



中国刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2015年 第2卷 [总第28卷]

刑法评论

CHINESE CRIMINAL LAW REVIEW

赵秉志 主编

中国传统刑事政策思想与当代构建和谐社会研究 彭凤莲

刑法伦理化与和谐社会构建 曾粤兴

俄罗斯犯罪构成理论研究 庞冬梅

中国刑事政策评估的现状考察与模式定位 姜 瀛

论罪过情感 温建辉

反思《刑法修正案（九）》的罪与罚 李 勇

擅开民用航空器应急舱门案件定性研究 左坚卫 党 静

克雷格列表案与美国网络服务提供者的刑事责任 Shahrmad T. Radbod 著 涂龙科 杨新绿 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2015年 第2卷 [总第28卷]

刑法评论

赵秉志 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论 2015 年第 2 卷(总第 28 卷) / 赵秉志主编.
—北京:法律出版社,2016.5
ISBN 978-7-5118-9360-4

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—研究—丛刊
IV. ①D914.04-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 075805 号

刑法评论 2015 年第 2 卷(总第 28 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 23 字数 349 千

印次 2016 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9360-4

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

刑法评论

2015年第2卷（总第28卷）

顾问 高铭暄 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员（以姓氏音序为序）

陈泽宪 陈忠林 黄京平 贾宇 柯良栋
郎胜 李洁 梁根林 刘宪权 刘志伟
卢建平 梅传强 莫洪宪 齐文远 曲新久
张军 张明楷 朱孝清

主编 赵秉志

副主编 张军 陈泽宪 刘志伟（执行）

主编助理 刘科

编辑 刘科 郭理蓉（英文）

目录

刑事政策专题

中国传统刑事政策思想与当代构建和谐社会研究 / 彭凤莲	1
中国刑事政策评估的现状考察与模式定位 / 姜 瀛	14
我国反有组织犯罪刑事政策研究 / 蔡 军	27
反腐败刑事政策研究 ——基于实体与程序的一体化考察 / 罗 猛	43

理论探索

刑法伦理化与和谐社会构建 / 曾粤兴	62
俄罗斯犯罪构成理论研究 / 庞冬梅	79
刑法文化解释研究 / 徐光华	93
论罪过情感 / 温建辉	110
西方自由刑的历史演变及其规律 / 敦 宁	121
事后抢劫罪法条性质二分说的提倡与应用 / 周啸天	140

立法研究

反思《刑法修正案(九)》的罪与罚 / 李 勇	157
我国反腐败刑事立法最新修正的若干思考 ——以《刑法修正案(九)》有关规定为视角 / 彭新林 王 展	171

司法实务

擅开民用航空器应急舱门案件定性研究 / 左坚卫 党 静	179
非法吸收公众存款罪中存款人被害人身份质疑 / 李学良	191
外挂行为应构成破坏计算机信息系统罪 / 李耀宇	205

关于毒品犯罪《武汉会议纪要》的若干法律适用问题的探讨 / 王庆刚 215

域外法治

克雷格列表案与美国网络服务提供者的刑事责任 /
Shahrmad T. Radbod 著 涂龙科 杨新绿 译 224

全国刑法学术年会

2015 年全国刑法学术年会在保定成功举行 243
繁荣学术 促进法治
——中国刑法学研究会 2015 年年会开幕致辞 /
中国刑法学研究会会长 赵秉志教授 246
出席 2015 年全国刑法学术年会的领导致辞选登 260
聚焦当代中国刑法理论与实务热点问题
——中国刑法学研究会 2015 年学术年会综述 /
赵秉志 袁 彬 等 270

北京师范大学刑事法律科学研究院十周年院庆

“北师大刑科院建院十周年庆典”隆重举行 310
风雨兼程 跨越发展
——北师大刑科院十年发展巡礼 / 北师大刑科院院长
赵秉志教授 313
出席北师大刑科院建院十周年庆典的领导、学者和代表致辞选登 339

刑事政策专题

●中国传统刑事政策思想与当代 构建和谐社会研究^{*}

彭凤莲^{**}

分析浩瀚的法制史料,一方面可以清晰地看到历代刑律法典法令,另一方面则可以感受到丰富的刑事政策思想。发掘和探寻中国传统刑事政策思想,汲取其精华,对当代和谐社会的构建有重大借鉴意义。

