

CRIMINAL LAW REVIEW

刑事法评论

陈兴良 主编

2001 年（第 8 卷）

中国政法大学出版社

编辑宗旨

竭力倡导与建构以一种现实社会关心与终极人文关怀为底蕴的，
以促进学科建设与学术成长为目的的、一体化的刑事法学研究模式。

ISBN 7-5620-2046-9



9 787562 020462 >

选题编辑：丁小宣
文字编辑：邵利琪

ISBN 7-5620-2046-9

D·2006 定价：39.00元

768

Df 14.04
C48a1

北京大学刑事法理论研究所 主办

刑事法评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第8卷 (2001)

陈兴良 主编



A0958354

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法评论. 第8卷/陈兴良主编. - 北京: 中国政法大学出版社, 2001.4

ISBN 7-5620-2046-9

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-法的理论-研究-文集 IV. D914.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 15904 号

选题编辑 丁小宣

文字编辑 郇利琪

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 军事科学院印刷厂

开本 850×1168 1/32 22.125 印张 字数 590 千字

2001 年 8 月第 1 版 2001 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2046-9/D·2006

印数: 0 001-4 000 定价: 39.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088

电话: 62229563 (发行部) 62229278 (总编室)

声明: 1. 版权所有, 侵权必究

2. 如有缺页、倒装、由本社负责退换

主 编 絮 语

值此世纪之交，作为一个刑法学人，当然关注刑法理论的走向。这种关注，实际上是对刑法理论发展的一种憧憬、一种期盼、一种前瞻。借此《刑事法评论》编辑之机对新世纪刑法理论的发展前景以抒我见：

一是思想性。刑法理论，无论是规范刑法学还是理论刑法学，都应当进一步强调思想性。这里的思想性，是指刑法理论不仅要关注法条及其适用，关注理论及其论证，更应当关注刑法理论的人文关系。在当前建设法治国的社会背景下，刑事法治应当成为刑法理论的价值追求。我认为，这里面临着一种刑法理论的转型，即从人治的刑法理论向法治的刑法理论的转变。在人治社会，并非没有法律，尤其不能没有刑法。相反，统治者往往十分倚重刑法。刑法成为国家单方面惩治犯罪的工具，从而服务于统治者。在这种情况下，刑法不具有自身独立的品格，而只是专制或者专政的附属物。在法治社会，刑法的性质发生了重大的变化，它在具有对公民行为的裁判机能的同时，更具有对司法行为的规范机能；它不仅约束老百姓，而且约束司法者，成为防止司法权滥用的重要手段。随着从人治刑法到法治刑法的转变，刑法理论同样面临这种转型。在我国以往的刑法理论中，具有十分浓重的国家主义色彩。在价值取向上明显地以社会整体利益为依归。因而，在刑法机能上，强调的是社会保护机能，而忽视甚至漠视人权保障机能。随着刑事法治的发

展，以社会危害性为中心的传统刑法理论与以罪刑法定主义为灵魂的刑法理论之间的价值冲突得以凸现。这种冲突不仅表现在犯罪本质是社会危害性还是刑事违法性之争上，而且还表现在犯罪构成理论的建构上。传统的源于苏联的犯罪构成理论，实际上是一种社会危害性的构成，犯罪构成各要件都以体现行为的社会危害性为其存在的理由与根据。这样一种以社会危害性为基础的犯罪构成理论仍然是我国刑法学界的通说。我认为，犯罪构成理论应当是刑事违法性的构成，它的功能在于说明行为的刑事违法性。因此，在罪刑法定主义的视野中，犯罪构成理论要进行反思与检讨，乃至具备条件情况下的重构。而所有这一切，都必须在刑事法治的思想的指导下。可以说，刑事法治是新世纪我国刑法理论的主旋律。刑法理论惟有反映现实社会的法治要求，以推进我国刑事法治建设为使命，才具有强大的生命力。

