

刑罚的分配正义与刑罚 制度体系化

彭文华*

摘要 现代分配正义的核心在于合理分配社会制度与公民权利充分实现。应得惩罚的自由观通过社会制度来分配正义,树立权力与权利、权利与义务之间衡平的理念。刑罚分配正义的基本原则包括平等原则、平衡原则和参与原则。刑罚配置、刑罚裁量与刑罚执行阶段各有不同的分配基础和要求。刑罚配置阶段应立足于刑罚一体化及刑罚权行使与当事人权利保护之衡平,对刑罚制度作出总体布局 and 具体安排。刑罚裁量制度要兼顾实体与程序,围绕公正量刑与保护参与主体权利进行分配和构建。刑罚执行的目标是刑罚效果最佳化,围绕刑罚效果与罪犯回归社会进行制度分配和构建。我国刑罚制度的改革与完善主要包括:完善刑罚体系和结构、个罪之刑罚配置和当事人权利保护制度;设立专门的量刑改革机构、量刑区分责任刑与预防刑、实行定量与自由裁量并合以及完善量刑的程序规则;设立统一刑罚执行制度、确立社区刑罚执行制度、健全刑罚执行程序规则和建立行刑评估制度。

关键词 分配正义 应得惩罚 刑罚配置 刑罚裁量 刑罚执行

我国现行刑罚制度基本框架是 1979 年刑法确立的,受当时历史条件、立法背景等影响,具有鲜明的工具主义倾向。“对于刑罚概念的界定、刑罚目的的看法等,都带有比较突出的‘工具主义’倾向,重视和强调刑罚的阶级属性。”〔1〕20 世纪八十年代中后期以来,随着改革开放的推进,刑罚适用问题不断显现,2010 年后成为刑法修改和理论研究的焦点之一。“随着我国大

* 上海政法学院刑事司法学院教授。本文系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。

〔1〕 赵秉志主编:《刑法学总论研究述评(1978-2008)》,北京师范大学出版社 2009 年版,第 465 页。

陆刑罚功能不足与刑法效益欠佳问题的日益凸显,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。”〔2〕例如,2010年8月23日,《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉(草案)的说明》明确提出立法修改任务之一是“调整刑罚结构”。2020年7月1日生效的《中华人民共和国社区矫正法》(以下简称《社区矫正法》),是我国在社区刑罚执行制度改革上取得的重大成果。

不过,纵观40多年来刑罚制度的发展演变,无论是立法机关还是学界,关注的重点往往是刑罚结构的调整、刑罚种类的增减、法定刑的轻重等微观问题。“对现行刑罚体系的完善就主要表现为促进刑种、刑序、配刑的合理性。”〔3〕这种个别化、局部性的修改,难以从根本上改变我国刑罚制度的权力导向与工具化特征。这表明,尽管立法机关一直以来对刑罚制度之革新不遗余力,但刑罚工具主义倾向之主导地位依旧没有彻底改观。只有立足于刑罚制度体系化,从宏观、整体的角度审视刑罚制度,才能从根本上解决刑罚工具主义与刑罚适用中出现的诸多问题。易言之,传统的刑罚及其制度已经难以适应现实需要,体系化才是构建刑罚及其制度的根本出路。

刑罚制度体系化是刑罚一体化的必然结果,其核心在于充分考虑不同刑罚种类和刑罚制度之间的均衡与统一,协调不同的刑罚参与主体的关系,纠正刑罚工具主义倾向,以期实现刑罚正义和促进刑罚效果最佳化。当然,并非任何形式的刑罚正义都能实现刑罚效果最佳化。在正义的诸类型中,结果正义耳闻能详。结果正义秉承以犯罪及其危害后果作为刑罚正当化依据的传统,在刑罚制度构建上以权力导向为特征,重视对罪犯的制裁,对受害者以及社会需求不太关注。“传统刑法不关心受害者的需要,而只注重对罪犯的制裁。”〔4〕追求结果正义依赖于刑罚权的积极介入,刑事立法、司法等往往具有主动性、封闭性特征,便于发挥工具主义的刑罚功能,但在回应当事人权利和需要上相对被动。与结果正义不同,建立在现代分配理论基础上的分配正义注重社会成员权益和需要,强调权力与权利的合理分配,试图通过社会合作与社会制度分配来实现刑罚正义,有利于贯彻刑罚目的主义和实现刑罚效果最佳化。本文以刑罚分配正义论为理论依据,立足于刑罚制度体系化,围绕着权力运行与人权保障、权利保护与义务分担之衡平,拟对不同阶段的刑罚制度的分配及其改革与完善加以深入分析,以期深化学界对刑罚论的研究。

〔2〕 梁根林:“刑罚体系结构优化的两个维度”,载赵秉志主编:《刑罚体系结构的改革与完善》,北京师范大学出版社2012年版,第13页。

〔3〕 黄晓亮:“论完善我国现行刑罚体系的原则与思路”,《当代法学》2010年第1期,第100页。

〔4〕 Helmut Kury, “Harsh Punishment or Alternatives: Which Is the Better Crime-Prevention”, *Juridica International*, Vol. 25, 2017, p. 97.

一、分配正义、应得惩罚与刑罚制度改革

分配正义在不同时期具有不同内含,反映在刑罚上亦体现不同的刑罚目的观。根据不同的应得惩罚类型,刑罚根据有所不同。刑罚分配正义论和阶段分配理论,为我国刑罚制度改革指明了方向并提供了方法论。

(一)分配正义视野下的刑罚观

亚里士多德是最早对正义进行系统阐述的学者。他认为正义的分配取决于美德。“所有人都承认正义的分配在某种程度上是由美德决定的,只是对美德的理解不同而已……”〔5〕亚里士多德的分配正义观虽与法律无涉,却对之产生巨大影响。康德就认为,“分配正义包括法院在特定案件中适用法律,在这个意义上,分配正义的存在体现了有政府和生活在自然状态之间的区别。”〔6〕康德崇尚道德自治下的行为理性说及刑罚报应观,其所谓的分配正义属于结果正义的范畴。边沁主张罪刑相称,并就刑罚与犯罪之间的均衡分配提出了多达13项规则,对其功能和意义也进行了分别阐述。〔7〕边沁提倡功利主义,且未给道德等留下余地,其所谓的刑罚正义属于矫正正义的范畴。

罗尔斯对分配正义与刑罚的关系作了较为全面的阐述。他认为,“责任原则并非建立在报应或谴责的观念上……除非公民能知道何为法律,并得到公平的机会去思考法律所规定的指令,否则不应对他们实行刑事制裁。”〔8〕由此,他强调通过社会合作来实现正义。“政治正义的首要主题是社会基本结构,它被理解为随着时间的推移将社会主要机构凝聚成一个统一的社会合作体系。”〔9〕而社会合作的成效有赖于社会制度的构建,故刑罚正义的实现取决于以社会结构、社会合作为基础的基本刑罚制度分配。诺齐克则认为正义主要是公民权利的实现,而非政府的制度分配,因而主张以“持有正义”替代“分配正义”。“持有正义理论的一般轮廓是,如果一个人通过正义原则或针对非正义的矫正原则(如第一原则所规定的)有权取得和转让,那么他的持有就是正义的。如果每个人的持有都是正义的,那么持有的总量(分配)就是正

〔5〕 Aristotle, *The Nicomachean Ethics*, translated by David Ross, New York: Oxford University press, 2009, p. 85.

〔6〕 Samuel Fleischacker, *A Short History of Distributive Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 69.

〔7〕 See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kitchener: Batoche Books, 2000, p. 142.

〔8〕 John Rawls, *A Theory of Justice (Revised Edition)*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 212.

〔9〕 John Rawls, *Political Liberalism (Expanded Edition)*, New York: Columbia University Press, 2005, p. 468.

