

# 作为目的的一般预防

周少华\*

---

**内容提要：**关于刑罚目的，认为“刑罚目的应当是特殊预防与报应的统一，一般预防不应作为刑罚目的”的观点逐渐显现其理论优势。但是，当一般预防被排除在刑罚目的之外以后，其理论地位必须重新加以确定。如果这个问题得不到合理的解决，上述刑罚目的观就很容易遭到人们的质疑，并且无力抵抗。产生一般预防效果的制度要素主要是刑法规范，而不是刑罚。把一般预防从刑罚目的中分离出来，将其上升为刑法目的，不失为一种合理的理论主张。

**关键词：**一般预防 刑罚目的 刑法目的

---

## 一、问题的提出

“刑罚目的”是刑法理论中一个备受关注的问题，其关涉惩罚的正当性以及国家刑罚权的合理性与合法化，在“刑法学上实极具价值”，因此“不管在什么年代，有关刑罚的意义与目的的论文，都是汗牛充栋”。〔1〕刑罚究竟（应当）有哪些目的？就此问题，大陆法系刑法理论中众说纷纭，我国刑法学界也经历了长久的争论，提出的观点多达十余种，但是迄今为止，似乎也并没有完全达成共识。

关于各种刑罚目的观的具体内容，其他学者已经多有介绍，笔者无意再作画蛇添足的列举和评说。〔2〕从总体上看，各种一元的刑罚目的观已经很少再被人主张，争论主要存在于不同形态的复合目的说之间。让笔者感到饶有趣味的是，作为目前我国刑法学界的“三个代表”，张明楷教授、陈兴良教授、赵秉志教授在刑罚目的问题上分别持有不同的见解，为我们提供了三种极具代表性的观点，值得认真地加以比较和研究：

1. 陈兴良教授长期以来一直坚持以“一体论”为基础的“刑罚目的二元论”。他认为，报应与功利都是刑罚赖以存在的根据。因此，刑罚既回顾已然之犯罪，也前瞻未然的犯罪。对于已然之犯罪，刑罚以报应为目的；而对于未然的犯罪，刑罚以预防为目的。刑罚的目的应是报应与预防的统

---

\* 西北政法大学副教授。

〔1〕 林山田：《刑罚学》，台湾商务印书馆股份有限公司1983年版，第47页。

〔2〕 关于我国刑法学界各种刑罚目的观的介绍及评析，可参见谢望原：《刑罚价值论》，中国检察出版社1999年版，第108页以下；韩轶：《刑罚目的的建构与实现》，中国人民公安大学出版社2005年版，第70页以下；赵秉志：《刑法基本理论专题研究》，法律出版社2005年版，第589页以下。

一, 预防包括一般预防和个别预防。在这种统一中, 刑罚在总体上应以报应为主要目的, 预防为附属目的, 从而保持刑罚的公正性和功利性。<sup>〔3〕</sup>

2. 张明楷教授认为, 报应刑论与目的刑论的对立, 不是针对刑罚目的而形成的, 而是针对刑罚的正当化根据形成的。我们不能盲目将报应刑论与目的刑论结合起来作为刑罚的目的。而惩罚说、改造说、双重目的说、三目的说似乎都混淆了刑罚目的与刑罚属性、刑罚功能的关系, 误将刑罚的属性或功能当成刑罚的目的。惩罚是刑罚的固有属性, 而不应作为刑罚的目的。据此, 他否认报应是刑罚的目的, 并认为: 刑罚通过制定、适用与执行, 对犯罪人本人及其周围的一般人产生影响, 从而达到预防犯罪的结果, 乃是一种符合社会心态的普通的历史事实。因此, 预防犯罪理所当然地应成为我国刑罚的目的。刑罚预防犯罪的目的包含最大限度地减少犯罪和最终消灭犯罪两个层次, 而其内容则包括特殊预防与一般预防。<sup>〔4〕</sup>

3. 赵秉志教授指出, 我国刑法学界关于刑罚目的的大多数观点, 要么是将刑罚的属性等同于刑罚的目的, 要么是将刑罚的功能说成是刑罚的目的, 没有理清刑罚的属性、刑罚的目的、刑罚的功能三个不同概念之间的关系。在对各种刑罚目的观加以批判的基础上, 赵秉志教授认为, “刑罚目的二元论”将刑罚的报应目的与预防目的有机地结合起来, 使刑罚的惩罚性和教育性在刑罚目的中得到了很好的贯彻与体现, 不失为一种比较科学、合理的观点。但是, “刑罚目的二元论”将一般预防也作为刑罚目的的主张, 却值得商榷。他认为: 刑罚目的应当是特殊预防与报应的统一, 而一般预防则不是刑罚的目的。<sup>〔5〕</sup>赵秉志教授的观点可称其为“修正的刑罚目的二元论”。

在结论上, 笔者赞成赵秉志教授的观点, 认为刑罚目的应当是特殊预防与报应的统一, 一般预防不应作为刑罚的目的。但是, 这一观点遗留了一个非常重要的问题: 如果一般预防不是刑罚的目的, 那么它在刑法理论中的地位何在呢? 对此问题, 赵秉志教授以及其他持同样观点的学者并没有给出一个明确的解答。笔者以为, 一般预防的理论地位问题如果得不到合理的解决, 那么即使将一般预防排除在刑罚目的之外的理由十分充分, 也会由于这种观点不够“辩证”而难免让人心存疑虑, 并囿于传统观念而本能地排斥这一主张。本文的目的即在于消除上述悬疑, 对一般预防的理论地位问题提供一种新的解说, 从而进一步夯实“修正的刑罚目的二元论”的理论基础。

## 二、一般预防不应作为“刑罚目的”

上个世纪90年代后期, 我国刑法学者韩轶曾经明确提出“刑罚目的不应包括一般预防”, 他指出: 刑法理论上把一般预防界定为刑罚目的, 不仅是过分夸大了刑罚一般预防的作用, 而且是与罪刑相适应原则的基本精神相悖的, 它不利于刑法公平和正义目标的实现。<sup>〔6〕</sup>但是后来在他的博士论文中, 韩轶又在其早先的立场上后退一步, 重新回到“刑罚目的”的框架下讨论一般预防问题, 只是强调不应过分夸大一般预防的作用, 尤其是不应在刑罚裁量环节过分考虑一般预防。甚至, 他还小心翼翼地指出, “也不排除在不同的具体历史条件下, 随着社会形势的变化或某种犯罪在一定时期内的增加或减少以及因案件情况的差异, 在刑罚裁量时可以对一般预防给予更多地考虑”。<sup>〔7〕</sup>该学者从“激进”到“保守”的退却颇耐人寻味, 笔者以为, 正是由于一般预防的理论地位问题未

〔3〕 参见陈兴良:《刑法哲学》, 中国政法大学出版社2000年版, 第436页以下; 陈兴良:《本体刑法学》, 商务印书馆2001年版, 第637页以下。

〔4〕 参见张明楷:《刑法学》, 法律出版社2003年版, 第400页以下。

〔5〕 前引〔2〕, 赵秉志书, 第589页以下。

〔6〕 参见韩轶、刘雯:《刑罚一般预防目的的质疑——刑罚目的不应包括一般预防》, 《中外法学》1998年第2期。

〔7〕 参见前引〔2〕, 韩轶书, 第107页以下。

能解决，才迫使他不得不做出这种“退守”。在一定意义上，这也折射出将一般预防作为刑罚目的之一的传统刑罚目的观在理论上的强势。

在报应刑论那里，刑罚的目的就在于给犯罪人以应得的惩罚，刑罚的目的就是惩罚本身，即为了惩罚而惩罚。但是，完全否定刑罚具有其他目的，似乎与刑罚产生的根源上的解释有些不符；因为就满足人类的秩序需求一面而言，刑罚的发动就应包含预防的目的在内。康德的唯心主义哲学是报应刑论的理论渊源之一。康德认为，不能把人作为实现目的本身的手段来对待，因此，为了改造犯人自身、为了市民社会的安全、为了促进其他人的善行，这都不能成为科处刑罚的理由，一般来说，只有某人犯了罪这才是对其适用刑罚的理由。<sup>〔8〕</sup>这样的哲学基础虽然导致了报应刑论对刑罚预防目的的忽视，但是，却使得报应刑论在伦理上占据了很大优势，而相比之下，“把人作为手段”也就成为目的刑论致命的弱点。目的刑论认为，刑罚的目的在于预防犯罪，预防的内容包括一般预防和特别预防。由于目的刑论强调预防犯罪的目的，为了充分发挥刑罚预防犯罪的作用，必然注重追求刑罚的效率，这就可能导致刑法的重刑主义倾向。为了使报应刑论和目的刑论可以优势互补、劣势相克，当代的刑法理论把刑罚的正当性根据建立在折衷刑论的基础上，但是，报应与预防究竟如何折衷，似乎一直未能获得令人满意的解决方案。各种折衷刑论在获得报应刑论和目的刑论优点的同时，也不可避免地带上了两者的缺点。

