

田宏杰 / 著

中国刑法 现代化研究



刑事法文库 (4)

Library of Criminal Jurisprudence

文库主编 / 陈兴良

中国方正出版社

田宏杰 / 著

中国刑法 现代化研究

刑事法文库 (4)
Library of Criminal Jurisprudence
文库主编 / 陈兴良

中国方正出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法现代化研究/田宏杰著. - 北京:中国方正出版社,
2001.1

ISBN 7-80107-446-7

I. 中… II. 田… III. 刑法-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 84992 号

中国刑法现代化研究

中国方正出版社出版发行 新华书店经销

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编:100813)

北京外文印刷厂印刷

开本:850×1168 毫米 1/32 印张:13.375 字数:305 千字

2000 年 12 月第 1 版 2000 年 12 月北京第 1 次印刷

印数:1—5000 册 定价:23.60 元

(本书如有印装质量问题,请与本社出版部联系)

『刑事法文库』

总序

随着刑事法治的发展，我国刑事法理论如何适应法治建设的现实需要，提升刑事法的学术水准，成为刑事法学界面临的一个重大课题。在这种情况下，刑事法文库怀着强烈的使命感正式问世。刑事法文库由北京大学刑事法理论研究所主办，并由我担任主编。

刑事法文库由陆续推出的一系列著作构成，力图成为一个展示刑事法理论前沿性研究成果的窗口。刑事法文库的范围，包括刑事法各学科，即刑法、刑事诉讼法、犯罪学、监狱法等。收入刑事法文库的著作，我们期望是代表刑事法某个领域的思想性与学术性兼备的专著。前些年，我国刑事法理论研究取得了重要的进展。尤其是刑法和刑事诉讼法这两个刑事法的基础学科

出版了一系列令人瞩目的论著。当然，以往的刑事法理论研究也还存在某些未尽人意之处。在我看来，刑事法理论研究需要从以下三个方面加以突破：一是思想性。刑事法理论，无论是规范刑事法学还是理论刑事法学，都应当进一步强调思想性。这里的思想性，是指刑事法理论不仅要关注法条及其适用，关注理论及其论证，更应当关注刑事法理论的社会人文关怀，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。二是学术性。刑事法理论应当建构基石范畴与核心命题，并形成基本原理。只有这样，刑事法理论才能自命为一种学术，而不至于沦为对法条的机械诠释。三是规范性。对于刑事法理论的发展来说，规范性至关重要。以往的刑事法理论虽然聚讼纷纭，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。在此关键是要在刑事法理论研究中引入学术规范，形成规范刑事法学与理论刑事法学各自的语境。只有在此基础上，才能使刑事法研究摆脱无谓的论争，一步步地推进。刑事法文库试图在上述三个方面有所建树，将思想性、学术性与规范性作为价值追求。

刑事法文库是一个开放性的书系，不仅出版我国学者在刑事法领域的力作，而且收入刑事法的译著以及进行比较研究的

专著，以每年 3—4 本的出书进度逐渐推出。写作虽然是一种个体化的行为，学术却是一项共同的事业。只有形成一个学术共同体，理论才能发展。刑事法理论的繁荣，同样需要这样一个学术共同体。刑事法文库，将为这一学术共同体的建构竭尽全力。

陈兴良

谨识于北京西郊稻香园寓所

2000 年 3 月 24 日



田宏杰的博士论文《中国刑法现代化研究》即将由中国方正出版社出版，因为我曾经担任田宏杰的博士生导师，田宏杰邀我为之作序，我欣然应允。

我认识田宏杰是在1996年11月四川乐山举行的刑法学年会上，在驱车前往成都双流机场准备返京的路上，田宏杰向我表达了报考刑法专业博士生的想法。当时我对田宏杰并无多少了解。此后时任川大法学院院长的赵炳寿教授又郑重其事地向我推荐了田宏杰，由此获知她在川大法学院攻读硕士学位期间，奠定了刑法专业的良好基础。自1997年考入中国人民大学法学院以后，田宏杰潜心向学，其刻苦钻研的精神是极为可嘉的，在学业上的进步也是明显的。在我1998年调到北京大学法学院任教以后，田宏杰转由赵秉志教授

指导。现在终于顺利地完学业，博士论文即将出版，这是应当为之高兴的。

刑法现代化，这是一个极具魅力的题目。就我所知，国内有好几位年青刑法学人对这个题目垂青。当田宏杰就这个选题征求我的意见时，我感到这是一个不太容易把握的题目。我对博士论文的选题，一直有着个人的见解，认为博士论文以通过为原则，宜小题大作。刑法现代化，显然不是一个小题，而是一个大题，而且是一个前沿性的题目。虽然我知道田宏杰对刑法理论问题情有独钟，但对于她是否有足够的学术能力把握刑法现代化这个题目，我不无几分担忧。当然，当时我并未向田宏杰表示这种忧虑，而是予以了鼓励，这个题目如果做好，能够做出一份极有份量的博士论文。选题确定以后，田宏杰投入了积极的写作之中。当她将初稿送给我征求意见的时候，翻阅书稿，我认为田宏杰很好地把握了这个题目，虽然还存在个别问题上的瑕疵。从博士论文选题，可以看出田宏杰在学术研究上是具有挑战精神的，这是一笔宝贵的财富，对于将来从事学术研究也会有所裨益。

