

自选集

走向哲学的刑法学



陈兴良 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



自选集

走向哲学的刑法学

陈兴良 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

走向哲学的刑法学/陈兴良著. —北京: 北京大学出版社, 2018. 3

ISBN 978 - 7 - 301 - 29115 - 3

I. ①走… II. ①陈… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第328610号

- 书 名** 走向哲学的刑法学
Zouxiang Zhexue de Xingfaxue
- 著作责任者** 陈兴良 著
- 责任编辑** 王建君 焦春玲
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 29115 - 3
- 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> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 北京中科印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 650毫米×980毫米 16开本 24.5印张 370千字
2018年3月第1版 2018年3月第1次印刷
- 定 价** 78.00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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

“陈兴良作品集”总序

“陈兴良作品集”是我继在中国人民大学出版社出版“陈兴良刑法学”以后,在北京大学出版社出版的一套文集。如果说,“陈兴良刑法学”是我个人刑法专著的集大成;那么,“陈兴良作品集”就是我个人专著以外的其他作品的汇集。收入“陈兴良作品集”的作品有以下十部:

1. 自选集:《走向哲学的刑法学》
2. 自选集:《走向规范的刑法学》
3. 自选集:《走向教义的刑法学》
4. 随笔集:《刑法的启蒙》
5. 讲演集:《刑法的格物》
6. 讲演集:《刑法的致知》
7. 序跋集:《法外说法》
8. 序跋集:《书外说书》
9. 序跋集:《道外说道》
10. 备忘录:《立此存照——高尚挪用资金案侧记》

以上“陈兴良作品集”,可以分为五类十种:

第一,自选集。自1984年发表第一篇学术论文以来,我陆续在各种刊物发表了数百篇论文。这些论文是我研究成果的基本载体,具有不同于专著的特征。1999年和2008年我在法律出版社出版了两本论文集,这次经过充实和调整,将自选集编为三卷:第一卷是《走向哲学的刑法学》,第二卷是《走向规范的刑法学》,第三卷是《走向教义的刑法学》。这三卷自选集的书名正好标示了我在刑法学研究过程中所走过的三个阶段,因而具有纪念意义。

第二,随笔集。1997年我在法律出版社出版了《刑法的启蒙》一书,这是一部叙述西方刑法学演变历史的随笔集。该书以刑法人物为单元,以这些刑法人物的刑法思想为线索,勾画出近代刑法思想和学术学派的发展历史,对于宏观

地把握整个刑法理论的形成和演变具有参考价值。该书采用了随笔的手法,不高头讲章那么难懂,而是娓娓道来亲近读者,具有相当的可读性。

第三,讲演集。讲演活动是授课活动的补充,也是学术活动的一部分。在授课之余,我亦在其他院校和司法机关举办了各种讲演活动。这些讲演内容虽然具有即逝性,但文字整理稿却可以长久的保存。2008年我在法律出版社出版了讲演集《刑法的格致》,这次增补了内容,将讲演集编为两卷:第一卷是《刑法的格物》,第二卷是《刑法的致知》。其中,第一卷《刑法的格物》的内容集中在刑法理念和制度,侧重于刑法的实践;第二卷《刑法的致知》的内容则聚焦在刑法学术和学说,侧重于刑法的理论。

第四,序跋集。序跋是写作的副产品,当然,为他人著述所写的序跋则无疑是一种意外的收获。2004年我在法律出版社出版了两卷序跋集,即《法外说法》和《书外说书》。现在,这两卷已经容纳不下所有序跋的文字,因而这次将序跋集编为三卷:第一卷是《法外说法》,主要是本人著作的序跋集;第二卷是《书外说书》,主要是主编著作的序跋集;第三卷是《道外说道》,主要是他人著作的序跋集。序跋集累积下来,居然达到了一百多万字,成为我个人作品中颇具特色的内容。

