




刑事
法学

刑事法学博士文库
陈忠林◎总主编

刑罚的界限

——Joel Feinberg的“道德界限”与超越



周国文◎著

中国检察出版社



刑事法学博士文库
陈忠林◎总主编

刑罚的界限

——Joel Feinberg的“道德界限”与超越



周国文◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑罚的界限/周国文著. —北京: 中国检察出版社,
2008. 8

ISBN 978 - 7 - 80185 - 985 - 3

I. 刑… II. 周… III. 刑罚—研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 130169 号

刑罚的界限

——Joel Feinberg 的“道德界限”与超越

周国文 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. zgjcbs. com)

电子邮箱: zgjcbs@vip. sina. com

电 话: (010) 68658769 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京东海印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 6.25 印张 插页 4

字 数: 178 千字

版 次: 2008年10月第一版 2008年10月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 985 - 3/D · 1961

定 价: 20.00 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

总 序

四年前，当我校第一批刑法学博士毕业时，我就萌发了出版一套博士文库的想法。可是人懒事烦，一拖就是几年。去年借在重庆参观全国性书展的机会，我又与检察出版社谈起此事。他们不仅热情地表示支持，而且还建议将这个想法加以拓展和延伸。因为在刑事法学领域，目前还未出版过全国性的博士文丛，如果以文库为依托尽可能汇集全国各地刑法、刑事诉讼法、犯罪学、监狱学以及刑法史等方面的优秀博士论文，则不仅可以为相关学科的博士们提供一个展示自己成果的平台，同时也能为读者学习研究提供一种系统的参考。这是件有助于学术传承的好事啊，何乐而不为呢？于是，就有了《刑事法学博士文库》的问世。

按例，一套文库应该有一个总序。总序是文库的点睛之笔。这个“睛”该怎样点，委实有点为难生性拙于文的我。没有办法，无能点睛，就谈一点自己对刑事法学的看法吧。这些看法，不论作为参考的镜子，还是批判的靶子，我都奢望对认真的读者有所裨益。

“刑事法学”是一个复合名词。就词的结构而言，能将这门学科与其他学科完全区别开来的，就只有个字：“刑”。从修辞学的角度考察，这个“刑”字，就应该是刑事法学特有的研究对象。如果仅从汉语中考察词源，这个“刑”字，我国古

已有之。但是，中国传统法律文化中的这个“刑”，并不完全等同于这里所谈的“刑事法学”中的“刑”。因为在古代中国，“民刑不分，诸法合体”，“刑”与“法”在很多情况下是可以互换的两个同义词。这个“刑”字，没有区分刑事法和其他部门法的作用。即使在现代语言中，无论是英语中的“criminal law”，还是其他西方主要语言体系中与之相近的“strafrecht”、“diritto penale”等，也具有与汉语中的“刑事法”不一样的含义。汉语中的“刑事法”，仅仅是指与犯罪和刑罚直接相关的法律规范体系；而在西方语言中，“criminal law”等表述方式则兼有作为规范体系的“刑事法”和作为知识体系的“刑事法学”的意思。因此，就词源意义而言，真正以现代意义的“刑事法”为研究对象的知识体系——“刑事法学”（criminal law），应该是一个源自近代西方的概念。

在西方，“刑事法学”也是一个内涵与外延不断丰富和发展的概念。尚未进入成文法时代之前，由于人们对于刑罚在界定刑事法范围的作用尚无明确的认识，人们在刑事法学领域中关注的重点，还是如何认定作为事实的犯罪行为。当时的“刑事法”（criminal law），基本上是指如何处罚犯罪的刑事实体法，即狭义的刑法。刑事法学中“刑”字，这时还主要是“犯罪的”（criminal）意思。这就是当时的大陆法系和英美法系国家，都将刑法称为“犯罪法”（criminal law）的原因。

进入19世纪以后，世界上第一部近代意义的刑法典和刑事诉讼法典——1808年的《法国刑事诉讼法典》和1810年的《法国刑法典》相继颁布。制裁犯罪特有的措施——刑罚，开始在法律体系内部发挥界定刑法和其他部门法的作用。于是，“刑事法”中的“刑”字，在英美法系国家和大陆法系国家开始分别具有“犯罪的”（criminal）和“刑罚的”（penal）双重形为二、实为一的意思。

