

21世纪中国理论刑法学研究成果之一

张光宇 著

BIANYUAN XINGFAXUE

边缘刑法学



BIANYUAN XINGFAXUE



中国人民公安大学出版社

21 世纪中国理论刑法学研究成果之一

I. 边... II. 张... III. 刑法—理论—研究—成果—21 世纪—中国

中国版本图书馆 CIP 数据 (2008) 第 130618 号

边缘刑法学

张光宇 著

张光宇 著

ISBN 978-7-81139-346-3
I. 边... II. 张... III. 刑法—理论—研究—成果—21 世纪—中国
CIP 数据 (2008) 第 130618 号
中国版本图书馆 CIP 数据 (2008) 第 130618 号

定价: 30.00 元

地址: www.cpbap.com.cn www.cpbap.com.cn
电子邮箱: cpbap@public.pta.net.cn cpbap@cpbap.edu.cn

中国人民大学出版社

北京

图书在版编目 (CIP) 数据
边缘刑法学/张光宇著. —北京: 中国人民公安大学出版社,
2008.8

ISBN 978 - 7 - 81139 - 246 - 3

I. 边… II. 张… III. 刑法—法的理论—研究

IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 130618 号

边缘刑法学
BIANYUAN XINGFA XUE

张光宇 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2008 年 9 月第 1 版

印 次: 2008 年 9 月第 1 次

印 张: 11.75

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 295 千字

印 数: 1 ~ 3000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 246 - 3/D · 215

定 价: 30.00 元

网 址: www.cpsup.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

前言

刑法学是一门独立的法学分支学科，它有着属于自己的独特研究对象与理论体系。近几年来，随着社会主义初级阶段理论与市场经济的逐步确立，政治文明、依法治国与构建和谐社会理念越来越得到社会大众的认同，所有这些都在不断地向着陈旧的社会科学理论提出质疑和挑战，其中也包括了刑法学在内。刑法学人经过多年的积淀，尤其是在刑法基础学科方面潜心苦学、默默耕耘，在老一辈及中青年学者的关怀和提携下，一批学有所成的刑法学博士不畏艰辛、刻苦钻研，即使是面对极其冷僻的领域亦信心十足，结出了累累硕果，使得日见中落的刑法学研究又看到了一线希望。在这些成绩面前，刑法的基础学科显得尤为突出，这为今后的研究性工作打下了良好的、扎实的基础。许多刑法学人在做研究工作时，并没有把眼光仅仅盯在刑法的视阈，也不仅仅盯在当下和国内，而是站在了更广阔的领域，以更加高远的目光审视着刑法的每一个角落。

边缘刑法学就是在这样的背景下展开的。不做理论研究的都清楚“功夫在诗外”的道理。初学刑法学科的人总是习惯于从规范刑法学开始入门，诸如法律是怎么规定的、法条之间该怎样衔接、应当如何运用法律条文于实践中去等问题，是初学者的必修内容，即便遇到了一些与“为什么”有关的话题，多数也只是从刑法学本身去寻找答案。这样一来，不仅在一定程度上限制了学习范围与知识点，而且也在一定范围内影响到看问题的角度与高度。这倒不是

边缘刑法学

说规范刑法学有什么不对，而是我们自己产生了错觉，以为除了规范刑法学之外，就没有其他刑法学科需要学习的。边缘刑法学正是抓住了刑法学与其他学科之间的关系内容来展开研究的。虽然它的研究角度是新的，但它的研究重点还是放在了刑法本身，因为“诗外”的功夫终究是要为“诗本”服务。正如周光权先生在《刑法学的向度》一书的“导论”部分所揭示的那样，“刑法的目标是通过难以觉察的权力运作过程来培育规范认同者，证实规范的正确性，坚定不移地捍卫、稳定规范，以保证人们能够过一种有意义、有秩序的生活，把个人塑造成规范意识主体”。这是刑法实用主义的一个集中表现。

从其他角度审视、分析和研究刑法规范与刑法理论，其中可资借鉴的角度成为边缘刑法学方法论的一个新亮点。角度也好，方法也罢，总之它们是边缘刑法学所倚重的对象。除此之外，凡是刑法理论中出现的新观点、新提法，只要是符合历史发展趋势的、与当下社会实际相适应的、且言之有理有据的，就是本书所依靠的理论条件。至于被借助的理论对象的名声与出身究竟如何，则不构成选择的障碍。最后的收获是：从哲学中可以看到刑法理性的重要性，从政治学中可以分辨出刑法产生政治禁忌背后的原因，从经济学中可以领悟到刑法成本与刑法效益之间的对价之比，从伦理学中可以感受到传统文化对时下刑法所背负的沉重包袱，等等。所有这些体验，是我们以往在规范刑法学中所不可能得到的，又绝对是新鲜的，但带有一点苦涩的感觉。

