

# 刑法 论丛

第3卷

CRIMINAL LAW  
REVIEW VOL. 3

■ 高铭暄 赵秉志 / 主编

法律出版社

# 刑 法 论 丛

## 第 3 卷

主编：高铭暄 赵秉志

法 律 出 版 社

# 〔中国刑法〕

## 论罪刑相当原则

黄祥青\*

### 目 次

- 一、罪刑相当原则的历史沿革
- 二、罪刑相当原则的理论基础
- 三、我国罪刑相当原则之诠释

罪刑相当原则,又称罪刑均衡、罪刑等价、罪刑相称和罪刑相适应原则,是我国刑法明文规定的三大基本原则之一。在我国刑法学界,目前关于这一原则的一些基本范畴,如“罪”、“刑”及“相当性”应如何界定,其价值取向该如何把握,以及在制刑、量刑、行刑过程中应如何实现该原则的基本要求等问题,学者间尚存在较多的分歧意见,以致在解释论上观点纷呈、仁智不一。本文不揣浅陋,试图对这一原则作一系统研究,以期阐明精义,就教于学界同仁。

---

\* 上海市高级人民法院法官,法学博士。

## 一、罪刑相当原则的历史沿革

罪刑相当原则导源于罪刑相当观念的亘古影响及其深植于人们心中的公平、正义理念。当我们进一步探寻罪刑相当观念产生的社会历史渊源时,其源流则可追溯至原始社会乃至奴隶社会时期仍然盛行的同态复仇习惯。

在原始人群中,生存互助与冲突构成了其基本关系。这种冲突的通常表现是:原始人群中的个人或氏族群体,为了控制或争夺珍贵的生活必需品、食物以及栖息场所,而与他一氏族中的个人或群体发生争斗乃至战争。其代价可以一个氏族的消灭来结束,而决不能以其被奴役而告终。<sup>①</sup>恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一书中曾对此作过精辟地说明:“个人依靠氏族来保护自己的安全,而且能作到这一点;凡伤害个人的,便是伤害了整个氏族……假使一个氏族成员被外族人杀害了,那末被害者的全氏族必须实行血族复仇。”<sup>②</sup>(血族复仇在开始时可谓一种习俗,以后则逐步演化为一种神圣的义务。据著名法律史学家瞿同祖先生介绍,爱斯基摩人、东非洲土人、非洲的 Congo 人、澳洲西部土人、美拉尼亚人、英属新几内亚的印第安人、以及美洲的印第安人,都有这种习惯。)<sup>③</sup>由此可见,血族复仇观念根深蒂固,且源远流长。由于其带有强烈的主观意志和感情色彩,由此导致复仇过分是常有的事情,如阿拉伯半岛北部地区的原始部落贝杜因人,其解决氏族纷争的通常形式即血亲复仇。损失一个部落成员要以侵害方所在部落的相应损失作为报仇手段。但受害部落往往夸大其成员的价

① 参见《马克思恩格斯选集》第4卷,第154—156页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷,第83页。

③ 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第66页。

值,损失一条人命常常要求以两至三条人命作抵偿。以致“一件仇杀案,可能继续 40 年之久……”<sup>①</sup> 为了防止这种过分复仇以及由此形成的世仇弊害,历史上先后演绎出多种复仇限制措施。如“杀人之父者人亦杀其父,杀人之兄者人亦杀其兄,”<sup>②</sup> 仇人本身反而不受伤害。又如许多社会以直接报复仇人为原则,只有在实在寻找不到仇人本人时,才以仇人的最近亲属为替身。<sup>③</sup> 同态复仇也是这种血族复仇的限制措施之一。在前述阿拉伯半岛上,伊斯兰法《古兰经》明确讯示:“以命偿命,以眼偿眼;以鼻偿鼻,以牙偿牙;一切创伤,都要抵偿。”<sup>④</sup> 这就为私力报复规定了正当的报复标准。不难看出,同态复仇是人类开始克服极端情绪,实施行为节制、有效调处激烈冲突的最初表现;同时也反映了原始人类朴素的公正价值取向,其价值基础就在于追求侵害与复仇行为在利害上的直观对等性。

