

当代 中国刑法 新境界

◆ 陈兴良 著

THE NEW
HORIZON OF CONTEMPORARY
CRIMINAL LAW
IN CHINA

中国政法大学出版社

当代 中国刑法 新境域

◆ 陈兴良 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

当代中国刑法新境域/陈兴良著. —北京: 中国政法大学出版社, 2002. 2

ISBN 7-5620-2037-X

I. 当... II. 陈... III. 刑法—研究—中国
IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 008286 号

项目负责 李克非 韩思艺

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 清华大学印刷厂

787×960 16 开本 50.5 印张 960 千字

2002 年 3 月第 1 版 2002 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2037-X/D·1997

印数: 0 001-3 000 定价: 58.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

作者简介

陈兴良，男，汉族，1957年3月21日生，浙江义乌人。1977年12月考入北京大学法律学系，1981年12月本科毕业，获法学学士学位；同年考取中国人民大学法律系刑法专业硕士生，1984年12月毕业，获法学硕士学位；同年考取中国人民大学法律系刑法专业博士生，1987年12月毕业，获法学博士学位。1984年至1997年在中国人民大学法学院任教，先后任助教（1985年）、讲师（1987年）、副教授（1989年）、教授（1993年）、博士生导师（1994年）。1998年至今为北京大学法学院教授、博士生导师，任北京大学法学院副院长、学术委员会主席、北京大学刑事法理论研究所所长、中国刑法学研究会副会长、中国犯罪学研究会副会长、中国监狱法学专业委员会副主任。1997年入选教育部首批跨世纪人才培养计划，1999年当选全国杰出中青年法学家，2001年获教育部第二届高校青年教师奖。



当代 中国刑法 新境域

内 容 简 介

本书系陈兴良教授第三部刑事法学术文集，是作者自1998年至2001年刑事法学论文（包括少数刑事诉讼法、犯罪学及其他论文）的结集。所收论文分列三编：一、一般理论；二、总则理论；三、分则理论。

本书内容涉及我国刑事法治研究中的一系列前沿问题，反映了作者在对刑法进行的规范研究与超规范研究两个领域取得的前沿性成果，还可以看到作者对刑事诉讼法、犯罪学等相关领域的独到见解，具有重要的学术价值与理论意义。

4360/11

目 录

法治国的刑法文化（代序）	(1)
--------------------	-----

第一编 一般理论

1. 刑事法治的理念建构	(15)
2. 中国刑事司法制度：理念、规范、体制之考察	(37)
3. 社会危害性理论：一个反思性检讨	(52)
4. 超越报应主义与功利主义：忠诚理论	(73)
5. 刑法机能的展开	(85)
6. 罪刑法定的司法适用	(95)
7. 刑事程序的宪政基础	(107)
8. 从“法官之上的法官”到“法官之前的法官”	(123)
9. 诉讼结构的重塑与司法体制的改革	(143)
10. 中国劳动教养制度研究	(148)
11. 劳动教养之权力归属分析	(165)
12. 劳动教养：根据国际人权公约之分析	(169)
13. 法学：作为一种知识形态的考察	(175)
14. 刑事一体化视野中的犯罪学研究	(199)

第二编 总则理论

15. 犯罪：规范与事实的双重视角及其分野	(213)
-----------------------------	-------

2 目 录

16. 犯罪概念的形式化与实质化辨正	(230)
17. 刑事法治视野中的犯罪问题	(242)
18. 犯罪构成的体系性思考	(261)
19. 定罪之研究	(288)
20. “无行为则无犯罪”——为一条刑法格言辩护	(304)
21. 犯罪不作为研究	(318)
22. 论不作为犯罪之作为义务	(330)
23. 刑法因果关系研究	(344)
24. 罪责序说	(354)
25. 刑事责任能力研究	(367)
26. 故意责任论	(377)
27. 过失责任论	(390)
28. 正当化事由研究	(403)
29. 未完成罪研究	(419)
30. 共同犯罪的法理分析	(433)
31. 论犯罪的对合关系	(453)
32. 法人犯罪的法理分析	(460)
33. 罪数形态序说	(480)
34. 刑罚目的新论	(492)
35. 从威吓到忠诚：一般预防的话语转换	(502)
36. 刑事政策视野中的刑罚结构调整	(520)
37. 死刑适用论	(540)
38. 自首制度的法理分析	(558)
39. 减刑适用论	(589)

