

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法律科学文库

总主编 曾宪义

积极主义刑法观及其展开

付立庆 著

Proactive Doctrine in Criminal Law:
Demonstration and Application



中国人民大学出版社

积极主义刑法观及其展开

付立庆 著

Proactive Doctrine in Criminal Law:
Demonstration and Application

中国人民大学出版社

• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

积极主义刑法观及其展开/付立庆著. —北京: 中国人民大学出版社, 2020. 01
(法律科学文库/曾宪义总主编)

ISBN 978-7-300-27811-7

I. ①积… II. ①付… III. ①刑法-研究-中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 291374 号

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法律科学文库

总主编 曾宪义

积极主义刑法观及其展开

付立庆 著

Jiji Zhuyi Xingfaguan Jiqi Zhankai

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2020 年 1 月第 1 版

印 张 25.25 插页 2

印 次 2020 年 1 月第 1 次印刷

字 数 405 000

定 价 88.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法律科学文库

LAW SCIENCE LIBRARY

总主编 曾宪义

法律科学文库

编委会

总主编
曾宪义

副总主编

赵秉志（常务） 王利明 史际春 刘 志

编 委

（以姓氏笔画为序）

王利明	史际春	吕世伦	刘 志	刘文华
刘春田	江 伟	许崇德	孙国华	杨大文
杨春洗	何家弘	陈光中	陈松涛	郑成思
赵中孚	赵秉志	高铭暄	程荣斌	曾宪义



总 序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来越成为人们的共识。在人类历史上，建立一套完善的法律体制，依靠法治而促进社会发展、推动文明进步的例证，可以说俯拾即是。而翻开古今中外东西各民族的历史，完全摒弃法律制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简洁明快，也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重

要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，不断提升自身的境界，逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17 世纪以后，数次发生的工业革命和技术革命，特别是 20 世纪中叶发生的电子信息革命，给人类社会带来了天翻地覆的变化，不仅直接改变了信息交换的规模和速度，而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式，使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下，宗教、道德等维系社会人心的传统方式，在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择，似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制，给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则，在保障社会共同利益的前提下，给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样，既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定，又能在此基础上充分保障个人的自由和个性，发挥每一个社会成员的创造力，促进社会文明的进步。唯有如此，方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此，近代以来的数百年间，在东西方各主要国家里，伴随着社会变革的大潮，法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中，尚法、重法的精神也一直占有重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同，内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融，故而在 19 世纪中叶，随着西方列强对中国的侵略，绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体，中国的法制也由此开始了极其艰难的现代化的过程。如果以 20 世纪初叶清代的变法修律为起点的话，中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争，道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等，使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说，社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇，但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变，在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以，尽管曾经有过许多的机遇，无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力，中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至 20 世纪 70 年代末期，“文化大革命”的宣告结束，中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界，用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路，中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复兴运动，

也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说,自1978年中国共产党十一届三中全会以后的20年,是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的20年。在过去20年中,中国人民高举邓小平理论伟大旗帜,摆脱了“左”的思想的束缚,在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革,并取得了令世人瞩目的成就,使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设,也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改革开放的初期,长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除,“加强社会主义民主,健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近二十年的努力,到90年代中期,中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看,我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看,一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立,并在不断完善之中。更为可喜的是,经过近二十年的潜移默化,中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强,党的十五大确定的“依法治国”“建设社会主义法治国家”的治国方略,已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变,为中国当前法制建设进一步完善和依法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知,法律的进步和法制的完善,一方面取决于社会的客观条件和客观需要,另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强,同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升,有赖于法学研究水平的提高,有赖于一批法律专家,包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升,也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之,社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的20年中,随着国家和社会的进步,中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过20年的努力,中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响,迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设,并适应国家建设和社会发展的需要,针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究,为国家的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时,新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学

