

超越比例原则：同态报应量刑原则的法理根基与实践意义

张峰铭*

目次

- | | |
|-------------------|-------------------|
| 一、问题的提出 | 四、法秩序维护理论下的同态报应 |
| 二、争论焦点：比例原则还是罪刑均衡 | 五、社区矫正作为同态报应的实践模式 |
| 三、对同态报应式罪刑均衡的初步辩护 | 六、结论 |

摘要 德国公法中的比例原则并不是刑罚的内在道德原则，而是外在于罪刑均衡的补充性政治原则。在预防性刑法时代，单凭比例原则无法对预防刑的扩张风险形成有效约束，而带有形而上学色彩的“点”或“幅”量刑限制理论都不具有现实可操作性。回归同态报应原则是捍卫古典罪刑均衡理念、防止重刑化趋势的可操作方案，实质是从“量”的思维转向“质”的思维。以同态报应作为量刑原则，不需要预设不合理的刑罚证成理论，也不必然导致不人道或无法操作的刑罚方式。同态报应的本质是罪犯角色的转换，将罪犯从试图脱离法秩序的优势地位转为受到法律强制力约束的弱势地位，从而否定罪犯的不法宣称，恢复法秩序的公信力。根据同态报应原则，社区矫正可以被视作一种具有普遍意义的典型刑罚，而不仅仅是对监禁刑的边缘补充。

关键词 罪刑均衡 比例原则 同态报应 法秩序 社区矫正

一、问题的提出

在我国刑法理论和实务界，预防性刑法观已经成为一种重要思潮。与之伴随的是，我国当下的刑事法律实践体现出鲜明的预防特征。预防性刑法在立法层面体现为法益保护的前置化，例如醉驾和高空抛物等危险行为的入刑。预防性刑事立法需要妥善处理好法益保护与公民自由的关系，防止过度犯罪化，这一观点已经得到了学界广泛的关注和探讨。^{〔1〕} 但是，预防性刑法在刑罚

* 中共中央党校(国家行政学院)政治和法律教研部讲师、法学博士。本文系 2022 年度国家社会科学基金青年项目“民刑交叉视域下的法秩序统一性原理研究”(项目编号: 22CFX003)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,载《法学研究》2017 年第 4 期,第 138 页以下;房慧颖:《预防性刑法的风险及应对策略》,载《法学》2021 年第 9 期,第 104 页以下。

层面产生的影响尚未得到充分反思,人们更多关注“犯罪化谦抑”而非“刑罚谦抑”。〔2〕由于我国刑罚以监禁刑为主且相对严苛,犯罪圈的预防性扩张必然导致监禁规模扩大化,对预防效果的强调甚至可能进一步强化刑罚的严苛程度。

理论上通常以罪责刑相适应原则来限制刑罚的过度严苛,尤其是强调报应刑对于预防刑的限制作用。关于报应刑如何限制预防刑,理论界存在“点的理论”和“幅的理论”之争,〔3〕但无论取哪种理论,都未能给刑罚的类型与程度赋予明确的测量方法,实践中也就难以起到有效约束作用。面对这一困境,部分学者试图引入德国公法中的比例原则来限制刑罚的发动条件和类型,甚至主张罪责刑相适应原则的实质就是比例原则。〔4〕然而比例原则所蕴含的“目的一手段思维”和“利益平衡思维”对传统罪刑均衡理念产生冲击,本身就体现了预防思维的扩张。基于比例原则,如果刑罚产生的好处足够多而代价足够轻微,即使背离报应正义的要求也是正当的,这无疑潜藏了刑罚泛化的风险。

要启动罪责刑相适应原则的刑罚约束功能,使得报应刑对预防刑的约束具有可操作性,需要重视和重构古典罪刑均衡理念。刑罚之所以是一种独特的实践,在于其总是与罪刑均衡存在内在关联。完全抛弃罪刑均衡理念的刑罚不仅是不正义的,甚至可以说就难以被称作刑罚。比例原则仅仅应被视作外在于罪刑均衡的政治原则,起到次要的作用。罪刑均衡的现代困境在于,脱离经验研究空谈罪刑均衡似乎无法给出任何具有可操作性的指导。对此,本文试图论证,所谓罪刑均衡实际上就是量刑的同态报应原则,而同态报应原则是刑罚维护法秩序的内在要求,且具有经验上的可操作性。康德将同态报应表述为“你辱骂他,你就是在辱骂你自己;你偷窃他的东西,就是在偷你自己;你打他,就是在打你自己;你杀死他,就是在杀你自己”。〔5〕下文将首先批判比例原则在刑罚领域的扩张,主张坚守一种古典的绝对式罪刑均衡理念:同态报应。接下来则为同态报应原则给出一个现代版本,说明其正当性和可操作性,并回应对同态报应原则的各类批评。以同态报应作为量刑基本原则,能够更新人们对于刑罚正义的理解,对刑罚实践的改革产生积极的批判性和指导性作用。

二、争论焦点:比例原则还是罪刑均衡

(一)比例原则的局限性

《中华人民共和国刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这一般被视作罪责刑相适应原则在刑法条文上的体现。在我国,对于罪责刑相适应、罪刑均衡以及比例原则三个概念,不同学者存在不同用法。〔6〕在此,本文将罪责刑相适应视为刑罚的抽象理念,而将罪刑均衡和比例原则视作对于罪责刑相适应原则的两种不同诠释。

“罪”即“有责之不法”,罪刑均衡即罪与刑之间存在相对应的匹配关系。〔7〕罪刑均衡是一种“回顾式”的理念,强调刑罚应与过去发生的罪行相匹配。与罪刑均衡相对,比例原则是一种“前瞻

〔2〕 参见卢建平、张力:《如何实现刑罚在质上的谦抑》,载《检察日报》2021年9月1日,第3版。

〔3〕 参见张明楷:《责任主义与量刑原理——以点的理论为中心》,载《法学研究》2010年第5期,第130页。

〔4〕 参见周光权:《法典化时代的刑法典修订》,载《中国法学》2021年第5期,第59页。

〔5〕 [德]康德:《道德形而上学》,张荣、李秋零译注,中国人民大学出版社2013年版,第121页。

〔6〕 相关探讨,参见何秉松:《试论新刑法的罪刑相当原则(下)》,载《政法论坛》1997年第6期,第16页;陈兴良:《刑法哲学(下)》,中国政法大学出版社2009年版,第368页。

〔7〕 参见张峰铭:《论认罪认罚从宽的报应刑根据——化解从宽与罪责刑相适应原则的张力》,载《法制与社会发展》2022年第1期,第197页。

式”的理念,是“目的一手段”思维的体现,通常被认为包含适当性原则、必要性原则和狭义比例原则三个子原则。适当性原则要求国家的强制力手段要能有效实现预期目的;必要性原则要求国家采取诸种手段中代价最小的手段;而狭义比例原则要求国家强制力行使所实现的价值在分量上高于其代价。^{〔8〕}比例原则本质上仍然是一种利益平衡,只不过其对利益的理解相较于一元化的功利主义更为多元,包含了福祉、自由、法治等多重方面。^{〔9〕}与之相对,罪刑均衡考虑的不是刑罚正负后果之间的比例关系,而是犯罪行为与刑罚严苛性之间的比例关系。

当下有一些学者主张将比例原则用作限制刑罚的中心原则,^{〔10〕}或是主张罪责刑相适应原则的实质就是比例原则,^{〔11〕}理由是比例原则比罪刑均衡更具有可操作性和解释力,更能够保障人权、效力更高,因此能更好起到刑罚限制作用。具体而言,第一,比例原则比罪刑均衡更具有可操作性和解释力,因为罪刑均衡除了“重罪重罚、轻罪轻罚”的原则性表述之外,难以对刑罚的类型和程度给出具有可操作性的衡量标准,而比例原则的三个子原则都具有可操作性,同时狭义比例原则本身也能够推出“重罪重罚、轻罪轻罚”的结论。第二,比例原则更能够保障人权,彰显人性尊严,因为比例原则为国家公权力的行使提出了较高的约束条件。^{〔12〕}第三,比例原则作为限制国家公权力的宪法性原则,比作为学理原则的罪刑均衡具有更强的法律约束力。^{〔13〕}

