

我国刑法制裁体系的反思与完善

彭文华*

内容提要 刑法制裁体系对实现刑法目的至关重要。基于犯罪治理能力和治理体系现代化需要,我国刑法制裁体系需要与时俱进,完成由工具主义制裁观到目的主义制裁观的锐变。刑事制裁体系应当迎合情势变更与刑事政策变化需要,立足于刑事一体化,强化不同制裁方法与制度的协同性与功能性,从强调结果正义过渡到侧重分配正义。完善刑法制裁体系,应当以分配正义理论为指导,充分发挥刑法制裁的体系性功能,实现刑法制裁体系的内部沟通与外部协调。为此,需要在宏观层面上构建二元化刑法制裁方法体系和双轨制刑法制裁制度体系。对于具体的刑法制裁方法和制度,需要打破它们之间的藩篱,并在结构上加以类型化和优化。针对单位犯罪范畴的拓展、网络犯罪的泛起以及轻微犯罪发案率的不断攀升等,刑法制裁方法应实现多元化、专业化与开放化。为制衡刑罚权的运用,应当强化当事人权益保护,完善刑法制裁的程序保障。

关键词 刑法制裁体系 刑法制裁方法 刑法制裁制度 分配正义

目 次

- 一、引言
- 二、刑法制裁体系的功能与特征
- 三、现行刑法制裁体系存在的问题检视
- 四、重构刑法制裁体系的思路与原则
- 五、完善刑法制裁体系的路径选择
- 六、结语

* 上海政法学院教授。本文系 2020 年度国家社科基金重大项目“网络时代的社会治理与刑法体系的理论创新”(项目编号: 20&ZD199)的阶段性成果。

一、引言

自1979年刑法(以下简称“79刑法”)颁行以来,我国刑法中的罪名由最初的130个扩充至现在的486个,犯罪体系得以长足发展;1997年刑法(以下简称“97刑法”)修订后,立法对制裁体系有所完善,但只是局部、个别的。受时代背景等影响,79刑法的制裁体系具有鲜明的工具主义倾向,其主要特点是注重刑罚权及其主导作用,强调对犯罪的惩治和威慑。随着我国经济、社会的不断发展,刑罚功能不足与刑法效益欠佳问题的日益凸显,使刑罚结构的改革和完善不仅成为学术界关注的重大话题,而且成为国家立法机关修改刑法关注的重点问题。为此,《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉(草案)》的说明》中就明确提出了立法修改任务之一是“调整刑罚结构”。为了更好地实现刑法的制裁效果,立法强化了刑事制裁的教化作用,更关注刑法目的之实现。如《刑法修正案(十一)》对因不满16周岁不予刑事处罚时给予的必要处遇,由“可以由政府收容教养”修改为“依法进行专门矫治教育”;又如,根据《社区矫正法》第1条规定,该法的目的是“提高教育矫正质量,促进社区矫正对象顺利融入社会,预防和减少犯罪”。与工具主义刑法观不同,目的主义刑法观更强调刑法制裁之目的及效果的实现。

近年来,随着社会主义法治现代化进程的不断推进,“以人民为中心”成为社会主义法治的核心价值。以人民为中心,就是坚持人民在法治中的主体价值和中心地位,法治建设的出发点和落脚点在于体现和维护人民权益等。^①对于刑法制裁体系而言,“以人民为中心”意味着其重心应由惩罚及其结果转至权益保护以及制裁效果上,并以此作为刑法制裁的出发点和归宿。立足于权益保护与制裁效果,在犯罪体系不断扩充、刑法制裁由工具主义向目的主义转变以及犯罪治理模式亟需转型的情形下,改革和完善刑法制裁体系是大势所趋。本文立足于刑事治理现代化,在全面分析现行刑法制裁体系之特征与不足的基础上,以刑法分配正义理论为指导,通过完善我国刑法制裁体系,合理分配刑法制裁措施和制度,满足参与主体的权利与义务之分配需要,平衡权力运行与权益保护之间的关系,以期充分实现刑法的分配正义。

二、刑法制裁体系的功能与特征

所谓刑法制裁体系,是指刑法规定的刑罚和非刑罚制裁措施及制度,按照一定的标准或次序排列组成的相互联系、相互制约的有机整体。刑法制裁体系不同于“刑罚体系”和“刑事制裁体系”,其在内容上包括刑法制裁方法体系和刑法制裁制度体系。刑法制裁体系有其特定功能和鲜明的本土化特征。

^① 参见张文显:《习近平法治思想的理论体系》,载《法制与社会发展》2021年第1期,第27页。

（一）刑法制裁体系的功能

1. 刑法制裁体系的功能划分及其依据

刑法制裁体系的功能不同于刑法制裁的功能。前者主要从一体化角度揭示刑法制裁的系统功能,能从整体上反映其科学性与合理性;后者多强调不同刑法制裁各自的功用和效能,不太在意整体效果和作用。刑法制裁体系化,往往能使刑法制裁功能的效果最大化,为刑法制裁革新指明方向和目标。作为最重要的刑法制裁,刑罚的功能和作用备受关注。然而,刑罚的作用是有限的,它难以代表刑法制裁的全部,在社会防卫等方面发挥的作用相对有限。“因为罪责的限制,刑罚不能充分地满足保卫社会的任务。”^②因此,考察刑法制裁体系的功能,不能照搬刑罚功能,应进行一体化考察。

从利益关联的角度来看,犯罪所涉的关系方通常有四:国家、犯罪人、被害人和社会公众。刑法制裁的目的,主要是将四者间被犯罪破坏的社会秩序和社会关系恢复正常。因此,刑法制裁体系的功能应立足于参与主体进行系统考察。从国家层面来说,刑罚权是应对犯罪的基础和依靠,能直接发挥刑法的惩罚与威慑作用;但是,崇尚刑罚权有时容易导致制裁之权力导向,可能会弱化刑法的其他功能。从犯罪人的角度来说,通常希望其合法权益得到保障,而犯罪人的认同感在很大程度上取决于教育和改造。而基于被害人的立场,惩罚、教育犯罪人并不意味着其权利得以恢复,故而国家采取措施来恢复被害人的权利,对被害人重要性是不言而喻的。对于社会公众而言,他们对犯罪人具有本能的提防、抵触情绪,这会妨碍犯罪人回归社会;只有犯罪人得到矫正并重塑自我,人身危险性得以消除,才能重新赢得社会公众的认可,这是其回归社会的保证。上述参与主体的愿景与需要,即为刑法制裁体系需要发挥的功能,唯此才能使被犯罪所破坏的社会关系和社会秩序得以最大程度地恢复。

2. 刑法制裁体系的基本功能

立足于恢复社会秩序和社会关系需要,从参与主体角度出发,刑法制裁体系的功能主要有四:惩罚与威慑功能;教育与改造功能;保障与补偿功能;矫正与回归功能。

第一,惩罚与威慑功能。根据刑法家长主义,法律干预的形式多种多样,典型的干预是惩罚和直接的身体强迫,以及各种各样的心理操纵(威慑)等。^③但是,惩罚会因严厉而丧失道义正当性。与惩罚相关联的是威慑。根据威慑理论,威慑犯罪人能阻却其危害社会,并且能将惩罚与赔偿联系起来,以避免刑法沦为纯粹的报应工具。“威慑补充理论能够较为有效地解释赔偿与刑罚这两种基本法律制度的理论联系,并由此更清晰地理解和分析包括救济、和解及社会公平在内的相关理论与制度问题。”^④

第二,教育与改造功能。充分考虑惩罚与威慑对犯罪人的效果,是刑法家长主义必须面对的。根据刑法家长主义,教育和改造注重交流和沟通,体现道德教化。若是单纯

② [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第4页。

③ See Paul Gowder, *Democratic Paternalism, Not Libertarian Paternalism*, GEO. J.L. & PUB. POL'Y, Vol.14:747, p.750(2016).

