

二十世纪文库

惩罚与责任

〔美〕H·C·A·哈特 著

王 勇 张志铭 方 雷 等译



华夏出版社

83544

阅了潮

惩罚与责任

〔美〕H·L·A·哈特 著

王 勇 张志铭 方 蕾 等译

华夏出版社

1989年·北京

责任编辑：青 锋

封面总体设计：郭 力 钮 初 呼 波

李 明 王大有

本书封面设计：徐天离

Punishment and Responsibility

by

H. L. A. Hart

Oxford University Press, U.S.A., 1982

惩罚与责任

〔美〕H·C·A·哈特 著

王 勇 张志铭 方 蕾 译

•
华夏出版社出版发行

（北京东直门外香河园柳芳南里）

新华书店经销

文字六〇三厂印刷

•
850×1168毫米 32开本 8.75印张 208千字 插页2

1989年6月北京第1版 1989年6月北京第1次印刷

印数 1—4000 册

ISBN 7-80053-224-0/D·033

定价：4.60 元

二十世纪文库编委会

主 编： 邓朴方

常务编委： 李盛平 张宏儒 肖金泉 贾 湛
王 伟 沈志华 黎 鸣 吴儁深
张显扬 陶德荣 褚朔维

编 委： (按姓氏笔划为序)

于 沛	马在新	王 焱	邓正来	孙立平
孙连城	刘再复	李泽厚	朱青生	朱庭光
邵大箴	何家栋	吴衡康	林 方	范 进
张 琢	周 星	顾 昕	倪文杰	俞敏生
郭建模	唐 枢	高 崧	程方平	缪晓非

法学分编委会：

肖金泉 邓正来 周振想 沈国峰 周大伟
郑永流

1-622/08

目 录

第一章	刑罚原理导论·····	(1)
第二章	法律责任和免责·····	(28)
第三章	谋杀罪和刑罚原理：英国和美国 ^① ·····	(52)
第四章	意志行为与责任·····	(84)
第五章	故意与刑罚·····	(107)
第六章	过失、犯意与刑事责任·····	(129)
第七章	惩罚与责任的消灭·····	(151)
第八章	改变责任的概念·····	(177)
第九章	附录：责任与报应·····	(200)
注 释	·····	(227)
附 录	·····	(267)

第一章 刑罚原理导论

引言

现在，围绕刑罚制度的困惑与日俱增。本文的主旨便是为讨论这些令人困惑的问题提供一个框架，并表明，对这一制度的任何在道德上讲得通的说明，都必然表现为对诸种性质各异且部分冲突的原理的一种折衷。

对刑罚问题所抱的兴趣，现在已空前浓厚。而且，我还怀疑对它的公开讨论再也没有比现在更为混乱不堪的了。这种兴趣与混乱，应部分地归因于对两项原理的一种较为时髦的怀疑主义论调，而这两项原理一直被传统地视为针锋相对的诸种惩罚“理论”的中核。一方面，由于日益认识到人们对寓于任何反社会行为之中的各种推定(Calculation)^①所起的作用估计过高，旧边沁主义者关于人们对法律可能施加的刑罚所产生的畏惧是一种强有力的遏制手段的信念已经减弱了。另一方面，在“报应”论的基本原理上也布上了一层疑雾。它的拥护者们已不再以旧时的自信声称“违法者本可以守法”之类的说法有一种统一的或众所公认的含义；或者，即便是对这种说法本身不持疑义，怀疑主义也动摇了我们这样

^① 指行为人在实施反社会行为之前对这种行为可能给自己带来的利弊得失所作的推测。——译注

的自信,即自信我们通常能区分出这种说法在什么场合为真、在什么场合为假。①

以上这些重大怀疑,似乎矛头直指所有旧的、互相对立的理论就刑罚之功能与道德性所作的说明。然而,撇开因这些怀疑而生的不可捉摸性不谈,即便是这样一些人的意见也不怎么始终如一。这些人自以为正在象普通人对其他普通人一样解释(未受到当代心理学之怀疑的)传统的或常识性的原理。他们的词句读起来常常给人以这样的感觉,即似乎作者们并未完整地掌握其含义或根本就未打算一丝不苟地按其原意来使用。只要稍为浏览一下议会的辩论记录或《皇家死刑专门调查委员会的报告》,即可看出,其中有不少问题现在受到了如下怀疑的困惑:那种认为只存在一种可据以回答有关刑罚之正当根据的所有问题的最高价值或目的(如:遏制、报应或改造)的观点,多多少少地存在一定的错误。然而,从在这些场合所说的话中,看不出有对不同的价值或目的是什么或它们如何共同适合于作为刑罚的正当根据的明确说明。②

