



您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章 Selected Articles

作者授权 本网首发

权利发展与刑法改革

蒋熙辉

阅读次数: 2454

使用大字体察看本文

[提要] 本文认为, 权利发展遵循初民权利--自然权利--法律权利的进路。刑法进化存在伦理刑法--政治刑法--市民刑法形态, 与权利发展一动一趋。中国向公民社会迈进, 刑法发展以民权刑法为目标。中国刑法改革必须承应社会变迁与权利发展, 以权利发展为主导, 改革刑法的基础观念, 反思刑法与刑事政策, 积极推动非犯罪化与刑罚改革。

[关键词] 权利发展 民权刑法 刑法改革

引 论

中国当代刑法, 渐由上个世纪80年代的显学而没落, 发展方向与发展思路迷误, 观念基础定位模糊, 重刑主义久居其位, 刑法改革迟迟不能推行。如何改革刑法? 本文尝试从权利的视角, 探讨中国刑法的进化, 研究如何推动权利时代的中国刑法发展。

一、权利发展形态与刑法进化

自古罗马法的jus概念到近现代宪政提倡的基本权利再到国际人权公约中的权利界定, 权利发展一再更易, 权利保护方式不断完善、不断进步。适应权利的发展, 中国刑法进化出现更迭。

(一) 权利发展形态及其反思

所谓权利, 是特定的主体对特定的客体提出与自己的利益或意愿有关的必须作为或必须不为之要求的资格。[1] 迄今的权利发展分为三个阶段: 初民权利--自然权利--法律权利。[2] 权利的发展呈现为:

(1) 初民权利。作为一种原始权利, 初民权利具有原始社会的社会文化属性: 模糊而不确定、原则而抽象。但是, 初民权利作为权利雏形与社会关系同在, 通过氏族制度等习俗予以确定, 通过相互义务关系表现。在实证研究中, 摩尔根曾进行过调查: 氏族成员保留着罢免其首领和酋长的权利, 这种权利的重要性不在选举之下。[3] 我国学者夏勇先生曾对初民权利的存否加以精心考辨, 概括为初民权利的特征为: 权利享有的平等性; 权利诉求的个别性; 权利意识的模糊性。[4] 但实际上, 初民的权利还包括权利内容的简约性、权利履行的随意性。(2) 自然权利。自然权利的萌发, 由近代资产阶级启蒙思想家所倡导。自然权利较之初民权利的进步在权利意识觉醒、权利主体独立、权利内容繁复, 权利由混沌渐渐走向理念

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

化、体系化，具体化。如果说洛克等提出的“天赋人权”还是一种针对神权、教权的挑战，是理念上的进步；那么1215年英国大宪章确认的人身自由权利则是具体权利发展的一个里程碑。自然权利的特征在于：权利主体的崛起；权利意识的觉醒；权利内容的具体；权利要求的整合；权利享有的等级性。（3）法律权利。伴随资产阶级革命的胜利，近代法制革命风起云涌，权利穿上法律的神圣外衣，权利的属性融入近现代法治文化的特征。法律权利的基本特征表现为：权利享有的平等性；权利内容的体系化；权利履行的法定性；权利诉求的程序性。法律权利时代，权利意识充分觉醒，权利主体不断提出诉求，形成权利声音。既有的各种权利或废或弃或存或改，新的权利形态不断产生，权利履行方式与保护方式不断更新和完善。

在法律与权利结合的时代，我们经历了一个由消极权利向积极权利、由人身权利向社会权利、政治权利过渡的时期。在由自然权利向法律权利过渡时，最初的权利设计是防御性的，启蒙思想家把国家设想为庞然大物，国家权力与个人权利绝对对立，从而赋予个人权利以对抗国家权力的基本属性。这种消极的权利伴随着社会经济的发展而迫切需要吸纳新的内容，于是消极的权利（主要是个人自由）逐渐退居为底线的权利。积极的权利（受益权或者说是经济社会权利）与参政权成为主导性的权利。这是从权利进化的角度来说的。同时，我们经历了一个由实定法意义上的权利--宪政意义上的权利--国际公约的权利的过程。1215年的英国大宪章与其说是议会为王权的胜利，是人身自由在宪法上的确立，不如说它在本原上是从程序意义出发的，宪政意义的人身自由是一种权利的推定。当权利作为一种普适价值，国际公约开始给予权利以地位，国际公约对普适的各种权利加以规定并通过各种方式加以“推销”，权利开始为各国所共同认同。

然而，我们不应忽视因为历史传统、地域不同、时期不同造成的权利发展的差异，这些差异为我们解释权利提供了线索：第一，权利发展存在历史性和阶段性。在权利发展的不同时期，会有不同的侧重。比如，资本主义前期比较侧重发展人身权，自由是众人之向往，但在资本主义后期，更重视的是社会经济权利；又如，不同国度的社会历史发展阶段会影响到权利的诉求差异，不能以一国的权利要求强求另一国的权利确立类似或相同的标准。第二，权利发展存在普遍性和特殊性。在人类发展历史上，人身权利普遍受到充分尊重，生命健康权无例外地受到充分尊重，这是权利普遍性的一个表征。但是，权利会因为文化传统的差异而不同，比如，对于集体权利的认识，对于义务与权利冲突的认识。在义务本位的社会，集体权利在价值上优先于个人权利，要求人们先履行义务再享有权利。所谓“大河有水小河满”是集体权利优先的一个生动的写照。这些是我们在考察东西方文化差异和权利发展路径时不可不加以细察的。

