

Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white sans-serif font on a solid blue rectangular background.

酷刑与功利主义——一个伦理学的分析[Torture and Utilitarianism - an ethical analysis]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository.
More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Book chapter
Authors	夏, 勇
Publisher	法律出版社
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-07-15 18:28:25
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/187395

夏勇：酷刑与功利主义 一个伦理学的分析

夏勇

酷刑与功利主义——一个伦理学的分析

夏勇

1. 为什么酷刑难以禁绝？

1. 1 酷刑与人类智慧

人类智慧在想方设法征服方面有巨大的创造力，在丧心病狂征服同类方面，也有巨大的创造力。古代有包括凌迟在内的花样繁多的酷刑，古代西方也毫不逊色。例如，古希腊曾有一位发明家为僭主法拉里斯设计了一个铜牛，把囚犯关进牛肚子，在牛下面点火，并在牛头上安一个精巧的装置，让受刑人的叫喊变成悦耳的牛鸣[1]。人是害怕痛苦的。古今中外，有什么样的无法忍受的痛苦，就有什么样的酷刑品种。酷刑的实质，是通过给别人施加无法忍受的痛苦来达到某种堂而皇之的目的。

由于有某种堂而皇之的理由，酷刑在迄今为止的人类的大部分时间里是合法的。酷刑之合法，一则可以使酷刑得以光明正大地施用，并因此减轻(甚或消弥)施刑人的罪孽感；二则可以借助酷刑来增强刑罚的效能，并体现的峻严；三则可以轻易借此获得口供，降低破案和审判的成本。《布莱克法律辞典》里的酷刑定义：为了施与惩罚、获取口供或信息或为了施虐的快乐，而给人的身体或心理造成剧烈痛苦。在旧的刑法里，在司法准许和监督下，与对人的调查或审查相联系，通过采取拉肢刑架、刑车或其他器械，对个人施加暴力的肉体痛苦，作为逼取供认或迫使其揭发同谋的。[2] 显然，在所谓旧刑法里，酷刑，既是一种合法的惩罚方法，也是一种合法的逼供方法。酷刑之合法，实质上不过是国家暴力的合法。迄今为止的国家暴力，都是合法的。废除酷刑，不过意味着取消了一种国家暴力[3]。

反酷刑运动也同样闪烁着人类智慧的光芒。自启蒙运动以来，尤其是1948年《世界人权宣言》发表以来，刑事法律和其他一切法律一样，早已改头换面，焕然一新。站在人权的立场，无论从道德上、上声讨酷刑，还是从制度设计上遏制酷刑，都成了一件光明正大，而且相对容易的事情。可以说，在人权话语流行的今天，无人敢说酷刑的好话。除了极个别的虐待狂，也无人爱好酷刑。可是，酷刑却一直禁绝不了，尤其是作为公共权力之代表的执法官员施用酷刑，可谓屡禁不绝。当今世界，酷刑仍然在许多地方至少是以半合法的形式存在着。这究竟是因为什么呢？

1. 2 酷刑的合法性基础真的动摇了吗？

法律宣布了酷刑为非法，但酷刑的合法性基础真的动摇了吗？我们已经无法从成文典章制度和口号里寻找酷刑的合法性根据，因为无论是国际人权公约，还是国内法律，都无一例外地禁止酷刑；无论是自由主义者，还是主义者，都异口同声地反对酷刑。于是，我们就从执法者个人的人权意识和职业操守里寻找原因，让执法者个人为酷刑的存在承担行政责任和道德责任。可是，为什么肩负执行所有法律之责的执法者偏偏以某些借口不执行关于禁止酷刑的法律？为什么偏偏老是执法者，而不是法官、牧师、教授等，违背关于禁止酷刑的法律呢？

不能把酷刑简单地归咎于执法官员个人的工作作风或道德品质。酷刑的背后，必有某种深刻的逻辑。施用酷刑的执法者，必有某种堂而皇之、可察可有的理由。让我们先读一段1992年《美国杂志周刊》刊登的纽约大学教授麦克尔·莱文写的《支持酷刑的情况》一文谈到这样的两个两难困境：

假如一个恐怖分子在曼哈顿岛上安放了一枚炸弹，在7月4日中午将发生爆炸 让我们进一

步假设，这个恐怖分子在那个惊心动魄的一天的上午10点钟被逮到，但他拒绝说出炸弹放在哪里，因为他宁可死也不愿接受失败，如果营救那些无辜生命的唯一的途径是让这个恐怖分子面对极度的可能的痛苦，那么，有什么理由不能这样做呢[4]？

