

刑法之重

XINGFA ZHIZHONG

岳忠 / 著



中国政法大学出版社

刑法之重

XINGFA ZHIZHONG

张明楷 / 著



四川大学出版社

责任编辑:蒋姗姗
责任校对:许 奕
封面设计:墨创文化
责任印制:王 炜

图书在版编目(CIP)数据

刑法之重 / 岳臣忠著. —成都: 四川大学出版社,
2015. 11

ISBN 978-7-5614-9104-1

I. ①刑… II. ①岳… III. ①刑法—研究
IV. ①D914. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 265920 号

书名 刑法之重

主 编	岳臣忠
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-9104-1
印 刷	四川胜翔数码印务设计有限公司
成品尺寸	170 mm×230 mm
印 张	15.5
字 数	301 千字
版 次	2017 年 5 月第 1 版
印 次	2017 年 5 月第 1 次印刷
定 价	48.00 元



版权所有◆侵权必究

- ◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。
电话:(028)85408408/(028)85401670/
(028)85408023 邮政编码:610065
- ◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。
- ◆网址:<http://www.scupress.net>

序

刑法学者岳臣忠副教授邀我为其个人专著《刑法之重》作序，盛情难却，谈点阅读体会，既是同作者交流，也是向读者推介。

感受最突出的是，本书的主体内容侧重于刑法理性的反思和检讨，耐人玩味。这一点，从书名和重要目录安排可以体会到：刑法的本我、刑法的视域、刑法的修为、刑法的社会环境、刑法的困惑、刑法的走向等。应当说，这些刑法理性的反思和检讨基本上是刑法哲学和刑法政治学层面的宏大叙事式的理论叙说，难以驾驭把握，但能强烈吸引学人眼球，引起读者浓厚的阅读兴趣。我满怀热情地阅读完毕这些章节，感受到作者思绪飞扬，大谈刑法的前世今生和未来命运，许多论述充满哲理和个性。有些论述我不太理解，理解后不太赞成；有的观点我不太明白，明白后又添迷惑。但是我发现，尽管我可以说不太理解、不太赞成、不太明白作者的某些学术见解，但我无法否认作者的反思和检讨是严肃的、深刻的、有道理的、有启发的，可以说某些令我迷惑不解的刑法问题恰如作者所谓刑法之重，本来就是深奥无比、难解难分。这一点也如作者在本书中强调，刑法学自诞生时起就是在对刑法的认识和反思中逐步发展起来的，几百年过去了，人类对刑法内在规律、价值功能等的理性认识，对刑法实践运作的不断校正，永远值得刑法学者密切关注，关注后、思考了，就有新的收获。

本书明确强调了刑法谦抑性并试图以此作为本书的另一条叙述主线。刑法像是一匹烈马，需要时时拉紧缰绳，刑法谦抑性就好比拴住刑法烈马的缰绳，这是一个老而不朽的刑法理性问题。作者在本书中展示的思考 and 给出的答案，较多地贯穿和宣扬了刑法谦抑理念。刑法作为一种“以恶制恶”的治理手段，需要人们以高度的理性去驾驭，否则刑法的不当运行会对人类自身带来不应有的伤害，因此，刑法的完善如人的品性一样需要不断锤炼，而所有这些均依赖于人们关于刑法的理性认识。刑法的立法、司法、守法、救济等各个方面都依赖于刑法理念，尤其是刑法作为工具的惯性思维由来已久，容易引发社会对刑法的过度期盼和过度依赖，从而刑法谦抑性时不时地、不经意地容易被人束之高阁，本书对此充分表达了应有的担忧。由刑法本我的认识开始，从不同视角审视刑法的本来面貌，到刑法及其环境的观察视域、刑法在当代的实践困境，

再到对刑法的完善，秉持刑法谦抑性而针对这些刑法问题所进行的反思和检讨弥足珍贵。本书秉持刑法谦抑性立场检讨了前述宏观的刑法理论问题，还对犯罪论体系等具体刑法理论问题展开了学术批评和理论建构，同时还具体探讨了死刑限制和群体性事件中的刑法适用等刑法实践问题，这也体现了理论联系实际解决处理刑法具体问题的学术风格，值得肯定。