上述理由大体聚焦于两点:第一,比例原则比罪刑均衡具有更强的解释力,能够更好解释我国当下的刑罚实践;第二,比例原则比罪刑均衡具有更强的道德正当性,能够充分彰显人性尊严。本文认为这两点都值得商榷。首先,已经有学者指出,比例原则无法涵盖罪责刑相适应原则所蕴含的责任主义,^{〔14〕}本文认为这是因为比例原则仅仅聚焦了刑罚的国家强制力属性,而忽视了刑罚作为一种“惩罚”的回应性谴责属性,故而比例原则的解释力是不充分的。第二,比例原则蕴含了利益平衡思维,但这忽略了正义价值相对于其他利益的位阶优先性,可能为公民施加过高的不利负担,因此在道德正当性上也存在瑕疵。

首先,用比例原则解释罪责刑相适应仅仅将刑罚视作实现国家目的的一种“可替代”的强制手段,忽视了刑罚作为一种“惩罚”的独特之处——刑罚蕴含了一种回应性的谴责态度。^{〔15〕}将比例原则适用于刑罚预设了一种对于刑罚的看法:刑罚作为国家强制力的体现,与预防性强制、强制医疗等其他强制手段没有本质区别,都是国家实现自身目的的手段之一。何时使用刑罚,取决于是否能产生总体上的最佳效果,比例原则就是判断刑罚是否是“最佳手段”的标准。然而这种看法忽视了刑罚这一类国家实践的双重属性:国家强制力属性和惩罚属性。刑罚是“以国家名义”做出的“惩罚”,刑罚是国家强制力的行使,但并非国家强制力的任何行使方式都能够被称作“惩罚”。“惩

〔8〕 参见于柏华:《比例原则的法理属性及其私法适用》,载《中国法学》2022年第6期,第140页以下。

〔9〕 相关讨论,参见戴昕、张永健:《比例原则还是成本收益分析——法学方法的批判性重构》,载《中外法学》2018年第6期,第1519页以下;刘权:《比例原则适用的争议与反思》,载《比较法研究》2021年第5期,第172页以下;陈景辉:《比例原则的普遍化与基本权利的性质》,载《中国法学》2017年第5期,第279页以下。

〔10〕 参见姜涛:《追寻理性的罪刑模式:把比例原则植入刑法理论》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第1期,第100页以下。

〔11〕 参见周光权:《法定刑配置的优化:理念与进路》,载《国家检察官学院学报》2022年第4期,第45页。

〔12〕 见前注〔10〕,姜涛文,第102页。

〔13〕 同上注。

〔14〕 参见田宏杰:《比例原则在刑法中的功能、定位与适用范围》,载《中国人民大学学报》2019年第4期,第59页。

〔15〕 对刑法判断独特性的讨论参见张峰铭:《刑事违法性判断必然受制于其他部门法吗?——破解“法秩序统一性原理”的迷思》,载《河北法学》2024年第3期,第129页以下。

罚”这一独特人类实践有其自身特点：蕴含了一种对被惩罚者的回应性谴责态度。“回应性态度”是著名哲学家彼得·施特劳斯提出的概念，最初用于解释道德谴责的本质特征。在他看来，对道德谴责的后果主义解释是错误的，因为后果主义解释蕴含了一种对于被谴责者的“客观化态度”，即将其视作实现目的的手段。真正的道德谴责蕴含了一种第二人称的“回应性态度”，即站在“我和你”的视野之内，对“你”的先前错误行为施加回应。^[16] 举例来说，假定孩子撒谎之后，母亲在决定是否施加谴责、施加何种程度的谴责时，首先考虑的不是孩子先前的错误行为，而是谴责能产生什么效果，那么这就不是一种真正的谴责行为，因为她对孩子采取了客观化态度。真正的谴责是回应性的，谴责的程度应与孩子的过错程度相匹配，而不是与预期效果相匹配。这并不是说父母在决定是否谴责时完全不应考虑后果，而是说后果性的考虑是外在于谴责的额外理由而构成对于谴责的妥协和约束，不是谴责内在逻辑的一部分。^[17] 惩罚同样蕴含了回应性的谴责态度。第一，惩罚是回应性的。如果孩子的父母在决定是否惩罚孩子时，首先考虑的不是孩子过去做了什么，而是惩罚能带来什么好处，那么这就不是真正的惩罚。父母当然需要考虑惩罚所带来的影响，但这是第二步。只有在首先确定了适格的回应性惩罚之后，才能进一步考虑是否需基于其他后果性理由来限制惩罚。后果性的考量不是惩罚的内在逻辑的一部分，而是对惩罚的外在约束。第二，惩罚带有谴责性的沟通意义。^[18] 惩罚的方式以及严酷程度不仅取决于先行为及其后果，也取决于行为人的主观过错程度。对这一现象的合理解释就是惩罚本身带有谴责性，因为谴责总是关心行为人的主观过错程度。父母惩罚孩子、上级惩罚下级的直接目的都是向被惩罚者传达自身的反对态度，并让被惩罚者体会自身错误的严重性。^[19] 因此可以说，惩罚本身是谴责的一种表达形式。

对于上述观点，比例原则的支持者可能承认自己的确背离了一般意义上的惩罚实践，但同时认为这并非一个缺陷：刑罚是一类特殊的国家实践，本身就与私人之间的惩罚不同，以预防和恢复的理念来取代以回应性谴责为核心特征的惩罚理念，恰恰是刑事司法的进步。^[20] 本文认为这种看法是错误的，这涉及比例原则的第二个缺陷：比例原则所蕴含的利益平衡理念忽视了刑罚的正义维度，因为正义比利益具有更高的价值位阶，不能与其他利益一道被任意加总权衡。^[21] 在最宽泛的意义上，正义是指每个人能够得其“应得”的利益或负担，不多不少。^[22] 不论对“应得”做何种具体理解，^[23] 正义的要义都在于不能仅从社会整体视角考虑利益的平衡，而必须纳入个体视角尤其是负担承受者的视角，考察对于负担承受者而言，该负担对他是否可以合理接受的。这就意味着要论证特定刑罚安排的正当性，不能仅仅站在社会整体角度考虑该刑罚所能带来的收益和负担，还需要向受罚者回答为什么必须由他来承受这一负担。在侵权法哲学中，经济分析流派所遭受的一个重要质疑就是忽略了侵权责任的矫正正义维度：侵权责任的配置不能仅仅建立在成本收益分析之上，而是必须源自侵权行为人的正义义务，否则就是将责任人用作实现社会

[16] See Peter Strawson, *Resentment and Freedom and Other Essays*, Routledge, 2008, p.4-7.

[17] 参见张峰铭：《论“一般违法性”的法理定位与教义学功能——以部门法判断协调问题为中心》，载《环球法律评论》2023年第2期，第80页。

[18] See John Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, 49 *The Monist* 397, 399 (1965).

