

天津工业大学法学丛书

COMPENSATIONAL RESEARCH THEORY
WITHIN LEGAL SANCTIONS

法律制裁中的赔偿理论研究

向朝霞 © 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

法律制裁中的赔偿 理论研究

向朝霞 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

法律制裁中的赔偿理论研究/ 向朝霞著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 4
ISBN 978 - 7 - 5130 - 4134 - 8

I. ①法… II. ①向… III. ①法律制裁—赔偿—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 069337 号

内容简介

本书面对法律制裁的后果由传统的封闭性转向开放性趋势, 提出运用赔偿范式应对法律制裁后果的不可预测性。基于此, 以赔偿为主线, 通过探讨法律制裁的正当性与赔偿的关系, 论证赔偿的正当性; 法律制裁的基础与赔偿的关系, 论证赔偿的适应性; 法律制裁的变迁与赔偿的关系, 论证赔偿的人道性; 我国法律制裁体系与赔偿的关系, 论证赔偿的现实性; 最终得出赔偿可以作为一种更可行和更道德的法律制裁范式这一命题。

责任编辑: 王 辉

责任出版: 刘译文

法律制裁中的赔偿理论研究

FALÜZHICAIZHONG DE PEICHANG LILUN YANJIU

向朝霞 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司	网 址: http://www.ipph.cn
电 话: 010 - 82004826	http://www.laichushu.com
社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号	邮 编: 100081
责编电话: 010 - 82000860 转 8381	责编邮箱: wanghui@cnipr.com
发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8029	发行传真: 010 - 82000893/82003279
印 刷: 北京科信印刷有限公司	经 销: 新华书店及相关销售网点
开 本: 720 mm × 1000 mm 1/16	印 张: 12.5
版 次: 2016 年 4 月第 1 版	印 次: 2016 年 4 月第 1 次印刷
字 数: 225 千字	定 价: 42.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4134 - 8

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

摘 要

在我国现代法律制裁的理念中,犯罪被认为是侵害了国家利益,当事人之间不能用赔偿的方式“私了”;民事制裁主要是补偿性的,一般也不允许惩罚性的赔偿。由于现代法律制裁理念的影响,导致了受害人和社会其他人的利益被忽视。在当今风险社会,案件的后果和法律制裁的后果由传统的封闭性转向了开放性。即由以前后果的可控制性转向了后果的不可预测性。赔偿作为一种新的制裁范式既可以很好地兼顾受害人、行为人和社会其他人等各方利益,又可以很好地适应法律制裁后果的开放性问题。

然而法律制裁体系并没有给予赔偿作为一种惩罚方式更多的发展空间,没有真正地释放出赔偿作为一种惩罚方式的优越性,而更多地看到了赔偿诸多不足,表现出对赔偿的悲观态度。本书带着一种乐观的心态,认为赔偿是未来一种重要的惩罚方式,并运用规范分析和能动的实用主义的进路挖掘出赔偿的一系列积极因素,来论证赔偿比报应、威慑和修复更具有正当性,更具有广泛的覆盖性。因此,应该抛弃对赔偿的偏见,理解赔偿在生活中解决纠纷的意义。

本研究以赔偿为主线,探讨赔偿的积极因素以此说服人们接受赔偿作为重要的惩罚方式。这个目的并不仅仅是一种乐观态度,而且有着理论和现实的支撑。对这一主题的阐述共分七部分,由绪论和六个章节组成,其主要内容可以概括为四个方面。

赔偿具有正当性。报应、威慑和传统修复作为惩罚正当性原理,都有其优点和缺陷,都不具有完全的覆盖性。而赔偿向后看,兼具了报应的一面;赔偿涉及了不利后果,不仅强调了补偿性,还强调了惩罚性赔偿,因而也具有威慑一面;赔偿兼具对受害人和犯罪人的双重修复,赔偿主要以受害人为中心,补偿或赔偿了受害人的损失,达到修复受害人损失之目的。也即是说,赔偿兼具了报应、威慑和传统修复的各自优点,比后三者有着更广泛的覆盖性。但基于中国的国情以及赔偿本身的不足,本研究并不认为赔偿完全取代报应、威慑和修复作为唯一的惩罚正当性原理基础,而是主张融合了赔偿、报应、威慑和修复的综合论。