（二）中国的权利发展与刑法进化

中国的文化传统是义务本位。权利义务作为伴生物结合在一起。在初民权利的发展阶段，中国的权利发展形态与西方权利形态没有两样。但在近代权利萌芽的过程中，中国传统礼法政治传统与实践对个人权利意识的觉醒产生了阻遏作用。坦率地说，中国没有市民社会，也没有形成真正意义上政治国家与市民社会的二元格局。脱胎于半封建半殖民地国家的中国，胎记上鲜明地刻画着传统的印记。不同的发展道路决定权利的发展形态不同，中国必须在一个人治传统根深蒂固的基础上构建法治社会。权利的发展必须照顾到人治的传统、必须考虑到义务本位的文化传统。笔者在数年前曾经根据刑法观念的进化，将刑法划分为三个时代：伦理刑法--政治刑法--市民刑法。前两者可以归入国家威权主义的刑法；后者可称为个人自由宪章的刑法。^[5]当时，这是一个对福柯关于惩罚艺术的阐释，如今进一步省思，存在修正的余地。伦理刑法追求的是道德与刑法融为一体，不合道德者，以“刑”去之；政治刑法讲求赤裸裸的、没有任何遮蔽的权力；市民刑法是市民社会的法律，不再号称“刑不可知威不可测”，不再宣称“纯粹工具论”。市民刑法的基本品格可以概括为：一是必须以宪政为基础，要求限制政府权力；二是刑法谦抑而全面，作为“后盾法”的刑法应当为所有严重违反其他基本法的行为提供最后的救济；三是公法一体化，诉讼机制上尽可能地实现出罪功能，其中包含非犯罪化与非刑罚化的因素。现代刑法呼唤理性治理，要求以现代社会经济基础和伦理秩序为根基建构刑法。它是启蒙思想复苏的产物，同自由主义与时俱进。在公民社会的刑法中，市民刑法的良好品格将继续张扬，更为可贵的是，刑法更为实质性地突出权利保障、突出权利救济，呈现新的形态--民权刑法。

正如前述，未来的社会是公民社会。公民社会应当超越市民社会而存在，它是整合政治国家与市民社会而形成的人民主权的国家。在公民社会，公民权利获得有效保障、公共权力受到严格的监督和制约、公民权利与公共权力之间信息表达和沟通的渠道，二者实现和衷共济、利益均等的和谐状态。在公民社会，权利的普适价值继续存在并受到尊重，但不可避免地受到建构进程中的文化影响。中国没有传统意义上的政治国家与市民社会的分野。刑法表现为国权刑法，即赤裸裸的作为国家工具的刑法。在这样一个社会基础上发展公民社会的刑法形态--民权刑法，艰难可想而知！由国权刑法到民权刑法，进化之艰难需要考虑：第一，主导刑法改革的是权利而非权力，目前的权利主体已经觉醒，但多处于自发状态，权利主导声音尚未形成，只有在利益群体形成后，才能发出主导的声音，进而表现为权利意志。比如说，废除死刑已经成为世界性的发展趋势，中国也有不少学者为之鼓与呼，但是中国政府没有做出毅然废除死刑的决定，原因在于伴随社会进步与权利发展，死刑存在一定的社会条件和主观上的观念基础。第二，适应社会发展方向，推进刑法改革促进权利观念发展。运用刑罚和刑法，必须考虑剩余还是过度。这不仅仅是个体受刑者的利益权衡，也是整个社会的利益权衡。因为如果剩余，社会将会部分失序；如果过度，社会将导致超组织化。改革刑罚必得慎之又慎，不可对超出或滞后于社会发展的权利给予刑法的保障，否则将阻碍权利发展的进程。当下的中国，市场与法治正处于成熟期，更需要发挥的是刑法的人权保护机能，在将犯罪控

制在一定范围的前提下，为权利发展提供空间和条件。

改革刑法的目标是促进权利的发展，使最大多数人的权利获得充分的保障。这正是民权刑法的立意所在。民权刑法的基本特征表现为：一是刑法的制定体现人民主权，刑法代表人民意志。现代宪政的根本是人民，宪政建设的本质是追求并实现人民主权。刑法作为后盾法、救济法，作为与公民各项基本权利息息相关的根本法，应当成为“人民权利的宪章”。在中国，宪法不具有直接适用性，刑法是实践宪法、促使宪法司法化的一个必要通道，必须通过刑事立法来保护宪政权利。二是刑法的实施符合人民利益，反映人民的需求和愿望。代表人民意志的刑法从根本上讲符合人民的利益，反映人民的需求和愿望。良法需要好的执行者与执行制度，以保证其顺利实施。权利通过刑事政策理念宏观指导刑法实施，比如，对重罪予以重刑，对轻罪惩罚可以采用刑事和解、缓刑等方式，以满足人民的报应与功利观念。三是刑法的改革符合社会发展方向，满足公民社会的各项要求。社会进步仰赖制度变迁。刑法改革必须传递人民的权利愿望，符合社会的发展方向。权利止于至善，一定意义上讲，一个社会的实有权利与法定权利、道德权利存在差距，刑法改革的目的就是使实有权利和法定权利无限逼近道德权利。比如，死刑废除，一个社会的死刑观决定着是否废除死刑，刑罚观决定着是否采用重刑还是走轻刑化之路，改革正是朝着权利的现实要求和方向而去的。

