

光
华
文
丛

高晋康 主编



光 华 文 丛

刑法科学主义初论

文海林 著

Towards a theory of Scientism of Criminal Law



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

王康著

刑法科学主义初论



中国社会科学出版社

Towards a theory of Scientism of Criminal Law

刑法科学主义初论

文海林 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法科学主义初论 / 文海林著. —北京: 法律出版社, 2006. 7

ISBN 7 - 5036 - 6483 - 5

I. 刑... II. 文... III. 刑法—研究—中国

IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 072067 号

© 法律出版社·中国

刑法科学主义初论

文海林 著

责任编辑 徐雨衡

装帧设计 乔智炜

开本/ A5

版本/ 2006 年 8 月第 1 版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 17.625 字数/ 464 千

印次/ 2006 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

网址/ www.lawpress.com.cn

销售热线/ 010 - 63939792/9779

咨询电话/ 010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

苏州公司/0512 - 65193110

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 7 - 5036 - 6483 - 5/D · 6200 定价: 42.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

西南财经大学法学院 | 光 华 文 丛

高晋康 主编

主编简介

西南财经大学法学院院长、教授、博士生导师。

作者简介

文海林 西南财经大学法学院副教授

序

文海林的《刑法科学主义初论》一书即将由法律出版社出版,邀我为之作序,我十分高兴。因为本书是文海林过去 10 多年来,坚持不懈地对刑法的前沿问题进行思考的一个总结。作为一个旁观者,我对文海林的学术思考有所了解,因而也有责任向读者介绍并推荐文海林的学术成果。

我与文海林见面很晚,2005 年 10 月在重庆西南政法大学法学院举办刑事违法性认识的学术研讨会,才第一次见到文海林。当时他的身份还是四川省广安市人民检察院研究室干部。2006 年 5 月在成都第二次见面时,他的身份已经转换为西南财经大学法学院教师。这一身份的转换,是文海林长期从事刑法理论研究的一种回报,也为将来进一步从事刑法理论研究提供了一个极好的平台。我早就知道文海林其名,但与之真正交往还是在 2001 年他向我主编的《刑事法评论》投稿。文海林投寄给我的第一篇论文是“回应社会的刑法”,该文的题目就让我眼睛为之一亮,刑法如何回应社会,确实是一个值得关注的重大问题,也是考量刑法的一个独特视角。可以说,该文的切入点是独特的,当然

在论证上也并非尽善。例如,该文的第一节标题是“形式的没落”,最后一节标题是“目的的升腾”,以形式对目的似乎并不贴切。该文对刑法应当回应社会作了具有说服力的论证,但对刑法如何回应社会以及刑法在回应社会中自身的局限性还有待于商榷。例如对于刑法由于坚持罪刑法定原则而具有的形式主义特征应当如何正确评价,罪刑法定原则对于刑罚权的严格限制与刑法的社会功能之间的紧张关系如何处理等,都是值得进一步探讨的问题。尽管这些问题在该文中并未完全得到解决,但文海林当时作为一名从事检察实务工作的检察官能够以一种独特的方式提出这个问题,其思想认识与学术视野已经在很大程度上超越了我们许多刑法理论工作者。论文发表在我主编的《刑事法评论》第8卷,也是我所经手编发的文海林的第一篇论文。紧接着,文海林又给我寄来第二篇论文,题目是:“刑法:从形式到目的——以法的一般发展为背景”。该文实际上是前文的延续,从历史的角度对刑法的功能的演变过程进行了考察,在这一考察中文海林坚持社会的视角,认为政治、道德、经济的视角都具有局限性。应该说,该文在理论的叙述与素材的撷取上,都是颇见功力的。在该文中,文海林坚持了对目的刑法的向往,并且将从刑式到目的作为刑法演变的一条基本线索。对于这一观点,我个人还是有保留的。目的刑法与李斯特大有关系,是李斯特首倡目的刑主义,并且形成了刑事社会学派。目的刑是在抨击报应刑的基础上提出的,与之对应的并非刑法形式主义,而是盲目的刑法本能主义。对此,李斯特曾经作过以下生动的描述:“在我们能够认识的最早的人类文化史时期的原始形态下,刑罚是对于从外部实施侵犯个人及个人的集团生活条件行为的盲目的、本能的、冲动的一种反动行为。它没有规定任何目的象征,而它的性质是逐渐演变的。即这种反动行为从当初的当事人集体转移至作为第三者的冷静的审判机关,客观地转化成刑罚,有了刑罚的机能才可能有公正的考察,有了经验才可能认识刑罚合乎目的性,通过观念目的理解了刑罚的分量和目的,使犯罪成为刑罚的前提和刑罚体系成为刑罚的内容,刑罚权力在这种观念目的下形成了刑法。那么以后的任务是把已经发展起来的进化在同一意义上向前发展,把盲目反动向完全有意识

