

陈兴良 著
by Chen Xingliang


Spirit
of
Criminal Law


法学家讲演录
Voice of Jurists

法律出版社

刑法的格致

A black and white portrait of Chen Xingliang, a man with glasses, wearing a dark suit, white shirt, and patterned tie. He is looking slightly to the right of the camera. A thin, wavy line is drawn over the background, starting from the left and curving around his head.

D914. 04/49

2008

陈兴良
by Chen Xingliang
著

刑法的格致



法学家讲演录
Voice of Jurists



Spirit of Criminal Law

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法的格致/陈兴良著. —北京:法律出版社,2008.5

(法学家讲演录)

ISBN 978-7-5036-8272-8

I. 刑… II. 陈… III. 刑法—文集 IV. D914.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第034419号

©法律出版社·中国

法学家讲演录

刑法的格致

陈兴良 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

开本 787×960毫米 1/16

版本 2008年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 莱芜市圣龙印务有限责任公司

印张 19 字数 258千

印次 2008年5月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8272-8

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法学家讲演的意义

from Publisher

民众之争端,公权与私权、私权与私权之冲突,系社会发展中常存之现象。对此之解决,或以压制赢得暂时平静,或以强调冲突而使秩序更为混乱。当此,正义与正义感、程序与程序理念、权利救济与权利意识,意义凸显。这些建制与观念,是对构建社会秩序的共识。这种共识愈多,社会秩序之建设便愈和谐无乱。

法学家及其讲演正可谓是增进秩序共识的推力之一。社会之发展,秩序之构建,当以法律职业群体之出现为基础。而法学家则为法律职业群体之中坚与先锋,其以饱读法典而学识天下,以公共关切而怀仁民众。法学家授业解惑于学堂,传道普法于四野,其声音或振聋发聩,或细雨霏霏,其演讲沟通庙堂与民间、学府与商界,既关心规则的形成,也关切个案正义与公民尊严。法学家的讲演,不仅是独立之见解与批评,更是充满建设性的公共情怀。法学家的讲演,言辞与形式或“富于激情”,内容却理性毕具。法学家的讲演,强调秩序与和谐、自由与权利、公平与正义,其理念之创新,精神之卓越,或使民主更趋进步,或促社会更尊民权,其意义在于国家更显强盛,人民更为幸福。

本社推出此“法学家讲演录”,殷殷之情,端在于增进建设社会秩序之共识,端在于为和谐发展增利器,为建制助其力。当此,我们也向勇敢且智慧的法学家致敬,向年轻的法律人致敬,向关心民主法治的公民致敬。这一群作者和读者,是此社会中的理性发光体。

在2008年到来之际,我完成了本人的讲演集的编辑,名之曰《刑法的格致》。这里的“格致”一词,是格物致知的缩写,指通过考察事物的性质而达致对事物的认知。“格物致知”这四个字,在某种意义上体现了中国古代的科学精神,表明推究事物的义理法则,使之上升为理性知识。对于刑法,我们同样应该本着这种态度,从而使我们对刑法的精神的认识达到一定的理论高度。唯有如此,才能不辜负时代对我们的期许。我们这个时代,是一个大变革、大动荡的时代,也是一个思想解放的时代。在这样一个社会背景下,我们每一个人的思考都将融入到社会思潮当中去,并被其所淹没。在这一社会思潮的喧嚣面前,我们声嘶力竭的呐喊也只不过是声音的尘埃而已。我们刚从万马齐喑的社会中走出来,因而一个能够呐喊的社会仍然是值得期待的。我们的讲演是对社会的一种发言,也是知识分子对社会所具有的一份担当。因此,即使是只能使空气震动,也是值得自珍的。

我在大学任教,从1984年12月起,至今已经23年了。作为一名教师,授课乃是基本工作方式。其实,我从小是较为寡言的,因为嘴拙之故也。在执教过程中,慢慢适应并习惯了口头语言的表达。即便如此,我也还是对书面语言的表达更为捻熟。大概从10年前开始,我经历了一个从授课到讲学,乃至讲演的转变。我以为,授课与讲演还是存在较大区分的。授课面对的受众是学生,老师按照一定的教学计划渐次展开某一学科的知识体系,只

要按照讲义讲授,略有发挥即可。而讲演则是专题性讲授,并且通常是在其他院校或者司法机关举行的,受众是司法工作人员或者其他院校的莘莘学子,往往是以讲座的形式举办的,面对乌压压的听众当然不能照本宣科,因而应当直抒胸臆,甚至要略有表演色彩。当然,我是拙于表演的,只是以一种口语化的方式表达自己对某一问题的所思所想,吸引听众的还是思想性与逻辑性。客观地说,讲演对于我来说是具有挑战性的,我也只能勉力为之。由于我担任国家法官学院、国家检察官学院、国家行政学院以及多所大学的兼职教授,因而有机会到这些学校进行讲演。此外,我每年都会受邀到各地司法机关讲课,这种讲课也具有讲演的性质。