教育体制改革，当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚，这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说，在过去 20 年中，法学界的努力，对于中国新时期法制建设的进步，贡献甚巨。其中，法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用，也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑，以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化，势必要对法律提出新的要求，同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言，经过近二十年的奋斗，改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入，国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来，如全民道德价值的更新和重建，市场经济秩序的真正建立，国有企业制度的改革，政治体制的完善等等。同以往改革中所遇到的问题相比，这些问题往往更为复杂，牵涉面更广，解决问题的难度也更大。而且，除了观念的更新和政策的确定外，这些复杂问题的解决，最终都归结到法律制度上来。因此，一些有识之士提出，当前中国面临的难题或是急务在于两个方面：其一，凝聚民族精神，建立符合新时代要求的民族道德价值，以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向；其二，设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”，以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则，将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上，如果考虑到特殊的历史文化和现实情况，我们会认识到，在当前的中国，制度的建立，亦即一套“良法美制”的建立，更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制，当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作，即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等，都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于 1950 年，是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里，中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果，在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列，并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来，中国人民大学法学院的

法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域中辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套“法律科学文库”，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。此套“法律科学文库”是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干部具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精心组织出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

“法律科学文库”的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版“文库”这一机会，集中推出一批高质量、高水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，“法律科学文库”能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。

1999年9月



目 录

第一章 积极主义刑法观的提出

——积极主义刑法观的内涵界定
与理论展开…………… (1)

第一节 劳动教养制度废除给刑法
理论提出的挑战…………… (2)

第二节 积极主义刑法观的理论
展开…………… (10)

第三节 积极主义刑法观与相似
概念的辨析…………… (24)

第二章 积极主义刑法观与刑法立法

——积极主义刑法观的立法
展开…………… (48)

第一节 平衡思维与刑法立法的
活性化…………… (49)

第二节 刑法用语的明确性与概括性
——从刑事立法技术的
角度切入…………… (59)

第三节 刑事立法的双轨制与“轻
犯罪法”：以环境犯罪
立法为切入点…………… (78)

第三章 积极主义刑法观与刑事司法（上）

- 罪刑法定与刑法解释的限度 (86)
- 第一节 积极主义刑法观与刑法解释的限度：明显突兀感说的提出 (87)
- 第二节 不存在明显突兀感的例证Ⅰ：受贿罪中的“为他人谋取利益”是混合违法要素 (108)
- 第三节 不存在明显突兀感的例证Ⅱ：明知是他人捏造的事实而恶意散布的构成诽谤 (137)
- 第四节 存在明显突兀感的例证：军警人员抢劫行为之法定刑适用 (149)

第四章 积极主义刑法观与刑事司法（中）

- 刑法适用中的若干规则 (158)
- 第五节 法条用语的相对性：以拐卖妇女并奸淫行为之定罪量刑为例 (158)
- 第六节 刑法适用中的交叉竞合Ⅰ：以抢劫罪与强拿硬要型寻衅滋事罪为例 (168)
- 第七节 刑法适用中的交叉竞合Ⅱ：交叉式法条竞合关系下的职务侵占罪与盗窃罪 (180)
- 第八节 累犯的扩张认定：以对“应当判处有期徒刑以上刑罚”的理解为中心 (197)

第五章 积极主义刑法观与刑事司法（下）

- 财产权保护与财产犯罪的认定 (215)
- 第九节 刑法中的财产概念 (216)
- 第十节 刑法介入财产权保护时的考量要点 (230)
- 第十一节 刑法对财产权保护中的均衡性原则 (261)
- 第十二节 涉枪“两抢”案件的刑法适用 (275)

第六章 积极主义刑法观的必要节制

- 积极主义刑法观的侧面补强 (294)
- 第一节 对犯罪的实质化理解：以抽象危险犯为例 (295)
- 第二节 以刑制罪观念的展开：刑罚后果对构成要件解释的反向制约 (342)
- 第三节 以刑制罪观念的边界：以许霆案为中心 (358)

第七章 积极主义刑法观的理论归结·····	(373)
第一节 严而不厉：积极主义刑法观的理论支撑·····	(373)
第二节 全书主要结论·····	(378)
后 记·····	(382)



