

罪刑关系法定化困境与人道主义补足^{*}

孙万怀

摘要:刑法适用中的核心问题是对罪刑关系法定化的理解问题。罪刑法定的基础定位决定了罪刑法定原则本身存在着“文字困境”及对合理性的限缩,实践中则为解决这一困境走上了歧路——司法犯罪化。而对于宽严相济刑事司法政策的不当解读则强化了这一思路。刑罚人道主义作为刑法适用中的一项基本价值观,是对罪刑法定原则困境的合理解脱,也是缝合形式刑法观与实质刑法观之间分歧的有效方法。同时,只有将人道主义的价值观作为刑事政策本源性的原则,宽严相济的刑事司法政策才具有时代性内涵,刑事司法权的运作才会在法定性和政策性中找到平衡点。在刑法失范的时候,人道主义的思维是一种补强,是对罪刑法定原则的补足。人道主义的展开是建立在刑法理性基础之上的,不是无休止的宽容或纵容。此外,刑罚人道主义还是刑事司法职业者的一种道德责任。

关键词:罪刑关系;人道主义;司法职业者

人道主义是人类社会发展的文明结晶。当其在刑事法治的天空中冉冉升起之后,酷刑体系开始逐步暗淡、泯灭。新的刑法制度、刑法规范因为植根于人道主义从而具备了正当性与合理性,刑法的人道性也成为检验刑法规范是否符合时代要求的一个标尺。然而,在新中国成立后的一段时期之内,由于意识形态领域的对抗性特征,人道主义的内容显得与时代背景格格不入,刑事规范的法律特征随之也被破坏殆尽,刑罚制度的合理性也被迫去寻找其他的价值基础。然而,人道主义作为现代文明的一个基本诉求是按捺不住的。在刑法理性复归之后,刑罚人道主义自然就踏上了复归的路程。

在刑法的适用领域,法律的规范与现实如何衔接?对于罪刑法定原则的司法化应该如何理解?是拘泥于概念的形式,还是追求一种合目的性的实质?目的性解释的边界在哪里?如何缝合实质刑法观与形式刑法观之间的分歧?^①刑罚人道主义无疑可以成为我们解决这些问题的进路。

在平衡国家刑罚权与被告入权利之间的关系、落实法律的公平正义和尊重、保障人权的刑事叙事主题中,对于人道主义的弘扬无疑是重要选项。尤其是在宽严相济的刑事政策全面铺开的语境下,基于人道主义的根本性、原则性特征,注定了只有建构在宽容、谦抑等人道基础之上的刑事政策才具有时代意义,才能够跳出传统的“宽猛相济”观念的窠臼,付诸于司法职业者的道德责任才能最终实现这一平衡。

一、法定化困境的规范因素及其所引发的刑罚人道主义重拾

在刑法的适用过程中,始终存在着两个方面的问题:一是规范作为一种类型化的语言,具有基本的内涵,而现实中的危害行为往往是独特的,这就导致始终存在着规范的内容与现实要求之间的差距。二是法律规范作为哈特所说的“空缺解构”,在某些情形下又是不明确的,于是就产生了对规范化的理解或解释的问题。在以上两种情形下,罪刑法定的适用就遭遇到了挑战,罪刑法定原则的先天缺陷就暴露了。

作者简介:孙万怀,华东政法大学法律学院教授,《法学》月刊副总编。

^{*} 本文受华东政法大学校级国家社科基金培育项目与上海市重点学科刑法学建设项目(学科编号:S30901)资助。

^① 关于刑法的形式解释和实质解释的纷争实际上是对刑法目的、刑法适用以及国家刑权力作用等深层次问题认识不同的浓缩表达。尤其《中国法学》2010年第4期刊发了陈兴良教授的“形式解释论的再宣示”与张明楷教授的“实质解释论的再提倡”立意不同的文章,流派之争已然蔚然成型。

(一) 对罪刑法定价值基础的质疑

刑法通说认为,罪刑法定原则的理论起源有两个:一个是天赋人权理论,一个是心理强制说。一般认为,“近代刑法学之父”费尔巴哈创立了心理强制主义或心理强制学说。因为对于刑法威慑性所导致的心理强制的重视,刑法的预先公布和刑法规范的明确性就成为一项最基本的要求。随着费尔巴哈在其1813年起草的巴伐利亚刑法典中第一次将罪刑法定思想典化,心理强制学说就被作为罪刑法定主义的基础之一。

笔者认为,罪刑法定主义与心理强制说纯属形式上的契合。心理强制学说只是说明了法律正义性的底线,或者说符合了福勒所说的法的自由性的要求,并不能归结为罪刑法定思想的价值性。罪刑法定的思想必然包含着法律的公布,但是罪刑擅断同样可能伴随着法律的成文与公布。罪刑法定思想是作为罪刑擅断的对立面出现的,是和人权的观念结合在一起的。心理强制学说只是说明了法律公布的重要性,是法律的正义性或自由性的最低要求,是法律的内在道德要求之一,不能直接作为罪刑法定思想的渊源或理论基础而存在。

从历史渊源来分析,作为罪刑擅断观念对立面提出的并非只有罪刑法定原则,刑罚人道主义观念与罪刑擅断观念的对抗似乎更为直接。因为西方中世纪罪刑擅断观念的肆行同样有一定的规则基础,只不过这样的规则是建立在以教会为中枢的价值体系框架之内,以神意和宗教的名义对所谓的“异端”用刑,对人的思想进行钳制。所以对于理性的追求和对于信仰主义、经验主义的清算成为资产阶级革命的旗帜和目标。在刑法领域,通过弘扬人道主义刑法观进而否定罪刑擅断成为一种重要的方法。如果说罪刑法定主义是对罪刑擅断观念的形式批判,刑罚人道主义则是对罪刑擅断观念的实质批判。

在罪刑法定主义进入中国甫始,就在罪刑法定原则的形式理解上有些纠结。罪刑法定主义是自发的还是引入的问题就不无争议。其实无论是“断罪引律令”还是“法无明文规定不为罪”,都具有相同的意思,并不能从根本上作出差别性的界定。尽管从实质角度来说可以找到两者之间的差异,但是毫无疑问,无论是古代的律令,还是当代的刑法,都具有心理强制性这一结论应当是没有争议的。要说明罪刑法定原则的时代性,还需要从罪刑法定原则之外来寻求原因。我们还是要回到贝卡里亚那里。罪刑法定原则确立之初,与罪刑等价原则、刑罚人道主义原则是三位一体的,尤其是刑罚人道主义原则更是罪刑法定原则的有效补充。单纯的罪刑法定原则尽管承担起了刑法的时代使命,但是实际上其并不能独自担此重任,尚需要其他原则的扶助。罪刑法定原则只是描述了罪刑关系的明确化、规格化和法定化要求,只是对于法律标准至上的一种忠实追随。但并不能说明刑法以及刑法适用的时代价值,刑罚人道主义作为补充,则说明了刑法不仅需要形式正义,还需要实质正义。刑法规范只有具有符合人道主义的诉求,坚持罪刑法定原则才有意义。或者说只有从人道主义的角度出发,才能找到理解罪刑法定原则的有效方法。“法律往往因为符合了道德目的,条文才具有正当性。”^[1]而不仅仅是只要具有了明确性和不可溯及性,就自然获取了正当性。

(二) 追求刑罚确定所导致“文字困境”及对合理性的限缩

罪刑法定原则所注重的就是文字形式,追求文字规范的确定性。贝卡里亚认为“当一部法典业已厘定,就应该逐字遵守,法官惟一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。”^[2]也就是说社会的稳定来源于法律的明确和公开,司法过程的实质就是通过法律来印证行为的符合性。当然,他实际上也看到了法典作为一种文字形式所表露出来的局限。但是,他认为尽管这种“麻烦”不可避免,但是“严格遵守刑法文字所遇到的麻烦,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]

由于人类的语言带有抽象性特征,文字作为一种语言的载体,同样也是抽象的,对法律的文字崇拜最终必然产生困顿,从而陷入“文字困境”。在罪刑法定成为刑法基本原则之后,对于如何理解、遵循罪刑法定原则,一些解释是否有违罪刑法定原则的争论从来就没有停止过,根本原因就在于法律规范作为语言本身抽象而充满歧义。在寻法的过程中,从最初类型化语言逐步向具体犯罪行为靠近的时候,文字的含义趋向于模糊不清。“水葬”案件^①中就可以看出这样的端倪。警方认为“根据‘法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚’的刑法基本原则,本案犯罪嫌疑人王士喜、叶桂丽抛尸行为符合刑法第三百零二条之规定,构成侮辱尸体罪。”^[3]似乎只有认定为侮辱尸体罪才能满足罪刑法定原则的

^① 2008年11月29日《海峡都市报》报道“两个麻袋套着一具女尸,袋子里装着3块石头。南安市码头镇大庭村黑石潭,这具女尸大白天惊现河岸边。杀人抛尸?南安市公安局专案组民警,艰苦排查9天后,疑案真相大白,更让人辛酸不已——28岁的安徽外来工王士喜(化名)的66岁母亲猝死租房中,拮据不堪的他,含泪将遗体装在麻袋里,沉尸“水葬”。王士喜随即被以涉嫌侮辱尸体刑拘。”

要求,而更多的反对声音则不以为然,认为将“水葬”认定为侮辱行为违反了罪刑法定原则。再譬如,在王卫明案件^①引发的婚内强奸行为是否构成强奸罪的争论中,正方认为,婚内强奸被定罪不违背罪刑法定原则,因为刑法并没有排除丈夫可以构成强奸罪的主体,反方则认为法律并没有规定丈夫可以构成强奸罪的主体,所以定罪是违背罪刑法定原则的。罪刑法定原则一时成了任人打扮的小姑娘。