二、刑法基础观念与权利发展

刑法的基础观念是报应和功利。报应，生于已然之罪，要求刑从罪生、刑当其罪；功利，应于未然之罪，要求刑须制罪、刑足制罪。[6]刑法的发展最初是对已然之罪形成认识，设置刑罚予以惩治，理念上强调报应；发展到后来，才对未然之罪形成认识，关注功利之必要与多少。

（一）报应刑与权利发展

报应的缘起是初民的权利--原始的报应观念。在原始社会，雏形的报应观念是“以眼还眼以牙还牙”，追求血与血的等量报复。这种报应刑伴随文明的发展而显得质朴而简单。人的生命固然是等价的，但是，面对一个伤害人家两只眼睛的独眼人、对于击落人家牙齿的无牙人如何报应？等量报应变得“荒谬”之后，等质报应浮出水面，但本质不离报应，只不过在不同的部位我们划上了价值等额的符号。比如，对于伤害人家两只眼的独眼人可以以一只眼与一条腿作为报应的代价。对等质报应在价值相等上难以达成共识，法律便为报应正名。法律报应主义要求法律规定报应的形式、报应的数量，通过科学的计算为已经造成的恶害寻求质量上等价的刑罚（罪刑均衡），并在法律上予以规定。犯罪行为一旦发生，便可从刑罚上找到对应的阶梯。报应刑对于被害人的权利申张、对于社会正义的申张都是合于正义的。由等量报应到等质报应再到法律报应，反映了社会权利的发展、刑事科学的进步。等量的报应是基于权利的种类有限、权利的要求单一；等质的报应与法律报应是基于权利种类渐趋复杂化、权利诉求渠道多元化、权利发展形态多样化。但是，报应刑没有考虑社会整体正义的实现、公共利益的权衡、犯罪的预防控制，这正是功利刑产生、发展及二者不断交锋、相互融合的原因。

（二）功利刑与权利发展

功利刑的兴起源于功利主义哲学。在功利刑的发展过程中，主要存在四种不同的功利刑观念：一是古典学派与人类学派主张的刑罚在控制犯罪中的整体功能与作用；二是刑事实证学派的菲利强调的社会措施--替代刑在控制犯罪中的作用；三是李斯特提出的重视刑罚功能--矫正教育功能；四是社会防卫学派（以法国学者安塞尔，近年则是以马蒂为主的刑事政策学派）倡导的非犯罪化、非刑罚化的观念。在功利主义刑法学者眼中，刑罚的本质是一种“恶”。[7]“恶”的作用不仅仅在报应，更在预防，使犯罪人在犯罪前对犯罪招致的“恶害”有充分的认识，而抑止恶念的产生、恶行的实施。功利刑的宗旨在实现整体正义。这是一个以刑罚为标准计量的社会性的“最优化计划（Maximal class of plaus）”。[8]它与社会集体权利的发展息息相关，当社会集体的权利需要对一个人实施极刑时，或者剥夺生命权时，功利刑允许并鼓励这种行为发生。比如，对于911事件或者是非典流行之前的行为人处以极刑能够避免事件发生，我们能否无视生命权或者健康权而采用极刑？这也是重刑主义一直存在且有发展可能的原因之一。这种以公共利益为考量的行为不仅仅造成对个人权益的严重侵犯，而且会演化为集体性的多数人对少数人权利的践踏。

（三）规范忠诚与二元机能

刑法的基础观念是报应与功利。单纯强调报应与功利都会造成不良后果。如何在报应与功利之间求得平衡？雅科布斯把刑法看作是社会的一部分，形成刑法的机能主义的理论（Strafrechtlicher Funktionalismus）。[9]他认为刑法的机能是保障规范的同一体性，即保障规范能够证明自己在社会中是真实的。犯罪是有缺陷的应被归责于行为人的与规范的对抗，而刑法则保障了规范的有效对抗。雅科布斯以规范作为中间物，回避了对刑法存在的终极意义的思考，问题被置换为规范的功能。国内学者在此基础上形成忠诚理论，把报应与功利整合入忠诚理论中，认为刑法的功能在于培育对规范的忠诚，规范集中报应与功利的诉求。[10]尽管雅科布斯进一步描述了规范促成主体间的自由交往并由此使社会得以存续和发展的图景，但是无法否认，他试图以规范作为工具解构刑法仅仅揭示的是刑法的规范机能，而没有回答刑法的存在根据或者说哲学基础。这与宾丁教授的规范理论一脉相承。他们将规范“实物化”，以回避刑罚存在根据的思考。

