

LL.D. SERIES



202411416

D914/22

01/10/20

• 李海英/著

刑法原理入门 (犯罪论基础)

法律出版社

◀ XINGFA YUANLI RUMEN(FANZUILUN JICHU) ▶

图书在版编目(CIP)数据

刑法原理入门:犯罪论基础/李海东著. - 北京:法律出版社, 1998. 4
ISBN 7 - 5036 - 2378 - 0

I. 刑… II. 李… III. 犯罪学 - 基础理论 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 05104 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/7.75 字数/190 千

版本/1998 年 5 月第 1 版 1998 年 5 月第 1 次印刷

印数/0,001—4,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂内干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2378-0/D·1996

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

恩师 汉斯－海因里希·耶赛克教授

Meinem verehrten Lehrer

Herrn Professor Dr. Dr. h. c. mult.

Hans – Heinrich Jescheck

我们这个时代的人与刑法理论

——代自序

—

自 1979 年 7 月 1 日第一部刑法典公布,已经快十七个年头过去了。今年 10 月 1 日,进行了大范围技术性修改的新刑法典生效。在这十七年里,中国社会已经发生了巨大的变化。回顾 1949 年以来中国刑法的发展,也许只有以此为专业者才会体会到个中的感慨。

这种感受带来冲击最大的,应该是生活在承前启后之中的我们这一代刑法学者。这并不仅仅因为张志新这样两代人的遭遇是一些高考生当时选择法律专业甚至刑法学的一个动机;更是因为,对文化大革命有亲身体验或直接感受的刑法学者,是应当最能够切身地体会到刑法的实质含义的。对于今天年轻一代的刑法学者来说,尽管他们能用比我们更熟悉的文革语言妙语连珠地讥讽当年的荒唐,但其中的代价与艰难,还不是那么直接和切身的。从这种意义上讲,面对发展中的中国社会,我们比任何一代刑法学者更有反思的责任:到底是什么原因导致了那一切?我们在今天的刑法理论中应当怎样说明那一切?我们是不是有责任,在我们的理论认识范围与能力内为防止这一切作出努力?对于我们无法改变的过去,我们这一代刑法学者也许没有直接的责任,但是,在我们

今天的刑法理论中说明这一切的原因并在理论上彻底排除可能使这一切再一次发生的合理性基础或者理论根据,却是我们当然的工作内容。这是中国历史给予我们刑法理论研究的一个自然出发点。这个出发点恰恰是与现代刑法的本质与核心一致的。其实,这是我国刑法学的一个幸运。

在今天学者们相聚,谈起刑事司法中的问题时,我们不难听到这样的认识,即刑法理论不应对司法实践中的误差承担责任。因为,理论上已经把一切都说清楚了,问题是实权者与实施者没有理解或者根本充耳不闻而已。当然,司法实践不完全接受刑法理论不是一个中国所特有的现象,因为理论家可能并不比实践者的认识更深刻或者更高明。

刑法学者们曾在一段时间内对于“刑法学的研究已经到头,没有什么新的东西了”这种提法提出了许多批评。这些批评即使不从事物的内容而仅从事物的逻辑发展角度来看,也无疑是正确的。但是,这个提法是不是也从一个角度点出了刑法理论研究中的一个实质性的问题:转换论述或者重新切块组织并不是刑法理论的发展。这一提法之所以引起广泛批评的原因是,它以一种易于为人所接受的方式指出了刑法理论研究可能面临的危机:我们的刑法理论研究是不是总体上存在着某种根本性的偏差,才会出现这种刚刚起步就已经到达了理论终点的感觉?司法实践为什么会对如此发达的刑法理论充耳不闻?难道我们在实际工作中的同事的责任感和理解力就与我们会有这么大的区别?

