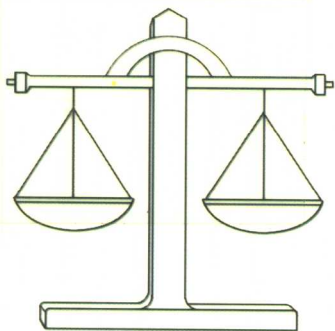


法学学术随笔

刑法的启蒙

XINGFA DE QIMENG

陈兴良 著

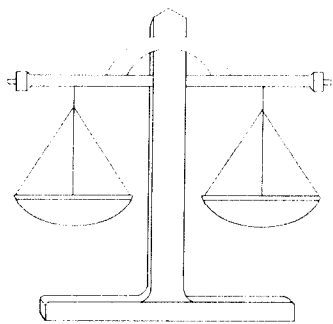


法律出版社

法学学术随笔

刑法的启蒙

陈兴良 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法的启蒙/陈兴良著. -北京:法律出版社,1998.1

ISBN 7-5036-2309-8

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-思想史-西方国家-近代
IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 28788 号

刑法的启蒙

陈兴良 著

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/8.625 字数/240 千

版本/1998 年 1 月第 1 版 1998 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001-8,000 册

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-2309-8/D·1927

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

渴望启蒙 (代序)

关于启蒙,康德有过一个经典的定义。康德指出:

“启蒙运动就是人类脱离自己所加之于自己的不成熟状态。不成熟状态就是不经别人的引导,就对运用自己的理智无能为力”。^①

由此可见,启蒙意味着从一种不成熟状态过渡到成熟状态,这种过渡又不是自我完成的,而是经由别人的引导完成的。我们完全可以把这种需要启蒙的不成熟状态视为一种蒙昧状态,因而启蒙也就是解蔽、解脱与解放。

在17、18世纪,西方曾经掀起了一场思想启蒙运动。德国哲学家卡西勒在论述18世纪启蒙时代的精神时指出:

“当18世纪想用一词来表述这种力量特征时,就称之为‘理性’。‘理性’成了18世纪的汇聚点和中心,它表达了该世纪所追求并为之奋斗的一切,表达了该世纪所取得的一切成就。……18世纪浸染着一种关于理性的统一性和不变性的信仰。理性在一切思维主体、一切民族、一切时

^① 参见(德)康德:《历史理性批判文集》,商务印书馆1990年版,第22页。

代和一切文化中都是同样的。宗教信条、道德格言和道德信念,理论见解和判断,是可变的,但从这种可变性中却能够抽取一种坚实的、持久的因素,这种因素本身是永恒的,它的这种同一性和永恒性表现出理性的真正本质。”^①

理性,确实成为启蒙精神的核心,是一个极具象征意义的词汇。在启蒙运动中,人们象发现新大陆一样,似乎发现了理性。这里的发现两字是极为重要的。因为按照康德的说法,需要启蒙其原因并不在于缺乏理智,而在于不经别人的引导就缺乏勇气与决心去加以运用时,那么这种不成熟状态就是自己所加之于自己的了。Sapere aude! 要有勇气运用你自己的理智! 这就是启蒙运动的口号。^② 因此,发现理性、运用理性,这就是启蒙运动所作的一切。恩格斯曾经对启蒙学家作过以下的评价:

“在法国为行将到来的革命启发过人们头脑的那些伟大人物,本身都是非常革命的。他们不承认任何外界的权威,不管这种权威是什么样的。宗教、自然观、社会、国家制度,一切都受到了最无情的批判;一切都必须在理性的法庭面前为自己的存在作辩护或者放弃存在的权利。思维着的悟性成了衡量一切的唯一尺度。那时,如黑格尔所说的,是世界用头立地的时代,最初,这句话的意思是:人的头脑以及通过它的思维发现的原理,要求成为一切人类活动和社会结合的基础;后来这句话又有了更广泛的含义。和这些原理矛盾的现实,实际上被上下颠倒了。以往的一切社会形式和国家形式、一切传统观念,都被当做不合理的东西扔到垃圾堆里去了;到现在为止,世界所遵循的只是一些成

