

祝贺马克昌教授执教五十六周年
暨八十华诞系列文丛
总主编 莫洪宪

刑法谦抑精神

研究

王明星 著



中国人民公安大学出版社

祝贺马克昌教授执教五十六周年暨八十华诞系列文丛

总主编 莫洪宪

刑法谦抑精神研究

王明星 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法谦抑精神研究/王明星著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005. 7
(祝贺马克昌教授执教五十六周年暨八十华诞系列文丛)

ISBN 7-81109-109-7

I. 刑... II. 王... III. 刑法—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 061902 号

刑法谦抑精神研究

XINGFA QIANYIJINGSHEN YANJIU

王明星 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2005 年 7 月第 1 版

印 次: 2005 年 7 月第 1 次

印 张: 15.25

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 243 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81109-109-7/D·104

定 价: 35.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

总 序

2005年8月12日，是中国著名法学家、武汉大学法学院首任院长马克昌教授80华诞的喜庆之日。此年，也是马克昌教授从事法学教育和研究56周年。本套系列丛书是专为庆贺马克昌教授的80寿辰暨从事法学教育与研究56周年编辑而成的。

在56年的法学教育和法学研究生涯中，马克昌教授见证并亲身经历了中华人民共和国法治建设55年跌宕起伏的历程。1946年，他从河南省西华县考入著名的国立武汉大学法学院，学习法律并投身革命。1950年，他因品学兼优而毕业留校任教。不久，他即被保荐到中国人民大学研究生班，接受全新的学习和教育，同时，师从前苏联刑法学家贝斯特洛娃教授专攻刑法学。1952年，他完成研究生学业，回到武汉开始登台主讲刑法学。但由于众所周知的原因，在我国民主法治建设遭遇严重打击和挫折时，马克昌教授也未能幸免。1958年，马克昌教授受到不公正待遇被下放到农村劳动。1959年下半年，他虽然被宣布“摘帽”并得以重返武汉大学，但是法律系已被撤销，只得从事伙食科出纳员、图书馆馆员等工作。“文革”开始后，他又受到错误对待，并再次被下放到农村走“五七道路”，进行所谓的“劳动改造”，直至1972年才又回到武汉大学图书馆，工作到1979年。在此20多年的艰难岁月中，他风华正茂的青春日子和科学研究的黄金时间无声地流逝了。然而，在种种精神和肉体的磨难面前，他始终保持着乐观的精神面对人生，即便在农村、在图书馆，也作出了令人称道的成绩。

1979年，马克昌教授53岁，这一年，他终于迎来了时代和人生的重大转折。他被当时的武汉大学校长刘道玉教授委任为法律系副主任，协助法律系主任韩德培教授一道恢复和发展法律系，迎接新中国法治建设和教育的春天。受命后，马克昌教授怀着对法学事业的热爱和凭着深厚的学术功底，在事业上焕

发出青春的活力，全面展示了法学活动家、教育家和刑法大家的风采和魅力。

作为法学社会活动家，1980年，马克昌教授曾接受中华人民共和国司法部委派，在轰动世界的“林彪、江青反革命集团案”中，担任吴法宪的辩护人，依法工作，获得极大赞誉。他还兼任中国刑法学会名誉会长、最高人民法院特邀咨询员等多种社会职务，为国家的立法和司法改革作出了卓越的贡献。

作为法学教育家，从1983年开始，马克昌教授担任武汉大学法律系主任。1986年，武汉大学法学院成立后，他又出任法学院院长。他以极大的激情和精力，投身于法学院建设，带领全院教师和工作人员团结进取，在教学、科研、人才培养和对外交流等方面取得了令人瞩目的成绩，使武汉大学法学院成为“珞珈山上的王牌军”，成为中国著名的法学院，并一直保持着国内同行的领先地位，在国际上声誉日高。

