

中

国

法

学

家

自

选

集

走向 哲学的 刑法学

法律出版社



陈兴良 著

中国法学家自选集

走向
哲学的
刑法学

■ 法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

走向哲学的刑法学/陈兴良著. —北京:法律出版社,
1999. 9

(中国法学家自选集)

ISBN 7-5036-2929-0

I. 走… I. 陈… III. 刑法-法哲学-研究 N. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 38537 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任编辑/李跃

责任编辑/何萍

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/15.625 字数/389 千

版本/1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001—4,000

社址/北京市海淀区西三环北路 105 号科原大厦 4 层 (100037)

电子信箱:pholaw @ public. bta. net. cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2929-0/D·2640

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

出版前言

中国社会自 20 世纪 70 年代末期起,进入了全面转型的急速变革时期。实事求是思想路线的重新确立、法律教育的恢复特别是社会主义市场经济体制的伟大实践和依法治国方略的实施,为法学研究提供了前所未有的良好环境和无限的发展前景。迄今为止,应该说,中国的法学研究水准已经有了长足的提高,各种学术成果相继出版问世,频频透露出“春江水暖”的消息……

在即将迈入 21 世纪的今天,整理近 20 年来的中国法学学术成就,丰富法学学术思想资源,倡导法学学术的恢弘气象,理应成为学术界和出版界责无旁贷的使命。鉴此,法律出版社决定推出《中国法学家自选集》大型系列丛书,以法学家为“经线”,以其各自的著述为“纬线”,大体勾勒出中国改革开放以来法学研究的发展轨迹。

我们推出的自选集,一方面展示了法学家的学术历程、治学心得和人生之路,一方面展示了法学家们的学术创见、理论体系和富有个人魅力的思想火花。但愿我们能心想事成,尽遂初衷。当然更重要的要倚仗中国法学界的鼎力襄助和法学家们勤勉、扎实的工作。

序 言

当法律出版社约我选编一本自选集的时候,我毫不犹豫地将从这本自选集的书名确定为“走向哲学的刑法学”,由此也就确定了该自选集的主题和收录论文的范围。

“走向哲学的刑法学”,取自李贵方博士为我的《刑法哲学》一书所作的书评的题目,^①它十分生动地勾勒出我在刑法理论研究上的思想轨迹与学术追求。在以往的著述中,我曾经将本人的研究领域分为两部分:刑法的法理研究——刑法的法理学与法理的刑法探究——法理的刑法学。^②这里的刑法的法理学,实际上是指注释刑法学;而这里的法理的刑法学,则是指刑法哲学。虽然在这两个领域我都倾心进行了研究,并且出版了一些著作,获得了一定的成绩,甚至就对司法实务的影响而言,注释刑法学的影响远远大于刑法哲学。一次到司法机关讲学,当我被介绍为是《案例刑法教程》一书的作者时,我确实诧异于注释刑法学对社会的影响力,从而使我不敢轻视注释刑法学的研究。但从我的内心而言,我更钟情于刑法哲学的研究,那才是我的志趣所在,那才是我的精神家园。

在刑法哲学领域,我进行了为期近10年的耕耘,分别于1992年在中国政法大学出版社出版了《刑法哲学》(成书于1991年,83万字);于1996年在中国方正出版社出版了《刑法的人性基础》(成书于

^① 参见李贵方:《走向哲学的刑法学》,载《中国法学》1993年第4期。

^② 参见陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,前言,第15页。

1994年,48万字);于1998年在中国人民大学出版社出版了《刑法的价值构造》(成书于1996年,52万字)。这三本书被我称为刑法哲学三部曲,成为我在刑法哲学研究领域取得的成果,可以说是我的主要代表作。这些著作反映了我在使刑法学研究提升到哲学研究的高度所做的全部努力。因此,“走向哲学”这4个字确实描述了这一提升的过程。

