

刑罚现代化: 刑法修改的价值定向

储槐植*

我国刑法正在组织修改,无论是大改、中改或小改,都应当确定一个价值目标。价值目标的恰当与否,关系到修改质量以及修改后的刑法的稳定性。修刑价值目标的选择须符合国家大政方针和社会发展趋势。现代化是我国社会主义建设和各项改革事业的总方向。刑法现代化应当是刑法修改的价值定向。刑法现代化的核心是刑罚现代化。刑法由犯罪与刑罚组成,犯罪好比躯体,刑罚则是神经。犯罪与刑罚的关系,从哲学本体论观察,二者是因与果的关系,先有犯罪后有刑罚。但从立法论(认识论)角度看,二者关系实际是倒置的,只有当危害行为被国家(通过法律)认为需要给予刑罚处罚时才成为刑法上的犯罪;相反,当某些危害行为(实际上可能仍是有害的)被国家认为不再需要适用刑罚时便不是刑法上的犯罪。可见,犯罪化与非犯罪化,关键是有无刑罚。刑罚集中反映国家对犯罪的态度和刑事政策。

什么是现代化?迄今还没有一个无争议的被广泛认同的现代化定义,但这并不妨碍人们对现代化概念实质的把握。现代化就是前现代向现代转变的过程。这一过程从系统论角度看,实质内涵是组成系统的基础即结构的转变。社会这个巨系统的现代化,主要标志是社会结构的转变:由前现代农业社会变为现代工业社会,这是经济结构变化;与此相应的还有地缘人口结构的转变,农村人口与城市人口比例的颠倒。什么是刑罚现代化?很难而且也无必要给其下确切定义,但实质应当明确。我以为刑罚现代化的基本点是刑罚结构朝着文明方向发展。国家刑罚比之前国家时期复仇是文明进步,自由刑比之其前的身体刑是文明进步,监禁刑为主比之其前的死刑为主是文明进步。从宏观历史演变角度观察,刑罚结构变化遵循一条明显的轨迹向前行进:刑罚趋轻与合理化是刑罚变化的必然趋势,尽管犯罪现象并不减轻甚至存在趋多走向。如何解释这种悖论?原因十分复杂,基本一条是人类随着时间推移对自身价值逐渐觉醒并日益看重。也许会反问:犯罪人不是也侵犯他人的人身权利吗?但这里有一个重要问题,即量的比例。古今中外,在犯罪总量里侵犯财产权利的始终占绝对比重,这是统计规律。只要这种比例关系不变,对人身权利的重视(人身价值日益高于非人身价值)必然导致刑罚在总体上的趋轻。诚然,这指总趋势,在特定时空条件下可能呈波浪浮动状态。

刑罚趋轻的另一个重要原因是由于犯罪学的发展,犯罪原因研究的深入提高了人们对极为复杂的犯罪发生和变动机理的科学认识,由此而来的简明的逻辑推论是作为遏制犯罪发生的刑罚在同犯罪斗争中所起作用是很有限的,刑罚趋轻是人类对刑罚期望值逐渐下降的必然

* 北京大学法律系教授。

结果。对刑罚过高的期望值必然导致刑罚的加重。在监禁刑占相当大比例的条件下,由于监禁刑执行需要人力和财力的大量投入,因而加重刑罚则必然提高刑罚成本;但是由于实际上刑罚遏制犯罪的作用的有限性,所以不可避免地出现刑罚效益与刑罚成本不相称的结局。社会资源浪费在经济学上认为是不合理的。刑罚趋轻有助于消除这种不合理现象。消除不合理的本身便等于增加了合理成分。不仅如此,刑罚变“轻”不是刑法发展的全部内容,甚至不具有目的因素,只是变化过程的自然结果。如上所述,随着研究犯罪发生原因的科学发展,认识到犯罪现象的复杂、犯罪原因的多变和犯罪人性格特征的多样,作为对犯罪的反应(抗制)的国家刑罚必然也要多样化,这才是本质上的合理。在刑罚趋轻过程中相伴出现刑罚结构合理化,由此在相当程度上弥补了因刑罚轻宽可能带来的刑罚乏力的缺憾。“趋轻”与“合理”是相伴相生、相辅相成的关系,共同构成刑罚发展的必然趋势,也是刑罚现代化的根本主题。

刑罚结构在宏观上指各种刑罚方法在刑罚系统中的组合形式,即刑种配置比例。就当代世界而言,主要的刑种有死刑、监禁刑(多种形式)和罚金刑(多种形式),另外还有监禁刑的多种替代方法。不同的刑种份额配置形成不同的刑罚结构,不同的刑罚结构发挥不同的刑罚功能,从而产生不同的刑罚效益。刑罚结构在微观上指具体罪的法定刑组合,实际就是刑罚幅度问题。一般说来,刑度过宽(例如拘役至死刑)或者过窄(例如5年至7年有期徒刑)都不利于贯彻罪刑相适应原则,刑度适中是刑罚结构合理化的题中应有之义。

