

# 刑法上比例原则应用之探讨

陈晓明\*

**摘要:**比例原则是公法领域的根本原则,也是刑法的基本原则。比例原则现今已成为法治国家衡量国家公权力的行使是否正当,对公民基本权损害是否适度的基本依据。比例原则分别从“目的导向”、“手段选择”、“价值取向”上规范刑法目的与刑罚手段之间的关系。比例原则对刑法的运用至关重要,因为它为评判刑法运用的正当与公平提供了一个客观标准,不仅在规范刑事立法和刑事司法方面发挥重要作用,而且对保护公民基本权更具重要意义。

**关键词:**比例原则 适当性 必要性 相当性

比例原则(the Principle of Proportionality)源自于1215年英国《自由大宪章》(Magna Charta Libertatum)中关于犯罪与处罚应具有衡平性的规定,即人民不得因为轻罪而受到重罚。后来,在社会契约论,特别是在法治国(the Rule of Law)和宪法基本权保障等理念的影响下,逐渐成为具有客观规范性质的行政法上的比例原则,并进而发展到宪法层面,成为具有宪法位阶的公法领域的根本原则。比例原则具有宪法位阶,因此可以适用于包括立法、司法、行政在内的一切公法领域。“禁止过度”和“合乎比例”可以说是现代法治国家中一切公权力行为正当性的基础。

自从大宪章开始,比例原则就已根植于普通法系的刑法中,然后影响到大陆法系国家的刑法,对比例的要求已经被运用在所有西方国家的刑法实务和理论中,美国模范刑法典就明确规定其主要的目的之一就是保证犯罪人免受过度的、不合比例的和武断的刑罚。比例原则在西方国家已成为刑法领域的最高原则,成为罪刑法定、罪刑均衡等原则的上位原则。因此,罪刑法定原则在许多国家被称之为刑事立法上的比例原则,而罪刑均衡原则则被称之为刑事司法上的比

例原则。虽然比例原则在国外作为刑法原则已有很长的历史,但国内学者鲜有从刑法角度加以研究。因此,如何更加准确地认识比例原则,并用其来规范刑法的运用,已成为我国刑法学领域重要的前沿课题之一。

## 一、比例原则的内涵透视

比例原则是以国家公权力与民众基本权之间的关系为考量,并以目的和手段的相当性为内涵来防止国家权力过度行使,平衡国家和个人之间利益的一个原则。它要求所有立法、司法和行政活动在追求的目的和采用的手段之间形成合理的比例关系,以达成各方利益的平衡。

自从国家产生以来,权力和权利的关系一直是法哲学中一个经久不衰的话题。每个国家都有其特定的目的存在,并且为达到其目的,必定采用某种手段施于民众某种程度的负担,也就是说不可避免地会限制民众的权利或给民众权利带来损害。为防止国家公权力的滥用,就有了比例原则的产生。比例原则现今在法治国家已成为衡量国家公权力的行使是否合法,对公民基本权损

\* 作者简介:陈晓明,厦门大学法学院副院长、教授、博士生导师。

Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, New York: Lexis Publishing, 2001, p.55.

害是否适度的基本依据。它不仅具有规范立法的重要意义,而且是审查司法裁判是否正当的重要依据。

“公法上比例原则的作用就在于规制公权力行使的手段与方法,引导国家机关妥善、审慎地行使国家公权力,除必须是能达到公益目的的手段外,还要选择对公民权利造成损害或限制程度最小的手段,而且这种造成损害的手段要与目的达成后所获得的利益处于均衡状态”。由此可见,比例原则包含三个层次内容,进而派生出三个子原则,即适当性原则、必要性原则和相当性原则。这三项子原则实际上就是要采用递进的方式对国家公权力的运用作三个阶段的检验,三者互为作用,并逐一递进和深入,构成一个有机的整体,缺一不可。

#### (一) 适当性原则

适当性是指法律手段(国家干预行为)的运用必须能够或有助于公益目的的实现。换句话说,只有该手段对追求目的的达成有助益或有效果,才符合适当性要求。反之,如果手段的采用,无助于目的的实现,甚至有碍于目的的达成,则为不适当。依德国宪法法院的见解,即使这种手段能够部分达成目的也符合本原则的要求。适当性要求采用的手段必须符合实质理性,具有保持和促进社会价值的积极意涵,为一般社会观念所接受。由于该原则要求的是以目的为导向的手段选择,因此其所展现的是手段与目的之间的关系。

就刑法来说,国家动用刑罚惩罚犯罪必须有助于保护法益目的的实现才属适当,而保护法益符合公益目的并无疑问,因为它是维护社会生存的必要手段。从早期有人类群居开始,惩罚即是社会控制的手段之一,以强迫人们遵守社会习俗与法律规范。国家产生以后,刑罚就成为最正式、最严厉也是最能达到社会控制的方法。刑法作为一种重要的社会调控手段,旨在借助于规范社会参与者的行为,以及藉此所形成的井然的社会秩序,促进人类的全面发展。

犯罪是严重危害国家、社会或个人利益的不法行为,是对法秩序的严重破坏,不仅威胁国家的统治,也威胁到人类自身的生存。国家以刑罚

这种最为严厉的法律制裁手段制裁犯罪人,进而控制和阻遏犯罪,就是为确保社会共同生活的基本价值,建立社会共同生活所必需的法律秩序。刑罚的基本任务就是要维护一个平稳有序的社会环境,虽然其在解决犯罪、维护社会秩序上并非万能,但却是一种不可或缺的方法。