第三编 分则理论

40. 相似与区别：刑法用语的解释学分析	(607)
41. 论金融诈骗罪主观目的的认定	(616)
42. 重大责任事故罪研究	(621)
43. 盗窃罪研究	(648)

44. 侵占罪研究	(711)
45. 受贿罪研究	(743)
刑法理论的世纪展望 (代跋)	(797)
后记	(800)

法治国的刑法文化

(代序)

世纪之交,我国的刑法学研究面临着一个重大课题,这就是如何建构法治国的刑法文化。这个课题的提出,是与我国刑法正在发生的价值上的转换,也是与我国社会正在发生的结构上的转型密切相关的。建构一种莫基于刑事法治之上的法治国的刑法文化,是走向 21 世纪的我国刑法学研究的发展方向。

—

刑法是一种社会控制的手段、一种社会治理的方法,因而是随着犯罪现象的出现而产生的,具有悠久的历史。在人类历史的长河中,刑法曾经发挥过重要作用。这种作用在各种社会形态中是有所不同的,归根到底是由一定的社会性质和社会结构所决定的。我国法学者李海东根据国家与公民在刑法中的地位把历史上的刑法划分为两种类型:国权主义刑法与民权主义刑法。以国家为出发点,而以国民为对象的刑法,称之为国权主义刑法,国权主义刑法的基本特点是,刑法所要限制的是国民的行为,而保护国家的利益;以保护国民的利益为出发点,而限制国家行为的刑法,称之为民权主义的刑法。^{〔1〕} 国权主义的刑法与民权主义的刑法的分野,对于我们正确地认识刑法的性质与机能具有十分重要的意义。我曾经提出从政治刑法到市民刑法的命题,^{〔2〕} 这里的政治刑法与市民刑法在一定程度上可以与国权主义刑法与民权主义刑法相对应。民权主义刑法与市民刑法,从本质上来说,就是法治国的刑法,由此区别于人治国或者专制国的刑法。

随着建设法治国家的治国方略的确立,法治国越来越成为我们所追求并希望实现的理想国。所以,法治国的基本精神是什么呢?我认为,法治国的基本精神在于:一个受法约束的国家。换言之。国家在法律框架内生存,以此区别于不受

〔1〕 参见李海东著:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第4-5页。

〔2〕 参见拙作:《从政治刑法到市民刑法——二元社会建构中的刑法修改》,载《刑事法评论》(第1卷),中国政法大学出版社1997年版,第1页以下。

法律约束的、具有无限权力的国家。法国学者狄骥在论述国家的法律框架时指出：执掌国家权力的人应服从于“法”并受“法”的束缚。国家是服从于“法”的；像德语中所说的，它是一种“法治国家”，一个 Rechtsstaat〔法治国〕。^{〔1〕}在法治国中，国家的权力应当受到限制。其中，国家的刑罚权尤其应当受到严格的限制。因此，从法治这个概念中，我们可以合乎逻辑地引申出刑事法治的概念。我认为，刑事法治是法治的根本标志之一。因为，国家刑罚权的行使，关系到对公民的生杀予夺。如果对国家刑罚权不加限制，法治国的实现是不可想像的。因此，刑事法治意味着以刑法限制国家刑罚权，包括对立法权与司法权的限制，保障公民的自由与权利。从这个意义上来说，罪刑法定原则是刑事法治的题中应有之义。