④ 戴昕:《威慑补充与“赔偿减刑”》,载《中国社会科学》2010年第3期,第129页。

的惩罚与威慑,对于人和动物来说有时并无差异。但是,人与动物不同,会反思被惩罚的原因,能体悟犯罪之非道德,这便是道德教育理论。根据该理论,“惩罚是对作恶者的一种教导,她所做(或想做)的行为是被禁止的,因为它在道德上是错误的,因此不应该这样做”^⑤。道德教育理论不局限于惩罚与威慑,而是重在实现制裁的人格效果,能避免报应主义机械化和功利主义工具化。根据道德教育理论,惩罚不是目的而是手段。^⑥

第三,保障与补偿功能。保障与补偿功能强调刑法的人权保障以及权利保护与补偿。这被认为是刑法应有的人性化情怀,是刑法之软家长主义的体现,使刑法蒙上温情的面纱。“最近人们对软家长主义的兴趣值得赞扬,这种做法的提倡者就它如何可能比传统的硬家长主义做法产生更令人满意的结果提出了一些有价值的建议。”^⑦犯罪意味着对被害人权益的剥夺,被剥夺权益很多时候难以恢复,如财物毁坏就是如此。因此,对被害人来说,权利保护与利益补偿不可或缺。当然,惩罚犯罪人亦应保障其合法权益,其与被害人权利保护是一体的。否则,若犯罪人合法权益受损,将不具有合宪性。

第四,矫正与回归功能。刑法制裁的矫正与回归功能主要侧重效果,需要站在社会公众的立场来评价,其核心是恢复性司法。从司法实践来看,无法顺利回归社会是诱发犯罪人再次犯罪的重要因素之一。经验表明,报应主义对犯罪治理虽有成效,却也滋生了不少问题。“刑罚强调报应作为主要的正当性……导致许多罪犯的刑期延长,以及被监禁的个人人数增加。”^⑧功利主义虽可适当弥补报应主义之不足,但仍属犯罪控制模式。恢复性司法则围绕着被害人和犯罪人展开,以赢得公众认可和恢复被犯罪破坏的社会秩序为目标,为犯罪人再社会化奠定了坚实的基础。可见,矫正绝不局限于“治病救人”,更重要的是帮助犯罪人再社会化。此目标之实现,是刑法制裁效果最佳化的现实体现,也是刑法制裁体系的出发点和归宿。

(二) 我国刑法制裁体系的主要特征

我国刑法制裁体系具有浓厚的本土特色,与国外许多国家的刑法制裁体系有所不同。尽管经过40余年的发展演变,我国刑法制裁体系的基本框架并未有实质性变化,仍然保留初始时的主要特征。具体如下:

第一,笼统化与扁平化。我国刑法制裁方法与制裁制度具有多样性。刑法制裁方法除刑法规定的五种主刑、四种附加刑外,还包括矫治教育、强制医疗、禁止令、从业禁止等。刑法制裁制度则包括各种刑罚裁量制度、刑罚执行制度以及刑罚消灭制度。尽管如此,由于我国刑法制裁方法并未层级化,有的甚至在类型归属上也不明确,其笼统化、扁平化特征较为鲜明。

第二,工具主义倾向。97刑法确立了罪刑法定原则,在一定层面上可以说是为摆脱

^⑤ Heta Hayry, *Critique of the Paternalistic Theories of Correction*, A. CAN. J. L. & Jurisprudence, Vol.4:187, p.191-192(1991).

^⑥ See Lisa Anne Smith, *The Moral Reform Theory of Punishment*, ARIZ. L.REV., Vol.37:197, p.208(1995).

^⑦ Anthony Ogus, *The Paradoxes of Legal Paternalism and How to Resolve Them*, Legal Stud., Vol.30:61, p.72-73(2010).

^⑧ Donald H. J. Hermann, *Restorative Justice and Retributive Justice: An Opportunity for Cooperation or an Occasion for Conflict in the Search for Justice*, Seattle J. Soc. Just., Vol.16:71, p.71(2017).

传统工具主义束缚而作的有力宣示。不过,此后刑法大量增设行政犯,扩张特定行为的惩罚范围等,以过于积极的姿态回应社会和公众诉求,又有陷入“新工具主义”泥淖之嫌。为适应社会发展之需,适当犯罪化固然必要,但步伐过快、程度过大则让人有过度之虑。刑法修正案增设从业禁止,将终身监禁之适用限定于贪污罪、受贿罪,也很难与工具主义脱离关系。刑法制裁的工具主义倾向,还体现在以人权保障为核心和权利保护为宗旨的保障性制度略显不足上。如前科消灭制度、被害人救济制度等缺乏就是例证。

第三,功利主义刑罚观。从我国刑罚制裁体系的内容和结构来看,是注重发挥刑罚的现实功用和效果的。同时,刑法对非刑罚处罚方法的规定相对概括,缺乏可操作性,这与对刑罚的过度依赖不无关系。例如,2019年全国刑事案件生效判决人数为1661235人,其中适用刑罚处罚的1637957人,约占98.6%。^⑨至于刑法规定的制裁制度,也体现了重视刑罚的现实功用和效果的倾向。如不同制裁制度皆以刑罚的轻重、加减以及高低作为依据和标准。可以说,我国刑罚适用的功利主义倾向是比较突出的。

第四,自由刑中心主义。我国刑法制裁犯罪特别倚重自由刑,五种主刑就有四种属于自由刑。就个罪的刑种配置来看,自由刑也占绝对主导地位。其中,有期徒刑和拘役配置率最高,司法适用率也是最高的。例如,2019年全国刑事案件生效判决人数中,仅适用不满5年有期徒刑、拘役的人数就达1445198人,约占全部生效判决人数的87%。^⑩由此可见司法对自由刑之倚重。至于附加刑,尽管个罪规定罚金刑的比例也不低,但考虑到其执行难等问题,实质上,司法实践对罚金刑的依赖度和适用率并不高。

三、现行刑法制裁体系存在的问题检视

作为犯罪的法律后果,刑法制裁需要适应惩罚犯罪的需要。79刑法颁行40多年来,我国犯罪体系发生了巨大变化,刑法制裁体系却基本保留初始框架,这也导致刑法制裁体系难以跟进现代犯罪治理的步伐,在实践中不断遭遇各种挑战,值得反思。

(一) 我国刑法制裁体系存在的主要问题

如果说罪刑关系是刑法制裁的基础,那么效率和效果无疑是刑法制裁的终极诉求。缺乏效率的刑法制裁谈不上公平、公正,没有效果的刑法制裁也难以实现刑法目的。在实现刑法的效率与效果上,我国现行刑法制裁体系存在一些问题,主要包括:

第一,协同化不够。首先体现在刑罚体系上。刑法规定的不同种类刑罚均有其适用对象和条件,主刑与主刑、主刑与附加刑之间不能易科,使得主刑与附加刑的适用呈现出封闭化的状态。刑法制裁协同化不够还表现在刑罚与非刑罚方法的衔接上。由于刑法对非刑罚方法的适用对象和条件均未明确规定,致使其与刑罚适用呈现出“井水不犯河水”的状态。此外,受诸多因素影响,不同制裁方法与制度的相互转化和灵活运用途径

^⑨ 参见中国法律年鉴编辑部编:《中国法律年鉴(2020)》,中国法律年鉴社2020年版,第1284页。

^⑩ 参见前注^⑨,中国法律年鉴编辑部编书,第1284页。

不畅,导致刑法制裁出现轻轻重重的现象,影响刑法制裁的效率和效果。例如,我国不少证券违法行为涉案金额特别巨大,却并未得到应有的刑事制裁,其中有案不立、以罚代刑的现象比较普遍。^⑪

第二,功能性不足。尽管我国刑法制裁具有多样化特征,但在适应现代犯罪治理需要上短板愈发明显。以资格刑为例,我国现行《刑法》第54条规定的四种剥夺政治权利的情形脱胎于改革开放之际,具有鲜明的时代特征。此后,随着单位犯罪的增设,经济犯罪等犯罪圈的不断扩张,使得刑法规定的资格刑远难胜任惩罚相关犯罪的需要。另外,刑法对有的制裁方法定位不准确,影响其功能与作用的发挥。以罚金刑为例,刑法对之规定往往较为概括、不明确。如在经济犯罪中,部分条文明确了罚金刑的数额或比例范围,但也有不少条文只规定了“并处”或“单处”罚金,无形中造成罚金刑适用出现不必要的混乱,致使类似行为判处有期徒刑的差别巨大。^⑫无论是资格刑还是罚金刑,如果与司法实践中的犯罪适配不足或者定位不合理,会影响其功能发挥,波及刑法制裁效果。

第三,去标签化规定欠缺。79刑法颁行40余年来,我国立法扩张犯罪圈的步伐从未停止过,一些新增犯罪亦逐渐替代传统犯罪,成为高发性犯罪。如醉驾入刑以来,危险驾驶罪发案率就逐渐超过盗窃罪,成为我国发案率最高的犯罪。犯罪圈的扩张,使越来越多的人被贴上罪犯的标签。笔者以“前科”“再犯”为检索项,在中国裁判文书网上检索一审刑事判决书中存在前科和再犯的数据情况,截止2021年9月9日,共检索到有前科记录的判决书1181256份、有再犯记录的判决书1523696份,分别占全部一审刑事判决书(6440560份)的18.34%和23.66%。犯罪的标签效应会严重阻碍犯罪人的再社会化,影响刑法制裁的效率与效果。“前科往往成为横亘在有前科人员重归社会之路上的拦路之虎,使得他们的就业和权益保障荆棘满途。”^⑬然而,刑法中的去犯罪标签化的规定如前科消灭制度基本处于欠缺状态,这不能不说是一大遗憾。

