

CRIMINAL LAW REVIEW

刑事法评论

陈兴良 主编

1998 年 (第 2 卷)



中国政法大学出版社

北京大学刑事法理论研究所主办

刑事法评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第2卷 (1998)

陈兴良 主编

中国政法大学出版社

1998·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法评论·第2卷/陈兴良主编. —北京: 中国政法大学出版社, 1998. 4

ISBN 7-5620-1648-8

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-研究-文集 IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 09127 号

责任编辑 丁小宣

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 国家统计局印刷厂

开本: 850×1168 1/32 开本 印张: 20.75 字数: 510 千字

1998 年 4 月第 1 版 1998 年 6 月第 1 次印刷

印数: 0,001—1,500 册 定价: 35.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 **电话:** 62229803

版权所有, 侵权必究。

法律顾问: 北京地平线律师事务所律师 刘凯湘

主编絮语

年头又岁尾,最是惆怅时。当我为《刑事法评论》第1卷撰写卷首语的时候,还是在1997年的年头,恰是桃花欲绽的初春时节。转眼之间,已经到了1997年的岁尾。在满天阴霾的隆冬时节,为《刑事法评论》第2卷撰写主编絮语。季节更迭,岁月流逝,不禁反躬自问:我们的学术也能随时光流转而成长吗?

在《刑事法评论》第1卷的卷首语中,我们提出了这样一个编辑宗旨:竭力倡导与建构一种以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。这一设想,在学界同仁中引起共鸣。在此,有必要对“一体化”问题略作展开。刑法作为一门学科的正式诞生,是以意大利著名刑法学家贝卡利亚于1764年出版的《论犯罪与刑罚》一书为标志。在贝卡利亚的这本名著中,包含着丰富的刑法思想与刑事诉讼法思想。可以说,在《论犯罪与刑罚》一书中,刑法思想与刑事诉讼法思想是合为一体的。但在刑事古典学派总的思想框架下,对于犯罪的研究局限在法律的视野之内。刑事古典学派这种法律教条主义的研究方法,使刑事法研究各自为阵,大大地遮蔽了研究视界。为此,刑事实证学派对之进行了尖锐的抨击。刑事实证学派将刑法理论从狭窄的法律概念中解放出来,把犯罪视为一种自然的和社会的现象,从而开拓了刑法研究的广阔视野。尤其是意大利著名刑法学家龙勃罗梭引入实证主义研究方法,创立了犯罪学,使刑事法的研究领域大为扩张。在这种情况下,德国著名刑法学家李斯

特率先提出了全体刑法学的概念,把刑事关系的各个部分综合成为全体刑法学,意即真正的整体的刑法学,其内容包括刑事政策学、犯罪学、刑罚学、行刑学等。全体刑法学观念的确立,使刑法学这门学科得以充实与膨胀,从而促进了刑法理论的发展。在我国,储槐植教授首先提出建立刑事一体化思想。他指出:刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行处于内外协调状态才能实现最佳社会效益。实现刑法最佳效益是刑事一体化的目的;刑事一体化的内涵是刑法和刑法运行内外协调,即刑法内部结构合理(横向协调)与刑法运行前后制约(纵向协调)。^[1]这种刑事一体化的思想对刑法研究作时间(前后)与空间(左右)的拓展,突破了注释刑法学的狭窄学术樊篱,从而使刑法学在更大程度上成为一门社会科学。刑事一体化思想主张一种大刑法的观念,倡导在刑法之上研究刑法,在刑法之外研究刑法,提升刑法研究的学术品格和思想蕴含。不仅如此,我们还要在刑事法的名目下,将与刑事相关的学科纳入刑事法的研究视野,从而再现大刑事法的理论风采。这是我们所期待的,也是中国刑事法研究的必然走向。

在《刑事法评论》第1卷组稿之时,正值刑法修改进入最后阶段。为此,我们开设了一个栏目:刑法修改的理论期待。现在,刑法修改已经完毕,修订后的刑法已于1997年10月1日实施。那么,修订后的刑法在多大程度上实现了理论期待呢?为此,本卷开设一个栏目加以探讨。这就是“修订后的刑法:理论评判”。本卷是对修订后的刑法总则的理论评判。修订后的刑法通过以后,我国刑法学界回应热烈,仅注释性论著就多达百种,适应了学习与宣传的客观需要。毫无疑问,这些论著绝大部分都对修订后的刑法作了充分的肯定,赞颂之声不绝于耳。但是,作为严肃的刑事法学者,我们更应

