

耻辱罚取舍与现代中外法制的价值选择

范依畴

【内容摘要】 耻辱罚是中外法制中一类非常特殊的处罚方式。这种通过人格贬损方式惩罚犯罪者、震慑旁观者的处罚，有时单独实行，更多附加于他刑。古往今来，人们对它褒贬不一，存废之争从未停息。自近代人权学说兴起以来，作为附加刑的传统耻辱刑先后被废弃，但某些带有羞辱性的处罚或防范措施，如公示人犯身份肖像以加强社区防范、剥夺人犯资格荣誉以消除再犯条件等，却或多或少、或明或暗地保存了下来，甚至还有推陈出新之势，其中的原因值得我们深思。古今刑罚一般追求以较小较轻的惩罚，实现制止犯罪、矫正犯人、恢复秩序、教育大众的目的。在民主法治的今天，若能在合理的理由和限度内适用某种耻辱罚，以督促犯罪者知耻、消除或减少犯罪便利(条件)、保护潜在受害者，将有利于实现刑法和治安法惩治违法犯罪、预防违法犯罪的目的。耻辱罚的现代法治价值不应被简单忽视。

【关键词】 耻辱罚 人格尊严 梅根法 褫夺荣号 新耻辱罚

【作者】 范依畴，中央民族大学法学院副教授。(北京 100081)

【基金项目】 国家社科基金青年项目“法治德礼重建与礼法合治传统治理资源的创造性发展研究”(16CFX007)

引言

耻辱罚是中外历史上都长期存在的一类常见处罚，广义上包括刑罚、刑事强制措施、行政处罚和行政强制措施等。以刺字、烙印、割鼻、剃发、强加特殊冠服、当众鞭笞、枷锁示众、捆绑游街甚至阉割等方式实施的羞辱性惩罚，有时单独实施，有时附加于他刑(附加于财产刑、自由刑、劳役刑、肉刑等)，在中外法律史上是司空见惯的。狭义上的耻辱刑或罚，仅指以人



①因为在古代法制中刑和罚难分,所以本文将古代这类刑或罚统称为“耻辱刑”。在现代,因为它们更多体现为刑外或法外之“罚”,故称为“耻辱罚”更合理。

②《上海站大屏幕现“老赖”照片》, http://www.xinhuanet.com/politics/2016-07/07/c_129122602.htm;《长春街头大屏幕滚动播放24名“老赖”照片》, <http://news.sina.com.cn/2016-03-17/doc-ifxqnskh0876648.shtml>。

③参见姚建龙、刘昊:《“梅根法案”的中国实践:争议与法理——以慈溪市〈性侵害未成年人犯罪人员信息公开实施办法〉为分析视角》,《青少年犯罪问题》2017年第10期。

④《最高检第九厅厅长史卫忠:全国推广性侵犯罪入职查询》, <http://news.sina.com.cn/c/2020-05-26/doc-iirczymk3646157.shtml>。

格羞辱方式施加于受刑(罚)人,使其精神痛苦的处罚方式,不包括附加于其他刑罚的耻辱刑。古今所有刑或罚都难免含有人格或名誉贬损、精神或物质惩痛的属性(只不过贬损、惩痛程度有所不同),它们都可以看成某种意义上的耻辱罚。不过,我们在这里主要讨论的是狭义上的耻辱罚。

近现代以来,在人格尊严、人权保护日渐升华的国际大潮下,那种以容肤损伤和人格尊严贬损为特征的传统耻辱刑虽先后为各国法制所弃,但通过人格名誉贬损方式制裁违法犯罪的意识并未随之完全消失,以贬损人格名誉、剥夺资格权利、公示公告罪状信息为特征的惩罚或强制措施,在中外司法和行政实践中仍不时再现。这种情形,我们可以称之为“新耻辱罚”。这类惩罚,虽区别于传统耻辱刑,但二者仍有某种内在一致性,因而引起了一定的争议。法治时代的各国法制,为何不约而同地重新启用某些耻辱罚?是什么原因导致了这些貌似“倒退”现象的出现?这一过程中有哪些特别的价值抉择?新耻辱罚与人权价值之间有没有最低限度的兼容?本文拟在回顾中外耻辱罚历史的基础上,就这些具体问题作一些粗略的思考和回答。^①

今日法律秩序中“耻辱罚”的复苏与争议

在厉行民主法治的今天,刑事处罚意义上的耻辱刑早已不复存在,但带有羞辱性质的惩罚措施,在中外的司法和行政实践中似有复苏迹象。

在中国近年政法实践中,含有人格和名誉贬低属性的处理措施屡见不鲜。如通过公审判大会、游街或广场示众、媒体曝光肖像身份、在家户门口喷贴标示图文等方式,对相关违法或犯罪嫌疑人进行公开惩处;或剥夺(限制)考公务员、升学、参军、就业等人事资格并加以公示,或限制民事消费资格(如限制高消费令)并加以公示等。实施这类举措的国家机关,虽然并不以贬损个人人格名誉为目的,但通过这种轻车熟路的方式惩处相关违法犯罪嫌疑人以教育一般群众的双重用意仍是非常清楚的。虽然这些做法并无明确法律依据,国家有时也会适当进行批评纠正,但在实践中这一发展势头似乎难以阻挡。