我之所以认为田宏杰很好地把握了中国刑法现代化这个题目，主要是这篇博士论文在对刑法现代化的解读上，历史与逻辑相结合的方法运用得较为得当。刑

法现代化是一个过程、一种趋势，是一个时间的概念。田宏杰在中西刑法现代化的比较中进行了历史回顾，从而使博士论文在对刑法现代化的阐述上获得了一定的历史感，这对于初习者来说是不太容易的。同时，刑法现代化又是一种状态、一种建构，是一个空间的概念。田宏杰在阐述中国刑法现代化的精神实质的基础上，分别对中国刑事立法的现代化与中国刑事司法的现代化及中国刑法现代化的模式设计等问题进行了讨论。这些问题关涉中国刑法现代化的构造，因而具有重大意义。因此，从博士论文的结构安排上来看，是合理的。

在中国刑法现代化一些基本问题的论述上，田宏杰都表述了她个人的见解。例如，关于中国刑法现代化的宏观架构，田宏杰提出了形神兼备、形式合理性与实质合理性的融合的观点，就是颇有见地的。中国古代法律，关注的是实质合理性而忽略形式合理性。那么，中国刑法现代化，对于形式合理性与实质合理性应当如何选择呢？田宏杰指出：对于中国这样一个偏重实质合理性的国家来说，中国刑法现代化所追求的应当是形式合理性优先、实质合理性垫后的合理性，总体设想是：刑事立法应当更多的关注实质合理性，强调“恶法非法”；刑事司法则应当注重形

式合理性，坚持“恶法亦法”。这也就是所谓形神兼备：形式合理性是形，实质合理性是神。在立法与司法两个不同的语境，各有其强调的重心。这样一种分析，是客观全面的，也是具有启迪的。又比如，对于中国刑法现代化中如何建立公民的法律信仰，也是博士论文的精彩之笔。田宏杰提出了信仰是现代刑事法治的精神意蕴的命题，对信仰在刑法现代化中的作用进行了深入的挖掘，指出：要实现中国刑法的现代化，首先就必须培育公民对刑法的信仰。只有培育起信仰，公众对刑法才没有疏远和敬畏，有的只是由这种信仰所产生的归宿感与依恋感，由此才激发了人们对法律的信任、信心和尊重，并愿意为之献身。只有在这种社会普遍的刑法情感氛围中，刑法最终才能找到其自身正当性与合理性的真正基础与根源；也只有在这个基础和根源当中，刑法才能获得真正的、有普遍社会感召力的神圣性。由此，刑法的至上性和最高权威也才能真正得以确立和存续。以上议论，我认为是精辟的。在专制社会，刑法是恐怖物，人们对它只有恐惧没有好感；在法治社会，刑法不再使人疏远，成为人们忠诚与信仰的客体。对刑法从恐惧到忠诚，是刑法现代化的精神转换的一条基本线索。当然，由于大题之故，博士论文对于刑事司法解释与

刑事判例等问题的论述未能突破现有的理论研究水平，因而流于平淡。如果作者能够从刑法现代化这样一个独特的视野关照这些问题，而不是泛泛而论，其实是能够出新的，这是以后写作中应当注意的。

田宏杰的这篇博士论文给我一种强烈印象，就是作者读书涉猎面是十分广泛的，已经远远超出了刑法的范围。例如第一章历史回放：中西刑法现代化起源之比较考察，田宏杰对现代化进行了正确的解读，对市民社会理论予以了正确的阐述，以此建立中国刑法现代化的研究理路，反映了作者的学术功底。读书破万卷，下笔方能有神。读书是学术研究的基础，这是我向学生经常强调的。只有大量的读书，才能汲取各种知识养分。读书的范围与数量，直接决定了一个人思考问题的知识背景。在博士论文，田宏杰不仅运用所读之书的观点建立起中国刑法现代化的框架，而且引证大量资料对本人观点加以论证。这些资料就是学术大厦的砖瓦，没有砖瓦，岂有学术大厦之平地而起？田宏杰的博士论文引用资料是十分丰富而翔实的，使其学术观点建立在扎实的基础之上。当然，在资料的引用与铺陈上，也还存在一些技术性问题有待改进。资料就像珠子，要有一根线给串起来，否则就会杂乱无章。在论文中，间或有这种凌乱感。例如

对清末沈家本主持的刑律修订活动的描述，资料堆砌有余，理论分析不足。凡此种种，均是学术火候不到之处。我相信，随着时间的推移，田宏杰在学术写作上会走向成熟与老道的。

这篇博士论文，是田宏杰6年法学求学经历的一个总结，除田宏杰本人学术上的努力之外，还应归功于中国人民大学法学院刑法专业博士点宽容的学术气氛。人大刑法博士点在高铭暄教授的主持下，在刑法解释学方面对我国刑事立法与刑事司法贡献巨大，但同时也并不排斥理论刑法学的研究，这有我的亲身经历为证。其实，学术宽容是学术成长与发展的必要条件，关键是我们自己所搞的东西是否具有学术价值。