刑法以认定犯罪和适用刑罚的标准为内容；刑事诉讼法以认定犯罪和适用刑罚的程序为内容；犯罪学应该以法律规定为犯罪和适用刑

罚的行为产生的原因、类型和预防措施为研究对象；^①……是否以规定犯罪和刑罚为主要内容，是逻辑上界定刑事法与其他部门法的标准；是否以研究犯罪和刑罚为主要内容，是逻辑上界定刑事法学与其他法学的唯一标准。总之，一切不以犯罪或刑罚为核心内容的法律规范，就不可能成为刑事法律规范；一切不是为了正确解决犯罪和刑罚的问题，或者正确地解决由犯罪和刑罚而生的问题的知识，都不应该属于刑事法学特有的研究内容。

正如在哲学领域中的物质和精神这对基本的范畴一样，犯罪和刑罚这对作为刑事法学基础的范畴，不可能不是两个相互界定的概念：犯罪是刑罚处罚的行为，刑罚是处罚犯罪的措施。离开了惩罚犯罪的刑罚，人们就不可能将犯罪与其他危害行为的行为区别开来；^②离开了刑罚惩罚的犯罪，刑罚这个概念根本就不可能产生。尽管就事实发生的顺序而言，应该是先出现了犯罪——一种用非刑罚手段不可能解决的社会现象之后，人们才可能想到专门针对犯罪行为的处罚措施——刑罚。但是，后者一旦产生，是否应受刑罚处罚，就成了在形式上衡量一个行为是否构成犯罪的唯一标准。与此同时，刑罚这个概念，在逻辑上也就成了一切刑事法学的基础；离开了刑罚的本质，刑事法学中的一切基本问题都不可能得到科学的解答。是否与（应该）适用刑罚（的行为）有关，是从内容上区分刑事法学和其他学科的唯一标准；如何保证国家正确地运用刑罚，是一切刑事法学研究最基本的归属。因此，正确地认识刑罚的本质，是确保刑事法学科学性的唯一途径。

什么是刑罚的本质？“刑罚是制裁犯罪的措施”，这个回答显然

① 笔者认为：离开了刑法学对犯罪本质的认识，不以国家规定（或者应该规定）为犯罪的行为的产生原因、类型和预防措施为研究对象，犯罪学的研究范围就不可能界定。其结果必然是，或是将“犯罪学”混同于“越轨行为学”，或是使“犯罪学”成为研究者个人随心所欲的对象。

② 无论是以“法益侵害性”，还是“（严重的）社会危害性”为犯罪本质特征，否认“应受刑罚惩罚性”是犯罪本质特征的观点，无疑都是将犯罪与其他危害行为的共性与犯罪的个性混为一谈。

只是人们对刑罚的感性认识，而不是这个问题的最终答案。然而，“现象就是本质”。西方哲人黑格尔的这句似非而是的名言，应该是告诉我们：现象是事物本质的表现；我们只能够通过现象来了解本质；通过现象，我们也完全可以把握本质。怎样才能通过现象把握本质呢？东方哲人孔老夫子教给我们的方法是——“致知在格物”：要想获得新的知识，你就必须运用现有的知识来“格”（考察、分析）你所研究的对象。

谁在运用刑罚？刑罚制裁的对象（可能）是谁？当我们从这一角度对刑罚的主体和适用对象进行考察时，马上就会发现：刑罚不仅是一种制裁措施，更是一种特殊的社会关系。由于刑罚的一端是掌握刑罚权的国家，而另一端是因犯罪而受到刑罚处罚的“孤立的个人”。因此，刑罚是一种国家和公民个人之间的社会关系。

面对这个结论，不少人可能提出这样的疑问：行政处罚不也包含国家处罚公民个人的内容吗？行政处罚与刑罚所代表的社会关系有何根本区别？要获得这个“知”，我们就再“格”一下这两种措施在权力主体与权力内容方面的差异。

