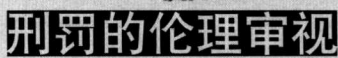


人民出版社
HUANG LI ZHU
黄立著



XINGFA DELUN LISHEN SHI 刑罚的伦理审视

.....



人民出版社

选题策划:陆丽云
责任编辑:王世勇
装帧设计:曹 春
版式设计:顾杰珍
责任校对:吕 勇

图书在版编目(CIP)数据

刑罚的伦理审视/黄立 著. —北京:人民出版社,2006.4
ISBN 7-01-005334-0

I. 刑… II. 黄… III. 刑罚-研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 157479 号

刑罚的伦理审视

XINGFA DE LUNLI SHENSHI

黄 立 著

人民出版社 出版发行
(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新华印刷厂印刷 新华书店经销

2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:7.625

字数:165 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 7-01-005334-0 定价:18.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号
人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

目 录

绪论: 刑罚的理想和理想的刑罚	(1)
——伦理视角下的刑罚	
第一节 法律和道德的关系	(4)
一、法律和道德的同一性	(5)
二、法律和道德的矛盾性	(9)
第二节 刑罚的伦理意蕴	(13)
一、刑罚的伦理根据	(13)
二、刑罚的伦理价值	(17)
第一章 刑罚正义论	(23)
第一节 神意报应论的伦理分析	(24)
一、替天行罚论的伦理分析	(24)
二、赎罪论的伦理分析	(27)
第二节 康德的道义报应论分析	(29)
一、康德对法伦理的理解	(29)
二、康德对犯罪的理解	(34)
三、康德的道义报应论思想	(35)
四、对康德道义报应论的简单评价	(38)
第三节 黑格尔的法律报应论分析	(40)
一、黑格尔对法伦理的理解	(40)

二、黑格尔对犯罪的理解	(43)
三、黑格尔的法律报应论思想	(46)
四、对黑格尔法律报应论的简单评价	(51)
第四节 刑罚正义论之我见	(54)
一、对报应论的伦理评价	(54)
二、正义理论的伦理分析	(59)
三、正义在刑罚中的体现	(70)
第二章 刑罚功利论	(74)
第一节 一般预防论的伦理分析	(74)
一、重刑威吓论的伦理分析	(75)
二、古典功利论的伦理分析	(80)
三、多元遏制论的伦理分析	(89)
第二节 个别预防论的伦理分析	(94)
一、矫正论的伦理分析	(95)
二、剥夺犯罪能力论的伦理分析	(100)
三、个别预防综合论的伦理分析	(102)
第三节 刑罚功利论之我见	(104)
一、对一般预防论的伦理评价	(105)
二、对个别预防论的伦理评价	(114)
三、对一体论的伦理评价	(125)
第三章 刑罚公平论	(127)
第一节 报应论的刑罚公平思想的伦理分析	(128)
一、康德的等量报应思想	(128)
二、黑格尔的等价报应思想	(129)
三、黑格尔的刑罚尺度观	(132)
第二节 功利论的刑罚公平思想的伦理分析	(133)

一、边沁的刑罚公平原则	(133)
二、贝卡利亚的刑罚与犯罪相适应思想	(136)
第三节 刑罚公平论之我见	(138)
一、刑罚公平论的发展阶段及其伦理价值	(138)
二、刑罚公平的伦理要求	(143)
第四章 死刑的伦理批判(上)	(148)
第一节 死刑的基本分析	(149)
一、死刑的起源和发展	(149)
二、死刑的历史作用	(154)
三、死刑的本质	(156)
第二节 关于死刑的基本思想	(159)
一、康德的死刑观	(160)
二、黑格尔的死刑观	(162)
三、贝卡利亚的死刑观	(164)
四、边沁的死刑观	(165)
五、毛泽东的死刑观	(167)
第五章 死刑的伦理批判(下)	(174)
第一节 死刑正义论	(177)
一、死刑正义与社会契约	(177)
二、死刑正义与刑罚本质	(179)
三、死刑正义与人道精神	(180)
四、死刑正义与伦理规范	(180)
五、死刑正义与人权立场	(181)
六、死刑正义与被害感情	(182)
七、死刑正义论之我见	(183)
第二节 死刑功利论	(186)

