

刑法的人性基础

陈兴良

人性,又称为人的本性,是人之为人的基本品性。刑法是以规制人的行为作为其内容的,任何一种刑法规范,只有建立在对人性的科学假设^①的基础之上,其存在与适用才具有本质上的合理性。因此,刑法的本原性思考,必然将理论的触须伸向具有终极意义的人性问题。

在刑法理论上,历来存在理性人与经验人之说,并由此引发了刑事古典学派与刑事实证学派之间的学派之争。

理性人,是对人性的这样一种假设:任何一个人,都是基于意志自由选择自己行为的,因为人在本质上是自由的。人在意志自由的情况下选择了触犯刑律的行为,因而应对其行为的后果承担刑事责任。康德把刑法视为对人的理性的一种绝对命令,认为一个人能够按照自己的表述去行动的能力,就构成这个人的生命。而人按照自己的表述去行动的能力本身,包含着人的理性选择,这种理性选择的能力便构成意志。^②因此,人之所以为人,就在于人的理性使意志自由,道德自律,这是人对自身的感性存在的超越。黑格尔则认为,人是理性的动物,犯人也是意志自由而实施犯罪行为的,由此得出结论:刑罚既被包含着犯人自己的法,所以处罚他,正是尊敬他是理性的存在。^③由此可见,黑格尔的刑法理论是建立在对人的本性的理性假设基础之上的,是理性主义法律思想在刑法中的体现。贝卡利亚认为,人具有趋利避害的本能,刑法不可能改变这种本性,而只能利用这种本性,因势利导,阻止犯罪的发生。因此,贝卡利亚指出:促使我们追求安乐的力量类似重心力,它仅仅受限于它所遇到的阻力。这种力量的结果就是各种各样的人类行为的混合;如果它们互相冲突、互相侵犯,那么我称之为“政治约束”的刑罚就出来阻止恶果的产生,但它并不消灭冲突的原因,因为它是人的不可分割的感觉。^④费尔巴哈同样把人设想为具有趋利避害的本性,根据功利原则选择并决定自己的行为,由此提出心理强制说。心理强制说意在通过刑法的颁布对公民起到威吓作用,而这种威吓作用之所以能够奏效,就是因为犯罪人具有理性判断能力。刑事古典学派关于理性人的假设,不仅适用于犯罪人,而且同样适用于立法者。立法者作为理性人,可以预先对一切犯罪行为作出完美的规定。因而,一般

① 假设这个词表示“给定”的意思。之所以称为人性的假设,参见[美]珀杜等:《西方社会学——人物·学派·思想》,河北人民出版社1993年版,第4页。

② 参见康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,商务印书馆1991年版,第10页。

③ 参见黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1961年版,第103页。

④ 参见贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第68页。

来说,刑事古典学派都是刑法典的热烈推崇者。贝卡利亚把立法者想象为一个自然科学家,认为采用多大的“阻力”才能抵销某一犯罪的“引力”,这是一个可以应用几何学的精确度来解决的问题。^① 由此出发,贝卡利亚竭力限制法官的权力,因为当一部法典业已厘定,就应逐字遵守,法官唯一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。贝卡利亚将法官的工作设计为以下这样一个著名的法律推理三段论:法官对任何案件都应进行三段论式的逻辑推理。大前提是法律,小前提是行为是否符合法律,结论是自由或者刑罚。^② 诚然,贝卡利亚严格限制法官司法裁量权的思想,包含着对封建司法擅断的刑法原则的反动,具有一定的历史进步意义。但它显然是以对人的理性能够预先规定一切犯罪行为并在刑法典中加以详尽规定的充分自信为前提与根据的。师承贝卡利亚的刑法思想,费尔巴哈首倡罪刑法定主义,认为刑法应当具备确定性与绝对性这双重属性。在《对实证主义刑法的原则和基本原理的修正》一书中,费尔巴哈提出了“哪里没有法律,哪里就没有对公民的处罚”这一著名论断。罪刑法定主义的要旨在于保障公民的权利不受非法侵犯,但其理论基础却是对立法者的理性假设,即刑法典能够毫无遗漏地规定各种犯罪行为从而为人们提供一张罪刑价目表。黑格尔作为理性主义者,在其刑法思想中同样洋溢着浓厚的理性色彩,他认为犯罪与刑罚在外在性状上虽然存在着显著的不等同,但是从它们的价值即侵害这种它们普遍的性质看来,彼此之间是可以比较的。由此,黑格尔断言:寻求刑罚和犯罪接近于这种价值上的等同,是属于理智范围内的事。^③ 刑事古典学派对立法者的理性假设,直接影响了18世纪的刑事立法活动。1791年《法国刑法典》(草案)对各种犯罪都规定了具体的犯罪构成和绝对确定的法定刑,毫不允许法官有根据犯罪情节酌情科刑之余地。