敢冒天下之大不讳的某公一语激起公愤:“中国法学研究处于幼稚状态”。为此刑法理论界出现了一些类似“成果展”式的出版物,从数量(尤其是字数)到研究范围,以铁的事实说明十几年来我国刑法理论研究与发展的巨大成就和驳斥这种论调。十几年来刑法学研究的发表物数量巨大是一个不争的事实,可它与研究的质量没有关系。其实,我们刑法学者这里也许真可以把这个评价当

作一个善意的尖锐批评。

今天的中国刑法理论,本质上还处在我们上一代刑法学者们的认识框架中。这个框架是以本身就尚处于摸索阶段、完全不成熟的三十年代苏联刑法理论为基础的。但是,维辛斯基式的刑法理论结构与基础本身,从今天的角度来看,不仅在实践中是失败的,而且在理论上也是行不通的。它只是特定历史条件下的一个政治产物,很大程度上与民主国家所要求的宪政与法律秩序并没有必然的联系。因此,可能不是我们今天的刑法理论研究到头了,而是这个理论的观念、基础、方式与结构已经失去了它存在与发展的实践与理论基础。换言之,它可能基本上已经不是我们今天所要研究的刑法学了。一个在理论上偏离规范学原理的刑法学研究,不论它在数量上是多么地浩瀚,也不论它覆盖的范围多么广泛,它就不可能是成熟的,更不能有效地服务于深刻变迁中的中国社会的时代与实践要求。这会不会就是刑法学研究刚刚起步就有人有“到头了”的感觉,或者司法实践对此时而充耳不闻的一个原因?

中国刑法学的建立与初步发展是我们这一代刑法学者的基本工作。我们上一代刑法学者为我们奠定了一个可供批判与发展的基础,而我们所在的这个时代和这个时代的人给了我们这样的可能与条件。如果我们迄今为止可能一直在为某些根本性的偏差提供着理论根据,同时也并没有给立法者与司法者系统地提出可供选择的任何其他理论方案,那么,对立法与实践中的不如人意的地方,立法者与司法机关当然负有责任,但应当承担主要责任的,恐怕是我们刑法学者。所以,上面那些或委婉或尖锐的批评,可能是针对我国刑法学研究现状的一剂苦口的良药。

二

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。

那么,人类为什么要有刑法?

这个问题在三百年前欧洲启蒙思想家们作出了回答:刑事法律要遏制的不是犯罪人,而是国家。也就是说,尽管刑法规范的是犯罪及其刑罚,但它针对的对象却是国家。这就是罪刑法定主义的实质,也是它的全部内容。当作者读到近一百年前李斯特“刑法是犯罪人的人权宣言”的话时,心情久久难以平静。这不是一个用以宣传或者表现发展或文明程度的刑法理论或者规范原则,它是刑法的灵魂与核心。离开了它,刑法就是一纸空文,它与没有刑法典的区别就在于多了几十或者几百个书面的条款。在这个灵魂基础上进行的对于犯罪及其刑罚的研究,是刑法学。不以这个灵魂为基础的刑事规范研究,尽管我们同样可以看到所有的刑法术语和浩瀚的论述,它可以是任何东西,但不是刑法学。二者形式上的区别可能并不大,但实质就象“琵琶”与“枇杷”不同一样,完全是两回事。“若此琵琶能结籽,通城管弦尽开花”。这一观念对于刑法规范研究内容、方法、意义、理论结构等发生着全面的决定性影响。

离开了刑法的对象是国家这一认识,刑法自然就成了国家对付犯罪(实际上碍手碍脚)的工具。刑事规范就从根本上失去了自身的目的性,因为对于镇压或打击犯罪而言,有没有一张被称为刑法典的纸实际上并不重要,对于执行机构的控制也完全可以通过其他方式来进行。基于这一出发点对于犯罪与刑罚的理论研究,就自然偏离作为规范学的刑法学范畴。既然刑法本身只是国家实现目的的手段而不具有自己的目的,其合理性就完全取决于刑法服务于上述目的的有效性。用经常被阐述的一句话来讲是:“绝不允许形式主义地使工具凌驾于目的之上”。当它与目的一致时,有

