



#### 论文精粹

[> 法学理论](#)[> 部门法哲学](#)[> 学术书评](#)[> 法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)[> 论文精粹](#) 

## 苏彩霞：刑法价值判断的实体性论证规则

admin 发表于：2009-09-14 10:51 点击：517

**摘要：**价值判断是刑法问题的核心。两项实体性论证规则为刑法价值判断的合理实现提供最低限度的保证，它们分别是：只有在足够充分且正当的理由的情形下，才能对刑法进行扩张解释；没有足够充分且正当的理由，应当坚持强势意义上的平等对待。以实体性论证规则为前提，经由妥当的论证程序，运用妥当的论证方法，方能合理实现刑法问题的价值判断。

**关键词：**价值判断，实体性论证规则，罪刑法定原则，平等原则

### 一、问题意识与研究进路

价值判断，是指“判断主体根据价值主体的需要，衡量价值客体是否满足价值主体的需要，以及在多大程度上，满足价值主体需要的一种判断。”[1]价值判断是整个刑法问题的核心，法官的利益衡量、目的考量与价值评价贯穿刑法问题始终。[2]刑法问题集中体现在行为定性和刑罚裁量。在行为定性阶段，除犯罪构成符合性判断以价值判断为核心外[3]，实行行为的认定、不作为犯作为义务来源的判断、犯罪停止形态辨析、共犯与正犯的区分、一罪与数罪的辨别，等等，都端赖法官的价值判断。在刑罚裁量阶段，罪责刑相适应原则本质上就要求，法官首先对行为之“罪”与行为人之“危险”做一个合理的价值判断，然后运用价值判断裁量一个相称的刑罚。诸多刑罚制度端赖法官价值判断才能适用。如，法定的“可以型”量刑情节要求法官根据案情做出“可以还是不可以”的从宽量刑，多功能的量刑情节要求法官选择是从轻处罚还是减轻处罚或者免除处罚，量刑缓刑要求法官首先判断对犯罪人适用缓刑“是否不致再危害社会”，适用死缓要求法官判断被判死刑的被告人“不是必须立即执行的”，裁定假释也需要法官断定有条件的提前释放“是否不致再危害社会”，这一切都是法官价值判断、利益衡量、目的选择的过程。

根据价值判断是否带有明确的规范、命令性质，价值判断可以分为评价性价值判断和规范性价值判断。评价性价值判断主要在于断定价值客体对价值主体的意义，规范性价值判断就是“依据一般有效规范对一种事实行为所作的应当是这样或不应当是这样的判断”[4]。可见，刑法中的价值判断属于规范性价值判断。

正如价值概念本身的观念性、多义性、主体性一样，价值判断也具有主体性，不同的主体由于生活经历、教育背景、利益关系以及个人喜恶等等的不同，价值取向往往各异。同一问题的价值判断极难达成共识，讨论者难免“自说自话”。一方面，“讨论者面对无穷追问，难免流于如下三种命运：一是无穷地递归，以至于无法确立任何讨论的根基；二是相互支持的论点之间进行循环论证；三是在某个主观选择的点上断然终止讨论的过程，例如通过宗教信条、政治意识形态或其他方式的‘教义’来结束论证的链条”[5]；另一方面，“这里（指价值判断——引者注）也存在着各种危险。法官能成功地让法律的各种评价富有生机吗？他不会让他个人的各种评价取而代之吗？在这里——换言之——难道不是法官等级的思想意识的突破口吗？谁也无法否定这些危险。”[6]正因如此，自19世纪以来，实证主义法学就试图让普遍的法学理论“放弃一切‘形而上学’的学说，尤其是放弃自然法的理论”，而且“只要可能，就排除价值问题”，他们认为“一切价值判断最终都建立在主观的和非理性的感觉之上”。[7]

然而，刑法作为其他法律的保障法，承担着保护社会和保障人权的双重使命。立法者对犯罪圈的划定、具体犯罪构成要件的设定，司法者对行为的定性和刑罚的裁量，学者们对刑法问题的讨论，都建立在价值判断的基础上。问题的关键不在于排除刑法问题的价值判断，而在于如何作出相对合理的价值判断。只有“（被认为是可信赖的）价值判断，也就是”价值秩序“的存在”，“人们才获得了行为安定性”。[8]如何合理实现刑法问题的价值判断？换言之，“如何能够运用理性来讨论价值判断问题，以避免现实主义法学家罗斯（Alf Ross）不留情面的嘲讽——祈求正义就象嘭嘭地敲击桌面一样，是一种试图把自己的要求变成先决条件的情感表达方式。”[9]