以折衷刑论为基础形成的各种刑罚目的观，大多把一般预防作为刑罚目的之一。但是笔者认为，把一般预防作为刑罚目的，很难克服来自于目的刑论的“基因缺陷”。而且，就算我们不顾忌其理论上的困境，却无论如何也不能无视其实践上的弊害。对于一般预防作为刑罚目的的弊端，赵秉志教授进行了较为充分的论证，笔者认为是可以接受的：（1）一般预防要求在对行为人判处刑罚的时候，除了要考虑其所犯罪行的行为和再犯可能性外，还要考虑社会治安形势、犯罪率、民愤、是否初犯等可能的表征；即，为了达到一般预防的目的，某些情况下就有必要超过行为人所犯的罪行和应承担的刑事责任加重其处罚。这显然有悖于罪责刑相适应原则的基本要求。一旦将一般预防的内容纳入到刑罚的目的之中，则必然使得刑罚整体为追求一般预防目的的实现，而过分渲染刑罚的威慑效果从而逐步走向严苛。为了追求一般预防目的，犯罪人就成了预防他人犯罪的工具，其权利就可能被轻视，使刑罚的适用易于偏离公正、人道的刑罚价值轨道，刑法的人权保障机能因此而被削弱。（2）由于一般预防和特殊预防作用的对象不同，两者之间实际上是矛盾和冲突的。当一般预防的需要占上风时，对适用较轻刑罚即可达到特殊预防的犯罪人也要适用较重的刑罚；反之，当特殊预防的需要占上风时，为阻止犯罪人再犯，也需要适用较重的刑罚。这样，如果将一般预防和特殊预防共同作为刑罚的目的，则无论何种预防需要占上风，导致的结果都是加重刑罚。（3）一般预防作用的发挥，必然以对犯罪人适用与其罪责相当的刑罚为前提。适用刑罚过轻或过重，都会削弱刑罚的一般预防作用。而只有当刑罚的适用达到了报应的目的，社会上的其他成员才能真正从中受到震慑，放弃犯罪意念，一般预防才能实现。可见，一般预防不过是报应的附属产品，报应的本身就依附着一般预防的要求。一般预防只是报应的下位概念，不应与报应相并列而共同成为刑罚的目的。<sup>〔9〕</sup>

其实，建立在刑罚威慑基础上的一般预防论一直以来就受到理论上的诘难。一般预防思想最早的表述出现在柏拉图的《法律篇》中，这一思想在费尔巴哈那里被做了最具影响力的理论概括。费尔巴哈认为，以刑罚相威胁的主要目的是“从心理上阻止有反常（违法）倾向的人最后受这种倾向的支配”，其重点是通过刑法预防将来的犯罪；而执行刑罚的目的，是“将法律的威胁变为现实”。

〔8〕 参见〔日〕西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第11页。

〔9〕 参见前引〔2〕，赵秉志书，第593页以下。

费尔巴哈的一般预防理论是从他的“心理强制学说”中推导出来的,由于它主张用刑罚威慑来抑制那些具有实施类似行为危险的人,因而此种理论被称为“消极的一般预防论”。消极的一般预防论强调通过以刑罚相威胁并实际处以刑罚,以恐吓潜在的违法者,使其不敢犯罪。但是,社会学的观点认为,以恐吓预防为前提来影响人类行为的模式,最多只是部分符合现实,是否实施犯罪的决意,通常既不是对利弊进行了理性权衡的结果,也不是根据具体情况作出的选择。<sup>[10]</sup>在刑法理论上,这种威慑预防论也受到了以下有力的批判:(1)它必然导致刑罚过于严厉。因为对于任何可能犯罪的人来说,重刑的威慑力总是大于轻刑的威慑力,于是存在着刑罚愈严厉,威慑力愈强、预防效果愈佳的倾向。(2)通过威慑进行一般预防,意味着不是因为犯罪受处罚,而是为了他人不犯罪才受处罚,犯罪人成了预防他人犯罪的工具,违反了人的尊严。(3)威慑的效果至今仍然不能得到科学的证明。虽然一般人在通常情况下可能会受到刑罚威慑的影响,但对于职业犯、冲动的机会犯,以及在期待不被发现的侥幸心理下实施犯罪的人来说,则并非如此。<sup>[11]</sup>尽管后来的威慑论者又提出了各种各样的辩解,但是正如戈尔丁指出的那样,威慑预防论在如何避免“苛刑”和“惩罚无辜”这两个根本问题上,始终未能作出令人满意的解答。<sup>[12]</sup>今天一致的意见认为,在有犯罪倾向的人中间,只有一部分人会对着手实施犯罪行为可能招致刑罚惩罚有这么多的考虑,从而使自己适合被“威慑”。对于这些人来说,不是法律威胁的刑罚的严厉性发挥了威慑作用,而是被抓住的风险程度对其发挥了威慑作用。由此在社会政策方面可以得出这样一个结论,不是如社会公众一直反复要求的那样通过增加刑罚威慑的严厉程度,而是通过加强刑事追究(比如通过加强和改善对警察的训练),才能具有更大的一般预防效果。<sup>[13]</sup>由于传统的一般预防理论存在上述缺陷,德国的刑法学者提出了所谓“积极的一般预防论”,并且被许多大陆法系国家的刑法理论所接受。这样,在今天的理论中,一般预防就被区分为消极方面和积极方面。

积极的一般预防论认为,以刑罚相威胁并处以刑罚具有另外一种效果,即“建立和增强市民对法律的稳定以及保护法律秩序不受犯罪侵犯的信任”,简而言之,就是建立和增强市民对“法律秩序的稳定及效力的信心”。由此,刑罚就具有了这样的任务,“在法律共同体中证明法律秩序的牢不可破,并且由此加强人民的法律忠诚感”。在积极的一般预防中,刑罚的“效果”还可以进一步区分出三种既相互区别又相互交叉的目标和作用:一是国民通过看见法律得到贯彻执行而产生的“信任效果”或“忠诚效果”;二是通过刑事司法活动使行为人为犯罪行为付出代价所示范出来的“学习效果”;三是通过对违法行为的惩罚解决由犯罪造成的社会冲突,从而产生的被贴上“整体预防(一体性预防)”标签的对一般公众法律意识的“满足效果”或“安抚效果”。通过这些具体效果,刑罚可以起到预防犯罪的作用。<sup>[14]</sup>积极的一般预防虽然有许多优点,但是它也遭到这样的批评:(1)同样会导致重罚的倾向。(2)根据这一理论,刑罚的目的指向与犯罪行为无关的其他人对“法的忠诚”,这与消极的一般预防论一样,也将犯罪人作为实现其他利益或目的的工具。(3)即使是支持积极的一般预防论的人也认为,这种理论还没有经验科学的基础。<sup>[15]</sup>可见,积极的一般预防论并没有从根本上避免消极的一般预防论的理论缺陷。

笔者认为,只要仍然在“刑罚目的”的论题下讨论一般预防,我们就无法超越以往一般预防理

[10] 参见[德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第12页以下。

[11] 参见[日]城下裕二:《量刑基准的研究》,成文堂1995年版,第130页;转引自前引[4],张明楷书,第404页。

[12] 参见[美]戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,生活·读书·新知三联书店1987年版,第135页以下。

[13] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版,第42页。

[14] 前引[10],施特拉腾韦特等书,第14页;前引[13],罗克辛书,第42页以下。

[15] 前引[11],城下裕二书,第130页;转引自前引[4],张明楷书,第405页。

论的各种缺陷。尤其是，当我们出于一般预防目的的需要而科处刑罚，即为了一般公众的缘故而使行为人承担多余的负担时，这样做的权限本身需要一个正当化的基础，而这一点是以往的一般预防理论所不能提供的。由于刑罚可以直接作用于犯罪人，而无法直接作用于一般社会成员，因此，将特殊预防作为刑罚目的是妥当的，而将一般预防作为刑罚目的，似乎不具有“目的”所应当具有的指向性，有南辕北辙之感。刑罚对一般社会成员而言，充其量只有间接的影响。由于刑罚并不是直接施加在一般社会成员身上的，我们如何能够证明，一般社会成员的守法行为就是施加在具体犯罪人身上的刑罚所产生的一种效果呢？我们显然无法证明这一点。就施加在具体犯罪人身上的刑罚而言，它对于潜在的犯罪人所产生的效果，很可能是促使他在实施犯罪时学会考虑如何逃避法律的惩罚，而不是压抑其犯罪意念；它对于一般守法者所产生的效果，通常也可能只是使其获得一种正义得到伸张的快感，而不是感受到来自于刑罚的一般威慑。所以，通过作用于具体犯罪人的刑罚，而期待能够产生针对一般社会成员的规范效果，这种效果必然是我们的一种想象。也就是说，将一般预防作为刑罚目的，具有相当的虚幻性。当然，我们认为一般预防不应作为刑罚目的，主要还不是因为刑罚在功能上不能满足一般预防的需要，而主要是基于刑法价值上的考虑。将一般预防排除在刑罚目的之外至少具有两方面的意义：一是可以防止犯罪人被工具化，二是可以避免为追求一般预防目的而可能导致的罪刑失衡。

