

依法治国研究系列

丛书执行主编

董彦斌

2015 年

主题出版重点出版物

刑事法治

RULE
OF
LAW
IN
CRIMINAL
JUSTICE

赵秉志 ■ 主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS OF CHINA

2 0 1 5 年 主 题 出 版 重 点 出 版 物

依法治国研究系列

丛书执行主编
董彦斌

刑事法治

RULE
OF
LAW
IN
CRIMINAL
JUSTICE

赵秉志 ■ 主编

何挺

彭新林 ■ 副主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

刑事法治/赵秉志主编. —北京:社会科学文献出版社, 2016. 3

(依法治国研究系列)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 8960 - 5

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法 - 研究 - 中国

IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 059791 号

· 依法治国研究系列 ·

刑事法治

主 编 / 赵秉志

副 主 编 / 何 挺 彭新林

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

特约编辑 / 张文静 徐志敏

责任编辑 / 郭瑞萍 芮素平

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 北京季蜂印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 35.75 字 数: 477 千字

版 次 / 2016 年 3 月第 1 版 2016 年 3 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 8960 - 5

定 价 / 139.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

丛书出版前言

改革开放以来，中国既创造出经济振兴的成绩，也深化了治理方式的探索、筑基与建设。法治的兴起，是这一过程中的里程碑事件。法治是一种需求和呼应，当经济发展到一定阶段，一定要求相应的良好的法律制度来固化成果、保护主体、形塑秩序；法治是一种勇气和执念，作为对任意之治和权力之治的否弃和超越，它并不像人们所喊的口号那么容易，其刚性触及利益，其锐度触及灵魂，所以艰难而有意义。

中国法治现代化是万众的事业，应立基于中国国情，但是，社会分工和分工之后的使命感，使得法学家对法治的贡献不小。中国的法学家群体以法治为业，又以法治为梦。法学家群体曾经“虽千万人吾往矣”，呼唤了法治的到来，曾经挑担牵马，助推了法治的成长，如今又不懈陈辞，翘首以盼法治的未来。

文章合为时而著。20世纪80年代，法治话语起于青蘋之末，逐步舞于松柏之下。20世纪90年代以来，法治话语层出迭现，并逐步精细化，21世纪后更呈多样化之势。法学理论有自身的逻辑，有学术的自我成长、自我演化，但其更是对实践的总结、论证、反思和促动，值得总结，值得萃选，值得温故而知新。

与世界范围内的法治话语比起来，中国的法治话语呈现三个特点。一是与较快的经济增速相适应，发展速度不慢，中国的法学院从三个到数百个，时间不过才三十来年。二是与非均衡的经济状况、法治状况相适应，法学研究水平参差不齐。三是在客观上形成了具有特

殊性的表达方式，既不是中体西用，也不是西体中用。所以，法治话语在研究着法治和中国，而法治话语本身也属于有意味的研究对象。

鉴于为法治“添一把火”的考虑，又鉴于总结法治话语的考虑，还鉴于让各界检阅法治研究成果的考虑，我们组织了本套丛书。本丛书以萃选法治话语为出发点，努力呈现法治研究的优秀作品，既研究基本理论，也指向法治政府、刑事法治、商事法治等具体方面。文章千古事，得失寸心知。一篇好的文章，不怕品评，不怕批评，也值得阅读，值得传播和流传。我们努力以这样的文章作为遴选的对象，以有限的篇幅，现法治实践与理论的百种波澜。

各卷主编均系法学名家，所选作品的作者均系优秀学者。我们在此对各卷主编表示感谢，对每篇文章的作者表示感谢。我们更要对读者表示感谢。正因为关心法治并深具问题意识和国家发展情怀，作为读者的你才捧起了眼前的这本法治书卷。

