

刑事政策视野中的 的刑罚结构调整

陈 兴良^{*}

世纪之交,面临体制转轨与社会转型带来的巨大的犯罪压力,如何调整刑罚结构,以实现刑法的保障人权与保护社会的双重机能,这是摆在我们面前的一个重大课题。本文拟从刑事政策的基本理念出发,就刑罚结构调整问题略抒己见,求正于学界同仁。

—

刑事政策意味着一种“选择”;^[1]这种选择的结果将在极大程度上影响刑事立法,包括刑罚结构的构筑。

意大利著名刑法学家贝卡利亚指出:“刑罚的规模应该同本国的状况相适应。在刚刚摆脱野蛮状态的国家里,刑罚给予那些僵硬心灵的印象应该比较强烈和易感。为了打倒一头狂暴地扑向枪弹的狮子,必须使用闪击。但是,随着人的心灵在社会状态中柔化和感觉能力的增长,如果想保持客观与感受之间的稳定关系,就应该降低刑罚的强度。”^[2]贝卡利亚这段话阐明了一个刑事政策的基本理念:刑罚的轻重不是一成不变的,而是以时间与地点为转移,尤其是犯罪的态势在很大程度上决定着刑罚的规模和强度。正因为如此,刑罚结构,即刑罚的规模和强度应当根据社会环境和犯罪态势的变动而及时进行调整。这种调整,就是一种选择:对刑罚规模与刑罚强度的选择。

基于刑事政策而对刑罚结构的调整,涉及对犯罪与刑罚这两种社会现象本身的分析。因为作为刑事政策的选择,总是有所凭据的。而没有对犯罪与刑罚的深刻认识,就不可能在刑事政策上对刑罚结构作出科学的选择。

在刑事政策的视野中,犯罪是作为一种对象物而存在的,一切刑事政策均围绕犯罪而展开。因此,对犯罪现象的正确认识是确立科学的刑事政策的前提与基础。正如台湾学者张甘妹指出:“刑事政策乃达到犯罪预防目的之手段,而此手段要有效,须先对犯罪现象之各事实有确

* 北京大学法学系教授,博士生导师。

[1] 法国刑法学家马克·安赛尔(Marc Ancel)曾言:“刑事政策是由社会,实际上也就是由立法者和法官在认定法律所要惩罚的犯罪,保护‘高尚公民’时所作的选择”(《社会防卫思想》,香港天地图书有限公司1988年版,第12页)。在安赛尔此言中,尽管关于刑事政策的内容尚可商榷,但将刑事政策视为一种“选择”,确是精当之论。

[2] 贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第44页。

实之认识,如同医生的处方要有效,首先对疾病情况所为之诊断要正确。”^[3]对于犯罪的认识,存在一个演变过程。古代社会,曾经把犯罪看作是魔怪作祟,以一种超自然的神学观点去理解犯罪。而在现代社会,犯罪越来越被看作是一种社会现象,它与一定的社会结构有着密切的联系。尤其是法国著名社会学家迪尔凯姆从社会学的观点出发,把犯罪视为一种正常的社会现象,它的存在及其变化都决定于一定的社会形态与社会结构。迪尔凯姆指出:犯罪不仅见于大多数社会,不管它是属于哪种社会,而且见于所有类型的所有社会。不存在没有犯罪行为的社会。虽然犯罪的形式有所不同,被认为是犯罪的行为也不是到处一样,但是,不论在什么地方和什么时代,总有一些人因其行为而使自身受到刑罚的镇压。如果随着社会由低级类型向高级类型发展,犯罪率(即每年的犯罪人数占居民人数的比例)呈下降趋势,则至少可以认为,犯罪虽然仍是一种正常现象,但它会越来越失去这种特性。然而,我们没有任何理由相信犯罪确实会减少。许多事实都在证明,好像情况正与此相反。自本世纪以来,统计资料为我们提供了观察犯罪行为的动向的手段;实际上,犯罪行为到处都有增无减。迪尔凯姆由此得出结论:犯罪是一个社会的必然现象,它同整个社会生活的基本条件联系在一起,由此也就成为有益的,因为与犯罪有密切联系的这种基本条件本身是道德和法律的正常进化所必不可少的。^[4]尽管犯罪是一种极为复杂的社会—生物—心理现象,尤其是犯罪的生物性、心理性,即犯罪人的人身因素对于确立刑事政策也至关重要,^[5]但刑罚结构的调整,主要涉及在对整体犯罪趋势预测的基础上,根据一定的刑事政策,对刑罚的规模和强度进行重新安排与定位。因此,作为一种社会现象的犯罪,更是我们关注的重点。

基于对犯罪现象的上述社会学分析,我们可以得出结论:犯罪存在的客观必然性,决定了它只能被抑制在一定的限度之内,而不可能被彻底消灭。因此,刑事政策只是抑制犯罪,将其控制在社会所能容忍的限度之内的策略,而不应希冀消灭犯罪。同时,犯罪不是孤立的现象,而是由一定的社会形态与社会结构决定的社会现象。因此,犯罪问题仅依靠刑罚是难以解决的,只有消除导致犯罪产生与存在的社会条件,才是治本之道。

正由于犯罪现象的这种复杂性,决定了在此基础上形成的刑事政策界定上的歧义性。在学理上,刑事政策存在广义与狭义之分。广义说认为,刑事政策是指国家预防及镇压犯罪为目的的一切手段与方法。依广义说,刑事政策之防止犯罪目的不必是直接、积极的或主要的,而凡与犯罪之防止有间接或从属的目的之方法亦可属之。申言之,广义的刑事政策并不限于直接的以防止犯罪为目的之刑罚诸制度,而间接的与防止犯罪有关的各种社会政策,例如居住政策、教

[3] 张甘妹:《刑事政策》,台北三民书局1974年版,第11页。

[4] [法]迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆1995年版,第83页以下、87页以下。迪尔凯姆反对把犯罪看作是一种病态现象,肯定其是社会生活的正常成分。基于功能主义分析,迪尔凯姆甚至认为犯罪在一定条件下对社会是有利的。这种对犯罪的理性分析,是刑事政策的基础,也是人类对犯罪现象认识上所能达到的一个思想高峰。

[5] 刑事政策究竟是建立在对犯罪的社会分析基础之上从而成为对犯罪的社会治理对策,还是建立在对犯罪人的人身分析基础之上,从而成为对犯罪人的人身矫正对策,刑事古典学派与刑事实证学派存在不同看法。贝卡利亚刑事政策思想的中心是借助刑罚的心理威慑作用预防犯罪,因而偏重于一般预防。参见黄风:《贝卡利亚及其刑法思想》,中国政法大学出版社1987年版,第124页。李斯特则认为,刑事政策并非对社会的,而是对个人的,……是以个人的改善教育为其任务,因而偏重于个别预防。参见张甘妹:《刑事政策》,第12页。其实,两者并不矛盾,前者可谓宏观刑事政策,后者可谓微观刑事政策。本文偏重于探讨宏观刑事政策。

育政策、劳动政策(失业政策)及其他公的保护政策等亦均包括在内。狭义说认为,刑事政策是指国家以预防及镇压犯罪为目的,运用刑罚以及具有与刑罚类似作用之诸制度,对于犯罪人及有犯罪危险人发生作用之刑事上之诸对策。在狭义说,刑事政策之范围,不包括各种有关犯罪的社会政策在内,而仅限于直接的,以防止犯罪为主要目的的刑事上之对策。^[6]

