

个人自由与社会秩序的对立统一以及刑法的优先选择

曲新久^{*}

内容提要:个人自由与社会秩序之间是一种对立统一关系,我国刑法应当优先选择个人自由。刑法以个人自由为第一位,自由与秩序处于和谐之中,在对立中获得统一;以社会秩序为第一位,自由与秩序则会由对立发展为严重对抗,结果是两败俱伤。
关键词:个人自由 社会秩序 对立统一 刑法的优先选择

鉴于个人自由与社会秩序这两个范畴的复杂性,我在这里首先明确,本文在如下意义上使用这两个基本概念:所谓个人自由,是指一人不受制于他人或一些人或国家的专断意志所产生的强制,而按照自己的意志去做或不做、成为或者不成为什么的自由。不受他人专断意志的强制,是个人自由的最基本涵义。个人自由离不开刑法的保护和保障。^{〔1〕}所谓社会秩序,是指人类社会共同体存在、运动、变化过程中,社会结构和社会活动的相对稳定、协调的一种状态。社会秩序离不开刑法的保护与控制。^{〔2〕}本文试图阐明:在个人自由与社会秩序对立统一的辩证关系当中,刑法应当在兼顾社会秩序的同时,优先选择个人自由。

一、个人自由与社会秩序的对立

马克思说:“人们的社会历史始终只是他们的个体发展历史,而不管他们是否意识到这一点。”^{〔3〕}但是,在个人独立出社会之前,个人依附于家族,依附于社会,个人自由还只处于萌芽状态,而不可能是与社会秩序相对称的独立的一极。从这一意义上讲,社会秩序先于个人自由,社会存在先于个人存在。但是到了近代,当个人独立于社会之后,个人自由成为了独立的一极,个人自由与社会秩序之间必然产生的对立与冲突就成为必须加以解决的问题。

个人与社会的关系,直接影响甚至于决定个人自由与社会秩序的关系。在个体与整体、个

^{*} 中国政法大学教授。

〔1〕 个人自由的刑法保护与保障,是一个十分重要而复杂的问题。参见拙文:《论个人自由的刑法保护与保障》,《政法论坛》1999年第5期。

〔2〕 参见拙文:《论社会秩序的刑法保护与控制》,《政法论坛》1998年第4期。

〔3〕 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1955年版,第532页。

人与社会的关系问题上,人类的先哲们始终主要沿着两个基本方向去思考和回答。一部分哲学家、思想家强调整体性、必然性与神性,主张整体优于个别,社会优于个人。柏拉图为人类社会设计了一个理想国,认为理念即世界的本质是至善的、真实的、绝对的、不变的,个人要达到善或自由,必须将自由置于国家的利益之下,因为自由就是对善的认识。亚里士多德认为,人是社会政治性动物,个人不能脱离社会,只有在社会中,人才能得以生存与发展。国家是最高的集体,以至善为目的。按照时间顺序,是先有家庭,而后有国家,国家虽然在时间顺序上后于家庭,但是在性质上却优先于家庭,并且也优先于个人,因为每一事物当其充分发展时,我们就把这称为它的性质,人类社会充分发展时就是国家,而全体是优于部分的。^[4]到中世纪,经院哲学家以神性否定人性,认为神的威力以及意志和认识是无限的。“有限也以无限来表现,并表现在无限中;个别也以普遍来表现,并表现在普遍中。”^[5]到近代时,格劳秀斯、普芬道夫、霍布斯等人主张整体优于个体,国家优于个人,个人应当服从国家。例如,霍布斯主张,为了确保和平和实现自然法,人们之间需要缔结社会契约,根据这一契约,每个人都同意把自己的全部权力和力量转让给一个人或者一个议会。“就好像人人都向每一个其他的人说:我承认这个人或这个集体,并放弃我管理自己的权利,把它授予这人或这个集体,但条件是你也把自己的权利拿出来授予他,并以同样的方式承认他的一切行为。”^[6]据此而设立的主权权力——霍布斯将其称为“利维坦”,应当运用公民联合的权力和力量,促进所有人的和平、安全与便利。霍布斯认为,为了主权者充分地履行其职能,主权者应当是至高无上的、不受法律约束的。卢梭的社会契约论从无限的个人出发,到无限的集权终结。他认为:“正如自然赋予了每个人以支配自己各部分肢体的绝对权力一样,社会公约也赋予了政治体以支配它的各个成员的绝对的权力。”^[7]社会契约能够简化为如下词句:“我们每个人都以其自身及其全部的力量共同置于公意的最高指导之下,并且我们在共同体中接纳每个成员作为全体之不可分割的一部分。”^[8]卢梭所说的公意,也叫做总意志。《社会契约论》成了法国大革命中大多数领袖的圣经。罗伯斯庇尔说:“我们的意志就是总意志。”^[9]康德以自由这一概念作为其道德和法律哲学的核心,并将自由作了伦理上的和法律上的区分。他一方面从道德自由的角度高度弘扬了人的主体性,主张“人的行动,要把你自己人身中的人性,和其他人身中的人性,在任何时候都同样看作是目的,永远不能只看作是手段。”^[10]他要求“我们应当这样行动,即把每个人当作本身即目的来看待”。^[11]但另一方面他又从法律自由的角度不容忍人们怀疑国家主权的来源,要求人们用改良的方式而不是革命的方式更改国家,认为国家的最高权力对于其臣民只有权力,忍受立法权的滥用是人民的义务。黑格尔把国家视为社会发展的最高表现,赋予社会优先于个人的地位。他认为国家是现实存在的实现了的道德生活,是自由的体现,是理性的,是人的意志及其自由的外在表现中的精神理念,人具有的全部精神现实性都是通过国家才具有的。所以,正如罗素所评价的那样:“黑格尔把公民对国家的伦理关系看成类似眼睛对身体的

[4] 参见[英]罗素:《西方哲学史》上卷,商务印书馆1963年版,第240页以下。

[5] 参见[德]文德尔班:《哲学史教程》上卷,商务印书馆1987年版,第464页。

[6] [英]霍布斯:《利维坦》,商务印书馆1985年,第131页以下。

[7] [法]卢梭:《社会契约论》,商务印书馆1980年修订版,第41页。

[8] 前引[7],卢梭书,第24页以下。

[9] [德]萨拜因:《政治学说史》下卷,商务印书馆1986年版,第663页。

[10] [德]康德:《道德形而上学原理》,上海人民出版社1986年版,第81页。

[11] 前引[4],罗素书,下卷,第255页。

关系:公民在其位,是有价值的全体的一部分,但是孤立开就和孤立的眼睛一样无用。”^[12]在黑格尔看来,公民是为国家而存在的。在现代西方国家,象黑格尔一样,把社会看作是一个有机整体,把个人看作是这个有机整体之一部分的概念,在哲学、社会学和法学领域曾盛极一时,实证主义哲学家、法学家一般持这样一种观点。这种理论至今仍然具有相当的影响。

