

法律的公众认同、 功能期许与道德承载

——对刑法修正案（八）的复眼式解读

肖世杰^{*}

内容提要：刑法修正案（八）不但针对我国转型时期的社会情势和国情民意予以了很大程度的回应，而且也体现了官方和主流民意对刑法的功能期待，承载了当下社会基本的集体道德情感，但被一些刑法改革者认为立法理性不够或过多地迁就了庸俗的民粹主义，以致没有较好地摆脱传统工具主义和重刑主义的思维与窠臼。诚然，转型时期高度复杂的社会情势和大众心理基质难免使得实定刑法所蕴含的价值理念互有差别、充满悖反乃至相互抵牾。欲对这种吊诡的多重面向予以同情之理解与有效的解读，除了法学与逻辑的思维论证，更重要的可能还必须导入法律社会学、社会心理学和法律经济学等多维度的复眼化视角。

关键词：刑法修订 公众认同 功能期许 道德承载 复眼化视角

一、引言

作为我国法律体系中非常重要的一部法律，刑法的修改可谓万众瞩目，亿人关注，因为它不仅与每一位普通公民的日常生活密切相关，而且在很大程度上承载了一个国度对法治进步与科学文明的期待。经过立法机关多次颇为慎重的酝酿和反复的审查修订，刑法修正案（八）（以下简称“修正案”）终于在2011年2月由全国人大常委会通过并于5月1日正式实施。这是我国于1997年全面修订刑法以来对刑法的又一次较大规模的修改。从整体上看，修正案一方面在削减和限制死刑、规范罪刑结构、调整刑罚体系等多方面有较大动作，使刑法体系和罪刑规范在形式上表现得更为合理，一定程度上顺应了刑罚轻缓化和法治进步的世界潮流和总体方向。另一方面，修正案对社会转型时期复杂的国情民意在敏锐洞察基础上进行很大程度的回应，也体现了官方和主流民意对刑法的功能期待，承载了当下社会基本的集体道德情感，从而使得修正案无论是在内在的思想特质还是外在的表现形式上显现出吊诡的多重面向。也许正由于此，修正案（或其草案）一出台，便受到了来自理论界完全不同的正反两方面的评价。正面的评价认为，修正案较

^{*} 广州大学人权研究中心副教授。

本文系国家社科基金项目“公平正义社会秩序的维护研究”（项目编号：07BFX009）的阶段性成果。

好地体现了当今刑法文明人道的变革趋向，突出了对民生问题的保护，显现了宽严相济的刑事政策的指导作用，特别在死刑的削减上具有里程碑的意义。^{〔1〕}负面的评论则认为，此次刑法修订仍是始终支配我国刑法修改指导思想的严刑峻罚的体现，过于迁就庸俗的民粹主义，甚至假借民意来体现立法者的意志，以致不能立足于刑法所应有的理性，因而是一个“忧多于喜”的修正案。^{〔2〕}值得注意的是，现代社会的高度复杂性使得法律所担负的使命更为艰巨，其角色也更具挑战性，一个看似法律方面的问题往往不是或不再仅仅是一个法律问题，一项形似简单的立法也常常会有许多因素纠结其中。相应地，作为一种重要的社会生活调节器的刑法，就难免要综合和权衡各方面的因素与情势。此次刑法修正案，在某种意义上也可以被认为是各种不同刑法价值观念指导与妥协下的产物。因此，只是立足于法学和逻辑等视角，恐怕难以对之提供具有足够说服力的解释，更谈不上对其予以同情的理解或有效的解读，从而进行有关建设性的建构。例如，上述持负面评价的学者主要立足于法律与逻辑的视角对修正案进行了较为全面的规范分析，继而得出结论认为此次刑法修正案仍是承续了以往刑法修改的一切非理性因素。^{〔3〕}在刑法修正案公布后的一片叫好声中，此种观点也许更值得我们关注。且不管这种判断是否有理，但至少其所开放的问题意识是颇有价值的，这种判断不禁令我们反思：对某些行为予以入罪或对部分犯罪行为配置较重的刑罚是否不理性的体现？刑法（刑罚）的理性是否完全可由逻辑方法证成？^{〔4〕}如果此次刑法修正案真是遵循了不理性的路径，到底是立法者迁就甚或是假借了不理性的民意或是立法者非自觉的不理性使然，还是立法者与民众彼此不理性下的“默示性共谋”？这些所谓的不理性可否由理性的法律来纠偏？立法的理性到底应如何体现？同时，我们是否可以立足于其他视角做出相反的判断，即认为此次刑法修正案某种程度上也体现了一种立法理性？鉴于此，除了借助规范的法学与逻辑学的论证，本文试图导入法律社会学、社会心理学和法律经济学等多维度的复眼化视角，以求对此次刑法修正案乃至我国刑法的指导思想提供某些其他向度的解释框架。

二、刑法理念与公众认同

可能由于此次刑法修正案无论在规模还是力度上均超过以往，对于这次修正案的出台与审议，立法机关显得更为审慎。据有关部门报道，从2009年下半年开始，全国人大常委会法制工作委员会即着手对我国当前刑事犯罪中出现的新情况和新问题进行深入的调查研究，反复与最高人民法院、最高人民检察院、国务院法制办、公安部、国家安全部、司法部等部门进行研究，多次听取全国人大代表、地方人大代表、地方人大常委会以及专家学者的意见。在充分论证并取得基本共识的基础上，首先形成刑法修正案（八）（草案）。草案出台之后，立即在全国范围内公开征求意见。这种一改以往偏重专家理性的立法模式，^{〔5〕}其意义当然不在于形式主义的作秀或走

〔1〕 代表性的观点参见高铭喧、苏惠渔、于志刚：《从此踏上废止死刑的征途——〈刑法修正案（八）草案〉死刑问题三人谈》，《法学》2010年第9期；卢建平：《加强对民生的刑法保护——民生刑法之提倡》，《法学杂志》2010年第12期；刘艳红：《〈刑法修正案（八）〉的三大特点——与前七部刑法修正案相比较》，《法学论坛》2011年第3期，等等。

