

明德 刑法学名家讲演录

第一卷 | Vol. 1

中国人民大学刑事法律科学研究中心 编

Mingde Lectures on Criminal Law by Outstanding Scholars

现代法治社会的刑法理念 / 陈兴良

面对各种新型犯罪的刑法 / 哈塞默尔

刑事立法解释的疑问 / 张明楷

日本刑法的共犯基本问题 / 西田典之

量刑与刑的量化——兼论“电脑量刑” / 虞平

德国犯罪原理的发展与现代趋势 / 克劳斯·罗克辛

我国死刑制度的基本理念 / 高铭暄

美国监狱状况与服刑人员权利保护 / 戴维·C. 法赛

罪刑法定原则与刑法扩大解释 / 王作富

刑事一体化——刑事一体化的观念和方法 / 储槐植

死刑政策的司法运用 / 张军

亚洲的法律、社会与死刑 / 大卫·约翰逊

中国死刑制度刑事一体化的改革——以司法为视角 / 周道鸾

日本死刑存废论的最新动向 / 川本哲郎

刑事人格化构想 / 张文

.....



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

明德刑法学名家讲演录

第一卷 | Vol.1

中国人民大学刑事法律科学研究中心 编

Mingde Lectures on
Criminal Law by
Outstanding Scholars

图书在版编目(CIP)数据

明德刑法学名家讲演录(第一卷)/中国人民大学刑事法律科学研究中心编. —北京:北京大学出版社, 2009. 2

ISBN 978 - 7 - 301 - 14918 - 8

I. 明… II. 中… III. 刑法 - 文集 IV. D914.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 009844 号

书 名: 明德刑法学名家讲演录(第一卷)

著作责任者: 中国人民大学刑事法律科学研究中心 编

责任编辑: 陆建华

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14918 - 8/D · 2238

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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京山润国际印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 30.75 印张 579 千字

2009 年 2 月第 1 版 2009 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 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

序

荀子云：“不积跬步，无以至千里；不积小流，无以成江海。”学术的进步，学术的昌明，即在于学者们的不断积累和前进。今人之学术成就，以前人之学术成就为基础，又为后人提供向前、向上迈进的阶梯。刑事法学的演进过程，虽一时断流，几近干涸，然其勃勃生机却于今日重新焕发，目下充栋之成果亦显现这一学术的生命脉络。30年来，刑事法学之进步，是古今中外学术积累之重现及延伸，只是在30年的集中迸发，看似一日千里，实际上仍是继续积累和前进的过程。积累，必然意味着脚踏实地、循序渐进，同时也鼓励推陈出新，提倡有突破性的研究，反对简单重复、无病呻吟、华而不实、盲目照搬。学术研究，虽然难免受政治的影响、利益的诱使，但学术研究当有其自身之道，亦秉承其独有的价值。学术研究，当有其中立的立场、济世的信心、客观的批判、不断的自省。学术的纯粹性，并不意味着自闭于象牙塔内自欺欺人，而在于能在纷繁之中保持独立而自主的立场，这也是社会赋予学术研究崇高地位的使命所在。

法治的进步也在于不断积累。民国时期，只见法制之近代化，不见法治的近代化。过去30年，法制建设成绩斐然，而法治仍“路漫漫其修远”。法治进步，既要克服因历史而形成政治、文化上的惯性阻碍，又要应对中国本土之社会诉求，因而其缓慢发展自有其客观原因。我们相信，只要不断积累有利于法治的积极力量，并使之形成促进法治发展的有力因素，社会主义法治会在某一天有跃进式的发展。法学学术之进步，是法治进步的精神主导和动力，为法治进步设计“路线图”。学术的力量，在法治建设中会日趋壮大，而学术亦应坚持自身之道并有这样的担当。学术力量的自我“醇化”，是发挥其精神牵引力的前提，只有经过“醇化”的学术，方能

展现其真正的魅力,显现其强大的力量。

法文化的演进也在于不断积累。今日之文化现象,由几千年的本土文化积淀和百余年来文化传播而形成。文化之于法治,有如土壤、气候之于作物,橘、枳之别,即在于土壤、气候的差别。对现实的悲观,不应迁怒于文化,而应检讨方案和方法。学术研究的必要性之一恰恰在于此。学术的进步当然有利于推动文化的良性发展,这一作用在一时未必得以显现,不过,这一力量的积累性效应,会潜移默化地发挥作用。过去30年中,这样的例子不胜枚举,而学术力量的潜能,也绝不止于此。以刑事法学为例,如果说过去30年,刑事法之学术主要在于其继受性一面,而今后刑事法之学术,则应展现其创造性一面,当然,创造性亦以既有积累为营养源泉,而何以形成创造力,在于推进切合本土文化类型之法治进步。

