

刑罚目的及其实现

XINGFA MUDI
JI QI SHIXIAN



徐久生 著

徐久生 著

徐久生 著

徐久生

刑罚目的及其实现

徐久生 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑罚目的及其实现/徐久生著. —北京: 中国方正出版社, 2011. 9
ISBN 978 - 7 - 80216 - 780 - 3

I. ①刑… II. ①徐… III. ①刑罚—研究 IV. ①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 143823 号

刑罚目的及其实现

徐久生 著

责任编辑: 陈 勇

责任印制: 李 华

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 66562733

编辑部: (010) 59596653 出版部: (010) 66510958

邮购部: (010) 66560933

网 址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: chenyong5217@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京外文印刷厂

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印 张: 13

字 数: 210 千字

版 次: 2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 780 - 3

定价: 25.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

引 言

一、研究的缘起与选题意义

刑罚目的是刑法理论中的一个极其重要的命题，刑法理论中有关犯罪与刑罚的理论，以及各国刑法典关于犯罪构成以及法定刑的规定，无不与刑罚目的有关。而一国的刑罚目的又与该国的刑事政策有着不可分割的联系，反映了该国坚持的是报应主义刑法还是目的主义刑法，抑或是两者兼而有之。

刑罚目的对于刑事法律的创制、适用和执行都具有十分重要的意义。因此，刑罚目的不仅是一个理论与实践价值兼备的命题，而且也是一个古老而又现实的问题，历来为各国的统治阶级所重视，同时也是各国法学家们十分重视和关注的一个非常重要的问题。说刑罚目的是一个古老的问题，是因为自有犯罪以来，作为犯罪对应物的刑罚便随之产生，为何要给予犯罪人以刑罚处罚，也即给予犯罪人刑罚处罚的目的何在等问题，便摆在了法学家们的面前。刑罚目的更是国家立法者在制定刑事法律的时候所不能绕过的一个重要问题。说刑罚目的是各国法学家们十分重视和关注的一个重要问题，是因为在刑罚目的成为一个问题以来的数百年里，人们基于不同的时代背景（包括政治、经济、文化、刑事政策等诸方面），从不同角度对刑罚目的进行分析和研究，诞生了形形色色的有关刑罚目的的理论假说，这些刑罚理论对各个时期的刑事政策的制定有着重要的指导作用。

在关于刑罚目的问题上，无论是国外还是国内的刑法学界，到现在为止尚未达成共识，仍然处于你不能说服我，我也不能说服你的尴尬境地，尤其在我国刑法学界，学者们在对刑罚目的的认识上更加多元，甚至可以说是比较混乱。但是，刑罚目的问题毕竟是刑法理论中的最为重要的问题之一，而且它关系到刑种及刑罚制度的构建、刑罚的适用及刑

罚的执行等一系列重要问题。因此,“刑罚目的及其实现”这一选题不仅具有理论意义,而且也具有实践价值。

二、研究现状简要回顾

在国外,最具久远历史的刑罚目的论是报应论(由于报应刑论强调刑罚报应的绝对性,故理论上又称之为绝对主义)。由于报应论追求公平和正义,追求犯罪与刑罚之间的均衡关系,崇尚罪刑法定,与正义论存在着天然的姻缘关系,因此,报应论在人类刑罚史上占据着极其重要的地位。报应论是建立在理性人的自由选择基础之上的,而实际上犯罪并不完全是人类自由意志选择的结果。易言之,报应论忽略了犯罪行为人为心理、生理以及更加重要的社会环境因素对犯罪形成的影响,这就使得报应论在犯罪的原因论方面令人难以完全信服;另外,报应论在注重正义、人权的同时,没有考虑到效率问题,也使得它受到目的论的批评。