### 三、一般预防应作为“刑法目的”

当我们将一般预防排除在刑罚目的之外时，它在刑法中的地位就需要重新加以确定。那么，一般预防在刑法中的地位究竟何在呢？对于这个问题，笔者的回答是：一般预防不是刑罚的目的，但是我们可以将它上升为刑法的目的。提出这一主张，主要有两方面的理由作为支撑：一是认为“刑法目的”与“刑罚目的”应当加以区分，这是重新处理一般预防与特殊预防关系的理论前提；二是因为，将一般预防与特殊预防置于不同的层面，一方面可以克服一般预防作为刑罚目的长久以来未能解决的理论难题，另一方面也并不会产生忽视刑法的一般预防作用或者将一般预防与特殊预防割裂甚至对立起来的问题，二者仍然可以做到“有机统一”。

#### （一）“刑罚目的”不同于“刑法目的”

在探讨“刑罚的目的”时，有相当多的论者对“刑罚的目的”与“刑法的目的”不加区分，将二者作为同一个问题加以讨论。其实，刑法虽然可以被认为是“刑罚之法”，刑罚的目的与刑法的目的却不能被认为是一回事。正如日本刑法学者木村龟二指出：“刑法的目的固然与刑罚的目的有关，但与刑罚的目的是不同的概念，必须加以区别。”<sup>〔16〕</sup>张明楷教授在他的《刑法学》教科书中，不仅在“刑法概论”一章专门讨论了“刑法的目的”，而且还在“刑罚的观念”一章专门讨论了“刑罚的目的”。<sup>〔17〕</sup>台湾地区刑法学者黄荣坚教授在讨论“刑法基本概念”时，也将“刑法的目的”和“刑罚的目的”作为不同的概念，对它们分别加以讨论。<sup>〔18〕</sup>可见他们对二者是作了明确区分的。

关于“刑法的目的”和“刑罚的目的”应当加以区分的理由，我们既可以通过对刑法技术构造的分析获得支持，也可以通过刑法基础观念的分析找到根据。对此，笔者已经另有文章进行了专门讨论，这里仅作基本的交代：

〔16〕〔日〕木村龟二：《刑法的目的和机能》，《刑法讲座》第1卷，第1、11页；转引自许道敏：《民权刑法论》，中国法制出版社2003年版，第64页。

〔17〕参见前引〔4〕，张明楷书，第32、400页。

〔18〕参见黄荣坚：《基础刑法学》上册，台湾元照出版公司2003年版，第10页以下，第76页以下。

1. 从技术层面看,刑法可以被看作是一个系统,而刑罚则是构成该系统的一个要素。刑罚并不是刑法系统唯一的要素,刑法系统的要素还包括刑法规范、刑法原则等,因此,作为要素的刑罚的目的,当然不能取代刑法的目的,我们不能把刑罚的目的当作是整个刑法系统的目的。

2. 从刑法基础观念上分析,笔者认为如果刑法理论是建立在“报应刑论”(亦称“绝对主义”)的基础之上,那么把“刑罚的目的”当作是刑法的目的可能是当然的结论。因为在报应刑论者看来,国家制定刑法的目的就在于对犯罪人施以报应,刑法就是对犯罪进行报应性处罚的工具,“故认为刑法所以对犯罪人科以刑罚者,乃系报复作用”。<sup>[19]</sup>所以,建立在报应观念基础上的刑法,除了追求“报复犯罪”这一刑罚能够担当的任务外,没有其他的目的,于是“刑法的目的”与“刑罚的目的”也就获得了高度的一致性。但是,在当今世界所普遍坚持的“相对报应刑论”(亦称“并合主义”)的立场上,再把“刑罚的目的”当作是刑法自身的目的,在理论上就有些难以解释了。固然,由于刑罚具有痛苦性和惩罚性,其适宜服务于报应目的。但是在相对报应刑论下,刑法既是善良人的大宪章,也是犯罪人的大宪章,既要针对个人恣意保护社会利益,也要针对国家恣意保障个人权利。所以,建立在相对报应刑论基础上的现代刑法,并不以报应为唯一目的;换言之,刑法的使命绝不只是为了实现刑罚的目的,而是有其自身的(即整体意义上的)目的。刑罚只是刑法实现自身目的的一个手段,当我们把刑法看作是一个系统意义上的整体时,刑罚的目的就不能再被视为是刑法自身的目的。否则,刑法就可能将单一的惩罚作为自己的目标,而忽视更为广泛的社会功能。在此情况下,刑法必须寻求某种超越“刑罚目的”的目的,亦即,刑法的目的必须独立于“刑罚的目的”。

基于上述理由,将刑法的目的与刑罚的目的区分开来就不仅仅只是逻辑上的当然结论,而且也关涉刑法观念上的基本立场问题。由于我们对“刑罚的目的”和“刑法的目的”作了理论上的区分,这就为我们解释一般预防在刑法理论中的地位问题扫除了观念上的障碍。

## (二) 一般预防作为刑法目的的主要理由

陈兴良教授主张的刑罚目的二元论认为,刑罚的预防目的既包括特殊预防,也包括一般预防。并认为,尽管在预防对象上存在差别,但无论是个别预防还是一般预防,其共同目的都在于预防犯罪,由此决定了两者本质上的共同性。不仅如此,个别预防与一般预防还具有功能上的互补性,二者是辩证统一的,将两者割裂开来或者对立起来的观点都是错误的。<sup>[20]</sup>但是笔者认为,一般预防与特殊预防本质上的共同性,并不意味着一般预防必须与特殊预防居于完全同等的地位;二者的辩证统一,也并非只能在刑罚的目的下实现。其实,在刑法中,一般预防功能与特殊预防功能的产生机制是并不相同的,特殊预防有赖于刑罚的适用与执行,而一般预防则主要有赖于刑法规范的确立和社会公众的规范意识。因此,笔者认为将特殊预防作为“刑罚目的”,而将一般预防作为“刑法目的”,是解决二者关系问题的适当方式。

笔者赞成赵秉志教授的一个观点:“一般预防不过是报应的附产品,报应的本身就依附着一般预防的要求。”<sup>[21]</sup>而且笔者还认为,一般预防不仅是报应的附产品,它同样也是特殊预防的“附产品”。因为特殊预防意味着刑罚的实际适用,随着特殊预防目的的实现,行为人被定罪判刑的事实本身就能产生对社会公众心理的影响,一般预防的附随性效果也会自然生成。在司法实践中,对一般预防效果的追求常常导致对行为人加重处罚的现象,这恰恰就是因为人们没有看到一般预防的依附性所致。如果我们承认一般预防的依附性,那么就只能以特殊预防为目的并在报应的限度内对

[19] 翁国梁:《中国刑法总论》,台湾正中书局1970年版,第5页。

[20] 参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第646页。

[21] 前引[2],赵秉志书,第597页。

犯罪人科处刑罚，而不可能再到报应和特殊预防之外去专门追求刑罚的所谓一般预防目的。退一步说，就算一般预防曾经是刑罚的一个目的，那么为了避免“将犯罪人作为手段”这一致命的缺陷，我们也应该以某种理性的方式将其排除在刑罚的目的之外。

不过，我们说一般预防是报应和特殊预防的“副产品”，这只是从刑罚对一般预防的意义这一角度而言的。从刑法对社会发生作用的方式看，对一般社会成员起直接约束作用的是刑法规范，而不是刑罚。虽然刑罚本身也具有一般威慑作用，但是刑罚却不是现代刑法中能够产生一般预防作用的唯一要素，非刑罚处罚方法、刑罚制度以外的刑法制度以及刑法规范自身的正当性、合理性、科学性等，都是决定和影响刑法一般预防作用的要素或因素。将一般预防作为刑罚的目的，不仅超出了刑罚自身的能力，而且也不符合现代刑法治理方式的基本特点和发展方向。因此，把一般预防从刑罚目的中分离出来，将其作为刑法目的是妥当的。