中国人民大学在校园西部的楼群被命名为“明德楼”,取义于“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善”。这一命名,揭示出作为社会组织的大学,应秉持其特殊的社会使命,即开创并倡导文化意义上的“大学”,如此又重申了学术之于作为社会组织的大学的基本责任。这一责任,分解到刑事法学术研究这一部分,就是要秉承中华先贤所提出的“大学之道”,践行“明德、亲民、止于至善”之纲的学术研究。刑事法学研究,关乎人的生命、自由和财产,这又使刑事法学研究要更多地分担这一责任。

中国人民大学刑事法律科学研究中心(以下简称“中心”),已进入它的第10个年头。短短的10年,却也经历了法制恢复后30年的1/3。这10年的经历,不仅仅是名誉和信任的积累,更是学术研究的积累,它见证着10年来中心全体研究者和国内外刑事法学界同仁为刑事法治建设和学术进步所作出的努力。而这10年来的积累,也必然成为过去30年刑事法学术进步的一个组成部分,并为中国社会主义法治建设发挥其应有的力量。在中心成长、壮大的过程中,以中心为媒介,为国内外刑事法学者创造了一个交流、合作的平台,为促进刑事法学者和实务部门工作者形成一个紧密的学术共同体,提供了机会和空间。形成一个拥有共同价值、学术认同的学术共同体,对于推动学术的自我发展,促进法治的进步、法文化的改良,无疑具有重要的意义。现有的法制现状,不会因一人之言而兴,亦不会因一人之言而废,只有形成必要的合力,才能带动整体的进步、良性的发展。

本书是从2005年11月至2008年11月本中心组织的34次“刑法名家讲座”、6次“明德刑事法论坛”活动中,精心挑选的部分国内外刑事法专家、学者在中国人民大学明德法学楼讲演的文稿或录音整理稿,按时间先后顺

序汇集而成。主讲人大多在国内乃至国际上享有崇高的声望。将这本讲演录呈现给读者,既是对他们学术成果的一次集中推广,也是中心履行其设立宗旨和承诺的一项活动。编者希望,中心提供的舞台不仅面向校园,面向学术界,也能够面向社会,时时刻刻与公众形成共鸣。

本书的出版得到北京大学出版社的大力支持,尤其得到北京大学出版社蒋浩先生和陆建华先生的鼎力襄助。为此,谨致以诚挚的谢意和由衷的敬意。

编 者

2008年12月

目 录

- 001 陈兴良 现代法治社会的刑法理念
- 022 哈塞默尔 面对各种新型犯罪的刑法
- 042 张明楷 刑事立法解释的疑问
- 061 曲新久 刑法解释“溯及既往”的效力——兼谈刑法适用的逻辑路径
- 080 西田典之 日本刑法的共犯基本问题
- 088 虞 平 量刑与刑的量化——兼论“电脑量刑”
- 101 克劳斯·罗克辛 德国犯罪原理的发展与现代趋势
- 117 高铭暄 我国死刑制度的基本理念
- 143 戴维·C. 法赛 美国监狱状况与服刑人员权利保护
- 148 王作富 罪刑法定原则与刑法扩大解释
- 167 熊选国 完善死刑核准制度的几个问题
- 179 戴玉忠 我国贿赂犯罪刑法规范的变革与反思
- 200 储槐植 刑事一体化——刑事一体化的观念和方法

- 212 陈兴良 社会危害性理论的批判性清理
- 230 张 军 死刑政策的司法运用
- 241 大卫·约翰逊 亚洲的法律、社会与死刑
- 251 赵廷光 论量刑的精确制导
- 267 周道鸾 中国死刑制度刑事一体化的改革——以司法为视角
- 291 甘添贵 刑法上应否承认过失共犯的概念
- 320 陈子平 医疗行为与患者同意
- 333 金光旭 日本少年司法制度的基本特征及其最近的动向
- 348 山口厚 行为无价值与结果无价值
- 360 川本哲郎 日本死刑存废论的最新动向
- 370 王 牧 犯罪概念:刑法之内与刑法之外
- 396 布拉德 荷兰刑事司法制度中检察官的职权
- 403 张 文 刑事人格化构想
- 421 阿尔布莱希特 比较法角度与国际视野下的量刑问题——国际量刑
与刑法比较:我们所知的以及我们需知的
- 430 冯亚东 犯罪构成体系之争
- 456 王云海 日本刑罚是重还是轻
- 475 都 德 荷兰王国的刑事处罚制度

