

刑法的价值构造

陈兴良

我国当前的刑法学研究,规范分析是主要方法,因而形成以刑法注释为主体的理论格局。不满于这种刑法理论研究的现状,我国刑法学界强调基本理论研究的呼声日益高涨。我们认为,刑法的基本理论研究应该是对刑法的本原性思考,价值构造正是刑法的本原性问题之一,价值分析应该是规范分析的基础与归宿。本文拟就刑法的价值构造发表一己之见,以此作为刑法的价值分析的根据。

价值冲突是法存在的前提条件之一,法的功能就在于最大限度地防止在价值冲突中的价值丧失与耗损。在任何一个社会里,价值冲突是普遍存在着的,而最根本的价值冲突就是个人价值与社会价值的冲突。面临这样一种价值冲突,首先就存在一个价值选择问题。刑法同样面临这种价值选择,强调刑法的人权保障机能,在一定程度上意味着社会保护机能的弱化;突出刑法的社会保护机能,则在一定程度上意味着人权保障机能的弱化。刑事古典学派与刑事实证学派的对立,在一定意义上就表现为人权保障与社会保护的两个机能之争。从根本上来说,这是一种刑法价值之争。

刑事古典学派是以自然法学为基础的,建立在个体人的认识之上。自然法思想认为,人是生而平等和独立的,个体人也可以说是自由人,它享有天赋人权。只是为了避免战争状态,个体人才放弃一部分自由,并且是尽可能少的自由,通过订立社会契约脱离自然状态组成社会。^{〔1〕}刑事古典学派的代表人物之一贝卡利亚完全接受了这种古典自然法思想,他指出:离群索居的人们被连续的战争状态弄得筋疲力尽,也无力享受那种由于朝不保夕而变得空有其名的自由,法律就是把这些人联合成社会的条件。人们牺牲一部分自由是为了平安无忧地享受剩下的那份自由。为了切身利益而牺牲的这一部份自由总合起来,就形成了一个国家的君权。君主就是这一部份自由的合法保存者和管理者。贝卡利亚认为,公民的自由的结晶形成惩罚权。惩罚权的存在是为了防止公民的自由受到私人的侵犯。但同时,它又是对国家权利的一种限制。如果刑罚超过了保护集体的公共利益这一需要,它本质上就是不公正的。^{〔2〕}由此可见,贝卡利亚认

• 本文作者系中国人民大学法律系教授。

〔1〕 参见[英]洛克:《政府论》,下篇,商务印书馆1964年版,第6页、第15页。

〔2〕 参见[意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第8页。

为刑罚权来自于公民订立的社会契约,它是由公民所放弃或转让的自由组合而成,其目的在于保障公民的自由。基于这一认识,贝卡利亚得出以下三个结论:第一个结论是,只有法律才能为犯罪规定刑罚。只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有这一权威。任何司法官员(他是社会的一部分)都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚。超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。因此,任何一个司法官员都不得以热忱或公共福利为借口,增加对犯罪公民的既定刑罚。这是对司法的限制,防止罪刑擅断侵犯公民的自由。第二个结论是,代表社会的君主只能制定约束一切成员的普遍性法律,但不能判定某个人是否触犯了社会契约。这是对立法的限制,厘清立法与司法界限:立法只能规定什么是犯罪,只有司法才能对某一公民的行为是否构成犯罪作出终极判决。第三个结论是,即使严酷的刑罚的确不是在直接与公共福利及预防犯罪的宗旨相对抗,但若只是徒劳无功而已,在这种情况下,它就不但违背了开明理性所萌发的善良美德——这种理性往往支配着幸福的人们,而不是一群限于怯懦与残忍的循环之中的奴隶;同时,严酷的刑罚也违背了公正和社会契约的本质。^{〔3〕}最能体现贝卡利亚思想的是这里的第三个结论:对严酷刑罚的断然否定,即使这种严酷的刑罚有助于促进公共福利及预防犯罪。因此,在社会价值与个人价值之间存在冲突的情况下,贝卡利亚毫不犹豫地选择了个人价值。

