

◎ 陈兴良 著

刑法的价值构造

(第二版)

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究专著系列

Contemporary Chinese Jurists' Library



中国人民大学出版社

D914.01

15=2

2006

●陈兴良 著

刑法的价值构造

(第二版)

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究专著系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

图书在版编目(CIP)数据

刑法的价值构造 / 陈兴良著. 2 版.
北京:中国人民大学出版社, 2006
(中国当代法学家文库·陈兴良刑法研究专著系列)
ISBN 7-300-07691-2

I. 刑…
II. 陈…
III. 刑法-法哲学
IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 121636 号

中国当代法学家文库
陈兴良刑法研究专著系列
刑法的价值构造(第二版)
陈兴良 著

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)	010-62511398(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	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	河北涿州星河印刷有限公司	版 次	1998 年 10 月第 1 版
规 格	170 mm×228 mm 16 开本		2006 年 10 月第 2 版
印 张	38 插页 3	印 次	2006 年 10 月第 1 次印刷
字 数	549 000	定 价	49.80 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

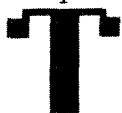


刑法是一种不得已的恶。用之得当,个人与社会两受其益;用之不当,个人与社会两受其害。因此,对于刑法之可能的扩张和滥用,必须保持足够的警惕。不得已的恶只能不得已而用之,此乃用刑之道也。

——题记

总 序

自 1984 年发表第一篇论文（《论我国刑法中的间接正犯》，载《法学杂志》，1984（1））、1987 年出版第一本专著（《正当防卫论》，中国人民大学出版社，1987）以来，我的学术生涯已逾 20 载。其间，发表了二百余篇论文，出版了 11 部个人专著以及 8 部论文集，此外还主编或参编刑法学论著三十余部。以上论著的水平参差不齐，既有青涩的少作，也有成熟的代表作，基本上反映了我对刑法的感悟。这些论著，出版较早的已经过去十多年了，书店难觅其踪，图书馆也不易查找，经常有读者向我打听何处有售。本想对这些论著进行系统修订以后再版，但因写作任务挤压，加上历经 1997 年刑法修订，并由于我国刑法学理论水平的提高，旧作的内容益显其旧，甚至非经重写不可。在这种情况下，畏难情绪使旧作的修订工作一再拖延。正在旧作重新出版遥遥无期之际，中国人民大学出版社建立“中国当代法学家文库”，并邀请我参加，为我出版“陈兴良刑法研究系列”，将旧作进行整理以后集中出版。这一构想，对我颇有吸引力。经过慎重考虑，将 10 年前出版的旧作，除个别以外，分为三个系列出版，这就是：（1）陈兴良刑法研究专著系列；（2）陈兴良刑法研究文集系列；（3）陈兴良刑法研究



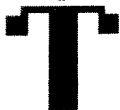


主编系列。现分别对这三个系列的情况略加说明：

“陈兴良刑法研究专著系列”，是我个人专著的书系。自1987年至2006年，我出版的个人专著共计11部，此次纳入文库的有《正当防卫论》、《共同犯罪论》、《刑法适用总论》、《刑法的人性基础》和《刑法的价值构造》等5部。在这些著作中，除《刑法的人性基础》和《刑法的价值构造》属于刑法哲学著作以外，其他3部中的《正当防卫论》和《共同犯罪论》是在1997年刑法修订前出版的，需要根据刑法进行修订，《刑法适用总论》也需吸收有关司法解释的内容。考虑到这些著作出版时间较早，只是反映我在10年前的学术水平，若进行大规模的修订已不可能，也无此必要。在这种情况下，我基本上保持旧作的原貌，只是对过时的刑法条文加以修订，并充实司法解释的内容。以后可能还会有更多的个人专著纳入书系。