我们认为,刑事政策与社会政策是有所区别的,某些社会政策确有预防犯罪之作用,例如英国著名经济学家亚当·斯密指出:“建立商业和制造业是防止犯罪的最好政策,因为商业和制造业有助于增进人们的自立能力。”^[7]但还是不能把这些社会政策混同于刑事政策。李斯特曾言:“最好的社会政策,就是最好的刑事政策。”这也说明,社会政策毕竟不能等同于刑事政策。两者的区别在于:刑事政策是在既定社会条件下为遏制犯罪而专门设置的刑事措施。而社会政策虽然会在无形中对犯罪发生抗制作用,但不是专门为遏制犯罪而存在的。换言之,其存在根据不在于遏制犯罪,而是另有其社会经济目标的追求。就此而言,我们倾向于对刑事政策作狭义上的理解。

尽管在刑事政策的理解上,我们赞同狭义说,但刑事政策的广义说仍有启发意义。这是因为,犯罪是一种复杂的社会现象,因而仅依赖专门的刑事措施是无法抗制的,刑罚只是治标之策。这就引起我们对刑罚功能有限性的思考。无疑,在刑事政策的视野中,刑罚具有十分重要的地位,它是刑事政策得以实现的必要手段。^[8]但刑罚的功效是极其有限的,而正是在这一点上,往往存在理解上的误区。对刑罚的迷信是当代各种迷信中根深蒂固者,其由来已久。古代社会,由于对犯罪缺乏正确认识,因而将抗制犯罪的希望完全维系在刑罚身上,甚至将刑罚视为一种美好的事物。在专制社会,刑罚的扩张与滥用司空见惯,成为专制的工具,不仅没有给人民带来福祉,而且其恶更甚于犯罪。换言之,刑罚不仅没有消灭犯罪,而且在制造犯罪。在刑事古典学派那里,刑罚的必要性与人道性得以一再的强调。但在刑罚威慑论的理论构造中,刑罚的效用还是被夸大了,以至于被认为是刑罚存在的主要根据。对此,意大利刑法学家加罗法洛指出:“威慑只不过是一种有助于社会自身的有益效果,这种效果伴随着对缺乏适应能力的被告需要采取全部或部分的排斥。如果威慑被认作是惩罚的主要目的,社会就可以处死那些仍可以适应社会的被告,或者可以对他们实施无益的拷打;而且,侵犯被告权利所导致的损害小于被告违法行为所产生的自然结果。”^[9]因此,加罗法洛认为,威慑只是作为一种反射性的效果而予以产生,不必特别关注这个问题。刑事实证学派在一定程度上破除了对刑罚功效的迷信,用一种较为科学的观点分析刑罚。菲利指出:刑罚的效力很有限这一结论是事实强加给我们的,并且就像边沁所说的,恰恰因为从前适用惩罚性法规没有能够成功地预防犯罪,所以每一

[6] 张甘妹:《刑事政策》,第2页以下。在学理上,还有广义刑事政策学派、狭义刑事政策学派及折衷学派之分,这一区分主要标准是刑事政策学研究范围的宽窄,但与刑事政策的广义与狭义理解存在一定联系。参见卢建平:《刑事政策学研究的几个基本问题》,载《刑事法专论》,上卷,中国方正出版社1998年版,第228-229页。

[7] [英]坎南编:《亚当·斯密关于法律、警察、岁入及军备的演讲》,陈福生、陈振骅译,商务印书馆1997年版,第173页。

[8] 刑事政策的手段具有多样性,刑事罚是重要手段,但不是唯一手段,还必须有一系列非刑罚处罚遇手段,诸如行政手段、经济手段、教育手段等相互配合。参见储槐植:《刑事政策的概念、结构和功能》,载《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第368页。值得一提的是,在刑事政策的手段中,保安处分占有相当重要的地位。保安处分在刑法中的确立,被认为是刑法刑事政策化的主要标志之一。

[9] [意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,中国大百科全书出版社1996年版,第222页。

个惩罚性法规的适用证明了这一点。不过,这一结论与公众舆论,甚至与法官和立法者的观点直接对立。在犯罪现象产生和增长的时候,立法者、法学家和公众只想到容易但引起错觉的补救办法,想到刑法典或新的镇压性法令。但是,即使这种方法有效(很可疑),它也难免具有使人忽视尽管更困难但更有效的预防性和社会性的补救办法。菲利强调指出,刑罚只是社会用以自卫的次要手段,医治犯罪疾患的手段应当适应导致犯罪产生的实际因素。而且,由于导致犯罪产生的社会因素最容易消除和改善,因此我们同意普林斯顿的观点:“对于社会弊病,我们要寻求社会的治疗方法。”^[10]由此可见,刑罚的威慑力是有限的。刑法进化的一个重要特征就是从单纯的惩罚到预防的发展。而且,预防观念本身也有一个重要的变化,就是从刑罚威慑到刑罚矫正,从单纯依靠刑罚预防到采用多种措施进行社会预防。随着刑事政策概念的普遍推广,狭窄的刑法观念被突破了。换言之,出现了刑法刑事政策化的趋势。基于刑事政策一体化的考虑,刑法与其他制裁法,例如侵权行为法、行政处罚法共同构筑防范犯罪的法律堤坝。在这一堤坝中,刑法是最后一道防线。在犯罪预防中,不再是单纯地依赖刑罚,而是与侵权行为法、行政处罚法互相协调,各显其能,以达到防范犯罪之目的。在这种情况下,刑罚表现出最后手段性的性质,即只有在侵权行为法与行政处罚法不足以抗拒犯罪的情况下,才动用刑罚加以抗制。应当指出,刑罚的最后手段性并不是指在控制犯罪中居于次要地位。毫无疑问,刑罚仍然是抗拒犯罪的主要法律手段。刑事政策的观念,使我们在动用刑罚的时候,更关注刑罚的社会效果,而这一点离不开刑罚结构的合理配置。

刑事政策始终是与刑罚的功利追求联系在一起的,因而具有明显的目的性。事实上,虽然刑罚古已有之,但合理运用刑罚以期实现一定的功利目的的刑事政策观念却产生在近代。尽管中国古代亦存“刑期于无刑”之类的带有一定目的性的刑罚观念,但还只是只言片语,不能视为刑事政策的原理。德国著名刑法学家李斯特曾经从目的刑出发,对刑罚的进化史作出以下描述:“在我们能够认识的最早的人类文化史时期的原始形态下,刑罚是对于从外部实施侵犯个人及个人的集团生活条件行为的盲目的、本能的、冲动的一种反动行为。它没有规定任何目的的象征,而它的性质是逐渐演变的。即这种反动行为从当初的当事人集体转移至作为第三者的冷静的审判机关,客观地演化成刑罚,有了刑罚的机能才可能有公正的考察,有了经验才可能认识刑罚合乎目的性,通过观念目的理解了刑罚的份量和目的,使犯罪成为刑罚的前提和刑罚体系成为刑罚的内容,刑罚权力在这种观念目的下形成了刑法。那么以后的任务是把已经发展起来的进化在同一意义上向前发展,把盲目反动向完全有意识地保护法益方向改进。”^[11]从盲目到目的,从机械到能动,从冲动到理性,这就是李斯特为刑罚的历史演进所勾勒的线索,同样也是刑事政策的发展轨迹。时至今日,刑法的刑事政策化,也就是合理化,已经成为一个基本理念。在这种情况下,刑事政策的价值取向,就成为十分重要的问题。