#### (二) 必要性原则

必要性原则是指在所有能够达成目的的手段中,必须选择损害民众权利最小、最温和的手段。换句话说,在不违反或减弱该法律所追求之目的的前提下,应选择对人民侵害最轻之方法,也即符合“最小侵害原则”。这一思想源自于德国魏玛时代著名学者佛莱尔(F. Fleiner)的“不可用大炮打小鸟”的名言(法谚),表明了严厉的手段惟有在已成为“最后手段”时,才可使用。

必要性是从经验的因果法则来考虑诸种手段之间的选择问题。因此它所表现的是一种手段与手段之间的比较和选择关系。通常,为达某种目的往往可能存在多种手段,在这种情况下,也就意味着有自由裁量权的存在,即在不同手段之间进行比较与取舍的权利。为达到目的,执法者有权选择一种在他看来合适的手段。但是,必要性对执法者的选择权进行了限制。它要求在考虑诸种手段之间的选择问题时,应依据经验和知识对所采用手段的必要性进行判断,保证所要采取的手段在诸种可供选择的手段中是最合理的选择。可见,必要性原则本质上是从手段的选择上规范国家权力的行使,成为限制自由裁量权的利器。

从刑法角度而言,首先对公民权利的最小侵害是刑罚人道化的基本要求,是对公民基本权的尊重。刑罚人道化要求刑罚的适用尽可能地宽和、轻缓、人道。如果能够用较轻的刑罚手段抑制犯罪和保护合法权益时,就无需动用较重的刑罚。如果运用刑罚所产生的负面效应过大时,也不宜采用;如果其负面效应比犯罪产生的负面效应还要大时,就更不能采用。而且即使其他控制手段没有充分发挥效果,刑罚也不一定能够无遗漏地处罚,因为不考虑刑罚方法的程度和时机,会导致刑罚自身价值的贬值和社会反应的麻木,甚至破坏社会伦理道德的基础,给社会造成更严

姜昕:《比例原则研究——一个宪政的视角》,法律出版社2008年版,第16页。

陈新民:《宪法基本权利之基本理论》(上),元照出版公司2002年版,第239页。

重的损害。英国著名学者边沁曾指出,立法者如果希望鼓励一个民族具有人性,那么它自己应该首先树立榜样。……因为温和的法律能够使一个民族的生活方式具有人性,政府的精神会在公民中得到尊重。

其次,刑法只是保护法益的最后手段,只有当其他法律不能充分保护法益时,才可适用刑法的保护。刑法并非万能,不可能对所有的不法行为毫无遗漏地加以规范,其他的规范如道德、宗教、习俗等仍应发挥作用。如美国法哲学家博登海默所言:“虽然在有组织的社会的历史上,法律作为人际关系的调节器一直发挥着巨大的和决定性的作用,但在任何这样的社会中,仅仅依靠法律这一社会控制力量显然是不够的。实际上,还存在一些能够指导或引导人们行为的其他工具,这些工具在实现社会目标的过程中用以补充或部分替代法律手段,这些工具包括权力、行政、道德和习惯。”刑法仅具最后防卫手段性质,是抗制违法行为的最后一道防线,只有在其它法律手段无效时,才可动用刑法手段。所以,刑法实际是一种保障性规范。

最后,刑法只是社会规范体系中的一部分,并非社会规范的总成,不应当介入民众社会生活的所有角落。刑罚惩罚的对象,只限于损害重大法益的行为,并非一切不法行为均须以刑罚加以制裁。所以,应将那些虽有社会危险性或危害性,但程度较低的不法行为排除在刑事法律之外,以其他规范来加以调整。就是说,刑法只是众多的社会调整方式中的一种,刑法的规制范围,并非及于全部不法行为,运用刑罚手段仅限于维持社会秩序、保护重大法益所必要的最小范围之内。

### (三) 相当性原则

相当性原则要求国家所采用的手段必须与追求的利益(jus fructus)以及法信仰(convictio juris)达成平衡,不应给民众造成过度的负担。所谓“过度的负担”是指法律或公权力措施所追求的目的和所使用的方法,在造成民众权利损失方面不合比例。换句话说,国家采取手段对民众权

利所造成的损害不得大于追求目的所产生的公益,应在目的与手段间保持适当、正当和合理的比例关系。这种比例不仅要考察该手段对民众利益的直接损害以及国家及社会的受益,还应考虑该手段是否也对民众带来利益,或对国家及社会带来损害。因此必须对手段所侵害的程度以及带来的效益进行整体衡量。这是一种天平式的衡量,它把国家所追求的利益与人民被侵害的权利,一起放在天平上衡量,反映了一种价值取向。其核心在于通过目的与手段间的衡量,兼顾国家、社会以及个人利益的平衡,确保基本人权的实现。

公权力在追求公益目的的过程中不可避免地会给个人权利带来损害。此时,公权力就必须保证其所带来的利益要大于对公民个人利益造成的损害。为了符合相当性,公权力有的时候甚至必须放弃对其目的的追求,这也是相当性与适当性和必要性的不同之处,它不以目的为导向,不受目的所左右。如果一个公权力手段所欲达成之目的与采用该手段所造成对民众之负担间明显超出合理比例,就应放弃对该目的的追求。

