

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家太我也



● 陈兴良 / 著

# 刑事法治论 (第二版)

**Rule of Law in Criminal Justice**

 中国人民大学出版社



● 陈兴良 / 著

---

# 刑事法治论 (第二版)

## Rule of Law in Criminal Justice

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法论/陈兴良著. —2 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2017. 11  
(陈兴良刑法学)  
ISBN 978-7-300-25049-6

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法-研究-中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 247522 号

陈兴良刑法学  
刑事法论 (第二版)  
陈兴良 著  
Xingshi Fazhi Lun

---

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	<a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a>		
	<a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司	版 次	2007 年 10 月第 1 版
规 格	170mm×228mm 16 开本		2017 年 11 月第 2 版
印 张	41.25 插页 4	印 次	2017 年 11 月第 1 次印刷
字 数	589 000	定 价	158.00 元

---

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



---

## 总 序

一个人开始对自己的学术生涯进行总结的时候，也就是学术创造力衰竭的时候。“陈兴良刑法学”这一作品集就是对我的刑法学研究生涯的一个总结，因此也是我的学术创造力衰竭的明证。

刑法学研究是我毕生从事的事业。与刑法学的结缘，始于1978年，这年2月我以77级学生的身份入读北京大学法律学系。1978年被称为中国改革开放的元年，这一年12月召开的中国共产党十一届三中全会确定了改革开放的方针。至于说到法制的恢复重建，是以1979年7月1日刑法等7部法律通过为标志的。从1949年到1979年，在这30年的时间里我国是没有刑法，也没有民法的，更不要说行政法。1979年刑法是社会主义中国的第一部刑法，从1950年开始起草，共计33稿，至1979年仓促颁布。这部刑法的起草经历了我国与苏联的政治蜜月期，虽然此后我国与苏联在政治上决裂，但刑法仍然保留了明显的苏俄痕迹。同时，从1950年代成长起来的我国刑法学家，基本上都是接受苏俄刑法学的学术训练，他们在荒废了20年以后回到大学重新执教，恢复的是苏俄刑法学的学术传统，我们是他们的第一批正规学生。1979年7月1日通过的刑法，生



效日期是1980年1月1日。而根据课程安排，我们这个年级从1979年9月开始学习刑法这门课程。也就是说，我们是在刑法尚未生效的时候开始学习刑法的，课程一直延续到1980年7月。一年时间，学完了刑法的总则与分则。对于刑法，我们只是粗略地掌握了法条，对其中的法理则不知其然，更不用说知其所以然。至于司法实务，更是因为刑法刚开始实施，许多罪名还没有实际案例的发生，所以不甚了然。大学期间，我国学术百废待兴，刚从“文化大革命”中走出来，受到摧残最为严重的法学学科几乎是一片废墟，我们经历了这个过程。现在很难想象，我们在整个大学四年时间里，每一门课程都没有正式的教科书，我们是在没有教科书的情况下完成学业的。也正是如此，我们阅读了大量非法学的书籍，基于本人的兴趣，我更是阅读了当时在图书馆所能借阅的大量哲学著作，主要是西方17世纪以来的，包括英国、法国、德国的哲学著作，对康德、黑格尔的德国古典哲学尤其着迷。因为原来就有一定的马克思主义哲学的基础，所以我对于马克思主义来源之一的德国古典哲学理解起来较为容易。这段阅读经历，在一定程度上培养了我的哲学气质，也对我此后的刑法研究产生了重大影响，我在1980年代后期至1990年代初期的刑法哲学研究，就是这段读书经历的衍生物。我在1981年年底完成的学士论文题目是《论犯罪的本质》，这就是一个具有本体论性质的题目。从这个题目也可以看出当时我的学术偏好。但这篇论文很不成功，只是重复了马克思主义关于犯罪的阶级性等政治话语，缺乏应有的学术性。因此，论文的成绩是良好而没有达到优秀。我的本科刑法考试成绩也只是良好，当时我的兴趣并不在刑法，后来只是因为一个偶然的原因才走上刑法的学术道路。

在我1982年2月大学毕业的时候，正是社会需要人才的时候，我们班级的大部分同学被分配到最高人民法院、最高人民检察院和中央机关，也有部分同学回到各省的高级法院和检察院，还有部分同学到各个高校担任教师，从事学术研究。而我们这些较为年轻的同学则考上了硕士研究生，继续在大学学习。我考上了中国人民大学法律系（从1988年开始改称法学院）研究生，师从我国著名的刑





法学家高铭暄教授和王作富教授，开始了我的刑法学习生涯。

1982年2月，我从北京大学来到中国人民大学。中国人民大学成为我接受法学教育的第二所大学。正是在这里，我接受了最为经典的带有明显苏俄痕迹的刑法学的学术训练。我的硕士学位论文是王作富教授指导的，题目是《论我国刑法中的正当防卫》，这是一篇贴近司法实务的论文，也是我最初的论文写作。该文答辩时是4万字，后来扩充到20余万字，于1987年以《正当防卫论》为书名在中国人民大学出版社出版，成为我的第一部个人专著。到1988年3月获得法学博士学位的时候，我娴熟地掌握了已经在中国本土化的苏俄刑法学，这成为我的刑法学的学术底色。

1984年12月，我在硕士毕业的时候就已经办理了在中国人民大学法律系留校任教的手续，因此博士学位相当于是在职攻读。当然，当时课时量较少，没有影响博士阶段的学习。1988年3月博士论文答辩获得通过，论文是高铭暄教授指导的，题目是《共同犯罪论》，有28万字。这是我第一次完成篇幅较大的论文。博士论文虽然以我国刑法关于共同犯罪的规定为基本线索，但汲取了民国时期所著、所译的作品，例如较多的是日本20世纪30、40年代的作品，试图将这些学术观点嫁接到我国刑法关于共同犯罪的理论当中。其中，以正犯与共犯二元区分为中心的理论模型就被我用来塑造我国刑法中的共同犯罪的理论形象。后来，我的博士论文被扩充到50余万字，于1992年在中国社会科学出版社出版。以上在硕士论文和博士论文基础上修改而成的两部著作，是我早期学习以苏俄刑法学为基础的刑法知识的产物，由此奠定了我的学术根基。

从1984年开始，我在中国人民大学法学院任教，从事刑法的学术研究。在中国人民大学法学院，我完成了从助教到教授的教职晋升：1984年12月任助教、1987年12月任讲师、1989年9月任副教授、1993年6月任教授、1994年任博士生导师。及至1998年1月，我回到母校——北京大学法学院任教。在大学担任教职，培养学生当然是主业。但对于研究型大学的教师来说，学术研究也是其使命之所在、声誉之所系。因此，我将相当的精力投入刑法的学术研究，见





证了我国刑事法治的演进过程，也参与了我国刑法学术的发展进程。在我自己看来，我在提升我国刑法研究的学术水平与拓展我国刑法研究的理论疆域这两方面作出了努力，有所贡献。我的研究领域主要在以下五个面向：

### （一）刑法哲学

1992年由政法大学出版社出版的《刑法哲学》一书，可以说是当时篇幅最大的一部刑法著作，也是我的成名作，这一年我35岁，距离大学本科毕业正好10年。《刑法哲学》一书可以说是对过去10年学习与研究刑法的总结之作，完成了我对以苏俄刑法学为源头的我国刑法学的理论提升与反思，并且确定了我进一步研究的学术方向。这是我国整个法学界第一部采用哲学方法研究部门法的著作，因而受到瞩目。在《刑法哲学》的基础上，我于1996年在中国方正出版社出版了《刑法的人性基础》一书，并于1998年在中国人民大学出版社出版了《刑法的价值构造》一书。以上三部著作构成了我的刑法哲学研究三部曲，成为我的刑法学术研究的一个独特面向。

我的刑法哲学研究是在一种十分独特的学术生态环境下进行的，也是我在极度贫乏的我国刑法学中试图突破，寻求前途的一种学术能力。如前所述，当我在1980年代中期进入刑法学术界的时候，我国刑法理论还是苏俄刑法学的“拷贝”，当然也结合刚刚颁布的我国刑法进行了一些阐述。但从总体上来说，我国当时的刑法理论是十分肤浅的，这对于正处于知识饥渴阶段的我来说，是很不解渴的。1988年当我获得博士学位的时候，现有的刑法知识我已经完全掌握了。当时我国学术尚未对外开放，在一个自闭的学术环境中，我基于对拘泥于法条的低水平解释的刑法理论现状的不满，以为刑法理论的出路在于从刑法解释学提升为刑法哲学。因此，在刑法哲学的名义下，我对现有的刑法知识进行了体系化的整理，并试图探索我国刑法学的出路。在刑法哲学的三部曲中，《刑法哲学》一书是在对苏俄刑法知识的系统化叙述的基础上，以罪刑关系为中心建构了一个刑法学的理论体系，可以看作是对苏俄刑法知识的哲理化改造。如果说，《刑法哲学》一书还是以叙述刑法本身的知识为主的，那么，《刑法的人性基础》与《刑







