

罪与罚讲演录

(第一卷·2000)

邱兴隆 著

中国检察出版社

人，
干湖
有政
手获
博士
刊法
经
有
法律
《第
社会
表
级
98
受
月
，
理
著有
未
有
并在
》与
20分

罪与罚讲演录

(第一卷·2000)

邱兴隆 著

中国检察出版社

京新登字 109 号

图书在版编目(CIP)数据

罪与罚讲演录(第一卷)/邱兴隆著. —北京:中国检察出版社,

1999.12

ISBN 7-80086-726-9

I. 罪… II. 邱… III. 罪与—刑法—研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 36733 号

罪与罚讲演录(第一卷·2000)

邱兴隆 著

中国检察出版社出版发行

北京市东城区东总布胡同 10 号

新华书店经销

铁十六局材料总厂印刷厂

850×1168 毫米 32 开本 14.5 印张 373 千字

2000 年 3 月第一版 2000 年 3 月第一次印刷

印数:1-3000 册

ISBN 7-80086-726-9/D·727

定价:28.00 元

序

田 平 安*

当从邱兴隆的学长顾培东先生处得知在大墙内历经五年炼熔的邱兴隆在自由后复归学界时,几乎是毫不犹豫地,我作出了一种不能不说大胆得有几分冒险(当时的邱兴隆尚处于取保候审阶段)的决断:让他回到曾培养了他七年的母校西南政法大学来!因此,我请顾培东先生转达了本人代表母校对邱兴隆的一个忠诚的期待:如果愿意回母校执教,无条件的随时欢迎!

之所以敢于作出这么一种决断,不只是出于对已为他早期在学界的初露锋芒所印证的良好研究潜质的确信,更重要的是对他坎坷人生所可能塑就的学术个性(拿他自己的话来说便是学格)与学术前途有一种本能的预感:中国远不只有一位刑法学博士生,但是,迄今为止,中国只有邱兴隆这么一位专攻刑罚学而又在与刑罚亲身相搏达五年之久后决意回归学界的博士生!这样一段“歪打正着的经历”(顾培东语)对于邱兴隆来说岂不是一笔得天独厚的宝贵资源?早期曾有过要为了了解监狱、研究刑罚而当“志愿囚”之念的邱兴隆绝不会浪费这笔意外得来的资源!而这笔资源一旦化作学问,其奉献又岂能小窥!!

事实证明我的决断没有错(应该顺便说一句,聘任邱兴隆为西南政法大学教师是校领导作出的集体决定,我只是提议者兼力主者之一)。怀着一种浓烈的母校情结,在被终审改判无罪的第二天,邱兴隆即飞回了母校,带着他的刑罚学走上了本科生与研究生的讲台,走进了“西南法学论坛”的沙龙,并频频出现在《中国社会科学》、《法学研究》等一流学术刊物上。在仅仅一年的时间内,不

* 西南政法学校长、教授、博士生导师。

但得到了师长与同事们的普遍认同(邱兴隆由教员破格晋升研究员便是明证),学生们的厚爱,在校内刮起了一股“邱风”(这不是我的话,而是学生们的话),而且,在国内刑法学界占居了一席之地(我个人可能没有资格作出这样的评价,但是,新中国刑法学泰斗高铭暄教授应邀来我校讲学时对邱兴隆的学术成就的首肯、著名刑法学家陈兴良教授就邱兴隆的科研成果所做的“在国内居于领先地位”的鉴定,应该足以证明我的这一评价并不过分)。

尤其是,当邱兴隆把他的《罪与罚讲演录》第一卷摆在我的案头时,我又真正感到了一种意外的惊喜,由此而对作为“鬼才”(邱兴隆的圈内人给了他这么一个没有任何贬义的绰号)的邱兴隆之“鬼”有了一种新的认识。

记得在邱兴隆回校报到的当日,我曾经问他,对学校有什么要求,他极其迫切地回答道,想举办几场讲座。我当时只认为他是想亮相或者与师生们联络联络感情而已,因而不但欣然应允,而且应邀旁听了他回校后的一场讲座,以示“捧场”。尽管因忙于公务,他的其他讲座我未能到场,但是,对他场场爆满的成功我早有耳闻。惟恐他陶醉在掌声中而忽视了科研,有时我免不了提醒他,“别只顾了讲,还应注意写”。面对这部近40万字的《讲演录》,我才意识到,我的担心是多余的,也才明白了邱兴隆隐藏在讲座背后的一个“阴谋”:带着一个未必成熟的主题走上讲台,收回一堆问题回到书斋,经过一番消化、整理,产生一件成熟的作品,多件成熟的作品汇合而成一部风格清新、学术味道颇浓的著作!教学互长、教研兼融!!

