

论刑法谦抑之本质

张颖杰

(襄樊学院 政治与法学系,襄樊 441053)

摘要:刑法谦抑性主要经由日本刑法学理论导入中国。刑法谦抑性概念产生于刑法客观主义与主观主义的争斗过程中,旨在维护个人自由同时防止刑法异化成为恣意侵害人权的工具,其理论渊源根植于欧陆启蒙主义的刑法思想理念。刑法谦抑性本质上是人们对刑法的一种价值诉求,是一种理念、思想或精神。

关键词:刑法;刑法谦抑性;启蒙思想;本质

中图分类号:D941

文献标识码:A

文章编号:1009-3370(2006)05-0039-04

“刑法谦抑性”这一术语从上个世纪末期经由日本刑法学理论逐步导入中国刑法学者的视野,伴随着中国社会的逐步转型而愈益受到理论界和实务界的重视。近年来刑法学界的学者们基于人权保障的需要,日益摒弃刑法的工具主义万能观,高举刑法谦抑性理念之旗帜,希冀对中国的刑事立法和司法变革有所指引,由此也引致了对刑法谦抑性这一理念本身的思辨性批判。基于此,笔者试图在对刑法谦抑性溯源的基础上揭示出其本质所在,以期有助于中国刑事立法及司法实践。

一、刑法谦抑性之源起

从哲学的角度说,概念既是人类思维的形式,又是人类认识的成果。人类作为认识世界和改造世界的主体,在社会实践活动中必须以概念的方式去实现思想中对世界的占有,而概念则以内涵和外延相统一的方式构成主体对客体的规定性把握。由于概念“乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。没有概念,我们便无法将我们对法律的思考转变为语言,也无法以一种可理解的方式把这些思考传达给他人”^[1]而对于法律范畴及其相互关系的正确理解,是法律任一科学研究不可缺少的前提,也是指导作为法律人的职业共同体进行科学研究的范式基础,故有必要对“刑法谦抑性”概念进行历史性探源。

有学者指出,“刑法谦抑性”这一概念的首先提出者是日本刑法学者平野龙一。虽然平野龙一主张刑法的谦抑性,但其并未对“谦抑”给予完整界定,而只是指出“谦抑”具有补充性、不完整性、宽容性三层

含义^[2]。日本另外一位学者小暮得雄则认为,由于难以否认刑罚的残酷本质,故对其适用范围就应尽量加以限制。在纯化刑法内容的同时,还应将刑法的内容限制在必要且合理的最小范围之内。此可谓之为刑法的谦抑思想或谦抑主义^[3]。显然,目前在国内刑法学界使用频仍的“刑法谦抑性”概念,乃是经由日本刑法理论导入我国,而此后我国学者对该术语的诸种诠释和解读,其内在核心和机理莫不与上述日本刑法谦抑理论的视角相关联。如学者陈兴良认为刑法谦抑性的价值蕴含着三个方面:其一是刑法的紧缩性,即从历史的演变过程来看,刑法在整个法律体系中所占的比重逐渐降低;其二是刑法的补充性,即只有在其他社会统制手段不充分时,或者其他统制手段(如私刑)过于强烈,有必要以刑罚的手段替代时,才可以动用刑法;其三是刑法的经济性,即刑法的节俭性,是指以最小的刑法资源投入,获得最大的刑法效益^[4]。

笔者认为,对于刑法谦抑性概念的考古,首先需要对论者所处的历史语境和观念前见有所理解。历史语境是对论者产生影响以及制约的环境状态或历史条件,它是制约着论者形成一定的观察角度、分析方法乃至观点的前提条件,而观念前见,则是论者在一定历史条件下所承接和建构的具体法学知识。刑法谦抑性话语的出现与日本二战前后社会政治经济的转型及刑法理论的嬗变有着密切的联系。战前,以小野清一郎为代表的旧派(从客观主义和报应刑出发)和牧野英一为代表的新派(强调主观主义和目的刑)逐步展开刑法主客观主义的“学派之争”。二战后日本刑法理论开始反省,在民主主义和自由主义思潮的影响下,对战前的国家主义、权威主义的刑法理论进行反思和批判。在此期间,罪行法定原则重新得

收稿日期:2006-04-04

作者简介:张颖杰(1975—),男,讲师,研究方向为刑法学,E-mail:zhangyingjie0927@126.com

到重视,具有导致刑罚权的早期发动和广泛干涉个人自由危险的主观主义犯罪论后退,只偏隅和限缩在刑罚论或处遇论的领域。与此同时,极力排斥可能混入国家道义等规范要素和不确定的主观要素的形式的客观主义犯罪论取得了压倒性的优势,并成为学界的共识。自20世纪50年代以降,日本民主主义刑法学逐渐走向成熟。新一轮的“学派之争”继续展开,人们开始正视社会发展的多样化现实所提出的要求,实证地分析刑法对于社会实体所应起到的作用以及刑法自身的局限性。由于日本经济的迅猛发展,价值观的多元化和利益上的矛盾与冲突,迫使人们需要对传统刑法及刑法理论进行深刻反思、批判和超越。