一、死刑的功利性与威慑功能	(186)
二、死刑的功利性与一般预防效果	(186)
三、死刑的功利性与个别预防功能	(187)
四、死刑的功利性与价值取向	(188)
五、死刑的功利性与维护秩序	(189)
六、死刑的功利性与刑罚经济	(190)
七、死刑功利性之我见	(191)
第三节 死刑公平论	(192)
一、刑罚公正中的死刑公平	(192)
二、司法误判中的死刑公平	(193)
三、民意民愤中的死刑公平	(194)
四、历史进化中的死刑公平	(195)
五、国际趋势中的死刑公平	(195)
六、死刑公平论之我见	(196)
第四节 死刑限制论	(199)
一、目前世界与中国的死刑现状	(200)
二、中国废除死刑的应然性分析	(203)
三、废除死刑的基本条件	(210)
四、中国废除死刑的实然性分析	(212)
五、中国在一定时期保留死刑的必要性	(214)
六、应当严格限制死刑	(219)
参考文献	(230)

绪论：刑罚的理想和理想的刑罚

——伦理视角下的刑罚

从1978年开始的改革开放到现在已经轰轰烈烈地进行了27年。在这具有伟大历史意义的27年中，中国社会得到了长足的发展。社会生产力的极大提高、人民生活水平的明显改善、综合国力的迅速增强，这些成就均为全世界所瞩目和惊叹。然而，同样在这个历史时期中，中国的犯罪率也有了很大幅度的上升。从犯罪数字上看，1978年全国公安机关刑事案件的立案总数为53.6万起；1996年立案总数为160.1万起；2002年的立案总数为433.7万起。^①上述数据中既不包括大量因为各种原因而没有报案和立案的犯罪黑数，也不包括属于《治安管理处罚条例》打击范围内的数量更大的违法行为；从打击力度上看，从1983年开始的第一次“严打”到2000年开始的“打黑除恶”，虽然每隔几年就要开展一场声势浩大的打击犯罪的运动，但大案、要案仍然层出不穷。如此巨大的增长数量，如此迅速的增长速度，如此多样的犯罪形式，用“犯罪浪潮”来形容这个时期中国的犯罪状况，应该是一点也不过分的。

当然，犯罪率上升的原因多种多样，犯罪的社会因素、经济

^① 资料来源：中华人民共和国公安部办公厅统计处。

因素、文化因素和犯罪人的生理因素、心理因素等各种因素综合在一起,共同构成了犯罪率居高难下的现实状况。而且应当实事求是地承认,在打击和预防犯罪方面,全社会已经做了大量的工作。在思想上,社会观念已经由原来的以打为主转变到了打防并重、打防结合;在制度上,我国的法制建设也由1978年的初创阶段发展到了今天的法律体系基本完备、科学的水平;在行动上,打击犯罪的主体也由以前的公检法一肩挑扩展为全社会的分工合作、综合治理。但是,面对严酷的社会治安现实,作为一个以法律和道德为工具对社会问题进行研究的学者,我仍然不能不扪心自问:我们工作是否能做得更好?

笔者认为,虽然我们可以从很多方面反思我国近年来的刑事政策,但其中的核心问题是:我们对犯罪的打击并没有打在根本上,因为我们运用来打击犯罪的工具(刑罚),缺乏足够的伦理依据,经不起道德的严厉追问,因此,这些打击没有起到我们所预期的效果。我们往往注重于建立在国家专政基础上的高压的、刚性的打击,而忽视了这种打击本身也是应该符合社会正义和道德价值的,是应该让被打击者心服口服的。事实上,无数的案例已经证明并将继续证明,只有让人们从内心深处认识到自己行为的错误,才能从根本上杜绝错误的再次发生。正所谓“防山中贼易,防心中贼难”。因为如果心中无贼(念),山中也就不会有贼了。而要杜绝心中的贼(念),仅仅靠高压的打击和惩罚是远远不够的。道德在其中的作用远比打击和惩罚重要得多。甚至这种打击和惩罚本身也必须合乎社会所推崇的道德规范和道德价值,必须经得起社会舆论的追问。