① 参见(德)E·卡西勒:《启蒙哲学》,山东人民出版社1996年版,第3-4页。

② 参见(德)康德:《历史理性批判文集》,商务印书馆1990年版,第22页。

见;过去的一切只值得怜悯和鄙视。只是现在阳光才照射出来,理性的王国才开始出现。从今以后,迷信、偏私、特权和压迫,必将为永恒的真理,为永恒的正义,为基于自然的平等和不可剥夺的人权所排挤”。^①

毫无疑问,在启蒙学家那里,理性成为一切现存事物的唯一的裁判者。因此,中世纪封建专制刑法也在理性的法庭上受到审判,古典学派的刑法学家们就成为这样一些法官。在孟德斯鸠看来,法律具有某种先验性,法律规范是普遍有效的和不可改变的。他不满足于已为世人通过经验所了解的政治社会的法律。他试图把这些五花八门的法律追溯到几条确定的原则。各种各样的习惯之间的秩序及其相互依赖性,就构成了“法的精神”。^②正是这种法的精神,成为法的正义理念。孟德斯鸠从政体形式出发,分析了与之相应的法律制度,包括刑法制度。孟德斯鸠明确地将自由作为刑法的根基,使刑法第一次从血腥的镇压中解脱出来,成为保障自由的工具。贝卡里亚沿着孟德斯鸠的思想轨迹进一步前行,对封建专制刑法制度作了猛烈抨击,并提出近代西方刑事法制的基本原则与框架。正如意大利学者利昂纳(Leone)指出:贝卡里亚是第一位推动者,以其极大的动力发动了一场渐进的和强大的刑事制度革命,这场革命彻底地把旧制度颠倒过来,以至使人难以想象出当时制度的模样。^③确实,贝卡里亚是第一个使刑法成为一门科学的人,因为只有他才首次以科学与理性的意识去审视刑法,他提出的罪刑法定、罪刑均衡、无罪推定等刑事法律的原则,至今仍然成为刑事法律的圭臬。继贝卡里亚之后,边沁和费尔巴哈各自对刑法的理性化作出了贡献。尤其是费尔巴哈

① 参见:《马克思恩格斯选集》,第3卷,第404-405页。

② 参见(德)E·卡西勒:《启蒙哲学》,山东人民出版社1996年版,第235页。

③ 参见黄风:《贝卡里亚及其刑法思想》,中国政法大学出版社1987年版,第25-26页。

使贝卡里亚的刑法思想向实定刑法原则转化,为规范刑法学的发展奠定了基础。如果说,贝卡里亚等人是以功利为基础建构刑法理论体系的;那么,康德、黑格尔就是以报应为核心展开其刑法理论体系的。康德、黑格尔虽然不是职业刑法学家,甚至连法学家也谈不上,但他们关于刑法的只言片语却使之在刑法思想史上英名永留。因为正是这些至于刑法本质与原则的见解,构成了刑法观的基本内容。而刑法的一些具体原则与结论,是受这种刑法观制约的。正是康德、黑格尔的报应主义刑法观,使我们看到了刑法所具有的另一特征,从而为刑法观进一步接近刑法的科学起到了重要的推动作用。以上这些刑法思想就是被称为刑事古典学派的刑法理念。刑事古典学派是启蒙运动的产物,其思想在刑法领域中具有启蒙性与革命性,是近代刑法理论的思想渊源。

启蒙不仅是一场运动,而且是一个不断的过程。刑法领域中的启蒙也是如此。刑事古典学派在刑事领域中占据了统治地位,并被付诸实施。但以理性为基础的古典学派,存在一定的理想化与乌托邦的成分,因而在现实的犯罪现象面前,显得有些虚妄。在这种情况下,刑事实证学派脱颖而出。龙勃罗梭以天生犯罪人论一鸣惊人,菲利以犯罪饱和论著称,李斯特以刑罚个别化与保安处分为中心建构了教育刑体系。这一切,对于长期受刑事古典学派思想束缚的人来说,不啻是一些奇思异想。但正是这些以实证为根据的刑法思想,推进了刑法理论的发展,因而同样是一种刑法的启蒙。

在人类认识史上,存在两种模式:一是理性的、建构的、乌托邦的、未来的;二是经验的、进化的、现实的、传统的。前者为人的认识提供一般标准,后者则在此基础上提出修正。在经济学中,作为经济学基础的,“一般均衡”是一个基于乌托邦的理想状态,是古典经济学的核心概念。而实证经济学则打破了这种以理性人为设定的经济规则,提出以个人偏好的出发点的实证经济学。在政治学中,作为政治学基本理论之一的,“社会契约”是一种乌托邦式的对社会起源的解释,也是乌托邦式改善现状的出发点。但这种建构理性的改造社会

