

目 录

理论前沿

改革开放 30 年的刑事法治建设·····	赵秉志	3
现代刑事法治是和谐社会的基本保障·····	赵秉志	6
刑法改革的趋向·····	赵秉志	11
再说刑事一体化·····	储槐植	13
确立未成年人前科消灭制度难点及对策 ·····	赵秉志 彭新林	16
刑法学研究的逻辑起点·····	曾粤兴	20
法定犯及其社会危害性的认定·····	黄晓亮	25
刑事准判例之构建 ——基于《刑事审判参考》刊载案例的分析 ·····	喻海松 郑延谱	31
美国废除未成年人死刑的三个原因·····	刘 科	35

热点研讨

大力推进依法治国进程·····	高铭暄	41
改革开放 30 年我国刑法建设的成就与展望·····	赵秉志	43
刑法修正案（七）：1997 年刑法的一次全面升级 ·····	赵秉志 彭新林	50

从立法完善视角审视侵犯公民个人信息安全犯罪	赵秉志 王东阳	53
从刑法角度看非法鉴定胎儿性别和人工终止妊娠	赵秉志	59
立足本国应对国际商业贿赂犯罪	赵秉志	64
死刑核准权的法律冲突	卢建平	66
最高人民法院《5·27通知》解读	卢建平	70
完善食品安全的刑法保护	卢建平	72
新刑法施行10年来立法分析.....	李希慧	74
《意见》满足了司法实务中适用法律的需要	王秀梅	80
暂缓判决决定的法律思考	左坚卫	83
检察机关应全程调查广州开枪事件	毛立新	88
“刑讯逼供”新界定的亮点与难点	毛立新	90

立法建言

对未成年人犯罪处罚措施的完善 ——基于国际人权法视角的考察	高铭暄 张杰	95
中国死刑制度立法改革的思考	赵秉志	100
对《刑法修正案（七）（草案）》的几点看法 ...	赵秉志	103
禁赌法律机制仍需完善	赵秉志 成磊	108
遏制恐怖活动犯罪的法治对策	赵秉志	110
中国著作权刑法保护的立法完善	赵秉志	113
受贿罪不能有“起步价”	卢建平	117
应全方位修改与完善我国死刑立法	李希慧	120
吸毒非罪化的再思考	王秀梅	122
犯罪预备行为可罚性的思考	王志祥	126

加大知识产权的刑事法律保护力度	刘 科	130
保险诈骗罪罪状规定不尽合理	魏昌东 胥 宁	132
批准“民权公约”没有不可逾越的障碍	毛立新	135
老年人犯罪刑事责任的立法思考	徐光华 郭晓红	137

实务解析

未成年人刑事案件最新司法解释第六条解读	赵秉志 周国良	145
侵犯著作权犯罪中“违法所得”指全部所得	李希慧	149
“得非所愿”，对受贿人如何定罪量刑	袁 彬	154
如何认定新型信用卡犯罪	魏昌东 胥 宁	159
虚开增值税专用发票罪加重处罚条款的理解与适用	魏昌东 严国强	164

案件直击

许霆案尘埃落定后的法理思考	赵秉志	171
郑筱萸案若干法律问题的思考	赵秉志	176
略谈杨佳案件的刑法问题	赵秉志	179
被胁迫杀人可认定为“犯罪情节轻微”	李希慧	182
致人死亡是犯罪还是意外事件	刘广三	185
受托存款时窃取存款的行为应认定为何罪	王志祥	189
多人欲共同实施强奸而仅有一人得逞的处理	王志祥	192
河道管理职责仅以法定义务为限	阴建峰	196
对不同种有期徒刑应如何数罪并罚	袁 彬	200

犯罪学

- 有效治理安全责任事故犯罪的思考 赵秉志 彭新林 205
- 国际腐败犯罪预防制度的三个发展方向 刘广三 208
- 转型时期“寻租型”职务犯罪控制对策
..... 魏昌东 严国强 211
- 建立健全防范问题官员外逃的预警机制
——从杨湘洪出国考察滞留不归事件说“亡羊补牢”
..... 陈 雷 216

刑事政策

- 多维度确立应对黑社会性质组织犯罪的刑事政策
..... 赵秉志 223
- 刑事政策与刑法关系的历史演变 卢建平 228
- 宽严相济：贯穿于刑事诉讼全过程 宋英辉 230
- “轻轻重重”应成为一项长期的刑事政策
..... 李希慧 杜国强 贾继东 238
- 宽严相济刑事政策在检察工作中的运用
..... 刘广三 杨 雄 243

刑事程序

- 刑事诉讼法：哪些地方需要完善？ 宋英辉 罗海敏 251
- 解取保候审困局需要新思路 宋英辉 256
- 完善审判公开工作的着力点 宋英辉 259
- 巢湖学生蒙冤事件的法治思考 宋英辉 262
- “自诉变公诉”是滥用公权力 毛立新 265

“诱惑反贪”制需防权力滥用 毛立新 267

刑事执行

论未成年犯罪人社区矫正的科学性 吴宗宪 273

保安处分制度应率先引入我国少年刑事司法领域
..... 王秀梅 277

国际刑法

国际刑事法院：能否一碗水端平？ 黄 风 283

引渡合作：摸索各种可能性 黄 风 286

关于境外追逃的若干问题研究 黄 风 289

并非必须有引渡条约才能“遣返”贪官 王秀梅 293

从高山携 10 亿元巨款外逃案透视中国和加拿大
刑事司法国际合作 陈 雷 297

反腐败国际合作中用民事诉讼手段追赃
需注意五个问题 陈 雷 302

藤森引渡案提供了什么新启示 陈 雷 307

贪官，逃到美国也得服罪
——从“开平案”两主犯在美国被定罪看中美司法合作
..... 陈雷 312

量刑承诺是死刑不引渡原则的变通 陈 雷 317

《罗马规约》与未成年人犯罪 张 磊 320

信息播报

寻求版权保护的平衡点
——“内地与香港侵犯版权刑法论坛”撷英 ... 赵秉志 327

刑罚价值、死刑问题持续受关注

——中国刑法学研究年度回顾与展望	赵秉志	332
宽严相济与和谐社会		
——“以检察实践为主要视角”理论研讨会综述	卢建平 郭理蓉	335
中国刑事法治的现代化	刘志伟 张亮	340
联合国公约与中国刑事法治的对接	左坚卫	344
死刑改革的全球考察	阴建峰 马晓炜	349
当代国际刑法新视野	郑延谱	353