近些年来,为了解决执行难的问题,多地法院不约而同采取了超规格展示、公布失信被执行人信息的做法,除了在法院公告栏公布以外,有些地方还采取了在电视台、报纸,甚至是火车站、商场巨型电子屏公布失信被执行人照片、个人信息的做法。^②虽说这一做法带有羞辱之意,但许多被展示的失信被执行人立即履行了其义务,执行难问题得到了良好的解决。

公示犯者个人信息以警阻犯罪的做法正逐渐转变为国家法律机制。2016年,浙江省慈溪市检察院牵头法院、公安等司法机关出台了《性侵害未成年人犯罪人员信息公开实施办法》。^③2020年,最高人民检察院第九检察厅厅长史卫忠在接受记者采访时说,检察机关将联合相关部门在全国推行教职员工准入查询性侵违法犯罪信息制度,以构建更加牢固的未成年人权益“保护网”。^④这与美国在1990年代推广的梅根法案,即公示儿童性侵犯者个人信息、提示公众予以防范的做法有着相似之处。

对于一些不惧怕其他处罚的“惯犯”式违法者,个人信息公示还是有一定的惩戒效果的。对于有些人而言,训诫、罚款、拘留乃至管制、拘役多少次,可能对其不会有什么触动,他们大多是不在乎自由且无钱可罚的“老油条”。但若将他们抗拒民事执行、嫖娼、性侵、吸毒、电信诈骗、

交通违法之类丑态公布于众,使其受公众舆论谴责,使其高档消费受到限制,让他们的名誉信用显著降低,这多少能使他们感到不自在,甚至产生羞耻感,他们的“无脸见人”感在一定程度上会促使他们改过自新。这种羞辱式公示,对失信被执行人尤其管用。很多“老赖”并不是真的无法还债,只是不想履行,想要赖而已。只要刀没有架到脖子上,不是拖就是躲,生效判决能奈他何?一旦在公众媒体上曝光,使其脸上无光、面子挂不住、出门寸步难行,这才能使其感受到痛苦和压力,才能促其履行义务。尽管这些做法有损害人格尊严之嫌疑,但因为确有一定的警阻或恐吓效果而不断被各地仿效。

在现代西方国家中,也有类似的耻辱罚复苏现象。随着犯罪率特别是再犯率的逐年上升,西方许多国家的监狱出现了人满为患、不堪重负的现象。人们认识到,光靠自由刑、财产刑显然已经不足以预防并制止犯罪、保障人民权利、恢复社会秩序,这些刑罚在社会功用上似乎已经“黔驴技穷”了;单纯采用自由和财产制裁方法并不能真正降低犯罪率,还会加重司法成本。尤其是对于一些轻微犯罪(包括治安犯罪)而言,适用自由刑则“罪轻刑重”,违背“罪罚相当”原则;仅适用财产刑又“罪重刑轻”,且无从惩戒并预防犯罪。过分拘泥于传统人权理论特别是人格尊严理论的文明刑罚体系,在司法实践中经常显得苍白无力——不但无法阻遏犯罪,甚至有放纵或鼓励犯罪之嫌。

有鉴于此,以贬损人格尊严名誉为防范措施或制裁的“灵感”又在司法中不时再现。在西方国家,诸如曝光犯罪人照片、公布其身份住址信息、公布其车牌号、公布其犯罪事实,甚至在其住所张贴公告提醒周围民众防范等带有公示羞辱性质的刑事措施相继出现。虽然引起了一些争议,但也确有一定成效。