随着社会的发展和人类知识的进一步开化,人们对于罪刑之相当性的理解也逐渐发生了深刻变化,即由原始的、直观的强调罪刑之间在形式上的对等性,发展到注意追求罪刑之间在价值上的相当性。这种认识的飞跃是以私有财产的出现为契机的。其具体表现为作为血亲复仇传统与私有财产观念之混合物的赎刑的诞生。法国启蒙思想家孟德斯鸠在《论法的精神》一书中对赎刑的内容进行了具体考证。他写道:“当一个人侵犯了另一个人,受冒犯或受伤害的人的亲属就加入争吵;仇恨就通过赔偿来消除……按照塔西佗所记述的做法是,双方当事人之间成立一种协议,来履行赔偿。因此,野蛮民族的法典就把这种赔偿称为和解金;”“所有这

① 高鸿钧:《伊斯兰法:传统与现代化》,社会科学文献出版社 1996 年版,第 4 页。

② 《孟子·尽心上》,转引自王立民:《古代东方法研究》,学林出版社 1996 年版,第 176 页。

③ 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局 1981 年版,第 67 页。

④ 参见王立民:《古代东方法研究》,学林出版社 1996 年版,第 174 页。

些和解金都用货币的数额规定。但是这些民族,尤其是在日耳曼的时候,几乎是没有货币的,所以他们可以用牲畜、麦子、家具、武器、狗、猎鹰、土地等等给付。法律本身又常常规定这些东西的价值;”“主要的和解金,由凶手付给死者的亲族。身份不同,和解金也就不同。因此,《安格尔法》规定,杀死一个贵族的和解金是六百苏;杀死一个自由人是二百苏;杀死一个农奴是三十苏。”<sup>①</sup> 美国学者霍贝尔对赔偿金的确定问题分析道:“在确定赔偿金的分配中,中间人受牢固建立起来的价值原则的制约”;“对于人的伤害是根据侵害程序和加害者的抚恤金的价值来衡量的。”<sup>②</sup> 可见,赎刑制度的建立是人类关于罪刑相当性的认识趋于多元化的表现,它反过来又强化和明晰了人们的罪刑相当观念。

从理论上对罪刑相当观念予以阐发者,在西方首推古希腊著名哲学家亚里士多德。他在《伦理学》一书中指出:“击者与被击者,杀人与被杀者,行者与受者,两方分际不均,法官所事,即在施刑罚以补其利益之不均而遂均之。”<sup>③</sup> 此后,古罗马政治家西塞罗在其名著《论法律》中进一步阐述道:应当“使每个人受到与自己的行为相应的惩罚——施暴处以死刑或剥夺公民权,贪婪处以罚金,贪图功名处以辱没名誉。”<sup>④</sup> 中国古代最先阐发罪刑相当思想者可算作周公。周公等西周统治者吸取了殷商灭亡的教训,感到一味“重刑辟”反而会加剧人民的反抗,进而提出了“明德慎罚”的刑事立法原则。其“慎罚”说的主要内容即主张刑罚适中,用刑“不过”又无“不及”,刑当其罪。<sup>⑤</sup> 其后,春秋时期的革新家子产也主

