

道歉的概念：一些初步的思考

翟小波*

目次

一、道歉作为悔过的有指向性的表达	四、道歉的价值
二、道歉与谅解	五、道歉与法制
三、道歉与宽宥	

摘要 道歉是对悔过的有指向性的表达。指向性是指，这种表达指向的主体通常是其利益因为相关过错而实际受损害的特定或不特定的个人或群体。道歉属于行为，它的实质是表达悔过。悔过的前提是悔过者犯了错。悔过是针对自我的、内在的心理反应或态度，不是外在行为。悔过的充要条件有二，即内疚和改错。属于道歉的典型行为有：坦白、表达抱歉、认错、承诺改过和补救。可以用教育来促动或引发悔过和道歉，但却不可以强制犯错者道歉。道歉不应该成为对犯错者的羞辱。道歉时常会促进受害人的谅解，但不请求谅解、不被谅解不影响道歉的成立和品质；道歉与谅解在概念上是相互独立的。道歉可以给惩罚者施加相应的宽宥义务。道歉是对待错误及其伤害的正确做法。法制不可以强制道歉，但应该承认和鼓励道歉，至少不要打击道歉。

关键词 道歉 悔过 谅解 宽宥 惩罚

“道歉”是我国法体系中的一个概念，是法定的责任承担方式之一，贯穿民法、刑法和行政法。^{〔1〕} 法学界关于道歉的讨论，大多聚焦于它的功能、它应否成为法定责任方式、它与其他责任方式的关系等等。这些讨论包含了一些不必要的争议，不少争议可归因于道歉概念的混乱：不同人用“道歉”指代不同的概念。法学界对道歉概念的说明，大多流于同义反复。^{〔2〕} 本文初步地分析道歉的概念。道歉不只是一个法概念，它也是政治学（尤其是关于转型正义的研究）、社会学、心理学、道德哲学和神学广泛讨论的概念。笔者要讨论超越不同学科的道歉类型的道歉概念，这种

* 澳门大学法学院副教授、法学博士。感谢陈旭辉在本研究的早期提供的帮助；在本文写作过程中，很多老师和朋友也给出了宝贵的批评和建议，特此致谢。

〔1〕 “赔礼道歉”的“赔礼”有无独立的意义、赔礼道歉是否不同于道歉，也许是值得进一步讨论的。

〔2〕 如用表示歉意来定义道歉，并把它与追求谅解的目的联系起来，参见王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 686 页；姚辉、段睿：《“赔礼道歉”的异化与回归》，载《中国人民大学学报》2012 年第 2 期；黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编释义》，法律出版社 2020 年版，第 473 页。

讨论可以为法体系对道歉的理解或安排提供一些帮助。笔者不做概念史的整理,而将以有限的阅读——主要是在道德哲学和法学领域——为基础,就道歉的概念提出若干初步主张,以期抛砖引玉。

本文的核心观点是,道歉是对悔过(repentance)的有指向性的表达。指向性是指,这种表达指向的主体通常——但却不必然——是其利益因为相关过错而实际受损害的特定或不特定的个人或群体,它也可以指向与受损害利益相同或相似的利益的象征性或代表性所有人或关系人。笔者把前者称为具体指向性(包括特定指向性或不特定指向性),把后者称为抽象指向性。道歉与悔过、抱歉、谅解(forgiveness)和宽宥(mercy)等共存于一张概念网络。笔者对道歉概念——包括其意义——的说明,将通过下述问题的回答来完成:道歉的实质是什么?典型的道歉行为有哪些?谅解或对谅解的追求是否影响道歉的成立或品质?道歉者应该被宽宥吗?道歉有什么价值?法制应该如何对待道歉?笔者只是初步地勾勒原则或方向,而不深入讨论具体细节。

一、道歉作为悔过的有指向性的表达

对道歉最常见的分类是真诚道歉与虚假道歉(也即策略性或表演性道歉)。虚假道歉不是道歉。关于道歉的讨论,经常混淆实质和行为形态,^[3]或把行为形态当成实质。^[4]我们认为,道歉是对悔过的有指向性的表达。第一,道歉属于行为。不少学者把道歉视作言语(illocutionary)行为,这是片面的,容易导致误解,因为道歉并不必然体现为言语。^[5]第二,道歉的实质是表达悔过。悔过的前提是悔过者犯了错。这是本文讨论的前提。强迫没有犯错者私下或公开悔过的做法,是野蛮、残忍且邪恶的;关于道歉侵犯良心自由的指控指的正是这种做法。从法律惩罚的视角来说,悔过可以分为两种,一种是作为受罚过程(penance)或作为对惩罚之反应的悔过,另一种是独立于法律惩罚、在受罚之前的悔过;后者又可以分为有助于减轻所犯错误之严重性[包括有责性(culpability)或伤害]的立即悔过,和无助于减轻所犯错误之严重性的后来悔过。^[6]本文所说的道歉表达的悔过是后来悔过。

道歉是对悔过的有指向性的表达。^[7]犹太教和基督教对悔过有发达的实践和讨论。但悔过(与道歉)是普遍的,是超越宗教与世俗或东西文化的、作为道德主体的人都会有的一种道德心理

[3] See John Tasioulas, *Repentance and the Liberal State*, 4 *Ohio State Journal of Criminal Law* 487, 488-489 (2007).

