

新视点法学丛书

总主编 | 张文显 王利明 |

刑法在现代法律体系中的地位与特征

刘凤科 / 著



人民法院出版社

中国政法大学图书馆

政法图书阅览室 法学类

刑法在现代法律体系中的地位与特征

张明楷 著



中国人民大学出版社

新视点法学丛书

刑法在现代法律 体系中的地位与特征

刘凤科 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法在现代法律体系中的地位与特征/刘凤科著. - 北京:
人民法院出版社, 2007. 12

(新视点法学丛书)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 507 - 5

I. 刑… II. 刘… III. 刑法—研究—中国 IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 189199 号

刑法在现代法律体系中的地位与特征

刘凤科 著

责任编辑 吴秀军 陈建德 李贺杰

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010)85250578 (责任编辑) 85250516 (出版部)

85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 289 千字

印 张 16.5

版 次 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 507 - 5

定 价 32.00 元

版权所有 侵权必究

《新视点法学丛书》编委会

编

委：(按姓氏笔划为序)

马怀德	卞建林	王利明	王振民
田平安	孙长永	朱 勇	江 平
江 伟	余劲松	吴汉东	吴合振
张文显	张明楷	张锦同	李汉昌
汪建成	沈德咏	陈光中	周叶中
罗玉珍	姜建初	姜明安	胡建森
徐显明	常 怡	黄 进	童兆洪
潘剑锋	宋随军(执行)		

丛书总主编：张文显 王利明

总主编助理：宋随军

总 序

由于众所周知的历史原因，我国的法制建设和法学研究经历了诸多曲折环节，在这段历程中，我们这一辈的人深刻感受到历史的吊诡：我国在解放前基本上实行的是西方资产阶级的法学教育，解放后则全面转向社会主义法律资源，其后是法律虚无主义，再后是法治和法学的复生、发展，直至今日，我们基本上走的是与世界接轨的法律和法学之路。这道弯转得大了，似乎隐含了经典作家所说的“否定之否定”，无论如何，我们看到历史的轨迹转向了正确的方向，与此相应，我国的法治事业和法学研究正呈现出蒸蒸日上的好气象。作为一名年长的法学教育工作者，我对此甚感欣慰。

然而，我在欣慰之余，我也有些失望。我感到，由于传统、历史和文化等原因，也由于一些学者欠缺自主意识和理性自觉意识，尽管近些年有一些振聋发聩之作品的问世，但从整体上看，与法治发达国家和地区相比，我国理论法学的研究大体上还是处于浅层次，没有在深入分析、认识和理解传统并借鉴外学的基础上自觉形成针对我国现实的问题意识，没有在深入挖掘、抽象和总结法学自身规律的同时自觉运用和借鉴其他学科的知识和方法，正是因为有这样的缺憾，能清晰阐明我们“应当怎么样”、“为何这么样”和“怎么这么样”的著述比较罕见，这不仅导致我国法学家在国际法学界基本上是集体失语，这种状况与我们泱泱大国的风范极不符；更重要的是，这还导致实践操作上的人文式微和无力。

我希望新一代法学研究者在进行研究时，首先要敢于立足法学前沿问题，至少是某一突出的热点问题，敢想人之不敢想，敢言人之不敢言，敢提出有创建性的见解和建构性的思想；其次还要在熟练运用法学自身方法外，尽量运用哲学、社会学、经济学等其他学科的方法和知识，使得法学能从其他学科汲取营养。如是以来，在百花齐放、百家争鸣中，中国的法学和法治事业势将有大的作为和大的突破。

《新视点法学丛书》给新一代法学研究者提供了展示自身实力的平

台，以上寥寥数语算是我给它的寄语，希望它因入选的新一代法学研究者而扬名，也希望新一代的法学研究者因他而增辉！套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

江 平

2005 年 8 月

编者的话

(一)

