

刑事法律论丛
Series of Criminal Law

张智辉 / 著

刑法理性论

The Rationality for Criminal Law



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

01

D914.01
23

刑法理性论

The Rationality for Criminal Law

张智辉 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法理性论/张智辉著. —北京:北京大学出版社,2006.1
(刑事法律论丛)

ISBN 7-301-09817-0

I. 刑… II. 张… III. 刑法-理论研究 IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 120765 号

书 名: 刑法理性论

著作责任者: 张智辉 著

责任编辑: 陈新旺

标准书号: ISBN 7-301-09817-0/D·1324

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 22.25 印张 376 千字

2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

《刑事法律论丛》编委会

总顾问

高铭暄 陈光中

主任

朱孝清

副主任

张智辉

编委

赵秉志 陈卫东 陈兴良 汪建成
樊崇义 陈忠林 龙宗智 陈泽宪

总 序

刑事法律是运用国家刑罚权同犯罪作斗争的法律规范的总称。在任何国家,刑事法律都是保卫国家安全、维护社会秩序、保护公民人身和财产的主要手段。自从有了法律,刑事法律就始终是法律门类中最重要的组成部分,甚至在中国古代,所谓法,几乎就是刑事法律的代名词。即使是在现代法治国家,刑事法律依然是法律体系中极为重要的部分,扮演着维护安全、秩序和自由的重要使命,围绕刑事法律的实施而工作的机构和人员依然是所有法律工作机构和人员中最庞大的组成部分。因此,对刑事法律的研究,理应在整个法学研究中占有重要的地位。

但是,从另一方面看,由于刑事法律是通过刑罚权的运用来维护安全、秩序和自由的,刑事法律的适用必然会给犯罪人(包括有涉嫌犯罪的人)的权利和自由造成一定程度的损害,甚至包括人身自由权利的限制和生命权利的剥夺,刑事法律的适用有时还可能影响到犯罪嫌疑人或犯罪人以外的人的权利和利益,如对其家庭以及与其有利害关系的人的影响。而对这些权利的限制、剥夺和影响,同样直接关系到社会的安宁和秩序。

因此,刑事法律永远处在两种直接对立的利益的矛盾和冲突之中,永远面临着如何在两种对立的利益之间保持平衡以便使对社会的损害减少到最小的难题。破解这个难题是刑事法律研究永恒的主题。

刑事法律,涉及刑事立法、刑事执法和刑事司法,也涉及中国刑事法律、外国刑事法律和国际刑法及其相互之间的联系与衔接。刑事法律要运用逻辑的、规范的、注释的、实证的、比较的、历史的研究方法,从理念、制度、技术等不同的层面对刑事法律所涉及的方方面面进行研究,必然会形成许许多多的研究成果。《刑事法律论丛》将是反映这类研究成果的一种形式。

我们希望,《刑事法律论丛》的每一部论著,都应当是深思熟虑、言之有物、能够给人以启迪的经典之作,而不应当是急功近利、哗众取宠的草率之作;都应当是对实际问题进行深入研究,能够提出解决问题的建设性方案,

从而有助于刑事立法的完善或刑事司法的正确实施或刑事法律理念的发展的有用之作,而不应当是文字游戏式的概念分析、空泛议论、不着边际、毫无实践意义和理论价值的浮夸之作;都应当是海纳百川、兼收并蓄、能够把理想与现实结合起来、把国际准则和他国经验与中国实际结合起来进行理论创新的新颖之作,而不应当是东拼西凑、肤浅陈旧、低层次重复,或者照搬照抄某一种制度或理论,乱发议论的浅薄之作。这是我们的追求,也是对每位作者的企求。愿以此与所有研究刑事法律的学者共勉!