通过对日本近代刑法学史的考察可知,平野龙一、小暮得雄等人所提出的刑法谦抑性主张或思想,大多体现了立足于刑法客观主义的视角,强调刑法对于公民自由、民主、人权的捍卫机能,警惕和反对刑法成为在主观主义影响下所涉嫌滥用刑罚权、恣意侵害公民自由的工具,而这种将刑法作为保护个人自由和利益的思想观无疑与发端于欧陆启蒙主义的刑法思想理念是一脉相承的。关于启蒙,康德曾经深刻指出:“启蒙运动就是人类脱离自己所加之于自己的不成熟状态。不成熟状态就是不经别人的引导,就对运用自己的理智无能为力。”^[6]这里所谓的启蒙主义,是指16世纪末到18世纪西欧一些进步学者所宣称的使个人从中世纪封建专制和教会权威束缚下解放出来,唤起人们对自由、民主觉醒的思想理论。这种思想理论是西欧当时社会经济政治发展状况的反映。在这种背景下,一批代表新生资产阶级利益的思想家,借助民主、自由、平等、天赋人权等口号,反对封建的独裁专制,宣传从人性论出发的自然法,宣扬理性主义或功利主义,力图将法律从神权束缚下解放出来,即所谓的“从神性到人性”;在刑法思想层面,极力批判中世纪擅断的、残酷的刑法,掀起“从身份到契约”的运动。法国启蒙思想家,古典自然法学派的代表人孟德斯鸠从政体形式出发,深刻分析了与之相应的法律制度,明确地将自由作为刑法的根基,使刑法第一次从血腥的镇压中解脱出来,成为保障自由的工具。贝卡利亚沿着孟德斯鸠的思想轨迹进一步前进,对封建专制刑法制度做了猛烈抨击,并提出近代西方刑事法制的基本原则与框架。作为古典刑事法学派的创始人贝卡利亚以社会契约论为其理论预设,旗帜鲜明地提出了罪刑法定的思想,深刻洞见到刑法自身的局限性,立足于人道主义的关怀反对酷刑,甚至主张废除死刑,并提出双重预防的刑罚目的观以反对单纯的报应刑论。他所提出的

罪刑法定、罪刑均衡、无罪推定等刑事法律的原则,至今仍然成为刑事法律的圭臬。

对刑法谦抑性的历史溯源表明,刑法谦抑思想的萌芽正是针对封建刑法擅断性、恣意性和残酷性的批判和反思。“启蒙主义思想家和刑事古典学派学者,立足于理性主义、自由主义和个人主义,提出罪刑法定、罪刑均衡、刑罚人道三大原则,刑法谦抑性的思想逐渐深入人心。”^[6]

二、刑法谦抑性之本质探讨

本质是一种事物区别于其他事物的根本所在,是事物内部所固有的特殊规定性。对刑法谦抑性的本质分析有助于我们更为深入地理解刑法之“谦抑”。从中外学者对刑法谦抑性的论述来看,谦抑性究竟是刑法的品质,还是特点,抑或是刑法的价值、理念、精神、基本原则等等,并无一个准确而统一的定位,笔者试举若干例证说明:

第一,将刑法谦抑性等同于刑法的品质。如我国学者张小虎认为,刑法的谦抑性乃是刑法的性质之一,与刑法的公法性质、强行法性质、实体法性质、实证法性质、司法法性质、严厉性、保障性是相提并论的^[7],也就是说,刑法的谦抑性乃是刑法自身所固有的品格之一。日本学者平野龙一则认为,刑法的谦抑性包含刑法的补充性、不完整性(断片性)以及宽容性(自由尊重性),故谦抑性应为刑法的法律性质^[8]。

第二,将刑法谦抑性描述为刑法的特征之一。如许道敏博士认为,应当将刑法的谦抑性转译为汉语的抑制性,并将刑法的抑制性作为刑法的特征之一,与刑法的其他特征如公正性、人道性、严密性在一个位阶上^[9]。学者赵秉志则将刑法的谦抑性限缩为刑事立法的特征之一,与及时性、协调性一同作为刑事立法的基本特征^[10]。

第三,将刑法谦抑性指称为刑法的价值之一。如我国学者陈兴良在《刑法哲学》、《刑法的价值构造》及《本体刑法学》等多部著述中都一以贯之地强调,刑法的谦抑性是立足于对刑法功能二重性的科学认识,在现代法治社会,谦抑性是刑法应有的价值意蕴,理应成为现代刑法所追求的价值目标。

