

河南省人文社科重点研究基地建设项目

法

2009 · 上卷

FAZHI PINGLUN



主编 石茂生

治评论

总第①卷

 郑州大学出版社

河南省人文社科重点研究基地建设项目

D9-53

34/1

法

2009 · 上卷

FAZHI PINGLUN



主编 石茂生

治评论

总第①卷

7
~

②



郑州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治评论/石茂生主编. —郑州:郑州大学出版社,
2009.9

ISBN 978 - 7 - 5645 - 0124 - 2

I. 法… II. 石… III. 社会主义法制 - 中国 - 文集
IV. D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 138848 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人:王 锋

全国新华书店经销

开封市精彩印务有限公司 印制

开本:710 mm × 1 010 mm

印张:18.5

字数:372 千字

版次:2009 年 9 月第 1 版

邮政编码:450052

发行部电话:0371 - 66966070

1/16

印次:2009 年 9 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978 - 7 - 5645 - 0124 - 2

定价:46.00 元

本书如有印装质量问题,请向本社调换

编辑委员会名单

主 任 田土城

副主任 石茂生

委 员 (按姓氏拼音排序)

王长水 石茂生 田土城 刘向文 刘德法

肖国兴 沈开举 宋四辈 张秀全 苗连营

赵建文 程宝山 鲁嵩岳

作者名单

主 编 石茂生

副主编 魏胜强 张玫瑰

序

在神州大地,三十年来轰轰烈烈的改革开放取得了辉煌的成就。中国的进步和发展,令世人瞩目、赞叹,使国人豪情满怀、奋发向上。中国现代意义上的法学教育和法学研究虽发轫于20世纪之初,但法学教育与法学研究真正大发展、大繁荣是和国家改革开放同时起步的,至今不过短短三十年时间。改革开放之初,我国法学研究以译介苏联、东欧的法律和法学为主,西方为次,随着改革开放的深入和人们思想观念的变迁,法学界很快把研究视野扩至全球特别是西方法治发达国家的法律和法学;20世纪90年代,由对外国的法律制度、法学流派、法学观点的系统介绍,转到对西方法治和法学的深入分析、评判,进而开始用中国法的眼光透视外国法,用外国法的眼光透视中国法,把研究重点放在中国法治的现实问题上,并得出了必须依法治国、建设社会主义法治国家的科学结论。法治成为治国基本方略,法治国家的构建成为国人特别是法律人孜孜不倦的追求目标,当然也成为法学教育和法学研究的重中之重。

两千多年前,法学大师亚里士多德就提出:“法治优于一人之治。”“法治包括两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是良好的法律。”亚里士多德的法治理想被一代又一代的法学家、思想家、政治家们所继承,所呼喊,但法治由理想变为现实则经历了近两千年历程。中国古代思想家也曾提出法治,但法律始终是帝王手中的一种工具。历史和现实都证明:法治理想和法治实践是相互制约、相互促进、相辅相成的。没有人类对

法治的信仰和求索,就不会有现代文明进步的法治国家;没有人类社会对法治的迫切需要,就不会有现代博大精深的法治理念。尽管各个时代各个国家的思想家、法学家、政治家们在对亚里士多德这一经典定义普遍接受的基础上,不断阐释、探索、丰富、展开其内涵,求索法治之精髓,发掘法治之价值,但至今法治真谛是什么,仍然是没有完全解开的法律之谜。我们推出《法治评论》,只不过是探索法治理论的沧海一粟。

《法治评论》是郑州大学法学院《私法评论》的姊妹篇,旨在与学界同仁共同研讨,悟取舍之正道,得法意之真髓,通过对法治问题全方位探讨,找寻中国实现法治之道路,为法学研究献智,为法治建设出力。

