

论作为标识性概念的慎刑

罗冠男^{*}

内容提要 生产并提供扎根中国文化、立足中国国情、解决中国问题的标识性概念,是构建中国法学自主知识体系的关键所在。作为中华法治文明的重要标识,慎刑概念根植于天人合一的宇宙观,回应着德主刑辅的国家政治理想,形成死刑复核、证据裁判、恤刑宽宥等制度,并在司法实践中持续发展,兼具哲学、政治、法律的多重意涵,且其适用也不限于刑事领域。近代以降,域外的刑法谦抑性概念得以引入并被广泛使用。与之相比,立足本土法治的慎刑概念虽由明转暗,但其功能得以实际延续,呈现出“隐而不没”的存在样态。在当代中国的法治实践中,慎刑具备作为标识性概念的应然性。重视这一标识性概念,对于构建中国法学自主知识体系具有重要价值。

关键词 慎刑 标识性概念 自主知识体系 本土法治 谦抑

目 次

- 一、问题的提出
- 二、古代慎刑概念的三重意涵
- 三、近代以降慎刑呈现“隐而不没”的概念样态
- 四、慎刑成为当代标识性概念的理论证成
- 五、结语

^{*} 中国政法大学法律史学研究院教授。本文系中国社会科学院研究阐释中华民族现代文明重大创新项目“建设中华民族现代文明与构建中国自主法学知识体系研究”(项目批准号:2023YZD053)的阶段性成果。

一、问题的提出

习近平总书记指出：“中华法系凝聚了中华民族的精神和智慧，有很多优秀的思想和理念值得我们传承。出礼入刑、隆礼重法的治国策略，民惟邦本、本固邦宁的民本理念，天下无讼、以和为贵的价值追求，德主刑辅、明德慎罚的慎刑思想，援法断罪、罚当其罪的平等观念，保护鳏寡孤独、老幼妇残的恤刑原则，等等，都彰显了中华优秀传统文化文化的智慧。”^①其中，“德主刑辅、明德慎罚的慎刑思想”包含对生命权的尊重，追求司法公正、防止刑罚擅断，塑造了中华法治文明“仁恕”“中道”的特质。然而近代以降，随着中华法系的解体，源自西方的刑法谦抑性概念被广泛接受，并深刻影响了当代中国的刑事立法与司法实践，谦抑逐渐取代慎刑占据主导话语地位。作为扎根中国文化、承载独特治理经验和价值诉求的本土概念，慎刑需要得到更充分关注和有效激活。这是因为与外源概念相比，慎刑更加契合中国的社会文化心理、治理传统与现实国情。正如有学者所指出的：“我国法学必须从中国国情和当下实践出发，必须传承中华法治文明、培育法治民族精神、善用法治本土资源，必须承载时代精神，形塑民族品质。”^②

已有研究讨论慎刑时，多从思想渊源^③、制度实践^④、价值理念^⑤及中西比较^⑥等维度展开，亦有研究在论述中华优秀传统文化法律文化时有所涉及^⑦。这些研究揭示了慎刑与“仁政”“民本”等传统观念的关联及其在立法技术、司法程序中的具体运作，但总体而言侧重于制度描述或思想阐述，对慎刑概念本身的逻辑、内涵缺乏系统分析，更鲜见概念史的考察。“标识性概念是自主法学知识体系构建的基础，也是自主法学知识体系得以型构的动力。”^⑧就法律史学而言，“提出问题、供给概念”是法史学者介入当代议题的恰当方式。本文采取概念史的研究进路，在厘清古代慎刑概念内涵的基础上，探讨其理论深度与历史连续性，揭示慎刑这一标识性概念的特质与优势，以期为本土法治资源的讨论与转化提供概念支点，并加强法律史学与刑法学等部门法学间的学术对话，为构建中国法学自主知识体系凝聚合力。

① 习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路，为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》（2020年11月16日），载《习近平法治文选》（第1卷），中央文献出版社2025年版，第289页。

② 张文显：《论建构中国自主法学知识体系》，载《法学家》2023年第2期，第3页。

③ 参见桑东辉：《传统慎刑思想探源——以〈周易〉为例》，载《学术交流》2011年第11期；崔永东：《明代丘浚〈慎刑宪〉中的慎刑思想》，载《中国刑事法杂志》2012年第4期。

④ 参见王若时：《“慎刑”原则在清朝秋审中区分“实”、“缓”的运用》，载《法律适用》2019年第18期；刘晓林：《唐律中的“罪止”：通过立法技术表现的慎刑与官吏控制》，载《法律科学》2020年第4期。

⑤ 参见林明：《论慎刑理念对古代司法运行机制的影响》，载《法学杂志》2012年第4期；吕丽：《善刑与善用刑：传统中国的祥刑追求》，载《吉林大学社会科学学报》2018年第3期。

⑥ 参见冯卓慧：《中国古代慎刑思想研究——兼与20世纪西方慎刑思想比较》，载《法律科学》2006年第2期；詹奇玮：《慎刑思想的历史审视与当代提倡——兼论与域外谦抑理念的比较》，载《社会科学》2022年第6期。

⑦ 参见夏锦文：《中华法系的深厚底蕴及其创造性转化》，载《江海学刊》2023年第1期；王利军：《习近平法治思想中司法改革理论的历史渊源》，载《政法论丛》2023年第5期。

⑧ 胡玉鸿：《标识性概念与中国自主法学知识体系的构建》，载《法治研究》2025年第1期，第3页。

二、古代慎刑概念的三重意涵

若欲探究慎刑何以成为标识性概念,首要之务便是回到其历史源头,揭示慎刑在传统中国究竟意指为何。可以发现,慎刑概念在传统中国话语体系中兼有哲学、政治、法律三重意涵,具有深厚的文化根基。

(一) 根植于天人宇宙观的慎刑

传统中国的慎刑概念诞生于古人对宇宙秩序、生命价值与人伦道德的哲学认知。先秦诸子的思想遗产,尤其是对天人关系的诠释与对自然之道的体悟,赋予了慎刑多维的哲学意涵:对刑罚的审慎是天人合一秩序信仰下的必然产物,体现着“大德曰生”的生命观与“允执厥中”的中道思维。

慎刑的哲学根基首先在于古人对“天、地、人”宇宙秩序的信仰。天、地、人的“三才之道”将人类社会的治理纳入宇宙秩序的宏大框架,刑罚作为人道的产物,必须顺应天地循环之理。《尚书·皋陶谟》载舜帝明训:“天秩有礼,自我五礼有庸哉!天命有德,五服五章哉!天讨有罪,五刑五用哉!”此“天讨”之说揭示刑罚本质乃代天行罚,司法者不过是“承天意以从事”^⑨。刑罚既需顺应天地规律,刑德关系的“阴阳消长”便自然产生,所谓“刑德相养,逆顺若成。刑晦而德明,刑阴而德阳,刑微而德章”^⑩,强调刑罚需谨慎、有限度地使用。在天人宇宙观之下,古人认为“刑罚不中,则生邪气”,一旦“邪气积于下,怨恶畜于上”,则灾祸将至。^⑪因此,慎刑首先体现为对天道权威的敬畏,司法者须以战战兢兢之心行使“代天行罚”之权,此即“惟敬五刑,以成三德”^⑫的深层意涵。

上述宇宙观中,存在着一最大的德性,即“天地之大德曰生”^⑬。刑罚作为剥夺或损伤生命的手段,违背了宇宙生生不息的根本法则,出于对“生”的敬畏,慎刑成为必然。正是因为慎刑蕴含了“见天地”的自然哲学,北宋《劝慎刑文》选择“善恶报应”之说来论证审慎刑罚的必然性,告诫断案之人自己若想获得福报,就需要以悲悯仁爱之心对待罪犯和处理案件。^⑭这种对天道的敬畏、对生命的尊重与不忍之心被儒家概括为“仁”。儒术成为治国之术,“仁”也自然而然构成了慎刑概念的精神内核。孔子以“仁”为最高道德准则,其核心在于“仁者爱人”^⑮,表达了反对滥用刑杀、主张德化优先的伦理观念。孟子指出,“行一不义,杀一不辜,而得天下,皆不为也”^⑯,“杀一无罪,非仁也”^⑰,将

