

论报应主义刑罚的积极价值

孙立红

内容提要:报应主义刑罚观念是刑法针对已然犯罪行为的应答,这使得它难以产生出面向未来的效果,因此,针对报应主义的批评主要是认为它不具有社会治理的效果,是一种消极的甚至是一种纯粹破坏性的刑罚观念。为了回应这一质疑,必须回归到报应主义的内涵,即一种蕴含着确认公民自由的报应主义刑罚理念。如果为了回应对报应主义刑罚消极性的批评,仅仅考虑报应主义在建构国家与法的合法根据上的积极价值,则将潜藏着维护法之权威优越于确认自由的危险。因此,有必要进入报应主义的另一维度,即从实践具体正义的角度——恢复到一种平等状态,以发掘其积极价值。在这一维度,报应主义刑罚观的价值在于使被害人能够作为一方积极主体参与刑罚基准权的博弈,从而使法对正义的追求不再体现为纯粹的结果性要求,而是一种实践性机制,在这一点上,古老的复仇法则为这种参与提供了值得参考的刑罚价目表。

关键词:报应主义 法忠诚义务 矫正性正义 刑罚价值

孙立红,华东师范大学法律系讲师。

引言

刑罚自产生以来,就充斥着强制与痛苦。这两个方面作为刑罚的内容特征普遍地存在于从最轻微的刑罚——某些财产刑、荣誉刑、身份刑,直到人类所能够设计的最严重之刑罚——死刑之中。在哈特(H. L. A. Hart)总结的刑罚特征中,使人痛苦或产生不快的后果被列为刑罚特征的第一项。^[1]也正因为如此,人们已经习惯于将刑罚理解为与犯罪具有在某种程度上相类似的“恶”,这多多少少使刑罚蒙上了一层阴影。^[2]然而,刑罚的内

[1] H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Second Edition, Oxford University Press, 2008, pp. 4-5.

[2] 参见[美]欧内斯特·范·登·哈格、约翰·P. 康拉德著:《死刑论辩》,方鹏、吕亚萍译,中国政法大学出版社2005年版,第12页。

容包含着使人不快的痛苦并不能解决刑罚是什么这一问题。这一问题的回答与设置刑罚的目的具有紧密的关系,而不是与刑罚的实体内容相关。一些具有限制或剥夺自由的特征,也给人的肉体带来痛苦的强制治疗措施,并不能被冠以刑罚之名。^[3]

正因为如此,刑罚目的在解决刑罚概念以及刑罚的存在根据方面,成为刑法最重要的理论。历来,刑罚目的被区别为“犯罪之理所应得”与“犯罪之预防”,也即报应与预防的观念。这两种刑罚目的理论之间自产生之初就从未和平共处过,相反,它们一出现就伴随着各自支持者的唇枪舌剑,在涉及刑罚的几乎每一个议题上都留下了彼此斗争的痕迹。

诞生于古典学派理性主义观念的报应理论在相当长一段时间内成为刑罚存在根据的主流理念,但伴随着对刑罚功能的扩张性探讨,预防性理论展现出更大的优势,其中包括经典威慑论、剥夺论、再社会化论和积极的一般预防等多种分支学说。虽然预防论中各种分支理论的具体内容并不相同,但整体而言,预防性理论所阐释的刑罚优势在于其能够产生出一种前瞻性效果,由此,刑罚存在的理由就将取决于刑罚针对未来危害的积极社会控制,而不是将其作为对既定事实的对应之物。^[4]同时,大多数预防性理论也为这种预期效果提供了相对一般化的经验评估。无论是威慑潜在犯罪者、矫治罪犯、还是促使罪犯复归于社会,都或多或少具有可以使这种社会效果得到量化的指标。上述论断使预防理论能够作为一种社会治理的工具而具有存在的价值,然而传统报应主义理论在这些方面的回应,即便不能说是完全无力的,至少也是文不对题的。

此外,还有作为刑罚理论重要改革的“一体论”观点,这一观点要求在刑罚目的设定中能够同时容纳报应和预防思想,以此克服单一强调报应或预防目的所带来的问题。一体论的前提是承认刑罚是一种有限的社会治理手段,主张目前各种刑罚理论对于社会控制都仅能起到部分作用,从而将对各种刑罚理论的批判转换为对效果加和的揭示。然而,即便在刑罚一体论中潜含着对各种刑罚目的观念进行排序的要求,例如,存在着按照刑事诉讼过程的不同阶段,将报应或预防性目的加以分配的一体论思想,但其理论基础也被批评为一种“简单相加的综合理论”。^[5]除此之外,正如在下文将要分析的,因为对报应主义的理解局限于单一的维度,导致在一体论刑罚观念中,报应主义刑罚观念即便没有受到彻底排斥,其重要性也被大大降低了。^[6]

我们的观点是将刑罚理论重新导向报应主义。据此将针对那种将报应性刑罚视为消

[3] 所以美国学者哈伯特·L.帕克指出,刑罚与处遇的区别存在于两个相互关联的考虑因素之中:(1)正当化目的上的区别;(2)在刑罚中,犯罪行为所起的作用较大。其与正当化目的的区别是,处遇的目的主要是使被处遇者从中受益,它关注的焦点不是被处遇者过去或将来的行为,而是对他们进行帮助。参见[美]哈伯特·L.帕克著:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,第24-25页。

[4] 美国学者凯斯·R.桑斯坦指出,预防性原则之所以被广泛的采纳,其原因在于,“监管机构应当采取措施预防潜在危害,即使因果链条不太清晰,我们不知道这些危害是否将会实现”。尽管这一结论指向的预防性原则比在刑事领域的预防性刑罚更为广泛,但在将预防性措施作为一种应对未来危险的前瞻性手段方面,刑事领域的预防性处罚与其他领域的预防措施并没有本质上的差别。参见[美]凯斯·R.桑斯坦著:《恐惧的规则——超越预防原则》,王爱民译,北京大学出版社2010年版,第4页。

[5] [德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第45页。

[6] 持一体化刑罚观的美国学者帕克,在其综合性刑罚观念中,对于报应立场存在肯定与否定两种形式的理解,认为报应主义“所表达的不仅与教条一般无二,而且还无法验证,再者它在表现形式上也难以令人信服”。参见[美]哈伯特·L.帕克著:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,第38页。

极性观念的立场给予批判,就报应主义在其积极、正面的作用方面提出新的论据。近来,一种恢复性报应主义倡导从法秩序的恢复角度发掘刑罚报应观念的积极面向,可是在我们看来,仅从一种法秩序恢复的维度解读报应主义并不能全面反映出报应主义的积极价值,相反,从古老的复仇观念中,我们发现了报应主义的另一维度,依据这一维度,报应主义同样具有值得保留的建设性价值。

一 报应主义刑罚观并非仅具有负面价值

当前,对报应主义刑罚思想最严厉的批判集中于报应刑在产生社会效益方面的无能。这是一种典型的从功利视角出发的观念。据此,一项措施之所以能够被称之为刑罚,其前提在于将来能产生社会管控效果。如此一来,针对报应主义刑罚的批评发展出两条逻辑思路。

