

虐待罪的刑罚配置检讨： 一个宪法与刑法融贯的视角

唐冬平

【摘要】我国刑法专设虐待罪彰显了中国法律体系对家价值的维护。但在刑罚配置方面,其法定刑与同类犯罪相比却较轻,与社会日益增强的平等意识、权利观念以及在此基础上生成的现代家庭观相冲突。关于虐待罪的刑罚配置是否合理,学理上亦形成了“不合理说”与“合理说”对峙的困局。前者诉诸家庭伦理、文化传统等法外理由,未清晰揭示出虐待犯罪的独特社会危害性,不能深入到刑法学内部形成有力批判。后者将故意伤害罪的保护法益等同于虐待罪的保护法益,忽视了后者的相对独立性与复合性,不恰当地稀释了虐待罪的法益侵害性,对虐待罪适用难题的教义学回应更是遮蔽了其刑罚合理性问题,从而不能为现有刑罚设定提供足够的辩护。刑事立法的合理性检验需要根据宪法的法益作为判断工具,虐待罪的刑罚配置检讨应回归宪法与刑法相融贯的视角。我国宪法承认现代家庭生活的宪制价值,确立了加重保护家庭生活中个人基本权的根本法立场。在此指导下,虐待罪所欲保护的法益会呈现出“个人法益+集体法益”“主观法益+客观法益”这一“厚实”形态,立法者应依此对既有刑罚配置予以调整。虐待罪的刑罚配置检讨也为其他针对家庭成员的人身侵权犯罪的刑罚设置与适用提供了示范。

【关键词】虐待罪;宪法;家庭;国家;刑罚

【作者简介】唐冬平,苏州大学王健法学院讲师、法学博士(江苏 苏州 215006)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2022.11.130~149

【基金项目】本文系教育部人文社会科学研究一般项目“新时代家国关系规范化的宪法路径研究”(项目编号:22YJC820033)和江苏高校哲学社会科学研究一般项目“离婚冷静期制度的合宪性实施研究”(项目编号:2021SJA1362)的阶段性成果。

一、问题的引出

我国《刑法》第260条在故意伤害罪之外另行规定了虐待罪,以对在家庭成员之间实施的虐待行为进行刑法评价和刑事制裁,这在我国法律体系中可谓意义重大。原因在于,家庭成员之间实施的殴打、体罚等肉体虐待和辱骂、讽刺等精神虐待行为一般达不到故意伤害罪、侮辱罪等犯罪的程度,但刑法仍将它们作为处罚对象,主要目的在于保护弱势的家庭成员。^①换言之,我国立法者似乎有意降低了刑法调整同类社会关系的一般标准,其目的是运用刑法对家庭成员实施特别的保护,这体现了国家对于建构平等和谐家庭关系的

用心以及中国法律体系对家庭价值的呵护。

然而,这一意义重大的立法,却因虐待罪的刑罚配置与故意伤害罪等其他相关犯罪相比较轻而在学理上存在争议,并因司法实践中的一些热点案件,如2009年的北京“董珊珊案”和2019年的山东“方洋洋案”而受到社会公众的颇多关注和责难。概览学理上的争议,大致有两类观点:一种认为是认为虐待罪的刑罚配置存在合理性问题,主张提高虐待罪的法定刑罚,可称之为“不合理说”;另一种则认为虐待罪的现有刑罚配置具有合理性,没有必要提高,可概括为“合理说”。在刑法学理上,罪刑配置上的正义是刑罚正义的重要方面。^②而

刑罚的合理配置恰是刑法充分发挥其功能的重要前提。学理上认识分歧的存在和实践中社会公众对此类热点案件的频繁议论,说明虐待罪的刑罚配置是否真正完全实现了对中国人一直珍视的家庭价值的保卫仍旧是一个悬而未决的理论和实践问题。因而,笔者尝试采用新的分析视角对这一问题进行探讨。

二、虐待罪刑罚配置的合理性之争及其困局

(一)虐待罪刑罚配置合理性争论的缘起

虐待罪的刑罚配置之所以在理论上存在争议并因热点案件而受社会广泛关注,主要是因为与故意伤害犯罪等相关犯罪的刑罚相比,立法者为虐待罪配置了较轻的刑罚。拿虐待罪与故意伤害罪来看:一是虐待罪基本犯的法定最高刑是2年有期徒刑,而故意伤害罪基本犯的法定最高刑可以达到3年有期徒刑;二是刑法对虐待罪的结果加重犯的两重后果即重伤、死亡不加区分,法定刑为2年至7年有期徒刑;而故意伤害罪的结果加重犯区分了重伤、死亡后果,重伤后果的法定刑为3年至10年有期徒刑,死亡后果的法定刑为10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。另外,拿虐待罪与虐待被监护、看护人罪相比也是如此,因为虐待被监护人、看护人罪的最高法定刑为3年有期徒刑,而虐待罪基本犯的最高法定刑为2年有期徒刑。

此种刑罚配置状态带给公众的一种直观感受是,对家庭成员实施虐待并造成伤害的行为,刑法却只处以较轻的制裁,虐待罪似乎成了施暴者逃避刑法制裁的一把“保护伞”。这冲击了中国民众日益强化的平等观念、权利意识以及在此基础上形成的对于现代家庭生活的理想与期待。在以北京“董珊珊案”和山东“方洋洋案”为代表的热点案件中,法院的“依法裁判”与社会公众的质疑十分鲜明地表征了上述立法状态与公众的朴素感受之间的张力。当然,普通人的朴素感受不能取代理性的专业判断。然而,学理上对此刑罚配置状态也有认识分歧,形成了“不合理说”与“合理说”之

间的争论。

(二)“不合理说”及其不足

所谓“不合理说”即认为虐待罪的刑罚配置过轻,不足以对构成虐待罪的行为进行适当的刑事制裁,应该通过提高法定刑的方式予以调整。

事实上,自1979年《刑法》制定开始,如何为虐待罪配置适当的刑罚,就成为立法过程中一个颇具争议的问题。在1979年《刑法》制定过程中,针对当时的刑法草案,卫生部指出,“虐待致死,判十年以下,轻了”,彼时的商业部和政治部也提出,“虐待致人死亡与故意杀人没有什么区别,应当从重”。^③但立法者最终没有采纳这些意见。1979年《刑法》第182条规定,虐待家庭成员,情节恶劣的,处2年以下有期徒刑、拘役或者管制;引起被害人重伤、死亡的,处2年以上7年以下有期徒刑。在1996年修订刑法的过程中,再次有地方和部门针对刑法修订草案提出提高虐待罪刑罚的建议。^④但这一建议仍未获立法者接纳,因而1997年《刑法》续保留了1979年《刑法》关于虐待罪的刑罚设置。现行刑法已历经多次修订,但有关虐待罪的刑罚配置始终未有调整,可见立法者并不认为虐待罪的刑罚配置存在不当之处。

与立法者的态度截然不同的是,认为虐待罪刑罚配置并不合理的学理主张在1997年《刑法》实施后陆续被提了出来。在20世纪90年代末,就开始有观点提出,基于亲属道德伦理关系,应在虐待罪条款中增加对虐待直系尊亲的行为加重处罚的规定。^⑤进入21世纪后,更多学者从不同的角度反思虐待罪的刑罚配置问题。概括而言,包括以下三种视角:(1)家国关系的视角。有观点认为,在《刑法》中,虐待罪的刑罚轻于普通的过失致人死亡罪,说明虐待罪已经失去维护家庭伦理的意义,这是现代国家主义和个体主义强势排挤家庭亲情伦理的结果,为缓和刑法的道德主义危机,有必要重新在刑法中吸纳亲亲原则。^⑥(2)虐待犯罪的危害性角度。有部分学者认为,虐待罪的危害

性比较高,应该提高刑罚制裁力度。如有观点指出,虐待罪的构成要件与法定刑配置不相称,理由在于构成虐待罪的行为具有反人伦性,在侵犯受害人人身权的同时也对其他家庭成员的身心健康和居家安宁造成损害,应该提高。^⑦另有观点也表明,无论是从自身的社会危害性,还是与其他同类犯罪的法定刑相比,虐待罪的法定刑都过低,不利于保护受害人的权利以及遏制虐待案件的频繁发生,故应该加重和提高。^⑧(3)虐待罪刑罚配置的目的角度。有观点认为,对虐待行为给予较轻处罚的总体目的是维护家庭稳定,由于行为人和被害人对于一般家庭矛盾的产生都具有过错,因而虐待罪基本犯的刑罚配置合理,只有在已无维护家庭稳定的可能和必要时,虐待致人重伤、死亡的才应该加重刑罚,并提高到与故意伤害罪之刑罚相当的水平。^⑨

“不合理说”的最大价值在于,为虐待罪刑罚配置可能存在的缺陷提供了学理上的说明,用专业理性印证了朴素的法感受的合理性,但依然存在以下论证方面的不足之处。

第一,以轻罚不足以保护家庭伦理或是人伦传统作为批评立法的理由,是在法律外部对虐待罪的刑罚配置直接进行合伦理性判断。此种判断方式将可能面临两个方面的困境:一是家庭伦理作为一种传统在现代社会中对法律正当性的证成与批判能力事实上存在限度。法律与一个国家的传统存在紧密联系,而中国发达的家文化传统在中国法律体系中也有诸多彰显。^⑩但如果不清楚地界定传统的内容并筛选出适应观念、制度已改变的现代社会的合理成分,传统对于法律正当性的证成与批判能力就会大打折扣。二是即使家庭伦理已得到清晰界定以及其中合理的内容被挑选出来,仍然不能改变它们作为法外理由的属性,在法律与道德存在区别的语境下,它们的立法批判能力仍有所欠缺。例如,认为虐待直系尊亲属应该加重处罚的建议,其出发点在于维护家庭伦理,

但这一尊卑有别的观念,与现代社会的平等观念和家庭法中重申的平等原则都不契合,因而其批判能力被极大削弱。

第二,以虐待行为之危害性高作为批判虐待罪刑罚过轻的理由,虽通过刑法学概念的转介,试图在刑法知识体系内部来检讨虐待罪的刑罚配置,具有一定的启发,但却没有展开体系化的论证。

