

刑法理念导读

高级检察官资格培训教材

国家检察官学院组织编写

最高人民检察院检察教材编审委员会审定

◇陈兴良 著



法律出版社
LAW PRESS

刑法理念导论

中国政法大学教授 陈兴良 著

中国政法大学教授 陈兴良 著

中国政法大学教授 陈兴良 著

中国政法大学教授 陈兴良 著

中国政法大学教授 陈兴良 著

中国政法大学教授 陈兴良 著

国家检察官学院与福特基金会合作项目

刑法理念导读

高级检察官资格培训教材

国家检察官学院组织编写

最高人民法院检察教材编审委员会审定

◇陈兴良 著



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法理念导读/陈兴良著. —北京:法律出版社,
2003.7

高级检察官资格培训教材

ISBN 7-5036-4328-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 046460 号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/孙 宇

出版/法律出版社

编辑/法律考试出版中心

总发行/中国法律图书公司

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

开本/A5

印张/15.125 字数/401 千

版本/2003 年 8 月第 1 版

印次/2003 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939635

传真/010-63939650

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4328-5/D·4046 定价:30.00 元

编写说明

为推进检察官教育培训的正规化、现代化,根据最高人民法院确立的检察教育基本任务和修改后的《检察官法》关于检察教育培训的规定,检察官的教育培训应当实现由补课式、应急性培训向系统、规范培训转变。资格培训是实现检察官培训正规化的重要方面。最高人民法院在制定的《2001年—2005年全国检察干部教育培训规划》中规定,检察官晋升,必须先培训,经培训合格后方可晋升。本教材是高级检察官资格培训教材,即凡拟晋升为高级检察官的,需掌握本套教材的基本内容,经培训、考试合格后方可取得晋升资格。同时,本教材也将适用于高级检察官的在职、续职培训。

最高人民法院对编写这套高级检察官资格培训教材予以高度重视,国家检察官学院、最高人民法院政治部教育培训部具体组织了编写工作,福特基金会提供经费资助。这套教材在编写上采取了专著式的写作方式,由作者独撰或合作撰写、专家审稿。教材的作者或审稿人均是在法学理论或检察理论研究方面具有较深造诣,在检察实践方面有丰富经验的法学教授、专家。为配合教学,开阔检察官的视野,针对法学理论、检察理论中的前沿或热点等不易编写在教材中的问题,我们以专家论坛的形式制作了相应的配套光盘,与教材同时出版。

《高级检察官资格培训教材》首批五本《检察制度教程》、《检察机关侦查教程》、《检察证据教程》、《公诉制度教程》、《民事行政检察教程》已于2002年3月出版,其基本覆盖了检察理论与实践的主要领域,提供了对相关问题的整合与创新研究成果,受到实践部门和理论界的广泛关注和好评。在此基础上,编委会决定《高级检察官资格培

训教材》第二批将主要立足于促进检察官实现司法理念的现代化转型,以从根本上提高检察官的素养和推动检察工作的发展。第二批教程包括《刑法理念导读》、《刑事诉讼原理导读》和《检察官管理制度教程》三本。时逢检察机关开展“强化法律监督,维护公平正义”教育活动,我们希望这套书能够对于提高检察官的素质、树立司法公正的理念、推动中国检察制度的现代化发展起到积极的促进作用。

在教材编写、教学光盘制作和出版过程中,得到了北京大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学、四川大学法学院、法律出版社、法制音像出版社、福特基金会等院校、机构和专家学者的大力支持,在此深表谢意!