义的。”^{〔10〕}诺齐克的分配理论之核心,在于弱化国家权能以维护公民权利,这与强调人权保障的现代法治精神是相契合的。

罗尔斯的分配正义论的主要问题在于否认道德的价值,认为正义“差别原则”不要求利益的分配必须符合道德价值和道德应得。^{〔11〕}诺齐克极力弱化权力与制度的作用,对以国家权力为后盾的刑罚而言并不合适。尽管存在分歧,但罗尔斯与诺齐克对分配正义的理解却非完全对立。罗尔斯在回应诺齐克的自由主义权利观时,就提到权利原则与其最初所提倡的社会基本制度分配并不存在矛盾。“权利观念与原初立场的理念是一致的,因此即使它可以在其他理由上得到证明,它也不会与这一基本概念相冲突。”^{〔12〕}罗尔斯与诺齐克的分配正义论摆脱了以权力为导向的结果正义或矫正正义的束缚,其所侧重的社会合作、社会制度分配以及权利保护,成为现代分配正义论的基石。

(二) 应得惩罚及其类型

分配正义之核心在于“应得”。在经济学领域,“应得”主要指应当享有之利益。在法学领域,“应得”既可以用来指应得权利,也可以用来指基于责任和义务而产生的惩罚。对于刑法而言,所谓“应得”当然是指违反义务性规范或禁止性规范而应得之惩罚,主要为刑罚。应得惩罚可分为两种类型:一是基于平等价值的应得惩罚;二是基于自由价值的应得惩罚。

根据应得惩罚的平等观,刑罚主要根据犯罪人的能力、需要、等级、社会规则、法定福利等平等分配。“平等是一种正义,它根据个体承担责任的能力分配负担,并根据个人的需要给予不同额度的支持,这种正义被称为‘分配正义’。”^{〔13〕}刑罚与一个人的生存状况密切相关。所谓平等,主要是“资格”或者说“资质”上的平等,这就不难理解康德所谓的报应取决于个人的理性和自由意志。根据应得惩罚的自由观,刑罚主要是根据犯罪人的功绩、能力、成就、美德、贡献、社会结构以及社会合作等,这使得刑罚与个人行为自由直接攸关。所谓自由主要是看个人所作所为,而不是由他的生存状态或者“资格”“资质”等决定的。如前所述,罗尔斯根据社会结构、社会合作等进行分配,正是基于行为自由使然,而分配社会基本制度是为了对影响行为的诸要素进行理性、规范的指导。

应得惩罚的平等观试图将惩罚建立在自然状态下,易导致对结果正义或矫正正义的推崇,并滋生直觉论、工具论和经验论,这是报应主义和功利主义所推崇的。对于报应主义而言,直

〔10〕 Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, 1999, p. 153.

〔11〕 Wojciech Sadurski, “Distributive Justice and The Theory of Punishment”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 5, No. 1, 1985, p. 52.

〔12〕 Elisha A. Pazner, “Entitlement Principles and the Original Position: A Rawlsian Interpretation of Nozick’s Approach to Distributive Justice”, *Arizona Law Review*, Vol. 19, No. 1, 1977, p. 179.

〔13〕 Anton-Hermann Chroust and David L. Osborn, “Aristotle’s conception of justice”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 17, No. 2, 1942, p. 136.

觉论给刑罚注入了道德因素,工具论则为刑罚刻下了报应的烙印,其优点在于惩罚的直观性和现实性。对于功利主义来说,经验论迎合了人之趋利避害的本能需求,为寻求罪刑之间内在协调奠定了基础,其优点在于能满足人们对效能与功用的追求。不过,当犯罪人、被害人或者社会成员不愿接受纯粹的惩罚时,犯罪人难以对自己的错误行为赎罪,人们也难以原谅犯罪人,这将给罪犯回归社会造成障碍,是为报应主义之不足。以一种相对抽象、绝对的标准去解释人的犯罪动机,衡量、限定犯罪行为,乃功利主义之问题。报应主义和功利主义所谓的道德错误与人的快乐和痛苦等,不可避免地具有社会直觉所蕴含的抽象性与模糊性,给刑罚制度的构建带来挑战。

以个人行为自由、社会合作、制度构建以及权利保护等为基础,应得惩罚的自由观树立了权力与权利、权利与义务衡平的理念,其目标在于追求利益的合理分配。“刑法的分配理论认为,犯罪分子应当受到惩罚,不是因为他有罪(他可能没有打算伤害),也不是因为惩罚增加了社会安全(经验上可能没有),而是因为惩罚能适当地在犯罪分子和被害人之间分配快乐和痛苦。”^[14]应得惩罚的自由观并不局限于客观罪责,而是寻求对罪犯、被害人等给予相对恰当、合理的惩罚性分配,这是崇尚结果正义的报应主义所不具备的。而功利主义自带抽象与模糊的光环,这使得其所追求的矫正正义有些空洞,只有与分配正义相结合,才能为功利主义所倚重的实证性功利和目的提供可靠的掌控。^[15]总之,较之应得惩罚的平等观,应得惩罚的自由观更全面、更合理。

(三) 刑罚制度改革的基本理路和方法

近年来,我国进行了一系列的刑罚制度改革。继最高人民法院实行量刑规范化改革后,《深化改革决定》对减刑、假释以及刑罚执行等改革作出明确规定。这些改革有的经过试点已在全国全面展开,成效虽说显著,但问题也客观存在。^[16]同时,刑法立法对刑罚问题也越发关注,如刑法修正案对个罪刑罚之修改就呈逐渐增多态势。^[17]只是这种修改给人总体感觉是个别化、碎片化。如何使刑罚制度之改革与完善彰显体系化,是需要深入探讨的问题。

[14] Aya Gruber, “A Distributive Theory of Criminal Law”, *William and Mary Law Review*, Vol. 52, No. 1, 2010, p. 5.

[15] See Marc Loth, “Corrective and Distributive Justice in Tort Law: On the Restoration of Autonomy and a Minimal Level of Protection of the Victim”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 22, No. 6, 2015, p. 811.

[16] 以量刑规范化改革为例,有学者指出相关规定及制度配置并不周全,存在诸多需完善之处。参见彭文华:“美国联邦量刑指南的历史、现状与量刑改革新动向”,《比较法研究》2015年第6期,第104—110页。

[17] 例如,刑法修正案所涉法定刑修改及犯罪处罚措施的内容,呈逐步增长态势。《刑法修正案(一)》《刑法修正案(三)》等各有1个条(款)涉及犯罪法律后果的修改,《刑法修正案(六)》有4个条(款)涉及犯罪法律后果的修改,《刑法修正案(九)》有18个条(款)涉及犯罪法律后果修改,《刑法修正案(十一)》则有15个条(款)涉及犯罪法律后果修改。这还不包括废除死刑以及规定从重处罚等内容。

以分配正义为核心的现代分配理论,奉行应得惩罚的自由理念,为我国刑罚制度体系化确立了哲理基础。分配正义论强调社会合作与社会制度分配,侧重公民权利保护,两者相辅相成、协调统一,为我国刑罚制度改革指明了方向。基于应得惩罚的自由观,刑罚权运用要适应对向性要求并给予积极回应,旨在实现刑罚权主体与刑罚权受体的双向互动,在行使权力时必须对权利保护予以全面考虑,以实现权力运行与人权保障、权利保护与义务分担的平衡,体现整体合意下的分配正义。

鉴于刑罚实现过程复杂,如何贯彻分配正义是个难题。在这方面,阶段分配理论提供了参考。以亚里士多德为代表的先哲们,很早就认识到根据政治共同体性质揭示的分配标准,可能间接反映生活的各个阶段,部分反映社会发展的基本阶段,并据此提出在确定每个生活阶段的社会意义的基础上,尝试创建直接建立在生活中不同阶段上的制度分配标准。^[18] 德国学者迈耶以刑罚阶段为基础,提出了“阶段分配理论”。“这种理论从他所主张的批判相对主义的立场出发,认为刑罚分为三个阶段,即刑的规定、刑的量定和行刑,与此三阶段相对应,分别具有报应、法的维持和目的刑的意义。”^[19] 不过,迈耶的三阶段之报应、法的维持和目的刑,依旧没有脱离结果正义或矫正正义的窠臼。在笔者看来,将刑罚实现过程分为不同阶段,在方法论上是可行的。通过确定不同阶段的制度分配基础和要求来实现刑罚的分配正义,在某种程度上也是由刑罚过程的特殊性决定的,因为刑罚及其分配正义本来就不应注重以形式的、抽象的正义为导向进行哲理论证。

如果说制度体系化视野下的刑罚分配正义是就刑罚过程而言的,那么在刑罚过程被划分为刑罚配置、刑罚裁量和刑罚执行三个不同阶段后,不同刑罚阶段的阶段性正义,即刑罚配置的分配正义、刑罚裁量的分配正义和刑罚执行的分配正义之有机统一,就能体现刑罚的分配正义。由于每个阶段的参与主体以及具体内容有所不同,因而实现分配正义的基础和要求亦存在不同。

“分配正义是所有其他正义的基础。”^[20] 分配正义为刑罚制度改革确立了结构性分配的目标,特别是对权利保护与义务分担的重视,使刑事制裁参与主体获得平等机会,并为当事人和社会公众参与刑罚过程提供了保障,理所当然成为实现刑罚正义的基础。基于实现分配正义之需要,在方法论上以阶段分配理论为基础,通过对刑罚分配制度的基本原则、不同阶段刑罚制度分配基础与要求加以分析、研究,就能为刑罚制度的体系化提出合理建言,并为我国刑

[18] See Richard O. Brooks, “The Refurbishing: Reflections upon Law and Justice among the Stages of Life”, *Buffalo Law Review*, Vol. 54, No. 3, 2006, pp. 666—667.

