

北京大学刑事法理论研究所 主办

刑事法评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第 10 卷 (2002)

陈兴良 主编



A0973088

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论 第10卷/陈兴良主编. —北京: 中国政法
大学出版社, 2002. 3

ISBN 7-5620-2038-8

I. 刑... II. 陈... III. 刑法—法的理论—文集
IV. D914.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 013712 号

书 名 刑事法评论 第10卷
出 版 人 李传敢
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 清华大学印刷厂
开 本 850×1168mm 1/32
印 张 21.25
字 数 570千字
版 本 2002年3月第1版 2002年3月第1次印刷
印 数 0 001—3 000
书 号 ISBN 7-5620-2038-8/D·1998
定 价 42.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

主 编 絮 语

本卷是《刑事法评论》的第10卷。中国人从来都对数字十分敏感，无疑，10是一个吉利的数字。因此，第10卷是值得纪念的一卷，表明《刑事法评论》已经逐渐成熟。

在刑事违法研究栏目中，编发了4篇论文，展示了在这个领域的最新研究成果。在以往我国刑法理论中，由于受社会危害性理论的影响，对于刑事违法性是不够重视的。相对于大陆法系刑法理论中内容丰富的刑事违法性理论，它们不能不承认对刑事违法性研究的薄弱。在罪刑法定原则被刑法确认以后，社会危害性理论受到质疑，其至尊地位开始动摇。正是在这一背景下，刑事违法性开始受到重视。因此，在刑事违法性研究中，总是不可避免地涉及社会危害性问题。我在“社会危害性理论——一个反思性检讨”的论文中，向社会危害性理论发难，说了一些狠话，引发了某些争议，我想在适当的时候，对这个问题再作进一步的探讨。本卷发表的这4篇论文都在一定程度上是对我的观点的回应，无论是对我的观点的深化抑或是商榷，我都感到十分高兴。毕竟，学术的生命在于争鸣。米传勇的“刑事违法论——违法性双层次审查结构之提倡”一文提出了对违法性进行双层次审查的构想，即形式违法的审查与实质违法的审查，从而避免因驱逐社会危害性而陷入违法性的泥潭。我认为，这一构想是极具创见的。当然，在大陆法系犯罪构成理论中，违法性的实质审查是通过违法性这一要件完成的，因而其犯罪

构成本身就具有违法性的实质审查之功能。对于这一点,我国犯罪构成理论是应当借鉴的。梁根林、付立庆的“刑事领域违法性的冲突及其救济——以社会危害性理论的检讨与反思为切入”一文,同样涉及刑事违法性与社会危害性的关系,作者推出了刑事违法性的冲突这样一个命题。这里所谓刑事违法性的冲突,实际上是刑事违法性与社会危害性的冲突,即有刑事违法性而无社会危害性或者无刑事违法性而有社会危害性。这当然是一个极具中国特色的命题,在大陆法系刑法理论中,刑事违法性冲突只存在于有形式违法而无实质违法的场合。至于无形式违法而有实质违法的情形是根本不可能存在的,这也正是不能简单地将社会危害性替代实质违法的主要原因。先形式违法审查后实质违法审查,这不仅是一种时间上的顺序,而且是一个理论上的逻辑。与之相反,我国则往往先实质(社会危害性)审查后形式(刑事违法性)审查。本文作者提出能动的司法定罪机制在解决刑事违法性冲突中的关键作用,当然是有重要意义的。刘为波的“可罚的违法性论——兼论我国犯罪概念中的但书规定”一文,引入大陆法系刑法理论中可罚的违法性的概念并对此作了细致的论述。作者认为,我国刑法犯罪概念中的但书规定与可罚的违法性论有某种暗合之处,因而主张借鉴可罚的违法性论,并对但书规定进行了重新阐释,这可以看作是对但书规定的一种理解。近来,我国刑法犯罪概念中的但书规定开始引起人们注意,对其褒贬不一。我认为,但书规定关系到我国刑法的整体框架的建构,确是一个惟此为大的问题。我个人是倾向于否定但书规定的,它虽然有一定的出罪功能,但同时也带来整个刑法建筑的偏斜。当然,对此还需进一步研究。方鹏的“纠缠于法益与社会危害性之间”一文,论述了法益理论与社会危害性理论的关系。我曾经提出用法益概念替代社会危害性概念的观点,方鹏的论文对此进行了探讨,得出的结论是“纠缠于法益与社会危害性之间,我最终倒向了社会危害性”。作者的这一结论是建立在改造社会危害性概念的基

