

刑法中的道德評判

張智輝*

摘 要 在對犯罪行為進行刑法評判的同時進行道德評判，有利於實現預防犯罪的刑法目的，有利於發揮刑法對社會道德的引領作用，有利於更好地發揮刑法在社會治理中的功能作用。世界多國刑法都把某些道德因素明確規定為刑罰裁量時必須考慮的法定因素，其中普遍涉及到的因素有動機、信譽、品行、人道等。這些因素之所以被刑法規定為影響刑事責任大小或刑罰輕重的法定因素，是因為它們直接關係到社會底線道德的維護，關係到刑法適用的社會效果。刑法對道德因素的評判是在依照刑法規定認定犯罪的基礎上，通過對符合社會底線道德行為的鼓勵或寬恕、對違反社會底線道德行為的譴責，進而在具體裁量決定刑罰的時候從寬處罰或者從重處罰來實現的。刑法中的道德評判，是在刑法規定的範圍內、在行為構成犯罪的基礎上進行的，因此它不會破壞法治原則，不會超越刑法評判的藩籬。

關鍵詞 刑法立法 道德評判 刑法適用

中國共產黨的二十大報告中指出：要“堅持依法治國和以德治國相結合，把社會主義核心價值觀融入法治建設、融入社會發展、融入日常生活”。把依法治國與以德治國相結合，就涉及到如何正確處理法律與道德的關係問題。這個問題，可以說是一個久經不衰的古老命題，也是法理學研究的重要內容之一。但是在刑法學研究領域，後現代以來，人們很少關注和研究這個問題。特別是隨著刑法教義學的興起，道德問題被拒斥在刑法的門外。然而，刑法真的與道德無涉嗎？本文試圖通過對外國刑法中有關道德評判的探討，論證在刑法適用過程中對犯罪行為進行刑法評判的同時應當進行道德評判。

一、外國刑法中有關道德因素的立法及其學理解讀

在現代法治國家，一個行為被認定為犯罪無疑是以刑法中規定的犯罪構成要件為評價依據的。這在大多數情況下都不涉及到行為人的道德問題。但是不可否認的事實是，在某些案件中，行為人在犯罪行為實施過程中的表現，包括實施犯罪行為的起因、行為的方式、對行為過程中某些情況的處置等，雖然可能與犯罪構成要件無關，但卻能夠反映行為人的道德品行。對於這類反映行為人道

* 張智輝，湖南大學法學院教授、博士生導師。

德品行的事實情況，司法機關在進行刑法評判的時候要不要包含道德評判？

為了回答這個問題，本文考察了世界不同法域內 12 個國家和地區刑法的總則性規定，從中援引出影響刑罰適用的道德因素。其中包括：① 德國刑法典^[1]第四十六條；② 丹麥刑法典及丹麥刑事執行法^[2]第八十八條；③ 瑞士刑法典^[3]第六十四條、④ 意大利刑法典^[4]第六十一條、第六十二條；⑤ 西班牙刑法典^[5]第九條、第十條；⑥ 希臘刑法典^[6]第七十九條、第八十四條；⑦ 巴西刑法典^[7]第五十九條、第六十一條、第六十五條；⑧ 古巴刑法典^[8]第四十七條、第五十二條、第五十三條；⑨ 俄羅斯聯邦刑法典^[9]第六十一條、第六十三條；⑩ 韓國刑法^[10]第五十一條；⑪ 中國台灣地區的所謂‘刑法’^[11]第五十七條；⑫ 澳門特別行政區刑法^[12]第六十五條、第六十六條。

這些國家和地區的刑法立法中，在評價犯罪行為的刑事責任或裁量決定刑罰時，通常都要求把與犯罪行為的實施密切相關的道德因素作為刑法評判的對象，影響對犯罪人應負刑事責任程度的認定和對犯罪人適用刑罰的裁量。刑法對道德因素的評判主要是從以下幾個方面入手的：

（一）動機

在本文引述的刑法典中，所有國家和地區的刑法都把動機作為對犯罪人裁量決定刑罰時必須考慮的法定因素之一。規定的方式有三：

一是把犯罪的動機籠統地規定為量刑時必須考慮的因素之一，至於什麼樣的動機應當從輕處罰、什麼樣的動機應當從重處罰，則交由法官根據具體案件的情況自行判斷。德國、丹麥、韓國、我國台灣地區和澳門特別行政區的刑法，明確規定量刑時要考慮行為人的動機，酌情判處刑罰。如澳門刑法典第六十五條第二款規定：“在確定刑罰之份量時，法院須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，尤須考慮下列情節：……c) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機……”這些規定意味著，一個人實施犯罪行為時，如果是出於好的動機，就應當酌情從輕處罰；如果是出於壞的動機，就應當酌情從重處罰。對這種動機的評價無疑是一種道德評價，而這種評價的結論影響對犯罪行為的處罰。

二是把某種特定的動機明確規定為從輕處罰或者從重處罰的事由。如瑞士刑法把“出於值得尊敬的動機”作為減輕處罰的法定因素；意大利刑法規定：“由於在道義上或社會上值得特別嘉許之動機而犯罪”是減輕刑罰的一般原因之一，而“因卑劣或瑣微之動機而犯罪”是加重刑罰的一般原因之一；古巴刑法規定，“行為人基於服從上級的動機而實施行為”是刑罰的減輕情節，“出於獲利或者其他卑劣的動機或者微不足道的原因而實施犯罪”是刑罰的加重情節；我國澳門特別行政區刑法規定：“行為人在嚴重威脅之影響下，或在其所從屬或應服從之人之權勢影響下作出的行為”、“基於名譽方面之原因”、“因非正義之挑釁或不應受之侵犯而作出行為”等，是特別減輕刑罰須考慮的情節；俄羅斯刑法規定：“由於生活困難情況的交迫或者出於同情的動機而實施犯罪”是減輕刑罰的情節，“出於政治的、意識形態的、種族的、民族的、宗教的仇恨或敵視的動機

[1] 《德國刑法典（2002年修訂）》，徐久生、莊敬華譯，中國方正出版社2004年版。

[2] 《丹麥刑法典與丹麥刑事執行法》，謝望原譯，北京大學出版社2005年版。

[3] 《瑞士聯邦刑法典（2003年修訂）》，徐久生、莊敬華譯，中國方正出版社2004年版。

[4] 《意大利刑法典》，黃風譯，中國政法大學出版社1998年版。

[5] 《西班牙刑法典》，潘燈譯，中國檢察出版社2015年版。

[6] 《希臘刑法典》，陳志軍譯，中國人民公安大學出版社2010年版。

[7] 《巴西刑法典》，陳志軍譯，中國人民公安大學出版社2009年版。

[8] 《古巴刑法典》，陳志軍譯，中國人民公安大學出版社2010年版。

[9] 《俄羅斯聯邦刑法典》，黃道秀譯，北京大學出版社2008年版。

[10] 《韓國刑法典及單行刑法》，[韓]金永哲譯，中國人民大學出版社1996年版。

[11] 《模範新六法（刑事法編）》（第六版），陳運財監修，一品文化出版社2010年版。

[12] 趙秉志總編：《澳門刑法典、澳門刑事訴訟法典》，中國人民大學出版社1999年版。

而實施犯罪，出於對某一社會集團的仇恨或敵視的動機而實施犯罪，為報復他人的合法行為而實施犯罪，以及為了掩蓋其他罪行或為給其他犯罪創造條件而實施犯罪”是加重刑罰的情節。這種“值得尊敬的動機”、“道義上應特別嘉許的動機”、“值得特別譴責的動機”、“卑劣的動機”，以及其他值得寬恕的動機，無疑是一種社會道德評價。而仇恨或敵視的動機，則是從國家價值觀的角度所進行的政治道德評價。