相当性建立在利益衡量基础之上,因为在运用刑罚的情况下,不可避免地会引起双方,甚至多方利益的冲突,在存在双方或多方利益冲突的情况下就有了诸利益之间价值的衡量判断问题。德国宪法法院甚至认为相当性原则实际就是利益衡量的代名词。利益衡量并不属于精准无误的科学法则,而是一种抽象的价值判断,因为生命、自由等无法用经济价值来换算。通常,衡量的标准有二:一是公益的重要性程度及其所受损害的危险程度。公益的重要性有程度差别,如德国就将公益分为一般公益、重要公益与极端公益三个层次。层次不同,表明规范所欲保护的公益重要性不同。此外,还应考虑保护公益的迫切性,即公益遭受损害的危险程度以及危险发生的可能性程度。危险程度越大,危险发生的可能性越大,对公益的保护就越重要。二是公民基本权受损害

[英]边沁:《立法理论——刑法典原理》,孙力等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第151页。

[美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第357页。

同注,第242页。

叶俊荣:《论比例原则与行政裁量》,载《宪政时代》1986年第3期,第79~96页。

许宗力:《基本权的保障与限制》(下),载《月旦法学教室》2003年第14期,第55~67页。



程度。这首先必须确定基本权在价值秩序中的抽象位阶,如生命权、健康权和自由权等。其次,要考察基本权在个案中的受损害程度。

相当性在刑法上意味着罪刑均衡。罪刑均衡要求重罪重判,轻罪轻判,罪刑相称,罚当其罪。罪刑均衡思想最早可以追溯到原始社会的同态复仇和奴隶社会的等量报复。以眼还眼、以牙还牙,是罪刑均衡思想最原始的表现。现代意义的罪刑均衡则发端于18世纪的启蒙思想家,并在资产阶级革命胜利后,被确立为一项重要的刑法原则。自那以后,罪刑均衡原则虽经挑战,但其蕴含的公正性始终是刑法所追求的重要价值基础。因此,尽管罪刑均衡原则在内容上有所修正,但作为刑法基本原则的地位却是毫不动摇。现代法治国家无不把量刑均衡作为对刑事审判活动的基本要求,同时也把其作为判断司法公正的根据。

在现代刑法中,报应思想完全不同于原始状态下的简单报复。报复只是希望抚平仇恨的心理,并无节制可言,不能体现出刑罚存在的社会价值。而现代报应思想以实现社会公平正义为使命,一方面强调透过正式的刑事追诉,防止私人间的报复;另一方面强调善与善、恶与恶之间的对等关系,刑罚程度与犯罪内容的比例关系,追求“均衡的正义”。这种均衡正义,按照黑格尔的观点,并非是量的绝对均等,而是一种以价值平等为基础的等价报应,也就是说,对犯罪行为的否定,不再是自然现象的思考,而是法律规范的价值判断,具有价值象征性。均衡是正义的应有之义,并已独立地成为一项法律价值。“罪刑均衡”是报应思想的核心,已在法治国家的法律中有所体现。有了这种均衡,就可以防止刑罚漫无目的或无节制的超量的运用,所以,它被认为是正义理念的表征。

## 二、比例原则在刑法中的应用

### (一) 适当性——解决犯罪的适格问题

适当性的本意是要解决公权力行为的正当

性问题,体现在刑法上就是要解决行为的应罚性问题,即何种行为应当受到刑罚处罚。这是一个应然层次的判断,是刑事立法所要解决的问题。具有应罚性的行为,才具备犯罪的适格,是构成犯罪的前提,而何种行为具有应罚性,则主要取决于刑法追求的目的。由此,动用刑法就必须具备以下两个条件。

1. 目的正当性。刑法目的就是国家制定、运用和执行刑法所追求的价值目标。何谓正当目的?这是一个颇具争议性的问题。长久以来,争论的焦点一直在于刑法是要保护法益还是要维护社会的伦理秩序。前者认为刑法不是维护伦理秩序,而只能是保护法益,因为国家不应干预个人的内心,应尽可能地尊重个人不同的价值观。后者则主张刑法的目的在于对社会伦理规范的维持,偏重个人的社会义务,希望通过刑法的执行,以维护世道人心。

两种争论实际上反映了不同的价值观。在现代法治社会,法益的明确性、固定性和可预测性为判定犯罪适格与否提供了一个简便而具体的标准。保护法益的观点越来越得到各国理论和实务界的认同,因为这顺应了法治社会构建的基本要求。对法益是否造成侵害或危险就成为判断一个行为是否应当处罚的基本依据。而伦理则有抽象性和不确定性,无法为认定犯罪提供一个明确标准。单纯以伦理作为判定基准必将导致刑罚扩大化,从而危及对个人基本权利的保障。德国刑法学家费尔巴哈在倡导“法治国”时就提出要严格区分法律与伦理的界限,犯罪不是违反伦理而是违反法律,立法者应当尊重良心的自由,法律不是伦理的审判者。因此,“刑法只能保护具体的法益,而不允许保护政治或者道德信仰,宗教教义和信条,世界观的意识形态或者纯粹的感情”。因此,在现代法治社会,刑法的目的就是保护法益。

目的合乎“公益原则”才具有正当性,这并非量的问题,而是质的问题,“基于任何公共利益之外的理由对个人合法权益的单方面克减乃至剥夺都是非法的”<sup>①</sup>。法益是指刑法所保护的生活利

转引自柯耀程:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社2003年版,第369页。

[德]克劳斯·洛克辛:《刑法的任务不是保护法益吗?》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》,法律出版社2007年版,第146~165页。

