

刑事法学诸子论丛 ④

XINSHIDAI SHUGUANGXIA XINGFA LILUN TIXI DE FANSI YU CHONGGOU

新时代曙光下刑法理论体系的 反思与重构

——全球性的考察

主 编 何秉松



中国人民公安大学出版社

中国法学理论前沿问题研究

RESEARCH ON THE FRONTIER ISSUES OF CHINESE LEGAL THEORY

新时代曙光下刑法理论体系的 反思与重构

——全球性的考察

王 明 杨建

◎ 中国政法大学刑法研究所

刑事法学诸子论丛 (4)

新时代曙光下刑法 理论体系的反思与重构

——全球性的考察

主 编 何秉松

副主编 陆 敏

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

新时代曙光下刑法理论体系的反思与重构: 全球性的考察/何秉松主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 10

(刑事法学诸子论丛)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 291 - 3

I. 新… II. 何… III. 刑法 - 法的理论 - 文集
IV. D914.01 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 160856 号

新时代曙光下刑法理论体系的反思与重构

XINSHIDAI SHUGUANG XIA XINGFA

LILUN TIXI DE FANSI YU CHONGGOU

主 编 何秉松

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司印刷

版 次: 2008 年 10 月第 1 版

印 次: 2008 年 10 月第 1 次

印 张: 20.875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 562 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 291 - 3/D · 248

定 价: 58.00 元

网 址: www.phcpsu.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

《刑事法学诸子论丛》总序

《刑事法学诸子论丛》出版优秀的中国刑事法学论著。这是广义的刑事法学，包括刑法学、刑法哲学、刑法史学、刑事政策学、犯罪学、监狱学、犯罪心理学、刑事诉讼法学等一切属于刑事方面的学科在内。出版论丛的目的，是为了发展和繁荣刑事法学。为此，就必须在学术上坚持自由与创新。自由是科学的本性，创新是科学的生命。没有自由，科学将沦为奴婢；没有创新，科学将枯萎死亡，何来繁荣与发展？

“诸子”一词，有多种含义，其中之一是指先秦汉初的各派学者及其著作。这些中华民族的精英，正是以其伟大的自由与创新的精神，造就了中国文化史上光辉灿烂的一页。我们借用“诸子”一词，把这套丛书取名为《刑事法学诸子论丛》，就是希望当代中国的刑事法学学者，继承和发扬先哲的优秀传统，创造出有重要学术价值和实践意义的优秀著作，发展和繁荣刑事法学。

为了实现这个目的，我们成立了编委会，聘请刑事法学各个学科的杰出学者担任编委，负责推荐和审定书稿。为了广纳百川之水，论丛不仅面向中国大陆，而且也面向港澳台地区，为此，我们还聘请了港澳台地区著名的刑事法学学者担任论丛的编委。编委会由以下17人组成（按姓氏笔划排序）：

王作富（中国人民大学名誉教授）

刘仁文（中国社会科学院法学研究所研究员）

刘家琛（山东大学客座教授、中华人民共和国大法官）

曲新久（中国政法大学教授、中国政法大学刑事司法学院院长）

长)

许玉秀 (台湾政治大学教授、德国佛莱堡大学法学博士、大法官)

李茂生 (台湾大学教授、日本一桥大学博士)

何秉松 (中国政法大学教授、山东大学特聘教授)

何鹏 (吉林大学教授)

沈仲平 (山东大学客座教授、香港副首席检察官)

张晋藩 (中国政法大学终身教授)

陈光中 (中国政法大学终身教授)

赵秉志 (北京师范大学刑事法律科学研究院院长、教授)

高铭暄 (中国人民大学荣誉教授、北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长)

康树华 (北京大学教授)

储槐植 (北京大学教授)

蔡墩铭 (台湾大学教授、德国佛莱堡大学法学博士)

戴玉忠 (中国人民大学刑事法律科学研究中心主任、教授, 中华人民共和国大检察官)