刑罚现代化涉及许多方面,在当前我国,我以为至少有下列与现代化存在差距的三大问题需要研究:控制死刑,刑种多样,刑度适中。

一、适量减少死刑

西方刑法史表明,自贝卡利亚发表《论犯罪与刑罚》的时代以来,死刑的限制和废除一直是刑法改革的首要问题,死刑存废之争向来是刑事政策的关注焦点。死刑问题所以如此重要,因为它是影响刑罚结构的关键所在。刑罚结构的调整主要体现在最重刑种的变动。最轻刑种的变动只有涉及最重刑种变动时才能体现出对刑罚结构的影响。

由于国情,废除死刑在我国还是遥远将来的事。这是共同认识。在目前修改刑法中要不要减少一些死刑?有两种不同看法,无非是要或者不要。从目前我国社会治安形势说,不要减少死刑的观点似乎更易打动人们的感情。但是往前看,从刑罚现代化长远利益说,需要减少死刑的观点则以理性见优势。如果说是“死刑多并未遏制住严重犯罪上升故而没有多大威慑作用”这一论述的理由并不充分,是因为可以反驳说“要是没有死刑则严重犯罪会比现在更甚”,那么,这两种对立论点都无法证明自身真实同时也无法证明对方不真实。然而,是否可以换个视角。通过刑法修改,若将分散在二十多个单行刑法中新增死刑罪名和刑法中原有死刑罪名统一集中规定在一部刑法典里,死刑罪名将占全部罪名的将近30%,这将给世人造成“死刑法典”的印象,并因此将给我国形象带来巨大损害。在信息社会,形象具有重大意义。不减死刑,从长远利益计,失肯定远远大于得。仅仅从这一点考虑,也应当减少一些死刑罪名。何况死刑量多将会强化“民不畏死”的长远社会忧患局面,与“仁政治国”也两不相容。

在死刑的增减问题上,各国的学者与执政者的看法有较大差距。超脱,既是学者思考问题的长处所在,往往也是其缺点所在。务实,是执政者的共同特点。美国民主与共和两党每4年一次总统竞选过程中有一系列针锋相对的政见政纲,但有一点例外,在从严打击犯罪的刑事政

策上，在近四分之一世纪里两党立场完全一致。原因很简单，犯罪尤其严重犯罪上升，选民盼望从重惩处犯罪；执政者如果想连任，必须倾听选民的呼声，保护选民的利益。学者与执政者看法方面的差距具有普遍性。在我国，政府对犯罪采从重打击政策是民众愿望的体现，“治乱世用重典”这一中华治国经验在缺乏理想办法或者理想办法不易快速见效的条件下也不失为一种较好的选择。我国与美国在对待严重犯罪问题上有相似处，也有不同处。美国的从重政策主要体现在增加监禁刑长度上，在我国则首先体现在增加死刑罪名的数量上。美国政府在死刑罪名不可增多的具体国情条件下除了加长监禁刑外几乎没有其它选择余地。我国政府在对付严重犯罪时除增加死刑外还可以有增加徒刑的选择。具体分析，民众希望从严惩治犯罪并要求多判死刑，但对不涉及人身安全和公共安全的犯罪不判死刑百姓并无意见，明显一例是在1982年增加了对盗窃罪的死刑后，一直没有对诈骗罪升格死刑，对此舆论没有异声。适度长判（增长徒刑）有助于收适量少杀的效果。如果这样，将会提高监禁率（监狱囚犯与人口总数之比），即使达1.2%，仍然低于一些亚洲发展中国家和地区，而美国则是其3.5倍。^{〔1〕}

减少死刑不能是消极的，须以增强犯罪控制能力为基础。如果这样，减少死刑不仅不会有风险，而且为逐步实现“以刑制罪”从而改变目前“刑不压罪”的局面提供可靠保障。减少死刑与增强控制相联，属上策。如果借助增加死刑（或者不减少死刑）来代偿犯罪控制乏力之责，无论是否明确意识到这点，均为下策。

减少死刑并非以死刑没有威慑作用为理由，而是因为它多了。任何事物都有个度，过犹不及。如何衡量多与不多？通常认为国家的治安需要是衡量标准。这种说法未必妥当。“需要”毕竟是主观性的，基本难以明定。“必要”标准更科学。必要是不可少也不用多的意思，是满足主体需要的客观限度，它不单纯是主观性事物，而且是国家需要与社会存在的结合。社会存在有丰富的内涵，包括经济发展状况、文化传统、道德水平、大众心态以及国际交往关系等等。社会存在虽然无法量化，但绝非无法把握。死刑统计数保密这一事实否蕴涵“国家需要”仍有必要“限制”这样的潜台词？