利形象,何乐而不用;一旦有不一致,不是让位,就是“辩证统一”或“有机结合”。这时候的所谓“刑法学”的基本特点是,它不是规范性,而是政治性的。因此,公民在刑法理论中不是作为法秩序的主体,而是作为刑法的对象,即“犯罪主体”来处理的。刑法学就自然而然地在符合目的的前提下作政策性乃至政治性的展开,而不是规范性的认识。

从整体上看,在大多数国内刑法论著中,刑法自身的目的性实际上是被从实体刑法中完全排除了出去的。但是,犯罪人作为公民所具有的法秩序主体地位,即国家刑罚权不得规范外地介入行为人的利益、刑罚的适用不得超出已经证明了的规范责任范围、任何规范的适用都不应偏离预防再犯并使违法的公民尽可能心理健康地重新返回社会、实现这一目的的根本途径在于通过适当地刑罚唤醒其作为法秩序主体的法意识与责任感、而不在于将他置于法秩序的对立面而作为其对象来加以打击和改造,这些问题的解决与回答,恰恰是实体刑法理论研究的目的,也就是我们研究的刑法学本身。

为了使刑法的工具性不那么强烈,刑法学者们常常以社会整体利益来描述国家利益,关于这一点,我们应该注意以下两个问题:一是无论是现代宪法中“法律面前人人平等”抑或“罪刑法定”原则,即使我们暂不争论刑法的意志内容,也表明,刑法的意志形成、表现及其内容均至少已经完成于立法阶段。在刑法的适用解释与执行中,这不是也不应该是应予考虑或者判断的问题。在刑事司法中,除了法律外,法官不得在任何情况下以法律外的理由判断一个行为是否构成犯罪或者犯罪的轻重。

另一方面,所谓“社会的”、“集体的”、“大多数人的”利益不是也不应该是刑法的适用解释与执行的标准,它只是立法阶段所要解决的问题。而且,离开了每一个人具体的权利和利益,不可能存在“多数人”或“集体”的利益,也谈不上法秩序或社会的利益。因

为,法秩序目的的本身就在于保护每一个公民(包括犯了罪的公民)的合法权益。每一个公民具体的、个别的利益保护同时也是法秩序赖以生存的合理或合法性根据。在刑法的解释与适用上,以一个抽象的、离开了每一个公民的具体的合法权益的“集体的”或“多数人的利益或权利”来抹煞具体的、个人的权利,对于所有公民来讲,其危险都是巨大并绝对的:因为任何公民的个体的、具体的合法权利和利益永远是个别的和少数的。这种理论本身对于法秩序的致命危害在于,当每一个具体的、个别的(包括犯罪人的)合法权益在理论解释或司法执行中可能因为抽象的“集体的”或“多数人的利益或权利”而被牺牲时,法秩序本身就已经不复存在了。

对于犯罪与刑罚的解释在作为规范科学的刑法学框架内进行研究并对司法实践与刑事立法提供比较正确的理论根据,是刑法学者的工作。而本质上偏离现代刑法本质与灵魂的研究,导致实践中可以任意解释和出入人罪的理论结论——如果这些认识也可以称之为结论的话——恐怕并不是偶然的。

三

社会危害性被国内刑法学界理解为犯罪的实质,即认定一个行为是否构成犯罪的根本标准。

对犯罪进行实质定义,在历史发展上要远远早于对犯罪的形式定义,后者基本上是罪刑法定时代才出现的产物。几乎在刑法产生的同时,就有了对犯罪进行超规范的“本质”解释现象,因为任何刑罚权的行使,哪怕是在奴隶社会或者中世纪的专制国家里,都需要其合理性的根据。我们打开十九世纪前的刑法或法律书籍,几乎在每一本书里,都可以找到对犯罪进行的政治的、社会的、道德的、宗教的等等所谓“实质性”的评价。这类对犯罪的“实质评价”所导致的是,由此而建立起来的刑法理论成为完全形式化的思辨刑法理论。它是早期社会科学学科分工尚不发达、规范科学尚

