一、刑法基础理论研究

刑法总论问题的研究，存在着两个倾向。一是，基于学科本身的特点进行的研究，有些深入，即具有加深或者创新价值，而就目前的现实情况来看，多数流于形式，浮于表面，为写作而写作，为发表而写作，或许作者对于自己的文章，也并非十分满意，而是基于各自不同的因素和考虑而进行研讨。二是，试图进行某些刑法思想的研究，以期高于刑法学科的研究，而反过来促进刑法本学科的发展。这些研究虽然少，但是时有出现，甚至某些情况下成为年度阅读论文时为之感触的亮点。数年前，有的刑法学者曾说，试图撰写一部论著，研究刑法而不在其内提到“刑法”二字，初听此言时，有些诧异，进而细想，真的自愧不如。愿此类学者越来越多，更愿此类尝试越来越多。

本期关于刑法基础理论研究的文章，包括了以上两种类型，文章本身可能存在不成熟之处，但是作为一种尝试，希望引起共鸣，并希望基于理论上的共鸣而促进相关专题的发展，这也是本刊的真正目的所在。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

罚的实质与刑罚人道主义

孙万怀 *

人类刑罚从远古走来，向未来奔去，经历了人类文明的积淀，不断地辞旧迎新，虽然还不能摆脱一些远古和陈旧的气息，但是注定了是一个走向文明的过程，从某种程度上，走向文明的标志就是刑罚的人道主义。人类以没有法律为起点，经过原始习俗的洗礼，经过同态复仇的洗礼，看到了法制的曙光。经过肉刑和耻辱刑的洗礼，看到了人性的曙光，通过死刑的洗礼，看到了生命的高贵。通过几千年人类刑罚史的洗礼，我们真正明白了刑罚的含义，刑罚的人道主义精神成为人类刑法的精神寄托。刑罚的轻缓和社会进步同行，刑罚的文明和刑罚人道主义同道。随着人道刑罚时代的到来，报应刑的观念会变得越来越淡化，预防刑的观念越来越有效地规约和限定。社会的进步为治理犯罪、理解刑罚建构了新的舞台。

一、刑罚的基本理论及其实质

作为规范化的刑罚目的，是指已经在教科书或者理论中得到广泛赞同并且已经作为知识加以灌输的规范性的刑罚知识。这主要包括：刑罚目的概念被区分为广义和狭义两方面内容。广义的刑罚目的是国家制定、裁量、执行刑罚所追求的效果，就目前来看，作为通说，可以从近些年出版的刑法著作中得到证实。狭义的刑罚目的是指国家适

* 法学博士，华东政法学院副教授。

用刑罚的目的。对于刑罚目的的界定来源于对国家刑罚权的界定，这是作为一个国家刑罚体系的各个构成要素运行机制的基础。我国刑法学界普遍认为刑罚权是制刑权、求刑权、量刑权、行刑权的统一，认为国家的立法机关把那些具有严重社会危害性的行为规定为犯罪并配以刑罚（此为制刑权），当犯罪事实发生以后，由法定的机关将犯罪嫌疑人诉诸于审判机关追究其刑事责任（此为求刑权），审判机关在定罪的基础上，根据行为人刑事责任的大小，对其裁量刑罚（此为量刑权），之后交付法定的机关执行刑罚（此为行刑权），这是一种共识性的内容，属于规范性的知识。此外还有不同的观点，认为刑罚监督权同样不容忽视，即由法定的国家机关行使的，对求刑、量刑、行刑等刑事活动的监督权力，认为督刑权作为一种职能监督，是国家刑罚权现实和必要构成部分，符合权力监督和制约的基本理论，所以刑罚权是制刑权、求刑权、量刑权、行刑权、督刑权的有机统一体。

我们认为，上述观点尽管对于刑罚权的分类存在着一定的歧义，但只是形式上的，没有本质的不同，或者说无论是理论根基还是思维的方式，都是相同的，只不过是权限如何划分的问题，并没有能够清晰地说明刑罚权的实质。由于上述分歧不具有实质区别，一旦涉及到刑罚目的的实质，分歧便开始变得无足轻重了。譬如，认为所谓刑罚目的是国家制定、诉求、裁量、执行和监督刑罚所预期达到的理想效果。刑罚目的是贯穿于刑罚的制定、诉求、裁量、执行和监督的始终，而不是其中的一个或几个阶段。刑罚目的的后面隐藏着刑罚的阶级性。刑罚的制定、诉求、裁量、执行和监督是国家的统治阶级意志的体现，是国家的统治阶级以国家的名义制刑、求刑、量刑、行刑、执刑、督刑所希望取得的效果，其具有鲜明阶级性。

