

# 公众认同、诱导观念与确立忠诚

## ——现代法治国家刑法基础观念的批判性重塑

周光权\*

### 序说：视角转换之意义

法治一直被认为是现代国家的灵魂。法治现代化自然就成了当下中国一个极富魅力的学术话题。因为“‘现代主义’概念本身作为一种很有意义的理论范畴或许会遭到许多经典理论家的摒弃，正如它一直受到许多后来者的攻击一样。然而构筑一种现代性概念的问题依然存在”。<sup>〔1〕</sup>人们为建构现代法治所作的努力因此就值得肯定。作为国家法律制度重要组成部分的刑法，对此也应当作出回应。所以，在较为广泛的社会背景和文化背景上考察现代法治国家刑法的基础观念问题，对于认清刑法本质，调整刑事控制手段，确立公众的刑法认同感，促进国家刑事法治的现代化具有重要的意义。

以往流行的刑法理论认为，刑法是国家或政府的政治倾向、意识形态与价值观念的表露。这是从国家的立场认识刑法。这一判断从一定意义上讲无疑是正确的，但我们若将其作为普遍真理予以接受，就肯定是值得推敲的。前述判断的现代展开形式是：国家应着力制定一部良好的刑法；就刑法如何被遵守而言，则如西方法学家普遍强调的那样，充分认识到刑事司法活动的重要性，即用外在的制度化力量确保“良好的法律”获得社会成员的一体遵循。<sup>〔2〕</sup>这种把刑法简单等同于统治阶级意志的刑法理论无法回答这样两个关键问题：（1）国家能否掌握、提出并判断刑法“良好”与否的标准？国家的判断在多大程度上具有真实性和权威性。（2）在刑法问题上的国家标准是否必然转化为公众普遍的、绝对的守法义务？国家刑法在确立个人法律信仰方面可以取得多少绩效？

事实上，仅从国家的立场认识刑法的确是不够的，这不仅是因为人们有充分的根据对立法、司法机关的能力提出质疑；<sup>〔3〕</sup>而且，更为重要的是，这种认识具有明显的技术主义和工具主义倾向：刑法被作为一种镇压工具和统治艺术。由此形成的刑法理论则极为重视刑法制度中的物质成分和技术因素，而相对忽略了蕴含于法律中的精神、意识与观念成分。随之而来的

\* 中国人民大学法学院博士研究生。

〔1〕 [美]昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章等译，中国政法大学出版社1994年版，第33页。

〔2〕 参见张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第291页。

〔3〕 参见周光权：《刑法修订的规模定位与制度设计》，《法学》1997年第1期；又见[美]伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1990年版，第155页。

灾难性后果就是：“法治的价值内涵与目的追求的意义便淡化了。而且，由于学者们并未明确提出法律之良善标准的最终拥有者和判断者，法治价值的主体不明，因而出现法治价值的虚置。这样，由于法治的主体缺位而致使其价值意义弱化与精神的逐渐萎缩，法治便慢慢地失去了作为其‘血肉’的社会意识、观念和价值，丧失了作为其灵魂的精神，只剩下由一系列‘物质’的制度构成的骨架。对于全体社会公众而言，这样的‘法治’不过是一个完全异化的‘他者’，一个彻头彻尾的怪物。对这样的一个怪物，社会公众必存畏惧而不会认同，结果可能便是法治的意义尽失而徒具形式。”〔4〕因此，只把刑法视为国家工具的观点无助于现代法治的生成，这种观念贯彻到底，实际上有导致暴政和专制之虑。因为一方面刑法之良善与否可由握有暴力之权柄者自行判断并强使公众普遍认可；另一方面纯粹赤裸裸的刑法暴力工具的运用和强制，可以使刑法在一定地域得到表面上的一体遵循。然而，上述倾向或危险的出现又是我们在追求法治化的过程中不愿看到的。

上述分析业已表明，传统的刑法观念必须得到一定程度的修正，需要实现理论的更新，否则，将有碍于中国刑事法治的现代化。而对于理论更新而言，视角之转换至关重要。

我认为，现代法治国家刑法理论之要旨在于从非国家的角度重新审视刑法并由此确立新的刑法观念和刑法制度。那么，法治国家刑法的宗旨就是培植社会公众对刑法的情感，使刑法为公众所接受。因为法律“就其效力来说，依赖于广大人民对其基本先决条件的接受。人民的接受，而不是形式上的法律机构是法律得以贯彻的决定性力量”。〔5〕从非国家的角度认识刑法的最终理论期待是确立刑法的个体信仰与人文关怀，这一目标的实现意味着社会公众不再把刑法当作一个外物或异己的东西，它不是制度强加的而是自己生活需要的；刑法的运作并不是简单地表现为压制与威慑，它应当有助于促进法治精神力量的生成。

因此，刑法学理论视角转换，意味着应当从非国家的而是社会公众的立场重新审视刑法。而要从非国家的角度反思刑法和刑法理论，需要探讨的问题很多。本文试图通过对支撑传统刑法观念的刑法有效性、刑法强制性、刑法正当性这三个问题的检讨，提出全面修正传统刑法理论、确立新的现代法治国家刑法基础观念的若干设想。在我看来，站在国家立场的刑法工具主义理论实质上形成了一种话语霸权，极大地抑制着人们进一步思考刑法问题的权利和能动性。所以过去把强制性、有效性、正当性视为刑法的内在生命的观念或话语系统，必须得到一定程度的改变或结构性肢解，与现代法治国家的精神意蕴相契合的刑法理念才能最终形成。为此，以公众认同修正刑法有效性、以诱导观念软化刑法强制性、以忠诚理论代替报应性、威慑论从而阐明刑法正当性的一系列刑法观念，都是极为重要的。唯其如此，刑法学才不至于如伯尔曼所批评的那样，仅仅为了现实主义和工具主义的方便，而放弃了对所有有关人员——当事人、旁观者和公众——的法律情感的培养。〔6〕

必须指出，我只是将公众认同、诱导观念与确立忠诚作为“解构”传统刑法理论的工具。但是，事实上，对现代法治国家刑法基础观念进行批判性重塑的思路很多，我所提出的方案远不具有唯一性。因此，结论的正确与否在这里已经不是最为重要的了。我特别在乎的是对传统刑法学背后蕴含的理论单向性和单线发展性的批评，特别看重视角转换对确立未来中国刑法

〔4〕 姚建宗：《信仰：法治的精神意蕴》，《吉林大学社会科学学报》1997年第2期。

〔5〕 前引〔3〕，伯纳德·施瓦茨书，第60页。

〔6〕 参见〔美〕伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，三联书店1991年版，第59页。

学的人文关怀和知识转型的重大意义与冲击力。

## 一、公众认同：刑法有效性的适度修正

刑法长期以来被统治阶级看作可以任意调遣的工具,被民众视为专司生杀予夺的峻法。其实,这都是对刑法功能带有先见的“工具性”误读。这种偏见延续至今,有着深远的消极影响,而且如果一旦夸大上述认识,一定程度上的刑法危机的到来也是迟早的事情。在我看来,应当在民众中确立对刑法的认同感从而形成刑法有效相对性的基本观念,这是现代法治国家刑法之要义。尤其在中国,过久的刑法威吓已经在民众心中留下了挥之不去的阴影,刑法认同感对我们而言似乎既陌生又遥远,这些都阻碍着刑法现代化的进程。

必须指出,过去的刑法观念极度强调刑法的有效性并往往把它绝对化,这就使公众认同与刑法有效之间存在冲突的可能。因为刑法有效是从国家角度考虑的,为使刑法在更大程度上有效,国家总是试图给予刑罚权最少的制约。公众认同则表明社会对刑法的接受程度,强调以人权限制刑罚权。以往的刑法理论未对刑法有效性作出完整的理解,所以应当协调公众认同和刑法有效的矛盾:国家要把刑法作为促进长期利益的最佳方式,必须使刑法得到公众认同。本文也正是在这个意义上,通过论证公众认同来适度修正刑法的有效性。

刑法的公众认同(以下简称刑法认同)首先产生于个体对刑法的一般性认识,这种认识可能通过学习、了解刑法而获得,但更多的时候是在个体介入刑事法律关系时获得。刑事法律关系是因犯罪而产生,由刑事法律规范加以调整的国家与犯罪人之间的权利义务关系。它以刑事处罚权的行使和刑事责任的承担为中心。<sup>[7]</sup>所以,刑法认同在大多数情况下来源于惩罚,<sup>[8]</sup>包括对惩罚的亲身体验和对惩罚的观察或间接了解。卢梭曾指出:个人不服与惩罚之间的关系使刑法得以确立。<sup>[9]</sup>实际上,也正是个人的本能抵抗和惩罚之间的双向交流给刑法认同的产生创造了机会。在我看来,刑法认同,是指公民对犯罪与刑罚之间必然的、适当的对应关系的确信和对刑法在划定国家权力和公民权利界域中的能力的期待,以及对依刑法而作出的解决社会冲突的结论的服从和尊重。这就是刑法认同的特质。