朱孝清

2005年5月

序

刑法在任何国家都是法律体系中最为重要的部门法之一。刑法与其他部门法相比,有两大显著特点:一是刑法所保护的社会关系的范围更具广泛性。刑法的调整对象不限于某一类社会关系;任何一种社会关系只要受到犯罪行为的侵犯,均可以纳入刑法的调整范围。二是刑法的制裁性最为严厉。其他部门法也具有强制性,对于违法行为而言,它们可以说是第一道防线;刑法则充当第二道防线,它针对违法行为情节严重已经转化为犯罪行为从而需要追究其刑事责任的情况,适用最为严厉的制裁方法——刑罚。从这个意义上说,刑法是其他部门法的保护法,没有刑法作后盾、作保障,其他部门法往往难以顺利地得到贯彻实施。这同时也说明,刑法的广泛适用和最为严厉的制裁方法使得刑法的运用需要特别的谨慎、特别的理智。刑法运用不当,不仅不利于保障其他部门法的实施,不利于维护社会稳定,而且可能侵害到公民的宪法权利和合法权益,可能制造出新的更严重的犯罪。因此,理性地审视刑法及其运作,提示立法者和司法者防止刑法的不当运用和滥用,是刑法学者理应担负的社会责任和应当时刻牢记的重要课题。但是近些年来,由于犯罪的急剧增长和严打政策的实施,人们比较关注刑法的打击效果而在一定程度上忽视了对防止刑法滥用问题的研究。所庆的是,张智辉的《刑法理性论》一书,深刻地阐述了刑法理性的基本原理,合理地评析了我国刑法立法和刑事司法中非理性的表现,提出了理性地制定和适用刑法解决犯罪问题的真知灼见。这对更新刑法理念,完善刑法立法,改进刑事司法,更好地发挥刑法的保护社会和保障人权的功能,具有极为重要的理论意义和实践意义。

我一直认为,刑法学是一门理论性和实践性都很强的法律科学,要想在刑法科学的研究中有深邃的造诣,就必须在掌握坚实宽厚的法学基础理论和系统全面的刑法学知识,加强理论思维的同时,时刻关注刑事立法和司法

实践的进展,善于发现新情况,研究新问题。早在1981年,张智辉就是我指导的第一批刑法学硕士研究生之一。他擅长刑法理论问题的研究,从1982年在《法学研究》上发表《试论过失犯罪负刑事责任的理论根据》到1995年出版《刑事责任通论》的专著,显示了其深厚的理论功底。张智辉很早就研究刑法哲学问题。但是他对刑法哲学的研究,不是从理论到理论进行纯粹逻辑演绎式的研究,而是充分运用其长期关注和深入了解司法实践的特长,仔细地用刑法哲学的原理分析探讨和解决刑法适用中存在的现实问题。在《刑法理性论》一书中,张智辉再次显示了其研究的特长,不仅利用其深厚而广博的理论素养,深刻揭示了理性之于刑法的价值与功效,以及刑法理性的准确内涵与发展规律,并提出了理性在刑法中的贯彻途径,而且运用刑法理性的基本原理全面深入地研究评析了我国当前刑法立法和刑事司法的理性表现与不足,在此基础上提出了刑法改革的价值取向。

在我国的法学研究中,人们往往习惯于严格区分刑法学的研究领域与刑事诉讼法学的研究领域。这种区分,对于法学研究的深入是非常有用的。但是在刑事司法实践中,这两个方面往往是难以区分的。因为刑法与刑事诉讼法之间具有相互依存、缺一不可的关系。如果不通过刑事诉讼程序揭露犯罪、证实犯罪、查获犯罪人,刑法规定的定罪量刑的内容就无从实现;如果没有刑法对定罪量刑的规定作为根据,刑事诉讼法就失去了存在的目标,成为无内容的空洞形式。正如马克思指出的:“审判程序和法(引者按:这里是指实体法)二者之间的联系如此密切,就像植物的外形和植物的联系,动物的外形和血肉的联系一样。审判程序和法律应该具有同样的精神,因为审判程序只是法律的生命形式,因而也是法律的内部生命的表现。”^①《刑法理性论》一书,运用整体刑法学的原理,把刑法的规范与刑法的适用紧密地结合在一起进行考察,既研究刑法的价值和精神,也分析刑法的实现过程,从而使刑法学的研究更好地为实现刑法的目的和任务服务。这种研究方法,在我国的法学研究中是值得倡导的。

《刑法理性论》是作者在其博士论文的基础上修改完成的一部作品。2002年,张智辉的博士学位论文《刑法理性论》,在送同行专家评议的时候,

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第178页。

就受到多位刑法学家的好评,论文答辩时是中国人民大学法学院刑法学专业很少的几篇优秀论文之一。其论文在2003年被评为中国人民大学优秀博士论文;2004年又获得全国优秀博士论文的殊荣。当时就有几家出版社主动要求为其出版博士论文。但是张智辉并没有急于出版,而是对论文作了进一步的修改补充,直到今年才交付出版。其治学精神在当前这种学术浮躁的氛围中是难能可贵的。作为张智辉的博士生导师,我很高兴看到自己学生的博士学位论文正式出版。是为序。

