

刑法目的论

——以关系本体论为视角

贾健 著

西南政法大学 刑法学文库

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刑法目的论

——以关系本体论为视角

贾健 著

西南政法大學 刑法學論文庫

图书在版编目(CIP)数据

刑法目的论:以关系本体论为视角 / 贾健著. —
北京:法律出版社, 2014

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6542 - 7

I. ①刑… II. ①贾… III. ①刑法—法的理论
IV. ①D914.01



中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 131165 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/7.875 字数/196千

版本/2014年6月第1版

印次/2014年6月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6542 - 7

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南政法大学刑法学术文库

编辑委员会

主 任：梅传强

委 员：（按姓氏笔画排序）

王利荣 石经海 卢有学

朱建华 李永升 陈 伟

袁 林 高维俭

总 序

歌乐葱葱,嘉陵滔滔。当历史的车轮跨入2013年之际,伴随着中华人民共和国的铿锵脚步和西南政法大学的风雨征程,西南政法大学刑法学科走过了六十年的峥嵘岁月。六十年,对于一个人而言意味着花甲之年,但对一个学校和学科而言却正当壮年。在这个具有历史性意义的癸巳年,由西南政法大学刑法学科组办的“西南政法大学刑法学术文库”诞生了,我们以这种特殊的方式向走过的光辉岁月致敬,向即将迎来的全新征程启幕。

六十年一甲子,走过的是匆匆脚步,留住的是辉煌记忆。1953年,西南政法大学刑法学科由四川大学、重庆大学、云南大学、贵州大学等西南著名高校法律系的刑法学科合并组建。在六十年的发展历程中,以邓又天、董鑫、伍柳村、赵长青、高绍先、李培泽、朱启昌等为代表的老一辈学者,以陈忠林、邱兴隆等为代表的中年学者的辛勤耕耘、默默奉献,为本学科的发展奠定了坚实的基础。特别是改革开放以来,本学科取得了一个又一个骄人的成绩,1981年成为全国最早获得硕士学位授权的刑法学科之一,1995年被评为省部级重点学科,2001年成为我国西部地区唯一的刑法专业博士学位授权点。经过几代人的薪火相传和不懈努力,西南政法大学刑法学科已经成为具有雄厚学科基础和优良学术传统、在全国发挥重要影响并且具有

一定国际知名度的省部级重点学科。

本学科历来注重学术著作的产出,在过去十年间,曾以“西南刑事法与毒品犯罪研究文库”、“西南毒品问题研究文库”等为丛书名,出版发行了一系列的著作,展示了西南政法大学刑法学人的良好形象。但是,由于原有丛书中的每部著作分属于不同出版社出版,每本著作在版式、体例、风格等方面并不完全统一,在一定程度上影响了丛书所应具有的社会价值。2013年年初,为大力加强学科建设,承蒙法律出版社的盛情支持,西南政法大学刑法学科决定积极整合学科力量,将本学科拟出版的优秀著作纳入“西南政法大学刑法学术文库”(以下简称“文库”),以学术文库的形式公开出版发行。“文库”将延续“西南刑法与毒品犯罪研究系列”丛书的基本精神,秉承思想交流与学术创新的基本宗旨,着力打造学术精品,展示西南政法大学刑法学人形象,献力中国刑法学术发展。

科学研究与人才培养是学科建设的两翼。西南政法大学刑法学科具有数量规模庞大、年龄结构合理、学历水平优化、学缘结构合理的学科团队,他们积极投身于教学科研任务一线,近年来在科研项目立项、学术论文发表、科研成果获奖等方面成绩斐然,在科学研究方面取得了优异的成绩。此外,本学科在大力加强科学研究的同时,也着力于人才培养。自2001年获得博士学位授权点以来,本学科已培养了近百名博士,他们活跃在法学理论和司法实务的各个领域,他们所取得的成绩在一定意义上也是本学科所取得的成绩。为此,“文库”将立足本学科,主要出版本学科教学科研人员的优秀著作;同时,“文库”也将选择本学科培养且已经毕业的部分博士的学位论文或其他优秀学术著作出版。为了发挥“文库”的学术价值和社会效应,体现学术丛书的性质,“文库”将采取不定期常年出版的形式,对