在刑事古典学派中,康德同样赞同自然法思想,但他从社会契约论中引出的不是具体国家,而是具有先验性质的目的国。康德的出发点是一种假设的没有任何法律保障的自然状态;在人类未成立国家之前,确实存在过个人对全体搏战的野蛮状态。康德认为,自然、人性与社会这三者间有着密切关系。自然用以发展人类固有才能的方法,是使人们在社会中互相敌对。这种敌对性,产生于人们都具有的一种非社会的社会性(The unsocial sociability of men)。所谓非社会的社会性,指的就是社会性(合群性)与反社会性(非群性)的混合体。康德指出:人有一种社会化的倾向,同时又有一种个体化的强烈倾向。正是这种社会化与个体化的对抗推动了社会的发展与人类的进步。为了社会的共存相互隔绝的单独个人,通过一种决定即契约,康德称之为原始契约,组成民族国家。康德认为,依据原始契约而建立的国家,应该有个人的自由。所谓自由,是每个人意志的自由与其他人的自由共存,也就是人各有自由而不侵犯别人的自由。由此可见,康德十分强调公民作为个人的自由与平等。康德指出:公民状态,纯粹作为立法状态看,先验地建筑在三个原则上:(1)社会中每个成员作为人,都是自由的;(2)社会中每个成员,作为臣民,同任何其他成员都是平等的;(3)共和政体的每个成员作为公民,都是独立的。^{〔4〕}由此出发,康德得出自然法的双重要求:国家应当根据理性的判断制定刑法,制定刑法的目的是为了尊重人格,尊重人的尊严。同时,要求每个人对自己的行为负责。因此,当一个人侵犯了他人的自由和安全时,就必然受到刑罚的惩治,这就是正义的原则。

作为刑事古典学派的代表人物之一,黑格尔否认国家是社会契约的产物的观点,认为国家是伦理观念的现实。但在法的解释上,黑格尔仍然秉承了自然法的观念。黑格尔认为,法是自由意志的定在,即自由意志的体现。这种人人都享有的权利叫做抽象法。因为抽象法基于人的意志自由,所以法的命令是:“成为一个人,并尊敬他人为人。”^{〔5〕}在一定意义上说,黑格尔的抽

〔3〕 参见前引〔2〕,贝卡利亚,第11页。

〔4〕 参见李泽厚:《批判哲学批判——康德述评》,人民出版社1979年版,第320页。

〔5〕 黑格尔:《法哲学原理》,范杨、张企泰译,商务印书馆1961年版,第40页。

象法与自然法学派的自然法是很近似的或是它的修改或变种。^{〔6〕}正是从抽象法的命令出发,黑格尔指出:刑罚既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。如果不从犯人行中去寻求刑罚的概念和尺度,他就得不到这种尊重。如果单单把犯人看做应使变成无害的有害动物,或者以儆戒和矫正为刑罚的目的,他就更得不到这种尊重。^{〔7〕}应该说,黑格尔建立在“抽象地承认人的尊严”之上的刑法理论较之封建社会的野蛮法具有一定进步意义。正如马克思评价的那样:“毫无疑问,这种说法有些地方好象是正确的,因为黑格尔不是把罪犯看成是单纯的客体,即司法的奴隶,而是把罪犯提高到一个自由的、自我决定的人的地位。”^{〔8〕}综上所述,刑事古典学派强调犯罪人的意志自由,主张刑法的人权保障机能。