现代法治社会的刑法理念*

主讲人：陈兴良，北京大学法学院教授、博士生导师

时 间：2005 年 11 月 19 日

主持人：黄京平，中国人民大学法学院教授、博士生导师，刑事法律科学研究中心执行主任

嘉 宾：高铭暄，中国人民大学法学院教授、博士生导师，刑事法律科学研究中心名誉主任

王作富，中国人民大学法学院教授、博士生导师，刑事法律科学研究中心专职顾问

王利明，中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师

韩大元，中国人民大学法学院常务副院长、教授、博士生导师

叶秋华，中国人民大学法学院副院长兼党委书记、教授、博士生导师

陈卫东，中国人民大学法学院教授、博士生导师，刑事法律科学研究中心执行主任

韩玉胜，中国人民大学法学院教授、博士生导师，刑事法律科学研究中心副主任

谢望原，中国人民大学法学院教授、博士生导师，刑事法律科学研究中心副主任

冯军，中国人民大学法学院教授、博士生导师，刑事法律科学研究中心副主任

陈兴良教授：

各位老师、同学，大家好！很高兴今晚来到这里为大家做讲座，我的题目是“现代法治社会的刑法理念”。这里涉及的一个中心词就是“刑法理念”。在刑法中，我认为可以分为三个层次的问题：第一个层次是刑法条文，即刑法法条；

* 根据录音整理。

第二个层次是刑法的一般原理,或者叫刑法法理;第三个层次,也是最高层次,就是刑法理念,涉及的是一些价值问题,它对刑法规范的适用、刑法法理的正确阐释都起着指导作用。因此,在刑法的研究中,我们应当超越刑法法条、刑法法理来进行刑法理念的思考。在我今天所作的讲演中有一个限制词,我所讲的是“现代法治社会”的刑法理念。刑法是一门很古老的法律,自从有法律以来就有,在专制社会也是有刑法的,同样也有它的刑法理念。我们今天所讲的是法治社会的刑法理念,那么,专制社会的刑法理念和法治社会的刑法理念究竟有什么不同呢?弄清这些问题对于我们建设刑事法治具有重要意义。下面我想讲三个问题。

一、人权保障的刑法理念

人权保障是法治社会刑法理念中最重要的一种理念。在刑法当中,人权保障中的“人权”,指的是被告人的权利、犯罪人的权利。因此,所谓刑法的人权保障指的是刑法对于被告人、犯罪人权利的法律保护。当我们对刑法的人权保障作了这样一种界定时,大家就会提出这样一个问题:在我们的社会,为什么要对被告人、犯罪人进行保护?有的人往往会说,我们的法律要保护好人,为什么还要保护坏人?这就涉及一个问题,好人与坏人的划分是一种伦理道德上的判断,而不是法律的标准。正像我们过去常常作出人民和敌人的界分,这同样也只是一种政治学的概念。在刑法中,被告人、犯罪人是根据法律规范所作的一种判断。它不同于好人与坏人、人民与敌人这些伦理学上、政治学上的概念。法律之所以要保护被告人、犯罪人的合法权利,主要是由于我们司法认识能力的有限性、司法资源的有限性。因此,我们的司法活动还不可能对一个犯罪案件作出百分之百的准确判断。在这种情况下,虽然在法律上经过一定程序认定一个人是犯罪人,但很难保证他就是一个“货真价实”的犯罪人。所以,在法律上必须要对他的合法权利加以保护。比如,前段时间在媒体上广泛讨论的余祥林案件。13年前,余祥林被指控杀妻,因而以故意杀人罪受到了刑事追究。当时他被指控犯有杀人罪,就成了一个被告人,而且村里有二百多个村民向有关司法机关写了匿名信,要求判处余祥林死刑。13年之后,余祥林的妻子突然“死而复生”,此时我们发现这是一个冤案。那么,如果法律发现是一个冤案的时候才来保护他的权利,而在13年之前他被指控为犯有故意杀人罪时却不对他的合法权利加以保护,这样的后果可想而知。另外,如果只有当一个人是好人、善良的公民、人民的时候,他的权利才能得到法律的保护,而一旦一个人被宣告为坏人、敌人、被告人、犯罪人,他的权利就不再受法律保护,那么这样的社会就会是一个很可怕的社会。因为,它的定义权不是掌握在我们自己手里,

