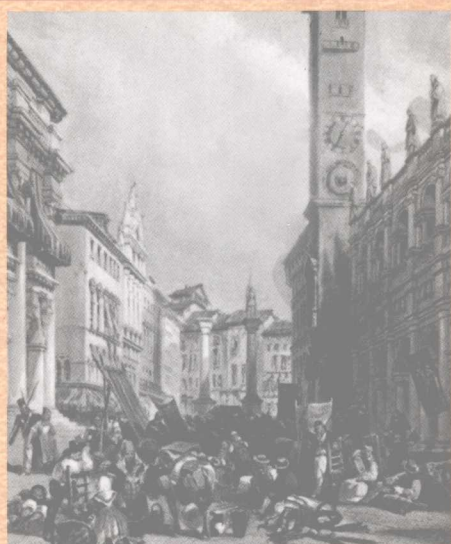


中青年刑法学文库

陈兴良 ◎主编



Heli De Zuzhi Dui Fanzui De Fanying

合理地组织对犯罪的反应

梁根林 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

「
Heli De Zuzhi Dui Fanzui De Fanying
」

合理地组织对犯罪的反应

「
」

梁根林 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

合理地组织对犯罪的反应/梁根林著. —北京:北京大学出版社,2008.8
(中青年刑法学文库)

ISBN 978-7-301-13996-7

I. 合… II. 梁… III. 刑法-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第094658号

书 名: 合理地组织对犯罪的反应

著作责任者: 梁根林 著

责任编辑: 吕亚萍

标准书号: ISBN 978-7-301-13996-7/D·2084

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 24.5印张 362千字

2008年8月第1版 2008年8月第1次印刷

定 价: 39.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

受北大出版社的委托,让我主编一套中青年刑法学文库,以展示我国刑法学人在刑法领域取得的前沿成果。

我国现代刑法学研究,从1979年刑法颁布以来,正好历时三十年。三十而立,不仅对于一个人来说三十岁是事业有成的时候了,而且对于一个学科来说三十年也应当迎来成熟的季节。可以说,我国刑法理论是伴随着刑事立法与刑事司法的发展而不断成长的,是跟随着刑事法治水平的提升而不断深化的。在各部门法学科,刑法学科可以说是人才济济,思想活跃的一个学科。以人才而言,经过三十年的努力,我国刑法学人老中青三代正好形成了一个学术梯队。老一辈刑法学人以高铭暄、王作富、马克昌、储槐植教授等为代表,以1979年刑法颁布为契机,在我国刑法的学术复兴中发挥了重大作用,使我国的刑法学术在中断了二十多年以后得以薪传,历史功绩不可磨灭。现在,老一辈刑法学人均已是古稀、耄耋之年,仍然以一种老骥伏枥志在千里的精神,继续为推进我国刑法理论的发展而不遗余力发挥余热,其志可嘉。我们这一代刑法学人,作为法制恢复重建以后的第一批法科学生,赶上了法学事业的黄金季节。以我为例,是恢复高考以后的第一届本科生、建立学位制度以后的第一届硕士生,设立刑法博士点以后的第一届博士

生。在时代潮流的推动下,我们占有天时地利,逐渐成长起来。以 1997 年刑法修订为标志,我们进入了刑法的学术舞台,逐渐成为主角。转眼之间,我们这一代刑法学人已经年过半百,回想起十多年前还被人称为后起之秀,感觉真是岁月催人老。我高兴地看到,比我们更为年青的一代刑法学人已经开始崭露头角。他们的思想之开放、视野之开阔、方法之先进,都要超过我们这一代刑法学人,已经展现出其学术魅力。正如季节变换,学科发展也是有其规律的。学术的更替、思想的嬗变使新一代刑法学人以一种新锐的态势脱颖而出。作为过渡的一代刑法学人,我们承前启后,承担着光荣而艰巨的学术使命。