第一章 积极主义刑法观的提出

——积极主义刑法观的内涵 界定与理论展开

随着 2013 年 12 月 28 日闭幕的第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过《关于废止有关劳动教养法律规定的决定》，通常而言的“劳动教养”已在法律上被废除，在我国存在 56 年的劳动教养制度退出历史舞台。但不容忽视的是，我国现行法律体系中仍然存在着一些剥夺人身自由的行政羁押措施，包括《治安管理处罚法》中的治安拘留、《禁毒法》与《戒毒条例》（2018 年修正）中的强制隔离戒毒、《卖淫嫖娼人员收容教育办法》中的收容教育、《刑法》第 17 条第 4 款规定的收容教养制度、《精神卫生法》（2018 年修正）中的精神病人强制医疗制度等。这些行政措施的存在本身仍然令人担忧。在程序上，除针对依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗通过《刑事诉讼法》第 285 条规定了“由人民法院决定”的详细程序外，对于其他的行政措施，行政机关或司法机关都采用封闭性、单向性的行政处理程序。就连《刑法》第 17 条第 4 款规定的

“因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养”，也并没有任何法律进一步明确规定收容教养的具体操作程序与步骤。在实体内容上，这些措施本身也常常过于严厉，比如，强制隔离戒毒的期限最高为2年，收容教养的期限最高可达4年，都超过了一些轻微犯罪的刑罚上限。

劳动教养制度废除给刑法理论带来了何种挑战，刑法理论应该如何应对，刑法观念应该如何与时俱进，犯罪和行政违法之间的界限应该如何界定，都是需要迫切回答的问题。

第一节 劳动教养制度废除给刑法理论提出的挑战

一、三级制裁体制与劳动教养制度的废除

我国在很长时间之内实行“行政处罚—劳动教养—刑罚”的三级制裁体系，对一般的违法行为予以行政处罚，通过《行政处罚法》予以规制；对严重的违法行为予以劳动教养，通过《劳动教养条例》予以规制；对犯罪行为则予以刑事处罚，动用《刑法》予以规制。由于有行政处罚尤其是劳动教养制度的衔接，同时也因为《刑法》所规定的犯罪概念本身是定性与定量的统一（该法第13条明确规定“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”），所以，刑法只处理较为严重的、达到值得动用刑罚处罚程度的违法行为即“犯罪”行为。由此，刑法谦抑性、刑法的最后手段性、刑法的二次性等命题得到隆重强调，并且，被简单地理解为“不到不得已时不能动用刑法”，也就是强调刑法的消极性。可以说，这种对刑法的角色定位和功能发挥的理解，是和上述三级制裁体制的宏观背景以及对犯罪的定量理解密切相关的，笔者本身可以理解，甚至认为其有一定的合理性。

不过，具有中国特色的劳动教养制度自创设以来就饱受诟病，其中最受质疑的一点即在于，最高甚至可以达到3年时间的人身自由剥夺，居然可以不经司法机关，而由属于行政机关的公安机关来决定。这是对现代法治的严重破坏。而且，劳动教养制度的存在，也与《立法法》等法律规定相冲突，其存在的形式合法性本身也遭受了质疑。在人权保障观念逐渐深入人心，剥夺自由必须由司法机关依照法律规定和法定程序进行的理念被广为接受之后，决策者终于下定决心废除劳动教养制