就处罚权的主体而言，行政规范的实现，主要依靠相关的国家行政机关履行相应的职能来保证。因此，行使行政处罚权的主体是国家行政机关。但是，任何一个刑法规范的实现，都必须由国家动用包括立法、行政（负责侦查的公安机关和负责执行的监狱机关）、司法（负责职务犯罪侦查和起诉的检察机关和负责审判的法院）甚至国家武装力量（负责监狱警戒的武警）在内的全部强制性力量。国家为保证刑罚规范实现所动用的强制力量说明：与行政制裁不一样，国家刑罚权的主体不是行使国家某一部分职能的国家机关，而是作为整体的国家。

当我们从权力内容的角度考察时，我们可以看到，刑罚有两个区别于行政处罚的特点：（1）刑罚完全以剥夺公民最基本的权利（人身、财产、政治权利，甚至生命）为内容；（2）刑罚以完全剥夺公民最基本的权利为限度（终身监禁、没收全部财产、剥夺政治权利终身，甚至死刑）。

刑罚和行政处罚在权力主体和权力内容方面的上述区别说明：行政处罚是代表国家履行行政职能的行政机关与公民个人之间的关系，而刑罚所代表的则是作为整体的国家和作为个人的公民最基本权利之间的关系。这一事实说明：刑事法，与其他部门法一样，同样是以一种特殊的社会关系，即作为整体的国家和作为个人的公民最基本权利之间的关系，为自己特有的调整对象。

当我们了解了刑事法是以国家剥夺公民最基本的权利为内容后，一个更深沉的问题自然就摆在了我们面前：

自人类进入有国家统治的时代以来，几乎所有的国家都宣称保护其成员的利益是自己神圣的职责；近代以来，几乎所有的国家都宣称自己是人民的国家，是以维护公民权利、自由为根本宗旨的国家；自20世纪50年代，人权的观念逐渐成为了普世公认的价值，“国家尊重和保护人权”也逐渐成为现代法治的基础和世界各国承担的基本义务。可是，如果刑罚代表的是作为整体的国家和作为个人的公民的最基本权利之间的关系，刑罚运用这一事实实质上就意味着：国家是在动用自己的全部强制性力量，来剥夺一个作为“孤立的个人”的公民的最基本权利。那么，以保护其成员利益为神圣职责，以维护公民权利、自由为根本宗旨，承担着“尊重和保护公民人权”义务的国家，为什么要动用自己的全部力量来剥夺一个公民最基本的权利呢？

当我们对刑罚的分析进行到这里时，我们就开始接触到了刑事法学的核心：国家剥夺一个公民基本人权的根据。而这个问题的答案，就是刑罚的本质。这既是全部刑事法学理论的价值基础，也是打开全部刑事法学秘密的钥匙。

国家为什么要剥夺一个公民的基本权利？严格地说，这是一个很难从正面回答的问题。要找到这个问题的答案，也许我们可以先从反面提出这样一个设想：对实施犯罪行为的人，国家可以不用刑罚吗？面对这个问题，历史上有不少伟大的理论家们从不同的立场，用不同的方法，给出了种种见仁见智的答案。但是，“天听自我民听，天视自我民视”，“民之所欲，天必从之”，任何时代的国家权力都必须以

人民的认同为基础。“法生于义，义生于众适，众适合于人心”，只要我们承认现代国家应该是人民的国家，应该是以保护公民自由、维护公民人权为宗旨的国家，我们就应该撇开那些似是而非的理论家们的雄辩，从每一个普通人的内心来寻求这个问题的答案。

面对犯罪，国家可以不用刑罚吗？我想，任何具有基本常识和理智的人都会回答：No！人们为什么会有这样的答案呢？“王者之政，莫急于盗贼。”我们不妨以盗窃罪为例来回答一下这个问题。自人类进入私有社会以来，在任何时代、任何国家，盗窃都可能是最普遍的犯罪。解剖这只麻雀，应该具有普适的意义。

