



首页 → 学术文章 → 法律伦理

田宏杰：宽容与平衡：中国刑法现代化的伦理思考

「标题注释」本文系全国优秀博士学位论文作者专项资金资助项目“现代化与刑事法治的建构—从刑事一体化的角度”（项目批准号为：2002004）中期研究成果之一。（<http://www.legn.cn>）

「内容提要」作为自然属性与社会属性的统一，人性不仅是人类道德的基础，也是刑法现代化所必须具备的伦理精神。以宽容的眼光看待人性，不仅要尊重人性中利他的欲望，而且要容忍人性中利己的要求，这是人类道德的基础，也是刑法现代化所必须具备的伦理精神。而正是中国刑法人性基础的薄弱乃至人性宽容精神的缺位，引发了中国刑法的道德化危机，并导致了中国刑法在立法制度安排、司法实务适用和刑法理论研究中的一系列误区，因而需要以利益平衡为原则，培育中国刑法的现代伦理品格。（<http://www.legn.cn>）

「关键词」人性宽容/利益平衡/刑法现代化/伦理/价值Tolerance of Human Nature/InterestBalance/Modernization of Criminal Law/Ethic/Value（<http://www.legn.cn>）

一、问题的提出

晚近10年，自罪刑法定原则在1997年通过的现行刑法典中被确立为中国刑法的基本原则以来，中国为贯彻这一原则，实现罪刑的法定化，以建构现代刑事法治秩序而作的努力和取得的成就，当是不争的事实：迄今为止，已出台刑法修正案5部，单行刑法1部，刑法立法解释6件，刑法司法解释126件（含解释性文件）。通过这一系列努力，过去招致学界与实务部门激烈抨击的刑事立法与刑法解释过于粗放、简而不明等缺陷，终于有了根本性的改观，不仅罪状的描述越益严密详尽，而且法定刑的设置日臻均衡合理，刑法现代化在中国的实现似乎不再是遥远的企盼和梦想。（<http://www.legn.cn>）

但是，“制定法律的机构所制定的法律，其本身并不具备神圣不可侵犯的特性；相反，不论它们拥有何种神圣性，均来自于道德的认可—这种道德的认可，正如我们所观察到的，究其源头，乃在于在社会条件下行使着的人类生活的法则。由此，也会带来一个必然的结果，即：若缺乏道德认可，它们必将受到理所当然的挑战，并且无法再披着神圣的面纱来唬弄大众。”[1]（P.113）因之，当刑法的触角随着刑事立法与刑法解释活动的高歌猛进而延伸到社会生活的各个领域，当刑罚量投入的几近于极限与刑罚效益的急剧下滑成为近几年中国刑事司法实践人所共知的事实，①当刑法与宪法以及其他部门法之间的紧张与冲突日益凸现，我们是否应该拷问：作为一种“必要的恶”，刑法的存在乃至刑法现代化的实现，其获得道德认可和伦理支持的正当性根基何在？时下中国为实现刑法现代化所作的努力，在多大程度上坚守抑或偏离了这一根基？而为了培育与现代刑事法治相契合的伦理品格和精神气质，中国刑法又应当如何进行结构上的调整和制度上的设计？显然，厘清上述问题，不仅是深化中国刑法理论研究，而且是实现中国刑法现代化的根本前提所在。（<http://www.legn.cn>）

二、宽容人性：中国刑法现代化的伦理根基

“犯罪是人实施的，刑罚是科于人的。因此，作为刑法的对象，常常必须考虑到人性问题。可以说对人性的理解决定了刑法学的性质。”[2]（P.2）确实如此。一切科学与人性总是或多或少地有些关系，任何学科不论似乎与人性离得多远，它们总是会通过这样或那样的途径回到人性[3]（P.6）。但囿于传统、习俗、文化等因素的影响，不同民族、不同时代的人们对人性本质的理解及其关注立场大异其趣，并影响着其对刑法地位、功用的不同认识。而正是由于人性取代神性在刑法中的复归和倡扬，西方刑法才开始经由一个伟大的时代—启蒙时代走上了现代化的坦途；而正是中国刑法根基中人性关注的匮乏，使得中国刑法难以获得普遍的道德认同和伦理支持，从而在现代化的征途中步履蹒跚，举步维艰。（<http://www.legn.cn>）

（一）人性剖析：自然性与社会性的统一

人性是什么，是上帝的造物还是自然的产物？按照基督教观点，人是上帝用泥土所造，且充满从始祖亚当、夏娃那里继承下来的原罪，地位低微，本性卑劣，迷恋感官的快乐和欲望的满足。因此，只有摒弃人性人欲，只有对上帝的

沉思和追求，才能达到类似神的境界，获得真正的幸福。这就是盛行于欧洲中世纪的宗教禁欲主义的人性理论。这套禁欲主义理论固然很彻底，但对凡人说来很难落到实处，强行推广不仅使宗教成为了刑法的主宰，而且导致了刑罚的极其残酷。在宗教的权威面前，人的生命毫不足惜，人的痛苦更是不值得在意，为了惩罚践踏上帝之法的异端，一切折磨都是必要的，无论付出多大的代价，只要……能够摒弃人性欲望，禁绝人性的原罪，消除人性的邪恶。基于这样的认识，

一些在所有事情上公正不阿的法官，只要涉及到神学的幻影就不再是公正的了；他们浸浴在血泊之中还以为符合于神明的意旨呢。几乎在任何地方，从属于迷信的法律成了神的愤怒的同谋者。这些法律使一些最与人权相违的残暴行为合法化或是变成了人的职责[4]（P.311—312）。于是，刑法“在任何地方都点起了不宽容的火把，搞得尸横遍野，血流成渠，城市焚烧，帝国残破；而它们从来不曾使人们变好。”[5]（P.525）