而是掌握在某些人、某些机关手里。他今天可以说你是一个好人、善良的公民、人民,保护你的权利,明天他就可以宣布你是一个坏人、敌人、被告人、犯罪人,不再保护你的权利,这绝不是一个法治社会应有的制度设计。因此,不能因为一个人是被告人、犯罪人就不保护他的权利。恰恰相反,一个社会的法治文明程度正取决于这个国家的法律如何保护那些被告人、犯罪人的权利。如果在一个社会里,那些被告人、犯罪人的合法权利都受到了法律的有效保障,那些善良公民的权利受到法律保护的程度就更是不言而喻了。由此可见,在一个法治社会,必须要对被告人、犯罪人的合法权利加以有效保护。

在一个法治社会,对被告人、犯罪人的权利保护是通过何种途径实现的?这里就涉及罪刑法定原则。罪刑法定的一个基本精神就是要通过限制国家刑罚权,保护公民个人的权利和自由。可以说,罪刑法定原则在国家刑罚权与公民个人的权利和自由之间划出了一条明确的界线,国家只能在法律规定的范围内认定犯罪、惩治犯罪,不得超越法律的规定。另一方面,只有公民个人的行为触犯刑律时,才应当受到法律的追究,否则,他就是自由的。正是罪刑法定原则使法治社会的刑法具有了某种契约性,正是这种契约性使得法治社会的刑法获得了某种正当性,使它得以建立在宪政的基础上,从而使法治社会的刑法与专制社会的刑法在性质上得以根本区分。正如我前面所说,专制社会也是有刑法的,甚至刑法规定得特别完备,但是专制社会的刑法是国家单方面镇压犯罪的工具。专制制度是少数人对社会大多数人的一种统治,正如法国著名的启蒙思想家孟德斯鸠所说:“专制制度最大的特点就是恐怖。”为了维护专制制度,就必须制造恐怖,而刑法恰恰是合法制造恐怖的一个途径。因此,在专制社会,总是实行严刑苛法,通过制造血淋淋的场面来威吓社会大众,这就是专制社会刑法的主要特点。在这种情况下,刑法对于公民来说就是一种压迫的力量,异己的力量。而对于统治者来说,刑法本身并不构成一种限制,也就是说,专制统治者的权力是无所不在的,是超越法律的,不受刑法限制的。只有在法治社会,由于实行了罪刑法定原则,刑法规范才成为行为规范和裁判规范的有机统一体。一方面,刑法规范是行为规范,即刑法对人们的行为有某种引导、限制功能。凡是刑法规定为犯罪的,人们就不能去做;如果做了,就会受到法律的制裁。从这个意义上说,刑法对公民的权利和自由具有某种限制功能。另一方面,刑法又是一种裁判规范,即司法机关在定罪量刑时必须遵循的法律准则,也就是一个行为是否构成犯罪及应当受到何种程度的处罚都应以法律的规定为根据,不得超越法律规定。从这个意义上来说,刑法又具有对国家司法权的限制功能,它是用来约束国家惩治犯罪的活动的。因此,在罪刑法定的原则下,刑法的行为规范和裁判规范是统一的。公民在受到刑法限制的同时,又可以引用刑法来保护自己的权利,限制国家的刑罚权,防止刑罚权滥用。当一个没有犯罪的人受到非法追究时,刑法就是他的大宪章,因为他的行为在刑法中没有被规定为犯罪,

所以任何人都不能将他作为犯罪人对待。不仅如此,刑法对那些犯了罪的人也提供法律保护。刑法同样也是犯罪人的大宪章,虽然他犯了罪,但只能依据法律规定来认定他的犯罪行为,按照法律规定对他进行处罚。轻罪不能重判,应当实现司法的公正。就此而言,刑法同样具有对被告人、犯罪人的人权保障功能。所以,罪刑法定原则的一个基本精神就是限制性,这种限制是指向国家的刑罚权的,具体而言,就是要限制入罪,即限制司法机关把一个非犯罪行为认定为犯罪行为。但是,我们必须对刑法的限制性作一个正确的解读。在罪刑法定原则下,所谓的限制职能从来不限法官可以根据案件的具体情况把一个法律上规定为犯罪的行为出罪。这是法官自由裁量权的表现,而并不违反罪刑法定原则。因此,罪刑法定原则具有的限制职能只是针对入罪而言的。正确理解这一点,对于深刻理解法治社会的人权保障机能具有重要意义。