刑事实证学派是以社会学为基础的,建立在社会人的认识之上。社会学思想渊源于法国社会学家杜尔克姆(Emile Durkheim)。杜尔克姆认为,作为社会的人,彼此之间存在着连带关系,他们不是孤立的个人。杜尔克姆指出:人们之间存在着两种关系:第一是机械的连带关系。在这种关系中,象分子构成结晶体一样,个人被纳入整体之中。第二是有机的连带关系。在这种关系中,个人是社会有机体的一部分。既然个人是社会有机体的一部分,所以应对社会有机体的发展作出贡献,使社会有机体和谐统一,这是社会存在的基本条件。因此,社会学主张从社会整体意义上理解个人,强调人的社会性。刑事实证学派的代表人物之一菲利接受了社会法学的思想,重视从社会环境中去认识个人的犯罪行为。菲利指出:我们的任务是证明,有关社会对罪犯进行自卫的每一理论基础都必须是对罪犯的犯罪行为进行个人和社会两方面观察的结果。一句话,我们的任务是建立犯罪社会学。^{〔9〕}菲利所谓的犯罪社会学,就是从社会环境中寻找犯罪根源,强调社会对于个人的决定作用,认为犯罪的自然根源不仅存在于个人有机体中,而且在很大程度上存在于自然和社会环境之中,从而得出所谓犯罪饱和论,即每一个社会都有其应有的犯罪,这些犯罪的产生是由于自然及社会条件引起的,其质和量与每一个社会集体的发展相适应。菲利还引用艾米莉特的格言:“犯罪也有年终平衡,其增多与减少比国民经济的收支还带有规律性。”^{〔10〕}既然犯罪的原因存在于社会,犯罪的差额是由物质条件和社会条件决定的,因此菲利得出结论:如果我们不尽努力改良社会环境,仅凭对罪犯的矫正不足以防止其再犯。而通过改变最易改变的社会环境,立法者可以改变自然环境及人的生理和心理状况的影响,控制很大一部分犯罪,并减少相当一部分犯罪。同样,刑事社会学派的另一代表人物李斯特也提出了“最好的社会政策就是最好的刑事政策”的名言。李斯特主张目的刑的社会防卫论,强调刑罚个别化原则,认为适用刑罚要与个人情况相适应,要根据犯罪人的特性,即个人因素采取多元化的刑罚方法和处遇方法。李斯特认为,刑罚不是对犯罪行为的事后报复,也不是对其他人的恐吓,而是对那些“危险状态的体现者”采取的预防措施。应该说,刑事实证学派从社会方面而不仅仅是从个人方面寻求犯罪原因,主张通过改变社会环境预防犯罪等观点都具有一定的积极意义。但刑事实证学派在对犯罪人的处遇上,坚持社会责任论,过于强调刑法对社会的保护机能,从而在一定程度上忽视了刑法的人权保障机能。

〔6〕 参见王哲:《西方政治法律学说史》,北京大学出版社1988年版,第358页。

〔7〕 参见前引〔5〕,黑格尔,第103页。

〔8〕 《马克思恩格斯全集》第8卷,第579页。

〔9〕 参见〔意〕菲利:《犯罪社会学》,中国人民公安大学出版社1990年版,第2页。

〔10〕 菲利:《实证派犯罪学》,中国政法大学出版社1987年版,第43页。

综上所述,刑事古典学派与刑事实证学派基于对人的个体性与社会性的不同认识,从而产生了人权保障与社会保护的刑法机能之争。

二

个体人与社会人是刑事古典学派与刑事实证学派关于刑法价值之争的根源,为此有必要从哲学上厘清人的个体性与社会性的关系问题。

人的个体性与社会性的关系,实质上就是个人与社会的关系问题,这是一个政治哲学中永恒的话题。在古希腊,柏拉图强调人的社会性,认为社会生活是个人生活完善的手段,因此,不应当从人的个人生活中,而应当从人的政治生活和社会生活中去研究。在柏拉图那里,人的社会性就是人的政治生活和社会生活,其社会组织形式是国家。亚里士多德继承了柏拉图这一思想,并以命题的形式指出:人是合群的动物;人是社会的动物;人是政治性的动物。亚里士多德在把人定为政治动物的时候,是说(用我们当代语言表述)人是他那个特定社会整体的一部分,就是说,他深植于社会之中。反过来说,亚里士多德没有想到的是,被视为个人的人,在他自身的存在中突出地表现为一个私生活中的自我,而且他有权这样做。^{〔11〕}应当说,柏拉图、亚里士多德将个人寓于社会之中的这种观念,是当时希腊城邦生活的反映。对于希腊政治来说,将公共生活(社会性)与私生活(个体性)区分开来是闻所未闻的,甚至还会感到不可思议。但在古希腊也存在强调人的个体性的思想萌芽,这种思想来自于德谟克利特的原子论。德谟克利特认为,世间的一切事物都是由原子构成的,原子永远是运动着的。原子有大有小,由于原子的大小、多少、次序、形状和位置等的不同组合和互相冲撞,就构成了万事万物。德谟克利特不仅用原子论解释自然,而且用来解释个人与社会。伊壁鸠鲁继承和发展了德谟克利特的原子论,以自己关于自生性、内部制约性、原子偏离直线运动的观点补充原子论。反映在对个人与社会的解释上,伊壁鸠鲁论证了人的伦理自律性,主张自由的人理智地遵循适应自然本性的生活目的。伊壁鸠鲁对于人的自由的解释,可以被理解为人应摆脱周围社会,摆脱一般人的意见。由此可见,伊壁鸠鲁是一个坚定的个人主义者,这种伦理个人主义对后世的道德理论发生了巨大的影响,并直接导致所谓社会原子论。自古希腊以后,在关于个人与社会的关系上,始终存在着个人主义与整体主义的尖锐对立。

