

行政诉讼基本理论的内容具有重大的差别,在基本理论指导下形成的行政诉讼制度也都具有各自的特点,一方面要看到行政诉讼的共同性,另一方面要注意它们的不同性,从而在理论和实践上不断完善我国的行政诉讼制度。

(作者单位:西北政法学院)

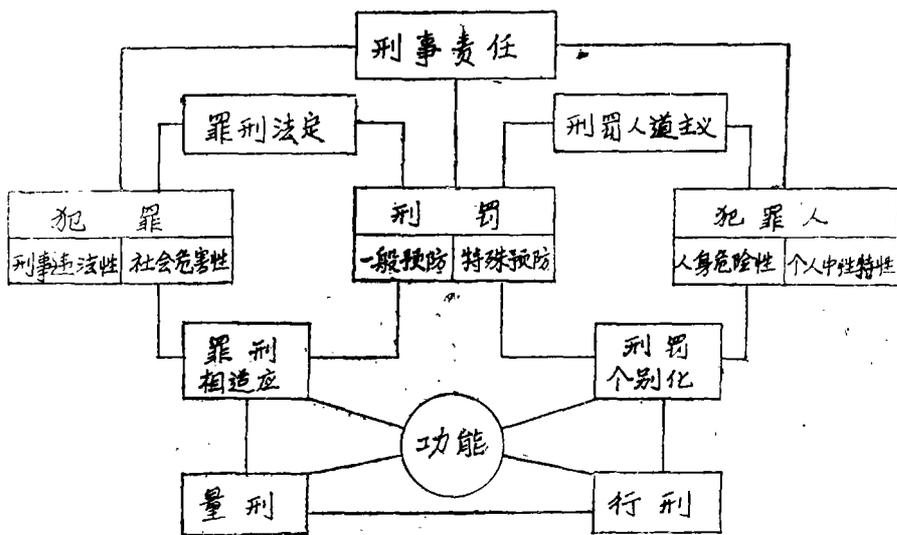
责任编辑:苏尚智

试论刑法学的基本范畴

曲新久

范畴是科学之网的纽带,没有范畴这种抽象化手段,我们就无法掌握千千万万个特殊情况。由于种种原因,当然更多的是由于对这一问题的忽视和总结的缺乏,我国刑法学界对于刑法学的一些基本范畴,仍未形成共识,不利于刑法理论的深化。本文拟就我国刑法学的一些基本范畴作一些初步探讨,其目的在于引起刑法学界对这一问题的重视,加强这方面的研究工作。

我们认为,刑法学中的基本范畴主要是刑事责任、犯罪、犯罪人、刑罚、量刑、行刑等,它们是刑法学这一科学之网的纽带,刑法学正是通过这些纽带才成为一个系统的理论体系,这个体系可图示如下:



一、刑事责任的概念及其特征

如何定义刑事责任？是一个颇有争议的问题。我们认为，在我国，所谓刑事责任，是指犯罪人因其实行犯罪行为而应承担的国家司法机关依照刑事法律对其犯罪行为及其本人所作的否定性评价和谴责。这一概念具有以下几个特征：

1. 刑事责任是一种客观存在的现实可能性，是实现刑法制裁性规范的中介。刑事责任是由犯罪行为所引起的，它意味着强制、制裁和惩罚，但决不是强制、制裁和惩罚本身，而是先于并作为它们根据的客观存在。刑事责任的一个重要意义就在于表明犯罪行为已经发生，刑法禁止性规范遭到破坏，刑法制裁性规范应当适用于具体的犯罪人，因此，刑事责任是一种具有客观之根据和条件而应当转化为现实的可能性。刑法规范是刑事责任的法律前提，是记载于法律文件上的一种宣言，它禁止人们实施任何犯罪行为，如果没有客观之犯罪行为的发生，那么其制裁规范将永远停留在纸面上，而表现为一种抽象的可能性。所以，从刑法规范到刑事责任最终到刑罚制裁的过程，是一种从抽象的可能性，到现实的可能性，最终到客观现实的辩证统一过程。在这一过程中，刑事责任是不可缺少的中间环节，是刑法制裁性规范实现的中介。

2. 刑事责任是回顾责任（即过去责任）与展望责任（即将来责任）的有机统一。回顾责任，是指犯罪人应当对已发生的犯罪行为负责；展望责任，是指犯罪人应当对社会未来的安全负责，即不能再次实施犯罪行为而危害社会。在我国，刑事责任应当是回顾责任与展望责任的有机统一，它不仅要对已发生之犯罪行为做出否定性评价和谴责，而且要对犯罪人做出否定性评价和谴责。