第四,刑事协调化程度待提升。我国刑法规定的制裁方法,与其他刑事法律规定存在诸多不协调之处。例如,我国刑法制裁方法与《社区矫正法》就存在不契合之处。在现行刑法制裁方法中,开放性刑种相对欠缺。在五种主刑中,属于非监禁刑的只有管制一种,其他均为监禁刑。在附加刑中,只有剥夺政治权利为开放性刑种。在司法实践中,开放性刑种的适用也少之又少。如2019年全国刑事案件生效判决人数中,适用管制刑的5860人,独立适用剥夺政治权利的9人,两者占比仅为0.35%。^⑭但是,根据《社区矫正法》第2条规定,社区矫正的对象是被判处管制、宣告缓刑、假释和暂予监外执行的罪犯,这意味着能适用社区矫正的刑罚只有管制。由于社区矫正具有开放性特征,开放性刑种的偏少以及适用率偏低,表明刑法制裁体系与《社区矫正法》之间存在不协调。

^⑪ 参见练育强:《证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究》,北京大学出版社2017年版,第264页。

^⑫ 参见龙兴盛:《经济违法行为刑事制裁介入度研究》,法律出版社2015年版,第229页。

^⑬ 邵玉婷:《前科就业限制的比例原则规制》,载《东方法学》2017年第3期,第151页。

^⑭ 参见前注⑨,中国法律年鉴编辑部编书,第1284页。

（二）影响我国刑法制裁体系的成因检视

我国刑法制裁体系之所以存在不足,受诸多因素影响。从司法实践中刑法制裁方法和制度的运用情况来看,主要包括以下几方面因素:

1. 滞后于情势变更需要

79 刑法颁行以来,中国社会发生巨大的变化,刑法的作用和目的也应顺应时代的变化而随之转变。社会转型以及犯罪化进程的突飞猛进,也给犯罪治理模式带来了巨大冲击。79 刑法以自然犯为主配置的刑法制裁体系,显然难以适应不断变化的情势需要:(1) 刑法增设的单位犯罪,是传统刑法制裁方法和制度难以有效应对的。(2) 刑法新增犯罪大多为法定犯,特别是经济犯罪等的大幅度扩张,对传统刑法制裁体系提出了新挑战。经济犯罪的逐利性等特征,对财产刑的刑种和刑度会提出更高要求。许多法定犯都要求具备特定的资格和条件,这需要有对应的资格刑来匹配。(3) 刑法中轻微罪的显著增长,使刑法制裁与其他制裁的界分变得愈发重要。轻微罪的增长,在大大扩张犯罪圈的同时,也模糊了刑法制裁与行政制裁等的界限。如何实现刑法制裁与其他制裁的合理配置,厘清刑法与行政法等适用范畴,是需要深入探究的。(4) 网络犯罪泛滥,需要刑法加以针对性防治。滋生于虚拟空间的网络犯罪,不能仅仅依靠传统物理空间的制裁方法和制度来应对,必须结合网络空间的独特性来调配相应的刑法制裁。至于自动驾驶车辆等人工智能的出现,则将人类置于辅助或者虚化的地步。当高度自动化或者完全自动化的车辆肇事时,需要有合理的制裁方法和制度来应对,旨在为自动驾驶技术研发与应用保驾护航,为民众的安全感和伦理道德需要提供保证。总之,社会转型、犯罪类型变化以及新型犯罪治理的需要等因素,无不对刑法制裁体系提出了新的要求。在这样的态势下,我国刑法制裁体系仍然维系初始时的基本框架,难免滞后于情势变更需要。

2. 未能充分适配刑事政策的调整要求

刑事政策是刑事法治的灵魂,它超乎于刑事法律之上,又直接体现于刑事法律之中,影响一国的刑事立法。^⑮ 79 刑法制定时,奉行的是惩办与宽大相结合的刑事政策,相应地,其所规定的刑法制裁方法和制度,也是以惩办与宽大相结合的刑事政策为基础的,主要表现为:刑事制裁重惩罚性,较多地依赖自由刑等刑罚措施,惩罚性制裁制度较突出,保障性制裁制度相对缺乏,宽大则多依靠量刑情节来实现。20 世纪 80 年代初,由于犯罪率急剧攀升,我国开始实施“严打”政策,社会治安情况得到根本好转。2004 年以后,中央政法工作会议明确提出实行“宽严相济的刑事政策”,此后宽严相济的刑事政策成为刑事司法活动的准则。基于对“严打”政策的拨乱反正,宽严相济的刑事政策更强调刑罚的宽缓,强调刑法的谦抑性。遗憾的是,我国刑法制裁体系并未随着刑事政策的调整而加以更新。一方面,以自由刑为中心的刑罚体系和结构并未得到改善,对刑罚之惩罚与威慑功能的依赖,仍然主导刑法立法和刑事司法。即便是从业禁止等资格刑,因属于刑罚之外的附加处遇,所表征的也是处罚力度之强化。另一方面,无论是宽缓处理的制

^⑮ 参见谢望原、卢建平等:《中国刑事政策研究》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 5 页。

裁方法,还是体现宽缓的制裁制度,都未能在立法上得以真正体现。至于认罪认罚从宽制度,在性质上属于刑事诉讼制度,不能将其视为刑法规定之从宽制度。因此,可以说,我国刑法制裁体系至今仍未完全脱离惩办与宽大两极化的窠臼,这也是影响其功能和效果的原因之一。刑法制裁需要与时俱进,充分贯彻宽严相济的刑事政策,才能更好地在司法实践中发挥作用。

3. 律他性有余而自律性不足

我国现行刑法制裁体系脱胎于计划经济时代,特别依赖于国家权力的运行与管束,反应到社会治理中便是具有鲜明的律他性。表现在刑法制裁体系中,便是除非存在外在张力,否则难以实现根本性的自我改良,体现出鲜明的硬家长主义风格,自律性有所不足。当我国经济转型为市场经济后,确立了法治社会控制权力和保障权利的目标,使得建构自治型刑法成为刑事法治的宗旨。^{①⑥}对刑法而言,这意味着应通过适当分配和制衡刑罚权以求“自律”,借此实现刑法目的。“法律的功能之一就是规定权力的分配以及权力的具体内容使权力合法化,并为权力的运作、制衡提供一个稳定的秩序框架。”^{①⑦}在这样的背景下,侧重律他性的工具主义倾向的刑法制裁体系,已难以适应经济转型和社会发展的需要。另外,律他性有余还会导致刑法的干预面增大,甚至造成犯罪圈的不当扩张,从而增添司法成本,影响司法效率。刑法制裁的律他性有余,既是崇尚刑罚权的惯性延续的表现,也是对结果正义之不懈追求的产物,有着深厚的历史背景和传统的价值基础。刑法制裁的自律性不足,是形而上之权力观的自发体现,有时缺乏自我纠偏的能力,需要接受国家刑事治理能力现代化的检视和补足。刑法制裁从侧重律他到强调自律,既是刑法观念的重大转变,也是刑法自我纠偏以实现良性发展的必然结果。

4. 在贯彻刑事一体化上有待强化

刑事一体化是个开放性概念,可界定为治理犯罪的相关事项深度融通形成的和谐整体。^{①⑧}刑事一体化立足于犯罪的社会性与复杂性,充分认识到犯罪治理的长期性与艰巨性,承认刑法在犯罪治理中的局限和不足,强调不同学科、不同刑事法律在犯罪惩罚与控制上的协调与融通。以刑法为中心,刑事一体化的内涵包括刑法内部结构合理(内部协调)与刑法运作前后制约(外部协调)。^{①⑨}对于刑法制裁体系而言,与刑事诉讼法、刑事执行法等深度融通,形成协调一致的有机整体,既有利于发挥刑法制裁体系的功能和作用,也能有效提高刑法制裁的效率和效果。近年来,为了适应犯罪治理的需要,我国修改了《刑事诉讼法》,颁布了《社区矫正法》,使刑事诉讼制度和刑事执行制度得以充实、完善。然而,由于刑法未加以对应的修改和完善,致使刑法制裁方法和制度体系与这些刑事法律相关规定的隔阂逐渐显现。另外,刑法内部不同制裁方法或者制度的内在不协调,也有碍刑事一体化的贯彻。总之,刑法制裁的封闭化,刑法制裁与其他刑事法律的不协