〔2〕 代表性的观点详见邢馨宇、邱兴隆：《刑法的修改：轨迹、应然与实然——兼及对刑法修正案（八）的评价》，《法学研究》2011年第2期。

〔3〕 同上文。

〔4〕 如上述论者主要从刑法所应具有的价值——效益、公正与人道出发对刑法的理性予以证成进而对实定刑法进行评判。参见前引〔2〕，邢馨宇等文。

〔5〕 简单地说，我国以往立法惯于遵循专家理性模式，即在专业系统内部进行酝酿后，将法案直接提交立法机关审议，而很少把相关草案向社会公布并征求意见，甚至很少交全国人大代表在人大会上讨论审议，而直接在人大常委会上予以通过。

过场，而是确实确实彰显了立法部门的审慎稳健及其对民意的尊重。

法律必须反映民意，亦必须经过人民同意，这是人民主权理论的当然之义。此次刑法修正案整体来说较为充分地考虑了民生要求和较好地汇集了民众意见。诸如“危险驾驶”、“恶意欠薪”、“组织买卖人体器官”等行为，即是近年来社会公众所关注的热点话题，这次将之悉数予以入罪，不能不说是立法机关对中央近年来有关重要精神的正确贯彻和对民生问题的高度重视，因为这些问题都在很大程度上关涉到弱势群体权利与利益的保护。

与刑事诉讼法的再修改类似，尽管此次刑法修正案的出台亦面临重重困难、种种阻力，但毕竟经由千呼万唤最终出台，因为到底不像前者，其修改的着重点在于如何保障犯罪嫌疑人的权利而至少难以让公众从情感上予以接受。刑法的指导思想当然不尽如此，其目的在于通过打击和惩治犯罪来保护国民的生命、自由与财产等权益。在此意义上说，刑法不仅仅是或主要不是犯罪人的“大宪章”，可能更是广大国民的“大宪章”。当然，就刑法的最终目的来说，保护“犯罪人”与保护“国民”之间不存在必然矛盾。^{〔6〕}毋宁唯是，此二者之间应是可以统一的，在某种意义上说，保护“犯罪人”就是保护“国民”，因为这里的“犯罪人”在很大程度上可以理解为“潜在的犯罪人”。在理论上，由于每一个人都可能是潜在的犯罪人，因而“保护犯罪人”的命题就可以被置换为“保护潜在的犯罪人”，而保护潜在的犯罪人就是保护我们每一个人。不过，需注意的是，这只是理论上的逻辑，实践中的逻辑可能并不如此。从社会心理学上来说，一般人很少会将自已假设为一名罪犯，以致设想自己在罹患法网时可能会遭到何种惩罚，因而总会认为刑法更多地是为他人而规设。^{〔7〕}明乎此理，我们对于近代著名刑法思想家贝卡里亚的下列论断也就不难理解了：即便完全沉湎于最基本情感的人却仍然爱好严酷的法律，因为他们担心侵犯的心情比实施侵犯的愿望更为强烈。^{〔8〕}

于是，我们就能逐渐明白，为什么许多刑法改革者关于废除死刑或大幅度削减死刑以及非犯罪化、轻刑化的主张难以得到民众的认同，尽管他们的论证在理论上是那么地有力、在逻辑上是那么地雄辩。因为，按照社会学家迪尔凯姆^{〔9〕}的判断，这仅仅可能纯属逻辑上的必然性，与真正的自然规律的必然性毫无共同之处。真正的自然规律所表现的是真正使事实联系起来的关系，而不是按照人们的希望使事实联系起来的关系。^{〔10〕}实际上，人类行为的最终目的都绝不能通过理性来说明，而完全诉诸人类的情感和感情。^{〔11〕}当前我国正处于经济社会转型时期，利益分化颇为严重，社会矛盾纷纭复杂，治安形势相当紧张，犯罪态势日益严峻。因此，普通民众自然会对刑法充满着厚望与期待，而这种情感的自然流露便是通过严刑峻法来达到所谓的“辟以止辟、刑期无刑”的目的，而鲜有人去思考“法律的宽和化对于每个受到严酷法律制约的人都是有益的”^{〔12〕}这一命题所蕴含的刑法哲理。面对如此的社会治安态势，人们甚至宁愿牺牲一部分自由，

〔6〕 德国著名法学家拉德布鲁赫曾言：刑法不仅要面对犯罪人保护国家，也要面对国家保护犯罪人。参见〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，米健译，中国大百科全书出版社1997年版，第96页。

〔7〕 正是在此意义上，康德认为，一个臣民，即便他作为立法者之一制定了刑法，他也不认为他自己就是根据这项法律而受到惩罚的那个人，他忍受刑罚不是由于他愿意受刑罚，而毋宁是他肯定了一种应受刑法惩罚的行为。参见〔德〕康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第169页。

〔8〕 参见〔意〕贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第82页。

〔9〕 E. 迪尔凯姆 (Emile Durkheim, 1858—1917)，法国著名民族学家、社会学家、哲学家，法国社会学年刊学派创始人。主要著作有：《社会分工论》(1893)、《社会学方法的规则》(1895)、《自杀论》(1897)、《宗教生活的基本形式》(1912)等等，主编《社会学年刊》，在西方社会学与民族学界形成了有名的法国社会学派。关于其名字的中译版本有“迪尔凯姆”、“涂尔干”、“杜尔干”等多种，本文按照文中引用文本的中译进行引述。

〔10〕 参见〔法〕E. 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46页。

〔11〕 参见〔英〕休谟：《道德原则研究》，曾晓平译，商务印书馆2001年版，第145页。

〔12〕 前引〔8〕，贝卡里亚书，第82页。

也不愿意为自由支付一种无限高的代价，甚至不愿意支付非常高的价格。^[13] 其实，这一心理不但符合大众心理学的原理，也与以下朴实的经济学命题暗合，即眼前的利益（而不是更为长远的利益）才是最大的利益！因为与眼前的、时刻可能遭受的刑事侵害相比，罹患刑事法网的可能性毕竟离普通公民相距太远。

