

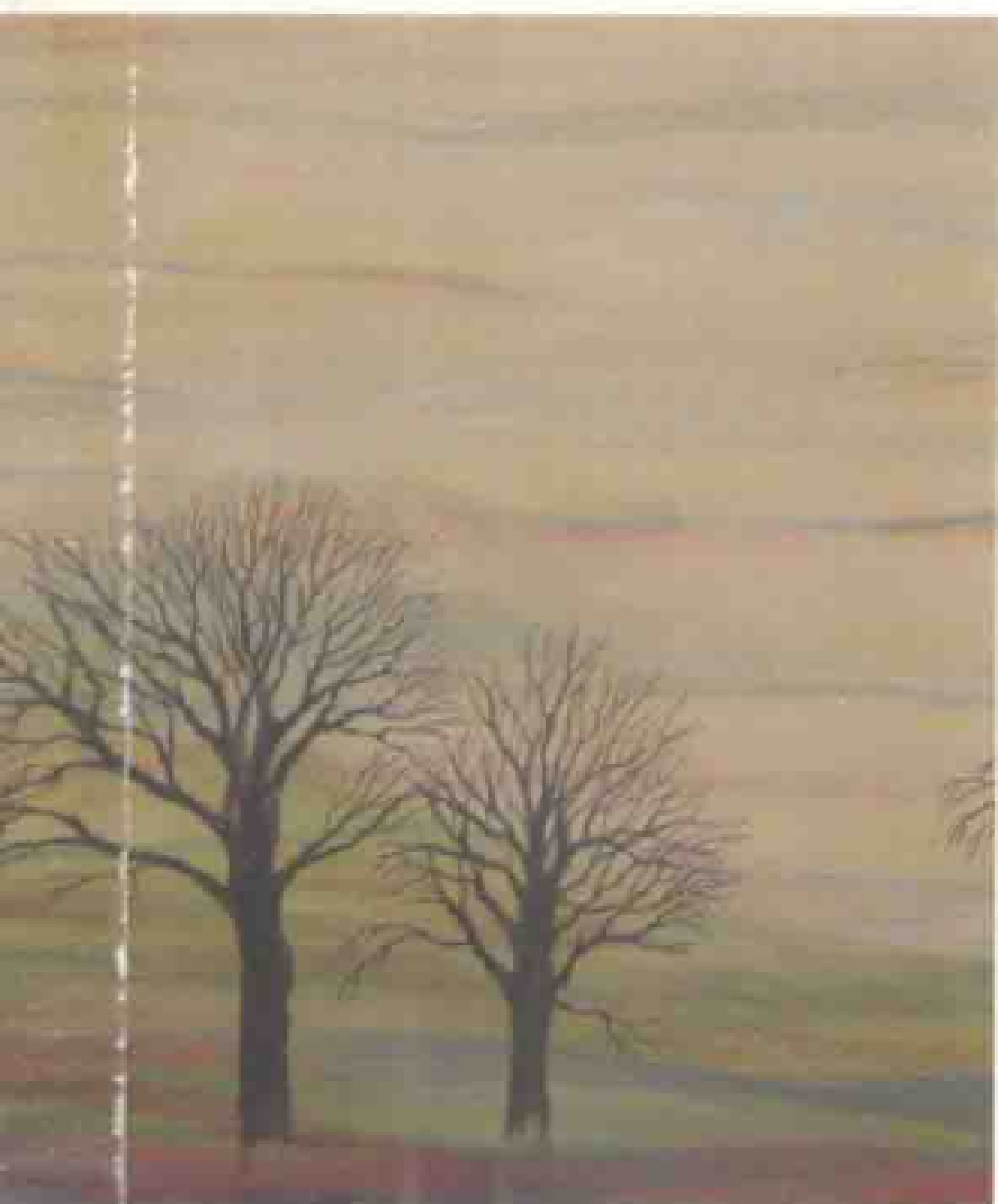
刑法学的向度

——行为无价值论的深层追问

(第二版)

周光权 著

中国刑法学派研究系列之三



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

为了保护个人的人身、财产权利，以及与此相关的其他重大权益，刑法就必须守护定着于社会中的大量规范。实施某种行为，根据社会中所存在的标准行为准则，被认为是违反该行为准则进而造成了法益损害时，就是犯罪。刑法的真实用意是通过难以察觉的权力运作来证实规范的有效性和不可侵犯性，确保每个人都能够维持一种有秩序的生活，并把个人塑造成规范意识主体。那么，促进公众的刑法规范认同感，围绕“规范违反说”来建构犯罪论和惩罚理论，就是当前中国刑法学的基本向度。

根据规范论，作为惩罚对象的人必须是规范意识主体；作为惩罚前提的犯罪成立理论必须同时结合规范违反和法益侵害来建立；惩罚正当性必须从对行为规范有效性的证明中获得。

本书围绕“规范意识主体”“行为规范违反说”“规范确证”等范畴建构了一套完整的刑法思想体系。

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. 《刑法学的向度：行为无价值论的深层追问》（第二版）
4. 《行为无价值论的中国展开》



法律出版社官方微信

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 978-7-5118-6120-7



9 787511 861207 >

定价：48.00元

刑法学的向度

——行为无价值论的深层追问

(第二版)

周光权 著

中国刑法学派研究系列之三



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法学的向度:行为无价值论的深层追问 / 周光权著.
—2版. —北京:法律出版社,2014.3
ISBN 978-7-5118-6120-7

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑法—研究 IV.
①D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第040577号

中国刑法学派
研究系列之三

刑法学的向度
——行为无价值论的深层追问

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 2014年5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 固安华明印业有限公司

印张 20.75 字数 316千

印次 2014年5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 978-7-5118-6120-7

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

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)。第十一届、第十二届全国人大法律委员会委员。兼任最高人民检察院公诉厅副厅长(2013 年 5 月起),以及北京市人民检察院第一分院等十余家司法机关专家咨询委员、专家顾问。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 年第 1 版,法律出版社 2013 年第 2 版)、《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 年第 1 版、法律出版社 2014 年修订版)、《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 年版)等个人专著 8 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 20 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 150 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。

中国刑法学派研究

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—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,前后之间存在一定的内在关联性。《法治视野中的刑法客观主义》(第2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。其中,《法治视野中的刑法客观主义》(第2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管之见。《刑法学的向度:行为无价值论的深层追问》(第2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”,而不是“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,最值得汲取的可能是: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

目 录

导 论 / 001

1. 刑法学面临的挑战 / 001
2. 刑法学研究范式 / 003
3. 刑法学的出发点和落脚点 / 007
4. 刑法学的突围途径 / 009
5. 公众刑法认同感的培植 / 014

