

## · 刑法文化 ·

## 刑法之文化面相:以制刑文化为进路

李凤梅\*

**摘要:**刑法作为关于犯罪与刑罚的法律规范,反映的是社会文化所蕴含的深层次的规范判断与价值取舍。制刑文化作为刑法文化的问题源点,必然会直接影响量刑文化与行刑文化。传统文化决定了我国制刑文化中的工具价值取向及重刑主义,不利于刑法人权保障功能的发挥。在现代法治语境中,制刑文化应具有讲求人本、讲求形式正义、讲求实质正义的独立品格。

**关键词:**制刑文化;类推;罪刑法定;独立品格

## 目 次

- 一、类推制度的确立与废除
- 二、罪刑法定的勃兴与问题分析
- 三、制刑文化的应有品格

一切问题,由文化问题产生。一切问题,由文化问题解决。

——钱穆

刑法是关于犯罪和作为犯罪后果的刑罚的法律规范,刑法立法与刑事司法,归结到底,都是文化在犯罪与刑罚问题上的折射,是传统文化对于严重悖反社会行为的辨识、取舍、谴责及惩戒。行为是否构成犯罪、构成何种犯罪、应否予以刑罚处罚以及予以何种刑罚处罚,反映的是一个国家、一个民族对于犯罪的态度及期望通过对犯罪的否定所欲达到的目的,蕴含了整个社会文化深层次的规范判断与价值取舍。立法者因“罪”之设定而体现出的行为取舍及因“刑”之设定而体现出的宽容程度,都基于传统的法治文化及现实的社会治理需要,是文化在刑法领域中的具体体现,并因而形成完整的犯罪观与刑罚观,统之为刑法文化。依据刑事法治的不同阶段,大致可分为制刑文化、量刑文化与行刑文化,而制刑文化作为问题的源点,直接影响到量刑文化与行刑文化。研究制刑文化及其对我国刑事立法的影响,是推动刑事立法科学化与合理化的必然径由。

## 一、类推制度的确立与废除

法律作为维护社会运行的规则之一,其制定体现的是立法者的意志,是立法者根据

\*沈阳师范大学法学院教授,法学博士。

某一社会共同体的需要,在立法传统、立法环境等因素的制约下,所制定出的普适于社会的行为规则。由于对法律的本质属性认识不同,因而存在着法律所体现的意志者认识上的不同。

在我国,一直以来的观点认为,法律是统治者意志的体现,其根据在于马克思的经典价值观:“你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志”,<sup>①</sup>而“法律就是取得胜利、掌握政权的阶级的意志的表现”。<sup>②</sup>上述观点,是阶级论前提下关于法律制定即立法的经典论断,揭示了人类与法律之间的关系问题:法律作为一种应势之物,是掌握了社会优势资源者借以巩固与维护其既得利益的工具。在这一法律观念下,刑法作为最具有严厉性与强制性的法律,其制定更是“统治阶级意志”的体现,是统治阶级用以惩治违反统治规范、挑战统治秩序者的工具。

以刑法作为打击犯罪、惩治异己的工具,在于严密刑事法网与严厉刑事处罚。基于变动不居的社会现实与具有稳定性的立法之间的冲突,繁复冗杂的客观情境与语词含义的表述受限之间的纠结,以及立法技术的限制等因素制约,要实现打击的全面化、普遍化、无遗漏化,对于没有明文规定的行为,“比照”刑法中“最相类似”条款的类推制度,无疑是最佳选择。也正是基于此,在1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)之前的新中国革命历史及新中国成立后的社会主义建设时期,类推制度一直被作为一项法治原则,发挥着重要作用。