《讲演录》的学术水准有待专家与读者评定,作为刑法学的圈外人,我不敢贸然评头论足。但我坚信《讲演录》必定能给学界某种贡献或启迪。作为校长,我真心预祝邱兴隆之路越走越宽!更期盼着《讲演录》的第二卷乃至无穷卷的问世!!

1999年12月8日于歌乐山下安怡斋



作者简介

邱兴隆(方蕾,东台山人,东山人),男,1963年元旦生于湖南湘乡东台山。1983年获西南政法学院法学学士学位,1986年获该院法学硕士学位,1989年博士研究生毕业于中国人民大学刑法专业,未申请博士学位,弃学经商。早期致力于刑罚学研究,著有《刑罚学》等书,合译《牛津法律大词典》、《肯尼刑法原理》、《惩罚与责任》等书,在《中国社会科学》、《法学研究》等刊物发表论、译文50余篇。曾多次获省级或院校级优秀科研成果奖。1998年2月复归学界,1998年12月受聘于西南政法大学,1999年11月破格晋升为研究员。除本书外,近期主要学术专著有《刑罚理性导论》、《刑罚理性评论》,译著有《惩罚罪犯》、《已然之罪还是未然之罪》与《死刑》。此外,著有法制报告作品“黑字”系列,并在《中国社会科学》、《中国法学》与《法学研究》等刊物发表论文20余篇。

内容提要

本书是作者继《刑罚理性导论》、《刑罚理性评论》之后推出的又一部刑罚学力作。在书中，作者对刑罚的进化、刑罚的正当根据、刑罚的分配、死刑的价值与刑事司法的误区作了专题性的深入探讨。主张以进化论作为刑罚学研究的方法论、系统地对刑罚报应论作了极赋力度的剖析、对刑罚个别化作了明确的否定与批判、深入而透彻地阐明了作为刑罚哲学范畴的配刑的概念、在国内首次提出并充分论证了统一配刑论、对死刑的价值与死刑的存废作了理性的讨论、并出于学者的良知而对超期羁押、非法取证与滥施强制等刑事司法的误区的表现、症结与防治发表了独到的见解。

目 次

序	田平安
---------	-----

I. 嬗变的理性与理性的嬗变

——刑罚进化论

一、主题报告	(1)
(一) 刑罚的进化形态	(1)
(二) 刑罚进化的趋势	(4)
(三) 刑罚进化的主因	(6)
二、评论	(10)
(一) 评《嬗变的理性与理性的嬗变——刑罚进化论》 ..	(10)
(二) 关于“理性”的质问	(11)
(三) 法律的进化以社会经济生活条件为主因	(12)
(四) 进化的不只是刑罚	(13)
(五) 刑罚的进化与法律的进步	(14)
(六) 不应再贴“阶级分析法”的标签	(14)
(七) 关于法学方法论的几个问题	(15)
三、答辩	(16)
(一) 关于进化论可否作为社会科学的方法论	(16)
(二) 关于在刑罚学的分析框架中进化论 与道德判断是否并行	(18)

- (三)关于刑罚的理性 (18)
- (四)关于刑罚进化的主因 (19)

II. 刑 罚 报 应 论

- 一、从复仇到该当:报应刑的生命路程 (20)
 - (一)从私力到公权:报应的胎变 (21)
 - (二)从等害到等价:报应的升华 (25)
 - (三)从等价到该当:报应的新生 (30)
- 二、神意、德意与法意:报应论的理念嬗变 (36)
 - (一)神意报应:天罚与赎罪 (37)
 - (二)道义报应:恶性与罪过 (40)
 - (三)法律报应:从法律到法律 (47)
- 三、刑罚是什么:报应的主要规诫 (50)
 - (一)从格老秀斯到赫希:刑罚的界定 (50)
 - (二)加害性:刑罚的本质 (52)
 - (三)依附性:刑罚的前提 (54)
 - (四)特定性:刑罚的对象 (57)
 - (五)专属性:刑罚的主体 (59)
 - (六)惩罚性:刑罚的目的 (60)
 - (七)相当性:刑罚的尺度 (64)
- 四、秩序、正义与自由:报应刑的价值分析 (66)
 - (一)报应与秩序 (66)
 - (二)报应与正义 (69)
 - (三)报应与自由 (79)
- 五、结语:语境与悖论 (86)