刑法中“侮辱”、“强奸”等词应当说内涵还属于相对明确的。但是落实到具体案件还是不够明确,所以才会产生理解的分歧。正如哈罗德·伯曼所言“人类的深谋远虑程度和文字论理能力不足以替一个广大社会的错综复杂情形作详尽的规定。”^{[4] (P.20)}而绝对的罪刑法定强调了一般情况一般处理,却忽视了个别情况的个别处理,因而顾此失彼。“当法律遭遇个案,本来被认为‘明确’的法律就可能变得不再明确,对于善于思考的法官来说尤为如此。”^{[5] (P.43)}前不久发生的“火车是否属于机动车”案当是非常典型的诠释。^②

如果我们基于人道的思考,对于文字的字面理解进行一种扩张性的解释实际上很多问题也就迎刃而解。所以产生“文字困境”并不可怕,忽视从人道的角度对字面含义进行扩展才是误判的深层因素。判决固然要依据形式标准,但更注重实质价值。在刑法中,这样的理解尤其重要,譬如,根据我国刑法第49条的规定,审判时怀孕的妇女不得适用死刑。如果仅就字面理解,“审判时”只是刑事案件的一个阶段,即法院受理案件到判决生效之前这段时间。但字面含义不能将此前羁押的怀孕妇女包含在内,结果显然是不人道的或者可能造成不人道的结果,故此,刑法生效之后不久,1998年8月7日最高人民法院《关于对怀孕妇女羁押期间自然流产审判时是否可以适用死刑问题的批复》中明确指出,羁押期间怀孕的妇女自然流产的,又因同一事实被起诉、交付审判的,视为“审判时”怀孕的妇女,不得适用死刑。这显然是对于文字字面含义的扩充,但因为打上了人道主义的烙印,所以毫无争议达成了共识。

对于“文字困境”所导致的消极后果,孟德斯鸠的认识十分深刻“没有比在法律的借口之下和装出公正的姿态所做的事情更加残酷的暴政了,因为在这样的情况下,可以说,不幸的人们正是在他们自己得救的跳板上被溺死的。”^{[6] (P.75)}这句话通过富勒著名的“洞穴奇案”和“卡纳安德斯之板”的典故为我们进行了解说,而其最初的现实化考量就是英国著名的“达德利与斯蒂芬斯”案。^③在法律的尽头,如果缺乏了人道主义的补足,现实的不幸会真正坠入法律的深渊。法律的确定化并不能带来公正,更何况法律的确定化永远是相对的。在文字与现实之间不可能畅通无阻,这实际上就是此岸世界与彼岸世界的隔阂。

那么如何架构这座桥梁呢?文字崇拜所显现出来的无奈和弊端又该如何来进行纠正呢?这需要立法者、司法者本着以人为本的信念来落实和实践法律规范,一个重要的出发点就是对规范作出人道主义的理解,从以人为本的角度作出合乎普遍信念的理解。

2006年6月25日,美国联邦最高法院5票反对、4票赞成裁定路易斯安那州判处强奸幼女案被告人帕特里克·肯尼迪(Patrick Kennedy)死刑违反宪法。这一裁决在美国社会引发极大争议。裁定文称,除叛国罪和间谍罪外,法庭在受害人没有死亡的情况下判处案犯死刑违反美国宪法,因为宪法禁止“残忍和特殊的”刑罚。投票反对死刑的最高法院法官安东尼肯尼迪在多数派投票意见中写道“对强奸幼童罪行而言,死刑判决并不适度。”^④

该案的主要争议点就在于:对于强奸儿童的行为适用死刑是否违背了美国联邦宪法第八修正案禁止“残忍与异常刑罚”条款。最高法院的法理依据在于:联邦最高法院在1910年的Weems v. United States一案中已提到,对“残忍与异常的刑罚”条款的解释可以“不断更新,且不为陈腐的观念所束缚,随着公共舆论受到更为入道的正义观启迪而可能获得新的意义。”^⑤这一表述在1958年的Trop v. Dulles一案中由首席大法官厄尔·沃伦概括“与时俱进的文明标准”。在这种人道主义标准框架下,联邦最高法院的裁定考察了绝大多数州对同类型案件所作出的实际判决,认为适用死刑的比例已经非常低,据此得出结论对于该罪行适用死刑是不人道的、残忍的。

① 具体案情为:1996年6月,被告人王卫明搬离住所并于1997年3月向法院提起离婚诉讼。1997年10月8日,上海市青浦区法院作出准予离婚的判决。在上诉期内,王卫明来到原住所,采取暴力方式强行与妻子发生了性行为。

② 江苏省南京市居民高荣梅的女儿下班途中不幸被火车撞死,案件经历了2次行政认定、5次司法裁判,都认为不属工伤。理由是《道路交通安全法》对机动车是指以动力装置驱动或者牵引,在道路行驶、供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆,而火车不在道路行驶,所以不是机动车。后江苏省高院再审推翻原判决。

③ 在该案中,法官最后认为“我们经常被迫确立我们无法达到的标准,定下我们无法遵循的规则。但是,一个人没有权利主张诱因是一种犯罪借口,尽管他可能屈从于这种诱因;也不允许为了同情犯罪人而以任何方式改变或削弱犯罪的定义。因此我们的义务是,宣布本案在押人的行为是蓄意的谋杀;裁决中所陈述的事实不是杀人的正当理由;一致同意,依这一特殊裁决而在押的人,构成谋杀罪。”该案最终诉诸于女王赦免而达成了妥协。

④ “路州强奸幼女案 高法‘免死’裁决引争议”,载《国际日报》2008年6月26日。

⑤ Weems v. United States, 217 U.S. 349, 378 (1910)。

其裁决的基本逻辑是:死刑本身是否属于残忍的、不人道的刑罚是一个不确定的命题,但针对具体的案件死刑是否属于残忍、不人道的应该有一定标准。这为我们理解刑罚人道主义提供了一个新的视角,即违背了罪刑均衡原则的刑罚处罚(尤其是轻罪重罚)就是不人道的处罚。此思路的意义在于:(1)我们以往往往只是专注于考察静态的规范,执着于某个规范本身是否是残忍的、异常的或者说不人道的,忽略了一点:对于静态的规范贴上一个标签往往是很困难的,因为不同的人会依据不同的价值观作出不同的理解。如果根据不同的环境事实、环境设计或重建对一个规范进行动态的考察,结论就比较容易达成一致。譬如,对于死刑是否人道不无争议,但对盗窃罪以及经济犯罪适用死刑是否人道则比较容易得出结论。(2)既然罪刑均衡问题的一个重要标准是用刑是否人道,那么,刑罚人道主义就不仅成为罪刑法定原则的补足,也成为罪刑均衡(等价)原则的补足。确实,无论是历史还是现实中,大量的事例也已经说明了重刑轻罪(譬如“窃钩者诛”、“不教而诛”)往往都是国家权力不宽容或违背人道主义刑罚观的结果。(3)刑法中的“文字困境”永远是存在的,在普通法系国家,尽管司法权的运作更具有灵活性,但是司法同理,在其他法系的刑事司法过程中,也存在相似问题,因而也有相同的进路,尤其是强调忠诚于法律规范的司法制度中,“文字困境”更是一种常态,摆脱困境的合理方法就是付诸于对刑法目的价值追求,追求和谐化、宽和化就是当代中国刑法价值的主导择向。

其实刑罚人道主义原则不仅仅是对罪刑法定原则、罪刑均衡原则的一种补足,还是对罪刑法定所延伸的一系列价值的补强。譬如在人道主义者看来,平等原则至少应当包括三条规则:“第一,我们应对所有人同等看待,同等对待;第二,我们承认机会均等,为此要清除妨碍个人和群体进步的障碍;第三,我们要满足所有人的最基本的生活和文化需要。”^[7] P. 35 我国刑法将刑法的平等适用作为一项原则,所谓平等适用某种意义上就是人道主义的体现,因为其崇尚人的基本价值,满足于人的基本需要同时又承认人的差异性。这可以理解为:首先,刑法的适用反对特权,因为满足了特权的需要实际上就是对于其他人的不平等和不人道。其次,在国家刑罚权追求同类行为同等对待的时候,必须考察个体自由意志、自由选择的差异性,最终有针对性地对待和处罚。刑法个别化在形式上是不平等的,但因为正是基于人道主义而获取了规则和行动的正当性。譬如,刑法规定了对未成年人犯罪处理的宽和制度,司法实践中对于老年人犯罪也有从宽的政策。如果仅仅从犯罪的行为方式以及危害性角度来看,显然这样规定和处理并不平等,但是汇聚在人道主义的旗帜下的时候,这样的规定不仅得到了认同而且会被愈加重视。

(三) 罪刑关系法定化困境解决的歧路——司法犯罪化

国家刑权力在适用刑法的时候,必不可免会遭遇到罪刑法定原则所带来的“文字困境”。在多数时候,权力的倾向十分明显——不会因为固守罪刑法定原则而放任其难以容忍的危害行为,于是,司法犯罪化的主张就得到了响应,尤其是宽严相济刑事司法政策在被解释为包含着“以严济宽”的内容后,司法犯罪化的主张似乎又找到了政策依据。