由于此次教材编写的探索性等原因,教材本身可能会有诸多缺点或不足,请专家和读者指正。我们也会随着教学、科研、检察实践的发展,不断发展完善这套教材,实质性地推进检察教学培训工作。

高级检察官资格培训教材编委会

2003年6月20日

目 录

第一章 法治国的刑法文化·····	(1)
第一节 法治国刑法文化的性质·····	(1)
第二节 法治国刑法文化的内容·····	(4)
第三节 法治国刑法文化的品格·····	(9)
第二章 刑事法治的理念建构·····	(16)
第一节 形式理性与实质理性·····	(16)
第二节 法律真实与客观真实·····	(27)
第三节 程序正义与实体正义·····	(39)
第三章 刑法的宪政基础·····	(47)
第一节 宪政基本内涵考察·····	(47)
第二节 刑法合宪性审视·····	(51)
第三节 作为期待的刑法领域的宪政·····	(61)
第四节 刑法领域的宪政基础建构·····	(67)
第四章 从政治刑法到市民刑法·····	(75)
第一节 社会的形态及其特征·····	(75)
第二节 市民社会与政治国家的二元分立·····	(92)
第三节 社会形态与刑法的相关考察·····	(103)
第四节 社会转型中的中国刑法走向·····	(110)
第五章 刑法机能二元论·····	(125)
第一节 人权保障的刑法意义·····	(125)
第二节 社会保护的刑法意义·····	(129)
第三节 人权保障与社会保护的对立统一·····	(137)
第六章 刑法公正论·····	(148)

第一节 刑法的正当性·····	(149)
第二节 刑法的公平性·····	(174)
第三节 刑法的平等性·····	(182)
第七章 刑法谦抑论 ·····	(189)
第一节 刑法的紧缩性·····	(189)
第二节 刑法的补充性·····	(197)
第三节 刑法的经济性·····	(212)
第八章 刑法人道论 ·····	(221)
第一节 刑法的宽容性·····	(222)
第二节 刑法的轻缓性·····	(234)
第三节 刑法的道义性·····	(247)
第九章 罪刑法定原则 ·····	(253)
第一节 罪刑法定的价值蕴涵·····	(253)
第二节 罪刑法定的制度构造·····	(267)
第三节 罪刑法定的立法机理·····	(280)
第四节 罪刑法定的司法运作·····	(294)
第五节 罪刑法定的中国命运·····	(307)
第十章 罪刑均衡原则 ·····	(323)
第一节 罪刑均衡的价值蕴涵·····	(323)
第二节 罪刑均衡的观念嬗变·····	(340)
第三节 罪刑均衡的立法确认·····	(352)
第四节 罪刑均衡的司法体认·····	(365)
第五节 罪刑均衡的中国命运·····	(379)
第十一章 社会危害性理论:一个反思性检讨 ·····	(393)
第一节 社会危害性理论的历史考察·····	(393)
第二节 从社会危害性到刑事违法性·····	(403)
第三节 法益侵害说之提倡·····	(412)
第十二章 从威吓到忠诚:一般预防的话语转换 ·····	(423)
第一节 以威吓为特征的消极的一般预防主义·····	(423)

第二节	以忠诚为内容的积极的一般预防主义·····	(437)
第三节	积极的一般预防主义的意义·····	(443)
第十三章	刑事政策视野中的刑罚结构调整·····	(447)
第一节	刑罚结构调整的刑事政策根据·····	(447)
第二节	刑罚结构调整的发展规律·····	(456)
第三节	刑罚结构调整的理论评价·····	(465)
后 记	·····	(474)

第一章 法治国的刑法文化

世纪之交,我国的刑法学研究面临着一个重大课题,这就是如何建构法治国的刑法文化。这个课题的提出,是与我国刑法正在发生的价值上的转换,以及我国社会正在发生的结构上的转型密切相关的。建构一种莫基于刑事法治之上的法治国的刑法文化,是走向 21 世纪的我国刑法学研究的发展方向。

第一节 法治国刑法文化的性质

刑法是一种社会控制的手段、一种社会治理的方法,因而是随着犯罪现象的出现而产生的,具有悠久的历史。在人类历史的长河中,刑法曾经发挥过重要作用。这种作用在各种社会形态中是有所不同的,归根到底是由一定的社会性质和社会结构所决定的。我国刑法学者李海东根据国家与公民在刑法中的地位把历史上的刑法划分为两种类型:国权主义刑法与民权主义刑法。以国家为出发点,而以国民为对象的刑法,称之为国权主义刑法,国权主义刑法的基本特点是,刑法所要限制的是国民的行为,而保护国家的利益;以保护国民的利益为出发点,而限制国家行为的刑法,称之为民权主义的刑法。^① 国权主义的刑法与民权主义的刑法的分野,对于我们正确地认识刑法的性质与机能具有十分重要的意义,我曾经提出从政治刑