刑法学就是刑法学,为什么要使刑法学走向哲学?这始终是我思考的一个问题。换言之,刑法哲学到底是什么:是刑法学还是哲学,或者是刑法学与哲学的边缘学科。在我看来,刑法学确实就是刑法学,但由于采用不同的研究进路,刑法学又呈现出不同的理论形态。所谓“走向哲学的刑法学”,是指在刑法学研究中,引入哲学方法,从而使刑法学成为一种更具哲理性的理论体系。哲学虽然是一门学科,但由于哲学研究的是世界的本源性问题,因而它同时又是一种世界观和方法论。因此,刑法哲学研究不是要使刑法学成为一种哲学,而是采用哲学方法研究刑法,更为关注刑法的本源性问题,例如人性、价值等,从而提升刑法学的理论品格和品味。就我个人的研究体会来说,刑法哲学的研究也是存在各种不同视角的,从而会产生不同的研究成果。在《刑法哲学》一书中,我主要是引入哲学方法,对刑法学的本体问题进行了体系性构造,因而这本书的确切主题应当是“刑法的本体展开”。在这本书中,我只是把哲学作为一种单纯的方法论而采用的。经过哲学方法论的梳理,使本体刑法学更具逻辑性,从而为进一步的理论研究廓清了地基。在此后完成的《刑法的人性基础》与《刑法的价值过程》中,我不仅把哲学当作一种方法论,而且还作为一种价值论引入刑法学,对刑法中的人性价值这两个本源性问题进行了深入的挖掘,从而进一步深化了刑法理论。由于刑法中本源性问题多元性,使得这一视域中的刑法哲学研究具有开放性。从而突破了在《刑法哲学》中构筑的本体刑法学体系,完成了从规范层面上的刑法哲学到价值层面上的刑法哲学的飞跃。

从我个人研究刑法哲学的经历中,我深切地感到刑法哲学的研究是以注释刑法学为基础的,如果没有刑法的专业背景,就不可能进行刑法哲学的研究。因为,刑法是刑法哲学与注释刑法学的共同研究对象。只有在对刑法各个基本问题有了厚实的、精当的专业基础以后,才有可能从注释刑法学提升到刑法哲学。因此,一切想要从事刑法哲学研究的人都必须经过注释刑法学的专业训练,熟知刑法原理。质言之,必须先进入到刑法学这一专业槽。否则,刑法哲学的研究就会成为无源之水、无本之木。当然,刑法哲学与注释刑法学又是两种完全不同的学问。两者虽然都以刑法为研究对象,但此刑法非彼刑法。具体地说,注释刑法学的刑法,是一种表现为法条、表现为规范的刑法,是一种具体的刑法。而刑法哲学的刑法,是一种表现为理念、表现为价值的刑法,是一种抽象的刑法。这就决定了在刑法哲学的研究中,研究者不仅要有法律头脑,而且要有哲学头脑。这里的法律头脑,是指法律专业的训练;这里的哲学头脑,是指哲学的方法论的培养。哲学兴趣的保持是十分重要的,其实哲理就在我们身边,它蕴含在每一个生活细节当中。我们所要做的是揭示这种哲理,使客观上的自在之哲理成为主观上的自为之哲理,从而形成我们的观点、理念和体系。在刑法研究中,我们要有这种哲学的冲动——一种使刑法问题升华为哲学问题的冲动。惟有如此,才不致于使我们面对刑法,忘记哲学;面对哲学,又忘记刑法。

对于我来说,作为一种事业的刑法学研究,注释刑法学是基础,其内容是可以直接适用于司法实践的,也是可以对话、辩驳、交流的,更具有社会功利性。而刑法哲学,充其量只不过是个人的一种理论兴趣,具有更大程度上的个性。换言之,在刑法哲学上具有更为鲜明的个人理论爱好的烙印。因此,我并不奢望刑法哲学研究成果成为一种被普遍接受、认可的理论,而只是希望这种研究成果能够激发他人的兴趣,至少能够获得某种社会同情与社会理解。因此,当我在进行注释刑法学研究的时候,我把自己作为一个面对社会公众的人,感到自

己是在从事某项需要承担社会责任的工作。而当我在进行刑法哲学研究的时候,我把自己作为一个面对自己内心的人,感到自己是在完成一项纯粹为满足个人理论兴趣的业余爱好。当然,无论是注释刑法学还是刑法哲学,一旦形成文字公诸社会,都会对社会产生一定的影响,接受社会的评判。