一种逻辑思路是强调刑罚的效益,也即一种处罚措施只有对社会治理有所改善,才能够被赋予刑罚之名,因此,刑罚本身就成为一种能够产生出正面效益的社会治理方式。“即便处死杀人犯也无法令被害人起死回生”^[7]这种针对死刑价值的质问无疑是此种逻辑最直接的体现。因为报应主义强调刑罚是犯罪之理所应得,在不少人的眼中,报应主义所设置的处罚几乎相当于对罪行的直观记录,并以这种记录为依据,选择在方式和程度上相当的处罚作为犯罪的对应。因此,“在刑罚合法性上主张报应论的人,找不到出口来与报应实践的社会稳定效果联系起来;因为该理论正是要使刑罚的证立与对其社会实用性的衡量脱钩”^[8]当然,从创造效益的角度上看,报应刑理论所阐释的死刑,除了创造出一具尸体之外,没有给社会带来任何正面效果,虽然从最广泛的意义上,也许死刑能够减轻被害人亲属的痛苦,或者对潜在的杀人犯具有一般意义上的震慑,然而这些结论并不可能得到统计学上的验证。同时,这种一般意义上的犯罪控制价值并不为报应刑所独占,既然它为所有冠以刑罚之名的理论都能提供根据,也就相当于没有为任何一种刑罚理论的独特性提供理论支持。

另一种从社会效益角度引发的逻辑思路则是经验验证的思路。根据这种思考,即便是目的设定中能够产生出预期社会控制效果的措施,如果该效果无法凭经验加以验证,则此种措施作为刑罚也没有任何意义。威慑性预防理论因其在经验上的不可验证性就面临着这种批判。同样,报应主义将刑罚视为对犯罪行为的回顾和对应之物,是针对已然之事实的回溯,而那种可以通过实证方式验证的社会效果仅面向未来,故而报应主义阐释的刑罚观念绝不可能与任何可验证的未来社会效益之间产生出关联。^[9]至此,预防主义者完

[7] 在我国刑法学者所引用的诸多反对死刑的案例中,对死刑有效性的疑问几乎处处可见。同时,这种疑问还来自于被害人家属。但这里存在着一种矛盾的现象,死刑废止论者所大力提倡的“宽恕”精神,所反映的是刑罚工具论思想,而这一思想与宽恕并不存在对应性。这一点可以从被害人家属对待死刑的态度上得到印证。多数被害人家属表示,“如果判处对方死刑能够使……活过来,我不反对死刑,但问题是,……已经不可能再活过来”。参见刘仁文著:《死刑的温度》,生活·读书·新知三联书店 2014 年版,第 3-10 页。

[8] [德]米夏埃尔·帕夫利克著:《人格体 主体 公民》,谭滢译,中国人民大学出版社 2011 年版,第 35 页。

[9] 使报应主义刑罚观遭到批判的这一特性,即便在持报应刑罚观念的学者那里,也是不言而喻的。参见[美]欧内斯特·范·登·哈格、约翰·P.康拉德著:《死刑论辩》,方鹏、吕亚萍译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 23 页。

成了对报应刑的批判,即一项措施如果对社会控制无法产生出任何可测量的效果,同时其内容又充斥着痛苦与强制,那么,该措施与犯罪行为相比,除了施加者的身份有所不同之外,再没有其他差别。如果刑罚在预防主义者那里被视为一种“不得已而为之的恶”,则依据报应主义确立的刑罚,就完全是一种“没有必要的恶”。

对于预防理论的否定,报应主义的支持者给出了回应。除了那些反过来针对预防理论的反诘之外,回应的内容主要集中于区分报应主义与预防主义不同的存在领域和根据。正如论者所指出的,“与这些后果论的目标形成对照的是报应原则,这项原则主张惩罚的正当性与惩罚的后果无关。当然,随惩罚而来的后果可能也是人们想要的,但这些附带利益不是报应性的理据所关注的。使惩罚正当的,不是可能随之而来的对社会的善,而是它对犯罪的实行所做的适当的社会反应”。^[10]

诚如所言,报应性刑罚的根据是刑罚的正当性,如主张补偿性正义的论者认为,刑罚与犯罪的对应,就如同通过赔偿消除恶害,使得因犯罪产生的不法通过刑罚得到了弥补。但为何只有通过刑罚这种强制剥夺的措施才能使不法状态得到弥补?部分报应理论将这种关联回归到超验内容或人性要求。前者如康德将刑罚视为“绝对的命令”,是基于道德秩序的绝对要求。而詹姆斯·斯蒂芬对于刑罚以惩罚实现正当的坚持,很大程度上在于寻求一种心理满足的对应物。^[11]

但是,补偿性报应思想在立论根据上的不充分已经受到广泛的批评。哈特严厉批评这种“负负得正”的报应主义根据仅仅是“各种思想的一种奇怪混合物”,并且深刻质疑其价值,将其视为一种道德谴责的发泄方式。^[12]另有预防主义者指出,相信一种恶害能由另一种恶害所消弭的根据产生于已被放弃的宗教思想。^[13]所有这些批判,都将传统报应主义与“恶害”、“负价值”等纯粹破坏性内容联系在一起。这是因为,传统报应主义的根据既解释不了正义与惩罚手段之间的内在关联,也无法解释将刑罚视为一种道德谴责在法上所具有的正面价值。

然而,一种有力的报应理论将针对上述指责给予回应。此种报应理论将报应观念理解为一种恢复性而非补偿性理论,从而摆脱了针对报应理论的传统批评——报应不再是一种以恶报恶的观念,而具有了正面的、型塑社会的形象。^[14]这种沿袭自黑格尔法哲学的观念,在抽象地理解刑罚的价值——法的恢复性基础上,进一步指明了这种价值的规范

[10] [美]乔治·弗莱彻著:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第303页。

[11] 詹姆斯·斯蒂芬在提及刑法的作用时,将刑罚理解为是满足人性中对仇恨欲望的重要方式。他指出,不难证明,这些行为事实上受到禁止和惩罚,不仅是因为它们危害社会,所以应当阻止其发生,而且因为它们迎合了头脑健全的人想到这种时事产生的仇恨——把它视为报复心或怨恨,亦无可。如能证明这一点,便可以说,刑法的本质是对较为严重恶行的惩罚,是明确宣布了一条原则:上面提到的复仇心和报复欲是人性的的重要组成部分,在这类案例中应当以规范的公权力和司法的形式予以满足。参见[英]詹姆斯·斯蒂芬著:《自由·平等·博爱》,冯克利、杨日鹏译,广西师范大学出版社2007年版,第126页。

[12] 参见[英]H. L. A. 哈特著:《法律、自由与道德》,支振锋译,法律出版社2007年版,第65页。

[13] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第38页。

[14] 这是因为,“主张报应论的人有理由声称,他们——与批评者强加给他们的不同——绝对没有将不法补偿视为目的本身。相反,不法补偿乃是服务于受到破坏的正义秩序的恢复”。[德]米夏埃尔·帕夫利克著:《人格体主体公民》,谭淦译,中国人民大学出版社2011年版,第42—43页。

本质。并且,区别于传统报应理论,它特别强调恢复的内容并非是正义而是自由,这是国家与法为了证明其存在之合法性而提出的要求。“现在要讨论的是国家本身的存在根据,支撑相应论据的,不再是正义的观念,而是自由的观念。因此,国家与法是因为它们在使自由变得可能方面的贡献,来证明自己的合法”。故而,报应论积极、正面的意义通过确认和巩固国家与法存在的根据而得以实现,并且此种意义也使其同预防主义相比具有了独特的优势。“与预防论不同的是,报应论方向的构想,不仅看到了刑罚的现实根据,还看到了它的合法根据”。^[15]