未形成时代的产物。在人类法律文化的发展史上,对于这类纯形式的、形而上学的刑法理论方式的批判与否定,至少在一百多年前,随着近代社会科学的进一步分工与发展,尤其是实证主义刑法理论的贡献与刑事社会学派卓越的理论建树,已经从根本上完成了。我们今天仍要面临这个问题,实在是一项不幸的重复劳动。

“社会危害性”这类对犯罪规范外的实质定义的至命弱点在于,在这个基础上建立起来的犯罪体系完全依赖于行为的规范属性,因而,它又从本质上放弃了犯罪的实质概念。如果我们宣称犯罪的本质在于行为的社会危害性,显然,危害社会的并不都是犯罪,那么区别犯罪与其他危害社会行为的唯一标准就不可避免地只能决定于刑法是否禁止这个行为,也就是行为的形式违法性。这种所谓实质认识由此也就成了一种文字游戏般的东西,其实质变成了由法律形式所决定的,因此也就是形式犯罪而已。换言之,社会危害性的认定在这种理论中完全依赖于行为的形式违法性。至于到底什么是违法的本质,即到底什么叫危害社会、什么算是危害了社会、以怎样的客观具体的标准来认定是不是危害了社会等实质违法的问题,在社会危害性理论中,都是不用回答的,因为它们全部都是规范性的,即只要看这个行为是不是形式上违法就可以了。

这里问题在于,行为的社会危害性与危害社会的行为两者之间存在着根本的不同。一个具有社会危害性的行为,描述的是行为的属性,是对行为属性所下的判断;而行为的社会危害性,指的是行为所导致的社会生活中某种变异状态的属性。是否发生了这种变异状态,是一个尚要在客观上进行证明的东西。我们只有首先证明了社会受到了某种客观的、具体的危害,然后证明了这种危害是由该行为引起的,我们才能断定,这是一个危害社会或者具有社会危害性的行为。而行为是不是危害了社会,是不能在规范中或者在行为属性尚未确定以前的行为中寻找的,而只能到行为

所导致的客观状态中去找。因此,所谓社会危害性不仅在思维过程中是诡辩的,而且,论理上也不符合基本的形式逻辑。

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,社会危害性说就可以在任何时候为此提供超越法律规范的根据,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。社会危害说不仅通过其“犯罪本质”的外衣为突破罪刑法定原则的刑罚处罚提供一种貌似具有刑法色彩的理论根据,而且也在实践中对于国家法治起着反作用。

由于这种规范学上根本性的认识偏差,社会危害说常常会得出一些让人忧心忡忡的结论:在中国目前经济改革和高速度经济增长的情况下,与世界其他国家处于相同发展阶段时一样,被不断增长的经济犯罪问题困扰着。经济不法活动的罪与非罪问题自然成为刑法学界讨论的热题。社会危害性说的结论是:区分经济犯罪中罪与非罪的根本依据是看行为是否具有社会危害性;而认定社会危害性的关键在于该经济活动是否有利于生产力的发展;而认定是否有利于生产力的发展要以长远的发展、而不是短期的发展为根据。我们暂且不论一个经济活动是否有利于生产力的长期发展是不是或者是不是可能成为刑法学中区分罪与非罪的课题,也不论法学家们有没有可能回答这一问题,而只从实践的角度来看:在中国目前这种市场经济的转轨与起步时期,即使我们把全国第一流的经济学家全部调任各级法院担任审判员,恐怕他们也无法断然结论,某个行为在几十年甚至更长的时间后对中国的经济发展具体产生什么影响或什么结果。这是一个经济学本身没有也不可能完全解决的问题,它如何能够成为刑法中区分罪与非罪的

