

刑法公正论

陈兴良*

公正性,是刑法的首要价值。刑法涉及到公民的生命予夺,因而公正性更是它的生命,更值得我们重视。本文立足于价值哲学的公正观,对刑法的公正性进行法理探讨。

公正,又称为正义,源出于拉丁语 Justitia,系由 Jus 一词演绎而来。从词源学上说,它具有正当、公正、平等的含义。美国学者罗尔斯指出:正义是社会制度的首要价值,正如真理是思想体系的首要价值一样,一种理论,无论它多么精致和简洁,只要它不真实,就必须加以拒绝或修正;同样,某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造或废除。每个人都拥有一种基于正义的不可侵犯性,这种不可侵犯性即使以社会整体利益之名也不能逾越。因此,正义否认为了一些人分享更大利益而剥夺另一些人的自由是正当的,不承认许多人享受的较大利益能绰绰有余地补偿强加于少数人的牺牲。所以,在一个正义的社会里,平等的公民自由是确实的,由正义所保障的权利决不受制于政治的交易或社会利益的权衡。^[1]在此,罗尔斯充分强调了正义对于一个社会来说具有重要意义。无疑,刑法是社会规则中的重要组成部分,刑法的正义性对于客观社会正义具有重要意义。

一、刑法的正当性

正当是指某一事物的存在具有合理的根据。因而,刑法的正当性涉及对刑法存在根据合理性的考察。正当是正义的首要意蕴,它引导我们对社会制度、法律制度,包括刑法制度的存在根基进行理性的反思。正如美国学者博登海默指出:正是正义概念,把我们的注意力集中到了作为规范大厦组成部分的规则、原则和标准的公正性与合理性之上。正义所关注的是法律规范与制度安排的内容,它们对人类的影响,以及它们在人类幸福与文明建设中的价值。如果用最为广泛和最为一般的术语来谈论正义,人们就可能会说,正义所关注的是如何使一个群体的秩序或社会的制度适合于实现其基本目的和任务。如果我们并不是假装要提出一个全面的定义,那么我们就可能指出,满足了人的合理需要与要求,并与此同时促进生产进步和社会内聚性的程度——这是维持文明社会生活方式所必要的——就是正义的目标。^[2]以往的刑法理论,大多

* 中国人民大学教授。

[1] 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第1页以下。

[2] 参见[美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第238页。

囿于对刑法规范的阐释,而将刑法的正当性问题置于他们研究的范围之外,这显然是刑法理论之流于肤浅的重要原因之一。毫无疑问,刑法的正当性应该是刑法哲学考察的最根本也是最重要的问题之一。

刑法存在的合理性,是指刑罚的发动具有正当合理的根据。关于刑法存在的合理性的论证,主要存在报应与预防两种理论,下面我们分别加以考察。

(一) 报应与刑法的正当根据

英国学者哈特指出: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中有罪过的罪犯施加惩罚之苦。^[3]由此可见,报应对于论证刑法的正当性具有重要的意义。

根据报应论,刑法的正当性就在于对犯罪的一种回报。因此,按照报应论者的形象说法,罪犯对社会有一种“应偿付之债”,社会则因犯罪的恶行而向其“回索”。正是在这个意义上,杀人偿命与欠债还钱一样,被认为是公正之常理。按照英国著名法学家斯蒂芬的看法,刑法调整、制裁,并为报复欲望提供一种合法的满足;刑法支持报复欲望正如婚姻之于性欲的关系一样。^[4]因此,在报应论者看来,刑法作为报复的制度化,其合理性植根于人的道德情感,因而是不言而喻、无须证明的。中国古代的荀子则明确地说:这种报应观念不知所由来也。应当注意,这里不是不去追究报应观念的由来,而是仅仅不必追究而已。

美国学者戈尔丁把报应论分为两种:最大限度论与最低限度论。由康德所表述的古典形式的报应论,坚持的是一种最大限度论的观点。这种观点认为,不仅罪行本身应受到惩罚,而且社会还有着对那些有罪和有过失的人施加惩罚的责任。这意味着,个人在一定条件下违反了法律,这种条件决定了他的违法行为或过失是应受谴责的——即他不具有正当性或免除惩罚的理由,这样,一个人就是应受到刑罚制裁的,而且社会有责任惩罚他,不应让一个罪犯逍遥法外。因此,最大限度论者坚持说,罪犯应当受到惩罚,不管犯罪是否因此而减少——哪怕推测说犯罪会由此而增加也罢!当代报应论则坚持一种最低限度论的观点。这种观点仅仅坚持说,除非一个人有某种罪行和过失,否则就不应受到惩罚。应受处罚的罪行是刑罚在道德上的一个必要条件,一个人只有当他应受惩罚时才应受到惩罚。然而,某人应受惩罚的事实并不必意味着他必得受惩罚。最低限度论者允许一个法官在特定的条件下部分或完全地使一个罪犯免受惩罚,例如当这样做不会被作为恢复名誉或被用作(特定的或一般的)威慑时,方可行之。^[5]这两种报应论也可以称为绝对主义与相对主义。最大限度论是绝对主义,而最低限度论则是相对主义。无论是最大限度论还是最低限度论,报应论的基本意蕴在于:犯罪为一种最严重的罪恶,刑罚即为针对此种罪恶的报应,也即是对于犯罪的反应(Reaktion auf das Verbrechen)。因此,报应可谓社会对于犯罪人为恶的反应,以刑罚来报应犯罪,用刑罚的痛苦来衡平犯罪的恶害。一方面可以实现正义的观念,另一方面则可以增强“伦理的力量”(Die sittlichen krafte),用以形成社会大众的“法意识”(Rechtssbewusstsein)以建立立法社会赖以存的法秩序。^[6]因此,报应论具有强烈的伦理性,由此论证刑法的正当性。

[3] 参见[英]哈特:《惩罚与责任》,王勇等译,华夏出版社1989年版,第9页。

[4] 参见[英]J·F·斯蒂芬:《英国刑法概观》,伦敦1890年第2版,第99页。

[5] 参见[美]戈尔丁:《法律哲学》,三联书店1987年版,第165页以下。

[6] 参见林山田:《刑罚学》,台湾三民书局1983年第2版,第48页。

报应思想(Der Vergeltungsgedanke)来源于原始社会的复仇或者曰报复的观念,但两者又有所不同。这种差别主要在于:复仇具有强烈的主观性,而报应具有一定的客观性。正如戈尔丁指出:复仇是一种发泄,非要使残暴的感情得到满足不可;而报应性刑罚则有一种可以推定的客观上限。更为主要的是,虽然复仇和刑罚,两者都可能包含有对作恶者的敌意;但是复仇的目的在于个人的满足,刑罚则至少部分地,也许是全部地表现在道德义愤。当然,两者都可能用之不当。但是报应论者在这里坚持的是,刑罚只应施加于有应受惩罚之罪的人,否则对受到这种罪行伤害的人太不公正了。尽管对恶劣行为作出反应时显然需要谨慎从事,对它的谴责性反应也还是能够与一种公认的道德态度联系起来。^[7]正因为报应具有一定的客观性,因而它具有一定的节制性。因为报应兼指以恶报恶与以善报善。以恶害报以恶害是谓报应,以善果报以善行也为报应。因此,报应中的恶与恶,善与善务必成对等相称的关系。所以,报应是有节制的,而有一定的限度,但是报复则常是放纵而漫无节制的。因此之故,报复者与被报复者并不能因为报复行为而言归于好,建立彼此的和平关系,这也就是何以报复行为通常是连绵不断,而难有终了之时的主要原因。当然偶然也会有漫无节制的刑罚,如极权政治下的刑事司法。但是这种情形毕竟是例外的情况,不足为据。因此,报应是一个“价值中介”(Wertneutral)或“价值自由”(Wertfrei)的用语,不容与报复一语相混淆。^[8]在一定意义上可以说,复仇也是一种原始的未经理性过滤的报复情感,虽然它孕育着报应的成份,但只是报应的粗俗形式,还不能视之为报应本身。

报应论在其发展过程中,还得到了宗教神学的哺育,这就是所谓神意报应的观念。神意报应是万事皆求诸于神的古代社会中生产力低下、认识上愚昧无知的必然产物。神意报应的特点是以神意作为刑罚权的根据,由此论证刑法的正当性。在中国古代,尧、舜时代就有了“天罚”之说,如“天叙有典,?我五典五?哉”(《尚书·皋陶谟》)。至殷商时期,天罚思想更是得到了进一步的发挥。如夏启在讨伐有扈氏时宣称:“今予唯恭行天之罚”(《尚书·甘誓》)。成汤攻打夏桀时也说:“有夏多罪,天命殛之”(《尚书·汤誓》)。神意报应的思想在西方中世纪发挥得更加淋漓尽致。例如圣安塞姆(1033—1109)在《上帝可以化身为人》(“Cur Deus Homo”)一书中指出:上帝为了永恒的荣耀而创造了人。这种荣耀要求人将其意志服从上帝。不过,人却选择了不服从上帝的做法,并且这种不服从之罪孽通过遗传而给予了每个人。正义要求或者依据人的罪孽而对他加以惩罚,或者他应该因损害上帝荣耀的行为而进行补偿。就惩罚而言,任何惩罚都是不充分的;不管怎样,人必将丧失他所以创造的荣耀,而这种结果将只能是再一次阻挠上帝的目的。说到补偿,人为上帝所做的任何事情都不具有足以恢复上帝荣耀的价值。因而,人不能够对他的罪孽进行救赎,虽然他应该这样做。而上帝却能够(因为他可以任何事情),但是他又不能够这样做。由于只有上帝能够而只有人应该做出构成补偿的献祭,因此便必须由一位神——人(God-Man)来完成这一使命。这样,那位神——人,即耶稣基督便是必要的了。他能够并应该牺牲自己,从而偿付罪价,使人神和好,并使人的创造恢复其本来的目的。安塞姆的理论为新的社会关系奠定了基础。基础是通过回答这样的问题而奠定的,即为什么补偿与惩罚都是重要的,为什么仁慈的上帝不能够作为一项恩典而自动地宽恕人的罪孽。答案是如果这样做将使由于罪孽而扰乱的宇宙秩序得不到恢复,由此产生的混乱将造成正义的缺乏。宇宙的正当

