

广东财大法学学术文库

刑法学总论重点 与常见疑难问题探讨

XINGFAXUE ZONGLUN ZHONGDIAN YU CHANGJIAN YINAN WENTI TANTAO

王小青◎著



中国政法大学出版社

广东财大法学学术文库

刑法学总论重点 与常见疑难问题探讨

XINGFAXUE ZONGLUN ZHONGDIAN YU CHANGJIAN YINAN WENTI TANTAO

王小青◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑法学总论重点与常见疑难问题探讨/王小青著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 5

ISBN 978-7-5620-5998-1

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第094792号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	17.25
字 数	270 千字
版 次	2015 年 5 月第 1 版
印 次	2015 年 5 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

TOTAL ORDER 总序

我国的改革开放事业已进入一个全新的发展阶段。面对新形势新任务，全面建成小康社会，进而建成富强、民主、文明、和谐的社会主义现代化国家，实现中华民族伟大复兴的中国梦，必须全面推进依法治国。建设中国特色社会主义法治体系和社会主义法治国家是一项系统工程，它的推进需要全社会的共同努力，也仰赖于法学学术研究的发展和进步，需要优秀的法学理论成果的支持。

广东财经大学法学院从成立至今已经走过了22个春秋。22年来，法学院在师资队伍建设和专业建设、学科建设、人才培养、社会服务等方面都取得了突出的成绩，已经发展成为广东省乃至华南地区重要的法学人才培养基地。为了促使法学院学科建设和科学研究迈上一个新的台阶，培育一批优秀的法学研究人才，产出一批优质的理论研究成果，为国家法治建设尽一点绵薄之力，在中国政法大学出版社的大力支持下，我们组织撰写、出版这套“广东财大法学学术文库”。

“广东财大法学学术文库”以反映广东财经大学法学院教师的最新学术研究成果，促进广财法学学科建设的发展和繁荣，促进广财法学科学研究和人才培养，构建广财法律人对外学术交流的新平台，扩大广财法学的社会影响，提升广财法学的学术地位为基本宗旨。

“广东财大法学学术文库”的学术队伍具有系统而深厚的法学理论基础，宽广而扎实的法学专业知识功底，具有很强的创新意识、较高的理论造诣和较强的科研能力。入选“广东财大法学学术文库”的著作将密切关注法学学术前沿，紧密联系经济、社会发展的实际，牢牢把握时代的脉搏，坚持立足中国实际和拓展国际视野的原则，充分反映最新的法学研究思想成果，为中

国的法学研究事业添砖加瓦。

我们愿意将“广东财大法学学术文库”作为广东财经大学法学院成年的礼物，献给一直以来关心、支持、帮助法学院发展的领导、专家、朋友们，献给我们同舟共济、艰苦奋斗的同事们。

我们希望“广东财大法学学术文库”的学术成果日益丰富，成为广财法律学人茁壮成长的生机勃勃的学术园地，成为广财法学院对外展示高层次理论研究成果的重要窗口，为争奇斗艳的中国法学研究的学术大花园增添一朵亮丽的奇葩，为法学学科建设和科学研究事业的蓬勃发展，为促进中国现代法治建设和社会文明进步奉献我们的一分力量。