目的论(目的刑论、功利主义、预防刑论、相对主义)则以刑罚在社会秩序的维持方面的功利价值为目标而受到20世纪各国刑法理论和实践的追捧。目的刑论因其内容的不同又分为一般预防论和特殊预防论(个别预防、特别预防)。一般预防以社会上一般人为对象,认为刑罚的目的在于预防社会上一般人犯罪,通过对犯罪人适用刑罚,警戒社会上的不稳定分子,以达到预防犯罪的目的。特殊预防论认为,刑罚的目的在于使被科处刑罚的犯罪人将来不再实施犯罪行为,也即通过对犯罪人适用法定的刑罚,借刑罚的剥夺、教育、矫正功能,预防犯罪人将来重新犯罪。刑罚的重点不是预防社会上的一般人犯罪,而是预防犯罪人本人重新犯罪。

报应论和目的论各自的优点非常明显,而各自的缺点和不足之处也是显而易见的。因此,为了发扬两者的优点、克服两者的缺点和不足,西方国家学者们提出了刑罚目的折中论。折中论认为,刑罚的目的一方面是为了满足恶有恶报、善有善报的正义要求,同时也是为了预防犯罪而存在。根据以报应为基础还是以功利为基础,折中论又可以作不同的划分。

在国内,关于刑罚目的的文章和著作并不鲜见,也形成了相当多的理论观点,有刑罚目的的一元论、二元论、多层次论,不管哪种理论又

都可以进行细分,其具体的内容又各不相同(未充分罗列):

第一种观点认为刑罚的直接目的是特殊预防、一般预防和教育人民群众自觉遵守法律,鼓励他们同犯罪作斗争;间接目的是堵塞漏洞、铲除诱发犯罪的外部条件;根本目的是“惩罚犯罪,保护人民”。^①

第二种观点认为刑罚的目的应当是预防犯罪,并且只能是预防犯罪,除此之外的其他被人称为“刑罚目的”的东西,最终要为真正的刑罚目的——预防犯罪——服务,并在一定范围内受这一目的的制约。^②

第三种观点认为刑罚目的分为根本目的和直接目的,即刑罚的根本目的是预防犯罪,保卫社会;直接目的是惩罚犯罪,伸张正义,威慑抑制犯罪。^③

第四种观点认为刑罚目的分为直接目的和终极目的。此说认为,刑罚的直接目的是惩罚、威慑、改造、安抚、教育,终极目的是保护社会主义生产力和生产关系。^④

第五种观点认为,刑罚的目的应当是二元的,认为刑罚的目的是报应与预防的辩证统一,预防犯罪包括一般预防和特殊预防,即刑罚的二元论。认为报应与预防虽然在蕴含上有所不同,但它们在本质上仍然存在相通之处。报应主义强调刑罚的正当性,反对为了追求刑罚的功利目的而违反刑罚正义。但在不违反刑罚正义的情况下,可以兼容预防的思想。预防主义则强调刑罚的功利性,反对为追求刑罚的报应目的而不顾刑罚功利性。这种刑罚的报应目的在不违反刑罚功利性的情况下,同样

① 参见何秉松主编:《刑法教科书》(上卷),中国法制出版社2000年修订版,第535页。

② 参见曲新久著:《刑法的精神与范畴》,中国政法大学出版社2003年修订版,第330页。持相同或者相似观点的还有:邱兴隆先生认为,刑罚的目的是追求刑罚功能的充分发挥,明确地说,便是最大限度地预防犯罪,参见邱兴隆著:《刑罚学》,群众出版社1988年版,第126页;高铭喧教授认为,刑罚目的是特殊预防,即预防犯罪分子再次犯罪,以及一般预防,即教育和警戒社会上可能犯罪的分子,使他们不至于走上犯罪的道路,参见高铭喧著:《刑法学》(修订本),法律出版社1988年版,第212页;邓修明先生认为,现有的刑罚目的是为了惩罚和预防,应有的刑罚目的是以教育为中心的预防论,参见邓修明:《我国刑罚目的新探》,载《现代法学》1990年第2期。