于拟出版的著作由“文库”编辑委员会审定后出版,力争将“文库”打造成为规模较大、质量上乘、影响广泛的学术精品。

“人能弘道,非道弘人。”法治之路是中国这个古老的东方大国在饱经沧桑之后作出的选择,时至今日,法治中国已经成为法律人矢志不渝的共同追求。诚然,法治之路不会一马平川,甚或还会荆棘塞途。但是,涓涓细流,汇聚成潮,只要每一个人都用心去尽一份力,梦想终会成真。回顾改革开放30余年的发展历程,从很多领域无法可依到中国特色社会主义法律体系已经建成,法治从艰难起步到健步前行。这份成绩的得来,凝聚着包括法律人在内的无数国人多年的追求和心血,其中,不乏法学理论界的鼓与呼。

时光荏苒,三十年前乃至二十年前学术著作匮乏的情形已经不复存在。在这样一个“知识爆炸”的时代,也许每天都有新的著作出版,也许每天都有新的观点出现,也许每天都有无数人在研究同一个问题,但这一切并不会抹杀理论研究的意义,更不会否定法学理论研究对中国法治实践的意义。事实上,对于当下中国而言,法治实践对法学理论的呼唤不是削弱而是加强了,处于深刻转型和社会变迁进程中的中国,有太多的现实问题需要理论关注与研究,这是法学理论界无可推卸的责任,也是每一个法学理论工作者应有的社会担当。我们不奢望“文库”成为夜幕下的灯塔,而更愿其作浩瀚苍穹中一颗繁星,用朴实无华的光芒照耀行进中的中国法治。因此,“文库”的出版将呈现每一位作者对当下中国刑法理论与实践问题的关注和思考,为学术交流搭建一个有益的平台,用文字和思考为中国法治发展献出自己的绵薄之力。

得益于六十年的学术积淀,西南政法大学刑法学科历史厚重、师资力量雄厚、门类齐全、基础良好,积极加强和推进学科建设具有良好的

基础。但是,我们深知,在新的历史条件下,本学科的发展面临着诸多新的挑战与机遇,加强学科建设刻不容缓。我们期待着“文库”的出版发行能够为国内外同行了解和认识本学科提供一个窗口,也期待着国内外同行能够以“文库”为平台加强与本学科的沟通交流,国内外同行和广大读者的真知灼见将是我们进一步加强学科建设的重要力量。

学术的生命在于争鸣,思想的火花源于碰撞。我们热切期盼学界同仁以及广大法律工作者为本丛书建言献策,努力推动丛书的发展完善,共同守护我们的精神家园,共同促进共和国法治事业的健步前行。

西南政法大学刑法学术文库编辑委员会
2013年5月

目 录

导 言	(1)
第一章 刑法目的的现代性问题	(13)
第一节 刑法究竟有无目的:刑法目的的存在之辩	(13)
第二节 是惩罚还是保护:刑法目的的阿基米德支点	(22)
第三节 如何周延地保护个体与社会:刑法目的的阿喀琉斯之踵	(32)
第二章 个体与社会的关系本体及其刑法保护	(75)
第一节 个体与社会的对立的关系中得以消解	(75)
第二节 刑法保护的是消解了个体与社会的关系——通过 对个罪的反思	(104)
第三节 刑法目的的关系论与狭义刑法学的若干问题	(115)
第三章 关系实在的内在价值及其刑法实现	(141)
第一节 人与自然的关系层面:环境权的“生态主义”刑法 法观	(143)

第二节	人与人的层面之一:内在的商谈理性及其刑法保护的 过程取向	(152)
第三节	人与人的层面之二:内在社群主义及其刑法保 护的实质取向	(166)
第四章	刑法目的的关系论对我国刑法文化和刑事政策的 影响	(192)
第一节	对我国刑法文化的影响	(192)
第二节	对我国刑事政策的影响	(207)
结语		(222)
参考文献		(224)
后 记		(240)

导 言

一、研究思路

本书分为四章内容,大体上是沿着“提出问题”→“分析问题”→“解决问题”的思路展开的。具体而言,首先,在第一章“刑法目的的现代性问题”中,提出了本书的中心问题,即刑法究竟应该如何合理地解决个体保护与社会保护之间的冲突?并分析了这一问题产生的原因。其次,在第二章“个体与社会的关系本体及其刑法保护”与第三章“关系实在的内在价值及其刑法实现”中,本书具体地提出了自己的解决方案,即认为这种对立化解于一种关系实在之中。其中,第二章指出了这种关系实在的本体构造,正是这种关系构造消解了个体与社会的抽象实体,进而化解了两者之间的冲突。另外,对于刑法应该如何保护这种关系实在作了详细的阐述。第三章主要是对这一关系实在所蕴涵的内在价值,即商谈理性与内在社群主义做了交代,这两种内在价值也确保了刑法对于个体与社会的周延保护。最后,在第四章中对这种刑法目的的关系理论之现代意义做了论述。

