

# 新刑法笔谈

**【编者按】** 刑法的修订和新刑法的颁布是我国民主法制建设进程中的一件大事,更是法学界特别是刑法理论界的一件大事。对新刑法进行阐释与宣传是刑法理论工作者义不容辞的责任。故特邀我校法学院部分教师就一些宏观及新刑法修改补充幅度较大的问题,如新刑法的特点、依法治国与新刑法的颁布、刑法基本原则的规定及实施、单位犯罪问题、自首立功的人文精神底蕴等等,从不同角度、不同侧面进行了研讨,以期对新刑法的贯彻和宣传有所裨益。

高 格(法学院教授、博士生导师)

我认为新刑法有以下特点:

第一,新刑法具有连续性。对刑法的原有规定,包括立法表述、刑法制度、刑罚和具体的

“口袋”罪,规定得都比较笼统,不好操作。新刑法就此作了具体规定,取消了投机倒把罪与流氓罪的罪名,以具体罪名或罪状代替。例如,1979年刑法第160条规定:“聚众斗殴,寻衅滋事,侮辱妇女或者进行其他流氓活动,破坏公共秩序,情节恶劣的,处七年以下有期徒刑、拘役或者管制。”现次修订具体规定为:侮辱、猥亵妇女罪、聚众淫乱罪、聚众斗殴罪和寻衅滋事罪四个独立的具体犯罪。

郑成良(法学院院长、教授)

随着“依法治国,建设社会主义法制国家”这一治国方针的确立,我国法制建设的目标模式进一步明确。新刑法典的制定和颁布,标志着我国在走向法治国家的道路上又迈出了重要的一步。最集中地体现在下述两个变化之中:新刑法典用危害国家安全罪这一罪概念取代

了1979年刑法反革命罪概念;它又在共和国的历史上首次确立了罪刑法定原则,并相应地取消了原有的刑事类推制度。

法治精神的基本要求之一,就是用法律的思维方式去思考和处理法律问题。尽管法律本身要在很大程度上受政治、公共道德和民族传统等因素的影响,但是,在法律领域之内,若简单地用政治的或道德的思维方式替代法律的思维方式,简单地套用政治的逻辑或道德的逻辑来观察问题,提出问题和处理问题,那么,法治国家理想目标的达成就会受到根本性的妨碍。上述两个变化之所以意义深远,关键就在于它们不仅仅是成文法规范本身的变化,更意味着一种新的法律理念——法治精神被引入成文法典之中。

反革命罪在本质上首先是一个政治概念,它是社会政治大革命的产物。在以战争和暴动作为解决社会矛盾之主要手段的革命时代,以及从革命时代向建设时代过渡的历史时期,规定反革命罪的法律不仅是合乎政治逻辑的,在道义上也是可以证成(Justify)的。然而,当时主题从革命转向建设,从暴动转向法治的时候,如果仍然简单地用政治和道德的逻辑替代法律的逻辑来界定和分析法律问题,就不再是合理的了。新刑法典用危害国家安全罪取代反革命罪,从形式上看,只是罪名形态的变更,但从实质上看,它改变了观察问题和提出问题角度和思路,是一个法律理念的更新。

刑事类推制度在一定历史条件下也曾具有合理性。其合理性主要由以下两点来证成:首先,在时代主题从革命和暴动向建设和法治转换的过渡阶段,刑事的及相关的立法不可能在短期内达到相对完备的程度,过多、过大的刑事法律空白和漏洞只能借助于刑事类推来弥补。其次,在对政治秩序和道德秩序进行根本性改造的过程中,为了追求个案处理的实质公

适应三项基本原则。基本原则的具文化不仅是依法治国思想的具体表征,而且对司法机关及其活动提出了更高的理性要求,对公民的权利来说是一种切实有效的保障。

1979年刑法没有把这三项基本原则明确载入条文,但理论界的研究、司法实务界的活动一直以此为导向。适用法律人人平等作为一项宪法性原则对刑法的统领指导作用自不待言,罪刑法定、罪责相适应原则在多种版本的教科书中作为隐性原则予以了阐释与讲解。有的学者在罪刑法定与类推适用的矛盾问题上提出质疑,在主张保留类推制度的前提下认为罪刑法定原则不宜明文载明。新刑法为此明确规定罪刑法定原则,删除了类推制度的规定,解决了纷争,同时,明确规定了其他两项原则,使中国刑事立法向文明、进步又迈进一步。