刑事政策的制定首先涉及的一个问题就是理性与情感的问题。换言之,刑事政策是基于对犯罪现象的理性认识的产物,还是对犯罪现象的朴素情感的反映?我们认为应当是前者而非后者。在一定意义上说,刑事政策是建立在对犯罪发展规律的科学认识之上的。这种科学认识是

[10] [意] 菲利:《犯罪社会学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社1990年版,第70、71页。菲利以伪造货币的个案断然否定刑罚威慑在罪犯心理上的有效性,似有过激之嫌。参见[意] 菲利:《实证派犯罪学》,中国政法大学出版社1987年版,第26页。

[11] 参见本村龟二主编:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版,第407页。

排斥情感因素的,唯理性才能达到。对于犯罪的痛恨,是人皆有之的情感,这种情感的凝聚就成为民愤。民愤这种情感具有强烈的感情色彩。它虽然在个案的处理上具有一定的作用,但不能将刑事政策建立在民愤的基础之上。黑格尔曾经论述了原始社会的复仇与法律规定的刑罚之间的重要区别之一,就在于复仇具有主观任意性,而刑罚具有客观理智性。黑格尔指出:“在无法官和无法律的社会状态中,刑罚经常具有复仇的形式,但由于它是主观意志的行为,从而与内容不相符合,所以始终是有缺点的。固然法官也是人,但是法官的意志是法律的普遍意志,他们不愿意把事物本性中不存在的东西加入刑罚之内。反之,被害人看不到不法所具有的质和量的界限,而只把它看作一般的不法,因之复仇难免过份,重又导致新的不法。”^[12]在此,黑格尔指出了原始社会的复仇是一种个人任性的主观意志,这种主观意志没有质与量的限制,在每一次侵害中都可体现它的无限性,因而是一种新的侵害。由此形成世仇,陷于无限进程,世代相传以至无穷。为使复仇转化为刑罚,根据黑格尔的观点,就要求解决在这里扬弃不法的方式和方法中所存在的这种矛盾;就是要求从主观利益和主观形态下、以及从威力的偶然性下解放出来的正义,这就是说,不是要求复仇的而是刑罚的正义。因此,黑格尔认为,要使复仇转化为刑罚,就要克服复仇的主观性与偶然性,使刑罚成为一种客观的扬弃犯罪的形式。刑事政策就是建立在对犯罪的客观性与必然性的理性认识之上的。唯有如此,才能实现其有效地制止犯罪的功利目的。在此,有一个如何对待民众对于犯罪的情绪的问题,实质上也就是如何对待民愤的问题。刑法作为在一定社会中发生作用的行为规范,不仅在于通过其强制性使人民遵从;更为重要的是,还要得到人民的内心认同,这种内心认同表明,刑法对于社会不是一种外力强加的规则,而且是从事物本身引申出来的规则,是得到人民确信的。这种内心认同是刑法的基础之一,也是刑事政策的制定不可忽视的一个因素。但刑事政策又不能完全以民众的情绪为转移,立法者应当从民众的刑法意识中分离出情感的、偶然的反映与理性的、客观的意志。而不是一味地顺从与迁就。事实上,立法本身就具有一种引导民意的作用,立法机关应当把民意向正确的方向上引导,这是立法机关义不容辞的任务。其他国家的经验充分说明了这一点。例如,在废止死刑之国家中,因凶恶犯罪增加而民众要求恢复死刑之声不断。例如英国及加拿大的民意调查,赞同恢复死刑者恒达 50% 以上,但国会仍否决了死刑的恢复。议员认为民意代表之责任应是理性的指导民意尊重生命权,而非顺从情绪性报应诉求。人人应珍惜自己的生命,一样亦须尊重他人的生命。^[13]我国刑事政策(包括长期的与短期的)的制定,还带有一定的盲目性。在很大程度上是基于对犯罪现象的本能反应,而不是对犯罪规律理性认识的结果。往往是出现一个犯罪高潮,只是想要通过刑事惩罚予以镇压。尤其具有典型意义的是,各地逢年过节执行死刑的习惯性做法,反映出将社会治安的维持在何种程度上寄托在刑罚之上,也表明我们对犯罪现象缺乏科学的防范措施。我们认为,犯罪与刑罚具有一种互动关系。在这种互动关系中,犯罪是一种活跃的、变动的因素,刑罚是由犯罪而产生的并以遏止犯罪为使命的。相对于犯罪来说,刑罚是滞后的与消极的。犯罪的表现是无穷尽的,而刑罚的功能则是有限的。犯罪往往是无理性的、情绪性的产物,但刑罚却是立法者深思熟虑的结果。刑事政策作为刑罚运用的指导思想,必须立足于犯罪的规律性,而不能随着犯罪而盲动。

刑事立法是刑事政策的法律化,在创制刑法规范的时候是否基于理性分析,在很大程度上

[12] 参见黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆 1961 年版,第 104、107 页

[13] 参见张甘妹:《死刑存废的国际趋向》,载台北《现代法律》1990 年第 8 期。

反映刑事立法是否受一种理性思维的指导。但恰恰在立法上,情绪的与想象的因素还在作祟。例如,设置某一犯罪的死刑,到底以什么为依据?在此,个案思维起到了重要的作用。我国学者储槐植在论及立法方式时,提出了典型立法与特例立法这两个概念。典型与特例是相对的两个概念。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。法定刑幅度的典型立法方式,有利于收到宏观合理的功效,但也可能出现个案不合理(主要是刑罚过轻)的现象。特例立法的思路是,法定刑上限的依据是生活中发生概率极小的案件,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。^{〔4〕}两相比较,特例立法是微观合理宏观不合理,典型立法是宏观合理微观不合理。权衡得失,典型立法优于特例立法。这种特例立法就是个案思维的产物。立法公正正是立法者的必然追求,但公正又有个别公正与一般公正之分。那么,立法上能否实现每一个案件的公正呢?我们认为是不可能的。立法只能提供一般公正的规则。立法如果追求个别公正,势必在无形之中提高法定刑。这里的个别,是指发生概率极小的个案。任何一种犯罪,都存在这种发生概率极小的个案或者可以设想会出现这种发生概率极小的情形。如果所有犯罪的法定刑都以这种个案的公正作为设置标准,那么,个别公正就会以牺牲一般公正为代价,这显然是得不偿失的。因此,刑事政策应当以理性而不是情绪、以一般而不是个别为根据。

二

刑事政策追求刑罚的社会效果,但这一刑罚效果的追求又不能滥用刑罚,侵夺公民个人的自由与权利。对此,李斯特曾言:刑法是刑事政策不可逾越的樊篱。尽管李斯特十分重视刑事政策,首倡刑事政策学,但他仍然认为罪刑法定是刑事政策无法逾越的一道屏障,保护公民免受国家权威、多数人的权利、利维坦的侵害。^{〔5〕}由此可见,为实现刑事政策所预期的刑罚社会效果,在对刑罚结构进行调整的时候,受到功利性与人道性的双重制约。这里所谓功利性,是指刑法对犯罪的有效抑制,在调整刑罚结构的时候,应当使之适应遏制犯罪的需要。这里所谓人道性,是指刑法对人权的有效保障,在调整刑罚结构的时候,应当尽可能地使刑罚轻缓。要而言之,刑罚结构应当是在功利性与人道性的双重制约下,轻重搭配,科学合理。

