



## 目的刑论之正当性探究

刘晓山

**摘要:**以目的作为刑罚正当化根据的一种思维模式的目的刑论,有着特定的概念与内容,它是指以刑罚目的正当性为刑罚这种“恶”寻求合理存在根据的一种理论体系。目的刑论主张通过具有负价值的刑罚来预防犯罪,进而遏制将来更大程度的犯罪侵害。这种理论的哲学基础是建立在一种功利主义的道德哲学观上。而功利主义的逻辑前提则建立在“善”优先于“正当”的一种目的论的伦理哲学观上,故目的刑论可以说是目的论的伦理哲学观在刑罚正当性上的一个运用,而最终的目的是要建立一套科学化的和实证化的刑罚体系。

**关键词:**目的刑论;功利主义;刑罚思想

### 一、目的刑论的概念

刑罚是最为严厉法律制裁措施,刑罚的严厉性以及由惩罚引起的痛苦性是刑罚本身所具有的一种属性。刑罚是国家公权力对公民生命、自由和某些至关重要的权益进行最严厉的剥夺和限制,其对犯罪人而言是一种剥夺性的痛苦,对社会来讲是一种破坏性损害。有学者将刑罚负面价值总结为以下三个方面:耗费人力物力、危及公民权利、留下感情阴影<sup>①</sup>。刑罚的负面作用就其存在而言就引发了人们对这种严厉惩罚之正当性的反思:对关系个人权益和自由、甚至生命的剥夺和限制的刑罚之存在的正当化根据何在?对此的回应主要有报应刑论与目的刑论。

在刑罚正当化根据的问题研究上,目的刑论的定义有广义和狭义之分,狭义的目的刑论的内容仅仅包括一般预防。本文对目的刑论的定义,是立足于上述刑罚正当化根据的角度,所阐述的目的刑是定位于和报应刑相对立的立场,采取广义的目的刑论,主张目的刑论的内容既包括一般预防也包括特殊预防。基于此,笔者对目的刑论的定义作如下表述:目的刑论是指以刑罚目的正当性为刑罚这种“恶”寻求合理存在根据的一种理论体系。

### 二、目的刑论对报应刑论之回应——刑罚性质之“恶”

本文所述的目的刑论是以目的作为刑罚正当化根据的一种思维方式。故研究目的刑论的前提就必须研究刑罚的正当化。正如陈兴良教授所说:“刑法是一种不得已的恶。用之得当,个人与社会两受其益;用之不当,个人与社会两受其害。不得已的恶只能不得已而为之,此乃用刑之道。”<sup>②</sup>而刑罚尤应谨慎,从刑罚的本性上说,惩罚性和痛苦性是其所

<sup>①</sup>谢望原:《刑罚价值论》,中国检察出版社1999年,第65页。

<sup>②</sup>陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社2004年,第1页。

固有的本质属性,它是国家运用垄断的公权力对公民生命、自由、财产、名誉等各种人权利益的否认甚至是剥夺。因此,刑罚不仅对犯罪人是一种惩罚性的痛苦,对社会而言也是一种不得已的“恶”。但是正因为其不得已,所以有它存在的正当性,那么我们无法避免的要追问“正当性”何在?

报应刑论认为,犯罪是一种“恶”,是对社会道义的侵害,是对法律规范的挑战,而对犯罪人适用刑罚,对犯罪行为进行惩罚,正是以刑罚对犯罪之恶的否定性报应的方式来彰显社会正义。惩罚本身蕴涵着正义的价值,而正义是评判某一行为或某项社会制度的道德标准,它往往成为该行为或者制度正当性根据。报应刑论认为正义为刑罚的唯一价值要求,并将其视为刑罚存在的正当性根据。

目的刑论对报应刑论提出严厉的批判。目的刑论认为,刑罚是给人和社会带来损害的一种惩罚,就其本质而言不是幸福而是恶害,因而惩罚本身不能作为刑罚存在正当化的根据。刑罚的正当化根据只能通过其目的来实现;详言之,犯罪是一种有害社会的恶,刑罚亦是一种对社会的损害,刑罚正当性是通过其遏制更大程度的犯罪恶害的才得以体现。