第三,以维护家庭稳定证成虐待罪刑罚配置较轻的总体理由与现代社会的平等权观念以及在此基础上的家庭观构成冲突。家庭整体关系的稳定固然重要,但以牺牲家庭成员之间应有的平等、互相尊重等基本价值以及生命、身心健康等重要权益而片面追求所谓的“家庭稳定”,与现代家庭观念并不相符。进言之,家庭稳定价值与成员个人权利价值之间的关系是,后者对于前者而言是构成性、支持性的,即现代意义上的“家庭稳定”一定是建立在个人基本权益得到保障的基础之上的,牺牲了个人价值的“家庭稳定”价值,并不是真实而值得追求的“家庭稳定”。尽管重新强调家庭之整体性、伦理性以回应个人主义观念在家事法领域中所暴露出的弊端已成为中国家庭法制完善的价值基础,但抑制极端个人主义并不代表彰显个人价值的平等、自由等基础性的理念应该被放弃。另外,即使家庭成员对于矛盾的产生都负有责任,这也不应该成为一方对另一方施加虐待的理由。

第四,在虐待罪刑罚配置的具体调整方案上尚未形成共识,也未注意到相关方案与既有刑法学知识的可能矛盾。从既有观点看,对于虐待罪基本犯的法定刑是否存在合理性问题,以及如何调整虐待罪的整体刑罚配置,既有学理并没有形成统一方案。另外,个别观点主张,将虐待致人重伤、死亡的刑罚提高到与故意伤害罪的刑罚相当,但这与既有刑法学理认为虐待致人重伤、死亡属于过失致人重伤、死亡存在矛盾。因为,基于既有

刑法学的认识,同样致人重伤、死亡,故意犯罪的恶性程度及其应受惩罚程度肯定高于造成同样结果的过失犯罪。如何回应这种可能矛盾,现有研究并没有进行阐释。

(三)“合理说”及其疏漏

“合理说”认为,对于严重的家庭暴力行为,通过正确界定虐待罪与其他犯罪的关系,从而适用刑罚制裁更为严厉的故意伤害、故意杀人等其他罪名,也能达到正确评价和制裁严重虐待行为的目的。“合理说”的形成与刑法学研究重视解释论而非立法论的方法论立场有很大的关系。在此立场之下,由于刑法学理上并不怀疑现有虐待罪刑罚配置的合理性,所以并未对其进行直接性说明。但是通过考察刑法学理对于虐待罪及其与其他相关犯罪的界分,以及对司法实践中虐待罪适用疑难问题所提出的教义学方案,可以推断出“合理说”是如何认定虐待罪刑罚配置合理性的。

第一,以行为后果的恶性程度说明虐待罪刑罚配置的合理性。此种间接说明方式体现为虐待罪与故意伤害罪在基本犯的区分上。“合理说”认为,虐待罪与故意伤害罪在行为的客观特征方面是完全不同的:虐待罪在客观方面的表现主要是,行为人对被害人持续性地实施精神摧残和肉体折磨,如打骂、冻饿、禁闭、讽刺、咒骂等;^①而故意伤害罪的客观方面是,行为人进行损害他人身体正常机能的行为。^②进一步而言,虽然虐待行为和故意伤害行为都会对被害人的身体造成损害,但与故意伤害相比,虐待对身体所造成的伤害程度在刑法评价上相对较轻。因为刑法理论和实务一般认为,伤害行为只有造成轻伤以上后果,才符合故意伤害罪对于伤害结果的要求。由此而言,虐待行为通常只是一种身体上的折磨,如果达不到轻伤以上标准,就不构成故意伤害罪。罪刑相适应是现代刑法的基本原则,如果从客观后果的层面间接承认了虐待行为的恶性程度较故意伤害行为低,那么相应的虐待罪的刑罚幅度轻于故意伤害

罪的刑罚幅度也就自然而然地没有违背现代刑法的基本原理,因而也就具有了合理性。

第二,以主观内容的恶性程度说明虐待罪刑罚配置的合理性。在刑法中,犯罪主观内容的恶性程度不同,也会影响到刑罚配置的轻重。“合理说”通过说明虐待罪和故意伤害罪在主观内容上的不同进一步间接阐述虐待罪刑罚配置的合理性。

首先,虐待罪基本犯的刑罚合理性。有观点指出,虐待罪的故意是追求被害人肉体或者精神上的痛苦,而故意伤害罪的故意追求的是被害人身体机能遭受不可逆转的损害。^③虽然虐待罪和故意伤害罪都属于故意犯罪,但在刑法评价中,主观恶性程度及其应受惩罚的程度仍然取决于主观要素内容的危害性高低。由于虐待罪的主观故意内容是追求精神和身体折磨而非故意伤害罪的追求损坏他人身体正常的生理机能,因而伤害的故意显然要比虐待的故意在应受惩罚程度上更高。如果承认虐待罪的行为恶性程度较故意伤害罪低,那么虐待罪较故意伤害罪在主观内容上的恶性程度也就相应地降低,因此虐待罪的刑罚配置轻于故意伤害的刑罚配置也就是合理的。

其次,虐待罪结果加重犯刑罚配置的合理性。“合理说”以故意犯罪的应受惩罚程度高于过失犯罪为依据来证成虐待罪刑罚配置的合理性。依照现有刑法学理,虐待罪结果加重犯的客观方面和主观方面都与故意伤害罪的结果加重犯不同。一方面,虐待致人重伤、死亡,主要包括两种情况:一是受害人因虐待逐渐产生身体损伤或最终导致死亡后果;二是受害人因不能忍受虐待而自杀、自伤。^④另一方面,与故意伤害致人重伤、死亡最大的不同是,虐待致人重伤、死亡的,在主观方面是过失。^⑤因此,相较于故意伤害罪的结果加重犯,虐待罪的结果加重犯应受更轻的制裁。

第三,基于刑法解释论的方法论立场,在对虐待罪的整体刑罚配置的合理性加以说明后,“合理

说”还对于司法实践中虐待罪因法定刑配置结构过轻导致的适用难题提出了教义学上的应对方法。在司法实践层面,虐待案件中常有被害人重伤、死亡的后果发生,由于在刑罚配置上虐待罪的结果加重犯要轻于故意伤害罪的结果加重犯,因而如何对导致重伤、死亡后果的虐待行为进行刑法评价,并处以合理的刑罚制裁,就会成为司法适用层面的难题。“合理说”主张正确运用刑法适用原理来应对。

首先,明确虐待罪与其他犯罪的非排斥关系。为了对个案中较为严重的虐待行为进行全面评价和适宜处罚,“合理说”认为,正确区分虐待罪与其他犯罪固然正确,但这并不能否认在个案中虐待罪与其他犯罪的并存关系。这种非排斥关系为将一个案件中的虐待行为同时评价为构成虐待罪或故意伤害罪等其他犯罪提供了认识上的前提和可能。对此,有观点指出,从立法目的上看,为了保护家庭生活中弱势家庭成员的权利,立法者才在故意伤害、杀人罪之外另设虐待罪,此种设计有助于将家庭内部成员之间的并不构成故意伤害、故意杀人的虐待行为纳入刑法规制的范围,但这并不意味着家庭成员之间的虐待行为只能以虐待罪论处。^⑥如果否认虐待罪与其他犯罪在家庭暴力犯罪案件中的非排斥关系,难免造成“虐待罪成为家庭成员犯罪的避难所”这一损害刑法价值和社会公众法感情的不利后果。^⑦

其次,运用刑法学上的罪数区分理论来回应司法实践层面的难题。所谓罪数区分是指,区分一个人所犯之罪的数量,其关系到定罪和量刑的准确性。^⑧在具体判断层面,包括了“行为究竟成立一罪还是数罪”和“对于数罪是实行并罚还是不并罚”两个问题。^⑨为应对虐待罪的司法适用问题,“合理说”还从罪数的认定以及数罪的处罚两个维度提供了解决思路。

(1)在认定是一罪还是数罪方面,大致有两种代表性的认定方法。第一种是“主观目的判断

法”,即从行为人主观目的是实施伤害、杀人还是虐待来认定严重虐待行为的性质。例如,立法机关的内设部门发布的法律问答指出,在适用虐待罪的过程中,“实践中应当注意:如果行为人是故意要致使被害人重伤或者死亡,而采取长期虐待的方式来实现其犯罪目的的,不应按虐待罪来进行处罚,行为人的行为构成了故意伤害罪或者杀人罪,应依照故意伤害罪或者杀人罪的规定定罪处罚”。^⑩第二种是以虐待罪的限度为标准的“分割法”,即将虐待行为予以分割,将超出虐待罪限度的虐待行为认定为故意伤害等其他犯罪,对于没有超出的则认定为虐待罪,从而将一个人的虐待行为在刑法上评价成数罪。对此,有观点指出:“如果在虐待的过程中,行为超过了虐待的限度,明显有伤害、杀人的恶意且实施了严重的暴力行为,直接将被害人殴打成重伤,甚至直接杀害被害人的,应该认定为故意伤害罪或故意杀人罪。”^⑪至于说如何对严重的虐待行为进行刑法评价上的分割,刑法学理上又提出了两种基本的判断方法。一是“最后一次性暴力说”,即认为在虐待过程中,因一次性暴力导致被害人重伤、死亡的,应该将该行为分离出来认定为故意伤害或者故意杀人。^⑫二是“综合判断说”,即应该结合行为人的暴力手段、是否立即或者直接造成被害人伤亡后果及其主观故意内容进行综合判断,不表示只有一次行为导致伤亡才可以认定为故意伤害罪。^⑬这种判断方法也为实务部门所采纳。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部在2015年3月2日联合印发的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》中指出:“准确区分虐待犯罪致人重伤、死亡与故意伤害、故意杀人犯罪致人重伤、死亡的界限,要根据被告人的主观故意、所实施的暴力手段与方式、是否立即或者直接造成被害人伤亡后果等进行综合判断。”^⑭

