



Wingshifaliyuanlipingxi

刑事法理与案例评析

最高人民法院法律政策研究室编

- ◎论死刑的正当性基础
- ◎犯罪概念的定量因素研究
- ◎刑事和解的渊源及制度建构
- ◎论法律监督中上下级关系的应然状态
- ◎保险代理人虚构保险事实骗取保险金如何定性



吉林人民出版社

第5辑

NO. 5

丛书顾问简介

赵秉志教授

赵秉志,男,1956年生,河南南阳人。北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师。新中国首届刑法学博士。美国杜克大学法学院访问学者。兼任中国法学会刑法学研究会会长,中国法学会常务理事暨学术委员会委员,国际刑法学协会中国分会常务副主席,国务院学位委员会学科评议组法学评议组成员,最高人民法院特邀咨询员,最高人民检察院法律政策研究室顾问,获得国务院学位委员会暨国家教委“做出突出贡献的中国博士学位获得者”、中国法学会首届“十大杰出青年法学家”称号,入选国家人事部“百千万人才工程”、国家教育部“跨世纪优秀人才培养计划”。出版个人专著和论文集《犯罪主体论》(1989)、《刑法研究系列》(5卷本,1996—1997)、《赵秉志刑法学文集(4卷本,2004)、《刑法基本理论专题研究》(2005)等15部;主编《刑法争议问题研究》(1996)、《海峡两岸刑法总论问题研究》(1999)、《当代刑法理论探索》(4卷本,2003)等专业著作百余部,主编刑法教材10余部。在国内外报刊上发表论文500余篇。主持或参与主持国(境)内外科研项目40余项。论著和个人曾30余次获得国家级、部委级或院校级奖励。

张明楷教授

张明楷,男,1959年生,湖北仙桃人。1982年毕业于中南财经政法大学(原湖北财经学院)法律系。曾是日本东京大学客员研究员、日本东京都立大学客员研究教授、德国波恩大学高级访问学者和中南财经政法大学(原中南政法学院)教授。现为清华大学法学院教授、博士生导师、中国法学会理事。独著《诈骗罪与金融诈骗罪研究》、《刑法分则的解释原理》、《刑法的基本立场》、《法益初论》、《刑法格言的展开》、《刑法学》、《未遂犯论》、《刑法的基础观念》、《市场经济下的经济犯罪与对策》、《刑事责任论》、《犯罪论原理》等。

卞建林教授

卞建林,男,1953年10月出生于江苏泰兴,法学博士,博士研究生导师,中国政法大学诉讼法学研究中心主任,中国政法大学研究生院常务副院长。1991年获得博士学位,为我国第一位诉讼法学博士。1993年8月至1994年8月在美国纽约大学法学院作访问学者,1999年8月至2000年8月在美国哈佛大学法学院、耶鲁大学法学院作高级访问学者。目前兼任国务院学位委员会法学学科评议组成员,中国法学会刑事訴訟法学研究会会长,最高人民检察院“百千万”高层次人才培养工程带教导师,中国人民公安大学、国家检察官学院、中南财经政法大学、华东政法学院、福州大学兼职教授,湖南大学、湖南师范大学、湘潭大学特聘教授。主编、撰写和参与撰写的著作、教材、译著数十部,发表学术论文近百篇。主要代表性成果有《刑事起诉制度的理论与实践》、《证据法学》、《刑事诉讼的现代化》、《外国刑事诉讼法学》和《刑事证明理论》等。其科研成果先后获得全国首届中青年诉讼法学优秀科研成果(专著类)一等奖、第二届全国中青年诉讼法学优秀科研成果(论文类)一等奖、司法部法学教材与法学优秀科研成果二等奖、北京市第九届哲学社会科学优秀成果一等奖等。

宋英辉教授

宋英辉,男,1957年5月出生,河北省人,法学博士,北京师范大学刑事法律科学研究院副院长兼刑事訴訟法研究所所长,刑事訴訟制度改革研究中心主任,教授,博士研究生导师,中国法学会刑事訴訟法学研究会副会长,中国犯罪学会常务理事,《法制日报》社专家顾问。1982年毕业于河北省师范学院,获哲学学士学位;1989年毕业于中国政法大学研究生院,获诉讼法学硕士学位,并留校任教;1992年于该校获得诉讼法学博士学位。国家检察官学院、中国刑事警察学院、西南科技大学、天津商学院等兼职教授。1995年获“杰出青年法学家”提名奖(中国法学会终评委员会),1997年入选北京市“培养跨世纪理论人才百人工程”。获全国首届中青年诉讼法学优秀论文一等奖、全国第二届中青年诉讼法学优秀科研成果专著一等奖、第二届全国青年优秀社会科学成果奖专著奖、北京市第四届哲学社会科学优秀成果二等奖等。