毋庸讳言，尽管本书章节目录安排上显示出较为体系化的形式之美，但是在具体论述上还是略显内在逻辑联系不紧、论证内容不周等缺憾，尤其在写作技术处理上还存在一些不足。比如，死刑问题本应放置于一章中加以集中研讨，但是本书却分设第六章和第七章分开讨论，这种结构安排难说符合体系性要求，也略显名不副实。又如，有的术语、语词或者短句的选用也可能需要斟酌，如第七章第四节之“死刑酌定从轻情节”的表述就不太恰当。再如，本书最后一章研讨“刑法去刑化”问题，尽管有较多学者赞成或者至少不反对对部分犯罪的非犯罪化、非刑罚化、非监禁化，但是应当说鲜有学者支持那种在可预见的将来将全部犯罪予以彻底的“去刑化”的学术见解，而作者对此论题大胆言说，尽管其理论勇气可嘉，但是其理论说服力不强。

当然，尽管本书存在某些疑问或者不足，但是瑕不掩瑜，本书总体上是一本富有理论含量和学术创新性的刑法学专著，值得刑法学人和社会科学爱好者认真阅读。

是为序。

魏 东

2015年5月23日

于四川大学法学院

前 言

笔者在刑法的学习和教学过程中，接触到中外学者在不同时期的著作，这些著作从不同的视角、在不同的理论体系的语境之下，对刑法的理论和实践进行了很多阐述。由于刑法规范本身的特性，各国刑法规范主要内容的差异并不大。因此，刑法学的体系是稳定和成熟的。刑法学的研究已经走向精巧化，这种精巧化以德日刑法的研究为代表，近年来也对中国刑法的学习和研究产生了巨大的影响，并和传统的刑法学理论产生了碰撞。刑法的理论必须要能用于指导刑法规范的适用，要能有助于解决现实社会中出现的各种复杂的犯罪行为在刑法规范中的对应关系，因此对刑法的解释就成为刑法学的重要使命。但刑法理论并不应仅限于此，关于刑法的哲学考察、关于刑事政策的考察、关于刑法社会学的考察，以及刑法与一些社会边缘现象的关系问题等，这些都有助于将刑法置于一个充满联系的人类社会的图景中去观察和认识，另外还需要近距离地探索和回答关于刑法本身的问题。当然，关于这些问题，不同的研究者可能会有不同的感受、理解和诠释。随着社会的发展，刑事政策的变化、入罪标准的变化、刑法的社会环境的改变，人们关于刑法的感受和理解也在不断地发生变化，刑法理论的创新和完善是刑法研究者的使命。

当今时代的学者更愿意借助“法律与社会”的研究，拓展或校正法律研究中常见的技术偏颇与过度规范化的取向。^①刑法的生长有其相应的社会条件，也有孕育其不断茁壮成长的社会土壤。刑法属于一种社会现象，这种社会现象不是孤立存在的，它和其他社会现象之间存在着各种联系，因此，认识刑法、把握刑法甚至展望刑法，要把刑法置于社会这个宏大的背景之下来审视，而不是囿于刑法所展开的规范和技术，这样才能认识刑法的真实面貌。

多年来的学习和教学使我对刑法形成了一些自己的认识。我习惯以刑法的眼光来观察和认识问题，力求以刑法的思维来判断问题，追求社会形成刑法理性的秩序状态。然而，现实不只是刑法的世界，在这个缤纷和动态的世界里，人们受制于政治、经济因素，人们可能随心所欲地按照自己的判断，也可能根

①（日）牧野英一：《法律上的进化与进步》，朱广文译，中国政法大学出版社，2002年版，第1页。

本没有判断地表达自己的观点，社会的喧嚣和非理性似乎成为一种正常的状态。特别在中国经济飞速发展的背景下，人们的希冀也呈膨胀之势，对除经济之外的领域寄予了和经济增速相匹配的要求。这好比强迫小马拉大车，除了拉了沉重的车之外，还要在马身上驼上沉重的负担。我以为，刑法在当下的命运和小马相似，已经不堪其重。

这并不是一种刑法悲观主义的观点，刑法工具意识是我国历史的重要组成部分，今天我们还承载着这种惯性。由此，刑法中不受羁绊的要素得以伸展，司法公正的要求被提到治国方略上来。