一、中国传统刑事政策思想的理论渊源

中国传统刑事政策思想博大精深,得益于其理论渊源的多元性。儒家思想、法家思想、道家思想、墨家思想都是传统刑事政策思想的理论基础。

(一)儒家与中国传统刑事政策思想

儒学是指由孔子创立的后来逐步发展为以仁为核心的思想体系,也有人称之为儒教。^①自汉朝以来在绝大多数的历史时期均作为中国的官方思想。诸子百家中,儒家思想对传统刑事政策思想的形成影响最大,是其最重要的思想渊源。

1. 儒家的价值观念是传统刑事政策思想的基本价值取向

自西汉以后法典的制定即以儒家学说为基本的指导思想和理论基

^{*} 本文系作者博士后出站报告“中国传统刑事政策思想与当代构建和谐社会研究”中的精粹部分。

^{**} 安徽师范大学法学院院长、博士生导师、教授。

^① 例如,当代新儒家代表人物之一杜维明所撰写的一本专著的书名即是《儒教》(上海古籍出版社2008年版)。在书中写道:“儒教是一种世界观,一套社会伦理,一种政治的意识形态,一个学术传统,同时也是一种生活方式。”(第13页)

基础,故儒家思想就是中国古代法基本的价值观念,是传统刑事政策的基本价值取向。如德主刑辅、明刑弼教就是儒家思想的政策化体现。礼所体现的“尊尊亲亲”“贵贱有等,长幼有差,贫富轻重皆有称”^①的理想的社会和谐与公正的状态,合乎统治者要训导的人性,合乎社会长治久安的需要,因而为统治者所欣赏,成为中国传统刑事政策与法律的首要价值目标。此价值取向贯彻于立法政策和司法政策之中,贯穿于立法实践与司法实践之中。

2. 儒家法律思想上升为治国理政的刑事政策思想

在治国根本方针上,重德礼轻政刑。孔子提出以德政教化为主,以政令刑罚为辅的主张;荀子则率先提出“德礼政刑”相互为用;董仲舒进一步明确“德主刑辅”的理论;朱熹把“政刑”与“德礼”二者作为统一体来认识。^②德主刑辅理论自“罢黜百家,独尊儒术”之后,即成为历代封建王朝正统的基本刑事政策思想,指导着立法和司法活动。

在治国方策上,主张宽猛相济、刑罚世轻世重。“宽猛”作为治国的两手策略,最早由子产提出。孔子说:“政宽则民慢,慢则纠之以猛。猛则民残,残则施之以宽。宽以济猛,猛以济宽,政是以和。”^③此即被孔子提升的“宽猛相济”之说。源于《尚书·吕刑》中的“刑罚世轻世重”——根据社会具体情况决定刑罚的轻重,在“宽猛相济”之说的影响下成为古代社会的一项基本刑事政策思想。

在立法上,主张宽简。孟子反对严刑酷罚和滥杀无辜,认为“杀人以政”同“杀人以刃”没有差别,都是“率兽而食人。”^④朱熹主张立法疏略,只立个大的原则,以便让各级统治者根据具体情况自行处断:“古之立法,只是大纲,下之人得自为”^⑤反对法皆详密。

(二) 法家与传统刑事政策思想

法家是战国时期代表新兴地主阶级利益,主张“以法治国”的一个学派。它对法律的本质、法律的起源、法律的作用等方面提出了与儒家之

① 《荀子》。

② 《朱子语类》卷二十三。

③ 《左传·昭公》。

④ 《孟子·梁惠王上》。

⑤ 《朱子全书》卷六十三《治道一·总论》。

“礼”相对立的法律观。刑罚世轻世重、严以治吏等政策思想的形成,法家思想影响较大。

1. 权术势理论与刑罚世轻世重政策思想

“权、术、势,从过去到现在都紧紧地包裹着中国社会。”^①刑罚世轻世重最初虽不是法家所主张,但法家的“法势术”相结合的思想为刑罚世轻世重政策的运用提供了或隐或现的思想根基。法家已经认识到了法律的基础是社会,并随着社会的发展而发展、社会的变化而变化。“法与时转则治,治与世宜则有功。……时移而治不易者乱。”^②这实际上接触到了法的进化规律方面。