二是学术性。面向新世纪，刑法理论应当努力地提升自身的学术水准。只有这样，才能推进我国刑法理论的发展。因此，必须强调刑法理论的学术性。刑法理论的学术性首先与传统的承续与观点的创新有关。学术性意味着一种刑法理论应当置身于一定的社会历史背景之中，具有承续性。因此，这种刑法理论是逐渐累积的结果，是一个发展进化的过程，而不是突如其来的。在这个意义上说，刑法理论的学术性就是要把握刑法理论发展的历史脉络，注重刑法文化的积淀，使刑法理论具有历史的意蕴。同样，我们还应当强调刑法理论的创新，引入各种刑法思想观点为我所用。我们身处的这个时代是一个变法的时代，我们身处的这个社会是一个改革的社会。变法与改革呼唤着刑法理论的发展与更新，因此，这也为刑法理论的创新提供了大好的机遇。刑法理论的学术性还与一定的知识、一定的话语、一定的范式有关。传统的刑法理论缺乏学术性，在很大程度上表现为它只是机械地对法条的注疏，是一种单纯的关于法条的知识。当涉及法条背后的价值内容时，它所采用的是

一种政治的话语。因此，刑法理论的学术性，首先意味着应当引入相关的知识，包括关于人的知识、关于社会的知识等，以去意识形态之魅。刑法作为一种法律现象，当然需要法律的解释。然而，刑法更是一种人与社会的现象，也就更需要从人性和社会的高度对其作出解释。并且，对刑法的法律解释也只有奠基于人性解释与社会解释之上，才是具有说服力的。实际上，对人性的理解程度、对社会的理解程度，直接决定着对刑法的理解程度。在这个意义上说，刑法学家首先应当是社会思想家，具有关于人性与社会的知识，以此建构刑法理论，学术性才会得以丰厚。刑法理论的学术性，还表现在一定的学术话语的建立。在以往的刑法理论中，政治意识形态垄断了话语权，这种刑法理论是一种政治话语的重复。而刑法理论的发展，就是要终结政治话语在刑法理论中的垄断地位，形成一种刑法理论自身的话语，这种话语是自主的、自足的、自立的，因而具有科学性。这种刑法理论话语的改变，不仅是学术关注点的转移，而且是理论叙述语言的创新、理论叙述方式的创新。总之，刑法被学术地考量：以一种全新的方式被思考、被描述、被表达。刑法理论的学术性，还意味着刑法理论范式的改变。一定的范式是历史地形成的，必然打上历史的烙印。刑法理论也是如此，我国传统上刑法理论是在阶段斗争为纲的年代里形成的，具有深深的阶级专政的印记。这种研究范式虽然随着刑事法治建设的推进，正在逐渐地退出历史舞台，但由于历史的惯性，还在很大程度上影响着我们的刑法思维。因此，建立刑法理论新范式的任务是如此地迫切，成为刑法理论向前发展的当务之急。当然，理论范式的转变是一个演变的过程，不可能在瞬间完成。问题在于，我们应当在刑法研究中去陈出新，使刑法理论具有一种新气象，从而改变刑法理论的旧貌。

三是规范性。刑法学是一门以刑法规范为主要研究对象的学科，同时，在刑法理论中又要引入一定的规范，这就是学术规范。

对于刑法理论的发展来说,学术规范至关重要。以往的刑法理论虽然众说纷纭,表面繁荣,但积淀的观点与形成的共识并不多,因而过眼云烟式的论著为数不少。在此关键是要在刑法理论研究中引入学术规范,形成规范刑法学与理论刑法学各自的语境。只有在此基础上,才能使刑法研究摆脱无谓的论争,一步步地推向前进。在此,有必要重提专业槽问题。建立刑法理论的专业槽,就是要形成一定学术规范。我们的刑法理论研究,是在前人已经取得的学术研究成果的基础上进行的。从贝卡利亚开始的近代刑法话语,经过刑事古典学派和刑事实证学派的论争,形成了一套独立的刑法思维方式,从而构成近代刑法理论的传统。我国刑法理论的发展,也应当纳入这个传统,并从中汲取学术营养。因此,我们应当尊重已经形成的学术传统,在此基础上思考刑法问题。只有这样,刑法的思考才是具有学术价值的。刑法专业槽的建构,不仅是一个知识累积的问题,而且是一个学术规范形成的问题。只有从学术规范的意义认识专业槽,才能不仅关注刑法研究成果的数量,而且关心刑法研究成果的质量。强调刑法研究的规范性,要求我们的刑法理论研究成果要具有学术规范的意识,将作为学术的刑法研究与作为实践的刑法研究加以区分。刑法作为定罪量刑的大法,它的生命在于被适用。在刑法适用中,必然会提出一些疑难问题需要从理论上加以研究,这是刑法的应用性研究。这种应用性研究具有明确的功利性,是为司法实践服务的,因而也是刑法研究的重要内容。但这种作为实践的刑法研究与作为学术的刑法研究是有区别的,两者不可混同。作为学术的刑法研究是以法理为本位的,是对刑法的价值的解读。它在一定程度上超然于实践,具有其独立的学术追求与理论品格。当然,作为学术的刑法研究是建立在刑事立法与刑事司法的基础之上,最终对其起指导作用。

