

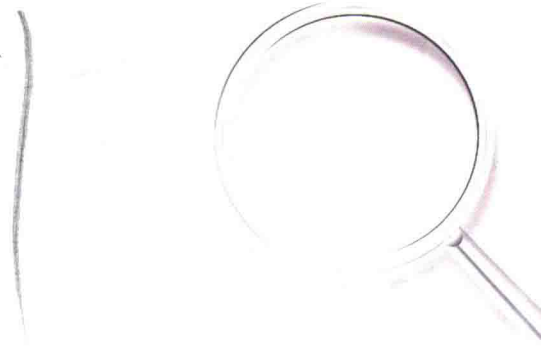


远观译丛

陈夏红·主编

中国刑法

在祛魅中前行的
中国刑事法律研究



分卷主编·毛乃纯 何天翔 译者·王波 胡莎 杨海强 等

 中国大百科全书出版社



远观译丛

陈夏红·主编

中国刑法

在祛魅中前行的
中国刑事法律研究

分卷主编·毛乃纯 何天翔 译者·王波 胡莎 杨海强 等

 中国大百科全书出版社

图书在版编目 (CIP 数据)

中国刑法/陈夏红主编;何天翔等编. --北京:中国大百科全书出版社, 2018. 8

(远观译丛)

ISBN 978 - 7 - 5202 - 0081 - 3

I. ①中… II. ①陈… ②何… III. ①刑法 - 中国 - 文集
IV. ①D924. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 095446 号

策 划 人 郭银星

责任编辑 李海艳

责任印制 魏 婷

封面设计 乔智炜

出版发行 中国大百科全书出版社

地 址 北京阜成门北大街 17 号 邮政编码 100037

电 话 010 - 88390093

网 址 [http: //www. ecph. com. cn](http://www.ecph.com.cn)

印 刷 北京君升印刷有限公司

开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印 张 28. 25

字 数 342 千字

印 次 2018 年 8 月第 1 版 2018 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5202 - 0081 - 3

定 价 79. 00 元

本书如有印装质量问题, 可与出版社联系调换。

本书译介的 15 篇文章，均出自英、美、日等国的大家手笔。议题涵盖刑法总论、分论，研究方法覆盖刑法教义学、刑事政策学，集中展现一批优秀外国刑事法学者在中国刑法研究上的造诣，也借机展现这些学者心中的中国法治图景。这些文章集中展现出外国学者对中国部分热点问题的理解和阐释，同时也为中国学者了解他们打开一扇窗户。这对深受德日刑法理论影响的中国刑法学界而言，无疑是一个再次探寻自我、了解对方、祛魅前行的机会。



丛书主编

陈夏红 甘肃岷县人。法学博士。现为《中国政法大学学报》副编审，中国政法大学破产法与企业重组研究中心研究员。欧洲破产协会（INSOL Europe）、国际破产协会（INSOL）会员。在《法治周末》开设专栏《方寸正义》。

分卷主编

毛乃纯 郑州大学法学院讲师，中国人民大学法学博士，早稻田大学法学博士。

何天翔 香港城市大学法律学院助理教授，荷兰马斯特里赫特大学知识产权法学博士、中国人民大学刑法学博士，主要研究方向为知识产权法、欧盟刑法。

总 序

大洋彼岸的回声

想编这样一套丛书的想法由来已久。自多年前到荷兰游学，出于研究需要，查阅了大量英文写成的有关中国法律的文献。阅读的过程，失望与希望并存。说失望，是发现，由于语言、文化等因素，有一些用英文写成的有关中国法律的文献，或流于浅层次的泛泛介绍，或充满西方式的傲慢与偏见，并不尽如我们在惯性思维里对西方学者的预期与推崇。而说希望，是发现，亦有为数不少的文献，选题新颖，论证严密，评析问题入木三分，既顾及中国的传统与现实，亦能够用最现代化的法治标准，去衡量中国法治发展的成败得失；既有理性的批评与建议，亦有客观的褒扬与赞许。尽管现在国人的英文水平较之以往有提高，文献检索能力也随之进步，数据库技术的发展消除了获取这些原文的障碍，但从传播效果最优化的角度，我觉得这些佳作，依然有翻译成中文并在国内出版的必要。

