

当代中国刑法新理念

陈兴良 著

中国政法大学出版社

体系应当打破，代之以法律本体论、法律功能论、法律规范论、法律适用论、法律关系论与法律责任论这六个既互相联系又互相区别的组成部分。法律本体论主要研究法的内在价值；法律功能论主要研究法与其他社会现象的联系与区别，并在此基础上考察法的社会功能以及其它功能；法律规范论主要研究法的外在形式；法律适用论主要研究法律适用的一般规律；法律关系论与法律责任论分别研究法律关系与法律责任之一般理论。

法学研究的主体意识是一种反思意识，我们处在一个继往开来的时代，反思乃是这个时代的精神。对法学研究本身的反思，客观上需要建立一门法学的元学科——法学学。元学科的创立，往往是任何理论学科进入自觉的成熟阶段的标志，法学亦不例外。法学学作为法学的元学科，它的倡导和创立，将使我们以往与现在的法学研究状况进行反思，并为中国法学研究指明出路。本文所呼唤的法学研究的主体意识，只不过是本人对我国法学研究现状所进行的法学学的考察的一得罢了。

我以一种期待的心情结束本文，相信法学研究的主体意识已经是临产的胎儿，在阵痛中等待着问世的那伟大时刻。

（本文原载《中外法学》1989年第2期）

图书在版编目 (CIP) 数据

当代中国刑法新理念/陈兴良著. -北京: 中国政法大学出版社,
1995

ISBN 7-5620-1418-3

I. 当… II. 陈… III. 刑法-中国-当代-研究-文集 IV. D924-
53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (95) 第 23074 号

出版: 中国政法大学出版社

发行: 新华书店经销

印刷: 北京巨山印刷厂印刷

开本: 850×1168

印张: 32

字数: 810 千字

印数: 2, 500

版次: 1996 年 1 月第 1 版第 1 次印刷

定价: 45.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088

声明: 1. 版权所有, 侵权必究

2. 如有缺页、倒装, 由发行科负责退换

作者简介

陈兴良，男，1957年3月21日出生，浙江义乌人。1981年于北京大学法律系本科毕业，获法学学士学位；1984年于中国人民大学法律系刑法专业硕士研究生毕业，获法学硕士学位；1987年于中国人民大学法律系刑法专业博士研究生毕业，获法学博士学位。现任中国人民大学法学院教授、博士研究生导师，兼任北京市第十律师事务所律师。主要著作有《正当防卫论》、《共同犯罪论》、《刑法哲学》、《遗传与犯罪》、《刑法的人性基础》。主编《中国惩治经济犯罪全书》等著作20多部，合著《刑法学原理》等著作26多部，合译《牛津法律大辞典》等4部，发表论文120多篇。《共同犯罪论》一书获北京市第三届哲学社会科学优秀成果一等奖（1994年），《刑法哲学》一书获国家教委，人文社会科学研究优秀成果二等奖（1995年），另有多篇论文获奖。

呼唤法学研究的主体意识

(代序)

新时期的法学研究已经走过了十年坎坷的历程。法学研究虽然没有从根本上摆脱昨夜恶梦的缠扰，还不能睁大双眼迎接今日理性的光芒；但已经开始挣脱精神上的桎梏，对法学研究进行深刻的反思。法学研究中的拨乱是不难的，反正却谈何容易！问题在于：我们何尝有过法学研究之正？当我们渲泄完了对以往林彪、四人帮肆意践踏法学的满腔愤慨之后，面对将来法学研究的发展，我们茫然不知所为。中国法学出路何在？

带着对这个问题的思考，法学研究的探索者们开始了艰难的理论跋涉。对传统的法的概念的责难，成为法学理论创新的突破口，由此而引起一场理论纷争，至今鏖战犹酣。《法学》杂志主持的创新和繁荣法学理论笔谈栏目持续将近两年仍不绝，其中不乏精辟的论点与独到的见解。无疑，法学探索的勇士的精神是可嘉的，法学创新的笔谈也是必要的。然而，在我看来，中国法学研究的出路在于树立法学研究的主体意识！