1. 3 酷刑逻辑与战争逻辑

在不到10年的时间里，莱文教授假设的情形被 9 11 事件卜验了。尽管莱文教授的这个例子是关于阻止犯罪的，和那些为发现和证实犯罪而施用酷刑的多数案例有所不同，但这丝毫不妨碍莱文教授预设的理论逻辑成为酷刑的一般逻辑，当然，更不妨碍它成为酷刑的现实逻辑。例如，在捍卫国家利益和反对恐怖主义的双重名义下，美国对犯罪嫌疑人本·拉登的同样不过是嫌疑的藏匿地阿富汗施用 战争酷刑，造成无数平民伤亡；在捕获到拉登的几位助手或同谋后，这些嫌疑人被送到古巴关塔那摩湾的海军基地接受审讯，据说，是因为这个基地在美国的境外，审讯的方法可以不受美国法律程序和美国承担的人权公约义务的约束，为了让嫌疑人开口，可以不择手段。这真是对美国法治和国际人权法的绝妙讽刺！

极端的案例，总是被用来论证普通恶行的正当性。让我们看看莱文先生自己是如何衡量酷刑与宪政的：

对恐怖分子施用酷刑，这违反宪法吗？也许吧。但是，成千上万的生命肯定重于合宪性。酷刑野蛮吗？集体屠杀却更野蛮。为成全自身清白，任凭罪犯嚣张而让千万无辜者死亡，实属道德怯弱。倘若你抓到恐怖分子，并知道如果你不施用电击就会有千万人死亡，你能安枕无忧吗[5]？

酷刑的逻辑，是战争的逻辑。《大百科全书》对战争的定义是，用来解决民族之间、国家之间、集团之间以及不同阶级之间和宗教派别之间矛盾的最高斗争形式。特殊的政治表现形式 [6]，该词条还认为，在国家，战争已经变成了交战国之间的一种特殊的关系。战争状态通常要通过一定的法律程序并导致一定的法律后果。换言之，战争是可以合法地进行的。这个词条的解释多少反映了世界上许多人对战争的看法。既然战争可以合法化，为什么酷刑不能合法地施用呢？

战争逻辑，又是丛林逻辑，遵循所谓优胜劣汰乃至你死我活的 丛林规则。当今尖端武器尤其是大规模杀伤性武器的日新月异，尤其是关于武器限制、交战规则、战俘待遇和平民保护的国际法的，以庄重而又荒诞的方式，在限制战争、保护人权的同时，又强化了战争的合法性，强化了战争的逻辑。人类上有多少战争是自卫的呢？如果有侵略和自卫，那么，至少有一半是侵略。而对于死于战争的成千上万的普通士兵，尤其是平民和妇孺，战争是永远缺乏正当性理由的。至少我们可以这样说，只要人类还要以战争作为解决的最后手段，酷刑就不会禁绝。因此，我们应当关注的，不是酷刑的手段，而是酷刑的逻辑。历史上，酷刑的不断进化，也不断变得 文明，但酷刑的逻辑依然存在，并以更加精巧的手法发挥作用。我们切莫以酷刑手段的 文明化 作为度量人类文明的一个标尺，从而对现今整个人类文明的水准过分乐观。

2. 酷刑与功利主义

2. 1 功利主义与公共利益

发动战争、放任酷刑，绝非美国独有的问题。它不过显示了迄今为众多的人类伙伴相信并遵循的道德准则。无论战争酷刑，还是平常酷刑，都有某些为许多善良的人们所相信并宽宥的逻辑。这个逻辑的核心，就是维护多数人的利益，增进公共的福祉。这样的逻辑，正是功利主义的逻辑。

功利主义并不像我们通常从汉语字面所误解的那样，是自私自利的。按照现代汉语惯常的用法，当我们说一个人有点 功利 的时候，是完全贬义的，甚至否定这个人的道德人格。实际上，作为一种与古典契约论相对立的学说，从边沁到休谟，功利主义意在为国家制度和社

会政策的合法性提供一种新的、实在的基础，以增进整个社会的利益与福祉。

首先，功利主义是一种旨在增进公共利益的学说。它既不是简单的利己主义，也不是简单的利他主义，而是要为绝大多数人谋利益的。可以说，关心人类利益的最大化，使得功利主义至少在表面上成为道德和政治学说的一个最有感染力的部分。其次，由于追求利益的最大化、追求事物的可意状态，功利主义成为一种改革的、实践的学说。它反对教条主义，尤其是那些强调循规蹈矩的重要性、甚至循规蹈矩会给人类带来不幸也在所不惜的教条主义。正因此，它总是吸引那些常常把的技术手段运用到决策形成过程中的社会改革者和进步论思想者（progressive thinkers）。其三，功利主义还是一种 理性主义 学说（rationalist doctrine）。它的主张者相信，社会问题是能够找到科学的解决方案的，社会和谐是可以像工程那样设计出来的。当然，这种设计也是有价值判断的，功利主义的判断是在 理想的 或无偏倚的观察者立场上作出的，并且是为增进总体利益而设计出来的。最后，还要注意的，功利主义不同于那种根据仁慈原则为政府行为、为国家强制提供正当性证明的、社会与政治学说。它注重个体的选择，强调个人行动，以便在每一个可能的情况下产出普遍幸福。所以，从古典功利主义到现代功利主义，都明确主张个人自由、社会平等和政治民主，尤其是社会政策和制度安排要最大限度地满足每个人的选择和欲望。