第一编 主体的转向

第一章 “刑法人”的概念 / 021

6. “刑法人”的思想史地位 / 022
7. “刑法人”观念的理论背景 / 029

第二章 危险个体 / 034

8. 犯罪人概念的学科属性辨析 / 034
9. 犯罪人概念的思想史 / 036
10. “危险个体”何以登场 / 041

第三章 主体的分裂 / 049

11. 个人的身体、灵魂与司法技巧 / 049

12. 刑法对社会一般人的关注 / 071

第四章 规范意识主体 / 081

13. 中国刑法学中的犯罪主体观念 / 082

14. 犯罪主体观念的实践背离 / 088

15. 犯罪主体概念的整合:规范意识主体 / 092

第二编 规范违反说与犯罪论

第五章 社会的规范性 / 105

16. 规范的含义 / 105

17. 刑法规范与社会 / 124

18. 刑法规范如何导致秩序 / 135

第六章 刑法与规范化训练机制 / 141

19. 规范融入刑法领域 / 142

20. 规范化训练机制的转型 / 150

21. 通过法律的诱导何以会成功 / 156

第七章 规范违反说与犯罪论 / 166

22. 法益侵害说与犯罪本质 / 166

23. 规范违反说与犯罪本质 / 171

24. 规范论与犯罪成立理论 / 185

第八章 通过规范的双向沟通 / 203

25. 罪犯与社会的沟通 / 203

26. 社会与罪犯的沟通 / 212

第九章 中国社会的犯罪与规范违反说 / 225

- 27. 一般性描述 / 225
- 28. 塑造规范共同体 / 232
- 29. 维持规范有效性 / 234

第三编 惩罚与规范化诱导

第十章 关于惩罚的传统表述 / 245

- 30. 报应的核心:回溯与正义 / 245
- 31. 功利主义:手段与实效 / 252
- 32. 一体论的困境 / 254
- 33. 告别传统:可能与现实 / 259

第十一章 刑罚进化论批判 / 264

- 34. 刑罚进化的表象 / 265
- 35. 社会治理的需要与刑罚改革 / 270
- 36. 现代社会中用刑罚浇铸的祭坛 / 275

第十二章 惩罚与规范确认 / 281

- 37. 惩罚权力的运作机理 / 282
- 38. 通过惩罚确认规范有效性 / 287

第十三章 惩罚的无效与坚持 / 293

- 39. 惩罚的无效 / 294
- 40. 惩罚的坚持 / 298

主要参考文献 / 312

索 引 / 317

导 论

今天,罪刑法定、罪刑均衡等刑事法领域的法治化口号得到普遍认同,人们对普遍正义的目标孜孜以求。但是,刑法的真正动机始终是甄别个人,并以拯救“异种”人类的名义施加“个别化”惩罚,从而以极其隐秘的方式保全社会。从这一观念出发,以往关于犯罪观念的起源、刑法起源、惩罚的正当性以及一系列刑法话语在今天流行的特别方式,都需要仔细研究。在我看来,流行的各种解说尽管振振有词,但存在部分地偏离要害之虞,需要有新的言说方式来解释与犯罪有关的事情。这就是我写这本书的理由。

我要阐明的大致想法是,刑法的目标是通过难以察觉的权力运作过程来培育规范认同者,证实行为规范的有效性,坚定地捍卫规范,以保证人们能够过一种有意义、有秩序的生活,把个人培植成规范意识主体。那么,促进公众对规范的认同,围绕行为规范违反来建构犯罪论和惩罚理论,就是当前中国刑法学的基本向度。

1. 刑法学面临的挑战

现代社会层出不穷的智能犯罪、经济犯罪问题,

高犯罪率、累犯问题,法定犯的自然犯化问题等,都促使人们去反复考虑刑法对于个人和社会究竟有什么作用,社会如何能够娴熟地运用刑法并能够收到何种效果等问题。这可能是一个永恒的法律话题。

我们必须在社会的整体发展中寻求个人生存和发展的机会。社会能够供给我们需要的东西,同时多多少少地增进我们的福利,所以它对我们而言有着不同寻常的意义。但是,如果我们考察一下我们所知道的人类社会的历史,那就不能不产生一种失落感。虽然社会的主要目的是保障我们免于匮乏和陷入困境,但它带给人们的伤感、不满足感总是要多一些。人们无论何时都很容易遭受意外的灾害、疾病、残废、死亡以及饥饿等痛苦。

但是,威廉·葛德文指出,从物质世界中产生的弊害与由人所制造的犯罪(包括轻微的伤害、各种分散的犯罪以及战争这种最为巧妙和残忍的犯罪)比较起来,后者要严重和令人恐怖得多。“人的历史无非是一部犯罪的历史……在万物中,人乃是人的最可怕的敌人”。〔1〕

为了认真地对待犯罪现象,我们需要探究的真正问题时:社会为了宣称其存在,如何使用一系列高明而隐秘的技巧“诱使”公众信赖刑法,公众又会基于何种利益促成自己对规范的信赖感,使规范成为其生命中有意义的一部分,或者内化为个人的生活方式?此外,我们应当在何种层面上把握惩罚的技术,同时使其保持持久的效果。

卢梭曾经一针见血地说过:“人……无往不在枷锁之中”。〔2〕后来的很多哲学家如叔本华、尼采等都表达过同样比较悲观的观点。福柯甚至指出,个人既是权力之源,又承受权力的倾轧,自由对人而言,乃是奢侈之物。

我的研究就是秉承这一思路进行的。在我看来,人渴望自由,并且在为获得自由进行着无穷无尽的努力。但是,这种辛劳很难获得成功。有很多力量对人的行动自由乃至思想自由施加控制,可以说,个人挣脱羁绊的力量越大,他就被权力网络捆得越紧,他所承受的约束力就越大。

〔1〕 [英]威廉·葛德文:《政治正义论》(第1卷),何慕李译,商务印书馆1997年版,第6页。

〔2〕 [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1982年版,第8页。

刑法就是这么一种约束人的力量,它是一种必要的“恶”。有刑法存在的地方,人们普遍地会感到不自由,但是,人们又无法抛弃这种制度。在我看来,刑法是社会用来敷理、治疗内在于自身的毒瘤的“鸦片”。作为既能疗伤,又有巨大副作用的社会“鸦片”,刑法规范的运作与社会的“康复”之间的良性互动如何才能更好地达成,一直是我所关心的问题。换言之,涉入刑事程序关注焦点的人性的条件究竟是什么?

而这个问题的中国版本就是:生活在规范化社会中的人,如何会踏入万劫不复的犯罪领域,我们如何才能依据一定的规范更为公正和妥当地惩罚那些特殊的个人?前一个问题强调个人的犯罪与刑法规范在哲学上的关联性;后一个问题则引申出对犯罪的集体谴责和国家惩罚的法哲学和政治哲学命题。由于刑法是法律和哲学的话语交织的场所,所以,刑法学中能够通过哲学讨论的部分是有限的。

在本书中,我主要讨论的是秩序、行为规范与犯罪、惩罚之间的关联性,以及刑法在社会中的意义、运作可能、命运等基本的问题。我的基本立场是:规范必须被捍卫。

2. 刑法学研究范式

以往的刑法学著作对刑法应当如何组合以对付犯罪、回应社会的需要进行了系统的表述,但是,在很多方面做得并不够。一般认为,有犯罪发生,刑法才登场。但是,仅以法益侵害或者威胁论定犯罪本质真的有道理吗?以结果论罪的立场主宰刑法学领域已经很长时间,是否有必要修正?法益侵害说的话语是否因为其过于宏大而仅仅是一个“虚假”的命题?