郑州大学法学院法学理论学科基地

郑州大学法治研究中心

2009年3月

目 录

理论探析/1

论刑法精神之宪法化——以中俄刑法精神入宪比较为视角 刘向文/1

从人治走向法治:转型中国治道之变迁 石茂生 张 伟/17

法治视角下法律解释的限度 魏胜强/38

承认相对分权——改革开放以来我国政权结构发展的一个特点 张卓明/52

论麦考密克的法律理论 杨晓锋/66

研究列宁司法思想的理论价值和现实意义 王建国/80

司法研究/93

刑事和解制度的理论基础及在我国引入的当代必然性 黄 烨/93

对未决羁押替代性强制措施的思考——以取保候审为视角 乔金茹/114

裁判正当性与法律论证的评价理论研究 张玫瑰/126

清末商会理案功能的发挥及其现代启示 官宝芝/140

各科专论/149

住房权视野下的清代旗人住房制度 张 群/149

清虚出通关朱钞律例及其辅助法源 闫文博/158

论网络发展对民法公序良俗原则的影响 孟俊红/172

烟花爆竹的规制变迁:一个立法学的分析 杜 莉/183

“我公正,你放心”的内涵、价值目标和实现方式 李晓昱/194

困境与突破:土地征收中农民参与的法律分析 牛玉兵/204

国有资产管理法律比较研究——兼议中国国有资产法的模式选择 刘思培 /214

植物新品种侵权新问题研究 王富强/225

新人新作/231

正当程序视角下的法官——地位、作用与职业伦理 赵世峰/231

机遇还是挑战?——仲裁于司法权威之裨益 崔 航/249

从亚里士多德的法治观看法治建设 张夏璐/263

民可使由之,不可使知之?——浅论言论自由的价值 何宁丽/277

论刑法精神之宪法化 ——以中俄刑法精神入宪比较为视角

刘向文^① 许桂敏^②

目次	一、刑法的精神
	（一）刑事立法之刑法精神体现
	（二）刑事司法之刑法精神体现
	（三）刑事执行之刑法精神体现
	二、入宪化的刑法精神
	（一）刑法精神是宪法精神的具体化
	（二）入宪化的刑法精神内涵
	三、俄罗斯刑法精神入宪化对我国的启示
	（一）个人权利自由的保护更加完善
	（二）公正的法律信念继续强化
	（三）轻轻重重的刑罚愈加明显

刑法是关于犯罪、刑事责任、刑罚的法律规范的总和。刑法本身所具有的严厉性、惩罚性、强制性、保护范围的广泛性之特点,特别是生命刑适用的不可逆性,昭示着我们必须严格把握住刑法的精神内涵,正确贯彻法律的精神。这样的

① 刘向文(1943-),男,法学博士,郑州大学法学院教授、博士生导师,郑州大学宪法与行政法研究中心主任。

② 许桂敏(1964-),女,法学博士,郑州大学法学院硕士生导师,郑州大学俄罗斯法律研究中心研究员。

刑法精神和宪法追求的精神是相辅相成、一脉相传的。人们创制了法律,似乎带有很强烈的主观色彩。但是,法律是由人制定出来的前提,并不必然导致出法律仅是一种治理工具的结论。法律作为人类的创造物,不可否认,其出发点是规制人们的行为。但是,若仅从该层次上解读法律,未免使法律仅具有技术性或工具性,而缺乏所应具有的价值上的合理性。因此,法律不应当只是一种行为规则和工具,还必须是能够表达某种价值要求的精神载体。这种对法律的理解,实际上也是与法律自身的特性相符合的。刑法精神在宪法中的体现就是一例。

刑法和宪法等诸多法律,都是人类精神生产的成果,必然凝结着人类的理智、情感和良知。人们对于法律目的、功能和运行方式的求索,不可避免地会形成某种价值判断。换句话说,只有深刻领会和理解法律所蕴含的精神,才能上升为对法律价值的剖析,才能保证法律乃至法治的正当性。法律的精神具有形而上的价值和高度的抽象概括性。从法律原理判断,刑法的特有精神应该符合根本大法的内在追求,即一方面是宪法精神的具体化,另一方面又不失去基本法律的价值取向。那么,我国刑法的精神是什么?又怎样彰显于宪法的价值体系中?俄罗斯刑法入宪化对我们有什么启示?本文试图一一解读。