我不敢指望通过“边缘”这样一个角度就一定能够解决所有的刑法问题，也不应当指望它能够带给我们想要的一切答案，毕竟只是边缘的角度和方法。因为是“边缘”的话题，让我们看到了以往所难以想象的内容；同样因为是“边缘”的角度，也在一定程度上限制了对相关问题做深入研究的可能。希望

前 言

呈现在大家面前的这一份东西能够引起更多人的注意，并且有更多的人加入到研究的行列中来。只有这样，边缘刑法学才不至于被刑法学科在有意或无意之间将其“边缘化”。

目 录

• 1 •

第六章 刑法的价值论	(95)
第一节 刑法的正义理念	(96)
第二节 刑法的自由理念	(101)
第三节 刑法的秩序理念	(111)
第七章 刑法的整合论	(117)
第一节 刑事一体化	(118)
第二节 刑事立法与司法的整合	(121)
第三节 刑事司法的救济理论	(127)
第八章 刑法的方法论	(141)
第一节 刑法推定之法	(142)
第二节 白地规定之法	(159)
第三节 选择罪名之法	(165)
第九章 犯罪的现象论	(179)
第一节 犯罪的历史现象	(180)
第二节 犯罪的社会现象	(190)
第三节 犯罪的规范现象	(199)
第十章 犯罪的原因论	(208)
第一节 犯罪诱因	(209)
第二节 犯罪内因	(212)
第三节 犯罪外因	(232)
第十一章 犯罪的形态论	(239)
第一节 犯罪形态的含义	(240)
第二节 犯罪形态的分类	(246)
第三节 犯罪形态的演绎	(262)
第十二章 犯罪的规范论	(264)
第一节 犯罪的规范依据	(265)

目 录

第二节 犯罪的规范原则	(277)
第三节 犯罪的规范体系	(290)
第十三章 刑罚的有责论	(300)
第一节 刑事责任概述	(301)
第二节 受刑人的法律责任	(308)
第三节 施刑人的法律责任	(314)
第十四章 刑罚的加減论	(317)
第一节 加重刑的規制	(318)
第二节 減刑的規制	(332)
第三节 假释的規制	(338)
第十五章 刑罚的輕緩论	(342)
第一节 问题的由来	(343)
第二节 历史的嬗变	(346)
第三节 刑罚輕緩的理由	(351)
第四节 刑罚輕緩的制度设计与司法操作	(358)

第一章 刑法的定位论

科学的力量源自对事物的正确认识 and 定位，也只有建立在科学定位基础上的刑法学才是一门令人信服与敬重的科学。

——题记

社会主义中国由于“先天不足”，致使刑法理论及其体系发育不全。1949~1979年之长达30年的时间里，中国刑法经历了太多的磨难。在以毛泽东为代表的“第一代集体领导”之下，刑法草案历经三十几篇稿件始终没法出台。这其中除了受到传统文化诸如“法律无用论”与“法律束缚论”思想的严重影响外，另外一个重要原因就是刑法的定位没有一个明确的说法。

文海林先生在他的《刑法科学主义初论》一书的第三章中，专门撰写了“回应社会的刑法”一项内容，对刑法如何不能适应社会实际需要进行了大篇幅的讨论。虽然他的一些观点有待商榷之处，但他把对刑法的定位放在刑法的目的中进行分析，应当说是抓到了这一问题的本质。陈兴良教授（《刑法哲学》与《刑法的人性基础》）与周光权教授（《刑法学的向度》）他们从哲学的角度对刑法所做的思考是一种定位性研究，郭立新博士（《刑法立法正当性研究》）从刑事立法层面对刑法正当性的思考也是一种定位性研究，张智辉博士（《刑法理性论》）与张明楷教授（《刑法的基本立场》）在刑法的基础理论方面所做的思考更是一种定位性研究，还有许多恕我无法一一列举，他们都为刑法的科学定位作出了自己应有的贡献。我个人比较欣赏陈兴良教授所说的对刑法要进行“超规范研究”的态度，虽然对刑法的