启蒙运动的到来，终于使统治欧洲一千多年的禁欲主义理论受到了最无情的批判。思想家们充分肯定人的自然本性，热烈追求人在现实生活的幸福与快乐，这种幸福与快乐，主要是感官欲望的满足，即感性的快乐。这种肉体的感受性，不仅是自然赋予人之作为人的权利，而且是决定人的精神的最重要力量，“……是我们各种活动、思想、感情以及我们的社会性的惟一原因”[5]（P.496），所以，人从自然本性上说，“……既不善也不恶。他一生之中时时刻刻都在寻求幸福，他的一切能力都用在取得快乐和规避痛苦上面。”[6]（P.644）

不过，较之于人的自然本性，启蒙思想家们更为称道和倡扬的是人性的另一面——人的社会性。如果说人的自然本性是人的生物类特征的话，那么，人的社会性就是人的聚集形态特征。聚集形态特征虽然由生物类特征演化而来，但与生物类特征却有着质的不同。这是因为，生物类的聚集只具有纯粹的生物种群的意义；而人的社会聚集却具有社会文化的性质。社会是人聚集的文化形态，它既是一个文化领域，又是文化的载体[7]。正是在这个意义上，可以认为，人的社会性其实也就是人的文化性。社会文化来自人的创造，而反过来，人又必然受到社会文化的塑造。由此决定，“人的本质并不是单个人所固有的抽象物。在其现实性上，它是一切社会关系的总和。”[8]（P.5）这一论断并不意味着，人的本质就是人的社会性，相反，其毋宁是说，“人的本质是人的真正的社会联系。”[9]（P.24）人一旦离开社会，就会异化为动物而失去人的本质。人只有在社会之中，他的心智、能力才有发展，他才具备人的本质，成为一个人。②

所以，人既是道德的实体，又是肉体的实体。作为道德实体，人能够认识到自己愿意幸福，同时也认识到别人同自己一样也愿意幸福，所以，每个人在寻求使自己幸福的同时也使别人幸福，至少不能妨害别人幸福。作为肉体实体，人具有肉体感受性，这种感受性使人产生自爱、自卫、追求幸福，谋取个人利益的本能。人所具有的这种道德与肉体的二重性决定了人既有社会性的一面，即生来就要过社会生活；又有反社会性的一面，即生来就有与社会公众利益相悖的欲求。由于人的这两种对立本性的碰撞所产生的矛盾远非以区分善恶为基础的自然法所能调整，而需要更加强有力的权威力量来解决，所以，人们订立契约，成立国家，制订法律，刑法也就由此产生。

（二）人性宽容：刑法现代化的伦理精神

人性的复苏和回归，终于使启蒙思想家们认识到，人是自然的产物，受制于趋乐避苦，追求感性的快乐和利益的满足的自然法则的支配，因而人的本性在于自爱，这是自然赋予的权利，本无所谓善恶之分，但在环境和教育的影响下，“可以在每一个人身上转化为罪过，或者转化为美德。”[5]（P.452）所以，对于人的本性，需要给予合理的限制和导引，以促使人性向着善的方向发展。而能够担当起这一限制和引导重任的，就是理性、道德与法律，其中理性和道德是内在的限制和导引，而法律是外在的强制。由于公共利益“是人类一切美德的原则，也是一切法律的基础。它应当启发立法者，迫使人民服从他所制定的法律；总之，为了这个原则，必须牺牲自己的一切温情，连人道的温情也不例外。”③申言之，法律的使命在于，限制并剔除掉人性中的利己、自私等可能导致作恶的欲望，引导并激发人的欲望向着增进公共福利的方向发展。

但其实，这是一个幻想。人的各种欲望，不管是利己的、还是利他的，都是人之为人的基础。如果法律导引人性的结果，使得社会上的所有人不再有利己主义的情感和欲求，不再有自私、野心和虚荣心，有的只是为增进社会公共福利而随时准备牺牲自己的博爱情感，那么，且不说社会的进步和科学艺术的完善将成为不可想像，首先遭到质疑的是，这样的人，究竟是人是还是神？对此，人类社会发展的历史告诉我们的是什么呢？“公民们天性上的缺陷，使他们不论被安排在何种社会结构的这一恶劣的行为中，其天性上的缺陷都将自我暴露出来。没有使你能够远离低劣天性而获得金子般运作的政治炼金术。”[5]（P.44）不仅如此，大量的社会实践还充分表明，在人类寻求满足的欲望的总结中，那些推动他们私人活动和他们自发合作的结果比起政府机构工作对社会发展的作用更大[1]（P.64）。以前只有野生草莓生长的地方现在有了充足的谷物，这归因于许多世纪以来人们对满足的追求。从帐篷到华屋的进步来自提高个人舒适的愿望；城市在类似的推动力下发展起来。相反，任何希望通过法律的控制，彻底消除人性中的恶劣天性，以增进人类公共福利的努力，最终带来的，不是福音，而往往是灭顶之灾。

正是缘于此，在评论孟德威尔的“私恶即公利”的道德论断时，马克思先是引用了《蜜蜂寓言》中的这样一段话：“我们在这个世界上称之为恶的东西，不论道德上的恶，还是身体上的恶，都是使我们成为社会生物的伟大原则，是毫无例外的一切职业和事业的牢固基础、生命力和支柱；我们应当在这里寻找一切艺术和科学的真正源泉；一旦不再有恶，社会即使不完全毁灭，也一定要衰落。”然后评价道：“只有孟德威尔才比充满庸人精神的资产阶级社会的辩

