

华东政法大学65周年校庆文丛

---

金融犯罪的刑法治理  
以刑法谦抑为视角

---



安曦萌 / 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 图书在版编目（CIP）数据

金融犯罪的刑法治理：以刑法谦抑为视角/安曦萌著. —北京：北京大学出版社，2017.10

ISBN 978-7-301-28845-0

I. ①金... II. ①安... III. ①金融犯罪—刑事政策—研究—中国  
IV. ①D924.334

中国版本图书馆CIP数据核字（2017）第249898号

书名 金融犯罪的刑法治理——以刑法谦抑为视角

JINRONG FANZUI DE XINGFA ZHILI——YI XINGFA QIANYI  
WEI SHIJIAO

著作责任者 安曦萌 著

责任编辑 朱梅全 杨丽明

标准书号 ISBN 978-7-301-28845-0

出版发行 北京大学出版社

地址 北京市海淀区成府路205号 100871

网址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 [sdyy\\_2005@126.com](mailto:sdyy_2005@126.com)

新浪微博 @北京大学出版社

电话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998

印刷者

经销者 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 14.5印张 212千字

2017年10月第1版 2017年10月第1次印刷

定价 42.00元

---

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

# 目录

[崛起、奋进与辉煌——华东政法大学65周年校庆文从总序](#)

[导言](#)

[第一章 刑法谦抑的内容与依据](#)

[第一节 刑法谦抑的基本内容](#)

[第二节 刑法谦抑的理论依据](#)

[第二章 金融犯罪概念与范畴](#)

[第一节 金融犯罪的概念：刑事立法的界定](#)

[第二节 金融犯罪的范畴：刑事司法的反馈](#)

[第三章 金融犯罪刑法治理的基础](#)

[第一节 金融犯罪的现状](#)

[第二节 金融犯罪刑法治理的影响因素](#)

[第四章 金融犯罪刑事政策的挑战](#)

[第一节 金融犯罪刑事政策的价值冲击：功利主义](#)

[第二节 金融犯罪刑事政策的现实影响：金融监管](#)

[第五章 刑法谦抑视野下的刑法规制：以证券犯罪为例](#)

[第一节 证券犯罪刑事政策与刑法谦抑](#)

[第二节 内幕犯罪、泄露内幕信息罪与刑法谦抑](#)

[主要参考文献](#)

# 崛起、奋进与辉煌

## ——华东政法大学65周年校庆文丛总序

2017年，是华东政法大学65华诞。65年来，华政人秉持着“逆境中崛起，忧患中奋进，辉煌中卓越”的精神，菁莪造士，栉朴作人。学校始终坚持将学术研究与育人、育德相结合，为全面推进依法治国做出了巨大的贡献，为国家、为社会培养和输送了大量法治人才。一代代华政学子自强不息，青蓝相接，成为社会的中坚、事业的巨擘、国家的栋梁，为社会主义现代化和法治国家建设不断添砖加瓦。

65年栉风沐雨，华政洗尽铅华，砥砺前行。1952年，华政在原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学、上海学院、震旦大学9所院校的法律系、政治系和社会系的基础上组建而成。历经65年的沧桑变革与辛勤耕耘，华政现已发展成为一所法学为主，兼有政治学、经济学、管理学、文学、工学等学科，办学特色鲜明的多科性大学，人才培养硕果累累，科研事业蒸蒸日上，课程教学、实践教学步步登高，国际交流与合作事业欣欣向荣，国家级项目、高质量论文等科研成果数量长居全国政法院校前列，被誉为法学教育的“东方明珠”。

登高望远，脚踏实地。站在新的起点上，学校进一步贯彻落实“以人为本，依法治校，质量为先，特色兴校”的办学理念，秉持“立德树人，德法兼修”的人才培养目标，努力形成“三全育人”的培养管理格局，培养更多应用型、复合型的高素质创新人才，为全力推进法治中国建设和高等教育改革做出新的贡献！