编辑说明

《刑事法理与案例评析》的前身是最高人民检察院法律政策研究室在上世纪九十年代编辑的《报刊文摘》(内刊),九十年代中期,《报刊文摘》更名为《刑事法理与案例评析》,并逐步扩大了其在检察系统、司法实务部门和法学界的发放、赠阅范围,影响越来越大。《刑事法理与案例评析》创刊十几年来,一直秉承传播刑事法理、解析疑难案例的宗旨,立足于司法实践,突出权威性、实用性和指导性,为领导决策、司法工作和基层办案提供了大量有价值的前沿理论研究成果和具有典型意义的参考案例,深受司法实务部门特别是广大基层干警的普遍欢迎,在法学界也产生了一定的影响。

为进一步推动刑事法律前沿问题的理论研究工作,增强司法实务部门人员理性思维能力,更好地调动广大司法人员研究、剖析典型疑难案例的积极性,促进研究成果转化;同时,注重用正确的刑事法理念与典型案例指导和规范司法、执法工作实践,提高执法水平和办案质量,最高人民检察院法律政策研究室决定与吉林人民出版社合作出版《刑事法理与案例评析》丛书。

《刑事法理与案例评析》由最高人民检察院法律政策研究室组织编辑,法律政策研究室陈国庆主任、穆红玉副主任担任主编。为保证理论性和权威性,特别邀请当今我国刑事法学界具有代表性的赵秉志教授、张明楷教授、卞建林教授、宋英辉教授四位杰出的法学家担任丛书顾问。

《刑事法理与案例评析》根据实际需要,设置“刑事法前沿问题研究”、“刑法问题研究”、“刑事诉讼法问题研究”、“检察理论与实务研究”、“域外法治”、“疑案评析”等栏目。

我们热忱欢迎广大专家、学者和从事立法、司法实践工作的同志,特别是基层司法机关承办案件的同志为《刑事法理与案例评析》撰写有关文章、案例,共同把丛书办得更好,并力争办成精品。

来稿请寄:最高人民检察院法律政策研究室检察委员会秘书处(通信地址:北京市东城区北河沿大街147号,邮政编码:100726),并同时随信附上WORD文档软盘一份。欢迎发送电子邮件投稿至:zhouhuiyong@hotmail.com。特别提示,撰写案例评析要求在格式上分为四个部分:一是主要案情(要求案情叙述简略,详略得当,并注意将案例中的真实姓名、单位隐去或者作必要技术处理);二是分歧意见(要求对不同观点进行简明扼要的列举,理由精炼,点到为止,力戒牵强附会);三是评析意见(要求观点明确,理由充分,结合案情与法学理论详细分析、论证,此部分为案例评析重点);四是处理结果(要求案件的处理结果一般与作者的评析意见结果相一致)。

由于我们水平有限,本丛书难免有不当之处,敬请广大读者批评指正。对本丛书的编辑工作有何意见和建议,也欢迎随时向我们提出。

最后,感谢吉林人民出版社对本丛书编辑出版工作的大力支持。

最高人民检察院法律政策研究室

2007年12月

刑事法理与案例评析

第5辑

最高人民法院
法律政策研究室编

顾问 赵秉志 张明楷
卞建林 宋英辉
主编 陈国庆 穆红玉
王守安
编辑 罗庆东 周惠永
马滔 谢晓歌

特约顾问 蔡柏林 (北京市
丰台区人民检察院检察长)

特约主编 尚保华 (北京市
丰台区人民检察院副检察长)

特约编辑 闫俊瑛 邓红涛

责任编辑 刘士琳

吉林人民出版社出版 发行

社址 长春市人民大街 7548 号

邮编 130022

邮购热线 0431-85378016

发行热线 0431-85378021

目 录

CONTENTS

刑事法前沿问题研究

- 4 论死刑的正当性基础 /韩玉胜 张 果
22 犯罪概念的定量因素研究 /纪丙学
32 试论私分国有资产罪的主体 /吴 凯
37 对合同诈骗罪客观方面三个问题的辨析 /张京晶
42 刍论检察工作中的被害预防 /邓洪涛
48 陌生型、相识型强奸案件及其特点 /崔 欣 许 宁

刑事诉讼法问题研究

- 55 刑事和解的渊源及制度建构 /北京市人民检察院刑事和解课题组
69 论贿赂推定在我国的适用 /李毅荣
79 浅谈公诉证明标准的完善 /田 鑫
85 运用单一指纹鉴定认定盗窃案件的几点思考 /李 良 许 宁
91 论审讯中的“用情”策略 /张 军
97 对律师参与刑事辩护的调查分析 /北京市丰台区人民检察院课题组

