

THE FORUM OF CRIMINAL LAW

# 刑事法评论

陈兴良 主编

1997 年 (第一卷)

中国政法大学出版社

# 刑事法评论

第一卷 (1997)

陈兴良 主编

中国政法大学出版社  
1997·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法评论/陈兴良主编. -北京: 中国政法大学出版社, 1997  
ISBN 7-5620-1574-0

I. 刑… I. 陈… III. 刑法-研究-文集 IV.D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 10185 号

D914  
398

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 北京市通堡印刷厂

---

开本: 850×1168 1/32 开本 印张: 18.5 数字: 473 千字  
1997 年 7 月第 1 版 1997 年 7 月第 1 次印刷  
印数: 0,001-1500 册 定价: 28.00 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

## 卷首语

刑事法这个概念，目前在我国法学界尚不甚通用。依愚见，刑事法的内容大体上涵括：刑法、刑事诉讼法、刑事执行法（含监狱法）、刑事侦查学以及犯罪学。申言之，举凡与犯罪有关的法律及相关学科，都可以纳入刑事法的范畴。本论丛以《刑事法评论》为名，意在刑事法的名目下，进行贯通的与联系的研究，打破“刑”字号各法之间壁垒分明、不相涉及的传统，倡导建立刑事法的基础理论。当然，这一努力又是以对各学科的深入研究为前提的。因此，我们首先应致力于各学科的有深度、有广度、有力度研究。

刑事法，尤其是刑法，在中国传统法律中占有十分重要的地位。“重刑轻民”被认为是中华法系的特质，历来为人们所病诟。而今，随着社会主义市场经济目标模式的确立和渐进实现，民商法雀然而起，且在现实生活中发挥着越来越重要的作用，使刑法大失其宠，以至于有人大发“轻刑重民”之感喟。其实，孰轻孰重，是不以人们的主观意志为转移的，实乃时势使然，我们大可不必怨天尤人。在封建专制社会里，刑法作为驯民之工具，倍受统治阶级的青睐自是不足为奇；在当前政治民主化与经济市场化的社会大变革背景下，以保障个人权利与自由之实现为使命的民商法精神的弘扬，自在情理之中。作为法“林”中人，我们不应过分关注本部门法显性的社会号召和影响力，更不能以本部门法受冷落，就以之作为放弃理论努力的遁词。事实上，在当前刑事

法势微、民商法勃兴的情势下，我们更应该深思这样一个问题：刑事法及其理论应当并且能够在何种程度上以及何种意义上满足现实社会发展的客观需要？为此，作为刑事法学者，我们应当以一种冷静的与理性的态度，审视与考察刑事法与社会现实的冲突性与契合可能，从而立足现实，重新建构刑事法理论。那种法云亦云，简单地把刑事法研究看作是适应立法与司法的实际需要的理论取向，心甘情愿地充当立法者甚至司法者身后亦步亦趋的追随者，从而使法学家的独立品格丧失殆尽的做法与态度，显然是不足取的。我们应该努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。

《刑事法评论》诞生于1997年春天。这是一个不平常的季节。一年前，我国完成了《刑事诉讼法》的修改工作；一年后的今天，《刑法》的修订也大功告成。可以说，我们处在一个刑事法新旧交替的时代，这正是刑事法学者大有可为的难得机缘。我们高兴地看到，在老一辈刑事法学者的带领下，刑事法学的后生们正在崛起，他们在自己的园地上挥汗如雨，精心耕耘。他们躬身劳作的身影，构成了现在和将来中国法学理论界一道独特的人文风景线；他们在理论领域发出的一道道闪光，正是中国刑事法渐臻完善的希望之所在，对此，我们充满信心。

本论丛为刑事法研究提供了一个理论阵地。它将为那些达到相当学术“水准”且具有独立见解的长篇论文（论文篇幅可达五万字左右）提供发表的机会。我们深信，《刑事法评论》必将为推动与繁荣我国的刑事法理论研究作出独特的贡献。