度。这既是当政者顺应时代潮流的体现，也和法学界多年的持续呼吁有关。劳动教养制度被废除之后，也确实迎来了国际国内舆论的一片叫好之声。

二、劳动教养制度废除后的解决方案

（一）三种基本主张

劳动教养制度被正式废除之后，三级制裁体制变成了“行政处罚——刑罚”的两级制裁体制，这与国际通行做法也实现了接轨、同步。但问题是：对原本由劳动教养处理的那些较为严重的违法行为该如何规制？对此，主要存在着三种不同的主张。^①一是行政化处理，即一概纳入治安处罚等行政处罚的范围。二是刑事化处理，即一概纳入刑法的范围（不过，进一步细分，有人主张作为保安处分的一部分^②，有人主张作为刑罚的一部分归入轻罪）。三是行政化和刑事化双重处理，即主张将劳动教养的适用对象中尚不够刑事处分的违法行为纳入行政处罚体系，而将那些较为严重的违法行为纳入刑事处罚体系。^③行政化处理的优点是不需要扩大犯罪圈，只需要加重行政处罚，因此在立法改革上比较简便。但是，这个方案也面临以下问题：一方面，如果完全由行政处罚接管，会导致行政权过于膨胀，缺乏有效的司法监督。“在《治安管理处罚法》中如果过度地规定限制人身自由的制裁措施，则很难解决行政处罚程序的正当性问题——因为行政处罚并非由中立的司法机关依据司法程序所决定，在实践中同劳动教养一般容易被滥用。”^④另一方面，关于对较为严重的违法行为单纯依靠行政处罚能否予以有效规制，也存在重大的疑问。“行政处罚手段不可能在限制人身自由方面有太多的扩展，即使加大行政处罚的力度，仍然难以满足对于部分具有较大社会危害性的违法行为的制裁。”^⑤至于完全刑事化处理的第二种方案，被批评为“将现有的劳教对象全部贴上‘罪犯’标签”，“不仅导致我国犯罪定义体系的结构性变迁，而且会造成实际犯罪

① 熊秋红，劳动教养制度改革的路径选择，法学家，2013（5）：88-91。

② 主张用保安处分来改造劳动教养，并以此推动中国刑罚体系改革的，参见时延安，劳动教养制度的终止与保安处分的法治化，中国法学，2013（1）。

③ 赵秉志，劳动教养制度改革的方向与方案，法学研究，2010（1）：154。

④⑤ 同①89。

量呈几何级数增长的弊害，带来过大的社会成本和司法成本”^①。

因此，折中型的分流方案获得了更多的认同，即通过适当降低犯罪门槛的方式，将原本适用劳动教养的部分严重违法行为直接纳入刑法规范范围，以便可以通过正规的司法途径，使行为人尽可能地获得充分的司法救济和公正的司法裁决。“适当降低犯罪门槛，将劳动教养中有关的违法行为纳入刑罚制裁，可以保持国家对打击违法犯罪的高压态势，防止因劳动教养停止后可能带来的社会治安恶化的问题。”^②

（二）分流处理的方案及其评价

轻罪化的范围控制为多大才是合适的，在理论界存在争议。有学者认为，废除劳动教养制度，制定“轻犯罪法”，将《治安管理处罚法》和劳动教养法规中所规定的各种危害行为纳入“轻犯罪法”中，将其中较为严重的行为直接纳入刑法典。^③ 这属于较为积极的态度。与之相对，也有观点认为，为适当降低犯罪门槛，原则上应当控制在很小的范围，具体而言要依据两个标准判断：一是该类违法行为的社会危害性较大，主要包括那些违法人员中的惯犯、累犯等实施的较为严重的违反社会治安的违法行为，二是废除劳动教养制度后，治安行政强制处罚的效力无法有效惩罚这类违法行为。根据论者的设计，在2002年公安部颁布的《公安机关办理劳动教养案件规定》有关劳动教养案件种类的划分中，“危害国家安全，情节显著轻微，尚不够刑事处罚的”“结伙杀人、抢劫、强奸、放火、绑架、爆炸或者拐卖妇女、儿童的犯罪团伙中，尚不够刑事处罚的”等情形，在废止劳动教养后改为予以刑事处罚；而“无理取闹，扰乱生产秩序、工作秩序、教学科研秩序或者生活秩序，且拒绝、阻碍国家机关工作人员依法执行职务，未使用暴力、威胁方法的”“教唆他人违法犯罪，尚不够刑事处罚的”“介绍、容留他人卖淫、嫖娼，引诱他人卖淫、赌博或者为赌博提供条件，尚不够刑事处罚的”等情形，归属于行政处罚范围；“其他应当劳动教养的违法行为”的情形被取消。结局是，由于只有少数违法行为归并到刑事处罚范围，这种刑事犯罪门槛的微调对整个国家的犯罪人

① 熊秋红. 劳动教养制度改革的路径选择. 法学家, 2013 (5): 89-90.

② 李本森. 停止劳动教养制度的路径选择. 中国法学, 2013 (6): 179.

③ 张明楷. 犯罪定义与犯罪化. 法学研究, 2008 (3). 刘仁文. 关于调整我国刑法结构的思考. 法商研究, 2007 (5).