高铭暄

2005年6月

CONTENTS 目 录

| | |
|--------------------------|----------|
| 第一章 导论:刑法的历史是一部人类 | |
| 理性进化史 | 1 |
| 一、古代刑法中的同态复仇 | 2 |
| 二、中世纪刑法的系统化 | 5 |
| 三、近代刑法中的三大原则 | 7 |
| 四、现代刑法改革运动 | 8 |
| 五、中国古代刑法中的“慎刑”思想 | 11 |

| | |
|---------------------|-----------|
| 第二章 理性的一般考察 | 16 |
| 一、关于理性的不同解释 | 16 |
| 二、理性的不同种类 | 18 |
| (一) 作为认识论的理性 | 18 |
| (二) 作为本体论的理性 | 20 |
| (三) 作为实践论的理性 | 22 |
| 三、对理性的理解 | 25 |
| (一) 理性的基础 | 25 |
| (二) 理性的要素 | 26 |
| (三) 理性的实践功能 | 28 |
| 四、刑法为什么需要理性 | 30 |
| (一) 法律本身是一种理性的选择 | 30 |
| (二) 刑罚的“双刃性”需要理性的制约 | 32 |
| (三) 刑法适用的多样性使刑法不得不 | |
| 依赖于人类理性 | 33 |

CONTENTS 目 录

| | |
|----------------------|------------|
| 第三章 刑法理性的基本内涵 | 35 |
| 一、刑法的目的性 | 36 |
| (一) 目的性是理性的基本特征 | 36 |
| (二) 关于刑法目的的不同认识 | 37 |
| (三) 刑法的直接目的 | 43 |
| (四) 刑法的目的价值 | 53 |
| (五) 刑法目的及其价值关系 | 62 |
| (六) 实现刑法目的的手段选择 | 63 |
| 二、刑法的合理性 | 66 |
| (一) 价值合理性 | 69 |
| (二) 逻辑合理性 | 73 |
| (三) 程序合理性 | 78 |
| 三、刑法的节制性 | 90 |
| (一) 谦抑 | 91 |
| (二) 宽和 | 96 |
| (三) 人道 | 100 |
| 第四章 刑法理性的彰显 | 103 |
| 一、动用刑法的必要性原则 | 105 |
| (一) 必要性原则的基本含义 | 105 |
| (二) 必要性原则的理性基础 | 108 |
| 二、罪刑法定原则 | 115 |
| (一) 罪刑法定原则的历史发展 | 115 |
| (二) 罪刑法定原则的基本含义 | 116 |

CONTENTS 目 录

| | |
|------------------------|------------|
| (三) 罪刑法定原则的价值追求 | 118 |
| (四) 贯彻罪刑法定原则所要解决的问题 | 122 |
| 三、罪责刑相适应原则 | 133 |
| (一) 罪责刑相适应原则的演变 | 133 |
| (二) 关于罪责刑相适应原则的理论之争 | 139 |
| (三) 罪责刑相适应原则与量刑原则的关系 | 157 |
| 四、刑法合理解释原则 | 169 |
| (一) 合理解释原则的提出 | 169 |
| (二) 合理解释原则的基本内涵 | 173 |
| (三) 合理性原则的理性基础 | 183 |
| (四) 刑法解释实践中的两个争议问题 | 189 |
| <hr/> | |
| 第五章 刑法立法中的非理性评析 | 205 |
| 一、刑法的立法思想 | 206 |
| (一) 罪刑法定原则没有在刑法中一以贯之 | 208 |
| (二) 没有充分反映市场经济的要求 | 215 |
| (三) 重刑主义思想的残余依存 | 222 |
| 二、刑法的立法过程 | 231 |
| (一) 立法动意的随意性 | 234 |
| (二) 立法过程的短促性 | 235 |
| (三) 法条设定的草率性 | 236 |
| 三、刑法的立法结果 | 240 |
| (一) 某些条文的规定违反刑法的精神 | 242 |
| (二) 某些条文的设计不科学 | 244 |

CONTENTS 目 录

| | |
|------------------------|------------|
| (三) 某些条文的规定不合理 | 248 |
| (四) 某些条文的用语不规范 | 254 |
| <hr/> | |
| 第六章 刑事司法中的非理性评析 | 257 |
| 一、刑事司法理念 | 260 |
| (一) 工具论 | 260 |
| (二) 遏制论 | 262 |
| (三) 被告有罪论 | 264 |
| (四) 极端的实体正义论与程序优先论 | 266 |
| 二、刑事司法政策 | 269 |
| (一) 搞运动的策略 | 271 |
| (二) “严打”方针的常态化 | 272 |
| 三、刑事司法制度 | 274 |
| (一) 司法人员大众化 | 275 |
| (二) 司法管理行政化 | 277 |
| (三) 司法权的地方化 | 279 |
| 四、刑事司法过程 | 281 |
| (一) 立案中的非理性 | 282 |
| (二) 侦查中的非理性 | 284 |
| (三) 起诉中的非理性 | 289 |
| (四) 审判中的非理性 | 292 |
| (五) 刑罚执行中的非理性 | 297 |