自选集的出版,对于我来说是一种激励。由于我的全部论文都已经结集出版,这就是中国政法大学出版社分别于1996年出版的《当代中国刑法新理念》(收入1984年至1995年的论文,81万字)和1999年出版的《当代中国刑法新视界》(收入1996年至1998年的论文,73万字)。因此,自选集的出版似有重复之嫌。但想到可以采用专题的形式,将本人在刑法哲学研究上的历程记录下来,作为一种纪念,感到是具有意义的,也就消除了自责之心。在选编的过程中,使我有机会对刑法哲学研究的过程作一个回顾,并且写了一篇学术自传。对于已经有了有一定经历的人来说,经常性的回顾是必要的。这种回顾是一种反思、一种反省,更是一种反刍。从回顾中获取的绝不是沾沾自喜的满足感与成就感,而是一分遗憾、一分感慨、一分鞭策。自选集记录下来的是已经走过的一个个脚印,我永远不会止步,毕竟前面的路还很长、很远……

陈兴良

1999年3月21日谨识于

北京西郊稻香园寓所

目 录

- 序 言..... (1)
- 学术自传——一个刑法学人的心路历程..... (1)
1. 论刑法哲学的价值内容和范畴体系..... (71)
2. 刑法哲学研究论纲..... (84)
3. 刑法的人性基础..... (96)
4. 刑法的价值构造..... (111)
5. 刑法机能二元论..... (125)
6. 从政治刑法到市民刑法——二元社会建构中
 的刑法修改..... (144)
7. 罪刑法定的当代命运..... (201)
8. 罪刑均衡的理论建构..... (273)
9. 罪刑均衡的价值蕴含..... (285)
10. 刑法公正论 (300)
11. 犯罪价值论 (342)
12. 论意志自由及其刑法意义 (370)
13. 论人身危险性及其刑法意义 (385)
14. 主观恶性论 (399)
15. 刑罚存在论 (417)
16. 论刑罚权及其限制 (428)
17. 刑罚目的二元论 (439)

18. 刑事政策视野中的刑罚结构调整	(451)
附录:陈兴良主要科研成果目录	(479)

学术自传

——一个刑法学人的心路历程

目 次

1. 动乱长成
2. 京华求学
3. 著书立说(上)
4. 著书立说(中)
5. 著书立说(下)
6. 执教生涯
7. 司法经历
8. 学术使命
9. 治学心得
10. 道德文章

1. 动乱长成

我的祖籍是浙江义乌,对于我来说,那只是一个依稀如梦的“老家”的概念。我从小在浙江富阳的新登和建德的梅城长大,大体上生活在浙西小镇。尤其是建德梅城,古称严州,更古时称睦州,此乃浙西重镇,统辖浙西六县。著名文人范仲淹、陆游都曾经在此担任知府,颇具源远流长的文化传统。

我6岁发蒙读书,及至小学三年级,史无前例的“文化大革命”暴发,被我“有幸”赶上。年幼的我对于“文革”的感受不如父辈那样铭心刻骨,甚至更多获得的是动乱之中的闲暇与散漫,不用逃学就能享受没有老师监视的无拘无束的生活,颇有一种解放了的轻松感。一件亲历的小事使我终身铭记:那是在1966年春天,我不满10岁,在新登区委大院里采折冬青树叉用作弹弓,不幸被当时的镇长发现,一顿斥责,颇为严厉,使我惊吓不轻。告诉家长和老师的威胁更使我在相当长的一段时间里忐忑不安,心事重重。没过多久,我在大街上突然遇到游行队伍,镇长头戴纸糊高帽,身挂涂满标语的纸牌走在第一个:他被“打倒”了,再也没有训斥我时的威严。顿时我如释重负,一种轻松感油然而生。现在想来,那是一个权威失落的年代,幼小的我在不经意间从中获益,岂非偶然?

