

法学学术随笔

刑法的启蒙

陈兴良 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法学学术随笔

刑法的启蒙

陈兴良 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

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, 2007. 4

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7237 - 8

I. 刑… II. 陈… III. 刑法—法的理论 IV. D914. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 033787 号

© 法律出版社·中国

法学学术随笔

刑法的启蒙

陈兴良 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 乔智炜

开本 A5

印张 11 字数 220 千

版本 2007 年 12 月第 1 版

印次 2007 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7237 - 8

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

陈兴良 浙江义乌人，1977年12月考上北京大学法律系，1981年12月获法学学士学位，同年考上中国人民大学法律系刑法专业博士研究生，1987年毕业，获法学博士学位。现任北京大学法学院教授、博士生导师，兼任刑事法理论研究所所长、中国犯罪学研究会副会长、中国刑法学研究会副会长。2004年被聘为教育部长江学者特聘教授。

主要研究成果：个人专著《正当防卫论》、《共同犯罪论》、《遗传与犯罪》、《刑法哲学》、《刑法的人性基础》、《当代中国刑法新理念》、《刑法的价值构造》、《刑法疏议》、《本体刑法学》、《规范刑法学》等11部，主编《刑法全书》等20多部，合著《刑法学原理》等30多部，合译《立法理论——刑法典原理》等4部。

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

重印版序

《刑法的启蒙》是我十年前的旧作，2000年修订过一次。此次法律出版社决定重印，想到本书又能以一种新妆面世，不胜感慨。本书写于1997年，时值我不惑之年，而今2007年，我已知天命矣。

在我的著作中，本书不是一部代表作，但也是一本我所珍惜的作品。本书虽然是作为“法学学术随笔”出版的，但实际上并非严格意义上的学术随笔，而是我对经典的一种解读。我们这个社会，是一个需要经典的社会，对经典的顶礼推崇与从经典中推陈出新，从来都是中华文化的传统。在过去一个时期，古代的经典被遗弃但并非不要经典而只不过是换了一种经典，如今被遗弃了的经典又重新被拾起，仿佛城头变幻大王旗，虽然旗号不同，旗总是要矗立在城头的，否则城无所归属矣。孔子及其《论语》的命运印证了这一点，尽管《论语》只不过是两千五百多年前孔子的只言片语，却被奉为儒家经典。在经过百年的沉沦（从1919年的五四运动起算）之后，现在又在被消弥了其政治、伦理与文化的意蕴后成为普罗众生的心灵鸡汤。其实，《论语》也是一部百科全书，可以仁者见仁智者见智的。在完成《刑法的启蒙》以后，我一直想完成一个与之对应的作品，书名都早就有了：《刑法的前思》，对中国古代的十位经

典人物的刑法思想阐述,这第一位就是孔子,解读对象当然是《论语》。不过,名先于实,正如未有子而先取名,名老子未生。从解读经典中引申出以上话语,我只是想说明,本书十年后尚能重印,实在是沾光于经典。

《刑法的启蒙》中引荐的十位刑法的启蒙者,其思想构成了我们今天刑法精神与价值的源泉。尽管我们距离这些启蒙者生活的时代已经相距一二百年,社会已经发生了重大的变化,但他们所确立的刑法基本理念至今仍然惠泽于我辈。当然,本书中无论是古典学派还是实证学派,都属于刑法科学思想,尽管庄严但不无简单。现在,西方早已从法治国到文化国,后现代思潮泛滥,对于反映现代思想的古典学派与实证学派都具有一定的冲击。在现代刑法的启蒙者中,我一直想补写两个人物,这就是迪尔凯姆(又译为涂尔干)与福柯。如果说,古典学派对于刑法的认识还具有理性主义与法条主义的特征,那么实证学派已经在一定程度上将刑法置于社会环境中加以研究,例如菲利的刑事社会学思想,完全突破了法条的樊篱。迪尔凯姆作为与菲利几乎同时代的社会学家,其在方法论上对于刑法的贡献尚未受到足够的重视。迪尔凯姆将犯罪与社会结构紧密相连,揭示了两者之间的相关性,颠覆了犯罪是人类的病态现象,犯罪是社会的异常现象等传统观念。迪尔凯姆指出:

“犯罪不仅见于大多数社会,不管它是属于
哪种社会,而且见于所有类型的所有社会,不存

在没有犯罪行为的社会。虽然犯罪的形式有所不同,被认为是犯罪的行为也不是到处一样,但是,不论在什么地方和什么时代,总有一些人因其行为而使自身受到刑罚的镇压。如果随着社会由低级类型向高级类型发展,犯罪率(即每年的犯罪人类占居民人数的比例)呈下降的趋势,则至少可以认为,犯罪虽然仍是一种正常现象,但它会越来越失去这种特征。”^①

