

法律制裁的历史回归

邓子滨*

内容提要：探寻法律制裁的起源并勾勒其演进脉络，不仅可以透视法律制裁的发生机理，而且可以把握法律制裁的发展规律。法律制裁在历史长河中，不仅有线性的流逝，而且有循环的转化；不仅有各种法律制裁方式产生与灭亡的烙印，而且有同种法律制裁方式由轻至重又由重转轻的轨迹。社会文明进步的标志之一就是法律制裁方式由严酷走向轻缓：从摧残生命的酷刑最终转向以补偿和定纷止争为内容的纠纷解决，从而使法律制裁回归历史的起点。

关键词：法律制裁 由轻至重 由重转轻 历史回归

一、原初的宽和

法律制裁的中心词是“制裁”，根据《现代汉语词典》的解释，它是指“用强力管束并惩处，使不得胡作非为”。英语中“Sanction”一词在与汉语“制裁”相通的意义上有三种所指：一是法律之外的制裁，即国与国之间，尤其是强国对弱国、多国对一国，所采取的政治、经济方面的打压；二是法律之内的制裁，即一国国内针对违法者所进行的惩罚；三是指具有威慑效力的惩罚性后果本身。因此，“法律制裁”应指国家机关根据法律和授权对违法者进行的惩罚。它既是一种活动，也是一种后果，与英文“Punishment”所具有的“惩罚”、“处罚”甚或“刑罚”同义，即有权机关依法对触犯法律或规则的人采取的使之遭受痛苦、损失或者其他损害的方法。^{〔1〕}

探寻法律制裁的起源并勾勒其演进脉络，不仅可以透视法律制裁的发生机理，而且可以把握法律制裁的历史回归。借用“回归”一词，是想说法律制裁就像有生命的东西一样，在历史长河中，不仅有线性的流逝，而且有循环的转化；不仅有各种法律制裁方式产生与灭亡的烙印，而且有同种

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 法律制裁的特征体现在它与法律之外的制裁的不同点上：（1）法律制裁不得针对国家和政治实体，而只能针对个人，包括自然人和法人，因为集体性惩罚在合法性和公平性上普遍受到质疑；法律之外的制裁则不仅可以适用于个人，还可能针对国家等政治实体以及某一族群。（2）法律制裁必须依据法律或者授权，并且以被处罚人违反法律或规则为前提，近、现代还普遍要求法律制裁必须依正当程序进行，同时不得以违反民法为由而适用刑罚或行政处罚，否则就构成对他人的侵权甚至犯罪；而法律之外的制裁则不仅包括国家间的制裁，还包括家长对孩子、老师对学生、军官对士兵、党派团体对其成员的管教、责罚以及行业自律性惩戒等，它们都不必依法律和授权以及所谓正当程序，而只需合乎制裁者的目的或者服务于某种需要。

法律制裁方式由轻至重又由重转轻的轨迹。这一历史回归命题若要成立，第一个要解决的难题是在古代循环论的历史观念和法律发展连续论的历史假定之间找到共相，因为法律的历史分析首先假定法律史是连续的，而不是往复的永恒回归和治乱循环，所以，“法律制裁的历史回归论”，可能直接面临历史发展连续性理论假定的压力。不过，本文认为，在不否认历史发展连续性的前提下，探讨历史发展中某些现象的重复性及其现实性，仍然是可能的和有益的，因为法律的历史毕竟是具体的、经验的，进而是具有现实意义的。

关于法律制裁的起源和衍生，不仅可以向古今中外法学家们求证，也可以从古老的传说、史诗以及《圣经》中参悟。法律史家亨利·梅因就曾多次引证荷马史诗，“把它作为作者所知道的不是完全出于想象的一种社会状态的描写”，藉以阐释某些古老法律概念的含义。^[2]俄国哲学家索罗维约夫引证《圣经》中“该隐杀了亚伯”的记述，以探讨罪与罚的关系，并质问为什么“在第一件凶杀后面不应该有第一次惩处”？^[3]当然也可以这样说，禁果被偷吃之后，蛇和人受到的是诅咒而不是酷刑，人类从此不再永生，这种诅咒所蕴含的惩罚性也许是最为严厉的。

向法学家求证的结果是两种不同的学说：一种学说认为，最早出现的法律制裁，主要以刑罚尤其是死刑和肉刑为主，并且不断发展延续至近代。这种学说以凯尔森的主张为代表：“制裁是由法律秩序所规定以促使实现立法者认为要有的一定的人的行为。法律制裁具有上面所讲的那种意义上的强制行为的性质。最初它只有一种制裁——刑事制裁，即狭义的惩罚，涉及生命、健康、自由或财产方面的惩罚。最古的法律只是刑法。后来制裁中才有区分：除刑罚外，还出现了一种特定的民事制裁，民事执行，也就是对财产的强制剥夺，旨在提供赔偿，即补偿非法造成的损害。”^[4]另一种学说则认为，最早的法律制裁方式是赔偿和以教育为目的的惩戒，只是在国家成熟的过程中，法律制裁的方式才逐步以严刑峻罚为主。这种学说以梅因的论证为代表：虽说“法典愈古老，它的刑事立法就愈详细、愈完备”，但由于对国家、社会所犯的罪行和对个人所犯的罪行被区分为犯罪（climina）和不法行为（delicta），所以最终“古代的刑法不是‘犯罪’法；这是‘不法行为’法，或用英国的术语，就是‘侵权行为’法。被害人用一个普通民事诉讼对不法行为人提起诉讼，如果他胜诉，就可以取得金钱形式的损害赔偿。”^[5]

