

# 论我国刑法的引导性文化品格之塑造<sup>\*</sup>

苏永生

(青海民族学院 法学院, 青海 西宁 810007)

**摘 要:** 所谓刑法的引导性文化品格, 是指刑法应有的对人的行为起引导作用的文化特性。它使刑法具有引导性、文化性、人文性和自主性等特征。从人本法律观出发, 为了弘扬刑法的人文精神、实践刑事法治和彰显刑法的人权保障机能, 在我国必须塑造刑法的引导性文化品格。在没有宗教赋予法律以神圣性, 且过分强调宗教与法律分离的我国社会, 只能依靠具体的法律实践来塑造刑法的引导性文化品格。在刑事立法层面, 在追求对先进制度移植的同时, 应当力求对传统优良刑法文化进行吸纳, 并应突出个人法益在刑法法益体系中的地位; 在刑事司法层面, 通过司法改革, 确立司法权的独立地位和公开状态; 在法制宣传层面, 从广度和深度上都应当有所推进。

**关键词:** 刑法; 引导性文化品格; 刑事立法; 刑事司法

**中图分类号:** D924

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1007- 4074(2008)01- 0077- 06

**作者简介:** 苏永生(1973-), 男(回族), 宁夏固原人, 中南财经政法大学刑法学专业博士研究生, 青海民族学院法学院副教授。

美国法学家昂格尔指出:“法律被遵守的主要原因在于集团的成员从信念上接受并在行为中体现法律所表达的价值。人们效忠规则是因为规则能够表达人们参与其中的共同目的, 而不是靠强制实施规则所必然伴随的威胁。”<sup>[1](P27)</sup>因而, 只有合目的的刑法才能够成为人们行为的领航者, 必然对人们的行为起引导作用, 才能使人们基于对刑法的认同而遵守刑法, 这就必然要求刑法具有引导性文化品格。但在我国, 刑法的“专断性惩罚”以及社会治理者对刑法的过于迷信, 往往使人们将刑法与国家的暴力强制紧密联系在一起, 使得刑法的压制性文化品格极为明显, 在很大程度上削减了刑法对人们精神和行为的引导, 成了刑事法治的文化障碍。本文认为, 在构建社会主义和谐社会的背景下和刑事法治由价值呼唤转向具体操作的过程中, 在我国应当塑造刑法的引导性文化品格, 并在分析刑法的引导性文化品格之特征的基础上, 对塑造刑法的引导性文化品格之

法理依据和基本途径进行探讨。

## 一、刑法的引导性文化品格之基本特征

刑法的文化品格, 即刑法的文化特性, 是指刑法作为一种文化而表现出来的基本特性。如果将近代以前的刑法之文化品格归结为压制性文化品格的话, 那么近代以来的刑法之文化品格则主要表现为引导性文化品格。在压制性刑法文化品格影响下, 刑法是统治者用来压制人们言行的工具, 而不是用来引导和鼓励人们过幸福生活的依据。在这种文化品格支配下, 国家是个人生活的唯一场所, 在强大的国家面前个人显得极为渺小, 且其权利惨遭剥夺。虽然刑法的压制性文化品格之形成与以往的专制统治关系密切, 但从终极意义上讲, 人类群体生活的精神性对刑法的引导

\* 收稿日期: 2007- 10- 13

性文化品格之需求始终没有改变。因为没有精神、没有思维、没有观念,也就没有人类。用发展的眼光来看,刑法的基本着眼点并不在于对已然行为的报复或惩罚,而在于防患于未然;而且,对未然行为的控制只能是通过现实的人的意志的影响才能实现。<sup>[2](P103-104)</sup>而对现实的人的意志的影响,只有通过塑造刑法的引导性文化品格来实现。刑法的引导性文化品格是刑法的文化特性之一,具体体现于刑法的基本特性中,不仅使刑法具有引导性和文化性,而且使刑法具有人文性和自主性。

#### (一) 刑法的引导性文化品格使刑法具有引导性

刑法具有强制性,没有强制性就没有刑法,在很大程度上可以说,强制性是刑法的生命。由于深受国家主义的影响,我国法理学往往把国家强制性作为区分法律与其他社会规范重要标准。在刑法领域,制裁手段的严厉性往往作为刑法的性质被强调,<sup>[3](P20)</sup>致使刑法的国家强制性更加明显。然而,“一个只依靠国家强制力才能贯彻下去的法律,即使在理论上其再公正,也肯定会失败”,<sup>[4](P10)</sup>刑法的强制性并不意味着刑法的实施都需要伴随国家强制力。因而,在强调刑法的强制性的同时,还应当强调刑法的引导性,而这一点往往被我国法学界和法律界所忽视。与刑法的强制性不同,刑法的引导性使得刑法获得了更大的认同效果,从而使刑法获得了更强的生命力。所谓刑法的引导性,就是指刑法对人的生活具有引导的特性,而文化是人的“第二自然”,对人具有强大的塑造功能。因而,刑法的引导性不会因为刑法中设立了相关的引导性规定就自然获得,而必须根植于文化之中,根植于刑法的引导性文化品格之中。因而,只有刑法的引导性文化品格才使得刑法具有引导性。