法学教育

为繁荣我国高等法学教育事业增添力量	赵秉志	361
体制创新		
——法学教育事业跨越式发展的动力	赵秉志	363
刑事法治要走向实践	赵秉志	367
诊所式法律职业道德教育方兴未艾	阴建峰	370

人物

高铭暄刑法立法思想要览	赵秉志 彭凤莲	375	
一位法学教授的人生起伏			
——马克昌教授访谈录	廖明	378	
王作富刑法立法思想要览	胡云腾 刘科	389	
人生何处不选择			
——赵秉志教授访谈录	楚卫	392	
刑事一体化理念之弘扬暨恭贺储槐植教授 75华诞学术座谈会在京举行			407

深情的回忆	赵秉志	408
学术的启发	高铭暄	414

新书点评

让悲剧谢幕

——评《国际刑事审判案例与学理分析》	高铭暄	419
--------------------------	-----	-----

察之贵精 拟之贵似

——简评《美国刑法规则与实证解析》一书 ...	赵秉志	422
-------------------------	-----	-----

死刑改革研究新境域

——《死刑改革探索》评介	彭新林 李慧织	425
--------------------	---------	-----

域外札记

域外求法札记	卢建平	431
我在法兰西学院听课	卢建平	434
“与众不同”是一种权利	卢建平	437
在德意志邂逅“另类”文明	王秀梅	440
瓜达拉哈拉：阿兹台克文化一瞥	王秀梅	444
伏尔加河的流水，伏尔加格勒的鲜血	王秀梅	447
历史的迷雾：易北河上的佛罗伦萨	王秀梅	451

随 笔

师范与规范	卢建平	457
自杀是“罪”	王秀梅	460
拿什么纪念余祥林的母亲	毛立新	466
从袭警多发看警察“弱势”“强势”	毛立新	468
袁宏伟事件：一场狡猾霸道的“诱捕”	张 磊	471

理论前沿

改革开放 30 年的刑事法治建设

赵秉志*

刑事法治是现代法治的重要组成部分。改革开放 30 年来,我国刑事法治伴随着中国特色社会主义事业和建设社会主义法治国家的前进步伐,取得了巨大的成就,归纳起来看,主要表现在以下 5 个方面:

第一,我们确立了宽严相济的基本刑事政策。基本刑事政策是一个国家刑事法治的灵魂和总体指导方针。我们国家的基本刑事政策,经历了一个逐步发展完善的演进过程。从新民主主义革命时期的“镇压”与“宽大”两个刑事政策,到新中国成立之初的“镇压与宽大相结合的刑事政策”,再发展到 1956 年党的八大提出“惩办与宽大相结合的刑事政策”,逐渐趋于科学合理。

党的十一届三中全会之后于 1979 年通过的新中国第一部刑法,开宗明义第 1 条明确将“惩办与宽大相结合的政策”予以立法化并作为制定刑法的政策依据,使我国这项基本刑事政策树立了极大的权威。近年来,在贯彻科学发展观、构建社会主义和谐社会的环境下,党中央和中央政法领导机关在对我国以往基本刑事政策总结反思的基础上进一步发展完善,英明地提出在我国刑事法治领域应当确立“宽严相济的刑事政策”。正如中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康同志所指出:“宽严相济是我国在维护社会治安的长期实践中形成的基本刑事政策,基本含义就是针对犯罪的不同情况,区别对

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长。

待，该宽则宽、当严则严、宽严相济、罚当其罪，既不能片面强调从严，以致打击过度，也不能片面强调从宽，以致打击不力。”宽严相济是当代中国的基本刑事政策，全面贯彻落实这项基本刑事政策，有利于理性地治理犯罪，最大限度地保障人权，促进社会主义和谐社会的构建。

第二，我们建立了比较完备的刑事立法基础，形成了比较科学的刑法修改完善模式。1979年刑法作为新中国第一部刑法，与同期颁布的1979年刑事诉讼法结合起来，标志着我国刑事法制的基本具备，这部刑法也成为我国刑法进一步发展的基础。此后至1997年间，为及时适应改革开放进程中惩治与防范犯罪的需要变化，国家立法机关又先后颁布了25部单行刑法，并在107部非刑事法律中设置了附属性的刑法条款。

在此基础上系统修订并于1997年颁布的新刑法，将1979年刑法的192个条文增加到452个条文，不但修法幅度之大、涉及范围之广前所未有，而且在诸多方面进行了重大改革，取得了显著的进展，现代化、科学性大大增强，堪称新中国刑事法制现代化进程中一个崭新的里程碑。

1997年刑法颁行后10余年来，国家立法机关又根据需要颁布了两部单行刑法、6个刑法修正案和9个刑法立法解释档，建构了比较完备的刑法立法基础，为我国刑事法治提供了基本保障。

第三，我们的刑事司法工作成绩斐然。刑事司法是刑事法治的核心和关键环节，是刑事法治的生命力所在。改革开放30年来，我国各级司法机关在刑事司法工作中认真贯彻执行国家的刑事政策和刑事法律，努力提高刑事司法水平，依法查处审理了各类刑事案件近1400万起，依法惩治了各类犯罪分子，有效地保护了国家安全、社会稳定和人民群众的人身财产权益，为经济发展和社会进步营造了良好的社会环境，也显著提高了全社会的法治意识及司法的权威；最高司法机关注意运用司法解释来指导、协调和规范全国的刑事司法工作，如改革开放30年来，最高人民法院制定或参与制定的刑事司法解释和刑事司法类规范性档达440余件，这些司法解释和规范性档有力地促进了刑事司法工作，成为刑事立法发展完善的重要参考；在中

