

刑罚理性四部曲之一

# 刑罚理性导论

——刑罚的正当性原论

邱兴隆 著

中国政法大学出版社

刑罚理性四部曲之一

# 刑罚理性导论

——刑罚的正当性原论

邱兴隆 著

中国政法大学出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

刑罚理性导论：刑罚的正当性原论/邱兴隆著. - 北京：中国政法大学出版社，1998.5

ISBN 7-5620-1665-8

I. 刑… II. 邱… III. 刑罚-研究 IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 10326 号

D914  
416

**责任编辑** 于广  
**出版发行** 中国政法大学出版社  
**经 销** 全国各地新华书店  
**承 印** 国家统计局印刷厂

---

开本 850×1168 1/32 印张 17.375 字数 419 千字

1998 年 6 月第 1 版 1998 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1665-8/D·1624

印数：0,001 - 5,000 册 定价：26.00 元

---

**社址：**北京市海淀区西土城路 25 号

**邮编：**100088 **电话：**62229803 或 62229563

**声明：**1. 版权所有，侵权必究。

2. 如有缺页、倒装，由本社发行科负责退换。

**法律顾问：**北京地平线律师事务所律师 吴允

报应之于刑罚有如婚姻之于性行为；功利之于刑罚有如生育之于性行为；报应之于功利，有如婚姻之于生育。诚如婚外性行为的生育只能是来路不正的私生子，不受报应制约的功利刑，即使是有效的，也因其不具有公正性而是天然不正当的，其效果也只不过是功利与刑罚的“私生子”。

——题 记

# 刑罚理性的求索与创新

## ——《刑罚理性导论》略评

胡云腾\* 张金龙\*\*

退出学界十年的邱兴隆令人意外而惊喜地以《刑罚理性导论》宣示了他的复归，既给了曾给其以厚爱的新中国刑法学界一份回报，也毫无疑问地将给刑法学尤其是刑法哲学从研究方法至理论体系上注入新的活力。

—

理论的创新首先是方法论的突破。《刑罚理性导论》正是撇开被传统刑法学研究所普遍采用的注解诠释或经验实证方法，以逻辑演绎别开蹊径，找到了方法论上的突破口。

构成本书之核心命题的是报应与功利统一论。这一命题是应以众所公允的刑罚的报应性与功利性为大前提，以个人与社会、主观与客观、手段与目的的辩证统一为小前提，推理而出的必然结论。严密的逻辑推理昭示了报应与功利相统一的必然性：只要承认刑罚必须有其公正性，便必然承认报应有其作为刑罚的正当根据的合理性；只要承认刑罚必须有其效益性，便必然承认

---

\* 法学博士，中国社会科学法学研究所副研究员。

\*\* 法学硕士，河北三和——时代律师事务所律师。

功利有其作为刑罚的正当根据的合理性；而公正观念与效益观念是两种客观存在的社会观念，刑罚的报应性与功利性因而有如婚姻之于生育一样构成一种必然的联系。因此，由报应性、功利性以及两者的辩证统一性共同组合而成了刑罚理性统一论的本体。

制刑、动刑、配刑与行刑是刑事活动的四个逻辑环节。以报应与功利相统一的四条定律为大前提，以这四个环节的内容与特点为小前提，演绎而出惩罚性与遏制性相统一的制刑理性规定、必然性与必效性相统一的动刑理性规定、等价性与适度性相统一的配刑理性规定、必然性与必效性相统一的动刑理性规定，从而构筑起了由刑罚的一般理性规定与制刑、动刑、配刑、行刑的具体理性规定两个逻辑层次有机组合而成的法后之法——刑罚理性体系。

理性法作为法后之法即自然法是一种应然的法，其构成实定法的绝对命令，立法是理性法的载体，又是司法的绝对命令，司法是立法的现实化，并通过实现立法而实现理性法。因此，制刑、动刑、配刑、行刑的理性规定、制刑、动刑、配刑、行刑的立法规定以及动刑、配刑、行刑的司法规定又构成三个逻辑层次。以制刑、动刑、配刑、行刑的理性规定为大前提，以有关制刑、动刑、配刑、行刑的立法活动的内容与特点为小前提，必然地推论出刑法的立法理性规定；而以刑法的立法理性规定为大前提，以有关动刑、配刑、行刑的司法活动的内容与特点为小前提，又必然地推论出刑法的司法理性规定，从而实现了刑罚理性以及作为刑罚理性之实现的手段的立法与司法的和谐统一，“恶法非法”与“恶法亦法”成为顺理成章的结论。