我们对为“广东财大法学学术文库”的策划、出版付出辛勤劳动的中国政法大学出版社的编辑、各位评审专家和编委表示衷心的感谢！

广东财经大学法学院

2015年4月12日

CONTENTS 目 录

总 序 / 1

浅谈如何学好刑法学 / 1

打击犯罪与保护人权哪个为重——从“余祥林案”看我国刑法的首要任务 / 5

刑法谦抑性初探 / 9

谈谈罪刑法定——从耍猴艺人被判有罪说起 / 14

谈谈罪责刑相适应原则 / 20

关于刑法上的人人平等原则 / 27

谈谈我国刑法立法解释、司法解释中存在的问题 / 32

刑法的溯及力问题研讨 / 38

论我国刑法中的保护原则与普遍原则 / 46

关于犯罪定义的思考——兼析《刑法》第 13 条中的缺陷 / 53

社会危害性、主观恶性与人身危险性的关系 / 62

谈谈隔时犯与隔地犯 / 67

我国犯罪构成理论与大陆法系犯罪构成理论比较 / 70

不作为犯 / 77

我国刑法理论中犯罪对象与犯罪客体的比较 / 88

犯罪故意中的两个问题——关于行为故意与违法性认识 / 95

犯罪过失的认定 / 102

事实认识错误中的打击错误与具体符合说的应用 / 107

说说醉酒人的刑事责任能力问题——兼谈德国对醉酒者刑事责任的立法模式与理论 / 113

单位犯罪主体问题研究 / 120

司机撞劫匪——谈谈正当防卫的限度 / 124

牺牲他人生命以保全自己生命能否适用紧急避险 / 132

如何区别犯罪未遂与犯罪中止 / 139

刑法中的因果关系 / 143

试论共同犯罪故意 / 152

片面共犯与间接正犯 / 162

论“通谋” / 168

共同犯罪人的分类标准比较 / 176

论我国《刑法》第29条第2款规定的“独立教唆犯” / 182

如何区分想象竞合犯与法条竞合犯 / 187

数罪并罚中的几个注意事项 / 192

我国刑法理论中关于刑事责任的基本学说 / 196

死刑问题漫谈之一——死刑的存废之争 / 203

死刑问题漫谈之二——从三起案件看我国民众的死刑观念 / 206

死刑问题漫谈之三——我国死刑制度改革的必要性 / 211

死刑问题漫谈之四——我国死刑制度改革的难点 / 214

死刑问题漫谈之五——我国死刑制度的改革成果与努力方向 / 218

谈谈死刑缓期二年执行与限制减刑 / 222

谈谈一般自首中的三个疑难问题 / 227

关于特殊自首的几个问题的讨论——兼谈特殊自首的司法解释的理解与完善 / 234

缓刑适用中的若干疑难问题探讨 / 241

谈谈《刑法修正案（八）》对缓刑适用条件的细化 / 247

关于假释的几个实践问题的探讨 / 251

刑法上的立功及认定 / 256

什么是社区矫正 / 259

论追诉时效 / 264

浅谈如何学好刑法学

刑法学是教育部确定的高等学校法学专业 14 门核心课程之一，同时还是国家司法考试、法律硕士联考等各类考试中必考的课程之一。在各高校法学专业的教学中，刑法学是重要的专业基础课之一，也是学时和学分最多的两门课程之一（另一门是民法学），它在整个法学专业的教学中占有极其重要的地位。

如何学好刑法学呢？有人认为，这有何难？我国不是有完整的刑法典嘛，对照条文即可解决问题，根本不用专门去学。但这只是一无所知的门外汉的想当然，是对刑法学的重大误解。我们对本课程的学习必须予以足够的重视，这是学好刑法学的前提。

课堂上认真听讲是最基本的要求。刑法学教学中，教师在课堂上讲到的案例很多，教学进度很快，教师会提到多种针锋相对的刑法学观点，这些都要求学生在课堂上思维高度集中，大量接受信息，按照老师的引导思考问题。认真听讲可以保证一个学生掌握基本的刑法学知识。此外还要注意以下几个方面：

一、教材、教辅书的使用

认真阅读刑法学的主教材，但不要过分迷信。这么多年来刑法学有多种教材，每种教材虽然结构、体例大致相同，但所持观点、讲述重点、表述方式还是有较大区别的，当学生认为主教材讲述存在不足或感觉有疑惑时，不妨对照其他版本的教材，有时会给人豁然开朗之感。

配备一本案例分析类的教辅书。案例分析是理论与实践相结合的有效途径。分析刑事案例，就是要求能够运用所学的刑事理论去分析犯罪案件，对某个案件应当如何定罪和量刑作出判断。分析案例如同做作业，案例分析得