尽管如此，此次修正案还是对刑法分则多个个罪的死刑进行了削减（对我国现有刑法中的 68 个死刑罪名削减了 13 项，比率高达 19.1%），如对票据诈骗罪、信用证诈骗罪、传授犯罪方法罪以及对盗窃罪（盗窃金融机构和珍贵文物）等犯罪，均取消了死刑。这些罪名的死刑的取消，尽管有刑法修正案（八）（草案）之“说明”中所陈理由的考量，如一是有些罪名较少适用或基本未适用过，可以适当减少；二是根据我国现阶段经济社会发展实际，适当取消一些经济性非暴力犯罪的死刑，不会给我国社会稳定大局和治安形势带来负面影响等等。^[14] 但在笔者看来，这些修订不见得便是上述精致的精英意识的体现，其积极意义恐怕更重要的还在于它们较好地契合了广大民众的价值认同，以至于人们对于这些罪名的死刑配置之取消并无太多反感。细心的人可能会发现，在刑法第三章第五节的“金融诈骗罪”中，唯一保留了死刑的是集资诈骗罪。与其它金融犯罪相比，集资诈骗罪的最大不同在于其侵害对象的不同。前者更可能是金融机构，后者一般则是广大民众。法律对集资诈骗罪规设死刑，不仅仅意味着集资诈骗罪的社会危害性比其他金融犯罪更为严重，还可能在于以下功利方面的考虑：一是着重保护风险防范意识与防范能力远远不如金融机构的广大民众；二是向社会宣告，公民个人的财产所有权和国家、集体的财产所有权具有同等的甚至更加重要的法律地位。在以上两个方面中，第二个方面的意义是极为重要的。相信前几年发生在广东的许霆案在社会上引起的轩然大波还没有在人们的记忆中淡忘。为什么一向对犯罪人恨之入骨的国人竟然对许霆起了怜悯之心？为什么人们对作为被害人的银行反而表达出异常的反感情绪？为什么此时的社会正义感与法律正义发生了如此之悖离？这恐怕与民众对我国现行法律在产权保护上的不平等所存的反感有很大关系。令人欣慰的是，在这次的修正案中，我们看到了盗窃金融机构和盗窃珍贵文物犯罪的死刑的取消，这里边实际上包含着同样的逻辑：既然公民个人的财产所有权受宪法保护，则理当具有与集体和国家财产所有权在法律上的平等地位。因此，对于盗窃普通民众的财产没有配置死刑，又凭什么对盗窃金融机构（的财产）和盗窃珍贵文物配置死刑呢？凭什么国有财产和集体财产应当得到比公民个人财产更为严格和特别的保护呢？凭什么说盗窃金融机构（的财产）和盗窃珍贵文物行为在社会危害性方面要比其他方面的盗窃行为更为严重呢？

与以上罪名的死刑配置之取消相比，贪污贿赂犯罪方面是否可以取消死刑的讨论可谓相映成趣。尽管近年来许多学者从“等价报应论”、“死刑功能有限论”、“非必要性论”或结合国际人权公约标准对我国的死刑制度存废进行了充分的论证，并极力主张对经济犯罪应当废除死刑。但是此次修正案却没有将这些意见予以纳入，在某种意义上亦是对民意的尊重与认同，这当然不能让上述刑法改革者满意。不过，笔者认为，除了法律学视角，此处恐怕同样还需导入社会心理学的分析方法，注意个人与整体、理论与实践、理想与现实之间的张力与互动关系，然后方可对现行规范进行评判。随着我国经济的迅速发展和社会之急速转型，社会矛盾和社会问题也得到了进一步的累积，如贪渎横行，官商勾结，腐败成风，强者恒强，弱者愈弱，分配制度很不合理，贫富

[13] 参见 [美] 理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 473 页。情况似乎倒是相反：人们甚至愿意为糟糕的社会治安状况付出高昂的代价，哪怕是冤假错案！这也暗合了威廉·帕里的隐喻：“谁要为错误的刑罚而倒下了，便可视为对祖国的牺牲”。See *Moral and Political Philosophy, in the Works of William Paley*, London, vol. 3, new ed., 1838, p. 315.

[14] 参见《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）（草案）〉的说明》，2010 年 8 月 29 日。

分化十分严重。在这种结构化的社会中，民众的“仇富”、“仇官”心理也逐渐得到了结构化。自然地，人们对于落马的贪官污吏，不但不存在同情怜悯心理，反而拍手称快。因此，对于拟将贪污贿赂犯罪取消死刑的主张，民众自然持强烈的排斥态度。相反，人们认为对贪官判处死刑则是理所当然。近年来，基于有的地方对于贪污贿赂数额特别巨大的案件的犯罪人没有适用死刑的情况，民间便盛传着“窃钩者诛，窃国者侯”、“贪官的命越来越值钱”、“州官可以点火，百姓不能点灯”的黑色讽刺并表达出极大的抱怨情绪。从过去人们对盗窃犯判处死刑所表达的快感与现今对盗窃罪废除死刑的接受，再到人们对罪行严重的贪官不被判处死刑时对政府所表达出的埋怨与不解，亦可反映出人们对贪官的憎恨超过了过去对窃盗的反感。因此，对腐败犯罪适用死刑，缘由倒不一定如有的论者所说的“除了有侵犯财产的性质外，贪污贿赂罪还有损害国家公职人员职务行为廉洁性、公正性的成分，动摇公众对国家工作人员的信赖，甚至动摇我们的执政根基，因此，和市场交易中出现的经济犯罪相比，危害要大一些”等诸如此类似是而非的所谓报应论意义上的理由，而正是通过极刑来宣泄人们的这种嫉贪如仇的强烈情感。德国学者布鲁诺·赖德尔曾立足于死刑沿革的角度深刻地指出，要求死刑的呼声不是来自追求正义的欲望，而是来自要求发泄压抑的冲动的深层心理。^{〔15〕}其实，社会公众的这种心理现象不是精确的理性推导和周密的逻辑论证能够说明，毕竟法学不是数学。在此，人们也许更愿意相信“法自上而犯之”的朴素道理，或者更愿意将法律视为社会需要的仆从。^{〔16〕}因而其道理也并不令人费解：只要贪官们有理由利用人民赋予他们的权力腐化堕落、鱼肉百姓或为非作歹，人民就有理由运用刑法作为武器予以防卫，直至剥夺腐化者的生命。