三是明確規定基於或出於某種原因或者價值觀而實施犯罪的是從輕處罰或者從重處罰的事由。如：希臘刑法除了強調量刑時應當考慮“行為的動機”之外，還明確規定“基於民族仇恨、種族仇恨、宗教仇恨或者被害人不同的性取向而實施犯罪行為的，是加重處罰情節”，而“在高尚的動機或者極度貧困的驅使下實施犯罪，或者在嚴重威脅的支配下實施犯罪的”，則是減輕處罰情節。西班牙刑法則把“基於道德、利他主義者或非常深厚之愛國心而從事之行為”作為減輕刑事責任的事由；巴西刑法規定：“出於社會的或者道德的價值觀念而實施犯罪”在任何情況下都是刑罰減輕情節，“出於卑鄙或者下流的原因”而實施犯罪在任何情況下都是刑罰加重情節。瑞士刑法把“在嚴重之困境情況下”、“在受到嚴重威脅之壓力下”、“行為人因被害人行為的誘惑”、“非法刺激或侮辱造成行為人憤怒和痛苦”等情形規定為減輕處罰的原因。這些刑法中雖然沒有直接使用“動機”的字樣，但明確地把驅使行為人實施犯罪行為的某種特定原因作為減輕處罰或者加重處罰的事由，實際上是關於犯罪動機的規定。因為驅使一個人實施某種行為的原因，在倫理學上，通常都被界定為實施該行為的動機。而這些有關驅使行為人實施犯罪行為的心理因素中，都包含著道德評價，其中有的刑法明確使用了“道德”的用語，有的雖然沒有直接使用道德一詞，但其用語無疑應當從道德規範中加以判斷，如“出於卑鄙或者下流的原因”，只能解釋為行為的動機在道德評價上是被主流社會所鄙視的；而在嚴重困難情況下、受到嚴重威脅之壓力下、在非法刺激或侮辱造成的憤怒和痛苦下實施犯罪行為，之所以被認為是可以從輕處罰的因素，也是因為這些情形在道德評價上通常都是作為可以被寬恕的因素。

犯罪的動機之所以普遍地被視為影響刑罰輕重的因素，是因為動機作為驅使一個人實施某種行為的內在驅動力，客觀地反映了行為人實施犯罪的直接原因，是導致犯罪行為發生的心理活動，而這種心理活動與在這種心理活動驅使下實施的行為一樣，不僅會影響人們的社會生活，而且會觸動人們為維繫社會生活而建立的道德情感。儘管刑法評價的對象是給社會造成危害的犯罪行為，但犯罪行為可譴責的程度不僅取決於犯罪行為本身，而且取決於導致犯罪行為發生的原因，因為導致犯罪行為發生的原因能夠表明犯罪在多大程度上應當歸責於犯罪人。而動機正是導致犯罪發生的原因。動機“是指任何能有助於產生、甚或有助於防止任何一種行為的事情”；“每一種行動，因而每一種犯法行動，都可以根據產生它的動機的性質而具備不同的特性，帶有不同的效果：這是一項公認的事實。因此，需要考察人類行為易受其影響的若干動機。”^[13]

按照心理學的觀點，動機是為了滿足某種需要或者迫於某種壓力而採取行動的意願，是指導、推動人們去行動的一種精神力量。動機在客觀上表現為驅使一個人決定實施某種行為的組織源頭即念頭，因而是直接推動主體實施行為的內部動因，即驅使行為人實施犯罪行為的直接原因。動機是主體實施行為的內在心理過程，行為是這種內在心理過程的外在表現。動機是行為的出發點，是行為的一個必不可少的因素。不僅如此，動機還具有指向行為目標、調節行為強度和方向的功能。動機是“引起和維持一個人的行為活動，並使之朝向某一目標的心理傾向”。^[14]個體的活動不管是簡單的還是複雜的，都要受到動機的調節和支配。“在日常生活中，我們認為動機很重要，它提供了

[13] [英]邊沁：《道德與立法原理導論》，時殷弘譯，商務印書館2000年版，第147頁。

[14] 盧家楣、伍新春、桑標主編：《現代心理學—基本理論及其教育應用》，上海人民出版社2014年版，第289頁。

一個區分故意行為是真的很壞還是不那麼壞的基礎。例如，一個善良的或者卑劣的動機，在評價像殺人這樣的犯罪上會起很重要的作用。”^[15]

在不同的社會以及不同的人群之間對善與惡的價值判斷並不完全相同，但在同一個社會中，甚至在人類的歷史長河中，作為社會的主流道德，對善與惡的評價標準，具有大致相同的尺度。正如有些學者指出的：“儘管善惡觀念在不斷地發生變化，但是善和惡的概念仍然是可以從普遍的意義上加以規定的。在倫理學上，一般來說，善就是在人和人的關係中表現出來的對他人、對社會的有價值的行為，惡就是對他人、對社會有害的、產生負價值的行為。”^[16]因為它們是維繫人類社會的生存和發展、維繫人們正常的社會交往所必需的。善的評價標準通常是好、對；惡的評價標準通常是壞、邪。因此，“凡是可稱為善的東西一定是對社會或他人有利，反之就是惡的。”^[17]

犯罪的動機之所以在刑法中被規定為量刑時必須考量的因素之一，是因為犯罪的動機與犯罪行為的實施之間具有極為密切的聯繫。動機作為驅使行為人實施某種行為的主觀願望，反映了行為人自覺意識的預期目的和行動的目標，制約著行為的具體實施和對行為過程中可能遇到的各種情況的處置方式，因而直接影響到行為可能造成的危害後果。如果說，刑法所關注的是行為在客觀上對社會造成的危害，一般不探究行為的動機，那麼，當行為動機的善與惡達到某種程度以致影響到行為的社會意義時，刑法就不得不對其進行評價，並將這種評價作為對危害行為進行評價的一個組成部分。正因為如此，一些國家的刑法明確規定，基於值得尊敬的動機而犯罪的，應當從輕處罰；基於應特別譴責的動機犯罪的，應當從重處罰。這種“值得尊敬”與“特別譴責”，實際上就是對動機的道德評判。

因此，對行為的社會意義進行評價，除了對行為本身在社會生活中產生的作用的評價之外，離不開對驅使主體實施該行為的動機的評價。特別是當驅使一個人實施犯罪行為的動機表現為極度的善或惡時，動機就不再僅僅是道德評價的對象，而會被納入刑法評價的視野。因為這種動機在客觀上已經通過犯罪行為的實施危害到社會的安全和利益。而鼓勵或者寬恕至善的動機、譴責或者懲罰極惡的動機，既是維護社會生存和人際交往最基本的行為規範的需要，也是遏制為害社會的犯罪行為的需要。正如英國啟蒙時期著名法學家邊沁指出的：“動機所能做的只是提高或者降低行為的道德品質。基於保護動機而為的行為變得更好；基於誘惑動機而為的行為則變得更壞。讓我們把這個理論用於實踐。誘惑動機本身並沒有罪過，但它可能成為加重罪過的手段。保護動機本身並沒有能證明自己是正當的或者為自己辯解的作用，但它卻可起到減少刑罰必要性的作用。換言之，它可以成為減輕罪過的理由。”^[18]