逻辑演绎不但从以上宏观的角度赋予了《刑罚理性导论》以骨架，而且还从微观的角度赋予了该书以血肉。有关动刑制度、配刑原则、制度与情节以及行刑制度的每一结论无不是缜密的逻辑演绎的结果。逻辑演绎甚至被如此缜密地运用，以至于评价犯

罪的 38 条定律与配刑的 21 条一般规定以及配刑的诸种具体规定遥相呼应，共同组合而成了严谨的刑罚分配论体系。

逻辑演绎方法的运用使对刑法的研究由对立法与司法的静态研究转向了动态的研究。因此，假如可以将《刑罚理性导论》作为一部自成一体的刑法哲学，那么，将其界定为“动态刑法学”或“逻辑刑法学”，便合理而必然。

## 二

任何理论的创新都意味着体系在扬弃的基础上的重构。《刑罚理性导论》正是在对传统刑法理论的舍弃与吸收中完成了自身理论体系的构造。

传统报应论与功利论的世代对垒使刑罚的正当性始终是刑法思想与理论中最具活力而又最为混乱的问题。本世纪中期在西方崛起的“一体化”刑罚论虽致力于报应论与功利论的折衷，并已取传统二说而成通说，但其所作的折衷，一方面只是一种简单的、直观的调和，既无公允的哲学原理作为共许的理论基础，又未营造出完整的理论体系，因而仍然众说纷纭，另一方面又充其量只将刑事活动划分为立法、量刑与行刑三个环节，以论证报应与功利在不同阶段的制约作用，使立法仍作为静态的研究对象而存在，因而未能真正使刑法学动态化。

《刑罚理性导论》立足于个人与社会、客观与主观、手段与目的的对立同一的辩证关系，揭示了报应与功利相统一的必要性与合理性，论证了报应与功利的统一是刑罚作为预防犯罪的目的的手段而独立于目的之外所必须具有的公正性与预防犯罪作为刑罚的目的对作为手段的刑罚的制约性的统一，从而使报应与功利不只是简单地、直观地折衷、调和，而是有机地统一于人既是手段又是目的，既不是纯粹的手段又不是纯粹的目的的哲学命题之

中，建立了以辩证唯物主义的基本原理为理论基石，以报应与功利兼顾律、折衷调和律、报应限制功利律与有利让步律利为基本内容的刑罚理性统一体系，从而突破了既存的“一体论”的理论框架。

另一方面，《刑罚理性导论》突破“一体论”的立法、量刑与行刑三分法，将刑事活动划分为制刑、动刑、配刑与行刑四个环节，实现了立法上定罪动刑与司法上定罪动刑的统一，立法上法定刑分配与司法上量刑的统一以及行刑立法与司法的统一，并具体揭示了刑罚的一般理性之于制刑、动刑、配刑与行刑的质、量规定性，从而使刑罚理论研究真正实现了动态化。

在著者所持的刑罚理性统一论中，传统报应论中的社会报复论、道义报应论与法律报应论的合理成份被有机地吸收，而这三种学说的片面性则被克服；传统功利论中的双面预防论、一般预防论与个别预防论的合理成份同样得以保留，而其各自的片面性则同样被断然抛弃。因此，在刑罚理性统一论中，不但报应论、功利论与一体论自身都可以找到其合理的位置，而且，诸如立法威慑论、行刑威慑论、社会隔离论、教育论与矫正论等具体派系均有其一席之地。

然而，传统刑罚理论中的任何合理因素又都只是刑罚理性统一理论大厦的砖瓦，而不是理论大厦本身。来源于传统刑罚理论而又重构刑罚理论，使刑罚理性统一论作为一种新的刑罚哲学体系跻身于派系丛生的刑罚学流派之中，独具特色与魅力。因此，假如《刑罚理性导论》可认为是一部自成一体的刑法哲学，那么，又不妨将其称为“统一刑法学”或“辩证刑法学”。