本着思想性、学术性、规范性的要求,本卷展示了刑事法理论的前沿性研究成果。

在“犯罪构成研究”栏目中，对犯罪构成问题展开了专门的理论探讨。在《刑事法评论》第6卷，曾设“犯罪构成研究”栏目，发表了陈忠林教授“论犯罪构成各要件的实质及辩证关系”一文，意在抛砖引玉。本卷又集中发表几篇论文讨论犯罪构成问题。劳东燕“罪刑法定视野中的犯罪构成”一文从罪刑法定主义出发，讨论了犯罪构成的功能，认为犯罪构成对于罪刑法定具有支撑作用，同时又承担着克服罪刑法定僵硬性的使命。由此出发，作者对犯罪构成的结构与体系进行了深入的考察。我认为，作者的视角是独特的、观点是敏锐的、思想是深刻的、表述是新颖的，值得向读者推荐。倪培兴“犯罪客体论”一文，论及的是犯罪客体问题。在我国犯罪构成的讨论中，犯罪客体是一个争议最大的要件，主张否定说的学者不乏其人。本文对犯罪客体持肯定说，并从犯罪客体的社会性、法律性及其与主观罪过的同一性等角度作了论证，不乏理论上的深刻性。许永安“客观归责理论及其对我国犯罪构成的意义”一文，涉及在德、日刑法理论中广泛流行而我国刑法学界刚开始介绍的客观归责理论。客观归责理论是从因果关系理论中发展起来的，但其影响却涉及整个犯罪构成，应当引起我们的重视。本文对德、日刑法理论中的客观归责理论的源流作了系统梳理，尤其是探讨了客观归责理论对我国犯罪构成的借鉴意义。游伟、肖晚祥“期待可能性理论研究”一文同样涉及德、日刑法理论中已成通说而且在我国刑法学界也受到重视的期待可能性问题。期待可能性对于犯罪构成的意义已经越来越被人们所认识，日本学者大塚仁颇为深情地把期待可能性理论称为“是想对在强有力的国家法规面前喘息不已的国民的脆弱人性倾注同情之泪的理论”。显然，期待可能性理论可以克服罪刑法定背景下的犯罪构成的僵硬性，因而具有十分重要的意义。以往我国刑法学界对期待可能性已经有所介绍，但囿于篇幅都未能展开。本文对期待可能性理论的历史演变、理论根据以及对我国刑法理论的借鉴意义都作了细致系统的研究。卢宇蓉“犯罪

的加重构成”一文，对犯罪构成中的一个重要问题——加重构成进行了深入探讨。加重构成是相对于基本构成而言的，它具有不同于基本构成的特殊性，本文对加重构成中概念、特征、分类以及加重构成的犯罪形态与刑罚适用等重要问题作了颇为细致的梳理，对于犯罪构成理论的深化具有重要的理论意义。犯罪构成是刑法理论中的一个永恒的主题，因而《刑事法评论》以后还将继续发表讨论犯罪构成问题的文章。

在“刑事程序研究”栏目中，集中发表了4篇讨论刑事程序的论文。随着程序正义思想的传播，刑事程序的价值问题引起学界的重视。锁正杰“刑事程序价值的基本内容及其实现”一文，基于人权、自由、平等的理念，揭示了刑事程序的价值内容。高一飞“刑事简易程序的正当性研究”一文，讨论的是刑事简易程序的正当性问题，仍然属于程序正义的范畴。刑事简易程序主要是为了追求诉讼效率，节省司法资源。那么，刑事简易程序是否具有正当性以及实现程序正义的条件是什么呢？本文从效率与公正的关系上对这一问题作了回答。陈卫东、刘计划“论检侦一体化改革与刑事审前程序之重构”一文讨论的是刑事审前程序，它是刑事程序的最重要的组成部分。以往我们论及程序正义，关注的是审判程序，往往忽略审前程序。其实，审前程序对于程序正义的实现具有十分重要的意义。本文对审前程序正义实现的构想是在审前构建控、辩、裁即侦检一方、辩护一方与中立的裁判机关等诉讼三方组合的基本格局。本文涉及司法体制的改革，尤其是提出了检侦一体化的建议，具有一定的参考价值。李昌林“控辩平衡的程序保障——兼论我国刑事诉讼对英美证据开示制度的借鉴”一文讨论了控辩平衡这一程序正义的重大问题。作者认为，为达到控辩平衡，应当重视证据开示制度，以期控辩力量在一定程度上得到平衡，从而实现刑事诉讼的公正目标。