个人主义(Individualism)这一概念包含着许多思想、观点和学说,它们的共同要素都是以“个人”为中心。作为一种社会学理论,个人主义又称为社会原子论。这种理论认为,社会由个体组成,旨在实现主要是为个人的目标,对个人及其权利予以优先权,这种权利存在于任何一种特定形式的社会生活之前。就个人与社会的关系而言,诚如哈耶克所言:个人主义告诉我们:仅就社会是自由的这一点而言,社会才比个人更伟大。就社会受控制或指导而言,它又受到控制和指导。^{〔12〕}总之,个人主义强调个人对于社会的优先地位,追求个人自由的价值。这种思想在十七世纪肇始的自然法学派中得到充分体现。在自然法学派的思想中,个人自由是以某种形式的自然权利来表达的,而自然权利就是每个社会都应当保证其所有公民都享有的权利。自然权利的理论已经与一种现代个人主义的概念结合到了一起,即个人拥有一定的活动范围,在这

〔11〕 参见[美]乔·萨托利:《民主新论》,东方出版社1993年版,第288页。

〔12〕 参见[奥]A·哈耶克《个人主义与经济秩序》,北京经济学院出版社1991年版,第31页。

个范围之内,他可以实现自己的意愿。不论是政府还是法律,都不得干涉这个领域。^[13]个人主义在当时的历史条件下对于唤醒人的理性意识,把人从专制制度的束缚中解放出来,具有一定的进步意义。

整体主义(Holism)是一种与个人主义相对立的学说,它给予社会整体以特有的地位,这些社会整体可以被视为有机体、文化整体、功能系统或决定性结构。作为一种伦理的和政治的学说,它把个人置于集体利益之下。整体主义以各种形式表现出来,尤其是孔德开创而后再被杜尔克姆等人发挥光大的实证主义社会学理论。在孔德的学说中,居于核心地位的是一个脱颖而出的、普遍的“社会秩序”概念。这种秩序的实质是相互依存:艺术、科学、社会制度都合并为一个统一的整体。孔德认为,随着对于社会生活规律的揭示,人类预见和控制的能力将不断完善。由此可以得出结论,以实证科学为动力而推动的一种完善的社会体系将结束产生于陈腐知识的历史上的人类对抗。^[14]同样,杜尔克姆反对大多数启蒙主义哲学家主张的原子论倾向,并将自己的社会学理论建立在维护社会秩序的研究上。杜尔克姆强调社会现象是独立于个人的特殊现象,指出:“社会的”一词只有用来表示一种综合的现象,一种与已经形成的个体现象相脱离的现象,才有确定的意义。社会现象不同于个人现象的特殊性质在于:它们是存在于人们身体以外的行为方式、思维方式和感觉方式,同时通过一种强制力,施以每个人。^[15]总之,整体主义重视社会对于个人的决定作用,追求社会秩序的价值。从社会秩序的价值中必然引申出强制与控制的概念。杜尔克姆就用强制一词来定义社会现象,认为人们大多数的意念和倾向都不是他们自己造就的,而是来自外界,通过引导、影响、强迫而使人们自觉或不自觉地接受,这是无可争辩的事实。所以,用强制来定义社会现象,也正是出于这样一种认识。^[16]美国学者罗斯也认为,社会秩序意味着根据一些规则来调节冲突,秩序是由社会对人们施加控制引起的。罗斯还把我们的社会秩序与蜂房或兽群的秩序相比较,认为前者是建造物,后者是生成物。^[17]社会秩序既然是建造,那就意味着对它的人为的控制因素。以上整体主义的社会理论对社会法学派产生重大影响。例如,社会法学派的创始人庞德指出:文明是人类力量不断地更加完善的发展,是人类对外在的或物质自然界和对人类目前能加以控制的内在的或人类本性的最大限度的控制。社会控制就是这种控制的重要内容之一,社会控制主要是通过法律实现的,因此,法律的任务就在于实现社会控制。^[18]整体主义作为个体主义的代替物,是十九世纪以后适应资本主义生产进一步社会化的思想产物。