③ 参见田文昌著:《刑罚目的论》,中国政法大学出版社1987年版,第52页。

④ 参见周仲飞:《论刑罚目的的结构》,载《中国人民警官大学学报》1989年第2期。

可以兼容报应的思想。^①

第六种观点认为刑罚目的应当是三层次的，因此可以将该主张概括为三层次说。该说认为应从我国的情况出发，将我国的刑罚目的内容规定为三个层次，三个层次的刑罚目的依次是：公正惩罚犯罪、有效预防犯罪和最大限度地保护法益。^②

三、研究的基本思路和方法

基于国内理论界对刑罚目的远没有达成共识（也许永远不可能达成共识）这一现状，本人试图：首先，对刑罚目的的含义给予界定，框定论题范围；其次，梳理西方国家学者关于刑罚目的的不同学说，理顺主要刑罚目的理论的发展脉络；再次，对我国现有的刑罚目的观点加以评述，然后提出自己的“报应兼顾功利”的刑罚目的观；最后，从法定刑配置、刑罚目的实现以及刑罚目的实现与短期自由刑、死刑、刑罚适用、刑罚执行等关系入手，研究刑罚目的的实现。

本文在研究中采用了历史和比较分析的方法：（1）历史研究的方法。对刑罚目的的研究离不开对刑罚目的历史发展脉络的考察。对中外刑罚目的的历史发展进行必要的回顾和总结，有助于我们了解不同历史时期刑罚目的演变情况及其社会背景，从总体上把握刑罚目的的发展规律，为我国刑事政策的制度设计提供经验根据。（2）比较分析的方法。刑罚目的的选择是每个国家都会面临的一个共同问题，这就为我们进行比较和借鉴提供了基础。西方刑法理论界对刑罚目的的研究已经有较长的历史，研究深度远在我国之上，值得借鉴之处就应当拿来为我所用，当然，这里有个如何拿来的问题。本文尽可能利用官方统计数据、现有的有关文献，对刑罚目的及其实现加以分析研究，并在此基础上提出本

^① 参见陈兴良：《刑罚目的二元论》，载《中南政法学院学报》1991年第2期。持相同或者相似观点的还有：田宏杰教授虽然同样持刑罚目的的二元论，但是不赞同将犯罪的一般预防作为刑罚的目的对待。其理由是将一般预防作为刑罚的目的，一方面违反了公正这一刑罚的首要的价值追求和人权保障的刑法机能，另一方面也不符合一般预防与特殊预防、一般预防与报应之间的逻辑关系。因此，她主张刑罚的目的是报应与特殊预防的统一，在偏重特殊预防的基础上，兼顾报应的要求。参见田宏杰：《刑罚目的研究——对我国刑罚目的理论的反思》，载《政法论坛》2000年第6期。

^② 参见韩轶著：《刑罚目的的建构与实现》，中国人民公安大学出版社2005年版，第78页及以下几页。

人的观点。

四、本文的结构及主要观点

本文共分为五章。第一章“刑罚目的概述”，主要论及刑罚目的的概念、基本内容及其与刑罚本质、刑罚功能、刑罚效益等相关概念的关系；第二章“欧陆国家主要的刑罚目的理论”，以刑罚目的发展的历史脉络为依据，简要回顾和论述了报应论、目的论、综合论，并对各种刑罚目的理论的优缺点予以简要评论；第三章“我国的刑罚目的理论”，梳理我国文献中出现的主要的刑罚目的理论，对每一种刑罚理论进行必要的评价分析，特别论及了改造论；第四章“报应兼顾功利的刑罚目的论”，是本文重点章节之一，笔者在此章中主张我国刑罚目的包含报应与功利两个方面的内容，但是，刑罚的报应目的是基础，功利目的是补充，并且论述了刑罚目的应该向报应兼顾功利的综合论回归的原因，以及报应兼顾功利的刑罚目的在我国刑法中的具体体现；第五章“刑罚目的的实现”，也是本文重点章节之一。目的的提出虽然并不十分容易，但往往总是易于目的的实现。刑罚目的及其实现同样如此。探讨刑罚目的并不是我们的根本目的，在明确了刑罚目的的基础上，更为重要的是探讨如何才能实现刑罚目的，以及如何高效地实现这些刑罚目的。刑罚目的的实现涉及内容广泛。笔者选择了相对重要的内容加以论述，包括刑罚目的的实现原则、刑罚目的的实现与法定性配置、与短期自由刑、死刑、累犯、自首等相关制度以及与减刑、假释等刑罚执行制度等的关系。