赔偿具有适应性。报应与责任有着密切的联系,责任是报应的一个重要条件。威慑和修复并不是绝对的否定责任,它们也认真地对待责任,只是责任不是

它们的重要条件。赔偿也是向后看,因此赔偿也与责任有着密切的联系。通过分析凯恩责任的人际性理论和诺里责任的关联性理论,由此推出赔偿也具有人际性和关联性。赔偿的人际性要求,在赔偿条件下,以受害人为中心,同时兼顾行为人和社会其他人,在这种情形下才真正地把受害人、犯罪人和共同体三者利益都兼顾起来。赔偿的关联性要求把行为人的行为与社会情境或社会背景联系起来,赔偿的额度有时会基于社会情境或背景而变化。赔偿具有人际性和关联性,比报应、威慑和传统修复更好地适应社会的各种情形。

赔偿具有人道性。由严酷的肉刑和死刑转向监禁的自由刑,被认为是刑事制裁的轻缓化或人道化的表现。由监禁刑向保安处分、社区矫正等转变,这种转变也被认为是刑罚轻缓化或人道化的表现。但按照福柯理论,这些转变都只不过是权力策略使用得更隐蔽和更有效,其惩罚的本质没有改变,即规训和社会控制。只有赔偿才真正地实现了刑事制裁的轻缓化或人道化。因为在赔偿理论下,对于受害人而言,其损害得到充分补偿;对于加害人而言,当其给予受害人充分补偿后,国家不得再进一步地给予惩罚;只有在案件涉及了国家和社会其他人的利益时国家才可以施以补偿以外的惩罚。赔偿理论限定了国家权力介入惩罚的条件,给予当事人双方自由选择的权利。也就是说只有在赔偿理论下,人成为“主体”而不是“客体”,这时赔偿作为刑事制裁范式才真正地实现了轻缓化或人道化。

赔偿的现实性。组织性是赔偿兴起的一个重要因素。在过去组织性表现为家族或家庭,现在表现为集体或单位,故中国社会长期存在并且更容易以赔偿方式解决纠纷。就中国法律制裁体系与赔偿的关系而言,现状正好吻合本书采取的报应、威慑、修复和赔偿的综合论。

通过上述四个方面的分析,本研究最终得出结论:赔偿可以作为一种更可行和更道德的法律制裁范式,特别是赔偿可以替代或部分替代刑罚,因此赔偿成为一种刑事制裁的新范式。赔偿作为一种更可行和更道德的惩罚范式,不仅仅表明了一种乐观的心态和信念,它还具有充分理由。

序

朝霞是我指导的首届博士研究生,亦算是我的博士开门弟子,其博士论文要公开出版,嘱我作序,虽杂务缠身,亦乐于勉力为之。

作为赔偿的法律制裁方式在目前我国法律制裁方式中占有重要地位,但在学界却很少有学者专门对赔偿理论进行深入的研究。C. 赖斯·米尔斯曾说:“我们的时代是焦虑与淡漠的时代,但尚未以合适方式表述明确,以使理性和感受力发挥作用。”而法律制裁中的赔偿,正是解决我们时代所表现出焦虑或淡漠态度,使理性和感受力发挥作用的良方。例如,在“许霆案”中,法律制裁的方式好几种,为什么单单适用刑事制裁?法律制裁中的赔偿方式为什么不能作为制裁的选项?而在社会经济高速发展的今天,我们能否摒弃对赔偿作为一种制裁方式的偏见,选择一种乐观的心态,使其弥补报应主义、威慑主义、修复主义等法律制裁方式的不足?

在第一章“律法制裁相关问题”中,作者首先阐述了法律制裁在本体论中的地位演变,指出奥斯丁和凯尔森在其理论中阐明制裁是法律概念的核心部分。自近代以来,法律制裁由散见于各种哲学、政治和法律的理论中变成为法律的构成要素,并影响很多国家的立法。而奥斯丁和凯尔森的理论,把法律制裁上升到法律概念的要素。其次阐述了法律制裁与责任的关系问题,法律制裁正当性的原理主要包括报应主义、威慑主义及修复主义。作者认为就法律制裁而言,威慑主义强调了预防,修复主义强调了治疗,甚至在侵权法领域,强调了救济,但都淡化了惩罚。那么这是否意味着惩罚与责任在未来发展中的消灭呢?通过对法律制裁的基础原理进行论述,作者关注了惩罚在法律制裁中的“奖赏”作用,进而提出了自己的观点:“我们对惩罚的关注远远地超过了对奖赏的关注,以至于我们忽视甚至怀疑奖赏还是一种制裁方式。”

