

当代中国刑法新视界

陈兴良 著

当代中国刑法新视界

当代中国刑法新视界

中国政法大

社

193181

D914.04-53

C593

当代中国刑法新视界

陈兴良 著



京电力大 00227329

中国政法大学出版社

1999年·北京

图书在版编目(CIP)数据

当代中国刑法新视界/陈兴良著. - 北京:中国政法大学出版社,1999.5

ISBN 7-5620-1802-2

I. 当… II. 陈… III. 刑法-法学-中国-文集
IV. D924.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 13998 号

责任编辑 丁小宣

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

850×1168 1/32 开 28.375 印张 754 千字

1999 年 4 月第 1 版 1999 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1802-2/D·1762

印数:0001-3000 册 定价:45.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 **电话:**62229803 或 62228801

(AK/4/0)

法学家的使命

——刑法更迭与理论更新

(代序)

经过长达 15 年的刑法修改,一部修订后的刑法终于问世了。这部刑法的实施,必然对我国社会产生深远的影响。那么,它对我国的刑法理论又会带来什么效应呢?以我之见,在刑法更迭的情况下,我国刑法理论的发展存在两种可能性:低水平的重复或者高水平的递进,可以说是忧喜共存,关键在于刑法理论工作者的理性自觉。

我国新时期刑法理论的复苏与发展是以 1979 年刑法的颁布为契机与标志的。刑法学是一门以刑法为研究对象的学科,它的命运是和刑法的命运息息相关的。随着刑事立法的逐渐发展完善,刑法理论研究也日趋繁荣。回顾 18 年来我国刑法理论发展的历史轨迹,我们可以清晰地看到从学习刑法、宣传刑法开始,通过对刑事立法与刑事司法的研究,刑法理论逐渐走向深入。最初是以刑法为注释对象的研究;后来是以刑法为评判对象的研究;以至后来超越刑法的研究。从注释刑法学到理论刑法学再到刑法哲学,我国刑法理论在自我超越中嬗变与递进,成为法学领域中研究力量雄厚、研究成果突出的一个学科。这种成绩的取得,是我国刑法理论工作者共同努力的结果,也是由于注释性研究发展到极致,大家不满足于此,因而寻找突破,进而从注释刑法学发展到理论刑法学。应该说,当前我国刑法理论发展势头是好的,只要加以适当引导,必将更上一个台阶。

在这种情况下,修订的刑法出台,成为对刑法理论的一次冲击。这里使用冲击一词,绝无贬意,而是指对刑法理论产生剧烈的外力作

用,对刑法理论的发展具有一种推动作用。关键是我们如何借助于这一冲击力,防止低水平重复,引发高水平递进。我所担忧的是,由于修订的刑法颁布实施,大家必然把理论注意力集中到修订的刑法上来,由此又掀起一个注释研究的高潮,从而遮蔽了刑法研究的理论视野,中断了刑法哲学研究的发展进程,又开始重复从1979年刑法以来的新一轮刑法理论发展过程,因而出现低水平徘徊的态势。毫无疑问,伴随着一部新法的颁布,注释研究是十分必要的,而且法律修改也会带来一系列理论研究的新课题,尤其是随着这部刑法开始实施,在实施过程中还会提出一些问题,有待于我们从理论上加以回答。但是,我们还是必须承认,刑法理论的使命不仅于此。或者说,这种注释研究只是刑法理论中与应用性相联系具有实用价值的那一部分,是一种较低层次上的刑法理论研究。除此以外,我们还要关注刑法的基本理论,更要关注刑法的更高层次上的哲理研究,这是刑法理论成熟与发达的标志,它对于注释研究具有制约性。在《刑法疏议》一书的代跋中,我曾经说过这样的话:法律的修改,对于法学家来说既是幸事又是不幸。幸者,如果法律永不修改,法学家(应该是指注释法学家)可能会清闲、无所事事。不幸者,一部法律的修改,将使法学家积数十年研究心血而写成的法学著作顷刻之间化为废纸。幸是不幸,不幸又何尝不是幸呢?因此,幸与不幸,一事也。^{〔1〕}我是怀着一种悲怆的心情写下这段话的,感到我们的法学家的命运完全取决于法律,成为法律的奴仆,法云亦云,缺乏自立的根基与独立的品格。在这样的一种状态下生存的法学家,不仅是学者的不幸,理论的不幸,又何尝不是法的不幸?因为法不是神授的,它是社会生活经验的总结,是社会客观规律的概括。正如马克思指出:立法者不是在创造法律、不是在发明法律,而仅仅是在表述法律。他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。^{〔2〕}因此,法学家应该直面社会生活,揭示法的内在

