



刑法伦理性研究

樊建民 著



刑法伦理性研究

樊建民 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法伦理性研究 / 樊建民著. — 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2542-6

I. ①刑… II. ①樊… III. ①刑法—法伦理学—研究
IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 177670 号

刑法伦理性研究

XINGFA LUNLIXING YANJIU

樊建民 著

责任编辑 高山 李军

装帧设计 鲁娟

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 王晓萍

责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 A5

印张 11.5

字数 269 千

版本 2018 年 3 月第 1 版

印次 2018 年 3 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)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782 西安分公司 / 029-85330678 重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636 深圳分公司 / 0755-83072995



书号: ISBN 978-7-5197-2542-6

定价: 50.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

辨识善恶既是伦理学研究的核心问题,也是刑法学研究的重点。刑法学与伦理学自古就是有着紧密联系的学科,刑法在某种意义上是以伦理学为基础的,可以说,刑法与伦理的相互关系,是法学史上的永恒话题。刑事立法中个别条款对伦理道德的明显悖离,刑事司法中截然违背伦理思想、伦理原则的一些刑事裁判结果,与刑法本身“恶”的属性以及在公众心目中“恶”的印象累加在一起,某种程度上引起公众对刑法信仰的缺失,使刑法的功能不能很好地实现,难以达到理想的社会效果。

关于刑法与伦理的关系,古今中外哲学家、法学家——特别是刑法学者多有研究,但大多局限于零散的文本之中,很少自成体系。随着我国刑法学研究的深入,尤其是理论界与实务界对于刑法保障人权、关怀人性、构建和谐社会等功能之重视,刑法究竟是应当与伦理道德适当分离还是需要它们之间的互助互动、有机融合,已经成为学术

界研究的热点问题。本书在国内刑法学界,首次就刑法与伦理道德的关系进行了系统的研究,从理论与实践结合的层面,对刑法的伦理性进行了深入的探讨,以强化刑法伦理性为基点,研究角度立足现实又极具前瞻性;在理论上有一定创新,提出了一些独到的理论见解;很多论述对我国刑事立法、特别是刑事司法工作具有重要借鉴作用和指导意义。

伦理是有着深层自由的人们相互对待的道理,是人类社会中依靠社会舆论、传统习惯和内心信念来维持的规范、意识和行为的总和;伦理是善理念,以善为核心;伦理可强化人们的信仰,并为公众提供合适的社会行为规则。刑法是体现国家意志的一种用国家强制力来推动实施的法律规范;刑法具有恶的本性,是社会的上层建筑之一。伦理与刑法之间具有天然的、不可分割的联系;刑法与伦理的内在必然联系决定了它们功能上应该双向互动、相得益彰。

伦理刑法和刑法伦理性具有本质的差异。伦理刑法以刑法来强制推行伦理,使伦理刑法化,也使刑法失去了独立性,成为伦理的附属品;而刑法伦理性具有必要性和正当性,其意蕴是以伦理来约束刑法,使刑法的发动具有合理根据,使刑法对社会和利益共同体存在发展以及每个人利益增进具有效用,从而使公众认同刑法,确立对刑法的信仰,忠诚于刑法,自觉遵从刑法。

刑法随伦理学的发展而发展,强化秩序、正义、功利、自由的有机整合。现代社会秩序观是个人本位和社会本位相结合的统一体,刑法要兼顾个人利益和社会利益;刑法对安定秩序,保护安全起着不可替代的作用,国家要通过刑法来协调人和自然、人和人之间的重要关系。正义是衡量刑法善恶的终极标准,刑法是在承认

人的自由意志前提下罪与恶的统一,是主观和客观一致下责与情的协调,是罚与德和谐共存下的互助互动。现代刑法追求效益和效率的统一,刑法的调控范围在扩张,但是犯罪构成要件在敛缩;提倡适用刑法要谦抑的理念,刑罚的适用偏重经济性,反对滥用之刑和昂贵之刑。公民的最大的自由是现代刑法的终极追求,刑法对公民的思想更加宽容,但对自由的合理限制仍是必要的和正当的。

刑法伦理性对合理优化我国的刑事政策,指导公正、有效的立法、司法、行刑有重要意义。刑法伦理性促使立法主体伦理意识的更新,坚持个人自由价值优位的理念,坚持宽容的人道主义思想,关注被害人、犯罪人和社会三方面的因素,恰当处理形势和民愤,强化人性化立法,健全刑事和解制度,增设恢复性司法制度。刑法伦理性反对重刑主义思想和形式主义思想,兼顾犯罪人的已然之罪和未然之罪,兼顾犯罪对社会的影响和犯罪人的具体情况,强化司法人性化理念,和谐罪刑法定原则和自由裁量权的关系,协调罪刑均衡原则与预防观念的冲突。刑法伦理性促使行刑主体伦理意识的更新,对行刑原则进行整合,兼顾行刑个别化原则和伦理报应观念,兼顾行刑社会化原则和伦理报应观念,以摆脱行刑无效。

