

中国修订《刑法》评价

郭丹青

华盛顿大学法学教授

1999年3月1日稿

Donald C. Clarke

Professor of Law

University of Washington School of Law

1100 NE Campus Parkway

Seattle, WA 98105

E-mail: dclarke@u.washington.edu

Home page: <http://faculty.washington.edu/dclarke>

Draft of March 1, 1999

一. 引言

1997年3月14日,中华人民共和国第八届全国人民代表大会第五次会议通过了对中国《刑法》的重大修改¹。经修订的《刑法》于1997年10月1日生效,并取代了自1980年1月1日一直施行的旧《刑法》。新《刑法》的修订工作历时15年,也使中国的刑法产生了重大变化。其中最引人注目的变化是《刑法》的篇幅原来的192条增加到452条。篇幅的增加使1997年《刑法》覆盖的领域更广泛,它对犯罪的定义也更详细。总的来说,这些修改体现出中国法律界人士希望通过修订工作使现有的刑法更合理和统一,并减少政治对刑罚体制与处罚制度的影响,增强法律的可预测性,减少官员的任意决定权。可预测性和任意决定权方面的变化主要是基于国家加强对其官员管理力度的考虑,但似乎也有人权问题的因素。

从人权问题的角度来说,这些修改并未提供新的内容,其主要意义在于指出了刑法的发展方向。将这些修改视为对刑法的“自由化”或“民主化”是错误的,把它看作是对刑法的合理化和专业化则更为确切。然而,这些修改确实体现出刑法正在向一种更有利于保护民权免受政府侵犯的法律制度发展,不过在目前的实践中,此种保护仍有很大欠缺。

¹ 《中华人民共和国刑法》,1979年7月1日颁布,1980年1月1日生效[下文简称为“1979年《刑法》”];《中华人民共和国刑法(修正)》,1997年3月14日颁布,1997年10月1日生效[下文简称为“1997年《刑法》”]。

无论新《刑法》带来了何种变革，我们应该认识到中国的广义刑事法律绝不仅限于这部刑法典。诸如劳动教养等制度，采取非常模糊的条文规定就可以科加处罚而且缺乏真正的程序保障，《刑法》的修订并未使它们趋于合理，更谈不到使它们自由民主化；《刑法》的修订并没有使它们趋于合理，也谈不到使它们自由民主化；劳动教养的条文规定仍然极其模糊以至根本违反了“罪行法定”的原则。此外，《刑法》的变革也并未使中国法律体制的运行更加开放或增加其透明度，例如，涉及逮捕和量刑方面的信息仍属国家机密，未经批准透露该信息、甚至知晓该类信息均属刑事犯罪。

二、 中国刑事法律背景

（一） 中国刑事法律的范围及处罚种类

对中国《刑法》的研究应基于《刑法》是中国的各类国家强制力处罚体制的组成部分这一背景之上。并非所有可受处罚的行为均被列为“刑事犯罪”，并依照《刑法》处罚。要评价中国《刑法》改革，首先要记住某些《刑法》不予处罚的行为完全可能受到“行政”法规的处罚，因此本文将详细讨论与刑法类似的行政法规的范围。

中国的法律理论将《刑法》和《刑事诉讼法》涉及的处罚定义为“刑事”处罚（即刑罚），而将其他法律涉及的处罚定义为“行政”处罚。“法律”与“行政”

之间的区分由来已久。法律被视为打击国家敌人的武器，用于对付毛泽东所称的“敌我矛盾”，这种冲突只能以你死我活的方式来解决，毫无妥协的余地。而“行政”和行政处罚是用于解决“非敌我矛盾”的方法，这种“人民内部矛盾”可以通过互相让步和取得基本利益协调一致来解决。

在处罚性质上做出行政和刑事的区分在当前具有法律程序和实质的双重意义。在程序方面，行政处罚的施行不受《刑事诉讼法》的管辖，而是依据规定该处罚的具体行政法规中的程序条款；更概括地说，是由《行政处罚法》来管辖的²。在实体方面，行政处罚的对象是与《刑法》列举的犯罪行为不同的行为。虽然行政处罚中的最高处罚本身也很严厉（例如相当于四年有期徒刑，且无多少程序上的保护措施），但行政处罚并不包括《刑法》中规定的最严厉的惩罚种类。

1. 刑罚

自1979年以来，《刑法》以及全国人大和全国人大常委会制定的其他辅助文件是刑罚的主要来源。在某些情况下，这些文件规定禁止某种行为，并规定该行为如

² 《中华人民共和国行政处罚法》，1996年3月17日颁布，1996年10月1日生效[下文简称为《行政处罚法》]。

已构成犯罪，则按照《刑法》追究其刑事责任；在其他情况下，这些文件则直接补充了《刑法》和《刑事诉讼法》³。

2. “行政”和纪律处罚

对于普通公民来说，行政法规规定的一系列处罚与《刑法》规定的刑罚具有同等重要的意义⁴。行政法规的重要组成部分是《治安管理处罚条例》（下称为《治安条例》）。该条例是由1957年首次颁布的一系列规定“行政处罚”的条例所组成的。《治安条例》分别于1986年和1994年两次得到修改和补充。

《治安条例》虽然在中国不被视为属于“刑事”法规，但它是刑事立法中的一个重要组成部分。它涉及的范围极广。但与《刑法》不同的是，它是由公安机关而非法院来执行的⁵。与《刑法》相比，《治安条例》中的处罚被视为行政处罚，对于被告来说，其区别在于《治安条例》中的最高处罚比《刑法》中的最高处罚轻得多⁶。

³ 比如在1983年的“严打”期间，全国人大常委会批准了两个“决定”，增扩了适用死刑的罪名并且把此类犯罪宣判死刑的上诉期缩短到三日。见 Donald C. Clarke, "Concepts of Law in the Chinese Anti-Crime Campaign," 98 *Harvard Law Review* (1985), at 1897.

⁴ 参见 Lawyers Committee for Human Rights, *Criminal Justice with Chinese Characteristics* (New York: 1993); Amnesty International, *China -- Punishment Without Crime: Administrative Detention* (London: 1991); Edward J. Epstein (ed.), "Legal Documents and Materials on Administrative Detention in the People's Republic of China," 27 *Chinese Law and Government* (Sept.- Oct. 1994).

⁵ 《治安管理处罚条例》的相对重要性可以从官方公布的统计数字得知：1996年，公安机关依据《治安管理处罚条例》做出的处罚决定超过300万宗，同年第一审刑事判决数目为61.7万件。见

一般来说,《治安条例》所适用的违法行为,其定性及处罚均由市或县级公安局来决定,被处罚人可以向上一级公安机关申诉。1986年修订后的《治安条例》规定被处罚人除在公安系统内部申诉外也可以向人民法院提起诉讼。这项修改的实际影响由于法院和公安机关只是同一个政法系统内的两个组成部分而十分有限,但它仍然具有非常重要的意义。

3. 劳动教养

在中国广义刑法的处罚措施中,劳动教养的地位介于《治安条例》和《刑法》之间。劳动教养不应与劳动改造混为一谈。《刑法》中规定的刑罚方式通常包括劳动改造,规定劳动改造的法规也不同于劳动教养。一篇发表于1985年的文章所阐述的观点代表了对劳动教养目的普遍看法:

当我们观察违法和犯罪的现象时,就可以发现:在每一个国家都有一部分人的行为尽管没有严重触犯法律但是其性质却介于犯罪和错误之间,对公共安全构成危险,而且用法律难以制裁。在对付违法、

中国法律年鉴编辑部:《中国法律年鉴 1997》(中国法律年鉴出版社,1997)[下文简称为《中国法律年鉴 1997》],第1055,1061页。

⁶ 《治安管理处罚条例》共规定三种处罚方式:警告,一元以上、二百元以下罚款,一日以上、十五日以下拘留。

犯罪行为的问题上，中国建立了性质介于治安管理处罚措施和惩治犯罪的刑罚措施之间的劳动教养制度。⁷

劳动教养法规与《治安条例》相类似，其原则依赖于轻微违法行为与构成犯罪的严重违法行为之间的区分。

1957年，全国人大常委会批准了国务院《关于劳动教养的决定》，劳动教养因而具有准立法的性质⁸。1979年，国务院确认了劳动教养的有效⁹。在整个八十年代以及九十年代初期，劳动教养的法律渊源是公安部于1982年颁布但于1989年才公开发表的《劳动教养试行办法》¹⁰；1992年又颁布了《劳动教养管理办法实施细则》对这些法规进行了补充，但原来的法规本身仍然有效¹¹。

劳动教养的法律依据不十分完备，劳动教养与中国刑罚体制的其他制度相比，就显得特别容易产生专权武断和随意滥用，并且影响波及面十分广泛。然而，有关劳动教养的最基本的统计数字，例如劳教人员数量等，在《中国法律年鉴》等统计

⁷ 原文参见《浅谈劳动教养学校》，《中国法制报》，1985年4月29日，第3版。

⁸ 《国务院关于劳动教养问题的决议》，1957年8月3日颁布、施行。

⁹ 《全国人民代表大会常务委员会批准〈国务院关于劳动教养的补充规定〉的决议》，1979年11月29日颁布、施行。

¹⁰ 《劳动教养试行办法》，1982年1月21日发布。见于《中华人民共和国法律全书》（吉林人民出版社，1989年）第1583页。

资料上已不再公开发表，人们只能从新闻报道的官方评论中偶尔得到一些信息。官方的《中国日报》于1998年报道称，自设立劳动教养以来，已有三百万人接受了劳教。官方报道并称，截止至1997年9月，全国共有二十三万人分别在二百八十所劳教中心接受劳动教养，而1993年的劳教人员人数为十五万。¹²

劳动教养的最长期限可达四年，这比《治安条例》规定的最高处罚十五天要漫长得多，其严厉程度也超过了某些刑事处罚，如期限为三个月至两年的管制、最高期限为六个月的拘役、以及最低期限为六个月的有期徒刑。事实上，劳动教养可能变成终身“国内”流放。劳教人员可以在某些情况下（例如劳教人员在劳教期间重新犯法，其劳教期限就延长一年等）被注销城镇户，劳教期满就被要求继续留在劳教中心，成为与劳教人员身份非常类似的“自由劳动者”¹³。然而，劳教条例对其处罚的违法行为的定义非常含糊，例如，劳动教养可以适用于“犯罪行为轻微的反革命分子和反党、反社会主义分子”以及“那些长期不参加劳动、破坏治安、扰乱人

¹¹ 《劳动教养管理实施细则》，司法部于1992年8月10日发布，《国务院公报》1992年第26期，第1055页。

¹² 至于劳动教养在中国法律制度中的神秘性，见《劳动教养立法的理论与实践》，《法学》1987年7月号，第44页。关于详细的统计数字，见 Shao Zongwei, "Government Re-education System on Legal Basis", *China Daily*, November 2, 1998; "Re-education Policy Keeps Criminals from Repeating", *China Daily*, September 29, 1997, at 1 (1997年9月，当时全国接受劳教人员数目为230,000); 中国法律年鉴编辑部：《中国法律年鉴 1996》（中国法律年鉴出版社，1996）[下文简称为《中国法律年鉴 1997》]，第974页（1995年劳教人员数目为206,000）；Steven Mufson, "Despite Releases, China Still Holds Many on Political Charges", *Washington Post*, April 23, 1998, at A30（引用新华社报道1993年的劳教人员总数为150,000）。

民生活且屡教不改的人”，也几乎无需经过监督或复议的程序¹⁴。劳教条例使用的语言简单并且充满着道德标准，可以说是继承了中华人民共和国早期法律文献的风格，与《治安条例》的语言形成了鲜明的对比。《治安条例》对其处罚的违法行为所作定义的篇幅比劳教条例的篇幅长十倍以上，但《治安条例》规定的拘留期限比劳动教养短许多。

尽管1997年修订的新《刑法》基本上抛弃了1979年《刑法》中的大量意思含混的贬义语言，并代之以更客观和准确的语言，也仍然存在对“无故扰乱治安”的行为处于四年以下劳动教养以及终身流放的处罚。这类语言极易造成滥用。

4. 收容审查

收容审查涉及的范围极广，公安机关可以在无法律或行政法规依据的情况下几乎以任何理由关押某人。尽管收容审查于1996年被正式废除，很难说收容审查和其他类似措施在实践中已不复存在，因此本文仍将对其进行分析。由于中国政府对有关收容审查的信息的保密措施甚于劳动教养，从公布的资料上对收容审查作研究必然是不够全面的。例如，公安部于1988年发布的一份有关收容审查的文件援引了前

¹³ 前注10，《劳动教养试行办法》第65条。

¹⁴ 在劳动教养的处理决定做出后，被判处劳教的人员可以根据《行政诉讼法》向法院提起诉讼要求撤消劳教处理决定，自从1991年《行政诉讼法》通过以来，在理论上就一直如此。参见《最

一年发布的一份文件的指导前言：“公安部门在向新闻界介绍打击犯罪分子斗争的情况时不得提供有关收容审查的资料，并且要确保有关媒体不会报道收容审查问题”。该文件还指出，即使在必须向公众介绍某嫌疑犯已被收容审查时，“也应避免使用‘收容审查’，而代之以公安机关‘正对此案进行调查’”。¹⁵

设立收容审查背后的“理由”主要是，警察在审查可疑人员所犯下或可能犯下的罪行时，该可疑人员应当被拘留。它应不适用于身份已经确认且不大可能离开当地的人员。在实践中，收容审查将审查和处罚混合起来，被视为是一种“教育罪犯，同时令其接受劳动和审查”的措施。¹⁶

负责审查的施行完全由公安机关掌握，并且不受外界的监督，因此也很容易造成滥用。尽管收容审查适用的条例规定最高拘留期限为三个月，实际上的拘留期限

高人民法院关于实施〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》第2条，1991年5月29日发布。然而目前并没有证据可以表明大量此类诉讼被提起或者提起的诉讼大量胜诉。