早在1934年,当时的人民民主政权就在《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》中明确规定了类推制度:“凡本条例未包括的反革命犯罪行为,得按照本条例相类似的条文处罚之。”新中国成立前夕,在《关于废除国民党的六法全书与确立解放区的司法原则的指示》中,明确规定:“司法机关的办事原则应该是:有纲领、法律、命令、条例、决议规定者,从纲领、法律、命令、条例、决议之规定,无纲领、法律、命令、条例、决议者,从新民主主义政策”,由此新中国成立后的立法和司法工作明确确定类推制度为刑法原则。在新中国成立后颁行的《中华人民共和国惩治反革命条例》中,“以反革命为目的之其他犯罪未经本条例规定者,得比照本条类似之罪处刑”的规定,及以新中国成立后的第一部刑法典,即1979年刑法典第79条中,明确规定:“本法分则没有明文规定的犯罪,可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑,但是应当报请最高人民法院核准”的规定,都将类推制度作为严密刑事法网、打击犯罪的必备利器。

类推制度的推行,一是传统文化影响下重刑犯罪观的立法表现,二是当时所处历史环境下文化取向在法治领域的必然结果。在封建社会,为了维护其专制统治,以封建君主为首的利益集团重罪重刑,将刑罚作为社会治理的重要工具。如《汉律》中的《决事比》规定:“决事科条,皆以事类相比”,《唐律疏议》规定:“诸断罪而无正条,其应出罪者,则举重以明轻;其应入罪者,则举轻以明重”,《大清律例》规定律无正条则比引科断等,都明确规定了类推制度,以实现犯罪惩治的全面性。

<sup>①</sup>《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1972年版,第268页。

<sup>②</sup>《列宁全集》(第13卷),人民出版社1959年版,第304页。

专制文化的特点是类推制度存在的重要理由。在封建社会,由于皇帝是“受命于天”,所以“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”,天下一切都是皇家独有;大小官吏,各色人等,无非一姓家奴。犯罪作为“孤立的个人反抗统治关系的斗争”,是一种非常复杂的社会现象。在立法技术尚欠成熟的封建社会,作为统治手段的刑法不可能穷尽所有的犯罪类型,而且语言文字含义的有限性以及不断发展的社会、不断成熟的民智与专制统治的专横性、野蛮性之间日益尖锐的矛盾等,都使得刑法在应对犯罪时力不从心,而皇权不受限制的恣意性,也使得表现为固定化文字的刑法在维护专制统治时捉襟见肘。由此,司法者要贯彻皇权意愿,实现对危及统治的犯罪进行全面打击,就不可避免地要超越法律所规定的行为类型,将法律未作规定而又客观出现的、统治者认为需要予以刑罚打击的行为,以“最相类似”的条款作为比照进行处罚,这也就成为立法的当然之义。

而在人民民主革命及新中国成立后的一段时期内,社会动荡,经济萧条,原有的文化价值体系遭受重创,而新的文化价值体系尚未完全确立。尤其是建国后对原封建文化的批判、对国民党“六法全书”的废除及附属相关文化的批判等,使得当时的整个社会处于革命后的激情与文化盲从或碰撞的状态,而千疮百孔、百废待举的客观局面,进一步加剧了矛盾与冲突。而类推制度比照最相类似条款的犯罪认定方式,就成为不二选择。事实证明,1979年《刑法》出台后至1997年《刑法》颁布施行前的18年间,虽然经历了改革开放这一重要转折,外来思想与生活方式对原有的文化价值体系造成了很大冲击,但犯罪率并未因之而激增,类推制度下刑罚的威慑性可见一斑。