^① 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社 1998 年版,第 4、5 页。

法到市民刑法的命题,^①这里的政治刑法与市民刑法在一定程度上可以与国权主义刑法与民权主义刑法相对应。民权主义刑法与市民刑法,从本质上来说,就是法治国的刑法,由此区别于人治国或者专制国的刑法。

随着建设法治国家的治国方略的确立,法治国越来越成为我们所追求并希望实现的理想国。那么,法治国的基本精神是什么呢?我认为,法治国的基本精神在于:一个受法约束的国家。换言之,国家在法律框架内生存,以此区别于不受法律约束的、具有无限权力的国家。法国学者狄骥在论述国家的法律框架时指出:执掌国家权力的人应服从于“法”并受“法”的束缚。国家是服从于“法”的;像德语中所说的,它是一种“法治国家”,一个 Rechtsstaat〔法治国〕。^②在法治国中,国家的权力应当受到限制。其中,国家的刑罚权尤其应当受到严格的限制。因此,从法治这个概念中,我们可以合乎逻辑地引申出刑事法治的概念。我认为,刑事法治是法治的根本标志之一。因为,国家刑罚权的行使,关系到对公民的生杀予夺。如果对国家刑罚权不加限制,法治国的实现是不可想象的。因此,刑事法治意味着以刑法限制国家刑罚权,包括对立法权与司法权的限制,保障公民的自由与权利。从这个意义上来说,罪刑法定原则是刑事法治的题中应有之义。

刑法的存在是一个基本事实。然而,在不同社会里,刑法存在的理由与根据又是各不相同的。人类为什么要有刑法?李海东指出:一个国家对付犯罪并不需要刑事法律,没有刑法也并不妨碍国家对犯罪的有效镇压与打击,而且,没有立法的犯罪打击可能是更加及时、有效、灵活与便利的。如果从这个角度讲,刑法本身是多余和伪

① 参见拙作:“从政治刑法到市民刑法——二元社会建构中的刑法修改”,载《刑事法评论》(第1卷),中国政法大学出版社1997年版,第1页以下。

② 参见[法]狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第24页。

善的,它除了在宣传与标榜上有美化国家权力的作用外,起的主要是束缚国家机器面对犯罪的反应速度与灵敏度。^①如果把李海东在这里所说的刑法理解为成文的刑法典,那么,这是完全正确的。实际上,刑法存在一个从不成文法(习惯法)到成文法(法典法)的演变过程。不成文刑法与成文刑法相比,前者更加有利于惩治犯罪。中国古代春秋时期就曾经对这个问题展开过讨论。为不成文刑法辩护的主要理由是:“刑不可知则威不可测”。而批评成文刑法的主要理由是:铸刑鼎,民在鼎矣,何以尊贵?换言之,不成文法使民处于极端的恐惧之中,从而有利于国家独断专行。而成文法使民知其罪刑,有损于国家权威。尽管如此,刑法从不成文到成文的发展是人类社会发展的必然趋势。成文刑法的出现,虽然在一定程度上限制了国家刑罚权,但还远远谈不上刑事法治。因为成文刑法的出现,只是刑事法治的必要前提,而不是刑事法治的充分条件。在一个社会里,刑事法治是否真正实现,关键在于是把刑法当作镇压犯罪的工具还是当作保障人权的手段。