央的重大决策和国家立法的支持下，最高人民法院自 2007 年起收回了下放 20 多年的大部分死刑案件的核准权，死刑核准权统一由最高人民法院行使。经过近两年的努力，我国实现了死刑二审案件全部开庭审理和死刑复核工作的平稳过渡。

第四，我们的刑法学研究 with 高层次人才培养工作成效突出。改革开放 30 年来，我国刑法学科的高层次人才培养工作的成效也令人瞩目，刑法学科是 20 世纪 80 年代初即已建立了完整的硕士、博士学位点的主要法学学科之一，20 世纪 90 年代初又率先推行了博士后研究人员培养机制，据估计，刑法学科迄今已培养博士和博士后逾千人，培养硕士逾万人，这些高层次刑法人才今天已成为活跃在我国法律实务部门和法律教学研究机构的生力军。

第五，社会主义的现代刑事法治理念正在得到广泛认同。

例如，罪刑法定、适用刑法平等现代刑事法治理念由于刑法的明文规定、司法中的贯彻以及理论宣传研究的强调而日益深入人心，并且已成为衡量司法、评判司法的大众话语；再如，在“国家尊重和保障人权”的宪政原则及现代刑法多功能观念的指引下，我国刑事法治领域大力倡导了刑法兼具保护社会与保障人权功能的现代刑法理念，着力弘扬了刑事法治运行中人权保障的精神。

原载于《法制日报》2008 年 12 月 13 日。

现代刑事法治是和谐社会的基本保障

赵秉志*

作为现代法治的重要组成部分，现代刑事法治对于构建和谐社会具有重要的促进和保障作用，在和谐社会建设过程中不但需要刑事法治确立基本的社会秩序来“保驾护航”，而且对于建设和谐社会所取得的阶段性成果和最终目标的实现，刑事法治也将发挥重要的维系和保障作用。作为和谐社会基本价值的正义、平等、自由、安全和秩序，都是现代刑事法治的内在核心价值。现代刑事法治的终极理想与构建和谐社会的目标是高度一致的。由于刑事法治具有调整社会关系的广泛性、保护法益的重要性和违法制裁手段的特殊严厉性的特征，并且刑事法治所治理的主要问题是社会中最不和谐的现象——犯罪行为，因而刑事法治建设应当坚持科学、理性、务实的精神逐步推进。

一、公正惩治犯罪是构建和谐社会的客观需要

1. 维护社会稳定，依法惩治严重危害社会公共秩序的犯罪。社会稳定是任何类型社会谋求发展的基础。我国 20 多年来经济、社会的高速发展，在相当程度上得益于社会的基本稳定。维护社会稳定和依法有效地惩治严重危害社会公共秩序的犯罪，是构建和谐社会的的基本要求。对犯罪发展趋势客观、全面的把握是维护社会稳定的前提。当前犯罪趋势的一个显著特征就是犯罪向有组织型发展，走私、毒品、妨害风化、赌博等犯罪的组织化程度越来越高，而且国内外、境

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长。

内外犯罪组织相互勾结的情形更是日趋严重。黑社会性质组织在我国大陆地区的发展在规模和危害上都越来越使人担忧。因而坚决、有力、有效地打击严重危害社会基本秩序的犯罪是今后刑事工作的重点之一。

2. 保障人民基本利益，依法惩治严重暴力性犯罪。近些年来发生了一些严重暴力性案件，其被害人数之多、犯罪手段之残忍、犯罪动机之卑劣都令人发指，不仅严重侵害了被害人的合法权益，还严重影响了社会公众的心理，使公众对社会安全的认同大大降低。因而继续依法严惩严重暴力性犯罪，不仅是维护社会秩序的需要，还是提高公众对社会安全认同感，稳定社会心理，维护社会各项事业平稳发展的需要。

3. 保障社会可持续发展，依法惩治影响社会健康、协调发展的犯罪。社会可持续发展包括政治、经济、文化等多方面的可持续发展。目前影响我国社会可持续发展的不利因素较多，就犯罪层面而言，主要包括腐败犯罪、经济犯罪、环境犯罪、安全事故犯罪等。

(1) 腐败犯罪已经成为影响中国社会发展的最大问题之一。如何利用法治的手段，尤其是刑事法治来预防和惩治腐败，是今后相当长时间里需要认真解决的重大课题。2003年12月，《联合国反腐败公约》出台，我国政府随即签署并进入全国人大常委会批准程序。这一公约所创建的反腐败机制对于我国刑事法治具有很好的借鉴意义。对此，我们有必要结合该公约规定来完善我国相关制度，为更好地打击腐败提供法制保障。

(2) 目前我国经济发展令世人瞩目，与此相伴随，经济犯罪现象也日趋严重，尤以走私犯罪、假冒伪劣商品犯罪、金融犯罪、公司犯罪较为突出。这些类型犯罪的猖獗极大地妨碍了我国社会主义市场经济的正常发展。与传统犯罪相比，这些犯罪无论在犯罪形式、规模和危害上都有很大不同，对这些犯罪的处置是目前我国刑事法治惩治与预防相对薄弱的环节。合理利用刑罚手段打击经济犯罪，尤其危害国家经济安全的犯罪，对于保障经济可持续发展具有重要作用。

(3) 环境是社会可持续发展的物质保障，依法惩治严重危害环境资源的犯罪也是保障社会可持续发展的必然要求。

(4) 近年来,我国安全责任事故频发,人员、财产损失巨大。对于安全责任事故,不应仅仅依靠行政、经济的手段,必须坚持必要的刑罚手段打击安全责任事故犯罪,对于有效减少安全责任事故发生具有重要意义。