〔1〕 参见拙著:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第736页。

〔2〕 参见:《马克思恩格斯全集》,第1卷,第183页。

规律,为立法创造条件,提供理论根据。在这个意义上说,没有一支成熟的、具有自立自主精神的法学家队伍,一个国家的法律不可能发达。所以,法的注释研究虽然是需要的,但作为一个具有独立的学术品格的法学家,不应当尾随立法、尾随司法,而应当超越法律,揭示那些隐藏在法的背后的规律性的东西。正是这些东西决定着立法、决定司法,是法的本源与根基。认识到这一点,我们就具有了立足之本,就获得了一种独立的价值判断能力和一种自主的社会批判力量,从而能够对我国的法治建设起更大的作用。

我记得哲学家费希特在《论学者的使命》一书中讲过这样的话:“我的使命就是论证真理;我的生命和我的命运都微不足道;但我的影响却无限伟大。我是真理的献身者;我为它服务;我必须为它承做一切,敢说敢作,忍受痛苦。”^{〔1〕}我们同样可以提出法学家的使命这样一个命题,躬身自问:法学家的使命到底是什么?法是一个生生不息的过程,但其中有一些内容是较为恒久与稳定的,这就是我们称之为制度的那部分行为规则,它是法的基础,并在一定程度上决定着制约着一个社会的结构与形态。这种法的制度构成法研究的对象,法学就是要通过对这种制度的探讨揭示出隐藏在其后的法理。法理,是法的原理,更应当视为法的真理。人们往往将真、善、美并说,哲学求真、伦理学求善、文学求美。在这个意义上,法学更靠近哲学,以求真为本。但哲学之真与法学之真又存在一定的区别,这也就是哲理与法理的区别。哲理是万物之理,是更高层次上的理。法理是万法之理,支配着法的运动与发展。相对于哲理而言,它是具体之事理,当然也就具有一般之哲理的本性。对于哲理的科学性,也就是真理性与客观性,已经差不多达成共识。对于法理的科学性,则还存在较多的怀疑。这主要是因为法是人制定的,是人为之事物,是主观的产物,是否具有以客观性为基础的科学性?我们的回答是肯定的,因为法虽然是人制定的,但法一旦制定出来就具有了相对的独立性,它遵循一定的规

〔1〕 参见〔德〕费希特:《论学者的使命》,商务印书馆1980年版,第41页。

律而生存与嬗变。法学之所以能够成为一门科学,就在于它以揭示法理为使命,这种法理已经不是现象的东西、主观的东西,而是本质的东西、客观的东西。因此,法学之追求法理,是对法的真理性的追求。法学不满足于合法性,还要对这种合法性进行合理性的拷问与审视,将合法性莫基于合理性之上,用合理性来界定与匡正合法性。由此,合法性就具有了超越世俗的、表象的法的意蕴,上升到对法的良恶的考察。世上之法,有良法,亦有恶法;有合法之法,亦有非法之法。对于法的良恶,应当有一个区分的标准,这个标准就是法的合理性,也就是法理的标准。从这个意义上来说,法理虽然来自于法,但却又高于法,是万法之法。发现、揭示乃至掌握这种万法之法,也就是法理,使法学家不是以一种谦卑的、战战兢兢的姿态面对世俗的实在法,而是掌握了一种批判的武器,要使实在法去符合客观的法,在使实在法合理化上贡献一份力量,这难道不是法学家的使命吗?

面临刑法更迭,我国刑法理论的发展又面临一个发展的契机,我们所期望的,是通过推进刑法学科的基础理论研究,使刑法理论在高水平上更新,而不是在低水平上重复。例如,修订后的刑法规定了罪刑法定、罪刑平等、罪刑均衡三大原则,使我国刑法在民主化与科学化的发展进程上迈出了重要的一步。在这种情况下,我们应当从法理的角度揭示这些刑法基本原则所蕴含着的博大精深的社会政治内容。在这方面,我们的任务是艰巨的、任重而道远。刑法的更迭,表明我国刑法立法走在了整个法制发展的前面。作为刑法理论工作者,我们有责任也有信心进一步繁荣刑法理论研究,推动刑法理论的更新,使刑法理论也走在法学的前面,为建设社会主义法治国作出我们应有的贡献。

(本文原载《法学研究》1997年第5期)

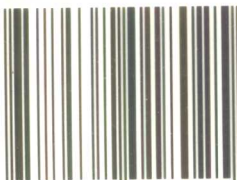
■ 内容简介

本书系陈兴良教授刑法学术文集第二部，是作者自1995年至1997年刑法学论文的结集。所收论文分列三编：一、刑法理论；二、刑事立法；三、刑事司法。

本书内容可以概括为：刑法的法理探讨与法理的刑法探讨。尤其是对刑法价值分析的一系列文章，对于提升我国刑法学术水平具有一定的意义。本文融思想性与学术性于一体，从而拓展了我国刑法理论的新视界。