在第二章“法律制裁的正当性与赔偿理论的兴起”中,作者分别对报应主义、威慑主义、修复主义进行分析,指出报应、威慑和修复作为惩罚正当性原理基础各自存在不足之处,提出赔偿可以作为惩罚正当性原理基础比其他三个更具有优势。第一,报应主义主要包括三个要素:应得、责任和公平。这三个要素可以很好地论证国家对违法者的惩罚在道德上是允许的,也是正当的。但从今天

的刑事政策观点来看,仍有其缺陷存在。一是其思想过于僵化;二是其思想显得消极;三是其强调个人自治,而忽视其他社会因素的影响。因此,报应主义有其合理的部分,也有其不合理的部分,作为一个国家惩罚正当性的原理基础不完全具有充分理由。第二,威慑主义与报应不同,它不关注犯罪人行为的本质,也不关注受害人和其他人的满足,相反,它关注犯罪行为再犯的可能性。威慑主义的不足在于:其一,在威慑主义下,法律可以惩罚一个无辜者或者放纵有罪者。其二,在威慑主义下,把人作为一个工具,合理的侵犯人权。其三,忽视人的主体性。其四,惩罚的不合比例。因此,威慑主义作为惩罚的正当性基础原理是不充分的。第三,修复主义其实质是改造论。改造论是为了少数人的善,主要是违法者的善。具体来说,把违法者视为弱者,强调对违法者要仁慈。但无论是偏向于犯罪人的修复主义还是以受害人为中心的修复主义,又都有两个共同的不足:一是威慑性不足;二是不具有充分的责备性。因而,修复主义作为国家惩罚正当性的原理基础不具有充分理由。

在对报应主义、威慑主义、修复主义的不足之处进行分析后,作者提出了弥补性方案,即赔偿理论。“有一种惩罚方式,即融合了报应、威慑和修复的惩罚方式作为一个国家惩罚制度正当性基础原理,这个方式就是赔偿。综合上述四种赔偿理论,赔偿理论优于报应、威慑和修复作为惩罚的正当性基础的原因有以下几个方面:第一,赔偿理论强调关注受害人的利益。第二,赔偿理论强调了自决原则。第三,赔偿理论增加了人类福利。第四,在一定程度上,赔偿融合了报应、威慑和修复的一些优势。”

在第三章“法律制裁的基础与赔偿”中,作者关注了法律制裁的基础——责任,并分析了法律制裁中人际性、相关性与赔偿的关系。认为“责任也是赔偿的一个重要条件,赔偿很好地兼顾了法律制裁的人际性和关联性”。法律制裁同时关注行为人、受害人和共同体,关注行为人与社会情境之间的关联关系。赔偿是法律制裁正当性的一种形式,从逻辑上,赔偿也应该具有人际性和关联性。赔偿的人际性解释了因关注受害人的利益,所以要对受害人的损害给予赔偿,又因要关注加害人的权利保障,所以对加害人不得在赔偿后再给予惩罚。赔偿的关联性要求把行为人的行为与社会情境或社会背景联系起来,赔偿的额度有时会基于社会情境或背景而变化。

在第四章“法律制裁的变迁与赔偿”中,作者分析了刑事制裁与民事制裁变迁的两种趋势。首先,刑事制裁的变迁趋向轻缓化。“赔偿一定程度是一种对人的解放,也在一定的程度上意味着惩罚本质的改变,也就是说,在刑事法律中的赔偿的复兴,才真正地使得刑事制裁人道化或轻缓化成为现实”。同时,作者关

注了我国“赔偿减刑”现象,认为“赔偿减刑”是我国刑事制裁轻缓化的表现,体现了报应、威慑、修复的综合,但并没有真正的体现“赔偿作为惩罚的正当性原理”。其次,民事制裁的变迁趋向严厉化。作者关注了我国惩罚性赔偿现象,提出“民事制裁在以前只是补充性赔偿,现在转向惩罚性赔偿,即民事制裁出现了严厉化的趋势”。最后,作者阐述了自己的观点:不管是刑事制裁的变迁还是民事制裁的变迁最后都指向了赔偿方式。因此,赔偿方式是法律制裁的变迁的必然性结果。赔偿集合了报应、威慑和修复三者的功能,面对需要用惩罚性赔偿解决的问题,在目前来说,没有其他方式可以比这种方式更好。