在我国刑法学界，承认报应是刑罚目的之一的学者认为，在立法阶段，一般预防处于主导地位；在量刑阶段，以报应为主，兼顾一般预防和个别预防；而在刑罚执行阶段，个别预防成为主要目的。<sup>〔22〕</sup>不承认报应是刑罚目的的学者也认为，在刑事立法上，应当侧重于一般预防，而在量刑和刑罚执行上，则应侧重特殊预防。<sup>〔23〕</sup>可见，立法阶段应当注重一般预防的观点，基本上是刑法学界的共识，而刑事立法的任务并不仅仅在于确定刑罚，限制刑罚同样也是刑事立法的重要任务。更确切地说，刑事立法的任务在于确立刑法规范及各种刑法制度（当然也包括刑罚制度），所以，将一般预防作为刑法的目的，与上述“立法阶段侧重一般预防”的观点是完全相容的。刑法学界之所以认为在刑事立法阶段应当侧重于一般预防，说明在刑法学者的潜意识里，已经意识到一般预防的作用并不是由刑罚单独产生的，而是全体刑法制度共同发挥作用的结果。另外，人们强调在量刑和刑罚执行阶段侧重于特殊预防而不是一般预防，这本身也透露出一个信息：刑法学者们实际上认为，刑罚所应追求的直接目标乃是特殊预防，而不是一般预防。只不过，刑法学界的这一看法仅仅是刑罚目的观的一种潜台词，并没有得到明确的传达和深入的阐述。

特殊预防的对象是犯罪人，因而特殊预防的效果只能通过直接的刑罚适用和执行活动来达到；而一般预防的对象是全体社会成员，如果也通过针对具体犯罪人的刑罚适用与执行活动来追求，不仅存在将犯罪人客体化的问题，其实际效果也大有疑问。对于未然之罪，并没有证据表明刑罚是一种有效的遏制手段。如果将一般预防作为刑罚的目的，必然容易导致一种错误倾向，即以增加刑罚强度的方式，来弥补其一般预防效果乏力的缺陷，从而最终导致重刑主义和泛刑罚化。我们主张把一般预防从刑罚目的中分离出来，主要就是想表明这样的立场：在刑罚的适用与执行过程中，不当把一般预防作为直接追求的目的。

当然，一般预防虽然不是刑罚的目的，但是随着刑罚的适用，必然产生一定的一般预防效果，因此，在刑罚的适用与执行活动中，一般预防效果也是可以期待的。我们将一般预防上升为刑法的目的，并不是要否认刑罚适用和执行过程中必然产生的一定程度的附随性一般预防效果。笔者认为，对一般预防效果的追求只能通过刑法制度的整体运作来达到，因此，我们虽然反对通过刑罚的适用与执行活动本身来追求一般预防目的，但是并不排斥在刑事立法上追求一般预防目的。甚至，刑罚适用与执行活动所产生的附随性的一般预防效果，虽然不是我们所直接追求的，却是我们预想之中的。毕竟，量刑制度和行刑制度是刑法最基本和最重要的制度，它们当然也需要服务于刑法整体的目的。然而需要指出的是，刑法的具体制度虽然服务于刑法整体的目的，刑法却不能反过来将自身的目的完全委诸于个别具体的刑法制度（比如量刑制度或行刑制度）。一般预防是一个需要通

〔22〕 前引〔20〕，陈兴良书，第652页以下。

〔23〕 前引〔4〕，张明楷书，第406页。

过整个刑法制度的协调运作才能实现的目标，将其缩减为刑罚的目的，无异于以辕代车而欲行千里，功必难至。

由于对社会一般成员直接产生作用的是刑法规范，而不是刑罚，所以，刑法的一般预防作用主要是以刑法规范的有效性和社会公众的规范意识为基础，而不是以刑罚的威慑力为基础而产生的。笔者认为，这一看法可以与“积极的一般预防论”达成某种一致。积极的一般预防论强调增强国民的规范意识，唤醒和强化国民对法的忠诚。笔者也认为，一般预防应当通过强化和优化刑法制度技术（包括刑罚制度）、通过增强刑法在形式与实体方面的合理性与正当性来求得，而不能仅仅依靠刑罚的威慑。一般预防固然离不开刑罚的适用与执行，但是，刑事立法本身的作用更应该得到强调。虽然现在的刑法理论所说的一般预防同时包括了“威慑预防”（消极的一般预防）和“规范预防”（积极的一般预防）<sup>〔24〕</sup>，但是就一个社会的总体状况来说，需要通过刑罚进行威慑预防的“意欲犯罪的人”只占少数，而大多数社会成员则是需要通过明确并且公开的刑法规定进行规范预防的守法公民。所以，从社会控制的角度说，以规范权威来强化一般守法公民的规范意识，应当是一般预防的重点。而对于“规范权威”的形成，刑罚的适用与执行只起部分作用，刑法规范自身的正当性以及社会公众对刑法正当性的感知和认同，可能具有更为重要的意义。

由于刑法规范是与惩罚性的法律后果相联系的，因此，刑法规范一经确立，就会产生规范效力。“刑事立法将刑事责任的根据和原则固定下来，并且规定哪些危害社会的行为是犯罪，规定可以对实施犯罪的人适用的刑罚。由此可见，立法活动直接属于刑法的对象，因而，刑事法律关系自法律通过之时产生。从这时起，法律的一般预防开始发挥作用，即预防被判刑人以外的其它人实施新的犯罪，以及法律中规定的刑罚也开始起作用。同时，法律开始执行自己对所有公民的教育作用。”<sup>〔25〕</sup>这表明，一般预防作用并不依赖于刑罚的实际动用，只要有明确并且公开的刑法规范，就会产生针对社会一般成员的一般预防作用。换言之，刑罚只是使刑法规范具有有效性的国家强制力保证，只要它具备实现的可能性，就会使刑法规范产生对社会的控制作用。可见，在立法意义上，刑罚仅作为一种威慑性力量而存在，它的直接目的并不在于一般预防，而在于强化刑法规范的权威、赋予刑法规范以规范效力。虽然刑法规范的效力来自于刑罚，但是仅有刑罚是无法产生一般预防作用的；只有通过刑法规范，刑罚才能发挥其一般预防功能。因此，一般预防作用实际上不是由刑罚、而是由刑法规范所产生的，刑法规范的直接目的才是一般预防。

沿着上面的思路，我们可以进一步分析认为：刑罚适用对于一般预防的意义，也是通过强化刑法规范的权威而显现的，一般预防并不是刑罚适用的直接效果。因为在量刑和行刑活动中，刑罚直接作用于犯罪人，而不是直接作用于社会一般成员；对一般社会公众而言，刑法规范的适用和行为人法律责任的宣告只是一种可感触的信息输出，而不是一种直接的压制性力量。正因为如此，我们认为一般预防只是刑罚在实现其特殊预防目的过程中产生的一种附随性效果。关于刑罚适用对于一般预防的意义，德国刑法学家耶赛克作了这样的描绘：对已经发生的违法行为科处适当的刑罚，清楚地表明了国家法秩序的不可破坏性。法院判决不仅向行为人，而且也向公众明白无误地表明，法律——尽管有时太迟——会得到实施，因此，判决还使人们相信，法律终究会得到实施的。适当地、平稳地、有效地实现刑法的压制功能，使得刑法发展了那个“构成道德的力量”，使得全体人民对法秩序的权威性确信无疑，以实现其预防效果，也就是人们所说的“一般预防”。耶赛克同时认为：刑法的一般预防功能“是通过制定易为大众理解的、含有明确地被禁止行为的不法内容的刑

〔24〕 前引〔4〕，张明楷书，第405页。

〔25〕 [俄] Н·Ф·库兹涅佐娃、И·М·佳日科娃主编：《俄罗斯刑法教程（总论）》上卷·犯罪论，黄道秀译，中国法制出版社2002年版，第3页。

法规定, 以及通过以行为的严重程度和行为人的罪责为准的、为被判刑人所能理解的、且被公众认为是公正的量刑来实现的”。为了使刑法的信息传递给全体公民, 通过媒介对制定和执行刑罚规范的情况进行有责任的和客观的报道也是必不可少的。<sup>[26]</sup>由此可见, 刑罚的适用与执行活动所产生的直接效果, 其实仅在于特殊预防, 而不是一般预防。如果说刑罚适用与一般预防效果的产生之间具有某种关联的话, 那也是因为刑罚的适用活动在立法的基础上, 进一步强化了刑法规范的权威。而且, 刑罚适用所产生的规范确信, 只是一般预防效果发生的原因之一, 而不是一般预防效果发生的全部原因。也正是这一点, 让我们有了更加充足的理由可以认为, 一般预防应当作为刑法的目的, 而不应作为刑罚的目的。