### 三

理论的突破还必然以新的观点的合理组合为标志。《刑罚理



性导论》以颇具说服力的论据与逻辑严密的论证展现了一系列新的立论。

在报应性方面，著者将刑罚的人道性、宽容性与奖赏性作为修正性规定归于报应理性名下，从而提出了一种泛报应论，并具体展示了此三项修正规定对制刑、动刑、配刑与行刑的制约作用；在功利性方面，著者提出了以真效性、有利性、节俭性与经济性为内容的最大效益法则，并将其贯穿于刑事活动的诸环节的始终；在统一性上，著者在“有利让步律”名下阐述了一条重要的刑法原则，即有利被告原则，既澄清了对这一原则的误解、曲解或模糊认识，又具体展示了其对于刑事立法与刑事司法的指导作用。

在制刑问题上，著者提出并论证了死刑因既具有严厉的惩罚性又具有有效的遏制性而是一种合理的刑罚，但又因不具有人道性而是一种无理的刑罚，从而得出了死刑悖论的结论；在动刑问题上，著者提出并论证了动刑以定罪为前提，以刑事义务主体、刑事违法主体、刑事责任主体与刑罚的施加客体相同一的“四体一位”为发动条件；在配刑问题上，著者独具匠心地提出并论证了基与序相结合是评价犯罪的严重性的基本方法，并以此为前提建立了自己的犯罪评价论体系，同时提出并论证了配刑的等价性与适度性相统一所生的同一性规定、折衷性规定与对立性规定及其具体规定，尤具创新价值的是，著者以基的相应与序的相应为准则，建立了刑罚二次分配论体系，使法定刑的确定与裁量统一受制于配刑理性之下，为法定刑的分配确立了恒定的价值标准，为量刑确立了合理从重、从轻、减轻、有利被告与合理模糊等重要规则；在行刑问题上，著者所提出的无期徒刑缓刑制度、有利溯及生效判决的溯及力制度与行刑时效制度等，也颇具新意。

此外，著者还提出了一个极为重要的立论，即刑罚有限论。该论认为，犯罪是无限的，而刑罚是有限的。以有限的刑罚对付

无限的犯罪，是社会的一种必要的但又无奈的选择，进而主张慎用刑与节俭用刑是社会最明智的选择。

以上诸方面的以及不需一一列举的其他诸多立论，有的是著者所独创，有的由著者赋予了其新的意蕴，其被著者恰到好处地作为部件安装在刑罚理性统一论这部机器上，协调一致地发挥着其各自的功能。

应该说明的是，对《刑罚理性导论》的以上评说，并不意味着其已达完美的境地。相反地，其所据以演绎推理的所有前提是否均为众所公认，其演绎推理而得出的每一结论是否均可成立，其所使用的某些概念与表述是否能被普遍接受，其所作的某些立论是否经得起实践的检验而成为真理，均有待读者的评判。然而，对这样一部在既无与人交流的条件又无学术资料可作参考的条件下、作者卧薪尝胆写就于铁窗之中的学术专著，我们除了宽容又还能苛求什么呢？

令人欣慰的是，《刑罚理性导论》只是著者的《刑罚理性四部曲》的第一部，而不是唯一的一部；更令人欣慰的是，著者未敢“给本书匆匆地画上一个并不圆满的句号”，因为他“已委实感到有一个神话或童话需要粉碎：这不是一个产生经典的国度”。这意味着著者将以其后三部著作来完善与深化自身的理论，并立志向“经典刑法学”发起冲击。我们期待着，新中国刑法学界也盼望着著者正在孕育的《刑法理学》与《理性刑法典》能如著者所愿会以经典刑法学的形象早日诞生！但愿著者能尽快步出人生的阴影，在不断完善自身理论的同时不断完善自身的学格与人格，找准自己的人生价值座标，成为新中国刑法学界的一棵默默辉煌的大树，以不辜负无数前辈的栽培、众多同辈的浇灌，不辱自身的使命，同时也真正无愧于自己应有的良心。

## 前言：主体的沉重

当我将心、自由乃至生命凝成的这部书奉献给至爱的读者的时候，我的良心稍感宽慰。这种感觉不仅源于我因此而弥补了我自身的一种本可能永远无法弥补的遗憾——尽管我始终认为没有遗憾的生命不是真正的生命，最重要的是因为我终于向曾给我厚爱的学界递上了一份自以为满意的答卷——尽管本书是否圆满尚待读者评判，因而使我部分地偿还了一笔拖欠了整整十年也使我深深不安了十年的沉重的良心债——尽管我仍感重负难释。