一、刑法的精神

何谓刑法的精神?这是一个宏大而具有哲理性的命题。从维度而言,探寻的是刑法之前、刑法之后、刑法之上、刑法之下的纵横精神。从刑法的制定目的和任务而论,涉及保卫社会与保障人权如何协调;从刑法的基本原则而论,涉及犯罪化与非犯罪化如何取舍、重刑与轻刑如何配置;从刑法的犯罪与刑罚本体而论,涉及犯罪行为与犯罪人二者何为中心,人身危险性与社会危害性哪个是关键,等等,不一而足。从近代资产阶级革命以来,前人就在苦苦探究刑法的精神,贝卡利亚、孟德斯鸠、李斯特等人都一致认为罪刑法定原则是刑法精神的应有之义。那么,我国的刑法精神是什么?鲜有学者加以论证。笔者从我国学者有限的阐述中,找到了一篇专门论述之作。该学者认为,所谓刑法精神,是指贯穿于刑法之中、作为刑法之基的关于犯罪与刑罚的基本观念或理念,其实质是贯穿于刑法始终并见诸刑法具体条文和制度的刑法所追求的基本价值和目的^①。笔者赞同上述论断,只不过笔者认为,在进一步审视刑法精神的内容时,尚需要深入挖掘。比如,怎样贯穿该精神?如何实现刑法精神之目的?刑法精神在宪法视域下是如何具体化的?

^① 赵宝成:《追问刑法精神》,载《政法论坛》2003年第4期,第120页。

(一) 刑事立法之刑法精神体现

刑法典是解读刑法精神的范本。它作为刑事法律精神的纲领性文件,指引着单行刑法、附属刑法、司法解释不断追求内在的至深意境。从刑法典所规定的刑法指导思想和任务、刑法的基本原则,可以寻觅到宪法的根本精神。从犯罪定义以及各罪的构成与分类、刑罚种类和法定刑幅度的规制,可以寻觅到刑法的细微精神。从缓刑、假释、自首、数罪并罚等各项具体刑法制度的规定,可以寻觅到刑法入宪化的基本精神。单行刑法、附属刑法是刑法精神的延展,司法解释是刑法精神的补充。比如,国家立法机关根据社会形势变化和现实需要制定的特别刑法或称单行刑法,对刑事立法所作的说明,国家立法机关和最高司法机关对刑法所做的解释,都是理解刑法精神的重要读本。这是因为国家立法机关对刑事立法所作的说明,详细而清晰地阐述了立法主旨和背景。国家立法机关制定的特别刑法及做出的立法解释,最高司法机关所做的刑事司法解释,都反映了国家刑事政策的趋向。在社会转型时期,我国刑事立法应当体现为下述刑法精神:

1. 非犯罪化

由于多种原因,我国现阶段一直处于犯罪高发期。为了扭转这种态势,人们更多的是寄希望于完善刑法,编织缜密法网打击犯罪。但是,时至今日,我国的犯罪率仍然居高不下,犯罪人数持续上升,关押人数不断增加,累犯、再犯比例增大。例如,据《中国法律年鉴》及相关资料统计,在1996年,公安机关刑事立案1 600 716起,查处治安案件3 117 603起;检察机关提起公诉751 749人;法院一审被判有罪者665 556人;监狱囚犯130多万人^①。而2004年,公安机关刑事立案4 718 122起(比1996年增加300多万起),查处治安案件5 365 787起(增加200多万起);检察机关提起公诉897 974人(增加14万余人);法院一审被判有罪者764 586人(增加10万余人);监狱囚犯150多万人(增加20万余人)。上述数据说明,信赖膨胀刑法、扩大犯罪圈、增加刑罚量来解决犯罪问题,只能是美妙的幻想^②。因此,我国应当借鉴俄罗斯现行刑法典的立法经验,实行某些轻微犯