作为程序的法律论证理论从技术上、程序上为价值判断的合理实现作出了有益的尝试。哈贝马斯探讨通过“理性的论辩”来达致一种具有真理和正当基础的合意，这种理性的论辩在一种“理想的对话情境”中进行：所有论辩参与者机会均等、言论自由、没有特权、真诚、不受强迫。[10]法律论证理论的代表人物阿列克西（Robert Alexy）认为，只要遵守了一定的讨论（论辩）规则和形式，那么规范性命题就可以按照理性的方式来加以证立，讨论的结论就可以称为理性的结论。[11]现代刑事诉讼程序中平等的抗辩制、无罪推定原则、科学的证据法则等程序规则，为刑法价值判断的合理性作出了程序上、技术上的贡献。然而，除此之外，当人们就某个实体性刑法问题进行具体价值判断前，必须具有哪些最低限度的价值共识呢、需要遵循何种标准呢？人们在主张自己的判断结论时，如何进行实体上的论证呢？这正是刑法价值判断的实体性论证规则所要解决的问题。仅仅只有程序性论证规则，缺乏关于判断标准的基本共识，人们就刑法问题的价值判断永远只能是自说自话、无法达成合理的合意。正因如此，考夫曼指出“规范领域中所产生的真理（正当性）并不单单通过程序产生”，“以为内容只能出自形式即程序的人，实际上是自欺欺人”。[12]

基于此，笔者认为，刑法中的价值判断不可能象自然科学的事实命题或真或假，它只有是否合理、合目的之分，合理的刑法价值判断难于单一地从实质上或程序上加以实现，只有基于以实体上最低限度价值共识为内容的实体论证规则，遵循科学、合理的程序性论证规则和形式，运用妥当的论证方法，由此形成的合意才尽可能达致合理、正当，合理的刑法价值判断才可能得以实现。民法学界早有学者针对民法价值判断问题较深入地探讨了民法价值判断的实体性论证规则[13]，而在我国刑法学界，人们对于犯罪构成符合性判断及其他刑法判断的价值属性尚存疑虑，更鲜见有著述探讨如何从实体上、程序上来保障合理的刑法价值判断。本文力图从刑法的基本原则出发，提出刑法价值判断问题的二项实体性论证规则，并阐明与其相对应的论证负担规则。

## 二、二项实体性论证规则

### （一）只有在足够充分且正当理由的情况下，才能对刑法进行扩张解释

第一项实体性论证规则与作为刑法基本原则的罪刑法定原则有关。《刑法》第3条规定：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。罪刑法定原则集中地反映了刑法的精髓，是市民刑法区别于政治刑法的根本标志。刑法诸基本原则中，罪刑法定原则是刑法的最基础、最重要原则。离开了罪刑法定原则，刑法的人权保障机能无从体现，也就无所谓近现代刑法。

近代刑法受实证主义法学的影响，认为立法者制定的刑法应当是完备无遗、明确无误的，只允许对刑法进行语法—逻辑的解释。“丝毫不得允许自己对法律的清楚而明确的规定，根据某种所谓的哲学推论，或者借口某种从法律的目的和意图所引申的解释，不得有最微不足道的、真正的偏差，违者将失去朕的宠爱和受到严厉的惩罚。”[14]即使如此开明的费尔巴哈（Feuerbach）也要求从禁止对他负责起草的1813年巴伐利亚刑法典做刑法的解释，理由就在于法治国的缘故：权力分立！法官应该受到“严格的、赤裸的法律文义”的拘束，“他的工作无非只是将现有的案件与法律文字作比较，不必考虑法律的意义与精神，当字义是诅咒时，就诅咒，是赦罪时，就赦罪。”[15]可见，近代刑法的罪刑法定原则是严格的、形式的罪刑法定，不但禁止类推解释，准确的说，它只允许将法官拘束在严格的、赤裸的法律语法—逻辑里，完全不允许对刑法进行根据立法目的的扩张解释或者其他论理解释。

20世纪以来，人类社会生活发生了深刻的变化，第一、二次世界大战使战后的人们深刻认识到，仅有形式的法治、形式的罪刑法定不足以实现人权的真正保障与正义的实质实现。“法律安定性的要求，即使在法治国中，也绝不可能以几乎毫无漏洞的实证立法全然予以实现”，“始终必须保留给司法对概括条款的裁量空间和价值补充空间”。[16]现代刑法不仅要求实现形式正义，而且要求刑法实质正义、合理目的的实现。严格、形式的罪刑法定走向松动、实质的罪刑法定，表现在刑法解释上：一方面，仍非常重视语法的一逻辑的解释，不利于被告人的类推解释依然禁止；另一方面，以立法目的为指导的扩张解释等论理解释方法也频频运用。