越多,理论就会掌握得越深刻。因此,刑法案例分析是消化刑法理论,运用法律解决实际问题的一种行之有效的学习方法。在理论联系实践的过程中,应当注意循序渐进。实践中发生的案件是复杂的,分析和解决问题需要多方面的知识。凭借我们学到的一小部分的知识来分析解决案件的全部问题是不可能的。我们只能是学到一点,联系一点,逐步前进,直至解决全部问题。例如,学习完刑法中的因果关系的原理,我们就用它来分析具体犯罪案件中的因果关系,而不考虑行为人是否应当负刑事责任。学完犯罪的主观方面,我们就用它来分析行为人实施犯罪是出于犯罪故意还是犯罪过失,而不考虑正当防卫时行为人的心理态度。对于没有学到的问题,我们不要急于去联系实践,以免徒劳无功,而打击学习的信心。通过这样一点一滴的积累,到我们掌握了刑法学的全部基本知识后,再来综合性地考虑问题,就可以水到渠成了。

总之,学习刑法总论一定要理论联系实践,但是联系实践应当一步一步进行,这样才能由不知到知之不多,再到知之较多,从而比较好地掌握刑法理论。

二、熟悉、理解刑事法条,关心最新法律动态

法条指的是法律规定,学习法律当然离不开法条或者法律规定。我们首先接触的就是大量的法条。法条是一个最基本的东西,立法意图总是要通过语言反映出来,最后落实在法条上的。正是这些法条为司法机关的定罪量刑提供了明确的法律根据。

我们现在所学的“刑法学”是属于刑法解释学,其目的是对我国现有的刑事立法进行阐释,帮助我们理解现行刑法规范的内容。所以,学习刑法学这门课时,应当同时学习与之相应的刑法条文。在阅读刑法条文时,回忆教材中的相关论述,可以帮助理解、记忆教材中的内容。通过反复翻阅,熟读刑法条文,就可以逐步体会、了解刑法条文的精神实质、具体内容以及条文与条文之间的内在联系。

当然,熟悉、理解刑事法条,不是要求将刑法条文从头到尾背下来,这既无可能,也无必要,只需在通读刑法条文的过程中,对一些重要法条有所掌握就可以了。

法律虽具有稳定性,但随着各方面情况的变化又必须有适当的调整,我

国现行刑法从 1997 年生效至今已陆续出台了八个修正案,并且《刑法修正案(九)》也已在讨论当中,同时还有大量的司法解释、司法文件出台,这些或是对刑法典某些条文的修改完善或是对具体案件的适用指导,对司法实践影响巨大,作为法律学子必须经常予以关注。

三、必要的阅读

如果想使自己对刑法学理论的把握达到较好的水平,巩固所学知识并在此基础上有较大的提高,知其然,而且知其所以然,那么,就需要在课后阅读一些刑法学著作。最近二十多年来,国内出版了数以百计的刑法学著作,要全面阅读,从时间、精力上看,完全不可能,也没有必要。但择其要者加以精读,则是必要的。笔者在此特推荐几本课后阅读名著:

- (1) 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版。
- (2) 张明楷:《刑法格言的展开》(第 2 版),法律出版社 2003 年版。
- (3) 陈兴良:《刑法适用总论》,法律出版社 1999 年版。
- (4) 陈兴良:《刑法哲学》(修订第 3 版),中国政法大学出版社 2004 年版。
- (5) 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社 2005 年版。
- (6) [意] 贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》(第 2 版),黄风译,中国法制出版社 2005 年版。
- (7) [日] 大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版。

四、留心观察社会,理论联系实际

学好刑法学,仅靠阅读是不够的。理论联系实际是科学研究的普遍方法,也是学习刑法学的基本方法。刑法学是一门理论性、实践性都很强的法律学科。不仅要学习刑法理论知识,而且要能将学到的知识应用到实践中去,解决实践中具体的问题,这也正是本课程的教学目的所在。因此,在学习刑法总论的过程中,不能闭门读书。刑法学属于应用学科,认真地、随时随地地留心观察社会,对于任何一个初学刑法的人来讲,都是必要的。留心观察社会的渠道大致有两个:

1. 通过近距离接触社会,观察犯罪和刑罚的实际状况。其实,我们有不

少机会可以直接与社会接触,看到社会秩序受到损害的情况(例如伤害案件、扒窃、聚众斗殴、抢劫、抢夺、交通肇事的发生)。在观察到社会现实之后,作为法律人的第一反应应当是:如果我遇到这样的问题,应该怎么处理?坚持观察社会,发现问题,并对解决问题之道冥思苦想,课堂上的刑法学知识就会巩固,也才有可能对老师讲授的知识进行必要的质疑。多走走看看,利用假期多参加社会实践,多到司法实务部门了解情况,也是学习的重要途径。

2. 通过媒体接触社会,借以了解刑法适用状况。现在传媒发达,大家可以通过网络、电视、报纸等各种渠道了解各种各样的刑事案件,社会上炒得沸沸扬扬的问题,有很多就与刑法学有关,例如“药家鑫案”、“吴英集资诈骗罪”、“许霆案”、对商业贿赂的查处、官员腐败问题等。对舆论普遍关注的问题,我们应如何用所学的知识加以解决,也是每一个学过刑法学的人必须面对的。通过对这些社会问题的观察和思考,我们就能够学以致用。

五、勤思索,敢质疑

在刑法学中不存在某种观点绝对正确或者绝对错误的问题。任何一种刑法主张,都是站在特定立场,根据观点持有者本人的兴趣逐步形成的,都只是一种“相对合理主义”的产物。在刑法学中,存在大量的学派对立,要充分看到各种学派的合理性;对大量存在的此罪与彼罪、罪与非罪界限模糊的情况,也要有充分的思想准备。换言之,在刑法学中,不存在“非黑即白”的现象。观点没有对与错,只有谁比谁合理,谁比谁在当下更说得通。

记忆是静态的,思考是动态的。基本原理的掌握乃至行为的模仿都离不开记忆,但是创造性的行为必然来自于思考。法学作为一门调整各种社会冲突,平衡各方利益的社会治理规则,几乎不存在两个完全相同的纠纷解决方式。没有思考,尤其是没有法律人的思考则不可能成为一名合格的法学院毕业生。从这个意义上说,法学院的训练与众不同之处便在于法律思维训练。对刑法学的各种理论、学说、规则、判例,我们都可以去问个为什么,可否有更合理的方式、办法。生活变化了,它们也随之改变,我们应该用新标准去改善刑法制度和学说。质疑、创新精神对刑法学的学习必不可少。

打击犯罪与保护人权哪个为重

——从“余祥林案”看我国刑法的首要任务

一、“余祥林案”简介

余祥林，男，湖北人，系派出所治安巡逻队员。1994年初，余祥林的妻子张在玉突然失踪。数月后，有人在离村不远处发现了一具已腐烂得面目全非的女尸，张家人一口咬定死者就是张在玉。余祥林很快便成了第一杀人疑犯，不久即被京山县公安机关抓捕。1994年和1995年，余祥林两次被宣告“死刑”，后因证据不足而逃过“鬼门关”。1998年6月15日，余祥林被京山县人民法院以故意杀人罪判处有期徒刑15年，剥夺政治权利5年。2005年，失踪11年后的张在玉突然现身，冤案由此浮出水面。

二、本案成为冤案原因是多方面的，而有罪推定、生怕放纵了“坏人”是首因

法院当年的判决明显证据不足。一是没做DNA鉴定，公安机关主观确定女尸就是张在玉；二是在证据不足的情况下对余祥林采取了强制措施；三是在余祥林口供前后矛盾时先入为主，选择有罪供述；四是法医鉴定有误；五是在起诉和审判时只重视有罪证据，轻视无罪辩解。