二 恢复性报应理论对报应内涵的置换

然而,上述恢复性报应主义刑罚观念是如何将报应主义阐释为一种具有积极价值的刑罚观念的呢?笔者认为,这里特别值得关注的是其对传统报应理论在概念上的两点置换,正是通过此种置换,该恢复性报应理论才能解决对报应主义的传统批判。然而,该理论的内在缺陷也恰恰通过此种置换显露出来。

一种是关于恢复的内容置换。在传统补偿性报应观念中,正义的实现与刑罚在弥补犯罪恶害方面的意义紧密相连,而在恢复性报应理论中,恢复的内容并非正义而是自由。这一观念体现出与黑格尔法哲学思想的一脉相承,即法的基础是意志,而自由就是意志的反思过程,在这一过程中,自我首先成为普遍物,同时又希求自己为他物,在第三个环节中,自我在他物中又得到普遍化。自由正体现为这种自我与他物的交互关系,因此自由构成了法的实体和规定性。法就是由人的自由上升为的政治自由。^[16]诚然,此思想的特色在于使法的根据从一种先天的超验内容中摆脱出来。然而这种概念的置换,即将刑罚的正当根据从超验性正义转换为确认公民之间的权利关系,其结论固然可以避免陷入对正义的各种矛盾理解之中,但同时也带来了与自由相关联的各种问题。

一方面,自由的享有者们必须同时是自由的,这种自由通过“公民”这一忠诚于同一法律秩序的身份得到确定,反之对于缺乏公民身份的人,就不需要通过施加刑罚来恢复一种“不存在”的忠诚,从而也排除了法对自由的保障。^[17]另一方面,公民享有各项具体自由权利的前提必须是确实拥有自由,这一自由不再涉及身份,却又涉及到了广受怀疑的“意志自由”问题。由于黑格尔所言人之意志自由是从自在的自由发展到自为的自由,因此,当被害人是未成年人或精神障碍患者乃至植物人时,他们就仅仅被视为具有自在的自由,一种自由的可能性、一种概念上的自由而非现实的自由。而法是现实的自由实体,因

[15] 此段中的引文见[德]米夏埃尔·帕夫利克著:《人格体 主体 公民》,谭淦译,中国人民大学出版社2011年版,第11、43页。

[16] 参见[德]黑格尔著:《法哲学原理》,商务印书馆1979年版,第10-19页。

[17] 由此而引发出针对规范的破坏者,究竟应在规范内给予处罚,还是干脆将其从规范所界定的群体中剔除出去的争议。德国雅各布斯教授提出的敌人刑法观念,应属于第二种选择,而这一选择带来的危险乃是,伴随着剥夺被宣布为“敌人”的公民作为权利主体的身份,其所依照法律保障的自由也随之被破坏了。参见[德]贝恩德·许内曼:《敌人刑法?——对刑事司法现实中令人无法忍受的侵蚀趋向及其在理论上的过分膨胀的批判》,杨荫译,载冯军主编:《比较法研究》,中国人民大学出版社2007年版,第261页。

此,刑罚所恢复的就是现实自由的权利,这样一来,当被害人不具备现实的意志自由,同时也无法判定将来在多大程度上可能具备自由意志时,刑罚处罚的根据就难以被解释为具有恢复自由的意义,从而使司法判决缺乏合理依据。

恢复性报应主义中的第二种置换,就是在通过刑罚确认公民自由与通过刑罚恢复公民对法的忠诚这两种观念之间的转换。恢复性报应主义阐释了刑罚的规范结构,其将公民的不法视为一种表达,而将刑罚视为对公民不法的反应,这种结构揭示了公民享有的自由与履行共同维护自由秩序的忠诚义务之间的紧密联系:当某人侵犯其他公民自由时,侵害人的行为就表达出对忠诚于维护自由义务的违反,作为回应,刑罚有必要以针对该公民的某种不利来证实自由与忠诚义务之间的联系。由此,刑罚的程度就不仅仅与被害人的自由受损程度相符合了。“总的来说,行为人相对于‘通过法来实现和平’工程的不忠诚的程度有着决定性的意义”。^[18]

如果恢复性报应思想将刑罚理解为确认自由,接下来面对的问题就是已经被侵犯的自由要如何通过刑罚这一强制痛苦的方式得到恢复。为了避免重蹈负负得正的覆辙,于是在其规范结构的阐释中,我们发现该观念将剥夺自由(刑罚)与恢复对法忠诚义务又进行了挂钩。而这种勾连实际是通过这样的逻辑来完成的,即刑罚当然要确认公民的自由,但公民自由意味着在公民间形成稳定的交互关系,这样一种稳定的社会秩序需要通过国家与法的存在来实现。因此,在这里我们又一次发现了一种概念的置换,即国家与法赖以存在的根据应是对自由的维护,这种要求公民共同忠诚于维护自由的稳定社会秩序是国家维护自由的手段,当恢复性报应主张以刑罚处罚来确认这种忠诚关系的恢复时,通过刑罚确认自由就转化为确认自由的保障条件——一种稳定的社会秩序,^[19]此社会秩序通过忠诚于维护自由的义务的履行而确立——进而确认了国家存在的合法权威。同时这种转换又以这样的结论强调了维护此权威的重要性,即它“有决定性的意义”。这一结论在宣示上的意义,即刑罚作为恢复一种对维护自由所必要的社会秩序的忠诚义务的意义,要远远超过其实质,即确认自由被侵犯并决定自由被侵犯的程度。在此意义上,法存在的根据已经不再纯粹了,即其已经从黑格尔所阐释之自由在人世的终极形式转变为一种工具性内容。

通过以上两种置换可以看出,“恢复性报应”理论是在解决预防主义针对传统报应观念的批评(声称报应是一种纯粹破坏性的观念)这一方面作出的改革。它以自由观念取代正义观念,同时又通过将确认自由转化为恢复对法忠诚的义务,消解了报应主义历来的负面形象。然而问题也随之而来。

一是自由对正义的概念转换,是否暗示了刑罚对于正义的追求因难以实现而变得毫无必要?显然,这种思考体现了当前在法哲学领域对于超验性观念的一贯排斥态度。问题是如果全然排斥超验性的观念,刑罚的正当性将降级为与手段相联系的范畴。也就是说,刑罚的正当根据将完全取决于一种有缺陷的证明方式。然而必须指出的是,刑罚与正

[18] 参见[德]米夏埃尔·帕夫利克著:《人格体 主体 公民》,谭淦译,中国人民大学出版社2011年版,第75页。

[19] 参见[德]米夏埃尔·帕夫利克著:《人格体 主体 公民》,谭淦译,中国人民大学出版社2011年版,第45页。

义之内在联系,与刑罚是否能够实现正义,系分属两个不同的领域:一方面,它们不需要完全划等号或互相证明;另一方面,此种从正义领域退缩的妥协也堵塞了其他促使刑罚践行正义的路径。

二是恢复性报应主义带给我们的另一个更为重要的问题是,它使刑罚从确认自由转为确认一种维护自由的条件。这一概念的转换在一定程度上调换了目的与手段的关系,并使得法在确认公民的自由之外又产生出自己独特的立场。因为在现代国家,公民对于法律的忠诚义务并不是法之所以存在的目的,忠诚的前提是法乃自由的实体,所以,自由才是法存在的根据,而公民的忠诚义务只是保障自由实现的手段。因此,当刑罚以维护公民对法的忠诚义务为目的,而将法对公民自由或正义的关联作为次要层次的情况下,也就意味着代表公民自由的法在形成一种稳定的权威时,本身产生出了超越于原初目的的立场,即因维护稳定的秩序而产生出的权威与因确认自由而产生的法之间不再是完全一致的。为了维持能够稳定社会的权威,国家的刑罚就会要求一种超越于自由的优先性,并将使刑罚的目的首要地转向对法的权威的维护,这一立场进而将使人产生忧虑,即它是否将会衍生出毫无节制的刑罚超个人主义趋势。