对类推制度的废除,以1997年刑法典的颁布施行为标志。事实上,在此之前,类推制度的存废,是我国刑法立法和刑法理论长期争论的问题。早在1979年刑法典的起草过程中,对于应在刑法中设立类推制度,就曾经存在过不同意见,但未得到深入探讨。在1979年刑法典颁布后、尤其是1993年开始的刑法修改和准备工作展开后,针对类推制度的优劣利弊,存在过激烈的讨论。其中永久保留说认为,保留类推制度的必要性同刑法本身的必要性是并存的,亦即只要有刑法,就应当有类推制度;<sup>①</sup>暂时保留说认为,类推是罪刑法定的必要补充,从中国的实际情况出发,完全彻底地实行罪刑法定并不现实;<sup>②</sup>而主张立即废止说的学者则认为,结合刑法理论与各国的立法例,类推制度应当予以废除,这一观点为当时绝大多数学者所赞成,并最终促成罪刑法定原则的确定,使之成为1997年刑法典的基本原则之一。以法典形式正式确立的类推制,在1997年刑法典出台后,宣告寿终正寝。

## 二、罪刑法定的勃兴与问题分析

法律是文化的一部分,也是特定社会中价值的核心表现。萨维尼曾说:“所谓法律,无外乎是特定地域人群的生存智慧与生活方式的规则形式”,<sup>③</sup>文化传统与社会制

<sup>①</sup>张明楷:“关于类推的几个问题”,载《青年法学》1986年第2期。

<sup>②</sup>李由义:“罪刑法定和类推”,载《法学研究》1980年第5期。

<sup>③</sup>许章润:“民族的自然言说”,载《读书》2001年第12期。

度,决定了法律的存在形式与内容。罪刑法定作为一项法律原则,其产生、发展与变化都与文化相关。最初的罪刑法定,1215年英王约翰签署的《大宪章》被认为是其源头,而三权分立与心理强制说则被认为是罪刑法定的思想基础,随着民主、人权观念的勃兴及宪政理念的深入,民主主义与尊重人权被认为具有作为罪刑法定原则思想基础的更为合理解释。但无论如何,三权分立、民主、人权等内容,都是西方政治文明的重要组成部分,是传统文化在政治领域的具体体现,完全体现了西方文化所固有的对社会文化个人本位的价值立场。也正因为如此,防止公权滥用并强调私权保护,成为刑法立法的重要旨趣。

在我国,罪刑的法定与非法定、以情断与法断的和合、兼用,一直为儒家所提倡,如孔子一方面主张“据法听讼,无有所阿”,而另一方面,则又认为“如得其情,则哀矜而勿喜”。就立法例而言,公元三世纪的晋律规定:“律法断罪,皆当以法律令正文,若无正文,依附名例断之,其正文名例所不及,皆不论”;公元六世纪的隋朝建国后,隋文帝也曾下令:“诸曹决事,皆令其写律文断之”;至唐朝,著名的《唐律疏议》明文规定:“诸断狱皆须具引律令格式正文,违者答三十”;《大清律例》在唐律的基础上,补充规定:“凡(官司)断罪,皆须具引律例。违者(如不具引)答三十。……其特旨断罪,临时处治不为定律者,不得引比为律。若辄引(比)致(断)罪有出入者,以故失论”,而与此同时,又强调道德与法律的统一性,主张“法顺人情”甚至“舍法用情”。

由此可以断论,古代中国的刑法文化中,蕴含了罪刑法定的思想,但刑事立法中情法兼容的明确示例,使得罪由法定、刑由法定的制刑文化,与西方近代以来所恪守的“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”迥然相分。或者说,传统中国制刑文化中的罪刑法定,是以“情”为前提而展开的“情法”文化,虽“法”有明文规定,但必须根据实际需要而由“情”调整,“法”的严酷性与强制性因“情”的存在而具有了与社会治理相洽、尤其是与维护君王统治相洽的可变性、易变性甚至善变性。制刑文化作为刑法文化的一部分,体现的是立法者在对各种利益所进行的权衡与比较后,所作出的最终选择。而无论立法者作出何种选择,其目的无非是社会的规范运行。只不过在君权统治下,这种社会的规范运行是极权统治下,以家国天下的形式进行的。因而,将“情”作为“法”、尤其是立法的基点,就是君权文化中,既要维护统治、又要依君权需要网开一面的产物,其时所谓的“罪刑法定”徒有其表,始终不具有真正罪刑法定的实质内核。

