

论 赦 免 的 本 质

王 娜

[摘 要] 赦免的本质就是形态各异的赦免内含的共同基本特质,传统的赦免本质学说主要有恩典说、正义说、慈悲说、多元说和模糊说。赦免的本质应是宽恕,宽恕就是对伤害放弃报复的一种反应。作为一种制度化的宽恕,赦免的本质问题与赦免制度的功利性价值是两个完全不同的问题。无论出于何种目的实行赦免、赦免在实际上达到什么效果,都不影响赦免的宽恕本质。

[关键词] 赦免的本质;恩典;正义;慈悲;宽恕

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)05-0717-05

赦免,作为一种能够产生免除或者减轻刑罚后果的特殊制度,一直都在古今中外的法律体系中占据一定的空间。那么,形态各异的赦免是否有共同的基本特质呢?这种共同的基本特质是什么呢?这就是赦免的本质问题。关于赦免的本质,主要有以下几种理论学说:

一、恩典说

恩典说认为赦免的本质是恩典,即权力拥有者给予他人的礼物。该说认为,赦免是最古老的释放犯罪人的法律机制,可以溯至君主绝对控制刑罚权的时代。在这个时代,君主就拥有对其他方面值得奖赏的犯罪人免除刑罚的补充权力。“赦免……在历史上被理解为……恩典……是像神一样的君主自由施于国民的礼物。”这样的礼物贯穿整个历史,偶尔甚至经常赠予,以填充法律的正式需要与个人正义要求之间不时出现的空隙^[1](第 111 页)。恩典说在考察赦免权力的起源后,指出赦免是礼物的观点源于君主统治即神的命令之观念,既然君主基于上帝的意志而统治,那么,他实行赦免的权力就是神恩礼物在世俗世界的类似物。

恩典说的特点在于:(1)赦免更多地与权力相联,是例外的权宜之计,而不是正义考虑的事情。“早期的很多文化认为法律本身的来源是一贯正确的如上帝或者圣人,是正义的充分代表。如果法律本身与正义是同义语,那么,就没有必要创设法律的例外以追求正义。赦免权的运用与正义没有关系。”^[2](第 23 页)(2)赦免不需要正当根据也不需要辩护理由。既然赦免是权力者的恩典,并且与法律、正义无关,那么,赦免的实行就是权力者的任意决定,不必寻求赦免的正当化根据,也没有必要设立赦免必须要满足的条件。

二、正义说

正义说认为赦免的本质是正义,只有与正义要求相符合并提升正义的赦免才是正当的赦免。该说否认恩典说的赦免是礼物不需要正当性说明的主张,而是在报应正义的范围内求证赦免的正当性。正义说的突出代表是 Kathleen Dean Moore 的赦免正义理论^[3](第 52 页)。Moore 提出将报应正义作为实

行赦免正当化的基本原理,刑罚和赦免的指导原则是应得的赏罚:我们应当惩罚那些值得惩罚的人,不惩罚那些不应当惩罚的人。

正义说的特点在于:(1)赦免不仅仅与正义有密切关系,而且赦免本质上就是正义的要求,赦免绝非基于权力的任意决定,因此,必须提供正当性的理由;(2)赦免与刑罚的根基是一致的,即报应正义;(3)一旦处于值得赦免的情况,就有相对应的赦免义务,作为一个公平问题,在所有类似情形中,每一个人都应当公平地获得赦免。

三、慈悲说

慈悲说认为赦免的本质是慈悲,这是很多学者的癖好。但是,慈悲在不同学者的眼里有不同的含义,Lork Coke 和 Blackston 将慈悲视为权力者优势的表现^[4](第 285 页),而 Claudia Card 和 Alwynne Smart 将慈悲视为规则执行者的一种美德,在公正性的要求下,慈悲就成为了规则执行者必须履行的义务^[5](第 33 页)。这样理解慈悲来构筑赦免的基础与前述恩典说和正义说似乎没有什么实质区别,引人注目的是 Murphy 的慈悲说。