“陈兴良刑法研究文集系列”，是我文集的书系。我的文集分为两种类型：一是综合性文集，类似于编年史，是按照论文发表的年代编辑而成的论文集，共计3部。第一部是《当代中国刑法新理念》，收入1984年至1994年的论文；第二部是《当代中国刑法新视界》，收入1995年至1997年的论文；第三部是《当代中国刑法新境域》，收入1998年至2001年的论文。现将2002年至2005年的论文加以整理，编成第四部论文集，名曰《当代中国刑法新径路》。二是专题性文集，例如《走向哲学的刑法学》和《刑法理念导读》以及新近出版的《死刑备忘录》等。这些文集以某一专题为主旨，汇集历年来对该专题的研究成果而成。这些论文集都将陆续收入文库。

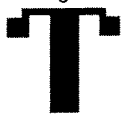
“陈兴良刑法研究主编系列”，是我主编著作的书系。在我的学术活动中，主编著作有一席之地。尤其是连续出版物《刑事法评论》，成为我主持的一个刑事法的重要论坛。在我主编的各种论著中，有些时过境迁，没有再版的必要；有些则具有较高的学术价值，因而修订以后纳入文库出版。应当指出，我主编的这些学术著作，都是与他人合作的产物，包括同事与学生，通过共同合作这些著作而建立的友谊，历久弥新，令人难以忘怀。因此，我主编的著作并非我个人的研究





成果，而是全体合作者的共同研究成果。只不过作为主编，我对这些著作的命运负有某种使其久远地流传的责任而已。

随着我国法治建设的进步，我国的刑法学理论也随之发展。作为一名刑法学家，我时刻地感觉到时代的召唤，因而愿意将毕生的精力贡献给刑法学事业。我个人的学术成长，也正是我国刑法学从沉寂到复苏，并且迅猛地发展的一个缩影。“陈兴良刑法研究系列”的编辑，是对我以往学术生涯的总结，对以往学术成果的盘点，对以往学术能力的检讨。这是一个契机，使我能够回顾过去以便更好地面对未来。苏力曾经将法学家的命运和国家的关系与文学家的命运和国家的关系加以比较，进而认为，对于文学家来说是国家不幸诗家幸，因而文学家的命运与国家的命运之间存在负相关的关系。而法学家则不然，国家不幸法学家必然不幸，因而法学家的命运与国家的命运之间存在正相关的关系。就此而言，每个法学家都期盼着国家昌盛，法治发达，如此则法学家之幸耶。当然，国家之幸只不过为法学家的成才提供了客观外在的条件，真正为国家法治作出应有的学术贡献，仍有待于法学家的个人努力。就此而言，我辈确实是幸运的，我的业师高铭暄教授、王作富教授，在 20 世纪 50 年代初受过良好的法科教育，并受苏联专家的亲炙。但从 20 世纪 50 年代中期开始我国进入一个政治动荡期，及至 1966 年开始“文化大革命”，法律虚无主义盛行，法学家根本没有用武之地，法学更是被打入冷宫。这个政治动荡期与社会动乱期一直延续到 1978 年，此后我国才进入一个平稳发展的历史新时期。1978 年，我始上大学，而高、王两位教授则归队重拾刑法旧业。这一年，我初度二十，而高、王则年届五十矣。可以说，高、王是从五十岁才开始真正从事刑法学的学术活动的，我则刚刚进入法学的门槛。我和高、王两位教授相隔三十年，这是整整一代人的时空距离，也是整整一代人的学术空白。这使我们这一辈年轻人有机会在老一辈学者的指点和提携下，脱颖而出并较早地进入到刑法学的学术前沿。时代给我们提供了广阔的学术舞台，我辈赶上了法治建设的黄金季节。当我年近五十的时候，已经完成了主要的或者重要的学术创作，可以开始进行学术总结。就此而言，我辈何其幸也。





一个人的学术生命不可能长生不老，这就是所谓“生有涯而知无涯”。因而，我们应当承认在科学与学术面前，个人是渺小的，贡献是有限的。我们只能完成在特定历史境域中个人能力范围内所能完成的学术使命，勇于承认这一点，并且乐观地看着我们的学术作品慢慢地老去，逐渐地退出学术舞台，这不也是一种达观的学术谢幕么？对于我来说，尽管这一天还未到来，但我期盼着它的到来。这就是我在编辑“陈兴良刑法研究系列”书系时的一点感想与感慨，记之为序，且是总序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2006年6月11日