[19] 参见翟小波：《道歉的概念：一些初步的思考》，载《交大法学》2023年第4期，第6页以下。

[20] 类似的观点，参见卢建平：《刑事政策视野中的认罪认罚从宽》，载《中外法学》2017年第4期，第1000页以下。

[21] 参见彭文华：《刑罚的分配正义与刑罚制度体系化》，载《中外法学》2021年第5期，第1318页以下。

[22] 参见[古希腊]亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译注，商务印书馆2003年版，第126—131页。

[23] 有学者主张存在前制度意义上的自然应得，有学者则认为衡量应得的标准取决于正义制度的正当要求。相关讨论参见吴楼平：《罗尔斯应得观念的不对称性》，载《哲学研究》2022年第8期，第97页以下。

目的的工具。^[24] 同样,单纯基于利益平衡的考量来配置刑事责任的有无与类型,也是将受罚者用作实现社会目的的工具,忽视了刑罚负担的配置必须源自受罚者所负担的正义义务。从比例原则的视角出发,是否惩罚一个人,并不取决于他过去做了什么,而取决于惩罚他会带来什么利益和代价,因此如果刑罚带来的利益远远大于代价,那么基于比例原则,可以通过轻罪重罚来实现良好的社会效果。这一结论显然违背了理性公民的基本正义感。比例原则的支持者可能回应说,实践中出现上述情形的可能性很小,重罪重罚、轻罪轻罚总体而言能产生最好的效果。但这一回应的缺陷在于,如何配置刑罚不仅是如何达到最佳效果的经验性问题,更是一个刑罚负担配置是否正义的规范性问题。

综上,试图用比例原则来解释或取代罪责刑相适应原则的做法,既难以解释我国刑罚实践的“回应性谴责”特征,也忽略了刑罚配置的独特正义维度,因而是不能成立的。^[25] 要启动罪责刑相适应原则的限制作用,限制预防思维在刑罚领域的全面扩张,必须重提罪刑均衡原则,强调刑罚的正义维度。这并不是说比例原则在刑罚配置过程中完全不起作用,而是说比例原则的作用是补充性的,不能逾越和破坏罪刑均衡的要求,在满足罪刑均衡的要求之后才能进行利益和代价的比例权衡。基于上述考虑,对于国家刑罚的确定同样应当分为两个步骤。国家刑罚首先是一种“惩罚”,因而要符合惩罚的内在道德,即回应性的罪刑均衡;同时,刑罚也是国家强制力的行使,因此要符合比例原则,但比例原则本身并不是刑罚的内在原理,而是外在于刑罚原理的政治原则,构成对于刑罚权发动的外在限制。^[26] 不论是对于刑罚的立法还是司法,首先都要考虑罪刑均衡的内在要求,在其允许范围内基于比例原则来权衡。具体而言,可以将刑罚的配置问题细化为“是否要惩罚”“惩罚谁”“以何种方式惩罚”三个问题。^[27] 试图用比例原则来解释或取代罪责刑相适应原则的学者实际上是认为比例原则在这三个问题上都发挥主导作用。而根据本文的观点,“惩罚谁”以及“以何种方式惩罚”这两个问题必须首先符合惩罚的内在道德原理——罪刑均衡。比例原则只能在罪刑均衡范围内的模糊地带发挥裁量作用。比例原则发挥主导作用的领域仅限于“是否要惩罚”,因为刑罚作为国家强制力的典型形态,其发动必须以符合比例原则为必要条件。

然而,要想启动罪刑均衡原则的约束作用,就得说明罪刑均衡在实践中究竟如何操作。如果罪刑均衡不具有可操作性,无法在实践中发挥作用,那么实际上起作用的仍然只有比例原则而已。下文将对此展开重点讨论。

(二) 相对均衡理念难以约束预防刑

罪刑均衡的理念包括绝对均衡和相对均衡两个方面。^[28] 所谓绝对均衡,是在不与其他犯罪类型相比较的情况下,某一特定犯罪的严重程度应与对应的刑罚严苛程度具有内在均衡性,罪刑之间存在非比较性的对应关系。比如,对于故意杀人罪,如果最高刑仅仅是罚金,那么大多数人都会认为这是违反罪刑均衡的,不论其他罪名受到怎样的惩罚。而所谓相对均衡是指,就比较层面而言,更严重的犯罪应受到更严厉的惩罚,但对惩罚的具体类型和程度没有要求。例如,如果故意杀人罪的最高刑是罚金 1000 元,故意伤害罪的最高刑是罚金 500 元,这虽然可能不符合绝对均衡

[24] 参见王昱博:《拒绝严格责任?——反省康德主义侵权法理论》,载《交大法学》2023 年第 4 期,第 42 页以下。

[25] 关于刑法内在价值的讨论,参见张峰铭:《刑法是后置法吗?——法域冲突问题之体系反思》,载《法制与社会发展》2023 年第 4 期,第 143 页。

[26] 对于部门法内在原则和外部限制的区分,参见张峰铭:《反思“提取公因式”:论法典总则的建构方法》,载《现代法学》2024 年第 1 期,第 202 页。

[27] See H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, 2008, p.8-13.

[28] See Von Hirsch, *Deserved Criminal Sentences: An Overview*, Hart Publishing, 2017, p.56.

要求,但符合相对均衡要求。有人可能会主张应当放弃绝对均衡理想,仅仅追求相对均衡,因为绝对均衡似乎是难以通过理性所把握的。但这至少与大多数人最深层的理念相矛盾:如果一国刑法规定最严厉的刑罚是拘禁一天,那么即使该国的量刑都符合相对均衡,人们仍会认为这是不正义的,因为这不符合绝对均衡要求。

在当下的刑罚实践中,相对均衡理念比绝对均衡理念受到更高层次的重视,本文认为这正是导致刑罚设计过于严苛的诱因之一。由于相对均衡对刑罚的形态和程度没有严格限制,故而各种政策性目的(威慑、矫正)就容易轻易渗透,无形中加重了罪犯的负担。当下主流的表达主义刑罚理论并未能很好解决该问题。表达主义理论的代表之一是德国学者冯·赫尔希。赫尔希认为,刑罚的首要功能是对罪犯所实施的不法施加谴责,同时为罪犯和其他人提供审慎的守法动机。也就是说,刑罚既是谴责的载体,又是威慑的工具。^[29]虽然赫尔希强调谴责性是第一位的,刑罚的安排不能超过特定行为可谴责性的要求,但是在现实中,犯罪类型的可谴责性程度往往只能进行相对的顺序排列,而无法针对性地给每一类犯罪一个绝对合适的谴责形态。因此,需要首先确立一个刑罚固定点(比如普通的盗窃罪对应3年以下有期徒刑),再根据该固定点进行相对安排。这个固定点的确定很大程度上是任意的,其必然会诉诸其他政策性目的,如果这个固定点本身定得很高,那么总体量刑设计就会十分严苛。而且,犯罪不法程度的排序也不是完全确定的,因为价值的衡量本身就存在不确定和不可通约的情形,在这些情形中其他政策目的又会产生主导性影响。赫尔希自己的回应是,他的理论不会产生过于严苛的刑罚,因为过于严苛的刑罚会削弱刑罚的谴责性,而被人们视作纯粹的强制力压迫。因此只要强调谴责性的主导地位,将预防功能置于辅助角色,那么就不会导致罪刑失衡。^[30]但是上述观点成立的前提是,这个社会普遍认为谴责本身不需要过于严苛的刑罚。如果一个社会认为严酷刑罚是谴责的适当方式,那么谴责理论不仅无法约束刑罚,还会鼓励普遍的重刑。

(三) 替代思路:恢复作为绝对均衡的同态报应

本文认为,相对均衡的理念无法对预防思维在刑罚领域的扩张形成有效约束,因为相对均衡难以以为刑罚的质和量划定边界。因此,有必要重新回顾绝对均衡的理念。我国量刑理论中的“点”“幅”之争^[31]其实就是绝对均衡思维的体现。这些理论都认为,预防性的考量只能在报应所设定的“点”或“幅度”内起作用,不能突破报应的边界。问题在于,无论是“点”的支持者还是“幅”的支持者,都无法给出具备可操作性的方案来指导立法和司法实践,最终起作用的仍然是朴素的正义直觉。“点”或“幅”的支持者可能会说,无法发现并不代表不存在,因为存在论和认识论是不同层面的问题。^[32]但是,既然无法认识,就没有理由主张存在,而且这种无法认识的存在论理论对于实践缺乏意义。

这就是绝对均衡理念所面临的困境:一方面,为了约束预防刑的不当扩张,人们必须捍卫绝对均衡的基础性地位;另一方面,绝对均衡似乎给不出任何具备可操作性的指导,量刑最终仍然依赖于朴素的正义直觉。这样,当整个社会的正义直觉倾向于重刑时,绝对均衡理念反而会加剧刑罚整体的严苛性。

对此,本文主张重新考虑一种古老的绝对均衡原则:同态报应。同态报应原则有两个好处:

[29] See Von Hirsch, *supra* note [28], at 56 - 61.