责任编辑：丁小宣
装帧设计：孟纪原

ISBN 7-5620-1802-2



9 787562 018025 >

ISBN7-5620-1802-2/D · 1762 定价：45.00元



【作者小传】

陈兴良，男，1957年3月生，浙江省义乌市人。1981年毕业于北京大学法律系，获法学学士学位；1984年毕业于中国人民大学法律系，获法学硕士学位；1987年博士生毕业，获法学博士学位。1987年至1997年在中国人民大学法学院先后任讲师、副教授、教授、博士生导师。现任北京大学法律学系教授，博士生导师，北京大学刑事法理论研究所所长。兼任北京市海淀区人民检察院副检察长、中国犯罪学研究会副会长。个人主要著述：

《刑法哲学》、《刑法的人性基础》、
《刑法的价值构造》、《刑法的启蒙》、
《刑法疏议》等10部。

目 录

法学家的使命——刑法更迭与理论更新（代序）	(1)
-----------------------------	-----

第一编 刑法理论

1. 刑法的价值构造	(3)
2. 刑法机能二元论	(17)
3. 法律多元：理念、价值及其当代意义 ——尤其从刑事角度的思考	(40)
4. 刑法价值序说——《刑法的价值构造》序	(60)
5. 刑法公正论	(66)
6. 刑法谦抑的价值蕴含	(106)
7. 刑法谦抑的法理考察	(139)
8. 刑法人道论	(173)
9. 论人权及其刑法保障	(205)
10. 刑法的社会保护机能及其理论基础	(250)
11. 罪刑法定的当代命运	(266)
12. 罪刑均衡的理论建构	(335)
13. 罪刑均衡的价值蕴涵	(346)
14. 罪刑均衡的中国命运	(360)
15. 犯罪价值论	(374)
16. 刑罚存在论	(401)
17. 刑种设置的法理分析	(413)

18. 刑事矫正论	(424)
19. 罪犯处置的法理分析	(436)
20. 法律解释的基本理念	(449)
21. 法的解释与解释的法	(462)
22. 犯罪存在的个体解释	(479)
23. 腐败的成因及其抗制	(491)

第二编 刑事立法

24. 立法理念论	(507)
25. 从政治刑法到市民刑法	
——二元社会建构中的刑法修改	(522)
26. 刑事立法公正论	(572)
27. 罪刑均衡的立法确认	(587)
28. 刑法修改的双重使命：价值转换与体例调整	(602)
29. 刑法修改的理论思考	(621)
30. 修订后的刑法：立法技术的总体评判	(629)
31. 历史的误读与逻辑的误导	
——评共同犯罪的修订	(722)
32. 修订后的刑法之罪名分析	(752)
33. 武器掩护走私之为独立罪名论	(766)
34. 刑法附则论	(771)
35. 内地与香港之间刑事管辖的冲突与协调	(778)

第三编 刑事司法

36. 刑事司法公正论	(791)
37. 罪刑均衡的司法体认	(802)
38. 论量刑情节	(812)

39. 金融犯罪论	(821)
40. 金融诈骗的法理分析	(842)
41. 侵占罪与贪污罪之比较	(856)
42. 刑法司法解释的限度 ——兼论司法法之存在及其合理性	(871)
 代跋 让刑法学与人文科学相结合 ——访刑法学专家陈兴良	(891)
后记	(894)

第一编

刑法理论

1. 刑法的价值构造

我国当前的刑法学研究,规范分析是主要方法,因而形成以刑法注释为主体的理论格局。不满于这种刑法理论研究的现状,我国刑法学界强调基本理论研究的呼声日益高涨。我们认为,刑法的基本理论研究应该是对刑法的本原性思考,价值构造正是刑法的本原性问题之一,价值分析应该是规范分析的基础与归宿。本文拟就刑法的价值构造发表一己之见,以此作为刑法的价值分析的根据。

—

价值冲突是法存在的前提条件之一,法的功能就在于最大限度地防止在价值冲突中的价值丧失与耗损。在任何一个社会里,价值冲突是普遍存在着的,而最根本的价值冲突就是个人价值与社会价值的冲突。面临这样一种价值冲突,首先就存在一个价值选择问题。刑法同样面临这种价值选择,强调刑法的人权保障机能,在一定程度上意味着社会保护机能的弱化;突出刑法的社会保护机能,则在一定程度上意味着人权保障机能的弱化。刑事古典学派与刑事实证学派的对立,在一定意义上就表现为人权保障与社会保护的两个机能之争。从根本上来说,这是一种刑法价值之争。