所以,有必要重新思考规范本身,以及社会在利用刑法实施治理时,应当怎样才能使规范“深入人心”。当我试图给予刑法的本质、功能以及与社会关联性以反思性关注时,我知道这与哲学上的思考有关。对这些问题,我们一直缺乏整体性思考,刑法学研究总体上停留在“教科书模式”阶段。

刑法学研究可以划分为三个范畴:首先,刑法是历史过程中的一部,是社会现象的一种,这是刑法的事实性。认为刑法的存在与发展,都有其内在固有的法则,探求这种刑法事实性的学问体系包括刑法史学、刑法社会学、比较刑法学、比较刑法史学等;其次,刑法是国家生活规范或裁判规范,具有规范性特征。探讨这种规范性的学问体系是为了规范刑法学或刑法解释学,它们解释一般所谓的刑法条文的含义、刑法原理等;最后,刑法是宇宙间万象交错中的一个环节,与人类的生活态度有关。探求这个范畴的学问体系属于刑法哲学、(广义的)刑事政策学的范围。尽管各种刑法理论的侧重点不同,但刑法的事实性、规范性和哲学性的研究是互相统一的,是刑法学研究一体之不同侧面,缺一不可。三个学问体系有三个不同的研究重心,本质上是相对的,不是绝对的。因而,从纯粹知识论的角度看,完整的三面缺一就是破碎的学问。合理的刑法学研究,应当试图打通各种刑法研究思路和范式之间的隔膜。

目前的中国刑法学研究,形成了三种进路:(1)研究中国刑法规定(刑法典、刑法修正案以及司法解释)的适用问题。但这些研究大多停留在表面:例如罪与非罪的界限;此罪与彼罪在主体、客体上的区别等。研究实定法以确保司法的准确适用,原本是非常严肃和重要的工作。但是,现有的主流研究,总是回避一些最为基本和复杂的问题,例如抢劫、敲诈勒索、绑架罪的区别,盗窃罪、诈骗罪的界限,财产犯罪中的“非法占有”概念等。任何人都不会否定对实定法规范进行研究的意义,中国的司法实践也迫切需要有深度、切合实际的理论。但是,现有的研究似乎应当做得更为精巧,才能达到良好的效果。(2)比较研究。对中国和外国刑法进行比较研究,从中得出有益的结论,这也是重要的研究方法,国内学者对刑法中的认识错误理论、未遂犯论的研究,都做得很好。但是,中国的多数比较研究的深度有限,例如仅仅对海峡两岸、澳门与中国内地刑法进行比较,存在视野太过逼仄的现象,对中国与德国、日本刑法的比较也主要限于介绍外国学者的观点,至于其理论运用到中国会有什么问题,则往往语焉不详。(3)刑法哲学研究。在这方面,陈兴良教授、曲新久教授、冯亚东

教授等人的努力和贡献最为突出。^{〔3〕} 刑法学研究方法的上述“三驾马车”本应齐头并进,但是,我们看到刑法学研究对这三种方法的运用都多多少少有些不足。

我们知道,关于法治危机的说法由来已久。^{〔4〕} 法治的危机在很大程度上与法学的危机相关联。但是,在刑法学领域,人们却总是有意无意地忽略其过去或者现在所面临的危机。

近代以来,刑法领域的重大危机已经发生过两次,它们分别导致了刑法学的两次重大转向:刑事古典学派在实证学派攻击下的衰落;在刑事实证学派实际效果较差的情况下行为无价值论的兴起。

刑法学从17世纪的分散发展阶段过渡到整体主义阶段(费尔巴哈及其以后的德、日刑法学),今天的刑法学应当向规范论、实质主义过渡。在刑法学中,各种知识的交融,刑法学对其他学科领域知识的吸纳,都是不可避免的。唯其如此,刑法发展的机遇才会出现。

到今天为止,中国刑法学表面上的繁荣、刑法学著作的高产掩盖了很多关键性的问题。刑法学给人的印象是危机早已过去,沿着一条健康的轨道发展是刑法学未来的使命。

这种观点存在着对刑法学发展基础观念的根本性误解。在19世纪中期就存在着的一种刑法学危机今天仍然存在着,虽然危机的面目、影响力、内容都有所变化,但是,导致刑法学陷入困境的总根源并没有变化,那就是刑法学中过于技术化、客观化的倾向。正是这种倾向,不仅使得刑法学从制度(institutional)方面和智识(intellectual)方面看,都没有取得我们所期待的进步,还使得刑法学在很多时候不能有效地解决或者解释相关的犯罪问题。^{〔5〕}

〔3〕 参见陈兴良:《刑法哲学》(修订3版),中国政法大学出版社2004年版;以及曲新久:《刑法的精神与范畴》,中国政法大学出版社2003年版。

〔4〕 参见[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1993年版,第38页。

〔5〕 人们一直习惯于将认识犯罪根源和原因的任务交给犯罪学,将惩罚犯罪的任务交给刑法学。这是19世纪学科分割所带来的重大误解,我们一定要认识到刑法学和犯罪学之间的沟壑并不如我们想象得那么大,应当改变止刑法学和犯罪学坚壁对垒的现状,提倡刑事一体化,提倡华勒斯坦意义上的“开放社会科学”。

所以,中国刑法学研究表面的繁荣背后,潜伏着危机。唯一的出路是进行研究范式的转换。^{〔6〕}今后,应当继续做好刑法解释性研究、比较研究。但是,更为迫切的是基础观念的建构和范式转换。

今天,我们可以清楚地看到,刑法思想的每一次重大进展,都是方法论或范式转换的结果。18世纪至19世纪中期以前,古典学派代表人物,如贝卡利亚、费尔巴哈批评中世纪刑法,对社会一般人、抽象行为进行研究,这是一次对今天影响相当重大的范式转换;19世纪中期以后的刑事实证学派批评古典学派,这也是一次意义深远的范式转换。没有这两次研究范式的转换,就不会奠定今天刑法学理论体系的基础。^{〔7〕}

我们以前对学派之争、各学派的基本思路批评较多。但是,刑法“学派之争”毕竟深深地影响我们的研究,融入我们的内心,深入血液。我们今天必须直面它们的影响,进一步思考一些深层次的问题。

范式转换的结果是形成新的刑法学体系,这种解释机制与社会体制(决定人类命运的体制)之间有深刻的共谋关系,这是我们在研究刑法问题时不能回避的问题。通过这些研究,我们有机缘关注刑法与社会之间沟通的可能性、刑法对人的生活利益的保障等问题。

中国是一个惩罚泛化的社会,惩罚的气息到处弥漫,惩罚的权力深深地嵌入我们的传统以及日常生活中,有的惩罚是必要的。但是,惩罚的权力需要证明和重新组织论证。立法司法都涉及惩罚,而我们对惩罚正当化和合法化的论证却很薄弱。新的研究必须考虑:规范意识主体如何通过行为与社会沟通,社会通过何种程序利用刑罚与主体沟通,以最终确证规范的有效性——这是刑法学的核心问题。

〔6〕 在过去20年中,政治哲学家们在范式转换过程中做了大量工作。但是,他们也知道,在很多方面,政治哲学研究仍做得很不够,所以,他们宁愿将自己的作用理解为一种“刺激”——促使人们去重新思考那些先前被认为是理所当然的信念、注意到他们的价值信念所具有的更充分的含义或者可能还包括认识到他们所追求的各种目标之间的不可调和性。刑法哲学研究的作用,也不过如此。

〔7〕 参见周光权:《刑法客观主义与方法论》,法律出版社2013年版,第5页。

3. 刑法学的出发点和落脚点

要深刻论证规范对社会和个人的意义,就必须找准刑法学的出发点和落脚点。

在我看来,刑法学的出发点是“人”;落脚点是惩罚正当性如何求得,惩罚的技巧如何获得成功;而从出发点过渡到落脚点的桥梁则是犯罪成立理论。一套新的刑法学知识系统必须对“人”——“犯罪成立理论”——“惩罚哲学”之间的合理衔接做出说明。

从某种意义上说,一切社会科学(social science)都是关于人类自身的科学(science of man),^[8]都以人为基本出发点。在西方,古希腊德尔菲神庙上的铭文——“认识你自己”作为人类可望不可求的理想一直激励着我们的探究欲望。所以休谟指出:“显然,一切科学对于人性总是或多或少地有些关系,任何学科不论似乎与人性离得多远,它们总是会通过这样或那样的途径回到人性。”^[9]