出版说明

《刑法的价值构造》一书创作于1996年，出版于1998年初，它是在1997年刑法修订前完成，直至刑法修订以后才出版，其出版周期跨越了1997年的新旧刑法更替。德国学者拉德布鲁赫曾经引用基希曼的一句名言：“立法者三句修改的话，全部藏书就会变成废纸”。在拉氏看来，这一论断否定了应然法律的科学性，否定了或然的制定法的科学性。^①我认为立法者的三句修改的话，变成废纸的是注释法学的著作，因为它具有对于实在法的极大依附性。而以应然法为研究对象的法哲学著作，并不以立法为转移，因而并不会因为立法者三句修改的话使其变成废纸。值得庆幸的是，《刑法的价值构造》是一本刑法哲学的著作，因而虽然其出版周期跨越1997年刑法修订，但并未变成废纸。

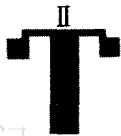
至今我仍然认为，《刑法的价值构造》是自己最为满意的一部著作，它在我的学术谱系中占据着重要的地位，也给我带来学术声誉。该书曾在2003年被评为中国高校第三届人文社会科学研究优秀成果一等奖，是我所获得的科研奖项中

^① 参见〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，168页，北京，中国大百科全书出版社，1997。



较为重要的一个。在《刑法的价值构造》一书中，我主要采用了价值哲学的方法对刑法进行某种形而上的研究。以往在我国刑法学界对刑法的研究大多是注释方法，这是一种实然的研究。实然研究当然是重要的，使我们能够获知法之所然。但实然研究具有对法条的依赖性，难以对法本身作出科学的反思。其实，我国刑法学界也不乏对法律的批评，往往以立法完善的形式反映出来。但这种批评一般限于具体条文，并且也缺乏科学根据。在这种情况下，我以为倡导一种对刑法的应然研究是十分必要的，这种应然研究具有超越法条的形而上的特性，并且是对法的本原的一种揭示，对法的宗旨的一种阐述。尤其应当指出的是，刑法的应然研究并非对刑法的实然研究的否定，而是在实然研究的基础上展开的，成为对实然研究的补充与提升。这种对刑法的应然研究，就是刑法的价值分析。本书是这种研究方法的一种尝试，无论成功与否，我自信方向是正确的。

在写作本书的时候，我还是想沿着这一学术径路继续走下去的，并且当时就已经想好了下一本书的书名：《刑法的道德使命》，意图从刑法与道德的关系切入，揭示刑法的伦理蕴含，刻画刑法与道德之间的紧张关系。但是，由于各种原因，这一写作计划至今未能完成。除了本人能力所限以外，一个重要的原因是1997年刑法修订以后，掀起了一个对97刑法研究的热潮，我也投入其中，由此使我的研究进路发生转向：从刑法的应然研究又回归刑法的实然研究。从1997年开始，我完成了刑法实然研究的一系列写作：《刑法疏议》（中国人民公安大学出版社1997年版）、《刑法适用总论》（法律出版社1999年版）、《本体刑法学》（商务印书馆2001年版）、《规范刑法学》（中国政法大学出版社2003年版）。及至《刑法学的现代展开》（与周光权合著，中国人民大学出版社2006年版），这一写作抵达高潮。从2005年开始的《判例刑法学》的写作，则使对刑法的实然研究从法的教义学深入到法的判例学，从立法转向司法，从刑法的文本研究推进到刑法的个案研究。当然，在这当中，还包含着对刑事法治的关注与思考，这就是即将推出的《刑事法治研究》的内容。可以说，在《刑法的价值构造》完成以后，我的研究从形而上回归形而下，经历了一场重要转折。这一转折的动因还是