^⑨ 《汉书·礼乐志》。

^⑩ 《黄帝四经》,张景、张松辉译注,中华书局2020年版,第152页。

^⑪ 参见《汉书·董仲舒传》。

^⑫ 《尚书·吕刑》。

^⑬ 《周易·系辞》。

^⑭ 参见冯卓慧:《中国古代关于慎刑的两篇稀有法律文献——〈劝慎刑文〉(并序)及〈慎刑箴〉碑铭注译》,载《法律科学》2005年第3期,第116页。

^⑮ 《孟子·离娄章句下》。

^⑯ 《孟子·公孙丑章句上》。

^⑰ 《孟子·尽心章句上》。

保护无辜生命、反对滥杀无辜提升到“仁”的核心原则高度。它要求司法者在裁断生死时,时刻以“仁”为念,以“生”为贵,力求“与其杀不辜,宁失不经”^⑮,最大限度地避免冤滥与过度伤害,方能真正体现对“大德曰生”这一天地法则的敬畏与遵循。可见慎刑概念并非初始即为一种法律概念,而是有其哲学原貌,源自对生之神圣性的认知,继而使得惩戒性质的刑罚兼顾“生生之仁”^⑯。

当然,慎刑本身也是一种“执其两端,用其中于民”^⑰的中庸哲学。《尚书·大禹谟》称“人心惟危,道心惟微,惟精惟一,允执厥中”,强调对中庸之道的恪守。在刑罚领域,“中”意味着罚当其罪的平衡。通过“允执厥中”的中道,刑罚得以保持“人心”稳定与行为适度,体悟并实践“道心”的内核与真谛,进而实现“秩序与公正”的基本目标。^⑱具体而言,慎刑概念的中庸哲学首先体现为是否将某一过错作为犯罪。儒家主张“赏不僭而刑不滥”,因为“赏僭则惧及淫人,刑滥则惧及善人”,应使刑罚“宁僭无滥”,即“赦小过”。^⑲孟子则从人性论角度论证宽恕之理:“人皆有不忍人之心……以不忍人之心,行不忍人之政,治天下可运之掌上。”^⑳其次,慎刑的中庸哲学表现在犯罪后的刑罚轻重。中国早在西周就创设了针对因不识、过失、遗忘而犯罪的“三宥之法”,对非故意犯罪减轻处罚。《尚书·康诰》提出“人有小罪,非眚,乃惟终……乃不可不杀。乃有大罪,非终,乃惟眚灾……时乃不可杀”的著名原则,区分故意惯犯与过失初犯,将主观恶性作为量刑关键,以求量刑适当。这种宽猛相济的辩证思维,被荀子概括为“刑当罪则威,不当罪则侮”^㉑,追求罪与刑相适应。慎刑作为哲学概念的存在样态决定其并不等同于简单轻刑,而是在“过”与“不及”之间寻求平衡。

(二) 回应国家政治理想的慎刑

在“天道”向“治道”的转化过程中,先秦哲人奠定的慎刑观从哲学理念凝练为一种具有明确政治指向的治术,这就涉及慎刑作为政治概念的存在样态。传统中国将“德”置于政权合法性的核心地位,“为政以德,譬如北辰,居其所而众星共之”^㉒。慎刑是抽象之“德”的具体表现。自西周确立明德慎罚的治国策略以来,历代均将对刑罚的审慎作为德政的重要标准,德政呼唤着慎刑,慎刑亦在回应国家治理的理想。周公“皇天无亲,惟德是辅”^㉓的阐释,使德政进一步成为沟通天人的通途。这一政治理念在司法领域直接体现为对刑罚的审慎,从而达到“刑政平而百姓归之”^㉔的政治理想,此即慎刑回应国家政治理想的总体方向。

^⑮ 《尚书·大禹谟》。

^⑯ 【明】王夫之:《周易外传》,岳麓书社2011年版,第826页。

^⑰ 《礼记·中庸》。

^⑱ 参见朱勇:《中华优秀传统文化法律文化》(下),载《人民法院报》2025年1月17日,第5版。

^⑲ 参见《左传·襄公二十六年》《论语·子路》。

^⑳ 《孟子·公孙丑章句上》。

^㉑ 《荀子·君子》。

^㉒ 《论语·为政》。

^㉓ 《尚书·蔡仲之命》。

^㉔ 《荀子·致士》。

秦亡于苛政的教训、汉初“黄老无为”的弊端,使汉代最终选择儒术作为治国之术,塑造了以德教为核心的治国模式。治国当以仁德化育生民为本,刑罚只能是不得已而用之的辅助手段,使用时需要贯彻“慎”的精神,以契合国家政治理想的追求。于是,我们可以很自然地发现,历史上诸多治国之策的提出,都把对于刑罚的审慎纳入其中。一般来说,乱世的特殊情境往往赋予治策更加强烈的指向性,故不妨以西魏苏绰所上“六条诏书”作一具体考察。^{②8}

在六条治策中,代表慎刑的“恤狱讼”位列第五,这一排序暗含传统中国“刑者,政之末节”^{②9}的理念。毫无疑问,古人将慎刑作为治国之要,但慎刑在传统政治话语中更多地体现为“德主刑辅”政治理想的一环。后世学者对此也有明确阐释,如明代丘濬《大学衍义补》中“治国平天下之要”共有十二条,“慎刑宪”位列第九。按丘氏所言,该排序属于“先其本而后末,繇乎内以及外”,继而“兼本末、合内外以成夫全体大用之极功也”。^{③0}慎刑对国家政治理想的回应是通过其在治国方略体系中的结构性位次实现的:在治理次序上,刑罚必须让位于教化、民生等“本务”;在价值权重上,慎刑被视为“平天下”进程中“兼本末”的“末”,其合法性源于对仁义礼智等“内在本体”的守护;在系统配合上,当前端德政失效时,慎刑可以“弼五教”的姿态介入,通过司法节制防止统治崩坏。概言之,在传统中国政治话语中,慎刑是达成国家政治理想的“用”而非“体”,其以“宁滥舍有罪,不谬害善人”^{③1}的宽恕与仁爱,为国家保留通向德治理想的路径。故朱熹指出,“治民者不可徒恃其末,又当深探其本也”^{③2}。

具体来看,慎刑主要从以下几方面回应国家政治理想:第一,对“君权神授”天命政治观的回应。刑罚作为“天、地、人”宇宙观框架中的一部分,承载着维系天地和谐的政治使命。若“刑罚不中,滥害善人”,将直接破坏“四时顺序,万物阜安,苍生悦乐”的政治愿景。^{③3}君主落实慎刑不仅是恤民,更是“承天意”,确保天命眷顾、社稷长存。第二,对“王道仁政”价值论的回应。刑罚的正当性源于对生命的敬畏,个体生命的不可侵犯性与“王道无冤”的政治合法性紧密相连。因此,在价值抉择上,统治者宁可承担“赦有罪”的治理风险,亦不可动摇“人命关天”的政治道义。冤狱丛生将导致民心离散、统治根基动摇。所谓“一夫吁嗟,王道为之倾覆”^{③4},慎刑之于“王道仁政”理想的价值意义不可谓不重。第三,对“治乱兴亡”治理规律的回应。慎刑不仅关乎政权的合法性,也与国家的稳定性密切相关。正如孔子言“礼乐不兴,则刑罚不中;刑罚不中,则民无所措手足”^{③5},慎刑在传统中国被赋予双重的政治功能。对内通过“罪人必得”“轻重皆当”

②8 “六条诏书”为:先治心、敦教化、尽地利、擢贤良、恤狱讼、均赋役。参见《周书·苏绰传》。

②9 《旧唐书·刑法志》。

③0 参见【明】丘濬撰:《大学衍义补》,上海书店出版社2012年版,第15页。

③1 《周书·苏绰传》。

③2 【宋】朱熹撰:《四书章句集注》,中华书局1983年版,第54页。

③3 参见《周书·苏绰传》。

③4 《周书·苏绰传》。

③5 《论语·子路》。

的司法公信力强化统治权威,但其在彰显宽恕仁慈的同时也有边界,即“若有深奸巨猾,伤化败俗,悖乱人伦,不忠不孝,故为背道者,杀一利百,以清王化,重刑可也”^{③⑥}。对外则以“赦过矜愚”的仁恕姿态收摄民心,典型如唐太宗纵囚归狱的著名典故,彰显了君主“推心待物,每从宽政”^{③⑦}的诚意。刑罚本身因慎用而趋于隐形,社会在教化与公正的秩序中实现自然安定,这是国家政治理想的最高体现。