Ⅲ. 危险的诱惑

——刑罚个别化否定论

一、个别化的基本蕴涵·····	(90)
(一)个别化是以个别预防为理论基础的一种刑罚理念·····	(90)
(二)个别化是以人身危险性为核心的一种刑罚理念·····	(92)
(三)个别化是与一般预防论相对立的一种刑罚理念·····	(95)
(四)个别化是与报应刑论相排斥的一种刑罚理念·····	(96)
二、个别化的理论误区·····	(98)
(一)个别化与一般预防论相对立失之片面·····	(98)
(二)个别化对报应论的排斥显失公正·····	(103)
三、个别化的实践困窘·····	(107)
四、结论·····	(111)

Ⅳ. 配刑辨

V. 配刑原则统一论

一、按罪配刑论评析·····	(120)
(一)按害配刑论评析·····	(120)
(二)按恶配刑论评析·····	(125)
(三)刑罪等价论评析·····	(127)
二、按需配刑论评析·····	(132)
(一)按一般预防需要配刑论评析·····	(132)

(二)按双重需要配刑论评析·····	(136)
(三)按个别预防需要配刑论评析·····	(141)
三、折衷配刑论评析·····	(145)
四、配刑原则的统一·····	(152)

VI. 基、序、等

——刑罚的相应性的蕴涵

一、关于相应性蕴涵的分歧·····	(163)
二、基的相应性·····	(167)
(一)基的相应性对法定刑的分配的制约·····	(168)
(二)基的相应性对判定刑的裁量的制约·····	(174)
三、序的相应性·····	(175)
(一)序的相应性对法定刑的分配的制约·····	(175)
(二)序的相应性对判定刑的裁量的制约·····	(181)
四、平等性·····	(183)
(一)平等性对法定刑的分配的制约·····	(186)
(二)平等性对判定刑的裁量的制约·····	(187)

VII. 犯罪的严重性:概念与评价

一、严重性的界定与评价标准·····	(189)
二、客观危害的评价·····	(195)
(一)犯罪所侵害的权益·····	(197)
(二)犯罪的危险性·····	(200)
(三)犯罪所造成的实际损害·····	(201)

(四)犯罪的对象·····	(202)
(五)犯罪的时间、地点·····	(202)
(六)犯罪的实施程度·····	(203)
三、主观恶性的评价·····	(203)
(一)犯罪的罪过形式·····	(207)
(二)犯罪的动机与目的·····	(209)
(三)认识的内容·····	(209)
(四)犯罪的起因·····	(210)
(五)犯罪人的生理与精神状况·····	(210)
(六)犯罪人的身份·····	(211)
(七)犯罪人在犯罪中的表现·····	(212)
四、犯罪的严重性的统一评价·····	(213)
(一)犯罪的严重性的同一性评价·····	(213)
(二)犯罪的严重性的对立性评价·····	(216)

Ⅶ. 预防需要:概念与评价

一、预防需要的界定·····	(220)
二、一般预防需要的评价·····	(223)
(一)犯罪可能侵犯的权益·····	(228)
(二)犯罪可能的危险性·····	(229)
(三)犯罪可能的实际损害·····	(230)
(四)犯罪可能的对象·····	(231)
(五)犯罪所可能发生的时间与地点·····	(231)
(六)犯罪所可能实施的程度·····	(232)
(七)可能的犯罪的罪过·····	(232)
(八)可能的犯罪人的生理与精神状况·····	(232)

(九)可能的犯罪人的身份·····	(233)
(十)可能犯罪时的治安形势·····	(234)
(十一)可能的犯罪的发案率·····	(234)
三、个别预防需要评价·····	(235)
(一)所实施的犯罪的性质·····	(238)
(二)犯罪人在犯罪中的表现·····	(240)
(三)犯罪的罪过·····	(240)
(四)犯罪人的一贯表现·····	(241)
(五)犯罪记录·····	(241)
(六)犯罪的原因·····	(242)
(七)犯罪人在共同犯罪中的身份·····	(242)
(八)犯罪人在犯罪后的表现·····	(243)
(九)犯罪人在诉讼中的表现·····	(243)
(十)犯罪人的人格特点·····	(243)
(十一)犯罪人所处的社会环境·····	(244)
(十二)犯罪人的生活经历·····	(244)
(十三)犯罪人的年龄·····	(245)
四、预防需要的统一评价·····	(245)
(一)预防需要的同一性评价·····	(245)
(二)预防需要的对立性评价·····	(249)