尽管刑法理论认为扩张解释仍是在文字的字面含义的界限内进行的，不违背国民的预测可能性，但它毕竟是对用语含义作较通常含义更为宽泛的扩张，扩张解释的结果往往使犯罪圈扩大。有时候，扩张解释与类推解释如此难以区分，以致于同一个解释有人认为是扩张解释，有人认为属应予禁止的类推解释。如，当年德国法官认为电能不是1870年《德国刑法典》所指的财物，如果将盗窃电能解释为盗窃罪，就是罪刑法定所禁止的类推解释；而法国和日本法院则认为电能虽然是一种无形财产，但与有形财产一样具有价值，可以被他人占有和使用，因而也是刑法保护的财产，将盗窃电能解释为刑法所禁止的盗窃罪仍然是罪刑法定所许可的扩张解释。[17]而且，为保护法益，人们总有借扩张解释之名行类推解释之实的倾向。如，意大利司法实践便“倾向于将那些看来更像类推解释的做法视为合理的扩张解释”，“在需要维护某种利益时，只要侵犯这种利益的行为与法律规定的行为实质上相似，都可能发生这种情况；但由于禁止类推，人们就尽力地（如果说不是直接玩弄诡计的话）把一切类推性适用都往扩张解释里塞”。[18]在日本，法官在面临一些具体案件时，为了获得具体的妥当性，而不得不出法律用语的可能文义适用刑法。[19]例如，日本《卖淫防止法》第12条规定：“使他人居住在自己占有、管理或指定的场所，从事卖淫，并从中获利的”，构成犯罪。身为旅馆经营者的被告人，雇佣“业余卖淫”的6名女子，让她们夜间（至次日凌晨3时左右）在旅馆的一室集合应召，其中不许擅自外出，如有客人则让她们到另外的房间陪宿，然后从嫖客支付的对价中取得金钱。本案的一、二审判决及最高裁判所的判决均认定被告人的行为符合上述第12条的规定。[20]由上可见，行为处罚的必要性越高，人们就越倾向于作扩大解释，甚至于“把类推性适用都往扩张解释里塞”。西方国家的“法官都在不违反民主主义和预测可能性原理的前提下，进行扩大解释（其中实质上包含了类推解释）”[21]。

然而，西方国家“倾向于将更像类推解释的做法视为合理的扩张解释”的司法实践，是与其浸淫已久的法治传统、高素质的法官队伍、人权保障观念的深入人心和发达的诉讼程序相适应的。这些特点保证了法官扩大解释刑法时，不至于走得太远致侵犯人权之虞。所以说，西方国家的法治发展已经走到了形式理性弱化、实质价值强化的阶段，越来越重视实质侧面，在实质侧面与形式侧面相冲突时，以实质侧面优先。[22]我国属于后发型的以法治建设为当下使命的国家，沉积千年的人治传统、不太健全的诉讼体制、人权观念的刚刚兴起等实际国情决定了，我国当前仍必须以形式法治第一、实质法治第二为法治建设目标，罪刑法定仍应是形式侧面第一、实质侧面第二的罪刑法定。[23]

进一步引申，虽然目的性扩张解释是现代罪刑法定原则允许的解释方法，但由于比文字通常含义更宽泛的扩大解释导致的结果是入罪，而一个解释竟属合理的扩张解释或禁止的类推解释的争议如此之大，所以运用扩张解释应当特别慎重。质言之，扩张解释严格使用与宽泛使用之争，实则是公民个人自由价值与社会秩序价值何者优位的问题。法治传统、健全的诉讼体制、高素质的司法队伍，使西方国家能够在保障人权的基础上注重社会秩序的维护，所以他们的扩大解释使用范围宽泛。而我国当前现状则应更加彰显公民个人自由的保障，宽泛使用扩大解释易致侵犯人权。

由此产生了刑法价值判断问题的一项实体性论证规则：只有在足够充分且正当理由的情况下，才能进行扩张解释。该规则对应着一项论证负担规则：即从罪刑法定出发认为系争案件在字面含义之外而主张无罪的讨论者，只要证明案件不在文字“平义”之内即可；而对于扩张解释论者，鉴于上述我国当前的法治国情和扩张解释的特点，应该科以更多的论证负担，即不但必须积极证明采扩张解释有足够充分且正当的理由，还必须有效反驳主张无罪论者提出的理由。