#### 四、一般预防作为刑法目的的理论意义

对于将一般预防上升为刑法目的的理由, 笔者已经作了充分的阐述; 但是, 关于这一主张的理论意义, 仍然有必要进一步加以说明。对理论意义的说明, 可以表明笔者的这一主张并非只是为了提出一种吸引他人眼球的新鲜观点, 而是为了解决理论及实践上的某些难题。

笔者认为, 将一般预防由刑罚目的上升为刑法目的, 至少具有以下几个方面的意义:

第一, 将一般预防排除在“刑罚目的”之外, 可以克服以往各种刑罚目的观的理论缺陷。

以报应刑论为基础的刑罚目的观, 把报应作为刑罚唯一的目的, 除此之外, 刑罚没有其它的目的。在“刑罚目的”与“刑法目的”不加区分的情况下, “刑罚的目的”就变成了刑法的全部目的, 报应因此也就成了刑法正当性的唯一根据。于是, 刑法可能仅仅是为了维持、强化国家道义而干预个人的生活领域, 即为了维护国家所承认的特定的伦理观而对不值得科处刑罚的行为也要进行处罚, 这在今天的刑法观念中是不能接受的。其实, 从法律发展的历史事实看, 自从惩罚权从原始的私人复仇“权利”演变为一种有节制的公共“权力”开始, 刑罚就不再是为了惩罚而惩罚, 除了具有报应目的之外, 刑罚当然还具有其它的社会目的。至少, 目的刑论所提倡的刑罚的预防目的, 在任何时候都不失为一种合理的主张。

但是, 目的刑论在强调预防犯罪是刑罚目的的时候, 又走向了另一种片面, 它否定报应作为刑罚的目的。比如在费尔巴哈看来, 刑罚的目的可以说只在于“刑罚威慑”, 即以刑罚“吓阻社会大众”; 对于其他的观点, 特别是报应刑论所谓的“道德的报应”均予以排斥。因为他认为那是属于伦理的, 而非法律的秩序, 是德育的目的, 而非刑罚的目的。费尔巴哈所提出的论调在实践上虽缺乏可行性, 但是它在刑罚理论体系中, 却主宰了德国一个多世纪以来的刑罚思想。由于德国法律理论体系在大陆法系中地位的重要, 大陆法系各国的刑罚理论也深受这种一般预防理论的影响。<sup>[27]</sup>在德国当代的刑罚理论中, 通行的刑罚目的理论仍然是各种预防性的综合理论; 并且, 一种很具代表性的观点认为, “在一种真正能够被人理解的综合理论中, 报应也不能作为一种与预防一起共同存在的刑罚目的加以考虑”。<sup>[28]</sup>或许是受此观念的影响, 张明楷教授指出, 报应刑论与目的刑论的对立不是针对刑罚目的而形成的, 而是针对刑罚的正当化根据形成的, 因此我们不能盲目将报应刑论与目的刑论结合起来作为刑罚的目的。张明楷教授认为, 惩罚是刑罚的固有属性, 而不是刑罚的目的; 刑罚的目的在内容上只包括一般预防和特殊预防, 而不包括报应。<sup>[29]</sup>但是笔者认为, 既然报应是刑罚的正当化根据之一, 就说明刑罚的报应性可以成为一种合理的要求, 而满足这种要

[26] 参见 [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特: 《德国刑法教科书(总论)》, 徐久生译, 中国法制出版社 2001 年版, 第 5 页。

[27] 参见前引 [1], 林山田书, 第 66 页以下。

[28] 参见前引 [13], 罗克辛书, 第 45 页以下。

[29] 参见前引 [4], 张明楷书, 第 402 页。

求,也就应当成为制定、适用和执行刑罚的基本目的之一。另外,承认惩罚是刑罚的固有属性,并不足以否定报应作为刑罚目的。恰恰相反,正如日本刑法学者西田典之所说,“一方面肯定刑罚的本质是法的非难,另一方面又否定各种报应刑论,这几乎是是不可能的”。<sup>[30]</sup>我们并没有足够的理由认为,刑罚的属性、功能在内容上不可以与刑罚的目的相一致。实际上,正是因为刑罚具有惩罚的固有属性,而刑罚又是国家专门设置和有意施加的,才充分表明了刑罚的惩罚具有明显的目的性。刑罚具有惩罚的属性,恰恰是我们将报应作为刑罚目的的前提和基础,而不能成为我们否认报应作为刑罚目的的理由。否认报应作为刑罚目的,正是造成目的刑论可能惩罚无辜和罚不当罪的根源,因为离开了报应对预防目的的限制,刑罚就会仅仅以足够产生预防效果为其正当性理由,而不会考虑行为人的罪责程度,从而可能导致严苛的刑罚;当一般预防目的与国家利益及重大社会利益相联系时,目的刑论甚至可以允许惩罚无辜。这是目的刑论遭到批评的最重要的原因。

陈兴良教授认为,报应作为刑罚目的,不但是刑罚正义的要求,而且报应作为一种常识,也是为社会所普遍认同的;因此,将报应作为刑罚目的,体现了刑罚的道义性。<sup>[31]</sup>笔者也认为,法律上的“报应”不同于道义上的“惩罚”:报应是一个价值中立的词,而惩罚则包含着价值判断;前者是刑罚的目的,后者则是刑罚的固有属性。报应的实现是以刑罚所具有的惩罚性为基础的,所以报应包含着惩罚的内容,但是,报应与惩罚并不是同一个概念。“惩罚”是刑罚的属性,而属性是事物在自然意义上的本质特征,因此,惩罚是一个描述性的概念;而且,惩罚性不是刑罚的唯一属性,刑罚的意义因此就不限于惩罚。“报应”则是一个解释性的概念,它在刑法中有丰富的、并且是特定的内涵,这些内涵不是别的,它就是对作为刑罚自然属性的“惩罚”的法律限定。报应既强调“以恶报恶”的一面,又强调“报”的范围、方式和程度,正因为如此,报应特别强调在行为人的罪责范围内实施处罚。如果我们要描述“惩罚”与“报应”二者之间的关系,可以这样说:刑罚的惩罚性是实现刑罚报应目的的基础,而报应就是“法律下的惩罚”——“法律下”就是将自然意义的惩罚上升为法律意义的报应,就是用法治观念的解释性力量,来去除刑罚原始的惩罚性当中的非理性因素。我们所说的“刑罚目的”,就是人们借助自己的理性能力,利用刑罚的自然属性追求刑罚在法律意义上的效果。正是在这一理性过程中,作为刑罚属性的惩罚,合理地被转换为作为刑罚目的的报应。因此,无论是从目的刑论的立场出发而否认报应是刑罚目的,还是以“惩罚是刑罚的属性”为由而否认报应是刑罚目的,都不能算是一种强有力的观点。实际上,反对报应作为刑罚目的,不过是功利主义预防论在道德上的一种掩饰:与单纯满足报复情感而实施惩罚相比,为了大多数人的幸福而实施惩罚,似乎是更大的正义。然而,这种形而上学的思考和辩解,却未必是人类实施惩罚制度的真实动因。

作为一般预防论的理论基础,向前看(即以预防未来可能发生的犯罪为目标)的功利主义威慑论虽然为宣布某种行为是应受刑罚制裁的犯罪行为提供了一个不坏的理由,但是它却不能为刑罚提供一种在道德上可以接受的正当性,因为它最严重的缺陷在于,没有对处罚的对象范围和量刑的刑度标准作出合理的说明,这使得该理论可能支持刑及无辜和刑罚过重。“什么人”和“在多大程度上”受惩罚的问题是报应论者所喜爱的,它们可以成为对功利主义威慑论加以补充或限制的正义原则。这种解决困难的办法有着极大的呼声,现在已经被广泛接受——但是人们仍然怀疑,它能否被一种一贯的功利主义所采用。<sup>[32]</sup>以折衷刑论为基础提出来的各种刑罚目的观,虽然调和了报应与预防的关系,但是,由于它们普遍把一般预防作为刑罚目的之一,终究无法克服其来自于目的刑论的致命缺陷:为了追求一般预防目的,而将犯罪人作为预防他人犯罪的工具;容易导致重刑主义和