护论者勇敢得多，诚实得多。”[10]（P.416—417）可见，无论是利己主义的冲动，还是利他主义的情感，都符合人的本性，并且为社会所必要，只要这两种冲动没有超出社会所能容忍的限度，就应当为法律尤其是拥有最严厉法律制裁手段的刑法所宽容。而以宽容的眼光看待人性，不仅要尊重人性中利他的欲望，而且要容忍人性中利己的要求。只有这样，才能真正实现对人的自然本性的肯定，尊重人的价值和尊严，实现身与心、精神与肉体、人的自然本性与社会属性的平衡，人的个性与能力特别是创造性才能得到自由而充分的发展，人的恰当行为才会从人的和谐的本性中自行产生出来，人不会再陷入欲望的“诱惑”之中，“道德的斗争”不会再在人身上发生。这是人类道德的基础，也是刑法现代化所必须具备的伦理精神。

（三）人性轻忽：中国刑法根基检讨

基于宽容人性的刑法现代化的伦理要求，我们不难得出这样的推论：刑法制度的设计和司法实务的运行，不仅应当充分尊重和考虑人性的要求“对症下药”，而且应该时刻牢记：刑法既无必要也不可能彻底根除人性的弱点。因之，对于基于人性弱点而为的行为，只要其没有超出社会的容忍限度，刑法就没有必要将其纳入自己的调控范围。“诚如15世纪的法律人《年鉴》（Year Books）中所说的那样，有些事务适合国家法律管辖，有些事务适合大法官管辖，有些事务则交与个人和听他忏悔的牧师。”④令人遗憾的是，当今中国刑法的道德本质是舍己的道德，它的一切最重要的要求，目的都在于摒弃自私，抑制个人欲望，以利于满足他人的欲望。而正是由于中国刑法建立在如此高洁的道德基础上，不仅导致了中国刑法人性宽容精神的缺位，进而引发了中国刑法的道德化危机，而且导致了中国刑法在立法制度安排和司法实务适用中的一系列误区。

误区之一：刑事政策选择失当。

对犯罪的预防与打击是一个战略性课题，也是中外所有国家和地区在制定实施刑事政策过程中普遍关心的问题。社会学和犯罪学的许多研究都表明，刑法对于犯罪的防治来说尽管是主要的，但却不是惟一的甚至不是最主要的手段。犯罪的遏制主要应当实行社会预防，正如列宁所指出的：“对防止犯罪来说，改变社会制度和政治制度比采取某种刑罚，意义要大得多。”[11]（P.360）由于犯罪是社会、自然、生理、心理诸因素所导致的产物，是一种社会弊病，因此，“对于社会弊病，我们要寻求社会的治疗方法。”[12]（P.71）立法者应该“确信社会改良在预防犯罪浪潮方面比刑法典更有益。”[12]（P.93）“树立人们的自尊和培养兴趣比威慑和限制所取得的收效还要大。”[12]（P.80）“对社会预防犯罪来说就像对公民提高道德水准一样，关于预防犯罪措施的改革哪怕只进步一点，也比出版一部完整的刑法典的效力要高100倍。”[12]（P.94）

然而，因对刑法人性基础的忽略，上述深刻的洞见却未能引起中国社会公众和立法者的认同。社会生活中一旦出现失范行为，人们不是首先探究失范行为发生的社会、环境、制度等因素，尤其是人性的因素在其中所起的作用，从而对症下药，寻求有效的防治手段。相反，人们本能的反应就是要求将其纳入到刑事规制的范围，予以刑事立法化，且冠之以倡导罪刑法定原则的美名，致使刑法的触角不仅延伸到了社会生活的方方面面，而且成为了社会失范行为的主要控制手段，至于刑法的谦抑这一罪刑法定原则的价值追求，则在所谓罪刑的明确性的名义下，被人们所遗忘。

以金融犯罪刑事法网的构筑为例。由于金融失范行为的猖獗，运用刑罚严惩金融失范行为的呼声日渐高涨，不仅金融犯罪的刑事法网不断扩大，而且刑罚设置日趋严厉。据统计，现行刑法典共四百多个罪名，而金融犯罪的罪名就有30多个。不仅如此，规定死刑的金融犯罪在中国刑法中就有4个之多，而挂有无期徒刑的金融犯罪则达到了10个。如此繁多的罪名，如此严厉的刑罚，却并未能遏制金融犯罪的高发态势。相反，金融犯罪发案率不仅居高不下，而且大案、要案呈急剧攀升态势。

而世界各国预防和惩治金融犯罪的实践表明，金融犯罪的发生，是经济、政治、法律、文化等多种因素综合作用的结果，不仅与金融犯罪刑事法网的严密和惩治力度的大小有一定的关系，而且与国家政策上的失误、金融管理体制的不够健全、金融监管的乏力有密切关系，更与人的贪欲、自私本性被诱发从而极度膨胀有着不可分割的紧密联系。因之，预防和遏制金融犯罪的有效方略，强调刑罚在刑事司法中的必然性和及时性，严密金融犯罪的刑事法网固然不可偏废，但至为关键的还在于各项财经管理制度的加强和金融监管体制的完善。这是因为，前者有利于打消行为人逃避法律制裁的侥幸心理，从而借助趋乐避苦的人的自然本性法则，收预防犯罪的治标之效；后者则可以最大限度地减少外在环境对行为人贪欲的诱发和刺激，进而通过犯罪意念的遏制而见治本之功。两者的有机结合，才能形成防治金融犯罪的综合合力，最终实现对金融犯罪的标本兼治。至于是否判处重刑，以及死刑的存否与多少，对于金融犯罪的防治，乃至金融犯罪发案率的高低，不仅没有直接的、明显的影响，相反，因对金融犯罪行为严惩的过分强调和依赖，而忽略了国家在制度设计和金融监管中的疏漏和失误这一导致金融犯罪发生的根本原因，致使金融犯罪屡治不绝，甚至于越演越烈。所以，严管胜于重罚，已是经济发达国家近乎常识性的预防和遏制金融犯罪的基本共识。凡是经济发达，预防和惩治金融犯罪较为成功的国家，无不设立有严密的金融监管制度，同时辅之以相应的具体制裁措施，从而因金融犯罪发生诱因的减少而在金融犯罪的防治中取得了良好的成效。可见，正是奠基于深厚的人性根基之上，西方金融犯罪的防治才走上了良性控制的道路；而正是中国刑法根基中的人性忽视和缺位，导致了中国金融犯罪刑事政策安排上的误区。