纵观西方法律思想史，我们可以发现一个有趣的现象：当社会革命行将到来，需要思想启蒙的时候，自然法学派勃然兴起，对法的价值等超乎实在法之上的问题的思考成为法学研究的热点。当社会革命已经过去，需要法律统治的时候，自然法学派悄然隐退，实在法学派得以复兴，对法的规范等法的技术问题的考察成为法学研究的中心。自然法的思想渊源于古希腊文化，更醉心于运用思辨方法研究法之应然的问题，实在法的思想胚胎于古罗马文化，更热衷于运用实证方法研究法之实然的问题。在漫长的西

方法律文化的历史舞台上，自然法的思想与实在法的思想轮流充当主角。自然法思想与实在法思想在矛盾斗争中的互相消长，构成了西方法律文化的基本历史线索。当我们鸟瞰西方法律文化史的时候，既可以看到孟德斯鸠、黑格尔这样一个个以探究法的内在价值为己任的继承了自然法思想传统的法学家；又可以看到奥斯丁、凯尔逊这样一个个以揭示法的外在形式为使命的继承了实在法思想传统的法学家。这些法学家犹如群星闪烁，交相辉映。自然法思想犹如一把达摩克利斯之剑，高高地悬置于实在法之上；而实在法思想则宛若一条起伏于群山峻岭的万里长城，镇守着法律学科的神圣疆界。自然法思想与实在法思想的规律性的消长，充分体现了西方法律文化中的主体意识。

我们不能说中国没有悠久的法律文化传统。在春秋战国时代，法家与儒家的礼法之争，确实也热闹过一阵，为中国法律文化留下了辉煌的一页。然而，在整个中国法律文化中，贯穿的是以注释为主的法学研究方法。先秦的《法律答问》融法条与法理于一体，蔚为可观。《唐律疏议》对法条的注疏更是达到了登峰造极的地步。记得有人说过这么一句话：“中国历来只有律学家，而没有法学家”。这句话虽然不乏武断，但从某种意义上来说又不无根据。中国传统文化中深深扎根的“我注六经、六经注我”的治学方法，不能不在法律文化中表现它那旺盛的生命力。象黄宗羲这样伟大的思想家，也只有在六经的注疏中小心翼翼地流露出他那其实是非常离经叛道的革命思想！

文化传统具有一种强大的惯性，在没有释放完全部的能量以前，它是不会自动停止对后人施加影响的。建国以来，我们的法学研究在很大程度上是在以注释为主的法律文化氛围中开展的，只不过是由我注六经到我注经典，从六经注我到经典注我。在林彪、四人帮的暴虐之下，甚至于法学研究只有我注经典的义务，而无经典注我的权利。拨乱反正以后，我们谴责了林彪、四人帮对

经典注我的权利的剥夺，实际上并没有走出我注经典和经典注我这一百慕大式的怪圈。因此，在理论法学中是我注语录，语录注我；在部门法学中是我注法条、法条注我。在这种注释式的研究中，理论的棱角逐渐磨平，反思的能力严重萎缩。一句话，整个法学研究患上了主体意识缺乏症——一种法学研究能力的阳萎！

缺乏主体的价值判断能力，这是主体意识缺乏症最重要的临床表现。人之所以作为主体，就是因为人具有独立的价值判断能力。在法学研究中，价值判断能力更是思想创新的基本前提。我们不可想象，一个唯“书”唯“上”，而没有自己的价值判断能力，写着满纸连自己也不相信的话的人，是能够用他的所谓理论去科学地解释法律现象并具有说服力的。以往，我们太习惯于用经典作家的思考来代替本人的思考，久而久之，我们的法学研究成为寻章摘句的同义语，而法学研究者都成了没有自己大脑与思想的人，最终失去价值判断能力。可悲的历史决不能重演。如果中国法学还有救的话，那么也只是在于：我们已经意识到我们失去主体的价值判断能力已经太久了！

在法学研究中强调主体意识，就是要使我们的法学研究者把理论的触须伸向法的实践活动，从中汲取精神营养，使我们的法学研究充满生机活力。如果我们将法条作为参照物，那么，回顾——有一个法从何来的问题，这就是立法；前瞻——有一个法向何去的问题，这就是司法。立法是从错综复杂的社会事实中抽象与提炼出法律的一般原则，使国家意志转化为法条。司法是将法律的一般原则适用于五花八门的具体案件，使各种社会关系纳入法治的轨道。而法条作为立法活动的物化成果，它是法从何来问题的终点；作为司法活动的客观依据，它是法向何去问题的起点。因此，如果我们仅仅把法条作为法学研究的对象，其结果是既不知法之来龙，又不晓法之去脉，更遑论对法的内在价值的精辟阐释与对法的外在形式的透彻剖析。在这种情况下，我们的法学研究