刑罚权的阶级性的问题，是一个特性历史条件下衍生的问题。阶级理论作为一种社会政治理论，其具有旺盛的生命力，但并不意味着阶级分析无所不在。阶级作为一个意识形态领域的概念曾经能够涵盖一切，包括涵盖法律尤其是刑法，这主要也是因为刑法的惩罚手段的特征所决定的。因此在特定历史时期内，反革命罪成为刑法中最为核心的罪名，被放置于十分显眼的位置。打击反革命就是刑法的锋芒体现。同样的道理，即使意识形态领域的观念开始淡化，但是并不意味着刑法的法律职能自然而然得到回归，刑法的锋芒仍然带有强烈的政

治性职能，即使外表披上了经济或社会安全的外衣。在这种环境和理论支撑下，人道思想被丢弃或者被遗忘在历史的角落。刑法从一个政治手段向法律方法的回归才是刑罚人道主义得到证明和弘扬的前提。刑法首先是一个法律，所以其只能是作为一种法律的职能在产生作用，如果将法律的职能过分扩充，将其作为统治的工具来加以使用，则必然将刑罚在超出其应然的领域之外进行使用，这就使得刑罚人道主义的严谨性受到破坏。其次，刑法是一个部门法，不能超出部门法的职能，希望通过刑法解决一切社会问题，更不能希望通过刑罚乃至重刑来解决犯罪的问题，寄希望于刑罚的解决至少是一种短视的眼光，其不可能起到根本效果，因为犯罪产生的原因是复杂的，对于犯罪行为的遏制也是一项复杂的社会工程，对于犯罪的矫治同样是一个复杂的社会工程，过分的寄希望于刑罚的惩戒，必将不断提升刑罚的力度，甚至产生恶性循环，刑罚的人道主义思想被削弱。

这里还有必要区分一些与刑罚有关的概念：

一是刑罚的本质，所谓刑罚本质是刑法固有的性质。我们认为刑罚的性质来源于刑法的性质。首先从刑罚的生成上来看，刑法是权力和权利之间约定的结果，具有限权的性质。其次是从程度上分析，刑罚具有严厉性。

二是刑法的功能，目前我国刑法学界一般认为刑罚功能包括对犯罪人的惩罚功能、改造功能、对社会的威慑功能、教育功能、鼓励功能、对被害人的安抚功能，是隐藏在刑罚现象背后的、相对稳定的只能靠抽象思维才能把握的内部联系。如同刑罚本身是客观的一样，刑罚功能本身也是客观的，不因为权力的主导和对于法律的曲解而改变。

三是刑罚目的。如果说刑法功能是客观的存在刑法内部，那么刑罚的目的实际上是权力对于功能的释放和示范，是功能在追加了权力的目的下的主观展现。刑罚生成的目的在于限权，刑罚适用的目的则表现为在法律机制之上国家权力追求的目的。这种目的带有权力本身的特征，但是存在着法制的制约和社会因素的制约，这些社会因素与今而言在刑罚中综合表达为人道主义的要求。加之法制的生成的人道主义标尺，无论是制定刑罚还是适用刑罚都别以刑罚人道主义的为底线和标准。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

其次，作为国家权力的刑罚权和刑罚目的的关系如何界定，这也是不得不面对的问题。这里首先必须对于刑法的意义有一个深入的理解。规范的刑法理论认为，刑法是一个体现统治阶级利益的规定犯罪、刑事责任和刑罚的规范。这样的界定仍然是将刑法界定在与权力接合的部位。这是一种静态的或者说形式上看待刑法的观点，这种观点的结果必然将刑法定位于社会防卫的坐标点上，保护社会秩序和阶级统治永远是其出发点和归宿，刑罚的意义由此也被限制。在这样一种理论背景下，无法与刑法的人权保障建立链接。即使呼吁刑法具有人权保障职能仍然只是无本之木，难以获得理论支撑，即使可以在权力的角度对于人道主义进行解释，但是对于权力理性对待人道主义的原因仍然无法得到说明。所以对于刑法意义的深入理解是前提。

