第一章 导 论

一、问题的选择

刑罚，伴随着人类同犯罪周旋了几千年。毫无疑义，它是人类社会中最常见的、也是给人印象最深的一种犯罪控制措施，“可以想象，只要通过奖赏和惩罚都能实现对法律的顺从，但事实上人们往往只采用惩罚，当考虑到造成巨大痛苦是多么容易，而给予极大满足又是何等困难时，我们对此就毫不奇怪了。无论奖赏的天平怎样比厄运的天平更为可取，只要制造痛苦是如此之廉价，而造福又是如此之昂贵，那么，惩罚就总是被采用的。”[①] 然而，刑罚的常用性并不足以证明人类对刑罚及其功能的认识更具有理性的色彩，也并不足以说明人类对刑罚与犯罪的关系具有准确而明智的理解。相反，人类对刑罚在社会生活中的作用的认识，更多地倾向于经验性判断和感性认识，更多地为人类的情感所制约、所操纵。因此，研究刑罚功能至少具有如下重要意义：(1) 有助于建立现实、合理而有效的刑罚体系；(2) 国家刑罚权

① 〔美〕 E·A·罗斯：《社会控制》，华夏出版社 1989年版，第 81 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

与公民人权在一定程度上存在着矛盾性，正确处理人权与刑罚权的基础在于刑罚功能的理性化；(3) 研究刑罚功能有利于建立运用刑罚控制犯罪的现实思想，有助于调整国家的刑事政策方向，摆正刑罚在社会综合治理中的合理位置。

在西方，1776 年意大利刑事古典学派创始人贝卡利亚出版的《论犯罪与刑罚》一书，标志着人类历史上第一次对刑罚及其作用进行伟大的批判，从此揭开了人类对刑罚功能进行理性思维的伟大实践和文明篇章。两百年过去了，西方社会运用刑罚控制犯罪的实践丰富多彩，花样翻新，但是，围绕刑罚及其功能的困惑也与日俱增，甚至在对刑罚及其功能的研究兴趣日益浓厚的同时，又有些混乱。哈特认为：“这种兴趣与混乱，应部分地归因于对两项原理的一种较为时髦的怀疑主义论调，而这两项原理一直被传统地视为针锋相对的诸种惩罚‘理论’的中核。一方面，由于日益认识到人们对寓于任何反社会行为之中的各种推定(Calculation）所起的作用估计过高，旧边沁主义者关于人们对法律可能施加的刑罚所产生的畏惧是一种强有力的遏制手段的信念减弱了。另一方面，在‘报应’论的基本原理上也布上了一层疑雾。它的拥护者们已不再以旧时的自信声称‘违法者本可以守法’之类的说法有一种统一的或众所公认的含义……以上这些重大怀疑，似乎矛头直指所有旧的、互相对立的理论就刑罚之功能……的说明。”① 如果对刑罚功能的怀疑具有哈特所称的“时髦”色彩的话，那么，这种怀疑论至少可以证明西方社会在理性与野性的较量过程中，取得了初步的成果和达成了基本的共识，即“刑罚不是惟一的,甚至也不是主要的对付犯罪的工具”。②

刑罚功能的实践所面临的怀疑和挑战，反映了刑罚功能理论

①〔美〕 H·C·A·哈特：《惩罚与责任》，华夏出版社 1989 年版，第 1—2 页。

②〔法〕 马克·安赛尔《从社会防护运动角度看西方国家刑事政策的新发展》，载《中外法学》 1989年 第 2 期，第 60 页。

的不足与困惑。长期以来，报应主义刑罚功能理论和功利主义刑罚功能理论在历史上曾先后占有垄断地位，影响过往日及目前各国的刑罚政策，但结果并非令人满意。许多学者都曾怀疑传统刑罚功能理论的真实性，作出了不少挑战性的研究，并由此产生一些更迭性观点——折衷论。但是，这种理论有时缺乏理论上的一贯性，有时不仅没有吸取传统理论的合理要素，相反倒是吸取了传统理论的糟粕之处。