在“理论前沿”栏目中，前两卷分别发表了邱兴隆“刑罚报应

论”与“刑罚一般预防论”，本来还有“刑罚个别预防论”与“刑罚一体论”两篇有待发表。由于其专著《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》已由法律出版社出版，只好割爱，有兴趣的读者可以拜读其书。本卷的“理论前沿”栏目发表文海林“回应社会的刑法——誓将目的追问到底”一文，作为司法实务工作者，文海林先生能够提出“回应社会的刑法”这样一个十分学术化的命题，我认为是难能可贵的。本文在罪刑法定主义倡导形式刑法的背景下，对刑法提出了从形式到目的的叩问，重点揭示了刑法的社会性。本文提出的问题是独特的，也可能是会引起争议的，但这种探索精神正是《刑事法评论》的编辑宗旨所追求的。

在“刑法学人”栏目中，发表了我为邱兴隆《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》一书所作的代序，题为“我所认识的邱兴隆：其人其事与其书”。这是一篇记述性文字，有一点抒情与感慨，内容是真实的，情感是真诚的，我希望有更多的人来写这类文章，使《刑事法评论》增添一点暖色调。

本卷值得隆重推出的是“福柯与刑法”这一专栏。福柯是我所最敬佩的思想家之一，其代表作《规训与惩罚》（亦译为《纪律与惩罚》）是我最喜爱的书籍之一。福柯涉猎多个学科，是个天马行空式的学者，但他与刑法大有关系。在《规训与惩罚》一书中，通过对近代监狱起源的探讨，揭示了近代刑事司法制度的历史性嬗变。强世功博士组织翻译了这一组文章，其中包括福柯的4篇文章和其他人研究福柯刑法思想的2篇文章。这些译文为我们研究福柯的刑法思想提供了丰富的资料，可以开阔我们的理论视野。

在“专题研究”中，发表了刑法、监狱法和犯罪学的5篇论文，反映了各学科的研究新成果。刘远“犯罪的质和本质——兼及刑法学体系的建构”一文讨论了犯罪概念这个热点问题，文中涉及社会危害性说与法益侵害说、权利侵害说等各种学说。作者主张权利侵害说，以此解释犯罪的本质，并对此作了论证。刘明祥“行使

权利与财产罪问题比较研究”一文，涉及以往我国刑法学界未予关注的行使权利与财产犯罪的关系问题，采用比较研究方法，对英、美、德、日各国行使权利与财产罪之关系的理论作了述评，资料翔实，富有启发性。张晶“中国监狱制度：评价与完善”一文，回顾并评价了中国传统监狱制度，尤其是提出了建立在现代化、科学化、法治化、社会化、专业化之上的现代监狱理念，对于中国现代监狱制度的建立具有启发意义。张小虎“现代美国犯罪社会学理论述评”一文，系统梳理了现代美国犯罪社会学理论，并对其作了评价。本文尽管以介绍为主，但这种学术梳理对于理论的发展是十分重要的，是一种基础性的工作。

又一卷《刑事法评论》即将付梓，我有如释重负之感。手中撰有许多好稿，由于出版周期的影响，这些文稿往往要在我这里存放一段时间，就好像手中捧着一团火，迫不及待地想去点燃一盏盏学术之灯。如今将这些好稿发表出来，与读者共同分享。

陈兴良

谨识于北京海淀蓝旗营寓所

2001年2月16日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

〔犯罪构成研究〕

罪刑法定视野中的犯罪构成/劳东燕	(1)
一、由冲突功能主义对法学的启示谈起	(3)
二、罪刑法定原则和犯罪构成的功能	(11)
三、我国传统犯罪构成体系的功能缺陷及理论缺陷	(18)
四、从两大法系犯罪构成的结构共性审视我国传统 犯罪构成的结构问题	(25)
五、对构建新的犯罪构成体系的一些思考	(35)
六、结语	(38)
犯罪客体论/倪培兴	(40)
一、犯罪客体的社会性	(43)
二、犯罪客体的法律性	(50)
三、犯罪客体与主观罪过的同一性	(58)
四、犯罪有机构成与犯罪的形式和实质	(63)
客观归责理论及其对我国犯罪构成的意义/许永安	(68)
一、客观归责理论的历史发展	(68)
二、客观归责理论的基本内涵	(77)