近年来,我致力于推动刑法知识的转型。我以为,这是一个关系到刑法学科发展的重大课题。人总是在保持现状与追求变革之间纠缠与纠结,在学术上也是如此。保持现状是我们的立足之本,如果没有一个稳定的地基,我们就连站也站不稳,因此对于现状的保持始终是我们努力的一个目标。但是,人又总是不满足于现状的,具有追求变革的天性,否则人类社会就不会发展了。追求变革必然会打破现状,在破旧中立新。学术何尝不是如此?当知识积累到一定程度,按照既有的理论范式已经难以容纳知识的增长。这时,就抵达了知识变革的临界点,只有通过范式转变才能为知识的发展提供更广阔的空间。我国现有的刑法知识是在 20 世纪 50 年代初从苏俄引入的,此后在老一辈刑法学人的努力下,逐渐完成了刑法知识的本土化,为我国的刑事法治建设作出了应有的贡献。但我认为,这套刑法知识话语存在着一些非科学的缺陷。以犯罪构成为例,这是刑法知识的核心,现行的四要件的犯罪构成理论存在着内在的逻辑混乱,是对其进行简单的调整所难以克服的。因此,我力主引入以德日为代表的大陆法系的犯罪论体系。对此,受到许多人的怀疑与质疑:现在这套犯罪构成理论用得好好的,为什么要照搬德日的犯罪论体系?确实,这是一个需要作繁复的解释与详细的论证才能回答的问题。我认为,在定罪过程中,事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、类型判断先于个别判断,这些规则都是为保证定罪的准确性所不可或缺的。它们是定罪的基本思维方法,其功能正如同形式逻辑之于思想。我国目前的犯罪构成并没有坚持这些原则,而是存在着事实判断与价值判断的混乱、客观判断与主观判断的混淆、类型判断与个别判断

的混同。我之所谓引入德日的犯罪论体系,实际上是指引入这些定罪的基本规则。根据这些规则建构犯罪构成体系,就获得了德日犯罪论体系的精髓,因而具有可行性。当然,刑法的知识转型是一个逐渐的过程,但这种知识转型的必然性仍是我所秉持的信念。

中青年刑法学文库是一个开放的学术园地,她吸引那些在刑法学术领域已经取得一定的学术成果的中青年刑法学人,将已有的学术成果经过整合与提升,以一种全新的面貌与读者见面。对于学术研究来说,人才是第一位的。除了个人努力以外,我们的社会应当为人才的成长提供更为宽松有利的学术环境。北大出版社本着出书出人的宏远宗旨,为我国中青年刑法学人提供出版资源,这是令人感动的。作为主编,我尽量地将有价值的刑法学人与学术成果推荐给出版社,从而使这套中青年刑法学文库成为展示我国中青年刑法学人的一流学术成果的橱窗。但愿本套丛书的出版为我国刑法知识的转型提供理想图景。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年2月3日

目 录

1. 刑法价值论——刀把子、大宪章抑或天平? / 1
2. 罪刑法定论——罪刑法定视野中的刑法合宪审查 / 25
3. 刑法解释论——罪刑法定规制下的刑法适用解释 / 58
4. 犯罪功能论——从绝对主义到相对主义 / 95
5. 犯罪本质论——社会危害、法益侵害与犯罪概念模式 / 112
6. 犯罪形态论——持有型犯罪的刑事政策分析 / 141
7. 罪过责任论——严格责任、法律推定与法定强奸 / 160
8. 刑罚目的论——报应与功利二元统一论的展开 / 211
9. 刑罚机制论——以刑罚结构的优化为切入点 / 238
10. 惩罚艺术论——刑罚威慑机制初论 / 264
11. 死刑控制论——公众认同、政治抉择与死刑控制 / 281
12. 保安处分论——保安处分的中国命运:兼论劳动教养的出路 / 318

1. 刑法价值论——刀把子、大宪章抑或天平？

一、刑法的根基与哲学——关于刑法价值的追问

国家为什么制定刑法，对刑法寄予什么期望，通过刑法的制定与适用期待刑法达到什么目的，是一个直接关系刑法存在的根基的刑法价值哲学问题，也是一个直接制约国家刑事政策走向和刑法运作机制的重大实践问题。

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的刑法法规的总称。但刑法法规不同于刑法规范。刑法法规表达刑法规范，是刑法规范的载体，刑法规范是从刑法法规中抽象出来的，它包含于刑法法规之中，是刑法法规的内容和实体。作为一种规范，刑法规范首先是行为规范。刑法规范作为行为规范指向的对象是社会公众，它通过行为规范的评价功能和意思决定功能评价和规范社会公众的行为。所谓评价功能，是指刑法规范对危害社会行为进行社会政治和法律的否定评价，在法律上明确规定了那些危害社会的行为应受刑罚惩罚，通过刑法预先规定行为构成犯罪的标准，为社会公众提供评价人们行为的标准，使社会公众可以据此对特定的行为进行价值判断和法律评价。而意思决定功能则是