刑罚功能是个理论性和实践性很强的论题，因限于篇幅，本文对西方的刑罚功能理论进行初步研究。

二、刑罚功能的概念及特征

“困难始于界说(definitions)。如若我们认真的想一想，就知道界说含有束缚和拘束的作用。界说一方面指使它的使用者，另一方面又显现出使用者的取向。界说埋藏在它的使用者的观念与他的理论化工作之中。”①

(一)功能的界定

功能，即功效、效能、效用，是指事物或方法所能够发挥的有利作用，也有解释为事物或方法所蕴藏的有利的作用②。

功能概念作为一个学术语言，源于西方著作，相当于英语中的 function。目前，虽然这个概念广泛应用于各个不同的领域；对各种不同的自然现象、社会现象、精神现象进行功能分析，在现代科学研究中已成为风靡一时的现代时髦的研究方法，并且取

①〔美〕尤劳:《政治行为论》(台湾——陈少廷译),第 22 页。
②参见《现代汉语词典》，商务印书馆 1985 年版，第 382、272 页。

得了令人难以置信的成果。但是，我们只要简略地说明“功能”一词在某些领域的运用，就可以发现这一概念的内涵始终是含混不清的。在数学领域，功能一词最早为莱布尼茨所用，它具有精确的含义，是指一个变量与其他某个或多个变量之间的关系。在生物领域，功能概念是指生物中竞相达到同一目标的共同积极属性。更准确地讲，功能就是生物机体的某个组成要素所做的贡献，由此可以说繁殖功能、调节功能、消化功能、呼吸功能、光合功能等等。在社会学领域，运用功能概念起了决定性作用的是赫伯特·斯宾塞,他在《社会学概论》（1873）一书中写道，社会科学试图提供“一些资料和结论，人们使有关各种动物结构和功能的研究报告和生物学家的结论得到支持”。在社会人类学中，功能是相对于整个社会体系的有用性而言。正如社会人类学家布朗（Adicliffe－Brown）所言：“对任何一种活动来说，它的功能就是指在整个社会生活中它应承担的角色，因而也是它对维持结构的连续性上所起的作用’①。分权理论是功能概念在政治学领域里的第一次运用，洛克首先使用功能概念，孟德斯鸠又沿用它，他们使用功能概念来为国家的活动进行分类，将国家功能划分为立法功能、行政功能和司法功能。显然，这种功能分析法使人类社会获得了巨大而持久的成功。一般说来，洛克、孟德斯鸠也被看作是将功能观念引入法律领域的先驱。然而，对于早期的法学家（准确地讲应该是思想家）来说，法律仅仅占据他们所关心的问题的一小部分，他们没有多少兴趣思考法律背后的真实世界问题。他们的研究和争论首先关注的是确保所有的法律都合乎逻辑、相互一致、合乎理性的问题，他们所关心的是法律在哲学上的严格推理，有时叫做法律形式主义。这种研究方法及其成果，在资产阶级上升阶段为资产阶级从法律上赢得权利、利益作

①〔法〕莫里斯·迪违尔热：《政治社会学》，华夏出版社 1987 年版，第 186 页。

出了很大贡献。然而，到了 19 世纪后半期，这种研究方法遇到了现实生活的挑战，已无法满足现实统治的需要。因为，一些从事法律研究的人发现，由于工业化和都市化的骚乱以及旧的社会秩序的崩溃，带来的一系列严重的社会问题，但是，法律又恰恰是这些社会问题的起因之一，却解决不了这些问题；而另一些研究人员切身体会到，在立法者的特殊目标与他们工作的日常实效之间存在着一些差距。无论是哪方面的人都想搞清楚法律能不能给社会带来益处，使社会正义得到真正的发展，并且逐步消失暴虐。正是在这个背景下，法学家开始将注意力主要转向研究法律的社会功能问题，研究法律与社会的关系。他们从社会学的角度研究法律制度、概念、法规和程序，把法律看成是在社会中以及在其他社会和职能环境中的一种社会控制工具，更进一步地说，法律就是社会管理和社会控制的一种独立工具。于是，出现了所谓“ 法对社会起作用 ”，而不是“ 法是社会的一个方面 ”的说法。这种对法律功能的研究，标志着从停留在法律共同体内部研究，开始走向将法律问题看作是需要进行实证研究的社会学问题，它建设性地抛弃了法律形式主义对那种“ 将头埋在沙里 ”的驼鸟式研究态度。这种对法律功能分析实际上是将法律作为一种社会现象，研究其在社会中的角色、地位。