两种学说之所以对法律制裁的最初形式有不同认识，主要是因为前一种学说是将“最初”定位于国家成熟之后，它所理解的法律只是国家确认的律令和习惯；后一种学说则是将“最初”定位于前国家时期，且法律制裁中的“法律”还包括远古时代的法则、规则或者习惯。可以认为，后一种学说所主张的法律制裁的历史轨迹，已经延伸到早期国家甚至前国家时期。在这一点上，梅因的论点虽然形成更早，但却更有历史根基，因为他没有忽略对理论背景的说明：“我们所能知道的社会状态的雏形，来自三种记录——即观察者对于同时代比较落后的各种文明的记事，某一个特殊民族所保存下来的关于他们的原始历史的记录，以及古代的法律”。^[6]梅因在其《古代法》第一章“古代法典”中指明，“古代的法律”是《十二铜表法》和《摩奴法典》等成文法以及它们之前的“习惯法”。

金钱形式的损害赔偿不仅适用于“不法行为”，而且适用于窃盗、凌辱、强盗甚至杀人罪，因为我们习惯上认为是犯罪的行为被完全认为是不法行为，并且这一切都产生了“债”，可以用金钱赔偿。为了说明这一点，梅因引述了垦布尔（Kembles）的观点：“根据盎格鲁—撒克逊法律，对于每一个自由人的生命，都可以按照他的身分而以一定金钱为赔偿，对于其身受的每一个创伤，对于

[2] 参见 [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年版，第一章“古代法典”。

[3] [俄] 索罗维约夫：《神权政治的历史和未来》，钱一鹏、高薇、尹永波译，华夏出版社 2001 年版，第 70 页。

[4] [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 54 页。

[5] 前引 [2]，梅因书，第 207 页以下。

[6] 同上书，第 69 页。

他的民权、荣誉或安宁所造成的几乎每一种损害，都可以用相当的金钱为赔偿。”^[7] 斯坦利·戴蒙德 (Stanley Diamond) 在《追寻原初》(In Search of the Primitive) 一书中的观点也颇具代表性。他认为：如果强奸发生在传统的共有家庭的村落里，这种不当行为可以通过和解费（仪式化地给予受害方财物），通过涤罪仪式、嘲笑挖苦等形式予以解决，对于再犯者还可能放逐。传统上，在原始村落中的谋杀被看作是一种侵权——属于私人性质的可补偿的不当行为。冲突与不和通常总能通过和解费的形式加以消除。正如保罗·拉丁 (Paul Radin) 所说：“以眼还眼的理论，对原始人而言从未真正实行过。相反，损害可以用赔偿金的形式加以替代。”人类学家派里斯蒂埃尼 (J. G. Peristiany) 也持同样的观点：“他们要求的是恢复原状或者赔偿金，而不是社会的报复。”^[8]

这种学说也适用于中国古代的情况。可以认为，西方最早的法律制裁侧重赔偿，而中国古代的法律制裁则侧重训导，同时辅之以金钱抵赎。就训导方面而论，蔡枢衡先生认为，中国原始社会惩罚违反风俗习惯行为的方法是扑扶和放逐。^[9] 三皇时代只有扑扶和放逐，没有死刑和肉刑，所以，这个时期的制裁是教导，而不是惩罚。以肉刑为中心的刑罚体系，是五帝时代起苗族首创并逐渐渗透给夏族的。^[10] 而就抵赎方面而论，根据尚秉和先生的考证，古欲讼，先以财物为抵，然民事与刑事不同。《周礼·秋官》：“以两造禁民讼，入束矢于朝，然后听之。”注：“束矢者，百矢。《诗》曰：‘其直如矢。’不入束矢，是自服其不直也。”疏云：“不实则没入官。”又：“以两剂禁民狱，入钧金，三日乃致于朝，然后听之。”注：“狱，谓相告以罪名者。剂，今券书也。”疏：“券书，谓狱讼之要辞。三十斤曰钧。”尚先生解释说：讼者，盖今所谓民事。狱者，所谓刑事也。讼轻，故入束矢；狱重，故入钧金。^[11] 这种对诉讼模式的描述很大程度上又与梅因的描述相一致，梅因认为：“在原来的司法行政中，它所采用的程序，主要是模仿私人生活中可能要做的一系列的行为，即人们在生活中发生了争执，但在后来不得不把他们的争执提交和解。”^[12] 也许，其间的一致性正反映了法律“民族性”之外的“普适性”。