具体到法律领域,早在西方法律文化传统的源头——罗马法时代,人们就已清醒地认识到,“人”是法律的核心,认识人自身是进入法学的最佳途径。在《法学阶梯》——一本为“有志学习法律的青年们”编纂的法学教科书——中写道:“我们所适用的全部法律,或是关于人的法律,或是关于诉讼的法律。首先考察人,因为如果不了解作为法律的对象的人,就不可能很好地了解法律。”^[10]这是因为,法律本身是以人的行为为中心展开的,它直接参与到人的生活中,是人生活中的一部分。

至于在刑法学中,“人”的概念的核心地位,也是不可动摇的。人是惩罚的对象,也是规范化训练的目标;在人身上,惩罚的运用必须具有合法

[8] 西方传统认为,自然科学与社会科学虽然存在诸多区别,但核心的一点是,后者以解释和探究“意义”(meaning)为要旨。研究表明,“一战”后出现的社会科学并没有法学(参见[美]华勒斯坦等:《开放社会科学》,刘锋译,三联书店1997年版,第16页)。

[9] [英]休谟:《人性论》,关文运译,商务印书馆1981年版,第6页。

[10] [古罗马]查士丁尼:《法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1993年版,第11页。

性。人是现实世界的存在者,也是评价的对象,还是刑法归责体系的主角,刑法的归责和处遇,都在于刑法如何看待人本身。人是创设违法行为的主体,还是被违法行为所设定,是必须要加以思考的。唯有理解了“人”,我们才能真正理解刑法中规范的精神指引和可能的终极关怀与承诺。

从刑法的出发点抵达落脚点,实现惩罚的有效性和合理化,需要经过漫长的跋涉过程。在这个过程中,需要讨论法益侵害以及规范违反各自的意义、犯罪的构造尤其是行为的性质以及构成要件的类型化形象、罪责评判的原理、规范内的惩戒和规范化诱导、任何培植公民对规范的敬畏感等关键性问题。所以,犯罪成立理论作为沟通“人”与“惩罚正当性”的桥梁,它的合理化问题,是特别值得关注的。

所以,构建惩罚对象(人)、惩罚前提(犯罪论)和惩罚正当性(刑罚论)之间的恰当关系,是我整个研究的总体思路。通过这种研究,我想揭示社会因为规范而存在,规范对于社会有着根本的意义、影响和价值,不重视规范就必然难以保护法益,规范概念贯穿刑法运用的整个过程这一事实;同时,我要表明,为维护规范的有效性,使社会显得更有秩序,刑法规范是如何通过惩罚权的实际运作和规范化诱导来全面渗入社会的各种管道、深入我们的内在心灵、融入我们的血液的。

我以前的研究,基本遵循着这一思路进行,我曾经讨论过权力机制在犯罪事实评价过程中的作用,它对犯罪成立重要的、根本性的影响;也研究过利用刑法进行诱导,进而确立公众的刑法认同感的问题。^[11]但是,以前的研究并不系统,在深度上、广度上都有限,现在的研究,试图以“人”的形象以及他/她的行为、思想所承受的规范评价命运为切入点,来全面研究规范在刑法学中的根本地位和对社会存在、社会运作的影响。

我的研究,从总体上看,无疑是一种哲学上的刑法学思考。在我看来,如果不在将来的刑法学研究中进一步引入哲学思维,那么这一领域能否实现飞跃是有疑问的。学者指出,英美刑法学在今天的发展应当归功

[11] 参见周光权:“公众认同、诱导观念与确立忠诚——现代法治国家刑法基础观念的重塑”,载《法学研究》1998年第3期。

于一些哲学家的努力,例如,哈特将分析哲学运用于刑法,其他人也借助于法律与哲学之间的关系大做文章,哲学哲学家将研究奠基于久远传统的影响,在某种程度上,是回到了阿奎那(Aquinas)和亚里士多德那里。^[12]法律哲学的研究几乎成了每个学者必须具有的眼光,以免使自己暴露在自己专业学识的危险的歧途里。这就提醒我们,中国刑法学研究要取得实质的进展,也必须注意促进刑法学和哲学之间的沟通。^[13]

在本书中,我意在表明:在刑法领域肯定规范的重要性,是为刑法正义性和刑法有效性提供一种哲学基础。不过,我的研究只是为刑法的哲学思考提供了一种进路,树立了一个供他人批评的靶子,我并不否认也不排斥刑法哲学的其他进路的存在。相反,我希望有更多的人能够投入刑法哲学研究中,为基础薄弱的中国刑法学研究提供更多的资源。

4. 刑法学的突围途径

涂尔干曾经指出:

确实,我们不得不与一种广泛的根深蒂固的社会病症作斗争,它已经像一处溃疡一样深入社会内部,有时甚至会危及其自身的存在,但一直都是有害的。每年都有无数的犯罪,成千上万的罪犯受到刑罚。从经济角度看,社会的缺陷有很多……不可否认,犯罪是对社会金钱的一种巨大浪费。仅次于经济方面的缺陷,我们还有更重要的道德缺陷。如果犯罪行为和一个人的道德标准是密切相关的,那么犯罪行为反过来又会对正常生活的那部分人产生败坏道德的影响。以上这些因素,再加上犯罪被害人所受的损失和悲哀以及犯罪行为对社会造成的伤害,整个后果是非常

[12] George P. Fletcher: *The Nature and Function of Criminal Theory*, California Law Review, Vol. 88, p. 689.

[13] 德国学者考夫曼一针见血地指出:我们“并不需要每位法律人都成为专业的法律哲学家,但每位法律人至少应一度有法律哲学品味,借以扩大他的‘难题意识’”。[德]考夫曼:《法律哲学》,“导言”,刘幸义等译,五南图书出版股份有限公司2000年版,第1页。

可怕的。但我们也不应该忘记罪犯自身所遭受的痛苦——不管人们以何种方式来看他,他毕竟也是人类的一部分……犯罪和罪犯并不比那些星星和微生物枯燥多少。每个科学家都应有“为科学而科学”的态度,否则他在自己的专业上将没有任何用处。^[14]

中国刑法学发展到今天,“一元化”趋向毫无松动的现象,就是传统苏联刑法理论对中国刑法学的全方位渗透和精神领地的长期占领。我们必须承认,苏联刑法理论尤其是社会危害性理论、闭合式的犯罪构成要件理论,组成了今天中国刑法学的骨架。虽然中国刑法学研究目前可以借用的资源还有“台湾”刑法理论和德、日刑法理论,但是它们毕竟与我们目前所处的情势不能完全对应,这些刑法学上的稀缺资源,尤其是犯罪构成理论在很多人看来只是一种可供观赏的“西洋景”。现存的刑法学通说——注重技术的——与科学关联的理论,使刑法学在解释犯罪问题时显得力不从心:就理论构成而言,注重技术性,片面满足惩罚欲望,刑法理论大众化;就理论形态而言,折中说、相对主义盛行,在不能“折中”的地方也以综合说的面目出现,理论一贯性难以保持;就思想性质而言,受技术理性思想支配,在关键问题上做浅层次思考。借用涂尔干的话就是,中国刑法学“在自己的专业上将没有任何用处”。

西方刑法理论“多元化”的现象在中国未能出现,这与中国文化自视为一个“自足的系统”(a self-sufficient system)并总是试图确立主流学说,然后对其真理性不予质疑的学术传统是一脉相承的。^[15]西方文化自古至今就是一个多元的整体,几乎在所有的领域中都有不同流派之间的相互竞争。在古代的希腊,酒神与日神二元并存;在中世纪,世俗文化与基督教文化针锋相对;从文艺复兴开始,希腊精神与希伯来精神相互对立。也正是从文艺复兴开始,欧洲诸国都以与西方文化“接轨”为荣。意大利