#### (二) 刑法的引导性文化品格使刑法具有文化性

毋庸置疑,法条主义和功能主义仍然是我国现阶段刑法学的基本立场和方法。但无论从法条主义还是从功能主义出发,都只能得出刑法工具主义的结论,因为法条主义和功能主义要么使刑法很难获得自主性,要么使得刑法往往归属于政治的麾下,都无法使刑法获得文化上的意义。然而,刑法不仅仅是功能性的,它还表达着某种意义,寄托着人们的信仰和追求,这也是刑法获得民众认同的关键。正因为如此,德国刑法学家迈耶提倡犯罪的本质在于对文化规范的违反,认为支配人们日常生活的是“文化规范”,即宗教、道德、风俗、习惯、买卖规则、职业规则等决定人们行为的命令及禁止。人们的行为正是由这样一种规范所支配,而非受法规范所支配。因此,没有文化规范上的要求,例如业务上的义务时,行为人便不能被科处刑罚。<sup>[5](P115)</sup>日本学者小野清一郎也指出:“刑法只将严重侵犯个人之间的伦理规范,而国家又不能放任的重大违反道义行为作为犯罪予以处罚。”<sup>[6](P91-92)</sup>由此可见,刑法与社会文化之间有着不可分割的关系。我国文化学者梁漱溟指出,“文化不是别的,乃是人类生活的样法”。<sup>[7](P60)</sup>因而,刑法要获得对人的行为的有效引领,必然使得刑法获得文化性,而这种文化性的来源不是别的,而只能是刑法的引导性文化品格。

#### (三) 刑法的引导性文化品格使刑法具有人文性

虽然从英国思想家霍布斯开始,以强调法律是主权者的命令为核心的分析法学一直以来是法学发展的一个流派,对世界各国具有很大影响,但分析法学只是做到了片面的深刻,自然法学和社会学法学在很大程度上对法学的发展仍然起着引领作用。如果说分析法学和社会法学分别使法律获得了国家性和社会性的话,那么自然法学则使得法律获得了人文性。之所以如此,一方面是因为自然法学不仅强调法律的合法性,而且强调法律的广泛性,从而使法律获得了批判性和开放性。而无论是法律的批判性还是广泛性,都使法律获得了以人为本的进步力量。更重要的一方面是因为自然法学始终强调法律与自由的密切关系。无论是洛克还是孟德斯鸠,都认为法律的目的在于保障自由。洛克指出,“法律的目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由”。<sup>[8](P36)</sup>孟德斯鸠则从权力制约的高度来探讨如何保障自由,认为,“从事物的性质来说,要防止滥用权力,就必须以权力约束权力”。<sup>[9](P54)</sup>经过自然法学的努力,法律的人文性始终是西方法律的重要特征。刑法的引导性文化品格强调刑法对人的生活的引领,因而使得刑法必然以人为出发点和归宿。无论是大陆法系国家的罪刑法定原则,还是英美法系的正当程序理念,都通过制约国家刑罚权来保障人权,充分体现了刑法的人文性。

#### (四) 刑法的引导性文化品格使刑法具有自主性

自主性是刑法获得良性发展的前提,也是当前我国刑法发展的重要目标。就西方而言,如果说刑法在古代曾经出现过“神本化”的话,那么近代以来刑法又出现了“物本化”,从而使刑法在一定程度上出现了异化,曾几度失去了自主性。<sup>[10]</sup>但不可否认的是,由于罪刑法定主义和程序正当主义深入人心,刑法对国家的刑罚权构成了有效制约,从而使刑法的自主性在大多数情况下是实然的。就我国而言,如果说古代刑法表现出的是极端伦理化的话,那么现代刑法则表现出来的则是极端政治化,刑法的异化现象极为明显,使得我国刑法的自主性始终无法获得合法性地位。刑法对政治的依附,在现实生活中主要表现为刑事政策对刑法的代替,使得刑法成为了压制犯罪的工具,其工具性在很大程度上削弱了其对人权的保障,从而使得其压制性文化品格极为明显。刑法的引导性文化品格的基本出发点和归宿在于刑法以人为出发点和对人的回归,因而具有引导性文化品格的刑法必然充满着极大的人文关怀。而要做到这一点,必然要求对国家刑罚权进行有效制约,要求提高刑事政策的法治化程度,而其最终结果必然使刑法获得自主性,获得良性发展。