刑法认同的确立具有先天艰难性,这是由刑法这一部门法的超强制性所决定的。美国19世纪法典化运动的倡导者费尔德曾经认为,只要有十分通俗和简明、能够被人民阅读和理解的法典,人们对法律就可能认同甚至信仰。但是,美国其他学者认为这不过是堂·吉珂德式的幻想。<sup>[10]</sup>的确,法律认同或信仰的形成绝不是可以急功近利地求得的。但是,这也并不意味着刑法认同目标完全不可企及。在我看来,要确立刑法认同并保证刑法有效的相对性,而且更为重要的一点是,不使刑法认同成为高压政策下的委屈求全,就应当有一系列的观念支撑。这些

[7] 参见马克昌等编:《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第2页。

[8] 在福柯看来,惩罚是一种关于主宰人的躯体从而使之成为一定目的服务的方法和艺术,它可以不使用暴力而凭借一些新的技巧来完成。“惩罚”罪行实际上是重新“适应”罪行(参见[法]埃里蓬:《权力与反抗——米歇尔·福柯传》,谢强等译,北京大学出版社1997年版,第259页)。而刑法认同正是从惩罚的夹缝中求得生存,颇有些“不打不相识”的味道,这也正是我们讨论刑法认同的基点。

[9] 参见卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年版,第73页。

[10] 参见前引[3],伯纳德·施瓦茨书,第86页。

观念与刑法在社会发展中的作用和刑法自身的内在规律有关。<sup>[11]</sup>

(一)刑法认同的社会基础。刑法对社会生活的调控应当是有限的。如果刑法干预不分时间、空间和事件性质,公民会不堪其扰,对刑法会有一种敬而远之的恐惧感和沉重感,刑法认同的合理建构就无从谈起。刑法干预有限一般而言与刑法的不完整性有关,<sup>[12]</sup>但稍作深层分析,就会发现它更与社会形态有关。刑法作为一种社会现象,它植根于一定社会的物质生活条件并在此基础上实现其价值。在不同的社会结构形态中,刑法具有各自不同的使命。在前资本主义社会,市民社会为政治国家所取代,刑法以保护国家利益、社会利益为己任,严刑苛罚成为刑法存在的常态。在这种社会结构中,刑法的人权保障机能尚且谈不上,刑法认同自然无从立足,民众对刑法只有一知半解的恐惧。随着市民社会与政治国家的分离,二元社会结构开始形成。国家是一个政治组织,人作为公民过着政治生活;市民社会是一个经济组织,人作为市民过着物质生活。正是在这个意义上,马克思指出:作为一个真正的市民,他处在双重组织中,即处在官僚组织和社会组织即市民社会的组织中。<sup>[13]</sup>刑法作为国家权力的集中体现,它只能调整个人进入政治国家范围内的行为,而不应触及属于私人领域的市民社会。对此,我国学者指出,市民社会的存在,在一定程度上限制了政治国家的权力,从而也限定了刑法的调整范围。刑法由以往的无所不及,被从私人领域中驱逐出来,限定在调整公共关系,成为与私法相对应的公法的组成部分。因此,在市民社会与政治国家二元对立的社会结构中,刑法才不致于单纯地成为保护社会的工具,而且也具有了保障人权的使命。<sup>[14]</sup>正是市民社会与政治国家的这种分野为刑法认同的确立奠定了实质性的前提,因为,越来越多的人已经认识到,随着社会的二元对立,“国家强制的一面将由于确立起来了被调整的社会(即伦理社会或市民社会)的越来越多的因素而逐渐约束自己。”<sup>[15]</sup>政治国家在一定程度上的萎缩,使以市场经济为基础而建构的市民社会逐渐强大起来。而市民社会作为人类私人利益关系的总和,作为权利观念的表征,作为特殊的私人利益的代表,极其强调契约关系的作用,尊重和保护其成员的基本权利,重视通过国家的法律规范与政治国家结成协调的互动体系。但是,市民社会的基本观念始终倡导权利保障的现实化,权力有其界限,权力应受到制约才能最终在现实中找到归宿。

认识到政治国家权力和功能有限对于确立刑法认同至关重要。因为刑法为了保全社会必须设置刑罚并对犯罪人施加惩罚,刑罚权的存在自然获得了合理根据,但刑罚权又必须受到公民权利的制约。所以,市民社会理念划定了一个权力和权利的界域,刑法作为公法或“政治法”与契约法(主要是民法)应当各守其界。<sup>[16]</sup>所以,市民社会与政治国家的二元对立和有机融合无疑引起了公众对刑法的关注,由此出发为个人建立了这样一种刑法确信:只要我的行为不踏

[11] 在这个问题上,储槐植教授提出的从刑法的外部关系和内部关系对刑法的存在样态和运作方式的影响角度研究刑法的“关系刑法学”思想极具启迪价值。参见储槐植:《刑法存活关系中——关系刑法论纲》,《法制与社会发展》1996年第2期。

[12] 参见林山田:《刑法通论》,台湾三民书局1990年版,第15页。

[13] 参见《马克思恩格斯全集》第1卷,第340页。

[14] 参见陈兴良:《从政治刑法到市民刑法——二元社会建构中的刑法修改》,载《刑事法评论》1997年第1卷,中国政法大学出版社1997年版,第36页。

[15] [意]安东尼奥·葛兰西:《狱中札记》,葆煦译,人民出版社1983年版,第194页。

[16] 孟德斯鸠指出,社会是应该加以维持的,作为社会的生活者,在统治者与被统治者的关系上是有法律的,这就是政治法。此外,人类在一切公民间的关系上也有法律,这就是民法。参见孟德斯鸠:《论法的精神》上卷,商务印书馆1961年版,第5页。

入刑法领域,我就不会受到刑法的无端打击,我的自由便是不受刑法限制和约束的。而这种行为与刑法相关性、权力与权利相对性的认识,正是建构刑法信仰的前提,如果缺乏这种一般性认识,那讨论刑法认同就只能是皮相之谈。

应当看到,建构刑法认同的基础观念除与社会结构形态关联外,更与刑法自身的基本原理有关。

(二)刑法应当有助于巩固一种能为大多数人所认同的公正理念。刑法如果不确立一种起码的公平、正义观,那么就会沦为赤裸裸的压制。而这显然是一种危险的倾向,因为“国家对待人民的方式,其中第一位的、最重要的是不得使用暴力。要知道,没有什么比在一个有秩序的、法制完备的国家采用暴力实现某件事情对国家更为有害,更有悖于法制,更缺乏公民性和人道性”。<sup>[17]</sup> 所以,纯粹压制型的刑法不但无益于确立刑法认同,而且可能使公民对刑法仅有的模糊认识也成为恶梦。

追求对等性是人类所具有的一种天生的本能,这恰恰是公正的最原始、最朴素的表现形式。原始社会的同态复仇是这种对等性的一个典型,因而也反映了原始人的粗俗的公正观念。但由于同态复仇追求形式上的对等,往往导致复仇过分。后来,以相当价值的财物进行赔偿的方式开始在一定范围内取代同态复仇,成为一种公正的处罚措施。<sup>[18]</sup> 在这种等价交换的公正性基础上形成的是刑法报应的观念。这种报应观念符合道德要求,<sup>[19]</sup> 所以获得了正义性。日本学者认为,报应原则就是根据以恶报恶的法则,为复仇的正义限度奠定理论的基础。<sup>[20]</sup> 所以,报应刑论是从人的复仇本能中发展起来的,是一种以动来对付反动的本能主义,但在应对同一物报之以同一物而言,又体现了平均的正义观念。<sup>[21]</sup> 在这一点上,康德和黑格尔都是相同的,只是在报应的具体内容上有些不同。康德主张等量报应说,注重刑罚与犯罪之间外在形态(事实)上的等同。他明确指出,报应是支配公共法庭的唯一原则,根据此原则可以确立在质和量两个方面都公正的刑罚,<sup>[22]</sup> 由此就可以实现刑罚正义。黑格尔则主张等值报应说,注重追求犯罪与刑罚内在性质(价值)上的同一性。他认为,犯罪与刑罚之间种的等同性是不可能的,可是从它们的价值即侵害这种它们普遍具有的性质来看,彼此之间是可以比较的。寻求刑罚和犯罪接近于这种价值上的等同,是属于理智范围的事。<sup>[23]</sup> 事实报应和价值报应各执一端,<sup>[24]</sup> 但无论它们之间的差异多么大,有一点却是共同的:作为报应的刑罚,体现的是一种公正观,而这部分地构成了刑法认同。倘若不培育这种起码的刑法公正观念,就切断了刑法认同的最朴素来源。

(三)刑法应当着力于建构罪与刑之间的必然对应关系。学者指出,同为古典主义学者,康

[17] [古罗马]西塞罗:《论共和国、论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第277页。

[18] 此点可参看关于黔东南苗族早期纷争调处法则的描述。参见周勇:《初民社会纷争调处的法则——黔东南苗族“佳”歌的法律分析》,《比较法研究》1993年第6期。

[19] 昂格尔认为,人们越来越愿意承认法律中的道德内容。参见前引[1],昂格尔书,第11页。

[20] 参见[日]我妻荣主编:《新法学教程》,中国政法大学出版社1991年版,第636页。

[21] 参见陈兴良:《罪刑均衡的价值蕴含》,《法律科学》1996年第4期。

[22] 参见康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,商务印书馆1991年版,第166页。

[23] 参见黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1961年版,第106页。

[24] 例如黑格尔就指责康德,认为根据等量报应的观点,很容易得出刑罚上同态复仇的荒诞不经的结论(参见前引[23],黑格尔书,第106页)。但事实上这可能是一种误读,康德的报应主义主要应当看作是一种伦理正义的宣言,而不是同态复仇的近代版本。