[14] [美]莫里森:《理论犯罪学:从现代到后现代》,刘仁文等译,法律出版社2005年版,第9页。

[15] 这是中国知识分子的一种全体主义观念,“这种全体主义是认为一切思想脉络,一切制度,一切形式的行为,必须体现并且能够表达一组共同的价值”。参见刘晓枫编:《中国文化的特质》,三联书店1990年版,第189页。

人的政治精神、商业精神、科学精神、法国的理性主义以及启蒙时代的浪漫热情,英国的经验主义、工业化,德国的新教改革、思辨精神等,都不能成为整个西方唯我独尊的救世主,但是,正是这些具有独创性的不同文化之间的交互碰撞、相互辩驳之中,形成了一种具有巨大再生、造血机能的西方文化整体。而中国在 20 世纪初叶以前,一直在传统中生活,文化的变迁相当缓慢,多元文化相互冲撞、此消彼长的情形并不多见。

在我所关心的刑法学领域,20 世纪初以来,由于受哲学上的黑格尔学派、新康德学派、现象论哲学、存在论以及近代哲学人类学派思想的影响,西方(主要是德国以及受德国刑法理论影响的大陆法系国家)刑法理论多元化现象有增无减。首先,李斯特、贝林(Beling)等人倡导的古典犯罪结构三分说发生了动摇;其次,作为犯罪上位概念的行为,其本身在刑法学上的评价也出现了各种不同的概念,因果行为论、目的行为论、社会行为论各领风骚数十年。随着行为概念的变迁,犯罪成立体系也不断更新。除了刑法学者之外,其他人文、社会科学学者也投入到刑法学研究中,竭力去寻求多元化途径来解决难以名状的行为、责任、罪过、惩罚正当化问题。伟大的宗教学者如阿奎那从来就不将这些思考限制在相关领域。刑法学者们也十分注意认真地对待传统并超越它们,将不同地域、不同时间的人的犯罪问题统合起来考虑,提出有说服力的解释犯罪现象的理由。

然而,在中国,问题可能以另外的方式在展示着。我们的学术传统的思维方式总是趋向保守,总想寻找到某种唯一正确的绝对权威,以便一劳永逸地解决问题。一元论的、决定论的选择方式使我们基本上不能把西方刑法文化作为一个多元的整体来理解,而总是在这个多元的整体中选择一种思想作为唯一的权威,对前苏联刑法理论尤其其实犯罪构成四要件说的继承和坚守就是明证。所以,在刑法学中,提倡开拓思路、开阔视野仍然是有现实意义的。

这事实上说明,中国今天的刑法理论与过去有某种断裂。早在 20 世纪初,中国学习德日刑法学以来,刑法理论大多是“舶来品”。1949 年的革命使这种状况彻底改变。中国作为接近于大陆法系传统的国家,在犯罪构成问题上基本与其他国家的理论体系不能沟通,犯罪论体系有了不同的面貌,共犯论、故意犯罪停止形态等理论也大不相同。问题是我们的

做法不能合理解释犯罪问题,所以,理论根基从一开始就是错的。^[16] 要解决刑法学发展的先天不足弊病,必须返回问题的起点——思考刑法的根基问题。

在我看来,刑法学的突围,在以下方面是极为重要的:(1)建构理解的、沟通的刑法学。(2)克服一种“客观性的陷阱”。事实上,现在的刑法学已经陷入了19世纪实证学派所确立的技术圈套中。这种刑法理论一直在与个人较劲,对个人的利用、控制一直没有削弱反而在不断加强。客观主义的复兴始终只是理论上的“迷梦”,^[17]法官主要依照实证主义的思路摆布犯罪人。(3)确立刑法学中的人文文化立场。

前面三点,换成我们熟悉的中国式话语就是:消解刑法学中超强的技术化特征,寻找失落的价值理性。陈兴良教授在《刑法哲学》中对刑法的实然、应然地关系已经作了说明,这实际上涉及了刑法的工具理性(技术)和价值理性的问题。不过,这一问题还有加以发挥的余地。

休谟提出的事实与价值的两分法,对人们认识法律和制定法律产生了不可估量的影响。休谟认为,评判式判断不能从任何仅仅包含事实陈述的前提中推导出来。马克斯·韦伯运用休谟的研究范式提出了工具理性和价值理性相对立的命题。韦伯指出,现代化的法治滋生于法理型的社会,这一社会的合法性来自对理性法律的确认,而理性法律具有“工具理性”和“价值理性”两种理想类型。工具理性意在建立一种制度秩序,它既指实定法的规定、原则和体系符合严密的逻辑,又指司法程序符合理性化的要求,使法律具有可预测性、可计算性。而价值理性则是一种对主观判定的某种终极价值的信仰,在此信仰之下,法律、法规、规章、制度被认为是从终极价值公理演绎出来的,其内容是对价值基本原则的阐释。通过对历史的考察,韦伯发现,法律的工具理性是从罗马法的形式主义原则中发展而来的,而价值理性则可以追溯到中世纪基督教所赋予法律的神圣性。^[18] 事实上,工具理性关注的是制度层面的“法律是什么”的问

[16] 李海东:《刑法入门(犯罪论原理)》,法律出版社1998年版,第2页。

[17] 参见张明楷:“新刑法与客观主义”,载《法学研究》1998年第6期;周光权:“抽象性问题及其意义——对刑法领域法治立场的初步考察”,载《中国社会科学》2001年第2期。

[18] 参见任强:“现代理论视域中的中国法治”,载《中外法学》2000年第5期。

题,而价值理性关注的则是价值层面的“法律应当是什么”的问题。

工具理性和价值理性的区分使我们认识到,一套完善的刑法制度的背后,必定有某种特定的价值观念的支撑。但是,中国刑法规范目前面临价值理性失落的严重问题。传统“法—刑—镇压”的思维在今天仍然阴魂不散。^[19]

不过,刑法价值理性失落的现实不能成为我们对中国法治丧失信心的理由。其实,在西方社会中,价值理性也是一直处于变化之中的,有时它们也面临价值理性危机的灭顶之灾:中世纪的基督教赋予法律以价值上的神圣性,支持常规立法的观念以对上帝的信仰为基础。同时,中世纪教父哲学把基于理性的正义的自然法与上帝法(教会法)联系起来,并把自然法与圣经的启示方法等同,这就使教会的法律与世俗的法律保持了一致的信仰。也就是说,它们基于相似的正义观。所以,圣·托马斯坚信上帝的永恒法、自然法和人定法都来自理性,但理性最终是上帝的意思。然而,随着教会的式微,当上帝逐渐从这一领域中撤退时,自然法所代表的正义观就成为西方社会的“价值理性”。^[20] 这种“价值理性”造就了人们“法律至上”的信念,而这一信念存在的基础就是人们相信:

理性的精神是人类所特有的属性,并且每一个人都拥有依据理性而行为的一种自然的倾向。这意味着每个人都想向善而动,并且一切善行都来源于自然法。^[21]

学者指出,时至今日,以自然法为代表的“价值理性”正在失去往日的价值和具体意义。而西方社会的发展已经背离了基督教新教禁欲主义价值关怀的初衷,他们使用精密的理性计算技术把社会的一切都变成了自己赢利的工具。^[22] 所以,西方法律的价值理性脱胎于宗教又逐渐从宗教