另一部分哲学家沿着相反的方向看待个体与整体、个人与社会的关系。古希腊智者学派哲学家普罗泰戈拉的“人是万物的尺度”的命题,蕴含着以个人理性审视世界的意味。在智者充满怀疑的目光中,法律的神圣灵光黯然失色,人们不再满足以把法律作为外来的必然权威加以服从,而是运用自己的理性审视法律的合理性。伊壁鸠鲁等唯名者认为,本质或者说全体只不过是事物的名称,个别才具有真实性,因而重视人的个性,强调个人的优先地位。伴随着商品经济首先在英国的兴起,洛克从个人优先于社会的角度,阐述了个人与社会的关系。洛克假设说,人类的自然状态是一种完备无缺的状态,在自然状态下,人人独立、平等、自由,任何人都不得侵害他人的生命、健康、自由和所有权。只要自然状态存在,每个人都有权执行自然法,并可以亲手惩罚违反自然法的犯罪行为。然而自然状态之下,有许多缺陷、不便和危险。于是人们结束自然状态,缔结一项契约,根据这一契约人们共同组成团体,建立国家。与霍布斯完全不同的,洛克认为,个人在建立政权时仍然保留其自然状态下所拥有的自然权利即生命、健康、自由和财产权。洛克主张:“人们联合为国家和置身于政府之下的重大的和主要的目的,是保护他们的财产;在这方面,自然状态有着许多缺陷。”^[13]这样,洛克就把自由定义为个人自我决定即可以按照自己心里的选择和指导,来思想或不思想,来行动或不行动。国家是社会契约的产物,是社会契约的一方而不是依据契约享受无限的权力。在洛克看来,国家是为公民而存在的。洛克的学说为1688年英国光荣革命提供了理论根据,《权利法案》和《王位继承法》将国王及其仆人毫不含糊地置于法律之下。^[14]国王没有超越法律的特权,成为一项公理。贝卡里亚更是直截了当地说:“一切合理的社会都把保卫私人安全作为首要宗旨。”^[15]斯宾诺莎、孟德斯鸠等人也极力主张个人优先于国家的地位。自由主义大师密尔则从个人优先于社会的角度阐发个人自由,将个人自由置于首位,主张国家应为了个人而存在,应当尽可能少地限制个人自由。“国家的价值,从长远看来,归根结蒂还在组成它全体的个人价值。”^[16]

个人与社会的对立以及与此相连的个人自由与社会秩序的对立与冲突,贯穿于人类社会的始终。无论是“人对人是豺狼”的西方古代谚语,还是萨特的“他人即地狱”的名言,都是这一历史事实的昭示。个人与社会、个人自由与社会秩序为什么会处于对立之中呢?一方面是因为任何一个人总是包含着非理性成分。理性表现为控制,倾向于秩序,非理性表现为冲动,倾向于变化。尼采认为,生命的本质是意志,是一种贪得无厌地表现强力或应用强力作为创造的本能,世界的联系无非是一个意志征服另一个意志,整个世界是由一个个意志冲动形成的偶然的堆集。意志不断地创造自身、超越自身,永远流转易形,没有什么确定的方向,形成永恒的轮回。存在主义从存在先于本质的原则出发,认为个人存在是一种潜在,是一种“无”的境界,

[12] 前引[4],罗素书,上卷,第293页。

[13] [英]洛克:《政府论》下篇,商务印书馆1964年版,第77页。洛克把生命等自然权利统归入财产这一概念之中。

[14] [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1990年版,第18页。

[15] [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第69页。

[16] [英]约翰·密尔:《论自由》,商务印书馆1959年版,第125页。在这里,密尔支持国家尽可能多地为公民谋福利,但是反对国家对个人自由进行家长式的干预。

人是自由的,自由是绝对的,选择是绝对的。个人与他人、个人与社会之间处于一种相互敌对的紧张之中。萨特主张,没有他人的存在,就无法给自我下定义,他人必定是我的自由的反对者,可是我也是他人自由的反对者,一方面我试图从“别人”那里理解我自己,另一方面“别人”也设法从我这里解放他自己;一方面我打算奴役别人,另一方面别人也想奴役我,他人即地狱,个人与他人和整个社会处于对抗紧张之中。弗洛伊德认为,人的深深隐藏起来的本质就是人类从动物祖先那里继承下来的无意识生物本能,这些本能是永恒不变的,人的全部行动在于追求快乐和满足性本能以及攻击和破坏本能,而社会是作为一个禁止和限制系统从外面强加于人的本能的生活,对人的本能施加限制,人的心理自幼就受到社会的摧残,因此个人与社会必然发生冲突,个人先天就具有反社会性。我们在这里不想评论这些哲学大师们之哲学观点的优劣得失,功过是非,这也非我的能力所及。但我们可以肯定的是,人的本性中的非理性成分,生物学家们称之为动物本能,是决定个人与社会冲突的一个极为重要的原因。^[17]

另一方面,个人自由要求平等,但是社会秩序的安排总是一种事实上的不平等,即使人们从完全的平等起点出发,个人自由的结果也总是趋于不平等。“在静态上,由于自由和平等都是抽象的理想,因而它们是兼容的、和谐的。但在动态上,由于人们之间自然力量(智力和体力)的不平等,更由于人为的或社会的不平等,自由活动的结果是更大的不平等,这就出现了自由和平等的矛盾和冲突。”^[18]在我看来,人与人之间的平等是指受法律的平等保护,是一种自由与权利上的平等,而不是一种事实上的绝对相同。“所谓公民平等,就是公民在宪法、民法、刑法等一切法律面前的平等,即公民在法律面前一律平等。”^[19]人生来在质上是平等的,但是在量上是不完全平等的。比如说,人人有权获得财产,但有的人生来是富人,有的人生来是穷人。要想把人变得完全的、真正的平等起来,实非人力所能为。人与人之间实际上是不平等的,而且还将不平等下去。因为个人自由首先意味着个人对自己负责,换句话说,个人的成功主要在于自己为自己做了些什么,而不是别人或者社会为自己做了些什么。个人按照自己的意愿选择自己的行为,缔造自己的生活,并对自己负责。个人自由会导致各不相同的后果,这本身就是个人自由的价值之一。自由与权利上的抽象的平等,与自由和权利运行结果上的实际的不平等,是两种永恒的、无法解决的矛盾倾向。