## 二、塑造我国刑法的引导性文化品格之 法理依据

2003年10月,党的十六届三中全会通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》明确提出了以人为本的科学发展观,标志着人本法律观是今后我

国法律发展的方向。所谓人本法律观,就是以实现人的全面发展为目标,以尊重和保障人的合法权益为尺度,实现法律服务于整个社会和全体人民的理论体系。人本法律观要求:第一,弘扬法律人文精神;第二,深化政治体制改革,建构法治运行机制;第三,尊重与保障人权,促进人的全面发展。<sup>[11]</sup>由此可见,人本法律观的提出给刑法的创制和运行带来了巨大挑战,要求对刑法从根本上予以变革。然而,“对于中国人来说,改变现有的法制是相对容易的,通过一场革新或者革命便可以做到,但是要创造一个崭新的社会环境,创造一系列与这种新的法制正相配合的文化条件,却是极其艰难的”。<sup>[12](P160)</sup>我国的刑事法治之所以在很大程度上停留在立法层面,主要原因在于没有创造出适合于新的刑事法制良好运行的文化条件。因而,要从根本上改变法律,必须从法律赖以存在的文化环境开始,塑造刑法的引导性文化品格正是从刑法赖以存在的文化环境这一根本问题出发来实现人本法律观对刑法的基本要求。

### (一) 塑造刑法的引导性文化品格是为了弘扬刑法的人文精神

美国社会学家库利就曾就人文科学的基本研究思路指出:“人是一回事,而关于他的观念是另一回事,但后者才是真实的社会存在,人们就靠它彼此存在着,并对彼此的生活发生直接影响。因此,任何没有紧紧把握住人的观念的对社会的研究都是空洞无用的——只是教义而根本算不上知识。”<sup>[13](P79)</sup>库利的思想告诉我们:规则对人的生活的影响效力,更大的不是来自于对人的物理强制,而是观念性的引导。刑法作为人类生活的重要规则,它不仅是功能性的——维护社会和保障人权,而且表达着某种意义——承载着人们的信仰和追求。因而,对于刑法而言,不能够仅仅站在功能主义的立场上来看待,还必须采取文化主义的立场,将其作为一个文化问题来看待。

从文化主义立场出发不难发现,我国刑法具有明显的压制性文化品格。所谓刑法的压制性文化品格,是指刑法是统治者用来压制人们言行的工具,而不是用来引导和鼓励人们过幸福生活的依据。压制性文化品格是我国刑法之重要传统,其形成与以往的政治制度之间具有密切关系。首先,刑法的压制性文化品格之形成与专制统治关系密切。在我国古代实行专制制度,刑法仅仅是统治阶级意志的体现,是为维护统治者的阶级利益和等级秩序而制定的,其矛头所针对的对象主要是广大民众。因而对于广大民众来说,这种刑法当然具有压制性。其次,个人魅力型统治也是形成和强化刑法的压制性文化品格的重要原因。新中国建立以来,一段时期内,在我国形成了个人魅力型统治。在这种统治类型下,社会秩序的形成乃至人们生活方式的选择,都不是基于法律,而是基于对个人权威的信仰与服从。国家虽然制定了刑法(主要是单行刑法),但其功能主要在于维护国家利益,整个社会就划分为两部分,即国家和个人,个人与国家之间的关系往往表现为单向服从关系。表现在刑法领域,犯罪往往被界定为是“孤立的个人反对统治阶级

的斗争”,任何犯罪行为都被解释为对统治秩序的严重侵犯。因而,在这种统治类型支配下,刑法的压制性文化品格不但得不到减轻,反而被强化了。改革开放以来,我国虽然进行了政治体制改革,但符合现代法治社会的政治体制还没有完全形成,行政权一权独大的局面还没有得到有效改变。在这种情况下,刑法的压制性文化品格也将必然存在。从刑法的规定来看,我国现行刑法典分则总共规定了十章犯罪,其中侵犯国家利益的犯罪就有五类(即危害国家安全罪、危害国防利益罪、贪污贿赂罪、渎职罪和军人违反职责罪),分别占刑法分则条文总数和罪名总数的约36%和26%。从司法实践来看,仅20年来的“严打”斗争,使刑法工具主义和重刑主义传统重新抬头,在“严打”中,刑法的压制性文化品格可谓体现得淋漓尽致。

由上可见,在压制性文化品格比较明显的我国刑法立法和司法中,刑法的人文主义精神根本无法得以彰显,刑法在很大程度上失去了对人的终极关怀,使得刑法文化只能是官方文化,而不可能是大众文化。然而正如我国学者所言,任何一种法律,倘要获得完全的效力,就必须使得人们相信,那法律是他们的。<sup>[12](P289)</sup>因而,对于我们来说,当下的任务应当是构建刑法的人文精神,使得刑法的关注点从以往的仅仅是国家和社会拓展到个人,成为人们安生立命的重要依据。而要做到这一点,就必须从我国的实际出发来塑造刑法的引导性文化品格。