础之上的，尤其是强调了社会危害性的出罪功能。作者的这种独立思考精神是值得充分肯定的，至于结论正确与否，还可以展开讨论。

在**理论前沿**专栏中发表了2篇探索性的论文。劳东燕的“刑事视域中的‘人’”一文，讨论了一个永恒的主题：人。刑事法是规制人的行为的，对人的理解直接关系到刑事法规范的设置。每个历史时期的刑事法都是与这个时期关于人的知识相对应的。在这个意义上说，刑事法学是人学。因此，通过关于人的知识的演变可以勾勒出刑事法发展的历史线索。作者关注的主题是：近代以降对于人的认识如何影响及至支配了现代刑事制度体系的构建，并促成之后变迁的发生。作者描述了从抽象人到抽象人的具体化的变化，这种变化反映了理性治理方式下治理策略的调整。写作这样一种宏大叙事式的论文，是需要勇气的，尤其是大量相关学科文献资料的阅读成为必不可缺，否则就难以把握这个题目。作者以其胆识与学识较好地完成了这一论文的写作，呈现给读者一种完全不同于通常刑法文章的理论风貌，这是难能可贵的。刘中的“二元社会程序规则——刑法非正式渊源叙说”一文，讨论了刑法的非正式渊源这样一个边缘化的问题。作者既肯定了非正式渊源存在的必要性因而予以肯定，同时也揭示了非正式渊源的弊端。作者的关注是值得肯定的，因为发现一个真问题的价值并不亚于识破一个假问题。

在**劳动教养制度研究**专栏中，发表了我的论文：“劳动教养制度：一个文本的研究”。劳动教养制度是当前我国刑事法治建设中迫切地需要解决的一个问题。《刑事法评论》第9卷曾辟专栏对此进行探讨，以后还将持续地予以关注。我的这篇文章是对某市劳动教养委员会制定的一个关于劳动教养的文件的解读。通过这个文件，我们可以了解劳动教养制度存在的实际状态。

在**刑法社会学研究**栏目中，继上卷之后，发表了强世功的“惩罚与法治：中国刑事实践的法社会学分析（1976-1982）”一文的

下篇。读完全文，我们可以从中获得一种崭新的研究思路。

在**专题研究**栏目中发表的论文，内容涉及中国刑法、国际刑法、刑事诉讼法、监狱法和犯罪学等各个刑事法领域。游伟、谢锡美的“非犯罪化思想研究”一文是我国刑法学界迄今为止对非犯罪化问题研究篇幅最大的一篇重要论文。非犯罪化是一个刑事政策方面的问题，尽管我国目前仍然坚持“严打”的刑事政策，因此非犯罪化尚不是一个现实问题，但这一问题的研究仍然是具有重要理论意义的。童德华的“刑事替代责任制度比较研究”一文，对刑事责任中的替代责任制度作了比较研究，尤其是对我国是否实行这一制度提出了作者个人的见解。李贵方的“证据规则的正义理念”一文从正义理念出发，对证据规则进行了研究。因此，它所论述的不是证据规则的技术性问题，而是证据规则由此形成的正义理念。这些理念包括：程序公正性理念、发现案件真实的理念、避免冤案的理念、实现个案公正的理念、排除非法证据的理念等。我认为，这些理念确实是证据规则的灵魂与精髓。秦一禾的“关于中国引渡立法和司法实践的建言”一文，对中国引渡立法和司法实践中的问题提出了建设性意见。随着对外交流的加强，跨国犯罪不断增加。在这种情况下，国际刑事司法协助就显得十分重要。引渡作为国际刑事司法协助的一种方式，对它的研究是十分必要的。蔡道通的“婚内有奸的法理探究”一文，对中西不同语境中“婚内有奸”的社会蕴含进行了比较，研究了“婚内有奸”在西方社会的生成机理和能否在中国实现本土化转换的问题，认为对“婚内强奸”必须一方面规制一方面结合本土文化进行“改造”。同时，文章引介女权主义学说和语境论加以论证，是法学研究走出“经典”和“传统”的一条进路。唐大森的“猥亵罪之比较研究”一文搜集国内外立法资料，对猥亵罪进行了系统的研究，是国内学界对性犯罪研究的又一成果。方泉、石英的“论网络空间的刑事法——兼评欧盟《反网络犯罪条约（草案）》”一文，是对当前较为前沿性的网络犯罪与网络刑