收入本书的基本上是讲演的录音整理稿。从内容上来看,可以分为三个部分:第一部分共4个专题,主要是关于刑事法治理念的内容。在我国当前推行的司法改革当中,重要内容之一就是刑事司法改革。刑事司法改革涉及刑事法治理念的重大转换,因而这是我在这些年来应邀到各地司法机关进行讲演的一个重要题目,也是一个较受欢迎的题目。由于场合的不同,有时讲演的题目不同,但有些内容是重合的。对此,敬请读者谅解。第二部分共4个专题,主要是关于刑法方法论的内容。刑法方法论是刑法的基本理论之一,对于刑法理论研究具有重大意义。我国当前面临着刑法知识的转型,在这一转型过程中加强对刑法方法论问题的研究势所必然,这也是提升我国刑法理论水平的必由之路。第三部分共3个专题,主要是关于刑法某些重要知识点的内容。例如,共犯、未遂与罪数等刑法总论的知识;金融诈骗犯罪和财产犯罪等刑法各论的知识,都是我国刑法学界当前讨论的热点问题,因而也是值得重视的。应当指出,上述专题是在长达10年的

时间内,在没有刻意设计的情况下自然形成的。虽然各个专题之间缺乏必要的逻辑关联,但还是可以区分为以上三个主题。

讲演对于我来说是业余之所为,因而从一开始就没有予以特别的重视。讲演录音稿有些曾经发表过,有些收入到我的论文集,还有些则由有关单位录音整理后作为教学辅导资料。例如,国家法官学院2000年10月30日编辑的《高级法官培训资料》(第三辑)就收入了我在国家法官学院讲授的刑事法治专题研究和共犯与罪数的问题研究两篇讲演稿,使这些资料得以保存。又如我在2002年6月22日曾在江西省高级人民法院举行过一天的讲座,事后闵飞凤同志特意将录音整理稿给我寄来,整理质量令人满意,这次收入的本书的第2专题与第9专题,采用的就是闵飞凤同志的录音整理稿。此外,我的学生车浩、蔡桂生等对本书的形成都作出了贡献。在此,我要对收入本书文稿的录音整理者,无论是有名的还是无名的,都表示衷心的感谢。

《刑法的格致》记载的是我在过去10年间学术生活的一种独特的样态,也是思想的袅绕余音。无论世事变迁,总有一些东西是不会随之改变的。讲演是在某些特定场景中进行的,一旦形成文字却可以超越具体的场景而化为永恒的存留。随着时光逝去的是喧嚣,超越岁月积淀下来的是思想,这是令人欣慰的。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年1月2日

目 录

Catalog

当代中国刑法理念
003

刑事司法理念
017

宽严相济的刑事政策
065

从枪下留人到法下留人
103

刑法的为学之道
129

刑法方法论
151

法学知识形态及其方法论
169

中国刑法的知识转型
195

犯罪形态的司法认定
213

金融诈骗犯罪的司法认定
243

财产犯罪的司法认定
267



本科读书时的我，在北大西门留影。



1

关于刑法

刑法长着一张父亲般的脸：
威严而慈祥，这是日本刑法学家西原春夫教授对刑法的感悟，
我深以为然。威严与慈祥，这是刑法的两种品德。

当代中国刑法理念

当前法治建设中,我们把人权保障当做刑法的首要功能,就是要强化刑法的裁判规范职能。刑法主要是用来约束司法机关、规范定罪量刑的,这才是法治社会刑法的根本属性。

我们在认识刑法性质时,关键要看刑法到底仅是一种惩治犯罪的工具,还是一种保障人权的法律武器。

在当前的法治建设中,应当把刑法谦抑的理念摆在一个重要的位置上,强调刑法谦抑理念主要就是要破除对刑罚的迷信。

今天晚上讲座的题目是《当代中国刑法理念》，是一个涉及刑法理念的问题。理念是指一种观念，一种意识。刑法理念就是指刑法的基本立场。因此，这也是对刑法作一种形而上的思考、一种应然的思考，这对于认识中国当前的刑法改革具有重要意义。围绕刑法的理念问题，我主要谈以下三个方面内容，也就是刑法的三大理念。