余祥林在经过两次死刑判决后，因证据不足再次被发回重审，并最终在1998年被京山县人民法院以故意杀人罪判处有期徒刑15年。而根据刑事诉讼法关于立案管辖的规定，“可能判处无期徒刑、死刑”的案件应由中级人民法院一审。被认定为是以残忍手段杀妻的案件却由县法院一审，这表明审判前司法人员就认定了对这个“故意杀人”的凶嫌不可能判处无期徒刑或死刑，

对于证据存在明显瑕疵大家是心知肚明的。对证据有问题的疑罪，司法人员是“宁可信其有，不可信其无”。可见有罪推定、疑罪从轻的思想依然根深蒂固。

余祥林“杀妻”冤案中的一系列现象表明，刑事诉讼的基本原则在实践中并未得到认真贯彻。刑事诉讼活动中的一些错误理念，如疑罪从有，息事宁人和重打击犯罪、轻保护无辜等，不仅在一些地方成为习惯，而且成了导致冤假错案的根源。一桩刑事案件发生了，办案单位和人员生怕放纵了“坏人”，担心原告一方上访闹事会影响社会稳定，便在证据不充分甚至漏洞百出时设法结案，有的地方甚至生拉硬拽地办“铁案”，人为地排除翻案的可能性。

三、保障人权比打击犯罪更重要

1. 我国《刑法》第2条规定了刑法的任务，即惩罚和保护两个方面。这两者究竟谁居首位？这是很重要的问题。在刑法观念上，我国在过去更强调打击犯罪，认为刑罚是阶级专政的工具。发展到后来，我国认识到打击犯罪与保障人权并重。而到了今天，我国则强调保障人权比打击犯罪更重要。在保障人权这个问题上，我们应该更多地考虑如何保证公民的生命财产不被轻易地剥夺，并使其未经正当程序和确实证据证明就不能被剥夺。这是整个社会法制进步的一个过程。现代司法理念是：一个人在没有被判决之前，就还是一个普通公民，还享有他的权利，他还有被冤枉的可能，所以判决之前应被推定为无罪。从有罪推定到现在的无罪推定，从疑罪从轻到疑罪从无，这是司法理念上一个非常大的转变。

2. 与此案形成鲜明对照的是美国的“辛普森杀妻案”。“辛普森杀妻案”最终以辛普森无罪释放为结局，很多人大为愤慨和困惑。眼看着这个用凶残手段砍杀两个无辜者的“凶手”，面带微笑，大摇大摆地走出法庭，人们不禁想问：人世间还有天理吗？还有公道吗？事实上，这恰恰是捍卫一个国家法律尊严的事例！某种意义上讲，人们应该为辛普森被无罪释放而欢呼。

辛普森的辩护律师，哈佛大学终身法学教授艾伦·德肖微茨也认为：“世上没有一个法官会认为辛普森是无辜的。公诉方的证据也足够让陪审团判他有罪。”为什么最后辛普森被无罪释放了呢？人们会注意到，美国司法制度对程序公正和确凿证据的重视程度远远超过了寻求案情真相和把罪犯绳之以法。假如美国司法制度的目的是寻求案情真相，那么犯罪嫌疑人压根儿就不应该拥有沉默权。实际上，整个美国宪法和司法制度的核心是防止“苛政猛于

虎”，是注重保障公民权利和遵循正当程序。美国最高法院大法官霍姆斯认为：“罪犯逃脱法网与政府的卑鄙非法行为相比，罪孽要小得多。”在霍姆斯看来，政府滥用权力和司法腐败对国家和社会造成的整体危害，远远超过了普通犯罪分子，因此，宪政法治的核心和重点绝非一味不择手段、从重从快地打击犯罪分子，而是应当正本清源，注重对政府权力予以程序性约束和制衡，防止执法者和当权者凌驾于法律之上，利用手中特权和国家专政机器胡作非为、巧取豪夺、为害一方，任意欺压无处申冤的小民百姓。防官府恶政远甚于防犯罪刁民，防止“窃钩者诛，窃国者侯”和统治者随心所欲、逍遥法外的虚伪“法制”的弊端，正是美国宪政“法治”制度设计的重要特点。值得我们深思。

