

///
CRIMINAL LAW REVIEW

刑事法评论

陈兴良 主编

2001年（第9卷）

4
中国政法大学出版社

D914-53

1

:2001(9)

北京大学刑事法理论研究所 主办

刑事法评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第9卷 (2001)

陈兴良 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论. 第9卷/陈兴良主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2001. 9

ISBN 7-5620-2117-1

I. 刑... II. 陈... 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(2001)第052500号

书 名	刑事法评论 第9卷
出 版 人	李传敢
出版发行	中国政法大学出版社
经 销	全国各地新华书店
承 印	清华大学印刷厂
开 本	850 × 1168mm 1/32
印 张	22.625
字 数	600千字
版 本	2001年12月第1版 2001年12月第1次印刷
印 数	0 001—4 000
书 号	ISBN 7-5620-2117-1/D·2077
定 价	39.00元

社 址	北京市海淀区西土城路25号 邮政编码:100088
电 话	(010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱	ztf5620@263.net
网 址	http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm

☆☆☆☆☆

- 声明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如发现印装质量问题, 请与出版社联系调换。

主 编 絮 语

理论是实践的引导，因而理论是超越现实的。惟此，理论才能对实践起指导作用。对于我国刑事法治建设来说，也是如此。没有对前沿性的刑事法理论的研究，刑事法治就不可能实现。本卷秉承《刑事法评论》一贯的编辑宗旨，推出刑事法理论的新成果。

在“刑事诉讼理论”栏目中，我的新作“刑事程序的宪政基础”一文从宪政的角度对刑事程序的人权保障机能进行了探讨。我国虽然一直有宪法，但宪法往往只具有陈列的意义，对于现实生活没有规范作用，对于部门法没有规制作用。因此，虽有宪法却无宪政。在这种情况下，宪法只不过是一纸具文而已。随着法治建设的发展，宪政的问题越来越多地被提到学者的面前。宪法学者开始从静态宪法到动态宪法、从形式宪法到实质宪法展开宪法理论的新探讨，宪政这一曾经沉寂的术语开始悄然复活，并日益成为宪法理论的关键词。不仅如此，其他部门法学者也从本部门的实际问题出发，触及宪政问题。可以说，合宪性是对合法性的一种审问，是最高层次的合法性，乃至于是对合法性的正当性审视。这是一个可喜的变化，它表明我国部门法的研究正在向着更高的理论层次攀登。各部门法都以不同的角度实现着宪法的价值内容。其中，刑事诉讼法与宪法具有更为紧密的关联。宪法对犯罪嫌疑人、被告人的人权保障功能主要是通过刑事程序实现的。我在对刑事程序的宪政基础的探讨中，从历史与逻辑两个方面予以展开，揭示刑事程序对于犯

罪嫌疑人、被告人的人权保障的重要性。劳东燕的“自由心证制度的当代命运”一文，讨论了自由心证制度。自由心证在以往我国刑事诉讼法理论中，是一个灰色的概念。“自由”二字有自由主义之嫌，“心证”一词则有唯心主义之虞，因而在“实事求是”之类的政治概念面前，“自由心证”这种法律概念显得灰溜溜的，需要在不断的辩护中获得存在的空间。随着刑事诉讼法理念的转变，“自由心证”一词也开始弹掉落在身上的灰垢，堂而皇之地重登刑事诉讼法的理论舞台。劳东燕的论文就是为自由心证制度拨乱反正的努力之一，并且立于司法改革的高度，从重构我国的刑事证据制度的背景出发，全面地探讨了自由心证制度，具有相当的理论深度。我以为，作者的这种学术敏感是值得充分肯定的。尽管对于自由心证制度还会存在争论，自由心证制度在中国的命运还值得关切，但我们不能对自由心证置之不理。沈丙友的“质证规则研究”一文论及证据制度中的一个重大问题：质证规则。质证是刑事诉讼的重要环节，是法官采证的惟一前提，也是法官认定证据证明力和案件事实的基础。质证规则是证据规则的组成部分，是规范质证活动，使质证有序展开的法律基础。我认为，沈丙友对质证规则的讨论是深入而细致的，对于建立我国刑事证据规则具有重大意义。