标准？这个标准是否或者如何由各级法院审判员掌握？这种“绝对正确”、但根本无法具体适用的理论结论，只会导致一个实际结果，那就是“官大的表准”（民国初年，某大人物专列三点发车。此公表慢了半个小时：“才两点半嘛。”全线列车为之迟发三十分钟，是为“官大的表准”）。因为没有一个审判员敢或者能够承担这个责任，而别无选择地导致甚至请求领导的党政干预。而这种干预是通过“刀把子”进行的，我们这么一个理论结论会给刑法的执行、司法的独立产生什么效果？我们刑法学者是不是至少没有拆毁法治的任务？到底什么是刑法学？

四

与“社会危害性说”异曲同工的是刑法理论研究中在方法论上对于规范科学的基本背离。其中最典型的是可以以不变应万变的“辩证统一”说。辩证统一说与所谓“主客观一致”、“原则性与灵活性的结合”诸如此类的“原则”，在基本思维的形式逻辑上是典型的是似而非的诡辩。

在一次国际刑法会议中国学者关于刑法基本原则的报告后，一位外国学者迷惑地问我：“这么多对立的事物怎么有机结合，谁来决定它们怎样结合呢？”这种完全背离理论研究基本规则的方法对于刑法秩序最大的危害在于，它为刑法脱离自身的规范性和做任意出入人罪的需要性解释提供了广泛的理论基础。要用时便是原则性，不用时便是灵活性，一通辩证论述后导致的结果只有三个：一是显示了刑法学者的理论思辨能力；二是对于司法实践毫无意义；三是给行政与法外介入提供了充分的理论根据。至于对于实现刑法的目的本身，不仅没有正面的理论作用，起的主要是反作用。

这类理论逻辑至今仍是我们刑法理论研究的论理主干。在科学地证明犯罪的实质是行为的社会危害性时，其基本论理结构是：

犯罪为什么可罚？因为它具有社会危害性；为什么这个行为具有社会危害性？因为它主观如何，客观如何——也就是具有形式的违法性（在我们的刑法理论中构成要件该当性与违法性是一回事）；为什么这个行为是具备构成要件（违法）的？因为它具有社会危害性，开始“辩证”循环。对于一个做司法实际工作的人来讲，这类关于罪与非罪的是似而非的“本质”论述毫无意义，对于刑事立法更是不知所云。我们是不是应该在使用辩证法这一哲学范畴的时候认真和严肃一些？

在方法论上，这类“原则”构成了刑法理论中的数个偏安之隅。它们的共同特点是，用哲学的、政治的、经济的、社会的或者伦理的抽象展开来代替法律学本身的规范逻辑与论证以及刑事法律认定中的实际规则。说它“偏”，是因为它脱离了规范与实践的目的，以思辨自身为目的，乐在论述其中，寻找新的立法契机者不知所云，司法机关更是无从下手适用；说它“安”，是因为它可以用在任何地方，出现在任何理论阶段，而且永远正确，绝对保险。凡是说不清的地方，只要往这些“隅”中一站，不仅可以“任凭风浪起”，而且思辨论证上的余地也是无限的。其实这是十分明显的，这些概念、原则出现的地方，基本都是理论上说不清或者自相矛盾的时候。用这类口号、原则来代替法律学中的规范定量研究是目前刑法研究中形式上繁荣、以数量代质量和刑法理论与司法实践脱节的一个根本原因，是中国刑法理论发展的重大障碍。如果这些东西可以代替规范的论证，那么我们刑法学者就应当退出这一讲坛，而让位于哲学家、政治家或者经济学家，因为他们对于这些问题的掌握要比我们高明得多。