在第五章“当代中国法律制裁体系与赔偿”中,作者论述了中国法律制裁的正当性原理基础及其与赔偿的关系。我国法律制裁的正当性原理基础历经了三个阶段,一为“由改造向报应的转变”阶段,二为“报应和威慑的综合”阶段,三为“修复和赔偿”阶段。在法律制裁的正当性原理与赔偿的关系中,作者论证了组织性在赔偿中的作用以及组织性、责任与赔偿三者之间的关系。

目前我国法律制裁体系并没有给予赔偿作为一种惩罚方式更多的发展空间,没有真正的释放出赔偿作为一种惩罚方式的优越性,而更多地看到了赔偿诸多不足:威慑不足、补偿不足和社会谴责不足等,对赔偿表现出悲观的态度。而本书以一种积极和乐观的心态,认为赔偿可以作为一种更可行和更道德的法律制裁范式,特别是赔偿可以替代或部分替代刑罚。赔偿理论的意义有以下方面:一是赔偿理论冲击了我们传统的惩罚方式的共识信念,要求我们打破固有的观念,接受在刑事司法过程中用赔偿的方式解决纠纷。二是赔偿的方式增进了人类福利,促进了人们的优质生活。我们主张一个国家惩罚问题是复杂和多样的,不能用一种方式作为其正当性的原理,而是综合论,即结合了报应、威慑、修复和赔偿的这些要素,才能让我们满意它们作为一个国家惩罚正当性的基本原理。

本书的价值在于探讨人们对赔偿表现出来的焦虑和淡漠态度的原因,并努力消除人们的焦虑和淡漠的态度。学术方面,它结合了我国历史和现实情况,阐述和丰富了法律制裁和赔偿理论,同时扩展了法律制裁正当性原理的范围。实践方面,它突破人们对法律制裁理念的误区,指出法律制裁未来发展趋势进而指导我们未来的行为。其目的在于告诉人们赔偿比报应、威慑和修复更具有正当性,我们要抛弃对赔偿的偏见,接受赔偿在生活中存在的意义,虽然赔偿存在这样或那样的不足,但是迈出对赔偿接受的第一步,意义重大。

罗洪洋
2016年2月

目 录

绪论	1
一、研究的缘起与意义	1
二、国内外有关主题研究的动态	6
三、研究途径与研究方法	13
四、本研究的结构安排	15
第一章 法律制裁相关问题	18
第一节 法律制裁的界定	18
第二节 法律制裁在本体论中的地位演变	22
一、制裁作为法律概念的核心:奥斯丁和凯尔森的理论模型	23
二、制裁被排除法律概念之外:哈特的理论模型	29
三、法律强制力观念的弱化	32
第三节 法律制裁的原理基础	37
一、国家制裁(惩罚)制度的原理基础问题	37
二、法律制裁正当性的原理基础:报应、威慑、修复及其他	38
三、我国法律制裁正当性的原理基础	43
第四节 法律制裁与责任的关系问题	45
一、制裁与责任的消灭	46
二、责任作为法律制裁的必要条件	49
三、责任与制裁的关系在我国现状	51
第二章 法律制裁的正当性与赔偿理论的兴起	55
第一节 报应主义的正当性	55
一、基于应得的报应主义	55
二、基于责任的报应主义	57
三、基于公平的报应主义	58

四、对报应主义的批判	60
第二节 威慑主义的正当性	62
一、功利主义的基本原理	62
二、威慑理论	63
三、对威慑主义的批判	66
第三节 修复主义的正当性	68
一、对违法者有利的修复主义:两种修复模型	68
二、转向受害人的修复主义	69
三、对修复主义的批判	70
第四节 赔偿的正当性——赔偿理论的兴起	72
一、赔偿的概念	73
二、赔偿理论	74
三、赔偿的正当性——与报应、威慑和修复的正当性之比较	81
四、几个反对赔偿的观点	84
五、对赔偿理论的评析	86
第三章 法律制裁的基础与赔偿	88
第一节 法律制裁的基础	88
一、责任的含义	88
二、责任的种类	90
三、法律责任的人际性和关联性	93
第二节 法律制裁对责任的影响	99
一、通过法律制裁更好理解责任	99
二、法律制裁促进责任	101
第三节 法律制裁的人际性、关联性与赔偿	107
一、法律制裁的人际性和关联性	107
二、法律责任是赔偿的基础	109
三、赔偿的人际性和关联性	111
第四章 法律制裁的变迁与赔偿	115
第一节 法律制裁的原初形式及其发展	115
一、初民社会的制裁形式:复仇和赔偿的兴起	115
二、从复仇、赔偿到报应——赔偿的衰落	118

