

高级检察官培训教程

刑法理念导读

XINGFA LINIAN DAODU

陈兴良 著

中国检察出版社

刑法理念导读

陈兴良 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法理念导读/陈兴良著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 2
最高人民检察院高级检察官培训教材
ISBN 978 - 7 - 80185 - 887 - 0

I. 刑… II. 陈… III. 刑法 - 法的理论 - 中国 - 教材
IV. D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 205606 号

刑法理念导读

陈兴良 著

出 版 人: 袁其国
出版发行: 中国检察出版社
社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)
网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)
电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com
电 话: (010)68682164 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)
经 销: 新华书店
印 刷: 三河市燕山印刷有限公司
开 本: 720mm × 960mm 16 开
印 张: 28.25 印张
字 数: 519 千字
版 次: 2008 年 2 月第一版 2008 年 2 月第一次印刷
书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 887 - 0/D · 1863
定 价: 49.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

出版说明

为了进一步贯彻和落实最高人民检察院《2004—2007 年全国检察人员培训计划》和《2004—2008 年全国检察人才队伍建设规划》的目标任务，适应“以加强执法能力建设为核心，加快推进检察官队伍专业化建设步伐”的具体要求，根据“十五”教育培训规划，我们组织编写了本套高级检察官培训教程。

本套教程采取开放的形式，根据检察工作的特点、规律和发展方向，结合检察人员在岗培训的特点，聘请法学理论或检察理论研究领域具有较深造诣和在检察实践方面具有丰富实践经验的专家学者撰写，内容覆盖了检察基本理论与制度、检察证据、检察管理及各部门业务知识，体现出“注重质量，讲求实效”的特点，适合于各类检察人员培训和自学之用。本套教程将陆续出版《检察制度教程》、《检察证据实用教程》、《职务犯罪侦查教程》、《公诉制度教程》、《检察官管理制度教程》、《刑法理念导读》、《刑事诉讼原理导读》等。

丛书编委会

二〇〇七年十一月

前言

《刑法理念导读》作为高级检察官培训教材，是在2003年由法律出版社出版的，迄今已经将近5个年头过去了。此次丛书编委会又邀请我对本书进行适当增订，以高级检察官培训教程的名义在中国检察出版社出版。对此，我表示欣慰。

理念，英文为 *idear*，是我所喜欢使用的一个概念。刑法理念，也是我首次在《当代中国刑法新理念》（中国政法大学出版社1998年版）一书首次采用的。随着法治理念教育的推行，“理念”这个词也越来越耳熟能详。那么，到底什么是理念呢？对此，我本人也没有深入探究过。我们一般都把理念看做是观念、思想的同义语。其实，理念是一个十分形而上学的哲学概念，它来自自古希腊哲学家柏拉图的理念论。英国学者戴维·梅林在论及柏拉图的理念论时指出：

理念论是要让回忆说建立在坚定的形而上学和认识论基础之上。存在着一个永恒的仅凭理智可以理解的实在的世界，灵魂在肉体化之前不具形体的状态中就直接了解到了它。我们在现在的肉体化生活中凭感觉经验获知的世界包含了永恒实体的感觉影像，这些感觉影像可以促使我们回复到对理念的回忆，理念是它们永恒的仅凭理智可以理解的原型。真正的哲学家力求不断摆脱由感觉经验引起的身体快乐与痛苦的感知的扭曲性影响而净化自己，增长他进行纯粹理智思考的能力，唯有这能获得关于理念的知识。^①

因此，理念具有超越经验的特征，正如灵魂存在于肉体

^① 参见[英]戴维·梅林：《理解柏拉图》，喻阳译，辽宁教育出版社、牛津大学出版社2000年版，第114~115页。

之外。十分凑巧的是，黑格尔在论及法的理念的时候，也采用了灵魂与肉体的比喻。黑格尔认为，法哲学这一门科学以法的理念，即法的概念及其现实化为对象。那么，如何理解这里的理念呢？黑格尔指出：

概念和它的实存是两个方面，像灵魂和肉体那样，有区别而又合一的。如果肉体不符合灵魂，它就是一种可怜的东西。定在与概念、肉体与灵魂的统一便是理念。理念不仅仅是和谐，而且是它们彻底的相互渗透。如果不是某种式样的理念，任何东西都不能生存。法的理念是自由，为了得到真正的理解，必须在法的概念及其定在中来认识法。^①