上述只不过是从功能研究的庞杂系列中抽取少数几个说明而已。尽管功能概念的内涵差异较大，但我们还是可以根据研究目标整理出功能概念的基本要求：第一，功能概念不仅仅是内函界定问题，实际上，功能概念具有一种方法论的思想。这种方法的长处在于，从新的角度即动态角度研究问题，拓宽了研究领域，有助于真实、客观地反映问题的全貌，也有助于问题的合理解决。第二，功能概念反映了一种关系，即一事物现象与其相联系的整体之间的关系。正是通过事物现象与其整体的关系，体现出该事物现象的功能作用。正如英国法律社会学家罗杰·科特威尔

需要全本请访问 www.ertongbook.com

在谈到法律功能时所言："社会制度或法律制度可能具有的显著作用，只能根据其作为一个更为广阔的社会体系诸成分的地位来确定；这些作用也许完全不同于直接与它们维护的有关人所承认的目的。社会和法律制度的作用，应被理解为他们对社会整体的稳定或变革的贡献。'① 第三，功能概念是客观事物作用的潜在反映，具有客观可能性。

(二)刑罚功能的概念及其特征

根据功能概念的上述要求，刑罚功能的概念可以界定为：刑罚在社会中可能发挥出来的积极作用。它具有如下特征：

(1) 刑罚功能具有社会性。社会人类学家布朗 (Brown) 认为"任何经常发生的活动——如惩治罪犯（或丧礼仪式）——的功能，就是该项活动在整个社会生活中所扮演的角色，因此，也是该活动对于维持社会结构延续所作的贡献。'② 因此，必须通过刑罚在社会中的地位或承担的作用来研究刑罚的功能。首先，现代刑罚权主体是以社会名义宣布的国家或者说是以国家形式组成的社会，只有这样的社会才能充当刑罚权主体，任何其他集团、个人都不能扮演刑罚权主体的角色。否则，社会将以刑罚形式纠正这些集团或个人的行为，如我国刑法中规定的"刑讯逼供罪"、"非法拘禁罪"、"非法管制罪"等等，这都证明只有以国家形式组成的社会，才能成为发挥刑罚作用的主体。其次，刑罚直接作用或影响的对象是社会中的人。人是社会的主体，同时又是刑罚作用或影响的对象，是说明刑罚功能的主要参数。离开了社会中的人，无法说明刑罚的功能。因此，只有将刑罚置身于社会这个大环境、大系统之中，才能解释、确定其功能，这种功能

① 〔英〕罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，华夏出版社 1989 年版，第 80 页。

② Brown: On the concept of function in social science, American Anthropologist, No37: P395—396' 35.

才具有实际意义。抽象地谈论刑罚功能，无法解决刑罚所面临的社会问题，也是毫无意义的空洞理论。

（2）刑罚功能具有可能性。所谓可能性，是相对于现实性而言。事物内在属性在具备一定的条件或根据的基础上，可以成为现实的发展趋势。刑罚功能的可能性既不同于刑罚作用的效果性，又不同于刑罚作用的现实性，因为刑罚功能是刑罚属性的发挥过程的表现，对应于属性而言，刑罚功能有其内在的根据。只要刑罚具有这种属性，刑罚就有这种功能的基础。从这一点来看，刑罚功能是可能的，不是不可能的；同时，刑罚功能只是处于一种可能的潜在状态之中，还不是客观现实的存在，从这种可能状态进入或转化为现实状态，必须具备足够的必要条件。