三、赔偿在近代法律制裁中的复兴	120
第二节 刑事制裁的变迁与赔偿	123
一、刑事制裁的变迁	123
二、刑事制裁人道化/轻缓化的原因	127
三、刑罚与赔偿的关系之实证——以我国的“赔偿减刑”现象 为例	130
第三节 民事制裁的变迁与赔偿	137
一、惩罚性赔偿的历史变迁	137
二、我国惩罚性赔偿现状	142
第五章 当代中国法律制裁体系与赔偿	145
第一节 当代中国法律制裁的正当性原理基础：报应、威慑、 修复与赔偿	145
一、由改造向报应的转变	145
二、报应和威慑的综合论	146
三、我国法律制裁体系正当性原理的新发展：修复和赔偿	149
第二节 当代中国法律制裁的基础与赔偿	153
一、赔偿本身的变量因素：组织性在赔偿中的作用	154
二、赔偿在我国制裁体系中的过去、现在与未来	156
三、组织性、责任与赔偿	161
第六章 结论	168
第一节 解释的问题	168
第二节 充分理由：赔偿作为一种更可行和更道德的法律制裁范式	170
一、赔偿的正当性	170
二、赔偿的适应性	172
三、赔偿的必然性和人道性	172
参考文献	174
一、中文类	174
二、外文文献	183
后 记	185

绪 论

一、研究的缘起与意义

(一) 选题的缘起和中心主题

《规训与惩罚——监狱的诞生》一开头就栩栩如生地复述了1757年3月2日对谋刺国王路易十五未遂的罪犯达米安执行五马分尸死刑的实况记录,紧接着的是引用一座监狱在19世纪30年代日常作息的明细表。福柯试图用这样两个特写镜头的鲜明对比来展现法律制裁机制在短短几十年的时间里曾经发生过的历史剧变——从一种基于“制造无法忍受的痛苦”的刑罚转向了一种基于“剥夺权利的政治学”的刑罚;从基于将身体烙印化的惩罚转向了基于规则实行和制度性规制的惩罚。^①

为什么法律惩罚会发生这样的变化?在惩罚的问题上,涂尔干和福柯都觉察到了近代以来残酷惩罚的衰落,并对从酷刑到监禁的历史变迁做了分析。涂尔干认为从压制性制裁转向恢复性制裁,从酷刑转向监禁,其原因在两个方面:其一是社会分工的结果;其二是集体意识的衰减。福柯认为最根本的动因是经济,即对廉价劳动力的需求及工厂劳动的效益;另外一个主要动因就是权力策略的更新。从涂尔干和福柯对惩罚的变迁的解释来看,涂尔干坚持道德的观点和道德分析思路,而福柯坚持的是政治观点。

在对我国惩罚变迁的分析中,学者们也主要是利用上述两位的思想来解释。但是,在中国现代化转型时期,道德观点和政治观点分析中国的惩罚变迁过程存在诸多不足。在现代语境下,涂尔干关于惩罚的这一道德理论面临着问题和挑战。一方面,涂尔干把道德与所谓集体意识直接联系在一起,这很大程度上在“天理”与“公理”或“公共意见”之间划开了一道裂缝,而这道裂缝恰是所谓“现代性问题”据以产生的主要渊源之所在。另一方面,由于个人自由和权利在现代社会成为主导价值,人的道德情感和所谓集体意识的作用空间实际上有所衰

① [澳]迈克尔·R·达顿. 中国的规制与惩罚——从父权本位到人民本位[M]. 郝方昉, 崔杰, 译. 北京:清华大学出版社, 2009: 2.

减,这也为涂尔干的道德理论带来了挑战。从这两个方面看,人的道德在现代社会可谓更趋平面化,而以往那种直通“天理”的道德的立体超验维度则显得越发柔弱,惩罚因此也更容易沦为功利手段和政治工具。^①即现代惩罚看上去越来越社会化和政治化。

就福柯的权力策略而言,规制社会的国家权力没有弱化,而是由于规制的经济学变得隐蔽。当社会发生冲突时,国家对冲突控制的行为能力是超强大的,个人在国家面前显得弱小,国家可以以其国家战略来对违反社会规则的行为采取各种不同的规制方式。在我国,国家对违反社会规则的行为控制能力是过度的,但是国家对规制违法者的制裁后果的预知能力是不足的。也就是说国家有能力规制社会,但没有能力预知规制的风险。法律制裁在社会的运作以及它对社会产生的广泛影响,我们今天的法律研究者对此缺乏认识和敏感性。