当前世界各国刑事政策的趋向是两极化,也就是所谓“轻轻重重”。日本学者森下忠指出:“第二次世界大战后,世界各国的刑事政策朝着所谓‘宽松的刑事政策’和‘严厉的刑事政策’两个不同的方向发展,这种现象称为刑事政策的两极化。”^{〔6〕}由于刑罚结构是受刑事政策影响的,因而两极化的刑事政策趋向对于刑罚结构的调整具有重要意义。

〔4〕参见储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第480页。

〔5〕〔日〕庄子邦雄:《刑罚制度的基础理论》,载《国外法学》1979年3、4期。日本学者曾经描述了一种二律背反的刑事政策的价值取向:一方面,强调受刑者、犯罪者的人权及作为人的尊严,另一方面是追求符合预防犯罪目的的犯罪对策。不难看出,这两个方面的政策要求在方向上是不能同一的。要达到预防犯罪、保卫社会的目的,牺牲某些个人利益是不可避免的,而强调受刑者的人权和尊严则必然要制约犯罪对策方向,两者形成二律背反式的紧张关系。但从日本现代整个社会政策的要求来说,刑事政策的这两方面的基本内容都不能放弃。因此,为调合两方面内容的关系,如何能够以最小限度的对犯罪者的侵害达到保全社会性利益的目的,就成了刑事政策的重要课题。

参见何鹏主编:《现代日本刑法专题研究》,吉林大学出版社1994年版,第219页。

〔6〕〔日〕森下忠:《犯罪者处遇》,白绿铉等译,中国纺织出版社1994年版,第4页。

“轻轻”是指对轻微犯罪,包括偶犯、初犯、过失犯等主观恶性不重的犯罪,处罚更轻。采取这种宽松的刑事政策,一方面是为了改善犯罪者更生和重返社会的条件,另一方面也是为了减轻执法机关的负担,特别是避免刑事设施和矫正设施人满为患的现象而采用微罪处分、缓刑起诉、保护观察等非拘禁的刑事处分来代替自由刑的开放性的处遇政策。这种宽松的刑事政策在有关国际会议中得以肯定并进一步推行。1955年在日内瓦召开的第一届预防犯罪及罪犯待遇的会议上通过了《囚犯待遇最低限度标准规则》(United Nations Standard Minimum Rules for the treatment of the Prisoners),这一标准规则在各国提高被拘禁者的处遇方面作出了重大贡献。例如,标准第57、58、59条的指导原则是:57. 监禁和使犯人同外界隔绝的其他措施因剥夺其自由、致不能享有自决权利,所以使囚犯感受折磨。因此,除非为合理隔离和维持纪律等缘故,不应加重此项情势所固有的痛苦。58. 判处监禁或剥夺自由的类似措施的目的和理由毕竟在保护社会,避免受犯罪之害。唯有利用监禁期间在可能范围内确使犯人返回社会时不仅愿意而且能够遵守法律,自食其力,才能达到这个目的。59. 为此,监所应该利用适当可用的改造、教育、道德精神和其他方面的力量及各种协助,并设法按照囚犯所需的个别待遇来运用这些力量和协助。^[7]尤其是经1975年第五届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过并提交第三十届联合国大会以第3452号决议批准通过了《保护人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言》,该宣言第1条明文规定:(1)为本宣言目的,酷刑是指政府官员、或在他怂恿之下,对一个人故意施加的任何使他在肉体上或精神上极度痛苦或苦难,以谋从他或第三者取得情报或招认,或对他做过的或涉嫌做过的事加以处罚,或对他或别的人施加恐吓的行为。按照囚犯待遇最低限度标准规则施行合法处罚而引起的、必然产生的或随之而来的痛苦或苦难不在此列。(2)酷刑是过分严厉的、故意施加的、残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚。^[8]这些国际公约促进了罪犯处遇的人道化,推动了刑事政策向宽松方向发展。为此,各国采取了非刑罚化、非司法化等各种措施。尤其是非刑罚化的发展,使刑罚体系发生重要变动。因为非刑罚化的重要形式之一是非监禁化,也就是回避自由刑的执行,由此而大量采用缓刑、假释等行刑制度。此外,非司法化也是宽松的刑事政策的重要表现,它表明单凭国家强制手段已不足以应付日趋严重的违法犯罪现象,而不得不求助于社会各界,求助于公众。例如,美国的“转处”,就是争取公共的和私人的帮助以及利用协调和调解程序,并且通过某些非官方机构和团体的介入,避免使冲突诉诸刑事诉讼。

“重重”是指对严重犯罪更多地、更长期地适用监禁刑。之所以采用这种严厉的刑事政策,主要是由于当前各国犯罪问题突出,尤其是恐怖犯罪、毒品犯罪、经济犯罪严重地影响社会的稳定。在这种情况下,明知刑法不是对付犯罪唯一的、甚至不是主要的方法,刑法的作用是有限的,但在没有其他有效措施的情况下,国家只有通过加重刑事处罚对此作出反应。因此,“重重”倾向反应了一种无奈、一种困惑、一种现实与理想的冲突,这也显示出刑罚目的观的现实主义倾向在西方国家重新抬头。“重重”主要表现在对重罪的重罚,强调犯罪人的责任。既然没有其他方法来防止犯罪,既然刑罚的改造作用发挥不了,则退而求其次,利用刑罚的惩罚作用和隔离作用。^[9]不仅如此,有关西方国家甚至还出现了要求恢复死刑或者恢复死刑执行的公众

[7] 张燕玲编:《联合国预防犯罪领域活动概况及有关文件选编》,法律出版社1985年版,第21页。

[8] 同上书,第146页。

[9] 杨春洗主编:《刑事政策论》,北京大学出版社1994年版,第398页以下。

要求。例如,美国从1967年7月起全国实际上停止了死刑执行,但在1977年2月犹他州对一名死刑犯执行了死刑。这样,结束了美国刑事司法史上连续10年不执行死刑的时期。死刑执行的恢复,主要原因是社会治安问题严重,犯罪率增长,特别是严重罪案直线上升。在治安形势恶化的情况下,有必要强调刑罚的威慑功能。一般认为,死刑是所有刑罚方法中威慑力最大的一种。民意调查也反映出这种动向。1966年盖洛甫民意测验表明,全美国赞成死刑的占42%,反对死刑的占47%。1981年又作了一次民意调查,赞成死刑的上升为70%,反对的下降为25%。治安情况和公众意向是立法机关制定法律和司法部门执行法律时必然关注的基本依据。近年来,美国死刑执行数有回升趋势,尽管增长的绝对数极为有限。^[20]应当说,刑罚的这种反弹是正常现象,它是对刑罚过度轻缓化的一种反应。因此,这种“重重”现象的出现并非是对刑法的人道性的否定与向重刑化的回归,而只是说明刑罚轻重受到各种因素的制约,人道性只是其中一个因素;不可将这种人道性予以绝对化。

