



## 试论我国刑法改革的几个问题

高铭暄

1996年3月17日，第八届全国人大第四次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》，以其巨大的改革力度和雄健的前进步伐，赢得了国内外热烈的反响和广泛的好评。刑法和刑事诉讼法同属刑事基本法，二者互为表里，相辅相成。刑事诉讼法进一步走向现代化、民主化、科学化的改革实践，将为刑法的改革提供范例，成为推进刑法改革的一股强劲动力。刑法也应以此为契机，努力探求自己的改革使命，加快改革步伐，以适应社会主义市场经济发展的需要，更好地为贯彻依法治国，建设社会主义法制国家的伟大战略方针服务。下面仅就刑法改革中涉及的几个问题，谈一些个人的想法和意见。

### 一、关于罪刑法定原则的确立

罪刑法定原则是历经数百年历史的考验、至今仍被世界各国刑法奉为最基本原则的一项法治原则。罪刑法定原则的涵意就是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。罪刑法定原则一方面昭告了统治阶级依法治国、依法惩处犯罪的决心和意志；另一方面，也是基于保障人权的需要对司法权的行使作了一定的限制。所以，罪刑法定原则是国家维护社会秩序和保障公民合法权利的结晶，是刑事领域国家权力和公民权利的高度统一。

新中国刑法对罪刑法定原则未作明文规定。但我国刑法学界多数人认为，我国刑法是以罪刑法定原则为基础的，也即罪刑法定原则是我国刑法的一项基本原则。因为，我国刑法对于什么是犯罪，有哪些犯罪，各种犯罪的构成条件是什么，有哪些刑种，各个刑种如何适用，以及各种具体罪的具体量刑幅度等，基本上都有明文规定，当然，由于我国《刑法》第79条根据立法当时的实际情况规定有类推制度，尽管对适用类推的条件作了极严格的限制，十几年来适用类推定罪量刑的案件也极少，但这毕竟是与罪刑法定原则不一致，所以，不能说我国刑法体现的罪刑法定原则是完全的，只能说是基本上实行了罪刑法定原则。

为了使基本上实行罪刑法定原则走向完全实行罪刑法定原则，笔者认为，在未来的刑法典中应当明确规定罪刑法定原则，并取消原《刑法》第79条规定的类推制度。规定罪刑法定原则的条文可以考虑作如下表述：对于行为时法律没有明文规定为犯罪的行为，不得定罪处罚。这样的规定，自然就是对类推制度的一种彻底的否定。刑法规定罪刑法定原则，废除类推制度，有着重大的意义：其一，直接表明在刑法领域内坚持依法治国，建设社会主义法制国家的战略方针；其二，在坚决与犯罪作斗争的同时，更全面地保护公民的合法权益不受侵犯；其三，适应国际上的进步潮流，更好地体现我国刑法的民主性和进步性，提高我国刑事法治的国际威望。

当然，规定罪刑法定原则之后也可能带来一点负面效应：将来遇到危害社会的行为而刑法无明文规定的，司法机关将不能对之定罪处罚。这也是少数坚持不废除类推制度的同志所顾虑的。其实，这是任何实行罪刑法定原则的国家都会同样遇到的问题。救济之道只能是总结经验，通过立法上的修改补充加以解决。综观我国《刑法》公布施行16年来的立法经验，最高权力机关已制定了24个单行刑事法律，并在80多个非刑事法律中设置刑事责任条款，对《刑法》作了大量的修改，光是增设的罪名，就有130多个（选择式罪名按一罪计），超过了《刑法》原规定的罪名总数。这些罪名囊括了社会生活特别是社会经济领域所发生的各种各样危害社会的行为，可以说相当完备、相当周密。再加上吸收立法建议所预置的某些尚未公布

的罪名，未来的刑法典至少在严重的罪行上已无法可依之虞。至于有个别不严重的“罪”因始料不及而暂时漏网，比起罪刑法定原则所具有的巨大价值而言，实在是一个微不足道的代价。我们不能因噎废食，因小失大。