众所周知，盗窃行为的对象是公私财产。在现代法律制度中，财产关系，至少公民之间的财产关系，本来应是民法调整的范围。为什么一个公民侵犯另一个公民财产的盗窃行为，国家不是用处理平等主体之间关系的民事法律来解决，而要自己亲自出马，动用刑罚来处置呢？按常识，这个问题的答案是显而易见的：盗窃是以秘密窃取为手段的犯罪，往往盗窃多次才可能被发现一次，加上绝大多数情况下实施盗窃的人都不具有赔偿能力等原因，如果仅仅运用赔偿损失、恢复原状等民事措施，对于盗窃者来说就不是一种制裁，而是一种奖赏。盗窃是一种从根本上威胁他人财产安全的行为，当国家对这种任何时代、任何国家都普遍存在的犯罪采取的是一种带有奖赏性质的措施时，我们很难想象，国家以保障财产为目的的那些法律制度还可能运行。换言之，盗窃行为不仅是对公私财产的侵犯，更意味着对国家法律制度的根本威胁。这样，一个公民侵犯另一个公民的财产关系的盗窃行为，就开始转变为一个公民威胁国家法律制度的行为，公民个人之间的财产关系也就随之转变为公民个人与国家的财产法律制度之间的关系。盗窃行为如此，其他犯罪行为也同样如此。

法律是国家履行自己职能最基本的手段，法律制度是国家存在和正常运行的前提和基础。当一个公民的行为从根本上威胁到国家法律制度的运行时，国家自然会动用全部力量来剥夺该公民最基本的权利。因此，当我们注意到犯罪是公民个人对国家法律制度的威胁时，国家为什么要动用全部力量来剥夺作为“孤立的个人”的公民

基本权利的理由就基本上清楚了。

保护国家法律制度的正常运用，可以从形式上解释历史上所有国家刑罚存在的根据。但是，从现代法治的角度考察，刑罚所剥夺的公民权利，都属于神圣不可侵犯的基本人权范畴。在“国家尊重和保护人权”已经写入我国《宪法》的今天，还必须从人权的角度进行考察，才可能真正说明刑罚的实质。

如果基本人权不可侵犯是一切国家权力的基本界限，那么国家为什么会动用全部强制性力量来剥夺一个公民的基本人权？普通民众为什么会认同对盗窃者处以刑罚，即便自己的亲友，甚至本人也可能成为盗窃者，这是因为放任这种行为，自己的人权（财产权）就会受到威胁。正如联合国《世界人权宣言》第29条所规定的那样：“人人在行使他的权利和自由时，只受法律所确定的限制，确定此种限制的唯一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”因此，以保护全体公民人权为限度而被迫剥夺犯罪人的人权，是现代国家行使刑罚权的唯一根据，此亦即现代国家刑罚的本质。

“芝麻芝麻开门吧！”一旦我们了解了刑罚的本质，刑法学的一切基本问题也就迎刃而解了。

首先，如果刑罚以维护全体公民人权而被迫剥夺限制作为个人的犯罪人的人权为内容，这就意味着以刑罚为制裁手段的刑事法，不仅是加强其他法律效力的制裁手段，而且是有着自己独立调整对象的部门法。与其他部门法一样，刑事法的调整对象是一种特殊的社会关系。这种社会关系在形式上表现为公民个人与国家的法律制度之间的关系，实质上以公民个人的基本人权与全体公民人权之间的关系为内容。无论是刑事法的任务、犯罪的本质或是刑罚的目的，都只有从这一点出发，才可能得到正确的说明。

其次，刑事法以全体公民的人权与公民个人的基本人权为调整对象，这里的全体公民的人权当然也包括犯罪人的人权，也是国家应该“尊重和保护”的内容。这一事实说明：刑罚只能是国家在两种都应该保护的权利之间所做的一种迫不得已的选择。无论是刑法中的罪刑

法定原则、罪刑相适应原则、刑罚人道原则，还是刑事诉讼法、监狱法中的保护犯罪嫌疑人和服刑人的措施，都必须以“刑法（罚）不得已原则”为根据、为限度，才可能真正发挥刑事法保护包括犯罪人在内的全体公民基本人权的作用。

最后，国家只能基于保护包括犯罪人在内的全体公民的人权而适用刑罚，这意味着尽可能减少刑事法的适用，才是国家适用刑事法的真正目的。如何通过不断丰富和发展全体公民的人权来减少犯罪，保证每一个人“对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要”，就是犯罪学研究的基本内容。

必须交稿了，就此打住。有疑惑者，请联系：chen7749@yahoo.com.cn。

感谢您对《刑事法学博士文库》的关注！

陈忠林

2008年8月6日

内容提要

国家用刑罚惩罚什么行为（犯罪化）和让什么行为不受惩罚（非犯罪化）以及如何保证公民自由不会因为这种刑罚惩罚而受到不当侵犯（过犯罪化）有什么可靠的标准吗？犯罪，作为应受刑罚惩罚的行为，其应受刑罚惩罚性或者说刑罚的界限到底如何理解和界定？