五

犯罪作为一种社会现象，不仅仅是刑法学研究的对象；它同时也是许多其他社会科学研究中涉及的问题。不同的学科，在对于

犯罪现象认识与定义中,从本学科的目的与方式出发,对于犯罪会有不同角度与含义的结论。这是科学研究与学科分工中的正常现象。可是,这个任务只能由本学科自己完成,它是其他学科所不能替代的。苹果从树上掉下来是任何人都可以描述的,可只有万有引力才是力学。

我们的刑法理论在这一点上至少是懒惰的,奉“犯罪”是“孤立的个人反对统治关系的斗争”为刑法中犯罪的经典定义,并被贯彻在远远超出犯罪客体论的几乎所有刑法犯罪论的范畴中。我们除了应当注意这一论述的历史时代、社会背景与论述者本人的理论出发点以外,首先应当注意的是,这是一个政治性而不是规范性的定义。至于它是否正确,应由相关学科去作结论,而不是我们刑法学的问题。可它现在却成了刑法中的犯罪定义。如果我们硬要从阶级斗争的角度来扭转刑法的规范实质,那么我们是不是应当将纽约监狱中的所有在押犯作为反对资本主义统治关系的无产阶级英雄来欢呼?

我们不应该忘记,我们的刑法典中有双重犯罪的明确法律规定,双重犯罪的认定是以间接适用外国法为根据的。这类犯罪侵犯的所谓“客体”很可能是资本主义的“统治关系”,我们也应该注意,中国是一系列国际刑事公约的成员国,这些公约中的犯罪构成是我们国内刑法的组成部分。对这种认识即使不在规范学上进行评价,它至少也根本是违反现行刑法规定的。

这种认识的危害更多地体现在司法实践中。首先,它在结论上势必将犯罪人政治性地视为敌人,从而违反宪法中公民政治平等的基本要求;其次,它也是完全背离了刑罚的特殊预防目的的;最后,它会直接给司法实践造成对“罪刑法定”的偏离,因为这种允许政治判断的论述无疑会对刑事司法中的每一个具体参与人发生正面影响。

六

作者在另外一篇文章中,曾有所指地说过:“法律学者社会良心与责任的体现绝不在于通过法律实现社会正义,也不在于揭示规范学的绝对真理,而在于寻找出在特定历史条件下可以导致问题较为公正与理想的现实解决的具体方案与途径。”

我们刑法论著中对于自己的理论与研究充满了自豪。这并不要紧。要紧的是这种自豪不能违反学术研究的基本规则与道德。在我们的刑法论述中,动辄便宣称只有自己的理论才是揭示了事物的本质,才具有科学性。对于并没有弄懂的前人与他人的理论研究结论,扣上一顶现成的帽子便彻底予以否定。作者实在弄不懂,“因为是我们,所以就能找到绝对真理或者本质”这种论断,怎么就在理论逻辑上是可以成立的。这种论理方式,很容易让人联想起昨天的“假大空”。但是,即使为了中国法治的尽快健全与发展,我们也不应该满足于理论上的持续“拨乱反正”吧?

犯罪是一个人类社会普遍的社会现象,对于犯罪以及刑罚的研究,根据各个国家不同的社会文化背景与历史发展程度,理论上是有区别是正常的。但是,作为规范科学的刑法学的基本原理却是共通的。今天的刑法理论发展,是在全世界各国刑法学者长期的共同努力下人类对于刑法规范理论认识的结晶,它也应该是我们今后刑法理论发展的基础。请心平气和地想一想,今天我们刑法理论中,有多少最基本的概念或者范畴是我们在这十几年中发展或者创造的?为什么我们一来,就把刑法的终极真理给揭示了,别人都是傻瓜?说中国人不比外国人愚蠢需要热血沸腾的豪气,而认识到中国人也不比外国人聪明却需要科学的自信与勇气。对于立足于阶级斗争的刑法学者,也许应当提醒的是,共产主义并不发源于高家庄,马克思等人也不是出生在马家壑,他们都来自西方,来自资本主义社会。我们不能那么不顾及所谓“实事求是”的基本

要求,不能把自己的骄傲就认作事实本身。这既不能给中国或者中国人民增光,也不会改变我们刑法理论研究水平。它只会使我们的理论研究毫无理由地固步自封。而且,这种论理方式本身,是不是根本就不是学术研究所可以接受的?