经验人,是对人性的这样一种假设:任何一个人都是生活在社会中的,人的行为受各种社会的和自然的因素的制约与影响。人的行为,包括犯罪行为,从本质上来说是被决定的。刑法处罚犯罪者,并非基于意志自由,而是根据行为决定论。因而,刑事责任从其本性上来说,应该是社会责任。例如菲利指出:实证派犯罪学主张,犯罪人犯罪并非出于自愿;一个人要成为罪犯,就必须使自己永久地或暂时地置身于这样一种人的物质和精神状态,并生活在从内部和外部促使他走向犯罪的那种因果关系链条的环境中。^④ 归根到底,犯罪人之所以犯罪,是由一定的物质和精神的条件所决定的。人的经验性,就表现在犯罪意识与犯罪行为的被决定性。因此,相对于刑事古典学派的理性人是常人而言,刑事实证学派的经验人在很大程度上是变态人。菲利曾经指出,古典派犯罪学认为,除了未成年人、聋哑人、醉酒者以及精神病人案件外,每个罪犯都是一个抽象的、正常的人。而且,在刑事古典学派看来,人之所以成为罪犯,是因为他要成为罪犯。菲利完全不同意这种观点,认为:人之所以成为罪犯,并不是他要犯罪,而是由于他处于一定的物质和社会条件之下,罪恶的种子得以在这种条件下发芽、生长。因此,人类的不幸产生于上述因素的相互作用,一个变态人是一个不能适应其出生于其中的社会环境的人。变态人缺乏适应社会的能力,生理人呈现出退化特征,发展成被动型或主动型变态人,最后成为罪犯。^⑤ 在刑事实证学派中,龙勃罗梭更是提出天生犯罪人论,将犯罪人设想为具有某种遗传特

① 参见黄风:《贝卡利亚及其刑法思想》,中国政法大学出版社1987年版,第111页。

② 参见贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第12页。

③ 参见黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1961年版,第106页。

④ 参见[意]菲利:《实证派犯罪学》,中国政法大学出版社1987年版,第9-10页。

⑤ 同上书,第35-36页。

征,在生理与心理上都与正常人有着根本区别的一种人。刑事实证学派关于经验人的假设,不仅适用于犯罪人,而且同样适用于立法者。菲利直言不讳地指出:实证理论大大降低了刑法典的实际意义。^①因为根据刑事实证学派关于经验人的假设,立法者的理性能力是有限的,不可能将犯罪人的人格特征及其处遇措施在一部刑法典中预先加以规定。正如菲利指出,法律总是具有一定程度的粗糙和不足,因为它必须在基于过去的同时着眼未来,否则就不能预见未来可能发生的全部情况。现代社会变化之疾之大使刑法即使经常修改也赶不上它的速度。^②打破了对刑法典的盲目迷信与崇拜,菲利主张将处置罪犯的权力向法官倾斜,赋予法官一定的自由裁量权,使之能够根据具体案情与犯人的人格特征对症下药,作出恰当的判决。在菲利看来,在刑法中,将法令适用到具体案件中去不是或不应当象在民法中那样,仅仅是一个法律和抽象的逻辑问题。它必须从心理学角度把某个抽象的条例适用于活生生的人。因为刑事法官不能将自己与环境和社会生活割裂开来,成为一个在一定程度上有些机械性质的法律工具。每一个刑事判决对人的灵活鉴定都取决于行为、行为人和对其起作用的社会情况等,而不取决于成文法。^③涉及法官权力与立法者权力之间的分析,培根曾经有过这样一句格言:留给法官的思考余地最小的法律是最好的法律,留给自己的独立判断余地最小的法官是最好的法官。菲利显然不同意这一观点,认为应当对法官与立法者之间的权力作如下的划分:刑法典应当限制在关于防卫和社会制裁方式以及每个重罪和轻罪的构成要素这样几个基本规则的范围之内,而法官则应当在科学的和实证的审判资料允许的范围内具有更大的自由,因此他可以运用人类学知识来审判他面前的被告。^④显然,菲利的这种观点也贯穿着经验人的假设。因为立法者面对的是一般的犯罪与抽象的罪犯,不可能在刑法典中事无巨细地规定各种事项,而法官接触具体案情与罪犯,可以作出个案的恰当处置。