4. 维护国家安全,依法惩治恐怖活动犯罪和跨国、跨境犯罪。

(1) 恐怖主义已经成为当今世界和平发展和社会安定的主要敌人,恐怖活动犯罪已经成为各国刑事法治打击的主要对象之一。我国也是遭受恐怖活动犯罪危害比较严重的国家,有效打击恐怖活动犯罪对于维护国家安全具有重要意义。(2) 随着全球化的进一步深入,跨国、跨境犯罪的危害程度也日益严峻。时至今日,中国与其他国家交往的紧密程度已经超过历史上任何时期,而且中外的相互依存、相互交流还将继续拓宽和深化,加之我国有漫长的海岸线和陆路边境,我国面临的跨国、跨境犯罪在今后一段时间里仍将居高发态势,因而充分运用刑罚手段坚决打击跨国、跨境犯罪也是当前一项重要任务。

二、刑事法治中充分保障人权是构建和谐社会的内在要求

历史经验表明,刑罚是柄“双刃剑”,正确运用对社会有益,用之不当则反受其害。在建设和谐社会过程中,尤其要充分考量刑罚的功效。在发挥刑事法治的社会保障功能时,应将充分保障人权作为建设现代刑事法治的基本内容。发挥刑事法治的人权保障机能对于促进社会和谐具有重要意义。

1. 扬弃重刑主义,提倡“重重轻轻”的两极化刑事政策。

不可否认,目前在我国刑法立法和司法中都还存在着一定程度的“重刑主义”的倾向。例如,各种犯罪的法定刑档次总体上过高,这不符合我国目前政治、经济、社会和谐发展的客观需要,因此,有必要对目前我国刑事法治中存在的“重刑主义”倾向加以扭转,并推行“重重轻轻”的两极化刑事政策,即对于严重侵犯公民人身权利和严重侵害基本社会秩序的行为以较为严厉的刑罚进行惩治,而对于非暴力犯罪和无被害人的犯罪等则处以较为宽缓的刑罚。

2. 适时进行刑罚改革,使刑罚种类和刑罚制度的配置、适用与执行更加人道化、理性化。

就我国现行刑法中规定的刑罚种类和刑罚制度而言,虽然从总体上来看,大体符合现代刑事法治的基本要求,但是一些具体刑罚种类的配置方面和刑罚制度设置方面仍需要作较大幅度的调整。在刑罚种类方面,应当着重对死刑进行改革,减少死刑罪名的种类,严格死刑立即执行案件的适用条件,扩大死刑缓期执行的适用范围,统一死刑复核权,切实地贯彻“少杀慎杀”的刑事政策;还应当完善财产刑,对经济性犯罪采取以财产刑为主、监禁刑为辅的刑罚配置模式;完善资格刑,考虑将剥夺一定的资格作为刑罚种类,通过剥夺特定犯罪人的法定行为能力的方式来达到特殊预防的目的。在刑罚制度方面,应当进一步完善缓刑、累犯、自首和立功等刑罚裁量制度,使这些制度能够更好地发挥其功能;也要认真考虑借鉴法治发达国家的经验,根据中国社会实际,在刑法中建立赦免等有利于改造罪犯、缓和社会矛盾的刑罚制度,使刑罚制度更趋科学、理性。

3. 提倡行刑社会化的理念,促进罪犯回归社会。

现代刑事法治,不仅仅以惩罚罪犯作为目的,更重要的是提倡通过刑罚来教育改造罪犯,促使他们回归社会,重新成为社会的善良公民。为避免因刑罚执行而导致罪犯与社会的隔阂,法治发达国家提出了行刑社会化的思想并付诸实践,目前在一些国家实施的社区矫正措施即是成功例证。行刑社会化的理论已经被引入我国,在中央的关注和支持下,一些地方也已开始着手试行社区矫正措施。但是从总体上看,我国目前相关实践还处于尝试和摸索的阶段。行刑社会化对于促进罪犯改造并重新回归社会具有重要的实践价值,因而我国应当逐步全面推进行刑社会化,在行刑过程中试行社会化、开放式的执行方式,以更好地发挥刑罚的教育改造功能。

三、合理运用刑罚手段缓与化解社会矛盾

1. 对于侵犯弱势群体利益的犯罪行为要坚决地依法惩治。

由于地域性、结构性经济发展不均衡,近年来社会上出现了一部分因经济原因而形成的弱势群体。构建和谐社会就是要最大限度地实现人的价值,创建平等、公平的社会环境。这类弱势群体的存在是和谐社会构建中的不和谐音符。

目前侵犯农民工利益、下岗职工利益等弱势群体利益的现象比较突出，而且相当一部分情形已经构成犯罪。对于这一类型的犯罪应当坚决地利用刑罚手段予以惩治。

2. 对于群体性事件的处理应当尽可能采取宽缓的措施。

在一些地方，因为处理措施不当，引发了较大规模的冲突和对抗。群体性事件的妥善处理是解决社会矛盾的重要内容，处理不当则可能引起更大范围的社会动荡。对于一些煽动群众抗法的事件，应当依法追究有关人员的刑事责任。但是如果因为群众问题不能得到合理解决而引发的事件，则一般不应作为犯罪处理。

一些地方官员希望利用刑罚手段来压制群体性事件的行为应当及时予以纠正。

我们认为，在公正发挥刑事法治的社会保护功能时，也应充分发挥其人权保障的功能；在坚决惩治各种刑事犯罪时，还应积极开展犯罪预防，尽可能降低犯罪发生的概率。

需要强调的是，历史和现实、理论与实践都告诫我们，刑罚手段绝不是万能的，迷信刑罚手段只会造成更大的社会矛盾并形成社会对立，有效控制犯罪应当更加深入地开展综合治理，并将各项配套措施落到实处。

