

# 刑罚·沟通 与社群

〔英〕安东尼·达夫 著  
王志远 柳冠名 姜盼盼 译

PUNISHMENT,


COMMUNICATION,

AND COMMUNITY

R. A. Duff

# 刑罚·沟通 与社群

〔英〕安东尼·达夫 | 著  
王志远 | 柳冠名 | 姜盼盼 | 译

 中国政法大学出版社  
2018 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑罚·沟通与社群/(英)安东尼·达夫著;王志远等译.—北京:中国政法大学出版社,2018.10

ISBN 978-7-5620-8616-1

I. ①刑… II. ①安… ②王… III. ①刑罚—研究 IV. ①D914.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第236089号

---

出版者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 650mm×960mm 1/16  
印 张 20.5  
字 数 275千字  
版 次 2018年10月第1版  
印 次 2018年10月第1次印刷  
定 价 65.00元

## 内容提要

---

《刑罚·沟通与社群》一书关注的中心是为犯罪人承受的正式刑罚，寻求一种统一的正当性基础。在达夫看来，任何规范性刑罚理论都或多或少地依附于某些被设定的国家概念——政治团体和政治义务的本质，国家角色和权力的适当性。

基于这样的认识，他提供了一个关于政治社会的“自由-社群主义”理想，并就刑法在这样的政治体中所扮演的角色展开论述。“自由社群”要求刑法界定或创设一系列关涉到整个社群的“公共”不法行为；刑事审判的作用在于要求社群成员对其所指控的不法行为进行答辩，并接受公共性责难；刑事程序将那些被刑罚处罚的人也视为政治社群的成员，并尊重他们的自治、自由和隐私。

不同于报应主义和结果主义的“排斥型”刑罚理论，达夫认为与“自由-社群主义”相契合的刑罚，应当是一种包容性的沟通机制，即刑罚应当向犯罪人（我们的社群伙伴，而不是我们之外的他者）传达与其罪行相适应的谴责，并旨在通过这样的沟通过程，说服其对罪行进行悔悟，尝试自我改造，并达成与被害人的和解。

这种包容性的刑罚理念，允许并且提倡刑事程序当中的和解，肯定犯罪人（和受害者）在决定量刑时的作用，反对死刑，这些对于我国当前正在进行的刑罚结构与体系改革具有启示作用。

另外，达夫将刑罚理解为“沟通性事业的独特类型”的思想，“消极的罪刑相适应原则”思想也颇值得我们深思。

## 刑罚·沟通与社群

Punishment, Communication, and Community

by R. A. Duff

Copyright © 2001 by Oxford University Press, Inc.

Punishment, Communication, and Community was originally published in English in 2001. This translation is published by arrangement with Oxford University Press. China University of Political Science and Law Press Co., Ltd. is solely responsible for this translation from the original work and Oxford University Press shall have no liability for any errors, omissions or inaccuracies or ambiguities in such translation or for any losses caused by reliance thereon.

《刑罚·沟通与社群》一书英文版首次出版于2001年。该书中译本经牛津大学出版社授权出版。中国政法大学出版社对中译本翻译的准确性完全负责。牛津大学出版社对中译本翻译质量以及因翻译质量问题所造成的任何损失概不负责。

版权登记号：图字 01-2018-5377 号

## 中文版前言

R. A. 达夫



非常高兴看到这本书被翻译成中文出版。这本书从写成到现在已经过去了将近 20 年，原来设想仅面向英语背景的读者。然而我相信这本书的主题在 20 年后的今天仍然是重要的，甚至有重大意义的；我也相当感兴趣于这一主题能够在多大程度上影响一个有相当差异的读者群。

这本书是对英美两个主要刑罚思想流派的部分回应。一方面，刑罚被报应主义者描述为对不法行为者施加的应得痛苦；另一方面，结果主义者则将其界定为施加于犯罪人以获得社会利益（预防或者减少犯罪是最为显著的收益）的手段。在这两种语境下，刑罚被描述为“我们”向“他们”做的事情；“他们”仅仅是消极的接受者。这样的描述符合英国和美国刑罚理论与实践（以及修辞上）通常具有的排斥属性：施加惩罚的“我们”是守法公民，被惩罚的“他们”是危险的局外人、敌人，“我们”必须对“他们”采取防卫。