1997年刑法典中“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”的规定,是新中国建国后对罪刑法定原则的正式确立,从根本上来讲,也是一定程度上的对西方法律思想的移植。然而,较之于“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”的西方本源意义层面的罪刑法定,有学者认为,我国的罪刑法定是积极的罪刑法定与消极的罪刑法定原则的统一,运用刑罚权,惩罚犯罪,保护人民与约束刑罚权,防止滥用,保障人权的统一,是罪刑法定原则全面正确的含义,它克服了西方罪刑法定原则的片面性,是对罪刑法定原则的新的发展。<sup>①</sup> 在价值观

<sup>①</sup>何秉松:《刑法教科书》,中国法制出版社1997年版,第63~68页。



念从个人本位向个人、社会双本位变迁的现代社会,罪刑法定原则的机能也发生了转移,从只重视人权保障机能向保障机能和保护机能的协调转移。社会保护机能是通过  
对犯罪的惩治来实现的,因而属于罪刑法定的积极机能或曰扩张机能;而人权保障机能  
是通过限制国家的刑罚权而实现的,因而属于罪刑法定的消极机能或曰限制机能。罪  
刑法定的保障机能和保护机能并非势不两立,而是可以在共同的基础上统一起来并协  
调发展的。<sup>①</sup>

然而,上述观点明显偏离了罪刑法定原则的本源含义。罪刑法定的产生,即旨在以  
保障公民自由、限制国家刑罚权为目的,而非有强烈社会保护机能色彩的“法律明文规  
定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”。其不当之处在于,将社会保护机能与人权保障  
机能相混淆,没有对罪刑法定的本源意义作深刻体悟。刑法具有双重机能,但必须要通  
过其构成要素,从多方面加以体现,特别是由于各种构成要素受到其本身内涵的限制,  
因而可以体现的角度有所不同。所以,罪刑法定原则的机能只能是突出对行为人基本  
权利的保障,而非兼重人权保障与社会保障,否则,在处于明显优势的公权力与处于劣  
势的私权利的较量中,刑法就会沦为工具,罪刑法定也只能成为一句空谈。

“中国刑法体系自从建立的那一刻起,就被赋予了文化诱导的功能,即企图将西方  
刑法所蕴含的文化通过刑法的规范化诱导而在中国建立起其合法性基础。这一价值取  
向显然不能通过明确的方式来实现,而只能默默地进行,否则就会背上‘文化殖民’的  
骂名”,<sup>②</sup>然而,早在春秋战国时期,“铸刑鼎”就是把什么是犯罪行为,应该受什么刑罚,  
都铸在鼎上予以公开,使百姓在选择自己行为时有所参照、有所遵循。这说明,罪刑法  
定在我国有着深厚的渊源,并非完全现代西方移植的产物。将罪行法定主义作为现行  
刑法的铁则,是人类法治发展选择的产物,并对刑法的发展走向起着至关重要的作用。  
如何理性看待罪刑法定原则的制刑科学性,不仅关涉制刑科学,也关涉量刑与行刑科学  
以及我国刑事法律体系的最终发展。

因资产阶级反对封建刑法的罪刑擅断而产生的罪刑法定,历经两百多年而终得普  
遍认可,成为刑法的基本原则,赖于其对人权保障的彰显、对公权干涉的制约。认为我  
国的罪刑法定原则是集人权保障与社会保护于一体的合理存在,模糊了罪刑法定的本  
身蕴涵。申言之,是长期以来偏重社会本位、国家本位的传统文化在刑法制定中的具  
体体现。

