

【刑法研究】

# 当代中国刑法的九个转向

刘仁文

(中国社会科学院 法学研究所,北京 100720)

**摘要** 改革开放以来,中国刑法的发展出现了九个方面的转向:从革命刑法转向建设刑法,从国家刑法转向公民刑法,从严打刑法转向宽严相济刑法,从政策刑法转向原则刑法,从民法的刑法化转向刑法的民法化,从身份刑法转向平等刑法,从个人刑法转向个人与单位并列的刑法,从刑罚之单轨制转向刑罚与保安处分之双轨制,从封闭型刑法转向开放型刑法。

**关键词** 社会转型; 刑法发展

**中图分类号** D914

**文献标识码** A

**文章编号** 1000 - 5072(2009)04 - 0042 - 09

中国自1978年实行改革开放以来,整个社会发生了巨大而深刻的变化。有社会学家指出:当前中国的社会转型在速度、广度、深度、难度和向度等方面都是前所未有的<sup>[1]</sup>。在这个过程中,刑法也随着社会的转型而不断发展,并且还在继续发展之中。我将这种发展概括为以下九个转向:

## 一、从革命刑法转向建设刑法

革命是一种最激烈的社会变革,有关国际法律文件对特定形势下的革命的合理性是给予支持的,如1948年的《世界人权宣言》的序言就指出:“……鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛,有必要使人权受法治的保护。”在革命时代产生和使用的刑法,可以称之为“革命刑法”。革命刑法具有自己的一些鲜明特点,如以打击旧制度、支持新制度为使命,强调阶级斗争。

十月革命胜利后,苏维埃共产党(布尔什维克)在刑事立法中坚持阶级斗争的理论,使俄罗斯刑法

具有鲜明的“革命刑法”特征。列宁在阶级斗争学说的指引下,领导制定了1922年的《刑法典》。其中,在对待反革命罪的态度上,主张加重刑罚、扩大死刑的适用范围<sup>[2]186-188</sup>。前苏联刑法学家皮昂特科夫斯基在《苏维埃刑法教程》中明确指出:“关于犯罪与刑罚的阶级性观点就象一条红线贯穿于整个《刑法典》。”<sup>[3]117</sup>应当说,阶级斗争理论对于解决敌对阶级相互对立状态下的社会矛盾有其积极意义,但在阶级斗争已经不再是社会的主要矛盾时,如果仍然僵化地坚持阶级斗争的理论,就可能对社会主义建设和社会主义法制造成破坏。事实上,对阶级斗争的持续强调,使前苏联社会长期处于强烈的意识形态化的背景之下,为后来斯大林发动大清洗运动埋下了伏笔。正因此,我国学者王世洲曾深刻地指出:“‘革命刑法’并不因为其拥有的革命头衔就永远是对社会发展起进步作用的……(由于)闭关自守和阶级偏见太严重,前苏联在刑法理论体系的构造方面过于简陋,刑法的基本概念和基本体系也比较粗糙,无法获得社会高度发展状态下所需要的可靠的

**收稿日期** 2009 - 07 - 08

**作者简介** 刘仁文(1967—),湖南隆回人,中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士,主要从事刑法学、刑事政策学研究。

参见联合国:《人权:国际文件汇编》(第一卷第一部分),第1页。

参见王世洲:“革命刑法的概念与进步”,“刑事法前沿问题研讨会”提交论文,2008年11月8—9日,北京。

定性和稳定性,难以满足前苏联在社会、经济、政治、人权发展等方面的要求。”

1949年新中国建立后,废除了国民党的“六法全书”,其后虽然曾经一度准备起草刑法典,但在“以阶级斗争为纲”的思想指导下,最终还是陷入了靠政策和运动来治理国家的误区。直到“文化大革命”结束,才痛定思痛,于1979年制定了新中国的第一部刑法典。在该部刑法典中,共有28种死刑罪名,其中“反革命罪”占到一半以上,这反映了当时的立法者仍然十分重视用刑法武器来“严惩各种反革命活动”。但随着国家的主要任务转入“以经济建设为中心”,实践中被以反革命罪来定罪判刑的越来越少。例如,1993年10月15日,中央电视台播报了当时的司法部长肖扬答记者问,截止1993年10月,我国在押的全部犯人为120余万,其中反革命犯只占0.32%,即3840人<sup>[4][17]</sup>。相应地,非政治性的犯罪,包括治安犯罪、经济犯罪和腐败犯罪,越来越多地成为刑法规制的内容,这从上个世纪80年代起全国人大常委会相继制定的一系列单行刑法中可以得到反映。1997年修订后的新刑法,增加的众多新罪名也都突出表现在生产、销售伪劣产品,破坏金融和公司、企业的管理秩序,侵犯知识产权,破坏环境资源保护以及贪污贿赂、渎职等领域。新刑法规定了68种死刑罪名,从各章分布来看,“危害国家安全罪”一章规定了7个死刑罪名,约占10%,而“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章规定了16个死刑罪名,占到24%,居各章之首。虽然对于破坏社会主义市场经济秩序罪这类非暴力犯罪规定死刑招致了学界的批评,但这一现象至少表明了立法者将刑法的主要任务从政治领域转移到了经济建设等领域上来。