[30] *Ibid.*, at 61.

[31] 见前注[3],张明楷文,第136页。

[32] 同上注,第131页。

第一,能够给出具体的刑罚类型,“以其人之道还治其人之身”,实现刑罚在“质”上的谦抑,^[33]这就不同于“点”或“幅”的理论只能给出一些抽象的“量”上的建议;第二,能够有效限制刑罚的严苛化,讲究公平对待,点到即止。实际上,同态报应最初的提出就是为了抑制人与人之间的无尽对抗,蕴含了公平正义的理念。

当然,同态报应原则的衰落也有着深刻的原因,例如一些情形中可能导致残忍刑罚,或是不具有可操作性。但本文将主张,许多对于同态报应原则的质疑仅仅能够针对对于同态报应的某些特殊理解,且无法驳倒同态报应原则本身。一种被重新理解的同态报应原则能够对当下的刑罚改革提供有益指导。下文将首先陈列对于同态报应原则诸种质疑,并介绍美国学者沃尔德伦对于这些质疑的回应,指出其回应中的部分缺陷。在此基础上,本文试图构建一种与法秩序维护相联系的同态报应原则,并说明该原则与社区矫正之间的关系。

三、对同态报应式罪刑均衡的初步辩护

(一) 对同态报应的质疑

在一篇讨论同态报应原则的著名文章中,杰里米·沃尔德伦(Jeremy Waldron)概括了同态报应原则的基本理念:罪犯对受害者做了什么,刑罚就应当对罪犯做什么。^[34] 这种理念早在汉谟拉比法典中就已经有所体现,其最原始的表达是“以眼还眼,以牙还牙”,基督教的宗教经典《圣经·旧约》中也有类似表述。^[35] 现代人往往认为“以牙还牙”过于非人道,但在当时却是文明进步的体现,因为同态报应原则通过诉诸公正的理念抑制了人们相互仇杀的冲动,并为惩罚给出了具有可操作性的标准,减少了社会上的暴力。

然而,自启蒙时代以来,同态报应原则受到了越来越多的质疑,以至于被很多人认为并不是一种符合现代价值的量刑原则。其中被认为最有力的质疑有五个。^[36] 第一,同态报应背后蕴含了一种朴素的报应证成理念,由于这种报应证成理念本身受到了质疑,因此同态报应原则也丧失了根基。第二,同态报应理念在很多情形中会导致残忍刑罚,例如对折磨他人的罪犯施以折磨,对强奸者施加强奸。第三,同态报应理念在很多罪名中难以应用,例如伪证罪和诈骗罪,以及各类未遂犯。^[37] 因为如果一个行为没有对他人产生实际损害,似乎就无法对罪犯施加同等的损害。第四,同态报应原则似乎无法解释罪犯行为时主观状态对于量刑的影响,仅仅在意行为所产生的后果。^[38] 第五,严格的同态报应有时又可能会导致刑罚过轻,^[39]例如某人绑架他人三天,如果对这一绑架行为的刑罚仅仅是反过来约束他三天,似乎过于轻缓。

出于上述质疑理由,有学者试图寻找其他可能的替代性量刑原则。首先,有人可能主张,同态

[33] 见前注[2],卢建平、张力文。

[34] See Jeremy Waldron, *Lex Talionis*, 34 Arizona Law Review 25, 26 (1992).

[35] See Morris J. Fish, *An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment*, 28 Oxford Journal of Legal Studies 57, 58 (2008).

[36] See Waldron, *supra* note [34], at 25.

[37] See Nicola Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, Routledge, 1988, p.17.

[38] *Ibid.*, at 17.

[39] See Robert Hoffman, *A New Reading of Kant's Theory of Punishment*, Publicly Accessible Penn Dissertations, 2015, p.201-203.

报应仅仅是一个限制性量刑原则,设定了刑罚的上限,具体如何确定刑罚仍然要依靠预防原理。但这种看法并无法解决刑罚可能过轻或过重的问题,因为同态报应所设置的上限可能在人们的道德直觉上看来过高或过低。有人则主张应当用矫正原则替换同态报应原则作为量刑原则,以体现康德将人作为目的对待的观念。^[40] 将人作为目的对待,意味着刑罚不能摧毁他人自治的可能性,且要尽可能使他恢复作为一个道德主体的自治能力,因此刑罚应当尽可能使用矫正手段而非强制力压迫手段。但是,矫正原则同样在很多情形中面临刑罚过轻或过重的问题。有的罪犯可能罪行十分严重,但本性并不坏,因此只需要轻微的矫正即可;而有的罪犯可能罪行轻微,但罪犯人格危险性很高,需要长时期的矫正才能使其恢复道德人格。矫正原则之所以存在这些缺陷,是因为矫正原则放弃了对先前犯罪行为本身的关注,而过多关注于罪犯的人格,因此将使得量刑完全脱离罪刑均衡的约束。因此,用矫正原则代替同态报应并不可行。

(二) 对上述质疑的反驳

对于上述关于同态报应原则的质疑,沃尔德伦给出了一系列非常有启发性的回应。本部分将首先概述沃尔德伦的回应,并指出其回应中的部分缺陷,为下文将同态报应原则与法秩序维护关联起来做铺垫。沃尔德伦指出,关于同态报应原则的各种质疑,大多数都源于对同态报应原则的错误理解。首先,同态报应原则只是一个量刑原则,并非一个完整的刑罚证成原则,也不与特定的报应刑罚理论存在必然联系。许多质疑者认为,同态报应原则必然关联某种“血债血偿”的复仇式刑罚理论,^[41]但这种理解是错误的。实际上,同态报应的要求仅仅是,对罪犯施加的刑罚与罪犯所实施的犯罪行为在部分或全部特征上相同或相似,这种理念可以与许多刑罚证成理论兼容,不论是报应理论还是预防理论。例如,康德自己是从他的相互性原理角度论证同态报应原则的重要性,即罪犯基于怎样的行动准则对待他人,他自己就应当被基于怎样的行动准则对待。^[42] 即使康德的论证失败了,这也并不意味着同态报应原则就应当被抛弃。预防论者同样可能支持同态报应原则,因为一方面同态报应能够避免受害者与罪犯陷入持续对抗,另一方面同态报应能够将罪犯置于受害者所处的位置,使他感同身受,这样做有助于促使罪犯改过自新,实现矫正目的。同态报应甚至也可以与谴责论相兼容,因为对罪犯施以他对别人施加的行为能够向罪犯传达“看看你做了什么错事”的信息。总之,同态报应原则并不必然与特定类型的刑罚证成理论相关联,因此即使某个理论无法得到辩护,也不意味着必须放弃同态报应原则。

第二,同态报应并不要求完全复刻罪犯先前所实施的行为,而仅仅要求复刻那些使得先前行为具有可罚性的特征。怎么样的刑罚满足同态报应的要求,取决于人们惩罚的理由究竟是什么,先前的犯罪行为究竟因其具有的哪些特征而具有可罚性。在此,沃尔德伦区分了犯罪行为的可罚性与使得犯罪行为具有可罚性的行为特征。^[43] 各种犯罪化理论都会认为强奸行为是可罚的,但不同理论对于强奸为什么可罚,理由有所不同。有人认为,强奸之所以可罚,是因为强奸会带来严重的生理和心理伤害,有人则认为是因为强奸侵犯了女性的身体自主权,还有人认为是因为强奸

[40] See Robert Hoffman, *supra* note [39], at 213; 中文学界支持矫正刑的观点,参见邓卓行:《重拾一种被遗忘的刑法思想——费希特〈自然法权基础〉研读》,载《政法论坛》2021年第3期,第164页以下;邱帅萍:《矫正刑论:黑格尔刑罚目的理论的再定位》,载《政治与法律》2014年第9期,第133页以下。

[41] 对传统道德报应主义的批判,参见邱兴隆:《报应刑的价值悖论——以社会秩序、正义与个人自由为视角》,载《政法论坛》2001年第2期,第21页以下。

[42] 相关中文研究,参见郭晔:《康德刑罚观的内在理据之反思》,载《法治现代化研究》2020年第1期,第141页以下。

[43] See Waldron, *supra* note [34], at 34.