以发生在广州的“许霆恶意取款案”为例,此案受到媒体、法律人和民众的强烈关注。对许霆案的主要事实并无太大争议,但对适用刑法还是民法产生了巨大的争议。传统的刑法和民法区分,使得法律人形成了根深蒂固的刑事与民事制裁理念,这些理念妨碍了二者的对话和交流。然而在某些具体情况下,实际上民法和刑法的界限并不清晰。

正如哈伯特 L. 哈克认为:“在面对是否要将某种行为犯罪化(如今这种情况出现得很多)或者是否要继续对某种行为适用刑事制裁的问题时,明智的立法者会问自己还有没有什么别的社会控制方式可用。当他这样自问时,他就摸索进了一片为法学冷落已久的领域,即制裁领域。”^②我们知道规范性理论与社会理论之间存在着“应然”和“实然”的差别,规范性理论必然不同于社会理论以及经验研究,同时又不能完全脱离“实然”。如果一个规范性理论与实践脱节很大,却又支配着人们的思维方式,就会造成理论与实践的种种问题。回到许霆案,人们对此案一审判决的不满意正是规范性理论与实践脱节造成的。同时,也反映了国家权力在规制对象的后果上不再是封闭的,而是开放的。正是基于法律制裁后果的开放性,我们不能再仅仅局限于传统的法律制裁理念,而应该建立一种新的法律制裁的理念,或者说在中国进行法律制裁范式的转变,那就是作为赔偿的制裁方式可以很好地面对法律制裁后果的开放性的问题。在“许霆案”中,法律制裁的方式好几种,为什么单单适用刑事制裁?法律制裁中的赔偿方式

① 胡水君. 社会理论中的惩罚:道德过程与权力技术[J]. 中国法学,2009(2):53.

② [美]哈伯特·L. 帕克. 刑事制裁的界限[M]. 梁根林,王亚凯,周折,译. 北京:法律出版社,2008:

为什么不能作为制裁的选项?

在我国司法实践中,存在一些“赔钱减刑”现象。就司法系统而言,获得部分法律人的认同,并认为这种制裁方式有利于社会和谐。但对于广大百姓而言,可能存在很大的争议。我们发现赔偿作为法律制裁的方式在我国广泛存在,大量的运用,但很少有理论对此进行深入探讨,对这种实践中存在的现象我国法律界似乎忽视了。在国外,已经进行深入的探讨,从巴内特的《赔偿:刑事司法中的一种新范式》到大卫·鲍尼因(David Boonin)的一种纯粹的赔偿理论。虽然我不完全赞同这些法学家的观点,但结合我国现实和司法实践,作为赔偿的法律制裁方式可以在我国法律制裁方式中占有重要地位。今天,我们应该摒弃对赔偿作一种制裁方式的偏见,接纳一种新的法律制裁范式。

(二) 学术意义和实践意义

在国际政治和经济中,制裁成为一个经常性看到和听到的关键词。而作为法律的一个重要组成部分的制裁,在法理学中却少有研究。翻开当今中国绝大部分法理学教材,对法律制裁谈到者很少,即使谈到者也是泛泛而谈。当然在刑法学和民法学中谈到了法律制裁,但都是局限在各自部门法内部的一种认识,而且这种部门法的制裁理念妨碍了制裁方式的转变,因此需要超越或统领各部门法的制裁理论。

特别是法律制裁中的赔偿,我们的时代表现出焦虑或淡漠的态度,即当赔偿在司法中运用时,一些人不知珍惜赔偿的价值,但却觉察到了赔偿可能带来的威胁,产生一种不安、焦虑的体验;另一些人既不知珍惜赔偿的价值,也未感到其威胁,表现出一种淡漠的态度。正如 C. 赖斯·米尔斯所说:“我们的时代是焦虑与淡漠的时代,但尚未以合适方式表述明确,以使理性和感受力发挥作用。”^①

本研究的学术意义和实践意义就在于探讨人们对赔偿表现出来的焦虑和淡漠态度的原因,并努力消除人们的焦虑和淡漠的态度。

1. 学术意义

其一,结合我国历史和现实情况,阐述和丰富了法律制裁和赔偿理论。正如燕树棠认为“法律制裁问题,放开言之,关乎政治社会之性质及法律之根基。”^②这凸显了法律制裁在法律中的重要地位。各大法学流派也都表达了它们的制裁观。但本研究不是从整体上探讨法律制裁的问题,而主要是探讨法律制裁中的

① [美]C 赖斯·米尔斯. 社会学的想象力[M]. 陈强,张永强,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,2008:10.