(三) 法律设计与司法中的慎刑

在传统中国法律文化中,慎刑概念的内涵之深广远超现代刑法学中刑法谦抑与罪刑法定等类似原则,展现出一种更为宏大的理念。作为一个法律概念,慎刑的具体内容丰富,如《大学衍义补》“慎刑宪”一节,包括定律令之制、制刑狱之具、明流赎之意、详听断之法、议当原之辟、顺天时之令、谨详献之议、伸冤抑之情、慎眚灾之赦、明复仇之义、简典狱之官、存钦恤之心、戒滥纵之失。^{③⑧}慎刑的抽象意涵也是多重的:其一,它囊括了“敬刑”对刑罚权根源(天道)与刑罚后果(生死)的敬畏。其二,它包含了“恤刑”所强调的仁恕体恤之情,要求司法者怀有悲悯之心。其三,它体现了“祥刑”所追求的法律正当性与良好治理目标。如此便将代表敬畏之心的“敬”、人道关怀的“恤”以及治理理想的“祥”,整合于一个以“慎”为统摄的综合概念之中。

慎刑作为法律概念的实践展开,对国家治理体系内的多元主体提出了不同要求。皇帝作为最高权威,其在慎刑中扮演的角色主要表现在两方面:其一,以慎刑观约束群臣。如唐太宗曾下诏“自今以后,大辟罪皆令中书、门下四品已上及尚书九卿议之,如此,庶免冤滥”,通过集体审议约束独断权力,既彰显了对刑罚的慎重,也可抑制错漏,“由是至(贞观)四年,断死刑,天下二十九人,几致刑措”。^{③⑨}其二,行使死刑复核权。如唐代死刑实行“三覆奏”,后改为五覆奏。帝王录囚也是贯穿中华法系始终的做法,如汉代便有“车驾自幸洛阳狱录囚徒,理出千余人”^{④⑩},通过亲审囚徒彰显慎刑导向。

司法官群体的专业素养直接构成慎刑的保障。古代官员考课的“四善二十七最法”中,“法官之最”的标准为“推鞠得情,处断平允”^{④⑪},实际蕴含了慎刑对司法官员的双重要求:“推鞠得情”强调事实认定的审慎,要求法官通过周详的勘验、取证与审讯以获取真实案情;“处断平允”突出法律适用的衡平,要求法官在量刑时罚当其罪。同时,慎刑要求通过分权实现程序约束。以明清时期的三法司为例,“刑部受天下刑名,都察院纠察,大理寺驳正”^{④⑫},注重通过制度性制衡实现慎刑目标。此外,由于传统中国行政与司法合一,慎刑在基层治理中表现为地方行政长官的职责。县令需“躬亲狱讼”^{④⑬},在受理案

^{③⑥} 《周书·苏绰传》。

^{③⑦} 《隋书·刑法志》。

^{③⑧} 参见前注^{③⑩},丘濬撰书,目录。

^{③⑨} 参见【唐】吴兢:《贞观政要》,骈宇騫译注,中华书局2011年版,第526页。

^{④⑩} 《后汉书·寒朗传》。

^{④⑪} 《旧唐书·职官志》。

^{④⑫} 《明史·刑法志》。

^{④⑬} 《唐六典·三府督护州县官吏》。

件时“精心悉意,推究事源”^{④④},避免刑讯滥施,使法律的实施与德政相契合。

慎刑作为一种法律概念,其涵摄的法律制度也是多方面的。经过历代发展,整体上形成了死刑复核程序、证据裁判规则、恤刑宽宥机制等方面的法律内容,历来备受学界关注。这些制度设计勾勒出慎刑作为法律应然追求的基本轮廓。然欲理解其作为法律概念的完整意涵,尚须深入具体的司法实践。

清代名幕汪辉祖曾对慎刑的基层执行作出阐述。如,初报“以简明为上”,因为“多一情节,则多一疑窦,多一人证,则多一拖累,何可不慎?”,且断案时需“为犯事者设身置想,并为其父母骨肉通盘筹划”。^{④⑤} 司法官的设身置想,类似“如我在诉”理念,是影响慎刑实现的重要因素。在中央的司法实践中,历代均注重慎刑。如,乾隆帝谕旨强调“内外问刑衙门,并当深体朕意,慎重听谏”^{④⑥},司法官员亦秉承“查人命重案,务须详慎初供,细心推鞠,庶无枉纵”^{④⑦}之旨。以清代秋审为例,据统计,当时全国每年秋审死囚约二千人,而“情实之囚仅占百分之十五也”^{④⑧},绝大多数案犯得以改缓或减等,这是慎刑的一大体现。慎刑概念在冤案平反中也发挥着重要作用。如学者对《折狱龟鉴》“释冤”卷所载60起案件进行分析后认为:“从类案分析来看,冤狱平反的关键因素是司法者的哀矜之心和慎刑之念。”^{④⑨}

当然,慎刑的制度与实践并非全无张力,司法官员亦难以完全避免实践中的偏差。清代知县黄六鸿自述,其办案时曾判赵某“重杖三十”,不久赵某身故,黄六鸿事后追悔:“每一念及,未尝不追悔之无从也。因思为民上者,凡接物处事,惟酌其理与情,而用法慎毋骋一时之躁怒,而流为惨刻以深他日之悔,则庶乎其可矣”^{⑤①}。一位深谙慎刑之理的官员,在具体情境中仍不免因“一时之躁怒”而造成不可挽回的后果,恰恰说明“纸面上的法”向“行动中的法”转化之艰难。也正是这种理想与现实之间的张力,催生了制度细节的持续修正。如,秋审分类日趋严密,驳案程序愈发精细。《秋审条例》自乾隆年间的42条续增至光绪年间185条,区分实缓的标准愈加细化。^{⑤②}

经由上述过程,中国古代的慎刑从概念走向实践,并在实践中得到丰富,成为中华法治文明特有的标识。需要指出的是,慎刑中的“慎”所指向的“刑”,在事实层面往往渗透至更广泛的领域,实质是一种“慎罚”。这是因为中国古代民事、行政等领域的法律规范在形式上长期融于刑典之中,以刑名统摄事类是历代法典编纂的通行体例。如司法者

④④ 《周书·苏绰传》。

④⑤ 参见【清】汪辉祖纂:《佐治药言》,中华书局1985年版,第7、11页。

④⑥ 【清】全士潮等辑:《驳案新编》(第1册),海南出版社2001年版,第342页。

④⑦ 参见前注④⑥,全士潮等辑书,第369页。

④⑧ 董康:《论秋审制度与欧美减刑委员会》,载胡玉鸿、庞凌主编:《东吴法学先贤文录》(司法制度、法学教育卷),中国政法大学出版社2015年版,第10页。

④⑨ 蒋铁初:《传统司法中冤狱平反的理论逻辑——基于韩亿辨冤案的考察》,载《南大法学》2025年第1期,第113页。

⑤① 【清】黄六鸿:《福惠全书》卷四《莅任部》,广陵书社2018年版,第69-70页。

⑤② 参见【清】吉同钧纂:《新订秋审条款讲义》,载杨一凡编:《清代秋审文献》(第30册),中国民主法制出版社2015年版,第235、239页。

在援引《唐律疏议·户婚》中关于嫁娶违律、占田过限等民事行为条款时,同样受到“矜恤”“平允”等慎刑伦理的约束。《唐律疏议·擅兴》对兴造、差科等行政事务的规制亦如此。慎刑实则超越刑法领域,成为指导一切以国家权力为制裁手段的法律规范适用的普遍概念。换言之,在传统中国“诸法合体”的法律格局中,慎刑实际上发挥了类似于现代法中刑法谦抑性、罪刑法定、比例原则、最小损害原则等类似概念的综合功能,为国家公权力介入全领域设定了节制的边界。这也解释了为何慎刑在传统文献中往往被作为治国理政的普遍准则加以论述,而非仅仅是一个刑律适用的技术性概念。

三、近代以降慎刑呈现“隐而不没”的概念样态

近代以降,伴随中华法系的式微与西方法律思想的传入,慎刑逐渐由官方显性表述转为一种隐性传统。刑法谦抑主义作为一个日源外来词,在晚近获得了学界与实务界的关注和推崇。在这一过程中,慎刑概念虽转向隐伏,但其精神内核“隐而不没”。

(一) 近代法律文化对慎刑精神的延续

清末法律改革之际,清王朝虽大量移植西法以实现法制近代化,但这一进程亦深受传统法律文化的影响,慎刑概念并未消逝。在《奏请变通现行律例内重法数端折》中,修律大臣沈家本提出“化民之道,固在政教,不在刑威也”,现行律例内凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等重刑,“未能收弼教之益,而徒留此不德之名”,刑罚的边界需在政教框架内再检讨和再设定,而其目的在于实施教化。^②在《颁行现行刑律谕》中,清廷更将慎刑作为各级司法官员依据刑律定罪量刑的指导原则:“国家律令因时损益……内外问刑各衙门,务当悉心讲求依法听断,毋得任意出入,致滋枉纵,以副朝廷慎刑协中之意”^③。沈家本等人邀请冈田朝太郎等来华系统讲授法律课程,时人编订的笔记称:“欲刑法见诸实用,不可无从事审判之人。有从事审判之人,而无一定办法,则其人或以己意为轻重,非国家慎刑之意也”^④。可见,在传统理念与西方法学知识交汇之际,慎刑概念及其“情罪相准”“矜恤衡平”等功能,构成了对近现代西方法学知识的先验理解,也促使中国本土治理技术融贯于近代国家的治理结构。这在民国时期表现得更加明显。

