

刑法报应主义之正当性研究

陈凌剑

(中国政法大学 刑事司法学院,北京 100088)

摘要:现代刑罚目的理论不能够脱离报应主义,而特殊预防对于报应主义的批评源自于其对现代刑法中报应主义的歪曲理解。面对预防主义的质疑,报应主义应当为其自身合理性进行说明。报应主义已经完全脱离了等害报应的原始形态,而现代刑法中的报应主义实际上以更隐蔽的形式存在于立法、司法与刑罚执行的过程中,因此,分阶段的综合理论是最符合现代刑罚目的理论。

关键词:报应主义;特殊预防主义;等害报应;等价报应;刑罚目的

中图分类号:D924

文献标志码:A

文章编号:1674-2494(2016)01-0032-05

刑法的目的在于报应抑或预防的争论持续了近二百年,我国刑法学界对于报应主义的批评声不绝于耳。当现代刑法被赋予人权保护的光环后,刑法及其刑罚的过程的目的更倾向于对于犯罪者的矫治。然而报应主义是否如特殊预防论所言已经与现代刑法理念相冲突?笔者对此持质疑态度。本文希望通过总结特殊预防与报应主义的争论,为报应主义正名。

一、预防主义对报应主义的质疑

报应主义在所有刑法理论中无疑具有最强的生命力,从原始的“同态复仇”到“神意报应”再到“道义报应”,报应主义身上所流淌的“复仇基因”正在被不断地剔除。“报应主义”源于经验世界,在刑罚权由个人归于集体、国家、联邦之后,报应刑便一直存在直至现代刑法,黑格尔将等害复仇向等价复仇的转化无疑为报应主义迈向现代刑法奠定了最坚实的一步。在现代刑法中,无论报应主义作为独立的刑罚目的还是作为综合理论的组成部分,报应刑的“幽灵”一直影响着刑法本身,仍然受到理论界和司法实务界的重视。实际上,单纯的报应刑论与特殊预防论作为刑罚的目的都已经被抛弃,目前流行兼顾报应与功利的综合刑论,其中以报应为主、预防为辅日渐占据通说的地位,但是争论未曾停止,报应主义与预防主义相互间的质疑一直存在。对于报应主义的质疑主要存在三种主要批评意见:

1. 报应主义关注已然之罪,忽视刑罚的社会效应

报应主义关注已经发生的犯罪,其关注如何实现“罪有应得”的法律价值,而对于法律价值之外的社会效果,并不在报应主义的考虑之内,这也是报应主义饱受诘难的重要缘由。已然之罪是对原本社会秩序与法秩序的破坏,而刑罚的效用不能够仅着眼于惩罚,而应当着眼于如何恢复被破坏的法秩序与社会秩序。而“如果报应无视社会现实及其发展,定当无法合理地回答现实社会中刑罚的发动及其幅度问题”^[1],报应主义存在的正当性是值得怀疑的。而特殊预防者认为,刑法的目的在于如何通过刑罚来避免犯罪者二次犯罪,如何实现犯罪者的“重新社会化”,能够阻止罪犯再次犯罪的刑罚才是必要的。

2. 以附加痛苦为内容的报应主义不符合功利主义的期待

功利主义认为,国家旨在追求全社会之福利、幸福,而刑罚作为国家管理社会之手段,却属于破坏

收稿日期:2015-12-02

作者简介:陈凌剑(1987-),男,河南郑州人,博士研究生,主要研究方向为中国刑法学、刑法总论。

个人幸福、剥夺个人权利,给他人带来痛苦与损害的方式。通过国家在惩罚破坏社会秩序与法秩序行为的同时,自身也在不断地制造恶,在破坏行为人本身的幸福。根据目的行为论的观点,行为人在行动之时已经对自己的行为以及可能造成的客观结果具有了较为清晰的认识,破坏法秩序已经成为其故意意志中的一部分,因此据此予以惩罚并不能够对犯罪者予以有效的改造,也不能够凸显刑罚之正义。“道义报应与正义情感的满足不再是自在自为的正确的刑罚根据,教育改善罪犯、防卫社会等功利主义追求日益构成对报应主义的超越乃至否定,而成为国家启动刑罚权、追究犯罪人刑事责任的更为重要的原动力”^[2]。