因此，刑罚功能与刑罚效果是两个不同的概念。刑罚功能是刑罚所具有的可能作用，而刑罚效果是刑罚已发挥出来的现实作用，或者说，刑罚功能是尚待实现的刑罚效果，刑罚效果则是实现了的刑罚功能。刑罚具有某种功能，就有可能产生与该功能相对应的刑罚效果；刑罚不具有某种功能，则也不可能产生与该功能相对应的刑罚效果，刑罚功能与刑罚效果是可能性与现实性的关系，当刑罚功能向刑罚效果转化时，必须具备一定的条件。如果不具备相应的条件，那么，刑罚功能则永远处于一种可能状态之中。因此，必须注意防止两种错误思想倾向：一是将刑罚功能混同刑罚效果。这种思想倾向往往不注意或忽视刑罚功能向刑罚效果转化的客观条件，视刑罚为治理犯罪问题的灵丹妙药，以为只要一启动刑罚，就能产生预期的刑罚效果——预防犯罪；当难以实现预期目标时，不是从客观条件上去寻找原因，而以为是运用刑罚的量不够，于是加大刑罚量，其结果则往往欲速不达。这是一种盲动的刑罚功能观；二是用刑罚效果的有无来判断刑罚功能的存在与否。这种思想倾向也同样忽略了刑罚功能向刑罚效果转化的条件，未认识到只有当具有了足够的转化条件时，才能使

刑罚功能现实化。比如，只有当刑罚的威慑力足以抵消或抑制住犯罪的诱惑力或动因时，刑罚的威慑功能才能产生预防犯罪的效果，如果犯罪的动力超过刑罚的威慑力，那么，就不可能产生预防犯罪的效果。但是，不能因此而否认刑罚功能的存在。因为刑罚效果仅仅是刑罚功能评价的依据之一。能不能产生某种刑罚效果与有没有某种刑罚功能是两个不同的概念。

第二章　报应主义的刑罚功能论

一、报应功能理论的演变

当被问及“罪犯为什么应该受到刑罚惩罚?”时,大多数人都会回答:“这是对他的报应。”或者“这是罪有应得。”报应(retribution)[①],是一种极其普通、古老、真实而又朴素的情感,是刑罚对犯罪的必然反映,是对所受损害的必要的回复,回报或补偿,包含着人类情感中对公平正义的基本需要,它是存在于迄今为止的一切社会形态中人类自然性的、最基本的情感。

(一)报应理论的雏型——原始复仇思想

报应功能的渊源可以追溯到原始社会中的血族复仇。起先,由于生活条件恶劣,人们不得不依靠以血缘关系为基础的氏族来维持生存,氏族成员之间根本利益是完全一致的,共同占有生产

①“报应”一词,在理论中有绝对报应与相对报应之分,但相对报应则强调刑罚具有某种目的性,实际上是一种功利主义的刑罚理论。因此,这里的“报应”是指绝对报应。

资料，共同劳动，共同分配，共同“参加公共事务，实行氏族复仇或为此接受赎罪’①，完全形成了一幅公正平等的美妙社会。当氏族成员或部落成员遭受异族侵害时，就被视为对氏族或部落整体的侵犯，当和解谈判失败后，必将对肇事者的氏族或部落进行集体性的血族复仇。但这种血族复仇是无节制的原始本能的自救行动，往往导致氏族或部落之间漫无限制的残暴撕杀，甚至造成整个氏族或部落的灭绝。

随着生产水平的发展，氏族的血缘关系逐渐松散下来，共同利益的范围开始萎缩，先前的血族复仇也就被血亲复仇所代替。血亲复仇也许是公正报应的开始，因为“一个被杀者的亲属或一个受伤害者可以对凶手实施相同的报复。被害方的家族应表明除了给对方施以适当的报复外无更多的要求”②。摩尔根对血亲复仇作了详细描述：“自从有谋杀这种罪行，就有亲属报仇来对这种罪行进行惩罚……但是，在采取非常手段以前，杀人者和被杀者双方的氏族有责任设法使这件罪行得到调解。双方氏族的成员分别举行会议，对杀人犯的行为从宽处理而提出一些条件，通常采取的方式是赔偿相当价值的礼物并道歉。如果罪行有辩护的理由或具备减轻罪行的条件，调解一般可达成协议；但如果被杀者氏族中的亲属不能和解，则由本氏族从成员中指派一个或多个报仇者，他们负责追踪该杀人犯，直到发现了他并就地将他杀死才算了结。倘若他们完成了这一报仇行为，被报仇一方的氏族中任何成员不得有任何理由为此愤愤不平。杀人者即已偿命，公正的要求乃得到满足。’③