对于一个学习刑法、研究刑法并在实践中与刑法有着交集的人来说，反复观察、思考这样一些本真的问题有着无穷的魅力，那就是刑法究竟是什么样的？人类在治理活动和生存行为中对刑法寄予了哪些期许？刑法当下的状况如何？刑法面对一些什么样的问题？刑法的未来是什么样的？或许这些问题没有一个固定的或者明确的答案，但对这些问题的探索包含着对当下刑法现状和命运的考察。

有一幅图景在我的脑海里挥之不去：刑法像一艘装满了货物的大船，似乎还有些超重，航行在波涛汹涌的大海之中，船在浪里时隐时现，这艘船航向哪里？这船上装载了多少人的希望，它能够航行自如吗？我隐隐地担忧。这似乎就是当下刑法的命运和写照：在和平时期，刑法作为一种秩序规制、正义裁判、伤害修复、犯罪预防、权利保护等的最有力、最权威、最有效率的工具，承载了当下人们的繁重的期望，刑法怎么来完成这个任务？刑法面临着怎样的挑战？刑法如何走出这个危局？带着对这些问题的思考，我试图梳理刑法面临的问题、挑战和机遇，以及刑法对一些问题的回答。这一过程工程浩大，由于自己知识储量和掌握的材料有限，对很多问题不能深入展开，有一种浅尝辄止的感觉，好在这是我学习刑法、思考刑法的心路历程，是对我研究刑法的整理和总结。其中一些观点在不同时期已经公开发表，本次收录时进行了相应的补充和完善，力求符合当下实际。

目 录

第一章 刑法的本我.....	1
第一节 面纱下的刑法.....	1
一、刑法的成本.....	1
二、刑法的色彩.....	4
三、刑法的功用.....	7
第二节 规范的刑法.....	9
一、刑法规范的形成.....	10
二、刑法规范与文化.....	11
三、刑法规范的功能.....	12
第三节 生活的刑法.....	15
一、刑法是人们日常生活的一部分.....	16
二、刑法应立足于基本的常识、常理和常情.....	18
三、按照生活逻辑构建刑法学体系.....	19
第四节 政治的刑法.....	21
一、政治对刑法的影响.....	21
二、刑法对政治的作用.....	23
三、政治和刑法的协调.....	25
第二章 刑法的视域.....	27
第一节 刑法之重.....	27
第二节 刑法的社会视域.....	33
一、国家.....	33
二、困难群体.....	35
三、刑事受害人.....	37
第三节 刑法的价值视域.....	38
一、现代刑法的安全价值.....	39

二、现代刑法的正义价值.....	41
三、安全价值与正义价值的关系.....	42
第三章 刑法的修为.....	44
第一节 刑法的正当性.....	44
一、刑法是国家范畴内的制度安排.....	44
二、刑法机能的功利选择.....	46
三、刑法伦理：刑法的感召力.....	47
第二节 刑法理性的脆弱.....	49
一、理性.....	49
二、法的理性.....	50
三、刑法理性.....	52
四、刑事政策与刑法理性.....	53
第三节 犯罪论体系的构造.....	56
一、犯罪论体系的组成单元是什么.....	58
二、体系内不同层级范畴的比较.....	59
三、体系内范畴的结构.....	61
四、犯罪论体系的作用机理.....	68
第四章 刑法的社会环境.....	71
第一节 刑法的边界.....	71
一、刑法的规范边界.....	72
二、刑罚处罚的边界.....	78
第二节 刑法民意.....	81
一、民意的特征.....	81
二、民意对刑法的影响.....	83
三、刑法关于民意的现实立场.....	84
第三节 刑事政策.....	88
一、刑事政策的内涵.....	88
二、刑事政策的分类与功能.....	89
三、刑事政策的现实立场.....	92