② 燕树棠. 公道、自由与法[M]. 北京:清华大学出版社,2006:88.

赔偿理论和赔偿制度问题。虽然本书介绍和借鉴了西方赔偿理论,但是其关注的是中国当代的现实生活,是把西方赔偿理论和我国的现实情况结合起来,提出自己的命题和赔偿理论。正如苏力教授指出的,就实际可能性而言,绝大多数中国学者也不可能在研究其他国家的司法制度上做出重大的贡献。中国学者在研究上的比较优势只可能在于研究中国的法律和司法。……中国的法学界应当在追求理论的同时,更多地务实,从中国当代的社会变革和法治建设的实践中获得更多滋养,这是我们的根,是最贴近、最可及也最为丰富、独特的本土资源。^①

其二,扩展了法律制裁正当性原理的范围。对于本书关注的主题赔偿而言,是基于中国的现实问题有感而发,并不是为了研究和介绍国外的赔偿理论,回答国外是如何做的,我们应该怎么做,而是借鉴西方赔偿理论的合理因素并结合我国的实践提出符合中国国情的赔偿理论,进而解释存在的现象并指导实践。即我们是借鉴或学习国外赔偿的先进经验,同时,重视现实中国社会的法律实践可能具有的学理意义。如我们在探讨赔偿理论时,对国外的赔偿理论进行了系统的梳理,在此基础上,结合中国实践,我们提出了融合报应、威慑、修复和赔偿的综合论,作为惩罚的正当性原理基础,这就拓展了国家制裁原理的理论范围。一个国家制裁违法者是基于什么原理进行的,国家对违法者的惩罚是道德上允许的吗?也即国家制裁违法者的正当性是什么?关于法律制裁正当性,通说一般认为主要有三种方式:报应主义、功利主义和修复主义。当然也有综合论,即报应和功利的折中。就我国而言,也接受了来自西方的关于法律制裁正当性的理念,稍有不同的是,我国刑法学界大都接受综合论。如邱兴隆的功利限制报应的综合论,梁根林的报应与功利二元统一论。然而,我们看到我国关于法律制裁正当性的论述主要是针对刑法,而不包括民法和行政法,难道国家对违反民事和行政行为的制裁正当性就不需要论证吗?在西方,报应主义或功利主义是可以论证民事制裁的正当性的。所以,本书的理论意义有两个拓展,一是把法律制裁正当性的内容扩展到了赔偿领域,二是把法律制裁正当性的范围延伸到民事和行政领域。

此外,在探讨赔偿理论的同时,也深化了人们对法律制裁概念的认识。制裁分为两大类,奖赏和惩罚即积极制裁和消极制裁。然而,奖赏的制裁往往被忽

① 苏力. 送法下乡——中国基层司法制度研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:18.

略。^①正如劳伦斯·M. 弗里德曼认为法学研究总的说来对奖赏注意不多。^②在我国,人们认识法律制裁主要局限在刑法方面,认为法律制裁主要是惩罚。而对民法和行政法,以及程序法方面的法律制裁认识不足,更对奖赏的制裁认识不足。

2. 实践意义

布罗姆利认为,社会化的本质就是信念的稳定化。稳定了的信念规定了什么是正常的、什么是自然的、什么是正确的、什么是公正的,除此别无其他。^③但是正如尼采给予我们的警告:不是谎言,而是坚定的信念构成了我们探求真理的最大的阻碍。^④就我国现实而言,由于传统的威慑主义构成了人们的共识信念,而这个信念成为改革制裁正当性原理基础的最大阻碍。而法律共同体吸收了西方的报应主义的价值信念,也构成了改革制裁正当性原理基础的阻碍。为此,本书的实践意义之一就是突破人们对法律制裁理念的误区;众所周知,理论与实践是相互联系的,理论来源于实践,又服务于实践。本研究的实践意义之二就是指导我们未来的行为。

其一,突破人们对法律制裁理念的误区。我们在移植西方法律制裁理念的时候,往往忽视了我国的现实国情,导致了规范性理论与实践的脱节,进而产生一些社会冲突。为此,我们必须打破刑事制裁的惩罚性和民事制裁的补偿性理念误区。大陆法系规定刑事制裁是惩罚性,民事制裁是补偿性,这种制裁理念移植到我国,并在我国法律共同体中形成一种价值信念,用这种理念指导我国立法和司法实践,不仅不能解决社会冲突,有可能让冲突激化或长久化。如果突破这种传统的法律制裁理念误区,引入赔偿的制裁方式,可能会更好地解决社会冲突。目前制约赔偿作为制裁方式的新范式,主要来自于传统制裁理念;^⑤其次是

