

# 引 论

## 一、问题及其意义

法律惩罚是不是一个问题,研究法律惩罚的意义何在?这是本书开篇之初首先要回答的问题。<sup>①</sup>

我们不难发现:几乎在每一个人类社会里,都存在惩罚制度。只有在那些如霍贝尔所说的很小的、与世隔绝的社会里,对于如何处置违规者,人们才有些无所适从。<sup>②</sup>但即使如此,这些社会仍认可父母对子女的惩罚。所以说,惩罚是人类社会的一个普遍现象。

在人类社会已有的法律实践中,惩罚更是一个极为普遍的现象。每年,中国以及世界各国的法院都要对为数众多的社会成员施以惩罚,这些惩罚根据法律的规定表现为监禁、罚金、死刑等等。可以说,各种各样的惩罚场景几乎每天都在我们的生活中上演着,而且是合法地上演着——人身被合法地限制,财产被合法地剥夺,生命被合法地涂炭。惩罚是对自由、财产乃至生命的剥夺,惩罚意味着痛苦。这种法律惩罚所产生的痛苦弥漫在人类社会生活的方方面面。于是,惩罚被道德家们认为是一种恶,

---

① 在本书中,除非特指,所谓惩罚即法律惩罚。

② [美]E. 霍贝尔:《原始人的法》,严存生译,第五章《爱斯基摩:原始无政府状态下的基本法》,贵阳,贵州人民出版社,1992。



但道德家们又不得不承认,这是一种必要的恶。面对惩罚这种实践,人类充满了困惑。

那么,如何理解和认识法律惩罚这种现象呢?法律惩罚的正当性又何在呢?这是个关于法律惩罚的实践问题,但主要是个关于法律惩罚的哲学问题。戴维·格兰德(David Garland)把法律惩罚视为“我们这个时代最为紧迫的问题之一”<sup>①</sup>。的确,如果一个人关心国家应该如何对待自己这个问题,那么他或她就必须关心法律惩罚这个问题。虽然这是个很少有人问及的问题,但这个问题关系到我们每一个社会成员。看一下我们所在的社会,我们就会发现一个事实,即很多社会成员在与法律惩罚打交道:作为违法犯罪人,要接受法律惩罚;作为违法犯罪的受害人,要揭发违法犯罪行为,积极主张惩罚;作为国家司法官员,要对违法犯罪人进行调查、起诉,决定是否施加惩罚,施加惩罚的量度是多少,并最终对违法犯罪人适用惩罚;作为违法犯罪人的亲属朋友,因为自己的亲人好友受到惩罚而感觉间接受到惩罚;作为受害人的亲属朋友,因为自己的亲人好友受到伤害而产生愤恨情感,积极主张对违法犯罪人施加惩罚。一般社会成员虽然不会直接与法律惩罚打交道,但他们为了避免受到惩罚,就要合法地行为,从而使惩罚成为一个调整和指引人的行为的社会实践。可以这么说,我们每个人都是潜在的被惩罚人,我们每个人都与法律惩罚有着密切的关系。因此,我们必须关心法律惩罚。

当然,法律惩罚之所以成为一个问题,原因主要是道德方面的。一个显而易见也是主要的原因在于,惩罚是一种恶——惩罚产生痛苦或者某种不利后果,而这种痛苦是由人类故意施加于人的,这种施加是不考虑被惩罚者的意志,是不考虑被惩罚者是否同意的。也就是说,人为什么要故意作恶呢?为什么要合法地作恶呢?

也许有人会为惩罚进行辩护说,就像人体对外部力量作出的反应一样,如肌肉注射的反应,惩罚是社会机体对伤害行为作出的本能反应。显然,这种比喻是荒谬的。因为法律惩罚是人类理性建构的产物,并不纯粹

---

<sup>①</sup> Garland D., “Punishment and Society Today”, *Punishment & Society* 1: 5~10, 1999. 转引自 Cassia C. Spohn, *How do Judges Decide?* Sage Publications, 2001, p. 2。

是本能反应。

也有人说,相比于历史上曾经有过的酷刑,现代社会的惩罚是人道的,而这种人道的惩罚是没有痛苦的。换句话说,现代社会的法律惩罚已经不再是一种恶。一位西方学者就说:“不论在肉体上还是在精神上,今天的大多数惩罚并不产生痛苦。惩罚只是对某种善的剥夺……监禁和罚金是对自由和财产的剥夺,死刑是对生命的剥夺。即使死刑,也不再有痛苦。”<sup>①</sup>确实,随着人道主义的呼声日高,惩罚的人道化在实践中日渐凸现,如现在的死刑执行方式已经由原来的枪决改革为注射,不再让被惩罚者感到痛苦。但是,虽然惩罚对被惩罚者不会造成肉体上的痛苦,但不见得不会对被惩罚者不造成畏惧心理或者对其亲属不造成痛苦。特别是对死刑这种惩罚,其存在的正当性更是需要论证,毕竟不论以什么样的方式死亡,死亡总会让人感到恐惧。所以,惩罚的人道化并不能回避惩罚的问题性。