司法犯罪化是一种司法对于规范的理解问题,在这样的问题中刑事司法政策也外化为一种解释方法。有学者提出了司法犯罪化的问题并认为“司法上的犯罪化应是趋势”。^①其核心理由在于:其一,凶恶犯罪、重大犯罪不断增加,国民的整体感觉治安恶化,必然要求扩大处罚范围。其二,随着行政管理加强,行政犯会越来越多,而且行政犯的法益侵害性也越来越明显。其三,适用刑法的过程也是解释刑法的过程。在具有罪刑法定主义观念的前提下,如果解释能力低下,不能发现刑法用语可能具有的含义,必然导致原本构成犯罪的行为也不能受到应有的处罚。

在刑法的解释方法上,一直存在形式解释与实质解释的争论。在我国,由于刑法中对于犯罪的认定长期是以危害性作为基础,所以一直存在着实质解释的冲动,从实质的合理性角度来注释刑法规范。上述观点就是实质解释论的延伸,或者说已经超越了实质解释论。因为解释的触角已经延伸到了立法领域,已经形成了实质性的法官造法,而司法犯罪化只不过是另外一种表达方式而已。往更深层次里探究,这实际上已经对法律的成文化初衷形成了某种挑战。

之所以得出这样的结论,是因为,实质解释论并未脱离基本的规范性,正如有学者所指出的,有必要纠正这样一种错误的认识倾向“实质的犯罪论和刑法解释论就意味着对形式正义和刑法安定性的反动。”^[8] P. 364

从刑法理性角度来说,司法犯罪化的观点显然也脱离了实质解释论的轨道,与刑法的理性和人道诉求背道而驰。首先,从成文法诞生伊始,就存在着犯罪的变化性与刑法的滞后性之间的矛盾。即使社会发展到今天,这对矛盾也并没有消除,甚至形式上也没有新的变化。所以司法犯罪化的观点并不能找到新的现实理由。恰恰相反,罪刑法定原则写入新中国刑法也仅仅是短短的十几年时间,罪刑法定原则本身的司法化尚不尽如人意,现实司法的主要矛盾不是罪刑法定司法化过度,而是落实的不够。在这样的背景下提出司法犯罪化无疑是为司法权的扩张提供了理论武器。其次,无论是以前的单行刑法的立法方式还是当前通行的刑法修正案的修法方式,虽然存在着对法律稳定性冲击的可能,但这种法律的

① 张明楷“司法上的犯罪化与非犯罪化”,载北大法律信息网 2009 年 6 月 15 日。

明定化与司法犯罪化导致刑法的不确定性相比,消极后果要小得多。更为重要的是,通过立法或修法的方式实际上避免了司法权对于立法权的侵蚀,防止了成文法被曲解。其三,司法犯罪化论者根本理由是强调法益被侵害,以法益受侵害为标准,而所谓的法益又是通过犯罪化的方式被解释进去的,这实际上是将法益的内涵等同于社会危害性的标准了。于是,理论在游荡了一圈之后,又回到了非罪刑法定的时代。其四,司法犯罪化观点的一个基本要求就是司法官员必须提高“解释能力”,然而,能力“低下”或者“提高”的标准是什么呢?如果这些标准不明确,而司法官员又拥有将刑法没有规定的行为加以“犯罪化”的权力,在司法权很难做到中立的时候,谁能够保证出入人罪的结果不出现呢?谁能够保证重刑思想不肆无忌惮呢?在这个时候,即使司法犯罪化论者也认为“在司法上的犯罪化成为主流趋势的时代,司法机关同时应避免重刑主义,应当积极地推进刑罚的轻缓化。换言之,随着社会的发展,虽然刑法的处罚范围可能越来越宽,但刑罚的处罚程度应当越来越轻。”^①但这样的呼吁已经在司法犯罪化的“潮流”中显得底气不足,因为从人道主义的角度来看,入罪化和轻缓化南辕北辙。

所以笔者认为,司法犯罪化的提法不仅是对刑法理性的一种叛离,更是违背了刑罚人道主义所要求的宽容原则,根本层次上是对宽严相济刑事政策的误读。这样的解读方法无益于构建和谐刑事司法环境。宽严相济刑事政策的实质就是宽和化,宽和化又为刑罚人道主义的勃兴提供了基本注脚。在坚持刑法理性的基础之上,在罪与非罪、重罪与轻罪的认识分化极端明显以及法律和社会情感(人道主义所说的“理性与同情”)极度对立的情形下,刑罚人道主义的价值观为案件的处理提供了一个方法论。

二、法定化困境解决现实策略与人道主义的路径

罪刑关系的法定化困境根源于刑法规范和解释方法本身,但却是体现在现实司法适用过程中。而在司法过程中,刑事司法基本政策和导向又对法定化的困境的解决具有直接性。这就意味着司法原则存在着价值基础的莫立和刑事策略的择向问题。

(一) 刑事责任定性的本质依据是坚持刑法形式理性前提下的人道主义

注重法律效果和社会效果的统一似乎成为当前我国现实中一个重要的司法择向。“对于疑难案件的处理,在定性存在争议、难以确定的情况下,要善于依据刑事政策,从服务大局的角度出发来考虑处理问题,追求法律效果与社会效果的统一。社会效果是评判案件裁判最终效果的标准,是确保刑罚功能发挥的基础,必须努力兼顾两个效果,努力追求积极的案结事了。”^②

这样的观点曾经在学界引起了不同的反响,这里实际上涉及到的就是规范的确定性与现实存在差距的时候,应当如何抉择的问题。笔者认为至少可以从以下三个方面进行思考:

1. 对于“定性存在争议、难以确定”应该如何理解。在刑事案件中,对于犯罪的性质存在争议应该说是司空见惯、不足为奇的事情,也正是因为如此,才会出现现代诉讼模式。而法庭解决的首要问题也是案件的性质争议问题。争议有大有小,无非是为最终裁决提供一种参考。而最终的裁决无论选择哪一种结果,其首先都应该以法律规范为依据做出的一种理解和选择,而不是以社会效果为依据,这是坚持刑法理性的必然要求。如果仅仅从社会效果来加以考虑,实际上就是在追求刑罚与行为客观社会危害性的平衡。这往往会忽视与主观恶性的对应,会忽视刑法的确定性。规范确定性问题是司法和理论永恒的主题,但这并不重要,重要的是大家都有一个共同的基点,即从法律基本规范的内涵和内在逻辑出发进行释评,而不是从社会效果去考虑。社会效果并不是没有发挥作用的空间,社会效果虽不是评判案件裁判最终确定性的标准,但对量刑甚至死刑都有一定的意义,也就是说,刑法的适用包含着价值运作的空间。

2. 如果仅仅依据社会效果来确定案件的性质,会使得刑事责任不仅失去了法律规范的确定性,所谓的人道性要求就会成为一种无边际的纵容,而且也失去了刑事政策的确定性。譬如说,过去的严打政策虽然作用、效果乃至人道性、合理性本身都被质疑,但至少其标准是确定的、统一的。但社会效果的政策标准使得政策标准的基本确定性也失去了。所以,就会出现案件在同样的法律条件下,在不同时空中,案件的性质变得捉摸不定。为此,最高人民法院不得不在“孙伟铭交通肇事”案确定为以危险方法危害公共安全罪之后,强行制定了一个标准:对醉酒驾车,肇事后继续驾车冲撞,放任危害后果的发生,造成重大伤亡,构成以危险方法危害公共安全罪的,应当依照刑法第115条第1款的规定定罪处罚。对于此前已经处理过的将特定情形的醉酒驾车认定为交通肇事罪的案件,应维持终审裁判,不再变动。这是法律稳定性原则的体现,是以往司法解释处理此类问题确定的原则,也是司法实践的一贯做法,有利于保持社会关系的稳定。所以

^① 张明楷“司法上的犯罪化与非犯罪化”,载北大法律信息网 2009 年 6 月 15 日。

^② 张军“落实宽严相济刑事政策,切实保障案件质量”,载新华网 2009 年 10 月 26 日。

如果将社会效果作为一个评判标准,其标准就应当进一步细致化。

3. 社会效果内容较为艰深,不是简单的个案民意问题。所谓法律的社会效果,是指社会大众依据社会发展的现状对司法活动的一种主流评价,是公众从传统道德、文化、审美情趣、观念等社会生活的各个范畴对司法活动所作的主导性评判,通过法律的实施,使法的本质特征得以体现,实现法的秩序、自由、正义、效益等基本价值的效果,从而使法律作用于整个社会关系的过程得到社会大众的肯定。最高院原副院长李国光在2002年全国民商事审判工作会议上的报告中阐述“审判的法律效果是通过严格适用法律来发挥依法审判的作用和效果;审判的社会效果则是通过审判活动来实现法律的秩序、公正、效益等基本价值的效果。”笔者认为,法律的秩序、公正、效益固然是基本价值,人道更是前提,秩序、公正和效益必须建构在人道主义的基础之上才会有良好的效果。不仅司法如此,立法上这一原理同样富有意义。如我国《刑法修正案(八)》(草案)在刑法第17条后增加一条,作为第17条之一:“已满七十五周岁的人故意犯罪的,可以从轻或者减轻处罚;过失犯罪的,应当从轻或者减轻处罚。”将刑法第49条修改为“犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女、已满七十五周岁的人,不适用死刑。”就是因为将公正建构在人道基础上而具有很好的社会效果。

