

法制现代化
研究丛书

刑事法治： 理论诠释与实践求证

MODERNIZATION OF CRIMINAL LAW:
THEORETICAL INTERPRETATION AND PRACTICAL EXPLORATION

蔡道通/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

南京师范大学国家“十五”“211”工程建设项目

法制现代化
研究丛书

刑事法治： 理论诠释与实践求证

MODERNIZATION OF CRIMINAL LAW:
THEORETICAL INTERPRETATION AND PRACTICAL EXPLORATION

蔡道通/著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事法治:理论诠释与实践求证/蔡道通著. —北京:法律出版社,2004.11
(法制现代化研究丛书)
ISBN 7-5036-5210-1

I. 刑… II. 蔡… III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 114873 号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 尚利准

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/13.375 字数/322 千

版本/2004 年 12 月第 1 版

印次/2004 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939654

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5210-1/D·4927

定价:25.00 元

法 制 现 代 化 研 究 丛 书

主 编 公丕祥

副主编 夏锦文 刘旺洪

编委会 公丕祥 龚廷泰 吴增基

夏锦文 李 力 刘旺洪

黄和新 李玉生 睦鸿明

刘 敏 王 敏

总 序

21 世纪的钟声即将敲响。

伴随着向新世纪迈进的时代脚步,当代中国的社会变革正在以空前的广度和深度波澜壮阔地展开。这场伟大变革的进程已经并且将继续深刻地改变着中国社会的基本面貌,导引着中国社会的未来发展走向。

综观 20 世纪的全球历史进程,我们可以看到,在不同的区域或国度,尽管法律变革的过程、特点和目标有所差异,但是作为一种模式或势态,法制现代化却几乎成为这一历史过程的基本法律表现。诚然,这个进程在不同的文明国家中的具体实现程度是不同的;不过,它所昭示的法律文明成长的时代走向却是激动人心的。

法制现代化属于法律发展的范畴。法律发展论所要探究的乃是社会发展与法律进步之间的互动关联结构,它所要建构的正是法律成长的一般模型。在法律发展论领域中,法制现代化理论关注的重点,是从前现代社会法律系统向现代社会法律系统的转变这一特定过程,寻找这一转变的

内在机制。从广泛的意义上讲,法制现代化是一个变革的概念,是传统法制向现代法制的历史性跃进。这个进程或是因内部诸条件的成熟而从传统走向现代,亦称“内发型”法制现代化;或是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转型,亦称“外发型”法制现代化。但不管是哪一种变革形态,法制现代化无疑是一个创新的进程,其实质乃是从人治型的价值——规范体系向法治型的价值——规范体系的转变。

从世界范围来看,关于法律变迁与发展的理论研究,早在十七八世纪就已经开始了。到了19世纪后半叶,对于法律发展的研究由历史哲学分析模式转向类型学的分析范式。在这方面,以马克斯·韦伯为典型代表。韦伯把法律的现代化视为理性化的过程,是形式合理化的过程。而这一过程只发生于西欧社会,在其他地区,法律由于各种因素的影响而未能走上现代化的道路。到了20世纪60年代,在西方主要是在美国兴起了关于法律与现代化、法律与发展的研究思潮。这一思潮从一开始就具有两个鲜明的特色:一是重点研究发展中国家经济发展的非经济环境,也就是法律制度和政治结构的转型问题;二是关注法律发展的普适性问题,也就是研究不同社会文化背景下的法律向现代法律转变的共同特征,把法律发展或法制现代化看做是第三世界国家法律体系移植西方法制进而逐步“西化”的过程。这一思潮有其特有的政治功利性,这集中地表现为西方国家力图把广大非西方的第三世界国家法律发展纳入西方化的轨道之中。随着西方式法律改革试验在一些第三世界国家的相继受挫或破产,人们对20世纪60年代法律现代化理论模式开始怀疑、质难和批判性反思。许多学者日益认识到,西方法制只不过是人类法律文明体系中的一个系统,是西方社会生活条件的法律表现。诚然,它体现了人类法律文明的某些共通性因素,但它并不是世界法制现代化进程中的惟一的标准模式。非西方社会的法律应当反映各民族各国家各