笔者认为，无论是报应主义的刑罚目的观还是功利主义的刑罚目的观，均不能很好地、全面地解释刑罚的目的，因为两者均有着不可忽视的固有的缺陷和不足，这是客观事实。但是，我们不能因此而完全否定报应论和目的论，不能否定这两种刑罚目的理论在与犯罪作斗争中的不可磨灭的历史功绩。割断历史，背离不同历史发展阶段的基本情况，以现在的眼光来评价数十年前乃至数百年前的刑罚目的理论，是不可能得出正确结论的。对于既有的刑罚目的理论，我们应当辩证地看待，即在充分肯定其积极一面的情况下，找出其不足之处，并在此基础上提出完善现有刑罚目的理论的具体方案，以便在社会犯罪率和重新犯罪率均居高不下、现实情况下，为国家制定行之有效的刑事政策方案提供可资参

考的依据。

国家适用刑罚的目的在于实现惩罚犯罪和预防犯罪的目标。要实现刑罚的这一目的，必须借助于刑罚功能的充分发挥。但是，刑罚功能的发挥，受到诸多条件的限制，尤其是预防犯罪功能的作用实际上是有限的，我们不能盲目相信刑罚的功能，对刑罚惩罚犯罪和预防犯罪的目的的实现不要寄予过高的期望。主要原因在于，犯罪产生的原因是极其复杂的，行为人的个人因素当然是促使犯罪产生的原因，但犯罪的产生主要是社会原因所致，或者说，犯罪主要是社会矛盾作用的结果。既然社会因素是犯罪产生的主要因素，因此，如果在犯罪行为发生后我们仅仅依靠犯罪的对应物——刑罚，对犯罪人进行事后的处罚，而不从社会的角度，不从消除或者至少减少社会矛盾方面入手，那么，刑罚目的是难以实现的。因为，刑罚虽然给予犯罪人以惩罚和痛苦，刑罚的特殊预防目的乃至一般预防目的在一定程度上可能会实现，但产生犯罪的社会土壤并没有因为刑罚的适用而铲除。因此，笔者认为，刑罚仅是治理犯罪这种社会病的手段之一，而不是唯一的手段。

目 录

引言	(1)
第一章 刑罚目的概述	(1)
第一节 刑罚目的的界定	(6)
一、刑罚目的的概念	(6)
二、刑罚目的的内容	(8)
三、刑罚目的确立的依据	(9)
第二节 刑罚目的与相关概念辨析	(13)
一、刑罚目的与刑罚本质	(13)
二、刑罚目的与刑罚功能	(19)
三、刑罚目的与刑罚权	(23)
四、刑罚目的与刑罚效益	(26)
五、刑罚目的与刑事政策	(27)
第二章 欧陆国家主要的刑罚目的理论	(32)
第一节 报应论	(32)
一、报应与复仇	(33)
二、报应论的源流	(33)
三、简要评价	(37)
第二节 目的论	(39)
一、目的论的源流	(39)
二、一般预防论	(41)
三、个别预防论	(45)
第三节 综合论	(48)
一、综合论的源流	(49)
二、不同的综合论	(50)