序 言

全面推进依法治国，是党的十八届四中全会做出的重大战略部署，是国家治理领域一场广泛而深刻的革命，是解决党和国家事业发展面临的一系列重大问题，是确保党和国家长治久安的根本要求。紧紧围绕大局，积极投身中国特色社会主义法治建设的伟大实践，不断推进法学理论、法治实践、法律制度、法治文化创新，为全面推进依法治国提供理论指导和学理支撑，我们广大法学法律工作者不仅责无旁贷，而且机不可失。社会科学文献出版社以强烈的使命感和责任感，抓住机遇，积极作为，及时推出“依法治国研究系列”丛书，可以说是一件很有意义的事情。在“依法治国研究系列”丛书中，《刑事法治》一书是其重要组成部分，也是该丛书的重头戏。承蒙社会科学文献出版社的信任和厚爱，我受托担任《刑事法治》一书的主编，负责该书的整体编撰和协调工作。《刑事法治》一书主要收录近年来我国刑事法理论与实务界代表性的精品成果，集中展现刑事法理论与实务界理论研究和创新的整体水平。希望通过本书的出版，引导广大刑事法理论与实务工作者对刑事法治建设、全面推进依法治国有更为深入的思考，为繁荣刑事法学研究事业，更好地为法治中国建设贡献智慧和力量。

为保证本书所收入论文的质量和及时出版，我们成立了论文评审委员会。评审委员会由两位德高望重的著名法学家——中国刑法学研究会名誉会长高铭暄教授和中国刑事诉讼法学研究会名誉会长陈光中教授担任顾问，本书主编、中国刑法学研究会会长赵秉志教授担任主

任，并延揽北京师范大学刑事法律科学研究院两位青年教师彭新林副教授、何挺副教授协助评审委员会主任负责本书的组织、编辑以及论文的选定工作。评审委员会对论文的选取采取“选人”与“选文”相结合的方法。“选人”即以人选文，由我国刑事法学领域做出较为突出贡献并有代表性著论的刑事法学者预选 1 至 3 篇代表性论文作为备选论文，然后由评审委员会审议定稿；“选文”即以质取文，主要由评审委员会在“选人”的基础上选取具有重要理论创新和应用价值并在刑事法学界产生一定影响的代表性论文，并且都要求发表在法学类核心期刊上。两种方法相互结合、相得益彰，力图保证本书所载论文的质量。为了保证论文的代表性，评审委员会在选取论文时还特别遵循了以下几个原则。第一，兼顾理论与实务。本书收入的代表性论文，既有偏重基础理论研究的，也有偏重刑事司法实践应用的，两者有机结合，共同促进了我国刑事法学研究的繁荣和刑事法治事业的进步。论文的作者，既有来自高等院校、科研机构的著名学者，也有来自司法实务部门的专家型领导，亦兼顾了理论与实务相结合的特点。第二，兼顾刑法学与刑事诉讼法学。刑事法治可分为刑事实体法治与刑事程序法治两个维度。刑事法学的繁荣发展、刑事法治事业的进步，既需要刑法学的繁荣发展，也离不开刑事诉讼法学的创新进步。本书分为上、下两编，总共收入 26 篇论文，其中上编收录 17 篇刑法学论文，下编收录 9 篇刑事诉讼法学论文。在收入论文数量的匹配上，充分考虑到了刑法学分支学科较多的特点。第三，兼顾不同时代，以晚近新作为主。本书选择代表性论文时，以收录晚近 5 年来的新作为主，以体现本书的时代性和现实性，同时也适当考虑时间跨度和论文发表的具体时代背景，对 1997 年刑法典颁行前后的代表性论文亦有所选取。第四，兼顾作者的老中青结合。刑事法治理论创新，刑事法学研究，需要老中青三代刑事法理论与实务工作者的积极参与和共同努力。因此本书收入的代表性论文，注意了作者的老中青结合，既有德高望重、

睿智豁达的老一辈资深法学家，也有造诣深厚、学识渊博的中年法学家，还有才思敏捷、成果丰硕的青年法学家。

当然，晚近数年间，广大刑事法理论与实务工作者，发表了大量的学术论文，为我国刑事法治建设提出了很多真知灼见，其中不乏精品力作。由于篇幅所限，本书收入的只是部分最具代表性的成果，要以有限的 26 篇论文汇集和代表我国刑事法学研究的所有精品之作，显然不可能做到全面，因此难免会有遗珠之憾！好在“管中窥豹，可见一斑”。我相信，本书的出版，对于我们更加深入地了解近年来我国刑事法学研究的发展，更加全面地认识我国社会主义刑事法治建设所取得的巨大成就，更好地把握我国刑事法治的未来发展方向，一定会有所裨益！