不能不变成纸上谈法；注重研究表现为条文之法，而忽视对法在现实社会生活中的运行以及法的运行反馈于立法的机制的研究。因此，我们的研究精力全部耗费在法条的注疏上，法学研究的主体意识受制于法条，充其量只不过是“戴着脚镣跳舞”，大多数人则是法云亦云。一部法律的修改，甚至一个司法解释的颁布，都将使我们积数年之研究心血而写成的一本本法律教科书顷刻之间化为废纸，这决不是什么危言耸听。好在我们有的是时间与精力，根据最新的法律规定与司法解释再皓首穷经地重新著书立说。由此而周而复始，以至终身。难道法学研究的价值就在于为立法辩护，论证司法解释的合理性吗？沉耽于纸上谈法，法学研究中匠气十足而没有思想上的建树，长此以往，中国法学研究前途堪忧。

我们并不否定法条注释的重要性，我本人甚至主张专门建立一门法条学，研究法条之间的关系以及支配着法条而隐藏在法条背后的法理。然而，法条注释并非法学研究的全部，甚至不是主要内容。法学理论的科学性在于它植根于社会生活的强大生命力，以及面对立法与司法的整个法律活动过程的宏大的理论包容量！在这个意义上的法学研究，需要更多的主体意识。以理论法学为例，我们的教科书基本上还是沿袭维辛斯基的观点，而理论框架也陈旧落后。最有希望突破的理论法学令人失望：近几年虽然在法的概念与本质等问题上有所进展，但没有看到从内容到体系的全面创新；虽然建立社会主义商品经济的法律观的论点具有发聋振聩的意义，但没有以此为核心形成理论法学的新体系，贯穿教科书的还是阶级斗争这条政治线索。关键在于：我们的理论法学是以“死”法为研究对象的，没有将理论的解剖刀伸向“活”法。而我们的理论体系与研究方法也是封闭的与静态的，由此给人以沉闷之感。我们认为，理论法学应该以探讨法的内在价值与外在形式以及运行机制为己任，将自然法思想与实在法思想熔为一炉，形成具有中国特色的理论法学体系。因此，目前僵化的理论法学

目 录

代序 呼唤法学研究的主体意识·····	(1)
---------------------	-----

第一编 刑法理论

1. 论刑法哲学的价值内容和范畴体系 ·····	(3)
2. 刑法哲学研究论纲 ·····	(17)
3. 罪刑关系论 ·····	(30)
4. 刑法的人性基础 ·····	(52)
5. 基因的奴隶——龙勃罗梭论 ·····	(68)
6. 刑法学体系的反思与重构 ·····	(81)
7. 九十年代刑法学的理论走向 ·····	(95)
8. 挑战与机遇：面对市场经济的刑法学研究 ·····	(109)
9. 论我国刑法的基本原则 ·····	(128)
10. 论意志自由及其刑法意义 ·····	(146)
11. 论人身危险性及其刑法意义 ·····	(162)
12. 论生产力标准及其刑法意义 ·····	(177)
13. 行为科学视野中的刑法学 ·····	(189)
14. 经济领域中失范行为的评判及其法律抗制 ·····	(203)
15. 犯罪概念之比较及其意义 ·····	(217)
16. 犯罪认定论 ·····	(226)
17. 禁止重复评价研究 ·····	(239)
18. 主观恶性论 ·····	(249)
19. 论主观恶性中的心理事实 ·····	(268)
20. 论主观恶性中的规范评价 ·····	(281)

21. 论客观危害中的行为事实	(296)
22. 论刑罚权及其限制	(310)
23. 论行政处罚与刑罚处罚的关系	(322)
24. 刑罚目的二元论	(337)
25. 一般预防论	(349)
26. 死刑存废与人权保障	(363)
27. 财产刑比较研究	(376)
28. 资格刑比较研究	(387)
29. 论我国刑法中的刑罚执行	(396)
30. 论社会主义初级阶段的犯罪原因	(407)
31. 经济犯罪学初探	(419)
32. 群体犯罪学的理论框架——行为科学在 犯罪学中的运用	(424)
33. 论行为科学在犯罪预防中的运用	(434)