在哪些领域可以减少死刑条款？刑法公布后死刑罪名的增加，主要在经济管理和社会治安两个领域。死刑减少的可能性首先落在有关经济犯罪方面。凡不直接涉及公民人身安全和社会公共安全的经济犯罪均无必要设死刑，例如投机倒把、非法集资、票据诈骗、信用证诈骗、走私（毒品走私除外）、虚开增值税专用发票、伪造并出售增值税专用发票等。社会治安方面，不会危及社区安全感的犯罪，诸如传授犯罪方法、组织反动会道门利用封建迷信进行反革命活动、引诱容留妇女卖淫、组织他人卖淫等也无必要设死刑。原则上死刑主要限于暴力犯罪和严重危害公共安全和国家安全的犯罪。如果这样，死刑可以减少1/4左右。诚然，也不是所有涉及暴力的犯罪都需要设死刑，这里有立法技术问题。《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》（1992年）第6条第2款提供了范例：“以暴力方法抗税，致人重伤或者死亡的，按照伤害罪、杀人罪从重处罚”。如果不是这样，则抗税罪也可能规定有死刑。这在刑法理论上称转化犯。刑法第153条的规定是典型的转化犯，即由非暴力犯罪转化为暴力犯罪。“补充规定”第6条的转化犯是由低度暴力转化为高度暴力，即犯罪“手段超限”（手段超过基本犯罪构成的限度）的转化犯。这类犯罪一般均为复合行为形式的犯罪，犯罪行为的暴力性手段行为与非暴力性目的行为组合而

〔1〕1994年10月28日《纽约时报》称，截止于1994年6月底，美国监狱在押犯人（不含看守所待审人犯）总数突破百万大关，达1012851人。

成。相应地决定了犯罪直接客体的复杂性,既侵犯人身权利(手段行为所致),又侵犯其他权利(目的行为所致)。两种权利的受侵害程度并不均等,目的行为侵犯的权利是主要的(手段行为是辅助的,这就是限度),罪名由此而定,这是基本犯罪构成形态。但是,当手段行为(因过限)侵害的权利变为主要时,便改变了基本犯罪形态,罪名也随之改变。如果采用转化犯理论进行立法,则抢劫罪、强奸罪甚至有些危害公共安全罪都可以不设死刑,也不会轻纵罪犯,只要杀人罪和伤害罪保留死刑就足矣。不过我国现有立法更偏爱于结果加重犯和情节加重犯,后果是增加了不少死刑罪名。不仅如此,而且可能增添司法操作困难和刑法理论困惑。以刑法第150条抢劫罪第2款为例:“犯前款罪,情节严重的或者致人重伤、死亡的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,可以并处没收财产。”犯抢劫罪致人死亡,情节基本相同的两个案例,两个法院出现了两种不同的定罪。这与对第2款的理论分析有分歧相关。一种观点是结果加重,另一种观点认为是结合犯。说结合犯也许更合理一些,但根据条文措词又难说是结合犯。按条文字面含义,可算结果加重犯。如果实现了抢劫,结果加重犯之说在逻辑上勉强可以通过;如果抢劫未得逞,没有结果何来结果加重犯?假定将死亡视为结果,那末加重的结果又是什么?根据第2款目前写法,致人重伤、死亡的,又无法视为情节加重犯。这种理论困惑是立法技术造成的。

适量减少死刑并非出于有利犯罪人考虑,而是为了维护国家形象这等长远利益的目的。修改后的刑法至少应稳定到下个世纪初。

二、刑事制裁多样化

刑事制裁多样化有两层含义。一层是刑事制裁奠基于一元(行为的社会危害性)还是二元(再加行为人的再犯可能性)。本世纪以前,各国在立法上均属一元化刑事制裁(为行文简约,以下以广义“刑罚”代之)模式,以既往行为的危害性为依据设定刑罚种类和刑罚轻重。这种建立在哲学因果论基础上的刑罚制度的长处是可操作性强,有利于实现客观公正和刑法的保障(人权)功能。缺点是无视行为人的个人特征,忽视刑法预防再犯的保护(社会)功能。在刑事实证学派理论推动下出现的保安(保社会之安)处分制度,使刑罚演进到二元化模式。近代意义上的保安处分较早的正式立法例是英国1908年的《预防犯罪法》,允许对惯犯判处监禁刑之外并附加一定期限的预防性拘留(preventive detention)。^[2]第一次世界大战后,大陆法系有些国家在刑法典里创设了保安处分制度。美国至今既没有象英国那样的预防犯罪法,也没有象德国、意大利那样的保安处分制,但有可称为综合的办法:对累犯惯犯根据其犯罪记录多寡采取累进量刑方法,刑期可以判得很长;对精神病犯人,在精神卫生法等法律中规定可以强制医疗;对一般的可能会犯罪的人则有所谓“预防性司法”(preventive justice),这是一种制度,即政府有关机构对很可能会犯罪的人采取的令其作出保证或担保以防止犯罪发生的措施。无论是英、美还是德、意,对有责任能力的犯罪人适用的剥夺自由的保安处分有一个共同点,即依法由法院判决。罪与保安处分均由法律规定,不服判决可提出上诉,有监督机制防止保安处分被滥用。