刑罚制度形式上是每一个具体历史点阵上自身创制的结果，但是这只是就具体化的成果而言，任何看得更远的目光都必须是站在历史成果的肩膀之上。刑法的制定首先是继承，其次才是创新。这种继承包括制度的继承和观念的继承，而创新的结果就是被继承。我们从人类刑法和刑罚制度的继承和创新中可以清晰地理解刑法和刑罚的意义。作为刑罚制度的历史而言，福柯已经从系谱学的角度进行了描述，从最初的酷刑发展到现代的人道主义刑罚观，其直接成果就是刑罚制度的变迁和固定。其实质是权力不断的做出调整，尽管在福柯那里对于权力的动机界定不同，但是我们还是可以发现这是一个权力收缩（至少是某一方面的收缩）、人道主义推进和人权得到进一步弘扬的过程。放置于更为广阔的历史角度进行解析，这个意义更为明确。从没有法律直至产生法律，从深藏于府直至公布于众，从超越于法律直至罪刑法定，从大量死刑的存在到限制死刑甚至废除死刑，刑罚逐步的人道化的脉络十分清晰，而刑法、刑罚与权力的关系也开始显现，刑法、刑罚与人的权利保障的关系也开始显现。刑罚形式上是统治的工具，是制裁的手段，但是，从历史的发展来看，刑罚作为一种法律制度，作为权力和权利不断较量的结果，其为国家的刑罚权设定了一个基本的领域，而今这个领域已经越来越多的树立起了各种各样的藩篱，禁止或制约权力随意地使用权力，禁止对于公民基本权利的干涉和践踏。其中刑罚的人道主义既是一个指针，又是一道屏障。

从法治的过程区分刑罚权的权能，将其界定为国家制刑、求刑、

量刑、行刑或者诸如督刑等更多的权能，如果说这不是一种简单的划分，而是存在什么意义，那就是：看来刑罚权不是一种线性的权力，刑罚目的并非仅仅是一种惩罚、预防或者说惩罚＋预防，并非那么简单。无论是求刑、量刑还是行刑，都是法律的适用过程，是在法律给定的前提下，权力运行的过程。而制刑的过程则不是法律适用的过程，而是法律的生成过程，而法律的生成过程与法律的实现过程是迥然不同的。现代法治的基本趋势就是立法权和司法权的分立，如果将其看作同样的刑罚权权能，其最大程度地体现了当代社会的权力制衡因素。首先刑罚的生成是一种权力和权利不断协调的结果。而求刑权、量刑权的运用，就是建立在法律给定的前提下，在法律允许的空间和轨道内进行运作。刑罚的人道主义原则是权力在制刑过程中妥协的结果，也是权力在用刑过程中的约束，国家确定刑罚的目的就是保障权力规范地执行刑罚规定和准绳。所以我们一般所说的刑罚目的仅仅是指对于犯罪分子适用刑罚的目的，也就是说属于刑罚权使用的目的，而不包括刑罚权生成的目的。如果依次上溯，则对于刑罚权的分类必将产生质疑。实际上，刑罚的生成与人道主义密切关联，刑罚的适用更是人道主义的实现和现实的过程。

二、从原始的报应思想解读报应理论

当前我国刑法理论在谈及刑罚目的的时候，不可能不对报应论进行论述，而对于报应论的论述基本上没有不引证康德和黑格尔的学说的，甚至使人产生这样的感觉，或许对于报应论没有或者没有兴趣进行思考，倒是对于经典人物的论述津津乐道，并将康德作为道义报应论的鼻祖。认为康德主张等量报应，他认为犯罪是违反人类理性与道德的行为。行为人基于自己的意志自由实施了犯罪行为，给社会造成了危害，这是违背道德的恶因，于是产生了道德责任的恶果。刑罚就是因犯罪而产生的由国家对犯罪人施加的以道义责任为依据的理性报应。康德主张“以眼还眼，以牙还牙”的报应。黑格尔是法律报应的鼻祖，他把唯心主义辩证法“否定之否定”规则适用到犯罪与刑罚上，以此说明他们之间的关系，他认为犯罪是对社会的一种恶，是对社会的否定，而刑罚是犯罪的一种恶，是对犯罪的否定，通过否定之否定，使被犯罪行为侵害的社会恢复到原来的状态。他认为对犯

罪人处以刑罚的依据是法律，因为法律是正义、理性的体现。黑格尔主张以质计算，非以量计算的“等价报应”。并且得出的观点是黑格尔的等质报应比康德的“等量报应”更为科学。但是我们完全可以对于哲学巨人的隽语从多极角度进行分析，譬如可以这样理解：如果允许一个人杀死另外一个人，则意味着杀人是合理行为，则杀人的人将无法自保，因此杀人意味着被杀，打落别人的牙齿意味着自己的牙齿被打落。