首先,慎刑的精神内核被吸纳为罪刑法定主义与司法裁量权之间的调节工具。民国时期已有学者认识到从西方引入的法定主义“有不能应情科刑之缺点”^⑤。如,郝朝俊辨析道:“擅断主义者,审判官自由定罪与刑之制度也……此主义惟得行于政治思想幼稚之时代,而不能行于权利思想发达之时代也”,故文明各国皆采“相对之罪刑法定主义”,

^② 参见《修订法律大臣奏请变通现行律例内重法数端折》,载怀效锋主编:《清末法制变革史料》(下卷),中国政法大学出版社2009年版,第41页。

^③ 《宣统政纪》卷三四。

^④ [日]冈田朝太郎:《刑法总则》,熊元瀚编,上海人民出版社2013年版,第6页。

^⑤ 王觐:《中华刑法论》,中国方正出版社2005年版,第37页。

“于一定范围之下,许审判官自由裁量”。^{⑤6}这在很大程度上为慎刑概念所强调的“原情酌理”“哀矜平反”保留了空间。赵琛亦认为:“然刑法于犯罪虽采绝对法定主义,而于刑罚则采相对法定主义,此于总则编法官自由裁量之权限甚大及分则编刑度之范围甚广,可以见之,盖所以求法治与人治之调剂量耳。”^{⑤7}近代刑法的罪刑法定与慎刑之间通过相对法定主义实现兼容,以“量罪科刑”呼应慎刑传统。

具体来看,慎刑精神明确体现在司法整饬、羁押审查与特赦等治理技术中。1925年的整饬司法训令,明确指出“法令非致治之本,而明慎为行法之枢”,要求各级司法官员“以明志者明法,以慎独者慎刑,于严鞫详讞之中,仍寓哀矜深恤之意”。^{⑤8}此处慎刑被具体化为严鞫(严格审讯)与详讞(详查案件)的要求。1933年司法行政部更明确要求法院严格适用羁押制度,指出“非妥慎运用,殊不足以昭示国家矜恤庶狱之意”,并强调司法官员“依法审慎办理,以重人权而符法意”。^{⑤9}借由慎刑的牵引,国家将人权保障纳入法律功能。此外,《中华民国训政时期约法》第68条规定了特赦、减刑权,并在个案中予以适用。1935年郑子明获刑,因其犯罪时尚未满十八岁,“特予减刑,以昭矜恤”,终以特赦免其执行。^{⑥0}此案中,“矜恤”话语附着于特赦程序,将传统慎刑的精神融入近代刑法施行之中。同时期亦有论者言:“古重慎刑,盖兼斯义,降及后世,肆赦遂滥。虽然,法必有律,赦必有典。”^{⑥1}其意即认为近代法律体系中的赦免相关规定属于古之慎刑的内涵。

值得注意的是,民国学者已意识到西方法律概念相对于慎刑等本土概念的狭窄。如,蔡枢衡批判当时刑法学说与判例实践中“僵化遵循外来理论形式”的倾向,指出西方罪刑法定主义植根于资本主义成熟期的个体权利本位思想,而中国彼时绝大多数人口为农民,这些“学说缺乏扎根的社会土壤”。^{⑥2}王觐亦直言现行刑法“范围狭隘”,“不足以令吾人之惬于心”。^{⑥3}因此,他们不得不将“哀矜平反”寄托于“司法者如得其人”。^{⑥4}这些实则反证了慎刑等本土概念的宽阔容量与深层活力。

(二) 红色法治文化对慎刑内涵的丰富

革命根据地时期,慎刑通过新的政治和法律表达实现其内涵的丰富与功能的续造。虽然革命根据地处于严酷战争环境,但慎刑的内涵仍在制度及其运作中得到体现。如,1932年《中华苏维埃共和国裁判部的暂行组织及裁判条例》规定,凡判决死刑的案件,

^{⑤6} 参见鄱朝俊:《刑法原理》,商务印书馆1932年版,第89-90页。

^{⑤7} 赵琛编著:《刑法总则》,商务印书馆1947年版,第2页。

^{⑤8} 参见《整饬司法之两厅令》,载《申报》1925年9月17日,第15版。

^{⑤9} 参见《司法行政部重申慎刑恤囚令》,载《中华法学杂志》1935年第8期,第102页。

^{⑥0} 《原情略迹恤狱慎刑:金树仁特赦,郑子明等减刑》,载《法令周刊》1935年第276期,第1-2页。

^{⑥1} 钱健夫:《论大赦及赦典》,载《东方杂志》1948年第10期,第8页。

^{⑥2} 参见蔡枢衡:《罪刑法定主义之立法及解释》,载《民国法学术论文精萃》(第4卷),何勤华、李秀清主编,法律出版社2004年版,第196-197页。

^{⑥3} 参见前注^{⑤5},王觐书,第30页。

^{⑥4} 参见前注^{⑤5},王觐书,第37页。

即使被告人不提起上诉,审理该案件的裁判部也必须将判决书及全部案卷报送上级裁判部批准,判决书所规定的上诉期已满或上级裁判部已经批准,方能执行死刑。^{⑥5}这种对死刑复核的重视,延续并转化了慎刑概念中人命至重的价值取向。同时,在刑事证据规则方面,中央司法人民委员部明确要求“绝对废止肉刑,不专信口供,要多注意预审机关的搜集的证据”^{⑥6}。1929年古田会议决议亦提出“坚决地废止肉刑”,并确立了修改惩罚条例、发布通令、长官会议与士兵会议联动执行的法制程序。^{⑥7}这些规范使慎刑概念在红色法治中得到了精神内核的转译。同时,革命根据地的司法人员注重在个案中落实慎刑。如,1932年7月,何叔衡对江西省苏维埃政府裁判部关于余远深死刑一案批示“暂作悬案”,要求“须把全部案卷详细报告前来才能批准”。^{⑥8}对于“朱多伸案”,何叔衡则批示将其原死刑判决改为监禁二年,理由是该案为普通刑事案件而非反革命罪,且朱多伸曾组织游击队参加革命、年已七十二岁,并于同日对证据确凿的钟同焕、罗宏接两起反革命杀人案迅速批示执行。^{⑥9}这种宽严分际的把握,展示了慎刑概念如何在基层司法运作中具体化为可操作的裁量技术。

此外,对犯罪分子的教育改造也是红色法治对慎刑内涵的创造性丰富。如1932年《关于看守所及劳动感化院问题的决议》要求看守所严格实行未决犯与已决犯分押制度,严禁未判决犯人与家属亲戚会谈或对外通信,并对犯人实行定时放风、早晚点名、清洁卫生、出入登记及物品检查等日常管理制度。《中华苏维埃共和国劳动感化院暂行章程》进一步规定,文化科负责组织识字班、政治课、俱乐部、列宁室、图书馆、墙报、游艺晚会等教育事宜,每日工作八小时,其余为教育和休息时间,明确以“感化犯人为前提”。^{⑦0}以感化教育为核心的慎刑实践,在新中国成立后进一步凝结为1951年《中共中央关于对犯有死罪的反革命分子应大部采取判处死刑缓期执行政策的决定》提出的“判处死刑,缓期执行,劳动改造,以观后效”。这些制度使传统“明德慎罚”中“教化”与“恤囚”的思想以劳动教育等现代形式重新落地,构成了一种新的治理技艺。

毛泽东将革命根据地刑事政策总结为:“决不可多杀人,决不可牵涉到任何无辜的分子。对于反动派中的动摇分子和胁从分子,应有宽大的处理。对任何犯人,应坚决废止肉刑,重证据而不轻信口供。对敌军、伪军、反共军的俘虏,除为群众所痛恶、非杀不可而又经过上级批准的人以外,应一律采取释放的政策。”^{⑦1}1951年,毛泽东提出:“凡介在可捕可不捕之间的人一定不要捕,如果捕了就是犯错误;凡介在可杀可不杀之间的人一定不要杀,如果杀了就是犯错误。”^{⑦2}1956年,毛泽东在《论十大关系》中,以辩证思维