二、基本观点

本书的第一章首先对于刑法究竟有无目的作了一个回应,在肯定的基础上,又对我国刑法中所规定的“惩罚犯罪说”作出了一个否定性的回答,进而引申出刑法目的的讨论基点是保护主义原则,即保护全体社会成员的共同生存。那么,这就产生了一个问题,立足于保

护主义基础之上的法益与规范说,是否能够完成这一使命呢?显然,如果回答是可以的话,那就意味着不会产生两者的严重对立情况;如果不可以,那么单以法益论或规范论作为刑法的目的予以贯彻的话,将会造成什么后果?进而两者对立背后的真正原因又是什么?这些问题是本章所需要阐述的。可以说,本章是本书的关键之所在,即一是阐述了本书的写作背景和意义,二是提炼出了本书所要解决的问题——刑法应该如何周延地保护个体与社会。另外,本书对于诸如刑法目的是“保护人民”、“保护犯罪人”或“保护被告人”等说法,即试图通过保护某一特定角色的人群来达致保护社会全体之共存的观点,提出了质疑,并进而做出了否定性的评价。

正如德国著名社会学家诺贝特·埃利亚斯所言,某些群体的人的思想一开始就在人的各种联系的自身法则上兜圈子,为了说明被他们观察到的人的各种联系的法则,便不自觉地另外设想出一个自在个体彼岸的实体,为了说明他们的社会规律,他们还杜撰出某个“团体精神”或某个“团体有机体”作为这些规律的载体;而另外一部分人的思想则集中于人类的个体方面,他们不自觉地这样设想:对于个体之间联系的结构和法则的说明,必须在个体的“本性”或“意识”中去寻求,人们在进行思想时必须从个体、从“原子”、从社会的“最小单元”出发,以便在思想中可以根据它们——一定程度上是作为某种事后出现的东西——彼此的关联来建构社会。^{〔1〕}实际上,这种人类思维的对立在刑法理论中的最高体现,就是当前刑法目的理论中法益论与规范论的对立。

正如本书在第一章第三节中所揭示的,实质的法益论在本体论层面固守原子主义、在价值论上倡导自由主义思想,而与之相对立的,规范论则坚持整体主义与社群主义的思想。从这一系列的范畴

〔1〕 [德]诺贝特·埃利亚斯:《个体的社会》,翟三江、陆兴华译,译林出版社2003年版,第20~21页。

对立来看,法益论与规范论的对立是一种人类逻辑的必然,因此,人们难以真正做到在法益论中融入规范,基于此,宾丁的形式自由主义的法益概念、目的论的法益学说、纳粹的共同体的法益学说、语义学上的主流价值法益学说等都可归入规范论之中。那么,从这一角度来说,刑法的目的无论是站在保护法益一边还是站在维护规范一边,都是偏颇的,且最终会造成一系列的问题。例如,如果坚持贯彻保护法益的话,不但将会造成自由主义之个人的选择困难,进而导致社会的整体焦虑(因为个体的选择正是需要依靠社会传统才能作出),最为重要的是这会造成对于无法归入个体的超个体法益的崩溃,最终将会造成社会的分崩离析。另外,如果法益论真的作为一个“德国刑法学畅销商品”的话,无疑会给异域国家的传统刑法文化造成冲击。而规范论的问题同样严重,它会造成抽象的团体精神对个体的压迫,小野清一郎在纳粹时期的学说转变即是明证^[1]。因此,刑法不能偏执于保护法益或维护规范任一边,而是必须要考虑如何周延地保护个体与社会的问题。

在第二章中,本书提出了自己的思路,即通过关系实在论来化解个体与社会的对立。正如考夫曼所言:“法不是如同树木和房屋一般的‘客体’,相反,它是一种关系的结构,人们在这种关系中相互依存并与物发生联系。代替实体本体论(Substanzontologie)应确立关系本体论(Ontologie der Relationen)”^[2]。那么这里的关系本体论是什么呢?本书首先给出了哲学与社会学的界定,我国当代哲学家罗嘉昌先生在《从物质实体到关系实在》一书中,从相对论、量子力

[1] 如果说小野清一郎教授的规范论思想在前期是以西南学派的绝对国家伦理主义为基础的话,那么,在后期则渗入了纳粹的国家极权主义思想,实际上,这种转变并非出乎意料,因为前期的绝对国家伦理主义思想已经具有了向后者转变的基因。详见本书正文部分的叙述。