中西法律史家们所描述的人类早期法律制裁方式可以说明，古代社会是伟大的历史分水岭，从身份到契约、从血缘关系到地域原则、从延伸的家族控制到向法律的过渡，都发生在这一时期。恩格斯非常赞同摩尔根对人类史前史的分期法：蒙昧时代、野蛮时代和文明时代。因此，对古代法有意义的考察应当从我们在《伊利亚特》中看到的“野蛮时代高级阶段的全盛时期”开始，并延伸至随后开始的向文明时代过渡的时期。^[13] 国家成熟完善之前，尤其是远古时代，纠纷的解决以和解为惯例，以惩罚为例外，因为运用制裁尤其是惩罚性制裁需要强大、稳定的权力后盾，而当时的社会统治力量尚不具有这种权威性。并且，当时处于生产的不发达阶段，“人们是靠狩猎、捕鱼、畜牧，或者最多是靠耕作生活的”，^[14] 恶劣的生存环境以及相对稀疏的人口，使人的生存具有重要意义。所以，只有为敬神而进行的生命献祭，而没有为制裁而进行的杀戮或残害。当时相对简陋的、带有私人性质的诉讼模式，也不适于以施加损害的方式惩罚那些前来寻求和平而不是决斗的当事人。并且，一个庞大的金钱赔偿制度所聚敛的和解费，不仅补偿被害人，而且给予调解者，客观上

[7] 同上书，第209页。

[8] [美] 博西格诺等：《法律之门》，邓子滨译，华夏出版社2002年版，第328页以下。

[9] 扑扶就是用竹制击具敲打违反者的身体，使其感到羞耻，不敢再犯。同时藉以教训旁人，使其不敢轻举妄动。放逐的方法是敲打。敲打不止，被打的人自然是拔脚就跑，执行的人紧紧追逐，终至逐出境外，便成放逐。

[10] 参见蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第55页以下。

[11] 参见尚秉和：《历代社会风俗事物考》，江苏古籍出版社2002年版，第241页。

[12] 前引[2]，梅因书，第211页。

[13] 参见恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》中关于“史前各文化阶段”的论述。

[14] 马克思和恩格斯在《德意志意识形态》第一卷第一章中说：“第一种所有制形式是部落 (Stamm) 所有制”。载《马克思恩格斯选集》(第一卷)，人民出版社1972年版，第26页。

既化解了冲突，又增加了社会收入。^[15]于是，我们或可得出结论：以惩罚为核心的法律制裁方式，不是与生俱来、天经地义的，而是国家成熟之后强加给社会的，也不是亘古不变的。因此，惩罚，尤其是残酷的惩罚，并不具有不证自明的正当性。

二、由宽和走向严酷

法律制裁有一条由轻至重又由重转轻的历史轨迹。这个历史回归命题若要成立，第二个要解决的难题是找到轻重比较的基准或对象。凭什么说一种惩罚是轻的、轻缓的或宽和的，而另一种制裁是重的、苛酷的或严厉的？不同历史时期对同一法律制裁的轻重是否有相同的评价？相同历史时期的不同国家、民族对于同一法律制裁的轻重是否有同样的标准？我们是否有能力“历史地”看问题，而不犯“苛求古人”的语境错误？在注意到这些问题的复杂性和重要性的前提下，我们可以选择纵向和横向两个比较视域：纵向而言，相同的应受法律制裁的行为，在同一法系或国家的不同历史时期，实际受到的制裁的轻重比较；横向而论，相同的应受法律制裁的行为，在相同历史时期的不同法系或国家，实际受到的制裁的轻重比较。在确定了这两个比较视域之后，还有必要说明两个问题：第一，所谓“轻重”，是使用最通俗、最容易达成共识的标准，比如，从罚金、监禁、肉刑、绞刑到五马分尸，就是一个由轻至重的排列；第二，所谓“历史时期”，是采用简单的年代标准，比如，在当今世界上，死刑多、徒刑长的国家就是相对重刑的国家，而立法上废除死刑、司法中限制死刑的国家就是相对轻刑的国家；既不进行封建主义、资本主义等意识形态的划分，也不使用“警察国”、“法治国”等西方话语。在做了上述限定之后，我们惴惴不安地继续展开历史回归的命题。

根据涂尔干的说法，惩罚性法律制裁所经历的变化有两种：量的变化和质的变化。量变的规律可以阐述如下：“当社会属于更落后的类型时，当集权具有更绝对的特点时，惩罚的强度就越大。”^[16]换言之，法律制裁由宽和走向严厉，就是这种量变的过程。就欧洲而言，这种强度在中世纪达到顶点。死刑在那个时代已经不能算是一种刑罚，必须附加割喉、剖腹、肢解、活埋、活剥、凌迟、分尸以及饿刑、碾刑、水刑、火刑、烤刑、木桩刑等刑罚，这些都是人类穷极想象的创造，目的是带来骇人听闻的效果。中国自夏至清的几千年中，刑罚方式虽流变万端，但基本保持了墨、劓、刖、宫、杀五种刑罚体系，其严酷和繁复程度不亚于欧洲中世纪。而且，这种严刑峻罚并不是到行刑阶段才开始的，无论中西，惩罚实际上都提前到拘禁伊始的刑讯。刑讯所造成的痛苦“占据了人的整个感觉，给受折磨者留下的唯一自由只是选择眼前摆脱惩罚最短的捷径”，^[17]那就是出卖自己或者出卖别人。这种量变的发生是因为历史满足了下列条件，并且，每一个这样的条件之中，又蕴含着颠覆这个条件的因素：