《刑事法学诸子论丛》与《外国刑法理论名著新著译丛》是孪生姐妹。它们肩负共同的使命, 但有不同的分工。

感谢中国人民公安大学出版社的支持, 与我们签订了这个出版合同。我们希望这对孪生姐妹, 健康长寿, 出色地完成其历史使命。

刑事法学诸子论丛编委会主任

何秉松

2008年8月8日于北京静斋

序言

《新时代曙光下刑法理论体系的反思与重构——全球性的考察》是我们课题组去年承担的北京市法学会的一级科研项目，共完成了三项科研成果：《全球化时代对刑法（理论）体系的反思与重构》、《犯罪论体系的比较与分析》、《新时代的刑罚理论——人权防卫论纲要》。在此基础上，我们于2007年10月在北京召开了“全球化时代的刑法理论新体系”国际研讨会，邀请了一批国内外专家共同研究如何创立一个适应新时代要求的刑法理论新体系。会后，我们对课题组的科研成果进一步作了修改，并对专家提交的会议论文进行了精选和编辑，一起作为本课题的最终科研成果提交北京市法学会鉴定，并送中国人民公安大学出版社分别以中英文出版。因此，本书实为一本集思广益之作。

我们深信，一个新的空前伟大的历史时代（全球化时代）已经降临，这是整个人类和人类社会发展的新起点，也是刑法和刑法科学发展的新起点。在这伟大的历史转折点，我们必须深刻地反思过去，科学地展望未来，重构刑法（理论）及其体系，以推动刑法科学向正确的方向发展。

我们是在崭新的时空交汇点对刑法（理论）进行反思与重构的。在时间上，我们处于人类发展史上空前伟大的新时代的开端；在空间上，我们处于足以俯瞰全球的巅峰（全球化使我们有可能站在这个巅峰）。

因此，它有三个主要特点：站在时代发展和战略全局的高度反思过去与展望未来；站在足以俯瞰全球的巅峰进行全球性刑法（理论）的综合研究；体现全球化时代的历史使命和时代精神。

目前，我们的反思与重构还只是纲领性的，它的丰富内容和崭新的观点将在我们新修订的《刑法教科书》（第七版）中得到全面的展示。如果本书能触动读者睿智的心灵，引发对主题的兴趣与深思，我们将感到莫大的欣慰。因为对本课题的研究是一个漫长的探索过程，需要众多学者的积极参与和共同努力才能最终完成。

本课题组成员为：中华人民共和国最高人民法院大法官、博士生导师刘家琛教授，中华人民共和国最高人民检察院大检察官、中国人民大学刑事法律科学研究中心主任、博士生导师戴玉忠教授，中国政法大学刑事司法学院院长、博士生导师曲新久教授，中国政法大学《政法论坛》编辑部副主编、硕士生导师陆敏博士。本人是课题组的召集人。

