



XINGFA QIANYI SHIXIAN
LUNGANG

刑法谦抑实现论纲

吴富丽◎著



中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法谦抑实现论纲/吴富丽著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0654 - 9

I. ①刑… II. ①吴… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 221719 号

刑法谦抑实现论纲

吴富丽 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2011 年 11 月第 1 版

印 次: 2011 年 11 月第 1 次

印 张: 7. 625

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 202 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0654 - 9

定 价: 28. 00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

公安综合分社电话: 010 - 83901765

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

内 容 提 要

刑法谦抑是现代刑法的基本理念之一，它蕴含着人权、自由、民主等先进思想，承载着自由、公正、秩序、效率等多重价值。在当前国家安定和社会多元化发展成为世界发展主流的条件下，刑法谦抑对刑法发展的作用日趋显著，它“不再仅是适用于刑法某一部分的原理，而是贯穿全部刑事法领域的基本理念”。

作为刑法的基本理念，刑法谦抑不仅应当为刑法的发展和完善提供理论上的启迪与指引，更重要的是要在刑法实践中得到实现，成为刑法实践活动的准则与规范。为此，我们要在不断加强刑法谦抑基本理论问题研究的同时，关注刑法谦抑在实践中的境遇，力求完成刑法谦抑从理念养成到实践遵行的一体实现。本书在对刑法谦抑基本理论进行梳理的基础上，致力于刑法谦抑实现问题的探究，通过对刑事政策、刑法立法、司法、刑罚执行等实践领域的谦抑性审视，提出了刑法谦抑从理念培育到原则确立再到制度完善的实现路径，期望能对刑法谦抑理论与实践的发展有所助益。

前 言

人类历史发展到近代，民主、自由、平等、人权等进步理念在长期的历史积淀和风雨洗礼中破壳而出，占据历史舞台中心百余年的封建专制、强权等落后观念被一一打破，人类实现了历史发展中的一次精彩绝伦的飞越，人类的思想在启蒙主义思潮的启迪下得到了空前的解放。反映在刑法学领域中，就是破除封建社会的司法恣意、罪刑擅断、刑罚苛酷等束缚民众自由的桎梏，以罪刑法定、刑罚人道、罪刑相称等为武器谋求并实现自身的解放。第二次世界大战后，人们在总结战争经验教训的基础上，提出了集中体现自由、民主、平等、人权等思想的刑法谦抑理念，随着其影响力的扩大，刑法谦抑理念在刑法学殿堂中占据的位置日趋重要。

刑法谦抑作为现代刑法的表征，是确定刑法的发展方向、明晰刑法的调控范围、合理规划刑法机能的实现方式、构建现代刑法文化的指南针和助推器。对刑法谦抑问题的深入、细致研究具有重大的理论及现实意义。首先，有利于破除刑法万能主义、工具主义及重刑主义等传统观念，为实现刑事法治扫清观念障碍；其次，通过全面、系统、深刻的基础理论与论争，加深对刑法谦抑的内涵、功能等的认识与理解，为其在实践活动中的遵行奠定坚实的理论基础；最后，通过对刑法谦抑实现路径和方法的研究，可以为刑事实践活动提供行动指南和具有操作性的方案。

在我国，“刑法谦抑”已经是刑法学人耳熟能详的词汇，在诸多的学术论著中屡见不鲜，一些学者还对刑法谦抑的概念、内容、依据等基础理论问题进行了较为深入的研究。但是，人们对刑法谦

抑的认识和理解还存在着诸多差异乃至偏差，主要表现为：“刑法谦抑”的称谓五花八门，概念界定众说纷纭，理论定位及功能分析不够精准，“抽象肯定、具体否定”的现象时有发生，重理论论证、轻现实探求等。为了使刑法谦抑摆脱理论上的困惑与实践中的困境，我们应当大力加强对“刑法谦抑”的概念、内容、功能等基础理论的研究。与此同时，我们还应当走出理论研究的狭小空间，站在刑事一体化的高度，以刑法谦抑在实践中的实现为目标，通过深入细致的实践考察与分析，规划刑法谦抑实现的具体方案，促使刑法谦抑完成从理念到实践、从理想到现实的飞越。