作为学者，马克昌教授一直活跃在刑法学理论研究的舞台上，笔耕不辍。他参与主编的多部刑法学教材被誉为我国权威的刑法学教科书。由他主编的《犯罪通论》、《刑罚通论》、《中国刑事政策学》、《近代西方刑法学说史略》等著作，受到学界高度评价，成为我国刑法学研究的典籍性文献，是很多高校刑法专业研究生的指定教材。2002年，他出版的专著《比较刑法原理——外国刑法学总论》，以其丰富的内容、详实的文献、严谨的结构和深刻的见解轰动学界，并成为2003年度获国家图书奖的惟一法学类著作。

作为教师，马克昌教授一直活跃在教书育人的岗位上，为本科生、硕士生和博士生授课、讲座。他教学一丝不苟，而且在艰深的理论和现实案例中游刃有余，深入浅出，颇受学生欢迎和喜爱。他不仅引导学生学习专业知识，而且引导他们成为一个有理想、有追求、有责任感、有崇高修养的人。他为中国法治建设和法学教育培养了许多优秀人才，他们有的在最高人民法院、最高人民检察院、公安部以及各级司法机关和行政部门担任要职，有的已成为教授、博士生导师、学科带头人，活跃在法学教育和研究领域，在各条战线上为中国的法治建设作出自己的贡献。

马克昌教授是一位具有战略眼光的学者，他以开阔的视野、国际化的意识，重视对外交流，积极主动地将学科建设与国际接轨，置其于国际学术环境中发展。他曾经应邀到美国、加拿大、日本、德国、巴西等国家以及我国香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区访问讲学，参加国际学术会议；他也多次

热情邀请国际著名学者到中国来访问讲学，举办国际会议。通过与一流大学、一流学科、一流学者进行交流，不断引进新的学术信息、学术理论和学术思潮，马克昌教授身体力行积极组织国际间的学术交流与合作，不断为学科建设注入生机，提升了本学科在国内外的知名度，增强了本学科在同类学科中的竞争力，为学科发展进入良性循环奠定了坚实的基础。

马克昌教授以其渊博的知识、卓越的理论成就和高尚的品德，赢得了中国司法界和刑法学界乃至整个法学界的尊敬和景仰，获得了国外同行的敬重和钦佩，受到学生的爱戴。在马克昌教授 80 华诞即将来临之际，他的学生们自发组织起来，策划了这套庆贺丛书，以表达自己对先生的感激和祝贺。本套丛书中的作品，有的是独著，有的是合著，它们都是马克昌教授的弟子们在刑法学、犯罪学方面新的研究成果。贺寿献礼意义深远，一方面是弟子们向先生汇报自己的工作；另一方面也通过这样的方式深化刑事法学理论研究，这也非常符合先生对弟子们的期许。

这套丛书在策划之时，得到中国人民公安大学出版社的大力支持和高度重视，他们组织了专门的编辑力量，负责丛书的编辑出版，在此，向中国人民公安大学出版社法律编辑部的编辑们表示诚挚的谢意！

衷心祝愿马克昌教授永葆青春，健康长寿！

丛书主编：莫洪宪

2005 年 2 月

前言

长期以来，无论是普通民众，抑或是位高权重者，都崇尚“重一奸之罪，而止境内之邪”。可以说，“重刑”思想经过千百年的沉淀已融入中华民族的血液。每逢治安大乱之时，重刑不仅仅出现在立法中，在司法实践中也不遗余力地被执行着。上世纪80年代初，针对社会治安恶化的情况，我国采取了狂飙突进式的“严打”整治斗争，力图取得社会治安的根本好转。然而，事与愿违，社会治安每况愈下已成为不争的事实。早在攻读硕士学位期间，笔者就在苦苦思索遏制高犯罪率的良方妙药之何在。动用重刑果真能起到“防患于未然，绝恶于未萌”之威慑功效吗？公元前278年，陈胜、吴广在大泽乡揭竿而起，掀起了中国历史上轰轰烈烈的第一次农民起义。而起义的导火索就是苛严的法度，“今亡亦死，举大计亦死，等死，死国可乎？”“民不畏死，奈何以死惧之？”从总体上而言，世界的潮流是刑法趋向轻缓化。而我国的刑法却日益趋向于膨胀，犯罪化的速度惊人，这一方面显示了我们立法技术水平的提高，另一方面也显示了刑法控制范围的扩大化。现实生活中，学者们撰写的关于增设罪名的论文屡见报端。笔者认为，由于社会生活的日新月异，适度的增设新罪名是很有必要的，但废除现行刑法中的不合理罪名也应该是立法建议的应有之义。然而，遗憾的是，这方面的文章至今仍难觅其踪。