也有人赞成废除类推制度，但不赞成在刑法中明文规定罪刑法定原则，笔者认为这是难以自圆其说的。废除类推，就意味着实行罪刑法定，实行罪刑法定，就应当在法律上明确加以宣示，这不仅收到法治思想原则的宣传教育效果，而且对于实际指导刑事立法、司法工作，促进刑事立法内容和技术上的完善，强化刑事司法人员的法治意识，乃至规范刑事司法解释等，都有不容忽视的重大意义。

在刑法上确立罪刑法定原则，除了废除类推制度外，还要求在刑法溯及力问题上坚持原《刑法》第9条所体现的从旧兼从轻原则。从旧兼从轻，是罪刑法定原则的必然要求，因为罪刑法定原则是禁止重法溯及既往的。在80年代初，我国有个别单行刑事法律没有考虑罪刑法定原则的内在要求，在溯及力问题上采取从新或有条件从新的原则，这种做法实际效果并不好，在未来刑法典中应予防止，使之不再发生。

## 二、关于单位犯罪的立法完善

自从1987年《中华人民共和国海关法》规定单位可以成为走私罪的主体，从而开创了我国刑法中单位犯罪的先例以来，至今已经有12个单行刑事法律及个别非刑事法律如《铁路法》，分别作出了有关单位犯罪的规定。我国刑法从不规定单位犯罪到规定单位犯罪，这在犯罪和刑事责任问题上无疑是一个重大的突破，也是对法人能否成为犯罪主体这场在我国一度比较热门的学术争论从立法上作出了明确的回答。现在的实际问题是，法律上规定的单位犯罪的罪种不少(约有50多个)，而司法实践中判定单位犯罪的案例却极其鲜见。这一巨大反差到底是怎么形成的?值得深入调查研究。但至少说明一点：我国立法对单位犯罪的规定还是不够完善。笔者认为，要想将单位犯罪纳入法制化的轨道，运用刑罚手段加以惩治，至少要解决以下几个问题：

首先，要对单位犯罪加以明确界定。单位犯罪比法人犯罪的外延要宽。单位既有法人单位，也有非法人单位，包括法人的分支机构以及某些经济实体等。现行刑事立法上使用的称谓都是单位犯罪而不是法人犯罪，如果在未来的刑法典中仍沿用单位犯罪的称谓，就应对“单位”一词作出较为明确的解释。所谓单位犯罪，应当具备以下特征：其一，犯罪必须是以单位名义实施的；其二，犯罪所追求的是本单位的不法利益；其三，犯罪是由本单位的领导集体或其负责人代表本单位策划决定的。只有将这几个特征加以结合，才能构成单位犯罪。因此，所谓单位犯罪，也就是指单位的法定代表人、负责人、代理人为了本单位的不法利益而以本单位名义决定实施的犯罪。

其次，要对单位犯罪的罪种范围加以限制。单位不能成为一切犯罪的主体。传统上所谓“自然犯”，如杀人、伤害、强奸、抢劫、放火等罪，不可能有单位犯罪。过失犯罪也不应当有单位犯罪。《铁路法》第60条规定单位也可以犯《刑法》第115条规定的违反危险物品管理规定肇事罪(属过失犯罪)，恐怕值得研究。单位犯罪只宜限定为经济犯罪和妨害社会管理秩序罪中的某些犯罪以及贪利性的渎职罪。

第三，对单位犯罪一律采取“双罚制”：既对单位处罚金，同时追究直接责任人员的刑事责任。对单位犯罪的数额起点可高于自然人犯罪的数额起点；但对单位中直接责任人员刑事责任的标准应与自然人犯该种罪的刑事责任持平。

第四，对单位犯罪应采用总则与分则相结合的立法模式：在分则有关罪种中具体规定单位犯罪应处的刑罚(双罚制)；并在总则中对单位犯罪及其处罚作出一般指导性的规定。

最后，对单位犯罪如何追究刑事责任，应当在刑事诉讼法上作出相应的规定。当前，关于单位如何作为犯罪嫌疑人、被告人，如何行使辩护权，对犯罪的单位可以采取哪些强制措施等等，在修正后的刑事诉讼法中都没有规定。如果没有刑事诉讼程序上的配合，仅有实体法上的规定，势必无法贯彻落实。当前，实体法规定的单位犯罪相当多而实际判处单位犯罪的案例却极少，这恐怕是问题的症结所在。

