

海外法学译丛



独角兽
法学精品

失义

LAW
WITHOUT
JUSTICE



的

保罗·罗宾逊
(Paul H. Robinson)
[美] 迈克·卡希尔 著
(Michael T. Cahill)
谢杰 等 译

刑法



Why Criminal Law Doesn't
Give People What They Deserve

海外法学译丛

 独角兽
法学精品

失义 的 刑法

LAW
WITHOUT
JUSTICE

保罗·罗宾逊
(Paul H. Robinson)
[美] 迈克·卡希尔 著
(Michael T. Cahill)
谢杰 等 译

Why Criminal Law Doesn't
Give People What They Deserve



上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

失义的刑法/(美)保罗·罗宾逊
(Paul H. Robinson), (美)迈克·卡希尔
(Michael T. Cahill)著;谢杰等译. —上海:上海
人民出版社, 2018
(海外法学译丛)
书名原文: Law Without Justice: Why Criminal
Law Doesn't Give People What They Deserve
ISBN 978-7-208-15248-9

I. ①失… II. ①保… ②迈… ③谢… III. ①刑法-
研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 126393 号

责任编辑 秦 堃 史尚华

封面设计 一本好书

失义的刑法

[美]保罗·罗宾逊 迈克·卡希尔 著
谢 杰 等 译

出 版 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号)
发 行 上海人民出版社发行中心
刷 常熟市新骅印刷有限公司
开 本 720×1000 1/16
印 张 14.25
插 页 2
字 数 230,000
版 次 2018 年 7 月第 1 版
印 次 2018 年 7 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-208-15248-9/D·3234
定 价 58.00 元

目 录

导论 / 1

第一章 实现正义与偏离正义 / 9

第一节 正义的界定 / 9

第二节 聚焦于正义的缘由 / 11

第三节 追求与实现正义 / 13

第四节 偏离正义的实际代价 / 14

第一部分 在纷繁复杂的世界中弘扬正义

第二章 对操纵和滥用的担忧 / 19

第一节 联邦狱警是“治安官”吗? / 20

第二节 不采纳被告对法律产生合理误解的抗辩(以及紧急避险和未成年抗辩) / 22

第三节 “嗖的一声,就推了下去” / 26

第四节 不当限制或否认合法的免责理由 / 32

第五节 被羞辱,崩溃了、爆发了 / 36

第六节 遵循纯粹的客观标准 / 38

第七节 防止客观标准过度吸收个人特征 / 40

第三章 增强可信度 / 43

第一节 缺席的正义 / 43

第二节 追诉时效 / 47

第三节 霍华德的结局 / 52

第四节 年轻人的过错 / 52

第五节 严格责任 / 53

第六节 排除强迫供述和没有律师在场的辨认 / 58

第四章 有限资源的物尽其用 / 61

第一节 串谋杀人的辩诉交易 / 63

第二节 辩诉交易和证人豁免 / 68

第三节 萨米的结局 / 76

第二部分 牺牲正义以促进其他目标

第五章 罪刑法定 / 81

第一节 后院的三百具尸体 / 82

第二节 罪刑法定原则 / 86

第三节 马什案结果 / 89

第四节 海难食人案 / 91

第五节 否定正当理由(为了法律明确性) / 97

第六节 达德利案结果 / 98

第七节 设置界限:罪刑法定原则和改变准则 / 99

第六章 犯罪与犯罪人的控制 / 102

第一节 逃逸被视为谋杀 / 104

第二节 威慑机制 / 109

第三节 改造机制 / 115

第四节 电视暴力 / 117

第五节 权利剥夺机制 / 119

第七章 控制警察权和检察权 / 125

第一节 纵虎归山 / 127

第二节 非法证据排除规则 / 133

第三节 及时裁判规则 / 141

- 第四节 艾勒案余波 / 143
- 第五节 加热导管中的照片 / 145
- 第六节 双重危险 / 151
- 第七节 伊格内托案后续 / 155
- 第八节 无行为能力 / 156
- 第九节 可卡因案 / 158
- 第十节 诱捕 / 164
- 第十一节 道德信誉与合法性: 权衡评估 / 169