根据现行立法,我国刑罚属一元化模式。尽管在理论上学者提出犯罪本质二元论(行为

[2] 1948年英国《刑事审判法》允许单独判处5至14年预防性拘留。1973年废除了这一制度,但如有必要,对惯犯可以延长监禁。九十年代初意大利对付黑手党采取的预防性拘留,属刑事侦查中(起诉前)对嫌疑犯的司法措施,实质是“不准保释”。

的社会危害性和行为人的危险人身危险性相结合)的观点,但刑法第 57 条规定的量刑原则和一系列刑罚制度表明,我国刑法上并不存在以行为人的危险人身危险性为主要依据的保安处分。

我国刑事司法领域中的两大有争议的做法,其一为“收容审查”,通过修改刑事诉讼法(1996年3月)得到了圆满解决;其二为“劳动教养”,能否随着修改刑法也有相应变化已成为当前普遍关注的一个热点问题,也是非常棘手的问题。问题的焦点在于需要与合理的冲突。

关于劳动教养作法的需要,我曾撰文进行较为详细的说明。^[3]世界上任何国家都存在并且也都认为应当处理这样的一批人:大法不犯,罪错不断(一犯再犯),危害治安,公众憎恨,气死公安(警察),法院难办。对此,各国的处理办法不尽相同,效果也各异。我国的对策是劳动教养措施。1957年全国人大常委会批准《国务院关于劳动教养问题的决定》规定劳动教养对象主要是不务正业、危害治安、罪行轻微、屡教不改的生活无着的人员,因此,劳动教养的性质是强制性教育改造措施,也是安置就业办法。矫正教育与解决就业并重。这非常类似英国十六世纪开始出现的济贫教养所(workhouse),收容决定权也由政府有关部门行使。1982年国务院批转的公安部《劳动教养试行办法》,规定收容对象主要是罪行轻微不够刑事处罚的人,劳动教养性质是强制性教育改造的行政措施,已经没有安置就业的功能。这除被收容者年龄外与十九世纪美国的教养院颇有几分相似,主要区别在于,教养院接收的人(青年犯罪人)是经法院判决的,而劳动教养的决定则不是由法院作出的。以上情形表明,劳动教养就实质上的需要而言,具有社会普遍性。在我国,作出劳动教养决定的程序,是对需要劳动教养的人,由承办单位(主要是公安机关)报请人民政府组成的劳动教养管理委员会批准。承办单位具有决定性作用。手续简便(相对于诉讼程序而言),快速高效,这是劳动教养的一大明显特点,也是它能满足治安需要的重要原因。但问题也往往出在这里,即缺乏必要监督,劳动教养决定权基本上不受制约。“被决定劳动教养的人,对主要事实不服的,由审批机关组织复查。经复查后,不够劳动教养条件的,应撤销劳动教养;经复查事实确凿,本人还不服的,则应坚持收容劳动教养。”^[4]

劳教决定权行使缺乏监督机制之所以成为问题,关键还在于劳动教养制度的合理性受到质疑:劳教期限为1至3年,必要时可延长1年,执行场所为劳动教养管理所,被教养人除执行半年以上并且表现好的可在节假日准许回家探望外,一般都须集中留居在劳教管理所;因不够刑事处罚而被劳动教养的人所得到的实际处遇在人身自由丧失程度上和期限上,却远比作为刑罚种类的管制和拘役要严厉得多。这在法理上很难说得通。为解决劳动教养的合理性(合法性)问题,有人建议取消这种作法。这种因噎废食的意见没有考虑到这个制度对社会治安的实际需要,与公众愿望也不尽相合。另一种意见正相反,强调这种措施适应需要和我国国情,认为当前应原样保留这种作法,在实践中逐步完善。我以为应设定这样的思路,使需要建立在合理性基础上。

如何使劳动教养的需要建立在合理性基础上?“三改”是可选择的较好方案:改变程序,改变期限,改变名称。

一改程序,解决劳动教养决定权行使缺乏有效监督机制的基本缺陷。根据劳教处遇的性质,程序改变的关键是将劳教决定权归人民法院行使。为保留快速高效的特点,劳动教养案件的审理可适用简易程序,案件也可以由公安机关直接移送人民法院,当然这并不排除人民