[7] 参见前引[6],戈尔丁书,第172页以下。

[8] 参见前引[6],林山田书,第48页以下。

秩序、上帝的正义或公正要求价款得到偿付。安塞姆的正义(iustitia)标准实质上是道德标准而不是法律标准。在与关于罪与补赎或犯罪与惩罚的一种神法的专门事项相关的意义上,安塞姆不是墨守法律的。对于他来说,如同他的前辈一样,正义(institia)是一个用来表示《圣经》术语的词,《圣经》术语是译作“公正性”(“righteousness”)的。安塞姆力图探究上帝的正义性的基本特征。在西方十一世纪之前和该世纪,一项犯罪一般并不作为直接针对政治秩序或针对一般社会的侵犯,而是认作直接针对受害人及其同类——他的亲属、他的本地社会或他的封建阶层——的侵犯行为,他也是针对上帝的一项侵犯行为——一项罪。对于这种侵犯行为的一种正常的社会回应便是受害人或他的亲属(或其他)集团的复仇。与此同时,在六到十一世纪之间的部落法、地方法和封建法也都将更大的重心放在补偿、荣耀恢复以及和解方面,以作为对复仇的替代。此外,这段较早时期的王室法律和帝国法律也是建立在相似的概念基础之上的,并且大多数是由习惯法规则和程序组成的,这些规则和程序保护着王室和皇家成员以及处在它的保护之下的人们的权利。偶尔地,国王们也会颁布“法典”,对习惯法予以重述和修订,但是整个说来,王室或皇家对于犯罪的管辖权是极其有限的。一种普遍适用的刑法的相对缺乏——以及地方习惯的主导地位——只是强化了这样的事实,即犯罪在大多数情况下反被视为针对其他人的侵犯行为——同时也是针对上帝的侵犯行为——而不是针对某个包容广泛的政治单位(无论是国家还是教会)的侵犯行为。安塞姆认为,惩罚(不只是一项悔罪性补偿)是由神的正义所要求的,它并非针对原罪,或“自然之罪”,而是针对由受过洗礼的基督徒所犯下的“本罪”(实际之罪)。在西方神学里,安塞姆及其后继者们所提出的主要的证明理由是正义的概念本身。正义要求每一项罪孽(犯罪)都要通过有期限的苦难而偿付;要求该苦难,亦即该刑罚与罪行相当;要求被违反的特定的法律得到恢复(“复仇”)。正如圣托玛斯·阿奎那在安塞姆时代过去几乎两个世纪之后所说,无论是刑事违法行为,还是民事违法行为,都需要对受害人付出赔偿;但是,因为与民事侵权相反,刑事犯罪是对法律本身的一项蔑视,所以不能仅仅作出赔偿,而必须科以刑罚,以作为违反法律的代价。

美国著名学者伯尔曼叙述了安塞姆救赎学说的法律含义并将之视为西方刑事法律的神学渊源。在此基础上,伯尔曼指出:这种学说通常被称为正义的“报应”理论,因为它基于这样的前提,那就是必须付出一份“贡献”,也就是一份代价,以“报偿”法律。历史地看,紧接着教皇革命,西方人便经历了一般报应(法律的报偿)取代具体报应(受害人荣誉和报偿)作为刑法的正当性基础的过程。^[9]伯尔曼这里所谓具体报应(受害人荣誉的报偿)指的就是复仇。由此可见,安塞姆的救赎学说为从复仇到报应的演变作出了卓越的贡献。尤其是救赎学说为报应观念增加了新内容:一方面,违反法律的罪人确实不仅仅是一个罪人,还是一个刑事罪犯,一个法律的破坏者,因此不仅要悔过,而且还要因为对法律的破坏而付出一份代价;但是在另一个方面,法律的破坏者,亦即刑事罪犯,也是一个罪人,他的罪过不只是由他破坏法律的事实构成,更重要的,是由他故意地选择作恶这样的事实所构成。这样,便存在着一种对于他的行为的道德(或更确切地说,是不道德)性质的着力强调,也就是对他犯罪时心灵的罪过状态的强调。^[10]因此,神意报应虽然披上了一层神秘的面纱,但它并不是无稽之谈,而是在当时情况下刑法正当的有力

[9] 参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第212页以下。

[10] 参见前引[9],伯尔曼书,第223页。

证明。应当指出,神意报应的观念增强了犯罪人赎罪的思想,因而报应与赎罪(Sühne)往往相提并论。我国台湾学者林山田指出:报应与赎罪有一体的两面,报应通常又意味着赎罪;因之,报应与赎罪彼此之间也经常混淆不清。这不但在理论上,而且在司法实务上也同样存在着这种混合的现象。德国刑法学者赵尔(W·Saver)曾试以“不法”(Unrecht)对报应,“罪责”(Schuld)对赎罪而把报应与赎罪分开,而获得多数学者的赞同。事实上,报应与赎罪两者在基础上具有不同之处:报应系生自外力的强制,以此外力的强制,来确保法律不容破坏的权威,犯罪人系被迫而为,是被动而消极的。相反地,赎罪系犯罪人生自内心的一种伦理上的自我谴责,是行为人自己的一个伦理行为,用以求得其“伦理上的自由”(Sittliche Freiheit)。因此,赎罪是单纯个人的自我表现,它只有在个人的伦理态度上达到一定高度时才会产生,不能经由法律命令的强迫而出现。并不是每个人都能达到这个伦理态度上的标准,有很多人唯有在他人的诱导之下,才会产生赎罪的心境,有些人则虽在他人诱导之下,依然未能达到这个伦理上的态度表现。因此,理想的刑罚,应能促成犯罪人赎罪感,在刑事矫治工作上务必促成受刑人的赎罪能力与赎罪的心理条件,使其真正出自内心的悔悟而得以改过自新,在此情况下,赎罪思想实际上也应涵盖着教育思想。如此的报应,才能具有刑事政策上的意义。^[1]由此可见,现代刑法的报应与原始社会的复仇,不仅仅存在是否有节制这样一个量的区分上,而且还表现在内容上的区别:现代报应论意味着通过对犯罪人的主观罪过的否定的伦理与法律的评价,而使犯罪人产生负罪的道德感,唤起犯罪人的良知。在这个意义上,报应确有教育思想的蕴含在内。

神意报应虽然在西方刑法史上对于刑法根据的正当化起到了理论支撑的作用,但毕竟带有浓厚的宗教神秘色彩。在现代世俗社会,这种神意报应论已经没有市场。在近代西方刑法思想史上,是德国著名哲学家康德使报应论世俗化与哲理化,确立了道义报应论,成为报应理论的一个高峰。

道义报应论之报应,是一种道德义务的报应。换言之,道德义务是报应的根据,也是刑法正当性的根据。因此,道德义务是理解康德的道义报应论的关键。

义务(duty)源自于拉丁语的债务和法语的责任一词,是指负有或应支付他人而又必须履行的一种法律上的不利条件。^[2]由此可见,义务与两个概念有关:债务和责任。债务是债务人对债权人所负的特定的给付义务。因此,债务是一种特定的义务。从债务到义务,是从具体到抽象的转化过程。责任也与债务有一定的关联,指为债务不履行时所提供的一定财产的抵押(担保)。^[3]由此可见,责任与一定债务之不履行有关,侧重于所处的一种道德上或者法律上的不利地位。从债务与责任当中引申出来的义务,具有应当实施一定行为之含义。道德义务是指道德上的义务,是道德哲学中的一个重要概念。康德指出:义务是对任何这样一类行为的称呼:这类行为能够使任何人都受到一种责任的约束。因此,义务是一切责任的主要内容。义务,从与某一行为有关的角度看来,可能是一回事,但是,我们却可以根据不同的原因受这种义务所约束。^[4]根据康德的看法,义务是对行为的一种约束。那么,这种义务源于何处呢?这里涉及康德关于人的两重性的观点。康德认为,如同物具有两重性(现象与本体)一样,人亦具有两重