第八章 刑法之外的社会利益 / 172

- 第一节 “罪恶”的野营 / 172
- 第二节 违规行为的刑事定罪 / 174
- 第三节 林赛案后续 / 176
- 第四节 公司犯罪 / 176
- 第五节 外交人员强奸案 / 180
- 第六节 外交与公务豁免 / 182

第三部分 恢复道德信赖

第九章 刑事司法改革 / 189

- 第一节 举证责任转换 / 189
- 第二节 改进裁决体系 / 194
- 第三节 应用替代惩罚的方法 / 196

第十章 重构民刑关系 / 203

- 第一节 以行政责任代替违反行政法规的刑事责任 / 203
- 第二节 在保证罪责刑一致的前提下减少警察及检察官的不法行为 / 207
- 第三节 廓清危险性与可责性的界限 / 210

结论 在纷繁复杂的社会生活中实现公平正义 / 215

后记 / 218

导 论

一、问题意识

无论是在法律实践中,还是在社会日常生活中,人们都渴望公平正义,即得到我们所应该得到的。无论是法律专业人士,还是普通社会公众,我们都渴望建构一个公平正义的法律体系。在正义的法律体系下,人们可以求得在社会日常生活中无法实现的公平正义。特定的行为人侵害了他人,那么法律就要求该行为人付出代价,承担相应的法律责任。相反,如果特定人没有实施罪错行为,那么我们期待法律不予介入,使其免受责任的追究。

公平正义理念之所以在刑法中显得尤为重要,是因为刑法体系中的成本、责任及代价是最高的。如果一个杀害他人的行为人没有被追究故意杀人罪的刑事责任,则会引发众怒,是因为这种不公正的案件处理结果会向潜在的犯罪人释放杀人无需畏惧的错误信号,但更大程度上是因为实施罪错行为的人没有得到应当的惩罚。相似地,如果无辜的人被追究刑事责任,人们会义愤填膺,其原因可能是这种非正义的案件处理结果呈现出刑事司法体系的腐败,很可能在未来会殃及更多的普罗大众,但更大程度上是因为人们同情被错误定罪处罚的人,其受到了不应当承担的责任与处罚。刑法理应实现正义,而在上述两种情况下,正义都迷失在刑事司法实践之中,人们因此而感受到冒犯、不安与愤怒。

刑事司法实践中不乏刑法迷失正义的情形。以林德罗·安德瑞德案^①(本书第六章将详细分析)为简要例证——安德瑞德在两家韩国商品超市(K-Mart)盗窃9张光碟,价值共计154美元。由于安德瑞德因入室盗窃、轻微盗窃、持有大麻等前科被多次判处轻微刑罚,加上本次两宗盗窃罪,根据加州的“三振出局”法25年以上监禁的法定刑,其面临50年以上监禁的刑罚风险。加州每年至少要为每一位安德瑞德这样的长期服刑的罪犯支付26000美元的成本。^②除此之

^① See *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63(2003).

^② See Justice Anthony M. Kennedy, Speech at the American Bar Association Annual Meeting, at 4 (Aug. 9, 2003), available at http://www.supremecourtus.gov/publicinfo/speeches/sp_08-09-03.html.