在“劳动教养制度研究”栏目中，围绕着劳动教养制度进行了探讨。劳动教养制度是我国独特的一种刑事司法制度，由于其存在的种种弊端，一直为国际社会所病诟。可以说，劳动教养制度是我国刑事制度中的一个黑洞，它的存在足以吞没我国刑事法治的所有成果。目前，劳动教养制度正在引起我国学者的关注。刘仁文的“劳动教养及其改革”一文，在叙述劳动教养制度的历史与现状的基础上，提出了劳动教养的改革方案。刘中发的“劳动教养刑法化之根据求证”一文，提出了劳动教养刑法化这一命题，并对其根据进行了颇为深入的论证。作者认为，劳动教养刑法化不仅十分必要，而且存在理论上、现实上和法律上的根据。劳动教养刑法化的

理论根据是刑事制裁多样化、刑事责任多元化、刑法观念人道化的要求。劳动教养刑法化的现实根据是人权保障的需要；而世界性刑法改革运动和非刑罚方法的兴起，则为劳动教养刑法化提供了法律根据。尤其值得推荐的是张绍彦的“劳动教养立法的理论探索——中国劳动教养立法理论研讨会实录”一文，该文是北京大学法学院刑事法理论研究所于2001年3月29日至4月1日在北京召开的劳动教养立法理论研讨会的发言录音整理。参加该会的有我国各大教学与科研机构对劳动教养立法关心并关切的各部门法学的专家学者，包括法理学、宪法学、中外法律史学、刑法学、刑事诉讼法学、监狱法学、犯罪学、中国监狱史学、行政法学和行政诉讼法学等众多法学专业的学者会聚一堂，对劳动教养制度，尤其是劳动教养立法问题展开讨论，这是极为罕见，也是十分难得的。从本文中，读者可以想见会议研讨的盛况。这次研讨会虽然结束了，但这份发言录音稿却因张绍彦先生的勤勉而保存下来成为一种历史见证。为使更多的人分享这次研讨会的成果，现将研讨会的发言录音稿发表出来。我相信，它对于唤起更多的人来参与劳动教养立法研究，是会有所裨益的。

在“理论前沿”栏目中，接上卷之后，我再次发表了文海林先生的“刑法：从形式到目的——以法的一般发展为背景”一文。我认为，文海林对于刑法的这些思考是严肃的，也是深入的。作为一名司法工作者，对刑法理论具有如此感悟与洞察，使我们这些理论工作者为之汗颜。

在“刑法学人”栏目中，我们以十分崇敬的心情，刊出两篇关于蔡枢衡先生的怀念和研究的文章。记得那是在2001年初，在京开会碰上中央警官教育学院副院长王泰教授，他言及手头有一封蔡枢衡先生关于共犯问题的信。王泰先生在中国政法大学师从宁汉林先生攻读硕士学位时，因蔡枢衡先生与宁汉林先生的师生关系，使王泰先生开始了与蔡枢衡先生的一段美好交往，并留下信函。当时

我就欣然向王泰先生约稿，希望他能将这段交往付诸文字让更多的人了解。会后，王泰先生利用春节休假将蔡枢衡的信整理出来，又写了一点有关的文字，既表达了对一代宗师的怀念，又交代了此信的来龙去脉，随信还附上蔡枢衡先生原信的复印件。现在，将这些文字一并发表，以告慰蔡枢衡先生的在天之灵。蔡枢衡先生是我国30年代著名的刑法学家，曾师从日本著名刑法学家牧野英一，回国后长期在北大任教，对北大刑法学科的学术风气的养成做出了巨大贡献。孔庆平的“蔡枢衡及其刑法思想研究”一文，可以说是全面介绍蔡枢衡的生平事迹和系统研究蔡枢衡的刑法思想的一篇力作，对于我们了解蔡枢衡的刑法思想具有重要意义。蔡枢衡刑法思想是中国近代刑法思想的重要内容之一，在我看来，蔡枢衡是我国30年代极为罕见的具有自己思想的刑法学家之一，他对法理学也有所贡献，值得我们纪念。学术是讲究承传的，传统不能割断，这是我编完这组文章后的一点感想。