为什么需要刑法？以什么决定刑罚？报应主义与功利主义从哲学层面给出了不同的回答。现代刑法不会采取单一的报应主义或者功利主义模型，而是综合报应与功利作为刑法的基础。[11]都体现在刑法的社会机能上，是人权保障与社会保护的双重机能及其平衡。国家为了保护社会，有必要设置刑法；而刑罚权如果不加以限制，则可能侵犯人权。我国刑法在过去强调功利主义而忽视报应基础，强调社会保护而忽视人权保障。当权利日益受到重视和保护，刑法的报应与功利基础应当并重，刑法的二重机能--人权保障与社会保护应当兼顾。刑法的人权保障与社会保护机能根源于刑法的悖论性，刑法不只反对犯罪人，也保护犯罪人；不仅要设立刑罚权，同时要限制刑罚权。[12]我国学者曾经将刑法分为国权主义的刑法与民权主义的刑法，指出国权主义刑法以国家为出发点，而以国民为对象，限制国民行为而保护国家利益；民权主义刑法则以国民为出发点，而以国家为对象，限制国家行为而保护国民利益。[13]这种区分具有一定的意义。未来的刑法向民权的方向发展是一个必然的趋势。今后的刑法应当奠基于报应基础上的功利主义，兼顾社会保护与人权保障，二者并重。

三、反思刑法与反思刑事政策

1997年的刑法被视为刑事法治发展的里程碑，但质疑与批评者不乏其人。质疑者提出两点理由：一是刑法没有关注实质法治而只关注形式法治；二是刑事法实践中若干问题尚没有解决。应当承认，1997年刑法已经在人权保障方面获得显著进步，规定罪刑法定、罪刑均衡、罪刑平等刑法三大基本原则、废除类推、细化刑法分则罪名、限制减少死刑、控制刑罚量投入等。但是，刑法的制定与实施、刑事政策的运行应当反思：

第一，重刑主义与刑法解释的任意。中国有“刑罚世轻世重”的古训，重刑主义已经成为影响我国刑法实施的重要因素。在整体刑罚量仍然偏高的情况下，重刑主义进一步加重了刑罚。重刑是超出犯罪的量给予的刑罚量，直接导致犯罪人对刑罚的冷漠和无视。刑法投入过量刑罚，说明没有考虑犯罪人的人权，而仅仅关注到个别预防的效果，还在以国家威权主义为特征的刑法思路中绕圈。刑法解释的有利于被告人原则往往被弃置一边，检控机关习惯于尝试从高罪往低罪控诉，审判机关的有罪推定观念还有一定存在的空间。疑罪从无多演化为疑重罪从轻罪。最高人民法院在刑法解释时不断地扩张刑法适用范围，下级人民法院追随这种思路，不断拓展刑法适用范围。其结果是，刑法适用范围不断扩张，类推解释借扩张解释登台，实质性突破罪刑法定，出入人罪，轻罪重刑。

第二，刑法关于兜底罪名与堵截条款的规定。1979年刑法采“宜粗不宜细”的原则，以百余条文规定近百罪名，当时有社会发展之因，有立法技术之因。1979年刑法规定投机倒把罪、流氓罪、玩忽职守罪三个“口袋罪”，为分解口袋罪名，刑法修订时颇费思量。但是，旧的口袋罪已去，新的口袋罪迅即形成--非法经营罪、寻衅滋事罪、玩忽职守罪。是“法有尽，事无穷”，还是刑事法一贯如此？1997年刑法分则中多见“其他、等”刑事堵截条款，[14]其原意在避免“挂一漏万”。但是，刑法解释导致刑事堵截条款不断扩展、无所不包。以非法经营罪为例，通过刑法修正案、刑法解释将非法出版行为、非法买卖外汇行为、非法扰乱电信秩序行为、非法传销行为等一并收入，成为继投机倒把罪之后的一个新的备受质疑和批评的罪名。

第三，死的刑事法治与活的罪刑法定。权利的发展是动态的，而刑法的废改立都有一个周期。如何以“旧法”适应新的权利发展？刑法应当是限缩的而不是扩张的。刑事法治应当是生动的、灵活的而不是刻板的、教条的。对于未规定之罪未规定之刑，不能定罪不能量刑；但在社会已经发展变化时，还追究那些已经失去犯罪意义的行为的刑事责任，便没有任何合理性了。活的罪刑法定不是要入人以罪，不是要法外定罪法外施刑，而是要坚持有利于被告人原则，建构具体法治。可举二例为证：一是轻罪的非犯罪化和非刑罚化处理。20世纪80年代初实行计划经济，投机倒把被认为是破坏经济秩序，严重者可判死刑。但在1997年刑法修改之前的数年，市场经济与投资获利等观念已经深入人心，如果再根据旧刑法对投机倒把行为定罪量刑，便与时代背道而驰，也有悖于人们的权利诉求。又如，买卖外汇行为，资本市场开放之前外汇市场实行管制，买卖外汇被认为是破坏外汇管制，但是资本市场开放之后，买卖外汇将成为金融市场的重要组成部分，通过买卖外汇获利是一项重要的经济权利。二是赦免制度。2003年，河北省政法委曾经出台一个赦免民营资本家“原罪”的文件。深究起来，这份文件于法无据，纯粹是为地方经济竞争与发展服务。细究下去，设立赦免制度是刑法处理例外事件的一条可行办法。请求赦免权是个人对国家的一种重要权利，但是我国刑法一直没有规定。上个世纪50年代曾有过数次赦免，多是基于政治考虑，没有做法律制度的设计。对于某些个人、某些组织、某些情况特殊的犯罪，如果确立赦免制度，这既能有效防止司法腐败，又能满足个人的权利愿望，促进社会正义的实现。