从以上四点叙述可见，功利主义对我们来讲，是何等地熟悉！那么，功利主义如何看待酷刑？

出于对个人自由和利益最大化的考虑，一般来讲，功利主义是不赞成酷刑的。但是，在莱文教授设想的那种情形下，功利主义为什么又会选择酷刑呢？回答这个，我们还需要追寻功利主义最实质的立场及其论。

2. 2 功利主义与结果主义

作为一种道德理论，功利主义属于结果主义（consequentialism）的范畴。结果主义理论先是盛行于西方18世纪，它是一些哲学家企图靠诉诸经验而非诉诸内心直觉或一系列颇成问题的义务来获得从道德上评估行为的一种便捷方法。相当于我们经常说的， 让结果说话 、 靠事实证明 、 通过实践检验 。结果主义主张，一种行为，只有其结果较为有利时才能说在道德上是正当的。因此，正确的道德行为只能通过对行为结果的利益成本来决定。结果主义要求，我们既要行为的好结果，也要计算行为的坏结果，从而确定整个好结果是否超出整个坏结果。倘若好结果大一些，那么，行为就在道德上是恰当的。结果主义理论又被称作客观目的论（teleological theories），认为行为的最终后果是道德上的唯一决定因素。大致说来，结果主义有三种基本形态，一是伦理上的利己主义（Ethical Egoism），主张只有行为的结果对行为者较为有利时，才具有道德正当性；二是伦理上的利他主义（Ethical Altruism），认为只有行为的结果对除行为者外的其他每个人都较为有利时，才具有道德正当性；三是功利主义（Utilitarianism），它把法律、道德看做一种功利衡量体系，一种交易规则体系，认为只有行为的结果对所有的人都有利时，才具有道德正当性。这三种观点的主张者通常靠诉诸某种人类天性来捍卫他们的理论。伦理利己主义者诉诸动机的心原则，被称作心理学利己主义（psychological egoism）。心理学利己主义声称，人类的一切行为，无一例外地都是绝对由自私自利的利益动机所支配的，这是不可改变的人类本性事实。利己主义者进而争辩说，道德义务必须限制在我们人类特质所允许的范围内，我们不能被期待去做超出我们自身能力的事情。因此，他们的结论是，既然唯有伦理利己主义承认我们完全自私自利的动机，那么，它就是道德评判的唯一可能的标准。但是，伦理利他主义同样也诉诸人类本性。利他主义者拒绝心理学利己主义，主张人类在天性上是仁慈的。天性的仁慈是我们人类本性的特征，该特征是利他主义道德义务的基础。最后，功利主义是我们的自私自利和专门利人的理想之间的一个调和。功利主义有多种流派。[7]许多功利主义者认为，我们的公共生活和私人生活是缠绕在一起的，所以，我们在追逐自我利益的同时，也在追逐其他人的利益。约翰·斯图亚特·密尔也认为，尽管人类是自私的，但是，我们还是具有对团结的天然情感，这样的天然情感有助于扩展我们的私人利益。

遗憾的是，所有这些诉诸天然动机的努力都失败了，因为我们无法从经验上证立人类在天性

上究竟是自私的，还是仁慈的，抑或两者的某种混合。从常识上看，伦理利己主义似乎有很大的麻烦，因为按照伦理利己主义，说谎、偷窃甚至杀人，只要对行为者有利，并且他未被逮住，就是在道德上可允许的。这显然与我们所说的道德概念相悖。伦理利他主义的问题在于不切实际，因为大多数人相信至少在某些事情上应当考虑自己的利益。适当照顾个人利益，为自己的利益而斗争，是符合人类的普遍道德的。