2. 严刑峻罚与重刑政策思想

法家主张事事皆断于法,并推崇严刑峻罚。商鞅指出:“重刑连其罪,则民不敢试。民不敢试,故无刑也。”^③韩非进一步阐释了重刑所具有的杀一儆百、维护社会秩序的一般预防作用。在法家看来,重刑并不只是针对某一罪犯,而是要威慑全体民众,达到法治的一个重要手段。此重刑思想,在某些朝代表现得非常突出,如朱元璋重典治吏即为典型。

(三) 道家与传统刑事政策思想

道家以道论法,认为道是法产生、制定、适用的终极依据。道家对后世立法宽简、天人合一、顺天行刑、良法之治等刑事政策的思想和实践,产生了深远的影响。

1. 道法自然与天人合一思想

“人法地,地法天,天法道,道法自然”是老子法律思想的核心,认为只有对事物采取“效法自然”“顺应自然”的态度,使事物都处于不受任何外力干涉和无束缚的自然和谐状态,才能达到顺应自然规律和时代潮流的目的。老子提倡的“道法自然”这一立法思想,要求人类立法应持“以人合天”的态度,强调人在立法中应该“依乎天理”“因其固然”去行事,要求尊重事物和社会的自然本性和规律,切不可因人的一时功利价值随意地去衡量一切,剪裁一切。

① 余秋雨:《千年文化》,中国盲文出版社2007年版,第28~29页。

② 《韩非子·心度》。

③ 《商君书·赏刑》。

4
刑法评论 2015年第2卷(总第28卷)

2. 道法传统与立法宽简政策思想

道法内容十分丰富,自立法角度言之,立法宽简是道法传统的重要内容之一。针对现实中的人定法,老子有过鄙视甚至抨击的言论,他对于礼治予以轻蔑的否定,对于法治更是激烈批判,“法令滋彰,盗贼多有”即是其逻辑之一。^① 老子认为最理想的法制就是不要去宰割人民,“大制不割”,立法要简约而不繁密。自汉至明清,立法宽简的刑事政策思想一致在缓缓流淌。^② 这表明道家的这一理论对后世产生了深远的影响。

3. 道法自然与顺天刑行思想

老子大力提倡“不仁、无私”的司法思想。庄子和老子一样,把“道”视为天地万物的本源和主宰。“天道”作为一种客观存在的自然法则,不仅是人们必须遵守的,而且是可以被人们所认识的。这对天人合一、顺天行刑政策思想的形成有奠基作用。此外,老庄对犯罪原因的认识对中国封建社会综合为治政策的形成也有促进作用。

(四) 墨家与传统刑事政策思想

墨家是战国初期以墨翟为创始人的一个学派,也是先秦最早起来反对儒家的一个学派。其“以天为法”等主张对顺天行刑、慎刑恤罚政策思想的形成也有一定影响。

1. 以天为法与顺天行刑刑事政策思想

墨家的法律观是以“兼相爱、交相利”为核心,并服务于他们的社会理想的。墨家所说的“法”是广义的,既包括法律、道德等行为规范,也包括规矩、准绳等度量衡。他们提出“以天为法”的目的,是想使“兼相爱、交相利”成为衡量一切是非、曲直、善恶、功过的统一的客观标准,如同规矩之于方圆一样,但客观上对顺天行刑思想也有助推作用。

2. 罪不在禁帷害无罪与慎刑恤罚刑事政策思想

墨家专论刑法的思想不多,但对于定罪量刑,特别是死刑,都主张慎重,也主张严格按照法律办事。一再强调“刑法正”,要求“不杀不辜,不失有罪”。《墨子·经上》说:“罪,犯禁也”,“罪不在禁,帷害无罪”。意即只要不犯禁令,即使行为具有社会危害性,也不构成犯罪。这就是今天我