[19] 马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第17—18页。

[20] Shamsul Arif Makhdoomi, “Jurisprudential Aspects of Distributive Justice”, *Indian Journal of Law and Public Policy*, Vol. 1, No. 1, 2014—2015, p. 43.

罚制度改革确定具体方向和目标。

二、刑罚分配正义的基本原则

刑罚分配正义的基本原则是指导和制约刑罚配置、刑罚裁量和刑罚执行的根本准则。它是分配正义在刑罚运用中的具体化,对实现刑罚分配正义具有重要的理论价值和现实意义。刑罚分配正义的基本原则主要有三:平等原则、平衡原则与参与原则。

(一)平等原则

在我国刑法中,平等原则主要体现为第4条规定的刑法面前人人平等原则,该原则揭示的是刑法适用平等。其中的“平等”是狭义的,并未揭示“平等”所蕴含的衡量尺度多元化、选择空间多样化与人际之差异化等特征。崇尚结果正义的报应主义强调结果平等,具有明显的形式化特征。侧重矫正正义的功利主义追求“最大多数人的最大幸福”,其平等观在性质上属于效用平等,难以兼顾不同主体的利益和需求,潜藏着侵犯人权的现实风险。现代分配理论注重的是机会平等、权利平等。罗尔斯就将机会平等作为分配正义的首要原则,认为如果机会平等即便存在不平等也是公正的。“当事各方将同意,只有当它们满足公平机会平等的原则(原则2B),并使最不利的人获得最大利益(原则2A或差别原则)时,不平等才是公平的。”^[21]机会平等突出结构性正义的分配原则,对实现刑罚正当化具有重要指导意义。^[22]如刑事辩护制度等,就是为了赋予被告人平等表达的机会。与罗尔斯不同,诺齐克则大力提倡权利平等。由于权利的获得和转让具有客观化、现实化特征,因而诺齐克反对根据抽象的分配原则来实现分配正义。诺齐克的权利平等观较为激进,但对实现刑罚正义具有重要的指导意义。如被害人权利救济制度等,从某种意义上可以看做是权利平等的体现。

(二)平衡原则

关于刑罚目的,与报应主义和功利主义不同,综合主义融结果正义与矫正正义于一体,体现一定的分配正义特征。不过,从分配正义的角度来看,制裁、预防以及防卫社会等,并非刑罚目的之全部,“惩罚的目的在于恢复利益和负担的平衡”。^[23]因为,如何恢复被犯罪破坏的社

[21] Miriam Bankovsky, *Perfecting Justice in Rawls, Habermas and Honneth*, London-New York: Continuum International Publishing Group, 2012, p. 54.

[22] 机会平等中的“机会”是广义的,除司法机关外,应当及于犯罪人、被害人以及社会公众。对于犯罪人来说,机会平等要求国家及其司法机关不但要给予犯罪人平等适用刑法的机会(义务性机会),还要给予其平等享有权利的机会(权利性机会);对于被害人而言,机会平等意味着国家及其司法机关要给予其参与诉讼和获得权利保护的平等机会;立足于社会公众的角度,机会平等揭示了他们依法享有平等参与审判活动(审判公开)的机会。

[23] See Wojciech Sadurski, *supra* note 11, p. 53.

会关系和社会秩序,才是解决问题的核心所在,这离不开参与主体的权利与义务的平衡。因此,刑罚正义的实现不仅体现在惩恶扬善、威慑改造乃至剥夺功能上,还应立足于权利与义务的平衡,以求实现整体社会的和谐度与满意度。“正义的作用在于通过各部分的差异,将社会的不同基调融合成一个令人满意的整体。”〔24〕

自亚里士多德以来,平衡或利益协调一直是实现正义的主旋律。犯罪人为了实现“特定利益”,破坏社会共同体成员之间权利、义务与自由的总体平衡。刑法的目的在于运用刑罚制裁犯罪人,恢复社会成员之间权利与义务的平衡。“由于自然的、共同的利益和诉求的联系,社会生活中存在着一些不可避免的冲突,解决这些冲突有赖于分配正义理论支配下的相称与平衡。”〔25〕对于刑罚制裁来说,平衡亦有其规范基础。在部门法中,刑法的道德伦理基础源远流长。国家需要接受道德批判,在考虑责任论以及刑罚界限的时候,伦理性问题具有特别重要的意义。〔26〕刑罚之所以能产生特别的“污名化”标签,其背后乃刑法规范之伦理谴责与道德评价使然。“站在规范的立场,道德之于责任是有特定意义的。”〔27〕可见,刑罚制裁与权益保护的平衡,是刑法规范的内在要求。根据平衡原则,刑法之任务不在于设置何种刑罚制度,而在于所设置的刑罚制度及其内容能实现权利保护与义务分担之平衡。

(三)参与原则

参与原则主要是从程序上保障正义的实现。程序正义历来被认为是一种强大力量,它直击一个组织被认为具有合法性的核心。对于刑罚正义而言,参与原则发挥不可替代的作用,因为它从程序上保障机会、权利等之平等。“平等自由的原则,当适用于宪法规定的政治程序时,我将称之为(平等)参与的原则。”〔28〕在现代社会中,分配正义要求平等地分配利益或负担,包括参与权分配、权利和义务的分配以及法律制度分配等,在任何情况下正义都要求公平分配。〔29〕之所以需要保障公民参与权,是因为公民参与能够实现有效监督,防止权力滥用。“分配正义需要平等的政治参与和一般监督,因为一般决策中的参与和监督角色缺乏公民参与,可能会增加统治者和剥夺夺多人基本权利的罪犯滥用权力的风险。”〔30〕保障公民参与权还是刑事治理现代化的需要。因为国家(政府)的作用注定是有限的,必须拓宽社会公众参与

〔24〕 See Shamsul Arif Makhdoomi, supra note 20, p. 37.

〔25〕 Hassan Khosravi and Mojtaba Babaei, “Distributive Justice and the Fundamental Human Rights (Focusing on Rights to Healthy Environment)”, *Journal of Politics and Law*, Vol. 9, No. 7, 2016, p. 44.

〔26〕 参见(日)曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第32页。

〔27〕 彭文华:“哈利维的人工智能犯罪观及其启示”,《上海政法学院学报(法治论丛)》2019年第4期,第88页。

〔28〕 See John Rawls, supra note 8, p. 194.

〔29〕 See Shamsul Arif Makhdoomi, supra note 20, p. 37.

〔30〕 See Hassan Khosravi and Mojtaba Babaei, supra note 25, p. 46.