我们对支持本课题研究和本书出版的北京市法学会、中国人民公安大学出版社，以及国内外的专家、学者表示衷心的感谢。

何秉松

2008年9月17日

残奥会闭幕之夜于北京静斋

目 录

绪论：全球化时代刑法理论体系的反思与重构

第一章 一个崭新的、空前伟大的历史

时代 课题组 / 3

第一节 “现代”不是永恒的 3

第二节 后现代主义的“新时代”观 5

第三节 全球化时代的降临 8

第四节 全球化时代的特征 14

第五节 全球化时代的历史使命 34

第六节 全球化时代的时代精神 38

第二章 全球化时代对刑法（理论）体系的反思与

重构 课题组 / 55

第一节 立足于崭新的时空交汇点 55

第二节 全球化时代刑法理论体系的反思 60

第三节 全球化时代刑法理论体系的重构 67

第一编 刑法理论体系之反思

第一章 犯罪论体系的比较与分析 课题组 / 79

第一节 研究犯罪论体系的目的与方法 79

第二节 犯罪论体系的概念 86

第三节 犯罪论体系与实践的互动关系 89

第四节 犯罪理论体系的结构与功能 91

第五节	犯罪论体系的理念	95
第六节	犯罪论体系的科学性、真理性	97
第二章	德、日、英、美、俄犯罪论体系评析 课题组 /	100
第一节	德日犯罪论体系评析	100
第二节	英美犯罪论体系评析	113
第三节	俄罗斯犯罪论体系评析	120
第三章	法国刑事犯罪概论 [法] 雅克·博里康 /	125
第四章	建立一个全球统一的刑法体系之可能性 [西] 弗朗西斯科·穆尼奥斯 /	136
第五章	全球化时代的刑法欧洲化 ... [西] 卢吉·方范尼 /	149
第六章	刑法中的不作为——一种进路 [西] 雅各布·多皮克 /	157
第七章	犯罪认知体系视野下的犯罪构成 冯亚东 /	179
第一节	犯罪认知体系的形成与沿革	180
第二节	近代犯罪认知体系的学理化构造	187
第三节	当代中国的犯罪认知体系	189
第四节	相关概念的辨析与约定	191
第八章	日本刑法理论之省思 余振华 /	200
第一节	近代刑法之变革暨动向	200
第二节	刑法基本原理之再思考	204
第三节	刑法解释论之实质化	206
第四节	宪法精神与刑罚论	208
第五节	法解释论争与刑法学	210
第六节	刑法理论之具体实现	213
第九章	俄罗斯刑法中的犯罪构成学说 潘效国 /	229
第十章	中国刑法结构之改进 刘仁文 /	238
第一节	刑法结构的概念与研究视角	238
第二节	从小刑法典到大刑法典——刑法结构的调整之一	241

第三节	从单轨制向双轨制——刑法结构的调整之二·····	253
第十一章	犯罪理论体系的反思与探讨·····	周其华 / 258
第十二章	犯罪论的实质化：“中国特色”罪刑法定原则 的出罪机制·····	刘艳红 / 268
第一节	条文简读：我国刑法目的、任务与原则之 分析·····	269
第二节	利弊剖析：功能使命的错位与人权保障 机能的缺位·····	274
第三节	问题解决：坚持“释法中心主义”实现 犯罪论的实质化·····	278
第十三章	全球化背景下国内与国际刑法体系的协调 统一问题·····	庞冬梅 / 289
第十四章	行政刑法学及其体系·····	李晓明 / 295
第一节	研究行政刑法学的意义·····	296
第二节	行政刑法学的基本定位·····	298
第三节	行政刑法学的内容体系·····	306
第四节	行政刑法学的学科体系·····	310

第二编 刑事政策之调整

第一章	全球化条件下俄罗斯的刑事法律政策：现代的 趋势与前景·····	[俄] A. И. 科罗别耶夫 / 315
第二章	当今世界全球化背景下打击极端主义和恐怖主义 的俄罗斯联邦刑事立法·····	[俄] B. C. 科米萨罗夫 / 333
第三章	“和”的刑事法律观与构建和谐社会·····	张 明 / 340
第四章	犯罪全球化对英国刑事政策的影响——从侵犯 版权罪谈起·····	[英] 杜 江 / 345
第一节	英国的侵犯版权犯罪·····	346
第二节	中国的侵犯著作权犯罪·····	359

第三编 犯罪与刑罚之互动

第一章 刑罚与当代犯罪问题	[俄] Л. И. 罗曼诺娃 / 367
第二章 当代犯罪论与刑罚论的关系	[日] 松宫孝明 / 381
第一节 犯罪论与刑罚论关系的价值	381
第二节 刑罚论	382
第三节 犯罪论	394
第四节 当今犯罪论与刑罚论的关系	398
第三章 限制法官自由裁量的经验	[俄] А. И. 拉罗格 / 402

第四编 刑罚理论之检视

第一章 新时代的刑罚理论——人权防卫论纲要 ...	课题组 / 413
第二章 美国刑法理论的新动向	[美] 保罗·罗宾逊 米奇·伯曼 约瑟夫·肯尼迪 迈克·卡西尔 / 424
第一节 实施惩罚的合理性	424
第二节 判刑理论	438
第三节 对刑事立法权的限制	452
第三章 作为一种可操作的刑罚替代措施的恢复性司法 ——关于两种司法模式的主张	[乌] 帕布洛·哲冷·巴勒莫 / 468
第四章 传统刑罚目的理论的批判与解构	李 川 / 475
第五章 刑罚权的限制	王仲兴 潘庸鲁 田 坤 / 491
前 言	491
第一节 刑罚权限制的必要性	493
第二节 刑罚权限制的可行性	497
第三节 刑罚权限制的路径	499