到了原始社会后期以及奴隶社会，血亲复仇又被“以命偿命”的同态复仇所取代。这种“以牙还牙，以血还血”进行报复

①参见《马克思恩格斯选集》第 4 卷，第 155 页。
②参见《牛津法律辞典》，光明日报出版社 1988 年版，第 101 页。
③ 路易斯·亨利·摩尔根：《古代社会》（上册），商务印书馆 1987 年版，第 75 页。

的法律原则，最早存在于《旧约全书》问世的时代。《汉谟拉比法典》和《十二铜表法》也保留了这一时期残存下来的一些法律习惯,例如,《汉谟拉比法典》第 196 条规定:"倘自由民损毁任何自由民之子之眼,则应毁其眼"。第 197 条规定:"倘彼折断自由民〈之子〉之骨,则应折其骨。"第 200 条规定:"倘自由民击落与之同等之自由民之齿，则应击落其齿。"《十二铜表法》第 11 表第 2 条规定："如果故意伤人肢体，而又未与之〈受害者〉和解者，则他本身亦应受同样的伤害。"我国的《周礼·秋官·朝士》职权中也有类似的规定："凡报仇雠者，书之于上，杀之无罪。"我国古代刑罚中的墨、劓、非[illegible]、宫等毁坏身体器官的肢体刑，皆是同态复仇或"象徵"同态复仇的表现。同态复仇是报应功能演变过程中的重大进步，它限定了具体惩罚对象和刑罚强度，使报应更趋向合理。

随着国家权力的不断增长，国家干预的加强，复仇形式受到了严格限制。这最初的步骤就是规定罪犯向被害人支付"赎罪金"(wergild)。起初，赎罪金的范围仅限于适用轻微伤害，后来扩大到重大伤害，甚至谋杀罪。赎罪金的数额由不确定到根据被害人地位来决定。如《汉谟拉比法典》第 199 条:"倘彼损毁自由民之奴隶之眼，或折断自由民之奴隶之骨，则应赔偿其买价之一半。"第 203 条规定："倘自由民之子打与之同等的自由民之子,则应赔银一明那。"第 204 条规定:"倘穆什钦努打穆什钦努之颊,则应赔银十舍客勒。"《十二铜表法》第八表第 3 条规定："如用手或棒子打断自由人的骨头，则应缴纳罚金三百阿司，如为奴隶,则为一百五十阿司。"第 4 条规定:"如果欺侮人,则罚款二十五。"《撒利法典》第 41 条规定:"任何杀死一个自由法兰克人或遵守萨利克法律而生活的蛮人，而经证明者，应罚付八千银币，折合二百金币；如果有人杀死替国王服务的男人或同样的自由妇女，应罚付两万四千银币，折合六百金币；如果有人杀死

需要全本请访问 www.ertongbook.com

罗马人——国王的共桌人而被揭破，应罚付一万两千银币，折合三百金币；如果有人杀死罗马人农夫而非国王的共桌人，应罚付四干银币，折合一百金币；如果有人杀死负有纳税义务的罗马人,应罚付六十金币"。

无论是血族复仇、血亲复仇、同态复仇,还是交纳赎罪金,它们都表现出人类求得公平、讨回公道的正义本能和作为恶害行为的公正报应的基本要求。刑罚的报应功能是刑罚存在的原动力，是一种人类最原始、最基本的本能情感。同时,也反映了人类在认识初期阶段处理纠纷的直观方法。当凌驾于社会之上的国家以第三者身份出现后,刑罚就成为为国家服务的工具,成为为国家这个独立利益集团服务的工具。随着国家干预的加强，复仇女神莱米塞斯消失了,代之以蒙着眼睛的国家司法,手中握着自卫的宝剑,报应的天平作用被功利的宝剑作用所取代。但是，只要人类没有丧失做人的自然属性,那么,人类的报应本能就会以各种形式表现出来,即使在恶劣的环境中,也会以某种方式进行抗争。