¹⁵ 公安部《〈关于收容审查宣传问题的请示〉的》，见于《中华人民共和国法律规范性解释集成》（吉林人民出版社，1990年），第1424页。事实上，收录这份文件的那一卷出版物并非公开出版流通的。因为这些刻意的保密措施，本文作者无法获得近年来在全国范围内执行收容审查的统计数据。九十年代中期的中国出版物曾经显示，自第一部《刑事诉讼法》生效以来被正式逮捕的人员中，80-90%首先是经收容审查程序处理的，见 Lawyers Committee for Human Rights, *Opening to Reform? An Analysis of China's Revised Criminal Procedure Law* (New York: 1996) [以下简称 *Opening to Reform*], 第22页。考虑到被正式逮捕的人之中的大多数最终接受《刑法》的处罚，并且很可能还有相当多数目的被收容审查人员从未经正式逮捕或者未受《刑法》处罚，由此得出的结论就是被收容审查人员的数目很可能多过接受《刑法》处罚的人数。

¹⁶ 《收容审查是怎么回事？》，《中国法制报》，1986年8月30日，第3版。

往往大大超过三个月。据中国出版的资料显示，公安机关常常扩大收容审查范围，不仅拘留那些有确定身份的本地人，也有仅仅违反了行政法规或民事法律的人¹⁷。此外，在某些地区，检察院也在毫无法律依据的情况下采取了收容拘留审查的措施。

1980年，国务院发布了《关于将强制劳动和收容审查两项措施统一于劳动教养的通知》，规定收容审查和劳动教养应“统一”为劳动教养。该1980年《通知》并未废除收容审查，因为它仍然允许以收容审查所适用的同样理由来拘留某人。实际上，该《通知》并未产生任何效力。收容审查不光是实际上，连名称上仍然以该《通知》发布前的形式实行。

1996年，在修订《刑事诉讼法》的同时，再一次宣布废除收容审查¹⁸。然而，认定中国公安部门会就此放弃几乎以任何理由拘留公民的权力还为时过早。例如，新闻界时有报道公安机关在重大活动前将某些被视为可能制造麻烦的人拘留，在活动结束后才将其释放。拘留这些人的目的是避免其制造麻烦，并对他们和其他人进行

¹⁷ 佐证这些事实的不仅有中国媒体和新闻出版界的大量刊登报道，连公安部的一项行政规章也对此现象表示承认，见《关于进一步控制使用收容审查办法的通知》，1991年6月11日发布，载于《罪案诉程手册》（中国检察出版社，1992年），第260-262页。

¹⁸ 参见前注15, *Opening to Reform*, 第21-26页； Donald C. Clarke, "One Step Back Permits Two Steps Forward," *China Rights Forum* (Fall 1996), 第8-11页 (文章刊载于国际互联网 <http://www.hrichina.org/crf/english/96fall/e5.html>)。既然收容审查从未被《刑事诉讼法》正式认可，那么该法在修订时也无法明确将其废除。然而，现行的官方评论清楚地表明收容审查已经被废除。

审查，但事后很少有刑事制裁或行政处分，因此可以说收容审查虽然在名义上被废除，但实质上继续存在。

最后还应该提到收容教育和收容遣送。收容教育是公安机关在某些情况下对妓女和嫖客实行的行政拘留措施。尽管其适用范围很小，但处罚却很严厉，拘留期限可达六个月到两年。于收容审查不同的是，收容教育是经全国人大常委会正式立法批准的，对于收容教育的决定，被处罚人员可以根据《行政诉讼法》向人民法院起诉。¹⁹

近来受到学术界关注的另一种处罚措施是收容遣送，这种措施指的是公安机关抓捕被怀疑为没有当地户口的人员并将其拘留、继而遣送原籍。因为公安机关成功地将其定性为非刑事的行政措施并且不带有惩罚性，因而收容遣送既不受《刑事诉讼法》的管辖、也不适用于《行政处罚法》。对公安机关这种单方面的“定位权”本文只提出质疑，不在此再进行分析。

5. 其他行政和纪律处分

¹⁹ 确立“收容教育”的法律渊源是《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》，1991年9月4日颁布。补充这项决定的文件是《卖淫嫖娼人员收容教育办法》，由国务院于1993年9月4日发布。公安部并发布了一项通知中要求加强使用收容教育的办法，参见《公安部要求

除上述介绍的法律和行政处罚以外，中国还有一种通过工作单位处分违反政府规定的行为的机制。例如，违反计划生育政策的职工将被扣减工资。这些处分措施只在中国经济改革还不很成熟的时候最为有效，因为那时几乎所有城镇居民的收入和福利都来自于其所属的国有企业或政府单位。随著经济改革使工作单位对社会的控制和影响逐渐减少，这些相对非正式处分措施的重要性也在不断降低。

（二） 刑事法律的发展历史

1. 刑罚概论

中国共产党在1949年夺取政权后所采取的一系列行动之一就是彻底废除了国民党统治下的中华民国的法律体系²⁰。在后来的三十年中，中国没有任何比较系统地规定政府处罚个人的原则和标准的法律甚至规范性文件，也不存在任何明确的标准用于区分敌我矛盾性质和非敌我矛盾性质的行为。当时的确存在几部确定犯罪行为和实施处罚的法律。中国共产党建立政权后通过的几部法律之一是于1951年颁布的《中华人民共和国惩治反革命条例》。1950年颁布的《中华人民共和国婚姻法》也比较模糊地规定了对某些违法行为的定义和处罚。1957年颁布的《治安管理处罚条例》

各地公安机关进一步加大工作力度严厉打击卖淫嫖娼活动》，《人民日报》，1997年8月22日，第3版。尽管收容教育一直被当作一项拘留措施而施行，本文作者没有找到它的相关统计数字。

²⁰ 正式要求“废除国民党旧法统”的文件是《中国人民政治协商会议共同纲领》，1949年9月29日。该文件在1954年《宪法》颁布前是中华人民共和国“事实上”的宪法。

规定了一系列“行政”违法行为的定义和处罚。于同年颁布的《国务院关于劳动教养问题的决定》规定“无故扰乱治安”应被处于劳动教养。

在无明确法律规定禁止的情况下，犯罪行为可以由“党和政府的有关决议、决定、命令、指示和政策”来确定²¹，没有任何统一的标准来确定政府的哪个部门应通过何种程序来规定哪些人应该或不应该被判刑或受到政府的处罚。

关于是与非的道德观点和传统观念也替代了成文法律的规定。在1979年颁布《刑法》之前，中国没有发布任何立法禁止杀人、强奸和抢劫之类的普通犯罪行为，但这些行为始终被政府认定为犯罪并受到处罚。

2. 刑法

1979年《刑法》

中国长期缺少一部全面的刑法典的局面并非是由于政府的忽视造成的，而是被一系列政治运动延误了²²。新中国成立初期，中央人民政府领导下的法律委员会开始

²¹ Jerome A. Cohen, *The Criminal Process in the People's Republic of China, 1949-1963: An Introduction* (Harvard University Press, Cambridge, Mass.: 1968), 第22页。

²² 本部分主要材料来自于程林杰、马永梅：《修订刑法的台前幕后》，《人民公安》1997年第6期，第6页。

起草法律。1954年中国的最高立法机构——第一届全国人大常委会的法案委员会接手了起草工作。1957年6月，法案委员会在“百花齐放，百家争鸣”运动的高潮时期向第一届四次全国人大常委会会议递交了《刑法》第22稿以供讨论。但随后发生的“反右运动”终止了对当时体制不够完善和提倡改革的讨论，许多参与了法律起草工作的法律专家也被撤职。

该法律的起草工作后来曾一度恢复，第33稿于1962年完成，但这一草案也被六十年代的政治风波扼杀了。1966年开始的文化大革命彻底打破了起草人员设想的法律体制的概念。

毛泽东逝世后，邓小平上台并扳正极“左”思潮，法律起草工作才得以恢复。七十年代末期，第五届全国人大常委会法制委员会修改了已沉寂了多年的《刑法》草案第33稿，并于1979年3月提交第五届全国人大第二次会议审议。经修订的草案被通过，《刑法》于1980年1月1日生效。

内容概述

要了解1997年新《刑法》在内容上有哪些修改，首先要了解1979年《刑法》所建立的体系，因为这一体系的许多部分仍然存在。

1979年《刑法》的基本模式以德国法典为样本，是一部欧洲大陆法系式的法典。在结构上它共分两部分：规定刑法基本原则的《总则》和列举具体犯罪类型的《分则》。

《总则》

《总则》定义了犯罪的基本概念并将社会危害性确定为犯罪要素之一。它探讨了刑事责任；对故意和过失犯罪作出了区分；并规定在某些情况下可减轻责任，例如罪犯是未成年人或有精神疾病。《总则》还对量刑、保释和诉讼时效作了规定。

《总则》第三章列举并定义了各类刑罚。管制期限为三个月到两年。罪犯仍继续在其工作单位工作并领取工资，但需要定期向当地派出所报到。拘役是指在当地拘留所关押十五天²³到六个月。少于十五天的拘留被视为一种“行政处罚”，适用《治安管理处罚条例》的规定。徒刑分为关押期限为六个月至十五年（如数罪并罚则为二十年）的有期徒刑和终身监禁的无期徒刑，罪犯通常被送去劳动改造。最后一项是死刑。死刑可以在上诉和核准后立即执行或者认为“不是必须立即执行”的情况下宣告缓刑两年²⁴。如罪犯在缓刑期间的悔过和改造表现突出，死刑可被减为无期徒刑或十五至二十年有期徒刑。

²³ 1997年《刑法》第42条将刑期下限提高为一个月。

²⁴ 尽管《刑法》没有对“不是必须立即执行”作出进一步的定义或解释，还是可以推料到中央政府不定期地发布不公开的文件在这一问题上指导法院与检察院的工作。

《刑法》还规定了附加刑，如罚金、没收财产和在刑满释放后一段若干时间内剥夺政治权利。²⁵

1979年《刑法》规定了要处罚的时候应施行何种刑罚的标准，并按其严厉程度来加以区分。但该法较少有规定规定何种行为应受处罚。在一定程度上，就像《刑法》颁布前的时代，犯罪的定义取决于政治需要或被普遍接受的道德标准。1979年《刑法》以及后来对其进行解释或补充的立法均包含许多道德色彩强烈的语言，例如“寻衅滋事”、“流氓活动”、“情节恶劣”、“投机倒把”和“民愤极大”。法律职业阶层对这些语言很难加以解释。中国法律中也没有任何已被普遍接受的形式用以解释这些语言，例如运用案例、上级法院的解释或提交陪审团裁定等等，因此政法系统的有关官员可以随意解释这些语言的含义。

当《刑法》的灵活语言仍不能适用于某些被视为应受处罚的行为时，《刑法》本身提供了另一种解决办法：类推。根据第79条规定，经最高人民法院核准，《刑法》（或其他法律）未定义的“犯罪”行为可以比照最相似的条款予以处罚。这表明，如果将定义犯罪行为的条文称为“法律”，那么1979年《刑法》中的“犯罪”概念则不属于“法律”概念，因为对某种行为是否构成犯罪的确定过程发生于法律

²⁵ 根据1979年《刑法》第50条，“剥夺政治权利”是剥夺下列权利：选举权和被选举权；言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由；担任国家机关职务的权利；担任企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

之外。因此，尽管《刑法》规定了对何种犯罪行为应施以何种刑罚，《刑法》经常没有规定如何确定何种行为已构成犯罪²⁶。在这一方面，1979年《刑法》与历史上中国历朝的刑律很相似，《大清律例》对一系列应受处罚的行为作了详细规定，但它也包括允许类推和处罚“不应为”的条款。

《分则》

《分则》列举了各种犯罪类型及其处罚规定。被定义为“危害中华人民共和国、企图颠覆无产阶级专政和社会主义制度的一切行为”的反革命罪属于罪中之罪（第90条）。尽管反革命罪在条文上地位重大，政府统计显示，真正被判定为反革命罪的案件数量很少。从1983年至1987年，所有刑事犯罪案件中只有0.28% 被定为反革命罪²⁷，而1996年一年中只有0.036% 的刑事案件被定为反革命罪²⁸。事实上，反革命罪是在八十年代和九十年代中发案率下降的重唯一大犯罪²⁹。但由于政治方面的刑事犯罪种类不仅限于反革命罪，因而该统计数字有误导的可能。

²⁶ 例如，1979年《刑法》第139条第一款，对强奸行为作出惩罚但是并未规定什么是强奸，同条第二款却提出了构成强奸罪的标准之一：与14岁以下幼女发生性行为。

²⁷ 何秉松：《我国的犯罪趋势、缘故与刑事政策（一）》，《政法论坛》1989年第5期，第40页。

²⁸ 前注5，《中国法律年鉴1997》，第1055页。

²⁹ 在很多情况下，事实上属于政治案件的适用其他罪名进行起诉。另一方面，诸如“率众越狱”这种犯罪倒被归属为反革命罪，尽管在一般情况下无法看出这类犯罪人员有什么政治动机。

《分则》的其他章节规定了危害公共治安罪、危害社会主义经济秩序罪、侵犯个人和民主权力罪、侵犯财产罪、破坏社会管理秩序罪、破坏婚姻家庭罪、渎职罪和腐败罪。

分则要论

《分则》较为简短，共包括103条。而台湾的《中华民国刑法》分则部分包括258条。1979年《刑法》较为简短的原因之一是包含一些定义模糊或未经定义、但涵义甚广的犯罪种类，如投机倒把和流氓罪；还有允许类推的规定是为了弥补法律起草工作中的不完善或疏忽。另一个原因是起草人员预计到1979年《刑法》将由后来的立法给予补充。事实也是如此，随后的许多单项立法对1979年《刑法》作了补充。这些法律或具体规定某种行为为犯罪，或禁止某种行为并含糊地规定“构成犯罪的则追究刑事责任”，但并未规定在何种情况下该禁止行为方可构成犯罪。

最后，我们应注意到1979年《刑法》不仅是一部法律，它同时也是一部政治性文件。在1979年，中国政府的政治目的是确定毛泽东时代和四人帮时期的政治统治模式已不复存在，政府行为不再只是直接以意识形态和政治理论为引导，而是更多以“法律”为根据³⁰。因此，1979年《刑法》的起草人员主要是着眼于为政府行为提