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(下册),商务印书馆1963年版,第332—334页。

② [美]霍贝尔:《原始人的法》,贵州人民出版社1992年版,第46—47页。

③ 转引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第32页。

④ [古罗马]西塞罗:《论共和国·论法律》,中国政法大学出版社1997年版,第279页。

⑤ 参见杨鹤皋主编:《中国法律思想史》,北京大学出版社1988年版,第16页。

张罪刑相当,“一断于法”<sup>①</sup> 战国时期的墨子则以“罚必当暴”一语更为精当地表达了罪刑相当主张。<sup>②</sup> 战国末期的荀子继前人之所发,显然基于功利的立场提出“刑当罪则威,不当罚则侮”,他既反对轻罪重罚,认为“严令繁刑不足以为威”,<sup>③</sup> 同时又反对重罪轻罚,指出:“罪至重而刑至轻,庸人不知恶矣,乱莫大焉。”<sup>④</sup> 可见,荀子把罪刑相当主张已提到国家治乱的高度加以说明。众所周知,在中外古代社会里,法律的基本价值定位即“法令者,防民之具也”,<sup>⑤</sup> 加之历代统治者所坚持的“贱民”与重刑主义思想倾向,因而素来以公平、公正为趣旨的罪刑相当思想始终未能成为法律意识形态的主流观念。即令历史上西塞罗基于自然法理念,周公出于“救乱起衰”之目的,曾一度倡导或实行罪刑相当,但并未真正把它上升为一条法制原则严格贯彻实施,从而给人昙花一现之憾。

罪刑相当思想真正奠基于人权观念的基石之上并被确认为刑法的基本原则,是西欧资本主义生产方式迅速发展,资产阶级自由、平等、博爱观念日渐勃兴,资产阶级启蒙思想家适时倡导的结果。同时也是 17、18 世纪欧洲资产阶级革命的产物。在反对欧洲中世纪黑暗统治的斗争中,资产阶级启蒙思想家针对封建罪刑擅断和严刑苛罚进行了猛烈抨击,继而大力阐发了罪刑相当的思想主张。近代资产阶级自然法的创始人格老秀斯首先指出:“惩罚之苦等于行为之恶”;<sup>⑥</sup> 之后,英国启蒙思想家霍布斯提

① 参见杨鹤皋主编:《中国法律思想史》,北京大学出版社 1988 年版,第 29—37 页。

② 参见张国华主编:《中国法律思想史》,法律出版社 1982 年版,第 70—71 页。

③ 转引自[日]西田太一郎:《中国刑法史研究》,北京大学出版社 1985 年版,第 5 页。

④ 参见张国华主编:《中国法律思想史》,法律出版社 1982 年版,第 70—71 页。

⑤ 注《明史·刑法志》,转引自郭道晖:《法的时代精神》,湖南出版社 1997 年版,第 494 页。

⑥ 转引自《中国刑法词典》,学林出版社 1989 年版,第 11 页。

出：“惩罚的本质要求以使人服从法律为其目的；如果惩罚比犯法的利益还轻，便不可能达到这一目的，反而会发生相反的效果。”“如果惩罚在法律本身中已有明确规定，而在犯罪之后又施加以更重的惩罚，那么逾量之罚便不是惩罚而是敌视行为。”基于这种认识，他还对衡量罪行轻重的不同尺度作了分类描述，并提出了宥恕与减罪的具体依据。<sup>①</sup>英国另一著名启蒙思想家洛克在阐述了“谁使人流血的，人亦必使他流血”这一自然法原则的合理性之后，亦进一步指出：“处罚每一种犯罪的程度和轻重，以是否足以使罪犯觉得不值得犯罪，使他知道悔悟，并且儆戒别人不犯同样的罪行而定。”他认为，对犯罪的处罚，应尽量起到“纠正”和“禁止”的作用，“因为纠正和禁止是一个人可以合法地伤害另一个人、即我们称之为惩罚的唯一理由。”<sup>②</sup>法国著名启蒙思想家孟德斯鸠则更为明确地表述了罪刑相当思想，他指出：“惩罚应有程度之分，按罪大小，定惩罚轻重。”<sup>③</sup>“刑罚的轻重要有协调”。<sup>④</sup>美国著名启蒙思想家潘恩不仅极言罪刑法定，而且力倡罪刑相当。他指出：除非根据犯罪前制定和颁布的法律，并依法应用，否则不得对任何人加以惩罚；法律不应规定作为总体安全所绝对和显然必需的刑罚，惩罚既应切合罪行，又应有利于社会。<sup>⑤</sup>意大利著名刑法学家贝卡利亚则系统地阐述了罪刑相当思想。他在《论犯罪与刑罚》一书中写道：“犯罪对公共