^{①⑥} 参见王瑞君:《从压制型刑法到自治型刑法》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2008年第1期,第134页。

^{①⑦} 苏惠渔、孙万怀:《论国家刑权力》,北京大学出版社2006年版,第16页。

^{①⑧} 参见储槐植:《刑事一体化论要》,北京大学出版社2007年版,第21页。

^{①⑨} 参见储槐植、闫雨:《刑事一体化践行》,载《中国法学》2013年第2期,第139页。

调,均与刑事制裁体系之刑事一体化的要求存在差距。

综上所述,我国刑法制裁体系脱胎于计划经济时代,肩负特殊的历史使命。在计划经济向市场经济过渡的社会转型时期,基于犯罪治理需要,我国刑法制裁体系应作出相应的调整和更新。近十多年来,我国犯罪治理内容和模式发生了重大改变,刑事政策的调整、国家对司法权运行的规制、对公民权益保护的重视以及《社区矫正法》的颁行等,对刑法制裁体系提出了新挑战和新要求。凡此种种表明,重构我国刑法制裁体系势在必行。

四、重构刑法制裁体系的思路与原则

党的十八届三中全会提出我国全面深化改革的总目标,是完善和发展中国特色的社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化,这就必然要求刑事治理现代化,包括刑法制裁体系在内的刑法体系的现代化。刑法制裁体系现代化应当有适应时代需要的、科学的理论基础,以及体现现代刑事法治理念的指导原则。

(一) 重构刑法制裁体系的思路

学界对刑罚体系、刑罚制度等进行革新的呼声,早在 97 刑法修订前就存在,近年来愈甚。那么,革新主张缘何被立法者一再“冷落”?有学者认为,原因有三:一是我国尚缺乏有力推动刑罚制度改革的“场域”;二是研究人员缺乏实证知识和实证根据;三是改革建议接受者具有重视上级指示的“惯习”。^{②①}这种观点虽有一定道理,却未必尽然。例如,认为缺乏推动刑罚制度改革的“场域”就不够客观,理论界与实务界主张刑罚制度改革者及对刑罚制度改革进行深入研究的大有人在,学界也举办过不少相关研讨会,要说缺乏“场域”有些勉强。至于说研究人员缺乏实证知识和实证根据也有些夸大其词,从“两高”历年来的年度报告以及中国法律年鉴等资料中,是可以获得刑罚制度需要改革的实证内容和根据的。

笔者认为,导致刑罚体系和刑罚制度改革遇冷的原因多种多样,其中缺乏系统的、科学的理论指导无疑是重要原因之一。当前,构建中国特色的社会主义法治体系,是国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。中国特色社会主义法治体系预示了法学研究的新范式,意味着一种全新的理论框架、全新的理论背景,一种有关对象本质与规律的本体论解释系统、“理论预设”、“合理性标准”的全新理解系统。^{②②}刑法制裁体系无疑是中国特色社会主义法治体系的重要组成部分,适应中国特色社会主义法治体系的要求,刑法制裁体系的构建理当有新的、科学的理论体系指导,只有这样,才能明确体系建构的目标和方向,才能使刑法制裁体系体现时代特点,避免体系建构的狭隘性和盲目性。然而,从学界有关刑罚体系或制度改革的著述来看,大多属于个别化、局部性的建言,缺乏

^{②①} 参见翟中东:《我国刑罚制度改革建议“被冷落”现象之反思》,载《法商研究》2011年第2期,第44-49页。

^{②②} 参见张文显:《在新的历史起点上推进中国特色法学体系构建》,载《中国社会科学》2019年第10期,第29页。

系统化、整体性的理论设计与规划,难以从宏观、全局上适应刑法制裁体系变革的需要。

就刑法制裁体系构建而言,实现刑法正义是其核心诉求。“作为我国法律体系中一个重要的法律部门,刑法内含着极为丰富的积极价值,其中正义价值则属诸多积极价值中的首要价值。”^{②②}然而,正义有不同类型,不同的正义观会孕育不同的刑法制裁体系。纵观刑法发展史,刑法制裁经历了由强调结果正义到侧重分配正义的转变。结果正义侧重对犯罪者的报应与强制改造,容易导致当事人的权利和需要得不到回应。“传统刑法不关心受害者的需要,而只注重对罪犯的制裁。”^{②③}分配正义不在意以抽象的正义为导向进行哲理论证,而是关注个体权利、应得和需要的满足,这也是马克思主义理论所倡导的。“马克思对分配正义的剖析和批判立足于个体与共同体的辩证关系之上,以权利、应得和需要为线索展开不同社会形态中分配正义的理论图景。”^{②④}分配正义通过社会合作与社会制度分配来实现刑罚正义,为刑罚权运用与权益保护之衡平提供保障,以期实现刑法制裁参与主体权利与义务之满足,有助于贯彻目的主义刑法观和实现制裁效果最佳化。分配正义对人权保障与权利保护的重视,与社会主义法治之“以人民为中心”的核心价值观不谋而合。因此,笔者认为,重构刑法制裁体系,应当以分配正义论为指导,“通过分配正义为实现社会公正提供法律准据”^{②⑤}。

(二) 重构刑法制裁体系的指导原则

现代刑法分配正义理论将正义的重心由结果转至过程和效果,通过社会分工、合作以及制度分配,平衡权力行使与权利保护,合理分配参与主体的权利和义务,实现刑法制裁效果的最佳化。立足于分配正义,重构我国刑法制裁体系的指导原则主要有三:

第一,差别原则。差别原则是指对不同的个体实行差别化刑法制裁,以消除处境上的不平等,使刑法制裁参与主体均衡受益。作为罗尔斯分配正义论的重要内容之一,差别原则的目的是使最弱势群体受益,并通过社会制度来保证。^{②⑥}笔者认为,在刑法领域,以某种人性善为标准保护弱者权益的差别原则有其合理性,其与人权保障、权利保护在某种程度上是相契合的,符合现代刑事法治理念。就刑法制裁而言,差别原则要求对不同犯罪适用不同的制裁方式,对弱者给予不同的救济途径,并以制度的形式确定下来。根据差别原则,如果制裁只能产生单方面效果,意义并不大。“从差别原则的立场来看,无论任何一方的处境得到了多大改善,除非另一方情况也有所改善,否则就会前功尽弃。”^{②⑦}差别原则通过强化弱者保护促使刑法制裁效果的整体向善,奠定了刑法分配正义的基础。

②② 房清侠:《论实现刑法正义价值的基础》,载《政法论坛》2000年第1期,第28页。

②③ Helmut Kury, *Harsh Punishment or Alternatives: Which Is the Better Crime-Prevention*, JURIDICA INT'L., Vol.25:91, p.97(2017).

②④ 张劲松:《马克思论共同体与分配正义》,载《马克思主义研究》2017年第7期,第123页。

②⑤ 李林:《推进科学立法,完善分配正义的法律体系》,载《中国人大》2014年第8期,第30页。

②⑥ See Darya Kraynaya, *Economics and Jurisprudence: Is John Rawls' Difference Principle Just Another Form of Supply Side Economics and Can It Be Applied Effectively in Modern Society*, Manchester REV. L. Crime& Ethics, Vol.1:49, p.51(2012).

②⑦ John Rawls, *A Theory of Justice, Revised Edition*, Harvard University Press, 1999, p.66.