(2)在对数罪是否应实行并罚的问题上,又大致存在着择一重罪论和数罪并罚两种思路。例

如,有观点认为,在连续性虐待的过程中,行为人既实施了未造成轻伤以上后果的行为,又实施了造成轻伤以上后果的行为,虽然既构成虐待罪也构成故意伤害罪,但故意伤害行为以虐待行为为前提,则应该按照吸收犯的原理,故意伤害行为吸收虐待行为,最终应按故意伤害罪定罪处罚。^⑧另有观点则指出:“虐待行为本身已经构成犯罪,在这种情况下,行为人又实施了故意伤害行为的,则应实行数罪并罚。”^⑨无论是通过数罪并罚,还是择一重罪处理,都实现了对于严重虐待行为的合理评价,更为重要的是为采取严厉的刑事制裁提供了前提和可能。

总的来说,“合理说”试图基于法律内部视角来主张虐待罪的刑罚配置因合乎现有刑法体系而具备合理性,但依然存在以下诸多漏洞。

第一,忽略了虐待罪保护法益的相对独立性。我国《刑法》第5条规定,刑罚的轻重应该与行为人所犯罪行和应承担的刑事责任相适应。这一规定首先意味着刑法适用应该贯彻罪责刑相适应原则。但事实上,罪责刑相适应原则也应在立法上得到贯彻,这是其能够在刑事司法中得以落实的前提和基础。^⑩贝卡里亚早就指出,明智的立法者在确定刑罚时,应避免使最高一级的犯罪受最低一级的刑罚。^⑪那么,到底应该如何为每一种犯罪确定科学的刑罚?这需要回到犯罪的本质,即对法益的侵害性。立法者应该基于每一种犯罪行为对法益侵害的相对独特性,建构与之相适应的刑罚体系。“合理说”在证成虐待罪的刑罚配置正当性时,基本上将虐待罪的保护法益与故意伤害犯罪的保护法益作了等同处理,即认为虐待罪保护的法益也是人体的正常、健全生理机能,而且虐待罪对这一法益的侵害性远小于故意伤害犯罪。这一认识显然忽略了虐待罪保护法益的相对独立性,违背了立法层面的罪责刑相适应原则。

第二,轻视了虐待罪保护法益的复合性。虐待罪保护的法益具有复合性,“合理说”将故意伤

害罪的保护法益作为虐待罪的保护法益,从而轻视了这种复合性。我国《刑法》将虐待罪规定在“第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪”中,从解释论的角度出发,似乎可以认为虐待罪的保护对象也是人身法益,因而以同属保护人身法益的故意伤害罪作为参照对象来说明虐待罪的法益侵害性小及其较轻的刑罚配置具有合理性并不存在问题。然而,此种形式化的解释对于虐待罪所保护的人身法益仅作了完全形式化和表面化的理解。

首先,从逻辑上而言,《刑法》第四章中的人身法益在总体上看是“属法益”,而第四章中与人身权相关的具体罪名所保护的法益是“属法益”之下的“种法益”。人身法益在总体上应受刑法保护,但其在各个具体罪名之下应受保护的具体法益内容彼此之间是不完全相同的。如《刑法》第246条规定的侮辱罪和诽谤罪,同样属于保护人身法益的犯罪,但该罪保护的具体内容并非单纯指向生物学意义上身体的完整和自由,而是指向建立在人身基础上的名誉等人格性利益。^⑫虐待罪与故意伤害罪所欲保护的总体对象虽然也是人身法益这一“属法益”,但两者所保护的具体法益内容却是不同的“种法益”。因而,将故意伤害罪的保护法益等同于虐待罪的保护法益,从而衡量后者的法益侵害性大小,忽视了刑法中“属法益”和“种法益”的区别,在逻辑上本就存在不足。

其次,就法理来说,作为法律所保护对象的人有着不同维度,既包括物质维度上生物学意义的身体,也包括精神维度上建基于身体的灵魂。甚至在精神维度,身体上的灵魂还有着多元的构成,如欲望、理性和激情。^⑬我们只有理解人的多维特性及其在社会秩序中的限度,才可能建构出完整的法律保护制度,也才能够理解法律制度赖以存在的“人学”基础。对于刑法而言也是如此,“不了解和不明白人在社会中的发展和意义,就不可能真正地理解刑法所保护的法益”。^⑭因此在解释和应用刑法上保护人身法益的犯罪时,应该考虑

到具体罪名所欲保护的不同法益内容实际上是对人多向度的保护这一基本法理。刑法立法者之所以将家庭成员之间实施的长期性的打骂、殴打等行为作为犯罪行为予以评价和制裁,考虑的是在家庭生活场景中人的多个维度的法益应受保护。因此,反思虐待罪的刑罚配置,也应该以明确其保护的究竟是人的哪些维度为理据。

最后,虐待罪所欲保护的法益内容与故意伤害罪保护的法益内容不能等同。既有刑法教义学在解析虐待罪的构成要件时,都提及了“身体摧残”和“精神折磨”两个行为要素,因此虐待罪保护的法益内容并不只是包括个人的身体健康这一利益,还包含个人在家庭生活中的精神性利益。通过既有刑法教义学对故意伤害罪构成要件的解释来看,故意伤害罪所欲保护的法益主要指向的是个人的身体健康,即身体的正常机能。结合上述刑法规范中“属法益”和“种法益”的分化,以及刑法保护人的多维度这一基本法理,即可明确虐待罪所保护的法益内容与故意伤害罪所保护的法益内容并不相同,且具有一定的复合性。

第三,对虐待罪刑罚配置合理性的论证存在其他漏洞。

首先,以故意伤害罪为参照进而认定虐待罪的法益侵害性低的前提存在问题。“合理说”之所以认为构成虐待罪在法益侵害性上轻于故意伤害罪,主要是因为刑法理论和实务上,长期有一种观点认为,故意伤害罪的入罪标准是看伤害后果是否达到了轻伤以上。“合理说”在证成虐待罪现有刑罚配置正当性时,也是以之作为参照标准,即实施虐待行为对于身体的伤害,通常都达不到故意伤害罪的入罪标准,因而虐待罪的刑罚配置轻于故意伤害罪也就有了正当性。然而,以伤害行为是否对身体造成轻伤以上后果作为故意伤害罪的入罪标准这一论证前提并不能成立。原因在于,《刑法》第234条对于故意伤害罪的罪状的规定为“故意伤害他人身体”,实际并未规定必须轻

伤以上才能构成故意伤害,将轻伤与否作为认定故意伤害罪的一个客观标准,其实是对《刑法》第13条中“犯罪情节显著轻微,不认为是犯罪”的一种错误地对应和运用。^⑩

其次,对结果加重犯之刑罚配置合理性的论证没有消解刑法规范之间存在的矛盾。依“合理说”的看法,行为人对于因虐待行为造成的重伤、死亡后果并非故意而是过失,因而从罪责刑相适应原则的视角看,对虐待罪的结果加重犯配置比故意伤害罪加重犯相对更轻的刑罚就获得了正当性。但这一证成又会引申出另一问题。既然虐待致人重伤、死亡在主观层面是过失,那么虐待致人重伤、死亡事实上也会构成刑法上规定的过失致人重伤、死亡罪。不过,我国《刑法》第233条规定的过失致人死亡罪的法定刑(3年以上7年以下有期徒刑)要重于虐待致人死亡罪。该条又规定“本法另有规定的,依照规定”,依此,家庭成员之间实施虐待致人死亡的行为,虽也构成过失致人死亡罪,但仍应适用法定刑更轻的虐待致人死亡罪。为何《刑法》要如此规定?“合理说”对此问题保持了沉默。

第四,对虐待罪适用问题提供的教义学解答也不无问题。司法实践中,之所以出现对于严重虐待行为的定罪量刑争议,其争点并非只是指向刑法上罪名的认定及其代表的刑法评价,更为重要的是指向对于严重虐待行为进行刑罚制裁的力度适当性问题。“合理说”通过刑法解释学的建构来回应司法实践中对于严重虐待行为的评价和制裁问题,实际上是以现有虐待罪刑罚配置具有合理性为前提的。此种学说虽然能够在一定程度上化解对于严重虐待行为的刑法评价问题,但仍存在以下不足。

首先,将严重虐待行为认定为其他犯罪的标准不甚清晰。无论是通过行为人的主观目的,还是以虐待罪的限度为标准对行为予以分割评价,都存在不足。对于“主观目的判断法”,刑法上犯

罪的主观目的通常也要结合客观化的行为及其后果予以判断,行为人对于重伤、死亡后果的主观目的是伤害还是虐待在认定上本就存在难度。“因为主观故意源自深层次的动机,而动机则是复杂多变的。此外,不同的环境会对人体机能产生不同的影响,比如在人体抵抗力较弱的情况下,以折磨故意所实施的暴力行为也能造成伤害的后果。这使得以客观结果推主观心态的方法也会存在误差,如此,虐待罪与故意伤害罪的分野就显得更加模糊不清了。”^⑧而对于“分割法”而言,困难也同样存在。要对严重虐待行为予以评价上的分割,仍然要以明确虐待罪的限度为前提,从而有可能把超出该限度的行为定性为其他犯罪。但虐待罪加重犯的后果与故意伤害加重犯的结果从客观上来说是同样的,那么所谓虐待罪结果加重犯的限度事实上就很难明确。其中,“最后一次性暴力说”最大的问题是,容易忽视前期虐待行为与最终伤亡后果的因果关系。因为,如果行为人对被害人长期虐待,前期的虐待已经对被害人造成伤害,后期的继续虐待最终导致伤亡后果。在此条件下,将最后一次性的暴力行为认定为超出虐待罪限度的其他犯罪,如故意伤害、故意杀人等犯罪并不合理。另外,“综合判断说”主张的判断方法仅仅提供了一个认定框架,具体化程度并不高。并且,目前刑法学理对于虐待行为在刑法上构成数罪的情况如何处罚,既有数罪并罚说,也有择一重罪说,并未形成共识。

其次,以现有刑法体系为基础进行解释学上的建构和回应,回避了对虐待罪之刑罚配置合理性的反思。毫无疑问,在肯定现行法规范之合理性的前提下通过解释学的建构回应法律的司法适用问题,当然具有维持法律安定性的优势。可是,固执于解释学的建构而丝毫不考虑甚至排斥立法论层面的反思,也并不可取。“在立法者的纸漏面前,理论不能放弃批判而沦为单纯提供解释服务的工具。”^⑨“合理说”主张通过准确适用其他刑罚