考虑到以上种种情况，笔者把视线转移到了刑法的谦抑性问题之上。刑法的谦抑精神是一个舶来品。目前，我国理论界对刑法谦抑精神的研究较为薄弱。实际上，刑法的谦抑精神应贯穿刑法的始终。从立法上来讲，刑法的谦抑精神制约着刑法调控范围的大小，什么行为应该被规定为犯罪，何种行为不应该被规定为犯罪，刑法的谦抑精神就是重要的参照物。其实，罪刑法定原则、罪责刑相适应原则本身就是刑法谦抑精神的载体。犯罪论部分规定的未成年人刑事责任的范围、共同犯罪人的刑事责任认定、犯罪的未完成形态、一罪与数罪问题以及正当防卫、紧急避险等犯罪性阻却事由也充分体现了刑法的谦抑精神。

刑罚论部分涉及的死刑的适用问题、长期自由刑的范围等也无不与刑法的谦抑精神休戚相关。刑法分则的罪名更是离不开刑法谦抑精神的指导。此外,刑法谦抑精神还涉及对我国现行的犯罪构成要件理论的批判与继承,期待可能性以及严格责任等刑法理论无不与刑法的谦抑精神有着千丝万缕的联系。总之,刑法的谦抑精神具有重大的理论价值。树立系统的刑法谦抑精神,无疑对刑法理论的发展会有所裨益。

从司法实践上来看,“严打”以及专项整治斗争轮番上阵,死刑案件层出不穷。与之相适应,判处缓刑、死缓的案件本应更多,然而事实却是司法实践中判缓刑、死缓的案件数量依然过少。相反地,司法实务部门把刑法看成“刀把子”的占大多数。在人权保护成为潮流的今天,刑法理应成为保障人权、限制司法权的有力武器。由此看来,刑事司法理念亟须刑法谦抑精神的灌输。^①在刑事执法过程中,减刑、假释的范围应该扩大,减刑与假释不应是对罪犯的恩赐,而应是一种权利。笔者甚至认为,在我国,刑法的谦抑精神更多的应该体现在刑事司法中,而不是通常所说的刑事立法之中。因为,国外的“轻微罪”、“违警罪”等在我国大部分被规定在治安管理处罚条例中。在我国刑法中不存在废除大量罪名的问题(当然,一些不必要或违反公正的罪名还是应当及时废除的)。与世界上其他国家相比,我国死刑的适用、长期自由刑的适用率等违背刑法谦抑精神的司法适用明显偏高,而罚金刑、减刑、假释、缓刑等渗透着刑法谦抑精神的刑罚制度的使用频率则偏低。所以,刑法的谦抑精神对于刑事司法实践有着重要的指导意义。

就笔者目前所掌握的资料来看,尚未有学者把刑法的谦抑精神作为论著专门给予论述。国内给予较多论述的当属陈兴良教授与张明楷教授。国外论述较多的为日本学者小暮得雄和平野龙一。陈兴良教授在其《刑法的价值构造》中

① 在这里,笔者采用了“灌输”一词。因为从我国的传统文化来看,因循守旧乃是我们思想认识的一大特点。翻开中国历史上的每一次革新,无不是改革派与顽固派相互斗争与妥协的产物。而且,改革者的命运多多少少都带有几分悲怆的味道。历史上的商鞅在秦国兴起变法,最终却遭受车裂之刑。被誉为“中国十一世纪的改革家”的王安石,在支持改革的宋神宗归天之后,落了个被迫辞官的下场。然而,历史的进步、社会的发展,却是每一次改革推动的功效。正是因为我们的民族有保守的特点,我们才需要“灌输”的策略。在满人南下之前,汉人并无留长辫之习惯。可是,到了清朝在全国建立统治地位后,强行人们留长辫。随着时间的推移,留长辫逐渐成为习俗。直至大清帝国被推翻时,辫子反而成了革命党人革命之对象,甚至闹出了张勋辫子军复辟的历史丑剧。由不习惯留长辫子,到被迫蓄留,进而维护辫子,“灌输”的力量是显而易见的。

