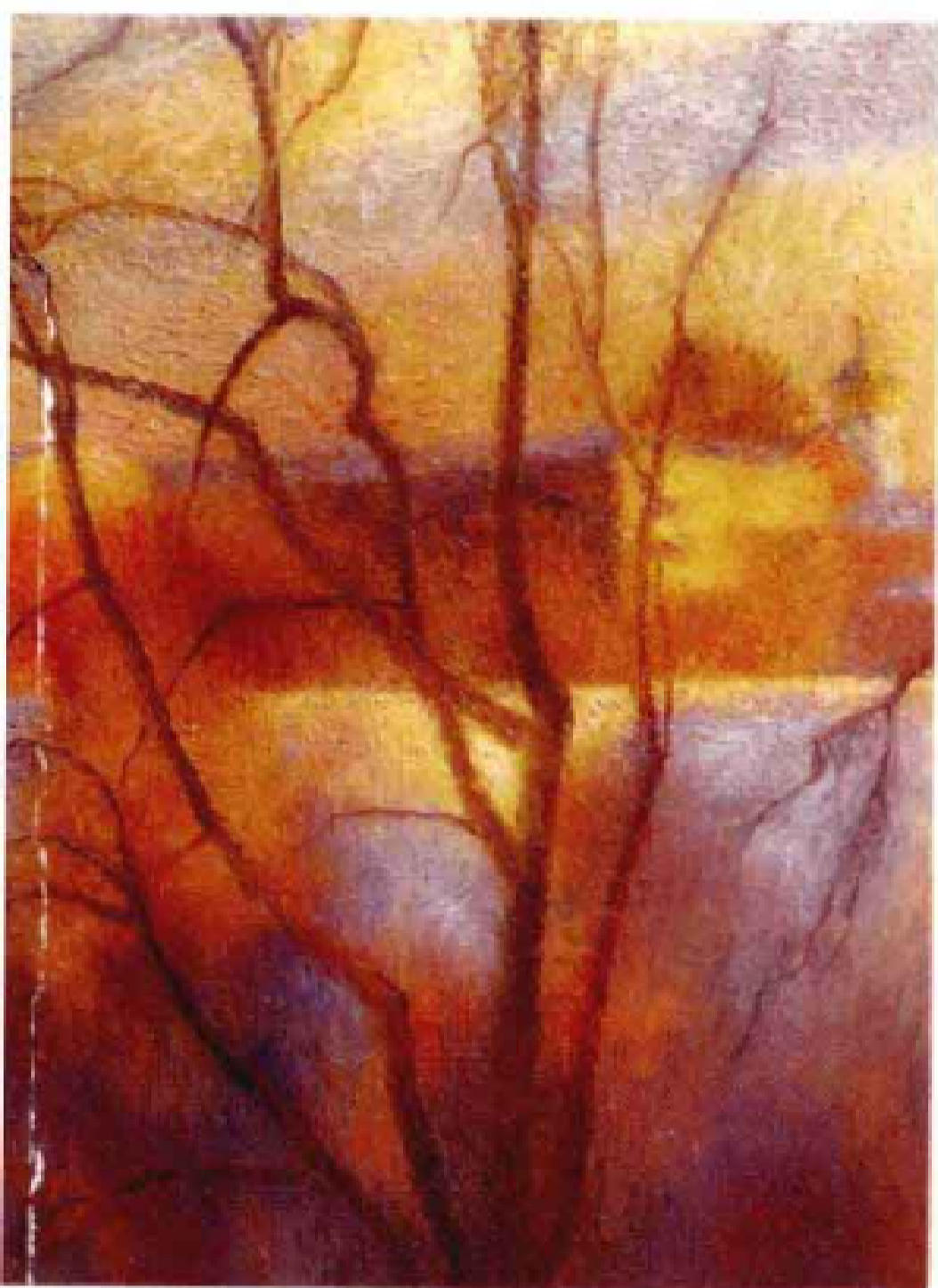


法治视野中的 刑法客观主义

(第二版)

周光权 著

中国刑法学派研究系列之一



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书从法治视角出发对刑法“学派之争”进行了检讨，凸显了刑法客观主义与法治立场、自由主义的关联性。第一篇主要讨论刑法客观主义理论中所蕴含的抽象性、行为事实的客观性问题及其与法治立场的契合性；第二篇主要研究刑法客观主义的反对派，即刑法主观主义理论对法治立场的动摇，内容涉及刑法主观主义知识视野中的危险个体概念、社会防卫主张、国家权威主义立场以及刑法本体理论；第三篇对学派融合的趋势，刑法客观主义在我国立法、司法实务和学理上的命运进行了分析。本书第一版曾获得中国社会科学院第三届“胡绳青年学术奖”，此次为第二版，增补十万余字。

中国刑法学派研究系列

1. 《法治视野中的刑法客观主义》（第二版）
2. 《刑法客观主义与方法论》
3. 《行为无价值论的中国展开》
4. 《刑法学的向度：行为无价值论的深层追问》（第二版）

法律出版社·法学学术与对外合作出版分社

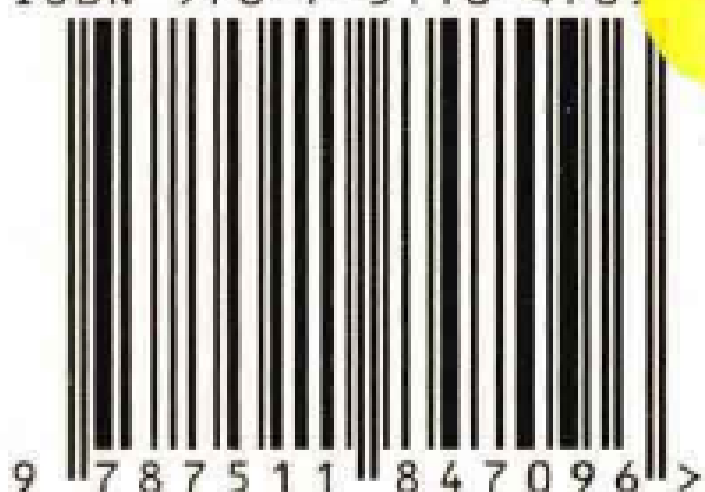
一切为了思想

 独角兽工作室

平面设计

上架建议 刑法学

ISBN 978-7-5118-4709-6



9 787511 847096 >

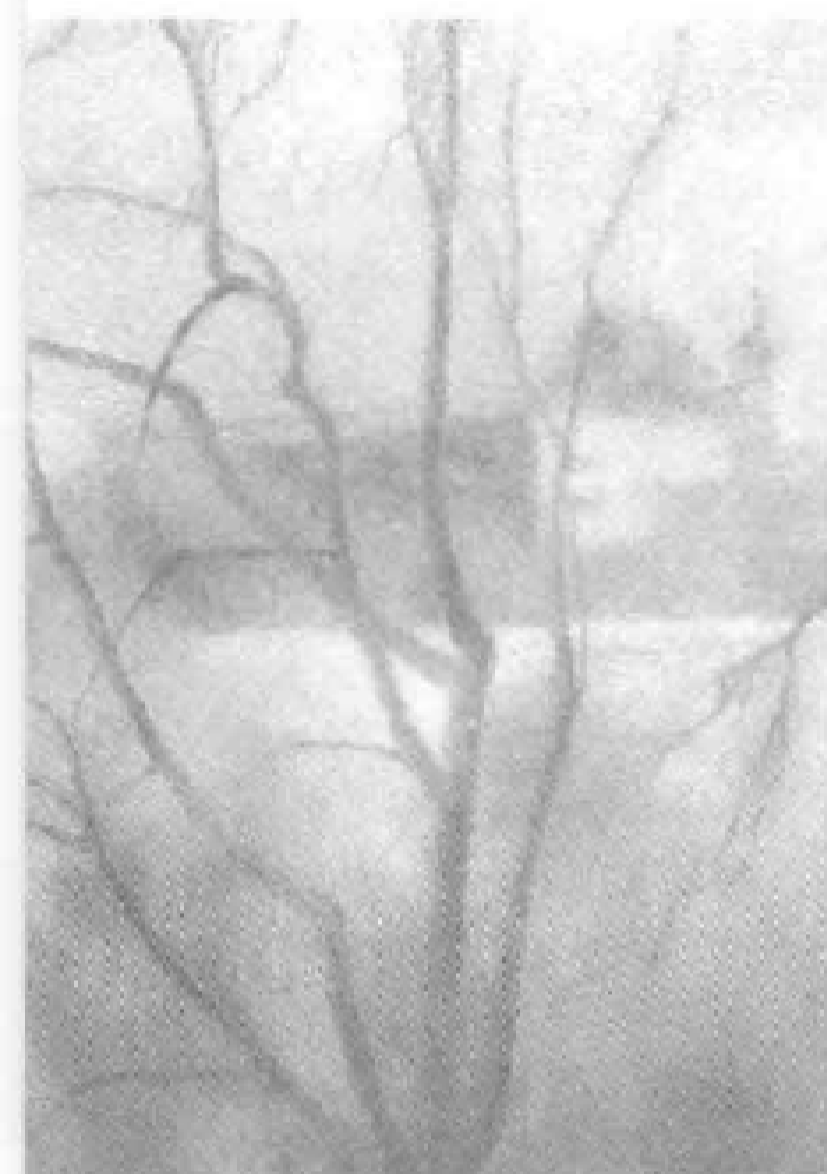
定价：48.00元

法治视野中的 刑法客观主义

(第二版)