在我国刑法学界,究竟应奉行何种刑事政策,重重抑或轻轻,还是重重轻轻?这是一个十分现实的问题。我国学者储槐植曾经提出“严而不厉”的政策思想:严指刑事法网严密,刑事责任严格;厉主要指刑罚苛厉,刑罚过重。^[21]因此,严而不厉,实际上是指,严:扩大犯罪圈(即犯罪化),从而增加刑罚规模;不厉:降低刑罚强度。应该说,在增加刑罚规模这一点上,争议不大,因为随着市场经济的发展,各种新型犯罪大量出现,而在1979年刑法中对此未能反映,因而亟待予以犯罪化,扩大刑罚的干预面。但在是否降低刑罚强度上,则存在轻刑化与重刑化之争。

我国1979年制定的刑法,基本上是一部较为轻缓的刑法。此后,随着社会变革的开展,犯罪态势发生了一定的变化,严重的刑事犯罪与经济犯罪大幅度上升,大案要案居高不下,治安形势十分严峻。在这种情况下,立法者通过单行刑法与附属刑法的立法方式加重了刑罚。在刑法修订过程中,对刑罚应当如何进行调整?对此,我国刑法学界主要存在三种观点:(1)轻刑化。这种观点认为,我国现行刑事法律体系存在重刑化的倾向,其突出表现是挂有死刑、无期徒刑的条款过多,涉及罪名过广、适用对象过宽;而挂有罚金、缓刑、管制的条款过少,适用对象过窄,且多为选择刑种。同时,实际部门在刑种及量刑幅度的选择上偏重,依法判处死刑的人数较多。为此,有些学者主张刑罚应当向轻刑化方向发展,通过立法降低一些犯罪的法定刑幅度,从而达到整个刑事制裁体系的缓和化。其主要理由是:其一,轻刑化是历史发展的必然,也与我国国家性质、任务及文明发展的客观进程相一致。其二,轻刑化是商品经济的需要,它有利于创造一个适合社会主义商品经济发展的宽松环境。其三,轻刑化是社会主义民主的保障,从历史发展情况来看,重刑主义往往和专制主义是紧密联系的。其四,轻刑化是刑法科学化的要求,轻刑化的刑法就有可能促使人们在刑罚之外寻找更多的科学方法,以便从根本上治理犯罪。^[22](2)重刑化。这种观点认为,我国现行刑法中的刑罚体系并非重刑主义。为了适应同犯罪作斗争的需要,应当修改刑法,使刑罚更趋严厉。其主要理由是:其一,就总体而言,我国刑法规定的刑罚种类还不够严厉。主要表现在还有拘投、管制等轻刑;并且,这些轻刑可适用于刑法分则规定的大多数犯罪。其二,有些犯罪的法定刑偏低。其三,刑罚应当充分发挥其威慑功能,稳定我国目

[20] 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1987年第1版,第358页。

[21] 储槐植:《严而不厉:为刑法修订设计政策思想》,载《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第306页。

[22] 参见王勇:《轻刑化:中国刑法发展之路》,载《中国刑法的运用与完善》,法律出版社1989年版,第323页以下。

前的治安情况,遏止经济犯罪的增长势头,创造一个安定的社会环境。其四,轻刑化作为刑罚发展的总趋势不能取代在某个国家的某个特定时期根据需要适当加重刑罚,以适应同犯罪作斗争的需要。^[23] (3) 适度化。这种观点认为,重刑化与轻刑化是两个极端,是片面的观点,是不符合我国的立法与司法的实际的。任何国家的刑罚体系都是由性质不同、轻重不同的刑罚种类构成,因为犯罪是一种复杂的社会现象,有的罪行重,有的罪行轻,决定对付犯罪的刑罚手段也必须有重有轻,一个科学的刑罚体系不能没有重刑与轻刑。从司法实践看,对犯罪一定要区别对待,有针对性地判处轻重不同的刑罚。因此,作为刑事立法与司法的指导思想,应该是宽严相济,轻重适当,既防止重刑化,又防止轻刑化。^[24] 由上可知,我国刑法学界对于刑罚的发展方向上还存在较大的分歧。

刑罚适度化的观点,既反对轻型化又反对重刑化,态度折衷,貌似有理,其实并非在同一个基础上探讨问题。轻刑化与重刑化是指刑罚轻重的发展趋势,涉及的是刑罚的整体调整。因此,轻刑化与重刑化是对刑罚的一种动态分析。而刑罚适度化的观点是对刑罚的一种静态分析,指出在一个已经确定的刑罚体系中,应该罪刑适度、相当,区别对待。显然,刑罚适度化的观点是正确的,但它不能代替轻刑化与重刑化的讨论,更不能以此作为否定轻刑化与重刑化的理由。因为无论在轻刑化还是在重刑化的刑罚体系中,同样都存在一个刑罚适度问题。例如,在一个废除死刑的国家,其刑罚体系可以说是轻刑化的,最重之罪只能判处无期徒刑,依照罪行轻重分配刑罚份量,形成罪刑均衡的刑罚体系。在一个重刑化的刑罚体系中,只要不是对所有犯罪一律判处死刑,同样还存在一个罪刑均衡的问题。因此,轻刑化与重刑化是就刑罚的基准而言的,而刑罚适度化则是在这一基准给定的情况下某一刑罚体系内部的罪刑协调问题,两者不能混为一谈。在这个意义上,如果有第三种折衷观点的话,应该是认为现在的刑罚已经轻重适宜,既没有必要向轻刑化调整,也没有必要向重刑化调整。但到目前为止,我们还没有发现这种观点。因此,这个问题上只存在轻刑化与重刑化两种观点的对峙。

“刑罚世轻世重”,这是中国古代刑法的一条重要原则。所谓“治乱世用重典,治平世用轻典”,说明世之治乱决定刑之轻重,刑应当与世相宜。正如韩非所言:“法与时转则治,治与世宜则有功。”(《韩非子·心度》)毫无疑问,刑罚的轻重不是一成不变的,而是随着社会生活的发展而变化的,应当及时调整。关键问题在于如何把握社会生活的变化,这对于轻刑化还是重刑化具有决定性意义。我们主张轻刑化的观点,主要理由如下:

(一) 轻刑化的政治基础

法国著名启蒙学家孟德斯鸠曾经对政体的性质与刑罚的轻重之间的关系作了研究,指出:严峻的刑罚比较适宜于以恐怖为原则的专制政体,而不适宜于以荣誉和品德为动力的君主政体和共和政体。在政治宽和的国家,爱国、知耻、畏惧责难,都是约束的力量,能够防止许多犯罪。对恶劣行为最大的惩罚就是被认定为有罪。因此,民事上的法律可以比较容易地纠正这种行为,不需要许多大的强力。在这些国家里,一个良好的立法者关心预防犯罪多于惩罚犯罪,注

[23] 参见何秉松:“我国犯罪趋势、原因与刑事政策”,载《政法论坛》1989年第6期。

[24] 高格:《刑法思想与刑法修改完善》,载《刑法的修改与完善》,人民法院出版社1995年版,第21-22页。类似的观点还见于:刘华:“论调整法定刑的适度与协调原则”,载《改革开放与刑法发展》,中国检察出版社1993年版,第157页;赵国强:“我国刑罚改革的理论探讨”,载《法学》1989年第7期;梁根林:《刑法改革的观念定向》,载《刑事法评论》第1卷(1997年),中国政法大学出版社1997年版,第137页。