三、论者的立场	(52)
第四节 笔者的观点	(52)
一、生命力旺盛的报应论	(53)
二、优缺点均明显的目的论	(55)
三、较为合理的综合论	(56)
第三章 我国的刑罚目的理论	(57)
第一节 我国主要的刑罚目的理论	(58)
第二节 对我国主要刑罚目的论的简要评述	(61)
一、现有刑罚目的理论的局限性	(61)
二、并非一无是处的改造论	(63)
第四章 报应兼顾功利的刑罚目的论	(70)
第一节 报应兼顾功利的刑罚目的概述	(71)
第二节 刑罚目的——报应为基础	(74)
第三节 刑罚目的——特殊预防为补充	(77)
第四节 刑罚目的——一般预防可遇不可求	(79)
第五节 报应为主兼顾功利的刑罚目的在我国 刑法中的体现	(84)
一、刑罚目的回归报应为主兼顾功利综合论的原因	(84)
二、报应兼顾功利的刑罚目的的具体体现	(85)
第六节 报应兼顾功利刑罚目的论的模式	(87)
第五章 刑罚目的的实现	(92)
第一节 刑罚目的的实现原则	(92)
一、刑罚的必然性	(93)
二、刑罚的及时性	(95)
三、刑罚的公正性	(96)
四、刑罚的对称性	(97)
五、刑罚的通晓性	(98)
第二节 刑罚目的的实现与法定刑配置	(99)
一、法定刑配置与刑罚目的的实现	(100)
二、法定刑配置的原则与刑罚目的的实现	(103)
三、法定刑配置的方式与刑罚目的的实现	(106)
四、法定刑配置的相关因素与刑罚目的的实现	(107)

五、法定刑配置——进步与问题	(111)
第三节 刑罚目的的实现与短期自由刑	(113)
一、短期自由刑的界定	(113)
二、短期自由刑不可或缺	(115)
三、短期自由刑的改良	(118)
第四节 刑罚目的的实现与死刑	(121)
一、死刑的存废论均有其道理	(121)
二、严格标准，少杀慎杀	(128)
三、死刑立法的完善	(130)
四、结论	(131)
第五节 刑罚目的的实现与相关制度	(132)
一、刑罚目的的实现与累犯制度	(132)
二、刑罚目的的实现与自首制度	(138)
三、刑罚目的的实现与刑罚裁量制度	(142)
四、刑罚目的的实现与缓刑制度	(149)
第六节 刑罚目的的实现与刑罚执行	(158)
一、监狱行刑的目的追求	(158)
二、刑罚目的的实现与减刑制度	(161)
三、刑罚目的的实现与假释制度	(166)
四、刑罚目的的实现与社区矫正	(172)
五、刑罚目的的实现与行为人-被害人和解	(177)
结论	(184)
主要参考文献	(186)

第一章 刑罚目的概述

经历了 30 年的改革开放，我国在政治、经济领域取得了令世界刮目相看的骄人成就，中国社会相对于改革开放前有了长足进步，人们的生活水平有了极大改善。第 29 届夏季奥林匹克运动会的成功举办，清楚地向全世界宣示，中国的综合国力已经达到了相当高的水准。但是，伴随着经济的腾飞、人民生活水平的提高，中国的社会犯罪率和重新犯罪率几乎同时大幅度地上升。从公安部办公厅的一组数据中，我们可以十分清楚地看出：随着经济的腾飞，犯罪率也在不断上升，而且现代犯罪学已经证明这种现象具有一定的规律性。改革开放初的 1978 年全国立案总数为 53.6 万起，约 20 年后的 1996 年的立案总数为 160.1 万起，进入新世纪后，2002 年的立案总数达到 433.7 万起，其后的两年均略有增加，2005 年各类刑事案件立案总数为 464.8 万起，比上一年减少 7 万起，同比下降 1.5%，这是自 2002 年之后刑事立案数首次出现回落^①。面对改革开放后日益严峻的治安形势，我国于 1983 年在全国范围内开展了严厉打击严重危害社会治安的犯罪分子的行为（以下简称“严打”），这次“严打”之后，犯罪分子的嚣张气焰被强压下去，但是，不久全国的治安形势出现反弹，犯罪案件总数又大幅攀升。在这种严峻的治安形势下，相关部门不得不又开展“严打”行动，如此循环往复，每隔数年就会有一次规模不等的“严打”行动。但是，就全国范围来看，普通刑事犯罪依然逐年增加（个别年份有减少），更加令人担忧的是其中的大案、要案的增加。这些大案、要案的绝对数量虽然不大，但由于其具有相当大的社会影响力，因此在很大程度上对民众的安全感产生消极影响，从而影响到民众对党和政府治理社会治安能力的信心，进而影响到党和政府在民众心目中的形象。