我的目标是发展一种更具包容性的刑罚概念：审思我们能否将刑罚作为相互视为公民——政治社群的完全适格成员——的“我们”相互施加的要求，来理解，证成其正当性。我相信我们



可以这样做，只要将刑罚理解为沟通性事业的独特类型，而在这其中，政体寻求与犯罪人沟通其应受的谴责，并确保犯罪人的适当回应。本书的大部分内容致力于解释这种刑罚概念及其实践意涵。

需要明确的是，我所提供的并非现行刑罚实践的正当性证成。毋宁说，它是关于刑罚应当是什么的一种理想性理论——一种有助于充分证成刑罚正当性的刑罚制度设想。作为一种理想观念，它应当为我们提供反对现行实践，确认并且理解现行实践主要缺陷的标准，并作为改革的基础。然而，我们不能仅通过改革刑罚实践来获得刑罚的正当性：正当的刑罚体系依赖于公正的社会；在本书的结尾部分，我探讨了一些不公正社会体系的刑罚实践必须面对的问题。

对于翻译工作的艰巨性，我有一些了解，所以最后，我要对本书的译者们表示衷心的感谢。特别是柳冠名先生，他直接推动了这一项目的进行，并且承担了正文的翻译工作。

R. A. 达夫

2018年9月

## 致 谢

安东尼·达夫



近二十年来，我一直在思考和撰写有关刑罚的问题，因此在这里，我无法奢望可以感谢所有曾经影响过和帮助过我的人，我谨向那些帮助过我完成此书的人致以诚挚的谢意（并对那些对此书给予贡献，但是我忘记提及的人，表达我的歉意）。

在此，向斯特林大学（University of Stirling）给予我学术休假的资金资助表示感谢，这让我完成了本书的初稿；向英国国家学术院（British Academy）给予我的学术假期表示感谢，这让我完成了本书的写作；感谢斯特林大学哲学系的同事们，他们的评论对于本书的论点和观点非常具有帮助，同时感谢他们营造了一个长期具有激励性的，且建设性的哲学批判环境；感谢在阿伯丁，伯明翰，爱丁堡，格拉斯哥，伦敦，牛津，和谢斯菲尔德的听众们，我向他们试讲了本书的部分内容；感谢迈克·汤瑞（Michael Tonry）鼓励我撰写本书，感谢史蒂芬·莫斯（Stephen Morse）对于本书的大纲给予了有益的建议；感谢安德鲁·冯·赫希（Andrew von Hirsch），他阅读了全稿并提供了许多建设性的批判，这至少帮助我避免了一些混淆；最要感谢的是桑德拉·马歇尔（Sandra Marshall），不仅仅是因为她阅读了全稿并做出评论，更是为了这



么多年我们彼此共同分享的探讨，支持和鼓励。

我从已发表的文章中选用了一些材料，在此我感谢以下的出版商允许在此引用它们。哈特出版社 (Hart Publishing) [《刑罚、沟通，和社群》，载于《刑罚和政治理论》，马特·马特拉沃斯 (M. Matravers) 编，1999 年，第 48~68 页]；牛津大学出版社 (Oxford University Press) [《危险和公民身份》，载于《量刑理论的基础》，安德鲁·阿什沃斯 (A. J. Ashworth)，马丁·沃斯科 (M. Wasik) 主编，1998 年，第 141~164 页]；《法律，语言，和社群：刑事责任的一些预设条件》，载于《牛津期刊之法律研究》第 18 期，1998 年，第 189~206 页]；《包含和排外：公民，主体和犯罪人》，载于《当代法律问题》第 51 期，1998 年，第 241~266 页]；塞奇出版社 (Sage Publications) (《社群刑罚》，载于《刑罚与社会》第 1 期，1999 年，第 23~39 页)；芝加哥大学出版社 (University of Chicago Press) [《沟通性刑罚：刑罚哲学的近期研究》，载于《犯罪与正义：研究评论》，迈克·汤瑞 (M. Tonry) 主编，第 20 期，1996 年，第 1~97 页]。