[4] See Nick Smith, *Justice through Apologies: Remorse, Reform, and Punishment*, Cambridge University Press, 2014, p. 17-23.

[5] See J. L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, 1962, p. 45-47; John Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969, p. 23; John Searle, *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Act*, Cambridge University Press, 1979, p. 15.

[6] See Tasioulas, *supra* note [3], at 498-499.

[7] 讨论道歉与悔过的关系的相关文献,参见 Aaron Lazare, *On Apology*, Oxford University Press, 2005, p. 229. 李·塔夫脱(Lee Taft)曾认为道歉是悔过之声(the voice of repentance), see Lee Taft, *Apology and Medical Mistake: Opportunity or Foil*, 14 *Annals of Health Law* 55, 66 (2005). 但是,其又令人费解地把道歉作为悔过的一个要素, see Lee Taft, *On Bended Knee (with Fingers Crossed)*, 55 *DePaul Law Review* 601, 607 (2006). 约翰·塔西奥拉斯(John Tasioulas)也有类似观点, see Tasioulas, *supra* note [3]. 笔者认为,这种观点是错误的。

(与行为):不信上帝者显然也可以有与信上帝者的悔过类似或相同的道德心理,前者悔过的品质不必然比后者差。^[8]人会悔过,道歉是对悔过的表达——在本文中,这两个主张是作为抽象而普遍的命题而提出来的,适用于一切人。但是,因为神学里对悔过有成熟的讨论,我们可以从中抽象出同样可以适用于世俗语境的对悔过的哲学理解。^[9]

悔过的主体是犯错人或对犯错人负有教育或监护责任的人;其他人不可以代为悔过。悔过是针对自我的、内在的心理反应或态度,不是外在行为。最严苛的悔过,如蒙田(Montaigne)所说,要“触动我的全部灵魂”,“全面而深刻地撕裂和折磨我的内心”。^[10]悔过不是遗憾或后悔,它的客体不是犯错者因为犯错而遭受的财产、自由或名誉的损失,而是他犯的错误本身,包括他在集合性或团体性错误中分担的错误。悔过的充要条件有二,即内疚和改错;作为内心的反应,它有情感性、认知性和意志性三个方面。^[11]

第一,内疚。内疚是自责的感觉,^[12]即认为自己犯了某种错误、应该为之负责、为之受某种惩罚(包括谴责或羞辱)的痛苦心理。内疚主要是对已犯错误的情感性反应,但它也包含某种认知性反应,即知道已犯了某种错误。^[13]知错在此具有基础性:如果不知错,就谈不上下面说的改错。至于是什么性质的错误、为什么是错误的,他的理解只需大体正确即可。比如,他可以承认犯了法律错误,但不承认犯了道德错误,如在陀思妥耶夫斯基的《罪与罚》中,法官认为拉斯柯尼科夫悔过了,拉斯柯尼科夫承认自己犯了刑法上的罪,但却称自己“问心无愧”。^[14]

第二,改错。“改”是悔的应有之义。这是指犯错者坚定了对正善的信心(faith),克服了己身中导致原先犯错的邪恶,换了心意(a change of mind),决定不再犯错、改邪归正、弃恶从善,在道德人格上获得新生。这是一种意志性反应。“改过自新”“放下屠刀、立地成佛”等成语典型地表达了这种意志性反应。边沁认为,悔过是对已犯错误的有益厌恶(salutary aversion),是一种对未来再犯类似错误的预防或杜绝。^[15]法律上的悔过所包含的改错是指犯错者克服了自己关于法律的认知或心理缺陷和守法人格的再生。

具备以上两种心理,悔过就存在了。道歉是悔过的表达,体现为一系列行为。悔过并不必然表现为道歉:一些可以证明悔过的现象(如刑法中的悔罪)并不涉及道歉,正是道歉的行为不穷尽悔过的证据。有些人悔过了,但担心道歉会被用作入罪和惩罚的证据,从而拒绝道歉;还有些人清

[8] 金庸营造的武侠世界备受国人喜爱,其中有大量悔过和道歉的典型例证;我国古代典籍里也有很多悔过的提法,如“尽心(或至心)悔过”“悔过责己(或自责)”“悔过负(或伏)罪”“悔过迁善”或“悔过改(或易)行”“悔过修德”或“悔过自新”“悔过纳谏”。它们的基本概念结构与犹太教或基督教中的悔过和道歉,并无二致。

[9] 这些是对税兵的批评的回应。税兵强调悔过的宗教性,和基于悔过理解道歉的这种方法之于中国语境的不相关性。

[10] Michel de Montaigne, *Essais III*, Gallimard, 1965, p. 55.

[11] See “Repentance”, in *Oxford Dictionary of the Bible, Nelson’s Illustrated Dictionary of Bible, Unger’s Dictionary of the Bible*; “悔改”,参见梁工主编:《圣经百科辞典》,辽宁人民出版社2015年版,第295—296页;Montaigne, *supra* note [10], at 53—55.