本书对刑法谦抑问题的研究，立足于理论，但重点不在理论，而在实践。文中对刑法谦抑基础理论问题的阐述仅仅以研究刑法谦抑的实现所必须为限，在必要的观点梳理与整合的基础上，提出了关于刑法谦抑概念界定的初步想法，粗线条地分析了刑法谦抑的基础及功能。文章的重点在于刑法谦抑的实现及其路径、方法的探究，通过对刑事政策、刑法立法、司法及刑罚执行等实践活动的谦抑性评价，为刑法谦抑的实现提供可资参考的方案。期望通过这样的努力，能进一步弘扬刑法谦抑精神，促使其深入人心，真正融入我国刑法的精髓与灵魂；实现抽象的理论研究与刑事政策、立法、司法、行刑实践的有机结合，凸显刑法谦抑的实践性；规划具体方案，为实践活动提供参考，促进我国刑法的现代化发展。

目 录

第一章 法治语境中的刑法谦抑之解读·····	1
第一节 刑法谦抑的概念·····	3
一、刑法谦抑的内涵·····	3
二、刑法谦抑的外延·····	12
第二节 刑法谦抑的基础·····	17
一、刑法谦抑产生的理论基础·····	17
二、刑法谦抑产生的现实基础·····	23
第三节 刑法谦抑的功能·····	27
一、导向功能·····	27
二、制约功能·····	28
三、整合功能·····	29
四、评价功能·····	31
五、进化功能·····	32
第二章 刑法谦抑的实现概论·····	33
第一节 刑法谦抑的实现·····	33
一、从理想到现实——刑法谦抑实现的必由之路·····	33
二、刑法谦抑实现的涵义·····	35
第二节 刑法谦抑实现的意义·····	39
一、促进传统落后刑法观念的摒除·····	39
二、为刑法的发展掌控方向·····	43
三、推动刑事法治化的进程·····	44

第三节 我国刑法谦抑实现的可行性分析	45
一、社会多元化发展为刑法谦抑的实现奠定了现实基础 ..	46
二、依法治国方略的实施为刑法谦抑的实现创造了 政治条件	48
三、构建和谐社会的构想为刑法谦抑的实现提供了 广阔的空间	50
第三章 谦抑在刑事政策中的实现	55
第一节 我国现行刑事政策评析	56
一、我国现行刑事政策的内容	56
二、我国刑事政策的谦抑性审视	62
第二节 刑事政策谦抑的实现	72
一、刑事政策主体谦抑理念的养成	73
二、谦抑——刑事政策的基本原则	79
三、刑事政策谦抑的制度保障	84
第四章 刑法谦抑的立法实现	90
第一节 犯罪圈划定的谦抑	90
一、刑法谦抑对犯罪圈划定的要求	91
二、我国犯罪圈划定之谦抑性审视	101
第二节 刑罚谦抑	118
一、刑罚谦抑对刑罚配置的要求	119
二、我国刑罚设置的谦抑性剖析	126
第三节 刑法立法谦抑之实现	137
一、立法谦抑理念的培育	137
二、立法谦抑原则的确立	140
三、立法谦抑的制度完善	145
第五章 刑法谦抑在刑法运行中的实现	171
第一节 司法谦抑	171
一、司法谦抑的基本要求	171

二、我国刑事司法的谦抑性审视·····	175
三、我国司法谦抑的实现·····	183
第二节 行刑谦抑·····	196
一、行刑谦抑的基本要求·····	197
二、我国行刑实践的谦抑性考察·····	200
三、我国行刑谦抑的实现·····	211
结 语·····	219
参考文献·····	221
后 记·····	231

第一章 法治语境中的刑法谦抑之解读

纵观人类刑法发展的历史，我们会发现即便是在君权至上、神权至上的专制社会，也不乏开明君主和贤臣志士提出一些刑罚宽缓的主张。如在中国奴隶制时期的明德慎罚、“轻重诸罚有权，刑罚世轻世重”、“刑新国用轻典，刑乱国用重典”等。到了封建社会，这种思想也有所体现，如在我国秦代的“刑无等级”、汉朝法律不追溯既往的原则、唐朝的“宽仁慎刑，用刑持平，务在宽简”等。上述思想和主张所倡导的用刑慎重、反对酷刑等观念，从某种程度上来说，确实具有刑法谦抑的意蕴。但是，细细考察我们就会发现，古人所提出的上述观点与我们所说的“刑法谦抑”是有本质区别的。他们提出上述观点常常是从统治阶级的立场，从国家本位出发的，是为了维护阶级统治在刑罚问题上做出的有限让步。如西周时期周公提出的“明德慎罚”是因其十分重视夏、商两代灭亡的教训，而时时引以为戒的产物。“我不可不监（鉴）于有夏，亦不可不监于有殷。”（《尚书·召诰》）古代人们刑法宽缓的思想和主张与根源于自由、人权等观念的“刑法谦抑”相去甚远。