第四,将刑法谦抑性归约为刑事立法和刑事政策的基本原则。如学者张明楷认为,刑法的谦抑性是刑事立法的原则之一,与刑事立法的明确性原则、协调性原则并驾齐驱^[11]。学者梁根林则进一步指出,随着形式罪刑法定原则向实质罪刑法定原则的变迁,刑法谦抑从早期作为刑事立法政策的基本原则,进一步要求刑事司法的谦抑原则。故而谦抑性当为现代刑事政策的基本原则^[12]。但他也认为,谦抑性构成

了刑事法法理的观念基础,同时成为刑事法原则的制度的法理依据。另外,日本学者大谷实则是将谦抑原则置于刑法的社会机能中予以阐述,他认为谦抑原则就是指刑法不应将所有的违法行为都作为其对象,而应将不得已才使用刑罚的场合作为其对象的原则。谦抑原则与刑法的人权保障机能紧密相关^[13]。

第五,将刑法谦抑性概括为一种观念形象,即思想、主义或精神,如前文中日本学者小暮得雄的观点。而大塚仁教授则将刑法之谦抑置于刑法机能之中予以论述,他认为刑法不应该以所有的违法行为、所有的有责行为作为当然的对象,只限于在必要的迫不得已的范围内才应该适用刑罚。这种原则即为谦抑主义^[14]。王明星博士则认为,刑法中的“谦抑”一词乃是指涉一种“精神”,即人的某种意识、心理活动和一般心理状态。刑法的谦抑是刑法的精神之一,是形而上的,而非形而下的。精神是物质的最高产物,也表明了刑法谦抑精神并不是随着刑法的诞生而呱呱坠地的,它昭示了刑法谦抑精神的产生有着漫长的历史^[12]。

笔者认为在对刑法谦抑性本体进行定性分析时,至少需要注意如下几个方面:

其一,对刑法谦抑性的本体思考,需要划清“事实”与“承诺”的关系。“刑法本身是谦抑的”(本体论的事实)与人们“认为刑法是谦抑的”(本体论的承诺)是根本有别的两码事。人们总是在不经意之间将“事实”与“承诺”相混淆,并进而试图以“承诺”来替代“事实”。所以说,“谦抑性”究竟是刑法自身的抱负,还是人们需要刑法具有这样的抱负,笔者认为显然是后者。严格说,刑法谦抑性实际上是一个规定性的而非描述性的术语,是关于刑法应当是什么的理论,而非刑法实际上是什么的理论。

其二,在对“刑法谦抑性”这一概念的理解中,我们必须注意两个极为重要的问题:一是概念必须(和只能)在概念的特定框架中获得意义;二是在不同层次概念框架中,概念具有不同的性质。所谓“概念框架”,是指人们用以构筑思想中的经验世界并用以整理思想中的概念的方式。任何一个“概念”都只能在特定的概念框架中获得相互规定和自我规定,实现相互理解和自我理解^[15]。所以,对于刑法谦抑性的探讨,取决于论者自身所选定的研究视角和自身所承继的研究传统。

其三,“刑法谦抑性”这一提法并不是一个单纯的概念或范畴,在更多的场合下它指涉和意味着一个形而上学的哲学命题——“刑法应当具有谦抑性”或者说“刑法应当是谦抑的”。如果将“谦抑性”视为刑法本身所固有的、内在的一种性能、品质,则明显

与“谦抑性”话语产生的历史语境根本不符。一方面,“谦抑性”话语的提出是日本学者针对刑法的滥用和不节制有可能招致对个人自由的过度干涉甚至异化为侵犯人权的工具而建构的话语,它必然体现的是一种价值诉求。这种价值关系体现了人们(主体)与刑法(客体)之间的需要与满足的对应关系,也就是说在主体与客体的互动中,客体的功能及作用对于一定主体需要的某种适合或满足。刑法谦抑性话语本身就蕴于价值判断色彩浓厚的自然法思想之中,经由法学家的提炼而成,正如法学家庞德所指出的那样:“在法律史的各个经典时期,无论在古代的近代世界里,对价值准则的论证、批判或合乎逻辑的适用,都曾是法学家的主要活动。”^[16]另一方面,就刑罚自身而言,无论给刑罚冠以怎样的美名,其天然“恶”的一面都不会改变——刑罚是一种无可争辩的制裁,对受刑人而言绝对意味着一种利益上的剥夺,肉体乃至精神上的痛楚。所以,无论如何“谦抑性”都不可能是刑法自身固有的品质和性能,当然也不是刑法自身的特定机能。