地区的社会条件、经济因素、民族精神及其现实需要，因而必然要形成具有自身特色的法制现代化模式和法律发展道路。在这一反思过程中，出现了法律发展多样性的理论学说。时至今日，以世界范围内的法律发展为对象的理论研究依然兴盛不衰。

时下正在历史性地展开的中国社会变革，实际上是要完成从传统社会向现代社会的历史转型。正是在这一转型过程中，当代中国法制呈现出创新乃至现代化的发展趋势，其目标是“依法治国，建设社会主义法治国家”。从本质意义上讲，这一法律发展趋势，意味着法律文明价值体系的巨大创新。它所体现的，乃是整个社会的经济、政治、社会结构、意识形态、文化传统等等的大变革潮流；它所反映的，是从前现代社会向现代社会转变这一特定过程中法律文明及其价值基础变迁的激动人心的画面；它所要展示的，是从我们这个民族的法律思想到法律行为的各个领域变化的多方面进程；它所要确立的，是同世界法制现代化进程相协调的但又充满浓郁的民族意味的制度安排、价值观念及其生活准则系统。中国法制现代化是中国人在本国的历史条件下所进行的一场法律变革运动，有其特殊的历史运动轨迹，具有独特的发展道路。即使在进入所谓的“地球村”时代以后，世界变得更加相互依赖，法律发展中的共同性日益增多；但是，世界法制现代化进程并不是由此而变得呆板划一，而是更加多样化。中国法律发展的特殊性，恰恰显示了中国法制现代化的世界性意义。

以理性的目光，与现实世界相撞击，自觉地审视我们时代的法律变革进程所提出的重大问题，这是当代中国法学的历史使命。在当代中国，从20世纪80年代后半期开始，法学界日益注意到研究法制现代化问题的重要意义，一些著述和文章愈益频繁地使用“法制现代化”这一术语来界定相关的研究范围。进入20世纪90年代以来，对于法制现代化的理论与实践的学术探讨，引起了更多学者的关注和兴趣。这充分体现了当代中国法学

工作者对这一重大时代课题的理论使命感。在时代精神的激荡下,《法制现代化研究》丛书应运而生了。

《法制现代化研究》是一套由南京师范大学法制现代化研究中心主持编撰的以法制现代化理论、中国法制现代化、比较法制现代化和部门法制现代化研究为主要内容的法学研究丛书。其学术宗旨和研究范围是:总结世界法律文明发展的历史进程和现实态势,深入研究法制现代化的基本理论,建构法制现代化的理论逻辑和研究范式系统;比较不同国家法律文明成长和发展的独特道路,分析当代世界主要国家或不同类型的法制现代化的取向、走势及特质,架构比较法制现代化研究的多样化模式;深刻把握法律发展全球化与民族化彼此互动的时代脉搏,探讨法律发展与社会现代化及人类进步的互动关系及运行机理;深入探讨中国传统法律文化的内在特征及现代价值,探讨法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制,揭示中国法制现代化进程的基本规律和目标模式;考察当代中国走向法治进程中部门法制现代化的基本特征、条件、价值目标、发展趋势及实现途径。

《法制现代化研究》丛书的编辑出版,得到了海内外法学界专家学者的指导和帮助,得到了法律出版社领导和同志们的全力支持,也得到了江苏省人民政府法学理论重点学科和南京师范大学国家“211工程”重点学科建设项目的资助。在此,谨向他们致以诚挚的敬意和谢忱。伴随着当代中国建设社会主义法治国家的时代进程,我们将会与法学界同仁一道奋发进取,深入拓展法制现代化研究的学术视野和领域,以严谨踏实的学术研究和富有价值的理论成果,推动中国法制现代化向新的法律世界迈进,以不辜负新世纪的挑战和变革时代的法学期待。