在谈到人权保障机能的时候,我们还会提到另一个问题,即刑法的社会保护机能。所谓刑法的社会保护机能,就是通常所说的打击犯罪。有学者曾提出,在一个社会里,刑法、刑事诉讼法存在的正当根据是什么?面对这样一个问题,人们会有一个近乎本能的反应,认为刑法和刑事诉讼法存在的正当性是为了及时有效地打击犯罪。但李海东先生对这个观点提出了质疑,他认为,要论有效打击犯罪,没有刑法比有刑法更加有效。因为,有刑法还得看刑法是否把某个行为规定为犯罪,没有规定还不能处罚;但没有刑法,只要处置者认为这种行为是具有社会危害性的,为了维护他的统治,就可以将这种行为作为犯罪加以处置。另一方面,如果刑事诉讼法是为了及时惩治犯罪,那么也可以说没有刑事诉讼法比有刑事诉讼法更能够及时地惩治犯罪。因为如果有刑事诉讼法,一个杀人犯即使是在光天化日之下众目睽睽之中杀人,同样也要遵循司法程序,进行一审、二审,如果被判处死刑,还要报最高法院进行死刑复核,有一个漫长的司法过程;如果没有刑事诉讼法,就可以非常快地将这种犯罪人杀了,甚至可以就地正法。由此可见,那种认为刑法、刑事诉讼法存在的正当根据是为了及时有效地惩治犯罪的认识,至少是片面的,或者说是似是而非的,容易混淆视听。李海东先生提出,刑法、刑事诉讼法的存在恰恰是为了对国家惩治犯罪的活动加以限制和规范。因此,刑法、刑事诉讼法的主要功能就是限制国家的刑罚权,对被追究者的权利加以保护,防止国家滥用刑罚权,侵犯公民的权利和自由。对于李海东先生提出的这一观点,我认为是非常深刻的。

确实,在我们的社会,刑法始终存在一个悖论,或者说存在一种价值冲突。当公民面对犯罪侵害时,就会倾向于授权给国家,通过国家行使刑罚权来有效地惩治犯罪,从而保护自身的合法权利。但是,当国家滥用刑罚权时,又会以另一种形式对公民的权利和自由造成侵害。在有些情况下,这种侵害甚至比来自于犯罪的侵害更为严重。在这种情况下,公民又会希望对国家的刑罚权加以限制和规范,防止这种权力被滥用。在某些情况下,公民甚至宁愿忍受来自于犯

罪的侵害,也要对国家的刑罚权加以严格限制。所以,这里可以引申出一对价值上的冲突,就是刑法打击犯罪的功能和人权保障功能的冲突。也就是说,在打击犯罪和人权保障之间存在着紧张关系。如果我们过分追求打击犯罪的效果,就会以牺牲人权保障为代价;如果我们强调人权保障,就往往会削弱打击犯罪的效果。在打击犯罪和人权保障不可兼得的情况下,我们究竟该如何选择?是强调人权保障,即使削弱打击犯罪,还是追求打击犯罪,宁可牺牲人权保障?这正是我们面临的一个重大价值选择。在过去,我们往往把刑法打击犯罪的功能放在第一位,把刑法看作是一种专政的工具,一种刀把子。随着民主与法治的发展,人们越来越认识到刑法人权保障功能的重要性。在法治社会,我们更应该强调人权保障。当人权保障和打击犯罪两种价值出现冲突的时候,我们应当把人权保障放在第一位,即使削弱、影响打击犯罪,也应当追求人权保障,把人权保障作为刑法的第一价值。这是法治社会对刑法本质的应有看法。因此,我认为刑法人权保障的理念是非常重要的。

刑法的人权保障不仅是一种司法理念,也是一种社会文明程度的标志。人权保障理念是建立在“犯罪人也是人,也是我们社会的一分子”的基础上的,我们善待犯罪分子实际就是善待我们的社会,我们如何对待犯罪分子就是我们如何对待自己的试金石。这样一种思想观念能否被我们的社会接受,尤其是在中国过去的半个世纪中强调阶级斗争,强调敌我之间你死我活的关系,人本的思想受到了批判和贬低,在这种情况下,我们如何建立起对犯罪人的正确态度,确实是一个大问题。所以,我们究竟应该如何对待犯罪人,是否能把他当作一个普通的人来看待,这并不是一个简单的问题。韩大元副院长曾告诉我,在保留死刑的美国,有一个犯罪人被判处死刑,他在等待执行死刑的过程中患了某种肾病,只有进行肾移植才能保住他的性命。当时,美国肾资源是很稀缺的,做肾移植手术需要排队。在距离死刑执行还有一个月的時候,轮到了这个犯罪人接受手术。这时,要不要给他做肾移植手术就引发了争议。有的人就说,这是个死刑犯,再有一个月就执行死刑了,反正都会死,何必还要给他做肾移植手术呢?肾源本来就如此稀缺,应该把宝贵的肾留给那些善良的公民,我们为何要去救一个将死的人呢?肾给了这个死刑犯,即使他做了肾移植手术,他一个月后也要死,说不定另外一个等待肾的善良公民却由于没有及时得到移植而死去。最后,州长还是决定给这个死刑犯做肾移植手术,使他的生命延续到了法律规定的对他执行死刑的时间。这个例子说明,即使是一个被判处死刑的人,在没有被执行死刑之前,他仍然是一个人,仍然享有人的权利。联合国专门通过了保护那些被判处死刑的人的权利的国际公约,这都体现了法治文明的进步。相比之下,在我们这个死刑大国,对死刑犯权利的保护根本就没有提到议事日程上。对司法实践有所了解的人都知道,只要一个罪犯被判处了死刑就会被打入死牢,从那一刻起他的四肢就会处于一种被拘束状态,也就是两腿不能