[1] 参见储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第294页。

以一种清醒的、冷静的、客观的、理性的目光来打量这部修订后的刑法：少一些阿谀之词，多一些中肯之评。之所以这样说，有以下两条理由：首先，从感情上来说，对于修订后的刑法的盼望之情是发自内心的，对于她的爱我们不比任何人少，因为这毕竟是一部倾注了我们的心血与凝聚着我们的期望的刑法，一部跨世纪的刑法。但是，感情不能代替理智，更何况爱之切，言之也苛。^{〔1〕} 我们期盼刑法垂范久远，因此不能完全无视立法上的瑕疵与失误。其次，从理论上来说，对于法律的批评是法学之所以成为一门科学的前提。毋庸置疑，在许多人心目中，过去都存在这样一种误解：假如法律可以任意批评，尤其是新颁布的法律受到理论上的非难与指摘，法律的尊严与权威何在？我们认为，法律的尊严与权威来自于严明与正确的立法与司法，而不是来自于人为的维持。更何况，刑法学作为一门科学，其科学性就表现在社会批评功能。在古代与中世纪，虽有对刑法的研究，但刑法之所以还不能称之为科学，就因为当时刑法被当作金科玉律，律学家（而非法学家）只是以一种谦卑的态度去阐发蕴含在法条中的微言大义，采取的是一种“我注六经，六经注我”的注释方法。由于从法条的神圣性与正确性出发，因而此时的律学只有注解功能而无评价功能，当然也就谈不上科学性。只是从贝卡利亚开始，刑法才成为科学考察的对象，刑法学也才成为一门科学。因此，从独立的学术品格出发，我们坚持对修订后的刑法作一种客观的评价，这也就是本卷及下卷关于修订后的刑法的理论评判这个栏目设立的主旨。

在本卷中，主题讨论的内容是从宏观上对修订后的刑法进行评判。我与周光权合撰的“困惑中的超越与超越中的困惑”一文，力图从价值与体例两个方面对修订后的刑法对于1979年刑法的超

〔1〕 参见范忠信：“刑法典应力求垂范久远——论修订后的〈刑法〉的局限与缺陷”，载《法学》1997年第10期，第19页。

DHAKS 24

越及其困惑加以总体评价,这也是对我在刑法修订之前所写的“刑法修改的双重使命:价值转换与体例调整”一文^{〔1〕}的回应。宗建文从立法方法论角度对修订后的刑法所作的考察,使对修订后的刑法的评判上升到形而上的高度。刘树德从人身危险性角度对修订后的刑法所作的考察,得出了刑法修订是在客观主义与主观主义之间徘徊的结论。曲新久从刑事责任角度对修订后的刑法所作的考察,触摸到了刑法结构的脉胳。以上各文,均属对修订后的刑法进行宏观评判的范畴。以下,还有田宏杰、陈兴良、周光权各自对刑法总则修订中争论最大的三项制度(正当防卫、共同犯罪、单位犯罪)进行评判的3篇文章。在“理论争鸣”栏目中,刊载了两篇论文,其一是谢勇对犯罪本源理论的富有创见的阐发,把犯罪学界长期以来争论不休的犯罪本源问题理出了一个初步的头绪。其二是龙宗智对刑事诉讼结构的具有力度的辨驳和正本清源式的理论重构。“专题研究”仍然是《刑事法评论》的重点栏目,本栏目推出的李洁关于犯罪构成体系的透彻研究,张绍谦关于事实因果关系的深入论述,莫开勤关于减轻处罚的系统梳理,刘华关于我国刑法上的数额及数量的严谨探讨。都在一定程度上推进了这些专题的研究,成为各自专题的前沿性成果。值得一提的是,我们还在本卷发表了唐雪莲关于国际环境犯罪的论文,表明我们对国际刑法理论的关切。

陈兴良

谨识于北京塔院迎春园寓所

1997年11月27日

〔1〕 参见高铭喧主编:《刑法修改建议文集》,中国人民大学出版社1997年版,第35页。

目 录

主编絮语	陈兴良 (1)
------------	---------

[修订后的刑法：理论评判·总则]