综上所述,刑事古典学派与刑事实证学派在刑法的一系列重大问题上都存在根本的分歧,而这一切分歧盖源于它们对人性的不同假设:理性人与经验人。

二

理性人与经验人的对立,涉及哲学问题。因此,只有从哲学上才能得到根本的解决。

理性的观念,始于古希腊哲学。在古希腊,人类理性首先由外观自然,形成宇宙理性观,尔后反观人类及其生活自身,形成人本理性观。人本理性观最初在“人是万物的尺度”这一命题中得到体现,智者普罗泰戈拉提出的这一命题,表明人类主体精神意识到自身在宇宙中的地位,以及主体与认知对象之间的关系,从而开辟了走向理性主义的道路。古希腊著名哲学家柏拉图提出的“理念论”则进一步使人本理性观体系化。理念,是柏拉图哲学的起点和基础,是自然世界和人类世界的原型或本质。而所谓理性,则是理念形成的前提和根据。柏拉图认为,人的精神或灵魂由三个部分组成,这就是理性、激情和欲望。在这三者中,理性是处于优先的指导地位,它控制激情和欲望,使人成为理性的人,追求知识、智慧、善与美,使人之精神灵魂不断升华;自然欲望,通过理性控制和指导,进入道德状态,使人知道公正、正义、善和恶;从道德状态再进至审美状态,美的理念使人产生对美的事物的向往,追求美。而对真、善、美的追求,皆出于

① 参见菲利:《犯罪社会学》,中国人民公安大学出版社1990年版,第101页。

② 同上书,第125页。

③ ④ 同上书,第120页、第121页。

理性使人之精神升华之结果。^①因此,理性被柏拉图认为是人的本性。人类理性通过罗马时代的历史变迁,发生了宗教化的转向,形成所谓宗教理性。宗教理性可以说是理性的异化和变体。宗教理性孕育着神秘主义;最终导致近代的人本理性的诞生。随着启蒙运动的兴起,欧洲进入了理性时代。十七、十八世纪的启蒙运动,就是以理性为号召的,用理性来扫除一切愚昧与无知,并对当时的社会制度及其一切意识形态进行理性的反思。正如恩格斯指出:“在法国为行将到来的革命启发过人们的头脑的那些伟大人物;本身都是非常革命的。他们不承认任何外部的权威,不管这种权威是什么样的。宗教、自然观、社会、国家制度,一切都受到了最无情的批判;一切都必须在理性的法庭面前为自己的存在作辩护或者放弃存在的权利。”^②在这种理性世界观的指导下,理性人就成为十七、十八世纪的人性假设。近代理性主义的开创人是法国著名哲学家笛卡尔。笛卡尔以清晰明白的观念作为其哲学的基础,认为理性是人的天赋,人所以异于禽兽,就在于人的理性秉赋。所以,只有从人的理性观念出发,从清晰明白的概念出发,才能获得正确知识。笛卡尔认为,人的这种理性观念或理性认识能力是天赋的,人人皆有的。那种正确地作判断和辨别真假的能力,实际上也就是我们称之为良知或理性的那种东西,是人人天然地均等的。^③近代理性主义思潮渗透到各个知识领域。表现在政治上,是政治理性主义,即用理性观察、沉思人类社会及其政治制度,以及自觉自为的政治历史活动。正如美国哲学家梯利所说:“近代精神是反抗中世纪社会及其制度和思想的精神,也是在思想和行动的领域里人类理性的自我伸张。”^④政治理性主义设想的政治人(homo politicus)是理性人,其参加民主主要通过选举。而在选举上,任何选民都是理性选民,其投票行为都是理性投票行为。理性的投票行为是指选民对其所认识到的(或期待的)好处最大化的选择。换言之,行动者决定采取的任何行动必须使她或他所认识到的好处最大化,不然行动者就作出其他选择。因此,任何选民都肯定是理性。^⑤近代理性主义表现在经济上,是古典经济学派的自由放任主义。古典经济学派设想的经济人(homo oeconomicus)也是理性人,例如英国著名经济学家亚当·斯密认为,人是理性的;追求个人经济利益,是人类一切活动的根本,是人的本能要求。经济人的这种利己本能形成一种不可抗拒的自然的经济力量,是无法加以限制的。因而,斯密在经济上主张自由放任,反对国家干预,主张用市场机制这只看不见的手调节社会经济。^⑥近代理性主义表现在法律上,是自然法学派的自然法思想,自然法学派就是经受理性主义思潮洗礼的法学流派之一。自然法学派的代表人物之一的孟德斯鸠,明确地指出,法是由事物的性质产生出来的必然关系。孟德斯鸠斥责那种认为我们所看见的世界上的一切东西都是一种盲目的命运所产生出来的观点是极端荒谬的,而认为有一个根本理性存在着。法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系,同时也是存在物彼此之间的关系。^⑦自然法学派的另一代表人物洛克认为,人的自由和依照他自己的意志来行动的自由,是以他具有理性为基础的,理性能教导他了解他用以支配自己