以上问题的提出，意在希望推动刑法刑事政策化，同时促使刑事政策刑法化。这是权利时代必须关注的刑法改革动向。米海伊尔·戴尔玛斯·马蒂将新的时代刑法与刑事政策的发展描述为“刑事范畴特殊性的消失”--“这一现象归功于两个不同的趋势：在内，因为刑法日益复杂，刑事范畴分崩离析；对外，相邻范畴迅速发展，如或多或少被整合进刑法途径的调解，带有惩罚性的行政法，最后是国家对受害人的赔偿”。[15]在权利的时代，刑法不再仅仅被视为静态的规范，它更体现为一个动态的运行机制。权利发展要求从刑事政策的高度来探求刑法的发展以作为刑法改革的指导。另一个方面，权利发展要求我们以法律

反映政策，通过刑事法而非刑事政策实现刑事法治。刑事政策处于刑事科学的巅峰，宏观地指导刑事法的发展，但政策理念的指导必须通过实定法，这是刑事政策刑法化的要求。

在权利不断张扬的时代，社会将逐渐趋于宽容，对犯罪的认识不再限于仇恨，合理的预防与控制替代了仇恨式的报复。刑罚报应观念更多地让位于以报应为基础的功利主义。因此，我们既不能忽视刑法的功利导向，更不可为功利而牺牲人权，必须兼顾社会保护与人权保障的刑法二重机能，合理地设计犯罪预防目标，选择犯罪控制手段。

首先，我们应选择合理的犯罪预防目标，即在一定范围内控制犯罪。菲利教授曾经提出犯罪饱和论的观点，认为在一定的社会环境条件下，社会宽容的犯罪的量是固定的。[16]我们以往并不承认犯罪控制的目标，直到我们发现消灭犯罪是一种“乌托邦”式的空想。在社会主义社会，同样存在犯罪，同样会有一些量的犯罪。这是规律。犯罪与刑罚的关系，有如经济学中的供求关系，存在边际效应。合理的刑罚投入会将犯罪控制在一定程度，社会保持稳态运行。不足或者过量的刑罚则会导致固有秩序的破坏，进而导致权利受到压抑。

其次，在犯罪控制的目标下，刑法仅仅是一种犯罪控制手段。现代刑事政策研究认为，在与犯罪作斗争中，刑罚既非唯一的，也非最安全的措施。[17]因此，西方国家创新恢复性司法来补救刑罚之弊。恢复性司法的关键在将刑罚与其他社会调整手段完美整合，关注刑事程序中犯罪人与被告人权利的保障。实际上在中国，类似的刑事和解制度在轻罪惩罚中早已有之，通过检察机关充分地发挥控诉阶段的裁量权，衡量公共利益决定是否起诉，以最大限度地惩罚犯罪、保障人权，维护社会秩序。

再次，刑罚运用必须关注权利保障。刑罚是否运用，刑罚如何运用，都关系到犯罪人权利和被害人权利的保障。以罪刑法定为例，如果狭义、机械地理解，便是严格地依照刑法定罪量刑，没有变通的余地。但司法实践中则非如此。比如，在认定犯罪中，考虑到全案情节可能不需要给予刑罚，那么便可能适用刑事诉讼法第15条予以不起诉处理；或者适用刑法第37条，采用非刑罚化处理。又如，死刑执行方式，从腰斩到砍头到枪决再到注射死刑，便充分反映了刑法不断关注权利保障。

四、非犯罪化与刑罚改革

非犯罪化与刑罚改革是困扰刑法学界的两个重大问题。一方面，权利的发展，会使社会越来越宽容，社会报应观念渐渐减弱而功利观念逐渐增强，犯罪圈会一定意义上有所缩小；另一方面，权利的发展会使酷刑成为刑罚的必要性减至于无，对刑罚的反思与改革成为必然。

（一）非犯罪化与权利发展

非犯罪化（Decriminalization）与犯罪化（Criminalization）和过度犯罪化（Over-criminalization）相对应。非犯罪化包括立法的非犯罪化与司法的非犯罪化，前者是通过立法将原来被法律规定为犯罪的行为予以合法化或以行政处罚转处；后者是在司法过程中运用司法裁量权对具体的危害行为通过司法程序不将其作为犯罪处理。