本卷作为《刑事法评论》的创始卷，在内容上为配合刑法的修改，我们安排了一个专题，名曰“刑法修改的理论期待”。在这个栏目下发表的一组长篇论文，主要围绕刑法修改与刑法改革，从理论上进行探讨。现在，刑法修改虽然已经完成，但这组文章

所提出的关于中国刑法改革方向的内容并没有过时。而且, 这篇文章从我国所处的社会生活实际出发, 对刑法的价值构造、观念定位、立法能力、制度创新等课题从宏观上进行了理论探讨。这种探讨超越了法条, 将刑法的理论触须伸向更为广泛和更为深入的方位与层次, 表现出一种理论探索的恢宏气度与卓绝韧劲, 成为本卷的主导内容。修正的刑事诉讼法已经正式开始运作, 它在实际运行中会遇到什么新问题呢? 本卷在“新法评论”栏目中献给读者的是龙宗智、左卫民两位刑事诉讼法青年学者撰写的《价值理性与工具理性: 刑事诉讼运作新机制评析》一文。该文从价值评价的角度, 对刑事诉讼法运作机制作了具有独到见解的评析。司法制度改革是一个热门话题, 但又是一个无从下手的大题目。在“热点问题”栏目中, 尹伊君先生从引人注目的检、法冲突这个视角出发, 进行了有深度的探讨。诚然, 这只是一家之言, 我们期望在此基础上引发必要的、符合学术规范的论争。因为, 我们的研究不能仅仅停留在刑事实体法与程序法规范的层面上, 还要对刑事法律制度背后深邃的内容刨根问底。我们不仅倡导刑事法研究的思想性, 而且也关注刑事法研究的学术性, 因为思想性是以学术为基础的, 没有对刑事法扎实、深入的专门性学术研究, 就不可能出现具有法哲学意蕴的刑事法思想。在“专题研究”栏目中, 献给读者的是一组涉及刑法、刑事诉讼法、犯罪学的专门性研究论文。这些论文或者拓展了理论研究的境域, 例如行政刑法的研究; 或者突破了传统观念的樊篱, 意在进行理论上的创新, 例如关于犯罪客体与犯罪对象关系的研究; 或者是以小见大的深度阐释, 如关于刑事审判监督程序管辖问题的研究; 或者是前沿问题的探微, 如关于有组织犯罪与社会结构的研究。正是上述文章作者们敏锐的眼光和探索的勇气, 使我们有可能触摸到刑事法理论发展的些许脉络。

“随风潜入夜, 润物细无声。”诗人杜甫的千古绝句为我们描

绘了一幅美妙而静谧的图景：没有尘嚣，没有张狂，只有朦朦的细雨和茫茫的夜色。这正是我们在充斥着浮躁与功利的现实社会里孜孜以求的一方学术净土。但愿《刑事法评论》成为这样的园圃，在这里，我们可以保持漂泊的安宁；在这里，“耕者有其田”，收获有其时。

陈兴良

谨识于北京海淀塔院迎春园寓所

1997年3月21日

# 目 录

|     |         |
|-----|---------|
| 卷首语 | 陈兴良 (1) |
|-----|---------|

## 〔刑法修改的理论期待〕

### 从政治刑法到市民刑法

|                  |         |
|------------------|---------|
| 一、二元社会建构中的刑法修改   | 陈兴良 (1) |
| 二、社会的形态及其特征      | (1)     |
| 三、市民社会与政治国家的二元分立 | (20)    |
| 四、社会形态与刑法的相关考察   | (32)    |
| 五、社会转型中的中国刑法走向   | (40)    |

### 刑法修改与制度创新

|                  |          |
|------------------|----------|
| 一、问题的提出          | 宗建文 (56) |
| 二、刑法中的定性因素和定量因素  | (58)     |
| 三、定量因素是如何确定的     | (66)     |
| 四、制度创新：解决定量问题的根本 | (73)     |
| 五、结语             | (87)     |