德、黑格尔尽管在实施刑罚的理由这一问题上与贝卡利亚和边沁完全不同,但在刑罚应当与犯罪相对应这一点上完全一致。<sup>[25]</sup>这是古典刑法学派与刑事实证学派的重大区别。尽管报应刑论与预防刑论在对犯罪本质的认识上不尽一致,但在犯罪概念的客观建构这一点上却殊途同归。康德的道义报应和黑格尔的法律报应都主张应当以客观尺度来衡量犯罪。这里的客观尺度是指犯罪的行为特征。<sup>[26]</sup>因为基于意志自由的假设,行为人在理性能力上是平等的,因而刑罚只能以犯罪行为表现出来的客观危害为尺度,这就是行为责任的原则。贝卡利亚和边沁的预防理论也都具有明显的客观主义倾向,强调以行为为基石建构罪刑之间的对应关系。贝氏明确指出,犯罪对社会的危害,是衡量犯罪的真正标尺。<sup>[27]</sup>他认为,有人把犯罪意图作为衡量犯罪的标尺,这完全是错误的,因为这些标尺所依据的只是对客观对象的一时印象和头脑中的事先意见,而这些东西随着思想、欲望和环境的迅速发展,在大家和每个人身上都各不相同。如果那样的话,就不仅需要为每个公民制定一部特殊的法典,而且需要为每次犯罪制定一条新的法律。同样,以罪孽的轻重程度衡量犯罪性质也是不正确的,因为它也是可变和不确定的,而只有行为是客观存在的。

在犯罪与刑罚之间确立必然的对应关系是极为重要的,对此,贝卡利亚曾经尖锐地指出:如果让人们看到他们的犯罪可能受到宽恕,或者刑罚并不一定是犯罪的必然结果,那么就会煽惑起犯罪不受处罚的幻想。既然罪犯可以受到宽恕,那么人们就认为,无情的刑罚不是正义的伸张,反而是强力的凌暴。<sup>[28]</sup>同贝卡利亚一样,18世纪的其他思想家也极力主张:刑罚与犯罪之间存在天然的藤蔓关系,刑罚必须是犯罪自身的反射,就如同以工作来制裁闲混,以羞辱指责虚荣,以剥夺生命来制裁对他人生命的剥夺,以剥夺财产来制裁对他人财产的侵犯,等等。这种与犯罪行为相对应的“类推式”的刑罚,他们认为,会在罪与罚之间建立一种明显的“自然的”联系。这样的刑罚不再是一种政治权力的展示,而会具有自然法的权威和效应。同时,这种类推出的刑罚由于直接针对了那些引起犯罪的动机和愿望的利益,因此也就更有效地排除了犯罪的根据。<sup>[29]</sup>在我看来,正是犯罪与刑罚之间直接对应的关系,才会使人们心目中对刑法的确信和尊重得以建立,而对刑法的确信和尊重都是刑法认同中不可或缺的要素。

犯罪与刑罚之间的对应关系的最终确立,必须求诸罪刑法定原则和罪刑均衡原则。罪刑法定主义的技术要求是罪之法定和刑之法定,这对建立犯罪与刑罚的联系提供了前提;罪刑均衡原则更是进一步使犯罪与刑罚之间的对应关系尽量精确化和现实化。

对于罪刑法定原则,我国学者曾从保障人权的角度进行深入探讨。<sup>[30]</sup>的确,这一原则与制约司法权力、保障个体权利有关,也与市民社会的内在要求相符合,<sup>[31]</sup>这是罪刑法定原则的实质功能。此外,在我看来,罪刑法定还有一种形式功能,而且,它的意义和重要性还绝不亚于其实质功能。因为正如昂格尔所指出的,在现代西方法治的历史上,有一个压倒一切并包容

[25] 参见苏力:《福柯的刑罚史研究及对法学的贡献》之注释[13],《比较法研究》1993年第4期(总第26期)。

[26] 参见[日]福田平等:《日本刑法总论讲义》,李乔等译,辽宁人民出版社1986年版,第10页。

[27] 参见贝卡利亚:《论犯罪和刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第67页。

[28] 参见前引[27],贝卡利亚书,第68页。

[29] 参见前引[25],苏力文。

[30] 参见陈兴良:《罪刑法定的当代命运》,《法学研究》1996年第2期。

[31] 学者认为,我国1979年刑法之所以排斥罪刑法定主义,在一定意义上讲,就是当时市民社会萎缩甚至完全消失的产物。参见蔡道通:《类推制度的当代命运》,载《刑事法评论》1997年第1卷,中国政法大学出版社1997年版,第227页以下。

一切的问题,即法律中的形式问题。说一种规则体系是形式的,是指该体系允许它的官方或非官方的解释者仅仅根据规则本身、以及是否具备规则所要求的有关事实而论证自己的决定。在一种较为狭隘的意义上而言,形式是指一种愿望,它允许由是否具备外部庄严的形式来决定各方的权利和义务。“在最广泛的意义上而言,形式仅仅意味着一种法律制度的特殊的标记:追求一种具有普遍性、自治性、公共性和实在性的法律。形式的观念强调并鼓励人们去寻求法律控制之下的政府的更深层动机。形式的观点认为,作为普遍性、自治性、公共性和实在性规则体系的法律的核心,即使不能被充分决定,也可以限定官员和私人可以做些什么。”<sup>[32]</sup>这是对罪刑法定的形式意义的最深刻说明。当然无论是罪刑法定的实质功能还是形式功能,都有助于刑法认同感的确立。唯有如此把握罪刑法定的内蕴意蕴,才能解释世界各国都规定了罪刑法定原则这种现象。

罪刑均衡原则在使犯罪与刑罚相对应上的功效早已为人们所认识。贝卡利亚认为: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。<sup>[33]</sup>所以,贝氏不仅使犯罪与刑罚之间发生了必然性联系,而且尽量使这种对应关系精确化,这在他所精心设计的罪刑阶梯中被强调到了极致。他指出,既然存在着人们联合起来的必要性,既然存在着作为私人利益相互斗争的必然产物的契约,人们就能找到一个由一系列越轨行为构成的阶梯,它的最高一级就是那些直接毁灭社会的行为,最低一级就是对于作为社会成员的个人所可能犯下的、最轻微的非正义行为。在这两极之间,包括了所有侵害公共利益的、我们称之为犯罪的行为,这些行为都沿着这无形的阶梯,从高到低顺序排列。如果说,对于无穷无尽、暗淡模糊的人类行为组合可以应用几何学的话,那么也很需要有一个相应的、由最强到最弱的刑罚阶梯。有了这种精确的、普遍的犯罪与刑罚的阶梯,我们就有了一把衡量自然和暴政程度的潜在的公共标尺,它显示着各个国家的人道程度和败坏程度。<sup>[34]</sup>边沁更是从功利主义出发,提出5项计算罪刑均衡的具体规则。<sup>[35]</sup>不管他们为罪刑均衡而进行的设计在精确度上有什么差异,但有一点是共同的:他们都追求犯罪与刑罚在性质上的相似、程度上的相称和执行上的相当,使罪犯得到应得处罚,从而在最大限度上打动公众,使之认同刑法。

(四)刑法应当具有可感性。感知是认同的前提,刑法如果不具有可感性,未让民众亲眼目睹光天化日之下的罪恶得到惩处,就无法强化民众接受刑法的心理,刑法认同的生成就难乎其难。刑法可感性的增强必须通过诉讼迅速原则来实现,<sup>[36]</sup>但更有赖于刑罚及时性这种观念的培植。在贝卡利亚看来,惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时,就越是公正和有益。他由此指出:我说刑罚的及时性是比较有益的,是因为:犯罪与刑罚之间的时间间隔越短,在人们心目中,犯罪与刑罚这两个概念的联系就越突出、越持续,因而,人们就很自然地把犯罪看作起因,把刑罚看作不可缺少的结果。事实上这些概念的结合是建造整个人类智慧工厂的原料,否则,

[32] 参见前引[1],昂格尔书,第190页。

[33] 参见前引[27],贝卡利亚书,第65页。

[34] 参见前引[27],贝卡利亚书,第66页。

[35] 参见[英]边沁:《立法理论——刑法典原理》,孙力等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第68页以下。

[36] 美国宪法修正案第6条规定,在一切刑事诉讼中,被告人享有获得迅速审理的权利。学者们对此一般是从保护被告人权利、防止审理前的不公正和暴虐性监禁角度认识的(参见[美]卡因威因等:《美国宪法释义》,徐卫东等译,华夏人民出版社1989年版,第244页)。但这一制度的设计也很难说不是出于增强刑法可感性、强化刑法认同的考虑。