这些问题，关系到公民自由的范围与基本人权的保障。迄今为止的传统刑法学理论，都未对这些问题做出令人满意的回答。过犯罪化的危险从来没有消失。刑法学如果不能科学地回答这些问题，就不仅是失职，而且是失败。

国家到底将什么样的行为进行犯罪化是恰当的？美国当代杰出的哲学家乔尔·范伯格是以这样一个问题切入上述论题的。1984—1988年间，在名为《刑法的道德界限》的四卷本著作中，范伯格通过大力改造密尔的危害原则，提出了保证犯罪化具有道德合法性的四个原则：危害原则、冒犯原则、法律家父主义、法律道德主义。通过这四个原则的限制，范伯格认为可以保证刑法的合法性。这四个原则，又称限制自由原则、强制合法化原则，即所谓刑法的道德界限。

范伯格的这部大作，被哲学界誉为“就其对当代哲学的影响而言，无出其右者”。但是，在刑法学界，对其研究却极为不够。那么，范伯格刑法

道德界限理论的具体内容是什么？道德界限理论能够科学界定应受刑罚惩罚性吗？如果不能，应受刑罚惩罚性又应如何界定？本文正是围绕这些问题进行展开。

要准确解读范伯格关于刑法道德界限的理论，首先当然是要了解《刑法的道德界限》一书的主要内容。范伯格的刑法道德界限理论的具体内容是：危害原则——是指为有效防止（消除、减轻）某种行为对他人而不是对行为人造成危害，在很可能没有别的方法与用刑法禁止这种行为具有同样效果，且不会以其他更大价值为代价时，是支持刑事立法的好的理由；冒犯原则——永远是一个支持刑事禁止的正当原由，在防止对他人而不是对行为人的严重冒犯（相对于伤害或危害）方面它很可能是必要的，如果制定成法律，它很可能是一个有效的手段；法律家父主义——是指的这样一种观念，即认为国家为防止个人免受自我伤害而施行的强制具有合理性。或者从其极端的观点来看，不管人们喜欢或不喜欢，国家都有理由为了使人们获得自身的好处而施行强制；法律道德主义——基于某一行为天生的不道德性，即使该行为既不危害也不冒犯行为人本人或者他人，刑法禁止该行为在道德上也是合法的。

对范伯格刑法的道德界限理论的研究，国际上似乎刚刚起步，国内则基本上是一片空白。现有的研究成果表明，只将范伯格作为一个写出了刑法学著作的刑法学者是不够的，把握作为哲学家的范伯格的世界观与价值观才是揭示其作品内蕴的钥匙。范伯格自称是一名标准的自由主义者（相对于激进的自由主义者），他的刑法道德界限理论就应该以此为钥匙去解读。

自由主义被认为是传统道德的终结者，为什么作为自由主义者的范伯格却以道德作为其合法性理论的进路？

从本质上说，法与道德不可分，法是最低限度的道德。道德的实质是人性，而法亦人法，刑法亦人法。法的内容必定是人性的体现，必定是合乎人性的。人性，即人区别于其他事物的本质特性，包括两个方面的内容。一方面，人的需要具有永不满足的特性，另一方面，人满足自己每一个需要的方式都必须得到其他人的支持，至少也要得

到其他人的容忍。法律所禁止的，只能是以其他人所不能容忍的方式满足自己需要的行为。超过这一界限，法律的禁止就与人性相冲突，就不具有道德上的合法性。

自从韦伯以来，合法性问题已经成为政治学的热点，而对于合法性的回答，基于不同进路，答案各不相同。哈贝马斯批判了以往的理论进路，认为合法性指的是一种政治秩序里被共同认可的价值，并为找到这种共同认可的价值搭建了沟通的平台——人权、自主权等自由主义的概念。范伯格关于犯罪化活动中国家权力行使的道德合法性的问题，以所谓标准自由主义为立场，取道德合法性进路，为研究犯罪本质，保障公民人权不受国家肆意侵犯，找到了的一条合理的理论思路。