[12] See Christopher Bennett, *The Apology Ritual: A Philosophical Theory of Punishment*, Cambridge University Press, 2008, p. 116. 汉语法学界关于道歉和内疚之关系的讨论,参见王立峰:《民事赔礼道歉的哲学分析》,载王利明主编:《判解研究》2005年第2辑,人民法院出版社2005年版,第27—44页。

[13] 约翰·塔西奥拉斯把认知性要素列为独立于内疚的要素,而且他讨论了内疚和知错的关系和轻重程度, See John Tasioulas, *supra* note [3], at 488—489. 笔者对他的观点有很大的保留。

[14] 参见[俄]陀思妥耶夫斯基:《罪与罚》,朱海观、王汶译,人民文学出版社1982年版,第534页。

[15] See Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, published under the superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh, 1843), vol. 1, p. 435.

高和傲慢：他虽然悔过了，但认为大家或绝大多数人都犯过错，甚至犯过更大的错，其他人没有任何要求他道歉的道德优势。

综合并修正一些学者的讨论，^[16]我们可以整理出一个属于道歉的典型行为的清单。

第一，坦白。这要求犯错者如实供述犯错事实，尤其是还没有被或难以被相关人（如受害人和相关权威）所知的犯错事实。选择性、避重就轻的供述不构成坦白，但策略性的过度供述也不构成坦白。^[17]

第二，表达抱歉。抱歉是对由自己的错误造成的伤害感到难过和遗憾。尼古拉斯·塔沃奇斯（Nicholas Tavuchis）甚至认为，这是“真诚道歉的本质要素”。^[18]

第三，认错。道歉不只限于表达抱歉，即“对不起”，还要求认错，即“我错了”：^[19]承认自己应该为错误负责、接受责备、（因为曾犯过的错误而）在道德上低人一等。通过这种认错行为，犯错者表明，他大体理解他造成的伤害，理解和认同反对这些伤害的规范或价值。认错超越了前述的抱歉。“抱歉”或“对不起”是很常见的言语行为；很多时候，没有犯错误、不应该担责的人，也会说“对不起”或“抱歉”，以表达怜悯、难过、无奈或安慰等等。在日常语用实践中，它们通常也被叫作道歉：这种叫法严格说来是错误的，因为它们并不以说者的错误为客体；它们与本文所说的道歉有关键的实质差异。认错也超越了负责任（take responsibility）：无过错的人也可以为另一人的过错负责，但却不可以替后者认错，并接受责备。舒曼（Shuman）认为，抱歉和认错是道歉的必要条件；对轻微的精神或物理性伤害，它们还是充分条件。^[20]

第四，承诺改过，即承诺或决心不再犯相同或类似错误。这也是道歉超越抱歉的一个方面。^[21]拉扎尔（Lazare）曾说：“确定‘我道歉’（或对不起）的说法是不是道歉的简单标准是问，如果类似情境再现，这么说的那个人会不会再做相同的错误行为。”^[22]

第五，道歉的指向性。^[23]行为或心理的指向性是指它有无外在的相对人。悔过可以没有指向性，但道歉有指向性。它通常指向某错误的特定或不特定的实际受害人。但不少学者认为，道歉的指向性仅限于此。^[24]我们认为，道歉的指向性可以是抽象的，即道歉也可以指向某错误所伤

[16] 见前注[12]，王立峰文；Smith, *supra* note [4], at 17 - 19; Taft, *supra* note [7], *On Bended Knee (with Fingers Crossed)*, at 603; Lazare, *supra* note [7], at 23, 107; Charles L. Griswold, *Forgiveness: A Philosophical Exploration*, Cambridge University Press, 2007, p.149 - 150; Kathleen Gill, *The Moral Functions of an Apology*, 31 *The Philosophical Forum* 11, 11 - 27 (2000); Sandra Harris, Karen Crainger & Louise Mullany, *The Pragmatics of Political Apologies*, 17 *Discourse & Society* 715, 715 - 737 (2006).

[17] 如狄仁杰为避免来俊臣的酷刑而供述自己谋反；贪官为防止办案人员认为自己不合作、对自己进行报复而供述自己并没有的受贿行为。

[18] Nicholas Tavuchis, *Mea Culpa: A Sociology of Apology and Reconciliation*, Stanford University Press, 1991, p. 36.

[19] 这种错误是广义的，不限于民法或刑法上所说的主观过错，也包括危险责任或无过错责任。由正当防卫、紧急避险或意外事故所造成的伤害，因为一方的行为是正当的，没有错误，所以不存在道歉的前提，即使相关主体对受害人说了“对不起”，也不是道歉。

[20] See Daniel W. Shuman, *The Role of Apology in Tort Law*, 83 *Judicature* 180, 185 - 186 (2000).

[21] See Joram Tarusarira, *The Anatomy of Apology and Forgiveness: Towards Transformative Apology and Forgiveness*, 13 *International Journal of Transitional Justice* 206, 213 - 214 (2019).

[22] Lazare, *supra* note [7], at 23.

[23] 关于这个议题，笔者从张竹成和薛宇的批评中获益良多。

[24] 如王立峰说，“道歉必须向受害人表达”，见前注[12]，王立峰文；乔拉姆·格拉夫·哈伯（Joram Graf Haber）说，道歉包括“承诺对受害人不再做类似行为”，see Joram Graf Haber, *Forgiveness*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1991, p. 89.