动,两手不能动。如果他等待死刑的过程很漫长的话,其生活质量是非常低的,在有些情况下甚至会出现生不如死的局面。人权保障的理念实际是刑法人道主义思想的体现。

当然,人权保障不单是一个思想认识的问题,同样需要一定的物质条件作为支撑。这里有一个人权保障的能力问题,这是与一个国家的物质文明程度、精神文明程度紧密相连的。过去我们学习刑法,总是说我国刑法中的犯罪概念是有数量限制的,比如,盗窃 1000 元才构成犯罪,盗窃 999 元是不构成犯罪的。在其他犯罪当中,也存在着大量的数额较大、情节严重、情节恶劣等限制词,因此,我国刑法规定的犯罪范围是相当小的,尤其是相对于外国来说,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,它们都将犯罪分为重罪、轻罪、违警罪三类,我国刑法中的犯罪是相当于它们的重罪和一部分轻罪,也就是说,在我国被劳动教养的行为、受治安管理处罚以及其他受行政处罚的行为,在外国都是犯罪,按犯罪行为处理。对于这种现象,我们过去持一种肯定评价,认为我国的做法很好,甚至认为这是我国刑法的一项创举。实际上,我们仔细分析就会发现并非如此。因为,在我们国家那些不构成犯罪的违法行为,并不是不受任何处罚,只是不受刑事处罚,它会受到劳动教养、治安管理处罚或者其他行政处罚。大家都知道,作为犯罪进入司法程序,和作为行政违法受到行政处罚,二者的权利保护程度是不相同的。作为犯罪处理进入司法程序,犯罪人的合法权利会受到法律的严格保护,但是作为行政违法行为受到行政处罚,对违法人的权利保护是远不及对犯罪人的权利保护的。从这个角度来看,我们会发现我国刑法规定的犯罪行为范围小,恰好说明我国对被告人权利保护的範圍小,我们的司法保护能力很弱。相反,外国规定的犯罪范围很广,只要剥夺他人人身权利、财产权利的,都必须经过司法程序,而不能由警察、行政机关处罚。这恰恰说明他们的人权保障能力比较强。但是,如果把我国劳动教养、治安处罚的行为都作为犯罪处理,进入司法程序,我国的司法机关根本没有能力承担。由此可见,我们从这一立场进行审视,就不会沿袭过去似是而非的观点。人权保障问题不是一个单纯的思想认识问题,而是一个司法保护能力的问题。如果没有这种能力,人权保障同样也是不可能实现的。以上是我所讲的第一个刑法理念,即人权保障的理念。

二、刑法谦抑的理念

所谓谦抑是指削减、压缩、减少,与膨胀、扩大、滥用是反义词。所谓的刑法谦抑,就是指要对刑罚加以严格限制,刑罚要轻缓化,防止刑罚的滥用。这正是法治社会刑法应有理念。我们都知道,在专制社会实行严刑苛法,刑罚是滥用

的,而且非常残酷。在法治社会,我们的刑罚应当轻缓化。首要的问题就是要破除对刑罚的迷信,尤其是对死刑的迷信。在我们的社会,目前还存在着对刑罚的迷信心理。有些人一旦遇到社会矛盾、社会问题或者治安问题,首先想到的就是如何动用刑罚加以镇压,通过重判多杀来维护稳定。我们认为,通过刑罚的压制获得的稳定是暂时的稳定,它并没有解决社会矛盾,只是将其掩盖,把社会矛盾爆发的时间推迟了。因此,这种严刑苛法并不是社会长治久安之道。我们所追求的长治久安是不能通过严刑苛法来实现的。但是,在我们这个具有两千多年封建专制传统的国家,由于长期实行严刑苛法,重刑主义思想在人们头脑中依然存在。在这种情况下,我们强调刑法谦抑的刑法理念是具有现实意义的。