[19] 参见梁治平:“‘法’辨”,载《中国社会科学》1986年第4期。

[20] 参见任强:“现代理论视域中的中国法治”,载《中外法学》2000年第5期。

[21] [美]卡尔·J. 弗里德里希:《超验正义——宪政的宗教之维》,周勇等译,三联书店1997年版,第33页。

[22] 苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海人民出版社1988年版,第212页。

的困扰中脱身出来。今天的西方现代法治所端赖的价值理性,已经演化为人们对“公平”、“正义”、“自由”等的执着追求。

中国刑法的发展,必须注重价值理性的确立问题,用哲学眼光打量刑法问题。^[23] 但是,我们不能走西方追求价值理性的老路,而应当看到,在今天的西方社会强调的价值理性,在当代中国仍然具有极其诱人的魅力,值得中国人信仰。我们必须承认这些理念的普适性。用维特根斯坦的“家族相似”理论来说,不同社会的关系就像一个家族的成员之间一样具有相互重叠和交叉的相似之处。不同社会中的人性由此也具有跨越国界和文化的普遍性和家族相似性。因此,作为世界大家庭的一员,中国没有任何理由拒绝公平、正义和自由而选择不公平、不正义和无自由的刑法。

在中国刑法学中,人们一直对工具理性关注较多,相对而言,价值理性受到冷落。在今后的刑法哲学研究中,我们一方面要对价值联系给予充分的重视,同时要注意工具理性和价值理性的沟通。^[24] 而且,今天看来,这种沟通是可能的。因为一方面,许多事实本身就蕴含着价值。例如,当我们查明故意杀人案件的真实性时,对事实的判断在很大程度上是由我们所拥有的价值观念(语言类型、概念体系、理论模式甚至情感与偏见)所决定的,纯粹中立的、价值无涉的事实是没有的。另一方面,刑法价值本身也具有事实特性,即必须有对应的事实,价值判断才能达成。在这种意义上,我们可以说,工具理性是价值理性的载体,价值理性则具有工具理性的事实特征。

5. 公众刑法认同感的培植

在当前中国,规则并不缺乏,这既可以有助于进一步形成公平、正义

[23] 对刑法与哲学、刑法理论的本质和功能的更多分析,请参见 George P. Fletcher: *The Nature and Function of Criminal Theory*, California Law Review, Vol. 88(2000), pp. 687。

[24] 韦伯极其强调“价值理性”和“工具理性”之间的对立性,这是为了更为清晰、有条理地认识法律现象。但是,这两种理性模型在社会现实中从来就不可能以纯粹的形态实现,所以,今天我们在一定程度上超越韦伯的逻辑和理路。

和自由的价值理念,强化公众的法忠诚感,又可以与日俱进地革新人们的价值观念。反过来,价值观念的形成,可以使人们在信念上坚定不移地维护规范的运作。这是由“价值与事实的含混性”、“工具理性和价值理性的关联性(决定了法律在文化意义上的完整性)”所决定的。我们更为迫切需要的是价值理性,通过刑法实现公正、平等和自由,从而培养公众的法规范忠诚感、信赖感。我们缺乏西方意义上的基督教来赋予法律以神圣性,也没有对正义的超验信仰,蕴含有价值理性内容的公众对法律能够合理解决一切问题的自信心需要我们点点滴滴的法律实践活动去培养。

那么,在刑法领域,确立公众的法信赖感、规范忠诚意识,从而减少犯罪,是至关重要的问题。我的已经涉及的相关内容:通过确保规范有效性和同一性来培养公众的法忠诚意识和法信赖感,这在当前中国是要特别加以强调的。在没有宗教信仰、没有自然法传统的前提下培植公众的法律信仰,是一项十分重要的工作。只有通过点点滴滴的刑事法实践,才会使民众对刑法有一种认同感,将其视作与自己的生活利益和日常生活场景有关的东西,而不是简单地将其视为纯粹威吓、杀戮的工具。

但是,必须承认,过去的刑法学在这方面做得很不够。这主要是因为中国有数千年刑法至尊、重法威慑的传统,人们普遍对刑法有一种“又爱又恨”的复杂情愫,当然更多的时候对其有抵触情绪,规范认同、规范信赖都无从谈起。刑法学在这方面的研究、引导都做得很不够,学者们重视的是法条注释和梳理。所以,从法律理性的角度看,在刑法领域一直是徒有工具理性而无价值理性。而且,比较严重的倾向是,在一部成文刑法制定之后,学者们任意批评立法的态度表现得比较充分,这对刑法规范认同感的形成有很大的弊害。

我今天的研究,就是要通过对规范的意义和价值的证实来重塑公众的刑法认同感、信赖感和忠诚意识。就犯罪论而言,我认为,刑法是对被犯罪所侵害的、合法的秩序状态的恢复。

为此,必须要先有侵害事实的存在(侵害原理),而侵害不只是法益侵害,更是对规范有效性的侵害。所以,应当坚持犯罪的本质是规范违反和法益侵害说并存的观点,肯定犯罪是违反规范进而侵害法益的行为,以此为基础建构系统的刑法理论。

在惩罚理论方面,我的考虑是:要恢复被犯罪所侵害的秩序,进行惩罚时必须充分利用统治术,针对人心实施诱导和制裁,来使人们认识规范的合法性和道德性,证实规范的有效性。

贯穿全书的基本线索,总体上讲就是:(1)罪犯从社会对策的角度看,是一个危险的个人;从刑事实体法的角度看,还是社会需要或刻意制造的规范意识主体。(2)犯罪是罪犯阐释自己对世界的主张的极端方式,是对某一特定社会当时正常的运作机制、公众生活状态的否定,意味着罪犯的法忠诚感的失落。国家必须肯定“反规范”行为的不值一提。(3)惩罚与犯罪的关系应当被理解为某种重新阐释世界的主张:对法规范加以破坏、使规范效力丧失进而侵害法益的行为是无价值的,对犯罪施加刑罚权的操纵则是有意义的和有效果的。

我的研究尽量从较为广阔的社会背景和知识背景上考察问题,采用的主要是法哲学而非刑法学的研究方法,我仔细分析了人在规范中的地位、规范与社会中的关系、规范在惩罚社会中的作用以及它被架空的危险性等。我的许多思考从哲学的角度看,深受叔本华、黑格尔、福柯思想的影响;而从刑法学的角度看,则受规范论的影响较深。我试图在上述思想之间实现一种沟通。同时,我特别注意考虑各种相关命题在中国展开的意义及其面临的困难。

我的这些研究当然谈不上成功,但我的确考虑了中国刑法学领域一些他人尚未言及的问题。按照亚里士多德的说法,“我们所考虑的只是我们力所能及的事情。这些事情于我们并非永远如此。所考虑的并不是目的,而是达到目的的手段。所有的考虑都是寻求。分析的终点就是生成的始点。所以,考虑就是对自身行为的考虑,考虑不是对个别事物,这是感觉的事情。选择就是我们经过考虑,力所能及的期求”。^[25]

我认为,对刑法学做类似研究的意义在于:

一方面,中国从来不缺乏从实质角度看待问题的思路。我们耳熟能详的辩证唯物主义口号是“透过现象看本质”;在刑法学通说中,犯罪的本

[25] [古希腊]亚里士多德:《尼各马科伦理学》,苗力田译,中国社会科学出版社1990年版,第46页。

质是社会危害性,认定犯罪应当以行为是否具备社会危害性为最终标准等命题,都成了广为人知的“宣言”。如果强调行为无价值二元论,强调规范的意义,强调在对犯罪的法益侵害性作实质评价时依据行为规范加以制约,强调通过规范去逐步探求犯罪实质危害性的存在而不是先对行为进行实质定性再判断规范违反性,是十分必要的。只有高扬“规范主义”的旗帜,在当前中国,罪刑法定原则的贯彻、人权保障机制的建构等目标才能有希望实现。

