

# 和谐社会应然的刑罚理念

郑丽萍

(北京航空航天大学 法学院, 北京 100083)

**摘要:** 和谐社会是人与人、人与社会以及人与自然和谐相处的社会。而犯罪无疑是对社会和谐关系的严重破坏,作为犯罪制裁手段的刑罚是维护社会和谐关系不得不动用的最后一种手段。中国的刑罚结构以死刑、自由刑为中心,属于重刑结构。要改变中国的这种刑罚结构,首先应改变刑罚理念。

**关键词:** 和谐社会; 刑罚理念; 人权; 谦抑; 公平

中图分类号: D924 文献标识码: B 文章编号: 1008-2204(2007)04-0052-04

## Ideas on Penalty Consistent with a Harmonious Society

ZHENG Li-ping

(School of Law, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100083, China)

**Abstract:** A harmonious society is a society in which people and people, people and society, as well as people and nature can co-exist in harmony. Penalty is a necessity in establishing a society of harmony. Undoubtedly, crimes do great damage to the harmonious relations in society, therefore, penalty, as a means of punishment for crimes, shall function as the last means to maintain the harmonious relations in society. The structure of the Chinese criminal law focuses on death penalty and deprivation of freedom, which is considered as severe penalty. In order to remodel such structure of penalty in our country, our priority would be the reconstruction of our ideas on penalty.

**Key words:** harmonious society; ideas on penalty; human rights; modest; justice

刑罚理念是刑罚方法、刑罚制度等赖以确立的思想基础。刑罚理念指导刑罚的制定、发动、分配和执行。中国传统的刑罚理念一般认为,刑罚是用于惩罚犯罪、遏制犯罪甚至消灭犯罪的最有效手段,因此对于犯罪需要重刑出击,需要疾风骤雨式的严打。这种刑罚理念的结果就是导致死刑、重刑泛滥,在打击犯罪的同时忽视了人权保障,忽视了刑罚处罚应有的公平,也忽视了刑罚作为最后手段应有的谦抑。和谐社会虽然是人与人、人与社会以及人与自然协调相处的社会,但和谐社会并不意味着没有犯罪,因为犯罪是人类学因素、自然因素和社会因素的综合产物。犯罪只能被控制,不可能被消灭。只要犯罪被控制在社会发展所能容忍的范围之内,而在处理犯罪过程中又以人道、公平的原则化解、协调由于犯罪所导

致的各方矛盾和冲突,那么这个社会就是和谐的社会。以此认识为基础,笔者认为,在构建和谐社会过程中,应树立人权理念、谦抑理念和公平理念。

### 一、人权理念

和谐并非现代社会所追求的理想目标。历史上任何时期的社会都在追求一定程度的和谐,只是谋求和谐的方法、程度以及在追求和谐过程中的价值倾向不同。古代中国社会所追求的和谐,以“个人的地位、价值被社会、自然所整合吸纳,得不到应有的尊重”<sup>[1]</sup>为代价,而现代法治社会的和谐以自由、平等、公平、安全和秩序为基本价值标准。因此,尊重和保障人权及以人为本是现