刑事治理的渠道和机制,积极调动社会多元主体参与刑事治理。^[31]

公民参与权可以体现为参与受援、参与活动等。如《美国年龄法案》就规定,“任何人不得因年龄而被排除在任何接受联邦财政援助的项目或活动之外,不得在享受任何福利或在任何项目或活动中受到歧视”。^[32] 刑事审判中当事人或社会公众的参与权,对实现程序正义至关重要。如我国《刑事诉讼法》第11条规定,“人民法院审判案件,除本法另有规定的以外,一律公开进行。”就刑罚过程而言,刑罚裁量和刑罚执行中的减刑、假释等,均涉及程序规制与当事人参与问题。刑罚裁量过程中的程序规制,是实现量刑公正不可或缺的组成部分。良好的程序规则是实现量刑公正的基础,也是减刑、假释等刑罚执行制度维系公正的保障。不过,如果分配正义与惩教取向不相联系,就可能降低程序正义的影响力,因而分配正义和程序正义的效果需要根据情况而定,即因不同类型的惩教而异。^[33] 因此,刑罚裁量中的程序规制与刑罚执行中的程序规制应当有所不同,不能相互替代或者厚此薄彼。

三、刑罚制度的分配基础和要求

立足于刑罚的分配正义,不同阶段的刑罚制度有不同的分配基础。“如果有一个连贯的、有原则的、透明的再分配基础,那么分配正义看起来就不那么可疑了。”^[34] 刑罚制度的分配要求则是实现分配正义的保障,旨在维护参与主体之权利与义务之衡平与机会平等。

(一) 刑罚制度的分配基础

1. 刑罚配置的分配基础

刑罚配置是指国家立法机关根据一定的原则和标准,为犯罪分配法定刑及相关刑罚制度,确定具体犯罪处遇之法律根据和标准的立法活动。刑罚配置是立法权在刑法中的重要表现形式。立足于分配正义,在刑罚配置阶段既要为刑罚制度作出总体布局,又要对具体刑罚制度加以合理设计,还要衡平刑罚权的正当行使与犯罪人、被害人等的权利保护,这便是刑罚的立法化。由于立法者在规范犯罪行为及其处罚时,只了解一般意义上的类型化行为及行为人,不清

[31] 高铭喧、傅跃建:“新时代刑事治理现代化研究”,《上海政法学院学报(法治论丛)》2020年第4期,第10页。

[32] Govind Persad, “Evaluating the Legality of Age-Based Criteria in Health Care: From Nondiscrimination and Discretion to Distributive Justice”, *Boston College Law Review*, Vol. 60, No. 3, 2019, pp. 897-898.

[33] See Eric G. Lambert, Nancy L. Hogan, Shannon M. Barton-Bellessa, “The Association between Perceptions of Distributive Justice and Procedural Justice with Support of Treatment and Support of Punishment among Correctional Staff”, *Journal of Offender Rehabilitation*, Vol. 50, No. 4, 2011, p. 213.

[34] Katy Barnett, “Distributive Justice and Proprietary Remedies over Bribes”, *Legal Studies*, Vol. 35, No. 2, 2015, p. 322.

楚具体的犯罪行为及个别化的行为人,因而立法在配置刑罚时只能根据一般犯罪人的罪责进行规范,以便为司法及执法预留相应空间。同时,刑罚不仅仅是为了惩罚,根据功利主义的目的观,刑罚还具有预防犯罪的功能,故而刑罚配置不得不考虑国家的功利需要。因此,立法在配刑时,首先要以罪责和功利需要为基础分配刑罚制度。

立足于罪责很容易促成快意追责,乃至忽视犯罪人权利。将权利侵犯上升到对国家秩序破坏上的预防主义目的观,也往往因重视国家功利需要而忽视人权保障与权利保护。根据现代分配理论,刑罚正义的实现有赖于权力与权益、权利与义务之平衡,其终极目标在于通过在犯罪人、被害人与社会公众之间适当分配权利与义务,以维系其间的平衡状态,使社会关系和社会秩序恢复常态。这种平衡的维系相对而言侧重权利保护,要求公权力有限介入。权利与义务平衡的要求,与惩罚犯罪、增进社会安全应该是有机统一的,关键在于如何在制度上对它们加以合理分配。因此,立法在配置刑罚时,还必须以当事人的权利与义务平衡为基础进行相关制度的构建。“‘权利与义务的平衡’的概念为惩罚的正当性提供了一个可辩护的道德原则。”^[35]

2. 刑罚裁量的分配基础

刑罚裁量又称量刑,是指司法机关根据刑法规定的裁量情节和规则,对犯罪人裁量决定是否判处刑罚、判处何种刑罚以及判处多重刑罚的活动。立足于分配正义,刑罚裁量需要以公正量刑为核心,围绕着司法权的合理运用以及参与主体的权利保护,在实体与程序上进行一体化制度设计和分配。根据罪刑法定原则的要求,刑罚裁量需要以刑罚规范为依据。同时,由于刑罚裁量介入了具体犯罪人和犯罪事实,司法机关对具体的犯罪行为及个别化的行为人有充分的认识和了解,故而不可避免地需要对具体犯罪事实及所裁量的刑罚加以价值判断。因此,刑罚裁量不像刑罚配置那样关注一般意义上的罪刑关系,而是要对罪刑作出具体评价,是为刑罚的司法化。因此,刑罚裁量的分配基础首先是具体犯罪事实和法律。

根据分配正义理论,量刑主要围绕着惩罚、需求与平等展开。这里的“惩罚”乃指与犯罪相当的、本应获得的刑罚,与分配正义之“应得惩罚”不同。“需求”则基于功利目的,于犯罪事实之外考虑的各种因素,如自首、立功、坦白等裁量情节。“平等”意味着刑罚裁量现实化并非关注个案本身,还要考虑个案之间的均衡与协调。“公平的刑罚不是意味着与犯罪相适应的刑罚,而是根据一个犯罪者与另一个犯罪者之间的罪责比较关系、相对于某一者对另一者所做出的惩罚。”^[36]如果说惩罚和需求约束个案的刑罚裁量,那么平等则制衡个案之间的刑罚裁量。量刑时,由于司法机关居主导地位,为了衡平司法自由裁量权,需要一定的规则约束。因此,程序规则亦为刑罚裁量的分配基础。通过程序规则,能更深入地探求刑事司法活动的内在机理,

[35] See Wojciech Sadurski, *supra* note 11, p. 47.

[36] (德)拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第164页。

为刑罚裁量提供更客观的评价标准。“人们既关心处理结果是否正义(分配正义),也关心做出这种处理结果的程序是否正义(程序正义)的问题。人们关注程序正义这一问题,这对他们是否满意案件的处理结果具有独立的影响作用。”^[37]

3. 刑罚执行的分配基础

刑罚执行解决的是对具体犯罪适用的刑罚如何执行以及怎样实现刑罚目的。刑罚执行是刑罚配置与刑罚裁量的现实化,是实现刑罚正义的保证。基于分配正义理论,刑罚执行制度应以刑罚效果的最佳化与罪犯回归社会为核心,进行一体化的分配和设置。刑罚执行时,执行者了解犯罪人的过去无权评价,但他知道犯罪人面对刑罚会具体做出何种反应和表现,能对犯罪人的再犯危险性以及刑罚效果做出客观评价。由此可见,刑罚执行的分配基础是犯罪人的执行表现。那么,如何理性评价犯罪人的执行表现呢?对此,刑罚报应主义通常以犯罪者接受应有的刑罚制裁为标志,如是否认真遵守监规、接受教育改造等。刑罚功利主义以改造犯罪人和潜在犯罪人的危险人格为核心,如是否确有悔改表现和再犯罪危险等。现代刑法分配理论则强调各项权利和义务付诸执行,恢复被犯罪所破坏的社会关系和社会秩序。

对于被害人而言,惩罚犯罪虽可平复其报复欲,但为惩罚所遮蔽的失落感也会增加他们的不满。“传统刑法不关注被害人的需要,只关注对罪犯的制裁。鉴于此,许多受害者对刑事程序的结果感到不满也就不足为奇了。”^[38]对于犯罪人回归社会而言,受害者的不满会强化对犯罪人的憎恨,这会加大后者回归社会的难度。对于社会大众而言,犯罪人的罪行及危险人格往往容易被放大,从而产生标签化排斥反应。正因如此,现代分配理论才强调犯罪人的刑罚执行表现要满足被害人以及社会大众需求。只有满足被害人需要及将罪犯改造成具有责任感的公民,重建被害人及社会对罪犯的信任,才是恢复社会秩序的最佳路径。“如果一种应得惩罚后果在所有方面都被认为比另一种应得惩罚后果好,那么国家就有更多理由将前者而不是后者强加于犯罪者。”^[39]

(二) 刑罚制度的分配要求

刑罚制度的分配要求需要遵循刑罚分配的基本原则,并充分考虑不同阶段刑罚分配基础。根据现代刑罚分配理念,如何以权利与义务平衡为核心,完善既往的刑罚制度,同时补足人权保障和权利保护的制度配置,成为刑罚制度分配要求的重要内容。

1. 刑罚配置的分配要求

刑罚配置的总体分配要求是,立足于刑罚一体化,围绕着国家刑罚权的行使与当事人权益

[37] (美)汤姆·R. 泰勒:《人们为什么遵守法律》,黄永译,中国法制出版社2015年版,第8页。

[38] See Helmut Kury, *supra* note 4, p. 97.

