

梁根林『刑事政策研究系列』

刑事政策：

立场与范畴

梁根林
● 著

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

梁根林
刑事政策研究系列

刑事政策： 立场与范畴

梁根林
● 著

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事政策:立场与范畴/梁根林著. —北京:
法律出版社, 2005. 1
(梁根林“刑事政策研究系列”)
ISBN 7-5036-5281-0

I. 刑… II. 梁… III. 刑事政策—研究—中国
IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 135032 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张旭辉

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/23.25 字数/311 千

版本/2005 年 1 月第 1 版

印次/2005 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939747

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5281-0/D·4998

定价:36.00 元

序 一

储槐植

在梁根林博士倾六年之功完成的鸿篇巨制“刑事政策研究系列”之《刑事政策：立场与范畴》、《刑事法网：扩张与限缩》与《刑事制裁：方式与选择》交付出版之际，梁根林邀我为之作序，作为梁根林的博士指导教师，我当然欣然应允。

在我看来，自德国刑法学与刑事政策大师冯·李斯特倡导“刑法的刑事政策化”以来，刑事政策学在世界范围内已经逐渐生长为一种独立的知识体系，成为刑事科学体系中与刑法学、刑事诉讼法学、刑事执行法学、犯罪学同样重要的分支学科。在我国有组织地反犯罪斗争的实践中，刑事政策对刑法的制定与适用同样具有重要的调节和导向作用，但是我国刑法学界对刑事政策的学术研究却相对滞后。迄今为止，正式出版的刑事政策教材、著作和论文屈指可数，对刑事政策的基本概念、范畴以及刑事政策学的学科定位尚未形成基本共识。因此，梁根林的“刑事政策研究系列”的出版，对于我国刑事政策的学术研究特别是刑事政策学的学科建构，无疑是一个重要的推动。

通读全书，我以为，可以对梁根林的刑事政策研究成果作以下评价：

一、思想深厚与信息宽广并茂

思想是学术研究的生命,学术研究贵在出思想,哪怕是星星点点的思想火花。而信息则是学术研究的基础,信息是否宽广表明研究者的学术视野是否开阔。只有根据宽广的学术信息才能产出深厚的学术思想。应当说,梁根林的“刑事政策研究系列”做到了思想深厚与信息宽广的有机统一。这一特点无论是在梁根林对现代法治语境中的刑事政策解读、刑事政策的系统特性、结构与功能、刑事政策的原则、现代刑事政策的孕育与发展以及对刑事政策学的学科定位等刑事政策学基础理论的建构中,还是从梁根林对诸如刑事立法的宪政基础、刑事立法的基本范畴、刑事立法的技术与方法、刑事法网的扩张与限缩以及刑事制裁的方式与选择等刑事政策问题的专题研究中,都得到了充分的体现。其中,尤其值得一提的是梁根林对刑事政策学的学科定位与对死刑的刑事政策分析。梁根林将刑事政策学界定为集“观察的科学”、“批判的科学”、“决策的科学”、“形而上的知识体系”于一身的刑事科学,强调批判性与建构性是刑事政策学的学科使命从而也是其生命力所在。这是迄今为止我所见到的对刑事政策学学科使命的最完整同时也是最准确的表述,这一定位亦显然不同于我国学界的一般立场。梁根林用十万字左右的篇幅对死刑问题进行了专题性的刑事政策分析。他正确地指出,死刑问题在本质上并不是一个法律问题,而是一个政治问题或者说是一个刑事政策选择问题。死刑的存废、去留,并不取决于其自身无法辨明的正义性或非正义性以及无法证实或证伪的威慑性。死刑的存废、去留在根本上是一个受公众对死刑的认同以及政治领袖的政治意志左右的政策选择问题。集体意识对死刑的广泛认同为死刑制度提供了某种正当性和合法性资源,但集体意识又具有两面性,交织着理智与情感、意识与潜意识、理性与非理性、正义与非正义。政治领袖应当对集体意识及其对死刑的公众认同进行科学的分析与解构,并运用政治智慧与权力艺术对其进行理性的引导,使死刑政策、死刑制度与死刑的适用成为一种理性的实践和实践的理性。这些论述彻底跳出了我国刑法学界对死刑是否正义、是否具有特殊的威慑效果并据此