用了近5万字的篇幅,对刑法的谦抑性问题进行了较为深刻的论述。他认为谦抑性是刑法的三大价值目标之一,指出谦抑的价值蕴含为刑法的紧缩性、补充性与经济性,并从犯罪范围与刑罚限度两个角度分别探讨了谦抑性。张明楷教授在其《刑法的基础观念》中,认为谦抑性理应成为刑事立法的一项基本原则。在外国的刑法理论中,多数把谦抑性作为刑法的根本主义之一^①或者是作为刑法的机能之一^②在教材中寥寥数语进行论说。

我国多数学者从观念上接受了刑法的谦抑精神,但如何在具体的刑事立法和司法中贯彻该精神,却没有深入研究。迄今为止,其称谓尚未统一。有的称为“抑制性”;^③有的称之为“谦抑性”;^④还有学者认为应当称为“迫不得已性”,即不到万不得已不得动用刑法,不到万不得已就不得动用较重的刑罚;也有学者称为“谦抑性原则”。^⑤其理论基础何在,与旧派抑或是新派有无联系性?学者们鲜有论及。在本书中,笔者力图对刑法的谦抑精神进行系统的论述,以期能够对刑法学基础理论的发展有所裨益。

促使笔者把刑法谦抑精神作为研究课题还有一个至关重要的原因。2001年,笔者有幸成为莫洪宪教授指导的博士生之后,研究重点从传统的刑法学扩展到犯罪学。在研习犯罪学过程中,针对刑法的不断完备,无论是新型犯罪或者是传统犯罪,在大多数呈现出上升态势的情况下,开始思索我们是否需要调整刑法理念或者精神。众多学者已经否定刑法的工具性,而承认刑法具有人权保障的作用。事实上,刑法的谦抑精神正是人权保障的体现,更是刑法人道主义的下位载体。从犯罪学的角度来看,犯罪的发生具有不可避免性。“犯罪作为一种社会现象不是偶然发生的,而是普遍地、经常地发生,任何一个社会都难以避免。”^⑥当然,“原始社会公认的犯罪行为,在现代社会中可能不再是犯罪行为,但是人们仍然认为这种行为在当时就是犯罪,与现代社会的犯罪行为具