误区之二：犯罪构成设计强人所难。

与奠基于合理的利己主义基础上的西方刑法不同的是，中国刑法的道德基础在于舍己、克己。⑤这种道德的永恒的主题是为他人着想，合乎道德的行为也就是满足人类社会之所欲的行为。可见，这种道德体系具有要求的特性，而这正是康德所赞许的道德的本质。因之，自私的、“卑鄙的行为（至少在当事人自己的团体内部）到处都受到憎恨，高尚的行为则到处受到赞扬。” [13]（P.77）而正是为了实践这样的道德要求，中国刑法的犯罪构成设计不仅时常使人陷入“道德的斗争”而难以达致心灵的安宁祥和，而且因对人性弱点的不能宽容而使刑法难以获得公众认同，从而确立起真正的、有普遍社会感召力的神圣性和至上权威。

以著名的“卡纳安德斯之板”为例。航船沉没后，两人争夺只能负载一人的木板，一人将另一人推下海而使自己终于得以生还，等待着他的是什么呢？在中国刑法中，理论上的通说认为，实行紧急避险的行为所造成的损害必须小于要避免的损害，而不能等于更不允许大于要避免的损害。因为紧急避险造成的损害与避免的损害是两个合法利益的冲突，只有牺牲较小的权益保全较大的权益，才符合紧急避险的目的，对社会、国家和公民才是有益的。否则，因小失大，本末倒置，就失去了紧急避险的意义。特别是不允许保全个人生命而牺牲他人生命的紧急避险行为 [14]（P.159）。所以，生还者面临着被追究刑事责任的危险。这样一来，上述情境中的行为人，只能面临两难的抉择，或者在求生本能的驱使下，将对方推下海生还后等待刑法的制裁，或者将生的希望留给他人，慷慨从容地放弃木板，放弃自己的生命！在这样的刑法制度面前，既做不了英雄，也不愿成为罪犯的普通人，无疑只有一条路可走，与对方紧紧抱着木板，一起迎接死亡的来临。这样强人所难的制度设计，还能够唤起人们满怀激情的献身和衷心的拥戴吗？

所以，对于刑法的伦理根基，有必要重申法国学者在这一问题上的立场：在发生冲突的利益之间两者价值相同时（例如，两个人的生命），从社会的角度看，迫不得已的违法行为可以在所不问，因为，社会并无任何利益去偏袒这一生命，而轻视另一生命。有时，人们也这样认为，“迫不得已”的违法行为是一种“刑法外”的行为，刑法既不强迫人们作出牺牲，也不将英雄主义强加于人。此外，社会还有“不予惩罚”的另一理由：迫不得已的违法行为之所以发生，并不是由于行为人具有反社会的性格，并不表明行为人有任何主观恶性，因此，对行为人施以刑罚并无任何“改正”与“威慑”价值。

误区之三：刑罚结构失之封闭

封闭的监狱与开放的社会、监狱化与再社会化之间难以调和的矛盾，深刻地揭示了监狱行刑对人性的悖逆和压抑而自身难以解决的悖论，宣告了监狱教化功能神话的破灭。它使人们终于意识到，“将一个人置于监狱加以训练，以期能适应民主社会生活，此事犹如将人送上月球，以学习适应地球生活方式般之荒谬。” [15]（P.727）与其说监狱行刑具有使犯罪人再社会化的功能，毋宁说是“社会环境”才有使犯罪人再社会化的作用。由此决定，刑罚制度只有顺应并尊重人性的欲求，保障并实现社会全体成员人格的全面发展，才能在担当起预防犯罪、保卫社会重任的同时，坚守住刑法的道德底线。正是缘于此，以行刑社会化、非监禁化为特征的非监禁刑已逐渐取代监禁刑，成为各国刑罚制度改革发展的潮流和趋势。

而囿于重刑主义传统的影响，非监禁刑不仅在我国适用低下，而且运行效率不高。以资格刑为例。我国资格刑设置不仅内容单一，仅以剥夺政治权利为内容，而且对于知识产权等经济犯罪的刑罚设置，根本没有资格刑的规定，即便在危害国家安全犯罪的刑罚适用中，资格刑的单独适用也非常少见，甚至有的法院几乎有史以来从未独立适用过剥夺政治权利。据江苏省高级人民法院提供的统计资料显示：1997年该省人民法院共对29,919人判处了刑罚，但没有一例是独立适用剥夺政治权利的；1998年被判处刑罚的有33,114人，其中独立适用剥夺政治权利的仅为1人；1999年被判处刑罚的有38,503人，但也没有独立适用剥夺政治权利刑的情形 [16]（P.508）。这种状况，不仅难收资格刑在遏制犯罪，尤其是经济犯罪等机会犯罪中的有益作用，而且资格刑只能在适用主刑的同时才一般予以合并适用的做法，无疑变相地抹杀了资格刑作为监禁刑替代措施的性质和功用。