所以,社会效果是融合法律效果的一种综合功能显示,它与法律效果本身并不属于同一位阶。社会效果并非我们大部分人所认为的那样,是一种非专业性的灵活处理问题的方式方法,而是一种综合了构成要件的符合性、行为的违法性质、刑法的人道观念以及社会的和谐构建等内容的结果。尤其是在对法律和事实的认知差异甚远的时候,刑罚的人道主义更是彰显出基本价值。只有将法律条文本身、法理基础、社会的正义和人道价值融会贯通的司法者才能真正理解法律所追求的社会效果的本意。笔者认为,在考察社会效果的时候至少必须牢牢把握两个基点:(1)法律的规范性基础——刑法的理性要求。从宏观层面上说,立法本身就是一种适应和满足社会发展需要的结果,已经体现了社会需求。虽然法有穷而情无限,但是从整体社会意义上说,立法应该体现了社会效果的最大化。(2)政策的指导性作用——和谐社会条件下的人道主义精神。法律条文作为一种空缺性结构,必需一定的政策指导。但是对于政策的理解应当定位准确,社会效果要符合刑事政策的需要,刑事政策不能违背法律的基本确定性。权力与权利总是存在此消彼长的关系,在法律规定模糊不清的时候,权力表现出一定的保守态度是十分必要的,毕竟刑罚的错误最不具有可挽救性。有时这种保守短期来看社会效果不佳,长期来看却有很好的效果。试想如果我们最初认定赵作海无罪可能会遇到民意反弹,但却不会产生后来难以弥补的消极后果。

那么司法中是否有必要贯彻从严的一面呢?笔者认为结论是当然的。但问题在于,从严惩治某些犯罪本来就是法律应有之意。此外,我国刑法就是在严打的环境中形成的,尤其是1997年刑法的许多条款就是严打形势下创制的单行刑法再立法的成果,本身就带有比较严厉的色彩。所以严厉惩治犯罪实际上就是重视适用刑法的过程,与刑事政策的关涉不大。

2010年2月8日,最高人民法院出台了《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》,对人民法院在刑事审判工作中如何更好地贯彻落实宽严相济的刑事政策,提出了具体、明确的要求。根据意见第7条的要求,依法从重处罚的情形是危害国家安全犯罪、恐怖组织犯罪、邪教组织犯罪、黑社会性质组织犯罪、恶势力犯罪、故意危害公共安全犯罪等严重危害国家政权稳固和社会治安的犯罪,尤其对于极端仇视国家和社会、以不特定人为侵害对象、所犯罪行特别严重的犯罪分子。但这里需要注意,法律因为其正当性而获得合法性,政策则是以合法性获取了正当性。政策的贯彻必须以罪刑法定原则为主臬,必须以法律的规范性为前提。上述规定实际上只是对于法律理性的一种重申而已,对于罪行极其严重的犯罪分子严惩不贷本来就是刑法应有之意,是法律正义的基础,不应也无法理解为“以严济宽”,与刑罚的人道主义并不存在抵牾之处。

(二) 宽严相济刑事政策与人道原则的契合

一般认为,人道主义是刑事政策的一项基本原则,^①有些学者甚至认为“人道原则是刑事政策中最基本的原则,也可以说是本源性原则,没有人道原则就没有现代刑事政策。”^{[9] (P. 277)}但是长期以来,我国刑事政策一方面承担了过多的政治职能,另一方面又缺乏规范性,所以对于人道主义原则并没有充分予以重视。在宽严相济刑事政策提出之后,人道作为一个原则的地位应该被重视和强化。

2006年10月11日,中国共产党第十六届六中全会《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中第一次指

^① 这一原则在刑事政策领域内得到共识。譬如,日本学者大谷实的《刑事政策学》、俄罗斯学者伯斯霍洛夫的《刑事政策的基础》以及我国台湾学者许福生的《刑事政策学》中都把人道主义作为一项原则。我国大陆学者梁根林《刑事政策的立场与范畴》、严励的《中国刑事政策的建构理性》也将其归纳为人道原则。

出“实施宽严相济的刑事司法政策”,由此宽严相济刑事司法政策成为刑事政策核心价值。这一价值与刑罚人道主义不谋而合,只不过需要穷其义理。而恰恰在这一点上,当今理论存在着普遍误读和教条化理解政策的倾向,致使政策的主题模糊不清,适用范围功利性渐显。

宽严相济,一般认为包括以下内容:所谓“宽”,是指宽大、宽容。所谓“严”应理解为严格、严厉。所谓“相济”是指相互接济,互为补充。整体来说就是:当宽则宽,当严则严,以宽济严,以严济宽。这一理解是一种常识性、字面化的但却是主流性的理解。其具有教条化、折中的色彩,我们看不到和谐应用的地位与核心价值,具体来说,存在以下几个方面的缺陷:(1)从逻辑上来说,这样的解释只是字面上的解读,从形式逻辑层面来说是同义反复,并不具有崭新的内容和时代意义,弱化了宽严相济刑事政策的内在价值。实质上,“当宽则宽,当严则严”并不是政策的内容,更不是宽严相济的组成部分,“济”才是本质。当然,在谈到“济”的时候,不仅不能只关注一面而忽视了另一面,也不能只关注主要矛盾忽视了次要矛盾。(2)宽严相济刑事政策是一项极具时代性的刑事政策,就像建构和谐社会的内容一样,虽然传统社会也追求一种和谐,但二者所立足的基础却迥然不同。语同此理,如果就宽严相济的内容本身而言,其并不具有新意,甚至可以说在中国传统刑法思想中有广泛体现。譬如,《左传》曾有这样的记载“宽以济猛,猛以济宽,政是以和。”在以后的历史发展中,这种思想被不断地发扬光大。只有将其放置于当今具体社会历史现实中,才会焕发新的生机。

宽严相济刑事政策与人道主义的关系表现为:

1. 宽严相济刑事政策的核心是以宽济严,人道主义诉求成为重要的依据

诚如全国人大常委会主任李适时在《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉(草案)》的说明中指出的,“根据宽严相济的刑事政策,在从严惩处严重犯罪的同时,应当进一步完善刑法中从宽处理的法律规定,以更好体现中国特色社会主义刑法的文明和人道主义”。同样,如何看待严打政策与宽严相济刑事政策的关系?笔者认为,宽严相济刑事政策是对严打刑事政策在刑事司法领域的替代和纠正,且这种理论取代有一个潜移默化的过程。从20世纪80年代以来,针对严重的犯罪态势,严打一度成为刑事政策的主线,但从最初的广义严打——“改法”严打规范化为狭义严打——“依法严打”,从严打的立法化和司法化规范化为纯粹的刑事司法政策,直至当今演变为宽严相济的司法政策,其脉络和价值观的位移应该说是比较清楚的,就是一个刑事政策规范化和文明化过程。

从这一转变分析,作为一种校正,宽严相济政策是对过去政策失衡的纠正,是刑事政策宽和化的体现,是人道原则逐步得到认可和体现的过程。具体来说,宽严相济政策的主线不是当宽则宽,更不是当严则严,而是落实为“相济”。再进一步说,以严济宽的实质是对比较轻微的犯罪要考虑严的因素,但是毕竟在法律的框架之内轻罪无论如何不可能体现实质性的严厉。层层剥离之后,宽严相济核心的就是以宽济严。当然,对宽和化的内容和方式不应当作出随心所欲的理解,更不能为了宽和化而宽和化。宽和化以刑罚的人道主义原则为圭臬。

刑法作为一种公法,尽管被赋予了预防的目的,但不可否认,在当代法制框架之内,其基本属性还是惩罚,刑罚还是通过恶的方式来对待恶,以痛苦对待痛苦,本质上还是怨怨相报。纯粹的惩罚毕竟是有限的,并且只能体现出刑法的残酷性、无情性特征。尤其是在强调规范性、等价性和平等性的时候,可能产生新的仇恨和不稳定,只不过仇恨的目标不再确定,不稳定的因素不再直接而已。如果刑事政策将这样的精神强化,刑罚“以恶惩恶”的消极性后果会进一步被放大。刑罚人道主义则强调了刑法的个别化,着眼于社会关系的修复,意味着对于刑罚的调和,体现了对于当事人意志的尊重。

前述的“水葬”事件不仅面临着对规范法定化的理解问题,还面临着对国家刑权力过度介入的质疑。这主要基于以下几个方面:(1)我国刑法第302条规定了盗窃、侮辱尸体罪。所谓侮辱尸体,是指对于尸体公然损坏、焚烧或猥亵尸体。而犯罪嫌疑人的行为实际上是一种丧葬行为,只不过与当前通行的处理尸体方式不同而已。也就是说虽然不是火葬的方式,但是水葬与传统的土葬方式并无本质区别。如果说与土葬有什么不同,也只是因为后者曾经作为一种民俗存在,而水葬似乎并不是一种民俗。(2)犯罪嫌疑人缺乏行为的故意内容。构成侮辱尸体罪应该要求具有侮辱尸体的意图,如果缺乏这种意图,则欠缺故意的内容,在其他证据不足的前提下,仅仅因为对遗体处理方式的与众不同而断言儿子具有侮辱自己母亲遗体的故意显然是十分牵强的。(3)进行与民俗不同的丧葬行为实际上是在迫不得已的情况之下进行的。刑法的期待可能性理论一直是一个富有魅力的话题。尽管在具体的适用中可能存在着这样或那样的问题,在中国的刑事法治实践中裹足不前,但是谁都无法否定其意义,即不能把社会造就的恶转嫁为个人责任,因为这是不公平和不人道的。每个人都有生老病死,作为一个社会,作为国家权力,必须承担起对于民众的基本责任,即使现实发展阶段中做不到真正的壮有所用、老有所养,但死有所终是国家的基本义务。在国家拒绝履行这些义务的时候,民众寻找其他的解决办法是惟一的出路。