我们不知道传统的引证是否存在误读哲学巨人的偏差，但是报应论确实不是什么新奇、稀奇的东西这一点是毋庸置疑的。报应论作为人类社会根深蒂固的思维方式具有历史性，如果说得更为透彻，就是具有原始性。《圣经》“马太福音 5:38—42”记载：“你们曾经听说过这样的话，‘以眼还眼，以牙还牙’但是我告诉你们，不要对抗作恶之人，有人抽到你的右脸，把另外一半脸给他，有人想要告你，想要拿走你里面的衣服，那么让他把你的外衣也拿走，有人逼迫你走一里路，你就走两里路。有求你的，就给他，有向你借贷的，就给他。”① 从圣经中耶稣的教训我们可以看到，以眼还眼、以牙还牙的提法古已有之。在西方刑罚发展史上，报应主义的刑罚目的说可追溯到古希腊时期的哲学家毕达哥拉斯，他认为刑罚除了对犯罪的单纯报应外，别无其他目的。② 但是，有些观点认为，因为那时的刑罚报应说属于神意报应，因此而显得及其荒谬。对此我们必须仔细一分为二地加以看待。由于长期接受一定的教育观的结果，我们思维的角度往往缺乏历史主义的底蕴（尽管历史主义本身也应该从历史的角度加以看待），往往存在着认为现实的总是美好的前提，以此为基础，发掘一些历史中一些并不美好的资料或者说自认为并不美好的资料进行比较。说得更刻薄一点，不是比较而是衬托，这种比较除了证明现实的是合理的之外，没有任何的价值和意义。

从报应论的角度谈开，在我们谈及报应的时候同样也打上了这样的烙印，认为古代早期的报应论属于神意报应，又因为带有了神的印

① Holy Bible, “Matthew 5:38—42”, Watch Tower Bible and Tract Society of New York Inc. p. 1221.

②杨春洗主编：《刑法基础论》，北京大学出版社 1999 年版，第 143—144 页。

迹便带上了愚昧或者荒诞的帽子，结果是说明现在的报应论的科学和聪慧。这是一种教条化的论证。我们不是为神意报应作辩护，但是可以对其进行一些注释。报应的起源和实质就是一种对于超出人类认识能力之外的一种现象的解释和假设，古代人们的认识能力具有很大的局限性这是共识性的，但是谁又能断言当今人类已经具有了足够的认识自我的能力了呢？如果没有足够地认识自我，谁有能够断言认识了社会了呢？如果没有足够地认识社会，谁有能够断言认识自然了呢？最初的报应之所以建构在神意的基础之上就是相信自然的公正超越了人的公正，自然的全知超越了人的全知，我们可以引申为这种报引论是对于人的认识和认知能力的不信任，是对于人的公正性的不信任。使用现代的语言来说可以表述为对于客观规律的敬畏。违背了自然规律必将受到自然规律的处罚难道不是一种报应吗？唯一的差别是当今人类对于自然规律的认识已经超越了先人们的认识到达了另外一个高度，但是这种局限性仍然十分明显，因此人们还在不断的违背某些规律，还在不断的遭受惩罚，这就是一种报应。

所以神意的报应并不可怕，也并不愚昧和荒诞，真正愚昧和荒诞的是报应的主体和权杖降临到了人间，真正可怕的是人的报应代替了神的报应。这种可怕的方式表现在两个方面，一是披上了神的外衣的人的报应，一种是脱去了神的外衣的人的报应。后者并不前者高明多少。

在古代，报应论更多地体现为前一种方式，刑事惩罚的最终依据或最高规格被归结为神的名义，无论是天罚审判，还是君权神授，还是宗教裁判所，都是在神的名义下作出的一些裁判，这些报应以神的名义带上了正义性，这种欺骗性结论的前提至少仍然坚持报应的主体在人心之外而不是在人们之间。自脱去了神意的外衣之后，报应的主体和权杖在哪里呢？一部分人违反了另外一部分制定的律令甚至全体人类（这恐怕仍然是奢望，即使参与作为广泛的国际公约也难以得出这样的结论）制定的律令，因为受到了惩处，我们能够说因这是一种报应吗？

“报应理论的观点十分明确，因为当大部分人认为犯罪人应该受到惩罚的时候惩罚就是正确的，报应论自伦理学方面属于客观主义的一种，它声称存在一种诸如应受惩罚的东西，存在着一个真实的能够

让一个人认为将另外一个人予以惩罚处于正当行为的道德标准。”① 实际上在人类的心中，在对于报应进行理解的时候，报应的主体仍然不再我们中间。譬如中国有这样一句妇孺皆知的俗语——多行不义必自毙。也许最终不义之人没有自毙，而是被枪毙，但是大家从来没有将其作为一个法律的报应来加以看待，而是作为一种自作自受的结果，因此实际上还是将其作为自毙加以对待。不义之人的下场是对于不义行为的报应，不是对于违法行为的报应，是善有善报、恶有恶报的结果。总之报应的主体不是你，也不是我，更不是他。