（二）信譽

在本文引述的刑法條文中，有些國家和地區的刑法把信譽作為對犯罪人裁量決定刑罰時必須考慮的法定因素之一。如：德國刑法把“違反義務的程度”規定為法院量刑時應當考慮的情況之一。瑞士刑法把“在必須對之服從之人或依賴之人的要求下”實施犯罪作為減輕處罰的原因之一。希臘刑法則把“在其必須服從或者所隸屬的人的強迫下實施犯罪”作為減輕處罰的情節之一。意大利刑法把“濫用官職、公務或神職之許可權或違背其義務而犯罪”，“濫用管理服務、家屬、公務、勞務、同居或東道招待等關係而犯罪”作為加重刑罰的一般原因。巴西刑法則把“使用背信、陷害、偽裝、讓被害人難以或者不可防衛的手段”、“針對尊親屬、卑親屬、兄弟姐妹或者配偶實施犯罪”、“濫用權力、家庭關係、同居關係、熱情待客或者針對特別法有規定的婦女使用暴力”、

[15] [美]喬治·P·弗萊徹：《刑法的基本概念》，王世洲譯，中國政法大學出版社2004年版，第160頁。

[16] 羅國傑主編：《倫理學》（修訂本），人民出版社2014年版，第408頁。

[17] 李建華：《道德原理——道德學引論》，社會科學文獻出版社2021年版，第107頁。

[18] [英]邊沁：《立法理論》，孫力等譯，中國人民公安大學出版社1993年版，第13-14頁。

“濫用官職、公務、交易、服務或者職業固有的權利或者違背其固有的義務”作為刑罰的加重情節。古巴刑法規定：“犯罪涉及濫用權利、職權或者信任”、“利用被害人無自衛能力的狀態、對其的依賴或者隸屬關係實施犯罪”，是刑罰的加重情節，此外，犯罪人和被害人之間是配偶、四等以內血親或者二等以內姻親，犯罪人置其與被害人之間親密的友誼或者感情於不顧而實施犯罪（只有犯危害生命與身體罪、危害正常的性關係和家庭、兒童、青少年罪時）也可以將其作為刑罰的加重情節。西班牙刑法把“經背信之方式完成犯罪事實：係指犯罪者觸犯任何罪行侵害別人，在其執行犯罪時，其所使用之手段、方法或方式直接地或特別地令人相信或保證對被害人並無危險，以致被害人未能採取所可能採取之防備措施”；“利用狡猾、欺詐或偽裝”；“濫用上級職權或使用致使對方減少防衛之方法”；“濫用信任”分別作為加重刑事責任的情況之一。俄羅斯刑法規定：“對依賴從屬於犯罪人的人實施犯罪”，“利用他人因犯罪人的職務地位或合同而對犯罪人給予的信任實施犯罪”，都是刑罰的加重情節。這些規定中包含了四種情況：

一是把濫用職權或者違背義務而實施犯罪作為從重處罰的因素，或者把基於對對方職權的服從而實施的行為作為從輕處罰的因素。這是因為，擁有某種職權或者負有某種義務的人，在社會心理上通常會給他人帶來一定的信任，人們相信他會按照這種職權或義務的要求行事，或者寄希望於他會遵守這種職權或義務的要求。基於這種信任，人們一般不會對其行為加以設防。如果擁有這種職權或者負有這種義務的人濫用該職權或者違背該義務而實施犯罪行為，客觀上就是利用了人們對他的信任，容易使被害人失去戒備或防衛的意識。

二是把利用親密關係而實施犯罪作為從重處罰的因素。如利用家庭關係、同居關係以及其他親密關係，或者針對親屬實施犯罪，實際上是利用了被害人對他的信任，使被害人對可能實施的犯罪沒有防備之心。

三是直接把濫用信任、背信的方式或者狡猾、欺詐、偽裝的方式作為從重處罰的情節。因為在這種情況下，行為人喪失了做人應當具有的誠實和信譽，在道義上應當受到譴責。

四是把對依賴於或從屬於犯罪人的人實施犯罪作為從重處罰的因素。因為在這種情況下，被害人與犯罪人之間存在著依賴於被依賴、從屬與服從的關係，這種關係容易使被害人信任或者屈從於犯罪人。而利用這種關係實施犯罪，就喪失了人們之間最起碼的信任關係。

信譽是指誠實守信的聲譽。無論是在人類的精神生活中，還是在人類的物質生活中，人們之間的社會交往都依賴於彼此之間相互信任的社會關係。惟有誠實守信，人們才能放心地與他人交往。一個社會，一旦喪失了信譽，人們之間就會相互猜疑、相互提防，就難以建立起相互信任的交往關係，人們之間的社會活動就將為彼此之間的不信任而付出更多的代價，甚至使某些活動無法進行。尤其是在現代社會，一方面是隨著社會分工的不斷細化，人們彼此之間的依賴性增強；另一方面是隨著市場經濟特別是互聯網經濟的發展，網絡社會的出現，人們之間的交往形式除了傳統的面對面交往之外，更多的是背對背的交往。在這樣的社會背景下，如果沒有誠信，各種欺詐行為、各種坑蒙拐騙就會肆意橫行，人們之間就不可能互相信任，人們之間的交往就會陷入無序狀態，社會的安全體系就會崩潰，人們就會喪失安全感。因此，誠實守信是人們相互信任的基礎，是相互合作與交往的保障，是人們彼此合作、結成社會的必要條件，因而也是維護社會交往秩序的重要保障，是人們共同認可的最基本的道德規範。只有人們普遍信守誠信的道德準則，才能構建相互交往中的信用體系，才能滿足人們在選擇社會行為時的安全感。

信譽之所以在刑法中被規定為影響量刑的因素之一，是因為信譽關乎到社會交往的根基，而在犯罪行為實施過程中表現出來的背信直接威脅到社會規範體系的建立與維護。由於社會行為規範包括法律規範中對某些職權、某種身份或地位設置了一定的義務或禁律，信守這種職權、身份或地位應當遵循的行為規範，是維繫社會關係的基本準則，因而人們對擁有這種職權或身份或者處於

這種地位的人，往往抱有“他會遵守那些行為規範”的基本預期而不會設置防範的心理或措施。一旦濫用或者利用某種職權、身份或地位形成的信任實施犯罪，不僅在客觀上利用了被害人對這種職權、身份或地位的正當預期，在對被害人的身體或權利造成侵害的同時，也對被害人的心理造成了傷害，而且由於被害人的不設防或不利地位，使犯罪行為的實施更容易得逞。因此，在對犯罪行為本身進行刑法評價的時候，對犯罪人在道德上的背信行為同時予以評價，就更能反映這類犯罪行為的社會危害性，而加重對其犯罪行為的處罰，也就更具有公正性，更有利於預防這種犯罪行為的實施。不僅如此，對利用或者濫用某種職權、身份或地位實施犯罪的行為判處較重的刑罰，本身也是維護這種職權、身份或地位原有的規則體系的需要，是社會治理的重要方面。

（三）品行

在一些國家的刑法中，行為人的品行被規定為適用刑罰必須考量的法定因素或者酌定因素。行為人的品行既包括行為人的一貫表現和人格，也包括行為人在犯罪中和犯罪後的表現。規定的方式有三：