① 参见[日]左伯千仞著:《刑法讲义(总论)》(第四版),有斐阁1981年版,第82页。

② 参见[日]阿部纯二、板仓宏、内田文昭、香川达夫、川端博、曾根威彦编:《刑法基本讲座(第1卷)——基础理论/刑罚论》,法学书院1992年版,第13~14页。

③ 参见许道敏著:《民权刑法论》,中国法制出版社2003年版,第114页。

④ 参见陈兴良著:《刑法哲学》(修订版),中国政法大学出版社1997年版,第6~9页。

⑤ 参见刘树德著:《罪状建构论》,中国方正出版社2002年版,第127~132页。

⑥ 参见杨焕宁:《犯罪发生的必然性》,载于梁根林、张立宇主编:《刑事一体化的本体展开》,法律出版社2003年版,第383页。

有同样的性质。”^①事实上，犯罪产生于何时，学界一直争论不休。笔者认为，原始社会中也存在着自然犯罪，只不过当时的故意杀人行为没有被称为“故意杀人罪”而已。从自然犯罪的意义上而言，犯罪行为伴随人类社会的始终。“如果把杀人、伤害等行为视为一种社会现象，而不是作为法律现象，可以说自从有人类社会的历史以来，在世界上的任何一个群体中都未能避免。从现在向可以预见的未来展望，任何一个国家和地区都不可能不发生犯罪现象。”^②“在原始社会里，原始禁忌首先是性禁忌。对违反这种规则（性禁忌）而发生的性关系，被视为极其严重的罪行，通常要处死刑。早期人类死亡的一个主要原因是同伙之间的自相残杀。”^③既然犯罪的发生具有不可避免性，希望通过严刑峻罚的手段来消灭犯罪不过是海市蜃楼般的幻想而已。当然，笔者并不否认，刑法在控制犯罪方面具有不可替代的作用。但是，统治者一旦对刑法顶礼膜拜，就必然会物极必反，导致赭衣塞路、怨声载道之恶局。“盗一钱者，则坐以死，盗万钱者，又何以加之哉？以是立法，是教天下之为盗者，不为盗则已，如必为盗，则为其大而毋为其小，宁取其多而不取其少，其所谓辟以止辟者耶？”基于犯罪发生的不可避免性，刑法的谦抑精神理应得到弘扬。此外，犯罪原因的多元性也是提倡刑法谦抑精神的重要缘由。众所周知，行为人实施犯罪是个人原因、自然原因以及社会原因的综合作用的结果。犯罪原因是多层次的，其中，最深层次的为犯罪根源，^④其次为犯罪原因，再者为犯罪条件。^⑤正因为犯罪是由于多种原因而引起的恶果，仅仅严厉惩罚犯罪的个人则明显不公平。从此角度而言，刑法在控制犯罪方面也具有不可避免的局限性，刑法的谦抑精神理应得到倡导。

笔者深知选择此题研究的风险性。一方面，民众会认为这是书生不切合实

① 参见[法]迪尔凯姆著，胡伟译：《社会学方法的规则》，华夏出版社1999年版，第33页。

② 参见杨焕宇著：《犯罪发生的机理研究》，法律出版社2001年版，第23页。

③ 参见储槐植、许章润等著：《犯罪学》，法律出版社1997年版，第165页。

④ 对于犯罪的根源，笔者不同意把其界定为社会基本矛盾，即社会生产方式中生产力与生产关系的矛盾运动引起犯罪。因为这样论述犯罪的根源有点过空，无法落到实处。笔者认为，犯罪的根源在于社会矛盾无处不在而又无时不有。也许有学者会说这样论述犯罪的根源也过于宽泛。但笔者并不这样认为，因为社会矛盾的存在可以解释一切犯罪的根源。例如，强奸案件的发生是由于行为人性欲的需求与无法得到满足的矛盾所造成的；重大责任事故犯罪案件的发生是由于行为人的操作程序与所要求的标准不吻合而发生的矛盾所引起的。

⑤ 参见莫洪宪主编：《犯罪学概论》，中国检察出版社1998年版，第99~231页。

际的幻想；另一方面，我国崇尚“刑乱国，用重典；刑平国，用中典；刑新国，用轻典”。笔者所力倡的刑法谦抑精神似乎与时代不相合拍。然而，柏拉图的洞穴比喻^①却总是萦绕在脑海里，促使笔者对刑法谦抑精神进行较为系统的研究。

① 柏拉图举例说明了启蒙人类的必要性：一群人从孩提时代就居住在一个大洞穴中，看不到一丝光线，他们一直按照自己认为是“真正的”形状和影子生活。他们创造了一种基于幻想的和实践的社会存在。这些幻想和存在与“真正的”事实没有任何联系；然而，他们相信这些虚幻，并安于现状。柏拉图问，如果其中一个被强制带出洞外，并被放在阳光下，可能会发生什么？起初，他可能完全盲目，看不见别人告诉他的任何真实的事物。渐渐地，他会看到真实事物的本身。在阳光下，他会逐渐认识到洞穴生活的虚假性。如果他回到原来的洞穴中，起初，他可能遇到很大的困难，他无法与洞穴中的其他人进行有力的竞争。他们的结论是设法离开洞穴是不值得的。柏拉图得出结论说，实际上，他们会杀死设法带他们走出洞穴的人。“矫正”洞穴的习惯是极其困难的。由于需要巨大的努力和力量才能逃脱洞穴生活，任何个人都难以逃脱洞穴生活，他们沉溺于他们自己的习惯中。参见[英]韦恩·莫里森著，李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译：《法理学——从古希腊到后现代》，武汉大学出版社2003年版，第34页。