配置更重的罪名来对严重的虐待行为予以性质认定和制裁,的确回应了对严重虐待行为进行严厉制裁的现实需要。但是此种处理,依旧忽略了虐待行为相对特殊的法益侵害性。原因在于,刑法不仅具有通过刑罚实施的制裁作用,还具备通过具体犯罪认定对于行为法益侵害性的评价作用。透过适用法定刑配置更重的故意伤害罪固然能够实现严重虐待行为的法律制裁需要,但故意伤害罪的评价对象是行为损害人体正常机能这一法益侵害性,而虐待罪所要评价的法益侵害行为并不完全等同于对人体正常机能的损害行为,因而前者不能替代后者对行为的评价作用。更为重要的是,通过刑法解释学的回应,“合理说”似乎强化了对虐待罪现有刑罚配置的合理性证成,但也更进一步遮蔽了直接对虐待罪刑罚配置予以深度反思的可能性。

综上,对于虐待罪的现有刑罚配置是否合理这一问题,“不合理说”与“合理说”都存在论证上的诸多不足。前者的困境在于,一方面以文化传统、家庭伦理等作为批判理由始终是一种法律外部的视角,未能对接法律的内部视角,批判力量不强;另一方面,以虐待行为的社会危害性高为理由的批判,虽尝试进入到法律的内部视角,但相关论说并不充分,体系化程度不高。后者的问题在于,在恪守教义学立场的前提下,将故意伤害犯罪的保护法益等同于虐待罪的保护法益并说明虐待犯罪因其对法益的侵害性低而应予配置较轻刑罚,虽属于内部视角的辩护,但依旧存在论证上的疏漏,且没有充分回应外部视角的批判。因此,找到一种外部视角和内部视角相衔接,并且更加充分的论说,就成为检讨虐待罪刑罚配置合理性问题的可行且必要的思路。

三、宪法与刑法融贯视角的引入

为了走出虐待罪刑罚配置合理性争论的学说对峙困局,亟须引入新的分析视角。鉴于宪法在实在法体系中的最高地位,将宪法与刑法融贯作

为一种新的分析视角可以完成对虐待罪刑罚配置进行全面检讨的学理任务。

(一)宪法与刑法融贯的含义

在一国的实在法体系中,宪法具有最高的法律效力,构成部门法的制定和实施根基。此种法体系内部的宪法与部门法关系,更为具体地表现为两个维度、三种关系:即在法制定维度,法律应对宪法加以具体化;在法实施维度,法律应作合宪性解释或接受合宪性审查。^⑤正是通过宪法对法律的制定、实施的指引和调控,一国的法律体系才在动态运作中具备了融贯性这一品质。在法理上,法律体系的融贯性要求各个法律部门及其制度与宪法及其制度之间建立起评价上的积极关联,这不仅意味着各个法律部门及其制度的规范不能与宪法规范相冲突,还意味着前者在实质评价上要与后者保持一致。^⑥在这个意义上,所谓宪法与刑法相融贯即指,刑法应该落实宪法的精神、原则和规范,刑法关于犯罪的设定与刑罚配置应该与宪法的相关评价与指示保持一致,避免出现矛盾和冲突。

(二)宪法与刑法融贯作为分析视角的合理性

引入上述宪法与刑法相融贯的分析视角,将有助于摆脱关于虐待罪刑罚配置合理性争论的既有学说困局,对虐待罪之刑罚配置作更为科学地检讨,主要理由有以下两点。

第一,对刑事立法的合理性检验需要根据宪法的法益作为判断工具。通行的刑法学理主张,刑法的任务在于保护法益。^⑦这里作为刑法保护对象的法益,应该立足于宪法而被界定。作为一国法秩序之基石的宪法,既具有外在于刑法立法者的超脱特性,又具有与法秩序相关联的规范性,因而是填充法益内容的唯一来源。^⑧对此,德国刑法学者指出,“一个在刑事政策上有拘束力的法益概念,只能产生于我们在基本法中载明的建立在个人自由基础上的法治国家的任务。”^⑨在将刑法任务界定为法益保护的前提之下,通行的刑法学

理更进一步主张,法益概念具有对刑事立法的正当性与合理性加以批评的功能。^⑩基于刑法的法益与宪法的关联性,以宪法为根据的法益也就顺理成章地获得了批判刑事立法的能力。这也印证了日本刑法学者仲道祐树的判断,即“作为法益论的补充,刑事立法分析框架的宪法化方向是妥当的。”^⑪将批判刑事立法的法益建立在宪法的基础上,也就实现了宪法规范国家刑事立法权或者说国家刑罚权的基本功能。

具体而言,宪法凭借自身对法益的确定而具备的对刑事立法的合理性检验功能包括消极取向和积极取向两种类别。前者是指,宪法被用作论证刑事立法不合理的判准:一是没有宪法依据的法益不能通过刑事立法加以保护;二是具备宪法依据的一些法益,如公民的生命、财产等基本权利,不能因刑事立法而受到不合理的刑罚制裁或者剥夺,即作为刑事立法所要限制的法益受到宪法保护。后者是指,宪法被用来证成刑事立法的合理性,即经过宪法确认的法益,刑事立法者必须积极地履行保护义务,通过科学合理的犯罪设定和刑罚配置落实宪法的指令。

然而,对于这两类取向,传统法学理论更多关注的是消极取向而非积极取向。这是由经典的刑法观和宪法观所共同作用的结果。一方面,刑法学理认为,由于刑罚对社会成员具有严厉的制裁性,因而刑法应该保持谦抑性和对法益保护的辅助性,这就决定了立法者不宜随意动用刑法手段治理社会;而另一方面,宪法学理则主张,宪法是对国家权力的限制法,国家的刑罚权理所应当接受宪法限制。这两种学理前提所共同导出的结论便是,宪法对刑事立法之合理性检验应该取向于对刑罚权的范围与力度扩张的限制而非相反的证立或支持。

但此种漠视积极取向的认知存在着需要加以厘清的误区。首先,刑法是宪法的直接实施法,即刑法是对宪法所调整的社会关系的一种直接保

护。^⑩在刑法学上,刑法谦抑性或法益保护作用的辅助性在很大程度上是建立在将刑法作为民法、行政法等其他部门法的保障法的认识基础之上的。也就是说,只有当民法、行政法等法律不能保护法益时,才可以动用刑法手段。但事实上,“刑法与民法、行政法等相关部门法之间具有补充性,但并非单纯地刑法补充民法、行政法等相关部门法,而是基于法整体秩序之保护需要的互补关系”。^⑪换言之,刑法可以与其他部门法协同发挥法益保护作用。因此,应该否定“只有在其他部门法无效时才动用刑法”这一教条,确立“在维护宪法的权威、保障宪法的实施确有必要时,即可以动用刑法”这一新理念。^⑫其次,限制国家权力扩张已非现代宪法的唯一功能,其也不能作为准确诠释中国宪法功能的话语。在世界宪法史上,西方的宪法功能转型历经了以“限制国家权力侵害市民社会”为特点的自由主义宪法范式到以“对社会领域适度干预”为特质的福利国家范式的过程,而中国宪法功能体系一开始就属于以“国家、社会、个体的同质化”为特点的社会主义范式。^⑬进言之,不仅西方宪法已不再将限制国家权力作为其唯一目的,而且中国宪法也没有把限制国家权力作为自身的唯一功能。如果上述刑法之于宪法实施的直接性以及宪法功能转型的原理得以成立,那么,基于宪法的法益检验刑事立法合理性之积极取向就应得到肯定。事实上,已有刑法学者指出,以宪法为根据的法益对立法法的批判功能包括“要求废除没有保护法益的犯罪”和“要求为法益保护增设新罪”两个方面。^⑭换言之,宪法不仅可以限制刑罚权,也可以证立刑罚权,这是宪法规范刑罚权的两个方面。如果是否应该犯罪化都可以宪法作为标准,那么在已经犯罪化之后的刑罚配置问题自然也能透过宪法审视获得答案。因此,判断虐待罪的刑罚配置是否合理,应该以宪法指引下虐待罪应予保护的法益构造而不是既有的刑法体系为准据。

第二,宪法承担着沟通法律体系与外部社会的独特功能。作为一国实在法体系之根基的宪法具有其他部门法所不具有的特性,即其能够通过民主机制理性地吸纳、整合和表达一个社群的文化传统和道德伦理共识。可以说,“宪法是一个充满活力的价值、原则体系,是对社会共同体的价值共识的最高规范表达。”^⑮换言之,宪法以具有最高效力的法形式,对具有共识基础的文化传统和道德伦理共识实现了实定法化。对此,有观点指出,宪法是包括道德规则、宗教规则、法律规则等在内的社会规则实现竞争、转换的平台和结果。^⑯值得注意的是,这并非否认宪法之下的部门法就不能承载和表达社群内部关于文化传统和道德伦理的共识,而是说为了维护法律体系相对于道德伦理、文化传统的独立性,宪法可以将法律体系之外的道德伦理、文化传统通过民主机制加以甄别、固定,再通过部门法加以具体化和落实。也就是说,社会上的文化传统、道德伦理要想成为法律体系内容合理性的评判标准,必须透过宪法所架设的价值整合、表达机制的转化,而不能径直作为批判法律体系内容的依据。宪法的这种沟通法律体系与社会的功能,既可避免法律体系无法回应社会而陷入僵化,又可维持法律体系的自治性。因此,对于刑法体系内容的评判就无须完全借助于法律体系之外的道德伦理、文化传统,而只需要回到宪法。这实际上也是刑法学理要将法益建立在宪法基础之上的原因所在,因为“宪法性法益概念没有将刑法的保护范围与客观现实直接相联系,而是设定体现全体国民意志的宪法这个中介。从客观现实进入刑法的保护范围在理论上就要经历两个阶段,即从客观现实进入宪法,再从宪法进入刑法。”^⑰因此,虐待罪的刑罚配置是否合理,不是看现有刑罚配置是否真正实现了相关的道德伦理与文化传统,而是看宪法上已经固定下来的价值共识是否获得了实现。