物化了女性。^[44] 对强奸何以为恶的看法不同,对哪些刑罚构成同态报应的观点也会有所不同。认为强奸之恶在于伤害本身的观点会认为只有同等程度的伤害才构成同态报应;认为强奸之恶在于侵犯身体自主权的观点则可能认为其他类型的剥夺自主权也可能构成同态报应;认为强奸之恶在于物化他人的观点则认为类似的物化行为才构成同态报应。可见,同态报应原则并不必然要求对强奸犯施加强奸,对虐待者施以虐待。哪些惩罚构成同态报应,取决于理论家认为特定犯罪行为中的哪些特征构成该行为可罚性的基础。这也可以说明为什么同态报应原则未必会产生过轻的刑罚,例如对绑架他人三天的罪犯判处三天监禁。如果绑架的可罚性不仅仅在于剥夺他人自由,而在于其他更严重的方面,那么刑罚也应当相应地更加严苛。此外,沃尔德伦还指出,即使是同态报应要求施加同等程度的伤害,国家也有理由采取严苛程度类似但更为人道的刑罚,因为没有人会主张同态报应是不可妥协的绝对要求。例如,国家可以出于保护行刑者道德人格的考虑,放弃使用残忍刑罚,因为施加残忍刑罚本身会对行刑者的道德人格产生严重负面影响。本文认为这一诉诸外在道德理由的回应不够有力,因为如果在实践中总是要依靠其他外在理由来避免同态报应原则的负面效果,那么一方面会使得同态报应原则本身丧失解释力和道德吸引力,另一方面也会引发同态报应原则背后的道德理由与其他外在道德理由的冲突。所以,更好的解释应当说明为什么同态报应原则本身不会导致施加残忍刑罚的要求。后文将说明这一点。

第三,沃尔德伦认为,同态报应原则也能适用于没有受害者或没有损害后果的犯罪行为。例如,如果认为伪证罪的可罚性在于损害了司法秩序,使得他人无法获得司法公正的制度性条件,那么对伪证罪的同态报应可以是在一定期限内剥夺罪犯获得特定司法救济的资格。而对于故意杀人或伤害未遂行为,可以采取类似于轮盘赌的惩罚方式,即让罪犯进入一个易于受到伤害的环境,由罪犯自己的运气来决定是否受到伤害。这是由于虽然未遂行为没有产生实际损害,但将他人置于不确定的危险环境之中。因此对于未遂行为,将罪犯本人置于类似的危险环境之中也是一种同态报应。^[45] 此外,同态报应也能够解释罪犯犯罪时主观状态对于量刑的影响。“故意杀死一人”与“没有对他人给予充分的注意而致人死亡”显然具有道德差异,对于这两类行为的同态报应也可以有所不同。对于前一类行为,刑罚可以故意施加某种伤害,而对于后一类行为,刑罚可以采取类似于对待未遂犯的方式,将罪犯置于某种易受到伤害的环境之中。^[46]

(三) 同态报应的逻辑结构和实质理念

通过总结和反思沃尔德伦的论述,我们可以提取出同态报应原则的逻辑结构和实质理念。沃尔德伦认为,同态报应并不是尽可能地复刻罪犯所实施的行为和后果并施之于罪犯身上。相反,同态报应要求刑罚尽可能复刻使得相关犯罪行为具有可罚性的特征。也就是说,假设某一犯罪行为有特征 a、b、c、d、e,而其中使该行为具有可罚性的特征为 b 和 d,那么刑罚应当反映出 b 和 d。本文认为沃尔德伦的这一解释仍然有缺陷,应当进一步区分可罚性特征与使得该特征具备可罚性的根据。仍以强奸为例。人们大多认为,强奸的可罚性特征在于未经同意实施性行为。但是同态报应要复刻的不是行为的可罚性特征,而是使该行为特征具备可罚性的根据。如果强奸的惩罚根据在于其物化了受害者,那么同态报应也会要求对罪犯施加一定的物化对待。所以,同态报应的真正逻辑结构是,如果某一犯罪行为的可罚性特征为 a,而惩罚根据为 x。假定行为 b 也能反映惩

[44] 相关经典研究,参见[英]约翰·加德纳:《强奸何以为恶》,全帅译,载《北大法律评论》第21卷第2辑,北京大学出版社2020年版,第264—287页。

[45] See Waldron, *supra* note [34], at 46.

[46] *Ibid.*

罚根据 x,那么同态报应并不必然要求复刻 a,也可以复刻 b。也就是说,同态报应的关键不在于损害本身,而在于犯罪行为背后体现出的行为准则,以罪犯对待他人的行为准则来对待罪犯本人。损害本身并不具有终局的重要性,重要的是刑罚要体现出对于罪犯的适当对待方式。

至于同态报应背后的实质理念,沃尔德伦指出,同态报应反映的是角色的转换,即让罪犯从加害者的位置转移到受害者的位置,使其能够体会到他的行为究竟错在哪里。^[47] 本文认为沃尔德伦对同态报应原则的这一理解是深刻的,但仍有不足之处。虽然沃尔德伦强调了同态报应的实质在于角色的转换,但仅仅将之理解为罪犯和受害者之间的转换,忽视了国家和其他守法公民的存在,没有从国家与罪犯关系的角度考察刑罚的意义。刑罚的可罚性根基并不仅仅在于对个别的受害者的损害,也在于违反了公民对国家所负有的基本法治义务,否定了法秩序的约束力,主张自己不受法秩序约束。通过施以特定的同态报应,刑罚既满足了对等回应的正义要求,又实现了法秩序的恢复,从而达成正义与效用的和谐统一。

上文初步说明了,同态报应原则能够具有可操作性,且并不必然导致残忍刑罚。同时上文指出了,同态报应的关键在于复刻犯罪行为的可罚性根据。但是,上文并未明确指出犯罪行为的可罚性根据是什么。下文将主张,从法秩序维护的视角出发,可以赋予同态报应更加具体的内涵。

四、法秩序维护理论下的同态报应

(一) 刑罚的核心功能: 维护法秩序

本文认为,刑罚的核心功能是维护法秩序。对这一立场的完整辩护需要另文展开,在此仅初步说明,什么是法秩序,犯罪在何种意义上动摇了法秩序,而刑罚又在何种意义上维护或确证了法秩序。刑法所维护的法秩序并不仅仅是实在法秩序,而是被实在法所现实化的公民伦理秩序,这种公民伦理以公民之间的相互承认为核心价值。^[48] 法秩序的实现要求公民遵守各自的基本公民义务,在法治框架内共同生活与合作。但是,现实中总是会有公民拒绝履行自身的基本公民义务,否定法秩序对他的约束力。犯罪的实质就是违反基本公民义务,其不法性本质正在于行为人试图脱离法秩序的约束,使自己凌驾于其他公民之上。^[49]

虽然少数基本公民义务违反行为的发生不足以直接导致法秩序的溃败,但这仍然可能从另一个方面动摇法秩序的存在本身——动摇守法公民对于法秩序的公共信赖。在法秩序中,国家向人们承诺自己有意愿也有能力平等地约束所有人,人们基于对法秩序的公共信赖而放下戒备接受国家法律的指引。现在,基本公民义务违反行为的出现挑战了这一承诺。人们有理由怀疑,国家或者没有意愿或者没有能力约束这些无视自身公民身份的个体,因此守法公民有理由撤回自己对法秩序的信赖。这会导致两个后果:第一,在经验层面,合理信赖的撤回会导致守法公民丧失合作意愿,使得法秩序的维持丧失动力;第二,在规范层面,如果个体对于法秩序的怀疑是可证成的,那么个体就有权拒绝接受法律的指引和约束,因为人们没有义务在不可信赖的主体面前放下戒备,这就意味着国家的命令和强制都将丧失道德上的正当性。

[47] See Waldron, *supra* note [34], at 50.