中国法制的近代转型始于清末改制。自清末改制以降，中华法系的传统法制逐步解体，西方的法学概念、法学理论以及法律制度开始在中国落地生根。迄今，中国法制近代转型的历程已逾百年。在这百年间，中国法制尽管有所中断、顿挫，但是，其基本方向却一直未变，即借鉴西方法律文明，推动中国法律制度从传统法制到现代法治。

从历史的纵向发展看，中国法制的近代转型经历了移植、磨合、融合、发展四个阶段。但是，从历史的横断面看，中国法制的近代转型在不同法域却表现出不同的发展状况。其中，在我国台湾地区，在继承清末改制的历史遗产基础上，已经能够较好地融合外来法律文化与中国传统文明，并根据自身的社会现实条件在求进一步的发展。在我国香港，在英国普通法传统的影响下，已经形成了自己较为稳定的法律制度和风格。在我国澳门，法律制度则呈现出较明显的大陆法系传统。在我国大陆地区，新中国建立后，法制建设经历了诸多顿挫与波折。其中，由于人为中断了法律制度、法律文化的历史继承，我国大陆地区现今的法律制度建设、法学发展面临着双重的问題：一方面，必须面向过去“继承”、“补课”；另一方面，又必须回应现在“创新”。就前者而言，只有将我国法制建设置于中国法制近代转型的历史视野中，才能清楚地看到我国法制建设的历史使命、发展方向以及自身的真实状况和不足；而就后者而言，通过借鉴我国其他法域的经验和尝试，可以减少不必要的周折和成本。

近年来，随着我国大陆地区社会经济条件的变化，尤其是基于社会主义市场经济的客观需要，法律制度正在经历着一场新的变革：社会生活对法律可预测性的要求越来越高；现代都市化生活对法律制度提出了新的需求。因此，通过对法律制度自身变革应当注意问题研究与探讨、司法实践经验的总结与体认、热点学术问题的争鸣与争锋乃至对其他法域法律制度

的研究,不仅有助于我国自身不同法域间的相互了解,为我国大陆地区法律制度的发展完善提供较为可行的借鉴方案,而且,还将在一定程度上推动我国不同法域之间的融合。

(二)

自党的十一届三中全会以来,在伟大的法治实践和时代精神的召唤下,我国法律研究工作者解放思想,推陈出新,在理论法学方面进行了广泛而有益的工作,极大地推动了我国法制实践和理论建设的前进步伐,也颇有成效地丰富和拓展了法学研究的领域和视野。

然而,由于传统及历史的原因,也由于一些学者自主意识和主体意识的匮乏和理性自觉意识的迷失,我国的理论法学研究总体来说始终停留在浅层次中:尽管理论法学的研究已逐渐成为许多人神往和关注的对象,但真正深入地剖析其理论改革和精神旨趣,从而在全面、深刻地分析、认识、理解传统并借鉴外学的基础上而能清晰地阐明我们法制现状及基础条件如何(既若何)、法制改革应当怎么样(应若何)和法制改革怎么才能这样(怎若何)的著述却甚为罕见,至于实践操作上的人文式微和无力也更是不言而喻的了。

这样说,可能有点吹毛求疵,也可能有点急于事成,法制事业的进展和法学研究的开展,不是一蹴而就的容易事,它需要几代人脚踏实地地辛勤工作。然而,“一万年太久,只争朝夕”,我们必须有正视自己弱项的勇气和视野,并尽快为弥补弱项而努力。新一代法学研究者绝不能只是在前人铺就的轨道进行简单承继和发展,而是要立足于深刻变迁的时代背景,掌握实践需求的动向,凭借理论敏感、社会良知和责任意识,借助古今中外的研究成果,运用多学科的方法技巧,走出属于自己的道路,真正践行自己的应有使命和贡献。当然,这也绝不是说打倒前人、从头再来。