在美国,加利福尼亚州最早建立性犯罪登记制度。早在1947年,该州立法要求性犯罪者必须到当地的执法机关登记相关信息,以便查阅。1989年,明尼苏达州儿童雅各布·魏特琳失踪案轰动全美并引起社会广泛关注,美国政府于五年后颁布了《雅各布·魏特琳儿童与性暴力犯罪登记法令》,这一联邦法令作为《联邦暴力犯罪控制与法律实施法案》的组成部分,责令各州对性犯罪者建立个人住址登记公示制度。^①1994年,美国新泽西州女童梅根·坎卡被奸杀案,进一步推动了这一制度的发展完善。梅根案后,新泽西州议会通过了《犯罪登记与社区公告法》(为纪念梅根,此法被称为“梅根法”)。该法规定:居住在州境内的性犯罪刑满释放人员必须向警方登记。对其中潜在危险不大者,警方仅向学校和社区通报;对于危险较大者,除通报学校和社区外,警方还要通知街道所有居民。州政府建立统一资料库,将性侵罪犯的姓名、住址、相貌公之于众,民众可随时通过电话和互联网查询。^②这一制度旨在提醒社区公众提高警惕,预防新的性侵害犯罪发生。新泽西州颁布这一法律后,全美其他各州纷纷响应,制定适用本州的“梅根法”。在各州的推动下,美国联邦立法也很快跟进。1996年5月17日,克林顿总统最终签署批准了联邦层级的“梅根法”。该法规定在全美范围内正式建立性犯罪者档案库,将性犯罪者相关信息资料统一登记建档供人随时查阅。^③联邦层级的“梅根法”和各州的“梅根法”具体规定虽不尽相同、宽严有异,但在强制登记性犯罪者个人信息并加以公示、加强性犯罪者防范管理这一目标上是完全一致的。这一制度使性犯罪者个人身份信息暴露无遗,让其时刻处在社区公众“防贼”般注视和监督之中,其人格尊严名誉的降低或减等效果是客观存在的。这种措施绝不仅仅是一种犯罪预警机制,更兼有羞辱性惩罚属性。“梅根法”颁布实施后,全美性犯罪发生率确实有所降低。

① 参见孙秀艳:《美国联邦反儿童性侵害犯罪立法沿革及评介》,《青少年犯罪问题》2009年第3期。

② 参见刘军:《性犯罪记录之社区公告制度评析——以美国“梅根法”为线索》,《法学论坛》2014年第2期。

③ 参见刘军:《性犯罪记录制度的体系性构建——兼论危险评估与危险治理》,北京:知识产权出版社,2016年,第221—225页。

在今日欧洲国家司法实践中，法官常常会在司法判决裁定中附加公布决定，责令公示判决书。这种做法，实际上仍兼有人格名誉制裁的属性。《法国刑法典》规定，法院可以判决被判刑人张贴或公布法院判决，并承担张贴或公布费用。公布的内容，包括犯罪人个人信息、所犯罪行和判决主文。这种公布实际上被作为“附加刑罚”。^①法国刑法学家卡·斯特法尼曾指出，虽然法国已经废除了侮辱性质的刑罚，但仍然保留了针对被判刑人在其同胞中所享有的名誉的刑罚制裁，这就是公布司法裁判决定。《德国刑法典》也规定，对于侮辱和诬告等罪行，有罪判决确定后，必须将判决和罪行加以公布，这是法定的“刑法随附结果”，^②亦即当成刑罚内容的一部分。虽然这类公告公示只适用于特定罪行而不具有普遍性，且公告判决的设计初衷是为了恢复被害人受损的名誉，但我们不能否认，责令将有罪判决广泛公告，对于被判刑人而言，当然是一种罪行展示或身份示众，这当然使被示众者受到公众谴责和唾弃，所以客观上就有耻辱的意味。

耻辱罚在当今世界法律秩序中的局部复苏现象，值得引起注意和思考。在公众媒体公示违法犯罪人犯由、个人照片和身份信息，虽然能比较快捷便利地达到促成犯罪者自首或履责，便利识别性侵嫌犯保护未成年人、警阻各类违法效尤者等目标，但我们不能否认，这是一把双刃剑——这种做法对公民个人人格尊严和名誉的变相克减，对司法信息公开范围的变相扩张，可能会严重危害法治国家应有的法律秩序和公民权利格局。这些克减、扩张既没有得到法律的正式授权，又没有赋予相对人以适当救济机会，其中隐藏着重大的风险。这正是耻辱罚复苏引起社会广泛关注和争议的原因之所在。

争议之根源：传统耻辱刑的历史局限性

今日耻辱罚复苏引起广泛争议之根源在于耻辱作为刑罚的历史局限性，因为传统的耻辱刑常被贴上残忍、野蛮、落后的标签。在中国法律史上，耻辱刑大约可以追溯到周代。周文王“画地为牢”，也许是最早的耻辱刑。《周礼》记载的“桎梏而坐诸嘉石”，令犯者“睹石而自悔”之刑，“置之圜土……以明刑耻之”之刑，^③都有耻辱刑的性质。比较常见的耻辱刑，历史上先后有多种，最典型的当属刺字类耻辱刑。这类耻辱刑，以在受刑人脸部或其他显著部位刺刻并纹上图文以标示犯罪并贬损人格为特征。它既包括单一的墨刑、黥刑、刺字刑，也包括变种的刺配刑^④。这类耻辱刑自夏商时代开始出现，在历史上存在了几千年之久，直到清末刑法改革才被废除。另一类较特殊的耻辱刑是剃发类耻辱刑，即剃除受刑人头发、鬓毛、胡须等，正式称谓是髡刑、耐刑^⑤。该刑始创于秦朝，直到魏晋南北朝仍有存在。元代开始有标示门闾的耻辱刑或刑事措施，称“红泥粉壁充警迹人”。在强盗、窃盗犯人服刑完毕遣回原籍“充警迹人”时，在其家门口“红泥粉壁”，公告姓名和犯事情由，由邻里监督，定期见官。^⑥明清时期还出现了“枷号”的耻辱刑。被判处枷号者，需佩戴枷锁游街示众。除了上述几类典型的耻辱刑外，中国传统刑罚体系中的劓刑、刖刑、宫刑、弃市刑等，因同时严重侮辱人格尊严，故都具有耻辱刑属性，只是一般不将其纳入耻辱刑门类而已。