法一类问题的思考,提出网络空间刑事司法权力需要在自由与安全之间实现平衡,这是一种颇具新意的研究。狄小华的“论监狱行刑权力资源的分配”一文,以崭新的视角对行刑权作了探讨,提出了监狱行刑权力资源如何进行分配的问题,这个问题的提出对于调动罪犯内在改造积极性,实现行刑目的具有重要意义。监狱法学在刑事法学中虽然是一个小学科,但也有不少拔尖之作问世,《刑事法评论》发表了一些在我看来是颇有品味的论文,为此我不无得意。鲁兰的“张君及其犯罪集团中女性成员访谈实录”一文,是一篇极具特色的文章。作者以其特殊的身份,对张君及其犯罪集团中女性成员进行了面对面的访谈,从中可以了解女性犯罪的某些实际状况。本文不仅是访问笔录,而且也加入了作者个人的思考,因而更具有启发性。我认为,这种访谈式的研究是我国犯罪学实证研究的重要方法,值得提倡。

在本卷的编辑过程中,我感触最深的一点就是作者的年轻化。在本卷作者中,米传勇、付立庆、方鹏、刘中都是北京大学法学院刑法专业2000级的硕士研究生。经过不到2年时间的学习,就能写出如此高质量的论文,是令人高兴的,其他还有一些作者,也都是硕士生或博士生,在他们身上寄托着我国刑法学明天的希望。

陈兴良

谨识于北京蓝旗营寓所

2001年12月29日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

〔刑事违法研究〕

刑事违法论

——违法性双层次审查结构之提倡/米传勇	(1)
一、违法性序说：以违法性审查的机能为考察点	(2)
二、违法性形式审查之机能	(7)
三、违法性实质评价之机能	(11)
四、形式违法与实质违法的关系及二者矛盾之解决	(17)
五、对我国刑事违法理论之反思	(22)
六、我国刑事违法理论之丰满：建构双层次违法性 审查机制	(27)

刑事领域违法性的冲突及其救济

——以社会危害性理论的检讨与反思为切入 /梁根林 付立庆	(31)
一、社会危害性理论：问题的提出与学界的反思	(31)
二、刑事领域违法性的双面冲突	(40)
三、违法性概念的界分与法益理论的导出	

——冲突救济机制的理论前提	(45)
四、犯罪构成模式之重塑和罪刑法定原则之正名	
——冲突救济机制的理论支撑	(49)
五、陪审制度的完善和刑法领域违宪审查之提倡	
——违法性冲突救济机制的操作实践	(59)
六、结语	(65)
可罚的违法性论	
——兼论我国犯罪概念中的但书规定/刘为波	(67)
一、可罚的违法性的理论基础	(69)
二、可罚的违法性的学说概略	(79)
三、可罚的违法性论的批判	(86)
四、可罚的违法性的判断基准	(90)
五、我国犯罪概念但书规定对可罚的违法性论的 借鉴	(94)
纠缠于法益与社会危害性之间/方鹏	(110)
一、序说：理论的需求	(111)
二、从法益概念出发	(118)
三、回归目的：法益功能	(134)
四、余论：重读社会危害性	(141)