按照实体论证规则承担扩张解释论证责任的讨论者，需要兼具实质上的正当性和形式的正当性，方可构成足够充分且正当的理由。

这种实质上的正当性是指，主张扩张解释的讨论者必须证明：（1）行为的处罚必要性。“解释的实质的容许范围，与实质的正当性（处罚的必要性）成正比，与法文通常含义的距离成反比。”[24]行为的处罚必要性通过以下两个方面衡量，一是行为的社会危害程度，二是该行为的常发性。行为社会危害程度越高，就说明其处罚必要性越高，作出扩张解释的可能性就越大；该类行为还应是常发性的，常发性越高的危害行为，处罚的必要性越高。前者源于犯罪是应当追究刑事责任的社会危害性行为这一基本认识，社会危害程度越高，其作为犯罪处罚的理由就越充分、正当。后者源于“法律不应理会稀罕之事”的法律格言，法律作为普遍适用的规范，要求适用的对象具有普遍性或普遍的可能性，一个行为虽具有社会危害性，但如若极其罕见，也不必将其作为犯罪处理。（2）解释的结论在文字可能具有的含义里，没有违背国民的预测可能性。法律用语总是具有“概念核”与“概念晕”[25]，法律用语的含义从明确的概念核向模糊的概念晕扩散。判断解释结论是否超出文字可能具有的含义、是否违背国民预测可能性，单靠翻字典是不行的，而应结合社会现实的变化和一般人的接受程度。文字的通常含义虽然确定，但与之有关的社会现象有新的发展，而且这种

新现象不断增多，那么将这种现象解释进来就没有超出文字可能具有的含义。“当解释结论被一般人接受时，就说明没有超出一般人预测可能性的范围；当一般人对某种解释结论大吃一惊时，常常表明超出了一般人预测可能性的范围。”[26] 社会现实的变化与一般人的接受程度是相关的，某种新现象出现越多，将这种新现象解释在用语含义内就越易被人接受。

这种形式上的正当性，是指承担论证责任的扩张解释论者确实能够证明，采扩张解释，符合刑法体系逻辑和谐、一致的要求，且不违背类似问题应该得到类似处理的法治原则。[27] “扩大解释的结论，必须与刑法的相关条文以及刑法的整体精神相协调。当扩大解释与相关条文发生冲突，与刑法的整体精神相矛盾时，很容易形成类推解释。”[28] 如，《刑法》刑法第236条规定了强奸罪，刑法第237条规定了强制猥亵、侮辱妇女罪与猥亵儿童罪，故强奸罪只限于性交行为。同时第241条第2款规定，收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照强奸罪定罪处罚。这里“发生性关系”的通常含义是发生性交，但日常生活中也常对其扩大理解为包括性交以外的性关系。如若将刑法第241条的“发生性关系”扩大理解为包括性交以外的性关系，就与第236条强奸罪和第237条强制猥亵侮辱妇女罪的规定矛盾，违背了刑法体系逻辑和谐、一致的要求，“应视为类推解释不被允许”[29]。

下面以一个具体问题的价值判断来展示上述论证规则的运用。2004年2月，江苏省首例组织同性卖淫案尘埃落定，被告被以组织卖淫罪判处有期徒刑8年，罚金人民币6万元。经查明，自2003年1月以来，被告多次伙同他人采取张贴广告、登报招聘的手段，招募和组织多名男青年在其经营的酒吧，与男性消费者从事同性卖淫活动，已查明他7次组织卖淫活动，从中牟利12.47万元。此案引起了广泛的社会关注和讨论。[30] 被告组织同性卖淫的行为到底是否属于《刑法》第358条的组织卖淫罪？换言之，组织卖淫罪的含义包括组织同性卖淫吗？

对于这一问题有两种截然对立的意见：一种观点主张，被告人组织同性卖淫的行为在刑法中没有规定，组织卖淫罪不包括组织同性卖淫，将被告定罪违背了罪刑法定原则[31]；另一种观点主张，组织卖淫罪在现实中虽常表现为组织异性卖淫，但组织同性卖淫也应包括在内，将组织同性卖淫解释在组织卖淫罪属于合理的扩张解释，不违背罪刑法定原则[32]。不难看出，面对同一价值判断问题，两种对立的观点反映了两种不同的立场：前者坚持严格、形式的罪刑法定，认为将本案定罪属于刑法禁止的类推解释；后者从实质的罪刑法定出发，认为该案定罪属于合理的扩张解释。依据前述第一项实体论证规则及论证负担规则，主张组织卖淫罪可以扩张解释包括组织同性卖淫的论者，应该承担相应的论证责任。他们不但要证明存在足够充分且正当的理由采用扩张解释，还要对从严格罪刑法定原则出发主张无罪者提出的理由提出有效反驳。

主张无罪说论者的理由有：（1）解释法律首先应遵守语词规则，即只能按照日常用语的含义来解释法律，不能跳过语词规则来追求立法精神。据《现代汉语大词典》“卖淫指妇女出卖肉体”。可见，组织卖淫罪仅指组织妇女卖淫。（2）从社会学的视角和比较视角，说明同性性行为在国际上经历了非罪化的过程，“即使男男性行为有社会危害性，一则因它发生的概率很低，二则因它没有被害人”，本案被告（李宁）的行为没有对具体的人造成危害，仅仅因为道德上的理由而处罚他，没有合理性。[33]