## 三、关于死刑的缩减和限制

死刑是剥夺生命的刑罚，是刑罚体系中性质最为严厉的一个刑种。自从近代刑法学创始人贝卡里亚在1764年的《论犯罪与刑罚》一书中首倡废除死刑以来，关于死刑的存废问题曾在世界范围内掀起过多次争论的热潮。尽管如此，但至今在全世界绝大多数国家中仍保留着死刑。在我国，不存在死刑存废的争论，但对死刑的适用是多些好还是少些好，应否加以必要的严格的限制，应否采取切实有效的措施大力减少死刑的适用，在认识上还是很不一的。关于死刑的适用，毛泽东同志有过精辟的指示：“杀人要少，但是决不废除死刑”；“必须坚持少杀，严禁乱杀”。这就是我们党对待死刑的坚定不移的政策。建国以来，为了坚持“少杀”政策，党和国家作了一系列的明确规定。例如：“凡介在可杀可不杀之间的人一定不要杀，如果杀了就是犯错误”；对于没有血债、民愤不大和虽然严重地损害国家利益但尚未达到最严重的程度、而又罪该处死者，应当采取判处死刑，缓期二年执行，强迫劳动，以观后效的政策，等

等。实践证明，这些规定是完全正确的。在保留死刑的前提下尽量少处死刑，不仅可以获得社会的同情，有利于分化瓦解敌人，有利于争取教育罪犯的家属子女，而且可以保存一批劳动力为社会创造财富，还可以保留一批活证据，有利于持续深入地开展同犯罪的斗争。1979年《刑法》对行之有效的“少杀”政策坚决加以贯彻，对死刑的适用作了严格的限制。刑法总则规定：“死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子”。

“犯罪的时候不满18岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑”。同时，还严格规定了死刑核准程序，并继续保留了我国独创的“死缓”制度。这样就从立法的指导原则上为“少杀”政策的贯彻落实提供了保证。刑法分则贯彻总则的精神，对可处死刑的罪种作了极其慎重的选择确定。分则条文中规定可处死刑的罪种仅有28个，其中有15个是反革命罪，如叛国罪、阴谋颠覆政府罪、持械聚众叛乱罪、间谍罪等，大部分是虚置的，备而不用或极少适用；13个属于普通刑事犯罪，如故意杀人罪、放火罪、爆炸罪、强奸罪、抢劫罪、贪污罪等。这些罪挂死刑，在实践中有所适用。其后，由于加强同严重破坏经济和严重危害社会治安的犯罪分子作斗争，国家立法机关先后通过一系列单行刑事法律，使可处死刑的罪种不断增加。至今已有66个罪种(选择式罪名以一罪计)在法律上规定可处死刑，为《刑法》原规定可处死刑罪种数的2.4倍，约占全部现行刑法(含特别刑法)罪种数的37%。这是一个令人震惊的数字，不仅在建国以来的刑法史上是空前的，而且在当代世界保留死刑的各国刑法中也是名列前茅的。人民民主专政需要有死刑，我们决不废除死刑；但人民民主专政也需要“少杀”政策，我们决不能靠杀人来统治。死刑通过肉体消灭有彻底剥夺犯罪人再犯罪能力的功能；也有威慑、震慑社会上尚未归案的严重罪犯及潜在犯罪人的作用；此外，它也有平息民愤、安抚被害人或者其亲属激愤复仇情绪的优点。但是，除了第一项功能外，其他这些功能和作用都是相对的，不宜加以夸大，更不能绝对化。必须看到，死刑也有其消极的方面：剥夺一个人的生命，本来在强迫劳动下可以作为创造社会财富的劳动力，现在化为乌有了，这是不经济的；判处死刑，给罪犯的亲属带来极大的痛苦和刺激，在他们心中易于埋下对政府不满甚至仇恨的种子，成为社会上的消极抗拒力量，死刑越多，树敌就越多，特别是对独生子女判处死刑，这个问题尤其显得突出；再者，死刑一旦用错了，就会造成不可挽回的损失，对死者的亲属更是雪上加霜；死刑过多，也有损国家的形象，特别是当今世界各国刑法改革的潮流是刑罚趋于轻缓，而我们保留过多的死刑，形成强烈的反差，使人评头品足，望而生畏，这对社会主义制度的优越性的发挥无疑形成阻力。所以对死刑应该一分为二：既要看到它作为专政工具的凌厉作用，决不能妄加废除；又要看到它的作用是有限的、相对的，适用一定要慎之又慎，只对极少数罪大恶极、实在非动用这种极刑不可的才动用这种极刑。总之，还是要贯彻坚持少杀、严禁滥杀、防止错杀的政策，把死刑的适用最大限度地加以缩减和限制。