[1] 参见前引[6],林山田书,第49页以下。

[2] 参见《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1989年版,第276页。

[3] 参见[日]我妻荣主编:《新法律学辞典》,中国政法大学出版社1991年版,第560页。

[4] 参见康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆,1991年版,第25页。

性。即是说,作为万物之中的一种存在,人像物一样既有受知性之自然法则限制的一面。亦有不受限制的一面。前者是作为现象而存在的人,其行为举止无一不落入现象的范围,他不可能违反自然法则,因而是自由的;但是另一方面他又有不受限制的一面,有能力自己规定自己的行为,在这个意义上,他又是自由的。但这种自由又不是人的任性,而表现在“人为自身立法”,即对道德法则的遵守。道德法则对人表现为“应该”如何的“定言命令”。康德认为,道德原则必定是定言命令,而这命令所颁布的,不多不少恰好是自律性。因此,自律性是道德唯一原则。^[5]这里的自律性(Autonomie)就是理性自己向自己颁布命令。所以,当一个人遵从道德法则而行动时,他的行为并不出于任何外在的条件,而只是出于理性自身,亦即出于自身内在的必然性,这样的法则就是无条件的绝对命令。因此道德法则要求每一个有理性的人将其行动的主观准则同时能够上升或符合普遍立法原则,即要求每个人都出自理性自身的普遍法则而行动,因而道德法则是自律性法则。^[6]由此可见,康德否定了以往那种从人的本质以外的原因中引申出道德原则的他律的道德学,认为这种他律伦理学说,都没有真正找到道德的价值的根据,因而也都没有找到行为的普遍必然性的法则,没有揭示自由的规律。要找到行为普遍必然性的法则,找到道德价值的根据,只有从人的理性本质出发,承认理性存在着作为目的本身的价值。因此,康德建立的是一种自律的道德学。根据这种伦理学说,人的道德义务既不是来自外部经验的世界,也不是来自社会法规和政治权威;不是来自人的自然要求,更不是来自上帝的意志。人的道德义务植根于人的理性本身。唯此才能得到道德义务的正当性的证明。康德认为,由于绝对命令表明去做某些行为是一种责任,绝对命令便是道德上的实践法则。但是,由于责任在这样一种法则中所表明的,不仅仅包含实践上的必要性,而且还表明确实的强迫性,所以,绝对命令就是法则,绝对命令表现为一种义务。凡是与义务相违背的行为叫做违犯。这种违背义务的行为就引起责任。从道德含义上看,责难是一种判断,任何人通过这个判断就宣布他是一种行为的作者,或者是一种行为的自由动机的承担者,这个行为于是被认为是他的道德表现或德行,并且受到法则的约束。因此,违反道德义务行为的责任及其惩罚,是建立在人的意志自由基础之上的,这种惩罚具有道义根据。康德正是从道德义务的自律性与必然性中引申出报应的正当性。正如美国学者戈尔丁指出:根据康德的理论,每个人都可以被迫——即被强迫——服从法律。但是每个人也都有一种服从法律的义务。这被康德看作是欠了他人的债。法律保障权利;我的自由受到限制是为了你的自由的缘故,而你的自由受到限制则是出于我的自由的缘故。所以,这种义务或债务是相互的。人们相互都有自己的权利,同时也互相都负有服从法律的义务。因此也就存在着相互强制的可能性,因为法律、正义和权利意味着与一种“使用强制的权威”同样的事情。然而,这并不意味着当个人的权利受到威胁时,他必然会被授权以使用强制。这种“分配性合法正义”的情形,即法律下的权利,只能在文明社会中才有;否则每个人都会成为自身事务的法官。只有按照法律构成的权威才可以实际上使用这种强制,这种权威大体是按照法律规则运行的。康德坚持说有一种道德义务进入到文明社会里,因为我们有一种用行动来证明正义和尊重权利的责任。^[7]正是基于这种道义的神圣不可违抗性,违反道义的犯罪才获得了道德罪过性,因而对于道德罪过的惩罚也就具有了刑法正当性。

[5] 参见康德:《道德形而上学原理》,上海人民出版社 1986 年版,第 94 页以下。

[6] 参见张志伟:《康德的道德世界观》,中国人民大学出版社 1995 年版,第 127 页。

[7] 参见前引 [6], 戈尔丁书,第 178 页以下。

康德的道义报应论确实为刑罚的内在正确性提供了理由。但是,由道义报应而产生的道义责任到底是一种道德责任还是一种法律责任?这里存在一个道德与法律的关系问题。世界上不存在道德刑法,人不能因为犯有道德过错而受到法律的惩罚。在这个意义上,康德确有将道德责任与法律责任混为一谈之嫌。但康德的道义报应论可以看成是一种对刑罚的道德论证,或者说是刑罚公正性的道德论证。当然,道德与法律还是应当区别的,报应不仅应该是道义的,也应该是法律的。这种法律报应论为德国著名哲学家黑格尔所主张,并成为报应理论的最极致的形态。

如果说康德的道义报应论是对刑法正当性的道德论证,那么,黑格尔的法律报应论则从法的辩证运动的视角论证了刑法的正当性。黑格尔的论证始于道德与法律的区分。在黑格尔看来,法和道德是存在明显区别的:在道德的东西中,即当我在自身中反思时,也有着两重性,善是我的目的,我应该按照这个理念来规定自己。善在我的决定中达到定在,我使善在我自身中实现。但是这种定在完全是内心的东西,人们对它不能加以任何强制。所以国家的法律不可能想要及到人的心意,因为在道德的领域中,我是对我本身存在的,在这里暴力是没有什么意义的。^[18]因此,只有法才具有强制性,道德则不具有这种强制性。正因为如此,法的正当性不能由道德来论证,而只能从法本身得以论证。黑格尔认为,法是自由意志的定在,首先表现为抽象法。“法”,德文为 Recht,具有法、权利、正当三个不同的意思。而抽象的权利是人人都一般地、自在地享有的权利。抽象法以禁令为基础,命令每个人均不得否定他人的人格。犯罪就是违反了这种禁令。侵犯了具体意义上的自由的定在,侵犯了作为法的法,也就是十足意义的否定的无限判断……这就是刑法的领域。^[19]因而,自由人所实施的作为暴力行为的犯罪就构成了第一种强制。而抽象法是强制法,这是第二种强制,对犯罪强制之刑罚强制。按照黑格尔的说法,关于强制在它的概念中自己破坏自己这一点,在强制被强制所扬弃中获得其实的表现。所以强制不仅是附条件的合法的,而且是必然的,它是作为扬弃第一种强制的第二种强制。^[20]因此,刑法的正当性来自于法的自我实现,是作为自由之定在的法的自我辩证运动的必然结果。刑法的这种正当性不仅从法的辩证运动中得以证明,而且从具有意志自由的犯人的行为中得到支持。对此,黑格尔指出:加于犯人的侵害不但是自在地正义的,因为这种侵害同时是他自在地存在的意志,是他的自由的定在,是他的法,所以是正义的;不仅如此,而且它是在犯人自身中立定的法,也就是说,在他的达到了定在的意志中,在他的行为中立定的法。其实,他的行为,作为具有理性的人的行为,所包含的是:它是某种普遍物,同时通过这种行为犯人定下了一条法律,他在他的行为中自为地承认它,因此他应该从属于它,象从属于自己的法一样。^[21]自在地正义与自为地正义,这就是黑格尔的法律报应论对刑法的正当性所提供的法理论证。

(二) 预防与刑法的正当根据

预防理论完全不同于报应理论,它以刑法通过惩罚犯罪所追求的功利价值来论证刑法的正当性。预防理论中又可以分为威慑论与矫正论。威慑论,也就是把惩罚当作对犯罪或其它不道德行为的一种威慑,这种观念具有悠久的历史。美国学者戈尔丁指出:威慑论的最早表述是

[18] 参见黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,商务印书馆1961年版,第97页以下。

[19] 参见前引[18],黑格尔书,第98页。

[20] 参见前引[18],黑格尔书,第96页。

[21] 参见前引[18],黑格尔书,第103页。

在柏拉图的《法律篇》(第六章第 934 节)中给出的:“刑罚并不是对过去的报应,因为已经做了的本是不能再勾销的,它的实施是为了将来的缘故,它保证惩罚的个人和那些看到他受惩罚的人既可以学会彻底憎恶犯罪,还至少可以大大减少他们的旧习。”戈尔德丁认为,这段话作为威慑论关于法律惩罚的正当性问题的集中表现,我们注意到这一理论具有目的论特征。惩罚本身不是一件好事,它是根据有可能带来的好结果(减少犯罪)而具有正当性的。这也就构成了正当性目标或目的,而惩罚则成了手段。^[22]由此可见,预防论的特点是以目的正当性证明手段的正当性。

在十九世纪后半叶,西方法学曾经出现目的法学,其代表人物是德国著名法学家耶林。在《法学的目的》(Der Zweck im Recht)一书中,耶林指出:目的,是所有“法”的创造者。在这个原理下,他分析了“目的法则”、“报偿”、“强制”、“伦理”等社会性运动的主要因素,从而建立了“目的法学”的基础。目的法学在一定程度上为预防论提供了法理根据。例如德国学者包尔生曾经把报应论归结为一种“溯往的”惩罚理论,认为以此论证惩罚的权力是不够的。由于惩罚的实施是因为已经犯下的罪行,可是这个因为不是真正的理由,只是惩罚的近因。理由应当从后果中去寻找,而后果不在过去而在将来之中:惩罚是为了使犯罪者将来不再犯罪而由国家当局施行在犯罪者身上的一种痛苦。在包尔生看来,“因为”与“为了”是完全不同的:“因为”不足以论证刑法的正当性,只有“为了”才能论证刑法的正当性。正如包尔生指出:假如不是由于这个为了、那个因为也就不会推动他们按照上述的方式去行动。这里的“为了”,就是惩罚的目的,即预防犯罪。包尔生指出:目的论理论,已经被耶林在他著作《法律目的论》(即《法学的目的》——引者注)中应用到整个法学领域,尤其是已经被弗·冯·李斯特在他的《刑法手册》中应用到刑法领域。这种理论一方面提请人们注意犯罪的原因,另一方面又让人们注意惩罚的效果;人们可以指望这种理论将在对付犯罪方面表现得更为成功。^[23]建立在目的理论之上的预防论,改变了报应论的因果机械性,强调惩罚的目的性,从更为广阔的社会背景去理解刑法的正当根据,使刑法具有一定的主观能动性。