① 《老子》第五十七章。

② 参见彭凤莲:《道法传统与立法宽简》,载《安徽师范大学学报》2008年第4期。

们所说的罪刑法定思想,也是墨家法律思想中最闪光最具现代性元素的内容,与刑法的谦抑精神相合。

但墨家思想一直没有占据中国古代社会的主流意识形态之位置,所以终究对中国传统刑事政策影响没有儒法道三家大。

二、中国传统刑事政策思想内容的分层

我国古代历朝统治者一直没有间断对犯罪及其防治问题的政策研究和政策实践,“刑”“政”“刑政”“策”“政策”等字眼常见于经史子集中。根据现代刑事政策原理,可以将传统刑事政策思想分成基本刑事政策思想、刑事立法政策思想、刑事司法政策思想以及针对特定主体的刑事政策思想。

(一)基本刑事政策思想

1. 天人合一

“天人合一”观念贯穿了整个中国古代社会。中国古代法生于“天人合一”的境界中,刑事立法和刑事司法无不浸染了“天人合一”的思想。“天人合一”说至少自先秦起就深深地影响着中国的法律,构成中华法系的实为我中华法系的基本精神和主要特色之一。在汉代,这一特点已显得比较明确。不仅董仲舒,其他理论家们也一致认为,统治者和制度必然要与宇宙秩序和谐,以求合乎正统。美国有学者指出:中国人认为,“对社会秩序的破坏,也就是对宇宙秩序的破坏。因为在他们看来,人类生活的社会环境与自然环境是一个不可分割的统一体。”“……有关法律的这一认识,只是中国古代的一个著名命题——天人合一——的一个方面。”^①与法律儒家化的过程同时,另有一个与之类似的法律“自然化”的过程,即法律与自然的变化相适应。这被看作“天人合一”在法律中的体现。不管是价值与理想的形上追求,还是法律制度的形下建构,天人合一思想对中国法的形成与发展、制定与运行都有深刻的影响。

2. 德主刑辅

“德主刑辅”自汉代开始就成为封建统治者推崇的一种治国模式,它

^① [美]D. 布迪、C. 莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社1995年版,第31页。

有两层含义:一是在治国方略上,它要求以道德教化为主,以法律制裁为辅;二是在法律领域内,它要求立法司法必须以儒家道德原则为指导,使法律的制定与运用均体现儒家的道德精神。

德主刑辅对古代立法的指导,突出地体现在法的具体规定上尽显伦理法的特征。第一,将儒家之礼法律化。譬如纲常之礼便是唐律最基本的内容。礼法冲突时,则明确地屈法以全礼如规定亲亲得相首匿、犯罪存留养亲。第二,不同的身份等级对应着不同的法律调整,此即立法等差。不同身份的主体实施同一种行为,对卑贱者可能是“罪”,对尊贵者可能是“非罪”。第三,对有关纲常伦理的犯罪行为,处以重刑。如唐律规定:“诸子孙违犯教令及奉养有缺者,徒二年。”从法律运行来看,“德主刑辅”的观念主宰了刑法运行的各个环节,“以礼入法”“执法原情”“守德即守法”是其基本表现。

3. 刑罚世轻世重

“刑罚世轻世重”,是指刑罚的轻重应当因时而宜、因地制宜、因罪而宜,这是符合司法规律的用刑之道。^① 纵观中国古代刑法史,“刑罚世轻世重”的思想,是历代王朝大都遵循的。凡立法、司法能“变化因时”,在治理国家上都或长或短地出现过所谓太平盛世。在国家分裂、社会动荡、战争频繁、政权对峙时期如战国、三国两晋南北朝、五代十国等“乱世”,统治者几乎无一例外地信奉治乱世用重典的原则。相反,如西汉、隋、唐初期的法律则体现了平世用“轻典”的特征。^② 但总体上受儒家中庸主义的影响,刑罚世轻世重一直都围绕着一个中心,即中国刑罚一直追求“刑罚中”。

(二) 刑事立法政策思想

1. 立法宽简

秦朝短命而亡,让人不得不反思秦朝法律密如凝脂的过失。汉承秦制,但一改秦律之繁密,崇尚简易。魏晋以后,立法尚简的思想得以进一步被强调。隋唐时期,法尚宽疏的思想得以巩固。隋文帝杨坚称帝后,定