二、个人自由与社会秩序的统一

实际上,抽象地谈论个人与社会、个人自由与社会秩序的对立或者统一,都将是十分困难的。因为无论是个人还是社会、也无论是个人自由还是社会秩序,都是一定历史条件下并与特定条件下的经济、政治文化传统密切联系在一起的。抽象地说,社会优于个人,个人优于社会,可能会象“先有蛋,还是先有鸡?”的问题一样无谓。所以有学者主张,应当避免在个人与社会之间的毫无结果的极化倾向,强调个人或者社会居于首位,都是错误的。^[20]这实际上是解决

[17] 众所周知,进化论告诉我们,人是从其他动物演化而来。一些著名的现代生物学家、生态学的研究表明,人类同许多其他动物一样,也有一种对自己同类采取攻击行为的天然动力,攻击性乃人的本能。除非我们是专业研究人员,否则我们几乎没有任何资格对生物学家们的这一结论进行任何有意义的评论。

[18] 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第536页。

[19] 何秉松主编:《刑法教科书》,法制出版社1997年版,第71页。

[20] [美]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。

个人与社会关系的第三条思路。正如美国实用主义哲学家杜威所言:“社会由个人合成,这个明显的和基本的事实,是无论怎样自命新颖的哲学家也不能疑惑或变更的。从此产生了三种见解:社会必须为个人而存在,或个人必须遵奉社会为它所设定的各种目的和生活方法,或社会和个人是相关的有机的,社会需要个人的效用和从属,而同时亦要为服务于个人而存在。这三个见解以外,在理论上似乎再想不出其他见解。而且,这三个典型虽各自包含着许多派别,可是那些变化似乎都是陈陈相因的,除了若干小小的差别,现在已再无可立异的余地。”^[21]前两种观点,是从个人与社会的对立关系出发,或者将社会作为第一位,或者将个人作为第一位,然后再寻求其统一,当然,其中不乏一些社会至上论者或者个人至上论者。第三种见解直接从个人与社会的统一性出发,试图避免个人至上论和社会至上论的片面性。杜威倾向于从第三条道路探求个人与社会的关系,试图在个人与社会之间寻求一种平衡。在他看来,第三种见解似乎能够应付极端个人主义和极端社会主义的一切异议,因为个人和结合个人的共同关系似乎必须同等重要,个人与社会谁也离不开谁。杜威倾向于第三种见解并不意味着他无条件地赞同,因为他认识到“以一般的观念概括特殊的情境”是上述三种理论的共同缺陷。

但是,一切理论都应当由一般概念构成。因此,可以抽象地讲,个人与社会是不可分的,个人是社会的,社会是个人的,个人自由与社会秩序是对立统一的。没有社会秩序,个人自由难以保证;没有个人自由,社会秩序必将僵化,而僵化到极致就是死亡。所以,秩序是自由的保证,自由是秩序的根据。没有秩序,自由就无从谈起;不是为了自由,秩序的价值就不完整。

自由意味着从束缚中解脱出来,意味着无约束,但是自由的平等性原则又要求存在着一种普遍的约束,即每个人的自由应受制于普遍的、抽象的、一般性规则。因此,自由本身就表现为无约束和约束的对立统一。自由意味着约束的不存在是指一个人的意志与行动不受制于他人和政府的专断强制;自由需要约束则意味着自由受制于一般性普遍规则,这些规则平等地适用于所有的人。一般性规则之下,个人有选择和自我决定的范围,在这一范围之内不受制于任何人、任何组织的专断意志所形成的强制。剥夺所有人的个人自由的极端性行为规范体系,是一种“自杀”性安排,人类历史上从来就没有普遍地存在过。

人具有动物的属性,本能的冲动之下具有非理性的特点,但是人同时又具有社会性,具有理性地自我决定的能力,也是理性的动物。人的非理性的冲动,不加约束的任性,倾向于即兴、偶然、混乱,倾向于否定、冲破既定的理性秩序。激情之下的人们可以产生一种攻击、破坏的盲目冲动,然而在众多人形成的一个大聚合体中,以及在由大聚合体形成的更大的社会当中,个人的非理性冲动必定会受到压制,他会自觉或者不自觉地理性地思考别人的、社会的回应,控制自己的冲动,选择、决定他认为适当的行为,从而表现出一种稳定性、确定性和可预测性。当然,行为人所选择和决定的行为,或者与社会秩序的要求一致,或者相反。犯罪总是或多或少地与非理性冲动相关,而暴力犯罪与非理性冲动的联系尤为密切。强烈的冲动之下杀人,我们称为激情杀人,激情杀人者缺乏理性的冷静思考,其犯罪表现出极强的偶然性,与社会秩序的要求相悖。即使这样,杀人者也并未完全丧失理性选择的能力。如果一个人完全丧失了理性思考的能力,我们还能让他承担刑事责任吗?更多的暴力犯罪者会抱着“君子报仇十年不晚”的心态,在非理性冲动的煎熬之下进行着十分谨慎的精心策划,冷静地算计犯罪所可能带来的种种不利,周密计划以逃避他人的报复或者法律的制裁。

[21] [美]杜威:《哲学的改造》,商务印书馆1958年版,第100页以下。

秩序是一种一致性、稳定性、可预测性的状态,具有必然性的特点。自由表面似乎是一种任性,但实质上是与必然性相容的理性。一句话:“自由与必然是相容的。”^[22]关于自由与必然的关系,斯宾诺莎在其《伦理学》的开始就指出:“凡是仅仅由自身的本性而存在、其行为仅仅由它自身决定的东西叫做自由。反之,凡一物的存在及其行为均按一定的方式为他物所决定,便叫做必然或受制。”^[23]在斯宾诺莎看来,追求自由乃人之本性,自由就是对必然的认识,就是按照自然本性所要求的必然性而行动。斯宾诺莎把自由定义为被意识到的必然性,包含着辩证法的因素。当然他只承认必然性,否定偶然性,是一种机械因果决定论,难免陷入宿命论。我们认为,社会秩序表现为一种必然性,生活在社会秩序中的人们能够认识这一必然性,安排自己的行为,使自己的自由与秩序保持一致。恩格斯说:“自由不在于幻想中摆脱自然规律而独立,而在于认识这些规律,从而能够有计划地使自然规律为一定的目的服务。这无论对外部自然规律,或对支配人本身肉体存在精神存在的规律来说,都是一样的。这两类规律,我们最多在观念中而不能在现象中把它们分开,因此,自由意志只是借助于对事物的认识来作出决定的那种能力。……自由是在于根据对自然界的必然性的认识来支配我们自己和外部自然界;因此它必然是历史的产物。”^[24]所以,社会秩序控制下的个人仍然是自由的,可以认识和利用社会秩序,为一定的目的服务,或者遵守它——表现为个人自由与社会秩序的统一,或者违背它——表现为个人自由与社会秩序的对立。任何社会秩序都有自发生成的特点,但是又不可能完全自发产生并维系,而需要公共强制力的支持,因而又具有人为的特点。所以,个人自由与社会秩序对立时并不总是表现为一种伦理上的恶,统一时也不总是表现为伦理上的一种善。当社会秩序极端压制和全面扼杀个人自由时,个人自由与社会秩序难以形成统一,即使被强制性地统一起来,也不是伦理上的一种善,而是一种真正的最大的恶。