南京师范大学法制现代化研究中心

1999年10月

序

刑事法治,在某种意义上说是我创造的一个词汇,我想用该词来表述刑事法领域的法治状态。我从1999年开始从事北京大学法学院985项目,题目就是《刑事法治研究》,并发表了“刑事法治的理念建构”等阶段性成果。^①现在我高兴地看到,刑事法治这一概念逐渐得到学界的认同。当蔡道通将其大作《刑事法治:理论诠释与实践求证》的书稿寄给我的时候,我确有一种“吾道不孤”之感觉。通读全书,我认为这是一部在刑事法治基本理论研究方面的力作,在刑事法研究领域有其独特的学术价值。

蔡道通的这部著作是围绕着理论诠释与实践求证两个方面展开刑事法治理论的。这一点从本书的标题中可以清楚地看出。在理论诠释这一主题下,本书涉及刑事法治的理念、刑事法治与宪政意义等重

^① 论文刊载于陈兴良主编:《刑事法评论》(第6卷),中国政法大学出版社2000年版。

要课题,同时还有历史地叙述(清末刑法改制的分析)与逻辑展开(刑法机能的分析)以及从后现代视角对中国刑事法治建设的考察。从以上内容来看,理论触角宽广,并且分析视角独特。

在本书的理论诠释方面,在关于中国法治化的社会结构基础分析中,蔡道通运用市民社会理论对中国社会结构进行了分析。根据市民社会理论,自从私人利益产生以后,从逻辑上说,社会便分裂成市民社会与政治国家两个区域。在前资本主义社会,政治国家与市民社会是高度重合的,这就是一元社会结构。资本主义使市民社会与政治国家相分离,从而形成二元社会结构。只有在二元社会结构中,法律才不至于成为国家单方面约束公民行为、镇压犯罪的工具,而同时也成为限制国家权力与自由的措施。也只有在这种情况下,法治,包括刑事法治才是可欲的。在本书中,蔡道通扼述了中国社会从一元社会结构向二元社会结构转变的历史过程,从而揭示了中国刑事法治社会基础的生成规律。这样一种分析,就不仅是单纯的法律分析,而且是一种社会分析,是更有说服力的。在我看来,刑事法治本身就不是一个规范刑事法学的命题,而是刑事法哲学的问题;它所探讨的不是刑事法的规范而是刑事法的价值;它不是一种实然的分析,而是一种应然的判断,是在刑事法之上研究刑事法。刑事法治不仅仅是逻辑演绎的结果,同时也是历史与现实分析的结果。在历史方面,本书回顾了清末刑法改制这段牵动人心的历史。它是关系到中国法治从传统中脱胎而走向现代的一个重要关头。凡是对法制史略为粗通的人,无不对这段历史有兴趣,我也不例外。分析这段历史的书已经很多,我看蔡道通选择的是法律与社会互动这样一个独特的视角,分析是十分精湛的。本书以法律与社会存在一种互动关系为其理论预设。法律影响社会而社会又制约着法律,法律与社会相吻合才能发挥其应有的作用,法律与社会相脱节则法律必然被时代废弃或者被社会虚置。蔡道通指出了在清末刑法改制中的两种法律与社

会的脱节：一种是作为清末刑法改制起因的法律与社会脱节，即在清末随着社会剧变，传统中国法律已经不适应社会需要，因而导致变法。另一种是作为清末刑法改制结果的法律与社会脱节，即引入以大陆法系为摹本的西方刑事法律制度，包括罪刑法定等原则，由于在当时的中国缺乏其实实在的立足和生长基础而被虚置。即便如此，本书对于清末刑法改制的意义还是予以充分肯定，因为它毕竟是中国刑法近代化的一个光辉的开端。正如蔡道通指出的，清末刑法改制对于我们今天刑事法治建设的启迪就在于：法律的发展与变化最终为社会的发展与变化所制约，法律脱离社会或完全超越于社会，都是不可能有效的，也都是应当进行变革的。尽管法律具有引导社会发展的功能，但这种导引功能的发挥是有其限制的。过于超前的立法或法律移植不但不能起到原来的预想的作用，反而会因为法律得不到真正实施而使法律应有的尊严受到威胁，甚至摧毁人民对法律的真诚与期盼。从这个意义上说，法制现代化是同整个社会的现代化不可分割的，没有社会的政治、经济、文化乃至全社会的观念现代化就不可能有真正的法制现代化。中国的刑事法治建设也应遵循同样的规律，也需同样的社会经济、政治、文化等诸多条件的支持与支撑。这一结论是具有现实指导意义的。发生在19世纪末20世纪初的清末刑法改制已经一百多年过去了，在20世纪末21世纪初，我国目前又面临着一场刑事法律的变法改革，在这场改革中我们同样面临着如何处理法律与社会的互动关系问题。历史具有惊人的相似之处，而人类绝不能再次踏入同一条河流，这就是历史的借鉴意义。