收稿日期: 2006-08-15

作者简介: 郑丽萍(1965-),女,吉林长春人,副教授,硕士,研究方向为刑法学。

代法治社会和谐之应然之义,也是现代法治社会和谐之灵魂理念。

所谓人权,首先表现为“人作为人应当而且必需享有的固有权利,它不可被转让或剥夺,是其他一切权利的核心和基础”<sup>[2]</sup>,主要包括生命权、健康权、财产权、生存权和发展权等;其次,人权也包括人要维持符合人性尊严的生活所应享有的基本权利。前者称为“自由人权”,后者则称为“社会人权”。刑罚于尊重和保障人权方面具有其他方法无法比拟的重要作用。刑罚在人权保障方法和体系中,是最后一道防线,它通过对犯罪制裁所产生的威慑作用,保障其他公民的权益尽可能免受犯罪行为的侵犯;同时刑罚种类和刑罚适用条件等方面的明确规定也保障了犯罪人免受法外制裁和不公正惩罚,即刑罚兼具保护善良人和犯罪人的权利功能。但刑罚是把双刃剑,用之得当,可以惩罚严重危害社会秩序的行为,保护公民的权利;用之不当,也会严重侵犯公民本应享有的基本权利。刑罚于惩治犯罪和保障人权方面既相互统一,又相互矛盾。在人治社会中,刑罚权的行使是以维护统治秩序,使侵犯统治秩序者受到严酷惩罚为目的,而公民个人的基本人权几乎被完全漠视,甚至被践踏。这样似乎换来了社会表面上一时的和谐安宁,但由于这种和谐安宁是以牺牲作为社会主体的公民的个人权利为代价的,因此,表面的和谐下蕴含着社会大众内心深层的愤懑、动荡及社会深层的不和谐。而法治社会的刑罚,不仅强调刑罚于惩罚犯罪保障社会秩序方面的作用,同时也强调刑罚于人权保障方面的作用。在法治社会中,从刑罚的视角看,实现和谐社会目标的关键,是正确认识和处理刑罚于惩罚犯罪和保障人权方面的关系。人是社会的主体,是目的而不是手段。“在全部的造物中,人所希冀和所能控制的一切东西都能够单纯用作手段;只有人类,以及一切理性的造物,才是一个目的本身”。<sup>[3](193)</sup>虽然刑罚惩罚犯罪所追求的直接目的是社会的正常秩序,但其根本目的应是公民权利的保护,而且社会正常秩序的形成也有赖于对公民个人权利的尊重和保障。因此,刑罚虽然兼具惩罚犯罪和保障人权功能,但保障人权是最终目的。

中国在以往的刑罚理念中,片面强调刑罚的惩罚功能,力图以刑罚之恶遏制甚至消灭犯罪之

恶,忽视了刑罚对人权的保障,将刑罚惩罚犯罪与保障人权关系本末倒置。这样的刑罚理念导致的结果就是一方面本不应动用刑罚时动用或试图动用刑罚予以惩治,如中国1979年刑法中曾经以类推为依据处罚刑法无明文规定的通婚等行为;《刑法修正案六》制定过程中曾有人建议将非医学需要的鉴别性别胎儿的行为规定为犯罪等;另一方面需要动用刑罚时,重刑主义倾向较为严重,宁重勿轻,甚至不惜以大量适用剥夺人的最重要权利——生命的刑罚来实现刑罚的惩罚功能。随着对人权的日益重视,当今国际社会已基本达成了逐步废除死刑的共识。据统计,截止2004年12月31日,世界上已有85个国家与地区在法律上明确废除了所有罪行的死刑,10个国家和地区废除了普通犯罪的死刑(军事犯罪或战时犯罪除外),39个国家和地区在实践中事实上废除了死刑(过去10年内没有执行过死刑,并且确信其不执行死刑的政策将继续下去或者已向国际社会承诺不再使用死刑)。换言之,现今在法律上或事实上废除死刑或者废除普通犯罪死刑的国家和地区已多达134个,而相应地只剩下相对少数的61个国家和地区依然积极地保留死刑。<sup>[4]</sup>中国的死刑现状是:刑法中有68个死刑罪名,约占中国刑法总罪名的七分之一。在司法实践中死刑同样被广泛适用,尽管每年执行死刑的人数保密,但死刑执行人数大大超过其他国家是无法否认的事实。死刑的存废固然由一个国家或地区的犯罪现实状况、历史文化传统等因素决定,但对生命权的态度和观念也是影响一个国家在死刑问题上如何抉择的一个重要因素。生命权,顾名思义,就是“活的权利”或“生命安全的权利”,生命权是一切人权的本源和基础,没有生命权,其他一切权利均无从谈起,其他任何权利也都没有意义,也不可能存在。因此,生命权在公民权利体系中处于基础地位,是第一位的人权。《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款明确规定:“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”中国政府已于1998年10月5日签署了《公民权利和政治权利国际公约》,全国人大常委会对这一国际人权公约的批准只是时间问题。为了履行公约义务,实现法治社会的和谐目标,目前迫切需要树立生命权神圣不可侵犯之理念,更应严格地限制死刑之适用,并分阶段、分步

骤地逐步废除现有刑法中的死刑罪名。

“和谐社会发展目标确立以后,我们应当对达致这一目标的社会治理手段,包括刑事手段的合理性与正当性进行深刻的反思。”<sup>[3](P93)</sup>而在对刑事手段的合理性和正当性的反思中,首先需要反思的是中国刑罚在尊重和保障人权方面的欠缺和不足,以及造成这种欠缺和不足的人权基础理念的问题。