本书之所以研究法律惩罚,除了因为法律惩罚能够产生比法律外惩罚如学校、家庭惩罚更为强烈的痛苦和具有更为严厉的强制性外,还因为法律惩罚关涉到国家的角色,即国家与公民的关系和国家惩罚权利的来源。法律惩罚引发的不仅是道德哲学问题,也是政治哲学的问题。在什么情境下,国家可以,也应该对公民进行惩罚,惩罚应该遵循什么样的原则,这都是需要探讨的问题。

本书之所以研究法律惩罚,还有一个重要原因是因为已有的研究不能令人满意。长久以来,法律惩罚的正当性根据何在?换句话说,国家惩罚一个违法者的依据是什么,我们为什么惩罚?这个问题令法学家和哲学家们冥思苦想而仍困惑不解。在1955年《两种规则概念》一文中,罗尔斯写道:

惩罚问题一直是一个令人困惑的道德问题。关于惩罚的困惑不在于人们在惩罚是否具有正当性上持有不同意见……很少有人完全拒绝惩罚……困难在于如何证明惩罚的正当性;道德哲学家们为此进行了各种各样的争论,提出了各种各样的理论,但没有一种理论获

---

① J. D. Mabbott, Professor Flew on Punishment, *Philosophy*, 1955, pp. 257~258.



得普遍的接受,没有一种理论能够远离嫌恶。<sup>①</sup>

时隔 13 年后,即 1968 年,法学家哈特对惩罚的正当性问题表达了相似的困惑:

现在,很多人被一种怀疑所困惑,这种怀疑来自一种观点,就是在关于惩罚正当性的所有问题的回答上,只有一个合适的最高价值或目的(如威慑、报复、改造),而不知怎么,这个观点是错的……这些不同的价值或目的是什么,或者,在惩罚的正当性证明上,这些不同的价值或目的如何协调一致,没有一个理论能够说清楚。<sup>②</sup>

罗尔斯在 20 世纪 50 年代和哈特在 60 年代所感到的困惑今天依然存在。学者们为什么对惩罚的正当性问题感到如此困惑呢?

在人类历史的大多数时间里,对法律惩罚正当性的证明源自两种理论分野,一是主张正义和应得的报应主义,一是主张社会利益最大化的功利主义。两种理论看起来水火不容、势不两立。功利主义把报应主义描述成一种非理性的直觉反应,是复仇情感的发泄,因此否认它的道德地位。早在古希腊时期,在这场争论伊始,柏拉图就指出:“在惩罚行为不当者的时候,除非是像野兽一样盲目复仇,人们并不关心这个行为不当者过去所犯的错误,或者依据它过去所犯错误对它施加惩罚。一个理性的人不能根据行为不当者过去所犯罪行为来施加惩罚,毕竟覆水难收,他所要考虑的是未来,是如何防止行为不当者再次犯罪,或者通过施加惩罚的场面,防止其他人犯同样的错误。”<sup>③</sup>

报应主义则指出,功利主义因为忽视了正义原则,不管功利主义的惩罚对社会多么有益,结果都是导致各种各样不公正的惩罚。维斯特马克在《道德理念的起源与发展》一书中对功利主义进行了批评,他说:“那些

---

① John Rawls, Two Concepts of Rules, *The Philosophical Review*, 64: 3 ~ 32 (1955).

② H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 2.

③ Plato, *Protagoras*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 16.

试图实现功利主义所要追求的所有惩罚效果的人,不仅在功利主义理论的反对者看来,而且可能在功利主义理论的坚决拥护者看来,他们比惩罚的罪犯更具有罪恶性。”<sup>①</sup>

正是在报应主义与功利主义各执一端的争论里,包括罗尔斯在内的很多学者试图化解这种困惑。他们把建构一个规范性的惩罚理论视为自己的使命。这种规范性的惩罚理论能够包纳一切可能性,但这种规范性理论是否可能呢?在功利主义与报应主义思想之外,一些学者提出了自己的见解。他们认为,报应主义与功利主义各有一定道理,一个关于惩罚正当性的理论应是两种理论的混合版,即把二者综合起来,在两种理论之间搭建一座桥梁,把强调过去与强调现在、强调正义与强调共同体的善的主张加以调和。显然,这些理论尝试是一种中间路线,它们把两种理论之间的巨大差异看作分工的不同。