第二编 刑事立法

34. 我国刑事立法指导思想的反思	(443)
35. 论我国刑法的发展完善——关于罪刑法定、 罪刑相适应原则的思考	(451)
36. 刑法修改的理论思考	(465)
37. 法条竞合初探	(476)
38. 晚近刑事立法中的法条竞合现象及其评释	(488)
39. 晚近刑事立法中的共同犯罪及其评释	(502)
40. 论共同犯罪立法与司法的完善	(517)
41. 转化犯与包容犯：两种立法例之比较	(526)
42. 职务犯罪及其法律对策	(540)
43. 论证券犯罪及其刑法调控	(549)
44. 经济犯罪的立法对策	(563)

45. 经济犯罪的防治对策	(577)
46. 经济刑法典(理论案)及其说明	(595)
47. 经济犯罪死刑废除论	(624)
48. 关于设立非法竞争罪的建议	(630)
49. 论发放高利贷罪及其刑事责任	(635)
50. 论出版活动中犯罪的司法与立法问题	(641)
51. 建立受贿罪罪名体系的构想	(652)

第三编 刑事司法

52. 类推适用论	(661)
53. 对两个刑法司法解释的理论探究——兼论法条 的从重选择	(668)
54. 论身分在定罪量刑中的意义	(676)
55. 论身分在共同犯罪定罪量刑中的意义	(686)
56. 论醉酒人犯罪的刑事责任根据	(698)
57. 论犯罪目的和动机及其两者关系	(705)
58. 我国刑法中的情节加重犯	(714)
59. 论共同犯罪的性质与构成	(724)
60. 论我国刑法中的间接正犯	(740)
61. 论我国刑法中的片面共犯	(745)
62. 论我国刑法中的共同正犯	(750)
63. 论共同犯罪的因果关系	(759)
64. 论我国刑法中的连累犯	(769)
65. 论共同犯罪中的实行过限	(777)
66. 论法人共同犯罪	(783)
67. 论共同犯罪与一罪数罪	(793)
68. 论数额与共同经济犯罪	(800)
69. 共同犯罪人分类的比较研究	(810)

70. 从犯如何比照主犯处罚之我见	(820)
71. 论教唆犯的未遂	(825)
72. 论胁从犯	(830)
73. 论危害公共安全罪中的不特定性	(845)
74. 论经济犯罪的内在结构	(853)
75. 经济犯罪与经济体制改革	(867)
76. 社会主义商品经济与经济犯罪	(876)
77. 对经济犯罪疑案的反思	(889)
78. 经济犯罪的理论思考	(899)
79. 论经济犯罪之间的刑罚协调	(908)
80. 保险欺诈罪初探	(922)
81. 受贿罪构成新探	(926)
82. 关于贿赂的比较研究	(946)
83. 受贿罪的利用职务上的便利之探讨	(960)
84. 贿赂罪谋取利益之探讨	(971)
85. 论回扣	(982)
代跋 刑法理论的前景展望	(1003)
后记	(1009)

第一编

刑法理论

1. 论刑法哲学的价值内容和范畴体系

刑法哲学, 是对刑法所蕴涵的法理提升到哲学高度进行研究的一门学科。刑法哲学作为刑法学的基础理论, 对于刑法学的深入发展具有重要意义。在我国刑法学领域, 刑法哲学尚是一块有待开垦的处女地。为推动刑法哲学研究, 本文拟对刑法哲学的价值内容和范畴体系这两个基本问题略作探讨, 就正于我国刑法学界。

一、刑法哲学的价值内容

在现代哲学中, 价值问题越来越受到人们的关注, 成为哲学研究中的一个最具诱惑力的问题, 以至于形成所谓价值哲学。价值问题同样引起法学界的重视, 英国法学家彼得·斯坦和约翰·香德认为, 一切法学家都只不过是用各种各样的方式, 描述法律能够在什么程度上实现社会秩序、公平、个人自由这些基本的价值而已^①。显然, 法律价值也应该是法学充分关注的问题之一。

那么, 刑法的基本价值何在呢?