周光权 著

中国刑法学派研究系列之一



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治视野中的刑法客观主义 / 周光权著. —2版.
—北京:法律出版社,2013.5
ISBN 978-7-5118-4709-6

I. ①法… II. ①周… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第049176号

中国刑法学派研究系列之一

法治视野中的刑法
客观主义(第二版)

周光权 著

责任编辑 易明群
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2013年6月第2版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 25 字数 382千

印次 2013年6月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

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/010-63939796

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

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 978-7-5118-4709-6

定价:48.00元

(如有缺页、倒页、错页等,本公司负责退换)

作者简介

周光权,男,1968 年生于重庆市江津区,现为清华大学法学院教授、博士生导师。1999 年毕业于中国人民大学法学院,获博士学位,先后任清华大学法学院讲师(1999 年)、副教授(2000 年)、教授(2005 年)、博士生导师(2006 年)。第十二届全国人大法律委员会委员;兼任全国十余家司法机关专家咨询委员、专家顾问。曾挂职任北京市人民检察院第一分院副检察长(2007 年 11 月至 2010 年 7 月)。2001 年 4 月至 2002 年 3 月,在日本名城大学法学部任客座研究员。

主要研究领域:中国刑法学、比较刑法学等。出版《注意义务研究》(中国政法大学出版社 1998 年)、《刑法诸问题的新表述》(中国法制出版社 1999 年)、《法治视野中的刑法客观主义》(清华大学出版社 2002 年,法律出版社 2013 年)、《刑法各论讲义》(清华大学出版社 2003 年)、《刑法学的向度》(中国政法大学出版社 2004 年)、《刑法总论》(中国人民大学出版社 2011 年,第 2 版)、《刑法各论》(中国人民大学出版社 2011 年,第 2 版)、《刑法客观主义与方法论》(法律出版社 2013 年)等个人专著九部;合著、主编、参编《刑法学的现代展开》(与陈兴良教授合作,中国人民大学出版社 2006 年)等刑法学著作二十余部。在《中国社会科学》、

《中国法学》、《法学研究》、《中外法学》等刊物发表论文一百五十余篇。

2002年获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖;2003年获第三届“胡绳青年学术奖”;2004年获清华大学“学术新人奖”(清华大学青年学术成果最高奖);2005年获第一届中国青年法律学术奖(法鼎奖)银奖;2006年获司法部优秀法学科研成果二等奖;2008年入选北京市社科理论人才“百人工程”;2010年获北京市“十大中青年法学家”称号。

总 序

最近三十年来,我国学者在刑法学研究方面所取得的成就有目共睹。但是,在合理借鉴国外(不仅仅是德、日,也包括英美国家)最新理论,以建构精巧的刑法学体系的同时,如何进一步和中国的具体国情相结合,立足于中国当下的社会现实,思考中国转型社会的特点,巧妙地回应社会需求,使刑法理论尽可能与司法实务相照应,可能是更需要深思的复杂问题。而在上述关键点背后,都明显隐含着一个刑法的“学派之争”如何展开、刑法基本立场如何定位的问题。必须看到,德国刑法学之所以在今天令人叹服,与20世纪20年代之前的客观主义与主观主义的全面交锋、20世纪中期开始的行为无价值论与结果无价值论之争密切相关。可以说,没有“学派之争”,就没有今天德国刑法学蔚为大观的理论构造。日本刑法学的发展也没有脱离这一规律。但是,在中国,从总体上看,刑法学者自身立场的一贯性还较为缺乏,没有一个统一的、基本的逻辑体系。例如,某些学者在分析疑难案件时,总是习惯于从主观要件切入;在论述行为论时,强调犯罪客观面的重要性,但对未遂犯的成立坚持主观立场;在涉及教唆犯时,赞成共犯独立性说或“二重性说”,主观主义明显成为指导观念。凡此种种,不一而足。立场的缺乏导致“学派之争”在

中国难以展开。虽然欧陆刑法上的“学派之争”是一个多世纪前出现的历史事实,但是,中国刑法学如欲取得长远发展,就不能无视这一事实,并要有展开“学派论争”的自觉。认识到这一点,对于当下中国刑法理论的发展尤为重要。

本系列之所以对刑法“学派之争”详加探讨,在很大程度上,是为了防止将刑法方法论的所有对立图式化,避免“快餐式”地理解主观主义与客观主义、结果无价值论与行为无价值论。收入本系列的四本书,前后之间存在一定内在关联性。《法治视野中的刑法客观主义》(第二版)和《刑法客观主义与方法论》从“学派之争”的原初意义出发,重点讨论立场定位问题,以确定思考刑法问题的出发点只能是客观主义的。其中,《法治视野中的刑法客观主义》(第二版)对客观主义与法治的关联性、与主观主义的对立点、中国刑法学与刑法客观主义之间的抵触、刑法客观主义的未来走向等问题进行研究。《刑法客观主义与方法论》则对运用客观主义立场的各种方法论进行研究,其中还涉及刑法客观主义与诉讼要求、证明标准等问题。《行为无价值论的中国展开》对行为无价值论的理论体系、与结果无价值论的对立、行为规范的性质、规范和法益的关系、行为无价值二元论与中国转型社会的暗合等问题进行探讨;同时,对在德国成为通说的行为无价值二元论,为何在日本成为少数说提出了一孔之见。《刑法学的向度:行为无价值论的深层追问》(第二版)则对行为无价值二元论理论构造中的行为人、规范、积极的一般预防等问题做了细致研究,对行为无价值二元论进行延伸思考。这四本书的侧重点不同,但基本上层层递进、环环相扣,且最终目标相同——旨在提倡、推进立足于客观主义立场的中国刑法“学派之争”。

我深知:在学术上,建构与批评是永无止境的循环。没有任何一种刑法理论是一劳永逸、“一网打尽”的。所有的刑法理论,无论自认为多么高明,也仅仅是一只“泥饭碗”,不是“金饭碗”。本系列充其量只是一个初步的讨论,是为刑法学的“中国学派”的建构打基础,也为未来的批评提供素材。

最后,需要说的是:对于刑法“学派之争”的重要性,无论如何强调都不为过。对于刑法学者而言,最值得记取的可能是:如果不确立刑法基本

立场,不能够自圆其说,理论体系充满任意性,缺乏内在秩序、逻辑,各种构想、观点、方法和基本立场相互交错,不能做到首尾一贯,中国刑法学的长远发展可能无从谈起。但是,如果能够有效避免上述缺陷,理论的发展就是值得期许的!

是为序!

周光权

2013年4月8日于清华园

第二版序

在中国刑法学中,对于刑法基本立场尤其是刑法客观主义这一重大问题,必须认真对待!

“刑法理论不过是一连串的‘主观与客观的迷思’。”^{〔1〕}初学刑法学的人,会视各种各样蔚为大观的理论体系为畏途。学习刑法,如同进入迷宫,往往知其然,而不知其所以然。为此,需要了解学派论争的来龙去脉。今天大陆法系刑法学内部的学派对立,主要体现为刑法学旧派范围内的结果无价值论(法益侵害说)和行为无价值论(规范违反说)的论争。这种“学派之争”与19世纪中后期刑法学旧派(特别是后期旧派)与新派的对立,已经不可同日而语。但是,今天的学派对立,仍然处于刑法客观主义、主观主义论争的延长线上。刑法客观主义和主观主义的理论基础不同,评价的重点、评价的方法也大相径庭,尤其在犯罪成立理论、未遂犯的认定与处罚、共犯从属性与独立性、盗窃罪、伪证罪的成立范围等问题上,两派的差异更为明显,这充分反映了不同时代的特色,以及人们对国家、社会与个人之间关系的不同理解。不研

〔1〕 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第5页。

究学派对立,就不能理解当时的刑法学大家们思考 and 解决问题的方法论,就难以洞察学派之间的部分融合,从而难以深刻把握今天世界刑法学发展的总体潮流。

虽然刑法客观主义的相关理论在近年来得到大力提倡,但是,从总体上看,中国刑法学界仍然习惯于将刑法客观主义和“客观归罪”挂钩;认为刑法主观主义就是“主观归罪”,从而错误地运用过于形式化的“主客观相统一”来对刑法客观主义和主观主义进行完全不得要领的批评。在当代中国刑法理论中,由于我们继受的苏联刑法学理论在很长时期内处于唯我独尊的地位,一直被奉为金科玉律,所以,不同学派之间的论争事实上不可能存在。刑法学旧派、新派的观点也被我们简单地贴上资产阶级唯心主义刑法理论的标签了事。近年来,不断有学者提倡刑法学知识转型的重要意义。在刑法学知识转型过程中,学派论争所展示出来的问题意识、研究方法,很值得我们重视。中国刑法学如果想取得长足的发展,就必须理解学派之争的内容、正视学派之争的现实、挖掘学派之争对于中国刑法学的意义,从而提倡、鼓励学派之争。我们的确得承认“学术之盛需要学派之争”。〔2〕