结 语	505
第六章 从我国刑法对死刑的有关规定谈刑罚权的限制	赵 辉 程 璞 / 507

第五编 具体刑罚制度之变革

第一章 从历史层面对日本刑事制度的分析	[日] 横山实 / 519
第二章 苛刻的英雄主义：免除被迫实施大规模屠杀者责任的比较法途径	[美] 路易斯·切萨 / 541
第三章 短期自由刑制度的分析与完善研究	唐大森 王 鑫 / 566
第四章 短期自由刑的利弊与中国刑罚的改革	刘德法 何 静 / 576
第五章 不定期刑制度的考察与反思	刘德法 杜 菲 / 587
第六章 国外社区矫正的历史、现状及特点分析	王顺安 / 599
第一节 国外社区矫正的形成与发展	599
第二节 国外社区矫正的现状	613
第三节 国外社区矫正特点分析	638
第七章 假释制度比较研究	张小燕 / 645

绪论：全球化时代 刑法理论体系的反思与重构

第一章

一个崭新的、空前伟大的历史时代

课题组

第一节 “现代”不是永恒的

一个新的历史时代的开始意味着过去时代的结束。这个过去的时代就是“现代”。

现代(modern)或现代时期(modern time),指紧随“中世纪”或封建主义时代而来的那个时期,一般认为从启蒙运动开始。安东尼·吉登斯(Anthony Giddens)把现代性定义为:“在后封建的欧洲所建立,而在20世纪日益成为具有世界历史性影响的行为制度与模式。”^①德国著名的哲学家和社会理论家尤尔根·哈贝马斯(Jurgen Habermas)与加拿大学者E. M. 伍德(Wood)将现代性视为一种自启蒙运动以来的“政治性方案”。

现代性(modernity)用于描述现代时期,指涉各种经济的、政治的、社会的以及文化的转型。现代化(modernization)是指社会实现现代性的过程,即实现个体化、世俗化、工业化、文化分

^① [英] 安东尼·吉登斯:《现代性与自我认同》,赵旭东、方文译,三联书店1998年版,第16页。

化、商品化、城市化、科层化和理性化等的动态过程。作为一个社会学概念，现代性总是和现代化过程密不可分，工业化、城市化、科层化、世俗化、市民社会、殖民主义、民族主义、民族国家等历史进程，就是现代化的种种指标。在某种意义上说，现代性涉及以下四种历史进程之间复杂的互动关系：政治的、经济的、社会的和文化的过程。世俗政治权力的确立和合法化，现代民族国家的建立，市场经济的形成和工业化过程，传统社会秩序的衰落和社会的分化与分工，以及宗教的衰微与世俗文化的兴起，这些进程深刻地反映了现代社会的形成。现代性并非一个单一的过程和结果，它自身充满了矛盾和对抗。社会存在与其文化的冲突非常尖锐。作为一个文化或美学概念的现代性，似乎总是与作为社会范畴的现代性处于对立之中，这也就是许多西方思想家所指出的现代性的矛盾及其危机。在西方，这个过程已产生了一个工业和殖民化的世界。

现代和现代性是一个有争议的复杂问题。“作为一个历史分期的概念，现代性标志了一种断裂或一个时期的当前性或现在性。它既是一个量的时间范畴，一个可以界划的时段，又是一个质的概念，亦即根据某种变化的特质来标识这一时段。由于时间总是延绵不断的，激变总是与渐变错综纠结，因而关于现代性起于何时或终于（如果有的话）何时，以及现代性的特质究竟是什么，这些都是悬而未决的难题。”^①

由于“现代”总是指最新发展，现代性意味着变动不居，正如法国现代派诗人波德莱尔所说的：“现代性就是短暂、瞬间即逝、偶然”，是“从短暂中抽取出永恒”。因此，从这个词的本身含义来说，我们永远处在“现代”。马丁·阿尔布劳（Martin Albrow）说：“尽管有种种关于‘新时代’的说法（如‘自动化时代’、‘原子时代’、‘太空时代’、‘电子时代’、‘太阳能时代’），但却仍然引人瞩目地顽强存在着一种观点，这种观点认为：就某种

^① 周宪、许钧主编：《现代性理论》，商务印书馆2005年版，第1页。