第一，从社会经济基础方面说，随着“第二种所有制形式”即“古代公社所有制和国家所有制”^[18]而来的私有制，使社会中的一部分人有了支配他人乃至国家的“本钱”，也有了维护和扩大这种“本钱”的欲望。因此，在对外征服逐渐成为家常便饭的同时，对内压制和统治也最终成为现实需要，而惩罚性制裁就是满足这种现实需要的有效手段。这是因为，“当制裁已在社会上组织起来时，对破坏秩序所适用的灾祸就在于剥夺所有物（possession）——生命、健康、自由或财产。

[15] 这就是所谓“誓金法律诉讼”（*legis Actio Sacramenti*），裁判官从誓金中提取保证金，这些保证金常被解入国库。前引 [2]，梅因书，第 212 页。

[16] [法] 爱弥尔·涂尔干：《乱伦禁忌及其起源》，汲喆、付德根、渠东译，上海人民出版社 2003 年版，第 425 页。

[17] [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 32 页。

[18] 前引 [14]，马克思恩格斯书，第 26 页。

由于所有物是违背他本人意志而被剥夺的,所以这种制裁就具有一种强制措施的性质。”^[19]虽说制裁的功效有赖于暴力的支撑,但不是说制裁的落实必须依靠强制;如果没有遭遇反抗,就不会有实际的强制。不过,法律及作为其后果的制裁,始终是以国家的强制力为后盾的。当然,即便是在惩罚最为严酷的时代,法律制裁所仰赖的强制力也决不仅仅来自于国家武力,道德、宗教、习惯或者荣誉等都在潜移默化中起着作用。换言之,“法律制裁与社会制裁及其他制裁共存,如对丢脸和耻辱的担心、对丧失职位的担心和对社会性排斥的担心,等等,而且,所有这一切均作为社会强制力起着作用。”^[20]

第二,从政体与惩罚强度的关系上说,“严峻的刑罚比较适宜于以恐怖为原则的专制政体。”^[21]虽不能说没有反例,但一般而言,专制政体总是靠暴力推翻前朝、赢得统治的,因而也需要以暴力镇压反叛、肃清异己,“用恐怖去压制人们的一切勇气,去窒息一切野心。”^[22]由此,酷刑必然成为统治者和被统治者唯一熟悉的统治方式,调解、和解、商谈却渐渐成为陌生的东西。对于统治者来说,酷刑可能是最便捷、成本最小甚至是最具权威宣示意义的,但是,随着人们对酷刑逐渐习惯起来,为了不使震慑的效力递减,就需要使酷刑变得更加严酷,使惩罚成为“一种制造无法忍受的感觉的技术”。^[23]惩罚若要成为酷刑,所制造的痛苦必须能够被度量,其顶点应当是各种死刑的执行以及把生命分割成“上千次的死亡”的极刑。^[24]“不同社会的握有强制执行法律权力的人们,已经选择了他们确信的在一定时间内最有可能确保人们服从其法律的那些手段。这种确信反过来有赖于传统、知识水平以及社会和经济制度条件的性质。古老的动辄处以死刑的惩罚和刑讯,并不能证明它们的使用者是嗜血者或者虐待狂,毋宁说它们证明了这样的事实:那些设计了它们的人想不出更好的、更有效的确保对他们所珍视的社会价值观加以保护的方法。”^[25]

第三,从国家所自觉利用的法律制裁功能上说,^[26]虽然没有哪部法律公然宣布威慑是其主要功能,但集权国家不约而同地强化法律制裁的恫吓效应。可以说,以统治和专政为要义的国家,必然强调威慑功能,因而需要严刑峻罚。这又取决于被制裁者对痛苦的感知和制裁者对痛苦的利用:首先,对于被制裁者来说,制裁是违背其意志的,而非自愿的东西往往是令人痛苦的。其次,制裁者意识到,人是一种趋利避害的动物,应当使制裁形成的恶害超过违法带来的利益,从而使避免制裁的愿望强于冒险违法的企图。^[27]最后,重要的还不仅是痛苦的实际感觉,而且还包括痛苦、不愉快、不便利的观念,只有这种观念才能被其他人“共同感觉到”,从而达到儆戒的效果。而单就制裁实施者而言,痛苦和恐惧是遥远的、非现实的、未经体验的,并且是与己无关的,因而他们就

[19] 前引 [4], 凯尔森书, 第 18 页以下。

[20] [英] 戴维·沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社 1988 年版,第 797 页。

[21] [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆 1961 年版,第 82 页。

[22] 同上书,第 26 页。

[23] [法] 米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店 1999 年版,第 11 页。

[24] 同上书,第 36 页以下。

[25] George Rusche and Otto Kirchheimer, *Punishment and Social Structure* (New York: Columbia University Press, 1939), pp. I- VI.

