



华东政法学院刑法学博士文库

Huadong zhengfa xueyuan xingfaxue boshi wenku



XINGSHI FAZHI DE RENDAO ZHUYI LUJING

孙万怀 著

刑事法治的人道主义路径



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

上海市教委重点学科项目

刑事法治的人道主义路径

孙万怀 ○ 著

XINGSHI FAZHILU DE RENDAOZHUYI LUJING



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法治的人道主义路径/孙万怀著. —北京:北京大学出版社,2006.1
(华东政法学院刑法学博士文库)
ISBN 7-301-10220-8

I. 刑… II. 孙… III. 刑法-关系-人道主义-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 140727 号

书 名: 刑事法治的人道主义路径

著作责任者: 孙万怀 著

责任编辑: 张 晗 朱梅全 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-10220-8/D · 1374

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://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电 子 信 箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 17 印张 289 千字

2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 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,翻版必究

作者简介



孙万怀 1992年毕业于淮北煤炭师范学院政治系，1995—1998年在华东政法学院师从苏惠渔先生攻读法学硕士学位，2002—2005年师从刘宪权先生攻读法学博士学位。现为华东政法学院副教授、英国牛津大学访问学者。2003年7月—2005年7月期间曾挂职担任上海市杨浦区检察院检察长助理一职。

主要学术成果：在《法学》、《法律科学》、《政治与法律》、《法商研究》、《人民司法》等期刊发表六十余篇科研论文；主编《检察权的规范运作与人权保障》等书；参著《犯罪与刑罚理论专题研究》、《社会转型时期的刑事法理论》等著作十余部；参与编写《中国刑法》、《刑法学》等多部教材；承担多项上海市教委重点学科课题。

华东政法学院刑法学博士文库

• Huadong zhengfa xueyuan xingfaxue boshi wenku

■ 责任编辑：张 晗 朱梅全 王业龙

■ 封面设计： 春天·书装工作室



华东政法学院刑法学博士文库

Huadong zhengfa xueyuan xingfaxue boshi wenku

编委会主任 刘宪权

委 员 顾肖荣 杨兴培

肖中华 郑 伟

邱格屏

《华东政法学院刑法学博士文库》

总 序

在现代社会,刑法在人类社会生活、国家生活中依然演绎着举足轻重的角色,彰显出其无尽的魅力。刑法学作为一种文化的凝结,激发着一代代的学人为之皓首穷经,兀兀穷年,刑法学的发展正是这样薪火相传,生生不息。在这样的传承过程中,《华东政法学院刑法学博士文库》就像涓涓细流或一缕烛光,以学者或学子们自身的沉思和耕耘为刑法学的研究和刑事法治的发展注入自己的精神,闪烁出自己的智慧。继承前人之心智和毅力,“安知不如微虫之为珊瑚与羸蛤之积为巨石也”(章太炎语)。

华东政法学院刑法学科是上海市教委重点学科,早在1981年就获批设立刑法学硕士点,现已设立刑法学博士点和博士后流动站,刑法学课程被评为上海市精品课程和华东政法学院精品课程,曾得到联合国教科文组织和世界银行的重点资助,现在又成立了华东政法学院刑法学研究中心,为研究刑法学的学人提供了坚实的平台和良好的氛围。《华东政法学院刑法学博士文库》就是中心推出的系列著作中的一部分。作为博士们思想和智慧的结晶,作为他们宣传和弘扬刑法文化的窗口,《文库》中的著作包含着华政刑法专业博士生们的追求、志向和期望,维系着他们对法治前景的憧憬。

古人曾经指出:理论和学术的追求在于“究天人之际,通古今之变,成一家之言”(司马迁语)。著书立说,匡济天下,一直是中国文人的最高追求,这一根脉至今仍然浸润在当代学人的精神深处。在我看来,作为刑法文化的研究者,“弘扬、建构、批判”是基本的要求也是终极目标,也是《文库》追求的基本价值取向。

所谓“弘扬”,首先是指弘扬祖国优秀的刑法文化传统,发掘中国刑法文化中优秀历史遗产,汲取世界各民族一切合理的、现代的刑法知识成果,促进刑法的发展,促进法治的完善,促进社会的进步。无论是从文化发展的历史过程分析,还是从当代文化的构成体系分析,刑法文化都是人类生活不可