指刑法通过规定犯罪与刑罚的对应关系,向人民发布保护法益的命令,要求人民自我抑制犯罪意念,作出不实施犯罪的意思决定。^① 对于人民的评价功能和意思决定功能体现了刑法作为行为规范的促进机能。但是,刑法规范不仅是行为规范,而且是裁判规范。^② 作为裁判规范,刑法规范指向的对象是司法者,它指示、命令司法者如何裁定、判断行为是否构成犯罪,对犯罪如何追究刑事责任和适用刑罚。司法者负有遵守作为裁判规范的刑法规范的义务,并只能在刑法规范范围内行使国家刑罚权。因此,在本体论意义上,刑法不仅具有促进人民遵守体现社会伦理要求的刑法规范的积极的规范机能,而且具有限制国家刑罚权任意行使的消极的限制机能。^③ 德国、日本的刑法学家一般倾向于把刑法对人民的社会行为的积极的规范机能和对司法者的司法行为的消极的限制机能统括为刑法的规制机能或规律机能,并且认为刑法的这种规制机能或规律机能

是刑法的本质机能。^④

但是,在刑法适用的动态过程中,“具有这种本质机能的刑法,适用刑法的国家一方与被适用的国民一方,都期望其各自不同的功能。为了国家而有的刑法机能是制止犯罪的机能和维护秩序的机能。”^⑤“刑法是基于国家维护其所建立的社会秩序的意志而制定的国家的意志,专门选择了那些有必要用刑罚制裁加以保护的法益。侵害或者威胁这种法益的行为就是犯罪,是科处刑罚的根

① 参见〔日〕福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，李乔等译，辽宁人民出版社1986年版，第4页。

② 当然也有学者认为刑法规范不仅是行为规范和裁判规范，而且还包括制裁规范。如日本刑法学者野村稔认为，刑法规范是作为动态的行为规范、制裁规范，并且作为审判规范发挥其机能的。他认为，刑法规范对于实行行为首先行动并起作用的是行为规范的评价机能，当根据法益的状况而对行为作出的无价值的评价的场合，决定机能开始发挥作用，刑法对于无价值的行为作出禁止为该行为的命令（禁止规范），或者命令作出被评价为有价值的行为（命令规范）。而当最终的本来的结果发生以后，刑法规范作为行为规范的机能已经不能发挥作用，而作为制裁规范，经过以下过程，使刑法规范的存在得以回复，并得到确认，即对该结果在刑法规范上的无价值或有价值作出事后的客观的判断，并且与行为本身的违法性一起（行为规范违反性），对该行为人的行为全体的最终的违法评价予以确认并予以宣告。最后，以根据制裁规范而最终确定的违法评价为基础，刑法规范通过命令法官判处刑罚并对此予以正当化而发挥其作为审判规范的机能。野村稔认为，行为规范以国民为对象并与其行为相关联，审判规范以法官为对象，而制裁规范却是这两种规范之间的媒介。参见〔日〕野村稔：《刑法总论》，全理其、何力译，法律出版社2001年版，第38—44页。

③ 甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》（上），北京大学出版社1984年版，第201页。

④ 〔日〕西原春夫：《刑法的根基与哲学》，顾肖荣等译，上海三联书店1991年版，第32页。

⑤ 同上书，第30页。

据,刑法具有保护国家所关切的重大法益的机能。”^①所谓法益,用李斯特的话说,就是刑法规范所保护的利益。在现今大陆法系国家刑法学中,尽管对犯罪的违法性本质有所谓“社会危害性说”^②、“秩序违反说”^③、“规范违反说”^④等诸多学说,但“法益侵害说”无疑是更为主流的学说。^⑤根据法益理论,法益可以分为国家法益、社会法益和个人法益。国家法益是刑法规范所保护的国家利益,社会法益是社会共同体全体成员共同拥有的超越个人利益的法益。国家法益和社会法益可以统括为超个人法益。个人法益是刑法规范保护的利益。犯罪的本质既然在于法益侵害,即对于国家法益、社会法益和个人法益的侵害,作为对犯罪的反制手段的刑法,其价值和机能当然首先在于法益保护。也就是说,刑法具有制止犯罪、维护秩序、防范国家、社会和公民个人的法益免遭犯罪行为者的侵害的机能。因为刑法规范对一切侵犯或危害国家、社会或个人法益的行为都规定了相应的刑罚方法。任何行为只要侵犯了刑法所保护的国家、社