### (二) 塑造刑法的引导性文化品格是实践刑事法治的必然要求

先哲亚里士多德指出:“我们应该注意到邦国虽有良法,要是人民不能全都遵循,仍然不能实现法治。法治应该包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是制订得良好的法律。”<sup>[14](P199)</sup>从亚里士多德的论述中可以看出,法治的关键在于“法律获得普遍的服从”,因而民众对法律的普遍认同是实行法治的重要指标,刑事法治亦不例外。为了使民众对刑法产生普遍认同,笔者认为必须解决好两个问题:一是刑事法治建设应当更多地关注民权。法治社会是一种权利主导型社会,法治的建立意味着对人的权利的极大关怀。刑法是受利益支配的(当然不是利益决定一切),而利益的法律形式是权利。如果一部刑法过分地保护国家利益和社会利益,忽视了个人利益,即意味着这种刑法的运行是建立在对个人权利的严格限制之上的,这样的刑法当然不会获得民众的广泛认同。二是刑事法治建设应更多地关注本土资源。这一点又与第一点有着密切的联系,因为权利也具有本土性。在这种意义上来说,主张主要靠移植和借鉴来构建刑事法治秩序的观点从来都是一种幻想。因为“真正能得到有效贯彻实施的法律,恰恰是那些与通行的习惯惯例相一致或相近的规定”。<sup>[4](P10)</sup>法治从来都是自生成的法律与立法相结合的产物。<sup>[15](P135-136)</sup>然而,正如苏力教授深刻指出的那样,当前我国的刑事法体系主要还是一种全面移植的结果,其面对的背景主要仍然是城市社会、工商社会、陌生人社会和汉族

社会。<sup>[16](P277)</sup>由此可见,这种刑事法律体系得不到民众的广泛认同是自然而然的事,因为它没有建立起对我国以和谐精神为基础的民权的深切关怀。

马克思曾经指出:“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”<sup>[17](P182)</sup>据此,人的本质特性是利益性,因而只有当一种规范能够为人们创造一定的利益时,人们才不排斥它,当这种规范日复一日地满足着人的利益需求时,人们才能够认同它,进而产生对规范的忠诚。试想:一部处处以维护国家利益和社会利益为自己的重要使命,而忽视个人存在的刑法,能得到民众的认同吗?能培养起民众对刑法的忠诚感吗?答案是不言而喻的。刑法的压制性文化品格所蕴含的精神与刑事法治的基本要求格格不入,这种精神将其所赖以存在的刑法推向了刑事法治的反面,使得塑造刑法的引导性文化品格成为了刑事法治的必然要求。

(三)塑造刑法的引导性文化品格是为了彰显刑法的人权保障机能

彰显刑法的人权保障机能是人本法律观对刑法的基本要求。为了使得刑法的人权保障机能能够得到有效发挥,我国学者在20世纪末就提出了国权主义刑法与民权主义刑法的划分。指出:以国家为出发点,而以国民为对象的刑法是国权主义刑法,其基本特点是,刑法所要限制的是国民的行为,而保护国家的利益。与此相反,民权主义刑法是以保护国民的利益为出发点,而限制国家行为的刑法。<sup>[18](P4-5)</sup>如今,人权保障作为刑法的重要社会机能已成为了学界的共识。但是,由于受传统思维模式的影响,从立法和司法中均不难发现,人权保障机能在刑法中仍然没有很好地实现。因而,充分发挥刑法的人权保障机能,仍然是我国刑法发展的重要方向。

刑法的人权保障机能之有效发挥,依仗于罪刑法定原则的确立和有效运行。我国1997年刑法确立了罪刑法定原则,其基本功能在于通过限制国家刑罚权来保障公民的自由,是法治原则在刑法中的直接体现,也是法治社会刑法与专制社会刑法的根本分野。<sup>[19](P187)</sup>罪刑法定原则在我国刑法中确立后,绝大多数学者认为对刑法之人权保障机能的实现将起到不可估量的引领作用。但不可否认的是,这种认识被实践击得粉碎。造成这一结果的重要原因在于刑法的压制性文化品格对罪刑法定主义的阻隔。从字面意思来看,罪刑法定是指“法无明文规定不为罪;法无明文规定不处罚”,但其深层所蕴含的正是对人权的保障。正如日本学者指出:“罪刑法定原则,时至今日,仍然能够作为刑事立法和刑法解释学的指导原理而长盛不衰、蒸蒸日上,主要是因为,在民主主义、自由主义之类的形式原理之上,还有更高层次的普遍原理即‘实质的保障人权原理’支撑。”<sup>[20](P12)</sup>这个原理,蕴含着保障人的基本自由,尊重人的基本权利的思想。试想:当贪污的数额与盗窃的数额相同但对前者的处罚却轻于后者,当对杀死尊亲属和杀死其他人在刑法上规定了同样的刑罚时……,刑法的人权保障机能体现在哪里呢?因而,通过贯彻罪刑法定原则来保障人权,还需要从实

