

徘徊于教育刑理念和传统文化 之间：缓刑制度的知识 考古学检视*

于佳虹 贾健

【摘要】一国的缓刑制度深植于其传统社会文化中。我国缓刑制度虽应遵循现代教育刑思想指导，但百年来的缓刑实践表明，其立法与司法均深受传统实用理性及报应理念的影响。缓刑制度的实用理性主要表现为不以教育感化为目标，而以稳定社会为主旨。而缓刑报应结构的不合理，则导致其司法适用率及认同度偏低。应通过调整缓刑制度的规范结构来协调缓刑适用中的现代理念与传统思想的冲突；通过设置缓刑听证制度以减少庸俗实用主义弊端。

【关键词】缓刑结构 教育刑理念 传统实用理性 缓刑现代化

【中图分类号】D26.15 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2015)02-0126-06

一、前言

近年来，缓刑制度在司法实践运行中的问题日益凸显，例如，缓刑裁量权过大，导致法官任意裁断；缓刑监管不力，导致缓刑犯放任自流等。这些问题在理论上被归结为：缓刑适用的实质条件规定得不明确、缺乏专门的缓刑监督机构。甚至有学者将中国缓刑的立法和司法概括为公正与功利之双失。^①虽然《刑法修正案（八）》对缓刑制度做了大幅修改，例如，增加了缓刑禁止令制度和适用社区矫正的规定；明确了缓刑的实质适用条件，特别是增加了“宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响”的规定等，但必须指出的是，虽然这种经验归纳式的立法修改方式有其针对性，但此“头痛医

头、脚痛医脚”式的作法忽略了问题表象背后的一个影响和支配我国缓刑立法、司法发展的深层且稳固的国民“文化—心理”因素，本文将其概括为报应观与实用理性。实际上，无论是缓刑立法与司法的价值评价、问题解决还是规范的完善，都必须厘清进而立足于这一传统的“文化—心理”土壤。当然，立足并非完全依赖，我国的缓刑制度要想真正现代化，除了在传统土壤中吸取养分外，还需对其进行必要的改良。

* 基金项目：本文系2012年度国家社科基金项目“西部涉农职务犯罪的预防与惩治研究”（编号：12XFX014）的阶段性研究成果。

① 刘志伟、左坚卫：《徘徊在公正与功利之间的我国缓刑》，《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2006年第1期。

二、缓刑的制度结构深植于传统文化之中：基于比较法的视角

法国著名哲学家、结构主义人类学大师克洛德·列维·斯特劳认为：“一切社会活动和社会生活中都深藏一种内在的、支配表面现象的结构，而社会科学和人文科学的任务就是寻找出这种内在结构。”^① 福柯则进一步发展了结构人类学的观点，认为表层的人文现象都受潜藏于人心中的深层结构的无意识制约，但这种深层次结构不是固定不变的，而是可能存在一种突然断裂性的改变，他将人文科学的这种发掘隐藏在表层现象下深层的可变结构的方法，称之为知识考古的方法。

笔者认为，缓刑作为一项关涉价值的人文制度，亦存在表层的规范制度结构与无意识的文化深层结构。就缓刑制度的生成来说，我们可以将其分为原生制与继受制两种模式。在继受制缓刑中，根源于本国社会文化的原生深层结构虽被来源于他国的结构所打断，但其并未消亡，仍在持续且稳定地影响缓刑制度的表层结构及其运作。因此要想全面准确地分析缓刑制度的发展规律及其问题，就必须透过这种断裂，对原生的深层结构进行发掘。

英美法系国家缓刑制度的起源，实际上脱离不了宗教感化和传统实用主义哲学的浸润。英美法系缓刑制度的一个重要源头被认为是13世纪的教会特权，这使得英美法系的缓刑从一开始就被烙上了以感化和挽救堕落灵魂为宗旨的神圣印记。随着19世纪下半叶强调“行动”和“效果”的实用主义哲学在英美的产生与流行，英美法系国家愈加重视缓刑监督，至20世纪初，其缓刑监督制度已经非常完备。

大陆法系国家缓刑制度的起源，则离不开其传统的报应思想与19世纪30、40年代产生的实证主义哲学。与英美法系的宣告犹豫制不同，受过刑罚的宣告是大陆法系缓刑制存在的前提。此外，由于认为已宣告的刑罚能够起到威慑再犯的作用，且深受形式理性法治观的影响，大