在“刑法社会学研究”栏目中，刊载了强世功博士的“惩罚与法治：中国刑事实践的法社会学分析（1976年—1982年）”一文的上篇，这是强世功博士论文的一部分，下篇将在下一卷刊出。该文从法社会学的视角出发，研究了中国1976年至1982年惩罚与法治的观念的演变。这篇论文可以看作是在法社会学研究方面的学术努力之一，只是由于它所考察的是中国的刑事制度，才可以包括到刑法社会学中来。由于社会学方法的独特性，这篇论文与我们通常所见的刑法论文，或者说注释刑法论文，无论是在表述方法上还是在思想观点上，均大异其趣。我认为，刑法学是一个开放性的理论体系，应当而且可以容纳各种研究风格的成果。本卷发表强世功的这篇论文，也可以视为是对多元的研究风格的一种提倡。

在“专题研究”栏目中，向读者奉献出内容丰富的前沿性成果。孙万胜的“司法权的类型学分析”一文，采用马克斯·韦伯所倡导的类型学方法，对司法权的类型作了深入的分析。作者将司法

权分为国家本位型司法权、程序本位型司法权和目的本位型司法权，并对各种类型的司法权的特征及其运作都进行了研究，表明了作者的理论旨趣。尤其是作者以中级法院院长的身份，写出如此学术化的论文，使我对法官素质提高的前景抱一种乐观的态度。黄丁全的“机能刑法观的后退与挫折”一文，引进了机能刑法这个概念，机能刑法不同于刑法机能，它是一种目的刑法，是在与市民刑法或者规范刑法相对应的意义上而言的，更强调刑法的刑事政策化。但是，在刑法进化中，这种机能刑法的观念遇到挫折，乃至于是不得不后退。黄丁全博士为我们勾勒出20世纪刑法观变迁的主要线索，从而开阔了我们的理论视野。《刑事法评论》连续发表了黄丁全博士的刑法学论文，这些论文具有一定的新意和一定的深度，给人以启迪。对于黄丁全博士的勤勉，我们要表示衷心的感谢。刘守芬、汪明亮的“论罪刑均衡的经济性蕴涵”一文，从经济学角度出发，结合社会学的相关内容，对罪刑均衡的经济性蕴涵予以深刻的揭示。作者的结论是：经济性是罪刑均衡原则蕴涵的题中之义，配刑是罪刑均衡原则的核心，对某种犯罪予以配刑必须考虑犯罪成本、刑罚转化率等变量；罪刑均衡点、罪刑均衡度、罪刑均衡量是罪刑均衡原则经济性的三方面体现，表现在犯罪成本与刑罚成本的有机统一。犯罪成本与刑罚成本的结合点是罪刑均衡点，刑罚成本度是罪刑均衡度，刑罚成本转化率的大小决定着罪刑均衡量的大小。上述这些观点都是极为新颖的，尤其是引入经济分析方法，使我们获得了对于罪刑均衡原则蕴涵的全新认识。当然，如何理解罪刑均衡的经济性与公正性的关系，仍然是一个有待研究的问题。传统理论关注的是罪刑均衡的公正性。公正性与经济性是否统一以及这种统一的基础何在，上升到公正与功利的关系上，还有进一步深入研究之必要。杨兴培的“犯罪故意的理论论说”一文，基于我国刑法总则中的犯罪故意概念，对犯罪故意的形式与内容作了较为细致的分析，对于我们理解犯罪故意这一罪过形式有所帮助。黄明儒