革故鼎新，继往开来。65周年校庆既是华东政法大学发展史上的重要里程碑，更是迈向新征程开创新辉煌的重要机遇。当前华政正抢抓国家“双一流”建设的战略机遇，深度聚焦学校“十三五”规划目标，紧紧围绕学校综合改革“四梁八柱”整体布局，坚持“开门办学、开放办学、创新办学”发展理念，深化“教学立校、学术兴校、人才强校”发

展模式，构建“法科一流、多科融合”发展格局，深入实施“两基地（高端法律及法学相关学科人才培养基地、法学及相关学科的研究基地）、两中心（中外法律文献中心、中国法治战略研究中心）、一平台（‘互联网+法律’大数据平台）”发展战略，进一步夯实基础、深化特色、提升实力。同时，华政正着力推进“两院两部一市”共建项目，力争能到本世纪中叶，把学校建设成为一所“国际知名、国内领先，法科一流、多科融合，特色鲜明、创新发展，推动法治文明进步的高水平应用研究型大学和令人向往的高雅学府”。

薪火相传，生生不息。65周年校庆既是对辉煌历史的回望、检阅，也是对崭新篇章的伏笔、铺陈。在饱览华政园风姿绰约、恢弘大气景观的同时，我们始终不会忘却风雨兼程、踏实肯干的“帐篷精神”。近些年来，学校的国家社科基金法学类课题立项数持续名列全国第一，国家社科基金重大项目和教育部重大项目取得历史性突破，主要核心期刊发文量多年位居前茅。据中国法学创新网发布的最新法学各学科的十强排名，学校在法理学和国际法学两个领域排名居全国第一。当然我们深知，办学治校犹如逆水行舟，机遇与挑战并存，雄关漫道，吾辈唯有戮力同心。

为迎接65周年校庆，进一步提升华政的学术影响力、贡献力，学校研究决定启动65周年校庆文丛工作，在全校范围内遴选优秀学术成果，集结成书出版。文丛不仅囊括了近年来华政法学、政治学、经济学、管理学、文学等学科的优秀学术成果，也包含了华政知名学者的个人论文集。这样的安排，既是对华政65华诞的贺礼，也是向广大教职员工长期以来为学校发展做出极大贡献的致敬。

65芳华，荣耀秋菊，华茂春松，似惊鸿一瞥，更如流风回雪。衷心祝愿华政铸就更灿烂的辉煌，衷心希望华政人做出更杰出的贡献。

华东政法大学 65周年校庆文丛编委会  
2017年7月

# 导言

目前，我国已经成为金融大国。截至2016年末，我国银行业金融机构资产达到232.25万亿元，较2012年末的133.62万亿元，增加将近100万亿元。我国正处于金融改革的关键时期，金融市场日渐开放、多元。于是，金融安全的保障至关重要。

如今，金融安全已经成为国家安全的重要组成部分，对于我国经济社会发展发挥着重要作用。同时，随着金融渗透在点生活的点滴中，金融安全也为越来越多的人所关注。因此，如何保障金融安全，确保金融市场的良性发展，成为全社会关注的重点议题之一。

那么，作为金融市场中的公共服务提供者，刑法可以做些什么？

显然，时至今日，金融的发展已经远远超出刑法规范诞生之时所涵盖的情况，成文法自身的局限性使刑法越发有了僵化、保守之嫌。刑事法律的制度供应以及刑事司法的实践操作与金融市场的现实要求之间开始出现了种种难以避免的矛盾。在金融安全的现实需求给金融犯罪的防控带来的压力下，金融犯罪的刑法规制将面临变革。如何把握刑法参与金融市场规模的边界，就有了进一步探讨的必要性。

然而，刑罚作为最严厉的规制手段，也有着自身的优势和劣势。所以，人们已经形成了共识，应当谨慎使用刑罚。其中，谦抑是刑法领域的一个传统议题，它所发挥的正是保护人权、防止刑罚滥用的作用。同时，谦抑也是一个在当下社会有基础、有活力的思想主张，体现在诸多刑事立法与司法领域。因此，本文将以谦抑为基本视角，结合对金融犯罪的立法与司法的考察，探寻合理的刑法规制路径。