这种将犯罪看作是正常的社会现象,是社会生活与社会事实的不可分割的组成部分观点,是对犯罪的一种彻底祛魅,从而为犯罪的社会学研究指明了正确的方向。在犯罪与社会的相关性上,迪尔凯姆摒弃了线性的看法,而是充分认识到两者关联的复杂性。这种复杂性,首先是由社会本身的复杂性所造成的。迪尔凯姆在论及社会类型时指出:

“相对来说,要想认识一个社会类型是否比另一个类型更先进,是比较容易的:人们只须看看哪一个更复杂,倘若复杂的程度相同的话,就看看哪一个更有组织。另外,社会类型的这种等级序列,并不意味着社会的先后次序构成了

^① 参见[法]E. 迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第83—84页。

一种独特的和线性的序列；相反，确切无疑的是，它更类似于有许多不同枝杈的大树。在这棵大树上，各个社会被置于或高或低的位置，人们还会发现，它们与主干之间也有或远或近的距离。只有在如此考察社会的条件下，我们才有可能谈论社会的一般发展。”^①

在此，迪尔凯姆将社会比喻为一棵长着许多枝杈的大树，这是十分形象的。社会本身是由多种因素决定的，经济当然是一个主要的与重要的因素，但并非惟一的决定因素。迪尔凯姆自以为发现了刑罚演化的规律，这就是量变与质变的规律。

刑罚量变的规律，迪尔凯姆认为与两个因素有关：一是社会类型的性质，二是政府机构的性质。社会类型有先进与落后之分，一般来说，社会类型越落后则刑罚的强度就越大，这是迪尔凯姆的结论。但刑罚轻重又不是简单地与社会类型的先进与落后直接对应。因为刑罚轻重还取决于政府机构的性质。政府机构的性质是指政府的组织形式，这是一个专制程度问题。政府的统治权不可能是无限的与绝对的，或多或少会受到宗教、伦理、法律的限制，但在这种限制难以成为政府权力的制衡力量时，就会形成专制。迪尔凯姆向我们表明：政府的专制并不

^① 参见 E. 迪尔凯姆：《乱伦禁忌及其起源》，汲喆等译，上海人民出版社 2003 年版，第 426 页。

是任何既定社会类型的内在特征。换言之,专制只与政府权力的配置有关,与社会类型无关。落后的社会类型中的政府机构也可能是非专制的,而先进的社会类型中的政府机构也可能是专制的,甚至是极端专制的。专制程度与刑罚强度之间存在正相关性,即当集权具有更绝对的特点时,惩罚的强度就越大。刑罚强度受到上述两种因素的影响,因而使刑罚的转变规律呈现出一种复杂的情形。迪尔凯姆指出:

“刑罚演化的这两种因素,即社会类型的性质和政府机构的性质,必须细致地加以区分。这是因为,它们既是相互独立的,也相互独立地发挥作用,有时候,它们的作用方向甚至完全相反。例如,在从一种低级种类过渡到一种高级类型的时候,我们并没有像人们期望的那样,看到惩罚的减弱,因为与此同时,政府组织抵消了社会组织的作用。因此,这个过程是极其复杂的。”^①

迪尔凯姆不仅揭示了刑罚演化的量变规律,而且揭示了刑罚演化的质变规律。这里所谓质变,是指刑罚类型或者刑罚种类的变化。刑罚的质变与量变是有关联的,并且前者是以后者为前提的,在这个意义上说,刑罚

^① 参见 E. 迪尔凯姆:《乱伦禁忌及其起源》,汲喆等译,上海人民出版社 2003 年版,第 430 页。

的质变实际上就是量变。例如刑罚从死刑、肉刑演变为监禁刑,这是一种刑罚类型的变化,难道不也是一种刑罚强度的变化吗?迪尔凯姆考察了监狱从防范性的拘押场所到剥夺自由的刑罚执行场所的演变过程:

起初,这些拘押形式还处于刑罚尺度的底层,因为它们刚开始的时候并不是真正意义上的惩罚,而只是镇压的先决条件,因为在很长一段时间里,它们都是模糊不明的。所以说,未来给它们留出了余地。这种形式,自然而且必然是那些正在消亡的其他刑罚的替代物。不过,另一方面,拘押本身也不得不服从于进一步缓和的规律。这是因为,尽管起初拘押曾经与附属的严苛做法共同存在过,后者有时候仅仅是一种附属的东西,但它却逐渐从自己身上消除了后者,并化约为最简单的形式,即剥夺自由。如今,剥夺自由所包括的等级,只剥下了剥夺时间的长短。^①