³⁰ 这一发展趋势在1997年《刑法》中更加明显。在1979年《刑法》中，法律明文宣示自己的意识形态色彩，然而在1997年《刑法》中，法律是“以《宪法》为依据”的。

供法律依据，而并没有考虑“正当程序”等问题。此外，1979年《刑法》是为那些受教育水平较低的政法干部使用而设计的。

1979年《刑法》颁布时人们可能未认识到该法律的一个重要贡献：它为一个新的概念奠定了基础，即刑罚——特别是剥夺人身自由——必须依据特定程序由特定政府部门批准方能施行。因为1979年《刑法》试图全面地规定施加严厉处罚的程序，它从某种意义上排斥了其他渊源等级不如《刑法》的惩罚规定。因此，共产党本身不再主张自己拥有定义和处罚犯罪行为的权利，指责警察的行为为非法的言论也成为可能，这在以前是很难想象的。

三． 1997年《刑法》的背景介绍

（一） 修订过程

早在1981年，全国人大常委会已通过一系列“决定”开始修改《刑法》和《刑事诉讼法》，到1997年《刑法》正式通过时，全国人大常委会已经发布了二十多份修订或补充1979年《刑法》的文件³¹。尽管有关部门在八十年代初已决定全面修改1979

³¹ 王汉斌：《关于〈中华人民共和国刑法（修正草案）〉的说明》，见《全国人民代表大会常务委员会公报》，1997年3月6日，第219页。

年《刑法》，直到1988年第七届全国人大常委会，《刑法》修订工作才被正式列入立法日程中，经修订的《刑法》第一草案也在1988年出台。³²

全国人大法律委员会和全面负责修订工作的全国人大常委会法制工作委员会在1989年5月就修订工作召开了几次会议³³。然而五十年代和六十年代的局面再度重演，法律改革工作又一次成为政治风波的牺牲品，六四事件后的镇压活动使刑法改革工作暂时中断。³⁴

1991年，《刑法》改革工作又被当作一项政治任务提到了工作日程上。法制工作委员会起草了一份修改反革命罪的决定，并送交中共中央政法委员会以及最高人民法院、最高人民检察院、公安部、安全部和有关专家审议。修订草案本计划在1991年3月提交第七届全国人大四次会议讨论，但其间受到一些延误，尔后又一次受到政治因素的影响：苏联解体、东欧巨变无限期地拖延了对反革命罪的修改工作。³⁵

1993年，对《刑法》的修订工作再次被提到了第八届全国人大的立法日程上³⁶。1996年3月通过的新《刑事诉讼法》促成了《刑法》修订工作的完成。1997年3月初，

³² 前注22，程林杰、马永梅，第6页；上注31，第219页。

³³ 前注22，程林杰、马永梅，第7页。

³⁴ 中国方面的人士隐晦地称之为“受国际国内形式变化的影响”，参见李文燕：《我国刑法修改中若干主要问题综述》，《公安大学学报》，1997年第2期，第15页。

³⁵ 前注22，程林杰、马永梅，第7页。

³⁶ 同上注；并见前注34，李文燕，第15页。

《刑法》修订草案被提交给第八届全国人大第五次会议讨论，经讨论和再次修订后，于3月14日正式通过。尽管全国人大通过的修正案和最初提交的草案非常相近，但两者之间的一些变化与不同说明全国人大不再是人们所说的“橡皮图章”。例如公安部支持最初提交给全国人大的3月6日稿草案中的一个条款，该条款规定警察在依法执行公务时使用武器在任何情况下均属合法的自卫行为。这一条款引起一场轩然大波，据说全国人大中有三千多名代表反对该条款的规定，这一争论甚至受到了官方的英文报纸《中国日报》的报道³⁷。最后，该条款从最后通过的草案中被删除了。³⁸

（二） 修改原因

修改《刑法》是出于几方面的原因。尽管中国政府一再否认国际社会施加了影响，国际上对中国人权状况的批评的确产生了一定的效果³⁹。修订人员可能认为某些形式上、甚至实质上的变化对避免外交政策中的问题是必要的。其次，国际社会的批评有可能与国内对该问题持批评态度的人遥相呼应，使国内批评者利用外交政策方面的问题来支持自己的看法。但修订《刑法》的动力主要还是来自于中国国内，特别是邓小平在毛泽东时代结束后发起的一系列改革，这些改革所带来的巨大变化是1979年《刑法》通过时人们根本无法预料的。

³⁷ 见 "China Congress Disagrees on Criminal Law Prior to Passage", Deutsche Presse-Agentur, March 14, 1997.

³⁸ 前注22，程林杰、马永梅，第8页。

1. 经济原因

中国经济翻天覆地的变革使1979年《刑法》中包含的许多犯罪类型显显得过时或在实践中难以操作。例如，1979年《刑法》没有对投机倒把和牟取暴利作出定义。对于深受中国共产主义意识形态影响的法官和公安人员来说，低价买入、高价卖出足以构成投机倒把或牟取暴利。但“低价买入、高价卖出”是市场经济贸易的不可分割一部分，显然这种行为不应再被定为犯罪行为。1979年《刑法》还禁止倒卖计划供应品票据，虽然这种条文仍然可以保留在《刑法》中，但已毫无必要，随着计划经济体制的消失，这些票据早已停发，因而也不可能有人再实施这种“犯罪”。

经济改革使某些犯罪种类变得过时的同时，改革中也产生了许多新的行为，而政府希望禁止其中某些行为⁴⁰。例如，在1979年中国不存在证券方面的犯罪，因为中国企业从未发行过证券。当时中国乃至全世界也不存在大量计算机方面的犯罪。法律也需要指定禁止洗钱的条款，以便禁止某些人将经济改革带来的非法所得转化为合法所得。最后，增值税的设立使人们可以通过伪造票据牟取大量钱财。由于这些社会环境的变化，1979年《刑法》中修改最多的部分是原标题为“破坏社会主义经

³⁹ 参见 Andrew Nathan, "China: Getting Human Rights Right," *The Washington Quarterly* (Spring 1997), 第133页。

⁴⁰ 前注31，王汉斌，第219页。

济秩序罪”的一章，该章修订后的标题很形象地在“社会主义”后面增加了“市场”一词。

经济改革同时还给中国社会生活带来了许多变化，这些变化也推动了《刑法》的修改。首先，随着由计划机制向市场机制的转化，人们对政府机构及自己工作单位的依赖程度不断下降，那些传统的社会控制方式的效果已大为下降。因此，《刑法》的作用在不断扩大的同时，其不完善性也愈发明显。同时，经济改革增加了人们同外国接触的机会。因而今天的中国人，不论社会地位如何，对外国和国外生活的了解均比1979年的中国人多了许多，他们对1979年《刑法》的满意程度也就下降了许多；此外，与外国增加接触也意味着外国对中国的看法对中国来说越来越重要。所以，当国际社会对中国人权问题的批评可能影响到中国的对外经济交流时，要求中国政府对此作出反应的压力比从前任何时候都大得多。

2. 政治原因

虽然毛泽东时代结束后的政治改革没有经济改革那样轰轰烈烈，政治改革的意义仍很重大。其中最重要的一项变革是中共不再强调用政治意识形态和历史必然性来维护其统治的合理性。相反的，中共试图推动法治的理念。以法律为依据就要求法律本身显得中立，并且不带有意识形态的色彩。1979年《刑法》的头两条声称，法律是以“马克思列宁主义、毛泽东思想”为基础的，这两条还一再提到“无产阶

级专政”、“社会主义革命”和“群众”。这些语言已明显过时，并令人感到尴尬⁴¹。与此相对应的是，1997年《刑法》是以《宪法》为基础的。虽然《宪法》也是一部政治性文件，但它不同于“毛泽东思想”或“群众”，它包含着法律职业阶层可以进行研究的法律专业内容。

与政治意识形态的变化同样重要的是起草和实施《刑法》的法律部门在人员组成结构上的变化。自1979年《刑法》通过以来，法律部门的人员组成结构有了显著变化。八十年代初期，在文化大革命开始便被关闭的各高等院校的法律系还未恢复，那些在文革前受过法律教育并且未在文革中被迫害致死的人刚刚开始重返法律界有影响的职位。总之，除了几位年事已高的法律教授被重新聘请来担任要职以外，中国当时几乎没有人受过专门的法律培训。最后，所有重要的政治领导职务都是由年事已高的老干部担任的。这些干部的选拔取决于其革命资本，例如参加过长征等等，而非取决于其教育背景或专业技能。

然而，中国的法律教育迅速恢复，到1997年底为止，中国的律师人数已达十一万⁴²，而在1992年全国律师人数还只有五万⁴³。律师的整体素质也随著其人数的增加

⁴¹ 1997年《刑法》前两条只使用了一次“无产阶级专政”、“社会主义建设”和“群众”这类词汇，根本未提及马克思列宁主义，毛泽东思想。新《刑法》主要是以《宪法》为依据的。

⁴² "Legal Sector Opening Wider", *China Daily*, February 21, 1998, at 1.

⁴³ 见 "Law Reforms Aid Human Rights Protection, Ministry Official Says", Xinhua News Agency, February 27, 1998. 这篇报道宣称截至1997年底，中国共有十七万名律师，但是这个数字与大多

而不断提高⁴⁴。在政治方面，1982年政府确定党政省部级领导的退休年龄为65岁，副职的退休年龄为60岁。此外，党政职务最多任期两届。这种人事制度上的改革带来了显著的变化：“很快，那些受教育水平低的老革命干部领导层被一大批中年的技术专家领导所取代”⁴⁵。例如，自1982年以来的十五年间，中共中央委员会中受过大学教育的成员比例由55%上升到92%。⁴⁶

政治领导层的背景变化以及大量受过法律教育人员的出现使人们进一步认识到1979年《刑法》的不完善，同时也提高了人们修改《刑法》的愿望和能力。政治改革的另一个重要因素是全国人大的实际地位不断提高。由于人大代表的选举和议程的设置仍然受到党的控制，把全国人大与西方的议会相比较是不合适的，但全国人大近年来已不再只是党的政策的橡皮图章。作为负责制定《刑法》的立法机构，全国人大地位的提高使过去依靠党的政策性文件⁴⁷和最高人民法院等机构发布的解释性文件来弥补成文法律中的空白的做法显得越来越不合理。因此，当传统做法无法解决法律不完善的问题时，修订法律的要求就显得更加紧迫。

数统计数字不符：约十万名。一份官方消息列举的1996年底全国共有100,148人拥有律师资格，前注5，《中国法律年鉴1997》，第1074页。

⁴⁴ 参见 Lawyers Committee for Human Rights, *Lawyers in China: Obstacles to Independence and the Defense of Rights* (New York: 1998). 这份报告由加州大学洛杉矶法学院 (University of California at Los Angeles School of Law) 法学教授 Randall Peerenboom 执笔。

⁴⁵ Minxin Pei, "Is China Democratizing?," *Foreign Affairs* (Jan./ Feb. 1998), 第 68, 71页。

⁴⁶ 同上注。

3. 法律原因

除了经济和政治领域的变革间接推动了法律修订工作以外，法律领域自身的变化也使修订法律的要求变得很紧迫。随着中国立法数量及其复杂程度不断提高，特别是在经济组织和经济规范领域、以及刑法领域本身，1979年《刑法》无论从文字或内容上都日渐显出落后于时代。1986年，中国对《治安条例》作了大量修改并使其更加合理化，《条例》中的类推条款被废除。1996年中国对《刑事诉讼法》作了大量修改，并首次颁布了《行政处罚法》。随后国家宣布废除收容审查这项长期受到批评的制度。随着处罚性法规在这些方面的修改和完善⁴⁸，《刑法》的修订工作已迫在眉睫。

4. 外交关系原因

在毛泽东时代结束后的改革中，很重要的一方面是中国参与的国际社会活动不断增多。在八十年代和九十年代，中国缔结、加入了一系列国际条约和多边协定，这使中国必须承担某些由国际法产生的国际义务，当这些义务涉及国内法时，中国的法律体制很自然地引起国外人士的正当关注。

⁴⁷ 前注21, Cohen, 及相关正文。

⁴⁸ 而劳动改造至今尚存，是改革趋势中的一个重大例外。

中国作为联合国成员之一受联大于1948年12月10日通过的《世界人权宣言》的制约⁴⁹。中国虽然签署了《经济、社会和文化权利国际公约》⁵⁰以及《公民权利和政治权利国际公约》⁵¹这两个主要的国际人权法的法律文件，但并未批准其效力。中国也加入了其他九个联合国有关人权的协定，其中包括《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，中国还加入了若干由国际劳工组织的协定，但并未认可几个主要涉及自由结社和组织工会的权利以及劳资双方集体谈判的国际劳工组织协定⁵²。《刑事诉讼法》的修订明显受到了国际人权标准的影响，支持废除1979年《刑法》中诸如类推等“特色”的人也很可能利用国际公认的人权标准来支持其论点。

中国与国际体制接轨也促使政府出于实用和政治两方面的原因修改中国刑法中的犯罪和刑罚种类，并使之与国际通行的标准相吻合。中国很可能是出于这个原因

⁴⁹ Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly resolution 217A (III), December 10, 1948.

⁵⁰ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN General Assembly resolution 2200A (XXI), December 16, 1966. 中国驻联合国大使于1997年10月27日代表中国政府签署了这一公约，但是中国政府已经表明立场，公约对中国生效实施以经全国人民代表大会批准为条件。见 "China Will Only Implement UN Covenant After Ratification," Agence France-Presse, October 28, 1997.