原载于《法制日报》2005年7月16日、23日。

刑法改革的趋向

赵秉志*

我国1997年新刑法及其颁行10年以来的刑法立法改革可谓成就辉煌,但这些成就并未终结刑法立法改革,而是在新的社会发展时期和更高的法治水平上开拓了刑法立法进一步改革的视野,提出了新的更大力度的刑法改革要求。

我们认为,现阶段我国刑法的改革,应当以有助于构建和谐社会和强化人权保障,有助于贯彻宽严相济的基本刑事政策为发展方向,凡有悖于、有碍于这个发展方向的法律法规,均应予以纠正或者摒弃。

刑法发展当然要兼顾改革与改进,但涉及重点问题的改革无疑是需要着重抓好的。我国现阶段的刑法之立法改革涉及哪些方面的重要问题?举其要者:(1)死刑制度的改革问题。首先是死刑罪名的大幅度削减,尤其是经济犯罪、职务犯罪和其他非暴力犯罪死刑的废止问题;其次是严重暴力犯罪、毒品犯罪等死刑适用“大户”罪名的死刑立法限制问题;再次是与限制、减少死刑相配套的刑罚制度的改革问题;最后是立法上分阶段逐步全面废止死刑的问题。(2)人权保障方面的刑法改革问题。上述的死刑制度改革当然也是人权保障方面的重要问题,因其极为重要首先专门论及。除死刑制度改革外,旨在强化人权保障的刑法改革之重要问题还有若干,如未成年人犯罪之特殊处遇应在刑法总则中设立专章的问题,保安处分制度尤其是劳动

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长。

教养制度应纳入刑法予以整合重构的问题，社区矫正制度立法化的问题以及合理调整刑法分则体系结构以突出对公民基本权利的保护问题等。(3) 积极应对犯罪新型化、全球化的挑战，及时而合理地增设新型犯罪和国际犯罪的种类，并在刑法中切实贯彻联合国刑事法治准则。

关于我国今后刑法立法改革发展的方向，笔者提出以下几点认识和建言：(1) 今后我国刑法的局部修改、补充和完善主要应限于刑法修正案和刑法立法解释两种方式，而摒弃单行刑法的方式，附属刑法也宜限于呼应刑法或刑法修正案的方式。要严格区分和准确运用刑法修正案与刑法立法解释；还要认真贯彻刑法基本原则和基本原理对这两种方式的要求，提高其内容的科学性和语言的准确性、明确性；并且要注意改变以往的刑法修正案仅关注刑法分则规范的局面，根据需要创制刑法总则方面的刑法修正案，以促进刑法基本规则和制度的发展完善。(2) 国家立法机关要适时地进行刑法的编纂工作，吸纳已颁行的刑法修正案，并将刑法立法解释档编附在相应条文之后，以方便刑法的适用、研究和宣传。(3) 在适当的时机，国家立法机关还可以把系统、全面地修改刑法提上立法工作的日程，以修订出更加科学、完备和具有更长久的适应性的法律来。

原载于《法制日报》2007年9月16日。

再说刑事一体化

储槐植*

自然界生物圈亘古及今都是一体化状态，到20世纪末随着经济全球化的出现，整个世界走进了一体化时代。20年前，我提出的“建立刑事一体化思想”仅仅是顺应潮流而已。陈兴良教授说，刑事一体化这一命题提出以后在我国刑事法学界产生了出乎意料的重大影响。这也许是一种机遇吧。1997年陈兴良主编的《刑事法评论》（第1卷）把“刑事一体化”确立为一种研究模式。在2003年12月20日北京大学刑法学科举办的“刑事一体化与刑事政策学术论坛”上我说过：“刑事一体化思想提出尽管已有十多年，还只能算是粗浅的开头，尚需进一步深入和展开。诚望对此感兴趣的同仁共同参与。果如是，则欣莫大焉。”赵秉志教授2007年在《现代刑事法学系列教材》的总序中提到：“刑事一体化的刑事法学发展思路和发展方向，可谓最符合刑事法实践需要，最有助于理论与实践的统一和结合，因而得到了刑事法学界的广泛认同。……而时间的需要和为刑事法治服务的使命，又催促我们更加努力推动刑事一体化的进程。”一个星期之前，海淀区人民检察院和人民检察杂志社共同主办了“刑事一体化视野中的不起诉制度专题研讨会”。今天更让我感到“刑事一体化”被诸多同仁关注，其主要缘由是它是一个开放性的命题，有助于启迪思维。

刑事一体化，源于宏观观察，作为思想观念是哲学“普遍联系”规律在刑事领域的演绎。任何事物都不可能孤立存在。事物在关系中

* 北京师范大学刑事法律科学研究院特聘教授、博士生导师。

存在和发展。刑事一体化，出于不同的研习需要，相关事项中有不同的中心。若以犯罪为中心，即为关系犯罪观，犯罪在关系中存在和变动；若以刑法为中心，即为关系刑法观，刑法在关系中存在和发展；若以刑罚执行为中心，即为关系行刑观。

刑事一体化，既是观念，也是方法。作为方法，其要义即为折中范式——平抑偏执达致始终的方法和过程。折中必然以两个或两个以上事物的存在为前提，不同事物必有差异的矛盾，不可片面求其一端，应当通过关系分析达到关系协调，实现利益平衡，这就是公平正义。

折中，即居中不偏私，不偏不倚，就是公正。民主法制追求公正，公正的基本实现方式是折中。折中的基本价值是公正。折中是政治的本性，折中是法律的生命。折中的社会功效是实现社会稳定与和谐。