### 刑法改革的观念定向

|             |          |
|-------------|----------|
| 一、引言        | 梁根林 (89) |
| 二、刑法使命观的现实化 | (91)     |
| 三、刑法功能观的现代化 | (101)    |

|                                    |       |
|------------------------------------|-------|
| 四、犯罪观的科学化·····                     | (110) |
| 五、刑罚观的理性化·····                     | (118) |
| <b>追求完美及其艰难</b>                    |       |
| ——刑法修改的规模定位与制度设计····· 周光权          | (181) |
| 一、引言·····                          | (181) |
| 二、刑法修改的规模定位：大改？不改？<br>抑或小改？·····   | (182) |
| 三、立法能力、司法能力与刑法修改：<br>一般性探讨·····    | (187) |
| 四、刑法制度变革：与立法能力、司法能力<br>相适应·····    | (193) |
| <b>类推制度的当代命运····· 蔡道通</b>          |       |
| 一、类推制度的历史考察·····                   | (205) |
| 二、类推制度存在的原因分析·····                 | (219) |
| 三、废除类推——未来刑法典的必然选择·····            | (247) |
| <b>死刑限制论····· 胡云腾</b>              |       |
| 一、严格限制适用死刑的罪名·····                 | (264) |
| 二、改革刑罚方法，完善死刑制度·····               | (274) |
| 三、减少死刑，弊少利多·····                   | (278) |
| <b>保安处分理论及我国保安措施刑事立法化····· 苗有水</b> |       |
| 一、保安处分的思想基础·····                   | (288) |
| 二、刑罚与保安处分关系的理论·····                | (306) |
| 三、我国现行法上的保安措施述评·····               | (316) |
| 四、我国保安措施刑事立法化的理论根据·····            | (326) |

**模式构建与罪刑设置**

- 对我国经济犯罪立法的宏观思考 ..... 游伟 (333)
- 一、引言..... (333)
- 二、从治安犯罪到经济犯罪..... (334)
- 三、类型划分与立法模式..... (338)
- 四、刑事调整与罪刑构置..... (345)

**〔新法评论〕****价值理性与工具理性：刑事诉讼运作新机制**

- 评析 ..... 龙宗智 左卫民 (350)
- 一、对抗与协调..... (351)
- 二、关于个人权利与国家权力的冲突与协调..... (368)
- 三、合理化及其限制..... (382)

**〔热点问题〕****检法冲突与司法制度改革 ..... 尹伊君 (406)**

- 一、检法冲突事实概述..... (407)
- 二、检察制度及其法律监督权..... (414)
- 三、法院中心论评考..... (421)
- 四、司法制度改革与法律移植..... (425)

**〔专题研究〕****行政刑法研究**

- 比较与立论 ..... 匡科 (431)
- 一、绪论..... (431)
- 二、穷源究委：行政刑法的学说史和立法史..... (433)
- 三、立论基础：行政刑法的理论背景和社会背景..... (438)

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| 四、定性叙述：行政刑法的界域、性质和概念····· | (445) |
| 五、特征描述：行政刑法的目的与观念·····    | (455) |
| 六、立法设计：稳定的总则与灵活的分则·····   | (464) |
| 七、司法构想：行政法官和执法社会化·····    | (476) |
| 八、求异思维：行政刑法对刑事刑法的突破·····  | (479) |
| 九、求同思维：社会防卫一体化·····       | (485) |
| 十、结束语·····                | (488) |

### 论犯罪客体与犯罪对象的统一

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| ——兼论犯罪客体与行为客体的分立····· 李洁 | (490) |
| 一、犯罪客体与犯罪对象关系诸观点述评·····  | (490) |
| 二、犯罪客体与犯罪对象的关系·····      | (500) |
| 三、犯罪客体的现象形态·····         | (511) |
| 四、犯罪客体与行为客体·····         | (518) |