然而国家权力一方一开始并没有接受这样的一个逻辑。警方认为该行为发生了危害后果,公安机关的“案情通报”

指出:

有舆论认为 本案虽有一定的社会反响 但并没有造成严重的社会危害性。其实大大相反 犯罪嫌疑人王士喜伙同叶桂丽在其亲生母周多美去世后 将其母亲遗体抛到村旁具有公共生产生活用途的溪水中 造成了恶劣的社会影响。比如 公安机关为了查找尸源 耗费了大量的人力、物力、财力 印发协查通报和《认尸启事》1000 余份 专案组 30 余名刑侦人员经过长达 9 天的日夜排查 先后访问码头、诗山辖区内 10 个村寨共计 4 万余人次 才将犯罪嫌疑人王士喜、叶桂丽抓获归案。犯罪嫌疑人王士喜、叶桂丽的抛尸行为 虽不是命案 却导致公安机关投入了大量的警力 搁置了其他案件的办理进程 扰乱了公安机关的工作视线^[10]。

但是 警方将履行本职工作所付出的辛劳等同于犯罪所造成的危害后果 则显然体现了权力的一种不宽容。理由主要在于: 侦查机关的职责就是破获犯罪 投入的精力和细致可以证明其敬业程度 但是不能反过来将这些辛劳和汗水转嫁为犯罪的危害性 成为承担刑事责任或者加重刑事责任的筹码。《人道主义宣言》(II) 指出 “我们需要把理性和同情心融合起来 以建立积极的社会和道德价值判断标准。”^{[7] 3 P. 39} 在刑法领域首先必须通过法律的理性来审视一个行为是否构成犯罪 其次 在理性的基础之上必须抱着同情心或者说衡平心来对待犯罪。但我们将自己的劳动追加为犯罪嫌疑人的刑事责任的时候 既违背了刑法的理性 也违背了人道的同情心要求。如果抛开个案的因素 作为一种常规性的逻辑 上述思路可能会带来更大的危害。

归根结底 这一事件所反映的是一个权力的人道主义态度问题 具体来说表现为一种刑法的谦抑性问题 即刑法不应当轻易动用 更不应当将一个有损风化的行为轻易、随意贴上一个罪名标签。所谓谦抑 其基本含义是指刑法应当具有内敛性 不应过高估计或者迷信刑法的作用 将一些无需刑法来加以制裁的行为上升为犯罪行为。刑法在适用过程中 既要体现其确定性的一面 又要体现其平和性、人道性的一面 刚性 与柔性应统筹兼顾。

如果刑法的人道性付之阙如 势必会体现为司法不宽容 因为刑法的重要特性就在于其制裁手段的严厉性 迷信刑法就是迷恋刑法的制裁手段 迷恋重刑轻罪。往更深层次上说 陈兴良教授在《刑法谦抑的价值蕴含》一文开篇说道: “对刑法的迷信(主要是对刑罚的迷信) 一直是各种政治迷信中最根深蒂固的一种。”^[11] 而存在政治迷信的权力就是一种不懂得宽容的权力 不懂得宽容的政策距离人道主义的诉求只能是渐行渐远。

2. 宽严相济刑事政策包含的人道性诉求应立足于司法过程中

根据政策的明达 宽严相济刑事政策最初被界定为一项刑事司法政策 但是在后来的发展过程中 “司法”一词被省略掉了。因此 许多学者提出该政策不仅是司法领域中的刑事政策 也是立法领域中的刑事政策 笔者认为 这是对和谐社会语境下的政策误读。(1) 在依法治国时代 法律的契约性特征已得到广泛的认同 即使在中国现实语境之下 党领导人民制定刑法 刑法是人民意志的一种体现 则法律制定与政策制定无论是主体还是内容、目的及运作方式仍然均存在差异。(2) 如果说立法已经体现了政策的基本特征 也就是说立法本身就是宽严相济刑事政策的产物 那么在司法中是否还有必要再强调宽严相济刑事政策或者说如何贯彻宽严相济刑事政策 就成为一个颇具困扰性的问题 其结果必然是导致司法目标迷失。然而 在当前理论探讨中 往往忽视这一点 认为这项政策包括法网的严密性等内容 这实际上是提高了政策的位阶。作为一项司法政策 应当是在法律给定的框架之内 在依法办案的基础之上体现国家权力对于社会刑事判断的需要 在轻重宽严中作出平衡。(3) 要将宽严相济刑事政策放置于当前的时代背景之下来分析。宽严相济的刑事司法政策是在和谐社会的语境之下提出的。尽管新中国的刑事政策历史中一直在贯彻惩办与宽大相结合的原则 但二者显然具有本质的区别 后者长期受严打方针的规约 是严打整治斗争的一种体现和补充 而前者则是峻法向人道的回归。

三、人道主义诉求是刑事司法职业者的道德责任

《孟子·公孙丑上》说 “恻隐之心 仁之端也; 羞恶之心 义之端也; 辞让之心 礼之端也; 是非之心 智之端也。人之有是四端也 犹其有四体也。”这是对“恻隐之心”的经典论述。这里的“恻隐之心”就是人道观念的一种感情表达方式。一般看来 这段话是为了说明人道之心的普适性 但如果这样理解显然是将问题简单化了 “恻隐之心”只是“四端”中的一端。具体到刑事司法职业活动来说 立体性的司法职业者至少需要以下条件: (1) 对法律忠实的解读能力和对事实的洞察能力、对证据的把握能力; (2) 社会情感所产生普遍认同的理性的对错、是非观; (3) 应当具备的人文主义情怀 也就是通常所说的法官的良知。这包括作为一个职业群体的“共知”和作为职业个体的“自知”。其是人内心最柔软部位映射出来的一种自然情怀。这与孟子所强调的“四端”非常类似: 司法者力图发现事实和法律及其之间的联系 此即“是非之心”; 从理性角度判断行为的对错和性质 此即“羞恶之心”; 将犯罪行为作为人作为人来对待 此即“恻隐之心”。对于是非曲直的准确判断是司法者作出公正判断的基本要求 对于犯罪的痛恨和社会清明的渴望是包括职业者在内的社会的普

遍情感判断,但是职业者只有具备了人道主义的道德情怀,刑事司法的公正才不再是残缺的公正,司法才有“四体”,司法职业者才具有人格的立体性。

(一) 人道主义成为司法职业者道德责任的缘由

古罗马法谚说道“法律的适用是公正与善良的艺术。”在人类的刑事司法历史中,对于公正与人道精神合体的追求一直是作为刑事司法职业的美德来加以体现的。“钦哉,钦哉,惟刑之恤哉”“罪疑为轻,功疑为重;与其杀不辜,宁失不经;好生之德,洽于民心”(《尚书·大禹谟》)这些论述的合理性不仅仅是因为在法律的纯洁性与秩序的至上性之间选择了法律纯洁性的价值观,而且是在遵循刑法适用公平性的同时,“好生之德”成为司法者的一种美德。“令甲,死者不可生,刑者不可息。此先帝之所重而吏未称。今系者,或以掠辜,若饥寒瘦死狱中,囚以饥寒而死曰:瘦,何用心逆人道也”(《文献通考·刑考二·刑制》)汉宣帝是汉代“最为苛急”的帝王之一,然思图圉之苦,念困厄之人,将改善罪犯的待遇作为司法官员的考绩标准,可见良苦用心。唐太宗的一些做法更是在正史上被称颂“贞观六年十二月辛未,亲录囚徒,归者二百九十人于家,令明年秋末就刑。其后应期毕至,诏悉原之。”(《旧唐书·太宗本纪》)

对于“好生之德”认同的根源,明代丘浚给出了基本的以下理由:

好生之德,洽于民心,此帝舜所以为舜也。盖天地生人而人得以为生,是人之生也莫不皆欲其生,然彼知己之欲生而不知人之亦莫不欲其生也,是以相争相夺以至于相杀,以失其生生之理。人君为生人之主,体天地之大德,为生灵之父母,于凡天下之人无不欲其生,于凡有生者苟可以为其养生之具者无不为之处置营谋,俾之相安相乐以全其生生之天,苟于其中有自戕其生而逆其生生之理者,则必为之除去,此所以有刑法之制焉。所以然者,无非欲全民之生而已。圣人欲全民之生如此,一言以蔽之曰好生。吁,天地之大德曰生,圣人之大德曰仁,仁者好生之谓也。《大学衍义补·慎刑宪(卷一百)》。

也就是说,作为传统的人道观念至少也包含以下几个层面的内容:首先是人道具有普遍性;其次是在刑事领域,人道精神成为从君王溯及普通司法官员的一项人性义务。尽管这些历史素材可以被我们武断地认为是正史的标榜,也可以将这种人道主义理解为一种苦难之下例外或意外的垂恩和抚慰,但是不可否认,他们十分清醒地认识到律令本身的冰冷、僵硬和缺损,也正是因为这种冰冷和僵硬,法律形式上的公正有时显得刻薄、残酷,需要得到一种司法道德的柔化,这对后世的宣教意义是不言而喻的。正所谓“徒善不足以为政,徒法不能以自行”。(《孟子·离娄上》)冰冷的法律并不足以体现法律的正义,单纯的仁爱并不能实现政通人和。“用法而行之以仁恕之心,法何尝有弊?”^[12]国家衰亡不是法律本身的过错,但是刑事司法过程的“刻薄寡恩”往往是催化剂。也正是因为如此,在近代修法过程中,沈家本明确提出应将推行仁政作为“修法之宗旨”。针对旧法律的专制主义性质,他直言陈述“治国之道,以仁政为先”^[13]