樊建民同志1996年起开始从事法律实务工作。当他在法律实务工作中认识到自己理论知识不足之时,毅然决定放弃原有的稳定工作到高等院校进修深造。2004年郑州大学硕士研究生毕业后,进入武汉大学继续攻读并获取博士学位,博士毕业后在河南大学法学院任教并从事科研工作,同时兼职从事律师实务;其不但接触、掌握了大量的实证资料,而且具有较扎实的理论功底和较丰富的实践经验;其已经出版专著三部,公开发表专业学术论文数十篇。

本书在樊建民博士论文的基础上精心修改而成。在本书将要付梓之际,邀我为之作序,作为导师,看到他的不断成长,由衷的欣慰;聊陈数语,权作为序;并期待他有更多的著作问世。

林亚刚

2018年3月18日于武汉

目 录

引 论 001

一、问题的缘由 001

二、刑法伦理性研究的意义 005

第一章 刑法伦理性概述 009

第一节 伦理观简评 009

一、伦理的概念 009

二、伦理的内涵 012

三、伦理的价值 019

第二节 刑法与伦理的关系 021

一、刑法之善 021

二、刑法与伦理关系的发展 026

三、刑法与伦理的必然联系 032

第三节 伦理刑法与刑法伦理性 043

一、伦理刑法的含义 043

二、刑法伦理性的意蕴 047

三、伦理刑法和刑法伦理性简评 061

第二章 古代刑法的伦理性 067

第一节 古代社会的伦理观及与刑法的关系 067

一、中国古代社会的伦理观 067

二、国外古代社会的伦理观 069

三、中外古代社会伦理观的异同 070

四、古代刑法与伦理的关系 072

第二节 古代刑法的秩序观 078

一、秩序的含义 078

二、秩序与伦理的关系 081

三、刑法与秩序的关系 084

四、刑法对秩序的功能 092

第三节 古代刑法的正义观 094

一、正义的含义 094

二、正义与伦理的关系 097

三、刑法与正义的关系 098

四、刑法对正义的功能 103

第四节 古代刑法的功利观 104

一、功利的含义 104

二、功利与伦理的关系 105

三、刑法与功利的关系 106

四、刑法对功利的功能 111

第五节 古代刑法的自由观 112

一、自由的含义 112

二、自由与伦理的关系 114

三、刑法与自由的关系 115

四、刑法对自由的功能 116

第三章 近代刑法的伦理性 118

第一节 近代社会伦理观的演进及与刑法的关系 118

一、近代社会伦理观的演进 118

二、近代社会刑法与伦理的关系 122

第二节 近代刑法秩序观的演变 126

一、对传统的传承 126

二、在传统基础上的变迁 127

三、近代刑法对秩序的功能 128

第三节 近代刑法正义观的演变 133

一、对传统的传承 133

二、在传统基础上的变迁 135

三、近代刑法对正义的功能 149

第四节 近代刑法功利观的演变 151

一、对传统的传承 151

二、在传统基础上的演变 152

三、近代刑法功利性的表现 159

第五节 近代刑法自由观的变迁 161

一、对传统的传承 161

二、在传统基础上的变迁 163

三、近代刑法对自由的功能 167

第四章 现代刑法的伦理性 169

第一节 现代社会伦理观的演进及与刑法的关系 169

- 一、现代社会伦理观的新发展 169
- 二、现代刑法伦理意识的整合 173
- 三、现代刑法与伦理的关系 179
- 第二节 现代刑法秩序观新论 182
 - 一、现代个人本位和社会本位相结合的秩序观 182
 - 二、现代刑法对秩序的维护功能 183
- 第三节 现代刑法正义观新论 191
 - 一、正义性是衡量刑法善恶的终极标准 191
 - 二、刑法是在承认人的意志自由前提下罪与恶的统一 198
 - 三、刑法是主客观一致下责与情的协调 199
 - 四、刑法是罚与德共存下的互助互动 201
- 第四节 现代刑法功利观新论 202
 - 一、现代刑法追求效益和效率的统一 203
 - 二、现代刑法功利性的体现 208
 - 三、现代刑法功利性的意义 212
 - 四、现代刑法对功利性的限制 214
- 第五节 现代刑法自由观新论 216
 - 一、自由是现代刑法的终极追求 216
 - 二、现代刑法对公民思想的宽容 221
 - 三、现代刑法限制自由的必要性 223
 - 四、现代刑法对公民基本自由的保护 227