[48] 参见[德]米夏埃尔·帕夫利克:《人格体·主体·公民:刑罚的合法性研究》,谭淦译,中国人民大学出版社2011年版,第60页。

[49] 对犯罪本质的讨论,参见张峰铭:《犯罪本质的工具主义诠释——兼论犯罪化的道德边界》,载《中国法律评论》2021年第6期,第138页以下。

许多学者主张，国家必须对否定法秩序的行为做出某些回应，以维护或确证法秩序的现实性，即使这种确证本身并没有进一步的经验后果，刑罚就是维护法秩序的必要方式。^[50]但是，刑罚究竟在什么意义上维护了法秩序？大体而言，存在表达式维护、积极一般预防式维护和形而上学式维护三种主张。但这三种尝试都不成功。表达式维护认为刑罚构成对不法行为的“否定”，本文同意谴责性是刑罚的内在特征，但这一观点本身并没有解释为什么必须通过刑罚这一特定方式来表达否定。积极一般预防式维护认为刑罚的功能意在确认规范的实效，巩固人们的法忠诚信念，但这无法解释为什么在人们的信念没有动摇之时，国家仍然有权施加刑罚。形而上学式维护认为刑罚“摧毁”了不法行为的自我现实化企图，^[51]但既然不法行为已经实施，刑罚在何种意义上能够“摧毁”已经实现的行为，形而上学式立场上并未清晰解释。本文认为，刑罚确证的必要性在于为维持所有公民对法秩序的合理信赖提供可靠证据，向所有公民证明国家做出了维护法秩序的承诺。之所以需要这种证明，是因为法秩序不仅要求人们的平等自由在客观上得到保障，也不仅仅要求人们主观上信赖法秩序，更要求法秩序值得信赖的证据必须被提交给全体公民，使得每个公民都有充分根据产生对于法秩序的合理信赖。刑罚就是提供对于法秩序的合理信赖的证据的必要机制。

基于法秩序维护说的看法，犯罪的本质在于罪犯试图否认法秩序对他的约束，将他的单方意志强加于整个共同体之上。犯罪给法秩序产生的损害，并不是某种形而上学意义上的破坏，也不仅仅是某种沟通信息的传递，而是指犯罪行为的发生给了人们正当理由撤回对于法治的公共信赖。这种公共信赖是法秩序的基石，而刑罚的目的就在于重建人们信赖法治的正当理由。人们信赖法治的前提是，国家承诺自己有能力也有意愿保护所有人不受他人任意单方意志的掌控。然而通过成功实施犯罪行为，罪犯向人们展示了以下可能：国家或者没有能力或者没有意愿保护所有人不受他人任意单方意志的掌控。为了向全体公民证明国家仍然值得信赖，国家必须证明罪犯的自我宣称是无效的，国家仍然有意愿也有能力约束和保护所有人。

在此需要回应一种质疑：将犯罪的可罚性根据界定为否定法秩序，似乎无法解释犯罪类型的多样性，无助于确定具体犯罪的法益类型。不同的犯罪类型对应了不同的具体法益，甚至某一犯罪类型可能针对多个法益，如果这些犯罪的可罚性根据都在于否定法秩序，似乎扭曲了人们对这些行为之所以可罚的一般理解，也难以给出具体的同态报应措施。本文认为这一质疑并不成功。虽然一切犯罪的统一可罚性根据都在于否定法秩序，但法秩序不是一个单纯的形式框架，各部分包含了不同的具体实质内容，罪犯是通过违反具体的实质规范性要求来否定法秩序。因此，相应的同态报应措施也要根据其所否定的实质规范内容来确定，下文将具体探讨。至于如何确定某一罪名的具体法益进而明确规范的实质内容，更多是教义学层面的工作，本文无法详尽展开。不过，从法秩序维护的视野出发，对具体法益的解释需要围绕法秩序维护和基本公民义务的大框架展开。维护法秩序的基本公民义务可分为和平义务与合作义务两个方面，前者大体对应自然犯，后者大体对应行政犯。这意味着，即使是对自然犯法益的理解，也不能单独聚焦于公民个体利益，而要从公民间和平共处这一法秩序基本前提出发解释。

（二）同态报应如何维护法秩序

为什么法秩序的恢复需要通过同态报应的方式实现？这里存在不同解释。有学者认为，既然

^[50] See Alan Brudner, *Punishment and Freedom: A Liberal Theory of Penal Justice*, Oxford University Press, 2012, p.42 - 45.

^[51] *Ibid.*, at 45 - 48.

罪犯通过违反特定法律规范的方式来宣称自己不受法秩序约束,那么国家就应当通过撤销同类规则对他的保护来展示以下信息:法秩序仍然有效,是罪犯自己被排除于秩序之外。这样一来,罪犯就没有成功挑战法秩序,恰恰相反,是法秩序主动排斥了罪犯。^[52]这一解释似乎基于如下逻辑:如果法秩序从一开始就没有将罪犯包括在里面,或是主动将罪犯排除于法秩序之外,那么罪犯的行为就无法挑战法秩序。本文认为上述论证是失败的。首先,国家无权将公民排除于法秩序之外。法秩序的本质,正是全体公民受到代表公共意志的法律的统治,没有人有资格脱离法秩序。如果国家主动宣布某一公民不在法秩序之内,这本身就是对法秩序的自我否定,而不是对法秩序的证明。其次,如果公民不受法秩序的约束,或是国家主动将之排除于法秩序之外,那么国家就恰恰丧失了对公民进行刑事问责和惩罚的权利,因为此时二者已经不再受到国家和公民之间道德纽带的约束。综上,同态报应并不是将罪犯排除于法秩序之外,因为将公民排除于法秩序之外的理念本身就与法秩序相矛盾。

本文认为,要理解为什么恢复法秩序需要诉诸同态报应原则,需要回到沃尔德伦所提出的理念:同态报应体现着角色的转换。当公民违反基本义务时,他就脱离了自己作为公民的恰当角色,主张自己占据一个不正当的优势地位。如果他侵犯其他公民的人身权利,那么他就是试图脱离他与其他公民的平等地位,主张自己有控制公民人身自由的权威。如果他不当干涉了特定国家制度的正常运行,他就是试图挑战国家在特定领域的管辖资格。不论是哪一种情形,其可罚性的本质都在于在一定领域中试图用自身的单方意志取代法律的统治,主张自己拥有其无权主张的权威资格。现在,国家要证明自己仍然值得信赖,就必须向全体公众证明罪犯的资格主张无法在经验世界中现实化,国家仍然有能力和意愿使罪犯处于他在法秩序中应有的地位。做出这种证明的手段就是通过同态报应的方式使罪犯从单方意志不受约束的优势地位回归被法律所统治的臣民。如果报应的程度不够,那么罪犯就仍然攫取了部分法外优势,相对于其他公民处于优势地位;如果报应的程度过重,那么就过度贬低了罪犯的地位,没有尊重他应有的地位。对此有一种反对意见认为,要否定罪犯的自我宣称,未必要采取刑罚的方式,也可以采取补偿受害者的方式,例如为受害者举行盛大的仪式来安抚,或者赋予受害者更多的社会优势。^[53]本文并不否认这些手段有助于恢复受害者的社会地位,但这对于维护法秩序的刑罚目的是不充分的。这里重要的不仅仅是罪犯与受害者之间的关系,也包括罪犯与国家之间的关系,国家必须通过同态报应的方式击退罪犯的自我宣称,使罪犯回归应有的位置。

五、社区矫正作为同态报应的实践模式

一旦明确了维护法秩序与同态报应原则之间的关系,就可以从维护法秩序的目的出发考察同态报应原则具体的要求。前面已经论证了,同态报应并不是说刑罚应当在各方面尽可能复刻先前的犯罪,而是说刑罚应当复刻那些使得先前行为具有可罚性的根据。根据法秩序维护论,犯罪的可罚性根据在于罪犯试图在特定领域中用自己的单方意志取代法秩序,因此同态报应要求国家展现罪犯对于法秩序的臣服,重新确认法秩序对罪犯的约束力,向公众证明国家既有意愿也有能

[52] See Arthur Ripstein, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Harvard University Press, 2009, p.314 - 317.