也许正缘于此，才使得许多刑法改革者对此次修正案不甚满意，认为立法机关过多地迁就了不甚理智的民意，或者说民众的呼声过多地影响了立法者的理性分析与冷静判断。也有学者认为，藏纳在民众内心中的刑罚报应观念之所以如此根深蒂固，实际上与政治领导人在科学文明的法治理念的引导和倡扬上做得不够有极大关联。诚然，立法必须体现和尊重民意，罔顾公共意志的法律肯定难以取得良好的社会效果，而且，即便是不理性的民意，亦总是有其内在的原因或存在的合理性。当然我们也必须正视，作为以民愤、民意、舆论、正义感等表现出来的公共意旨，往往是交织着理智与情感、意识与潜意识、理性与非理性、正义与非正义的矛盾统一体，具有相当的情绪性、不可捉摸性，甚至可能陷入歇斯底里和集体无意识的状态。^{〔17〕}因此，正是在这个意义上说，对民意和舆论的正确引导与适当去魅是相当必要的，一味迁就情绪性的或不理性的民意，难免会在社会上形成一种极不正常的重刑文化，以致误导公众以为对犯罪施以严刑峻罚即等于正义得到实现，从而陷入恶恶相报万劫不复的恶性循环。因此，在法律难以收到一时之效或者不能即刻进行法制变革的情况下，政治领导人首先应承担起社会改革的责任，勇于反思社会结构中导致犯罪的深层矛盾与非理性的法律文化生成的各种机理与原因，而绝不应以国情民意为由来敷衍或搪塞利用社会改革推进法律变革之努力。对此，贝卡里亚早给世人警醒，人们只有在亲身体会到关系着生活和自由的最重要事物中已充满谬误之后，并在极度的灾难把他们折磨得筋疲力尽之后，才会下决心去纠正压迫他们的混乱状况，并承认最显而易见的真理。^{〔18〕}此次修正案在正式通过之前，立法机关将草案连同关于草案的“说明”公之于众，让民众畅所欲言，各抒己见，使来自社会各个方面的各种不同观点得到充分表达并能够相互激荡、彼此博弈、扬清激浊，

〔15〕 参见〔德〕布鲁诺·赖德尔：《死刑的文化史》，郭二民译，生活·读书·新知三联书店1992年版，第182页。

〔16〕 参见波斯纳语。See Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 159.

〔17〕 参见梁根林：《公众认同、政治抉择与死刑控制》，《法学研究》2004年第4期。

〔18〕 参见前引〔8〕，贝卡里亚书，第5页。

不能不说是民众刑法观念的一次良好的检测和冶铸，对民意在一定程度上的疏解与引导，以更好地重建社会转型时期比刑法修订本身甚至更为重要的基本共识。

三、功能期许与刑法修订

美国联邦法院大法官霍姆斯在其名著《普通法》中提出了一个精辟的论断：当复仇不再流行时，法律的其他目的（诸如震慑和赔偿）就会突显出来。^{〔19〕}经过启蒙浸淫之后的近现代刑法，尽管逐渐褪掉了远古时代报应刑法的复仇特色，但却披上了功利主义的外衣。总的说来，这次刑法修正案对功利主义（工具主义）价值取向的体现也是较为明显的。^{〔20〕}

与往常类似，此次修正案仍是寄予了刑法较强的功能期待——期待通过刑罚手段来降低犯罪率、改善社会治安状况。贝卡里亚认为，刑罚的目的仅仅在于，阻止罪犯再重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。^{〔21〕}贝氏之论断往往为后人所误读和扭曲，以为运用重刑即可收到一般预防之效。^{〔22〕}当然，这种重刑威吓论无论从我国的历史传统还是国民心理来考虑，确实不难找到其存在理由。从历史中，我们可以找到许多相关的文化理据；从心理学意义上说，对新风险比旧风险更加害怕实际上是符合理性的。因为改革现有重刑结构（而取轻刑）至少会涉及到新的风险（如减轻刑罚或废除死刑或许真有可能导致犯罪率上升），而当这一风险是新型的时候，其意义与变化均难以估计。^{〔23〕}因此，我们不难理解立法机关在削减死刑时所抱持的稳健与审慎，这种态度在刑法修正案（八）（草案）的“说明”中有清晰的体现：“根据我国现阶段经济社会发展实际，适当取消一些经济性非暴力犯罪的死刑，不会给我国社会稳定大局和治安形势带来负面影响”。很显然，这种理由完全契合以上思路：因为“不会给我国社会稳定大局和治安形势带来负面影响”（对新风险有较准确的估计），所以才考虑“适当取消一些经济性非暴力犯罪的死刑”。

此外，最能体现对本次修正案所被赋予功能期许的也许是修正案对黑社会性质组织犯罪所持的立场与态度。在修正案（八）（草案）的“说明”中，即有如下的鲜明宣示：“近年来，随着经济社会的发展，黑社会性质组织犯罪出现了一些新的情况，为维护社会治安秩序，保障人民利益，有必要进一步加大对黑社会性质组织犯罪的惩处力度，经与有关部门共同研究，建议对刑法作以下修改……”。此外，在对敲诈勒索罪、强迫交易罪、寻衅滋事罪等与黑社会性质组织犯罪的关联罪名的罪刑规范进行调整时，修正案（八）（草案）均分别有如下的理由说明，如认为敲诈勒索是黑社会性质组织经常采取的犯罪形式；对于强迫交易罪，由于以暴力或者暴力威胁等手段非法攫取经济利益，是当前黑社会性质组织犯罪的一种重要犯罪形式，严重侵害公民合法权益，破坏经济社会秩序，因此建议对其作出修改：一是将以暴力、威胁手段强迫他人参与或者退出投标、拍卖，强迫他人转让或者收购公司、企业的股份、债券或者其他资产，强迫他人进入、退出特定的经营领域行为具体列举增加规定为犯罪；二是将法定最高刑由3年有期徒刑提高到7年有期徒刑；由于寻衅滋事这类滋扰群众行为的个案难以构成重罪，即使被追究刑事责任，也关不了多长时间，抓了放，放了抓，社会不得安宁，群众没有安全感，因此建议调整其处罚力度；