个人主义与整体主义的对立,莫基于对个人与社会之间关系的武断割裂。我们认为,个人与社会是辩证统一的,这就决定了个人自由价值与社会秩序价值的兼容性。个人部分不能当作既定因素。正如安东尼·吉登斯所表示的:“个人所含内容不能被当作显而易见的东西。”我们自由的个性和能力,是在社会——经济环境中形成的。社会中的基本要素不是抽象的个人,而是社会的个人,他组成社会又被社会组织起来。用帕特里克·柏曼的话说,我们应该避免“在个

[13] 参见[英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,中国人民公安大学出版社1989年版,第184页。

[14] 参见[美]W·D·珀杜等:《西方社会学——人物·学派·思想》,河北人民出版社1992年版,第60页。

[15] 参见[法]杜尔克姆:《社会学研究方法》,华夏出版社1988年版,第5页。

[16] 前引[15],杜尔克姆,第5页。

[17] 参见[美]E·A·罗斯:《社会控制》,华夏出版社1989年版,第2—4页。

[18] 参见[美]罗·庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,商务印书馆1984年版,第9页。

人和社会之间的毫无结果的极化偏向”。强调个人或社会居于首要地位,都是错误的。^[19]确切地说,个人与社会的统一表现为个人选择与社会强制的统一。首先,个人具有自由性,这种自由是人作为类的一种内在本性,是理性赋予人的一种权利,这种本性或权利按其必然性来说,要求人们去追求和实现。因此,个人的一定限度的自由的存在,是人的本性所决定的,具有不可剥夺性。其次,社会具有秩序性,这种秩序是社会存在的根本前提和必要条件。社会秩序对于个人来说,具有不可否认的强制性。个人的选择是受社会制约的,离开一定的社会物质生活条件,个人的自由就只能是无本之木。因此,关键的问题是要在个人自由与社会秩序之间划出一条界限:在最大限度地使个人享有自由的条件下保持社会秩序的稳定;或者说,在社会秩序不受破坏的条件下使个人享有自由。这条界限体现的就是法律的最根本的价值:公正。公正是个人公正与社会公正的统一,它意味着在现存社会结构下所能提供的个人自由的最大化。