由于理论认识上的不足,对于惩罚实践中存在的问题,如死刑是否应该予以废除,赦免和追诉时效制度如何设定,为什么对未遂犯的处罚要比照既遂犯从轻或减轻处罚,等等,诸如此类的问题,现有的惩罚理论并不能提供令人信服的解释。基于上述理由,从理论到实践,惩罚的正当性都需要证明。这种证明需要回答四个问题:(1)在人类思想史上,惩罚的正当性可曾被证明过?如果被证明过,惩罚的正当性是什么?是如何证明的?(2)什么形式的惩罚是正当的?这种惩罚是否必然带来痛苦?(3)谁拥有惩罚的权利?是国家还是其他组织或个人?(4)如果国家拥有惩罚的权利,有权利惩罚谁?如何合理限制国家惩罚的权利?简言之,本书在对传统法律惩罚理论进行梳理和评析的前提下,探讨传统的惩罚理论是如何论证惩罚正当性的,进而回答为什么惩罚,惩罚谁,由谁惩罚,如何惩罚的问题。

---

<sup>①</sup> E. Westermarck, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, London, Second edition, 1912, Vol. 1, pp. 81~82.



## 二、法律惩罚的界定

### (一) 惩罚的语义分析和逻辑分析

#### 1. 惩罚的语义分析

《辞海》对“惩”的解释为“戒止”、“惩罚”；把“罚”解释为“处分犯罪或犯规的人”，如惩罚、处罚、罚球；把“惩罚”视为“惩戒”的同义词，意即“惩治过错，警戒将来”。<sup>①</sup> 可见，在汉语语境中，“惩罚”是对待犯罪或违规行为的方式，此外，“惩罚”一词内含一定价值取向，既有向前看，也有向后看的意思，也就是有报应和威慑的价值取向。

《新牛津英语词典》对“惩罚”的解释是“作为报应而对违法行为施加的刑罚”。从中看出，“惩罚”的字面含义中有报应意思，也就是说，惩罚的正当性在于报应。<sup>②</sup>

《牛津法律大辞典》则认为，“惩罚”指享有合法惩罚权的人使他人遭受某种痛苦、折磨、损失、资格丧失或者其他损害。适用惩罚必须经合法授权，否则就构成侵权甚或犯罪。在现代社会中，惩罚一般限于作为某种违犯刑法行为的后果。一般说来，一个人不得以违反民法为由而对另一人适用惩罚。然而，惩罚可由家长或教师作为一种惩戒手段而适用于儿童。<sup>③</sup> 在这里，惩罚一般是针对违法行为而做出的，其实施主体是国家，而且，词条撰写人对惩罚进行了描述，即“某种痛苦、折磨、损失、资格丧失或者其他损害”。为什么把惩罚作为违犯刑法行为的后果，也就是惩罚的正当性何在，辞典没有做出解释。

《布莱克法律词典》认为，“惩罚”是一种制裁，如罚款、刑罚、监禁或财产、权利或特权的丧失；这种制裁是针对违反法律的个人做出的。该词典同时把“制裁”解释为“由于不遵守法律、规则或命令而产生的刑罚或强制

---

① 《辞海》，3653、3857 页，上海，上海辞书出版社，1979。

② 《新牛津英语词典》，1504 页，上海，上海外语教育出版社，2001。

③ David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Oxford: Clarendon Press, 1980.

措施”。<sup>①</sup> 该词典对惩罚做了描述,并没有回答惩罚的正当性问题。

《法律词典》认为“惩罚”的含义是:一种惩罚的行为或方法,是针对违法行为而作出的刑罚,惩罚被界定为引起痛苦或报应。<sup>②</sup> 从中看出,惩罚一词有报应的意思。

由上述辞典对“惩罚”一词的解释看,其共同之处在于,均认为惩罚与违反规则联系在一起;均认为惩罚是一种不利后果。不同之处在于,在为什么惩罚问题上,上述辞典的解释并不一致,有的解释为报应,有的回避了这个问题;在由谁惩罚的问题上,回答也不一致,有的认为主要是国家,有的回避了这个问题。在这些法律辞典的撰写者看来,就法律意义上的惩罚而言,国家是惩罚主体是不言而喻的事情。