如果说目的理论只是强调了刑法的目的,由此成为预防论对刑法正当性论证的一个方面,那么,功利主义强调刑法的效果,为预防论对刑法正当性的论证提供了更为有力的根据。美国学者戈尔德丁指出:威慑论之正当性的最热忱的支持者曾是享乐主义的功利论者。享乐主义功利论是一种伦理学说,它认为(只有)快乐才是真正的好事,而(只有)痛苦才是真正坏事。一个特定行为的正确与否——或者按照某种说法——一种行为类型的正确与否,取决于它倾向于维持或者增加该社会中快乐对痛苦的有利平衡。遭受痛苦的唯一正当理由是,若非如此社会会有更多的痛苦或更少的快乐。刑罚虽然本身是不愉快的,因而本质上是坏事,但只要它通过遏阻有害的(产生痛苦的)行为而维持或增加了快乐对痛苦的有利平衡,它就可以是正当的。这就是古典的功利主义威慑理论。简而言之,个人受惩罚是为了社会的利(普遍幸福)。^[24]功利主义是否有效(能给人带来幸福、快乐、利益、好处就是有效,否则就是无效),作为衡量一种行为的是与非的准则,进而,作为衡量一种制度的好与坏的标准,最终成为公正性的根据。例如西季威克指出:“公正”,休谟这样说,“对社会是有用的,这是无需去证明的。”他想详细证明的是“社会功

[22] 参见前引 6), 戈尔德丁书, 第 141 页。

[23] 参见[德]包尔生:《伦理学体系》,中国社会科学出版社 1988 年版,第 525 页以下。

[24] 参见前引 6), 戈尔德丁书, 第 146 页。

利是公正的唯一起源”；这个起源的问题也是 J·S·密尔关注的重要问题。然而在这里，我们所关心的与其说是公正情操从功利经验的产生过程，不如说是这个成熟的概念的功利主义基础。休谟所说的公正毋宁说是它所说的秩序（在它的最宽泛的意义上），即对于这样的一种纯粹法律的或习惯的现实规则体系的服从：它把社会不同成员结合为一个有机整体，抵制着恶毒及相反的有害冲动，分配着人们的相互冲突的欲望的不同对象，并要求着公认为应当的出于习惯的或出于契约的积极帮助。虽然柏拉图引述的那个革命的反论——“法律是为着统治者的利益的”——从来不乏合理的经验论据，但是秩序或守法习惯有利于社会幸福的一般性质却是——如休谟所说——明白而无需证明的。的确，这种习惯对于一个社会是如此重要，以致当具体的法律显然有害时，遵守它们也通常是有利于社会的，不利的仅仅是违法行为会使个人受到惩罚。然而，我们看到：常识有时要我们拒绝服从坏法律，因为“我们应当服从上帝而不是服从人”。常识还在特殊的紧急情况下允许我们违反一般地是好的规则，因为“必要性没有法”，而且“公众的利益高于法律”（*Salus populi suprema lex*）。^[25]西季威克这里所说的常识，指的是人的利益感，即对某一事物或者行为的直观的价值判断，它构成公正性的重要内容。刑罚的适用必然会给人造成一定的痛苦，它之所以必要，就在它能够避免更大的害处，包括预防犯罪。这里的预防犯罪可以分为一般预防与个别预防。贝卡利亚以强调一般预防著称，由此论证刑法的公正性。例如贝卡利亚指出：什么是刑罚的政治目的呢？是对其他人的威慑。当恶果已成为无可挽回的事实之后，只是为了不使他人产生犯罪不受惩罚的幻想，才能由政治社会对之科处刑罚。^[26]因此，在贝卡利亚看来，一般威慑是刑罚的政治目的，也就是对一个人科处刑罚的唯一正当根据。菲利以重视个别预防闻名，并由此论证刑法的正当性。应当指出，菲利所说的预防完全不同于贝卡利亚的预防。贝卡利亚的预防基本上可与威慑等同，也就是费尔巴哈所谓的心理强制。而菲利的预防基本上是矫正或者救治的同义语，并提出“预防比制裁好”的观点。由此出发，菲利主张对刑罚进行改革，将其改造为矫正罪犯的措施，甚至指出：为了预防犯罪，我们必须求助于我曾称之为“刑罚的替代措施”的那些措施，其所以能够防止犯罪的发展，因为它们深究了犯罪原因，并力求消除这些原因。^[27]因此，菲利将刑法的惩罚的正义转换为矫正的正义。尽管一般预防论（威慑论）与个别预防论（矫正论）关于刑法公正的标准有所不同，但从刑法的功利效果上证明刑法的正当性却是共同的。

（三）刑法正当根据：报应与预防的统一

报应与预防各执一辞，分别自认为是刑法唯一的正当根据。对此，英国学者哈特颇不以为然。哈特指出：那种认为只存在一种可以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。哈特认为，在我们谈论或思考刑罚的传统方式中，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分简单化。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

[25] 参见[德]亨利·西季威克：《伦理学方法》，中国社会科学出版社1993年版，第452页。

[26] 参见贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第131页。

[27] 参见菲利：《实证派犯罪学》，中国政法大学出版社1987年版，第55页。

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, 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。^[28] 因此, 我们认为刑法的正当性根据应当是报应与预防的统一。如果仅从报应或仅从预防一个方面来论证刑法的正当性, 都是跛足的。只有从报应与预防的统一上, 才能全面而科学地揭示刑法的正当性根据。

美国学者彼彻姆曾经把义务论理论与效果论理论加以比较, 指出: 义务论者认为, 当行为与相应的义务原则相符合时, 该行为是正确的。义务论者坚持, 过去履行的行为产生了现在的责任。义务论者受到这种推理的引导, 从而强调行为的价值在于动机而不在于效果。义务论者深信, 履行义务是符合法律要求或他人需要的事, 而义务是根据可以应用的道德规则或道德要求来决定的。诺言之所以必须遵守, 债务之所以必须清偿, 是因为这些行为是人们的义务——而不是因为这些行为的效果。在义务论者看来, 功利主义在作道德判断时没有对已往的事情给予足够的重视, 因为功利主义推理主要应用于现在和将来。效果论者则根据内在价值和达到目的之手段的推理来构造道德生活。一个行为或一条规则, 只要它能产生或导致最大的效果, 它便是正确的。^[29] 从这一对比中可以看出, 作为报应论的理论基础的义务理论, 是基于以往的行为推导出现在的义务和责任, 是一种回顾性的理论。在刑法中, 这种理论强调犯罪的道德罪过和客观危害对于刑法正当性的决定意义。而作为预防论的理论基础的效果理论, 也就是功利主义, 则是根据一种行为所可能产生的效果来评价这一行为, 是一种前瞻性的理论。在刑法中, 这种理论强调对犯罪的惩罚不在于满足人的正义感, 而在于这种惩罚能够带来预防犯罪发生的效果。应该说, 这两种说法有各自的逻辑推理, 似乎都能自圆其说。但是, 对于刑法正当性的论证来说, 两者又都存在片面性。

对于报应论来说, 根据既存的犯罪决定对这一犯罪的惩罚, 无疑具有一定的真理性, 它使刑法的正当根据建立在坚实的事实基础之上。但是, 一种不考虑任何社会效果的刑法又在多大程度上具有科学性呢? 尽管报应论也有一些社会效益, 因为我们以制度化的复仇满足了犯罪行为受害者的愿望, 从而减少了他们自己很可能要寻求的报复。但是, 正如美国学者劳伦斯·泰勒指出: 建立在报应论基础上的惩罚, 其意义相当有限。它除了满足当代的杀戮欲, 几乎再没有什么社会效益。报应既未改变犯罪人, 也未阻止犯罪人或任何其他犯罪人将来可能进行的伤害。^[30] 尽管这种指责有些言过其辞, 但还是一针见血地击中了报应论的要害。更有一位学者形象地说: 报应论就象一个小孩被门槛碰疼了, 然后用被门槛碰疼了的脚去踢门槛一样。用语未免尖刻, 批评却有道理。总之, 报应论为单纯地满足社会正义感而确立惩罚, 不考虑刑法的社会效果, 在很大程度上贬低了刑法的社会意义。

对于预防论来说, 威慑论把刑法的正当根据建立在刑法的威慑性之上, 矫正论则把刑法的正当根据建立在刑法的矫正性之上, 意在通过刑法的适用获取预防犯罪的社会效果。但是, 正

[28] 参见前引 [6], 哈特书, 第 2 页以下。

[29] 参见 [美] 汤姆·L·彼彻姆: 《哲学的伦理学》, 中国社会科学出版社 1990 年版, 第 161 页以下。

[30] 参见 [美] 劳伦斯·泰勒: 《遗传与犯罪》, 群众出版社 1986 年版, 第 7 页以下。

如黑格尔所指出的那样:如果把犯罪及其扬弃(随后被确定为刑罚)视为仅仅是一般祸害,于是单单因为已有另一个祸害存在,所以要采用这一祸害,这种说法当然不能认为是合理的。关于祸害的这种性格,在有关刑罚的各种不同理论中,如预防说、警戒说、威吓说、矫正说等,都被假定为首要的东西;而刑罚所产生的东西,也同样肤浅地被规定为善。但是问题既不仅仅在于恶,也不在于这个或那个善,而肯定地在于不法和正义。如果采取了上述肤浅的观点,就会把对正义的客观考察搁置一边,然而这正是考察犯罪时首要和实体性的观点。黑格尔还针对费尔巴哈的心理强制说指出:威吓固然终于会激发人们,表明他们的自由以对抗威吓,然而威吓毕竟把正义摔在一旁。心理的强制仅仅跟犯罪在质和量上的差别有关,而与犯罪本身的本性无关,所以根据这种学说所制定的法典,就缺乏真正的基础。^[61]