^① 资料来源：中华人民共和国公安部办公厅统计处，2006 年。

平心而论,我国政府在打击和预防犯罪、维护社会治安方面作出了不懈的努力,做了大量的工作,但效果仍不能令人满意。这就不得不令人思考:出现这种犯罪数量伴随经济飞速发展大幅上升状况的原因究竟是什么?这是一个异常复杂、异常难以回答的问题,对该问题的回答可能千差万别,但是各种回答可能都会涉及一点,就是犯罪的对应物——刑罚,难道它在治理犯罪、维护社会治安方面不起作用?在遏制犯罪方面刑罚当然有着其他措施所不可替代的作用,这是没有异议的。但是,我们应当改变对于刑罚在打击、预防犯罪方面的积极功能的认识,树立这样的观念,即没有刑罚是万万不能的,但是刑罚不是万能的。长期以来,我们已经习惯于对事物进行理想化的设想,追求过强的功利性,表现在治理刑事犯罪方面便是强调打防结合,综合治理(这是完全正确的刑事政策方案,但方案的具体内容如何值得很好地研究),强调不惜一切代价遏制犯罪,甚至提出要消灭犯罪现象。且不谈犯罪现象是否可以消灭得了,仅就不惜一切代价遏制犯罪来说,如果目标明确、措施得当,能够利用刑罚等各种手段来合理地应对犯罪,那么,这种做法当然是值得肯定的。但问题是,犯罪的产生有着社会、犯罪个人等多方面的错综复杂的原因,或者说,犯罪源自于社会有机体内部的矛盾运动。^①对于社会有机体的健康发展来说,犯罪有时候是有其存在的价值的,有其一定的合理性。社会作为一个有机体,它需要一种张力,而犯罪恰恰能给社会提供这样的张力,从而使得社会在作为社会病态表现形式的犯罪面前,思考自己的方方面面,力求秩序的建立,以便获得一个健康的社会机体。尤其是,如果刑法规范落后于社会生活的时候,作为源自于社会有机体内部矛盾运动的犯罪往往会成为促使社会进行必要变革的重要因素。犯罪之“恶”对于“善”的促进作用同样是不应当被怀

^① 早在20世纪90年代,在犯罪原因论研究领域,司法部预防犯罪研究所的第一任所长李钧仁先生就率先提出了犯罪原因的矛盾论,主张一切犯罪的原因无不是社会这个有机体内部的基本矛盾运动所致。笔者当时在该研究所犯罪学研究室工作,多次在该研究所的学术会议上听到过李钧仁先生的高见。梁根林教授也认为,犯罪事实实际上源自于社会有机体内部的基本矛盾运动,是社会有机体新陈代谢的一种特殊形式,犯罪实际上执行着社会有机体的新陈代谢功能。要保持经济发展和社会活力,就必须在一定限度和范围内容忍犯罪的存在,使之发挥社会新陈代谢的功能。参见梁根林著:《刑事制裁:方式与选择》,法律出版社2006年版,第7页。

疑的。有犯罪的社会才会充满活力，生机勃勃。^① 因此，以极低的社会犯罪率和重新犯罪率作为自己所追求的目标，这样的刑事政策方案是不切合实际的，太过理想化，不是一个很好的刑事政策方案。