## 第一章

# 刑法谦抑的内容与依据

近代以来，人们逐渐认识到，即使是为了实现刑法目标，保护法益免受侵害或威胁，刑罚权的发动也不是接下来的必然步骤。毕竟，刑罚的程序一经发起，不仅需要动用人力、物力等社会资源，而且更重要的是，刑罚权毫无疑问地产生剥夺人权的后果。当然，权利剥夺在此情形下往往是合法的，背后有国家机器作为后盾，然而，姑且不论其间产生错误的概率、与之相伴的副作用，此种剥夺是否指向刑罚发动的目的，是否实现了立法与司法所追求的一般预防和特殊预防的效果？亦或是达到了何种程度的效果？遗憾的是，现实中解答这些问题依然艰难，甚至有意识地被忽视。刑罚背后的国家权力，如何合理介入法益保护，遏制其扩张的本性，一直是刑法研究者考虑的问题。因此，人们认为，应当对刑法的使用、刑罚的发起保持慎重的态度，防止刑罚权的滥用或过度扩张。正如有学者所总结的：“只有在具有不得不使用刑罚进行处罚的法益侵害或者威胁的时候，才可以将该行为作为犯罪，动用刑罚手段进行制裁。”<sup>[1]</sup>这就是人们所倡导的刑罚权发动的划界理念：“谦抑”。

[1] 黎宏：《日本刑法精义》，法律出版社2008年版，第36页。

## 第一节

# 刑法谦抑的基本内容

如今，刑法谦抑逐渐成为伴随刑法发展的一个不可或缺的话题。“谦抑思想或者谦抑主义，这一术语本身或许不太成熟，但其本意在对刑罚的行使必须抑制。毋庸置疑，虽然谦抑的问世本身要受时代、社会的制约，但在国家机构安定和各种价值观并存的多元化的社会状况下，谦抑思想则发挥着愈来愈重要的作用。可以说，其已不是适用于刑法某一部分的原理，而是贯穿全部刑事法领域的基本理念。”在刑法谦抑的标题下，学者们讨论如何克制、合理地运用刑罚手段。除了经常使用的刑法谦抑性之外，还有刑法谦抑原则、刑法谦抑主义、刑法谦抑思想、刑法谦抑理念、刑法的抑制性、刑法谦抑等称谓，亦具有各自的支持者。正如有学者提出的，称谓的不同并不能代表学者们在刑法谦抑认识上的本质差异。一方面，所谓的原则、主义、思想、观念等词汇原本的含义就十分模糊，内容弹性、解释空间充裕反而是这些词汇在现实生活中的优势所在，也是它们在各种场合被广为使用的原因之一；另一方面，这些词汇作为谦抑的后缀亦并不足以清晰地彰显彼此之间的差异，如果要在解释、推行刑法谦抑内容的时候刻意追求其内涵区别，无异于画蛇添足，给思想的传播人为增加难度。同时，学者们对刑法谦抑的大致认识一致，不存在明显的矛盾和争议，只是在具体的语境下侧重点有所不同，因此，笔者无意花费过多笔墨讨论这些用词上的争议，而是仅结合金融犯罪的预防和控制需要，选取刑法谦抑的某些面向进行分析和探讨。

## 一、刑法谦抑的内涵

对于社会运行而言，刑罚工具必不可少。可以说，刑罚的运用贯穿了整个人类的发展史。实际上，刑法谦抑是如何恰当地运用刑罚工具的理性思考。一般认为，刑法谦抑包括刑法的辅助性、刑法的片段性、刑法的宽容性三方面内容。

首先，刑法的辅助性，又称刑法的补充性，是指刑法作为犯罪预防和控制的最后手段。众所周知，刑法的任务可以概括为保护法益，采用的方法是禁止和惩罚侵犯（包括侵害与威胁）法益的犯罪行为。<sup>[1]</sup>辅助性则决定了刑法在保护法益时所扮演的角色。因为保护法益的制度体系不仅仅包括了刑法，在整个问题解决流程中，刑法作为“社会政策的最后手段”，只有在其他解决方式不能发挥作用的情况下，才被允许使用。这就是谦抑的表现之一——刑法保护法益的辅助性原则。它意味着，刑法仅仅参与法益保护制度体系的一个部分。那么，采用刑法手段需经过人为选择并加以限制，应当慎用，也就是只有其他相对轻缓的手段，如民法、行政法等，不能够确保法益保护的效果时才能使用。换言之，如果没有穷尽其他轻缓手段之前，原则上不宜直接动用刑法作为法益保护的手段。