三

刑法的价值构造是以公正为基石的,刑法的公正性就表现在个人自由与社会秩序的统一,因而是刑法的人权保障机能与社会保护机能的统一。

刑法的人权保障机能以保障个人自由为内容,在这个意义上可以说刑法是公民自由的大宪章。刑法对个人自由的保障主要体现在立法与司法两个方面。从立法上来说,刑事立法是要为个人的自由选择界定范围,提供一定的行为模式。因此,应当尽可能地为个人的自由选择留下充分的活动可能性空间。英国学者密尔指出:公民自由或社会自由要探讨社会所能合法施用于个人的权力的性质和限度。那么,这种限度是什么呢?密尔认为,个人的自由必须制约在这样一个界限上,就是必须不使自己成为他人的妨碍。因此,密尔所谓自由的核心有两个基本原则:(1)个人的行为只要不涉及他人的利害,个人就有完全行动的自由,不必向社会负责,其他人不得对这个人的行为进行干涉,至多只能忠告、规劝或避而不理。(2)只有当个人的行为危害到他人利益时,个人才应当接受社会的或法律的惩罚。密尔明确指出:任何人的行为,只有涉及他人的那部分才须对社会负责,在仅涉及本人的那部分,他的独立性在权利上是绝对的。^[20]因此,密尔把人的行为分为涉己性行为与涉他性行为,涉己性行为应当属于绝对自由的范围,只有涉他性行为危及他人及社会利益,法律才能予以制裁。在这个意义上,刑法具有对个人自由的保障机能,同时也是对权力的一种限制,即行使保护犯罪行为者的权利及利益,避免因国家权力的滥用而使其受害。对司法有关者来说,刑法作为一种制裁的规范是妥当的,这就意味着当一定的条件具备时,才可命令实施科刑;而当其条件不具备时,就禁止科刑。虽然刑法是为处罚人而设立的规范,但国家没有刑法而要科以刑罚,照样可行。从这一点看,可以说刑法是无用的,是一种为不处罚人而设立的规范。人们之所以把刑法称为犯人的大宪章,其原因就在于此。^[21]从司法上来说,刑事司法是根据一定的刑罚法令,对犯罪者科以刑罚。一个人的行为危及他人或社会利益并触犯刑律,就构成了犯罪。犯罪人应当受到刑罚处罚,这是完全正当的,是社会对犯罪人的一种报应。但是,犯罪人虽然其行为构成了犯罪,他的权利并没有完全丧失,要求在法律的范围下受到公正的处罚是被告人的合法权利。所以,刑法的人权保障机能,在很大

[19] 参见[英]G·M·霍奇逊:《现代制度主义经济学宣言》,北京大学出版社1993年版,第83页。

[20] 参见[英]密尔:《论自由》,商务印书馆1982年版,第3、59、10页。

[21] 参见[日]西原青夫:《刑法的根基与哲学》,上海三联书店1991年版,第33页。

程度上就是对被告人的合法权利的保障。正是在这个意义上,刑法也可以视为被告人的大宪章。被告人的权利之所以还要受到法律的保障,是因为被告人不是单纯的司法客体,他因犯罪行为而与国家形成了一种刑事法律关系。在这一刑事法律关系中,国家具有惩治犯罪的权利,被告人具有接受法律惩治的义务,同时被告人享有不受非法制裁的权利。更为重要的是,被告人也是一定社会中的个人,是由公民转化而来的。对一个人的非法制裁,潜藏对社会上的其他公民非法侵害的可能性。为此,刑法对被告人的合法权利的保障不仅是必要的,而且是一个社会法治状况的基本标志,具有十分重大的意义。

刑法的社会保护机能以维护社会秩序为己任。社会虽然是由个人构成的,但又决不是个人的简单相加。社会具有自身的存在根据与发展规律,它是个人自由实现的客观环境。个人虽然享有广泛而充分的自由,但这种自由是有限度的,一旦危及社会生存条件,必然为社会所不允许,因而会受到法律制裁。刑法所保护的社会秩序,是指被犯罪行为所侵害的社会关系。这种社会关系对于社会的生存与发展具有十分重大的关系,因而有必要动用刑法加以保护。刑法所保护的社会关系,涉及三种利益:这就是国家利益、社会利益与个人利益。国家利益与社会利益具有公共的性质,关系到每一个公民的生存,因而刑法加以保护是十分必要的。那么,个人利益为什么也属于社会性质的利益而需要刑法加以保护呢?这是因为这种个人利益是法律赋予的,它所涉及的虽然是个人之间的关系,但危及的是整个社会的秩序。因此,诸如杀人、强奸、抢劫、盗窃这样一些侵犯公民人身或者财产权利的行为也规定为犯罪并受到刑罚制裁。为保护社会秩序,必然会对个人自由的范围加以限制。这种限制,从个人角度出发考察,未必就是合理的;但从社会意义上观察,又是必要的。在这个意义可以说为保护社会秩序,个人自由有所限制,这是一种必要的、也是不得已的丧失。但在条件许可的情况下,又应当尽可能地扩大个人自由的范围。例如,日本刑法学家西原青夫曾经讨论过淫秽物品的违法性问题。对此存在两种观点:第一种观点认为发行、销售以及公开陈列淫秽的书刊和画册的行为,因其违反性的道义秩序,是违法的,构成犯罪。理由是:一旦性道义秩序败坏,不仅最终损害了妇女、幼儿和少年的利益,而且会导致精神颓废,使整个社会秩序变得松散,进而使国民的各种利益受到侵害。第二种观点认为,如果把淫秽物品给不想看的人看,或给性方面未成熟的幼儿和少年看,显然是侵害了其利益的。因此,刑法上对此的取缔是合理的。但是,对于不会因看淫秽物品而特别受影响的人来说,想看时给其看,又有什么利益侵害呢?把这种情况也一概地作为处罚的对象,是赋予脱离个人利益的道义以独立地位,如果说道义是为了国民的利益,在利益尚未侵害之时而认为其违反道义即违法,则是不恰当的。^{〔22〕}应该说,第二种观点不是没有一点道理,但在不能各得其所的条件下,一概禁止只能是唯一的选择,尽管这在一定程度上限制了某些公民的自由。从这里也可以看出,社会秩序首先是一种管理的问题,刑法只是维护社会秩序的最后手段,不是唯一甚至不是主要的手段。随着社会管理水平的提高,刑法手段将退居其次,因而个人自由的范围也会逐渐扩大。