按照上述论证规则和论证负担，如主张对组织卖淫罪扩大解释，就应具体论证如下：

第一，将组织卖淫罪扩大解释到包括组织同性间的卖淫行为，具有实质的正当性。一方面，组织同性卖淫行为社会危害性严重，且并非稀罕之事，具有相当的处罚必要性。首先，组织卖淫罪规定在破坏社会秩序罪，其侵犯的客体是良好的社会风尚。组织同性卖淫，组织者从中获利，其组织行为破坏了社会良好风尚，社会危害性达到了应追究刑事责任的程度。其次，组织同性卖淫行为在当今社会，具有常发性或常发的可能性，并非法律不予理会的稀罕之事。从既往报道的情况看，已经有不少组织、介绍同性卖淫的案件发生，如1998年四川成都全国首例“红蝙蝠茶屋”涉嫌组织、容留男性进行同性性交易案、2003年7月上海王某组织同性卖淫案、2003年12月长春那某等三人涉嫌组织同性卖淫案、2004年上海邵某介绍同性卖淫案。[34] 从社会现实看，同性恋现象在我国不但存在，而且有增多趋势，说明组织同性卖淫的市场需要增加，一定程度上就刺激了组织同性卖淫行为的发生。另一方面，将组织同性卖淫扩张解释进组织卖淫罪里，没有超出用语的可能含义，不违背国民的预测可能性。卖淫的本质就是以金钱或财物交换为前提而进行的性服务。卖淫传统上常表现为女性向男性出卖肉体，《现代汉语大词典》将卖淫解释为妇女出卖肉体，原因也在此。但语词的含义并非固定不变的，妇女出卖肉体固然是卖淫的“概念核”，但社会现实的变化可使语词的“概念核”扩散至以金钱或财物为前提而进行的性服务，它包括女性向男性出卖肉体，也包括男性向女性出卖肉体，还包括同性之间出卖肉体。否定论者形式地认为卖淫是妇女向男性出卖肉体，果如此，难道认为以金钱为前提男性向女性提供性服务也不属于卖淫？现代

社会里为金钱或财物男性向女性提供性服务或同性之间提供性服务现象逐渐增多，社会民众对此早有了解，因而对组织卖淫罪扩张解释为包括组织同性卖淫能为一般百姓接受，没有超出国民的预测可能性。

第二，对组织卖淫罪采取扩大解释，完全符合立法者设置组织卖淫罪的立法目的，满足刑法体系逻辑和谐、一致的要求。立法者设置组织卖淫罪的目的是以保护社会风化和公序良俗。只要是以财物或金钱为前提的性服务，无论发生在同性之间或异性之间，都侵犯了人类的性情感，破坏了社会风化和公序良俗。组织卖淫罪、强迫卖淫罪、协助组织卖淫罪、引诱、容留、介绍卖淫罪都规定的是“他人”，一般来说当犯罪只限于特定对象时犯罪构成要件应予以明示，如引诱幼女卖淫罪的犯罪对象明确限定为幼女，这也说明将组织同性卖淫行为解释进来，不与刑法的其他条文矛盾。既然对组织卖淫罪扩大解释，符合立法的整体目的，满足刑法体系逻辑和谐一致的要求，能做到相似情况相似处理，所以具有形式的正当性。

第三，反对论者从社会学角度、比较角度说明同性恋行为在国际上的非罪化过程，来主张组织同性卖淫行为没有社会危害性，犯了偷换对象的错误。组织卖淫罪并非要处罚卖淫者，处罚的是组织者，卖淫行为（包括同性卖淫行为）不具有可罚的社会危害性，但组织卖淫行为具有相当的社会危害性，所以刑法才规定组织卖淫罪。以同性恋行为、同性卖淫行为的无害性、自愿性来说明组织同性卖淫行为的无害性，不应作犯罪处罚，逻辑上偷换了论证对象。

综上，主张对组织卖淫罪扩张解释的论证理由具有实质和形式的正当性，理由充分而且正当，并有效地反驳了反对者的理由，籍此得出结论：应当将组织卖淫罪扩大解释为包括组织异性之间卖淫和组织同性之间卖淫。

## （二）在没有足够充分且正当理由的情况下，应当坚持强式意义上的平等对待

第二项实体性论证规则与作为刑法基本原则的平等原则有关。《刑法》第4条规定，对任何人犯罪，在适用法律上平等。刑法面前人人平等原则是法律面前人人平等这一宪法原则在刑法领域的体现，是刑法的基础原则，是实现刑法公平、正义的保证。