⁵¹ International Covenant on Civil and Political Rights, UN General Assembly resolution 2200A (XXI) December 16, 1966, entered into force March 23, 1976. 中国驻联合国大使于1998年10月5日签署了这一公约，至今全国人民代表大会仍未批准加入公约。

将反革命罪修改为危害国家安全罪。尽管法学界某些人士可能希望这个变化是民主开放的标志，但中国政府在对这一变化的评论中始终强调它并非是实质性的，其意图之一只是使这种犯罪类型不再带有政治色彩，以便使引渡嫌疑犯更加容易。

四. 对修改部分的分析

(一) 主题

对《刑法》的修改可以归纳为四个主题：合理化、减少任意决定权、消除政治色彩以及适应不断变化的环境。

1. 合理化

修订《刑法》的一个主要目的是将以往散布于多个法规中的刑事条款统一归纳于一部法典中⁵³。据统计，在《刑法》修订当时共有一百三十多项立法涉及到《刑法》，或者以类推的形式设有刑事处罚规定⁵⁴。在实质内容方面，合理化的意图表现在政府

⁵² Convention Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize, adopted September 7, 1948; Convention Concerning the Application of the Principles of the Right to Organize and to Bargain Collectively, adopted January 7, 1949.

⁵³ 前注31，王汉斌，第220页。

⁵⁴ 前注34，李文燕，第15页；并参见熊选国：《刑法修订与司法适用》，《法律适用》，1997年第5期，第5页。

明确表示要使处罚与犯罪行为相适应。许多评论家认为，第5条规定的“罪刑相适应”原则是《刑法》修订中的一个主要目标⁵⁵。这多少有些令人吃惊，因为很难想象任何人会公然反对刑罚应当与犯罪行为相适应的观点。如此强调这一目标的重要性可以被理解为立法人员对二十年前颁布1979年《刑法》时对与犯罪行为相应的处罚规定已感到不满。

新《刑法》使任意决定权的使用程序变得更加统一，也显示出其合理化的意图。例如，假释、减刑和从轻处罚的程序已更加严格，对运用这些程序所应具备条件的规定也更加严谨，基层人民法院不再拥有任意决定权，该权力集中于中、高级人民法院或最高人民法院。这些变化表明，人们对现有制度因标准模糊，并且是由基层来执行，因而使该制度显得专断且容易滋生腐败的问题愈感不满⁵⁶。但法律起草人员认识到成文法不可能涵盖整个领域的各个方面，因而作出适当妥协，保留了在不可预见的情况下从轻处罚的可能性，但只有一个特定部门拥有该权力。由于法院之间对案件判决的交流很少，基层法院很难建立一套运用从轻处罚条款的“判例法”，只有某一特定部门、或者有限的几个特定部门才有能力做到。当然，这样一种体系的代价在于最高人民法院的工作量将相应增加，如果增加的程度令其无法应付的话，使用从轻处罚的机会就会相应减少。

⁵⁵ 例如，前注34，李文燕，第16页。

⁵⁶ 前注31，王汉斌，第222页；并见王旭东：《新‘刑法’对司法行政工作的鞭策》，《当代司法》，1997年第8期，第10页。

2. 提高可预测度，减少任意决定权

与合理化的意图密切相关的是，政府希望通过修订《刑法》来提高法律的可预测度，减少应用法律过程中的任意决定权⁵⁷。首先，减少应用法律过程中的任意决定权意味着立法机关的权力提高了。1979年《刑法》的起草人员担心他们有可能遗漏某些方面，因而给予公安机关、检察院和法院很大的空间来自行决定如何应用该法⁵⁸。1997年《刑法》的起草人员经验更丰富，也更自信，但他们对于基层干部正确和公正地运用法律的能力和决心不如以往乐观。

其次，一些评论家已明确指出，如果政府官员手中的任意决定权过大，将导致官员专权武断而损害公民权利。如果《刑法》象某些人所说的那样，既保障社会减少犯罪，也保护公民的权利，那么政府官员就不应该拥有无限制的处罚权力。1979年《刑法》因其极力维护社会“稳定”而忽略了对公民权利保护而广受批评。人们批评类推条款以及类似投机倒把和流氓活动的含糊概括的犯罪定义给予官员过大的权力。⁵⁹

⁵⁷ 前注31，王汉斌，第220页。

⁵⁸ 例如，上注（对在法律中出现类推条款的解释是担心分则部分过分简单而遗漏应当处罚的犯罪行为）；并见张军：《修订刑法的框架设想应有共识》，《人民司法》，1996年第12期，第4页（认为只有在积累大量司法经验之后才能废除“口袋罪”，因而1979年《刑法》采取广义语言和解释是合适的）。

⁵⁹ 例如中国人民大学法学院陈兴良教授在他的文章中对此方面的论述。陈兴良：《刑法修改纵横谈》，《人民司法》，1996年第12期，第5页。

3. 消除政治色彩

达到消除政治对《刑法》的不当影响这一目标，与其说是通过对《刑法》的实质性修改，不如说是通过去除了《刑法》中的某些政治性语言。例如，1979年《刑法》和1997年《刑法》的前两条所阐述的指导思想有着显著的区别。1979年《刑法》第一条充满了政治性色彩：

“中华人民共和国刑法，以马克思列宁主义毛泽东思想为指针，以宪法为根据，依照惩办与宽大相结合的政策，结合我国各族人民实行无产阶级领导的、工农联盟为基础的人民民主专政即无产阶级专政和进行社会主义革命、社会主义建设的具体经验及实际情况制定。”

与之相比，1997年《刑法》的第一条则明显不同：

“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法。”

将两者对照起来，1997年《刑法》前两条只使用了一次“无产阶级专政”、“社会主义建设”和“群众”这类词汇，而1979年《刑法》三次使用了“无产阶级专政”，

两次使用了“社会主义建设”和“群众”。1997年《刑法》根本未提及马克思主义、列宁主义、毛泽东思想、工农联合和社会主义革命，相反地，该法是完全以《宪法》为基础的。

消除《刑法》中政治色彩最显著的例子是将反革命罪改成危害国家安全罪。本文后面对这一修改做了详细介绍。

在一个政府并不真正受成文法的文字严格约束的法律文化里，法律文字变化的意义不一定十分重大。然而，减少政治语言并代之以法律界人士更熟悉的术语表明，法律界人士解释法律的地位提高了。如果“反革命”或“民愤”之类的政治语言具有法律意义的话，拥有政治权力和专长的党政官员就有资格解释法律，而他们是否具备法律培训和经验则不重要了。与1979年《刑法》相比，解释1997年《刑法》的权力更集中于法官、检察官、警察、律师和法学教授等法律专业人士手中。

4. 适应不断变化的环境

对《刑法》的许多修改无非反映了政府意图使该法适应自1979年《刑法》通过以来中国社会发生的巨大变化。本文已经提及经济犯罪的迅速增加；此外，1997年《刑法》特别禁止了拐卖妇女儿童和绑架债务人等在八十、九十年代数量迅速上升的侵犯人身权利的行为。尽管1979年《刑法》没有直接禁止绑架勒索，但该法禁止拐卖人口，并规定犯非法拘禁罪可被处以三年以下徒刑。1997年《刑法》增加一条

犯绑架勒索罪可被处以无期徒刑的新规定。但绑架债务人不视为构成绑架勒索罪，新《刑法》将其视为一种非法拘禁，可处以三年以下徒刑。拐卖妇女儿童罪与此类似，不属于通常的绑架罪，而是一种单独列出的犯罪，除非犯罪情节恶劣，一般处以十年以下徒刑。

有趣的是，这两种犯罪行为具有一个共同特点：这种行为的存在本身即说明，某些级别的政府对其持有一定的宽容态度。例如，拐卖妇女实质上是一种奴役活动，如果没有“购买”这些妇女的地区（通常是农村）当地政府的配合，拐卖是不可能存在的。解救被拐卖妇女的工作常常受到同情当地有关人员的基层干部的阻挠。在他们看来，购买妇女的人要被迫交出其花大钱“买来的东西”。⁶⁰

人们对绑架债务人这一行为的态度也同样模棱两可。这种绑架的特点是绑架者不能隐藏其身份，要使受害者家属或单位知道应该向谁付钱以及为什么，这样才能达到绑架的目的——讨回债务。因此，报纸常常报道绑架案的受害者已被绑数月，而当地政府仍在试图“解决”该问题。在这种情况下，我们可以看出基层政府并不将这类案件视为一般的绑架案，而是认为该行为虽然不完全合法，但情有可原⁶¹。1997

⁶⁰ 例如，《一个被拐卖姑娘的控诉》，《法制日报》，1989年10月28日，第3版。

⁶¹ 在一个案例中，基层村民委员会和“司法机关”花费了五个月的时间“劝说”绑架者送还人质（一名儿童）徒劳无果，最后才作出一个决定——将其拘留，见《此案该定何罪？》，《政法论丛》，1992年第1期，第17页。

年《刑法》仍然反映了这种观点，它规定：为讨回债务而绑架债务人以勒索钱财比非因讨债而绑架人勒索钱财则罪轻一等。

1997年《刑法》包括几条提高政法系统各部门、特别是法院的权力的新条款。1979年《刑法》中有关反革命罪的章节规定禁止煽动抗拒国家法律法规的执行，而新《刑法》将这一规定移到了破坏社会管理秩序罪一章中，因为原规定要求政府必须证明罪犯确实有反革命动机。但政府无需证明妨害社会管理秩序的罪犯有反革命意图，对该罪的处罚也轻于反革命罪。更重要的是，新《刑法》增加了关于妨害司法的全新一节。该节的条款对作伪证、毁灭或伪造证据、冲击法庭或殴打司法人员、变卖已被法院查封或冻结的财产、以及拒不执行法院判决与裁定等行为予以处罚。

该节的最后一条对中国司法体制的意义尤为重要。1979年《刑法》第157条并未明确规定对拒不执行法院命令但未使用暴力或威胁的行为是否应予以处罚。而1997年《刑法》第313条明确规定不要求暴力和威胁因素的存在，但只有当“情节严重”时，才构成犯罪。

新《刑法》增设了许多新的犯罪种类，但政府是否有足够的人力来调查这些犯罪并对其提起公诉仍是一个问题。中国国内的评论早已指出现有警力的不足⁶²。目前全国共有十万刑事侦察人员，也就是说，每一万多人才有一名刑侦人员。在过去，

⁶² 《新刑法的实施对公安机关提出的挑战和要求》，《公安研究》，1997年第3期，第22-24页。

刑侦人员负责30%到40%的刑事案件，其余部分由当地派出所负责，但目前派出所的职责已从刑侦工作转向以日常管理和防止犯罪为重点。因此，刑侦人员的工作量在犯罪种类增多以及犯罪定义更加详细的同时也大大增加。犯罪定义更加详细通常会增加警察和检察官的工作量，因为他们必须证明的犯罪构成要件增加了。⁶³

（二）. 具体修改

1. 废除类推

1997年《刑法》在基本原则方面最显著的变化是它废除了1979年《刑法》中的类推条款。这一修改使《刑法》与《世界人权宣言》第11条中阐述的原则更吻合。该原则规定，“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得被判为犯有刑事罪”⁶⁴。这一修改也显示了修订工作意图使《刑法》更合理化，并减少武断随意性。

1979年《刑法》第79条规定，《刑法》（或其他立法）中未作规定的“犯罪行为”可经最高人民法院核准，比照《刑法》中最类似的条文定罪判刑。这一条款让人联想起清朝法律中的类似规定，并完全违背了罪行法定原则。根据该条款，某行

⁶³ 上注，第23页。

⁶⁴ 中国已经签署但尚未正式批准的《公民权利和政治权利国际公约》在第15条也采用了与此几乎相同的表述。

为在发生时并无任何法律规定禁止该行为，但该行为仍可受到处罚，即使在该行为接受处罚过程中仍无法律规定禁止该行为，亦是如此。该类推条款意味着“犯罪”的定义可能在《刑法》之外，其定义基本上是由检察官制定的，经最高人民法院核准即成立。

1997年《刑法》废除了类推条款，并代之以第3条。第3条规定：

“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”

该条款受到中国评论界的高度赞扬，被认为是表明中国正式采纳了“罪行法定”的原则⁶⁵。但在本文下面的讨论中可以看到，从理论上讲，中国的确采纳了这一原则，但《刑法》中仍存在几个可以取代类推条款的规定。这些规定就有与类推制度相似的问题，包括过多的灵活性和被随意滥用的可能性。

⁶⁵ 前注34，李文燕，第16页。李文燕把“罪刑法定”的原则上溯至1215年英国《大宪章》(Magna Carta)。在她的文章发表之前的两年，另一位支持采纳“罪刑法定”原则的作者指出，这一原则不仅存在于《世界人权宣言》和《公民权利与政治权利国际公约》中，同样也体现在被人忽略的1949年8月12日《关于保护国际武装冲突难民之日内瓦公约（第一号）》(U.N.T.S. No. 17512, vol. 1125, p.3.)及其《补充议定书》当中，以及《关于保护非国际间武装冲突难民之日内瓦公约（第二号）》(U.N.T.S. No. 17513, vol. 1125, at 609)及其《补充议定书》。见胡云腾《废除类推及刑法科学化》，《法学研究》，1995年第5期，第56页。中国是两个日内瓦公约的缔约方。

长期受到中国学术评论人士批评的类推条款⁶⁶不仅来源于旧中国的法律,而且也是由于1979年《刑法》起草人员缺乏经验和过度谨慎造成的。起草人员明显意识到他们可能会遗漏一些应受到刑事处罚的危害社会的行为,并且中国法律史上从未有过及时“通知之类”(fair notice)的正当程序方面(due process)的概念,因而起草人员认为类推是确保法律不出漏洞的一个便宜的方法⁶⁷。他们认为类推须经最高人民法院核准的要求可以避免过度或武断的使用该条款的现象。

在1979年《刑法》生效的近二十年间,类推在实践中的正式使用极少。据中国评论人士统计,到1996年6月截止,只有92例案件⁶⁸被上报最高人民法院⁶⁹申请核准类推,其中只有72例获核准。这些案件大多涉及轻微罪行,例如干涉婚姻自由(大概是对婚外性关系予以处罚)或者侵犯财产罪。⁷⁰

⁶⁶ 例如,中国人民大学法学院陈兴良教授批评类推制度不利于保护权利,并认为1979年《刑法》在过份第强调保护社会利益以至以牺牲公民权利为代价。陈兴良教授还批评了诸如投机倒把罪、流氓罪、渎职罪等“口袋罪”,认为它们的模糊定义太易于造成执法的武断随意;见前注59,第5页。另外一位作者在历数了类推制度的缺陷后以下文结尾:

“类推制度和刑法的价值取向根本是背道而驰的,刑法要保护人民的利益,决定犯罪与刑罚都必须要以《刑法》分则部分的具体规定为依据。”

上注65,胡云腾,第69页。

⁶⁷ 晚至1995年,“为弥补司法经验的不足”仍然是支持保留类推制度人士的论点之一。例如,侯国云:《市场经济下罪刑法定与类推的价值取向》,《法学》,1995年第3期,第64页。

⁶⁸ 前注54,熊选国,第3页;而中国人民大学法学院的刑法学家高铭暄列举的数字是73例,见王松苗:《唯严唯实:专家细说刑法典》,《人民检察》,1997年第4期,第12页。

⁶⁹ 郭光华:《刑法的重大修改》,《人民公安》,1997年第7期,第11页。

⁷⁰ 前注68,王松苗,第12页;前注54,熊选国,第3页。

评论界人士认为取消类推有几方面原因。首先，他们指出，类推使用的频率极低显示出它在旧《刑法》中的作用微乎其微，更不必说它在修订补充后的新《刑法》中会有什麼作用了。其次，评论家们提到了成本问题，让最高人民法院处理这些意义不大的案件毫无必要。⁷¹

但反对类推的评论最主要地集中在两方面⁷²。首先，根据中国《宪法》的规定，法院使用类推这一行为本身侵犯了全国人大的立法权。因此，废除类推可以被视为是全国人大维护其政治权力的措施，因为检察机关和最高人民法院不再有权定义新的犯罪类型。

其次，一些人士明确指出，使用类推是与保护人权相违背的。不仅因为类推条款作为一项政治问题“不利于我国在国际人权问题上的斗争”⁷³，而且人权本身就是值得保护的，类推条款因而受到许多批评。下面引用的评论非常值得注意，因为这类评论过去在中国并不多见：

⁷¹ 前注31，王汉斌，第221页。前注54，熊选国，第3页。

⁷² 对于废除类推当然不是没有反对的声音，但是它们似乎从来没有在官方报道中出现过。

⁷³ 高洪宾，钱建军：《我国刑事法律制度的重大改革与完善》，《政治与法律》，1997年第3期，第9页。

“实践证明，实行类推的弊大于利，类推的弊病：其一，类推制度使刑法功能倒置，社会保护功能和人权保障功能是刑法应追求的两大功能，刑法也应将两者置于同等重要的位置，寻求两者间的最佳利益平衡，而类推制度的价值取向是以扩大刑罚的手段来过分强调社会保护功能，而一定程度上侵蚀恶劣个人权利的保障功能。在市场经济体制下，却要求造就一个宽松自由的社会环境，体现在刑罚观念上，即要求刑事立法从社会保障功能向人权保障功能倾斜，加重法的人权蕴含，而类推恰恰与此相违背。

其二，类推制度不利于制约刑罚权的滥用。类推的适用尽管有其严格的程序性限制，但由于在实体规则上缺乏明确具体的法律评价标准，类推的‘法无明文’而‘法外治罪’的本质，致使司法权侵入立法权领域，违背了司法权、立法权分立并相互制约的要求，也就无法保证限制刑罚权不被滥用。

其三，类推制度不利于公民权利的充分行使。每个公民有权做除法律禁止行为之外的合法行为，也应有权知道何为合法行为，何为非法行为，并在此基础上决定自己的意志。但类推之下，公民的法律自由空间模糊，法律后果又缺乏预示性，类推以其处于不稳定状态之中的刑罚扩张性，对全体公民（不仅仅是犯罪人）设置了一个无

形而又凶吉难卜的‘禁区’，可能因一朝不慎而面临法无明文规定而被指控被治罪的现实威胁。”⁷⁴

就连公安部的一位高级官员也作出了类似的评论：

“这一原则（本文作者注：罪刑法定原则）的确定，更有利于实现刑法的社会保护和人权保障两种功能，对于进一步保障公民合法权益和保证司法机关严格执法具有重要意义。”⁷⁵

对于这场争论中的某些人来说，中国毕竟是否应该采纳罪行法定原则似乎是次要问题，而最重要的问题就是，西方社会是否真的存在罪行法定原则，还是这一原则在西方只是用来欺骗人民的⁷⁶。某位评论家称，西方国家早已放弃了该原则，并且以种种形式使用了与类推相似的规定⁷⁷。他总结说，中国不应试图达到西方国家已经认定无法达到而且徒有虚名的标准，中国在建设其“有中国特色”的刑法体系时不应被外国人吹毛求疵所影响。然而，发表该观点的评论期刊在随后一期就刊登了一篇文章对这一观点作出了尖锐批评。第二篇文章的作者认为，西方国家确实存在罪

⁷⁴ 同上注，这两位作者不是法学教授，而是浙江省一个中级人民法院的两位干部。

⁷⁵ 罗锋：《新刑法的基本特点和重要修改》，《政法论坛》，1997年第2期，第7页。罗锋是中国公安部纪检书记。

⁷⁶ 前注70，第65页。

⁷⁷ 侯国云是司法部下属中国政法大学的一名副教授。因为他在文中没有举出任何“西方的”运用与类推相似手段科处刑罚的具体案件，所以对本文作者就缺乏说服力。

行法定的原则，而且这一原则值得借鉴。这位作者还称，中国在建设其刑法体制时虽然不应过多理睬国外的批评，但应认真研究自己的“中国特色”，并除去那些落后的糟粕。⁷⁸

类推使用频率很低的原因之一是可以代替它的可行方法很多。由于这些替代形式仍然存在，废除类推并不能彻底消除它带来的问题。

中国国内评论界人士指出，1979年《刑法》对犯罪类型的定义非常含糊（有些甚至根本未作定义），这种做法产生的效果与类推很相似。1979年《刑法》中大量设定了投机倒把、流氓活动和渎职等含义很广的犯罪类型。如果没有这些犯罪类型的规定，人们使用类推的频率可能会大大提高⁷⁹。此外，该法没有对强奸等其他犯罪行为作任何定义。1979年《刑法》第139条仅规定禁止采用暴力、胁迫或“其他手段”实施强奸。这一规定意味着罪犯可以通过暴力或胁迫手段以外的手段实施强奸，但由于没有对强奸作出定义，我们无法确定“其他手段”到底指的是什么⁸⁰。因此，诱骗发生性关系之类受到社会谴责的行为，虽然没有法律明文禁止，但仍有时按强奸罪论处。虽然1997年《刑法》仍未对强奸作出定义，造成强奸罪的含义甚为广泛，

⁷⁸ 前注65，胡云腾，第69页。胡云腾是中国社会科学院法学研究所副研究员。

⁷⁹ 前注58，张军，第4页。张军是最高人民法院政策研究室副主任。

⁸⁰ 出于同样的原因，由于没有界定强奸的概念（1997年《刑法》对此亦无回答），“婚内强奸”的问题在中国采取新的立法行为之前仍然没有一个确定的答案。参见《强行与妻子发生性行为有罪吗？》，1993年7月22日，《法制日报》，第3版。该文作者认为法律上对此没有明确规定，在作者探讨了几种不同的观点之后，得出丈夫不可能因此犯有强奸罪的结论。

但该法已将上述三种含义极广的犯罪类型（即所谓“口袋罪”）细分为定义更明确的犯罪类型，因此这三种犯罪类型已不容易再产生相似于类推造成的后果。

另一种可以代替类推的形式是由最高人民法院和其他机关颁布的具有立法性质的司法解释。1979年《刑法》第185条规定“国家干部利用职权收受贿赂”要负法律责任。最高人民法院和最高人民检察院共同发布的“解释”该条款的通知指出，离职或退休的国家干部利用以往的工作关系，通过在职国家干部为某些人谋取利益，并从该人手中收取钱财的，应视为收取贿赂并按第185条规定负法律责任⁸¹。至少有一位国内的评论家已指出，该解释已远远超出了该条对犯罪主体（犯罪实施人）以及实施犯罪的手段（利用职权）所规定的范围⁸²。因此，这种司法解释实际上是另一种形式的类推，其不同在于司法解释是经最高人民法院事先批准的，而类推是在具体行为发生后才经最高人民法院确认的。虽然这种类推的运用满足了法律程序中对及时通知的要求，但还存在原来受批评的立法权限问题。

可以代替类推的还有1997年《刑法》中仍广泛使用的“以其他手段”⁸³和“其他特别严重情节”⁸⁴等含义模糊或未经定义的涵义极广语言，以及可以分为“较轻”、

⁸¹ 最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂的补充规定〉若干问题的解答》，1989年11月6日发布。

⁸² 杨春洗：《罪刑法定原则的法典化——新刑法的一个重大发展》，《政法论坛》，1997年第2期，第15页。

⁸³ 参见1997年《刑法》，第246条。

⁸⁴ 同上注，第318条。

“严重”、“特别严重”⁸⁵、“恶劣”⁸⁶或“特别恶劣”⁸⁷等等程度不同的“情节”、“危害”和“后果”之类的概念。此外，某些犯罪行为可以根据其涉及的金额予以相应的处罚，但对金额的定义仅限于“较大”、“巨大”或者“特别巨大”⁸⁸。

尽管从理论上讲，法律对这些具体定义的规定体现了罪行法定这一标准，但這些语言的含义模糊，因而很可能产生如类推造成的武断滥用的后果。1997年《刑法》确认了犯罪必须由法律来定义的概念，但它并未要求准确的定义。在实践中，这类含糊语言造成的误解和混乱通常是通过最高人民法院或其它某些权威部门发布的具体规定来解决；例如，最高人民法院就《刑法》中某一具体条款的内容规定，具体多少数额方可构成金额“较大”⁸⁹。虽然这些规定在一定程度上防止了基层干部的武断滥用现象，但这些规定的内容大多不予公开，因而广大公民对其规定并不了解。

一位国内评论家称，使用这些含义模糊的语言对适应中国国情是必要的和适当的，但他补充道，将这些语言写入法律并加以运用，与国际惯用的罪行法定原则是完全不同的。⁹⁰

⁸⁵ 这三项文字均见于1997年《刑法》第151条。

⁸⁶ 同上注，第236条。

⁸⁷ 同上注，第145条。

⁸⁸ 这三项文字均见于1997年《刑法》第264条。

⁸⁹ 同上注，第174条。

⁹⁰ 曾 Qingmin: 《关于新刑法的基本原则》，《公安研究》，1997年第3期，第18页。作者是中国社会科学院法学研究所研究员。

总之，废除类推以及在《刑法》中确认犯罪必须由法律来定义的原则是该法在理论原则上非常重大的进步，应当受到欢迎。特别令人鼓舞的是有关人士表示，这些变化产生的一个重要原因是它们对保护中国公民的权利有益，而不仅仅是由于它们有利于政府更好的控制其官员、以及帮助政府在国际人权问题方面为自己辩护。然而，1997年《刑法》中广泛使用“其他手段”或“情节严重”等含义模糊的语言，这类做法仍然存在类推制度下同样产生的缺乏及时通知、以及容易产生武断滥用等程序上的问题。

2. 从反革命罪到危害国家安全罪的转变

1997年《刑法》修正案中最引人注目的一点就是用“危害国家安全罪”替代“反革命罪”的罪名⁹¹。在刑法修改小组提交给全国人大的修正案草案报告中，更改反革命罪罪名的理由与解释也是整篇报告中最长的部分。⁹²

无论被贴上什么名称的标签，从国际人权法的角度来看，刑法对这类犯罪的规定一直是颇成问题的——以非暴力方式行使某些基本人权，也会因这些规定而招致

⁹¹ 关于1997年《刑法》“危害国家安全罪”条文的具体研究分析，参见 Human Rights in China & Human Rights Watch/Asia, *China: Whose Security? "State Security" in China's New Criminal Law* (April 1997) [以下简称 *China: Whose Security?*].

刑法上的可惩罚性⁹³。正如下文将要论及，尽管对这类罪名已经重新正名，但是政府并没有减轻对和平行使国际人权法所保护权利的行为所施加的惩罚，在某些情况下，刑罚的力度反而加大。

取消反革命罪的规定，是从刑法中去除、减少政治色彩所采取的各项措施中的一部分，上文已述，1997年《刑法》在开篇的条款中已经不再提及马克思列宁主义或者社会主义革命。另外，反革命罪概念中搀杂的政治色彩也招致了非议，因为“反革命行为”的内涵实际上是随政策演进和经济发展而变化的，因此这种词汇不适合出现在立法语言当中。⁹⁴

在新《刑法》颁布的多年以前，修改反革命罪条款的努力就已经开始了。毛泽东时代结束之后马上就出现争论的声音：有观点认为，作为一项罪名，反革命罪更多地是被滥用而非依法被准确适用；持此论者呼吁以更客观且不含政治色彩的名称取代这项罪名。事实上，这种观点已经被1988年出现的一版《刑法》修正稿所采纳。

⁹² 前注31，王汉斌，第43页。

⁹³ 联合国《世界人权宣言》第19条宣布：“人人有权享有主张和发表意见的自由；此项权利包括持有主张而不受干涉的自由，和通过任何媒介和不论国界寻求、接受和传递消息和思想的自由。”第20条第（一）款规定：“人人有权享有和平集会和结社的自由”。参加和组织工会的权利受到《经济、社会和文化权利国际公约》第19、21、和22条的保护。中国政府已经签署该公约但尚未批准。

⁹⁴ 宋庆德：《关于危害国家安全罪的几个问题》，《法律适用》，1997年第7期，第10页。

1989年突然发生的政治镇压使改革的步伐暂时停滞⁹⁵，但是在1991年，呼吁以危害国家安全罪取代反革命罪的文章又开始重新出现。然而应当注意到，提出修改意见所依据的理由并非自由主义色彩的，文章的作者们反复强调，罪名的变更并不意味着任何实质内涵上的变化⁹⁶，向全国人民代表大会提交的修改意见正式报告也强调，依据1979年《刑法》做出的反革命罪判决依然有效、不会翻案⁹⁷。由此看出，与取消类推制度和1996年《刑事诉讼法》改革所不同的是，后两者部分地起到了推动中国法律与国际人权标准相符合的作用，而对反革命罪做出的有关修改与世界公认的人权原则并无联系。

如果没有实质修改反革命罪条款的目的，那么又是因为什么原因而修改呢？

1989年之后发表的文章比较普遍地提到了如下几点考虑⁹⁸：首先，反革命罪的概念具有强烈的政治色彩以至于和中国政府向国际社会宣称的“没有政治犯”自相矛盾；其次，《刑法》中含有反革命罪条款不利于中国对外进行国际间法律合作，尤其是在协议引渡的问题上造成较大麻烦，因为国际法惯例是“政治犯不引渡”的⁹⁹；第

⁹⁵ 当时，因参与1989年春夏期间游行而成为刑事被告的人，很多被指控犯有“反革命罪”。

⁹⁶ 前注91，*China: Whose Security?* 第8页，引述郭群：《关于反革命罪章的调整》，收入崔青森主编：《中国当代刑法改革》（社会科学文献出版社，1997年）第二十章。并见李文燕：《反革命罪改为危害国家安全罪浅议》，《法制日报》，1991年3月14日。

⁹⁷ 前注31，第224页。1997年3月，司法部副部长张秀夫透露中国在押反革命罪犯人数为2,026。见 "Chinese Justice Official Discusses 'Counterrevolutionary Crimes,'" Xinhua News Agency, March 31, 1997.