第五,备忘录。2014年我在北京大学出版社出版了《立此存照——高尚挪用资金案侧记》一书,这是一部以个案为内容的记叙性的作品,具有备忘录的性质。该书出版以后,高尚挪用资金案进入再审,又有了进展。这次收入“陈兴良作品集”增补了有关内容,使该书以一种更为完整的面貌存世,以备不忘。可以说,该书具有十分独特的意义,对此我敝帚自珍。

“陈兴良作品集”的出版得到北京大学出版社蒋浩副总编的大力支持,收入作品集的大多数著作都是蒋浩先生在法律出版社任职期间策划出版的,现在又以作品集的形式出版,对蒋浩先生付出的辛勤劳动深表谢意。同时,我还要对北京大学出版社各位编辑的认真负责的工作态度表示感谢。

是为序。

陈兴良

2017年12月20日

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

前 言

1999年出版了我的第一部自选集《走向哲学的刑法学》，2008年又出版了第二部自选集《走向规范的刑法学》，2018年将出版第三部自选集《走向教义的刑法学》。此次，将三部自选集纳入“陈兴良作品集”同时出版。各部自选集出版时间相距10年左右，加上第一部自选集向前延伸的10年时间，是我跨度长达30年的刑法学研究黄金时代的研究成果的荟萃。而三部自选集的书名，也正好反映了这三个时期我的刑法学研究的主题。

从《走向哲学的刑法学》到《走向规范的刑法学》，这两个书名恰如其分地反映出我的第一次学术转向。

《走向哲学的刑法学》是从1988年开始到1998年为止，我在刑法哲学研究上学术努力的一个总结。1988年5月，我获得博士学位，完成了专业学习，开始从事刑法学的学术研究。这个时期的学术成果主要体现为刑法哲学三部曲：《刑法哲学》（中国政法大学出版社1992年版）、《刑法的人性基础》（中国方正出版社1996年版）和《刑法的价值构造》（中国人民大学出版社1998年版）。在这三部专著的创作过程中，我陆续发表了一些论文，这些论文是三部著作的精髓之所在。将这些论文结集出版，可以明显地看出我在这一时期对刑法哲学的学术兴趣。

以1997年《刑法》修订为契机，我开始从刑法哲学转向规范刑法学，同样出版了三部具有代表性的著作：《刑法疏议》（中国人民公安大学出版社1997年版）、《本体刑法学》（商务印书馆2001年版）和《规范刑法学》（中国政法大学出版社2003年版）。这对我来说是一次重大的学术调整。从1988年到1999年，我国刑法学研究正处于恢复期，尽管围绕着我国1997年《刑法》和司法解释展开了以服务于司法实践为主旨的刑法学研究，但受到苏俄刑法学传统制约，当时的刑法学研究尚处在一个较低的学术水平。以1997年《刑法》修订为起点，在立法发展的同时，也开始了一个理论更新的进程。对于我

来说,《刑法疏议》一书可以说是一个标志,从刑法哲学的研究,转而回到对刑法的注释,这本身就是一种学术关注点的转移。

在《刑法疏议》一书的前言中,我对这种学术兴趣的转移作了以下注解:“本书是我独自撰著的第一部严格意义上注释法学的著作。此前,我的学术兴趣主要在于刑法哲学,志在对刑法进行超越法律文本、超越法律语境的纯理论探讨,先后出版了《刑法哲学》、《刑法的人性基础》、《刑法的价值构造》等著作。当然,我从来不认为法学是纯法理的,也没有无视法条的存在。我总认为,法理虽然是抽象的与较为恒久的,但它又必须有所附、有所载,而这一使命非法条莫属。因此,对法条的研究是法学研究中不可忽视也不可轻视的一种研究方法,只不过它的研究旨趣迥异于法哲学的研究而已。中国是一个具有悠久的注释法学传统的国度,以《唐律疏议》为代表的以法条注疏为形式的法学研究成果是中华法律文化传统的主要表现形式。现在,我国不仅哲学研究基础薄弱,纯正的注释法学的研究同样后劲不足。《刑法疏议》一书力图继承中国法律文化传统,以条文注释及其详解的方法对刑法进行逐编逐章逐节逐条逐款逐项逐句逐词的注释,揭示条文主旨,阐述条文原意,探寻立法背景,详说立法得失。”上述论断,确实是我在写作《刑法疏议》一书时的心境的真实写照。未曾想,这一学术兴趣的转移,开始了我另一段学术生涯。