[39] Jim Staihar, “Efficiency, Enforcement, and Punishment”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, Vol. 31, No. 2, 2017, p. 342.

保护之衡平展开,并对刑罚裁量、刑罚执行以及刑罚消灭等加以整体性制度分配和设置。

(1)刑罚体系与结构的要求。合理的刑罚体系与结构是实现刑罚分配正义的前提。协调有序的刑罚结构发挥的功能大于孤立的刑罚方法各自功能之和,混乱无序刑罚结构则可能产生相反效果,使刑罚功能相互抵消。^[40] 刑罚体系和结构需要与时俱进。当赖以构建的基础发生变化,原本的刑罚体系和结构亦应作出相应调整。我国现行刑罚体系和结构是刑法颁行时确立的,1997年刑法修订时被保留,其显著特点是重刑结构突出。“我国当前的刑罚结构是以死刑和监禁刑为主导的,因而毫无疑问属于重刑结构。”^[41] 近年来,预备行为实行化、中立帮助行为正犯化以及犯罪圈的不断扩张等,导致我国刑法的入罪门槛明显下沉。^[42] 同时,经济犯罪、科技犯罪等也逐渐替代传统犯罪,成为犯罪体系中的主体。在此情形下,原本主要用于传统犯罪的重刑体系和结构难以适应现实需要。

(2)罪刑配置的要求。罪刑配置的适当性包括罪刑配置相当性与罪刑配置协调性,是罪责刑相适应的必然要求。前者是针对具体个罪的,后者是针对不同犯罪的。一般来说,罪刑配置受诸多因素影响,包括行为性质、侵犯法益、行为方式、对象以及后果等。例如,犯罪对公共安全和福祉的破坏性越严重,犯罪的诱因越大,所配刑罚就应越重。反之,所配刑罚就越轻。如果个罪之罪刑配置不得当,或者不同犯罪之间的罪刑分配严重失衡,都将导致重罪轻罚或者轻罪重罚,背离刑罚正义。罪刑配置的适当性还应包括罪刑之流变性。犯罪与刑罚是事实为基础的价值判断,一旦人们的判断标准发生变化,就会影响其价值评价。因此,如果对犯罪的评价标准发生变化,而刑罚保持不变,也会影响刑罚配置的适当性。

(3)当事人权利可救济性的要求。当事人权利保护是刑罚正义的重要内容。“当今时代,刑事分配主义的兴起与政治和私法的分配紧缩是同步的。那些谴责大政府、福利和颂扬个人责任美德的政策制定者,发起立法创建庞大的治理结构,力图在参与刑事交易的个人之间实现分配平衡。”^[43] 惩罚犯罪时要重视当事人的权利和需要,使参与各方的利益和诉求得到满足。在我国,传统的权力导向容易使当事人的权利和需求相对弱化,故强化权利保护是大势所趋。然而,我国刑法在当事人权利保护方面是相对滞后的。例如,在刑罚制度的配置上,国际上普遍认可的行刑时效制度、前科消灭制度等,在刑法中就阙如。同时,刑法对被害人的权利保护也显薄弱。例如,保护被害人权利的三大救济机制,即被害人赔偿机制、被害人补偿机制与被害人救助机制,至今未能确立。此外,保护犯罪人与被害人的参与权也有所不够。2020年,两

[40] 参见梁根林:《刑罚结构论》,北京大学出版社1998年版,第14页。

[41] 陈兴良:“刑事政策视野中的刑罚结构调整”,《法学研究》1998年第6期,第51页。

[42] 参见孙万怀:“违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评”,《政治与法律》2016年第3期,第11—12页。

[43] See Aya Gruber, *supra* note 14, p. 72.

高三部颁布了《关于规范量刑程序若干问题的意见》(以下简称《量刑程序意见》)虽然强化了刑事当事人的参与权,但总体上依旧存在诸多不足。

2. 刑罚裁量的分配要求

刑罚裁量具有较强的专业性、技术性,是最复杂的司法活动之一。刑罚裁量既要区分不同的量刑情节,又要加以个别化分析和判断。同时,由于属于司法活动,因而刑罚裁量需要衡平实体正义与程序正义。

(1) 责任刑与预防刑分配的要求。责任刑与预防刑的分配,主要表现为量刑要充分体现责任刑之限与预防刑之度。一般认为,量刑应当以责任刑为上限,预防刑不能向上突破责任刑,即“司法上绝对不能将预防需要作为加重配刑的根据”,^[44]其目的在于保障人权。以责任刑为刑罚上限,与诺齐克主张的自由主义的正义观相契合。根据诺齐克的正义历史原则,应立足于过去的环境或人们过去的行为,确定犯罪人应得的惩罚。“正义的权利原则主张我们所勾勒的是正义的历史原则。”^[45]量刑的责任刑之限,基本上得到了学界的认可。“刑罚在根本上是必须有目的的,但是,它也应受到报应理论之意义上的罪责原则的限制。”^[46]以责任刑作为刑罚上限,意味着其乃刑罚裁量的前提和基础,而预防刑则是刑罚裁量的目标和归宿。

(2) 量化与司法自由裁量权分配的要求。刑罚裁量的量化往往通过形式规则和直观感知就能推理、判断,所强调的是形式正义。形式化定量有时难以有效实现刑罚目的。“刑事制裁的生硬性使得刑事司法具有内在的粗暴性,与有目的之法秩序精神格格不入。”^[47]形式规制还无法有效反映与刑事量刑等问题有利害关系的多样化声音,除非各界关键的利益相关者能作为代表参与规则和标准的制定、执行和适用。^[48]司法自由裁量权一般通过理性感知和实质推理进行价值判断,强调的是实质正义。司法自由裁量权能弥补量化之不足,故有必要将之赋予检察官、法官。“所有参与者,特别是检察官和法官,也必须有勇气赋予他们量刑的自由裁量权。”^[49]为避免司法自由裁量权滥用,需要确立一定的规则 and 标准加以约束。可见,定量与自由裁量并非相互排斥,而是相互制约、相辅相成,关键在于如何衡平。

(3) 量刑程序规则的要求。程序规则是实现量刑公正的有力保障,也是许多国家规制司法

[44] 邱兴隆:“配刑原则统一论”,《中国社会科学》1999年第6期,第144页。

[45] See Robert Nozick, *supra* note 10, p. 155.

[46] (德)金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版),蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第27页。

[47] Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York: Octagon Books, 1978, p. 89.

[48] See Russell D. Covey, “Rules, Standards, Sentencing, and the Nature of Law”, *California Law Review*, Vol. 104, No. 2, 2016, p. 496.

[49] Stefan R. Underhill, “Everyday Sentencing Reform”, *University of Missouri-Kansas City Law Review*, Vol. 87, No. 1, 2018, p. 170.

自由裁量权的成功经验。科学、合理的程序规则,对实现量刑公正至关重要。《依法治国决定》就规定:“坚持以事实为根据、以法律为准绳,健全事实认定符合客观真相、办案结果符合实体公正、办案过程符合程序公正的法律制度。”《量刑程序意见》也规定检察机关可以提出量刑建议,当事人可以提出量刑意见,量刑辩论活动需要按一定顺序进行,人民法院在刑事裁判文书中应当说明量刑理由,等等。

3. 刑罚执行的分配要求

以罪犯的执行表现和效果为基础,立足于回归社会之需,同时结合我国现状,刑罚执行的分配要求主要表现在三方面:一是对行刑权的分配要求;二是对行刑方式的分配要求;三是对行刑程序制度化的分配要求。

(1) 行刑权的分配要求。刑罚执行权不统一,会导致诸多流弊,如多头共管、刑罚执行碎片化与分散化等,严重影响执行效果。自改革开放以来,我国刑罚执行体制经过了一系列改革,总体表现为弱化公安机关在其中的主导作用,赋予司法行政机关更多的执行权限。但是,目前我国行刑权多元化现象依然较为突出,有的行刑权由特定机关执行明显不合理。例如,根据刑法规定,减刑、假释等由执行机关向中级人民法院提出减刑、假释建议书,由人民法院审理确定,对罪犯了如指掌的执行机关只能提出建议书,这显然混淆司法机关与执行机关的权责。正因如此,《依法治国决定》明确规定,“完善刑罚执行制度,统一刑罚执行体制”。统一刑罚执行体制的核心,在于行刑权的一元化。

(2) 行刑方式的分配要求。行刑是重新实现并建立犯罪人与受害人及社会信任关系,使被犯罪人所破坏的社会关系得以恢复,这有赖于执行方式的能动化。执行方式的能动化不囿于犯罪行为本身,而是以人际关系为导向促使犯罪人回归社会。以人际关系为导向的执行方式,因主体不同而有所不同。对于被害人而言,惩罚、赔偿与和解则等是恢复社会信任的有效方法;对于犯罪人而言,恢复其对社会的信任主要取决于判决效果,以及刑罚执行条件等。^[50] 社区执行是被实践证明了的、能实现刑罚效果最佳化的方式。一方面,“对社区来说,其为恢复信任提供了参与解决问题的前景,以实现安全和解决持续不断的冲突的目标”。^[51] 另一方面,社区刑罚能“针对性地开展对罪犯的教育矫正及适应性帮扶,为有利于其适应社会和成为守法公民创造条件”。^[52] 此外,社区服刑能减少“交叉感染”和罪犯从监禁状态进入社区后的

[50] See Lisa Kerr, “Sentencing Ashley Smith: How Prison Conditions Relate to the Aims of Punishment”, *Canadian Journal of Law and Society*, Vol. 32, No. 2, 2017, p. 206.