2、3 功利主义借公共利益的名义侵犯个人权利和自由

在这里，我们应当着重关注的是，作为一种学说，功利主义的重要意义，不仅仅存在于它从所谓普遍有利的结果的角度对人类行为、政治与社会政策作出一般估价，而且在于它解释结果的特殊方式。它设定，社会大多有一种功利功能，这种功能是可观察、可测量的，并且由个人功利功能的总和构成。尽管功利主义预设了个人主义的前提，但是，它还是导致了把社会作为整体的集体主义价值判断。我们被告知，社会的价值标准是功利，或者，是最大数量的最大幸福(the Greatest Happiness of the Greatest Number)，但是，正如我们经常观察到的，至少有两种解释，我们是要尽可能把幸福的总量最大化，即简单地 把蛋糕做大，还是按照让最大多数人能够享受到方式来分配幸福[8]？究竟有多少人真正享受幸福？围绕这两个问题，功利主义尽管在当代有一些变化或修改，但它仍然遭到强烈反对，因为它从功利的产出角度只关心结果，它抹去了我们的道德和政治语汇里的一些重要因素，这就是平等、正义和权利。

在刑事方面，功利主义为威慑奠定了基础。在逻辑上，功利主义无法面对这样的：倘若其他人能够被有效地威慑住而不敢实施犯罪，功利主义的刑罚威慑理论会惩罚无辜的人吗？根据功利能够被的假设，如果奴隶主的满足大于奴隶的痛苦，功利主义会允许奴隶制吗？

历史上有许多罪行都是在功利主义的旗号下犯下的，例如，以公共利益的名义准许酷刑或奴隶制，因为只要这种行为的有利大于不利，而且对多数人有利益，就是道德的。正因如此，罗尔斯曾指出，功利主义原则使正义所保障的权利受制于利益的计算，这样的计算是对个人分际的破毁[9]。对曼哈顿岛上的炸弹嫌疑人施用酷刑，为的是挽救多数人的生命；在阿富汗狂轰滥炸的借口是，不消灭拉登和塔力班，整个美国乃至整个西方世界都不太平。这是典型的以公共利益为由公然采取残暴的行为。在这里，酷刑的所谓功能和战争一样，不仅仅是威慑潜在的罪犯，而且是防止罪恶，是拯救众生[10]。不过，当我们考虑那些成为炮火下冤魂的无辜平民或蒙受酷刑残害的人们时，便不难发现，实际上，这是一种功利主义掩盖下的利己主义。

我们这里所说的酷刑，或者，为人权公约所禁止的酷刑，主要是一种公务行为。也就是说，酷刑是否合法，它都是国家机关及其人员在执行公务时的一种行为，而不是私人的复仇与妄为；是国家暴力，不是个人复仇。正是这样一种公的性质，使得酷刑能够借助功利主义的道德获得宽宥乃至纵容。在功利主义者看来，酷刑无非是通过选择痛苦、放任罪恶来谋求社会功利。

3、酷刑与死刑

3.1 古代中国酷刑的特色。

在中国古代，虽然以儒家为主流的讲究仁者爱人，提倡慎刑，但还是和其他国家古代的情形一样，把酷刑作为一种合法的惩罚措施和逼供手段。中国古代酷刑与西方古代和中世纪酷刑相比，较少宗教色彩[11]。这是一个特色。中国古代的酷刑主要是肉刑，它的目标和过程都直接指向肉体的痛楚。肉刑自汉代开始缓减，至清末法制改革废除。另一个特色是，诉讼过程中大量存在今天看来应当算作酷刑的一些程序，如，在审判官面前，两造都得下跪，这个待遇其实和做臣子的在皇帝面前的待遇是差不多的，可是，倘若按当今的反酷刑公约，便算得上酷刑了；又如，犯罪嫌疑人收监时往往不分青红皂白，先打一顿杀威棒，尽管有武松那样的好汉具备自讨杀威棒的英雄气概[12]，这样的做法，却是当今的人权公约绝对禁止的。

3. 2中国废除了酷刑，但没有触动功利主义逻辑。

清末法制改革时，沈家本《删除律例内重法摺》提议首先删除的刑罚，除了缘坐外，都是现代意义的酷刑，即凌迟、枭首、戮尸、刺字。然而，删除酷刑的最重要的理由，不过是，

中国之重法，西人每訾为不仁，其旅居中国者皆藉口於此不受中国之约束。[13] 显然，在这里，废除肉刑是为了符合所谓世界文明潮流，用今天的话说，是为了 与国际接轨 。它没有，也不可能解决本文提出的问题：为了维护多数人的利益，或者，为了使多数人的利益最大化，能不能在必要的时候使用酷刑？