害的利益的象征性主体。根据指向性,悔过可以分为四种。第一,不具有指向性的悔过;第二,向实际受害人(即一阶对象)表达的悔过;第三,向象征性或代表性受害人(即二阶对象)表达的悔过;第四,向整个社群或全部世人表达的悔过。^[25] 第三和第四种悔过是有实质差别的:后者是有价值的赎罪,却不是道歉,但前者构成道歉。道歉要有指向性,但这种指向性不必是具体而直接的指向性,也可以是抽象而间接的指向性。^[26] 如约翰·塔西奥拉斯所说,“道歉的对象包括受害人,与受害人关系紧密的人……有正当利益要求犯错者遵从相关价值的社群”。^[27] 如果存在实际受害人,道歉应该先向这些受害人做出;无视或绕过实际受害人而向象征性受害人做的道歉,表现了对受害人的不尊重,构成道歉的瑕疵。

第六,补救。补救包括对已发生伤害的补救,如侵权人采取措施来停止损害、减少损害、退回赃物、赔偿,或停止从错误中获益。一些被伤害的福祉是难以复原或弥补的,但这并不表明犯错者无从道歉。补救也包括以某种方式来改善受害人未来的福祉。补救并不限于对错误的实际受害人的补救,也包括对相关受损害利益的象征性群体的补救,比如,致力于相同、类似或紧密关联的公益事业,致力于在与被伤害利益紧密关联的领域追求具有客观价值的卓越。第一桶金源于毒品生意的企业家后来献身于禁毒事业,构成道歉;但他如果不献身于禁毒事业,而是献身于希望工程,便不构成道歉,尽管这种献身构成有价值的赎罪。补救与伤害之间的比例关系,会影响到道歉者应不应该和在何种程度上被谅解、被宽宥,但却不影响对他有没有道歉的认定。

通过这些行为的某个或某些,犯错者以道德主体的资格来表达悔过,为他的错误承担道德责任。

道歉或许可以给其相对人或相关权威施加谅解或宽宥的义务,但道歉本身是无条件的;有条件地道歉(例如以被害人放弃或减少赔偿请求为条件)是自相矛盾的说法。^[28]

作为对悔过的表达,道歉有程度高低之别。道歉体现在上文列举的多种行为样式之中,但这些行为样式不是道歉的必要条件。^[29] 作为经验性估测,犯错者做出的上述行为样式越全面,道歉就越完美。每种行为样式的意义受到犯错者的品格和历史、错误的性质或类型(是故意还是过失)、伤害的大小等等的影响。对故意违法造成多人死亡的惨剧,一声“抱歉”或“对不起”,只是展示了犯错者的轻浮和残忍。这不是道歉,而是侮辱。

与慈善类似,悔过和道歉极易伪装,^[30] 例如,谋杀了母女二人并奸尸的福田孝行在庭审时的“对不起”;^[31] 火车和飞机晚点时的“我们抱歉地通知您”。行胜于言。很多时候,说出来的道歉或许只是表演,而虽然没有被说出但体现在行为——包括作为和不作为——中的悔过则是道歉。例如,尹志平并没有对小龙女说“我错了、对不起”,但他两度舍命救小龙女的行为则无疑是最完美的道歉。确定哪些行为或表现是真诚道歉的证据,是基本的实践难题之一。

[25] 如《罪与罚》中拉斯柯尼科夫所表达的悔过。

[26] 在下面讨论补救时,笔者会例示二者的区别。

[27] Tasioulas, *supra* note [3], at 488.

[28] See Tavuchis, *supra* note [18], at 17; Shuman, *supra* note [20], at 188.

[29] 不同的观点,见前注[12],王立峰文。

[30] See Montaigne, *supra* note [10], at 54. See also William Ian Miller, *Faking it*, Cambridge University Press, 2003, p. 77-78.

[31] 参见百度百科词条“福田孝行杀人案”,<https://baike.baidu.com/item/福田孝行杀人案/416520>。

上述的行为样式都只是悔过的表现或证据,有指向性的悔过才是道歉的实质。如果相关受害人或权威,由其他途径或证据确信犯错者已表达了有指向性的悔过,上述行为样式的有无对道歉的认定就不再具有决定性意义。例如,努斯鲍姆(Nussbaum)曾说:“成功的悔过的顶峰是不再犯错,即使面对相同诱惑而且有类似机会来犯错。”^[32]

很多人会为了求得谅解或宽宥而做出策略性道歉或虚假道歉,但不可以因为道歉者的这种动机而否认他的道歉的存在,或贬低他的道歉的品质。悔过或道歉的动机,通常是为了求得宽宥。这种动机看似与悔过相抵牾,但它与悔过是性质不同的心理反应,可以共存于犯错者内心,前者并不足以取消后者。^[33] 在识别或认定悔过和道歉时,要把悔过和道歉本身与其动机区分开来。

道歉的实质是悔过;可以用教育来引发或促动悔过和道歉,但却不可以强制犯错者道歉。一种典型的强制道歉是司法实践中的道歉启事或广告,即由受害人或法院以被告名义拟定并公布道歉启事。^[34] 尽管强制在某些场景下的确会引发或促成悔过或道歉,尽管由强制所导致的策略性或表演性道歉也有其社会功用(如一般预防),但这种做法难以获得真诚道歉,它容易侵犯良心或人格自由,^[35]或堕落为由公权力背书的撒谎或欺骗;它还会腐蚀道歉的品质,或变成对犯错者的羞辱。