三、利益平衡：中国刑法现代化的伦理考量

“一般而言，人的自然状态就是符合人的本性、性格和理性的状态，同样也是有利于个人合理运用自身才能的状态，这种才能被认为是完全成熟并完美的。”⑥由于不同的个体有着不同的人性欲求，因而在任何一个社会里，个人欲求的冲突是普遍存在的，社会矛盾也就由此产生，犯罪不过是个人欲求发生冲突的最极端的表现形式。而法律的目的就在于“平衡个人利益与社会利益，实现利己主义和利他主义的结合，从而建立起个人与社会的伙伴关系。” [17]（P.129）由此决定，依据利益平衡原则，对中国刑法从观念、制度到运行进行全面变革，是中国刑法现代化伦理品格重塑的必由之路。

（一）变革刑法基础观念

刑事政策的选择必须建立在科学、理性的犯罪观基础之上。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。” [18]（P.11）对于犯罪在承认社会危害性是犯罪本质的前提下，承认犯罪的不可能消灭，任何社会都不可避免地存在一定数量和种类的犯罪，已成为各国刑法学界的共识 [19]（P.175）。这是因为，犯罪根植于因

人的本性欲求的冲突而产生的社会基本矛盾，因而只要有人类社会存在，矛盾就不可避免，相应地，犯罪也就不可能彻底消亡。“只有是在全部由一个由圣人们组成的社会、一个模范的完美的修道院，在那里才可能没有纯粹的犯罪。”[20]（P.84—85）实施了犯罪的人和没有犯罪的人都是同样正常的人。对于实施了犯罪的人，我们不能只是驱除他们的邪恶而不检讨我们自己。为了充分理解人类行为，我们必须学会像理解最好的人一样理解最坏的人。

从辩证法的角度看，犯罪的存在是一种社会的必然。正如法国学者迪尔凯姆所指出，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。……如果把犯罪看成一种社会疾病，就得承认疾病不是某种偶发的东西，反而在一定情况下，是来因于生物的基本体质。据此，迪尔凯姆得出结论：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[20]（P.83—84）。

由犯罪存在的必然性所决定，刑事政策只能抑制犯罪，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。由于人的自然本性，“衣食不足，盗之源也；政赋不均，盗之源也；教化不清，盗之源也。一源慢，则探囊发篋而为盗矣；二源慢，则执兵刃劫良民而盗矣；三源慢，则攻城邑、略百姓为盗矣。”因此，犯罪问题仅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，才是预防犯罪的治本之道，正所谓“丰世无盗者，足也；治世无贼者，均也；化世无乱者，顺也”。相反，如果一味地采取严刑峻罚，只能是愈治愈乱，即所谓“不务衣食，而务无盗，是止水而不塞源也；不务化盗，而务禁盗，是救焚而救以升仓也。”⑦

因之，在追求刑事法治，实现刑法现代化的同时，我们在确立犯罪的不可彻底消除性和刑罚功能的有限性的同时，不能忘记这样的警训，“法治就像生命保险和自由主义本身一样，只是在恶劣环境中做出最佳选择的尝试。”刑法现代化的实现也同样如此。

无论人们对法律寄予怎样的厚望、冠以怎样的美丽词汇，都无法改变法律在实施时最显著的特征——强制性与被动性。法律的派生物——监狱、刑罚也不免给人“以暴禁暴”的感觉。现实社会中法律不仅常常无奈恶势力的猖獗，有时反而会助纣为虐。在号称法治国家的美国，法律对种族歧视不但无力制约，反而常常充当诱发危机的导火索。一些人以法为戏，以钻法律的空子为能事。只要有法可依，便心安理得地泯灭道德与良知。在法律与强权的较量中，败下阵来的常常是法律[21]。

（二）调整犯罪构成结构

“作为一种系统的限制——为了实现个人自主的最大化而对自由所作的限制，法律是必要的，但又是一种轻度的不幸。”[22]（P.149）因之，应当以一种警惕的态度仔细审查法律，包括刑法，防止法律扩张到明显必要的范围之外而使刑法的人性基础受到损害。为此，有必要对犯罪构成一划定刑法规制范围的依据进行调整。

众所周知，犯罪构成是17、18世纪的资产阶级启蒙思想家基于对封建罪刑擅断的憎恨而提出的罪刑法定原则的产物。如同“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”这一罪刑法定原则的经典法律格言所表述的一样，罪刑法定原则从其诞生之日起，就以限制国家刑罚权的发动，保障公民的基本人权作为其肩负的历史使命。因而罪刑法定原则不仅是一项入罪的原则，更是一项出罪的原则。由此决定，作为罪刑法定原则产物的犯罪构成，不仅应当是入罪的规格，而且也应当是出罪的规格。申言之，犯罪构成应当是入罪规格与出罪规格的有机统一[23]（P.156）。尽管入罪、出罪或者说犯罪的肯定和犯罪的否定表面上是同一个问题，肯定某一行为不构成犯罪自然就是对该行为犯罪性质的否定，但实际上，犹如一枚硬币的正、反两面一样，入罪、出罪其实是一个问题的两个方面，两者目标虽然一致，但思维的路向、借助的工具和实现的手段却不尽相同。入罪更多倚重的是犯罪构成的积极要件，出罪则更多依靠的是犯罪构成的消极要件。由设计构成要件的人类智识的有限性和社会生活的丰富多变性之间永恒的矛盾所决定，无论是积极的构成要件还是消极的构成要件，都不可能“一人身兼二职”，在任何时候、任何情况下都能独自同时担当起入罪和出罪的双重使命。所以，如同只有正面或者反面的硬币不成其为硬币一样，只有积极构成要件的犯罪构成，是难以以为超法规的正当化行为提供“出罪”的出口的。由此决定，只有将刑法中的正当化行为纳入到犯罪构成体系之中，通过积极构成要件和消极构成要件的并存不悖、“联合行动”，才能建构起既能严格“入罪”、又能畅通“出罪”，既能保卫社会、又能保障人权的科学的犯罪构成体系。