〔19〕 参见前引〔13〕，波斯纳书，第21页。

〔20〕 实际上许多罪名的死刑不过是因为实践中较少适用或基本未适用才予以取消的，这正是典型的工具主义倾向。

〔21〕 参见前引〔8〕，贝卡里亚书，第42页。

〔22〕 请别忘记贝卡里亚理论的重心应在关于刑罚的限度上——刑罚不应超过保护集体利益之限度。同上书，第9页。

〔23〕 关于人们对新旧风险的评估与态度的进一步分析，详见 Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001, p. 127。

等等。在具体的罪刑配置方面，修正案基本全部沿袭了修正案（八）（草案）“说明”的一些思路：

第一，明确黑社会性质组织犯罪的特征，加大惩处力度。例如，对于组织、领导黑社会性质的组织的，将法定刑从3年以上10年以下有期徒刑提高至7年以上有期徒刑，且增设了并处没收财产的刑罚；对于积极参加的，则处3年以上7年以下有期徒刑，且可以并处罚金或者没收财产（参见修正案第43条）。

第二，调整敲诈勒索罪的入罪门槛，完善法定刑。敲诈勒索罪的构成条件由“数额较大”修改为“数额较大或者多次敲诈勒索”；将敲诈勒索罪的法定最高刑由10年有期徒刑提高到15年有期徒刑，并增加罚金刑（参见修正案第40条）。〔24〕

第三，修改强迫交易罪的规定，加大惩处力度。修正案对于“强买强卖商品的”、“强迫他人提供或者接受服务的”等五种情况加大了处罚力度（参见修正案第36条）。

第四，调整寻衅滋事罪的规定，从严惩处首要分子。修正案增加规定，对于纠集他人多次实施寻衅滋事行为，严重破坏社会秩序的，处5年以上10年以下有期徒刑，可以并处罚金（参见修正案第42条）。

第五，扩大了特殊累犯的范围，加大对恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪的惩处力度（参见修正案第7条）。

由此看来，无论在立法者还是在国人眼中，刑法的威慑功能仍具有重要地位。人们总是期望刑罚能够发挥无穷的威慑力，可以震慑所有潜在犯罪人不敢跨越雷池。尽管国内外许多实证研究表明，刑罚投入量与犯罪率的升降没有必然的正相关关系，国人仍是对重刑威慑论深信不疑。当然，话又说回来，由于在分析刑罚成本与犯罪率之间关系时，其中所涉变量颇多，如社会发展、经济水平、就业状况、实施犯罪的时空条件等等，因而在刑罚量与犯罪预防效果之间做出精确的量化分析和相关分析是很难的，特别是对于死刑案件，更是如此。〔25〕也许正因为如此，人们才更愿意相信自己的直觉——重刑总是有利于预防犯罪。

其实，对重刑威慑的功能期待也不仅仅基于人们的直觉，它还符合一定的经济学理性。例如，对发案率高的、最经常发生的犯罪配置较为严重的刑罚量，至少与贝卡里亚、布莱克斯东和边沁以来的法律经济学原理基本相符。根据这一理论，（潜在犯罪人）预期的惩罚成本应等于惩罚概率与惩罚严厉性之乘积。〔26〕由于发案率高的犯罪一般不大容易被发现或被查处（惩罚概率低），因而必须配置较为严厉的刑罚来增加潜在犯罪分子的预期惩罚成本，以实现预防犯罪的功能。不过，这种经济学理论里边实际也包含一个巨大的悖论，从而使得其并不“经济”，即如果对某一犯罪配置过重的刑罚，犯罪分子就会反过来利用刑法对自己的罪行进行规避，如通过多次犯罪（特别是犯重罪）来逃脱法律对其行为的制裁！〔27〕因为对于犯罪行为，刑罚手段总是具有局限性的。于是，贝卡里亚完全有理由担心，严峻的刑罚可能造成更为糟糕的局面，即罪犯所面临的恶果越大，也就越敢于规避刑罚。为了摆脱对一次罪行的刑罚，人们会犯下更多的罪行。〔28〕因此，重刑威慑论不但起不到预防犯罪的效果，反而可能导致一定犯罪率的上升。毋宁唯是，如

〔24〕 修正案（八）（草案）在“说明”中指出，敲诈勒索是黑社会性质组织经常采取的犯罪形式，因此建议加大其处罚力度。

〔25〕 如邱兴隆教授曾言，欲在死刑和某类犯罪发案率之间进行量化实证分析，基本成为不靠谱的虚妄。参见《传奇刑法学者见证：中国死刑变迁》，《新世纪周刊》2010年9月1日。

〔26〕 See Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001, p. 27.

〔27〕 如不法分子犯多个可处无期徒刑的罪行，数罪并罚之后其结果最多也只是无期徒刑。于是，不法分子至少有几个罪行似乎便逃脱了刑法的制裁。

〔28〕 参见前引〔8〕，贝卡里亚书，第43页。

果一味倚赖重刑，国家不愿意看到的更严重的情况甚至也可能发生：刑罚最残酷的国家和年代，往往就是行为最血腥、最不人道的国家和年代。因为支配立法者双手的残暴精神，恰恰也操纵着杀人者和刺客们的双手。^[29]

从某种意义上说，重刑威慑论者所极力推崇的死刑也面临一个巨大的悖论。若要发挥重刑威慑的功能，除了需要发挥立法方面的威慑外，司法阶段的威慑也是必不可少甚至更为重要的。对于死刑，道理相同。因此，若想发挥死刑的司法威慑功能，国家必须经常适用死刑，因而也就要求经常有罪该处死的重大犯罪的出现。但如果情况真是如此，死刑的威慑作用也就大打折扣了！也就是说，如果要想死刑有用，就应当是同时无用的！^[30]