外,还要付出更为严峻的代价:对于轻微多次犯罪的行为人处以远重于单次严重暴力犯罪的刑罚。

实际上,“三振出局”法的支持者也不会认为这种刑事法律规则对特定犯罪行为施加了公正且应得的刑罚,其核心的支持理由主要还是依托于震慑效果,即“三振出局”能够有效地锁定“不良分子”并将其赶出社会日常生活,从而不对他人造成妨碍与困扰。社会公众中较为关注犯罪率与犯罪控制的观点往往会过度强调“三振出局”的有效性,^①并选择支持类似的刑事法律规则。^②但这里存在一种对刑法运作机制的误解。^③现代刑法设计了诸多明显的“严打”犯罪规则,从而明显超越了对特定犯罪应当判处刑罚的比例性。这种对应得刑罚的偏离会导致刑事司法实践规律性地制造非正义案件。

应当看到,在现实的刑事司法系统中,总会出现一些不公平、不正义的结果。世界上也不存在一个完美的刑事司法体系,可以有效地惩治每一个违法犯罪者,对每一个特定犯罪行为都进行精确的量刑。媒体报道中不时会出现冤假错案或者放纵犯罪的情形。这些个案对于反映刑法实践中的不公平性确实具有一定的价值,但刑事司法体系本身的不完美性显然也不是新闻。刑事司法无法时刻实现完美正义的原因是显而易见的:调查犯罪与起诉犯罪人的司法资源存在有限性;刑事诉讼参与人知识与能力的有限性导致无法避免的差错总会客观存在;刑事司法体系的事实判断部分依赖于证人证言等主观性较强的证据;司法偏见与腐败的潜在影响,等等。因此,刑法在法律适用过程中出现失去正义的结果是偶尔却注定会发生的现象。

然而,刑事司法失灵的事件发生并被公众知悉后,人们不免会对这些冤假错案、过度严厉刑罚及不应当免责的犯罪人被免责等结果感到非常失望。^④与

① See Deborah W.Denno, The Perils of Public Opinion, 28 Hofstra L. Rev.741, 54 (2000); cf. Julian V.Roberts, Public Opinion and Youth Justice, 31 Crime & Just.495, 499—500(2004). Julian V.Roberts & Loretta J.Stalans, Public Opinion, Crime, and Criminal Justice(Westview 1997). 2334.

② See Francis T.Cullen et al., 27 Crime & Just.1, 38(2000) and by The Wall Street Journal/NBC.

③ See Michael Vitiello, Reforming Three Strikes' Excesses, 82 Wash. U.L.Q.1, 24 n. 192(2004); see also Cullen et al., supra note 4, at 39.

④ 当代学者对于刑事司法体系未能主持正义的举动已经坦然接受,但大多普通民众尚未能如此。他们依然认为要根据行为人的道德应罚性来决定其刑事责任和应受处罚。See, e.g., John M.Darley et al., Incapacitation and Just Deserts as Motives for Punishment, 24 Law & Hum. Behav. 659(2000); Cass R.Sunstein et al., Do People Want Optimal Deterrence?, 29 J.Legal Stud. 237(2000); Kevin M.Carlsmith et al., Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment, 83 J.Personality & Soc.Psych.284(2002).

此同时,参与刑事诉讼的专业人士也认为这些不正义亟须被遏制与避免。冤假错案会让人们非常困扰,尤其是那些被媒体披露的判处死刑而事后发现错误定罪的案件。大量没有被广泛披露但实际上影响范围更为普遍的问题,包括刑罚配置不公,即判处的刑罚明显偏离犯罪人应当承担的责任幅度。尽管目前还没有足够的资源或者利益团体驱动实质性地改变刑法不公的状态,但至少社会公众与刑事司法体系一致性地认为这是亟须反思与值得努力寻求改变的问题。

偏离正义的定罪量刑并非全都是无规律或者不可预测的,相关案件或者刑事司法实践体现出刑法选择偏离应得刑罚的尺度进行定罪量刑。刑法并非在制度失灵或者实践中滥用的情况下偏离公平性标准,而是基于制度安排与设计去选择按照偏离应得刑罚的方式予以运作。这意味着,在特定情形下,一个明显的杀人犯被认定为无罪,或者一个应当被认定为无罪或罪轻的人被判定为有罪或重罪,不是因为错案或者适用法律错误,而是刑法体系本身催生或者规定了这样的处理模式。刑法与正义之间形成了由法律本身所创制的鸿沟。这也是本书研究的失义刑法问题与传统错案、冤案所体现出的不公平及非正义问题之间的区别。

刑法理应实现正义而非反其道而行之,实践中偏离公平正义与应得刑罚的定罪量刑显得十分异常与令人担忧。刑法为何在实践应用中牺牲正义?为何要设计一些对犯罪人处以偏离其应得刑罚的刑事法律规则?