## 二、谦抑理念

刑罚是遏制犯罪,实现和谐社会目标的一种必要手段,但不是万能的手段,也不是根本手段。遏制犯罪,关键是削弱产生犯罪的各种不和谐社会因素,如贫穷、不公、较低的教育程度、不完善的监督机制等,即“对于犯罪这种疾患,应当寻找社会的救治办法”<sup>[5]</sup>。刑罚虽然是最严厉的,但刑罚之适用在很多方面却是无成效或收效甚微的。而且刑罚之适用也是需要社会付出代价的,其适用本身就可能造成一定的社会不和谐因素,如犯罪人由于受监禁导致的工作丧失,社会能力的降低,其子女由于无人抚养、缺乏亲情而流落社会乃至犯罪等。这就要求理性地看待刑罚,树立刑罚的谦抑理念。

刑罚的谦抑理念具体表现为:第一,刑罚的无可避免性。对于某种危害社会的行为,能不动用刑罚的,就不动用。动用刑罚的前提是刑罚具有无可避免性。所谓无可避免性,是指立法者对于一定危害社会的行为,如果不以国家最严厉的反应手段——刑罚予以制裁,就不足以有效地维持社会秩序。<sup>[6]</sup>第二,刑罚的最后性或补充性。对于危害社会的行为,如果用道德的、民事的、经济的和行政的方法足以抗制时,不能动用刑罚。第三,经济性。刑罚应以最小的运行成本达到最大的运行效益,“刑罚与其严厉不如缓和”<sup>[7]</sup>。在刑事立法上,如果规定较轻的刑罚即可,就没有必要规定较重的刑罚。在刑事司法上,对于已经确定为犯罪的行为,如果适用较轻的刑罚即可,就没有必要适用较重的刑罚。刑罚的经济性同时蕴含着一旦动用刑罚所产生的效益小于其所产生的消极作用时也不能动用刑罚的意味。

中国传统的刑罚理念,过分依赖和迷信刑罚的威慑作用,尤其依赖和迷信重刑对于未然之罪

的威慑以及对于已然之罪的惩治效果。这种刑罚理念导致的结果是:第一,刑罚的触角过长、过宽。一旦社会出现失范行为,人们便本能地要求以刑罚惩治失范行为,致使刑罚成了社会失范行为的主要控制手段,刑罚的触须触及到社会生活的方方面面。如在中国,一直有不少声音主张对于违规鉴别胎儿性别问题应以刑罚进行惩治。受这种声浪的影响,《刑法修正案(六)》在制定过程中,其草案的第二次审议稿曾规定违规鉴别胎儿性别导致选择性别的人工终止妊娠后果,情节严重的,构成犯罪。尽管最终通过的《刑法修正案(六)》没有将此类行为规定为犯罪,但是关于此类行为在修正案制定过程中所产生的激烈争议,却折射了中国长期以来在社会治理过程中过于依赖刑罚的观念和现实。第二,重刑主义盛行。这突出表现为在刑事立法中死刑罪名的大量设置,以及在刑事司法中死刑的大量实际运用。此外,非监禁刑在中国适用之现状和困境,也充分体现了这一点。随着刑罚人道性、谦抑性等理念的逐步深入,人类社会刑罚的发展也经历了从以死刑、肉刑为中心,到以自由刑为中心,再到现代正逐步以非监禁刑为中心的发展历程。非监禁刑由于除了符合现代刑罚人道性、谦抑性等理念外,还具有降低行刑成本,减轻罪犯的标签效应以及克服罪犯狱内交叉感染等显著效应,因而受到越来越多国家和地区的青睐。2000年加拿大适用非监禁刑的比例为79.76%,澳大利亚为77.48%,韩国和俄罗斯较低,但也分别达到了45.9%和44.48%。<sup>[8]</sup>而在中国,现行的刑罚结构仍然以死刑、监禁刑为中心,非监禁刑的适用极为有限。这种状况与现代刑罚理念及刑罚实践发展趋势不相协调。为此,应改变中国现行刑罚结构,扩大非监禁刑之适用。

犯罪是社会问题和矛盾的综合反映,有其存在的必然性。既然不得不无奈地承认犯罪是不可能被消灭的,和谐社会也并非是没有犯罪的社会,只要将犯罪控制在社会可以容忍的限度之内,这个社会就是和谐的社会,那么就需要对中国传统的过于依赖和迷信刑罚的理念进行反思,在反思的基础上树立刑罚的谦抑理念。