其次，刑法的片段性，又称刑法的不完整性，是指刑法对法益的保护不能事无巨细、自始至终。在民法领域，只要出现侵害他人权利的行为，无论故意还是过失，都应当承担损害赔偿赔偿责任。但对于刑法而言，并非处罚所有违法、有责的行为，而是应当处罚符合法律明确规定的构成要件的行为。换言之，刑法并非保护所有法益，而是有目的地选择部分法益，择取其中对人权侵害最严重的部分，特地将可罚的行为规定出来加以处罚。在这一层面上，刑法具有“零碎”性质。<sup>[2]</sup>该思想主要是用于主张限制刑法分则中的犯罪构成来消除“刑法的过度臃肿”，同时对辅助原则有着重要的表现意义。<sup>[3]</sup>总之，整体上，刑罚的触角不会伸展到社会生活的各个角落，仅仅筛选出部分值得保护的法益。具体而言，只有行为侵犯法益达到严重程度，行为表现出严重的社会危害性时，才可

引入刑罚工具进行规制。

最后，刑法的宽容性，可谓是刑法出于对个人自由的尊重，加上对刑罚动用必要性的考量基础上所作的让步。日本学者平野龙一认为，刑法的宽容性是对个人自由的尊重。“即使市民的自由受到了侵害，其他的控制手段又不能发挥其效果，但刑法也没有必要对其不折不扣地都予以处罚。”<sup>[4]</sup>否则，反而使刑法妨害到他人行动的自由。进一步讲，“即使实际上已经实行了犯罪，只要刑罚的动用对于刑法目的的实现来说不是迫不得已必需的，就应当重视宽容的精神，不作处罚”<sup>[5]</sup>。因此，需要考量两个层面的宽容：一是刑罚使用的必要性，即行为对法益虽然有一定的侵犯，刑罚只有明确存在使用刑罚的必要性时，才能使用刑罚；二是刑罚程度的必要性，即使需要动用刑罚手段进行规制，依然需要考察刑罚严厉程度，优先适用轻缓的刑罚。

## 二、刑法谦抑的定位

一般认为，刑法谦抑是刑事立法和刑法解释与适用所遵循的原则，同时也是司法原则。<sup>[6]</sup>德国学者罗克辛认为，辅助原则，同时也是谦抑思想<sup>[7]</sup>，更是刑事政策性的准则。“在法益保护问题上，立法者处于相当严格的限制之下，但是，辅助性思想却为立法裁量提供了广阔的裁量空间。虽然在法律上，符合比例原则是一个宪法性原则，因此，将一种轻微的违法行为犯罪化的做法，本来就应当由于违反禁止超过必要限度原则而无效，但是，在实践中，立法者为轻微违法行为规定相应轻微刑罚的做法，长期以来就一直没有被宣布为违反宪法。当不确定轻微的手段（例如单纯的民事惩罚）是否足以充分保障结果的时候，立法者还享有对此行使自行评价的特权。因此，辅助性原则就更属于一种刑事政策性的准则，而不是一种强制性规定。这是一种社会政策性的决定，说明立法者可以在什么范围内将犯罪行为转变为违反秩序行为，或者可以认

为将诸如商店里的盗窃或者工厂里的盗窃非犯罪化是恰当的。”<sup>[8]</sup>从谦抑思想延伸出对立法者的持续性要求，“应当提出一种经过精心设计的社会政策性预防措施的计划……正是在这里而不是在一种无效率的犯罪化中，存在着我们这个时代的任务。”<sup>[9]</sup>这里，谦抑成为一个指导性原则，并无界限分明的区分功能，只能理解为一种社会政策，以权衡个人请求国家保护的要求是否需要，国家对个人的干涉是否正当。<sup>[10]</sup>谦抑对立法者来说仅仅具有政策上的指导作用，但并不能成为限制立法权的工具。