在专制社会里,刑法受到统治者的高度重视,往往将刑法作为镇压犯罪、维护统治的有效手段。在这种情况下,对刑法的推崇也绝不能成为刑事法治的表征。例如,中国古代的法家主张法治,这里的法主要是指刑法,要求一断于法。但这种法治是与封建专制相联系的,因而具有明显的刑法工具主义色彩。从这个意义上说,刑事法治的思想是近代西方启蒙运动的产物。启蒙学家猛烈地抨击了专制主义,为刑事法治的确立奠定了基础。孟德斯鸠指出:在专制的国家,绝无所谓调节、限制、和解、条件、等值、商谈、谏诤这些东西;完全没有相等的或更好的东西可以向人建议;人就是一个生物服从另一个发生意志的生物罢了。^②因此,专制的特征就是使人不成其为人。而专制制度下的刑法就是使人服从、屈从的工具,是刀把子、赤裸裸

^① 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第3、4页。

^② 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,上册,商务印书馆1961年版,第27页。

的暴力。随着启蒙思想的传播,以罪刑法定、限制国家刑罚权的刑事法治观念得以确立。只有在这种情况下,刑事法治的实现才有可能。

我国是一个具有漫长的封建专制传统的国家,刑法工具主义思想根深蒂固。这种以镇压犯罪为内容的刑法工具主义思想之所以流行,主要还是与我国一元的社会结构相关。在这种一元的社会结构中,政治国家占据着垄断地位,对社会进行全面的控制,公民个人的自由与权利长期受到压抑与压制。1949年新中国成立以后,虽然我国的社会制度发生了根本性的变化。但在计划经济的体制下,仍然保持着一元的社会结构。在这种情况下,刑法与政治进一步结缘,成为阶级斗争的专政工具,强化了它的社会保护机能;刑法的人权保障机能则被忽视甚至漠视。随着经济体制改革的开展,引入了市场机制,我国的社会面貌发生了重大变化。在这种情况下,出现了从政治国家的一元社会向政治国家与市民社会二元分立的社会的转型。因此,刑法不再仅仅是国家镇压犯罪的法律工具,同时也是保障人权的法律武器。只有在这种二元的社会结构中,单纯的刑事镇压才有可能向刑事法治转变。从我国1979年刑法到1997年修订后的刑法,已经显现出这种变化的趋势。我相信,在21世纪,刑事法治建设的呼声将越来越高。

第二节 法治国刑法文化的内容

刑事法治向我们提出了建设法治国的刑法文化这样一个重大的历史使命。刑法学是以一定的刑法为研究对象的,刑法在价值上的这种转变首先应当反映在刑法理论上。作为一个刑法学人,我们应当敏锐地去感受这种刑法价值上的变化,并作出理论上的呼应。惟有如此,才能够担当得起刑法学家的使命。

在法制史上,存在这样一个参照系:警察国、法治国、文化国。一般认为,前启蒙时代是警察国,以专制与人治为特征;启蒙时代是法治国,以民主与法制为特征。后启蒙时代是文化国,以科学与实证为

特征。那么,中国处于上述什么阶段,又需要一种什么样的刑法文化呢?是一种警察国的刑法文化还是一种法治国的刑法文化,抑或是一种文化国的刑法文化?我认为,我们目前需要的是一种法治国的刑法文化,警察国的刑法文化是应当摒弃与否定的,而文化国的刑法文化则是遥不可及的。只有法治国的刑法文化,才是我们需要建构的。