^① 由于1990—1999年俄罗斯连续十年滑坡,人民群众生活水平急剧下降,也由于俄罗斯转型期特有的困难和矛盾,俄罗斯犯罪问题呈“爆炸”局面。在犯罪结构中,严重犯罪和特别严重犯罪的数量大大增加,有组织犯罪也日趋猖獗。仅以1996年为例。在165万犯罪人中,就有125万人属于首次犯罪。应当指出的是,俄罗斯的人口数接近我国总人口数的十分之一,但我国的犯罪人数和俄罗斯差不多。详见刘向文译:《刑事政策的基础》,郑州大学出版社2002年9月版,第8—11页;刘向文著:《试谈俄罗斯联邦新刑事诉讼法典》,载《中国法学》2002年特刊,第225—227页。

^② 张文:《应当实行非犯罪人化政策》,载《人民检察》2007年第19期。

罪的非罪化^①。这就是说,一些行为不需要规定为犯罪的,就尽量不要作为犯罪来规定;过去曾经规定为犯罪,现在能不作为犯罪处理的,就尽量把刑法中的有关罪名取消。例如,没有必要把传授犯罪方法罪作为一个犯罪来规定。但是,在我国现行刑法里,为这个罪规定了从管制到死刑的五种刑罚。而在司法实践中,几乎没有该罪的判例。由此可见,该条是多余的,应当取消。

2. 死刑立法的限制性

在中国,死刑存废之争延续了上百年。一直到现在,在我国的法学界、司法实务部门以及在民间,呼声形成了极大的反差。但是,可喜的是,我国刑法存在着重刑倾向、死刑条款过多已成为大家的共识。众多的专家学者也已经认识到,在越来越多的国家废除死刑,我国已提出构建和谐社会、尽量多地化解矛盾冲突的大氛围下,我国的死刑制度必须予以改革。当然,在社会转型期里矛盾众多而且部分矛盾相当尖锐的情况下,我国不可能立即废除死刑。有限制地保留死刑,更符合我国转型期的客观现实。具体地说,我国1979年《刑法》用15个条文设置了28种死刑罪名。其中,反革命罪一章中的死刑罪名高达15种,占死刑罪名总数的1/2以上;死刑罪名涉及危害国家安全,危害公共安全,侵犯公民的人身权利、民主权利罪以及贪污犯罪等。1979年《刑法》颁行后不久,我国便对《刑法》进行了修改与补充。其结果是增设了不少死刑罪名。截至《刑法》修订前,我国刑事立法中的死刑罪名已高达77种。与1979年旧《刑法》相比,1997年新《刑法》减少了一些死刑罪名。但它仍然用47个条文设置了68种死刑罪名。由此可见,我国刑事立法中死刑的过多,已经成为刑罚轻缓化趋势的桎梏。在死刑核准权收归最高人民法院行使的今天,死刑的程序性控制已有所体现。但是,刑事立法中的死刑条款过多,依然阻碍着现代刑法精神的张扬。因此,剥夺生命刑罚,针对的应当是严重的暴力犯罪,比如杀人、手段残忍的重伤害等。换句话说,对侵犯公民生命、健康权的极其严重的犯罪行为,可以适用死刑,而对财产型犯罪和其他经济类犯罪,可以在附加刑上加大罚金和剥夺财产的力度,同时施以除死刑之外的主刑,足以遏制其再次犯罪。

3. 《刑法》第63条第2款的修改

我国《刑法》第63条第1款规定,犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚。第2款进一步规定,犯罪分子虽然不具有本法