第二,平衡原则。平衡原则是就刑法制裁参与主体权责而言的,包括刑罚权运用与当事人权益保护的平衡,以及刑法制裁参与主体的权利与义务的平衡。根据平衡原则,刑法正义的实现不仅仅体现在惩罚、威慑、剥夺以及改造犯罪人上,还在于“恢复利益和负担的平衡”^{②8}。犯罪的实质在于犯罪人背弃自我克制、自我约束义务,实现刑法不允许享有的“特权”,致正常的社会秩序和社会生活遭到破坏。让犯罪人接受刑法制裁,目的在于恢复社会成员之间权利与义务的总体平衡。在恢复被犯罪破坏的社会关系和社会秩序过程中,不同主体将会参与到对犯罪的刑事治理中,以期维系他们的权利和义务平衡,这是实现刑法制裁效果的保证,也是公众积极参与刑事治理的源动力。不过,平衡参与主体的权利和义务并非易事,司法实践中,当事人(特别是被害方)的参与权得不到重视的现象时有发生,即使是法治发达国家。如德国学者指出,“并非所有德国的受害者都在刑事诉讼中扮演正式角色,并能积极参与审判。许多受害者没有资格参加现有的参与计划。”^{②9}因此,贯彻平衡原则是实现分配正义的有力保障。

第三,机会平等原则。如果说差别原则是就刑法制裁方法和制度的内容而言的,那么机会平等原则便是就刑法制裁实现过程来说的。一般来说,平等具有相对性。“人与人之间应该实行完全的社会平等,但这很难合乎所有人的愿望,甚至也是不可能的,因为在平等与不平等之间常常存在直接的相互依存关系。”^{③0}机会平等原本指社会职位对所有人完全开放,使人人获得平等参与的机会,它是法治中国建设的重要内容。全面依法治国必须以保障和促进社会公平正义为目标,不断地完善权利平等、机会平等的制度体系。机会平等对于刑法制裁尤为重要,它意味着刑法制裁过程要对司法机关、当事人以及社会公众开放,使参与主体获得平等参与机会。否则,人们就有理由认为受到不公正对待,这会削弱制裁效果。^{③1}机会平等与结果平等不同。后者关注刑法制裁结果之平等,侧重静态处遇。机会平等是新平等主义的重要内容,其核心在于转变解决不平等问题的思路,即应由单纯注重结果平等,过渡到以注重结果平等为基础,注重机会平等为核心。^{③2}对于刑法制裁来说,机会平等能充分调动当事人、社会公众参与刑法制裁的积极性,有利于实现刑法制裁效率最大化与制裁效果最佳化。

五、完善刑法制裁体系的路径选择

完善刑法制裁体系并非推倒重来,而是进行制度创新。以分配正义论为理论基础,构建适应社会转型时期犯罪治理需要的刑法制裁体系,这也是刑事法治现代化的必然要

^{②8} Wojciech Sadurski, *Distributive Justice and the Theory of Punishment*, OXFORD J.L.EGAL Stud., Vol.5:47, p.53(1985).

^{②9} Kerstin Braun, *Giving Victims a Voice: On the Problems of Introducing Victim Impact Statements in German Criminal Procedure*, German L.J., Vol.14:1889, p.1907(2013).

^{③0} 乔治·恩德勒等主编:《经济伦理学大辞典》,李兆雄、陈泽环译,上海人民出版社2001年版,第181页。

^{③1} See John Rawls, *supra* note 27, 73.

^{③2} 参见张文喜等:《从结果平等过渡到机会平等——吉登斯的新平等主义》,载《经济导刊》2008年第1期,第108页。

求。由于刑法制裁体系包括刑法制裁方法体系和刑法制裁制度体系,完善刑法制裁体系主要围绕这两方面进行。

(一) 刑法制裁方法体系的完善

目前我国刑法制裁方法在结构和体系上较创建之初并未发生实质变化。对于新增的制裁方法如何定位,刑法制裁体系如何适应犯罪体系发展变化以及新型犯罪治理的需要等,都是亟需解决的问题。刑法制裁方法体系的完善应主要是围绕着这些问题展开。

1. 构建二元化刑法制裁方法体系

构建二元化刑法制裁方法体系,是贯彻分配正义之社会分工与合作的要求,是制度构建体系化的体现。我国现行刑罚体系具有封闭性特征,不同刑罚之间缺乏合理层级,难以适应不断变化的司法实践需要。因此,在刑法中针对特定对象设置类型化的非刑罚制裁措施,实行双层次、二元化的制裁方法体系具有重要的现实意义:(1)刑法增设针对人身危险性的防卫性制裁措施逐渐增多,为刑罚与特殊防卫措施并行之双轨制体系构建奠定了法律基础。(2)随着我国刑罚制裁措施以及非刑罚制裁措施日趋增多,对刑罚和非刑罚制裁措施加以层级化、类型化,能够优化刑法制裁的结构和体系。(3)构建二元化刑法制裁体系,有利于充分发挥特定防卫性措施的功能和作用,弥补刑罚的缺陷与不足。以保安处分为例,其目的在于改善和治愈被处分人,消除其危险,保护生活之利益。^{③③}(4)国外普遍实行双轨制制裁方法体系,其成功经验值得借鉴。

对于刑罚之外的制裁措施,学界称谓很不统一。相对来说,谓之保安处分者居多。关于保安处分的种类,学界一般认为有两类:一是刑法规定的保安处分;二是行政法规定的保安处分。前者具体包括矫治教育、强制医疗、从业禁止、禁止令以及刑事没收。后者主要包括强制戒毒、吊销机动车驾驶证、工读教育等。^{③④}不过,由于行政法规定的保安处分未纳入刑法,故而难以纳入刑法制裁体系之列。总之,基于预防犯罪与防卫社会之需,在刑法中专门规定针对具有特殊人身危险性的人适用保安处分,使刑法制裁方法体系实现二元化,是刑罚权合理分工的体现,也是制裁方法体系化的必然结果。

2. 调整、优化现有刑法制裁方法结构

刑法制裁方法结构的调整,包括刑罚外的制裁措施之体系性定位及刑罚结构的调整。关于刑罚外的制裁措施调整,主要涉及终生监禁、社区矫正等如何定位:(1)终生监禁的定位。有学者认为,“终生监禁作为终身剥夺犯罪人自由的刑罚,首先应纳入自由刑的范畴”。^{③⑤}学界主流观点认为,其“并非是一种全新的刑罚制度,也不是一个新的刑种……”^{③⑥}笔者认为,从《刑法》第383条规定来看,终生监禁在性质上应为介于死刑与无期徒刑之间的独立刑种。理由在于:首先,终生监禁不具有适用死刑的可能,与死刑(包括死缓)存在本质区别;其次,终生监禁不存在减刑的可能,与无期徒刑有着实质

^{③③} 参见翁腾环:《世界刑法保安处分比较学》,商务印书馆2014年版,第14页。

^{③④} 参见时延安:《劳动教养制度的终止与保安处分的法治化》,载《中国法学》2013年第1期,第176页。

^{③⑤} 涂欣筠:《终身监禁制度实现刑罚目的可能性之探讨》,载《青少年犯罪问题》2021年第3期,第74页。

^{③⑥} 黄京平:《终身监禁的法律定位与司法适用》,载《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2015年第4期,第98页。

不同。从域外经验看,有些国家也将终身监禁作为独立刑种,如丹麦刑法典就对恐怖主义犯罪设置了绝对终身监禁。^{③⑦}将终身监禁纳入我国刑罚体系,能适当减少死刑的适用。(2)关于社区矫正的性质,有学者认为其具备刑罚的所有属性。^{③⑧}还有学者指出,“应以发展的眼光和从刑事一体化的角度出发,将社区矫正性质定位为更具有开放性的非监禁性的刑事处遇方法”^{③⑨}。笔者认为,从《社区矫正法》的规定来看,社区矫正性质上乃刑罚执行措施,属于刑法制裁体系之组成部分应无异议。(3)关于刑罚结构的调整。主要涉及主刑和附加刑调整,焦点是如何对罚金刑定位。将罚金刑上升为主刑,是不少学者的主张。笔者认为,将罚金刑上升为主刑是必要的:一方面,我国现行刑法有250个罪名规定了罚金刑,远高于死刑、无期徒刑和管制。另一方面,单位犯罪的拓展使罚金刑的适用范畴进一步扩张,将之作为主刑理所当然。

3. 对刑法制裁方法加以针对性完善

随着单位犯罪范畴的拓展、网络犯罪的泛起以及轻微犯罪发案率的攀升,传统的刑法制裁方法越来越难以适应新时期惩罚与预防犯罪的需要。为了实现犯罪治理能力与治理体系现代化,有必要针对不断扩张的特定犯罪增设新的刑法制裁方法。

第一,单位犯罪制裁方法多元化。我国刑法对单位犯罪多采取双罚制,对少数单位犯罪采取单罚制,即只处罚单位中负有直接责任的人员,或者只处罚单位。由于单位犯罪的立案标准往往高于自然人犯罪,这使得“双罚制”有变相沦为开脱或者减轻单位责任人罪责的手段之嫌。而“单罚制”只处罚一方的做法会割裂单位与单位成员之间的紧密联系,是否合理值得商榷。刑法对单位犯罪的处罚模式,甚至会影响单位犯罪的认定。有学者就指出,刑法分则中单位犯罪占刑法所有罪名的三分之一,企业违法行为也经常见诸报端,但实践中最终受罚的单位犯罪案件几乎不到同期刑事判决的千分之一,出现这种状况和单位犯罪处罚模式有关。^{④⑩}