^① 参见陈兴良:《“刑罚世轻世重”是符合司法规律的用刑之道》,载《检察日报》2008年5月15日。

^② 参见殷松华:《中国古代刑罚世轻世重制度的应用及其意义》,载《历史学习》2004年第2期。

下“刑网简要,疏而不失”的方针。唐初高祖李渊定下“务在宽简,取便于时”的原则,以指导修订《武德律》。《贞观政要·赦令》载:“条文法令,惟须简约,不可一罪作数种条。”立法宽简的思想纵贯由汉至清的法制历程,这是流淌不息的传统之一。但是在实践中,一个朝代的中后期往往法令会越来越多、越来越重,立法宽简并未得到严格执行。

2. 严以治吏

我国古代惩治贪污贿赂的法律规范相当完备,成为古代廉政法制的重要组成部分。立法宽简虽然是古代立法一贯的政策思想,但是对官吏而言,则立法周密,执法从严。主要表现在:

一是严惩贪贿犯罪。唐朝是我国封建法制建设的巅峰时期,惩贪肃贿的立法也达到了最成熟的阶段。《唐律》将非法侵占公私财物的犯罪明确规定为“六赃”:“一曰强盗;二曰窃盗;三曰受财枉法;四曰受财不枉法;五曰受所监临;六曰坐赃。”

二是严惩挪用公款公物犯罪。秦朝时就有挪用公共财物罪的规定如“毋擅假公器,诸擅假公器者有罪”,^①“或私用公车牛,其主车牛者及吏、官长皆有罪”。唐朝规定,“诸放散官物者,坐赃论;物在,还官;已散用者,勿征。”对挪用公共财物以贪污论,体现了从严惩贪的精神。

三是实行职务连带责任。官员对下属贪赃犯法的要负领导责任,对同级官吏违法而知情不举的也要负连带责任。如秦始皇三十四年规定:“吏见知不举,与同罪。”清朝时下属官员贪赃的,主管者应负领导责任。

四是治贪财与治贪色双管齐下。贪财贪色常常密切交织,且恶性互动。我国古代法规定宿娼罪、奸淫部属罪、对部属性骚扰或猥亵罪、向案件当事人求婚求爱或“性受贿罪”只以官吏为犯罪主体;凡百姓可以作为犯罪主体的性犯罪如通奸、强奸、强制猥亵等犯罪,官吏犯之,罪责更重,加等处罚。

(三) 刑事司法政策思想

1. 顺天行刑

这是古人自然观在法律上的反应,认为自然规律与人间法度相类相

^① 睡虎地秦墓竹简《睡虎地秦墓竹简》之《工律》,文物出版社1990年版。

通。刑杀是一种剥夺生命的行为,应与四季自然秩序相吻合,故此刑杀必于秋冬进行。“秋冬行刑”的刑事政策思想萌芽于奴隶社会的神权思想,是西周统治者“敬天保民”“以德配天”理论的产物。秋冬行刑的制度化、法律化,是在封建正统思想占据统治地位的西汉中期以后。其主要理论根据首推董仲舒的《春秋繁露》。西汉统治者为了巩固君权,正式将这一司法制度写入汉律,西汉至清,秋冬行刑制在历代律典中沿用不变。

2. 慎刑恤罚

慎刑是指要谨慎地运用刑罚,恤刑是指执行刑罚要存矜恤之心,主张刑罚为治理国家迫不得已的手段。该思想源远流长,在《尚书》中就有记载:“钦哉,钦哉,惟刑之恤哉!”皋陶认为“罪疑为轻,功疑为重;与其杀不辜,宁失不经;好生之德,洽于民心”。^①自汉代以后,就用法律明文规定了对判处徒刑以上案件的严格审理程序和上诉纠错程序如“乞鞫”和“录囚”等。唐代的“慎刑恤罚”思想得到了空前的发展,并成为唐初君臣的共识,唐律的刑罚原则、刑罚制度、刑罚适用大都体现了慎刑思想。《大明律》和《大清律例》,都继承了唐律的规定,严厉处罚司法官吏不遵守法定程序行刑或违反上报复核奏决行刑的行为。该思想自西周一直沿用到清末。