学派论争对于司法实务影响巨大。要在中国推行法治,就必须在司法实务上贯彻刑法客观主义。对于刑法客观主义与法治的关联性、刑法主观主义的危险性及其对法治的瓦解,在理论上无论进行何种繁复的研究都是必要的。福柯曾经指出,在19世纪末,刑事法理论上立足于新派的“伟大思想”是一种“丑恶可耻”的思想。〔3〕虽然他的话可能说得重了一些,但是,刑法主观主义的问题点的确是我们不能忽视的,需要在理论上对其缺陷及对司法的危害充分加以揭示,对客观主义立场的合理性大加彰显。

基于上述考虑,我认为,于2002年2月由清华大学出版社出版的本书,虽然经过了十余年,但仍有经大规模修订后再出版的意义。

本书第二版仍然以法治立场作为参照系,全面检讨刑法学派论争

〔2〕 参见张明楷:“学术之盛需要学派之争”,载《环球法律评论》2005年第1期。

〔3〕 参见[法]福柯:“真理与司法形式”,强世功、孙小佳译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第15卷),中国政法大学出版社2004年版,第483页。

的得失,并试图为中国刑法学的未来发展提供可资参考的路径。在我看来,刑法客观主义追求案件处理的普遍性、确定性,防止刑法因人而异,正是建立法治国家的题中之义。就当下中国刑法学而言,不能动辄谈论刑法主观主义。世界范围内的实践证明,转变刑罚目的无力改变罪刑矛盾(犯罪猖獗、刑不压罪)状况,也无法收到控制犯罪的功效。而过分关注具体人和过分强调因人而异的刑法理论则极有可能被专制统治者所利用,刑法主观主义在德国纳粹时期被大加发挥,使刑法成为重视犯罪人动机的“意思刑法”就提醒人们对抛弃抽象化思考框架的刑法理论保持警惕。所以,研究欧陆诸国的刑法学派论争,是为了更加透彻地审视刑法学的“西方经验”,在此基础上,将值得我们借鉴的刑法学原理、方法与“中国现实”相结合,^[4]从而寻找出适合中国刑法学发展的理论进路。

本次修订,增加了十余万字,修改的幅度不可谓不大。这次修订主要涉及以下内容:(1)尽量吸收近年来国内外学者关于刑法客观主义、法治立场的最新研究成果。(2)吸纳哈耶克等人的观点,对实证主义和刑法主观主义的关系、唯科学主义方法论的错误进行更为深入的探讨。(3)在本书第一版中,受大塚仁教授的影响,将李斯特作为刑法主观主义者看待。但是,应该认为李斯特在犯罪论上属于刑法客观主义者,在刑罚论上属于主观主义者,本书就此进行了观点调整。(4)对于学派融合的最终结局,以及刑法客观主义最终取得优势的理由进行详尽分析。(5)对于我国刑法中的主观主义立场,从立法、司法和理论三个视角进行相当详尽的反思和检讨,并得出对于中国刑法的所有规定都应该朝着刑法客观主义的方向进行解释的结论。(6)对刑法客观主义的未来发展方向作出大致勾勒,提出本人的行为无价值二元论立场(犯罪是违反行为规范,进而侵害法益的行为),从而大幅度修正第一版认为犯罪是对社会伦理规范的违反及造成法益损害的主张,使得行为无价值二元论的理论边际更为清晰,刑法基本立场更为贴近客观主义。

最后,特别需要提到的是:本书第一版于2003年获得中国社会科

[4] 参见周光权:“刑法学的西方经验与中国现实”,载《政法论坛》2006年第2期。

学院第三届“胡绳青年学术奖”。该奖项有非常广泛的社会影响,我深知评审委员会将该奖项授予我,是对我的激励和鞭策。这也是我一直前行的动力!

周光权
2013年1月6日

目 录

绪论 “学派之争”对于刑法学发展的意义 / 1

一、学派之争的反思与告别“无史化”的中国刑法理论 / 1

二、刑法中令人困惑的“主观”与“客观” / 5

三、本研究的创新之处 / 8

四、研究方法及其相关问题 / 9

第一编 刑法客观主义与法治观念的契合

——主要基于“抽象性问题”的研究

第一章 刑法客观主义的基本观念：抽象性 / 15

一、刑法客观主义理论的谱系 / 17

二、刑法客观主义理论的核心概念：抽象人
与抽象行为 / 37

第二章 刑法客观主义的本体论主张：以抽象性为基 点 / 57

一、犯罪论的行为主义、现实主义 / 58

二、刑罚论上的一般预防论和报应论 / 76

第三章 刑法客观主义的基本目标:法治追求 / 80

- 一、基于抽象性问题的社会治理策略的重新设计 / 80
- 二、刑法客观主义与法治立场的关联性 / 92
- 三、刑法客观主义的问题点 / 104

第二编 刑法客观主义的反对派

——危险个体、社会防卫与法治立场的动摇

第四章 刑法主观主义的基本观念:社会本位与科学方法 / 111

- 一、刑法主观主义的立论基础 / 111
- 二、刑法主观主义的核心概念:“危险个体”及其知识考古学研究 / 125
- 三、基本方法论:刑法领域中“科学方法”的展示 / 141

第五章 刑法主观主义的本体论主张:以危险个体为基点 / 149

- 一、犯罪论的行为人主义、征表说 / 150
- 二、在对付犯罪技巧上的创新 / 166

第六章 刑法主观主义的“政策形成”目标及其危机 / 171

- 一、刑法主观主义的目标:保卫社会 / 172
- 二、“知识客观性”的追求及其与法治取向的抵牾 / 182

第三编 客观主义立场与刑法学的未来走向

第七章 立足于刑法客观主义的学派融合 / 199

- 一、学派论争的结局:刑法客观主义取得优势地位 / 200
- 二、国家观、知识社会学与刑法学派融合 / 210
- 三、刑法客观主义对“知识客观性”的吸纳 / 216

第八章 刑法客观主义继续发展的两个维度 / 219

- 一、刑法判断的对象:行为还是结果 / 220
- 二、刑法判断的步骤:实证方法论还是价值论 / 237

第九章 刑法客观主义之在中国 I:现状 / 242

- 一、刑法客观主义与中国刑法立法 / 243
- 二、刑法客观主义与中国司法实务 / 253
- 三、刑法客观主义与中国刑法理论 / 266

第十章 刑法客观主义之在中国 II:前景 / 305

- 一、结果无价值论的意义与不足 / 306
- 二、行为无价值二元论的初步展开 / 310
- 三、行为无价值二元论对客观主义立场的坚持 / 327
- 四、行为无价值二元论与中国法治建设的实际需要 / 345

附表 1 刑法客观主义和主观主义:总体对立 / 364

附表 2 刑法客观主义和主观主义:具体差异 / 366

主要参考文献 / 369

索引 / 377

绪论 “学派之争”对于刑法学发展的意义

在绪论中,我想首先对本研究的价值、国外对类似问题研究的状况、本书中可能涉及的基本概念、我所使用的研究方法以及创新之处作一个简单的交代,通过这些分析,我想表明:学派之争的存在对于刑法学的纵深发展具有根本性意义,中国刑法学研究如欲取得突破性进展,就不能对学派之争的历史、各学派所讨论的主要问题熟视无睹。

一、学派之争的反思与告别“无史化”的中国刑法理论

以史为鉴,才能谋求发展,此乃古训。所以,在国外的刑法学研究中,对于刑法思想发展史的研究一直都比较重视,专门进行这方面讨论的著作、论文为数不少。^{〔1〕} 在国外的一些教科书中,一般都会有专门的章

〔1〕 这方面有价值的文献,请参见[日]大塚仁:《刑法における新・旧两派の理论》,日本评论社1957年版,第18页以下;[日]庄子邦雄:《近代刑法思想史研究》,日本NTT出版株式会社1994年版,第41页以下;[日]泷川幸辰:“刑法学派之争”,载日本刑法学会编:《刑事法讲座》(第1卷),有斐阁1952年版,第20页;以及[日]内藤谦:“刑法学说史”,载中山研一、藤木英雄等编:《现代刑法讲座》(第1卷),成文堂1977年版,第124页。

节介绍刑法的发展史和刑法理论的发展史。在学者们看来,刑事古典学派与刑事实证学派以及受它们所左右的刑法客观主义和主观主义^{〔2〕}是整个刑事法上的指导性观念,而不只是刑法适用解释上的指导理念,其对刑事立法、刑法解释及适用、刑罚执行上的影响都超乎我们的想象。^{〔3〕}