道歉不应该成为对犯错者的羞辱。法律——尤其是侵权法和刑法——实践是对私人复仇的替代,也不幸地依然被复仇精神所主导;复仇心还植根于人的本能。受害人除了要得到赔偿之外,还通常试图惩罚、报复或羞辱侵害人。不少学者甚至认为,道歉应该成为羞辱与权力的交易,即通过羞辱犯错者来赋权受害人,以恢复错误行为发生前的权力均衡状态。^[36] 这种思路——即犯错者是低贱的、其人格应该被贬低——在基督教传统中也有很深的根基。^[37] 还有学者认为,为防止策略性道歉,应该让道歉成为令人痛苦的行为。^[38] 这里说的道歉,主要是由社会压力或强制促成的道歉。道歉本来是悔过的表达,但基于强制的道歉极易堕落为羞辱的仪式。^[39] 这是我们反对作为法律责任方式的道歉的理由之一。作为羞辱的道歉不承认、不尊重犯错者的道德主体资格,有助于摧毁他的精神,腐化甚至颠覆受害者和犯错者双方的品格,尤其是,它会伤害犯错者的羞耻感,使之变得更无耻,进一步激化他的反社会心理。^[40] 羞辱性道歉也许可以满足受害者的报复

[32] Martha C. Nussbaum, *Anger and Forgiveness: Resentment, Generosity, Justice*, Oxford University Press, 2016, p. 63.

[33] 感谢台湾政治大学何育睿同学的提问。

[34] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编释义》,法律出版社2020年版,第53页。在我国司法实践中,通常的做法是人民法院在报刊或网络等媒体上发布或公布裁判文书,相关费用由侵权人承担。这并不是强制道歉。

[35] 参见柳经纬:《我国民法典应设立债法总则的几个问题》,载《中国法学》2007年第4期;付翠英:《论赔礼道歉民事责任方式的适用》,载《河北法学》2008年第4期;杜文勇:《认真对待“良心自由”》,载《河北法学》2010年第5期;吴晓兵:《赔礼道歉的合理性研究》,载《清华法学》2010年第6期;姚辉、段睿:《“赔礼道歉”的异化与回归》,载《中国人民大学学报》2012年第2期。

[36] See Shuman, *supra* note [20], at 183.

[37] See Nussbaum, *supra* note [32], at 71-74.

[38] See Miller, *supra* note [30], at 83. 此外,真诚道歉本身就是令人痛苦的。

[39] 关于道歉沦为羞辱的仪式,see Taft, *supra* note [7], *On Bended Knee (with Fingers Crossed)*, at 610.

[40] See Tasioulas, *supra* note [3], at 496-497.

心,但这种满足带给受害者的快乐远小于它给犯错者造成的痛苦。

二、道歉与谅解

不少学者把争取受害人的谅解视为道歉的目的。^[41]这是错误的。谅解的主体是受害者或与受害人有紧密认同的人。谅解是一种反应性态度:它不是简单的不追究,不是软弱的阿Q心理,不是为犯错者所犯之错找借口,不是纵容或遗忘这种错误,不是视犯错者为不足挂齿或不计较的草芥。甲对乙的错误W的谅解是,甲不改变他本来应该有的关于乙的错误W之为错误、乙应该为W受责备之判断的前提下,基于某些考量——尤其是乙的某些与错误W划清界限的行为或表现——相信W不表明乙现在的品格,从而自觉地放弃由对W原先的判断而生的、对乙的报应性情感或态度,如蔑视或鄙视、怨恨或愤怒,不再以W来评价和反对乙,也即把W和乙现在的人格分开,把现在的乙当成不曾犯过W这项错误的人来对待,恢复对他的原有评价,既往不咎(wiping the slate clean)。^[42]追求被谅解的乙所追求的是,不要因为我的错误W而一劳永逸地对我做了终局宣判,我要摆脱我过去的错误W,与之一刀两断,不要再根据W来评价现在的我,请允许我从头再来。甲谅解乙的错误W并不是说甲现在认为乙是好人,而只是说他不再根据W来给乙差评:甲可以谅解乙的错误W,但依然认为乙是坏人;同样,甲可以不原谅乙的错误W,但却认为乙是好人。谅解并不等于放弃赔偿请求。谅解通常是好的,被认为是美德之一;关于它的功能,学界有很多研究,本文不予赘述。

道歉时常会促进受害人的谅解;在这些情形下,它在不小程度上治疗了受害人的精神伤痛。道歉(还有悔过)构成被谅解的标准理由之一;道歉有时甚至可以给被害人施加谅解的义务,尽管并不必然如此。^[43]即便如此,受害人谅解的理由基础是可以很宽松的;^[44]谅解与否,取决于很多(未必是道德性的)因素;受害人有不小程度上的自由裁量空间。道歉是犯错者向实际或象征性受害人表达悔过:虽然有指向性,但它是犯错者单方的行为,它成立与否不依赖于外在于犯错者的其

[41] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第50页;前注[34],黄薇书,第50页;Nussbaum, *supra* note [33], at 63; Tavuchis, *supra* note [18], at 17; Martin Golding, *Forgiveness and Regret*, 16 (1) *Philosophical Forum* 121 (1984).

[42] See Lucy Allais, *Wiping the Slate Clean: The Heart of Forgiveness*, 36 *Philosophy & Public Affairs* 33, 33-68 (2008); Lazare, *supra* note [7], at 230-231.