以本书纪念 H. L. A. 哈特教授 (H. L. A. Hart)，他第一次向我，也向其他人，展示了哲学和刑法学之间如何形成丰富的互动。

安东尼·达夫

斯特林，苏格兰

1999 年 12 月

# 目录 Contents

中文版前言 · 001

致 谢 · 003

引 言 · 001

1. 什么需要正当性证成? · 002

2. 理论与实践 · 006

3. 何种正当性? · 008

4. 概 览 · 011

第一章 结果主义、报应主义和废除论 · 014

1. 纯粹结果主义和刑罚 · 014

1.1 结果主义的理论架构 · 014

1.2 对纯粹结果主义的批判：无辜者的权利 · 019

1.3 结果主义者的回应 · 021

2. 边际约束的结果主义 · 024

2.1 边际约束和“消极的”报应主义 · 025



- 2.2 批评：实现有罪者的正义 · 028
- 3. 权利弃置论与社会防卫论 · 029
  - 3.1 权利或道德属性的弃置 · 030
  - 3.2 作为一种社会防卫的刑罚 · 032
- 4. 报应主义的主旨和种类 · 036
  - 4.1 “犯罪人罪有应得” · 037
  - 4.2 “免除不公平的利益” · 039
  - 4.3 惩罚性情感 · 043
  - 4.4 刑罚，作为一种沟通机制 · 047
- 5. 废除论者的挑战 · 053
  - 5.1 什么将被废除？ · 053
  - 5.2 为什么要废除？ · 055
  - 5.3 什么应当替代刑罚？ · 056

## 第二章 自由的法律社群 · 059

- 1. “自由主义”与“社群主义” · 060
  - 1.1 自由主义与刑罚 · 060
  - 1.2 刑罚言辞中的“社群” · 065
- 2. 一个规范性的社群范型 · 069
  - 2.1 一个典范：学术社群 · 069
  - 2.2 政治性社群 · 074
- 3. “社群主义”和“自由主义”（再论） · 077
  - 3.1 形而上的问题与规范性的问题 · 077
  - 3.2 “我”和“我们” · 081
  - 3.3 选择与认同 · 083
  - 3.4 个体利益和共有利益 · 085
- 4. 自由政体中的刑法 · 088
  - 4.1 禁止和宣告 · 089

- 4.2 作为普通法的刑法 · 092
- 4.3 犯罪的概念 · 094
- 4.4 刑法的权威 · 099
- 4.5 一个有限的刑法 · 103
- 5. 非自愿的成员身份 · 105
- 6. 对犯罪的回应 · 110

### 第三章 刑罚、沟通与社群 · 113

- 1. 刑罚能与自由社群相契合吗? · 113
  - 1.1 包容和排斥的模式 · 114
  - 1.2 排斥性刑罚 · 116
- 2. 刑罚与沟通 · 119
  - 2.1 沟通与表达 · 119
  - 2.2 沟通与刑法 · 119
  - 2.3 刑罚、沟通和严厉的措施 · 122
- 3. 沟通, 威慑和谨慎性补足 · 123
  - 3.1 沟通加威慑 · 123
  - 3.2 责难与谨慎性补足因素 · 127
- 4. 刑罚, 作为一种目的性的沟通 · 130
  - 4.1 刑罚, 作为一种道德教育? · 131
  - 4.2 调解: 民事与刑事 · 136
  - 4.3 刑事调解, 刑罚和沟通 · 141
- 5. 作为沟通性刑罚的缓刑和社区服务 · 145
  - 5.1 作为刑罚的缓刑 · 146
  - 5.2 缓刑的扩展 · 150
  - 5.3 作为公共补偿的社区服务 · 152
  - 5.4 结合令: 社群与犯罪人之间的和解 · 153