黑格尔当然是基于其客观唯心主义的哲学立场讨论理念的。在唯物辩证法看来，理念并不是先于或者高于物质实体的先验存在物，而恰恰是从具体事物中抽象出来的某种观念形态。因此，我们在理解客观事物的时候，仅有物质的实体形态的把握还是远远不够的，还应当透过物质之表象，深刻把握物质的观念形象。对于法的认识也是如此。法当然是以规范形式而存在的，并且表现为各种具体的实在法。但只是对表象的法律实体的认识还不足以把握法的精神，还应当观念形态上理解法。这种观念形态意义上的法，就是法的理念。因此，作为理念的法与作为规范的法是对立的：前者是应然之法，后者是实然之法。

刑法理念并非刑法之实然，也不是对现行刑法的诠释，而是指刑法之应然，属于刑法的价值层面。对刑法理念的探讨，意味着立足于刑法的现实而面对刑法的未来，是对刑法生长与发展之逻辑与规律的揭示。因此，在某种意义上说，对刑法理念的研究就是对刑法的哲学研究。它以一种反思的、批判的精神与姿态呈现，具有超越实在刑法的意蕴。在此，刑法理念所具有的应然性与刑法规范所具有的实然性之间凸显出一种冲突。刑法理论首先是关于规范刑法的知识，它具有对现行刑法条文的诠释功能，以满足司法实践的客观需求。但这种规范刑法的知识需要一种超越于现行刑法规范的刑法理念之引导。因为刑法本身不是凝固不变的，尤其是当前中国处于社会转型时期，我国的法律，包括刑法也处在剧烈的变动之中。如果我们不能从理念上把握刑法的精神实质，我们就只能囿限于刑法规范之表象与具象，对于刑法的内在价值无所归依，对于刑法的发展前景不甚了然，因而难以适应刑事法治建设的现实要求。

我以为，一个国家的刑事法治是由以下三个层面的内容构成的：刑法理

^① 参见[德]黑格尔：《法哲学原是》，范场、张企泰译，商务印书馆1961年版，第1~2页。

念、刑法制度与刑法规范。在这三者之中，刑法规范处于表层，对社会生活直接发生作用，也是我们在其现实性上所能接触到的刑法表象。在现实生活中，公民主要是与刑法规范打交道。刑法规范所具有的对公民的约束功能，是可以切实地感知的。当然，在民族心理结构中，也还存在着某些历经长久而积淀下来的刑法规范被社会所普遍认同，诸如杀人者死等规则，都是成为对现行刑法规范的有效性的某种检验。在司法活动中，刑法规范是定罪量刑以及行刑的法律准则，对司法官员也具有直接的约束作用。当然，刑法规范不能独自地发生作用，在其背后必然存在着制度的支撑。这里的刑法制度，主要是指刑事立法与司法的体制。刑事立法体制是立法权的行使方式，通过立法活动供应刑法规则，以满足刑事司法对规则的需求。刑事司法体制是司法权的配置方式，通过各种司法权的行使实现刑法规范的价值。相对于刑法规范来说，刑法制度更为直接地体现了权力的作用，因而其生命也是更为持久的。刑法法规变动可能更加频繁，而刑法制度则相对稳定。当然，我国目前正在进行司法体制改革，对刑法制度也有加以结构性的调整之必要。在这样一个历史背景之下，透过刑法规范而关注刑法制度是十分重要的。在刑法制度之上就是刑法理念，它对刑法起到某种指导作用，对刑法制度的改革与刑法规范的适用都是不可或缺的。在我们这样一个社会转型与体制改革时期，刑法理念的转变是十分重要的，它是刑法制度调整与刑法规范变动的先声与前驱。因此，我们有充分的理由将刑法理念纳入我们的视野。

《刑法理念导读》一书编纂于2003年初，反映的是当时我对刑法理念的认识。这次再版作了个别增补：首先，增加了一篇代序：当代中国刑法理念。这是我的一篇讲演稿，论述了人权保障、形式理性和刑罚谦抑三个刑法理念。由于该文是以讲演稿的形式呈现出来的，具有可读性，也可以理解为全书的核心观点。此外，还增加了第十四章与第十五章：第十四章是“刑事法治视野中的刑事政策”，该章以刑事法治为视野，对我国的刑事政策进行了法理探讨；第十五章是“宽严相济刑事政策研究”，该章对我国当前正在贯彻的宽严相济的刑事政策的精神及其适用作了系统的阐述。经过增补以后，全书正文共分为十五章，基本上可以分为三个部分：第一部分是第一章到第八章，属于刑法理念的价值基础，是本书的基本理论，对于正确地掌握刑法理念具有重要意义。第二部分是第九章到第十二章，属于刑法理念的规范内容，其中罪刑法定原则和罪刑均衡原则都是刑法理念的具体体现。第三部分是第十三章到第十五章，属于刑事政策内容。刑事政策与刑法理念之间具有密切联系，刑法理念往往通过一定的刑事政策对刑事立法与刑事司法发生作用。因此，刑法理念转变会导致刑事政策的调整。在刑法理念的学习中，掌握刑事政策的基本精神是十