对此，我国有学者提出，鉴于在我国刑事立法与司法现实中长期存在着较为严重的重刑主义思想，因此，“我们谈谦抑性，应当包括处罚范围与处罚程度两个方面”<sup>[11]</sup>。有学者提出，我国刑法应当在三方面实现谦抑：在立法方面慎重对待犯罪化；在司法方面包括起诉和审判两方面的制度设计，同时在具体案件中注重对处罚合理性的考虑；行刑方面，能够减刑的予以减刑，能够假释的予以假释。<sup>[12]</sup>还有学者将谦抑的思想运用在刑事诉讼法中，认为从刑事一体化的角度讲，如果过程不谦抑，也不可能真正实现结果谦抑；刑法与刑事诉讼法之间存在天然的、密不可分的关系，因而不能有意识地将刑法的谦抑与刑事诉讼法的谦抑截然分开。<sup>[13]</sup>还有相似的观点认为，刑法谦抑对于刑罚的制定、发动、裁量和执行均有着重要意义：在刑事立法过程中，刑法谦抑性体现在犯罪圈的合理控制；在刑事司法过程中，法院、检察院、公安机关都应遵循刑法谦抑性；在行刑过程中，应尽早体现人道主义，给予受刑者人道的关怀，力求其尽早回归社会。<sup>[14]</sup>有观点认为，谦抑原则与罗克辛论及的辅助原则相似，均或多或少地体现出人性的、动态的、政策的特征。辅助原则的根源在于个人与集体的关系中，国家只有在个人力不能及的时间和地点内才能够向个人提供帮助，并且对于如何判断，则只能从实际情况和实际需要所引导的并在实际背景下的动态过程中才能发现。进而，辅助原则也只能作为一种社会政策，指导社会政治行为的方向，同时在理论上支持着对刑事立法恰当性的批评。<sup>[15]</sup>

可以说，上述观点从不同层面探讨了刑法谦抑可能发挥的价值。笔者认为，将谦抑界定为政策指导思想，更为妥当。一方面，刑法谦抑本身具有导向性特征，比起罪刑法定原则等传统刑法原则来说，内容还具有一定的模糊性、不确定性。如何解决刑罚处罚的合理性问题受到当时当下现实情况的影响，适用于公共政策制定及其运行的情境。另一方面，从政策的角度，刑法谦抑需要在各个刑事实践领域予以贯彻才能体现，包括刑事政策的制定以及相关的刑事立法与司法实践、刑罚执行均应贯彻刑法谦抑的思想。

### 三、刑法谦抑的标准

显然，为了实现谦抑的内容，必须解决的问题是，以何种标准来判断刑罚的必要性。即使谦抑要求体现刑法的辅助性、片段性、宽容性，这也不等于刑法在解决社会问题时必须处于从属地位，更不能得出只要不动用刑罚就好的推论。所以，如何才能达到避无可避的刑法的必要性，是实现谦抑所必须回应的问题。

根据美国学者帕克的观点，达到刑事制裁的最优状态应当以以下方面作为基准点：第一，行为须是在大多数人看来有显著的社会危害性的行为，且不专属于任何意义的社会阶层。第二，该行为纳入刑事制裁不会违背惩罚的目的。第三，抑制该行为不会约束人们合乎社会需要的行为。第四，须通过公平且不歧视的执行来处理。第五，通过刑事程序来控制该行为，不会使该程序面临严重的定性或定量的负担。第六，没有合理的刑事制裁替代措施来处理该行为。<sup>[16]</sup>据此，对行为进行犯罪化可以考虑以下两方面：一是动用刑事制裁的前提。刑事制裁应当限于针对危害性或对社会的威胁明显且不可为社会所容忍的行为，在此范围内围绕刑罚的目的进行设计，并注意减少刑事制裁的负面社会效果。二是刑事制裁的运行。刑事制裁需要在别无其他适当方法替代的情况下发