欢乐和痛苦就成了一些无结果的孤立感情。人们越是远离一般的观念和普遍的准则,也就是说,越是平俗,就越是根据直接的和比较近的联系行事,而忽略比较深远和复杂的联系。<sup>[37]</sup>因此,刑法的可感性只不过想使人们从刑罚对罪犯的及时惩处中再次体味到犯罪的原始含义:它给人们的印象是某种不名誉、邪恶或卑鄙的东西。<sup>[38]</sup>人们也正是在这个意义上,从直感上使刑罚与犯罪的本质相符合,从而使犯罪与刑罚之间的重要连接进一步密切化。由于刑法的可感性在不知不觉中得到加强,这就产生了两重积极影响:一方面,对试图犯罪的人而言,刑法可感性特别有利于人们把犯罪动机同刑罚的报应进行对比,当诱人侵犯法律的观念竭力追逐某一目标时,这种相似性能改变人的心灵,并把它引向相反的目标;另一方面,对于普通的公众,尤其是那些具有“最卓越的头脑”的人而言,由于刑法的可感性而考虑到犯罪与刑罚之间的联系,所以能“干练地把很多片面的感情相互对比,因而,他的行动往往是万无一失的”。<sup>[39]</sup>刑法认同往往就在这些人的心目中取得地位。

## 二、诱导观念:刑法强制性的相对软化

犯罪是危害社会秩序最严重的行为,是与法律意志根本冲突的产物。国家针对犯罪必然地采用与之相适应的最严厉的刑事控制手段来惩处这种行为,以恢复社会生活的平静,所以,刑法直观地给人以工具形象。

在中国传统法文化中,法即刑的观念深入人心。《唐律疏议》释:“律之以法,文虽有异,其义一也。”《尔雅·释话》云:“刑,法也。”汉郑昌曰:“立法明刑者,非以为治,救衰乱之起也。”<sup>[40]</sup>在这些典籍中,法即刑,刑即强制的思想表达得极为充分。而在西方前资本主义时期,人们也往往谈刑法而色变,就是因为它的严厉和不讲情面。人们一再强调,“应当使‘罪行’和‘罪过’受到强制并‘惩罚’,以使国家在这方面成为一种‘合理化’”。<sup>[41]</sup>时至今日,我们的刑法教科书在讨论刑法与其他部门法的区别时,也无一例外地提到:刑法所具有(超)强制性是其他任何部门法所不具备的。

这种把刑法与强制直接划等号的判断粗略地看几乎是无隙可击的,但有过于简单化和含糊之虑。的确,刑法以刑罚惩罚为手段,它“在根本上与其说是一种特别的法律,还不如说是对其他一切法律的制裁”。<sup>[42]</sup>正因为刑法试图以其他法律所无法比拟的强制力来恢复遭到破坏的社会秩序和道德秩序,所以人们一直对刑法有一种本能的抵抗和厌恶情绪。对此,美国学者的这句话可谓一语中的:“法律最初一产生,即有人认为它是道德沦丧的产物,因而对其充满敌意。”<sup>[43]</sup>即便如此,我们也认为,可以在保留并限制刑法强制性的情况下,在公众与刑法之间建立一种合作态度,增进公众与刑法的沟通,从而为建构现代法治国家的刑法作出铺垫。关于此,伯尔曼有过相当精辟的论述:“正如心理学研究现在已经证明的那样,确保遵从规则的因素

[37] 参见前引[27],贝卡利亚书,第56页以下。

[38] 参见[英]塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,王国等译,华夏出版社1989年版,第2页。

[39] 参见前引[27],贝卡利亚书,第57页。

[40] 《汉书·刑法志》

[41] 前引[15],安东尼奥·葛兰西书,第194页。

[42] 前引[9],卢梭书,第73页。

[43] [美]布迪·莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社1995年版,第36页。

如信任、公正、可靠感和归宿感,远较强制力更为重要。法律只在受到信任,并且因而并不要求强制力制裁的时候,才是有效的;依法统治者无须处处都仰赖警察。……总之,真正能阻止犯罪的乃是守法的传统,这种传统又植根于一种深切而热烈的信念之中,那就是,法律不仅是世俗政策的工具,而且还是生活终极目的和意义的一部分。”<sup>[44]</sup>而要确立人们对刑法的信念,削弱刑法的强制性,增进诱导观念等刑事策略的重要性就突显出来了。

在我看来,在利用刑法强制力、强调刑事控制手段这个问题上,我们现在走入了两个误区:一是在认识上夸大了刑法的强制力,从而带来刑法功能等一系列认识偏差(认识误差);二是在行动上片面强调刑法强制,对刑法的行为诱导力认识和运用不够(司法误差)。所以,我认为要软化刑法强制性,修正刑事控制手段,必须首先要走出上述误区,从而增强刑法诱导性。

清除对刑法强制力的认识误差与两个问题有关:(1)刑法作为一种命令在多大程度上能够贯彻到底?把法律看作命令是20世纪英美法理学的常识法律观念。它强调法律表达制定者的意志,这种意志表现为意愿明示而且必须为他人所接受,否则制定者将给予暴力式的制裁。<sup>[45]</sup>这种观念来自两方面的对法律现象的思考:一是将全部法律视为义务强制的规定,从而将其视为制定者的强制意愿的表现;二是将任何法律规定的权利义务问题最终归结为刑事处罚问题。这种被很多学者认为具有一般性的、没有错误的法律知识的原型,与英国法学家边沁以及奥斯汀的分析法学有着紧密联系。但是,法律命令说的基本观念是否能够贯彻始终?有学者对此提出了质疑,认为从整体上看,法律命令说似乎给人这样一种印象:在其眼睛中法律仅仅等于刑事法律。一般而言,刑事法律的主要内容的确在很大程度上涉及以制裁为后盾的行为义务,但是,法律命令说即使在人们通常认为的义务性极强的刑事法律(主要是刑法)范围内,都不具有充分的说服力。<sup>[46]</sup>换言之,将刑法完全与强制等而视之,无论如何都是不妥当的,刑法亦有其诱导蕴含,而不是绝对完全的强制和命令。例如现代国家普遍采用的刑法基本原则法定化和刑罚轻缓化,都不是为了促进强制,而是增进诱导。(2)刑法作为一种法律制度是一种“选择”还是“契约”。在经济学中有“选择论”和“契约论”之争。选择论的创始者是美国学者萨缪尔逊。他认为,经济学在基本理论分析方法上可以统一于对各经济行为主体的“最大化行为”的分析,它的基本原则可以概括为“最大化选择”的原则。这是经济学中的“性善论”主张。它强调政府可以在供选择的社会改进方案中,选择那种能够最大化社会福利的方案。契约论的力倡者是布坎南等人。其基本论点在于:个人、企业或个别政治家(以及政治团体)的确是在每时每刻进行着最大化的选择,但社会整体的行为不能被理解作为一种最大化选择的行为——不存在、也不可能形成一个全知全能、专行善事的政府或“超人”在那里代表或“代替”社会全体进行这种最大化选择。这是经济学中的“性恶论”主张。萨缪尔逊和布坎南的根本分歧在于如何理解公共选择的方式:前者认为,一项正确的(或错误的)公共决策(政策法令),是由政府出于最大化公共利益的考虑进行理性选择的结果(或者,在“决策错误”的场合,是“政府失误”的结果);后者认为,公共选择是社会上各种经济利益相互冲突、相互制约所最终达成的“交易契约”的结果,正是在这个意义上,布坎南声称“经济学不应是一门‘选择的科学’,而应是一

[44] 前引[6],伯尔曼书,第43页。

[45] 例如富勒就认为,法律是使人类服从于规则治理的事业。转引自[美]戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店1987年版,第52页。

[46] 参见刘星:《法律是什么——20世纪英美法理学批判阅读》,广东旅游教育出版社1997年版,第33页以下。

门‘契约的科学’”。<sup>[47]</sup>类似的争论,在政治哲学领域里也存在,建构理性主义和进化理性主义的激烈论争就有异曲同工之妙。<sup>[48]</sup>