应该说,黑格尔的评论是极为深刻的。如果没有报应为基础,单纯地从预防犯罪的功利目的出发,首先涉及到的一个问题是:如果惩罚一个无辜者能够取得更大的社会效益,那么,在功利主义看来,这种惩罚是否具有正当性呢?H·J·麦克洛斯基在《对功利主义惩罚的评论》一文中考虑了这样的事例:假设一个小镇上的法官只有“诬陷”一个作为替罪羊的无辜者,才能阻止一场严重的骚乱。在骚乱中,成百上千的人将被杀死。在这种情况下,行动功利主义者通常能赞成对待此事的日常道德感情。他可能指出,法官的不诚实有可能被发现,其后果会削弱人们对共同体的法律程序的忠诚和尊重,这种效果甚至比成百上千的人痛苦地死去更坏。然而,麦克洛斯基马上会指出,他能提出一种这些反对法官的行为的理由都不适应的事例。例如,可以想象这个法官有最充分的事实证明他这么做不会被发现。因此,反对法官这种行为的理由是可靠的。类似于麦克洛斯基的某些人能够一直修改他的故事,其结果是迫使我们只好承认,如果功利主义是正确的,这个法官就必须诬陷无辜者。麦克洛斯基也令人信服地证明,准则功利主义也包含相似的结论,即一个非正义的惩罚体系比一个正义的惩罚体系更有效。^[62]功利主义者也许会以麦克洛斯基所说的这种非正义的效果只是一种逻辑的可能性而不是一种现实的可能性作为辩解。当然,这种辩解是苍白无力的。威慑论的这种非正义效果虽然只是一种逻辑可能性,但这种可能会罚及无辜的危险性却潜在于其理论之中。至于矫正论按照黑格尔的话来说,是把犯人看作应使变成无害的有害动物。那么,国家与社会,严格地说,是国家统治者或者社会中的某一部分人为什么有权去矫正犯人,犯人的理性尊严又何在?在这种矫正与被矫正的刑法模式中,如果把矫正者的价值观绝对化,并将其强加于一切与之相悖的人,由此作为控制社会的终极方案,那么,结局也将会是十分可怕而可悲的。哈耶克将那种由“超人”重新安排社会的思维方式称之为“工程师式的心态”(engineering type of mind)。这种“心态”来自一种“天真的理性主义”(naive rationalism),即认为人类社会完全可凭借某种理性的“蓝图”来建构、重组,因此又可称为“理性建构主义”(rationalist in constructivism)。正是人类这种“致命的自负”,成为人类社会的祸源之一。^[63]如果刑法成为这种致命的自负的祭品,那么,后果更是不堪设想。而功利主义的预防论确实潜藏着这种危险,这已经不是逻辑上的可能性,甚至也不是现实的可能性,而是一种血淋淋的现实。例如,作为矫正论者,实证主义刑法学家菲利和加罗法洛在以后的生涯中都顺应了墨索里尼的法西斯统治制度。乔治·B·沃尔德指出:实证主义的

[61] 参见前引[8],黑格尔书第101、102页。

[62] 参见[澳]斯马特、[英]威廉斯:《功利主义:赞成与反对》,中国社会科学出版社1992年版,第67页。

[63] 参见雷颐:《警惕“真理”》,《读书》1995年第12期。

总倾向是与极权主义相一致的, 菲利在后半生赞同法西斯主义, 显著表明了实证主义理论的用意之一, 即它易于适应极权主义政府。他根据其研究, 判断其同代人中犯罪的是些什么样的人; 并根据其知识和科学洞察力, 规定适当的治疗而勿须得到受到这种诊断的人(即罪犯)的同意, 在实证主义和无视民主舆论的政府官僚集中控制公民生活的政治现实之间, 就社会中的权力控制公民生活的政治现实之间, 就社会中的权力控制观念来说存在着明显的相似。美国犯罪学家理查德·昆尼、约翰·威尔德曼也明确指出: 龙勃罗梭的理论之所以得到承认的原因之一, 对个人劣等的强调支持了国家的政治建筑。实证主义和生物学的倾向利于国家找到加强对社会控制的借口。^[64] 显然, 矫正论本身所蕴含的某种特征是这种理论成为法西斯主义加强刑事镇压的工具的内在根源。

由于报应论和预防论都不足以独自对刑法的正当性作出完整的论证, 因而一体论应运而生。即使在报应论与预防论中, 也出现了所谓变相报应论与修正功利(预防)论。由此表明, 极端的报应论与极端的预防论已明显失势。一体论的特点是把报应论和预防论熔为一体。因此, 一体论最基本的立论就是: 报应与预防都是刑法赖以存在的正当根据。一体论具有折衷的性质, 但这种折衷又是必要的, 它可以克服报应论和预防论各自的片面性, 也能避免两者在论战中的两败俱伤。正如哈特指出: 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的相矛盾的原理的折衷。^[65] 尽管一体论都从报应与预防的统一上论证刑法的正当性, 但由于理解的差别, 在一一体论内部又存在以下派系: (1) 以美国学者帕克为代表的一一体论者认为, 刑罚具有报应与功利两方面的目的, 这是从既存刑法规范所必然得出的结论。对杀人、抢劫、盗窃之类传统犯罪的惩罚, 其根据在于它们严重违背了社会道德。刑罚之于此类犯罪, 目的主要是表达社会谴责, 道义报应是其渊源所在。而严格责任罪、非法停车罪等非传统犯罪, 并未违背社会道德, 即便违背了道德, 道德罪过的程度也相当轻。刑罚之于它们, 纯系出于社会功利观念的要求, 即仅仅是因为社会试图阻止此类行为的发生, 才用刑罚惩罚它们。因此, 对此类犯罪的刑罚, 不能从报应而只能从功利的角度寻找其根据。(2) 以美国学者赫希为代表的一一体论者认为, 刑罚既蕴含着痛苦, 也潜藏着谴责。刑罚给人以痛苦的属性产生于威吓的需要, 其根据是预防犯罪, 即以痛苦相威吓, 使犯罪保持在可以容忍的范围内。而刑罚的谴责性则有着独立于预防犯罪之外的根据, 它不是针对犯罪人将来的行为, 而是针对其已经实施的犯罪本身, 也就是说, 无论犯罪是否具有道德罪过, 它们至少是错误行为, 而按照道德的要求, 对于错误行为, 必须予以谴责, 刑罚的谴责性便由此而生。因此, 刑罚的痛苦性以功利为根据, 其谴责性则以报应为根据。(3) 以英国学者哈特为代表的一一体论者认为, 刑罚的根据应视刑事活动的阶段性而定。刑事活动分为立法、裁判与行刑三个阶段, 与此相适应, 刑罚的根据也表现为三个方面。刑罚之在立法上的确定, 即规定什么样的行为应受刑罚以及应受多重的惩罚, 主要取决于一般预防的需要, 即是说, 只有社会希望遏制其发生的行为才应受刑罚惩罚, 而具体犯罪应受惩罚的份量, 也以遏制其发生的实际需要为转移。在审判阶段, 刑罚的裁量则以报应为根据, 即只有对已犯罪的人才能适用刑罚, 对具体犯罪人所处的刑罚的份量应该与其犯罪的严重性程度相适应。至于行刑阶段, 占主导地位的是个别预防。对犯罪人是否实际执行已判处的刑罚, 实际执行刑罚的方式, 以及

[64] 参见[美]理查德·昆尼等:《新犯罪学》, 中国国际广播出版社 1988 年版, 第 53 页。

[65] 参见前引 [6], 哈特书, 第 10 页。

实际执行的刑罚的份量,均应以个别预防为根据,即应与教育改善犯罪人的需要相适应。(4)以日本学者福田平、大昉仁为代表的一体论者认为,刑罚之于刑法中的存在,是出于报应的需要。对犯罪人执行刑罚则以教育改造犯罪人即个别预防为宗旨。至于刑罚的适用,实际上是起着过渡的作用。一方面,它是对于立法上根据报应而确立的刑罚的适用,而且只能适用于犯罪人,不能适用于具体的犯罪人,不能适用于无辜者,因而仍是以报应为基础;另一方面,刑罚又是适用于具体的犯罪人,它应该考虑教育改造犯罪人的需要,因此也是为个别预防提供前提条件。可见,审判上对刑罚的适用,奠基于报应与预防犯罪的共同需要。^[6]应该说,以上关于一体论的观点,都有一定的道理,尤其是哈特的阶段论。但这些一体论对于报应与预防的统一都不够彻底,因而缺乏理论上的贯穿性与透彻性。我们认为,报应与预防作为刑法正当性的根据,植根于社会结构之中,任何脱离社会结构抽象地谈论报应与预防或者两者统一的观点,都是肤浅的。因此,只有从社会正义论出发,才能对刑法的正当性根据作出科学的论证。