[3] 该文载 1984 年第 6 期《法制建设》,该文的缺陷是对劳动教养制度存在的问题没有提及,有片面性。

[4] 《劳动教养试行办法》(1982 年)第 12 条第 2 款。

检察院的法律监督。这样,劳动教养便是司法措施而不是行政措施。司法措施当然需适用诉讼程序。既然进入诉讼程序,被审人就可以聘请律师为其进行辩护,不服判决可以上诉。程序是民主的基石,它使权力在受制约的正确轨道上实现,既有利于对公民权利的保障,又有利于维护国家权力的威望。

劳动教养决定由人民法院作出,这就涉及一个不可回避的尖锐问题——劳动教养是不是一种刑罚或者刑罚性质的方法?可见,程序改变涉及实体法上的问题,或者说,程序改变以实体法变动为前提。实体法上的变动,我称之为“劳动教养刑法化”。这就回到了本文第二部分开头提及的刑种多样化的第一层含义,即刑事制裁奠基于一元还是二元的问题。劳动教养进入刑法作为制裁措施,具有刑罚性质(仅是“性质”)是无需讳言的。因而自然就可能提出两个责难,其一是刑罚(指拘役,下限为15日)与治安处罚(指拘留,上限为15日)之间没有空隙,劳动教养(长达3年)插不进去;如果插进去则会出现重叠现象。其二,劳动教养的前提是“不够刑事处罚”,怎么又可以刑法化呢?乍看来,这两个问题确实很难回答。但深入地想,劳动教养的对象与刑罚和治安处罚的对象性质上不尽相同。前者的特征是罪行虽轻而屡教不改,有很大的再犯可能性,实质上的注目重点是行为人,措施的基本价值目标是预防未然行为,惩罚并非为主;后者以行为为基点,注重已然行为的危害性,立法设定制裁的价值目标建立在惩治基础上。可见,劳动教养与刑罚和治安处罚,两者并不在同一层面上,因而不发生插不进去和重叠的问题。依这一思路,第二个问题不难解释。“不够刑事处罚”,是指其行为本身(如果不考虑行为人的性格特征)而言。在实质上,劳教与刑罚处罚确有不同,^[5]劳动教养就其价值取向而言相似于国外的保安处分,这是劳动教养刑法化的根据,使刑事制裁二元化。然而在适用对象上和方式上,劳动教养和保安处分二者并不相同。在国外,对完全责任能力(不是精神病)的成年人(不是未成年)适用剥夺自由的保安处分,条件是犯了重罪的惯犯,保安处分作为监禁刑的补充,先执行监禁刑后执行保安处分。我国的劳动教养与此不同(独立适用,对象有别),所以劳动教养进入刑法不必冠以保安处分名称。诚然,被劳动教养的一部分人是吸毒上瘾经强制戒除后又吸毒的瘾君子,这与国外收容于戒瘾机构的保安处分在对象和方式上较相似,但这部分人仅占劳动教养总数的很小比例,所以仍无必要在整体性质上与保安处分制度挂钩。

由于劳动教养有保安处分的价值取向,是劳动教养制度进入刑法(刑法化)的客观依据,从而使我国刑事制裁具有二元性能:刑罚以惩罚已然之罪为本;劳动教养这种刑事制裁方法以防止再犯为主。劳动教养与刑罚有别,因而劳教不是一个刑种,其性质是限制被教养人自由,进行教育,防止重新违法犯罪,维护社会安宁的一种司法措施。需要特别指出的是,劳动教养不是剥夺自由,区别于有期徒刑和拘役,它是限制自由,相似管制,但被劳动教养者比被判管制者具有更大的再犯可能性,所以自由受限制程度高于管制。

劳动教养究竟如何进入刑法?我认为,可以这样设计。将刑法总则第三章“刑罚”的章名改为“刑事制裁”(或者“犯罪的法律后果”)。第三章第一节“刑罚的种类”更名为“刑罚的种类及教养处分”。在现有刑法第30条之后加一条如下:对于扰乱社会秩序罪行轻微不够刑事处罚的,或者违反治安管理屡教不改的,可以适用教养处分。需要说明,劳动教养处分主要适用对象限

[5] 全国人大常委会1981年通过的《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳动教养人员的决定》将“两劳”放在一起有合理的一面,是劳动教养刑法化的一个根据;但也有不妥之处,即把“两劳”视为具有相同的法律后果。

于犯有刑法中扰乱社会秩序一类罪行。^[6]违反治安管理,本来构不上犯罪,但因屡教不改,可以被视为“刑法边缘行为”;我国刑法中犯罪概念具有定量因素,这类行为划入犯罪圈并无不可。在刑法分则性条款中,表明定量因素的措词有“数额较大”、“情节严重”等这些仍然是有弹性的概念。以模糊性词语表达一个确定性观念——罪与非罪因量的差异而造成质的不同。量变引起质变。与刑法第三章第一节增加的一条相呼应,在第八节(主刑与附加刑诸节规定完了)之后,加一节“教养处分”,内容为教养处分的性质(已如上述),期限(见下),执行地点(强调在低度警戒的半开放性设施中执行),和案件审理程序(已如上述)等。