[53] See Jean Hampton, *Correcting Harms versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution*, 39 UCLA Law Review 1659, 1694 - 1697(1992).

力维护法秩序。有学者认为,由于犯罪的本质是自我主张拥有法外自由,因此隔离式监禁是惩罚犯罪的内在适当方式,同态报应原则要求剥夺罪犯与其犯罪严重程度相一致的自由。^[54] 本文不同意这种看法。虽然看上去用自由作为衡量标准的做法使得刑罚安排变得可以相对排序,但是这样一来同态报应原则就丧失了其最大的优势——具体性和可操作性。不同犯罪行为对应多少自由完全是不确定的,上述观点实际上与赫尔希的相对均衡差别不大。而且,虽然犯罪的本质可以被笼统称为“主张法外自由”,但是不同犯罪的主张方式各有差异,无法完全通约排列。刑罚的意义并不在于剥夺罪犯所享受的额外自由,而在于通过角色转换的方式重新确认罪犯的臣服地位,对这一目标而言纯粹的监禁刑在很多时候都是不必要的。有人可能认为,以监禁刑为主体的刑罚制度已经得到全世界的广泛接受,因此要求减少监禁刑的主张没有现实意义。但理论研究的意义之一恰恰在于反思当下的主流实践,监禁刑的大规模适用已经在以美国为代表的一些国家产生许多负面影响,我国应当吸取美国大规模监禁的教训,^[55] 同态报应可以成为刑罚改革的指导性原则。

那么基于法秩序维护的同态报应会要求什么样的刑罚? 在此本文仅进行一些初步探讨,以展现同态报应原则在刑罚制度改革方面的潜力。本文认为,根据维护法秩序的同态报应原则,资格刑和社区矫正应当被置于更加中心的位置。^[56] 下文以社区矫正为例进行探讨。学理上一般认为,“社区矫正就是犯罪人在社区中执行全部或者部分刑期的一种非监禁制裁”^[57]。《中华人民共和国社区矫正法》已于2020年正式实施,我国社区矫正的核心内容是监督管理、教育矫正和帮困扶助。^[58] 社区矫正制度在我国司法实践中已经愈加成熟,但这一趋势更多源自司法实践中管理压力和监禁成本的考量,从刑罚理论层面展开的讨论仍然远远不够,这也导致社区矫正在我国刑罚制度体系内的定位并不十分清晰。^[59] 理论上的问题不解决,社区矫正的法律属性和适用的正当性就难以得到辩护,而本文正是试图基于同态报应原则为我国社区矫正正名。下文将重点论述:社区矫正应当被视作一种具有普遍意义的典型刑罚,而不是像当下主流实践中那样作为监禁刑的边缘补充方案,仅仅适用于被判处管制、宣告缓刑、假释和暂予监外执行的罪犯。

基于法秩序维护的同态报应原则有两个内在要求:第一,刑罚要具有包容性,不能制造社会的分裂;第二,刑罚要具有对等性,罪犯扰乱了法秩序的哪一具体部分,刑罚就以其人之道还治其人之身,不能过度惩罚。社区矫正能同时满足这两个要求。首先,社区矫正本身是在社区内部执行的刑罚,包含了司法行政机关、社区工作人员以及罪犯的共同参与,这一形式不仅有利于罪犯的再社会化,同时也展示了法秩序对于全体公民的统一保护,而不是将一部分公民排除于法秩序的保护之外。而监禁刑具有非常强烈的排斥效果,将一部分公民隔离于法秩序保护的日常生活之外,监禁刑的普遍化本身就与法秩序的包容性相违背。

其次,社区矫正具有非常强的实践可塑性,能够针对不同犯罪类型来调整形式,因而能够符合

[54] See Ripstein, *supra* note [52], at 317.

[55] 参见赵希:《重刑主义的教训:美国大规模监禁的源流、反思与启示》,载《刑事法评论》第43卷,北京大学出版社2020年版,第385页以下。

[56] 类似的看法,参见彭文华:《我国刑法制裁体系的反思与完善》,载《中国法学》2022年第2期,第137页。

[57] 吴宗宪:《我国社区矫正的历史地位和立法特点》,载《法学研究》2020年第4期,第59页。

[58] 同上注,第65页。

[59] 对于社区矫正法律性质的讨论,参见刘强:《论社区矫正的社区刑罚执行性质》,载《社会科学战线》2015年第8期,第224页以下;吴宗宪:《再论社区矫正的法律性质》,载《中国司法》2022年第1期,第78页以下。

同态报应的对等性要求。对于常见的非暴力型财产犯罪(如诈骗、盗窃)和扰乱公共秩序犯罪(如寻衅滋事、聚众斗殴)而言,这些犯罪的可罚性基础都在于罪犯将自己置于一个相对于其他守法公民的优势地位,同时扰乱了行政机关的管理职能,从而挑战了法秩序。从同态报应原则出发,对这些行为的合适惩罚并不是隔离式的监禁,而是在一定期限内将罪犯置于行政机关和其他公民的控制之下,让罪犯接受矫正机关和其他公民的教育,并可以命令罪犯在一定限度内为行政管理机关和其他公民提供无偿服务。

对于其他类型的秩序犯的惩罚也可以参照社区矫正进行。例如,对于伪证罪、扰乱法庭秩序罪等扰乱司法秩序类型的犯罪,可以判处罪犯一定期限内对司法机关服务作为刑罚,管理机关仍然是相应的社区矫正机构。对于逃税罪则可以在补全税款之外,处以价值与税款相当的罚金,且同样可以判处一定期限内对税务机关服务作为刑罚。故意杀人、故意伤害等严重暴力型犯罪是一个例外,因为这些严重暴力型犯罪不仅对受害者产生严重伤害,而且挑战了国家对于高强度暴力的垄断地位,从根本上攻击了法秩序。公共和平是法秩序的根基,建立在国家对高强度暴力的垄断之上,挑战这种垄断是对国家的直接攻击。因此,对于严重暴力型犯罪而言,隔离式监禁是合适的同态报应,因为此时只有将罪犯的自由彻底置于国家的掌控之下才能体现出国家相对于罪犯的权威地位。不过,本文所支持的同态报应观并不支持将死刑作为刑罚执行方式。原因在于,刑罚的目的仅仅是让罪犯回归他应当所处的位置,恢复人们对法秩序的合理信赖,而死刑不仅将罪犯永久驱逐于法秩序之外,更是彻底抹杀了罪犯作为目的自身的价值。国家并没有权利将任何公民驱逐于法秩序之外,自然也就没有权利剥夺公民的生命。死刑与永久驱逐一样,都是对法秩序本身的否定,因为法秩序就是要使得全体公民都生活在公共意志的指引之下,没有人有资格不受到法律的约束。^[60]

以社区矫正作为同态报应的主要方式,如何解决前文提过的未遂犯和过失犯惩罚问题?第一,未遂犯惩罚问题在法秩序维护说的框架下实际上更易于解决。这是因为法秩序维护说认为犯罪的可罚性根据在于否定法秩序,否定法秩序的核心在于特定行为违反基本公民义务,而不在于损害后果。因此,即使是未遂犯也可以适用社区矫正进行惩罚。当然,这并不意味着既遂犯与未遂犯的惩罚程度没有差异。产生损害后果会对被害人造成更高程度的侵害,同时也扩大了法秩序的破坏程度,既遂犯需要对被害人及其亲属以及被破坏的具体秩序做出更多的补救措施。第二,在法秩序维护说框架下,故意犯罪是对法秩序的“攻击”,而过失犯罪是对法秩序的“漠视”,二者的规范性意义有所差别,对法秩序的否定程度不同,因此相应的社区矫正强度也应当有所不同。综上,在法秩序维护说的框架下,对未遂犯和过失犯的惩罚并不需要使用沃尔德伦所建议的“将罪犯置于易受损害的环境中”或类似措施。这是因为法秩序维护说关注的核心不是损害后果本身,而是法秩序约束力的证明。