不会有人指望那些从事于把人送上绞架、关进牢房或制定(或修改)使人能这样做的法律的法官或政治家们,有充足的时间来对使得做这些事在道德上能讲得通的原理予以哲学上的探讨。毕竟,法官职位不是也不应该是教授职位。但是,那些与刑罚有着特殊

① 对这些怀疑之现时的全面说明,见巴巴拉·伍顿《社会科学与社会病理学》(1959年)。

② 在1956年7月上议院议员们进行的辩论中,钱塞勒勋爵虽然同意丹宁勋爵的观点,即“任何刑罚的最终根据都不在于它是一种遏制手段,而在于它是社会对犯罪的一种有力的谴责,但他还说,有关问题之“真正的难点”在于死刑是否是一种无与伦比的有效遏制手段。见《上议院议事录》第198卷(1956年7月5日)第576、577、596页。S·I·苯先生在其论文《刑罚问题探讨》(载《哲学》,1958年)中,正确地考察了丹宁勋爵的观点,即谴责并不包括有慎重地施加痛苦之意。后者是将来的必要根据。

关系的人，如：法官或立法者，在有关刑罚的公开辩论中所说的话却举足轻重。很少有人能比他们更小心谨慎的了。正如常有的事一样，如果他们所说的话含糊、片面或很容易通过指出他们所忽视的东西的某一方面而被驳倒，那么，在我们谈论或思考刑罚的传统方式中，便很可能存在某种由来已久的倾向，即将需要分别考虑的多重性问题过份简单化。要反对这一倾向，最需要的不是简单地承认，而是应该将作为对与刑罚的正当根据有关的某一单个问题的相关的解答提出来；不是某一单个的价值或目的（遏制、报应、改造或任一其他价值），而是多种不同的价值或目的。所需要的是，应该认识到不同的原理（其中每一项都可称为一种“正当根据”）在对从道德上讲得通的任何说明中，不同程度地彼此相关。我们所寻求的是对诸如此类问题的解答：刑罚的一般措施的正当性由什么来证明？刑罚可以施加于何人？刑罚的份量应多重？在解决有关刑罚的这些问题或其他问题时，我们应该牢记，正如在其他绝大部分社会制度中一样，在刑罚制度中，对一个目的的追求可能受到不应错过的追求其他目的的机会的限制或可能提供这种机会。只有当我们对刑罚的这种复杂性有了这样的意识时（本导论只图做到这一步），我们才能恰当地估计到整个刑罚制度已被关于人类心理的新信念所渗透的范围或它必须适应这些新信念的范围。

二

正当目的与分配原则

我认为，在刑罚的概念与所有权的概念之间有着值得考虑的相似之处。在两种情况下，我们都不可避免地要遇到这样一种社会制度，它的至关重要的表现形式是一种法律规则结构，尽管不

把那些虽然更为原始但却同样是由规则支配的措施称为法律未免武断，这些措施存在于诸如此类的群体即家庭、学校或其习惯不符合构成法律的某一标准或不具备法律的某些典型特点（如：立法、有组织进行的制裁、法院）的习惯社会之中。在两种情况下，我们都面临着一种显示出有着内在联系的多种不同特点的制度。这些特点需要分别解释，或者，如果该制度的道德性受到了挑战，则这些特点的正当性需要分别证明。在两种情况下，不把各自独立的问题区分开来或试图全凭引证某一原理来回答这些问题，都将以混乱而告终。就所有权而言，我们应该把所有权的定义问题、为什么以及在什么样的情况下它是一种应该维护的好制度的问题与个人通过什么样的方式才能变得有资格获得财产以及应该允许他们获得多少财产的问题区分开来。我们可以将此称之为定义问题、总的正当目的问题以及分配问题。其中，分配问题又可细分为资格问题与份量问题。就所有权观念举出某种经典的解释（如：洛克在其《第二篇论文》中的“论所有权”一章所持的解释），进而考察因借助某个单一的概念（如：洛克所谓的“人的”身体的劳动及其双手的作用便属此例）来回答在思考所有权制度时困扰着我们的所有这些不同问题，会引起多大的疑惑，这是十分有益的。就刑罚而言，做学问的起点（尽管绝不是其终点）就在于把相似的问题区分开来，并对之逐一加以解决。