美国学者罗尔斯指出:对我们来说,正义的主要问题是社会的基本结构,或准确地说,是社会主要制度分配基本权利和义务,决定由社会合作产生的利益之划分的方式。社会基本结构之所以正义的主要问题,是因为它的影响十分深刻并自始至终。^[7]因此,对于正义问题,首先要从社会结构的角度出发加以考察。刑法属于社会制度的范畴,刑法的正当性是社会制度的正义性的重要内容。由社会正义的观点出发,我们认为报应与预防都应当是刑法的正当根据。报应是从原始社会复仇演化而来,复仇是个人行为,从对于侵害行为的报复这一点上来说,它区别于侵害行为,因而具有一定的正当性。但复仇既属个人行为,完全凭个人感情行事,缺乏客观标准,从而容易引起新的报复,形成世仇,这就是所谓“恶的无限性”,正义也就变成不义。此后出现的同态复仇,即以其人之道还治其人之身,形成一个客观标准,使复仇有所节制。但同态复仇仍然是个人行为,而且除人身伤害、财产损害等少数情况以外,同态性难以掌握。这样,就出现了由社会出面的和解、赔偿等制度,社会介入了个人之间的冲突,成为调停人。在国家权力扩大以后,个人不再具有复仇权,而由国家直接行使刑罚权。由于国家刑罚权在很大程度上来自于个人的复仇权,因此报应论就成为刑法正当性的重要根据。报应论把刑法视为一种社会复仇,是社会公正感的满足。在一个社会里,如果有罪可以不罚,无罪可以惩罚,那么,刑罚也就丧失了其正当性。从这个意义上说,报应是正当性题中应有之义:它既满足了被害人的复仇愿望,又将刑罚限制在犯罪人犯罪行为范围之内,从而达到被害人与加害人之间的利益与心理上的平衡。在这中间,社会除了满足正义感以外,别无所求。报应虽然是刑法正当性的根据,但只有报应,刑法又成为一种复仇本能的反映,不能反映出刑法存在的社会价值,这种社会价值不仅仅是社会正义感的满足这样一种消极性的存在价值,而且是要使社会别有所获的积极价值。以功利主义为基础的预防论,从预防犯罪出发论证刑法存在的正当根据。在这种情况下,刑法的存在具有了积极意义,这就是它的目的性价值。预防论摆脱了报应论所具有的直觉性与情绪性,将刑法置于功利的天平之上,进行利弊权衡与苦乐计算,形成理性化的刑法制度。但是,如果预防论不受报应论的制约,就会走向完全从“目的证明手段”的非道德主义。这里就涉及报应与预防如何调和的问题。这也是刑法根据二元论所面临的一个理论难题。我国学者何怀宏曾经根据如何处理“善”(道义)与“好”(目的)的关系,排列出以下观点:(1)彻底的道义论:正当独

[6] 参见邱兴隆、许章润:《刑罚学》,群众出版社1988年版,第49页以下。

[7] 参见前引[1],约翰·罗尔斯书,第5页。

立于“好”,支配着“善”。一个人的善性依赖于其行为的正当,一个行为的正当无需考虑它的结果、它的效益、它的内容、它的目标,而只需按其本性或准则是合乎某种标准,纯然出自某种动机,甚至“善”可以被看作唯一真正的“好”,被看作唯一值得追求的价值,从而非道德的“好”甚至可以在最高尚者那里被取消。(2)温和的道义观。正当与“好”存在着某种关系,在实践中的正当行为需要考虑结果、效益,否则就很难说它是正当的,但是,正当并非依赖于“好”,正当并非是达到“好”的目标的手段,它本身即为自在的目的,本身即自有价值,自有标准,“善”主要是由它决定的。“善”是一种最重要的“好”,而且,定义“好”时不能脱离正当,它强调在伦理学的领域中,正当优于“好”。(3)温和的目的论。“好”确实不能完全脱离正当,但“好”还是更为根本,更为优先的,道德是为了人的,而非人为了道德。正当要参照“好”来确定,它常常是作为较次要的原则来活动。“善”是一种价值,但并非是一种最高价值,或者它只是最高的价值的一部分。温和的目的论以一种更广阔的眼光来观察道德,认为“好”优先于正当。(4)彻底的目的论:“好”完全独立于正当,支配着善和正当。正当纯粹是一种达到“好”的最大值的手段,甚至只是一种名义。在此意义上,“好”就包括了正当,“好”的东西总是正当的,它自身会自动给出正当的理由。“好”的目的可以证明一切手段。因此,也可以说“好”完全与正当无关,可以全然脱离正当。^[68]如果把报应论视为上述道义论,那么,“善”就是其价值追求与正当根据;如果把预防论视为上述目的论,则“好”就是其价值追求与正当根据。极端报应论,例如康德的道义报应论,完全排斥刑法的功利性,将刑法立足于公正等,把功利与公正对立起来,存在一定的缺陷。同样,极端预防论,例如菲利的矫正论,完全否定刑法的道义性,将刑法立足于目的性,把道义与目的对立起来,也存在一定的缺陷。相对来说,黑格尔的法律报应说可以视为一种温和的报应论,他虽然力主刑法以报应为本,但摈弃了康德的极端报应论,主张罪与罪之间价值上的等同。贝卡利亚的一般预防论则可以视为一种温和的预防论,他虽然追求刑法的功利目的,但同时又认为这种功利追求应当在一定程度上受到道德的限制。正因为黑格尔与贝卡利亚之间具有这种理论上的接近性,以至于美国学者戴维指出:“在这一点上,我们可以看出,贝卡利亚与黑格尔是一致的,他们都认为,对各种具体犯罪可能施以不同的刑罚,是因为在社会条件不同的情况下,各种犯罪给社会造成的危害后果不同。”^[69]由此出发,戴维得出结论:贝卡利亚始终将功利主义和报应主义冶于一炉,只不过更强调前者。^[40]我国学者黄风和谢勇也有类似观点。^[41]应该说,这种观点看到了贝卡利亚刑法理论中的功利主义具有相对性,因而在一定程度上与报应论相通,这种判断是有一定根据的,它与刑事实证学派的预防论确实有所不同。但据此认为贝卡利亚是功利主义与报应主义的统一论者,似乎并不确切,从刑法正当性的论证上来说,贝卡利亚虽然提到正义,但在其看来,只有有益和必要的刑罚才是正义的,虽然这是一种功利标准而非报应尺度。

我们认为,刑法的正当性根据是报应与预防的有机统一。确定某一行为是否犯罪,并非仅仅考虑报应的因素,同样要考虑功利的因素,即对这一行为惩罚是否能够预防这一行为的发

[68] 参见何怀宏:《契约伦理与社会正义——罗尔斯正义论中的历史与理性》,中国人民大学出版社1993年版,第148页以下。

[69] 参见[美]戴维:《论贝卡利亚的刑法思想》,《法学译丛》1984年第5期。

[40] 参见[美]戴维:《切萨雷·贝卡利亚是功利主义还是报应主义》,《法学译丛》1985年第5期。

[41] 参见黄风:《贝卡利亚及其刑法思想》,中国政法大学出版社1987年版,第89页;谢勇:《犯罪学研究导论》,湖南出版社1992年版,第82页。

生。例如,精神病人的危害行为,从报应的角度说,将之作为犯罪予以惩罚是不公正的;从功利的观点看,这种惩罚是无效的,不可能防止其发生。因此,从报应与预防的统一上看,都不能将这种行为作为犯罪予以惩罚。不仅如此,而且报应与预防还有互相制约的意义:预防追求刑法的功利性,可以得出惩罚无辜是正当的这种极端结论;但受到报应的节制,将刑罚限于罪犯是构成刑法之正当性的无条件的前提。因此,在发动刑罚的时候,面临着报应与预防的双重考虑,也是双重限制,刑法的正当性也由此得以说明。

二、刑法的公平性

公平是正义的应有之义,美国学者罗尔斯将其正义论称之为“公平的正义”(Justice as fairness)。所谓“公平的正义”,即意味着正义原则是在一种公平的原初状态中被一致同意的,或者说,是意味着社会合作条件是在公平的条件为所有社会成员一致同意的,他们所达到的是公平的契约,所产生的也将是公平的结果,即条件公平、契约公平、结果公平。正义的原则是在公平的条件产生的,它本身就是公平的契约,而它的实行将使社会趋向最大可能的公平。此即所谓“公平的正义。”^[42]由此可见,在罗尔斯的正义论中,公平是核心。这种公平主要涉及在一个社会制度中,权利义务分配的合理性。刑法的公平性,也与分配有关,这就是刑罚分配的合理性。因此,如果说,刑法的正当性是要解决刑罚发动的正义性问题,那么,刑法公平性就是要解决刑罚分配的正义性问题。前者是刑法的质的公正性,后者是刑法的量的公正性。

英国学者哈特曾经将刑罚权与所有权相比较,由此引申出刑罚的分配问题。哈特指出: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。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。由此,哈特提出这样一个概念:分配中的报应,并以此与总目的中的报应相区别。总目的报应是指:刑罚制度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。分配中的报应主张,对刑法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。因此,分配中的报应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。^[43]无疑,哈特所谓刑法总目的中的报应,是要解决刑罚发动的正当性问题,而分配中的报应则是要解决刑罚分配的公平性问题。

刑罚分配的公平性,首先涉及的是分配标准问题。我在《刑法哲学》一书中指出:在刑法中,存在两种公平:按照已然之罪确定刑罚,即报应,相当于按劳分配。按照未然之罪确定刑罚,即预防,相当于按需分配。^[44]那么,在刑罚的分配中,到底是按劳分配,还是按需分配呢?这确是一个重大问题,它只能在公平的基础上加以解决。

(一) 报应与刑法的公平标准

[42] 参见前引 [68], 何怀宏书, 第 120 页。

[43] 参见前引 [6], 哈特书, 第 3 页以下。

[44] 参见拙作:《刑法哲学》, 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 4 页。

按劳分配是指按等量劳动领取等量产品。在按劳分配的社会结构中,劳动是前提。但这种劳动又是通过对财物的占有而获得收入的,因此涉及所有权问题。哈特在论及所有权观念时举出了洛克的经典解释。那么,洛克又是怎样解释的呢?洛克指出:土地和一切低等动物为一切人所共有,但是每人对他自己的人身享有一种所有权,除他以外任何人都没有这种权利。他的身体所从事的劳动和他的双手所进行的工作,我们可以说,是正当地属于他们。所以只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态,他就已经掺进他的劳动,在这上面掺加他自己所有的某些东西,因而使它成为他的财产。既然是由他来使这件东西脱离自然所安排给它的一般状态,那么在这上面就由他的劳动加上了一些东西,从而排斥了其他人的共同权利。^[45] 根据洛克的观点,所有权来自于劳动,正是劳动界定了本人与他人之间权利上的区分。因此,按照劳动分配财产,也就是根据权利取得这种财产,是合法的,也是唯一公正的。我们说刑罚按劳分配,指的是根据犯罪本身确定刑罚:犯多重的罪判多重的刑罚,重罪重判,轻罪轻判,刑罚的份量以犯罪大小为转移。因此,实际上是把犯罪比喻为劳动,把刑罚权比喻为所有权。这种思想正是刑法中的报应论所坚持的正义观。