① 转引自〔日〕木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1993年版,第9—10页。

② 在近现代刑法学中,“社会危害性说”发端于贝卡里亚的《论犯罪与刑罚》。在其经典性的论述中,贝卡里亚明确指出,犯罪对社会的危害程度是衡量犯罪的真正标尺。但把“社会危害性说”推向极至的则是原苏联社会主义刑法学和我国主流刑法学。不过,近年来,我国刑法学已经开始反思这种社会危害性理论,陈兴良教授更是语出惊人,扬言要把社会危害性概念逐出刑法学领域。陈兴良:“社会危害性——一个批判性反思”,载《法学研究》2000年第3期。这一观点得到了一些中青年学者的呼应,也招致了一些学者的非议,储槐植先生即针锋相对地发出了“善待社会危害性概念”的呼吁。参见储槐植、张永红:“善待社会危害性概念”,载《法学研究》2002年第3期。

③ “秩序违反说”是法国刑法理论和刑法实务关于犯罪的违法性本质的主流学说。法国刑法学家卡斯东·斯特法尼把犯罪定义为“由刑法规定并依据其对社会秩序造成的扰乱进行惩处的行为”,认为犯罪违法性的本质在于对社会秩序的扰乱。〔法〕卡斯东·斯特法尼:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第6页。

④ “规范违反说”是近年来德国刑法学者格吕恩特·雅科布斯提出机能主义刑法学关于犯罪的违法性本质的解读。雅科布斯认为,犯罪不是法益侵害(Rechtsgutsverletzung),而是规范否认(Normdesavouierung),刑法保护的也不是法益,而是规范的有效性。他指出,刑法机能主义指的是这样一种理论,即刑法所要达到的效果是对规范统一性的保障、对宪法和社会的保障。〔德〕格吕恩特·雅科布斯:《行为 责任 刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版。

⑤ “法益侵害说”作为大陆法系主流的关于犯罪的违法性本质的理论,肇始于费尔巴哈的“权利侵害说”,经过德国刑法学家毕尔巴模、宾丁、李斯特、魏尔泽尔等人的推动,而成为德国刑法学的主流学说,并影响其他大陆法系国家刑法学。我国刑法学近年来也开始引入“法益侵害说”,认为用法益侵害说取代社会危害性说更能科学地揭示犯罪的违法性本质,也有助于提升犯罪概念的规范属性。杨春洗、苗生明:“论刑法法益”,载《北京大学学报》1996年第6期;张明楷:《法益论》,中国政法大学出版社2000年版;丁后盾:《刑法法益原理》,中国方正出版社2000年版。

会或者个人的法益,国家就应当予以追究,借以惩罚和预防犯罪。毫无疑问,刑法对已然侵害国家、社会或者公民个人法益的犯罪行为予以刑罚处罚,以保障国家、社会或者个人的法益,维护社会秩序,体现了刑法存在的原始根据。作为刑法的原始和基础的功能,法益保护功能的存在正是刑法的工具性的渊源所在。