① 参见[英]霍布斯：《利维坦》，商务印书馆1985年版，第241—247页。

② 参见[英]洛克：《政府论》（下册），商务印书馆1964年版，第7、9—10页。

③ [法]孟德斯鸠：《波斯人信札》，商务印书馆1962年版，第141页。

④ [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），商务印书馆1963年版，第91—92页。

⑤ 转引自许崇德主编：《人权思想与人权立法》，中国人民大学出版社1992年版，第156页。



利益的危害越大,促使人们犯罪的力量越强,制止人们犯罪的手段就应该越强有力。这就需要刑罚与犯罪相对称。”据此,他天才般地进行了罪刑阶梯的设计。他论述道:在由一系列越轨行为构成的阶梯中,它的最高一级就是那些直接毁灭社会的行为,最低一级就是对于作为社会成员的个人所可能犯下的、最轻微的非正义行为。在这两极之间,包括了所有侵害公共利益的、我们称之为犯罪的行为。这些行为都沿着这无形的阶梯,从高到低顺序排列……有了这种精确的、普遍的犯罪与刑罚的阶梯,我们就有了一把衡量自由和暴政程度的潜在的共同标尺,它显示着各个国家的人道程度和败坏程度。<sup>①</sup>除贝氏外,英国功利主义思想家边沁、德国古典唯心主义哲学的奠基人康德和唯心辩证法的创始人黑格尔等也分别从报应主义和功利主义的立场系统论述了罪刑相当思想,并一并成为罪刑相当原则的思想理论基础。关于他们的理论观点,后文将专门论述。概言之,上述资产阶级启蒙思想家、哲学家的理论主张在随后的资产阶级革命和刑事立法中产生了重要影响。可以讲,资产阶级革命借助于启蒙思想使其为广大人民所接受,而革命运动又使启蒙思想上升为政治原则,使之更加广泛地推向社会。在被誉为“旧制度死亡证明书”的法国《人权宣言》(1789年)中,其第8条首先载明:“法律只应当制定严格的、明显地必需的刑罚”;1793年法国宪法所附的《人权宣言》第15条再次申明:“刑罚应与犯法行为相适合,并应有益于社会。”<sup>②</sup>1791年和1810年制定的法国刑法典关于重罪、轻罪、违警罪的划分,以及刑法分则条文上各种犯罪的罪刑关系,亦进一步体现了罪刑相当原则。该部法典其后成为大陆法系国家刑事

---

① [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第65—66页。

② 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第504页。

立法的楷模,<sup>①</sup> 罪刑相当原则也由此为世界上许多国家的刑法所接受。

## 二、罪刑相当原则的理论基础

从罪刑相当观念的产生到罪刑相当原则的确立,古今中外的思想家们立于不同立场、从不同角度,对罪刑相当进行了研究,可谓观点纷呈、学派林立。早在古希腊时期,就出现了“绝对论”与“相对论”的对立。<sup>②</sup> 由于“绝对论”与“相对论”还是一种比较朦胧且缺乏系统的刑罚理论,因而并未产生重大影响。在此后长达一千多年的中世纪欧洲,封建专制禁锢使刑法学研究一片沉寂。迄至近代资产阶级启蒙运动的兴起,刑法学领域才出现了新的前所未有的繁荣景象。以康德、黑格尔为代表的思辨哲学派力倡报应主义;以贝卡利亚、边沁等为代表的实用哲学派力主功利主义。两种观念相互对立,内容悬殊,但殊途同归,共同得出罪刑相当的逻辑结论。它们对于正确理解罪刑相当原则均具有重要意义。<sup>③</sup>