〔理论前沿〕

刑事视域中的“人”/劳东燕	(151)
前言	(151)
一、现代理性治理方式的产生	(159)
二、理性治理方式和抽象人的诞生	(168)

三、抽象人与惩罚权力的理性化	(174)
四、治理策略的变化和抽象人的具体化	(185)
五、抽象人的两难困境	(198)
结语	(209)

二元社会秩序规则

——刑法非正式渊源叙说/刘中	(210)
一、理性主义与权力制衡——刑法一元立法体制 的理论基础	(211)
二、非正式渊源的浮现——刑法一元立法体制的 开裂	(215)
三、经验主义——二元社会秩序规则的理论支撑	(221)
四、颠覆一元体制	(224)
五、司法制度：扭曲二元社会秩序规则	(233)
六、非正式渊源的弊端	(238)
七、一种选择出路	(239)
八、余论	(241)

〔劳动教养制度研究〕

劳动教养制度：一个文本的研究/陈兴良	(243)
一、引言	(243)
二、解读	(244)
三、分析	(257)
四、结语	(266)

〔刑法社会学研究〕

惩罚与法治：中国刑事实践的法社会学分析（1976—1982）

〔下篇〕/强世功	(267)
五、惩罚技术与司法公正	(267)
六、审判独立	(304)
七、结论 法治兴起与治理转型	(327)

〔专题研究〕

非犯罪化思想研究/游伟 谢锡美	(344)
一、引言	(344)
二、非犯罪化的一般考察	(347)
三、非犯罪化思想的成因	(353)
四、非犯罪化思想的价值理念	(369)
五、非犯罪化的实现途径	(384)
六、非犯罪化思想的影响及面临的挑战	(390)
七、非犯罪化在中国	(393)
八、结语	(417)
刑事替代责任制度比较研究/童德华	(420)
一、序说	(420)
二、历史回溯	(421)
三、代理责任制度	(427)
四、转嫁刑责任制度	(434)

五、存废的基本观点	(438)
证据规则的正义理念/李贵方	(445)
一、证据规则源于理性正义	(445)
二、证据规则体现正义理念	(451)
关于中国引渡立法和司法实践的建言/秦一禾	(466)
一、关于中国犯罪人引渡立法的历史	(466)
二、关于中国犯罪人引渡的现状	(470)
三、关于中国犯罪人引渡的问题所在	(475)
四、解决问题的建言	(492)
婚内有奸的法理探究/蔡道通	(499)
一、问题的提出与基本立论	(499)
二、对性的自主权利的侵害——婚内强奸犯罪	
本质特征	(506)
三、人格权优先于身份权——婚内强奸犯罪的	
关键点	(524)
四、“婚内无奸”？——女权主义视角的追问	(534)
五、“婚内有奸”是否不合中国语境	(541)
六、“婚内有奸”如何在中国运作	(555)
猥亵罪之比较研究/唐大森	(566)
一、猥亵行为之法理分析	(566)
二、强制猥亵妇女罪之立法比较	(568)
三、猥亵儿童罪之立法比较	(578)
四、猥亵罪之司法认定	(580)
论网络空间的刑事法	
——兼评欧盟《反网络犯罪条约(草案)》/方泉 石英	(584)
引子 CDA 法案引发“蓝丝带运动”	(584)
一、网络犯罪的“年终平衡”需要刑法	(585)

二、在安全与自由中寻找平衡	(597)
三、寻求网络空间中刑事司法权力的平衡	(607)
结语 “实体自然法”的应然	(614)
论监狱行刑权力资源的分配/狄小华	(615)
一、监狱行刑权力资源的分类	(615)
二、限制惩罚性权力的运用	(619)
三、开发与利用报偿性权力资源	(625)
四、公正分配报偿性权力资源	(628)
五、推行人性化的管理和教育	(634)
张君及其犯罪集团中女性成员访谈实录/鲁兰	(640)
一、对全泓燕的访谈	(641)
二、对秦直碧的访谈	(645)
三、对严敏的访谈	(648)
四、对张君的访谈	(652)
征稿启事	(661)