这部似乎可以自诩为刑法理学——关于刑罚的哲学，蕴含着我对刑罚理性持续十五年的疲备的思考，包含着我对刑罚理性和谐美的执着而痛苦的追求，更寄托着我对这种和谐美的实现的迫切企盼……。所有这一切，正是我研究刑罚的动因与支撑我写出本书的力量——战胜死神所需的力量。

我知道，我的这部书可能因缺乏优美的语言与奔逸的文笔而令读者失望。但我更知道，我的书应该是我向读者诉说思想的工具，而我的思想只有不加任何包装与掩饰地坦露给读者，才能得到理解与共鸣。因此，我希望我裸露的思想能冲淡与缓和读者或此或彼的失望。

这是一部我的书。我可以问心无愧地说，这是一部我的书。这不仅因为我的书是奠基于我认为正确的前提之上的纯粹演绎推理的结论之上，而且也绝不在于书中既无注解诠释也无广证博引，而是因为，在我的概念中，刑法理学或刑法哲学首先应该是刑法逻

DAK33/02

辑学，由正确的前提严密推理的结论，应该是也必然是最具说服力的结论；同时也因为，在我的理念中，既存的未必是合理的，我只坚信，只有合理的才应成为既存的；更因为，在我的学格中，不应存在任何奴性的偶像崇拜——我的理性命令我永远不要跪着，否则，孩子也会成为我的巨人。

在很大程度上，我是在对刑罚理性进行人格化的刻画与雕塑。因为我感到，刑罚理性的和谐美如同性的和谐一样，是一种原始的人性的美。我不知道，我是否已将一尊刑罚理性女神丰满、完整而赤裸地展现在读者面前。但若读者能从本书的立体曲线结构中感受到一种动态的人体美，则正是我所期待的。

我写作的过程是一种涅槃的过程。我曾在真理的门口徘徊、苦恼与傍徨，我曾因对真理的绝望而让书稿数度接受火的洗礼，我曾因不堪自扰而远离醉心二十年的寒窗……然而，当真理之神向我洞开大门时，我又情不自禁的扑向她怀里，忘乎所以地大叫：你是我的！于是，白昼与黑夜不再分明，睡神、食神与死神均骇然远遁。由此，我才真正步入了走火入魔与出神入化的境界。

我是上天的产儿，我的书是时代的产儿。然而，我并不感激上天，因为她给我的只是肉体，而未给我思想。我也不因我的书而感激时代，因为从来便没平庸的时代而只有平庸的人。我只感激人。因为是众多先哲在将肉体还给上帝的同时把思想传给了我，因为是无数的人以人的善良与宽容给了我理性的源泉。

评判我的思想与我的书的权力永远只属于富有理性的读者，我无权对我的书象对我的孩子一样作任何偏执的评判。我唯一恳请读者的是，以曾对我与我的书有过的宽容一样，对我本人以及这部书与书中的思想继续予以宽容——我相信也但愿读者会以自己的理性来评价这部书与我的思想的整体，而不会因其中某一或某些观点而作出整体的肯定或否定。

我不敢匆匆为本书画上一个并不圆满的句号。因为我委实听

到了一种来自并不遥远的新世纪的震耳欲聋的警告：我们处在一个需要理性的时代！因为我已委实感到有一个童话或神话需要粉碎；这不是一个产生经典的国度！！因为我已委实从华表的伟岸中真切地洞察到一个个新的生命正在孕育——精子虽然不是孩子，但每一个精子都规定着一个孩子!!!