这种理论上的夜郎自大不仅导致对于前人或者外国刑法理论或者观点违反基本学术道德的武断批判和简单否定——因为我们可能根本就没有弄清被批判者的论述本意是什么;不仅会导致理论上的食而不化、知其然而不知其所以然;它也导致了一些比本文作者理论素质好得多、有学者责任感的学者,仍在做一些可能效果并不好的重复或者无效理论研究。

中国的国情是和外国不一样,也和过去不一样,但这并不是我们的刑法理论研究停留在昨天和闭关自大的理由。为此,作者写了这本小册子。刑法学者由此至少可以从一个侧面比较具体地看到,这些人类刑法理论研究与发展中的成果,为什么发现不了刑法与犯罪的本质,为什么是不符合中国国情的。我们至少应该知其所以然。

七

不知道能不能认为中国社会是一个泛道德主义的社会,但是,至少在刑法理论中,这种倾向是十分明显并理直气壮的。“是非分明”、“泾渭分明”、“从善如流,嫉恶如仇”、“爱憎分明”,等等观念,在刑法学者的观念中都是强烈的。刑事司法实践不可能不由此而受到影响乃至鼓励。

我们暂且不评价这些价值观念是否正确,而只从人类认识能力与认识方法的局限上来指出它可能带来的社会副作用:抛开人在社会行为中的利益因素不论,如果我们承认人的认识能力是不断发展因而也是有限的,对是和非、泾和渭、善与恶的判断和理解能力也是有限的,那么在这种情况下,“分明”与“如仇”就可能会成

为一种强大的社会破坏力。这完全不是理论上的抽象假设,我们中国人为此是付出了惨痛的代价的。曾几何时,多少出色的政治家和经济学家声称找到了社会经济发展的终极真理——计划经济,而不遗余力地用国家机器从善如流,而刑法也嫉恶如仇地致力于消灭市场,这一切至少是以几十年的经济落后和两代人的青春为代价的。刑法消灭过多少是今天可能为经济发展作出了卓越贡献的、具有天赋的企业家和商业家?为了什么?

一次陪同一个日本刑法代表团参观某市一个监狱,主人饕之以全部由囚犯组成的交响乐团音乐会。节目结束后,一位代表团成员向监狱当局微笑致以祝贺:“把我们全国的在押犯合起来,也组织不起这样一支乐队。”主人充满自豪。作为刑法学者的作者心里感觉被狠狠地刺疼了一下:“是不是这支乐队的所有成员都必须在监狱里表现他们的天赋?”

卢浮宫里来自世界各国的钦慕者聚集在专设深廊“蒙娜丽莎”原件前,刑法学者下意识地又想到了专业:如果达·芬奇晚生几百年在中国,可能人类就没有这一划时代的作品了。作为公开的同性恋者,他可能被视为社会渣滓和流氓罪犯而在监狱里。

一百多年前,一位新闻记者问一位维也纳著名的医生:“父亲生活极不检点而患有性病,母亲患晚期肺病,一个孩子早殇,一个孩子残废,还有一个孩子有严重的肺炎。可母亲又怀孕了,怎么办?”“堕胎。”医生回答说。记者告诉医生:“您刚才杀死的是贝多芬。”

作者的上述表述不应被理解为作者对泛道德主义社会本身进行了任何性质的批评。泛道德主义社会可能同样是一种具有肯定意义的社会结构。这不是刑法学的课题,也不是刑法学能够回答的问题。作者的意思是,刑法学本身应当如何防止泛道德主义认识或者观念对于刑法理论和实践所可能带来的影响,并指出这种影响有时候可能是与法制国家的宪法与刑法本身的任务和功能不