质上对刑法进行改革,塑造刑法的引导性文化品格正是为这种改革奠定观念基础。

### 三、塑造我国刑法的引导性文化品格之基本途径

文化的稳定性决定了塑造刑法的引导性文化品格极为艰难,但文化的超越性与创造性特征又决定了塑造刑法的引导性文化品格是可能的。在西方,宗教观念最终赋予了法律以神圣性,从而最终获得了民众对法律的普遍忠诚,但在没有宗教传统并且过分强调宗教与法律分离的我国社会,只能依靠具体的法律实践来塑造刑法的引导性文化品格。

#### (一)塑造刑法的引导性文化品格之立法途径

立法,即法的创制,是法律运行的源头。因而,塑造刑法的引导性文化品格,必须首先从刑法的创制开始,要求在刑法的创制方法和指导思想以及内容上均有所革新。

首先,在刑法的创制方法上,在追求对先进制度移植的同时,应当力求充分吸纳传统优良刑法文化。自从我国进入法制现代化以来,我国刑法和刑法理论的移植经历了从“西方化”到“苏俄化”,再到“西方化”的过程。近年来,更是有学者提出,应当在我国刑法中引进大陆法系的犯罪构成理论,实现我国刑法知识的去苏俄化。<sup>[21]</sup>这种通过移植大陆法系国家的刑法理论来构建我国刑法理论的做法,反映了学者们对现有刑法制度和刑法理论的不满,具有相对合理性。然而,其中所蕴含的对传统的忽视也是极为明显的。

亚里士多德认为:“积习所成的‘不成文法’比‘成文法’实际上更权威,所涉及的事情也更为重要。”<sup>[14](P169-170)</sup>我国有学者正确地指出,制定法与习惯法这“两种法律传统的关系并非单方面的强制和压迫,而毋宁是相互的竞争、博弈和互动交流。正是在这一过程中,两种知识与制度完成了相互的塑造与反塑造,共同构筑了整个社会的秩序基础。”<sup>[22]</sup>因而,刑法制度的移植是必要的,但必须尊重“活着的”文化传统,在刑法的创制过程中必须给传统以应有的尊重。现实生活中,由于过分强调刑法的统一性,使得相当一部分刑法规范远离了民间生活,造成了刑法在民间社会,特别是一些少数民族社会中的虚置现象,对刑法的权威性构成了很大的威胁。因而,习惯法与制定法的这种互动关系应当反映到刑法的创制上来,要求立法者在创制刑法的过程中应尽量吸纳民族文化传统中的优良成分。事实上,也只有如此,才能使刑法与民众的生活更加贴近,更加符合民情,增强它对民众行为的引导性。否则,所创制的刑法与民间习俗必然会处于紧张的冲突状态,最终会被习俗所战败。

其次,在创制刑法的指导思想,应当以人权保障机能与社会保护机能并重为基本指导思想,并突出个人法益在刑法法益结构体系中的地位。我国刑法遵循的是国权主义刑法理念,其基本价值取向表现为刑法重视国家法益和社会法益,轻视个人法益。这种刑法理念往往促使人们形成了这样一种刑法心态,即刑法主要是用来维护社会秩序的工具,而不是保障人权的“大宪章”。致使人们对刑法采取的是一种

“观望”的态度,使得刑法的亲合力大打折扣,进而影响到它对人们行为的引导性。因而,应当以实现人权保障机能与社会保护机能并重为创制刑法的基本指导思想,以此来塑造刑法的引导性文化品格。反映到具体的刑法立法当中,就是要求扩大侵犯个人法益的犯罪的范围,降低侵犯国家法益和社会法益的犯罪的法定刑,特别是削减这两类犯罪的死刑,并依据“个人法益→社会法益→国家法益”的三元法益结构,对刑法典分则中的各类犯罪重新排列。

## (二) 塑造刑法的引导性文化品格之司法途径

公正的刑法立法为塑造刑法的引导性文化品格创造了前提,但公正的刑法立法如果得不到公正的适用,不但不能够对刑法的引导性文化品格起到塑造作用,而且会损坏刑法的尊严。正如培根所言:“一次不公正的审判,其恶果超过十次犯罪,因为犯罪是无视法律,而不公正的审判是毁坏法律。”<sup>[23](P209)</sup>因而,实现刑事司法公正当然就成为了塑造刑法的引导性文化品格之重要途径。