刑法的存在是一个基本事实。然而，在不同社会里，刑法存在的理由与根据又是各不相同的。人类为什么要有刑法？李海东指出：一个国家对付犯罪并不需要刑事法律，没有刑法也并不妨碍国家对犯罪的有效镇压与打击，而且，没有立法的犯罪打击可能是更加及时、有效、灵活与便利的。如果从这个角度讲，刑法本身是多余和伪善的，它除了在宣传与标榜上有美化国家权力的作用外，起的主要是束缚国家机器面对犯罪的反应速度与灵敏度。^{〔2〕}如果把李海东在这里所说的刑法理解为成文的刑法典，那么，这是完全正确的。实际上，刑法存在一个从不成文法（习惯法）到成文法（法典法）的演变过程。不成文刑法与成文刑法相比，前者更加有利于惩治犯罪。中国古代春秋时期就曾经对这个问题展开过讨论。为不成文刑法辩护的主要理由是：“刑不可知则威不可测”。而批评成文刑法的主要理由是：铸刑鼎，民在鼎矣，何以尊贵？换言之，不成文法使民处于极端的巩固之中，从而有利于国家独断专行。而成文法使民知其罪刑，有损于国家权威。尽管如此，刑法从不成文到成文的发展是人类社会发展的必然趋势。成文刑法的出现，虽然在一定程度上限制了国家刑罚权，但还远远谈不上刑事法治。因为成文刑法的出现，只是刑事法治的必要前提，而不是刑事法治的充分条件。在一个社会里，刑事法治是否真正实现，关键在于把刑法当作镇压犯罪的工具还是当作保障人权的手段。

在专制社会里，刑法受到统治者的高度重视，往往将刑法作为镇压犯罪、维护统治的有效手段。在这种情况下，对刑法的推崇也绝不能成为刑事法治的表征。例如，中国古代的法家主张法治，这里的法主要是指刑法，要求一断于法。但这种法治是与封建专制相联系的，因而具有明显的刑法工具主义色彩。从这个

〔1〕 参见〔法〕狄骥：《宪法学教程》，王文利等译，辽海出版社、春风文艺出版社1999年版，第24页。

〔2〕 参见李海东著：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第3-4页。

意义上说，刑事法治的思想是近代西方启蒙运动的产物。启蒙学家猛烈地抨击了专制主义，为刑事法治的确立奠定了基础。孟德斯鸠指出：在专制的国家，绝无所谓调节、限制、和解、条件、等值、商谈、谏诤这些东西；完全没有相等的或更好的东西可以向人建议；人就是一个生物服从另一个发生意志的生物罢了。^{〔1〕}因此，专制的特征就是使人不成其为人。而专制制度下的刑法就是使人服从、屈从的工具，是刀把子，赤裸裸的暴力。随着启蒙思想的传播，以罪刑法定、限制国家刑罚权的刑事法治观念得以确立。只有在这种情况下，刑事法治的实现才有可能。

我国是一个具有漫长的封建专制传统的国家，刑法工具主义思想根深蒂固。这种将刑法视为以镇压犯罪为内容的刑法工具主义思想之所以流行，主要还是与我国一元的社会结构相关。在这种一元的社会结构中，政治国家占据着垄断地位，对社会进行全面的控制，公民个人自由与权利长期受到压抑与压制。1949年新中国成立以后，虽然我国的社会制度发生了根本性的变化。但在计划经济的体制下，仍然保持着一元的社会结构。在这种情况下，刑法与政治进一步结缘，成为阶级斗争的专政工具，强化了它的社会保护机能；刑法的人权保障机能则被忽视甚至漠视。随着经济体制改革的开展，引入了市场机制，我国的社会面貌发生了重大变化。在这种情况下，出现了从一元社会向政治国家与市民社会二元分立的社会的转型。因此，刑法不再仅仅是国家镇压犯罪的法律工具，同时也是保障人权的法律武器。只有在这种二元的社会结构中，单纯的刑事镇压才有可能向刑事法治转变。从我国1979年《刑法》到1997年修订后的《刑法》，已经显现出这种变化的趋势。我相信，在21世纪，刑事法治建设的呼声将越来越高。