鸦片战争后，西法逐渐传入中国，中国开启了法制近代化进程。作为中国法制近代化的正式开端，清末变法修律就果断地废除了传统的耻辱刑。在修订法律大臣沈家本的推动下，首先废除了刺字刑（古称墨刑、黥刑）。沈家本奏请废除的理由有二：其一，刺字刑残忍野蛮，“黥刺一膺”，

① 参见《法国刑法典》，罗结珍译，北京：中国人民公安大学出版社，1995年，第21—22页。

② 参见《德国刑法典》，冯军译，北京：中国政法大学出版社，2000年，第126页。

③ 《周礼·秋官·大司寇》及汉人郑玄注。

④ 唐宋时期的一种刑罚，即刺字加配役。

⑤ 髡，剃去头发的刑罚。耐，剃去鬓须的刑罚。

⑥ 参见《元典章》卷五十三《刑部十五·警迹人》。

则“终身僇辱”(《清史稿·刑法志》),无益于教育罪犯回归社会。其二,刺字刑悖逆近世人权主义宗旨,为各国所訾。光绪帝接受了沈家本的建议,下令“刺字等项,亦概行革除”(《清史稿·刑法志》)。同时废除的还有“枷号”之刑,在宣统二年,清廷颁布《大清现行刑律》,废止传统刑罚体系,枷号刑“亦一概芟削”(《清史稿·刑法志》)。刺字、枷号这两种耻辱刑,乃法家重刑主义的产物。以儒家仁爱德政学说观之已属“何其痛而不德”的恶法,在近世人权自由思潮映衬下更显野蛮不堪。沈家本清醒地意识到,中国的法律特别是刑罚,已经严重悖逆世界历史潮流;中国要想自强发展,必须学习西方先进法律制度尤其是刑罚制度,必须彻底废除包括刺字、枷号之刑在内的有辱人格、野蛮落后的刑罚体系。

随着清朝的灭亡,在西方新刑法学说的影响下,民国时期的刑法接续完成了中国刑罚体系革新事业。尽管因国内战争之故经常非法使用羞辱性惩罚措施,如押着犯人五花大绑、戴高帽子游街示众,将犯人首级悬挂城门外示众,以登报声明、反省院感化等方式羞辱人犯,但终究未在立法上正式恢复耻辱刑。

新中国成立后,废除耻辱刑事业在立法上得到了延续。1954年《中华人民共和国劳动改造条例》第五条规定“严禁虐待、肉刑”,^①显然包括严禁羞辱性惩罚措施的意思。不过,在“极左”路线之下,肉刑和耻辱刑常常法外使用。

在世界各国法律史上,也曾出现过各式各样的耻辱刑。在古巴比伦,《苏美尔亲属法》《埃什嫩那国王俾拉拉马的法典》《汉穆拉比法典》等古代法典,均规定了类似我国秦朝髡耐之刑的剃头发或鬚须的耻辱刑。^②在古代希腊,有给窃贼“戴上脚镣,在某个广场或街道进行五天五夜游街示众”^③的耻辱刑。古代印度的《摩奴法典》规定:“褻渎少女的妇女,应立即处剃发或者断二指,还要让驴驮着走”,“与没有保护人的刹帝利女子通奸,吠舍应罚五百,刹帝利应以尿洗头、剃发或者被罚款”。^④剃发、尿洗头、骑驴走等等都是附加于他刑的羞辱性刑罚。在古印度、古日本,刺烙印记类耻辱刑也非常普遍,^⑤即用烙铁在犯人身上海烧某些字符或图案以标示罪犯身份。这种耻辱刑,甚至保持到了近代,如1810年《法国刑法典》仍规定了“烙印刑”。^⑥