基于上述宪法与刑法、宪法与社会的关联,宪

法与刑法融贯视角下虐待罪的刑罚配置问题就可转化为:宪法对立法者通过虐待罪所应予保护的法益下达了何种具体指令?上述“合理说”与“不合理说”支持或反对现有虐待罪刑罚配置的论证是否契合宪法上虐待罪所应实现的法益构造以及保护要求?总之,以宪法与刑法相融贯为视角,探究宪法上虐待罪应予保护的法益构造以及相应的刑罚配置要求,便可以走出既有学说“批评不足”“辩护无力”的对峙困境。

四、宪法与刑法融贯视角的展开

我国《宪法》第49条第1款明确规定了“家庭受国家的保护”,第4款则明确规定了“禁止虐待老人、妇女和儿童”。就立法目的而言,1979年《刑法》明确开始规定虐待罪,主要是为了惩治虐待家庭成员的行为,保护公民权利,维护平等、友爱和和睦的家庭关系。^⑤故而,从宪法学角度看,虐待罪的这一立法目标表明,虐待罪的设置及其刑罚配置是在实施《宪法》第49条第1款和第4款的相关规定,其宪法性质是国家通过刑事立法履行基本权利的国家保护义务。所谓基本权利的国家保护义务是指,“宪法规定基本权利的最根本目的就是真正实现公民的自由与平等,那么当公民基本权利遭到私法主体(私人)的侵害时,国家有义务采取积极有效的保护措施。”^⑥而立法者设置虐待罪、配置相应的刑罚,一方面是在对实施虐待家庭成员的行为进行犯罪化评价和制裁预设,另一方面也是在保护受害者的基本权利。这符合适用基本权利国家保护义务理论的法律关系结构,即存在“受害人—国家—加害人”的关系结构。^⑦

既然虐待罪的罪刑设置是国家在履行基本权利的保护义务,那么虐待罪所应保护的法益结构就应立足于宪法上相关的基本权利内容予以确定。由于虐待罪及其刑罚的制裁对象是家庭成员之间实施的虐待行为,其保护对象是家庭成员的权利,因而宪法学视角下虐待罪及其刑罚应予实现的法益,即公民在家庭生活场景中的基本权

利。在明确了宪法对家庭生活场景中个人基本权的保护要求后,就可以对虐待罪所欲保护的法益构造进行合理界定,从而对虐待罪刑罚配置的合理性进行合宪性判断。

(一)宪法对家庭生活场景中基本权的加重保护

结合宪法上家庭生活场景中基本权利规范的体系解释以及宪法确立“家庭应受国家保护”的法理基础后可以明确,宪法对家庭生活场景中公民的基本权利实行的是加重保护,即范围更宽和程度更高的保护。这就使虐待罪所欲保护的法益呈现出更加“厚实”而非“稀薄”的形态,从而对刑事立法者设定虐待罪及其刑罚发出了特别的指令。

第一,宪法对家庭生活场景中的个人基本权利实行加重保护。在宪法理论上,基本权利的规范领域越窄,其受保护程度越高;基本权利的规范领域越宽,则其受保护程度越低。^⑧具体而言,即当个人依据宪法在所有社会生活领域都能享有的一般性基本权,如平等权、人身自由、人格尊严等进入制宪者所限定的特定社会生活场景中时,这些基本权的应受保护程度就被大幅度提升了,因为这些基本权利的规范领域变得具体因而更加狭窄了。在一般性的基本权保护力度能够实现特定生活关系中的权利保障需要时,制宪者不会无缘无故地设定一些特定的应受到宪法保护的社会关系。如果承认这一点,那么,我国宪法有没有专门为保护家庭生活场景中的个人基本权利建构独特的保护规范体系呢?答案是肯定的。事实上,我国宪法通过“显白规范”和“隐含规范”两类规范专门建构出了家庭生活场景中个人基本权的保护体系。

首先,“显白规范”是指制宪者通过明示的方法设定了家庭生活场景中的基本权利应受重点保护的宪法指令。(1)制宪者通过宪法文本设定了加重保护的总体框架。《宪法》第49条第1款明确规定“家庭受国家的保护”。我们不应粗糙地将其视

为一条意义十分薄弱的宪法规范。应该说,在前述基本权利规范领域与保护程度的关系理论下看,这其实彰显了制宪者明确肯定家庭生活场景作为宪法直接保护对象的立场,也为国家加重保护家庭生活场景中的个人基本权奠定了总体性基调。(2)制宪者通过个别条文设计一定程度地具体化了加重保护立场。《宪法》第48条、第49条等条文为家庭生活场景中的一些具体基本权设定了特别保护规范。《宪法》第48条规定“妇女在家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利”,这便是国家加重保护家庭生活中的性别平等权的规范依据。因为《宪法》第33条第2款中“公民在法律面前一律平等”之规定建构了适用于所有生活场景中的平等权,但由于制宪者通过第49条奠定了加重保护家庭生活及其中个人基本权的立场以及第48条明确建构了家庭生活场景中的男女性别平等权,则第48条规定的平等权就因规范领域狭窄而应受保护程度更高。《宪法》第49条则通过主体、权利义务内容等多个维度对家庭生活场景中的个人基本权建构出了特别具体的保护规范。譬如,第1款中的“母亲、儿童受国家的保护”从主体维度突出了对特定家庭成员的保护,而第4款中的“禁止虐待老人、妇女、儿童”则从主体和内容两个维度强调了对家庭生活场景中个人基本权的特别保护。在理解第1款的规范含义时应留意到,母亲、儿童基于宪法在一般社会生活领域所享有的基本权因宪法建构了关于家庭生活场景的专门保护规范,而使得他们的基本权之规范领域变得狭窄化,因而在家庭生活中应受保护程度被提高。在理解第4款的规范含义时则应该注意:一方面,制宪者从主体维度明确将“老人”“妇女”“儿童”作为家庭生活场景中的典型弱势主体加以保护。当然这里对“老人”“妇女”“儿童”的列举应视为示例规定,并不排除其他在家庭生活中可能处于弱势地位的成员亦应受宪法加重保护。另一方面,在根本法层面对虐待行为给予否定性评价并设定禁

止性立场,更加明显地体现出宪法对家庭成员的基本权实行加重保护。因为,《宪法》第33条“国家尊重和保障人权”之规定所隐含的生命权^③和《宪法》第38条“公民人格尊严不受侵犯”之规定所确定的人格尊严等个人基本权原本毫无疑问地要适用于家庭生活,但制宪者却专门建构了对家庭生活场景中个人基本权的保护规范,即将对相关的一般性基本权利的保护浓缩为对家庭成员间的虐待行为的禁止。

其次,除“显白规范”以外,宪法事实上还对家庭生活场景中的基本权保护设置了“隐含规范”。原则上而言,公民在其他社会生活领域所应享有的一般性基本权应适用于家庭生活场景。如果制宪者对其中的部分基本权没有基于加重保护立场特别转化为家庭生活场景中的具体基本权,那么它们仍将适用于家庭生活场景,如《宪法》第34条的选举权与被选举权、《宪法》第36条的宗教信仰自由等。更为重要的是,因《宪法》第49条“家庭受国家的保护”,这些没有明文转化的基本权也应在家庭生活场景中受到更高程度的保护。这些基本权应受加重保护则构成了所谓“隐含规范”。

第二,家庭生活场景中基本权应受宪法加重保护的法理基础。虽然运用宪法学上基本权利规范领域与保护强度的关联理论能够对相关宪法规范作体系化理解,并说明家庭生活场景中个人基本权应受高度保护,但此种规范分析没有进一步追问家庭生活以及家庭生活场景中个人基本权为何应受宪法高强度保护。因而,明晰家庭生活及家庭生活场景中个人基本权应受宪法高强度保护的法理基础依然十分必要。过往法学界关于宪法中国家对家庭的保护义务分析主要从制度性保障理论、宪法权利理论和宪法原则理论等视角展开,^⑤但都没有关注到宪法要求国家应对家庭生活以及其中的个人基本权实行加重保护的法理。

事实上,从家庭、国家、宪法的关系来看,家庭作为社会结构要素仍旧在现代社会中履行不可替

代的社会职能,而这些社会职能又具有特别重要的宪制意义。这就要求制宪者必须承认家庭生活应受保护的宪法地位,并要求国家对家庭生活及其中的个人基本权实施高强度的保护。

首先,家庭的诸多传统社会职能已转移给社会和国家,但并不彻底,并且衍生出新的重要社会职能。从社会变迁的角度看,家庭是社会、国家得以产生的基础,可以说“没有家庭就没有社会”,^⑤也不可能没有国家。伴随社会的演进,家庭的部分社会职能逐步向社会组织、国家转移。现如今,家庭不再是文化教育、经济生产、生活保障等社会职能的唯一承载单元。学校、企业和国家建立的社会保障制度承接了家庭的上述社会职能。特别是对于国家而言,如果它不能承担家庭转移过来的一些职能,其就不可能存在下去。“国家这种制度如果能存在下去,就必须能够像家庭那样抚育无助无援的个体”。^⑥但值得注意的是,“家庭—社会组织—国家”三种社会结构之间的社会职能转移和承接,并不是彻底、单向的过程,而是社会职能保留、转移、更新和发展的复合进程。在社会变迁中,家庭的社会职能转移并非完全彻底,如家庭的教育职能的确是转移给了社会组织和国家,但并不意味着家庭就不再承担教育职能。与此同时,家庭也出现了新的社会职能。随着一个社会的深度现代化,社会的陌生化程度就会持续加深,每个人都处在各种非人性化的社会交往之中。这些非人性化的社会关系,一方面丰富了现代人的生活以及自由、平等,但也在另一方面催生出新的十分强烈的个体认同需要。对此,社会学研究指出,“恰恰因为我们的交往中有很多是在某种非人性化的背景下实施的,对人性化关系的需要才变得如此迫切和尖锐”。^⑦进言之,一个社会越是陌生化,个体对于能够承认、尊重和接纳自己独特性的亲密关系的需求也就越旺盛。而家庭恰恰就是一种稳定化和制度化的亲密关系。因而家庭也就具有了实现个体相互承认、生成自我认同的新