可以说,我属于在浩劫中长大,在动乱中成人的一代人。因此,我们没有受过正规的与系统的基础教育。当时的学习状况可以用以下两句话加以概括:毛主席语录中识字,革命大字报中断文。我10岁时就以善写大字报著称,写作基础由此奠定。更为可笑的是,我们几个小孩还仿效大人成立了一个“3211战斗队”——自己的组织,并用积攒的零花钱配置了红袖章。这里的“3211”不是一组普通的数字,而是当时闻名全国的大庆油田的一个钻井队的番号。该自发的战斗队没几天就无疾而终,我们加入了官方的红小兵组织。当我13岁上初一时,以学生代表的身份被结合到校革命委员会(当时的临时政权机构),成为最年轻的革委会委员。不过,这一身份从来不曾在我的履历表上出现,因为其荒唐近乎儿童的劣迹,不提为好。这大概是我最初的“从文”与“从政”的经历,是“文化大革命”这场政治运动对我个人命运的一种历史塑造。我的文科兴趣在“文革”中得以培育,从小重文轻理。我的学制也很能说明当时教育的不正规性:小学6年半,初中2年,高中2年半,其中几乎一半是在运动中度过的,学工、学农、学军占据了相当的课时。因而,我们这一代人的社会阅历虽然丰富,文

化基础却是相当薄弱的。尽管如此，我个人还是有幸在严州中学完成了高中学业，奠定了一定的文化基础。

严州中学是一所百年老校(1993年欢度百年校庆)，文化渊源极其深远。1972年，我15岁，这年春季我走进严中校园。当时已是文革后期，校园墙壁上依稀可见大字报的残痕，空气中似乎还弥漫着武斗的硝烟。这一切离我这么近，又似乎那么远。只有在校园角落里浮土掩埋着的“严郡中学堂”的断碑，裂缝纵横，好像在诉说着严中那悠久的历史与历经的磨难。在我上严中这一年，教育领域出现了一线生机，教育质量开始受到重视，这就是后来被“四人帮”称为“右倾回潮”的这个时期。对我们这一届学生来说，这无疑是一段黄金岁月。在我们行将毕业的1974年上半年，开始了七、八年又来一次的“批林批孔”运动。因此，我们是在两场运动的间歇中在严中度过这一段难忘的时光的。就此而言，我在严中是学有所获的。尤其是当时严州聚集着一批正值盛年的名师(包括北大、复旦等名牌院校的毕业生)，对我的学业产生了重要影响。如果说，政治大气候是个人难以选择的话，那么，严中这个具有悠久人文传统与求知氛围的小环境，对于正处于求知若渴年龄的我来说，不啻是少年鲁迅心目中的百草园。作为“文革”中成长起来的一代人，能够在严中完成我的中学学业，可以说是不幸中之大幸。

1974年9月25日高中毕业下乡，这对我来说是一个生活上的转折点：松散的校园生活结束了，当时上大学是不可能的，也从来没有这样的奢望，惟一的出路就是上山下乡，到农村去，由此开始了我的社会生活。好在我没有像许多年长于我的同代人那样，到千里之外的边陲，而在离城只有三里地(此处有个地名，叫三里亭，也许是古词所云“长亭更短亭”中的短亭)的一个村落插队。农村的体力劳动对于我来说并不陌生，学农的经历足以使我很快适应，加上我们体力有限，每天只挣6个工分，没有被当作整劳力使用，而是与妇女为伍，干轻松一些的农活。当然日晒雨淋是免不了的，尤其是双抢(夏收夏