3. 就刑事责任而言，“责”是国家依法对犯罪行为和犯罪人的否定性评价和谴责，“任”是指犯罪人对这一否定性评价和谴责的承担，因此刑事责任集中体现了国家与犯罪人之间否定与被否定，谴责与被谴责的关系，但是这一关系只是国家与犯罪人之间的一种一般性联系，还不是一种法律关系。

法律关系是法律规范在调整人们行为过程中形成的权利义务关系，是法律调整社会关系的结果，是社会关系的特殊形式，其最基本的特点是，法律关系是披上法的外衣的、具体的、现实的社会关系，是一种被个别决定的联系^①，“法律关系的直接内容不是主体的权利与义务，而是他们的社会活动和行为。”^②因此，法律性、具体性、现实性和动态性，是法律关系的基本特征。刑事法律关系作为法律关系的一种，也是作为一种法律的、具体的、现实的和动态性的社会关系而存在，它表现为具体的犯罪人与特定的国家司法机关之间的相互联系和相互作用。刑事法律关系必须以犯罪事实这一法律事件为前提，但是仅有犯罪事实并不表明刑事法律关系的产生和存在，同时还需要特定的司法机关对具体的犯罪人采取实际的影响措施，即具体的犯罪人与特定的司法机关之间形成客观现实的联系，但是，犯罪人在实施犯罪行为之后，一般并不被立即追究刑事责任，可能长期甚至永远不被追究刑事责任，这种情况下，刑事责任虽然已经客观存在，它要求司法机关进行刑事追究，并通过各种不同的刑事法律关系予以实现，但犯罪人与司法机关之间的关系，还处于一种不确定状态，或者

^① 《马克思恩格斯全集》第23卷，第102页。

^② 〔苏〕Л·С·雅维茨著《法的一般理论》，辽宁人民出版社1986年版，第178页。

说处于一种静止状态,犯罪人与国家之间还仅仅是一种可能的联系,在这种情况下,任何一种刑事法律关系实际上都没有产生,所以认为有犯罪事实便立即存在刑事法律关系的观点,是不可想象的。我们认为,只要有犯罪事实,就必然引起刑事责任的产生,但仅有犯罪事实并不能引起刑事法律关系的产生,因为刑事责任属于现实可能性的领域,而刑事“法律关系已经属于把可能性转变为现实,把应该转变为实际的领域。”^①所以,刑事责任与刑事法律关系是两个各自独立的范畴,将刑事责任定义为“刑事法律关系的总和”或者“刑事法律义务”都是不正确的。

二、刑事责任与犯罪和犯罪人

刑事责任既是对犯罪行为、也是对犯罪人的否定性评价和谴责,但二者并不是等同并列的。刑事责任首先是对犯罪行为的否定性评价和谴责,其评价和谴责的核心内容是犯罪行为的“社会危害性”,然后再进入对犯罪人的否定性评价和谴责,其否定评价和谴责的核心内容是犯罪人的“人身危险性”,从对犯罪行为到对犯罪人的否定性评价和谴责,是刑事责任深化过程的最基本内容。刑事责任因行为的“社会危害性”达到犯罪程度而产生,亦即刑事责任由犯罪所导出,刑事责任在这时表现为一种回顾责任,即对已然之罪的否定和谴责。刑事责任的产生和存在以犯罪行为为根据,但刑事责任的深化和发展,又要以防止犯罪人再次犯罪为目的,因而具有展望未来的功能,也就是说,刑事责任是否应当进一步深化为具体的社会防卫措施(主要是刑罚),以及深化为具体怎样的社会防卫措施,则必须对犯罪人的个人情况,主要是其人身危险性,即再犯罪的可能性,进一步作出评价。