在阶段上，刑法平等原则体现为刑事立法平等和刑事司法平等。前者指立法者应平等保护所有公民的法益，不因个体身份的不同有所差异；后者指法官应平等地应对公民定罪量刑，做到相似情况相似处理，不因个体身份而定罪量刑殊异。刑事立法上的平等是刑事司法平等的前提，只有做到了刑事立法上的平等，刑事司法平等才有意义。在内涵上，刑法平等既包括公民的法益平等地受到刑法保护，还包括人人都没有超越刑法之上的特权，触犯刑法的人平等地受到定罪处罚。刑法平等原则是正义对刑法的要求，不平等的刑法肯定非正义。“政治立法者所通过的规范、法官所承认的法律，是通过这样一个事实来证明其合理性的：法律的承受者是被当作一个法律主体共同体的自由和平等的成员来对待的，简言之：在保护权利主体人格完整性的同时，对他们加以平等对待。”[35]

刑法调整国家与公民之间的关系，如何平等地保护公民的法益和如何平等地追究触犯刑法公民的刑事责任是发挥刑法功能的关键。在分配利益和负担的语境中可以有两种意义上的平等对待：一种是强式意义上的平等对待，它要求每一个人都被视为“同样的人”，使每一个参与分配的人都能够在利益或负担方面分得平等的“份额”，因此尽可能避免对人群进行分类；另一种是弱式意义上的平等对待，它要求按照一定的标准对人群进行分类，被归入同一类别或范畴的人才应当得到平等的“份额”。[36]

近代刑法更重视强式意义上的平等。近代刑法产生于欧洲针对中世纪封建特权、僧侣特权的资产阶级大革命中，启蒙思想家提出的“人生而平等”的口号唤起了无数民众的革命热情和理想憧憬。在“人生而平等”思想的映照下，刑事古典学派首先假定一切人都是平等的、意志自由的理性人，一切自然人都被看作抽象意义上的意志自由者。既然一切行为人都平等的意志自由的理性人，古典学派关注的目光只投向行为。不问行为人如何，只对同样行为赋予同样法律效果的立法和司法。当然，近代刑法的平等原则也非常有限地包括弱式意义上的平等对待，主要体现为根据自然人的年龄和精神、智力状况区分不同的刑事责任能力，并给予不同对待。

从19世纪末开始，社会贫富状况加剧、矛盾突出，犯罪率与再犯率上升，西方国家逐渐进入资本主义后期，社会连带责任增强。在此背景下，现代刑法在侧重强式意义上的平等原则同时，增加了对弱式意义上平等对待的重视。刑事实证学派将关注的目光投向行为人，他们不仅关注行为，更关注行为人。行为人不再是抽象的理性人，行为人的性格特征

得到重视。行为人不仅被根据年龄、智力划分为完全刑事责任能力和无刑事责任能力的人，而且根据其人身危险性划分为累犯和初犯、自首犯和非自首犯、适合缓刑犯和不适合缓刑犯，并被设置相应的法律规则。我国刑法中的平等原则就属于现代刑法的平等原则，它既坚持强式意义上的平等对待，强调公民抽象的人格平等，又在特定情况下兼顾弱式意义上的平等对待，根据一定标准划分行为人为人，并给予相应的规则。

然而，强式意义上的平等对待应该是所有法律平等原则的核心，离开了“人人生而平等”的假定，近现代法律将无所依存。刑法同样如此。刑法上抽象、普遍、平等的人的假设，是近现代刑法能被称作“近现代”的基石。弱式意义上的平等只能是刑法上强式意义平等的例外。换言之，只有当坚持强式平等会带来重大不良后果，如损害了某一重要利益时，才能采取弱式平等。如，现代刑法对未成年犯采取的从宽处遇，就是基于如果对未成年犯采取与成年犯同等处遇的强式平等，会损害未成年人这一特殊群体的重大利益、不利于未成年人健康成长的考虑。基于此，产生了刑法价值判断问题的一项实体性论证规则：没有足够充分且正当的理由，应当坚持强式意义上的平等对待。〔37〕该规则也对应一项论证规则：即主张在具体刑法价值判断问题上采弱式意义上平等对待的论者，不仅要证明有充分且正当的理由而无须贯彻强式意义的刑法平等对待，而且能有效反驳主张强式意义刑法平等对待的论者提出的理由。这里，所谓充分且正当的理由，也应包括实质的正当性和形式的正当性。实质的正当性是指，论者必须能够证明，如果不采弱式意义的平等对待，将会损害某一更重要的利益，或者将使法益的冲突进一步加剧，处于弱者的一方无法得到充分有效的保护。所谓的形式正当性，与第一项实体性论证规则相同。

20世纪90年代，刑法理论界和实务界曾对经济领域、科技领域的“能人犯罪”问题争论一时，存在两种不同的意见：一种观点认为，能人往往是经济领域、科技领域等具有突出才能、作出杰出贡献的人，对能人犯罪定罪时应相当慎重，量刑时应从宽，有人甚至提出了确定能人的标准和审批程序。〔38〕另一种观点认为，能人固然有突出贡献，但其如果犯罪，与普通人的犯罪无须差别对待，除非具有法律上的情形否则不得从宽定罪处罚。〔39〕前者主张弱式意义上的平等对待，后者主张强式意义上的平等对待，不同的平等主张不仅影响到公民的利益安排，甚至会进一步影响到经济发展。这一问题属于典型的价值判断问题。下面结合这一问题展示上述论证规则和证明责任的运用。