展开其死刑存废立场之争的狭隘范畴,无疑触及了死刑存废的政策选择的本质,表明梁根林的刑事政策研究达到了相当的思想深度。而其综合运用哲学、政治学、公共政策学、社会学、伦理学、心理学、文化学、法学特别是刑法学的知识和原理论证上述学术主张的过程,则不仅展现了梁根林的学术驾驭能力,而且使其对死刑的刑事政策分析具有丰厚宽广的学术信息,真正做到了思想深厚与信息宽广并茂。

二、实然审视与应然展望并存

梁根林区分了实然的刑事政策与应然的刑事政策以及应用的刑事政策与学术的刑事政策。强调刑事政策学亦即学术的刑事政策应当对实然与应用的刑事政策及其实践效果进行观察、验证、评估和检讨,对现行刑法反犯罪斗争的方略进行批判性评价,并根据实践理性和政策科学原理,提出改进应用的刑事政策的原理、原则、路径和方案,使以国家刑罚权的行使为核心的刑法的制定与适用更符合现代刑事政策合理而有效地组织对犯罪的反应的目标的要求。基于对刑事政策学作为一门“观察的科学”、“批判的科学”、“决策的科学”和“形而上的知识体系”的学科定位,梁根林对刑事政策问题的专题研究充分注意了实然审视和应然展望的逐步推进,而应然展望又充分兼顾了必要性、合理性和可行性,因而使其设计的解决具体刑事政策问题的方案既积极又稳妥,具有很强的操作性。例如,梁根林没有想当然地提出自己对安乐死这一重大刑事政策问题的解决方案,而是首先从理论争鸣、实践推动、事实上的非犯罪化和法律上的非犯罪化等多个不同的维度,回顾了自20世纪30年代以来世界范围内以争取人道死亡为宗旨的安乐死运动的发展脉络,以此为基础分析了刑事政策视野中的安乐死出罪机制,主张跳出赞成与反对安乐死合法化的简单化、情绪化之争,而以刑事政策学上的非犯罪化原理为平台,在“事实上的非犯罪化”和“法律上的非犯罪化”的互动过程中,分析和设计我国应对安乐死问题的刑事政策反应方式。根据这一学术理路,梁根林主张,在相应的道德、伦理、医学、法制、社会保障条件尚不具备的情况下,在目前以及可以预见的将来,我国还不可能实现对安乐死的“法律上的非犯罪

化”。但是,司法者在适用解释刑法的过程中,完全可以充分运用经验知识与经验判断,对刑事立法的一般规则与官方知识进行限制性与救济性的解释与适用,排除刑事立法一般规则在符合条件的个案情况下的个别适用,实现对特定个案的非犯罪化处理,从而调和刑法规定的一般公正与个案处理的具体公正的紧张与冲突。为此,梁根林设计与论证了对安乐死进行事实上的非犯罪化处理的可能路径与适用条件,并对这种出罪机制所涉及的期待可能性理论的运用、犯罪构成模式的过滤机制与我国犯罪构成模式的改造以及罪刑法定原则的出罪正当化解释机能等进行了全面的法理解读。可以认为,梁根林对安乐死出罪机制的研究是把实然审视与应然展望、政策分析与法理解读予以有机结合的典型,也是“以小见大”的学术研究方法的成功实践。

三、政策分析与法律规制并重

正如梁根林对刑事政策学学科使命的界定,刑事政策的学术研究重在批判和建构,这就要求我们在对国家与社会现行的反犯罪斗争方略及其实践效果进行观察、验证、评估和检讨的基础上,根据现代刑事政策合理而有效地组织对犯罪的反应的目标,探询刑事政策的运作规律,建构刑事政策的理想模式,规划刑事政策的可行方案,设计刑事政策的行动艺术。因此,真正科学意义上的刑事政策的学术研究必然要求政策分析与法律规制并重。梁根林对刑事政策问题的学术研究正是依循这一路径展开的。例如,在“严格责任、推定与法定强奸的犯罪化设计”的专题研究中,梁根林不仅强调了对幼女包括幼男予以特殊保护的公共政策,从这一公共政策出发,论证了对奸淫不满14周岁的幼女实行严格责任的必要性,而且基于严密刑事法网、严格刑事责任的考虑分析了可能影响对幼女进行特殊保护的政策选择的各种变量,同时又对我国学界广泛存在的关于严格责任必然违反罪过责任原则与主客观相统一原则的误解进行了匡正,在此基础上提出了我国法定强奸罪刑规范结构由“厉而不严”向“严而不厉”调整的原则思路和具体构想,设计与论证了合理而科学地确定法定强奸犯罪的刑事责任的罪刑规范,从而使其对法定强奸与严格责任的政