单位犯罪处罚之问题,主要在于制裁方式过于单一。特别是在单位犯罪适用范畴日益扩大的背景下,过于单一的制裁方式愈发显得难堪重任。在一些法治发达国家,对法人犯罪往往采取多元化的处罚方法。在美国,“任何公司都面临着迫在眉睫的严重刑事责任风险,这将导致刑事制裁,例如:罚款……司法监督、临时暂停一项或多项业务、永久关闭营业场所、禁止参与公开招标、解散”^{④⑪}。立足于我国《行政处罚法》的相关规定,结合国外对法人犯罪的处罚,笔者认为,单位犯罪的刑罚方法应当包括以下几类:一是声誉罚,包括警告、责令具结悔过、通报批评等。二是财产罚,包括罚款、没收财物等。三是行为罚,包括司法监督、禁止参与招投标、业务禁止、责令停产停业、暂扣许可证、执照以及吊销许可证、执照等。其中,财产罚与刑法中的财产刑无实质不同,声誉罚中的责令具结

③⑦ 参见谢望原:《丹麦刑事法研究及对我国的启示》,载《中国法学》2004年第6期,第168-169页。

③⑧ 参见翟中东:《社区性刑罚的立法与短期监禁刑问题的解决》,载《法学家》2018年第2期,第140页。

③⑨ 郑丽萍:《互构关系中社区矫正对象与性质定位研究》,载《中国法学》2020年第1期,第149页。

④⑩ 参见黎宏:《单位犯罪论的现状和展望》,载《人民法院报》2020年5月14日,第6版。

④⑪ Flaviu Ciopec, *New Trends in Addressing Corporate Crimes: Internal Investigations*, J. E.-EUR. CRIM. L., Vol.2019:55, p.56(2019).

悔过已为《刑法》第37条规定。因此,单位犯罪增加的刑罚,主要是声誉罚和行为罚,具体包括警告、通报批评、司法监督、禁止参与招投标、业务禁止、责令停产停业、暂扣许可证、执照以及吊销许可证、执照等。这些处罚作为单位犯罪的特有制裁措施,可在刑法中予以专门规定,形成自然人犯罪与单位犯罪并行的二元处罚模式。

第二,网络犯罪制裁方法专业化。随着网络智能化的不断推进,网络平台在违法犯罪中的作用越来越大。与此相对应,我国对网络犯罪的追责重点,也逐渐由个人转向平台,拒不履行信息网络安全管理义务罪等的增设就是明显的例证。目前作为互联网金融领域最为重要的参与方,互联网金融平台已逐渐成为金融诈骗等犯罪的重要场所和依托。尽管对许多网络犯罪的制裁与传统犯罪并无不同,但也应当看到网络犯罪的独特性,需要由专门的制裁手段来规制。“对于较传统犯罪呈危害‘量变’的网络犯罪,我们应探索建立更具网络属性的刑法规范,实现更恰当打击的目的……”^{④2}

针对网络犯罪的专门制裁措施,主要有三:一是搜查令。由于网络犯罪的高隐蔽性与强技术性,有时需要赋予司法机关特定的搜查权,以便及时截获网络设备,获取网络犯罪信息。搜查令具有预防性特征,是主要针对危险网站的网络服务提供商采取的特定措施。这方面在国外已有先例。“微软数字犯罪组,同金融服务—信息共享与分析中心及电子支付协会合作,通过受诈骗影响与腐败组织法案民事部分获得了一份联邦搜查令,可以扣押这些网络设备。”^{④3}二是禁止令。对网络犯罪适用的禁止令,不同于《刑法》第38条第2款规定的禁止令。网络禁止令以禁止在互联网上从事经营活动、互联网电子商务等为内容,时间上不限于刑罚执行期间。三是剥夺或者限制网络使用权限。即剥夺或者限制网络犯罪的行为人进入网吧、网络娱乐场所以及进行网购的资格,甚至禁止或者限制其使用手机联网等。剥夺或者限制网络使用权,会起到传统刑法制裁难以达到的功效,因为网络时代被限制或者剥夺上网资格,哪怕是短时期的,也将对行为人产生巨大的心理震慑力。

第三,轻微犯罪制裁方法开放化。立足于犯罪预防,对轻微犯罪适用开放性刑种,不但能贯彻罪刑相适应原则,而且有利于罪犯的矫正与回归社会。从各国刑法规定的刑罚方法来看,具有开放性特征且能合理扩张的刑种,主要是资格刑。我国现行刑法规定的资格刑是79刑法确立的剥夺政治权利,已经难以适应数字化时代犯罪治理的需要。因为剥夺政治权利“在附加适用的场合,适用于严重犯罪”。^{④4}这意味着,诸如危险驾驶罪等轻微犯罪,难以对之附加剥夺政治权利处罚。同时,剥夺政治权利的闭合适用(强制剥夺),也使得我国刑法规定的资格刑丧失应有的开放性,造成对《社区矫正法》等出现不必要的“断供”现象。因此,扩充资格刑的类型无疑具有积极的现实意义。

对于如何扩充资格刑类型,学界存在不同见解。有学者主张增设剥夺公职的资格

④2 刘宪权:《网络犯罪的刑法应对新理念》,载《政治与法律》2016年第9期,第8页。

④3 W. Joseph Salvador, *Dismantling the Internet Mafia: RICO's Applicability to Cyber Crime*, Rutgers COMPUTER & TECH. L.J., Vol.41:268, p.271(2015).

④4 参见贾宇主编:《刑法学》(上册·总论),高等教育出版社2019年版,第316页。

刑,^⑤有学者建议对严重的经济犯罪增设较长期限或永久剥夺职业资格的专门资格刑,^⑥等等。笔者认为,剥夺公职或者针对严重经济犯罪剥夺职业资格,依然有将资格刑局限在防治严重犯罪上之嫌。为了有效治理占比越来越大的轻微犯罪,如虐待被监护、看护人罪以及负有照护职责人员性侵罪等,资格刑类型可以更加开放化。借鉴一些国家的立法经验,我国资格刑之类型可以包括:一是剥夺从事特定任务、职业、生产、经营等的权利;二是剥夺亲权、监护权或者看护权;三是吊销机动车驾驶证照;四是剥夺定居或者迁徙的权利;五是强制从事公共服务或者劳动。与剥夺政治权利不同的是,这些资格刑无论是附加还是单独适用,都可以针对轻微犯罪。其中,强制从事公共服务或者劳动等因具有开放性,且适用方式可以灵活多样,可应对诸多轻微犯罪治理之需,又可与《社区矫正法》实现更好的衔接。

(二) 刑法制裁制度体系的完善

完善刑法制裁制度体系的具体路径,需要以刑法制裁之分配正义为基础,充分贯彻差别原则和平衡原则,确保刑法制裁体系能反映参与主体的合作与分工,体现制度建构的科学性与合理性。

1. 确立双轨制刑法制裁制度体系

我国刑法中,包括刑法裁量制度、刑罚执行制度、刑罚消灭制度等在内的刑法制裁制度,具有浓厚的硬家长主义倾向,致使有的参与主体权益相对弱化。“刑事主体多元化原则在我国仍未确立,特别是被追诉人的主体性作用未得到应有的尊重。”^⑦典型表现便是行刑时效制度、前科消灭制度等国际社会公认的保障被告人权利的制度在刑法中缺失。另外,对被害人权利保护的救济机制也不尽完善。尽管《刑法》第36条规定赔偿被害人经济损失,且采取优先赔偿原则,但将赔偿主体仅限于犯罪分子,很难满足被害人的权利保护需要。在司法实践中,大多数被害人是无法从被告方得到完全赔偿的。保障性制裁制度的不力,难免使刑法制裁刚性有余而柔性不足,影响刑法目的与制裁效果的实现。

近年来,包括刑法在内的刑事法律加大了对当事人权益的保护力度,在弱化硬家长主义倾向的同时,强化软家长主义风格。如《刑法修正案(八)》就对犯罪时不满18周岁被判处5年有期徒刑以下刑罚的人,特别规定免除其前科报告义务。在司法实践中,取得被害人谅解或者赔偿其损失,往往成为从宽处罚的依据。这些保障性规定虽意义积极,但毕竟是个别化、局部性的,难以实现刑罚权运用与当事人权益保护的平衡。未来有必要强化保障性制度建设,使刑法制裁制度保持惩罚性与保障性之平衡,实现一体两翼的双轨制制度体系。事实上,强化保障性制度建设也是刑法制裁体系规范化的要求。因为,站在规范的立场,道德对于责任和刑罚具有特定意义。“刑法以及作为刑法的执行者的国家,也必须接受道德的批判。国家伦理性的问题,在考虑责任论以及刑罚界限的时