（三）充实刑种制度内容

刑罚的历史，本来就是人的历史，这里记录着人生观的变化。迄至19世纪曾经占据刑罚宝座的身体刑和死刑，逐渐被自由刑所代替。在今天，以监内执行形式为主的自由刑，大有被作为监外处置的保护观察和作为金钱自由刑的罚金刑所取代的趋势。如果说平等是实现刑法公正的基础，那么公平才是刑法公正的重要价值要素。正如古罗马政治家西塞罗在其名著《论共和国论法律》中所指出的，应当“使每个人受到与自己的行为相应的惩罚——施暴处以死刑或剥夺公民权，贪婪处以罚金，贪图功名处以辱没名誉。”[24]（P.279）就刑罚公平而言，就是罪刑关系、刑刑关系

的确立与适用应当做到公平、合理、协调，其关键就在于坚持罪刑均衡原则。鉴于我国目前的刑罚结构整体趋重，且罪刑之间不平衡的现状，我认为，在调整刑罚结构，以确保各罪法定刑的综合平衡，实现犯罪刑罚适用公平的同时，尤其应当采取以下措施，大力推行非监禁刑的适用，以减少刑罚适用的社会成本，提高刑罚适用的效益。

1. 充实管制惩罚内容

虽然现行刑法典第39条规定了被判处管制刑的罪犯在刑罚执行期间应当遵守的若干规定，但与其他国家同类刑罚制度相比，我国刑法对管制刑的具体惩罚的内容或者说监督内容还是较少，刑罚强度不够，执行内容较为虚泛，缺乏刑罚的可感性，难以对罪犯形成应有的心理强制与外在压力，导致该刑种的惩戒作用十分有限。正如有学者所言，目前管制刑的适用，与其说体现了刑罚轻缓化，不如说是惩罚的虚无化[25] (P.336)。而离开了惩罚，刑罚也就不成其为刑罚[26] (P.123)。而正是管制刑惩罚性的缺位，导致了司法实践中的一种奇怪现象：缓刑的适用率远远高于管制刑。

所以，完善管制的行刑内容，适度加大管制的刑法强度，对于管制刑适用效率的提高显然有着积极的现实意义。而俄罗斯联邦刑法中规定的强制性工作，则无疑值得借鉴。根据俄罗斯刑法的规定，强制性工作是指将被判刑人放在社会中进行教育改造，要求其在主要工作和学习之余必须依法无偿为社会提供有益服务，其主要内容如下：（1）被判刑人在主要工作和学习之余无偿完成社会有益工作。工作的种类由地方自治机关决定；（2）期限为60至240小时，而每天服刑时间不得超过4小时；（3）如果被判刑人恶意逃避服强制性工作刑，则可以用限制自由或拘役代替。在这种情况下，被判刑人已服过强制性工作的时间在确定自由或拘役的期限时应予以计算，一天限制自由或拘役折抵8小时强制性工作。这里，所谓劳动改造是指：（1）劳动改造的期限为2个月以上2年以下，服刑地点为被判刑人的工作地点。（2）从被判处劳动改造的人的工资中应扣除法院判决所规定的数额作为国家收入，限额为5%至20%。（3）如果被判处劳动改造的人恶意逃避服刑，法院可以用限制自由、拘役或剥夺自由代替未服完的刑期，1天限制自由折抵1天劳动改造，1天拘役折抵2天劳动改造或者1天剥夺自由折抵3天劳动改造。

有鉴于此，结合我国的国情，我认为，可以在管制刑的行刑内容中引入社区劳动制度。即视情况，对被判处管制的罪犯，附加判处一定时间或数量的社区公益劳动。⑧这样，既可以体现对犯罪的惩罚，通过行刑矫正罪犯，又可使受害者以及社会得到实实在在的补偿。这里，所谓“视情况”，一方面，是指社区劳动的附加适用，应当建立在对犯罪的危害性、犯罪人的个人情况、居住状况，以及所在社区提供劳动、服务的岗位情况等进行综合考虑的基础之上；另一方面，是指社区劳动的附加适用不应一刀切，原则上，对于罪行较轻的犯罪、未成年犯等不必同时附加社区劳动，而对于罪行较重的、过失犯罪等应同时判处社区劳动。至于无偿劳动的期限，参照国外的有益经验，一般控制在40至240小时之间为宜，由法官视罪行轻重和其他具体情况而定，每天劳动时间不得超过4小时。公益劳动的时间原则上安排在休假日或下班之后的闲暇时间内进行（如果没有正式、固定的工作则例外），也不影响罪犯本人的正常谋生。此外，西方国家在适用社区服务刑时，一般要求征得罪犯本人的同意，我国也可考虑借鉴这一做法，以强化罪犯的责任感，促使其积极主动地履行义务。