一般认为,刑罚的目的是指国家制定刑罚以及对犯罪分子适用、执行刑罚所希望达到的结果。它集中体现了国家制定刑

罚、适用刑罚、执行刑罚的方针、政策和指导思想,决定着刑罚的种类和体系的确定,是整个刑罚制度赖以建立的出发点和最终归宿。如何理解刑罚的目的,在理论界存在着不同的观点。惩罚说认为,刑罚既然是阶级专政的工具,是国家的一种强制方法,惩罚就是刑罚的本质属性,适用刑罚的目的就是使犯罪分子的自由和权利遭受到一定的限制和剥夺,使他们受到损失和经受痛苦,从而制止犯罪的发生;改造说认为,对犯罪分子适用刑罚的目的不是报复或者惩罚犯罪分子,而是通过刑罚的惩罚作用,将犯罪分子改造成为守法的公民;预防说认为,刑罚固然具有惩罚的属性,但是,我国刑罚的目的是预防犯罪,这主要表现为两个方面:一是特殊预防,即对犯罪分子适用刑罚,以防止其再次犯罪;二是一般预防,即通过惩罚犯罪,教育和警戒社会上可能犯罪的人,使他们不致走上犯罪道路;双重目的说认为,刑罚既有惩罚犯罪分子的目的,又有教育改造犯罪分子的目的,片面强调任何一个方面,都是不全面的;目的说认为,刑罚的目的包括惩罚与教育改造犯罪分子,预防他们重新犯罪;教育和警戒社会上的不稳定分子和可能走上犯罪道路的犯罪分子,使其不致走上犯罪道路;教育广大群众增强法制观念,积极和犯罪行为作斗争;预防和消灭说认为,适用刑罚的目的就是要把绝大多数犯罪分子教育改造成新人,防止没有犯罪的人实施犯罪,从而达到预防犯罪、最终消灭犯罪,以保护国家和人民利益的目的;根本目的和直接目的说认为,刑罚的根本目的是“预防犯罪,保护社会”;直接目的是:惩罚犯罪,伸张社会正义;威慑犯罪分子和社会上的不稳定分子,抑制犯罪意念;改造犯罪分子,使其自觉遵守社会主义法律秩序。

虽然上述观点分别从不同角度、不同层次上揭示了刑罚目

的内容,但各种观点的共同之处都是着眼于如何预防和消灭犯罪,因此,刑罚的最终目的或者说刑罚的理想是预防直至消灭犯罪,就是刑罚的题中应有之义了。

但是,为了实现刑罚的理想,首先必须确定什么是理想的刑罚。也就是说,为了更好地达到预防直至消灭犯罪的目的,我们需要什么样的刑罚?即刑罚应该具备什么样的伦理价值?本书拟从分析理想的刑罚应该具备的本质属性入手,从正义、功利和公平三个维度展开对刑罚伦理价值的全面认识,并以死刑这一最具有代表性的刑罚形式为实证研究对象,具体分析正义、功利和公平在刑罚中的地位和作用。

第一节 法律和道德的关系

在进一步讨论什么是理想的刑罚之前,我们有必要对法律和道德的关系进行简要的分析。

长期以来,法律和道德的关系一直是一个众说纷纭的问题。在很多人的思想中,存在着这样一种似乎是无需论证、不言自明的观点:法律(包括刑法)与道德是一致的,两者的内在标准和价值取向也是一致的,所不同的仅仅只是两者的表现形式和赖以维系的手段。并理所当然地得出以下结论:刑法所禁止的,肯定是道德所谴责的;道德所肯定的,必定是刑法所不禁的。与此相反,也有不少思想家认为,虽然法律和道德同为社会所必需的规范,但两者的差别是如此之大,不仅时常相互矛盾,有时甚至是南辕北辙。尤其是与法律的公开、明确、可操作相比较,道德的模糊、多元和经常出现的缺位,显得

十分突出。所以,把法律和道德放到一起讨论,本身就是一个不必要的错误。

笔者认为,上述观点虽然各持一辞,其实各有偏颇。或者忽视了法律和道德的内在本质的差异,模糊了两者在现实生活中实际存在着的外在矛盾;或者忽视了法律和道德作为社会所赖以维系的规范都植根于社会的生产方式,都与社会的传统价值和现实期盼密不可分理论前提。事实上,法律和道德之间既存在着相互一致、统一、转化和贯通的一面,又存在着相互排斥、对立和斗争的一面。

一、法律和道德的同一性

唯物辩证法认为,矛盾是事物发展的根本动力。道德与法律作为社会矛盾系统中的一对矛盾,既存在着相互一致、统一、转化和贯通的一面,又存在着相互排斥、对立和斗争的一面。正是道德和法律的这种辩证统一性,为两者自身的发展提供了内在的动力,在促进道德和法律的现代化的同时,也推动着人类社会的进步与发展。