目的刑论认为报应主义对刑罚的正当性的论证确实满足了“对称性”和“复仇”的本能,但我们想一想是否“对一个人有利的罪行就产生了普遍的恶,另一个人遭受痛苦的惩罚就产生了普遍的善呢?”<sup>①</sup>是不是所有的罪行应该受到惩罚就能体现正义呢?根据何种方式计算应给予的惩罚呢?对他的惩罚在惩罚经济学中有什么价值?从社会实效的层面上说,这种惩罚只有在能够修复“社会受到的伤害时”才是有价值的。如果我们抛开严格意义上的物质损失,那么犯罪对社会共同体的伤害便是它造成了社会共同体的混乱。如果不受到惩罚就会使人们重犯,并可能扩散开。刑罚与犯罪性质的对应程度是由破坏契约对社会秩序所造成的影响决定的。但是,犯罪的影响不一定与其恐怖程度成正比。一种使人感到恐怖的罪行所造成的恶果常常比一种被大家容忍并准备仿效的违法行为还少。人们需要考虑的不仅仅是过去的罪行,而更重要的是未来的混乱。人们所要达到的效果应该是使作恶者不可能再有重犯自己罪行的愿望,而且也不再有仿效者。没有任何后继者的犯罪是无须惩罚的。因为人不同于禽兽之处在于他不仅仅生活在现在,他也生活在未来,并谋划未来。安全是一种善,因为他能证明,安全感使人的普遍行为规划成为可能,随之而来的是丰富多彩的生活岁月,从而造就了独一无二的生活前景。对这种预期感产生的任何威胁都会带来痛苦,即失望或挫折预期的痛苦。这是功利主义原理指令避免的一种痛苦<sup>②</sup>。

而报应刑论认为犯罪是“恶”的,而对犯罪进行惩罚的刑罚之性质本身是正义的,用黑格尔的否定之否定原理:刑罚是否定(犯罪之恶)之否定,因此刑罚就是肯定的,惩罚本身蕴涵着正义的价值,而正义是评判某一行为或某项社会制度的道德标准,它往往成为该行为或者制度正当性根据。目的刑论的前提与此正好相反,它认为刑罚本身是“恶”的,正因为刑罚“恶”之性质就决定了刑罚本身不能作为正当性的根据,也就是说不能从刑罚本身推出其正当性,而需要另寻正当性的根据即目的性成为其正当性之根据。

### 三、目的刑论之理论证成——“正当”与“善”

功利主义作为一种价值取向的学说,它在欧洲的历史上都曾起过重大的作用。在功利主义看来,既然刑罚本身具备“恶”,所以其本身不具有正当性,也就是说刑罚本身“恶”之本质会导致其本身的非正当性,从而需要他证,这个他证就是“目的”。那么,为什么要用“目的”来论证其正当性呢?这里更深层次的伦理学上的逻辑论证取决于“正当”与“善”的关系的逻辑论证。是将“正当”或“应当”还是将“价值”或“善”当作伦理学的基本概念——即“正当”或“应当”优先于“价值”或“善”,还是相反——是划分伦理学理论性质的根本标准。如果认为“正当”优先于“善”就是道义论的伦理学,如果认为“善”优先于“正当”就是目的论的伦理学。故目的论则是将“价值”和“善”等价值性的概念当作基本概念,认为某种行为之所以正当,是因为它们的善的结果所致,即目的论判断道德意义上的正当与否是看行为的结果产生的利

① 埃利·哈列维:《哲学激进主义的兴起——从苏格兰启蒙运动到功利主义》,吉林大学出版社2006年,第60页。

② 《哲学激进主义的兴起——从苏格兰启蒙运动到功利主义》,第50页。

益是否超越损耗,而义务论除了要看行为结果的好坏之外,还要考虑其他因素并且这些因素要使行为或准则成为正当<sup>①</sup>。目的论首先将“善”定义为功利,然后再把“正当”定义为能够最大限度地增加“善”(功利)的东西。这样,“善”就优先于“正当”,“正当”要依赖于“善”来确定。