中外法制在耻辱刑上不谋而合,显然有着某种相同或相近的认知和追求。一方面,通过贬损人格尊严对犯者进行惩戒;另一方面,这种贬损兼有公示效果,可以做效尤,对观睹者形成威慑。虽然中外具体行刑手段方式或有区别,但这两点作为认知兼追求基本是一致的。在古代,人权观念未彰,人们对耻辱刑安之若素。到了近代,民主自由人权思潮兴起,耻辱刑逐渐被废弃。耻辱刑本身的历史局限性决定了它必然被文明进步所抛弃,这种局限性主要有以下几点。

第一,耻辱刑造成受刑人人格尊严名誉的严重损害,有悖“把人当人”的人道主义、人权主义宗旨。传统耻辱刑,因其使人丧失人格、丧失起码尊严,对人以物畜之,与近代人权自由主义的法律理论是格格不入的。近代刑法理论强调尊重和保障人权,强调对犯罪人也要待之如人,尊重其人格,保障其人权,维护其尊严,报复主义、威吓主义刑罚理论逐渐被抛弃,于是耻辱刑作为一种独立或附加刑罚就被废弃。虽然任何刑罚都会兼有某种程度的人格尊严名誉克减属性,但单单以人格贬损兼威慑观者为特质的耻辱刑被义无反顾地扫进了历史垃圾堆。

第二,耻辱刑常以不可磨灭的耻辱标记使人终生痛苦,不利于犯者改过自新。耻辱刑的行刑方式,除了剃毛发以外,其他多为通过刺染、烫烙给受刑人贴上“罪犯标签”,往往终身无法去除。“标签”终身伴随,使他处处受冷眼、遭鄙视,终身屈辱。更可怕的是,即使犯者本人有心改过,社

① 张培田主编:《新中国法治研究史料通鉴》第10卷,北京:中国政法大学出版社,2003年,第12235页。

②⑥ 参见《外国法制史资料选编》,北京:北京大学出版社,1982年,第3、10、33页,第611—612页。

③ 乌维·维瑟尔:《欧洲法律史》,刘国良译,北京:中央编译出版社,2016年,第43页。

④ 叶志宏等编:《外国著名法典及其评述》,北京:中央广播电视大学出版社,1987年,第73—74页。

⑤ 参见叶志宏等编:《外国著名法典及其评述》,第65页;《外国法制史资料选编》,第263—264页。



① 沈家本：《刺字集序》，《寄谳文存》，北京：商务印书馆，2017年，第197页。

会仍把他当成罪犯加以歧视。此即清末沈家本所云“良民，偶罹法网，追悔已迟，一膺黥刺，终身戮辱”。^①在这种境况下，受刑人可能会对国家社会彻底失望，破罐子破摔，更有甚者还会憎恶国家社会，变本加厉实施更严重的犯罪。耻辱刑的这一特性有时候会彻底断送犯罪人改过自新之路，导致“虽后欲改过自新，其道亡繇也”（《汉书·刑法志》）的严重后果。以教育改造、回归社会为宗旨的近代刑罚理论当然抛弃了耻辱刑。

第三，耻辱刑的效果因人而异，常常无法达到惩戒目的。相比其他刑罚而言，耻辱刑的惩罚效果具有一定的不稳定性。耻辱刑给受刑人带来的主要是精神痛苦，而不是生命、肉体、自由和财产层面的痛苦。精神痛苦的有无和大小，往往因人而异。因为秉性、品行、智力、观念、文化程度、经济和社会地位不同，对于何为荣誉、何为耻辱，看法见解可能因人而异。于是，耻辱刑的适用效果也可能因人而异。对于耻辱刑，有的人会感到耻辱痛苦，有的人可能会无所谓或若无其事，甚至有人不以为耻反以为荣。《宋史·刑法志》所言“面目一坏，谁复顾藉？强民适长威力，有过无由自新”，说的正是这种情形。善良者终身戮辱，刁顽者如虎添翼，惩罚犯罪目标尚且难保实现，推助新犯罪之效果已然可见。于是，刑法文明进步当然淘汰了传统耻辱刑。

因为在上述几点认知上高度统一，现代国际社会对耻辱性刑罚和强制措施持更加严格的防范态度。1948年联合国大会通过《世界人权宣言》，其第五条规定：“任何人不得加以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。”1966年联合国大会又通过《公民权利和政治权利国际公约》，其第七条规定：“任何人均不得加以酷刑或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。”这些国际法律文件为彻底废除耻辱刑奠定了法律基础。1984年，联合国大会又通过了《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，为进一步建立对有辱人格尊严的待遇、刑罚的防范机制做了新的努力。世界上多数国家签署并加入了上述公约，中国也是这些公约的倡始国或加盟国。这些公约大力倡导并督促建设更高规格的人权保障国际机制，反对各种形态的人权侵害特别是人格尊严侵害。在这些国际努力的影响下，酷刑和耻辱刑在世界上绝大多数国家逐渐被废止乃至绝迹。在世界各国现代刑法中，以贬损犯罪人人格尊严和名誉内容的羞辱性刑罚已不允许存在了。