起，并且遵循公平、公正的原则运行，同时考虑刑事诉讼过程中的现实压力。

关于经济领域的刑事制裁，帕克认为，应当达到以下几个条件才可谓对刑罚手段的谨慎使用。首先，行为人应当被清楚地认定为责任方。其次，行为的性质应当足够简单，可以被非专业的法官和陪审团所理解。再次，在行为能够被理解的前提下，该行为被社会主流看作是错的。最后，应当有理由相信有争议的经济法规执法适用于某一具体被告人不是武断或歧视性的。<sup>[17]</sup>沿着帕克的思路，如果对经济领域的一些行为进行刑法规制，应当考虑以下问题：其一，如果要将某类主体视为经济犯罪的适格行为人，那么，该主体的边界应当清楚，并且主体行为与危害结果之间具备清晰的因果关系，使得法益损害的责任追究师出有名。其二，经济行为纷繁芜杂，时常体现出较强的专业性，但是，刑事制裁需要进行的是表象之下的判断，从行为的性质方面足以解释刑罚介入的合理性。其三，即使在经济领域，行为若要达到需要刑罚规制的程度，也需要符合当下社会生活的普遍的价值选择。实际上，某种法益是否需要刑罚来保护，不仅要看有无保护的必要性，而且要看这种法益有何价值。其四，刑事处罚应当尊重经济活动主体的平等性，防止刑事制裁存在主体偏好，违反经济领域的公平公正。

当然，如前文所言，刑法谦抑本身内容具有不确定性，并且是动态的，但这也意味着对刑法谦抑的解读是开放的、多种角度的。因此，帕克的观点对我们思考不无启发。帕克关于刑法谦抑的标准既考虑到了刑事制裁介入的先行理念，也兼顾了立法与司法实践运行的现实问题。然而，对于金融领域的刑法制裁而言，将帕克的标准运用于此则面临现实的挑战。第一，金融领域的复杂性、创新性使得一些行为与危害结果之间的因果关系受到质疑，市场上多种影响因素的存在削弱了行为与结果之间的因果关系，危害结果的责任方认定存在困难。第二，随着我国金融市场的迅猛发展，金融交易日渐复杂，即使是对金融从业人员来说，

认识其间的运行机理也属挑战，此时对于立法、司法而言，则更加难以提炼核心性质并被非专业的法官或民众所理解。第三，一些金融交易在复杂的交易结构中隐藏着自身的负面属性，难以为人们所认识，即使形成了价值判断，但其是否清晰、可靠，均存在争议。第四，由于我国金融市场是在政府主导下发展起来的，相关法律法规往往反映了一些政策目的和偏好，此时，何种情况下得以体现市场规制的平等性，在某些具体案件中，依然存在进一步讨论的空间。

[1] 参见张明楷：《刑法学》（第五版），法律出版社2016年版，第21页。

[2] 参见〔德〕罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第23页。

[3] 参见王世洲：《刑法的辅助原则与谦抑原则的概念》，载《河北法学》2008年第10期。

[4] 〔日〕平野龙一：《刑法的基础》，黎宏译，中国政法大学出版社2016年版，第91页。

[5] 〔日〕大谷实：《刑法讲义（总论）》，成文堂1994年第4版，第7页。转引自刘淑珺：《日本刑法学中的谦抑主义之考察》，载《刑事法评论》（第22卷），第285页。

[6] 参见刘淑珺：《日本刑法学中的谦抑主义之考察》，载《刑事法评论》（第22卷），第285页。

[7] 按照译者观点，辅助原则也可翻译为谦抑原则。参见〔德〕罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第20页。