有的学者认为，中国古代刑罚思想和实践中的“慎刑”“恤刑”等就是谦抑思想的萌芽。^①对此，本人并不赞同。主要原因在于二者的出发点、理论根据和作用不同。如前所述，古代的“慎

^① 参见叶慧娟：《试论刑法的谦抑性》，郑州大学硕士学位论文2003年印，第6~8页；白承君：《论刑法谦抑主义》，中国政法大学硕士学位论文2004年印，第5~6页。

刑”等思想产生的出发点是要维护统治阶级的统治秩序，而刑法谦抑的出发点则是实现民主、自由和人权；“慎刑”等思想的理论根据或在于“天命”或在于“神意”或在于“仁政”，而刑法谦抑的理论根据在于人权、主权在民及权力制约；“慎刑”思想虽无愧于这样的赞誉——“这些思想和主张仿佛是冗长呆板的乐章中几个轻俏灵动的音符，闪烁着人性的光芒，穿透传统刑法思想那厚重的帷幔，传递中国古代人们在文明进化历程中一种最朴素、人道的感情和声音”^①。但是在制刑无数、用刑至极的洪流中，它只能是浪花一朵，作用极其有限。而刑法谦抑在刑法发展的交响乐中则是当之无愧的主旋律。因此，把刑法谦抑的萌芽追溯到古代的观点，并不可取。由于历史的局限，我们不应当苛责古人，但作为今人我们不应当在古今比较中过于踟躅于“形似”，而忽视“神似”，一味地对某一事物的历史刨根溯源。

刑法谦抑作为近代以来刑法发展所秉持的一种基本理念，其萌生离不开具体的历史条件。那种认为古代关于刑罚宽缓的主张就是刑法谦抑萌芽的观点是值得商榷的。因为没有民主、自由、平等、人权等时代脉搏的跳动，刑法谦抑的生命体是无法存在的。据此，本人以为刑法谦抑是萌芽于启蒙主义、人文主义大行其道的近代欧洲。格劳秀斯、霍布斯、狄德罗、爱尔维修、孟德斯鸠、卢梭等启蒙思想家以自然法理论和社会契约论为理论基础，阐述了一系列对后世刑法的发展意义深远的思想：刑法与宗教分离、罪刑法定、客观主义、罪刑相称、目的论的刑法观、法律面前人人平等。^②在他们深邃、睿智的思想深处，我们完全可以嗅到刑法谦抑散发出来的缕缕馨香。在著名刑法学家贝卡利亚的伟大论著《论犯罪与刑罚》

^① 叶慧娟：《试论刑法的谦抑性》，郑州大学硕士学位论文2003年印，第6页。

^② 马克昌编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第2~6页。

中，刑法谦抑才初具雏形。其后，经过长期的发展，最终是日本学者明确提出了“刑法谦抑”这一术语^①。时至今日，刑法谦抑被越来越多的人所认识，而且有越来越多的学者致力于刑法谦抑的专题研究。这种局面是非常可喜的，但我想有一点需要注意，那就是我们对刑法谦抑问题的研究应当结合刑法谦抑所处的语境——法治来进行。

第一节 刑法谦抑的概念

刑法谦抑的概念是一个应该说清，但又很难说清的问题。像社会科学中的许多概念一样，“刑法谦抑”是一个内涵和外延都很模糊的概念。尽管经过很多学者的努力，我仍然不得不说刑法谦抑对于我们而言仍然犹如“雾中之花”。但学术研究往往就是这样，要竭尽所能去冲破迷雾，力争把那“纷扰”看得真切。

一、刑法谦抑的内涵

对于刑法谦抑问题，很多学者都有自己的理解和认识，不仅对其有不同的称谓，而且对其内涵也有不同的界定。

关于刑法谦抑的称谓，大体有以下几种：刑法谦抑性^②、刑法

^① 把“谦抑”一词正式作为法律术语，第一次应用到刑法中的是何人，很难考究。对此通常有两种观点：一说认为是宫本英脩，参见王明星著：《刑法谦抑精神研究》，中国人民公安大学出版社2005年版，第14页；一说认为是平野龙一，参见叶慧娟：《试论刑法的谦抑性》，郑州大学硕士学位论文2003年印，第8页。