策分析落实到了法律规制之中,真正做到了政策分析与法律规制并重。

基于以上分析,我认为,梁根林的“刑事政策研究系列”对刑事政策问题研究的广延度和厚重度在迄今为止我所读到的同类著作中当居首位,它的出版标志着我国刑事政策的学术研究达到了一个新的阶段,同时亦标志着梁根林个人的学术研究达到了一个新的高峰。

当然,由于学识、精力和时间的限制,梁根林并未能按照其原定计划完成其对刑事政策的学术研究,呈现在读者面前的《刑事政策:立场与范畴》、《刑事法网:扩张与限缩》以及《刑事制裁:方式与选择》只能视作其刑事政策研究的阶段性成果,而且这些阶段性成果中亦不乏可商榷之处,如梁根林对我国刑法第3条规定的罪刑法定原则的质疑、对我国刑法第13条规定的“立法既定性又定量”犯罪概念模式的评价、对期待可能性作为超法规阻却责任事由的肯定、对我所提出的“行为人群责任”的分析、对我国劳动教养出路的设计等,在我看来均有进一步研究的必要。我衷心地希望梁根林再接再厉,尽快完成全部研究计划,并进一步斟酌完善已有的研究成果。更热切地期待在学界同人的共同努力下,刑事政策的学术研究在我国逐渐成为一门显学,刑事政策学逐渐生长为我国刑事科学体系中一门独立而成熟的学科。

是为序!

储槐植

谨识于北京怡美家园寓所

2004年11月28日

序 二

陈兴良

梁根林“刑事政策研究系列”的三部著作即将由法律出版社出版。这三部著作分别为：之一《刑事政策：立场与范畴》、之二《刑事法网：扩张与限缩》、之三《刑事制裁：方式与选择》。这一“刑事政策研究系列”，堪称梁根林的刑事政策三部曲。三书共计百万言，同时推出，颇有一鸣惊人之感，令人振奋。在三部曲出版之际，梁根林盛情邀我作序，令我惶恐。梁根林的导师储槐植教授是最有资格为之作序的人。我只不过是梁根林刑事政策研究的一位旁观者，对其研究过程有所了解。在序中略谈一点我的感想，对于理解梁根林的刑事政策研究会有所裨益，因而欣然应允下笔作序。

梁根林的学术起点是刑罚理论研究，而刑罚理论恰恰是与刑事政策直接相关的一个领域。在我国，刑事政策并非显学，但也受到老一辈学者的关注。在老一辈学者中，马克昌教授、杨春洗教授、何秉松教授都分别主编了刑事政策教科书，为这一学科的发展奠定了基础。然而，我应当指出的是，储槐植教授虽然没有主编或者专门出版刑事政策方面的论著，但他关于刑事政策的数篇颇有分量的论文，实在是我国刑事政策研究的扛鼎之作，其中最具有影响的当推“严而不厉：为刑法修订设计政策思想”（载《北京大学学报》1989年第6期）一文，该文提出了“严而不厉”的刑事政