在中国传统刑法文化中,国家主义的色彩极为浓厚,这是中国传统社会国家权力观念发达的必然产物,由此使得传统的刑法文化以国家利益和社会秩序的稳定为最高价值,并且形成重刑主义的刑法思想。例如,韩非曾经指出:“殷之法刑弃灰于街者,子贡以为重,问之仲尼。仲尼曰:‘知治之道也。夫弃灰于街必掩人,掩人,人必怒,怒则斗,斗必三族相残也。此残三族之道也,是刑之可也。且夫重罚者,人之所恶也;而无弃灰,人之所易也。使人行之所易,而无离所恶,此治之道’。……重罪者人之所难犯也,而小过者人之所易去也。使人去其所易无离其所难,此治之道。夫小过不生,大罪不至,是人无罪而乱不生也。”^①在此,韩非讨论的是所谓治之道,即统治社会的方法。在韩非看来,刑法,尤其是重刑,才是治之道。虽然文中引用了孔子的言论,但似乎更是在表达韩非本人的思想。从对殷之法刑弃灰于街者是刑重还是刑轻这个问题展开,根据韩非所引述仲尼言,从弃灰于街,引申出三族相残这样一个严重的后果。在我看来,这颇有些从一个鸡蛋联想到蛋生鸡,鸡生蛋的痴迷,其逻辑是荒谬的。从刑弃灰于街的殷法中,我们可以看到,在这种法律制度下,一个人不仅要对本人的直接后果负责,还要把这种行为与社会的稳定和国家的安危联系在一起,一并对之负责,因而承受一切法律制裁,尤其是刑法的制裁。在这种生存状态下的个人,是何等的沉重,又是何等的渺小。在这种情况下,泛刑主义的存在也就具有了合理性;弃灰于街虽然事小,但引发的三族相残则事大,刑弃灰于街的理

^① 《韩非子·内储说上七术》。

由就显得十分充足。不仅如此,韩非还从中演绎出重刑主义的结论。在韩非看来,小过易犯亦易改,大罪难犯亦难改。因此,对小过处以重刑,使人不敢犯,则大罪也就不会去犯。韩非指出:“夫以重止者,未必以轻止也;以轻止者,必以重止矣。”这就是韩非之所谓用刑之道,其重刑思想昭然若揭。在某种意义上可以说,泛刑主义与重刑主义是中国传统刑法文化的核心。不可否认,这种刑法文化在当前还有市场,因而对中国封建专制的刑法文化的批判,仍然是我们的重要任务。

法治国的刑法文化与封建专制的刑法文化是截然不同的。在价值取向上,法治国的刑法文化是以个人的自由与权利为基础的,并且以限制国家的刑罚权为使命。在这种情况下,对于犯罪与刑罚具有完全不同于封建专制的刑法文化的观念。也就是说,犯罪观与刑罚观面临着重大的转变。犯罪在任何社会都是存在的,对于犯罪的不同理解反映了一个社会的法治程度与文明程度。黑格尔指出:“由于文化的进步,对犯罪的看法已比较缓和了,今天刑罚早已不像百年以前那样严峻。犯罪或刑罚并没有变化,而是两者的关系发生了变化。”^①显然,罪刑关系的这种变化,是由于对犯罪与刑罚的理解上的变化而导致的。在封建专制社会里,犯罪被认为是一种敌对性行为,是对统治关系的破坏,这是完全站在国家立场上来界定犯罪,因而对犯罪的处罚也是极为严厉的。随着社会文明的发展,在法治社会里,犯罪被认为是国家与个人之间的一种纠纷与冲突,犯罪人本身也是一个社会成员。因而,对于犯罪人的合法权益应当加以保护。同样,对于犯罪的惩罚也是有限度的,这种限度就是为制止犯罪、保护社会秩序所必要,除此以外就是专制的。在这种情况下,刑法文化更应当具备理性的特征,这也正是刑事法治的重要标志。