^② 中国刑法学者陈兴良、张明楷、屈学武、王树茂、叶慧娟、韩德明和日本学者平野龙一等采用此称谓。

谦抑原则^①、刑法谦抑主义^②、刑法谦抑思想^③、刑法谦抑精神^④、刑法谦抑观念^⑤、刑法的抑制性^⑥。如此多的称谓令人眼花缭乱、莫衷一是，那么究竟孰优孰劣呢？有的学者曾经进行过细致的分析，其得出的结论是“刑法谦抑精神”这一称谓更合适。^⑦对此，笔者不完全赞同。学者们之所以对刑法谦抑提出这么多的称谓，很多时候是因为学者们论述刑法谦抑的角度不同、探讨问题所处的层面不同。有时从抽象的理念层面提及刑法谦抑，故把其称之为“刑法谦抑主义”、“刑法谦抑思想”、“刑法谦抑观念”或“刑法谦抑精神”等；有时从具体的操作层面（立法、司法等）提及刑法谦抑，因而相应的把其称之为“刑法的谦抑性”、“刑法的抑制性”或“刑法谦抑原则”等。因此，称谓的不同并不能代表学者们在刑法谦抑认识上的本质差异，而要想非常明晰又令人信服地说明“思想”“精神”“观念”和“主义”等词汇的差别，结果往往也只是徒劳罢了。那么，刑法谦抑是否真的需要一个统一的称谓呢？笔者认为，由于刑法谦抑是一个内涵丰富、外延宽泛的概念，在不同的层面上会有不同的意蕴，形成不同的表达是正常的。即便学者们对刑法谦抑问题形成了大体一致的认识，在不同的语境中论及刑法谦抑时，也很难使用同一个称谓。据此，笔者不想在这个问题上过多地踟躅，直接称之为“刑法谦抑”以避免称谓上的种种纷争。

① 中国学者傅建平、日本学者大谷实等采用此称谓。

② 中国学者莫洪宪、白承军、陈麒巍、日本学者大塚仁、佐伯千仞等采用此称谓。

③ 中国学者黄丁全、许福生、日本学者小暮得雄等采用此称谓。

④ 中国学者徐建峰、王明星、吴波、刘斌等采用此称谓。

⑤ 中国学者梁根林、何慧新等采用此称谓。

⑥ 中国学者许道敏等采用此称谓。

⑦ 参见王明星著：《刑法谦抑精神研究》，中国人民公安大学出版社2005年版，第1~10页。

对于刑法谦抑内涵的界定，概括起来主要有以下几种观点：

1. 刑法调控限制说——从对刑法调控加以限制的角度来界定刑法谦抑。日本学者大塚仁主张：“要以人道主义为基础，慎重地，而且谦虚地适用刑法。刑法不应以一切违法行为、一切有责任行为为当然对象，只限于在必要的不得已的范围内才应该适用刑罚。称这种原则为谦抑主义。”^① 日本另外一位学者小暮得雄认为：“因为难以否认刑罚具有残酷的本质，那么对其适用的范围就应尽量加以限制。另外在纯化刑法的内容的同时，还应将刑法的内容限制在必要且合理的最小范围之内。这被称为谦抑思想或谦抑主义。”^② “所谓谦抑原则是指刑罚不应将所有的违法行为都作为其对象，而应将不得已才使用的刑罚的场合作为其对象的原则”。^③ “现代刑法的谦抑主义总括地讲是指刑法之不适用于所有违法行为，而以必要（不得以）为适用之条件，慎重、节制地适用。”^④

2. 内容阐释说——通过刑法谦抑具体内容的阐释来界定刑法谦抑。日本刑法学家平野龙一认为，刑法的谦抑性包含刑法的不完整性、补充性和宽容性。^⑤ 刑法的谦抑性实质上是指基于刑法的补充性和刑法的经济性的内在规定，刑法对自身介入人们生活、发挥功效的必要性、适度性和有效性的一种自我约束和限制机制，是刑