三 报应性刑罚的要义:对正义的实践

在这个部分,我们将返回到被抛弃已久的正当性问题,在这个问题上,道德相对主义对正义内涵的批评是有一定理由的,然而,这里存在的一个限制性前提是,在一定程度上受制于西方宗教观念的影响和制约。^[20]事实上我们可以发现,尽管对正义的内容同样存在着争议,但在传统的东方社会这个问题绝对不属于那种因“无法实现从而毫无必要”的议题,其实现的路径也并非只有“实现”这一结果性要求。在这个问题上,让我们返回到被唾弃的“同态复仇”时代,从这个在现代被普遍排斥、鄙视的观念中,考察在复仇案中所呈现的关于正义的议题。

(一)谁居于正义天平的两端

第一个令我们感兴趣的例子是发生于我国唐代的“徐元庆替父复仇案”。此案的大致经过是:

徐元庆的父亲徐爽被县吏赵师韞所杀害,但刑官却不加追究,徐父的冤屈无法得到昭雪,徐元庆就隐姓埋名,在驿站中充当仆役,终有一日趁赵师韞投宿于该驿站时,将其杀死。之后,徐元庆主动投案等待裁判。^[21]

[20] 根据西方基督教思想,表象领域与超验领域是完全不同的,只有上帝才无所不知,具有最终对每一个人的罪恶进行审判的能力,因此才有施米德霍伊泽的观点,赋予个人与其行为等值的正义,不会在现世发生,而只有在彼岸的地狱审判中才会出现。转引自[德]米夏埃尔·帕夫利克著:《人格体 主体 公民》,谭滢译,中国人民大学出版社2011年版,第44页。而在世俗领域,如马基雅维利所理解的,则只是个人想要呈现给他人的表象。参见[美]汉娜·阿伦特著:《论革命》,陈周旺译,译林出版社2011年版,第86-89页。

[21] 参见陈子昂:《复仇议状》,载董浩:《全唐文》,上海古籍出版社1990年版,第953页;柳宗元:《驳复仇议》,载《柳宗元全集》,中华书局1979年版,第102-104页。

在日本学者穗积陈重所著之《复仇与法律》一书中,介绍了当时的官员对此案的争议。中国古代涉及私人复仇,无外乎“礼法之争”。例如,左拾遗陈子昂提出,一方面应对徐元庆处以死刑,目的是“正国之法”;与此同时,又应嘉奖其替父报仇的行为,目的是“嘉其徽烈”。而柳宗元则批评同时施加刑罚与表彰,会导致黥刑和坏礼。同时还指出,徐元庆之父因赵师韞滥用吏权而无辜被害,而且由于刑官不加追究,所以徐元庆自行报仇,因此是“受礼且行义”。而穗积陈重从现代法治观念出发,对私人复仇自然采取否定的态度,并从其他相似案例中找出王安石的观点加以佐证,强烈批评了复仇行为,认为复仇只是法制未健全或无法可依时的自力制裁,应加以严格限制。^[22]

应该说,如果单纯从法治之形式来看,复仇行为当然在现代国家已经丧失了立足的根据,本案于结果上的争议并无意义。然而,当从另一个角度切入对复仇问题的审视时,则会发现一些被以法治之名所忽视的问题。从整个复仇事件的因果历程来看,在事件中起作用的角色有三方,分别是“复仇杀人者”(徐元庆)、“迫害无辜者”(赵师韞)、“一国之法”这三者。而在该案争议中,王安石作为绝对的“形式法”的倡导者,在整个复仇案件中,将裁判的天平两端设置为“复仇杀人者”与“一国之法”,而将第三方主体“加害无辜者”排除在外。这体现为其主张复仇行为的意义只是对法律的破坏,因此无论出自何种原因,复仇行为都应该如单纯的犯罪一样受到刑罚处罚。另外,陈子昂虽然持自相矛盾的两面性见解,但“处死”与“嘉奖”相比,显然前者对当事人更具有影响力。可以说此二人皆将徐元庆的杀人行为视为是单纯对“一国之法”的侵犯而加以制裁,而对于杀人行为背后的起因——赵师韞作为“迫害无辜者”——则排除在复仇案件刑罚衡量因素之外。

如果从现代的恢复性报应主义思想出发,这种思考显然符合将侵害首要地理解为一种对忠诚于守法秩序的义务的违反,而将确认具体的公民自由放在次要位置这一替代转化的思考方式。与此相反,柳宗元的观点则更多地强调徐元庆复仇行为系因赵师韞首先加害其父而消解了杀人行为的可罚性。当然,古人对此案采取的两极态度(要么处死、要么表彰)可以进一步商榷,但柳宗元的观点起码能够反映出这样一种衡量,刑事处罚要考察被害人自由受到侵害的程度(在复仇案件中,被害人由于其过错使得加害者的可罚性降低),而不是直接将其视为一种侵害国法的行为。因此,放在正义天平两端进行比较的,应该是“复仇杀人者”与“迫害无辜者”,而非“复仇杀人者”与“一国之法”的对比。

当然,从法治国的角度出发,不能允许一种私力救济的存在,但是,如果不考虑复仇是否被正当化,而考虑刑罚是否能够与被害人的过错——进而与被害人在多大程度上因其过错而消解其值得保护的法益——这一方面直接相联系,传统的复仇观念其实能够带给我们更多的思考。复仇观念与现代的恢复性报应主义刑罚理念,各自所表述的其实是公民个人与国家“刑罚基准权”的争夺,也即在对侵害行为的裁判中,以谁为本位提出犯罪对价的问题。

建立在超越个人的国家主义报应观基础上,犯罪的分量仅需要与法秩序的损害相联系,虽然恢复性报应主义观念为法秩序的抽象损害提供了以“维护公民自由”为背景的具

[22] 参见[日]穗积陈重著:《复仇与法律》,曾玉婷、魏磊杰译,中国法制出版社2013年版,第14-16页。

体规范结构,但问题是,规范性标准从未能直接介入到司法裁判之中,因此,司法裁判的天平从一开始就是以一种不容置疑的方式向法秩序的损害一边倾斜,从而使罪行的衡量同犯罪的宣示相比变得无足轻重。然而,古代复仇案件提供的则是另一种参照方式,犯罪的侵害直接与被害人的损失进行勾连,从而使得被害人有可能(不管是积极的还是消极的)为损害行为的分量进行“定价”,如果承认此前提,则国家刑罚裁判的意义首先就应是维护和反映这一定价在法上的地位。然而,实际上,在刑罚适用的基准方面,公民与法之间的关系伴随着国家权力的逐渐强化而渐趋紧张。^[23]

对复仇行为意义的否定,反映出较强的“超个人主义”国家刑罚权色彩。在古代社会,国家刑罚权乃是专制权的延伸;而在现代社会,国家刑罚权则表述为国家代理行使对公民自由的分配,不可同日而语。但是,无论是代表专制的刑罚权还是分配自由的刑罚权,都有将国家与法的权威置于个人权利之上的特点。穗积陈重强调,复仇观念是对法治的破坏,当法治健全时,复仇将被全面否定。然而,他所忽略的是,不仅在还没有出现代表国家意志的刑罚时,复仇成为解决争端的主要手段,即便在现代法治国家中,复仇仍然存在。究其原因,很多情况下是复仇之前所存在的“冤狱”状态。柳宗元在阐述其赞成复仇思想时提到了这种冤狱。无独有偶,在日本明治维新前所发生的著名复仇事件“赤穗义士复仇案”中,冤狱同样影响到对行为人的评价。此案的大体经过是:

日本江户时代元禄十三年,在幕府将军德川纲吉的某次宴会中,浅野内匠头因不满吉良上野介而与之发生争执,浅野在气愤之下,用小刀划伤吉良的脸颊。纲吉将军认为浅野罪不可恕,立即下令命他切腹自杀,并将其家产充公。浅野本家的家臣以大石内藏助为首,并没有抵抗,听从幕府遣散,经过两年的精心准备,大石内藏助率领四十七位赤穗武士突袭吉良官邸,杀死众多武士,并砍下吉良的人头。事成后,赤穗武士主动到幕府投案,幕府将军最后下令,命他们集体切腹自杀。^[24]

对于此案的评价,当时亦多有礼与法的争议。其中日本徂徕派的学者太宰春台又一次强调了“冤狱”对复仇案件性质的影响。太宰春台认为,依照法律,杀人者虽理应偿命,但吉良只是受到皮肉之苦,纲吉将军便将浅野处以极刑,因此,浅野之死应归咎于幕府作出的不公判决。浪人们理应仇恨幕府,因为幕府才是他们真正的仇人,然而他们却向吉良寻仇,乃是找错了复仇的对象。^[25] 太宰春台的这一观点,在逻辑上甚至比柳宗元走得更远。其对于为何不能将“复仇者”与“一国之法”放在天平的两端这一问题,提出了更确切的解释,即“法”本身存在着缺陷,从而导致复仇者的冤狱。这里并不是指无法及时施予

[23] 梅因在阐释古罗马“平民议会”与刑事法院“永久审问处”之间的关系时,就指出了这种紧张。参见[英]亨利·萨姆奈·梅因著:《古代法》,高敏、翟慧虹译,中国社会科学出版社2009年版,第295-296页。

[24] 参见[日]国史大辞典编纂委员会编:《国史大辞典》(第一卷),吉川弘文馆1979年版,第367页。转引自张玲玲:《从元禄赤穗事件看武士道的忠》,《日语学习与研究》2011年第2期,第113页。

[25] 参见李隆献:《日本复仇观管窥——以古典文学为重心》,载[日]穗积陈重著:《复仇与法律》,曾玉婷、魏磊杰译,中国法制出版社2013年版,第166-169页。

保护而出现的受害现象,而是指无法在事后惩罚真正的加害者而造成的不公现象。也因此,并不是复仇者要通过承受刑罚来恢复对法的忠诚义务,而是本应通过保障公民自由与平等以树立公民忠诚义务的法,不仅没有保障公民自由,反而通过积极的加害行为自我放弃了要求公民忠诚的立场。太宰春台通过批判代表日本封建社会法律权威的幕府,表达了一种出自个人主义的报应刑观念。反之,国家主义色彩较浓厚的恢复性报应主义,对于类似的案件,则给出了截然相反的回答。

可供参考的反例是一部以复仇为内容的德国小说《米夏埃尔·科尔哈斯》,^[26]小说中的主人公贩马商人科尔哈斯遭到容克家族的屡次迫害,在申诉无门的情况下,他采取了极端的复仇措施。然而,最后选帝侯向他这样说,“贩马商人科尔哈斯,你已经得到了赔偿,可是你破坏了皇帝陛下的领土和平,现在向他在这里的代理人给出你的赔偿吧”。^[27]科尔哈斯认同此观点,并被执行了死刑。德国学者帕夫利克将死刑的执行视为反映了刑罚合法性的报应主义根据,这一根据与其所倡导的刑罚作为一种恢复自由存在秩序的共同义务的观念相吻合。在这里,科尔哈斯的复仇被视为是对公民身份的抛弃,对国家和平的侵犯,而科尔哈斯通过同意执行死刑,又使其作为一个公民履行了对维护自由的社会秩序的忠诚义务,从而使法秩序得到了恢复。

然而,还是有人在此类事件中发现了悲剧的存在。例如,在美国文学家梅尔维尔(H. Melville)的一部作品中,主人公名为毕利伯德,作为水手为人和善,受到船员的爱戴,但是却受到军械师克拉加特的嫉妒,被陷害之后无法用言语辩解,一怒之下杀死了军械师,而迫于军法他最终受到绞刑。^[28]这一悲剧正如梅尔维尔所揭示的,为了使美德作为一种持久的制度而胜利,必须以好人的牺牲为代价。毕利伯德是一个好人,但即便作为好人,在遭遇到侵害又无法辩解自救时,就只能转变为侵害者。

哲学家汉娜·阿伦特在评论中非常鲜明地指出,如同科尔哈斯、毕利伯德这类人所代表的绝对的善,因其只能以暴力方式行事,就“与世界和平和人类的真正福祉为敌”,以致美德的最后干预不是为了制止恶的罪行而是为了惩罚绝对天真的暴力。在阿伦特看来,这种悲剧是无法避免的,因为“法律徘徊于罪行与美德之间,它不能判定超越其上的东西。当法律无法对根本恶予以严惩时,就只能惩罚根本善良,尽管有德之人维热上校也承认,唯有这种善良的暴力才足以抗衡恶的堕落力量”。^[29]值得指出的是,尽管这里阿伦特也提出法律无法去判定正义,但她同时指出了将法律制度作为一种政治制度的无力和负面:当它无力去惩罚根本恶时,转而只能处罚根本的善。

如此看来,在善恶评价方面,法律其实是无用的,而这与一般意义上对法律的理解大相径庭。正是在此意义上,可以发现,处罚复仇者并不足以彰显一种以刑罚所维护的稳定社会秩序的胜利,相反,其更多体现为法作为一种维持权威的制度而妥协于牺牲正义。它并不能如小说中选帝侯所言般理直气壮地要求科尔哈斯以生命来赔偿和平,相反,在这种

[26] 参见[德]Heinrich von Kleist著:《米夏埃尔·科尔哈斯》(德文版),外语教学与研究出版社1997年版。

[27] [德]米夏埃尔·帕夫利克著:《人格体 主体 公民》,谭淦译,中国人民大学出版社2011年版,第2页。

[28] 参见[美]Heman Melville著:《梅尔维尔短篇小说》(英文版),华文出版社2002年版。

[29] [美]汉娜·阿伦特著:《论革命》,陈周旺译,译林出版社2011年版,第71页。

报应的背后更多地体现了法作为一种工具的特点:其面对恶束手无策,只能借助善自身的力量惩罚恶,此后又通过惩罚善确保其效力得以持续、稳固的存在。因此,通过恢复法作为一种制度的地位这一机能,绝对不能说具有正面的、保障守法公民自由的价值,相反,因其迟滞与刻板可能使公民因守法而付出双重的代价。

由此可见,恢复性报应主张在法秩序的重建和法权威的持续方面展现出报应主义的积极价值,但其背后却以损害具体的正义为代价,这与其所宣称的通过刑罚重建对法秩序的忠诚并不能完全吻合。而引起这一问题的原因即在于此种报应观念中存在的概念置换,这种置换从根本上改变了法应该给予裁判的对象,将其从一种具体正义的衡量转换为侧重于法权威的维护,而这种强调维护权威的一面,也将会发展出一种超越个人正义之上,宣示制度效力的倾向,这种权威转而又将动摇法自身的基础。因此,在建设报应主义积极面向时,有必要将视角转向被恢复性正义忽略的报应主义的另一维度,即从具体正义的实践中,在恢复加害人与被害人的平等中把握正义的实践路径。