这个想法，首先得到中国大百科全书出版社社科学分社社长郭银星女士的鼎力支持。2013年初，我回国探亲，忙里偷闲与郭银星聚餐，聊及这个选题，双方一拍即合，并在各自的领域内，做了最大的努力。

我与郭银星相识已有十多年，在出版领域算是挚友，此前我们已有一些合作。比如在我的建议下，中国大百科全书出版社重版曹汝霖的回忆录《曹汝霖一生之回忆》；《高宗武回忆

录》出版过程中，我亦参与校阅；我们更大规模的合作，便是辛亥革命 100 周年之际，由我与杨天石教授编辑的《辛亥革命实绩史料汇编》四卷本。这套丛书出版过程延宕甚久；出版之际，辛亥革命百年纪念已经落幕。但这套书出版后，依然获得一些好评，尤其是很荣幸地获得“2011 凤凰网年度十大好书”的称号。而这套远观译丛，则是我们最新的合作成果。

选择与中国大百科全书出版社合作，完全是基于该社在法学学术出版领域卓越的声誉和口碑。据我所知，中国大百科全书出版社在法学领域最早期的成果，是 20 世纪 80 年代初期的《中国大百科全书·法学》。百科全书作为国家学术思想的门户，其重要性毋庸赘言，尤其是中国经过多年“文革”浩劫，亟待重建知识体系的情况下。中国大百科全书出版社由此创建，而亦以此成名。《中国大百科全书·法学》编撰过程中，当时国内老中青三代法学家尽数参与其中，济济一堂；这本书出版后，一时洛阳纸贵，也成为当时法学院师生不可或缺的参考书。而 90 年代中后期，中国大百科全书出版社与福特基金会合作，由江平先生出任主编，隆重推出“外国法律文库”，将德沃金的《法律帝国》《认真对待权利》、伯尔曼的《法律与革命》、哈耶克的《法律、立法与自由》、贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》、哈特的《法律的概念》、戴西与莫里斯的《论冲突法》、奥本海的《奥本海国际法》、凯尔森的《论法律与国家的一般理论》、拉德布鲁赫的《法学导论》等西方学界脍炙人口的法学名著，悉数译介到国内。这些书籍的出版，对于当时的法学界来说，其意义自不待言。如今随着法学出版格局的进化，译介甚至原版影印的作品越来越多，但中国大百科全书出版社在法学领域的这些贡献和创举，至今散发着绵延不绝的影响力。

远观译丛想法的产生，不能不提及一些同类作品。最为著

名的当然是刘东主持编辑的海外汉学丛书。这套书从文史的角度，将海外学人研究中国的佳作“一网打尽”。而在法律领域，除了早年王健编辑的《西法东渐：外国人与中国法的近代变革》，尚有高道蕴、高鸿钧以及贺卫方等编辑的《美国学者论中国法律传统》。除了译作，后来也出现一些研究外国学者论中国法的作品，这里面最重要的一本当属徐爱国教授的《无害的偏见——西方学者论中国法律传统》。我之所以有想法编译这套远观译丛，无疑是受到以上作品的启迪，理当在这里表达敬意与谢意。

但是，上述译作大都局限在比较法或中国法律传统的框架内，重理论而轻实务，重理念而轻实践，文史气息浓郁，对具体的部门法则涉及不多。这或许是远观译丛与前述作品的最大区别。在我看来，中国法律传统固然值得盘点，但在中国大转型的节骨眼上，更为重要的则是对我们现行法制建设的成败得失作出理性的分析评判。正应了那句老话：“兼听则明。”我们有必要将域外学者对中国法律制度的具体评述译介到国内，为法治的现代化更上一层楼，增加必要的参考资料。这些中国法治事业在大洋彼岸的回声，势必会给读者带来耳目一新的感觉。这么说，并不是说前述对中国法律传统的盘点不重要，而是希冀在这些工作的基础上更进一步。