定位研究还不能归于此列，但研究的高度与深度亦不妨适当提升一些。

对刑法与刑法学的定位，应当说是理论研究的首要前提，就如同作曲家要给音乐作品定调子一样，在刑法被制定出来以后，它总是要同当时的社会保持着一定的互动联系。这样一来，一方面可以借此观察刑法在实际适用过程中的得与失，另一方面也能让社会有机会对刑法提出修正的意见。因此，以社会学的眼光看待或分析刑法理论，对于完善刑法是一个不错的选择。除此之外，还有一个问题必须弄清，即当社会形势发生变化之后，刑法或迟或早地也会随着改变，因为刑法需要同社会保持密切的联系。当前，我国社会正处在由一元社会向二元社会的转型期，刑法从内容到形式必将发生相应的变化。为此，我们需要借助社会这个“万花筒”，对现行刑法进行全方位的解剖，为今后的刑事立法与司法改革提供必要的理论条件和可资借鉴的素材。

第一节 刑法的定位基础

任何法律都不可能孤立存在，它总是同当时的社会条件紧密联系在一起。按照马克思的观点，法律是社会的产物，“社会不是以法律为基础的。那是法学家的幻想。相反的，法律应该以社会为基础。”^[1]当社会条件发生变化时，法律或迟或早也会跟着发生变化。从上个世纪80年代开始，中国开始推行改革开放政策，社会经济制度由计划经济体制向市场经济体制转变，1979年制定的刑法亦面临着无法适应社会实际需要的局面；而且，紧接着又要开展“严厉打击严重破坏社会治安秩序的犯罪”活动，使得原来就持保守态度的刑法变得更加手足无措。在这种情况下，修改刑法已经成为了不可避免的事情。但是，在1979年刑法如何修订的问题上，由于没有给未来的社会发展把好脉，没有

看清今后社会发展的总体趋势，或者说对社会形势估计不足，刑法的修订工作成了一场“马拉松”赛跑，刚刚修改的东西，还没有过多长时间就又需要修订了。结果是一边修改一边又不适应，接着还要再修订。出现这种情况的原因，除了上面所说原因外，其实还有一个重要的因素，就是在立法思想的层面发生了偏差，或者说得更具体一些，就是对刑法在市场经济条件下应该如何定位的问题没有完全弄清楚。

改革开放以来，我国社会形势发生很大的变化，经济体制改革跑在了政治体制改革的前头，起到了“排头兵”的引领作用，相对而言，政治体制改革就落后了许多。这种滞后现象也在一定程度上影响了刑法的修订工作。往大的方面说，刑法的修订工作属于政治体制改革的一个部分，尤其是对法治国家而言更是如此。在整体上，政治体制改革的滞后性势必影响到对刑法的正确定位上。以往我们总是“从国家对付犯罪这一角度来审视刑法及其作用，即以国家为出发点，以国民为对象，强调刑法的镇压、惩治、威慑等破坏性的作用”，^[2]过分强调刑法的工具性作用，却忽略了刑法的价值性特征。

何谓刑法的价值？英国古典自然法学派的代表人物洛克认为，“法律按其真正的含义与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益，它并不在受这法律约束的人们的一般福利范围之外作出规定。假如没有法律他们会更快乐的话，那么法律作为一件无用之物自己就会消灭；而单单为了使人们不致坠下泥坑和悬崖而作的防范，就不应称为限制。所以，不管会引起人们怎样的误解，法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由。”^[3]表面上看，这是一段关于法律与自由关系的论断，而实际上它涉及法律的目的，即法律是为了什么而存在的，我国一些刑法学者就是从这一段话里引申出刑法价值的话题，洛克的观点给了我们一定的启示。在一元社会结构中，国

家与市民社会被高度整合为以国家为核心的一元社会，其典型的例子就是资本主义之前的社会。当国家利益与国家意志被高度政治化的时候，一切社会制度都不可能逃脱国家权力的全面掌控，由此而产生的法律必然是以国家利益与国家意志为最高原则，也必然是以国家权力（哪怕是以法律的形式出现的）来直接控制社会成员。如果是在这样的条件下提出“依法治国”，可想而知，市民的权利是不可能与强大的国家权力相抗衡的，因为法律从根本上就不支持市民百姓，它是以国家的“是”为是，以国家的“非”为非。这样的国家充其量只能是“法制国家”，而不可能是“法治国家”。例如，在刑法价值选择方面，如果推行的是刑法类推制度，而不是罪刑法定原则，就可以看出这样的国家只能是“法制国家”，这里的法制是带有一定人治色彩的、广义的“法制”。因为刑法类推制度的价值选择指向了国家利益，它是以不遗余力地打击犯罪、保护国家利益为最高宗旨的。我国在20世纪90年代中期以前，推行的就是刑法类推制度，虽然当时使用的情形并不多见，据统计只有20多件，然而，由此所造成的影响却是巨大的。一方面，它告诉所有的办案人员，要“除恶务尽”，决不能让一切“犯罪”逍遥法外。另一方面，它给人们传递着这样的信息，法律没有规定到的，不等于不是犯罪。如此一来，它让所有的社会成员变得无所适从，手捧着法律却不知道自己的行为是有罪还是无罪。再一方面，如果进一步推导下去，人们会发现，刑法已经变成了可有可无的东西，因为有刑法就等于没有刑法。刑法因为要为人治服务，其工具性价值也就由此得到充分展现。