一是籠統地把犯罪人的品行或一貫表現規定為裁量決定刑罰時參考的法定情節。如：奧地利刑法把“行為與其日常舉動顯然矛盾而又一向循規蹈矩”規定為減輕處罰的事由。德國刑法把“行為人的履歷、人身和經濟情況，及行為後的態度，尤其是行為人為了補救損害所作的努力”規定為法院量刑時應當考慮的情況之一。俄羅斯刑法把“在犯罪之後立即對被害人給予醫療救助或者其他幫助、自願賠償犯罪所造成的財產損失或精神損害，以及其他旨在彌補對被害人所造成的損失的行為”等規定為減輕刑罰的情節。瑞士刑法把“主動悔罪，尤其是賠償可指望其賠償的損失”“犯罪後經過的時間較長，且在此期間行為人表現良好”規定為減輕處罰的原因。希臘刑法規定：在法律規定的限度內量刑時，法院應當考慮行為人的人格。在評價行為人的人格時，法院尤其應當注意衡量在行為實施過程中所表現出來的行為人的犯罪意向的程度，其中包括“導致其實施犯罪的原因、行為的動機和所追求的目的”“個人境況、社會環境和以往表現”“行為中的行為表現和行為後的行為表現，尤其是顯示其悔悟和糾正行為後果的意願的行為表現”等情節；並且規定：“行為人在犯罪之前總體上過著誠實的個人生活、家庭生活、職業生活和社會生活”“表現出真誠悔罪和力圖消除或降低行為所造成的後果”“行為人在實施行為之後的相當長時間內表現良好”等是減輕處罰的情節。我國台灣地區“刑法”把“犯人之品行”、“犯人與被害人平日之關係”、“犯罪後之態度”等規定為量刑的酌定情形。巴西刑法規定：“法官應當根據犯罪人的一貫社會行為表現、人格、犯罪原因、犯罪情節、犯罪後果、被害人的行為表現，以及懲罰和預防犯罪的必要性和充分性量定刑罰”。其中：“在犯罪後主動有效地避免結果發生或者減輕犯罪結果，或者在判決之前已經賠償了損失”“在由於被害人的不正當行為所引起的強烈情緒的作用下實施犯罪”等是刑罰減輕情節。

二是把某些特定情形規定為減輕處罰或從重處罰的情節。如古巴刑法規定：法院在法定的限度內確定刑罰的輕重時，主要考慮的因素包括“罪犯的一貫表現”“罪犯的個人性格”“罪犯的最後行為表現”等，並且規定：“行為人在威脅或者強制作用下實施行為”“行為人在其所依賴的近親屬的直接影響下實施行為”“行為人自發地避免、補救、減輕犯罪後果，或者補償被害人，或者向當局供認其涉案事實或者協助查清事實的”“婦女在因為孕期、更年期、月經期或者分娩之後所導致的錯亂中實施行為”“行為人在實施犯罪之前的履行其對祖國、工作、家庭、社會的義務的過程中保持著一貫的卓越表現的”“行為人在被害人的不當行為激起的嚴重精神波動狀態下實施行為”等是減輕刑罰的情節。西班牙刑法把“於受到攻擊後，對犯罪者、其配偶、尊親屬、卑親屬、婚生、非婚生或認領兄弟或同親等之親屬，立即採取一種報復行為”“在獲悉提出司法訴訟前，犯罪者由於內心真正之懺悔所刺激，擬對犯罪加以解救或為使犯罪效果減低程度而給予被害者滿意之補

償或向有關當局表示悔過”等規定為減刑的情節。我國澳門特別行政區刑法也規定，行為人“作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為”，是確定刑罰份量時尤須考慮的情節，“行為人作出顯示真誠悔悟之行為，尤其係對造成之損害盡其所能作出彌補”的，法院須特別減輕刑罰。

三是把由於被害人方面的原因而導致犯罪發生的情形規定為減輕處罰理由。如：瑞士刑法把“行為人因被害人行為的誘惑”作為減輕處罰的情況；意大利刑法把“因他人不正之行為，引起義憤而犯罪者”“與被害人故意行為交互作用”作為減輕處罰的原因；希臘刑法把“在有被害人的不正當行為的驅動下實施犯罪，或者在針對其所實施的不正當行為所產生的劇烈的憤怒或者悲傷支配下實施犯罪”作為酌情減輕處罰的情節；西班牙刑法把“在犯罪發生之前，被害者曾有挑撥及威脅行為”作為減輕處罰的情節；巴西刑法則直接把“在由於被害人的不正當行為所引起的強烈情緒的作用下實施犯罪”作為減輕處罰的情節；古巴刑法也把“行為人在被害人的不當行為激起的嚴重精神波動狀態下實施行為”作為減輕處罰的情節；俄羅斯刑法也把“由於被害人的行為不合法或不道德而實施犯罪”作為減輕處罰的情節。我國澳門特別行政區刑法則把“因被害人本身之強烈要求或引誘”作為特別減輕刑罰的情節。

之所以會把被害人的行為作為評價的對象，是因為在某些案件中，被害人的行為實際上就是引起犯罪行為實施的原因及犯罪的動機。而對被害人行為的評價，無論是使用“不當”還是使用“不道德”，或者使用“引起義憤”或引起劇烈憤怒或強烈情緒，都是一種道德評價。這種道德評價直接折射的是犯罪人實施犯罪行為時的動機，是對犯罪動機的道德評價。由於在這種情況下被害人方面的不道德行為導致犯罪行為的發生，就反映了犯罪行為的實施不是由於犯罪人一貫為惡的品行所驅使的結果，從而就在一定程度上減弱了對犯罪行為人品行的譴責程度。

品行是個體在社會交往中表現出來的具有某種傾向性品德的行為方式。品行既是一個人在社會交往過程中表現於外的行為作風，也是其內心所尊崇的某種道德準則的反復實踐，因而能夠穩定的反映一個人的道德品質，也是個體在社會生活和人際交往中行為選擇的自我調節機制。一個人在社會生活和人際交往中，面對各種誘惑、衝突進行行為選擇時，自身的調節機制發揮著很大的作用。而這種自我調節機制的關鍵即決定行為選擇方向的是個體內心所尊崇的道德準則。

犯罪人的品行，之所以在刑法中被規定為影響量刑的因素之一，是因為人的品行關乎到社會的安全與穩定。為了維護社會的安全與穩定，任何社會都要求人們普遍遵守社會的底線道德，形成良好的穩定的自我調節機制，用好的品行約束自己的行為選擇。而當一個人實施犯罪行為的時候，這種犯罪行為是他一貫奉行的品行的自然外露或極端表現，還是違背他一貫的行事風格而偶爾為之，對於評價其犯罪行為的社會危害性程度具有重要的意義。如果犯罪行為是他一貫品行的必然選擇，就表明這個人對於社會而言具有較大的人身危險性，因為他隨時都可能選擇犯罪行為；如果犯罪行為與他一貫的品行相反，則表明犯罪行為的實施是其一時的錯念所致或者是外界的誘惑所致，這對社會而言，其人身危險性就相對要小。從預防犯罪的角度看，犯罪行為是其一貫品行所致的，其教育改造的難度就大，犯罪行為係偶爾所為的，其教育改造的難度相對就小。正因為如此，在刑法評價中，對犯罪人的品行進行評價，對於正確適用刑法，就具有不可忽視的意義。