我国刑事法治、刑事立法与刑事司法的发展，作为一个刑法学人，不能自外于这一法律变革。

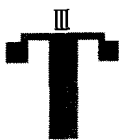
研究范式，这是当下学界十分流行的话语。我以为，刑法的应然研究与实然研究具有各自不同的研究范式。就刑法的应然研究而言，虽然有刑法哲学这样一个名称，但它并非刑法应然研究之全部。此外，还有刑法的社会学研究、刑法的逻辑学研究、刑法的伦理学研究、刑法的语言学研究、刑法的经济学研究，如此等等。刑法是一种复杂的社会现象，它是人类精神生活的一个点，它与其他社会现象之间存在着某种相关性。只有把刑法还原为社会现象、经济现象、伦理现象、语言现象、逻辑现象，我们才能深刻地把握刑法的实质。因此，刑法的哲学研究，也可以说是刑法的应然研究、刑法的形而上的研究，它应当遵循的哲学、社会学、经济学、伦理学、语言学、逻辑学的研究范式，是采用上述各个学科的方法对刑法这一特殊现象进行研究的结果。至于刑法的实然研究，是刑法学所垄断的研究领域，它构成狭义上的刑法学，也就是刑法教义学。经过近几年来对刑法的实然研究，我越来越感到以往我国刑法的实然研究缺乏研究范式，存在着非规范、非科学的倾向。为此，必须将我国刑法的实然研究置于大陆法系刑法学研究这一背景之中，引入大陆法系刑法学的研究范式。唯此，才能使我国刑法的实然研究走上正途。尤其是，刑法的实然研究不能脱离刑法的应然研究，只有在刑法的应然研究的推动下，刑法的实然研究才具有扎实的根基。

《刑法的价值构造》对于我来说是所能达到的一个学术高峰，也许以后很难再超越。但我还是想在刑法的实然研究领域经过数年的盘旋之后，重新回到刑法的应然研究的领域中来再作进一步的攀登。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋家园寓所

2006年6月27日晨



前 言

刑法的价值构造是我所塑造的一个刑法的理想国，它立足于揭示刑法的应然性。以往我们的刑法理论，重视的是刑法的实然性，这种实然性往往是以实用性为前提的。因此，刑法理论满足于阐述法条之所然，而对其所以然则不甚了然，对其应然性则更是了无所然。这样，刑法学沦为一种注释学，只能成为某种立法或者司法的附庸。这主要表现在：刑法学尾随立法与司法，毫无独立的理论品格，丧失了社会批判功能。在这种情况下，引起我关注的是这样一个问题：刑法学何以成为一门科学。这个问题的回答是困难的，因为对于科学本身就存在着各式各样的理解。然而，这个问题的思考又是重要的，因为它关乎刑法作为一门学科的安身立命之本。不能说对这个问题我已经有圆满回答，本书在一定程度上试图回答这个问题，但也许是十分肤浅的。至少我想，刑法学之科学性的一个重要标志，就在于基于其实然性而对其应然性的一种描述。它表明这种刑法理论是源于实然而又高于实然，是对刑法的理论审视，是对刑法的本源思考，是对刑法的终极关怀。

刑法的应然性，实质上就是一个价值问题。刑法的价值考察，是在刑法实然



性的基础上,对刑法应然性的回答。刑法学作为一门独立学科,也是作为一门科学的诞生,正是以对刑法的应然性的关注为标志的。在历史上,意大利著名刑法学家贝卡里亚是刑法学的始祖,他的刑法学说的特点就在于不以任何实在法为基础,也就是说,它不是根据现存刑法的体系和原则去探求它的精神并系统地注释其条文。贝卡里亚的刑法学说基本上可以分为两部分,一部分是刑法哲学,它根据哲学原理探讨并解释什么是犯罪,什么是刑罚,人为什么犯罪,社会为什么需要刑罚等刑法范畴的基本概念和问题,这种哲学解释由于综合了大量人类认识的新发现,因而比纯粹的法律解释要深刻得多。另一部分是刑事政策,它根据对基本刑法概念和问题的哲学探讨和解释提出犯罪控制的法律对策。比如,根据对刑法本质的哲学认识,提出为发挥其效能在立法和司法中所应当遵循的规则。^①正因为如此,我们才将贝卡里亚那本仅6万字的论文式专著《论犯罪与刑罚》奉为刑法学的经典。这本书的思想容量与其篇幅是远远不成比例的。它之所以成为刑法学的经典,就因为它触及了刑法的一些本源性问题,尤其是刑法价值问题,从而使刑法学成为一门科学。