革命刑法转向建设刑法的另一个符号性事件是新刑法把原来的“反革命罪”修改为“危害国家安全罪”。用法律色彩更浓的名称取代了政治色彩浓厚的名称,这不只是一个简单的名称改变,而是反映了立法者对国家步入和平建设时期后刑法任务的认识上的深化。事实上,1979年刑法第二条关于刑法的任务使用的措辞是“用刑罚同一切反革命和其他刑

事犯罪行为作斗争”、“保障社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行”,而1997年刑法第二条却改为“用刑罚同一切犯罪行为作斗争”、“保障社会主义建设事业的顺利进行”,这也可以视为是对革命刑法转入建设刑法的立法思维的贯彻。将“反革命罪”改为“危害国家安全罪”,还可以便于国际和区际交往,“反革命罪”容易使人把对犯罪的惩处意识形态化,而“危害国家安全罪”则是任何一个国家和地区的刑法都必须承担的任务,这对刑事司法合作也是有益的,从而间接地支持了国家的各项建设事业。

我国刑法中“革命刑法”的影子在某些地方还存在,今后还需要结合社会的发展不断予以完善,如有学者指出:我国刑法中的“剥夺政治权利”包括剥夺“言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利”,但这些内容不属于《公民权利和政治权利国际公约》中的政治权利,如果将来我国批准该公约(已经签署),就不应该在“剥夺政治权利”中再包括这些内容<sup>[5]</sup>。其实,考察一下世界其他国家和地区的刑事立法,鲜有将剥夺言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利作为资格刑的内容的,我国宪法第35条也明确规定中华人民共和国公民拥有这六项权利(罪犯也是公民),并且不像前一条(第34条)关于选举权和被选举权有例外性的规定(“但是依照法律被剥夺政治权利的的人除外”),也就是说,这是一项绝对权利,宪法并没有赋予其他法律可以作出例外规定。如果进一步考察一下“剥夺政治权利”这个刑罚名字诞生的历史背景,就可以发现其矛头是指向反革命分子和其他一些被视为敌我矛盾的严重破坏社会秩序的犯罪分子的,如果说在新生政权诞生之初,它对于防止反革命分子和敌对阶级分子利用合法的政治权利进行颠覆活动起到了积极的作用,那么现在进入和平建设时期,就宜改为其他国家和地区大多使用的“褫夺公权”这一名字。可见,“剥夺政治权利”从内容到名字都应当根据变化了的社会形势作出适当的调整。

又如,有学者针对我国刑法中的没收财产刑,指

参见前引王世洲“革命刑法的概念与进步”文。

截止1995年10月,全国人大常委会共制定了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》、《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》等22个单行刑法。

批评的理由之一是有违联合国《公民权利和政治权利国际公约》的精神,该公约规定:“在未废除死刑的国家,判处死刑只能是作为对最严重的罪行的惩罚。根据联合国经社理事会的有关文件,这里的“最严重的罪行”包含着这样的犯罪应该是导致生命的丧失或者危及生命的意思。在这一意义上,危及生命是行为的一种极有可能的结果。”

曲新久教授也指出:这种立法上的变化暗示着“社会主义革命”的结束。参见曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2009年版,第12页。

出：“在新民主主义革命时期和社会主义三大改造时期，没收财产刑发挥过积极的历史作用，为建设社会主义新中国奠定了雄厚的物质基础。但是，我们已经进入社会主义建设时期，没收财产刑已经完成了它的历史使命，应当退出历史舞台了。”<sup>[6]</sup>事实上，当今世界各国和地区的刑法有一个共同的趋势，那就是都纷纷废除了普通的没收财产刑，而通过设立罚金刑、规定对犯罪所得进行特别没收等制度来进行弥补，这样有利于在全社会树立保护公民合法财产的理念。罚金刑与没收财产刑都能达到给犯罪分子经济上制裁的作用，但两者角度不一样，前者突出对行为人犯罪行为的惩罚，而后者则突出对公民合法财产的没收，考虑到我国建国后对地主、富农和资本家的财产没收以及“文化大革命”期间发生的各种抄家现象在国际上造成的一些负面印象，现在继续沿用“没收财产”这样一个刑罚名字容易造成不必要的误会和担心，我以为，废除现在的普通没收财产刑，而将刑法第64条规定的“特别没收”制度加以完善，应是妥当的选择。

## 二、从国家刑法转向公民刑法

刑法长期以来被认为是人民民主专政的刀把子，是打击犯罪的锐利武器。而一说到犯罪，又似乎就是公民个人破坏国家和社会的公共利益。但这其实只是刑法的一面，它的另一面是：刑法还是保障人权的大宪章，而犯罪也包括国家机关等公共部门对公民个人权益的侵犯。对此，我国有些学者都曾提出过类似的观点，如陈兴良教授提出刑法修改要从政治刑法转向市民刑法<sup>[7]</sup>，李海东博士提出国权主义刑法与民权主义刑法的分野，指出现代国家的刑法应以保护国民的利益为出发点，刑法的存在主要是为了限制与规范国家惩治犯罪的活动<sup>[8]3-4</sup>。许道敏博士更是全面论证了民权刑法将代表我国刑法