[43] 努斯鲍姆说,“受害者必须接受道歉”;而且,在犹太传统中,除少数例外(如老师对学生、受害人已死或未知),受害人有谅解的义务。See Nussbaum, *supra* note [32], at 63-64.这是值得商榷的。如果道歉接近完美,它就构成了要求谅解的强大理由;在此,不谅解(unforgiving)就会成为一种道德缺陷。例如,一灯大师、杨过和郭襄都认为瑛姑应该谅解裘千仞,他们也有资格批评瑛姑“记旧恨”“斤斤计较”,但是瑛姑有理由不谅解裘千仞。参见金庸:《神雕侠侣》(卷四),广州出版社2009年版,第1179—1180页。至于道歉可以给受害人施加谅解义务的情况,如小龙女之于尹志平:当尹志平两次舍命救小龙女之后,小龙女谅解了他,而且也没有理由不谅解他了。参见金庸:《神雕侠侣》(卷三),广州出版社2009年版,第882—883页、第936—937页。

[44] 笔者的谅解概念,是以露西·阿莱斯(Lucy Allais)的理论为基础的。笔者同意阿莱斯的观点,即谅解不以消除伤害为条件。笔者认为,谅解得以犯错者对错误表达了否定或拒绝或谴责为条件。阿莱斯认为谅解可以基于很多无实质关联的理由、甚至是无需理由,笔者不同意这一点。笔者不认为,受害者可以谅解死人、谅解不为他所知的犯错者;笔者认为,先行谅解(pre-emptive forgiveness)是一种错误。关于阿莱斯观点,see Allais, *supra* note [42].与笔者类似的观点,see Taft, *supra* note [7], *On Bended Knee (with Fingers Crossed)*, at 608.

他因素。因此,不请求谅解、不被谅解不影响道歉的成立和品质。^[45] 道歉与谅解在概念上是相互独立的。

三、道歉与宽宥

道歉与谅解无必然关联,但道歉与宽宥却有必然关联。说明宽宥的最好办法是把它与谅解作比较。宽宥经常被混同于谅解,但二者有实质差别。宽宥是对犯错者原本因为其犯错行为而应得之惩罚的宽减;宽宥和惩罚都是来自拥有惩罚权的主体,通常是相关权威,也包括特定条件下的私人,如《威尼斯商人》里的夏洛克。宽宥者和被宽宥者之间是非对称、不平等的权力关系。^[46] 谅解是受害者对曾犯错者一种态度的转变;受害者和犯错者没有权威上(尽管也许有道德上)的等差。谅解与惩罚或宽宥没有必然关联,它们是相互独立的;谅解对宽宥来说既非必要,亦非充分。请求宽宥并不必然与请求谅解相伴随;被谅解与否也不必然影响惩罚的宽严。在实践中,受害人的谅解通常会影响到对犯错者的惩罚,从而会促成宽宥。

一种很流行的观点认为,宽宥是不可以被强迫的(the quality of mercy is not strained);^[47] 法治要追求正义,但宽宥与正义和法治相对立,它是取决于惩罚者之自由裁量的恩赐或施舍;宽宥不是内在于法治的美德,不应该出现在司法实践中。^[48]

与此相反,一些学者认为,宽宥在某些情况下有限制或调节正义的规范力,它并不必然损害法治。^[49] 他们的思路大体如下。宽宥是慈悲——人性中很可贵的面向——的要求,植根于对人所共有的脆弱性(common vulnerabilities)的体认和对犯错者未来生存状态的关怀,^[50] 或就近取譬的忠恕之道。^[51] 在“慈悲作为美德”的前提下,一些情形可以给惩罚者施加实行宽宥的道德压力,甚至义务,即便它们不足以给犯错者确立要求宽宥的权利。^[52] 比如,有两种典型情形:第一是犯

[45] See Tarusarira, *supra* note [21], at 214; Matt James, *Wrestling with the Past: Apologies, Quasi-Apologies, and Non-Apologies in Canada*, in Mark Gibney et al. eds., *The Age of Apology: Facing Up the Past*, University of Pennsylvania Press, 2008, p. 139.

[46] See Jeffrie G. Murphy & Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge University Press, 2011, p. 20-21, 33-34, 167. See also Allais, *supra* note [42], at 67.

[47] Shakespeare, *The Merchant of Venice*, IV, Portia speaks.

[48] See Anthony Duff, *Mercy*, in John Deigh and David Dolinko eds., *The Oxford Handbook of the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 467-492. R. A. Duff, *The Intrusion of Mercy*, 4 *Ohio State Journal of Criminal Law* 361, 361-387 (2007). 与此完全对立的观点, see Linda Ross Meyer, *The Justice of Mercy*, the University of Michigan Press, 2010.

[49] See Tasioulas, *supra* note [4], at 494-505; Gerald J. Postema, *Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford University Press, 2022, p. 211-241.