《本体刑法学》与《规范刑法学》的写作,正是循着这一思路而展开的规范刑法研究。在这一研究过程中,《本体刑法学》一书具有独特的意义。在方法论上,本书开辟了刑法法理学的研究领域——一种不依附于法条的刑法法理研究。在犯罪论体系上,本书构架了罪体—罪责的独到体系,在《规范刑法学》一书中进一步发展为罪体—罪责—罪量这样一个三位一体的犯罪论体系。尤其是,《本体刑法学》一书以一种体系性叙述的方式,对刑法知识进行了教科书式的整理。从《刑法哲学》到《本体刑法学》,对于我来说,是一个重大的学术转折。曲新久教授在评论我的这一学术转折时,采用了“回归”一词,我以为是妥帖的:“《本体刑法学》可以说是理论超越之后的一种朴素的回归——返璞归真,是刑法理论的一次软着陆,从批判教科书体系出发最终又回到教科书体系,不是刑法理论向教科书的简单回归,而是通过教科书体

系实现刑法知识的新积累与新提升,历史可能真的是在否定之否定中发展。”^①正是在否定之否定的历史循环发展过程中,我回归到规范刑法学研究。当然,这里的规范刑法学已经不是20世纪80年代苏俄刑法学的简单重复,而是努力重构大陆法系的刑法学术话语的一种自觉行动。尽管《本体刑法学》一书想“为读者提供理论刑法学的独具个性但又溶入学术公共话语的体系化知识全景”^②,但这种文本式的知识叙述只是一种学术个案,对于刑法学的方法论转型来说,作用还是有限的。

如果说,《走向哲学的刑法学》书名中的“哲学”一词,是指刑法学的研究方法,即力主将哲学方法引入刑法学,由此提升刑法学的理论层次。那么,《走向规范的刑法学》书名中的“规范”一词,具有双重含义,一是在规范刑法学意义上使用的“规范”一词,以此与《走向哲学的刑法学》书名中的刑法哲学相对应,表明本书是我在规范刑法学这一学术领域的成果汇集。在这个意义上,规范是指刑法规范,它是刑法学研究的对象,以此为内容的刑法学就是规范刑法学。二是在学术规范意义上使用的“规范”一词,以此反映我对刑法知识的规范化的渴望。我国传统的刑法学知识存在过多的政治化、意识形态化的遮蔽,因而容易混同于政治话语。我在《刑法哲学》一书的后记中指出的专业槽的命题,实际上是对规范的刑法知识的另一种表述。其实,建立刑法专业槽,意味着对刑法学术性的追求,这种刑法学术性的表现就在于学术话语的建立。在《刑法理论三个推进》一文中,我曾经指出:“以往的刑法理论中,政治意识形态垄断了话语权,这种刑法理论是一种政治话语的重复。而刑法理论的发展,就是要终结政治话语在刑法理论中的垄断地位,形成刑法理论自身的话语,这种话语是自主的、自足的、自立的,因而具有科学性。这种刑法理论话语的改变,不仅是学术关注点的转移,而且是理论叙述语言的创新,理论叙述方法的创新。”^③这段话是我在写作《本体刑法学》一书过程中生发的感想、感触与感悟,也是我对刑法知识的规范化的认识。规范化的刑法知识之生成,存在“破”与“立”两个方面。正如曲新久教授深刻地