迪尔凯姆不仅从社会相关性上探讨刑罚变化的规律,而且主张从犯罪的发展入手,去寻找刑法发展的决定性原因。迪尔凯姆将犯罪分为两种:冒犯集体的犯罪行为与冒犯个体的犯罪行为。这里的集体,是指公共权威及其代表,如民族、传统、宗教。因此,这种犯罪可以被称为是宗教犯罪行为。这时的个体是指个人,犯罪通常表现谋杀、偷盗、强奸、欺诈等。在集体强制成为社会存在的重要方式时,对于冒犯集体的犯罪惩罚是十分严厉的。

^① 参见 E. 迪尔凯姆:《乱伦禁忌及其起源》,汲喆等译,上海人民出版社 2003 年版,第 443 页。

在集体强制松弛以后,冒犯集体的犯罪也就式微了,惩罚得以进一步弱化。迪尔凯姆的上述观点,对于我们理解刑法的演变是有启迪意义的,在某种程度上甚至可以说是勾画出了一部刑罚史。当然,迪尔凯姆对刑法的社会学分析,在很大程度上与孟德斯鸠的分析具有亲缘关系,大体上还是继承了自启蒙运动以来科学主义的传统。但福柯就不一相同了,他以一种解构的方式彻底颠覆了传统的刑法观念。

我是在1997年4月在香港城市大学讲课时在香港书店首次买到福柯的著作的,这就是《规训与惩罚——近代监狱的诞生》一书,该书是台北桂冠图书股份有限公司1992年初版的版本,译者为刘北城、杨远婴。同一版本是在1999年才在大陆三联书店出版的。初读该书,对传统的观念具有摧毁性的力量,令人震惊,这种感觉仿佛至今犹在。在这本书中,我第一次碰到规训(discipline)这个标语,规训首先是指惩罚或压制的概念,其次是指为了在某个特定领域取得成功而必须掌握的一套技能和知识。我以为,福柯是从治理技术的角度对刑罚及其附属物监狱进行解读。近代刑罚的轻缓化是一个不争的事实,在这当中古典学派,尤其是贝卡里亚起到了重要作用。一般都认为,启蒙思想,诸如人道、平等、博爱等观念的传播是刑罚轻缓化的重要原因。但福柯似乎推翻了这一命题。在福柯看来,从17世纪末到18世纪刑罚的轻缓化与道德观的更新没有关系。之所以发生刑罚改革,是因为权力技术发生了变化:从控制人的肉体到对人的精神控

制。福柯指出：

“实际上，在这里我想要跟踪这个转变，但在政治理论的层面上，而是在权力的机制、技术、工艺的层面上。那么，这里我们又遇到了熟悉的东西，即在17世纪和18世纪，出现了主要围绕着肉体，个人的肉体的权力技术。通过这些程序，围绕这些个人的肉体 and 整个可视范围，人们保证了个人肉体的空间分布（他们的分离、他们的行列，把他们分类和进行监视）和组织。也正是通过这些技术，人们对肉体负起责任，通过锻炼、训练等等，人们试图增强他们有用的力量。权力的合理化技术和严格的节约同样也以可能的最便宜的方式运转起来，通过监视、等级、审查、诉状、报告的系统；这整个技术可以称之为工作的纪律/惩戒技术。它从17世纪末开始并在18世纪建立起来。”^①

在这种规训技术中，监狱获得了全新的功能，并成为规训技术得以实施的重要场所。福柯正是在这一背景下看待近代监狱诞生的：

当整个社会处在制定各种程序—分配人员，最大限度地从他们身上榨取时间和力量，训练他们的肉体，把他

^① 参见[法]福柯：《必须保卫社会》，钱翰译，上海人民出版社1994年版，第228页。

们的连续动作编入法典,维持他们彻底可见的状态,在他们周围形成一种观察和记录机器,建立一套关于他们的知识并不断积累和集中这种知识时,监狱已经在法律机构之外形成了。如果一种机构试图通过施加于人们肉体的精神压力来使他们变得驯顺和有用,那么这种机构的一般形式就体现了监狱制度。^①