的“伪造罪论纲”一文,展示了一种研究刑法各罪的新思路。我国刑法中并无伪造罪之设置。而是规定了各种具体的伪造犯罪,例如伪造货币罪,伪造金融票证罪,伪造国家有价证券罪,伪造股票、公司、企业债券罪,伪造增值税专用发票罪,伪造有价票证罪,伪造国家机关公文、证件、印章罪,伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪,伪造居民身份证罪,辩护人、诉讼代理人伪造证据罪,伪造武装部队公文、证件、印章罪等,这些罪名散见于刑法分则各个不同章节,但它们都以伪造为其行为方式。该文立足于伪造这一行为方式,将上述犯罪在法理上归结为伪造罪,并对伪造罪的构成特征进行了深入研究,我认为这是值得提倡的一种研究方法。王丽的“律师泄露秘密罪比较研究”一文,采用比较方法,对律师泄露秘密罪作了分析,资料丰富,梳理得当,对于我们研究律师执业中的刑事责任问题具有一定的意义。王利荣的“论行刑权构建的两种走势”一文,在对我国现行的行刑权运作考察的基础上,比较分析了高度集权、独立的行刑权体系与分散性的行刑权格局的利弊,进而提出建构一种与社会亲合的行刑权,认为这更符合法律运作的原理,以司法中立为基础的执行权社会化,不同于行政控制下的开放性行刑,它经过了中间权力的过滤,能够增进社会对制度机制的信任,保证出狱人真正回归的是市民社会。该文对于行刑权发展提出的思路,我认为是符合刑事法治精神的,尤其是从一个更高的理论层面上俯视行刑权的运作及其发展前景,使该文具有相当的学术性。

编完本书,掩卷感慨,我国的刑事法理论水平逐渐地在提升,我仿佛能够听得见刑事法理论发展的脚步声。我期望着《刑事法评论》伴随着刑事法理论一起成长。

陈兴良

谨识于北京蓝旗营寓所

2001年6月4日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

〔刑事诉讼理论〕

刑事程序的宪政基础/陈兴良	(1)
一、刑事程序中个人权利与国家权力的演进	(1)
二、刑事诉讼中人权的宪法确认	(7)
三、中国刑事程序的宪政构造	(17)
自由心证制度的当代命运/劳东燕	(24)
一、自由心证制度的历史考察	(25)
二、自由心证制度的哲学基础	(34)
三、自由心证制度的内容嬗变	(39)
四、自由心证制度的证据规则	(56)
五、自由心证制度的中国命运	(66)
六、结语	(86)
质证规则研究/沈丙友	(87)
一、质证规则的理论分析	(88)
二、质证规则的法律分析	(93)
三、余论	(119)

〔劳动教养研究〕

劳动教养制度及其改革/刘仁文	(124)
一、劳动教养制度的历史发展与现状	(124)
二、劳动教养制度面临的挑战与问题	(129)
三、劳动教养的改革方案与选择	(136)
四、结语	(147)
劳动教养刑法化之根据求证/刘中发	(149)
一、劳动教养刑法化之理论根据	(150)
二、劳动教养刑法化之现实根据	(172)
三、劳动教养刑法化之法律根据	(186)
劳动教养立法的理论探索	
——中国劳动教养立法理论研讨会实录/张绍彦	(193)

〔理论前沿〕

刑法：从刑式到目的

——以法的一般发展为背景/文海林	(262)
一、序说	(262)
二、法治转型	(264)
三、理论更迭	(278)
四、刑法学史话	(290)
五、探寻刑法目的的种种努力	(301)
六、关于契机	(311)
七、结语	(327)

〔刑法学人〕

一封关于研究共同犯罪学术问题的信

- 怀念尊敬的蔡枢衡先生/王 泰 (330)