民主法治原则下“新耻辱刑”存在的理由和限度

传统耻辱刑以严重贬损人格尊严为本质，在人权自由进步日渐深入的现代国际大潮下遭到淘汰是自然之势。酷刑、不人道的或侮辱性的待遇和刑罚继续存在是不能容忍的，任何以施加耻辱或羞辱为本质的公权运作都丧失了正当性。不过，百年人权进步大潮并未能使耻辱性惩罚或防范措施在各国彻底绝迹，正如上文所述，各种稍微改变了形式的新型耻辱性惩罚或防范措施又不约而同地在中外法律秩序中再现，这一现象值得我们反思。

耻辱性惩罚或防范措施有其特定的历史意义和价值，在另一篇论文里笔者曾专门讨论过。报应并惩罚犯罪、阻吓并预防犯罪、恩宥宽赦罪犯、节省司法暴力使用、节省司法成本、平民愤以修复社会关系，^②这些历史作用当然是不可否认的。因其处理方式的公开性或公示性，除了促使受罚人怵惕自省外，其对违法犯罪的一般预防效果往往超过其特殊预防效果。通过施加耻辱性惩罚或防范措施，确实在警示和教育公众方面有很好的效果，但也因对受罚者人格尊严、隐私和名誉保护有所忽略，对于在尊重人格尊严和隐私的前提下完成教育感化和社会回归也有所忽略，这

② 参见范依畴：《羞辱性刑罚：传统价值及其现代复兴》，《政法论坛》2016年第2期。

就难免偏离刑法的宗旨，因而常受到诟病。

“大抵立法必有弊，未有无弊之法。”（《朱子语类·论治道》）任何时代的法律规则、手段、措施，都是当时立法者权衡利弊的结果。谁也不可能制定出有利无弊的法律，也不可能马上彻底消除一切有弊之法，而只能是两害相权取其轻、两利相权取其重，以建设适合自己需要的法制和秩序。在耻辱罚的取舍问题上，正是如此。对今日中国而言，所谓两害，无非是（1）若恢复耻辱罚，则受罚人的人格尊严、隐私和名誉可能受贬损，以及（2）若没有耻辱罚，则因公众无从注视监督而使某些违法犯罪恶性蔓延。相应地，所谓两利，就是（3）若彻底摒弃耻辱罚，则受罚人的人格尊严和隐私名誉无缺无损，以及（4）若恢复耻辱罚，则公众注视监督致使某些违法犯罪减少（犯罪客观机会减少）。四者孰重孰轻？今天中外秩序的主事者、责任者们都清楚：两害相权，（1）轻于（2）；两利相权，（4）重于（3）。于是，大家都不约而同地作出了取（1）（4）、舍（2）（3）的选择。

仅凭眼前利害判断作出立法或政策选择，当然是不够的，甚至是短视的。最要紧的，是根据自由、人权、民主、法治的终极价值追求来权衡利弊、作出选择。考量一种制度是否存在，其合理限度或正当界限何在，最终标准当然是人类自由解放这一终极追求。马克思主义的终极追求，就是每个人的最高级完善自由状态——“每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件”。^①在马克思看来，共产主义“就是要实现每个人的全面而自由的发展成为基本原则的社会形式”。^②

除了以马克思主义的这一理论作依据之外，对待新耻辱罚问题，我们还有中华民族优秀传统文化中的另一正当理由——“教耻归仁”。耻辱罚，通过对犯者荣誉、尊严、资格、权利加以适当制裁，可以激活人们的廉耻心、道德感，激活先圣孟子所揭示的“良知良能”（《孟子·尽心上》）或“仁义礼智四端”（《孟子·公孙丑上》），特别是激活人们的“是非之心”“羞恶之心”，使受制裁者的道德水准有所恢复或升华。善用这种制裁，正能实现先圣孔子主张的“道之以德，齐之以礼，有耻且格”（《论语·为政》）的教育型、恢复型、回归型司法。党的十八大报告提出了“建设优秀传统文化传承体系，弘扬中华优秀传统文化”的战略纲领，经过现代法治升华后的新耻辱罚也许正可以成为优秀传统法律文化传承体系的一部分。

更为具体地说，新耻辱罚存在和运用的必要性，还可以从法经济学的视角加以认识。与其他刑罚方式相比，新耻辱罚更能节约司法成本，减少公暴力使用。从“成本—收益”的法经济学视角来看，刑罚的经济目标应该是使应对犯罪的社会成本最小化，要“使其等于犯罪所造成的损害以及防范犯罪的成本”，因为“高昂的威慑成本使得一个理性社会不会试图去消灭所有的犯罪”，^③一个健康的社会，应对犯罪的司法成本应该尽可能降低，以较低司法成本换取更高司法效益应是法治追求的目标之一。为实现这一目标，必须尽可能减少高成本刑罚手段（自由刑、劳役刑、财产刑）使用，代之以更简约、温和、廉价亦即司法成本更低的制裁方式，这正是新耻辱罚（名誉贬损、资格限制、公示信息）继续存在和运用的理由所在。要减少国家暴力使用、淡化刑事制裁的暴力属性，节约司法资源，以更低成本的制裁方式换取更大的司法效益，就不能不借助新耻辱罚。