在生活实践中,惩罚有很多同义词。英语国家的法院把惩罚称作 sentencing,基督教教堂把惩罚称作 penance。在学校、大学、各种组织、军队里,则称作 disciplining 或者 penalizing。punishment 这个词通常汉译为“惩罚”、“刑罚”、“惩戒”。其实,在中国古代文化传统中,汉语中“刑罚”一词意思与 punishment 最为接近。现代汉语中的“惩罚”一词的含义远比“刑罚”要广,其中包括法律惩罚,也包括法律外惩罚,而法律惩罚则包括刑罚。

在古代汉语中,“惩罚”与“刑”是同义词。一位学者指出,古代中国“刑”的概念就是惩罚,其后在中国历史上一直没有发生明显变化。<sup>③</sup> 那么,什么是“刑”呢? 中国古代所谓刑,比之这个字现今的含义要更为专门。它主要指身首异处、肢体分离,即今之所谓死刑、肉刑。“刑”即“罚”,“体罚”是“刑”的最初含义。关于这一点,可以从汉字构成的象形特点上找到:“刑”字在字形构成上,包括一个“刀”旁。有证据表明,“刑”早于成文法的制定。<sup>④</sup> 钱钟书先生认为,“刑罚”之施于天下者,即为“诛伐”;“诛

① Black's Law Dictionary, West Group, S. T. Paul, Minn, 1999.

② The Law Lexicon, by T. P. Mukherjee & K. K. Singh, Central Law Agency, 1989.

③ 关于中国惩罚的起源和早期发展的论述,参见 Yongping Liu, *Origions of Chinese Law: Penal and Administrative Law in its Early Development*, Hongkong: Oxford University Press, 1998, p. 113.

④ [美]布迪·莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,7、8 页,南京,江苏人民出版社,1995。



伐”之施于家、国者，即为“刑罚”。<sup>①</sup> 这说明中国古时刑罚与战争不分，所谓“兵刑不分”或“兵刑合一”。梁治平先生认为，从历史的发展来看，刑渐渐由“兵刑合一”的状态分离出来，越来越具有专门惩罚犯罪的意味。<sup>②</sup>

既然刑是对罪的惩罚，那什么是“罪”呢？一位学者认为，与“刑”相比，古代中国“罪”的概念则经历了很大的变化。起先的时候，所谓“罪”有两个方面的含义：一是指犯罪行为；二是指社会公众或者犯罪人的族人在图腾柱或祖庙对犯罪人进行公开的谴责或否定，在罪行非常严重时更是如此。<sup>③</sup>

由上述对中国古代“刑”与“罪”的理解可知，在古汉语中，惩罚基本相当于对犯罪用刑，是对罪作出的反应，但惩罚的实施主体并不一定是国家，可能是族人或社会公众。从汉语“惩罚”的词源中我们并不能找到惩罚的正当性根据。

## 2. 惩罚的逻辑分析

我们在日常生活中是怎样使用“惩罚”一词的呢？

在日常用语中，“惩罚”一词具有逻辑性和功能性的特点。

首先是逻辑性问题。在我们的日常生活用语中，惩罚一词与违反规则总是逻辑地联系在一起。也就是说，当我们说“惩罚”的时候，其中含有违规是惩罚的逻辑前提的意思，在此意义上，“惩罚”一词具有强烈的逻辑性。奎顿(Quinton)认为，在“惩罚”(punish)的字面意思里，在逻辑上就蕴涵有报应主义的理念。他说：“不惩罚无辜者的必要性并不是道德上的而是逻辑上的。如一些报应主义者所认识到的，并不是我们不可以(may not)惩罚无辜者和只应当(ought only)惩罚有罪者，而是我们不能(can not)惩罚无辜者和只能必须(must only)惩罚有罪者……如果某人是有罪的，那么对他施以某种痛苦只能被恰当地描述为惩罚。因此，报应主义的

---

① 钱钟书：《管锥编》，第1册，285页，北京，中华书局，1978。

② 梁治平：《中国法的过去、现在与未来》，载李楠编：《法律社会学》，188页，北京，中国政法大学出版社，1998。

③ Yongping Liu, *Origins of Chinese Law: Penal and Administrative Law in its Early Development*, Hongkong: Oxford University Press, 1998.