分重要的。尤其是近年来，随着建构和谐社会的政治理念的确立，必然影响到刑事政策。因此，宽严相济刑事政策在某种程度上可以说是刑事法对建构和谐社会的政治理念的回应。

本书第一版是由法律出版社出版的，第二版改由中国检察出版社出版。有关编辑在本书出版过程中付出了辛勤的劳动，对此我要深表谢意。此外，本书是在最高人民检察院高级检察官培训教程编委会的组织下编写的，对此我也要表示谢意。

是为前言。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2007年11月24日

当代中国刑法理念*

(代序)

同学们，大家晚上好！今天很高兴受法学社邀请举办这场讲座。今天晚上讲座的题目是《当代中国刑法理念》，这是一个涉及刑法理念的问题。理念是指一种观念、一种立场，刑法理念就是刑法的基本观念、刑法的基本立场。因此，这是对刑法所作的一种形而上的思考、一种应然的思考。这种思考对于认识中国当前的刑法改革具有重要意义，可以说是我国刑法的一个前沿性的理论问题。围绕刑法的理念问题，我主要谈以下三个方面的内容：

一、人权保障的刑法理念

人权保障，是当前中国刑法中首先需要强调的基本理念。人权保障是与打击犯罪的价值追求相联系的，它涉及刑法的机能问题和性质问题，因而是刑法的根本问题。

传统的刑法观念都是把打击犯罪放在首位的。我国《刑法》第2条规定了刑法的任务，明确指出刑法的任务是“惩治犯罪，保护人民”。当然刑法作为国家法律，本身具有惩治犯罪的基本功能。但刑法的功能不能仅仅局限在打击犯罪这一方面上，而且应当注重保障人权。如何看待打击犯罪与保障人权的关系，涉及对刑法性质的认识。我认为，《刑法》第2条中的保护人民与保障人权并非同一的概念。保障人权中的人权，并不是指一般人的权利，也不是指人民的权利，而是指犯罪嫌疑人、被告人的权利。法律的基本职

* 本文是2007年6月6日陈兴良教授在北京大学法学社“公法的生活化”学术论坛上所作讲演的录音整理，已经陈兴良教授审订。周辉负责录音整理。

能就是保障人权，我国实现了人权入宪，即宪法明确规定“国家尊重和保障人权”。但各部门法因其职能和性质不同，保障人权的内容也是不同的。就刑法而言，其主要处理犯罪和刑罚的关系。所以，刑法主要保障犯罪嫌疑人、被告人的权利。这是刑法中人权保障的基本含义，厘清这一点对于展开我们今天晚上的讨论具有重要意义。

刑法是否把人权保障放在首要的位置上，是法治社会刑法与专制社会刑法的根本区别。任何性质的刑法，由刑法职能所决定，均具有惩罚犯罪的功能。无论是在古代社会、中世纪还是在现代社会，只要存在着刑法，它就具有打击犯罪的功能。因而专制社会刑法与法治社会刑法的分野不在于刑法的惩罚犯罪功能，而在于是否存在保障人权的功能。尤其是在惩治犯罪功能和保障人权功能存在矛盾的情况下，把哪一个功能放在第一位，这才是专制社会刑法与法治社会刑法的根本区别之所在。李海东博士曾提出国权主义刑法和民权主义刑法的概念。前者是要限制国民的权利，把刑法单纯地作为惩治犯罪的工具；而后者是把刑法作为限制国家权力的工具，从而达到保护国民的权利和自由的目的。实际上，是单方面地限制国民的权利还是限制国家的权力，这才是专制社会刑法与法治社会刑法的区别。在专制社会里，刑罚是镇压犯罪的工具，是国家单方面限制公民权利和自由的工具。在法治社会里，刑法恰恰是限制国家权力的工具，从而达到保障公民权利和自由的目的。这两种刑法在性质上是完全不同的，由此我们才能深刻地认识刑法的本质。