首先,通过司法改革,确立司法权的独立地位,为塑造刑法的引导性文化品格提供司法体制上的保障。实践刑事司法公正,要求确立刑事司法的独立地位,而司法权的独立性是罪刑法定原则思想的前提,在行政权一权独大的当代中国社会,刑法的适用始终受到来自司法外的各种因素的干预,体现在刑法中的人民意志就无法实现,刑法的预测可能性将会丧失殆尽,使得刑法根本无法摆脱对以行政为中心的司法外权力的过分依附,刑法的独立地位无法确立。另外,在法治社会,不仅公民个人权利需要法律保障,司法权也同样需要法律保障。在行政权一权独大,立法权不彰而司法权软弱的社会里,首先应当使司法权具有强大的力量,以此限制行政权,最终保障公民个人的权利和自由。<sup>[24]</sup>因此,司法独立也是保证司法权本身的基本要求。

我国《宪法》第126条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”我国《刑事诉讼法》第5条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”由此可见,我国宪法仅仅赋予了法院整体上的独立。实践中,由于法院的人、财、物管理体制方面存在的问题,即便是法律规定的法院独立审判在某种程度上也是有其名而无其实。<sup>[25](P224)</sup>我国司法的这种尴尬地位使得刑法的独立性很难确立,影响了刑法之积极作用的发挥。因而,应当改革司法体制,通过确立司法的独立地位,使罪刑法定原则的限制机能得以充分发挥,是塑造刑法之引导性文化品格的重要途径。

其次,通过司法改革,确立司法的公开性,为塑造刑法的引导性文化品格提供具体路径。对刑法的引导性文化品格之塑造,除了要求国家做出积极努力的同时,还要求民众的积极参与,而民众对刑法的参与程度与刑法的亲合力成正比,是塑造刑法的引导性文化品格之重要途径。政治活动的正义性以国民的政治成熟为支撑,而政治成熟以民众对政治活动的广泛参与为表征。作为国家的重要政治活动

之一的刑事司法,其公开程度对国民的政治成熟之引领起着至关重要的作用,是衡量刑事司法公正的重要指标。实际上,司法公开是增强司法的权威性和民主性的必然要求,因而是司法公正的重要内容。正如英美法谚所言,“正义不仅应得到实现,而且要以人们看得见的方式加以实现”;<sup>[26](P2)</sup>不仅如此,民众对法律生活的积极参与会产生对法律的信任。<sup>[27](P125)</sup>

我国《刑事诉讼法》第152条第1款规定:“人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或个人隐私的案件,不公开审理。”对于第二审是否应当公开,刑事诉讼法未作明确规定。司法实践中,审判公开的情况与法律的规定还有一段距离,主要表现为三个“暗箱操作”:一是有些法官或审判组织由于种种原因将本应公开审理的案件借口是有关国家秘密或个人隐私的案件而不公开审理,进行“暗箱操作”;二是几乎所有的案件审理过程中的合议庭评议阶段不公开,进行“暗箱操作”;三是几乎所有的判决都没有载明判决理由,进行“暗箱操作”。这三个“暗箱操作”严重影响了司法的透明度,影响了司法公正程度和司法的亲合力。因而,应当对我国的刑事司法体制进行改革,使司法的公开程度最大化,增强刑法的亲合力,为塑造刑法的引导性文化品格提供有效途径。

## (三) 塑造刑法的引导性文化品格的法治宣传教育途径

从近代以来我国法治现代化的历程可以清楚地看到,法治的生成与民族文化之间具有极为密切的关系,可以说法治是在民族文化中生长出来的,而绝不可能是强加的。正如伯尔曼所指出的那样:“法律不仅必定是演进的,而且必须被视为是演进的。”<sup>[28](P19)</sup>我国学者也深刻地指出:“文化的沙漠中长出法治的绿洲。”<sup>[29](P324)</sup>由此可见,国民的文化素质在法治的形成中具有非常重要的意义。国民文化素质的提高必须依赖于教育,因而塑造刑法的引导性文化品格离不开对现代刑法的宣传教育,而且,在人们普遍具有“厌法”和“拒法”传统的我国社会,对现代刑法的宣传教育在很大程度上构成了塑造刑法的引导性文化品格之主要途径。

受中国传统法律文化的影响,人们往往以民间法作为解决纠纷的准则。这种法律心理和思维惯式的形成,在一定程度上是基于司法不公使得人们对法的不信任而导致的,在当代中国仍然有着很大的影响。改革开放以来,我国很多高等院校都开设了法学专业,法学教育有了很大发展,但就人口比例而言,接受正规法学教育的人毕竟是少数。在这种情况下,只有通过广泛而深入的法制宣传教育活动,使人们了解公平的法观念、法的合理性和至上性、司法的公正性等法的基本理念,从而产生对法的认同,逐渐消除人们惧怕法律的心态,消除国家法与民间法的消极对抗,形成积极守法的法律心理。