在近代刑法原则确立以前的专制主义或者所谓国权主义政治中,刑法只有保护极少数统治者利益、维护专制统治秩序的所谓法益保护功能。但是,随着民主主义或者所谓民权主义政治的确立,刑法不再以保护国家利益为出发点、以国民为规制对象,而以保护国民利益为出发点、以国家为规制对象^①,刑法因而不被作为维护国家利益的刀把子加以利用,刑法被赋予了限制国家刑罚权、保护国民人权大宪章的机能。正是在此基础上才产生了作为刑事法领域根本法治原则的罪刑法定原则。而罪刑法定原则的全面推行,又反过来进一步强化了刑法的人权保障机能,使人权保障机能一跃而成为与法益保护机能并驾齐驱的刑法基本机能。因此,日本刑法学家西原春夫认为,刑法其实不仅仅是实现国家制止犯罪、维护秩序、保护法益的政治目的的手段,甚至主要不是实现国家上述政治目的的手段。如果不是基于对国家刑罚权制约以保护犯罪人人权这一考虑,刑法本身可能根本就不具有存在意义。西原春夫指出:“刑法还有保障机能,即行使保护犯罪行为者的权利及法益,避免因国家权力的滥用而使其受害的机能。对司法有关者来说,刑法作为一种制裁的规范是妥当的,这就意味着当一定的条件具备时,才可命令实施科刑;同时当其条件不具备时,就禁止科刑。虽然刑法是为处罚人而设立的规范,但国家没有刑法而要科以刑罚,照样可行。从这一点看,可以说刑法是无用的,是一种为不处罚人而设立的规范。”^②确实,如果从纯粹功利主义的角度考虑,而不从合理性的层面加以约束,一个国家对付犯罪其实并不必须有刑法,没有刑法并不会妨害国家有效惩治和控制犯罪。而且没有刑法的约束,国家司法机关反而可以更加有效、灵活地打击各种危害社会的行为。^③ 我们完全可以设想,如果抛弃刑法对某种行为构成

① 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。

② [日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,上海三联书店1991年版,第33页。

③ 李海东:《刑法原理入门〈犯罪论基础〉》,法律出版社1998年版,自序“我们这个时代的人与刑法理论”。

犯罪的具体要件的限制以及如何裁量适用刑罚的具体规定的约束,允许警察对正在实施犯罪的犯罪分子就地正法,授权法官对被认为实施了危害社会的行为的人,纯粹出于惩罚和预防犯罪的需要而任意判处各种苛厉和残酷的刑罚(如对盗窃犯一律剃除手指;对强奸犯和其他性犯罪者一律处以宫刑,对所有的暴力攻击性罪犯一律处以死刑),也许会对犯罪分子产生更为强大的震慑力,并且往往会产生立竿见影的威慑效果。这一情况恰恰反证,在现代法治社会,刑法的存在除了实现国家惩罚犯罪、保护社会、维护秩序的政治目的这一保护功能外,必还有与此对立统一的限制国家刑罚权行使、保障公民人权的功能。

经过罪刑法定原则的几百年熏陶和洗礼,现代法治社会的刑法赋予了人权保障机能以丰富的内涵。它首先要求司法者只能对符合法定犯罪构成要件的违法的有责的危害行为进行法律评价,并据以定罪量刑。对没有实施符合刑法规定的犯罪构成要件的行为、不具有追究刑事责任要素的公民,不得进行法律评价、定罪量刑;对法无明文规定的行为,即使认为具有严重的社会危害性,也不得基于所谓的热忱或者公共福利的理由而在法外定罪量刑。对国家刑罚权的这一限制可以确保遵纪守法的公民生命、自由、财产不受司法者的刑罚擅断的侵害。其次,现代刑法的人权保障机能要求,即便是对确认有罪的人也只能根据犯罪的事实和情节判处刑法规定的符合实体正义原则的刑罚,严禁对犯罪人适用法外刑,从而保障犯罪人的生命、自由和财产不受司法者的刑罚擅断的侵害。正是在此意义上,李斯特说:“刑法典是犯罪人的大宪章。它既不是在保护法律制度,也不是在保护集体,而是在保护它所抵御的人。它同犯罪人达成一项文字保证,对他们的惩罚只有当具备法律条件时才在法律规定的限度内实施。法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,这两句话是一道屏障,保护公民免受国家权威、多数人的权利、利维坦的侵害。我早就指出过,刑罚是受法律制约的国家的惩罚权。现在,我可以说,刑法是刑事政策不可逾越的樊篱。”^①李斯特的高足、德国著名法理学家和刑法学家拉德布鲁赫则指出:“自从有刑法存在,国家代替受害人施行报复时开始,国家就承担着双重责任:国家在采取任何行为时,不仅要为社会利益反对犯罪者,也要保护犯罪人不受受害人的报复。