困惑中的超越与超越中的困惑

——从价值观念角度

和立法技术层面的思考	陈兴良 周光权 (1)
------------------	-------------

引言	(1)
----------	-----

上篇：价值观念的总体评判	(3)
--------------------	-----

一、刑法机能的适度调整	(3)
-------------------	-----

二、刑事控制的现实转化	(24)
-------------------	------

三、刑法立场的客观取向	(38)
-------------------	------

下篇：立法技术的总体评判	(46)
--------------------	------

一、立法技术的观念更新	(48)
-------------------	------

二、刑法体系的逻辑构造	(54)
-------------------	------

三、刑法条文的规范设计	(79)
-------------------	------

四、刑法术语的严谨表达	(97)
-------------------	------

刑法立法思想及其运用

——刑法修订的方法论考量	宗建文 (104)
--------------------	-----------

一、引论·····	(104)
二、刑法立法思想现实化·····	(109)
三、刑法法典化及其可能性·····	(128)
四、刑法修订立法方法简评·····	(151)

人身危险性的理论思考与规范分析

在客观主义与主观主义

之间徘徊的刑法修订····· 刘树德 (165)

一、引言·····	(165)
二、人身危险性的理论思考·····	(166)
三、人身危险性的规范分析·····	(180)

刑事责任理论及其刑法建构

——评关于刑事责任的修订·····	曲新久 (205)
一、刑事责任的概念与特征·····	(205)
二、刑事责任的本质·····	(210)
三、刑事责任的根据·····	(217)
四、刑事归类的刑法体认·····	(225)
五、罪刑关系的刑法调节·····	(227)
六、刑事责任的范围、实现与阶段·····	(239)

防卫权及其限度

——评关于正当防卫的修订·····	田宏杰 (244)
一、防卫权的嬗变·····	(244)
二、防卫权的界定·····	(251)
三、刑罚权与无限防卫权·····	(259)
四、刑法机能与无限防卫权·····	(267)
五、立法权、司法权与无限防卫权·····	(271)

六、自由、法律与无限防卫权·····	(274)
--------------------	-------

历史的误读与逻辑的误导

评关于共同犯罪的修订·····	陈兴良 (279)
一、共犯观念：比较与建构·····	(279)
二、共犯分类：该改而不改·····	(290)
三、主犯处罚：不该改而改·····	(305)

社会转型时期的单位犯罪及其刑法应对

评关于单位犯罪的修订·····	周光权 (312)
一、单位犯罪立法的社会基础·····	(312)
二、单位犯罪立法的特色·····	(321)
三、单位犯罪立法的缺陷与致因·····	(329)
余论：单位犯罪立法完善之未来展望·····	(329)

[理论争鸣]

犯罪本源理论的综合及其方法论·····	谢勇 (344)
一、犯罪本源概念的方法论涵义·····	(346)
二、犯罪本源理论诸说之异同·····	(353)
三、犯罪本源理论走向综合之途·····	(376)

返回刑事诉讼理论研究的始点

一、刑事诉讼两重结构重述·····	龙宗智 (387)
一、刑事诉讼结构模式的几种理论·····	(388)
二、“两重结构”的基本理论·····	(395)
三、两重结构理论的适用：方法论与诉讼观·····	(406)
四、两个有争议的问题·····	(412)

[专题研究]

三大法系犯罪构成论体系性特征比较研究 李洁 (417)

一、三大法系犯罪构成论的基本结构..... (418)

二、各犯罪构成理论的体系性特征探究..... (440)

三、从犯罪构成的价值看犯罪构成体系的
构建规则..... (457)**事实因果关系研究** 张绍谦 (465)

一、事实因果关系的联系机制..... (465)

二、事实因果关系的联系方式..... (474)

三、事实因果关系的判断原则和方法..... (490)

四、事实因果关系的具体判断..... (510)

减轻处罚论 莫开勤 (518)

一、减轻处罚的沿革..... (518)

二、减轻处罚的界定..... (527)

三、减轻处罚的原则..... (540)

四、减轻处罚的事由..... (547)

五、减轻处罚的适用..... (556)

六、减轻处罚的完善..... (563)

论我国刑法上的数额及数量 刘华 (572)

一、刑法上的数额及数量概念..... (573)

二、数额和数量的立法方式..... (575)

三、数额及数量的分类..... (579)

四、数额犯及数量犯的等级..... (584)

五、数额及数量的刑法评价..... (588)

六、数额及数量的认定·····	(596)
七、数额及数量的计算·····	(599)
国际环境犯罪研究 ·····	唐雪莲 (602)
一、引论·····	(602)
二、国际环境犯罪概述·····	(609)
三、国际环境犯罪的立法基础·····	(623)
四、国际环境犯罪的立法构想·····	(637)