[50] *Ibid.*, Postema, at 224-225. 努斯鲍姆在 *The New Yorker* 的一次访谈中也表达了这个观点, see Rachel Aviv, *The Philosopher of Feelings*, *The New Yorker* (18 July 2016), July 25, 2016 Issue, <https://www.newyorker.com/magazine/2016/07/25/martha-nussbaums-moral-philosophies>. 金庸也表达了这个意思,他借裘千仞之口说道:“说到是非善恶,嘿嘿,裘千仞孤身在此,哪一位生平没杀过人、没犯过恶行的,就请上来动手。在下引颈就死,皱一皱眉头的也不算好汉子。”参见金庸:《射雕英雄传》(卷三),广州出版社2009年版,第1292页。

[51] 中国有古话“人谁无过”(《左传·宣公二年》)、“人皆有过”(李颀:《二曲集》)。西方有类似的格言:“住在玻璃房内的人不应该扔石头。”《圣经》里有“耶稣不定犯奸淫的妇人的罪”的经典故事,参见“约翰福音8”, <https://www.biblegateway.com/passage/?search=约翰福音%208&version=CNVS>.

[52] See Tasioulas, *supra* note [3], at 501-502.

错者或依靠他为生者当下的或在犯错者被惩罚后的悲惨境遇,如极度的伤病或贫穷;第二,犯错者对错误和其造成的伤害的反应,如道歉或悔过。

我们认为,道歉可以给惩罚者施加相应的宽宥义务。责任(liability)尤其是惩罚的确定应该与错误行为的严重性相称、成比例,也应该考虑犯错者的品格,不应该制造不必要的痛苦。当犯错者已悔过和道歉、已经历悔过和道歉之痛后,他原先有缺陷的品格也得到了相应纠正:“过而能改,善莫大焉。”^[53]惩罚的基本目的(预防和改造)也得到了相应的实现。在这种情形下,再给他施加与未悔过和道歉时相同的惩罚,便是在制造不必要且无意义的痛苦。^[54]如果道歉和宽宥的这种关系,已先由立法或习惯确立,宽宥并不会破坏法的安定性和法治。我们也要警惕:正如悔过和道歉极易伪装,宽宥也极易被滥用,从而伤害或威胁无偏私或中立的原则。^[55]

四、道歉的价值

关于道歉的价值的讨论,大多聚焦于道歉的工具价值,很少提及它的固有价值。我们认为,道歉是对待错误及其伤害的正确做法。犯了错误,就应该悔过;犯错且对他人造成了伤害,就应该道歉。悔过和道歉是正确的,不悔过和不道歉是错误的。正确的行为应该被鼓励。悔过和道歉表明,犯错者现在认识到,当初的错误背离了道德(或法制),而他现在又回归了道德(或法制),完成了自我救赎。作为对错误及其伤害的反应,道歉优于对犯错者的惩罚——惩罚的正当性从来都不曾被成功地证立;道歉也优先于财产性赔偿。

道歉还有工具价值。^[56]它有预防和改造的功能。道歉本身对道歉者造成的痛使道歉获得了一般预防的功能。悔过和道歉者已经由悔过和道歉而获得更生,不会再犯类似错误、造成类似伤害。道歉经常会促成被谅解,被谅解则有助于犯错者回归社会。

尤其值得强调的,是道歉的抚慰或精神治疗功能。对自然人所遭遇的非财产性(如心理、情感甚至生理上的)损害,目前的主导性救济方式是金钱赔偿,被称作精神损害赔偿。^[57]精神损害赔偿有不少功能,如惩罚犯错者、威慑其他人、满足受害人的报复心、为受害人提供替代性快乐等等。^[58]侵权责任的目的是消除伤害、恢复原状,使受害人的精神福祉恢复到被侵害之前的完整状况;对这个目的来说,精神损害赔偿的价值是很有限的。精神损害本身(区别于由精神损害导致或扩大的物质损失)难以货币化、难以量化;与此相关,精神损害本质上不可以用金钱来赔偿。偏好

[53] 《左传·宣公二年》。

[54] See Murphy & Hampton, *supra* note [46], at 24, 29 - 32. Bentham, *supra* note [15], at 426, 517; Abraham Tucker, *The Light of Nature Pursued*, Garland Publications, 1977; first edition: 1768 - 1777, vol II, p. 335.

[55] See Neal R. Feigenson, *Merciful Damages: Some Remarks on Forgiveness, Mercy and Tort Law*, 27 *Fordham Urban Law Journal* 1633, 1636 - 1639 (2000).

[56] 关于道歉的工具价值,汉语法学的研究,见前注[12],王立峰文,第27—44页;葛云松:《民法上的赔礼道歉责任及其强制执行》,载《法学研究》2011年第2期,第117—121页。

[57] 见前注[2],黄薇书,第473页。非财产性损害也包括对传家宝和定情物之类承载了精神和情感价值的财产的损失。法人的情形比较复杂。笔者认为,至少营利性法人的所谓精神损害可以归结为财产损害;也许非营利法人会遭受精神损害。

[58] 参进程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第856—857页;杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第151—153页;徐明:《精神损害赔偿》,载王利明主编:《民法:侵权行为法》,中国人民大学出版社1994年版,第617—625页;Shuman, *supra* note [20], at 180 - 182.