^① 曲新久:《刑法哲学的学术意义——评陈兴良教授从〈刑法哲学〉到〈本体刑法学〉》,载《政法论坛》2002年第5期。

^② 蔡道通:《理论与学术的双重提升——评陈兴良教授〈本体刑法学〉》,载《法制与社会发展》2002年第1期。

^③ 陈兴良:《刑法理论三个推进》,载《人民法院报》2001年2月9日,第3版。

指出的那样,哲学思维方式恰恰是“破旧”之利器:“陈兴良教授运用哲学方法打破意识形态的话语垄断与霸权——现在和今后的很长一段时间内,哲学尤其是哲学方法依然是打破意识形态话语的有力武器——恢复知识的客观性与中立性,做出了突出贡献,《刑法哲学》的最大学术价值和意义就在于此。”^①因此,刑法哲学研究在更大程度上具有学术革命的功用,但知识建设还是有待于规范刑法学的方法。在知识建设中,我们要充分认识到刑法知识的超文化性、跨国界性的特征,引入与借鉴大陆法系的刑法知识,作为我国规范刑法知识的基本平台。在此基础上,再学习英美俄以及其他国家的刑法知识,并加以本土化的改造,这才是我国刑法学的出路。离开了整个人类的刑法知识文化的历史传承,以为能够独创一套知识体系,这是完全虚幻的,最终不可能实现。因此,刑法知识的规范化应怀着开放心态结合本土国情而达成。

从《走向规范的刑法学》到《走向教义的刑法学》,是我的第二次学术转型,也可以说是一次学术提升。如果说,《走向规范的刑法学》中的“规范”,更多的是强调了研究对象的具象性,因而完成从对抽象的刑法理念的研究到对具象的刑法规范的分析。那么,《走向教义的刑法学》中的“教义”,就不仅是一种规范,甚至也不仅仅是一种方法,而且是一种信仰。这里的教义,也可以理解为教义学,即刑法的教义学。从这个意义上说,教义的刑法学也就是刑法的教义学,是法教义学的一个重要分支。在我国刑法学界,教义也称为信条,具有一定的宗教意味。我认为,无论是教义还是信条,都具有一种先验性,它是以某些先验于我们的知识前见而构成的。这些知识前见形成了一个学术话语系统,成为刑法研究的知识来源,在此基础上我们“接着说”。同时,它又是一种分析工具,利用这种工具,我们可以对现行刑法规范进行有效的法理分析。从“规范”到“教义”,尽管研究对象没有改变,但研究方法已经发生了性质上的变化。可以说,刑法的教义学研究才真正使刑法学成为一门规范科学。

刑法学走向教义学,这是以德日刑法知识的大量引进为前提的。在过去

^① 曲新久:《刑法哲学的学术意义——评陈兴良教授从〈刑法哲学〉到〈本体刑法学〉》,载《政法论坛》2002年第5期。

学术封闭的年代,我国的刑法理论研究只能停留在总结司法实践经验的基础上,其理论层次相对还是较低的。尤其是,在这种学术的“自说自话”的年代,刑法理论的成长是极为缓慢的。而引入德日刑法学,为我们打开了一扇通向世界的窗户,为我国刑法学术与世界接轨提供了可能的条件。由此,我国的刑法学术研究不再自外于世界的学术潮流,而是汇入世界性的刑法学术潮流。因此,对于刑法的教义学研究来说,必须经历的两个步骤是:学习和消化。学习是引入德日的刑法知识,引入的方法包括翻译介绍和对外交流。消化是实现德日刑法知识的本土化,利用刑法的教义学方法,对我国刑法进行研究。在这当中,刑法教义学的学术启蒙显得十分重要。