3. 等害报应的难以实现

等害报应从康德所宣扬的“以血还血,以牙还牙”的绝对报应到黑格尔所主张的法律报应,都是无法实现的。特别是目前刑法保护法益已经不再局限于个人法益,公共法益正不断占据着法益保护的重要地位,而对于只具有“潜在的”个人法益的犯罪者本身,其对公共法益的侵害选择同态复仇的方式进行惩罚几乎是不可能的。而对于黑格尔所主张的等价报应,其对等害报应属于“性质上的反对与扬弃,却无力回答程度上如何对等”^[3]。将行为人本身所造成的侵害换算成抽象的价值本身就不具有客观的转换标准,而在刑罚的适用上也无法将抽象的价值再具体化为具体刑罚,即使能够成功转化,二者能否实现价值对等仍然是个难题。

二、对质疑的回应:重新认识报应主义

1. 报应主义及其社会效果

报应主义虽然关注已然之罪,但并不意味着报应刑本身不具有未来的社会效应。虽然“同态复仇”“以血还血,以牙还牙”作为报应刑的最基本理念,似乎其刑罚目的只在于给予犯罪人应有之惩罚,但是无论如何也不能够忽视这样一个事实:刑罚本身无论是出于预防的目的还是报应的目的,其作为一般预防的效果是存在的,即使刑罚设立转向为原始的同态复仇模式,其仍然能够具有威慑力,具有一般预防之功能,这点是不容忽视的。正如赵秉志教授所言:“一般预防不仅是报应的附属品,报应的本身就依附着一般预防的要求。”^[4]而美国学者 Louis P. Pojman 同样认为,“刑罚报应论和刑罚威慑论分别是向后看和向前看的观念”^[5]。而刑罚威慑本就属于一般预防的效用,因此不能够据此否认报应主义所具有的社会效果。就连特殊预防论的集大成者弗朗茨·冯·李斯特也将特殊预防给予隔离、威慑与矫正的三重内涵,而隔离本身就具有浓厚的“社会防卫论”色彩,威慑更是体现了一般预防之社会效果。

事实上,报应主义所凸显的社会效果并不限于一般的预防效果,整个刑罚的执行过程本身既向社会传递了“威慑”的信息,更重要的是通过完整的司法过程重新确立了国家和法律体系的权威,国家和法律的正义通过程序的正义得以再次体现。讨论刑罚之目的不能够回避在整个刑罚过程直至刑罚结束所带来的客观的社会效果,这种社会效果并非参照公众的反应,而是国家和法律以更积极的形式进行权力的再生产以及司法过程的自我表述。在现代社会,刑法本身所涉及的正当性被划分为立法正义与司法正义,立法正义是法律创设的正义,旨在解决刑法将某一行为纳入其处罚范围是否具有正当性的问题。而司法正义又可以分为实体正义与程序正义,实体正义旨在追求“罪有应得”的法律价值,而程序正义则追求保障实体正义的实现。现代社会刑事法不仅仅是价值的集合,同样也是治理技术的集合。刑法在其创立之初就已经被赋予其正当性,即只要法官按照法律规定程序,依照法律事实通过法律得出法律规定的结论,就可以推定为整个法律过程是正义的。而刑罚的目的在整个司法的过程并不被规定,而是在立法阶段就被通过价值转换的模式融入法律条文之中。

对于特殊预防而言,“西方的刑事实践证明特殊预防已经破产,而我国的刑罚执行实践也证明了特殊预防既有成效又有不可克服的缺陷”^[6]。正如预防论者所质疑的改良的报应主义“赎罪理论”,如果说“赎罪”是对行为人自我赎罪不切实际的追求,那么特殊预防论者则是高估了现代刑罚所可能实