[51] Ross London, *Crime, Punishment, and Restorative Justice: From the Margins to the Mainstream*, Boulder, Colorado: First Forum Press, 2011, p. 320.

[52] 刘强:“论社区矫正的社区刑罚执行性质”,《社会科学战线》2015年第8期,第231页。

适应障碍。^{〔53〕}

(3)行刑程序制度化的分配要求。刑罚执行之程序正义在一定程度上可以理解成决策的合法性,目的在于使人们相信刑罚执行机构的执行安排是合适、恰当和公正的。如何实现刑罚执行之程序正义呢?美国著名程序正义研究专家泰勒认为,程序正义框架包括四个要素:发言权、中立、尊重和尊严的待遇以及对当局的信任。^{〔54〕}其中,发言权是指罪犯及相关人员通过正式机制,参与决策过程,有机会发表自己的意见。中立所涉及的是决定在多大程度上基于规则的一致应用使然,而非根据官员的个人意见作出。^{〔55〕}尊重和尊严待遇则与罪犯的人权保障等有关。程序规则制度化的内容非常丰富,包括罪犯所受待遇制度化、罪犯与当事人的参与权制度化、执行机构中立的制度化以及公众知情权的制度化等。另外,制度与其执行监督总是相辅相成的,因而执行监督也是刑罚执行程序规则制度化的有效组成部分。

四、分配正义视野下的刑罚制度体系化

当前,我国在刑罚制度改革上取得了不少成果,但在制度体系化上与《国家治理体系和治理能力现代化决定》所要求的系统完备、科学规范、运行有效仍有一定距离。立足于刑法的分配原则、分配基础和分配要求,我国刑罚制度在体系化上需要进一步改革与完善。

(一)刑罚配置制度体系化

刑罚配置制度的体系化,在内容上既包括一体化的宏观制度革新,也包括对具体刑罚种类和个罪的法定刑等的修正;既包括刑罚权配置制度的改进,也包括当事人权利保护制度的完善。未来我国刑罚配置制度体系化的内容主要包括:

1.完善刑罚体系与结构

当前,我国存在处罚二元化是不争事实。刑罚体系改革的核心,在于构建一元化刑罚体系,将剥夺一定期限人身自由的行政措施废除或者纳入刑罚体系中,使对轻微犯罪的处遇刑罚化。具体地说,对于强制隔离戒毒等,要么像劳动教养、收容教育那样予以废止,要么加以改良适用,若适用期限不能太长,应当参照相关刑期确定,保持行刑衔接,杜绝行高于刑的现象。在刑罚结构的改革上,总体方向是改变以自由刑为中心的处罚体

〔53〕 参见刘强:“论扩大社区矫正的范围”,《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2016年第3期,第4页。

〔54〕 See Derrick Franke, David Bierie, Doris Layton Mackenzie, “Legitimacy in corrections: a randomized experiment comparing a boot camp with a prison”, *Criminology and Public Policy*, Vol. 9, No. 1, 2010, pp. 89-117.

〔55〕 See Tom R. Tyler, “Legitimacy in Corrections: Policy Implications”, *Criminology and Public Policy*, Vol. 9, No. 1, 2010, p. 130.

制,增设主刑类型和非刑事监禁措施如剥夺资格、资质刑等,这是构建回应型刑法的必然要求。完善我国刑罚体系和结构,具体还应从以下方面入手:一是适应犯罪圈下沉的需要,增设矫治刑与资格刑;二是改革以自由刑为中心的橄榄型刑罚体系,建立以资格刑、矫正刑为底基的金字塔型刑罚体系,适当调适生命刑、自由刑与资格刑、矫正刑的比例;三是加大罚金刑的适用力度,将之作为主刑并扩大其适用范围;四是改革某些刑种之刑期,实现不同刑种之间衔接,如将拘役的最低刑期降至15日以下,以便和行政拘留的最高期限对接;五是适当缩小刑度的跨度,降低司法自由裁量权滥用风险。

2. 罪刑配置进一步协调化、合理化

尽管我国刑法对个罪配刑总体来看较为合理,但个罪之间的刑罚不协调现象还是比较突出。典型情形有:其一,刑种排序不协调。以故意杀人罪为例,“处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”中的刑种排序与绝大多数犯罪之刑种排序相反,与对故意杀人情节较轻之“处三年以上十年以下有期徒刑”规定也不协调,其消极作用在于可能纵容死刑之不恰当适用。其二,罪过混溶不妥,如《刑法》第398条将故意泄露国家秘密罪与过失泄露国家秘密罪混融一起,并规定相同处罚,让人难以理解。其三,存在明显的重罪轻刑、轻罪重刑现象。如《刑法》第151条对走私文物罪规定的法定刑,较之《刑法》第324条对故意损毁文物罪规定的法定刑要重得多,明显不协调。罪刑配置的协调化、合理化,应从以下方面着手:首先,适应定罪量刑价值判断变迁需要,建立定罪量刑依据和标准适时调整机制。其次,适当提高公法益犯罪的法定刑,因为侵犯公法益犯罪的社会危害性较之侵犯私法益的要重,法定刑理当重些。如滥用职权罪、枉法仲裁罪等的法定刑就应当适当提高。再次,调整典型个罪的法定刑。如适当降低走私珍贵文物罪、过失国家秘密罪等的法定刑,使之分别低于故意毁坏珍贵文物罪、故意国家秘密罪等的法定刑。最后,调整特定犯罪的刑种排序。如将故意杀人罪等的相关法定刑调整为“处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”,使其与绝大多数犯罪法定刑以及自身较轻法定刑的排序保持协调。

3. 健全当事人权利救济制度

首先,确立前科消灭制度。前科消灭制度是贯彻平衡原则的要求,若缺乏会给犯罪人终生打上罪犯烙印,使其再社会化受阻。同时,前科消灭制度阙如与追诉时效的规定相矛盾。因为经过追诉时效意味着犯罪人没有受到刑事处罚,不承担犯罪造成的不良后果。缺乏前科消灭制度,意味着犯罪人受过刑事处罚还要终生承担犯罪导致的不良后果。两相比较,就会发现缺乏前科消灭制度之不合理。其次,完善被害人权利保护制度。鉴于司法实践中存在的刑事和解制度等,在一定程度上能够满足被害人的赔偿需要,故加强对被害人权利保护的焦点有二:一是建立被害人补偿制度。在具体制度设计上,可考虑以法院所收诉讼费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。二是建立被害人救济制度。被害人救助是得到中央力挺和支持的一项制度,未来需要进一步明确实施目标、救助对象与标准、救助机构以及落实资金来源,强化其可操作性,确保该制度落到实处。最后,建立恢复性司法制度。恢复性司法制度是当事人权利保护制度的重要内容,它以被害人和犯罪人为核心,重在恢复被犯罪破坏的社会关系。其最大的特点在于,能为刑事司法系统的所有主要参与者提供机会。“恢复性司法程序和结果可能适用于所有各方、受害者、罪犯、家庭、社区和律师。”^[56]恢复性司法需要严密、具体的执行方案,一般集中于罪犯和犯罪受害者之间的对话,包括受害者—罪犯调解、小组会议或其他方案,使犯罪受害者和罪犯能够共同努力,对犯罪行为作出适当的反应,等等。^[57]