3. 慎用死刑

中国古代法制关于死刑的态度是:一方面,主张杀人者死,历朝统治者都通过大量设置死刑和规定种种不同的死刑执行方式体现出对死刑的依赖性;另一方面,受天谴报应、龙恩浩荡等观念的影响,慎用死刑又为历代统治者所惯用,并主要通过死刑复核制度、死刑复奏制度、死刑赦宥制度对死刑的实际适用予以控制。死刑复核是我国所特有的司法程序,从汉律就开始有死刑复核的一般规定,经隋唐形成定制,至明清成为“一代大典”,前后有二千多年的历史,^②是中华法系留给我们的珍贵历史遗产之一。死刑复奏则是指对死刑已定判的案件,要求在行刑之前又必须再次奏请皇帝进行核准,只有等待死刑复奏批准命令下达之后方可行决的

^① 《尚书·大禹谟》。

^② 参见蒋清华:《中国古代死刑制度概览》,载 flwh. znufe. edu. cn/article_show. asp? id = 2146 75K 2008 - 10 - 6。

一种死刑执行程序制度。中国古代赦宥制度在春秋以后,慢慢地发展成为复杂的制度体系,适应了中国古代社会死刑制度之威慑与仁政双重目的的需要。不同的“赦宥”在死刑适用上具体可以分为免、减、赎三类。通过这三种途径,中国古代死刑适用得到控制。

(四) 针对特定人的刑事政策思想

1. 矜老恤幼

在原始社会,“矜老恤幼”是作为一种道德观念而存在,而最早在法律中明文规定矜老恤幼的是西周刑法。自从西周规定有“三宥三赦”之后,历朝都有“老小废疾者”减免刑责的规定。这种礼与法的融合,较为周全地考虑到中国社会的传统和普通民众的心理,也为封建统治者戴上了矜老恤幼的仁慈面孔。然而一旦统治受到威胁,这种仁义就会荡然无存。这在谋反、谋逆罪上表现得最为明显即在谋反、谋逆罪上,不存在完全不负刑事责任的人。

2. 亲亲相隐

中国的亲属容隐观念和制度萌芽,应上溯至春秋时期,但最早将容隐政策法律化的是秦律。此后历经汉初至南北朝、隋唐至清末变法以前,该制度一直留存,并由卑亲属隐匿尊亲属的单项隐匿制,逐渐发展为尊卑亲属之间的相互隐匿的双向隐匿制。秦朝不许告发父母或证实父母有罪,片面强调子女对父母的隐匿义务;父为子隐尚未法律化;视告父母为不道德行为甚至轻罪;尚未允许隐匿父母以外的其他亲属。汉初至南北朝,实体上尊长为卑幼隐罪初见端倪,程序上反对强迫亲属互证有罪。隋唐至清末变法前,由亲亲相隐发展到了同居相隐;而且谋叛以上国事重罪不得相隐的规定,从法律上矫正了容隐对国家根本利益的危害;确定了尊长为卑幼隐罪的权利甚至义务,双向隐匿制正式确立。

三、中国传统刑事政策思想的现代借鉴

传统刑事政策思想对当代构建和谐社会、贯彻落实依法治国方略具有借鉴意义。

(一) 传统基本刑事政策思想的现代借鉴

1. 天人合一:人与自然和谐的终极追问

中国古代的天人合一,既有上天与皇帝的精神感应,也有人与自然界

的和谐统一。其现代价值就在于人类与自然界的和谐统一。今天必须彻底去掉“天”的双重性中的主宰、命定的内容和含义,而应该以马克思讲的“自然的人化”为根本基础。“人与自然”不再是对峙、冲突的关系,而更应是和睦合一的关系;人既是自然的一个部分,却又是自然的光环和荣耀,是它的真正的规律性和目的性。人与自然的关系是今天全球社会所要重新审视和解决的问题,而显然只有在马克思主义实践哲学的基础上才可能得到真正的解答。^①而这,恰好就是“天人合一”的问题,是这个古老命题所具有的现代意义。