刑法的工具性所蕴涵的价值是客观存在的。有的人为了强调刑法的价值性，硬是把刑法的工具性所蕴涵的价值给抹杀掉，这也不是辩证法的思想。如上所述，在一元的社会结构里，刑法要为国家权力服务，要为维护社会秩序服务，至少在权力与秩序看

来，这样的刑法还是有价值的。我们知道，所谓法律价值，是指在作为客体的法律与作为主体的人的关系中，法律对一定主体需要的满足状况以及由此产生的主体对法律的评价，归根结底，它反映的是人与法律的关系。法律价值的意义在于：一是法的制定的必需，它关系到法律价值的定位问题，即法律追求的目的是什么，法与法之间的关系及法律自我否定的价值问题；二是法的实施的需求，即对法的执行和法的遵守起到思想保障作用；三是防止法的失效的屏障，法律一旦失去效力，法律价值就无从实现；四是评价法律善恶的准则，促进良法、矫正恶法；五是法的演进的动因，法的良性发展离不开法律价值的正确定位。从以上的分析可以看出，1979年刑法的价值主要是为国家权力服务和为维护社会秩序服务，正如该法第2条所指出的：中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，等等，刑法的政治价值由此得到充分体现。所以，那种认为政治刑法没有价值的说法是毫无根据的。问题是，我们今天想要的是什么样的刑法价值？

在全球高呼要迎接知识经济到来的时候，我国还处在由农业社会向工业社会的转变时期；当资本主义在经历了200多年的商品经济之后，我国正在为摆脱计划经济迈向市场经济而做着努力，或者说我们正在补上商品经济的一课。邓小平同志提出的“中国特色的社会主义理论”和“社会主义中国正处在初级阶段理论”等，其实说到底就是为了在意识形态领域推行市场经济理论而作的一种铺垫。人口上的大国与经济上的小国之比、强大的政治集权与弱小的市民社会之比、一元化的管理模式与多元化的思想诉求之比，人治现象依然存在，法治建设尚不健全，等等，所有这些构成了当今中国社会的实际情况。看不到这些情况，我们又有何资格来谈论对刑法的科学定位？当然，社会总是在不断地进步，也不是所有的问题都是那样的严重、那样的无可

救药，而有的问题其实也还是在争议之中的，如对于中国的一般老百姓来说，面对刑法，我们究竟是要它的形式正义多一些，还是要它的实质正义多一些？这的确不是一个能够轻易回答的问题。随着经济的发展和社会的进步，应该有理由相信，我国的刑法从内容到形式将会有有一个大的飞跃。

第二节 刑法的宪政维度

当我们弄清了什么是市民社会和国家、什么是权利制约权力之后，如何确定刑法的性质，如何给刑法定位，也就成了顺理成章的事。把国家刑法、权力刑法、政治刑法变成市民社会刑法、权利刑法，很明显这是一个社会的进步。但是，我们不能满足于从宏观上加以理论阐述，还要从具体制度中去分析，哪些内容是符合二元社会要求的，哪些内容是不符合二元社会要求的，这需要我们做深入、细致的研究工作。这主要分五个部分：

一是在刑法思想方面，我国长期以来受到传统法律文化思想的影响，如“德主刑辅”与刑法泛道德化、“重刑轻民”与法律刑事化、“乱世用重典”与刑法重刑化等，使得一些人把刑法视为解决一切社会问题的灵丹妙药而爱不释手。1982年，全国人民代表大会常务委员会作出了“严打”的决定，这在当时被证明是完全有必要的，而且确实起到了明显的效果。但是，如果以为这么做就能把犯罪一下子给打下去，那就大错特错了。在任何时候，“矛”与“盾”都是相互对应的。在短时间里，“严打”的确发挥了它的特殊威力，而长期的“严打”活动必然也会引来自犯罪方面的反弹。据统计，“严打”前五年，每年被批捕的人数平均是19万多人，“严打”十年后却达到53万多人，重大、特大的刑事案件增加了近10倍。为政者对刑罚不可过于迷信，在刑法思想方面应该保持正确的态度。我们要清楚地看到，