在教义刑法学研究中,我个人较为满意的学术成果是以下三部专著:《教义刑法学》(中国人民大学出版社2010年版)、《刑法的知识转型(学术史)》(中国人民大学出版社2012年版)和《刑法的知识转型(方法论)》(中国人民大学出版社2012年版)。值得说明的是,《刑法的知识转型(方法论)》是我2007年出版的《刑法知识论》一书的升级版,在这两部专著之间具有替代关系。因此作为知识转型的一种努力,我从2000年开始致力于刑法方法论的探究,尤其是对我国刑法学的苏俄化特征的描述以及去苏俄化的倡导,引入大陆法系犯罪论体系的不遗余力地疾呼。尽管传统的学术力量具有巨大的历史惯性,要想改变十分困难,但毕竟要有人站出来“不”,否则历史将永远重复、停顿而没有发展。

如果说,《教义刑法学》一书侧重于对德日刑法知识的介绍,那么《刑法的知识转型(学术史)》一书就是对我国刑法学术地基的一种清理,而《刑法的知识转型(方法论)》一书则是对我国刑法方法论的一种探讨。正是在《教义刑法学》一书中,我提出了“走向教义学的刑法学”这个命题。如果说“走向教义学的刑法学”是一个目标,那么,刑法的知识转型就是达至这一目标的途径。“刑法的知识转型”是我提出的一个重要命题,它与“走向教义学的刑法学”这个命题一起,成为近年来我的一种学术目标和学术标签。

收录在《走向教义的刑法学》一书中的是采用教义学方法,对刑法相关理论问题进行分析的论文,也是近年来我在刑法教义学研究领域的学术成果。其中,《刑法教义学方法论》一文,刊登在《法学研究》2005年第2期,是我国最早讨论刑法教义学的论文。该文曾经编入《走向规范的刑法学》一

书,这次重新收入《走向教义的刑法学》一书,使之回复到一个应然的位置,也成为我的刑法教义学研究的起始之作。同时,对其他两部自选集的若干论文也作了适当的调整。例如,在《走向哲学的刑法学》一书中,增加了《法学:作为一种知识形态的考察——尤其以刑法学为视角》一文,是我对刑法知识形态进行论述的第一篇论文。该文发表在2000年,时间上接近于《走向哲学的刑法学》的时代,也可以说是在刑法哲学思考基础上,对刑法知识进行整体性认知的起始之作,将该文收入《走向哲学的刑法学》一书更为妥当。此外,在《走向规范的刑法学》一书中增添了《刑法机能的话语转换》和《转型中的中国犯罪论体系》两篇论文。从三部自选集收录的论文来看,似乎《走向哲学的刑法学》和《走向规范的刑法学》两部书的内容更偏向于学理性;而《走向教义的刑法学》则更注重对刑法规范的教义学诠释,而不是对刑法教义学原理的论述。之所以如此安排,是因为我在《教义刑法学》一书中已经对刑法教义学原理进行了专题性的讨论。在此基础上,我认为更为重要的是借助于这种刑法教义学的分析工具,对我国刑法中的理论问题进行教义学的阐述,以此形成我国本土的刑法教义学知识。这当然只是一种预期,但我愿意在这个方向上继续努力。

三部自选集的重新出版,对于我来说,是一个对自己的刑法学术生涯的总结,而不是终结。尽管一个人的学术生命是有限的,在历史的坐标上,我们所能起到的只是一种过渡的作用。但我还是认为,在正确的学术道路上前行,才是一种不负使命的学术追求。

是为前言。

陈兴良

2007年11月5日一稿

2017年3月21日增写

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

目 录

论刑法哲学的价值内容和范畴体系	001
刑法哲学研究论纲	013
作为一种知识形态的考察 ——尤其以刑法学为视角	023
刑法的人性基础	051
刑法的价值构造	063
刑法机能二元论	075
从政治刑法到市民刑法 ——二元社会建构中的刑法修改	095
罪刑法定的当代命运	139
罪刑均衡的理论建构	199
罪刑均衡的价值蕴涵	209
刑法公正论	223
犯罪价值论	259
论意志自由及其刑法意义	283
论人身危险性及其刑法意义	295
主观恶性论	307
刑罚存在论	323
论刑罚权及其限制	333
刑罚目的二元论	343
刑事政策视野中的刑罚结构调整	353