罪刑法定作为法治在刑事法领域的集中体现,与改革开放以来在刑法领域逐步形  
成的民权刑法、谦抑刑法等理念有着密切关系。<sup>③</sup> 在国权刑法语境下,刑法是国家用以  
镇压犯罪的工具,因而以限制公民行为为己任,凸显的是刑法的社会保护机能。而在民  
权刑法中,刑法不仅限制公民的行为,更重要的是用以限制国家的刑罚权,防止因刑法  
的不当干涉而导致公民的自由受损,凸显的是刑法的人权保障机能。新中国成立后,计  
划经济、政治国家理念下的治理思路,使得社会结构与文化结构单一化。随着社会主义

<sup>①</sup>陈兴良:《刑事法总论》,群众出版社2000年版,第167页。

<sup>②</sup>苏永生:《正义的妥协——民族法文化视域的刑法思考》,法律出版社2009年版,第47页。

<sup>③</sup>刘宪权:“罪刑法定原则在我国60年的演进”,载《法学论坛》2009年第5期。

市场经济的逐步发展与完善,国家权力与公民权利的关系结构出现转变,政治国家与市场社会并立的二元制结构逐步形成,个人权利得以确立,刑法的人权保障机能也受到关注与重视。然而不可否认的是,根植于一元文化结构中的刑法机能观仍影响着制刑文化。

刑法的谦抑理念则指的是“我们应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚(而用其他刑罚替代措施),获取最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪”,<sup>①</sup>倡导的是刑法的尽可能克制,在其他非刑事法律足以抑制与规范违法时,刑法尽可能退让。刑法谦抑理念的形成,凸显的是刑法的自律与自我约束,从本质上讲,承载的是效率、自由、民主等理念。我国《刑法》第3条关于“法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”的规定,也正是谦抑理念的体现。然而,纵观我国刑法史,重刑理念一直贯穿了社会治理的整个过程,始自于1983年的“严打”即为典例,“从重、从快”打击严重刑事犯罪的方针,普遍被认为是对刑法谦抑的直接破坏。然而,随着社会主义法律体系的逐步形成,以及人们对异域文化的了解的加深,人权、民主等观念已深入人心,刑法作为规制社会不轨行为中最严厉、最具强制性的手段,其适用理应在“不得已而为之”的界限内。我国1997年《刑法》关于罪刑法定原则的规定,正是传统观念与现代观念、本土文化与异域文化冲突与交会的表现。值得一提的是,随着文化多元化的进一步发展,罪刑法定的理念必将进一步得到贯彻,在我国刑法立法中,将罪刑法定回归其本源仍值得期待。

### 三、制刑文化的应有品格

犯罪的产生,是多种因素相互交织作用的结果,既包括人类自身的因素,也涵盖了自然因素与社会因素,正如意大利著名犯罪学家、实证学派的代表人物菲利所言:“人类行为,无论是诚实的还是不诚实的,是社会性的还是反社会性的,都是一个人的自然心理机制和生理状态及其周围的生活环境相互作用的结果。我特别注意犯罪的人类学因素或称个人因素、自然因素和社会因素”。<sup>②</sup> 社会政治、经济、文化等的发展与影响,都使犯罪表现出深刻的时代特征与历史烙印。而自始贯之的文化因素,则是影响犯罪的产生、犯罪类型及演化方向的重要内容,或者说,犯罪本身就是一种文化。而对犯罪的预防与惩戒,是对犯罪这种非主流反向文化的抵制。作为量刑与行刑的前提,制刑应当基于本国的文化传统与社会治理的现实需求,尽可能成为具有普适意义的良法,获得公众认同。因而,作为制刑背景的制刑文化必须具有独立的品格,以保证立法的正义、适度与应时。

刑法应讲求人本。刑法是公法,公法主要关涉国家与公民之间的关系,或者说,刑法所注重的,是国家权力与公民个人权利之间的博弈与平衡。在法治国家理念下,刑法应当以个人为本位,关注与强调个人的权利与自由,限制国家权力的恣意。在法治建构中的国家,决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

<sup>①</sup>陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社2004年版,第7页。

<sup>②</sup>[意]菲利:《犯罪社会学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社2004年版,第143页。