湘中东台山人 邱兴隆

1998年2月18日

于冀省石门市郊

## 关于本书基本原理的说明

1. 刑罚的真正理性在于报应与功利的辩证统一性。
2. 刑罚的报应性是社会报复、道义报应与法律报应的统一。其渊源在于公正观念。
3. 刑罚的报应性的一般规定为刑罚的严厉惩罚性、犯罪的应受刑罚惩罚性即严重害恶性、刑罪关系的必然性与等价性,其修正规定为刑罚的宽容性、奖赏性与人道性。
4. 刑罚的功利性是社会生存需要、维护道德秩序需要与维护法律秩序需要的统一,其内容是一般预防与个别预防的统一。其渊源在于效益观念。
5. 刑罚的功利性的一般规定为最大效益性。最大效益性是真理性、有利性、节俭性与经济性的统一。其具体规定为刑罚的有效遏制性,犯罪的应受刑罚遏制性,刑罪关系的必效性与适度性。
6. 报应性与功利性的联结在于其同一性、差异性与对立性。单纯的报应或单纯的功利都不是对刑罚理性的穷尽,只有两者的统一才是真正的刑罚理性。统一的根据在于个人与社会的统一、手段与目的的统一以及客观与主观的统一。
7. 报应性与功利性的统一是兼顾、折衷、限制与让步的统一,其基本定律为报应与功利兼顾律、折衷调和律、报应限制功利律与有利让步律。
8. 制刑即刑罚的创制,以合乎人道的严厉惩罚性与有效的遏制性相统一为基本理性,只有容二者于一体的手段才可作为刑罚。

自由刑、财产刑与资格刑是既具有人道性与严厉的惩罚性又具有有效的遏制性的手段,因而是合理的刑罚。肢体刑、羞辱刑只具有严厉的惩罚性,不具有人道性与有效的遏制性,因而是绝对无理的刑罚。死刑因具有严厉的惩罚性与有效的遏制性而有其合理性,但又因不具有人道性而具有其无理性。

9. 动刑即刑罚的发动,以定罪为前提。定罪的基本理性在于行为的应罚性与应制性的统一性。只有既具有应罚性又具有应制性的行为才应定罪。动刑的基本理性为必然性与必效性的统一。必然性规定着动刑的对象是刑事义务主体、犯罪行为主体、刑事责任主体与刑罚发动客体的同一。必效性是动刑的必要性与有效性的统一。只有既有动刑的必然性又有动刑的必效性的情况下的动刑才是正当的动刑。

10. 配刑即刑罚的分配的基准是犯罪的严重性。严重性是犯罪的害恶性与预防需要的统一。害恶性是客观危害与主观恶性的统一,预防需要是一般需要与个别需要的统一。严重性的评价是质的评价与量的评价的统一。配刑的基本理性是按罪配刑与按需配刑的统一,即等价性与适度性的统一。重于等价刑的适应刑不公正,重于适应刑的等价刑不节俭。

11. 行刑即刑罚的执行以报应性与功利性相统一为基本理性。行刑的报应性是行刑的惩罚性、必然性、等价性、平等性、人道性的统一。行刑的功利性是行刑的遏制性、必效性、适度性、相应性、一般性与个别性的统一。正当的行刑是既符合报应性又符合功利性的行刑。只符合报应性不符合功利性的行刑或者只符合功利性不符合报应性的行刑都是不正当的、无理的行刑。

12. “恶法非法”,对于立法者,凡不合刑罚理性的立法,都是无理的立法。“恶法亦法”,对于司法者,任何立法都是合理的立法。在法律没有明文禁止的前提下,凡有利犯罪人的选择都是合理的选择,在法律没有明文规定的前提下,凡不利犯罪人的选择都是无

理的选择。

13. 刑罚是有限的, 犯罪是无限的。以有限的刑罚对付无限的犯罪, 是社会的一种无奈的选择。因此, 宽容与节俭用刑是社会最明智的选择。



# 目 录

刑罚理性的求索与创新·····	胡云腾 张金龙(1)
前言:主体的沉重·····	(1)
关于本书基本原理的说明·····	(1)
<b>第一章 刑罚的正当性序说</b> ·····	(1)
<b>第二章 刑罚的报应性</b> ·····	(6)
第一节 报应正名·····	(6)
第二节 报应性的渊源·····	(8)
第三节 报应性的规定·····	(12)
第四节 报应根据统一化·····	(20)
第五节 结论·····	(26)
<b>第三章 刑罚的功利性</b> ·····	(28)
第一节 功利正名·····	(28)
第二节 功利性的渊源·····	(29)
第三节 功利根据的内容·····	(34)
第四节 功利性的规定·····	(38)
第五节 功利根据统一化·····	(43)
第六节 结论·····	(50)
<b>第四章 报应性与功利性的联结</b> ·····	(52)
第一节 报应与功利的同一性·····	(52)