CONTENTS 目 录

| | |
|---------------------|------------|
| 第七章 刑法理性化的道路 | 302 |
| 一、刑法改革的价值取向 | 303 |
| 二、刑法的严密性问题 | 305 |
| （一）关于犯罪主体的规定 | 307 |
| （二）关于犯罪方法的规定 | 316 |
| （三）关于犯罪构成其他要件的规定 | 318 |
| 三、轻刑化问题 | 321 |
| （一）轻刑化的立法选择 | 322 |
| （二）轻刑化的司法选择 | 324 |
| 四、严格执法问题 | 329 |
| （一）造就高素质的刑事司法职业群体 | 330 |
| （二）营建独立司法的运行机制 | 332 |
| （三）树立渎职责任新理念 | 336 |

| | |
|--------|-----|
| 主要参考书目 | 338 |
| 后记 | 342 |

第一章 导论：刑法的历史是一部人类理性进化史

刑法的发展史,是伴随着人类对犯罪认识的深化和人类文明的发展而不断寻找更有效的制裁手段的过程,是人类从本能的报复向理智的惩罚演进的理性化过程。

在古代,人们把犯罪仅仅看成是一种恶害,只要哪里有统治者认为是犯罪的损害事实发生,刑法的魔鞭就要打到哪里,以为这样就可以消灭犯罪。犯罪的认定完全采取“客观归罪”的方式。当人们认识到犯罪是在人的心理因素支配下实施的反叛行为时,立法者很快便把刑事制裁的重点转向了导致人们实施犯罪行为的犯罪思想,把主观上的故意过失作为认定犯罪的重要因素,在刑法中强调人的道义责任。而当对犯罪人实证性的研究使统治者认识到犯罪并不完全是个人的意志自由选择的结果,而是在一定程度上受到遗传、素质和社会环境所决定的,人只能在一定限度内控制和选择犯罪行为时,立法者逐渐地放弃了绝对报应的刑法原则,主张在认定犯罪时既要考虑犯罪的具体行为,也要考虑犯罪人的具体情况和犯罪时的具体环境。

对对犯罪的认识相适应,人类对犯罪的制裁也经历了一个从本能到理性的进化过程。刑法产生之前,一个人对另一个人的侵害,往往是由被侵害的个人或其所属的民族、家族向对方“讨还血债”。这种基于本能的血亲复仇受情感的驱使,往往是任性而无节制的。刑法的产生,明确地宣布惩罚加害者的权力只有国家才能享有,从而禁止个人之间的无节制的报复行为。这就意味着人类制裁犯罪的活动开始走上了理性发展的道路。在刑法产生的初期,本能的报复观念和传统的复仇方式还左右着惩罚犯罪的活动。刑罚的适用,不仅罪及个人,而且罪及家人,株连之风盛行。特别是随着统治者对犯罪发生过程中心理因素的支配作用的认识,以为依靠刑事制裁的残酷性在人们心理上产生的畏惧就可以遏制犯罪的发生时,刑罚的残酷性达到了极点。而当统治者意识到残酷刑罚的长期适用使它最初在人们心理上产生的恐怖感觉已经麻木,通过残酷的刑罚来镇压犯罪的做法失去了原有的效果时,刑罚亦开始走向缓和。

刑法的运用公共权力制裁犯罪的性质在整体上、制度上使私人报复得

到了有效的遏制,并且通过法律的形式限定惩罚的规模、方式和程度,进而制定必要的制裁程序,使报复加害者的活动走上制度化、程式化的道路。从禁止血亲复仇——消除本能报复的遗风,到废除肉刑——减少惩罚的残酷性;从确立罪刑法定原则和罪刑相适应原则——限制惩罚的随意性,到从报复刑向教育刑过渡——强调刑法的目的性,刑法的每一步发展,都标志着人类从本能的报复走向理智地制裁的进化,都意味着人类在对犯罪设定和追究刑事责任的过程中更加理智地控制人类感情,更加理智地选择实现目的的手段,而不断减少以恶止恶的传统,更多地、更自觉地以善止恶。