如果说刑法规范以正当性为标准,刑事政策以合法性为标准,则刑事司法者在树立法律信仰的时候,还要求以人道主义为道德责任。这是司法权内在的道德要求。在当代刑事司法体制中,尽管其基础乃至体制架构与传统刑事司法过程存在着明显的差别,作为刑事司法的职业者在适用法律过程中信守一种人道主义精神实乃异曲同工,而且在人权的旗帜下,显得更具有现实意义。其基本缘由在于:

1. 当代刑事司法的特征决定了司法者秉持人道主义道德观的必要性。现代的刑事司法构造呈现出这样的特点:

(1) 司法权力的分散和专属。美国联邦最高法院在判例中宣称:

所有托付给无论州或全国政府的权力,均被分为三大部分:行政、立法和司法。与每一个这些政府部门相当的职能应授予一个分立的公仆机关,而这一制度的完善要求分开和划分这些部门的界限应广泛地和明确地界定。对这一制度顺利运行也属于必要的是,被托付以任何这些部门之一的权力的人不应被容许侵犯托付给其他人的权力,而是每个人应由设立它的法律限于行使与其本部门相当的权力而不是其他权力。^①

这是一个对于美国政府之间权力分配的定位,但却揭示了现代社会权力的分散和专属特征。刑事诉讼构造同样因权力分散而专属化,这种专属和分散更接近于权力的实质,制刑、求刑、量刑等关系更多呈现出掣肘而非配合。然而,权力的分散从一定意义上来说也加速了权力的人格化。“而在横向分权中,却给腐败的滋生提供了可以泛滥的空间。总之,权力被分流或分配之后便失去了控制,从而使政治权力的公共性质遭到扭曲,执掌权力的人可以在为公的名义下滥用权力,也可以在谋取私利的行为中出租权力。因为他偷偷地窃取了上级或领导冠冕堂皇的授权,转化他个人的私有物,任意地支配它。”^[14]所以,权力的这种分散和专属固然有助于权力之间的制衡,但是权力的人格化特征也更为具体

^① Kilburn V. Thomson 《美国最高法院判例汇编》(1880) 第 103 卷第 168 页。转引自凯尔逊著《国家与法的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 313 页。

和明显,在刑事司法运作过程中,每个阶段都可能打上更多个性的色彩,此时就要求司法职业者具有一个统一的底线道德标准。

(2) 刑事权力行使的专业化。诉讼构造专属化和分散化的理由之一在于权力日益强化的专业性特征。法治的过程日益表现为专业化的趋势,这是现代社会法治状态与传统社会中法治状态外部特征的典型差别。法律官员的专业化、法律职能的专业化、执法过程的专业化都是权力专业化的体现。这是农业社会中集行政权与司法权于一身官僚体制所无法比拟的。在农业社会中,法律适用的过程是经验性的,由此也绝少出现效果和价值评价的尖锐对立,一方面经验的判决较为容易和反映较为相近(甚至判决本身就是一种社会要求的结果),另一方面经验的判决只能通过经验加以否定,而这种否定显得较为淡薄。刑事司法专业化的结果使得法律实施及其效果的评价显得多元化,裂变出专门游离于公共权力领域之外一种独立的专业性的评价主体,客观上形成了对于刑罚权一种制约机制和审视群体,这在农业社会是不可能出现的。专业化的结果必然要求对于刑事显现作出专业化的解读,在这个时候,一般的道德标准就失去了作用的空间,必须树立起一种新的道德观念。人道主义由此也不再是仁慈那么简单,而是汇聚在人道主义的旗帜下,是一种专业必然的道德要求,而不是为了现实统治的仁慈情怀。

2. 即便刑事诉讼构造是分散的和专属的,但因为是静态的、框架性的,而权力和政策是动态的、实质性的,所以司法职业者的行为仍然不可避免会受到来自于公共权力和社会情感的影响。而刑事司法活动的主要矛盾并非表现为被告方和被害者之间的矛盾,而是表现为国家权力与被告入之间的矛盾,作为司法职业者的个体必然要在忠实于“是非之心”的同时,面临着道德情感的抉择。

首先,司法职业者是权力的代行者。

政治和权力联系在一起,也是十分具有吸引力的力量,为了实现合法的社会目的也需要独立使用权力。因此在政治领域内常常存在私欲的膨胀、贪赃枉法、惟利是图、尔虞我诈和背信弃义,这自然并不奇怪,一些最具有政治企图的人甚至通过残酷的政治事件直接去推进,所以规范的标准在更多的时候是违反而不是遵循。所以马基雅弗利式的权力游戏必须超越攫取、野心、生存等内容设定新的价值,政治机构或组织必须被设定一些新的规则,将私利从权力中分开,换一种说法就是,必须给予权力一个道义依据,权力通过承认一系列的基本价值、原则和进行运作^{[15] (P. 57-58)}。

作为国家权力本身,人权的普遍性赋予了国家的道德使命——权力的人道化,作为个性化的权力个体,自然应当秉持这种道义。诚如《宽容原则宣言》中所说,“宽容是个人、群体和国家所应采取的态度。”包括宽容在内的人道是一种规则贯彻过程的态度,是一种道德责任。

其次,在当今的司法活动带有科层化、集权化特征的现实条件下,法律职业者个体权力相对比较薄弱,司法职业者坚持这样一个道德标准弥足珍贵。因为人道主义本身就是正当程序的一项基本价值。如果说程序正义直接体现为一种诉讼构造,那么这种程序只具有保障作用,不足以实现正义,而对于司法职业者的人道主义的道德诉求则要直接和现实得多,其直接体现为德化的具体态度:

法院还应在审判过程中对各方参与者给予人道的对待。这项要求可以说是“自主、自治地参与”所固有的。从参与的目的来看,程序参与者要想自主地对裁判结果产生影响,就必须自愿地进行诉讼行为,不受人身、精神上的强制或胁迫。被告人、被害人如果在参与过程中不拥有人的尊严,而是时时受到非人道的对待——如人身污辱、暴力胁迫、精神压制等——那么他们的参与即使再充分、再富有意义也是毫无意义、毫无价值的,因为这违背了参与者应为具有主体资格的人而非被动的客体这一基本参与原则^{[16] (P. 64-65)}。

3. 人道主义作为一种道德责任有助于对刑事法内在机理的解读。在法律理论领域,历史的经验教训揭示了法律并非是完全实证的,其存在根本性的价值。“法律概念,一个文化概念,也就是一个涉及价值的概念,把我们推向了法律价值和法律理念,法律是按照其意义必然服务于法律理念之物。”^{[17] (P. 73)} 法律的概念既然是价值性的概念,就必须寻找一个超越科学性、实证性本身的理由来维护整体价值,限缩强者、权力的原本正当性的诉求就成为普适性的需要。譬如刑法中关于刑事责任年龄的规定,长期以来一些学者不断从未成年人身心发育增快的角度来论证降低刑事责任年龄的合理性,其潜意识还是从刑罚与危害性结果相适应的报应性思维。实际上我们可以通过类似的刑法规定来找到刑事责任年龄的价值基础:刑法第 49 条将不得适用死刑的条件规定为“犯罪时不满 18 周岁”和“审判时怀孕的妇女”。立法者之所以将两类对象规定在同一条款,并且设定了相同的责任方式,因为其具有共同价值依据。实际上“审判时怀孕的妇女”不得适用死刑的合理性,从危害性与刑罚对应性角度是不具有说服力的,这项规定得到大家共同认可的基础就是共同的刑罚人道主义观。语同此理,刑事责任年龄的设定也是因为得到权力体恤的同时又得到了民众认同的结果,与合理

性之间没有关系。^①也正是因为这样的原因,宽严相济的刑事司法政策在提及对于老年人犯罪从宽处理的时候,《刑法修正案(八)》(草案)在对老年人犯罪刑事责任立法从宽的时候,其内容本身并没有遭遇多少反对的声音。因为这是强者对于自我权力的限缩,也是普适性的人道伦理的诉求。尽管权力原本可以从罪刑均衡原则甚至刑法平等适用原则那里找到合法性、正当性依据而拒绝改变。

这样解读法律的依据是什么呢?在拉德布鲁赫看来,法律的理念由三项价值构成:正义、合目的性和法的安定性。从这一角度出发,拉德布鲁赫在其《法律的不法与超法律的法》这篇文章中提出了著名的“拉德布鲁赫公式”并认为如果实在法违反正义达到不能容忍的程度,它就失去了其之所以为法的“法性”。在刑法中如果规范本身无法体现人道性的道德责任,则其可能沦为一种暴政的工具。所以贝卡里亚断言:

刑罚最残酷的国家和年代,往往就是行为最血腥、最不人道的国家和年代。人道主义精神是刑罚轻缓化乃至最终实现非刑罚化的原动力。在感性认识上,刑罚人道主义与怜悯、仁慈等人类与生俱来的善性相关联,而与野蛮、残酷、虐待等蒙昧状态相对立。在理性观念上,刑罚人道主义核心是对于人的主体性的承认与尊重,将犯罪人作为伦理关系和法律关系的主体对待^{[18] P. 42-43}。