法治国的刑法文化还受到来自以后现代为特征的文化国的刑法文化的冲击。法治国的刑法文化以罪刑法定为基石,反对专制主义

^① 参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1961年版,第99页。

的刑法,不允许任何专横擅断。文化国则是最高形态的国家,对包括制服犯罪在内的一切措施采取积极的态度,旨在创造文化,从根源上解决犯罪问题。应该说,文化国是在法治国基础上发展起来的,又具有不同于法治国的特征。其中特征之一是从形式合理性走向实质合理性,表现为罪刑法定主义的形式理性弱化,实质价值强化。以至有些学者指出:在所谓文化国,法治国的宠儿罪刑法定主义所坚持的阵地一步一步地退让出来。例如,根据罪刑法定主义的原则,排斥刑法的类推适用。但在许多国家的刑法中容许类推适用或容许有条件的类推适用;罪刑法定主义反对保安处分,但现在各国不仅容许适用保安处分,而且将保安处分法典化、一元化;罪刑法定主义反对绝对不定期刑,但现在不少国家适用绝对不定期刑。如此等等,充分说明罪刑法定主义所坚持的阵地均已逐渐地一一让给了所谓文化国的教育刑论。^①我国也有学者以此为理由,否定我国刑法应当实行罪刑法定,认为从19世纪末20世纪初起,罪刑法定已度过它的隆盛期而开始走向衰亡。所谓“法无明文规定不为罪”已不复存在,罪刑法定在事实上正在走向衰亡。^②在西方法治发达国家,确实存在一个从法治国向文化国的演进问题,因而法治国以形式合理性为特征的一些原则在文化国根据实质合理性进行了某种程度的修正。例如,罪刑法定原则进行某些软化处理,允许有利于被告的类推存在,使之更有利于保障被告人的合法权益。这种软化处理与罪刑法定原则的人权保障的基本精神是一致的,因而并不是对罪刑法定原则的否定,而是罪刑法定原则的进一步发展。而在我国当前的情况下,处于向法治国迈进的过程中,需要的是法治的启蒙精神,需要的是法治国的刑法文化,因而应当实行严格的罪刑法定,这是由我国法治发展的历史进程和我国社会现实所决定的。如果以文化国的刑法文化否定法治国

① 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》,上册,北京大学出版社1984年版,第233页。

② 参见侯国云:“市场经济下罪刑法定与刑事类推的价值走向”,载《法学研究》1995年第3期。

的刑法文化,对于我国的法治建设只能是一场灾难。当然,我们也不能简单地照搬或照抄西方法治国的刑法文化,对于那些不符合我国国情的东西完全应当排斥,但法治国的刑法文化的基本价值取向是应当肯定并且借鉴的。

值得注意的是,应当防止西方文化国的法文化与中国封建专制的法文化的合流,即以文化国法观念论证中国传统法文化的真理性,以此成为抵制法治国的文化壁垒。我国古代法文化,包括刑法文化存在可继承与可借鉴的内容,但由于这是一种封建专制的法文化,从其基本价值取向上是应予否定的。在我国封建专制的刑法文化与以罪刑法定为核心的法治国的刑法文化之间具有天然的对立性,因而与文化国的刑法文化之间存在某种暗合,实际上是神异而形同。正因为这种形同,往往给人以误解,甚至造成对中国封建专制刑法文化的误读。例如,对中国古代刑法中长期存在的类推制度的赞美,并以此抵制罪刑法定主义。更有论者认为,中国古代法家的重刑思想有其明显的合理性。韩非云:“所谓重刑者,奸之所犯者细,而上之所加焉者大也;所谓轻刑者,奸之所利者大,上之所加焉者小也。”据此,法家的所谓重刑其实并不重,反而是与罪相适应的,因而具有科学性。^①从以上所引韩非关于重刑与轻刑的界定来看,重刑并不重。但我们再引一句韩非的话:“刑盗;非治所刑也。治所刑也,是治胥靡也。故重一奸之罪而止境内之邪,此所以为治也。重罚者,盗贼也;而悼惧者,良民也;欲治者奚疑于重刑。”这里的重刑似乎再不能解释为与其所犯之罪相称之刑,而是一种使良民悼惧的威吓之刑。这种重刑并非为罪人所设,而是为止境内之邪而设。因此,轻重标准就不可能是所犯罪行轻重,而是威吓之所需。如达到威吓之需要,实现所谓“以刑去刑”,商鞅甚至公然宣称“行刑重其轻者,轻者不生,则重者无以至矣”,反对“轻轻而重重”,即“轻罪轻刑,重罪重刑。”对此,韩非也作了进一步说明:“夫以重止者,未必以轻止也;以轻止者,必以重

^① 参见艾永明:“法家的重刑思想值得借鉴”,载《法学》1996年第11期,第10页。