三、刑法对个人自由的优先选择

个人自由与社会秩序的关系,如果抽象地讲,很难说哪个是第一位的,哪个是第二位的,只有将二者对立统一地加以对待,才是较为合适的。但是,在特定历史条件下,在特定的范围内,在特定的情境中,个人与社会以及个人自由与社会秩序的关系是变动的,或者是个人、个人自由处于首位,或者是社会、社会秩序处于首位。

在个人没有独立出社会之前,自由并不是个人的属性,而是某一群体的属性。理性的秩序是一个社会首要的,甚至是唯一的目标。柏拉图的理念和亚里士多德的善,都侧重于秩序的维护。亚里士多德就从一般优于个别的观点出发,认为奴隶制是合理的,奴隶只是有生命会说话的工具,当然也就没有自由,尽管他对此有所保留和担忧。亚里士多德主张,在家庭生活中,男人支配女人是自然的、必要的。至中世纪,个人自由只是在萌芽之中,封建等级秩序被看成是上帝意志的体现,神圣不可侵犯。到资本主义社会,西方社会个人主义得以确立,个人成为社会的本位,个人自由也就成为优先于社会秩序的价值。人们公认:在中国古代,没有个人独立、自由的观念,个人从来就没有能独立出社会,也从来没有存在过个人本位的价值坐标,界定个

[22] 前引[6],霍布斯书,第163。

[23] [荷]斯宾诺莎:《伦理学》,商务印书馆1983年版,第4页。

[24] 《马克思恩格斯选集》第3卷,第153页以下。

人与家族、家族与社会之关系的价值坐标是家族本位。在长达两千多年的封建社会中,政治制度与宗法制度紧密结合,“家”是“国”的基本细胞,君权是父权的放大,孝是忠的基础。孔子曰:“君君,臣臣,父父,子子。”^[25]在社会关系中,每个名都含有一定的责任和义务,君、臣、父、子都是这样的社会关系的名,负有这些名的人都必须履行他们的责任和义务。^[25]等级名份乃头等大事,正所谓“名不正,则言不顺;言不顺,则事不成;事不成,则礼乐不兴;礼乐不兴,则刑罚不中;刑罚不中,则民无所措手足。”^[26]法家代表人物韩非更是将社会整体利益绝对地置于个人利益之上。他说:“夫立法令者,以废私也。法令行而私道废矣。私者,所以废法也。”^[27]鸦片战争以来,中国人一直在追寻富国强兵之道,五四运动时曾试图引进西方的个人本位主义,但当时救国成为压倒一切的任务,知识分子们选择了德先生即民主(Democracy)和赛先生即科学(Science),而没有同时选择理先生即自由(Liberty)。1949年以后,随着高度计划经济体制的建立,传统的人伦道德观念被揉合进集体本位价值观念之中,社会以集体本位为价值坐标,国家、集体高于个人,个人价值服从集体价值。在建立市场经济体制的今天,中国应当以个人为本位还是以社会为本位。学者们中间还有很大的分歧和争论,有人主张以个人为本位,有人主张以社会为本位,还有人主张实行以个人与集体辩证统一的集体主义。

在现代中国这个特殊的社会情境中,在个人与社会之间应采取一个什么样的价值取向,确实是一个值得深省而且亟待解决的问题,但恐怕不是我们在这里多说几句所能解决的问题,这个问题的最终解决有赖于市场经济的进一步发展、政治体制改革的进一步深化、传统文化的渐变。我们丝毫不必隐晦,我国目前的社会实际上还是一个社会本位的社会,个人仍在相当程度上依附于集体、依附于社会,个人独立人格缺乏,人我不分、群己模糊,但结果却是否定集体的极端利己主义倒相当泛滥。市场经济的建立和逐渐完善,决定着中国社会的大趋向勿庸置疑将变得更加自由,人将更为独立和更为个体化,更具有进取心和独创性,社会本位所存在的偏差将逐步得到矫正,中国似乎在向着个人本位的方向渐变。但是,作为一个人口众多的发展中的落后国家,“摸着石头过河”,让实践启发理论,可能比让理论鼓动实践会更为稳妥。

在刑法领域,我主张将个人自由放在第一位,将社会秩序放在第二位,刑法应最大可能地保障个人自由,同时兼顾维护社会秩序的稳定。现代刑法的首要任务是维护个人自由,如果不把个人自由放在首位,那么刑法的现代文明特点将大打折扣。我们将个人自由置于第一位,社会秩序当然就是第二位的,但是第二位并不意味着是一种从属地位,而是一种地位上的平行、次序上的先后。刑法以个人自由为第一位,以社会秩序为第二位,并在此前提下力求个人自由与社会秩序之间的均衡,是我国刑法的应有的选择。具体来讲,主要应当包含以下内容:

第一,应以尽可能少的刑事强制维护社会秩序,并尽可能多地保留公民的个人自由领域。第二,刑法规范应当是一般性抽象规则,并且符合平等、明确、非溯及既往、公开、稳定、可行而不强人所难的要求。第三,未以一般性抽象规则明确限制和禁止的行为,均属于个人自由的范围。第四,刑法保护社会秩序不在于将个人置于某一预期的位置,或要求个人达到国家或者社会为其设立的特定的目标,而在于确保个人自由行动时不违背有利于社会秩序生成的基本条件。第五,刑法所保护的国家利益、社会利益应当可以还原成个人利益。个人有权要求一种社

[25] 冯友兰:《中国哲学简史》,北京大学出版社1996年版,第37页。

[26] 《论语·子路》

[27] 《韩非子·诡使》

会秩序并生活在其中。个人自由只能因为自由的缘故而被限制。第六,国家机关及其工作人员应在刑法的约束之下。官方行为必须与法律保持一致。

在个人本位的社会里,个人自由当然优先于社会秩序。但是,我们这里说,在刑法领域采取个人自由优先于社会秩序的选择,倒不完全是个人价值本位的直接运用,而是刑法这一特殊领域的特殊选择。