（一）定义

这里，我将原封不动地搬用近年来发表于英国各哲学杂志上的名作。^①除此而外，只加上我自己关于反对在对刑罚的哲学讨论中滥用定义的一种忠告。与笨先生及弗刘教授一样，我也按五项因素来限定构成“刑罚”的标准或其主要情形。

^① K·贝尔《刑罚是报应吗？》，载《分析》（1955年）第25页；A·弗刘《惩罚的正当根据》，载《哲学》（1956年）第291页第一节。

1. 刑罚必须包含痛苦或通常被认为不快的其他后果。
2. 刑罚必须是因为违犯法律规则的某种违法行为而施加。
3. 刑罚必须是因违法者的违法行为而以某一实际的或假定的罪犯为对象。
4. 刑罚必须是由违法者以外的其他人有意地实施。
5. 刑罚必须是由被违法行为所违反的那一法律制度所确定的某一权威来施加与执行。

在将此称之为刑罚的标准情形或主要情形的同时，我把多种可能情况中的下列情况归于亚标准情形或次要情形的地位。

1. 由政府官员以外的其他人施加与执行的对违反法律规则的行为的惩罚(分散的制裁)。

2. 对违反非法律规则或命令的行为的惩罚(家庭与学校中的惩罚)。

3. 对同一社会团体内某一成员因其他成员未经其授权、纵容、支配或允许而实施的行为所为的替代性惩罚或集体性惩罚。

4. 对既不是实际的也不是假定的违法者施加的惩罚(除根据第3项所施加的以外)。

列出这些亚标准情形的主要意义是防止在对刑罚的讨论中使用我所说的“定义终止”。这是一种对定义的滥用。当运用前列第2、3项标准条件立论反对功利主义的主张即刑罚措施的正当性因遵守由刑罚所保护的利益所产生的有益后果而得到证明时，这种滥用尤具诱惑力。这里，常见的“报应”观点^①是：如果这是刑罚的正当根据，那么当对随意选择的未犯任何罪的无辜者或罪犯的妻小适用刑罚合算时，为什么不这样做呢？对此，错误的回答是：按

①. A·G·尤因《刑罚的道德性》；D·J·B·霍金斯《惩罚与道德责任》(《国王的佳仆》，第32页)；J·D·马博特，载《心》(1939年)，第152页。

照定义,这不属刑罚,而我们要讨论的问题是刑罚的正当根据。^①而这一“定义终止”不但不能使“报应”的拥护者们满意,它还有碍我们考察真正为现时的怀疑主义所指向的东西:即我们在选择某种刑罚制度时所采取的理性与道德上的立场,根据这种制度,只有在个人实施了违法行为时,才对之采取使其痛苦的措施。为什么我们要选择这种制度而不选择可用以防止反社会行为的其他形式的有益于社会的方法?更何况我们也的确偶尔不大情愿地用过这些方法。没有哪一种对刑罚的说明能胜任通过定义来解决这一问题。

(二) 犯罪的本质

在论及关于刑罚之正当根据的任何问题前,必须明确一个基本的问题。这一问题的答案是如此之简单,以致问题本身也似乎不值一提。然而,某些古怪的刑罚“理论”却显然是因为忽视了这一问题,其他理论也正是将它与其他问题相混淆才有其似是合理之处。这一问题便是:为什么某些类型的行为受法律所禁止,并因而被当作犯罪或违法?答案是,为了向社会宣告,不得实施这些行为并确保少发生一些这样的行为。这便是把任何行为当作刑事违法行为的一般直接目的。只有当我们有了按照这些基本目的制定的法律时,我们才有“犯罪”及“罪犯”的概念。不借助这样一种简单的理念即刑法在其规定中确立了行为的标准,以鼓励某些类型的行为与遏制其他行为,我们便不可能把罚金式的刑罚与对某一行为的征税区分开来。^②对于那些为图简便与一致,而把确立行为