[26] 柏拉图将惩罚的功能归结为两方面:矫正的一面,即强迫做错事的人修正他的行为;威慑的一面,即警示他人不要仿效行恶之人。公元 2 世纪的罗马人盖流斯 (Aulus Gellius) 认为惩罚还有第三种功能,就是对受害人荣誉的维护。参见 [爱尔兰] J·M 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社 2002 年版,第 31 页。

[27] 黑格尔曾批判刑罚威吓论:“威吓的前提是人不是自由的,因而要用祸害这种观念来强制人们。然而法和正义必须在自由和意志中,而不是在威吓所指向的不自由中寻找它们的根据。……心理的强制仅仅跟犯罪在质和量上的差别有关,而与犯罪本身的本性无关,所以根据这种学说所制定的法典,就缺乏真正的基础。”[德] 黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆 1961 年版,第 102 页。

毫无顾忌地施用制裁，不断提高制裁的力度。^[28]法律制裁的矫正功能，也可以满足国家对人的肉体和精神的控制与征服的需要。历史上的许多惩罚方式，其野蛮程度大大超过了犯罪本身：罪犯一剑杀死他人，国家却对罪犯千刀万剐；即使是监禁，也有水牢之类令人生不如死的发明。这一切，最终涉及的总是对肉体的安排和征服，^[29]所以，囚犯的体验就是被暴力主宰的体验，自始至终都染上了恐惧的色彩。

第四，从国家运用法律制裁的潜在目的上说，惩罚的目的首先在于维护国家利益，而不在于预防犯罪或者保护个人，更不在于弥合违法所造成的创伤。因此，从国家确立了对社会的绝对控制之后到启蒙运动之前，法律制裁的方式由宽缓的和解转向了严酷的惩罚，就是国家强化威慑功能的结果，因为杀戮与残害根本无助于矫正违法者，而只有助于国家通过震慑来统治臣民。正是基于这种功利的逻辑，国家才不断强化法律制裁的惩罚内涵和威慑功能，以至于其严酷程度远远超出统治社会和矫正违法的实际需要。并且，这种超出政策一直延续至今，为现代的非法治国家所顽固奉行。为了追求威慑效果，国家甚至还经常捏造出违法，通过法律制裁的频繁适用，使人们感受到国家权力的无处不在。反对自杀的法律就是这种政治荒谬的顶峰，它将自杀看作一种犯罪，并且主张个人没有权利处置自己的生命；而取人性命却成为国家独有的特权，因为个人被理解为国家的财产。国家对自杀者的制裁目的是减小个人权利，并且宣扬一种国家至上而不是生命至上的道德意识。^[30]

三、从严酷转向轻缓

历史毕竟是复杂的，即使是肉刑大行其道的年代，也一直伴随着废除肉刑的努力。以中国的情况为例，“早在商代就……出现了轻则带械示众和强制劳动相结合，重则关进监牢强制劳动、不改不放的圜土制度。周初总结历史经验，成为周礼定制。实际意味着自由刑制度的萌芽，为新的刑罚体系的出现和进一步缓和刑制准备着条件。”^[31]不过，自由刑的萌生也仅仅是制裁趋缓的条件，而并不代表惩罚手段已经走向缓和。历史上，大量较轻的制裁方式确实一直与肉刑、死刑或极刑并存，因为统治者无论怎样残暴，都不可能不对被制裁者及其行为进行区别，所以，由轻至重也好，由重转轻也罢，都是一种总体的、一般意义上的比较。早在《尚书·吕刑》中就有货罚制度，成为后世征赃、赎罪和罚金等征收财物制度的起源。但总体而言，有唐以来一直沿袭着笞、杖、徒、流、死的五刑体系，直至清代沈家本改革才彻底完成了从肉刑中心向自由刑中心的过渡，实现了中国刑罚体系的近代化。^[32]西方与惩罚有关的制裁规律也大体相同，涂尔干将其阐述为质变的规律：“惩罚就是剥夺自由（仅仅是自由），其时间的长短要根据罪行的轻重而定，这种惩罚逐渐变成了正常的压制类型。”^[33]这种压制类型的质变，就是我们所说的“由重转轻”的进程。

也许，社会文明进步的标志之一就是法律制裁方式由严酷走向轻缓：从摧残生命到死刑唯一，再到废除死刑；从肉刑到自由刑，再到缓刑、罚金等监禁的替代措施，最终走向以补偿和定纷止争为核心内容的纠纷解决方式，从而使法律制裁回归历史的起点。当然，这种回归是一个漫长的历史

[28] 这符合“米尔格拉姆试验”的结论：在没有亲身体验的前提下，权威意志的执行者会心安理得地对他人施加痛苦。参见[德]汉斯·约阿希姆·施奈德：《犯罪学》，吴鑫涛、马君玉译，中国人民公安大学出版社1990年版，第597页以下。

[29] 前引[23]，福柯书，第27页。

[30] 参见[法]路易·樊尚·托马：《死亡》，潘惠芳译，商务印书馆2001年版，第二部分第三章“是理想的死亡？还是被控制在手中的死亡？”。

[31] 前引[10]，蔡枢衡书，第84页。

[32] 对此，蔡枢衡先生不无遗憾地指出：“这一变化主要并非中华民族群众的个人自我觉醒，而是当时中国社会半殖民地化在刑法上的反映。”前引[10]，蔡枢衡书，第95页。