尤应强调指出的是,由于法原本存在于人的社会生活之中及人的观念中,立法者、法官和法学家的任务不是制造法律,而是从现实社会生活中和人的理念中去发现法律,然后运用条文的形式、判例的形式或学说的形式将其表现出来。在这个意义上,我们的历史传统、我们所处的变革时代以及众多在场和不在场的“人民群众”给了我们一个学术的“富矿”,也让我们肩负起历史的重担。因此,法学研究从本土出发,从司法实践中体认并总结其经验教训,不断地从最新、最丰富的实践中汲取营养,丰富自己、修正自己、发展自己,是这门科学发展的必然要求。可喜的是,近些年来,许多年轻学者在各自的研究领域里做出了许多有益的探索,取得了

相当的成就。

(三)

有鉴于上述不太成熟的认识,编者以《新视点法学丛书》为平台,按照如下要求选辑出版了这套书目:

论文要注重研究中国问题,能立足于我国法学研究前沿,或至少是部门法学、或是实践中的突出热点问题,有创见性见解。它们要或能显示出有利于学术发展的价值,展拓我们的视野;或能立足于现状,就制度性缺陷提出建构性思路或设想。

论文的研究要是跨学科的,特别注意不要为我们的学科所限定,应当注意交叉学科的法学研究。根据特定的研究对象,尽量从社会学、人类学、经济学、哲学等学科的不同视角来研究中国法律问题。

论文的研究是运用多种方法进行的。

在我们的设想中,这是一个致力于推动我国法学理论研究的更生与繁荣、法律制度改革与完善的开放性学术文库。

易言之,她的宗旨是:立足于深刻变迁的时代要求和实践需要,凡足以反映某一流派学术观点、某一学科的建树、某一问题新的方法以及其他足资长期参阅的作品,均拟收录之,而结论的对错本身无需立现,只要言之有理,立之有据即可,端赖于在百花齐放、百家争鸣的争辩中展示出材料、方法论乃至思维定式,以此企求能对我们这个时代的学术风气、学术习惯有些许触动,并期望广大读者能够就著述者观点展开激烈争鸣,以有益于法学学术之研讨而取便于我国社会法制改革的进步。

《新视点法学丛书》书稿依照以下方法选定:初步选题首先由各高校知名法学教授参照选辑标准从本校遴选,然后由编委会综合各方面意见,最后根据我国现阶段学术发展及司法实践需要组织相关专业知名专家匿名评审而定。

鉴于各高校知名专家难以全部详赅相关书稿的实际情况,编委会特从北京大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学、中国社会科学院法学研究所、清华大学法学院、华北电力大学等单位邀约了十余位不同学科、具有博士学位的青年学者参与初稿评审,先由他们对初定书稿详阅后就学术价值、市场前景提出审读意见供评审组专家参考。为保证书稿质量,编委会对遴选书稿实行评阅人、推荐人评语负责制,专家推荐意见署名附录相关书稿封后,供市场及广大读者检验。

《新视点法学丛书》从策划、选稿至今已经历时两年多,由于出版的

原因一直拖至今日。其间，我们也曾和有关出版社达成出版协议，但由于种种原因，原先选定的部分书稿一直未能面世，致使有的作者另转他处出版，不能不说是我们心中难以忘却的痛。当然编者因此也更加感受到人民法院出版社对我们支持的宝贵，在此，谨对人民法院出版社的领导以及责任编辑陈建德博士表示感谢。

最后，借用江平先生的鼓励作为结束语，与广大法学研究者和爱好者共勉：《新视点法学丛书》是给新一代法学研究者提供了展示自身实力的平台，希望她因入选的新一代法学研究者而扬名，也希望新一代的法学研究者因她而增辉！