### 有组织犯罪与社会结构

|                                     |       |
|-------------------------------------|-------|
| ——对我国现阶段有组织犯罪本质特征<br>的犯罪学分析····· 谢勇 | (526) |
|-------------------------------------|-------|

### 论刑事审判监督程序之管辖····· 姜小川 (537) |

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| 一、刑事再审程序管辖的立法概况及内容评述····· | (537) |
| 二、刑事再审程序的管辖及有关问题的探讨·····  | (552) |

# 从政治刑法到市民刑法

## ——二元社会建构中的刑法修改

陈兴良

(中国人民大学法学院教授、博士生导师)

本文建立在这样一个逻辑前提之上：一定的社会结构形态对刑法具有决定作用。换言之，社会结构形态的变迁，必然引起刑法功能、观念与文化的嬗变。本文试图从这一逻辑出发，在提供社会结构的一般形态及其演进模式的基础上，分析当前中国正在建构的政治国家与市民社会的二元社会结构，并在二元社会结构的视野中审视正在进行的刑法修改。

### 一、社会的形态及其特征

社会是由人构成的，但它又不是个人的简单聚合，而有其特殊的结构与机制。因此，对社会的理解，不能只着眼于个人，而必须从社会所存在的物质生活与精神生活出发。为了科学地揭示社会的本质，现在我们对历史上存在的各种社会形态加以描述。

#### (一) 氏族社会

社会先于国家而存在，氏族社会就是国家产生之前人类原始的生活共同体。美国著名学者摩尔根认为，政治的萌芽必须从蒙

昧社会状态中的氏族组织中寻找；然后，顺着政治制度的各种演进形态，下推到政治社会的建立。摩尔根提出这样一个观点，即一切政治形态都可归纳为两种基本方式，此处使用方式 (plan) 一词，系就其科学意义而言。摩尔根所说的这种方式的基础有着根本的区别。按时间顺序说，先出现的第一种方式以人身、以纯人身关系为基础，我们可以名之为社会。这种组织的基本单位是氏族；在古代，构成民族 (populus) 的有氏族、胞族、部落以及部落联盟，它们是顺序相承的几个阶段。后来，同一地域的部落组成一个民族，从而取代了各自独立一方的几个部落的联合。这就是古代社会自从氏族出现以后长期保持的组织形式，它在古代社会中基本上是普遍流行的。第二种方式以地域和财产为基础，我们可以名之为国家。这种组织的基础或基本单位是用界碑划定范围的乡或区及其所辖之财产，政治社会即由此而产生。政治社会是按地域组织起来的，它通过地域关系来处理财产和处理个人的问题。<sup>〔1〕</sup>在此，摩尔根以血缘关系与地域组织作为区分氏族与国家的界线，是完全正确的。但摩尔根把氏族与国家的区别称为社会与国家的区别，似乎只有在原始社会才存在社会，并且把社会定义为以人身关系为基础的组织，这又是值得商榷的。

氏族社会是以血缘关系为基础的一种具体特殊性质的社会组织。在氏族社会，个人完全依附于社会而存在，没有独立性。在个人与社会的关系上，呈现出一种未开化的浑沌状态。氏族社会也存在秩序与控制，这种秩序是通过原始习惯表现出来的，它对社会起着控制的作用。公共事务由氏族成员共同承担，个人之间的纠纷，都由当事人自己解决。虽然氏族社会具有单纯质朴的特点，但它是生产极不发达的产物。恩格斯指出，在氏族社会，人类差不多完全受着陌生的、对立的、不可理解的外部大自然的支

〔1〕 参见〔美〕摩尔根：《古代社会》，上册，商务印书馆1977年版，第3、6页。

配，这也反映在幼稚的宗教观念中。部落始终是人们的界限，无论是对另一部落的人来说或者是对他们自己来说都是如此：部落、氏族及其制度，都是神圣而不可侵犯的，都是自然所赋予的最高权力，个人在感情、思想和行动上始终是无条件的服从。这个时代的人们，不管在我们看来多么值得赞叹，他们彼此并没有什么差别，用马克思的话说，他们还没有脱掉自然发生的共同体的脐带。<sup>〔1〕</sup>因此，氏族社会只是人类社会的原始形态，历史发展必然会突破这种原始共同体。