^⑤ 参见林秋萍:《公务员职务犯罪应处资格刑》,载《兰州大学学报(社会科学版)》2017年第2期,第182页。

^⑥ 参见徐海波、童伟华:《经济犯罪刑罚配置的反思与完善——法经济学视域下的逻辑展开》,载《学术交流》2017年第12期,第112-113页。

^⑦ 蔡维力:《刑事程序多元化与刑罚相对个别化的契合》,载《法律科学》2012年第1期,第70页。

候,具有特别重要的意义。”^{④8} 刑法制裁具有标签效应,能产生“污名化”后果,其背后乃社会伦理道德之否定评价。保障性制度有利于消除对犯罪人的社会伦理谴责,满足不同参与主体的情感需要,是犯罪人再社会化的重要保障。

2. 增设刑法制裁易科制度

易科是不同刑法制裁措施之间替换执行的制度,旨在打破不同刑法制裁间的藩篱,是刑法制裁方法活性化、高效化的体现,为世界上许多国家和地区采用。在我国,从刑罚执行效果来看,设置易科制度意义重大。例如,管制刑适用率低、罚金刑执行率低,就常为人们诟病。将它们易科其他刑罚,不失为有效举措。易科常见于轻型主刑与附加刑之间,如短期自由刑与资格刑等之间易科就比较普遍。罚金易科制度是指为避免其他刑罚之弊端而将之易科为罚金刑;或者在犯罪人拒不缴纳罚金、难以缴纳罚金的情形下,将罚金易科为其他刑罚的制度。易科为罚金刑的其他刑罚,通常是短期自由刑。罚金刑所易科的其他刑罚,常见的是短期自由刑或者社区劳动等资格刑,主要是为了解决罚金执行难等问题。另外,我国管制刑适用率极低,常遭诟病。要想发挥其应有价值和作用,设置管制刑易科制度不失为可取选择。管制刑既可易科为罚金,亦可易科为剥夺型自由刑。

3. 完善刑罚裁量制度

许多国家对量刑的基本制度都加以具体规定或者明确。例如,《德国刑法典》第46条不但规定了影响量刑的主要情节,而且还明确“属于法定犯罪构成事实的,可不予考虑”。不少国家刑法还对裁量情节的次序作了明确规定。例如,《日本刑法典》第72条规定,按以下顺序进行裁量:再犯加重→法律上减轻→并合罪加重→酌量减轻。英美法系国家则向来对量刑等较为重视。例如,美国法典第3553条对量刑应考虑的情节、量刑委员会的权限和要求以及量刑规则等作了较为具体的规定,美国模范刑法典在总则第七节则对“法庭的量刑权”作了相对详细的规定。我国刑法虽然规定有刑罚裁量制度,但主要是从严与从宽处罚制度等。作为量刑最重要依据之具体裁量制度,如量刑起点、量刑基准以及裁量方法、次序等,并未在刑法中体现,其消极作用不言而喻。“由于学界在多个意义上使用‘量刑基准’一词,导致其‘在我国刑法理论与司法实践中成为一个相当混乱的概念’,不利于相关量刑制度的合理构建和相关改革措施的有效推进。”^{④9} 尽管2021年“两高”联合颁布了常见罪名量刑指导意见,但其地位和效力难以同立法相提并论。因此,完善刑罚裁量制度,将量刑指导原则、主要量刑方法、常见量刑情节等规定在刑法中是很有必要的。此外,区分不同量刑情节及其所遵循的评价次序也非常重要。“先评价从严情节,此时由于量刑基准相对较低,导致从严幅度相应较小。从严处罚后法定刑相对较高,此时再评价从宽情节,则从宽幅度相对较大,这是有利于被告人的,符合保障人权的要求。”^{⑤0}

^{④8} [日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第32页。

^{④9} 石经海:《论量刑基准的回归》,载《中国法学》2021年第5期,第285页。

^{⑤0} 彭文华:《酌定减轻处罚的自由裁量与技术制衡》,载《法学评论》2016年第3期,第81页。

4. 健全当事人权益保障制度

第一,补足犯罪人权益保障制度。根据现代分配正义理论,刑法立法的目的之一是通过制度保障犯罪人权益,以实现其义务与权利的分配平衡。实现当事人权责分配平衡的重点,是加强犯罪人的人权保障。犯罪人人权保障主要涉及宏观和微观层面。在宏观层面上,刑法应明确规定“尊重和保障人权”;在微观层面上,应尽快构建前科消灭(复权)制度、行刑时效制度以及恢复性司法制度等。

随着我国轻罪化的立法趋势确立,犯罪圈不断扩大,轻微犯罪人不断增多,增设前科消灭制度是当前我国迫切需要解决的问题。理由在于:(1)前科消灭制度是犯罪人再社会化的重要保证。我国针对犯罪人有30多种职业的行业禁止,缺乏前科消灭复权制度,严重阻碍了犯罪人特别是一些社会危害性不太严重的轻微犯罪人的再就业,容易导致这些人成为社会的不安定因素。(2)无前科消灭制度与追诉时效规定相矛盾。根据追诉时效制度,犯罪人经过一段时间未被追诉,则不用担心前犯罪行为的影响;而被改造好的犯罪人,由于缺乏前科消灭制度,意味着犯罪人在已受过刑罚处罚的情况下,却还要终生承担该犯罪行为“前科”的影响。两相比较,不难发现其中的冲突。(3)确立前科消灭制度与《社区矫正法》相协调。根据《社区矫正法》第4条规定,社区矫正对象在就业、求学和享受社会保障等方面不受歧视。然而,在缺乏前科消灭制度的前提下,该规定难以现实化。(4)对发案率相对较高、社会危害性不大的轻微犯罪设置前科消灭期,能为许多犯罪人提供再社会化机会,符合犯罪预防和刑法目的需要。

当事人权益保护制度通常需要具备一定的条件。以前科消灭制度为例,前科一旦消灭,犯罪人因犯罪而被剥夺的权益就会被重新恢复,故该制度也可谓之复权制度。^{⑤①}复权需要具备的条件包括:复权的主体是因犯罪而被剥夺某项权益的犯罪人,包括犯罪的自然人和单位。复权的内容有针对自然人的重新担任公职、重新获得抚养权、监护权等,有针对单位的重新参与招投标、重新营业、重新生产、作业等。复权的方式在不同国家有所不同,如法国刑法规定一定年限自动获得,瑞士刑法规定需要申请获得。复权的时间可因不同刑罚而有别。例如,《法国刑法典》第133-13规定,对处罚金的,自支付罚金总额等之日起,3年期限之后复权;对单一判处不超过1年监禁刑等,自刑罚执行或完成时效起,5年期限之后复权;对单一判处不超过10年之监禁刑等,自服刑期满或完成时效起,5年期限之后复权。^{⑤②}还有国家为复权规定了特定条件,如韩国刑法就将“补偿被害人损害”作为复权的必备条件。^{⑤③}

第二,构建全方位的被害人权利保障制度。我国刑事诉讼法虽然对被害人的追偿权有所规定,《刑法》第36条也规定了赔偿经济损失与民事优先原则,但因赔偿主体仅限于犯罪人,其适用效果可能会大打折扣。因为,无犯罪人配合,且缺乏其他后续性保障措施,被害人的权益是很难得到有效保障的。何况在公诉机关以打击犯罪为目标的强力介

^{⑤①} 参见[日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2000年版,第500页。

^{⑤②} 参见《法国新刑法典》,罗结珍译,中国法制出版社2003年版,第47-48页。

^{⑤③} 参见[韩]金日秀、徐辅鹤:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社2008年版,第775页。

入下,被害人权利有时还可能会被边缘化,甚至遭漠视。因此,从刑事一体化视角构建全方位的被害人权利保障制度很有必要。在司法实践中,被害人赔偿不力是众所周知的。虽然司法机关将取得被害人及其家属谅解作为从宽处罚依据,但在具体适用时较为含糊、笼统,容易流于形式。