然而,如果转向报应主义中具体正义的实现,又面临着一项极大的困难,因为,历来笼罩在报应主义头顶的阴云便体现为对正义实现的怀疑甚至否定。此外,从历史上看,几乎所有涉及偿还正义、赔偿损失的案件都能与等害报应问题挂钩,这也是一个被几乎所有刑罚理论都排斥的议题。如此一来,就使得刑罚在追求具体正义的过程中更加凸显其非理性的面相。^[30]但以眼还眼、以牙还牙、以血还血的复仇,除了得到“残酷野蛮”、“毫无意义”、“不现实不理智”等诸如此类的批评之外,是否还存在着某些积极的价值?这将是接下来要探讨的问题。

(二)用什么衡量正义

正义的衡量在西方宗教观念中,不属于人类的事务,因此在恢复性报应主义观念中,通过刑罚不可能实现正义,因为,人类绝不可能超越自身的局限性。然而即便存在着此种结论,是否就意味着追求正当性不能作为刑法的重要任务呢?刑罚能否通过此种对正义的追求实现其正面价值呢?笔者认为这取决于两个要素:一是如何看待正义,二是如何接近正义。

关于如何看待正义,德国法哲学家拉德布鲁赫关于正义的观念值得考察。原本作为法实证主义者,拉德布鲁赫并不赞同将法律与道德挂钩,但二战前后经由对纳粹行为的反思,他部分地转变了相对主义的立场。这体现在他著名的论文《法律的不公正和超越法律的公正》一文中对法的价值排序。拉德布鲁赫认为,法律的价值主要有三项:法的安定性、合目的性和正义。在这中间,法的安定性和正义之间存在着冲突,“实证的、由法令和国家权力保障的法律有优先地位,即使在内容上是不正义或者不合目的性的,除非实证法与正义之间的矛盾达到了一个如此令人难以忍受的程度,作为‘不正当法’的法律则必须向正义让步”。不仅如此,拉德布鲁赫还明确地指出,不公正的法与虽然不正当但内容有

[30] 有学者指出,在较早的关于惩罚和法律的理论文献中,同态复仇都被描绘成极度令人厌恶的事务。认为复仇总是被讽刺为,对伤害的疯狂与失衡的反应,以及惩罚与原初损害的刻板一致性。参见[美]威廉·伊恩·米勒著:《以眼还眼》,郑文龙、廖溢爱译,浙江人民出版社2009年版,第26页注①。

效的法之间的界限,“在所有正义从未被诉求的地方,在所有于实证法制定过程中有意否认构成正义之核心之平等的地方,法律不仅是‘不正当法’,而且尤其缺乏法律本性”。^[31]在拉德布鲁赫的阐述中,不仅可以看出他对于法与正义之关系的肯定,更重要的是,还提供了关于如何追求正义的基本路径。

可以认为,尽管一般来说内容不公正的法律或许会优先于正义原则,但以正义排除不公正的法是可能且应该的。另外,拉氏的论述还提及正义的核心原则——平等。这一观念在亚里士多德所阐述之正义中已经存在,而拉德布鲁赫强调,正是平等,起到了通过正义去衡量一种法律是否缺乏法之本性的界标作用。只有当不正当的法律在制定过程中有意地否认平等,实证法的有效性才必须让步于正义。

拉德布鲁赫的观点来自于对二战中纳粹法律的反思,因此,带有鲜明的现实基础,虽然他的论述不能完全适用于本文的议题——如何使刑罚向正义不断趋近。因为,拉德布鲁赫的正义检验标准是消极排除性的,而我们所探讨的乃是积极的正义实现路径。然而,即便仅作为排除恶法的标准,法律仍然有可能与正义相联系,也即在法律价值中存在着正义的位置,尽管这一位置经常让位于法的安定性等其他价值,不过最起码正义的核心价值——平等,应该作为不可被抛弃的底线存在于法律之中。因此报应主义所倡导的恢复正义,并不是通过道德谴责或强制使人痛苦进而修补犯罪造成的损害,而是恢复到一种人与人之间的均衡的平等状态。

但疑问依然存在,这是因为拉德布鲁赫所言之作为正义核心问题的平等并非具有实体上的内容,或具体的标准,它只是一种形式化的观念,包含矫正性正义与分配正义的双重内涵。在拉德布鲁赫看来,刑罚在实现矫正性正义方面应采用报复理论,但与此同时他却又放弃了矫正正义作为平等主体关系的私法正义的特点,转而对报应主义作出一种家长式的、超个人主义的解释。正如他所强调的,作为“法治国家的本质就是被置于众人之上的国家自愿放弃了一些与国家公民处于同等地位层面上的关系……。这样报复理论就可以被解释为刑法的一个法治国家的——自由的观点”。^[32]然而,这不仅是矛盾的,也同时放弃了一种可能的思路——报应性刑罚可以通过对具体平等的实践而使正义的实现成为可能。

这一思路与我们所探讨的第二个议题:如何去追求正义密切相关。就这一问题,我们的思路是要通过设置实践正义的机制,取代对正义的结果性要求。这一回答是对否定法与正义相联系的观点的回应,因为,传统的理解是,当无法从结果价值上证明法与正义的关联时,则放弃这种关联性。而我们的回答则是,法与正义的关联属于超越于具体法律制度的价值领域,它属于理性而非彼岸的范畴。^[33]因此,这一价值并不因为实现手段上的有限而消减其意义,相反,其为我们提供了另一种思路,即法对正义的追求不是体现为正义之具体结果,而应该是一种实践性的机制,在实践的过程中,法无限地趋向于正义。

[31] [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2013年版,第258页。

[32] 此处及上文中拉氏论述参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社2013年版,第187-258页。

[33] 参见[德]黑格尔著:《法哲学原理》,商务印书馆1979年版,第10页。

因此,当我们谈到实现正义的时候,更多的应该是指实现正义的方式或机制,这种方式虽然不能告诉我们正义的实质内容是什么,但是,它可以有效地指出,为了尽可能地向恢复平等前进,我们需要在刑罚裁量中设置哪些起作用的因素。通过这样一种方式来回答案法与正义的关系,在某种程度上就产生了类似程序性正义的要求,也即此种正义谋求的并不是对结果正当的解答,而是以结果形成的机制合理性作为标准。^[34] 所以,不公正的法律在其制定过程中有意识地否定平等,相反,公正的法律则需要以维护平等为其核心要素。

如何将平等作为要素纳入正义的实践机制,则需要再一次回顾被诟病的同态复仇思想。在同态复仇中,“报应”在实现方式上遵循着严格的样态等同法则——以血还血、以牙还牙。在大多数人的观念中,这种通过偿还恢复平等的观念,除了极端的残忍之外,也反映了一种关于报应性刑罚的乌托邦式的理想——真正的血肉的等同是不可能出现的,即便是康德在主张这种等值关系后,也遭到了毫不留情的批评。^[35] 但是,反向思考,眼睛被刺瞎的被害人要求犯罪人赔偿自己的眼睛,这件事的意义要比表面上所呈现出来的多得多。