（四）人道

一些國家的刑法把犯罪人使用某些特定的手段或者利用某些時機或針對某種特定的對象實施犯罪行為作為從重處罰的情節加以明確規定。如奧地利刑法把“以奸詐、殘酷、或令被害人備受痛苦之方法而行為”“利用他人無防備或無援之狀態而遂行犯罪行為”等情形規定為加重刑罰的事由。西班牙刑法把“利用火災、海難或其他天災或不幸之機會犯罪”“利用夜間在人煙稀少地方”犯罪等規定為加重刑事責任的事由。意大利刑法把“對人身以暴虐或殘酷之方法犯罪”“利用時、

地、身份特殊情形，以阻礙公私之防衛與救助”等情形規定為加重刑罰的一般原因。巴西刑法把“使用毒藥、放火、爆炸物、折磨或者其他誘人上當的或者殘酷的手段，或者足以造成公共危險的手段”“針對兒童、60 周歲以上的老人、病人或者孕婦實施”“在發生火災、船舶失事、水災、任何公共災害或者被害人遭受不幸時”等情形規定為加重刑罰的情節。古巴刑法把“以殘酷的方法或者基於反常的野蠻衝動實施犯罪”“利用發生公共災害、面臨發生公共災害活動迫近危險或者其他特殊的境況實施犯罪”“在夜間實施犯罪，或者在精心選擇或者利用的無人居住之處、人跡罕至之處、昏暗之處實施犯罪”“利用被害人無自衛能力的狀態、對其的依賴或者隸屬關係實施犯罪”等情形規定為加重刑罰的情節。俄羅斯刑法也規定：“對犯罪人明知正在懷孕的婦女、以及對幼年人、其他沒有自衛能力或孤立無援的人實施犯罪”“在緊急狀態、自然災害或其他社會災難條件下以及在聚眾騷亂中實施犯罪”等情節規定為刑罰的加重情節。這些加重或從重處罰的情節客觀上都是違反人道的行為方式，是人們普遍的同情心、憐憫心所不能容忍的，因而在對行為進行刑法評價的同時成為道德評價中應當予以嚴厲譴責的因素。

人道之所以在刑法中被規定為影響量刑的因素之一，是因為人道對於維繫人類社會的生存與發展具有至關重要的意義，而在犯罪行為實施過程中表現出的反人道行為，不僅能夠反映出犯罪人具有極大的人身危險性，而且往往會激起人們更大的憤怒和譴責。如對兒童、老人、孕婦及其他沒有自衛能力的人或者處於孤立無援的人實施犯罪，就喪失了人們普遍具有的同情心和憐憫心；採取殘酷、野蠻、令人備受痛苦的方法實施犯罪，就喪失了人們普遍認可或所能容忍的人性；而利用社會災害或危難趁火打劫來實施犯罪，更是人人痛恨的行為。這些行為不僅是法律所禁止的犯罪行為，而且違反了人類社會生存最基本的道德法則，在任何社會的道德規範中都是被禁止、被譴責的行為。因此，當這種行為構成犯罪時，就把它作為對其裁量決定刑罰的一個因素或者情節加以考量。這樣規定，不僅是維護社會秩序、滿足人們普遍的安全感的需要，也是平息人們對違反人道的行為特別憤怒的道德情感的需要。

值得注意的是，本文援引的外國刑法中有關道德因素的規定，都是總則性的規定，原則上可以適用於刑法中規定的所有犯罪（當然要根據具體案件中是否包含相關的道德因素來評判）。這本身就意味著刑法中的道德評判對於刑法的適用具有普遍的意義。除了總則性的規定之外，一些國家的刑法典還在分則對具體犯罪的規定中進一步規定了道德因素對法定刑的影響。如巴西刑法典第一百二十一條普通殺人罪中規定，“如果犯罪人出於與社會的或者道德的價值觀有關的原因，或者由於被害人的不正當挑釁而引起的，在激情支配下實施犯罪的，法官可以減輕刑罰 1/6 至 1/3”，但如果是“出於下流的原因”或使用殘酷的、背信的等手段實施的，法定刑就從普通殺人罪的 6 年以上 20 年以下監禁加重到 12 年以上 30 年以下監禁。西班牙刑法典第一百三十八、一百三十九條規定，殺人罪的法定刑為十年至十五年徒刑，但若有“背信棄義”等情節的，法定刑則為十五年至二十年徒刑。

二、刑法評判中為什麼要包含道德評判？

在文明社會的發展進程中，“確乎存在著人類關於道德現象的共同的基本準則，它們構成了文明的寶貴遺產和財富”。^[19] 這種人類關於道德現象的共同的基本準則，實際上就是為了維護人類社會的生存所必需的，因而也是任何社會所能容忍的最低限度道德準則，是維護統治秩序所必需從而被統治者所推崇的社會道德，也是任何社會成員都應該遵守的最起碼的社會道德。對這些最低限度

[19] 張文顯主編：《法理學》，高等教育出版社1999年版，第353頁。

的道德準則的維護，是社會治理的必然要求。而這種要求不僅表現在社會倫理中，而且表現在刑法適用中。

對犯罪行為的刑法評判，之所以應該包括對犯罪行為中包含的道德因素的評判，是因為評判犯罪行為中的道德因素是實現刑法功能、增強刑法適用的社會認同感的客觀需要。

首先，對行為的道德評判有利於實現刑法的目的。

刑法適用的目的是預防犯罪，即“刑期於無刑”。因此，刑法關注的對象是犯罪。刑法通過把嚴重危害社會的行為規定為犯罪並對之設置一定的刑罰來禁止人們實施犯罪。因此，刑法評價的對象是構成犯罪的行為。但是僅僅評價行為本身，是難以達到預防犯罪之目的。因為刑法中規定的絕大多數犯罪之所以發生，都有一定的原因。只譴責這種行為而不譴責導致或驅使行為人實施這種行為的原因，就難以真正觸及犯罪的源頭，難以有效地遏制犯罪行為的再次實施。而導致或驅使人們實施犯罪的原因，多與行為人自身的道德品行有關。在對犯罪行為進行刑法評價的時候，同時對導致或驅使行為人實施犯罪的道德因素作出評價，無疑有助於刑法目的的實現。因為刑法規範與道德規範之間具有相輔相成的聯繫。一個社會底線道德規範所禁止的行為往往也是刑法規範所禁止的行為；道德規範所鼓勵的行為有些也是刑法規範所鼓勵的行為。道德規範越被社會所重視和遵從，其功能作用就越能發揮，而這種功能作用同樣有利於促進人們重視和遵從刑法規範，有利於刑法規範功能作用的發揮。正如現代刑法奠基人貝卡利亞曾經指出的：對犯罪適用刑罰，是社會強加給犯罪人的一種恥辱，這種恥辱“必須同普遍道德和各個制度下的特定道德——它們是世俗輿論和本國輿論的立法者——所倡導的恥辱相一致，如果它們相互分歧，那麼，不是法律失去了公眾的尊重，就是道德和正直的觀念變成從來就抵抗不住實例的空洞說教了。”^[20]