神意在刑罚头顶的光环隐去之后，报应论就失去了神圣性，或者说失去了存在的依据，成了无本之木，无源之水。因为人对于人之间的报应只会助长和导致无休止的报复，就像数学中的射线，以一个特定的杀戮为起点，报复必将由此开始一直延伸下去，展开无休止的报复。而起点可以随时建立，射程确没有终点。最简单的说明是来自与古希腊传说中的实例。阿伽门农带领雅典大军攻打特洛伊，以将女儿为牺牲作为代价平息海神带来的风浪，于是依据人的报复的正义性，射线的起点产生了。基于当时的复仇制度，活着的人必须要为被杀害的亲人复仇，于是阿伽门农妻子合乎逻辑地杀死了他，而作为阿伽门农的儿子，对于父亲的死亡自然不会等闲视之，为父亲复仇使其最基本的义务，而是儿子杀死了杀害父亲的凶手——自己的母亲，所有这一切都是合乎报应的基础在人间这样一个逻辑，但是问题接下来开始变得复杂起来，因为按照报应引发的复仇，儿子作为母亲的亲人，必须为母亲复仇，而儿子本身就是杀害母亲的凶手，自然的结果似乎就是——儿子只能通过自杀来符合人间报应的原理。也就是说在报应论的前提下，杀人行为最终只能依靠自杀来停止杀戮，杀人意味着自杀就体现在这样一个地方。传说的最终的结果是雅典城邦决定赦免阿伽门农的儿子。这样的结论实际上只是给人们一个逃避的理由，因为如果公权力有权力对抗报应的正义性，那么如何论证公权力本身以报应为理由来说明其合理性？为什么刑罚目的的报应论仍然一直稳固的存在呢？如果说不是一种误解，就是一种有意的欺瞒，是一种美化和粉

① Michael S. Moore, Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship, Cambridge University Press, 1984, p. 234.

饰。于是接下来的问题便是为什么欺瞒？美化和粉饰什么？

马克思对于犯罪实质的结论至今看来仍然是那么的深刻，犯罪是什么？犯罪无非是孤立的个人反对整个统治阶级的斗争。值得注意的是，这只是针对犯罪而言，而没有针对法律而言，法律是什么？马克思说，法律是人民自由的圣经。但是在法律给定之后，社会控制就演变为权力和个人之间的较量。这个定义是针对犯罪和法律而言，但是由此推演下去，便可以对于刑罚的性质做出一个结论。作为制定的刑罚，是对权力进行规范的工具，如果将其作为一种权力恣意行使的依据，那么这种法律将不是法律而是一种统治的策略。作为权力使用的过程，即作为动词意义出现的刑罚而不是作为名词意义出现的刑罚，是刑罚权的表达，但都不是一种报应。因为刑罚规则的确定权力归结为统治者也好，归结为全体民众或部分民众也好，都是一种人类自身对于人类内部设定的规则，尽管我们可以继续从自然法中找到规则制定的原因，可以在宗教教义中找到原因，可以在道德伦理中找到原因，比如说不得杀人等等①，但是我们找不到结果，找不到报应，找不到报应的方法和程度。我们可以找到认定一个人的杀人行为是违法、是犯罪的根据，但是我们找不到刑罚作为报应的依据，即使我们找到了刑罚作为报应的依据，我们也找不到剥夺哪些剥夺他人生命的人的生命的依据。违法者的生命之所以被剥夺，是制定规则的结果，规则之所以这样制定，是统治者或者立法者这样说的，因此我们也看到许多例外，未成年人不适用死刑同样也是立法者说的，老年人犯罪曾经没有死刑，现在存在死刑，也是立法者改变了说法。这不是报应的结果，也无法使用报应理论加以解释。

那么统治者或立法者为什么仍然垂青于报应论呢？“报应理论是一个证明惩罚正当性的理论，在报应理论的观点中，通过处罚犯罪人惩罚获取正当性，处罚的意义与未来事情发展的状态诸如预防犯罪和保持社会的凝聚力等问题无关，惩罚的意义在于一个人受到了他应该

①实际上这种原因的周延性十分值得怀疑，譬如“不得杀人”这一戒律表面上看应该是最为基本的要求，但是我们可以找到许多例外，或许在人类确定报应思想的初期这种例外更为普遍，如果例外存在较多，则作为戒律的前提就不会不被质疑，即使人类发展到现在，生命权也没有作为一种绝对权力加以体现和认可。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