这里暂时别开重刑对犯罪率到底是何种因果影响不说，也不探讨刑法改革者坚决反对重刑时所持的一些具有渲染性的大词，仅从上述重刑（或死刑）所具有的悖论角度来说，一味强调重刑威慑的观念当然并不值得推崇。因为对法律威慑进行评价不但要看其对行为的威慑效果，更要看政策的威慑效率。^[31]在农耕社会，古人便早有“民不畏死，奈何以死惧之”的告诫。况且随着社会情势的位移，政治经济的巨大转型，价值理念的多元分化，仅仅凭靠严刑峻罚的举措当然未必能真正根除那种类似冒险资本主义的癌症。^[32]刑罚的方式和手段总是有限的，而犯罪的原因、方式和类型却日新月异。因此，以有限的刑罚手段对付无限的犯罪，总会有捉襟见肘之虞。^[33]实际上，法律是调整社会关系的一种重要手段，但它不能调整所有的社会关系，更不能期望由刑法来解决所有社会问题，况且刑法还只是众多法律中的一个分支。对此，我们有必要反复强调，刑法与其他法律的重要区别在于其补充性与最后性。所谓补充性，就是说在违法行为发生后，如果能够由其他法律予以解决时，就没有必要动用刑法来进行调整；所谓最后性，也即是刑法所应具有的谦抑性或节俭性。如果说犯罪是各种危害社会行为中的一种最为严重的表现形式，那么，刑法不过是社会为了顾全自身的生存而进行防卫所能采取的最后手段，最后的手段只有在万不得已的情况下才能使用，否则不但起不到预期的效果，而且可能陷入计穷智竭之境。孟德斯鸠早就告诫人们，“如果在一个国家里，有什么不便的事情发生的话，一个暴戾的政府便想立即加以消弭。……但是因为政府的动力被用尽了，人们对严刑峻法在思想上也习惯了，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，政府不久便不得不事事都用严刑”。^[34]实际上，我国历史上的这种教训不少。例如从1979年刑法颁行后，面对社会治安形势之恶化与犯罪率的激增，国家采取了一波又一波的严打运动。然而，正如有的学者指出，在如是高成本的代价下换来的却不是人民所热望的路不拾遗、夜不闭户的太平盛世，而是犯罪量与刑罚量螺旋式的交替上升、刑罚投入几近极限而刑罚功能却急剧下降的罪刑结构性矛盾和刑法的基础性危机。^[35]因此，对刑法寄予必要的功能期待，当然是理性的表现，法律本身就应当具有其必要的功效理性。但是，在没能得到重刑对于预防与减少犯罪之间正相关的实证资料时，仅凭主观的过度期待当然难以收到“重典治世”之效，作为“最后手段”的刑法也会难堪其任，此即正所谓“希望之于虚妄，正与失望相同”。

[29] 参见前引〔8〕，贝卡里亚书，第43页。

[30] 同上书，第48页。

[31] 参见戴昕：《威慑补充与“赔偿减刑”》，《中国社会科学》2010年第3期。

[32] 参见季卫东：《法制的转轨》，浙江大学出版社2009年版，第138页。

[33] 德国著名刑法学家李斯特曾言：最好的社会政策是最好的刑事政策。

[34] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》上，商务印书馆1961年版，第85页。

[35] 参见前引〔17〕，梁根林文。

四、集体情感与道德承载

社会学家涂尔干从社会学的角度对犯罪进行了界定。他认为,社会成员平均具有的信仰和感情的总和,构成了他们自身明确的生活体系,这种生活体系便是集体意识或共同意识,而当一种行为触犯了强烈而又明确的集体意识时,这种行为就是犯罪了。^[36]根据涂尔干的理论,只要一种行为侵犯的集体意识或集体情感愈是强烈,这种犯罪行为就表现得越为严重。特别在对于一个道德同质性程度较高的共同体或社会中,这种犯罪的严重性就更为明显。相应地,人们对这种行为的谴责就愈加强烈。正是在此意义上,涂尔干得出结论认为,明确而又强烈的共同意识才是刑法的真正基础所在。^[37]

也许,从涂尔干所谓的社会学意义上说,亦使得此次修正案难以令很多人特别是令许多刑法改革者满意,认为这次修订过于迁就庸俗的民粹主义,仍然体现了较为强烈的重刑主义倾向,乃至未能体现和发挥政治领袖在引领道德方面的作用以至使修正案落后于我国现时的道德水准。但是,上述学者也许没有注意到笔者在上文曾经述及的一种社会文化现象,尽管随着我国社会的急速转型而在价值理念上越来越呈现出明显的多元化趋势,但在对其基本情感构成严重侵犯的犯罪这一问题上,人们还是具有较强的道德同质性的,也就是说,对于犯罪特别是严重的犯罪行为,人们基本具有同样的价值判断和心理反应。特别是我国目前大部分地区尚处于劳动分工程度还不高的传统社会,由于人们具有更多的共同经验和共享信念,社会对违法犯罪的谴责程度肯定会比一个道德多元化的自由社会更为严厉。如果要使人们对其深恶痛绝的犯罪能够在心理上予以一定程度的容忍或完全能够容忍,^[38]“就得让被损害的感情毫无例外地在所有人的意识中得到恢复,并有必要的力量来遏制相反的感情”。^[39]而且,值得注意的是,这种观点同样也得到了许多道德哲学家的首肯。如美国学者伯恩斯认为,对罪犯愤怒并公开地、正式地以适当方式表达这种愤怒,在道德上是正当的,而且同样出于这种愤怒,人们完全可以要求对严重的犯罪处以死刑。此外,他甚至认为,愤怒乃是唯有人类才具有的道德能力,人类之尊严亦由此而彰显;如果人类对诸如抢劫、谋杀等之类的犯罪行为甚至没有愤怒的表示,则意味着道德共同体不复存在,因此愤怒甚至是和人类的正义感相联系的。^[40]

此外,值得我们注意的是,即便从伦理学的角度出发,我们也不能把刑罚的德性(或道德性或文明性)与去死刑化和轻刑化简单划等号。著名道德哲学家休谟认为,国内法的目标是规定一切关于正义的问题,所有法学家的辩论、政治家的反思、历史和档案记载中的先例,全都会指向这一目的。^[41]尽管人们对于正义的内涵、标准与正义的实现方式有着不同理解,但是,无论如何,正义的德性基础均离不开其对于维护社会的必需性。^[42]于是,公共的效用因素自然便成为

[36] 参见 [法] 埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,生活·读书·新知三联书店 2000 年版,第 42 页以下。

[37] 同上书,第 113 页。

[38] 这里所说的“完全能够容忍”,即是指涂尔干所说的“犯罪行为不再发生”,因为这时这些所谓的犯罪行为根本就不被视为犯罪。按照他对犯罪的界定,一种行为不是因为它是犯罪才触犯了集体意识,而是因为它触犯了集体意识才是犯罪。也就是说,不是因为某种行为是犯罪才去谴责它,而是因为应受谴责时它才是犯罪。参见前引 [36],涂尔干书,第 44 页。

[39] 前引 [10],迪尔凯姆书,第 85 页。

[40] See Walter Burns, *The Morality of Anger, Punishment and Death Penalty*, ed. by Robert M. Baird, 1995, p. 151.