(二) 刑罚裁量制度体系化

自量刑规范化在全国推行以来,我国裁量制度的改革取得显著进步,成就有目共睹。但是,立足于现代刑法分配理论,从体系化的角度审视我国刑罚裁量制度,依旧存在不少问题。要想实现刑罚裁量制度体系化,主要应从以下加以改革与完善:

1. 设置专门的量刑改革机构

设立量刑专门机构是世界上许多国家之惯常做法,但在我国却一直阙如。根据国外量刑改革经验,可以考虑由立法机关牵头成立量刑委员会等专职机构。它具有独立性,通过为其人员组成及任免设置一定条件来实现。专职机构人员不能仅由司法人员组成。“为了便于颁布新的量刑准则,量刑委员会由混合成员组成当然是有益的,这也是早期的经验,因为人们希望在一般的刑事政策问题上需要有一个具有广泛经验的群体。”^[58]从世界范围来看,多数国家对量刑改革机构采取混合成员制。在我国,量刑改革专职机构成员可以考虑由法官、检察官、侦查人员、狱政人员、律师、刑法学者、刑事诉讼法学者以及在刑罚裁量方面有经验的人士等组成。主要任务包括:负责制定、修改和完善量刑指导意见以及量刑程序之类的规范性文件;对量刑改革的成效和后果等进行针对性调查和评估;适时调整量刑的依据和标准;对量刑活动进行监督,等等。

2. 区分责任刑情节与预防刑情节

一般认为,责任刑情节主要是与不法事实和责任程度相关的情节,预防刑情节主要体现为犯罪前的表现以及犯罪后的态度等。^[59]当前,我国司法实践中最大的问题是责任刑情节与

[56] Elizabeth M. Gresson, “Restorative Justice in Criminal Offending: Models, Approaches and Evaluation”, *International Journal of Therapeutic Jurisprudence*, Vol. 3, No. 1, 2018, p. 3.

[57] See Prince Pius Imiera, “Therapeutic Jurisprudence and Restorative Justice: Healing Crime Victims, Restoring the Offenders”, *De Jure*, Vol. 51, No. 1, 2018, p. 92.

[58] Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice (Fourth Edition)*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 56.

[59] 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第275—289、339—361页。

预防刑情节不分,这对量刑公正造成直接的消极影响。不区分责任刑情节与预防刑情节,一方面会导致刑罚裁量依据虚化或者泛化并影响量刑基准和方法,另一方面会导致侧重报应刑或者预防刑现象而不利于实现刑罚目的。需要指出的是,最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《量刑指导意见》)在量刑步骤中规定了量刑起点、基准刑以及宣告刑的裁量依据,^[60]为规范量刑确定了基本准则,其现实意义值得肯定。但是,《量刑指导意见》也存在不少问题。例如,作为量刑起点根据的基本犯罪构成事实,与作为基准刑根据的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等其他影响犯罪构成的犯罪事实,就存在界限不明问题。又如,由于没有区分量刑情节的类型和性质,而是综合考虑全案情况确定,因而难以有效调适不同情节的关系,不利于实现刑罚目的。要想明确量刑起点、基准刑与宣告刑的裁量依据,必须在《量刑指导意见》中明确界分责任刑与预防刑。

3. 健全定量依据和标准及相关规定

我国刑法和司法解释对量刑的定量规定较为全面,但有时并没有衡平定量与司法自由裁量的关系。典型情况是,有的定量依据和标准过于宽泛,影响量刑公正。例如,在蒋某受贿案中,蒋某受贿 156 万余元,具有坦白、认罪、大部退赃情节,被判处 11 年有期徒刑。^[61]在王某某受贿案中,王某受贿 16.6 万元,具有坦白、认罪、全部退赃情节,被判处 10 年有期徒刑。^[62]蒋某受贿数额是王某的近 9 倍有余,量刑情节相似,刑期只差 1 年。2016 年受贿罪量刑依据和标准修改后,类似情形依旧存在。不难看出,在一定的定量标准(常见的是最高定量标准)以上,由于范围过于宽泛容易导致量刑差别化不明显,难以体现量刑公正。因此,有必要进一步细化定量标准及其法定刑。另外,在最高人民法院有关量刑的指导意见中,也存在需要完善之处。例如,《量刑指导意见》和《关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》只对 23 种常见罪名的量刑起点、基准刑等作了量化规定,这对其他罪名之量刑不公平,有必要尽快将其他犯罪纳入《量刑指导意见》之中。

4. 完善量刑的程序规则

尽管《量刑程序意见》就量刑程序作了一些完善,但仍具有浓厚的司法机关主导色彩。例如,其第 3 条规定,对于可能判处管制、缓刑的案件,司法机关可以委托社区矫正机构或者有关社会组织进行调查评估,提出意见,供判处管制、缓刑时参考。这倒不是说司法机关主导不好,而是因为司法机关主导下的量刑程序,有时难免受各种因素制约而有所不足。《量刑程序意

[60] 《量刑指导意见》规定:“①根据基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点;②根据其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实,在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑;③根据量刑情节调节基准刑,并综合考虑全案情况,依法确定宣告刑。”

[61] 蒋敏受贿案,安徽省芜湖县人民法院刑事判决书,(2015)芜刑初字第 00076 号。

[62] 王桂元受贿罪,安徽省全椒县人民法院刑事判决书,(2015)全刑初字第 00059 号。

见》还规定被害人在诉讼过程中有权提出量刑意见,但执行起来并不容易。对于量刑说理,《量刑程序意见》也规定的较为原则、概括,没有就说理的逻辑性、层次结构、语言表述、因果关联以及对控辩双方意见是否采纳的推理论证等内在要求,做出针对性的规范,可操作性并不强。总之,《量刑程序意见》对当事人参与量刑的时间、方式与权利,被害人提出量刑建议的权利,庭审阶段保障被害人的量刑参与权与表达权,以及如何量刑说理等,仍然需要进一步具体化。另外,完善对司法自由裁量权的程序规制也是必要的。从各国情况来看,规制司法自由裁量权主要有两种模式:一是分叉模式;二是并进模式。前者运作成本高昂,且需配套制度和措施跟进,不适合我国司法现状。相对而言,后者更契合我国实情。笔者认为,完善司法自由裁量权的程序规制可从以下方面着手:一是将量刑纳入庭审程序;二是强化、完善量刑说理制度;三是加强量刑的上诉审查;四是建立量刑信息系统。

(三) 刑罚执行制度体系化

刑罚执行制度在我国刑罚制度建设中相对薄弱,倍受中央和社会关注。立足于我国刑罚执行制度之现状,结合国外有关刑罚执行制度的经验教训,我国刑罚执行制度的体系化应重点从以下方面着手:

1. 统一刑罚执行制度

在我国,刑罚执行权由公安机关、人民法院以及司法行政部门等行使,但统一由司法行政部门行使相对合理。一方面,公安机关本身工作任务繁重,法院审理各类案件已经难堪重负,若负责刑罚执行往往力不从心。另一方面,从权力本质属性来看,刑罚执行权并不是司法权,也不属于立法权,而是属于司法行政权。^[63] 因此,应当将由公安机关负责执行的拘役、管制、剥夺政治权利、驱逐出境等,由法院负责执行的死刑、罚金刑、没收财产刑等,统一交由司法行政机关执行。同时,改进和完善监狱、社会矫正机构以适应行刑一体化的需要,对罚金刑、没收财产刑等可以考虑组建新的刑罚执行机构负责执行。^[64] 当然,行刑一体化离不开法律保障,这是一项系统工程,需要同步推进《刑法》《刑事诉讼法》以及《监狱法》等与刑事执行相关的法律的修改和完善,使对犯罪人的认罪态度、悔改表现、执行效果、评估考核以及合法权利保护的范

2. 完善社区刑罚执行制度

社区执行是西方国家普遍采用的刑罚执行模式,其执行效果亦被公认。尽管我国出台《社区矫正法》为社区刑罚执行提供了法律依据,还是存在一些遗憾。例如,没有明确社区矫正的概念和性质,社区矫正对象过窄,社区矫正内容较为单一,社区矫正决定机关多元化,社区矫正执行人员的地位和权限不明,等等。未来条件成熟时,应逐步进行如下完善:一是明确社区矫