在刑法领域,仍然存在刑法制度究竟是“选择”还是“契约”的问题,即刑法是国家按照最有利于统治阶级本身和公众的原则进行的自由选择?还是在相互冲突、相互制约的国家、多元社会集团、个人之间最后达成的一项“交易契约”?我们过去潜意识里可能接受的是一种刑法选择观,尤其是把刑法与国家主义等同时,更是如此。不过,刑法是一种“契约”这种观点可能更为可取。因为不存在一个凌驾于世俗社会和人类的七情六俗之上、全知全能的“超人”式立法者代表全社会进行对所有集团和个人都有益的“最大化”选择。无论如何,刑法本质上都是制度的产物,而不是人的善恶本性或智慧心术的产物;任何刑法制度和刑事政策,事实上都是在某种特定的社会制度或组织结构以及各种利益集团相互作用、相互制约、相互冲突下最终达成的某种结果。刑法这一“法令的真正制定者,不是立法者个人,而是群体,立法者不过是这个群体的忠诚或不够忠诚的代言人而已。”<sup>[49]</sup>除此之外,普通公民在刑法制定中的作用也并不能完全忽略。<sup>[50]</sup>由于不同制度下,立法者、利益集团、公民个人在刑法选择过程中所处的地位和影响力的大小有所不同,所能起到的作用不同,从而最终形成的决策,也就会有一定的倾斜度。所以刑法的确定过程,也是一种经济学上的“交易契约”达成的过程,其结果或多或少总是各种利益集团在相互斗争中所达成的妥协。学者指出,既然妥协是人们在对抗中的一种合作行为,那么,不管具体情况如何,它的本质是妥协各方的一致赞同和共同契约。<sup>[51]</sup>所以,那种把刑法完全等同于国家或政府任意选择的惩罚、强制、命令措施的观念,实际上是有失偏颇的。刑法天然地含有强制因素,但这种强制不具有纯粹性和唯一性。在现代法治国家,刑法的强制色彩应该被剥离得更多,应当强调刑事控制手段从强制向诱导型强制的转化和发展,因为国家要制定和施行刑法,必须取得各种利益集团和公众的妥协性“契约”,这种“契约”在很大程度上仰赖于刑法的诱导而不是强制。强调诱导观念,是软化刑法强制性的必然后果。对此,福柯的见解发人深醒;我们应该问,在不断开展的压制活动中,在征服我们的身体,支配我们的姿势,规定我们的行为的不断的过程中,事情的发展是怎样的。换句话说,不要去看统治权孤傲的一面,而是要去发现受统治的臣民是怎样通过多种机制、势力、能量、材料、欲望、思想,逐渐地、现实地、具体地被构成的。<sup>[52]</sup>所以,刑法不能一味地强调压制,不能陷于福柯曾经揭露过的“压迫者以理性的名义将同一性强加于被压迫者的阴谋”,<sup>[53]</sup>而应当承认价值王国的多样性,增强刑事控制的诱导性,使社会对刑法达成妥协性“交易契约”,从而使刑法更为符合现代法治国家的要求。

[47] 详细的分析请参见樊纲:《经济学:“选择”还是“契约”》,《读书》1993年第5期。

[48] 参见周光权:《追求完美及其艰难——刑法修订的规模定位与制度设计》,载《刑事法评论》1997年1卷,中国政法大学1997年版,第188页之注释(1)、注释(3)。另见[美]霍伊:《自由主义政治哲学——哈耶克的政治思想》,三联书店1992年版,第3页以下。

[49] [法]亨利·布律尔:《法律社会学》,上海人民出版社1987年版,第71页。

[50] 对此,美国学者也有极为精辟的见解:“平凡的公民总是企图实现,或者期望他的领导人实现他的朦胧但却坚定的信念;他不是政治棋盘上一名单纯的小卒子,也不是任何政府或统治者的私有财产,而是活生生的、有自己独立见解的个人。正是为了他的缘故,才有所谓政治,才建立了政府”。[美]汤姆·彼彻姆:《哲学的伦理学》,中国社会科学出版社1990年版,第309页。

[51] 参见张曙光:《论妥协》,《读书》1995年第3期。

[52] 参见[法]福柯等:《权力的眼睛——福柯访谈录》,严锋译,上海人民出版社1997年版,第232页。

[53] 参见张汝伦:《亚洲的后现代》,《读书》1994年第12期。

要走出在刑法强制力这个问题上的行为(司法)误区,必须设计出一系列合理的刑法制度(本文只讨论观念问题,与现代法治国家刑法基础观念相适应的刑法制度的建构问题,笔者有另文探讨)。这些制度的共同观念是:应当确立相对较为宽泛的刑法容忍度,即强调刑法宽容。思想家们对刑法宽容历来都极为重视。孟德斯鸠就明确指出,适中宽和的精神应当是立法者的精神。<sup>[54]</sup> 贝卡利亚则通过批判刑罚的残酷性来强调刑法的宽容精神。他说:严峻的刑罚造成了这样一种局面:罪犯所面临的恶果越大,也就越敢于规避刑罚。为了摆脱对一次罪行的刑罚,人们会犯下更多的罪行。刑罚最残酷的国家和年代,往往就是行为最血腥、最不人道的国家和年代。<sup>[55]</sup> 边沁则通过论述功利原则来强调刑法宽容。他指出:立法者如果希望鼓励一个民族具有人性,那么他自己应该首先树立榜样。要求自己不仅对人的生命,而且对一切能影响人之感受的环境情状,都给予极大的尊重,因为温和的法律能使一个民族的生活方式具有人性;政府的精神会在公民中得到尊重。<sup>[56]</sup>

在我看来,刑法宽容有助于使刑事控制手段从强制走向诱导型强制,这应当从两层意义上理解:

其一,这是与刑法是一种妥协性“契约”的观念一脉相承的。刑法是对社会冲突的回应。它不是与社会冲突相对抗,就是与之达成妥协。而在现代社会里,对冲突的宽容是被多数人所认同和接受的。而对冲突的宽容,“不仅是指不对其进行强制性的压抑和禁止,而且包括鼓励冲突双方放弃对抗,实行让步和妥协,达成和解和合作”。<sup>[57]</sup> 所以,强调刑法宽容,诱导人们认同(轻缓的)刑罚并防止更大冲突的出现,是对妥协的推崇和鼓励,是与刑法是“契约”这种观念相一致的。如果不承认刑法的妥协性的存在,不坚持刑法宽容,而是用对抗(严厉的刑罚压制)的方式来解决冲突,那么,一方面,刑罚不可能真正解决问题,因此,此时“冲突的根本解决意味着更大的冲突的生成,冲突的暂时解决意味着埋下了长期冲突的种子,它必然会在新的条件下,采取同样的方式解决面临的冲突”。<sup>[58]</sup> 另一方面,刑罚的诱导性可能大大减弱,刑罚的权威性和刑法的有效性都可能丧失殆尽。对此,贝卡利亚指出:“人的心灵就象液体一样,总是顺应着它周围的事物,随着刑场变得日益残酷,这些心灵也变得麻木不仁了。生机勃勃的欲望力量使得轮刑在经历了百年残酷之后,其威慑力量只相当于从前的监禁”。<sup>[59]</sup> 此时,再想对公众实施刑法诱导可能就如“蜀道”之难了。

其二,刑法宽容为行为的道德谴责划定了较大的界域,把对行为的刑法禁止限定在较小范围内,界分犯罪和道德过错,可以促使人们将“不得触犯刑法”的注意力集中,从而增强刑法的诱导力。事实上,即使是在现代国家,人们也日益愿意把某些道德概念视为法律的一个组成部分。英国学者德弗林曾经指出:一个社会不仅是一群人,而且也是一种观念的共同体,一种公

[54] 参见孟德斯鸠:《论法的精神》(下册),商务印书馆 1963 年版,第 286 页。

[55] 参见前引[27],贝卡利亚书,第 43 页。

[56] 参见前引[35],边沁书,第 150 页。

[57] 参见前引[51],张曙光文。此外,该文还提出冲突解决制度化的观念。认为具有弹性的社会结构应当作出安排,使得冲突的一方或双方能够即时宣泄自己的不满,使得敌意能够不断化解,不致积累起来,造成破坏性后果的出现。这是极具启发性的。对刑法的运用也应当符合一种制度化和规律化的要求,刑法时松时紧事实上可能使刑法有效性受到冲击。正是在这个意义上,福柯才认为,现代的刑罚观念是系统的、完全的和不间断的调整,而不是一阵一阵的压迫和压制。参见前引[25],苏力文。

[58] 前引[51],张曙光文。

[59] 前引[27],贝卡利亚书,第 43 页。

共道德对社会的存在有着根本的意义。违背公共道德威胁社会的行为是应当受到惩罚的,但惩罚手段的运用与决定容忍的限度是相联系的。除非超出容忍限度,否则就没有什么需要惩罚。德弗林还要求道德判断应当谨慎为之。例如对于同性恋,他曾经告诫说:我们应当冷静地、不动感情地看待它,应当反躬自问:我们是否把它看作一种“邪恶”,甚至“可恶”得只要一出现就是一种侵犯。“我相信,大多数美国人一想到吃蟑螂就会感到恶心,但是经过考虑后他们不会认为吃蟑螂就是犯罪”。<sup>[60]</sup> 所以区分道德过错和犯罪,尽量缩小刑法的涉猎面,对于确立刑法宽容的精神是很重要的。如果刑法的触角太长,将道德谴责和刑法惩罚糅合在一起,人们就无法分清犯罪和道德过错的界限,刑法的诱导性自然也就丧失了。在这方面,福柯在与居伊·奥克凯埃、让·达尼等人为法国文化所作的一次广播对话节目(1978年4月9日)中曾经提出了一些批判性见解。他指出:在过去,法律禁止一些行为,这些行为种类繁多,以致人们从来就搞不清楚那都是些什么,但是法律一直关注着这些行为。而在当代,立法者正把许多观念混杂在一起,制造出新的犯罪(尤其是性犯罪)的观念。构成这些新制造的犯罪的人变成了不能容忍的恶魔,因为他们的罪行被认识、被构成,现在又被精神分析和社会学的武器所强化。立法者所做的是建造一种全新的罪犯,这种罪犯可怕得令人难以置信,以致于他们的罪行也难以解释。<sup>[61]</sup> 由此可见,不对刑法的容忍度作出准确定位,不强调刑法的诱导性,要使刑法得到公众(包括福柯等)的普遍认同可能是有问题的。