本书的出版，得到了论文作者的结集出版授权，得到了社会科学文献出版社的鼎力支持。为此，我衷心地向所有关心、支持本书出版的专家学者和相关机构及同仁们表示诚挚的感谢和崇高的敬意！

赵秉志

2015 年 8 月

目 录

CONTENTS

序 言	赵秉志 / 1
-----------	---------

上编 刑法学

中国刑法的百年变革

——纪念辛亥革命一百周年	赵秉志 / 3
--------------------	---------

刑法学：向死而生	陈兴良 / 26
----------------	----------

中国法学如何走向世界

——基于一个刑法学者的视角	齐文远 / 67
---------------------	----------

从“严打”到“宽严相济”	贾 宇 / 80
--------------------	----------

刑法契约化	储槐植 / 100
-------------	-----------

中国（上海）自由贸易试验区成立对刑法适用之

影响	刘宪权 / 108
----------	-----------

试论刑事司法解释的时间效力	张 军 / 127
---------------------	-----------

犯罪门槛下降及其对刑法体系的挑战	卢建平 / 138
------------------------	-----------

论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的

坚持	高铭暄 / 159
----------	-----------

现行犯罪构成理论共性比较	陈忠林 / 173
--------------------	-----------

行为无价值与结果无价值的关系	周光权 / 196
----------------------	-----------

完善我国单位犯罪处罚制度的思考	黎 宏 / 218
犯罪常态与量刑起点	张明楷 / 236
论严格限制死刑适用	陈泽宪 / 259
网络犯罪的发展轨迹与刑法分则的转型路径	于志刚 / 267
毒品犯罪的挑战与刑法的回应	莫洪宪 / 290
行贿犯罪执法困局及其对策	李少平 / 308

下编 刑事诉讼法学

《刑事诉讼法》的核心观念及认同	汪建成 / 343
刑事诉讼制度变迁的实践阐释	左卫民 / 369
比较法视野下的中国特色司法独立原则	陈光中 / 396
从“应当如实回答”到“不得强迫自证其罪”	樊崇义 / 416
我国刑事强制措施的功能回归与制度完善	卞建林 / 436
职务犯罪侦查中强制措施的立法完善	宋英辉 / 455
论建立以一审庭审为中心的事实认定机制	龙宗智 / 477
论量刑建议	朱孝清 / 509
刑事诉讼法学研究的转型 ——以刑事再审问题为例的分析	王敏远 / 545
丛书后记	董彦斌 / 561



上编 刑法学

中国刑法的百年变革

——纪念辛亥革命一百周年

赵秉志*

一 前言

中华民族，上下五千年，源远流长。五千年来，秉承自强不息的民族精神，中国各族人民在中华大地上繁衍生息，历经数十个朝代，创造了光辉灿烂的文明；其间有起有落、有兴有衰，波澜壮阔、扣人心弦。一个民族的法律是民族历史发展的重要组成部分。回眸过去，五千年的中华历史，既是一部文明史，也是一部法制史、刑法史。从“夏有乱政，而作禹刑”到现代法治文明，从“德主刑辅”到“依法治国”，中华民族“立刑以明威，防闲于未然”（《旧唐书·刑法》），创造了令世界瞩目的中华法制文明。

在中国五千年的发展历程中，1911年的辛亥革命因其推翻了没落的清王朝及两千多年的封建统治而具有划时代的意义，并因此成为中国现代社会发展的重要转折点。从此，中国各族人民克服重重磨难，逐渐走上了民族解放、人民独立、国家富强的康庄大道。也正是由此开始，中国刑法经历了由清末民初、国民政府到新中国的变革，实现了从传统刑法、近代刑法到现代刑法的历史性转变，完成了从理念到体系、从内容到技术的重大变革，建立起了理念先进、体系完善、结构合理、内容科学的现代刑法体系。古人云：“以史为鉴，可以知兴

* 赵秉志，中国刑法学研究会会长，北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长。

替。”回顾辛亥革命以来中国刑法变革发展的百年历程并总结其历史经验，对于深入把握中国刑法的历史命运和现实机遇，并进一步推动当代中国刑法立法的发展与进步，无疑具有积极意义。