二改期限,现有法规的劳教期限为3年,必要时可以延长1年。考虑到适用对象的行为危害性程度和行为人的人格状况,期限应当缩短,上限以2年为宜,下限可考虑为3个月或者半年。

三改名称,“劳动教养”改为“教养”(教养处分),相应地“劳动教养管理所”改为“教养院”。这是因为性质已变(劳教进入刑法,劳教也由行政措施变为司法措施),所以名称也需要改变,避免旧瓶装新酒。

刑事制裁多样化的另一层含义即通常所说的刑罚方法的多种形式。增加刑罚方法,是刑法界的共识。犯罪和犯罪人情况复杂,作为犯罪对策的刑罚方法理所当然地应与之适应。刑种多样是刑罚个别化的重要保证。对某些经济犯罪和职务犯罪增加规定剥夺从事特定职业和职务的资格。罚金刑,有人建议设日额罚金制。^[7]即使不采取这种方式,罚金的具体形式也应多样化,比例制(多用于获利性犯罪)和定额制(一般用于非获利性犯罪)并存。另外,罚金也可以缓刑。而且,无故不缴纳罚金的,可以改判非剥夺自由的社区劳动或者改判有期徒刑。现行法律有期徒刑的方式也过于单调,国外的间歇监禁(intermittent imprisonment)值得借鉴,其适用对象一般是罪行较轻的非暴力初犯,被判监禁刑的犯人在一定周期(一日或者一周)的一定时间(白天或黑夜,平日或周末)内在监所服刑,其余时间在社会上工作、学习和生活。例如,判处一个有职业(工作或学习)的交通肇事犯以间歇监禁,可以令其平日在社会上工作和学习,周末回监狱服刑,因为交通事故多数发生在周末。这样既惩罚了犯罪人,减少了周末肇事的机会,也没有影响受刑人的工作或学习,减少了因丧失工作或学习机会而可能造成的社会负担。又如,判处一个有家累的女犯以间歇监禁刑,常常是令其白天在监所服刑,晚上可回家照料孩子,得以家庭团聚(孩子白天上学或上托幼儿园,晚上都要回家);或者相反。让她夜晚到监所服刑,白天在家里照看孩子。如果因家境贫寒孩子上不起托幼儿园,丈夫在白天又要上班,待到晚上丈夫下班后便可以尽家务之责。犯人何时在监狱服刑,由法院根据被告人具体情况而定,在判决书上写明。以上是关于对自然人犯罪的刑罚方法。我国对法人犯罪的刑罚方法只有罚金,太单一。法国新刑法典(1994年)对法人犯罪规定了九种处罚方法,对我们有启发作用。

三、刑罚幅度适中

刑罚幅度是指立法上对具体罪规定的具体刑罚量,即微观上的刑罚结构。刑罚幅度是国家

[6] 根据法治原则(处分法定原则),劳动教养处分应在刑法分则有关条文中明示。

[7] 日额罚金(day-fine)制,即按犯罪的轻重程度确定罚金的日数(与监禁相比类似),依犯罪人的财产状况确定每日的具体金额,二者相乘即为个案的罚金数。

刑罚目的的凝聚态,是罪刑适应原则的数量化。研究刑罚幅度具有重要的理论意义和立法价值。

在罪刑擅断的前资本主义社会,立法上尤其司法中刑罚幅度太大,实际上等于没有幅度。十八世纪末西方资产阶级革命时期刑法(如1791年法国刑法典草案)曾出现毫无弹性的绝对确定法定刑,为批判罪刑擅断而废弃了刑罚幅度。但资产阶级很快就意识到,矫枉过正的作法是反科学的。后来的刑罚幅度立法样式是绝对确定法定刑的否定,但这种否定决不是对过去幅度大到无限宽的立法样式的再肯定。这一演变的历史过程说明,刑罚幅度要有合理度。幅度太窄相当于绝对确定刑,在司法实践中必然产生不合理的判决多于合理的判决的结果。幅度过宽则等于没有幅度,缺乏可操作性,也会出现不是轻纵就是过枉的弊端。抽象说来,刑罚幅度规定要适中,既不太窄也不过宽,这就是合理。依此衡量我国刑法规定的刑度,主要问题是幅度过宽。根据对刑法和21件单行刑法(截止1995年10月)中近二百个条文的罪种的法定刑的粗略统计,上下限跨度有22类情形:拘役至1年徒刑,2个;拘役至2年徒刑,10个;拘役至3年徒刑,25个;拘役至5年徒刑,18个;拘役至7年徒刑,29个;拘役至10年徒刑,13个;拘役至15年徒刑,15个;拘役至无期徒刑,14个;拘役至死刑,24个;6个月至15年徒刑,2个;6个月至无期徒刑,3个;6个月徒刑至死刑,3个;2年至7年徒刑,1个;2年徒刑至死刑,1个;3年至7年徒刑,1个;3年至10年徒刑,7个;3年至15年徒刑,2个;3年至无期徒刑,2个;3年徒刑至死刑,8个;5年徒刑至死刑,3个;7年徒刑至死刑,1个;10年徒刑至死刑,9个。大致可以这样认为,拘役至5年徒刑、2年至7年徒刑、3年至10年徒刑、5年有期徒刑至死刑的跨度不算大,约占统计总数的三分之一;上下限跨度过大的约占三分之二。一种罪的下限为拘役,上限却为死刑,尽管根据情节或数量分成若干(三至四个)档次,但毕竟属同一种罪。有的罪的法定刑上限提得很高,并非因行为有可测量的特别严重的危害性,而是由于过份估计了行为人的主观恶性,例如传授犯罪方法罪。有些罪的刑罚跨度大的一个重要原因是立法者的传统伦理观念和感情因素起了过多的作用,例如某些“丑恶现象”性质的犯罪。有些罪的法定刑幅度宽则与立法的方法有关,将复杂的行为危害性和主观罪过融合简化为侵犯对象的数额,数额实际上决定法定刑的档次,最终决定刑罚的上限。