### 三、确立忠诚:刑法正当性的重新定位

刑法的正当性或正当根据是对我们为什么需要刑法和刑法存在在多大程度上符合理性这一问题的回答,所以刑法的正当根据实际上是指刑法存在的合理性,即刑罚机制启动并运作的正当性。关于刑法的正当根据的论证,以往的刑法理论提供了两种方案,即报应论和预防论。

报应论以通过刑法所追求的公正价值来论证刑法的正当性。报应论者认为,刑法的正当性在于对犯罪的一种回报,即罪犯对社会有一种“应偿付之债”,社会则因犯罪的恶行而向其“回索”。预防论则试图通过刑法在惩罚犯罪时所获取的功利价值来论证刑法的正当性。尽管报应论从康德、黑格尔深邃的哲学思想中吸取了营养,预防论也取得了目的法学和功利主义的支撑,但他们似乎都陷入了困境。

报应论无法解决三个难题:(1)报应论是以一种对道德恶劣性的估价为前提的,这就超出了法律行使的权能,从而有沦为仅仅是报复的危险。而这样的刑罚能否改造人也始终值得怀疑,它在很大程度上只是把罪犯强化为社会的敌人。<sup>[62]</sup> (2)报应论未考虑运用刑法所能收到的任何社会效果,其科学性大可质疑。所以,很多人认为这无异于是说两种罪恶相加等于正义,或刑罚与罪恶相加等于正义。报应刑唯一的一个可得利益是满足了受害人报仇或泄恨的愿望(报复心理)。然而,学者指出:“报复心理并非一种理性的感情,因为它只是一种要使那些危害他人的人遭受损害的欲望。它的实际作用仅仅是增加了社会中损害的总量……人们无疑不会制定一个鼓励报复的法律制度……刑法的发展史就是一种合理的公共刑罚制度逐步替代

[60] 转引自[45],戈尔丁书,第126页以下。

[61] 参见前引[52],福柯书,第266页以下。

[62] 参见前引[45],戈尔丁书,第140页。

私人报复的历史。因此,人们不可能理性地接受强加刑罚仅仅是为了满足非理性的报复欲望的刑法”。<sup>[63]</sup>也正是在这个意义上,美国学者泰勒才指出: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,没有什么社会效益可言。<sup>[64]</sup>(3)报应论强调根据既存的犯罪决定刑罚,但在多大程度上施用刑罚才能符合正义的要求和实现报应的需要,他们从来没有给出令人满意的答复。康德认为公正的量刑就是由于侵害行为的性质而应当的、值得的量,在他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“以牙还牙”的精神。<sup>[65]</sup>由此,他认为死刑与谋杀相当,宫刑与强奸相当。这种观点显然是人们所不能接受的。学者指出,如果刑罚的轻重仅仅与犯罪相当,再加上犯罪并不会百分之百受到惩罚,盗窃便成了一种有利可图的事业。而实际上,只要预防犯罪所避免的损害总量大于刑罚的损害总量,人们就会在一定程度上接受该制度。<sup>[66]</sup>康德基于事实报应所提出的绝对的罪刑均衡殊不足取,相对的罪刑均衡是当代刑法学者所普遍坚持的,<sup>[67]</sup>但是,它的内容仍然有些含糊,即纯粹以报应为基础建构罪刑均衡关系总有不太完美的地方。

预防论的缺陷一点不比报应论少,其致命的弱点是必要时允许惩罚无辜。预防论承认刑罚本身是不愉快的,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。所以预防论者认为个人受惩罚是为了社会的利益(普遍幸福)。由此,从功利主义理论中获取力量的预防论就和惩罚无辜这一司法事实建立了逻辑联系,因为必要时惩罚无辜可以获取最大的社会效益。而这种结果的出现,一方面显然不符合人类理性的基本要求。正如黑格尔所言,是把对正义的客观考察搁置在一边,然而这种考察正是确立和惩罚犯罪时首要的和实体的观点。<sup>[68]</sup>另一方面,它也是很危险的。因为人们理所当然地不会赞同一个故意惩罚无辜者的刑法制度。虽然为了消除危害,维护安全,人们努力预防犯罪,但如果故意惩罚无辜者,那么谁也不能因避免犯罪就能躲避刑罚的损害。我们将总是面临被惩罚的危险,因此,损害和不安全因素发生的威胁始终存在,使得目的在于维护安全的制度反而增加了不安全因素。所以,预防论虽然着力于对未来犯罪行为发生可能的防止,被称为“向前看的理论”,但是,这种理论却在前行的路上自挖了许多陷阱,虽然它们都可能是无意而为而不是精心构筑。正是这些危险的存在,使预防论招致了来自各方面的激烈批评。

鉴于报应论和预防论都因其自身缺陷而销蚀着公众对刑法的认同,它们都不能对与现代刑法观念相符合的刑法正当根据问题作出令人满意的答复,那么,建构一种现代刑法正当根据解释模式的努力就是值得肯定的。在这方面,学者们已经作出了一些可贵的探索,但实质上都

[63] [美]迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第339页。

[64] 参见[美]劳伦斯·泰勒:《遗传与犯罪》,群众出版社1986年版,第8页。

[65] 参见前引[45],戈尔丁书,第189页。

[66] 参见前引[63],迈克尔·D·贝勒斯书,第341页。

[67] 相对的罪刑均衡原则在戈尔丁看来是一种相关性的观点。他指出,对一个罪犯的处刑应当与其犯罪的道德严重性相联系;应当在某种程度上保留关于刑罚与侵害行为之间有一种“道德适量”的报应论的观点。他认为,这种相关性的观点提供了一种更有效用的、大致的公正刑罚标准,具有某种真理性(参见前引[45],戈尔丁书,第192页)。其实,仔细分析不难发现,戈尔丁在报应论的实现方式上的相关性观点以及当代形形色色的罪刑均衡学说仍然有诸多不太明晰之处,这可能是人类自身无法克服的思维障碍和语言表述障碍所造成的。

[68] 参见前引[23],黑格尔书,第101页。

是一种混合说或折衷观点。折衷观点的实质是认为：威慑论的目的论证了法律惩罚的制定的目的，它回答“为什么需要一套刑罚机制”的问题；而向后看的报应论则论证了受惩罚的个人，回答“应当对其施以刑罚”的问题。只有把这两者结合起来，才能解释刑法的正当根据。

但是，我认为，混合理论的所有解释都是不能令人满意的。戈尔丁也曾指出：“我们需要某种多元化的刑罚理论，但是我并不是指这样一种理论，例如说，折衷理论只是认为：(1)功利主义——威慑论是对‘为什么完全需要刑罚’的回答；(2)报应论仅仅是对‘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。”<sup>[69]</sup> 戈尔丁的见解的确是建设性的。

在我看来，要建构一种可以为刑法现代化提供滋养的多元化刑法正当根据理论注定是很艰难的，但是，我们不应放弃这种理论努力。以往关于刑法正当根据的报应论和预防论解说，都在一定层面上与问题的实质有关，但并未完全触及问题的中心。我认为，合理的刑法正当根据应当是确立公民对刑法的忠诚。<sup>[70]</sup> 正如伯尔曼指出的：“一种不可能唤起民众对法律不可动摇的忠诚的东西，怎么可能又有能力使民众普遍愿意遵从法律？”<sup>[71]</sup> 循此思路，我们完全可以说刑法的正当性既不在于满足报应，也不在于实现功利，而在于“确立忠诚”。能够确立公民的忠诚信念的刑法是正当的刑法；一部足以动摇公民对刑法的忠诚信念而只会导致恐惧心理和厌恶情绪的刑法则是不正当的、不合理的。我将这种解说刑法正当根据的理论称为忠诚论。对此，有必要作进一步的说明。

第一，忠诚论与一种共识话语有关。

在现代自由主义社会里，普遍性、利益联盟及理想和现实的间离，对于共识来说，至少有两种破坏性影响：首先，它们破坏了存在一种共识的可能性。这是一种关于社会安排的正当与善的广泛的、严密的、具体的和强有力的共识。更重要的是，它们破坏了人们把这种共识事实看作是发现了正当与善的迹象而加以接受。但是，人们也必须承认，在自由主义社会中，也有一些加强伦理一致意见的力量起作用，它也为一种普遍的愿望和预想的统一体创造了条件；而且权力和信念的基本结构可以保持着惊人的稳定性。<sup>[72]</sup> 所以在现代社会里，共识一方面遭到破坏，另一方面又不断生成，出现了“共识的破坏性重构”现象。把这种社会理论领域的共识理论借用到法治领域，可以发现事情具有共通性。人们一方面破坏着由于现实等级秩序的不合理以及由于不公正的起源而导致的共同伦理与传统，另一方面为达到相互关联的中立性、统一性及可预见性的统治观念而努力。<sup>[73]</sup> 人们创造着这些共同的价值观，也尊重这些共同的价值观。

在我看来，前述的法治“共识”话语为我的忠诚论提供了最好的支撑。在现代法治国家，人们尊重并忠诚于他们所达成的法治共识，那么忠诚于刑法就是忠诚于刑法共识和法治共识的

[69] 参见前引[45]，戈尔丁书，第201页。

[70] 德国当代有影响的机能主义刑法学派代表人物雅各布斯就曾指出，刑罚的运用应当有助于确立公民对法律的忠诚(参见其《行为、责任、刑法》之相关部分，冯军译，中国政法大学1998年版)。这一见解是极富启发性的，至少对我而言是如此。