法的价值构造》两书则是对刑法的形而上的研究，实际上可以归属于法理学著作而非刑法学著作。这是在学术境况晦暗不明的情况下，从哲学以及其他学科汲取知识，寻求刑法学的突破的一种努力。刑法哲学的研究从1990年持续到1996年，这是我从33岁到38岁这样一段生命中的黄金季节。尽管刑法哲学的研究给我带来了较高的声誉，但这只是我进入真正的刑法学研究的学术训练期。正是刑法哲学的研究使我能够把握刑法的精神与哲理，从思想的高度鸟瞰刑法学术。

## （二）刑法教义学

1997年我国完成了一次大规模的刑法修订，从这时起，我将学术目光转向刑法条文本身。1997年3月，我在40岁的时候于中国人民公安大学出版社出版了《刑法疏议》一书，这是一部以法条为中心的注释性的刑法著作，是我从刑法哲学向刑法解释学的回归。《刑法疏议》一书中的“疏议”一词，是一个特定的用语，不仅仅具有解释的意思，而且具有疏通的含义。我国唐代有一部著名的著作，称为《唐律疏议》，流传千古，被认为是我国古代最为重要的律学著作。《刑法疏议》这个书名就带有明显的模仿《唐律疏议》的色彩，这也表明我试图从我国古代律学中汲取有益的知识。我国古代的律学，是一门专门的学问。律学与现在的法学还是有所不同的，法学是清末从国外移植的学术，主要是从日本，以及通过日本而吸收德国的刑法知识。因为该书是对刑法条文的逐条注释，随着时间的推移，该书的内容很快就过时了。该书成为我的著作中唯一一部没有修订再版的著作，这次也同样没有收入“陈兴良刑法学”作品集。

2001年我在商务印书馆出版了《本体刑法学》一书，这是继《刑法疏议》之后又一部关注刑法本身的著作。但《本体刑法学》完全不同于《刑法疏议》：后者是逐条逐句地注释刑法条文的著作；前者则是没有一个刑法条文，而以刑法法理为阐述客体的著作。《本体刑法学》是《刑法疏议》的后续之作，力图完成从法条到法理的提炼与升华。《本体刑法学》这个书名中的“本体”一词来自康德哲学，具有物自体之义。我将法条视为物之表象，把法理看作是隐藏在法条背





后的物自体。因此,《本体刑法学》是纯粹的刑法之法理的叙述之作。这里应该指出,在整个1980年代我国刑法学还是在一种与世隔绝的状态下进行学术研究的。只是从1990年代初开始,随着我国对外开放,与国外的学术交流也随之展开。尤其是英美、德日的刑法学译著在我国的出版,为我国刑法学者打开了一扇学术之窗。从刑法的对外学术交流来看,最初是与日本的交流,后来是与德国的交流,这些都在相当程度上为我国的刑法学研究提供了学术资源。刑法学界开始对我国传统的刑法学进行反思,由此开启了我国当代的刑法知识的转型之路。

2003年我在中国政法大学出版社出版了《规范刑法学》一书,这是我的第一本刑法教科书,或者也可以称为刑法体系书。该书以我国的刑法条文为中心线索,完整地展开对刑法总论和刑法各论的知识铺陈,以适应课堂教学的需要。该书到目前已经出版了第三版,篇幅也做了较大规模的扩充。《规范刑法学》对于刑法总则的法理阐述是较为简单的,其重点是对刑法分则的分析。我国刑法是一部所谓统一的刑法典,所有罪名都规定在一部刑法之中,有近500个罪名,其他法律中都不能设立罪名。《规范刑法学》对这些罪名逐个进行了构成要件的分析。对于重点罪名分析得尤为详细,这对于正确把握这些犯罪的法律特征,具有一定的参考价值。除了刑法规定以外,我国还存在司法解释制度,即最高人民法院和最高人民检察院可以就审判与检察中涉及的法律适用问题作出解释。这种解释本身就有法律效力,可以在判决书中援引。自从刑法实施以来,最高人民法院和最高人民检察院作出了大量的司法解释,这种解释实际上成为一种准法律规范。《规范刑法学》一书中所称的“规范”,不仅包括刑法规定,而且包括司法解释。因此,《规范刑法学》尽可能地将司法解释融合到法理叙述当中,并且随着司法解释的不断颁布该书也不断进行修订。

2010年我在中国人民大学出版社出版了《教义刑法学》一书,这是一部以三阶层的犯罪论体系为中心线索,并对比四要件的犯罪论体系,系统地叙述德日刑法知识的著作。该书所称的教义刑法学,是指教义学的刑法学。该书以教义或





曰信条 (Dogma) 为核心意念，以三阶层的犯罪论体系为逻辑框架，在相当的深度与广度上，体系性地叙述了刑法教义的基本原理，充分展示了以教义学为内容的刑法学的学术魅力。该书对三阶层的犯罪论体系和四要件的犯罪构成理论进行了比较研究，是对三阶层的犯罪论体系的本土化的知识转换，为引入三阶层的犯罪论体系清理地基创造条件。该书是我为推动我国当代刑法知识的转型，以德日刑法知识取代以苏俄刑法学为底色的刑法知识所做的一种学术努力。

### (三) 刑事法治

1998年对于我来说又是人生道路上的一个转折点，这一年1月我回到了母校——北京大学法学院任教。与此同时，从1997年到1999年我在北京市海淀区人民检察院兼职担任副检察长，这段挂职经历使我进一步了解司法实务工作，尤其是对于我国刑事诉讼程序的实际运作情况有了切身的了解，这对于我此后进行的刑事法治研究具有重要助益。这也在一定程度上使我的学术视野超出刑法学，建立了刑事一体化，即整体刑法学的观念，从而开阔了理论视域。2007年我在中国人民大学出版社出版的《刑事法治论》一书，就是这一方向的努力成果。这是一部面向法治现实之作，而且是以刑事司法实际运作为结构，贯穿了刑事司法体制改革的中心线索。该书讨论了刑事法治的一般性原理，基于刑事法治的理念，我对警察权、检察权、辩护权和审判权都进行了法理探究：寻求这些权力（利）的理性基础，描述这些权力（利）的运作机理，探讨这些权力（利）的科学设置。同时，我还对劳动教养和社区矫正这两种制度进行了研究。尤其是劳动教养，它是中国独特的一种带有一定的保安处分性质的制度。但由于保安处分的决定权被公安机关所独占，其被滥用日甚一日。我在该部分内容中明确提出了分解劳动教养，使其司法化的改革设想。

刑事法治，是我在过去20多年时间里始终关注的一个现实问题，也是基于对我国的社会现状所进行的刑事法的理论思考，为推进这个领域的法治建设所做的一份学术贡献。尽管现实与理想之间存在巨大的差距，这种差距难免使我们失望，但学术努力仍然是值得的。我国目前正处在一个法治国家建设的关键时刻，





既需要改革的勇气，也需要改革的思想。

#### （四）刑法知识论

2000年我在《法学研究》第1期发表了《社会危害性理论：一个反思性检讨》一文，这是我对深受苏俄影响的我国刑法学反思的开始。社会危害性是苏俄刑法学中的一个核心概念，被认为是犯罪的本质特征。正是在社会危害性的基础之上，建构了苏俄刑法学的理论体系。我国刑法学也承继了社会危害性理论，以及在此基础上的四要件的犯罪构成体系，由此形成我国刑法学的基本理论框架。对社会危害性理论的批判，成为我对苏俄刑法学的学术清算的切入口。2006年我在《政法论坛》第5期发表《刑法知识的去苏俄化》一文，明确地提出了去除苏俄刑法知识的命题，从知识社会学的角度展开对苏俄刑法学的批判，并对我国刑法知识的走向进行了探讨。其结论反映在我发表在《法学研究》2011年第6期的《刑法知识的教义学化》一文当中，这就是吸收德日刑法知识，建构我国的刑法教义学知识体系。在这当中，完成从苏俄的四要件到德日的三阶层的转变，可以说是当务之急。当然，我国的知识转型并没有完成，四要件的犯罪构成体系仍然占据着通说的地位，但三阶层的犯罪论体系已经开始普及，走向课堂，走向司法。围绕着以上问题的思考，我于2012年在中国人民大学出版社出版了《刑法的知识转型（学术史）》和《刑法的知识转型（方法论）》两书，为10年来我对我国刑法知识的研究画上了一个句号。刑法知识论的研究，使我从具体的刑法规范与刑法法理中抽身而出，反射面向刑法学的方法论与学术史。这是一个刑法学的元科学问题，也是我的刑法学研究的最终归宿。

#### （五）判例刑法学

在我的刑法研究中还有一个独特的领域，这就是判例刑法学。我国传统的刑法学研究都是以刑法的法条为中心的，这与我国存在司法解释制度但没有判例制度具有一定的关联性。然而，判例对于法律适用的重要性是不言而喻的。因此，深入的刑法学研究必然会把理论的触须伸向判例。前些年，我国虽然没有判例制度，但最高人民法院公报以及最高人民法院刑事审判庭出版的案例选编等司法实





际素材，为刑法的判例研究提供了可能性。我在法学院一直为刑法专业的硕士生开设案例刑法研究的课程，作为刑法总论与刑法各论学习的补充，受到学生的欢迎。在这种情况下，我以最高人民法院刑事审判庭出版的有关案例为素材，进行判例刑法学的研究，于2009年在中国人民大学出版社出版了《判例刑法学》（上下卷）一书。该书从案例切入，展开法理叙述，将案例分析与法理研究融为一体，成为刑法学研究的一个新面向。