大多数人在遵守法律的某些禁止时,会感到行动不“自由”,在一旦违禁就会有利可图的情况下,这种感觉会更为强烈。但是,个人自由却只能存活于法治之下,个人自由天然地需要法律。积极自由离不开私法尤其是民法,消极自由离不开公法尤其是刑法。但是,社会秩序并不天然地需要法律,没有法律,仅仅依靠习俗、道德、命令等照样可以形成秩序,社会秩序可以存在于独裁专制之下,尽管这样的社会秩序之下从来就没有存在过真正的个人自由。自由的最基本含义是约束、障碍、强制的不存在,而法律意味着一定的限制和约束,所以自由与法律之间似乎存在着矛盾。其实不然。个人自由与法律在本质上是一致的,自由天然地需要法律,只有法律才能保障自由的真实存在。亚里士多德早就说过:“法律不应该被看作和自由相对的奴役,法律毋宁是拯救。”^[28] 洛克更是精辟入理地论述了自由与法律的一致性,他说:

“人的自然自由,就是不受人间任何上级权力的约束,不处在人们的意志或立法权之下,只以自然法作为他的准绳。处在社会中人的自由,就是除经人们同意在国家内所建立的立法权以外,不受其他任何立法权的支配,除了立法机关根据对他的委托所制定的法律以外,不受任何意志的统辖或任何法律的约束。……处在政府之下的人们的自由,应有长期有效的规则作为生活的准绳,这种规则为社会一切成员所共同遵守,并为社会所建立的立法机关所制定。这是在规则未加规定的一切事情上能按照我自己的意志去做的自由,而不是受一个人反复无常的、事前不知道的和武断的意志的支配,如同自然的自由是除了自然法以外不受其他约束那样。”^[29]

洛克认为,自然法统治着的自然状态中,自由、平等和财产都是人们的自然权利,为了避免并补救自然状态的缺陷和种种不便,通过契约人们建立了公民社会,人们联合成国家和置身于政府之下,由政府保护其自由。所以,处在社会中人的自由天然地需要法律。法律为自由而存在,法律与自由一致。对此,洛克进一步地阐述说:

“法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益,它并不在这受法律约束的人们的一般福利范围之外作出规定。假如没有法律他们会更快乐的话,那么法律作为一件无用之物自己就会消灭;而单单为了使我们不致堕下泥坑和悬崖而作的防范,就不应称为限制。所以,不管会引起人们怎样的误解,法律的目的不是废除和限制自由,而是保护和扩大自由。这是因为在一切能够接受法律支配的人类的状态中,哪里没有法律,哪里就没有自由。这是因为自由意味着不受他人的束缚和强暴,而哪里没有法律,哪里就不能有这种自由。但是自由,正如人们告诉我们的,并非人人爱怎样就可怎样的那种自由(当其他任何人的一时高兴可以支配一个人的时候,谁能自由呢?),而是在他所受约束的法律许可范围内,随其所欲地处置或安排他的人身、行动、财富和他的全部财产的那种自由,

[28] 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆 1981 年版,第 276 页。

[29] 前引 [13],洛克书,下篇,第 16 页。

在这个范围内他不受另一个人的任意意志的支配而可以自由地遵循他自己的意志。”^[30]

我不厌其烦地大段引用洛克的文字,是因为我认为这些文字清楚地揭示了自由与法律的一致性,揭示了“自由统治的首要条件是:不是由统治者独断独行,而是由明文规定的法律实行统治,统治者本人也必须遵守法律。我们可以从中得出一个重要结论,即自由和法律之间没有根本性的对立。相反,法律对于自由是必不可少的。当然,法律对个人施加限制,因此它在一个特定的时候和一个特定方面与个人的自由是对立的。但是,法律同样也限制他人随心所欲地处置个人。法律使个人解除了对恣意侵犯和压迫的恐惧,而这确实是整个社会能够获得自由的唯一方法和唯一意义。”^[31]“如果一公民能够做法律所禁止的事情,他就不再有自由了,因为其他公民也会有这个权利。”^[32]超越法律范围的行为,不具有真正自由的性质与价值。马克思有一句概括自由与法律一致性的至理名言,他说:“法典就是人民的圣经。”因为“法律上所承认的自由在一个国家中是以法律的形式存在的。法律不是压制自由的手段,正如重力定律不是阻止运动的手段一样。”^[33]个人自由与法律是如此地一致,以至于可以肯定,正是为了保障自由的需要,把个人自由放在第一位,才可能有民主的法律和真正的法治。

自然状态的假说和社会契约论的思想有着巨大的历史功绩,直到今天仍具有其方法论上的科学价值。但本文不想详尽地评述洛克的法律思想,更不想去评论社会契约论理性假设的利弊得失,我在这里只想说的是,我们不应象过去那样,以自然状态从未真正地出现过,社会契约从未真实地存在过,以自然状态假设和社会契约论思想“反历史性、反科学性”为据,予以简单的否定。实际上,历史事实与社会契约论者的假设正好相反,在产生的时间先后次序上,社会秩序先于个人自由,在个人自由还不存在或者说仅仅是萌芽的时候,社会秩序就广泛存在于世界各国历史之中,社会秩序是所有统治者所追求的价值,而个人自由则不是。前资本主义社会,特别是在远古时代,即使没有刑法、没有成文的刑法、没有公布的成文刑法或者公布的成文刑法含混不清,犯罪也照样得到了惩罚,秩序也得以维护。当然,社会秩序是否真正地稳定,完全是另一回事。所以我认为,惩罚犯罪,维护秩序,表现为社会所固有一种自动防卫机制。个人自由产生以前,法律只不过是维护秩序的工具或手段,统治者可以使用它,也可以随意地废除它或破坏它;可以用它行善,更可以用它做恶;法律的价值往往仅仅在于让统治者的行动在形式上合法,法律赋予统治者完全按其意志行事的无限权力,统治者以所谓的法律的形式表达自己的意志,法律成了少数人压迫多数人或者多数人压迫少数人的暴力工具,统治者的一切行动在统治者自己看来都是“合法”的。但是,法律的作用和意义在个人自由产生以后发生了根本性的变化,法律不再仅仅具有维护秩序的工具价值,更重要的是它还具有了独立的理性品格,个人自由凝固在其中,维护秩序的工具性法律转变为具有自由保障功能的法律,法律以法治的形式运行。法治首先意味着“政府除非实施众所周知的规则以外不得对个人实施强制,所以它构成了对政府机构一切权力的限制,这当然也包括对立法机构的权力的限制。法治是这样一种原则,它关注法律应当是什么,亦即关注具体法律所应当拥有的一般属性。”^[34]这些一般属性或原则,如果不是从保障个人自由的角度出发,就不能被引申出来;如果不是以个人自