[33] 前引[16]，涂尔干书，第437页。

过程,虽不能在短时间内完全得到验证,但也不能完全算作一种理论假设,因为毕竟有各国的法制史实可为佐证。回归之路也自有其理论指南,那就是人们对于法律制裁功能和实效做了有益的区分。在初民社会,作为制裁手段的惩罚多半是出于受害者及其亲属本能而未加反思的情感,不过,其具体方式逐渐被氏族、城邦和国家所掌控和规范,并被注入了关于正当性的思考。矫正和威慑作为法律制裁的主要功能,在满足国家需要的同时,其实际效果却不容乐观。血腥极刑所带来的仇恨和反抗自不必说,监禁所造成的腐败和黑暗也逐渐被揭发和认识。并且,矫正和威慑都不存在固有的善恶,运用的方式和宗旨才是关键。这是因为,即使是旨在迁善的矫治措施,在暴虐专制的国家也能导致这样的结论:任何人,只要他的生活或思想被认为是可以改变的,国家就可以拘捕他,强迫他改好。^[34]相反,即使是旨在恫吓的威慑理论,在政治开明的国度也坚持着一个独特的原则:“在轻罚可以收到同样的威慑效果时,施以重罚就是错误的。因为,国家行动的明确目的是维护权利;如果不用重罚也能有效地维护权利,国家的目的就不能成为施加重罚的正当理由。”^[35]

尽管如此,人们还是意识到,注重矫正功能,抑制威慑功能,才是明智的、代价最小的选择。由此,不仅带动了法律制裁走向轻缓,而且引出了近代法治理念的逻辑结论。比如,死刑无助于矫正罪犯,它的功能仅止于威慑,并且其威慑效果也值得怀疑,因此,废除死刑成为有理有力的结论;^[36]再如,人们在监狱的围墙里面看到的是污秽、腐败和野蛮,而在监狱的围墙外面却看不到犯罪的减少。“一个无所慰藉的家庭被法律把自己的家长和支柱夺去送上断头台,但是如果这个家庭能够只是为了这场灾祸而痛哭一场,那还算是太幸运了:他们全家都要蒙受永久的耻辱。心灵正直而敏感的不幸者,不得不负起只有恶棍才能承受的那种可怕惩罚的全部重担。”^[37]人们还意识到,矫正与威慑两种功能时常是手段与目的的关系,因而在“人是目的,不是手段”的理念下,“惩罚在任何情况下,必须只是由于一个人已经犯了一种罪行才加刑于他。因为一个人绝对不应该仅仅作为一种手段去达到他人的目的……”^[38]法律制裁的功能不等同于实际的效果。法律制裁的运用,必须考虑到它的副作用。因此必须谦抑自制,厚德慎罚。

对法律制裁正当根据的追问,也促使法律制裁从严酷趋向轻缓。法律制裁的正当根据首先来自“正义的观念——即不能逾越永恒固定的界线的观念——是一种最深刻的希腊信仰。神祇正像人一样,也要服从正义。”^[39]如果以此作为法律制裁的根据,则制裁意味着对扩张的抑制和对亏损的补偿。^[40]这种正义观经过修正与完善,至今仍在广泛流传。因为每个人或事物都有其适当的范围,逾越这个范围就是“非正义”,所以对“非正义”的矫正就是使其回到适当范围。由此,法律制裁的根据就在于,“通过刑罚对于不法和犯罪的否定,法、正义就得到恢复和维护。”^[41]这便是亚里士多德所谓“矫正的正义”,而他所谓“分配的正义”意味着给每个人以应得的东西。^[42]选择违法

[34] 参见 [英] 鲍桑葵:《关于国家的哲学理论》,汪淑钧译,商务印书馆 1995 年版,第 221 页。

[35] 前引 [34], 鲍桑葵书,第 226 页。

[36] 死刑存废的争点之一就在于,威慑效果不是一个可以实证的问题,反对废除死刑的人同样可以说,如果没有死刑的威慑,会有更多的严重犯罪。

[37] [法] 罗伯斯比尔:《革命的法制和审判》,赵涵舆译,商务印书馆 1965 年版,第 14 页。

[38] [德] 康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆 1991 年版,第 164 页。

[39] [英] 罗素:《西方哲学史》(上卷),何兆武、李约瑟译,商务印书馆 1963 年版,第 52 页以下。

[40] 黑格尔的学说与此一脉相承:“仅仅对外的定在或占有有所加的伤害,只是对某种形式的所有权或财产所加的不利或损害;扬弃造成损害的伤害便是给被害人以民事上的满足,即损害赔偿,如果可以找到这种赔偿的话。”前引 [27], 黑格尔书,第 100 页。

[41] 贺麟:《黑格尔著 法哲学原理 一书评述》,载前引 [27], 黑格尔书。

[42] [美] 博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社 1987 年版,第 253 页。

既然是理性人意志自由的反映，那么违法者应得的东西就应当是法律的制裁。^[43]用黑格尔的语言表达就是：“认为刑罚既包含着犯人自己的法，所以处罚他，正是尊敬他是理性的存在。”^[44]

与正义有所不同的是，统治权力虽然也是法律制裁的根据，但不是其正当根据。因此，对法律制裁正当性的追问，就转化为对统治权力正当性的关注。这种关注表现在两个方面：统治权力本身的正当性和制裁手段运用的合法性。“朕即国家”、“朕即法律”是最遭白眼但也最为顽固的观念，直到今天仍有它的遗风余韵。^[45]“君权神授”的理论在宗教的介入下曾使神权和神意成为法律制裁的正当根据；而“君权民授”的观念在“臣民利益是统治制度存在的主要目的”这一箴言的引领下形成了“契约论”，这种理论主张，法律制裁的正当根据是人民让渡给统治者的可撤回的权力，所以，从根本上说，对人民施加的任何剥夺和损害，包括法律制裁，都应征得人民的同意。不仅如此，“每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些，只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权。一切额外的东西都是擅权，而不是公正，是杜撰而不是权利。”^[46]因此，反对国王的斗争往往与反对国王的酷刑互为因果，但是，只要以革命作为斗争手段，就不得不“借助恐怖来统治人民的敌人”。^[47]最终，反对酷刑的革命并不能导致酷刑的废除。