⑥5 参见张希坡编著:《革命根据地法律文献选辑》(第2辑下卷),中国人民大学出版社2017年版,第1037-1038页。

⑥6 前注⑥5,张希坡编著书,第1039页。

⑥7 参见前注⑥5,张希坡编著书,第967页。

⑥8 参见前注⑥5,张希坡编著书,第1111页。

⑥9 参见前注⑥5,张希坡编著书,第1111页。

⑦0 前注⑥5,张希坡编著书,第1042、1045-1046页。

⑦1 《毛泽东选集》(第2卷),人民出版社1991年版,第767页。

⑦2 中共中央文献研究室编:《毛泽东文集》(第6卷),人民出版社1999年版,第159页。

和本土实践为基础,进一步明确了以“少捉少杀、区别对待、改造为主”为核心、具有中国特色的刑罚观。^⑬这些与传统慎刑概念形成了深层的价值同构:在刑罚权边界的问题上,始终保持着克制与审慎的姿态;但其正当性基础已从传统“仁政”德性伦理,转换为基于革命经验、治理理性与人道主义的现代政治话语,从而完成了慎刑从古代德政向社会主义刑事政策原则的形态转化——“社会主义国家的刑法,本质上不同于一切剥削阶级的刑法,基于阶级的消灭,它是宽大的,人道主义,最后并要走向灭亡,达到‘无刑’的地步”,因此,“刑法只能是一种辅助的方法”,作为一种教育手段,提升大众的社会主义觉悟。^⑭陶希晋在七九刑法修订组全体会议上指出:“毛主席历来是主张杀人要少,但不废除死刑。而且还创造了‘死缓’这种方法,这在世界上是没有先例的……还有毛主席的‘给出路’的政策,和对犯人禁止逼、供、信,禁止肉刑以及劳动改造重点在于教育改造等等思想,都要在我们的修订工作中贯彻进去。”^⑮基于此种考虑,七九刑法保留了毛泽东所创造的死缓制度,并在刑罚执行中注重教育改造。

从革命根据地的法制探索到新中国的刑事立法,虽未明文使用慎刑概念,实质上却表现出其在现代语境下的丰富内涵与功能续造,使之在与传统中国不同的法律空间中获得了新的适应性与合法性。

(三) 晚近外来概念引介中的慎刑色彩

传统慎刑概念虽然在法治实践中从未退场,但在近现代法学知识建构中,其地位却发生了翻天覆地的变化,逐渐退居边缘。而与之相近似的谦抑概念,在晚近学术引介与立法实践中成为显性表达。“一般认为,中国刑法学理论中的谦抑性概念是从日本传入的,由最初有些别扭的新术语逐渐成为刑法学理论研究的基础性概念。”^⑯倘若从法律史的角度细究,此处有两则问题值得思量:一是日本在历史上长期从属于中华法系,正如梁启超所言“故高丽日本安南诸国,皆以彼时代继受我之法系”^⑰,日源概念的诞生与发展未必不沾染中华传统色彩;二是外源概念的引入需经本土学者的阐发,这一过程未必不受本土社会文化的影响。

若讨论以上问题,需先回顾刑法谦抑性的缘起。18世纪中叶,意大利学者贝卡里亚批判欧洲的残酷刑罚,提出“罪刑法定”与“刑罚目的论”命题,作为警察国向法治国的演进标志,构成了现代刑法的适用边界。^⑱其后,以李斯特为代表的德国新派学者进一步突破报应刑观念,推动着现代刑事政策的诞生。人们逐渐认识到,刑罚须建立在罪刑法定的基础上,包含着国家刑罚权的自我限制,以最小成本实现刑罚干预的最大效果,谦抑即是这一过程中的重要理念。在进入刑法理论之前,其作为一个伦理规范术语,经典

^⑬ 参见中共中央文献研究室编:《毛泽东文集》(第7卷),人民出版社1999年版,第38页。

^⑭ 参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),中国人民公安大学出版社1998年版,第1948、1951页。

^⑮ 前注^⑭,高铭喧、赵秉志编书,第1996页。

^⑯ 孙国祥:《反思刑法谦抑主义》,载《法商研究》2022年第1期,第85-86页。

^⑰ 《梁启超法学文集》,范忠信选编,中国政法大学出版社1999年版,第147页。

^⑱ 参见[意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,商务印书馆2017年版,第11页。

释义为“谦虚卑下,自我克制”^{⑦⑨}。日本刑法学者宫本英修将其移作刑法学术语,率先将谦抑从伦理规范转化为刑罚理念。^{⑧⑩}平野龙一则从三个层面出发,重构了谦抑的理论内涵:第一,刑法具有“补充性”,强调出于刑罚的社会效果考虑,将其作为道德等其他非正式控制手段的高位次规范选择;第二,刑法具有“不完整性”,刑法不能完整地呈现人伦体系,而是仅限于严重侵犯法益且符合构成要件的违法、有责行为;第三,刑法具有“宽容性”,即在现代自由主义构筑的市民社会中,“每个人必须对来自他人的伤害有某种程度的忍受”。^⑪平野的刑法理论对于谦抑的阐述更加系统化,影响也更为深远。

再来看中华传统法律文化对日源概念的影响。近代法史学者杨鸿烈引用日本学者小早川欣吾的观点,指出日本法律受中华法系一千六百余年影响,即便其已转向欧陆法系,然而“中国法律在日本法意识之深刻影响,自远久之过去以迄现在,尚未完全停止”^⑫。如其所论,胜本勘三郎早年阐述刑事政策时,便有意地融入中国古代刑法理念:“刑事政策这一术语虽然是近世才出现,但探求通过国家制度消弭犯罪的观念,早在数千年前即已萌芽。《尚书·大禹谟》有‘刑期于无刑’之训……”^⑬中国古代法哲学的影响,在团藤重光的论述中同样得到印证。他认为,国家的犯罪政策指向消除犯罪原因自身,其本质上是“超越刑法的问题”。^⑭西原春夫教授谈到刑法的功能和边界时更明确地指出,宗教、道德、习惯等各种社会规范本身就承担着维持秩序的功能,过度依赖刑罚则反映了治理能力的缺乏。^⑮这些论述在很大程度上反映出,日本学者话语中的谦抑概念,本身便具有一定的中华传统慎刑的综合色彩。

受苏联模式影响,我国虽然早在1957年即有学者提出慎刑的概念回归,却未被采纳。^⑯甘雨沛、何鹏于1984年合著的《外国刑法学》较早将刑法的谦抑引入汉语学界——“谦抑就是意味着缩减或压缩”,在“伦常犯、风俗犯、宗教犯以及违反行政法规的行政犯之类”进行去犯罪化,即体现着“法治国的法制‘谦抑原则’”。^⑰此处的“谦抑”虽然以汉字形式出现,但在概念上仍属未经翻译的日语借词。进入20世纪90年代,市场经济效益优先的价值观、成本利益分析的思维方式,替代了以往阶级斗争的思维方式,推动着中国法学进行自我更新。一方面,刑法学者敏锐地意识到,必须实现刑法观、犯罪观与刑罚观的整体转型,使其从计划经济、阶级斗争的框架中释放出来,继而服务于社会主义市场经济和发展生产力的需要。^⑱另一方面,《全国人民代表大会常务委员会关于

⑦⑨ 新村出『広辞苑』(岩波書店,1978年)720頁。

⑧⑩ 『宮本英脩著作集Ⅲ』(成文堂,1984年)16頁参照。

⑪ [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90-91頁。

⑫ 杨鸿烈:《中国法律在东亚诸国之影响》,商务印书馆1937年版,第404頁。

⑬ 勝本勘三郎『刑法要論上卷(總則)』(明治大学,1913年)54-56頁。

⑭ 团藤重光『刑法綱要總論』(创文社,1990年)4-6頁参照。

⑮ 参见[日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,肖顾荣等译,中国法制出版社2017年版,第63-64頁。

⑯ 参见王水:《驳“无法可依”和“有法不依”》,载《人民日报》1957年9月9日,第7版。

⑰ 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第2、3、175頁。

⑱ 参见马克昌:《向市场经济转变时期刑法观念的革新》,载《马克昌文集》,武汉大学出版社2005年版,第11頁。

严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》等一系列规范性文件,在一段时期内确立了“从重从快”打击犯罪的政策取向。“严打”是我国在早期治理资源相对匮乏的情况下,重建法律权威的必要选择。但随着国家治理能力提升、法治资源逐渐充裕,国家治理呼唤着法与时转。在这一背景下,谦抑概念的引入自然地承载了中国学者的国家治理关怀与时代自觉。不乏刑法学者先后围绕刑法谦抑性展开论述。其中,陈兴良将谦抑与公正、人道并置,将之定义为少用甚至不用刑罚,获取最大的社会效益,以有效地预防和控制犯罪,^⑧并将刑法定位为国家治理体系中的最后手段^⑨。张明楷则在平野龙一解读的基础上进行阐释,强调谦抑的中国路径应表现为在刑罚谦抑的前提下,容忍有限的犯罪化。^⑩这些论述奠定了我国刑法理论与实务界对于谦抑的认识基础。此外,马克昌观察到谦抑原则属于符合中国古代刑罚精神的现代表达,“我国古代文献非常强调刑法的谦抑性……这种优秀的文化传统有必要发扬光大”^⑪。