检察理论与实务研究

- 107 论法律监督中上下级关系的应然状态 /尚保华 邓洪涛

目 录

CONTENTS

- 118 批捕工作中贯彻宽严相济刑事政策研究
/北京市丰台区人民检察院课题组
- 137 职务犯罪侦查工作中贯彻宽严相济刑事政策研究
/北京市丰台区人民检察院课题组
- 152 当前刑事立案监督情况及对策 /王一佳
- 157 当前检察建议工作情况分析
/王 森 李毅荣
- 163 论当前农村土地流转中诱发职务犯罪的环节
/李培新 邓洪涛 贾宝明

疑案评析

- 169 保险代理人虚构保险事实骗取保险金如何定性
/肖 伟 曹 琳
- 173 假扮警察向卖淫人员诈取“私了费”如何定性?
/郭 玮
- 177 被害人劳务能否成为合同诈骗罪的对象
/金 朝 肖国材
- 180 伪造房屋租赁协议骗取承租人钱财的行为应
如何定性
/马若怡 曹 琳
- 185 对有特殊体质的被害人殴打致其病变死亡应
如何定性
/张 玮
- 189 诈骗后又将赃物以欺诈的手段出卖如何定性
/曹 琳
- 194 非法拘禁中造成被拘禁人轻伤应如何定罪
/邢 磊 曹 琳

图书在版编目(CIP)数据

刑事法理与案例评析.第5辑/
最高人民检察院法律政策研究室编.
—长春:吉林人民出版社,2008.3
ISBN 978-7-206-05559-1
I.刑… II.最… III.①刑法—法的理
论—研究—中国②刑法—案例—分
析—中国 IV.D924.01 D924.05
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)
第 024841号

长春市永恒印业有限公司印刷
720×970毫米 16开本12.5印张 130千字
2008年4月第1版 2008年4月第1次印刷
定价:20.00元

*Lun si xing de zheng dang xing ji chu*

论死刑的正当性基础

✒ 韩玉胜 张 果

死刑即剥夺人生命的刑罚方式。本文不探讨死刑的执行方式，无论死刑判决是否被实际执行，都涵盖在本文意义上的死刑概念之中。

死刑伴随国家机器而产生，在数千年的人类史上一直占据刑罚体系的主导地位，是统治者最为器重和依赖的刑罚方式。直到近代社会，社会结构和社会形态发生了重大转变，市民社会的形成导致刑法目的的深刻转折，刑罚从国家的镇压机器向保障人权、限制国家权力的方向转型。自由刑转而成为刑罚体系的中心。一般认为，罪刑相适应原则和刑罚人道主义在此过程中起到了重要作用^{〔1〕}。

随着刑法理论渐臻精密化和人

权观念日益深入人心，二战之后死刑废除运动风起云涌，废除死刑的国家已经超过了保留死刑的国家。正是在这样的背景下，中国的死刑问题凸现出来。更重要的是，由于二十多年来中国市场化迅猛推进，高度集权的一元社会正向政治社会和市民社会二元分立的社会结构转化，国民的法价值观已经随之发生转变，刑法的目的也已不再是单纯的打击犯罪，死刑的存在已不再具有不证自明的天然合理性，死刑的正当性基础必须在理性的指导下予以重新审视。

在刑罚史上，肉刑也曾经因非人道性而经历从大行其道到被废除的命运。但是，肉刑得以废除的重要原因是其功能基本可以由自由刑



予以替代。而死刑则要复杂得多，自贝卡利亚之后西方学者就死刑的存废问题展开了长达200年的争论，争点达十几个之多。然而，立论过于琐碎反而会冲淡主题，令人难以认清死刑存废的根本依据。事实上，死刑作为刑罚方式的一种，其正当性并未超出刑罚正当性的范畴，刑罚正当性的基础和死刑正当性的基础在根本上是一致的，因此本文拟从刑罚的正当性出发对死刑予以分析^[2]。

一、死刑与报应

报应论的价值在于，报应代表了人们最朴素的正义观，“今天刑法上所谓的报应概念已经不是反映过去的‘报仇’或者社会仇恨的攻击性的意思，而是一种正义的‘平衡原则’。”^[3]“报应主义从根本上来讲，是为了满足刑罚正义的需要，因为正义是评价某一行为或者某一社会制度的道德标准，是社会制度的首要价值，它往往成为一种行为和一种社会制度存在的正当性根据。”^[4]“刑罚制度不管它如何有效率 and 有条理，只要它不符合正义的诉求，按罗尔斯的说法，就必须加以废除和改造。”^[5]