范伯格的刑法的道德界限理论，就大陆法系而言，首先，从命题上就已经超越了当时以及他以前的其他关于犯罪化的理论；其次，范伯格以标准自由主义者的立场与道德作为审视犯罪化活动道德合法性的道德尺度，符合自由主义已经成为西方社会主流价值观的现实；其三，范伯格不只是提出了刑法的道德合法性问题，还提出了具体的“自由规范”，细化了保障犯罪化活动合法性的原则；其四，范伯格不只是提出了刑法的道德合法性问题，细化了保障犯罪化活动合法性的原则，而且还提出了怎样保证在实践中贯彻落实这种合法性的方法，这就是将判断的权利交给由普通公民组成的陪审团，由他们根据自己的经验去进行判断。这就事实上找到了一个判断应受刑罚惩罚性的最合理的标准。就英美法系而言，范伯格的这些工作，使他显然超越了以密尔所提出的危害原则为指导的犯罪化理论，为挽救“已经崩溃的危害原则”提供了可能。

范伯格的不足之处在于：第一，他虽然提出了刑事立法的道德合法性问题，但他并没有揭示出为什么刑事立法必须具备道德上的合法性，没有揭示出道德、法律、人性以及现代社会里公民与国家、公民与刑法之间的关系，因而理论上难免不够明白、不够透彻；第二，范伯格虽然很高明地利用陪审团的判断与信任度解决了某些难题，但他对于陪审团为什么会有这个能力、这个信任度恐怕没有真正认识，因

而没能揭示陪审团与法律、与道德、与人性的关系，似乎没体会到英美法系法治的精髓。只是由于浸润于英美法系的法律文化，而不自觉地利用了陪审团；最后，范伯格认为他提出的道德合法性原则，只是犯罪化的必要条件而非充分条件，这就在逻辑上陷入了不能自圆其说的两难境地，原因在于他的道德合法性并没有真正揭示犯罪化合法性的界限，从根本上讲，还不能真正揭示行为的应受刑罚惩罚性。因而还大有完善的余地。

需要是人一切行为的动力。作为人的本质，一方面人的需要具有永不满足的特征，另一方面，人满足自己每一个需要的方式都必须得到他人的支持、认可，或者最低限度的容忍。这种需要的至上性与满足需要的方式的非至上性之间的矛盾运动，导致了犯罪与刑法的产生。所以犯罪与刑罚的根源在于人性。

所谓犯罪，就是行为人用全社会其他人所不能容忍的方式满足自己需要的一种需要满足方式。本来，人满足自己需要是人的天性所决定的，但是，人不能用其他人所不能容忍的方式满足自己的需要也是人性的要求。所谓全社会其他人不能容忍的方式，实质上也就是侵犯全体公民基本人权来满足自己的需要的方式。对于这种满足需要的方式，其他约束手段包括其他法律手段在内都已经不能调整，以至于不用刑法调整，社会秩序就会崩溃，人将不是无法生存，就是退化为动物，这是包括犯罪人在内的所有社会成员都不能接受的，于是只有用剥夺与限制犯罪人最基本人权的刑罚来保证社会的秩序。所以刑法保护的，是包括犯罪人在内的每一个社会成员的基本人权，这与现代国家存在的目的是一致的。

由于犯罪是对社会其他成员最基本人权的剥夺与侵犯，而刑罚剥夺的也是一个人的最基本人权。因此，犯罪化的正确与否，刑罚适用的必要与否，就是一个关系到每一个人的基本人权的事情。对是否应受刑罚惩罚性的判断就显得非常必要。由于犯罪是以令全社会一般人都不能容忍的方式满足自己需要的行为，而是否不能容忍，当然只有社会成员自己最清楚。因此，判断应受刑罚惩罚性的主体，从根本上讲，从原理上讲，只能是一般社会成员，或曰普通公民。只要法是人

民意志的体现，判断的主体就只能人民群众。而确立判断的主体是人民群众这一立场，就实现了对包括范伯格的刑法道德界限理论在内的所有关于刑罚的界限理论的超越。既然是普通公民来做判断，当然就只能以普通公民所认同的全社会最基本的道理、最基本的是非观、最基本的善恶观、最基本的伦理道德为标准，这就是常识、常情、常理。