- 6. 作为忏悔的刑罚 · 155
- 6.1 3 “R” 刑罚理论 · 156
- 6.2 谁对谁负有何种义务? · 163
- 7. 不同种类的犯罪人 · 168
- 7.1 被道德说服的犯罪人 · 168
- 7.2 羞愧的犯罪人 · 169
- 7.3 已经忏悔的犯罪人 · 171
- 7.4 反叛的犯罪人 · 176
- 8. 悔罪式刑罚与自由的国家 · 181
- 9. 但是…… · 186

#### 第四章 沟通式量刑 · 189

- 1. 相称的刑罚 · 190
- 1.1 相对的原则还是绝对的原则? · 191
- 1.2 什么与什么相适应? · 194
- 1.3 积极的还是消极的? · 197
- 1.4 优先性的原则还是可退让的原则? · 200
- 1.5 超越相称性 · 202
- 2. 刑罚方式和它们的含义 · 206
- 2.1 罚金刑 · 209
- 2.2 监禁刑的含义 · 212
- 2.3 死刑 · 218
- 3. 谁来决定? · 222
- 3.1 “司法公正”: 普遍的还是个案的 · 223
- 3.2 协商式量刑? · 227
- 4. 犯罪记录和“危险”犯罪人 · 233
- 4.1 先前犯罪记录的相关性 · 239
- 4.2 “危险的”犯罪人 · 242

第五章 从理论到实践 · 248

1. 理想的理论和现实的实践 · 248
2. 刑罚的前提 · 253
  - 2.1 条件和前提 · 253
  - 2.2 政治义务 · 257
  - 2.3 我必须向谁答责? · 261
  - 2.4 法律的语言 · 266
  - 2.5 法律与社群 · 273
3. 刑罚的正当性能够被证成吗? · 277

参考文献 · 284

译后感言（代后记） · 308



## 引言

xi

每一年，我们的法院都会将成千上万涉嫌犯罪的人定罪。<sup>[1]</sup>其中包括像杀人，强奸，和其他暴力侵袭那样的严重侵犯人身权利的犯罪；占有或损害财物，诈骗；违反道路交通法，卫生和安全法的危险性犯罪；持有和提供违禁毒品的犯罪；还有违反公共秩序的犯罪。这些仅仅是刑法所规定的众多犯罪中的一部分。绝大部分被定罪的人将被判处法律所规定的一种刑罚措施。<sup>[2]</sup>这些刑罚方式包括，期限从几周到终身的监禁；或多或少的罚金；不同种类和期限的社区服务令；附条件的缓刑令等。

若问“什么可以证成刑罚的正当性”——这是刑罚之法哲学探讨的核心问题，其本质在于什么可以证成此类实践活动的正当性。对于国家应当如何对待其公民这一关注而言，这个问题是无法回避的。虽然这一问题是以“个人非涉”的语境提出的，提问者也往往不受这种实践活动的直接影响，但它实际上关涉所有的个体公民。对于许多公民，他们与国家的刑事机制（penal apparatus）直接发生

---

[1] 1997年，有911 842人被美国联邦法院和州法院定为重罪（美国司法统计局1998，421）；32 000人被英格兰刑事法院和威尔士刑事法院定为公诉罪（英国内政部1998，21）。这些数字没有统计更多被美国法院定为轻罪的人以及被英格兰法院和威尔士法院定为即决审判罪的人。

[2] 还有其他犯罪人避免了（进一步的，正式的）刑罚，或者被认定为精神病患者，转移到医院进行强制医疗，或者被判处无条件释放或附条件释放。参见 Walker & Padfield 1996, chs. 15, 21。