[41] 参见前引 [11],休谟书,第 138 页。

[42] 同上书,第 55 页。

了道德性的所有规定中最为重要的因素。^[43]在这个意义上说,只要人们认为死刑或重刑对于维护社会稳定和减少预防犯罪是有效的,^[44]只要社会的共识认为严刑峻法有利于社会正义的实现,就很难说它不是一种德性或道德的体现。当然,这种道德的真实性与美感到底如何,也许不能由我们当代人遽下结论,而最好按照波斯纳的说法,即由竞争性的斗争和时间的考验去决定。^[45]

其实,从历史来考察,刑罚的强度之趋轻实际上与道德之进化没有必然联系。而且,甚至恰恰相反,道德之进化可能带来刑罚的强度的增加。因为,如果说随着人类文明的进步,人们对惩罚所带来的痛苦日渐感到厌恶,但是,另一方面,同样的情感也可能支配着人们,那就是,野蛮的犯罪行为给人类带来的侵害也同样会激起人们的愤恨。而且,人们对罪犯的同情必然会少于对受害者的同情。因此,民德的完善必然会转化为刑罚的加重,至少对那些伤害他人的罪行如此。所以,我们也不难看到,公共意识昨天还漠不关心的欺诈行为和非法行为,今天却激起了公众意识的极大震惊和厌恶。^[46]实际上,真正能够让刑罚缓和的因素是对犯罪憎恨和愤慨和与之相反的对受惩罚的人在人们心中所唤起的怜悯感之间能够相容,使前者不再消解后者的力量,即一方面是对犯罪的愤恨与恼怒,另一方面是对罪犯的怜悯与同情。而且,在这对悖反变化中,罪犯甚至比受害者获得更多的好处。^[47]也许,道德进步与刑罚进化的真正标志正是对犯罪的严厉谴责与对罪犯的深表同情这对悖反的并行不悖。

明确以上关于法律与道德情感或德行伦理之关系后,我们就不难理解我国当下之集体意识在此次修正案中的体现了。在此次修正案中,既有令许多刑法改革家很不满意的工具主义体现,又有让许多其他学者大加赞赏的道德原则之表征。如修正案中“怜老恤幼”之传统道德原则的体现,说到底无非是社会公众对于老人和未成年人犯罪,能够从情感予以一定程度的接受和理解,对其予以从宽处罚不至于从情感上采取抵制态度。

死刑存废与限缩问题是近年来我国刑法学界探讨的热点和难点。尽管均有各自的充分的理由,但无论是死刑保留论者还是死刑限制或死刑废除论者,均未能从理论上彻底说服对方。自1997刑法以来,我国死刑方面立法基本未有过松动。此次刑法修正案,被社会各界喻为第一大亮点的是死刑的较大削减。除了在分论个罪方面做了大量削减之外,修正案还将年满75周岁的老年人与未成年人以及怀孕的妇女并论,做出了有条件免死的规定,^[48]这基本与目前的国际公约精神相契合。不过,这些规定与其说是追求与国际公约的接轨,倒不如说是社会集体意识向我国道德传统的复归;^[49]与其说是现代道德的体现,不如说是传统伦理的遗迹。因为在我国古代刑法中就不乏关于老年人犯罪从宽处罚和不适用死刑的规定。这次修改中,刑法照顾到了对老年人的特殊保护,从而继承和发扬了我国尊老爱幼的优良传统和儒家“仁义”的法律道德观。

对于怜幼方面的道德性规定,修正案在刑法原有规定基础上做了进一步规定,如规定对于犯罪的时候不满18周岁,被判处5年有期徒刑以下刑罚的,免除入伍、就业前的前科报告义务。

[43] 参见前引〔11〕,休谟书,第32页。

[44] 刑罚的有效性也是刑法改革者反复强调的观点,详见前引〔2〕,邢馨宇等文。但是,某一种刑罚手段对某些社会行为是否有效或其有效性到底如何,却不是一件容易测定的事,我国法学界对于这方面的实证研究较少,即便在西方许多学者的相关实证研究中,其结论往往并不一致,甚至常常得出相反的结果。因此,刑罚的有效性往往蜕变为一项主观测度的指标。