但是,在中国刑法学中,对刑法思想发展史的研究一直是缺乏的。这主要是中国没有学派之争的历史,中国刑法学的发展在很多时候都与这一学科领域中历史转折的重大机遇毫无关联或者擦肩而过。

18世纪中叶由贝卡利亚发起的刑法思想改革运动影响了整个欧洲,但是,当时处于封建主义制度下的中国不可能产生启蒙思想,古典学派的刑法理论缺乏在中国生根发芽的社会土壤。此后,于19世纪末由意大利、法国、德国学者提出的近代实证主义刑法理论一时间也成了潮流,但是,中国刑法学对此理论体系及其与古典学派的激烈论战知之甚少、反应迟缓。虽然于20世纪初展开的刑法学中新旧两派的“学派之争”对20世纪30年代左右国民党时期的刑法学理论有一定的影响,^{〔4〕}但是其影响力毕竟有限,当时刑法学的研究动向主要还是致力于“建构”而不是论争,而且这种有限度的对立很快中止:一方面,从世界范围内看,在20世纪20年代以后,学派之争的激烈程度大幅度缓解。另一方面,极其重要的历史事实是,随着社会主义新中国的建立,旧有的法律思想体系基本上被抛弃,刑法“学派之争”之类的理论被划入资产阶级思想的范畴,自然不需要继承,刑法学以当时苏联的理论为模本进行建构,在社会主义刑法理论一统天下的状态下,学者们在个别问题上有分歧的情形会产生,但是绝对不会也不允许出现根本上对立的刑法观点;加之我们几十年封闭发展的历史,对外国刑法制度的发展状况缺乏了解,更遑论把握其学派论争的态势。

在20世纪80年代改革、开放以后,随着对外交往的增多,国外刑法

〔2〕 关于刑事古典学派和刑法客观主义、刑事实证学派和刑法主观主义之间的关联性的论述,请参见本书第一章。

〔3〕 参见〔日〕下村康正:《犯罪论の基本的思想》,成文堂1960年版,第18页。

〔4〕 例如,当时的一些刑法学研究者(如蔡枢衡教授)就对日本以牧野英一博士为代表的主观主义刑法思想较为推崇。

学发展的状况开始逐渐被我们所了解,许多学者敏锐地认识到了刑法中学派对立的重要性,对其进行介绍和评述。^[5]

尽管刑事古典学派和实证学派的争论在今天的刑法学界是耳熟能详的事实,但是不可否认的是,许多更为复杂的刑法观点并未得到充分、全面的关注,中国学者的相关研究存在的缺陷就是比较零散、深度有限,其中最大的问题是:大多是对新、旧两派刑法理论的综述性介绍,没有结合理论产生的时代背景来讨论它们为何会在各自特定的历史条件、社会环境中产生?其尖锐、激烈的学术论争为何会出现并与社会之间有何种关联?它们对于当时和后来的社会将意味着什么?对社会的法治进程有何积极或者消极的影响?

所以,在根本上对立的刑法学派之争偃旗息鼓已经半个多世纪的今天,回头重新审视、评价、反思这种论战,对于中国刑法学未来的发展,仍然是大有裨益的,虽然我们的这种反应比起意大利、法国、德国、日本刑法学来说晚了不少时间。

在我看来,对刑法学派之争的历史状况及其与法治立场的关联度做深入研究,对于中国刑法学发展的现实意义在于:

首先,中国刑法学不能是“无史化”、无根基的刑法学。众所周知,在前苏联处于探索过程中、今天看来是在理论上偏离规范学原理的刑法学理论,一度被我们当成真理大加发挥。

今天的中国刑法理论,本质上还处在我们上一代刑法学者们的认识框架中。这个框架是以本身就处于摸索阶段、完全不成熟的三十年代苏联刑法理论为基础的。但是,维辛斯基式的刑法结构与基础本身,从今天的角度看,不仅在实践中是失败的,而且在理论上也是行不通的。它只是特定历史条件下的一个政治产物,很大程度上与民主国家所要求的宪政

[5] 这方面的文献,请参见:甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第132~146页;甘雨沛等主编:《犯罪与刑罚新论》,北京大学出版社1991年版,第453页;张明楷:《刑法的基础观念》,中国检察出版社1995年版,第346~370页;马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社2004年版,第33~240页;陈兴良:《刑法的启蒙》,法律出版社1998年版,第31~253页;张明楷:《外国刑法纲要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第9页以下。

与法律秩序并没有必然的联系。^{〔6〕}

在前苏联瓦解以后,维辛斯基式刑法理论的观念、基础、方式、结构已经失去了它存在与发展的实践与理论基础。由此一来,今天的中国刑法学也处于一个尴尬的境地,面临双重的“合法性”危机:一方面,没有根基的刑法学呈现风中摇摆的态势,刑法理论不能有效地回应中国不断变迁的社会与时代的实践要求;另一方面,彻底抛弃前苏联刑法理论,重起炉灶,标新立异,建构一套与欧陆传统迥然不同的刑法理论体系又谈何容易。所以,刑法学者们现在怀着矛盾心情所作的很大一部分工作就是为某些带有根本性偏差的做法提供理论论证,这种状况必须加以改变。

其次,刑法客观主义和刑法主观主义的对立,涉及了对在任何社会条件下都会认为有犯罪性的行为的评判,也涉及犯罪论、刑罚论中的其他命题,今天我们所遇到的一些疑难问题,在它们那里都可以找到理论根据。由于关于犯罪及刑罚本质的论争,反映了人们对社会观的理解以及各个时代的社会状况,借助于刑法客观主义和主观主义的理论,我们既可以解决司法实践问题,又可以避免在一些枝节问题上“公说公有理、婆说婆有理”的无谓争执。这样,中国刑法学就能在一些根本问题上有对立(但无谓的纠缠可以避免),学者们从不同的角度打磨刑法这块“宝石”,真理就会越辩越明,目前制约刑法学发展的一些“瓶颈”问题就能够在相当程度上得到解决,刑法制度合理化的速度将被大幅度加快,中国刑法学就能够赢得新的发展契机。

最后,也是最为重要的一点就是,中国在20世纪末提出了依法治国、建设社会主义法治国家的目标模式。要实现这一远景,法律制度的改革、法律思想的合理化乃是一个基本的、共许的前提,刑法以及刑事司法制度的改革自然是整个法治建设过程中的重要一环。而要实现刑法制度(刑法立法、刑法解释、刑事司法)的合理化,刑法总体发展思想(战略)的定位就必须准确,选择刑法客观主义还是主观主义的立场来作为中国刑法发展的基本方向就至关重要,对此,应该提到一个相当的高度加以认识。

〔6〕 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第3页。

我们必须审慎地判断:刑法客观主义与主观主义的理论中,哪一家的思想与法治立场有亲和力,哪一家的思想与法治立场有抵触性,它们各自有什么不足,中国刑法的发展如欲借用刑法客观主义或者主观主义的理论,应当注意哪些事项等。我想,讨论这些问题,对于在刑事领域确立一种法治的取向是有相当现实的意义。

二、刑法中令人困惑的“主观”与“客观”

要讨论刑法客观主义,必须对刑法中各种各样令人困惑的“客观”和“主观”的概念作出辨析,这样才能奠定研究的基础,以免使自己的研究陷入“自说自话”的境地。

“主观”(subject)就其哲学上的意义而言,与认识事物的主体(精神)有关,“客观”(object)则与主体所欲认识的事物(现象)本身有关。换言之,人们一般将精神作用及其内容称为“主观”的东西;将与精神活动相对应的物质世界纳入“客观”的范畴。

不过,主观和客观的含义极其复杂。林东茂教授认为,主观和客观可以从三个层面加以分析:^[7](1)世界观(宇宙观):主观接近唯心论,对此,陆象山说“吾心即是宇宙,宇宙即是吾心,心外无物”,黑格尔则以绝对精神指涉主观现象;而客观接近于唯物论。(2)看待事物的态度:评价一个人“太主观”或比较“客观”时,会使用主观和客观的表述。(3)求知的方法:主观接近于理性主义;客观接近于经验主义。美国学者弗莱切教授则认为:“主观的”与“客观的”表达了四重意思:^[8](1)客观的标准是一般使用的标准;主观的标准揭示了行为的内在品格的差异。(2)客观的标准是外在的,它们的适用不以行为人对其所作所为的自我判断是否正确为前提;主观标准则关注行为人的心态。(3)违法的客观标准是只关心行为而不是行为人;归责的要点是主观的,因为它关注的是行为人对其违法的个人责任承担。(4)如果标准是事实的,则它们是客观的;如果标准是一种价值判断,那它们就是主观的。

[7] 参见林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》(增订3版),中国人民大学出版社2009年版,第21页,注释7。