受到的惩罚。”①

因为报应论使人们相信这样的裁判和刑罚是合理的因此是可以接受的，因为报应本身的合理性已经是那么的深入人心，深深地烙刻在人类的心灵中，而且因为人在自然的面前是那么的渺小，人类的认识能力是那么的局限，因此报应永远是人类脊背上的磐石，想要摆脱又无法挣脱，有时是人类心灵中的一个庇护所，在自然的强大压力面前保留一片慰藉的天空。然而刑法中的报应绝非是人类信念中的报应，这是一种概念的偷换，偷换概念的结果是刑罚权由此获得了合理性，统治者的法术势必由此得到了广泛的接受，因为是一种报应，又有谁能够去抗拒？又有谁能够去反驳呢？

此外，我们还可以从刑罚报应论的本身来考量报应论的真实意图。如果说在人类社会初期那种简单的社会结构中，报应论具有较大的市场，那么在社会构造日趋成熟和复杂的情况下，其失去了基本的可信度。在刚刚摆脱自然状态或者说仍然带有较强的自然状态痕迹的社会结构中，报应理论的生存空间仍然十分明显。“以牙还牙，以眼还眼”的提法更为古老，“杀人者死，伤人及盗抵罪”的汉高祖“约法三章”已经让我们看到了等量报应或等质报应的痕迹。因为此时的社会关系十分简单或者说统治者的意图十分明确，所谓的约法三章也只是暂时稳定大局的简单得不能再简单的刑事政策，这些犯罪主要还是体现为一种民众个人之间的一种恩怨得失，其能够通过一种量的标准或质的标准得到满足或补偿，实际目的也不见得是一种报应。而是迅速修复社会关系，同时彰显统治的力量和手段。自社会结构逐渐摆脱自然状态和无序状态之后，这种等质或等量根本无法衡量，纯粹成为粉饰统治者适用刑罚权的胭脂。随着休养生息政策使命的完成，随着文景之治的来临，随着诸如九章律等律法的制定，等质或等量的标准立刻开始模糊起来。当时对于肉刑存废存在的不同观点的较量实际上就是等质和等量的分歧，反对废除的理由之一就是肉刑是其他刑罚与死刑的中间量，一旦废除，与肉刑曾经等量或等质的犯罪可能更多地被纳入死刑的领域，造成不等量或不等质。这种现象和现在对于

① Michael S. Moore, Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship, Cambridge University Press 1984, p. 234.

死刑的争论从某种意义上说带有类似性，尤其是在成熟的社会内，大部分的犯罪已经与个人之间的恩恩怨怨没有任何关联，更多地表现为一种法定犯的性质，侵犯的是法益也好，侵犯的是社会秩序也好，被害人已经不再归结为个人的自然人，即使作为个人之间的纠纷，也不再完全是同为个人之间的恩怨，也就是说更不能用“杀人者死，伤人及盗抵罪”的报应观念，因为这是已经无法用等质或等量衡量了，因为对于杀人行为的处罚不再仅仅是因为剥夺了他人的生命，不再是纯粹的剥夺者与被剥夺者之间的关系，不再是这种容易计算的等量或等质的关系，杀人行为更多地被作为违法社会秩序或法益的行为，与此相比较，反而被害人的权利、损失、补偿被遗忘、被忽视了，惩罚在很大程度上变成了国家的行为。从某种意义上说，这种惩罚更失去了报应的基础。当我们不再考虑或者较少考虑被剥夺者的感受、利益和损害程度的时候（如财产犯罪），刑法报应的依据在哪里呢？等质或等量的依据在哪里呢？

Michael S. Moore 从另外一个角度证明了报应论的虚假。他指出：“报应论有时被称为‘报复功利主义’这一点上就可以明确看出其目的。报应论认为惩罚必须是足够的，否则个人将通过个人的力量实现，而这种个人的复仇会导致混乱和无序状态。因此通过惩罚的力量阻止这种结果的发生是正当的。报应理论不考虑未然的正当性。而且在我看来，阻止私人复仇理论并不是惩罚成为正当的原因。接入私人通过一己之力违反了法律的规定，将通过处罚的方式对于他们进行威慑，而不是处罚其他的人。仅仅因为复仇者的非法暴力投下的阴影就将报应论的惩罚正当性的光芒掩盖了。’①

三、预防理论的人道主义出路

在对报应论进行的演绎之后，接下来的问题便是如何确立刑法的目的问题。在对于这一问题做出结论以前，还需要考证另外一种刑罚目的理论——预防理论。

在谈到预防理论的时候，我们不仅想起贝卡利亚的名言：“阻止

① Michael S. Moore, Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship, Cambridge University Press 1984, p. 235