种)季节,在烈日下劳作,至今记忆犹深,从而也获得了对农民以及其他劳动者的一种心理上的认同感。农村枯燥与孤寂的青春时日,只能用文学来填充与打发,那时我是一个十足的文学爱好者,写诗填词,舞文弄墨。尤其是一本《陶渊明集》使我痴迷,五柳先生不为五斗米折腰的气质深刻地感染了我,一种超越世俗的向往与追求在我心头涌动,几乎使我窒息。而这一切与我所处的物质匮乏与精神空虚的生存状态是那么地格格不入。当时并没有想到所读之书对今后有什么实际用处,换言之,我是在一种十分盲目与随意的非功利状态下读了一些当时所能读到的文学书籍,从而在一定程度上造就了我的某种文人气质。农村对我来说是一座社会大学,在这里我学到的不是农活技术,而是在一种非自身所能支配的社会环境中的适应能力与生存能力。当1976年12月我离开农村上调到建德县(现改为建德市)公安局工作的时候,我是大队的出纳,掌管着大队十分有限的钱财。此前,我还担任过生产队(小队)的记工员。我因在广阔天地里大有作为而深受农民关爱,老乡们对我的离开恋恋不舍。现在回想起来,我曾经生活过的古朴村落就像世外桃源,我在这个世外桃源般的乡村读陶渊明的《桃花源记》,从而获得某种精神上的共鸣与心灵上的感应。一间泥墙瓦房,背靠青翠的山峦,门对潺潺的小溪,窗前的一棵百年老樟树,夏日浓荫遮阳,冬天绿叶停雪;这就是我在乡间的居所。我们曾经在这里流汗,我们曾经在这里奋斗。这一切,如今都化作了美好的回忆。

公安局的工作为我的生活打开了一个新天地,这也是我最初从事的司法职业。在公安局工作时间只有一年零三个月,这是一段短暂的生活,由于当时我国法制处于完全瘫痪的状态,公安局成为惟一的司法机关,法院和检察院是此后分别恢复重建的。因此,虽有公安局这段工作经历,但在无法可依的状态下,并无多少法的观念与意识,更多的是一种专政工具的性质,政策比法在更大程度上成为公安工作的指导。在公安机关工作期间,我仍然对文学感兴趣,沉湎在文学

的虚构王国之中。一个偶然契机,使我的兴趣从文学转向哲学。这段个人经历,在《刑法的人性基础》一书的后记中有所提及,现摘录如下:1977年8月一次出差,同行者中有一个知青出身的铁路装卸工,年龄与我相仿。当晚,他捧着一本大书看得津津有味,我凑过去发现这是一本《反杜林论》的辅导资料。经过交谈得知,此人对哲学极有兴趣,虽是一名装卸工,但苦读马列具有远大的政治抱负和崇高的人生追求,并且还有武术、文学等多方面的爱好。打得一手绝对地道的通臂拳,舞文弄墨,自称文武双全。一夕长谈,顿然使我产生了哲学的兴趣以及对他的油然而佩服。出差回来,正当我开始攻读马列哲学原著的时候,1977年12月,高考制度恢复,我当即参加了高考。在报名填写高考志愿的时候,我毫不犹豫地就把北大哲学系列为第一志愿,复旦新闻系是第二志愿,北大法律系只是第三志愿。发榜的结果,我被北大法律系录取,也许由于我在公安局工作的缘故,反正未能圆我的哲学梦。^①对于这名装卸工以后的命运,在后记中作了交待。在此,需要补充说明的是,当年的高考对于20岁的我来说,不啻是在黑暗摸索中突然出现在眼前的一道亮光。记得当时在高考报名时毫不犹豫地填写上述三个志愿时,分明听到了旁边几位报名者的窃笑。不知是自信还是盲目,在考上以后我才为当时的狂妄而捏一把冷汗。复习是在工作之余私下进行的,能够支配的时间极为有限,而且几乎没有像样的教科书。但高中毕业以后的3年多时间,我始终没有放弃读书,知识的积累使我能够从容地应付高考,在数以百万计的考生中脱颖而出。尽管按照最低志愿录取,但我确实是抓住了机遇,带着农村生活与公安工作的经历以及一种求知的欲望,风尘仆仆地进入北大——我国的最高学府,开始了一个为期10年的京华求学历程。

^① 参见拙著:《刑法的人性基础》,中国方正出版社1996年版,第580—581页。

2. 京华求学

1978年,无论是对于国家,还是对于我个人,都是一个值得纪念的年份。她是我国新时期的起点,改革开放的元年,是一个思想解放的春天。对于1978年的印象,我永远定格在一个万物复苏、万象更新的图像上。这年2月26日,正在乡下工作队的我接到北大的录取通知,第二天就风尘仆仆地启程前往北京。这是20岁的我第一次远行,从此告别了生我养我的家乡,开始了在北京生活学习的岁月。可以想见,要不是高考改变了我的命运,我也许会在江南小镇终老一生。