现的“矫正”效果。

2. 报应主义的正义性及其实现

面对功利主义对报应主义正当性的批评,不禁引发这样一个思考:功利主义与报应主义之间是否存在着不可调和的矛盾?换言之,刑法之恶是否影响到了功利主义所追求的社会利益?在崇尚人权、自治的近代西方,国家是霍布斯眼中“必要的恶”,而宪政则是限制国家之恶的链锁。刑法作为实现社会控制的工具之一,一方面通过“以暴制暴”的方式打击犯罪,保护国家、公民的合法权益,另一方面,现代刑法理念赋予其保障犯罪人人权保护大宪章的光环,保护犯罪人的合法权益。刑法对于犯罪者之“恶”正是对待被害人之“善”,虽然这点一直被功利主义者所怀疑。但在此不禁反问,是否功利主义在追求对待犯罪行为人“善”的同时,忽视了被害人及其家属对于刑法的期待?功利主义认为人是一切价值实现的最终目的,反对将人作为工具,赋予其一般预防的作用。但正如上文所言,刑罚的过程并非针对犯罪人本身,一般预防是报应刑的附属品而非报应刑所积极追求的效果。国家给予犯罪人刑罚之恶,是为了恢复和维护遭受犯罪之恶损害的法秩序,就此层面而言,即使刑罚之恶也具有“恢复型”法的特征,而非简单地以暴制暴。

事实上,特殊预防借助功利主义宣扬的对待犯罪人的态度与功利主义的正义理念相违背。“公共的效用是正义的唯一源泉”,“正义这一德行完全从其对人类的交往和社会状态的必须用途而派生出其实存,乃是一个真理”^[7]。而在这一正义真理的视角下,如果给予犯罪个体以刑罚之痛苦却是追求全社会之福祉所在,对个体的刑罚即具有正当性。功利主义者着眼于整个社会的集体福利,追求公共福祉之所在,因此在对待危害社会本身的行为而言,其也持否定的态度:“具有高级智力的人能够领会到,他本人与他所属的人类社会之间存在着利益的一致,因此任何威胁到一般社会安全的行为,也会威胁到他自己的安全,从而引起他自卫的本能”^[8],而现代的社会公众的自卫本能,通过司法的手段得以体现,即通过刑法适用刑罚。实际上,基于报应主义的报应刑与基于功利主义的特殊预防之间的张力缘于不同视角的价值选择。报应刑体现出刑法严厉的一面,代表被害人及其国家秩序与法秩序作出否定的评价。而特殊预防则体现出刑法仁爱的一面了,代表国家给予行为人改过自新的机会。二者各具存在的合理性,但又不能够相互割舍。“何以报德?以直报怨,以德报德。”刑罚正义性的基础不在于刑罚的目的究竟属于报应还是特殊预防,而在于能够以公正的方式实现刑罚。

3. 由等害报应到等价报应

对于等害报应的实现问题上,在近代刑罚史上,报应论已经实现了由“等害报复到等价报应的裂变”^[9]。在现代刑法中,报应是对有责的违法性的回答,使得有责的违法行为与报应等价,其与复仇、仇恨的攻击欲望毫不相干,其不过是一种尺度原理,根据报应思想,已实施的行为决定刑罚的基础和标准^{[10][84]}。等价报应追求给予犯罪者于其所造成破坏相应的刑罚,而等价报应并非如同特殊预防论者所怀疑般不能够实现价值对等,反而现代刑法的量刑设置,完全是依照等价报应的模式所设立的,只不过等价报应本身变得更为抽象。福柯认为现代刑罚是“在罪行与时间之间定出量化等式,有一种经济—道德的自我证明”^[11]。刑罚的方式通过复杂的经济价值进行换算。首先犯罪行为人被监禁本身就被剥夺了自我谋求经济利益的机会,被监禁的时间越长,其被剥夺的经济利益越多,而在监狱的劳动本身又是不断创造经济利益的过程,犯罪者在这一过程所得到的经济利益少之甚少。无论犯罪者在社会上处于何种职业,具有何种收入,通过监禁时间来实现刑罚的价值换算无疑使得犯罪者几乎所有个人选择与发展的权利都一同被禁锢。如行为的犯罪行为给他人造成了1万元的损失,刑法并非会判决行为人给予1万元的赔偿,因为行为人所造成损害的价值不仅仅包含了其所造成的实际损害,同时还包括其对社会秩序以及法秩序造成的损害,以及其他的潜在的损害等共同构成了在立法上予以评价的价值。