① 胡建淼、邢益精:《公共利益概念透析》,载《法学》2004年第10期,第3~8页。

益,无论是个人、团体、社会或国家均存在。<sup>⑫</sup>在我国刑法理论中,法益通常被称为客体(社会关系)。保护法益当然符合公益原则,因为它不仅是对整个法秩序的保护,更是对人类自身生存条件的保护。任何犯罪都必然是对刑法保护的法益造成损害从而具有社会危害性,这是认定犯罪的最低限度。法益的存在不仅决定了立法上刑罚存在的必要性,而且决定了司法上处刑的合理性,同时也说明剥夺个人自由权和生命权的正当性。保护国家、社会和个人生活上的利益已成为各国刑法的共同任务。国家运用刑罚手段惩罚犯罪,就会对法益(社会关系)起到重要的保障作用。

2. 手段有效性。只有目的正当仍然不够,从应罚性的角度来说,刑罚作为一种手段只有在对法益的保护能有助益或起一定效果时,才能满足适当性要求。手段有效性在刑法层面就是刑罚与保护法益目的正当联结性,即合目的性。由于刑法通常已经先行预设刑罚的手段有助于法益保护目的的达成,因此,如果要对某种行为科处刑罚,只要证明该行为对法益有侵害或有侵害的危险即可。如果欠缺所要保护的法益,刑罚的运用自然失去了其目的正当性,更谈不上有效性。

现以通奸和重婚为例加以说明。通奸在许多国家被规定为犯罪,而在我国刑法中则不是。通奸是否应被规定为犯罪虽然可以从多方面考量,但基本的前提是必须要有需要受刑法保护的法益。究竟通奸侵害何种法益?人们说法不一。如果说惩治通奸是为了保护一夫一妻制并不恰当,因为通奸只是单纯婚外性行为,在法律上或事实上并不存在夫妻一方与他人建立婚姻关系的情形,并没有对一夫一妻制造成破坏。如果说惩治通奸是为了维护婚姻家庭制度也纯粹是基于情绪性考虑。首先,婚姻关系的维系需要良好的感情基础,维护毫无感情的婚姻没有意义,不应成为刑法的目标;其次,对通奸行为进行惩罚,不仅对婚姻不能起到维系作用,反而导致感情更加恶化,加速婚姻的灭亡。就是说,通过刑事立法制造感情义务对感情和婚姻的维护毫无效果,甚至对婚姻家庭只有破坏而没有建树作用。如果说惩治通奸仅是为了保护配偶间的性忠诚,则将通奸犯罪化更是毫无必要。通奸固然违背性忠诚义务,会

给对方造成精神损害,但这种损害完全可以通过民事制裁加以解决,无需动用刑罚手段。在国外,刑法惩罚通奸大多意在塑造和维持社会的善良风俗并宣示国家对婚姻的重视,这本身并没有错,问题是这种抽象的泛道德化的主张很难与作为具体法益的基本权建立直接联系,也无法反映具体的法益受到了侵害。因此,并无应罚性问题。由此可见,现实许多国家惩罚通奸的理由并不充分,因为其所要保护的法益要么不存在,要么过于抽象。这样的立法本身即是问题,因为“从法治国家的标准而言,一个刑法的立法,如果无助于其目的的实现,不能保护所要保护的法益,那么这一个法律本身的存在就是一个违法”<sup>⑬</sup>。因此,通奸不作为犯罪处理是有一定道理的。

重婚则完全不同。重婚不仅严重破坏了一夫一妻婚姻家庭制度,而且侵犯了他人的婚姻家庭关系,既是对公民合法权利的侵害,也是对社会公共秩序的公然践踏,严重妨害社会稳定。如此严重的法益侵害性,非刑罚手段不足以抑制和预防,因此,重婚就存在着刑法所要保护的法益,自然就有了动用刑罚手段加以规制的问题。换句话说,为使法益受到更好的保护,以刑罚制裁重婚是可以被接受的,符合适当性要求。

#### (二) 必要性——决定动用刑罚的条件

必要性的本意是要解决手段的选择问题,反映在刑法上就是行为的需罚性问题,即行为在何种条件下需要受到刑罚处罚。这是一个实然层次的判断,主要是刑事司法层面所要解决的问题。就刑法来说,并非所有危害社会的行为都应当被当成犯罪来处理,更不是所有危害社会的行为都须动用刑罚加以处罚。因此,何种情况下需要运用刑罚就应在司法过程中加以解决。

何谓“需罚”?这是一个十分复杂的问题,人们的认识不一。但是,在现代法治国家,由于受刑法谦抑思想的影响,刑法只是保护法益的辅助工具,只有在行为得不到其他手段有效抗制的时候才可动用。换句话说,就是要把刑罚的运用限定在最合理和最小的限度范围。需罚性本质上是功利主义的产物,功利主义大师边沁曾经指出,刑罚本身即是一种害恶,会剥夺或者限制受刑人的权利,只有当它被用来排除更大的恶时才能适

<sup>⑫</sup> [德]李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第4页。

<sup>⑬</sup> 黄荣坚:《刑罚的极限》,元照出版公司2000年版,第13页。

用。在惩罚无适当理由,无效、无益和无必要的情况下,不应进行惩罚。<sup>⑭</sup>法国著名现代犯罪学家福柯也认为,对犯罪,应用最谨慎和最节制的权力干预方式,为此,他提出了限制权力干预的六个原则,一是最少(侵害)原则,强调罪刑的相当;二是充分想象原则,即罪犯对痛苦的观念;三是侧面效果原则,即刑罚对民众的效果;四是绝对确定原则,强调刑罚的确定性;五是共同真理原则,即对犯罪的确定应遵循普遍的标准;六是详尽规定原则,即对犯罪的明确界定。<sup>⑮</sup>上述各名家所言可谓十分精辟,但过于繁琐,如果归纳其思想可知,在确定需罚性的时候,至少应符合以下三项原则。