刑法是一个社会文明程度的重要标志,而基本原则则是体现这一文明程度的重要窗口。新刑法基本原则是现代社会的崇尚法治、重塑现代法的精神的呼声的产物,是现代法治精神

即以人的权利、人的利益、人的安全、人的自由、人的平等、人的发展为宗旨的具体体现。罪刑法定原则向社会公示了这样原理:对行为人的定罪与判刑,必须以法律明文规定为限,如果法律中对某种行为未作规定,即使该行为对社会有严重的危害,也不能对其定罪判刑。其表现为:犯罪的法定化(对犯罪概念、对犯罪构成、对具体犯罪的规定)和刑罚的法定化(对刑罚种类、量刑原则、具体犯罪的法定刑的规定);适用法律人人平等原则意味着:任何公民不  
~~公性别、职业、家庭出身、财产状况不同,如其行为已构成犯罪就应追究刑事责任。强调对~~

的权利、人的平等的保护,强调那些凭借金钱、身份、地位、名望,企图逃避刑法法律制裁的人

公约,并以单行刑法的形式确立了我国刑法适用范围的普遍管辖原则。新刑法将单行法确立的这一原则上升为我国刑法适用的一个一般原则,明确规定:“对于中华人民共和国缔结或

管辖权”。这一规定与世界各国刑法发展的走向一致,有利于中国在国际事务中地位的提高和作用的发挥。

新刑法对刑法的时间效力做出了全面规定。刑法何时生效、何时失效以及有无溯及力的问题,是刑事法律规范中必不可少的重要内容。可是,以前我国的刑事法律存在生效的规定不科学,何时失效未规定或不明确,以及溯及力问题上事实上不同或相反的原则并存的现象。新刑法典总结了以往的经验,借鉴了各国刑事立法成功作法,第一次对刑法的时间效力做出了全面、科学的规定。首先,新刑法典1997年3月14日通过,同年10月1日起施行,留有全社会广泛宣传、学习及司法机关做好实施准备的充裕时间。其次,新刑法典在附则中

存在对某些不具有法人资格的犯罪主体难以适用,以致打击不力的问题。有人为弥补这一不足提议增设一项条款,即“不具备法人资格的其他合法组织实施犯罪的,适用前款规定,以法人犯罪论处”。但从词义上看,既然“不具备法人资格”,还要“以法人犯罪论处”仍存在不够协调的缺憾,何况对“法人资格”还需另作统一解释。因此考虑到我国现有的立法情况和习惯用法,新刑法使用“单位犯罪”似无不可,这倒反映了我国的国情和特色。

### 王 钧(马列部讲师)

新刑法典第 20 条关于正当防卫的规定与 1979 年刑法相比有重大的修改,主要表现在以下几个方面:1. 新刑法在正当防卫保护对象中明确规定了“国家”(利益)和“财产”(权利)。1979 年刑法在正当防卫保护对象的规定中虽然也基本含括了这些内容,但明确性欠佳。新刑法充分体现出立法者把国家利益作为正当防卫保护的首要对象,并且突出对个人财产权利保护的立法本意。2. 对正当防卫概念作出立法解释。根据新刑法规定,我国法律所保护的正当防卫是指,为使法定的合法权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为。这一解释使正当防卫的内容更加明确、具体,避免了理解上的分歧和概念的循环解释。3. 新刑法在防卫过当的规定上有新的变化。正当防卫是国家赋予公民保护合法权益的一种权利,防卫过当则是法律对防卫权行使的一种限制。根据我国 1979 年刑法第 17 条第 2 款规定:正当防卫超过必要限度造成不应有的损害的,应负刑事责任。正当防卫的目的具制