[8] 参见[美]乔治·弗莱切:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第371页。

关于主观和客观林林总总的界定,使得其在刑法学上的区分有时也较为模糊。一般来说,人们在两种含义上使用“主观”一词和“客观”一词:(1)“主观的”意味着涉及主体的内心活动,例如“主观的违法要素”,就是指行为者内心的意图、动机等对于行为的违法性有影响的因素;“客观的”则事关行为、事实等外在表现。(2)“主观”意味着个人或者个别化的、有其特殊性的事实;“客观”则意味着抽象性的、普遍的事实状态。

当然,刑法中对“主观”和“客观”的使用有时并不严格遵循前述解释:例如,在著名的刑法口号“违法是客观的、责任是主观的”中,主观和客观的概念并不在严格的、传统的意义上使用。“违法是客观的”是说认定犯罪的违法性有无之时要考虑法益侵害的外部事实之有无,但是,实际上,在分析违法性时行为人主观上的动机、目的、故意都是必须加以考虑的,它们的“客观存在样态”是可以结合犯罪行为、危害后果加以认识的,这样在违法性评价阶段,与人的认识有关的主观要素都成了判断客观行为的素材。“责任是主观的”,是说与行为人有关的心理的、个别的事实(主观的因素)影响责任非难,但是,行为者以外的客观事实,有可能对责任存在影响,例如,在高度客观化的期待可能性不存在的场合,是否能够实现主观的归责,就是一个无可回避的问题。

“主观”和“客观”词语本身的多义性,为我的分析带来了难度。我在本书中一般在事实性、实在性、现实性、普遍性的意义上使用“客观”一词;同时,在精神性、思维性、心理性、个别化的意义上使用“主观”一词。换言之,在我看来,刑法主观主义(objektivismus)和刑法客观主义(subjektivismus)是就刑法的价值判断、评价的对象,即“人”及其“行为”、“意思”的界分而言的。在判断犯罪成立时,如果将价值判断的重心置于体现客观要素的行为(表现于外的身体动静及其结果),重视行为的类型性、定型化,就是刑法客观主义;如果刑事责任的基础定位于主观要素中的个人危险性(行为人内部的精神、性格、人格,以及反复实施犯罪行为的可能性),仅将行为视作认识犯罪人恶性的征表(symptomatik),主张犯罪概念的弛缓化,就是刑法主观主义。

仅仅以重视行为还是重视行为人为标准,来区分刑法客观主义和主观主义是不够的。平野龙一教授对此指出,最终看是客观主义还是主观

主义,坚持罪刑法定原则还是放弃该原则,都要看对现行统治下的刑法所起的作用,特别是对国家所起的作用的重视程度如何。重视刑法本身的作用及对国家所起的作用的理论,持的是国家权威主义或国家干涉主义的态度;反之,不重视刑法本身的作用及对国家所起的作用的理论,持的是自由主义或国家不干涉主义的态度。平野龙一教授的观点是很有说服力的:持自由主义态度的是客观主义的观点,而主观主义都在对此加以改造的名义下,使国家刑罚权正当化,从而使犯罪概念主观化。^{〔9〕} 所以,深层地看,一种刑法观是否有利于限制惩罚权,是否能够保障个人权利与自由,是否有助于实现法治,才是区分刑法客观主义和主观主义的“试金石”。这一主线贯穿于我后面所有的研究中。

需要特别注意的是:必须将刑法基本立场上的主观主义和客观主义与刑法中分析具体问题时的“主观说”和“客观说”区别开来。

刑法文献中所出现的“主观说”和“客观说”大致包括:判断过失(尤其是预见可能性)的标准,采一般人标准或者行为人标准;因果关系中相当因果关系有主观说、客观说、折中说之分;着手的判断标准有主观说和形式客观说、实质客观说;未遂犯的处罚理论有主观说和客观说;中止任意性的判断标准有主观说、客观说和限定主观说;不能未遂的判断标准有主观说和客观说(具体危险说、客观危险说);期待可能性的判断标准有一般人标准说与行为人标准说,区分正犯和共犯的标准有主观说、客观说、犯罪支配说,等等。由于主观说和客观说的对立涉及面广,所以,刑法理论给人的印象就是在“主观说”和“客观说”之间兜圈子。

讨论具体刑法问题时的“客观说”,是就判断者之间的差异不存在,基于一般的认识,以社会一般人的认识和行动可能性为基准判断事物性质的立场;而“主观说”则是指判断者之间存在差异,以社会中个别人(能力特别强者或者社会中特别羸弱者)的认识和行为可能性为基准判断事物的立场。这是就刑法在讨论具体问题时的价值判断基准而言,有时和作为刑法基本立场的刑法客观主义和主观主义并无直接联系。对此,我国

〔9〕 转引自〔日〕中山研一:《刑法的基本思想》,姜伟等译,国际文化出版公司1988年版,第133页。

学者指出,在回答作出判断是以行为人为标准、还是以一般人为标准时,以行为人为标准的学说为“主观说”;以一般人为标准的学说为“客观说”。在此问题上,刑法客观主义者往往采取“主观说”;刑法主观主义者则常常采取“客观说”。但是,当回答作出判断是以主观内容为基础还是以客观内容为基础时,主张根据客观事实进行判断的学说为“客观说”;主张根据主观内容进行判断的学说为“主观说”。在这种情况下,刑法客观主义者一般采取“客观说”;刑法主观主义者通常采取“主观说”。^[10]

例如,在确定注意义务之有无时,刑法客观主义倾向于主观说(行为人标准说),而刑法主观主义则选择客观说(一般人标准说)。此处所谓的“主观说”与“客观说”与刑法主观主义和刑法客观主义显然没有直接对应关系,其主观与客观是就讨论具体问题时以何种标准判断行为人是否能够尽其注意义务而言,即讨论的是判断基准问题,而非刑法主观主义和客观主义就价值判断对象(行为或者行为人)进行表态。

再如区分着手实行与犯罪预备的界限,历来有主观说和客观说的对立,但是有的刑法客观主义者赞成主观说(行为者的犯罪意思,依其外部行为已经能够识别就是着手,可以与犯罪预备相区别),也有一些刑法主观主义者赞成客观说(实行构成要件事实之一部分为着手)。

在本书中,一般来说,我只讨论作为基本立场的刑法客观主义和主观主义,而对分析具体问题时的主观说与客观说尽量不涉及。

三、本研究的创新之处

虽然日本学者对刑法客观主义和主观主义已经作了相当多的研究,但是,这些研究似乎都是按照某一种固定的理论套路进行的,大多从贝卡利亚谈起,终至李斯特,只对他们的刑法思想进行简单的归纳。这种近乎千篇一律、平铺直叙的研究在深度上自然有限,难以令人满意。

在本书中,我尽量避免走这种研究老路,从而追求在某些问题上实现超越。具体而言,我在以下三个问题上与以往的研究有着明显的不同,这也是我自认为本课题的研究有创新、有价值的地方:

[10] 参见张明楷:《刑法的基础观念》,中国检察出版社1995年版,第375页。

第一,对刑法客观主义、主观主义与法治的关联性详加探讨,尤其从刑法客观主义与社会治理策略调整的关系的角度,重新认识客观主义立场的历史意义。既然法治与时代背景有关,反法治的做法也与时代背景有关,那么就不能对刑法客观主义的发展史、兴衰史作平面的观察。在社会学方法的视野中,法治与资本主义的兴起紧密地联系在一起。市民阶级的兴起、社会契约理论的出现、罗马法的复兴以及法典编纂运动无疑都是考察现代法治在西方的兴起所必须关心的,法治的兴起往往被看作是多元集团相互争夺与妥协的产物,^[11]或者是教会的法律体系与世俗的法律体系相互争夺的结果。而在刑法学的知识视野内,法治究竟又与什么因素有关?刑法学如果采取主观主义的态度为什么就会冲击传统的法治理念?在中国刑法的立法、司法制度中,如果要确立一种法治立场,应该有何种具体的姿态?对这些问题如果不作出详尽的探讨,刑法理论的深化就是难以进行的。

第二,用相当的篇幅对刑法主观主义将“科技理性”趋向大量引进刑法领域所导致的法治危机作了仔细的研究。在这个问题上,以往的研究有所涉及,但是,大多是寥寥数语,既不全面,又不深入,我在与法治有关联的层面讨论这些问题,得出了应当警惕刑法学的“知识客观化”趋向这一有意义的结论。

第三,结合司法程序的特质讨论刑法中的“立场”定位问题。法治的问题从来都与程序问题有关,讨论刑法客观主义必须注重研究程序运作的实态。在本书的第三编,我就刑事司法程序的价值选择与刑法客观主义的关系作了分析,从而指出,刑法立场的确立必须考虑司法实践的实际需要,脱离司法程序的性质建构貌似合理、实际上无法操作的“乌托邦”式刑法理论体系并无实际意义。

四、研究方法及其相关问题

以往的相关研究的最大特色是从平面的而非历史的角度进行的,只

[11] 参见[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第60页。

对刑法主观主义和客观主义的对立作“图表列举式”的说明,这种分析的优点是思路清晰、简单明了。但是,存在着研究根基是否牢靠、是否夹杂着研究者的臆想这样的疑问。

我的研究在对刑法客观主义和主观主义的立场作平面描述的同时,试图竭力避免以往研究的弊端,紧紧结合理论形成的历史条件和时代特色来讨论问题,使理论研究具有立体感和丰富性。