关系，例如嫌疑人，被告人，或被认定为有罪的犯罪人；启动刑事机制或刑事机制所处理之案件中的被害人；也可能是调查和起诉嫌疑人，决定其有罪或是无罪的执行刑罚的司法工作人员。另外，为避免被处罚，许多公民会依据刑事机制来指引他们的行为。总之，这个问题关系到所有的公民，因为刑事制度的运行正是明确地以公民的名义，代表他们的权利所进行的。

xii 在学者们讨论“刑罚危机”的时候，正当性的问题显得尤为引人注目，这个问题的讨论已经持续了二十多年（参见例如 Bottom & Preston 1980; Cavadino & Dignan 1997, ch. 1）。刑罚危机的思考，有时指向监禁刑（例如我们对监禁刑的过度依赖，不人道的监禁环境）而并非宽泛意义上的刑罚；有时指向某种具体的刑罚方式或是其决定性条件，而不是刑罚本身是否能够真正地获得正当性证成。但是如果我们注意到刑罚（是以我们的名义）被强加到我们众多的同胞身上，并且给被执法者造成的诸多影响，我们就不能不想到其合法性的问题：究竟有什么可以证成刑罚这种实践活动的正当性呢？而这正是刑罚合法性危机的一个重要方面。

我们必须清楚，当我们提出这个问题的时候，我们确切的含义是什么：什么需要被正当性证成，以及何种正当性证成才可算是充分的。

## 1. 什么需要正当性证成？

在考虑什么需要正当性的证成时，我们也应当关注现行刑事制度所涉及的深层次问题。刑罚，虽然是刑事机制中一个核心方面，但它也仅仅是其中之一。<sup>[3]</sup>

第一，只有少部分的犯罪人才最终被刑事院所定罪。因为有许多犯罪并没有正式地被报告，而针对被举报的犯罪，其破案率也

---

[3] 我从加兰 (Garland) 的文章中引用“刑事机制”这一术语，加兰用它来指“整个刑事复合体，其包括刑制裁，机构，话语和事实陈述” (Garland 1985, x)。



比较低（参见 Ashworth 1995a, 7-17），只有一小部分的犯罪人才被抓获。而且，其中的许多人也没有进入审判程序。有一些人从刑事程序被转移到了其他程序——例如，被送进精神病康复医院，或者被其他执法机关直接执行罚款（如，警察对违章驾驶执行的固定金额罚款，或者由海关或税务部门开具的罚款）；有一些人在得到非正式或者官方的警告后被释放——有些情况下，甚至连释放的原因都没有给出，如检察机关出于某种原因最终决定撤销对案件的办理（参见 Galligan 1987; Ashworth 1994, 125-58; 1995a, 17-24; Sanders & Young 1994, 205-40）。而那些受到审判的被告人，有些也会被判决无罪。

此外，那些没有犯罪的人却可能被牵扯进刑事程序中。他们会被当作犯罪嫌疑人而被警察拘留和审问，或作为被告而被审判；有一些甚至会被错误地定罪并遭受刑罚。

所以，虽然本书主要关注被定罪的犯罪人（convicted offender）所受到的刑罚，但是我们必须清楚，人类尚没有设计出一种刑事制度，保证可以处罚所有的犯罪人，且只处罚那些真正的犯罪人。任何一个制度，如果它不接受那些无法忍受的成本（包括物质成本和道德成本），那么它对真正犯罪人的追诉就只能维持一定比例的，甚至是很小比例的。任何人类的刑事制度都会错误地惩罚无辜者。所以，对人类刑罚制度正当性的证成，就要去正当化“目标绝非处罚所有的犯罪人（参见 Braithwaite & Pettit 1990, chs. 6-9），也无法避免会处罚一些无辜者”（参见 Schedler 1980; Alexander 1983; Duff 1991, 435-41）的一种制度。

xiii

第二，刑罚对于犯罪人所产生的实际负担和效果也是大相径庭的——这不仅取决于刑罚本身，还取决于刑罚实施的环境，犯罪人自己的性格和经历（参见 Tonry 1994; Ashworth & Player 1998），以及事后其他人对犯罪人的态度。对有的犯罪人而言，刑罚不过是一些不方便；对另一些犯罪人而言，即使在物质层面的影响比较小，刑罚本身却带来了悔恨，羞愧，以及严重的耻辱感。对有的犯罪人而言，刑罚是一种严重的负担，但此种负担随着刑罚执行的完毕也就结束