2010年中国正式建立了判例制度，这是一种具有中国特色的判例制度，称为案例指导制度。这种判例制度完全不同于德日国家的判例制度，它是以最高人民法院不定期颁布指导性案例的方式运行的。最高人民法院颁布的指导性案例在下级法院审判过程中具有参照的效力。这里的参照，既非具有完全的拘束力，又不是完全没有拘束力，而是具有较弱的拘束力。这些指导性案例虽不能在判决书中援引，但判决与指导性案例存在冲突的，可以作为上诉的理由。尽管这一案例指导制度仍然具有较强的行政性，它是以颁布的方式呈现的，而不是在审判过程中自发形成的规则秩序；但它毕竟是一种新的规则提供方式，对于我国司法实践具有重要的意义。判例制度的关键功用在于通过具体判例形成具有可操作性的司法裁判规则，因此，对于裁判规则的提炼是一项重要的工作。我作为首席专家，从2010年开始承担了《中国案例指导制度》的国家社科重大项目，并于2013年年初在北京大学出版社出版了《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》（上下卷）一书。该书在对既有的刑事指导案例进行遴选的基础上，提炼出对于刑事审判具有指导意义的裁判要旨，并对裁判要旨进行了法理阐述，以此为司法机关提供参考。

刑法学属于部门法学，它与公民权利具有密切的联系。因此，刑法学者不仅是一个法条主义者，更应该是一个社会思想家；既要有对于国家法治的理想，又要有对于公民社会的憧憬；既要有对于被害人的关爱之情，又要有对于被告人的悲悯之心。

罪刑法定主义是我所认知的刑法学的核心命题：它是刑法的出发点，同时也





是刑法的归宿。在我的刑法理论研究中，罪刑法定主义占据着极为重要的位置。中国1979年刑法并没有规定罪刑法定原则，反而在刑法中规定了类推制度。及至1997年刑法修订，废弃了类推制度，规定了罪刑法定原则，由此而使中国刑法走上了罪刑法定之路。在我国刑法规定罪刑法定原则的前后，我先后撰文对罪刑法定主义进行了法理上的深入探讨。这些论文编入《罪刑法定主义》一书，由中国法制出版社于2010年出版。在该书的封底，我写了这样一句题记，表达了我对罪刑法定主义的认知：“罪刑法定主义：正义之所归，法理之所至。”罪刑法定主义应当成为刑法的一种思维方式，并且贯穿于整个刑法体系。我国刑法虽然规定了罪刑法定原则，但这只是一个开端，还会经历一段罪刑法定司法化的艰难进程。在相当一个时期，我国刑法学者还要为实现罪刑法定原则而奋斗。

整体刑法学的研究也是值得提倡的。李斯特提出了整体刑法学的命题，这对于今天我国的刑法学研究仍然具有指导意义。北京大学法学院教授、我的前辈学者储槐植教授提出了刑事一体化的思想，追求刑法的内在结构合理（横向协调）与刑法运行前后制约（纵向协调）。作为一种方法论，刑事一体化强调各种刑法关系的深度融合。应该说，整体刑法学与刑事一体化都是从系统论的角度看待刑法，反对孤立地研究刑法，提倡把刑法置于整个法律体系与社会关系中进行分析。对于这样一种刑法研究的方法论，我是十分赞同的。因为刑法本身的研究领域是较为狭窄的，必须拓宽刑法的研究领域，并且加深刑法的研究层次。对于刑法，应当以教义学为中心而展开。如果说，刑法教义学是在刑法之中研究刑法，那么，还需要在刑法之上研究刑法的刑法哲学、在刑法之外研究刑法的刑法社会学、在刑法之下研究刑法的判例刑法学，等等。除了对刑法的学理研究以外，刑法学者还应当关注社会现实，关注国家法治建设。只有这样，才能使刑法学不仅是一种法教义学，而且具有经世致用的功效。

刑法是具有国别的，刑法效力是具有国界的；然而，刑法知识与刑法理论是具有普世性的，是可以跨越国界的。因此，我始终认为我国刑法学应当融入世界刑法学的知识体系中去，而不是游离于世界刑法学之外。在这种情况下，我国应





应当向德、日、英、美等法治发达国家学习先进的刑法理论。相对而言，由于历史的原因，我国借鉴的是大陆法系的法律制度，包括法律技术与思维方法。因此，吸收与汲取德日刑法知识是更为便利的。从1980年代以来中国刑法学演进的路径来看，其也是在学术上的对外开放当中发展起来的。最初是引进日本的刑法知识，后来是引进德国的刑法知识；开始是以引进刑法总论知识为主，后来逐渐引进刑法各论知识；从翻译出版刑法体系书（教科书），到后来翻译出版刑法学专著，经历了一个发展过程。这些来自德日的刑法知识对于中国刑法学的发展起到了重要的促进作用，推动了我国刑法学的发展。我国学者将这些舶来的刑法知识用于解决中国刑事立法与刑事司法中的问题，其实践功能也是十分明显的。可以说，我国刑法学正在融入德日刑法知识的体系之中。

“陈兴良刑法学”作品集将对已经出版的个人著作进行修订整理，陆续出版。我的著作初期散落在各个出版社，首先要对各个出版社的编辑在我的著作出版过程中付出的辛勤劳动，表示衷心感谢。自2006年起，我的著作列入中国人民大学出版社的“中国当代法学家文库”，出版了20余种。现在，我的个人专著以“陈兴良刑法学”的名义修订出版，作为本人学术生涯的一个总结。对于中国人民大学出版社的编辑在我的著作出版过程中的敬业、细致和认真的职业精神，表示敬意。30年来以学术为旨归，以写作为志业，虽劳人筋骨，伤人心志，亦执着以求，守职不废。这对于一个学者来说，当然是本分。然此盈彼亏，心思用于学问多，则亏欠家人亦多。因此，对于夫人蒋莺女士长久以来对我的理解与襄助，深表谢意。

自从1987年我在中国人民大学出版社出版第一本个人专著《正当防卫论》以来，正好30年过去了。这30年是我学术研究的黄金时节，在此期间，出版了数十种个人专著，主编了数十种著作以及两种连续出版物，即《刑事法评论》（40卷）和《刑事法判解》（9卷），发表了数百篇论文。收入“陈兴良刑法学”的，是我在这30年间出版的个人专著，共计以下14种，分为18卷（册），计一千余万字：





1. 《刑法哲学》
2. 《刑法的人性基础》
3. 《刑法的价值构造》
4. 《刑法的知识转型（方法论）》
5. 《刑法的知识转型（学术史）》
6. 《刑事法治论》
7. 《正当防卫论》
8. 《共同犯罪论》
9. 《刑法适用总论》（上卷）
10. 《刑法适用总论》（下卷）
11. 《规范刑法学》（上册）
12. 《规范刑法学》（下册）
13. 《判例刑法学》（上卷）
14. 《判例刑法学》（下卷）
15. 《本体刑法学》
16. 《教义刑法学》
17. 《口授刑法学》（上册）
18. 《口授刑法学》（下册）

学术是一个逐渐累积的过程，每个人都只是一门学科所形成的知识链中的一个节点。我作为从 20 世纪 80 年代开始登上我国刑法学术舞台的学者，学术生命能够延续到 21 世纪 20 年代，正好伴随着我国刑事法治的恢复重建和刑法学科的起死回生，以及刑法知识的整合转型，何其幸也。“陈兴良刑法学”所收入的这些作品在刑法学术史上，都只不过是“匆匆过客”。这些作品的当下学术意义日渐消解，而其学术史的意义日渐增加，总有一天，它们会成为刑法学术博物馆中的古董摆设，这就是历史的宿命。

在“陈兴良刑法学”作品集的编辑过程中，总有一种“人书俱老”的感叹。







我知道，这里的“书”并不是一般意义上的书，而是指书法的“书”。但在与“人”的对应意义上，无论对这里的“书”作何种理解都不重要，而对“俱老”的意识和体悟才是最为真实和深刻的。对于一个写作者来说，还有什么比亲笔所写的书，伴随着自己一天天老去，更令人激动的呢？

最后，我还要感谢中国人民大学出版社对我的厚爱。如前所述，我的第一本专著《正当防卫论》就是1987年在中国人民大学出版社出版的。从2006年开始人大出版社将“陈兴良刑法研究系列”纳入“中国当代法学家文库”，这次又专门为我出版“陈兴良刑法学”作品集。我还要感谢北京冠衡刑辩研究院院长刘卫东律师为作品集的出版慷慨解囊，提供资助。作为我指导的法律硕士，刘卫东在律师从业生涯中践行法治，成为业界翘楚。为师者，我感到十分荣幸。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017年9月1日



## 第二版出版说明

《刑事法论》第一版是在 2007 年出版的，至今正好十年。值此十年之际，对本书进行了增补，由此形成第二版，纳入“陈兴良刑法学”丛书，由中国人民大学出版社出版，这是值得纪念的。