理论发展的基本走向<sup>[9]13以下</sup>。另有学者提出“国本刑法观”和“人本刑法观”的区分，主张应当坚持“人本刑法观”（即以人为本的刑法观）。无论使用市民刑法，还是使用民权刑法，亦或人本刑法，乃至我使用的公民刑法，大体都表达了同一个意思，即要对国家刑罚权作出必要的限制，刑法应当在约束公权力、保障私权利中发挥应有的作用。

我国1979年刑法规定了类推制度，这是典型的国权主义刑法表现，1997年刑法修订时基于对刑法人权保障机能的强调，废止了类推、确立了罪刑法定，这是在刑事领域贯彻法治原则、建设公民刑法的结果。但应当看到，我国刑法关于罪刑法定原则的表述仍然很独特，即从正反两方面来规定：正面是“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚”，反面是“法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚”。这与其他国家和地区对罪刑法定原则只从反面规定“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”表现出明显的差异。本来，罪刑法定原则是为了反对司法擅断和任意入罪、从保护公民权利的角度提出的，因而它的定义必然要从否定方面来表述：如果法律没有明文规定，就不得定罪处罚。据参与刑法修订的学者介绍，我国之所以要从正反两方面来规定罪刑法定原则，是因为传统认识历来认为法律是统治阶级的工具，刑罚是镇压敌人的手段，若当时一下子从否定的方面规定，就会让大家觉得有点“右”，很难被接受。为了让这个原则能为更多的人所接受，因而在修改刑法的研究协商过程中，想到了这个两全之策，即从正反两方面都说，显得不偏不倚，减少阻力，使这个重要原则能够尽快地在刑法中确立<sup>[10]</sup>。但这种表述法无疑冲淡甚至模糊了罪刑法定原则的本来含义。不仅如此，我国在追求罪刑法定表述的中国特色的同时，还落掉了三个最重要的字：“行为时”。罪刑法定指的是行为时法律有无规定为犯罪、要否处罚，也就是说，禁止新法溯

刑法第64条规定：犯罪分子违法所得的一切财物，应当追缴或责令退赔；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当没收。实践中此规定由于过于简单，操作很不规范，造成对当事人和第三人的合法财产权的侵犯，建议借鉴国外立法经验，提升其法律地位，把它由一条变为一节，明确“违法所得”的范围，规定必须由法院裁决，等等。

有学者指出：那种单纯把法律看作是权力控制社会的工具的观点，很可能产生有“治法”而无“法治”的结果。参见李楯编：《法律社会学》，中国政法大学出版社1999年版，代序，第2页。

但我选用“公民刑法”这个表述，也不是没有一点自己的考虑，如“市民社会”与古代欧洲的“城邦国家”相联，在中国语境下尤其容易把农民排除在“市民”之外，而且“公民权利”是《公民权利与政治权利国际公约》和我国宪法所承认的法定概念。

台湾刑法学者陈子平指出：刑法分则按国家法益、社会法益、个人法益的顺序编排，这是早期的做法，现代社会最重要的应是个人法益，台湾刑法教师均将侵犯个人法益的犯罪作为授课的重点。参见胡莹等：“领略大家风采——专访著名刑法学家、台湾东吴大学陈子平教授”，载“西北刑事法律网”。

及既往(除非依照新法更有利于被告人)。虽然我国目前基于对罪刑法定原则的本质理解,在司法实践中贯彻“从旧兼从轻”原则并没有出现多大的问题,但从防止立法和司法的任意性、增强表述的科学性和与国际的可交流性出发,还是应当在适当时候将罪刑法定原则的表述更改为“行为之处罚,以行为时法律有明文规定者为限”这样一种明确而简朴的表述法。与此相关的另一个问题是,罪刑法定要求刑法规范要尽可能地明确,1997年新刑法虽然在这方面作出了一些努力(如将某些量刑情节采取列举的方式列出来),但还远远不够,刑法分则中还有许多“情节严重”、“数额巨大”以及在列举中的兜底条款,它们都无法满足明确性的要求。

进一步需要注意的是,即使罪刑法定的自身表述得以改进,刑法分则也贯彻了明确性原则,是否就可以对刑法的人权保障高枕无忧了呢?不然!且听西原春夫的警告:“成文法的条文在侵害人权的意图面前不是那么有力……对人权的侵害大多是由形式上伪装成罪刑法定主义的恶法以及法的恶用所导致的。”因此,我历来主张,罪刑法定也好,犯罪构成也好,它们在实现刑法的人权保障机能方面必须和宪政、民主等国家政治制度结合起来,才能发挥有效的作用。

我国刑法在迈向公民刑法方面还有其他一些积极信号,如2009年2月28日通过的《刑法修正案(七)》,对公民个人的隐私权给予了重视,规定国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员,违反国家规定,将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,出售或者非法提供给他人,情节严重的,要负刑事责任。朝着这样一个方向,我们可以继续反思刑法中的某些规定,如刑法第39条对被判处管制的犯罪人规定了一系列的义务,其中对行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利的限制和对会客的限定是否过于严苛?刑法第75条和第84条对缓刑犯和假释犯,在已经规定了要遵守法律、行政法规、服从监督的前提下,