如何看待刑法的性质？在中国古代社会中，把法律的基本功能定位为定分止争，把刑法看成是禁奸止邪的工具。这种刑法认知把刑法看成一种统治工具、一种牧民之术。这是一种在刑法性质上表现出来的国家主义立场和专制主义立场。这种观念长期占据着统治地位，成为我们对刑法的一种基本认识。这其实是一种对刑法的偏见，是一种长期历史文化传统形成的偏见。我认为，这是在当前刑事法治建设中首先需要破除的偏见。

刑法规范本身，一方面是行为规范，另一方面又是一种裁判规范。所谓行为规范是指它首先对公民有某种引导功能：凡是刑法所禁止的，公民就不能去做。如果做了，就会受到刑法制裁。从这个意义上看，刑法具有约束公民的基本职能。另外，刑法同时还是一种裁判规范，刑法是司法机关定罪量刑的法律准则：司法机关认定一个行为是否构成犯罪，以及对于一个犯罪行为处以何种刑罚，都应当以刑法为根据。从这个意义上说，刑法规范也是用来约束司法机关定罪量刑的一种法律准则。所以，刑法规范本身具有行为规范和裁判规范的双重属性。但在过去相当长的时间里，我们往往注重刑法的行为规范功能，往往用刑法来约束公民，认为刑法是管老百姓的，把刑罚当作一种单纯的治理手

段。而当前的刑事法治建设当中，我们要把人权保障当作刑法的首要功能，就是要强化刑法的裁判规范职能。刑法主要是用来约束司法机关、规范定罪量刑的，这才是法治社会刑法的根本属性。

这涉及一个根本性的问题：一个社会里为什么要有刑法？刑法存在的正当性根据是什么？对于这个问题，我们的一种的本能回答是：一个社会之所以要有刑法，主要是由于在我们社会中存在犯罪。正因为存在着犯罪，所以需要刑法对犯罪加以惩罚，因为没有犯罪就没有刑法。因此我们本能地把刑法惩治犯罪的功能当作刑法存在的正当性根据。关于这一问题，李海东博士做了正确的阐述：在一个社会，如果刑法只是单纯地用来惩罚犯罪，其实没有必要存在。没有刑法，反而能够更为有效地惩罚犯罪。因为，刑法往往成为惩罚犯罪的障碍。没有刑法，一个行为只要对统治者有害，就可以予以刑罚处罚而不受任何限制。有了刑法，一个对统治者有害的行为能否予以刑罚惩罚，还要看刑法是否将这一行为规定为犯罪。对该行为如何惩罚，还要看刑法对于这一犯罪如何适用刑罚的规定。因此，刑法恰恰是用来限制和规范统治者惩罚犯罪的活动的。这种认识是非常深刻的，它揭示了在法治社会里刑法存在的正当性问题。在法治社会里，刑法存在的正当性根据并非在于惩罚犯罪，而恰恰在于对国家惩治犯罪活动加以某种限制，从而达到保障公民权利和自由的根本目的。

这里涉及一个问题：惩罚犯罪与保障人权之间是高度统一的还是存在矛盾的？背后的问题是：国家刑罚权和公民个人自由之间到底是一种怎样的关系？这其实涉及国家刑罚权的起源问题。意大利刑法学家贝卡里亚在《论犯罪与刑罚》一书中，对刑罚的起源问题，根据契约论作了精彩的解释。贝卡里亚认为国家刑罚权来自公民个体权利和自由的转让或过渡，国家刑罚权就是公民权利和自由的一种结晶。公民个人之所以把自己的自然权利转让给国家，正是为了保护公民的福祉。当公民把自然权利转让给国家以后，国家行使刑罚权的同时就意味着对公民权利和自由的某种限制，乃至剥夺。在国家的刑罚权和公民个人的权利与自由之间，存在着一种此消彼长的关系。也就是说，国家扩大刑罚权，必然意味着公民自由权利的减少或丧失。因此，在一个法治国家，必须要把刑罚权限制在必要范围内。正如贝卡里亚所言，凡是超过必要限度的刑罚权，就是擅权，就是不公正的。也就是说，在惩治犯罪和保障人权两种价值之间实际上存在着某种矛盾：如果我们的刑法过度地强调打击犯罪，必然会降低人权保障的水平；如果提高人权保障的标准，又必然削弱打击犯罪的有效性。