2. 丰富资格刑的内容

随着市场经济体制的建立，利用各种职业权利或营业实施犯罪的现象日益突出，如故意泄露商业秘密，证券交易中非法操纵和内幕交易，保险诈骗、破产欺诈，制造销售伪劣产品，利用计算机犯罪等，犯罪人都是利用其职业上的便利而实施的。对于这些犯罪人，如果运用自由刑去制裁，那么从剥夺自由的必要性的角度说，未必必要；而从自由刑的弊端角度言，又可能给犯罪人的再社会化带来困难。而如果仅仅运用罚金去制裁，则不可能有效地剥夺或限制其利用其职务继续犯罪的条件。如果仅仅适用剥夺政治权利，则显得“文不对题”而不是“对症下药”，把没有必要剥夺的权利给剥夺了，而真正应该剥夺的权利却没有剥夺。而只有剥夺犯罪人的从事特定职业的资格，才能在遏制犯罪人再犯同类罪方面起到釜底抽薪的作用。在犯罪人有人身自由，但缺乏特定资格条件下，其犯罪能量的释放将会受到极大的限制，犯罪人想再度借职务之便，首先就会在资格方面遇到难以逾越的障碍，从而将有效地预防犯罪人再次犯罪。⑨为此，可考虑将“禁止从事一定的职业”增加规定为资格刑的种类。这样，既可充分发挥资格刑在惩治职务犯罪、行业犯罪中的作用，又能满足谦抑性和经济性等现代刑事政策的要求，进而增强我国犯罪刑事处罚措施的人性化色彩。

四、结论

任何把全部文明设想为克制利己主义的漫长过程，试图通过法律的控制，抑制乃至彻底消除人性中的恶劣天性，并把这看成是道德的本质，“希望仅仅在强迫和冲突烦扰心灵的地方去发现道德，那就是走入邪路了。这只是相当低水平的道德的特点，最高水平的道德是‘天真无邪’的宁静。”[13] (P.175)明白这一点，对于在“内圣而外王”的传统文化中浸淫良久的中国现代化的实现尤为重要。

「英文摘要」As the unification of natural feature and social feature, humannature is the foundation of human morality and the ethical spirits of the modernizationof criminal law as well.To treat human nature with tolerance , respecting thealtruistic desire in and the egoistic desire as well in human nature, is the foundationof human morality and the ethical spirits in modernization of criminal law.It isthe weak foundation of human nature in the criminal law of China and the lack oftolerance spirits to human nature that give rise to the moral crisis of the criminallaw of China.As the result , a serious of mistaken ideas appeared in the designof legislative systems in criminal law of China , in the application of judicialpractice, and the research of criminal law theory.So it is necessary to take interestsbalance as principle to develop the ethical character of the modernization of China'scriminal law. (<http://www.tech.cn>)

收稿日期：2006—01—10

注释：

①综观世界各国关于侵犯知识产权犯罪的刑事立法，中国对于知识产权犯罪的刑罚规制不可谓不严厉。而与之形成鲜明对照的是，美国商业软件联盟估计，其因盗版软件的出现而每年遭致的损失超过100亿美元，而其中1 / 3来自亚洲，中国更是最为严重的地区。对此，详请参见曲三强：《被动立法的百年轮回—谈中国知识产权保护的发展历程》，载《中外法学》1999年第2期；田宏杰：《论中国知识产权的刑事法律保护》，载《中国法学》2003年第3期。此外，有关资料表明，在中国，不论是重大刑事案件的发案率还是监狱在押人数，均呈居高不下之势。根据2001年12月中国监狱学会罪犯改造理论研讨会上所提供的信息：截止2001年10月底，全国监狱共关押约151万名罪犯，而且这个数字仍呈攀升势头。参见张伯平：《行刑成本与帮教社会化—谈立法上的一些思考》，载《犯罪与改造研究》2002年第10期。 (<http://www.tech.cn>)

②求生、自保虽系人之本性，但并非只是人类独一无二固有的本性，一切动物皆有此本性，但人的求生与自保以及由此引发的安全、享乐等等情感，与其他动物的求生自保的本能，不仅有层次的差异，而且有性质的不同。近代英国思想家约翰·穆勒在回答人们对功利主义的攻击时，便特别强调了此种差异性。他指出，人有高级的官能，其他生物并无高级官能，人有自尊心，其他生物并无自尊心，因此，结论是：“作一个不满足的人总比作一个满足的猪要好些，作一个不满足的苏格拉底，总比作一个满足的傻子要好些。”详请参见《西方伦理学名著选辑》（下卷），商务印书馆1987年版，第245页。 (<http://www.tech.cn>)

③「法」爱尔维修著：《论精神》，北京大学哲学系编译：《十八世纪法国哲学》，商务印书馆1963年版，第463页。这种思想不仅在一部分激进的知识分子中，而且在统治者中亦有相当影响。例如，英国革命前1603年詹姆斯一世在议会中发表演说时宣称：“我将永远以公众和整个国家的福利为重来制定好的法律和宪法，而不注目于我的任何特殊的和私人的目的；我始终以为国家的富足和幸福是我的最大的幸福和人世的乐趣，这就是一个合法的国王和一个暴君的根本不同之点。因为我确认，一个有道之君和篡夺的暴君之间突出的和最大的差别就在于：傲慢和怀有野心的暴君认为他的王国和人民只是受命于满足他的愿望和不合理的贪欲的；有道的和正直的国王却与此相反，认为自己是受命来为人民谋取财富和财产的。”详请参阅「英」洛克著：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第122页。 (<http://www.tech.cn>)

④Fineux, arguendo in Anonymous, Y.B.Hill.4Hen.7, pl.8, fol.5; 转引自「美」罗科斯。庞德著：《法律与道德》，陈林林译，中国政法大学出版社2003年版，第93页。 (<http://www.tech.cn>)