二

刑事法治向我们提出了建设法治国的刑法文化这样一个重大的历史使命。刑法学是以一定的刑法为研究对象的，刑法在价值上的这种转变首先应当反应在刑法理论上。作为一个刑法学人，我们应当敏锐地去感受这种刑法价值上的变化，并作出理论上的呼应。惟有如此，才能够担当得起刑法学家的使命。

在法制史上，存在这样一个参照系：警察国、法治国、文化国。一般认为，前启蒙时代是警察国，以专制与人治为特征；启蒙时代是法治国，以民主与法制为特征；后启蒙时代是文化国，以科学与实证为特征。那么，中国处于上述什么阶段，又需要一种什么样的刑法文化呢？是一种警察国的刑法文化还是一种法治

〔1〕 参见〔法〕孟德斯鸠著：《论法的精神》（上册），商务印书馆1961年版，第27页。

国的刑法文化，抑或是一种文化国的刑法文化？我认为，我们目前需要的是一种法治国的刑法文化，警察国的刑法文化是应当摒弃与否定的，而文化国的刑法文化则是遥不可及的。只有法治国的刑法文化，才是我们需要建构的。

在中国传统刑法文化中，国家主义的色彩极为浓厚，这是中国传统社会国家权力观念发达的必然产物，由此使得传统的刑法文化以国家利益和社会秩序的稳定为最高价值，并且形成重刑主义的刑法思想。例如，韩非曾经指出：“殷之法刑弃灰于街者，子贡以为重，问之仲尼。仲尼曰：‘知治之道也。夫弃灰于街必掩人，掩人，人必怒，怒则斗，斗必三族相残也。此残三族之道也，是刑之可也。且夫重罚者，人之所恶也；而无弃灰，人之所易也。使人行之所易，而无离所恶，此治之道’。……重罪者人之所难犯也，而小过者人之所易去也。使人去其所易无离其所难，此治之道。夫小过不生，大罪不至，是人无罪而乱不生也。”^{〔1〕}在此，韩非讨论的是所谓治之道，即统治社会的方法。在韩非看来，刑法，尤其是重刑，才是治之道。虽然文中引用了孔子的言论，但似乎更是在表达韩非本人的思想。从对殷之法刑弃灰于街者是刑重还是刑轻这个问题展开，根据韩非所引述仲尼言，从弃灰于街，引申出三族相残这样一个严重的后果。在我看来，这颇有些从一个鸡蛋联想到蛋生鸡，鸡生蛋的痴迷，其逻辑是荒谬的。从刑弃灰于街的殷法中，我们可以看到，在这种法律制度下，一个人不仅要对本人的行为的直接后果负责，还要把这种行为与社会的稳定和国家的安危联系在一起，一并对之负责，因而承受一切法律制裁，尤其是刑法的制裁。在这种生存状态下的个人，是何等的沉重，又是何等的渺小。在这种情况下，泛刑主义的存在也就具有了合理性：弃灰于街虽然事小，但引发的三族相残则事大，刑弃灰于街的理由就显得十分充足。不仅如此，韩非还从中演绎出重刑主义的结论，在韩非看来，小过易犯亦易改，大罪难犯亦难改。因此，对小过处以重刑，使人不敢犯，则大罪也就不会去犯。韩非指出：“夫以重止者，未必以轻止也；以轻止者，必以重止矣。”这就是韩非之所谓用刑之道，其重刑思想昭然若揭。在某种意义上可以说，泛刑主义与重刑主义是中国传统刑法文化的核心。不可否认，这种刑法文化在当前还有市场，因而对中国封建专制的刑法文化的批判，仍然是我们的重要任务。