## （二）城邦社会

城邦（polis）是以一个城市为中心的独立主权国家。因此，城邦社会实际上就是以城邦为基础的国家。城邦国家（city state）用以指称古希腊的波里斯（polis），并由此而泛指其他相似的政治社会，如迦太基、罗马共和国以及中世纪的一些城市，特别是佛兰德和意大利的城市。<sup>〔2〕</sup>古希腊的雅典是城邦社会的典型，由此可以发现城邦社会存在的一般规律。

雅典位于希腊半岛东北部的阿提卡半岛上，面临萨罗斯湾，具有天然良好的海上贸易条件，它对于雅典工商业的发展起到了极大的推动作用。在英雄时代，雅典还处于氏族部落社会，共有四个氏族部落。当时，实行原始的民主制度：人民大会、人民议事会和王（巴塞勒斯）。此后，由于氏族、部落内部的经济发展和进一步分工，氏族、胞族和部落成员很快杂居起来，这就扰乱了氏族制度机关的正常活动。因为原来的氏族机关只处理本氏族和本部落的事务，对别的氏族和部落的事务不予受理。而不同氏族和

〔1〕 参见《马克思恩格斯选集》，第4卷，第94页。

〔2〕 参见〔英〕戴维·米勒等：《布莱克维尔政治学百科全书》，中国政法大学出版社1992年版，第118页。

部落成员的杂居,引起了氏族管理上的空白和危机。在这种情况下,实行了提修斯改革。这一改革的主要内容,是在雅典设立一个中央管理机关,以前由各部落独立处理的一部分事务,被宣布为共同的事务而移交给设在雅典的总议事会管辖。这样,就产生了凌驾于各个部落和氏族的法权习惯之上的一般的雅典民族法,最后导致雅典国家的产生。

城邦实行民主制,这种民主制被我国学者顾准称为“民主集体主义”。我国学者顾准指出:城邦既然是“轮番为治”的公民团体,它当然高于它每一个个别公民,也高于它的一切统治者,“这是城邦的“民主集体主义”——一种以公民最高主权为基础的民主集体主义。”<sup>[1]</sup>在这种民主集体主义的制度之下,实际上并不存在个人自由。美国学者萨托利指出:为了充分揭示直接型希腊民主的实质,可假设其定义如下:民主制度就是一种进行集体决策的(城邦)统治体系。这就意味着,根据这一古典民主公式,社会不允许给独立性留出余地,也不允许个人得到保护,它完全吞没了个人。城邦是至高无上的,因为组成城邦的每个人都要彻底服从城邦。<sup>[2]</sup>因此,在城邦社会、城邦的整体利益远远高于个人利益。

### (三) 宗法社会

宗法社会是指根据宗法制度建立起来的中国古代社会。所谓宗法,是指以血缘为纽带调整家族内部关系,维护家长、族长的统治地位和世袭特权的行为规范,它源于氏族社会末期父系家长制的传统习惯。<sup>[3]</sup>宗法社会的特征是实行等级制、分封制和世袭