法律制裁原则的确立也推进了法律制裁的轻缓。从本质上说，原则就是限制，就是约束，其理论背景是法治的理念。在启蒙思想家看来，“如果刑法的每一种刑罚都是依据犯罪的特殊性质去规定的话，便是自由的胜利。一切专断停止了，刑罚不是依据立法者一时的意念，而是依据事物的性质产生出来的；这样，刑罚就不是人与人的暴行了。”^[48]由这种理念引申出来的就是罪刑法定原则，但这个刑法的基本原则也可适用于所有的法律制裁，我们将其概括为法定原则。这个原则的前提是立法权与司法权分立，目的是防止法律制裁的擅断、无常和任意，必须用法律将“什么是应予制裁的行为”和“应当适用什么制裁”都明文规定下来。这也就是法律格言“Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege”^[49]的精神实质。

四、由重转轻的依次替代

法律制裁的替代有三重含义：其一，由刑法的谦抑性所决定，力求以最小的支出，即少用甚至不用刑罚，来获取最大的社会效益，即有效抗制犯罪，换言之，在刑罚体系内以较轻的刑罚取代较重的刑罚；根据边沁的说法，法律的目的是增长幸福，因而要尽可能排除减损这一幸福的东西。既然所有的惩罚都是损害，则所有的惩罚本身都是恶。如果它被允许，那只是因为有可能排除某种更大的恶。因此，在下列情况下不应施加惩罚：（1）无理由，即不存在要防止的损害；（2）无效果，即不可能起到防止损害的作用；（3）代价过高，即惩罚造成的损害大于要防止的损害；（4）无

[43] “惩罚的正义性只能从自由意志这个假定中推论出来，如果这种假定真能给予充分支持的话；如果人的行动是必要的，那么惩罚就是非正义的。”[英]威廉·葛德文：《政治正义论》（第二、三卷），何慕李译，商务印书馆1980年版，第522页。

[44] 前引[27]，黑格尔书，第103页。

[45] 现实主义国家观便强调：“统治者通过自己的意志来创设法律；他的命令永远都是法律，无论这些命令是多么的不道德和多么的非理性；并且，他还可以以物质性力量来强迫人们进行服从。”[法]莱昂·狄骥：《公法的变迁/法律与国家》，郑戈/冷静译，辽海出版社/春风文艺出版社1999年版，第408页。

[46] 前引[17]，贝卡里亚书，第9页。

[47] 前引[37]，罗伯斯比尔书，第176页。

[48] 前引[21]，孟德斯鸠书，第189页。

[49] “没有法律就没有犯罪，没有法律就没有刑罚。”这个格言还引申出一系列下位原则：法律可预见原则、禁止习惯法和事后法原则、法律不明确即无效原则、禁止不利于被告的类推原则、法律冲突时做有利被告的解释原则、禁止处罚不当罚的行为，也就是“法律不理睬琐细之事”原则。

必要,即以较小的代价便可防止损害。^[50]其二,用另一种较轻的法律制裁体系,取代较重的法律制裁体系,即用行政法律制裁取代刑事法律制裁,或者以民事法律制裁取代行政法律制裁。分而论之,民事法律制裁的目的主要在于对权利损害和财产损失进行救济,突出其补偿性和恢复原状性,兼有引导和约束人们行为的作用;而行政法律制裁被认为是介于民、刑两者之间的法律制裁方式,它以被制裁人违反行政管理秩序的行为为前提,必须依照法律、法规或者规章规定,由特定的行政机关依照法定的程序实施。其三,不再使用任何法律制裁,而代之以道德教育、舆论批评等方式,或者将原本须适用法律制裁的行为径直转化为法律和道德所允许甚至鼓励的行为。比如,通奸行为在文明社会里已不再是一种犯罪;投机倒把在市场经济中定然是一种常规行为。

就第一重含义而论,“刑法是公民自由的大宪章,这一思想是现代法治国家刑法的精神,也是现代刑法与以往专制刑法的最根本区别之一。”^[51]对于犯罪这种社会疾患应当寻找社会的综合的救治办法,而且不能指望通过刑罚来消灭犯罪,只要将其控制在不至于危及社会生存条件、社会尚可容忍的限度内即可。德国刑法学家耶林指出:“刑罚如两刃之剑,用之不得其当,则国家与个人两受其害。”^[52]因此,如果自由刑能够解决问题,就不应当用死刑;^[53]如果缓刑、罚金可以解决问题,就不必适用监禁。更不应当迷信刑罚的威慑力,尤其不应当迷信重刑对未然之罪的遏制效果和对已然之罪的矫正功能。值得警醒的是,过去一、二百年里,刑罚不断减弱其严厉性,这是一个争议不大的史实。然而,像福柯所分析的那样,伴随着惩罚的对象由肉体置换为灵魂,惩罚的强度是真的减轻了,还是变成了一种隐蔽的精神酷刑?^[54]“洗脑”、“净化灵魂”以至于“脑手术”,使“精神控制”、“灵魂改造”成为人类面临的新的威胁与恐怖。从这个角度看,不知历史是在进步,还是进入了另一种不祥的“轮回”:残忍,灵魂深处的残忍?