或缺的选择方式,刑法的发展更是直接和明显揭示了人类价值与信仰的一种追求,刑法文化从一定意义上说是一个民族、国家和地区在一定的历史时期适应环境并取得成功的一种记录。圣人贤良无非是人类文化与智慧的代言人,正是他们在对困境的思考中,产生出了精湛的思想,创造了不朽的著作,形成和丰富了文化的宝库。刑法文化既有多样性的要求,又有一些共同的价值取向,这些都需要学者们去传递和弘扬。

所谓“建构”,实际上就是与时俱进。从一定意义上说,刑法是稳定的但又是滞后的,刑法文化需要弘扬但更需要改造,尤其是处于社会转型时期的中国,社会生活日新月异,法治的许多领域都在更弦易章,在旧有体制逐步解体过程中,新的体制尚未确立的边际,建构成为一项重要的使命,这是社会的迫切要求,也是理论研究者的历史责任。就刑法而言,存在着大量的如哈特所说的“空缺结构”,需要我们去应对、去补缺,建构较为完备的刑法学理论,建立科学的刑法学体系,以制度的建构促进观念的更新成为理论的重要使命。

具体而言,这种建构包括博士们对于自身学术理论的建构,对于刑法制度的设计,也包括对于作为他们研究和学业成果的《文库》本身的建构。荀子在《劝学篇》中说道:“不积跬步,无以至千里;不积小流,无以成江海。骐骥一跃,不能十步;驽马十驾,功在不舍。”我坚信,在他们继往开来的努力中,一定会在我国刑法学术体系的构建中确立自己的位置和人生轨迹。

所谓“批判”,既是一种方法论也是一种思考的结果。建构与批判实际上是一个事物的两个方面。对于刑法学的研究同样既是一个建构的过程又是一个批判的过程。新的理论的建构、理论的完善必然包含着对于旧的理论、理论缺陷的否定或修补,否定或修补就是一个批判的过程。而立足于批判基础上的刑法理论必将促使人们去建构和完善刑法的理论和思想。当然,由于方法论的不同,建构与批判具体表现在行为的方式和思路上也会有较大区别。据此我们也会发现在《文库》的一些著作中,有些著作更倾向于建构某些理论,有些著作则更为突出对于现实的批判,为人们提供思考的方法和路径。批判的方法张扬了理论和学术的独立性,体现了学术的本质冲动,体现了学术存在的内在必要性,为打破知识视野的局限性提供了批判的武器,当然在现实性较为直接的刑法学领域,有时又显得束手无策。但无论如何,质疑和批判绝非仅仅是一种情绪化的产物,而都应该建立在广博而

全面的知识积累基础上,都应该建立在冷静地理性论证的前提下。

“文章千古事,得失寸心知。”本《文库》所追求的“弘扬、建构、批判”宗旨只是一种外在形式表达,从实质上说,博士应该有博学之才,应该是有识之士。他们可能青灯素面,他们也可能守土一方,但是作为“士”,诚意、正心、修身、齐家、治国、平天下的观念应该是不变的信条,著书立说应该是一件庄重而严肃的事情,应该是战胜自我,洁净心灵,悟透人生的过程。伟大的时代召唤着与其相适应的理论成果和人格性情,我衷心希望更多的博士们经过自身矢志不渝的追求,走在时代的前列,成为社会发展动力源。

刘宪权^①

2005年10月1日

^① 刘宪权,荷兰艾柔莫斯大学法学博士,现任华东政法学院法律学院院长、教授、博士生导师、刑法学研究中心主任,中国法学会刑法学研究会副会长。

序 一

刘宪权

人道主义作为一种现象在人类社会中一直存在并被弘扬,从某种程度上也可以说是文明发展的动力和源泉。但是作为一种意识形态领域的人道主义曾经是较为敏感的问题,尽管当前它已经被广泛认可而不再敏感,但理论领域仍然在有意或无意地回避这一问题。我想原因是多方面的:首先是人们的思想观念还没有得到彻底转变,旧的价值观念的惯性仍然时隐时现,阻碍了人们去系统思考。其次,了解到重要性并不意味着重视,这种现象在社会的其他领域也反复得到印证。再次,虽然已经有所涉及,但是还很肤浅,因此研究也不够深入。反过来说,正是研究不够深入,对其认识也较为肤浅。最后,人道主义仍然处于制度准备时期,制度的一些矛盾抵消了人道主义的意义。在刑事法治领域中,尽管政策或措施的人道性、人性化被不断提及,但这只是人道主义的最感性化的个别现象。所以对人道主义进行系统性研究显得十分必要,进行系统性的论述也就具有填补空白的意义,孙万怀的《刑事法治的人道主义路径》可以说是应时和应世之作。