折中与传统中华文化“中庸”同源同根。折中是现代刑法的基本趋势，西方两大法系在彼此取长补短中发展，折中是刑法研究的基本范式。刑法犯罪论已不存在单一的行为主义，也不存在单一的行为人主义。没有纯粹的主观主义，也没有纯粹的客观主义。刑罚目的论，则是调和报应与预防的并合主义。折中用于刑法解释，即为折中解释论。刑法解释目标，有主观解释论和客观解释论，当前司法实践中只存在折中论，以主观论为原则辅以客观论，或者以客观论为原则辅以主观论。刑法解释有形式解释和实质解释之分。前者是从法条文字解释刑法规范含义，后者重在有无处罚必要。我认为，入罪条件以形式解释为主，出罪条件或从轻发落的案件则以实质解释为主。《刑法》第37条免除处罚的规定即明示适用实质解释。

在关系刑法观上，有三对关系需要融通协调：罪与刑、实体与程序、刑事政策与司法体制。

罪与刑：出罪型结构（犯罪圈与刑罚量的比值组合）外，还有因果对价关系。在报应公正的原则上应是“有罪当罚”；但从现代刑罚目的观和人权意识的维度上运作则常常出现例外情况——“有罪不罚”。实体法上第37条“免于刑事处罚”的规定，程序法第142条做了相应规定，有几种“不起诉”制度。有罪当罚原则与附条件

不罚例外的结合，是刑事一体化观念的题中之意。有原则就有例外，没有无例外的原则，这是哲学常识。

实体与程序：刑事实体法的实现要有刑事程序法的保障；程序运作也会直接影响实体规范的规定，行为犯、危险犯、持有犯的设置便是明显例证。刑事诉讼过程中的不起诉、暂缓起诉以及刑事和解等运作在一定程度上推动了刑事一体化思想的践行。

刑事政策与司法体制：刑事政策总是在一定的司法体制中实施的。从政体观察，司法有独立与不独立两种体制，据此，刑事政策有两种类型：一种是国家决策层通过立法指引司法运作，另一种是国家决策层直接指挥司法运作。两种类型的刑事政策发挥作用的方式以及刑事政策的可操作度存在差异。我国当前实行的宽严相济刑事政策的可操作度的提升在于分类细化，严重暴力犯罪的刑事政策，尤其是死刑适用的细化甚为重要。

希望“刑事一体化”继续往前走！

此文为储槐植教授在2008年12月25日的《刑事一体化理念之弘扬暨恭贺储槐植教授75华诞学术座谈会》上的发言。原载于《刑科院简报》第34期。

确立未成年人前科消灭制度难点及对策

赵秉志* 彭新林**

在我国依法治国进程的加快以及贯彻宽严相济刑事政策的形势下，未成年人前科消灭的社会内在需求日益凸显。我国确立未成年人前科消灭制度势在必行。

一、我国确立未成年人前科消灭制度面临的难点

未成年人前科消灭制度在我国的确立涉及理论、立法、司法、观念与社会环境等方面的诸多因素，从其设立到发挥效力，必须有特定的环境和配套的制度保障，这就决定了在我国确立这一制度会遇到各种各样的难题。

(一) 确立未成年人前科消灭制度与我国目前的法律规范存在着冲突

首先，确立未成年人前科消灭制度会与我国刑法的相关规定冲突和抵触：与刑法第100条规定的前科报告制度形成直接的冲突。如何对两者进行协调，在消灭未成年犯前科后还要不要如实报告曾受过刑事处罚等，均不无疑问；与刑法第66条和第356条关于特别累犯和特殊再犯的规定相抵触。刑法中特别累犯和特殊再犯的规定，实际上是令犯有特定罪质的犯罪人之前科在刑法意义上的从重处罚效应终身不能消灭，而确立未成年人犯罪前科消灭制度，则反其道而行之，为

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院学术秘书、博士研究生。

已改过迁善的未成年犯提供救济途径，消灭其前科，因而会与上述特别累犯与特殊再犯的规定抵触。

其次，确立这一制度也会与我国民事、行政法律法规中对前科人员之资格与权利的限制或剥夺的有关规定冲突和抵触，如教师法、公司法、律师法等均不同程度地规定受过刑事处罚的人没有从事本行业的资格，那么消灭前科的未成年人是否还可以从事相关的职业？如果可以的话，则有违上述法律的明文规定；如果不能，消灭未成年犯的前科又有何意义？总之，如果这些法律冲突问题得不到解决，未成年人前科消灭制度就很难顺利实行。

（二）确立未成年人前科消灭制度面临着民众观念的阻力

在报应观念的视界下，未成年犯承受前科带来的各种规范内与规范外的不利后遗影响，饱受心灵上的煎熬，似乎是“罪有应得”、“咎由自取”、“应有下场”！既然如此，消灭未成年人的前科岂非多此一举？！这也是为什么现代社会比较文明的隐形标签——前科，至今还能够“深入人心”、堂而皇之存在的深层文化心理根源。而要改变人们长期以来形成的这种报应文化观念，实非易事，需要我们做出相当大的努力。

（三）确立未成年人前科消灭制度缺乏完善的配合制度

要确立未成年人前科消灭制度并使其能够在我国司法实践中发挥现实的功效，必定离不开相关的制度配合。主要有两方面的制度配合问题需要慎重考虑：一是如何实现与未成年犯的社区矫正和社会帮教制度的有效对接。只有把这项衔接工作做好、做扎实，才能使得未成年犯的社区矫正、社会帮教和前科消灭制度三者相得益彰，发挥整体联动的合力，从而有效地预防未成年人犯罪；二是如何与我国的户籍制度和人事档案制度有机协调。在我国每个人的出生、上学、结婚、就业和迁移等无不受到户籍和人事档案制度的制约。居民户口簿和人事档案通常还会对一个人从何地转来、是否受过刑事处罚等内容有详细记录。而要确立未成年人前科消灭制度，势必会冲击我国传统的户籍和人事档案制度。上述两个主要方面的制度配合问题确是当前我国确立这一制度所必然会遇到的难点问题。