这一观念首先提出了一种恢复到平等的可能。这也正是研究复仇的学者在具体的复仇事件背后最先抽象出来的观念。“正义的任务是重建正当的秩序,重建业已被一些错误行为或尚未偿还的债务所打破的先前被假定的均衡。根据矫正性正义,终极目标是公平而非倾斜”。^[36] 这里的报应意味着恢复到损害者与受害者的平等状态。值得强调的是,作为正义核心内容的平等,并不是要求刑罚表现出魔术师般使时光倒流而使损害恢复的能力。这种平等只是一种原初状态的假设。同时这一平等原则也并非一种惩罚性原则,它本身并不包含必须贬损受害者的要求。事实上,它确定的是被害人与侵害人之间的关系。

在此意义上,说它是自由亦未尝不可,因为该平等维护的是公民之间因原初距离而呈现的和平状态,这种距离在每个公民之间都保持着均等,使得公民能够维持自我均衡。这体现为,在被侵犯之前,被害人自己决定自己的增益或损失,其所获或所失都是自给自足的体系,与他人毫无干涉;但在被侵犯之后,被害人的自我均衡体系被打破了,他不得不将自己的损失与犯罪人联系在一起,从而产生出对立与排斥。正义所内涵之平等正是使对抗回归到平和,被害人与加害人都将通过刑罚来脱离彼此之间被迫产生的牵连。这样理解的平等在某种意义上是自由,因为它实现了从特殊的失衡状态恢复到一般性的交互关

[34] 正如罗尔斯所言,程序性正义“不存在任何有关结果正当性的独立标准,但是存在着有关形成结果的过程或程序正当性和合理性的独立标准,因此只要这种正当的程序得到人们恰当的遵守和实际的执行,由它所产生的结果就应当被视为是正确和正当的,无论他们可能是什么样的结果”。参见[美]罗尔斯著:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社 1988 年版,第 80 页。

[35] 如美国学者康拉德质疑,康德尽管在其他问题上思想博大精深,但并非费心考虑过其绝对命令的正当性,他强烈主张古罗马的等量报应法,但这是将难题诉诸于一个轻易获得的答案。参见[美]欧内斯特·范·登·哈格、约翰·P. 康拉德著:《死刑论辩》方鹏、吕亚萍译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 26 - 27 页。德国学者考夫曼将康德的同害报复原则与亚里士多德的中庸平等观念进行比较,认为亚里士多德的观点更为正确。参见[德]Arthru Kaufmann 著:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社 2005 年版,第 238 页。

[36] [美]威廉·伊恩·米勒著:《以眼还眼》,郑文龙、廖溢爱译,浙江人民出版社 2009 年版,第 5 页。

系。但平等相比于自由,更多强调的是人的状态,而自由则为享有权利的主体设置了更高的资格。此外,自由也难以通过量定来确认其程度。但有一点应该是共通的,即它们都不是针对正义的实质内容的要求。

正因为是一种假定的平衡,也就不意味着需要通过血肉的精确偿还来实现所有损失、创伤等具体样态的还原。等害报应的意义在于,通过设置足以保障平衡实现的前提——承认被害人参与的意义来达成重建平衡的目的。这意味着被害人能够通过同态复仇的主张,保护自己的眼睛在犯罪人那里的价值,这是使均衡实现的最重要的前提,这一前提甚至比均衡的真正实现还重要得多,因为,这涉及为何需要运用刑罚,以及如何设置刑罚来实践平等的问题。在犯罪人对被害人侵害之后,孤立的状态被打破,二者之间发生了类似于债务的关联。^[37] 简言之就是人与人之间关系失衡的体现,而恢复平衡的办法,无外乎是使双方都能够满意,得到自己应该得到的。

然而,能否提出一个使被害人和犯罪人恢复均衡的刑罚价目表,却并不取决于唯一能够体会损害价值的被害者,相反,这样一种债权规则通常由第三方裁判确立。第三方确立的债权规则一般被认为能够表达出中立的公正性,但实则存在着缺陷,因为,国家作为超越个体情感的存在,需要通过刑罚表达其优越于犯罪的理性,这样一来,刑罚将逐渐抛弃通过侵害的直接体验而获得的比例性基准。导致现代国家的刑罚不再以被害人为本位作出刑罚价目表的理由很多,大部分都能够归咎到作为超个体的存在对个体的优越感,确信个体只拥有不理智的情感和缺乏科学测量的手段,因此无法精准地确定刑罚的幅度。但实际上,掌握刑罚权的国家,在这方面也同样倍感困惑,因而,当面对这一难题时,则尽量采用技术手段以避免实体法纠结于这一难题,例如,交由陪审团决定是否存在着罪的减轻情况。^[38] 但是,研究复仇的学者发现了一种难以将复仇贬低为直觉或不理智情感的解答,他们认为:

比较一下在同态复仇制度中,我讨价还价的地位在多大程度上能得到改善,因而我的眼睛会在多大程度上能获得更高的价格。同态复仇法则构建了一个讨价还价的情景,以促使人们按下列假设达成协议:如果我能够在你取走我的眼睛之前设定价格。同态复仇法则通过一个简单的替代把戏实现了这一点。不是要接受一个因取走我眼睛而支付的价格,而是我要求得到你愿意为保住你的眼睛而付出的代价。^[39]

[37] 某些美国学者特别强调此种犯罪人与被害人之间的关系。它与前述正义的负负得正的偿还观念看起来相似但实际上并不相同,因为,债在这里较少道德褒贬的意味,而是强调一种平衡的恢复。例如,美国报应主义学派的代表人物赫伯特·莫里斯认为,“犯罪人有义务受刑,因为他的犯罪制造了一种社会整体利益和负担的失衡。那些守法的人要承受犯罪人拒绝承受的负担。为了纠正这些失衡,犯罪人须承受适当的惩罚。拒绝守法,产生了公认的‘债’,必须偿还”。参见[美]乔治·弗莱彻著:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第305页。

[38] 虽然梅因将这种规避理解成一种更高级的立法模式,但他也指出,断定犯罪人的道德罪过程度,并确定其刑罚幅度往往比较困难,因此,现代法律才通过在实体法中采取技术手段加以解决。参见[英]亨利·萨姆奈·梅因著:《古代法》,高敏、瞿慧虹译,中国社会科学出版社2009年版,第289-291页。

[39] [美]威廉·伊恩·米勒著:《以眼还眼》,郑文龙、廖溢爱译,浙江人民出版社2009年版,第67页。

这是一种通过迫使加害人产生“同理心”而保障平等得以实现的方法,通过这样一种替代性设计,保护被害人遭受的损失不至于被低估。这一方法的巧妙在于,它提出了一种难以被否认其意义的方案,那就是,双方都应该对犯罪的损害感同身受,从自己作为损失者出发来考虑所付出的代价。可见这种刑罚的设置机制,就使刑罚作为一种实现平等的报应具有了存在的意义。因为,刑罚作为一种替代性尺度以衡量犯罪对平等的侵害,进而成为确认平等的存在物。而侵入他人领域的人,正是通过体验到被他人侵入自己领域造成的不平等,来确认平等状态的真实存在。

由此,既然均衡和平等是可以通过上述规则的设置被体验的,那么,就没有理由不考虑在刑罚裁量中,加入以被害人为本位的价目表。不过,英美刑法学者所使用的“讨价还价”的字眼过于直观,容易被解释为单纯反映个体主观要求的片面主张,从而被误解为被害人与加害人之间的私下交易。而实质上,本文所采用的讨价还价的语境,更强调的是通过个体理性的博弈调整并形成社会规则。^[40]