在将来的刑法典中，对死刑的设置和限制应该有大的动作。一方面，重申现行《刑法》总则中有关的规定：其一，死刑只适用于罪大恶极的犯罪分子，并对“罪大恶极”具体表述为是指“犯罪性质和后果特别严重，而且犯罪人主观恶性特别巨大”的情形。其二，死刑不适用于犯罪的时候不满18岁的人和追诉审判的时候怀孕的妇女，删去关于对已满16岁不满18岁的人可以适用“死缓”的规定。其三，死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。建议将1980年以来先后下放的部分死刑核准权，一律予以收回，让最高审判机关来把死刑关，可以统一平衡适用死刑的标准，避免高级法院上诉审和复核审合二为一的流弊，保证“杀人”质量，从而有效地贯彻“少杀”政策。顺便指出，在封建社会，有些人命关天的案件连皇帝都要过问。如唐代对即决(立即处决)之囚，均行三复奏的制度。明代、清代所谓朝审、秋审，也都是中央司法衙门如刑部等经手参办的。资本主义国家一般实行三审终审制，死刑案件都可上诉至最高法院；我们是社会主义国家，更加重视人的生存权(包括集体生存权和个人生存权)，死刑案件由最高人民法院判决或核准是顺理成章、天经地义的。对部分死刑核准权下放，只能是权宜之计，不可成为长久之规，否则《刑事诉讼法》和《刑法》关于“死刑由最高人民法院核准”的规定岂非形同具文！其四，继续保留并完善死刑缓期执行制度，原则上与修改后的《刑事诉讼法》第210条保持一致。另一方面，在分则条文中要对挂死刑的罪种做出审慎的筛选。死刑主要适用于危害国家安全、危害国防、危害公共安全、使用暴力严重侵犯人身权利和财产权利的某些故意犯罪以及重大的毒品犯罪和贪利型渎职犯罪。对于非暴力性的财产犯罪和经济犯罪，原则上不挂死刑。只有这样，才能在罪种上把死刑大大压缩下来，而且这样做与国际通例也是吻合的。因为财产权利、经济利益与人的生命是不等价的。用死刑的方法来维护财产权利、经济利益，不仅有悖罪刑相适应的原则，而且其收效也是甚微的。

#### 四、关于罚金刑的扩大适用

罚金是一种财产刑，是强制犯罪分子向国家缴纳一定数额货币的刑罚方法。我国《刑法》分则规定可以判处罚金的有20个条文，主要适用于贪财图利的犯罪，如投机倒把罪，假冒商标罪，盗伐、滥伐林木罪等；同时也适用于少数妨害社会管理秩序的犯罪，如妨害公务罪，赌博罪，窝赃、销赃罪等。近年来，随着加强同经济犯罪作斗争的需要，以及承认单位可以成为某些犯罪的主体，单行刑事法律中规定罚金的条