走过20世纪，中国法律里的酷刑已经被剔除得很干净了。尤其是1996年的《刑事诉讼法》修改，确立了无罪推定原则，进一步消除了可能导致酷刑的程序因素[14]。接下来的《证据法》制定，正在继续这种努力，例如建立关于排除非法证据的原则与机制[15]。但是，所有这些努力，都只能完善关于遏制酷刑的制度设计，未能终结、哪怕触及酷刑的逻辑。在讨论确立无罪推定原则和排除非法证据的过程中，占据主导的观点，一是从与国际接轨的角度来论证。具体理由主要是，人权国际公约已经规定无罪推定，此为国际趋势、历史潮流；中国政府历来重视保障人权，应当弥补此一缺憾；中国已经签署国际人权两公约，要加入和实施人权公约，必须要在制度上及早改革，在法律上明确像沉默权一类的权利，以便在国际斗争中赢得主动。二是从案件正义的角度来论证。主要理由基本上出自对经验事实的，如，无罪推定既有助于保护犯罪嫌疑人的诸多合法权利不受侵犯，也有利于提高刑事侦察和诉讼工作的水平；许多历史事实证明，刑讯逼供容易造成冤案，是不的取证方法；不能依赖口供，把口供作为最可靠的定案依据。[16]

坦率地讲，以上的论证，都是对的，但不够充分，不够彻底，因为它们不曾触动功利主义逻辑，相反，倒是在不少方面强化了功利主义逻辑。这些论证还是不能回答这样的：当莱文教授假设的类似9 11事件的情况出现时，能不能对嫌疑人施用酷刑？或者，我们假设一种较为常见的情况：为了获得重要的破案线索或定罪证据，从而剿灭一个犯罪集团，能否对其中已经被捕的成员使用酷刑？或者，再进一步，我们假设一个更为常见的情况：一个臭名昭著、心狠手辣并且杀过几名警察的连环强奸杀人案犯在作案时被当场抓获，倘若警察基于义愤或为了对围观者以儆效尤而对他施与拳脚，或者在这个犯罪事实已经明确无误的所谓 犯罪嫌疑人 拒不认罪时，警察施用饥渴、 车轮战 审讯等办法予以惩罚，民众应该对这样的为人权公约所禁止的酷刑给予宽宥吗？

我想，就这三种情形作出明确的回答，是不大容易的。在第一种情形下，可能有90%以上的人同意使用酷刑，因为，这样使用酷刑，毕竟要比为了捕获嫌疑人本 拉登而发动战争要好些。在第二种情形下，可能有90%以上的人在公共场合，尤其是联合国人权会议和欧盟与、美国与中国人权对话那样的场合，对执法人员施用酷刑口诛笔伐，但是，在私下，也可能有90%以上的人赞同执法人员的做法，就像他们欣赏好莱坞匪警片里的类似情节那样，因为剿灭犯罪集团符合公共利益，而且，警察对嫌疑人施以拳脚或以不人道的方式予以惩罚，也不是为了自己的一己之私。在第三种情形下，可能有99%的人表示反对，但是，在内心深处，恐怕有不低于50%的人对警察的行为表示 可以理解 ，并愿意予以宽宥的。

施用酷刑的具体情形，当然远比以上假设的三种情形丰富多彩。不过，从上述有限的情形里，我们足以看到，酷刑的背后，有何等强大的功利主义道德支撑！

翻阅中国70年代末至80年代初有关刑讯逼供的文件和讨论，我们可以发现，无论是党和国家领导人，还是学者和普通老百姓，都对刑讯逼供、对酷刑深恶痛绝。这在很大程度上出自人们对 文革 时期的刑讯迫害、冤假错案记忆犹新[17]，心有余悸，并非出自对功利主义逻辑的反省和批判。正是由于这种反省和批判的缺位，在确信 刀把子 已经掌握在好手里，或者掌握在广大人民手里的时候，便容易出现公权者尤其是执法人员在公共利益的名义下施用酷刑。如前所述，施用酷刑在本质上乃是公权者的行为，是 假公济公 ，甚至是 假私济公 [18]，而非假公济私。

3. 死刑的拥护者会反对酷刑吗？

近年来，没有关于中国公民对酷刑看法的民意调查，但是，关于死刑的调查是可资佐证的。我们知道，死刑通常被看作 最严重的酷刑。死刑的基础，一是预防论，即通过死刑来预防犯罪，杀一儆百；二是报应论，即通过死刑来惩罚罪犯，满足杀人偿命的报应观念。死刑的学者围绕预防论和报应论展开争论，例如，有些试图证明死刑对潜在的罪犯有威慑功能，有些则认为任何经验事实都不能证明死刑对潜在的罪犯有威慑功能，相反，死刑可能因渲染屠杀气氛反倒刺激犯罪。[19]可是，问题在于，无论是杀一儆百，还是杀人偿命，都是以功利主义道德为基础的，也就是说，国家可以按照设计好的程序，通过剥夺人的生命来满足预设或认知的公共利益或大多数人的利益。只要杀死罪犯有利于功利，死刑就是合乎道德的。20世纪90年代涉及死刑的两次公民意识调查显示，我国大多数公民是赞成死刑的，而且，有相当数量的公民认为，死刑使用得还不够，要 加大力度 [20]。也就是说，功利主义道德原则在我国被广泛接受，已经具备深厚的社会基础。在此情况下，主张削减乃至废除死刑的学者试图通过批判预防论来使人们怀疑死刑对于预防犯罪的功能，不过是想告诉人们：杀死罪犯，并不能预防犯罪，因此，并不能带来多大的社会功利。那么，按照这样的逻辑，倘若能够发现比死刑更有威慑力的手段，只要符合社会公共利益，也是可以采用的。这岂非缘木求鱼？