1. 运用刑罚必须符合“最小侵害原则”。以刑罚手段制裁某种行为首先取决于是否符合“最小侵害原则”。无论是从理论还是实际上讲,刑罚的运用必然会导致个人的基本权受到损害。既然损害不可避免,那么在刑罚的运用过程中,就应根据犯罪情况,尽量采用对基本权损害最小最轻的刑罚方法。

“最小侵害”是比较的产物,通常需要对行为的侵害性和手段的有效性进行比较。就前者来说,主要是比较各种手段在达成目的时对基本权可能造成的损害大小。此时就必须以法益来加以衡量,考察对法益的可能损害程度。法益可分为个人法益和超个人法益。个人法益是核心,超个人法益如国家法益和社会法益则是以个人法益为基础演变而来,是个人法益的特殊表现形态。两者只有量的差别,而无质的区别,不同在于法益拥有者的数量,因为无论是国家利益还是社会利益归根结底都是人的利益。因此,宪法规定的个人的五项基本权利,即生命权、健康权、自由权、名誉权和财产权构成了法益的核心内容。这些权利有不同的价值,对社会秩序或公共利益有不同的影响程度,因而也有不同的保障密度,故可反映不同的危害程度。此外,侵害的时间和相对人数量也是应考虑的因素,侵害的时间持续越短,相对人数量越少,表示基本权受损害程度越轻,反之亦然。就后者而言,有两个因素需要考虑:一是对用不同手段达成目的的效果进行比

较。在具有相同有效性的情况下,是否选择了损害较小之手段。二是手段即使有效,是否有必要采用或非采用不可?是否可以用其他损害较小之手段予以替代?

2. 运用刑罚必须符合“最后手段原则”。刑罚是最严厉的制裁手段,不仅可以剥夺人身自由权,甚至可以剥夺生命权,因而对公民基本权构成严重损害。如果从宪法保证人权角度而言,再以严格的标准审视,任何刑罚可能都难以构成“最小侵害”,因此,在刑法层面更重要的是考察运用刑罚是否符合“最后手段原则”。所谓“最后手段”是指如果以刑罚之外的法律手段,也能有效防止不法侵害行为时,则应避免使用刑罚。唯有在其他法律手段不能有效防止不法行为时,始得以刑罚作为该行为的法律效果。<sup>⑯</sup>这意味着,动用刑罚不应也不能成为首选,“穷尽一切其他手段”则是动用刑罚的先决条件。

“最后手段性”首先意味着刑罚不是目的,它只不过是一种实现目的的最后手段。其次,将刑罚定位为“最后手段”表明刑罚的运用范围有限。就违法行为而言,目前有“刑事制裁”、“行政制裁”、“民事制裁”等多种手段可供选择,这就需要根据社会需要和政策考量,来决定行为的危害性,并进而决定处罚的方式。

“最后手段性”是以量的不法观为基础来构建法秩序的一致性,也就是说刑法所保护的法益分别规定于其他法律中,刑法的违法性是由其他法律所决定。其他法律明示为合法的,刑法不得认为不法;而其他法律认为不法的,刑法也不一定认为不法。例如,作为法益核心内容的生命权、自由权和财产权等等均是刑法所保护的民众参与社会生活所必须的利益,它们必定同时也是宪法等法律予以保障的利益,如果不是宪法所认可的必要生活利益,宪法不可能准许以剥夺生命权以及自由权等方式加以保护。宪法之所以允许这么做必定是刑罚手段会带来更大价值的利益。因此,对不法行为应先采用较轻处罚手段,只有在无法制止和预防时,才可考虑较重的制裁手段,直至使用刑罚。

3. 运用刑罚必须符合“刑罚经济原则”。动用

<sup>⑭</sup> [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第217页。

<sup>⑮</sup> [法]福柯:《规训和惩罚》,刘北成、杨远婴译,三联书店2003年版,第103~111页。

<sup>⑯</sup> 林山田:《刑法通论》,三民书局1994年版,第18~19页。



刑罚应考虑资源的投入,以不致给社会造成过度负担为限。国家在动用刑罚手段抗制犯罪时,应力求以最小的投入换取最大的刑罚效益。刑罚,作为一种社会控制手段,它的有效运行是需要大量成本投入的。任何一个国家的刑罚资源都是有限的,有限的刑罚资源很难满足抑制不断上升的犯罪势头的需要。因此,对刑罚资源需进行合理的配置,在刑罚的运用上进行节制,“刑法应主要禁止那些危害他人的危险性和严重性超过执行法律的损害的行为”,“如果行为的非刑事指控方法的净收益等于或大于刑事指控方法的净收益,那么,应采用非刑事方式”<sup>①⑦</sup>。可见,即使是在刑罚与其他法律手段同样有效的情况下,也应避免刑罚的运用。只有在行政制裁等手段无法减少或防止法益受到侵害的情况,即在别无他法的情况下采用刑罚,才具备了充足的正当性。

### (三) 相当性——确定合理的罪刑关系

比例原则本质在于国家不能为达目的而不择手段,因此,解决了应罚性和需罚性只是解决了行为的入罪化问题,仅此还不够,还必须解决相当性问题,即罪刑均衡问题。这事关刑法的价值取向。