(二)报应理论的变型—— 宗教赎罪思想

博登海默认为："在古希腊的早期，法律和宗教没有多大区别，在法律和立法问题中，人们经常援引特耳非（Delphi）的至理名言——他的名言被认为是阐明神意的一种权威性意见，宗教仪式渗透在立法和司法的形式上，祭司在司法中也起着重要的作用。人们认为国王作为最高法官，其职责及权力是宙斯亲自赐予的。"① 不仅古希腊如此，古罗马以至整个古代社会也是如此。早期法律、刑罚与原始宗教融为一体。如《汉谟拉比法典》、《十二铜表法》都充满了浓厚的宗教色彩，把"犯罪"视为对"天"或"神"的违反，是对"天"或"神"安排的社会秩序的破坏，因此，对违反者施以刑罚惩罚也是天的命令，神的旨意，我国古

① 〔美〕博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社 1987 年版,第 2 页。

代法律有所谓“今予惟恭行天罚”①，“予亦致天之罚于尔躬”②，“安努③与恩利尔④为人类福祉计，命令我，荣耀而畏神的君王，汉漠拉比，发扬正义于世，灭除不法邪恶之人，使强不凌弱，使我有如沙马什⑤,昭临黔首,光耀大地。”⑥因此，早期的宗教仍将惩罚视为报应，视为神的公正报应。

但是，当宗教（这里主要是指基督教）成为国教，并控制世俗统治权之后，上帝的观念开始在人们心中扎下根来，刑罚的报应功能也就成了上帝的旨意，神的报应。因为，上帝是天地间一切万物的创造者和主宰，人类自由、人类社会秩序和人类的法律只不过是上帝的赐予而已，都是按照上帝的旨意所作的安排，所以，这些都是永恒的，都是正义的。对人类来说，上帝在创造人的时候，本身是要使人类彼此平等，但由于人类始祖亚当和夏娃偷吃了智慧树上的智慧之果，违背了上帝的禁令，犯了原罪，于是，上帝不得不改变原来计划，给人类以惩罚。因此，在基督教看来，刑罚只不过是上帝给予罪孽深重的人一个悔过自新的赎罪机会，是对原罪的报应。随着宗教对社会控制的加强，教会在报应“原罪”的上帝旨意下，不仅对异教徒和叛教者拥有刑事司法权，而且对于一切被控告犯有“混合罪”（即那些犯了世俗法律又违背宗教道德行为）拥有刑事管辖权，所使用的刑罚也极其残酷，动辄就使用死刑。当时经常使用的死刑执行方式有火刑、绞刑、砍头、轮刑等；身体刑包括割掉舌头，切除嘴唇、割掉鼻子、砍去或烧掉手等，羞辱刑也五花八门。教会为了巩固自己的地位，还建起了宗教裁判所，履行着“谁要是不听规劝，那先把