彻底的反酷刑逻辑，主要有三个支撑点。首要的支撑点是人类的内心直觉，也就是人之作为人对自己同类所遭受的痛苦与不幸的天然同情与不忍。孟子说的人人皆备的 惻隐之心 [22]，便是这样的直觉。这是人类平等、博爱和自由的最为根本、最为永恒的支撑点。这种不依靠经验论证的人类内心直觉在儒学、佛教、基督教、伊斯兰教等主要的文化形态里有不同的表述方式。它把一切虐待人、能为地折磨人、贬低人的行为宣布为 不人道，曾经为反对奴隶制、酷刑和其他不人道待遇提供了雄厚的道德力量，也为鱼龙混杂、薰莸同器的人类与学术提供了激浊扬清的不竭源泉。

另一个支撑点比较化，主要是启蒙运动以来的自由主义，以康德主义为代表。按照康德主义，每个人是他们自身的目的，他们不能被单纯地作为达到他人或被称作 虚构 实体的目的的手段，因此，正义的伦理总是优于功利或福利的伦理问题，正义和个人权利，而非结果主义的考量，才是价值的主要焦点。康德主义与功利主义的论争构成了最近几百年来政治哲学的一个耀眼亮点。

第三个支撑点是人权，它借助权利语言把人之作为人都应当具备的要求、利益、资格和权力宣布为不可让渡、不可剥夺、不可侵犯的，并且让公共权力承担起予以保护的责任和义务。这种维护人的尊严和价值的制度化诉求造就了自北美独立战争和法国革命以来的一系列人权法律文书，尤其是20世纪第二次世界大战后的包括反酷刑公约在内的一系列国际人权公约。

依据反酷刑的逻辑，酷刑被视为对个人权利和尊严的可耻而邪恶的践踏，是违反人类本性的罪孽。反酷刑逻辑的道德说服力，也是可以获得经验支持的。例如，即便刑讯逼供有时候是为了公共利益，但是，由于刑讯是以造成极度痛苦的方式显示权威的力量，使得受刑者因胆怯、崩溃而服从，或者，以造成极度痛苦的方式造成极度的恐惧，使得受刑人因本能地期望中止痛苦或不再加重痛苦而作出违心的选择，所以，这样的服从或选择可能会给自己带来更大的痛苦，尤其是心灵的、长久的痛苦。在此意义上，酷刑构成了对受刑人的尊严和自由的严重侵辱。同时，由于酷刑是集体的施虐，尽管施用酷刑的官员自以为代表国家或阶级，肩负某种神圣使命，完全消解了自我，但毕竟是违背人类对同类的道德直觉或惻隐之心而为残忍、不人道的行为，从而，必定对施刑人本身构成或许更深刻、更长久的伤害。酷刑的伦理是施虐的伦理，施用酷刑，不仅会导致施虐者品德的败坏与恶劣，而且会导致观虐者品德的败坏与恶劣，乃至形成受虐、施虐、观虐的制度性共谋，所谓 嫌疑人不打不招、警察不打手发痒、观众不见打不解恨 是也。在上述意义上，酷刑不仅损害受刑人之作为人的尊严和自由，而且损害施刑人乃至观刑人之作为人的尊严和自由；不仅荼毒受刑人，而且荼毒施刑人、观刑人；不仅破坏人权原则和法律制度，而且毒害整个社会的道德风气。

由是，即便酷刑对社会有利，也在道德上是不正当的。倘若因为社会功利的计较而允许酷刑

存在或变相存在，为一时的、表面或政治性的社会功利而牺牲个人的尊严和自由，宽宥每个人对自己的同类在任何时候都应当承担的作为同类而相互尊重和保护的責任，无异于饮鸩止渴。该社会的道德和制度将因此蒙受长久的损害，乃至不治而亡。