陆法系缓刑制度缺乏对缓刑人的监督考察。

由上可知，不同文化背景下的缓刑制度之立法样态是有区别的。而作为继受制的典型，中国的缓刑制度更需关注其所扎根的文化“土壤”，因为继受之“种”如果不问“土壤”之成分，那么我们就无法预见其到底会长成“淮北之枳”还是别样的“淮南之橘”。实际上，中国的缓刑制度是在传统的报应与以血缘为基础的实用理性的文化土壤中发展起来的。这可从其原生之雏形——“存留养亲制”中略窥一斑。记录最早的存留养亲制的实例出现于晋朝，北魏时以成文法的方式固定下来，是指：“诸犯死，若祖父母、父母七十以上，无成人子孙，旁无期亲者，具状上请，流者鞭笞，留养其亲，终则从流，不在原赦之例。”^② 存留养亲制的主要目的是“力图在犯人、受害者和社会之间保持平衡，既要使生活无着的犯人亲属不致转死沟壑，又要使受害一方乃至整个社会能够接受。”^③

虽然存留养亲制与现代缓刑制度的理论基础、适用目的与条件等均不相同，但在都是暂缓执行刑罚这一点上形成了基本的一致。因此，有理由相信存留养亲制所体现的“文化—心理”因素已经化作一种稳固的定式结构，流存于近现代中国缓刑制生成的文化土壤当中，这一点在清末、民国及当代缓刑制度的立法和司法中可得到进一步的验证。

三、清末缓刑立法中的实用理性与伦理报应

中国刑法的近代化进程起源于清末统治者为了挽救垂危政权而开始的改定刑律运动。1907年受聘于清政府的日本冈田朝太郎博士帮助修订起草了《大清刑律草案》，其第十二章即为“犹豫行刑”，这是现代缓刑制度首次在中国

① 夏基松：《现代西方哲学》，上海人民出版社2009年版，第399页。

② 《刑法志》，《隋书》卷25。

③ 吴建璠：《清代的犯罪存留养亲》，《法学研究》2001年第5期。

出现。对于《大清刑律草案》的拟定，虽“朝野之守旧者将法制与礼教观念混而为一，多不嫌于新法，群起而讥议之”，^①但对于缓刑的批评却相对缓和，并未掺杂过多的政治色彩。笔者认为，仅从清末缓刑制度的立法设计来看，该《草案》及其后的《大清新刑律》不但考虑到了教育刑的表象，亦契合于传统的报应和实用主义文化。

第一，在缓刑的模式选择上，《大清新刑律》第65条规定：“逾缓刑之期而未撤销缓刑之宣告者，其刑之宣告为无效。”可见，其既未选择不宣告有罪，也不构成累犯，而以感化为主旨的英美模式，亦未选择罪与刑的宣告均不消灭且具有构成累犯之可能性的对犯罪人“报应”性最强的德国“附条件赦免主义”模式，^②而是采取了虽做有罪宣告，但无累犯之虞的折中模式，与所谓“兼惩戒报复又参用感化”的传统旧制基本契合。

第二，在缓刑的适用条件上，《大清新刑律》第63条、64条规定了缓刑的适用对象必须有一定的住所及职业，且有亲属或故旧监督缓刑内的品行；如果丧失住所及职业或者监督人请求刑罚执行且其言有理的话，缓刑将被撤销，执行宣告刑罚。而清末，由于自然灾害与战争的原因，社会流民大量涌现，对于这部分人，依当时缓刑的规定是无法将其纳入适用范围的。这实际上体现出一种明显的中国传统儒家实用主义文化。

《大清新刑律》中缓刑制度的设计主旨正是企图将其司法运行纳入到以亲缘关系为基础的社会责任体系中，以确保缓刑制度在司法中得到真正的落实。对于无家无业的流民来说，一方面，由于脱离了原属社群，对之适用实刑不会给与其具有血缘关联的群体造成心理创伤，亦不会对整个社会的稳定造成困扰；另一方面，流民既无亲属故旧监督，又无法动用国家资源进行监管，径直将其从缓刑立法中排除出去以维系该制度运行的整体功效，亦是传统实用理性重视事物功能、作用的显现。^③