〔刑事违法研究〕

刑事违法论^{*}

——违法性双层次审查结构之提倡

米传勇^{**}

实定法意义上的犯罪是违反刑法的行为，刑事违法是犯罪的基本规定性之一，这在刑法学界是没有争议的常识。或许正是因为这一命题过于常识化，使得我国刑法学界少有人对其加以关注，刑事违法几近成为我国刑法学人研究视野中的盲点。而外国刑法理论，尤其是大陆法系刑法理论却十分注重对违法性的研究并形成了蔚为可观的违法性理论，这与我国形成了鲜明的对比。值得庆幸的是，我国刑法学界已经有人开始关注刑事违法的问题，如陈兴良教授即在其论文《社会危害性理论——一个反思性检讨》中对违法性理论作了一定的研究，并提出：基于罪刑法定主义、刑事法治的理念，在注释刑法中确立犯罪概念时应当以刑事违法性为出发点，将刑事

* 致谢：本文从选题到文章架构获益于导师王世洲教授的悉心指导，王师曾于德国研习刑法，对大陆法系的刑法理论颇有研究，本文的许多观点直接形成于与王师的多次交流之中；在文章的修改与定稿过程中，有幸得到了陈兴良先生的方家斧正；刘守芬教授也对本文的一些思路提出了独到的见解和精当的指教。对上述诸师的感谢将是发自内心的。另外，学友付立庆也对本文提出了一些建设性意见，在此一并致谢。当然，毫无疑问，文章的一切责任将由作者一人承担。

** 北京大学法学院 2000 级硕士研究生。

违法性作为犯罪的惟一特征；同时认为应当引入大陆法系的违法性理论，坚持形式违法与实质违法的统一、主观违法与客观违法的统一，使刑事违法性真正成为一个具有实体内容的概念。^{〔1〕}此观点，笔者深表赞同，但是尽管陈教授试图引入法益及法益侵害的观念，以避免前述之刑事违法性陷入形式法学的泥潭，然而，该论文中似乎并没有对形式违法与实质违法的统一、主观违法与客观违法的统一作出详细论证（这可能是受篇幅所限的缘故）。本文拟沿着陈兴良教授的思路，以大陆法系违法性审查的机能为切入点，在分别论述违法性形式审查与实质审查机能的基础上，对我国的刑事违法理论进行反思，进而提出建构违法性形式审查与实质审查相统一的双层次审查机制以完善我国刑事违法性理论的构想。^{〔2〕}

一、违法性序说：以违法性审查的机能为考察点

违法性意味着“与法律的矛盾”，^{〔3〕}指行为对法律的违反。违法性理论是大陆法系刑法理论中犯罪论体系的一个重要组成部分。在大陆法系刑法理论中，对于如何构建犯罪论的体系，有多种观点，如犯罪的客观要素与主观要素的体系、行为、违法、责任与构成要件的体系、行为、构成要件或侵害性、违法性、责任的体系、构成要件符合性、违法性、有责性的体系、行为、不法、责任的体

〔1〕 陈兴良：“社会危害性理论——一个反思性检讨”，载《法学研究》2000年第1期。

〔2〕 大陆法系的违法性理论非常发达，涉及形式违法与实质违法、主观违法与客观违法等内容。受限于学识水平以及资料的匮乏，笔者现在不可能在文中对违法性理论作全面论述，故本文主要讨论形式违法与实质违法。至于主观违法与客观违法，则是另一篇文章的主题。

〔3〕 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》（总论），中国法制出版社2001年版，第287页。