策思想，“严而不厉”与“刑事一体化”、“刑罚机制”、“关系刑法”等概念一起，构成储槐植教授最具标识性的学术话语。梁根林自1994年至1997年在北京大学师从储槐植教授攻读博士学位，是储槐植教授的开门弟子之一。从梁根林的学术成长轨迹中，可以明显地看出乃师的深刻影响。梁根林的博士论文《刑罚结构论》，正如同其在引言中所云，是受到储槐植教授的引导。该引言在论及选题的确定时指出：“我的导师著名刑法学家储槐植教授在向1992年中国法学会刑法学年会提交的《试论刑罚机制》一文中，有感于我国刑罚功能实现的效果不佳、刑罚理论研究局限于静态分析的现状，提出了‘从实践价值考虑，有必要在刑罚理论方面开发一块新领地——研究刑罚机制’的主张。在该文中，储槐植先生首次表达了‘结构协调、双边合力、物质支撑是完善刑罚机制的根本保障’的思想。1993年先生在《论刑法学若干重大问题》一文中，再次提出应当进行刑罚机制研究。在我师从于先生门下攻读刑法学博士学位后，先生经反复权衡，将刑罚机制问题确定为我的研究方向。”〔1〕正是储槐植教授的指点，确定了梁根林的研究方向。《刑罚结构论》一书超越了对刑罚制度的规范注释，是一种动态的、结构的分析，使刑罚结构的理论建构达到了一个较高的学术水平。我以为，该博士论文与储槐植教授的思想是一脉相承的。因此，梁根林可以说是继承了乃师学术衣钵的嫡传弟子，两者之间的师承关系是十分明显的。尽管《刑罚结构论》一书基本上未论及刑事政策的概念，但将其视为一种刑事政策的研究也并非唐突。

我这里之所以强调梁根林与储槐植教授之间学术上的师承关系，一方面是想为梁根林关于刑事政策的研究寻找某种学术上的渊源，另一方面也为对这种研究的评价提供某种视角。就此而言，我认为梁根林刑事政策三部曲的出版，不仅意味着对自己的一种超越，而且也将储槐植教授倡导的刑事政策研究提升到一个更高的水平。在这个意义上说，梁根林的研究可谓青出于蓝而胜于蓝，达到了其学术高峰。我注意到，梁根林在《刑罚结构论》一书的后记中提及该书是拟议中的“刑罚机制研究”三部曲之一，三部曲的另外两部，在该书的引言中论及，分别是《刑罚关系论》和

〔1〕 参见梁根林：《刑罚结构论》，北京大学出版社1998年版，第4—5页。

《刑罚运行过程论》。但实际上,梁根林并没有按照这一既定的学术进路走下去,而是另行开辟了刑事政策的研究。正如我在前文所言,《刑罚结构论》本身实际上就是一种没有刑事政策之名的刑事政策研究,而现在只不过自觉地在刑事政策的名义下展开学术研究而已。因此,在这两者之间是有着某种内在学术联系的。当然,两者之间也并非只是一种名义的变换,而且彰显着梁根林的学术视野的拓展,从刑罚的刑事政策考察扩展到对整个刑法的刑事政策分析。这里想说明,刑事政策三部曲是我为梁根林“刑事政策研究系列”的命名。前一个三部曲只以一曲而告终,而后一个三部曲则曲曲有声。我知道梁根林在写一部刑事政策的著作,但一直以为这是一本刑事政策原理性的著作,或者说是以教科书体系创作的刑事政策著作。不久前,梁根林告诉我,该书已经80多万字。后来,我浏览了书稿,认为这部书已经远远超出教科书体系,某些专题的研究达到了相当高的学术水准。但全书80多万言,内容庞杂,有损于该书的体系性。因此,我建议将该书分拆为三本:将关于刑事政策基本原理的总论性内容单成一书,命名为《刑事政策:立场与范畴》;将对犯罪现象的刑事政策考察纳入《刑事法网:扩张与限缩》一书;将对刑罚制度的刑事政策考察冠之以《刑事制裁:方式与选择》的书名。三书之间既互相独立,又存在内在逻辑关系,并且经过增补,各书篇幅约在30万言左右,足以单独成书。梁根林采纳了我的建议,就形成了这一“刑事政策研究系列”。

学者是以学术为志业的,因此,著作也就是学者的标识。“刑事政策研究系列”的出版,标志着梁根林在刑事政策研究上的成熟与自立,也足以使其在刑事政策领域树起一座学术的高峰。在年青一代学者当中,研究刑事政策而卓有成就的有卢建平、曲新久、严励等人。这些年青学者在刑事政策研究上各有所成。梁根林对刑事政策研究从刑罚切入,进而扩展到整个刑法,形成了别具一格的学术个性,从而以自己独特的学术贡献推动了我国刑事政策研究的发展,这是令人欣慰的。从《刑罚结构论》到“刑事政策研究系列”,我认为梁根林在学术上的进步是无可置疑与令人信服的。从1998年出版《刑罚结构论》一书,到2004年交付出版“刑事政策研究系列”,其中的间距是6年。聚6年之力而磨出此剑,功力自在其中。在我们这个充满诱惑力和充斥功利心的社会,像梁根林这样执著于