在本书的实践求证方面，本书从具有典型性的个别话题切入，这些话题包括婚内强奸问题、扰乱法庭秩序罪问题、犯罪与秩序问题、刑事政策问题等。这些问题或大或小，在刑事法治的视野中都得以细腻的阐述。例如关于婚内强奸问题，是近些年来引起刑法学家、犯罪学家、社会学家广泛兴趣的一个问题。蔡道通坚持“婚

内有奸”的观点,不仅从法律与社会的视角进行分析,而且从女权主义视角进行了追问。在以往关于婚内强奸的讨论中,存在着应然与实然相混淆的情况,影响了对婚内强奸的深层次思考。从应然上说,婚内强奸是一个立法的问题,即应否将婚内强奸犯罪化。从实然上来说,婚内强奸是一个司法的问题,即在现行法律下婚内强奸是否构成犯罪。蔡道通从应然角度论证了“婚内有奸”的命题,论证充分,理论视野宽阔,不失为在婚内强奸问题上的一篇精品之作,有令人信服感染力。关于刑事政策的探讨,也是本书的一个亮点问题。相对于婚内强奸而言,刑事政策是一个大之又大的问题。在本书中,蔡道通提出了“抓大放小”的刑事政策思想。抓大是指对待有组织犯罪、暴力犯罪、国家工作人员的职务犯罪等严重危及社会生存与发展、民众安宁与秩序的犯罪,即不能不矫治或矫治有困难的犯罪/犯罪人实行严格的刑事政策;放小是指对于情节较轻的刑事犯罪、偶发犯罪、无被害人犯罪、可与被害人“和解”的犯罪等,也就是不需矫治或矫治有可能的犯罪/犯罪人实行宽松的刑事政策。这一“抓大放小”的刑事政策与西方实行的重重轻轻的刑事政策在含义上基本可以等同,对于我们目前处理犯罪问题是有启发意义的。当然,在刑事政策的讨论中,未能对“严打”问题进行深入分析,这不能不说是一个遗憾。其实,“严打”与刑事法治的关系是十分密切的,这里关系到刑事政策的限度问题。当然,仅就本书的分析来看,蔡道通提出问题与概括问题以及分析问题的方法都是有别于其他同道的,表现出其个人的学术个性。

在我看来,学术个性的形成是一个学者成熟的标志。就此而言,本书可以视为蔡道通的成名之作,因为本书充分体现了蔡道通的学术能力。对于蔡道通的学术成长经历,我是有发言权的。记得在1996年春季,我正在写作《刑法的价值构造》一书,当时蔡道通在中国政法大学刑法专业攻读硕士学位,也正在收集资料写作硕士论文。为此,蔡道通来到我塔院迎春园寓所拜访。他本拟以

罪刑法定原则为题,见我在“罪刑法定的当代命运”一文,也就是《刑法的价值构造》的一章中,已经就罪刑法定问题作了较为充分的展开,就改题为“类推制度的当代命运”。论文写出后,给我了一份留存。该硕士论文给我留下深刻印象,及至1997年我主编的《刑事法评论》出版,在第1卷发表了该文。从中国政法大学毕业后,蔡道通回到淮阴师专任教。在这期间,由于种种原因未能成为我的学生,而在1999年开始拜师于我国著名法理学家公丕祥教授门下攻读博士学位。在公丕祥教授的悉心指导下并受公先生博大理论胸怀的影响,蔡道通学术视野为之宽阔,对刑法问题的把握日见其精,可谓后生可畏。在攻读博士学位期间,蔡道通于2000年10月至2001年6月作为高级访问学者在北京大学法学院进修,在此期间,我以指导教师的身份与蔡道通有了更多的学术交往,本书若干作品都曾经发表在我主编的《刑事法评论》上,使拙刊得以增色。以后,我又参加了蔡道通的博士论文答辩,可以说是亲眼看着蔡道通在学术道路上向前迈进的。对于蔡道通的每一个进步都深感欣慰。近闻蔡道通即将调入南京师范大学法学院任教,以后的学术天地将更为宽广,我相信蔡道通的学术潜力将有更大限度发挥的余地。本书是蔡道通学术之路上的一个具有标志性的起点,相信在这一高起点上,其必将有更多的佳作问世。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