功利主义理论共同认为:行为和实践的正确性与错误性只取决于这些行为和实践对受其影响的全体当事人的普遍福利所产生的结果;所谓行为的道德上的正确与错误,是指该行为所产生的总体的善或恶而言,而不是指行为本身<sup>②</sup>。而刑罚之所以应该接受功利主义的价值评判,其本身的正当化需要功利主义的证成,这一点正是功利主义与报应主义的根本分歧,报应主义认为犯罪是不义的,是邪恶的,而对不义的邪恶的犯罪进行道德上和法律上的否定或惩罚的刑罚本身就是正义的或正当,不需要其他的“善”来使其正当。相反功利主义认为作为社会和国家的管理者,国家的职能的应然价值追求是促进全社会的幸福、为社会谋取利益,而刑罚作为国家管理社会的法律手段之一,是作为一种给人造成损害与痛苦、剥夺社会成员的权利,破坏个人幸福的法律制裁措施而存在。这样,在国家的职能与活动中便出现了一种矛盾:一方面,国家承担着为社会谋福利的义务,她运用政治、法律、经济等做种手段管理社会,促进社会福利,另一方面,她又通过警察、审判与监狱等机构,耗费社会的大量人力、财力,运用刑罚剥夺社会成员的福利。这一悖论的存在,从犯罪已经造成的危害所以应予以刑罚惩罚中即从已然的犯罪与刑罚的关系中是无法解释的。因为犯罪既已经发生,其所造成的损害便已成既定的事实,在这种情况下,再动用刑罚剥夺犯罪人的权益,给其造成损害,不但不能消除犯罪已经造成的损害,反而是害上加害,是社会福利从整体上遭受更大的损害<sup>③</sup>。因此,刑罚的正当性如果从报应主义的维度进行证成,就无法解释刑罚对未然犯罪的价值性,即人们对社会共同体未来安定性的期望和需求。

那么,对已然犯罪的惩罚的正当性是不是报应主义就能够证成或报应主义就一定是正义的呢?“正义”一如边沁所说,只不过是功利(Utility)与福利(Welfare)进行有效率的分配之名称,或者从另一个方面说它可归结于它们<sup>④</sup>。我们再来看报应主义的理论:道德报应以伦理道德来解释刑罚正当性,犯罪是行为人内心道德邪恶的表现,理应受到道义的责任,国家根据道德观念,对犯罪人予以惩罚,以维护社会的正义。假设我们同意用道德伦理来论证刑法的正当性,但是如果某种特定的行为不符合一般道德标准,是否仅凭此一情况就已经足够使之成为可由法律惩罚的行为?而如此地强制执行道德,其本身能否获得道德之许可呢?此类不道德行为就应该是犯罪吗?正如哈特所说,对于这个问题,约翰·密尔早在其《论自由》著作中给了我们以断然的否定回答。同时,他做了一个著名的论断,正是在这一论断中他对其论著的核心问题进行了回答。他说:“在文明世界中,强力(power)能够正当地适用于一个文明化了的社会的任何成员的唯一目的,就是防止对他人造成伤害。”<sup>⑤</sup>确定无疑,用法律强制执行实在道德——实践中一种为特定社会群体所接受和共享的道德——的正当理由必须忠实于哈特所说的一个“评判性原则”:任何一个社会为了实现其正义之诉求所采用的明显令人生厌的法律强制,只有在为其某种补偿福利的情况下才是可以被容忍的。一个对罪犯所实施的惩罚的突出特点是它包括剥夺其行动的自由或财产或其与家人朋友之间的团聚,或者之间对其施以肉体的痛苦甚至死亡。所有这一切对别人造成的痛苦,如果不是有着特定的正当理由作为支撑,都会被认为是不正当的<sup>⑥</sup>。这个正当性理由比较合理的论证就是它能促进整个社会的福利或效用。

在某种意义上说,根据功利主义哲学的原理,功利主义对刑罚的适用也可以使得报复原理的合理性证明成为可能,只是报应主义原理是在功利主义原理之下的一种原理,这种报应主义能否成为刑罚的正当性理由,需要功利主义原理进行检验。那么这功利主义又是如何检验的呢?因为“所有类型的满意,从其后果来说都自然地对侵犯者产生惩罚,对受迫害的一方来说都产生报复的快感,而报复的快感就其