系等。^{〔1〕}诸多观点中,在德国、日本有巨大影响的是以下两个主要体系:其一是M·E·麦耶提出的,作为犯罪的成立要件,第一是“构成要件符合性”,第二是“违法性”,第三是“责任”(归责可能性)的体系;其二是梅兹格提出的,第一是“行为”,第二是“不法”,第三是“责任”的体系。^{〔2〕}其中M·E·麦耶之构成要件符合性、违法性、责任的体系,由于以“罪刑法定主义的思想为背景,首先提出构成要件符合性的要素,在肯定其存在之后,再考虑与构成要件符合性异质的违法性的要素,由于构成要件符合性与违法性具有密切联系,通常只需考虑违法性阻却事由是否不存在的问题,在不存在时,就认为具备违法性,然后再研讨行为人是否有责任,在肯定责任存在之后,就可以最终认定犯罪的成立。”^{〔3〕}该理论体系与刑事审判中对犯罪事实的认定过程相一致,并且是“从一般的要素深入到特别的要素,从抽象判断深入到具体的判断”,^{〔4〕}这也符合+思考判断的论理性、经济性,其对犯罪的考察是立体的,^{〔5〕}因此成为德、日刑法理论中的通说。

依前述之通说,某一行为欲成立犯罪,需依次经由构成要件符合性的判断、违法性的判断、有责性之判断始得认定。在此一判断过程中,违法性的判断居于第二层次,其前承构成要件符合性其后接有责性之认定,违法性判断实为承前启后的关键环节。在犯罪成立的三要件中,违法性的重要性实为显而易见的事实,然而笔者之兴趣乃在于违法性审查在判断某一行为是否成立犯罪的过程中所具

〔1〕对于大陆法系犯罪论体系的介绍,可参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第68~70页。

〔2〕大塚仁著,冯军译:《犯罪论的基本问题》,中国政法大学出版社1993年版,第23页。

〔3〕大塚仁著,冯军译:《犯罪论的基本问题》,中国政法大学出版社1993年版,第48~49页。

〔4〕大塚仁著,冯军译:《犯罪论的基本问题》,中国政法大学出版社1993年版,第49页。

〔5〕张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第70页及注释。

有的机能。鉴于违法性判断是犯罪成立三要件体系这一整体的组成部分，因此，对违法性审查之机能的考察必须在犯罪成立三要件体系整体机能的考察中进行。

然而，犯罪成立三要件体系的整体机能是什么，殊值考虑！我国学者储槐植教授认为，犯罪构成理论阐述的犯罪构成要件（或成分），^{〔1〕}不同法系的各个国家大体相同，包括行为、结果、行为侵害的权益、行为时的心态等，但是尽管构成要件的具体内容大体相同，犯罪构成要件的结构却未必相同。储教授将犯罪要件的组合方式称为犯罪构成模式，认为不同犯罪构成模式会发挥不同的机能，并认为，当今世界大致有三类犯罪构成模式：第一类是包括前苏联及我国在内的适应阶级专政需要，静态反映“犯罪规格”的平面整合结构式；第二类是美国刑法的，体现控辩双方对抗活动，蕴含刑法的维护秩序与人权保障两大功能，表明“定罪过程”的公正性价值取向的犯罪构成双层模式；第三类是责任范围逐步收缩反映“定罪过程”的三元犯罪结构式。^{〔2〕}犯罪构成模式如果只反映定罪结论（犯罪规格），而不反映定罪过程，那么只能突出刑法的一种功能，即打击犯罪保卫社会，而对于保障人权则不予关注，我国传统的犯罪构成模式即为此类。犯罪构成模式反映定罪过程，则必须能够同时显示刑法的两种功能：保卫社会和保障人权。德、日刑法犯罪构成三元结构与美国刑法的犯罪构成双层模式在内容和功能上大致相当，在实质上都反映刑事责任追究范围逐步收缩的定罪过程，由刑法两大功能（维护秩序和保障人权）体现出来的犯罪构成内在制约机制。^{〔3〕}

我们认为，储教授的分析是有道理的，准确的揭示了德、日刑

〔1〕 储教授此处所言之“犯罪构成”、“犯罪构成要件”是指我国传统刑法理论中的犯罪构成及犯罪构成要件，与前述之大陆法系的犯罪构成要件的意义并不相同，应予以区分。

〔2〕 三元犯罪结构式，即本文前述的大陆法系犯罪成立三要件体系。

〔3〕 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年第2版，第3页、第5页、第52页。