因此，当惩治犯罪和人权保障这两种刑法的功能发生矛盾冲突的时候，我们把哪个放在第一位？这是我们所面临的一个根本选择。我认为，在法治社会

中应当把刑法的保障人权功能放在第一位,这是必然的选择。只有在有效地保障人权这一前提下,我们才能充分发挥刑法的打击犯罪的功能。如果过度地强调刑法的打击犯罪的功能,甚至以牺牲人权保障为代价去追求打击犯罪的效果,就会发生刑法功能的异化。刑法的存在本来是为了通过保障公民个人的权利与自由来保护社会的利益与秩序,但是如果国家刑罚权不受任何限制,刑法将异化为对公民的暴政,这对社会来说也是一场灾难,这在专制社会中表现得非常明显。专制社会是社会少数人对社会大多数人的统治,这种统治本身不具有正当性。为维护这种专制统治,就需要恐怖。就像孟德斯鸠所讲,专制制度的原则是恐怖,而刑法就是合法地制造恐怖的一种手段。在这种情况下,刑法就沦落为维护专制统治的法律工具。因此,在专制社会里,刑法对于公民来说是一种异化的东西,是一种恐怖的东西。只有在法治社会中,刑法把人权保障放在首要位置,公民才有可能利用刑法约束国家权力,以保障个人的权利和自由。因此,我们在认识刑法性质时,关键要看刑法到底仅仅是一种打击犯罪的工具,还是一种保障人权的法律武器。

由于中国具有几千年的封建专制传统,所以长期以来,我们都是把刑法看成一种镇压犯罪的工具,看成一种专政的工具。这种传统的认识事实上是一种传统的偏见,它在当前法治建设中必然受到重大挑战。我们需要在刑法功能的认识上拨乱反正,只有这样才能树立正确的刑法观念,才能推动我国的刑法改革,由此实现刑法人权保障的基本功能。

二、刑法谦抑的刑法理念

所谓刑法的谦抑性就是对刑罚的处罚范围和强度加以限制,防止刑罚的膨胀。刑法谦抑包含犯罪的谦抑与刑罚的谦抑这两个既互相联系又互相区别的方面。在这里,我想重点讨论刑罚的谦抑性。可以说,刑法谦抑的理念是与刑罚的轻缓化这一思想紧密联系的。当然,在刑罚谦抑理念的背后还包含着刑罚的人道主义思想。因此,在法治建设当中,刑罚谦抑的理念是相当重要的。

从整个人类历史的发展来看,刑罚存在一个从残暴、苛厉到轻缓、宽缓的演变过程。尤其从近现代以来,随着启蒙思想的传播,刑罚逐渐出现了轻缓化的历史性发展趋势。储槐植教授曾经将刑罚结构概括为以下四种类型:

1. 重刑结构,以死刑和肉刑为中心。
2. 以自由刑和死刑为中心,肉刑被废除。自由刑被认为是近代刑罚之花,自由刑的出现,在一定意义上代表刑罚的历史性进步。
3. 以自由刑为主体的刑法结构,死刑渐渐退出刑罚历史舞台。

4. 以财产刑为主体的刑法结构，这是一种轻刑结构。

这是一个刑罚从重到轻逐渐演变的过程。我们中国基本上还处于第二阶段，而西方发达国家已经开始从第三阶段向第四阶段转变。因此，从刑罚历史演进过程来看，我国还存在一定的落差。在我国的刑罚体系中，死刑还占有非常重要的地位。如何限制死刑而不是废除死刑成为我国刑法学界需要讨论的问题。现在有些国家已经开始讨论如何废除死刑，甚至在废除死刑后又开始考虑废除无期徒刑。我国还完全处于与之完全不同的境界，对此必须要有足够的思想认识。

这样一个刑罚进化的过程，就是刑罚的历史谦抑的演变过程。刑罚为什么会实现由重到轻的演变？刑罚由重到轻进化的推动力是什么？过去认为是刑罚人道主义思想对刑法产生的影响。但现在看来，这种解释是有局限性的。在刑罚进化的背后其实是社会治理能力的提高、社会治理手段的多元化在起作用。因此，应当把刑罚放在社会治理的体系中去考查。刑罚是一种社会治理的手段，而且是代价最为昂贵的一种社会治理手段。古代社会由于当时生产力条件和人类文明程度所决定，刑法成为社会治理的主要手段。例如当时的政治问题，是依靠刑法解决的，尤其涉及国家权力的更替，对最高统治权的保护都完全靠刑法。因此凡是被统治者认为威胁到统治权的行为，都被规定为最为严重的犯罪，采取最为严厉的刑罚加以惩治。因为当时权力传承采用的是世袭制，这是专制社会的主要特征，这种权力来源本身明显具有不正当性，因此会受到来自社会的挑战，象征着最高权力的王位就成为争夺的目标。为了维护这种权力，就不得不依赖刑法，进而刑法成为解决权力斗争的主要手段。但在现代民主社会，权力的来源通过选举来解决，即政治民主化。如果人民对某一个统治者不满意，完全可以用投票的方法来表达自己的意志，因此政治问题就不需要依靠刑法解决，由此刑法从政治领域退出来了，刑法不再干预政治，不再把被统治者视为反动的行为规定为犯罪。在这种情况下，刑法不再是敌人刑法而是市民刑法。