① [日] 大塚仁著：《刑法概说》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 24 页。

② 李海东主编：《日本刑事法学者》（下），法律出版社 1998 年版，第 224 页。

③ [日] 大谷实著：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社 2003 年版，第 4 页。

④ 陈麒巍：《经济刑法的谦抑主义》，四川大学硕士学位论文 2004 年印，第 4 页。

⑤ 李海东主编：《日本刑事法学者》（上），法律出版社 1998 年版，第 267 页。

法及一切相关刑法行为所必须遵循的基本理念^①。“刑法所具有的、保护法益的最后手段的特性被称为刑法的补充性；刑法不介入市民生活的各个角落的特性被称为刑法的不完整性；即使现实生活中已发生犯罪，但从维持社会秩序的角度来看，缺乏处罚的必要，因而不进行处罚的特性被称为宽容性。以上三者综合起来被称为谦抑主义。”^②

3. 文义展开说——从刑法谦抑的字面含义出发来界定刑法谦抑。甘雨沛先生认为：“刑法的谦抑主义是指‘慎重’，扩大解释为压缩、简化的含义。”^③“谦抑是指缩减或者压缩……刑法的谦抑性，是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚（而用其他刑罚替代措施），获取最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪。”^④“所谓刑法之谦抑思想，乃刑法应当基于谦让抑制之本旨，在必要及合理之最小限度范围内，予以适用之法思想。”^⑤“刑罚谦抑性是指刑法应秉持谦让、抑制的立场，在必要及合理的最小限度范围内予以使用的属性。”^⑥还有学者主张要理解刑法谦抑性应从“谦抑”二字入手，“谦”和“抑”所针对的对象不同意义也相应不同。“谦”，针对刑法自身，意为谦逊、收敛；“抑”，指刑法的作用，针对犯罪则意味着抑制犯罪。那么“谦抑”即意

① 叶慧娟：《试论刑法的谦抑性》，郑州大学硕士学位论文 2003 年印，第 10 页。

② [日] 大谷实：《刑事政策学》，黎宏译，法律出版社 2000 年版，第 86 页页下注释。

③ 甘雨沛著：《比较刑法学大全》（下），北京大学出版社 1997 年版，第 794 页。

④ 陈兴良著：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 76 页。

⑤ 李慧：《也论刑法谦抑》，中国政法大学硕士学位论文 2004 年印，第 2 页。

⑥ 游伟、谢锡美：《非犯罪化思想研究》，载《刑事法评论》（第 10 卷），中国政法大学出版社 2002 年版，第 305 页。

味着一方面刑法要收缩其触角,另一方面又要保证有效打击犯罪^①。

4. 体系分析说——从刑法在社会规范体系中的地位和作用的角度来界定。如刑法的谦抑性,是指刑法应依据一定的规则控制处罚范围与处罚程度,即凡是适用其他法律足以抑制某种违法行为、足以保护合法权益时,就不要将其规定为犯罪;凡是适用较轻的制裁方法足以抑止某种犯罪行为、足以保护合法权益时,就不要规定较重的制裁方法^②。“所谓刑法谦抑,是指刑法应当作为社会抗制违法行为的最后一道防线,能够用其他法律手段调整的违法行为尽量不用较重的刑法手段调整。”^③“即使行为侵害或威胁了他人的生活利益,也不是必须直接动用刑法。可能的话,采取其他社会统治手段过于强烈,有代之以刑法的必要时,才可以动用刑法。这叫刑法的补充性或者谦抑性。”^④谦抑性原则又称必要性原则,指立法机关只有在该规范确属必不可少——没有可以代替刑罚的其他适当方法存在的条件下,才能将某种违反法律秩序的行为设定成犯罪行为。^⑤所谓刑法谦抑,是指刑法应当作为社会抗制违法行为的最后一道防线,应根据一定的规则控制处罚范围与处罚程度,能够用其他法律手段调整的违法行为,应尽量不用刑法手段调整;能够用较

① 鲁篱岳教授个人观点。转引自叶慧娟:《试论刑法的谦抑性》,郑州大学硕士学位论文2003年印,第9页。

② 张明楷:《论刑法的谦抑性》,载《法商研究》1995年第4期,第55页。

③ 梁根林:《非刑罚化——当代刑法改革的主题》,载北京大学主编:《刑事法治的理念架构》,法律出版社2002年版,第247页。

④ 陈兴良著:《刑法的价值构造》,中国政法大学出版社1998年版,第363页。

⑤ 屈学武:《正确理解刑法的谦抑性原则》,人民网([www. people. com. cn](http://www.people.com.cn))2003年11月04日。