另一方面,今天的中国刑法学希望以刑法学旧派理论为出发点,而旧派理论的最大特征就是试图割裂刑法与社会之间的互动关系,保持刑法的“纯化”,这是这一派学说的最大危险。在这一点上,今天的很多刑法学理论仍然犯着同样的错误。行为无价值(二元)论的研究则是为了尽量避免这种危险。

第一编 主体的转向

第一章 “刑法人”的概念

犯罪是人的行为,这是无论哪一派刑法理论都不会否认的。但是,刑法应当立足于人的行为施加惩罚,还是要警惕和制裁实施犯罪的人,历来有争议。在这里,我们可以看到,“人”已经受到了刑法学一定程度的关注。“所有刑法的归责和处遇问题,完全决定于刑法体系如何看待人”。〔1〕不过,以往刑法理论对“人”的知识的讨论是远远不够的,将刑法中人的观念问题简单地以犯罪主体概念替代更会忽略很多相当复杂的问题。刑法哲学理论首当其冲的任务是对作为刑罚主体的人做出更为细致和充分的探讨。

刑法中“人”的观念,近代以来有一个漫长的发展过程,通过对这个过程的考察,我们可以看到刑法观念在许多重大问题上的转向。

在刑法学知识传统中,首先登场的是在理性和自由的宏大背景辉映下,被抹去具体脸孔而加以抽象化、模糊化的抽象人。这是一种由古典刑法理论所假定,无论是意大利的贝卡利亚、英国的边沁还是德国的费尔巴哈、康德、黑格尔都承认的大写的“刑法人”,他们与 19

〔1〕 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 8 页。

世纪中后期出现的、由刑事实证学派所倡导的“犯罪人”观念大异其趣。

6. “刑法人”的思想史地位

如果将刑法学研究作为一种“文化态度”的表达,就必然会承认刑法人的存在及其意义。古典刑法理论的刑法人观念认为,刑法中所谈论的人,都是能够鉴别善恶、可以弃恶从善、有自由意志和自我规律能力的社会一般人。

6-1 一个核心概念:意志自由

讨论刑法中关于人的知识构造,无法迈过的第一道门槛就是对意志自由的表态问题。所谓的意志自由问题已经是老生常谈,对这个毁誉参半的概念,哲学、伦理学和法学的态度大致相同:又爱又恨。

在中国刑法学中,相对意志自由的观点广有市场,即认为人有着相对的意思决定自由,他既可以选择适法行为,也可以选择犯罪行为,在行为人有着这种选择自由的时候,他没有形成反对动机,竟然去选择犯罪行为,说明其已经将公认的社会价值标准置于脑后,公然与社会为敌,此时,对其给予刑法上的否定性评价就是正当的。^{〔2〕}

以往关于意志自由的哲学、伦理学、法学讨论,尤其是中国刑法学中的“相对自由意志”论调是难以令人满意的。它们都没有很好地理解“人”,有的试图绕开问题的关键处,有的甚至是在贬低人本身。所以,要讨论抽象人的意志自由问题,必须返回到遥远的过去。

对意志自由的重视坚守了长久以来的哲学传统,自德谟克利特、柏拉图、亚里士多德以来的古代哲学,中经奥古斯丁、阿奎那的中世纪哲学,和在今天广有影响的以笛卡儿、霍布斯、洛克、斯宾诺莎为代表的近代哲学,以及绵延至今的格林、詹姆士的现代哲学中,都深深嵌入一个挥之不去的

〔2〕 参见陈兴良:《刑法的人性基础》,中国方正出版社1999年版,第267页。

意志自由命题。^{〔3〕} 其中,特别值得我们重视的是康德和黑格尔关于意志自由的哲学立场。

康德认为,人生活在遵循自然因果律的感性现象世界中,也同时存在于遵循自由因果律的理性世界(超感性的本体世界)中,使得其成为理性的动物,可以完全独立于一切感性条件之外,从而具有自由意志。因此,作为理性的实践能力的意志就成了康德理论的一个出发点。

康德对我们说,在人可以理解的本性中,通过抉择,能够摆脱这种外来的决定,自我建立为自由主体,拒绝感情,其意愿仅仅是实现道德法则,也就是说普遍性。这样,作为感情的人就可以要求意志。他可以要求成为普遍性的承担者。他可以要求……成为立法者和臣民,其统治的目标由意志自律赋予其可能性。他同样也可以接受外来的决定。^{〔4〕}

康德把自由意志引进伦理学和哲学,一个重要用意在于阐明行为人的道德责任。康德一贯主张,一个有理性的存在者的意志,只有在他受自由的观念支配下而行动时,才能是他自己的意志,因而在实践的范围内,必须把这个观念归之于一切有理性的存在者。换言之,作为理性存在者的人,有意志自由,能够为自己立法并执行,即具有意志自律性,那么,他就应当对自己的行为负责。

康德不仅接受了意志自由概念,而且深化了它的内涵。他提出了更深层次的问题:在西方伦理学说史上,人们都相信人有趋善避恶的意志,那么,意志的自由选择为何具有趋善避恶的倾向? 回答只能是:因为自由

〔3〕 正是由于其将自由意志作为核心概念加以论证,刑事古典学派对刑法中“人”的讨论并未割裂其与以前历史阶段的相关观念的渊源,这种注重学术薪火相传的传统招致了后来的刑事实证学派的攻击。菲利对此就曾指出,如果仔细考察贝卡利亚的思想对于中世纪刑事司法的重大改革,就会发现这一伟大的古典派的改革步伐甚小,因为其刑事司法的理论和实践基础仍然停留在中世纪和古代的个人道德责任的观念之上。对于贝卡利亚等开创者来说,这一观念只不过是罗马法汇编中第47篇和第48篇的规定,即犯罪者应当受到惩罚的程度,视其犯罪行为的道德过失程度而定(参见[意]菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国政法大学出版社1987年版,第10页)。这种批评自然有一定道理。

〔4〕 参见[法]弗朗索瓦·夏特莱:《理性史——与埃米尔·诺埃尔的谈话》,冀可平、钱翰译,北京大学出版社2000年版,第131页。

的意志是以善良自身为目的的。善良意志是绝对自由的,因为它以自身为目的,摆脱了一切经验因素,包括社会的约束力、自然情感以及个人好恶等方面的约束。^[5]

与此同时,康德又从反面指出:如果不根据意志自由论而只按意志决定论的观点,人的意志受同样必然的因果规律所制约,便可以得出一切道德法律等都无意义的结论。因为责备一件不道德的行为就等于责备一块石头为何落地伤人一样。康德认为,如果是这样,那任何犯罪的人都可以用他的行为是受因果律支配,即他的行为有客观原因来为自己辩护。一切不道德或犯罪都是由环境、条件、个性、习惯所必然决定,自己并无责任,那么一切刑罚责难便没有必要存在了。这就是说,只有承认意志自由,道德才是有意义的。道德就是自由的表现;否则,道德就没有意义。如果一个人的行动完全受必然性的控制,没有自由,他就无法表现出道德性,自然就无法对自己的行为负道德责任。所以,自由概念是理解意志自律的关键。