所谓报应，通俗地说就是“恶有恶报”、“大恶大报，小恶小报”，因此，“有多大的罪就判多重的刑”、维持罪刑均衡、强化刑罚与犯罪之间的联系是实现报应正义的根本途径。由此出发，邱兴隆教授指出：罪刑均衡是报应的精义所在，在死刑存在的情形下，它是最严厉的，配之于最重之罪才是公正的、正当的，但在没有死刑存在的情形下，比如无期徒刑是最严厉的刑罚时，只要将其分配于最重之罪，也是罪刑相适应的。罪刑相适应原则仅仅在于禁止轻罪重罚和重罪轻罚，强调的是次序对等，不可颠倒。他由此得出结论：死刑不是报应所必需的，没有死刑，一样可以做到罪刑相适应，实现报应正义。^[6]

笔者赞成邱兴隆教授对罪刑相适应序列的理解，但不同意将报应正义理解为单纯的次序对应。报应公正并非是超历史的概念，它在不同的历史发展阶段和不同的文化传统中会有不同的形态。报应公正是否得以满足，最终是通过具体历史阶段和文化形态中国民的心理感受而实现的^[7]。维持犯罪与惩罚之间的紧密联系之所以具有重要意义，正在于它满足了国民善恶相报的心

理需求,从而满足了人们的正义感受。但国民的心理需求和正义感受并不仅限于此,对报应正义的需求在罪刑关系上不但要保持序列上的对应性,而且,要保持质量上的大致对等。如果在一国的刑罚体系中最高刑是十年有期徒刑,那么,即使其罪刑关系维持着序列上的严格对等,也无法满足国民的正义感情。报应根植于一般民众的人性之中。只有保持质量上的大致对等,才能满足国民对正义的期待。只有国民的理性需求才是报应正义的本质。死刑是否是实现报应正义所必需的,最终取决于国民理性的法感情即法价值观。假如对某些犯罪而言只有适用死刑方可满足人们对于法律正义的期待,那么,死刑便是报应正义所必需的。

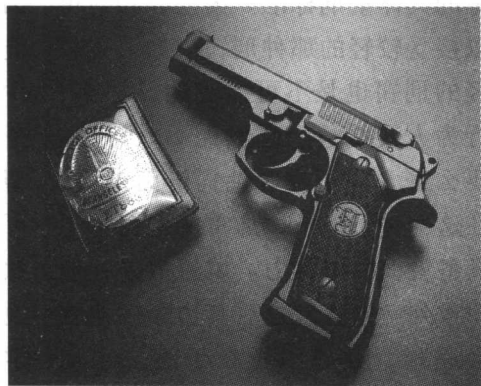
二、死刑与个别预防

对以个别预防为刑罚根据的主张^[8],笔者持怀疑态度。对个别预防论理论上的缺陷和实践上的无效性,邱兴隆教授在《关于惩罚的哲学》中做出了详细论证^[9]。简而言之,个别预防论存在如下难以克服的缺陷:1.任何完全脱离了报应的刑罚都难免有失公正,从而也难以获

得公众认同。2.个别预防的实现以准确预测人身危险性为前提,然而导致犯罪的原因是十分复杂的,犯罪人是否会再度犯罪即使在客观上也是不确定的,因此,事实上不可能准确预测人身危险性。3.即使未来科学足够发达可以预测人身危险性,行为人是否应当对未来的行为负责,在法理上仍有疑问。4.矫正论以刑罚具有矫正功能为前提,但是,惩罚(尤其是自由刑)是否可以将罪犯“变好”仍然极有疑问。^[10]

关于死刑,矫正论多主张废除死刑,因为死刑剥夺了矫正机会;从剥夺犯罪能力论的角度看,死刑当然可以彻底剥夺再犯可能,而今天的一般观点认为无期徒刑也可以达到这一目的。但是,本文要强调的是,如上所述,个别预防不应成为决定刑罚的主要因素,事实上它也不是中国理论和实践中刑罚裁量的主要考虑因素。姚锦云一案的判决十分清楚地显示了这一点^[11],姚锦云在此案中表现出来的人身危险性极小,若以个别预防而论,即使判处轻微刑罚,甚至不判刑,姚锦云也不致再犯。但若如此判决,一般国民的法感情实难接受。而法院最终判处死刑,一般观点也认为是妥当的。这就显示,个别预防的

需求在刑罚中只能作为次要因素考虑，而不能作为主要根据。在死刑问题上，死刑是否可以“一劳永逸地解决罪犯问题”、是否可以“节省资源”、不判死刑是否可以“创造财富”，都不是我们在死刑问题上所应当考虑的主要因素。



三、死刑与消极的一般预防

威慑意义上的一般预防论是本文讨论的重点，这不仅是因为威慑刑在现代刑罚根据论中占据重要位置，更重要的是，它是现今中国立法、司法倚重死刑的主要原因^[12]。重刑威慑是一种直观简单而在中国历史和法律文化中都影响极大的思想，即使在今日，对死刑威慑力的确信也是人们常有的信念。