一、人权保障的理念

人权保障是当前中国刑法首先需要强调的一种理念。人权保障是与打击犯罪的价值追求相联系的。它涉及刑法的机能问题和性质问题，因而也是刑法中的一个重大问题。

传统的刑法观念都是把打击犯罪放在首位的。我国刑法第2条规定了刑法的任务，明确指出刑法的任务是“惩治犯罪，保护人民”。当然刑法作为国家基本法律，具有惩治犯罪的功能，这是没有疑问的。但刑法的功能不能仅仅局限在打击犯罪这一点上，刑法还具有保障人权的功能。如何看待打击犯罪与保障人权的关系涉及对刑法性质的认识。我国刑法第2条中的保护人民与保障人权不是同一概念。保障人权中的“人权”，并不是指一般人的权利，也不是指人民的权利，而是指犯罪嫌疑人、被告人的权利。法律的基本职能就是保障人权，我国实现了人权入宪，即宪法明确规定“国家尊重和保障人权”。但各部门法律因为其职能和性质不同，其保障人权的内容也是不同的。就刑法而言，其主要处理犯罪和刑罚的关系。所以，刑法主要保障犯罪嫌疑人、被告人的权利。这是刑法的人权保障的基本含义，也是我们在理解刑法的人权保障机能的时候首先需要澄清的一个重大理论问题。

刑法是否把人权保障放在首要位置上，是法治社会的刑法与专制社会的刑法的根本区别。任何性质的刑法，由于刑法性质所决定，其均具有惩罚犯罪的功能。无论是古代社会、中世纪还是现代社会，只要存在刑法，就具有打击犯罪的功能。因而专制社会刑法与法治社会刑法的分野不在于刑法是否具有惩罚犯罪的功能，而在于刑法是否具有保障人权的功能。尤其是在惩治

犯罪功能和保障人权功能存在矛盾的情况下,把哪一个放在第一位,这才是专制社会刑法与法治社会刑法的根本区别。李海东博士曾提出国权主义刑法和民权主义刑法的区分。前者是要限制国民的权利,把刑法单纯地作为惩治犯罪的工具,而后者是把刑法作为限制国家权力的工具,从而达到保护国民的权利和自由的目的。实际上,这也是专制社会刑法与法治社会刑法的区别。在专制社会里,刑罚是镇压犯罪的工具,是国家单方面限制公民权利和自由的工具。在法治社会里,刑法恰恰是限制国家权力的工具,从而达到保障公民权利和自由的目的。应该说,这两者在性质上是完全不同的。

如何看待刑法的性质?在中国古代社会,把法律的基本功能定位为定纷止争,把刑法看成禁奸止邪的工具。这种对刑法性质的认知把刑法看成一种统治的工具,一种压制工具,一种牧民之术。这是一种基于国家主义立场和专制主义立场的刑法理念。这种理念长期统治我们的思想,成为我们对刑法的一种基本认知。这其实是一种对刑法的偏见,是一种长期历史文化传统所形成的一种偏见,这也是在当前法治建设中首先需要破除的刑法偏见。

刑法规范本身,一方面是一种行为规范,另一方面又是一种裁判规范。所谓行为规范是指它首先对公民有某种引导功能:凡是刑法所禁止的,公民就不能去做。如果做了,就会受到刑法制裁。从这个意义上看,刑法具有约束公民的基本职能。另外,刑法同时还是一种裁判规范。裁判规范是指刑法是司法机关定罪量刑的法律准则:司法机关认定一个行为是否构成犯罪,以及对于一个犯罪行为处以何种刑罚。从这个意义上说,刑法规范也是用来约束司法机关定罪量刑的一种法律准则。所以,刑法规范本身具有行为规范和裁判规范的双重属性。但在过去相当长时间内,我们往往注重刑法的行为规范功能,用刑法来约束公民,认为刑法是管老百姓的,因而把刑法当做一种单纯的治理手段。而在当前法治建设中,我们把人权保障当做刑法的首要功能,就是要强化刑法的裁判规范职能。刑法主要是用来约束司法机关、规范定罪量刑的,这才是法治社会刑法的根本属性。