编 者

2005年8月18日

目 录

总序	(1)
编者的话	(1)
 第一章 绪论	(1)
1.1 引论	(1)
1.2 写作动机与本书主旨	(3)
1.2.1 写作动机	(3)
1.2.2 本书主旨	(7)
1.3 研究现状及问题所在	(9)
1.4 研究路径与本书结构	(13)
1.4.1 前提预设	(13)
1.4.2 研究路径	(18)
第二章 理论基点:刑法在现代法律体系中的地位	(21)
2.1 引论	(21)
2.2 框架选择:公法与私法的分类体系	(22)
2.3 体系定位:刑法与民法的体系位置	(35)
2.3.1 公法 - 私法分类在中国语境中的特性	(35)
2.3.2 刑法在公法 - 私法分类中的传统定位	(41)
2.3.3 公法 - 私法 - 刑法分类的确立与论证	(50)
2.4 小结	(74)
第三章 制度构建:刑法与民法的制度出发点选择	(75)
3.1 引论	(75)
3.2 制度基础:民法与刑法大厦的基点	(78)
3.2.1 权利体系的社会历史基础	(78)
3.2.2 法益侵犯性的刑法学意义	(85)
3.3 制度建设:利益关系对刑法的影响	(104)

3.3.1 刑法与民法的利益考量性	(104)
3.3.2 面向刑法制度的利益关系	(107)
3.3.3 利益冲突与法律的正义性	(120)
3.4 小结	(131)
第四章 事实面向:刑法与民法的社会伦理性评析	(132)
4.1 引论	(132)
4.2 法律制度的道德偏好	(133)
4.2.1 民法制度:道德问题的特殊取向	(133)
4.2.2 刑法制度:伦理否定的制度镶嵌	(135)
4.2.3 违法行为:部门法律的体系解读	(138)
4.3 法律制度的正义诉求	(144)
4.3.1 无讼理想:对传统法律文化的另类解读	(144)
4.3.2 正义诉求:案件事实与法律规范的沟通	(148)
4.3.3 利益保护:刑法与民法的不同路径	(163)
4.3.4 惩罚性赔偿:民法保护的例外规定	(178)
4.4 质疑“刑法的民法化”	(182)
4.5 小结	(187)
第五章 规范面向:刑事责任的前提及其规范内容	(189)
5.1 引论	(189)
5.2 行为定型:犯罪行为与侵权行为的不同取舍	(191)
5.2.1 刑法中的行为定型	(191)
5.2.2 民法中的行为定型	(214)
5.2.3 违法性判断的体系地位	(222)
5.3 责任形态及其归属	(229)
5.3.1 责任主体	(229)
5.3.2 归责原则	(233)
5.4 小结	(237)
第六章 结语	(239)
6.1 观点总结	(239)
6.2 研究特征以及进一步研究的前景展望	(242)
参考文献	(245)

第一章 绪论

1.1 引论

200 多年前，欧美历史进入了一个新旧交替的时代。在刑法领域，贝卡利亚于 1764 年发表《论犯罪与刑罚》一书，标志着刑法思想的新旧更迭。自此以后，欧美各国刑法及其刑法学研究在批判前近代刑法弊端的同时，不断塑造和完善现代刑法的品性。在这一过程中，与不同时代的政治实践、思想文化和社会变革相适应，刑法学产生了丰富多变的学说、观点和思想，乃至对立的学派。经过长期的智力贡献，欧美刑法及其学术研究进入了稳定期、成熟期。

然而，中国刑法及其学术研究的现代化却是晚近之事。准确地说，是近半个世纪以来的事情，尤其是最近的 30 年。在这时日尚短的过程中，中国刑法及其学术研究有着自己的发展理路，在结合自身国情进行建设的同时，不断吸取欧美刑法两个世纪以来的伟大成就。迄今为止，刑法社会功能的发挥越发明显，而刑法学的理论研究也日渐繁荣。但是，与欧美刑法实践及其理论研究相比，我国的这一历史进程相对短暂，并且我国的刑法学研究仍显稚嫩。这不仅体现在具体刑法制度的建构方面，也表现在我们应当如何理解刑法规范方面，而这又影响到我们应当如何看待刑法在整个国家制度中的地位与功能。当然，正确回答这些问题依赖于与刑法有关的所有社会资源以及刑法学者们的共同努力。一方面，我国处于社会转型时期，另一方面，中国刑法的现代化发展为时尚短，因此，为了更好地回答上述问题，我们应当认真反思、检讨刑法在现代法律体系中的地位，以及刑法具有的与其地位相匹配的特征。这不仅有利于更好地理解刑法制度，而且有助于建构刑法制度；不仅有利于正确、合理地理解刑法规范，