历史地看，威慑刑在世界古代史上具有普遍性，其有效性建立在国民的恐惧感上。现代犯罪学的成果显示，决定刑罚有效性的因素有二：一是严厉性，在一定范围内愈严厉愈有效；二是确定性，确定性对犯罪的威慑力要大得多：“即使刑罚是有节制的，它的确定性也比联系着一线不受处罚希望的可怕刑

罚所造成的恐惧感更令人印象深刻。”^[13]逃脱惩罚的侥幸心理是大多数犯罪人作案时所怀有的心态。一般而言，刑罚愈严厉犯罪人就愈寄希望于逃脱惩罚，这就使得刑罚的威慑效果大大地变得不确定起来。

重刑主义要发挥作用，必须具有三个前提：第一，犯罪类型是可遏制的，只有对权衡型犯罪而言，刑罚的严厉性才能发挥功效，而在激情犯、过失犯、确信犯的场所无论怎样加重刑罚，都很难奏效。犯罪主要是由犯罪动机而非由刑罚决定的，强奸犯不会因为强奸罪的刑罚重于盗窃罪的刑罚而改去盗窃。第二，行为人可以大致预见行为后果，但是，预见行为要承担的后果往往是很困难的。例如，对故意杀人罪，最低可判三年有期徒刑，最高可判死刑，普通民众很难掌握其

中的具体量刑标准。第三，相对可以接受较轻的那种刑罚。如果连较轻的刑罚也是不可接受的，那么，行为人要么迫于恐惧而不敢行动，要么寄希望于逃脱惩罚铤而走险，在这两种情形下，加重的刑罚都不具备更大的威慑力。威慑效果在刑罚重到一定程度之后其边际效益就会递减，其原因正在于此。正如600年监禁并不比60年监禁威慑力更大一样，因为60年监禁已经是不可接受的，再加540年又有多大差别呢？刑罚的严厉性不是由其自身决定的，而是最终取决于人们的感受。贝卡利亚指出：“第一个国家的最重刑罚是长期苦役，而第二个国家的最重刑罚是轮刑。我认为，在这两个国家中，对最重刑罚的畏惧是同等程度的。”^[14]

当我们讨论死刑的威慑力时，指的并不是死刑本身有无威慑力，而是它有无大于无期徒刑的威慑力。死刑是否具有大于无期徒刑的威慑力，事实上是一个很难实证的问题^[15]。从理论上说，如果死刑要发挥大于无期徒刑的威慑力，就必须通过如下心理才能实现：“如果这个行为会被判死刑我就不做，如果会被判无期徒刑我就去做。”这种心理是否存在？一般不会，这是

因为：首先，很难判断死刑与无期徒刑之间量刑标准的差别，只有极少数人，如长期贩毒者，才可能清楚死刑的数量标准；其次，在权衡型犯罪中，无期徒刑一般而言是不可接受之刑，因为判处无期徒刑也意味着一生的覆灭，对于个人来说，已经是足够严厉的刑罚。挪威学者克里斯蒂指出：“常识告诉我们，火炉不可碰，但并没有告诉我们300度的火炉比200度的威吓大多少。”^[16]只有在两种情形下，情况才会有所不同：一是某些人可能对死刑具有某种神秘的、不可言喻的巨大恐惧感，而对无期徒刑则没有；二是认为无期徒刑是一种不严肃之刑，通过减刑、假释、暗箱操作可以大幅降低监禁时间，从而使无期徒刑的威慑力大大下降。只有在这两种情形下，无期徒刑变成了可接受之刑，从而使死刑具备了无期徒刑所不具备的威慑力。但这两种情形在现实世界中只是少数现象，对于国家需要控制的大量犯罪而言，意义是十分有限的。