2003年9月25日

目 录

导论:刑事法治的基本立场…………… (1)

第一章 法治的基本理念:刑事

法治的观念基础…………… (17)

一、市民社会与政治国家的逐步
分离:中国法治化的社会

结构基础…………… (18)

二、国家法治先于社会法治为
主导:中国法治化道路选

择分析…………… (27)

三、国家法治的基本内涵:现代

法治理论与实践的阐释…………… (35)

四、法律至上:中国法治化的

理念基础…………… (48)

第二章 宪政的基本内涵及其刑事

法治意义…………… (60)

一、法治、刑事法治与宪政…………… (61)

二、宪政内涵的一般解读…………… (63)

三、宪政的基本支撑…………… (68)

四、宪政内涵对刑事法治的些许

启示…………… (92)

第三章 清末刑法改制及其启迪	(99)
一、法律与社会的脱节:清末刑法改制的基本原因	(100)
二、捍卫皇权:清末刑法改制的直接动因	(104)
三、社会经济语境:清末刑法改制的一种背景分析	(110)
四、清末刑法改制的意义及其启示	(114)
第四章 刑法理念的基本展开——以犯罪人为分析 中心	(118)
一、刑法是公法	(120)
二、社会保护与权利保障:作为公法的刑法机能	(127)
三、刑法应该也是一种特殊的“契约”	(137)
四、刑法是第二次规范	(141)
五、作为最后法律手段的刑法:刑法谦抑的现实 启迪	(148)
第五章 后现代思潮与中国刑事法治建设	(172)
一、刑事法治:普适命题还是“地方性知识”	(173)
二、后现代思潮及其生成语境	(176)
三、后现代思潮的总体意义——以苏力法治理论 为例的一种解读	(187)
四、现代性:中国法治化的生成支点	(198)
五、刑法的趋同:全球化背景的探求	(208)
六、基本结论	(233)
第六章 呵护被害人:以“婚内有奸”为分析对象	(236)
一、问题的提出与基本立论	(237)
二、对性的自主权利的侵害——婚内强奸犯罪本质 特征	(244)
三、人格权优先于身份权——婚内强奸犯罪的关键 之点	(263)
四、“婚内无奸”——女权主义视角的追问	(273)

五、“婚内有奸”是否不合中国语境	(280)
六、“婚内有奸”如何在中国运作	(294)
第七章 犯罪与秩序:刑事法视野的考察	(305)
一、犯罪与无序的一般解读	(306)
二、犯罪价值的另一种审视	(310)
三、刑事法意义上的秩序及其启示	(324)
第八章 中国现实的刑事政策的理性选择.....	(336)
一、刑事政策的一种可能选择——基于后现代理论的分析	(337)
二、“抓大放小”:中国刑事政策选择的基本立场.....	(353)
致谢.....	(409)

导论:刑事法治的基本立场

博登海默曾经指出,一个法律制度若要恰当地完成职能,不仅要力求实现正义,而且还须致力于创造秩序。^①可以说,对秩序的创造,是所有政府的基本目标,也是其正当性的基础。同样,它也是民众的基本诉求。与此相关联,法律尤其是刑事法律,^②其基本的任务就理所当然地被定位于对“和平的秩序”的创造上。“在法和‘政府’提出的任务中,维护和平和秩序、镇压暴力和犯法,

① [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第318页。

② 需要说明的是,在本书中,刑事法律主要以刑法为分析对象。