Murphy 慈悲说的基本内容包括:(1)赦免的本质是慈悲,慈悲是人的“自律道德”,赦免是源于个人的这种“自律道德”之慈悲的公共慈悲。按照他的观点,个人出于同情怜悯之心,自愿放弃基于正义的要求可以主张的施加惩罚的权利。将私法上的这种范例推而广之,赦免是社会整体通过行政长官集体行使慈悲。(2)赦免不是“自由给予的礼物也不是一种恩典”,也不是基于任何义务,赦免与正义相分离。但是,赦免需要正当化理由。“正当理由”不是简单地取决于个人道德应当怎样,而是服务于公共福利。行政首长作出赦免决定的时候可以注意“正义的要求”,但是也可以忽视那些要求并为了社会利益实行赦免。(3)就私人慈悲而言,它完全是出于自愿的,就公共慈悲而言,它有政治因素,例如,“贫穷的弱者比富有的强者可能更需要慈悲”。另外,还有功利的理由说明慈悲不是一种义务,“理性的人考虑到一旦开恩就要坚持使之经常化,可能就倾向于再也不显示慈悲了”,也就是说,一旦慈悲作为一种义务受到公平原则的约束,那么,可能使得更少的人显示慈悲^[6](第 11 页)。

Murphy 慈悲说的特点是:(1)赦免是完全与正义分离的“自治道德”,在概念上与正义分离而不是被正义所包含;(2)赦免需要正当化的说明和一定的限制,在慈悲观念上寻找赦免的基础和正当化理由;(3)赦免不受公平原则的制约,因而,赦免不是一种义务。

四、多元说和模糊说

多元说和模糊说都认为,赦免的本质是多元化的,不是唯一的。该说认识到了赦免本质统一学说与赦免实践之间的错位,“赦免权引起关注可能归于它内在的荒谬本质:赦免常常被认为是慈悲的表达,通过悬置司法制度的实施而在更广泛的意义上提升正义”^[7](第 151 页)。

Jean Teillet 认为,有时候赦免的目的是纠正司法错误,有时候是宣布无罪的替代措施,有时候赦免同时合并了慈悲和正义,有时候以公共福利或者国家权宜之计名义实行,因此,赦免的本质包括慈悲、正义和政治权宜之计^[8](第 6 页)。P. E. Digeser 认为,赦免的多样化理解在概念范围内形成的紧张状态只能通过限制其含义来解决。通过约束我们对一个方面或者其他方面的理解来澄清或者界定正在实行的赦免,在概念方面和理论方面都有很大的压力。另外,在对赦免的争论中还有很多社会或者文化的理解。因此,P. E. Digeser 主张,宪政道德应当足够广阔以容纳赦免的各种不同定义和模糊的含义。赦免权服务的目的是复杂的,并不是所有的含义在任何时候都与所有的目的吻合。宪政道德应当包括一种可能性,就是有时候权力的目的只能在含义模糊的情况下实现。如果相信赦免不仅应当服务于正义,还有和解、减轻痛苦、和平,那么,容忍其固有的复杂性和模糊性就是必然的^[5](第 35 页)。

多元说和模糊说的特点在于:放弃对赦免单一本质的追求,主张赦免本质的多元化,甚至认为,赦免本质的模糊不清、无法言说恰恰是赦免本质的体现。

五、学说评述

恩典说值得肯定的地方在于认识到赦免与法律及法律追求正义目标之间的差异,强调赦免的灵活性和例外性。恩典说的缺陷也是致命的,以君权神授理论为基础构建赦免本质理论,显然满足了君主专制时代统治者实行赦免的理论要求,极力推崇赦免的任意性、无条件性,否定赦免的正当化说明,即使在君主专制时代,毫无限制的赦免之弊端也广受诟病。可以说,恩典说实际上是为君主专制时代君主拥有无条件赦免权的辩护。在现代社会,很难得到普遍认同。正如大法官 Holmes 认为,“赦免,在我们这个时代,不再是个人拥有权力发生的私人恩典。它是宪政的一部分。当实行赦免时,它是基于更好地服务于公共福利而不是固定判断形成的最终的权力决定。”^[1] (第 28 页)