第一章 刑法的定位论

刑法在任何时候都存在着正面与反面的作用，如同一柄“双刃剑”，它能伤人也能伤己，“刑事立法时的过度反应将产生触发犯罪和导致犯罪的作用。”^[2]马克思也说过类似的话，“法律本身不仅能惩治罪行，而且也能捏造罪行。”^[1]

二是在刑法原则方面，刑法原则是关于刑法基本性质和基本精神的具体体现，主要是用来指导刑事立法和司法活动的准则。我国1979年刑法没有在书面上直接规定出刑法原则，原因何在？学界前辈高铭喧教授在《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》一书中，曾经针对“原则性与灵活性相结合”的话题谈到了这一问题，却没有直接说明为什么没有在书面上直接规定出刑法原则的原因。是否考虑到如果规定了刑法原则，就会影响到刑法的灵活性适用？现在看来还不能完全排除这一因素。这样的假设如果能够成立，那么我们就不能理解为什么刑法原则会被吞噬的情形。如前所述，我国1979年刑法之所以没有在书面上直接规定出刑法原则，其实是由当时的刑法价值所选择、所决定的，即他们选择了在最大限度内去灵活性地适用刑法，充分发挥刑法的“打击犯罪、保护人民”的功能。我们认为，这样的选择是完全符合当时政治刑法的特点和要求的，即符合社会主义计划经济条件下的法制内容——法律要为政治斗争服务。但是，在实际操作过程中，“打击犯罪”有可能被当做刑法的目的而错误地执行下去，“保护人民”却成了抽象的口号被扔在了一边。缺乏原则性制定的刑法有可能就成为被歪曲的法律，缺乏原则性制定的刑法还有可能被当做工具来使用或不使用，这完全取决于当权者的一时好恶。与此形成鲜明对比的是1979年刑法，它明确规定了刑法的三大原则：罪刑法定原则、刑法面前人人平等原则、罪刑相适应原则，它把“依法治国，建设社会主义法治国家”作为自己的首要价值选择，而这一点也与社会主义市场经济是相适应的。

三是在刑法理论方面，我国刑法理论没有像西方国家那样存在着十分复杂的学派之争，但如果把这种情形看做是没有任何争论的空间，那又是一种错觉。我国在刑法理论方面也同样存在着不同的观点和看法。例如，在计划经济时代，刑法理论具有明显的社会本位色彩，当时的刑法通常会把危害公共利益的犯罪看做是比危害个人利益更为严重的犯罪，从而加重了对前罪的惩罚，理由是社会法益要高于个人法益。而这一点同当时的社会主义理论所提出的“大河有水小河满”是完全一致的。因此，在刑法理论方面，也必须体现这一社会主义理论。我国刑法从1979年10月1日开始施行直到现在，始终是将国家安全与社会公共安全方面的犯罪放在个人利益之前，而且在总体上给予了更加严厉的刑罚制裁。从宪政的维度来看，这一做法仍然没有把人民主权思想贯彻下去，没有彰显人民利益应高于一切的宗旨，哪怕就是犯罪的排列秩序也能体现出刑法在理念上的差异性。“法治国是指一个尊重个人自由，以温和的保护和确定的国家权力为原则的共同体，其来自人民的、规范国家行为的法律秩序应受这些原则的约束，应致力于一个公正、平等的人的关系的建立。”^[7]

四是在犯罪理论方面，主要有这样几个问题：一是坚持刑法的客观主义，还是坚持刑法的主观主义。刑法的客观主义认为，犯罪是对社会的现实危害，因此，对它的惩罚也必须以客观行为与结果（实害）为基础；如果仅以行为人的主观恶意作为处罚的依据，就容易混淆法律与道德之间的界限。刑法的客观主义不是要客观归罪，而是怕形成法官的恣意为为，从而产生惩罚思想犯的情形。而刑法的主观主义则认为，犯罪人的危险性格是构成危害性的基础，惩罚犯罪就是要把犯罪人的危险性格纳入惩罚的范畴，即要将犯罪行为而不是犯罪行为作为刑罚的主要对象。刑法的主观主义也不是主观归罪，而是认为在刑法归责时要对犯罪行为人的危险性格做一个正确的评估。我国刑法从一开始就是