功能。

其次,家庭在现代社会所履行的社会职能无不深度关联于社群的公共生活,具有十分重要的宪制意义。现代家庭生活已超越公私分割,对社群公共生活的影响愈来愈深。一方面,社会组织、国家对家庭社会职能的承接并不会完全取代家庭的地位,社会、国家和家庭仍将在很长一段时间保持合作关系,家庭的公共性由此凸显。比如,国家建立的生育支持制度仍只是部分承接了家庭的人口抚育功能,不仅不可能替代家庭,反而要依赖于家庭。另一方面,现代家庭不再承担传统社会职能后,其日益私人化和情感化将是大势所趋,但这并不意味着家庭成为完全绝缘于公共生活的孤立生活单元。家庭育化个体、实现承认和生成认同的作用在现代社会的重要性逐渐被很多理论家所洞见。女性主义政治哲学家奥金吁请现代社会的人们注意,“家庭生活是我们大部分早期社会化发生的地方”。^⑧社会理论家霍耐特则更加全面而深刻地指出:“如果人们能够从中看清,一个民主性共同体,是多么依赖于它的成员究竟有多少能力去实现一种相互合作的个人主义,就不会长久地一直否认家庭领域的政治—道德意义;因为要想让一个人把他原先对一个小团体承担责任的能力,用来为社会整体的利益服务,这个人必须拥有的心理前提,是在一个和谐的、充满信任和平等的家庭里建立的。”^⑨社会学家吉登斯更认为,当现代社会的亲密关系日益纯粹化,个体在亲密关系中的自主性也就得以提升,这也为社会整体的民主化注入了新的动力。^⑩这些社会理论观点均表明,现代社会憧憬个体应具有的合作精神和道德责任感仍需通过美好的家庭生活逐步确立。这也进一步佐证了家庭社会职能的公共性。

最后,欲发挥美好家庭生活的宪制功能,就需要加重保护家庭生活场景中的个人基本权。由于宪法在性质上是指示人应该如何行动的“当为”规范,^⑪那么这必然意味着宪法所规范的社会生活以

及身其中的宪法主体的行动还没有完全达到宪法规范所设定的理想状态。这同样适用于宪法所欲加重保护的家庭生活。实际的家庭生活与宪法期待的家庭生活完全是两回事,现实的家庭生活质量可能远未达到宪法的要求。因而,宪法指示国家对家庭生活的保护也意味着国家有义务通过法律与公共政策手段对实际的家庭生活加以干预。^⑥再加上,家庭生活状态在本质上是家庭成员在家庭生活场景中行为的总和,因而对家庭生活的干预也就要求对家庭成员行为实施规制。只有在国家对家庭成员实施适宜干预的条件下,具有宪制价值的自由平等、友爱和睦的家庭生活才可能形成。因此,宪法要加重保护具有宪制价值的家庭生活,就必须通过法律或政策工具防止家庭成员相互之间实施侵害对方基本权利的行为。而只有加重保护家庭生活场景中的个人基本权,这一宪法目标才可能实现。

(二)宪法指示下虐待罪所欲保护法益的构造

在明确了宪法对家庭生活以及其中个人基本权的加重保护立场后,虐待罪所欲保护的法益构造就可以重新根据宪法加以厘定和呈现。

第一,虐待罪所欲保护的法益将表现出“个人法益+集体法益”的双重属性。宪法之所以要指示国家加重保护家庭生活及其中的个人基本权,一是因为家庭的社会职能具有高度的公共性,二是因为只有个人基本权能够得到高度保障的家庭生活才会产生宪法所期待的正向公共效应。而在宪法学理上,宪法上的基本权在作为个人性的主观权利时,其内容不仅只是作为一种狭义上的人权或公民权,而且它们还能够保障某种法律制度或某一生活领域的自由。^⑦可以说,宪法上的个人基本权利具有超越于个人的结构性价值。^⑧简言之,基本权利兼具个人性和公共性的双重面向。因此,家庭生活中的个人基本权既有保护具体家庭成员个体的作用,也有建构抽象家庭法制度从而促进美好家庭生活之宪制功能的意义。与此同

时,在刑法学理上,那些对人类生活具有重要价值且关乎社会整体高效运转的社会制度属于集体法益,应该得到刑法的保护。^⑨而家庭法制度正好是高度关联于社群公共生活的一种社会制度,故而家庭生活中的个人基本权也就在个人法益属性之外又获得了集体法益的属性。直观上看,构成虐待罪的行为似乎只是侵犯了宪法所欲高度保护的 household 生活中的个人基本权,但其危害性却是双重的,既侵犯了具体家庭成员的个人法益,又侵害了抽象家庭法制度这一集体法益。

虽然,现行刑法典中有关家庭的犯罪,如虐待罪、重婚罪、遗弃罪等,都被置于“第四章侵犯公民人身权利、民主权利犯罪”中,因而这些犯罪所欲保护的法益似乎只是公民个人的法益。但从实质上看,符合这些犯罪构成要件的行为,在侵犯个人权益之外,其实也在一定程度上破坏了具有独特宪法意义的家庭法制度。我国1979年《刑法》将涉及家庭领域的犯罪,如虐待罪、重婚罪,置于“第七章妨害婚姻、家庭罪”而非“第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪”,实际更好地体现了宪法的意旨。令人遗憾的是,我国《刑法》却改变了以前的立法体例,在法典结构上将相关犯罪移入到侵犯人身权利、民主权利罪之中。不过,这并不妨碍我们从解释学的角度认识相关犯罪所欲保护法益的双重性。

第二,虐待罪所欲保护的法益还将呈现出“客观法益+主观法益”的丰富内容。宪法指示国家应加重保护家庭生活,与现代家庭生活能够促进个体之间的相互承认、生成自我认同,帮助个体形成既自我尊重又善待他者的健康心理状态,以提升社群公共生活的品质是密切相关的。为了塑造出理想意义上的家庭生活,使其发挥出宪制性功能,宪法就要求国家不仅要加重保护家庭生活中的一般性个人基本权,而且要正视个体在家庭生活中的独特需求并给予法律上的积极评价与完整保护。黑格尔曾指出,家庭作为一个伦理实体,其规

定性是爱。^⑥而现代社会的爱,必然是建立在爱者与被爱者处在平等地位、互相尊重的前提之下,脱离这一规定性的“以爱之名”往往会异化成暴力、恐惧、支配甚至是悲剧。因此,在以爱为规定性的家庭生活中,个体在一般社会生活关系中所享有的生命权、健康权等客观层面的权益在应受加重保护的同时,其渴望获得承认、信赖和尊重等主观层面的权益也应该获得承认和保障。对此,有观点指出:“道德感、信念和信仰确实举足轻重,立法时必须纳入考虑范围。”^⑦也就是说,对于那些在生活关系中至关重要且值得保护的主观需求,立法者不能轻视它们的存在及其正当性。事实上,晚近以来,通过宪法上的基本权利为刑法保护主观层面的感情法益划定边界已成为一种有价值的方法论。^⑧因此,刑法上虐待罪所欲保护的法益,即家庭生活场景中的个人基本权不仅包括客观层面的法益,更为重要的是包含容易被忽视的主观层面的法益。

(三)虐待罪刑罚配置的合宪性判断及其完善方案

基于宪法加重保护家庭生活及其中个人基本权的立场,虐待罪所欲保护的法益构造得以被重新界定。在此前提下,虐待罪的刑罚配置合理性判断就可以从既有学说争论所代表的合伦理性判断、合刑法性判断转变为合宪性判断。可以说,在罪的设置层面,立法者对家庭成员之间实施的虐待行为予以犯罪化,落实了宪法的指令,具有合宪性。刑事立法者在同类型的侵犯人身法益的犯罪体系中,单独设定虐待罪对虐待家庭成员的行为进行刑事处罚,直接落实了我国《宪法》第49条第1款中“家庭受国家的保护”和第4款中“禁止虐待老人、妇女和儿童”之规定。立法者动用了刑事制裁手段来保护家庭生活中的个人基本权,履行了宪法上国家保护公民基本权利的义务。

然而,在罚的配置层面,刑事立法者为虐待罪设置的法定刑罚体系有违宪法上的“禁止保护不

足”原理。所谓禁止保护不足是指,国家在履行基本权利保护义务时应该达到宪法的要求。^⑨从是否犯罪化的角度看,立法者通过设置处罚虐待家庭成员行为的犯罪,似乎已因采取了最为严厉的制裁手段从而达到了宪法对家庭生活中个人基本权的高度保护要求。但事实上,仅有保护基本权利的立法形式还不够,当相应保护性立法的“内容尚不充分时,保护义务就会责令立法机关制定或修改必要的法律”。^⑩就刑法落实宪法上的基本权利保护义务而言,罪和罚的合理设置这两方面是相互协调、不可偏废的。罪的设置一方面将某种类型的行为纳入刑事规制范围,起到了对该类行为进行法律负面评价的作用,另一方面基于犯罪与刑罚上的对应关系,可明确对该类犯罪行为予以制裁的具体手段。但须注意的是,如果没有为某种犯罪配置适当的刑罚,仅有罪的负面评价作用以及实质上并不适当的刑罚,就不可能发挥出刑法的应有保障功能。

就虐待罪而言,立法者既然已经选定通过刑法手段来履行保护家庭生活中个人基本权的宪法义务,那么就要在罪的设定和罚的配置两个层面都完整落实宪法指令。前文分析表明,构成虐待犯罪的行为所侵害的法益既有个人属性又有集体属性,既有客观层面的内容又有主观层面的内容。因此,以故意伤害罪的保护法益内容作为虐待罪的保护法益,从而证明虐待罪的法益侵害性低于故意伤害罪继而肯定现有刑罚配置是不太恰当的。在宪法与刑法相融贯的视角下看,此种刑事立法不足以让国家权力充分履行宪法上的基本权利保护义务,存在宪法所禁止的保护不足的瑕疵。

既然从宪法的视角观察,虐待罪所欲保护的法益具有更加“厚实”的形态,那么虐待罪的刑罚配置就应该摆脱既有学理认识上的“稀薄”法益观。为了实现以宪法为规范基础和价值基础的法律体系融贯性,部门法的规范与学理都有向宪法