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,人权是法治国家的内在精神,法治永远都是人权实现的不可或缺的支点。<sup>①</sup> 法治国家的刑法文化,要以人为本,具有人文关怀。而这种人文关怀,不仅体现在量刑宽容与行刑宽缓方面,更要体现在制刑的宽严有度方面。我国现行《刑法》中关于已满 75 周岁的人故意犯罪的,可以从轻或者减轻处罚,以及过失犯罪的,应当从轻或者减轻处罚的规定,关于又聋又哑的人或者盲人犯罪,可以从轻、减轻或者免除处罚的规定等,都是以人为本的刑法文化观的具体体现。然而,值得注意的是,我国长期以来形成的国家本位观,讲究的是个人利益服从于国家利益,并直接影响到立法者的制刑观,如刑法分则体系中,依所保护法益的重要程度排序,危害国家安全、危害公共安全的犯罪被置于侵犯公民的人身权利、民主权利的犯罪前列,对具有相同行为属性的挪用公款罪与挪用资金罪、贪污罪与职务侵占罪、受贿罪与非国家工作人员受贿罪等设置不同的法定刑,都体现了我国制刑文化中的国家本位思想。构建以人为本的刑法体系,倡导人本主义的制刑文化,仍任重而道远。

刑法应讲求形式正义。法治以形式正义为载体,要求通过形式的合理性来实现实质合理性,并借此保障公民个人的权利与自由,限制法官的自由擅断。我国传统刑法中轻形式正义重实质理性的文化传统,使得重刑主义一直成为刑事文化的主流,并延续至现在。关于犯罪必须具有严重社会危害性的通说观点,就是这一文化传统的体现。社会危害性理论无论受到怎样的赞扬与称颂,都不具有基本的规范质量,而只是对于犯罪的政治或者社会道义否定评价。不仅通过其“犯罪本质”外衣为突破罪刑法定原则的刑罚处罚提供了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。<sup>②</sup> 另外,1979 年《刑法》中类推制度的确立,使得我国刑法体现出深厚的实质理性的色彩,并与形式正义形成对立。而 1997 年《刑法》中罪刑法定原则的确立,虽然构建于形式正义之上,但以社会危害性为基础而设置的罪责体系,仍存在诸多问题,如《刑法》第 13 条关于犯罪概念的规定,认为“一切危害国家主权、领土完整和安全……以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,被认为是一种兼具形式与实质的混合性规定。然而,作为实质规定的“但书”,却是对罪刑法定原则的突破,其因在于,判断某一行为是否构成犯罪,除了要进行刑事违法性判断之外,还要进行实质的社会危害性判断,而社会危害性作为一种主观的超法规事由,显然已为作为规范的罪刑法定所不容。贯彻罪刑法定原则,注重形式理性,我国刑法立法仍应不懈坚持。

刑法应讲求实质正义。对于法治国家的刑法文化而言,实质正义具有目的价值,作为最具严厉性与强制性的法律,刑法中的实质正义尤其如此。区别于专制社会中刑事立法服务于君主统治的基本特征,现代法治意义语境下的刑法立法必须处于限制与被限制的双维关系中:限制公民对良性秩序的破坏,以保证社会的正常运行;限制国家公

<sup>①</sup>程燎原:《从法制到法治》,法律出版社 1999 年版,第 202 页。

<sup>②</sup>李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社 1998 年版,第 3~4 页。

权力的滥用,防止因不当立法而造成的对公民权利的侵犯。因而,刑法中的实质正义要求罪刑设置适当,具体而言,一是刑事法网严密,为实现有罪必罚提供“有法可依”的基本保障;二是罪刑均衡,实现犯罪与作为犯罪后果的刑罚的基本对应,以保障罚当其罪。需要说明的是,实质正义需通过形式正义来实现,但形式正义的目标,也终体现为实质正义的实现,两者辩证统一,而非两相对立。

[责任编辑:佟金玲]