非犯罪化的提出，考虑到6种因素：（1）法律的世俗化；（2）心理学、精神医学和社会学研究的进步；（3）犯罪人心理疗法中取得的进步；（4）谦抑的作用；（5）某种犯罪中暗数的重要性；（6）社会、政治的变化。[18]刑法谦抑主义、科学进步以及法律进步都是受社会过程及支配社会过程的社会观念的变革影响的。非犯罪化与自由主义思想息息相关，现代自由与权利发展密切相关。“自由

（Libertas）”，原意是从束缚中解放出来；而权利在原初上也有liberty的解释，只是后来才有Right的法律界定。在西方的中世纪，自杀、同性恋、卖淫都被视为犯罪，但是到近代以来，随着社会观念的变化，权利呈现全新的发展态势。自杀被视为一种权利，而不再遭受惩罚，除非他教唆或帮助他人自杀；同性恋被认为是一种性取向的选择，在道德上逐渐为人接受，刑罚也置之度外；卖淫在一些西方国家被视为一种产业，呼吁进行严格的管理而不再作为刑事犯罪进行处理。在中国，权利发展与刑法中犯罪圈的划定关联为：

第一，刑事立法犯罪圈的缩小是权利发展的必然。刑法是国家对刑事犯罪的一种反应，犯罪的界定是一个发展的过程。现代刑法认为，犯罪在行为上具有侵害性，为社会主体意志不相容，与社会价值观念相对立。社会发展将使得各种权利获得充分发展，社会容忍度越来越大，公众承受能力越来越强。比如说，过去被认为是犯罪的“安乐死”、“自杀”、“被害人同意”、“通奸”等，渐渐被除罪化。对比中国1979年刑法，1997年刑法确立了罪刑法定原则并废除类推制度，适应社会发展适度扩大了犯罪圈，并为各类具体犯罪配置了法定刑。公允地说，1997年刑法关于犯罪圈的划定符合犯罪的发展，坚持了刑法的谦抑性原则，刑罚配置也基本上做到了罪刑均衡。而且，1997年刑法对于一些符合经济发展与社会进步的犯罪进行除罪化，比如，分解投机倒把罪，对于合法的商品贩卖、投资行为不再规定为犯罪；又如，分解流氓罪，仅仅对于数种情节严重的流氓行为规定具体的罪名，而且规定为轻罪。当然，没有一部法律会“垂范久远”，里程碑只能矗立在来时的路上。1997年刑法的取向是犯罪化，但犯罪化的同时是否过激--比如，对某些经济犯罪的规定，完全可以通过行政处罚的方式来解决，反映出我们对刑罚的过度依赖。又如，在刑罚配置上，过度重视自由刑，而忽视资格刑、财产刑，比如对计算机犯罪仅规定自由刑而无财产刑和资格刑。中国的现行刑法已经全面地介入社会生活，今后的数年恐怕是除罪化的过程。

第二，刑事司法缩小犯罪圈同样受到权利发展的影响。权利的发展使得人们更加重视自身权利的维护，社会观念上更为重视权利的保障。刑事司法开始从公共利益角度思考如何缩小犯罪圈，维护被告人的权利，以最小限度的诉讼资源获得最大的司法效益。举盗窃罪的司法解释为例，刑法第264条并未规定亲属相盗要从轻处罚，但是最高人民法院的司法解释规定：“偷拿自己家的财物或者近亲属的财物，一般可不按犯罪处理；对确有追究刑事责任必要的，处罚时也应与在社会上作案的有所区别。”显然，司法者考虑到亲属之间的关系对定罪与量刑的影响，这反映了权利主体、权利人的话语对于审判结果的影响。再举轻罪的刑事和解制度为例，中国的轻罪刑事和解制度与西方的辩诉交易、恢复性司法制度存在类的因素与功能。检察机关以刑法第37条、刑事诉讼法第15条为依据将一些处于犯罪的灰色领域中的部分以一般违法行为或者合法化处理。

今后的五年、十年或者更长一段时间里，权利发展会从哪些方面影响非犯罪化的进程？我以为：

第一，从犯罪的具体种类上说，对于刑法第3章破坏社会主义市场经济秩序罪中规定的8类犯罪和第7章妨害社会管理秩序罪中规定的9类犯罪，不过妇女罪名可以整合并减少，而且，妨害社会管理秩序罪中规定的多为轻罪，系违反行政管理规范造成，可以通过行政处罚而减少犯罪。

第二，重视刑事和解制度（微罪处分制度）。[19]中国的刑事和解制度，是在检察官主导下衡量犯罪的危害性、犯罪嫌疑人在犯罪中的作用--行为危害性与人身危险性以及犯罪后的悔罪情节等，决定是否对犯罪嫌疑人提起公诉以及在犯罪嫌疑人与被害人之间达成和解。在西方国家的刑事司法制度中，有所谓的辩诉交易、恢复性司法等制度，价值目标与刑事和解类似，都是公共利益至上，兼顾犯罪嫌疑人与被害人的权利，但在处理程序等方面略有不同。