罪犯再重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。”① 这是预防理论的最为简练的归纳。预防刑论，又称之为目的刑论、功利刑论，其观点就是：刑法的目的不是一种报应，而是一种对于犯罪的预防。预防理论在西方刑法理论中称之为威慑理论（Deterrence theory）这种威慑有被划分为一般威慑（General deterrence）和特殊威慑（Special deterrence）。Michael S. Moore 认为：“特殊威慑与无能力理论（Incapacitation）具有相类似的目标：通过处罚犯罪人对其产生威慑使得他们在释放以后不敢再实施犯罪，而一般威慑的目的则是通过对于犯罪分子的处罚，威慑其他不特定的意图实施犯罪的人，使他们不敢犯罪。’② 这个划分已经成为中外教科书中一种被广泛达成共识的结论。在中国的刑法理论中称之为预防理论，相应的就是一般预防和特殊预防，应该说从字面理解，威慑和预防的含义存在差异。威慑是通过“严厉的惩罚使得人们不敢实施犯罪’③，从实质内容来看这与我国的预防理论，是同一内容，但是预防的范围显然更加宽泛，因为其至少可以将矫正理论（Rehabilitation）包含进去。而在西方矫正理论和威慑理论是两种不同的理论。所以在论证以前必须首先对于威慑和预防的关系加以界定，才有助于厘清各种理论观点。

刑罚的预防理论相对于报应理论较晚得到倡导和议论，但是实际上并不能完全将二者割裂，因为二者在许多场合下都是以惩罚作为基础。费尔巴哈以“心理强制说”为依据来佐证一般预防的可能性。他认为所有犯罪行为的根源都在于趋向犯罪的欲望，而犯罪的欲望是可以经由心理强制加以排除的，心理强制力来源于作为自由意志主体的人的“趋乐避苦”的本能。④ 所以只要作为犯罪结果的刑罚之苦大于犯罪之乐，就能够抑制违法犯罪的欲望，从而实现一般预防的目的。边沁则从功利主义的角度对于法律的目的进行了解释，提出了一

①贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 5 页。

② Michael S. Moore, Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship, Cambridge University Press 1984, p. 233

③ Michael S. Moore, Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship, Cambridge University Press 1984, p. 234.

④杨春洗：《刑法基础论》，北京大学出版社 1999 年版，第 421 页。

般预防和特殊预防的概念，但是其也为预防理论设定了范围，其在《道德与立法原理入门》一书中总结了三项原则①

1. 一般来说，所有的法律具有或者应该具有的总的目的是增加社会的总体快乐。尽可能地排除每一个趋向于削减这一快乐的因素。也就是说，排除损害。

2. 但是所有的惩罚都是一种损害，所有的惩罚自身就是一种恶，依据功利原则，它们全然不被承认或者仅仅在为了排除更大的恶的时候才被承认；

3. 因此下列这些惩罚不应被实施是十分明确的：

（1）惩罚没有根据的时候：没有损害行为需要阻止；行为从整体上看不具有伤害性；

（2）惩罚无效的时候：惩罚的实施不能阻止损害行为；

（3）惩罚没有效益或者过于昂贵的时候：损害行为的收益大于惩罚的收益；

（4）不需要惩罚的时候：损害行为能够被阻止或者自身停止下来。没有实施惩罚可以有一个更为廉价的费用。

功利主义游走于惩罚和损害之间，惩罚只有在能够遏制损害的情况之下才是有效的，但是这种预防仍然建立在确定性惩罚的基础之上，福柯在《惩罚与训诫》一书中曾经对此进行过论述：“惩罚的惩戒功能在 18 世纪改革前早已存在。惩罚是为了未来，惩罚至少有一种防止犯罪的功能，这些说法在多少世纪里一直是对惩罚权力的一种流行的辩护。但是区别在于，过去人们指望着惩罚及其展示（再加上由此产生的无节制）产生预防的效果，而现在预防则大有成为惩罚经济学的原则及惩罚的恰当比例的尺度之势。在进行惩罚时应该使其正好足以防止罪行重演。因此，惩戒的机制发生了变化。在使用公开酷刑和处决的刑罚中，惩戒是对犯罪的回答。它通过一种二位一体的现象，既展示了罪行，同时又展示了制服罪行的君主权力。在依自身的效果量刑的刑罚中，惩戒必须归因于犯罪，但却是用最谨慎的方式和最大的节制方式来表示权力的干预。理想的结果应该是能够防止

① Jeremy Bentham, Introduction to the Principle of Moral and Legislation, New York, Prometheus Books 1998, pp. 170—171.