Moore 正义说的优点显而易见。将正义置于聚焦中心以阐明、加深我们对于赦免关键部分即寻求放弃应得之理解。强调赦免必须要进行正当化说明,表明充分认识到赦免有的时候是好的合适的,有的时候是不好的不合适的实际情况。提出赦免与刑罚在报应正义范围内的衔接与对立,既认识到了赦免与刑罚之间的密切关系,也实现了对赦免的严格性的正当化限制。该理论提出赦免或者符合正义的要求成为义务,或者不符合正义的要求而不应当实行。首先,这对于公共机构来说,传达出什么是应当的,强调官方有义务做应当做的事情之理念,无辜者和刑罚过于严厉者有主张减缓的权利;其次,这符合我们的普通认识,即性别、党派优势和家庭关系不是赦免的正当理由。

Moore 正义说的问题也是无法回避的。将赦免定义为“正义行为而不是一种慈悲”。作为报应正义理论的支持者,她将正义界定为“应当得到的刑罚”,提出刑罚制度和任何免除刑罚的制度都应当遵照应得赏罚的观念。任何人应当得到其应得的——刑罚或者赦免——根据她是否已经获得优于守法公民的不公平利益或者道义上应受谴责。这样的立场是存在问题的:

首先,就地位而言,赦免是法律制度的附属部分,不断地纠正法律产生的结果,而不是法律的例外机制,这是有问题的。“在报应基础上证明赦免的合理化必然贬低赦免与怜悯和拯救的历史联系,使得赦免与司法在实质上不可分辨。将赦免程序变成‘法院的最后手段’。如果赦免是不可任意决定的司法义务,必然要求建立全面的执行机制以对个别案件的‘正义应得’做出判断从而指导司法机构,这必然以明确的标准为基础并得到程序性保护的支持,如实行赦免的理由和请求赦免的权利。……那么,这种扇形扩散的体制,至少其效力是非常低下的。‘赦免权力机构官僚化’正好牺牲了赦免制度创制者所称赞的赦免品质:快速行动、广泛判断、对选民的 personal 责任。”^[6] (第 115 页)另一方面,对权力分立也产生重大影响,义务的存在意味着赦免的实行是绝对的,那么,正义的要求看起来使行政部门变成了最高层次的法院——像刑事案件的上诉一样。结果,法院在确定法律的适用和事实判断方面就没有最后的权威。在权力分立的机制中,行政人员,并不是法官,应当发挥这样的作用吗?如果行政人员变成了法官,那么这种解决办法与在司法程序中增加另外一个上诉阶段又有什么区别呢?^[5] (第 36 页)

其次,就决定赦免的指标而言,存在的问题在于:第一,确定应得赏罚是困难的。有的哲学家已经断定不可能确定单个犯罪人应得刑罚的数量。没有外在的、客观的尺度使我们精确界定逃税者应得的刑罚与夜贼应得刑罚的区别。“以眼还眼、以牙还牙”的平等原则已经不适用于现代犯罪和刑罚观念了。即使忽略哲学上的困难,就刑事立法而言,其基础在于每个犯特定罪的人应当处罚,并且基于犯罪的本质有可能对特定犯罪建立起特定的刑罚之预设,而这样的预设必须通过法官单个案件的判断来实现,法官在具体适用刑罚的过程中,不可能不考虑刑罚的目的问题。也就是说,应得的赏罚只是个起点,功利和其他社会因素的考虑形成普遍和在单个案件中免除刑罚的第二个限制。而 Moore 提出,报应原则是刑罚唯一的正当化根据,也必须是决定赦免的唯一指标,这样的严格路径显然不能充分描述刑罚的目的。第二,在报应基础上,将应得赏罚之正义看作比任何其价值都重要,这并不真实。正如 P. E. Digeser 所言,“至少有时候,其他价值比这更重要。……无情地、单纯地追求正义的结果是增加不安全、冲突、不稳定或者残酷。”^[5] (第 43 页)