这涉及一个根本性问题:一个社会里为什么要有刑法,刑法存在的正

当性根据是什么。

面对这个问题,我们的一种本能的回答是:一个社会之所以要有刑法,主要是由于在我们社会中存在犯罪。正因为存在着犯罪,所以需要使用刑法来对犯罪加以惩罚,没有犯罪就没有刑法。因此,我们本能地把刑法惩治犯罪的功能当做刑法存在的正当性根据。关于这一问题,李海东博士做了深刻的阐述:一个社会里,如果刑法只是单纯地用来惩罚犯罪,其实没有必要存在。没有刑法,恰恰能够更为有效地惩罚犯罪。因为,刑法往往成为惩罚犯罪的障碍。没有刑法,一个行为只要对统治者有害,就可以予以刑罚处罚而不受任何限制。有了刑法,一个对统治者有害的行为能否构成犯罪,还要看刑法有无规定。对该行为如何惩罚,还要看刑法关于刑罚适用的规定。因此,刑法具有限制和规范惩罚犯罪活动的功能。这种认识是非常深刻的,它揭示了在法治社会里刑法存在的正当性根据问题。在法治社会里,刑法存在的正当性根据并非在于惩罚犯罪,而是对国家惩治犯罪活动加以某种限制,从而达到保障公民权利和自由的根本目的。

这又涉及一个问题:惩罚犯罪与保障人权之间是高度统一的还是存在矛盾的。这个问题背后的逻辑是国家刑罚权和公民个人自由之间到底是一种怎样的关系?这其实涉及国家刑罚权的起源。意大利刑法学家贝卡里亚在《论犯罪与刑罚》中对刑法的起源问题,根据契约论作了精彩的解释。贝卡里亚认为,国家刑罚权来自于公民个体权利和自由的转让或过渡。国家刑罚权就是公民权利和自由的一种结晶。公民之所以把自己的权利转让给国家,正是为了保护公民的自身利益。当公民把刑罚权利转让给国家后,国家行使刑罚权的同时就意味着对公民个人自由的剥夺与限制。在国家刑罚权和公民个人自由之间存在着此消彼长的关系。也就是说,国家扩大刑罚权,必然意味着公民个人自由的剥夺、减少或丧失。因此,必须要把国家刑罚权限制在必要范围内。如贝卡里亚所讲,凡是超过必要限度的刑罚权就是擅权,就是不公正的。也就是说,在惩治犯罪和保障人权两种价值之间实际上存在着某种矛盾:如果我们的刑法过分地强调打击犯罪,必然降低人权保护的水平;如果提高人权保护水平,必然削弱打

击犯罪的力度。

因此,当打击犯罪和人权保障发生矛盾冲突时,我们把哪个放在第一位,这才是一个根本的选择。在法治社会中,保障人权应当是第一位选择。只有在有效的保障人权这一前提下,我们才能充分发挥刑法惩罚犯罪的功能。如果过分强调刑法的打击犯罪的功能,甚至以牺牲人权为代价来追求打击犯罪的目的,就会发生刑法功能的异化。刑法本来的存在就是为了保障人权与保护社会,但是如果国家刑罚权不受限制,刑法将异化为对公民的暴政。这在专制社会中表现得非常明显,因为专制社会是社会少数人对社会大多数人的统治,这种统治本身不具有正当性。为维护这种统治,就需要采取恐怖的方法。就像孟德斯鸠所讲,专制制度的根本原则是恐怖。在专制社会里,刑法是制造恐怖的一种手段。因此,刑法是维护专制统治的法律工具,刑法对于公民来说是一种异化的东西,是一种恐怖的东西。只有在法治社会中,刑法把人权保障放在首要位置,公民才有可能利用刑法来约束国家权力,以保障个人的权利和自由。因此,我们在认识刑法性质时,关键要看刑法到底仅是一种打击犯罪的工具,还是一种保障人权的法律武器。

中国是一个具有几千年封建专制传统的国家,所以长期以来,我国都把刑法看成一种镇压犯罪的工具,看成一种专政的工具。这种对刑法功能的传统认识是一种基于长期的专制制度而形成的刑法偏见。这种刑法偏见,在当前法治建设中受到了重大挑战。我们需要在刑法功能的认识上“拨乱反正”。只有这样才能树立正确的刑法观念,才能推动我国的刑法改革,实现刑法人权保障的基本机能。

二、刑法谦抑的理念

刑法的谦抑性是指对刑罚的处罚范围和强度加以限制,防止刑罚的膨胀。因此,刑法谦抑的理念是与刑罚的轻缓化这一思想紧密联系的,这里还包含着刑罚的人道主义理念。在法治建设中,这一刑法理念是相当重要的。

从整个人类历史的发展来看,刑罚经历了一个从残暴、苛厉到轻缓、宽容的演变过程。尤其从近现代以来,随着启蒙思想的传播,刑罚逐渐出现

了轻缓化的发展趋势。储槐植教授曾经将刑罚结构概括为以下四种类型：(1)以死刑和肉刑为中心的刑罚结构,这是一种重刑结构,曾经在古代社会广泛实行。(2)以自由刑和死刑为中心的刑罚结构,在近代社会广泛实行。自由刑被认为是近代刑罚之花。自由刑的出现,在一定意义上标志刑罚的历史性进步。(3)以自由刑为中心的刑罚结构,死刑渐渐退出刑罚的历史舞台。(4)以财产刑为中心的刑罚结构,这是一种轻刑结构。