第五章 刑法伦理性对我国刑事法治的意义 232

第一节 刑法伦理性与刑法立场 233

- 一、伦理秩序违反说和法益侵害说的博弈 233

二、伦理秩序违反说和刑法伦理性的关系	236
第二节 刑法伦理性对刑事立法的意义	240
一、刑事立法现状的缺陷和伦理原因分析	242
二、促使立法主体伦理意识更新	249
三、刑事立法科学化应注意的几个问题	257
四、完善刑事立法内容	267
第三节 刑法伦理性对刑事司法的意义	273
一、刑事司法现状的缺陷和伦理原因分析	274
二、促使司法主体伦理意识更新	277
三、坚持刑事司法的伦理性	281
第四节 刑法伦理性对刑事执行的意义	287
一、刑事执行现状的缺陷及伦理原因剖析	288
二、促使行刑主体伦理意识更新	289
三、行刑原则的伦理性辨析	291
 第六章 强化刑法伦理性的若干立法建议	
——以亲属相犯的人伦性为例	297
第一节 现代刑法与人伦精神	297
一、刑法的人伦性关怀	297
二、人伦性在亲属之间刑事案件中的彰显	299
第二节 增设杀害尊亲属罪	300
一、中外刑法中杀害尊亲属罪的简介与评述	300
二、中国现代刑法应增设杀害尊亲属罪	305
三、杀害尊亲属罪的具体设定	309
第三节 增设血亲相奸罪	309

一、中外血亲相奸罪的简介与评述 310

二、中国现代刑法增设血亲相奸罪的理由 313

三、血亲相奸罪的具体设定 314

第四节 增设亲属相盗罪 314

一、中外刑法亲属相盗罪的简介与评述 314

二、中国现行刑法设定亲属相盗罪的必要性 319

三、亲属相盗罪的具体设定 320

第五节 亲属间的包庇罪 321

一、中外刑法中亲属包庇规定的简介与评述 321

二、中国现代刑法规定亲属包庇的理由和必要性 324

三、亲属包庇罪的具体设定 330

第六节 婚内强奸不应构成犯罪 331

一、古代社会婚内无奸 331

二、中外现代刑法中婚内强奸的简介与评述 331

三、婚内强奸不成罪的理由 333

四、我国刑法排除婚内强奸的必要性 335

五、排除婚内强奸罪的具体措施 338

参考文献 339

引 论

一、问题的缘由

刑法一词在人类语言中的出现,始于人类社会产生的最初时代。在人类文明的历史长河中,刑法一直被认为是政治统治的工具,是国家专政的武器,是统治者手中紧紧握着的高悬在民众头上的一把利剑,是一个不具有独立性、自主性、不能掌握自己命运的政治奴婢,任凭统治者的摆布和捉弄,为统治者喜怒哀乐好恶所左右,一直处于政治需要的从属地位。可以说,自有法律、法律现象、法律文化出现之日起,刑法在人们心目中便是以这些令人不寒而栗的面目出现,甚至走向极端。有的人更将刑法径直等同于拷打、处死,想到刑法,便想到高高的围墙,密密的电网,进而想到审判庭、服刑场、断头台……无论是中国古代夏朝的《禹刑》、商朝的《汤刑》还是西方含有刑法规范的《十二铜表法》《摩奴法典》,其中的刑法规范无不极端残酷,以致在人们的心目中,刑法常与法不容情等词语联系在一起,并成为公众眼中镇压、恐怖、残酷、独裁等恶的代名词,使人闻之胆颤,远而

离之。刑法在人们心中的如此印象,中外概莫能外。

为了应对经济、政治、文化转型期的“失范”现象,刑法万能论的思想理念又开始抬头。我国近年来不断对刑法进行修正,并进行大量的违反刑法基本解释原则和有悖于一般社会伦理常识的立法和司法解释,不但使刑法条文急剧膨胀,而且使其内容难以得到广大公众的认同。这严重阻碍了我国社会政治、经济、精神文明的发展;并进一步恶化了刑法在公众心目中的印象,引起公众对刑法的不满,从而削弱了刑法打击犯罪,预防犯罪,保护人民的功能。