事实上,中国学者对谦抑的引介和接纳,不仅关涉学理的传递,更出于一种深层的文化使命,意在主动服务国家发展与回应社会转型的时代需求,着眼于社会秩序的稳定与国家的长远发展和繁荣。故对当代中国而言,尽管谦抑表现为刑法领域的具体原则,但其旨趣却在积极回应国家治理的效能与正当性等根本问题,而这也正是传统慎刑概念的核心关切。换言之,中国学者对国家治理的高度自觉与使命感,使得谦抑作为一个刑法概念被引入、被中国化时,天然地承接了传统慎刑概念的使命与功能。

四、慎刑成为当代标识性概念的理论证成

在经历了晚近对西方法学理论的广泛引介之后,中国法学正步入一个以自主性为核心关切的新阶段,标识性概念的生产是其重要任务。笔者对慎刑概念的历史考察,从本土性与厚度的层面确认了其作为标识性概念的既有资格。然而,资格之具备尚不等于应然之成立,一种概念能否在当代法治实践中真正发挥标识作用,还需在现实层面获得进一步的证成。慎刑具备成为当代标识性概念的应然性,至少基于三重理由:其一,中国特色社会主义法治体系蕴含着深厚的慎刑基因,这构成了慎刑具备标识性概念资格的现实基础;其二,谦抑概念虽与慎刑存在一定的亲缘性,却因承载了超出其理论原旨的本土期待而日趋泛化,为慎刑的复归提供了现实契机;其三,慎刑之复归可与既有概念实现互补与配合,共同回应中国刑法治理的复杂命题。

(一) 中国特色社会主义法治体系的慎刑基因

一种概念若要成为真正意义上的标识性概念,仅有历史厚度与文化认同尚不充分,更需获得现行制度体系的实质支撑。“法治体系是描述一国法治运行与操作规范化有序

^⑧ 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第6页。

^⑨ 参见陈兴良:《刑法谦抑的价值蕴含》,载《现代法学》1996年第3期,第18页。

^⑩ 参见张明楷:《论刑法的谦抑性》,载《法商研究》1995年第4期,第57页。

^⑪ 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,第4页。

化程度,表征法治运行与操作各个环节彼此衔接、结构严整、运转协调状态的概念,也是一个规范法治运行与操作,使之充分体现和有效实现法治核心价值的概念。”^{⑨3} 中国特色社会主义法治体系的慎刑基因不限于某一部门法领域,而是贯穿法治体系运行的各环节。慎刑在传统中国本就兼具多重属性,涵摄刑事、民事、行政等多领域,融贯治理理念与制度实践。因此,当代法治体系对慎刑的支撑,也必然表现为一个多维度、系统性的结构,使慎刑超越一般意义上的历史概念或文化符号,具备了成为当代法学领域标识性概念的坚实根基。

在价值理念层面,中国特色社会主义法治体系所确立的“以人民为中心”的根本立场与“保障人权”“维护公平正义”等法治追求,与慎刑概念中“民惟邦本”“仁恕中道”的精神内核形成深层的价值同构。经由习近平法治思想赋予中华法治文明新的时代内涵,德主刑辅、明德慎罚的慎刑思想得到弘扬。^{⑨4} 这意味着慎刑价值理念已被纳入当代中国法治的思想谱系。习近平法治思想把“坚持以人民为中心”放在重要位置,对中国式法治现代化提出了明确要求,“要把体现人民利益、反映人民愿望、维护人民权益、增进人民福祉落实到依法治国全过程”^{⑨5},其内在逻辑与传统慎刑中“民之所欲,天必从之”^{⑨6}的民本关怀在精神气质上一脉相承。与此同时,“德法共治”作为中国特色社会主义法治道路的鲜明特色,构成了对传统“德主刑辅”政治理念的创造性转化。如果说传统的慎刑是德政在刑罚领域的具体投射,那么当代德法共治的治理模式则为慎刑提供了超越刑事法之上的正当性根基。在这一意义上,“刑”的审慎不只是法律技术问题,更是治国理政中德性要求的制度呈现。这种价值理念上的深层契合,使慎刑首先在法治体系的精神层面获得了安顿。

在法律规范体系层面,法律规范的制定与调整体现着审慎的立法态度。刑法作为法律规范体系中制裁最为严厉的部门法,其修订始终秉持克制的立场。自1997年刑法全面修订至今,立法机关陆续出台十二个刑法修正案,每一次修正均经过长时间调研、多方论证与社会意见征集,贯彻全过程人民民主重大理念,新罪名的增设多聚焦于社会转型中危害较为突出、其他法律手段难以有效规制的行为领域。^{⑨7} 这种逐步推进、回应社会的立法节奏,本身即体现了慎刑所要求的刑罚不可轻率发动的审慎精神。《行政处罚法》等行政法律中的“过罚相当”原则、《行政强制法》中“行政强制的设定和实施,应当适当”的要求,以及《行政许可法》中“设定行政许可,应当遵循经济和社会发展规律”等规定,均体现出“公权审慎”理念,将传统慎刑的节制精神扩展至整个公法规范体系。

⑨3 张文显:《建设中国特色社会主义法治体系》,载《法学研究》2014年第6期,第13页。

⑨4 参见陈一新:《习近平法治思想是马克思主义中国化最新成果》,载《人民日报》2020年12月30日,第10版。

⑨5 习近平:《在中央全面依法治国委员会第一次会议上的讲话》(2018年8月24日),载前注①,《习近平法治文选》(第1卷),第224页。

⑨6 《尚书·泰誓上》。

⑨7 参见沈春耀:《关于〈中华人民共和国刑法修正案(十二)〉(草案)》的说明,2023年7月25日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第四次会议上。

在法治实施体系层面,慎刑精神同样渗透于执法与司法各环节。行政执法作为国家权力与公民直接接触最为频繁的领域,其规范程度直接影响着民众对法治的感受。《行政处罚法》明确要求“设定和实施行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”。行政处罚裁量基准制度的普遍建立,则在操作层面将“过罚相当”的慎刑精神转化为可执行的标准。司法层面,死刑复核制度的审慎设计自不待言。2007年死刑核准权全面收归最高人民法院行使,最高人民法院在复核中坚持“死刑案件,人命关天,必须适用最为严格、审慎的审理程序”^{⑨8},其制度逻辑与传统慎刑中“死刑覆奏”“人命至重”的理念形成了跨越时空的呼应。在刑事司法中,宽严相济刑事政策的确立为“该宽则宽,当严则严,宽严相济,罚当其罪”^{⑨9}的审慎精神提供了政策指引;认罪认罚从宽制度的推行,使其获得了程序法上的操作载体;羁押必要性审查制度与不起诉裁量权的灵活运用,则将慎刑的精神延伸至审前阶段,在诉讼较早环节即以宽宥方式分流案件,最大限度减少刑罚的发动与扩散。在民事与行政审判中,调解优先、实质化解争议等司法导向,亦与传统慎刑所追求的“天下无讼”“定分止争”的和谐目标存在内在相通。此外,2015年、2019年两次特赦的实施,亦是慎刑传统在宪法框架下的当代延续,展现了国家在宪法框架内承续慎刑恤囚、明刑弼教的法治传统,也彰显了新时代中国特色社会主义法治体系的制度自信与人文关怀。

在法治监督与保障层面,慎刑也获得了制度化的表达。监察体制改革后形成的全覆盖权力监督格局,使公权力行使的每一个环节都置于监督视野之下。非法证据排除规则的建立与完善,将“重证据、不轻信口供”的传统证据理念转化为可操作的程序规则,从源头上防范冤假错案的发生。国家赔偿制度的建立与完善,则为因公权力违法而受损的公民提供了事后救济渠道。这种对权力行使后果的责任追究,也是慎刑所要求的“刑罚不中,则民无所措手足”^⑩的制度回应。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“实行办案质量终身负责制和错案责任倒查问责制”,之后最高人民法院和最高人民检察院发布文件进一步明确法官、检察官“在职责范围内对办案质量终身负责”,^⑪这与传统慎刑对司法官员“推鞠得情、处断平允”的职业伦理要求形成了制度上的古今贯通。