[30] 前引〔8〕,西田典之书,第15页。需要特别说明的是,西田典之先生正是在讨论“刑罚目的”问题时,表达上述观点的。

[31] 参见前引〔20〕,陈兴良书,第638页以下。

[32] 前引〔12〕,戈尔丁书,第162页。

惩罚无辜。只要将一般预防作为刑罚目的，那么在刑罚的适用与执行过程中追求一般预防效果就成为一种合理的预期，犯罪人的权利就可能被轻视，刑罚的适用就可能超出行为人的罪责范围，由此将导致刑罚适用结果的不公正，刑法价值的天平将向社会保护一边倾斜，刑法的人权保障机能将被削弱。

如果我们将一般预防排除在“刑罚目的”之外，只是把报应和特殊预防作为刑罚目的，就可以使刑罚目的既能反映报应与预防两个方面的正当性要求，又能避免以往折衷的刑罚目的观只是将报应和预防进行简单综合所遗留的缺憾。其实践上的意义在于：既然一般预防不是刑罚的目的，那么在对犯罪人定罪量刑时，就只能依据其所犯罪行，并在与其罪行相适应的范围内科处刑罚，而不能考虑社会治安形势、犯罪率、民愤、政治等案外因素来追求一般预防效果。这样，就可以最大限度地协调刑法的人权保障功能和社会保护功能，并使刑法之社会保护功能的发挥依从于人权保障功能，防止刑罚权的过度使用。

第二，将“刑法目的”与“刑罚目的”区分开来，可以防止刑法被工具化的危险。

在以往的刑法理论中，人们对“刑罚目的”和“刑法目的”基本上不加区分，有学者甚至认为，二者原本就是一回事。比如台湾地区刑法学者高仰止在对“刑法之目的”问题专加讨论时，“刑法之目的”与“刑罚之目的”在文中交替出现，他还引用日本刑法学者牧野英一关于“刑罚之目的”的内容来解释“刑法之目的”，<sup>〔33〕</sup>显然是将二者视同一事。台湾地区另一刑法学者翁国梁指出：“刑法之目的，学者有称刑罚之目的者。实则刑法之内容，已包含犯罪与刑罚，故不若称刑法之目的为当也。”<sup>〔34〕</sup>不过，翁国梁先生虽注意到“刑法之目的”有别于“刑罚之目的”，但是究竟不同在何处，则未有论述。从其对“刑法之目的”的具体讨论看，其实仍然是在说明“刑罚之目的”。

笔者认为，“刑法目的”与“刑罚目的”应当加以区分，相关的理由前文已有所交待，不再赘述。此处需要讨论的是，进行这种区分在理论及实践上有何意义。

对“刑法目的”和“刑罚目的”不加区分，导致的直接后果就是以“刑罚目的”取代“刑法目的”，刑法只是实现刑罚目的（惩罚或者预防犯罪）的工具，而刑法其他的社会功能则被忽略了。笔者认为，传统刑罚目的观的理论困境，正是来自于此。比如在报应刑论那里，如果“刑罚目的”等同于“刑法目的”，那么当然就会得出结论，认为国家制定刑法的目的就在于报应，即刑法唯一的目的就是实现惩罚犯罪的刑罚功能。于是，对于某些不值得处罚的危害行为，也必须予以处罚，刑罚的目的变成了刑法的全部目的，刑法自身的功能被压缩到了极限。在目的刑论那里，类似的问题同样存在。目的刑论认为，刑罚本身并没有什么意义，只有在为了实现一定目的即预防犯罪的意义上才具有价值，因此，在预防犯罪所必要而且有效的限度内，动用刑罚才是正当的。按照目的刑论，如果没有预防犯罪的效果或者从预防犯罪的角度而言不需要判处刑罚，就不应当判处刑罚；另一方面，如果有比刑罚更好的预防手段，就可以放弃刑罚而采取其他手段。既然如此，从目的刑论出发，本来应该能够合理地推论出“刑罚目的”不等于“刑法目的”，因为从预防的有效性出发，预防目的的实现显然不是仅仅依靠刑罚就能够达到，还需要一些相应的制度与之配合，亦即刑罚应该不是实现预防目的的唯一手段。非刑罚的预防措施以及缓刑、减刑、假释、非监禁、非刑罚处罚方法、行刑社会化等相关的制度的功能，显然不是单纯地来自于刑罚，而是来自于刑法或刑事政策。在此意义上，目的刑论所追求的刑罚的预防目的，尤其是一般预防，实际上应该是刑法的目的。但是，以往的目的刑论者之中，似乎并没有人提出过这样的主张。相反，以往的目的刑论对预防目的的追求，都是以刑罚威慑为基础的，“刑法目的”仍然与“刑罚目的”混沌不分。而且，由于过于强调刑罚的预防目的，目的刑论常常导致重刑倾向，刑罚预防目的单方面膨胀，造成了对刑

〔33〕 参见高仰止：《刑法总则之理论与实用》，台湾五南图书出版公司1986年版，第37页。

〔34〕 前引〔19〕，翁国梁书，第5页。

法自身目的的遮蔽。由于以往的刑法理论对“刑法目的”与“刑罚目的”没有作清楚的区分，建立在折衷刑论基础上的各种刑罚目的观都只不过是对报应刑论和目的刑论的一种简单综合，从而也都未能跳出上述理论局限。

刑法是关于“刑罚”使用之法（Penal Law），更是关于“犯罪”治理之法（Criminal Law）。从世界范围看，尽管“刑法”的确也常被称为“犯罪法”，<sup>〔35〕</sup>但是，过去人们似乎只是在刑罚使用的意义上来思考刑法，因而当人们讨论“刑法目的”时，实际讨论的就仅只是“刑罚目的”。如果我们在犯罪治理的意义上来思考刑法，那么刑法自身的目的问题就必须进入我们的视野。长期以来对“刑罚目的”的强调，导致了“刑法目的”的失落，刑法自身的目的问题被刑罚的目的问题掩盖了。在日本刑法学界，直到20世纪60年代，刑法的目的问题才由木村龟二首先关注，在他之前，“关于刑法的目的，基本的论述是关于普通刑罚的目的的问题”，真正把刑法的目的作为研究对象的论著几乎没有。<sup>〔36〕</sup>而在我国刑法学界，“1997年以前，几乎没有人提出关于刑法的目的问题”。<sup>〔37〕</sup>今天，人性和人的尊严日益得到法律的尊重，犯罪治理的技术已经愈加完善，刑法自身的目的问题必然凸现出来。然而，刑法学界虽然有人已经认识到“刑法目的”与“刑罚目的”之不同，但是关于将二者加以区分的理论意义，迄今为止并没有出现过任何深入的阐述。

刑法作为人类社会的一种文化现象，它除了要确定刑罚权、规范刑罚权的使用方式和限度之外，还有更加广泛的社会意义。由于现代市民刑法具有多元的价值目标，刑法制度不再只是为了保障国家刑罚权的有效实施而存在，在此情形下，刑法整体意义上的目的显得更加重要。我们既不能以“刑罚目的”取代“刑法目的”，也不能将“刑法目的”简化为“刑罚目的”，因为将“刑罚目的”等同于“刑法目的”是压制型刑法的一个典型特征。本文主张将“刑法目的”与“刑罚目的”区分开来，并把一般预防从刑罚目的中剥离出来，将其上升为刑法目的，主要就是为了防止通过单一的刑罚手段追求一般预防目的，防止刑罚适用和执行过程中对一般预防目的的过分强调；最重要的，还在于避免使刑法沦为由国家随意支配的、实现惩罚目的的工具，从而造成国家权力对个人权利非正当的压制。只有当“刑法目的”不再只是“刑罚目的”，“刑罚目的”不再被过度放大以至于对“刑法目的”形成遮蔽，刑法才能真正摆脱被工具化的命运，刑法超越于刑罚的那些社会意义才能受到人们的重视。

第三，把一般预防确定为刑法的目的，意味着应当将一般预防作为刑事政策上的基本目标，而在刑法制度的整体设计上加以考虑；换言之，在犯罪治理的过程中，应当注重手段上的系统性，而不能仅仅依赖单一的刑罚手段。

笔者认为，刑法制度既是一个价值系统，又是一个技术系统，同时还是一个功能系统。作为价值系统，刑法具有目的性。可以说，在刑法的每一个建构性的要素中，都包含着它所欲实现的目的。而技术是服务于目的的，是价值的支持系统。只有当技术满足于目的的需要时，刑法制度才能获得良好的功能状态。<sup>〔38〕</sup>一般预防目的，显然不是通过刑罚的确定、适用与执行就能实现的。作为一种抽象而宏观的控制目标，一般预防需要整个刑法制度、甚至需要刑法制度以外的其他社会条件的广泛支撑。刑法虽然如我们通常所说，是规定犯罪与刑罚的法律，但是，这并不意味着法律一旦宣布对某种行为将实施刑罚处罚，就会自然产生实际的一般规范效力。这里涉及“法律的效力”