因此,一方面,这些社会规则所蕴含的价值在于强调主体的参与意义,强调此种参与对于由国家刑罚权固化的刑罚基准的适度制约和调整。另一方面,这种参与所带来的博弈,也并非发生于被害人与加害人之间,相反,它通过帮助被害人提供理智的量刑基准方式,使被害人作为个体,能够参与到国家设定刑罚权的博弈之中,从而保障个体不被国家刑罚权的超个人性所彻底压倒。由此,同态复仇法则中对现代刑法最具意义的内容就得到了体现。

这里要提起注意的是,现代国家中被害人所提出的同态复仇的刑罚方案,其意义并不在于真的去执行这一内容,而在于强调,这是属于被害人的一项权利。因而,同态复仇的司法意义体现在三个方面:

其一,与恢复性报应思想将国家法律秩序的恢复作为报应的一项宣示性要求一样,同态复仇则是另一维度的报应理念的宣示性要求。它主张国家在设定刑罚基准的时候,对基于矫正性正义所要求的个体平等状态的实现提供可能的机会和手段,否则,实现正义的路径就可能被超个人的权威所完全替代和堵塞。

其二,同态复仇中所反映的平等意义上的报应原则,并不是对正义的结果性期待,其提供的刑罚基准实则是一种路径,通过该路径使被害人有机会作为主体参与到刑罚权实现的博弈中去。也即,同态复仇法则所创造的追求正义的方式是引入了公民个人与国家刑罚权在设定刑罚基准权上相博弈的机制。为何需要通过被害人与国家刑罚权的博弈来实现正义?这是因为,如同前述,国家刑罚权在裁判中已经产生出另外的立场,它不再是纯粹中立的裁判者。虽然刑罚借确认自由之名不会使法律等制度假上帝之手行酷刑之实,但它有可能假自由之名,使国家刑罚权完全凌驾、超越于自由之上,从而产生出威权的治理,并以实现对法的忠诚的要求为目的,造就一批批“不情愿的顾客”。^[41]然而,通过提

[40] 我国有学者指出,讨价还价作为人类行为方式,给出了人类社会目标理性对话的行为逻辑,其在形成社会公平、平等价值方面具有重要意义。参见童乙伦:《讨价还价理论的社会科学价值》,《学术研究》2009年第12期,第84-86页。

[41] Matthew Hall, *The Relationship Between Victims and Prosecutors: Defending Victim's Rights?* *Crim. L. R* 2010, 1, pp. 31-45.

出另外一种私人间的均衡性正义原则,裁判者就不再总是只有一方,被害人通过参与而提供的刑罚价目表,与国家刑罚权之间进行博弈而产生的制约,就使正义具有了实现的途径。因此,这是一项参与的机制而非决断的机制。

其三,特别需要指出的是,由参与机制而非决断机制所决定,所谓的“提供刑罚价目表”就并不是被害人片面主张的反映,而是对被害人参与过程的客观反映。被害人的参与既可能产生出被害人保护的立场,但也可能导致完全相反的结果,因此,在司法适用中依据被害人的具体情况发展出两条实践路径。

一条路径是当前在德国已经相对成熟的被害人信条学的理论与实践,其内容上仅反映出被害人立场的消极方面。即该理论虽然源自被害人本位的立场,但对平等的评价却是从被害人过错这一消极角度进行。它以被害人瑕疵作为衡量司法正义的标尺,这未尝不是一种实践具体正义的视角,其蕴含的平等要素与前述复仇案件中由复仇所实现的朴素平等之间具有内在的一致性,也即有过错的被害人因其过错行为降低了自身法益的需保护性,因而在天平的另一方,侵害者的可处罚性也应随之降低。在复仇案件中,复仇者代替国家司法对平等进行评价,然而,现代司法并不承认此种私力救济,因此,应通过对被害人行为瑕疵的法律评价,间接追溯复仇的司法意义。

与之相反,实践具体正义的另一条路径则体现在被害人立场的积极方面,通过将无辜的被害人或有瑕疵的被害人所受到的实际损害(因该角度亦能将前述因被害人瑕疵而降低的法益评价纳入,因而属于对被害人本位的广义理解)纳入刑罚价目表的方式,来构筑一种对国家刑罚权的平衡机制,使刑罚不至于为了维护法秩序的权威性,而忽略对被害人损害的实质评价。现代刑法基本上通过因果关系以及结果加重犯等规定,对无辜被害者的损害之范围作出界定,然而,却并未明文从被害人过错角度界定有错被害者的实际损害。尽管如此,第二种路径并非画蛇添足,因为,在刑罚量定方面,即便是无辜被害者的损害也并没能与刑罚设置之间产生出优先关联,相反,其往往让位于维护国家刑罚权的权威性要求。

上述两种路径表面看来可能呈现出背道而驰的表象——被害人瑕疵的立场与被害人保护的立场,然其本质却是一体两面的,都属于以被害人为本位对平等进行的具体衡量:加害者的可罚性和处罚程度,与被害人损害的评价之间产生直接关联,由此,被害人将通过自己的“参与”提供一份可参考的“刑罚价目表”。可见,这两种路径实则可以追溯到同一种具体的报应维度。^[42]当然,被害人信条学将被害人本位的适用局限于被害人过错的消极方面,由此回避了对犯罪本质理论的挑战。然而,报应主义刑罚的另一实践路径则更进一步扩张了被害人本位的适用范围,从而将不得不回应基于传统犯罪本质及刑法性质理论提出的批判。

[42] 尽管在某些方面仍然存在争议,德国的被害人信条学理论已渐趋成熟。该理论主张,从被害人保护视角考察犯罪行为的可罚性和可罚程度,从更深的层面看,涉及到对犯罪本质的不同理解。甚至有的被害人信条学者提出,犯罪并非是对法益的侵害,而是对被害人的损害,其处罚的必要性与程度都应与被告人所受到的损害相关联。参见申柳华著:《德国刑法被害人信条学研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第89页。而报应主义中实现具体正义维度的思考,即惩罚与被告人的损害相关联,则与这种观念相互呼应,并为被害人信条学更全面的发展提供了基础性根据。

不过,现代司法实践产生了包括刑事和解在内的一系列以被害人为本位的司法制度,某种程度上反映了刑法理论在上述问题方面的松动:即在有限的范围内,以被害人与加害人和国家司法机关之间的互动和制约,来消解单纯强调国家刑罚权所带来的弊端,这为报应主义在具体正义维度的司法适用,提供了一种发展路径。

[此文为作者主持的教育部人文社科基金青年项目“超法规的责任阻却事由要素的体系构建——重返‘以人为本’的报应主义指导思路”的阶段性成果。(13YJC820071)]

[**Abstract**] Retributionist criminal punishment is considered as a response by criminal law to crimes that have already been committed and, as such, can hardly have any effect on the crime situation in the future. So the main criticism against retributionism is that it is a negative, even destructive, idea of criminal punishment that has no social governance effect. To respond to this criticism, it is necessary to return to the original connotation of retributionism, namely a restorative retributionism that confirms civil liberties. However, if, in response to the criticism against retributionism, only the positive value of retributionism in the construction of nation and law is emphasized, there will be a potential danger of upholding the authority of law at the cost of civil liberties. Therefore it is necessary to return to another dimension of retributionism, namely to explore the positive value of retributionism by restoring equality as the core of justice. In this dimension, the greatest value of retributionist concept of criminal punishment lies in allowing the victim to participate as an active subject in the game of setting the benchmark of penalty, so that the pursuit of justice is no longer considered as a mere demand for the result, but a practical mechanism. At the same time the ancient rules of revenge can provide a penalty price list for such participation.

(责任编辑:王雪梅)