刑罚是刑事政策的核心内容，在总体上服务于刑事政策，但是，由于刑罚本质属性的局限性，刑罚在遏制犯罪方面的作用是有限的。只要我们承认犯罪是社会有机体内部基本矛盾运动的结果，那么，我们就应当坚持这样的观点，即刑罚作为一种恶，作为一种心理威慑力量，在遏制犯罪方面虽然有一定的积极效果，但在促成社会犯罪和重新犯罪的社会有机体的各种基本矛盾面前，其遏制犯罪的有效性是极其有限的。促成社会犯罪和重新犯罪的各种基本矛盾不消除，至少明显减少，要想有效控制犯罪，使得计划中很低的犯罪率得以实现，过多地依赖刑罚对犯罪的遏制、预防功能，即使是为了功利目的，过量投入刑罚，最多能在短期内收到预计的效果，但从长远来看将得不偿失。只有将刑罚与其他社会控制措施有效地配合实施，动用社会力量来消除各种促成犯罪的因素，才能更好地发挥刑罚功能。当然，刑罚是每一个国家对付犯罪的重要方法，但不是唯一的方法。“刑事政策研究方面的一个重大成就是，最终达成了这样一个共识：在与犯罪作斗争中，刑罚既非唯一的，也非最安全的措施。对刑罚的效能必须批判性地进行评估。”^② 因此，从这

^① 犯罪本身作为一种恶，是人们所鄙视、厌恶的，但是犯罪之“恶”对于“善”具有一定的促进作用，在明确人们的善恶荣辱观方面同样具有一定的积极作用。详见于志刚著：《论犯罪的价值》，北京大学出版社2007年版，第429～440页。法国著名社会学家迪尔凯姆对犯罪有益于社会曾有过独到而精辟的论述：“把犯罪看作是一种社会疾病，就是承认疾病不是某种偶发的东西，反而在一定情况下，是来因于生物的基本体质”，“把犯罪归于正常社会学的现象，这不只是说，由于人类具有不可纠正的恶习，所以犯罪就成为人们虽不愿意但又不可避免的现象，而且，也在确认犯罪是社会健康的一个因素，是健康的社会整体的一个组成部分。”参见〔法〕迪尔凯姆著，狄玉明译：《社会学方法的准则》，商务印书馆1995年版，第89～90页。

^② 〔德〕冯·李斯特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，法律出版社2006年修订版，第22页。

个意义上说,冯·李斯特的名言“最好的社会政策是最好的刑事政策”^①是有道理的。

刑罚自产生以来,与之相关的争论与探索就未曾停止过。刑罚是什么?刑罚如何与犯罪相适应以反映罪与刑之间的公正关系?刑罚的度如何掌握?给犯罪人以处罚的根据是什么等等,这些问题到现在为止仍没有得到很好的解决。

在刑罚产生的初期,刑罚被看作是一种“本能行为”。冯·李斯特认为,起初的刑罚是人的盲目的、本能的反应,是一种“本能行为”。最初的刑罚具有明显的消极特征。刑罚并不像相对理论的追随者们一致认为的那样,是人类大脑挖空心思的想象物。“因为原始的刑罚是一种本能行为,也就是说,它不是由目的思想决定的对于干扰社会成员个体和社会本身的生存条件的反应,或者简单地说,是针对也许不能被叫做犯罪行为反应;因此,可以说,刑罚是犯罪的必然后果。这一结论使得我的观点与相对理论有着根本的和最终的区别。为了以最为清楚和明确的方式来表明它与人类头脑和国家智慧无关这一必然性,为了拒绝原