（二）刑罚改革与权利发展

中国刑法中，犯罪论与刑罚论发展不平衡，呈现“金鸡独立”式。刑罚论相对薄弱。但是，刑法机制最终通过刑罚实现，刑罚是落脚点。如何改革刑罚，以适应权利发展？笔者以为，两个重要问题需要思考：一是反思死刑；二是反思轻刑化。

联合国1966年通过的《公民权利与政治权利国际公约》（ICCPR）第6条（1）确认：“人人有固有的生命权”，“不得任意剥夺任何人的生命”。第6条（2）规定死刑只适用于“最严重的罪行”。根据罗吉尔·胡德教授的报告，2001年12月底，46%的单独政体已在法律上全部废除死刑或废除和平时期的普通犯罪的死刑，在保留死刑的105个国家中，34个国家已“事实上废除死刑”。[20]中国的死刑判决与执行状况如何，政府没有公开统计数据。中国关于死刑的讨论主要存在两种观点：一是赞同废除者，认为死刑废除已成为大势所趋，关键在努力促成，并提出废除死刑试试看，究竟能够怎么样？二是赞同保留者，认为死刑废除是必然的，但目前废除不合现实，应当保留死刑，坚持少捕少杀、渐进废除。减少乃至废除死刑是理论界的共识。中国政府在死刑方面采取限制说，温家宝总理在十届人大三次会议新闻发布会上表示要慎重、公正，争取逐步废除死刑。各国的死刑政策受世界刑罚改革的影响，总体趋势是认为死刑应当废除，但是死刑废除的时间受各国经济条件、政治环境、刑事制度、观念变革等条件的约束。因此，目前的中国死刑改革是理论与现实的矛盾，死刑改革的进路取决于如下条件：（1）死刑复核程序的收回。中国古代对于死刑判决实行三审、五审，以体现统治者“恤刑慎杀”，反映了对死刑判决与执行的极其慎重。死刑复核权原来归属最高人民法院，但是后因各种原因部分死刑的复核权下放到各省直辖市自治区的高级人民法院，仅仅是经济犯罪、贪污贿赂犯罪的死刑复核权留在最高人民法院。最高人民法院院长肖扬最近表示要收回死刑复核权，这一决策的前提是最高人民法院的人事扩容，但仅仅是人事增编仍不够，各高级、中级人民法院死刑判决的大幅减少也是前提之一。（2）死缓判决的增多。死缓制度设计的初衷是针对罪行极其严重但不是非死不可的被告人，给其一个改过自新的机会。这种死刑的执行犹豫制度客观上为纠正冤假错案提供了可能性，也是减少死刑的一个缓冲阀。在死刑复核权收回的同时，我们建议更多地适用死缓，这是迈出减少死刑的重要一步。死缓判决为我们扩大社会宽容、尊重被告人的生命权提供了一个制度化的渠道。

（3）增设不得减刑的终身监禁、设置长期刑。死刑实际上存在不公正，因为它不能如同自由刑一样富于弹性、可以分解。如果废除死刑，无期徒刑将备受不公正的指责，可以考虑设计不能减刑或不能假释的无期徒刑，同时增设超过15年的长期自由刑，以对应处于这一社会危害程度的犯罪阶梯。（4）资格刑、财产刑的广泛适用。对于经济犯罪而言，自由刑的报应与威慑功能不应忽视，但与犯罪性质相对应的是财产刑与资格刑。中国的传统刑罚偏重自由刑，而忽视资格刑、财产刑，反映了人们对人身权的忽视，伴随公民权利观念的发展，资格刑、财产刑将因为人们更重视人身权而获得广泛的适用。（5）非暴力犯罪死刑的废除。死刑剥夺的是受刑者的生命权，它所对应的是罪行极其严重，即社会危害性与人身危险性均极其严重的犯罪。无论是从报应还是功利的角度出发，死刑剥夺的是生命权，对应的应当是侵犯人身权的暴力犯罪。因此，对非暴力犯罪配置死刑没有根据。如欲废除死刑，自非暴力犯罪开始，这是一个契机，也是一个良好的开端。在中国，减少乃至废除死刑是必然的，也是渐进的，不会停滞不前，也不可能一蹴而就。

与死刑相联系的是重刑。中国具有重刑主义的传统，提倡通过重刑威慑维持社会秩序。但是盲目相信重刑并运用重刑，最终只能使人的心灵伴随刑场的日益残酷而变得麻木不仁。[21]现代刑事政策的发展是“重重轻轻”，但刑法的总体发展趋势是轻刑化。这是适应权利发展潮流、国际人道主义发展的趋势。1997年刑法是厉而不严，刑罚苛厉，需要适当加以缓和。中国的轻刑化之路应当怎么走？我以为，除了减少乃至废除死刑外，还存在三个途径：（1）排除重刑主义观念。刑事立法上不搞刑罚攀比，以致刑罚在法条的比较中加重；刑事司法上，避免量刑攀比、逐案趋重，避免“从重不从轻”、“可判缓刑的判实刑”等