模式受到哈耶克等人的批评,他们提出进化式改造社会的模式。如此等等。同样,刑事古典学派以意志自由为前提建立的刑法理论,作为刑法学基础的,“罪刑法定”、“罪刑均衡”等一般原理,也是一种乌托邦式的刑法建构。刑事实证学派以行为决定论为基础的刑法理论,在一定程度上对刑事古典学派起到了纠偏的作用,使之更加符合现实。因此,如果说刑事古典学派是一种启蒙;那么,刑事实证学派就是一种启蒙之启蒙。不断的启蒙,使刑法理论不断的进化。唯有如此,才有呈现在我们面前的如此丰富的刑法学流派。

刑事古典学派也好,刑事实证学派也好,对于我们来说,都是一、二百年以前的理论。似乎一句“俱往矣”,就可以将之归入历史博物馆。其实不然,我们不能不每每提及这些不同凡响的名字:贝卡里亚、菲利,等等。因为文化传统是不能割裂的,我们今天在刑法理论中的一些基本原理与原则,都是这些伟大的先驱者建立的,因而我们不能数典忘祖,应该有几分对历史的流恋与怀念。

在我国刑法学界,刑法注释似乎更受亲睐;而刑法思想,或者说刑法的形而上学却在一定程度上受到忽视,这是极不正常的。试问,没有刑法思想的指导,怎么可能对刑法条文作出科学的疏解呢?更何况,我们某些刑法研究者对于历史上的刑法学家的刑法思想尚只知其一,不知其二。这种情况下,刑法理论的发展就缺乏共许前提与知识背景。因此,有必要在刑法思想上补课。

我们渴望刑法启蒙,实际上我们渴望的是刑法的被启蒙。本书将把我们领进一个刑法思想家荟萃的蜡像馆,指点我们去认识一个个刑法的启蒙者。只要我们用心,就会如同行走在山阴道上,使人有一种目不暇接的感觉……

文化，包括法律文化的承续性，是一个不争的事实。任何一种文化，都不是突如其来的，而是在先前文化的基础上演化而来的。没有深厚的文化底蕴，就不可能有真正的学术研究，这始终是我的一种信念。

——题记

目 录

代序：渴望启蒙

1. 孟德斯鸠：探寻法意

- | | |
|-----------------|------|
| 1.1 超越实在法 | (1) |
| 1.2 刑法的精神 | (8) |
| 1.3 犯罪的载体 | (21) |
| 1.4 刑罚的限度 | (24) |

2. 贝卡里亚：建构公理

- | | |
|------------------|------|
| 2.1 追随孟德斯鸠 | (31) |
| 2.2 刑法的原则 | (41) |
| 2.3 犯罪的本质 | (56) |
| 2.4 刑罚的目的 | (64) |

3. 边沁：追求功利

- | | |
|-------------------|------|
| 3.1 实现最大幸福 | (71) |
| 3.2 犯罪：禁止的恶 | (80) |

3.3 刑罚:必要的恶..... (87)

4. 费尔巴哈:崇尚威吓

4.1 缔造实在法 (98)
4.2 罪刑法定主义 (102)
4.3 权利侵害说 (106)
4.4 心理强制说 (108)

5. 康德:弘扬道义

5.1 揭示法伦理 (115)
5.2 犯罪不义论 (121)
5.3 道义报应论 (123)
5.4 等量报应论 (129)

6. 黑格尔:诉诸理性

6.1 构筑法理念 (134)
6.2 犯罪不法论 (139)
6.3 法律报应论 (147)
6.4 等价报应论 (156)

7. 龙勃罗梭:遭遇基因

7.1 方法论革命 (163)
7.2 犯罪天生论 (174)
7.3 刑罚救治论 (180)

8. 菲利:防卫社会

8.1 颠覆古典学派 (190)