我们还应该注意到，在互联网使全球一体化的今天，信息传播和人际沟通前所未有地便利和广阔，为新耻辱罚适用提供了新的理由。在“小共同体本位”^④的传统熟人社会，人与人之间关系密切、交往圈较小且不易改变，个人名誉和人格尊严贬损之惩罚更易于发挥效果。随着社会进步，传统家族共同体涣散，人员流动加强，关系更加变动不居，“大共同体本位”形成，耻辱罚起作

①《马克思恩格斯选集》第1卷，北京：人民出版社，2012年，第422页。

②马克思：《资本论》第1卷，北京：人民出版社，1975年，第649页。

③罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》（第5版），史晋川、董雪兵等译，上海：格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社，2010年，第480—482页。

④关于“共同体”概念参见斐迪南·滕尼斯：《共同体与社会》，林荣远译，北京：商务印书馆，1999年。

用的环境因素越来越少了。但是，今日社会也许又在向“小共同体本位”社会变相回归：网络和信息技术的迅速发展使得社会再一次变小，网络化拉近了人与人的距离，使社会逐渐恢复了“低头不见抬头见”的新型小共同体属性。因此，原来与小共同体社会伴存的耻辱罚便有了更多的恢复理由。建立在信息网络之上的“小共同体社会”变相重现，使耻辱罚发挥作用的基础和条件再度具备。

在创法立制的利弊权衡中，为了更高、更大、更有终极意义的自由目标，不得已容忍对自由的某些局部、短暂限制，这是很自然的。在民主法治原则之下，刑罚和强制措施的适用不应逾越把人当人、保障人作为人的最低待遇和体面这一底线。在法治体制下应否允许含耻辱属性的惩罚或强制措施继续存在，我们可以从以下几个方面来思考。

首先，新耻辱罚要从对犯者人格尊严侮辱为核心转向督促犯者知耻回归为核心，其现代合理限度或法治升华的要害在于“教耻”。只有淡化耻辱罚的羞辱功能，强化其激励和教化功能，耻辱罚才能实现其现代法治转型，才能具有现代意义，才能成为法治手段。超出教养培育廉耻心（感）的范围就不能算是合理了。著名刑罚学者韩忠谟先生在《刑法原理》一书中指出：“在现代特别预防主义之下，刑罚非但不应减损犯人之人格，且须养成其羞耻心、名誉心，始能达改善之目的。”^①一切刑罚都应在尊重罪犯人格尊严的前提下施行，即使迫不得已要在一定范围程度上实际克减受罚者的尊严、名誉、资格，也应惕然保持谦抑和克制，不滥其威、不肆其虐，将方式严格限制在法律许可的清晰限度内，不以羞辱或侮辱为目标。在使用那些克减手段时，既要以使犯罪人真切认罪辨恶为目标，促使其产生悔过心理，从而弃恶从善，改过自新，又要以不给受罚者造成人格尊严和名誉的终身不可恢复性损害为限度。

其次，新耻辱罚要从以加强“罪犯标签”为主要手段转向权利、资格、荣誉的有期剥夺限制为主要手段，其现代合理限度或法治升华的要害在于消除或减少犯罪便利（条件）。根据犯罪心理学中的“标签理论”，通过各种标示给犯者贴罪犯标签，会促使他更进一步犯罪。^②传统的耻辱刑正注重这种贴标签效果。新耻辱罚如果仍采取给犯者贴上某种含有羞辱意义的标签，则不利于促使犯者改过自新，反而会使犯者破罐子破摔地犯新罪。不管是在犯者肢体肌肤上施加有形耻辱标记，还是对其人格身份施加无形鄙视标签，特别是施加“终身不息”的耻辱印记，只要宗旨或目标仍在于羞辱犯罪人，造成其心理痛苦，那么就是专制属性的传统耻辱刑。而以有期限制或剥夺部分特定权利、资格、荣誉的方式，旨在使受罚者再也不能借此种权利、资格或荣誉再犯罪，这就是法治原则下的新耻辱罚。如果做不到以取消再犯条件为宗旨、在一定期限内这两点，那就等于超过了合理限度，就要归入传统耻辱刑。在欧美国家刑事法中，除了公示公布犯罪者个人身份信息以提醒社区公众注意和监督外，还有褫夺公权（选举被选举权、被委任权），剥夺担任需要信誉保证的职务（如陪审员、证人、公证人、鉴定人、指定监护人和辅佐人）之权利，还可以剥夺其拥有的国家荣誉称号及相关利益等等，这都算是广义上的剥夺公权。此外，欧美刑法还规定了剥夺民事权利的辅刑或附加刑，包括剥夺父权、夫权、民事代理权、任监护人和财产管理人、从事或担任与犯罪有关或曾籍以犯罪的职业职务之权、充当被信托人之权、遗嘱权、家财管理权与处置权、养老金救济金请领权，等等。通过这些有期限地剥夺或限制权利、资格、荣誉，以实现对滥用职务权、职业权、营业权、亲权、夫权、父权、监护权、代理权实施犯罪的人的惩罚，并消除其未来利用这些权利继续犯罪的条件。这些资格荣誉刑，其实也可以视为广义上的耻辱罚。