调整的必要。^②为此,立法者对虐待罪的刑罚配置作符合宪法要求的实质性调整是有必要的。首先,对虐待罪的基本犯而言,刑法应该设置比故意伤害犯罪基本犯更重的刑罚。原因在于,从宪法视角来看,虐待罪的法益侵害性实际远高于一般故意伤害犯罪。其次,对于虐待罪的结果加重犯,在总体上应该对虐待致人重伤、死亡两种情形加以区分,分别配置刑罚。一方面,虐待致人重伤的刑罚应按照高于故意伤害致人重伤的刑罚予以调整;另一方面,虐待致人死亡的刑罚也应按高于故意伤害致人死亡的刑罚进行调整。通过上述刑罚配置的调整,便可以全面落实加重保护家庭生活及其中个人基本权的宪法精神。

依据宪法调整刑法上虐待罪的刑罚配置,不仅具有实现宪法与刑法相融贯,展现法体系之科学性的理论意义,而且对法治实践也是有所助益的。

首先,虐待罪的刑罚配置调整后,将有助于减少该类案件的司法裁判争议及其增加的程序成本。在过往一些争议性个案中,社会公众、受害者及其家属对严重虐待行为有着极其强烈的严厉处罚诉求,而一审法院依现有刑罚配置的虐待罪进行定罪处罚后经常招致批评并且容易引发案件的二审程序,二审法院则往往需要通过适用故意伤害罪等其他罪名或者与虐待罪实行数罪并罚来回应此种诉求。调整刑罚配置后的虐待罪实现了立法与民众诉求的良性互动,将有利于减少法院裁判引发争议和增加诉讼制度成本的潜在可能性,最终实现社会效果与法律效果的统一。

其次,虐待罪的刑罚调整也对家庭生活场景中其他人身侵权犯罪的刑罚设置与适用提供了启示。为了落实宪法对家庭生活及其中个人基本权的加重保护立场,在被害人无严重过错的情况下,家庭成员之间实施人身侵权犯罪应该作为一种加重处罚情节以对加害人进行严厉处罚。但需要反对的是,以传统家庭伦理中的尊卑秩序作为人身

侵权犯罪的加重刑罚的考量因素。

(四)可能的质疑与回应

对于虐待罪法定刑罚的提高,可能存在三种比较典型的反对意见。在此作一些回应性论证。

第一,中国仍处在社会转型阶段,社会保障制度依然有发展空间,家庭对于个体的生存和发展依然关键,一部分社会成员仍然追求整体和谐的家文化。虐待罪的刑罚提高可能会破坏个案中既有的家庭关系,提高家庭关系恢复的难度。尤其是在受害人需要加害人履行抚养照顾义务的情形下,受害人的权益反而得不到有效的保护。同时,此种调整也可能与社会成员的文化态度相悖。此种担忧具有一定的价值,但并不构成对应提高虐待罪法定刑这一观点的有力反驳。理由有如下两方面。

首先,受害人的权益保护问题与既有的家文化可以在刑事法制度中得到解决和接纳。(1)刑罚调整并不改变我国虐待罪“自诉+公诉”的追诉机制。按照刑法规定,对于虐待罪的基本犯,受害方才享有追诉权,对于虐待罪的结果加重犯,国家公诉机关有追诉权。此种追诉机制的设置,本就为家庭关系的恢复提供了一定弹性空间。对于虐待罪的基本犯,即使刑罚提高了,但受害人仍有选择是否追究加害人刑事责任的权利。对于虐待罪的结果加重犯,一方面希望加害人能够继续履行对受害人或其家属抚养照顾义务的期待可能性已经下降(如虐待致人重伤)甚至不可能(如虐待致人死亡),另一方面即使具有一定的期待可能性,在造成受害人重伤的情况下,仍企图由加害人履行抚养照顾义务,也可能违背受害者的意愿,再次增加受害者的危险。(2)在虐待致人重伤、死亡的个案中,如果受害人或其家属仍旧需要加害人履行法定义务,这一诉求在刑事诉讼制度上仍然可以得到回应。按照我国《刑事诉讼法》第288条的规定,对于虐待罪的结果加重犯,可以适用刑事和解制度,从而对被告人进行从宽处理。在调整刑罚

配置后,立法机关仍可考虑将虐待案件纳入刑事和解制度的适用范围。正是因为虐待罪刑罚配置调整并不改变追诉机制,并可以适用刑事和解制度,既有的一些家庭文化仍旧可以被刑事法律制度所容许。

其次,任何社群对价值的选择都需要承担制度的体系化成本并对相应所需的文化变迁采取一种温和的态度。我们所承认和力图实现的平等、自由等现代价值,都需要一套成体系的制度来对这些价值选择所带来的问题或风险加以回应。上述担忧提醒我们,刑法要真正落实宪法加重保护家庭生活及其中个人基本权的立场,还需要相关配套制度的协同与一套现代家庭文化态度的支持。在加害人因受刑事制裁无法履行对受害者或其家属抚养照顾义务时,应该建立完善的社会救助机制,由国家和社会提供充分的抚养与照顾,以保护受害者或其家属的权益。毋庸置疑的是,转型的中国要真正形成一种以重视个人权利为根基的现代家庭文化仍然需要更多时间与制度的力量,而现有刑事法制度也为此文化的更新提供了足够多的空间。对此,我们应采取一种温和的态度。但即使如此,通过体系化的制度去形塑现代家庭生活的理想也不应该就此放弃。既然我们已经通过宪法坚定地表明了对于现代家庭生活的理想,那么应该做的不是用现实来否认这种理想,而是通过科学的行动积极地去实现这种理想。因此,与其对虐待罪刑罚的提高可能不利于保护加害者权益而忧心忡忡进而反对它,还不如通过配套制度建设与文化更新来实现它。

第二,刑事立法已经将虐待行为犯罪化的情况下,试图通过提高虐待罪的法定刑配置来威吓潜在的加害者,对于减少虐待犯罪发生的作用可能是不明显的。的确,从社会科学的视角看,法律对人行为的影响机制和效果是复杂而多样的,^③甚至常常远离我们的设想和初衷。但这也不构成对提高虐待罪刑罚这一观点的实质性反对意见。法

律不能百分之百地或者即刻将社会成员的行为引导至法律所预期的方向,只是事实的一部分。法律至今仍作为治理社会的一种重要方式在发挥着作用,并且没有被国家所抛弃。法律在一定程度上仍然发挥着规范主体行为的作用,这同样是不可漠视的另一部分事实。在刑法规范主义立场下,刑法不仅仅是裁判规范,更是行为规范。^④刑法所发挥的一般预防和特别预防功能依然被大家所承认。给某一犯罪配置轻或重的刑罚,可以把立法者通过将某种行为犯罪化所欲表明对某类行为的否定性评价立场加以具体化,更加清晰地表明法律对行为的态度。社会成员也能更加准确地接收到法律所传达出来的信息。这便是罪与罚相结合才能让刑法更好发挥一般预防功能的机理所在。虐待罪刑罚配置的调整将更加旗帜鲜明地表明我们对建设、保卫现代家庭生活的美好理想与坚定立场,对于现实家庭成员的行为提供更加准确的指引。

第三,虐待罪刑罚配置的提高可能构成了对刑法保护法益之辅助性原则的放弃。这一可能的反对意见也不成立。理由在于,一方面,我国对家庭生活及其中的个人基本权已建立起了多元化的保护性制度,虐待罪刑罚配置提高并没有破坏这一制度格局。对于家庭生活中的个人权利,我国民法典中的婚姻家庭编、反家庭暴力法、妇女权益保护法、刑法等法律制度共同构成了包括民事、行政、刑事等在内的多元化保护手段。这说明立法者坚持了刑法保护法益的辅助性原则。在此制度体系下,虐待罪刑罚配置的调整只是完善了刑法手段,而没有削弱其他手段保护家庭生活及其中个人基本权的积极作用。加重虐待罪的刑罚,也不反对通过完善其他手段来实现对家庭生活及其中个人基本权的保护。另一方面,虐待罪的刑罚配置调整并不改变虐待罪的犯罪构成要件,行为是否入罪的标准没有发生实质性改变,这就为其他法律手段发挥作用提供了必要空间。

五、结语

“很显然,无论过去、现在还是未来,家庭都是社会实在的基本单位,也必然是建构一切更大的社会单位的原料。”^⑧自由、平等且和睦的家庭生活,不仅对于个体的生存和发展会产生关键性影响,也与良好的社会公共生活秩序的形成息息相关。此种具有宪制意义的家庭生活,需要通过保护家庭成员的基本权来加以形塑。基于上述法理,《宪法》通过第49条规定“家庭受国家的保护”确认了国家应加重保护家庭生活及其中个人基本权的根本法立场。以宪法为准据,虐待罪应予保护的法益会呈现出更加“厚实”的形态,其刑罚配置也应作实质性调整。通过宪法与刑法相融贯的视角观察,既有学说上的争论也可以获得重新评价。认为虐待罪刑罚配置不合理的学说,其实可以诉诸宪法上的相关基本权利及其应受高强度保护的要求,从而摆脱在外部对法律直接作合伦理性判断的窠臼;而认为虐待罪的刑罚配置符合刑法自身体系逻辑的观点,其实经不起宪法的检验。通过回归宪法与刑法相融贯的视角,虐待罪保护法益的构造得以重构,其刑罚配置合理性问题也有了新的答案。

注释:

①参见陈洪兵:《人身犯罪解释论与判例研究》,中国政法大学出版社2012年版,第87页。

②参见彭文华:《刑罚的分配正义与刑罚制度体系化》,载《中外法学》2021年第5期。

③高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》,中国人民公安大学出版社2015年版,第1032页。

④参见高铭喧、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》,中国人民公安大学出版社2015年版,第1079页。