相当性一般意义上来说是指刑罚的强度应与犯罪的程度成比例,同时在一定程度上应与刑罚的目的相适应。关于相当性的争议也十分激烈。因为自现代刑法发展以来,一直存在报应主义和功利主义之争,它们对刑罚所应达到的目的以及实现这一目的的途径有不同的主张,从而对相当性的认识也就不同。

1. 报应主义与相当性。报应主义的基本目标是以罪刑均衡的方式公正地惩罚值得惩罚的犯罪人,从而实现公平与正义。报应思想认为刑罚本质是单纯的,是解除罪责的唯一方法,是自然法则的一部分,刑罚希冀达到的目的就是犯罪人进行公正报应,以其承受的痛苦来均衡其罪责。它不希冀通过惩罚犯罪所追求的功利价值来证明刑罚的正当性,也不希望通过量刑来达到一个更为广泛的社会目标。报应的正当化根据十分简单,就在于犯罪人“值得”惩罚,刑罚只针对犯罪的行为和犯罪人的罪责,凭藉对犯罪人的公正制裁,满足社会大众对于正义的需求。

报应主义追求正义的实现,刑罚量定的基础

是已然之罪,因此,报应主义认为的相当性就是刑罚与罪行等价。罪行的大小是决定刑罚轻重的决定性标准。罪行由犯罪事实、犯罪性质和犯罪情节等要素所构成,集中反映了犯罪客观上对社会已经造成的损害或可能造成的损害,体现了法益的损害程度。具体来说,评判的要素主要包括:(1)犯罪行为;(2)危害结果;(3)犯罪的时间、地点和方法;(4)罪过(包括动机和目的)。由此可见,凡是能够反映犯罪主客观方面的情状的各种要素都在考虑之列。

2. 功利主义与相当性。报应主义是基于人类的朴素情感,而功利主义则是人类理性思维的结果。如果说报应主义是人类的本能反应,而功利主义则是人类有意识的目的性追求。功利主义的基本目标是预防犯罪,它试图通过威慑、隔离和矫治等手段来实现。威慑是意在通过刑罚的严厉效果来阻止将来的犯罪行为,它一方面通过惩罚犯罪人对其进行威慑,同时也给整个社会发出一个强烈的信号。威慑的立论基础是以足够严厉的刑罚阻止潜在的犯罪,从而对潜在犯罪人产生抑制力,其成立的前提是犯罪人会衡量快乐与痛苦。隔离是出于保护公众免受犯罪人再次犯罪的危害,其哲学起源于“眼不见为净”之观念,认为犯罪人既然已经违反社会大众合意之规范,就不应再允许其留在社会中继续作奸犯科,应将其与社会隔离,不致再危害社会。隔绝的方式就是把犯罪人送进监狱,与社会隔离,以剥夺他们再犯的条件。在隔离的目标之下,刑罚处罚既非给予教训,也非予以威慑,更不是犯罪的代价对偿,而是单纯剥夺犯罪人从事社会生活的资格。矫治则是希冀通过改变犯罪人的行为、态度和技能以减少将来的犯罪。矫治是将刑罚用作矫治改善犯罪人的手段,通过刑罚对犯罪人的教育改造,促使其能悔过自新,不再犯罪,从而再社会化。矫治是指通过医疗、教育等手段,使犯罪人悔过向上,重新适应社会生活。在此种情况下,监狱兼有医疗、教育、职业及心理分析等多重功能。

在功利主义影响下,判处刑罚不是取决于现实的罪行,而是建立在对犯罪人再犯的可能性预测上,而这种预测主要建立在对犯罪人主观恶性的判断上。犯罪人主观恶性是指犯罪人在犯罪过程中表现出来的危害社会的反社会人格,反映了

<sup>①⑦</sup> [美]贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第352页。

行为人支配其犯罪行为的心理状态,主要表现为罪过和犯意。“犯罪意图是道德上的邪恶思想与法律上的犯罪思想的紧密结合。”<sup>⑮</sup>主观恶性越大,应受惩罚越重。反之,惩罚就越轻微。此外,行为人的年龄、受教育程度和职业技能、心理和情感状况、健康状况、就业状况、家庭关系及与邻里关系、犯罪历史、在社会和工作中的一贯表现等等也都是在决定刑罚时应考虑的因素。在功利主义看来,确定刑罚时,只有与犯罪人的主观恶性相称,才能发挥高度的刑罚效果,才有助于刑罚功利性的实现。

3. 合并主义与相当性。上列内容反映出报应主义和功利主义有着不同的道德立场和结构功能,前者强调对已然之罪的报应,后者则强调对未然之罪的预防。在功利主义者看来,刑罚的目标是要通过刑罚减少犯罪,只要是达到这一目标所必需的即是符合相当性的;而报应主义者则认为刑罚只要与犯罪造成的损害以及犯罪人的罪责成比例即可。虽然两者都主张越危险的犯罪越应受到更重的处罚。但是,他们评估犯罪危险性的依据不同,功利主义并不计算个案下的行为危险程度,而是通过预测将来的同种犯罪行为带来的整体性危害来评价其危险程度;而报应主义是对已然犯罪的回应,因而衡量的依据是现实的危害或危险,它意在惩罚过去,而不是预防将来。以累犯为例,通常,累犯应比初犯处罚重,如果有第三次犯罪那么处罚就更重。这在功利主义者看来是适当的,是阻止再次犯罪所必需的,有助于达成一般预防和特殊预防的效果。但在报应主义者看来,刑罚只应与犯罪本身成比例,所考虑的是犯罪造成的损害及罪责。犯罪人接受惩罚是在向社会赎罪或“还债”,不应为所预测的将来的行为付出代价。所以,累犯不一定要受更重的处罚。这种对相当性的不同见解造成在许多情况下在功利主义看来刑罚是符合比例的,但在报应主义看来则相反的情况。