第四节 社会监督.....	95
一、公民个人监督.....	95
二、媒体监督.....	96
三、专业监督.....	98
四、案件当事人监督.....	99
第五章 刑法的困惑.....	101
第一节 正当防卫的根据.....	101
一、引论.....	101
二、我国正当防卫制度的设计.....	103
三、中外正当防卫制度设计的比较.....	105
四、正当防卫的边界.....	107
五、正当防卫的证明.....	112
第二节 不能犯的问题.....	113
一、关于不能犯的概念.....	114
二、关于不能犯的立场.....	115
三、关于不能犯的理论根基.....	117
四、关于倾向的不能犯的学说.....	118
第三节 刑法的新问题.....	121
一、刑法立法的挑战.....	122
二、刑法司法的挑战.....	123
三、刑罚执行的挑战.....	125
第六章 死刑的问题.....	127
第一节 死刑的理性.....	127
一、情感而非情绪化的死刑态度.....	129
二、谦抑宽简的死刑立法.....	130
三、审责一致的死刑适用.....	132
四、大众视野的死刑执行.....	134
第二节 死刑的人性.....	135
一、死刑与受害人的人性.....	136

二、死刑与加害人的人性.....	137
三、死刑与潜在犯罪人的人性.....	139
四、死刑与社会公众的人性.....	140
第三节 死刑的民意.....	141
一、死刑民意的含义.....	141
二、死刑民意的形成.....	142
三、死刑民意的表征.....	144
四、基于死刑民意的立场.....	147
第四节 死刑的效力.....	149
一、威慑的历史.....	149
二、报应与威慑.....	150
三、威慑的扩张.....	151
四、威慑的限度.....	152
五、死刑的效应.....	153
第五节 死刑的证明.....	155
一、刑事诉讼中的证明.....	155
二、死刑案件特殊的证明.....	157
三、死刑案件证明的补证.....	160
第六节 死刑的情节.....	161
一、量刑从轻情节在死刑案件中的地位.....	161
二、死刑案件中量刑从轻情节的范围和类型.....	163
三、死刑案件中量刑从轻情节的适用.....	168
四、死刑案件中量刑从轻情节的价值.....	172
第七章 群体性事件.....	175
第一节 刑法规制群体性事件的必要性.....	175
一、刑法对群体性事件的规制是刑法的本质要求.....	176
二、刑法对群体性事件的规制处置是群体性事件本身的需要.....	177
三、刑法对群体性事件的规制是法治统一的需要.....	178
四、刑法规制群体性事件的条件.....	180
第二节 刑法干预群体性事件的原则.....	182
一、罪刑法定、注重刑法效果.....	184

二、罪责自负, 严格区分刑事责任	186
三、以证据定罪, 事实唯一	189
四、充分考虑酌定情节, 轻重得当	190
第三节 风险刑法与群体性事件的规制	193
一、群体性事件是现代社会的风险类型	195
二、群体性事件的特殊性及其规制因应	197
三、建立注重积极预防群体性事件的刑事政策体系	199
四、风险刑法对群体性事件的规制限度	201
第四节 群体性事件的刑法学研究	203
一、群体性事件的概念和类型	204
二、群体性事件的特征和危害	207
三、群体性事件的刑事政策和处置原则	210
四、刑法对涉罪群体性事件的具体运用	212
五、刑法视域的群体性事件的研究趋势	214
第八章 刑法的走向	216
第一节 从政治刑法到公民刑法	216
一、政治刑法的表象和评析	217
二、市民刑法的目标	219
三、政治刑法和市民刑法的融合	220
第二节 刑法的轻刑化	222
一、刑罚报应的历史	223
二、刑法轻刑化的含义	224
三、刑法轻刑化的实现	225
第三节 刑之无刑	228
一、刑之无刑的含义	228
二、刑之无刑的条件	229
三、刑之无刑的步骤	232
四、刑法的替代规范	234

第一章 刑法的本我

弗洛伊德认为本我是人格的组成部分，是指原始的自己，包含生存所需的基本欲望、冲动和生命力。人的本我是人一切心理能量之源，但本我在人格完善过程中又是需要克制和抑制的，因为人格组成中不能只有本我，或者本我所占比重太大。刑法的本我是对刑法本质的客观判断，是对刑法罪刑关系的正确平衡，也是对刑法功能的恰当认定。刑法超我是人们对刑法效果的主观期盼，这既包括了人们基于刑法功能的理性诉求，也包括了人们基于社会管理效率及自身处境的情感需求。从刑法谦抑性的角度考虑，不应该对刑法表达超越刑法自身能力的社会期盼，否则将会破坏刑法的自我平衡，最终影响刑法的效果。为保证刑法自我和超我之间的协调平衡，正确运用刑法，发挥刑法的作用，应该准确把握刑法本我，认识真实的刑法。