因此，在刑法適用過程中，通過對犯罪行為的道德評判來維護社會的底線道德，不僅可以維護刑法規範的基礎即與道德規範相同的價值觀和利益，而且可以促使人們重視和遵守社會的底線道德，從而有效地預防犯罪。因為這種底線道德作為主流社會的意識形態，能夠通過公眾輿論來譴責違反它的行為，從而促使人們重視它、遵從它，同時給違反它的人帶來心理上的輿論壓力。如果沒有底線道德的約束所帶來的心理強制，那些受到犯罪誘惑的人就可能無所顧忌地去選擇危害社會的行為，而這種行為不僅違反了社會的底線道德，很可能也是違反刑法規範的行為。在犯罪可能帶來的“好處”面前，或者面對犯罪的誘惑，一旦失去了內心的道德約束，人們就更容易鋌而走險，涉足犯罪。從這個意義上講，維護社會的底線道德，就是阻止人們選擇犯罪行為的第一道防線。這道防線一旦突破，人們對犯罪行為就喪失了免疫力，就沒有了羞愧感。如果刑法能夠對犯罪行為中的道德因素作出評判，就可能喚醒人們的內心信念，重新評價自己的行為，尤其是在行為選擇的時候受到心理上的道德拷問，從而慎重地選擇行為。這無疑有助於人們減少犯罪的衝動，約束自己的行為，從而實現刑法所追求的預防犯罪的目的。

其次，對行為的道德評判有利於發揮刑法對社會道德的引領作用。

國家通過刑法來禁止的行為，本身就標誌著對這些行為的否定性評價，從而向人們宣告這些行為是國家所無法容忍的。因此，刑法規範的制定及其適用，對人們的社會行為具有強烈的指引作用，它告誡所有人不得實施刑法所禁止的行為，否則會給自己帶來不利的後果，會受到刑罰的懲罰。刑法規範對人們的社會行為所具有的引領作用，與道德規範對人們的社會行為所具有的引領作用，更強烈更有力，因為它是以國家強制力做後盾的。

在刑法適用過程中，如果能夠對犯罪行為中包含的道德因素進行評判，刑法規範所具有的引領作用就會強化道德規範在人們心中的地位，從而促使人們在行為選擇中重視道德規範。而在刑法

[20] [意]貝卡利亞：《論犯罪與刑罰》，黃風譯，中國大百科全書出版社1993年版，第54頁。

適用過程中，對哪些道德因素予以肯定性的評判、對哪些道德因素予以否定性的評判，就涉及到司法機關對自己所處社會的道德規範的理解和認同程度。司法機關在具體案件中認同或否定的道德規範，往往會通過案件當事人及其近親屬、辯護人及其他訴訟參與人傳導給社會，在社會上形成一定的正面或負面的輿論導向，影響人們的道德觀念和行為選擇。

司法機關在一個個具體案件的法律適用中，通過對違反道德規範的行為的否定性評價或者通過對符合道德規範的行為的肯定性評價來引導人們在行為選擇時重視社會道德規範的約束，久而久之就會在社會上形成某些被普遍認同和遵守的底線道德規範。對違反這些底線道德規範的行為（同時往往也是違法的行為甚至犯罪的行為）予以否定性評價就會成為社會上的一種共識。而對某些行為的否定性評價一旦在社會生活中形成人們的共識，就會在社會成員各自的內心構成一種威懾性的壓力，促使人們在行為選擇時重視對這些行為的否定性評價，從而約束自己的行為選擇。

再次，對行為的道德評判有利於更好地發揮刑法在社會治理中的功能作用。

刑法參與社會治理的手段是對犯了罪的人追究刑事責任。刑法通過追究犯罪人的刑事責任包括對其適用刑罰來告誡人們哪些行為是不可為的，從而引導人們的社會行為，化解社會矛盾，維護社會穩定，從而有效地參與社會治理。

通過刑法適用來參與社會治理，最常遇到的問題是情理與法理的衝突與融合問題。在刑法的具體適用中，如果能夠把刑法規範所包含的法理變成人民群眾按照自己的認知所能理解的常理，使刑法中包含的法理更符合人民群眾所認可的最基本的道德規範或人們普遍具有的道德情感，就能使人民群眾在司法機關處理的每一個案件中看到公平正義的實現，從而認可和支持司法機關適用刑法的實踐，認可和遵從刑法規範的約束。這是發揮刑法規範在引導人們的社會行為，進而防止犯罪行為的關鍵，也是發揮刑法在社會治理中的功效的重要途徑。為此，刑法的適用就需要滿足兩個方面的要求：

一是符合人民群眾普遍信奉的善惡觀。刑法要在社會治理中發揮作用，就必須伸張社會正義。所謂伸張社會正義，就是要按照人民群眾普遍認可的正義觀念來懲惡揚善。對於人民群眾普遍認為是惡的行為要嚴厲懲罰，對於人民群眾普遍認為是善的行為，就應當網開一面，盡可能的不作為犯罪處理，不得不作為犯罪處理時，應當從輕處罰。刑法的適用只有起到懲惡揚善的效果，才能讓人民群眾看到社會正義的伸張。而要實現這種懲惡揚善的效果，就不能僅僅是就法論法，而需要在對犯罪行為進行刑法評價的同時，對犯罪行為中包含的道德因素作出肯定或者否定的評價，認可或寬恕社會底線道德所鼓勵或容忍的行為，譴責和懲罰社會底線道德所禁止和譴責的行為，使刑法的適用與人民群眾的道德情感相融合，刑法才能在社會治理中最大限度的得到人民群眾的認同和支持，其功能作用也才能得到更有效地發揮。如被迫實施的防衛行為、與惡勢力作鬥爭的行為，如果作為犯罪處理（如聚眾鬥毆），就容易引起人們對法律的抵觸情緒。

二是符合人民群眾普遍認可的是非觀。刑法要在社會治理中發揮作用，就必須區分是非曲直。因為相當一部分犯罪的發生是由民間糾紛（鄰里糾紛、婚姻家庭糾紛、經濟糾紛等）引起的，對這類犯罪適用刑法，就不能僅僅依照刑法規定來處罰構成犯罪的行為，而應當首先了解犯罪發生的過程，區分是非曲直，然後再對案件依法處理。這樣才有可能做到合情合理合法，才有可能真正化解社會矛盾，讓當事人誠服地解決當事人之間的矛盾糾紛，實現“案結事了”的社會效果。如果僅僅處罰構成犯罪的行為，而不區分是非曲直，就可能使人民普遍認為“有理”的人蒙受冤屈，甚至可能讓先告狀的惡人借助刑法來迫害好人。而在刑事案件中區分是非曲直，所依據的標準，就必須是在刑法規範前提下的人民群眾普遍認可的道德標準。人民群眾普遍認為是對的行為，刑法就應當予以肯定，人民群眾普遍認為是錯的行為，刑法就應當予以否定。如果刑法的適用符合人民群眾普遍信奉的是非觀念，人們就會認為刑法適用是公正的，就會心悅誠服地按照司法機關的判決化解糾

紛。相反，如果刑法的適用違反了人民群眾普遍信奉的是非觀念，人們就會認為刑法適用不公正，即使不得不服從司法機關的判決，但很難服氣，矛盾糾紛依然會爆發。而要保證刑法的適用滿足人民群眾普遍認可的是非觀念，就需要在刑法評價的同時，對案件當事人之間的矛盾糾紛進行道德評價，以便區分是非曲直。