IX. 揭开惩罚的面纱

——刑罚功能论

一、刑罚功能概说·····	(253)
(一)刑罚功能的概念·····	(253)
(二)刑罚功能的研究范围·····	(258)

(三) 刑罚功能的分类·····	(259)
二、刑罚功能横向考察·····	(262)
(一) 刑罚对犯罪人的功能·····	(262)
(二) 刑罚对潜在犯罪人的功能·····	(273)
(三) 刑罚对受害人的功能·····	(278)
(四) 刑罚对一般守法者的功能·····	(279)
三、刑罚功能纵向考察·····	(283)
(一) 立法的功能·····	(283)
(二) 量刑的功能·····	(286)
(三) 行刑的功能·····	(289)
四、刑罚功能系统考察·····	(294)
(一) 刑罚功能横向联结考察·····	(294)
(二) 刑罚功能纵向联结考察·····	(297)
(三) 刑罚功能纵横对照考察·····	(301)
五、刑罚功能的局限性·····	(306)
(一) 惩罚的局限性·····	(307)
(二) 鉴别的局限性·····	(309)
(三) 威慑的局限性·····	(310)
(四) 剥夺或限制犯罪能力的局限性·····	(313)
(五) 改造的局限性·····	(314)
(六) 安抚的局限性·····	(315)
(七) 稳固、促进与强化的局限性·····	(316)
(八) 结论·····	(316)
六、刑罚的消极作用·····	(318)
(一) 刑罚对决意犯罪者的消极作用·····	(318)
(二) 刑罚对犯罪实施者的消极作用·····	(319)
(三) 刑罚在刑事诉讼阶段的消极作用·····	(320)
(四) 刑罚的执行的消极作用·····	(322)

(五)刑罚对国家的消极作用·····	(325)
(六)结论·····	(326)

X. 生死之辩

——死刑价值论

一、从“杀人者死”谈起:死刑公正辩·····	(328)
二、在功利的天平上:死刑效益谈·····	(338)
三、生命的呼唤:死刑人道诘·····	(362)
四、冲突与选择:死刑价值取向析·····	(373)
五、沉重的回眸:中国死刑问题反思·····	(384)

XI. 还程序以正义

——刑事司法的三大误区

一、超期羁押·····	(399)
(一)超期羁押的表现·····	(399)
(二)超期羁押的弊害·····	(402)
(三)超期羁押的症结·····	(404)
(四)超期羁押的防治·····	(408)
二、非法取证·····	(412)
(一)非法取证的表现·····	(413)
(二)非法取证的危害·····	(416)
(三)非法取证的症结·····	(419)
(四)非法取证的防治·····	(423)

三、滥施强制	(428)
(一)监视居住的误区	(428)
(二)取保候审的误区	(431)
(三)刑事拘留的误区	(437)
(四)逮捕的误区	(441)
后记	(445)

I. 嬗变的理性与理性的嬗变^{*}

——刑罚进化论

一、主题报告

从进化论的角度考察刑罚的演变,不同于传统的从史的角度对刑罚的考察,尽管有关刑罚的史实构成考察刑罚的进化的根据。传统的从史的角度对刑罚的考察,注重的是刑罚在不同历史时期的表征与个性,是一种静态的研究,而从进化论的角度对刑罚的考察所注重的是刑罚之演变的内在规律性,是一种动态的研究。以此为基点,刑罚进化论要回答的问题主要有三:其一是刑罚进化的形态,即刑罚的进化有何阶段性;其二是刑罚进化的规律或曰趋势;其三是刑罚进化的原因即是什么在推动刑罚之进化。相应地,这里的考察也以此三个问题为焦点。

(一) 刑罚的进化形态

刑罚的进化形态,即刑罚自古至今由低级至高级、落后到先进所经历的发展阶段。它构成考察刑罚之进化的切入口。

在传统刑法学与刑法史学中,对刑罚的历史,大致存在三种分段法。其一是自然分段法。按此法,与历史年代的远近相对应,刑

^{*} 本文由在西南政法大学“西南法学沙龙”所作同题学术报告修改而成。原载于《现代法学》1999年第5期。