⁹⁸ 详见前注91，*China: Whose Security?*

⁹⁹ 前注94，宋庆德，第10页。

三，1979年《刑法》中反革命罪构成要件包括反革命目的的主观要件，实践中不易操作并且给法院审判也带来不必要的程序性障碍¹⁰⁰；最后，考虑到中国即将恢复行使对香港的主权，一国两制政策又要求中国政府自己反对在五十年内于香港施行社会主义制度和人民民主专政，反革命罪在刑法典中存在只能增添更多的麻烦¹⁰¹。

至于危害国家安全罪的新条款没有任何“自由化”的目的，从几个方面来看，确实是显而易见的。

第一点，新罪名不再要求行为人有主观故意，正如修改者所期望的那样，这自然就极大地扩张了该条款的适用范围。

第二点，也是更为重要的一点，法条并没有明确定义什么是“危害国家安全”的行为。举例来说，1997年新《刑法》第102条仅仅规定：

“勾结外国，危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全的，处无期徒刑或者十年以上有期徒刑。

¹⁰⁰ 前注31，王汉斌，第223页，提到取消必须证明被告的反革命目的的要求使刑事检控更加容易。

¹⁰¹ 前注94，宋庆德，第10页。

与境外机构、组织、个人相勾结，犯前款罪的，依照前款的规定处罚。”

同样明显的是，对危害国家安全罪进行起诉并不要求行为造成任何客观危害，甚至都不须发生过任何具体的行为。¹⁰²

第三点，1997年《刑法》的危害国家安全罪仍然保留了对和平行使言论自由与结社权利的限制，尽管它们属于国际社会公认的基本人权。联合国《世界人权宣言》第19条宣布：

“人人有权享有主张和发表意见的自由；此项权利包括持有主张而
不受干涉的自由，和通过任何媒介和不论国界寻求、接受和传递消
息和思想的自由。”

与《世界人权宣言》格格不入的是，根据1997年《刑法》第103条，即使是主张台湾与中国大陆继续和平保持“两岸分治”的现状，也有可能被追究刑事责任，而以和平方式进行国内政治体制改革或者公然批评政府则会构成第105条所禁止的“颠覆国家政权、推翻社会主义制度”¹⁰³。最高人民检察院1981年发布的一个文件则明确道“恶毒攻击诽谤中央领导同志”可以构成犯罪、并且任何以为这种言论不

¹⁰² 前注91，*China: Whose Security?* 第14-15页。

属于刑法管辖的思想都是极端错误的¹⁰⁴。这一文件至今仍然有效，它背后潜藏的意识至今尚存，这从1997年《刑法》新增添一条1979年《刑法》都不具备的条款——以造谣、诽谤或者其他方式煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度——就可以看出来。¹⁰⁵

1. 刑罚

死刑

对于新刑罚是否有意图减少死刑的适用，中国的学术界甚至官方都没有达成统一的意见。毫无疑问的是，在学者以及全国人大代表当中都有很强的支持减少死刑的呼声¹⁰⁶，尤以关于经济犯罪和涉及财产的犯罪为甚¹⁰⁷。根据最权威的出处——全国人大常委会副委员长向全国人大代表提交的报告——减少适用死刑的时机尚未成

¹⁰³ 参见前注91，*China: Whose Security?* 第18页，注43所引用案例。

¹⁰⁴ 中国共产党中央政法委员会《关于对恶毒攻击、诽谤中央领导同志是否构成犯罪问题的意见》，1981年10月9日发布，载于《举报申诉工作法规手册》（北京，1990年），第1卷，第72页。

¹⁰⁵ 1997年《刑法》第105条。

¹⁰⁶ 全国人大常委会副委员长王汉斌于1997年3月6日向全国人大做的刑法修改草案报告中不仅提到这种观点，而且还肯定了它们的价值，见前注31，王汉斌，第226页。

¹⁰⁷ 前注34，李文燕，第1页。

熟，因此决定原则上在《刑法》中既不扩大死刑的适用范围、也不减少¹⁰⁸。其他一些代表官方言论的注释者则宣称，修正《刑法》的目的之一就是要减少死刑的适用、并且在实际操作中也确实降低了死刑的宣判与执行数字。¹⁰⁹

尽管中国政府一贯宣称死刑的适用在中国被严格限制，仅仅及于最恶劣的犯罪，¹¹⁰但是这种言论至今仍经不起合理的推敲。中国的官方媒体曾经报道过的根据1979年《刑法》而执行死刑的案例中有一例是偷窃14头牛¹¹¹，还有一例是偷窃28台电视机¹¹²。两个案件都是在1996年宣判执行的，国际大赦组织当年对中国进行的统计表明，1996年中国至少宣判了6,100例死刑并有4,367宗被执行。因为这些数字只是根据中国的媒体所公开报道的信息而统计的，所以无疑是低于实际数字的¹¹³。国际大赦组织根据保守的估算，宣布“20世纪90年代中，中国执行死刑的人数比世界上其他国家和地区执行的死刑数目总和还要多”¹¹⁴。

¹⁰⁸ 前注31，王汉斌，第226页。这一观点也反映在周道鸾、单长宗、张泗汉主编的《刑法的修改与适用》（人民法院出版社，1997年），第18页。

¹⁰⁹ 例如"China Says Death Sentences, Immediate Executions Reduced," Xinhua News Agency, February 11, 1998（引用最高人民法院政策研究室副主任张军和中国政法大学何秉松教授的话）。

¹¹⁰ 例如"Justice Minister, Legal Chief Comment on Death Penalty, Rights," China News Agency, September 16, 1997（司法部长肖扬在1997年9月16日新闻发布会上的评论）。

¹¹¹ 《四川法制报》，1996年5月13日。

¹¹² 《湖北法制报》，1996年5月7日。

¹¹³ 见Amnesty International, *China: Death Penalty Log 1996 (Parts I, II, and III)* (New York: 1997) [以下简称 *Death Penalty Log 1996*]。进一步的分析，请见 Amnesty International, *The Death Penalty in China: Breaking Records, Breaking Rules* (New York: 1997) [以下简称 *Death Penalty in China*]。

¹¹⁴ 同上注，*Death Penalty in China*。

总而言之，1997年《刑法》确实显得比1979年《刑法》对适用死刑做出了更多的限制。举例来说，1979年《刑法》第44条规定：犯罪的时候不满十八岁的人不执行死刑，但是已满十六岁不满十八岁的，可以判处死刑缓期二年执行。1997年《刑法》第49条则用绝对的语言规定“犯罪的时候不满十八周岁的人……不适用死刑”。

现在因盗窃罪被判处死刑的情况比较以往而少见。根据1979年《刑法》和1982年全国人大常委会的决定¹¹⁵，对盗窃“数额巨大”者可以判处死刑。而1997年《刑法》对不带有暴力手段的盗窃行为的惩罚，只有在盗窃金额“特别巨大”并且是涉及金融机构或者盗窃并且情节严重才可以判处死刑。¹¹⁶

新《刑法》的一个巨大进步是取消了对流氓罪——一项非常模糊的罪名——科处死刑。根据全国人大常委会在1983年“严打”期间颁布的一项决定，1979年《刑法》第160条对“寻衅滋事”以及“其他流氓行为”所规定的最高刑（七年有期徒刑）在犯罪行为造成“特别严重”¹¹⁷后果时被扩大为死刑。1997年《刑法》取消了把“流氓罪”作为一类犯罪的规定¹¹⁸，而是用若干条文取而代之，具体列举各种危害行为¹¹⁹。

¹¹⁵ 《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，1982年3月8日发布。

¹¹⁶ 1997《刑法》第264条。

¹¹⁷ 《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》，1983年9月2日发布。

¹¹⁸ 参见后文“流氓罪”一节，位于注131至注132中间。

举例来说，“寻衅滋事”成为四种具体犯罪行为之一，而“其他流氓行为”已经被从法典中取消。在新《刑法》中，原来被归入流氓罪的各种犯罪均已不再适用死刑。

新《刑法》同时也填补了1979年《刑法》关于死刑缓期执行（死缓）的立法空白。1979年《刑法》第46条规定，如果罪犯在死缓期间“确有悔改”，刑罚将被减为有期徒刑；如果犯罪分子在此期间“抗拒改造情节恶劣”，那么就执行死刑。但是如果既未“确有悔改”又没有顽固抗拒改造又该怎么办呢？根据唯一的一起官方公布死刑减刑原因的著名案例，毛泽东的遗孀江青及其“四人帮”同伙张春桥因为没有公然“抗拒改造”而获得死刑减刑。中国政府并未宣布他们“确有悔改”¹²⁰，此案可以暗示：根据1979年《刑法》死刑减刑的衡量标准为“是否抗拒改造的情节恶劣”，尽管我们没有证据可以确定在实践中确实依这个标准执行。

1997年《刑法》第50条明确了这个标准：在缓刑期间没有进行故意犯罪的可以在缓刑期满后减为无期徒刑。从表面看来，新标准比过去那种随意性与主观性较强的“确有悔改”和“抗拒改造情节恶劣”为佳。但是如果考虑到中国狱政管理的现状，如果狱政管理机关希望看到死刑得到执行，那么“证明”犯人在缓刑期间至少从事一次犯罪也并非难事。

¹¹⁹ 1997年《刑法》第293条。四种具体行为之一被规定为“造成公共场所秩序严重混乱”，不过相似的定义在许多国家和地区的法律中都比较常见。真正的问题不在于文字表面的含混，而是解决含混文字的程序措施。

¹²⁰ 参见最高人民法院院长江华向第六届全国人民代表大会第一次会议提交的《最高人民法院工作报告》，1983年6月7日。

断言新《刑法》能够减少死刑的执行，现在为时尚早。综合考虑各种因素，关键点并不在于法律条文的用语，而是政府政策。尽管尚缺乏细节的进一步澄清，根据现有的资料，还是可以看出并非只是在达到“罪大恶极”的程度时才执行死刑的。

121

减轻刑罚的量刑制度

为了达到法制统一的目的和减少自由裁量，修正案在关于减轻处罚、假释以及减刑各量刑制度上显著加强了立法所能达到的限制与约束。

1979年和1997年的《刑法》都包含有对罪行从轻处罚、减轻处罚的规定条款。从轻处罚是依照较低的量刑幅度施加刑罚，减轻处罚是指在法定最低刑界限下施加刑罚。1979年《刑法》第59条规定了即使不具备依法减轻处罚的情节，法院的审判

¹²¹ 大赦国际于1997年度记录中国宣判死刑3,152例，执行死刑1,876例——两个数字比1996年相比都显著下降。见Amnesty International, *People's Republic of China: The Death Penalty in 1997* (Sept. 1998) (报告的缩略本刊登于国际互联网

<http://www.amnesty.org/ailib/aipub/1998/SUM/31702898.htm>). 统计数字来自于大赦国际所收集的公开报道消息，应当较实际数字为低，实际数字似乎属于“国家秘密”。无论如何，死刑仍然被广泛施行，媒体最近报道在北京对一名组织卖淫集团的女犯执行死刑，在天津对一名在14个月内挥霍公款537,000元人民币以供个人享乐的低级政府官员执行死刑。见 "Harsh Penalty for

委员会如果根据案件的“具体情况”衡量认为法定最低刑仍然过高，有权主动作出减轻处罚的决定。

根据官方的说明，由于原《刑法》第59条缺乏明确判别标准并且极易为随意执法和腐败大开方便之门，减轻处罚的执行另人难以满意¹²²。1997年《刑法》第63条对此做了修正，根据新条款，如果不具有法定减轻处罚情节，只有在“特殊情况”下¹²³，并且必须经过最高人民法院的核准，法院才可以在法定刑之下判处刑罚。

在假释和减刑制度上也存在着与低于法定刑量刑基本相似的执法问题，新《刑法》采取的解决办法也和前述方式类似¹²⁴。1979年《刑法》规定，在符合其他一些条件的情况下，如果罪犯在服刑期间还表现出“确有悔改”或者有“立功表现”，

Pimp," *China Daily*, November 18, 1998; 以及, "Chinese Official Given Death Sentence for Excessive Wining and Dining," Agence France-Presse, November 16, 1998.