① 参见（尚书·甘誓》。
② 参见（尚书·多士》。
③ 土地之众神。
④苏美尔之地神。
⑤太阳、光明及审判之神。
⑥ 参见《汉谟拉比法典》。

他从世界上消灭掉”的誓言。1224 年在罗马教庭的威逼下，德皇腓特烈二世颁布令，规定用各种刑罚直到死刑，来惩罚由教会判决后交给世俗法院的异端者；世俗司法机构应教士或热心的天主教徒的请求，逮捕并审判一切异端嫌疑者；在死刑威胁下放弃异端以后，又“故态复萌”重犯异端的人，要重新判处死刑①。14 世纪以后，教权开始衰落，但对异端的迫害却更加疯狂：1550 年查理五世颁布的迫害尼德兰异端的诏令，被称为“血腥诏令”②。对于宗教裁判所带来的灾难，美国科学和哲学家约翰·威廉·德雷珀曾经愤怒地抨击说：“一般说来，宗教裁判所的使命即在于借恐怖主义以灭绝宗教上的异端，是以极恐怖之社团围攻异端；这必需包含判定何者为异端邪说的权力。真理的标准于是遂操于法庭之手，它于是负责搜寻并审判藏匿于城市、家庭、地窖、森林岩穴与田野中之异教徒。宗教裁判所是野蛮地迅捷达到它保护宗教利益之目的，所以，1481 年至 1808 年之间，它处罚了 34 万人，其中被火刑烧死者约有 3 万 2 千人……③然而，这一切都被神学家们认为是合理的，合乎正义的，是对原罪的报应。”对罪犯来讲，刑罚能够摆脱他的罪恶感，刑罚是一种祈福。’④正如奥古斯丁所认为：“在你（天主）的惩罚的范围中，那里能避开你的法律？‘你的法律即是真理’而‘真理即是你’（旧约·诗篇）。’⑤“从天涯到地角，你的统治是公正而完善的。’⑥

①董进泉：《黑暗与愚昧的守护神——宗教裁判所》，浙江人民出版社 1988 年版，第 75—76 页。

② 参见《外国法制史资料选编》（上册），北京大学出版社 1982 年版，第 296—300 页。

③ 约翰·威廉·德雷珀：《宗教与科学之冲突》，上海辛垦书店 1934 年版，第 76—77 页。

④ Heinrich Oppenheimer: The rational of punishment, Patterson Smith, 1975, P187

⑤奥古斯丁：《忏悔录》，商务印书馆 1963 年版，第 49、72 页。

⑥ 同上。

并认为“自然的规范，因为人的堕落而受破坏。由于这个原因，堕落的人陷于奴隶地位实在是公正的事。”① 很显然，按照奥古斯丁的观点，人们的一切不平等或人类所遭受的苦难（包括受惩罚）都是基于人类的原罪而作的正义安排。

总之，刑罚的宗教赎罪功能实际上是典型的宗教报应，神意报应，是以虚幻的人类“原罪”为平衡对象的。在神学者看来，人类的“原罪”应该与残酷的刑罚相一致是公平正义的表现。

（三）报应理论的成型——罪刑相报思想

中世纪的刑罚理论及实践是建立在神意报应思想基础上，认为刑罚是神之委托。为了贯彻这样的思想，就要符合神的意思，刑罚越严厉，越妥当、越公平，结果是犯罪滋生，刑罚苛酷。但是，随着启蒙时代的到来和启蒙思想的深入人心，启蒙思想家首先使用“批判的武器”对神意报应进行抨击。他们根据理性主义和自由主义的思想，从人道主义观点出发大肆鼓吹报应正义的必要性。因为，他们都没有无视犯罪与刑罚之间的均衡，要求按罪量刑。启蒙时代的刑罚理论具有两种倾向性②：一是为功利主义服务的倾向，二是求得犯罪与刑罚相关关系的合理性而要求报应的正义。康德、黑格尔正是大力与前者的侧重点为“敌”的主战派③。尽管康德、黑格尔的刑罚理论以及其整个哲学理论在抨击黑暗的封建专制、保持人的尊严特别是犯罪人的尊严上，具有积极的历史贡献，但是他们的理论却无法适应迅速到来的产业革命

①参见《西方伦理学名著选辑》（上卷）商务印书馆 1964 年版，第 36 页。

② 这里所谓“倾向性”，是说刑罚理论不是绝对的，任何学派、学说的划分都是相对的，都存在着相互承认的一部分内容。

③人们普遍将贝卡利亚、费尔巴哈归入报应刑学派，这实际上是误解。详见储槐植著《美国刑法》,第 300 页；白建军著：《犯罪学原理》，第 15—41 页；黄风著：（贝卡利亚及其刑法思想）一书。如果将报应刑论分为绝对论和相对论的话，那么，康德、黑格尔可归入前者，费尔巴哈可归入后者。但严格说来，相对报应论就是具有目的的刑罚功利主义理论。而贝卡利亚的刑罚功能观则比较复杂，既有报应的成分、功利的成分，也有理性的成分。