[2] [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第19页。

学与当代西方哲学的非实体转向等方面,全方位地揭示了世界的关系实在性,他认为关系实在可分为五个论题:①关系是实在的;②实在是关系的;③关系在一定意义上先于关系者;④关系者是关系谓词的名词化;⑤关系者和关系可随关系算子的限定而相互转换。^[1]他认为这种对于关系实在的理解,从根本上破除了形而上学的绝对实体观。应该说,个体表现为关系,脱离了关系个体将无法生存。在过程哲学家怀特海看来,构成世界的最终的基本单位是作为自然要素之终极单位的事件(实际存在物、实际实有),“最小的事件就是瞬息之间的点滴经验和感受。这些就是构成实在的材料。”^[2]而“实际存在物的本性唯一地在于,它是某种正在被摄入的事物。”^[3]即是说,个体是一个不断生成的过程,而生成则体现为个体对于主体间关系的感知。^[4]个体是由关系构成的,社会也是如此,社会学家拉德克利夫·布朗曾经对安达曼岛上的居民进行过记述,在其中体现出了敏锐的人类心理学思想,他的中心论点是:一个社会的社会关系依靠于情操或者情感倾向系统的存在和维护。这些被涂尔干称为“良心集体”(conscience collective)的情操,存在于社会中每一个体成员的头脑中,并且通过宗教仪式和礼节的形式代代相传。这种交互作用在认知上包含一种心理要素,也正是借由这种心理要素,个体和他人形成了统一体。^[5]事实上,我们还可以举出更多的例证。

[1] 罗嘉昌:《从物质实体到关系实在》,中国人民大学出版社2012年版,第3页。

[2] [美]罗伯特·梅斯勒:《过程—关系哲学——浅释怀特海》,周邦宪译,贵州出版集团、贵州人民出版社2009年版,第90页。

[3] [英]A. N. 怀特海:《过程与实在》,杨富斌译,中国城市出版社2003年版,第34页。

[4] 这实际上是一种涉身实在论,国外的认知科学和哲学对此非常关注,并形成了很多重要的研究中心,我国学界也已经将此作为一个重要的前沿科学和哲学问题加以研究。对此,可参见孟伟:《交互心灵的建构——现象学与认知科学研究》,中国社会科学出版社2009年版。

[5] [英]杰西·洛佩兹、约翰·斯科特:《社会结构》,允春喜译,吉林人民出版社2007年版,第67~69页。

从中,我们可以得出几点结论:一是个体与社会(国家)均是关系性的存在。二是所谓关系即是客体得以存在的先在的内在联系。三是这种联系必须能够为我们所感知。这样一来个体与社会(国家)都消解于关系之中了,个体与社会都不是绝对的实体,而是关系构成了个体和社会,因此,刑法保护了关系就等于保全了个体与社会,这实际上赋予了马克思、恩格斯在《德意志意识形态》中所描述的“犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争”^[1]以及刑法学中的“社会主义社会关系”说以新的理论内涵。^[2]另外,这也解决了法益论无法解释表面上不依存于个体的社会法益或国家法益的罪名(如侵扰公共安宁罪、否认和粉饰纳粹罪、公然性交与散布淫秽文书罪)之合法性问题,例如,罗克信就认为防止公民不受负面情绪(不乐意、反感、不舒适感)的影响,原则上不可能是刑法的任务。“刑法的任务是维护人类的共处,而不是共同的感受”^[3]。但本书认为,这种共同的感受正是作为一种关系性的存在进而内化为个体本身的存在,这种共同的感受就是个体存在的状态本身。对这种公共感受的侵扰就等于实质性地侵犯了个人。

基于此,本书赞同费因伯格的侵扰(冒犯)原则,侵扰(冒犯)原则认为只要某行为对受害人是不良的、且造成了其极度不安的体验,

[1] 《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社1956年版,第399页。

[2] 在此,本书对于社会主义社会关系说的问题和近年来所招致的批评,作了冷静的反思,最终得出本书意义上的关系说不是对社会主义社会关系说的颠覆,而是在保持内在一致性基础上的超越。

[3] 罗克信一方面认为裸体主义者的行为只要对妇女产生了性侵犯的恐惧,对其处罚就是合理的;而另一方面却认为公然公开实施性行为而激起公众厌恶,不能被纳入刑法的保护范围。但按照程度上说,公然性交通常包含着裸露身体,且较之于裸露身体更胜一筹,但为什么恐惧的感受是适格的刑法保护对象而厌恶却不是,这难以被人理解。参见[德]克劳斯·罗克信:“刑法的任务不是法益保护吗?”,樊文译,载陈兴良编:《刑事法评论》(第19卷),北京大学出版社2007年版,第154页。