康德还循此对自由的两种含义作了界定:自由的否定含义是,因摆脱了经验的约束而自由;自由的肯定含义是,为了自身而自由。自由的、善良的意志以自身为目的,就要以摆脱了一切经验因素的理性规则为指导。服从规则与自由不是矛盾的,因为善良意志所服从的是运用自身的力量、为了自身的目的而制定的规则,这样的规则就是自律。善良意志为自己立法,自己守法,这就是道德自律。康德认为,一切有理性的人的意志都是自由的,它不受感性世界因果性的支配,而是有意志地决定自己遵守自己所规定的规律。因此,理性必须认为它自己是建立它行为的原则者,并且以为它完全不受任何外力的操纵。所以,理性,无论是实践理性,还是有理性者的意志,一定要以为它自己是自由的。康德认为,纯粹理性为自然立法,这是自然的必然;实践理性给自己的道德行为立法,就是人的自由。所以,自由是实践理性体系的整个建筑的拱心石,是其他一切道德概念的根据。立足于自由的人的行为有意志过程和效应过程。由于行为效应过程(行为产生结果和起作用的过程)已经进入了自然因果律决定的范

[5] 参见赵敦华:《西方哲学简史》,北京大学出版社2001年版,第280页。

围,没有普遍必然的性质,所以无法进行有效把握。唯一能接受评价的,就是行为的动机。因为动机是受人的意志支配的,意志过程就是决定做出某一行为的动机(选择)过程。当人按照自己为自己规定的原则而行动时,他的意志过程就符合了道德自律性和意志自由的要求。所以,康德指出:“意志的选择按普通法则和大家的外在自由,在形式上是协调的”。〔6〕

这样,康德就将人放到了一个事先设计好的、抽象的范畴内,并将人从通过社会过程日常行为的实施与接受来加以考验的真实个人的领域中解放出来。如此一来,“理想类型”的人的概念在康德的知识视野中呼之欲出。按照康德前述的观点,社会一般人具有自由意志,基于这种自由其应当服从规则。犯罪人作为社会成员之一分子,自然也具有选择、决定的自由,当其违反规则、构成犯罪之时,与社会一般人在意志上具有抽象的一致性。

黑格尔在意志自由问题上既继承了康德学说中关于自由是理性的自身决定的观点,又有所创新,即将(意志的)自由与必然真正统一起来。在必然和自由的关系问题上,黑格尔反对把必然与自由绝对对立起来,认为自由和必然是对立的统一,如果把两者分开,就会失去它们的真实性。“这种不包含必然性的自由……只是一些抽象而不真实的观点。自由本质上是具体的,它永远自己决定自己,因此同时又是必然的。”〔7〕自由以必然为前提,必然性可以转化为自由,当人们认识了必然性,他们就有了自由。一个人自己意识到他的行为内容的必然性和义务性,他不但不感到妨害了他的自由,相反地,正是由于认识到这种必然性和义务性,他才得到了真正的内容充实的自由。

按照黑格尔的说法,一个罪犯受到处罚,他可以认为他所受的惩罚限制了他的自由,但事实上,对其施加的惩罚并不是一种外在地异己的暴力,而只是他自己行为自身的表现。只要他认识到这点,他就会把自己看作自由人去看待。每一个人都是他的命运主宰者,即使是犯罪人,也不要把自己的遭遇抱怨别人,归咎于环境的不利,即一个人要承认自己所遭遇

〔6〕 [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1997年版,第56页。

〔7〕 [德]黑格尔:《小逻辑》,贺麟译,商务印书馆1980年版,第105页。

的一切都是他自身演变出来的结果,应由他自己负担自己的罪恶,并相信他所遭到的一切并没有冤枉,这样他就会挺身作一个自由的人。“只要一个人能意识到他的自由性,则他所遭遇的不幸将不会扰乱他灵魂的和谐与心情的平安。”〔8〕

在《法哲学原理》中,黑格尔则指出:“法的基地一般说来是精神的东西,它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的,所以自由就构成法的实体和规定性。”〔9〕黑格尔认为意志和自由两者是紧密联系须臾不可分离的东西。自由是意志的根本规定,正如重量是物体的根本规定一样。自由的东西就是意志。有意志而没有自由,只是一句空话;同时,自由只有作为意志,作为主体,才是现实的。

黑格尔把自由意志的发展划分为三个阶段:(1)直接的抽象阶段。这个阶段上的自由意志概念是直接的、抽象的人格。它的定在就是直接的外在的事物,属于抽象法或牵制法。(2)主观意志的内在法阶段。这个阶段的意志从外部定在处罚,经过对自身的反思(即“用思想的关系规定真理”),被规定为普遍物对立的主观单一性。这个“普遍物”作为内在的东西就是善,作为外在的东西就是现存世界。这是理念的两个方面,这两个方面互为中介。这是在它的分裂中或在它的特殊实存中的理念,这里就有了主观意志的法,以与世界法和理念的法相对峙。自由意志在内心中实现,就是道德。(3)是前两个环节的统一和真理。在这个阶段,善的理念在反思着的意志和外部世界中获得了实现。自由不仅作为主观意志而且也作为现实性和必然性而实存,即自由意志既通过外物,又通过内心,得到充分的现实性,这就是伦理。

黑格尔还对犯罪和自由意志之间的关联性做了进一步说明。他指出,真正的不法是犯罪行为,而只有主观的道德意志的表现才是真正的行为,由于犯罪人存在自由意志,对他的惩罚也才符合理性性的要求,因为犯人自己的意志都要求对自己先前在自由意志支配下所实施的侵害应予扬弃。“刑罚既包含着犯人自己的法,所以处罚他,正是尊敬他是理性的存

〔8〕 [德]黑格尔:《小逻辑》,贺麟译,商务印书馆1980年版,第310页。

〔9〕 [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,商务印书馆1995年版,第10页。

在。”^[10]换言之,在处罚犯人的过程中,同时也唤醒了他自己原来的意志和自由。

结合以上分析,我们不难发现,在康德和黑格尔的经典文献中,具有自由意志的理性刑法人的影子无处不在。^[11]在他们的著作中,可能使用了我们今天耳熟能详的“罪犯”这一字眼,但是,他们所讲的罪犯,他们关于刑法中人的知识构造的说明,都与后来的刑法学新派理论对罪犯所作的界定有着天壤之别。在这个意义上,我们可以说,真正意义上的罪犯这个词,实际上是晚近才诞生的,并无源远流长的历史。

因此,18~19世纪中期以前这100年间大行其道的刑事古典学派对刑法中的“人”的认识是:实施犯罪行为的人在本质上是有意志自由的,都能根据自己的意愿做出选择,由于个人意愿和外部条件的不同,人们既有可能选择犯罪行为,也有可能选择适法行为,犯罪人就是基于自己的自由意志选择了危害行为的人。既然犯罪行为是个人自由选择的结果,表现了犯罪人的内在意志,他应当承担刑事责任恰好是因为其基于这种意思自由而选择了犯罪行为。对于基于自由意志实施的客观违法行为,能够进行非难,追究道义上的责任。^[12]所以,出现在刑法学视域中的这种“人”,是千人一面的理性人。用一个形象的比喻来说,刑事古典学派对人的认识是:将刑法中的人看作是穿上设计师以公共利益为准则、以理性意志为尺度仔细挑选、精心设计的“新衣”的人。

刑事古典学派将个人形象虚化,突现其法律意义上的外形,而忽略其血肉和灵魂的做法,直接导致的是个人在司法场域中的“缺席”,也使得刑事古典学派的理论体系过于宏大而容易出现漏洞,成为后来的实证学派任意攻击的目标。

6-2 “刑法人”概念的意蕴

在刑事古典学派的理论中,披上自由意志这层外衣的“刑法人”的概

[10] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,商务印书馆1995年版,第103页。

[11] 对此的详尽分析,请参见陈兴良:《刑法的人性基础》,中国方正出版社1999年版,第30页以下。

[12] [日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第3页。