① 莱先生似乎时时屈从于这样的诱惑,即“给功利主义刑罚理论的批评者们以简单的回答——即它们是不属于包含痛苦的任何类型之手段的刑罚理论”。他曾告知我说他现在并不倚靠这一“定义终止”。

② 一般地说显而易见的区别可能被弄模糊。征税可能是为阻止被征税的行为而进行的,尽管当法律将这些行为规定为犯罪时,它事实上并未这样宣称。相反,可适用于某些犯罪的罚金可能因通货贬值而变得微不足道,以致(接下页注)

准则的基本规范与具体说明，当违背这些基本规范时有关官员应该或可以采取什么行动的从属性规范混为一谈的法律理论，这确实是一种强有力的异议。此类理论坚持，所有法律规范“确实”是有关官员们在一定条件下（如：某人杀人）采取制裁措施的指南。^①其实，只有当我们不抹杀法律在鼓励或遏制某些类型的行为方面的基本目的与仅仅从属于它的制裁或矫正性的步骤之间的区别时，我们才能理解犯罪或违法的概念。

然而，重要的是应该强调这样的事实，即在如此确定刑法之直接目的的过程中，我们尚未涉足对刑罚的正当根据的讨论。的确，有许多种不受欢迎的行为，试图用法律来禁止它们是不明智的（因为不会有效或代价太昂贵）。在这些行为中，有些留给教育工作者、工会、教会、婚姻指导委员会或其他非法律性机构去处理，可能更为合适。相反，有些类型的行为我们却深信不用法律禁止便得不到有效的禁止。但是，下列情况实在是再明显不过的了，即是说，法律实际上可能把在道德上值得鼓励，而对之采取镇压行动则可能极不正当的那些活动，规定为犯罪。不过，任何刑事立法之明显的直接目的与刑罚的正当根据的混同，似乎是对下列主张的最宽仁的解释。这一主张便是：刑罚的正当性因其是作为“社会对犯罪的一种有力的谴责”而得到证明。丹宁勋爵的看法，即这是刑罚的最终根据，^②只有其被视为对这样一条真理的一种模糊的表述时，才能免遭前述的苯先生的批评。这条真理便是：并非刑罚的目的而

（接上页注）它们是被欣然交纳的，因而犯罪猖獗。这样，人们感到，罚金只不过是征税，因为它们失去了下一意义，即规则应被严肃地视为行为准则。

① 请对照凯尔森《法律与政府的一般理论》（1945年）第30—33, 33—34, 143—144页。“法律是规定制裁的基本规范……”

② 这从《皇家死刑问题专门委员会的报告》（第8932号令）第53款（1953年）中显而易见。

是刑事立法的目的才确实是把某些类型的行为当作不应实施的某种行为而予以谴责。相反，刑事立法的直接目的不可能是通常所提到的证明刑罚之正当性的任何东西。因为只有确定了什么行为应受法律谴责与遏制，我们才能确定我们要遏制人们实施什么样的行为，应把什么人视为我们使之遭到报应的罪犯，对什么人加以报复或对什么人进行改造。

即便是这样的人——他们虽然把人为法视为加强“道德本体”（它本身被视为神法或自然法）的唯一手段，在证明刑罚的正当性时，不求助于有益于社会的后果，而只求助于对那些以其违法行为扰乱道德秩序的人施加痛苦的做法的内在价值——也并不否认刑事立法的目的是把某些类型的行为当作行为的法律准则确定下来（在这方面，立法与早已存在的道德规则是一致的），以确保人们的行为符合这些标准。毫无疑问，无论在什么样的社会，某些违反道德的行为如：杀人，总是会被选作犯罪加以镇压的，而且，还可以认为，这样做可能并不是为了保护人类免遭杀戮而是为了使潜在的杀人犯免于犯罪。然而，如果认为法律的目的完全不是为了遏制谋杀（即使是将其视为邪恶而不是危害），而仅仅是为了从谋杀者引出刑罚，则会自相矛盾。