在古代社会，宗教，也就是信仰的问题，也是依靠刑法来解决的。在宗教统治里，信仰就成为控制人民思想的手段，宗教也成为一种统治的工具。这种宗教统治往往强迫他人信仰，并把具有另一种宗教信仰的人看成异教徒，并利用刑法推行这种宗教，刑法在镇压异教徒过程中起到非常恶劣的作用。这在西方中世纪宗教裁判所中表现得十分明显。现代社会已经实现了信仰自由，各种信仰能够和平共处。在这种情况下，宗教信仰问题也不再需要用刑法来解决。尤其是宗教与国家统治分开了，也就是所谓的政教分离，刑法就从宗教信仰领域中退出来了。当然中国社会不像西方那样存在那么严重的宗教问题，但中国

古代有一种伦理主义，把刑法当成一种推行伦理的工具，用刑法来实现这种伦理。因此，古代就有“出于礼而入于刑”的说法，即违背伦理的行为就要用刑法来加以惩罚，刑罚成为推行某种道德的工具。而现代社会法律与道德问题是分开的，道德问题在未涉及刑法时，法律不应当进行干涉，尤其是不能运用刑法轻易干涉私人生活。随着刑法的轻缓化，许多被传统伦理道德看成是罪恶因而被规定为犯罪的行为，现在都逐渐被非犯罪化了。例如卖淫、同性恋、吸毒和赌博都是不道德的行为，过去都曾经被规定为犯罪予以刑罚惩罚。但随着现在道德的宽容，尽管有些行为还被认为是违反道德的行为，但已经不再把它们当作犯罪加以惩罚了，有些行为甚至合法化了，例如承认同性婚姻，设立红灯区等。

在古代社会，刑法还是一种经济统治的工具，尤其是在国家垄断经济的情形下，刑法在经济生活中发挥着重要的作用。在过去的我国计划经济时代里，国家也对社会经济活动进行高度垄断，禁止个人从事经济活动，只有国家和集体才能从事经济活动，个人从事经济活动的行为被刑法规定为投机倒把犯罪，受到刑法的严厉惩罚。我国在经济体制改革以后，实行市场经济。市场经济的基本特点是自由经济，每个人都可以参与到市场活动中，通过经济活动牟取合法利益。在这种情况下，刑罚逐渐从经济领域中退出，只是对维护经济秩序起到一个基本的维护作用。我们的经济活动，主要依靠于市场规律的调节，而不再借助于行政手段，更不借助于刑罚手段。当然，刑法还在经济活动中发挥着一定作用，主要表现为对经济犯罪的惩治。

在社会治理中，刑罚也越来越不是一种根本的、主要的手段。随着社会治理方式的多元化，一种社会治理技术的发明、规则的形成、制度的建设在一定程度上都能起到取代刑法的作用。现在我们社会里街头抢夺、抢劫犯罪，也就是所谓两抢案件还是非常严重，也是影响社会治安的主要犯罪类型，但这样一些犯罪在西方国家几乎绝迹。这是为什么呢？因为信用卡制度在西方社会普遍推行的缘故。现在我国尽管已经推行信用卡，但还是没有克服随身携带大量现金的习惯，因此才会有这么多的侵犯财产的街头犯罪。而西方国家的人民已经习惯货币电子化，日常生活中带一张信用卡就足够了。而信用卡有一套有效的保护措施，因此，去偷、去抢不能达到占有他人财产的目的，这种犯罪就慢慢减少甚至绝迹，因而社会治安就慢慢好转。但随着中国人大量出国旅行，又使街头抢夺、抢劫在西方国家的街头出现，因为犯罪分子知道中国人有随身携带现金的习惯。