法治国的刑法文化与封建专制的刑法文化是截然不同的。在价值取向上，法治国的刑法文化是以个人的自由与权利为基础的，并且以限制国家的刑罚权为使命。在这种情况下，对于犯罪与刑罚具有完全不同于封建专制的刑法文化的观念。也就是说，犯罪观与刑罚观面临着重大的转变。犯罪在任何社会都是存在

〔1〕《韩非子·内储说上七术》。

的，对于犯罪的不同理解反映了一个社会的法治程度与文明程度。黑格尔指出：“由于文化的进步，对犯罪的看法已比较缓和了，今天刑罚早已不像百年以前那样严峻。犯罪或刑罚并没有变化，而是两者的关系发生了变化。”^{〔1〕}显然，罪刑关系的这种变化，是由于对犯罪与刑罚的理解上的变化所决定的。在封建专制社会里，犯罪被认为是一种敌对性行为，是对统治关系的破坏，这是完全站在国家立场上来界定犯罪，因而对犯罪的处罚也是极为严厉的。随着社会文明的发展，在法治社会里，犯罪被认为是国家与个人之间的一种纠纷与冲突，犯罪人本身也是一个社会成员。因而，对于犯罪人的合法权益应当加以保护。同样，对于犯罪的惩罚也是有限度的，这种限度就是为制止犯罪、保护社会秩序所必要，除此以外就是专制。在这种情况下，刑法文化更应当具备理性的特征，这也正是刑事法治的重要标志。

法治国的刑法文化还受到来自以后现代为特征的文化国的刑法文化的冲击。法治国的刑法文化以罪刑法定为基石，反对专制主义的刑法，不允许任何专横擅断。文化国则是最高形态的国家，对包括制服犯罪在内的一切措施采取积极的态度，旨在创造文化，从根源上解决犯罪问题。应该说，文化国是在法治国基础上发展起来的，又具有不同于法治国的特征。其中特征之一是从形式合理性走向实质合理性，表现为罪刑法定主义的形式理性弱化，实质价值强化。以至有些学者指出：在所谓文化国，法治国的宠儿罪刑法定主义所坚持的阵地一步一步地退让出来。例如，根据罪刑法定主义的原则，排斥刑法的类推适用。但在许多国家的刑法中容许类推适用或容许有条件的类推适用；罪刑法定主义反对保安处分制，但现在各国不仅容许适用保安处分，而且将保安处分法典化、一元化；罪刑法定主义反对绝对不定期刑，但现在不少国家适用绝对不定期刑。如此等等，充分说明罪刑法定主义所坚持的阵地均已逐渐地一一让给了所谓文化国的教育刑论。^{〔2〕}

我国也有学者以此为理由，否定我国刑法应当实行罪刑法定，认为从19世纪末20世纪初起，罪刑法定已度过它的隆盛期而开始走向衰亡。所谓“法无明文规定不为罪”已不复存在，罪刑法定在事实上正在走向衰亡。^{〔3〕}我认为，在西方法治发达国家，确实存在一个从法治国向文化国的演进问题：因而法治国以形式合理性为特征的一些原则在文化国根据实质合理性进行了某种程度的修正。例如，罪刑法定原则进行某些软化处理，允许有利于被告的类推存在，使之更有利于保障被告人的合法权益。这种软化处理与罪刑法定原则的人权保障的基本精神

〔1〕 参见〔德〕黑格尔著：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，第99页。

〔2〕 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233页。

〔3〕 参见侯国云：《市场经济下罪刑法定与刑事类推的价值走向》，载《法学研究》1995年第3期。

是一致的,因而并不是对罪刑法定原则的彻底否定,而是罪刑法定原则的进一步发展。而在我国当前的情况下,处于向依法治国迈进的过程中,需要的是法治的启蒙精神,需要的是法治国的刑法文化,因而应当实行严格的罪刑法定,这是由我国法治发展的历史进程和我国社会现实所决定的。如果以文化国的刑法文化否定法治国的刑法文化,对于我国的法治建设只能是一场灾难。当然,我们也不能简单地照搬或照抄西方法治国的刑法文化,对于那些不符合我国国情的东西完全应当排斥,但法治国的刑法文化的基本价值取向是应当肯定并且借鉴的。