《刑事法论》的第二版是一个严格意义上的增补版，增添了大约三分之一的内容。如果说，本书第一版主要反映的是 20 世纪 90 年代至 21 世纪初我对法治问题的思考；那么，本书增补的内容则反映了晚近十年我对法治问题的思考。这十年间，我国刑事法治还是有了较大的进展。例如，本书第一版中论及的劳动教养制度已经被取消，社区矫正制度正在建构之中，以审判为中心的刑事司法体制改革也正在逐步推进，而职务犯罪和渎职犯罪侦查权从检察权中剥离对检察权带来重大影响，如此等等，都是值得我们关注的。本书第二版对这些改革作了一定程度的回应，对本书第一版已经过时的内容进行了修订。

除了对已有的内容进行修订以外，本书第二版增补了五章内容，这些内容涉及刑事法治的相关领域。例如，案例指导制度是我国的一项制度创新，对于完善刑法的适用具有重要意义。我在 2010 年承担了案例指导制度研究的国家社科基



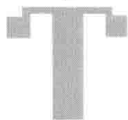
金重大招标项目，组织团队对案例指导制度进行了系统研究，主编出版了《中国案例指导制度研究》（北京大学出版社 2014 年版）一书。随着案例指导制度的建立，最高人民法院和最高人民检察院分批颁布了各自的指导性案例，对于审判业务和检察业务都发挥了重要的指导作用。收入本书的“案例指导的制度建构”一章，是我对案例指导制度的最新研究成果。我认为，案例指导制度的建立，牵动着司法解释制度的运行，它补充了司法规则的来源。我们应当从创制规则的角度对案例指导制度的意义进行解读。不仅如此，我们还应当从古今和中外两个不同的视角对我国案例指导制度的功能进行法理解读。只有这样，才能深刻地洞察建立案例指导制度给我国法治格局带来的重大影响。此外，在“刑法立法的发展方向”一章，我以《刑法修正案（九）》为视角，对晚近不断颁布的《刑法修正案》对我国刑法进行较大幅度修订的立法发展趋势，作了前瞻性的探讨。这对于推动我国刑事法治的规范演进具有重要意义。尽管这些年来，我国刑事法治取得了令人瞩目的进步，但还是存在各种不能尽如人意之处，对此需要学者大胆建言，由此起到促进作用。

《刑事法论》在我的著作中属于面对法治实践的人世之作，尽管如此，我还是想尽可能地从学术与法理的角度进行解读和思考，为形成中国的法治话语体系贡献绵薄之力。这次修订和增补，使本书内容更为充实，观点能够与时俱进，资料得以及时更新，这是令人欣慰的。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017 年 6 月 4 日



## 第一版出版说明

---

刑事法治是我从1999年以来一直在关注并思考的一个现实法治问题。其背景是1999年通过宪法修正案的方式，将依法治国，建设社会主义法治国家载入宪法，这是令我辈法律人振奋的。从人治到法治，这是在治国方略上的重大转变，标志着我国在法治化的道路上迈出了重要的一步。现代化，是中国人的百年梦想，从五四运动开始我国就进入了一个缓慢但持久的现代化进程。尤其是四个现代化的建设目标的提出，使现代化的追求更加具有明确的方向。但是，在相当长的一个时间里，我们往往把现代化看作是一个经济问题，因而四个现代化涉及的也大多是工农业生产以及与此相关的科学技术的现代化。但是，我认为，现代化并不仅仅是经济的现代化，而且是社会的现代化。现代化过程就是一个社会转型的过程，如果不在社会转型的框架内考虑现代化，那么这种以经济为主的现代化是无法实现的。正是在这个意义上讨论现代化，我认为它与以下三个要素相关：一是市场化，二是民主化，三是法治化。其中，市场化是基础，无论是民主化还是法治化都离不开市场化。民主化是目的，也是现代社会的标志。而法治化是保障，无论是市场化还是民主化，都离不开法治的保障。一个社会，只有实现





了市场化、民主化与法治化，才能说这是一个现代社会。因此，我们可以把市场化、民主化与法治化视为现代化的基本内容，这才是对现代化的科学理解。在现代化的上述要素中，法治化占有重要地位。随着我国从上个世纪80年代初开始进行改革开放，市场化在我国得以启动，并逐渐地取代计划经济成为经济的主导力量。正是随着市场化程度的不断提高，我国社会提出了法治化的要求，法治成为一种时代的呼唤。

刑事法治这个概念是从法治中引申出来的，是指刑事法领域的法治状态。在我看来，法治不是一个空泛的概念，必然有其具体内容，法治应当落实到各个具体的法律领域，因而才有行政法治、刑事法治与民事法治之称。1999年9月27日在北京大学法学院刑事法理论研究所举办的第一次刑事法论坛上，我作了“刑事司法制度改革”的演讲。在这个演讲中，我首次提出了刑事法治的概念，指出：

法治的概念需要从法理上来进行研究，但法治本身并不是抽象的、空洞的，它需要落实到具体的部门法之中。从刑事司法的角度来看，应当从法治的概念中引申出刑事法治这样一个基本范畴。刑事司法制度改革的目标模式应当是建立刑事法治，应当围绕着刑事法治来考察刑事司法制度的改革问题。<sup>①</sup>

在这次演讲中，我提出了刑事法治的三个基本内容：人权保障、形式理性和程序正义，并作了具体阐述。此后，我又发表了《刑事法治的理念建构》一文<sup>②</sup>，对刑事法治的内容作了更为理论化的论述，形成了我对刑事法治的基本思路。在此之后，刑事法治的概念逐渐为我国学者所接受，例如蔡道通教授的《刑事法治：理论诠释与实践求证》（法律出版社2004年版）一书，就是以刑事法治为中心词的第一部专著。该书从理论与实践两个方面对刑事法治的基本原理予以

<sup>①</sup> 陈兴良主编：《法治的使命》，2版，4页，北京，法律出版社，2003。

<sup>②</sup> 参见陈兴良：《刑事法治的理念建构》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，第6卷，北京，中国政法大学出版社，2000。





在一定深度与广度上的展开，对我们正确理解刑事法治具有重要意义。我对刑事法治的研究，也是在一个持续的过程中，并且成为在我的学术研究中十分独特的一个内容。促使我从事刑事法治研究的主要有以下三个因素：

第一个因素是从上个世纪 90 年代末开始的司法改革。刑事法治涉及刑事立法与刑事司法两个层面，但我对刑事法治的关注却主要是从刑事司法引发的。我国的司法体制，包括刑事司法体制，是建立在计划经济基础之上的。而刑事司法制度更是按照专政模式建立起来的，更多体现的是国家意志，对被告人的权利缺乏应有的法律保护。在建设法治国家的方略确立以后，为适应法治建设的需要，整个司法制度，包括刑事司法制度都要作出重大调整。正是在这样一个背景下，司法改革的问题被提出来了。学者们对司法改革都抱有极大的热情，积极地投入司法改革的研究中来，并为司法改革鼓与呼。我也正是在这种情况下开始关注刑事司法改革，并由此提出刑事法治的概念，将其作为刑事司法改革的价值目标。尽管由于种种原因，司法改革并没有取得学者们所期望的预期效果，但我国司法制度的发展完善也是有目共睹的。也许，司法改革是一个随着法治建设的发展而不断推进的漫长过程，我们以往对司法改革的预期或多或少有些理想化，因而失望与失落也就是不可避免的。理论与实践、理想与现实，这两者之间总是有距离的，作为理论研究者，有些理想色彩的思考也是必然的。关于刑事法治，就是一个需要数十年时间去努力奋斗才能实现的目标。尽管刑事法治现在还是一个遥远的目标，但我们对它的思考却是现实的，这种思考有助于我们接近刑事法治这个目标。

第二个因素是从 1997 年 6 月到 1999 年 6 月，我在北京市海淀区人民检察院挂职担任副检察长，有机会直接参与司法实践，对刑事司法的运作过程有了更为真切的感受。在这种情况下，我的学术视野有所开阔。在此之前，我主要对刑法问题感兴趣，对刑事诉讼法则存在相当的隔膜。但在检察机关任职期间，刑事程序与刑事证据问题引起了我的兴趣。此外，结合检察机关的办案制度改革，例如主诉检察官制度的创立，我对刑事司法体制产生了一些个人见解。这种见解并不





受到任职部门立场的限制，而是纯粹地从一个学者的立场出发，对刑事司法体制问题进行探讨。因此，刑事法治这个概念，其内容包括刑法和刑事诉讼法两个领域。这样，就使我的思想触须伸向刑事诉讼法，体现了一种刑事一体化的学术理念，使我的思想境界大为拓展。尽管在检察机关任职时间只有短短的两年，但这段经历对于我的学术研究的影响却是十分深远的，刑事法治的思想源头也可以追溯到这段在检察机关的任职经历。