还专门对其会客作出限定,在我看来也是不必要的。甚至我国刑法中的一些措辞也需要更改,如多处使用“犯罪分子”,我认为改为“犯罪行为人”更好。

### 三、从严打刑法转向宽严相济刑法

从上个世纪80年代初,伴随着改革开放和人员的大流动,中国的社会治安形势趋于紧张,为此,中国的执政党和政府实行了以“严打”为特征的刑事政策,先后于1983年、1996年和2001年发动了三次大规模的全国性“严打”,至于其他各种名义的专项“严打”、季度“严打”则更多。与此相适应,立法机关也在刑法典之外,先后出台了大量的单行刑法,如《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》等。这些单行刑法的“严打”色彩浓厚,它们普遍提高了原来刑法典中的法定刑,增加了不少罪的死刑,如《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》一次就将十几个罪名的法定最高刑提升为死刑,“这一决定颁布后,判处死刑的案件骤然增加了许多。”<sup>[11][124]</sup>

近年来,随着国家推行建设和谐社会的理念,加上社会治安总体趋于稳定,在刑事法领域开始提倡宽严相济。用“宽严相济”来取代“严打”,是我国当代刑事政策的一个重要调整,由此已经带来一系列积极的变化,如2007年1月1日最高人民法院收回了死刑核准权,使中国的死刑呈现出较大幅度的下降。又如,新通过的《刑法修正案(七)》一改过去只强调入罪和提高法定刑的做法,而注意某些罪的出罪和降低法定刑,如在对偷税罪的处理上,规定:经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任(但五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外)。又如,过去绑架罪的起刑点为十年有期徒刑,针对实践中难免有量刑

特别我国刑法第12条关于溯及力的规定也存在一个重大缺陷,即只说“本法”(刑法典)适用“从旧兼从轻”原则,而没有将“从旧兼从轻”原则涵盖到“本法”之外的法律(如刑法修正案)。

台湾学者告诉我:过去台湾刑法中也有这类条款,但后来均被宣布违“宪”,理由就是不符合罪刑法定所要求的明确性。

参见(日)西原春夫:《犯罪实行行为论》,戴波、江溯译,北京大学出版社2006年版,第78页。该书同页还介绍了德国二战后出于对实定法的不信任,转而从自然法中寻求人权保障,发展出存在论的刑法理论。

这种规定要么流于形式,得不到有效执行,要么就为执行机关或执行人员随意干预别人的私生活提供了口实。

笔者本人过去也在自己的论著中使用“犯罪分子”的称呼,现在看来是不妥的。

畸重的情形,此次在刑罚设置上为其增加了档次,规定情节较轻的,处五年以上十年以下有期徒刑。这种立法思路值得肯定,中国刑法中需要“以宽济严”的空间还很大。正是从这个意义上讲,我主张“宽严相济”的时代要义在于“以宽济严”<sup>[12]</sup>。

#### 四、从政策刑法转向原则刑法

任何国家的刑事立法都是一定政策思想的产物,但与政策的功利性特征相比,刑法更要受法治的一般原则的限制。回顾中国过去30多年来的刑事立法,我们可以较为清晰地看到刑法是如何从政策至上走向原则制约的。

例如,在刑法的溯及力上实行“从旧兼从轻”,是现代各国公认的由罪刑法定原则所派生出来的一项原则,但上个世纪80年代初,我国立法机关在《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》和《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》中,却采取了有条件的甚至是全部的从新原则,前者如《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》规定:“本决定自1982年4月1日起施行。……凡在1982年5月1日以前对所犯的罪行继续隐瞒拒不投案自首,或者拒不坦白承认本人的全部罪行,亦不检举其他犯罪人员的犯罪事实的,作为继续犯罪,一律按本决定处理。”后者如《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》规定:“本决定公布后审判上述犯罪案件,适用本决定。这是为配合“严打”政策而牺牲原则的做法,受到学界的批评。随着1997年新刑法对罪刑法定原则的确立,以及刑事法治理念的强化,此后在历次刑法修改和修正时,都没有再出现过新法溯及既往的现象。这是应当肯定的。当然,在这个问题上,我们还有改进的余地,那就是现在的刑法修正案都采取“本修正案自公布之日起施行”的方式,我认为其施行时间还是太快了,很有可能新法公布

之日社会上许多人还不清楚其具体内容,从这个意义上去看惩罚行为人还是显得不公平。刑法修正案尽管不必象刑法典那样从公布到生效留出较长时间的档期,但也得留出适当的时间才好。

又如,上世纪80年代初的另一个单行刑法《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》,增加规定了刑法总则所没有的“加重处罚”制度:“劳改犯逃跑后又犯罪的,从重或者加重处罚。”(第2条第2款)“劳教人员、劳改罪犯对检举人、被害人和有关的司法工作人员以及制止违法犯罪行为的干部、群众行凶报复的,按照其所犯罪行的法律规定,从重或者加重处罚。”(第3条)这里,把从重和加重相提并论,而且也没有就如何加重和加重多少作出具体规定,显得很不够严肃。因此,1997年修订刑法时就取消了加重处罚的制度。这应当是在刑法明确性原则的要求下所作出的明智选择。

#### 五、从民法的刑法化转向刑法的民法化

在“以阶级斗争为纲”的年代,我们的刑法无孔不入,许多本可以用民事法律来调整的社会关系都一概用刑事法律来解决。改革开放以来,大量的民事法律得以颁行,它们起到了塑造社会基础制度的作用,逐步把刑法推回到防卫社会的最后一道防线。民法地盘的扩大,相应地,刑法地盘的缩小,是我们这个社会健康发展的标志之一。