值得注意的是,应当防止西方文化国的法文化与中国封建专制的法文化的合流,即以文化国法观念论证中国传统法文化的真理性,以此成为抵制法治国的文化壁垒。我国古代法文化,包括刑法文化存在可继承与可借鉴的内容,但由于这是一种封建专制的法文化,从其基本价值取向上是应予否定的。在我国封建专制的刑法文化与以罪刑法定为核心的法治国的刑法文化之间具有天然的对立性,因而与文化国的刑法文化之间存在某种暗合,实际上是神异而形同。正因为这种形同,往往给人以误解,甚至造成对中国封建专制刑法文化的误读。例如,对中国古代刑法中长期存在的类推制度的赞美,并以此抵制罪刑法定主义。更有论者认为,中国古代法家的重刑思想有其明显的合理性。韩非云:“所谓重刑者,奸之所犯者细,而上之所加焉者大也;所谓轻刑者,奸之所利者大,上之所加焉者小也。”^{〔1〕} 据此,法家的所谓重刑其实并不重,反而是与罪相适应的,因而具有科学性。^{〔1〕} 从以上所引韩非关于重刑与轻刑的界定来看,重刑并不重。但我们再引一句韩非的话:“刑盗;非治所刑也。治所刑也,是治胥靡也。故曰重一奸之罪而止境内之邪,此所以为治也。重罚者,盗贼也;而悼惧者,良民也;欲治者奚疑于重刑。”这里的重刑似乎再不能解释为与其所犯之罪相称之刑,而是一种使良民悼惧的威吓之刑。这种重刑并非为罪人所设,而是为止境内之邪而设。因此,轻重标准就不可能是所犯罪行轻重,而是威吓之所需。如达到威吓之需要,实现所谓“以刑去刑”,商鞅甚至公然宣称“行刑重其轻者,轻者不生,则重者无以至矣”,反对“轻轻而重重”,即“轻罪轻刑,重罪重刑。”对此,韩非也作了进一步说明:“夫以重止者,未必以轻止也;以轻止者,必以重止矣。”这里的重刑,当然不再可能是与其所犯罪行相称的刑罚。由此可见,对于中国封建专制刑法文化的复活,甚至是在引入文化国刑文化的名义下的复活,我们应当保持足够的警惕。

我国当前的刑法理论,虽然存在着中国传统刑法文化的影响,但主要还是从西方引入的,从原则到概念,从内容到体系,都是如此。但在这种中国传统的刑

〔1〕 参见艾永明:《法家的重刑思想值得借鉴》,载《法学》1996年第11期,第10页。

法文化与西方引入的刑法文化的交汇中，我们始终应当立足于我国法治建设的现实。惟有如此，才能使刑法理论在我国刑事法治的建设中发挥应有的作用。我国正处于一个向法治国演进的关键时刻，因而应当大力弘扬法治国的刑法文化，进行刑事法治的启蒙，这是刑法学者不可推卸的历史使命。