目 录

前 言	(1)
第一章 刑法谦抑精神的概念	(1)
第一节 刑法谦抑精神的称谓	(1)
一、国内学者对刑法谦抑精神的称谓之争	(1)
二、国外学者对刑法谦抑精神的称谓之争	(3)
三、对中外学者关于刑法谦抑精神称谓的评析	(4)
第二节 刑法谦抑精神的孕育史	(10)
一、刑法谦抑精神在国外的产生	(10)
二、刑法谦抑精神在我国的孕育	(14)
第三节 刑法谦抑精神的概念	(19)
一、观点纷争与评析	(19)
二、笔者的观点及论证	(22)
第二章 刑法谦抑精神的内容	(47)
第一节 刑法谦抑精神的内容之争	(47)
一、观点纷争	(47)
二、笔者的评析	(49)
第二节 刑法谦抑精神的内容分析	(61)
一、刑法的有限性	(61)
二、刑法的迫不得已性	(78)
三、刑法的宽容性	(101)
第三章 刑法谦抑精神的根据	(118)
第一节 旧派理论对刑法谦抑精神的体现	(118)

一、罪刑法定主义对刑法谦抑精神的体现	(119)
二、刑法人道主义对刑法谦抑精神的体现	(124)
三、罪刑相适应原则对刑法谦抑精神的体现	(127)
四、犯罪未完成形态理论对刑法谦抑精神的体现	(128)
第二节 新派理论对刑法谦抑精神的体现	(129)
一、教育刑理论对刑法谦抑精神的体现	(132)
二、刑罚裁量理论对刑法谦抑精神的体现	(135)
三、刑罚执行理论对刑法谦抑精神的体现	(137)
四、刑罚消灭制度对刑法谦抑精神的体现	(139)
第三节 刑法谦抑精神的根据之我见	(145)
一、刑法谦抑精神的本体根据	(150)
二、刑法谦抑精神的现实根据	(172)
第四章 刑法谦抑精神的实现	(183)
第一节 非犯罪化	(184)
一、非犯罪化的概念	(184)
二、非犯罪化的肯否之争	(191)
三、笔者的观点	(194)
第二节 非刑罚化	(197)
一、非刑罚化的概念	(197)
二、非刑罚化的肯否之争	(203)
三、笔者的观点	(203)
第三节 轻刑化	(207)
一、轻刑化的概念	(208)
二、轻刑化的肯否之争	(212)
三、笔者的观点	(213)
主要参考文献	(215)

第一章

刑法谦抑精神的概念

刑法的谦抑精神晚近才进入刑法学者的视野，无论刑事旧派抑或刑事新派在其理论中对谦抑精神都有所体现，但均未明确提出谦抑性的概念。由此可见，探究刑法谦抑精神的产生、提出及概念有着较为重要的理论价值和现实意义。

第一节 刑法谦抑精神的称谓

按照惯例，我们应该最先探讨刑法谦抑精神的历史渊源。但是，无论是国内刑法学界，还是国外刑法学界，对于谦抑精神的称呼以及其是否应归属于刑法的基本原则、刑法的价值、刑法的机能抑或是刑法的性质，均存有很大的争议。鉴于此，笔者拟先对刑法谦抑精神的称谓进行研究。

一、国内学者对刑法谦抑精神的称谓之争

我国学者对刑法谦抑精神的称谓大致有以下五种：

第一，刑法的谦抑性。大多数学者赞同这种称谓。但在此种称谓中，刑法谦抑性的意义又有所不同：（1）有的学者认为，刑法的谦抑性应属于刑法价值之一，与刑法的公正性与人道性相提并论。^①（2）有的学者认为，刑法的谦抑性是刑事立法的原则之一，与刑事立法的明确性原则、协调性原则并驾齐驱。^②还有学者认为，谦抑性原则主要发生于刑事立法环节。立法过程中，的确存在当刑事立法与民商或经济行政立法“等效”时，即不作刑法设置的“谦抑性”