从道德和法律的起源上看,二者在发生学意义上具有同源性。道德与法律同出一源,其母体是远古社会混沌未分的习惯礼仪。最初的法律不过是奴隶主阶级为了巩固和维护自身统治的需要,把在原始社会长期形成的一些有助于自身利益的习惯礼仪,通过法律条文的形式加以制度化,这种法律实质上是对原始道德经验的总结而已。对此,恩格斯指出:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要:把每天重复的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成

了法律。”^①可见,法律在很大程度上是习惯的一种派生物,从哲学的意义上说,它是对人类理性所理解的道德准则的一种表达。不仅如此,人类在国家产生后的相当长的一段时间内,虽然有了法律,但法律和道德并没有真正分化独立。在中国漫长的封建社会中,政治的典型形态一直是德法一体的伦理政治,“德”与“法”实际上是合一的。这说明二者不仅在规范起源的意义上是统一的,而且在内在精神上也存在同源性。这种同源性决定着二者与生俱来就是相互支持、共同进步的。

从道德和法律的本质上,两者更是相互支持、相得益彰。首先,二者同属于上层建筑的范畴,都是对一定经济、社会生活的反映。马克思主义认为,法律作为以国家意志的形式表现出来的统治阶级的意志,实际上是社会主导道德的一种“转型”,二者的基本目的和基本价值观具有同质性。只是在阶级社会中,法律具有唯一性,而道德却具有多样性。和法律相一致的是占统治地位的道德,即统治阶级的道德。出于阶级统治的需要,统治阶级必然会把那些有利于自己统治并为社会全体成员遵守的道德规范上升为法律,以巩固和维护本阶级的利益。这种法律来源于社会主导道德的历史事实,在中西历史上都得到了证明,这也是历史唯物主义关于经济基础和上层建筑矛盾运动理论的基本观点。马克思指出:“支配着物质生产资料的阶级,同时也支配着精神生产的资料,……占统治地位的思想不过是占统治地位的物质关系在观念上的表现,不过是表现为思想的占统治地位的物质关系;因而,这就是那些使某一个阶级成为统治

^① 马克思恩格斯:《马克思恩格斯全集》,第18卷,北京:人民出版社1964年版,第309页。

阶级的各种关系的表现,因而这也是这个阶级的统治的思想。”^①可见,道德和法律虽然是两种不同的社会规范体系,但在体现和维护占统治地位的经济、利益关系方面,具有天然的一致性和共同的使命。

其次,从法律的制定和实施层面来看,法律和道德也是相互支持,共同促进社会的进步与发展的。一方面,在立法活动中,任何立法者所表达的法律主张并非都是来自自身的主观臆想,相反的,都要体现统治阶级对社会生活的应有模式的反映和对现有模式的反思,这两者都要求立法者要通过立法实践来体现统治者的价值追求,而道德则是这一体系的核心。同时,立法又要努力追求形式上的公正和公平,在形式上满足全体社会成员对社会公正、公平等基本道德价值观的渴望和要求,这说明立法活动和法律条文本身都内涵着重要的价值诉求。立法活动中的某些价值导向,往往是不以立法者的意志为转移的。对此,马克思曾深刻地指出:“立法者应当把自己看成一个自然科学家,他不是在创造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律,他把精神关系的内在规律,表现在有意识的现行法律之中。”^②这说明立法活动只有在很好地把握了道德与法律的相互贯通性的基础上,才能真正制定出既有利于体现统治阶级的意志,又能为全社会认可的“公正”的法律条文。正是这种法律道德性的蕴涵,既使得人们有可能产生自觉的认同感,又引导人们以道德的尺度去审视法律,对立法活动进行正确的导向。另一方面,法律与

① 马克思恩格斯:《马克思恩格斯全集》,第3卷,北京:人民出版社1960年版,第52页。

② 马克思恩格斯:《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京:人民出版社1956年版,第132页。

道德的一致性还要通过司法公正才能有很好的体现。公正的司法的一个基本要求是法律面前人人平等,实现法律的正义与公正,这也是道德的基本要求。司法不公一定是对公平与正义这一普遍的道德要求的践踏,它必然导致腐败的盛行和人们对法律权威性和至高性的怀疑,导致大量违法现象和社会道德的沦丧,从而使社会陷入混乱和动荡不安。