〔35〕 在西方国家，与“刑法”之语一起，使用“犯罪法”之语的，并不少见。在英美，多使用“犯罪法”；在德国，则一般使用“刑法”（Strafrecht）；而在法国，“刑法”（droit pénal）和“犯罪法”（droit criminel）几乎被对半使用。在德国，也有人主张，为了除刑罚之外也使保安处分包括在内，与称“刑法”相比，称为“犯罪法”是适当的。参见〔日〕大冢仁：《刑法概说》总论，冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第20页。

〔36〕 前引〔16〕，许道敏书，第64页。

〔37〕 张智辉：《刑法理性论》，北京大学出版社2006年版，第37页。

〔38〕 参见周少华：《刑法理性与规范技术——刑法功能的发生机理》，中国法制出版社2007年版，引言第11页。

与“法律的实效”之间的区别：如果法律所规定的刑罚是残酷的、非人道的、与社会普遍的正义观念相违背的，那么它在产生一般威慑力的同时，也可能会遭到社会的反抗，失去一般预防作用。这样的法律虽然有效力，却是没有实效的。所以，一般预防的目的必须以惩罚制度本身的正当性、合理性为前提。而刑罚作为一种“恶”，它显然无法自己解决自身的正当性、合理性问题，这个问题只能由刑法制度系统来解决。

笔者的这个观点是以如下事实为前提的：刑罚制度不是刑法的全部内容，除了规定刑罚之外，刑法还是规定犯罪的制度；在实行二元惩罚机制的国家，刑法还是规定保安处分的制度。正因为如此，笔者认为刑法的目的与刑罚的目的是不同的，刑罚的目的只在于报应和特殊预防，而刑法除了具有确认刑罚权、预防犯罪（包括特殊预防和一般预防）的目的，还具有限制刑罚权和保护法益的目的。可见，刑法的目标并不只是为了追求如何有效地实施惩罚，刑法的目标还在于如何有效地保护社会，还在于如何公正地、有限度地实施惩罚。因此，刑法一方面要面对犯罪来保护社会，另一方面也要面对国家来保护犯罪人。刑法的这个目标不只是通过刑罚来实现的，它有时也是通过“反刑罚”来实现的。比如刑法上的正当防卫制度，就是通过将防卫行为在法律上正当化（不认为是犯罪从而不对其科处刑罚），而鼓励一般公民与犯罪作斗争、保护自己和他人的合法权利。由于法律上的这一规定，潜在犯罪人意欲对他人实施不法侵害时，由于顾及被侵害人享有程度相当的防卫权利，就可能有所收敛而不实施侵害行为，就此而言，正当防卫制度所具有的一般预防功能是显而易见的。我们主张将一般预防作为刑法的目的而不是刑罚的目的，就是试图让人们将注意力从刑罚转移到刑法上，通过刑法制度系统的整体设计和运作追求一般预防目的，而不只是通过惩罚本身来追求一般预防目的。由于公开而明确的刑法规范是一般预防的基础，所以我们认为，刑法规范自身的正当性、合理性、科学性，以及刑事司法制度的合理性、科学性，才是追求一般预防目的所应着力之处。忽视刑法其它要素的制度功能，把一般预防目的完全寄托在刑罚的适用与执行上，这是夸大了刑罚本身的作用，容易导致重刑主义在司法活动中的滋生蔓延。

如果从整个社会预防犯罪的制度体系和技术策略来看，我们甚至可以说，一般预防更主要的不是刑法的任务，而是一系列社会政策共同的任务。说到这一点，李斯特“最好的社会政策就是最好的刑事政策”的至理名言对我们仍然具有重要的启示。德国当代刑法学家罗克辛教授认为，一般预防理论“除了具有一般地和立即地预防犯罪行为实施的意义之外，在社会政策方面也具有值得追求的价值，而这一点也正是一般预防的各种理论的目标”。<sup>[39]</sup>但是，如果我们把一般预防仅仅作为刑罚目的，那么一般预防理论在社会政策方面的价值就可能被忽略，而把一般预防目的完全寄托在刑罚手段上，预防效果也必然是极其有限的。相反，如果我们把一般预防作为刑法的目的而不是刑罚的目的，那么一般预防理论将走出原来的理论困境，得到极大的改观。

第四，将“刑法目的”与“刑罚目的”分开看待，把一般预防和特殊预防分别置于不同的层面，仍然可以保持特殊预防与一般预防的辩证统一，不会割裂二者之间的关系，更不会将二者对立起来。

毫无疑问，就整体的刑法制度而言，特殊预防和一般预防都是其目的。刑法既不能忽视一般预防而专注于特殊预防，也不能忽视特殊预防而只考虑一般预防。作为刑法目的的预防应该是特殊预防与一般预防的统一。与以往观点不同的是，笔者不是在“刑罚目的”之中寻求一般预防和特殊预防的统一，而是在“刑法目的”之中解决这一问题的。虽然笔者主张，一般预防是刑法的目的，而特殊预防主要是刑罚的目的，但是，这并不影响“刑法的预防目的是一般预防与特殊预防的辩证统

[39] 前引 [13]，罗克辛书，第 43 页。

一”这一命题的成立。

刑罚制度是刑法最核心的制度，因此刑罚的目的当然可以被包含在刑法的目的之中，也就是说，特殊预防既是刑罚的目的，同时也是刑法自身的目的。<sup>〔40〕</sup>但是反过来，刑法的目的却不能降格为刑罚的目的。这是因为，如果把刑法目的降格为刑罚目的，就意味着刑法的一切目的都是通过刑罚手段实现的，这不但是夸大了刑罚的作用，客观上会导致刑法对刑罚手段的过度依赖，而且实际上也不符合现代刑法规范方式本身的特点。将一般预防上升为刑法目的，这虽然使得特殊预防与一般预防处在不同的层面上，但是由于这种区分很大程度上只是基于某种价值上的考虑所作的观念上的区分，刑法与刑罚事实上不可分离的关系使我们仍然可以对特殊预防与一般预防的关系进行“一体性”的考虑。所以，即使特殊预防与一般预防处于不同的层面，二者的“辩证统一”关系仍然是存在的。而且，基于同样的理由，将一般预防从刑罚目的中分离出来，也不会对刑罚的正当性根据理论产生冲击，我们依然可以主张：报应和功利都是刑罚的正当性根据。<sup>〔41〕</sup>

把特殊预防作为刑罚目的，而把一般预防作为刑法目的，这种观念区分的意义仅在于试图说明：包括一般预防在内的刑法目的的实现，当然需要刑罚手段作为主要支持，但是并非只能或者仅仅需要刑罚这种单一的手段。作为刑法目的，特殊预防主要是通过刑罚手段来实现的，所以特殊预防也可以被作为刑罚目的，而在刑罚适用与执行活动中予以重点考虑；而一般预防则是通过包括刑罚手段在内的一切刑法制度要素、甚至通过刑法以外的社会政策共同实现的，虽然将刑罚变为现实的惩罚的过程对于一般预防也具有意义，但是在刑罚的适用与执行活动中，却不应特地考虑一般预防目的。所以，在刑法目的之中考虑一般预防与特殊预防的辩证统一问题，一方面可以克服将一般预防作为刑罚目的所不可避免的来自于目的刑论的先天缺陷，另一方面也不会造成刑法只强调特殊预防而忽视一般预防，或者只强调一般预防而忽视特殊预防的片面倾向。

第五，将一般预防作为刑法的目的，可以对“积极的一般预防论”作出更加圆满的解释。

一般预防理论的当代形态是所谓的“多元遏制论”，其理论旨趣在于，刑罚的一般预防作用不只是包括威吓，而且包括加强道德禁忌等其它功能。例如，挪威学者安德聂斯指出：“刑罚的一般预防作用有三：恫吓；加强道德禁忌（道德作用）；鼓励习惯性的守法行为。”<sup>〔42〕</sup>美国学者帕克也认为，刑罚的一般预防不仅在于对人的有意识的行为进行控制，而且还在于对人的无意识的行为进行控制。受遏制力所触动的不只是边沁所说的理性享乐主义者，而且还包括被足够社会化而对违犯社会规则有罪以及其经历导致其将有罪感与刑罚的形式相联系的所有人。帕克认为，通过强化道德准则这种方式受遏制力影响的是一般守法者。<sup>〔43〕</sup>另一位美国学者哈格也提出了一种三元遏制论，他认为，一般预防既包括刑罚的直接作用，也包括刑罚的间接作用。刑罚直接的一般预防作用在于威吓，它指的是通过惩罚罪犯而告诫其他人“如果你违法，你便会遭此下场”而遏制其他人，亦即刑罚通过其痛苦的代价而使意欲犯罪的人不敢犯罪。刑罚间接的一般预防作用包括耻辱与形成习惯的作用：耻辱指的是刑罚通过惩罚犯罪人而向社会宣告犯罪是可耻的，从而使人们因恐惧惩罚的耻辱而不敢犯罪；形成习惯的作用是指刑罚的存在可以强化人们的守法意识，促使其形成守法的习惯。<sup>〔44〕</sup>在“多元遏制论”中，我们似乎隐约看到了“积极的一般预防论”的影子。因为多元遏制