法是以调整个人与社会的冲突为己任的。这种个人与社会的冲突, 在某种意义上可以说是个人与国家之间的冲突。从刑法的意义上说, 犯罪是个人对社会的一种侵害, 而刑罚是社会为防卫自身的生存条件而对犯罪人的一种制裁。因此, 个人与社会的这

^① 参见(英)彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》, 中国人民公安大学出版社1990年版, 第35页。

样一种冲突关系，表现在刑法中，就是犯罪与刑罚之间的关系。罪刑关系作为刑法的调整对象，表现出双重的属性：立足于已然之罪，刑罚应该是一种报应；而立足于未然之罪，刑罚应该是一种预防。报应与预防的关系及其解决，成为刑法哲学的基本问题。刑法哲学的一切命题都由此展开，并且为此服务。可以说，它是刑法哲学的逻辑起点，也是刑法哲学的逻辑归宿，刑法的价值就蕴涵在这一问题之中。

（一）公正

公正，也称公平、正义，源出于拉丁语 *Justitia*，系由 *Jus* 一词演绎而来。公正是法的本性，法是公正的象征。尽管在古希腊时期就有恶法（不公正的法）是不是法的争论，并不乏对此持肯定态度的人，但一般的人论及法的时候，总有一种神圣感，这种神圣感盖源自法的公正性。刑法涉及对公民的生杀予夺，因而公正性更是它的生命，更值得我们重视。公正作为刑法的首要价值，就是说，刑法中的一切问题都应当让位于公正性，刑法哲学的一切原理都应当立足于公正性。刑法，应当成为具有公正性的刑法；刑法哲学，应当成为思考刑法的公正性的理论。离开这一根本命题，刑法哲学就丧失了它的生命力。当然，刑法的公正性问题并不是一个经验哲学的命题，公正性的标准及其判断是一个与社会密切相关的问题。并且，刑法的公正性本身也不是绝对的、抽象的，而是相对的、具体的，受制于一定的社会物质生活条件。

古希腊哲学家亚里士多德把正义划分为“普遍的正义”和“特殊的正义”，亚氏又把“特殊的正义”分为“分配正义”和“平均正义”两种。“分配正义”为数量相等，“平均正义”为比值相等。亚氏所说的分配之公平，相当于按需分配；形式上不平等，实质上平等；而平均之公平则相当于按劳分配；形式上平等，实质上不平等。在刑法中，也有这两种公平：按照已然之罪确定刑罚，即报应，相当于按劳分配，是一种平均之公平，按照未然之

罪确定刑罚，即预防，相当于按需分配，是一种分配之公平。报应是刑罚一般化，根据社会危害性分配刑罚：社会危害性大则重判，社会危害性小则轻判。预防是刑罚个别化，根据人身危险性分配刑罚：人身危险性大则重判，人身危险性小则轻判。这两种刑法公正的标准显然存在冲突。那么，我们究竟按照什么标准来衡量刑法的公正性呢？亚里士多德指出：“公正平等为二级端之中道，则公平为之中道亦宜。”^① 公正不仅为二极端之中道；而且也是两种公正标准之中道。因此，我们认为，报应与预防都体现了某种公正性：报应是个人的公正性，预防是社会的公正性，两者应该统一而不是相互排斥，这也正是我们所主张的罪刑关系二元论的基本原理^②。

刑法的公正性有立法公正、审判公正与行刑公正之分。在这三者中，立法公正是基础，没有立法公正就根本谈不上刑法的其他公正性。正如马克思指出：“如果认为在立法者偏私的情况下可以有公正的法官，那简直是愚蠢而不切实际的幻想！既然法律都是自私自利的，那么大公无私的判决还能有什么意义呢？法官只能够丝毫不苟地表达法律的自私自利，司法只能够无条件地执行它。在这种情形下，公正是判决的形式，但不是它的内容，内容早被法律所规定。”^③ 立法的公正性主要表现在刑事禁止性规范的合理性上。也就是说，只有对那些确有必要禁止的行为，才能在刑法上规定为犯罪，并予以刑罚处罚。由于社会经济、政治和社会生活的变化，某一行为过去认为是犯罪的，现在其社会危害性已经消灭，甚至有利于社会；或者过去不认为是犯罪的，现在却对社会具有较大的危害性。在这种情况下，刑事立法应当及时进

① 参见（古希腊）亚里士多德：《伦理学》，商务印书馆1933年版，第101页。

② 参见陈兴良、邱兴隆：《罪刑关系论》，《中国社会科学》1987年第4期。

③ 参见《马克思恩格斯全集》，第1卷，第178页。