这里首先涉及刑罚的作用问题,刑罚是不是万能的?刑罚是不是解决犯罪问题、社会问题的灵丹妙药?我们的回答是否定的。刑罚的作用是有限的,不可能解决所有的社会问题。在很多情况下,刑罚,尤其是重刑,恰恰是对我们社会管理不善的弥补。很多问题本应该通过正常的社会管理解决,但我们的社会管理手段乏力,最后却不得不动用刑罚。从某种意义上说,刑法是一种社会管理的手段,而且是代价最高的一种手段,不应该轻易动用。但是在我们的社会,刑法常常被用在一些不恰当的地方,成为管理不善的补偿,比如我国《刑法》第205条对虚开增值税专用发票罪规定了死刑,正如某些人说的,我国是要靠杀人来收税的;在我们国家,贪污、受贿这些犯罪都是规定了死刑的,因此我们是要靠杀人来维持廉洁的。这只能说明我国的税收管理很落后,我国的廉政建设措施不得力。可以想见,如果我们有有效的收税机制,收税还需要靠杀人吗?如果有一套行之有效的反腐措施,我们的廉政建设还需要以杀人为后盾吗?那就不需要了。这确实是一个值得深思的问题。

刑罚本身有自己的规定,不同于犯罪的规定,如果滥用刑罚,刑罚的效果会贬值。对于这一点,法国著名的启蒙思想家孟德斯鸠曾说过:“在保留死刑的国家,死刑是最高刑,在废除死刑的国家,无期徒刑是最高刑,在这两个国家,死刑的威慑力和无期徒刑的威慑力是一样的。”我们会觉得很奇怪,无期徒刑的威慑力怎么会和死刑一样呢?其实,它的前提是在一个国家无期徒刑是最高刑,在另一个国家死刑是最高刑。相反,在一个既有无期徒刑又有死刑的国家,死刑的威慑力当然比无期徒刑大。但是,在两个不同的国家,分别以无期徒刑和死刑为最高刑,二者的刑罚威慑力就是一样的。所以,这样的思想是能自圆其说的。打个比方,刑罚对于社会就像一剂药,而且是一剂重药,如果经常使用这个药,就会发生药物贬值,我们的社会有机体就会产生对刑罚的“抗药性”。就像一个人经常失眠难以入睡会服用安眠药,一开始只要吃半颗就非常有效,但由于频繁使用,对安眠药产生了药物依赖,就需要吃两颗、三颗才能入睡。大家可以想见,现在服两颗安眠药产生的入睡效果与过去服半颗所产生的入睡效果其

实是一样的。如果把半颗药和两颗药给两个不同的人吃,所产生的效果当然不一样,两颗药的效果肯定大于半颗药的,但是如果经常服用,这两者的效果就变得一样了,这就产生了药效的贬值。刑罚的效果也一样会产生贬值,尤其刑罚是一种合法的暴力,尽管它是合法的,但究其本质也是一种暴力。如果过多地使用这种暴力,就会使社会培养出一种残忍的心理,从而抵消刑罚的影响,这一点是非常可怕的。有关的刑事古典学派作家,如孟德斯鸠、贝卡利亚都说过类似的话:在一个民风善良的社会,用很轻的刑罚就能达到很好的效果,但如果经常动用刑罚,这个民风就会变得很残忍,从而抵消刑罚的效果。对于这一点,我们必须有充分的认识。因此,在法治社会,如何克制刑罚的运用,使用最少的刑罚达到最佳的刑罚威慑效果(即刑罚效益)是摆在我们面前的一个重要课题。

我们过去往往强调严打,从1983年至今严打已经实行了二十多年了,但严打并不是解决犯罪问题的灵丹妙药。事实已经证明,严打只是暂时性地把犯罪问题压制下去,并不能从根本上解决犯罪问题。因此,我们现在应对严打这种刑事政策进行反思。最近,中央政法委员会提出了宽严相济的刑事政策,我认为,这项政策是解决当前社会的治安问题、犯罪问题的良策。宽严相济的刑事政策正是刑法谦抑的体现。这项政策既有宽的一面,又有严的一面,该宽则宽,当严则严,但从本质上来说,宽严相济追求的是刑罚的轻缓化,把刑罚轻缓放在重要位置。