由上可知，缓刑制度在我国的初次亮相便带有现代教育刑理念、传统报应思想及实用理

性这三种中西混合的印记。《大清新刑律》颁布不久清政府即垮台，因此其并未得以真正实施，它在司法实践中的运行状况究竟如何我们无法评价。民国政府时期，伴随着世界范围内的刑事新派学说的流行，我国缓刑立法中传统报应主义及实用理性色彩不断减弱，但与立法与时俱进的状况相比，在司法运行中该缓刑制度却遭受了被冷落的尴尬。

四、民国缓刑制度的立法浪漫主义及司法抵牾

民国初期所颁行的《暂行新刑律》将《大清新刑律》中的缓刑制度原封不动地保留了下来。随着该制度的实施，其运行过程中的一系列问题以及由此所引发的对缓刑性质、价值等基础理论问题的思考，开始通过立法修改、司法解释、政府公告、学术著作等方式显现出来。总体观之，民国的缓刑制度在立法上颇具浪漫主义风格却与司法中的传统报应观念和实用理性相抵牾。具体而言：

第一方面，民国的缓刑立法不断褪减报应观与实用理性色彩，着力体现刑事新派的教育刑思想。1928年的《中华民国刑法》对《暂行新刑律》中的缓刑制度进行了较大的修改：1. 在缓刑的适用条件中删去了“有一定之住所及职业”和“有亲属或故旧监督缓刑内之品行”的规定；2. 增设了缓刑人在缓刑期间如过失犯罪则不在撤销范围之内之例外规定；3. 缩短缓刑适用的自由刑幅度及犹豫期间为二年以下有期徒刑及二年；4. 就罚金刑能否缓刑的问题给出了肯定的回答。^④而1935年刑法则进一步放

① 杨鸿烈：《中国法律发达史》，中国政法大学出版社2009年版，第502页。

② 德国模式是指：在判决当时，即宣告犯罪人应得之罪并同时宣告缓刑，缓刑犹豫期满后，只免除其刑罚执行，而罪与刑的宣告均不消灭，再犯罪将构成累犯，因此其报应性最为强烈。亦称“附条件赦免主义”。

③ 李泽厚：《中国思想史论三部曲》，天津社会科学出版社2007年版，第4~10页。

④ 杨鸿烈：《中国法律发达史》，中国政法大学出版社2009年版，第572页。

宽了缓刑适用范围至“未曾受有期徒刑以上刑之宣告”，“前曾受有期徒刑以上刑之宣告执行完毕或赦免后五年以内未曾受有期徒刑以上刑之宣告”的犯罪人，皆可适用缓刑。

第二方面，与在缓刑立法上一味删减报应性与实用性不同，民国的缓刑司法却呈现出复杂的局面。我们以 1935 年四川省高等院所做的全年缓刑统计为例说明：^①

| 罪名 | 缓刑人数 | 缓刑情形 | | 缓刑期间 | | | | 现刑科名 | | 撤销缓刑之宣告 | | 备考 |
|-------|------|--------------|----------------------------------------|------|------|------|------|----------|-------|-------------------|-------------------------|----|
| | | 未曾受有期徒刑以上宣告者 | 前受有期徒刑以上刑之宣告执行完毕或赦免后五年以内未曾受有期徒刑以上刑之宣告者 | 二年以上 | 三年以上 | 四年以上 | 五年以上 | 两年以下有期徒刑 | 拘役 罚金 | 缓刑期内更犯罪受有期徒刑以上之宣告 | 缓刑前犯他罪而在缓刑期内受有期徒刑以上之宣告者 | |
| 伪造公文 | 2 | 2 | | 2 | | | | 2 | | | | |
| 恐吓 | 1 | 1 | | | 1 | | | 1 | | | | |
| 伪证 | 1 | 1 | | 1 | | | | 1 | | | | |
| 伪造私文书 | 3 | 3 | | 2 | 1 | | | 2 | 1 | | | |
| 重婚 | 1 | 1 | | | 1 | 1 | | 1 | | | | |
| 诬告 | 3 | 3 | | 2 | 1 | | | 3 | | | | |
| 诈财未遂 | 1 | 1 | | | 1 | | | 1 | | | | |
| 和诱 | 3 | 3 | | 2 | 1 | | | 3 | | | | |
| 遗弃 | 1 | 1 | | | 1 | | | 1 | | | | |
| 侵占 | 3 | 3 | | 2 | 1 | | | 2 | 1 | | | |
| 窃盗 | 3 | 3 | | 3 | | | | 3 | | | | |
| 伤害 | 2 | 2 | | 1 | 1 | | | 2 | | | | |
| 毁损 | 2 | 2 | | 1 | 1 | | | 2 | | | | |