三、客观归责理论的体系定位	(90)
四、客观归责理论的现实意义	(94)
期待可能性理论研究/游伟 肖晚祥	(104)
引言	(104)
一、期待可能性理论的形成与发展	(105)
二、期待可能性理论的根据与价值	(119)
三、期待可能性理论对我国刑法的借鉴意义	(141)
犯罪的加重构成/卢宇蓉	(162)
一、加重构成的比较	(162)
二、加重构成的界定	(169)
三、加重构成的特征	(178)
四、加重构成的分类	(182)
五、加重构成与未完成形态	(186)
六、加重构成与罪数形态	(193)
七、加重构成的归责与刑罚适用	(205)
八、加重构成的评价	(215)

〔刑事程序研究〕

刑事程序价值的基本内容及其实现

——以人权保障为核心的程序正义论/锁正杰	(220)
一、程序正义理论概述	(220)
二、刑事程序价值与人权概念	(232)
三、刑事程序价值：自由	(246)
四、刑事程序价值：平等	(253)
五、刑事程序价值的实现	(258)

刑事简易程序的正当性研究/高一飞	(278)
一、简易程序的程序正义背景	(279)
二、简易程序的人权保护基础	(289)
三、简易程序的诉讼效率意义	(306)
四、简易程序的实体公正结果	(321)
五、中国简易程序的正当化途径	(328)
论检侦一体化改革与刑事审前程序之重构/陈卫东 刘计划	(338)
一、现行体制中检侦关系之检讨	(339)
二、检侦关系之重塑——一体化改革	(346)
三、刑事审前程序之重构	(353)
控辩平衡的程序保障	
——兼论我国刑事诉讼对英美证据开示制度 的借鉴/李昌林	(366)
一、我国刑事诉讼中控辩力量的严重失衡及其 矫正途径	(366)
二、美国和英国的证据开示制度	(371)
三、我国对英美证据开示制度的借鉴	(384)

〔理论前沿〕

回应社会的刑法

——誓得目的追问到底/文海林	(391)
一、形式的没落	(391)
二、目的升腾	(411)
三、余论	(436)

〔刑法学人〕

我所认识的邱兴隆：其人其事与其书

- 《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》代序/陈兴良 … (437)
- 一、初识 …………… (437)
- 二、变故 …………… (440)
- 三、复归 …………… (443)
- 四、随感 …………… (448)

〔福柯与刑法〕

- 刑事理论与刑事制度/福柯著 强世功译 …………… (453)
- 刑罚的社会/福柯著 强世功译 …………… (458)
- 关于阿蒂加监狱的对话/福柯著 汪庆华译 …………… (474)
- 苏维埃犯罪的政治学/福柯著 汪庆华译 …………… (485)
- 犯罪学：一种特殊知识的诞生/帕斯奎努著 劳东燕译 …… (493)
- 新的绘图员（纪律与惩罚）/德勒兹著 强世功译 ……… (514)

〔专题研究〕

犯罪的质和本质

- 兼及刑法学体系的建构/刘远 …………… (537)
- 一、犯罪概念通说理论基础的根柢缺陷 …………… (537)
- 二、社会危害性说和法益侵害性说的评论 …………… (556)

三、犯罪本质的系统综合与刑法学体系	(576)
行使权利与财产罪问题比较研究/刘明祥	(589)
一、概述	(589)
二、英国的行使权利论与财产罪	(590)
三、美国的行使权利论与财产罪	(594)
四、德国的行使权利论与财产罪	(596)
五、日本的行使权利论与财产罪	(603)
六、英美与德日的判例及学说之比较	(607)
七、我国的行使权利论与财产罪	(610)
中国监狱制度：评价与完善/张晶	(615)
一、传统监狱制度的特色	(616)
二、传统监狱制度的评价	(619)
三、从传统监狱向现代监狱的变革	(623)
现代美国犯罪社会学理论述评/张小虎	(629)
一、社会结构理论	(633)
二、社会化过程理论	(650)
三、社会冲突理论	(664)
四、犯罪社会学理论的解读	(679)