论刑法哲学的价值内容和范畴体系*

刑法哲学,是对刑法所蕴涵的法理提升到哲学高度进行研究的一门学科。刑法哲学作为刑法学的基础理论,对于刑法学的深入发展具有重要意义。在我国刑法学领域,刑法哲学尚是一块有待开垦的处女地。为推动刑法哲学研究,本文拟对刑法哲学的价值内容和范畴体系这两个基本问题略作探讨,就正于我国刑法学界。

一、刑法哲学的价值内容

在现代哲学中,价值问题越来越受到人们的关注,成为哲学研究中的一个最具诱惑力的问题,以至于形成所谓价值哲学。价值问题同样引起法学界的重视,英国法学家彼得·斯坦和约翰·香德认为,一切法学家都只不过是采用各种各样的方式,描述法律能够在什么程度上实现社会秩序、公平、个人自由这些基本的价值而已。^①显然,法律价值也应该是法学充分关注的问题之一。

那么,刑法的基本价值何在呢?

法是以调整个人与社会的冲突为己任的。这种个人与社会的冲突,在某种意义上可以说是个人与国家之间的冲突。从刑法的意义上说,犯罪是个人对社会的一种侵害,而刑罚是社会为防卫自身的生存条件而对犯罪人的一种制裁。因此,个人与社会的这样一种冲突关系,表现在刑法中,就是犯罪与刑罚之间的关系。罪刑关系作为刑法的调整对象,表现出双重的属性:立足于已然之罪,刑罚应该是一种报应;而立足于未然之罪,刑罚应该是一种预防。报应与预防的

* 本文原载《法学研究》1992年第2期。

^① 参见〔英〕彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第35页。

关系及其解决,成为刑法哲学的基本问题。刑法哲学的一切命题都由此展开,并且为此服务。可以说,它是刑法哲学的逻辑起点,也是刑法哲学的逻辑归宿,刑法的价值就蕴涵在这一问题之中。

(一) 公正

公正,也称公平、正义,源出于拉丁语 *Justitia*,系由 *Jus* 一词演化而来。公正是法的本性,法是公正的象征。尽管在古希腊时期就有恶法(不公正的法)是不是法的争论,并不乏对此持肯定态度的人,但一般的人论及法的时候,总有一种神圣感,这种神圣感盖源自法的公正性。刑法涉及对公民的生杀予夺,因而公正性更是它的生命,更值得我们重视。公正作为刑法的首要价值,就是说,刑法中的一切问题都应当让位于公正性,刑法哲学的一切原理都应当立足于公正性。刑法,应当成为具有公正性的刑法;刑法哲学,应当成为思考刑法的公正性的理论。离开这一根本命题,刑法哲学就丧失了它的生命力。当然,刑法的公正性问题并不是一个经验哲学的命题,公正性的标准及其判断是一个与社会密切相关的问题。并且,刑法的公正性本身也不是绝对的、抽象的,而是相对的、具体的,受制于一定的社会物质生活条件。

古希腊哲学家亚里士多德把正义划分为“普遍的正义”和“特殊的正义”,亚氏又把“特殊的正义”分为“分配正义”和“平均正义”两种。“分配正义”为数量相等,“平均正义”为比值相等。亚氏所说的分配之公平,相当于按需分配:形式上不平等,实质上平等;而平均之公平则相当于按劳分配:形式上平等,实质上不平等。在刑法中,也有这两种公平:按照已然之罪确定刑罚,即报应,相当于按劳分配,是一种平均之公平,按照未然之罪确定刑罚,即预防,相当于按需分配,是一种分配之公平。报应是刑罚一般化,根据社会危害性分配刑罚:社会危害性大则重判,社会危害性小则轻判。预防是刑罚个别化,根据人身危险性分配刑罚:人身危险性大则重判,人身危险性小则轻判。这两种刑法公正的标准显然存在冲突。那么,我们究竟按照什么标准来衡量刑法的公正性呢?亚里士多德指出:“公正平等为二极端之中道,则公平为之中道亦宜。”^①公正不仅为二极端之中道,而且也是两种公正标准之中道。因此,我们认为,报应与预防都体现了某种公正性:报应是个人的公正性,预防是社会的公正性,两者应