文已呈显著增加之势。据统计，新设可处罚金的条文已达85条之多，为《刑法》原设可处罚金的条文数的4.25倍。诸如走私犯罪，毒品犯罪，淫秽物品犯罪，拐卖、绑架妇女、儿童犯罪，卖淫嫖娼方面犯罪，偷税抗税犯罪，假冒注册商标犯罪，生产、销售伪劣商品犯罪，组织、运送他人偷越国(边)境犯罪，侵犯著作权犯罪，违反公司法犯罪，破坏金融秩序犯罪以及虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪等，都有关于适用罚金的规定。罚金刑适用规定的增加，反映了维护社会主义市场经济秩序和社会管理秩序的迫切需要，也表明罚金刑是对付经济犯罪，妨害社会管理秩序犯罪以及其中所包括的单位犯罪的有效方法。判处罚金刑，对于国家来说无疑具有极佳的经济性；同时对于谋取非法经济利益的犯罪人也是一剂苦药，给予他们一定的金钱上的剥夺，可使他们在经济上不仅捞不到便宜，而且有可能丧失再犯罪的“资本”。因此，罚金刑也具有重要的预防犯罪的作用，对其价值不可低估。

当然，我国现行刑法规定的罚金刑，绝大多数是“并处”，即附加于自由刑适用，而较少规定“单处”，即独立适用。这一点在未来的刑法典中确有改进的必要。罚金固然主要适用于像经济犯罪等性质的犯罪，但与此同时，由于罚金的数额幅度伸缩性很大，又可以其适当的数额幅度适用于情节较轻的犯罪。笔者认为，凡是挂拘役的法定刑中，一般都可考虑增设单处罚金作为供选择的刑种，这样可以使拘役有所分流，既可以少关一些人，减少自由刑场所的开支，同时也可以避免在某种场合下短期自由刑所带来的交叉感染的弊端。有人主张把罚金提升为主刑，以便强化罚金刑的功能和扩大罚金的适用范围。这固然也有其合理性，不过这涉及对主刑概念的重新界定，即主刑也可附加适用。是否有这个大转弯的必要？况且这种意见的宗旨，是要把以自由刑为中心的刑罚体系改造成为以自由刑和罚金并立为中心的刑罚体系，这在我国当前是否现实可行，也是值得研究的。维持罚金作为附加刑的地位，但在立法上注意增设“单处”的机会，这样是否更简便可行？效果更好些？笔者是倾向于这种做法的。

关于罚金的数额问题，现行刑法的立法模式不太统一。1979年《刑法》和其后相当一段时间内公布施行的一批单行刑事法律不指明数额；从1991年9月4日《关于严禁卖淫嫖娼的决定》和《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》开始，才有了具体数额的规定(指明上限或指明上下限)。其后有的有数额，有的仍无数额；有的采取比例罚金制(如并处偷税数额5倍以下罚金，并处虚报注册资本金额10%以下罚金等)，当然比例罚金制也表示一种数额。在未来的刑法典中应取消无数额的规定。至于具体数额，罚金制和比例罚金制都可继续采取。对罚金的数额规定，应采取总则和分则相结合的方式：总则规定下限，即不得低于多少；分则规定上限。罚金的数额反映在罪种上，对经济犯罪和非经济犯罪应有较大区别；反映在刑事责任主体上，对单位犯罪和自然人犯罪也应有所不同。

### 五、关于三个“口袋罪”的分解

现行刑法中有三个被认为是“口袋式”的犯罪，罪状简略，而包容甚多，有人形容其“像个大口袋，什么都往里面塞”，这就是指的投机倒把罪、流氓罪和玩忽职守罪。对这三种罪，在修订新的刑法典时应采取分解罪名、充实罪状的方法予以解决。