报应主义与功利主义各执一词,难免片面,

把这些目标统合在一起就成为一个合理的结局,因为任何一种孤立的目的和价值都不能充分满足社会的需要。于是,出现了合并主义<sup>⑯</sup>等众多尝试。在当今各国的刑法中,报应与功利的统合已成为主流,它可以在不同的方面满足人们对刑罚作用的不同需求,刑罚既以惩罚犯罪为必需,同时又以预防犯罪为必要。这种统合并非机械相加或简单折中,而是相互接纳和调和,从而超越报应和功利的简单对立。但是,统合后的报应和功利并非等量齐观,仍有主次之分。前者是主,具有主导性和基础性地位,后者是次,起补充和协调作用。具体地说,报应目标优先于功利的目标,对功利有制约作用。报应构成刑罚的基底,决定着刑罚的上限和下限,而功利则是在此限度内对刑罚轻重起调节作用。这是因为:

首先,报应是实现正义的必要手段。正义是现代法治的基本价值,诚如约翰·罗尔斯所指出的:“正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。”<sup>⑰</sup>刑罚是社会制度的重要组成部分,正义当然在刑罚制度中占有极其重要的价值位置。由于正义仍然是刑罚追求的最主要价值目标,报应就当然不仅是国家刑罚权正当性的理论根据,而且是决定刑罚轻重的基础。康德在其《伦理学的形而上学要素》一书中就将报应和正义视为不容破坏的法则,并将“以牙还牙”、“以眼还眼”的反坐思想加以确立。他指出“正义之不存,则民将无法存在于地球之上”,以此来强调报应的正义的必要性。<sup>⑱</sup>正义与刑罚有着永远不可割舍的联系,可以说,刑罚就是为了实现正义而存在的。如果正义无法实现,刑罚也就丧失了其正当性。在这个意义上,报应是正当性的题中应有之义。因此,报应与功利的冲突丝毫不应影响对正义的追求,只有在公正的基础上去追求功利才是合理的,可被接受的。如在完全不可调和的情况下,只能舍弃功利而服从于公正的要求。日本大谷实教授认为:“刑罚只有在适于抑制犯罪的时候才是正当的。但是,刑罚不应仅仅服

<sup>⑮</sup> [英]特纳:《肯尼刑法原理》,王国庆、李启家等译,华夏出版社1989年版,第82页。

<sup>⑯</sup> 合并主义融合了报应主义和功利主义的主张,以正义性(即因为犯罪,要予处罚)和合目的性(即为了不使犯罪,予以处罚)作为刑罚权的根据,认为刑罚必须是既能满足正义的需求又能有效防止犯罪的刑罚,应该在公正报应的基础上实现一般预防和特殊预防的目的,强调公正的刑罚必须是讲求罪刑均衡的刑罚,不可过分强调对社会大众的威慑或对犯罪人的教化,应避免损害刑罚公正报应的本质。同样,也不能为单纯的报应而置预防目的于不顾。

<sup>⑰</sup> [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第1页。

<sup>⑱</sup> 同注,第368~369页。



务于抑制犯罪的目的,作为其前提,它必须首先是符合正义的、适当的。科处缺乏适当性的刑罚,就不能满足社会的报应感情,就会动摇国民对法秩序的信赖感,有招致紊乱社会秩序的结果的危险。”<sup>②</sup>

其次,报应是一种重建因犯罪而被扰乱的道德秩序的必需方法。犯罪是对法秩序的严重破坏,但同时也扰乱了一个社会长期形成的道德秩序,为社会伦理所不容。正是在这个意义上,日本学者大谷实将实质的犯罪定义为“违反社会伦理规范并对法益造成了侵害或危害的行为”<sup>③</sup>。法律是最低限度的道德,任何犯罪行为必定严重地违反和损害社会的伦理价值。法律和道德的关系如此密切,是因为两者在共同推行公认的行为标准,没有这些标准,人类社会将难以存续,两者彼此互补,构成社会生活的经纬。英国法官德富林勋爵曾指出,一个社会假如对政治、道德和伦理没有共同的理想和目标,这个社会将很难生存。任何人均无法创造一个对好与坏毫无共识的社会。而即便有了共识,当共识丧失时,社会便会解体。因为,社会并不是靠物质条件而结合在一起,乃是依靠看不见的共同思想。假使这一个纽带过于松散,社会的组成分子将会飘忽不定。而一个共同的道德则是这个纽带的一部分。这一个纽带是社会为维系其生存必须付出的代价。<sup>④</sup>

刑罚的本质是对犯罪人的伦理非难,表达了社会的谴责和否定评价。一个行为之所以被认为是犯罪是因为刑法的评判,而评判的基础是伦理价值。当道德判断对某种行为持特别否定的态度时,就为国家和法律的干涉提供了理由,对犯罪人的惩罚其实就是对道德的伸张。在这个意义上说,刑罚的轻重就是要与犯罪人应受非难性的大小相当。对犯罪的谴责同时也是向社会传递信息,意在强化人们尊重和服从法律与道德的意识,强化社会的伦理价值。它一方面旨在借助于规范社会参与者的行为,建立良好的社会秩序,另一方面,通过惩罚犯罪,重建井然的道德秩序,促成人类的全面发展。