需要指出的是,上文所强调的并不是社区矫正的人格矫正和社会关系恢复职能,而是社区矫正的同态报应意义,即通过让罪犯受制于社区和其他公民而展现罪犯对于法秩序的臣服。虽然人格矫正和社会关系修复职能的确也有非常重要的价值,但这些都不是刑罚的内在要求,而是刑罚所带来的额外好处。因此,社区矫正的方式和时间要严格与先前的犯罪行为相匹配,而不能以社会关系未修复或矫正未完成为由随意延长时间和增加服刑人员负担。这意味着社区矫正的惩罚

[60] 当然,康德本人是支持死刑的,他甚至主张即使社会即将解体,也必须处决监狱中的杀人犯。见前注[5],康德书,第122页。但许多学者都认为,康德的死刑观点并无法从他的法哲学中获得支持,本文也正是从康德式的法秩序观出发,论证了死刑不正当的观点。

属性要优先于其矫正属性，不能将社区矫正单纯视作对罪犯的一种“福利”或“帮助”。

对上述观点的一种质疑是，社区矫正应当在刑罚体系中居于何种位置，其相较于监禁刑而言在维护法秩序方面具有何种优越性等问题，无法全然通过纯粹的规范分析予以解答，而需要更多的实证研究得出结论。本文认为在此需要区分两个问题。第一个问题是：什么样的刑罚类型能够有效实现特定的政策性目的？第二个问题是：什么样的刑罚类型是正义的？对于第一个问题，实证研究应当占据主导地位，因为这一问题追问的是特定手段与目的之间的因果相关性。但实证研究难以回答第二个问题，因为正义是应然层面而非实证层面的问题。本文对社区矫正的规范分析重点关注的是第二个问题，即什么样的刑罚类型对于罪犯而言是正义的。简单地说，由于犯罪的可罚性根据在于否定法秩序，因此惩罚的方式和强度应以将法秩序恢复原状为限，超出该限度即为不正义。前文已经论证过，这里所说的恢复法秩序不能做经验式理解，而是指刑罚应当同等程度上证明罪犯的不法宣称是无效的。同态报应的意义即在于此：罪犯以什么样的方式否定法秩序，刑罚就以什么样的方式对犯罪进行再否定。因此，如果社区矫正是实施同态报应恢复法秩序的适当方式，那么就在正义层面确立了社区矫正作为典型刑罚方式的正当性。

对上述观点的另一种质疑是，本文所主张的同态报应将使得刑罚丧失其应有的威慑力，因为以社区矫正为基本模式的刑罚相对于当下动辄数年乃至数十年的有期徒刑而言实在太过轻缓。对此本文的回应是，首先，现行以自由刑为主要形态的刑罚模式在威慑效果上已经受到诸多质疑，^{〔61〕}许多经验研究表明，刑罚的确定性与及时性远比刑罚的严厉性有着更好的威慑效果。其次，虽然刑罚威慑力是法秩序前瞻有效性的要求之一，但法秩序的内在特征要求刑罚只能通过同态报应来保持威慑，不能给罪犯施加高于同态报应的负担，否则就不再是对法秩序的捍卫，而成为纯粹的强制力压迫。质疑者可能进一步追问说，本文的设想过于理想化，如果一个社会普遍存在暴力和违法，看上去就不得不使用严酷刑罚，“乱世用重典”。本文的回应是，刑罚制度的正当性本身就预设了法秩序的存在。一个普遍暴力化的社会不可能是本文所说的法秩序，此时适用的不是刑罚逻辑，而是防卫逻辑。这个普遍暴力化的社会可能需要一套社会防卫威慑机制，该机制或许可以比刑罚更为严苛，但这套机制并不是刑罚。刑罚制度本身是内在于法秩序的一种特殊实践，无法解决自然状态下的暴力消除问题。还有人可能质疑称，让罪犯在社区内服刑会使得人们缺乏安全感。对此本文的回应是，首先，过去犯了罪行，不代表未来就有危险性，罪犯是否具有危险性需要专门的评估。其次，本文并非主张对具有高度人格危险性的个体放任自流。如果有充分的证据表明罪犯有逃脱刑罚或是进一步犯罪的可能，本文并不排除先对该罪犯采取保安处分等预防性措施，或是采取其他替代刑罚。本文想强调的仅仅是，纯粹预防性措施的逻辑也不同于刑罚的罪刑均衡逻辑。

综上，犯罪行为的不法本质在于罪犯宣称自己能够凌驾于法秩序之上，同态报应刑罚之所以能恢复法秩序，就是因为其能够摧毁罪犯的宣称，向公众展示法秩序的权威性和约束力。基于这种看法，社区矫正能够被进一步发展为一种普遍性的刑罚。因为对于许多类型的犯罪而言，同态报应的合适要求并不是隔离式的监禁，而是在一定期限内将罪犯置于社区矫正机构和其他公民的控制之下，让罪犯接受社区矫正机构和其他公民的教育，命令罪犯在一定限度内为公共机关和其他公民提供无偿服务。

〔61〕 参见吴雨豪：《刑罚威慑的理论重构与实证检验》，载《国家检察官学院学报》2020年第3期，第117页以下。

六、结 论

本文试图在法秩序维护的框架内为同态报应量刑原则提供新的辩护。比例原则并非刑罚的内在道德原则,而是外在于刑罚原理的政治道德原则。在刑罚设计和量刑过程中,应当首先考察罪刑均衡,然后再适用比例原则。支持以同态报应作为罪刑均衡的标准,不需要预设不合理的刑罚证成理论,也不必然会导致不人道或不具有实践性的刑罚方式。同态报应的本质是罪犯角色的转换,将罪犯从试图脱离法秩序的优势地位转为受到法律强制力约束的弱势地位。当公民违反基本义务时,他就脱离了自己作为公民的恰当角色,主张自己占据一个不正当的优势地位。国家要证明自己仍然值得信赖,就必须向全体公众证明罪犯所主张的优势地位是脆弱的,做出这种证明的手段就是通过同态报应的方式使罪犯从单方意志不受约束的优势地位回归被法律所统治的公民地位。基于同态报应的理念,社区矫正可以被发展为一种具有普遍意义的刑罚方式。

Abstract The German version of the principle of proportionality is not an intrinsic moral principle of punishment, but a political principle external to the equivalence of crime and punishment, thus has only a secondary status. In the era of preventive criminal justice, the German version of the principle of proportionality alone cannot effectively restrain the risk of expansion of preventive punishment, and the metaphysical theories of “point” or “range” sentencing restrictions are not operable. Turning Back to the principle of Lex Talionis is an operable solution to defend the classical idea of the equivalence of crime and punishment and to prevent the trend of overpunishment, which is essentially a shift from “quantitative” thinking to “qualitative” thinking. The use of Lex Talionis as a sentencing principle does not require an unreasonable theory of moral retribution, nor does it necessarily lead to inhumane or unworkable punishments. The point of Lex Talionis is to transform the role of the offender from the dominant position of trying to break away from the legal order to the vulnerable position of being bound by the coercive force of the law, thus denying the offender’s invalid claim and restoring the credibility of the legal order. According to the principle of Lex Talionis, community correction can be regarded as a typical kind of punishment, and not just as a marginal complement to imprisonment.

Keywords The Equivalence between Crime and Punishment, The German Version of the Principle of Proportionality, Lex Talionis, Legal Order, Community Correction

(责任编辑:樊传明)