⑤参见王玉杰:《亲属犯罪刑罚处置研究》,载《河南省政法管理干部学院学报》1999年第2期。

⑥参见沈玮玮、赵晓耕:《家国视野下的唐律亲亲原则与当代刑法——从虐待罪切入》,载《当代法学》2011年第3期。

⑦参见陈航:《值得深思的刑法“宽”“严”倒错问题——以常见多发型家庭暴力犯罪为例》,载《犯罪研究》2007年第1期。

⑧参见徐文文:《关于完善虐待罪的法理思考》,载《人民法院报》2014年7月16日,第6版。

⑨参见隋林熹:《虐待罪法定刑配置须轻重结合》,载《检察日报》2018年4月15日,第3版。

⑩参见张龔:《论我国法律体系中的家与个体自由原则》,载《中外法学》2013年第4期。

⑪参见高铭喧、马克昌编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第485-486页;张明楷:《刑法学(下)》,法律出版社2021年版,第1189-1190页;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2021年版,第93页。

⑫参见高铭喧、马克昌编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第457页;张明楷:《刑法学(下)》,法律出版社2021年版,第1115页、第1117-1118页;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2021年版,第21页、第22页。

⑬参见周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2021年版,第94页。

⑭参见潘新哲、杨华:《关于虐待罪问题的探讨》,载《理论探讨》2004年第2期。

⑮参见高铭喧、马克昌编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第485页、第486页。

⑯参见陈洪兵:《人身犯罪解释论与判例研究》,中国政法大学出版社2012年版,第87页。

⑰参见《学者:虐待罪不是家庭成员间犯罪的避难所,否则还会出现下一个方晓》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1683766927012886978&wfr=spider&for=pc>, 2020年1月18日访问。

⑱参见张明楷:《刑法学(上)》,法律出版社2016年版,第456页。

⑲参见张明楷:《刑法学(上)》,法律出版社2016年版,第458页。

⑳全国人大常委会办公厅、全国人大常委会法制工作委员会编:《刑法问答(分则部分)》,中国民主法制出版社2001年版,第222页。

㉑郎胜:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2015年版,第433-434页。

㉒参见周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,第79页。

㉓参见张明楷:《刑法学(下)》,法律出版社2021年版,第1190页。

㉔《最高人民法院最高人民检察院公安部司法部关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》(法发[2015]4号),2015年3月2日发布。

㉕参见罗猛、蒋朝政:《虐待中故意伤害行为对虐待罪的超出与吸收》,载《中国检察官》2011年第14期。

㉖陈兴良:《判例刑法学(下卷)》,中国人民大学出版社

2017年版,第229页。

⑦参见赵秉志、于志刚:《论罪责刑相适应原则》,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》1999年第5期。

⑧参见[意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第18页。

⑨参见周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2021年版,第69页、第72页。

⑩参见[美]弗朗西斯·福山:《历史的终结与最后的人》,陈高华译,广西师范大学出版社2014版,代序,第14页。

⑪车浩:《刑法教义的本土形塑》,法律出版社2017年版,第307页。

⑫参见石经海:《故意伤害“轻伤与否”定性共识的刑法质疑——以刑法总分则关系下的完整法律适用为视角》,载《现代法学》2017年第3期。

⑬母磊:《刑法规制家庭暴力犯罪困局探析——以丈夫家暴为视角》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2021年第3期。

⑭车浩:《刑事立法的法教义学反思——基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,载《法学》2015年第10期。

⑮参见张翔:《宪法与部门法的三重关系》,载《中国法律评论》2019年第1期。

⑯参见雷磊:《融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化》,载《法学家》2012年第2期。

⑰参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、[德]托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第11-13页;[日]西田典之:《刑法总论》,王昭武、刘明祥译,法律出版社2013年版,第24-25页;张明楷:《刑法学(上)》,法律出版社2021年版,第24-25页;黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第5-6页。

⑱参见陈璇:《法益概念与刑事立法正当性检验》,载《比较法研究》2020年第3期。

⑲[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第15页。

⑳参见张明楷:《法益初论(上)》,商务印书馆2021年版,第184页。

㉑[日]仲道祐树:《法益论、危害原理、宪法判断——刑事立法分析框架的比较法考察》,蔡桑译,储陈城校,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第3期。

㉒参见高铭喧、曹波:《当代中国刑法理念研究的变迁与深化》,载《法学评论》2015年第3期。

㉓袁彬:《刑法与相关部门法的关系模式及其反思》,载《中南大学学报(社会科学版)》2015年第1期。

㉔参见付立庆:《论积极主义刑法观》,载《政法论坛》2019年第1期。

㉕参见李忠夏:《宪法功能转型的社会机理与中国模式》,

载《法学研究》2022年第2期。

㉖参见张明楷:《论实质的法益概念——对法益概念的立法批判机能的肯定》,载《法学家》2021年第1期。

㉗刘茂林、王从峰:《论宪法的正当性》,载《法学评论》2010年第5期。

㉘参见石少剑:《作为社会规则和秩序统一的宪法》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2013年第6期。

㉙刘孝敏:《法益的体系性位置与功能》,载《法学研究》2007年第1期。

㉚参见王爱立:《中华人民共和国刑法:条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第969页。

㉛陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,载《法学研究》2008年第1期。

㉜参见[日]小山刚:《基本权利保护的法理》,吴东镐、崔东日译,中国政法大学出版社2021年版,第43-45页。

㉝参见杜强强:《基本权利的规范领域和保护程度——对我国宪法第35条和第41条的规范比较》,载《法学研究》2011年第1期。

㉞参见《宪法学》编写组:《宪法学》,高等教育出版社2020年版,第207页。

㉟参见王锴:《婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第49条为中心》,载《法学评论》2013年第2期;李震山:《宪法意义下之“家庭权”》,载《中正大学法学集刊》2004年第16期;杨遂全:《论国家保护婚姻家庭的宪法原则及其施行》,载《中国法学》2001年第1期。

㊱[法]安德烈·比尔基埃等编:《家庭史》(第1卷),生活·读书·新知三联书店1998年版,序言,第7页。

㊲[德]维托利奥·赫斯勒:《道德与政治讲演录:欧中对话》,罗久、孙磊、韩潮译,生活·读书·新知三联书店2018年版,第101页。

㊳[英]齐格蒙特·鲍曼、[英]蒂姆·梅:《社会学之思》,李康译,上海文艺出版社2020年版,第132页。

㊴[美]苏珊·穆勒·奥金:《正义、社会性别与家庭》,王新宇译,中国政法大学出版社2017年版,第183页。

㊵[德]阿克塞尔·霍耐特:《自由的权利》,王旭译,社会科学文献出版社2013年版,第275页。

㊶参见[英]安东尼·吉登斯:《亲密关系的变革——现代社会中的性、爱与爱欲》,陈永国、汪民安等译,社会科学文献出版社2001年版,第235页以下。

㊷参见王旭:《中国宪法学中的法实证主义命题及理论反思》,载《清华法学》2020年第6期。

㊸参见唐冬平:《宪法如何安顿家——以宪法第49条为中心》,载《当代法学》2019年第5期。

㊹参见康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第226页。

⑤参见姜峰：《宪法的结构性与公共审议功能——兼对全能论宪法观的反思》，载《中国法律评论》2020年第6期。

⑥参见李志恒：《集体法益的刑法保护原理及其实践展开》，载《法制与社会发展》2021年第6期。

⑦参见[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第199页。

⑧[美]圭多·卡拉布雷西：《理想、信念、态度与法律：从私法视角看待一个公法问题》，胡小倩译，北京大学出版社2012年版，第108页。

⑨参见张梓弦：《感情法益：谱系考察、方法论审视及本土化检验》，载《比较法研究》2022年第1期。

⑩参见陈征：《宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例

原则对比论证》，载《法学研究》2021年第4期。

⑪[日]小山刚：《基本权利保护的法理》，吴东镐、崔东日译，中国政法大学出版社2021年版，第51页。

⑫参见张翔：《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》，载《法学研究》2016年第4期。

⑬参见[美]劳伦斯·弗里德曼：《碰撞：法律如何影响人的行为》，邱遥堃译，中国民主法制出版社2020年版，第2-8页。

⑭参见陈晓明：《风险社会之刑法应对》，载《法学研究》2009年第6期。

⑮[英]拉里·西登拖普：《发明个体：人在古典时代与中世纪的地位》，贺晴川译，广西师范大学出版社2021年版，第10页。

A Review of Penalties Specified for the Crime of Abuse: From the Perspective of Ensuring the Coherence between the Constitution and Criminal Law

Tang Dongping

Abstract: The special criminalization of abuse in the Criminal Law of China demonstrates the protection of the value of family by the legal system of China. However, in terms of specified penalties, its statutory penalties are lighter than crimes of the same type, which is in conflict with the increasing awareness of equality, the concept of rights and the thus-generated modern view of family in the society. Regarding whether the specified penalties for the crime of abuse is reasonable or not, there forms a predicament of opposition between "the doctrine of unreasonableness" and "the doctrine of reasonableness" in theory. The former that resorts to external reasons such as family ethics and cultural traditions, does not clearly reveal the unique social harm of the crime of abuse, and cannot go deep into the inner circle of criminal law to form powerful criticism. The later equates the legal interest protected through the crime of intentional injury with the legal interest protected through the crime of abuse, ignores the relative independence and complex nature of the crime of abuse, and inappropriately dilutes the nature of damaging the legal interest of the crime of abuse, and its dogmatic response to the difficulties in making judgment concerning whether the defendant is guilty of the crime of abuse even obscures the question of whether the specified penalties are reasonable or not, thus failing to provide sufficient arguments for the existing penalties specified in the law. The rationality test of criminal legislation should be based on the legal interests protected by the Constitution, thus the review of the specified penalties of the crime of abuse should be made by returning to the perspective of ensuring the coherence of the constitution and criminal law. The Constitution of China recognizes the constitutional value of modern family life, and establishes the standpoint of the fundamental law of strengthening the protection of the fundamental individual rights in family life. Under such instruction, the legal interest that the law intends to protect through the criminalization of abuse would be shown in a "solid" form of "individual legal interest+collective legal interest" and "subjective legal interest+objective legal interest", and the legislator should adjust the existing penalties accordingly. The review of the specified penalties of the crime of abuse also provides an example for specifying penalties and deciding sentences concerning other personal crimes against family members.

Key words: the Crime of Abuse; Constitution; Family; State; Penalty