4. 3 我们能做什么？

我在一篇关于死刑的文章末尾曾写道：死刑旨在剥夺人的生命。惟有新的伦理与制度，方能剥夺死刑的生命 [23]。这句话搬来这里聊作尾语，也是恰当的。不过，我要进一步说，惟有完全以每个人的尊严和自由为优先价值的伦理和制度，才能够禁绝酷刑。

从酷刑的逻辑，我们看到的远远不止酷刑本身。我们看到的是，迄今为止的人类道德原则和制度安排在很大程度上受功利主义逻辑的支配。从根本上讲，人权是反对功利主义，支持人类对自己同类的道德直觉，支持孟子所谓“恻隐之心”的。在现阶段，我们针对“轻视人、蔑视人、使人不成其为人” [24] 的伦理和制度，把人的无上尊严和自由借用权利语言表述为“人权” [25]，并期望通过人权公约和机制来抵抗对每个人的尊严和自由的侵渎。这是人类的一项伟大成就。人权的价值，在于把人类的道德自觉转换为制度原则，从而，既对抗制度性的不自觉，又进一步启发人类的道德自觉。

倡导人权，不是要反对功利，也不是要把公共利益与个人权利绝对对立起来。我们应当通过对酷刑逻辑的，对迄今仍然支配我们现实生活中的伦理和制度的功利主义做一个批判性的反省，并通过这种反省，认真思考这样的：我们对同类究竟要负什么样的道德责任？我们应负的道德责任由什么来衡量？每个人怎样决定自己的道德责任？是主要靠对行为结果的计较，还是主要靠其他？在识别、确定和履行道德责任时应当起什么样的作用？进而，我们还要探讨，如何谋求一种更为精致而人道的正义？例如，如何在在场境里布设罗尔斯所说的那样一种正义的基本结构(basic structure)，一种背景正义(background justice) [26]？如何重新界定“公共利益”？如何在面对冲突时，既维护大多数人的权利和利益，又能够保证少数人的权利和自由、尤其是弱者的利益和要求相对优先地获得满足？

解决这些问题，比单纯地借助人权原则和机制来遏制酷刑，要重要得多。从酷刑的和现实，我们观察到的，不仅仅是人的性恶还是性善的问题，而且是人类伦理与制度的性恶还是性善的问题。在功利主义占据主导，仍然以战争作为解决纠纷的重要甚至还不是最后手段的时候，人类的伦理与制度还充满着恶，人类文明的整体水平还十分低下。这种状况，是对启蒙运动以来人类理性主义和与此相关的浪漫主义、欧洲文化中心主义的绝大嘲讽。我们没有任何理由对人权公约和机制的功能表示过分的乐观。既然战争的逻辑与酷刑的逻辑是一样的，那么，和呼吁反对战争、优待战俘一样，要求执法官员不得对犯罪嫌疑人使用酷刑，不得刑讯逼供，对于改进整个人类文明的意义和作用，其实和在幼儿园教导礼貌举止，是差不多的。这样的努力绝对必须，但其作用又绝对有限。我们不要忘记人类伦理的虚弱，人类智慧的局限。不过，也正是在这样艰难困苦的时候，我们的每一次努力，才显出跋涉者的坚韧与高贵。

(2002年2月初稿，2003年5月改毕)

* 中国社会科学院法学所研究员，教授。此文为中国与丹麦反酷刑国际合作项目的一个部分。感谢我的同事王敏远、徐卉、毕小青、王雪梅、蒋隽等提供的帮助，尤其感谢王、徐二位先生的批判。

[1] Brian Innes: History of Torture, Brown Packaging Books Ltd, p.26—28.

[2] Black's Law Dictionary, West Publishing Co. Fifth Edition P.1335-1336.

[3] 随便说一句，或许是受这样的酷刑合法化意识的，汉语里有两个常用语，一是“滥施酷刑”，二是“非法施用酷刑”。这两句话也用到对人权国际公约的翻译里，但怎么看都是别扭的。按这两句话的意思，似乎酷刑是可以施用的，只是不能滥施；酷刑可以合法施用，只

是不能非法施用。这两个用语，恰恰是旧刑法的回光返照。

[4] Michael Levin: A Case for Torture。相关讨论，见Brian Innes, The History of Torture, Brown Packaging Books Ltd. Introduction。

[5] Michael Levin: A Case for Torture.

[6] 《中国大百科全书》，第1802页，中国大百科全书出版社，2002年版。

[7] 参见J.J.C.斯马特，B.威廉斯：《功利主义：赞成与反对》，中国社会科学出版社1992年版。

[8] 参见 Norman P.Barry, An Introduction to Modern Political Theory, Second Edition, 1989, St. Martin's Press, p.122.

[9] 参见 John Rawls, A Theory of Justice, Oxford University Press, 1972, pp.22-27..