说到中国法治的现代化，这无疑是一个更长久的历史过程。清末开启中国法治现代化进程，绵延至今已有一个多世纪。大约115年前，即1902年，刚从义和团运动及八国联军侵华之后回过神来的晚清政府，在与西方列强修订商约过程中，被迫启动修律新政，为挽救这个摇摇欲坠的王朝，不得不服下一剂废弃祖宗成法的猛药。此举一下子将畅行中华帝国千余年的传统律法体系几乎连根拔起，亦将中国带上了法律现代化的不归路。正所谓“开弓没有回头箭”，中国在法律现代化

的道路上，因应国际政治形势的演变，先学欧美，再学苏联，复归欧美，一波三折，大方向却始终如一。在这个过程中，中国的法律体系可以说是一个“全盘西化”的过程。这个“西”既包括日本、德国、法国，也包括英国、美国，当然更不能漏掉苏联。周大伟先生尝言，中国现代化的过程便是三院诞生的过程。这里的三院便是医院、法院、法学院，此言颇得我心。现在是对持续近百年的法治“全盘西化”作一盘点的时候。在盘点之前，我们有必要听听域外学者对我们现有的法律成果作何评说。师夷长技以自强也好，师夷长技以制夷也罢，中国法治现代化的伟业，我们只能一步一个脚印，筚路蓝缕，群策群力，以愚公移山的精神艰苦奋斗下去。

在我心目中，这套书预期的读者，将不仅仅是法科学生，而更多的是各个部门法领域的专家、学者及研究人员，还有实务部门的实践者和决策者。我之所以这么说，完全是由这套丛书的格局与气象决定的。在阅读译稿的过程中，我常常惊讶于原文作者直面中国法律实践的学术敏感，以及他们发现问题、归纳问题、提出问题以及解决问题的能力。这里面给我冲击最大的，既有《中国知识产权法》中，从中国传统文化角度解读“山寨”现象的新观点，亦有《中国破产法》中，对1906年《大清破产律》的比较研究。我不敢说每部入选图书都是佳作，但这样的列举势必挂一漏万，因为这样的闪光点实在是比比皆是。

这套丛书能够以现在这个样子呈现在读者面前，不能不归功于一个优秀的翻译团队。这个团队年轻而富有朝气，大部分成员为“八〇后”，基本都在中国、日本、德国、荷兰、奥地利等国内外法学院，受过完备的法律教育及扎实的学术训练。这也是为什么我们首辑包括《中国民法》《中国刑法》《中国刑事司法》《中国公司法》《中国知识产权法》以及《中国破

产法》中，能够收录包括日语、德语、英语在内的重要文献。这既保证我们能有国际化的视野，也保证我们可以尽最大的能力，使得这些优秀的作品能够以尽可能完美的方式，呈现在读者面前。

毫无疑问，对于我们这个年轻而朝气蓬勃的翻译团队来说，无论是在专业素养上，还是在人格养成方面，翻译并出版这套丛书，都是一个极为宝贵的锻炼机会。在这个协作的过程中，我们逐渐学会有效沟通、制定规则、执行规则、维护权利、履行义务、践行诺言、承受压力等。在这个组稿、翻译、定稿的过程中，我们既完整地展示出各自的能力，亦发现自身颇多值得完善的地方。对于每个参与者来说，这套丛书出版的意义，绝不仅是署有自己名字的译作出版，而更多的意义在出版物之外。我希望这套丛书的出版，对于所有参与者来说，不是我们这些参与者学术人格训练和养成的终结，而只是开始。

坦率地说，翻译本身不仅仅挑战译者的外语能力，更考验译者的中文水平。就翻译三目标“信、达、雅”而论，能够“信”而“达”已属不易，“雅”更是一个值得恒久努力的目标。什么是美好的汉语？这个问题仁者见仁、智者见智，但能够做到清楚、通顺已经很不容易。只有在翻译的过程中，我们才能真切地看到自身的汉语水平。这套丛书译稿不断更新的过程，也是我们对自己的母语水平不断审视并提高的过程。但即便如此，用一句俗套但绝非客套的话来说，恐怕翻译的讹误之处在所难免，还请读者们不吝赐教。