Murphy 的慈悲说很好地兼顾到了赦免是自由、任意事务与宪政中一部分权威行为两个方面,同时也规避了恩典说及正义说的弊端。“慈悲永远不能作为一种权利一种应得的赏罚或者正义归于某个人。它总是超越严格的道德责任领域,最好被看作是自由的礼物——优雅的举动、爱、怜悯,超越权利、义务、责任的领域”^[9](第 166 页),这种界定本身就为赦免设定了界限。出于对做坏事的人的可怜、同情,放弃惩罚就是慈悲;如果赦免的决定是基于做坏事的人的行为是有理由的或者言之有理的,就在慈悲的范围之外了。推及到公共慈悲,就为“如果社会利益需要慈悲”就显示慈悲的政治责任提供了普遍的基础,此时显示慈悲的责任和义务与特定案件中正义的要求无关,不限于法律和道德的考虑,而是政治的本质。

但是,慈悲说的优势依然无法克服受到攻击:(1)作为自治美德的慈悲在调节法官、检察官和假释委员会的司法活动方面完全没有空间,这种与正义完全分离的立场值得怀疑,与我们的直觉知识相抵触。谈论慈悲不可避免地谈论法律、谈论正义相关,我们以这样的方式讨论毫无实质意义,不仅它本身毫无意义,而且模糊了我们用这种方式讨论的倾向之真实的价值问题,即何时、基于何种理由将正义与慈悲、法律和慈悲相连是正当的呢?最为重要的是,他们开始于不能让步而又不得不作出的让步,也就是说,因为慈悲是人拥有的必要的最终的美德,它不能有法律的内容,因而,不能为公共决策提供辩护^[10](第 223 页)。(2)无法解释赦免兼具减缓个人刑罚显示怜悯和纠正误判的功能。很明显,前者是慈悲,而后者不是。按照慈悲说的观点,“慈悲不是法定权利的主题。它开始于法定权利终结的地方”。正如维多利亚法理学家 Fitzjames Stephen 所言,“在清白的基础上赦免一个人,至少从其本身来说,是非常笨拙的程序模式”^[11](第 313 页),纠正误判很难说是基于怜悯而不是基于正义的需求。

多元说和模糊说本身就为赦免本质探讨中的困难作了很好的注解,该说肯定赦免本质的复杂性,企图通过放弃赦免本质的单一性诉求,求得赦免本质的合理解释。显然,放弃赦免本质单一性的追问是一种过于悲观的姿态,实质上委婉否定了不同赦免形态具有共同的基本特质,是不足取的。

六、本文的主张

本文认为,赦免的本质是宽恕(forgiveness)。应当从以下几个方面来进行理解:(1)宽恕,本质上就是人在受到伤害时作出的一种放弃报复的反应。他人的伤害行为引发人对之作出一定的反应,涉及到的是社会共同体及社会共同体所属成员之间的共处关系问题。作为独立的个体,人有自我的意识,寻求共同体成员对自己尊重的心理需求。作为社会共同体的成员,人有关爱其他成员,与其他成员和谐共处的基本需求。当他人伤害自己的行为发生时,自我尊重的需求受到打击,可能引发愤怒从而产生报复,但是,也可能宽容他人从而平息愤怒的情绪放弃报复。在人与人之间的关系维持方面,宽恕显然比报复更具根本性和普遍性。这是人类面对同类的伤害自然而然做出的一种反应,无论在心理上还是在行动上,都是一种客观存在。从人类社会生存维持的角度而言,宽恕绝对是必需的,从品格培育和功利角度而言,宽恕与报复的反应相比,绝对有更加高尚更具优势的效果。任何形态的赦免都可以在对伤害放弃报复的反应这一点上求得共同性。所以,宽恕是赦免存在的基础,也是赦免的本质。(2)赦免,是一种制度化的宽恕形态,在不同宽恕理念的指导下,有不同的宽恕形态,赦免制度在古今中外的不同形态也是宽恕理念在制度上的一种反映。(3)赦免的本质与赦免制度是不同的,赦免制度的建构必然反映制度整体环境的氛围。君主专制时代,赦免制度的建构显然与君主专制整体契合,在现代民主法治时代,赦免制度的建构必然与法治、民主的整体契合,但是,形形色色的赦免制度改变不了赦免的宽恕本质。(4)赦免本质与赦免的工具价值相区分。赦免,作为一种宽恕,以放弃惩罚的方式对伤害作出反应,在本质上来说,是一种超越报复性惩罚之“善”。但是,这并不代表赦免永远给人类社会带来“善”。赦免在实践中呈现的弊端加剧了理论界通过寻求赦免的正当化根据来探讨赦免的本质,而赦免在实践中体现的功利性价值,似乎又为赦免本质的探讨带来了迷雾,前述恩典说、正义说、慈悲说、模糊说在思路上的共同缺陷在于,将赦免的本质与赦免制度的功利性价值混为一谈。无论出于何种目的实行赦免、赦免在实际上达到什么效果,具有什么功能,都不影响赦免的宽恕本质。