第一节 面纱下的刑法

从社会管理的角度看，刑法是国家的一种治理手段和管理方式，刑法以强制力作为后盾，确保全体公民履行对刑法的遵从义务。作为国家的法律制度，刑法的制定、刑法的适用均有严格的程序，并由国家专门机关行使权力，以确保刑法的立法、司法和执行在严格的制度框架之内。这是现代刑法正当性的主要表现形式，也是刑法表现于外的品质特征。但如果仅局限在对刑法外部特征的把握上，显然还不够，国家的刑事政策、刑法理念、立法的精神等还必须深入到刑法的内部，挖掘和把握刑法的内在特性，对刑法做多角度的审视和判断，在此基础上才能形成对刑法的基本认识。本书认为，有必要从以下视角对刑法进行认识。

一、刑法的成本

从广义上讲，人类社会的生存方式和管理模式，是人们在社会发展过程中，进行选择、优化而采取的，其中在进行选择和优化决策时，效益、效率和成本等经济学的工具是国家决策的重要依据。因此，对刑法进行经济分析，当属对

刑法的基本认识。“刑法的经济分析是指利用经济学的理论工具,来解释、分析犯罪、刑罚以及刑法制度等方面的问题,并从经济学的视角为刑事立法、司法、刑事政策的制定和操作提供建言。”^①在刑法的经济分析中,研究刑法的成本,对比刑法的投入和产出,对于把握刑法的度、平衡罪刑关系具有重要的指导意义。

第一,刑法的有形投入。在国家司法体系中,为了保证刑法的实施,国家需要进行相应的投入,刑法的正常运转需要占用相应的资源。这些投入首先体现在国家需要数量庞大的司法机关以及大量的工作人员上,其次为保障司法机关正常运转,还需要投入经费、设备、场地等。以我国为例,公安机关担负着和刑事犯罪做斗争的主要任务,保护公共财产,预防、制止和惩治违法犯罪活动是其主要职责。因此公安机关自然成为人数最多、装备最好的司法机关;各级检察机关也主要围绕着刑事案件审查起诉,对属于检察院职权范围内的案件展开自侦和起诉,以及履行法律监督职能;人民法院中通常都有规模很大的刑事法庭,据最高人民法院每年工作报告显示,刑事案件的数量和判决的犯罪分子均在100万左右;在刑罚执行阶段,监狱也占据大量的资源,防卫森严的监舍、数量庞大的监狱干警队伍,以及担任防卫任务的武装警察等,这些需要明显的人力和财力投入。^②除了大量的人力投入和经济投入之外,为协助刑事诉讼进行的各类辅助投入也不可小视。如为收集犯罪线索而建立的情报网络,动员的大量的人力和物力,为防范暴力恐怖活动,在车站、码头、机场、地铁等人员流动的場所实施安检工作等。在一些刑事案件的侦查中可能还需要动用武警部队,甚至还需要其他兵种部队的配合。公安机关、人民检察院、人民法院和监狱机关围绕刑事诉讼而展开的工作人员总数,已经超过了我国军队的总人数。

有学者开展了关于犯罪耗费的研究,其中司法资源的直接投入在犯罪耗费中所占的比重很高,总量也很大。关于犯罪的具体耗费,20世纪90年代初,《美国新闻与世界报道》周刊曾咨询了经济学家和刑事司法专家,对每年美国的犯罪耗费进行估算。结果发现,这数字高达每年6740亿美元,约占美国当年国内生产总值的8%,相当于在每个美国人身上,犯罪每年平均耗费掉2700美元。其中,刑事司法系统花费780亿美元;企业和私家安全防范方面开支640亿美元;由谋杀、强奸、凶杀、抢劫和纵火等暴力犯罪而引起的医疗费、工资和劳

① 刘仁文:《刑法学的新发展》,中国社会科学出版社,2014年版,第18页。

② 司法部部长吴爱英2012年4月25日向全国人大常委会报告监狱法实施和监狱工作情况时透露,全国共有监狱681所,在职监狱人民警察30万名(不含驻监武警),押犯164万人。<http://www.hinews.cn/news/system/2012/04/25/014329486.shtml>。