^① [希腊]亚里士多德:《伦理学》,向达、夏崇璞译,商务印书馆1933年版,第101页。

该统一而不是相互排斥,这也正是我们所主张的罪刑关系二元论的基本原理。^①

刑法的公正性有立法公正、审判公正与行刑公正之分。在这三者中,立法公正是基础,没有立法公正就根本谈不上刑法的其他公正性。正如马克思指出:“如果认为在立法者偏私的情况下可以有公正的法官,那简直是愚蠢而不切实际的幻想!既然法律都是自私自利的,那么大公无私的判决还能有什么意义呢?法官只能够丝毫不苟地表达法律的自私自利,司法只能够无条件地执行它。在这种情形下,公正是判决的形式,但不是它的内容,内容早被法律所规定。”^②立法的公正性主要表现在刑事禁止性规范的合理性上。也就是说,只有对那些确有必要禁止的行为,才能在刑法上规定为犯罪,并予以刑罚处罚。由于社会经济、政治和社会生活的变化,某一行为过去认为是犯罪的,现在其社会危害性已经消灭,甚至有利于社会;或者过去不认为是犯罪的,现在却对社会具有较大的危害性。在这种情况下,刑事立法应当及时进行废、改、立,以便跟上社会发展的步伐,保持立法的公正性。审判公正,首先需要公正的法官。根据马克思的观点,在法的适用领域,存在着普遍与个别之间的矛盾,而解决这一矛盾,使个别案件的审理符合立法普遍精神的契机或中介,便是运用法律进行具体判断的结合。因此,要把法律所体现的自由理性精神具体融解和贯彻到个别案件的公正审理之中,就需要公正不阿、精通法律、维护法治尊严的法官。^③审判公正,更为重要的还在于统一法度,保障公正处刑。至于行刑公正,则主要表现在犯罪人的行刑处遇上,例如行刑的个别化、开放化与社会化等。当然,最为重要的是将犯人当做人,尊重犯人的人格,维护犯人合法正当的权利。

(二) 谦抑

谦抑,是指缩减或者压缩。^④刑法的谦抑性,又称为刑法的经济性或者节俭性,是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚(而用其他替代措施),获取最大的社会效益——有效地预防和抵制犯罪。

① 参见陈兴良、邱兴隆:《罪刑关系论》,载《中国社会科学》1987年第4期。

② 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1960年版,第178页。

③ 参见李光灿、吕世伦主编:《马克思恩格斯法律思想史》,法律出版社1991年版,第66页。

④ 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第175页。

犯罪作为一种社会现象,其产生原因是十分复杂的。对于犯罪这种社会疾患,应当寻找社会的救治办法。而且,犯罪不可能通过刑罚予以消灭,而只能尽可能地将其控制在不危及社会的根本生存条件这一社会可以容忍的限度之内。刑罚作为抗制犯罪的主要法律手段,兼具积极与消极的两重性。正如德国著名刑法学家耶林指出:“刑罚如两刃之剑,用之不得其当,则国家与个人两受其害。”^①因此,那种迷信刑罚的威慑力,尤其是迷信重刑对未然之犯罪的遏制效果以及对已然之犯罪人的矫正功能的观点,是不足取的。