金钱的人固然可以从精神损害赔偿中得到某种满足,但对珍视精神价值的人来说,金钱赔偿难以消除伤害、恢复原状。^[59] 赔胜过不赔,把精神价值转化成物质价值胜过全然无视精神价值,但不可否认,金钱赔偿是对精神价值(如丧子、丧偶之痛苦及这种痛苦所预设的爱)的贬低和腐蚀(corruption)。^[60] 在宏观的社会层面,精神损害赔偿会相应地导致民众对精神价值本身的贬损,不利于改良社会道德。

精神损害不可以用货币度量,但却不可以被低估,更不可以被忽略,或被假定为不存在。处理精神痛苦的有效方法是积极面对它,而非用金钱可以购买的其他快乐来替代它。道歉正是这种积极面对方式。虽然不应该夸大道歉的精神治疗功能,虽然没有扎实的经验证据来支撑和说明这种功能,虽然这种治疗功能也因为错误及其伤害的领域和性质而不同(例如,在医疗事故领域和名誉侵权领域,这种治疗功能会更强大一些),然而,一个很普遍的信念是,道歉会减弱受害者的怒气,抚慰其精神或情感伤害,使得他在精神或情感上恢复原状,促进他生成谅解意愿。^[61] 在责任明确的情境下,道歉越早,它的精神治疗效果就越好。道歉的精神治疗功能还有助于避免纠纷或冲突的升级或恶化,促进相关纠纷通过调解或和解而被解决,减少诉讼及由诉讼而生或围绕诉讼的成本。

五、道歉与法制

基于以上考虑,法制不可以强制道歉,^[62]但应该承认和鼓励道歉,至少不要打击道歉。为鼓励道歉,第一,法制不应该把道歉及道歉里的供述,作为对道歉者不利的证据;把道歉作为这样的证据,也许是对道歉最大的阻碍,令人想起农夫与蛇的寓言。^[63] 第二,法制应该减少道歉者的惩罚性责任,惩罚性责任是与补偿性责任相对而言的。法制对悔过和道歉者的宽宥至少可以有两种方式,一是直接减少道歉者的惩罚性责任;二是减少获得谅解者的惩罚性责任:道歉在很多时候可以促动谅解,所以,减少获得谅解者的责任也是在间接地鼓励道歉。^[64] 第三,费根森(Feigenson)曾提议,与惩罚性赔偿相对应,道歉或被谅解的侵害人,可被允许支付宽宥性赔偿(merciful damages)。当然,这不是说要少赔受害人,而是说要少罚道歉者。费根森建议,可以用惩罚性赔偿减去正当赔偿后剩余的部分,建立赔偿基金;正当赔偿超出宽宥性赔偿的那部分,可以

[59] See Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, 1998, p. 5.

[60] See Michael J. Sandel, *What Money can't Buy: The Moral Limits of Markets*, delivered at Brasenose College, Oxford, May 11 and 12, 1998, https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/s/sandel00.pdf, p. 94.

[61] See Shuman, *supra* note [20], at 183 - 185.

[62] 相反的观点,参见王利明:《为什么需要强制赔礼道歉》,载《当代贵州》2015年第29期;黄忠:《认真对待“赔礼道歉”》,载《法律科学》2008年第5期。较温和的不同观点,见前注[56],葛云松文;张红:《不表意自由与人格权保护——以赔礼道歉民事责任为中心》,载《中国社会科学》2013年第7期。

[63] 这方面的例证,参见香港《道歉条例》(2018)第七节,电子版香港法例网, https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap631!en-zh-Hant-HK?INDEX_CS=N&xpid=ID_1500600702834_001;也可见前注[12],王立峰文。

[64] 我国的刑事和解和认罪认罚从宽制度即这方面的例证。

从赔偿基金中支付。^[65] 鼓励道歉的宽宥性措施,不可以被滥用,不可以伤害法治。^[66] 这提出了两方面的要求。第一,犯错者的错误和责任、不悔过不道歉时该受的惩罚,要先行确定下来;道歉、被谅解和宽宥的考虑应该在犯错者的责任确定后再单独启动;它们不宜影响对错误和责任的认定,而只宜影响对道歉者本人的态度和惩罚。^[67] 第二,相关权威可以有效地识别道歉,排除策略性或表演性道歉。这是具体操作的问题,本文不予讨论。

Abstract An apology is a directed expression of repentance. “Directed” means that the expression is usually addressed to a person or group whose interest has been harmed by a wrong done by the repenter. An apology is an act, and its essence is an expression of repentance. Repentance presupposes that the repenter has done a wrong. Repentance is a self-directed, internal psychological response or attitude, not an external act. One repents if he feels guilty for the wrong he has done and determines not to repeat the wrongdoing. Typical behaviours of an apology include confession, expression of regret (i. e. ‘I am sorry’), admission of the wrongdoing, promise not to repeat the wrongdoing, and remedy. Education can be used to encourage repentance and apology, but the wrongdoer should not be forced to apologise; apologies should not be used to humiliate the wrongdoer. An apology often leads to forgiveness on the part of the victim; however, not asking for forgiveness or not being forgiven does not affect the validity or quality of an apology; apology and forgiveness are conceptually independent. An apology may impose a corresponding duty of mercy on the punisher. To apologize is the correct way to deal with a wrong one has done. The Legal system should not force a wrongdoer to apologize, but it should encourage him to make an apology.

Keywords Apology, Repentance, Forgiveness, Mercy, Punishment

(责任编辑:雷槟硕)

[65] See Feigenson, *supra* note [55], at 1645.

[66] 关于这些滥用或伤害, see Feigenson, *supra* note [55], at 1635 - 1639.

[67] See Shuman, *supra* note [20], at 189.