在当时，东南沿海有的司法机关对一些犯罪的能人，有的暂不予拘留、逮捕关押，有的不予起诉或免于起诉，让其在适当岗位继续原有工作，戴罪立功。〔40〕主张对能人犯罪从宽处罚的论者提出，能人是在经济领域、科技领域具有杰出才能、作出突出贡献的人，在定罪量刑时如不从宽对待，既损伤能人的积极性，又由于能人的稀缺性使相关经济领域、厂矿企业蒙受损失。换言之，根据上述论证负担原则，主张对犯罪的能人采取弱式平等的论者，必须证明如果对能人犯罪采取强式平等，会损害更重大的利益——国家的经济发展。即，必须有实际证据证明，对犯罪的能人采弱式平等对待是为了维护和促进国家利益和社会公共利益，如不采取弱式平等对待就会损害经济发展与社会公共利益。时至今日，论者既未能提出事实证据来证明该事实判断命题，也未能找出诸如刑事责任能力有限、人格特性等可致弱式平等对待的法律理由。

相反，主张对犯罪能人不应从宽处罚的论者提出了不少有力的论证，支持在这一价值判断问题上贯彻强式意义的平等对待。主要理由有：第一，对犯罪能人从宽处罚，必须具有刑法上的依据。刑法规定了不少从宽量刑的法定情节，例如未成年犯、未遂犯（预备犯、中止犯）、自首犯、防卫过当、避险过当等；司法实践中也总结出一些酌定从宽的情节，如主观恶性较小、认罪悔过态度好、积极退赃等。刑法通过这些规定，已经体现了对不同犯罪情节、不同人格特性的犯罪人的差别对待。因而，犯罪能人是否从宽处罚，关键看他是否具备法定或酌定的从宽量刑情节，而不是他的“能人”身份。如仅因诸如“能人”、“功臣”这些法外的身份影响量刑，是刑法平等原则的倒退。第二，犯罪的能人固然在某些特定领域作出了较大的贡献，表面上看不对其从宽处罚（如允许对其免于起诉、缓刑）可能损害一些经济利益（所谓“处罚一个人搞垮一个厂”的说法），但更实质层面上看，这些能人之所以在经济领域比较活跃作出了经济贡献，是因为他们破坏了市场经济的活动规则，损害了市场经济公平有序的经济秩序。即，犯罪能人是以损害市场经济秩序和社会公共利益来促进了某一厂矿企业、部门行业的发展。所以，不对犯罪能人从宽处罚，表面上暂时有损某一厂矿、公司、部门行业的利益，但却更长远地维护了公平有序、诚实有信的市场秩序。第三，坚持强式意义上的平等对待，对所有市场主体不做类型区分的一体对待，是世界贸易组织规则的要求。中国加入了世界贸易组织，应该遵循世界贸易组织规则的要求。仅因犯罪能人的能人身份，采用与其他市场主体不同的刑法调整规则，明显不妥。

综上，在能人犯罪能否从宽处罚这一价值判断的问题上，主张弱式意义平等对待的论者既未能提出自己足够充分且正当的理由证明无需坚持强式平等，又未能有效反驳坚持强式意义平等对待论者提出的理由。按照上述实体性论证规则和论证负担原理，主张弱式意义平等对待的价值判断不具有合理性、正当性，由此可得出结论：能人犯罪不应从宽处

罚，特定问题的刑法价值判断因而得以合理实现。

### 三、余论

如前所述，价值判断是整个刑法问题的核心。刑法学者不应将刑法问题的价值判断属性视而不见或予以排除，如何保证刑法问题价值判断的合理实现才应是刑法学者孜孜以求的目标。本文虽然提出了刑法价值判断合理实现的两项实体论证规则，充其量只是提供了最低限度的途径与保证：它一方面避免人们“有关价值判断问题的讨论成为自说自话的领域，成为纯粹的个人情感、个人偏好的宣泄和表达”，另一方面它以人们最低限度的价值共识为基础，“提供了一个大致相互理解，进而寻求新的价值共识的平台”[41]。因而，光有实体性论证规则不足以保证刑法问题价值判断的合理实现。必须以合理的实体性论证规则为前提，经由合理的程序性论证规则、运用妥当的法律推理方法，方能实现刑法问题的合理价值判断。限于篇幅，关于刑法价值判断合理实现的程序性论证规则及法律论证方法，容笔者另文探讨。