意激励良好的风俗,多于施用刑罚。在专制国家里,人民是很悲惨的,所以人们畏惧死亡甚于爱惜其生活。因此,刑罚便要严酷些。在政治宽和的国家里,人们害怕丧失其生活,甚于畏惧死亡,所以刑罚只要剥夺他们的生活就够了。^[25]由此可见,刑之轻重与政体的性质有着密切的联系。政治民主是一种承认少数服从多数的国家政权,与专制制度的国家相对立,它实行人民主权原则。只有在专制国家,由于少数人掌握国家政权,因而需要用严酷的刑罚维护其统治,重刑化是其必然结果。而在民主国家,法律体现人民的意志,因而实行轻刑化是可能的。我国政治民主化的程度越来越高,这就为刑罚的轻缓化提供了政治条件。政治民主化的一个重要标志就是人民群众以各种形式对国家政治生活的广泛参与,国家各项政策的制定都在相当程度上考虑到人民群众的意愿。在这种情况下,社会的整合力得以加强,各种社会矛盾得以及时化解。目前我国处于社会转型时期,失范现象还较为严重,但随着社会转型的逐渐完成,社会结构的逐渐磨合,我国社会必将进入一个稳定发展时期。在这种情况下,刑罚不再是主要的,更不是唯一的调整社会矛盾的手段。刑罚的重要性日渐消退,从而为轻刑化创造一定的社会条件。

(二) 轻刑化的经济基础

市场经济是一种按照市场经济规则自律调节的国民经济。在市场经济的条件下,一切经济生活都发生于市场上,市场是商品生产、流通、分配的自由场所,体现了市场经营者之间或经营者与消费者之间根据平等自愿原则而发生的经济关系。我国从计划经济向市场经济的转轨过程中,虽然由于市场经济的发展,各种新型的经济关系出现,刑事干预的范围有所扩大,但刑事干预的力度却应当有所节制。这里所谓刑事干预的力度的节制,主要就是指轻刑化。只有轻缓化的刑罚,才能为市场经济的发展提供宽松的社会法制环境。在市场经济以外的经济制度下,超经济的强制成为推动或者阻碍经济发展的手段。而这种超经济的强制往往采取刑罚的形式。而在市场经济制度下,刑事调整虽然仍是必不可少的,但从根本上来说,各种经济关系与经济矛盾主要还是通过市场的自发调整得以解决。在这种情况下,过分严厉的刑罚与市场经济的内在逻辑本身是矛盾的。因此市场经济必然呼唤轻缓化的刑罚。

(三) 轻刑化的法律基础

刑事政策是刑法的灵魂与核心,刑法是刑事政策的条文化与定型化。因此,刑事政策对于刑法的发展具有直接的指导意义。刑事政策总是基于一定的犯罪态势提出来的,并且应当根据社会发展与犯罪变化的实际情况,及时地进行调整与校正,而不存在一成不变的刑事政策。我国当前抗制犯罪的主要刑事政策是80年代初提出的从重从快政策。应该说,这一刑事政策的提出有其特定的历史背景及其当时历史条件下的合理性。依法从重从快政策提出并实施,使我国刑法趋于重刑化,这对于维护当时的社会治安起到了一定的积极作用,使犯罪的发案率有所降低。但对于社会治安来说,刑事镇压毕竟只是治标的办法,而不能治本,即从根本上铲除犯罪产生的社会土壤。而且,在当时提出社会治安的根本好转这一目标,从现在来看也值得反思。事实上,社会治安应当争取的是一种动态的平衡。只要犯罪活动不造成社会动乱,社会变革与发展的活力仍然保持,社会治安就应当视为基本上正常。而根本好转缺乏量化的具体指标,同时不切实际,只是人们的一种主观愿望而已。实行依法从重从快的刑事政策已经十多年,现在应当从理论上反思这一刑事政策。我们认为,依法从重从快的刑事政策已经实行十多年,虽取得一定效果,但并未达到理想的抗制犯罪的社会效果,应予适当调整。这种调整的方向应当是刑

[25] 孟德斯鸠:《论法的精神》,上册,商务印书馆1961年版,第82页以下。

罚的轻缓化,通过切实有效的刑事法律活动,力求将犯罪控制在社会所能够容忍的限度之内。

最后应当指出,轻刑化是一个过程,一种趋势。在当前刑罚已经较重的情况下,不顾实际情况骤然大幅度地降低刑罚份量,可能会产生一些消极的后果。因此,应当逐渐实行轻刑化。而且,轻刑化是一个相对的概念,并且是同一定的犯罪态势相适应的。如果不顾客观实际地追求轻刑化,就必然使轻刑化归于无效,重刑化又卷土重来。更为重要的是,轻刑化只是指刑罚基准的趋轻发展态势,它与刑罚的适度性并不矛盾。因此,以轻刑化的情况下,仍然应该坚持区别对待这一原则,根据犯罪的严重程度适当地分配刑罚,以实现立法与司法的罪刑均衡。

三

根据刑事政策的理念,我国刑法的改革或曰现代化,一个重要的问题就是对刑罚结构进行合理调整。在调整刑罚结构的时候,应当注意以下问题:

(一) 重刑结构还将继续存在

我国学者曾经对刑罚结构的类型作过论述,指出:从过去到未来,刑罚结构可能有五种类型:死刑在诸刑罚中占主导地位;死刑和监禁共同在诸刑罚方法中为主导;监禁在诸刑罚方法中为主导;监禁和罚金共同在诸刑罚方法中为主导;监禁替代措施占主导地位。第一种已成为历史的过去,第五种尚未到来,中间三种在当今世界中存在。死刑和监禁占主导的可称重刑刑罚结构,监禁和罚金占主导的可称轻刑刑罚结构。监禁刑为主导的刑罚结构,法律上平均刑期在3年以上的归属重刑类,称次重刑;平均刑期在3年以下的归轻刑类。^[26]根据以上标准,我国当前的刑罚结构是以死刑和监禁刑为主导的,因而毫无疑问属于重刑结构。西方国家基本上是监禁和罚金占主导,甚至在这两种刑罚结构中,罚金又占主导地位,因而理所当然属于轻刑结构。中国之重与西方之轻,形成鲜明对照。但我们认为,中国之重刑结构,有其存在的社会历史根源。尤其是中国当前处于经济转轨、社会转型的现代化发展初期,犯罪率猛然上涨,社会矛盾突出。在这种情势下,中国当前的重刑结构的存在是必然的,不必大惊小怪,更不能简单地以西方的轻刑结构来指责或否定中国的重刑结构。

(二) 防止刑罚继续趋重

我国当前的重刑结构虽然具有存在的客观必然性,但并不能由此认为越重越好或者重刑有理。重刑,是不得已的。在许可的情况下,刑尽量要轻。这是一个具有人道主义信念的刑法学家应当具有的理念。应该说,当前我国的刑罚结构已经有过重之嫌,更要提防继续趋重。因为刑罚存在一个攀比问题,过多过分地使用重刑,必将使重刑贬值,从而引起进一步趋重,这是十分危险的。对此,孟德斯鸠曾经提出:经验告诉我们,在刑罚从轻的国家里,公民的精神受到轻刑的影响,正象其他国家受到严刑的影响一样。人们对严刑峻罚在思想上也习惯了,正如对宽法轻刑也会习惯一样;当人们对轻刑的畏惧减少了,政府不久便不能不事事都用严刑。有的国家时常发生拦路抢劫,为着消除这种祸害,他们便发明了车轮乱杀刑。这个刑罚的恐怖,使抢劫暂时停止。但是不久之后,在大路上拦路抢劫又和从前一样。由此,孟德斯鸠得出结论:治理人类不要用极端的方法,我们对于自然所给与我们领导人类的手段,应该谨慎地使用。^[27]孟德