#### (一)关于投机倒把罪

投机倒把罪是计划经济体制下的产物。从市场经济观点看来，这个罪名本身就是不科学的。因为市场经济条件下允许某种投机(如证券市场的买进卖出就要看准机会)，也允许某种倒把(如长途贩运以及某种中介服务)，所以，这个罪名对市场经济来说是名不正言不顺，应当予以取消。当然，这个罪名所包含的有些内容，是社会主义市场经济公平、有序进行所必需的，故仍应保留。实际上，最近几年公布实施的一些单行刑事法律，已将这种罪中的某些内容剥离出来，另立为犯罪，如生产、销售伪劣商品的犯罪，侵犯著作权的犯罪，虚开、伪造和非法出售增值税专用发票的犯罪等。剩下的内容已残缺不全也不多了，所以，不必再以不科学的投机倒把罪称谓，而经过梳理，可分别规定为非法经营罪、扰乱市场罪、非法出版罪等。

#### (二)关于流氓罪

现行《刑法》第160条规定的流氓罪，罪状中列举了“聚众斗殴”、“寻衅滋事”、“侮辱妇女”三种行为方式，此外还保留了一个“或者进行其他流氓活动”的模糊用词，遂使这种罪成了一“大口袋”，人为地把一些仅有下流作风的一些行为也网罗进去，这不利于人民内部矛盾的正确处理。因此，对这个罪也可考虑予以分解：比如，分别规定为聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、强制猥亵罪、聚众淫乱罪等。

“侮辱妇女”与侵犯人身权利罪中的侮辱罪很难区别，可不再列入。

#### (三)关于玩忽职守罪

现行《刑法》第187条规定的玩忽职守罪，本来主体仅限于国家工作人员，主观方面应属于犯罪过失。但由于条文对“玩忽职守”客观行为未加描述，加之刑法中应规定滥用职权等罪而未加规定，因此实践中经常把一些属于滥用职权、超越职权或者故意放弃职责的行为，也依照或比照《刑法》第187条玩忽

职守罪来追究刑事责任。例如，1984年《森林法》第35条规定：“违反本法规定，超过批准的年采伐限额发放林木采伐许可证或者超越职权发放林木采伐许可证……情节严重，致使森林遭受严重破坏的，对直接责任人员依照《刑法》第187条的规定追究刑事责任。”1991年《未成年人保护法》第52条第6款规定：

“明知校舍有倒塌的危险而不采取措施，致使校舍倒塌，造成伤亡的，依照刑法第187条的规定追究刑事责任。”1982年通过、经1991年修改的《文物保护法》第31条第2款规定：“全民所有制博物馆、图书馆等单位将文物藏品出售或者私自赠送给非全民所有制单位或者个人的，对主管人员和直接责任人员比照刑法第187条的规定追究刑事责任。”第3款规定：“国家工作人员滥用职权，……造成珍贵文物损毁的，比照刑法第187条的规定追究刑事责任。”从上述引证的规定可以看出，明明是滥用职权、超越职权或者故意放弃职责的行为，但都一概依照或者比照《刑法》第187条玩忽职守罪来追究刑事责任，这样便使玩忽职守罪也成了一个大口袋”。从司法实践来看也是如此。1987年8月30日最高人民检察院《关于正确认定和处理玩忽职守罪的若干意见(试行)》，列举玩忽职守行为的表现形式多达13个方面、64种。其中不少讲的是滥用职权，擅自行动，超越职权，超越批准(或审批)权限，拒不办理应办的业务等，但一概纳入玩忽职守名下。由此可见，无论是立法规定还是司法实践，都没有使玩忽职守罪保持一个清晰的状态。这种情况在未来的刑法典中应力求避免。笔者认为，在渎职罪中，除了玩忽职守罪以外，还应增加滥用职权罪、逾越职权罪、故意放弃职责罪等罪名。上述这些罪名在行为的客观表现上是不同的，罪过形式也是有区别的。把行为方式和罪过形式分析清楚，在立法上对罪名一一作出明确的界定，就不会使玩忽职守罪显得臃肿膨胀，将有利于加强同渎职犯罪作斗争。

(原载《中国法学》1996年第5期)

(作者系北师大刑科院名誉院长、特聘顾问教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会名誉会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席，中国人民大学荣誉教授)

更新日期：2006-7-24

阅读次数：315

上篇文章：刑事立法方法论及其在刑法完善中的运用

下篇文章：论加入WTO之后中国刑事法的符合性

 打印 |  关闭

 TOP