二 清末民初中国近代刑法之初创

近现代中国刑法的百年变革始于清末民初。这期间的主要刑法立法有清王朝 1911 年颁布的《大清新刑律》、北洋政府 1912 年颁行的《暂行新刑律》及之后的两次刑法修正案。其中，1911 年《大清新刑律》的颁布成为中国刑法走上近代化道路的标志，^① 并成为中国法制从传统刑法向近现代刑法过渡的分水岭。^②

（一）《大清新刑律》

清朝末年，西方列强的入侵引发了中国的民族危机，内忧外患交织，清政府的统治岌岌可危。为了继续维护其专制统治，清朝政府甚至“考虑在另外的基础上组织政体的可能性”。^③ 在此背景下，变法成为清王朝末年的必然选择。

1902 年，时任直隶总督袁世凯、两江总督刘坤一、湖广总督张之洞联衔会奏，建议从速修订法律，并保举沈家本主持修律工作，得到清政府的应允。沈家本认为，“各法之中，尤以刑法为切要”。在修律过程中，他始终以制定新刑律为主要任务，并于 1907 年制定了《大清新刑律草案》。^④ 不过，由于沈家本的《大清新刑律草案》大量引进了资产阶级的刑法文化，草案的体例和内容较旧律变化极大，因而遭到了以张之洞为首的礼教派的激烈攻击，他们称沈家本“用夷制夏”，

① 李秀清：《法律移植与中国刑法的近代化——以〈大清新刑律〉为中心》，《法制与社会发展》2002 年第 3 期。

② 朱昆：《〈大清新刑律〉与中国法制现代化的启动》，《河南大学学报》（社会科学版）1998 年第 2 期。

③ [美] 费正清：《剑桥中国晚清史》（下卷），中国社会科学出版社，1985，第 321 页。

④ 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社，2003，第 294 页。

违背了中国传统的礼教与民情。^① 由于反对的声音太大，新刑律的修订工作被迫延缓。

不过，考虑到在当时的社会背景下，“旧律之删订，万难再缓”，作为过渡，沈家本奏请清政府同意，对《大清刑律》进行删改和局部调整，并且根据“总目宜删除也”、“刑名宜厘正也”、“新章宜节取也”和“例文宜简易也”的“办法四则”，于1909年10月12日编订成了《大清现行刑律》，并于1910年颁行。^② 这部《大清现行刑律》在当时虽然只是一部过渡性的刑法，但它较之于旧律仍有两点突破：一是删除吏、户、礼、兵、刑、工等总目，并将纯粹的民事性质的条款析出，打破了中国古代长期以来的“诸法合体、民刑不分”的立法格局；二是以罚金、徒、流、遣、死取代原来的封建制五刑，并废除凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等酷刑，使得刑罚更加人道。^③

而在删订《大清刑律》的过程中，《大清新刑律》的修订工作并未中断。为了适应世界法治文明发展的需要，清政府还从多种渠道引进了西方国家的刑法作为参照，并且聘请了日本法学博士冈田朝太郎“帮同考订，易稿数四”。^④ 1911年1月15日，清政府颁布了《大清新刑律》，议定1913年施行，但未及施行，宣统皇帝就在辛亥革命的次年初宣布退位了。^⑤

《大清新刑律》分总则和分则两编，共53章411条，后附《暂行章程》。其中，总则共17章，88条；分则共36章，323条；《暂行章程》5条。^⑥ 尽管《大清新刑律》的最终颁布历经曲折，其内容也一改再改，但沈家本在1907年的《修订法律大臣沈奏修订刑律草案告成折》中所阐述的“更定刑名”、“酌减死罪”、“死刑惟一”、“删除比