二、关于确立未成年人前科消灭制度的对策建言

我国确立未成年人前科消灭制度所面临的上述诸多难点问题，亟待解决。从以人为本的精神出发，对上述难点问题提出有效的应对之策，才能使得未成年人前科消灭制度早日在我国生根发芽并获得成长，从而将我国刑事法治的水平推向一个新的高度。

（一）调适刑法规范，使之有效衔接

首先，应对刑法第100条规定的前科报告制度进行修改完善，使之能够与未成年人前科消灭制度配套、衔接。在未消灭前科时，未成年犯应当按规定如实向有关单位报告犯罪记录。而前科一旦消灭，则自应免除其报告义务。这样既可克服刑法第100条规定的诸多缺陷，又可以充分发挥其积极作用。同时基于对未成年人的教育、感化、挽救政策以及未成年人自身的可塑性强等特点，也应对刑法有关特别累犯与特殊再犯的规定进行相应修改，使他们犯这些罪的前科在刑法上的从重量刑效应可以消灭。其次，应对我国民事、行政法律法规中设置的前科效应加以清理和整合，使之形成结构协调、逻辑严密的前科效应体系，并剔除立法中终身剥夺未成年人某些资格或权利的绝对规定，使未成年犯看到新生的希望。

（二）淡化报应观念，培育人道和宽容的文化理念

报应观念虽是一种客观的存在，却并非人类理性的产物，而是社会精神文明程度低下的一种反映。如果我们不从整个人类进步以及人类理性觉醒的角度来思考，而只是从个人的感觉和义愤情绪出发来表态，是不会有多少人赞成未成年人前科消灭的。因而我国应当淡化社会的报应观念。与此同时，要在我国确立折射着人性光辉的未成年人前科消灭制度，必定离不开对人道和宽容文化理念的培育。

（三）寻求制度配合，发挥整体联动的合力

首先，在司法实践中应当积极探索未成年人前科消灭制度与社区矫正和社会帮教制度的有效对接机制。可以在积累了一定经验并且未成年人社区矫正和社会帮教工作做得相对扎实和取得良好效果的部分地区，先行尝试未成年人前科消灭的制度实践，尽力将三者纳入预防未成年人犯罪的统一体系，使三者配合互动、运转协调，发挥最大的

制度合力。例如，2008年年初四川省彭州市人民法院启动的“少年犯前科消灭试行方案”，努力做到践行未成年人前科消灭与社会帮教、出狱人员社会保护等工作的衔接，取得了较好的社会效果，并引起了高层的重视。

其次，应对户籍制度之前科记载的附加功能进行剥离，因为户口其实就是本地区居民的一种身份和户籍证明，人口登记不应涵括过多的计划管理职能。人为地在户籍制度上增加太多的“附加值”，只会使户籍本身的功能（户口的记载）弱化，而可能异化为制造各种歧视和不平等的“罪魁祸首”，成为未成年前科人员新生的制度障碍。当然，对人事档案制度也需进行相应的改革。未成年犯之前科消灭后，相关受过刑事处罚的材料可由档案管理部门采取适当的处置措施。这些未成年人以后的履历登记中可以填写自己没有前科，其复学、升学、就业等不应受到歧视。

最后，对于他人恶意宣扬、散布已消灭前科的未成年人以前犯罪记录破坏其名誉的，以及在就学、就业等方面歧视或变相歧视这些未成年人的，应允许该未成年人提起名誉权和平等权侵权之诉，法院也应当受理。反歧视之诉可以说是确保未成年人前科消灭制度运转顺畅并发挥现实功效的最有力保障。

原载于《法制日报》2008年8月31日。

刑法学研究的逻辑起点

曾粤兴*

每一门学科都有自己的逻辑起点。因为这种起点的设定，既是学科日益专业化的需要，也是学科本身成熟的理论标志。学科的逻辑起点，或者称为“学科的开端”、“学科的出发点”，是建构学科基本理论框架的基石范畴。张文显教授认为：“基石范畴是一定立场、观点和方法的集中体现，因为它是一种理论体系区别于其他理论体系的标记。”学科的逻辑起点，直接关系到该学科研究方法的逻辑起点问题。如果某种研究方法的逻辑起点与该学科的逻辑起点存在冲突或者较大差异，那么就意味着这些方法很难适合于该学科的研究。因此，研究刑法学方法，需要研究刑法学的逻辑起点问题，而研究刑法学的逻辑起点，必须了解法学的一般起点。

一、法学研究的逻辑起点

对于法学研究的起点问题，我国法理学界存在多种分歧性认识。概括起来主要有：

（一）权利说

主张以权利和义务为法学研究的逻辑起点。理由是：马克思在《资本论》中确立了建构逻辑起点的3个条件：（1）必须是整个研究对象中最简单、最普遍、最常见的东西，是通过对客体具体分析所达到的最简单的规定；（2）在这最常见的东西中，包含着对象及其在

* 北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员，云南昆明理工学院法学院院长、教授、法学博士。

整个发展过程中一切矛盾的胚芽，因而从它出发，经过一系列中介，能够逐步从抽象上升为具体；（3）应当是对象的历史的起点。而在全部法学范畴中，权利和义务最具备上述条件。由于该学说实际主张权利义务一致，因此也被称为权利义务说。

（二）法权说

主张以“法权”为法学研究的逻辑起点。所谓法权，即法律承认和保护的全部利益，这是社会全部利益中最重要的部分，构成一个独立的分析单位，它包含的权利内容和财产内容是社会全部法律生活的现实基础，因而这一概念处于从抽象概念向具体概念上升的逻辑过程的起点。

（三）行为说

主张以“行为”为法学研究的逻辑起点。理由是：行为是法律规范产生的诱因，是法律调整的直接对象，是法实现其价值功能的着眼点和立足点，是“权利”这一法的根本内容的载体，是法律运行过程中的驱动器。