尽管报应论都主张按劳分配,但在分配的量上,又存在等量论与等价论之分。美国学者戈尔丁指出:报应论中的一个基本的分歧点是关于量刑,这也关系着刑罚体系中的判决政策。报应论者假定可以把错误行为和危害按照它们在道德上的严重性加以排列,也可以把刑罚按照它们的严厉程度加以排列。尽管他们接受了在刑罚与侵害行为之间有着道德相适应性这一概念,但是他们仍然对如何度量这种相应性意见不一。对此主要有两种观点:(1) 刑罚的严厉程度等同于行为或危害的严重程度。例如施加于侵害人的损失应等同于受害人所遭受的损失。但这并不必然意味着侵害人应遭受完全同样的危害。(2) 刑罚严厉程度的确定应参照已施行为或危害的可比较的严重性,而不是必然要在量上等同于后者。这意味着同样严重的侵害行为所受惩罚的严厉程度应量上相等,而不同严重性的侵害行为所受惩罚应在量上不等,较严重的侵害行为应受到严厉的惩罚。^[46] 戈尔丁所说报应论中的这种关于刑罚的量上的这种分歧,在康德与黑格尔那里表现得最为充分。康德主张等量报应,指出:任何一个人对人民当中的某个个人所作的恶行,可以看作是他对自己作恶。因此,也可以这样说:“如果你诽谤别人,你就是诽谤了自己;如果你偷了别人的东西,你就是偷了你自己的东西;如果你打了别人,你就是打了你自己;如果你杀了别人,你就杀了你自己。”康德认为这是报复的权利。^[47] 康德的这种报应论,就是戈尔丁所称的最大限度的报应论。根据康德的报应论,刑罚量的分配,决不应考虑威慑效果,而只能考虑正义问题。公正的量刑就是由于侵害行为的性质而应当的、值得的量。在康德看来公正的刑罚手段是相等:刑罚的严重性应当相等于侵害行为的道德严重性(表面上它是非法行为和侵害人当罚性程度两者的作用)。这符合于 *lex talionis*(以牙还牙)的“精神”。这种等量化观点的一个权威性论据,是诉诸关于普遍正义和世界的道德统治的古老观念。一个美德与幸福相结合的世界要比邪恶与幸福相结合的世界具有更高的价值。在一个公正完美的世界里,幸福会按照个人道德价值的精确比例加以分配。于是当一个人做了错事而造成道德上的过失时,他的价值就该与此相符,他的帐目就该重新结算一下。也就是说,这时他就该受到与其过失等量

[45] 参见洛克:《政府论》(下篇),商务印书馆 1964 年版,第 19 页。

[46] 参见前引 [6],戈尔丁书,第 167 页以下。

[47] 参见前引 [4],康德书,第 165 页。

的损害。对他的刑罚类似一种“否定性报酬”，即那种当他有功时有资格获得奖赏的反面。实际上，作恶者体验到痛苦或剥夺，这本身是好事。因为“贬低了和扣除了的邪恶”总比“成功了和胜利了的邪恶”要好些。当一个作恶者受到与他的行为的严重性等量的损害时，他所受到的刑罚就不仅对他来说是公正的，而且也恢复了其错误行为之前的道德平衡。^[48] 由于康德的绝对道德义务论，使他得出了犯罪的侵害与刑罚的损害相等这样一个简单的刑法公平的公式。黑格尔主张等价报应，不同意康德那种犯罪和刑罚之间量的等同性的主张，而主张犯罪和刑罚之间价值上的等同。^[49] 黑格尔的这种报应就是戈尔丁所称的最小限度的报应论。应该说，无论是康德的等量论还是黑格尔的等价论，都没有很好地解决可操作的分配标准问题。康德的等量论，在“以眼还眼，以牙还牙”的场合，等同性十分明显。但不能排除黑格尔所说的行为人是独眼龙或者全口牙齿都已脱落等情况。至于以窃还窃，以盗还盗，只是一种蹩脚的比喻而已，实际上是无法实施的。黑格尔等价论虽然提出犯罪的侵害与刑罚的损害是可以比较的，但并未具体论述两者如何比较。正如戈尔丁指出：我们应当用什么标准来度量一种违法行为的错误性呢？我们应当用什么标准来度量一个罪犯的当罚性呢？这些标准度量的是同一种东西吗？如果我们有必要的话应当怎样把他们结合起来？我们应当用什么标准来度量一种刑罚的严厉性，而且这些标准能与度量犯罪严重性的量级相比较呢？对这些问题的回答并非轻而易举。^[50] 尽管如此，我们还是可以把报应论的刑罚分配原则归结为以下这样一句俗语：“罪有应得”。也就是说，刑罚是其所实施的犯罪所“应当”得到的报偿。至于具体标准，则要在一定的公平原则下得以解决。如果存在两个犯罪，那么对于较重的犯罪应当判处较重的刑罚；对于较轻的犯罪应当判处较轻的刑罚。这也就是所谓：重罪重判，轻罪轻判。只要做到这一点，就被认为大致地符合刑罚分配的公平原则。

报应论的刑罚分配原则，如前所述是按劳分配。这在一定意义上表明对于犯罪人的意志的尊重。对于犯罪人来说，犯多大的罪判多重的刑，也许是最公平合理的。但是报应论在分配刑罚的时候，只考虑犯罪人的道德罪过与侵害结果，而不顾及适用刑法的社会效果。因此，单纯地以报应作为刑罚分配的原则，只是一种形式上的公平。

(二) 预防与刑法的公平标准

按需分配是指按照需要分配相应的产品。按需分配是以劳动成为人的自觉行为和财富的充分涌现为前提的，因而被设想为是理想中的共产主义社会的分配原则。在刑法中，如果把报应视为按劳分配，那么，预防就是按需分配。这里的按需分配，是指根据预防犯罪这样一种功利需要分配刑罚。由于预防论中有威慑论与矫正论之分，因此按需分配在这两种理论中具有不同的意蕴。

威慑论主张根据一般预防的需要分配刑罚。例如，贝卡利亚指出：一种正确的刑罚，它的强度只要足以阻止人们犯罪就够了。基于这一思路，贝卡利亚主张：犯罪对公共利益的危害越大，促使人们犯罪的力量越强，制止人们犯罪的手段就应该越强有力。这就需要刑罚与犯罪相对称。^[51] 贝卡利亚这里所说的刑罚与犯罪相对称，即根据犯罪的危害性程度分配刑罚，并由此确

[48] 参见前引 [5]，戈尔丁书，第 189 页以下。

[49] 参见前引 [18]，黑格尔书，第 106 页。

[50] 参见前引 [5]，戈尔丁书，第 191 页以下。

[51] 参见前引 [26]，贝卡利亚书，第 65 页。

立罪刑阶梯,与报应论确实存在着外在的相似性,这就难怪有些学者认为报应论是贝卡利亚刑法思想的理论基础之一。但是,如果我们仔细分析,就可以发现贝卡利亚的思想与报应在本质上的区别。因为贝卡利亚是以通过刑罚威慑预防犯罪为其理论的逻辑起点,因此,在考虑刑罚分配的时候,需要多少份量的刑罚才能足以威慑犯罪就成为理论的出发点。由于在贝卡利亚看来,犯罪人是具有意志自由的理性人,受趋利避害的功利原则支配,因此,如果刑罚使犯罪人之所失大于犯罪之所得,犯罪人就会因为得不偿失而放弃犯罪。在这种情况下,刑罚分配的公式就被确立为:刑足制罪,即一种足以遏制犯罪的刑罚是公平的刑罚。因此,罪刑相均衡之刑,在报应论中是报应之刑,它的根据在于已然之罪;在预防论中是预防之刑,它的根据在于未然之罪。只是因为未然之罪是已然之罪的翻版,因此在确立刑罚的时候往往是根据已然之罪来衡量,但其价值意蕴根本不同于报应刑。报应论之刑罚分配完全受制于已然之罪,而威慑论则不然。贝卡利亚作为一种温和的预防论,基于人道性的考虑,反对严酷的刑罚,主张罪刑之间的均衡。边沁也是如此。按照边沁的原则,我们就应当用不多于也不少于必要限度的刑罚来预防一种侵害行为(且假定所说的侵害行为是可以有效预防的)。这就是边沁对罪刑相适应问题的解决办法,而不是采用任何报应论所谓“道德上适于”罪行严重性与应受谴责性。刑罚超过必要限度就是对犯罪人的残酷;刑罚达不到必要限度则是对未受到保护的公众的残酷,也是对已遭受痛苦的浪费。边沁坚持要尽可能以“最低的代价”来预防犯罪这一向前看的目标。^[62]应该说,贝卡利亚和边沁这种有限度的威慑论还是在刑罚的分配上坚持了一定的公平性。但是,威慑论是以具有一个理性的与人道的立法者与统治者为前提的,否则,从威慑论中就会引申出严刑苛罚的必然结论。这就是说,以威慑犯罪的必要限度作为确立刑罚分配的标准,只要为威慑犯罪所必需的刑罚份量,都可以说是公平的。例如中国古代法家是功利主义者,在刑法上提出了“以刑去刑”这一充满功利意蕴的命题,具有预防犯罪的刑罚目的观。但商鞅由此引申出的结论是:“行刑,重其轻者,轻者不至,重者不来,此谓以刑去刑,刑法事去”(《商君书·靳令》);进而提出“以杀去杀,虽杀可也;以刑去刑,虽重刑可也”的重刑主义主张。法家韩非还反驳当时儒家攻击法家“重刑伤民,轻刑可以止奸,何必于重刑哉”的论点,其理由是:“夫以重止者未必以轻止也,以轻止者必以重止矣”,认为并非“重刑伤民”,反而“轻刑伤民”。因为“令轻刑罚,民必易之。犯而不诉,是驱国而弃之也;犯而诛之是为民设陷也”。应该说,这是一种极端的威慑论,并且似是而非,成为重刑主义的口实。由此可见,脱离报应因素的制约,非道德化的威慑论潜藏着重刑化的危险。