止不法侵害,应该以能制止不法侵害的继续或犯罪结果的发生、扩大为限度。超过这一限度,造成重大损害,属防卫过当。但在具体行使防卫权的过程中,由于各方面因素、条件的特殊性和复杂性,对这一限度的规定不宜过于死板、僵化。因此新刑法将其修改为,“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的,应当负刑事责任”,放宽了对正当防卫的限制,也便于在司法实践中掌握和运用。4. 对某些严重危及人身安全的暴力犯罪采取正当防卫,不受防卫过当的限制。对正当防卫规定的这一重大修改,适合当前我国刑事犯罪斗争的需要,是十分必要的。

理集团犯罪案件中具体的应用法律的若干问题的解答》。这一司法解释对于如何办理团伙犯罪案件、如何认定犯罪集团、如何区别犯罪集团与一般共犯案件,都发挥了积极的指导作用,但也存在着一定的缺陷。

新刑法典对犯罪集团进行了明确的界定:“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定

的犯罪组织,是犯罪集团。”根据这一规定,犯罪集团具有如下特征:1. 犯罪主体必须是三人以上,三人是构成犯罪集团的最低人数标准;2. 组建犯罪集团是为了共同实施某一种或某几种犯罪;3. 犯罪集团具有较为固定的组织形式。新刑法典中的这一规定为正确地认定、更好地打击犯罪集团提供了法律依据。

主犯处罚的具体化。新刑法删除1979年刑法“对于主犯,除本法分则已有规定的以外,

应当从重处罚”规定,代之以更加具体的处罚规定,即:1. 新刑法典第26条第3款规定:“对组织、领导犯罪集团的首要分子,按照集团所犯的全部罪行处罚。”据此,对于犯罪集团所犯的罪行,其首要分子无论是否直接参与实施、策划,均应承担刑事责任。2. 新刑法典第26条第4款规定,组织、领导犯罪集团的首要分子以外的主犯,“应当按照其参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚”。据此,在一般共同犯罪中起主要作用的主犯,仅对自己参与的或者组织、指挥的全部犯罪承担刑事责任。新刑法典对于主犯如何处罚的规定进一步具体化,更易于司法实务中的操作,也更好地体现了罪刑相适应的原则。

从犯处罚的独立性。在立法例上,从犯的处罚可以分为独立处罚主义与从属处罚主义。按照1979年刑法第24条的规定,从犯是应当比照主犯从轻、减轻或者免除处罚,显系采用从属处罚主义。新刑法典第26条第2款删掉了“比照主犯”的字样,规定“对于从犯,应当从轻、减轻或者免除处罚”,从而表明新刑法典特别强调从犯处罚的相对独立性。

胁从犯范围的单一性。根据1979年刑法第25条的规定,胁从犯有两种:一是被胁迫参加共同犯罪的人;二是被诱骗参加共同犯罪的人。对此,新刑法典进行了修改,删除了被诱骗

人甚至判决终了之后正在服刑的罪犯,均可自首其尚未被司法机关掌握的其他罪行。后者无疑是在更广的范围内承认自首、鼓励自首。

新刑法在罚则上的进一步从宽,也在深度上反映了肯定自首价值的意识。1979年刑法对自首者规定“可以从轻处罚”,新刑法规定“可以从轻或者减轻处罚”;1979年刑法规定对犯罪较轻者自首“可以减轻或者免除处罚”,新刑法直接规定“可以免除处罚”。从宽修改包含着进一步肯认自首对于罪行、罪过的反省、忏悔的价值及其在犯罪人自新过程中的作用,已不啻是承认、鼓励。

除了“罪可改”因而强调自新、鼓励自首外,中国文化传统在罪罚问题上也坚持认为“罪可赎”。中国语言文化中的“立功赎罪”、“将功赎罪”、“戴罪立功”、“功过相抵”、“半功折罪”等就表达了这种“罪可赎”意识。新刑法对1979年刑法的立功规定予以扩充,将原犯罪较重而自首有立功表现的“可以减轻或者免除处罚”的笼统规定分解为两项:一是“犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚”,属于对己的一面,可以理解为前条自首规定的延伸;二是“揭发他人犯罪行为”,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件等立功表现的,可以从轻或者减轻处罚;若“有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚”,属于对他人的一面。立功从宽的增补规定,也是文化传统的折射。