刑法的应然性并不是主观臆想,它是以实然性为前提的。因此,它要求我们对刑法的现实性具有更为热切的关注。刑法是一种社会现象,它是以社会为基础的。因此,对刑法的应然性的考察,应当将刑法置于广阔的社会文化背景之中,而不是仅仅对刑法条文进行分析。在这个意义上可以说,刑法的应然性考察实际上意味着对社会的应然性的思考。所以,真正的刑法学家,不应是一个只关心刑法条文的拜占庭式的经院哲学家,而首先应当是一个具有对社会的终极关怀的思想家。在本书中,我对刑法价值的考察,也不仅仅局限于刑法本身,而是从社会本体论的意义上引申出个人与社会这样一个具有终极意义的问题,在此基础上解决刑法价值问题,从而使对刑法价值的思考成为对社会本源的思考。

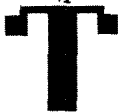
刑法的应然性,使得刑法理论更具永恒性。在哲学上,永恒与暂时的区分是

^① 参见黄风:《贝卡里亚及其刑法思想》,36页,北京,中国政法大学出版社,1987。



相对的，在学术上也是如此。自然科学相对于社会科学，更具永恒性，这也正是自然科学比社会科学更具科学性的一个象征。在这个意义上，我们可以说永恒性是科学性的题中应有之义，尽管这种永恒本身也是相对的。因此，对于学术的永恒性的追求实际上也就是对学术的科学性的追求。科学性要求某种理论命题是对相当范围内的现实事物的客观规律的揭示与概括，它不因具体事物的变动而变化，具有在一定时空范围内的普遍适用性，这也就是一种永恒性。刑法往往也是如此。刑法领域中的犯罪与刑罚现象是十分复杂的，法律条文也是形形色色的，刑法理论所关注的应当是犯罪与刑罚的一般规律，这样就舍弃了大量个案特征，而是对现实问题的一种理论归纳。这种理论的生命力来自现实，但它又具有超越现实的永恒性。因此，刑法理论所揭示的是支配着刑法之表象的“道”。形而上学谓之“道”，这种“道”是不易变动的东西，是刑法条文的灵魂与精髓。只有得刑法学之“道”，刑法学才不至于尾随立法与司法。而恰恰相反，刑法条文应当服从以“道”为内容的刑法原理与刑法精神。这样，刑法学家就掌握了一种批判实在法的武器，就可以在精神上具有自立的根基，而不至于唯法是从，唯权是命。在这个意义上，刑法理论才具有相对的稳定性乃至永恒性，不至于一部法律的修改，甚至一个司法解释的发布，就使我们积数年之研究心血而写成的一本本刑法教科书顷刻之间变成废纸。

刑法的应然性，使刑法的思考成为法的思考，从而使刑法理论升华为刑法哲学，乃至法哲学。法是相通的，这里主要是指基本精神相通。而刑法的应然性，使我们更加关注刑法的内在精神，因而能够突破刑法的桎梏，走向法的广阔天地。我们以往的刑法理论，过于局限在对刑法条文，甚至个案的具体考察，虽然具有专业性，但却缺乏学术性与思想性。我越来越感到，刑法理论不能封闭在狭小的刑法范围之内，而应当具有开放性。从《刑法哲学》到《刑法的人性基础》，再到现在这本《刑法的价值构造》，我总结本人刑法研究的轨迹，归纳为一句话：从刑法的法理探究到法理的刑法探究。刑法的法理探究，是指刑法的本体性思考，以探究刑法的一般原理为己任，基本上属于刑法的法理学，或曰理论刑