① 参见陈兴良著：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社1998年版，第353页。

② 参见张明楷著：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第142～180页。

立法选择。^① (3) 还有学者认为, 谦抑性应为刑事立法的特征, 与及时性及协调性一起同为刑事立法的特征。^②

第二, 刑法的抑制性。许道敏博士认为, 我国许多学者将刑法的抑制称为刑法的谦抑, 这是不正确的。谦抑不是现代汉语, 而是中国台湾和大陆刑法著述对日文词汇的照搬, 这是应当订正的。日文中的谦抑, 相当于汉语的谦虚和节制, 意即谦虚有度、谦虚克己, 直接以此词汇表述刑法理论显然是词不达意, 也是不严谨的。所以, 许道敏博士认为, 将刑法的谦抑性称为抑制性是比较合适的, 而且, 应将刑法的抑制性作为刑法的特征之一, 与公正性、人道性、严密性一起构成刑法的特征。^③

第三, 刑法谦抑观念。有的学者认为, 目前中国刑法学面临以下问题: 一方面, 刑法学界似乎存在着对刑法谦抑观念“抽象肯定, 具体否定”的迹象。这表现在有的学者虽然抽象地认可刑法谦抑, 但在表述刑法问题时却不知不觉地流露出刑法万能的思想, 总是希望刑法能多干些事情, 而很少有刑法不能干的事情。在刑事法制实践中, 刑法谦抑这一体现现代法治价值意蕴的刑法观念还没有能够对国家的刑事政策、刑事立法以及刑事司法产生影响。另一方面, 迄今为止, 刑法学界只有少数学者抽象地论述了刑法谦抑的基本要求, 而对根据刑法谦抑如何确定犯罪圈和刑罚圈还缺乏系统全面的研究, 因而也不可能为国家刑事立法确定刑罚触须干预范围提供比较明确、具体、具有可操作性的标准。这两个问题不解决, 刑法的任意扩张和刑罚极度膨胀的现象就难以避免。鉴于此, 其认为, 面向 21 世纪的中国刑法学在观念定向层面, 应当继续致力于批判刑法万能主义, 张扬刑法的谦抑观念。不仅应当使刑法谦抑成为所有中国刑法学者的共识, 而且应当使刑法谦抑观念为社会公众尤其是决策机关所接受, 成为刑事立法和刑事司法的刑事政策的基础。^④ 由此看来, 此观点认为, 应把谦抑精神称之为“谦抑观念”, 并且将其置于刑事政策的范畴。

第四, 刑法的最后手段性。有的学者认为, 刑法系以刑罚或保安处分之法律效果作为规范并维护社会共同生产秩序之最后手段 (Ultima Ratio)。故立法

① 参见屈学武:《刑法谦抑性原则的正确解读与适用》, 载于《光明日报》2003 年 11 月 4 日。

② 参见赵秉志主编:《刑法基础理论探索》, 法律出版社 2003 年版, 第 15~21 页。

③ 参见许道敏著:《民权刑法论》, 中国法制出版社 2003 年版, 第 109~135 页。

④ 参见梁根林、何慧新:《二十世纪的中国刑法学(中)》, 载于《中外法学》1999 年第 3 期。

上若以刑罚之外之法律效果亦能有效防制不法行为时，则应避免使用刑罚。唯有在其他法律效果未能有效防制不法行为时，始得以刑罚作为该行为之法律效果，而动用刑法，此即刑法之最后手段性。^①

第五，刑法的谦抑思想。有的学者认为，刑法对于一定的犯罪科以一定的刑罚制裁，因有国家的强制力作后盾，动辄剥夺犯人的生命、自由、财产，故在运用刑法上应本着谦让、抑制的精神在必要合理的最小限度范围内为之，此即刑法的谦抑思想。^②