## 三、公平理念

公平,自古以来就是人们对于法的基本诉求。

中国古代东汉时期许慎所著中国历史上第一部字典《说文解字》中对“法”解释为:“□,刑也。平之如水,从水……”。古希腊的海希奥德认为:“法律乃是建立在公平基础上的一种和平秩序,它迫使人们解除暴力,并把争议提交给仲裁机构裁断”。<sup>[9]</sup>刑罚作为最严厉的强制方法,其公平与否直接关乎社会和谐问题。公平的刑罚可以缓解、平息由于犯罪所造成的各方矛盾,实现社会在有一定可容忍犯罪率基础上的和谐目标;反之,刑罚本身会带来或加剧社会的不和谐因素。

刑罚公平的核心标准,是立法和司法上的罪刑均衡。即在刑事立法中,根据犯罪对法益侵害程度的不同分别设置与之相适应的刑罚;在刑事司法中,做到重罪重判,轻罪轻判,实现罚当其罪。中国修订后的刑法虽然明确规定“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”,但这种规定并不意味着中国已然实现了现代意义上刑罚的公平。因为刑罚公平的判断标准是有时代烙印的,对于其判断和认识并非是固定不变的,它随着时代的变迁、观念的转变在逐步发生变化。人类社会早期的刑罚公平,体现为以眼还眼,以牙还牙,以命抵命。而随着人类文明的进步,这种公平早已被抛弃到历史的垃圾堆。现代社会刑罚理念并不认为杀人者死,严刑峻法体现了刑罚公平;相反,“由于文化的进步,对犯罪的看法也比较缓和了,今天的刑罚早已不像百年以前那样严峻”<sup>[10]</sup>。

由于受传统观念的影响,现今中国刑罚无论

是在立法规定还是在司法适用上,还存在诸多无法与现代刑罚公平理念相契合的方面。如死刑适用泛滥,量刑上宁重勿轻等。因此,为实现和谐社会的目标,应树立现代刑罚的公平理念。现代刑罚的公平理念,是建立在人本精神、人文关怀基础上的罪刑均衡,人权保障是其中一个重要内容。罪刑均衡中的人权保障表现为:通过公正地适用刑罚,一方面使犯罪人的权利得到合理的剥夺、限制和保障;另一方面也使被害人的权利得到合理的保护。

#### 参考文献:

- [1] 张晋藩. 综论独树一帜的中华法文化[J]. 法商研究, 2005, (1): 141.
- [2] 郭道晖. 法的时代精神[M]. 长沙: 湖南出版社, 1997. 220.
- [3] 韩水法. 康德传[M]. 石家庄: 河北人民出版社, 2001.
- [4] 赵秉志. 全球化时代中国刑法改革中的人权保障[J]. 吉林大学社会科学学报, 2006, (1): 11.
- [5] 陈兴良. 刑罚改革论纲——以死刑改革为中心[A]. 赵秉志. 刑法评论[C]. 北京: 法律出版社, 2006. 33.
- [6] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000. 8.
- [7] 张明楷. 外国刑法纲要[M]. 北京: 清华大学出版社, 1999. 8.
- [8] 康树华. 社区矫正的历史、现状与重大理论价值[J]. 法学杂志, 2003, (5): 22.
- [9] 博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 4.
- [10] 黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬, 张企泰译. 北京: 商务印书馆, 1996. 99.

#### (上接第33页)

由此看来,自由意志的生物自然主义的两个假设也是不尽人意的。第一个假设符合大多数人的生物学常识,但是它又免不了副现象主义的错误。第二个假设避开了副现象主义的泥淖,根据意识统一场中的自我来解释心理状态中的间隔,但它还是没有回答自由意志的最本质最核心的问题:神经元系统与心理现象是如何确切地一致的。因此,自由意志问题的争论远远没有结束。

#### 参考文献:

- [1] John R Searle. Mind: A Brief Introduction[M]. New York: Oxford University Press, 2004. 151.
- [2] John R Searle. Minds, Brains and Science[M]. New York: Penguin Books, 1984.
- [3] 约翰·塞尔. 自由与神经生物学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005.
- [4] John R Searle. Rationality in Action[M]. Cambridge: The MIT Press, 2001.