世界死刑废除运动所表现的结果，从实证的角度反证着死刑的威慑力。那些废除死刑的国家在死刑废除之后大多并未出现犯罪率的明显上升。尤其是，在中国的周边国



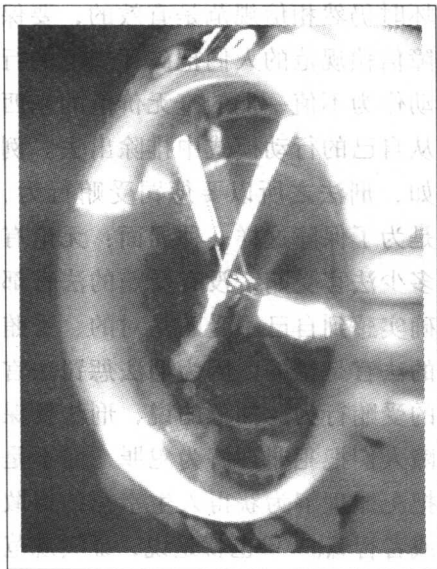
家中，与中国一样人口众多的印度每年死刑实际执行人数不超过20人，与中国一样深受儒家文化影响的日本每年实际执行死刑的数量仅为两三起，与中国一样处于转型期的俄罗斯则已经废除了死刑。这些国家并未因此而使犯罪失去控制。引述这些例证，并非暗示中国应该追赶潮流，而仅仅是强调，死刑的威慑力并不像一般观念想象中的那样大，死刑不是遏制犯罪的主要力量，没有死刑也并不至于会使社会被犯罪所淹没。犯罪率并非必须保留死刑的理由。认识到这一点，是我们理性审视死刑的基础。破除了对死刑威慑力的迷信，就可以放弃对大规模适用死刑的迷恋。

四、死刑与积极的一般预防

积极的一般预防论是近年兴起的有力学说。在雅克布斯看来，“一般预防的主要作用不在威吓，而在于维持对规范的信赖。”^[17]“刑罚——与在消极的一般预防那里不同——不是指向被认为是必须被威吓的作为潜在的未来的犯罪人的生产源的群体，刑罚更多地要以忠诚于法的市民为对象。……这里所言的三个作用，即第一对规范有效性

的信赖、第二对不符合规范的行为模式的拒绝和第三对破坏规范的后果的学习，可以归纳为学会对规范的承认。因为这种学会应该发生在每个人的身上，所以，在所描述的国家性刑罚的任务的模式中重要的是通过学会对规范的承认实现一般预防。”^[18]

规范显示着我们的生活，是我们自身和社会的内在真实，“从消极的方面说，规范要保障人们在匿名的陌生社会中不受侵犯……从积极的方面说，规范要保障人们为共同体充满活力的发展而劳动并通过这种劳动获得个人的幸福。”^[19]“只要人们想在共同体充满活力的发展中通过劳动获得个人的幸福，信赖规



范就必须成为普遍的坚定不移的国民意识。”^[20]甚至可以说，人本身就是一种规范的定义。“人类的历史完全应该根据规范的有效性重新加以描述，如果没有规范，没有效力，人的历史就没有开始。”^[21]

规范对于社会和个人的意义，无论怎样估计都不为过分。规范确保了我们有序的生活，并确定我们在生活中的角色。刑法的价值正是由规范的价值派生而来，刑法的目的在于“保障规范的有效性”，“这并不是说刑法要保障规范不受破坏、不是说刑法要保障所有的人都遵守规范，而是说刑法要保障规范在受到破坏时仍然发挥作用，要保障信赖规范的人们在规范受到破坏时仍然相信规范是有效的，要保障信赖规范的人们把破坏规范的行为作为不值一提的毫无价值的东西从自己的行动模式中排除出去。例如，刑法之所以要惩罚受贿行为，是为了保障这样一种局面：无论有多少法官受贿，没有受贿的法官都确实感到自己不受贿是对的、受贿的法官是错的，因为刑法惩罚法官的受贿行为。抽象的说，刑法要保障人们把犯罪理解为犯罪，而不是把犯罪理解为获得人生幸福的勇敢或者智慧。”^[22]也就是说，证实规范

的正确性，坚定不移地捍卫规范，培育人们对规范的认同，这就是刑法的目标。甚至可以说，刑法关心的不是犯罪人的感受（是否敢于犯罪），而是一般守法公民的感受，它关心的是一般守法公民对规范的看法，关心的是怎样动用刑罚才能培育一般公民对规范的认同。法治国家与非法治国家的区别不在于犯罪率孰高孰低，而在于一般守法公民对法律的信仰不同，这种对法律的信仰正是来自对规范的认同。

犯罪作为一个理性的人所作出的行为，不是一个自然现象而是意义表达的承载者，它表达的意义即在于对规范效力的攻击，表达了一种与规范相反的行为主张。而刑罚所表达的意义则在于：行为人的行为是无价值的，规范仍然是有效的、值得信赖的。

从这个意义上来审视死刑，我们发现死刑具有重要的、难以替代的规范意义。刑罚作为规范效果的载体，必须要展示出规范破坏者的代价。而这个代价的大小，取决于刑罚以何种方式表达自己才能确认被侵犯的法秩序并不是可以被持续地、顽固地破坏的。因为刑罚功能的发挥最终是通过规范主体的心理感受而实现的，所以，对于犯罪适



用不适当的刑罚就不能对破坏法律起到平衡作用。如果法秩序赋予被侵害的法益特别高的价值,就必须以特别坚决的方式对侵害者予以谴责。就国家对犯罪所表达的谴责和否定而言,死刑具有其他刑罚方式所不具有的特别意义。死刑在人们的心理感受上不仅包括解恨这一类的复仇情绪,而且,还包含了对犯罪人和犯罪行为的彻底征服和彻底否定。