我个人认为,我们现在的刑罚存在结构性缺陷,应对刑罚进行调整。这种缺陷表现在死刑和生刑悬殊太大,即死刑过重,生刑过轻。所谓死刑过重是指我们国家法律规定的死刑罪名过多,共有68个。我国共有四百三十多个罪名,差不多七个罪名中就有一个死刑罪名。死刑罪名在整个刑法罪名中所占比例过重。另一方面,在我国的司法活动中,死刑是大量适用的。与外国相比,我国的死刑是过重的,而且国际大趋势是朝着废除死刑的方向发展的。目前,在全世界205个国家中,已有60%的国家在法律上或事实上废除了死刑。所谓在事实上废除死刑,是指在10年以上没有执行死刑。在保留死刑的国家,不仅法律规定的死刑罪名较少,而且死刑实际执行的数量也较少。比如韩国,法律规定的死刑罪名是比较多的,有一百多个,比我们国家还多,但是在司法实践中,死刑实际执行的数量很少。在过去的10年里,韩国执行了101个死刑,平均每年10个左右。另外,日本在法律上也是保留死刑的,但在实践中实际执行的死刑数量也很少。在过去20年里,平均每年执行死刑人数2.5个左右。印度也是一个有十几亿人口的大国,社会经济文明程度和我国差不多。印度去年对一个强奸犯执行了死刑,据报道,这是印度在过去9年里执行的第一例死刑。而且,印度目前正在考虑废除死刑。俄罗斯目前也是停止了死刑执行,正在考虑废除死刑。再看中国,执行死刑的人数是相对较多的。有国际组织建立了一个死刑日志,即雇佣很多人每天对中国公开发行的报纸进行翻阅,统计执行死刑的人

数。据其统计,2001年中国执行死刑的人数是三千多人。当然,他们推断实际人数应该是这个数字的两倍到四倍。当年,他们所掌握的全世界执行死刑的人数是四千多人,中国占了全世界执行死刑人数的70%。外国不执行或者很少执行死刑,其社会治安状况并不比我们差。我们通过每年杀那么多人才能获得外国基本不杀人就能维持的差不多的社会治安状态,由此可见,我们维护社会治安的成本有多高。更何况,死刑容易发生错判、冤案。最近报道的一些死刑冤案,使我们又一次认识到死刑错判的严重后果。因此,一方面,与外国相比,我国刑法规定的死刑过重,这样的事实是不容否认的;另一方面,与死刑过重相比,我们的生刑过轻。所谓生刑过轻,是指死缓、无期徒刑、有期徒刑这些刑罚相对死刑立即执行过轻。根据我们的观察,一个被判处死缓的罪犯,一般在监狱关押18年就能出狱,重获自由。根据我们的观察,被判处无期徒刑的犯罪分子在监狱里实际关押15年左右能够出狱。被判处15年有期徒刑的犯罪分子,一般在监狱关押12年能够出狱。这些还只是正常情况下,不包括司法腐败的情况。在我国,犯罪的平均年龄姑且算做30岁,实际上暴力犯罪的平均年龄还要更低,那么一个30岁的犯罪分子被判处死缓,经过18年即四十多岁不到五十岁,他就能重新回到社会,从这个意义上来说,生刑过轻。这种死刑过重、生刑过轻的失调比例,使刑罚威慑效力的取得过份依赖于死刑。如果我们将刑罚的威慑效果用100分来表示,几乎有80分是通过死刑的适用获得的,只有20分是通过生刑的适用获得的。我们设计死缓制度是为了严格死刑的适用,但实际上死缓制度的设计初衷完全没有达到。而且,有时我们不得不多杀,因为不判死刑立即执行就意味着一个罪行严重的人过十多年就又能回到社会,不仅被害人不答应,社会也不答应。于是,就造成了多杀的局面。

在这种情况下,我认为第一步应该进行结构性调整,其基本原则就是在严格限制死刑的前提下,重者更重,轻者更轻。目前我国在法律上废除死刑是不可能的,那么如何在司法过程中严格限制死刑就显得非常重要。过去我们讨论死刑问题的时候,尤其是讨论废除死刑的问题时,我们往往把注意力集中在立法上,希望通过立法修改来减少死刑罪名、取消死刑罪名来达到减少、废除死刑的目的。但实际上,从国际废除死刑的规律来看,往往是先在事实上废除死刑,最后水到渠成才在法律上废除死刑。除了极个别国家,为了达到某种目的,采取无条件废除死刑的方式,比如某些前东欧国家为了加入欧盟,因为加入欧盟的前提条件就是废除死刑。由此可见,通过司法活动对死刑适用加以限制是一条可行之道。最高法院收回死刑复核权,我认为这是限制死刑的第一步,从程序上加以限制。当然,这还是不够的,还应从实体上加以限制,尤其是要制定一些死刑适用的规则。现在我们缺乏规则,比如故意杀人罪是死刑适用的最大罪名,有近三分之一的死刑是用在故意杀人罪上的,在司法实践中,凡是没有法定的或者酌定的从轻、减轻情节的故意杀人就判处死刑立即执行。有些地方,杀