[26] 储槐植:《试论刑罚机制》,载《改革开放与刑法发展》,中国检察出版社1993年版,第148页。

[27] 孟德斯鸠:《论法的精神》上册,第85页。

斯鸠的话应该引起我们深思,一味地使用重刑,其威慑力必然随着时间的推移而减损。而重刑化又是有限度的,不可能无限度地趋重。因此,防止刑罚攀比从而继续趋重,具有重要意义。

(三) 刑罚结构尽量科学合理

任何刑罚结构中,总有轻重刑种搭配,说是重刑结构,无非是指重刑占主导地位或者比重较大而已,并非要否定轻刑。恰恰相反,更应当注重发挥轻刑的作用。为此,要使刑罚结构协调化。结构协调是指刑罚之间比例适度。例如死刑(终身监禁)与监禁刑之间、监禁刑内部长期刑与短期刑之间;监禁刑与罚金刑之间的比例要适度。^[28]这里的适度,主要指应该轻重上互相衔接,不可畸轻畸重。从我国当前的刑罚结构来看,死刑与死缓及无期徒刑不够协调:一生一死,过于悬殊。死缓只相当于有期徒刑24年,无期徒刑则相当于有期徒刑22年,难以与死刑衔接。^[29]为了限制死刑的适用,就有必要加强死缓与无期徒刑的严厉性。同时,对于3年以下有期徒刑等刑罚应进一步完善。虽然我国刑罚结构以重为主,但也应重重轻轻,合理配置。

(四) 为轻刑化创造条件

轻刑化是一种历史发展的趋势,也是刑法人道性的必然要求。我国当前不可能马上实现刑罚宽缓,并不是宽缓不好,而是我国尚不具备实现刑罚宽缓的社会条件。基于这种考虑,我们认为,我国应当逐渐创造刑罚宽缓的氛围,为将来条件成熟的时候实现轻刑化奠定基础。

我国第一部刑法是1979年制定的,此后随着犯罪态势与社会生活的剧烈变动,立法机关通过颁行单刑刑法与附属刑法对1979年刑法作了重大的修改、补充,其中重要内容之一就是提高了刑罚的惩治强度。在这种情况下,我国刑法形成了一种重刑结构。1997年3月14日,我国完成了刑法修订。从修订后的刑法来看,对刑罚结构虽然作了一定程度的调整,但调整力度不大,基本上属于“微调”的性质。在此,对修订后的刑法的刑罚结构作一评述:

(一) 死刑的削减

在修订后的刑法的刑罚结构中,死刑占有十分重要的地位。在刑法修订中,死刑的削减始终是一个引人注目的问题。死刑是重刑的主要表现,它的存在将在相当大的程度上决定着一个国家的刑罚结构的性质。一般认为,我国1979年刑法虽然有15个条文规定了28个死刑罪名,但总体上是一部比较宽和的刑法,是一部“不严不厉”的刑法。从80年代开始,为适应惩治严重刑事犯罪和经济犯罪的需要,增设了50多个死刑罪名。在这种情况下,我国刑法成为一部“厉而不严”的刑法。在刑法修订中,我国面临着一种选择:是制定一部“又严又厉”的刑法还是制定一部“严而不厉”的刑法?我国学者相当一致的观点是:应当大幅度地削减死刑。但从修订后的刑法关于死刑的规定来看,距离学者的期望还存在相当大的距离。立法机关明确表示:考虑到目前社会治安的形势严峻,经济犯罪的情况严重,还不具备减少死刑的条件。这次修订对现行法律规定的死刑,原则上不减少也不增加。^[30]由此可见,在1997年刑法修订中,对于死刑之所以维持现状而没有进行大幅度的削减,主要是考虑到以下因素:(1)社会治安的形势严峻。当前我国社会上还存在严重的刑事犯罪,大案要案居高不下,社会治安遭受破坏,人民群众的安全

[28] 同前引[26],储槐植书,第149页。

[29] 根据行刑实践,判处无期徒刑的罪犯往往经过2年可以减刑,一般减为有期徒刑15年至20年。因此,无期徒刑实际上相当于有期徒刑22年。死缓依法在2年期满以后减刑,即使减为无期徒刑,2年以后又减刑,因而相当于有期徒刑24年。参见拙著:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1997年第2版,第402页。

[30] 王汉斌:1997年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上“关于《中华人民共和国刑法(修订草案)》的说明。”

感下降。尤其是车匪路霸十分猖獗,有些地方甚至出现了带有黑社会性质的犯罪组织为害一方,人民群众对此深恶痛绝。在这种社会治安形势没有根本好转的情势下对死刑作大幅度的削减,有可能使社会治安形势更趋恶化,不利于控制犯罪。(2) 经济犯罪的情况严重。在现行刑法中,经济犯罪的死刑罪名占有很大的比重,在刑法学界对于经济犯罪废除死刑的呼声也比较高。但经济犯罪往往与职务犯罪联系在一起,例如贪污受贿等犯罪,其主体基本上是国家工作人员。随着我国经济体制上的转轨,经济犯罪的情况十分严重。尤其在当前惩治腐败的大背景下,过多地削减经济犯罪的死刑,难以被人民群众所认同。基于以上两点考虑,立法机关认为现在减少死刑的条件还不具备。由此可见,立法机关认为,并非死刑不应当削减,而仅仅是现在还不具备减少死刑的条件而已。

我们认为,死刑问题既是一个理论问题又是一个现实问题。从理论上来说,死刑确实应当削减,否则与世界趋势背道而驰。但从现实上来说,死刑又确实不能大幅度地削减,这里存在一个中国的国情问题。但是,在1997年刑法修订中,对死刑完全维持现状,又似有保守之嫌。应该说,社会治安形势严峻,经济犯罪情况严重,这是有目共睹的客观事实。这种社会现实也确实给死刑减少带来极大的困难。但是否说,死刑一点削减余地也没有呢?回答是否定的。实际上,有些死刑规定本来就是虚置的,予以适当削减,对于犯罪控制并无重大影响。其中最为典型的是修订后的刑法第295条规定的传授犯罪方法罪,这是1983年9月2日全国人大常委会《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第2条新设的一个死刑罪名。传授犯罪方法罪在刑事审判中案件稀有,判处死刑更是十分罕见。而且,对于某些罪行严重的传授犯罪方法的犯罪分子按照共同犯罪中的教唆犯也能得到恰当的处理。在这种情况下,在修订后的刑法中,保留传授犯罪方法罪,并维持其死刑规定,纯属多余,是典型的法律虚置现象。又如,非法集资罪、金融票据诈骗罪、信用证诈骗罪等金融犯罪与虚开增值税专用发票或其他发票罪、伪造或出售伪造的增值税发票等税收犯罪都保留了死刑,而这些犯罪的发生和金融管理秩序混乱、税收管理体制缺陷存在极大关系,主要应当通过加强社会经济管理、填补漏洞来防止这些犯罪的发生,而不能简单地施以重刑,乃至于死刑作为管理不善的补偿。事实上,如果金融管理和税收管理的正常秩序没有建立并健全,犯罪就不可避免,死刑也无济于事。因此,这里存在一个思想上的认识问题:死刑对于解决犯罪问题是否就那么灵验。由于这个问题很难通过社会实验来加以检测,因而重刑论者与轻刑论者各执一词。重刑论者指出:现在刑罚这么重,死刑这么多,犯罪尚且这么严重,如果轻刑化,犯罪将更趋严重。其逻辑结论是:为控制犯罪,刑罚还要进一步趋重。而轻刑论者指出:现在刑罚这么重,死刑这么多,犯罪仍然如此严重,可见刑罚对于犯罪不是万能的。其逻辑结论是:应当轻刑化。由此可见,从犯罪形势严峻、刑罚已经很重这样一个事实出发,重刑论者与轻刑论者却得出了截然不同的结论。问题就是这样复杂。我们认为,限制死刑乃至于废除死刑,这是一个总趋势,中国也不例外。刑罚不是越重越好,死刑不是越多越好,这应当成为我们的一个基本信念。在此基础上,又不能不承认削减死刑是要具备一定条件的,而这种条件又是逐步具备并且是要人去认识的。在条件已经具备的情况下,我们要正确地认识这种条件,并转化为削减死刑的实际行动。