我国从1986年开始,由人大权力机关作决定、党委宣传机关和政协司法行政机关联合规划,统一部署,统一开展的法治宣传教育活动,是一项在执政党的领导下,由政府

主导、全社会共同参与的社会公益性事业,是推进依法治国方略、构建社会主义和谐社会的基础性工程。<sup>[30]</sup>20年来,这项工程成效显著,国民的权利意识普遍有所提高,但距离法治的要求还很远。因而,今后的法制宣传必须从广度和深度上都有所加强。就广度而言,法制宣传不应当仅仅停留在对法律条文的宣讲上,还应当将司法实践中有重大影响,并能充分体现司法公正的典型案作作为宣传题材,使人们在活生生的法律实践中了解法,增强对司法机关与法的信任度。就深度而言,法制宣传不应当仅仅停留在对法律条文的解释上,还必须讲清楚法背后的东西,如立法的目的、法与正义、公平、自由、权利、秩序及效益的关系等问题,从而使人们从更深层次上理解法,增强守法的积极性。

#### 四、结论

任何刑法都从社会生活中来,因而都具有深深的文化烙印,表现出不同的文化品格。纵观古今中外的刑法,无非表现出了两种文化品格:压制性文化品格和引导性文化品格。刑法具有压制性文化品格是我国刑法的传统,无论从刑法立法还是从刑事司法来看,我国现行刑法的压制性文化品格也极为明显。然而,人本法律观不仅要求弘扬刑法的人文精神,而且要求实践刑事法治,同时还要求彰显刑法的人权保障机能。而这一切只能从刑法的引导性文化品格中来,因为刑法的引导性文化品格不仅使刑法具有引导性和文化性,而且使刑法具有人文性和自主性,为弘扬刑法的人文精神、实践刑事法治和彰显刑法的人权保障机能提供社会文化条件。因而,塑造刑法的引导性文化品格是我国当下刑法的发展方向,也是从根本上实现刑法转向的必然选择。

就西方而言,在以法治为重要表征的刑法的引导性文化品格之形成过程中,宗教确实起到了不可代替的作用。但与此不同,在过分强调宗教与法律分离的我国社会,寄托于通过某种宗教来构建法治,进而塑造刑法的引导性文化品格,显然是行不通的。因而,只能够在刑法立法、司法和法制宣传上下功夫,这是可欲的,也是可行的。笔者相信,只要在刑法立法上尊重民族传统,在司法上能够做到公正、司法机关和法官以身作则,在深度和广度上加大法治宣传的力度,刑法的引导性文化品格在我国有望形成。

刑法的引导性文化品格之形成依赖于社会各界的共同努力,除了司法机关及其工作人员的重要引领之外,刑法学界也具有不可推卸的责任。一如前述,刑法不仅仅是功能性的,而且还表达着某种意义。因而,对刑法不能够仅仅从功能主义的立场出发来进行解释,更不能仅仅从法条主义的立场出发来予以说明,而必须采用文化解释论的方法进行阐释。因而,从塑造刑法的引导性文化品格之要求出发,似乎对刑法学的研究方法提出了新的要求,即要求我们超越盛行已久的法条主义和功能主义的立场,采用文化解释的方法对刑法予以阐释和说明。

#### 参考文献:

- [1] [美]昂格尔.现代社会中的法律[M].吴玉章,周汉华译,北京:中国政法大学出版社,1994.
- [2] 冯亚东.理性主义与刑法模式[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [3] 张明楷.刑法学(第2版)[M].北京:法律出版社,2003.
- [4] 苏力.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社,1996.
- [5] 刘志远.二重性视角下的刑法规范[M].北京:中国方正出版社,2003.
- [6] 马克昌.比较刑法原理——外国刑法学总论[M].武汉:武汉大学出版社,2002.
- [7] 梁漱溟.东西方文化及其哲学[M].北京:商务印书馆,1999.
- [8] [英]洛克.政府论:下篇[M].叶启芳,瞿菊农译,北京:商务印书馆,1964.
- [9] [法]孟德斯鸠.论法的精神:上册[M].张雁深译,北京:商务印书馆,1961.
- [10] 何士青.法与人:从对立到和谐[J].现代法学,2005,(6).
- [11] 李龙.人本法律观简论[J].社会科学战线,2004,(6).
- [12] 梁治平.法辩——中国法的过去、现在与未来[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [13] [美]库利.人类本性与社会秩序[M].包凡一,王源译,北京:华夏出版社,1989.
- [14] [古希腊]亚里士多德.政治学[M].吴寿彭译,北京:商务印书馆,1985.
- [15] [英]弗里德里希·冯·哈耶克.法律、立法与自由:第1卷[M].邓正来,等译,北京:中国大百科全书出版社,2000.
- [16] 苏力.送法下乡[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [17] 马克思,恩格斯.马克思恩格斯全集:第1卷[M].北京:人民出版社,1956.
- [18] 李海东.刑法原理入门(犯罪论基础)[M].北京:法律出版社,1998.
- [19] 陈兴良.本体刑法学[M].北京:商务印书馆,2001.
- [20] [日]曾根威彦.刑法学基础[M].黎宏译,北京:法律出版社,2005.
- [21] 陈兴良.社会危害性的理论:进一步的批判性清理[J].中国法学,2006,(4);陈兴良.刑法知识的去苏俄化[J].政法论坛,2006,(5).
- [22] 杜宇.当代刑法实践中的习惯法[J].中外法学,2005,(1).
- [23] 刘作翔.法律文化理论[M].北京:商务印书馆,1999.
- [24] 陈兴良.罪刑法定司法化研究[J].法律科学,2005,(4).