① 韩忠谟：《刑法原理》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第292页。

② 参见吴宗宪：《西方犯罪学史》第4卷，北京：中国人民大学出版社，2010年，第1174页。

最后，新耻辱罚要从以惩罚报应罪犯为宗旨转向以保护潜在受害者为宗旨，其现代合理限度或法治升华的要害在于保护更多潜在受害者的人权。所有公示公布措施，所有资格荣誉剥夺，不再以报复惩罚个人为宗旨，而应以社会治安警示、犯罪预防或防范、保护更多潜在可能受害者为宗旨。也就是说，新耻辱罚本质上只是社会防范措施或防卫措施，一定程度的惩罚只是客观效果而已。不得已时限制某些权利或资格、贬损某些荣誉，或公布姓名身份和犯罪事实等，完全是出于保护社会公众法益的迫切需要。特别是对于某些一旦着手就可能造成严重后果的犯罪（如性犯罪、诈骗罪、伪造罪、诽谤罪、诬告罪等），如果过分强调保护犯罪人个人名誉和隐私，在刑满释放后不将其犯罪事实和身份信息在其定居社区及周边予以适当公布，就不足以保护潜在的将要受害者，就是对不特定受害群体的不负责。美国多个州相继实施“梅根法”正体现了这一保护宗旨。

新耻辱罚剥夺或限制荣誉、资格，公示或公布犯者个人信息以便公众防范等做法，势必会造成其人格尊严名誉的部分贬损，这种副作用或弊端是难以避免的。立法必须考虑这一副作用并尽量加以控制，司法适用也要特别注意合理限度。如果肆无忌惮滥用耻辱罚，践踏人格尊严，那就超过了维护正义的必要限度，就可能导致更大的罪恶。

结语

耻辱性惩罚或防范措施，并不因为其天然含有人格尊严和名誉贬损属性而与近现代法治目标绝对不相容。任何刑罚都是以强加“恶”和“害”的方式，对个人的“好”和“利”加以克减，因而都难免有人格名誉贬损之属性；不独耻辱刑如此，生命刑、身体刑、自由刑、劳役刑、财产刑其实也是如此。若强加的不是“恶”和“害”，就不能造成惩罚，就不足以构成惩罚。人格尊严的惩罚，与生命、身体、自由、安逸、财产的惩罚，并无本质区别，也无正当不正当之界分。随着人类法制文明的不断进步，从理论上被彻底否定的只有身体刑，也即肉刑，其他各类刑罚虽有逐渐文明化、人道化之变革趋势，但都没有彻底废除。人格尊严、名誉、荣誉贬损之惩罚，并不会比生命、自由、财产剥夺之惩罚更非理。对于个人而言，生命、自由、财产的价值，也并不比人格尊严名誉更低更轻或更不值得保护。既然剥夺或减损生命、自由和财产仍然可以作为刑罚，那么适当剥夺或减损人格尊严、名誉、荣誉没有理由独独不能作为刑罚、行政处罚或防范措施。

刑罚所追求的价值之一，是尽可能以较小较轻的惩罚，实现制止犯罪、矫正犯人、恢复秩序、教育大众的目的。相对于生命、自由、财产惩罚而言，新耻辱罚的人格尊严、荣誉、名誉惩罚更轻且成本更低。由于绝大多数人都有羞耻之心，有良知良能和向善本性，所以耻辱性惩罚常常能起到生命、自由、财产刑所难以企及的作用。对一般人而言，对丢面子、人格掉价、受羞辱的恐惧，常常可能比失去自由和财产的恐惧更大。因此，在一定条件下，人格尊严、名誉、荣誉贬损作为惩罚更容易发挥制止犯罪的作用，其在现代社会的法治价值不容忽视。尤其是，其以较低成本实现社会秩序稳定特别是犯罪预防的功效，绝不是简单鼓吹保护人格尊严、名誉权、隐私权的高调就能达到的。

编辑 杜运泉