从人道的角度来说,司法的过程不应当成为“我将天国的钥匙交给你,而你却要放牧我的羊群”^②的鞭子。也正是因

为这样才会出现“二战”结束之后德国“泄密者案”中对于主审法官责任的争论。

在具体刑事司法运作过程中,“拉德布鲁赫公式”也可以延伸出新的功用——对法律的适用和理解也存在着一个从“安定性”到“合目的性”的演进过程。人道性必须以规范的法定性为前提,从法定性向合目的性的推演必须以人道性要求为标准。譬如,我国刑法第263条规定“冒充军警人员抢劫的,应处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产。”该条文生效甫始,理论界就在一个问题上——真正的军警人员抢劫——产生了不同的看法。有学者从“合目的性”的角度认为——从实质上说,军警人员显示其真正身份抢劫比冒充军警人员抢劫,更具有提升法定刑的理由。并将“冒充”解释为包括假冒与充当,假冒与真实并无差别——其实质都是使得被害人误认罪犯为军警人员,故军警人员显示其身份抢劫的,应认定为冒充军警人员抢劫^{[19] P. 717}。毫无疑问,真正军警抢劫的行为比冒充军警抢劫的行为显然更为严重,至少可以说毫不逊色,其对于犯罪环境的影响也是相同的。但是如果这样理解,势必“冒充”一词的基本文意就失去了确定性。上升到一种方法论的角度,这样的解释会导致刑法的法定性、规范性受到极大损害,“当基于实质可罚性进行解释时,解释的边界何在?”^{[20] P. 222}这样的否定“安定性”的“合目的性”解释因为违背了人道主义所要求的宽容性的标准,必然陷入类推解释的泥潭。^③笔者并不反对解释方法存在语义解释→体系解释→目的论解释的适用顺序,但这只是结果,必须有一个基本的原则作为原因,那就是刑罚人道主义价值观。

(二) 司法职业者的人道责任是对法律和权力人道补足的具体表达

阿图尔·考夫曼认为“宽容不是在冷淡的放任允许意义上,而是在有意抉择意义上,承认其他科学的和世界观的权利。宽容也是这样一种认识的结果:一切人道价值处在暴政的危险之中,因为暴政被指责为具有专断性要求。最后,宽容是意识形态批评的结果,是对错误的自我确信进行开明的摧毁之结果。”^④这样的论断直接就是建立在对刑事司法活动的评述基础上。人道责任体现为司法职业者对自我确信进行的一种“开明摧毁”。因为权力往往倾向于自负和功利,此时人道观念作为一种道德的约束显得十分必要。人道主要体现为法律和权力的适用的层面,尤其是在法律的不具有“合法性”的时候,司法职业者再一味追求实证的法律实质上就会造就权力的非人道现象。

人道主义的道德责任还是高风险社会中法权的内在要求。因为现代社会的高风险性,人无往不在枷锁之中,权力的运作也都始终处于风险之中,权力运作所带来的后果带有很大的不可预知性,不仅可能危及人的利益,也可能危及权力

^① 需要说明的事,刑法通说认为,刑事责任能力包含刑事责任年龄要素。但是如果我们把刑事责任年龄的规定建立在人道主义的基础之上,势必需要将年龄因素从刑事责任能力中独立出来。因为刑事责任能力问题是一个科学问题,是可以专业知识和经验来鉴定和评估的。而刑事责任年龄问题则只能是一种规定,只能说明国家刑权力人道化的态度和程度,无法从科学角度来说明合理性。

^② 此语由《圣经·新约》中耶稣对伯多禄所说的话延伸而来。

^③ 实质解释的观点招致了许多非议。有观点认为“从语义上来说,冒充就是假冒,因而根据简单的语义解释就可以排除真正的军警人员适用加重处罚规定的可能性。那么,又为什么非要把真正的军警人员显示真实身份抢劫解释为冒充军警人员抢劫呢?如果是因为军警人员显示真实身份抢劫比冒充军警人员抢劫更有加重处罚的必要性。在这种情况下,还把军警人员显示真实身份抢劫排除在冒充军警人员抢劫之外,就是一种形式解释论,这种形式解释论未能将更有加重处罚必要性的情形解释进来,因而需要采用实质解释论加以纠正。这样一种逻辑,岂非破坏罪刑法定原则的逻辑?”参见陈兴良“形式解释论的再宣示”,载《中国法学》2010年第4期。更多的学者直陈其违背了罪刑法定原则,认为这样的解释是类推解释。在罪刑法定原则之下,该问题只能通过立法途径解决。参见刘艳红“冒充军警人员抢劫罪法定刑设置之疏漏”,载《法学》2000年第6期;刘明祥“论抢劫罪的加重犯”,载《华侨大学学报》(哲学社会科学版)2003年第3期。

^④ [德]U·诺伊曼“纪念考夫曼”,郑永流译,载中国民商法律网2010年6月5日。

自身。权力往往无法预见结局^①或者难以评价之前行为的对错^②由此人道诉求就构成了现代社会的伦理准则。

综合来说,刑事司法者的人道主义道德责任既是对整体价值观的承接,也是司法过程的现实化表达。

1. 人道主义道德责任的意义在于能够促进法律标准的合理化。譬如,《刑法修正案(八)》取消了 13 个罪名的死刑,这是一项立法成果,但其潜在的逻辑就是司法过程中对这样的罪名已经基本上停止死刑的适用,也就是说最先是从司法的角度否认了对于这样的罪名适用死刑的人道性和必要性,由此我们也可以设定一个废止死刑的路径,即司法前行是立法废止死刑这一不人道刑罚的前奏。此外,就具体适用法律而言,无论是作为法律人还是作为法律之下的人,在进行行为判断的时候都会发生错误。一种是自身能够控制的错误,一种是超逾自身意志的无法预见或无法控制的错误结果。对于第一种错误,由于对行为的非正义形式可以预判预知,所以其责任的承担是有意义的,也是合理的。而对于第二种错误,在法律规范和法律的适用过程中则是应当具有一定宽恕要求。譬如,法国 1994 年刑法典就对于认识错误和刑事责任做出了一种大胆的规定。“监狱大量的技术性规范和行政控制性规范逐步演化为刑事法律规范,对于上述范围内的某些误解和认识错误,已经超出了一般常识的范畴。据此,新刑法总则明文规定‘只要行为人能够证明自己的行为处于自己无力避免的误解,该行为就可不承担刑事责任。’此规定为世界刑事立法所仅见”^{[21] (P. 339)}这样的规定体现的就是一种刑法的宽容。其不再是简单地从后果的角度来加以认定责任,虽然在刑法中这样的观念经常会有所体现,但是作为一项刑法规定,无疑具有现实的宽容色彩。

2. 刑事司法职业者的人道责任是权力人道主义补足的具体表达。站在权力个性化的角度,人道主义反映的是一种道德观,而浓缩的权利个性化有时就是政策的具体体现,而政策的普遍性又是权力个性化的整体表达。在刑事司法独立的背景下,个性化司法权受到权力的压力相对要小很多。在司法行政化的社会中,个性化的司法权则不可避免会承受更多的来自于政策层面的压力,司法性质与行政化的对抗性被削弱。此时,政策的人道性更显示出必要性。如果整个政策是人道的,往往常态下的个性化权力也是相对仁慈的。在政策无法体现这一价值的时候,作为个体化的职业道德责任则承担着重要的补足作用。从这个意义上说,司法职业者的良知在一个非完全的法治环境中才更有意义。

刑事司法职业者的人道责任还有助于克服权力“致命的自负”。人道主义是作为政策主导者——国家权力必然的一种选择。哈耶克认为:

一切道德体系都在教诲向别人行善,……但问题在于如何做到这一点。光有良好的愿望是不够的。国家权力如果严格地只去做那些对具体的他人明显有利的事情,并不足以形成扩展秩序,甚至与这种秩序相悖。市场的道德规则使我们惠及他人,不是因为我们愿意这样做,而是因为它让我们按照正好可以造成这种结果的方式采取行动。扩展秩序以一种单凭良好的愿望无法做到的方式,弥补了个人的无知,因而确实使我们的努力产生了利他主义的结果^[22]。

因此,无论是权力为恶还是权力为善的理论,最终必然都是殊途同归,在刑法领域,国家权力掌控着生杀予夺的大权,肩负着同犯罪作斗争的使命,肩负着保卫社会秩序的重任,因此很容易出现“致命的自负”,实际上这些年所出现的一系列发人深省的冤案都和这种“致命的自负”有关联。最近一段时间集中出现的“公捕”、“公判”都表现出这种倾向。具备法律常识的人都知道,法律规定了无罪推定,任何人在判决以前都应当被假定为无罪。既然被假定为无罪之身,进行公捕就是一种对于权利的侮辱,权力的自负表现在其虽然未经审判,但已经确定其有罪了。如果被告人无罪,这种自负是“致命”的;如果被告人被定罪,这种自负是“恐怖”的。

3. 司法职业者的人道责任为解读我国的司法现实提供了一种方法论。人道责任的内在逻辑在于:单纯依靠法制制约权力毕竟是有限的,即使规范可以被制作得滴水不漏,更何况法制的确立具有历史的局限性,法律需要人来操作和执行,规范被曲解的可能性始终存在。刑罚的标准乃至判决永远和裁决者个人的观念联系无法撇清,人道作为一种美德就开始起作用。冯象博士在论及法律的程序理性和实质理性的时候指出:

在中国,由于司法的正义的渊源在法律之外,法官必须采取相反的策略,模糊程序的界限,才能保证司法

① 譬如对于公捕公判,娄底市政法委书记曾认为“效果很好,省里满意,涟钢也满意”。但这样的预判显然错了。“娄底市综治办主任向健勇没有想到,报道被网络关注后,‘宣传效果’朝反方向发展”。黄秀丽等“被质疑的基层公审公判”,载《南方周末》2010 年 7 月 22 日。