“这种业已临近之崩溃的一个主要征兆,乃是对于法律信任的严重丧失——不仅遵守法律的民众如此,立法者和司法者亦如此。法律必须被信仰,否则,它将形同虚设。”^①只有使刑法真正走出政治社会,摆脱奴婢地位,走进市民生活和市民社会,进而使政治立法、政治刑法、等级刑法转为市民立法、市民刑法、平等刑法,^②刑法才能以自身的原则、规则、规范来划定犯罪圈,对犯罪行为予以合理制裁,并控制国家权力,防止其滥用;维护社会及公众的权利,促使其生成和发展,实现社会公正和权利的有效行使,以此来推进社会的进步和文化的发展。只有使刑法与人类生活有机的协调和融合起来,满足人类发展需要,才能使刑法成为人类生活必不可少的组成部分,成为公众心目中善的大使,使社会公众认同刑法,忠诚于刑法,从而树立刑法的权威,最终提高刑法的功能。

笔者认为,刑法与相应的伦理思想、伦理原则的脱离,是导致刑法脱离社会公众信奉和认同的主要原因。解决此问题的办法就是

① [美]格尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第9页。

② 参见陈正云:《刑法的精神》,中国方正出版社1999年版,第37页。

要研究和协调伦理和刑法的相互关系,这就必然要求刑法学者也要关注伦理学的知识,使刑法增强伦理性,摆脱工具论。

其实,当代科学的发展常常使某一学科有一种超越自己原有视野去拓宽研究领域的趋势。刑法知识具有专业性,因而会或多或少的疏离了人文社会科学的知识背景,为此应当打通刑法学与人文社会科学之间的学术樊篱,使刑法学知识获得更多的人文性和思想性。在中国法学日益发展的今天,固守学科壁垒不仅会阻碍学科的发展,更是非常有害的现象,它会使所谓的学习和研究变得矫揉造作,不堪实用。强化不同的相关学科的对话会促成共同话语,同时也有利于形成问题意识。问题往往会在比较中被发现,并可能由此得到更好的分析和解决。学科之间彼此借鉴,形成良好的融通机制,无疑是一项非常有意义的工作。^①

刑法学是以犯罪与刑罚及其对应关系为研究对象的,犯罪是一种恶,刑罚是一种恶,而罪刑关系则是恶与恶之间的关系,因此,可以说,刑法学是一门研究恶的学问。正因为刑法学研究恶,才要求我们研究者有一种善的冲动。刑法是为善的,即使在专制社会中,广大民众认为刑法是统治者的暴力工具,是仅为少数人服务的,是残暴的、罪恶的,但刑法也是以恶制恶,教人为善,惩恶扬善的旗帜,也在宣扬、支持刑法善意性的理念。在当今社会,人们制定刑法,期望以之起到保护人权,维护有利于公民健康、全面、快速发展的最后的、最重要的防护堤的作用,其产生的本源是善的,其规定的内容,体现的精神也是善的。在刑法学研究中,通过观察与剖析恶,可以使我們更加向往与信仰善。

^① 参见黄京平、韩大元:《刑法学与宪法学的对话》,中国人民大学出版社2007年版,前言。

伦理学是研究善恶的科学,而善恶理念是每一个有意思自治的人都具有的基本的本性,正是此理念指引着人类理性地追求自己的发展,并理性地和谐共处。伦理学作为人类对自己生活进行道德思考的结晶,是研究人和人、人和社会、人和自然之间正当、合理关系的学说;主要研究人们在社会生活中所必须遵循的习俗和惯例,从而为人们提供行为规范,指导人们相互协调彼此之间、人与社会之间、人与自然之间的利益关系,使人们之间有条理而不紊乱,使人和人、人和社会、人和自然之间和谐共存,促进社会和人类及个人的进步发展。

伦理是指一种人和人、人和社会之间的一种准则,人要遵守此准则,才合乎事物的发展规律,才是善的,从而才能创造最大的社会财富,追求最大的幸福生活。刑法规范也是人们要遵守的人和人、人和社会之间的一种准则,也是抑恶扬善之具:通过惩恶来迫使人履行自己对别人、对社会的正当义务。可见,辨识善恶是刑法学研究的重要问题,也是伦理学的核心问题,故刑法与伦理具有一致性,刑法在某种意义上是以伦理学为基础的,刑法的设定要依据伦理关系,即刑法要合乎伦理性,只有这样,刑法才具有正当存在的根据,才能得到人们的认同和喜爱,从而发挥其积极作用。可以说,刑法与伦理的相互关系,是法学史上的永恒话题。

国家设置与运用刑法,无疑是一种有益于社会的活动,刑法制度也应是一种有益于社会的法律制度,是善的体现和实现。无论中外,人们均认为刑罚是一种不得已之恶,其目的是为善的,用之得当,公民与社会两受其益;但用之不当,公民与社会将两受其害。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,只能不得已而为之,此乃用刑之道也。虽然刑法既有积极的社会作用,也有消极的社会作用,但是从古到今刑法并未被废除,足以