困惑中的超越与超越中的困惑^{*}

——从价值观念角度和立法技术层面的思考

陈兴良

(北京大学法律学系教授、博士生导师)

周光权

(中国人民大学法学院博士生)

引 言

无论是作为一种规范还是作为一种制度，法律的合理性都应当受到怀疑和追问；作为强制性和保障性规范的刑法于此也不能例外。因为，一方面，刑法规范总是表面的，它们是被决定的，非基本的，对规范的怀疑并不意味着凡是规范都予以反对，事实上我们确实需要一些规范，而且我们所公认的一些规范的确值得维护，问题在于，我们不能仅仅因为一条规范是一条规范就给予肯定。^{〔1〕}另一方面，从制度经济学的角度考虑，刑法制度作为社会中个人所遵循的行为准则，它往往被设计成人类对付不确定性和增加个人效用的手段，然而，“从某种现行制度安排转变到另一种

* 本文引言、上篇由周光权执笔，下篇由陈兴良执笔。

〔1〕 参见赵汀阳：《论可能生活》，三联书店1994年版，第26页。

不同制度安排的过程,是一种费用昂贵的过程”。⁽²⁾修订后的刑法是不是用最少费用提供给定量服务的制度安排,这种制度安排在多大程度上合乎理想,自然都值得我们考虑。我们也正是基于此,才来反思修订后的刑法的。

指出刑法条文的可诘难性并不完全令人满意,关键在于如何实现对刑法规范和制度的具体评判和合理性探寻。在我们看来,对修订后的刑法,可以从不同角度和不同层面进行反思,得出的结论也可能大异其趣。但是,任何真正具有独立性和发自内心的思考都是有价值的,对于未来刑法的逐步完善具有认识论上的意义。

本文试图从价值观念角度和立法技术层面对修订后的刑法进行总体评价。价值观念与立法技术是改革一部刑法的两个不同视角:前者注重的是价值理性,它对刑法的实质的正当性进行审视;后者注重的是工具理性,它对刑法的表现形式的适当性进行反思。一部好的刑法,不仅价值内容公正,而且立法技术高超。应当指出,在这两者中,我们应当向立法技术投注更多与更大的关切,因为这是一个长期以来被忽视的问题。实际上,一种正确的立法思想,如果没有科学的立法技术,就难以准确地表达出来,甚至立法者的愿意在立法语言的表达中会被歪曲。在对修订后的刑法进行这种双重考察的时候,我们充分肯定修订后的刑法对1979年刑法而言在诸多方面所实现的突破和超越;在此基础上,理性分析1997年刑法的困惑与缺陷,并从中得出我们的结论。依我们之见,或许选择这两个视角更能窥得刑法的“全豹”,从而获得一种整体性的认识。而从观念形态和立法技术层面考察,修订后的刑法在很多方面都体现了对1979年刑法的超越,但是又有诸多矛盾和不足,给人一种“困惑中的超越与超越中的困惑”的整体印象。

(2) 参见〔美〕R·科斯等:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,上海人民出版社1994年版,第373页。

上篇：价值观念的总体评判

一、刑法机能的适度调整

这是从国家权力和公民权利的关系的角度评价修订后的刑法。对刑法的价值可以作出多维度的阐释，一般而言，刑法价值涵括刑法公正、刑法谦抑、刑法人道等内容。^{〔1〕}刑法价值的另一个视角是刑法机能。学者普遍认为，刑法具有保护机能和保障机能。保护机能重在维护社会秩序和社会整体利益；保障机能则意在强调对个人自由和权利的尊重，确立一种个别公正观念。在这个意义上，刑法机能性认识与法律价值观有暗合之处，甚至是二而一的东西。^{〔2〕}

刑法价值不仅是存在的，而且经常性地发生冲突。价值冲突的根源是社会冲突，即“主体的行为与社会既定秩序和制度以及主流道德意识的不协调或对之的反叛”。^{〔3〕}学者们早已认识到，社会冲突仅从个性角度——无论是生物本性还是社会本能来进行说

〔1〕 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1997年修订版，第4页。

〔2〕 英国学者即认为秩序、公平和个人自由是西方社会法律制度中的最基本法律价值，一切法学家都只是在用不同的具体方式描述法律能够在什么程度上实现社会秩序、公平、个人自由这些基本价值。参见〔英〕彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，中国人民公安大学出版社1990年版，第35页。