---

<sup>①</sup> 参见朱华荣主编:《各国刑法比较研究》,武汉大学出版社1995年版,第3—6页。

<sup>②</sup> “绝对论”认为,刑罚是犯罪的逻辑结果,善有善报,恶有恶报,这是正义观念的必然要求,是绝对的自然法则。因此,对杀人者处死,对盗窃者处以罚金,这些都是势所必然。亚里士多德是这种观念的首倡者。与此相反,“相对论”认为,刑罚是实现一定目的的工具,社会对刑罚的需要是相对的、有条件的,运用与否以及如何运用,均取决于国家的功利标准。柏拉图是这种理论的主要代表。他在《法律篇》中明确指出:“刑罚并不是对过去的报复,因为已经做了的事是不能再勾销的。它的实施是为了将来的缘故。它保证受惩罚的个人和那些看到他受惩罚的人既可以学会彻底憎恶犯罪,还至少可以大大减少他们的旧习。”参见[美]戈尔丁:《法律哲学》,三联书店1987年版,第141页。

<sup>③</sup> 参见高铭喧等主编:《新中国刑法的理论与实践》,河北人民出版社1988年版,第118页。

### (一)报应主义刑罚观与罪刑相当

报应主义的核心思想是,犯罪是刑罚的绝对原因;刑罚是犯罪的必然结果,是惩罚犯罪的唯一手段。刑罚通过惩罚犯罪,使受到犯罪侵害的道德秩序和法律秩序得以恢复,社会公平和正义理念得以实现。刑罚的适用不应考虑是否有利于预防犯罪,即使无益于预防犯罪也必须为了实现正义而科以刑罚。刑罚只能是对已然犯罪的回顾。康德、黑格尔和宾丁都是这种绝对报应刑论的杰出倡导者,但他们的学说又有“等量报应”、“等值报应”和“法律报应”的区分。

康德基于形而上学的立场展开绝对报应刑论。他认为人类社会存在一个至高无上、永久不变、应当无条件遵守的道德原则,即法哲学观念上的“绝对命令”。对这种“实践性的绝对、至上命令”的违反的必然后果是“绝对的刑罚”。刑罚是对犯罪的“动的反动”,即等量反坐或反治。<sup>①</sup>“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。”“至于惩罚的方式和尺度是什么?公共的正义可以把它作为原则和标准,这就是平等的原则,根据这个原则,在公正天平上的指针就不会偏向一边。”<sup>②</sup>据此,他进一步指出:“如果你诽谤别人,你就是诽谤了自己;如果你偷了别人的东西,你就是偷了你自己的东西;如果你打了别人,你就是打了你自己;如果你杀了别人,你就是杀了你自己。”<sup>③</sup>这就是平等原则,“这是支配公共法庭的唯一原则。根据此原则可以明确地

---

① 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第92页。

② [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,商务印书馆1991年版,第164—166页。

③ 同注②。

决定在质和量两个方面都公正的刑罚。”<sup>①</sup> 由于康德强调刑罚应当与作为侵害后果的事实相均等或相等量,也即注重具体的等同;并且这种具体等同的报应刑是绝对刑,没有刑罚幅度的规定;也是单纯刑罚,即为刑罚而刑罚,刑罚不应追求其它目的;因而,康德的报应刑被称为等量报应刑,其理论也被称为绝对主义。<sup>②</sup>

继康德之后提出并系统论证罪刑相当原则的是黑格尔。他将辩证法中的否定之否定规律引入罪刑领域,主张绝对报应刑。他认为,犯罪是对法的否定,刑罚是对犯罪的否定,所以刑罚是对法的否定之否定,这样刑罚就使法律本身回复了原状。正是通过刑罚对犯罪的扬弃,表示了犯罪的无价值性,显示出法的有效性。<sup>③</sup> 黑格尔明确反对康德的等量报应观点,认为这种事实等同观点容易导出刑罚上同态复仇的荒诞不经的结论。他主张刑罚与犯罪的“等同”,不是侵害行为特种性状的等同,而是侵害行为自在地存在性状的等同,即价值的等同。<sup>④</sup> 但黑格尔又说,这并不意味着可以废除死刑,杀人者依然应当偿命。“因为生命是人的定在整个范围,所以刑罚不能仅仅存在于一种价值中——生命是无价之宝——而只能在于剥夺杀人者的生命。”<sup>⑤</sup> 简言之,由于黑格尔主张外在的刑罚概念和尺度,应当与犯罪行为的自我否定的内在同一性相一致,故其刑罚理论被称为等值报应刑论。