刑事古典学派是以自然法学为基础的,建立在个体人的认识之上。自然法思想认为,人是生而平等和独立的,个体人也可以说是自由人,它享有天赋人权。只是为了避免战争状态,个体人才放弃一部分自由,并且是尽可能少的自由,通过订立社会契约脱离自然状态组

成社会。^{〔1〕}刑事古典学派的代表人物之一贝卡利亚完全接受了这种古典自然法思想,他指出:离群索居的人们被连续的战争状态弄得筋疲力尽,也无力享受那种由于朝不保夕而变得空有其名的自由,法律就是把这些入联合成社会的条件。人们牺牲一部分自由是为了平安无忧地享受剩下的那份自由。为了切身利益而牺牲的这一部分自由总合起来,就形成了一个国家的君权。君主就是这一部分自由的合法保存者和管理者。贝卡利亚认为,公民的自由的结晶形成惩罚权。惩罚权的存在是为了防止公民的自由受到私人的侵犯。但同时,它又是对国家权利的一种限制。如果刑罚超过了保护集体的公共利益这一需要,它本质上就是不公正的。^{〔2〕}由此可见,贝卡利亚认为刑罚权来自于公民订立的社会契约,它是由公民所放弃或转让的自由组合而成,其目的在于保障公民的自由。基于这一认识,贝卡利亚得出以下三个结论:第一个结论是,只有法律才能为犯罪规定刑罚。只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有这一权威。任何司法官员(他是社会的一部分)都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚。超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。因此,任何一个司法官员都不得以热忱或公共福利为借口,增加对犯罪公民的既定刑罚。这是对司法的限制,防止罪刑擅断侵犯公民的自由。第二个结论是,代表社会的君主只能制定约束一切成员的普遍性法律,但不能判定某个人是否触犯了社会契约。这是对立法的限制,厘清立法与司法界限:立法只能规定什么是犯罪,只有司法才能对某一公民的行为是否构成犯罪作出终极判决。第三个结论是,即使严酷的刑罚的确不是在直接与公共福利及预防犯罪的宗旨相对抗,但若只是徒劳无功而已,在这种情况下,它就不但违背了开明理性所萌发的善良美德——这种理性往往支配着幸福的人们,而不是一群限于怯懦与残忍的循环之中的奴隶;同时,严酷的刑罚也违背了公正和社

〔1〕 参见〔英〕洛克:《政府论》,下篇,商务印书馆1964年版,第6页、第15页。

〔2〕 参见〔意〕贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第8页。

会契约的本质。^{〔1〕}最能体现贝卡利亚思想的是这里的第三个结论：对严酷刑罚的断然否定，即使这种严酷的刑罚有助于促进公共福利及预防犯罪。因此，在社会价值与个人价值之间存在冲突的情况下，贝卡利亚毫不犹豫地选择了个人价值。

在刑事古典学派中，康德同样赞同自然法思想，但他从社会契约论中引出的不是具体国家，而是具有先验性质的目的国。康德的出发点是一种假设的没有任何法律保障的自然状态；在人类未成立国家之前，确实存在过个人对全体搏战的野蛮状态。康德认为，自然、人性与社会这三者间有着密切关系。自然用以发展人类固有才能的方法，是使人们在社会中互相敌对。这种敌对性，产生于人们都具有的一种非社会的社会性(The unsocial sociability of men)。所谓非社会的社会性，指的就是社会性(合群性)与反社会性(非群性)的混合体。康德指出：人有一种社会化的倾向，同时又有一种个体化的强烈倾向。正是这种社会化与个体化的对抗推动了社会的发展与人类的进步。为了社会的共存，相互隔绝的单独个人，通过一种决定即契约，康德称之为原始契约，组成民族国家。康德认为，依据原始契约而建立的国家，应该有个人的自由。所谓自由，是每个人意志的自由与其他人的自由共存，也就是人各有自由而不侵犯别人的自由。由此可见，康德十分强调公民作为个人的自由与平等。康德指出：公民状态，纯粹作为立法状态看，先验地建筑在三个原则上：(1)社会中每个成员作为人，都是自由的；(2)社会中每个成员，作为臣民，同任何其他成员都是平等的；(3)共和政体的每个成员作为公民，都是独立的。^{〔2〕}由此出发，康德得出自然法的双重要求：国家应当根据理性的判断制定刑法，制定刑法的目的是为了尊重人格，尊重人的尊严。同时，要求每个人对自己的行为负责。因此，当一个人侵犯了他人的自由和安全时，就必然

〔1〕 参见〔意〕贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第11页。

〔2〕 参见李泽厚：《批判哲学批判——康德述评》，人民出版社1979年，第320页。