第三个因素是近年来发生的一些引起社会轰动的重大案件，例如董伟案，以及影响更大的刘涌案，还有后来发生的佘祥林案。按照时间排列，董伟案发生在2002年，刘涌案发生在2003年，佘祥林案发生在2005年。董伟案涉及的是死刑制度，刘涌案涉及的是非法证据排除规则，佘祥林案涉及的也是证据采信问题。当然，这三起案件都触及了我国刑事司法体制的敏感神经。对这三起案件，我都参与了讨论乃至争论，尤其是在刘涌案中，我不经意间成为某种意义上的“当事人”，受到舆论的尖锐抨击。这段历史，对于我来说是刻骨铭心的。通过这三起案件，我看到了我国刑事司法改革的艰难性和刑事法治建设的艰巨性。不能说没有些许的失望，但希望总是在支撑着我的信念。

正是在以上三个因素的影响下，我将学术目光投向刑事法治建设的现实。本书是这一研究的最终成果。它不同于纯学术的研究成果，因为这些文字当中包含了本人通过亲身践行而获得的感受、感悟与感知，也是我所更为珍惜的。

本书的内容可以分为三个部分：第一部分是刑事法治的一般原理，这部分内容具有较强的理论性，是对刑事法治的理论阐述。在刑事司法改革中，我有一个切身的感受，就是如果没有确立改革的价值目标并以此作为改革的引领，那么这种刑事司法改革就是盲目的，也是难以成功的。在刑事法治的理念中，我最为强调的还是人权保障，这是刑事司法改革的一条红线，刑事司法改革应当围绕人权保障而展开。这里涉及对法及法治的理解。我们通常都在有法可依、有法必依的意义上理解法治，但这仅仅是法治的形式标准，关键在于如何认识法治的内在价值。我认为，法治的要旨在于对国家权力的限制以保障公民个人的权利与自由。





同样，刑事法治的要旨在于对国家刑罚权的限制以保障被告人的权利与自由。只有将这一刑事法治的价值贯穿整个刑事司法改革的始终，才能保证刑事司法改革在正确的方向上向前推进。当然，在刑事法治的一般原理中，还涉及形式理性与实质理性、程序正义与实体正义等一系列重大的理论问题，这都需要从理论的高度予以阐述。除了刑事法治的理念以外，在刑事法治的一般原理中，还包含对刑事政策、刑法机能等基本问题的探讨。尤其是刑事政策与刑事法治的关系是值得我们充分重视的。刑事政策强调的是对犯罪惩治的及时性与有效性，它对于整个刑事立法与刑事司法都具有指导作用。而刑事法治则更强调对被告人权利的保障，体现对国家刑罚权限制的功能。在这种情况下，刑事法治与刑事政策这两者之间存在着某种紧张关系。在刑事法治的建设中，更应当注重的是刑事政策不应超越罪刑法定原则的樊篱，因而应当通过刑事法治对刑事政策加以某种限制。我向来主张理性思维，任何事物只有在理论高度才能把握其本质，对刑事法治也是如此。尽管我的这些理论分析可能存在偏颇，但作为一名我国刑事司法改革的亲历者，这种理性思考还是具有价值的。

本书的第二部分是刑事司法权的法理分析，包括对警察权、检察权、辩护权和审判权的分析。这也是我从刑事诉讼法角度对这些问题的探讨，具有独特意义。虽然储槐植教授在上个世纪80年代末就提出了刑事一体化的思想，但在法学研究当中，专业的隔阂还是十分严重的，在刑法与刑事诉讼法之间也是如此。我本人一直是从事刑法理论研究的，对于刑事诉讼法是陌生的。在检察机关任职期间，由于亲身经历了刑事司法活动，因而产生了对刑事诉讼法的兴趣，其中从刑事司法改革角度对刑事诉讼结构的切入，使我进入到刑事诉讼法的学术前沿。尽管受学术精力与能力所限，我目前仍然以研究刑法为主，但那段学术经历仍然给我留下深刻记忆。我认为，刑事司法改革的核心是刑事司法权的配置问题。这里的刑事司法权，是从广义上来说的，包括警察权、检察权、辩护权和审判权，包括控辩审三方。在这一诉讼结构中，我以为最为重要的是审判权，也就是狭义上的司法权，只有使审判权中立而独立地得以行使，才能保证司法的公正性。刑







事法治作为刑事法领域的一种法治状态，它本身并不是空洞的，除理念以外，体制是刑事法治的物质层面，对刑事法治起着某种支撑的作用。我国刑事法治建设的重点与难点，就在于刑事司法体制的结构性调整，使司法资源合理地分配，从而形成一种制度性合力。在这方面，我们还有很长的路要走。本书第二部分对各种刑事司法权的法理分析，都是基于我国的现实，虽然有某种合理性的考量，但更多的还是一种对策性的构建，因而必然存在某种局限性。我想，等到将来我国刑事司法完成了法治化的变革以后，再来看我们现在的这些论述，一定会受到保守乃至肤浅之讥。无论如何，历史局限性是任何人都无法克服的，我们只能说客观环境所允许的话，这也是一种历史的宿命。

本书的第三部分是关于两种具体刑事制度的考察：一种是劳动教养制度，另一种是社区矫正制度。劳动教养制度在我国形成已经五十多年，是计划经济时代的产物。在刑事法治建设中，劳动教养制度正面临着改革的命运。劳动教养作为刑法制度的补充，在过去相当长的时间内曾经对维护社会稳定发挥过作用。但随着刑事法治理念的普及，劳动教养制度的不合理性愈来愈显现出来。在这种情况下，应该加快对劳动教养制度进行改革，这一改革成果将成为衡量我国刑事法治程度的标志。与具有悠久历史的劳动教养制度相比，社区矫正是我国正在试验的一种刑事制度，我认为它代表着刑事体制中某种具有强大生命力的新生要素。尽管社区矫正制度在西方法治发达国家早已推行，但对于我国来说，社区矫正制度仍然具有某种创新意义，这是值得充分肯定的。我对社区矫正制度一直十分关注，并且受聘担任司法部社区矫正的专家顾问，多次参与咨询。这使我对社区矫正试点情况更加了解，也对社区矫正制度在我国的发展前景充满信心。

除正文以外，本书还有两篇具有实质内容的序跋，也可以说是本书正文的重要补充。代序——“中国刑事司法制度：理念、规范与体制之考察”，从刑法与刑事诉讼法两个方面对我国刑事司法制度进行了一种全景式的描述，它为我们理解刑事法治提供了某种现实背景。代跋——“中国刑事司法改革的考察：以刘涌案和余祥林案为标本”，从个案的角度对我国刑事司法制度进行了一种特写式的





描述。十分凑巧的是，这两篇论文都是我参与对外学术交流活动的产物。前篇是1999年1月参加北京大学法律学系和香港律政司、香港讼辩学会联合举办的内地与香港诉讼制度研讨会的主讲报告。后篇是2006年7月在日本东京大学参加学术活动的讲演稿。由于对外交流的这样一个特殊背景，这两篇论文都具有某种介绍性，并在此基础上进行了某种理论阐述，因而陈述的语气更为客观、更为平缓。

刑事法治是一个永久的话题，我只是这个话题的挑起者以及某个阶段的参谈者。学者在理想与现实之间保持某种平衡、某种张力是十分困难的，从本质上来说学者是趋向于理想化的，学术研究本身要求学者具有某种超越现实的能力。但现实又是像地心引力一样难以摆脱的，人不能抓着自己的头发离开地球。经过了一段对现实法治的观察与思考以后，我愿意将自己的学术注意力仍然转移到理论上，也许在那里更能激发我的学术创造力。毕竟，现实是更为复杂的，而学者相对来说是较为单纯的。本书是对现实法治关注的一种学术记录，是对我心路历程的一种记录，也是对我理性思考的一种记录。它表明，我观察过，我思考过。只是，这一切对于我来说都已经成为历史。

陈兴良

谨识于合肥稻香楼宾馆

2007年7月6日



## 代 序

# 中国刑事司法制度：理念、规范与体制之考察

中国目前面临着一个社会结构的转型问题，这一社会转型的境况成为中国各种社会现象分析的基本背景。法律制度的考察，包括刑事司法制度的考察，莫不如此。从法律制度来看，中国随着社会转型正在逐渐地完成从人治到法治过渡的法律现代化进程。尤其是建设社会主义法治国家目标的确定，使得中国法制发展的走向更为明确。在刑事司法领域，同样可以感受到社会转型背景下的法律现代化所带来的对传统刑事司法制度的猛烈冲击和对刑事司法制度变革的迫切呐喊。在代序中，我将对中国刑事司法制度从理念、规范、体制三个层面进行考察，力图勾勒出中国刑事司法制度演进的基本线索，总结出在中国刑事司法制度变革中面临的基本问题，并触摸中国刑事司法制度发展的基本脉络。

### 一、中国刑事司法制度的理念嬗变

任何一项制度的改变，都必然是理念先导。只有在正确的司法理念指导下，刑事司法制度的改革才能顺利地进行。中国当前首先面临的是观念转变的问题，



即从传统的以专政为核心的司法理念向法治的以人为本、以法为本的司法理念转变。这一转变可以提供刑事司法制度改革的思想资源。在我看来，司法观念的嬗变主要包括以下三个方面：