以刑事自诉制度为例:自诉制度基于意思自治原则而建立,而意思自治是民法的一个重要理念。我国继1996年修订后的刑事诉讼法扩大了刑事自诉范围之后,又在1997年修订后的刑法扩大了告诉才处理的案件的范围,如侵占罪等,从而再一次扩大了刑事自诉的范围。尽管如此,学界仍嫌刑事自诉范围过窄,要求继续扩大其适用面<sup>[13]</sup>。

1997年的新刑法在处理与民法的协调方面也

原来的草案规定情节较轻的,起刑点为三年有期徒刑,最后通过的版本又提为五年有期徒刑,可见刑事立法中的“宽”也是受到原来的基准刑等因素制约的。

该《决定》试图以“作为继续犯罪”处理来回溯及既往的嫌疑,但显然这里的“作为继续犯罪”与刑法学上的“继续犯”的概念不是一回事,况且即便是继续犯,也只能在计算追诉期限时“从行为的终了之日起计算”,并不能由此就可以获得溯及既往的合法性。

当时在提请全国人大常委会审议该决定时,立法部门曾就如何加重判刑有一个说明,那就是“罪加一等,即在法定最高刑以上一格判处”。但这既没有反映在立法条文中,而且仍然不明确,如法定最高刑为3年,那其“以上一格”是多少,5年还是10年?

这倒不是说“加重处罚”就绝对不能作为一项刑法制度来规定,关键是要限定幅度,如我国台湾地区刑法规定:对累犯要加重处罚,但加重最高不得超过本刑的二分之一。

王利明教授曾经指出:刑法只有在侵权法的配合下才能有效地调整社会关系。参见王利明:《侵权行为法归责研究》,中国政法大学出版社1992年版,第7-8页。

作出了努力,如第三十六条规定:“承担民事赔偿责任的犯罪分子,同时被判处罚金,其财产不足以全部支付的,或者被判处没收财产的,应先承担对被害人的民事赔偿责任。”由此确立了民事赔偿责任优先原则。第六十条规定:“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务,需要以没收的财产偿还的,经债权人请求,应当偿还。”由此确立了债权优先原则。这种关照民法制度的落实、使公权力的惩罚建立在满足民事赔偿或偿还的基础之上的做法,有助于依靠民法来夯实社会基础,防止“民转刑”案件的发生。

在刑法的民法化方面,还有一个突出例子,那就是近年来实践中发展起来的刑事和解制度。过去我们的法律是不允许刑事案件“私了”的,即使双方出于自愿,一经发现,也要作废,甚至还要追究相关人员的法律责任。这种执法带来的后果是:虽然国家表面看似乎实现了正义,将犯罪分子定罪判刑,但有的被害人却感觉不到这种正义,因为他们宁愿得到来自犯罪人一方的物质赔偿或补偿,而相应地同意减免对方的刑事责任。现在我们开始反思:犯罪的矛盾本来就源于犯罪人和被害人,修复他们之间的关系应是刑事法律的一项重要使命。在一些比较轻微的犯罪中,如果能够通过一定的程序,使当事人双方实现和解,为什么不呢?从已有的实践看,刑事和解促进了社会和谐,效果是好的。我还坚持认为,即便对一些比较严重的犯罪,在处理过程中也可遵循这一思路,即充分考虑犯罪人一方与被害人一方的和解程度,包括赔偿、道歉、谅解等,进而适当地减轻对犯罪人一方的惩罚力度。当然,这也呼唤理论的创新,那就是要改变刑法属纯粹公法的思维,而更多地接纳一些私法的内容。正如有的学者所言:“法律的终极关怀在于人,公法之设在于保护人民的私权,公私法融合的终极目的是为了更好的保障人民的私权。在市民刑法的构建过程中(亦可称为在法治国刑法文化的形成过程中)所出现的刑法民法化现象,是公私法融合的表现之一,其终极关怀也是人,其终极目的是为了更好的保障人民的私权,这也正是刑法民法化的内在驱动力之所在。”<sup>[13]</sup>

## 六、从身份刑法转向平等刑法

过去在靠政策治国的时候,特别强调区分两类

不同性质的矛盾:敌我矛盾和人民内部矛盾。这一带有浓厚政治色彩的学说“对中国刑法理论的研究具有深远的影响”<sup>[14]</sup>。它也影响了司法实践中的不少人,“有些人在‘运动’中和日常审判工作中,在接到案件后,往往先根据被告人的出身等情况,主观地形成这是‘敌我矛盾的犯罪’,那是‘人民内部矛盾的犯罪’的框子,然后再判断案件的性质和定罪量刑。”<sup>[14]</sup>在划分两类不同性质的矛盾的标准上,曾经出现过政治态度说、阶级成分说、民愤大小说、犯罪性质说等多种主张,它们大多具有“用简单的政治分析替代深入的法律分析”的特点<sup>[14]</sup>。毋庸置疑的是,只要定性为敌我矛盾,处理就肯定要重。

随着 1979 年新中国第一部刑法典的颁布,越来越多的学者认为,对各类犯罪进行分类,区分其矛盾性质,是立法的职责,司法部门在定罪量刑时,只需根据犯罪构成理论,严格依法办事就行。对任何人,无论其家庭出身、政治成分、社会地位、历史情况如何,都按照法律标准一视同仁,看其行为构成什么罪,就定什么犯罪,该判什么刑,就判什么刑。