② 譬如,全国人大代表张燕联合 32 位人大代表专门向全国人大常委会提出了“关于修改《中华人民共和国刑法》第 306 条的议案”,国家权力机关给予的答复是“关于您们提出的全国各地刑事辩护数量锐减,这一规定在司法实践中易被某些执法人员当作职业报复的根据等问题确实存在,有的部门、律师和专家学者也多次反映过。造成这些情况的原因是多方面的,我们曾多次作过调查和研究。目前,对这些问题,需广泛调查,收集意见,结合立法工作进行研究。你们的意见,我们在研究工作中将认真考虑。”这样的结论如果不是推托之词,就是对于规则的实践效果认识不清的结果。

的效能。故“重实体、轻程序”不但是政治文化和心理传统、也是法律得以顺利运作、分配正义、法官得以维持民众信心、争取最低限度的独立的现实手段。……这是一种灵巧的工具主义法治。……工具主义的法治,比起形式平等的法治来,更需要人情常理的衡平而坚持超越法律的实质正义。否则法律原则的妥协、程序规定的克服就无章可循。……所以这“情理法并重”的正义和古代的女神一样,是不戴蒙眼布的:没有任何程序可以挡住她的视线^[23]。

笔者认为,这样的看法是有见地的,可谓切中肯綮。但是,如何进行衡平,笔者则具有不同的结论:其路径在于确立人道主义的道德责任,在形式合理性尚不足以遏制权力的个性化的时候,当个性化的权力狼奔豕突,人道主义就是司法道德选项。

进入 21 世纪之后,构建和谐社会成为中国社会发展的主题,和谐和人道正在成为权力普遍的美德,它的光辉将照耀着社会生活的每一个角落,即使在最严厉地限制个体自由和幸福的刑罚领域,这种美德也日益凸显出来。但是,在光芒普照在身边的时候,刑罚的刚性越来越柔化,刑法的观念越来越开放,权力一时还难以接受,还感到有些刺眼——对于人道主义的精神和范畴从潜意识中似乎还有一份抵触的情绪;还感到有些眩晕——对于人道主义的现实化还感到难以适从。前者表现为对于刑罚人道主义的精神和理念还存在一些排斥,甚至将刑罚人道主义仅仅归结为一种对于犯罪嫌疑人、被告人的无休止的宽容。实践中还屡屡发生一系列不人道的现象,如东莞市派出所民警“牵卖淫女游街”事件,引起了民众的不满,以至于“公安部下发通知,要求各地公安机关在查处卖淫嫖娼违法犯罪活动时,要坚决制止游街示众等有损违法人员人格尊严的做法。省公安厅已向全省转发,并规定发生此类问题,将予以通报,并依法追查当地公安机关领导责任。”^[24]此外,政法部门还屡屡开展“公捕”、“公审”、“公判”等行动,在湖南省娄底市 2010 年 7 月“公捕”、“公审”行动之前半年之内,“就有山东青岛、湖南永兴、陕西临潼、四川阆中等地进行了公审公判”^[25],这些行为不仅产生了负面的社会效果,而且均反映出对于权力的因循和对人道观念的抵触。后者则表现为一种对于人道主义的理解还仅仅表现为一种形式,甚至误读人道主义,迷失在刑法的人道主义和刑事法定化之间。譬如前几年在各地纷纷开始试点的死刑刑事案件和解制度,就是在人道与正义之间迷失了方向,在民众对“以钱赎命”的质疑浪潮中归于沉寂。

四、结语

有些价值,我们一直在实践,但因为种种因素,却没有去总结;有些规则,我们一直有规定,但因为种种因素,我们却没有去实践。譬如,死刑与人道的话题人们已经谈的很多,但是二者实际上应该是一个间接的关系——问题的实质并非仅仅是死刑本身是否人道的问题,而是国家刑权力的掌控者是否以人道主义的道德观来看待死刑的规制和适用的问题。也正是这个缘故,清末刑法改革之时沈家本与其是在论证死刑的非人道性,不如说是为了说服刑权力应具有人道主义价值观,从而大幅度削减死刑:

欧美刑法,备及简单,除意大利、荷兰、瑞士等国废止死刑外,其余若法、德、英、比等国,死刑仅限于大逆、内乱、外患、谋杀、放火、溢水等项。日本承用中国刑法最久,亦止二十余条。中国死刑条目较繁,然以实际论之,历年实决人犯以命盗为最多,况秋审制度详核实缓,倍形慎重,每年实予勾决者十不逮一,有死刑之名而无死罪之实。持较东西各国,亦累黍之差尔。兹拟准《唐律》及国初并各国通例,酌减死罪;其有因囿于中国之风俗,一时难予骤减者,如强盗、抢夺、发冢之类,别辑暂行章程,以存其旧,视人民程途进步,一体改从新律。顾或有谓罪重法轻,适足召乱者。不知刑罚与教育互为消长,格免之判,基于道齐。有虞画像,亦足致垂拱之治;秦法诛及偶语,何能禁胜、广之徒起于草泽;明洪武时所颁大诰,至为峻酷,乃弃市之尸未移,新犯大辟者即至。征诸载籍,历历不爽。况举行警察为之防范,普设监狱为之教养,此弊可无顾虑也。^{[26] (P. 26-28)}

沈家本之所以谈古论今、辨析利弊,是因为他深切地体会到了削减死刑的阻力或动力并非是死刑本身是否人道,而在于统治者能否具有人道情怀,从而减少死刑。

今年正值《大清新刑律》百年之际,我国《刑法修正案(八)》也大幅度地削减了刑法中的死刑。这虽然是一个小小的修正,却是我国刑罚人道主义得到弘扬的一大步。只是我们回顾一下百年前沈家本似曾相识的理由,在欣喜之余少许会有一点无可奈何。

无论如何,在笔者看来,人道主义刑法观是罪刑关系法定化的重要补足,其意义可以归并为:第一,刑罚人道主义与我国当前的宽严相济刑事司法政策的实质一脉相承,是我国刑事政策的重要内涵,具有时代性特征。第二,刑罚人道主义是刑法适用的一项基本价值观,强调司法宽容、谦抑和慎刑。但必须坚持刑法理性,人道主义应当是建立在刑法规范性基础之上,不是无休止的宽容或纵容。在规范失范的时候,人道主义的思维是一种补强,是对罪刑法定原则的一种补足。第三,刑罚人道主义是国家刑权力运作过程中的一个道德义务,在司法实践中必须尊重犯罪人的人格自尊。犯罪人

因为犯罪受国家刑罚处罚,但并不因此而丧失其人格自尊和所有权利。在考察刑法平等适用的基础上,由于个体的或不同群体的差异性,体现刑法人道要求有助于实现刑法平等适用的平衡。第四,刑罚人道主义是一个动态的过程,其绝非仅仅局限在对于静态刑法规范的考察,更在于是罪刑均衡原则的一种补强。所谓禁止适用残酷而蔑视人权的刑罚手段,并不是简单考察规范本身,还要考察规范适用是否失衡。

如果说我们充分理解了这些意蕴,对宽严相济刑事政策解读就有了合理路径,刑法的规范性要求才能合理限缩和延展,刑事法治的步调就能够达成一致,刑事司法改革的方向才会更为明晰,和谐在刑事领域才具有厚重的基础和更为有针对性的成果体现。

参考文献:

- [1] [法]斯特法尼《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版。
- [2] [意]贝卡里亚《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版。
- [3] 郭宏鹏“南安警方公开回应外界质疑”,载《法制日报》2008年12月9日。
- [4] [美]哈罗德·伯曼《美国法律讲话》,陈若桓译,三联书店1988年版。
- [5] [美]约翰·亨利·梅利曼《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版。
- [6] [法]孟德斯鸠《罗马盛衰原因论》,婉玲译,商务印书馆1962年版。
- [7] [美]保罗·库茨茨《保卫世俗人道主义》,余灵灵等译,东方出版社1996年版。
- [8] 梁根林主编《全国中青年刑法学者专题研讨会文集——刑法方法论》,北京大学出版社2006年版。
- [9] 严励《中国刑事政策的恶建构理性》,中国政法大学出版社2010年版。
- [10] 郭宏鹏“南安警方公开回应外界质疑”,载《法制日报》2008年12月9日。
- [11] 陈兴良“刑法谦抑的价值蕴含”,载《现代法学》1996年第3期。
- [12] 沈家本《历代刑法考》(四),中华书局1985年版。
- [13] 杜刚建“论沈家本‘人格主义’的人权法思想”,载《中国法学》1991年第1期。
- [14] 张康之“权力分散:分权的误区”,载《新视野》1997年第6期。
- [15] 陈瑞华《刑事审判原理》,北京大学出版社2003年版。
- [16] 陈瑞华《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年版。
- [17] [德]G. 拉德布鲁赫《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版。
- [18] [意]贝卡里亚《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1996年版。
- [19] 张明楷《刑法学》,法律出版社2007年版。
- [20] 刘艳红《走向实质的刑法解释》,北京大学出版社2009出版。
- [21] 何勤华、李秀清《外国法制史》,复旦大学出版社2002年版。
- [22] [英]F. A. 哈耶克“致命的自负——社会主义的谬误”,冯克利译,中国社会科学出版社2000年版“译者的话”。
- [22] 季卫东“法律程序的形式性与实质性——以对程序理论的批判和批判理论的程序化为线索”,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)2006年第1期。
- [23] 李红汛等“公安部下发通知制止将违法人员游街示众”,载《大河报》2010年7月26日。
- [24] 黄秀丽等“被质疑的基层公审公判”,载《南方周末》2010年7月22日。
- [25] 沈家本“修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折”,载《大清光绪新法令》第19册。

(责任编辑 于贺清)