孙万怀是我最早指导的硕士研究生之一,但是由于我参与香港回归前的法律事务工作,一直到他毕业前夕我才重新回到学校,所以接触机会不多,但是知道他潜心向学,具有良好的刑法学基础,并且对于哲学、政治学等方面广泛涉猎。在刑法教研室工作期间,他对于刑事政策又进行了研究,发表了一系列的文章并受到理论界的注意。后来他又攻读由我指导的国际刑法方向的博士学位,对于国际法、国际刑法进行了较为系统的学习和探讨。正是具备了以上的知识基础和学习背景,所以当他提出以《刑事法治的人道主义路径》为题撰写毕业论文的时候,我给予了明确的支持。从书中内容来看,由于作者的努力,确实也达到了最初的要求。通览本书我们可以发现,作者从刑事法治和人道主义之间的结合点出发,从国内法到国际法、从历史到现实、从刑罚学到政治学、从沈家本到福柯,为我们展现了人道主义壮阔的历史场景和广阔的体现领域,令人豁然开朗,真正使人们体会到人道主义

的广泛性、整体性、价值性。

我将本书最核心的内容归纳为：在社会范畴内的刑事现象中，人道主义属于德化伦理的视野，是人类共同情感的归宿；在历史范畴内的刑事现象中，人道主义是对蔑视人性的抗击。以上分类论述廓清了人道主义的方式和内容。无论是在权力的范畴之内，还是作为历史现象，人道主义都是对暴力、革命、战争、刑罚、底线伦理的一种基本规定、限定或规范。或者说人道主义是权力与权利之间的对立得以协调、和谐的途径。权力的技巧化过程必然伴随着刑罚权受到人道主义限制的过程。权力技巧化本身就是人道主义的胜利。在人道主义光芒的指引下，包含着刑事法治人道主义精神的人道主义法成为人类社会治理成果的璀璨明珠。以上论述属于开创性的，彻底厘清了权力、权利和人道主义的关系。

我认为孙万怀很好地把握了刑事法治人道主义的议题，作者不仅立足于权力运作的人道主义要求，而且最终落足于通过刑事法治捍卫人道主义。看到人道主义既是一个历史概念，更是一个发展的概念。对于一些国际权威的观点，作了潜心系统的了解和分析，能够有鉴别地吸收。对于一些经常被人们引用的经典语录，作者也能够不人云亦云，而是独辟蹊径，往往能够得出新的结论并用来证明自身的观点，也许我们可以不赞成作者的结论，但是我们不能不承认作者思考的独立、认真和深刻。

当然在阅读本书的时候，我也感到其中一些论述显然需要作进一步发掘，视野还需要进一步打开，在论述过程中有时用词以及行文显得有些随心所欲，规范程度不够。虽然有一定的文风因素，但是作为法学著作还是应该注意严谨性。

古语道：瑕不掩瑜。总体而言，本书所揭示的问题也许是很多学人曾经思考过但是没有深究过的题目（因为接触刑法之时，人们就知道了刑罚人道主义原则），这实际上是本书的意义所在，也是我的读后感和对本书的一种评价。

2005年7月15日

序 二

苏惠渔*

孙万怀博士的《刑事法治的人道主义路径》一书即将由北京大学出版社出版,作为他的硕士生导师,受邀作序,对我来说也十分欣然。

孙万怀是我在 20 世纪 90 年代中期指导的硕士研究生,他留校工作之后,多次随我参加各种学术会议,无论是在科研工作中还是教学工作中,他都显示了过人的天赋和才华,更为可贵的是,他始终保持着谦虚谨慎的态度。在此期间,他还深入实践,到上海市杨浦区人民检察院挂职,取得了许多实践成果。攻读博士之后,在刘宪权教授的指导下,其学业又获得了长足的进步。