[30] 前引[13],洛克书,下篇,第35页以下。

[31] [英]霍布斯:《自由主义》,商务印书馆1996年版,第9页。

[32] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》上册,商务印书馆1961年版,第154页。

[33] 《马克思恩格斯全集》第1卷,第71页。

[34] [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),三联书店1997年版,第190页以下。

由为首位,而以社会秩序为首位,即使引申出来了,也得不到根本保证。如果刑法以社会秩序为第一位的价值选择,那么它就倾向于工具化,而被政府工具性地使用。但是,“企图工具性地使用法律从好的方面说是偶然的,从坏的方面说是危险的。”^[35]

难道运用刑罚惩罚犯罪以保护社会不是刑法的任务吗?保护社会不就是保护社会秩序吗?既然如此,刑法不就是一种(保护社会的)工具吗?我们说:是的。就满足需要的角度,无论是满足社会需要还是满足个人需要,刑法以至于整个法律体系都是一种工具或者说手段。无论是国家还是个人都会工具化地使用刑法,刑法若无工具价值,也是没有存在必要的。但问题是,我们还必须看到,“刑罚”与“刑法”是两个不同的范畴,必须加以区分。“刑法是违法时科以刑罚的法律,因而刑罚的机能也就要包括在刑法的机能之中。但是,刑法以此为前提,还有独自的机能,两者依然应加以区别。”^[36]自古以来,刑罚是一种权力,是达到保护社会秩序之目的的手段、工具,这是毫无疑问的,但刑法却不单是这样一种工具、手段。刑法不仅是用来规定,更重要的是用来限制刑罚的,限制国家刑罚权的随意发动,防止刑罚权的滥用的。刑罚是一种权力,而刑法不是,刑法是用来限制刑罚权力的。从最低层次上讲,刑罚在人类历史早期表现为一种排泄——对其成员的“排泄”。^[37]任何排泄都要受到控制,没有控制的排泄意味着死亡,但是控制并不是排泄的目的。报复、威吓、镇压、保护、教育、感化……,作为刑罚的目的,也要受到控制。从复仇到刑罚,是人类自我约束能力提高的成果,但是,就如同控制不是排泄的目的一样,约束也不是刑罚目的的内容。约束刑罚的力量存在于刑罚之外,刑法之中。刑罚存在于刑法之中,才有可能受到真正的约束。刑罚的根本目的,是为了保护社会秩序,这同时也能成为刑法的目的,但却不是刑法的唯一目的。限制和控制刑罚以保障人权,是刑法另外一个目的,而且是刑法存在的根据。由此看来,社会秩序需要并且始终离不开刑罚以及相类似的强制措施的保护,但并不天然地需要刑法;刑罚保护社会秩序直接或者间接地有利于个人自由,但个人自由更需要刑法的保护和保障,个人自由天然地需要刑法。从这一意义上讲,没有刑法,个人自由是不可想象的。诚如孟德斯鸠所言,个人自由主要依靠良好的刑法。^[38]不以个人自由为优先选择的刑法,就不是真正意义上的刑法。真正意义上的刑法,是以保护和保障个人自由为出发点的刑法,是以限制国家刑罚权力为己任的刑法。

社会秩序具有自发生成的特点,刑法通过行为秩序的控制来达到对结构秩序的保护,刑法难以对社会秩序进行结构性安排,其对社会结构秩序的调控作用是十分有限的。^[39]正如康德所说,法律是“那些能使任何人的任意意志按照普遍的自由法则与他人的任意意志相协调的全部条件的综合。”^[40]刑法的意义主要在于规定个人自由的禁止性条件。无论是立法者还是司法者都很难具体地规定或者确认人类社会的各种具体社会秩序的所有细节,立法者只能规定个人在自由行动时可以形成社会秩序的基本条件,司法者只能根据立法者的规定来确认一个人的行动是符合还是违背有利于社会秩序生成的全部基本条件。社会秩序是个人自由的保证,但更重要的是,社会秩序还是个人自由的一种结果。社会秩序本身并不生产个人自由,相

[35] [德]安·塞德曼:《法律秩序与社会变革》,中国政法大学出版社1992年版,第25页。

[36] [日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,三联书店1991年版,第31页以下。

[37] 参见许章润:《监狱学》,中国人民公安大学出版社1991年版,第51页以下。

[38] 前引[32],孟德斯鸠书,上册,第188页。

[39] 前引[2],拙文。

[40] 转引自[美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第72页。另可参见《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第399页。

反,个人自由可以生成社会秩序。对此,哈耶克曾作过精辟的论述,他指出:“人类活动的有效合作,并不需要某个有权下达命令的人进行刻意的组织。经济学理论的诸多成就中的一项成就,便是解释了市场以什么样的方式促进个人自生自发的活动彼此相适应、相磨合的,当然,其条件乃是存在着人人都知道的对每个个人之控制领域的界定。”^[41] 自然科学的最新研究成果也给了我们同样的启示。量子物理学的研究成果表明,微观粒子的运动遵循的是一种统计规律,每一个粒子的运动是随机的,人们无法确定粒子在每一时刻的精确位置和速度,只能确立粒子运动在某一确定时刻处在某一位置的机率。如果我们试图凭靠我们的力量将每一个个别的粒子置于与其他粒子相互联系的恰当位置,以一种规律或者说秩序的方式运动,那么我们永远也得不到一个有机统一体。我们必须依赖于这样一种事实,即在某些条件下,这些基本粒子会将自己排列进一个具有某些特征的结构之中。“同理,我们能够为社会秩序的类型创造一些条件,但是我们却无力为各种社会要素安排一确定的方式,以使它们在恰当的条件下有序地调适他们自己。从这个意义上讲,立法者的任务并不是建立某种特定的秩序,而只是创造一些条件,在这些条件下,一个有序的安排得以自生自发地建构起来并得以不断地重构。”^[42] 刑法在个人自由与社会秩序之间优先选择个人自由,有助于社会秩序的生成。