这二者中的任何一者的再出现。惩戒不再是一种展示的仪式，而是一种表示障碍的符号。这种惩罚符号的技术倾向于颠覆整个现世性的刑事活动领域。改革者认为，他们通过这种惩罚符号的技术而赋予惩罚权力一种经济而有效的手段，这种手段可以适用于整个社会，能够把一切行为编成符码，从而控制整个弥散的非法活动领域。”

建立在实证主义基础之上的犯罪学则将预防理论演绎得更加炉火纯青，完全摆脱了刑罚的惩罚性。龙勃罗梭、菲利等人认为刑罚的目的仅在于预防再犯。最初的观点认为犯罪并不是行为人自由意志选择的结果，而是某些人与生俱来就带有一些犯罪的生理特征，在一定条件下是必然要发生的。为了预防这些人实施犯罪，就必须对这些人适用刑罚予以预防，具体的措施包括死刑、终身监禁、流放荒岛、剔除器官等。后来的实证主义则表现得相对委婉，将犯罪从人性中解脱出来，注重于从人格、社会、环境各个方面对于犯罪的预防，充分打开了预防犯罪的空间，预防的问题不再是一个刑罚目的的问题，而是涉及到人的生理、心理、遗传因素和社会因素相互作用的必然结果，预防犯罪超越了刑法本身的意义，真正地被作为社会的主要现象多方位、多角度、多层次地进行研究。

但是对于作为刑罚目的的预防理论本身存在着一个难以逾越的问题就是预防的有效性。预防理论应该是建立在通过预防能够产生遏制犯罪的基础之上，这实际上是相信人的解决问题的能力是无限的，因为其不得不面临着如果预防的效果无法实现的悖论。矫正理论的问题也在于此。这种能力的无限性潜在地包含着权力扩张的可能性，预防理论的愿望和公式是合理的，但是作为现实的预防在和权力接合之后，可能存在着巨大的风险，“生活在强盗支配之下也许比生活在无所不及的道德管理之下更好，因为强盗的残酷性总是存在睡着的时候，他的贪婪在某一点上总会获得满足，但是那种无所不能的管理对于我们的折磨可能无休无止，因为它在证明自己无所不能的信心。他们更可能上天堂，但同时也可能制造一个地狱。他们的和善伴随着难以承受的刺痛。’① “智慧和美德并不是处于政府的地位所要求的仅有

① C. S. Lewis, Crime and Justice, Vol. 2, The Criminal in the Arms of the Law, Leon Radzinowicz and Marvin E. Wolfgang, eds. New York, Basic Books 1971, p. 47.

的或者说普遍的条件，现实的问题是，我们这些无辜的人生活在一个从来就不绝对聪明和善良的而且有时非常邪恶和非常愚蠢的统治之下，当他们变得邪恶的时候，矫正的惩罚理论就为他们的暴政提供了一个出色的工具，这比原先的邪恶更可怕。如果犯罪的病理被作为同一桩事情，接下来的事情就是统治者选择的被称为病态的将被作为犯罪一样对待，被强制治疗。"① 作为从报应根基上生长出的预防理论，在公式上的合理性只有从人道主义的角度进行解析和规范，才能最大程度地避免实践中产生的灾难性后果，这是人道主义的生命力所在，也是预防理论的出路。如果说报应理论是根基，预防理论是枝干，则人道主义的规制是刑法之树长青的给养和果实。

编辑点评：

现代法治的基石就是立法权和司法权的分立，如果将其看作同样的刑罚权权能，其最大程度地体现了当代社会的权力制衡因素。首先刑罚的生成是一种权力和权利不断协调的结果。而求刑权、量刑权的运用，就是建立在法律给定的前提下，在法律允许的空间和轨道内进行运作。刑罚的人道主义原则是权力在制刑过程中妥协的结果，也是权力在用刑过程中的约束，国家确定刑罚的目的就是保障权力规范地执行刑罚规定和准绳。刑罚的适用更是人道主义的实现和现实的过程。以神为名义报应思想虽然具有欺骗性但是至少仍然坚持报应的主体在人心之外而不是在人们之间。自脱去了神意的外衣之后，报应的主体和权杖已经失去了存在的依据。因为刑罚规则的确定权力归结为统治者也好，归结为全体民众或部分民众也好，都是一种人类自身对于人类内部设定的规则，尽管我们可以继续从自然法中找到规则制定的原因，但是我们找不到结果，找不到报应，找不到报应的方法和程度。预防理论相信人的解决问题的能力是无限的，这种能力的无限性潜在地包含着权力扩张的可能性，预防的理论的愿望和公式是合理的，但是作为现实的预防在和权力接合之后，可能存在着巨大的风

① C. S. Lewis, Crime and Justice, Vol. 2, The Criminal in the Arms of the Law, Leon Radzinowicz and Marvin E. Wolfgang, eds. New York, Basic Books 1971, pp. 47—48.

需要全本请访问 www.ertongbook.com