

中国法学精萃系列丛书



中国刑法学精萃

(2002年卷)

法苑精萃编辑委员会 编

01



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS

中国法学精萃系列丛书

中国刑法学精萃

(2002 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社

本书精选 2001 年度全国报刊公开发表的有代表性的优秀刑法学论文编辑而成。主要包括：“传承与超越：现代化视野中的中国刑法传统考察”、“犯罪本质特征新论”等。涵盖绪论、犯罪论、刑罚论、罪行各论、犯罪学五个方面。这些论文代表了 2001 年度我国刑法学的发展水平，可供法律专业高年级本科生、法律硕士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆、资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国刑法学精萃. 2002 年卷/法苑精萃编辑委员会编.
—北京：机械工业出版社，2002.9
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-111-10871-X

I. 中… II. 法… III. 刑法—法的理论—中国
IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 064527 号

机械工业出版社(北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)

责任编辑：梁代军

封面设计：耿金云 饶 薇 责任印制：付方敏

北京铭成印刷有限公司印刷·新华书店北京发行所发行

2002 年 9 月第 1 版·第 1 次印刷

1000mm×1400mm B5·14.125 印张·2 插页·477 千字

0 001—4 000 册

定价：36.00 元

凡购本书，如有缺页、倒页、脱页，由本社发行部调换

本社购书热线电话(010)68993821、68326677—2527

封面无防伪标均为盗版

法苑精萃编辑委员会

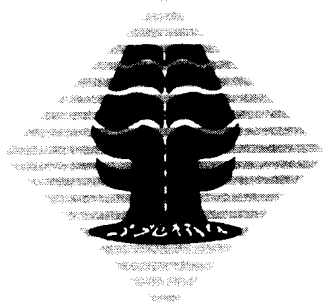
编委会人员组成：（以下按姓氏笔划排序）

- 王保树 清华大学法学院院长、教授、博导
王家福 中国社会科学院法学所研究员、博导
王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
公丕祥 江苏省高级人民法院常务副院长，南京师范大学教授、博导
石少侠 国家检察官学院副院长，吉林大学法学院教授、博导
付子堂 西南政法大学副校长、教授
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博导
田平安 西南政法大学教授、博导
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博导
江 平 中国政法大学终身教授、博导
李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博导
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
朱景文 中国人民大学法学院教授、博导
孙宪忠 中国社会科学院法学所研究员、博导
张文显 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导
张晋藩 中国政法大学终身教授、博导
陈卫东 中国人民大学法学院教授、博导



- 陈光中 中国政法大学终身教授、博导
- 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博导
- 陈明华 西北政法学院院长、教授、博导
- 吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博导
- 吴志攀 北京大学副校长、教授、博导
- 何勤华 华东政法学院院长、教授、博导
- 郑成良 国家法官学院常务副院长、教授、博导
- 郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
- 赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
- 胡建森 浙江大学副校长、教授、博导
- 徐显明 中国政法大学校长、教授、博导
- 高鸿钧 清华大学法学院副院长、教授、博导
- 梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 黄 进 武汉大学教务长、教授、博导
- 崔建远 清华大学法学院教授、博导
- 曹建明 最高人民法院副院长、教授、博导
- 曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博导
- 曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
- 霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博导
- 总 主 编
- 张文显 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导

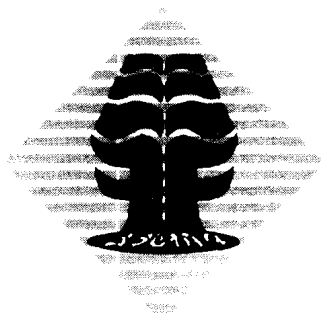
总策划 法苑精萃创作中心



法苑精萃编辑部

主 任 刘保文
委 员 (按姓氏拼音排序)
常淑茶 梁代军
孙森林 肖振生

11/11/07



序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾，这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有24小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真



正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把

它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

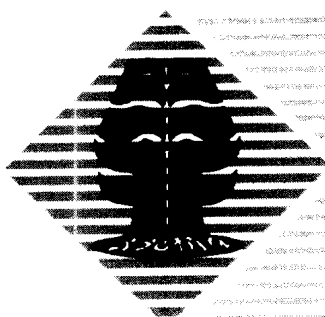
一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的认为有代表性、权威性、经典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

总主编 张文显



目 录

序

第一部分 绪论

1

赵秉志	田宏杰	传承与超越：现代化视野中的中国 刑法传统考察	3
黄祥青		刑法视野中的公正与效率价值论析	23
冯亚东		刑法学研究的层面划分	32
苏惠渔	孙万怀	刑法的意义与国家刑权力的调整 ——对人权两《公约》的刑法评释	53
刘守贵	汪明亮	试论罪刑均衡的功能性蕴涵	61
徐 岱		罪刑法定原则与中国刑法近代化	73
刘 逸		刑法学体系的反思与重构	83

杨焕宇	李国如	刑法解释体制的重构 ——兼论罪刑法定原则的贯彻执行	102
-----	-----	------------------------------	-----