应当指出,刑事责任对犯罪评价的核心是社会危害性,但这种评价必须以刑事法律的规定为标准进行,这便构成了犯罪的刑事违法性。这样,刑事违法性与社会危害性统一于犯罪概念之中,从而使我国刑法中的犯罪概念成为形式定义与实质定义、法律定义与社会定义的统一,所以,尽管在不同的领域,我们可以给犯罪下各种各样的定义,例如我们在研究犯罪构成时可以说,犯罪是具备犯罪构成全部要件的行为,但是如果从整个刑法学的高度上讲,犯罪应当是指违反刑法的危害社会的行为。刑事责任对犯罪人评价的核心是人身危险性,但是也不能忽视犯罪人人身危险性之外的能够对实现刑事责任产生影响的犯罪人的心理特点、性格特征等犯罪人的个人中性特性。人身危险性对刑事责任的轻重,从而对刑罚的轻重产生最为直接的影响,而个人中性特性,并不对刑事责任的轻重,而对刑罚的轻重产生任何影响,但是在适用刑罚的过程中,犯罪人的个人中性特性,对于采取具体怎样的方式方法教育和改造犯罪人有着不可忽视的意义和作用。所以,在犯罪概念中,社会危害性与刑事违法性是两个相互关联的范畴;在犯罪人概念中,人身危险性与个人中性特性是两个相互关联的范畴。

在刑事责任与犯罪和犯罪人的关系问题上,有两种比较流行的观点,值得我们注意。

一种观点认为,犯罪的社会危害性是现实危害与可能危害的统一,现实危害是指犯罪给社会已经造成的危害,可能危害是指犯罪分子再次犯罪的趋势或倾向,进而将犯罪人是否构成累犯、是否自首、是否有悔罪或立功表现以及一贯表现等情节作为社会危害性的评价对象。这种观点是值得商榷的。我们认为,应当将犯罪的社会危害性与犯罪人的人身危险性两个范畴区别开来,避免将二者混为一谈。犯罪的社会危害性,就是指犯罪给社会已经造成的危害,其评价的对象是严重危害社会的行为,是行为人客观上实施的危害社会的行为与行为

^① [苏] П·С·雅维茨著《法的一般理论》,辽宁人民出版社1986年版,第179页。

人主观邪恶的统一，属于“已然”的领域，其评价对象的诸要素主要包括：客观危害行为、危害结果、因果联系、犯罪客体与犯罪对象、犯罪的时间和地点、犯罪的手段和方法；行为人的责任能力、罪过（即故意、过失）、动机等等。而犯罪人的人身危险性，是指犯罪人再次犯罪的可能性，这种可能性为一系列表征所体现出来，是一种客观存在，但是犯罪人未来可能再次所犯之“罪”，则属于“未然”的领域了。社会危害性是对行为评价的结果，某一行为的社会危害性达到了刑法所规定的构成犯罪的程度，那么该行为就构成犯罪，否则就不构成犯罪。人身危险性是对犯罪人评价的结果，犯罪人是指实施了犯罪行为的人，这一定义似乎简单得再也不能简单了，但是，就是这一简单概念却包含着深刻的涵义，其中最基本的涵义就是，对犯罪人的评价是在评价某行为构成犯罪之后的事情，如果某一行为的社会危害性并未达到构成犯罪的程度，那么也就不存在着对行为人进行评价的问题，即使行为人对自已的“邪恶”行为“不悔悟”、“不坦白”或者其自身“一贯表现不好”，我们也不应该因此而将其行为作为犯罪处理。总而言之，我们只有在确定了行为人的行为构成犯罪之后，才能根据犯罪人的诸外在表征（累犯、初犯、偶犯、自首、悔罪、立功、一贯表现等）来进一步确定犯罪人人身危险性状况。

另外还有一种观点，虽然看到了社会危害性与人身危险性是两个不同的范畴，而不主张将人身危险性统一于社会危害性之中。但是，却未能进一步得出正确的结论，而是错误地认为，应当将犯罪人的人身危险性和犯罪的社会危害性并列作为定罪的根据。我们认为，这一错误的原因，在于没有分清社会危害性与人身危险性两个范畴在刑法中的地位与作用。在我们看来，我国刑法既不是“行为刑法”，也不是“行为人刑法”，而是弘扬二者精华，将“行为”与“行为人”高度有机统一的刑法，更明确地说，就是建立在“应受惩罚的是行为，而惩罚的是行为人”^①这一基本原理之上的刑法。“应受惩罚的是行为”，是指定罪的对象只能是行为，其评价的核心是社会危害性，刑事责任之所以能够产生，就在于行为的社会危害性达到了犯罪的程度，所以我国刑法第2条规定：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切反革命和其他刑事犯罪行为作斗争，……”（着重号为笔者所加），在这里，立法者主张刑法的任务是同犯罪行为作斗争，而不是同人的行为倾向或人身危险状态，要求只有对实施了犯罪行为的人才能追究刑事责任，才能适用刑罚。“惩罚的是行为人”，是指适用刑罚的对象是犯罪人，犯罪人是刑罚的承担者，其评价的核心是人身危险性，适用刑罚的目的在于预防犯罪人再次犯罪，因此《中华人民共和国劳动改造条例》第1条规定：“……为了惩罚一切反革命犯和其他刑事犯，并强迫他们在劳动中改造自己，成为新人，特制定本条例。”（着重号为笔者所加）“应受惩罚的是行为，而惩罚的是行为人”这一原理，是刑事责任限制机制与扩张机制，人权保障机制与社会保护机制的有机统一。“应受惩罚的是行为”，是说明刑罚“为什么”而产生的，其意义侧重于反对罪刑擅断、维护法制、防止刑罚权力的滥用和无限扩张；“惩罚的是行为人”，是说明刑罚“怎么样”适用的，其意义侧重于发挥刑罚的扩张机制，保证刑罚运用的主动性和有效性。如果将社会危害性与人身危险性并列作为定罪的依据，无疑将搞乱刑事责任的正常运行机制。