因此，在刑法適用的過程中，對可能涉及到的道德元素作出符合現實社會普遍認同的道德規範的評判，必然會促進和強化人們基於道德情感對刑法規範的認同和支持。而這種認同和支持是刑法發揮作用的社會基礎，是刑法參與社會治理的有效性保障。它既可以通過對犯罪人適用刑罰在其心理上產生長久的影響，促使其重視符合社會道德的刑法規範，也可以通過對被害人的安撫彰顯刑法規範與社會道德規範的契合，鼓勵人們選擇符合道德規範的法律行為，還可以通過訴訟參與人社會交往的相互影響以及社會輿論的傳播功能，使社會的底線道德規範與刑法規範高度融合，在社會上持續地影響人們的行為選擇。正如高銘暄教授所言：“如果說刑法是骨骼、皮肉的話，那麼倫理道德可以說是刑法的靈魂和血脈。有了這樣的靈魂和血脈，刑法就不會變成冰冷的物件，而是充滿溫情的規範，刑事司法也不會是機械的刑法操作，而是能夠喚起民眾感情共鳴的生動實踐。”^[21]

三、刑法評判道德因素的途徑

刑法評價的對象首先是行為，因為一個人所實施的行為是不是刑法所禁止的行為決定了刑事責任的有無和刑罰的輕重。而在刑法中評價一個人是否應當對自己的行為承擔刑事責任，其根據只能是該行為依照刑法的規定是否構成了犯罪，即行為在客觀上是否具備刑法規定的構成某個具體犯罪的全部要件。

問題在於，在刑法適用的過程中，對刑事責任的認定，不僅包括對行為人是否應當承擔刑事責任的判斷，而且包括對行為人應當承擔多大的刑事責任的判斷。如果說，第一個判斷所依據的是行為是否符合刑法規定的某種具體犯罪的構成要件，那麼，第二個判斷就不僅僅是對行為是否符合犯罪構成要件的判斷，而要同時包括對行為過程中出現或發生的犯罪構成要件以外的其他事實情況進行判斷，從而確定刑事責任的大小及程度，並據以決定對犯罪人適用什麼樣的刑罰。而在第二個判斷中，就會涉及到對與犯罪行為有關的道德因素的評判。因為，在許多犯罪中，道德因素不僅是驅使行為人實施犯罪行為的原因，而且其行為本身就包含著道德因素。“毫無疑問，自然犯、刑事犯是刑法中規定的犯罪的主要部分，它們最終都與社會倫理規範相連結。處罰這些犯罪是為了通過法律的形式強制人們遵守作為其基礎的社會倫理規範……法定犯、行政犯與社會倫理具有關聯性。原本與社會倫理無緣的行為，當它在刑法上被作為犯罪來處理的時候，就產生了與社會倫理的聯繫。”^[22] 因此，無論是對行為本身的評價，還是對導致犯罪行為發生的原因的評價，都離不開對其中涉及到的道德因素的評價。而“道德評價是人類道德活動現象的重要組成部分，對個人道德品質的形成，對社會道德風尚的改善，對人與人之間關係的協調發展，對維護道德規範的功能，以至於對道德從實有到應有的轉化，都具有重要作用。”^[23] 這是因為，道德規範具有普遍性的品格，它不僅規定了社會共同體成員應當履行的義務和責任，而且也提供了對行為加以評判的一般準則。“以規範為依據的道德評價，往往形成一種普遍的社會輿論，而對共同體中的社會成員來說，它同時也構成了一種普遍的約束機制。”^[24]

[21] 高銘暄：《〈刑罰倫理〉序》，載曾粵興著《刑罰倫理》，北京大學出版社2015年版，第11頁。

[22] [日]大塚仁：《犯罪論的基本問題》，馮軍譯，中國政法大學出版社1993年版，第18-20頁。

[23] 羅國傑主編：《倫理學》（修訂本），人民出版社2014年版，第405頁。

[24] 楊國榮：《倫理與存在——道德哲學研究》，北京大學出版社2020年版，第45頁。

在刑法適用過程中，對犯罪行為可能涉及到的道德因素進行評判，是通過對犯罪行為及其原因中包含的道德因素的鼓勵、寬恕或譴責來實現的，而這種鼓勵、寬恕或譴責，在刑法適用中具體表現為對犯罪行為應當承擔的刑事責任大小的影響。

所謂鼓勵，是指對符合主流社會所倡導的道德準則的行為，如果進入刑法評判的領域，就會基於道德評價上的褒獎而予以肯定和鼓勵。鼓勵的方式是當實施刑法中禁止的行為以致給他人造成損害時，在刑法評價中通過排除這種行為的社會危害性而不認為是犯罪，或者雖然認定為犯罪但免予刑罰處罰或從輕處罰。一個人實施刑法所禁止的行為，如果是基於主流社會普遍褒獎的道德情感，或者是為了維護主流社會普遍認可的道德準則，儘管行為的表現方式違反了刑法的禁止性規定，但在刑法評價中往往會認可這種行為而不將其認定為犯罪，即使是這種行為造成了嚴重的危害後果，在刑法評價中也會在認定為犯罪的同時對其從輕判處刑罰。因為這種行為的動機或目的符合主流社會的倫理道德。如見義勇為的行為，在刑法評價中往往被視為“正當防衛”行為，從而可以不負刑事責任。這種行為從客觀上看往往是違反刑法的禁止性規定的行為，但是由於行為的動機是善的，或者說是值得尊敬的，在道德評價上應當予以鼓勵，因而在刑法評價中，這種行為就會被認可。不認定為犯罪，或者雖然認定為犯罪但從輕處罰，這本身是一種刑法評價，但這種評價的依據卻是行為背後的道德因素，即驅使行為人實施刑法禁止的行為的動機中的善。在刑法評價中，動機中的“善”不僅抵消了行為中的“惡”，而且被賦予合法性而受到鼓勵，以致對行為本身給予肯定的評判。這種評判的結果無疑在於鼓勵善的動機以及在這種動機驅使下實施的行為。這正是各國刑法中都把正當防衛明確規定為一種不負刑事責任、不違法或者不受處罰的行為的原因。

所謂寬恕，是指對主流社會普遍認為雖然違法但可以理解或者應當予以同情的行為，在作出違法性評判的同時表示理解或寬恕。寬恕的方式是在認定犯罪的基礎上予以從輕或者減輕處罰。刑法評價的對象無疑首先是刑法所禁止的行為。由於行為人實施了刑法所禁止的行為而在刑法評價中被認定為犯罪，但是在道德評價上，由於這種行為是可以寬恕的行為，所以其應受譴責的程度相對要低一些。這種道德評判的結果表現為對犯罪人適用的刑罰應當相對於一般情況下實施的相同犯罪要輕一些，即可以從輕處罰或者減輕處罰。例如，某人回家時看到自己的妻子遍體鱗傷地在哭泣，一問得知被剛剛走出其家門的大漢強姦，隨即從廚房拿了一把菜刀追出去殺死了強姦自己妻子的人。在刑法評價中，該人的行為無疑構成故意殺人罪，但是在道德評價上，這種行為是由於被害人的不法行為激起了犯罪人的極大憤怒而一時情緒失控所為，具有值得寬恕的成分，因而在人們普遍認同的道德情感上具有值得同情、可以理解的一面，在道德評價的層面上就具有可以寬恕的成分。因此在判處刑罰的時候，既要考慮到刑法評價中構成犯罪的成分，也要考慮到道德評價中具有寬恕的成分，予以從輕或減輕處罰。與之類似的是多人鬥毆的案件，如果不分青紅皂白，都以聚眾鬥毆罪，各打五十大板，表面上看是平等地適用刑法，但由於沒有是非曲直之分，往往難以讓當事人信服，甚至也難以讓圍觀的群眾看到公平正義的實現。如果在查清鬥毆事件的前因後果，區分恃強凌弱、欺行霸市與一忍再讓、被迫還擊，而予以不同程度的道德評判，並在刑法適用中對前者予以嚴厲的譴責而對後者予以應有的寬恕，就會讓當事人心悅誠服，也會讓圍觀群眾看到刑法適用的公平正義。