虽然，现在的国家治理不再依赖刑罚，但是刑法在社会管理中还占有一席之地，发挥着较大的作用。当今社会刑罚渐走向轻缓的原因，是刑罚在社会治

理中作用的降低，其他更好的社会治理方法取代了在传统社会中刑法的功能。这也可以解释在我国当前，为什么刑罚还那么重：国际上有相当多国家已经废除死刑，而在中国刑法中死刑有68个，占整个刑法罪名的七分之一左右。过去把执行死刑看作是打击犯罪的成果，因为把犯罪分子看作敌人，敌人当然杀得越多越好。而今天，我们要转变观念，死刑是治理社会付出的代价，死刑多是社会治理能力低下的表现。从这个角度看待死刑，我们才能正确对待刑罚的轻缓。刑罚的轻缓是我们追求的目标，但不是想要得到就可以得到的。在某种意义上说，刑罚的轻重不是主观选择，而是在一定程度上取决于社会的物质生活条件和精神文明程度，尤其取决于社会的治理能力。我们现在之所以死刑还这么多，主要是我们的社会治理能力还没有达到可以摆脱对死刑依赖的程度。现在不能把犯罪人看成敌人，更不能把犯罪人看成阶级敌人，绝大多数犯罪人恰恰是我们这个社会中的弱势群体：城市的下岗工人、农村失地的农民。按照过去的政治话语，这些人恰恰是我们的阶级兄弟。他们因为各种原因走上犯罪道路，难道我们社会对他们就没有一点责任吗？难道就应该一杀了之吗？应该反思我们当今社会中还广泛存在的重刑主义。

2007年6月6日法制日报发表一篇文章《北京小贩捅死城管案解密：死缓判决受普遍认可》。该案的被告人崔英杰开始在一家公司当保安，四个月才挣到一千多元钱，为了多挣钱，崔英杰买三轮车利用业余时间烤香肠卖，受到城管人员的多次查处。在最后一次城管执法中，崔英杰为抢回自己的三轮车将城管捅死。过去像这类案件，社会舆论会认为崔英杰公然抗拒执法，杀死城管执法人员罪大恶极，不杀不足以平民愤。但现在整个社会的看法发生了很大改变，民众认为崔英杰是弱势群体，也看到了城管的执法方式简单化。因此法院最终判决崔英杰死缓，得到广泛的社会认同。

城市的市容市貌更重要，还是小商小贩的正当经营权更重要？我们的城管思路为什么为了市容市貌就把小商小贩推上绝路呢？崔英杰案发生后，上海、北京城管执法方式都有所改善，给小商小贩规定一定范围允许他们谋生。小商小贩以此为生，虽然是无照经营，也不应该砸人家饭碗。不允许小商小贩谋生，完全是城市的傲慢。

前不久，湖南一位进城卖菜的农民因受城管巨额罚款，因为菜还没有卖出去交不起罚款后又被定性为抗法送到派出所，因不堪受辱自杀身亡。这都是对我们的粗暴的城管方式的血泪控诉。你砸了人家的饭碗，把人家逼到了绝境，其结果不是杀人就是自杀。这一点都不怪，这是人的本能反应。我们的刑法不能与人民为敌，我们的法律是用来保卫人民的。因此，我们需要提高社会管理能力。

可以说,刑罚的谦抑不是轻易能获得的,它是建立在社会治理能力提高的基础之上的。如果社会治理能力不能提高,我们在社会治理中就不得不依赖于刑罚。这种重刑,乃至死刑,恰恰是我们社会治理能力低下的表现。在前些年,许多人因为触犯刑法第205条虚开增值税专用发票罪而被判死刑。因此,在1997年,主持修订刑法的王汉斌副委员长说:“我们现在是依靠杀人来收税啊!”这是一句多么诚恳而又令人深思的话。可以说,除了中国不存在第二个国家通过杀人来收税。为什么要靠杀人收税呢,因为我们的税收征管体制极不完善。靠杀人来收税光荣吗?难道不是我们税务部门的耻辱吗?另外贪污、受贿而被判死刑的(如成克杰、郑筱萸)也很多。每当一个权重位高的受贿者被判死刑后,我们的媒体总是欢呼这是我国的廉政建设取得的重大成果。此话不准确,这是惩治腐败的重大成果还差不多。如此严重的腐败存在,恰恰说明我国的廉政建设还有待推进。以杀人来维持执政党的廉洁,绝非荣耀而是耻辱,也可以说社会治理能力低下的表现。一个国家的政权廉洁不可能依靠杀人就维持得了的,而且杀人不能解决腐败问题。我国腐败严重,不是我国对贪污腐败打击不力,而是权力体制、机制上存在问题。现在的腐败其实是一种结构性腐败,或者说体制性腐败。这并不是说我们的制度鼓励腐败,而是我国体制存在重大漏洞,无法防止腐败,尤其是权力部门,只要案发,拔出萝卜带出泥,一抓就是一大把。因此它不是个别的腐败,而是整个体制性的腐败。如医药监管行业、交通领域……河南省交通厅长三任厅长前腐后继被判重刑就是例证。防范贪污贿赂犯罪难,但要杀几个贪官则易。如果结构性的问题不解决,杀再多的贪官也不管用。