宾丁是德国法律思想家、历史学家。他基于规范说展开绝对报应刑论。他认为,犯罪是规范违反行为,刑罚处罚的分量应当与犯罪的轻重成正比例关系。法律秩序由于犯罪所受的损害越严

① [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,商务印书馆1991年版,第164—166页。

② 参见马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1995年版,第28页。

③ 参见马克昌:《刑法理论探索》,法律出版社1995年版,第403页。

④ 参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1961年版,第104页。

⑤ 参见胡可:《黑格尔法学观初探》,载于《国外法学》1987年第1期。

重,对犯罪人科刑使其所受的痛苦也应随之加重;反之,法律秩序由于犯罪所受的损害越小,犯人由刑罚所受的痛苦也应相应减轻。可见,宾丁从维护法律秩序的见地出发,主张报应刑论,因而他的学说被称为法律报应主义。刑法学者认为,报应主义的刑罚理论由宾丁大致完成。<sup>①</sup>

综上所述,自康德首倡报应刑论以来,经历一个多世纪的演变,报应刑论得到了多方面的展开。日本刑法学者木村龟二博士归纳道:报应刑论的报应概念由三个因素组成。其一,报应是“动”与“反动”的对应,这种意义上的报应,与复仇具有共同的基础;在心理方面,被害人是以复仇感情感受报应的;其二,报应中的动与反动的对应关系是相当的、平等的、均衡的,在这一意义上报应与复仇是有区别的。这里的刑罚中蕴含着正义的价值;其三,报应的内容是以“祸害”或“痛苦”为基础的,报应是对作恶者利益的剥夺。<sup>②</sup> 根据这种理解,笔者试作评析如下:

报应是一种对动的反动,它首先表明动是反动的前提和对象。易言之,只有发生了犯罪,刑罚才能发动;刑罚适用的对象,只能针对客观的犯罪行为。这就使国家刑罚权发动的根据客观化,使刑罚权行使的限度标准化,从而有利于防止罪刑擅断、罚及无辜;也有益于杜绝严刑苛罚、出入人罪;发挥限制功能的作用。其次,它也昭示,只要有动(犯罪),即有反动(刑罚)。这种动与反动的因果联系内化为人们的法律意识,既可以警戒社会上的不稳定分子不得以身试法,也可以强化人们的守法观念,鼓励人民群众勇敢地与违法犯罪行为作斗争。因而有利于建立起正常的法律秩序,发挥教育功能的作用。再次,以反动制动,即发动国家刑罚权惩治犯

<sup>①</sup> 参见马克昌:《刑法理论探索》,法律出版社1995年版,第415页。

<sup>②</sup> 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版,第406—407页。

罪,有利于平复深藏于被害人心中的复仇心理,发挥安抚功能的作用。因为,报应是人的本能,如果人遭受了动(犯罪)的侵害而不予以反动(刑罚),那么,人不仅会丧失自己的存在,或者甘愿忍受邪恶对自己尊严的贬损,而且这种行为本身无异于鼓励或放纵犯罪。所以,对动的反动,也即报应,是正当的。

报应是与动相当的反动,它要求人们对动与反动进行道德与法律的评价和判断。在此过程中,使犯罪的无价值性被充分展示,刑罚的适当性被充分权衡与肯定,由此发挥评价功能的作用,并用事实和法律所体现的正义性感化罪犯,使其真诚认罪与悔罪,为其服从法律奠定基础。