地保护法益方向改进。”^①目的观念在刑法中的引入,使刑法更具能动性,能够更好地回应社会,以克服其盲目性与本能性。但刑法的能动性不能超越罪刑法定主义的刑式理性限制,这也就是李斯特曾言的罪刑法定主义永远是刑事政策不可逾越的樊篱之意。应该说,文海林在该文中对目的主义刑法及其实现作了十分翔尽的论证,在同类论文中是十分出众的。因而,该文发表在《刑事法评论》第9卷。此后,文海林又寄给我第三篇论文,题目是“三分刑法史”,——一个有趣的题目,这是文海林对刑法史的研究成果。其三分乃是:绝对目的刑法、绝对形式刑法和混和刑法目的。对历史可以有各种解读与重写:思想认识到什么程度历史就被改写到什么程度,因为历史本来就是人类的心灵史。对刑法史的认识也是如此,文海林的三分法是对刑法史的一种梳理。对于我们正确认识刑法的本质与目的都具有启发意义。我国目前对刑法史研究极为薄弱,因而文海林的论文是具有学术价值的。论文发表在《刑事法评论》第11卷,也是我编发的文海林的第三篇论文。如此密集地发表一个作者的论文,在《刑事法评论》的编辑史上并不多见。这三篇论文是文海林刑法研究成果中的上乘之作,现在收录在本书中,也构成了本书的核心内容。

从本书的后记中可以看到,文海林没有机会到大学深造接受法律科班训练,而是在自学过程中逐渐积累法律知识,并潜心研究刑法理论。现在文海林调入大学成为一名刑法理论工作者,这是难能可贵的。本书是文海林在调入大学之前交出的一份理论答卷,在某种意义上说,是文海林的学术玩票之作。我想在专门从事刑法理论研究以后,文海林会交出更为优秀的答卷。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2006年8月12日

^① 转引自〔日〕木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1991年版,第407页。

内 容 提 要

本书研究了刑法调整的对象、社会需要对刑法的决定意义和刑法理论的历史发展进行了梳理。重点对科学主义影响刑法的途径、程度、方式等基本问题作了初步探索,对科学主义作为刑法研究方法的理由、意义、基本立场等内容作了思考。笔者认为,刑法本质上是一种生产力继而是一种社会技术,这就决定了刑法科学主义产生的必要和可能,决定了刑法所维护的社会稳定是科学技术内在决定着的,决定了关系和实体作为刑法学研究基本范畴的必然,决定了刑法在反犯罪的同时还必须时时反刑法,决定了迄今为止的刑法历史模式:关系刑法观→实体刑法观→关系刑法二重论。

目 录

导言 / 1

第一章 呼唤现代派 / 6

第一节 回顾:17 年的基本评估 / 6

第二节 目标:现代派 / 11

第三节 总方向:基本理论研究亟待 加强 / 15

第四节 科学时代:管窥现代派 / 16

第二章 刑法调整对象研究 / 23

第一节 序说 / 24

第二节 刑法应当有独立的调整对象 / 25

第三节 几个认识误区 / 31

第四节 刑法调整社会生存关系 / 41

第五节 刑法调整对象运行的历史轨迹 / 47

第六节 刑法调整对象的立法提示 / 56

第七节 本章的理论前景 / 68

第三章 回应社会的刑法 /70

第一节 形式的没落 /70

第二节 目的的升腾 /88

余论 /112

第四章 刑法分则结构及其理论基础 /113

第一节 刑法分则结构的特点 /114

第二节 分则的分类基础 /118

第三节 分则体系的分类方案 /126

第四节 刑法典分则新宏观体系素描 /131

第五章 关于财产罪的反思 /133

第一节 问题的提出 /133

第二节 财产关系变迁的影响 /135

第三节 增设侵犯财产利用犯罪的 必要性 /137

结束语 /139

第六章 从形式到目的 /141

第一节 序说 /141

第二节 法治转型 /143

第三节 理论更迭 /156

第四节 刑法学史话 /167

第五节 探寻刑法目的的种种努力 /178

第六节 关于契机 /187

几点结语 /202

第七章 三分刑法史 /206

第一节 刑法史的分类 /206

第二节	绝对目的刑法 /216
第三节	绝对形式刑法 /223
第四节	相对刑法理论 /234
第五节	相对刑法实践 /242
第六节	混合刑法目的(上) /251
第七节	混合刑法目的(下) /263
	余论 /278