¹²² 前注31，王汉斌，第222页。

¹²³ “特殊情况”似乎比“具体情况”的适用范围小，因为所有的案件都有自己的“具体情况”，然而目前尚无公开发表的评论具体阐述它们的含义。最高人民法院在1997年《刑法》第81条的问题上（详见下文）曾经对相似术语作出更细致的定义：“特殊情况”是指“有国家政治、国防、外交等方面特殊需要的情况”，见《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》，1997年10月29日公布，1997年11月8日生效[下文简称《减刑假释规定》]，第11条。

¹²⁴ 前注31，王汉斌，第221页。一位评论人士认为，1979年《刑法》体制的问题是“不公开化”。结果就是“某些人错误地认为”在宣判时可能获得减刑，见前注56，王旭东，第10页。可以看出该作者在这里隐晦地表达了自己的批评意见。

其刑期可以缩减或者被假释¹²⁵；《刑法》没有规定什么机关有权做出减刑和假释的决定，但是最高人民法院、最高人民检察院、司法部、公安部于1980年联合发布了一个文件¹²⁶，四个部门自行解决了分工。大致上，减刑或假释的建议要由监狱或劳改部门等执行机关提出，然后根据不同情况由中级或更高级别的人民法院批准。1989年公布的有关文件又基本上重申了这套程序规定。¹²⁷

1997年颁布的新《刑法》则试图对符合减刑和假释的情节做出更具体的规定。第78条规定，服刑的罪犯如果“确有悔改”或者“立功表现”的，“可以”减刑。同一条款继续明确规定如果具有所列举的“重大立功表现”之一的，“应当”给予减刑。所有案件的减刑都应当由中级以上人民法院作出裁定。

尽管新《刑法》并没有对第78条涉及的“确有悔改”和“立功表现”的内涵作出具体解释，1997年底由最高人民法院颁布的一项文件填补了此处的空白¹²⁸。最高人民法院在文件中规定，“确有悔改”是指具备下列四种情形之一：认罪伏法；遵守监狱管理规定、接受改造；积极参加政治、文化和技术学习；积极参加劳动、完

¹²⁵ 1979年《刑法》第71，73条。

¹²⁶ 最高人民法院、最高人民检察院、司法部、公安部《关于罪犯减刑、假释和又犯罪等案件的管辖和处理程序问题的通知》，1980年12月26日发布[下文简称1980年《联合通知》]，见于高格主编：《刑法刑事诉讼法司法解释》（吉林人民出版社，1991年），第413-415页。

¹²⁷ 最高人民法院《关于印发〈全国法院会议关于减刑和假释问题的纪要〉的通知》，1989年2月14日发布，见于《司法手册》（人民法院出版社，1990年）第6卷，第66-72页。

¹²⁸ 参见前注123，《减刑假释规定》。

成生产任务。另外还特别指出，服刑期间向有关机构提交申诉书不应一律认为都是“拒不认罪伏法”。

文件还提出了“立功表现”的具体定义，为那些构成“可以减刑”的情节提供判断标准，基本上，就是模仿比照《刑法》对“应当减刑”作出的规定。¹²⁹

假释制度的情况与此在原则上相同。1997年《刑法》第81条规定了相对更加具体的情节、作为判断是否“确有悔改表现”的标准。确有悔改表现与“认真遵守监规”、“接受教育改造”共同作为决定假释的必要情节。同减刑一样，假释也要由中级以上人民法院作出裁定。

显而易见，要求由中级以上人民法院作出假释和减刑裁定是为了对假释和减刑案件加强控制，并且希望能消除腐败的可能性。然而一些重要的问题仍然没有被解决。首先，1997年《刑法》没有明确由哪个中级法院享有假释、减刑案件的管辖权。假设管辖权要么归属于执行机关所在地法院，要么归属于原判决生效所在地法院，那么在没有反证的情况下，依照1980年的《联合通知》¹³⁰，应当由执行机关所在地法院对假释、减刑案件行使管辖权。其次，把作出假释、减刑裁定的任务加给中级人民法院，或者意味着加重其工作负担、影响其主要工作任务——审判案件，或者

¹²⁹ 例如，犯人阻止他人“犯罪活动”的，“可以”减刑，而阻止“监狱内外重大犯罪活动”的，“应当”减刑；见《减刑假释规定》第1条，1997年《刑法》第78条。

¹³⁰ 见前注126。

干脆就是让法院在决定假释、减刑的程序中仅仅起到橡皮图章的作用。中国现在只有大约380个中级人民法院，按照平均数字计算，每个法院每年要承担起涉及3,400多名服刑人员的假释、减刑审理任务。¹³¹

4. “囊括条款”的废除与细分

作为实现《刑法》合理化和减少法律执行随意化的目标之一，《刑法》修改小组把1979年《刑法》遗留的两项外延过于广泛、界限模糊不清的犯罪分解、细化。

流氓罪

1979年《刑法》第160条部分规定为：

“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。”

¹³¹ 1995年，中国监狱在押人犯共计130万名，另有劳动教养人数为20万，见前注12，《中国法律年鉴1996》，第974页。自那以来的数目大概有增无减。1997年3月，司法部副部长张秀夫表示中国当时在押的2,026名“反革命罪犯”只占当时在押全部人数的0.46%，参见前注97。根据张秀夫列举的数字，全国在押人犯为44万，这同其他场合发布的官方数据相比是过分低估的，不可取。

很明显，160条尤其是其中“其他流氓活动”的用语非常广泛，也许正因为有这一条就这使判决流氓罪很少需要适用1979年《刑法》“类推”制度。

尽管这种囊括性条款为公安机关行使职权提供了方便，它还是遭到了与“类推”制度在本质上相同的批评：规定过于空泛，使随意执法有机可乘。因此，流氓罪也受到了合理化趋势的影响。在1997年的新《刑法》中，流氓罪被分解为若干独立的条款，对某一种犯罪类型进行更加清晰的界定并且完全取消了“其他流氓活动”¹³²作为犯罪的一类。

1997年《刑法》关于流氓罪的修改尽管还有一些界限模糊的遗留问题，但这无疑代表了朝着正确方向的一个进步。最重要的修改也许不是在罪名的定义上，而是关涉对犯罪的刑罚。即使按照最严重的犯罪情节考虑，第237条提供的刑罚最高只能是10年有期徒刑（见第292条）。相对照的是，依照1979年《刑法》可以科处死刑，并且死刑可以适用于被地方执法机关随意标为“其他流氓犯罪”的各种行为；更甚者，对反革命罪执行死刑尚须经过最高人民法院复核，而核准流氓罪死刑判决的权力被下放到高级人民法院。

投机倒把

¹³² 前注117，《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》。

1979年《刑法》第118条把“以走私、投机倒把为常业的，走私、投机倒把数额巨大的”定为犯罪行为。而刑法典并没有提供“投机倒把”的定义，地方基层部门可以自行决定什么行为构成投机倒把。在社会主义经济转型期阶段，投机倒把罪非常容易被当作随意乱扣的“大帽子”。在改革前的计划经济体制下，计划分配和价格补贴盛行，任何未经批准的盈利性转卖都可能被当作是投机倒把。这个定义体现其压制私人贸易的目的，在实践中也确实产生了那种效果。直到1987年，在国务院行政法规中，“从零售商店或者其他渠道套购紧俏商品，就地加价倒卖”以及“倒卖经济合同”的行为还被认为是投机倒把行为¹³³。然而就在同一时期，经济体制改革的要素之一就是国家逐渐放松对包括商业贸易在内的具体经济部门的控制。在这种大环境下，合法经济活动与违法行为之间的界限经常随着中央政府的政策变化而左右摇摆，并且同一行为在不同的地点也会因地方政策的差异而具有不同的性质。

1997年《刑法》已经不再把投机倒把作为一类犯罪，只是在第225条还保留了类似是其残留的规定，“扰乱市场秩序……情节特别严重”的可以被判处5至15年有期徒刑。同从前对投机倒把判处死刑相比¹³⁴，这已经是显著前进的一大步了。

¹³³ 《投机倒把行政处罚暂行条例》，国务院于1987年9月17日发布，第3条。该条例没有说明什么构成从零售商店“套购”，据推测是指非为消费而购买。与该条例名称不符的是，这些处罚措施也适用于处理刑事犯罪。

¹³⁴ 前注118，《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》。

关于废除投机倒把罪的原因，除了它作为“口袋罪”之一已经不能适应改革需要的解释之外，还没有多少官方的评论，但是看上去这应该中国经济进一步开放化的直接结果。取消了原来那种囊括一切的禁止通过任何贸易手段盈利的法律条款后，《刑法》的修订者们列举了从证券欺诈到洗钱的一长串具体犯罪行为¹³⁵。总而言之，从《刑法》中取消投机倒把罪代表着官方在刑法领域对经济改革现状的承认和接受。

5. 刑法适用的主体

新《刑法》在属人管辖权上比1979年《刑法》有两方面的显著扩大。第一，它扩大了刑法对海外中国公民的管辖权。第二，组织机构承担刑事责任的情形比以前增多了。

对个人的管辖权

1979年《刑法》规定了两类中国公民在境外犯罪应当承担刑事责任的情形：某些具体类型的犯罪——包括反革命行为，伪造国家货币、有价证券，泄露国家机密，冒充国家工作人员招摇撞骗，等等；以及在境外犯罪依照《刑法》最低刑为三

¹³⁵ 1997年《刑法》第二编第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”。这一章的篇幅比1979年《刑法》中的相应章节篇幅要长得多。

年以上有期徒刑的，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外¹³⁶。1979年《刑法》同时规定：外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，按《刑法》规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用《刑法》；但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外¹³⁷。

1997年《刑法》显著扩大了对中国公民的管辖权。第7条规定无论行为地法律是否认为是犯罪，《刑法》适用于中国公民在境外的一切依照《刑法》规定属于犯罪的行为；但是当《刑法》规定的最低刑低于三年有期徒刑时，检察机关有权决定是否起诉¹³⁸。这项对中国公民的普遍属人管辖权规定有显著重要的意义，因为行为地的法律规则已经不再被考虑。只有原来对外国人在中国领域外的犯罪的规定仍然被保留。

普遍属人管辖权的扩大很可能是对海外异议人士活动的回映。当1979年《刑法》起草的时候，立法者可能预见到海外中国公民的某些具体活动会对国家产生威

¹³⁶ 1979年《刑法》第5条。不用说，由这些规定产生的疑问多于它回答的问题。究竟如何定义“犯罪”呢？假设一个定居在美国的中国公民试图私带货物进入美国国境以逃避美国海关征收的关税，这触犯了美国的法律。中国法律当然也禁止走私，但是只适用于在中国口岸入境的场合，中国法律并不笼统地禁止中国公民试图从甲国向乙国走私。那么这里假设的行为是否构成中国《刑法》规定的“犯罪”呢？

¹³⁷ 1979年《刑法》第6条。

¹³⁸ 1997年《刑法》第7条规定“可以不予追究”，没有说明这个自由裁量权属于哪个机关，也没有提供任何指导裁量权行使的标准。在实践中，像世界上许多国家和地区一样，中国的刑事检控权的最终权力归属于检察机关。

胁。但是那时立法者恐怕还没有预料到：数年后大量中国学生开始留学海外，并且组建他们自己的独立组织、互相之间进行广泛的联系。

1997年《刑法》扩大管辖权，使得政府更容易对那些未被归入旧《刑法》名单的“叛逆行为”进行起诉。尽管很少有国家配合中国政府引渡明显属于政治犯的个人，一旦那些人士回到中国，他们还会面临刑事起诉。

在理解这一管辖权扩大条款时，尤其要联系起新《刑法》第107条的规定。这款新条文旨在惩处对从事危害国家安全活动（第102至105条）的个人或组织提供经济协助和其它帮助的行为。这一条款的适用对象之一似乎是那些在海外为中国境内政治犯及其家人募捐、支持其活动的组织。¹³⁹

对组织机构的管辖权

1979年《刑法》没有使组织机构承担刑事责任的条款。从1987年的《海关法》开始，至少有二十多项法律和决定开始要求组织机构在特定情况下承担刑事责任¹⁴⁰。1997年《刑法》规定了组织机构承担刑事责任的一般通则，但是仍然要求只有在法律明文规定的情况下才产生刑事责任。

¹³⁹ 前注91, *China: Whose Security?*, 第18-19页。

¹⁴⁰ 前注73, 高洪宾, 钱建军, 第11页; 熊选国: 《刑法总则的修改与完善》, 《人民司法》, 1997年第5期, 第5页。

尽管组织机构的刑事责任在世界上许多国家和地区都已经建立，但是1997年《刑法》还是具有一个缺陷：想当然地认为某项行为可以归责于组织机构，结果所有的立法注意力全部集中到组织机构是否应当为“其行为”承担刑事责任。实际上，只有具体的自然人才能执行行为，组织机构永远都是通过自然人执行的。《刑法》应当研究的问题是：当自然人进行某种作为或不作为的行为后，考虑到相关环境因素，法律是否倾向于要求组织机构为此负责，如果应当负责又应当对组织机构施加什么惩罚。1997年《刑法》第151条规定：如果组织机构从事走私活动，组织机构要承担刑事责任；这里并没有提供如何根据组织机构与个人在走私活动中的关系来决定是否也要由组织机构承担刑事责任的指导原则。在本文作者接触到的材料范围内，所有对151条进行注释的学术出版物都没有回答这个关键的问题：是否由组织机构承担刑事责任并非一个事实问题（组织机构是否实施了某种作为？），而是一个刑法政策问题（自然人的行为在什么情况下应当由组织机构负责？）。

正因如此，中国法律界长期以来一直热衷于一场徒劳无益的讨论：在规定组织机构承担刑事责任时，应当使用什么词汇——是“法人”还是外延更大的“单位”？主流意见倾向于法人责任论，此派观点认为尽管“单位”作为一个社会或经济的概念尚且还行得通，但是在立法语言中应当避免使用这种过于笼统的词汇。相反意见则声称如果确立法人责任论，就会让不具备法人资格的单位免于刑事处罚，持法人责任论观点的学派针对这个意见提出，可以在《刑法》里单独列明不具备法人资格