[71] 参见前引[6]，伯尔曼书，第43页。

[72] 参见前引[1]，昂格尔书，第157页以下。

[73] 参见前引[1]，昂格尔书，第165页。

题中之义。刑法的正当性也可以从确立忠诚和促进忠诚中得到论证。

如同刑法报应基于道德要求,刑法预防出于利益计较,刑法忠诚来源于刑法共识。而刑法共识可能来自两方面:(1)社会冲突主要是利益冲突。说共识来源于冲突,丝毫不会产生逻辑矛盾。因为在国家的刑法选择中必然会为了某些人的利益而牺牲另一些人的利益。如果仅仅依赖于个别团体或个人对效益所做出的最佳统计,那么,服从法律就不能存在。因为总是存在着任何既定的一方通过违反法律而获利的机会,存在着破坏法律秩序的益处远大于所承担的风险的机会。因此,刑法的制定必然仰赖于一种共识,必须有助于增进一种超越任何成本收益统计的相应的社会责任感。在这个意义上,我们可以说,刑法是冲突的创造物,但又是冲突的解毒剂。刑法因为表达了一种共同价值而被人们所信奉。所以,昂格尔正确地指出:“法律被遵守的主要原因在于集团的成员从信念上接受并在行为中体现法律表达的价值。人们效忠规则是因为规则能够表达人们参与其中的共同目的,而不是靠强制实施规则所必然伴随的威胁。”<sup>[74]</sup> (2)刑法天然地具有的强制性。谁也无法否认刑法的强制性,因为这是刑法这一部门法的特质,但是在现代法治国家,刑法应当将其超强制性转化为诱导性强制。刑法强制也在一定程度上决定了刑法共识的达成。共识何以从强制中产生?在这方面,福柯的见解是相当精辟的:17、18世纪的自然法学家都认为自然状态下的个人部分地或全部地放弃个人的自然权利,达成共识,建立一种社会契约并服从由此建立的公共秩序。但是共识是如何建立的呢?早期的社会契约论者无法回答,后来的社会契约论者如罗尔斯等人也不得不首先明确社会契约是一种假设或提出许多先决条件。福柯的历史分析则为这种共识的形成提出了一个新的可能的的基础——对每个个人的自然性的征服,这种征服不仅是肉体的,而且是灵魂的。<sup>[75]</sup> 这是刑法共识可能来自刑法强制的最好注解。

第二,忠诚论以报应论为立论的基础。

忠诚论不能彻底地抛弃报应论,否则就成了无源之水。报应论内部虽有强式说和弱式说之别,但它们都与人类相互的道德情感认识有关。强式报应说的实质就是,刑罚是罪恶行为的回应。正义要求相同的规则使用于每一个人。如果有人违反了刑法规则,则该人从他人处获得了不正当的利益。正义要求通过刑罚报应或救赎这种罪恶,谁也不应当被单纯地用作实现他人幸福的手段,例如为了威慑他人而滥罚无辜。强式报应说认为报应与正义是同义语,而“正义要求刑罚应与罪恶均等。假如刑罚重于罪恶,则该人受到了过于严重的惩罚,并被用作实现他人幸福的手段,假如刑罚轻于罪恶,则罪恶并未受到应有的报复,该人仍取得了某种不正当的利益”。<sup>[76]</sup> 弱式说者认为,除非一个人有某种罪行和过失,否则就不应受到惩罚。应受惩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然意味着他必得受惩罚。弱式说的主张者允许一个法官在特定条件下部分或全部地免使一个罪犯受惩罚。<sup>[77]</sup> 弱式的报应主义有两个基本原则:只有已经实施犯罪行为的人才可以惩罚;只有与犯罪相称的刑罚才是允许的。<sup>[78]</sup>

不难看出,由于报应论强调“刑罚的程度应同犯罪本身的程度,尤其是应同客观的犯罪后

[74] 前引[1],昂格尔书,第27页。

[75] 参见前引[52],福柯书,第233页;又见前引[25],苏力文,注释[19]中的精当分析。

[76] 参见前引[63],迈克尔·D·贝勒斯书,第339页。

[77] 参见前引[45],戈尔丁书,第166页。

[78] 参见前引[63],迈克尔·D·贝勒斯书,第340页。

果之大小相适应”，<sup>[79]</sup> 所以一方面，报应论是符合人道性要求的，“报应作为刑罚目的，必然将刑罚的份量限制在与犯罪相适应的范围之内，使刑罚有节制而又有差别”。<sup>[80]</sup> 另一方面，报应论是有其正当性的，对此，日本学者大谷实指出：（相对的）报应论能够满足社会的报应感情，有利于增进国民对法秩序的信赖感，可以说它既是适当的，又是正义的。<sup>[81]</sup> 由此看来，报应论由于满足了基本的道德正义感而蕴含了促进人们对刑法的忠诚的基因。刑法如果不能首当其冲地满足这种社会正义感，那么，“官方法律与老百姓的正义感之间的差距也就愈大。从而，在老百姓的眼中，法律就会渐渐地失去自身的可理解性和合法性。他们认为，法律或是权贵们运用的魔术箱，或是随意地落在正人君子 and 邪恶小人身上的一系列劈雷而已”。<sup>[82]</sup> 也正是在这个意义上，戈尔丁才敏锐地指出：“我们并不能从整体上放弃报应论”。<sup>[83]</sup> 由此，那种认为由于“新派的教育刑理论占了支配的地位，而旧派（古典派）的报应刑理论已出现没落形势，终于陷入了一蹶不振状态”的观点，<sup>[84]</sup> 显然是值得商榷的。一方面，刑法学中新派（主观主义）、旧派（客观主义）的区分只具有相对意义，它们如同两个瞎子分别摸到了刑法这头“大象”的不同部分，切中了刑法中不同侧面的问题，所以，很难说谁比谁科学，谁取代谁，事实上谁都离不开谁。另一方面，正如美国学者所言，近年来，随着人们对功利主义刑罚的无法控制的特征的一定认识，使人们重新又转到了报应主义的立场。美国的一些州开始放弃功利主义而采用报应主义的公正模式。<sup>[85]</sup> 这再一次证明，忠诚论作为对刑法正当根据的解说，无论如何都应当以报应论为立足点。

### 第三，忠诚论应当汲取预防论中的合理因素。

预防论认为刑法的正当性不在于满足抽象的社会报应观念，而在于惩罚犯罪人可能给社会带来一定的实际利益，其中的最大利益是预防犯罪，即实现普遍威慑。

按照威慑论，刑法的正当性显然取决于“刑足压罪”的经验性前提。<sup>[86]</sup> 有的学者从两个方面证明了前提的成立：一是有证据表明，刑法的改变会减少（或增加）某些（类）行为。一个简单的例子是法定的公路车速限制的改变（尽管其制裁不包括我们在刑法中所强调的监禁，它仍能说明这一点）。当美国法律把最高车速从每小时 70 公里改为每小时 55 公里时，人们确实减慢了车速。就算公路行车的平均车速可能会超过每小时 55 公里，就算近年来车速一直在提高，但较过去而言，车速仍然减慢了。二是有一些犯罪是因激情而实施的，而另一些犯罪却经过了较为理性的策划，例如所得税申报或医疗补助款项偿付上的欺诈行为。即使刑法不能威慑前一种犯罪，也能够威慑后一类犯罪。刑法甚至可以预防某些因激情而实施的犯罪。<sup>[87]</sup>

威慑论的一般兴趣就是普遍威慑——也就是说，惩罚犯罪者以制止人们从事同类行为，从

[79] [日]曾根威彦：《量刑基准》，载苏惠渔等编：《中日刑事法若干问题》，上海人民出版社 1992 年版，第 56 页。

[80] 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 357 页。

[81] 转引自冯军：《刑事责任论》，法律出版社 1996 年版，第 262 页。

[82] 参见前引[1]，昂格尔书，第 191 页。

[83] 前引[45]，戈尔丁书，第 200 页。

[84] 参见甘雨沛等主编：《犯罪与刑罚新论》，北京大学出版社 1991 年版，第 696 页。

[85] 参见[美]霍金斯等：《美国监狱制度——刑罚与正义》，孙晓雳等译，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 96 页以下。

[86] 参见前引[45]，戈尔丁书，第 142 页。

[87] 参见前引[63]，迈克尔·D·贝勒斯书，第 337 页。

而减少犯罪。正如边沁所指出,普遍威慑是法律惩罚的“主要目的”和“真正的正当性”。<sup>[88]</sup> 威慑论者强调,包括一般威慑在内的刑法威慑都不是无限度的。美国学者强调指出:(1)威慑并不意味着刑事禁律的存在是人们不敢犯罪的唯一原因。实际上,没有刑事禁律,许多人也不会犯罪。但是人们不犯罪的理由和原因复杂多样,这并不意味着刑事禁律的普遍存在就不是其中的一个原因或无足轻重。(2)普遍威慑作用不是来源于个别的刑事制裁。也就是说,某个特定的罪犯是否受到刑事制裁对犯罪率没有影响或只有微不足道的影响。普遍威慑作用更可能来源于执法模式。惩罚的概率是一个影响威慑的重要心理因素,但它依赖于可知的惩罚的统计结果,而不依赖于个别实例。(3)在某些限度内,即使是治罪和惩罚的统计结果对于普遍威慑作用也是无关紧要的。威慑作用有一定的限度,只要超过一定比率的犯罪受到惩罚,犯罪率就会保持十分稳定。因此,真正威慑犯罪也许是实施刑法的基本制度。<sup>[89]</sup> 这种在肯定普遍威慑价值的基础上又限定其功能的态度,是预防论者意欲独善其身的表现,也是对其他实证批评的反击。