不过,相对而言,立法者更重视前项“重大立功”。试比较两者的罚则,前者为“应当”,后者是“可以”;在前者实际是“必须”,后者则是酌定。或许在立法者意识中以为:自首是对自己罪过的认识,功利的目的主义在,或有出于义务,而揭发他人,可以有其或义务然有较弱的功

一程序内容具有以下特点:(1)具有强制性。减刑、假释程序是法定程序,不具有可选择性,只要进行减刑或假释就必须遵守此程序,否则即构成违法司法。(2)具有制衡性。减刑、假释工作由执行机关与审判机关互相配合、互相制约,共同为之。执行机关根据犯人表现有权

提出减刑或假释建议,审判机关在此基础上进行独立审理,决定是否予以减刑或假释



较笼统,界限不太清楚,本次刑法修改将投机倒把罪分解,使其罪名个别化为侵犯著作权罪、套取金融机构信贷资金高利转贷罪等,使罪名的认定更加确定,避免了执法的随意性。

5. 明确本章罪所侵害的客体,将不属于本章的罪名移出本章。本章保护的主要客体是社会主义市场经济秩序,基于此种标准,新刑法将 1979 年刑法第 125 条破坏集体生产罪、126 条挪用特定款物罪修改后移入第五章侵犯财产罪中,将 1979 年刑法第 128 条盗伐、滥

伐林木罪、129 条非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪及 130 条非法狩猎罪均移入新刑法第三章第一节

## 闵春雷(法学院讲师)

1979年刑法中投机倒把罪、流氓罪、玩忽职守罪因规定得过于简单、笼统,而司法实践中又包容了诸多相关的犯罪行为,故被称为“口袋罪”。“口袋罪”的最大弊端是由于立法规定欠明确、具体,而导致司法的随意性。新刑法确立了罪刑法定原则,根据这一原则的要求,每一犯罪及其构成特征必须于法有据,具体明确。该原则在刑法分则中最突出的体现就是分解、细化了“口袋罪”,主要表现在以下几个方面:

1. 取消了投机倒把罪、流氓罪两个罪名,将其分解、细化为若干具体的犯罪,增设了新罪名。投机倒把罪作为计划经济体制下的产物,已不再适应社会主义市场经济的要求。其中的一些行为如长途贩运等早已作了非犯罪化处理,有些行为通过单行刑法规定为其他方面的犯罪,如生产、销售伪劣商品罪、破坏金融管理秩序罪,新刑法在肯定上述单行刑法规范的同时又新增设了扰乱市场秩序罪,对具有原投机倒把性质的合同诈骗罪、非法经营罪、强行交易罪及非法转让、倒卖土地使用权罪等分别作出了具体规定。针对原流氓罪规定过于笼统的情况,将其分解为侮辱、猥亵妇女罪、聚众淫乱罪、聚众斗殴罪及寻衅滋事罪四种犯罪。

2. 保留了玩忽职守罪,并重构这一犯罪的罪刑体系。首先,将滥用职权罪从原玩忽职守罪的体系中分立出来,成为渎职罪的又一表现形式。由于1979年刑法对玩忽职守罪规定得过于简单、概括,使得后来颁布的一些附属刑法中对属于滥用职权应受处罚的情况也“依照”、“比照”玩忽职守罪处理,这无疑扩大了该罪的范围。将滥用职权罪独立出来,对于分别特征、名副其实地准确打击渎职犯罪具有重要意义。其次,具体规定与一般规定相结合,明确、严密了玩忽职守罪。一方面新刑法以列举的方式对重点行业、多发部门存在的玩忽职守罪进行了单独规定,如司法工作人员玩忽职守致人犯脱逃罪、国家机关工作人员在签订履行合同过程中的玩忽职守犯罪、环保人员玩忽职守的犯罪,等等;另一方面为强化对玩忽职守