[45] 参见前引〔23〕,Posner书,第87页。

[46] 参见〔法〕E.涂尔干:《刑罚演化的两个规律》,载〔法〕涂尔干:《乱伦禁忌及其起源》,汲喆等译,上海人民出版社2003年版,第444页。

[47] 同上书,第462页。

[48] 使用特别残忍的手段致人死亡的除外。

[49] 其实中国法制国际化之最大困难可能就在于国际公约中许多规定与中国现时之道德观念与集体意识不大契合。

此外,修正案还规定,对犯罪时不满18周岁的人不作为累犯处理;对于不满18周岁的人,只要符合缓刑条件的,应当予以缓刑,等等。

五、结 语

综观社会各界对此次修正案的看法,尽管赞誉甚多,但来自各方面的置疑也不少。许多刑法改革家批判地认为,这次修正案过于迁就庸俗的民粹主义,也有学者指责修正案的出台过程甚至是借民意之名而行重刑主义之实,以致没有充分发挥乃至推卸了政治领袖的道德引领作用。对于这些理据,在某种意义上当然是可以理解的,因为此次修正案毕竟存在有待完善之处。对于民意,笔者在上文论及,它具有较强的非理性、不稳定性和不可捉摸性,因此一味迁就这种意义上的民意当然难以称之为理性或睿智;同样,对于社会的平均道德水准,也难以准确把握和揣摩,对于一定社会时期所表现出来的各种现象,不能说它即是该时期社会道德的体现。因为,一种行为表面上与道德相适应,并不意味着它已经就是道德的了。只有当它也内在地与道德相适应,当它出于对道德法则的尊重,即由于良知的缘故而出于义务感,它才是道德的。^[50]不过,刑法改革论者也需要明白以下道理:法律和道德当然会随着社会类型的变化而变化,而且即便是在同一个社会类型里,如果集体生存的条件发生了变化,法律和道德也可能发生变化。不过,这种变化只是一种可能性,并不是必然的。社会学家迪尔凯姆告诉我们,要使这种变化能够实现,作为道德基础的集体感情就不能抵制这种变化,从而只能克制自己。^[51]因此,这里似乎又陷入了一个逻辑上的循环:欲使道德观念进化,需要集体情感的不抵制;而要使集体感情不抵制法律与道德的进化,实际上依赖于整个社会的道德意识的发展与进化。按照迪尔凯姆的理论,欲使道德意识能够向前发展,就必须使个人的独创精神能够实现,而欲使这种精神得到实现,不但要让意欲超越自己时代的理性主义者的独创精神表现出来,而且也得让落后于自己时代的犯罪的独创精神能够实现。这两者相互依存,缺一不可。^[52]于是,我们可以得出结论说,只有对社会中的犯罪现象予以一定的理解与宽容时,方有可能引起整个社会的道德之进化。^[53]在一个对于违法与犯罪现象不甚宽容、刑法理念受不甚理性的公共意志支配的社会,重要的当然不是简单地逆时代潮流而动,违背公众意识强行修订法律,以自诩为理性的立法来为不理性的众意纠偏。政治领导人应担纲起重建社会心理和社会共识的任务,对民意进行正确的把握与引导,以及在引导不能时如何从法律外部寻找原因,对社会基本结构和大众心理基质进行某种合理的改革或改造,而不是一味倚仗手中的权力或过分倚赖刑罚手段。^[54]当然,刑法改革者也许更需要耐心,法律制度的变革往往发生社会变革和集体生存条件发生变化之后,这个过程注定将是一个“艰难困苦,玉汝于成”的漫长的蜕变过程。而且,这个蜕变过程也会相当复杂,以致不能仅仅通过某些简单的规范分析和逻辑论证所能解释。正是在此意义上,笔者才有理由对此次修正案乐观其成,因为修正案毕竟在一定程度上映射出了当今社会结构良性蜕变的一面,突出体现了“宽严相济”这一颇具时代特色的政策导向和价值指引,在刑罚配置原则方面不乏可圈可点之处,在注重“重其重者”的

[50] 参见前引〔6〕,拉德布鲁赫书,第5页。正是在此意义上,康德认为,只有当一种行为与伦理的法则一致时才是它的道德性。参见前引〔7〕,康德书,第14页。

[51] 参见前引〔10〕,迪尔凯姆书,第88页。

[52] 同上。

[53] 如果说犯罪是对现行道德的背离,则只有对之予以必要的理解与容忍时,方可导致道德的进步。涂尔干问到,“人们怎么能够不偏离道德而改变道德呢?”参见前引〔46〕,涂尔干书,第464页。

[54] 在权力集中的地方,刑罚也是更为严厉的。迪尔凯姆考察认为,刑罚的强度与权力的集中成正比关系。See Steven Lukes, *Emile Durkheim: His Wife and Work*, London: Allen Lane, the Penguin Press, 1973, p. 258.

同时，也没有忽视“轻其轻者”的积极意义，特别是在部分犯罪的死刑削减和轻刑化方面，迈出了重要的和历史性的步伐，这当然可能影响到今后我国刑事立法对旧有的惯性思维和僵化的指导思想纠偏，在某种程度上消解严刑峻罚的重刑主义观念和一味只是遵循做“加法”（犯罪化和重刑化）而不做“减法”（非犯罪化和轻刑化）的传统思路，即便在根据所谓社会形势之需要而增设新罪时，也不会动辄就对之配置死刑或其他重刑。因此，正是从这个意义上说，立法机关在此次刑法修订过程中亦兼及在引领我们现时代的新道德上颇下了工夫。

人们常说，政治是一门平衡与妥协的艺术。按照一般理论，如果把立法过程视为政治过程的话，则立法过程也是一门需要讲求平衡的艺术。此次刑法修正案中所蕴含的多重刑法理念，莫不体现出这种平衡术：它既要照顾到学界各种刑法改革的呼声以及刑罚轻缓化与人道化的国际潮流，又要兼顾现时的道德观念与公众集体情感，更要尊重民众的价值认同，并契合官方与民间对刑法的功能期待。因此，这就要求立法者具有灵巧的建筑师一般的智识与灵性，他的责任就在于纠正有害的偏重方向，使形成建筑物强度的那些方向完全协调一致。^{〔55〕}然而，艺术是一门实践理性，只有经过实践中不断地操练、试错和打磨方可逐渐完美最后臻于至善。在此次刑法修正案中，立法者对于这门平衡术掌握得如何，其美感到底怎样，看来最好留待修正案在接下来的法律实践中去检验。

Abstract: In general, the Eighth Amendment of the Criminal Law of China on the one hand made modifications for the purpose of decreasing and restricting the use of the death penalty, regulating the crime—penalty structure and adjusting the criminal penalty system, which has made the criminal law system and the crime—penalty regulation more reasonable in formality. Those modifications in some sense accord with the worldwide trend of moderate criminal penalty and the progress of the rule of law. On the other hand, the Amendment responds effectively both to the domestic situation and the voices of the general public in a transformed society. It also expresses the expectations of the authority and the mainstream public opinion for the functions that the criminal law serves, and reflects the social fundamental collective moral feelings. Therefore, the promulgation of the Amendment aroused the criticism from the academic society. They thought the criminal law should be more rational rather than simply follow the populism.

Practically speaking, a modern society with highly complexity puts heavier burden on the law. A so—called legal issue may not be a pure one, yet other aspects of the social life may be involved in it. And so does legislation. The reform on legal system always takes place after the changes of the society and the collective living conditions. Therefore, to have an overall picture of the Amendment, it is more effective to take a dimensional vision, not only from the legal and logical aspect, but also from legal sociology, social psychology, legal economics and other aspects. Thus, it is possible to have a constructive reading on the said Amendment and the ideology that governs the Criminal Law of China.

Key Words: amendment of the criminal law, public recognition, expectation for function, moral bearing of the law, dimensional vision

〔55〕 参见前引〔8〕，贝卡里亚书，第66页。