第一辑七本分册的出版，只是远观译丛的起步。这套丛书将保持开放性、持续性，会通过各种方式继续进行下去。下一步，我们除了继续围绕不同学科或者特定主题选译优秀论文外，亦将会引进合适的专著，目前这方面的工作已经起步。此外，我们诚挚地期待并邀请更多的同行加入这个团队，将更多

的佳作介绍给国内的读者。

作为这套丛书的主编，在这里，请允许我诚挚地感谢中国大百科全书出版社尤其是社科学术分社社长郭银星女士；感谢本丛书所收论文的作者或原出版机构等版权持有方的慷慨授权；感谢本丛书各位分卷主编耐心细致的组织工作；感谢各位译者认真负责地翻译；当然，最后更要感谢并期待来自各位读者的意见和建议。

是为序。

陈夏红

2015 年于荷兰马斯特里赫特大学

2017 年定稿于京郊昌平慕风斋

序 言

刑法这一古老的学科，对于中国来说有着独特的意义。从法制史的角度来看，随着国家的产生以及社会的进化，犯罪和刑罚才得以被有意识、有计划和有目的地规定在一部刑法里，成为阶级统治的工具。此外，从历史上看，所谓的中国法制史，基本上就是一部刑法简史。古老的中华帝国的历代帝王，都试图利用这一法律工具的巨大威慑力，来维护其统治地位。直至清末民初，近代中国刑法的百年变革才得以启动。也正是由此开始，中国刑法才得以实现从传统刑法、近代刑法到现代刑法的历史性转变，完成从理念到体系、从内容到技术的重大变革，建立起理念先进、体系完善、结构合理、内容科学的现代刑法体系。^① 清末的变法，引进了西方国家的法律作为范本，其中尤以刑法为甚。为了与世界文明发展的需求接轨，清政府从多种渠道引进西方国家的刑法作为参照，并且聘请日本法学博士冈田朝太郎“帮同考订，易稿数四”。^② 虽然最终成效甚微，无力回天，但好赖算是为中国刑法的吐故纳新开启了一扇窗。国民政府于1935年颁布的刑法，也对包括日本、德

① 赵秉志：《中国刑法的百年变革——纪念辛亥革命一百周年》，载《政法论坛》2012年第1期。

② 高铭喧、赵秉志：《中国刑法立法之演进》，法律出版社2007年版，第17页。

国、苏联等国的刑法进行了大量借鉴。直至中华人民共和国成立，“六法全书”被统统废除，我国的刑法又一次被推倒重来。如冯军教授所言，“在修改刑法时，一定要大胆借鉴发达国家已经取得的刑事立法经验和成果，虽然不能盲目照搬国外立法，但是，决不能以骄矜之心拒不吸收他国成果，背离刑事立法的世界趋势”^①。但是，也诚如周光权教授所云，中国刑法学“过去学苏俄，今天学德日，过段时间又学英美，没有自己的范畴和命题，更谈不上独立的研究范式，朝三暮四，缺乏学科起码的自信，基本理论框架没有定型化”^②。当然，2006年的这一论断，能否依旧适用于今日的中国刑法学，是一个值得探究的问题。但自数年前，由于犯罪构成要件的德日三阶层理论，和我国传统四要件理论所引发的刑法学界大辩论表明，当下的中国刑法学，仍旧面临着周光权教授所称之“进退两难”的窘境。^③

解决这一宏大背景下的难题，当然并非本卷力所能及。编者们的主要思考在于当刑法学界有关“中国刑法学该往何处去”的讨论方兴未艾，以及由此而产生对国外刑法理论大量需求的同时，能否为刑法学界提供机会，来一窥域外学者们，是如何看待我国刑法理论及其发展进程的。编者们的期许，这样一种相互印证的做法，或许能为“刑法学派之争仍处于诞生初期”^④且“中国刑法学仍显幼稚”^⑤的我国，提供一种来自