不过,从立法论的角度看,1979 年刑法还是存在一些不太科学的区别对待,如同是爆炸、放火、决水,却根据其有无“反革命目的”而分别归入不同的章节,如果有“反革命目的”,则构成“反革命罪”一章中的“反革命破坏罪”;如果没有“反革命目的”,则构成“危害公共安全罪”一章中的爆炸罪、放火罪和决水罪。1997 年新刑法取消了这种区别对待,将原来包含在“反革命罪”中的爆炸、放火、决水行为一并归入“危害公共安全罪”中的爆炸罪、放火罪和决水罪,这显然更加妥当,因为行为人有无反革命目的有时很难认定,刻意去区分只能徒增司法负担,而将相同的行为放到同一章节来处理于司法实务也要方便得多。

1997 年刑法将“刑法面前人人平等”确立为刑法的三项基本原则之一,这对于曾经有过身份论、出身论的中国而言,具有特殊的意义。尽管学界一般将该项原则理解为一项司法适用原则,但我认为,还应将其精神贯穿到立法中,否则刑法中的平等原则就先天不足。当然,刑法中的平等原则也不能庸俗化去理解,如有人认为立法将贪污罪和盗窃罪的数额起点规定不一致就违反了刑法面前人人平等原则,我觉得这种理解倒失偏颇,因为立法者根据不同

这一问题是 1957 年毛泽东发表《关于正确处理人民内部矛盾的问题》一文引起的。随后,“在刑法学界,大多数人认为在犯罪现象中客观存在着两类不同性质的矛盾。参见高铭喧主编:《新中国刑法学研究综述》,河南人民出版社 1986 年版,第 39 页。

的罪名设置不同的入罪门槛和量刑幅度应当是可以的,这里面最多涉及罪与罪、刑与刑之间的协调问题。

中国刑法在推进平等方面还存在不少有待改进的空间,如刑法对一般累犯规定前后罪应是5年之内,但对危害国家安全的犯罪则规定任何时候再犯危害国家安全罪,都要以累犯论处。为什么不取消后面这种规定呢?设置累犯的意义同样应适用危害国家安全罪,既严惩一定期限之内的屡教不改,但过了一定期限则按正常的量刑幅度去量刑。又如破坏军婚:一般人的重婚罪要与别人重婚才构成,但如果明知是现役军人的配偶而仅与之同居(没有重婚),也构成破坏军婚罪,如果与之重婚,则判得比普通重婚罪要更重。不论是否战时,在和平年代这种特殊保护是否站得住脚?其他特殊行业要否也要对其婚姻给予特殊保护呢?

深入下去,平等原则的贯彻还有许多值得研究的问题:如我国刑法往往根据财产的国有或非国有性质,分别确立不同的罪名,同是挪用,非国有的构成挪用资金罪,国有的则构成挪用公款罪;同是侵占,非国有的构成职务侵占罪,国有的则构成贪污罪。刑法往往对国有财产保护的力度要大,设置的刑罚要重。现在宪法和《物权法》已经确立了对私有财产的平等保护原则,刑法应当在这方面跟上,尽可能平等地保护国有财产和非国有财产。

此外,像我国刑法对强奸、奸淫幼女等犯罪的规定,均只将受害人限定为女性,这其实也是不科学的,我国台湾地区现行刑法对这类犯罪的规定就明确男女均可成为受害人,其立法目的“旨在维护男女平权之原则及尊重男女性主权”。还有,我国刑法在一些本来应该包括男女两性的条文中(事实上也包括男女两性),却一概使用“他”字,而没有像台湾等地的刑法那样使用中性的“行为人”或“其”这样

的表述,也值得改进。

## 七、从个人刑法转向个人与单位并列的刑法

从新中国成立到1979年第一部刑法典的颁行,中国刑事立法对单位犯罪一直是持否定态度的。随着经济体制改革和对外开放,中国经济所有制关系发生了显著的变化,一是出现了个体企业、私营企业、合资企业、合作企业、外商独资企业等公有制之外的多种所有制经济形式,二是原来的国有企业也从政企不分到政企分开,成了相对独立的经济实体,利益驱动使这些单位的违法犯罪活动也日趋严重,用刑法手段来规制的呼声日益高涨。1987年,《中华人民共和国海关法》第一次把单位规定为走私罪的主体,开创了我国惩治单位犯罪的先河。此后,中国立法机关相继在一系列单行刑法和附属刑法当中规定了将近50个单位犯罪的罪名。1997年的新刑法典在基本吸收了这些罪名之外,又增加了一些新的单位犯罪罪名。据统计,我国现在全部刑法罪名大约有440个,其中单位犯罪罪名约140个,占大约三分之一。有人统计,这个面比起英美法系的国家来,单位犯罪的面还算小,还会继续增加。

单位犯罪是中国经济发展过程中为解决突出的单位犯罪现实问题而迅速规定在刑法中的,其理论准备并不充分。比如关于单位犯罪的刑事责任的法理基础到底是什么,与刑法中传统的个人责任理论有无冲突?国家机关能否成为单位犯罪的主体?前几年就出现了法院被作为单位犯罪的主体而受到起诉的案例,最后在最高司法机关的介入下,检察机关撤回起诉,改为起诉个人,这个案例引起刑法学界对刑法中规定单位犯罪的主体范围的反思。我注意到《美国模范刑法典》在设计法人犯罪时的规定:

2005年,我国台湾地区“立法院”以现在情势下军人婚姻生活与安全保障没有必然关系为由,废除了《军人婚姻条例》,现役军人婚姻事项回归普通民法规范,而破坏军人婚姻事项则回归普通刑法规范,从而废除了对军人婚姻的特殊民事和刑事保护。参见张群:“国共两党军婚立法的比较及其启示”,载“中国法学网”。

美国的法人犯罪成立范围在当今世界各国刑法中是最广的,“除了杀人和强奸等明显只能由自然人实施的犯罪外,法人可能为其他任何犯罪负刑事责任。”See V. S. Khanna Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?, 109 Harv. L. Rev. 1477 (May 1996).

即使像美国这样承认法人犯罪的历史已经超过150年的国家,其法学界对法人应承担刑事责任、法人承担刑事责任的根据是什么等问题仍然至今存在激烈争议。有学者就指出:《模范刑法典》对法人犯罪的规定,更多的只是回应了社会公众要求规制法人行为的呼声。也许在民事执行技术没有得到发展的时期,法人刑事责任具有必要性;但在民事执行技术已经得到改进的今天,法人民事责任具有与法人刑事责任同等的威慑作用,应当以法人民事责任取代法人刑事责任。See V. S. Khanna Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?, 109 Harv. L. Rev. 1477 (May 1996).

“‘法人’不包括执行政府计划的政府机构或者为执行政府计划而由政府机构设置的实体”,觉得这样一种思路比较合理,因此,我国刑法应当考虑予以修正,将单位犯罪的主体限定在公司和企业,而将国家机关排除在外。

再有,就是传统的刑法理论都是以自然人为本位的,比如我们说一般主体和特殊主体,这里的特殊主体也就是所谓的身份犯,即要求行为人有特定的身份。但现在有人著书立说,把单位可以构成某罪主体的称为特殊主体,这就混淆了区分的标准。假如我们把一般主体和特殊主体的区分引到单位犯罪中来,则正确的说法应当是:所有单位都可以构成某罪主体的为一般主体,只有某些特殊的单位才能构成某罪主体的为特殊主体。此外,象刑法中关于自然人犯罪的自首、立功等制度,能否适用于单位?如何适用?这些都需要刑法理论作出回应,可以说这方面也是中国刑法学下一步发展的一个重要知识增长点。

## 八、从刑罚之单轨制转向刑罚与保安处分之双轨制

1979年刑法对保安处分几乎没有什么关注,这与当时的社会背景有一定的关系:在计划经济条件下,国家权力深入到社会的每一个角落,吸毒、卖淫嫖娼等社会丑恶现象自1949年新中国成立后即被禁绝。但随着改革开放政策的实施,社会活力和人的自由度加大,传统的“单位人”向“社会人”转换。作为社会发展的一种辩证结果,各种社会丑恶现象也有了死灰复燃的机会。为因应治理的需要,国家相继颁布了一系列含有保安处分措施的单行法,如1990年全国人大常委会通过《关于禁毒的决定》,规定:对于吸食、注射毒品成瘾者,应予以强制治疗戒毒;如在强制戒除后,再度吸食、注射毒品者,将实行劳动教养戒毒。1991年全国人大常委会通过《关于严禁卖淫、嫖娼的决定》,规定:对卖淫嫖娼者,施以强制教育处分;如发现其患有性病,进行强制治疗。

1997年刑法修订时,曾有将保安处分措施引入

刑法体系的建议,但反对意见认为,保安处分制度易被滥用,恐对人权保障造成威胁,所以最终没有确立刑罚与保安处分之双轨制。不过,新刑法还是对保安处分给予了一些关注,如对精神病人规定“在必要的时候,由政府强制医疗”。

实践中保安处分制度还在发展,如2008年施行的《中华人民共和国禁毒法》,规定了多种新型戒毒措施,包括:社区戒毒,医疗机构戒毒,强制隔离戒毒,社区康复以及药物维持治疗等。

既然社会对保安处分有需要,而且在刑法之外各种保安处分措施也事实上零散地存在,那么如何把它们体系化,既增强其保卫社会的整体功能,又使其符合正当程序的要求,就不是一件可有可无的事情。我国立法机关目前正在针对劳动教养制度制定《违法行为矫治法》,建议扩大该法的视野,除劳动教养外,还将对精神病人的强制医疗、未达到刑事责任年龄的违法少年的收容教养、卖淫嫖娼人员的教育处分、吸毒人员的毒瘾戒除等包括进去,以形成一部与刑法典并列的《保安处分法》,从实体、程序、执行等诸环节分别予以规范。

## 九、从封闭型刑法转向开放型刑法

我国在改革开放之前很少参与缔结国际条约,但改革开放后这种局面发生了变化。例如,我国最近20多年来共缔结和加入了200多个国际公约,其中7届全国人大常委会5年间,就通过和批准了同外国缔结的公约、条约和协定40个;8届和9届全国人大常委会期间,这个数字分别是60件;10届全国人大常委会5年间,批准我国与外国缔结的条约、协定、协议和我国加入的国际条约达74件。这从一个侧面也反映了中国日益融入国际社会,并且日趋主动地参与有关国际规则的制定。在这种背景下,我国1997年新刑法第九条增加规定:对于中华人民共和国缔结或参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使管辖权的,适用本刑法。这是我国刑法从封闭走向开放的象征之一,但还不够,因为我国刑法已经明确废止了