第八章 科学技术作为刑法学研究方法的理由 /284

第一节	哲学的最新转向 /284
第二节	客观性 /288
第三节	本质篇 /294
第四节	终极性 /300
第五节	系统性 /306

第九章 科学技术史 /312

第一节	自然界的层次 /312
第二节	农业科学技术 /325
第三节	工业科学技术 /328
第四节	知识科学技术 /332

第十章 科学主义的刑法意义 /338

第一节	科学技术动力观 /338
第二节	自然科学的层次性造就了 人类社会的阶段性 /349
第三节	实体观·关系观·二重论 /364
第四节	科学主义与人本主义 /377

第十一章 刑法本质上是一种社会技术 /399

第一节 刑法是一种生产力 /400

第二节 刑法是科学技术的延伸即社会技术 /405

第三节 刑法是否契合科学是刑法学是否成熟的根本标准 /411

第四节 刑法史是一部人类科学技术发达史 /417

第十二章 刑法科学主义概论 /421

第一节 关于刑法科学技术观的名称 /421

第二节 科学主义的含义、本质、内容、条件 /423

第三节 科学主义影响刑法的途径 /425

第四节 人类对科学主义的误读 /428

第五节 研究刑法科学主义的理论意义 /430

第六节 三大重点研究领域 /441

第十三章 以目的为主的综合刑法 /448

第一节 历史形态的划分 /448

第二节 近代刑法是工业刑法的变种 /458

第三节 知识经济社会的基本特征 /465

第四节 以目的为主的综合刑法 /472

余论 /485

第十四章 刑法科学主义的基本立场 /487

第一节 刑法中的科学主义与人本主义 /487

第二节 刑法本质上是一种社会技术 /492

第三节 刑法学基本范畴:关系、实体 /497

第四节 刑法反刑法 /504

第五节 流动的刑法模式 /509

后记 /550

导 言

这本书是我十几年来集腋成裘式的文字汇编,其中的一半都在刊物上发表过。1998年以来,我有意识地围绕研究知识社会刑法的可能样态展开了自己对刑法的研究。2004年左右,形成了刑法科学主义的观点。现在回过头来看,其实自己1998年以来所形成的东西,不是围绕研究刑法的方法就是厘清历史中刑法的理论,或者从总结刑法的历史实践到用经济和社会的基本特征对历史中的刑法重新作一梳理,形成农业社会的具体刑法、工业社会的形式刑法、知识社会以目的为主的综合刑法,这些都可以归入刑法科学主义的内容中,于是有了将论文集出版的念头。为了保持原著的模样,以每篇论文作为一章,内容方面没有作什么改动,只是对个别文字作了改动。

1998年我就意识到正在兴起的知识社会将是不同于工业社会的又一崭新的社会形态,新的社会形态必然需要一个全新的刑法,这是对于刑法理论孜孜以求的任何一个理论工作者都有着巨大吸引

力的课题,是需要对刑法理论抱有热情和献身精神的任何一个理论工作者勇敢面对的课题,是需要理论工作者拿出他们的胆识和勇气迎接挑战的时候!正是基于这样的认识,当时就形成了《呼唤现代派》(发表于《法学》1998年第4期)一文。尽管现在看来,当时的想法仍嫌稚嫩,但我从未后悔过。

研究刑法,我是从两个方面来进行的:一是刑法的定位,刑法到底是干什么的?应当承担怎样的社会角色?这是刑法存在和人类社会需要刑法的根本理由,也是我关心的首要问题。在我看来这个问题可以从刑法目的的角度来研究,也可以从刑法价值的角度来看待,还可以从刑法调整对象的角度来审视。我最初是从法的分类、分工的角度即刑法调整对象角度来思考并形成了《刑法调整对象研究》一文。

这篇文章认为,刑法的社会角色就是维护社会稳定的,从所调整的社会关系看,系以社会生存关系作为自己的调整对象。全部刑法就是以这样的功能定位来服务社会、展开理论、演化历史的。

二是刑法的形成机理。这是我重点思考的问题,也是本书的重心。刑法形成机理包括刑法的模式是怎样形成的和刑法如何演化从而形成自己历史的两部分。

首先,我关注的是研究刑法的基本进路问题。我研究刑法的这十几年积累,主要着眼于刑法与社会的关系,因此也可列入刑法社会学中。但我以为,现有的刑法社会学基本都停留于马克思关于社会与法关系的一般层面,没有深入到刑法的具体层次,必然存在泛泛而不具体、表面而不深入的问题。

在这个问题上,我国理论界有一种倾向,在立论或论证某一理论的取舍时,往往从理论的优劣出发得出结论,或者言必谈欧美进而才言及我们应当采取的理论。我始终觉得,这是一个非常需要重视的研究方法问题,它涉及理论研究的取舍。如果我们承认理论都是有缺陷的,并没有完美的理论,那么,仅仅从一种理论比另一种理论更理想的对比中就使一种理论成为我们最后选定的理论,这种取向出发点是有问题的;如