我国刑法第267条规定:“抢夺公私财物,数额较大的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别

巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”刑法根据行为所造成的危害结果预设三种不同的量刑幅度。抢夺公私财物五千元至两万元以上的就已经构成了数额巨大,在三年以上十年以下有期徒刑的法定量刑幅度内,行为人无疑需要付出巨大的时间成本才能承担其犯罪后果。

特殊预防关注如果避免犯罪人重新犯罪,其通过考察犯罪人在具体犯罪中的情节试图影响量刑。问题在于当特殊预防与报应出现分裂时该如何选择适用?根据本文的观点,报应主义决定了刑罚适用的幅度,即上述的“三年以上十年以下有期徒刑”的量刑范围,而特殊预防给予对行为人人身危险性的综合评估,给予本量刑幅度内合理的量刑。但是需要注意的是,尽管刑法留给了法官一定的自由裁量权,但是仍然存在着大量的司法解释对于犯罪行为的具体态势作出量刑的规定,限制着特殊预防的适用。

三、我国刑罚目的的选择

我国刑法学界对报应刑的天然排斥令人困惑,根据我国刑法第1条的规定,刑法的立法目的在于惩罚犯罪,保护人民,而德日刑法理论的引进,使得刑法成为“犯罪人”的大宪章思想深入刑法学界。似乎对犯罪人的保护成为了刑法学界关注的核心,无论是在刑法解释和程序适用的过程中,以“犯罪人”为中心的刑事法律制度正在形成。而虽然我国没有单独的刑事执行法,但是近年来对于刑事执行的关注持续增温,而如何实现犯罪人的重新社会化,如何实现犯罪人的矫治也逐渐引起关注。作为限制国家刑罚权恣意使用的现代刑法,对于原始的报应思想充满敌对是能够得到理解和认同的,但是报应主义同样与近现代刑法一样实现了脱胎换骨,而刑罚权一旦交于国家,报应就与原始复仇彻底决裂。“中国刑法理论排斥报应理论的问题,主要是因为对报应理论给予全面科学的认识和对报应概念的误解”^[2]。刑罚的合法化主要通过三个层次得以凸显,首先是刑罚是维护和实现法律秩序不可缺少的强制手段,即国家政治的合法化;其次,刑罚可以满足社会成员对公正的需要,即社会心理学上的合法化;最后,刑罚给予犯罪行为人以赎罪机会,具有个人道德上的合法性^[108]。而“刑罚的目的在于刑罚”,刑法是确保能够公平正义实现刑罚的手段,而另一方面也凸显了这一事实,即刑罚的制度性适用需要通过三个阶段来进行:法律制定、司法适用、刑罚执行。刑罚的目的在不同阶段应当有不同的体现,单纯的报应刑或预防刑不能够贯穿整个刑罚的过程本身。在法律制定的阶段体现报应(一般预防)的思想,在司法适用体现报应为主和特殊预防为辅的思想,而在刑罚中则体现特殊预防为主,报应为辅的思想。刑罚合法化的三个层次与刑罚适用的三个阶段是相互对应的。

首先,法律的制定是国家与公民协商的产物,罪名的设立及量刑幅度都是在立法层面解决的问题,而获得通过的法律本身就代表了现实的正义,国家通过强制措施实现了刑罚的过程本身就是实现了这种正义。立法本身就体现了报应主义。法律规定了为何行为,造成何种危害结果将受到何种刑罚,为公众的行为提供参考,通过禁止性规定与命令性规定为合法与非法划定了界限。这一阶段包含着两种潜在的目的,一是报应本身以法律的形式规定下来,二是法律的明确性得以体现,具有指引作用。有学者认为法律制定阶段属于一般预防,笔者认为,一般预防属于报应主义自身的附带效果,这点在上文中已有说明,在此不再赘述。