^① 详见刘向文:《试述俄罗斯联邦刑法典的历史发展》,载《刑法评论》第1卷,法律出版社2002年版,第258页。

规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。这就是说,《刑法》第63条第2款的内容是按照法定罪最低刑判刑,根据实际情况可以判处低于最低刑,但要报最高人民法院核准。有的人认为,该条设置容易招致法院滥用权力^①。其实,该条的存在,对一些特殊的案件判刑不当或过重的调整还是有一定积极作用的。这里以轰动一时的许霆盗窃金融机构案为例^②。从许霆最初被判无期徒刑到最后改判为5年有期徒刑,最高人民法院的核准是改判的关键因素。因此,该条款的规定是罪责刑相适应原则的具体体现。只不过一律都由最高人民法院核准,未免徒增司法的繁琐程序,加大最高人民法院的工作成本。因此,应当及时地总结经验教训,进一步完善上述条款。具体地说,为了限制该核准权的滥用,应当将“经最高人民法院核准”改为“经上级法院核准”。这样做的好处是:一方面便于适用操作,另一方面有利于执行。

(二)刑事司法之刑法精神体现

刑法精神不是孤立地存在的,更不是各项刑事法律制度的简单堆砌。它使得刑事立法、刑事司法、刑事执行联结为一个完整的有机体。从微观层面而言,刑法精神虽然不能直接作为定罪量刑的根据,但准确贯彻刑法精神对于正确地适用刑法和执行刑罚有着十分重大的意义。因此,在司法阶段,需要承认刑法具有社会保护与人权保障两种功能。而在刑事司法的价值选择上,应当强调刑法的人权保障功能,即人权保障优先,应当树立刑法是犯罪人的“大宪章”和善良公民的“大宪章”的理念。这就是说,我国宪法中关于“尊重和保障人权”的原则性规定,应当在司法实践中得以具体化。

1. 刑事和解的实施

长期以来,由于害怕放纵犯罪,刑事案件当事人构成犯罪的就予以逮捕,逮捕了就要提起诉讼,诉讼了就要判决,从而忽视了办案的法律效果和社会效果的统一。因此,对这类案件的处理,出现了审前羁押率高、起诉率高、监禁刑判决率高的“三高”特点。目前,我国刑事司法改革的措施之一,就是引进国外的刑事和解制度,以改变上述状况。刑事和解是指犯罪发生之后,由调停人出面使受害人

^① 周光权:《量刑情节冲突及其解决的争议问题研究》,载《北大法律信息网》2002年1月1日 <http://law.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/SLC.asp?Db=art&Gid=335549946>。

^② 许霆利用ATM机出故障,171次恶意取款17.5万元后潜逃,后被抓获归案,一审被判无期徒刑,引起全国上下的争议。二审中,许霆虽没有法定减轻处罚情节,但其犯意产生、犯罪手段、犯罪对象等均极为特殊,经最高人民法院核准,最终改判为5年有期徒刑。参见吴秀云:《许霆案终审仍判五年刑》,载《南方都市报》2008年5月23日。

与加害人直接交谈,共同协商解决刑事纠纷的活动。刑事和解的理论基础,是恢复正义理论。刑事和解制度是西方刑事法学的创举,始于上个世纪 70 年代的加拿大,被称为“被害人—加害人”和解尝试方案。1978 年,美国引入该制度,以后迅速传遍了整个美国 and 欧洲国家。到目前为止,世界已出现了 1200 多个“被害人—加害人”和解项目,其中美国和欧洲国家占 75%。我国的刑事和解制度是恢复性司法的体现,主要针对的是告诉才处理的案件和自诉案件以及轻微的刑事案件、死刑改为死缓的案件。例如,在广东省的东莞市,出现了我国可能判处死刑的案件用刑事和解来解决的第一个案例。其具体案情如下:某个人犯了抢劫杀人罪,他愿意赔偿被害人的家属,并且自己主动地认罪服法,确有悔改之意。法院考虑到,被告人在家庭经济困难的情况下愿意拿出钱来赔偿被害人的家属,被害人也愿意谅解他,因此判为死缓。这是刑事和解取得较好效果的典型案例。遗憾的是,我国现行刑事立法还未确认刑事和解制度。