〔40〕 作为刑罚目的，特殊预防是与报应相对应的；而作为刑法目的，特殊预防是与一般预防相对应的。

〔41〕 正如刑罚的正当性根据上的“理性统一论”认为的那样，报应与功利都在一定程度上揭示了刑罚的根据，但又都有一定的局限性，单纯地从报应或者功利的角度都不能对刑罚的根据作出完整的解释，只有从二者的结合中才能为刑罚找到完整的根据。因此，“理性统一论”将报应与功利明确作为刑罚的正当性根据，将两者置于同一层面，把它们同样作为对刑罚根据的道德性的解释。参见邱兴隆：《关于惩罚的哲学》，法律出版社2000年版，第314页以下。

〔42〕 [挪威]安德聂斯：《刑罚与预防犯罪》，钟大能译，法律出版社1983年版，第5页。

〔43〕 Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, 1968, pp. 42-45.

〔44〕 Ernest van den Haag, *Punishing Criminals: Concerning A Very Old and Painful Question*, New York: Basic Books, Inc. Publishers, 1975, pp. 60-64.

论虽然肯定刑罚的一般威吓作用，但是却不再将其作为唯一的一般预防功能，它承认了一种“鼓励或强化守法习性作用”的存在，这实际上就是所谓的一般预防的积极方面。提倡积极的一般预防论的学者基本上都认为，“一般预防同时包括了威慑预防与规范预防”。〔45〕可见，积极的一般预防论并不是对消极的一般预防论的否定，而是对它的补充。在这一意义上，“一般预防同时包括了威慑预防与规范预防”的观点无疑也属于“多元遏制论”的一种。

新的一般预防理论虽然不再把威慑作为其唯一内容，但是，无论是“多元遏制论”还是“积极的一般预防论”，其对一般预防积极方面的追求仍然是以刑罚为中心展开的，也就是说，“鼓励或强化守法习性作用”仅仅被看作是刑罚的一种效果，积极的一般预防也不过是刑罚的目的之一。积极的一般预防论的特点是，它主张通过唤醒和强化国民对法的忠诚、建立国民对法秩序稳定存在及其效力的信赖，从而实现预防犯罪的目的。积极的一般预防论提出的这个目标看起来的确很迷人，然而，在论证这个目标如何达致时，积极的一般预防论所预期的“学习效果”、“忠诚效果”以及“满足效果”，都是通过刑事司法活动对法律的贯彻和对犯罪行为的惩罚而得以产生的。〔46〕在此，积极的一般预防论似乎并未从根本上解释清楚，同样依赖于刑罚的积极一般预防与威慑预防究竟是如何区分开来的。我们能够看到的仅仅是，消极的一般预防针对的是那些有犯罪意念的人，而积极的一般预防针对的是那些一般守法之人。如果二者的区别仅在于此，那么积极的一般预防论就仍然没有对自身的理论优势作出令人满意的说明。实际上，在“积极的一般预防论”那里，一般预防理论的局限性并未得到多大的弥补；相反，把一般预防作为刑罚目的，反而使积极的一般预防论处于一种自我销蚀的危险境地。这是因为，既然积极的一般预防也是刑罚的目的，那就意味着国民对法的忠诚感、对规范的信赖以及公众法意识的安定化，都需要通过刑罚的强制手段来达到，这岂不是又退回到威慑论那里去了吗？难怪台湾学者许玉秀会有这样的批评：正面预防（即积极的一般预防）所谓的“鼓励”也可以同时解释为威吓，所以，正面预防不过是负面预防（即消极的一般预防）的另一种说法。它不像日常用语里的责骂和鼓励，责骂就是责骂，鼓励就是鼓励，这种正面预防和负面预防都建立在刑罚给犯罪人的痛苦上面，若要把这种痛苦认定为甜蜜，则必须使用“吃苦当作是吃补”这种逆境哲学加以解释。把负面的事实作正面的描述，无非认为黑暗的背后是光明，可是黑暗的背后可能还是黑暗，不见得就是光明，这种正面预防的定义不过是骗人的说辞。〔47〕

笔者主张将一般预防作为刑法的目的而非刑罚的目的，可以避免积极的一般预防论所面临的这种尴尬。作为刑法目的的一般预防，其实现虽然也需要刑罚发挥主要作用，但是正如我们在前文已经一再指出的那样，此时刑罚不再是产生一般预防效果的唯一因素，而且我们也不必在刑罚的适用与执行过程中特意考虑一般预防目的。当一般预防成为刑法的目的时，对该目的的追求就必须以整个刑法制度的合理建构为基础。即使是求助于刑罚手段，刑罚的适用与执行对于一般预防的意义也仅在于维护刑法规范的有效性，它与刑法自身的正当性、合理性一样，都是有助于确立公众规范信赖的要素。换言之，我们对一般预防效果的追求，除了需要借助刑罚的适用与执行外，还需特别注重刑法规范自身的建设，尤其是刑法规范实体的妥当性。因为一般预防效果的产生很大程度上必须以公众对刑法的认同为基础，正如周光权博士提出的刑法正当性根据上的“忠诚理论”认为的那样，要确立刑法认同并保证刑法有效的相对性，就应当有一系列的观念支撑：（1）政治国家的权力和功能是有限的。市民社会与政治国家的二元对立和有机融合，可以使个人建立这样的刑法确信：只要我的行为不踏入刑法领域，我就不会受到

〔45〕 参见前引〔4〕，张明楷书，第405页。

〔46〕 参见前引〔13〕，罗克辛书，第42页以下。

〔47〕 参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第47页。

刑法的无端打击，我的自由便是不受刑法限制和约束的。这种行为与刑法相关性、权力与权利相对性的认识，正是建构刑法信仰的前提。(2) 刑法应当确立一种起码的公平、正义观，作为报应的刑罚体现的就是一种公正观，而这部分地构成了刑法认同。(3) 只有确立犯罪与刑罚之间的直接对应关系，才会使人们心目中对刑法的确信和尊重得以建立，这是刑法认同不可或缺的要素。(4) 刑法的可感性是认同的前提。只有让民众亲眼目睹罪恶得到惩罚，才能强化民众接受刑法的心理，刑法认同才有可能。<sup>〔48〕</sup>虽然刑罚的适用与执行可以权威性地证明规范的存在，但是，如果刑法规范不能够从道德上证明自身的正当性，则刑罚的强制不仅不利于公众刑法认同感的培植，甚至可能起相反的作用。刑罚对刑法规范妥当性的证明代表的只是政治国家的态度，只有刑法规范实体的正当性，才能够表达市民社会对惩罚限度的基本立场。如果刑法欠缺正义与公平的内在的尺度，仅仅依赖于刑罚本身的作用，我们将无法理解国民对法的忠诚感、对规范的信赖如何能够建立。因此，所谓积极的一般预防，决不是刑罚单独能够担当的任务，而必需求助于刑法全体。只有将一般预防作为刑法目的而不是刑罚目的，我们才能对积极一般预防所仰赖的那些基本条件有一个合理的期待。

## 五、结 论

由于一般预防的对象是犯罪人以外的其他社会成员，因此，施加在犯罪人身上的刑罚究竟能够产生多大的一般预防效果，历来就备受怀疑；相应地，把一般预防作为刑罚目的，也就难免有理论根基不牢之嫌。实际上，产生一般预防效果的制度要素主要是刑法规范，而不是刑罚，所以，一般预防的目标及其实现方式应当建立在全体刑法制度之上，而不应完全寄托于刑罚的适用与执行。刑法规范被强制性地实施对于一般公众法意识的形成虽然也有一定的促进作用，但是刑法规范本身的正当性才是培育公众对法的忠诚感和信赖感的更加基础性的东西。正因为如此，把一般预防从刑罚目的中分离出来，将其上升为刑法目的，不失为一种合理的理论主张，这也是一种与现代犯罪治理方式相一致的解决方案。

---

〔48〕 参见周光权：《刑法诸问题的新表述》，中国法制出版社1999年版，第6页以下。