另一种立法思路是,法定刑上限的依据是生活中发生概率极小的案例,即特例决定刑罚上限。这样做的结果是,特例(个案)可能符合罪刑相适应原则,但由于上限提得很高,整体刑罚量必然增加,则将出现要多数普通案件的行为人负担超过本应承担的刑罚,这就造成了微观合理而宏观上罪刑不适应的局面。特例立法是因小失大的思想方法。典型立法是,法定刑下限和上限均以典型为准,典型即在同类中最具代表性的意思。典型与特例是相对的两个概念。法定刑幅度的典型立法方法,有利于收宏观合理的功效,但也可能出现个案不合理(主要是刑罚过轻)的现象,为追求大效益而付出小代价。权衡得失,典型立法思路优于特例立法思路。

以上从立法方面分析了刑罚幅度过宽的原因,但尚未在较深的层面上回答法定刑跨度过大能否达到刑罚目的的问题。

具体罪的刑罚幅度,即具体罪的刑罚结构。例如,重婚罪的法定刑为2年以下有期徒刑或者拘役;组织他人卖淫罪的法定刑为10年以上有期徒刑或者无期徒刑,情节特别严重的处死刑;非法集资罪的法定刑为3年以下有期徒刑或者拘役,数额巨大(或者有其他严重情节)的处3年以上10年以下有期徒刑,数额特别巨大(或者有其他特别严重情节)的处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。我国刑法上规定的具体罪的刑罚结构大致就是这三种形式。事物的

结构影响甚至决定事物的功能。通常认为,刑罚的基本功能是惩罚和警戒。惩罚就是对犯罪人权利的剥夺,产生痛苦。警戒有两层含义,一方面是对已犯罪的人,由于受刑的痛苦经验,以后不想或不敢再犯罪,即特殊预防;另一方面是对可能犯罪的人,由于看到他人的痛苦,自己不敢步其后尘,即一般预防。惩罚功能是警戒功能的基础,后者不能脱离前者,但二者之间并不都存在正比关系。刑罚幅度的上限高度与惩罚功能成正比关系,加重惩罚可能有利于一般预防。尽管如此,上限也要有合理的度,这是因为促成犯罪的原因非常复杂,刑罚轻重只是一个因素,甚至是次要因素,此其一;其二,大范围长时间的加重惩罚,将增强社会心理对重刑的耐受度(即“抗刑性”,犹如一种药用多了便产生抗药性),从而形成“民不畏死”的现象,“以死惧之”可奈何?惩罚功能与特殊预防的关系比较复杂。打个吃饭的比喻,吃第一碗饭没有完全消除饿的感觉,第二碗饭进肚后,仍未满足需要,第三碗正好吃饱,如果又吃第四碗,造成浪费,第五碗便过饱和,不仅浪费而且有伤身体。这在经济学上称边际效用价值。刑罚量的增加也要考虑其实际效用。惩罚过轻,犯罪人因犯罪得利大于受刑失利而起不到警戒作用;惩罚过重,犯罪人觉得刑罚不公平从而产生抗拒心理,口服心不服,也起不到警戒作用。惩罚过轻与过重均会使再犯率增长。对具体犯罪的刑罚量要有合理的度。

合理度的标准是什么?其决定因素非常复杂,有社会的经济发展水平,有民族的传统文化,有公众的道德水准,有国家的治理经验,有违法犯罪的严重程度等等。迄今为止,这个合理度尚无法数量化,但不等于它不存在。商品价格的调整,取决于市场。我认为,刑罚轻重得当与否,其标准是受刑人的感受,即是否有“罪有应得”的感受。这在表面上是量刑问题,而量刑轻重在宏观上必然反映法定刑轻重。