就第二重含义而言,对于危害社会的行为,只有在运用民事的、行政的法律手段仍不足以抗制时,才能运用刑事法律制裁。因此,运用刑法手段解决社会冲突,应当具备以下两个条件:一是行为必须具有相当严重的社会危害性,国家和社会都已经忍无可忍;二是作为对危害行为的反应,刑罚应当具有无可避免性,即,如果不以国家最严厉的反应手段予以制裁,就不足以有效维持社会秩序。这个含义上的法律制裁替代途径是“非刑罚化”,即减轻法律规定的对某些犯罪的刑事法律制裁,虽然这些行为仍被认为是犯罪。在非刑罚化思想的影响下,人们致力于对监禁的替代,转而适用缓刑或罚金,以求整个刑事制裁体系的轻缓化。

而第三重含义的替代,则主要是指“非犯罪化”,即取消某种罪名,排除某种行为应受刑事法律制裁的可能。不仅是“非犯罪化”,这种含义的替代还包括将某种行为彻底合法化,使之不受任何形式的法律制裁。为此,人们努力争取公共的和私人的帮助,利用调解程序,避免使冲突诉诸刑事法庭。比较有影响的是“替代性纠纷解决方式”(Alternative Dispute Resolution),简称ADR,这是美国这个好讼争争的社会面对“诉讼爆炸”所采取的应对措施之一。这样做的第一个前提涉及对抗式程序本身存在的问题,因为这种程序虽能在判决中解决纠纷,但却使当事人两极对立,使未来关系的恢复成为不可能,使纠纷中的主要问题被恶化。不仅不能缓和冲突,还损害共同体的关系。第二个前提是调解型的替代方法代表一种公众参与司法制度的形式,代表了对法律职业者及其专业垄断的挑战。调解和其他法律之外的纠纷解决方式的第三个前提是它们促进了“恢复性”司法,导

[50] 参见 [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 216 页以下。

[51] 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆 2001 年版,第 42 页。

[52] 转引自林山田:《刑罚学》,台湾商务印书馆 1985 年版,第 127 页。

[53] 除了功利的理由外,死刑本身的残酷性和非正义性,可谓是废除死刑的更重要的理由。这是因为,“从人道和正义的观点看来,社会所如此看重的那些令人厌恶的场面,只不过是整个民族进行的隆重的谋杀行为而已。”前引 [37],罗伯斯比尔书,第 69 页以下。

[54] 前引 [23],福柯书,第 17 页。

出一种和解感，并使关系的恢复成为可能，因为它们是围绕合作与互利而组织的。^[55]通过调解、妥协和恢复原状来加以管理，其强制力来自共同体的社会制裁和纠纷当事人平息纠纷的愿望。以妥协来替代输赢，以补偿和非正式的社会压力来替代罚金和监禁等刑事法律制裁。

当然，也有对这种替代方式的强烈反对：替代性纠纷解决的倡导者们都有一个致命弱点，他们提倡的是一种僵化的纠纷解决形式，没有历史感，缺乏对其他文化的理解，也没有进行文化实验的社会语境，甚至从根本上指斥他们是在“以正义换和谐”。^[56]

托克维尔曾说：由于法学家精神的影响，“在美国，几乎所有政治问题迟早都要变成司法问题。”^[57]托氏将这一点视为美国民主中用来削弱多数暴政的有力保证。不难就此推论，在一个既不崇尚法治、也不厚待法学家的国度里，一个司法问题，乃至一切问题，都往往最终成为一个政治问题。那么，法律制裁的替代，作为一个排斥、剔除法律的过程，到底是历史的进步，还是历史的倒退？这显然是一个值得我们深思的问题。

Abstract : By pursuing the origin of legal sanctions and sketching their evolution track , this article probes into the formation mechanism of legal sanctions , and thus grasps the historical circle along which they evolved. During their historical voyage , legal sanctions experienced both one - way development and circulatory transformation. They also witnessed all kinds of measures of sanctions coming into being and passing away , stamping their respective brands , and the same measure of sanction leaving a track evolving from light punishment to severe one and then from severe one back to light one. As one of the symbols of social cultivation and progress , measures of legal sanction are changing from severe punishment to light punishment , that is , from the severe punishment destroying lives to the dispute resolution which is characterized by compensation and dispute settlement , thus the legal sanction returned to the primitive starting point of the history.

Key words : legal sanction , sanction from light to severe , sanction from severe to light , historical return

[55] Sally Engle Merry , “ *The Social Organization of Mediation in Nonindustrial Societies : Implications for Informal Community Justice in America* , ” from *The Politics of Informal Justice* .

[56] 参见前引 [8] , 博西格诺等书 , 第 688 页。

[57] [法] 托克维尔 : 《论美国的民主》 , 董果良译 , 商务印书馆 1988 年版 , 第 310 页。