学术，是颇为不易的。因此，梁根林的学术定力也是值得赞赏的。

记得2002年梁根林从德国进修回国，谈及在德国进修期间搜集了大量的资料，正在加快写作进度。当时，对梁根林的研究内情我也并非详知。但当作为“刑事政策研究系列”的阶段性成果一篇篇发表出来的时候，我分明看到梁根林学术成长的足迹。尤其是“公众认同、政治抉择与死刑控制”一文，使我感觉到梁根林在学术上更上了一个新台阶。该文是我所见到的对死刑问题研究最为深刻的论文之一，其说理之透彻，视野之开阔，令人刮目相看。及至“刑事政策研究系列”的书稿展示在我面前，我以为这是我国在刑事政策领域的前沿性成果。梁根林已经年届不惑，在学术上不说少年得志，至少也不是大器晚成。在最该出成果的时候，就出了成果，可谓正逢其时。我相信，刑事政策三部曲的出版只不过是梁根林学术经历中跨越的一座学术高峰。抬望眼，还有更多的学术高峰横亘在我们的面前，我们是否具有跨越的信心和实力？这需要由时间来回答。写在这里，与梁根林共勉。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2004年11月29日

合理地组织对犯罪的反应

(代自序)

—

作为一种“文明社会的野蛮现象”，犯罪问题已经成为当今世界普遍面临的最为严重的社会问题之一。应对犯罪的挑战，作为一种社会有机体组织起来的政治国家在传统上选择了以刑罚作为对犯罪的天经地义的反应方式。人类社会的文明史在相当程度上就是犯罪与刑罚反复博弈的历史。在最一般的意义上，我们可以将政治国家这种以刑罚反应为核心的治理犯罪的有组织反应体系称之为刑事政策。但是，刑事政策从早期以造成刑罚的恐怖、威慑效果为核心的消极抗制犯罪的对策，到作为治理犯罪的合适而有效的手段并成为国家系统性的政策——现代刑事政策而加以推进，则是在欧洲启蒙运动时期才出现的。现代刑事政策就是国家和社会整体以合理而有效地组织对犯罪的反应为目标而提出的有组织地反犯罪斗争的战略、方针、策略、方法以及行动的艺术、谋略和智慧的系统整体。

随着社会治理和犯罪控制机制的现代转型和理性、人道主义价值观念的普世传播，前资本主义时期的那种以国家利益的崇高名义而推行的以残忍、恐怖、血腥为基本特征的传统刑罚体系，不再是国家和社会对付犯罪的惟一或者主要的有组织的反应方式，甚至国家机器的操控者亦不再主要依赖于不断变换花样的刑罚来治理和控制犯罪。现代社会的社会

治理和犯罪控制逐渐演化成一个具有复杂的层次和结构的社会治理和控制体系,其中,既有国家代表整个社会对犯罪作出的正式反应,也有市民社会组织对犯罪作出的非正式的反应。一般说来,刑罚是国家代表社会对犯罪作出的最严厉的正式反应方式,而来自社会道德的谴责、被害人和社区的反应、亲友的疏离、舆论的批评、社会政治、经济和文化的压力等等,则是市民社会对犯罪作出的非正式反应方式。因此,在现代刑事政策的视野中,“刑法对犯罪现象、法学家对犯罪现象的研究以及所谓解决办法的专有权”这一刑法垄断性正在逐渐丧失。^[1]但是,在国家和社会有组织的反犯罪斗争中,刑法及其范畴的特殊性并没有完全消失,而是“找到了新的空间、灵感源泉和解释的指南。刑法如今处在一个叫做‘刑事政策’的更为广泛、更为开放的整体核心”。^[2]