法学。《刑法哲学》可以归为此类，我称之为实在法意义上的刑法哲学。而法理的刑法探究，则是指以刑法为出发点，通过探究刑法命题而在更深层次上与更广泛范围内触及法哲学的基本原理。从《刑法的人性基础》到《刑法的价值构造》，虽然仍然以刑法为研究对象，但实际上已经超出刑法范围，探究的是一般法理问题。刑法只不过是这种法理探究的一个独特的视角和一种必要的例证。在这个意义上，这种刑法学也是一定程度上的法理学，它的影响可能会超出刑法学。我把这种刑法理论称之为自然法意义上的刑法哲学。例如，这本书中，我探讨的是刑法价值问题，但实际上是以刑法价值为出发点探讨法的价值问题。因为刑法只不过是法的一种表现形式而已，通过对刑法价值的深度研究，难道不正是有助于我们对法的价值的深入理解吗？我曾经对法理极具兴趣；一个偶然的原因使我置身于刑法学界，从探讨一些极为琐细的刑法问题开始了我的学术生涯，以至于使我自己感到一种从抽象到具体的“精神堕落”。我不为所动，始终保持对刑法的极浓兴趣；但也不为所惑，清醒地认识到刑法只是我的暂栖处，我的最终志向应当是回归法理学。现在，我终于找到了一个契合点，既可以充分利用我的刑法专长，又可以满足我对法哲学的强烈冲动。这就是法理的刑法探究，它也将是我今后学术研究的更高追求。我不可能完全脱离刑法去研究法理，但可以通过刑法去研究法理，这才是我之所长。不仅如此，我还可以专门研究刑法，这是我的专业特点。因此，我把自己的研究分为两个领域：刑法的法理探究——刑法的法理学与法理的刑法探究——法理的刑法学。

刑法的价值问题，可以说是刑法哲学的重要内容。在《刑法哲学》一书中，我对刑法的价值内容作了探讨，提出了公正、谦抑、人道这三大现代刑法的价值目标，并认为这是构成刑法的三个支点，也是刑法哲学应当贯穿的三条红线。可以说，当时的探讨是十分肤浅的。不说理论深度，单是从篇幅上来说，也仅有不足五千言。而在本书中，我以将近五十万言的篇幅来探讨刑法价值问题，无论在理论的深度还是广度上，都远远超出了以往。因此，本书是《刑法哲学》一书所开始的刑法理论探索的继续，这本书的起点正好是那本书的终点，它也是继《刑





法的人性基础》之后的刑法哲学第三部。在本书中，刑法价值问题的探讨被分成四个层次：（1）刑法价值的背景论，这就是第一章与第二章，分别揭示刑事古典学派的价值构造与刑事实证学派的价值构造。这两个学派分别体现了个人本位和社会本位的两种价值构造，这也正是两大刑法学派的对立之所在。正是从两大刑法学派的价值冲突中，引申出刑法价值问题的主题。（2）刑法价值的本体论，这是第三、四、五章，主要是从刑法机能出发，通过个体与整体、个人与社会等社会哲学问题的探讨，提出刑法机能的二元论，这就是刑法的人权保障机能与社会保护机能的双重构造，从而确立刑法价值观。（3）刑法价值的目标论，这是第六、七、八章。如果说，刑法机能是刑法自身所拥有的价值，那么，刑法价值目标，诸如公正、谦抑、人道，就是刑法所追求的价值。本书以较大的篇幅对刑法的三大价值目标作了理论考察。（4）刑法价值的原则论，这是第九章与第十章，分别是罪刑法定的价值分析和罪刑均衡的价值分析。罪刑法定与罪刑均衡是刑法的两大基本原则，它们都与刑法价值具有密切关系。因而，本书对罪刑法定与罪刑均衡从价值的角度进行了理论探究。本书力图建构一个历史与逻辑相统一的理论体系，并将有关内容作出妥当的安排，使理论趣味与理论表达相协调。

意大利著名刑法学者加罗法洛在论及如何确定犯罪概念时指出：为了获得犯罪这个概念我们必须改变方法，即我们必须放弃事实分析而进行情感分析。^①加罗法洛这里所说的情感指的是道德感，通过情感分析得出的结论是犯罪就在于其行为侵犯了某种共同的道德情感。尽管我们可以对加罗法洛的这种观点提出异议，但其研究方法却值得借鉴。我们从中得到的启迪在于：刑法不仅可以有一种分析方法，例如事实分析或者法条分析，还可以有其他各种分析方法，包括加罗法洛的情感分析。应该说，价值分析也是一种重要的分析方法。从刑法的价值分析中，我们可以得出结论：刑法是一种不得已的恶。用之得当，个人与社会两受

① 参见[意]加罗法洛：《犯罪学》，21页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