〔3〕 参见顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，四川人民出版社1991年版，第5页。

明都是不够的。实际冲突的发生通常都与一定的利益分配有关。^{〔1〕}刑法的两大机能时常发生冲突,其根源也是广义上的社会利益分配。在权利保障机能和社会保护机能不能同时得到实现的情形下,恰当安排它们的次序与确定它们的重要性便是十分必要和无可避免的。而“对相互对立的利益进行调整以及对它们的先后顺序予以安排,往往是依靠立法手段来进行的”。^{〔2〕}我们也正是以立法的手段在1979年刑法中确立了社会保护优先的价值理念。

(一) 社会保护优先:1979年刑法的价值定位

1979年刑法的基础理念是:犯罪是对社会主义社会关系和谐性的破坏,因此,国家应当凭借刑法来保护社会整体利益,通过对罪犯适用刑罚来拯救因犯罪行为而受到损害或陷入险境的生活利益并维持社会生活秩序。基于这一观念,在我国1979年刑法中,对国家利益的保护、社会利益的保护和个人利益的保护都得到强调,其中第2条关于刑法任务的规定即是明证。详言之,1979年刑法的社会保护机能体现在:

1. 国家利益之保护

刑法是国家制定的,自然应当用来保护国家利益,这是刑法存在的客观价值和题中之义。刑法对国家利益的保护,主要是通过惩治侵害国家利益的犯罪而体现出来的。在1979年刑法中,危害中华人民共和国国家安全和利益的犯罪,被称为“反革命罪”。该法第90条至第104条对具体的反革命犯罪行为作了明确界定。尤其引人注意的是,其中第90条对反革命罪的概念进行了明确:

〔1〕 即便社会冲突最低产生于纯情感因素,但进一步的存续都关连一定的利益。同时,虽然人们有时不承认情感的萌发与利益等因素有关,但实际上情感表象的深层基础依然是利益等观念存在。此点可参见前引顾培东书,第14页。

〔2〕 参见〔美〕E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第385页。

以推翻无产阶级专政的政权和社会主义制度为目的,危害中华人民共和国的行为,都是反革命罪。这种设专条对类罪名作出界定的立法方法在1979年刑法中仅此一例,可见立法机关对惩治这类犯罪的关注程度。从纯粹的法条形态也可看出立法者的价值判断。1979年刑法中的反革命罪共设置了15个条文,其条文数比危害公共安全罪少一条,而与破坏社会主义经济秩序罪相当,而罪名总数和挂死刑的罪名都并不比危害公共安全罪和破坏经济秩序罪少。并且,更为重要的是,以“反革命罪”这一名词作危害国家安全行为的类罪名,有着以不确定的政治术语代替严格的法律概念之虞;^[1]也导致了犯罪构成规定不尽合理;^[2]还不利于引渡罪犯;更不符合外国刑事犯罪立法的通例。而这些弊端在1979年刑法制定之时,很难说立法者全然不知,但出于长期以来人们耳熟能详的、视刑法为“刀把子”的思维定势,立法者作出了当时形势下的立法抉择。对这种特定时空条件下的立法判断也不应当一味地予以指责,因为1979年刑法制定当时,革命和反革命的存在及其较量都仍是一个现实性话题;而且,即便是在政权极其平稳的时期,蔑视现政权的犯罪也始终是刑法打击的重点对象。于此,贝卡利亚曾经正确地指出:一切犯罪,包括对私人的犯罪都是在侵犯社会,然而它们并非试图直接地毁灭社会。其中,有些犯罪

[1] 刑法的社会保护机能主要通过刑法分则对具体犯罪及刑罚的规定体现出来,我们这里的分析相应地以刑法分则规定为立足点。

[2] 依据1979年刑法的规定,凡具有反革命目的的行为,都视为反革命罪,而不考虑这种行为本身是否危害国家安全。因此,在反革命罪一章中设立了反革命杀人、伤人罪(第101条)、反革命破坏罪(第100条)。由此导致在刑法中同一种行为以是否具有反革命目的区分为反革命犯罪与普通刑事犯罪。最为明显的是,1979年刑法第175条规定了故意破坏国家边境的界碑、界桩或者永久性测量标志的犯罪,其中第2款规定,以叛国为目的实施前述行为的,以反革命罪处罚。这里的叛国目的即是反革命目的。立法机关以牺牲罪名分类科学性为代价换取了反革命罪范围的扩大化,这与当时的立法价值取向完全是相契合的。