以上这些，是对田宏杰的博士论文的评价，也是我个人的读后感。写在这里，作为序，供读者参考。

陈兴良

谨识于海淀稻香园寓所

2000年12月8日

序

二

晚近二十年来正在逐步展开的中国社会变革，实际上是要完成从传统社会向现代社会的转型。对于中国刑法而言，则是要实现现代刑事法治。中国刑事法制变革的价值取向、制度设计等问题，学界虽也有研究，但一则因过于关注微观具体的问题，使得研究视野难免有些狭窄；二则迄今为止尚无一部全面、系统研究中国刑法现代化的专门性论著。由此可以说，中国刑法现代化的总体研究，令人遗憾地还是刑法理论研究中的一个空白。在依法治国成为我国治国基本方略的今天，探讨中国刑法的现代化无疑具有重要的实践意义。由于中国刑法的现代化并不全然是一个刑法问题，而是一个同时地涉及哲学、伦理学、法学、社会学、历史学等多学科领域的问题，其意义之重大不言自明，其研究

之难也可想而知。我指导的博士研究生田宏杰以此为博士论文选题,反映了其知难而进的探索精神。本书即是在其博士论文的基础上修订而成的。

田宏杰博士的这篇博士论文独辟蹊径,以市民社会与政治国家的互动关系为研究刑法现代化的逻辑起点,对西方刑法现代化以及中国自晚清以来的刑法现代化努力过程进行了解读,在借鉴历史、关照现实的方法指导下,勾画出中国刑法现代化的宏观架构,即形式合理性与实质合理性的融合、社会保护与人权保障的统一,观念、规范、运行的同构;进而对中国刑法现代化的灵魂、刑事立法现代化、刑事司法现代化进行了详尽的阐述;最后着重从资源基础、道路选择、动力来源三个方面对中国刑法现代化的模式设计进行了深入探讨。论文无论在体例安排、内容选择还是方法运用上,均给人耳目一新的感觉。论文关于市民社会是刑法现代化研究的语境,法律信仰和法治精神的培育是刑法现代化的灵魂,经验理性主义与建构理性主义的沟通是中国刑事立法走出困境的根本出路,立法正当程序的完善是刑事立法权异化之防范,刑事司法解释权是介于立法权与司法权之间的一种特殊的司法裁判权,以及中国刑法现代化的道路选择、资源取向、动力来源等问题的研究,不仅

推进了现有的刑法理论研究，颇富新意，而且在某些方面填补了中国刑法理论研究的空白。每一谈及具体论题，无不旁征博引、说古论今，言则有据，论则有理，思辨性、可读性都较强。特别应提及的是，田宏杰博士在写作本书时参阅了大量非刑法著述，尤其是一些中外学术名著，显露了作者博览群书、刻苦钻研的开阔学术视野与务实学风，同时也表明了作者善于组织运用资料、长于学术研究的良好科研能力和扎实学术功底。此外，本书的叙述语言也别具一格，文辞优美、逻辑性强，表现出作者较强的文字驾驭能力。

当然，由于选题的难度，本书也难免存在美中不足之处。例如，作者因对本书体系完整的追求和篇幅所限，未能对形式合理性与实质合理性在刑法现代化中的相互关系、本土化与国际化的关系等问题的研究进一步深入地展开。这些问题均非三言两语能言尽，与其面面俱到，莫如择其要者深入之。此外，对刑事立法权的制约与防范的研究，也还可进一步深入。

尽管如此，瑕不掩瑜，从总体上看，本书可谓是一篇立意新颖、开拓性强、内容丰富、颇有见解的学术专著，具有较高的学术价值。作为田宏杰的博士论文指导教师，我衷心希冀本书的出版能够为中国刑法现代化研究的深入发展起到积极的推

动作用，同时也希望田宏杰博士在今后的学术研究中坚持不懈地勤奋努力，在刑法学研究上能够有所建树。

赵秉志

2000年12月12日

于中国人民大学静园



言

中国刑法的现代化是我国学者当下特别关注的一个学术话题。但是，关于这一问题的研究，不仅没有深入、系统的展开，而且没有相关的刑法学专著问世。由于西方国家率先步入刑法现代化的坦途，迄今为止，西方刑事法治无论是价值的塑造、制度的设计还是实际的司法操作均已趋于成熟。对于正在苦苦寻求中国刑法现代化出路的中国学者来说，这些极富魅力的现代西方刑法制度无疑成了帮助中国刑法摆脱传统窠臼，走向现代化的一剂良方。因而就当下种种对于中国刑法现代化的理论设计来看，我国刑法学者最为关注的是：在市场经济条件下我们应该如何进行现代刑事法制建设；换言之，如何使我国刑事法制进入现代状态，获得刑事法制的“现代性”特征。具体地说，这种理论