（一）从社会保护向人权保障倾斜

刑事司法制度的建构，必有其追求的价值内容，在任何一个社会都不例外。刑事司法制度的价值诉求，无非是社会保护与人权保障这两个基本方面。在不同社会，社会保护与人权保障这两者的偏重有所不同：在一个以社会为本位，注重社会秩序维持的社会里，社会保护被确立为刑事司法制度的首要价值目标。因此难免以牺牲公民个人的自由与权利为代价，甚至不惜践踏公民个人的自由与权利。而在一个以个人为本位，注重个人自由的维护的社会里，人权保障成为刑事司法制度的存在根基。为维护公民个人的自由与权利，即使造成某种程度的社会秩序的混乱也在所不惜。当然，从理论上说，社会保护机能与人权保障机能应当和谐地统一起来，并且在一般情况下也确实能够获得某种程度的统一。但在两者发生冲突的情况下，取舍之间凸显出一个社会刑事司法制度的基本价值诉求。中国古代社会以注重社会秩序轻视个人自由而著称，被称为是一种以家庭为本位的社会，因而法律形态也可以说是一种家族法。对此，中国学者瞿同祖指出：从家法与国法、家族秩序与社会秩序的联系中，我们可以说家族实为政治法律的单位，政治、法律组织只是这些单位的组合而已。这是家族本位政治法律理论的基础，也是齐家治国一套理论的基础，每一家庭能维持其单位内之秩序而对国家负责，整个社会的秩序自可维持。<sup>①</sup> 在这种法律制度的建构中，个人是微不足道的，而家庭以及由其构成的社会却是至高无上的。所以，刑法注重对社会利益的保护是势所必然。中华人民共和国成立以来，在计划经济的体制下，中国是一个政治国家的一元社会。在这种情况下，刑法作为专政工具必然以保护社会利益为根本使命。在经济体制改革以后，引入了市场机制，中国正在从市民社会与政治

---

<sup>①</sup> 参见瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，28页，北京，中国政法大学出版社，1998。





国家合一的、一元的社会结构向市民社会与政治国家分立的、二元的社会结构转型。因此，个人的命运，包括个人的自由与权利，越来越受到关注。这种从社会保护向人权保障的倾斜，在刑事立法上得以体现。在刑法中，权利保障的刑法价值被突出到一个极其显著的位置上，尤其是1997年《刑法》第3条确立的罪刑法定原则，体现了刑法作为犯罪人的大宪章，同时也是善良公民的大宪章对刑罚权的限制功能。在刑事诉讼法中，当事人，包括被害人与被告人的诉讼权利都得以加强，注重调动有关诉讼当事人与参与人在刑事诉讼活动中的积极性。刑事诉讼的职权因素有所减弱，对当事人权利的保障有所加强。凡此种种，都说明在法治社会的刑事司法制度中，个人的自由与权利应当并且正在成为其重要的价值诉求。

## （二）从实质合理性向形式合理性转变

合理性（rationality）是德国著名学者韦伯在分析社会结构时提出的一个重要观念。韦伯把合理性的概念应用于社会结构分析时，作出了形式合理性和实质合理性的区分。形式合理性具有事实的性质，它是关于不同事实之间的因果关系判断；实质合理性具有价值的性质，它是关于不同价值之间的逻辑关系判断。形式合理性主要被归结为手段和程序的可计算性，是一种客观合理性；实质合理性则基于属于目的和后果的价值，是一种主观合理性。在韦伯看来，形式合理性和实质合理性处于一种永远无法消解的紧张对立关系之中。在对待法的态度上，也存在着韦伯所说的“法逻辑的抽象的形式主义和通过法来满足实质要求的需要之间无法避免的矛盾”<sup>①</sup>。法是用来满足社会正义的，但法又有自身的形式特征。例如，法的对象是一般的，当一般正义得以满足的时候，个别正义可能难以兼顾。在这种情况下，是牺牲个别正义以保全法的形式，还是相反？这也正是人治与法治的分野：人治不是说没有法，甚至也可能存在完备的法制，而在于是否以法为终极的判断标准，即法治的实现，在某些情况下会牺牲社会的实质正义。法

<sup>①</sup> [德] 韦伯：《经济与社会》，下卷，401页，北京，商务印书馆，1997。





治意味着一套形式化的法律规范体系，对形式合理性具有强烈的冲动。而在以人治为特征的中国古代社会，虽然也有较为完备的法典，但由于在儒家思想的主导下，对伦理道德的实质正义的追求的结果必然将形式的法予以弃置，因而在更大程度上是韦伯所说的“卡迪司法”（Kadi-Justiz, Kadi 系伊斯兰教国家的审判官）。韦伯指出：儒家主导的中国法文化缺乏自然法与形式法的逻辑（Rechtslogik），儒家司法是根据被审者的实际身份以及实际情况，或者根据实际结果的公正与适当来判决的一种“所罗门式的”卡迪司法。<sup>①</sup>

中华人民共和国成立以来，基于对某种政治理想的追求，法治的观念在中国始终没有建立起来，甚至社会长期处在“无法”的状态。随着走向法治，法律纷纷出台，但这种法如何能够得以切实贯彻而不至于成为虚置的文本，仍然是一个大问题。在刑事法领域，法律施行是得到国家权力保证的，因而贯彻得好一些。但这里也始终存在一个实质合理性与形式合理性的冲突。可以说，形式合理性的理念正在逐渐生成，实质合理性的冲动正在受到抑制。在刑法领域，长期以来坚守的是社会危害性理论。根据这种理论，社会危害性是犯罪的本质特征，甚至是刑法的基石。凡是具有严重的社会危害性的行为，法律有规定的，应当依照法律规定认定为犯罪；法律没有规定的，应当依照类推定罪。在某种意义上说，类推制度在刑法中的设立，就是实质合理性的冲动压倒形式合理性的结果。随着罪刑法定原则的确立、类推制度的废止，在刑法中形式合理性的诉求战胜了实质合理性。罪刑法定原则意味着对国家刑罚权的限制，这种限制是以形式的法来实现的，因而对于保障公民个人的自由与权利来说，具有实质的价值内容。尽管实行罪刑法定会使个别或者少数严重的危害社会行为因法无明文规定而逃脱法律制裁，似乎在实质合理性上有所丧失，但这是一种必要的代价。非此不能实现法治的价值，以破坏法治而实现的实质合理性是得不偿失的。在刑事诉讼法上，长期以来坚守的是实事求是的原则，追求实体正义，忽视程序正义。由于犯罪案件是

<sup>①</sup> 参见 [德] 韦伯：《儒教与道教》，王蓉芬译，174 页，南京，江苏人民出版社，1993。





一种已逝的存在，在刑事诉讼中对于犯罪事实的复原只具有相对意义，而不能原样复原。<sup>①</sup> 在这种情况下，为了保证最大限度的实质正义，只能通过一套严密设计的司法程序与法律规则进行法律推导，包括推定，如无罪推定等原则的适用。因此，程序正义虽然是形式的合理性，但都是为了保证更大程度的实体正义。如果摆脱司法程序，以追求所谓实体正义为名践踏司法程序、违背法律规则，法治必然被破坏殆尽。由于在刑事诉讼法中确立了无罪推定原则，程序的价值受到重视，一种形式合理性的思维正在形成。

### （三）从实体正义向程序正义偏重

实体与程序是保证司法公正的两种法律制度设计：前者解决案件处理的公正标准问题，后者解决案件处理的正当程序问题，两者不可偏废。但在中国刑事司法活动中，长期以来存在着重实体轻程序的倾向，严重地妨碍了司法公正的实现。对于程序法的轻视，除了在学理上没有正确地认识实体与程序的关系<sup>②</sup>以外，根本原因还在于没有正确地处理在刑事诉讼活动中国家的司法权力与个人的诉讼权利之间的关系。质言之，轻视程序实际上是忽视对被告人合法权益的保障。正如我国学者指出：刑法属于授权性规范，刑事诉讼法则属于限权性规范。刑法设定了国家的刑罚权，刑事诉讼法则为国家刑罚权的正确、适度行使设置规

---

<sup>①</sup> 我国学者提出了客观事实与法律事实的问题，实事求是之事，是客观事实还是法律事实？客观事实如何转化为法律事实？客观事实与法律事实何以具有同一性？凡此种种，都需探讨。由于人的思维的非至上性，案件事实的完全复原几乎是不可能的，而且代价太大。正如我国学者指出的：实事求是原则引申出来的判决要建立在弄清案件事实真相的基础之上的以事实为根据的原则，只是一种司法理想。这一原则把司法理想与司法操作相混淆，在司法实践中是很难实现的。参见贺卫方：《司法的理念与制度》，153页，北京，中国政法大学出版社，1998。

<sup>②</sup> 关于实体法与程序法的关系，在理论上存在主从论、同等论与阶位论等各种观点。主从论为传统观点，被有些学者认为是重实体轻程序思想的理论基础；同等论即实体法和程序法为同等关系；阶位论，即实体法和程序法为逻辑上的阶位关系的观点正在取代主从论而受到中国诉讼法学界的重视。参见李佑标：《试论实体法和程序法的关系》，载陈光中、江伟主编：《诉讼法理论与实践》（1997年卷），28页以下，北京，中国法学会诉讼法学研究会，1998。