三、刑事责任与刑罚

刑罚是实现刑事责任的基本方法，刑事责任主要通过刑罚得以实际体现，这是毫无疑问

^① 关于这一命题的提出，参见拙文“试论刑罚个别化原则”，载《法学研究》1987年第5期。

的。但是如果在刑事责任与刑罚之间划等号，那就大错特错了。我们认为，刑事责任和刑罚是两个既相互联系，又相互区别的概念。

刑事责任与刑罚之间的相互联系表现为：

1. 刑事责任是刑罚的前提，刑罚是刑事责任的结果，没有刑事责任便没有刑罚。应当指出，“没有刑事责任便没有刑罚”与“有刑事责任即有刑罚”是两种完全不同的刑事责任原则，前者体现的是刑事责任对刑罚的限制机制，对于维护社会主义民主与法制，防止刑罚权力的滥用，具有极为重要的意义和作用，因而应当成为我国刑法的一项重要原则；后者体现的是刑事责任的积极扩张机制，不为我国刑法所采用，因为根据我国刑法的规定，在特定条件下，刑事责任可以与刑罚发生分离，即负刑事责任的犯罪人，可以不承担刑罚。

2. 刑事责任的轻重程度直接决定了刑罚的轻重程度，刑罚的轻重必须与刑事责任的轻重相符，刑事责任重的刑罚亦重，刑事责任轻的刑罚亦轻，正是通过刑事责任范畴，犯罪与刑罚之间形成罪刑相适应的联系原则。刑罚应该是通过刑事责任范畴与犯罪相平衡，但由于犯罪的轻重实际上根本不能以数学的精度衡量，所以刑事责任本身有伸缩的幅度。因此，只要是在此幅度内决定尽可能适当的刑罚，而不导致刑罚与犯罪之间大的失衡，就是合理的。

3. 刑罚是实现刑事责任的基本方法，一般情况下，对犯罪人施以刑罚，进行教育改造，是实现刑事责任的基本目标。

刑事责任与刑罚之间的相互区别表现为：

1. 二者的性质不同。刑事责任是犯罪人因犯罪行为在国家面前应当承担的否定性评价和谴责，刑罚是国家对犯罪人所实施的具体的惩罚和制裁方法。刑事责任是刑罚的上位概念，内容比较抽象，它构成包括适用刑罚在内的一切刑事司法活动的内在灵魂；刑罚则是刑事责任的下位概念，其内容十分具体，是实现对犯罪行为和犯罪人否定性评价和谴责的具体方式方法。

2. 二者的根据不同。刑事责任的根据是客观发生的犯罪行为，而刑罚以刑事责任为前提，因而刑罚除以犯罪行为为基本根据之外，还有自己的特殊根据，这就是体现犯罪人人身危险性和个人中性特性的，影响特殊预防作用发挥的犯罪人个人情况。

3. 二者的外延不同。刑事责任的外延要比刑罚广泛得多。首先表现为，二者存续的不等时性，绝大多数情况下，刑事责任要比刑罚的产生早得多，刑事责任自实施犯罪时产生，到刑罚执行完毕或赦免时止，而刑罚则自有罪判决生效时开始，到刑罚执行完毕或赦免时止，而且一些刑罚方法实际上也很难说还有什么时间存续性，如死刑、罚金和没收财产等。特殊情况下，刑罚虽已执行完毕，但刑事责任还会存在很长一段时间。其次表现为，刑罚以刑事责任为前提，无刑事责任便无刑罚，但是有刑事责任却并不一定都导致刑罚，这主要体现在免于起诉决定和免刑判决中。