（四）义务说

认为法主要通过义务性规范实现社会控制和规范行为的目的，因此，“义务”应当是法学研究的逻辑起点。

（五）法律人说

认为人的抽象是人文、社会科学的必由之路，而“法律人”是以个人本位为基础的人的抽象，是权利外化为行为，形成静止的法律规定和动态的法律关系之间的连接，因此它应当成为法学研究的逻辑起点。

从法理学教材来看，权利说处于通说地位。

二、刑法学的逻辑起点

“行为”是刑法学的逻辑起点，这应当是没有争议的结论。有的学者在对刑法学的基本范畴进行研究的过程中，没有分析刑法学的基石范畴，但从排列顺序看，是把“犯罪”作为最基本的范畴加以研究的。不过，在论者关于犯罪的特征的种种观点的介绍中，我们不难发现，“行为”是犯罪最基本的分析单位和最基本的特征要素。无行

为即无犯罪，任何人不因思想受处罚，是从罗马法时代至今不变的刑法格言。可以说，整个刑法学史，也是一部行为研究史。刑法规制的对象是犯罪，但判断犯罪与否的着眼点不是犯罪本身，而是行为。我们只有在对一个客观的、中性无色的行为之存在作出判断后，才能结合罪过等因素判断该行为是否构成犯罪。古典刑事学派的全部理论立足于“行为”而展开，其所奉行的价值判断方法也以“行为”为逻辑起点。近代学派的刑法理论及其所奉行的实证主义方法关注的重心是“行为人”和“人身危险性”，但其视线早已掠过“行为”事实，是在对“行为事实”作出事实判断之后，才把“人身危险性”评价为“犯罪”，才得出刑罚处罚的不是“行为”而是“行为人”的结论，可以说，“行为”是“人身危险性”的载体，“人身危险性”不过是“行为”的一种表征。新康德主义刑法学关注的最基本的范畴仍然是“行为”。我国刑法第13条关于“犯罪”的规定，表述起点和处罚终点也是“行为”。可以说，“行为”撑起了整个刑法学理论，是刑法学中最常见、最基本、最简单的概念，是“犯罪”概念的最小单位，只有从此出发，形形色色的行为才可能抽象上升为具体的犯罪。由此，在刑法学中，行为事实是最基本的社会现象事实，行为问题是最基本的刑法问题。这一逻辑起点决定了一切忽视“行为”这一概念价值的方法，都不适合用于刑法学研究。相反，以“行为”、“现象事实”、“刑法问题”为逻辑起点的研究方法，则具备称为“刑法学研究方法”的资格。

也许有人会说，法学理论主张“权利”是法学研究的逻辑起点，而刑法学主张以“行为”为研究的逻辑起点，是否表明刑法学研究可以脱离一般法学理论的指导？笔者认为这是一个复杂的问题，正如法学理论主张的法律关系中的客体是行为和其他法律事实，而刑法学中的刑事法律关系的客体是抽象的社会关系或者法益一样，法学理论的一些基本原理与刑法学的基本原理确实存在差异。面对这些差异，我们目前还不能得出谁是谁非的绝对的结论，但有些差异则可以用普遍性与特殊性的哲学原理加以分析。在法学理论看来，权利义务是一切法律关系的基本内容，这种权利义务关系因行为事实而产生。刑事法律关系也不例外。在刑法学理论视野中，刑事法律关系是犯罪人与

国家之间的特定的权利义务关系。遵守法律是这一法律关系双方的义务，惩治犯罪是国家对犯罪进行否定性评价的权利，依法作出这种评价是国家的义务；实施犯罪行为后，接受国家的否定性评价是犯罪行为人的义务，依法行使辩护权以及享有人权和其他法律确认的权利，为行为人之权利所包含。这种特殊的权利义务关系平时并不存在，只有当特定的行为——危害行为发生时，才能形成这种刑事法律关系。因此，法学理论视野中的行为与刑法学理论眼中的行为具有一般与个别、普遍与特殊的关系。不同的是，一般法学理论以权利义务为逻辑起点，而刑法学研究以构建特定的权利义务关系的法律事实即危害行为为逻辑起点。如何解释这其中的差异呢？在我看来，一般法律关系其实在一般情况下并不是客观存在，只有在形成法律关系的当事人一方或者双方实施了一定的行为时，它才是实在的法律关系。法学理论应当对此作出必要的说明，才能使一般法学理论与刑法学理论保持同质化的一致性，否则法学理论研究的逻辑起点很难找到妥当的法哲学依据。需要指出的是，法学属于社会科学，与研究人（包括人性）的人文科学，如史学、文学、美学、人类学的大致界限是需要加以区分的。因为社会科学与人文科学在研究对象和研究方法上各有自己的特点。社会科学常常需要实证研究，但更离不开价值判断，而人文科学主要应用描述的方法展开自己的逻辑体系。人文科学的作品因为描述而委婉、生动、感人，主观感情色彩浓烈；社会科学作品因为价值判断而直白、冷静，客观色彩较多。刑法学虽然也间接研究人，制定和实施刑法规范也要考虑人性。正是在这个意义上，有的学者主张刑法学乃至法学也是人学。但是，刑法学不以研究人以及人性为根本任务，所以其最基本的范畴是犯罪、刑事责任和刑罚。在犯罪这一基本范畴中，行为又是其最基本的要素，因此刑法学研究的逻辑起点不是人，而是行为。这也是客观主义的刑法学以及混合了客观主义与主观主义色彩的新康德主义刑法学共同的主张，也是主观主义的刑法理论落寞的原因所在。“法权说”在大陆法系刑法理论中具体表现是“法益说”，但大陆法系刑法理论的主流仍以“行为”为逻辑起点，“法益”在其理论体系中占有重要地位，但它是评价行为时考虑的因素。侵害法益，是行为结果无价值的评价