动力的损失费及精神损失费达 2020 亿元。^①对比来看,我国也在防范犯罪、追诉犯罪方面耗费了巨大的成本,这还只是有形的资源。

当然,这是从宏观规模投入上来判断。从微观来判断,可能还存在投入不均衡,部分地区和单位还存在投入不足的问题。如果投入不足,必要的资源付出没有保证,那么也可能直接影响产品的质量,导致刑法的作用不能正常发挥,这也是需要重视的问题。但本书是从宏观角度考察成本问题,并不意味着微观成本的标准都已经达到。

第二,刑法的无形投入。除了刑法投入的有形资源,刑法还要耗费无形的资源。刑法是一把双刃剑,能够维护社会秩序,保卫国家、社会和公民个人的人身和财产安全,修复被犯罪破坏的社会关系,但刑法是以强制力作为后盾的,刑法实施是以惩罚为主要表现形式的,因此刑法自然会伴随着副作用,这些副作用应归入刑法的成本之中。在刑事诉讼活动中将罪犯剥夺生命或限制自由,可能会让罪犯家庭其他成员的生活陷入困难当中。目前,我国刑法实施的救济制度还没有充分建立起来,社会救助制度还需要进一步完善。在社会救助中,更多地把救助需要提供给犯罪受害人及其家庭成员,这从刑法担负着修复被犯罪所破坏的社会关系的功能看是正确的。有一些实证表明,关涉基本生存的经济环境以及人们改变经济状况的可能性往往是犯罪衍生的重要因素,刑事处罚以能预防犯罪为目的,必须要避免因刑事处罚衍生新的犯罪。

从犯罪行为本身来讲,对其施加刑罚,无论是自由刑还是生命刑实际上是将其从原有的社会正常组织中剥离,切断其原有社会联系,剥夺原有的生活机会,即使是其他的附加刑,也为犯罪行为打上标记,这可能直接或间接造成了这类人员在社会正常组织中功能的丧失,给社会的正常运转带来损害。因此,一个正常的人堕落为犯罪人,本身也是社会的损失。

动用刑法是需要成本的,凡是需要成本的东西,我们就要考察效益。作为一种商品经济的价值范畴,成本具有以下特征:是生产和销售一定种类与数量的产品以耗费资源用货币计量的经济价值;是为取得物质资源所需付出的经济价值;是为达到一定目的而付出或应付出资源的价值牺牲;是为达到一种目的而放弃另一种目的所牺牲的经济价值。^②因此,在商品生产中,人们总是在保证商品质量的前提下,尽量降低生产商品的成本,尽可能少地占用和牺牲生产商品的资源,只有如此,商品生产才有价值。用成本的原理来考量刑法,需要考察为保证刑法的施行,国家、社会以及公民需要怎样规模的经济投入?需要

① 于志刚:《论犯罪的价值》,北京大学出版社,2007年版,第71页。

② 参见百度百科:“成本”词条。

占用社会哪些资源？可能需要牺牲哪些社会利益？这可以看作是刑法的投入。在此基础上，我们还需要考察通过刑法的施行国家、社会以及公民获得的利益，这通常表现为刑法的功能和作用。这可以看作是刑法的产出。对比刑法的投入和产出，可以在刑事政策制定、刑事立法和刑法施行过程中尽可能地符合刑法经济、节俭和谦抑的原则，以控制刑法投入，最大限度地增大刑法的产出。

二、刑法的色彩

刑法发生作用，能够完成所设定的目标，主要是源自两个考虑。一是基于对犯罪行为进行报应的需要。从犯罪人的角度考虑，犯罪一定是获利的行为，因为人是趋利避害的，冒着破坏刑法秩序的危险而实施的侵犯社会和他人的犯罪行为一定使犯罪人本人从中获利，当然获利的内容可能是物质性的利益，也可能是非物质性的利益，甚至是满足自己某种特殊情感的需求。刑法不能让犯罪人从犯罪行为中最终获取利益，他已经获得的利益，应该通过刑法施加的惩罚抵消其获利的快感，亚里士多德认为：“杀人者、打人者与被杀者、被殴打者之间的利益分际不均，刑罚的目的在于剥夺杀人者与打人者之所得而补被杀者与被殴打者之所失，从而使利益的分际不均变成分际均等。”^①这实际上是基于报应，由此，人们在论证刑罚的根据时，首先大行其道的是报应论：“报应论虽然形态各异，理念有别，但是，万变不离其宗，报应论之所以成为报应论，就在于其主张刑罚是对犯罪的一种回报，犯罪是刑罚的先因，刑罚是犯罪的后果，刑与罪之间是一种前因与后果的引起与被引起的因果关系。”^②报应论打造出来的刑法成为正义和公平的化身，但绝对的公平正义必须依赖于绝对公平正义的刑法规范，否则，就会出现双重标准的正义和公平。报应论必须要以限制功利论为条件，否则，刑罚就不再是报应刑了，但报应论所追求的正义一定会以某种程度的牺牲社会秩序为代价，因此报应论打造的报应刑存在着自身无法克服的矛盾。