[1] 参见顾准:《希腊城邦制度》,中国社会科学出版社1986年第2版,第19页。

[2] 参见萨托利:《民主新论》,东方出版社1993年版,第291页。

[3] 参见张国华:《中国法律思想史新编》,北京大学出版社1991年版,第25~26页。

制。等级制是由血缘上的亲疏远近所决定的，由此表明其在社会上的地位。因为宗法社会是由许多由系谱上说真正有血缘关系的宗族组成的，这些宗族经过一定的世代后分枝成为大宗和小宗，各据它们距宗族远祖的系谱上的距离而具有大小不等的政治与经济上的权力。分封是指国王把土地连同居住在土地上的居民分封给诸侯，诸侯再分封给其下属，由此层层分封，形成一个宝塔式的等级。这种分封，不仅是经济上的土地所有权的分配，而且是政治上的统治权的分配。各级受封的贵族，不仅对受封的土地享有所有权，而且对受封土地上的所有居民享有政治上的统治权。而在分封与受封的上下级贵族之间，又形成了一定的权利与义务关系，在经济上与政治上都接受国王的统治。世袭制则是为了维护这种宗法制度而设立的，不仅国王世袭，而且各级贵族也都实行世袭，从而保持宗法制的稳定性。中国古代夏、商、周都是典型的奴隶制宗法社会。中国封建社会，仍然继承了宗法制的传统。我国学者指出：周朝是沿袭氏族关系的宗法制度和等级分封制的产物。废封建后，国家二字联用，但仍然包含着等级和宗法关系。在儒家的国家学说中，把宗法制家庭与封建国家高度地协调起来了。从社会组织原理上看，这有点悖于常理。因为宗法血缘关系是把人组织在一起的天然纽带，但它又具有强烈的自闭性。氏族、部落组织的大小有其天然界限，有着难以扩展的坚硬外壳。一旦宗法氏族关系成为人与人之间的主要组织纽带时，那就必然会对组织广大地域性国家构成巨大障碍。但是在宗法氏族与国家关系上，中国封建大国又是一个例外。中国封建社会不但承袭了宗法观念，并且在封建大国建立以后，随着一体化结构的不断完善，宗法制度不但没有减弱，反而不断强化，到宋明以后则愈加巩固了。<sup>〔1〕</sup>

〔1〕 参见金观涛、刘青峰：《兴盛与危机——论中国封建社会的超稳定结构》，湖南人民出版社1984年版，第47页。

中国宗法社会之所以能够一脉相承，就在于它利用儒家学说协调宗法组织与国家组织之间的关系。儒家主张礼治，这里的礼，就是宗法等级制。宗法制成为封建国家与个人之间的一个强大而稳固的中间层次，由此扩充了国家对个人的控制能力。在中国封建社会里，法律往往要借助于宗法组织的力量来约束个人行为，甚至赋予家族一定的司法权，尽管这种权力此后逐渐受到限制。例如，我国著名学者瞿同祖指出：中国的家族是父权家长制的，父祖是统治的首脑，一切权力都集中在他的手中，家族中所有人口——包括他的妻妾子孙和他们的妻妾、未婚的女儿孙女、同居的旁系卑亲属以及家族中的奴婢，都在他的权力之下，经济权、法律权、宗教权都在他的手里。<sup>〔1〕</sup>由于宗法权力的存在，在一定程度上维持了国家权力对社会的渗透，从而使中国宗法社会具有稳定的组织结构与强大的复制再生能力，虽然屡经改朝换代然而宗法社会的性质不变。

在宗法社会，强大的国家组织通过宗法制度对个人实行思想上与行动上的有力控制，因而使个体消弥。在中国宗法社会中，个体不仅在经济、政治生活，而且在精神生活中与血缘宗族群体不可分割地联系在一起，从氏族组织到国家的蜕变过程中，古代氏族的“集体表象”，直接升华为体现宗法意识的伦理化世界观。这种宗法意识渗透到个体生活的一切方面，个体的一切价值需求，只有在国或家的整体中，才具有现实性。社会构成的基本要素，不是独立的“个人”，而是“家”，并且在家与国之间，又复现了人与家庭的整合关系，只有通过国家为主体的价值需求，才能从整体中实现部分的个体价值。因此，人的个性完全消弥在整体性之中，个人的存在以履行宗族义务和国家法律义务为前提，所有的“权利”，实质上仅仅为官府国家的“容许”，不存在法权对人权的

〔1〕 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆1981年版，第5页。