初入北大,灰蒙蒙的色调和阴沉沉的天气给我留下深刻的印象。从阳春三月春意盎然的江南来到尚在冬天蛰眠的北国,气候与环境的反差是这么大。这一切,从一开始就被我所接受。当我汇入77级大学生这个集体的时候,发现自己在班级中那些年长于我、生活工作经历远胜于我的老三届同学面前,只是一个幼稚的后生。在我们班里,从1946年到1960年,出生的人分布排列在这一年龄段的每一年,年长者与年幼者的年龄差距超过一轮(12年),几乎形成代沟。这是一种十分奇特的现象,同时使我们这些年轻者颇为受益。进入北大以后,读书的渴望大为满足,如鱼得水地阅读了大量哲学书(也主要因为法学书几乎没有),诸如黑格尔、康德之类的,如痴如醉,似懂非懂。马恩著作更是在必读之列。记得80年代初正流行马克思《1844年经济学—哲学手稿》,异化理论深深地吸引了我。本科期间,我在极为认真地研读了《1844年经济学——哲学手稿》以后,写下了一篇研究异化问题的洋洋数万言的论文。当然,从今天的眼光来看,至多不过是一篇读书札记而已。但它对我的精神影响是深远的。可以说,现在我对社会历史发展的一些基本理念,就是那时形成并定型的。当时读书之投入,同学之间可以为经典著作中的一个概念的理解吵得脸红耳赤不可开交。确实,北大的包容、宽容与纵容为我们提供了一个自由发展的空间,每一种兴趣与爱好都可以得以升华。老师不拘一格

的授业,以已故李志敏教授为例,在其讲授的婚姻法课程考试时,竟然可采取创作一篇与婚姻家庭有关的小说的形式(当然也可以是论文)。结果,我就以一篇“凤仙的婚事”为题的小说上交了事。小说内容早已淡忘,考试形式却永远难忘。学生不拘一格的成才,以已故诗人海子(查海生)为例,他是北大法律系79级学生。学最无诗意的法律,却成为著名的当代诗人,岂非异数?记得海子初入北大时,才15岁,俨然是一个尚未完全发育的中学生。当时同学何勤华指着查海生对我说:“看人家这么小年龄就上大学,是多么幸运。”我说:“这不是他的幸运,而是我们的悲哀。”当时还为自己颇富哲理的回答得意过,如今海子已成为故人,我们还滞留逆旅,令人感慨系之。

现在回想起来,北大本科4年的学习,最大的收获是读了一些杂书,为今后专业研究打下了扎实的理论根基。由于我们是恢复高考以后的第一届大学生,当时国家法制尚未恢复。这年12月党的十一届三中全会召开,提出了建设社会主义民主与法制的任务,此后才开始大规模的立法以及司法重建工作。因此,当时的法学研究可以说是一片废墟:没有专业书可读,甚至连教科书也没有。就以刑法为例,我国第一部《刑法》是1979年7月1日通过的,我们的刑法课是1979年9月开始上的,这时还没有一本刑法教科书,直至我们大学毕业刑法教科书才出版。因此,法律专业的学习在很大程度上是在老师的指导下自己读书吸收精神养分的过程。可以说,当时我们学习的自觉性与刻苦性,是此后的学生无法比拟的。在北大学习期间,我的哲学兴趣始终保持着,对理论的思考,对社会问题的思考,是我们这一代人特有的专长,由此形成一种反思意识。确如人们所公认的那样,80年代是一个思想的时代。当然,这种思想不是虚无飘渺的,而是从日常生活可以感知的。记得80年代初的一天晚上,我从当时还颇为冷清的中关村街头走过,看到一座楼房各个窗户里折射出不同颜色的光亮。难道每个房间的灯光颜色是不同的吗?不是的,是不同颜色的窗帘映照出不同的光亮。想到这里,我像有一股电流从身上穿过,使我