其次,司法适用的过程即定罪与量刑的过程。其中定罪属于犯罪定性的问题,即所犯之罪适用何罪,量刑则确定刑罚的方式、期限等。犯罪人的罪行的轻重决定了量刑的幅度,这也是报应主义的应有之内涵,“罪刑相当”原则首先考虑的是行为人客观的行为及所造成危害结果,这种观点也被称为“幅的理论”。而预防主义在量刑过程中首先需要考虑“幅”的问题,只有先确定量刑幅度之后,才能够根据特殊预防的需要对犯罪行为人的身危险性进行考察,确定“幅”内的“点”,即具体的量刑,这也被称为点的理论。罪刑是否相当直接影响了公众对司法的认同,能够获得社会心理接受的心理认同才能够使得司法过程本身完成合法性的再生产。

最后,在刑罚的执行阶段,特殊预防起主导作用,根据犯罪人不同的特点,在刑法过程中给予不同的评价。对于犯罪者在刑罚过程中自我赎罪的心灵净化是否存在,刑罚只是给予犯罪者这样的机会,而非要求其必须如宗教般的不断忏悔。通过监狱规律化的管理使其形成服从的心理,无论能否实现社会化,其激烈的反社会人格必须得以消除,这是现代刑罚的目的。至于能否实现改造的问题,正如我们期待善良的人们不去犯罪般,只能够作为一种最高的理想。刑罚乃至刑法本身应该是源自经验世界和实然。

本文最终提倡阶段综合理论,其将整个刑法看作是以刑罚为中心的法律体系,从立法到司法,再至法律执行都是为了刑罚的实现,而在不同阶段选择报应主义还是预防主义都是有自身的正当化考虑的。而无论报应主义还是特殊预防,离开了整个刑罚过程去相互批评的方式都是缺乏合理依据的,古典主义刑法学派与实证主义刑法学派在刑罚目的上的争论由相互对立将最终走向融合。没有完美的理论,受德国刑法学界的影响,我国刑法学界同样沉醉于构建完美的刑法体系。而事实上,并不存在完美的理论体系,而理论本身因需要而被建构,而非先建构理论后去解释需要,特别是风险刑法的引入更是对原有理论体系造成冲击。因此,理论本身也是不断自我反思与构建的体系,无论是报应主义还是预防主义,二者需要互相引进视角,只有合乎目的、合乎经验、合乎逻辑的理论才是需要的。

参考文献:

- [1]邱帅萍.报应不应成为刑罚的目的[J].湘潭大学学报:哲学社会科学版,2014(5):88-91.
- [2]梁根林.公共认同、政治抉择与死刑控制[J].法学研究,2004(4):15-27.
- [3]杜宇.报应、预防与恢复[J].刑事法评论,2012(1):1-41.
- [4]赵秉志.刑法基本理论专题研究[M].北京:法律出版社,2005:597.
- [5]曾塞刚.死刑比较研究[M].吉林:吉林大学出版社,2012:40.
- [6]徐久生.刑罚目的及其实现[M].北京:中国方正出版社,2011:70.
- [7]休谟.道德原则研究[M].曾晓平,译.北京:商务印书馆,2001:35-37.
- [8]约翰·穆勒.功利主义[M].徐大建,译.北京:商务印书馆,2014:64.
- [9]邱兴隆.从复仇到该当:报应刑的生命路程[J].法律科学,2000(2):83-91.
- [10]汉斯·耶塞克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].徐久生,译.北京:中国法制出版社,2009.
- [11]米歇尔·福柯.规训与惩罚[M].刘北成,杨远婴,译.上海:生活·读书·新知三联书店,2003:261.
- [12]王世洲.现代刑罚目的理论与中国的选择[J].法学研究,2003(3):107-131.

The Justification of the Doctrine of Retribution

Chen Lingjian

(College of Criminal Justice, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The theory of the purpose of modern penalty is not able to get rid of the retribution doctrine, while the distortion of the retribution in the modern criminal law is misunderstood by the criticism of the special prevention. In the face of the question of the prevention, the retribution should be explained by the rationality of its own. Retribution has been completely out of the original form of retribution, the distortion of the retribution in the modern criminal law exist in more subtle forms exist in the process of legislative, judicial and penal execution. Therefore, the comprehensive theory of the stage is the most consistent with the modern theory of the purpose of penalty.

Key words: retribution doctrine; special prevention; equal harm; equivalent retribution; purpose of punishment

(责任编辑 张春生)