这是一个从重到轻的逐渐演变过程。我们中国基本上还处于第二种类型,而西方发达国家已经开始从第三种类型向第四种类型转变。因此,从刑罚历史演进过程来看,我国还处在一个比较落后的阶段。在我国,死刑还占有非常重要的地位。如何限制死刑而不是废除死刑成为我国刑法中需要讨论的问题,而现在有些国家已经开始讨论如何废除死刑或无期徒刑的问题。和法治发达的国家相比,我国还处在较低的刑罚发展阶段,这一点必须清楚。

这样一个刑罚进化的过程,就是刑法谦抑的过程。刑罚为什么会实现由重到轻的演变?刑罚由重到轻的推动力是什么?在刑法理论上,过去认为是刑罚人道主义思想对刑法产生的影响,但现在看来,这种解释是有局限性的。刑罚的轻缓化其实是社会治理能力提高、社会治理手段多元化的结果。因此,应当把刑法放在社会治理的体系中去考虑。

刑法是一种社会治理的手段,而且是代价非常昂贵的一种社会治理手段。古代社会由于当时生产力条件和人类文明程度所决定,刑法成为社会治理的主要手段。如当时的政治问题,是要依靠刑法解决的,尤其涉及国家政权的更替,对最高统治权的保护都完全靠刑法来进行。当然,在更多的情况下,是靠战争来解决的,这就是所谓枪杆子里面出政权。凡是威胁到统治权的行为,都被刑法规定为重罪,动用刑罚加以严惩。因为当时权力结构是世袭制,是一种专制,即这种权力来源本身具有不正当性,因此权力就成为争夺的目标。为了维护这种专制政权,就要运用刑法,进而刑法成为解决权力斗争的主要工具。但在现代民主社会,权力的更替通过选举来解决,即政治民主化。如果人民对某一个统治者不满意,完全可以用投

票的方法来表达,因此政治问题就不需要通过刑法解决,使刑法从政治领域退出来了,刑法不再干预政治。

在古代社会,宗教也就是信仰的问题也是依靠刑法来解决的。在宗教统治下,信仰就成为控制人民思想的手段,宗教也成为一种统治的手段。这种宗教强迫他人信仰,把具有另一种宗教信仰的人看成异教徒,并用刑法推行这种宗教,刑法在镇压异教徒过程中起到非常恶劣的作用,这在西方中世纪宗教裁判所中表现得十分明显。现代社会已经实现了信仰自由,各种信仰能够和平共处,宗教信仰问题也不再需要用刑法来解决。尤其是宗教与国家统治分开了,也就是所谓政教分离,刑法就从宗教信仰领域中退出了。当然中国,除了某些少数民族以外,不像西方国家那样存在宗教问题。但中国古代是一个伦理社会,把刑法当成一种推行伦理的工具,通过刑法来实现这种伦理。因此,中国古代有“出于礼而入于刑”的说法,即违反伦理的行为就要受到刑法惩罚,刑罚成为推行某种道德的工具。而在现代社会里,法律与道德是严加区分的,违反道德的行为,在未违反刑法时,法律不应当进行干涉,尤其是不能运用刑法轻易干涉私人生活。某些被传统伦理道德看成是悖德因而被规定为犯罪的行为,后来都逐渐被非犯罪化。如卖淫、同性恋、吸毒和赌博当时都因其违反道德因而被刑法规定为犯罪。但随着现在道德的宽容,尽管这些行为还被认为是违反道德,但已经不再把它们当做犯罪进行惩罚了。

在我国计划经济时代里,国家对社会经济活动进行高度垄断,凡违反计划的行为都被规定为犯罪。只有国家和集体才能从事经济活动,个人从事经济活动的行为都被视为投机倒把犯罪,受到刑法的严厉惩罚。但现在实行了市场经济,市场经济的基本特点是自由经济,每个人都可以参与市场活动,都可以成为市场经济的主体。在这种情况下,刑罚逐渐从经济领域中退出,只是对经济秩序起到一个基本的维护作用。市场的经济活动,主要依靠市场规律的调节,而不再借助于行政手段,更不借助于刑罚手段,但刑法还在市场经济活动中发挥着一定作用。随着市场经济的进一步成熟,刑法还应当从市场经济中退让出来。例如,现在国家对金融实行垄断,