8.2 犯罪饱和论	(200)
8.3 刑罚防卫论	(209)
9. 加罗法洛:回归自然	
<hr/>	
9.1 开拓新视界	(226)
9.2 自然犯罪论	(230)
9.3 刑罚遏制论	(239)
10. 李斯特:关切目的	
<hr/>	
10.1 复兴刑事政策	(244)
10.2 犯罪表征说	(248)
10.3 目的刑主义	(253)

代跋:缅怀片面

后 记

1. 孟德斯鸠:探寻法意

1.1 超越实在法

“我时常寻求,哪一个政府最符合于理性。最完善的政府,我觉得是能以较少的代价达到统治目的政府;因此,能以最合乎众人的倾向与好尚的方式引导众人,乃是最完善的政府。

如果在温和的政府之下,人民驯顺,不下于在严峻的政府之下,则前者更为可取,由于它更符合理性,而严峻是外来的因素。

亲爱的蠢迷,你不妨相信,在刑罚多少偏于残酷的国家,并不使人因此而更服从法律。在刑罚较轻的国家,人们惧怕刑罚,也不下于刑罚残暴恶毒的国家。

无论政府温和或酷虐,惩罚总应当有程度之分;按罪行大小,定惩罚轻重。人的想象,自然而然适合于所在国的习俗;八天监禁,或轻微罚款,对于一个生长在温和国家的欧洲人,其刺激的程度,不下于割去一条手臂对于一个亚洲人的威吓。某一程度的畏惧,联系在某一程度的刑罚上,而各人按自己的方式,分别程度之轻重。一个法国人受了某种惩罚,声名扫地,懊丧欲绝;同样的惩罚,施之于土耳其,恐

怕连一刻钟的睡眠都不会使他失去。

……”^①

以上这些片断，摘自孟德斯鸠的早期代表作——《波斯人信札》，这与其说是一部文学作品，毋宁说是一部以书信体写作的关于政治社会问题的著作，我们所摘引的上述论断，也充分表明了孟德斯鸠对政治社会的关怀。

《波斯人信札》问世于 1721 年，这一年孟德斯鸠 32 岁。该书的出版在当时的法国巴黎引起轰动，以至于巴黎人奔走相告。那么，这本书到底给法国社会带来什么讯息呢？不是它所记录的异国风情，而是它所展现的一种超越现实的渴望，使长期在路易十四的君主独裁的绝对专制统治之下的法国人民获得了一种心理的宣泄。当然，《波斯人信札》由于其体裁所决定，未能也不可能描绘出理想社会的蓝图。而这一任务是由 1748 年出版的《论法的精神》一书来完成的。《波斯人信札》是《论法的精神》的准备，也可以说是一个准备写《论法的精神》这么一部巨著的青年人的随感录。在两书之间我们可以明显地发现其中思想发展的轨迹与脉络。

一如古典作家，孟德斯鸠是从对现实的观察开始的。《波斯人信札》就是这种观察的记录。在第 48 封信中，孟德斯鸠有这样一段夫子自道：

“我以观察为生，白天所见、所闻、所注意的一切，到了晚上，一一记录下来。什么都引起我的兴趣，什么都使我惊讶。我和儿童一般，官能还很娇嫩，最细小的事物，也能给我大大的刺激。”^②

^① 参见(法)孟德斯鸠：《波斯人信札》，人民文学出版社 1958 年版，第 140—141 页。

^② 参见(法)孟德斯鸠：《波斯人信札》，人民文学出版社 1958 年版，第 75—76 页。

这种观察使孟德斯鸠积累了大量的社会知识，他所见到的社会不是君主，也不是上帝这些抽象的符号，而是气候、地理、习俗、道德、法律等。孟德斯鸠认为，这一切是构成社会的因素，并由此形成社会总的精神。孟德斯鸠的可贵之处在于，他并没有局限在这些个别的因素上，而是力图通过分析这些因素之间的关系把握社会的发展进程；他并没有停留在这些表面的现象上，而是希冀透过这些现象发现支配着这些现象的本质的东西，——这种东西，孟德斯鸠称之为“精神”：作为一个社会学家，他寻求社会精神；作为一个法学家，他寻求法的精神。由此，孟德斯鸠承继并发展了古典自然法的观念，实现了对实在法的进一步的超越。

那么，什么是法的精神呢？

精神一词给人以强烈的主观色彩，至少在汉语中是如此，它与作为客观存在的物质是相对应的哲学范畴。但如果误以为法的精神也是主观的人的思想，那就是完全误解了孟德斯鸠。在孟德斯鸠那里，精神恰恰是一种客观的事物之间的本质联系。孟德斯鸠指出：