① 冯军：《刑法再修改的理念与规则——以现今的议论为依据》，载《河北大学学报（哲学社会科学版）》2007年第6期。

② 周光权：《中国刑法学的想象力与前景》，载《政法论坛》2006年第6期。

③ 同前。

④ 刘仁文：《中国刑法学六十年》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2010年第1期。

⑤ 同前。

域外的推力，从而使得中国刑法学的“100年规范发展”^①路程走得更为顺畅。

为此，本卷首先将以中国刑法学界的老朋友、早稻田大学的西原春夫教授对中国刑法的友情寄语开篇；接下来，曾任香港城市大学教师的多宾森，结合2000年初期发生的一系列重大事件，全面回顾了我国1997年所颁布的《刑法》；在基本理论部分，我们先以早稻田大学小口彦太教授对中国罪刑法定原则的几点思考作为开始，然后介绍英国伦敦大学国王学院的丹尼斯·约翰·贝克以及赵霞，结合田文华案、郑筱萸案，以及相当性原则等英美刑法理论，对中国刑法理论和原则进行的讨论；其后以小口彦太教授对中国刑法的犯罪概念以及犯罪构成要件的讨论，作为本部分的结束。在犯罪主体部分，我们将以一桥大学讲师但见亮对中国法人犯罪理论以及条文中的问题之梳理开篇，其后介绍但见亮对中国刑法中的“单位”概念的探讨，以及法人的刑事责任与对从业人员的处罚等两篇文章；本部分的最后，以早稻田大学宇野和夫教授对我国刑法中“黑社会性质组织”的认定标准之分析结尾。在本卷的最后部分，我们为大家呈现了域外学者就刑事处罚以及刑事政策主题进行的探讨。本部分首先介绍苏珊·卓沃斯基斯对我国宽严相济刑事政策的发展历程以及现实意义之探讨。她在其后补充了对中国死刑问题的研究，探讨了司法改革与死刑制度的互动，并结合最高人民法院在司法改革中所扮演的角色、发布的各式法律文件以及死缓制度，来探讨中国司法改革中的政治考量。就死刑改革问题，西顿霍尔大学的陆梅吉也给出自己的观察，并分析了公众参与在未来中国死刑改革中的潜能。在本卷的最

^① 刘仁文：《中国刑法学六十年》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2010年第1期。

后，关东学院的足立昌胜教授以一种新颖的观点，解读了刑事处罚与行政处罚的区别。

本卷选文标准，以日文及英文为据。一方面是由于日本学者的观点，对我国刑法学者来说，所具有的借鉴意义更大，其研究也更为深入、系统；而英语语系国家的学者对我国刑法理论的研究，较之德国与日本学者所作之研究而言，素来介绍不多，对其集中介绍，有助于补足我国刑法学界的空白。另一方面，主要受译者语言能力范围所限，未能囊括德国学者的文章，不可不算是遗珠之憾。所幸，我国刑法学界已经引入许多德国知名刑法学者的大量相关著述，念及至此，编者的愧疚得以稍减几分。而如译者对原文的重述，无法让读者击节，那么一定是译者水平所限，绝非原作者之责任。编者希冀这一卷小书能为我国刑法学界寻找前行之路照亮方向。

何天翔 毛乃纯

目 录

总序 大洋彼岸的回声	1
序言	1
卷首语	1
与中国刑事法的 20 年	3
总体回顾	7
中国 1997 年《刑法》：实质性变革还是华而不实	9
基本理论	75
对中国的罪刑法定原则的两点考察	77
责任关系、罪刑相应及相当性原则——中国刑法 理论与原则之比较研究	95
再论中国刑法中的犯罪概念	158
中国的犯罪概念和犯罪构成要件理论	177
犯罪主体	205
中国的法人犯罪理论与条文上的问题点	207
中国刑法中“单位”概念的限定化	231
中国的法人刑事责任及对从业人员的处罚	255
中国刑法中“黑社会性质组织”的认定标准问题	280
刑事处罚与刑事政策	307
中国“和谐社会”时代背景下的刑事处罚难题	309
中国的死刑制度——最高人民法院、死刑缓期执行	

和刑罚改革中的政治考量.....	346
中国死刑争议中的宽与严.....	373
中国的治安管理处罚与刑事罚——一元的刑法体系 与具有刑法补全机能的治安管理处罚.....	411
译后记.....	435