再次,报应可提供确定刑罚的客观标准。报

应刑不仅要求刑罚以现实犯罪行为依据,而且要求处罚的轻重应当与行为的社会危害程度相均衡,这些都属于已然领域,具有客观性。虽然现代刑法还无法建立犯罪的恶与刑罚之间的一一对应关系,贝卡里亚所设想的“精确的、普遍的犯罪与刑罚的阶梯”<sup>⑤</sup>还无法实现,但是客观性已足以建立起衡量犯罪的真正标尺,从而使刑罚的确定标准化和规格化。这样的标准使罪刑均衡变成可看见、可操作和可检验的,有助于降低国家滥用权力的风险。功利刑的可操作性则很低,因为目前的科学和技术无法提供一个公认的人身危险性度量尺度,过分强调人身危险性在量刑中的作用,会导致公民的基本权受到损害。

功利主义虽然改变了报应主义的因果机械性,使刑罚不单纯仅有被动性,而且还有能动性,希冀通过对犯罪人的威慑、隔离和矫治,达成更广泛的社会目的。这在理念上无疑具有先进性,思想上蕴涵着某些值得肯定的积极因素,但功利并不能作为优先目标,因为:首先,功利主义面临着是否公平的质疑。功利主义的目标往往与刑事司法的人道和公平价值相冲突。威慑不尊重个体权利,它把犯罪人作为达成阻止其他人犯罪这一更大社会目标的工具,把个案中的犯罪人当作威吓大众的工具,这显然与法治国家的原则相悖。隔离和矫治实际上就是在让犯罪人为将来的行为承担责任,因为关押的理由是建立在犯罪人将来还要犯罪的预测之上。如此,刑法的轻重不再依实际的罪行和罪责,而是考虑将来的效果,这对犯罪人来说显失公平,因为他们将付出额外的代价。其次,功利目的能否实现至今无法或难以验证。严厉刑罚真能威慑潜在犯罪人?隔离的对象能得到精确的甄别?矫治措施能如预期般有效?这些目的要么过于抽象,要么不切实际,从来就没有任何证据证明其可以有效地达到。实证犯罪学已经积累了相当多证据,证实了功利主义理论的失败。所有针对犯罪人的各种类型矫正措施,并无法产生它们可以降低犯罪率的一致结论,也无可靠的威慑数据反映更多的警察、监狱及更确定更严厉的刑罚会对犯罪率产生任何的

<sup>②</sup> 转引自冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第263页。

<sup>③</sup> [日]大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第25页。

<sup>④</sup> 转引自许春金:《犯罪学》,三民书局2000年版,第567页。

<sup>⑤</sup> [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第66页。

影响。<sup>②6</sup>相反,他们越来越受到人们的质疑。美国1974年“马丁逊报告”<sup>②7</sup>中关于矫治措施一无用处的结论更是震撼了整个世界,从而直接导致了20世纪70年代后的“正义模式”的复兴。最后,无论是威慑、隔离还是矫治,所需的资源都十分巨大。巨大的代价并没有换取人们所预想目标的实现,以致于无论在经济上还是道德上均无法承受。

### 三、结束语

在任何一个法治国家,刑法面临的一个核心问题就是如何将刑罚的运用限制在适度、必要的范围之内,特别是在法律不得不给执法者留有相当程度的自由裁量的空间时,如何才能保证刑罚的裁量是适度的,不会为实现目的而不择手段,不会出现总成本高于总利益的情况。此时,基于手段与目的间关系考量的比例原则就显得尤为重要,借助比例原则可以对上述情况进行有效的控制。

比例原则的适当性原则将刑罚的运用限定

在刑罚设定的目的范围内,禁止偏离法定目的的滥用。必要性原则虽然允许自由裁量空间的存在,但进一步强化对手段的要求,表明即使目的正当,手段也不一定正当,以此限制国家刑罚权的恣意。相当性原则则进行利益上的总体衡量,设定国家刑罚权对公民权利的影响限度,以最大程度保障人权。由此可见,比例原则主要可以发挥两方面功效:一是允许对回应犯罪的不同手段进行区分,通过确定回应的目标以限制国家权力;二是限制国家选择手段的权力,要求手段必须与犯罪的程度相均衡并且与目标相适应。

总之,比例原则在法治国家的作用是不可替代的。它在限制国家回应犯罪方面扮演了非常重要的角色,保证了民众对国家反应的可预测性。同时,它也为刑罚权的运用是否正当与公平提供了一个较为客观、容易把握的判断标准,使国家权力运用中的大量现实问题得以解决,最大程度上弥补了成文法制度难以避免的法律漏洞,克服了其缺陷,从而使公民基本权受到更好保护和法治原则更具意义。

<sup>②6</sup> John Braithwaite and Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, London: Oxford University Press, 1990, p.5.

<sup>②7</sup> “马丁逊报告”以各种矫治措施为自变量,对其与再犯率的关系进行研究,在1945年至1967年间发表了231个有关矫治的报告,最终得出的结论是:所有的矫治措施对于犯人的更生及再犯率的降低,一无用处(Nothing works),或者说监狱对如何矫治犯人及降低犯罪率是束手无策的。即使某些个案成功,也无法彰显任何处遇方式的效能。参见郑善印:《两极化的刑事政策》,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,五南出版公司1998年版,第728~762页。