“从最广泛的意义来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义上，一切存在物都有它们的法。上帝有他的法；物质世界有它的法；高于人类的“智灵们”有他们的法；兽类有它们的法；人类有他们的法。……由此可见，是有一个根本理性存在着的。法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系，同时也是存在物彼此之间的关系。”^①

在上述意义上，法与规律同义，是一种客观的东西。从本质上理解法，可以将法上升为客观规律，这种观念在西方历史上时隐时现地存在，成为理解法的一条重要线索。这就是自然法思想。我国学者

^① 参见(法)孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，商务印书馆1961年版，第1页。

梁治平引述了孟德斯鸠关于“从最广泛的意义来说,法是由事物的性质产生出来的必然关系”的论断,指出:

“这是一个自然法的定义。这样说有两层意思。第一,可以这样来界定自然法。孟德斯鸠说,自然法‘单纯渊源于我们生命的本质’,是人类在组成社会之前接受的规律。第二,把法,首先是自然法视同规律,正可以看作自然法论者固有的思维特征。”^①

从自然法的法的定义出发,孟德斯鸠逐渐展示其法的精神;既没有把法的精神归结为上帝的意志,也没有把法的精神指认为君主的意志,而是从一个国家(更为确切地说是社会)的自然状态关系界定法的精神,指出:

“法律应该和国家的自然状态有关系;和寒、热、温的气候有关系;和土地的质量、形势与面积有关系;和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系;和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。然后,法律和法律之间也有关系,法律和它们的渊源,和立法者的目的,以及作为法律建立的基础的事物的程序也有关系。应该从所有这些观点去考察法律。

这就是我打算在这本书里所要进行的工作。我将研讨所有的这些关系。这些关系综合起来就构成所谓‘法的精神’。

我并没有把政治的法律和民事的法律分开,因为我讨论的不是法律,而是法的精神,而且这个精神是存在于法律

^① 参见梁治平:《法辨——中国法的过去、现在与未来》,贵州人民出版社1992年版,第184页。

和各种事物所可能有的种种关系之中，所以我应尽量遵循这些关系和这些事物的秩序，而少遵循法律的自然秩序。”^①

以上这段话，可以作为进入孟德斯鸠的理论大厦的钥匙。在此，孟德斯鸠明确指出：他所要讨论的不是法律，而是法的精神。这里的法律，可以理解为实在法；而这里的法的精神，则可以理解为自然法：前者是以阐述法之实然为任务的；而后者则以揭示法之应然为使命。法的精神，就是孟德斯鸠关于法之应然的界定与回答。因此，孟德斯鸠指出了考察法律的以下三个观点：（1）法律和国家的自然状态的关系，这是法律的地理环境决定论的观点。（2）法律和政制的关系，这是法律的政治制度决定论的观点。（3）法律和事物的秩序的关系，这是法律的社会决定论的观点。自然法，并不是孟德斯鸠的发明。在孟德斯鸠时代，自然法已是老生常谈。先于孟德斯鸠，英国著名哲学家洛克就曾经将自然法思想发展到登峰造极的程度。英国学者彼得·斯坦·约翰·香德曾经把17世纪的自然法学派分成两个分支：其中以雨果·格老秀斯为代表的一派思想家认为，自然法的基本原则是属于公理性的，就像几何学的定理一样。自然法学派的另一分支将其着眼点放在人上，而不是放在整个社会上。其中，洛克是其代表，将自然法归结为自然权利，通过这种自然权利来说明社会的起源和法律的渊源。^②孟德斯鸠超越洛克，将自然法社会化，在法律与社会的联系中界定自然法。因此，在孟德斯鸠这里，自然法不再是抽象的理性，也不再简单地认为是一种自然权利，而是理解作为一种社会状态所决定的社会精神。孟德斯鸠认为，一项规则，要成为好的法，不仅要适应于抽象的理性，而且还要适合于它所适用的社会的精神。这种

^① 参见(法)孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，商务印书馆1961年版，第7页。

^② 参见(英)彼得·斯坦·约翰·香德：《西方社会的法律价值》，中国人民公安大学出版社1990年版，第12页以下。