① 转引自〔日〕庄子邦雄:“刑罚制度的基础理论”,载《国外法学》1979年第4期。

现在刑法同样不只反对犯罪人,也保护犯罪人,它的目的不仅在于设立国家刑罚权力,同时也要限制这一权力,它不只是可罚性的缘由,也是它的界限,因此表现出悖论性:刑法不仅要面对犯罪人保护国家,也要面对国家保护犯罪人,不单面对犯罪人,也要面对检察官保护市民,成为公民反对司法专横和错误的大宪章。”^①日本刑法学家庄子邦雄则更为明确地提出了刑法不仅是犯罪人的大宪章而且是善良公民自由的大宪章的刑法机能观:“刑法的人权保障机能由于保障的个人不同而使实际机能各异,即具有作为善良公民的大宪章和犯罪人的大宪章两种机能。只要公民没有实施刑法所规定的犯罪行为,就不能对该公民处以刑罚。在此意义上,刑法是善良公民的大宪章。刑法作为犯罪人的大宪章,是指在行为人实施犯罪的情况下,保障罪犯免受刑法规定以外的不正当刑罚。”^②

由此可见,在罪刑法定原则支配下,现代法治社会的刑法典应当是一套体现国家刑罚权制约和自我制约双重机制的封闭性的规则体系。它所确立的刑法规范不仅是作为规制对象的全体公民的行为规范,而且也是掌握国家刑罚权的司法者的裁判规范。刑法在为司法者提供认定犯罪和惩罚罪犯的法律依据的同时,也限定司法者只能在刑法允许的规格和标准范围内定罪量刑。因而其价值就在于在规制黎民百姓、防范并惩罚其作奸犯科以维护社会秩序的同时,限制国家滥用刑罚权以保障公民自由权利。现代刑法典的这种维护秩序和保障自由的价值平衡,恰恰体现了现代刑法的最高价值——实现社会正义。

因此,我们认为,如果对现代刑法的价值和机能进行形象地表述的话,我们认为,现代刑法不仅是“刀把子”,而且是“大宪章”,更是体现社会正义的“天平”。刑法不仅是实现国家政治统治、维护社会秩序的工具,而且也是公民防范司法擅断、保障个人自由的利器,更是社会正义这一法规范终极价值和目的的载体。刑法的工具性应当受到刑法的目的性的制约,刑法的合法性应当受到刑法的合理性(合乎社会正义)的拷问。这就是我们对刑法存在的根基和哲学的基本结论。

① [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第96页。

② 转引自[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1993年版,第10页。

二、历史与现实——刑法绝对工具价值批判

经过坐而论道式的学理追问后,再将目光投向我国的法制现实,我们不得不承认我国刑事法制现实仍然存在着对刑法价值的严重误解甚至曲解。尽管经过 20 年的制度建设和观念更新,我国的法治化进程已经取得了相当的进展,人们的法治意识已经发生了深刻的变化,但主导我国刑事法制现实的刑法价值观仍然是长期盛行于整个中国法学研究和法制建设的法律工具主义。作为一种多少被赋予了某种正统性的关于法律的本质和价值的法学理论,法律工具主义的正当性、合理性尽管一再受到学界的挑战,但其统治地位在我们的法制现实中似乎并未发生根本的动摇。特别是刑法,由于其特殊的强制性和暴力性,至今仍然被一些人视为最具有工具价值的一个法律部门,这被某些人视为刑法的最大幸事,通过执掌刑法尤其是以附随政治权威的意志的方式执掌刑法,相比执掌其他法律或许会有更多的升迁机会(在时下中国的法制现实中,这是一个相当普遍的现象)。

长期以来,受这种绝对工具主义法律价值观的束缚,在国人甚至相当数量的刑法学家和刑法实务家的观念中,刑法就是“刀把子”或专政机器,就是执行阶级专政职能、镇压阶级敌人反抗、惩罚严重刑事犯罪分子的工具。因而,“以暴力镇压为主要功能的刑法,就成了历代刑事立法的共同特征,并构造了中国刑法的主体形象。”^①“其结果是,刑法的确立和变更,取决于政治斗争的需要;刑法的适用,随政治形势而变迁;刑法学的研究,以符合立法和实际需要为原则。这种实用主义的刑法观,不仅阻碍了刑法理论的更新和发展,而且也使刑事立法缺乏长远预见。”^②在这种“刀把子”理论指导下的中国刑法理论,在过去很长一段时间,只谈刑法的任务,不谈刑法的功能,只谈刑法的服务于政治、经济统治的工具价值,不谈刑法限制国家刑罚权任意行使、保障刑法适用对象的