① 参见冯玉珍:《理性的悲哀与欢乐——理性非理性批判》,人民出版社1993年版,第84页。

② 《马克思恩格斯选集》,第3卷,第404页。

③ 参见《十六—十八世纪西欧各国哲学》,商务印书馆1961年版,第135页。

④ [美]梯利:《西方哲学史》下卷,商务印书馆1979年版,第148页。

⑤ 参见[美]乔·萨托利:《民主新论》,东方出版社1993年版,第117页。

⑥ 参见胡平主编:《中国市场经济全书》,华夏出版社1993年版,第18页。

⑦ 参见孟德斯鸠:《论法的精神》,商务印书馆1961年版,第1页。

行动的法律,并使他知道对自由意志听从到什么程度。^① 理性的人之所以受法律支配,是因为法律是理性的体现。反过来说,也只有理性的人才能受法律约束。因此洛克指出:一个人不能受不是对他公布的法律的约束,而这个法律既是仅由理性公布或发表的,那么他如果还不能运用理性,就不能说是受这个法律的约束。^② 在这种强烈的理性观念的指导下,自然法学派掀起了强大的立法运动。自然法的倡导者们认为,仅用理性的力量,人们能够发现一个理想的法律体系。因此很自然,他们都力图系统地规划出各种各样的自然法的规则和原则,并将它们全部纳入一部法典之中。^③ 既然法典是理性的外在表现形式,因而法典总是完美无缺的。刑事古典学派就是以体现理性主义精神的自然法思想为其理论基础的,在这种情况下,刑事古典学派对人的本性的理性人的假设是十分自然的,也是自然法思想在刑法中的必然体现。

经验的观念,可以溯源到古希腊哲学。在古希腊哲学中,伴随着理性主义的兴起,经验主义随之发展,并且以非理性的形式表现出来。例如,在古希腊著名哲学家亚里士多德的学说中,具有理性与非理性同一的思想。亚里士多德认为,灵魂具有理性与非理性两个部分,人的内在本性具有理性非理性的矛盾。亚里士多德的伦理价值观,既使人以人的特有理性与动物划清了界限,使人成为理性人;然而又客观地看到了人从动物过渡而来的生物性和自然性。^④ 进入中世纪以后,宗教神学利用理性建构其理论体系,形成宗教理性。但与此同时,宗教所特有的信仰主义又必然导致对人的理性的否定,从而迈向感觉主义。随着近代理性主义的复归,经验主义也开始流行。经验主义认为,没有与生俱来的真理:一切知识都发源于感官知觉或经验,因此,所谓必然的命题根本不是必然或绝对确实的,只能给人以或然的知识。^⑤ 近代哲学中,经验主义哲学家首推培根。培根重视经验而轻视理性,他说:决不能给理性加上翅膀,而毋宁挂上重的东西,使它不会跳跃和飞翔。^⑥ 培根从经验主义出发,创立了归纳法,向理性主义的演绎法提出了挑战。归纳法以经验事实为基础,清除理性主义所带来的谬误,被培根认为是唯一科学的认识方法。在培根之后,法国著名哲学家孔德的实证主义的崛起,是对理性主义的进一步挑战。孔德提出“观察优于想象”的命题,抑制人的理性,具有明显的经验主义倾向。孔德认为,一切科学都必然是在被观察到的事实基础上发展而来的,观察与实验是人们探究一切事物和现象的根本手段,人们通过观察所获得的感性经验是认识的来源。^⑦ 此后,随着法国启蒙运动理想的破灭,理性主义的发展遇到了深刻的危机,这就为现代非理性主义哲学思潮的滥觞提供楔机。现代非理性主义竭力地突出人作为主体的个别性和不可重复性,把人的心理因素中的非理性成分,如意志、情绪、直觉、本能等提到首位,并强调非理性的心理因素对人的认识活动和行为的决定作用。^⑧ 经验主义哲学反映在法学领域,就是与自然法思想相抗衡的实在法思想,它对形成法律的力量科学研究取代对法律的理想性质、意图和社会目的的理性探求。例如历史法学派的创始人萨维尼指出,在每个民族中,都逐渐形成了一些传统和习惯,而通过不断地运用这