个人的一切有目的的活动,都是为了实现自己的利益,此乃万古不变之经验法则。古人曰:“天下熙熙,皆为利来;天下攘攘,皆为利往。”^[43] 夫凡人之情,见利莫能勿就,见害莫能勿避。其商人通贾,倍道兼行,夜以继日,千里而不远者,利在前也。渔人入海,海深万仞就彼逆流,乘危百里,宿夜不出者,利在水也。固利之所在,虽千仞之山,无所不上,深渊之下,无所不入也焉。”^[44] 马克思说:“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”^[45] 人从来都只是为了自己的利益,而不是(也不应该被要求)为了建立某种理想的社会秩序去不知疲倦地忙碌和奔波。个人为了自己的利益与幸福而自由地行动时,不必考虑自己的行为会对社会秩序产生什么样的影响——实际上他往往很难预料到,^[46] 而只需保证自己的行为与刑法的要求一致即可。从这种意义上讲,我们都是法律的奴隶,但不是也不应当是社会秩序的奴隶。人们以公开的、明确的刑法规范作为自己的行为准则,但却不能以至善至美的社会秩序作为自己的目标。所以,个人自由应当受到刑法的限制,但却不是受到预期之社会秩序的控制。试图以预期的至善至美的社会秩序去限制或者调整人们的自由,即使我们集中所有的哲学家、政治学家、经济学家、法学家,也不会真正地解决问题。人们不仅是对于未来,就是对于过去以及眼下世界的知识都是极其有限的,科学的每一重大发现都会解决人们在某一领域或者某一方面的无知,但却总是同时向人们展现一个个更加陌生的无知领域。“人类的知识愈多,那么每一个个人的心智从中所能汲取的知识份额也就愈小。我们的文明程度愈高,那么每一个人对文明运行所依凭的事实亦就一定知之愈少。”^[47] 因此知识没有一个固定的总和,知识不可能掌握在一个人或者政府的手中。如果保持一个人的个人自由,那么他取得的成就往往超过任何理性所设计或者预见的成果。以个人自由为刑法之优先选择有利于个人自由的极大发展,从

[41] 前引[34],哈耶克书(上),第199页。

[42] 前引[34],哈耶克书(上),第201页。

[43] 《史记·货殖列传》

[44] 《管子·禁藏》

[45] 《马克思恩格斯全集》第1卷,第82页。

[46] 当然可以作为伦理道德上的要求,从这一意义上讲,伦理道德的要求要远远地高于法律的要求。

[47] 前引[34],哈耶克书(上),第25页。

而促进社会的精神与物质总财富的极大增加。由此可见,个人自由得到保护与保障,社会秩序也就能得以自动生成并健康发展,社会秩序的自动生成与健康发展又会促使个人自由的不断增长。刑法优先选择个人自由,个人自由与社会秩序将在对立统一之中互动发展;反之,则会导致社会秩序的僵化与个人自由的匮乏。换一个角度说,一个国家如果将社会秩序的稳定置于国家行动的首要目标,甚至于为了秩序的稳定而使个人成为驯服的工具,那么,它将看到,不惜一切代价所求得的稳定的社会秩序,由于为秩序的稳定甚至于超稳定而宁愿放弃生成和发展社会秩序的基本动力——个人自由,结果将是一无所获。

刑法对于个人自由的优先选择,要求刑法所保护的国家利益和社会利益——社会法益能还原为个人利益。“社会法益能还原成保护国民乃至居民的利益,只有它才应受到刑罚法规的保护。”^[48]无论是联合国的有关人权公约,还是各国的一系列宪法性文件都确认了这一原则。《世界人权宣言》第29条第2项规定:“人人在行使他的权利和自由时,只受法律所确定的限制,确定此种限制的唯一目的在于对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重,并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”最早的著名宪法性文件《弗吉尼亚权利法案》宣称:“所有的权利都属于人民,因而也来自人民;长官是他们的受托人与仆人,无论何时都应服从他们。”因此,“政府是为了或者应当是为了人民、国家或社会的共同利益、保障和安全而设立的。”我国宪法第2条规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”抽象地讲,社会国家利益无非是个人利益的一般,是个人的共同利益,任何一种社会利益、国家利益都能够还原为一种个人利益。社会利益和国家利益如果不能还原成个人利益,是不能成为刑法之保护对象的。但是问题并不是如此简单,实际上要复杂的多。法西斯主义曾大言不惭地宣称,其独裁的恐怖统治是为了民族和国家的共同利益。可见,这一问题的妥善解决不仅有赖于个人与社会、自由与秩序之关系的正确解决,更有赖于民主的政治制度。

在个人自由与社会秩序的关系问题上,将个人自由置于第一位,则只要求个人服从于抽象的一般性规则,除了服从法律之外,个人不必做过多的考虑和担心,从而要求国家必须实行罪刑法定原则,要求国家在对人的行为进行干预或强制时“一断于法”,法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。如果我们以社会秩序为第一位,则要求个人在行动时除了依据法律的规定之外,还必须考虑社会秩序的特殊需要,必须考虑自己的行为尽管合乎法律但是并不一定就有利于秩序,因而应当在法律规定之外还要做出更多的自我约束,否则他要承担一定的责任;同理,这要求国家除了根据一般性规则判断人们的行为是否违法以外,还要考虑社会秩序的特殊需要,特殊情况特殊对待。更为具体的、直接的做法就是,尽管法律没有规定某一行为是犯罪,但是为了保护社会秩序的需要,可以对行为人的行为类推定罪量刑。1979年前后,我国在制定刑法典时,人们普遍认为:为了使我们的司法机关能及时有效地同刑法虽无明文规定,但实际上确属危害社会的犯罪行为作斗争,以保卫国家和人民的利益,就必须允许类推。^[49]于是,1979年刑法典规定了类推制度。这一选择,与其说是新中国之社会本位思想的反映,不如说是中华法律文化传统的延续。中国古代曾有过世界各国古代历史所无可比拟的完备的刑律体系,但是罪刑法定主义是典型的舶来品,而没有在中国这块古老的大地上自己生成。清朝末年,罪刑法定原则经由日本从西方传入我国。光绪34年(1908年),风雨飘摇的大清王朝颁布