⑤在各种宗教中，特别是基督教和佛教的戒律最具有这种性质。在摩西十戒中，舍己同样是一项主要的要求，这种要求的外在表现，就是大多数戒律都以否定形式表现出来：“汝不得——，”“汝不得——。”肯定形式的戒律（第三条和第四条）要求考虑的是上帝和父母的意愿。那是服从的道德。基督教所强调的，是同自私相对立的绝对的利他行为：“汝得爱邻人。”参见「德」石里克著：《伦理学问题》，商务印书馆1997年版，第76页。 (<http://www.tech.cn>)

⑥Burlamaqui, Principes du droit naturel , 1, 4, §10.转引自「美」罗科斯。庞德著：《法律与道德》，陈林林译，中国政法大学出版社2003年版，第126页。 (<http://www.tech.cn>)

⑦《公是集》（第40集），患盗论。

⑧社区劳动作为监禁刑的替代措施，不仅避免了监禁的副作用，也克服了罚金刑因被判刑人贫富不均而潜藏的实质上的不平等，具有良好的发展前景。在西方刑法中，社区服务刑主要有两种立法模式，一种是作为一个独立的刑种予以规定；另一种是作为缓刑或其他非监禁刑的执行内容之一，即将参加一定时间或数量的社区公益劳动作为缓刑者或其他非监禁刑适用者应履行的义务之一。有的国家是两种模式兼而有之，如英国的结合令。但我国在考虑借鉴国外社区劳动制度作为监禁刑替代措施时，无须也不能全盘照搬国外的做法。这是因为，一方面具体国情不同，我国当前和

今后相当长的时间内失业率不会降低，失业、下岗人数高达一千多万，社会所能提供的工作就业岗位有限，作为非监禁刑措施的社区劳动虽然是无偿性的公益劳动，但毕竟需要相应的劳动岗位。社区劳动的适用不可能不考虑社区提供服务、劳动的岗位与机会。另一方面，由于我国存在具有中国特色的非监禁刑措施—管制刑制度，实践中适用率极低的原因，使得我们有必要从制度设计上予以改进，非监禁刑的性质使得管制与社区劳动适用的对象范围基本相同，将二者有机结合不仅能够发挥各自的优势，避免不足，并形成各自所没有的合力。参见袁登明博士学位论文：《行刑社会化研究》，中国人民大学2003年印行，第183页。（<http://www.tech.cn>）

⑨该观点请参考吴平：资格刑研究，中国政法大学出版社2000年版，第320页。

〔参考文献〕

- [1] [英] 赫伯特·斯宾塞。国家权力与个人自由[M].谭小勤，等译。华夏出版社，2000.
- [2] [日] 大塚仁。犯罪论的基本问题[M].冯军，译。北京：中国政法大学出版社，1993.
- [3] [法] 休谟。人性论[M].关文运，译。北京：商务印书馆，1991.
- [4] [法] 霍尔巴赫。自然的体系（下卷）[M].鲁士滨，译。北京：商务印书馆，1977.
- [5] [法] 爱尔维修。论人的理智能力和教育[A].北京大学哲学系，编译。十八世纪法国哲学[C].北京：商务印书馆，1963。（<http://www.tech.cn>）
- [6] [法] 霍尔巴赫。社会体系[C].北京大学哲学系，编译。十八世纪法国哲学[A].北京：商务印书馆，1963.
- [7] 史宝麟。人的本质、人性、人格[J].九江师专学报（哲学社会科学版），1998，（1）。
- [8] 马克思。关于费尔巴哈的提纲[C].马克思恩格斯全集（第3卷）[A].北京：人民出版社，1960.
- [9] 马克思。马克思恩格斯全集（第42卷）[A].北京：人民出版社，1979.
- [10] 马克思，恩格斯。马克思恩格斯全集（第26卷）[A].北京：人民出版社，1972.
- [11] 列宁。列宁全集（第4卷）[C].北京：人民出版社，1972.
- [12] [意] 菲利。犯罪社会学[M].郭建安，译。中国人民公安大学出版社，1990.
- [13] [德] 石里克。伦理学问题[M].张国珍，赵又春，译。北京：商务印书馆，1997.
- [14] 高铭暄，马克昌，伍柳村，主编。中国刑法学[M].北京：中国人民大学出版社，1989.
- [15] 张平吾，编。犯罪学与刑事政策[M].台北：台湾中央警察大学，1999.
- [16] 吴宗宪，等。非监禁刑研究[M].北京：中国人民公安大学出版社，2003.
- [17] 张文显。二十世纪西方法学思潮研究[M].北京：法律出版社，1996.
- [18] 张甘妹。刑事政策[M].台北：台北三民书局，1974.
- [19] 袁登明。行刑社会化研究[M].北京：中国人民大学出版社，2003.
- [20] [法] 迪尔凯姆。社会学方法的准则[M].狄玉明，译。北京：商务印书馆，1999.
- [21] 马小红。礼与法的归宿[A].南京师范大学法制现代化研究中心。法制现代化研究（第3卷）[C].南京：南京师范大学出版社，1997。（<http://www.tech.cn>）
- [22] [美] 罗斯科·庞德。法律与道德[M].陈林林，译。北京：中国政法大学出版社，2003.
- [23] 田宏杰。刑法中的正当化行为[M].北京：中国检察出版社，2004.
- [24] [古罗马] 西塞罗。论共和国论法律[M].王焕生，译。北京：中国政法大学出版社，1997.
- [25] 王利荣。行刑法律机能研究[M].北京：法律出版社，2001.
- [26] 田宏杰。中国刑法现代化研究[M].北京：中国方正出版社，2001.

来源：《政法论坛（中国政法大学学报）》2006年第2期

中国社会科学院应用伦理研究中心

北京建国门内大街5号 邮政编码：100732 电话与传真：0086-10-85195511

电子信箱：cassethics@yahoo.com.cn