应当指出,修订后的刑法对死刑罪名虽然基本没有削减,但在适用死刑的条件上有所限制,主要表现在盗窃罪、故意伤害罪上。在刑法修订中,1996年10月10日的刑法修订草案曾

经取消了这两个罪的死刑。但受个案思维^[61]的影响,最终盗窃罪和故意伤害罪还是保留了死刑。但在死刑适用条件上作了严格限制:盗窃罪适用死刑限于盗窃金融机构数额特别巨大和盗窃珍贵文物情节严重两种情形;故意伤害罪适用死刑限于致人死亡和以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾两种情形。上述限制,尤其是盗窃罪的死刑,可谓“虽存犹废”,将对死刑的实际适用产生重大影响。

(二)管制的存废

管制是限制自由刑。由于其不予关押的特点,使之显而易见地具有轻刑的性质。但在刑法修订中,对于是否保留管制刑却存在较大的争议。^[62]废除管制的主要理由之一是管制在司法实践中使用率很低,基本上是“名存实亡”。但大多数学者主张保留管制。从刑罚结构的合理构造上考虑,保留管制的好处是十分明显的:^[63](1)保留管制适应了世界范围内刑罚体系发展变化的趋势。刑罚体系是一个动态结构,当代刑罚体系发展的趋势是以财产刑、资格刑、名誉刑代替剥夺自由刑,一种多层次、多中心的刑罚体系正在形成和建立。承认管制在我国未来刑罚体系中应有的地位,适当扩大管制的适用范围,以降低剥夺自由刑的使用量,是大势所趋,也是历史的必然。(2)保留管制还符合刑罚方法发展变化的趋势。刑罚方法向开放性发展,是当今世界刑法变化发展的一个新趋势。这一趋势的实质是强调自由刑执行中注意发挥受刑人的主动性。自由刑既然以改造为目的,那么其执行便不能简单地依靠国家单方面地、强制性地实施,也不能单纯要求罪犯无条件地、全面地服从和接受。我国刑法中的管制与代表世界刑法发展趋势的开放性措施,在基本精神上是不谋而合的。而且,我国刑法规定的管制,吸收广大群众参加刑罚的执行,这对刑罚功能的发挥极为重要,而这一点却是国外开放性措施所无法比拟的。(3)管制属于轻刑,在我国刑法体系中,轻刑不是规定多了,而是规定少了。管制存废的争论本身足以引起我们的反思。从实践的情况来看,管制适用确实很少。但能否以此为理由取消管制?刑罚结构是一个具有内在逻辑的系统,轻重刑罚合理搭配,使之能够在较长时间内适应各个时期各种情况的需要。其中,难免有个别刑种是备而不用或少用的。就管制而言,目前由于犯罪形势严峻,需要重刑遏制,因而管制在一定程度上被虚置。但重刑不可能持久,轻刑化是必然趋势。管制作为轻刑在刑罚结构中的存在有其必要性。有鉴于此,立法机关最终还是站在存置论的立场,并根据管制刑的缺陷作了适当的修订。

(三)罚金的扩大

罚金作为一种附加刑,体现的是对犯罪人的经济制裁。在1979年刑法中,罚金的适用范围是极其狭窄的,主要适用于一些轻微的经济犯罪。随着经济犯罪的日益增多,罚金刑在刑罚体系中的地位与作用越来越受到重视。如果说,在其他刑种的修订上还存在这样或那样的分歧意见。那么,在扩大罚金适用范围这一点上可以说是几乎已是共识。我国著名刑法学家高铭暄对罚金的优越性作了以下论述:罚金刑适用规定的增加,反映了维护社会主义市场经济秩序和社会管理秩序的迫切需要,也表明罚金是对付经济犯罪、妨害社会管理秩序犯罪以及其中所包括的单位犯罪的有效方法。判处罚金刑,对于国家来说无疑具有很佳的经济性;同时对于谋取非法

[61] 个案思维是指在立法中不是以一般公正为设置刑罚的标准,而是考虑个别案件的个别公正。例如,在盗窃罪死刑存废上,故宫盗宝案影响很大,在故意伤害罪死刑存废上,毁容致残案影响很大,由此影响立法上的取舍。

[62] 关于管制的存废之争参见拙著:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1997年修订版,第410页以下。

[63] 周道鸾等主编:《刑法的修改与适用》,人民法院出版社1997年版,第135页以下。

经济利益的犯罪人也是一剂苦药,给予他们一定的金钱上的剥夺,可使他们在经济上不仅捞不到便宜,而且有可能丧失再犯罪的“资本”。因此,罚金也具有重要的预防犯罪的作用,对其价值不可低估。关于罚金刑适用范围的扩大,高铭暄教授建议,凡是挂拘役的法定刑,一般都可以考虑增设单处罚金,作为供选择的刑种,这样可以使拘投有所分流,既可以少关一些人,减少自由刑场所的开支,同时也可以避免在某些场合下短期自由刑所带来的交叉感染的弊端。^[64]在刑法修订中,扩大罚金刑适用范围的意见为立法机关采纳。1979年刑法规定适用罚金的条文只有20个。其中,可以单处适用罚金的有5条,并处的有8条,单处或者并处的有7条。刑法修订前,单行刑法新设可处罚金的条文已达85条之多。而1997年修订后的刑法中,挂罚金刑的条文达139个,使罚金刑的适用范围大为扩大。应该说,罚金刑适用范围的扩大,是刑法修订中较为成功之举,它对于刑罚结构合理化具有重要意义。

毫无疑问,修订后的刑法中的刑罚结构仍然属于重刑结构。而且,在相当长的时间内,这一重刑结构还将继续存在下去。在这种情况下,我们寄希望于刑事司法。在法律现存的刑罚结构下,司法机关的刑罚适用活动应当体现刑事政策的精神。唯有如此,才能通过卓有成效的刑事司法活动,使刑罚结构在动态中趋向合理化。

[64] 高铭暄:《论我国刑法改革的几个问题》,载《刑法修改建议文集》,中国人民大学出版社1997年版,第10页以下。