刑法作为“刑事政策的最重要的核心、最高压区和最亮点”,^[3]以对犯罪行为发动和行使刑罚权、科处刑罚以及类似制裁为基本反应方式。刑罚权是和平时一个国家最具有暴力性和工具性的国家公权力。国家行使刑罚权的目的在于当国民面临来自于犯罪的侵害时面向罪犯为国民提供救济。但是,刑罚权特有的暴力性决定了它的发动和行使,不仅直接关系到公民的名誉、财产和自由的丧失,甚至关系到公民的生命的剥夺。而刑罚权特有的工具性则决定了它往往为少数急功近利的执掌国家权力的统治者所特别钟爱,而使其呈现出本能的扩张欲望。历史和现实均已证明,用来防范罪犯、保护国民的刑罚权如果不被制约,必然异化成国家对包括犯罪嫌疑人、被告人和罪犯在内的全体国民进行暴虐的工具。因此,国家刑罚权能不能受到刑事法的有效制约,是一个国家在刑事法领域是否实现法治的根本标志,进而也是判断一个国家是否为法治国家的基本标志。作为一种“与人治相对峙的摆脱了人的情感控制的非人格化的

[1] [法]马克·安塞爾:《新刑法理论》,卢建平译,香港天地图书有限公司1990年版,第30页。

[2] [法]米海依尔·戴尔玛斯—马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第23页。

[3] [法]米海依尔·戴尔玛斯—马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第1页。

理性的制度安排”,法治的基本内涵在于“已制定的法律得到普遍的遵守,而得到普遍遵守的法律又是制定的良好的法律”。现代法治社会的刑法的价值绝不仅仅是为国家发动和行使刑罚权提供正当根据,而是要以刑法这种代表和体现社会公意的法律有效地规范和限制国家刑罚权的运作,防止因国家刑罚权的滥用而侵损公民的权利。因此,现代法治语境下的刑事政策因而就被历史地赋予了规范和制约国家刑罚权、合理地组织对犯罪的反应的历史使命。

“合理地组织对犯罪的反应”作为新社会防卫运动提出的一个刑事政策口号,其要旨在于通过多学科的研究提出符合我们这个时代要求的、对打击犯罪更有效的反应方式和战略,而法治、人道和科学则被视为合理地组织对犯罪的反应的三大评价指标。因此,新社会防卫运动强调坚决维护罪刑法定主义,严格规范和限制包括国家刑罚权、行政权在内的一切公权力,对现有的与犯罪做斗争的制度进行批判性的研究,联合所有的人文科学以对犯罪现象进行多学科的综合研究,利用对现行制度的科学批判及它与人文科学的合作这两点,并遵照以下两个互为补充的指导思想建立起一个崭新的刑事政策体系:一方面,坚决反对传统的报复性惩罚制度;另一方面,立志坚决保护权利,保护人类,提高人类价值。^{〔4〕}也就是要以人道主义的刑事政策为基础,承认犯罪人有复归社会的权利,社会有使犯罪人复归社会的义务,把犯罪人教育改造成为新人、使之复归社会。^{〔5〕}作为一场席卷战后欧洲并且深刻影响世界许多国家刑事政策与刑法改革的思想运动、立法运动与改革运动,新社会防卫运动对反犯罪斗争的合法性、人道性、科学性和有效性的追求,使现代法治社会对犯罪的反应彻底摆脱了旧时代单纯的报复或消极的制裁的樊篱,巨大地推动了欧洲各国乃至世界许多国家刑事政策和刑罚制度的理性化程度,促进了整个人类社会的刑罚文明和社会文明。

鉴于我国当前法制现实中普遍存在的刑法工具主义、刑法万能主义

〔4〕〔法〕马克·安塞尔:《新刑法理论》,卢建平译,香港天地图书有限公司1990年版,第30—31页。

〔5〕〔法〕马克·安塞尔:“从社会防卫运动角度看西方国家刑事政策的新发展”,载《中外法学》1989年第2期。

以及重刑主义倾向以及弥漫在公众和立法者、司法者中的情感逻辑思维，在反思我国的刑事政策思想、构建我国刑事法制体系、实现我国刑事法治目标的进程中，笔者深感有必要提出符合我国现阶段具体国情与打击犯罪客观需要的、以“保护人的权利、尊重人的尊严、提高人的价值为目标、以合理地组织对犯罪的反应”为基本内容的人本主义的刑事政策主张。这种“合理地组织对犯罪的反应”的人本主义的刑事政策思想是一个理性化的刑事政策思想体系。其中，既涉及对刑法价值和机能的科学认识，也关系对犯罪的本质、规律和发生机理的辩证分析，更需要对刑罚及其作用机制的理性对待。更为重要的，合理地组织对犯罪的反应需要以整个社会的文明、民主和法治为前提。