矫正论主张根据个别预防的需要分配刑罚。这里所谓个别预防的需要,主要是指再犯可能性,亦即刑事实证学派所说的人身危险性。因此,矫正论之按需要分配刑罚也不同于威慑论。例如菲利主张,对于天生的或由于疾病引起犯罪的罪犯,不能随便把他们关上一个时期,而应当关到他们能适应正常的社会生活为止。^[63]在这种情况下,刑罚分配不仅不是根据已然之罪,也不是根据威慑的需要,而是根据矫正的需要,即把犯罪人关到矫正好为止,对于不能矫正的罪犯,则应予长期关押,由此提出不定期刑的思想。不定期刑是建立在矫正论基础之上的,矫正的核心是复归社会的理论。不定期刑是复归社会思想清晰可鉴的结果,是复归社会哲学的逻辑展开。使罪犯复归社会是一种个别化的工作,是一个复杂的过程,正象对所有具体的犯罪很难有

[62] 参见前引 [6], 戈尔丁书, 第 151 页。

[63] 参见前引 [27], 菲利书, 第 51 页。

一个抽象普遍的刑罚公式一样,对犯人的思想改造、行为矫正更难有一个统一固定的进程或时刻表。人类科学至今还未达到准确预见个人思想改造所需时间的水平,或许这种精确对应的规律根本不存在。如果事先规定一个固定的刑期,就是不科学的、形而上学的。因此,为了使罪犯复归社会,达到保卫社会的目的,刑期不能预先确定,必须以实际改善为转移,决定何时矫正,何时释放。判断罪犯是否得到改善和改善程度,是一个涉及医学、心理学、行为科学和社会价值观等复杂的问题,需要与罪犯朝夕相处、熟悉情况的专家技术人员、社会工作者和行刑官员,依据对犯人科学的审核考察,综合个人和社会各方面的情况,具体地决定何时达到要求,可以复归社会,这就是刑罚上的不定期刑,不定期刑政策。^{64]}由此可见,这种不定期刑最能体现矫正论的刑罚上的按需分配思想。通过矫正使罪犯复归,复归之日就是刑满之时。因此,不能事先确立一个固定的刑期,而是随用随取,用足为止。在这里,矫正论似乎完全破坏了罪与刑之间的均衡。实际上,矫正论认为再犯可能性是罪之本质,刑应当与之适应。因此,在再犯可能与矫正之刑这两者之间,我们仍然可以发现一种均衡关系。矫正论所主张的刑罚的按需分配,是一个充满想象力也是充满诱惑力的思想。但它的实现,和威慑论一样,首先要有一个仁慈而人道的立法者与司法者,他们完全出于公心地确定为复归社会所必要的刑罚;而且还必须有一套科学地测定再犯可能性的手段。在不具备这些条件的情况下,冒然采用这种矫正论,谁能够保证它不成为侵犯人权的借口呢?

(三) 刑法的公平标准: 报应与预防的统一

美国学者戈尔丁指出:在我看来,除最低限度的报应论以外,我们已经考虑的那些理论、功利主义、威慑论、最大限度的报应论,也都不能独自成立。我们需要某种多元化的刑罚理论,但是我们并不是指这样一种理论,例如说,这种理论只是认为:(1)功利主义——威慑论是对“为什么完全需要刑罚”的回答;(2)报应仅仅是对“我们应当对谁施用刑罚”的某些回答;(3)对“在多大程度上施用刑罚”的某种报应论的(或功利主义——威慑论的)回答。我们需要一种更复杂的多元论。因为我认为,两种报应论的和威慑论的考虑都与所有这些论点有关。无论如何,尚没有人为多元论做过象边沁曾为提出古典威慑理论而做的那种细致的工作。一种在伦理上坚实一致的多元论是否有可能成立,这一前景仍然不清楚。^{65]}我们充分理解戈尔丁对于报应与预防一体论所建立的悲观态度,毕竟报应论与预防论以及两种理论内部的对立与分歧由来已久,不是很快能够消弥的。但是,戈尔丁至少认为在刑罚分配上,即“在多大程度上施用刑罚”,既不能单纯以报应为基础,也不能单纯以预防为根据。事实上,刑罚分配上纯然的按劳分配与纯然的按需分配都不足取。因此,一种公平的刑罚分配,应当是在报应所限定的范围内,依据威慑或者矫正的需要来予以分配。因此,总起来说,应当是以按劳分配为主、按需分配为辅。随着社会的进步与文明的发展,也许刑罚分配的标准会向按需分配倾斜,加重按需要分配的份量。但在目前情况下,报应仍然是决定公平的一个不可或缺的重要因素。

三、刑法的平等性

平等是一个十分复杂的概念,它有多义性的特点。尽管如此,平等与公正具有某种天然的

^{64]} 参见丁建祥:《论西方国家的不定期刑》,载《犯罪与刑罚新论》,北京大学出版社1991年版,第468页以下。

^{65]} 参见前引[6],戈尔丁书,第201页。

极大的消极影响。今天,我们要消除传统法律文化中泛道德主义的恶果,发扬传统法律文化中对于实现法治的有益成分,实现传统法律文化的创造性转化与更新,确立人们对法律的信仰,进行法治体系与道德体系的同建。在市场经济条件下建设精神文明,要大力加强法制建设,充分发挥法律的强制性约束和监督惩治功能,以达到规矩方圆、惩恶扬善的目的,为道德建设提供保障和辅助,以扼制各种违法乱纪和刑事犯罪活动的蔓延趋势,为提倡和发扬社会主义道德提供法律保障,从而形成良好的社会道德风尚,同时要把道德建设和法制建设有机结合起来,发挥道德的教育、感召、劝导功能,以达到伦理教化、引人向善的目的;高度重视道德教育,提高全社会的道德水准,才能解决法律执行中的困难;培养人们自律、内控的习性,依靠道德的事先预防,才能尽量减少法律诉讼带来的社会资源消耗。但是,加强道德建设,必须以坚持依法治国为前提;强调道德的作用,绝不意味着向中国古代的“德治”倒退。虽然依法治国并不否定在治理国家中使用道德等其他各项措施,但法律是至上的、排他的,如果道德规范与法律规范相抵触,只能以法律规范为依归。

尤俊意:

在认识依法治国与精神文明建设的关系时,不能因法的最低要求同道德的最高要求之间的差异而将法与道德对立起来,因为法与道德都有不同层次与不同范畴类别的要求,问题在于法与道德的互相适应、整合与协调。不可将司法审判实践中可以影响个案具体裁判幅度的道德因素视为或树为冲击司法公正的双重评判标准。在认识当前精神文明建设状况及其与法制建设关系时,必需有一个总体上的正确把握。在整个社会转型时期,旧道德标准受到冲击,新道德规范未及确立,不能以旧的标准、唯一的标准来看待当前社会的道德失范及其所带来的一系列社会问题。同时,不能因此而怀疑法治的作用,相反,这是法治未能及时到位并缺乏新的道德力量支撑所致。

谷春德(中国人民大学法学院教授):

加强法制建设是市场经济发展、依法治国的重要基本条件,同时我们也应当承认,加强道德建设也是促进和保障市场经济发展和实现依法治国的重要思想条件和基础。从静态方面来看,法与道德既有联系也有区别。具体来说有三个方面:第一,法律是道德的具体化,是道德的外在表现;第二,法律对道德具有创建作用;第三,法律对道德观点、意识的形成和提高有促进作用。从动态方面来讲,二者不能偏废,应同等重视和加强。从道德对法律的作用来看,在立法的时候要考虑;执法、司法中,要根据法律的内涵,用自身的法观念和道德意识来指导法律适用;法律服务行业要加强职业道德建设。

刘笃才(辽宁大学法律系教授):

所谓法律与道德的冲突,指对于一个事物或某种行为,从法律的角度进行评价和从道德的角度进行评价,有时会出现不一致甚至对立的情形。法律与道德的冲突古已有之,在今天,特别是确立市场经济以后更加突出。这是因为:第一,市场经济设置“经济人”,承认利己;道德假设的人是一个伦理的人,不是利己的。简要地说,在社会主义市场经济条件下,在法制建设上与世界(主要指西方发达国家)求同,在道德方面,应该是与西方世界求不同,体现社会主义的道德,消除市场经济的消极后果。第二,转轨时期,法律与道德变革的速率也不一样。我们正处于从计划经济向市场经济过渡的转轨时期,法律与道德都存在破旧立新的任务,但法律变革可以较快的速度进行,而道德观念更新则是一个缓慢的过程,两者发展的不平衡也造成法律与道德的差距,成为引发法律与道德冲突的一个原因。在建立市场经济方面,法律所起的作用应该是主