报应的内容是祸害或痛苦,这正是刑罚成其为“反动”的内在根据。关于其正当性,日本刑法学者小野清一郎教授指出:报应的害恶是作恶者的“自业自得”,即作恶者通过自己行为的害恶给自己带来的害恶,而“自业自得是严肃的道义、伦理的法则”。<sup>①</sup> 报应的害恶内容,往往使人把报应与残虐的刑罚联系在一起;对此,陈兴良博士明确指出:“将报应作为刑罚目的,会导致刑罚残酷,这是人们对报应持有戒心的一个重要原因。这完全是无知造成的不必要的担心。实际上,报应与刑罚残酷并无联系,恰恰相反,在一定程度上说,报应是对残酷刑罚的一种否定。因为报应作为刑罚目的,必然将刑罚的分量限制在与犯罪相适应的范围之内,使刑罚有节制而又有差别,这正是刑罚人道性的体现。”<sup>②</sup> 笔者以为,祸害和痛苦,是实施报应的必要内容。对于犯罪分子的不法侵害行为,惟有迅速剥夺其犯罪条件和犯罪能力,才能切实保护国家和人民的合法利益;也惟有对其实施带有一定痛苦性的惩罚措施,才能使其得到特殊的教育。如果我们依然采取学校教育或社会主导文化

① 转引自冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第259页。

② 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第357页。

教育的方式教育罪犯,那显然是天真和徒劳无功的。然而,对罪犯的教育和改造是国家和社会不容辞的责任,而对罪犯一定利益的剥夺,则是实施教育改造的必要条件。所以,报应的祸害与痛苦内容,旨在发挥刑罚对罪犯的剥夺与感化功能的作用。

不容置疑,报应刑论并非完美无缺,它也有明显的不足与负面的影响。首先,绝对报应刑论否认刑罚的目的,既与国家设立刑罚制度的宗旨不符,也与其理论自相矛盾。国家规定犯罪与刑罚,并非单纯为了对犯罪给予适当的报应,应当承认,其根本目的是为了维护统治阶级的利益和法律秩序。否定刑罚另有其他任何目的,实际上是古代同态复仇观念的思辨再现。<sup>①</sup>另一方面,黑格尔运用否定之否定规律,认为刑罚是对否定法律的犯罪的再次否定,以使法律恢复原状,这实际上就是刑罚目的,即使受到侵害的法律秩序得以恢复;至于宾丁的法律报应论,刑罚具有维持法律秩序的目的就更为明显了。<sup>②</sup>其次,绝对报应刑论者大多主张杀人抵命,保留死刑,从刑法发展趋势上看,其立场势必导致重刑化倾向。因为,刑罚体系是由轻重不同的刑种与刑度,按一定顺序排列而成的一个完整的有机联系的整体。若法律规定死刑,与之相衔接的其他刑种与刑度将普遍增高;若取消死刑,整个刑罚体系的严厉程度将相应降低。因此,过分强调罪刑均衡,保留死刑,则必将导致刑罚整体趋重,而与世界范围内兴起的废除死刑与刑法轻刑化潮流相背离。再次,报应刑论以实现社会公正为宗旨,以同罪同罚为公正的标志。这里实现的是平等的、均衡的正义,即同等事物同等对待;而正义还有另外一层含义,即分配的正义,要求不同事物区别

---

① 马克思曾尖锐指出,黑格尔的等价报应论不过是古代报复刑——以眼还眼、以牙还牙、以血还血——的思辨表现罢了。参见《马克思恩格斯全集》第8卷,第579页。

② 参见马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1996年版,第34—35页。

对待。<sup>①</sup> 这就意味着对于相同犯罪行为及其危害结果,因其犯罪原因与犯罪人的人格状态不同,也应考虑分别适用刑罚。如我们通常所说,为了挥霍与为了求医治病而盗窃,行为人的主观恶性就有显著不同,因而对其定罪量刑,必然是同罪异罚。这正是实践中有些犯罪以不处罚为宜,有的谋杀以不处死为妥的根据所在。绝对报应刑论忽略或排斥各种复杂因素对罪刑关系的适当影响,只重视在客观层面上的罪刑相当、同罪同罚;其得之于平均的正义,而失之于分配的、真正的正义,因而未能将公平、正义原则贯彻于罪刑关系的始终。