结合上表，我们可以得出以下认识：

一是，与同期的其他国家相比，缓刑的适用率仍然偏低。1935 年整个四川省适用缓刑的比例不足 6%，而奥地利早在 1928 年其重罪犯判处缓刑的比率即达到了 27%，判处轻罪犯缓刑的比例更是高达 66%。^②

二是，严格控制缓刑的适用。虽然立法中存在“前受有期徒刑以上刑之宣告执行完毕或赦免后五年以内未曾受有期徒刑以上刑之宣告者”的适用情形，但并未适用一例。

三是，缓刑被撤销的比例极低。本表显示，四川省高院 1935 年全年缓刑判决，没有一例被撤销。实际上，同期的全国假释被撤销的比例也是极低的，大约为 3.38%。^③从正面来讲，受

刑人能够改过图新，但从反面看，也不能排除执行机关监督改造不到位，甚至放任自流的情况。

综上所述，虽然民国的缓刑立法吸纳了当时风行的刑事新派的教育刑思想，但若忽视本国传统，浪漫主义之立法则会遭致实用主义之现实司法的抵触。这也提醒我们，我国当前的缓刑制度要想运行通畅，获得良好的社会效果，就必须认真对待缓刑生成的传统文化土壤。

① 本表载 1936 年《四川省高等法院公报》第 21 期，第 88 页。

② 宝道：《各国刑法中缓刑制度采用之趋势》，《中华法学杂志》1932 年第 1 期。

③ 参见《监狱内部状况》，《民国监狱资料选》（下），河南省劳改局 1987 年版，第 226~228 页。

五、置身传统文化场中的 缓刑现代化

毋庸置疑,缓刑的教育刑理念已经成为世界性潮流,我国当前的缓刑制度亦显性遵从,但仔细观察,我国现行的缓刑立法与司法,仍存在隐藏的传统报应思想与变相的实用理性。就报应观念而言,民众普遍认为犯罪者应当就其罪行承受充分的报应惩罚,例如2009年某地法院对大众的一项调查显示,有81.5%的人认为现在的缓刑制度对未成年犯不能起到很好的惩罚作用。^①实际上,未成年犯是最应该适用现代教育刑理念之福祉的。而就实用理性来说,在立法上,主要表现为稳定“地缘社会”之需,如《刑法修正案(八)》中增加的“宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响”条款;在司法上,是否方便判决、执行也影响着法官对于缓刑的适用,如部分法官更愿意对能及时赔偿被害人或缴纳罚金的被告适用缓刑,但事实上是否赔偿或认罚与主观是否悔改之间并不全然相关。

据此,当前的问题主要在于我们应如何协调缓刑的教育刑理念与缓刑现代化过程中客观存在变异的传统因素。笔者认为可从两方面着手:

(一) 通过结构调整协调缓刑的报应分配不均问题

就缓刑的报应因素而言,其与缓刑的教育刑理念并非绝然矛盾,两者完全可以通过缓刑结构的合理分配达至协调。即教育刑理念可主要蕴含于缓刑的后果结构中,以着力消除缓刑人员回归社会的身份障碍为目标;而报应性则应体现在易于被民众所感知的缓刑执行结构上,以构建合理的缓刑负担制度,具体来说:

1. 增设缓刑模式,区别不同类型犯罪人缓刑执结后果。目前,我国刑事立法中所采纳的缓刑制度为免罚不免罪的“附条件赦免”模式,其种类单一,既不利于应对日益多元化的现实需要,也不符合宽严相济的司法要求。因而可在原有基础上,同时引入免罚亦免罪的“附条