所謂譴責，是指對既違反刑法的禁止性規定又違反主流社會普遍認為的底線道德的行為，在作出刑法評價的同時予以道義上的否定性評價。譴責的方式是在認定犯罪的基礎上予以從重處罰或者加重處罰。對於嚴重傷害人們普遍具有的道德情感的犯罪行為，在刑法評價時，首先要根據刑法的規定認定其應當構成的犯罪，其次要在認定犯罪的同時對其包含的道德因素作出嚴厲的否定性評價。這種譴責的實現方式需要根據刑法的規定和案件的具體情況而定。如果本國刑法把某種特定的道德因素規定為加重處罰的情節，而犯罪行為中包含了這種道德因素，就要按照刑法的規定在具體罪名的法定刑

以上加重裁量決定刑罰；如果本國刑法把某種特定的道德因素規定為從重處罰的情節，而犯罪行為中包含了這種道德因素，就要按照刑法的規定在具體罪名的法定刑幅度內判處較重的刑罰；如果本國刑法只是原則性地規定量刑時應當酌情考慮某些道德因素，而犯罪行為中包含了這種道德因素，就要在客觀評價這種道德因素的基礎上酌情選擇較重的刑罰，以示對這種道德因素的譴責。

需要特別強調的是，刑法中的道德評判是依附於法律評判的。一個行為，如果沒有構成犯罪，不能納入刑法評判的視野，也就不存在刑法中的道德評判。邊沁曾經指出：“動機所能做的只是提高或者降低行為的道德品質。基於保護動機而為的行為變得更好；基於誘惑動機而為的行為則變得更壞。讓我們把這個理論用於實踐。誘惑動機本身並沒有罪過，但它可能成為加重罪過的手段。保護動機本身並沒有能證明自己是正當的或者為自己辯解的作用，但它卻可起到減少刑罰必要性的作用。換言之，它可以成為減輕罪過的理由。”^[25]在刑法適用過程中，道德評判的範圍和力量是有限的，並且是依賴於刑法的規範設置的。這種依賴性主要表現為：第一，道德評判必須以刑法評價為前提。刑法中的道德評判是在行為本身構成犯罪的基礎上，並且是在刑法規定的範圍內進行的，因而不存在對刑事法治原則的破壞。第二，只有當犯罪行為中包含著道德因素時，才能進行道德評判。對於那些與道德無涉的犯罪，就不存在道德評判的問題。第三，對犯罪行為中的道德因素進行評價，並不是毫無基準的任意評判，而是以本國法律文化傳統和底線道德標準並根據本國刑法的規定進行的。

正是基於以上理由，刑法適用中的道德評判並不會對法治原則造成破壞或者構成威脅。道德評判是在法治原則之下，把刑法的正義理念融入民眾的常識常情常理之中，使刑法的適用更加貼近民眾的認同，而不是在刑法規範之外進行道德審判。

四、餘論

在中國的法律傳統文化中，刑法的適用具有濃厚的道德色彩。由於儒家思想在封建社會中的長期盛行，“德治”的理念充斥在刑法適用的方方面面。不僅有“春秋決獄”的傳統司法，更有“親親相隱”的立法規則。遺憾的是，我國現行刑法立法中沒有關於道德因素的明確規定，從而難以為刑法適用中的道德評判提供明顯的法律依據。

但是由於刑法總則在犯罪概念的規定中包含了“情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪”，在刑罰的具體運用中把“情節”明確規定為裁量決定刑罰的根據之一，在分則規定的具體犯罪中法定刑的幅度一般都比較大，這就給司法機關在裁量決定刑罰時留下了較大的選擇空間。基於我國的法律文化傳統，刑事司法實踐中在對“情節”的刑法評價中往往會包含著道德評判。例如，在張德軍故意傷害案^[26]中，二審法院在裁判理由中指出：“見義勇為自古以來一直是人們追求的道德標準，時至今日，見義勇為作為社會主義道德規範和行為準則，仍然具有廣泛的思想基礎和現實意義”；在索和平故意傷害案^[27]中，二審法院在判決書中寫道：“被告人違背人倫，長期虐待老人，僅因瑣事即對父親多次拳打腳踢，致其當場死亡。其犯罪手段特別殘忍，情節特別惡劣，後果特別嚴重，依法不應從輕處罰”；在劉祖枝故意殺人案^[28]的裁判理由中，法官也提出，劉祖枝在其丈夫

[25] [英]邊沁：《立法理論—刑法典原理》，孫力等譯，中國人民公安大學出版社1993年版，第13-14頁。

[26] 參見《刑事審判參考》2006年第4集（第400號），中華人民共和國最高人民法院刑事審判第一、二、三、四、五庭主編，法律出版社2006年版，第1-8頁。

[27] 參見《刑事審判參考》2009年第1集（第524號），最高人民法院刑事審判一至五庭主編，法律出版社2009年版，第36-41頁。

[28] 參見《刑事審判參考》2012年第1集（第746號），最高人民法院刑事審判一至五庭主辦，法律出版社2012年版，第11-16頁。

喝下農藥後，負有“由社會道德倫理衍生的救助義務”。可見，在刑事司法實踐中，司法機關對被告人行為和被害人行為的道德因素，時常會作出評價，並且這種評價會影響到刑法的具體適用。

然而，由於缺乏刑法的明確規定，刑法適用中的道德評判往往會因人而異、因案而異，並且只能作為“酌定情節”予以考量。如果審理案件的法官重視道德因素，在具體案件的刑法適用中就會關注並對案件中包含的道德因素進行評判；如果審理案件的法官不重視道德因素或者不重視某些類型的道德因素，在具體案件的刑法適用中就不會對案件中包含的道德因素進行評判。道德評判對刑法適用的影響，也會因法官個人或合議庭的認識而有所不同。這種情況，必然影響到刑法適用的效果，甚至成為社會輿論的熱點，傷及人民群眾的道德情感。

因此，筆者認為，我國的刑法立法實有必要在總結刑事司法實踐的基礎上，在刑法總則中對道德因素及其對刑罰裁量的影響作出明確的規定。這樣做，一方面有利於刑法中的道德評判的規範化，另一方面也有利於彰顯刑法對社會底線道德的維護，引導人們的社會行為，更好地發揮刑法在社會治理中的功能作用。

Abstract: We should make moral evaluation when apply criminal law to a criminal act. It is beneficial to realize the purpose of criminal law to prevent crime, to give full play to the leading role of criminal law to social morality as well as the function of criminal law in social governance. In many countries, certain moral factors are clearly defined as the legal factors in criminal law that must be considered when the punishment is decided, among which the factors commonly involved are motive, reputation, conduct, humanity and so on. The reason why these factors are prescribed by the criminal law as legal factors affecting the size of criminal responsibility or the severity of punishment is that they are directly related to the maintenance of social bottom line of morality and the social effect of the application of criminal law. On the basis of identifying a crime in accordance with the provisions of the criminal law, the evaluation of moral factors in the criminal law is realized by encouraging or forgiving the moral behavior in line with the social bottom line, condemning the immoral behavior in violation of the social bottom line, and then giving a lenient or heavier punishment when the punishment is decided at the specific discretion.

Key words: Criminal Law Legislation; Moral Evaluation; Criminal Law Application

（責任編輯：張竹成）