① 陈晓枫主编:《中国法律文化研究》,河南人民出版社 1993 年版,第 315 页。

② 同上书,第 316 页。

人权的保障机能,否认刑法作为社会正义象征的独立意义。直至20世纪90年代前后,正统刑法理论才首肯刑法的人权保障机能,但在谈到人权保障机能时总给人以一种犹抱琵琶半遮面的羞态,全然没有高喊“打击犯罪、保护社会”时的理直气壮。我国刑事立法和司法实践长期遵循和固守的更是刑法作为“刀把子”和“专政机器”的刑事政策。这样的刑事政策在立法上最直接的反映就是刑法典关于刑法任务的片面规定。我国《刑法》第2条规定:“中华人民共和国刑法的任务,是用刑罚同一切犯罪行为作斗争,以保卫国家安全,保卫人民民主专政的政权和社会主义制度,保护国有财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业的顺利进行。”学界一般将其概括为“惩罚犯罪,保护人民”八个字。究其内涵,“惩罚犯罪,保护人民”仅相当于刑法的保护功能,而限制刑罚权、保障人权的功能却无从体现。^①这说明,我国刑法典虽然规定了以限制国家刑罚权、保障人权为基本价值取向的罪刑法定原则,(我国《刑法》第3条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”学界公认这就是我国刑法规定的罪刑法定原则。)但对其价值取向却有不同理解。主流观点认为,我国刑法规定的罪刑法定原则的基本价值取向仍然是罪刑法定自产生之时即固有的限制国家刑罚权、保障个人人权。但也有人认为,我国刑法规定的罪刑法定原则包括积

① 与之形成鲜明对比的是,素有美国联邦和各州刑法典蓝本之称、美国法学会1962年起草的《模范刑法典》(Model Penal Code)第1、2条分别从有关犯罪定义之规定的目的和有关刑罚之适用以及处遇罪犯之规定的一般目的两个方面明确规定了刑法的任务和目的。根据该条,有关犯罪定义之规定的目的是:(1)禁止和防止不正当地和不可原谅地给个人和国家利益造成和可能造成严重损害的行为;(2)将那些其行为表明他们具有实施犯罪倾向的人置于社会的控制之下;(3)保证那些无过错的行为不致被判有罪;(4)对那些被认定为犯罪的行为予以公开的警告;(5)在合理的基础上区分严重犯罪和轻微犯罪。有关刑罚适用及处遇罪犯之规定的目的是:(1)预防犯罪;(2)促进罪犯的矫正和改善;(3)保障犯罪人不过重、不相当或者专横的处罚;(4)基于认定有罪而宣告的罪刑的性质应予相当的警告;(5)基于应适当地个别处遇罪犯的立场而对罪犯进行分类;(6)明确规定负责处遇罪犯的法院、行刑官员以及行政机关之权限、义务与权能并谋求相互协调;(7)在对罪犯宣告刑罚和进行处遇时,促进利用公认的科学的方法及知识;(8)统一矫正组织之运用之责任于州矫正当局。参见萧榕主编:《世界著名法典选编·刑法卷》,中国民主法制出版社1998年版,第35—36页。英国学者J. C. 史密斯和B. 胡根认为,这一规定可以被视为现代法律体系中的刑事实体法的正当目的的一般表述。参见J. C. 史密斯和B. 胡根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第3页。