现象；（2）轻罪处分制度。中国的轻罪，一般是指3年以下有期徒刑的犯罪行为。对于轻罪，可以采取数种途径：一是通过刑法和解予以非犯罪化；二是考虑定罪但不处以刑罚；三是适用财产刑、资格刑的办法；四是考虑更多地适用缓刑。（3）建立中国式的保安处分体系。保安处分是近代刑法发展的产物，目的在预防犯罪。保安处分历来存在一元制与二元制的争议，国内学者提出把刑法意义上的保安刑从保安处分中独立出来，纳入刑罚体系，而将行政法意义上的保安处分仍旧保留，从而跳出一元制与二元制之争的窠臼。[22]实质上，广义与狭义的保安处分已经探讨了这个问题，[23]但没有对刑罚意义上的保安处分与行政处罚意义上的保安处分作出明确的界定。我以为，对灰色区域的行为（介于行政违法行为与犯罪行为之间的行为）应倡导更多以行政处罚意义上的保安处分应对。

尾 论

刑法改革必须走出新思路，探索刑法理念、刑法制度以及刑法实践的变革。改革刑法必须以权利发展为主线，以权利发展为主导而不是权力强制来推动。必须革新刑法的基础观念，积极推动非犯罪化与刑罚改革，方能使中国刑法凤凰涅槃，重获新生。

Right Development and Criminal Law Reform

Jiang Xihui

Abstract---This article argues on natural relation between right development and criminal law reform. Right involves from customary right, natural right to legal right. Criminal law involves from ethic law, political law and civil law, with right development. While China steps into civic society, Criminal law aims at civic criminal law. With the lead of right development, reforming the basic idea of criminal law, envisaging the criminal law and criminal policy, and accelerating de-crimination and penalty reform, China criminal law reform must adapt to social evolvement and right development.

Keywords--- Right development Civic criminal law Criminal law reform

-
- [1] 夏勇：《中国民权哲学》，生活读书新知三联书店2004年版，第4页。
- [2] 三者的划分不是绝对意义的，初民权利是实有权利，而自然权利是启蒙思想家的总结和概括。这一发展的进路在背后都是道德权利的支撑，符合道德哲学发展的规律。
- [3] 摩尔根：《古代社会》，商务印书馆1977年版，第71-72页。
- [4] 夏勇：《人权概念起源--权利的历史哲学》，修订版，中国政法大学出版社2001年版，第15-26页。
- [5] 拙文：《惩罚的艺术》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，第12卷，中国政法大学出版社2002年版。
- [6] 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第475-480页。
- [7] 西原春夫：《刑法的哲学与根基》，上海三联书店1991年版，第1-3页。
- [8] 约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第394-402页。
- [9] [德] 德吕恩特·雅科布斯：《行为责任刑法--机能性描述》，冯军译，中国政法大学出版社1997年版，第101-146页。
- [10] 周光权：《公众认同、诱导观念与确立忠诚--现代法治国家刑法基础观念的批判性重塑》，载《法学研究》1998年第3期。
- [11] H.L.A. Hart, *Publishment and Responsibility*, oxford university press, 1968, pp230-237.
- [12] [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林等译，中国大百科全书出版社1997年版，第96页。
- [13] 李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第4、5页。
- [14] 储槐植：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社1996年版，第358、359页。
- [15] [法] 米海伊尔·戴尔玛斯·马蒂著：《刑事政策的主要体系》，卢建平译，法律出版社2000年版，第3页。
- [16] 转引自马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第170页。

[17] [德] 冯·李斯特著, [德] 埃贝哈德·施密特修订:《德国刑法教科书》, 徐久生译, 法律出版社2000年版, 第20页。

[18] 森下 忠著, 白绿铨等译:《犯罪者处遇》, 中国纺织出版社(北京)1994年版, 第165页。

[19] 之所以我在文中并没有援用微罪处分制度, 是因为刑事和解制度范围更广。从程序意义上, 刑事和解更为符合实际, 微罪处分仅仅是针对刑事诉讼法律条文的概括。我国刑事诉讼法第15条规定:“有下列情形之一的, 不追究刑事责任, 已经追究的, 应当撤消案件, 或者不起诉, 或者终止审理, 或者宣告无罪。”在权利时代, 检察机关对微罪的处分并不是终局性的, 它还需要被害人的同意以及双方在协商基础上的和解。这是被害人的权利。

[20] [英] 罗吉尔·胡德著:《死刑的全球考察》, 中国人民公安大学出版社2005年版, 刘仁文、周振杰译, 第11页。

[21] [意] 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43页。

[22] 陈兴良:《本体刑法学》, 商务印书馆2001年版, 第742页。

[23] [日] 大谷实:《刑事政策学》, 黎宏译, 法律出版社2000年版, 第147、151页。

相关文章:

[SARBANES-OXLEY2002法案刑事责任条款研究](#)

[论公司犯罪的刑事责任构造](#)

[构建和谐社会与依法执政](#)

[解读反腐败公约的中国实践](#)

[论求刑权与求刑制度](#)

[刑法解释限度论](#)

[论特别减轻制度](#)

[惩罚的艺术——福柯刑罚思想研究](#)

[断想三则——兼与《中国社会科学评论》](#)

网络版权: 中国法学网www.iolaw.org.cn “学者专栏”

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)