二

合理地组织对犯罪的反应，应当在刑事政策观念上彻底破除片面强调刑法为政治统治服务的刑法工具主义意识，树立“以人为本”的人本主义观念和刑法本身就是社会正义的象征的目的主义观念，树立国家刑罚权制约观念，确立犯罪人既是刑法规制的对象、又是刑法保护的应当给予理性尊重的法秩序主体的意识，从而赋予疏满刚性的刑事法治以丰富的道德底蕴和强烈的人文关怀，使刑事法超越其单纯的强暴性和威慑性，强化公众对刑法规范的亲近感和认同感，使公众对规范和禁令的信守奠基于对规范的内心忠诚而不是对制裁的心理恐惧之上，从而保证“以人为本”的刑事政策思想和现代法治理念在刑事法领域得到全面体认。也就是说，现代法治语境中的刑法作为最具有强制性和暴力性的公法，在体现法治固有的法律的非人格化特征、对公权力的约束和遏制以及对违法犯罪行为的制裁、用刚性的游戏规则约束和规范权力的行使、用制度的力量遏制权力的滥用和权力行使者的恣意等刚性品质的同时，也应当展现其道德蕴涵和人文关怀的柔性品格。^{〔6〕}而理解人（科学地把握人犯罪的原因、合理地确定犯罪人的刑事责任）、尊重人（尊重包括犯罪嫌疑人、被告

〔6〕 刘武俊：“刚柔相济：良性法治的内在品性”，载《法制日报》2000年6月4日。

人和罪犯在内的全体国民的人格、尊严、自由和权利)、关心人(在关心社会公众普遍福祉的同时,关心被追究刑事责任的人的社会复归)作为现代人道主义的刑事政策的核心,则充分反映了刑事法治的这种内在的柔性品质。现代刑事法治正是通过惩罚犯罪以实现对秩序的必要维护和限制刑罚权以实现对人权的充分保障的完美统一,展示其良性法治的刚柔相济的内在品行的。我们必须赋予刑法这样一种刚柔相济的内在品性,据此重新构筑 21 世纪中国刑事政策和刑事法治的理论框架和价值走向,评判、改造现实的刑事政策和刑事实定法。

合理地组织对犯罪的反应,要求真正确立和贯彻罪刑法定原则,实现刑法保护功能和保障功能的对立统一。罪刑法定原则具有丰富而深刻的内涵,绝非一句“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”的格言所能涵盖。罪刑法定首先是对国家刑事司法权的制约,它要求法官只能根据国家立法机关制定的成文刑事法律对被告人定罪量刑,禁止法官假解释刑法之名行创制刑法之实。罪刑法定在其成长过程中更派生出对国家刑事立法权制约的要求,它禁止立法者制定溯及既往的法律和含糊不清的法律,更强调刑法规定的内容的实体正当,禁止制定不合理、不必要和显失公平的刑法。因此,罪刑法定说到底是一项“有利于犯罪嫌疑人、被告人和犯罪人”的原则,是规范和限制国家刑罚权、保障犯罪嫌疑人、被告人和犯罪人人权的原则。罪刑法定是价值(人权保障)偏一的选择,而非各种价值目标和利益(社会保护和人权保障)平衡的结果,尽管罪刑法定自然包容了社会保护的价值内容。^{〔7〕}罪刑法定就是刑事法领域的根本法治原则。贯彻罪刑法定原则,要求刑法在充分发挥其固有的保护法益、维护秩序、巩固价值体系的社会保护功能的同时,重视保障人权的功能,扬弃刑法仅仅是“刀把子”的传统工具价值论,树立刑法同时也是“大宪章”的刑法机能观,确立刑法是国民权利与自由的大宪章的观念。刑法作为“大宪章”,首先要求司法者只能对符合法定犯罪构成要件的法益侵害行为进行法律评价,并据以定罪量刑,从而保障遵纪守法的公民生命、自由、

〔7〕 参见宗建文:“刑罚正义论——罪刑法定的价值分析”,载《刑罚专论》,四川大学出版社 1995 年版,第 31 页。