本书尝试回答上述问题。我们分析妨害而非推进正义实现的刑事法律规则,并通过真实的案例解构这些失义的刑法规范及其司法实践;解释为何刑法与正义之间会存在距离与偏差,以及这种偏离在何种情况下是可以接受的,甚至是有益的——尽管这看起来令人费解与惊讶;分析这些导致刑法与正义之间形成鸿沟的法律规则内在的原理、可能的正当性基础及实际效用;探索通过何种方式缩小或者消弭刑法与正义之间不为人们所接受的偏差。偏离应得刑罚的刑法规则本质上是对正义与其他实用性价值的权衡。本书的目标是反思刑法与正义之间的关系。刑法为了实现其他价值而设计的法律规则可能与正义价值构成冲突。刑法对特定犯罪行为予以认定、对犯罪人进行处罚,理应以正义为导向,罚当其罪、不多也不少,使犯罪人获得其应当得到的刑罚。因此,正义的目标价值是刑法的基准,其他价值偏离这种基准,显然有必要对这种偏离进行深度反思与解构。

一种潜在的疑问是,严肃地分析与评价偏离正义标准的刑法规则的正当

性基础与实用效果,其本身似乎高估了牺牲正义价值的刑法规则。这些权衡正义与实用性追求的刑事法律通常是政治过程的产物,源于忽略、扭曲道德价值与牺牲正义的政策,其中不乏情绪化立法与在危机中采取的极端司法措施。有学者将其概括为“刑法的病态政治”,^①我们也提出了类似的质疑。^②民主政治过程会因为特定的利益群体驱动推进情绪化的立法,媒体舆论与民意呼声也会对司法过程产生难以预测的实质性影响。但这并不妨碍本书对偏离正义价值的刑事立法与司法以及支撑这种刑事法律现象的潜在逻辑进行理性分析。推出并适用违背应得刑罚的刑法规则,势必具有强大的理性论证、正当性基础与实用性考量,审查这些刑事法律的目标价值及其实现(或者无法实现)的实践机制,更有助于深入反思刑法与正义之间的应然关系,进而探索刑法改革的有益路径。

二、目标与结构

本书旨在实现以下理论与实践目标,其也引导了本书的结构:

1. 甄别刑法规则对正义价值的偏离

本书的首要任务是发现刑事立法与司法如何制度化地牺牲正义。第一章对刑法正义,即对犯罪人判处其应得的刑罚,进行了界定并分析了偏离正义的代价。第二章至第八章描绘与调查了各种导致偏离正义价值的具体刑法规则,我们称之为“偏离规则”。通过细致的案例分析可以展示出“偏离规则”的运作机制,以及由这些规则带来的刑法与正义之间的距离。刑法与正义的鸿沟会触碰到人们对正义的直觉判断,也会淋漓尽致地展现出制度如何在正义的直觉与特定目标的追求之间作出选择。

本书分析的偏离正义的案例可能存在一定的“极端性”,或者说至少是不常见的。使用极端的案例分析制度性的问题,似乎存在一定的疑问。然而,刑事立法与司法实践中偏离正义的现象,其概率究竟是多少,没有且客观上也无法通过实证的方式予以确认。偏离规则在实践中造成刑法偏离正义的频率、范围、程度和规模等均无法被估算。立法采纳之前、司法实际使用偏离规则之

^① William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 Mich. L. Rev. 505 (2001).