王秀梅	环境刑法价值理念的重构 ——兼论西部开发中的环境刑法思想	113
-----	---------------------------------	-----

第二部分 犯罪论 125

夏勇	犯罪本质特征新论	127
----	----------	-----

梁根林	从绝对主义到相对主义 ——犯罪功能别议	154
-----	------------------------	-----

王尚新	关于刑法情节显著轻微规定的思考	166
-----	-----------------	-----

刘艳红	晚近我国刑法犯罪构成理论研究中的五大误区	177
-----	----------------------	-----

肖中华	犯罪构成要件及相关范畴辨析	196
-----	---------------	-----

马克昌	责任能力比较研究	206
-----	----------	-----

李洁	德国醉酒犯罪的立法模式及对我国的借鉴价值	227
----	----------------------	-----

李邦友	结果加重犯刑事责任根据及其合理性问题探讨	235
-----	----------------------	-----

刘宪权	我国刑法理论上的牵连犯问题研究	245
-----	-----------------	-----

林亚刚	共谋共同正犯问题研究	257
-----	------------	-----

赵秉志	刘志伟	正当防卫理论若干争议问题研究	270
-----	-----	----------------	-----

第三部分 刑罚论 289

李希慧	罪状、罪名的定义与分类新论	291
-----	---------------	-----

邱兴隆	刑罚个别化否定论	301
-----	----------	-----

白建军	刑罚轻重的量化分析	314
-----	-----------	-----

第四部分 罪刑各论 331

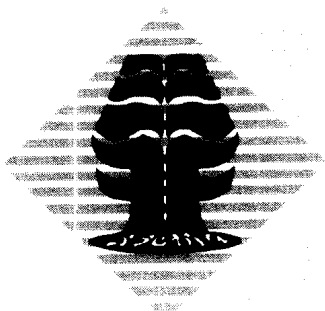
刘明祥	器官移植涉及的刑法问题	333
-----	-------------	-----

王世洲	德国环境刑法中污染概念的研究	344
-----	----------------	-----

第五部分 犯罪学 361

王作富	赵永红	“入世”后我国商标犯罪的立法完善	363
-----	-----	------------------	-----

张明楷	保险诈骗罪的基本问题探究	373
陈兴良	劳动教养：根据国际人权公约之分析	396
赖修桂	黄晓明 保安处分在防治未成年人犯罪中的运用	403
黄京平	石磊 试论“入世”对城市流动人口犯罪的影响	414
刘生荣	论危害社会治安犯罪的惩治与预防	424
附录	2001 年度全国主要报刊刑法学论文索引	436



第一部分 绪论

传承与超越：现代化视野中的 中国刑法传统考察

赵秉志 田宏杰

鸦片战争以来，在西方法律文化的逐渐冲击和不断挑战下，国人对于植根于自然经济土壤中的中国刑法传统的反省与批判日甚一日。迄至今日，“言必称英美，话必谈接轨”，几乎已成为中国刑法现代化研究的学术时尚。但历史证明，从晚清沈家本的变法修律，到新中国成立后大规模的移植前苏联的刑事法制，都未能使中国刑法走上现代化的坦途，相反，却导致了法律文化的错位：“我们的现代法律制度，包括宪法、行政法、民法、诉讼法等许多门类，它们被设计来调整社会生活的各个领域，为建构一个现代社会奠定基础，同时，它们也代表了一种精神价值，一种在久远的历史中逐渐形成的传统。问题在于，这恰好不是我们的传统，这里不但没有融入我们的历史，我们的经验，反倒常常与我们‘固有的’文化价值相悖。于是当我们最后不得不接受这套法律制度的时候，立即就陷入到无可解脱的精神困境里面。一种本质上是西方文化产物的原则、制度，如何能够唤起我们对于终极目的和神圣事物的意识，又怎么能激发我们乐于献身的信仰与激情？”^[1]因而如何看待现代化进程中的中国刑法传统走向，也就成为中国刑法现代化研究中一个不容回避和亟待解决的现实问题。本文拟对此进行研讨，以求教于法学界。

一、一种研究路径的确立

从逻辑学的意义来说，分析工具的选择及其概念的辨析是理论研究的基石。因之，在对现代化视野中的中国刑法传统进行考察之前，有必要首先厘清以下两对范畴之间的关系，即：文明与文化，传统与现代，以便为中国刑法传统的现代化研究寻求一条合理可行的路径。

(一) 文明与文化

尽管文明与文化的研究早已成为全球学术研究的热潮,但对于两者的内涵及其相互关系,人们迄今仍未能达成共识。有学者试图用缩小内涵的方式来界定这两个不同的概念,主张文明“主要用来指谓生产力水平与社会管理水平的方面,与技术因素相联系,是理性的方面,一般说来是可以计算的”;文化“则主要用来指谓审美的、宗教的和伦理的方面”,是非技术因素,“一般说来是可计算的”^[2]。这样,文明与文化的区分就被简单地归类为“技术的”与“非技术的”区别。不过,最为常见的还是对这两个不同概念不顾原意的混用。例如,英国文化人类学家泰勒就认为:“所谓文化或文明乃是包括知识、信仰、艺术、道德、法律、习惯以及其他人类作为社会成员而获得的种种能力、习性在内的一种复合整体”^[3]。而在美国当代著名政治学家塞缪尔·亨廷顿所建立的“文明的冲突”模式中,“多文明的”与“多文化的”、“文明的冲突”与“文化的冲突”等概念的混用更是达到了相当严重的程度^[4]。