刑事法治的人道主义问题是一个极富魅力的问题。其原因不仅在于问题的重要性,而且在于问题博大精深。这是一个涉及法律知识和历史知识的问题,更是一个涉及哲学、政治学、社会学、伦理学、政策学等领域的问题,需要深厚的背景知识,更需要理论勇气。正是基于这样的原因,国内关于刑法人道现象的论述时有闪现,但都缺少理论性和缺乏系统论述,更没有专门对本原则进行展开的宏篇大论。孙万怀长期关注这一问题,并且具有政治学的学科背景,所以行文驾轻就熟、洋洋洒洒,从多个角度对刑事法领域中的人道主义问题加以展开,可以说是国内第一部系统、全面论述刑事法与人道主义关系问题的著作,是对国内研究空白的填补。

在我看来,本书包含着以下特点:

一、将现象与本质相结合展开论述,由表及里,透过现象看本质。书中罗列了社会中存在的或者曾经存在的人道现象和非人道现象,然后结合在社会生活中及在各种刑事现象中包含的人道主义理念,从现象层面切入,说明刑事法治中贯彻人道主义的意义。从多层次分析刑事领域的人道现象,具有全面性。

二、从对立和统一的角度展开论述,将处于价值冲突核心的刑事法治

* 华东政法学院教授,中国法学会刑法学研究会顾问,上海市法学会刑法学研究会总干事。

的人道主义精神与法治、政治、伦理、权力等社会构造环节的关系结合起来,使得读者可以了解人道主义精神的全面性和根本性。主要包括:暴力、刑罚与人道主义的关系;刑事法的转型与人道主义的关系;刑罚的实质与人道主义的关系;底线伦理与刑事法治人道主义的关系;国家刑权力与刑事法治人道主义的关系。同时指出:在刑事法治的历史发展中,暴力、革命、战争和刑罚本身并不排斥人道主义,正是因为权力基于本身的需要,将人道主义与暴力、刑罚加以对立,从而虚掩其否定人道主义的实质。刑事法制规定的是人的最基本的权利,保护的是最为基本的生存状态,面对的是底线伦理,这也是人道主义的基本内容,这是刑事法治和人道主义契合所在。国家刑权力与公民刑事权利是一对对立的范畴,如同权力与权利的关系。而人道主义为二者铺设了连通的路径,国家刑权力主观上必须以人道主义为限定,客观上是对权利的保护。这既是作者的独到见解,更是整本书的精华之处。

三、运用历史与现实相结合的方法论述人道主义精神和刑法人道主义的发展,结合中国的法治转型,指出:刑事法治的人道主义既是西方近代刑事法治的精髓,是抗击旧制度的武器,同时在中国古代的传统刑事法治思想中也包含着大量的人道主义思想,必须将二者有机结合。

四、从国内刑事法治与国际刑事法治发展相协调的角度论证刑事法治与捍卫人道主义的统一性。作者的贡献在于指出:人道主义法最初并不是完全意义上的刑事法治,但是人道主义法的发展催生了规制反人道主义犯罪的法治化,对于反人道主义犯罪的惩治和预防成为国际刑法的核心内容,同时反人道主义犯罪规制的法治化为国际犯罪规制的法治化确立了根基,国际刑法的繁荣正是对于反人道主义犯罪规制的展开。国际社会在制度和理念层面达成了一系列新的共识,但是同时仍然任重道远,在通过刑事法治维护人道主义过程中仍然需要面对先天的不足和新的分歧。应该说,在我国当前国际刑法研究还没有得到充分展现的今天,作者的一些分析和发现非常具有意义。

总而言之,本书是一本具有开创性、开拓性,视野较为开阔的力作,也是对作者科研水平的一次检验,更是一个新的起点。学海无涯,行者无疆,希望作者再接再厉,再创佳绩,再出佳作。

2005年7月15日

Abstract

At the beginning of the establishment of the modern penal conceptions, advanced three basic principles of criminal law: legality of crime and punishment, proportionate punishment for a specific crime, and humanitarian principle of penal law. Namely, humanitarian concerning over criminal law as well as the legality of crime and punishment has become an important earmark in the development of modern penal law. The essence of humanitarianism is humanism in relation to the divine power, regal power (later evolved into sovereign power) and human right. In this dimension, humanitarianism in penal law deals with humanitarianism in the fundamental relationship with divine power, penal power of the state, penal right and the philosophic foundation of humanitarianism.

This dissertation is divided into five parts:

Part one: Humanitarianism in relation to the existence and development of penal phenomena.