为了保护被害人权益,需要大力规范和完善被害人权利保护制度,建立三位一体的制度体系。对于被害人赔偿制度,需要将被害人谅解规范化,同时加强对犯罪人财产追查、追缴的力度。将罚金刑作为主刑,有利于满足被害人的赔偿要求。因为,较之自由刑对犯罪人的人身自由的限制或剥夺,罚金刑在补偿受害人方面具有天然优势。^{⑤4}此外,还应建立专门的被害人补偿制度。可考虑以法院所收诉讼费等为基础建立补偿基金,明确资金来源与管理、补偿的条件、对象与范围、补偿方式与标准、补偿机构设置以及补偿程序等。未来,需要进一步明确实施目标、救助对象与标准、救助机构以及资金来源,强化其可操作性,以便使该制度落到实处。

(三) 规范刑法制裁的程序保障

完善我国刑法制裁体系,既要立足于实体法进行制度建构与完善,也离不开程序保障,后者是贯彻机会平等原则的必然要求。刑法制裁从规范走向实践,需要通过严格的程序来规制、导引,才能确保公平、公正。在司法人员和受害人、社会公众之间,架起刑事制裁合法、中立且令人信服桥梁的,便是程序正义。“程序正义,以及更广泛的法律程序理论,为法庭合法性和判决接受提供了令人信服的解释。”^{⑤5}注重程序正义,是现代分配正义理论的重要特征之一。分配正义之所以要求机会平等,意在赋予当事主体平等参与刑事制裁过程、充分表达自己诉求的机会。从我国刑法制裁的实现过程来看,无论是刑罚裁量,还是减刑、假释之裁定,抑或是社区执行等,在贯彻机会平等原则上均需进一步强化。以《社区矫正法》规定的调查评估为例,“国际上公认的众多调查评估要素,如犯罪人的执行表现、家庭情况、学习、工作经历、社会适应能力、社会关系等,均未包含其内,令人遗憾”。^{⑤6}程序保障的意义在于,它能敦促司法人员对犯罪事实进行深入的背景分析,坦率地根据刑法规定评估公众对合法与公平的看法,为刑事制裁的可靠性提供基本保障。

当前,在司法大数据得以广泛应用的大背景下,程序保障对于刑法制裁而言更显重要。在以刑事制裁为核心的刑事司法系统中,诸如量刑、减刑以及假释等,大数据算法的应用越来越普遍,它能为执行人员和法官提供指导和参考。但是,大数据算法在刑事制裁中的应用也不是没有争议,焦点在于其对被评估的被告、罪犯是否公平。“支持在刑事司法系统中使用大数据工具的人,需要注意这些工具的程序正义方面,因为除非它们的算法被认为是公平和合法的,否则它们将面临公众的持续反对。”^{⑤7}毕竟电子技术和通讯

^{⑤4} 参见杨思斌:《功利主义法学》,法律出版社2006年版,第79页。

^{⑤5} G. Alexander Nunn, *Law, Fact, and Procedural Justice*, EMORY L.J., Vol.70:1273, p.1295(2021).

^{⑤6} 彭文华:《刑罚的分配正义与刑罚制度体系化》,载《中外法学》2021年第5期,第1338页。

^{⑤7} Ric Simmons, *Big Data and Procedural Justice: Legitimizing Algorithms in the Criminal Justice System*, OHIO St. J. CRIM. L., Vol.15:573, p.580(2018).

手段也可能成为不公正使用的物质基础,故而在自动化系统的实施过程中,涉及到成千上万的员工和信息化对象,需要科学界定和立法规范。^⑧

2020年,“两高三部”联合颁布了《规范量刑程序若干问题的意见》(以下简称《意见》),在一定程度上完善了量刑程序。不过,有关量刑的程序保障还有待加强。以被害人的参与权为例,《意见》虽然规定被害人可对宣告禁止令、从业禁止以及量刑等提出意见,却未规定被害人对代表国家捍卫自己权益的检察机关提出的量刑建议是否有参与权。同时,《意见》对被害人参与量刑的时间、方式与权利等缺乏相对具体、明确的规定,多少会影响被害人的量刑参与权。另外,《意见》对量刑说理等的规定也较为笼统,容易流于形式。对于减刑、假释制度等来说,完善程序保障也较为迫切。以孙小果案为例,劣迹斑斑的孙小果通过一系列眼花缭乱的操作,多次成功减刑而提前出狱,很难不让被害人及公众对减刑、假释制度产生疑虑。就减刑的程序保障来说,以我国的现实国情为基础,结合国外相关立法例,设置专职委员会并建立减刑听证程序等,对于实现公正减刑至关重要。减刑委员会的组成人员要具有广泛的代表性,具体可以包括刑罚执行部门的代表、辩护律师、检察官、法官,以及刑事法学、心理学、社会学等领域的专家、学者,负责对罪犯减刑事由及罪犯表现进行审核和监督。审核的主要内容包括罪犯的个人服刑表现记录、狱政部门的释放计划,辩护律师、驻所检察官和法官的减刑建议等。审核与监督可以采取听证方式,故需要建立减刑听证制度,以制衡刑罚裁量权与执行权。

六、结 语

刑法制裁体系的完善,既要平衡国家刑罚权的运用与当事人的权益保护,又要满足刑法制裁参与者的权利与义务的平衡和分配需要;既要考虑刑法规范内的一致性,又要考虑刑法规范外的协调性,是包含多元化向度考量与复合化价值评价的系统工程。以往学界多从不同视角进行局部性、个别化构思,如立足于刑罚结构或者体系等进行探究,尽管有其科学性与合理性,但不能从根本上解决问题。从刑事一体化的角度来看,要想实现刑法制裁效果最佳化,充分发挥刑法制裁体系的功能和作用,就必须遵循差别原则和平衡原则,对刑法制裁体系进行整体、系统的构思和完善。“刑法修订应当受到一定的刑事政策的指导,并且具有全局性和前瞻性。”^⑨当然,完善刑法制裁要有一定的现实基础与法律基础,如资格刑的充实与完善就是如此。不过,对于自动驾驶车辆等人工智能来说,虽然具有一定的现实基础,但在缺乏法律基础的前提下,对于其刑法制裁的增设等,就不必急于捷足先登,暂缓一步与刑法的最后保障法地位更契合。

刑事制裁体系的完善,具体涉及刑法制裁方法的类型化、优化,刑法制裁制度的科学化、合理化,以及如何适用刑法规定的制裁方法和制度,内容有其多样性和复杂性。以量

^⑧ See A. E. Kirillov, *Procedural Basis of E-Justice*, HERALD CIV. PROC., Vol.2018:221, p.221(2018).

^⑨ 陈兴良:《犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整》,载《法律科学》2016年第4期,第188页。

刑为例,除了犯罪构成要件和要素外,影响量刑的因素还包括与犯罪人的人身危险性有关的其他要素,以及基于刑事政策需要考量的因素等,内容十分庞杂。正因如此,世界上不少国家都会设立专门机构来具体负责量刑等与刑事制裁直接相关的事宜。同时,完善刑法制裁体系,需要将影响刑法制裁的诸因素以及治理犯罪行之有效的刑法制裁方法与制度充实到刑法中,这离不开专门机构和具有专业技能的人的调研、跟进、负责。故而完善刑法制裁体系,可以酌情考虑设置专门机构来负责相关事宜。此外,由于刑法制裁的前提和基础是犯罪,完善刑法制裁体系离不开犯罪类型化研究。对刑法中的犯罪进行类型化,构建轻重不同的犯罪体系,以便与不同制裁方法和制度对接,与刑事诉讼法中的速裁程序、简易程序和普通程序相呼应,有利于提高、优化制裁效果和提高刑法制裁效率,是犯罪治理现代化与精细化的必然要求。

Abstract: The system of criminal law sanction is very important to realize the purpose of criminal law. Based on the ability of crime governance and the modernization of governance system, China's criminal law sanction system needs to keep pace with the times and complete the sharp change from instrumentalism to purposivism. The criminal sanction system should cater to the needs of changing situations and criminal policy, strengthen the synergy and function of different sanction methods and systems from the standpoint of criminal integration, and emphasize the transition from result-oriented justice to distributive justice. Under the guidance of distributive justice theory, the perfection of the criminal law sanction system needs to give full play to the systematic function of the criminal law sanction system and realize the internal communication and external coordination of the criminal law sanction system. Therefore, it is necessary to construct a dualistic criminal law sanction method system and a dual track criminal law sanction system at the macro level. As for the specific methods and systems of criminal law sanctions, it is necessary to break down the barriers between them, and to categorize and optimize the structure. In view of the expansion of the scope of the unit crime, the rise of network crime and the rising rate of minor crime, the methods of criminal law sanctions should be diversified, specialized and open. In order to balance the use of penalty power, we should strengthen the protection of the rights and interests of the parties and perfect the procedural guarantee of criminal law sanctions.

(责任编辑:白岫云)