则和界限。<sup>①</sup> 因此，根据刑法获取的国家刑罚权，只有在刑事诉讼活动中，经过一定的司法程序才能得以行使。在诉讼活动中，国家的司法权力与个人的诉讼权利相对抗。在这一对抗中，司法权力强大，而个人权利弱小。为保证司法公正，必须通过诉讼程序严格规范司法机关的活动。保护被告人的合法权益，重视程序的重要意义也正在于此。随着刑事诉讼法的修正，程序的独立价值越来越被学界所认可，并逐渐地为司法人员所认同。我认为，程序理念的形成并深入人心，是法治的一个重要标志。没有严格的程序，也就谈不上真正的法治。在程序正义的理念中，不仅对司法机关的诉讼活动应当遵循法定程序提出了严格要求，更为重要的是应当保障被告人的诉讼权利。因此，程序并不仅仅是一种法律程式，而是具有实体内容的一种法律制度。

以上三个方面的观念嬗变表明，在刑事司法中，人权保障的观念、形式合理性的观念、程序正义的观念正在中国形成，构成刑事法治的基本观念。

## 二、中国刑事司法制度的规范设置

司法，司法，所司法者法也。因此，法，即规范，是司法之本。在刑事司法活动中，司法之法为刑事实体法与刑事程序法。随着1996年刑事诉讼法的修正和1997年刑法的修订，中国刑事法律规范在法治的轨道上大有进步。但在这些法律规范的设置及适用上，仍然存在一些问题。对此加以深入的考察，必将有益于刑事法治的建设。

### （一）刑法的修订及实施中的问题

1979年刑法是建立在计划经济体制之上的，它所反映的是以中央集权、高度垄断集中为特征的社会现状。从20世纪80年代初开始，中国启动了以经济体

---

<sup>①</sup> 参见汪建成：《刑法和刑事诉讼法关系新解》，载陈光中、江伟主编：《诉讼法理论与实践》（1997年卷），25页，北京，中国法学会诉讼法学研究会，1998。







制改革为先导的深刻的历史变革，社会进入了一个现代化的急剧变动过程当中，社会结构发生了重大的变化。在这种社会背景下，1979年刑法从它的实施开始，就滞后于日益发展的社会生活。为此，立法机关从1981年就开始以单行刑法与附属刑法两种方式，对1979年刑法进行修改补充，包括对刑法总则与刑法分则的修改补充。这次刑法修订是在建立社会主义市场经济法律体系这样一个立法框架下进行的，因此，对于刑法修订的指导思想也应当由此分析。市场经济是法治经济，尽管人们对其含义还有不同理解，但这一命题大体上已为学界所认同。市场经济是法治经济，首先在于市场经济对法治具有内在需求。市场经济内在地需要规则和程序，包括刑事规则以及由此维护的社会秩序。在市场经济条件下，刑法调整不仅是必要的，甚至比计划经济体制下，其调整的广度与深度有过之而无不及。因为在市场经济体制下，随着经济关系的多元化，刑法调整的广度有所扩张；随着经济关系的复杂化，刑法调整的深度有所提高。概言之，刑法可以从市场经济中汲取生命力，在市场经济中大显身手。因为刑法植根于市场经济运行机制的内在要求，同样，市场经济也只有刑法的切实保护下，才能有条不紊地正常运行。基于对刑法与市场经济的相关性的这样一种认识，刑法修订可以看作建立市场经济法律体系的努力的一个重要组成部分。市场经济的发展在客观上提出了刑法修订的要求。因此，这次刑法修订的指导思想是通过修订刑法，使之适应社会主义市场经济的客观需要。这种需要，不仅表现在增设经济犯罪，强化经济刑事立法，维护市场经济秩序；而且表现在推进民主政治，加强刑法的人权保障机能。

通过刑法修订，在内容与形式两个方面刑法规范都有所改善。这种改善首先表现在罪刑法定原则的立法确认上。1979年刑法未规定刑法基本原则，在刑法理论上一般都把罪刑法定作为刑法基本原则加以确认。当然，由于1979年刑法存在类推制度，因而对于当时的刑法是否实行罪刑法定原则在理论上存在争论。但在中国刑法学界，绝大多数学者倾向于将罪刑法定确认为刑法基本原则。在我看来，这与其说是一种实然的描述，不如说是一种应然的期待。1997年刑法修





订首次以法律的形式确认罪刑法定原则。《刑法》第3条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”这一原则的精神实质是在刑法中确立法治精神：犯罪以法有明文规定者为限，法无明文规定不为罪，法无明文规定不处刑。这样，就在公民自由与国家刑罚权之间划出了一条明确的界限，它有利于对公民的个人权利的保障，是社会主义法治原则在刑法中的直接体现。罪刑法定原则的立法化，废除了1979年刑法中规定的类推制度。从此，中国刑法不再是一个开放性的规范体系，而是一个相对封闭的规范体系。罪刑法定原则的确立，一方面是对立法权本身的限制，否认国家有对公民行为进行事后的刑事追溯的权力，这就是从罪刑法定原则中派生出来的刑法不溯及既往的原则。另一方面，也是更重要的意义，在于对司法权的限制，防止司法机关滥用刑罚权，避免对法无明文规定行为的刑事追究。

应当指出，罪刑法定原则的确立，使刑法调整范围相对确定，同时也会带来一些消极效应，即对法无明文规定的严重危害社会的行为不能定罪处刑。在这种情况下，中国的司法制度面临的一种考验，甚至可以说是一种挑战，即在司法操作中能否贯彻罪刑法定原则？在中国刑法学研究会举办的“’98全国新刑法施行研讨会”上，与会代表对过去一年来罪刑法定原则贯彻实施中存在的问题进行分析后认为，这一原则已受到司法实践的严重挑战，表现在对法无明文规定的严重危害社会的行为如何处理以及刑法规范中的模糊用语如何理解等问题所选择的解决方式上。<sup>①</sup>例如，关于已满14周岁的人承担刑事责任的范围，《刑法》第17条第2款作出了明确规定，只对故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪应当负刑事责任。但在刑法规定的其他犯罪，包含了上述列举之罪的内容时，能否以犯罪论处？中国学者张明楷以故意决水为例加以说明：已满14周岁不满16周岁的人故意决水，造成他人死亡、重伤

<sup>①</sup> 参见沈海平、张安平：《群贤毕至，疑义共析——’98全国新刑法施行研讨会综述》，载《检察日报》，1998-12-08。





及重大财产的损失。刑法显然没有规定已满 14 周岁不满 16 周岁的人对决水罪承担刑事责任，但上述决水行为事实上包含了故意杀人的行为，如果行为人明知自己的决水行为会发生他人死亡的结果，并且希望或者放任这种结果发生时，能否认定为故意杀人罪，从而追究刑事责任？如果得出否定结论，或许维护了罪刑法定原则，但不利于保护合法权益；如果得出肯定结论，则存在以下疑问：对于同样的决水行为，为什么已满 16 周岁的人实施时构成决水罪，而已满 14 周岁不满 16 周岁的人实施时构成故意杀人罪？这是需要进一步探讨的问题。<sup>①</sup> 这一问题更为突出地反映在绑架罪上。根据中国《刑法》第 239 条之规定，犯绑架罪，杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人、致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。这里的杀害被绑架人，是指在劫持被害人后，由于勒索财物或者其他目的没有实现以及其他原因，故意将被绑架人杀害的行为。<sup>②</sup> 因此，这是一种典型的故意杀人行为，但被立法者作为绑架罪予以涵括，因而形成刑法理论上的包容竞合，即整体法与部分法之间的法条竞合。那么，已满 14 周岁不满 16 周岁的人实施绑架行为而杀害被绑架人的，是否承担刑事责任呢？对此，中国学者之间存在截然相反的两种观点：一是肯定说，认为由于这种犯罪行为危害性特别大；凡是年满 14 周岁并具有责任能力的人，均可构成。<sup>③</sup> 二是否定说，认为按照罪刑法定原则和《刑法》第 17 条第 2 款的规定，已满 14 周岁不满 16 周岁的人对这种行为不负刑事责任，但应当责令其家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。<sup>④</sup> 以上两种观点实际上是形式合理性与实质合理性之间的冲突。关于这个问题，在刑法理论上一度存在混乱，司法机关力图通过司法解释解决这个问题，例如：取消奸淫幼女罪名而将奸淫幼女行为包含在强奸罪中，对已满 14 周岁不满 16 周岁的人奸淫幼女的行为按照强奸罪追究刑

① 参见张明楷：《刑法学》（上），168 页，北京，法律出版社，1997。

② 参见周道鸾等主编：《刑法罪名精释》，472 页，北京，人民法院出版社，1998。

③ 参见王作富主编：《中国刑法的修改与补充》，176 页，北京，中国检察出版社，1997。

④ 参见祝铭山主编：《中国刑法教程》，471 页，北京，中国政法大学出版社，1998。





事责任；对已满 14 周岁不满 16 周岁的人参与绑架杀害被绑架人的，按照故意杀人罪追究刑事责任。但最终还是在 2002 年 7 月 24 日全国人大常委会法制工作委员会颁布的《关于已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》解决了这个问题。根据这一答复意见的规定，《刑法》第 17 条第 2 款规定的是 8 种行为而非 8 个罪名。由此可见，在如何理解法律规定上，仍然是存在争议的。因此，在法律解释中如何坚持罪刑法定原则，就是一个值得高度重视的问题。罪刑法定原则体现的是形式合理性，但这种形式合理性的理念在司法人员，甚至学者心目中远未达到根深蒂固的程度，不时受到实质合理性的挑战。