实际上,从拉丁语词源意义上考证,文化一词比文明的起源和用法要早得多。古罗马时期,西塞罗已经在谈论“精神文化”了^[5]。文明一词,大约起源于18世纪中叶,是资产阶级革命时期那些逐渐处于上升阶段的知识分子和中等阶层的改革产物。当时,投身于革命的以知识分子为主体的各阶层人士在推行与奉行理性的过程中,表达了一个强烈的共同愿望,希望国家由开明的、具有改革愿望的人占据领导地位,从而改善国家的法律、教育,使国家尽快从野蛮的、丧失理性的状态中脱离出来。为此,他们创造了一个用于表达这一观念的固定词汇,即文明。可以说,文明一词从其诞生之日起,就具有强烈的启蒙色彩。此外,文明还有一个标示其核心内涵的概念,它是在文明的概念形成之前就已存在的,这就是18世纪在欧洲宫廷中广泛流行的“礼貌”与“有教养”的概念,它们几乎是文明的同义词。宫廷上等阶层以此作为他们与那些虽有文化但缺乏教养之人的区别。正是在这个意义上,文明变成了一个与文化相对立的概念^[6]。

不仅如此,即使在西方国家各民族中,“文明”一词的内涵也各不相同。在英、法两国,这一概念集中地表现了这两个民族对于西方国家进步乃至人类进步所起作用的一种骄傲;而在德国,人们用“文化”而不是“文明”来表现自我,来表现那种对自身特点及成就所感到的骄傲,至于“文明”,则仅指次一等的价值,即那些包括人的外表和生活的表面现象^[7]。显然,这已经包含着文明同文化相分离的思想了,只不过,与英国人和法国人恰好相反,德国人把文化变成了一个与文明相对立的概念,文化始终主宰文明并高于文明。

终于，在斯宾格勒时代，文明从文化中彻底分离出来，并完成了“从文化到文明的过渡”。在斯宾格勒眼里，“看到的是一群伟大文化组成的戏剧，其中每一种文化都以原始的力量从它的土生土壤中勃兴起来，都在它的整个生活期中坚实地和那土生土壤联系着；每一种文化都把自己的影像印在它的材料，即它的人类身上；每一种文化各有自己的观念，自己的情欲，自己的生活、愿望和感情，自己的死亡。……这种文化是纯化了的的生活精髓，它们和田野间的花儿一样无终极目的地生长着。它们和动植物一样属于歌德的活生生的自然，而不属于牛顿的死板板的自然”^[8]。

虽然斯宾格勒在这里抒发的仅仅是对文化的礼赞，但却已经触及到了文明的意蕴及其与文化的最根本的区别，即：文化是自然的、多样的、富有生命力的；而文明则是人为的、理智的、缺乏生机的^[8]。除此之外，与之紧密相关的两者差异还有以下几点：①文明是一个过程，是始终向着一个方向前进的东西；而文化则是指那些已经存在的反映一个民族特性的产品，如宗教、哲学、艺术作品等。②文明关注的是人类共同的东西，从而使各民族之间的差异有了某种程度的减少；而文化强调的则是民族的差异和群体特征。简言之，文明是普适性的，表现的是殖民和扩张的倾向；文化则具有地方性，表现的是一个民族的自我意识^[7]。因之，文明可以互相借鉴、移植，而文化则不可能移植，否则，即会失去其生命的活力而走样变形。而文化是文明得以建立的基石，是文明生存和发展的精神家园，没有文化底蕴的文明如同无本之木、无源之水，至多是一具徒有美丽外表和骨架的躯壳罢了。

（二）传统与现代化

如同人们对正义的诠释众说纷纭一样，“传统”也是文化学、历史学、社会学等社会科学中一个内涵十分丰富的词语。现代西方中的传统（tradition）一词源出于罗马法中的 *traditio*，意思是指转移私人财产所有权的一种方式^[9]。而在拉丁语中，传统则写作“*traditum*”，即从过去延传到现在的事物，具体是指“已经相传下来的，或正在被传下去的东西。它是人们在过去创造、践行或信仰的某种事务，或者说，人们相信曾经存在、曾经被实行或人们所信仰”^[9]。而据《布莱克维尔政治学百科全书》的解释，“传统（tradition）从字面上来看，凡是我们文化中从过去流传或遗留下来的内容，都可称之为传统。这就是说，文化中那些明显是新的或是短暂的内容不能叫传统。然而，在日常使用中，传统特指风俗、礼仪、信仰、习惯等，这些内容不仅仅是古老的，而且还赋予了现代的价值”^[10]。在中国文化中，传统较早的意思是指延续、继承。例如，《庄子·养生主》：“指穷