件有罪宣告”模式,使得未成年犯、过失犯等轻微刑事犯罪人在缓刑执行完毕后得以摘除“前科标签”,从而获得更大的自新动力,也有利于其重新回归社会。此二种模式互为补充,根据不同情况分类适用,充分彰显缓刑制度的教育感化作用。

2. 落实缓刑负担,体现缓刑制度惩罚犯罪的报应性作用。我国的缓刑负担除了《刑法》第37条所涉“非刑罚措施”外,还可采纳向国家或社会给付金钱、提供义务劳动、禁止特定行为等方式实现。现行《刑法》第72条中新增的“宣告缓刑,可以根据犯罪情况,同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动,进入特定区域、场所,接触特定的人”体现了这一点。此外,针对罪质程度不同的犯罪人在分配缓刑负担时应加以区分,以体现报应的该当性。如,虽符合缓刑条件但情节较重或社会不良观感较大的,可于缓刑施行前先行关押一定期限,以强化报应性。

3. 细化撤销条件。当前,《刑法》第77条所规定的缓刑撤销条件显得过于笼统而严苛,所列事由均直接导致缓刑的“应当撤销”,而不考虑犯罪人的主观状况及危害性程度。对此应当进一步区分细化,例如对于缓刑考验期内过失犯罪、犯罪情节轻微、社会危害性小的情况可规定为“可以撤销”的事由。以上情况,如若经裁定不予撤销缓刑,亦可通过采用延长考验期的方式来加大对犯罪人的监管,使其罪罚相当。

(二) 强化程序建构以减轻缓刑实用理性的弊端

受文化传统和现实困境的影响,我国的缓刑适用长期以来以维护“稳定”为主旨,这就导致法官在裁断时不得不将实用主义的考虑放在重要位置,如社会影响较大或在先已予长期羁押的犯罪人一般不倾向于适用缓刑。同时,由于缓刑适用和撤销的实质条件较为原则,法官具有较大的自由裁量权,有条件充分发挥这

^① 郭英汉、张金浪:《危险的美德:城乡二元结构下未成年犯缓刑适用之透析》,《法治论坛》2010年第2期。

种实用主义。因而必须构建公正、高效的程序制度来规制缓刑的实施。

1. 适用缓刑时，可前置听证程序，在判决前就法律规定含糊的“有悔罪表现”，“没有再犯危险”，“宣告缓刑对所居住社区没有重大影响”等问题进行平等探讨。听证程序的参与主体应当包括该案的法官、检察官、侦查员、犯罪当事人及其辩护人、受害人家属、基层司法行政机关人员、社区居民代表等相关人士，为评价多元化提供保证。听证结论应具有一定效力，若不被采纳，则需在判决书中明示其理由。

2. 撤销缓刑时，不宜采用听证模式，因为“剥夺公民自由权利的程序不能低于赋予其权利的程序构造”。^①适用缓刑时虽前置了听证环节，但赋予犯罪人自由权利的仍是裁判权，不能仅

依据听证判断其是否达到“情节严重”等撤销条件，而需由法院主导启动刑事审查，组织犯罪人和社区监管方共同参与，充分保障当事人的知情权、参与权。

本文作者：于佳虹是南京师范大学法理学研究中心副研究员、法学院博士研究生，南京市中级人民法院法官助理；贾健是西南政法大学法学院教师、法学博士
责任编辑：马 光

① 蒋志如：《缓刑撤销程序化构建的初步思考》，《前沿》2014年第1期。

Hovering Between Educational Punishment Philosophy and Traditional Culture: Reviewing Probation System From the View of Archaeology of Knowledge

Yu Jiahong Jia Jian

Abstract: The structure of the system of probation rooted in a country's social and cultural tradition. Although our probation system should follow the ideas of modern education punishment, but probation practice from the late Qing Dynasty has shown that the legislation and judicature of probation are deeply affected by the traditional practical rationality and retribution thinking. Practical rationality of probation legislation performed to stabilize blood or geopolitical community for the purpose of judicial performance instead of the purpose of education; while ignoring the retribution of probation will result in suspension of sentence and the low degree of recognition and application. We argued that the normative structure of probation sentence should be adjusted to balance the philosophy of modern education and traditional retribution thinking in the probation practices. And the probation hearing system should be established to avoid the drawbacks of practical reason.

Keywords: probation structure; educational punishment philosophy; tradition of practical rationality; probation modernization