2. 德主刑辅:构建和谐社会的基本政策

和谐社会,至少应该是刑事犯罪的严重程度不足以对公民的生命财产构成严重威胁的社会。将犯罪控制在不对社会构成严重威胁的范围内,既是构建和谐社会的重要目标,同时也是构建和谐社会的必要途径。总结历史经验,“德主刑辅”既是构建和谐社会基本的社会政策,也是构建和谐社会基本的刑事政策。作为基本刑事政策,德主刑辅与现代刑法的谦抑精神相吻合。在构建和谐社会的背景下,我们来谈“德主刑辅”是我们基本的刑事政策,意味着在如何治理犯罪这个问题上,我们必须坚持以“为政以德”为基本方针;必须坚持以广大民众所认同的方式来解决作为犯罪根源的各种社会问题为主,以对犯罪的处罚、制裁为辅。^②

3. 刑罚世轻世重:构建和谐社会刑罚趋缓的准据

刑罚世轻世重是一个流动性和相对性的概念,充分显现了中华民族灵活应变的智慧。刑罚是轻还是重,与国家的政体、制度、政治实践有最密切的关联。在当前构建社会主义和谐社会的政治实践中,根据刑罚世轻世重的思想,正确贯彻执行宽严相济的刑事政策,使我国刑事立法和司法整体上呈现出刑罚宽缓化的趋势。现在,我们要以增强群众安全感、促进社会和谐稳定为出发点,准确把握宽严相济的刑事政策。政法机关要根据社会治安形势的变化,做到“该宽则宽,当严则严,宽严相济,罚当其罪”。要统一刑罚宽严的适用标准,以取得最好的法律效果和社会效果,

^① 参见李泽厚:《中国古代思想史论》,天津社会科学院出版社2003年版,第304~305页。

^② 参见陈忠林:《“德主刑辅”构建和谐社会》,载《法学杂志》2007年第1期。

充分发挥中国特色社会主义司法制度的优越性。这既是赋予马克思主义法律思想以民族性的一个典范,^①也是对中国传统智慧的吸收。

(二) 传统刑事立法政策思想的现代借鉴

1. 立法宽简:构建和谐社会的立法取向

历史经验表明,一个王朝在建立之初大都能遵从立法宽简的政策,但从王朝的中后期开始,法网便渐变渐密,刑罚渐变渐重。而无一例外的是,立法的膨胀,刑罚的趋重,并没能解决政治危机、社会危机,反而加速了王朝的覆灭。这一点应该引起我们的警惕。1979年新中国第一部刑法典基本上发扬了立法宽疏的传统精神,但是很快被24部单行刑法肢解得支离破碎,新罪名不断增加,刑罚不断加重,并基本上被1997年刑法典所吸收。随着社会的发展,治安形势的变化,我国刑法罪名不断增加、刑罚不断加重的做法有其一定的现实合理性,但也并不是无反思之处。私见以为,立法宽简是构建和谐社会的立法取向和指导思想。

2. 严以治吏:吏清政廉是和谐社会的保障

新中国成立以来,严以治吏的政策思想并未改变。20世纪50年代初刘青山、张子善被依法处以死刑,今日尚常被提及。20世纪80年代以来,高官落马者逐渐增多。历史留给我们的殷鉴是:贪腐常常是贪财与贪色两不分离,因此应在治理贪色上下工夫,贪财贪色同时治理,把反腐败推向深入。在我国现行刑法中,没有官吏性骚扰或猥亵之罪名,只有一般的强制猥亵之罪名。官吏滥用权势猥亵部属,无罪无罚,仅有党纪处分。《刑法修正案(七)草案》用了一个新鲜词语——“关系密切的人”,其含义是仅指情人,还是包括情人在内的范围更广的人?尚不明确,而且也不是针对性贿赂规定的,而是针对扩大受贿罪主体范围而设立的。当下应亟须完善贪污贿赂犯罪体系与刑罚体系。

(三) 传统司法政策思想的现代借鉴

1. 慎刑恤罚:构建和谐社会的民权关怀

慎刑恤罚首先得以立法的谦抑为前提,但是借鉴传统慎刑恤刑政策,改变重刑倾向,同样是当下司法的一个重要课题。一是进一步限制死刑

^① 参见付子堂:《马克思主义法律思想中国化的三条经验》,载《人民日报》2008年7月23日第15版。