（三）总的正当目的

在此，我无意就这些理论的明了性、一贯性或恰当性提出责难。它们共同否定刑罚制度之措施的正当性是通过其有益的结果得以证明。相反，我主张这种措施的正当根据在于这样的事实，即当违法包含有道德罪过时，对罪犯所施加的痛苦本身便是一种有价值的东西。有不少主张都具有这一特点，它们都把“报应”、“赎罪”或“谴责”当作刑罚的正当目的。这些主张虽然互有差异，但大致属于同一类型。虽然我实际上同意苯先生的看法，认为所有这些主张要么是全部回避了刑罚的正当根据问题，要么是改头换面

的功利主义(尽管它们对功利主义存有异议),但我认为,在可想象出的刑罚制度的正当目的中,报应可以有其一席之地。这里所说的报应,我们将它简单地定义为对在道德上有罪过的罪犯施加惩罚之苦。在此,我只坚持,在为了揭示刑罚制度的总的正当目的而对刑罚原理加以说明的这一问题上,使用报应这个词是一码事,而在为了确保对“刑罚可以施加于谁”这一问题(分配问题)所提供的答案是“只能因一种犯罪而施加于某一罪犯”的另一问题上,使用这一术语则是完全不同的另一码事。在许多著作中,甚至于在J·D·马博特先生的除这一点以外最具说服力的论文中,都可发现这样的问题,即未能把作为一项总的正当目的的报应与作为只不过是强调只有那些违背了法律并且是有意违背法律的人才能受到惩罚的报应区分开来。为了把后一报应与总目的中的报应相区别,我们将其称之为“分配中的报应”。只要承认,既主张刑罚措施的总的正当目的是其有益的后果,又主张对这一总目的的追求因服从要求刑罚只因某一犯罪而施加于某一罪犯的分配原则而应受到限制或限定,这是完全一致的,便可在很大程度上避免功利主义者与其论敌之间阴差阳错的无中生有的论争。

相反,对分配中的报应原则的承认,根本不会导致刑罚的总的正当目的也成了报应。尽管总目的中的报应理所当然地支持分配中的报应。

后文中,我们将考虑根植于分配中的报应的公正原理。同时,值得注意的是,旧时流行的(总目的上的)报应论者和最时髦的怀疑论者都常常提出同样的(我认为是完全错误的)假设,即如果刑罚的总的正当目的是报应,则只能解释刑罚只因某一犯罪而适用于某一罪犯这一限制原则。怀疑论者因此而将其在作为总的正当目的的报应观念中所发现的全部不合理性都归罪于所有的刑罚制度(当它们受到分配中的报应原理的制约时)。相反,报应论的拥

护者却认为对分配中的报应的承认是对功利主义的主张即刑罚的社会效果是其正当目的的反驳。

由此所能得到的最一般的教益，已超出了刑罚问题。这一教益便是，对于任何社会制度，在阐明支持该制度所能促成的总目的与价值之后，我们应该弄清是否有某些原则限制对该目的或价值的无条件追求，以及如果有这样的原则，那么，它又是什么。正是由于对某个单一的社会目的的追求总是有其限制因素，我们的主要的社会制度才总是具有许多特点，而这些特点又只能理解为是某些部分地相矛盾的原理的折衷。甚至于某些较小的法律制度如：合同制度，也是如此。一般说来，合同制度旨在使个人能实现其这样的愿望，即确立法定权利与义务的结构，并因而以特定方式改变他们的法律地位。与此同时，又必须保护这样的人，他们诚实地理解某种向他们提出的口头要约的含义是指其普通的含义，并接受这一要约，然后以已签定了有效的合同的身份而行动。相对这样的人而言，允许另一方当事人说他在口头要约中所用的语言或对所作的解释没有表达他的真实愿望或意图，便是不公正的。因此，“禁止毁弃前言”原则或契约的“客观意义”规则被用以防止这种情况的发生与限定这样一条原则，即对契约加以法律强制，以便缔约双方的共同愿望得以实现。