This part starts with an introduction concerning the core of humanitarianism and its fate in contemporary China. Then, it illustrates the significance in implementing the humanitarianism through the penal jurisprudence by analyzing the conception contained in the penal phenomena in the social life. As is emphasized, with regard to its social realm, humanitarianism is within the scope of moralized ethics, which is the destination of human universal affections. With regard to its historical realm, humanitarianism is defiance against the tramping on humanity. With regard to its power domain, humanitarianism is the ultimate affirmation of right and liberty.

Part two: Humanitarianism in the center of conflicting value systems of penal jurisprudence.

This part tackles primarily humanitarian concern and its relevant parts in social construction, including the relationship of violence and penalty, the transformation of penal law, the essence of penalty, the bottom line of ethics, the penal power of the state, and etc. . Meanwhile, it is also pointed out that, in the history of penal jurisprudence development, violence, revolutionary, war and penalty itself are not in confrontation with humanitarianism. The power attempts to cover the truth of humanitarianism by confronting the former with the latter out of its own necessity. Regarding the transformation of penal jurisprudence in China, humanitarian dimension is not only the essence of western modern criminal law but also a weapon to fight against the old system if it could be integrally combined with the rich legacy of Chinese traditional penal laws.

Part three: Penal jurisprudence defends humanitarianism.

Firstly, nowadays it is an urgency to implement humanitarianism by the means of penal jurisprudence, which is highly demanded by the social development and civilization achievements. The most condemned and extreme atrocity is the racial extinction and massacre. Therefore it is a necessity to prevent "crime in crimes" by means of penal law.

Secondly, under the guidance of humanitarianism, humanitarian law will be the highlight of human jurisprudence accomplishment.

Thirdly, despite that humanitarianism is not a regular penal jurisprudence in the strict meaning, the development of humanitarian law has given birth to the legalization of anti-humanitarianism, which ensures that the preventive measures and punishment to check the anti-humanitarian crimes became the core of international penal law and leads it into prosperity.

Fourthly, the attack upon the anti-humanitarian crime has been reinforced substantially. Hence, there emerges a new form of co-effort attack known as "International Criminal Court" which focuses on crashing down the anti-humanitarianism crimes. A series of new legal consciousness has been evolved in the international community in respect of conception and system.

Nevertheless, there is still a long way to run especially when humanitarianism is faced up with inherent defects and emergent diversions.

Part four: The nature of penalty and humanitarianism.

Penal power, as a crucial form of state power, has been playing a fundamental role in the existence and development of a state. So, how to treat and manipulate it undoubtedly occupies an indispensable place. This part contributes to the function and dysfunctions of penalty. The author assumes that it cannot effectively eliminate the evils by merely resorting to punishment. This part contributes a lot to analyzing Michael Foucault's theory about power and punishment. The author advocates that the technique process of power, which could be deemed as the victory of humanitarianism, inevitably accompanies the process of humanitarian confines imposed upon penal rights. We are obliged to acknowledge this fact willingly or unwillingly for Foucault's interpretation about punishment and power stripped the dignifying disguise of social system.

Part five: The rationality of penalty and the goal of humanitarianism.

Considering the improvement of legal environment and systematization, the focus of penal theoretical research should shift into the criminal investigation, which embodies most directly the interest of parties but unfortunately remains so hard-to-be-transparent areas as departments responsible for power supervision. In this light, the reform of penal power chiefly expresses itself in the remedy policy of humanitarianism. In a realistic analysis, the ill match of the nature of penal power and humanitarian concern is the legal source of the misconducts of punishment.

The historic evolution of punishment technique is the landmark of human civilization of penalty, among which death penalty is most prominent. From the various ingenious methods in the ancient society to the relatively humane manners of injection nowadays, the penal system has experienced humanitarian change in convention and system. Furthermore, the public sentiments, which could not serve unduly as an excuse to evade punishment, should be defined and viewed in a justifiable perspective.

This part is also dedicated to analyzing the humanitarian development in the treatment of convicts by placing the human right of convict in the historical context. The author assumes that human right of convict has been gradually extended along with the new awareness of humanitarian trend. The purpose of executing the penalty lies in the crime prevention by means of punishment, which is the fundamental aim and basis upon which the humanitarian treatment of convicts could be guaranteed. This process of civilizing the penalty execution indicates an irreversible tendency in international penal law. Although a minority of people could possibly be benefited, the target interest group may be not narrowed. In this sense, the humanitarian treatment of convicts is an indispensable part of human right and humanitarianism which embodies the universal right endowed to human.

Key words: penalty jurisprudence humanitarianism power right