2. 暂缓起诉制度的构建

暂缓起诉制度,亦称起诉犹豫制度,起源于德国、日本等国。在日本,对构成犯罪的嫌疑人,在具备一定的条件下,可以不起诉该人。不起诉就等于该人没有经过法院的审判。我国法律中未确认该项制度,但是在司法实践中已经有所运用。例如,已经正式启动对犯罪的未成年人实施暂缓起诉制度。此举旨在加大对未成年人的司法保护,减少未成年犯人的刑事污点,以感化和挽救犯罪的未成年人。在我国,暂缓起诉是指检察机关在审查起诉过程中,对于符合规定条件的案件,暂不作出处理决定,而是设定一定期限的考验期,待考验期满后,再根据具体情况对犯罪嫌疑人作出起诉或者不起诉决定的一种制度。它以公诉制度中的起诉便宜主义为基础,主要适用于轻罪案件和一些社会危害性不大的案件。暂缓起诉不是一个程序上的终局性处理决定,而是阶段性的处理结果。因为,在考验期满后,它有可能导致不起诉,亦有可能起诉。这个制度的引进,有利于提高诉讼效率,节约诉讼成本,也有利于社会的和谐发展。对那些犯罪情节较轻,社会危害和影响较小、主观恶性不深、能真诚悔罪改过的未成年人的犯罪嫌疑人实施暂缓起诉,既可以避免他们在监管场所里交叉感染,从而形成恶性循环,又可以使他们从此慎交朋友,分清是非,做到预防、挽救、教育、感化与打击并举,更好地维护社会的稳定。

(三) 刑事执行之刑法精神体现

行刑运作机制的好坏,不仅决定着我国刑法精神能否在刑事执行阶段里得到最终实现,而且关系到刑法功能和刑罚目的是否能得到最终实现。随着人类社会的不断进步,刑罚执行制度也在不断地变化。设立监狱的最初目的是给罪

犯以惩罚性报应,防止社会成员再次犯罪。而今天,“矫正”和“再社会化”逐渐成为主流。行刑目的已由惩罚罪犯转向了再社会化,行刑亦从消极地破坏罪犯的“犯罪人格”转为积极地塑造罪犯的“公民人格”,即通过行刑,将罪犯变成合格公民。因此,在宪法的框架内,刑事执行之刑法精神体现如下:

1. 假释制度的完善

假释制度是将执行监禁刑的犯罪人从监管机关里依法有条件地释放,既能减轻监狱拥挤状况,又能在一定程度上补救量刑偏差,同时还能够促进服刑人员顺利回归社会。假释制度体现了行刑社会化,因此在现代监狱行刑制度中占据了十分重要的地位,受到了世界各国刑事立法和实践的青睐。但是,假释制度在我国的适用状况并不容乐观。与国外相比,我国有显著差距。就是与我国减刑制度的适用情况相比,也有着不相称的比率。因此,我们应当明确假释制度的理论基础,并结合我国国情,进行假释制度的立法改革,进一步完善假释制度,加大假释制度的适用力度,调整假释制度的适用范围。具体如下:①将被判处拘役的罪犯划入假释范围之内,调整被判处无期徒刑罪犯适用假释的服刑期限的年限,将实际执行10年即可适用假释调整为需15~22年才可以适用假释。②对《刑法》第81条第2款的限制性规定予以适当变通,赋予累犯、被判处10年以上有期徒刑的暴力性罪犯以一定限度的假释适用权,并不绝对禁止,一概排除。③调整假释权的归属,将假释决定权移归司法行政机关。也可以结合我国国情及我国行刑工作的实际情况,设想由假释委员会专门行使假释权。④按照司法行政精神,将假释罪犯的监督管理权移交司法行政机关行使,并设置专门的监督机构,负责假释罪犯的监督管理与考核工作。⑤建立假释保证金和人保制度,落实责任追究制;制定具有约束力的措施,完善《刑法》第84条关于假释考验期内有关活动的规定;⑥建立对假释罪犯的保护援助制度,为假释罪犯的再社会化提供援助;⑦加大监狱工作的社会化,做好假释罪犯回归社会的前期工作。