(四) 分配

正如在所有权制度中一样，分配包括两个方面：(1)责任(可以惩罚谁？)(2)份量。在这一部分，我关心的主要是第一方面。^①

前文的讨论引出了两个问题。首先，虽然我们对刑罚措施应促成什么样的价值，可能一清二楚，但我们仍得回答“可以惩罚谁”这一分配问题。其次，如果在回答这一问题时，我们提出“只能因

^① 份量问题在后文第三部分(联系“减轻处罚”)与第五部分讨论。

某种犯罪而惩罚某一罪犯”，那么，这一对分配中的报应的认可，并不是有关刑罚的严厉性或份量的任何东西都得遵循的一条原则。尤其是，这一认可象总目的中的报应一样，既不允许也不要求超出遏制或其他功利标准的需要而施加更严厉的惩罚。

但是，需要考虑的带根本性的问题是，为什么我们在道德上把分配中的报应看得很重要。在此，我将考虑旨在表明下列情况的努力：将刑罚限于罪犯是构成刑罚之正当目的的任何原理（报应或功利）的无条件的结果。

哲学家们用以揭示分配中的报应的重要性的典型例子是，一个完全无辜的人，对于只要是有意识地做便应受到法律惩罚的任何事情，他从未做过，哪怕是出于无意识。假设有这样的情况，即为了防止某种大的社会灾难，司法人员伪造证据并据此对这一无辜者予以指控、审理、定罪、将其投入监狱或处死。或者，假设只要罪犯的妻小因罪犯的犯罪而替其受罚，则不需任何欺骗手段便可以遏制更多的人犯罪。对于此类情况，顽固的、彻底的功利主义可通过一定方式将其予以排除。^①当然，要按照功利的理由来证明涉及欺骗或捏造的指控之权宜之计的正当性，可能十分困难。我们无疑可以想象，为了避免其他许多人惨遭私刑，可伪造一项强奸指控，并据此将一个黑人送入监狱或处死。然而，公开授权有关当局做此类事的一种制度，即使它成功地避免了私刑之类的罪恶，也会导致这样的理解与不安，即从实行这些强制所取得的任何效果，都将因功利的推定而被它们的存在所引起的灾难抵销。不过，在某种违背规则的特殊场合，合法地借助这种欺骗手段与有关责任人员随后就此所采取的补救措施，可以挽救许多人的生命，因而可被认为能产生一种明显的价值余额。当然，对罪犯的家庭成员所实

① 见J·罗尔斯《规范的两个概念》，载《哲学评论》（1955年）第4—13页。

施的替代刑也可以做到这一点，而且，法律制度偶尔也凭借这一手段，尽管这是一种例外。《罗马法大全》便是一例，它规定对犯有侵犯君权之罪者的儿女，应予惩罚。^①在某些极端的情况下，不少人可能仍然认为采用这些权宜之计是正确的。但是，在这样做的同时，我们应该意识到我们正在牺牲一项重要的原则。我们应该懂得两害相权取其轻。但是，如果为功利而牺牲的原则本身也只是功利的一项要求，则这种取舍便会令人费解。

同样，将刑罚限于罪犯，其在道德上的重要性不能仅仅解释为下列原则的结果：刑罚的总的正当目的是对涉及违背法律的不道德行为的报应。刑罚之分配中的报应有一种完全独立于作为正当目的的报应之外的价值。下列事实便表明了这一点：即便违反刑法的行为不能被视为不道德的，我们也相当注重只能惩罚罪犯这一限制性原则。的确，即便是在象纳粹德国那样法律本身便骇人听闻地不道德的场合，例如：禁止在道义上认为必须履行的行为（帮助病人或某一种族群体中的贫民），不贯彻将刑罚限于罪犯的原则也是一种恶上加恶的特殊的邪恶。而对这一原则的认可则展示了对公正的某种残存的尊重，这种公正是在不合道德的法的实施过程中表现出来的。

三

正当理由、免责与减轻处罚

然而，有关分配的限制原则在道德上存亡攸关的问题，不可能通过上列因假指控或替代刑而违背该原则的孤立的例子解释清

^① 《阿长迪斯皇帝法》（公元397年）。