3. “宁可错杀三千也绝不漏网一个”的时代过去了吗？法律意义上的公正，不仅是实质上的公正，还要保证程序的公正，这个观念正变得越来越受到文明发达国家重视，如“辛普森杀妻案”，甚至不可以稍微给已被认定为是“铁证”的证据以“润色”或加工，否则就会被彻底否定，这给了执法机关一个极其好的教训。结果是：也许今天确实放走了一个罪恶的凶手，但却保证了法律程序的纯洁和良好运行，会减少很多甚至数以万计的无辜者被冤屈的可能。法律程序被破坏带来的不公正，远大于错放了几个罪犯带来的危害。而且最重要的是，程序的公正符合人类几千年文明建立起来的公平、公正的精神和准则。程序的公正是现代法治的要求，却也恰恰是我国司法制度的软肋。

四、冤案、错案带来巨大的伤害

冤案造成的侵害是深远的：佘祥林，一个强壮的、会武功的治安巡逻队员被关押11年后成了一个羸弱的病人。这一冤案也使其亲人的命运被完全改变：母亲变得又聋又瞎，案发后去世；女儿上到初一时因此而辍学；哥哥上访被关41天。国家付出的代价也是沉重的：2005年4月13日，身披“杀妻”罪名蒙冤入狱11载的佘祥林，被湖北省京山县人民法院重审并当庭无罪释放。同年10月27日，佘祥林及其家人共获国家赔偿45万元。当年曾参与此案审理的司法人员被问责，其中对佘祥林有“中等”刑讯逼供情节的一名警察自杀身亡。

五、相同的冤案屡屡发生，法治建设任重道远

“余祥林案”后，为何冤案不见少？反而又见冤案，又见刑讯逼供，又见有罪推定，又见“官不悔过”，又见无法抵抗的上级“高压”。更不幸的是，真相得以大白的事件是因真凶的落网而侥幸曝出。如“聂树斌案”^{〔1〕}、“赵作海案”^{〔2〕}、“内蒙古呼格案”^{〔3〕}。我们不可否认冤案的产生在司法精密如美英等国亦不能避免，但可怕的也许并非冤案，而是相同的冤案为何会屡屡发生，冤案的发现为何不是由于司法机关的纠错机制发挥作用而是因极偶然的原因。司法制度步履蹒跚，防错与纠错机制止步不前，法治建设依然任重道远。

结束语

如何更好地保障人权是我国刑法的首要任务。

〔1〕 1994年8月5日，河北省石家庄市西郊孔寨村附近发生一起强奸杀人案，河北省高级人民法院以强奸罪判处聂树斌有期徒刑15年，以故意杀人罪判处死刑，数罪并罚决定执行死刑。1995年聂树斌被执行死刑。但2005年，真正的凶嫌突然出现。一位叫王书金的在押人员交代称，其曾在河北省强奸多名妇女并将其中4人杀害。河北广平县公安局将王书金押回，并带其到所供述的作案现场进行指认。王书金的供述和指认，后来被证实与当年聂树斌案中的犯罪事实高度一致。

〔2〕 2002年商丘市中级人民法院作出一审判决，以故意杀人罪判处被告人赵作海死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。2010年5月9日，因被认定“杀害”同村人而在监狱已服刑多年的河南商丘村民赵作海，因“被害人”赵振裳的突然回家，而被宣告无罪释放。