四、刑事责任诸下位范畴之间的联系

如图所示，刑事责任是整个刑法学范畴体系的最上位概念，它与一系列下位范畴一道构成了刑法学的科学之网。刑事责任诸下位范畴之间的相互联系与作用，集中地体现了刑事责任的功能与特点，应当引起我们的特别重视。

犯罪与刑罚。这对范畴的相互关系体现了刑事责任的回顾功能，是极为重要的一对范畴，在传统刑法学中倍受重视，二者之间最为重要的联系原则是罪刑法定原则和罪刑相适应

原则。罪刑法定即“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，由于我国刑法中规定有类推制度，在溯及力问题上存在着从重溯及的情况，所以对于我国刑法是否实行了罪刑法定原则，虽然大可争论一番，但是，罪刑法定是犯罪与刑罚二范畴间极为重要的联系原则，是毫无疑问的。罪刑相适应即“刑自罪生，罪重刑重，罪轻刑轻”，也是犯罪与刑罚之间基本的联系原则。我们认为，犯罪的社会危害性是以初犯可能性（社会上一般人效仿犯罪人实施犯罪的可能性）为标准进行评价的，犯罪之初犯可能性轻的，其社会危害性亦轻，犯罪之初犯可能性重的，其社会危害性亦重。刑罚一般预防的目的在于消除犯罪的初犯可能性。所以，基于一般预防的要求，犯罪之社会危害性的轻重，即罪的轻重，直接决定了刑罚的轻重。同时我们还应当看到，罪刑法定原则与罪刑相适应原则之间构成了相辅相成，缺一不可的密切联系，罪刑法定是罪刑相适应之“罪”与罪刑相适应之“刑”的法定，罪刑相适应是刑法明文规定之“罪”与刑法明文规定之“刑”的均衡。我们在任何时候，都不能忽视或者割裂罪刑法定原则与罪刑相适应原则之间的密切联系。

刑罚与犯罪人。这对范畴的关系体现了刑事责任的展望功能，日益受到现代刑法学的重视，二者之间最为重要的联系原则是刑罚人道主义和刑罚个别化原则。刑罚人道主义，是指适用于犯罪人的刑罚必须符合人道主义要求，刑罚必须以犯罪人的再社会化为目的，而不是单纯地为了惩罚犯罪人。人的社会化主要是指个人掌握社会规范和社会经验内化为个人价值标准和行为准则的过程，人只有经过社会化，才能在社会上正常地进行各种社会实践活动，否则就不能够适应社会的要求。某人实施犯罪行为，则表明其人格社会化存在着缺陷，因此国家和法律有责任对犯罪人进行教育改造，使其自觉地遵守法律，从这个意义上讲，对犯罪人进行教育改造，不仅是国家和社会的一项权力，而且还是一项义务。但是应当指出，刑事责任的展望功能必然受到其回顾功能的制约，因此对犯罪人的教育和改造当然离不开对犯罪人的惩罚，因为刑罚必须给犯罪人以痛苦，这既是刑罚自身属性的体现，又是一般预防的要求。但是我们也必须看到，随着人类文明的发展，社会规范将日益内化入人们的人格之中，人们不犯罪将主要不是因为惧怕刑罚，而是已经习惯于自觉地遵守各种社会规范，与此相适应，刑罚也将不再把防止一般人效仿犯罪人实施犯罪作为其主要任务，而是把防止犯罪人再次实行犯罪作为其首要任务。所以，刑罚人道主义原则将日益显示出其重要性，而这也正是刑罚趋于缓和，并最终消亡的原因之所在。刑罚个别化原则，是指刑罚的适用应当与犯罪人的个人情况（即犯罪人的人身危险性和个人中性特性）相适应，从而在最大程度上发挥刑罚教育改造犯罪人的特殊预防作用。刑罚人道主义原则与刑罚个别化原则之间构成目的与手段的关系，刑罚个别化原则是刑罚人道主义的具体实现方法，没有刑罚个别化原则，刑罚人道主义也就成为一句空话；刑罚人道主义是刑罚个别化原则的防护堤，没有刑罚人道主义的限制与指导，刑罚个别化原则的运用就有可能陷入法西斯主义刑法的泥潭。