可见,预防论的确有其可取之处,刑法也的确在一定程度上收到了预防犯罪之功。所以,从70年代中期开始,美国的刑事政策以功利思想为指导,将刑事政策调整为“轻轻重重,以重为主”。<sup>[90]</sup> 美国的这一刑法变革趋势一直对西方世界保持强劲的影响力。<sup>[91]</sup> 所以,预防论也有其合理成份,它应当被吸收到忠诚论中来;并且,由于预防论中的功利意蕴决定了国家权力的自觉扩张性,要制定一部不反映任何功利要求的刑法事实上也是不可能的。不过,必须指出,正如人们早已认识到的那样,如果放弃刑法公正的价值目标,一部刑法无论经过统治者如何精心设计,都是在把人们当作强制和表演的对象,其实质是贬低人们的道德观。这注定了纯粹的预防论无法被贯彻到底,它被忠诚论所吸收也是顺理成章的事情。

第四,忠诚论是合理的、动态的刑法正当根据理论。

忠诚论是不是以往的混合理论或折衷说的翻版?这是首先需要回答的。

以往的混合理论中又有一体论和二元论之分。一体论的特点是将报应论与预防论融为一体,它又分为四个派系:(1)美国学者帕克等人认为,对传统犯罪的惩罚是出于道义考虑;而对严格责任、非法停车等的处罚则只能从功利角度寻找根据;(2)美国学者赫希等人认为,刑罚的痛苦性以功利为根据,其谴责性以报应为根据;(3)英国学者哈特等人认为,刑罚的根据应视刑事活动的阶段性而定,在立法阶段是一般预防,在审判阶段是报应,在行刑阶段是特殊预防;(4)日本学者福田平等认为,刑罚之于刑法中的存在是出于报应需要,对犯罪人执行刑罚是为了个别预防,而审判中适用刑罚则是奠基于对报应与预防的共同需要。<sup>[92]</sup> 应当说,一体论有其合理性,但都流于肤浅。

二元论为我国学者所主张,认为,刑法的正当根据是报应与预防的统一,并且这是从一定社会结构出发,根据社会正义所得出的必然结论。因为为了实现有罪必罚、罚当其罪,刑法报

[88] 参见前引[45],戈尔丁书,第144页。

[89] 参见前引[63],迈克尔·D·贝勒斯书,第338页。

[90] “轻轻”是指对轻微犯罪的处理比以往更轻,表现为:(1)扩大缓刑和罚金的适用范围;(2)非犯罪化。“重重”是指对严重犯罪的处理比以往更重,表现为:(1)提高对累犯的刑期;(2)限制假释适用;(3)加重对少年犯的处罚;(4)对精神病辩护采取从严政策;(5)恢复执行死刑。参见杨春洗主编:《刑事政策论》,北京大学出版社1994年版,第443页。

[91] 参见储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第258页。

[92] 详细的分析请参看邱兴隆、许章润:《刑罚学》,群众出版社1988年版,第29页以下。

应就势所难免;而运用刑罚为了获得一定的社会价值,就必须坚持以功利主义为基础的预防论。但功利主义又必须受到刑法公正的制约。<sup>[93]</sup> 二元论强调预防论的积极价值,同时肯定报应论在维护社会正义方面的功效,显示出了思维的缜密性。但是,如前所述,它的缺陷也是极其明显的。

忠诚论不是刑法公正与功利的简单相加,也有别于以往的折衷理论。一体论和二元论实际上是报应与功利的相加,只是在这一加法当中,哪一加数的份量更重,它们各自的选择有所不同而已。但如何在司法实践中准确把握折衷论的精神,一体论和二元论都语焉不详,而且,更重要的是,它们都缺乏一个统摄报应和功利的更高范畴,这就极大地限制了其理论的一般性意义和穿透力。忠诚论的许多内容虽然来源于报应论和预防论,但又不是全部接纳,而是报应论和预防论的“蒸馏”或升华。它指出,刑法的正当根据首先蕴含于报应与功利之中,但它又有比报应与功利更为丰富的内涵。所以,“忠诚”在刑法这一领域高于“报应”与“预防”的范畴。刑法忠诚的理念暗示但并不仅仅意味着:(1)个人由于通过刑法认识到行为的无(反)价值而放弃实施犯罪的意思决定;(2)一个人从来不能在不考虑其行为可能对他或社会造成影响的前提下,追求个人自己的目的,因此,他受到约束。刑法忠诚事实上与刑法有效有关,更与刑法认同密不可分,但它是比刑法认同更进一步的概念。刑法忠诚一方面表明个人对刑法的服从、尊重与刑法能实现和保障自己权利的确信;另一方面意味着由个体所组成的集团和社会要及时地对犯罪表示出共同的道德义愤,习惯于利用刑法的整体自卫。而这些,都是建筑在对国家刑法本性的深刻认识和理性把握的基础上的。

刑法忠诚的确立,我认为认识到以下几点是重要的:(1)从社会形态角度看,忠诚论与现代社会的法治观念是契合的。法治国家为人们确立了基本的法治理想,而“在坚信法治理想的社会中,人们通常依据法律制度确定具有相对普遍性和自治性这一信念行事……充分地理解法律制度则必须解释,法治理想在特定的社会扎根的具体方式,它必须说明这种社会的本质如何既推动人们去追求这一理想又限制人们充分实现这一理想。只有通过这种方式,才有希望避免理想主义和行为主义认识法律秩序的错误”。<sup>[94]</sup> 而刑法正当根据的忠诚理论既有助于促成一种法治理想,又可以克服刑法中的理想主义(预防论)和行为主义(报应论)的流弊。(2)从国家角度着眼,制定一部合理的刑法是确立忠诚的重要前提:首先,这部刑法不能是突出压制的。福柯指出,压制型立法的重要用途之一是能够被法律系统用来作为临时填补缺口的策略。<sup>[95]</sup> 它既是一种权宜之计,又是确立刑法忠诚的首要阻碍。最恰当的例证是,中国历朝都极为重视利用刑法进行压制,信奉“刑重者,民不敢犯,故无刑也”。<sup>[96]</sup> 但事实上,刑并不压罪,人们对刑法只有恐惧和躲避,至于认同与亲近就无从谈起。其次,这部刑法应当尽量协调报应与功利的关系,“它侧重于规范外在的、可观察到的行为,并且强调运用世俗的禁令来惩罚或矫正异常的行为”。<sup>[97]</sup> 再次,这部刑法应当重点对准自然犯罪而不是划定过大的关于法定犯的犯罪圈。正如加罗伐洛早就指出的那样,自然犯罪绝对地表现为对怜悯和正直这两种基本利他情感的伤害。而且这种伤害不是在较高级和较优良的层次上,而是在全社会都具有的平常程度上,而

[93] 参见陈兴良:《刑法公正论》,《法学研究》1997年(第19卷)第3期。

[94] 前引[1],昂格尔书,第50页以下。

[95] 参见前引[52],福柯书,第262页。

[96] 《商君书》第十八章。

[97] 前引[1],昂格尔书,第51页。

这种程度对于个人适应社会来说是必不可少的。<sup>[98]</sup> 所以,比较而言,惩罚自然犯罪比惩罚法定犯罪更容易为公众所认同,更有助于确立人们的刑法忠诚感。(3)从社会集团角度分析,只有多元集团的形成才能有刑法忠诚的生成。共识源自冲突,人类共同的法律价值观念(如对法秩序的忠诚)又从共识的缝隙中形成。在利益集团和社会集团单一的情况下,只有强制与服从,决不会产生普遍的忠诚与信仰。尤其是如同昂格尔指出的,如果一个国家的统治者只是一小撮人,如君主以及他的家族或顾问们,他们必定乐于发展规则性的法律。借助于强制实施的公共的和实在的规则,他们可以希望相当长期地控制遍及其广大的领土范围内的各种人的生活。更重要的是,这种法律会被称为官僚组织的工具,确定那些保证执行君主政策的原则,以及为其助手们提供内部的秩序。<sup>[99]</sup> 事实上,只有到了多元集团产生并长期处于共存状态,刑法被当作不同集团间信念和利益的平衡器而不是某个集团或某个人强加于他人的政策的时候,刑法忠诚才能最终确立。

## 书 讯

由中国政法大学侯国云教授等撰写的《新刑法疑难问题解析与适用》已经出版,本书不与任何刑法书籍类同,专门研究新刑法中的矛盾、问题及其解决办法,既有理论价值,又有实践意义。定价 31.00 元。

联系人:北京中国政法大学侯国云。邮政编码:100088。

[98] 参见[意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 44 页。

[99] 参见前引[1],昂格尔书,第 63 页。