我在本书中主要不是简单地揭示学派中的各种对立,这方面的工作日本学者已经做得相当出色。我的主要意图是从法治的切入点出发,讨论刑法客观主义和主观主义与法治立场之间的“离”与“合”的关系,进而探讨与法治立场有亲和性或者拒斥法治立场的刑法观点对于社会 and 个人的影响,并对中国刑法的未来发展作一些大致的勾勒。

此外,从讨论刑法论争的本体理论出发,但是超越学科樊篱作深层次研究,是我着手设计本项目时的基本想法,在撰写初稿时我就比较注重贯彻这一基本思路。所以,对刑法客观主义和主观主义思想发展进程中所涉及的哲学、社会学问题,我都作了仔细辨析。在这方面,以往的研究做得很不够,刑法与特定历史条件下的社会治理之间的关系、社会学理论的客观化以及科学主义与刑法思想的结合所可能导致的刑法危机等问题,都被忽略了。我通过对这些问题的讨论,试图使对刑法客观主义和主观主义的评述能够达到一个新的认识水准。

关于这本书,还有这样一些问题需要事先说明:

第一,关于书名。为什么将本书取名为《法治视野中的刑法客观主义》而不命以“刑法中的学派之争”之类的名称?

刑法中的学派之争,涉及的问题太多,我的研究时间、精力、掌握的资料以及自身的能力等都有限,无法驾驭这样大的题目,所以只能舍而求其次:刑法客观主义问题主要是犯罪论立场的问题,涉及刑法对“行为”和“行为人”的基本态度,范围相对较窄,问题也比较集中;而且,最为重要的是,对于刑法学派论争,不能只看到各个学派形式上的区别,而必须看到学派背后国家观、刑罚观的重大差异,^[12]刑法的客观主义取向的确立对

[12] 参见[日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第12页。

于中国刑法的未来发展具有相当重要的意义。

第二,为什么要专门讨论刑法主观主义问题?

由于绝对真理并不存在,所以,刑法客观主义内部蕴含着许多其自身无法克服的矛盾,很多时候贯彻这种理论,在高涨的犯罪浪潮面前,刑罚惩罚的力度显得过于软弱,在这种情况下,刑法客观主义的对立面开始出现。刑法客观主义对于保障个人自由和权利是有意义的,但是作为理论构架来说,刑法客观主义又是因为刑法主观主义的存在才显得有意义。没有与刑法主观主义的反复较量,刑法客观主义难以独善其身,难以形成今天的理论格局。所以,就像社会中有精神病人存在,正常人的存在才能得到认识、才凸显其特质一样,刑法客观主义的价值因为有主观主义的反面衬托才被人们所认识。

此外,我在本书第一章讨论刑法客观主义之后,第二章紧接着讨论刑法客观主义的反对派(刑法主观主义),这样的研究方法不是我的独创,主要是受了经济学著作写作方式的启发。在晏智杰教授所著的《古典经济学》一书中,其第一章讨论古典经济学思想,紧接着就研究古典经济学的反对派,^[13]我认为这样的分析方法有一定的道理,故将其加以借用。在我看来,刑法客观主义和主观主义只是刑法学中犯罪论基础这样一个基本问题的两个侧面,它们是刑法思想家们从不同的方向对犯罪论进行精心“打磨”所得到的结果,展示问题的某一方面,问题另一面的意义就可能看得更为清楚。所以,讨论刑法主观主义问题并不与“法治视野中的刑法客观主义”这样的命题相悖。

第三,为什么要讨论刑罚观念和制度中的一些问题?

刑法主观主义和刑法客观主义两派的对立,主要表现在犯罪论方面,刑法客观主义承认自由意志、理性人、行为实在性;刑法主观主义承认环境、自然、素质对个人的决定性、危险个人、行为的危险性。一般的看法或许会认为,既然是以“法治视野中的刑法客观主义”为研究重点,那么,只讨论刑法主、客观主义在犯罪论中的对立就已经足够了。

但是,在刑法中采取主观主义还是客观主义的态度,最终的结局是对

[13] 参见晏智杰:《古典经济学》,北京大学出版社1998年版,第241页以下。

法治国原理、自由主义和刑法的人权保障功能的尊崇和重视程度不一,所以,两派在犯罪论上的对立,其影响是极其深远的。基于刑法客观主义的立场,在责任论方面必然选择道义责任论、行为责任论;在刑罚论方面,则倾向于报应刑主义和一般预防论。立足于刑法主观主义的立场,在责任论方面会主张社会责任论和性格责任论;在刑罚论方面选择防卫社会的目的刑论和特别预防主义。正是由于刑法客观主义与刑罚论的紧密关联,日本学者吉川经夫才认为,刑法理论的对立,是基于旧派报应刑论基础上的客观主义理论与基于新派目的刑论的主观主义刑法理论之间的对立。^[14]

所以,犯罪论的态度不同,刑罚立场就不同:刑罚思想、制度选择以及实践模式自然就不同,反过来,这又强化了犯罪论中的主观主义或者客观主义的理论定位,所以,犯罪论立场和刑罚论问题是唇齿相依的关系。不过,我的讨论并没有将刑罚论问题作为重点,只是在讨论其对于刑法客观主义的正面支持作用或者反面抵制作用时有所涉及。

第四,为什么对刑法中一些具体问题的解释讨论较少?

刑法客观主义和主观主义作为刑法中的指导性观念,它们对于犯罪论、刑罚论和罪刑各论的影响都是根本性的,所以,在讨论刑法学派之争时,对于具体的刑法解释论中的问题应该有所涉及。但是,我的这项研究属于清华大学资助的《依法治国基本理论问题研究》这一总体项目中的一个子课题,考虑到与总项目的协调、讨论的问题应当尽量与“法治”这一宏大背景有关联等原因,以及时间和能力等的限制,对具体刑法问题的解释论研究只得容让另纸。

[14] 参见李海东主编:《日本刑事法学者》(下册),法律出版社1999年版,第97页。

第一编 刑法客观主义与 法治观念的契合

——主要基于“抽象性问题”的研究

第一章 刑法客观主义的 基本观念：抽象性

19 世纪末以来的欧陆刑法学,存在着旧派(刑事古典学派)、新派(刑事实证学派)的对立。它们在犯罪论、刑罚论以及罪刑各论方面都存在着较大的差异,其所产生的影响延续至今。

在刑法学旧派出现以前,欧洲封建主义刑法主张刑罚是对过去的恶行的当然报应。这一时期的刑法从总体上看,具有以下特征:(1)恣意性。犯罪及其惩罚都由司法官员任意决定,罪刑关系的明确性、稳定性丧失,公民个人对自己行为的性质没有办法预测。(2)干涉性。刑法过分干涉个人生活领域,对本应由道德调整的事项,刑法有时出面进行处理,法与伦理不分,公民的自由受到过度限制。(3)身份性。刑法根据个人身份进行适用,身份低贱者受刑法追究的可能性远远大于身份高贵者,法律面前人人平等的原则不可能实现。(4)残酷性。刑罚执行方法多元化,刑罚人道主义观念受到排斥,死刑及其他重刑大量使用。针对封建刑法的上述特征,刑法学旧派展示了自己主张:针对罪刑擅断,提出罪刑法定主义;针对刑法的身份性,提出刑法面前人人平等;针对刑罚残酷性,提出刑罚人道性,以限制死刑的适

用;针对干涉性,提出法律与道德的分离。^[1]

刑法学旧派的哲学依据是启蒙思想和理性主义,其在18世纪初到19世纪中期之间的欧洲,发挥着重大影响。

刑法学上的古典学派(旧派)一直偏倚于赋予犯罪行为本身基本的、独立的意义,重视行为及其在客观上所引起的实害,肯定犯罪事实的重要性,认为对于犯罪的处罚,应当与其所引起的实害大小相对称,所以,又被称为行为主义、现实主义、犯罪主义或者客观主义。换言之,古典学派将行为的外部事实(行为、结果以及客观的社会损害性等要素)作为刑法评价的重点,所以,是以行为为中心确立了其理论构架。^[2]

发轫于启蒙思想的刑事古典学派对刑法学各方面的问题都给予了充分关注,其中的刑法客观主义立场^[3]更是为刑法学的整体发展提供了契机。但是,事实上,刑法客观主义理论饱受一个所谓的“抽象性”问题的困扰。如何对待抽象社会中抽象人的抽象行为一直是刑法客观主义视野中一个若隐若现而又纠缠不清的核心问题。然而,刑法客观主义立场中的抽象性理论究竟意味着什么,具有方法论或认识论上的何种意义,基于抽象性理论会有何种刑法本体论上的选择,这种选择与法治理念有何关联等,却一直为刑事古典学派及今天研究刑法学思想的学者们有意或无意