英美国家的犯罪分为两种,一种是制定法上的犯罪,一种是普通法上的犯罪,相应地,法人犯罪也包括制定法上的法人犯罪和普通法上的法人犯罪。《模范刑法典》是制定法,在普通法中还有不同的情况,后者甚至出现一个城市被判有罪的案例,当然主要是一些违反法定义务的犯罪。

参见《法制日报》2008年7月25日的报道。

类推,确立了罪刑法定的基本原则,而国际条约对有关国际犯罪的规定往往是一种倡议性或至多是对罪名的规定,还没有见过哪个国际条约明确规定了对某种罪行的具体刑罚,这大概是因为在国际条约上能就某种行为构成犯罪达成一致已经很难,由于各国刑罚轻重、结构和种类差异很大,要达到规定具体刑罚这一步远非易事。在这种情况下,如果前述第九条不辅之以分则中的具体罪刑条款,那在实践中终究会流于形式。

现在不少国家都在其刑法中增设了有关国际犯罪的专章(集),如《西班牙刑法典》专设“侵犯国际社会罪”一集,包括“侵犯人权罪”、“灭绝种族罪”、“武装冲突中侵犯受保护的人和财产的犯罪”等章<sup>[15][21]以下</sup>,还有的国家甚至以专门的法典形式来规定国际犯罪,如德国在2002年颁行了《违反国际法的犯罪法典》,包含了灭绝种族罪、危害人类罪、战争和內战犯罪等,确立了一些不同于普通刑法的原则,如“时效的不适用”<sup>[16][10]以下</sup>。我国刑法虽然在分则的某些罪名中也能涵盖部分这些罪行,但还是不如将这些罪名明确订立并系统规定,那样既可以更加全面地打击有关国际犯罪,也能更好地展示中国刑法的开放性和对人类共同价值的尊重。应当看到,我国国内刑法与国际刑法规范不相衔接的地方已经影响到与一些国际犯罪作斗争的需要,如我国近期派出了海军护航队在亚丁湾水域抓捕海盗,一个现实问题是假如在公海上(而不是在我国的船舶上)抓到海盗后,能否直接送交我国法院审判?本来按照《联合国海洋法公约》,我国对海盗罪是可以行使普遍管辖权的,但由于我国刑法并没有规定“海盗罪”这样一个罪名,因而在法律适用上可能会遭遇难题。虽然我国刑法中有与海盗罪近似的罪名(如劫持船只、汽车罪,故意杀人罪,抢劫罪等),但这些罪名与国际法上公认的海盗罪仍然有一定的距离,覆盖不了全部的海盗行为<sup>[17]</sup>。而且,如果我们用其他罪名去行使普遍管辖权,从法律依据来说毕竟也不那么理直气壮,甚至还会导致国际社会对我国法律产生不必要的不信任感。

### 【参考文献】

- [1] 郑杭生. 中国社会大转型 [J]. 中国软科学, 1994, (1).
- [2] 列宁全集(第43卷) [M]. 北京: 人民出版社, 1987.
- [3] 薛瑞麟. 俄罗斯刑法研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [4] 胡云腾. 死刑通论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1995.
- [5] 赵建文. 国际人权宪章与法治国家建设 [EB/OL]. http: www. iolaw. org. cn/showNews. asp? id = 18283, 2009 - 5 - 30.
- [6] 姚贝. 没收财产刑研究 [D]. 北京: 中国政法大学, 2009.
- [7] 陈兴良. 从政治刑法到市民刑法 [J]. 刑事法评论, 1997, 1.
- [8] 李海东. 刑法原理入门(犯罪论基础) [M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [9] 许道敏. 民权刑法论 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2003.
- [10] 陈泽宪. 罪刑法定原则的立法缺陷与司法误区 [C]. 刑事法前沿(第三卷). 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006.
- [11] 崔敏. 死刑考论 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2008.
- [12] 刘仁文. 宽严相济刑事政策研究 [J]. 当代法学, 2008, (1).
- [13] 姚建龙. 论刑法的民法化 [J]. 华东政法学院学报, 2001, (4).
- [14] 高铭暄, 赵秉志主编. 新中国刑法学研究 50年 [M]. 北京: 中国方正出版社, 2000.
- [15] 潘灯译. 西班牙刑法典 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [16] (德) 格哈德·韦勒. 国际刑法学原理 [M]. 王世洲, 译. 北京: 商务印书馆, 2009.
- [17] 黄立. 我国刑法与国际刑法的衔接——以海盗罪为研究样本 [J]. 法学杂志, 2009, (4).

【责任编辑 王治国 责任校对 王景周】

这是一个在其他国家和地区的刑法中常见的罪名,我国没有规定该罪名的根源可能在于改革开放之前我国并没有经常性的航海,因而感受不到海盗的现实危害。1979年刑法甚至连“劫持船只、汽车罪”这样的罪名都没有(那时国内这种现象也很罕见),1997年新刑法才增加了这个罪名。