## (二)功利主义刑罚观与罪刑相当

“功利”一词,系英文“Utility”的汉译。在一般意义上是指物质上的功用、功效或利益。<sup>②</sup> 在哲学上,其基本含义是指注重行为的目的和价值。功利主义刑罚观认为,刑罚存在的根据并不在于它能满足抽象的社会公正观念,而在于功利,即通过惩罚犯罪人可以给社会带来一定的实际利益,其集中表现便是预防犯罪。因此,刑罚的目的是预防犯罪,刑罚的分量取决于预防犯罪的实际需要。在此共许前提下,功利主义刑罚理论内部,又有不同的主张,我们将其分别归入规范功利主义和行为功利主义两个流派。前者以贝卡利亚、边沁和费尔巴哈等为代表,其“注重刑法规范中刑罚的存在对犯罪的一般遏制作用”;<sup>③</sup> 后者以龙勃罗梭、菲利、加罗法洛和李斯特等为代表,其强调通过刑罚等手段的运用,隔离、教育、感化犯罪人,使之复归社会,以收到刑罚特别预防的功效。

---

① 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版,第408页。

② 参见王玉梁:《价值哲学新探》,陕西人民教育出版社1993年版,第245—247页。

③ 参见陈兴良等:《罪刑关系论》,载于《中国社会科学》1987年第4期。



关于如上两支功利刑学派的划分问题,我国刑法学界存在不同看法。有学者认为,把贝卡利亚和龙勃罗梭等人的理论人为地归入规范功利主义和行为功利主义两支缺乏理论根据。<sup>①</sup> 笔者不赞同这种非异观点,故复赘三点理由:1. 报应与功利二词,本属伦理哲学的基本范畴,既然我们可以借用它们来说明不同刑罚学说的性质,如报应刑论与功利刑论,同属伦理哲学中关于理论流派之范畴的规范功利主义和行为功利主义,也理当基于同样的道理可以被用来进一步说明不同刑罚学说中的流派之分,目的是为了使理论研究更趋深入;2. 至于贝卡利亚、边沁以及龙勃罗梭、菲利等人的理论能否被分别归入规范功利主义与行为功利主义两支,笔者以为关键在于查明前者是否具有后者的基本理论内核。正如持非议观点的学者所说,规范功利主义注重“每个人的行动所应遵守规则的好或坏的效果”;行为功利主义坚持“只按行动本身的结果(好或坏)去判断一个行动是否正当。”据此分析功利刑论者的理论,贝卡利亚、边沁等议论的“罪刑阶梯”和“刑罚轻重设置的五个规则”等,正是关注或致力于罪刑规范设置之合理性的适例;而龙勃罗梭等主倡的根据犯罪人的不同分类分别适用刑罚等,也正是将理论重心置于刑罚运用之效果,即行为之目的性的典型。笔者只是在这样的着眼点上认为上述划分符合伦理哲学中关于功利主义分类的基本精神,而并不意指贝卡利亚或龙勃罗梭等人的理论是以规范功利主义或行为功利主义为理论基础或指导的;3. 国外学者在对贝卡利亚的研究中也持有相同的见解(内容详见后述)。基于斯,笔者仍将沿用规范功利主义与行为功利主义的划分,分别展开对功利主义刑罚观及其方法论的述评。

早在 17 世纪末 18 世纪初的资产阶级启蒙思想家的论著中,

---

<sup>①</sup> 参见何秉松:《试论新刑法的罪刑相当原则》(下),载于《政法论坛》1997 年第 6 期。