分析不是一个道德原理,而是对‘惩罚’一词含义的解释。”<sup>①</sup>奎顿在此揭示了“惩罚”一词的一个重要特征,即具有逻辑性——违反规则的前提在逻辑上必然推导出惩罚的结论。换句话说,不违反规则,就不存在惩罚;违反了规则,必然会导致惩罚。正是在这个意义上,对一个没有违反规则的无辜者施加某种不利后果就不是惩罚;报应与惩罚的逻辑性之间具有天然的契合点。因此,奎顿认为,报应是一种逻辑要求,而不是道德要求。

乍看起来,奎顿是有道理的。但是,实践中可能存在讲逻辑但不讲道德的惩罚。例如,“虽然你没有杀人,我也要惩罚你”这个陈述在逻辑上没有错误,但可能出现惩罚无辜者的情形。我们可以设想在一个囚牢里,一个警察对一个无辜的囚犯说上面这句话;或者,一个有良知的刽子手如果知道受刑者是因为审判不公而被冤枉的无辜者,他也会对受刑者这样说。因此,撇开惩罚的道德性而只谈逻辑性,可能会导致上述情形的出现,即讲逻辑的惩罚不一定是公正的惩罚。

对此,我们可以做进一步的解释。

根据“惩罚”一词的字面意思,它总是含有“因为什么而惩罚”(for something)的意思,也就是说惩罚一定在逻辑上意味着存在一个惩罚的缘由。在法律惩罚中,惩罚的缘由是犯罪或其他违法行为。从这儿我们自然合乎逻辑地推出,被惩罚的人必然是犯罪人或违法行为人。但是,我们并不必然知道被惩罚者是否真的进行过违法行为或犯罪行为。当张三被推上断头台接受惩罚的时候,逻辑推理告诉我们,张三是犯罪人。但张三是否是真正的犯罪人,我们就不能通过逻辑推出。因为张三有可能是替罪羊,在逻辑上不排除这种可能性。

如前所述,《新牛津英语词典》把“惩罚”(punishment)界定为“作为报应而对违法行为施加的刑罚”。这并不必然意味着被惩罚人一定实施过该违法行为。如我们在电影文学作品中所看到的那些故事,一个无辜者愿意为有罪者代受惩罚,也就是我们常说的“替罪羊”。从“针对某个违法行为而惩罚”的陈述并不能推出“惩罚一定是针对违法行为人而作出的”的陈述。那么,当我说“因为谋杀,张三受到惩罚”,我的意思是存在一个

<sup>①</sup> Lord Quinton, On Punishment, *Analysis*, 14, 1953.



谋杀行为,而这个谋杀行为与“张三受到惩罚”之间没有必然联系。张三可能是杀人犯,也可能是无辜者。

显然,因为谋杀行为而在逻辑上要引出惩罚,那么被惩罚者必须是谋杀行为的责任者。但是,在日常生活用语中,“惩罚”一词强调的是违反规则行为,而忽视了行为主体及其责任。这也是关于惩罚的学术讨论值得注意的问题。

第二,“惩罚”一词的功能性。

按照黑尔的认识,惩罚是个功能词(functional word)。什么是功能词?黑尔指出:“为了解释这种词的意义,我们必须指出它为了什么目的,或者它应该去做的是什么。如果一个词具有这种特性,则它就是功能词。”<sup>①</sup>换言之,如果知道这些功能词的意思,就可以知道这个词所指向的人或物体的功能。例如,如果我们知道螺旋钻是“很长的尖头柄”,而且是“木匠用来在木头上钻孔的一种工具”,那么我们就知道,如果一个螺旋钻不能钻孔,它就不是一个好螺旋钻。我们还知道一个木匠利用螺旋钻的功能可以轻松地钻孔,如果一个木匠不能利用螺旋钻钻孔,他就不是一个好木匠。<sup>②</sup>

同样,惩罚也是一个功能词。“惩罚”一词也含有某种目的。在报应主义看来,惩罚的目的是报应;在功利主义看来,惩罚的目的是威慑。惩罚通过对违法行为做出报应或威慑,实现其功能。如果被惩罚人没有进行违法行为,那对他施加惩罚就是不正义的。<sup>③</sup> 这里的变化是从描述螺旋钻的“好”转换成描述惩罚的“正义”,这是个很大且重要的变化。在说“惩罚”一词的时候,我们的意思是惩罚应该是对罪人的惩罚,惩罚应该是正义的。我们强调“正义”的惩罚而不是“好”的惩罚。如果一个国家不能利用惩罚报应或威慑犯罪,这个国家就不是一个正义的国家。

螺旋钻不能用来钻土豆,但是如果我用螺旋钻钻土豆,尽管我没有按照原先设计螺旋钻的功能来使用螺旋钻,螺旋钻仍然是螺旋钻。尽管在技术上用螺旋钻钻土豆不合适,但在逻辑上并没有问题。与此相似,如果

① [英]黑尔:《道德语言》,万俊人译,96页,北京,商务印书馆,1999。

② [英]黑尔:《道德语言》,万俊人译,97页,北京,商务印书馆,1999。

③ 这里不考虑转嫁惩罚的情形,如父母代子女或者雇主代雇员接受惩罚。