笔者认为,将谦抑性指称为刑法的一种“主义”委实有所不妥,因为“主义”往往意味着对客观世界、社会生活以及学术问题等所持有的系统的理论和主张。而就目前来说,谦抑性话语的普适性和系统性明显不足,而理论界对刑法谦抑性的不同诠释和理解,恰恰表明它还不足以被指称为一种“主义”,故“刑法谦抑主义”的称谓似乎过于牵强。就法理而言,法的价值在法的宗旨和原则之上,法的基本原则必须也必然要体现法的特定价值诉求,是对法的价值观的具体化。“法律原则是法律的基础性真理、原理,或是为其他法律要素提供基础或本源的综合原理或出发点。法律原则可以是抽象的,也可以是具体的。”^[17]我国1997年刑法颁布实施后,刑法面前人人平等原则、罪刑法定原则、罪责刑相适应原则以立法的形式被确认为中国刑法的基本原则,所以刑法谦抑性并非刑法的基本原则,而罪刑法定原则和罪责刑相适应原则恰恰是刑法谦抑思想的具体体现。至于学者们基于各自观察研究的视角将“谦抑性”作为刑事立法、刑事司法或者刑事政策的基本原则,至多只能说是一种学理上的概括和构思,并非规范意义上的基本原则,而且这种表述大大限缩和减损了刑法谦抑性的法价值观地位。

经由上文的分析可知,“刑法谦抑性”话语的历史语境决定了“谦抑性”首先应当是人们对刑法的一种价值诉求,深深蕴含着法学家对启蒙思想所谓的民主、自由和人权的理性思辨,张扬着个人主义对异化的国家本位的警惕。从这个角度说,陈兴良教授将

谦抑性定位为刑法的价值目标是理所当然的。当然,谦抑性作为人们对刑法的一种价值取向,自然也可指涉一种观念形象、思想或精神,故小暮得雄等学者对“谦抑性”的称谓亦并无不妥,毕竟它是主体对客体的一种知性活动的产物,甚至在某种角度上说如同正义、平等、自由一样具有一定的超验性。无疑,对刑法谦抑性的本体探讨,有助于实现外来学术资源的本土化。

参考文献:

- [1] 博登海默.法理学 法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004:504.
- [2] 张明楷.论刑法的谦抑性[J].法商研究——中南政法学院学报,1995(4):55.
- [3] 李海东.日本刑法学者(下)[M].中国法律出版社、日本国成文堂联合出版,1995:224.
- [4] 陈兴良.刑法的价值构造[M].北京:中国人民大学出版社,1998:353-380.
- [5] 康德.历史理性批判文集[M].何兆武,译.北京:商务印书馆,1990:22.
- [6] 莫洪宪,王树茂.刑法谦抑主义论纲[J].中国刑事法杂志,2004(1):13.
- [7] 张小虎.刑法的基本观念[M].北京:北京大学出版社,2004:51-55.
- [8] 王明星.刑法谦抑精神研究(博士论文)[D].武汉:武汉大学法学院,2004.
- [9] 许道敏.民权刑法论[M].北京:中国法制出版社,2003:109-135.
- [10] 赵秉志.刑法基础理论探索[M].北京:法律出版社,2003:15-21.
- [11] 张明楷.刑法的基础观念[M].北京:中国检察出版社,1995:142-180.
- [12] 梁根林.刑事政策:立场与范畴[M].北京:法律出版社,2005:106-114.
- [13] 大谷实.刑法总论[M].黎宏,译.北京:法律出版社,2003.
- [14] 大塚仁.刑法概说(第三版)[M].冯军译.北京:中国人民大学出版社,2003:22.
- [15] 孙正聿.哲学通论[M].沈阳:辽宁人民出版社,1998:52-53.
- [16] 罗斯科·庞德.通过法律的社会控制、法律的任务[M].沈宗灵,董世忠,译.北京:商务印书馆,1984.
- [17] 张文显.法理学(第2版)[M].北京:高等教育出版社,2003.

On the Essence of the Restraining Criminal Law

ZHANG Ying-jie

(Department of Politics & Law Science Xiangfan University, Xiangfan 441053)

Abstract: The concept of the restraining criminal law is mostly introduced from the theory of Japanese criminal law. It grows out of the opposing and struggling between Subjectivism and Objectivism of the criminal law theory, aiming at protecting the citizens' rights and freedom by constricting the application of the criminal law. Its theory origin can be traced back to the Enlightenment and criminal rationalism. The restraining criminal law is pursued as a kind of value to the criminal law by people, and it's a kind of idea, thought or spirit in essence.

Key words: the criminal law; the restraining criminal law; the enlightenment; the essence

[责任编辑 孟青]