^② See Paul H. Robinson & Michael T. Cahill, *The Accelerating Degradation of American Criminal Codes*, 56 Hastings L.J. 633 (2005); Paul H. Robinson & Michael T. Cahill, *Can a Model Penal Code Second Save the States from Themselves?*, 1 Ohio St. J. Crim. L. 169 (2003).

过程中,实际上也没有对此进行系统化的实证研究。偏离正义的刑法实践本身就很难被发现,所以,在常见与不常见本身存在明显不确定性的情况下,通过“极端”案例剖析问题并不是一种刻意的选择,而是必然的路径。

将偶发性的极端偏离正义与相对频繁的略微偏离正义进行比较是一种危险的做法。例如,一种刑法规则的适用,导致特定犯罪人被判处的刑罚超过其应得刑罚的10倍,但这在实践中发生的概率很低,或者说只有在极端情况下才会发生;另一种刑法规则的适用,导致特定犯罪人被判处的刑罚超过其应得刑罚的2倍,其在实践中发生概率可能相对更高。但我们不能对这两种偏离正义的现象作出孰轻孰重的对比,因为两者都是不可接受的。事实上,我们所探讨的每个案例都突出展现了一个既会演绎出极端后果,又经常产生更多正义结果的规则。

即使具有明显的非常态性,我们也绝对不应当忽视极端性案件中呈现出的不公正问题给整个刑法制度信誉、社会道德效应所带来的损害。刑事法律制度本应合理引导、影响人们的社会行为,但一个极端的不公正案例就有可能将长期积累的刑法信誉毁于一旦。本书第一章具体分析了刑法信誉的建构与损耗问题。需要强调的是,本书所研究的极端案件与所谓的刑法失义问题,不是传统的冤案与错案或者法律适用错误语境下的不公平与非正义,而是刑事法律制度安排下的偏离应得刑罚问题。只要这种制度安排客观存在,那么类似非正义的现象就会持续、非正义的案件就会被复制,而刑法信誉与权威也会逐渐在社会公众认知层面受到损害。我们寻求澄清这种刑法信誉受损的巨大代价,并探索扭转不良趋势的改革方向。

2. 偏离规则的类型化与批判性分析

不同偏离规则所内含的价值目标及其规范建构依据决定了其分类研究的基本框架。偏离规则的基础原理不仅是其建构与发展的原因,而且能够从更深层次的视角展现刑事司法系统中正义与其他目标价值之间的冲突与平衡。

本书第二章至第八章重点分析了七种偏离应得刑罚的刑法规范原理,它们都为特定或者一组刑法规则偏离应得刑罚提供了正当性基础,总体上均可类型化为实践限制与竞争利益两种模式。

实践限制覆盖了偏离抽象正义需求的刑法规则,这些规则之所以偏离正义是为了在最终意义上提高与推进正义利益。这些刑法规则在大部分案件中寻求制造公正的结果,尽管在有些案件中没有能够做到,甚至在为了执行现实中的刑事司法机制而妥协的案件中阻碍了正义的结果。虽然支持与反对这些

刑法规则的意见都认可以应得刑罚为导向的刑法正义理念,但是基于实践限制双方对于如何实现正义仍存有分歧。本书第二章至第四章对此进行了分析。

竞争利益所覆盖的刑法规则同时偏离了正义的现实与应然。这些刑法规则制造了应得刑罚与刑事责任之间的差距。其不仅不能通过理念上实现正义而获取正当性,反而是有意识地或者默示地牺牲了正义而实现了其他价值或者利益。我们认为,这些价值目标可以通过其他不损害、不扭曲且不妨碍刑事司法实现正义的刑法机制而得以推进。本书第五章至第八章对此进行了分析。