三

法治国的刑法文化并非理论上的杜撰，而是现实社会的必然要求。那么，法治国的刑法文化的品格是什么呢？我认为，法治国的刑法文化具有以下品格：

（一）人文关怀

法是调整社会关系的，而社会关系的主体是人。因此，法必须以人为本，注重人权保障，这是法的人文关怀的实质蕴含。刑法虽然是以惩治犯罪为内容的，但犯罪是一种人的行为。可以说，刑法是以特定的人——犯罪人为调整对象的，更何况刑法涉及到一个人的生杀予夺，因而对其人文关怀尤为重要。刑法是一种公法，公法主要涉及国家与私人之间的关系，实际上就是国家权力与个人权利之间的关系。在刑法构造中，如何处理国家与个人的关系始终是决定刑法性质的一个重要问题。在专制国的刑法文化中，国家本位与社会本位是一再受到强化的，因而刑法及其刑法文化是以此为基础的；而个人权利则被放在一个微不足道的位置上，缺乏应有的人文关怀。而在法治国的刑法文化中，应当是以个人为本位的，注重与强调个人的权利与自由。因此，刑法在更大程度上是限制国家权力的公法。在国家面前，作为个体的公民具有独立的人格，它与国家在法律上是完全平等的，刑法以保障人权为归宿。在法治建构中的国家，绝不是一种无所不在的利维坦；而是被严格限制在一定范围内活动的政治实体，国家存在的根本目的就在于使公民享有最大限度的个人自由与权利。因此，人权是法治国的内在精神，法治永远都是人权现实的不可或缺的支点。^{〔1〕}在刑事法治中，人权同样具有重要意义。可以说，人权保障是刑法最基本的价值之一，法治国的刑法文化，就是要以人为本，具有人文关怀。封建专制的刑法文化，是以折磨人、侮辱人、不把人当作人为特征的，犯罪人完全成为消极的司法客体，不具有任何权利。而法治国的刑法文化，将人的理性与尊严置于重要的地位，刑罚人道性是其重要特征。尽管在近代刑法史上，存在着功利主义与报应主义的学派之争。但刑事古典学派都强调人的价值，并以此为刑法理论的归宿。例如，贝卡里亚猛烈地抨击了封建专制刑法的残酷性，认为刑罚的恶果大于犯罪所带来的好处，刑罚就可以收到它

〔1〕 参见程燎原：《从法制到法治》，法律出版社1999年版，第202页。

的效果。除此之外的一切都是多余的，因而也就是蛮横的。^{〔1〕}在贝卡里亚的这种功利主义刑法思想中，虽然主张追求刑罚的威慑性，但这种威慑性是受人道性制约的，并且为刑罚设立的理性限度，因而根本不同于中国古代法家为达到以刑去刑的目的不惜动用重刑的功利主义。同样，康德的道义报应主义也是建立在人性基础之上的，康德认为人是现实上创造的最终目的。从尊重人作为目的的价值出发，对人的行为的反应便只能以其行为的性质为根据，而不能另立根据或另有所求，否则便是否定了人作为目的的价值。因而康德指出：惩罚在任何情况下，必须只是由于一个人已经犯了一种罪行才加刑于他。因为一个人绝对不应该仅仅作为一种手段去达到他人的目的，也不能与物权的对象混淆。一个人生来就有人格权，它保护自己反对这种对待，哪怕他可能被判决失去他的公民的人格。^{〔2〕}贝卡里亚和康德之间虽然在刑罚目的上观点是对应的，但在使刑法人道化与理性化这一点上，却是殊途同归。在这个意义上，我们可以说，人文关怀是法治国刑法文化的基本蕴含。

（二）形式理性

人治与法治的区别并不在于是否有法律，在人治社会里也可能存在十分完备的法律。例如，中国古代社会，法律不可谓不完备，但不能由此得出结论认为中国古代存在法治。我认为，人治与法治的区分仅仅在于：当实质合理性与形式合理性发生冲突的情况下，是选择实质合理性还是形式合理性。法治是以形式理性为载体的，刑事法治必然要求罪刑法定，而罪刑法定不能离开一个相对封闭的规范体系。法治意味着法的统治，因此，法的至上性是其应有之义。在封建专制社会，虽然存在刑法，但由于君权至上，因而刑法的权威性往往让位于君主的权威，刑法在实际上不能得到严格的遵守。君主可以任意地践踏刑法，使之成为一纸空文。中国古代社会，在儒家法的主导下，以礼入法，出礼入刑，在礼和法之间存在表里关系。因此，法官的使命不是实现法的价值，或者说，法没有自身的独立价值。只有礼所内涵着的伦理内容才是法官所追求的价值，为实现这种伦理价值，往往牺牲法律的形式。德国著名学者韦伯在论述中国古代的法律制度时，将中国古代法律描述为是一种世袭结构，这是与世袭制的国家形态相联系的。在这种世袭制的国家中，缺乏理性的立法与理性的审判，因而存在这样一个命题：“专横破坏着国法。”法官对任何大逆不道的生活变迁都严惩不怠，不管有无明文规定。最重要的则是法律适用的内在性质：有伦理倾向的世袭制追求的并非形式