以维护社会秩序为目的的功利刑论也就应运而生。刑法基于对人性具有趋利避害的本性的认识，对人所施加的刑罚痛苦会让人形成记忆，对其他人形成榜样，从而达到刑法的特殊预防和一般预防的效果。在国家威权的时代，在社会矛盾凸显的年代，功利刑论具有更大的市场，人们似乎让刑法走出了只为受

①（古希腊）亚里士多德：《尼各马科伦理学》，中国社会科学出版社，1990年版，第101页。

② 邱兴隆：《关于惩罚的哲学—刑罚根据论》，法律出版社，2000年版，第39页。

害人出头的狭隘的境地，转而和国家更紧密地结合起来，担当起了治国安邦的重任，刑法的地位似乎得到了升华。刑法规范是针对特定个人而设定的，刑事处罚也是围绕着全面证明对个体处罚的正当性和必要性而展开的。但刑法不满足于处理已然现实的犯罪行为，刑法的触须要延伸到未来的可能的潜在犯罪行为中，只有这样，刑法才具有更大的价值。刑法以怀疑的目光审视着社会中的每一个成员，基于一般预防为主而展开的刑法必定关注人的人身危险性，关注刑罚施加在个体之后会产生的威吓作用，因此，通过受刑之人的痛苦的感受与展示，向社会传达着刑法强烈的信号。

自有刑法诞生以来，刑罚的手段几乎穷尽了人类的想象空间，能够做到的折磨人的方法估计在世界各国的刑法中都出现过。首先是直接对身体的折磨和残害，中国古代的笞刑和杖刑就属此类，这类刑罚表面上只是对身体的摧残，但受刑的结果取决于判决的数量、行刑人的轻重和受刑人的体质，轻则感受皮肉之苦，重则残疾或丧命。其次，可能是针对自由的刑罚，限制人身自由或者流放属于这种刑罚。在经济落后、生产力不发达的年代，一些生存条件非常差的地方成为流放之地，我国古代发配塞外、漠河、岭南等地，许多人会死在发配途中。自由刑逐渐成为现代刑法的主要刑罚手段，虽然各国监狱逐渐注重改善监禁条件，使用科学文明的教育方法，保障人犯的基本权利，但绝对丧失人身自由，以及监狱特殊的群体氛围，使自由刑的痛苦性仍然十分明显。但是让人感受到的最大痛苦，还是剥夺人的生命的生命刑。生命刑的痛苦首先来源于执行的方式。自人类社会存在以来，死刑种类繁多，有据可考的死刑方式达300多种，在我国历史上的炮烙之刑、车裂、凌迟等都是非常残酷的死刑执行方式，即使在当代，一些中东国家还存在石刑这种残酷的死刑执行方式，让受刑人临死前受到极大的折磨和最大的痛苦。

我国每年受刑事处罚的刑事被告人超过100万，其中相当部分被判处了剥夺自由以上的刑罚，我国监狱管理机关常年羁押人犯近200万人^①，不包括大量拘留所、收容场所、矫正机构等被剥夺了自由的人。从总量上来看，被剥夺人身自由的数量还十分庞大。

我国是世界上保留死刑的国家之一，实际执行死刑的数量也是稳居世界前列。近两三百年来，基于人们对死刑功能的怀疑、对死刑憎恶面孔的认识、对死刑犯错后不能纠正等问题的认识，世界上掀起了废除死刑的浪潮，已经宣布

① 美国2007年是210万，每10万人中在押人员738人。