伴随着刑法的发展,刑事诉讼也经历了一个逐渐理性化的过程。在刑法产生之初,被害人向地方官提出的控告,如果被告人不承认,则借助神灵来裁判,或者通过司法决斗来裁判有罪无罪。随着人类文明和理智的发展,刑事诉讼中的宗教色彩逐渐减少,掌握国家权力的教会、封建领主、司法官将控告、审判犯罪嫌疑人甚至包括行刑的权力集于一身,一旦确定犯罪发生并找到犯罪嫌疑人,掌握国家司法权的官员便将犯罪嫌疑人关押起来,使其与外界隔绝并对其进行刑讯以迫使其承认犯了被指控的罪。而犯罪嫌疑人的供认,反过来又被认为是对其定罪的充分证据。随着刑法的进一步发展,刑事诉讼逐渐走向专门化,不仅司法权与行政权相分离,而且侦查、控告、审判、行刑逐渐地从单一主体中分离出来,分别由不同的司法机关行使,并受到程序规则的严格限制,以致刑事诉讼不再是一种本能的、专断的、盲目的社会反应机制,而是经过深思熟虑的、有规则可循、相互制约的司法活动过程。从控告式诉讼的神明裁判到纠问式诉讼的罪刑擅断,再到控辩式诉讼的依法裁量,理智的成分不断增多,本能的因素逐渐减少,呈现出明显的理性化过程。

本文仅举刑法发展过程中几个有代表性的史实予以说明。

一、古代刑法中的同态复仇

同态复仇是古代刑法的第一个法则,也是人们公认的古代理法的显著特点。同态复仇恰恰是与古代人的认识能力相联系的古代理法的理性的表现。

同态复仇,是从原始人的报复本能中进化而来的。在原始氏族社会,由于社会生产力非常低下,人们只有在氏族中才能生存,所以集体观念是维系氏族的纽带。“氏族,因需要而具有极强的聚合能力。氏族的成员因绝对的完

全的利害一致凝合在一起。”^①这种集体观念决定了原始社会复仇的基本形态。同一氏族内部,是不允许用报复行动来解决纠纷的,出现纠纷时通常要由氏族首领来调解。而在不同氏族之间,任何报复行动都是一个氏族集体对另一个氏族集体实施的。氏族成员遭受外族的伤害被视为整个氏族遭受凌辱,受害氏族可以因此而加害者的氏族采取集体性的报复行动。这种报复行动往往没有节制,不分起因大小,并且是反复进行的。一个氏族对另一个氏族的报复行动,往往引起另一个氏族的反报复,以致循环往复,不断征战,弱肉强食,乃至造成整个氏族的毁灭。这种血亲复仇,可以说是原始的报复方式。

随着生产力的发展和剩余劳动的出现,使作为维系同一氏族内部成员的纽带的集体观念逐渐淡漠,为一个氏族成员的受害而动用整个氏族的力量进行无休止的争斗,越来越不受整个氏族成员的响应。而另一方面剩余劳动的出现使不同氏族之间的交往逐渐增多,除了个别成员的侵害行为引起的仇恨之外,不同氏族之间还存在着一定的利益关系,使他们不愿意为了报仇而随时随地动用整个氏族的力量进行集体性的杀戮。

正是在这种社会背景下,血亲复仇逐渐被私人复仇所取代。私人复仇把报复的权利赋予受害人及其近亲属。一个人在遭受到外族人的侵害时,他及其近亲属可以向对方进行复仇。“复仇,甚至是以特别方式落到受害者近亲属身上的一项义务,一种责任,但也是一项沉重的、不可推卸而且无期限限制的义务和责任。本氏族的成员都在注视着复仇者,复仇者不可能违反自己的义务与责任。当然,本氏族的成员对复仇者会给予支持与帮助,在开始时,更是如此。”^②这种私人复仇,虽然结束了集体杀戮的复仇方式,但是仍然是没有节制的。“这种报复,不仅仅是要伤害有罪的人本人,还要殃及其亲属、其首领、其群体中最重要的成员。”^③

随着社会的发展,私人复仇受到进一步的限制。特别是随着奴隶制国家的出现,统治者对原始社会不受控制和毫无节制的复仇方式,通过特殊公共权力加以限制。这种限制包括:(1)公共权力控制复仇手段的使用,即国家要审查复仇者的权利并对实施复仇的方式进行控制。奴隶制国家规定,

① [法]卡斯东·斯特法尼等著:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第60页。

② 同上书,第61页。

③ 同上书,第62页。