①何怀宏:《伦理学是什么》,北京大学出版社2002年,第67页。

②彼彻姆:《哲学的伦理学》,中国社会科学出版社1990年,第108页。

③邱兴隆:《刑罚理性导论——刑罚的正当性原论》,中国政法大学出版社1998年,第30页。

④哈特:《法律、自由与道德》,法律出版社2006年,第5页。

⑤《法律、自由与道德》,第5页。

⑥《法律、自由与道德》,第23页。

本身而言是一种善；基于同样的道理，它是与其满足感一样应予以培养的满足感。为了谴责产生于厌恶感的诸种快乐，宣布‘报复欲是可恶的；所有由此而来的满意都是邪恶的；对伤害的宽恕是最高贵的美德’，就是要听从情感原理的召唤，通过厌恶而非理性的语言进行表达。报复的动机对于社会来说是有益且必要的。”<sup>①</sup>但是尽管如此，报应主义不能作为刑罚正当性的最终原理，因为“报复的快感不足以证明惩罚的合理性，这不是由于本身即为恶性之故（因为功利主义认为所有的快乐都是一种善）；而是由于这种快感根本不等于罪行产生的惩罚（即恶），因为损失的恶果比获得的善果更大。”<sup>②</sup>

从上述目的刑的理论的证成过程中，我们可以看出：第一，功利主义的证明诉诸利益，用绝大多数人的最大利益来证明政治法律制度的合理性。报应主义的证明诉诸义务。故功利主义是目的论的，报应主义是义务论的。第二，功利主义的基础是善，利益或幸福作为善即人们所追求的目的。报应主义的基础是正当，而正当表达的是一种具有权威性的规定，一种行为应当服从的规则或命令，伦理价值的命令概念使得正当优先于善。第三，功利主义依赖人的趋乐避苦，而趋乐避苦是一种经验主义的事实。报应主义依赖古典契约主义的自然法理论，而自然法是一种形而上学的假设，报应主义依赖形而上学假设的证明是武断的，功利主义依赖经验主义事实的证明又是偶然的。故两者在整个逻辑论证的理论源头、过程和路径上都是相异的。

#### 四、目的刑论之实践意图——刑罚的科学化与可操作性

功利主义的代表人物边沁在反驳报应主义时写到：人们惩罚因为憎恨，人们被告知，他们应该憎恨罪行。罪行是他们应该憎恨的事物。那么当他们产生憎恨时应如何惩罚呢？……什么标准更加清楚呢？了解他们共同憎恨的事物——知晓两罪之中他们最为憎恨哪一个——除了求助于他们的感觉外还能做些什么呢<sup>③</sup>？也就是说，目的刑论认为报应刑论在实践的运用上是模糊的感性的只能诉诸于感觉和本能的，因而不具有操作性。因此不可避免的存在着自身对可用性、易理解性、连贯性和明确性要求的缺陷。哲学家们对报应论提出各种质疑，认为古典报应是孤立的、不合理的，缺乏可操作性的，如：“惩罚、本身善的正义……是如此深刻的根植于我们的道德观念之中，以至于难以轻易消除它们，但是合理化这些概念却也异常地困难。”<sup>④</sup>

相反功利主义原理应用于道德和立法领域的目的是要使得理性对惩罚的支配胜于本能和感觉。故功利主义哲学不仅仅要建立一种道德理论，更是要建立一种为法律惩罚理论提供数学基础的法律科学。于是目的刑论相对来说就具有可用性、连贯性、明确性因而在实践上就具有可操作性。而就法律而言，确定性和可操作性是它的一项重要特征。

边沁借鉴了休谟在《人性论》中“试图将推理试验的方法引入道德主题之中”，认为社会行动预设了建构一种社会科学的可能性，如所有立基于奖惩之上的法律都假定，希望与恐惧施加了一种有序而一致的影响，这种影响能够产生善的行动而防范恶的行动。边沁试图找到社会科学和心灵科学如同自然科学类似的实验和精确科学那样的特性，并根据这种特性建立一种科学的道德与法律理论。并且边沁认为他自己已经找到，那是一种道德牛顿主义，观念联想原则和功利主义原理取代了万有引力原理的位置<sup>⑤</sup>。边沁认为只有功利原理能够作为道德和立法的标准以及一门社会科学的基础，那么计算如何能够应用于道德事物之中呢？功利主义者认为追求快乐和避免痛苦是立法者考虑的目的：这就要求他必须理解它们的“值”。“值”的大小就个人而言分四种情况而定：（1）强度；（2）持续时间；（3）确定性与不确定性；（4）邻近或偏远，就一群人而言还有在前四项的基础上加上丰度与纯度<sup>⑥</sup>。立法者用以实现这些目的的工具也是快乐和痛苦；边沁列举了四种约束力，政治的、道德的、宗教的和自然的，都可以化约为