此外,党内法规体系为慎刑在权力运行全过程中的贯彻提供了坚实保障。作为中国特色社会主义法治体系的重要组成部分,党内法规体系对各级党组织和领导干部依法办事提出了明确要求,从制度上确保党的领导与慎刑所蕴含的权力节制、人道关怀等价值内涵同向而行。追本溯源,正是有了党的坚强领导,慎刑才得以从传统概念转化为贯穿

^{⑨8} 《最高法相关负责人就〈最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释〉答记者问》,载最高人民法院官网, <https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/286521.html>, 2026年9月17日访问。

^{⑨9} 《最高人民法院印发〈关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见〉的通知》(法发〔2010〕9号)。

^⑩ 《论语·子路》。

^⑪ 参见《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》(法发〔2015〕13号);《关于完善人民检察院全面落实司法责任制的若干意见》(高检发〔2015〕10号)。

革命、建设与改革各历史阶段的法治实践准则。

可见,中国特色社会主义法治体系对慎刑概念及其精神气质的支撑并非局部的、偶发的,而是贯穿于价值理念、规范设定、实施运行与监督保障各个层面的系统性支撑。也正是在这一系统性的制度平台上,慎刑所承载的价值理想与文明厚度获得了持续的滋养与转化,使之不仅具备了成为标识性概念的历史纵深,更具备了得以融入当代法治实践的现实根基。

(二) 谦抑概念的泛化困境与慎刑的复归需求

在近代以降的概念史发展中,慎刑与谦抑在话语体系中有着隐显之分。而从更广阔的视角看,二者的“隐”与“显”并非绝对。谦抑虽然是理论化的、广泛使用的,但其概念原旨相对集中于刑法学领域;慎刑虽然是隐性的、潜行的,但它作为中华文明本土酝酿出的自主概念,历经千百年的考验,拥有更为强大的生命力和广泛的社会基础。这种隐显的辩证关系,较为集中地体现在谦抑概念日益明显的泛化困境中。从法律史的视角审视,谦抑概念的泛化,并非概念本身的价值问题,而是其在跨语境传播中被赋予了超出理论原旨的综合性期待,而这种期待实则源于自古以来本土慎刑概念的综合厚度。对谦抑的期待愈强,对能够真正承载此种综合性期待的慎刑概念之复归需求便愈迫切。

第一,谦抑的内涵错位。2006年,吉林大学法学院与西南政法大学、西北政法大学、中南财经政法大学共同举办以“谦抑在中国”为主题的四校论坛。彼时有学者表示,谦抑一词属于外来词汇,容易望文生义:“不是说外语单词我们不可以用,而是说外语单词的字面含义与它的实际含义相差太远……日本人在用它们的时候有特定的含义,我们中国拿来,望文生义,造成我们一些混乱。”^⑩这也是为何有观点指出刑法谦抑性是一个“有些别扭的新术语”^⑪。另有学者将其解读为狭义法律概念层面的慎刑:“刑法谦抑即慎刑思想,就是刑罚要有节制,避免刑罚调整的范围和立足点过度扩张”,并将其追溯到中国古代“明德慎罚”思想,却又认为中国古代的刑罚观缺乏系统性。^⑫学界本能地试图在现代刑法理论中寻找古代刑罚思想的当代表达,但由于法学不同学科之间缺乏深入对话,学界在寻找相应学理资源时,往往更多依赖比较法的引介,而较少从中国自身的传统中加以发掘,或难以把握本土传统法的全貌。于是,谦抑虽属外来的刑法学概念,却在本土化过程中不得不承载更多的期许。

第二,谦抑与刑事政策的张力。早在20世纪80年代末,学界就已经认识到,要将研究刑法问题与具体的刑事政策结合起来,“刑法不可能将各个时期的具体政策都预先地加以反映……不了解一定时期的具体政策精神,就不能很好地执行刑法”^⑬。谦抑在我国的政策语境中是要服务于国家治理的。如,《刑法修正案(八)》以来的立法实践,包括

⑩ 徐卫东、李洁等:《刑法谦抑在中国——四校刑法学高层论坛》,载《当代法学》2007年第1期,第13页。

⑪ 前注⑩,孙国祥文,第86页。

⑫ 参见前注⑩,徐卫东、李洁等文,第10页。

⑬ 肖蔚云、廉希圣等:《在法学领域坚持四项基本原则 反对资产阶级自由化》,载《中国法学》1989年第5期,第11页。

危险驾驶罪、帮助信息网络犯罪活动罪、拒不支付劳动报酬罪的创设,其首先考虑的要素并非刑法如何谦抑,而是体现出社会治理精细化、前移化的国家治理逻辑。正是在这种背景下,出现了对谦抑在中国语境中的反思,甚至出现“坚守”与“抛弃”两种立场的对立。^⑩如有学者强调“谦抑主义不仅是一种理念,更是维系刑法自身存在正当性的根基”^⑪。有学者则认为“刑法谦抑与其说是一个必须严格遵守的原则,倒不如说是对立法者审慎立法的温情提示”^⑫。

第三,谦抑使用边界的泛化。最高人民法院将“忠诚担当、公正为民、中立谦抑、廉洁守纪”^⑬作为工作要求,在知识产权保护、环境公益诉讼等新兴领域,提出“树立谦抑、审慎理念”^⑭。最高人民检察院亦将“谦抑、审慎、文明”^⑮作为检察机关办理涉企案件的指导思想。谦抑脱离刑法学的语境而进入政策话语层面,成为司法机关的工作逻辑,并被其他部门法借用。以“谦抑”为关键词检索,“北大法宝”数据库收录相关案件4000余件,不仅包括刑事案件,还包括大量民事、行政乃至执行案件。有学者在分析1100余份判决书后得出结论,司法实践中对刑法谦抑的适用过于泛滥,不仅存在说理不明的问题,而且掩盖了对于公权力是否限制以及其边界的追问。^⑯究其本质,是不加辨别地将谦抑作为法律运行的正当性来源。谦抑既被要求在立法扩张的背景下节制重刑,又被期待在防止机械司法的同时承载“天理、人情、国法”的传统价值,甚至还要在宽严相济的刑事政策语境中寻求平衡。^⑰

从法律史的视角考察,谦抑概念泛化与滥用的一个重要原因或许在于:当代国人在使用谦抑术语时,内心所指涉的往往是本土传统慎刑概念所欲传达的价值取向,即一种关乎治国理想与秩序构建的宏大愿景。慎刑之所以能够承载如此厚重的意涵,源于其本身作为自主概念的广阔性与复合性,是一种根植于中华文明结构的综合概念。与之相比,谦抑作为刑法术语,有其特定规范功能,不宜承担超出部门法的综合期待,否则易与其原旨发生紧张。因此,当谦抑越出部门法的边界,试图介入国家治理的其他领域时,便显得力不从心。而慎刑概念在话语上的确“隐”入幕后,但实际也已“隐”入民众的法律意识与司法实践中,构成一种日用而不知的“显”。在这一意义上,慎刑不仅是一个本土自生的概念,更已沉淀为中国人的一种精神气质,融入了对人命敬畏、司法宽仁与社会和谐的深刻追求。这并非贬低谦抑,而是主张概念的功能分化。正是因为外源概念无法完全

^⑩ 参见魏汉涛:《刑法谦抑主义的应然走向》,载《环球法律评论》2025年第1期,第44-47页。

^⑪ 石聚航:《重申刑法谦抑主义——兼对反思论的辩驳》,载《环球法律评论》2024年第3期,第79页。

^⑫ 陈璐:《论刑法谦抑主义的消减》,载《法学杂志》2018年第9期,第123页。

^⑬ 《最高人民法院关于印发〈2018年人民法院工作要点〉的通知》(法发〔2018〕3号)。

^⑭ 《最高人民法院办公厅关于印发江必新副院长在全国法院环境公益诉讼、生态环境损害赔偿诉讼审判工作推进会上讲话的通知》(法办〔2019〕347号)。

^⑮ 《最高人民检察院关于充分发挥职能作用营造保护企业家合法权益的法治环境支持企业家创新创业的通知》(高检发〔2017〕12号)。

^⑯ 参见何腾蛟:《司法说理应慎用刑法谦抑性》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2022年第2期,第95页。