[1] 参见[日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第5页。

[2] 学者指出,在刑法学中长期以来存在着行为刑法和行为人刑法之争。行为刑法和行为人刑法的区分,就是客观主义和主观主义之区分。参见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第63页。

[3] 一般来说,刑法学旧派(刑事古典学派)整体上是以行为主义(Tatprinzip)、客观主义立场为前提而建立的。不过,刑法客观主义与刑事古典学派理论并不能绝对地等而视之。前者主要在犯罪论部分讨论,后者涉及刑事法律观念与制度结构的各个方面,其所蕴含的内容要广于前者。此外,还有一些特殊情况需要注意,例如,也有自视为立于刑法古典学派的立场而重视犯罪人意思的德国纳粹时期的“意思刑法”。不过,由于客观主义立场对刑法学中犯罪论、刑罚论都有深刻影响,刑事古典学派整体上是在客观主义的立场上建立起来的,刑法客观主义与刑法学旧派又有相当程度的一致性,二者可以置换。但是,由于部分刑事实证学派学者(最为特殊的是李斯特)在犯罪论部分赞成刑法客观主义,因此,虽可以说所有的刑法主观者都归属于刑事实证学派,但不能反过来说所有的刑事实证学派学者都是刑法主观主义者。不过,旧派和刑法客观主义之间可以画等号,刑法主观主义“通常”与刑事实证学派之间具有内在关联性、同一性的说法是成立的。参见[日]藤木英雄:“刑法中的学派对立”,载藤木英雄、板仓宏编:《刑法的争点》(新版),有斐阁1987年版,第7页;[日]大塚仁:《刑法における新・旧两派の理论》,日本评论社1957年版,第66页;以及[日]植松正、日高义博等编:《现代刑法论争I》,劲草书房1983年版,第1页。所以,在本书中,出于行文的便利等考虑,一般来说,我在刑事古典学派等同于刑法客观主义、刑事实证学派基本上等同于刑法主观主义的意义上使用这四个概念。

地忽略。

一、刑法客观主义理论的谱系

刑法客观主义理论,是对旧刑法思想的否定,是以摆脱法国 1789 年大革命以前旧的封建思想束缚,由贝卡利亚所开创,以康德哲学为指针并以费尔巴哈以来的德国刑法学为基础所具体地、逐渐地形成的刑法学流派。^{〔4〕}

梯利曾经指出:

十八世纪的哲学不仅反映那个时代的奋斗情况,而且影响人们的行动……尊重人类理性和人权几乎是一切近代哲学思想的特征,这在十八世纪普遍流行;人性、善意、天赋人权、自由、平等和博爱等脍炙人口。^{〔5〕}

从总体上看,刑法客观主义是在 18 世纪末市民社会不断发达、启蒙思想家所倡导的自由主义哲学和政治理论具有空前影响力的宏大时代背景下的产生的,是建立在人道、自由和合理的基础之上的系统理论。但是,其内部不是铁板一块,有前期旧派和后期旧派之别,各自的刑法思想存在不小差异:前期旧派刑法理念是建立在黑格尔以前的个人主义、自由主义基础之上的启蒙主义刑法理论,其代表者是贝卡利亚、费尔巴哈、边沁等;而后期旧派的刑法思想则奠基于国家主义的政治观、刑法观之上,其代表人物是宾丁、M. E. 迈尔等。

(一) 前期旧派的刑法客观主义思想

承认抽象人的意志自由,坚持合理主义的一般预防论,重视罪刑均衡性是前期旧派思想中的核心命题。

现代欧洲的刑法思想源自 18 世纪法国的启蒙运动哲学思潮,其代表人物是孟德斯鸠、伏尔泰、狄德罗等人。他们为反对日益没落的专制制度及其专横、残酷的刑法制度进行了不懈斗争。可以说,没有启蒙思想,就

〔4〕 参见〔日〕大塚仁:《刑法における新・旧两派の理论》,日本评论社 1957 年版,第 4 页。

〔5〕 〔美〕梯利:《西方哲学史》,葛力译,商务印书馆 1995 年版,第 421 页。

没有近代刑法理念的发展。

我们最初从词源学角度听到“启蒙”这个单词时,它是气象学上的一个比喻。这个概念的基本的词源性含义表示这样一种希望:在经过黑暗和阴霾的时期之后,天空最终会变得晴朗、明亮和清澈。光的比喻正在日益被世俗化,而它的渊源可以追溯到古代,包括当时的“超自然之光”。正如天空变得晴朗一样,理智也应该清澈明晰,而信仰、启示和超自然的光亮不应该再起任何作用……“启蒙”是近代反对那些把一切都混淆成一团迷雾的模糊观念的斗争观念。最后,这个概念成了一个时代的名称。18世纪启蒙运动的自我解释涉及一种被比喻为光的理性,这种理性主动“照亮”了世界。康德在《70年代人类学讲座》的草稿中有这样的记载:“一个被照亮的(经过启蒙的,需要清晰概念的)时代,一个清晰的(经过启蒙的)头脑。”〔6〕

深受启蒙思想影响的贝卡利亚(Cesare Beccaria, 1738 ~ 1794)在其1764年出版的《论犯罪与刑罚》中将近代刑法的基本思想逐步加以展开。他所提出的罪刑法定、罪刑均衡、刑罚轻缓化、身份刑罚的废止,明显受孟德斯鸠三权分立理论和卢梭社会契约论的影响。卢梭认为,自然状态是一种理想的黄金时代,人们享受着自然的自由和平等。如果说存在不平等,那是自然的不平等,而政治的“不平等在自然状态中几乎是人们感受不到的”〔7〕但是,私有制的产生使人类进入了不平等阶段,导致了财富悬殊的经济不平等;官职的设置,导致了强弱之间的政治不平等。要使人们重新获得平等和自由,就必须寻找新的结合形式,这就是社会契约的政治协议。基于这一理念,个人在订立契约时不得不放弃一些权利,从而获得公民权利;国家权力的存在是基于社会成员的同意,国家必须更好地保

〔6〕 [德]曼弗雷德·盖尔:《康德的世界》,黄文前等译,中央编译出版社2012年版,第178页。

〔7〕 参见[法]卢梭:《论人类不平等的起源和基础》,李长山译,商务印书馆1996年版,第109页。

障个人的权利和自由而不是相反。^{〔8〕}

对此,穆勒指出:

所有的社会成员达成了—个契约,一致允诺遵守法律,并同意若有违法的举动则甘受惩罚,由此使得立法者拥有了一项订约前原本没有的权力,即可以为了社会成员自己的利益或社会的利益对社会成员进行惩罚。^{〔9〕}

按照社会契约论的逻辑,罪犯是一个社会内部的敌人,“是一个社会中破坏理论上推定的社会契约的个体,这种想法在犯罪和惩罚理论的历史上是一个全新的和至关重要的定义”。^{〔10〕} 贝卡利亚从社会契约论出发,认为人的权利与生俱来,国家通过公民让渡的最小限度的权利组成国家权力,刑罚权就是其中的一种权力。刑罚权既然来源于个人,就应当有所节制,“应当限制在维持市民生活安全所必要的最小限度内”,^{〔11〕}而不能过度、任意地行使。应当受到惩罚的,是个人的行为。行为及其社会危害性是刑罚发动的唯一根据。他针对当时欧洲死刑泛滥的状况,提出了废除死刑的主张,此外,他还基于理性主义立场,系统阐述了自己对罪刑法定、罪刑均衡原则、一般预防论的看法。贝卡利亚明确提出,犯罪应以对于社会的损害为尺度,而非以犯人的意思为准;刑罚的本质是一般预防而非报应,刑罚权只能在社会契约的范围内行使,在确定惩罚量时,犯罪人个人的身份、性格等在所不问,应当平等地被科刑。贝卡利亚刑法学的基本特色是犯罪论部分的客观主义和刑罚论部分的相对主义。

近代刑法学的创始者费尔巴哈(Anselm V. Feuerbach, 1775 ~ 1833)在18世纪末19世纪初提出了刑罚法规的威慑性是刑法出发点的思想,并在罪刑法定主义、心理强制说(psychologische zwangstheorie)的基础上将一

〔8〕 参见〔法〕卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第23页。

〔9〕 〔英〕约翰·穆勒:《功利主义》,徐大建译,上海世纪出版集团2008年版,第57页。

〔10〕 〔法〕福柯:“真理与司法形式”,强世功、孙小佳译,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第15卷),中国政法大学出版社2004年版,第481页。