① 如何理解奖赏是一种积极制裁,莱塞尔认为,奖赏就是指给符合规范的行为提供好处和奖赏,举例来说,有赞扬、肯定、祝贺、授予称号和奖励、授予勋章和荣誉称号或礼物;此外,还有任命、涨薪和提升,以及提供非物质特权,例如给予特别愉快的工作条件。参见:[德]托马斯·莱塞尔. 法社会学导论[M]. 上海:上海人民出版社,2008:204-205.

② [美]弗里德曼. 法律制度——从社会科学角度观察[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:91.

③ [美]丹尼尔·W 布罗姆利. 充分理由:能动的实用主义和经济制度的含义[M]. 上海:上海人民出版社,2008:1.

④ [美]丹尼尔·W 布罗姆利. 充分理由:能动的实用主义和经济制度的含义[M]. 上海:上海人民出版社,2008:2.

⑤ 在现实中,当我们作为智性的个体听到一个特定学科的共识信念时,我们没有任何特别的义务停止我们现在所做的事情去马上采纳那个信念;我们有权要求能够证明我们抛弃现在的信念是正确的理由。如果专家提供的理由是不完善的,他们便没有给我们价值信念。实用主义者坚持认为,相信什么是我们自己的选择,而不是他们的。参见:[美]丹尼尔·W 布罗姆利. 充分理由:能动的实用主义和经济制度的含义[M]. 上海:上海人民出版社,2008:31.

一些大众对赔偿可能存在不足的忧虑。虽然赔偿理论有其不足,但赔偿理论可以解释生活中的一些制度,并指导人们的生活。与报应主义、功利主义以及修复主义相比,更具有优势。赔偿理论中的赔偿关注的是人际性的问题,因此很好地解决生活中的问题。人们从赔偿理论中获得优质生活,从而打破人们对赔偿的拒绝的态度。

其二,指出法律制裁未来发展趋势进而指导我们未来的行为。一些学者认为,法律制裁变得越来越宽和。^①但在考察了刑法和民法的制裁现状后,指出法律制裁出现了二元趋势,即刑事制裁变得越来越宽和,而民事制裁却有越来越严厉的趋势。通过对法律制裁的变迁分析,发现在全球化和市场化的今天,刑事制裁有去惩罚的趋势,民事制裁有变惩罚的趋势,而赔偿作为惩罚方式能够很好地融合这种趋势。笼统的认为法律制裁变宽和,不利于我国市场经济的发展。特别是在全球化的过程中,固守传统法律制裁理念,可能会给中国带来巨大损失。因为在风险社会,结果由以前的封闭性转向了开发性。在以前,一个事件的结果导致的危害后果是可控的,而现在任何一个国家政府都没有绝对的能力清楚预测后果并控制后果。即在当今社会,出现了两种后果的开放性:一是事件导致后果的开放性,即不清楚后果影响的范围,如三鹿奶粉事件。二是对案件制裁后果的开放性,即不能预测或控制制裁导致的风险。

二、国内外有关本题研究的动态

关于法律制裁的研究,在国外已经进行的比较深入,特别是对赔偿理论研究已经取得了相当大的成就,有一系列的著作问世。反观国内,在法律制裁方面已经冷落很久,不系统。特别是对赔偿理论的研究更是缺乏。所以,选题既是在国外法律制裁理论上暂时的借用,同时基于我国的具体实践也是批判性的。

(一) 国外对本题研究的动态

1. 各大法学流派对法律制裁的观念

(1) 分析法学派的制裁观。分析法学派的奥斯丁和凯尔森都建立了以制裁为中心的理论模型,奥斯丁将命令、义务、制裁视为三位一体;凯尔森的规范理论将制裁视为必不可少的要素。也就是说,他们都把“制裁”视为法律概念的核心。但是,新分析法学派的哈特却认为奥斯丁和凯尔森的理论是一种“化约论”,是一种对法律统一的寻求。在哈特看来,法律现象的基点是内在观点,也就是说,即使不存在与制裁相关的内容,义务与对规则的遵守仍然可能存在。通

① 邓子滨就是持这种观点。参见:邓子滨. 法律制裁的历史回归[J]. 法学研究, 2005(6).