形势，也无法满足上升阶段的资产阶级解决严峻的社会问题的需求。因此，为了解决随着产业革命的风暴涌现出来的严重社会问题，以及为激增的犯罪浪潮寻求适当的措施，功利主义刑罚功能理论在现实上迅速取代康德、黑格尔的报应功能理论，为资产阶级解决社会问题提供了得心应手的理论工具。但是，无论如何，康德、黑格尔的报应功能理论在近、现代刑罚理论中仍然占有重要的地位，并且，具有其独特的社会价值。下面即以康德、黑格尔的刑罚思想为内容，阐述报应主义刑罚功能的理论。

二、报应主义刑罚功能理论

(一)康德的报应功能理论

1. 康德的哲学思想与刑罚哲学

康德是古典唯心主义哲学的创造人，是 18、19 世纪德国的唯心主义哲学的巨匠。在康德哲学发展的前期（1770 年以前），他的哲学具有自发的唯物主义和辩证法的因素，曾提出过两个著名的假论：地球自转的速度由于潮汐摩擦而延缓的假论和太阳系起源的假论。在这一时期，他用发展的眼光观察世界，分析世界。1770 年以后，康德的哲学进入“批判时期”（《纯粹理性批判》、《实践理性批判》和（判断力批判）被誉为“批判哲学”），开始对人类的认识能力表示怀疑，以致他既承认物自体（即客观世界）的存在，又宣称物自体是不可认识的、彼岸的自在之物；既承认经验、感觉是知识的惟一源泉，又把空间、时间、因果性等看作是先天的；既承认在认识的一定阶段上必然会出现矛盾、出现辩证法，又把矛盾看作是不正常的现象。因此，康德的哲学带有不可知论和二元论的基本特征。在伦理论上，康德主张根据理性，即根据人的自由意志去行动，即康德认为，人本来就具有

一种内在的指挥力量，即理性，而理性决定着人自身的实际行为，并使之具有道德性质。康德站在人的人格绝对尊严立场上提出的这一主张，包含着反封建、反教会的进步要求。但是，他的道德原则又是先验的，即认为，这样的道德是超历史、超社会、普遍、绝对、永恒不变的，是任何人、在任何时候、任何地方、任何条件下都必须绝对遵守的一种行为准则，是普遍的道德律、普遍的方法原则。这一伦理原则反映在法哲学观念上即认为“法是绝对命令”，遵守和执行这一命令，人人有责。同时，这种“人人有责”本身就意味着一种道德。一般说来，康德的伦理哲学思想是其整个刑罚哲学理论的基础之一，也是其报应功能理论的重要基础。

2. 康德的等量报应功能理论

康德刑法哲学的理论核心是等量论，即绝对报应刑论，反映在刑罚功能上，即体现了康德的等量报应功能观。

所谓‘等量’；是事实的等量均等，即作为侵害结果的事实的等量或均等，也就是以物易物的等量或均等”，它是“血仇报复的一种沿袭’①。根据康德伦理观，即人是理性的动物，人的意志是绝对自由的，人有择善而从，不为己之所不欲，不应为私欲所支配的自由意志，因而一切犯罪行为都是个人违反自由意志的行为，都是违反刑法的行为，人应该负担与自己行为的侵害后果相适应的责任；刑法是一种绝对命令’②，人人必须遵守、执行，“任何人违犯公共法律，做了一个公民不该做的事情，就构成犯罪’③。也就是说，“惩罚在任何情况下，必须只是由于一个人已经犯了一种罪行才加刑于他。’④ 在这里，康德极力排斥带

①甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》上册，北京大学出版社 1984 年版，第 94 页。
② 康德：《法的形而上学原理》，商务印书馆 1991年版，第 164 页。
③ 同上。
④同上。

需要全本请访问 www.ertongbook.com