就可以成为刑罚的根据。^{〔1〕}（注意，这里使用的是“可以”而非“应当”，这里只是论证了这些感受能够成为刑法保护之对象的适格性。）并且较之于侵扰原则，本书提供了更为坚实且具有融贯性的理论基石，即上述所阐述的关系实在论。在本章中，还从关系的角度，对于一些典型罪名的保护对象作了重新梳理。

需要指出的是，既然刑法保护的是关系性存在，那么刑法如何认定某行为是犯罪，又如何动用刑罚或非刑罚方法去保护，就成为刑法学体系所必须回答的问题。在这里，我们以犯罪论中的行为概念为例略作说明，行为阶层不但有存在的必要，而且必须将其置于感知性的关系之中去理解，这一点与美国刑法学家弗莱彻所提出的行为的沟通性理论有暗合之处。西班牙刑法学家孔德和美国刑法学家契尔萨也赞同将行为置于主体间性中去：行为是通过被主体间地理解作为一种具有意义的情况和重要性行为而取得意义。^{〔2〕}这里的沟通与理解显然是以感知为前提，或者说，沟通与理解本身就是对关系的感知。另外，对于刑罚论的一些问题，在关系论的刑法目的理论来看，也有一个新的理解。这里就不一一提及。

在第三章中笔者试图说明，关系论中所内含的价值。上面提到，刑法所面对的世界是一个由关系所构成的世界，那么，身处其中的刑法究竟应该做何种抉择，换言之，哪种关系能够最终进入刑法的保护视野呢？本书基于关系论的观点，认为关系论内含的商谈理性与内在的实质价值可以而且应当充当这个遴选的标准。这不但从根本上避免了“关系”沦为绝对精神，即避免了规范论滑向绝对伦理的可能性，而且也使关系论对于刑事立法与司法具备了实质性的指导价值。

〔1〕 Joel Feinberg, *Offense to Others*, Oxford University Press, 1985, pp. 10-13.

〔2〕 弗朗西斯科·穆尼奥斯·孔德、路易斯·埃内斯托·契尔萨：“作为刑法基本概念的行为要件”，张曙光译，载陈兴良编：《刑事法评论》（第29卷），北京大学出版社2011年版，第181页。在这篇译文中，作者还举出了几个弗莱彻教授的沟通行为的例子，有兴趣者可一并参见。

需要指出的是,有学者认为当前法益论之状态说中的状态是一种“实质性的社会关系”,认为现当代的状态说必须通过“主客体之间的关系”来兼顾状态之实体与价值层面。^{〔1〕}本书对此意见持保留态度,虽然确有学者将法益理解为一种“人与法共同体具体承认的价值之间的真实关系”(如 Beck 和 Otto)或者是“由人及其实现媒体(如国家、家庭)与各个关系对象所规定的‘关系’本身”(如 Sina),但显然,是基本法的价值秩序而不是作为本体的关系本身,成为现当代法益论之价值层面的来源,换言之,现当代的状态说的法益论者并不需要也不企图从关系的本体中去探寻法益的价值。

但在本书意义上的关系论中,确实隐含了商谈理性与内在的社群主义。其一,商谈理性内含于关系论的理论基础之中。关系本体论哲学家马丁·布伯就认为,“在三种境界中,与人相关联的人生最为显赫突出。其间,语言因言说与答言而完成自身;仅在其间,具语言之形的道相遇对它的回答,原初词穿梭往返,既是呼唤,称述;又是响应,回答,以同样的形式活跃于同样的语言”。仅在人与人的关系中“观与被观,知与被知,爱与被爱的相互性有不可丧失的实在”^{〔2〕},这中间语言起了保障作用。布伯以语言区分了我与自然、与精神实体、与人之相关联的不同人生,前两者或低于语言,或超出语言,只有与人的关系在语言中存在。实际上,在“我一你”关系中,这种言说方式是“对……说”(speak to),这不同于“我一它”关系中的“谈及”(speak about),可见“我一你”之言谈是一种伙伴性的、平等且相互回应的对话。即是说,对话思想内在于关系本体论之中。

当然,仅仅指出刑法保护的是一种内含商谈理性的关系本体,并非全部,关键的问题是刑法如何保护这种内含商谈理性的关系本体,

〔1〕 熊琦:《德国刑法问题研究》,元照出版有限公司 2009 年版,第 18、19 页。

〔2〕 [德] 马丁·布伯:《我与你》,陈维纲译,生活·读书·新知三联书店 2002 年版,第 127 页。