〔3〕 1996年4月9日，内蒙古呼和浩特市卷烟厂发生一起强奸杀人案，警方认定18岁的呼格吉勒图是凶手，仅61天后，法院判决呼格吉勒图死刑，并于5天后执行。2005年，轰动一时的内蒙古系列强奸杀人案凶手赵志红落网，其交代的第一起案件便是当年这起“4·9”杀人案。2014年11月20日，呼格吉勒图案进入再审程序。2014年12月15日，内蒙古自治区高级人民法院再审判决宣告原审被告人呼格吉勒图无罪。2014年12月30日，内蒙古高院依法作出国家赔偿决定：支付李三仁、尚爱云国家赔偿金共计2 059 621.40元。

刑法谦抑性初探

刑法的谦抑性不是刑法典中的概念，而是刑法理论中的一个概念。随着中国法律体系的不断完善，对人权保障的日益重视，刑事法治的越发文明和人们价值观念的趋于理性化，刑法的谦抑性也越来越受到中国法学家的重视和倡导，刑法理论界对谦抑性进行了广泛的研究。本书只就以下三个问题进行初步的探讨。

一、谦抑性的基本含义

代表性的观点主要有以下三种：

(1) 平野龙一认为：“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，采取其他社会统治的手段才是理想的，可以说，只有其他社会统治手段不充分行使，或者其他社会统制手段（如私刑）过于强烈，有代之以刑罚的必要时，才可以动用刑法。这叫刑法的补充性或谦抑性。”〔1〕

(2) 张明楷认为：刑法谦抑性指刑法应根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就足以抑制某种犯罪行为，足以保护合法权益时，就不要规定较重的制裁方法。〔2〕

(3) 陈兴良则认为：刑法谦抑性指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚，进而用其他刑罚替代措施，以便获取最大的社会效益——

〔1〕〔日〕平野龙一：《刑法总论Ⅱ》（日文版），有斐阁1972年版，第47页。

〔2〕张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社1999年版，第289页。

有效地预防和控制犯罪。^{〔1〕}

可以看出,不同的学者对刑法的谦抑性的描述虽有不同,但是都体现了现代刑法“慎刑”的思想,也体现了对人权保障的重视。谦是指谦虚,抑是指抑制,刑法的谦抑性是指刑法作为惩治犯罪的手段,是维护社会稳定的最后一道防线,刑罚不能过于广泛地介入社会生活,要本能地保持“谦虚”,不能一有违法行为就马上动用刑法对其进行处罚,而必须有所抑制。简言之,刑法的谦抑性要求对刑法的运用必须保持必要的克制,坚持刑法的最后性,解决社会问题或矛盾不能动辄适用刑法,而应优先考虑其他解决问题的方式或补救路径;能够用轻刑的就不用重刑。

二、刑法的谦抑性的法理基础

主要体现在以下几个方面:

1. 犯罪发生的原因不能完全归责于犯罪者本人

当一个人生病了,人们经常会想到为什么会生病,生病的根源在哪里,以便对症下药。对犯罪也是一样的道理,要降低犯罪率,必须弄清楚犯罪发生的根源。犯罪是一种藐视社会秩序的最明显、最极端的方式。犯罪发生的因素不仅包括个体心理原因,还包括经济、政治、文化、法律根源。犯罪是任何一种社会形态都会产生和存在的痼疾。犯罪发生的因素有很多,但归结起来大体有两种因素:一是自身因素;二是环境因素。日本著名学者问庭充幸教授指出,犯罪在表面上看来是一种异常行为,但它都是正常的社会病理投影。所以,环境因素是不可忽视的因素。由于对犯罪原因认识的不断深化,越来越多的人相信犯罪者本身不是犯罪的主要原因或者根本原因。作为外因的社会原因与作为内因的人的主观恶性,两者共同起作用才能真正解释犯罪发生的原因。

从社会各个角度分析犯罪的发生原因,明白犯罪不能仅仅归咎于犯罪者本人,所以,对于犯罪者来说,宽容是必需的。李斯特认为大众的贫穷是培养犯罪的最大基础。所以,最好的社会政策就是最好的刑事政策,社会政策

〔1〕 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国政法大学出版社1998年版,第353页。