极的罪刑法定原则和消极的罪刑法定原则两个方面。《刑法》第3条后半段“法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”体现的是消极的罪刑法定原则，其意义在于它从消极方面限制刑罚权的适用，防止国家滥用刑罚权侵犯人权。就此而言，它的确是善良公民的大宪章，是犯罪人的大宪章。《刑法》第3条前半段“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑”体现的是积极的罪刑法定原则，它从积极方面要求正确运用刑罚权，惩罚犯罪，保护人民。并且认为，正确运用刑罚权，惩罚犯罪，保护人民，这是第一位的，而防止刑罚权的滥用以保障人权，则是第二位的。积极的罪刑法定原则与消极的罪刑法定原则的统一，运用刑罚权以惩罚犯罪、保护人民与约束刑罚权、保障人权的统一，是我国刑法规定的罪刑法定原则的全面的正确的含义，它克服西方刑法罪刑法定原则的片面性，是对罪刑法定原则的新的发展。窃以为，这一解读似乎更接近于立法本意。果真如此的话，此罪刑法定原则可能就非彼罪刑法定原则。^①我国《刑法》的一些具体规定和制度也体现了刑法的人权保障功能，但总体上讲，刑法的人权保障功能并未得到全面的贯彻和充分的重视。无论是立法者还是司法者，抑或普通老百姓，对刑法保障罪犯人权的功能总体上难有体认，或者充其量处于“抽象肯定，具体否定”的认识状态。如果说刑事立法对保障人权重视不够的话，那么，在我国刑事司法实践中，人权保障机能则似乎经常处于雾里看花、似有还无的朦胧状态。尽管许多人表面上也不否定人权保障的必要性，甚至还会不时地将保障人权的口号挂在嘴边，但在观念深处，许多人仍然认为，刑法是阶级专政或者政治统治的工具，是专门执行镇压职能的“刀把子”，刑法永远是冷冰冰的，刑法的概念总是与监狱、暴力以及血淋淋的死刑、肉刑联系在一起，因而刑法的味道总是苦涩的。对于被告人、犯罪人甚至对于一般公民来说，刑法永远是令人不寒而栗的达摩克利斯之剑。在这些人的观念中，刑法既然是镇压犯罪的利器，怎么还能用来保障犯罪人的人权？！这岂非逻辑矛盾、语无伦次？再说，如果刑法的功能是保障犯罪人的人权，那么广大人民群众特别是被犯罪侵害的被害人的人权难道就不要保障吗？！如果说刑法具有保障人权的功能，那么，刑法通过打击敌人、惩罚犯罪，保护人民的权利和利益不受犯罪

① 何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1997年版，第63—68页。

侵害,不是具有最高价值的人权保障吗?!很显然,按照这种情感逻辑思维理解、适用和执行刑法,刑法的功能和任务似乎只能是惩罚犯罪、打击敌人以保护社会。不容置疑的是,这种绝对主义的刑法使命观确实蕴含着国家刑罚权不受制约、刑罚随司法者的主观判断而任意适用、重刑主义倾向泛滥的现实危险。对刑法存在的价值作这种绝对工具主义的解读,对刑法绝对工具价值的顶礼膜拜必然导致刑法被政治所操纵的破坏法治的后果。刑法的绝对工具价值蕴含着刑法异化的极大危险!

观念是现实的反映。我国流行的这种只讲保护功能不讲保障功能的刑法价值观,是绝对工具主义法律价值观在刑法价值问题上的具体体现,反映了在中央集权政治和计划经济体制下,国家利益、社会利益被过分强调,而个人利益被压抑、被轻视的社会现实。如果说忽视甚至排斥保障功能的刑法价值观是集权政治和计划经济的产物的话,那么,随着国家政治民主化程度的提高和市场经济体制的建立,这种价值偏一的刑法价值观也就失去了存在的根基。国家政治的民主化的一个重要方面就是在公民权利日益扩大的同时,国家权力越来越受到制约。刑罚权是和平时最重要的国家权力之一,国家权力受到制约,首当其冲的就是国家刑罚权受到制约。国家刑罚权的制约方式有实体制约和程序制约两种。前者是指通过确立罪刑法定原则,实现罪刑的法定化、罪刑的明确性、溯及处罚的禁止和类推适用的排斥,规范国家刑罚权的发动的对象和范围,防止刑罚权被发动后对公民个人权利和自由造成不应有的危害;后者则是通过规定正当法律程序,保障犯罪嫌疑人、刑事被告人在侦查、起诉、审判和行刑等刑事诉讼全过程的诉讼权利,规范国家刑罚权的发动过程,防止公民的权利和自由在诉讼过程中被国家刑罚权侵害。国家刑罚权的这两种制约方式直接显现的价值就是刑法对人权的保障。因此,只要承认国家权力特别是国家刑罚权应当受到制约,就应当承认刑法具有保障犯罪嫌疑人、刑事被告人和犯罪人的人权的功能。

刑法的人权保障功能不仅是国家政治民主化、国家权力特别是刑罚权受制约的表现和要求,还有其牢固的社会经济基础,这就是市场经济体制。计划经济是经济活动主体没有独立的经济利益甚至没有独立的主体意识的服从型经