① 冯·李斯特的“最好的社会政策就是最好的刑事政策”被我国不计其数的学者引用,但均未注明出处。严格地讲这样做是不当的,既然用了引号,按理就应当注明著说人在何时何地说了这样的话。笔者原来也想当然地认为这句话一定是冯·李斯特的原话,但为了印证自己的记忆,笔者将能够找到的关于冯·李斯特的著作、论文、报告仔细地过滤了一遍,仍然没有查找到他的这句在我国刑事法学界几乎无人不知无人不晓的名言。在其《刑法学文章和学术报告集》(共有1、2两集,有论文、报告24篇)中,尤其是在他的名为《刑法的未来》(Die Zukunft des Strafrechts)、《刑事政策的任务》(Kriminalpolitische Aufgaben)和《刑法的目的思想》(Der Zweckgedanke im Strafrecht,此文实际上是在德国马堡大学所作的学术报告,主要内容涉及刑事政策计划,因此,德国刑法学界通常称之为《马堡计划》Marburger Programm。由于语言上的困扰,国内学者对冯·李斯特的著名的“马堡计划”有多种译法)这三篇文章均论及刑罚目的及刑事政策思想。在论述犯罪形成的原因时,冯·李斯特否定天生犯罪人论,认为犯罪的原因是多方面的,其中犯罪人生活的社会环境是不可忽略的重要原因。主张刑事政策的出发点是与犯罪作斗争。与犯罪作斗争的方法和途径便是刑事政策的任务。其中预防犯罪是刑事政策的重要内容,而预防和减少犯罪,除了犯罪人个体方面的因素外,如何消除社会引发犯罪的诸多因素是极为重要的。李斯特所追求的是一种在当时的政治和社会条件下能够实现的现实主义的刑事政策。在李斯特看来,最为重要的是何种措施和方法最能有效地实现刑事政策目的,而何种刑事政策目的、何种刑罚措施和方法在规范上是被认为公正的,在他看来无关紧要。公正的刑法被李斯特等同于有利于刑事政策的刑法。只要符合公众利益,能够有效遏制犯罪,不管是社会政策还是刑事政策,这样的政策就是好的政策。因此,用“最好的社会政策就是最好的刑事政策”来概括李斯特的刑事政策思想是正确的,但是,据笔者考证,似乎李斯特并没有说过这样的原话。

始刑罚中的目的思想，我将刑罚表述为一种本能行为。”^①但是，“刑罚的特征逐渐发生了变化。也即起初由参与人（个人和社会）的反应过渡到没有参与纷争的裁判机构，使得对其效果进行不偏袒的观察成为可能。经验启发人们理解刑罚的目的性。由于有了目的思想，刑罚方有其度；刑罚的前提条件（犯罪）及其内容和范围（刑罚制度）得到了发展；在目的思想统治之下，刑罚权属于刑法范畴。未来的任务在于，将已经开始的发展进一步往前推进；将对犯罪的盲目的反应转变为符合目的的法益保护”。^②

国家刑罚的产生有其历史渊源，它是由血亲复仇发展而来的，就如同国家是由氏族社会发展而来一样。起初的刑罚与血亲复仇并没有原则上的不同。血亲复仇，并不是个人的复仇，而是家庭复仇或者家族复仇。血亲复仇植根于原始的部落、氏族之中。它起初是作为两个家族的武力自卫形式出现的，是被杀死者或受伤害者所在氏族的权利和义务，而且，血亲复仇不是针对侵害者个人，而是针对侵害者所在的整个氏族。

在刑罚产生的初期，刑罚只不过是人抵制伤害的一种“本能行为”。由于刑罚是人的一种本能行为，因此法官适用刑罚对犯罪人进行处罚而做出的价值判断，就不是刑罚的表现。

而围绕刑罚的目的是什么这个古老而又新鲜的问题展开的争论、探索从来就没有中断过，不同的国度、不同的历史时期，刑法学者们一刻也没有停止过努力。对刑罚目的的探索导致对刑罚制度、刑罚执行制度的改革，从而在很大程度上促成了现代刑事政策的诞生、发展和完善。由于刑罚目的问题不仅直接决定法定刑的配置、法官的司法实践和刑罚执行的效果，而且刑罚目的是刑事政策方案的重中之重，因此将刑罚目的作为刑事立法和刑事司法的标杆和指针一点儿也不过分。冯·李斯特在谈到刑事政策的时候曾经说过，刑事政策“应当是刑法立法的老师”。^③ 北京大学的梁根林教授在谈及刑罚目的与刑事立法和刑事司法

^① Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: v. Liszt, Strafrechtl. Aufsätze u. Vorträge. I. Bd. S. 133 ~ 135.

^② Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: v. Liszt, Strafrechtl. Aufsätze u. Vorträge. I. Bd. S. 135 ~ 136.

^③ Siehe ob. Fussnote, S. 293.