的组织犯罪应当依法人犯罪处罚¹⁴¹。可惜的是，这个让步很明显地否定了法人责任论反对“单位责任论”的基本出发点。

6. 刑事责任的性质

1997年《刑法》在两个重要的方面修改了刑事责任的性质。第一，在集团犯罪部分增加了新条款¹⁴²。不仅组织机构可以为若干犯罪承担刑事责任，犯罪集团的首要分子也要对集团所犯的全部罪行负责。这个责任不同于犯罪集团首要分子根据共同犯罪或者教唆犯罪可能承担的责任，并且很有可能责任程度也较后者为重。就像单位犯罪刑事责任存在的问题一样，法律没有回答如何决定个人所犯罪行是否可以归责于集团的问题。

第二，《刑法》显著地扩大了正当防卫的使用范围。根据1979年《刑法》，只有在不“超过必要限度”的情况下才构成正当防卫。根据官方的说明，这一标准规定得过于模糊而导致执法武断¹⁴³，使得实践中实施正当防卫的个人经常在给加害方造成损害后面临刑事指控，因此必须要改变这种状况。

¹⁴¹ 熊选国：《不应回避法人犯罪》，《人民司法》，1996年第12期，第8页。

¹⁴² 1997年《刑法》第25-31条。

¹⁴³ 前注31，王汉斌，第222页；另见前注34，李文燕，第16页。

1997年《刑法》对正当防卫原则的修改却又矫枉过正：对于正在进行的侵害人身安全的犯罪，任何自我防卫行为都被认为是在必要限度之内、从而不负刑事责任。在其他情况下，除非防卫“超过明显必要限度造成重大损害”的，都不负刑事责任。增添“明显”二字的目的是为了尽可能地使法律有利于防卫者。

对正当防卫界限的修改体现了《刑法》向精确方向发展、减少执法自由裁量的大趋势。但是在某些情况下，对精确的热切追求也会产生负作用，因为对任何一个概念的精确性总有一个不可超越的限度。在正当防卫中，实在是没有能比“防卫但是不过当”还精确的表达了。在某些法律制度中，这种模糊的立法标准可以通过程序手段的弥补而实现法律的政治正当性要求：比如，由陪审团而非政府官员参与审判。但是在中国，政府官员的参与是法律实现其目的的唯一途径，所以对模糊立法的唯一对策就是绝对精确、彻底消灭一切模糊的空间。新《刑法》在规定对于暴力犯罪的正当防卫方面彻底消灭了一切模糊，然而这是以宣布“没有任何防卫是过当的”为代价的。

新《刑法》对正当防卫原则的修改在实践中会起到什么作用还很难说。当灵活性在法律中的某部分被削弱了，它很可能会转而出现在其它方面。检察机关现在不能以“防卫超过必要限度”作为控诉理由了，就可能会把精力投入到“侵害行为并非严重危及人身安全”的争辩中去。

6. 改革的失败：劳动教养

无论1997年的《刑法》改革有多么大的变化，非常重要的一点应当是注意到没有任何变化的一项制度：劳动教养。《刑法》既没有废除、也没有在根本上改革诸如劳动教养等程序不健全的拘留制度¹⁴⁴。劳动教养现在只能愈加彰显它与合理化、职业化刑事法典的不相匹配。即使正式的刑事法律制度经历巨大的变革进步，只要当局还能够绕开法律对公民施加最高可达四年的拘禁并且继以科处国境内的终身流放¹⁴⁵，刑法改革对人权保障的实际影响可以说仍然是不大的。此外，正如上文所述，关于何种行为可以导致劳动教养惩罚的规定是如此的含糊、以致于几乎天生为武断率意裁决而设；劳动教养也不向公民提供任何程序性保障，没有延请律师辩护的权利、没有在执行前上诉的权利（尽管《行政诉讼法》允许在劳动教养执行期间对劳教决定提起诉讼）。正如权威的注释者所言：“这与一个民主法治国家的要求相距甚远”。¹⁴⁶

¹⁴⁴ 这些强制性惩罚措施包括：强制医疗，收容教养，工读教育，参见高鸣暄主编：《刑法学原理》（人民出版社，1994年），第3卷，第190-197页；并见 **Zhao Tingguang** 主编：《中国刑法原理（总论卷）》（武汉大学出版社，1992年），第553-558页。

¹⁴⁵ 详见前注13部分正文，关于劳动教养的评论。

¹⁴⁶ 前注108，周道鸾、单长宗，张泗汉，第19页。值得注意的是，这个言论并非出自什么“地下出版物”或是海外流亡人士兴办的刊物，而是出现在一本由中国法律界权威人士主编、最高人民法院下属的人民法院出版社正式出版发行的书中。周道鸾曾为最高人民法院审判委员会成员，该书的出版受到最高人民法院院长任建新的题词祝贺，任建新当时还担任着中国政法系统内部的“第一号”职位——中共中央政法委员会书记。

同《刑法》改革所秉持的理性化、职业化、减少武断执法余地的总体原则相比，劳动教养制度丝毫没有反映任何这些要求并且没有一点改革的迹象，对比实在极其强烈。根据上文引述的注释，一派有影响的意见倾向于把刑事处罚和劳动教养类型的处罚都纳入《刑法》、借以改变目前由行政法规和共产党政策操纵劳动教养裁决的现状¹⁴⁷。其他学者也赞成把劳动教养归入《刑法》、由人民法院依照一种简易的审判程序对被指控行为进行裁决、科处罚¹⁴⁸。这两种意见都强调程序性保护措施的重要性并且要求有合适的监督机制以保障公民权利、防止国家机关滥用权力。另一派观点正好相反，强烈赞同维持现状，尤其是在1996年废除了收容审查制度之后更有维持劳动教养的必要性。各派意见僵持不下，根据注释者的评论，修正案起草者只能以问题过于复杂、不是目前能够解决的而推脱。¹⁴⁹

这个解释也许是正确的，或者就是主张保留劳动教养的意见占了上风。无论是哪一种情况，这都是《刑法》修改者的一个重大失败。在另一本由最高人民法院出版的1997年《刑法》注释的权威著作里，没有在修改过程中“解决”劳动教养问题被特别地列为“遗憾”。¹⁵⁰

¹⁴⁷ 同上注（引述马克昌：《中国刑事政策学》（武汉大学出版社，1992年），第601页）。

¹⁴⁸ 同上注（引述 **Huang He & Li Hanjun**：《论劳动教养的立法完善》，见于《刑法修改建议文集》（中国人民大学出版社，1997年），第430-432页）。

¹⁴⁹ 同上注，第19页。

¹⁵⁰ 欧阳涛，刘仁文主编：《中华人民共和国刑法注释与适用》（人民法院出版社，1997年），第26页。

评估与结论

A. 概览

从总体上看，1997年《刑法》代表着一个从1979年《刑法》出发的巨大进步。修改起草工作受到了各方面的密切关注，修改稿表达出遏止武断随意执法的要求，这在某种程度上既体现了中央政府希望加强对地方官员的约束统治，也表现了全国人民代表大会更加强烈维护最高国家机关在刑事法律方面的权力；同时也表达了某些参与修改起草工作人士的愿望：消除政府随意侵犯公民权利的力量。

削减地方自由裁量与武断随意执法的努力并非完全成功。作为一项总的原则来说，凡是由人类设计并操作的刑事法律制度，没有一套可以不依靠一定程度的自由裁量和灵活性而发挥作用。如果正式的法律制度没有给自由裁量留下空间，那么受体制约束的人就必定会通过其他方法来提供那种可能性。中国司法制度目前面临的挑战是使自由裁量的行使更加透明、更容易被接受。然而，因为在很多方面这个法律制度的操作都被认为是国家机密，并且绝大多数中国人都认为自己在国家政治生活中没有发言权，目前能够解决自由裁量所带来的问题的唯一可行的方法就是削减、阻碍自由裁量。然而过度地削减也会使法律丧失可操作性，因为毕竟不是所有事情都可以被事先预料到的。所以1997年的《刑法》在某几个问题上也就姑且保留了一种模糊的状况。

对付成文法律不可避免的不确定性方法之一，就是设立一套可以尽可能公正有效地解决含混模糊问题的制度，并且从程序问题的角度看，结果还应当具有可预期性。而1997年《刑法》尽管确实减少了法律中的含混问题，对于改进中国目前解决立法模糊问题的制度，它却没有任何贡献——作为一部刑事实体法，也不可能在这方面对其有任何期望。中国目前解决立法语言模糊的制度主要建立在最高人民法院不定期公布的各种“意见”（或“解释”）和“批复”上。前者与具体案件的审判毫无关系，而是更具有立法功能色彩的对现有成文法进行澄清解释的若干规则。后者是针对具体案件对下级法院问题的解答，并且在法院系统内部流通传达。此外，检察机关和公安机关系统内部也有其他类似的文件流通¹⁵¹。然而这些文件都不能填补立法的所有空白。中国的法律体制内目前仍然缺乏一种能够引导法院与诉讼当事人发现其他法院对类似案件如何处理的可靠制度（不过这个问题在某种程度上只受制于技术上的限制），他们也无法发现、建立和发展一整套原则、以总结现有的法律并提炼精华，然后实施到新案件当中去。由此而观，1997年《刑法》中保留下来的含混模糊的问题同1979年《刑法》一样，都是可以滋生执法过程中武断率意的温床。

¹⁵¹ 例如1998年3月，最高人民法院，最高人民检察院，公安部联合发布的一个“通知”对1997年《新刑法》第264条（规定盗窃罪）当中某些不清楚的问题进行了解释。可以使盗窃行为构成刑事犯罪的“数额较大”为500-2,000元，“数额巨大”为5,000-20,000元，“数额特别巨大”为30,000-100,000元。该文件并授权省、自治区、直辖市政府可根据各地具体特点在“通知”规定的范围内作出具体规定。《最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于盗窃罪数额认定标准问题的规定》（法发[1998年3号]），1998年3月26日发布。

1997年《刑法》的实质条款没有显示出很强的（自由化？）推动力量。尽管死刑的适用在某种程度上有所削减，但是更多的修改只是在增添新罪名和重新精确定义现有罪名。新《刑法》的实体内容在保障公民权利方面并不比1979年《刑法》的实体内容做的更多。许多并不超过言论表达的行为就要受到刑事处罚，例如：在出版物中刊登使少数民族感到不快的言论（第249-250条），玷污毁损国旗国徽（第299条）。第300条则禁止“组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信破坏国家法律”，因为国家的法律禁止一切未经官方批准的宗教组织存在，在未经官方批准的宗教组织中参与任何活动本身都会被视为违法犯罪行为。

B. 依照公认国际人权准则评估

联系上先前的刑事诉讼法改革¹⁵²，中国刑法的改革在某中程度上向关于人权保护的国际程序性标准趋同前进。废除“类推”制度使得刑法在形式基础上与《世界人权宣言》第11条和《公民权利与政治权利国际公约》第15条融为和谐；在整体上具体化罪名定义以及消除“口袋罪”也有利于宣扬《世界人权宣言》第11条体现的价值理念——任何人不能合理得知其行为被法律所禁止、则不得因其行为而受刑罚。

¹⁵² 前注15, *Opening to Reform*.

在另一个重要的程序方面，中国的刑法制度仍然存在缺陷：缺乏执法的公开性与透明度。公开性是保护人权的有力武器。《世界人权宣言》第10 - 11条通过要求刑事审判公开化实现对人权在这方面的保护。《公民权利与政治权利国际公约》第14条做出了同样的规定，而且还进一步要求除非一些涉及儿童与婚姻一切刑事判决应当公开。

除去某些情况的例外，中国的国家政权对于公开司法制度的操作历来持反感态度，或者顶多是姿态暧昧。法律自古被认为是统治臣民的一套规则与机构，而非保障公民权利的源泉，所以一切与法制操作有关的信息披露仅仅停留在最低限度的“只知必须知晓”的基础上。

这个原则在多个方面被体现出来。无论是列席旁听民事诉讼还是刑事诉讼，必须经过法院的批准。批准并非是程序上的例行公事而是要求申请旁听人有被法院接受的特殊理由¹⁵³。此外，未经政府事先批准出版法律汇编属于非法行为¹⁵⁴。未经政

¹⁵³ 中国的法院对于保密的“本能”是如此强烈以至于中国共产党机关报《人民日报》的记者曾经被天津市第一中级人民法院拒绝旁听案件，然而该案件并无任何依法可以免于公开审判的事由。要求公开审判的相关法律条文有《宪法》第125条，《人民法院组织法》第7条，《刑事诉讼法》第11条，最高人民法院发布的《人民法院法庭规则》以及天津市第一中级人民法院自己编制的《审判管理规范》，见陈杰：《天津第一中级人民法院一案公开审理拒绝记者旁听》，《人民日报》，1998年5月31日，第4版。

¹⁵⁴ 《法规汇编编辑出版管理规定》，国务院于1990年7月29日发布，见于《中华人民共和国法规汇编 1990》，第237页。

府允许而公布、出版法庭庭审实录是非法的¹⁵⁵，甚至仅仅是收集刑事司法制度操作情况的基本事实材料也可能被科以严刑¹⁵⁶：1996年，李海被指控为“窥探收集下列因1989年6月4日期间进行的犯罪行为而受到刑事制裁分子的材料：姓名，年龄，婚姻状况，罪名，刑期，服刑地点，服刑期间待遇。”做出判决的法院把这些材料视为“高级国家机密”。另据报道，1998年4月，吴若洁因为“泄露国家机密”而被判处三年劳动教养，而所谓的“国家机密”就是四名诗人在筹办成立一个文学评论杂志期间于贵州省被拘捕。¹⁵⁷

毫无疑问，即使中国成为世界上最民主的国家，她的刑事实体法和程序法所包含的原则与世界上其他社会仍然会有差异。这是很正常的，也是客观所预料到的。然而，如果存在的差异真正反映了中国人民的价值取向，又有什么理由非要把法律制度的操作情况在全世界面前隐匿呢？进一步地不懈推动透明度，仍然是投身于中国刑事实体法和程序法改革事业的人们所继续面临的关键性挑战。

（全文完）

¹⁵⁵ 刘青因为散发庭审魏京生的记录而于1979年被判服刑三年。

¹⁵⁶ 前注91，*China: Whose Security?* 第41页。

¹⁵⁷ 见"China Sentences Rock Singer to Labor Camp", *Washington Post*, April 29, 1998.