^⑰ 参见陈庆瑞:《刑法的扩张与谦抑司法的坚守》,载《人民法院报》2023年5月18日,第5版。

承接慎刑所固有的文明厚度,后者在当代中国治理话语中的回归才显得尤为必要,并可为谦抑等现代法治原则提供本土文化语义与价值支撑。

(三) 慎刑与既有谦抑概念间的互补与配合

时下谦抑概念已获得广泛的理论承认与实践适用,慎刑的复归并非要、也无法取而代之。这提出了一个更具建设性的问题,即慎刑所承载的文明厚度与谦抑所彰显的法律技术,是否存在互补与配合的可能,从而塑造更具文化自觉与理论自主性的本土法治话语。

慎刑与谦抑之间的差异,使二者的互补成为可能。其一,二者的诞生逻辑不同。慎刑概念深植于中国古代天人合一的宇宙观与德礼政刑综合为治的政治传统之中,从一开始就不是一个单纯的法律技术原则,而是源于天命信仰、服务于国家治理整体目标的伦理要求,是从哲学世界观到政治伦理、再具体化为法律准则的连贯脉络。而谦抑概念诞生于西方启蒙运动以降对国家权力的深刻警惕与自由主义思潮之中,其原始出发点即是对刑罚权这一“最可怕的权力”的戒备与限制。诚如学者所称,“18世纪启蒙思想家对封建制度和专制统治的批判催生了以保障人权和自由为核心的谦抑主义”^⑭。可见,慎刑侧重伦理与治理整体的贯通,谦抑侧重权利保障与权力制约。其二,二者的核心目的不同。虽然二者都表达对人道的追求,但谦抑的侧重点在于通过限制刑罚权来保障自由与效率,其公正追求主要依托罪刑法定、比例原则等规范机制实现。与之相比,慎刑中的“敬慎庶狱”“不冤不纵”“世重世轻”,不仅突出了公正,而且其内蕴的中庸之道也体现出对和谐的追求。^⑮其三,二者的运作逻辑存在伦理性与技术性之分。慎刑要求司法者作为一种道德主体,需具备“哀敬折狱”的仁恕品格与“哀矜勿喜”的内在德性。而谦抑则更倾向于作为一种客观的、技术性的法律原则,强调通过比例原则、罪刑法定等法律技术构建外在的约束机制,其运作依赖于制度的精密设计而非主体的道德内省。其四,二者内涵的广度与深度不同。传统慎刑概念的语义范围不仅关乎刑罚的限度,更包含了司法者作为权力行使者的自我约束、受刑人作为可教化主体的尊严保障,以及司法过程对于社会关系这一“伦理共同体”的修复功能。与之相比,谦抑的原概念则更多地被限定在刑法领域,其内涵相对聚焦。当然,这并非内涵上的孰优孰劣,而是概念功能与适用场域不同。

上述差异决定了在二者的互补配合中,慎刑概念可主要发挥构建本土法治话语的独特价值。慎刑概念所承载的深厚历史积淀、哲学综合性与伦理温度,使其相较于谦抑这一外来概念,同强调集体秩序、道德教化与关系和谐的中国社会文化心理结构具有更深层次的契合度。这些特质为我们提供了一条更具文化亲和性与理论自主性的中国法治路径。不过,慎刑概念内涵的广博与性质的多重,使之难以在当代司法实操层面提供一套标准化、技术化的适用规程。而恰恰在这一层面,谦抑概念展现出专业优势。它自诞

^⑭ 前注⑭,魏汉涛文,第49页。

^⑮ 参见前注⑥,詹奇玮文,第187页。

生之初,便是作为刑法学基本原理而存在,其内涵清晰、边界相对明确,紧紧围绕着国家刑罚权的发动条件与限度这一核心问题展开。谦抑源于启蒙思想家对权力滥用的深刻警惕,如贝卡里亚指出“如果刑罚超过了保护集存的公共利益这一需要,它本质上就是不公正的”^{①⑥},后经由提炼与发展,已成为一套可被精确阐释、并有效融入犯罪论体系与刑罚论建构的概念工具。我国刑法学者在引入该原则后,亦迅速将其与本土实践相结合,显示了其作为技术理性的卓越适应性和实用性。

慎刑与谦抑并非彼此排斥、非此即彼的竞争性概念,实则可构筑成为一种层次分明、功能互补的协同体系。我们倡导慎刑概念的回归,并非意图取消或替代谦抑原则,而是旨在对其进行价值定位上的校准与功能边界上的明晰,实现价值统领与技术落实的辩证统一。这也能够有效回应刑法学者反思谦抑主义的走向时提出的,“在社会本位的价值体系以及刑法既定性又定量的法律文化背景下,面对新时代社会变革的洪流,有必要对刑法谦抑主义进行重新审视,并赋予其新的内涵”^{①⑦}。当然,提倡慎刑并非简单地向传统回归,而是立足当代社会治理的现实需求与法治发展阶段所进行的一种价值重拾与话语重建。具体而言,当刑法谦抑性在当下理论探讨与司法实践中出现越界与泛化,以致模糊其本身应有的功能之时,慎刑作为植根于中华文明,融贯哲学、政治与法律多重意涵的更高位阶概念,恰可为其提供深厚的价值根基与伦理约束,从而促使谦抑回归其作为刑罚权限制原理的本来的、专业化的定位。进而,若对慎刑这一古老智慧进行创造性转化与创新性发展,将其作为统摄立法与司法领域活动的高位阶理念,则能够有效纾解当前因谦抑话语滥用所带来的理论困惑与实践摇摆,更于宏观层面为构建具有文化主体性的本土法治话语与自主的法学知识体系提供重要的思想资源。与此同时,谦抑则可凭借其概念清晰、逻辑严密及可操作性强等特质,承担起将慎刑所蕴含的“仁恕”“中道”及“恤刑”等宏大伦理叙事转化为一套可供法律职业共同体在解释、论证与裁判中精准使用的技术性语言与规范性标准。

五、结 语

习近平总书记强调:“我国古代法制蕴含着十分丰富的智慧和资源,中华法系在世界几大法系中独树一帜。要注意研究我国古代法制传统和成败得失,挖掘和传承中华法律文化精华,汲取营养、择善而用。”^{①⑧}这为法治传统的现代转换指明了方向。在构建中国法学自主知识体系的时代命题下,如何从本土法治资源中提炼具有解释力与生命力的标识性概念,已然成为学界必须直面的理论任务。慎刑正是一个贯通古今、兼具历史厚度与现实回应的典型概念。作为贯穿中华法系历史演进与近代转型的本土概念,慎刑不仅

^{①⑥} 前注^{⑦⑧},切萨雷·贝卡里亚书,第10页。

^{①⑦} 前注^{①⑥},魏汉涛文,第55页。

^{①⑧} 习近平:《加快建设社会主义法治国家》(2014年10月23日),载前注^①,《习近平法治文选》(第1卷),第96页。

天然具备语言与文化基因上的认同优势,更体现出伦理上的节制性、功能上的教化性与价值上的统合性。这些特质赋予其强大的生命力和适应性,使其即便所处的法治语境发生深刻变迁,仍能够持续作用于实践,并深植于国家治理的内在脉络,具备融入当代法治话语体系的条件。慎刑的当代回归并非简单地“以古律今”,而是在现代法治框架下对其精神内核进行重新激活与话语重建。当代中国法治体系在价值理念、规范设定、实施运行与监督保障等层面所蕴含的慎刑基因,已为这一概念的当代转化提供了坚实的制度基础。若能进一步与“刑法谦抑性”等精细成果实现互补配合,慎刑有望作为一个立足本土法治的标识性概念,为构建中国法学自主知识体系提供扎根中国历史、回应现实问题的重要支撑。

Abstract: The production and provision of iconic concepts that are embedded in Chinese culture, grounded in China's national conditions, and responsive to China's practical issues are crucial to the construction of an independent knowledge system of Chinese legal science. As a significant symbol of Chinese legal civilization, the concept of 'cautious punishment' (shenxing) is rooted in the cosmological view of the unity of heaven and humanity, responds to the state political ideal of 'virtue as the principal and punishment as the supplementary,' and gave rise to institutions such as the review of death sentences, adjudication based on evidence, and leniency and commutation. It continuously evolved in judicial practice, bearing multiple philosophical, political, and legal dimensions, and its application was not limited to the criminal sphere. Since modern times, the foreign concept of 'moderation of criminal law' has been introduced and widely used. In contrast, while the concept of 'cautious punishment' rooted in indigenous rule of law receded from prominence, its function has continued in practice, manifesting a state of being 'hidden but not extinguished.' In contemporary Chinese rule-of-law practice, 'cautious punishment' possesses both rationality and potential to serve as an iconic concept. Attaching importance to this iconic concept holds significant value for building an independent knowledge system of Chinese legal science.

(责任编辑:强梅梅)