刑法的人权保障机能与社会保护机能从根本上来说是统一的,这主要表现在:有效的人权保障对于社会秩序的稳定发展是必不可少的条件。因为社会秩序不是静态而是动态地存在的,个人自由的充分享受,可以发挥人的主观能动性,促进社会的进步。一个束缚个人自由的社会,万马齐喑,毫无生气,就不会有创造力,最终必然导致社会的混乱。同样,有效的社会保护对于

〔22〕 参见西原青夫:《刑法的根基与哲学》,上海三联书店1991年版,第47页。

个人自由的不受侵犯是不可或缺的条件。因为个人自由的行使需要一定法律规则的引导与规范,尤其是在个人自由发生冲突的情况,更需要一定的凌驾于个人之上的社会力量加以裁决。如果没有一定的社会秩序,个人各行其是,互相侵犯,最终也会导致个人自由的丧失。当然,刑法的人权保障机能与社会保护机能的统一性只是一种理论上的应然性。在现实社会生活中,两者不可避免地会存在冲突。为此,需要从现实的社会物质生活条件出发,对两者加以协调,使之发挥最优的刑法功能,实现刑法的最大限度的公正。

我国当前处于一个经济转轨的重大历史转变时期,刑法面临新的价值选择与构造。应该说,中国的传统法文化是以秩序为最高的法律价值。在古代社会,法是为保障礼的实现采用的一种刑罚措施。而礼则表现为按照亲尊关系的原则建立起来的等级秩序,使每个人在社会中都按照各自的名分享有一定的权利和义务,各安本分。法的目的就在于保障这种秩序不受侵犯。因此,秩序便成为传统中国的法律价值。^{〔23〕}在这个意义上说,中国传统法律是一种以社会为本位的法律。这种法律传统根深蒂固,影响深远。因此,长期以来我国充分强调的是社会利益,而在一定程度上忽视或者漠视个人利益。反映在刑法观念中,就是过于强调刑法的社会保护机能,而未将人权保障机能放在一个同等重要的应有的位置上。在市场经济观念日益深入人心的今天,个人的自由与权利逐渐受到重视与强调。在法理上,通过反思社会本位的中国传统法文化,权利本位的法观念的呼唤正得到日益强大的回应与反响。在这种情况下,刑法的价值构造应当顺应时代潮流的发展,调整刑法的人权保障机能与社会保护机能之间的关系与比重,刑法机能从社会保护机能向人权保障机能倾斜,加重刑法的人权蕴涵。只有这样,才能在刑法中科学地界定个人与社会的关系,避免不适当地限制个人自由,以赋予个人最大限度的活力。总之,刑法应当通过人权保障机能与社会保护机能的协调,追求个人自由与社会秩序的刑法价值,最终实现刑法的公正价值,这就是刑法的价值构造。

责任编辑:王敏远

责任校对:王敏远

〔23〕 参见陈晓枫主编:《中国法律文化研究》,河南人民出版社1993年版,第218页。