[48] 前引[36],西原春夫书,第46页。

[49] 参见高铭暄:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第126页。

的《宪法大纲》规定:“臣民非按法律规定,不加以逮捕、监察、处罚。”宣统2年(1910年)《大清新刑律》规定:“法律无正条者,无论何种行为,不为罪。”这一法律移植与中国古代的援引比附传统发生了激烈的冲突。因为中国传统的法律文化追求社会各部分的稳定与和谐,对于社会秩序的追求欲望远远强于对个人自由的追求,对于中国人来讲,实在的法律之上还存在着一种永恒的自然法,听起来过于玄奥,不可理解。因为“中国人不把法律看作是社会生活中来自外来的、绝对的东西,不承认有什么通过神的启示而给予人类的‘较高的法律’……法律从属于道德,它之获得认可,是在于理性,或者说在于那作为道德基础的社会共同生活经验。”^[50]所以,“罪刑法定主义在中国因水土不服而难以生根开花应在情理之中。更何况,罪刑法定主义引入的不仅是一句法律格言,甚至也不仅仅是一套法律规则,而是蕴涵其后的法律观念。”^[51]依据沈家本的考证,断罪无正条,用比附加减之律,定于明而创于隋,清朝承用明律,二百数十年来,遵行勿替。清末刑律改革,议欲废之,难者锋起。^[52]到20世纪末的1997年,修订中华人民共和国刑法典时,虽然要求废除类推的呼声日高,但是主张保留类推的意见——尤其是在司法实务界,也并非式微,否则,类推的存废问题也不至于发生激烈的争论。实际上,人们容易理解约束自由的法定基本条件,而不大可能了解社会秩序内容的全部细节。所以,司法者在一般性规则之外自由裁量,必定存在着罪刑擅断的危险。刑法主要是由一般性刑事禁令构成的法律规则体系,以要求人们不为一定的行为为主,如果允许刑事法庭从社会秩序第一的原则出发,在一般规则之外类推定罪判刑,那么也就是要求公民除了遵循一般性刑事禁令而无所事事之外,还要求公民最好什么都不做,只有这样公民才可能获得安全。可是,如果人们什么都不干,社会秩序还能形成吗?当然,实际上人们不会什么都不做。但是,只要人们做什么,就会在国家为他们设下的刑事险境中战战兢兢,就会在不经意之间堕入国家为他们设下的刑事陷阱。诚如沈家本所言:“以律无明文之事,忽援类推之罚,是何异以机阱杀人也。”^[53]如此,个人自由还能真正存在吗?个人自由不保,社会秩序还能是正义的吗?因此,“在刑事法庭上,只要对刑法的干涉范围究竟如何存在一丝疑问,人们就会要求法庭将个人自由价值观放在第一位。”^[54]人们由此得出结论说,罪刑法定主义对于保障个人自由是至关重要。所以笔者主张,在中国刑法领域,不仅应当将个人自由作为与社会秩序并列的一个基本法律价值,而且应当采取个人自由优先于社会秩序的价值选择。只有这样,罪刑法定原则才能获得真正的生命。否则的话,罪刑法定原则永远不可能在中国刑法中得到真正的确立,罪刑法定原则永远无法获得至高无上的地位。中国人将永远匍伏在缺乏有效制约的刑罚权的权威之下,从而缺乏独立的人格与自由创造的精神,果真不幸如此,社会秩序将倾向于万马齐喑的死序。

刑法以个人自由为优先选择,则可以在一般性抽象规范的范围内,从有利于行为人(被告人)的角度考虑刑法规范的适用,以寻求刑法之原则性与灵活性的统一。例如:刑法禁止类推和类推适用,但是允许有利于被告人的类推解释;刑法禁止事后法,但是允许有利于被告人的事后法(新法)的适用;刑法规范应当明确,尤其是关于罪与非罪以及罪重罪轻的界限必须明

[50] [美]费正清:《美国与中国》,商务印书馆1987年第4版,第86页。

[51] 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第576页。

[52] 沈家本:《历代刑法考》(四),中华书局1985年版,第1807页以下。

[53] 同上书,第1820页。沈家本——一个深刻地体察和醒悟中华法律文化传统的清末著名学者,其对比附类推制度的批判,可谓一语中的。除此之外,沈家本还指出了比附类推制度的另外两个缺陷,即非立宪国之所宜以及刑事裁判难期统一。

[54] 前引[14],彼得·斯坦、约翰·香德书,第177页。

确,但是关于从轻、减轻、免除处罚的规定可以相对含糊一些;这样一来,法官在判决被告人有罪以及对被告人判处较重的刑法时拥有较小的自由裁量权,而在决定从轻、减轻、免除刑罚时则应当拥有较大的自由裁量权。在刑事政策领域,人们日常所说的“少捕、少杀”、“可杀可不杀的不杀”、“可判可不判的不判”、“惩前毖后,治病救人”、“教育、感化、挽救”等等政策和策略,如果在个人自由与社会秩序之间不是优先选择前者的话,那么这些政策基本上是不会起什么作用的,相反,会被一些忽左忽右的政策和做法所冲击甚至于根本否定。现代刑事政策以人道主义为基本内核,如果刑法不以个人自由为优先选择,刑事政策就不可能是人道主义的。就是在一些具体问题的解决上,是优先考虑个人自由还是优先考虑社会秩序,也会有不同的答案。如果优先考虑个人自由,那么公民有权对公务人员的擅权行为、违法行为作出适度的合法的反抗,反之,公民不仅必须忍受不当之立法,还必须忍受专断之行政行为。^[55]所有这些构成了刑法与民法的基本差异。在民法领域,主体平等、权利对等,在个人自由和利益与社会公共利益、公共秩序、社会善良之风俗等发生冲突而民法又无明文规定的情况下,法官需要根据民法的基本原则,结合案件的具体情况,综合判断是个人优先还是社会优先,是侧重于保护公民的个人自由,还是侧重于对其行动自由进行限制。“因此,如果说民法是一个相对开放的规则体系,那么刑法就是一个相对封闭的规则体系。”^[56]在这一意义上,刑法应当是保守的、谦抑的,而不是积极扩张的。以个人自由为优先选择的刑法,才可能是真正具有谦抑精神的刑法。

总而言之,在刑法领域,以个人自由为第一位,自由与秩序处于和谐之中,在对立中获得统一;以社会秩序为第一位,自由与秩序则会由对立发展为严重的对抗,结果是两败俱伤。

Abstract :The relation between individual freedom and social order is unity of opposite , China criminal law must choose individual freedom firstly. Social order is the second choice. If individual freedom is the first choice of China criminal law and social order is the second choice of China criminal law , The relationship between individual freedom and social order is harmonious , otherwise it is opposite , and both individual freedom and social order will be lose.

[55] 具体来说,这样的原则还应当有很多。我们在这里只举其最为重要者,而不是其全部。但应当指出的是,我主张在个人自由与社会秩序之间刑法优先选择个人自由,一方面如前所述,并不是绝对的,例如,在社会整体面临着崩溃的情况之下,在社会处于战争状态之中时,个人自由会受到相当的限制,甚至于被置于社会秩序之下;另一方面,还需要考虑个人自由与社会秩序这对范畴同正义原则与功利目的这对范畴之间的更为复杂的关系,鉴于刑法的正义与功利问题,是另外一对重要的、复杂的价值范畴,我将另外撰文阐述这一问题。

[56] 前引[51],陈兴良书,第541页。