〔1〕 参见〔意〕贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第42-43页。

〔2〕 参见〔德〕康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，商务印书馆1991年版，第164页。

的法律，而是实质的公正。^{〔1〕}因此，这是一种韦伯所说的卡迪司法（Kadi - Justice, kadi 系伊斯兰教国家的审判官）。在这种卡迪司法中，法官承担的不是护法使命，而是沉重的伦理使命。因此，法官往往无视法律教义，径直根据伦理道德观念，尤其是儒家教义，对案件作出判决。在这种法律制度中，法的形式理性是得不到遵守的，更强调的是伦理意义上的实质合理性。可以说，中国古代从来就不曾存在过法的形式理性。

刑事法治是建立在形式理性基础之上的，通过形式合理性而追求与实现实质合理性，由此而保障公民个人的权利与自由，限制法官的恣行擅断。可以说，罪刑法定主义就是建立在形式理性之上的、以承认形式合理性为前提。这种形式合理性是一种相对的合理性、可期待的合理性。在形式合理性与实质合理性发生冲突的情况下，选择形式合理性而非实质合理性，就意味着在坚守形式合理性的同时，必须承受一定程度上的实质合理性的丧失。例如，贝卡里亚为防止法官擅断，甚至主张取消法官的法律解释权，认为严格遵守刑法文字所遏制的麻烦，不能与解释法律所造成的混乱相提并论。这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改，力求准确，并且阻止人们进行致命的自由解释，而这正是擅断和徇私的源泉。^{〔2〕}尽管贝卡里亚的这一观点不无偏颇，但其对法的严格遵守的形式理性精神还是给我们留下深刻的印象。中国古代是允许法官根据其对儒家教义的理解适用法律的，其中一个理由就是“法有限，情无穷”。因此，法官追求的是对一切情（即犯罪情形）的规范，当法不敷适用时，“入罪，举轻以明重；出罪，举重以明轻”的法律解释方法，以至于比附援引的类推适用方法就开始大行其道。在这种情况下，法的权威失落了，法官的擅断恣行了。可以说，中国古代轻形式理性重实质理性的刑法文化传统至今还深深地影响着我国，只不过实质理性的内容发生了置换，不再是儒家的伦理价值，而是所谓社会危害性。

社会危害性具有浓厚的实质理性的痕迹，从而与刑事法治的形式理性形成一种对立关系，成为破坏刑事法治的理论根据。我国法学者李海东指出：对于犯罪本质做社会危害性说的认识，无论它受到怎样言辞至极的赞扬与称颂，社会危害性并不具有基本的规范质量，更不具有规范性。它只是对于犯罪的政治的或者社会道义的否定评价。这一评价当然不能说是错误的，问题在于它不具有实体的刑法意义。当然没有人会宣称所有危害社会的行为都是犯罪和都应处罚。但是，如果要处罚一个行为，社会危害性说可以在任何时候为此提供超越法律规范根据，因为，它是犯罪的本质，在需要的情况下是可以决定规范形式的。社会危害

〔1〕 参见〔法〕马克斯·韦伯：《儒教与道教》，商务印书馆1997年版，第154-155页。

〔2〕 参见〔意〕贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第13页。