蔡枢衡的刑法思想研究/孔庆平 (346)

- 一、蔡枢衡的生平和著述 (349)
- 二、刑法在法律体系中的地位 (355)
- 三、刑法的变迁 (357)
- 四、中国刑法应有的形态 (362)
- 五、中国刑法学的特殊品格 (367)

〔刑法社会学研究〕

惩罚与法治：中国刑事实践的法社会学分析

- (1976年—1982年)〔上篇〕/强世功 (373)
- 一、导言 (373)
- 二、惩罚的弥散化 (386)
- 三、正义的胜利 (401)
- 四、法治的兴起 (439)

〔专题研究〕

- 司法权的类型学分析/孙万胜 (466)
- 一、司法权的类型释义 (466)

二、国家本位型司法权	(473)
三、程序本位型司法权	(488)
四、目的本位型司法权	(506)
机能刑法观的后退与挫折/黄丁全	(521)
一、序言	(521)
二、刑法的未来	(523)
三、机能刑法观的后退	(535)
四、一元刑法观的挫折	(540)
五、结语	(548)
论罪刑均衡的经济性蕴涵/刘守芬 汪明亮	(549)
一、问题的提出：经济学视角的罪刑均衡	(549)
二、范畴及范式：罪刑均衡经济学蕴涵之前提	(551)
三、犯罪成本：罪刑均衡考虑的变量之一	(558)
四、刑罚成本：罪刑均衡考虑的变量之二	(567)
五、罪刑均衡的经济性蕴涵：犯罪成本与刑罚成本 的统一	(569)
六、结论	(580)
犯罪故意的理论论说/杨兴培	(581)
一、认识因素的解读	(582)
二、意志因素的解读	(590)
伪造罪论纲/黄明儒	(596)
一、伪造罪概述	(598)
二、伪造罪的范围与分类	(605)
三、伪造罪的构成特征	(610)
四、伪造罪的认定	(653)
律师泄露秘密罪比较研究/王 丽	(667)
一、法律模式	(668)
二、构成要件分析	(672)

三、排除刑事责任的条件	(680)
论行刑权构建的两种走势/王利荣	(687)
一、我国行刑权运作现状与改革思路的一般性分析	(688)
二、思路之一：确立裁判权在刑事司法权中的主导 地位，减少机制内耗	(691)
三、思路之二：保留现有分散性的行刑权格局， 减少改革震荡	(695)
四、从长远角度看，行刑权结构变化宜与社会亲和	(700)
五、结论	(705)

刑事程序的宪政基础

陈兴良*

刑事程序直接关系到司法公正，因而在刑事程序中如何有效地保障被告人的正当权益，关系到一个国家的法治文明程度。本文拟从宪政的角度对刑事程序的价值进行研究，以期推进我国的刑事法治。

一、刑事程序中个人权利与国家权力的演进

在论及程序法的时候，德国著名法学家拉德布鲁赫曾经指出：如果将法律理解为社会生活的形式，那么，作为“形式的法律”的程序法，则是这种形式的形式，它如同桅杆顶尖，对船身最轻微的运动也会作出强烈的摆动。在程序法的发展过程中，以极其清晰的对比反衬出社会生活的逐渐变化，其次序令人联想到黑格尔精神发展过程的正反合三段论。刑事程序的历史，清楚地反映出国家观念

* 北京大学法学院教授、博士生导师。

从封建国家经过专制国家，直到宪政国家的发展转变过程。^{〔1〕} 拉德布鲁赫的这段话，充分阐明了刑事程序的意义，尤其是把刑事程序的演变与国家性质的演变相关联，将刑事程序上升到了宪政的高度。