对本文的这种主张,可能会有人提出疑问,如果说赦免的本质是宽恕,那么,如何解释赦免救济误判的功能呢?因为宽恕的基本构成要素之一是伤害的存在,而在误判的案件中,被赦免者是无辜的,也就是说,没有实际的伤害发生,也就没有宽恕存在的空间。如何解释这种矛盾呢?本文认为,在救济误判的情况下,虽然实际上没有伤害发生,但是,法律认定为有伤害的发生,正是法律认定的“伤害”构成赦免的基础,宽恕法律认定存在的“伤害”,此时的宽恕,也是制度上的一种反应,恰恰体现出赦免是制度化的宽恕形态,即法律宽恕。

[参 考 文 献]

- [1] Dorne, Clifford. & Kenneth Gewerth, 1999. “Mercy in A Climate of Retributive Justice: Interpretations From A National Survey of Executive Clemency Procedures”, *New England Journal on Criminal and Civil Confinement Summer*.
- [2] Kobil, Daniel T. 1991. “The Quality of Mercy Strained: Wrestling the Pardoning Power From the King”, *Texas Law Review*.
- [3] Moore, K.D. 1989. *Pardons: Justice, Mercy and the Public Interest*. New York: Oxford University Press.
- [4] DeCoste, F.C. 2003. “Conditions of Clemency: Justice, The Offender”, *Saskatchewan Law Review*.
- [5] Digeser, P.E. 2003. “Justice, Forgiveness, Mercy, and Forgetting: the Complex Meaning of Executive Pardoning”, *Capital University Law Review* (8).
- [6] Colgate, Margaret. 2000. “Love of Pardons, Politics and Collar Buttons: Reflections on The President’s Duty To Be Merciful”, *Fordham Urban Law Journal* June.
- [7] Kobil, Daniel T. 1991. “The Quality of Mercy Strained: Wrestling The Pardoning Power From The King”, *Texas Law Review* February.
- [8] Teillet, Jean. 2004. “Exoneration for Louis Riel: Mercy, Justice, or Political Expediency?” *Saskatchewan Law Review* 6.
- [9] Murphy, J. G. & J. Hampton. 1988. *Forgiveness and Mercy*. New York: Cambridge University Press.
- [10] De Coste, F.C. 2003. “Conditions of Clemency: Justice from the Offender”, *Saskatchewan Law Review* (2).
- [11] Stephen, J. F. 1883. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1. London: Mac Millan.

(责任编辑 车 英)

Essence of Amnesty

Wang Na

(Shanghai University of Politics & Law, Shanghai 201701, China)

Abstract: Theories of the essence of amnesty are ideas about common basic qualities of different types of pardon. There are different theories such as Grace, Justice, Mercy, Pluralism and Fuzziness. This paper presents that the essence of amnesty is forgiveness that a reaction to harm through abandoning retaliation. Amnesty is an institutionalized forgiveness. The essence of amnesty is different totally from the utilitarian value of pardon system. Regardless of whatever purpose, whatever function, whatever results actually achieved, it will not be shaken that the essence of amnesty is forgiveness.

Key words: essence of amnesty; grace; justice; mercy; forgiveness