而且有助于实现刑法的社会功能。

为了重新审视刑法在现代法律体系中的地位及其特征,本书采用了比较的方式,将刑法置于与民法彼此对立、相互补充的位置,在与刑法的区别与联系中凸现刑法的地位与特征。因此,刑法与民法的关系问题成为本书分析刑法在现代法律体系中的地位及其特征的出发点,这一主题贯彻全书的始终。通过这一线索,既透视刑法在法律共同体中的地位,借以明确刑法在整个社会建制中应当发挥的功能,也洞悉其应当具有的特征,借以明确刑法学研究应当注意的问题,尤其是通过刑法规范我们应当如何建构犯罪行为类型。

然而,长期以来,刑法与民法的关系都是法学领域中的基本难题。边沁于1780年将其名作《道德与立法原理导论》付梓,但又将其扣压9年才出版,因为他在最后一章开始说明刑法与民法之间区别,或如他所称两者之间“界限”的地方,发现有预想不到的困难,并不惜另行著书立说。^①时间过去了两个多世纪,一方面这一课题仍然具有强烈的吸引力,诸多哲学家、法理学家、经济学家乃至社会学家在自己学术领域的求知求真之路上,常常也会在这个幽僻之地驻足,稍作憩息;而另一方面,这一课题似乎又是一个巨大的坚果,毋论其他学科,纵使与自己生存空间息息相关的刑法学与民法学,也要么表现出漠不关心的姿态,要么简单地模仿那些寻幽客,蜻蜓点水,浮光掠影,往往只留下一些碎片似的痕迹。

所以,面对这样一个具有挑战性的课题,任何人难免都会涌起一种心悸的感觉。正因为如此,本书选择这样的题目,惶恐之余,又有一份窃喜,或许在本书完成之时更为恰当,但也不妨怀揣这种惴惴感而开始本书的写作。

本章将主要关注这样几个问题:首先,简单交待选择该课题的原因及其意义,由此提出本书的主旨;其次,针对本书研究的范围,介绍并评述研究现状及存在的问题;最后,结合本书主旨以及研究现状,提出本书的研究方法以及论证这一课题的路径选择与本书结构。

① [英] 边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,北京商务印书馆2000年版,“导言”第1页。

1.2 写作动机与本书主旨

1.2.1 写作动机

学术研究中,人们常常听到类似的感叹,“只了解一个国家的人,实际上一个国家也不了解”。“因为不考察一个国家与其他国家的区别,是不可能真正了解这个国家的。”^①

上述论断充分说明了比较研究的必要性,由此也在学术领域造成了一种持续的比较研究热。事实上,为了促进学术交流与学术繁荣,这种比较研究无论怎样强调都不过分。尤其对处于社会转型时期的我国,市场经济秩序的确立与运作,有赖于法治建设的目标;因此,比较、借鉴外国法律制度就成为时代赋予法律人的使命。