本书通过经验与规范两个层面分析这些偏离正义的刑法规则是否具有合理性,并反思这些特殊的刑法制度安排与正义及其自身维护价值之间的关系。以重罪谋杀规则为例,该规则具有多种正当性基础,因而会出现在多个章节的分析中。我们发现,不以应得刑罚为导向的刑法规则往往会背弃其自身所依托的价值、利益或者正当性基础。一些既有的偏离正义标准的刑法规则不能够或者不再有助于推进其所预期的价值与利益;还有一些偏离正义的刑法规则可能有助于实现其预定的价值目标(也有可能无益,因为目前并没有完善的实证调查予以证明),但实际上也可以被那些基于应得刑罚而配置刑事责任的刑法规则所替代;确实存在一些偏离正义的刑法规则,其只能通过偏离应得刑罚的方式实现利益平衡,因而在某种程度上得以被容忍,但也应当探索偏离正义程度最小化的规则运作方式。

3. 改革的建议

本书第九章与第十章讨论如何消除或者减少既有刑事法律体系中偏离应得刑罚的现象。现有的部分偏离规则显然有利于推动一些重要的目标与价值的实现,但其能够且应当融入其他规则予以替代或者补充,从而实现正义价值与其他利益之间的优化平衡,甚至是在不损耗公平正义原则的情况下更为有效地推进特定的利益。本书主要提出了两大改革路径。

其一,刑事法律体系内部改革路径。由于担心法律认识错误、精神病辩护等正当化事由的辩护被滥用,刑法规则设计了非常严格的操作标准,从而导致很多不应当被判处严厉刑罚的行为人被予以定罪量刑。因此,有必要完善被告人在正当性抗辩事由方面的证明责任规则,从而控制正当性抗辩事由方面的偏离规则。同时,有必要通过更为科学的刑罚单元优化刑罚配置体系,并以替代监禁措施丰富刑罚种类,从而在不减损应得刑罚正义价值的基础上实现

有针对性的犯罪控制实用目标。

其二,刑事法律体系外部改革路径。在特定情形下,相对于偏离正义标准的刑法制度安排,民事、行政等非刑事法律机制提供了一种实现多样化利益需求的替代性方案。例如,对于当前的轻微犯罪与公司犯罪进行非刑罚化处遇,适用民事制裁或者行政处罚;在后刑罚阶段通过民事预防风险性措施替代现有的以刑罚为手段的预防性羁押,从而使得预防性措施真正脱离刑罚的掩盖。

这些改革措施并非全新主张,但本书从强化应得刑罚的正义追求、辨识偏离正义的刑法规则、最大限度平衡正义价值与其他利益的角度,论述刑法改革对于实现正义的重要意义。

三、实践启示

当代刑法不断通过修正立法的方式实现正义价值与其他利益之间的平衡。本书深度评价这些制度性偏离正义的刑法规则,其所探讨的问题重大且契合当下现实。应当看到,尽管实用主义、法律经济学等不时冲击传统的刑法规则体系,但是,无论是刑法实务还是刑法的道德理性,都要求以应得刑罚为基准对犯罪人配置刑事责任。当代刑法不可避免地融入了正义之外的其他利益与价值,而这些价值往往会与正义形成冲突。例如,震慑作为一种刑法制度安排需要预设的利益需求,注重对潜在犯罪人的防控而非对既有案件中犯罪行为的应得刑罚的判定。既然多元化的价值目标势必会进入刑法改革领域,我们就有必要正视这些偏离正义的刑法规则为何创制、如何运作及怎样优化,从而在最低程度减损正义价值的基础上最大限度地实现利益均衡。

随着社会经济的不断发展,刑事法律制度及其变革的驱动元素与价值导向也处于相互竞争、动态变化的过程之中。在本书之前,并没有系统性的研究深度分析偏离正义的刑法规则。本书虽然以应得刑罚的正义观念为核心展开,但同样非常重视多元化的利益导向,并不完全、整体否定偏离正义刑法规则在其他价值层面的功能与效用。所以,犯罪与抗辩、客观行为规则与主观责任规则、定罪与量刑及实体与程序等诸多刑法规则,都会以整合性的分析方式被纳入多元化的价值与利益体系中进行权衡。