公民通过什么途径可以表达他们根据常识、常情、常理对某行为是否应受刑罚惩罚的判断呢？可以通过立法、司法、法律教育等环节来实现。在立法环节，可以通过全民公决、充分讨论、人民代表、宪法法院或者司法审查等方式实现意志表达；在司法环节，可以通过陪审团或者完善陪审员制度，及对法官的良心教育来实现；最根本的途径，则是从教育入手，树立一种以常识、常情、常理为立场、为方法论、为价值的法治观与法学教育观。

从价值角度讲，一般人不能容忍，也就是违背了常识、常情、常理，侵犯了全体公民的基本人权；从技术角度看，其他法律不能调整，并且不用刑法调整，国家的基本法律制度就会无法运行、社会就会崩溃。这两个方面的结合，就是应受刑罚惩罚性，就是刑罚的界限。凡是满足这两个条件的行为，都是应受刑罚惩罚的行为，对之以不刑罚惩罚，就是对行为人以外的其他人全体的基本人权保护不力，就是国家的失职或者说不作为。如果有这样的行为而没有纳入刑法之中，应该着手对其犯罪化；凡是不满足这两个条件的行为，都是不应受刑罚惩罚的行为，将这样的行为犯罪化，其实是一种过犯罪化，是对公民基本人权的侵犯，是反人性的，因而也是不道德的、不合法的。刑法中如果已有这样的规定，应该进行非犯罪化处理。这一结论，根源在于人性、标准是常识、常情、常理，目的是社会需要，国家的需要，即人的需要、人的全面发展。

迄今为止的所有关于刑罚界限的理论，包括范伯格的道德界限理论，其共同缺陷在于，没有从人本身出发，没有找到应受刑罚惩罚性的人性基础，没有认识到犯罪与刑法归根到底是由人性的两个基本特征的矛盾统一所决定的，没有真正从本质上找到犯罪与刑罚的根源，

因而也就不可能划出真正的刑法的道德界限。本文关于应受刑罚惩罚性界定标准的结论，从价值与技术两个维度，揭示了应受刑罚惩罚性的真正内涵，事实上已经超越了范伯格，超越了以往所有关于犯罪化的理论。人性基础，是一切现代法学理论、一切现代法律制度的根基，是宪政成为可能的基础，也是不同国家不同文化背景进行法律交流与法律移植的人性基础。这一结论，是真正的刑法的道德界限，真正的刑罚的界限。

从人性的本质特征出发，我们可以对于刑法的目的与任务、刑法的基本原则、刑法的解释论等刑法价值论、犯罪构成要件诸要件的实质、罪过原则、正当防卫、紧急避险、期待可能性、被害人同意、允许的危险等犯罪论基本理论问题，以及刑罚的必要性、刑罚的目的、刑罚的人道性、刑罚的永恒性、死刑的必定性与废除死刑的应然性等刑罚论基本理论作出协调一致的解释。

概括起来，本文的主要贡献可以归纳为以下几点：

1. 对范伯格的“刑法的道德界限”理论进行了较为系统的研究，将刑法的道德界限理论比较完整地引入中国大陆刑法学界。

2. 揭示了包括道德界限理论在内的以往所有关于犯罪本质理论的共同缺陷，建构了应受刑罚惩罚性的具体内容，对刑罚的界限进行了新的界定：从价值角度来看，行为人以令全体公民不能容忍的方式，也就是侵犯全体公民基本人权的方式来满足自己的需要；从技术角度看，其他法律不能调整，并且不用刑法调整，国家某一方面的法律制度将无法正常运行，整个社会将陷入混乱或崩溃。至于是不是令全体公民不能容忍，判断的主体只能是普通公民、人民群众，判断的标准只能是普通人都认同的社会最基本的道理，即常识、常情、常理。从而为准确判断应受刑罚惩罚性提供了依据，为犯罪化与非犯罪化提供了清晰的标准，使犯罪化与非犯罪化有章可循而不再可能随心所欲或者完全“跟着感觉走”，为避免过犯罪化提供了价值与技术保障。真正为防止立法权的滥用，最大限度保障人权提供了理论依据。

3. 根据对应受刑罚惩罚性的具体内容的界定，得出犯罪本质的新定义：犯罪的本质在于行为人以其他人所不能容忍的方式，即侵犯