① 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社，2003，第311页。

② 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社，2003，第296~299页。

③ 李贵连：《沈家本与中国法律现代化》，光明日报出版社，1989，第95~126页。

④ 高铭暄、赵秉志：《中国刑法立法之演进》，法律出版社，2007，第17页。

⑤ 周密：《中国刑法史纲》，北京大学出版社，1998，第352页。

⑥ 李贵连：《沈家本与中国法律现代化》，光明日报出版社，1989，第127页。

附”和“惩治教育”五个主张，仍基本得以保留。^①

客观地说，受当时政治、经济、文化等各种因素的制约，《大清新刑律》的修订存在很大的局限性，如对于究竟是要“参酌各国法律”变革“义关伦常诸条”还是要维护作为“刑法之源”的礼教，清政府的态度前后矛盾。^② 清政府 1902 年的上谕要求：“参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。”（《大清法规大全·法律部》，卷首）1909 年的上谕则称：“惟是刑法之源，本乎礼教。……凡我旧律义关伦常诸条，不可率行变革，庶以维天理民彝于不敝。”（《大清法规大全·法律部》，卷首）这使得在具体修律过程中，以张之洞为首的礼教派和以沈家本为首的法理派对“无夫奸”和“子孙违反教令”应否入律争论不休，并且双方最终不得不相互妥协，将维护礼教的“和奸无夫妇女罪”纳入了新刑律的《暂行章程》5 条，而将有关“子孙违反教令”的“对尊亲属有犯不得适用正当防卫”规定不入律^③。

不过，历史地看，由于沈家本修订《大清新刑律》是以德国、日本刑法为原型，奉行的是“我法之不善者当去之”和“彼法之善者当取之”的原则（沈家本：《寄簪文存》卷四），因此，与中国传统的封建刑法相比，《大清新刑律》仍然具有很大的历史进步性。这主要体现在：（1）抛弃了旧律“诸法合体、民刑不分”的编纂形式，以罪名和刑罚等刑法范畴作为法典的唯一内容，是一部纯粹的刑法典。（2）抛弃了旧律的结构形式，采用近代西方刑法典的体例，将整部法典分为总则与分则两部分，实现了“总则为全编之纲领，分则为各项之事例”^④ 的区分，

① 李秀清：《法律移植与中国刑法的近代化——以〈大清新刑律〉为中心》，《法制与社会发展》2002 年第 3 期。

② 周少元：《从〈大清新刑律〉看中西法律的冲突与融合》，《江苏社会科学》1997 年第 2 期。

③ 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社，2003，第 326 页。

④ 赫善心：《中国新刑律论》，载王健编《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社，2001，第 141～150 页。

“显属刑法体系史上空前的变化和进步”。^①（3）规定了罪刑法定、法律面前人人平等现代刑法原则。而其对重法、酷刑的删除，对未成年人犯罪的惩治教育等，则体现了刑罚的人道主义精神。^②（4）以死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘留、罚金为主刑，褫夺公权、没收为从刑，规定“死刑用绞，于狱内执行之”（《大清新刑律》第38条），“死刑非经法部复奏回报，不得执行”（《大清新刑律》第40条）。同时，在罪名方面，删除了封建刑律中的“八议”、“十恶”等名目，增加了一些新的罪名，是刑法史上的一大进步。

总之，《大清新刑律》是对中国古代刑律的一大突破，也是中西方刑法文化融合的产物，因此被称为中国刑法史上“古今绝续之交”的集大成之作，并为后世刑事立法奠定了基础。^③

（二）《暂行新刑律》

1911年的辛亥革命一举推翻了清王朝的统治，也让《大清新刑律》胎死腹中，使其虽然颁布但未能施行。不过，《大清新刑律》的历史使命并未因此而终结。1912年3月10日，袁世凯在就任中华民国临时大总统的当天，即以《临时大总统令》指示：“现在民国法律未经议定颁布，所有以前施行之法律及新刑律（即《大清新刑律》——笔者注），除与民国国体抵触各条应失效外，余均暂行援用，以资遵守。”^④1912年4月30日，在对《大清新刑律》予以直接删改的基础上，北洋政府颁布了《暂行新刑律》。

《暂行新刑律》除了删除《大清新刑律》中“侵犯皇帝罪”一章和《暂行章程》5条外，主要是把《大清新刑律》律文中的“帝国”、“臣民”、“复奏”、“恩赦”等具有封建色彩的词语改为“中华民国”、“人民”、“复准”、“赦免”等，同时还增加规定了一些反

① 蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社，1983，第332页。

② 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社，2003，第332～333页。

③ 张国华、李贵连合编《沈家本年谱初编》，北京大学出版社，1989，第228页。

④ 周密：《中国刑法史纲》，北京大学出版社，1998，第371页。