#### 参考文献：

[1] 卓泽渊：《法的价值论》，法律出版社1999年版，第616页。

[2] 基于此，实质的刑法解释立场应当贯穿刑法问题的始终，因为实质的解释立场立足于刑法问题的价值判断属性而主张对刑法问题采取实质的、价值的评价与解释。参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第95—152页；齐文远等：《以单位名义、为单位利益实施盗窃是否构成犯罪》，《人民检察》2006年第4期（上）；苏彩霞：《实质的刑法解释论之确立与展开》，《法学研究》2007年第2期。

[3] 参见齐文远、苏彩霞：《犯罪构成符合性判断价值属性辩正》，《法律科学》2008年第1期。

[4] 黎丽：《价值判断之于法官》，《法学》2003年第6期。

[5] [德] 罗伯特·阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，代译序（走出“明希豪森困境”），中国法制出版社2002年版，第1—2页。

[6] [德] H·科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2002年版，第221页。

[7] [德] H·科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2002年版，第54页。

[8] [德] 魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第52页。

[9] 王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则》，《中国社会科学》2004年第6期。在民法学界，王轶教授对民法问题的价值判断属性及民法价值判断的合理实现有较深刻、详细的论述。

[10] [德] 阿图尔·考夫曼：《后现代法哲学》，米健译，法律出版社2000年版，第38页。

[11] 参见颜厥安：《法、理性与论证——Robert Alexy的法律论证理论》，《政大法律评论》总第25期。

[12] [德] 阿图尔·考夫曼：《后现代法哲学》，米健译，法律出版社2000年版，第39页、第40页。

[13] 王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则》，《中国社会科学》2004年第6期。

[14] [德] H·科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2002年版，第184页。

[15] [德] 考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第72—73页。

[16] [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第275—276页。

[17] 参见 [法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第143页。

[18] [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第32页。

[19] 参见 [日] 西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》，法律出版社、成文堂1997年版，第119页以下。

[20] 参见日本最高裁判所1967年9月19日判决，载《最高裁判所刑事判例集》第21卷第7号，1985页；转引自张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第124页。

[21] 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第122页。

[22] 参见高鸿钧等：《法治：理念与制度》，中国政法大学出版社2002年版，第645页。

[23] 事实上，在当代法治国实践中，已没有哪个国家是单纯的形式法治国或单纯的实质法治国、没有哪个国家的罪刑法定原则是单纯形式的罪刑法定或单纯实质的罪刑法定，当代所有法治国家或正在实现法治使命的国家都强调二者的统一，不同仅在于侧重点稍稍不同。历史证明，偏执一方最终只会损害法治，走向法治的反面。参见苏彩霞：《实质的刑法解释论之确立与展开》，《法学研究》2007年第2期。

[24] [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会1998年第3版，第85页；转引自张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第18页。

[25] [德] 阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第274页。

[26] 张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第19页。

[27] 民法学者在论证民法价值判断问题的实体规则时，提出了体系强制概念。所谓体系强制，指民法制度体系构造应力求系于一体，力求实现一致性和贯彻性，具体问题的价值判断不应违背体系一致性。参见王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则》，《中国社会科学》2004年第6期。

[28] 张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第19页。

[29] 张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第20页。

[30] 《南京‘同性卖淫案’引起各方关注》，《法制日报》2004年2月11日第2版。

[31] 参见周永坤：《对“组织‘男男卖淫案’”的法理分析》，《法学》2005年第1期。

[32] 参见梁根林：《刑法适用解释规则论》，《法学》2003年第12期。

[33] 参见周永坤：《对“组织‘男男卖淫案’”的法理分析》，《法学》2005年第1期；

[34] 参见《三起同性恋者卖淫案》，《人民法院报》2004年2月7日第4版。

[35] [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间》，董世骏译，三联书店2003年版，第514页。

[36] 王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则》，《中国社会科学》2004年第6期。

[37] 王轶教授认为，没有足够充分而且正当理由，民法价值判断问题应当坚持强式意义上的平等。笔者认为，这对于刑法价值判断同样可以适用。参见王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则》，《中国社会科学》2004年第6期。

[38] 参见陈世友、钟劲庐：《能人经济犯罪的从宽处理和从严掌握》，《法学》1992年第7期。

[39] 参见赵秉志、吴宝林：《“能人经济犯罪”的司法对策》，《法学》1992年第10期。

[40] 参见杨兴培：《关于“能人经济犯罪”是否可以从宽处罚的一场刑法讨论——建国以来法学界重大事实研究（三十一）》，《法学》2001年第6期。

[41] 参见王轶：《民法价值判断问题的实体性论证规则》，《中国社会科学》2004年第6期。

© 2009-2013 吉林大学理论法学研究中心版权所有 请勿侵权 吉ICP备06002985号

地址: 中国吉林省长春市前进大街2699号吉林大学理论法学研究中心 邮编: 130012 电话: 0431-85166329 Power by leeyc