“在社会剧烈转型,各种权利关系不明确、公众的规范信赖感不强的时期,规范有效性必须给予特别强调。”^[23]就此而论,西方法治国家更适于废除死刑,不是因为其经济发达或犯罪率如何,而是因为西方国家的基本规范已经稳定,不用死刑这样极端的方式即可确保公民对规范的信赖,而在今日中国的社会中,社会全面转型,原有的意识形态和伦理规范走向断裂,而新的文化形态尚未成形,人们在价值观的真空中无所适从,相对而言,更需要死刑这样的手段来传达强烈的规范信号,向人们明确何种行为是坚决值得肯定的,何种行为是国家所彻底谴责否定的、毫无价值的。

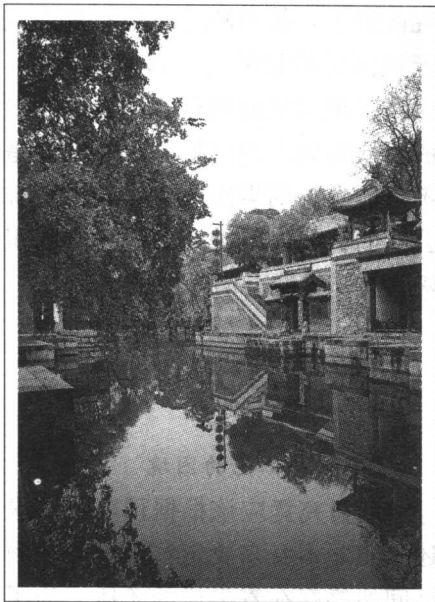
另一方面,规范要获得公众的信赖或者认同,就必须考虑公众的

规范渴求。如果缺乏对公众意志或者说国民感情的充分吸纳和尊重,无法实现国民的期待,那么,要促成公众对规范的信赖,事实上就是不可能的,刑事法治建设如果没有公众的认同以及在此基础之上的积极参与,无疑会十分困难。

五、死刑与一体论

(一) 一体论的困境

刑罚究竟应该根据预防的需求还是犯罪本身来决定?报应与功利之间始终存在着尖锐的矛盾。为了克服这种矛盾,一体论开始兴起,试图折中、调和、兼顾报应和功利。然而,“说一体论是将报应论和功利论的对立由外部转移到内部,也许并不过分。”^[24]要实现报应与功利的一加一式的简单调和是不可能的,根本问题是:“针对具体个案、具体犯罪和具体的犯罪人而言一旦报应目的成为首选,功利要求就被弃而不用;一旦功利需求必须满足,报应的瓶颈就被突破。……所以空谈报应与功利的有机统一,以报应约束功利,或者同时兼顾报应与功利^[25],都只停留在纸面上,没有考虑到刑事实践活动处理原则、裁判标准、司法结论的惟一



性这一特质。”^[26]

（二）责任主义

责任主义是从犯罪论发展起来的解释刑罚根据的理论。责任主义认为归责意义上的责任才是刑罚正当性的根据，刑罚只应该处罚行为人可以归责的行为。“刑罚既不应该与客观的犯罪后果相适应，也不应该与犯人的社会危险性相适应，而应该与行为人的应受谴责性相适应。”^[27]也就是说，刑罚的轻重取决于应受谴责性的大小，应受谴责性又称非难可能性，等同于广义上的期待可能性，这样就将刑罚与国民期待相统一起来。责任主义足以协调报应主义和功利主义^[28]，同时由

于它又不是简单的折中，因而是一种崭新的刑罚理论。

（三）国民法感情的统摄

当积极的一般预防和责任主义建立起来以后，我们发现报应与功利出现了走向内部统一的某种契机。

就报应而言，断言责任主义是报应的当代形态或有不妥，但责任主义的确是建立在报应论的基础之上。“因为责任主义所谓责任不是社会责任论所言行为人对社会所负的责任，而是道义责任论所言行为人在道义上所负的责任。道义上的责任是以报应为依据的，行为人从社会得了善，他本应报答却不报答，反而为害社会，因此要予以惩罚，这是道义的要求。”^[29]报应主义与责任主义的本质上的统一建立在它们共同关注犯罪本身，从犯罪本身寻求刑罚的正当性，强调犯罪的严重性与刑罚之间的决定关系。重要的是，犯罪的严重性不是由行为自身决定的，而是取决于行为与国民的期待相背离的程度。行为是客观的，但它本身并无意义，行为被评价为犯罪是“刑法学上的概念形成过程的产物”^[30]，是价值判断的产物。如果说传统的报应论者往往更加重视犯罪的客观物质损害，对形