2. 对精神疾病服刑人员的人道关怀

目前,由于划拨给刑罚执行领域的资金有限,我国的监狱人满为患。在押的精神障碍犯者和正常人同居一室的现象非常普遍,以至于出现无服刑能力的精神障碍犯者危害其他服刑犯人的情况和破坏监狱管理秩序的情况。受监狱医疗设施和医疗水平的限制,精神障碍犯者一般得不到及时的心理治疗。即使有些监狱开设了病犯监区,有心理咨询与健康教育活动,但由于一些罪犯生活不能自理,又无法保外就医,从而导致病症不断加重。这样一来,在监狱里,精神障碍犯者违法犯罪不断,袭警、冲监、斗殴随时威胁着人们的安全。刑罚的感化功能,是基于从宽处理与人道关怀而对犯罪人产生攻心的效果,如假释、减刑制度。精神

障碍犯者以自我为中心,不在乎外界的反应,缺乏羞耻和犯罪感,还极力为自己的行为狡辩,所以对他们的感化更加困难。刑罚的改造功能,是对服刑人员进行教育、改造,铲除其犯罪意识,使其在服刑期满恢复自由后,不再危害社会。而对精神障碍犯者而言,即使定罪判刑关押在监狱里,甚至终身监禁在监狱里,如果不对其予以治疗,一旦出狱,总会有病态重演的那一天。因此,应当修改《刑法》,对精神障碍犯者适用强制性医疗措施,而不是像现在这样仅适用剥夺自由刑罚。

二、入宪化的刑法精神

(一)刑法精神是宪法精神的具体化

宪法是国家的根本法。除了规定国家制度和社会制度的基本原则外,其主要内容就是规定公民权利的保护和国家权力的限制。因此,可以说,宪法的精神就是要规范国家权力的运行,以保障公民权利的实现。而高效地保障和实现公民的宪法权利与自由,不仅需要由宪法确认基本原则,而且需要由其他部门法将宪法原则予以具体化。从这个角度上说,刑法精神是宪法精神的具体化,是宪法精神的组成部分之一。但是,如果换一个角度来说,即从刑法精神的角度来说,也可以称之为刑法精神的入宪化。

(二)入宪化的刑法精神内涵

法国思想家孟德斯鸠在《论法的精神》中,从历史、生活、风俗习惯等方面去研究法律的“精神”。他认为,法律是人类的理性,各国的法律是人类理性在特殊场合里的适用。因此,法律和地理、地质、气候、人种、风俗习惯、宗教信仰、人口、商业等都有关系,而这些关系综合起来就构成所谓“法的精神”^①。德国法学家耶林在《罗马法的精神》一书中,将罗马法中具有普遍性质并一直影响人类生活的那些法的原则,称为“罗马法的精神”^②。美国学者庞德在《普通法的精神》一书中,把普通法中那些“既固守优秀传统又容纳反映时代进步的先进价值观念”称之为“普通法的精神”^③。无论是宪法精神还是刑法精神,都属于法律精神的范畴,也都具有法律精神的一般属性。因此,符合宪法精神的刑法精神包含有如下内容:

1. 人、人的权利与自由是最高价值

人、人的权利和自由是最高价值。因此,以人为本是人权精神的主旨,人权

① [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1961年版,第20页。

② 李秀清著:《法律格言的精神》,中国政法大学出版社2003年版,第1页。

③ [美]罗斯科·庞德著:《普通法的精神》,李鹤译,法律出版社2001年版,第11页。