刑法的谦抑性表现在:对于某种危害社会的行为,国家只有在运用民事的、行政的法律手段和措施仍不足以抗制时,才能运用刑法的方法,亦即通过刑事立法将其规定为犯罪,处以一定的刑罚,并进而通过相应的刑事司法活动加以解决。犯罪与刑罚是紧密相连的一对范畴,犯罪是刑罚的导因,而刑罚则是犯罪的后果。因此,动用刑法手段解决社会冲突,应当具备以下两个条件:其一,危害行为必须具有相当严重程度的社会危害性;其二,作为对危害行为的反应,刑罚应当具有无可避免性。相当程度的社会危害性主要是根据社会价值标准作出判断。而所谓刑罚之无可避免性,则是指立法者对于一定的危害行为,如果不以国家最严厉的反应手段——刑罚予以制裁,就不足以有效地维持社会秩序。一般来说,具有下列三种情况之一的,就说明不具备刑罚之无可避免性:①无效果。所谓无效果,就是指对某一危害行为来说,即使规定为犯罪,并且处以刑罚,也不能达到预防与抗制之效果。②可替代。所谓可替代,就是指对于某一危害行为来说,即使不运用刑罚手段,而运用其他社会的或者法律的手段,例如道德教育,民事或者行政制裁,也足以预防和抗制这一危害行为。③太昂贵。所谓太昂贵,是指通过刑罚所得到的效益要小于其所产生的消极作用。在以上三种情况下动用刑法,就是刑罚不具有无可避免性,因而,刑法应当谦抑。

在西方发达国家,当今实现刑法谦抑的主要途径在于:非犯罪化与非刑罚化。非犯罪化与非刑罚化作为一种国际思潮应当引起我们的重视,但不可照搬到中国来。非刑罚化并非中国当前面临的根本问题。由于中国传统的重刑观念的影响,认为只有生命刑、自由刑才是刑罚,而在思想上把其他财产

^① 林山田:《刑罚学》,台北商务印书馆1985年版,第127页。

刑、资格刑排斥于刑罚概念之外的现象还十分严重。因此,中国的当务之急是削减死刑,逐渐实现轻刑化,即大幅度地降低刑罚量,才是当前中国实现刑法谦抑的主要途径。当然,非犯罪化和非刑罚化思潮所强调的犯罪的相对性观念、刑法的不完整性观念、刑罚的经济性观念和刑法手段的最后性观念,仍然值得我们借鉴。^①

(三) 人道

人道,与人性是同义词。刑法的人道性是指刑法的制定与适用都应当与人的本性相符合。应当指出,人道本身也是一个历史的范畴,每一个历史时期,都有与之相适应的人道标准。从我们今天的眼光看,古代与中世纪的刑法是极为残酷的。对此,贝卡里亚作了猛烈的抨击。随着时代的发展,刑法的人道化已经成为历史发展的必然趋势,并且成为国际社会的共识,基于此,国际社会还先后通过了一些旨在保护人权的国际公约。

刑法的人道性,立足于人性。而人性的基本要求乃是指人类出于良知而在其行为中表现出的善良与仁爱的态度和做法,即把任何一个人人都作为人来看待。因此,刑法的人道性的最基本也是最根本的要求可以归结为如下命题:犯罪人也是人。作为人,犯罪人也有其人格尊严,对于犯罪人的任何非人对待都是不人道或者反人道的。应该说,我国刑法是人道的,没有规定任何残酷的与侮辱人格的刑罚。随着社会的进步、经济的发展,我国刑法应该进一步人道化,这主要表现在削减死刑、限制无期徒刑,大量地运用自由刑的替代措施等。

刑法的人道性,在更广泛的意义,也是更重要的意义上还表现在对公民个人自由的尊重,使无辜者不受刑事追究。彼得·斯坦、约翰·香德指出:“在刑事法庭上,只要对刑法的干涉范围究竟如何存在一丝疑问,人们就会要求法庭将个人自由价值观放在第一位。任何行为,只要对社会构成危害,刑法就可以予以禁止。但是,刑法必须对此事先加以精确的规定,这一点是至关重要的。”^②因此,在刑法中实行严格的“法无明文规定不为罪、法无明文规

^① 参见黎宏、王龙:《论非犯罪化》,载《中南政法学院学报》1991年第2期。

^② [英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第177页。