二、国外学者对刑法谦抑精神的称谓之争

国外学者对刑法谦抑精神大致有以下几种称谓：

第一，谦抑思想。日本刑法学者小暮得雄认为，不论以刑罚观之争为发端的学派论争的结果如何，带有无情或曰残酷色彩的刑罚，毕竟为客观存在的现实。而且无论给刑罚冠以怎样的美名，其实质仍然是一种无可争辩的制裁、利益的剥夺及痛苦。因而，人们常常用“残酷的报应”这一用语来形容刑罚。可见，若难以否认刑罚所具有的这一残酷性之本质的话，那么对其适用范围应尽量地加以限制。此外，在纯化刑罚内容的同时，还应将刑法的内容限制在必要且合理的最小范围之内。人们一般将上述考虑称之为谦抑思想或者谦抑主义，这一术语本身或许不太成熟，但其本义在于必须抑制对刑罚的行使。毋庸置疑，虽谦抑思想问世的本身要受时代、社会的制约，但在国家机构安定和各种价值并存的多元化的社会状况下，谦抑思想则发挥着越来越重要的作用。^③当然，小暮得雄在论述谦抑思想时，主要将其放在刑罚理论中。因为他认为，刑法的残酷性主要体现在刑罚的残酷性。基于此考虑，学者们在介绍小暮得雄的刑法理论时，也往往把他的刑法谦抑思想归入其刑罚理论中。

第二，刑法的谦抑性。日本刑法学者平野龙一教授认为，刑法的谦抑性包

^① 参见林山田著：《刑法通论》，台湾三民书局2000年版，第54页。

^② 参见黄丁全：《社会相当性理论研究》，载于陈兴良主编：《刑事法评论》（第5卷），中国政法大学出版社2000年版，第323页。

^③ 参见〔日〕小暮得雄等著：《刑法入门》，有斐阁1979年版，第10～14页，转引自李海东主编：《日本刑事法学者》（下），法律出版社、成文堂联合出版1995年版，第224～225页。

含刑法的补充性、不完整性（断片性）以及宽容性（自由尊重性）。^① 平野龙一教授认为谦抑性应为刑法的法律性质。

第三，谦抑主义。日本刑法学者大塚仁认为，刑法不应该以所有的违法行为、所有的有责行为为当然的对象，只限于在必要的迫不得已的范围内才应该适用刑罚。称这种原则为谦抑主义。^② 大塚仁教授是把谦抑主义放在秩序维持机能和自由保障机能之中加以论述的。另外，还有学者认为，谦抑主义应是刑法的目的和机能的重要组成部分。^③ 也有学者称之为谦抑主义，但认为其是刑法的根本主义之一，与责任主义、客观主义相提并论。^④

第四，谦抑原则。日本刑法学者大谷实认为，所谓谦抑原则，是指刑法不应将所有的违法行为都作为其对象，而应将不得已才使用刑罚的场合作为其对象的原则。该原则与刑法的人权保障机能相关。^⑤ 大谷实教授在论述谦抑原则时，是将其放在刑法的社会机能之中进行论述的。

三、对中外学者关于刑法谦抑精神称谓的评析

从上述介绍来看，中外学者关于刑法谦抑精神的称谓大同小异。笔者对上述观点都不太赞同。我国学者的第一种观点称“刑法的谦抑性”，根据《现代汉语词典》，“性”有以下几种含义：（1）性格；（2）物质所产生的性质；物质因含有某种成分而产生的性质；（3）在思想、感情等方面的表现；（4）有关生物的生殖或性欲的；（5）性别；（6）表示名词（以及代词、形容词）的类别的语法范畴。^⑥ 依此，笔者认为，此处的“谦抑性”中的“性”应为第二或第三种意思。如果把谦抑性作为刑法的性质来理解，明显是不太恰当的。因为，刑法的性质包括刑法的阶级性质和法律性质，其阶级性质即为统治阶级意志的体

① 参见〔日〕平野龙一：《现代刑法的机能》，载平野龙一编：《现代法Ⅱ——现代法与刑罚》，岩波书店1965年版，第21～22页。

② 参见〔日〕大塚仁著，冯军译：《刑法概说》（第三版），中国人民大学出版社2003年版，第22页。

③ 参见〔日〕阿部纯二、板仓宏、内田文昭、香川达夫、川端博、曾根威彦编：《刑法基本讲座（第1卷）——基础理论/刑罚论》，法学书院1992年版，第10～14页。

④ 参见〔日〕佐伯千仞著：《刑法讲义（总论）》（第四版），有斐阁1981年版，第80～82页。

⑤ 参见〔日〕大谷实著，黎宏译：《刑法总论》，法律出版社2003年版，第4页。

⑥ 参见《现代汉语词典》（修订版），商务印书馆1996年版，第1412页。