① 参见洛克:《政府论》,下篇,商务印书馆1964年版,第39页。

② 同上书,第35页。

③ 参见[美]博登海默:《法理学—法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第45页。

④ 参见冯玉珍:《理性的悲哀与欢乐——理性非理性批判》,人民出版社1993年版,第94页。

⑤ 参见梯利:《西方哲学史》,下册,商务印书馆1979年版,第15页。

⑥ 参见《十六—十八世纪西欧各国哲学》,商务印书馆1961年版,第44页。

⑦ 参见欧力同:《孔德及其实证主义》,上海社会科学院出版社1987年版,第48—49页。

⑧ 参见苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海人民出版社1988年版,第45页。

些传统和习惯,使它们逐渐地变成了法律规则,只要对这些传统和习惯进行认真的研究,我们就能发现法律的真正内容。^①显然,萨维尼用“民族精神”这一概念取代自然法的理性概念,并以此解释法律的形成和内容。尤其是实证主义哲学引入法学,产生了实证主义法学。实证主义法学反对形而上学的思考方式和寻求终极原理的作法,反对法理学家试图超越现行法律制度的经验现实而去识别与阐述法律思想的任何企图。^②刑事实证学派就是实证主义法学在刑法领域中的体现,它将人的本性设想为经验人,并以实证方法研究刑法问题,从而成为与刑事古典学派分庭抗礼的一个重要刑法学派。

理性人与经验人的对立,涉及对理性与经验这两个哲学范畴的理解。应该说,对这两个哲学范畴的界定是十分困难的,但也决非不可能。理性,在柏拉图那里曾经与善、美和爱联结在一起,理性被认为是一种美德。^③在这个意义上,理性可以说是理想人的本性。因此,犯罪人就不能被认为具有理性的人。亚里士多德摒弃了柏拉图对理性的这种形而上学的解释,明确指出:纯粹理性并非美德和至善,^④从理性与非理性的统一上阐释人的本性,这不能不说是一大进步。及至现代理性主义,从本体论与认识论两个方面展开理性观,它既涉及对人的本性的理解,又涉及对世界认识的方法论。应该说,理性人的假设,包含着一定的真理性,它在一定程度上揭示了人与动物的分野,从而说明了人的本性。但人的理性不是天生的,而是来自社会生活,同样要受社会生活的限制。申言之,人的理性能力是极其有限的,无限制地夸大理性的作用,必然导致荒谬。事实上,人不仅具有理性,而且具有非理性的因素,例如激情、冲动等反映动物本能的内容。英国哲学家罗素曾经指出,人类的一切活动都发生于两个来源:冲动和愿望。冲动,是人类本性中偏重本能的部分,本能则是一切人与低级动物共有的生存和发展的需要。除了冲动之外,人的行为还受制于愿望。愿望是有意识的,它与人的理智相联系,表现为对一定的目的的追求。由冲动与愿望,罗素得出结论:人性是介乎于个人和社会之间的。因此,社会性和个人性是人性的两个基本因素,并认为这是伦理学的人性基础。^⑤经验,是指人对客观世界的感觉与知觉。经验主义否认人的认识的先验性,尤其是强调人的个体性及其个体认识之间的差异性,包含着一定的真理性认识。经验人的假设,摒弃抽象的人性,将人性奠基于社会现实基础之上,揭示人性的个别性,具有一定的科学性。但经验人的假设不承认人性中具有理性的因素,否定具有共同的人性或者说人性具有共同性,也是存在缺陷的。我们认为,理性人与经验人不是截然对立的。人性中既具有理性的因素,又具有经验的因素,人性既具有共同性,又具有特殊性,这两者具有辩证统一性。只有这样,才能科学地揭示人的本性,并且为刑法奠定合理的人性基础。