[10] 莱文先生还对酷刑预防论做了这样的论证：我并不主张酷刑作为惩罚。惩罚施用于无可挽回的既往行为。我主张的是，酷刑作为防止未来罪恶的一种可以接受的措施。明白这一点，酷刑就会比许多常规惩罚更少异议。例如，死刑的反对者常常坚持认为，处决杀人犯不会使受害人复生（好象死刑的目的是恢复而不是预防或报应似的）。可是，酷刑，正如在例举的案件里描述的那样，酷刑意在阻止无辜者丧生，而非令人复生（Michael Levin: A Case for Torture）。

[11] 基督教在受罗马帝国迫害时期，强烈反对刑讯逼供。得势后，教会法庭起初也反对酷刑，后来，为了体现万能的上帝对作伪证者在现世的愤怒，而不仅仅是在另世的惩罚，为了表现正义的力量，便开始刑讯，有时对辩控双方都予以拷问。从13世纪开始，宗教裁判在精神审判的名义下广泛采用酷刑。布鲁诺遭受的火刑，即为一例。

[12] 管营喝叫除了行枷，说道：你那囚徒省得太祖武德皇帝旧制：但凡初到配军，须打一百杀威棒。那兜拖的，背将起来！武松道：都不要你众人闹动；要打便打，也不要兜拖！我若是躲闪一棒的，不是打虎好汉！从先打过的都不算，从新再打起！我若叫一声便不是阳谷县为事的好男子！（《水浒传》第二十八回，武松威震平安寨，施恩义夺快活林）。

[13] 《寄移文存》卷一。

[14] 1996年修改后的刑事诉讼法第12条规定：未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。第43条规定：审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法收集证据。

[15] 最高人民法院与最高人民检察院制定的有关司法解释虽然对于非法证据的排除作出一些规定，但并不全面，仅排除了部分非法言词证据的效力，正在起草中的统一证据法将并创立我国的刑事非法证据排除规则。

[16] 参见谢佑平、万毅：《关于刑讯逼供的理性思考》，载陈光中、江伟主编：《依法治国 司法公正 诉讼法与实践》（1999年卷 上海），上海出版社，2000年版，第304-306页。

[17] 文革中当权者和群众运动施用的刑讯逼供、游斗等酷刑，还有类似欧洲中世纪宗教酷刑的禁闭反省，后来都被指为法西斯暴政和反革命犯罪活动的一部分。1980年关于林彪、江青反革命集团案的司法判决认定的主要犯罪事实，包括反革命杀人、伤人罪和刑讯逼供非法拘禁罪（参见《国史通鉴》第4卷，红旗出版社1993年版）。

[18] 即通常所见的，办案人员为了尽快破案，打击犯罪，不惜违反关于禁止酷刑的法律，把自己 豁出去了 。

[19] 参见夏勇《死刑与最严重的犯罪》，载于《公法》第2卷，法律出版社2000年版。

[20] 参见胡云腾：《存与废——死刑基本理论研究》，检察出版社，2000年版，第304页。

[21] 有一段关于功利主义与死刑、酷刑的精彩议论： 伦理道德、公共利益、个人权利乃至人道等等，都只是一种在交易中用以、衡量的筹码，是给予这种计算的一个体面名称与系数变量。当我们说减低刑罚、废除死刑、禁绝酷刑是人道的要求时， 无非是出于相互交易策略的考虑。酷刑在于展示权力，而在酷刑无法禁绝的社会里，是因为权力只有通过此种方式展示才能确保权力存在的有效性；对于酷刑已被最大程度禁绝的社会而言，那只是因为权力控制的深入，权力控制已经可以通过公共利益、个人权利、人道等筹码弥散于整个社会领域，所以，无需再以酷刑的方式彰显其存在的有效性罢了，特别是，以公共利益、个人权利、人道等筹码展示权力更加有效。死刑亦然，都只是一种经济效果的计算、交易策略的考虑，所以，一个濒临瓦解和灭亡的社会是 有权设立绞刑架的 （引自徐卉文）。

[22] 仁，人心也 （《孟子 告子》）， 恻隐之心，仁之端也 （《孟子 公孙丑上》）。

[23] 参见夏勇《死刑与最严重的犯罪》，载于《公法》第2卷，法律出版社2000年版。

[24] 马克思语。《马克思恩格斯全集》，第一卷。

[25] 关于权利语言与人权的关系，参见夏勇《人权概念起源 权利的》，索引 权利语言 ， 人权与权利 。

[26] 参见John Rawls: Justice As Fairness: A Restatement ,Harvard University Press, 2001, p.10—12。

来源：载于王敏远编《公法》第四卷，出版社2003年版

/