[8] 〔德〕罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第24页。

[9] 同上书，第20页。

[10] 参见王世洲：《刑法的辅助原则与谦抑原则的概念》，载《河北法学》2008年第10期。

[11] 张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第144页。

[12] 参见马克昌：《我国刑法也应以谦抑为原则》，载《云南大学学报（法学版）》2008年第5期。

[13] 参见郭云忠：《刑事诉讼谦抑论》，北京大学出版社2008年版，第5页。

[14] 参见王明星：《刑法谦抑精神研究》，武汉大学2004年博士学位论文，第25页。

[15] 参见王世洲：《刑法的辅助原则与谦抑原则的概念》，载《河北法学》2008年第10期。

[16] 参见〔美〕哈伯特·L.帕克：《刑事制裁的界限》，梁根林等译，法律出版社2008年版，第293—294页。

[17] 参见〔美〕哈伯特·L.帕克：《刑事制裁的界限》，梁根林等译，法律出版社2008年版，第359页。

## 第二节

# 刑法谦抑的理论依据

即使在不同的领域，一些基本的思想与理念也是共通的。刑法谦抑也不例外。换言之，刑法谦抑可以通过多种途径进行解读。这里，笔者选择哲学、宪法、经济学、政治学以及其赖以生存的刑法学角度，选取其中部分面向进行概括，对刑法谦抑的理论依据进行初步的探讨。

## 一、刑法谦抑的哲学背景

法律是人们在认识客观事物基础上的表达。在法律运行的各个环节，均包含着主体对客观事物的认知。刑事政策以政策制定者对于当下社会犯罪情况的认知为基础得以制定，立法以立法者对于制度需求、条件、目的、预期效果等方面的认知为前提，司法包括了关于某类或某一案件所涉问题的综合判断；执法过程也体现着对执法目的和效果的认知。那么，法律运行过程中各个主体基于自身认识作出的判断或处置是否可靠？换言之，在法律运行的各个环节中，各个主体能否穷尽自己的认识，完美地实现自己的任务目标？如果从哲学角度看，这涉及人的理性的范围问题。

在哲学领域，对人类认识的能力与局限性的讨论贯穿哲学史始终。围绕知识和如何获得知识的问题引发了理性主义与经验主义的经典对立。其中，人类的认识能力是否存在范围或界限，是二者争论的核心问题之一。<sup>[1]</sup>理性主义哲学强调利用理性对知识进行分析，通过理性推演可以认识自然科学知识以及关于世界的存在和本质结构的形而上学知

识。而经验主义哲学却对人类理性的能力持保留态度。

在经验主义哲学看来，人类理性的作用范围存在边界：我只知道我感觉到事情，我不可能知道关于我感觉以外的任何陈述是否正确。英国经验主义者洛克曾指出：“我们具有知识不能越出我们具有观念的范围。……我们的知识的范围不仅谈不上像事物的实在范围那样广阔，而且连我们自己的观念的范围也比不上。”<sup>[2]</sup>休谟认为：“虽然我们的思想似乎具有这样无边无际的自由，如果我们加以比较切实的考察，则将发现它实际上是限制在一个狭隘的范围之内；人的精神所具有的创造力量，不外乎是将感官和经验提供我们的材料加以联系、置换、扩大或缩小而已。”<sup>[3]</sup>他甚至认为理性不能发现因果关系，只有通过经验才可以发现构建原因与结果之间的联系：“我们如果没有经验和观察的帮助，要想决定任何个别的事情或推出任何原因或结果，那是办不到的。”<sup>[4]</sup>同时，休谟认为，因果关系不等同于原因和结果之间的必然关系，因为无法用经验证明必然关系的存在，只能证明的是二者之间的经常性联结，而这才是因果关系的核心要素。

康德以休谟的观点为研究的出发点，但得出了与休谟的观点相反的结论。康德认为，理性具有自主性，他反对休谟关于理性能力无法建立因果之间必然联系的观点。尽管我们的知识无法超越我们的感觉，但科学仍是可能的。因为人类心灵先验地遵从理性思维的十二个基本范畴（分为“数量”“质量”“关系”“模式”四类），人类理性可以按照这些先验范畴整理感觉经验，从而得到关于世界的理性的图像。<sup>[5]</sup>因此，康德一方面承认休谟所指出的知识无法超越感觉的结论，另一方面也认为理性可以在限定的范围内发挥作用。

以休谟、康德等人的观点为基础，哈耶克对理性的理解是，个人理性受制于特定的社会生活进程。一方面由于个人理性无法脱离自身检视自己的运作，理性在理解自身能力方面存在逻辑上的局限；另一方面，