当代刑法呈现出两种截然不同、相互冲撞的发展趋势:其一,刑事法律制度安排持续地以牺牲应得刑罚为代价交换其他利益,典型表现为在刑罚的掩盖下实施预防性羁押措施,对经济违规、行政违法行为设置监管性犯罪等。实用主义的价值增量不断融入刑法制度之中。其二,刑法规范的社会影响功能

在实践中开始被不断地强化,人们开始认识到强制性的刑罚震慑与制裁无法有效地塑造刑法规范的指引功能。因此,刑法制度一方面希望构建一个行为控制系统,通过刑罚震慑降低犯罪行为对社会造成的风险,另一方面又需要刑法通过正义的象征保持强有力的制度信誉,引导人们遵从刑法。本书尝试探索刑法制度如何在应得刑罚的正义标准下,融合甚至超越刑罚震慑的实用价值,最终实现人们对刑法规范的主动遵从。

第一章

实现正义与偏离正义

■ 第一节 正义的界定

让我们来设想一下这样的情境：(1)一个杀人犯或者强奸犯没有被判处刑罚。其原因并非在于证据或者司法能力缺失，而是刑法及其具体的刑事司法规则规定，即使其实施了相关犯罪行为，刑法也应当不予处罚。(2)一个没有罪责的人被判处刑罚。同样地，其原因不是悲惨的适用法律错误或者事实判断的错误，而是刑法及其具体的刑事司法规则要求，即使行为人没有罪过，刑法也应当予以处罚。

上述两种情境在现实法律世界中是真实存在的，实际上其普遍程度超越我们的想象。这也构成了本书探讨的主题。法律制度作出这样的安排显然是存有疑问的，直觉告诉我们，这是一种错误的刑法规则，应当在实践中予以纠正。但需要反思以下问题：为什么这样的刑法制度安排会在实践中存在？为什么刑事法律规则与社会公众所理解的正义要求存在如此巨大的差距？

我们首先廓清本书所研究的正义的概念。我们认为，刑法制度所寻求的正义应当是罚当其罪，即使得每个行为人获得其应当被判处的刑罚，不多也不少。对此，绝大多数人都会持无异议。本书详细分析了偏离正义理念的刑法规则。这些制度安排有意识、系统性地使得行为人获得的刑罚偏离其应得刑罚——畸重或者畸轻。

然而，需要设问的是，如何确认行为人的应得刑罚水平？特定的行为人所应当被判处的刑罚似乎是一个价值判断，人们或许对此存有较大的争议。如何确认我们所讨论的刑法规则违反的是正义标准，而不是人们主观上各自所臆断的正义感觉？合理的回应如下：

其一,尽管应得刑罚的主观态度确实反映了价值与判断的特征,但这种对于正义的直觉判断具有高度共享性。对于特定刑事案件中的定罪量刑问题,人们能够且通常持有共通的应得刑罚判断结论。这并非因为特定案件中的特定犯罪行为与特定的刑罚标准之间具有奇妙的必然联系,而是人们对于不同犯罪行为(犯罪人)的相关可责性具有特定的直觉正义判断。如果把不同危害程度的犯罪案件放在一个坐标轴上进行相对可谴责性的排序,人们往往能够形成危害性程度的共识判断。大量研究证明,人们对于应得刑罚的判断具有形成广泛与深度共识的能力。^①实证调查也证实了这种社会公众共享的正义直觉。^②

其二,既有刑法制度中的部分规则所赖以存在与发展的目标导向,明确与正义价值相抵触。虽然刑事法律制度在执行过程中都会被冠以“实现正义”、“让犯罪人受到应有的惩罚”等宣传口号,但不少刑法规则所推进的利益与价值并非正义或者应得刑罚,而是控制犯罪、震慑犯罪等可能与应得刑罚相抵触的其他实用性价值。^③