(下转第104页)

还是以经济为杠杆重新推动“剩男(女)”们放弃害怕婚后贫困的念头,勇敢结婚。

#### 参考文献:

- [1] [英]西尼尔.政治经济学大纲[M].蔡受百译,北京:商务印书馆,1997.
- [2] [瑞士]西斯蒙第.政治经济学新原理或论财富同人口的关系[M].何钦译,北京:商务印书馆,1983.
- [3] [法]魁奈.魁奈经济著作选集[M].吴斐丹,张草纫译,北京:商务印书馆,1981.
- [4] 程灶火,周岱,杨英,等.中国人婚姻动因问卷的初

步编制[J].中国心理卫生杂志,2005,(3).

- [5] 穆光宗.中国人口转变的风险前瞻[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2006,(6).
- [6] 罗斌.论我国储蓄率的变化趋势[J].理论探讨,2006,(6).
- [7] 朱考金,杨春莉.当代青年的婚姻成本研究[J].中国青年研究,2007,(4).
- [8] [英]约翰·穆勒.政治经济学原理及其在社会哲学上的若干应用:上卷[M].赵荣潜,桑炳彦,朱决,胡企林译,北京:商务印书馆,1997. (责任编辑:高辉)

## A Modern Reflection on the Classical European Economic Theory of Population Economy

—Economic Analysis on the Phenomenon of “Man of Excess” and “Woman of Excess”

LI Xue-jun

(*Institute of Marxist Philosophy and China's Modernization, Philosophy Department, Sun Yat-Sen University, Guangzhou, Guangdong 510275, China*)

**Abstract:** In the less-developed rural areas, the idea that the more sons, the happier seems to still have deep influence, and the decreasing land forced many farmers to flow into cities. While in the well-developed cities, young people of marriage age tend to marry late, or even are reluctant to get married. How to understand the relationship between population and economic development? In our country, scholars tend to explain population and economic problems by borrowing the western theory on the relationship between population and economy, therefore it is important for us to have a clear understanding of the origin of the theory. It is of great significance to explore into the phenomenon of “man of excess” and “woman of excess” in the well-developed cities and the economic motivations behind it.

**Key words:** population; classical economics; “man of excess”; “woman of excess”; enlightenment

(上接第82页)

- [25] 左卫民,周长军.刑事诉讼的理念[M].北京:法律出版社,1999.
- [26] 陈瑞华.看得见的正义[M].北京:中国法制出版社,2000.
- [27] [德]拉德布鲁赫.法学导论[M].米健,朱林译,北京:中国大百科全书出版社,1997.
- [28] [美]伯尔曼.法律与革命——西方法律传统的形成

[M].贺卫方,等译,北京:中国大百科全书出版社,1993.

[29] 孙国华.法理学[M].北京:中国人民大学出版社,1997.

[30] 孙育玮.法治文化:都市法治化的深层底蕴[J].新华文摘,2006,(13). (责任编辑:高辉)

## On Molding the Guidable Cultural Character of Chinese Criminal Law

SU Yong-sheng

(*Law School, Qinghai University for Nationalities, Xining, Qinghai 430073, China*)

**Abstract:** The guided cultural character of criminal law refers to its cultural peculiarity to guide human behavior. It makes criminal law guidable, cultural, humanistic, and autonomous. In our country, which overemphasizes the separation between religion and law and in which the holiness of law is not granted by religion, the guidable cultural character of criminal law must be modeled so that it can develop humanistic spirit, realize criminal rule-of-law, and guarantee human right. The modeling should rely on the concrete practice of law. In the criminal legislation level, we should absorb the excellent culture in traditional criminal law and make individual legal interests prominent in the legal interests system while transplanting the advanced system; in the criminal judicature level, we should confirm the independent and open position of judicature by reform; and in addition, we should make legality more publicized.

**Key words:** criminal law; guidable cultural character; criminal legislation; criminal judicature