[63] 参见宗会霞:“刑罚执行一体化的基本步骤与风险应对”,《政治与法律》2018年第4期,第139页。

[64] 参见陈瑞华:“司法行政体制改革的初步思考”,《中国法律评论》2017年第3期,第35页。

正的概念和性质；二是确定社区矫正目标是使犯罪人回归社会；三是开放社区矫正的对象，将监禁刑罪犯纳入其中；四是将刑罚执行、矫正康复、恢复信任等纳入社区矫正的内容。此外，完善制度社区矫正还应考虑两大问题：首先，赋予社区矫正工作人员司法警察身份，其成员可以考虑由原隶属于法院的司法警察等划转归入，也可以通过公务员考试招录。其次，实现轻刑的监禁与非监禁之替代、转换，既可促进罪犯回归社会，亦可弥补对没有重新犯罪的社区服刑人员多次或严重违规缺乏约束措施之不足。^{〔65〕}

3. 健全刑罚执行程序规则

一直以来，我国刑罚执行存在程序不严密、可操作性不强等问题。^{〔66〕}以《社区矫正法》为例，其程序规制就有所不足。如内容较为笼统、概括，注重执法权行使与指导性教育帮扶，适应性、融入性的矫正略显不足，互动式、回归式的帮扶不突出。未来，社区矫正程序的完善必须充分考虑社区矫正自身的特殊性，做到开放执行场所，吸纳不同主体参与，开展针对性的教育矫正及适应性帮扶，做到淡化权力监管，避免以社区监管变相替代监狱管控，确保执行效果落到实处。另外，还要注意合理运用刑罚执行之程序规制方法。在国外，听证会就是很好的程序规制方法，值得借鉴。以美国假释听证制度为例，一般要经过囚犯或被释放者参与的个人听证会之后，才能作出的假释决定。^{〔67〕}假释听证会通常现场、公开进行，每三年一次，内容包括罪犯的假释要求、拒绝假释的说明与司法审查、对罪犯的期望等，此外还要求假释委员会成员接受脑科学和青少年发展方面的培训。^{〔68〕}假释委员会决定是否假释需要考虑个人的机构记录、释放计划、辩护律师、地区检察官和量刑法官的建议，以及任何受害者的影响陈述等。^{〔69〕}总之，听证程序在实现假释、减刑等的客观公正上能发挥重要作用。

4. 设置行刑评估制度

受制于价值无涉的中立立场，再犯风险评估一般应坚持综合评估原则。例如，芬兰刑罚执行总局就非常重视运用矫正质量评估结果来支持社区刑罚发展。芬兰对社区刑罚质量的评估，主要是通过重新犯罪率、矫正干预影响以及其他相关指标，如是否工作、是否继续康复治疗、成本花费等来衡量。由于导致再犯的个体因素千差万别，个体与其再犯间的因果关系又非

〔65〕 参见戴建海：“新形势下刑罚执行格局的反思与重构——以北京市轻刑犯教育矫治工作为视角”，《中国司法》2015年第8期，第54页。

〔66〕 参见姜金兵：“统一刑罚执行体制视野下完善监狱刑罚执行体系的思考”，《中国司法》2015年第9期，第60页。

〔67〕 Peter B. Hoffman, “History of the Federal Parole System”, 2003, p. 73.

〔68〕 See Matthew Drecun, “Cruel and Unusual Parole”, *Texas Law Review*, Vol. 95, No. 3, 2017, p. 722.

〔69〕 See Michelle Lewin and Nora Carroll, “Nora Carroll, Collaborating across the Walls: A Community Approach to Parole Justice”, *City University of New York Law Review*, Vol. 20, No. 2, 2017, p. 269.

常复杂,使得实践中再犯风险评估因素达上百种之多。^[70]在我国,《社区矫正法》对行刑评估作了简要规定,主要体现在主体和内容上。根据该法第18条规定,调查评估由社区矫正决定机关根据需要作出的,其内容为“被告人或者罪犯的社会危险性和对所居住社区的影响”。不难发现,《社区矫正法》规定的调查评估内容之范围较为狭窄。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,均未包含于其内,令人遗憾。此外,由于未将调查评估规定为作出社区矫正决定的必经程序,可能导致其落实成空。因此,未来应适当开放调查评估内容,并将调查评估规定为作出社区矫正决定的必经程序。

五、结 语

刑事司法系统“与其他机构相比,适应性较差,对其运作环境的变化反应较差”,^[71]容易自我固化乃至至于沉浸在权力导向的迷局中,体现出一定的主动性与封闭性。这是以惩罚与教育改造为核心的刑罚目的观之所以长盛不衰的内在原因。正因如此,以罪责作为主要分配依据的传统的分配正义论容易陷入结果正义的泥淖,也就在所难免。与传统的分配正义论不同,现代分配正义论立足于自由价值的应得惩罚,强调以社会结构和社会合作为基础进行社会制度的合理分配,其本身包含着鲜明的权利理念。适当弱化权力运行而强化权利保护,有利于增强刑事司法系统的适应性,使之能更有效地对环境变化作出反应。根据现代分配正义论,我们应当立足于自治空间的构成要素和干预条件,充分考虑包括“尊严”“尊重”“责任”“同意”“伤害”“非法伤害”,特别是“应受谴责性”(应得惩罚)等在内的诸要素,通过整合这些元素实现刑罚制度以分配正义为中心。^[72]

本文提出的刑罚的分配正义,所要表达的是提示关注的范围,并利用抽象和建构的方法来征表。文中建议以一种实际的方式来看待制度变化,摒弃乌托邦式的方案,以期对制度和实践进行渐进式改革,意图成就一部理性的刑法,或者把理论的声明变为现实。当然,刑罚分配正义的实现,需要以对犯罪人施加相适应的惩罚为前提,但其最终目的不是让犯罪人打上惩罚的烙印,也不是让受害人沉浸于制裁的仇恨中,更非让社会大众记住犯罪之恶,而是要将当事人以及社会大众从犯罪及其造成的严重后果中解脱出来,恢复被犯罪所破坏的社会关系和社会

[70] 参见郭鼎威:“芬兰刑罚执行制度管窥”,《犯罪与改造研究》2018年第3期,第79页。

[71] See F.W.M. McElrea, “Restorative Justice as a Procedural Revolution: Some Lessons from the Adversary System”, in D. Cornwell(ed.), *Civilising Criminal Justice: an international restorative agenda for penal reform*, Hook: Waterside Press, 2013, pp. 81-114.

[72] Bailey Kuklin, “Public Requitals: Corrective, Retributive, and Distributive Justice”, *Cleveland State Law Review*, Vol. 66, No. 2, 2018, p. 245.

秩序。刑罚分配正义的重心,不在于如何惩罚犯罪人,而在于通过衡平权力运行与权利保障来排除制约人的发展因素。“不管在概念上还是实践上,分配正义挑战的是那种损害人的发展,阻碍人的需要得到满足的社会安排及过程。”^[73]这样的目标,应该成为今后我国刑罚制度体系化的出发点和归宿。

Abstract: The core of modern distributive justice lies in the rational distribution of social resources and the full realization of civil rights. The liberal view of deserved punishment distributes justice through the basic system of society and sets up the idea of right departmentalism, which has important practical significance. The basic principles of justice of penalty distribution mainly include the principle of equality, the principle of balance and the principle of participation. There are different bases and requirements for the allocation of penalty, penalty discretion and penalty execution. The stage of penalty allocation should be based on the integration of penalty and the balance between the exercise of penalty power and the protection of the parties' rights, and the general layout as well as the specific arrangement of penalty system should be made. The punishment discretion system should give consideration to both substance and procedure, and should also be built based on just sentencing and protecting the rights of participants. The goal of penalty execution is to achieve the best effect of penalty and to develop the system based on the effect of penalty and the return of criminals to the society. The reform and improvement of the penal system in China mainly call for: perfecting the penal system and structure, the penal disposition of individual crime and the party's rights protection system; to set up a special sentencing reform organization, to distinguish between responsibility and prevention, to implement the combination of quantification and discretion, and to improve the procedural rules of sentencing; to establish a unified penalty enforcement system, to establish a community penalty enforcement system, to improve the procedural rules for penalty enforcement and establish an execution evaluation system.

Key Words: Distributive Justice; Deserved Punishment; Disposition of Penalties; Penalty Discretion; Penalty Execution

(责任编辑:车 浩)

[73] John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New York: Oxford University Press, 2002, p. 5.