以受刑人感受为标准,对初始立法的把握会有困难,但对经过相当时期实践之后的法律修改来说应当是可行的,只需进行必要的调查和统计就可能取得明确的结果。以受刑人感受作为法定刑轻重合理度的标准,乍看来似乎不合理甚至不可思议,但实际上受刑人感受确是法定刑轻重合理与否最好的测量表,这是长期司法实践形成的社会经验。如何解释这种经验的来源?受刑人感到“罪有应得”,这是实际存在的,并非理论上的杜撰。犯罪人对刑罚处置没有选择权,承认有罪是对事实的无可回避,这是因为犯罪人首先作为社会人的存在,在其意识(和潜意识)中必然深深打上特定社会主导文化(国家刑法总是与之相适应)的烙印;这使其对刑罚轻重必然有自己的判断,而且这种判断有较高的纯度,即刑与罪直接相对,中间少有其他成分的掺杂。在个案中,可能有“刑罚越轻越好”的心理;但在宏观上,由于受刑人没有回避刑罚的余地,所以并不存在“刑罚越轻越好”的问题,存在的仅是对刑罚过重的内心反抗。不存在反抗心理就是承认罪有应得。受刑人对刑罚反抗心理的存在说明刑罚没有取得最佳效益甚至没有效益。所以从刑罚目的角度而言,以受刑人感受作为法定刑轻重的标准是科学的。

这里还需要进一步讨论一个问题:受刑人感受只涉及特殊预防,有没有特殊预防效益差而一般预防效益好的可能性呢?应当说,在宏观上(长时间和大范围)不存在这种可能。强化惩罚功能在短期内和小范围可能收到增强一般预防的效果,但如前所述,加重惩罚在大时空背景下将起反作用。一般预防无法刻意追求。这就是现代刑罚不以一般预防为主要目的的基本缘由。特殊预防虽然可变,但可追求,处理得当可以见长效,而且还因为它与法定刑幅度设计有密切关系,所以现代刑罚以特殊预防为主要目的。可见,法定刑幅度合理是客观刑罚功能与主观刑罚目的得以统一的可靠保障。合理的刑度是刑罚现代化的一个重要方面。

刑罚现代化作为刑法修改的价值定向,是“严而不厉”作为刑法修改的基本思路^[8]在刑罚方面的具体化和进一步深化。二者联系起来,有助于构成有关刑法修改的比较完整的观念。

· 补 白 ·

《西游记》里的国际关系准则

慕 槐

传统中国人通常都以为本国文明高高在上,其他“蛮夷之国”只有顺从归化的份儿。与这种观念相适应关系准则乃是一种明火执杖的不平等对待,而断无今天常说的“国家不分大小,一律平等”之类原则的。“朝贡体制”便是我们这个帝国与外部世界打交道时的外交通例。邓嗣禹与费正清在《中国对西方的回应》一书中这样概括“朝贡体制”(tribute system):“……中央王国居于文明之中心,天子是以道德与礼仪将人类社会与不可见之天加以沟通的人间代表,其周围的所有部落与民族均须心悦诚服地承认这一核心事实。简言之,中国的国家理论乃是一种大同帝国(a universal empire)理论。希望与帝国交往与贸易的外国统治者须首先注册为朝贡国,接受封号,派遣使节向天子行三拜九叩之礼,并在其他情况下遵循朝贡交往的准则。”(页18—19)近代以来中西交往中的许多冲突都与这一体制有关。很著名的例子如英使马戛尔尼谒见乾隆皇帝所发生的那场令双方都火冒三丈的叩头之争。

有趣的是,甚至更早的文学作品也体现着这种国分等级的观念。《西游记》第三十九回,唐僧一行路经乌鸡国,赴朝廷“倒换通关文牒”(申请过境签证?),当然,实际上是要整治那假冒乌鸡王的妖魔狮狒王。进宫之前,唐僧叮嘱众人须行君臣之礼,即“三拜五叩头的大礼”。孙悟空不以为然,当着那国王,“挺身不动”。国王作怒道:

“你东土便怎么!我不在你朝进贡,不与你国相通,你怎么见吾抗礼,不行参拜?”

孙行者的回答掷地有声,表达的正是我们的经典国家理论和国际关系准则:

“我东土古立天朝,久称上国。汝等乃下土边邦。自古道:‘上邦皇帝,为父为君;下邦皇帝,为臣为子。’你道未曾接我,且敢争我不拜?”

文学作品中体现的国际关系准则,于过去并不是一种纯虚构,而今,现实中也绝非罕见。不过,主角却常有替换。

[8] 参见储槐植:《严而不厉:为刑法修订设计政策思想》,《北京大学学报》1989年第6期;储槐植:《罪刑矛盾与刑法改革》,《中国法学》1994年第5期。