但这种有关同类事物在异质文化中的处境的比较,常常遮蔽了另外一种比较研究的急迫性,即在同一文化背景和时空环境之下相关事物的比较。如果说前一种比较研究有助于特定制度自身与国外对应物的对话以及促进其国际化,那么后一种比较研究就有助于界定特定制度在适用中的运用范围以及提高它与相关制度的配合度与协调度。在一个特定的社会和法律共同体中,宪法、民法、刑法、行政法、诉讼法等部门法为着一个共同的民主与法治目标相互配合、相互衔接。而且所有法律部门构成的规则有机体是针对同一个经验实体,因而如何在一个具体社会中构筑这一有机网络就成为法学人的又一任务。而这却不能直接通过各个部门法单枪匹马地进行跨文化比较研究可以完成,而是需要同一法律共同体中不同部门法之间进行学科比较研究。

虽然学科划分有利于提高经营者对自己分到的责任田的精心经营,从而既提高责任心又有助于产量的大幅提升,但是,将这种分立强化到封闭自己的学科阵地并不利于对问题的认识和解决,“只扫门前三尺雪,哪管他人瓦上霜”的态度与做法可能最终反噬了自己。毕竟任何新问题的出现,它并没有为自身规定所处的范围和领域,而只是认识主体按照既有的认知模式对该问题的分门别类;无疑地,认识的准确性有赖于既有模式的

① [意]戴维·奈尔肯主编:《比较刑事司法论》,张明楷等译,北京清华大学出版社2004年版,第222~223页。

完整性与协调性程度——而这完全可能存在空隙或矛盾。因而学科细分虽然可能促进问题研究的精深化，但它同样存在弊端：既可能形成“几不管的蛮荒之地”，从而出现权力真空，也可能因为权力重叠而形成“武斗”之势，浪费资源之余祸及人际关系。而学科互动有助于重组研究计划中的问题系列和方法组合，尤其是在当职业领域内呈现出一些消极倾向时，这种跨学科的科研策略重组可以打破该领域内形成和运作的现行学术模式界限。^① 对于探究某一事物在一个更大空间的地位，更离不开选择相关事物作为自己的参照系。

事实上，在现实生活中，任何现实纠纷所面对的决非单一规则，而是涉及社会多层规则有机体（如道德的，习惯的，宗教的，法律的，而在法律层面，又可能分别涉及民法、刑法、行政法等等）。因此，在法律活动中，“法律适用者寻找的不是适用于具体案件的某个规范的答案，而是整个法律秩序的答案。无论法律秩序在外部和形式上的划分如何，必须将法律秩序作为价值评价的整体来适用”。^② 而在实践中面对“刑事案件与民事案件的界限在哪里”这样的疑问，我们就不能简单地将某类案件划为民事领域，某类案件划为刑事领域，并试图在二者之间划出一条泾渭分明的界线。实际上，我们对具体案件的判断应考虑：这一事实是否具有民事意义，除此之外，按照行政法或刑法的要求，它是否具有行政处罚的可能或者具有刑法意义。^③

由此我们也可以理解古代社会“诸法合体”现象——简单社会对具体问题的全局观、整体观。尽管这样的外部环境一去不复返，但其处理问题的思路仍值得我们借鉴：这就需要对具体纠纷持一种大范围的社会视角与整体法律的立场，毕竟“这些专业领域内的理论困境只有在人文

① 李幼蒸：《历史符号学》，广西师范大学出版社 2003 年版，第 23 页。

② [德] 伯恩·魏特士：《法理学》，丁小春、吴越译，北京法律出版社 2003 年版，第 125 页。

③ 对于行政执法人员来说，做这样的思考无疑构成一种义务。例如，刑法典第四百零二条规定：“行政执法人员徇私舞弊，对依法应当移交司法机关追究刑事责任的不移交，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑。”按照这一规定，行政执法人员在执法过程中不仅要认识这一行为行政法意义，并给与相应的处罚，而且还要判断这一事实行为是否可能具有刑法意义，如果得出肯定的回答，就应当移送给有权机关处理。显然，行政执法人员的思考逻辑不是在行政违法行为与犯罪行为之间划出“楚河汉界”，而是按照不同法律部门的要求进行独立的判断，以求取某一事实行为的不同法律意义。