①《哲学激进主义的兴起——从苏格兰启蒙运动到功利主义》，第61页。

②《哲学激进主义的兴起——从苏格兰启蒙运动到功利主义》，第61页。

③《哲学激进主义的兴起——从苏格兰启蒙运动到功利主义》，第59页。

④艾伦·诺里：《刑罚、责任与正义》，中国人民大学出版社2009年，第5页。

⑤《哲学激进主义的兴起——从苏格兰启蒙运动到功利主义》，第6页。

⑥边沁：《道德与立法原理导论》，商务印书馆2000年，第87页。

最后一种约束力,所有约束力都由某些快乐的希望和对某些痛苦的恐惧构成<sup>①</sup>。既然“值”的大小是可以计算的,那么依据这种类似于数学的理论就使得刑罚具有的客观性、科学性,在实践上就具有了可操作性。

边沁首先将刑罚定义为“恶”,要使得这种不得已的“恶”正当化的唯一原因是因为它有可能排除更大的“恶”,从另一个方面说,因为更小的“恶”排除更大的“恶”,这样所得出的“值”就是一种“正值”,所以从社会总体上讲,刑罚的正当性是因为它能够最大限度地增加“善”(功利)的东西。而且特别强调刑罚是一种政治阻力,凡是不必要的,就是专制的。正因为如此,边沁对刑罚适用也一以贯之的适用功利主义原理:他列举了四种不应适用之刑:第一,滥用之刑,即为一种错误之刑,尤其是刑罚不应株连无辜;第二,无效之刑,即对意志毫无效用,因为无法预防相似行为之刑,如对儿童、弱智者、白痴等人虽然在某种程度上能被奖赏或威胁所影响,但是他们缺乏足够的受刑罚禁止的未来意识。在他们的案件中,刑罚也是无效的。第三,过分之刑,即当用更温和的手段——指导、示范、请求、缓期、褒奖等可以获得同样效果时,适用刑罚是过分的;第四,昂贵之刑,即如果刑罚之恶超过罪行之恶,立法者就是制造更大的痛苦而不是防止痛苦<sup>②</sup>。

为了使刑罚符合功利原理以最小限度内的恶来实现遏制最大限度内犯罪的目的,边沁具体提出了罪刑均衡的原则,从而使刑罚更有利于控制犯罪,实现其功利性效益。故埃利·哈列维说边沁的功利主义是一种“道德微积分”,并说这种道德微积分的目的不仅仅是满足于建立一种道德理论,更是要建立一种为法律惩罚理论提供数学基础的法律科学。并称边沁“必定是一个哲学激进主义者”<sup>③</sup>。的确,在立法领域,边沁试图找到社会科学和心灵科学如同自然科学类似的实验和精确科学那样的特性,并根据这种特性建立一种科学的道德与法律理论。

但是也正是因为如此,功利主义和目的刑论不可避免具有局限性,正如哈特所说:“那种认为只存在一种可据以回答有关刑罚之正当根据的所有问题的最高价值或目的观点,多多少少地存在一定的错误。”<sup>④</sup>故本文主要任务或目的是在比较报应刑论与目的刑论的基础上,从理论和实践两方面论证目的刑论的正当性问题。至于目的刑论是否能够作为一种最终的刑罚正当性根据则笔者同意哈特的上述观念。故至于目的刑论的“不可避免的局限性”则另需撰文论证。此文暂且不表。

■作者简介:刘晓山,武汉大学哲学院博士后研究人员,法学博士,全国检察理论研究人才;湖北 武汉 430072。

■责任编辑:车 英

①《哲学激进主义的兴起——从苏格兰启蒙运动到功利主义》,第31页。

②《立法理论——刑法典原理》,第66页。

③《哲学激进主义的兴起——从苏格兰启蒙运动到功利主义》,第1页。

④H. C. A. 哈特:《惩罚与责任》,华夏出版社1989年,第2页。