三

根据对人性的理性与经验的二重性的理解,我们可以对刑事古典学派与刑事实证学派作出科学评价,并为刑法理论的发展廓清地基。

犯罪人是理性人还是经验人,这个问题的意义并不仅在于对犯罪人的人性作出解释,而在

① 参见博登海默:《法理学—法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第82页。

② 同上书,第110页。

③ 参见冯玉珍:《理性的悲哀与欢乐——理性非理性批判》,人民出版社1993年版,第86页。

④ 同上书,第93页。

⑤ 参见罗素:《伦理学和政治学中的人类社会》,中国社会科学出版社1992年版,第30页。

于刑事责任以及刑罚功能提供理论根据。首先需要解决的一个问题是:犯罪人是否具有不同于一般人的“人性”?我们的回答是否定的。犯罪人也是人,其人性与一般人具有同一性。既然犯罪人的人性与一般人并无二致,因此,人性的理性与经验的二重性的一般原理同样适用于犯罪人。犯罪人是具有理性的人,这种理性主要体现在其罪过上。在故意犯罪的情况下,犯罪人明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任其发生;在过失犯罪的情况下,犯罪人应当预见到自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果。在以上两种情况下,法对犯罪人都具有期待可能性,因而其行为具有可责难性,应当对自己的行为及其后果承担刑事责任。如果完全否认犯罪人的理性,也就很难从犯罪人自身找到对其行为谴责的合理根据。同样,也只有犯罪人的理性,才能说明刑罚预防功能发挥作用的心理机制。人的理性主要表现在对自己行为后果的预见性以及不利后果的避免上。刑罚之所以能够起到预防犯罪的作用,就在于犯罪人具有这种理性预见与理性选择能力。由于有罪必罚,犯罪人形成了犯罪与刑罚之间的因果观念,因而会畏惧刑罚而不再犯罪。社会上的不稳定分子,也会因为他人犯罪受到刑罚处罚,而畏惧本人受到刑罚处罚而不敢犯罪。可以想象,如果犯罪人或者其他人不具有这种理性认识能力,那么刑罚只能是对牛弹琴,不可能起到任何遏制犯罪的作用。但是,我们又不能将犯罪人的理性能力绝对化。事实上,由于个人的生活经历及其生活环境的不同,其理性能力又具有很大的个体差异性。并且,由于具体犯罪情节不同,理性在犯罪中的作用也会有所不同。例如,在预谋犯罪的情况下,犯罪人是在充分的意志自由下实施犯罪的,其主观恶性要大一些。而在突发犯罪的情况下,犯罪人往往因受外部条件的刺激,在瞬间产生犯意并付诸实施,激情、义愤等非理性因素占重要地位,其主观恶性要小一些。如果在审理过程中,完全不考虑这些差异性,显然不是科学的态度。在刑罚上,将犯罪人的理性能力绝对化,必然导致对刑罚威慑力的极度夸张。事实上,由于犯罪人的理性能力存在差别,刑罚对犯罪人的威慑力不是完全一样的。日本著名作家松本清张在小说《尊荣》中指出:“刑罚是什么?一般认为这是对犯罪的报应。根据犯罪的程度决定刑罚的轻重,这是由国家行使的权力。但是,作为报应的刑罚之苦与罪犯的精神痛苦并不是一致的。然而,法官以刑法为准绳客观地量刑,而并不关心服刑者主观上痛苦的差异。法律是一视同仁的,它并不承认服刑者主观上痛苦的差别,同样,这是法律客观性的缺陷。”^①这种法律客观性正是建立在对犯罪人的人性的理性假设基础之上的。只有承认犯罪人的人性具有经验性,对于刑罚的感受力有着个体差异性,才能真正实现刑罚个别化,以弥补法律客观性的缺陷。