轻的刑法手段调整的犯罪行为，则尽量不用较重的刑法手段调整。^①

综合考察上述刑法谦抑的内涵表述，我们会发现学者们对刑法谦抑尽管称谓不同、具体表述不同，但对刑法谦抑蕴含的刑法介入社会生活的有限性、调整手段的最后性、刑罚适用的宽容性等要旨学者们是不反对的。若要一一对上述刑法谦抑的表述加以揣摩，恐怕每一种表述都非尽善尽美。调控限制说的诸种界定揭示出了刑法不应适用于一切违法行为，刑法的调控范围、刑法（刑罚）适用应限制在“必要的不得已的范围”“必要且合理的最小范围”内等刑法谦抑的核心内容，但是上述表述把刑法谦抑局限于刑事立法领域，缩小了刑法谦抑的作用领域、降低了刑法谦抑的价值；内容阐释说的界定比较具体地揭示出了刑法谦抑的内容，但是用语不够精炼、概括性不强；文义展开说的诸种表述从刑法谦抑的字面含义出发来界定刑法谦抑的内涵，选准了概念界定的路径，但由于在“谦抑”理解上的局限，使得种种表述方式存在缺陷，如“谦抑是指缩减或者压缩……刑法的谦抑性，是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚（而用其他刑罚替代措施），获取最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪。”这一表述，从文义上看只是揭示出了刑法的经济性这一重含义，而学者所主张的刑法的紧缩性、宽容性并未蕴涵于其中。至于把“谦抑”二字拆开来、分别解释的表述方式完全偏离了“谦抑”的本意，更多地带有个人主观色彩；体系分析说的表述把刑法置于整个社会规范体系之中，通过刑法与其他规范的关系来揭示刑法作为“保障法”的最后手段性，具有体系性思维的优势。但是这些界定忽略了刑法谦抑的其他属性，有失偏颇，而且完全依赖其他社会规范的效果来决定刑法的调控范围，有削弱刑法独立性之嫌。

^① 傅建平：《论刑法的谦抑原则》，华东政法学院硕士学位论文 2003 年印，第 3～4 页。

概念的内涵是一个事物所反映的事物的本质属性的总和，而概念的名称就是对概念的最精炼的概括。因此，我们在试图揭示概念的内涵时，从文义入手应该还是比较稳妥的选择。据此，本人将尝试从文义——本质的方法对刑法谦抑的内涵加以界定。

“谦抑”同“谦挹”，从汉语的角度考察，本义为“谦卑退让”^①“谦逊退让”^②。《北史·于谨传》有记载：“谨有智谋，善于事上，名位虽重，愈存谦挹。”可见，在古汉语中，“谦抑”通常是用来形容人谦和的处世态度和品行修养的词汇。目前虽无法考证究竟是何人把这一词汇引入刑法学的研究中，但我们不得不承认提出“刑法谦抑”这一浓缩着丰富的进步刑法思想的词汇本身就是一个不变的成就。“谦抑”从一个形容人的品性的词汇，转而成为了揭示刑法品性的术语。本人认为从“谦抑”一词的本义出发，刑法谦抑可以表述为：刑法在调控权的发动、调控范围的划定、调控方法的选择及刑法运行的各个环节所应当具有的谦卑、退让的品性。这一表述具有以下优势：

第一，这一表述把刑法谦抑界定为刑法所具有的谦卑、退让的品性。从形容人的品性的词汇到揭示刑法品性的术语，“谦抑”一词的精妙之处发挥得淋漓尽致。有的学者对此颇有微词，他们认为：“谦抑性”这种拟人化用语的内在思维理论是将法律乃至人类社会的秩序作为人之设计和建构的产物。“谦抑性”一词用于刑法理论中，似乎刑法也能具有那种只有人才具有的谦抑品性，或者至少是将刑法视做具有自由意志和独立人格的人的精心设计之物，从而刑法的谦抑性便是具有谦抑性的立法者（设计者）之谦抑品性的形式化和法律化。^③对此本人不敢苟同。法的本质是由社会生活

① 《辞海》，上海辞书出版社 1979 年版，第 400 页。

② 《辞源》，商务印书馆 1983 年版，第 2911 页。

③ 韩德明：《刑法谦抑性——新自由主义法学语境中的考察》，载《江苏警官学院学报》2004 年第 3 期，第 116 页。