肉刑的废弃、死刑的减少是以监狱为替代的,监狱的规训技术足以承担对犯罪人的矫正使命。在规训技术中,注视是其手段之一。这里的注视也可以说是一种监视。监视的思想来自于边沁的圆形监狱(panopticon)的概念。边沁的圆形监狱模型是一个建立在监狱中心位置的塔楼。看守从这个塔楼可以观察到每间牢房以及房间里的囚犯。但是这个塔楼的建筑方式让犯人没法知道他们是否受到了监视。犯人只能假设他们每时每刻都可能被监视,相应地,他们就会调整自己的行为。^②面对面的监视,暴力的拷打,肉体的折磨,都被一种更为经济也是更为人道的背后监视所取代。因此,监狱的注视是一种权威性注视、制度性注视,它确有其他惩罚手段难以达致的规训效果。由此可见,刑罚的轻缓化并不仅仅与道德有关、与意识形态有关,而且与技术有关、与治理有关。随着科技的发展,人的监视早已经转变成为机器的监视、电

^① 参见[法]福柯:《规训与惩罚》,刘北城等译,三联书店2003年版,第259页。

^② 参见[澳]J. 丹纳赫、T. 斯奇拉托、J. 韦伯:《理解福柯》,刘瑾译,百花文艺出版社2002年版,第62页。

子的监视。制度性的监视也不再仅仅发生在监狱当中，而且发生在学校、工厂、军营以及任何具有组织性的人群当中。而监视的主体也不再仅仅是监狱，而且是医院、税务机构、民政机构等等。在这种情况下，社会监狱化就是不可避免了的。现代科技使个人成为其奴隶，使社会成为泛监狱，由此获得社会秩序与安宁。只要我们想一想越来越多在公共场所出现的电子眼、监控器这种监视的无所不在，是个人为获得安宁所付出的代价。

《刑法的启蒙》可以说是一部经典介绍的书籍，我在书中更多的是在展示经典作家的刑法思想，我的职责只是如何使读者更能够亲近经典、理解经典。

值此本书重印之际，补记如上，是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知青寓所

2007年3月27日

修订版序

《刑法的启蒙》成书于1997年,是我在检察院兼职的紧张工作之余时间仓促完成的一本读书笔记式的著作。该书出版以后受到读者的好评,正如该书名所标示的那样,它确成了一本刑法的启蒙入门的书,这是始料不及的,也算是一种意外的收获吧。

我写作该书的初衷,主要还是在于超越刑法教义学的限制,拓展刑法知识的界域。刑法学是一个宏大的知识体系,德国学者曾经对刑法学(strafrechtswissenschaft)的知识内容作了以下分类:刑法学的核心内容是刑法教义学(Strafrechtsdogmatik),其基础和界限源自于刑法法规,致力于研究法规的概念内容和结构,将法律素材编排成一个体系,并试图寻找概念构成和系统学的新的方法。除刑法教义学外,刑事政策(Kriminalpolitik)也是刑法学的一部分。刑事政策首先以现行法律为出发点,同时也吸收了刑法教义学的研究成果。它根据犯罪学经验研究的成果,对在将来修订现行法律的要求提供理由。刑法史(Strafrechtsgechichte)扩大了教义学者和刑事政策家们的视野。它再现了法发展的不同阶段,研究立法的变化,使得伟大法学家的形象、其著作和学说具有生命力,它试图解释过去几个世纪的犯罪的表现形式,描绘残

酷的刑罚,并建立了现行法学所赖以存在的基础。除此以外,还有从法哲学、比较法角度对刑法的研究,如此等等。^①由此可见,刑法知识是丰富多元的,刑法教义学虽然是刑法学的主体内容,但绝不能把刑法学理论简单地归结为刑法教义学。以往在我国刑法理论中,注释法学居于独尊的地位,其他刑法知识处于被遮蔽的状态。显然,这是不利于刑法理论发展的。本书对于西方刑法思想史上10位著名刑法思想家的刑法思想的阐释,可以归于刑法思想史的知识范畴。刑法思想史是刑法理论的重要组成部分,它构成了刑法理论的知识来源。对于一个欲全面地掌握刑法学理论的人来说,刑法思想史知识是不可或缺的。

在本次修订中,根据新近出版的一些著作,对有关内容作了增补。尤其是龙勃罗梭和李斯特,当我1997年写作时,国内尚未出版其译著。现在,龙勃罗梭的《犯罪人论》和李斯特的《刑法教科书》都已翻译出版。此外,边沁的著作又有《道德与立法原理导论》一书出版。根据上述新的译著,对本书加以修订,使本书的内容更为全面、系统。

陈兴良

2002年7月21日

谨识于北京海淀蓝旗营寓所

^① 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,中国法制出版社2001年版,第53页以下。