刑事程序是为处理犯罪而设置的，因而对于犯罪的不同理解导致刑事程序性质上的重大差别。犯罪概念本身经历了一个漫长的演变过程，刑事程序与此相应地经过了复杂的演变。在古罗马，最初的犯罪是指危害国家安全的行为。英国学者梅因指出，在古罗马共和国的幼年时代，对于严重妨害国家安全或国家利害的每一种罪行，都由立法机关制定一个单独法令来加以处罚。这就是对于一个犯罪（*crimen*）的最古概念——犯罪是一种涉及重要结果的行为，对于这种行为，国家不交给民事法院或宗教法院审判，而专对犯罪者制定一个特别法律（*privilegium*）加以处理。因此，每一个起诉都用一种痛苦和刑罚状（*a bill of pains and penalties*）的形式，而审判一个犯人（*criminal*）所用的一种诉讼程序是完全非常的、完全非正规的、完全离既定的规则和固定条件而独立的。^{〔2〕} 这里所谓独立于既定的规则和固定条件的诉讼程序，就是指不同于民事诉讼程序的刑事诉讼程序，这是最初意义上的刑事程序。当然，这种诉讼程序是非常的，并且是以特别法律的形式因案而设的，表明这种诉讼程序尚未程式化，而具有了个案处置的特征。

在古罗马社会，犯罪概念是逐渐演变的，当时除危害国家安全的犯罪以外，其他大部分我们今天法律上规定为犯罪的行为都被视为对公民个人利益的侵害，是一种不法行为，因而犯罪行为与民事侵权行为之间并不存在严格的界限。正如英国学者梅因指出：根据《十二铜表法》对刑事法律学所作的讨论，可以看到，在罗马法所

〔1〕 参见〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第120页。

〔2〕 参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第210页。

承认的民事不法行为的开头有窃盗罪（*fartum*）。我们习惯上认为专属于犯罪的罪行被完全认为是不法行为，并且不仅是窃盗，甚至凌辱和强盗，也被法学专家把它们和扰害、文学诽谤及口头诽谤联系在一起。所有这一切都产生了“债”或是法锁，并都可以用金钱支付以为补偿。^{〔1〕}在这种情况下，犯罪行为与侵权行为没有分别，刑事责任与民事责任没有分离，因而刑事程序与民事程序也没有分立。当时的诉讼，无论是刑事诉讼还是民事诉讼，都由被害人或其代理人作原告向法院直接提出控诉。只有当原告起诉后，法院才受理并进行审判。没有原告，法院不主动追究，即古罗马法谚所表述的：“没有原告，就没有法官。”这种诉讼形式，就是弹劾主义诉讼。我国学者指出，弹劾主义诉讼是一种早期的带有原始性的诉讼形式。这种诉讼的出发点是把犯罪人对被害人的侵犯，看成像民事诉讼那样的双方当事人之间的纠纷和讼争。因此，刑事诉讼程序和民事诉讼程序一样，法院平等地对待双方当事人，并把起诉和审判建立在双方当事人的积极性基础上。这种诉讼还保留有氏族公社原始民主平等的痕迹，因为氏族公社成员之间的纠纷，是通过双方的氏族大会面前平等争讼来解决的。^{〔2〕}这种弹劾主义诉讼，是在刑事诉讼和民事诉讼合一情况下的诉讼形式，学说上往往将其视为刑事诉讼的最初形式，其实此时严格意义上的刑事诉讼尚未出现。更何况，当时还明显地保留着原始社会复仇习俗的残余，法律允许在许多情况下对侵犯私人利益的违法行为进行复仇。

专门的刑事程序几乎是和犯罪同时在法律上出现的。梅因描述了古罗马社会把“不法行为”改变为“犯罪”的过程，指出：在一个不能确定的时期，当法律开始注意到一种在“法学汇纂”中称为非常犯罪（*criminal extraordinaria*）的新的罪行时，它们才成为刑事

〔1〕 参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第208页。

〔2〕 参见陈光中主编：《外国刑事诉讼程序比较研究》，法律出版社1988年版，第7页。