最后,法律与道德的相互支持还体现在二者在基本精神一致的基础上的相互贯通、相互渗透和相互作用。这是中西方对法律与道德一致性的共同认识。在中国文化传统中,一直认为法律与道德是互为一体的阴阳两面,二者的相辅相成是维护社会的根基。“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,犹昏晓阳秋相经而成者也。”^①这一理论基础影响了传统的中国的立法与司法。特别是随着带有浓厚伦理色彩的儒家哲学成为统治阶级的指导思想,进一步加速了法律的伦理化进程,以至在传统中国,政治、哲学与法律无不有着强烈的伦理化倾向。“德主刑辅”成为维护中国封建社会几千年稳定发展的基本统治模式。

在西方文化传统中,法律与道德也一直被认为是一致的,法律的基本精神是正义,它包含两层含义:一是公正,二是善。法律的精神和要义是“公正”与“善”的结合,这清楚地表明,道德是法律的存在依据和评价标准。这一思想在古希腊哲学中早有明证,柏拉图认为,“法律是维护正义的手段,正义就是以善待友,以恶对敌。”^②法律的目的,就是为了把不正义之人改造为正

① 司马迁:《史记·秦始皇本纪》。

② 张乃根:《西方法哲学史纲》,北京:中国政法大学出版社1993年版,第10页。

义之人。亚里士多德认为,“法律的实际意义应该是促进城邦人民能进行正义与善德的永久制度。”^①到了近代,西方法学思想虽获得了巨大发展,但在具有代表性和巨大影响力的自然法学派那里,坚持法律应以道德为基础的核心思想不但没有改变,反而是一以贯之,甚至不断得到强化和发展。即使在法治得到充分发展的当代西方社会中,道德仍起着不可替代的作用。富勒在阐述这一问题时,认为法律不仅是工具规范,而且是价值规范,是价值判断的尺度,是衡量正义与否的标准,是“外在道德”和“内在道德”的统一。“外在道德”是指法律必须符合社会的道德追求和理想。“内在道德”就是法律本身的道德。它既和法律的道德内容不同,也和制度中的立法者的个体道德不同。作为制度道德是法律概念的逻辑所内含的,并成为评价法律和官员行为的善恶标准。英国哲学家格林甚至认为国家权力在实践中表现为法律权威,它之所以有效,是因为它背后有一个道德目的;个人之所以服从国家的法律,是因为他感到这是自己作为一个道德自我而具有的不可推卸的义务,个人服从国家的义务当然就是一种道德责任。

二、法律和道德的矛盾性

道德与法律的相互支持不仅要依赖二者的统一性,而且要依赖二者的斗争性,即依赖二者的分立、差异、排斥与对立性。这是二者相互补充、相互配合,共同进步的内在要求。虽然法律与道德具有同源性,但与法律相比,道德仍有“先在性”。在原

^① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,北京:商务印书馆1965年版,第138页。

始社会,由于生产、交往和生活方式的狭隘性和及其落后性,风俗、习惯和道德一直是调整以血缘关系作为惟一纽带的氏族内部各种关系的主要依据和力量。只是进入了阶级社会后,随着生产和交往方式的扩大,血缘关系向地缘关系的扩展,仅仅依靠道德已无法继续维持社会的稳定和奴隶主阶级的利益时,法律作为调整社会关系的普遍规范,才以国家强制力的面目出现,并由此走上了其独立发展的道路,实现了道德与法律的分立。这种分立与差异内在地蕴涵着二者的矛盾,使二者成为规范和协调社会的两种不同的基本方式,发挥着相互联系但又彼此不同的社会作用。只有二者相互补充、相互支持、协调发展,才能构成社会发展和进步的内在动力。法律以规范性的条文固定下来,并且由一定的专政机关和国家权力加以保证,由此就确定了一整套有利于统治阶级的经济、社会关系和道德上的权利和义务关系。它所直接关心的是人们行为的现实的规范性和合法性,对于行为者善或恶的心性本身却不予以直接关注。

与法律相比,道德首先关注的是人的存在价值,并由此出发来探究实施人的具体行为的一系列规范性要求。也就是说,有善恶价值判断的地方就有道德的存在,因此道德所普遍适用的历史时代和现实范围,均要比法律要悠久得多,广泛得多。从历史发展来看,马克思主义认为:在法律产生以前,道德一直是人们社会关系的基本调节方式;在未来的时代,当法律随着国家消亡而消亡以后,道德将依然是人们社会关系中持续起作用的因素。就现实而言,凡是涉及到个人之间、个人与社会、国家、集体之间关系的行为都可以进行道德评价和协调,甚至对一种法律本身的价值取向,道德也可以从自己的角度做出善恶裁定。这也决定了二者的本质、表现形式、实现方式、作用范围和调整对