立法者是理性人还是经验人,这个问题主要涉及刑事立法与刑事司法的分界,尤其是法官是否具有司法裁量权的问题。任何法律都是抽象的,立法的对象都是一般的而不是个别的。正如卢梭指出:“法律的对象永远是普遍性的,我的意思是指法律只考虑臣民的共同以及抽象的行为,而绝不考虑个别的人以及个别的行为。”^②立法的这一特点决定了刑法典的制定主要应当考虑对一般犯罪的规定,而这里所谓一般犯罪,是对各种具体犯罪的抽象概括,用哲学语言来说,是犯罪的“共相”。同样,作为刑法典适用客体的犯罪人,也只能是一般犯罪人。当然,这并不排除在法律上对犯罪人加以分类,例如未成年犯罪人、累犯、惯犯等,并分别采取不同的刑事处遇措施。但这些类型的犯罪人相对于具体犯罪人而言,仍然具有类型化的抽象。在刑法典

^① 参见[日]松本清张:《尊荣》,载《译林》1993年第4期。

^② 卢梭:《社会契约论》,商务印书馆1980年第2版,第50页。

中对犯罪与犯罪人的抽象概括规定的特点表明,刑法典是建立在理性基础之上的,是对刑事法律活动一般规律的总结。否认人的理性能力,也就否认了一般立法,包括制定刑法典的可能性。但是,人的理性能力是有限度的,自然法学家的以下立法理论只是一种主观臆断:只要通过理性的努力,法学家们便能塑造出一部作为最高立法智慧而由法官机械地运用的完美无缺的法典。^①按照这一理论,存在所谓“法律的自动适用”,因而竭力贬低司法的作用,把司法活动视为机械地适用法律的过程,否认法官在司法活动中的主观能动性。美国著名法学家庞德对此写道:十九世纪的法学家曾试图从司法中排除人的因素。他们努力排除法律适用中所有的个体化因素。他们相信按严谨的逻辑机械地建立和实施的封闭的法规体系。在他们看来,在这一封闭的法规体系的起源和适用中承认人的创造性因素,在组构和确立这一封闭的法规体系的制度中承认人的创造性因素,是极不恰当的。^②但这种排除法律适用中的个体化因素的观点,只能导致法律教条主义,难以实现法律的社会效果。在刑事立法中,由于具有对事不对人的特点,因而法律规定是抽象的,但司法活动中的犯罪却是具体的、将抽象的法条适用于具体犯罪案件,法官可以发挥创造性的作用,以便使罪刑关系个别化,实现刑罚的最佳效果。不仅如此,而且现代刑事立法已经考虑到法典的局限性,因而在刑法典中存在大量的“空白规定”与“弹性条款”。例如刑法中的列举某些事项以后又作出“以及其他”的规定,是空白规定的适例。而刑法对具体犯罪的法定刑规定一定的幅度,这就是所谓相对确定的法定刑。在这一幅度之内可由法官根据个案情节具体裁量,显然具有相当的弹性。可以说,立法者对于自身理性能力的冷静判断,授予司法机关更大的司法裁量权,这已经成为当代大陆法系向英美法系靠拢的一个重要标志。^③当然,司法裁量权应当是有一定限度的,否则会导致司法擅断,这里涉及刑法的保护机能与保障机能的價值选择,也应引起重视。

总之,我们认为基于人的理性与经验二重性的原理,刑事古典学派与刑事实证学派由于对人性的偏颇理解,导致在刑法一系列重大问题上观点对立,并且都存在一定缺陷。只有在扬弃刑事古典学派与刑事实证学派的基础之上,将理性人与经验人统一起来,才能为刑法奠定科学的人性基础。

(作者单位:中国人民大学法律系刑法教研室)

责任编辑:庄立

① 参见庞德:《法律史解释》,华夏出版社1989年版,第13页。

② 同上,第123页。

③ 大陆法系更具有理性主义倾向,而英美法系则更具有经验主义特征,这里涉及大陆法系与英美法系区分的哲学基础,这显然已经超出本文论述的范围,留待将来再作研究。