应该说，虽然刑法明文确认了罪刑法定原则，但由于以下两个方面的原因，该原则在司法活动中得以切实贯彻还存在相当难度：第一个原因是法律规范的不完善性。罪刑法定原则的实行，以具有一部相对完善的刑法典为前提。只有在绝大部分严重危害社会的行为都在刑法典中有明文规定，并且这种规定十分严谨、严密、严格的情况下，罪刑法定原则的实行才是可能的。但从目前的情况来看，1997 年刑法虽然存在重大进步，但远非尽如人意。<sup>①</sup> 在这种情况下，增加了实行罪刑法定原则的难度。第二个原因是司法水平的有限性。罪刑法定原则的实行，对司法能力提出了更高的要求，例如，对刑法的理解与解释，要既不超越法律规定的界限，又能够穷尽法律规定的内容，实属不易。但目前中国司法人员的理论素养与业务能力都远远不能适应在严格的罪刑法定原则下司法操作的要求。因此，在司法活动中贯彻罪刑法定原则，绝非立法那样简单。要使罪刑法定原则不成为一纸空文或者一条法律标语，而使之成为司法活动的精髓与灵魂，我们还有很长的路要走。

## （二）刑事诉讼法的修正及实施中的问题

1979 年刑事诉讼法为从诉讼程序上保障刑法的正确实施，准确及时地查明

---

<sup>①</sup> 参见范忠信：《刑法典应力求垂范久远——论修订后的〈刑法〉的局限与缺陷》，载《法学》，1997（10），19 页。





案件事实，正确适用法律，惩罚犯罪分子，切实有效地保护公民的合法权益，维护国家安宁和社会秩序，保障和促进社会主义现代化建设事业的顺利发展，发挥了重要作用。但在经济体制改革以后，市场经济条件下如何适应惩治犯罪与保护人权的客观需要，对刑事诉讼法提出了重大考验。在这种情况下，1996年立法机关对刑事诉讼法进行了重要的修改补充，使刑事诉讼制度沿着法治化、科学化和民主化的方向进行了重大改革。刑事诉讼法的修改标志着中国法治建设的加强，受到普遍的好评。刑事诉讼法的修改内容十分广泛，其修改的基本思想是坚持惩罚犯罪与保障人权相结合。因为在当代法治国家里，宪法和法律都赋予司法机关必要的权力，通过刑事诉讼程序，应用法律手段，依法准确及时地惩罚犯罪，以维护国家安定和社会秩序。同时，宪法和法律对司法机关的权力，又加以严格的分工、制约和监督，以权力制约权力，防止其在刑事诉讼过程中徇私枉法、滥用权力、侵犯公民的合法权益。因此，如何保障司法机关正确行使国家权力，使惩罚犯罪与保障诉讼参与人的合法权益相结合，就是修改刑事诉讼法过程中始终考虑的重大问题。<sup>①</sup>应该说，修正后的刑事诉讼法确立无罪推定原则等一系列重大修改推进了中国刑事诉讼制度向民主法治方向发展。

在刑事诉讼法的修改中，最引人注目的是无罪推定原则的立法进展。在1979年刑事诉讼法中，并未规定无罪推定原则，在理论上一般认为无罪推定与实事求是之间是相矛盾的，因而予以否认。当然，对于无罪推定原则的否定，还有更深层次的原因，就是对于犯罪嫌疑人和被告人在法律上的正当权利缺乏思想上的认同，认为无罪推定不利于惩治犯罪。2012年《刑事诉讼法》第12条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”对于这一规定体现了无罪推定原则，在我国刑事诉讼法学界受到一致认同，但对于这一规定是否就可称为无罪推定原则，在理论上争议较大。一般认为，该规定确立的是人民法院的统一定罪权原则。根据这一原则，人民法院是唯一有权确定某人有罪的机关，其

<sup>①</sup> 参见程荣斌主编：《中国刑事诉讼法教程》，61页，北京，中国人民大学出版社，1997。





他任何机关、团体、个人都无权作出有罪认定。<sup>①</sup> 因此，除少数学者以外，大部分学者并不认为这一规定就是在我国刑事诉讼法中确立了无罪推定原则。但在价值取向上，又可以分为以下两种观点：第一种观点认为，无罪推定虽然有其合理因素和进步意义，但由于它把犯罪嫌疑人、被告人硬性推定为无罪的人，在刑事诉讼中又要对犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施，这种冲突和矛盾的事实是无法解释的。我国刑事诉讼法规定，未经法院依法判决，不得确定任何人有罪的原则，既最大限度地吸收了无罪推定理论的合理因素和进步意义，又避免了它本身存在的不可克服的局限性，是一种实事求是的哲学观。<sup>②</sup> 根据这一观点，现行中国《刑事诉讼法》第12条之规定已经十分完善，没有必要也不应当在中国刑事诉讼法中确立无罪推定原则。第二种观点认为，由于未赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权，并且法律规定犯罪嫌疑人有如实回答侦查人员讯问的义务，在侦查、起诉、审判各阶段均有关于讯问犯罪嫌疑人、被告人的程序设置，所以，很难说在中国刑事诉讼法中已经完全确立了无罪推定原则。对此应当有一个清醒的认识。这反映出法律界和理论界尚未就无罪推定问题完全达成共识，并从一定意义上说明改变立法和执法上的传统观念、摆脱原有司法习惯的不良影响，是何等的艰难和曲折。今后仍需要继续加强对无罪推定原则的研究和宣传，为在我国刑事诉讼中真正确立无罪推定原则、贯彻联合国刑事司法准则而努力。<sup>③</sup> 根据这一观点，现行中国《刑事诉讼法》第12条之规定仍有不足，将来应当确立真正意义上的无罪推定。显然，上述两种观点虽然都否认现行中国刑事诉讼法已经确立了无罪推定原则，但其对于无罪推定原则的态度是完全不同的。我个人赞同第二种观点，即尽管现行中国刑事诉讼法在无罪推定的立法上有所进展，但尚未完全确立无罪推定原则。从立法发展方向来看，应当积极推进无罪推定原则的立法，使之在中国刑事诉讼法中完全确立。

① 参见陈光中、严端主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义与应用》，19页，长春，吉林人民出版社，1996。

② 参见程荣斌主编：《中国刑事诉讼法教程》，151页，北京，中国人民大学出版社，1997。

③ 参见陈光中等主编：《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》，115页，北京，法律出版社，1998。





从目前中国刑事诉讼法的规定来看，在以下两个问题上存在着无罪推定立法化的障碍：一是《刑事诉讼法》第6条规定的以事实为根据的原则；二是《刑事诉讼法》第118条第1款规定的犯罪嫌疑人如实回答义务。以事实为根据，在理论上是指人民法院应当以查证属实的事实真相作为定罪量刑的基础。在这一解释中存在一个理论预设，即一切案件真相都能大白于天下。事实上，这只是一种司法理想。在实践操作中，由于人类认识能力的局限性，并非每一个案件事实都能查清，这也正是在司法实践中存在各种疑案的原因所在。无罪推定正是考虑到并非一切案件事实都能查清这样一种司法操作上的困难，在犯罪事实得到确凿证明之前假定被告人无罪。这种无罪是法律上的无罪，并不一定等于事实上的无罪。无罪推定原则在认识论上是承认了人类认识能力的相对性，它与以人类认识能力的绝对性为基础的实事求是的思想方法存在重大差异。因此，如果没有在刑事诉讼认识论上的重大突破，无罪推定原则被中国刑事诉讼法接纳就存在重大的思想障碍。从无罪推定原则还可合乎逻辑地引申出被告人的沉默权规则。沉默权规则的含义是：犯罪嫌疑人、被告人依法可以对有关官员的提问保持沉默或拒绝回答，不因此而受到追究，有关官员则有义务在提问之前告知犯罪嫌疑人、被告人享有此项权利。该项权利只意味着犯罪嫌疑人、被告人不得被强迫提供揭发控告材料，但犯罪嫌疑人、被告人仍可能被强迫接受对他的人身或者衣物的合理检查。<sup>①</sup>可以说，沉默权是无罪推定原则的应有之义。沉默权规则的确立，排除了犯罪嫌疑人、被告人自证其罪的可能性，使得口供定罪成为不可能。但在实行“坦白从宽，抗拒从严”政策的中国，沉默本身意味着一种抗拒，尽管是一种消极的抗拒，因而沉默权是不被承认的。因此，中国刑事诉讼法规定了犯罪嫌疑人、被告人如实陈述的义务。当然，刑事诉讼法也并未规定违反这一义务的法律后果。换言之，违反这一义务的后果并非法定的而是酌定的，例如，作为认罪态度而在量刑时予以考虑。刑事诉讼制度虽然是一种程序性规范，但它对于保障被

<sup>①</sup> 参见宋英辉：《不必自我归罪原则与如实陈述义务》，载《法学研究》，1998（5），142页。