〔11〕 〔日〕西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第16页。

般威慑论的思想加以展开。

费尔巴哈的主要刑法观点是:(1)权利侵害说。费尔巴哈按照康德哲学中法和道德严格加以区分的思想,犯罪是侵害他人权利的行为,是一种违反法律的行为,而不是违反道德的行为。在欧洲中世纪,统治者很少思考刑罚权的正当性问题,与大多数人的信仰、道德背离的行为,不但被评价为违反善良风俗的行为,同时也常被当成是可罚的犯罪行为,处以严厉刑罚。例如,在中世纪被烧死的异教徒就不计其数。^[12] 而要避免这样的悲剧重演,按照费氏的设想就是:仅仅违反社会伦理规范的行为,因为缺乏权利侵害性而不成立犯罪,所以,法律应该与道德相分离。应当受到惩罚的不是邪恶的内心,而是表现于外的侵害行为,只有这样才能限定惩罚的范围。在这个意义上,法和伦理应该峻别,唯其如此,才能排除中世纪刑法的“干涉性”。(2)罪刑法定原则。与贝卡利亚一样,费尔巴哈也深受社会契约论的影响,认为国家是为保障个人的相互自由、实现法的状态而存在的。基于社会契约论,体现民众意志的立法机构应当根据民众的约定制定明确的刑罚法规并颁行,没有事先晓谕的法律就不能对行为定性更不能施加惩罚,这就是“没有法律就没有刑罚也没有犯罪”(nullum crimen, nulla poena sine lege)的罪刑法定思想,通过贯彻该原则,可以防止法官的恣意性。(3)心理强制说。费尔巴哈认为,刑法要告知人犯罪之害,通过预告犯罪后可能承受的痛苦来指引人选择合适的行为,同时避免严酷的刑罚,从而排除中世纪刑法的身份性、苛酷性。在费尔巴哈看来,成文刑法的好处是能够实现一般预防的作用,因为个人都有其独立人格,是一种理性存在物,能够进行利弊比较和计算(功利主义),只要成文刑法是合理的、容易理解的,个人就可以在实施一定行为以前进行(受刑的)痛苦和(犯罪所得的)快乐的大小比较,然后在发现刑法预告效果的严酷性之后,自愿选择不去犯罪,这样,刑法的一般预防效果就实现了。^[13] 换言之,费氏认为,任何个人都有进行利弊比较的能力,在发现犯罪所得与惩罚之间的不均衡(即使比较轻微的犯罪也会受到严厉惩罚,因犯罪而得到

[12] 参见林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,第7页。

[13] 参见[日]庄子邦雄:《近代刑法思想史研究》,日本NTT出版株式会社1994年版,第20页。

的利益小于他所失去的自由、财产)时,刑法对个人心理的强制作用就会显现出来,个人就会放弃犯罪的邪念,从而遵守规范。

对于心理强制,费尔巴哈明确指出:

如果要防止违法,那么,除了身体强制以外,还必须有一个在违法结束前业已存在的国家的强制,在每一种情况下这种强制都会发挥作用,而不取决于对可能发生的违法是否了解。这样的强制唯有心理强制。^[14]

费尔巴哈在其 1801 年撰写的刑法学教科书中,第一次系统提出了德国刑法学的基本概念,其影响一直延续到今天。费尔巴哈通过刑法保障个人行动自由的主张,深受早期资本主义的自由主义的影响,对法治国的理想孜孜以求。在方法论上,费尔巴哈深受同时期的古典经济学的影响,把罪犯看作会算计的理性人,对犯罪和惩罚放到平等的市场行为中理解。犯罪是个人通过刑法来算计、选择行为;刑罚是犯罪的应得报酬,犯罪刑罚之间存在等价关系。费尔巴哈试图通过对经济学观念和方法的借用来保障个人自由,限制刑罚权的发动。^[15] 费尔巴哈所主张的古典刑法观对 1810 年拿破仑刑法典,以及此后欧洲的刑法制定有现实影响,在立法上颠覆了中世纪刑法。1813 年,费尔巴哈还亲自制定了《巴伐利亚州刑法典》,将罪刑法定原则明确规定在其中。该法典后来称为 1871 年《德意志统一刑法典》的蓝本,随后又被欧洲各做所继受、效仿。在整个 19 世纪前半期,费尔巴哈的理论在德国刑法学占据绝对支配地位;近代刑法学理论受到费尔巴哈刑法思想的深刻影响。正是由于费尔巴哈的上述重要贡献,他成为近代刑法思想的奠基人,被誉为“近代刑法学之父”。

边沁(Jeremy Bentham, 1748 ~ 1832)也是前期旧派的代表性人物。他认为,功利是给利益相关者带来实惠、好处、快乐、利益或幸福,是“快乐本身以及痛苦的解除”。^[16] 功利主义的自由主义是 19 世纪自由主义的主

[14] [德]费尔巴哈:《德国刑法教科书》(第 14 版),徐久生译,中国方正出版社 2010 年版,第 28 页。

[15] 参见[日]平野龙一:《刑法总论 I》,有斐阁 1972 年版,第 7 页。

[16] [英]约翰·穆勒:《功利主义》,徐大建译,上海世纪出版集团 2008 年版,第 6 页。

要潮流,以边沁的“最大快乐原则”为代表。边沁认为,最大快乐原则是一个行为、一个机构或一项社会制度的唯一的和最高的原则。一个人必须毫无偏见地考虑获得的快乐或受到的痛苦的数量,强调人与人之间的平等或者公正。^[17] 一切法律所具有或者通常应具有的一般目的,是增长社会幸福的总和,因而首先要尽可能排除每一种趋于减损这幸福的东西,亦即排除损害。政府有义务通过赏罚来促进社会幸福。要做到这一点,刑法就必须明确,就必须实行罪刑法定。“使犯人承受痛苦是正当的,因为这是为了获得更大的利益,即改善社会福利或幸福所必需的。”^[18] 由于所有的惩罚都会造成负面效果,所以,惩罚本身都是一种恶。根据功利原理,如果一种惩罚应当被允许,那只是因为它有可能排除某种更大的恶。一项行动越趋于破坏社会幸福,越具有有害倾向,它所产生的惩罚要求就越大。在确定惩罚时,需要考虑行为及其有害的后果。^[19] 边沁坚持刑法客观主义,认为犯罪是一切基于可以产生或者可能产生某种罪恶的理由而人们认为应当禁止的行为。^[20] 边沁和费尔巴哈一样,也坚持以心理强制说为基础的一般预防论。

惩罚的首要目的是防止发生类似的犯罪。过去发生的毕竟只有一个行为,而未来则未可限量。已经实施的犯罪仅涉及某一个人,类似的犯罪将可能影响整个社会。^[21]

但是,边沁强调,仅仅为了威吓犯罪人而处罚还不够,对受刑人,为了防止其再犯,还必须进行必要的教育和矫正措施。^[22] 同时,在惩罚无理由(如行为未造成任何损害)、无效(不可能起到防止损害的作用)、无益

[17] 参见袁祖社:《权力与自由》,中国社会科学出版社2003年版,第63页。

[18] [美]弗莱彻:《刑法的基本概念》,蔡爱惠等译,中国政法大学出版社2004年版,第39页。

[19] [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第123页。

[20] 参见[英]边沁:《立法理论》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第286页。

[21] [英]边沁:《立法理论》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第322页。

[22] 参见[日]大谷实:《刑法总论》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第15页。

(惩罚会造成的损害将大于它防止的损害)、无必要(即损害不需要惩罚便可加以防止或自己停止,亦即以较小的代价便可防止或停止)的情况下,不能对被告人适用刑罚。^[23]

以贝卡利亚、费尔巴哈、边沁等人为代表、具有浓厚启蒙主义色彩的前期旧派的刑法思想,归结起来就是:^[24]

第一,赞成自由意志论、非决定论。前期旧派主张,人是可以自我决定的,人是有理性的,可自由选择行为方式。“每一个人,只要没有彻底变成野人,就都具有能够进行认真的思考和判断的发达的道德意识。”^[25]“那种可以由纯粹理性决定的选择行为,构成了自由意志的行为。”^[26]在本来可以选择适法行为的情况下,却倾向于选择违法行为,并最终没有形成反对动机,这充分说明了行为人在道义上是值得谴责的。

前期旧派的上述观点,和当时的古典自由主义一脉相承。古典自由主义以理性主义的眼光审视人,认为每个人都具有充分的理智水平和自治能力,能够在多样化的世界里进行选择、并获得自由,发挥其个性,操纵自己的命运,从而强调个人自由。对此,哈耶克(Hayek)指出:

由基督教和古典哲学提供基本原则的个人主义,在文艺复兴时代第一次得到充分的发展,此后逐渐成长为我们所了解的西方文明。这种个人主义的基本特点,就是把个人“当做”人来尊重,也就是承认他在自己的范围内,纵然这个范围可能被限制得很窄,他的观点和爱好是至高无上的,也就是相信人应能发展自己个人的天赋和爱好。^[27]

第二,肯定罪刑法定,坚持刑法客观主义。前期旧派强调罪刑法定主义,认为刑法是对现实的、客观的、外在的行为本身的评价。刑法惩罚的

[23] 参见[英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第127页。

[24] 参见[日]山中敬一:《刑法总论I》,成文堂1999年版,第25页。

[25] [德]曼弗雷德·盖尔:《康德的世界》,黄文前等译,中央编译出版社2012年版,第235页。

[26] [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第13页。

[27] [英]哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅等译,中国社会科学出版社1997年版,第21页。