式的过分重视使之忽视了报应的本质，那么，责任主义则以应受谴责性这一概念使刑罚与国民感情之间的联系得以清晰化。这是因为应受谴责性不是客观存在的，而总是存在于一定的国民感情之中，在不同国家的文化背景下，同一行为的应受谴责性是不同的^[31]。从另一个角度说，应受谴责性中的“应受”可以理解为一种期待，而“谴责”则最终要通过惩罚来实现。因此，“应受谴责性”和国民对惩罚的期待从根本上是完全一致的。

就功利而言，一般预防是功利论的主体部分，而积极的一般预防则无疑是一般预防更有意义的形态，尽管我们并不否认消极一般预防的作用。就积极的一般预防而言，惩罚的目的是维护被侵犯的规范秩序，证明规范的有效性，刑罚的轻重建立在证明规范效力的需要上^[32]，那么，适用何种程度的刑罚才能证明规范的有效性？才能促成对规范的认同？我们认为，只有在惩罚符合国民的期待时，刑法才能真正获得公众认同，规范才能获得人们的信赖，规范秩序才能得到维护。也只有在这种意义上，即在积极的一般预防的意义上，“只有与行为人应受谴责的程度相适应的刑

罚才符合人们的道义要求，才能够实现预防目的”^[33]这一主张才是正确的^[34]。

因此，报应（责任主义）和功利（规范信赖）共同要求惩罚必须符合国民的期待，这种期待由于是法律意义上的，所以可以解读为国民法感情。这样，在国民法感情的概念下，报应与功利获得了某种形式上的内在统一。刑罚必须尊重这种国民法感情，而不能与之相背离。“道德的政治如果不以不可磨灭的人类感情为基础的话，就别想建立起任何持久的优势。任何背离这种感情的法律，总要遇到一股阻力，并最终被其战胜。”^[35]

因此，我们的结论是：死刑的存废应当以国民的法感情为根据。“为维持社会秩序，满足社会的报复感情，维持国民对法律的信赖便显得极为重要。国民的一般法律信念中，只要对于一定的穷凶极恶的犯人应当科处死刑的观念还存在，在刑事政策上便必须对其予以重视。现代死刑的刑事政策上的意义，恰好就在于此，因为，有关死刑存废的问题，应根据该社会中的国民的一般感觉或法律信念来论。”^[36]



六、中国国民法感情的现状

大谷实教授指出,在日本,以死刑的威慑力为由主张保留死刑的观点已经渐成少数,而以国民法感情主张保留死刑的观点正变得有力。大谷实教授在证实日本的国民法感情时引用了一组关于民意调查的资料^[37],但是,有要注意的是,“‘公众’不是限于一个地域的,公众在我看来就是法规规范共同体,所以本身并不是数量的或地域的再现,完全应该是一个规范的定义。……考虑的可能不是在这个地域活动的多数人的个人的感情,可能更多的应该客观地考虑在这个地域里、在这个文化环境里生活的人们生活的背景,应该是这种客观的考虑。”^[38]民意调查仅仅是对国民法感情的侧面反映,而非其本身,更确切地说,民意表决代表了国民感情的感性形态而非理性形态^[39]。黑格尔早就指出:“公众舆论最不值得重视也最必须重视。其中既有绝对的谬误又有绝对的真理,不藐视舆论就不能成就大事,但公众舆论中那种实体性的东西,则体现着历史的绝对意志。真正的伟人,必须善于鉴别公众舆论中什么东西无价值

和什么东西必须给予重视。”^[40]对中国国民法感情的考虑,需要更多地从客观的角度来考察中国民众所生活的文化背景,剔除国民感情中非理性的成分,鉴别出公众舆论中那种“实体性”的东西。

二十多年以来,中国社会发生了巨大变化,国民意识也随之有了重大转变,但还远未达到容忍废除死刑的地步。除了中国传统的根深蒂固的报应思想,生命权、刑罚人道主义等西方社会废除死刑的重要理由在中国尚不完全具备。

所谓生命权的问题,主要是指生命权是否是超越国家刑罚权之外的绝对不可剥夺的权利。一般认为,生命权的绝对性来源于宗教信仰、社会契约论和现代西方人权学说。“死刑废除论由兴起到展开的历史,分明是一个由对生命的神圣性的信仰到对自然权利的推崇再到对基本人权的尊重的过程。”^[41]基督教关于“生命是上帝缔造的,除了上帝任何人无权剥夺”的信念,导引了16世纪死刑废除论者的生命神圣说。佛教忌杀生的信条,促成唐朝天宝年间死刑的大幅削减和日本公元724年之后347年没有死刑的奇迹。自然权利论则引出贝卡利亚关于生命权未在社会契约中割舍的理