刑法制度架构中显然还存在其他在人们看来有违正义标准的争议问题。例如,死刑制度的存废是一个长期存在、广泛争论的公平正义问题。但此类重要问题的争议并非本书探讨的领域。我们集中分析的偏离正义规则,限定为刑法制度安排过程中公开选择的违反人们共享的正义直觉的刑事法律规范设计。人们普遍认同正义标准,无论何时显然都将实现公平正义作为社会的目标追求。但奇怪的是,刑事法律体系在建构具体规则时往往会损害应得刑罚的实现。

刑法制度为何会选择偏离正义标准?是否应当取消或者限制这些刑法规则?偏离正义标准的规则是否具有正当性基础?是否应当优化这些规则?本

① 实际上,舆论在评估何者是正义所需时往往是不可靠的。我们在这里不是指媒体对司法的耸人听闻的指责,而是普通大众共有的情绪与意见。即使是罪犯也知道报复私刑和正义公刑之间的区别。媒体报道通常会省略、修饰或扭曲一些事实,但在冷静反思以及中立环境中产生的、为大众所共享的正义原则却是可以适用的。

② See Paul H. Robinson & John M. Darley, Justice, Liability, and Blame: Community Views and the Criminal Law (Westview 1995) (hereinafter Robinson & Darley, Justice, Liability, and Blame).

③ Paul H. Robinson & John M. Darley, The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best, 91 Geo. L.J. 949, 971—974 (2003) (hereinafter Robinson & Darley, Role of Deterrence).

书尝试回答这些问题。

■ 第二节 聚焦于正义的缘由

我们为何要如此关心刑法正义或者应得刑罚？正如前文所述，偏离正义标准的刑法规则意在实现其他价值或者利益，这些并非基于正义导向的价值目标意味着应得刑罚并非刑事法律体系所追求的唯一目标。因此，在确定了正义标准的内涵之后，进一步需要追问的是，相对于其他价值与利益而言，应得刑罚为何属于核心目标？

一、正义的中心性

应得刑罚应当构成刑法的核心目标与价值，其主要理由是：

第一，正义是建构刑事法律制度的基石。罪刑法定、无罪推定、一般预防、特殊预防等都是非常重要的刑事法律原则与功能，但其本质上均属于适用刑事法律制度所追求的价值或者利益，而非建构刑事法律制度的起点。社会制度中对于刑事法律制度安排的需求缘起于正义。因此，在刑事制度体系中为了追求其他价值而放弃正义标准显得本末倒置。

实用主义的犯罪控制目标是唯一有可能与应得刑罚竞争刑事法律制度基石地位的价值目标。应得刑罚原理是对过往行为是否以及如何承担应有的刑事责任的事后判断，而实用主义原理是对如何控制未然犯罪行为的事前评估。纯粹的实用主义会基于犯罪控制收益大于成本而选择处罚无责任的行为人，或者在没有犯罪控制效果的情况下使得具有罪责的行为人不受刑事处罚。但是，社会公众共享的正义直觉决定了应得刑罚优先于犯罪控制。人们选择将刑罚制度独立于侵权责任制度，其内涵的直觉认识是，侵权责任是为了弥补损失，而刑法并不是关于行为矫正的制度安排，其核心应当是惩罚罪错者，而且是对犯罪人施加其应当得到的刑罚。

第二，绝大部分刑法规则事实上都是以正义标准为导向的，这也完全符合社会公众共享的直觉。刑法的常态是如人们的常识判断那样去实现正义。刑法固然具有地方性知识的特点，但公平正义是跨文化的刑法价值。人们对于刑法的期待更多地表现为正义诉求而非犯罪控制。刑法偶尔的偏离正义都会引发人们的追问。更为重要的是，以应得刑罚为基础的刑事法律体系，相对于牺牲正义标准而追求其他价值的刑法制度而言，会因为获得社会公众认可与