量刑与行刑。量刑指的是法院以事实为根据，以法律为准绳，对犯罪人裁量决定刑罚，行刑指的是将判决所确定的刑罚付诸实施。量刑与行刑是刑法学中的一对基本范畴，是实现刑事责任的两个主要环节。如上图所示，量刑以罪刑相适应原则为基础性原则，以刑罚个别化原则为补充性原则；行刑以刑罚个别化原则为基础性原则，以罪刑相适应原则为限制性原则。具体地说，量刑应当根据犯罪的社会危害性及其程度大体上确定刑罚的轻重，在此基础上，再按照犯罪人人身危险性的强弱，将犯罪人的刑罚适当上浮或者下调，也就是说，社会危害性是量刑的“基线标准”，人身危险性是量刑的“校正标准”。行刑应当以人身危险性

为基础，包含着两层基本含义：第一，根据犯罪人的人身危险性和个人中性特性的内容与特点，对犯人进行有针对性的教育改造，这是刑罚个别化原则的最基本含义，在这种意义上的刑罚个别化原则，只要是为了犯罪人重返社会，在不违背刑罚人道主义的前提下，无论怎么强调都不为过。第二，根据犯罪人人身危险性的消退状况，决定对犯罪人是否适用减刑、假释和赦免，这时，罪刑相适应原则发挥着不可忽视的限制机制。因此我国刑法规定，只有对执行了一定刑罚的犯罪分子，才可以根据其悔罪或者立功表现，适用减刑和假释。从我国的七次特赦实践来看，特赦也只能对执行了部分刑罚的犯罪分子适用。

五、小结

综上所述，我们认为，刑法学的基本范畴包括：刑事责任、犯罪、刑罚、犯罪人、量刑和行刑六大范畴。在这六大范畴之下还包括八个次一级的范畴，它们是：刑事责任的回顾责任、刑事责任的展望责任、刑事违法性、社会危害性、一般预防、特殊预防、人身危险性、个人中性特性。上述刑法学范畴之间形成错综复杂的联系，而其中最重要和最基本的联系原则有：罪刑法定原则、罪刑相适应原则、刑罚人道主义原则和刑罚个别化原则。上述刑法学范畴与范畴之间、原则与原则之间往往形成对立统一的关系，但是有的侧重于统一，有的侧重于对立。前者可称为相互关联的范畴或原则，即两个范畴或者两个原则之间相辅相成，缺一不可；后者可称为相互对立的范畴或原则，即两个范畴或两个原则之间相互冲突和矛盾。相互关联的范畴或原则有十对，它们是：刑事责任与刑罚；犯罪与犯罪人，犯罪与刑罚；刑罚与犯罪人；刑事违法性与社会危害性；人身危险性与个人中性特性；一般预防与社会危害性；特殊预防与人身危险性；罪刑法定原则与罪刑相适应原则；刑罚人道主义原则与刑罚个别化原则。相互对立的范畴或原则有五对，它们是：刑事责任回顾责任与展望责任；一般预防与特殊预防；社会危害性与人身危险性；量刑与行刑；罪刑相适应原则与刑罚个别化原则。

（作者单位：中国政法大学刑法教研室）

责任编辑：王敏远

（上接第14页）

即权利、法即自由、法即正义、法即权力限制等思想精华有着巨大的差别，可见中国传统法律文化同法治是格格不入的。这种绵延数千年的法律文化不适应不断进取、急剧变革的社会，更不能适应商品经济和民主政治建设的要求，与现代化根本上是相抵触的。因此要建设社会主义法治，在我国首先有一个重构法律文化，建立法治文化基础的艰巨任务。这需要几代人的努力，一方面要改变广大公民的法律社会心理，包括增强公民积极参与立法的心理、自觉守法心理和监督执法心理等；另一方面要创建适合中国现代化进程的完整的法律思想理论体系，倘要建设一个民族的现代化的法律文化，建立科学的完整的法律理论体系是关键。中国当代法学理论界就其整体而言，尚缺少批判精神，不少人满足于在现成的思维模式中再思维，对于“经典”理论膜拜不止，只能注脚，不能创新，缺少超前思维和创造性思维。因此，有必要对长期以来形成的这种思维模式作一番深刻的反思，破除那些僵化的过时的法学概念、观点和理论，以全面、深刻的社会主义法治理论来指导我国法制建设。

（作者单位：苏州大学法学院）

责任编辑：秦凤