刑罚并不是治理犯罪的灵丹妙药。在刑罚谦抑中,还要解决对刑罚的迷信心理,对死刑、重刑的迷信心理。这种刑罚迷信的思想在我们公众中广泛存在。哪怕是知识分子阶层,只要不是学刑法的,都有这种重刑思想,总是以为死刑、重刑能解决犯罪问题,这种对死刑、重刑的迷信恰恰是我们目前社会中根深蒂固的落后思想。其实,死刑、重刑绝对没有我们想象中那么大的作用。真正守法公民并不会因为犯罪没有规定死刑,而不去犯罪。其之所以没去犯罪,不是因为害怕死刑而是因为道德修养在起作用,或者是因为不需要通过触犯刑律来获得生存条件,而那些真正想要犯罪的人绝不会因为法律规定死刑而放弃犯罪。法律的作用是有限的;因此,在当前的法治建设中,应当把刑法谦抑的理念摆在一个重要的位置上,强调刑罚谦抑性主要就是要破除对刑罚的迷信。

三、形式理性的刑法理念

形式理性，是当前法治建设当中需要树立的刑法理念。当前中国缺乏形式理性，而有追求实质理性的强烈冲动，这与中国的传统文化密切相联。我国是一个具有儒家的伦理道德文化传统的国度，因此法律仅仅是实现某种伦理目的的工具，没有把法律放在至高无上的地位。在我们这样一个国家实行法治，必须要摒弃以实质理性为核心的伦理观念，树立起形式理性的刑法理念。

我国刑法理论一直强调犯罪的本质特征是行为的社会危害性，并以社会危害性为中心建构刑法理论体系。社会危害性是一种价值判断，而行为有没有社会危害性则是一种事实判断。但我们往往混淆价值判断与事实判断，甚至以价值判断代替事实判断。在实质理性观念的支配下，我们就形成了这样一种刑法观念：只要某一行为有社会危害性，就应当受刑事制裁。但是，这种不受法律规则限制的实质判断往往对公民的权利与自由造成侵害。这种以社会危害性为中心的刑法理念具有悠久的历史传统。正因为如此，1979年刑法规定了类推制度，类推就是实质理性最好的表现。类推把通过实质判断确认为具有危害性的行为作为犯罪加以惩罚，这就把社会危害性放到了一个至高无上的地位。1997年刑法修订后，在刑法第3条确立了罪刑法定原则。罪刑法定的理念追求的是形式理性，坚持法无明文规定不为罪。这就使得刑罚受到刑法的严格限制，防止刑罚滥用，避免出入人罪。

形式理性与实质理性之间往往存在着矛盾冲突，在法治刑法中形式理性是最重要的，即形式判断应优于实质判断，从而避免把法律没有规定的行为入罪。但是，我国由于受到建立在实质理性基础上的伦理文化传统的影响，罪刑法定的理念是从来缺失的。例如前段时间媒体披露北京首例网上裸聊案，北京检察机关最后撤诉。网上裸聊行为应如何认定？有人认为裸聊行为应作为传播淫秽物品罪，有人认为裸聊行为构成聚众淫乱罪，有人认为裸聊行为具有个人性不构成犯罪，检察机关最初以聚众淫乱罪加以起诉，后来又撤诉。我认为，刑法如果没有规定，即使行为对社会具有危害性也不能认定为犯罪。检察机关的撤诉，表明罪刑法定的理念在司法活动中正在发生作用。聚众淫乱是指发生在现实生活中的群奸群宿，这里的“淫乱”应当是指多人同时发生性关系。而网上裸聊未发生性关系，所以不构成聚众淫乱，它也不符合传播淫秽物品罪的构成要件。所以，检察机关作出撤诉处理是完全正确的做法。法无明文规定不为罪，这是罪刑法定原则的基本要求。如果网上裸聊现象十分严重，其他管理措施难以奏效，就可以将其在刑法中规定为犯罪。在立法机关没有规定之