

王先林 主编

安徽大学法律评论

Anhui University Law Review

安徽大学法学院 组编
安徽大学经济法制研究中心

Vol.3 No.1

2003

第3卷 第1期

安徽大学出版社

安徽大学法律评论

2003 年 第 3 卷 第 1 期

Anhui University Law Review

Vol. 3 No. 1

安 徽 大 学 法 学 院
安徽大学经济法制研究中心

组 编

王先林 主编

安 徽 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

安徽大学法律评论.2003年.第3卷.第1期/王先林
主编.一合肥:安徽大学出版社,2003.6
ISBN 7-81052-667-7

I. 安... II. 王... III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 042941 号

安徽大学法律评论 2003 年.第 3 卷.第 1 期

王先林主编

出版发行 安徽大学出版社
(合肥市肥西路 3 号 邮编 230039)
联系电话 编辑室 0551-5108241
发行部 0551-5107784
E-mail: ahdxcchps@mail.hf.ah.cn
责任编辑 程忠业 朱丽琴
封面设计 孟献辉

印刷 中国科学技术大学印刷厂
开本 787×1092 1/16
印张 18.5
字数 410 千
版次 2003 年 6 月第 1 版
印次 2003 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 7-81052-667-7 / D·50

定 价 25.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

《安徽大学法律评论》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

王圣扬	王先林	王继忠	王源扩	史际春
朱 勇	华国庆	汪汉卿	李明发	李学宽
张恒山	周少元	陈宏光	胡云腾	胡世凯
徐淑萍	袁曙宏	储育明	程雁雷	韩 轶

编辑委员会 史际春 王源扩 李明发 王先林

主 编 王先林

编辑部秘书 阮 燕

英文目录翻译 李坤刚

目 录

特稿

- 刑法平等观探源 胡云腾 赖早兴(1)
略论法治建设中的程序优先理念与制度 姚建宗(12)

经济法制论坛

- 财政法预算平衡原则再探讨
——兼论我国《预算法》之修改 王源扩(18)
纳税人的权利及其保障 华国庆(25)
税收代位权制度研究 熊 伟 王 华(33)
WTO 协议与中国对外贸易法的完善 孙 晋(46)
建构我国农村土地信托制度的法律思考 吴兴国(52)
经济法立法的理念、政治和技术分析 邢会强(58)

学术专论

- 全球可持续发展的困境与法律应对 何志鹏(70)
论现实生活世界与法的合法性 程 龙(83)
法律秩序与比例原则 王 军(101)
中国式集权与限权研究
——兼论中国法制史亟待研究的一个领域 付春杨(109)

“法律询问答复”法律效力研究

- 被忽略的中国法律解释 周 伟(118)
- 我国宪法监督保障制度的设计与构建 程乃胜(144)
- 我国宪政进程中若干问题的思考 陈颖洲 严德庆(151)
- 扩张债的效力导论 吴 晨(157)
- 大陆法系动产担保制度之法外演进与中国物权法 高圣平(167)
- 刑罚目的实现论纲 韩 轶(176)
- 聚众犯罪若干问题研究 何 俊 贺利平(182)
- 侵犯商标权犯罪比较研究 杜国强(192)
- 平衡原则与我国刑事法律程序正当性的完善 郭志远(208)
- 证人权利保障论纲 吴丹红(220)
- 论跨国证券交易法律适用的一般框架 萧 凯(235)

台港澳与国外法论

- 我国台湾地区《行政程序法》中关于行政处分之规定述评 黄学贤(252)
- 论欧共体的缔约权和混合协定的若干法律问题 王玉玮(271)

案例研究

- 对“周庆安诉王家元、李淑荣道路交通事故赔偿纠纷案”的再思考
..... 孙祥和 唐其宝(278)

Contents

Special Contributions

Probing into the Origin of Equality Conception in Criminal Law **Hu Yunteng Lai Zaoxing**

A Brief Research on the Conception and System of Procedure Priority in Rule of Law

Yao Jianzong

Forum on Economic Legal Systems

A Critical Review on the Balanced Budget Doctrine Under the Fiscal Law and Amendment to
the Law on Budget Wang Yuankuo

Taxpayer's Rights and their Protection

Hua Guoqing

A Study on the Subrogation System in Taxation

Xiong Wei Wang Hua

WTO Agreements and Perfection of Foreign Trade Law of China

Sun Jin

Some Reflections of the Construction of Farmland Trust System in China

Wu Xingguo

An Analysis of the Conception, Politics and Technique in Economic Law Legislation

Xing Huiqiang

Academic Studies

Global Sustainable Development: Dilemma and Its Legal Countermove

He Zhipeng

On the Relationship between Actual Living World and the Legitimacy of Law

Cheng Long

Legal Order and Proportion Principle

Wang Jun

A Study of Power Concentration and Power Limitation with Chinese Characteristics

—Also on an Academic Field in Great Need of Research in Chinese Legal History

Fu Chunyang

A Research on the Legal Effect of “Replies to Legal Consultation”

—An Ignored law Interpretation in China

Zhou Wei

The Design and Establishment of Supervision and Guarantee System of Constitution of China

Cheng Naisheng

- Some Reflections on Constitution Development of China **Chen Yingzhou Yan Deqing**
An Introduction to the Expanding of Obligation's Effectiveness **Wu Chen**
The Extra-codal Development of the Chattel Mortgage System in the Continental
Law System and Chinese Real Righth Law **Gao Shengping**
A Summary Study on the Realization of the Purpose of Criminal Penalty **Han Yi**
A Study on Mass Crimes **He Jun He Liping**
A Comparative Study on the Trademark Infringement Crimes **Du Guoqiang**
The Balance Principle and the Perfection of Due Procedure of Criminal Law of China
Guo Zhiyuan
A Summary Study on the Protection of Rights of Witnesses **Wu Danhong**
On the General Structure of Law Application to Transnational Security Transaction
Xiao Kai

Forum on Laws in Taiwan, Hong Kong, Macao and Abroad

- Comments on the Regulations Concerning Administrative Punishments in
Administration Procedure Law in the District of Taiwan of China **Huang Xuexian**
Some Legal Problem Concerning Commitment Right of UC and Mixed Agreements
Wang Yuwei

Case Study

- Further Reflection on the Case of Damage Compensation Dispute Occurred in
Traffic Accident: Zhou Qing'an v. Wang Jiayuan & Li Shurong
Sun Xianghe Tang Qibao

刑法平等观探源

胡云腾* 赖早兴**

平等是人类追求的理想。“平等也是我们所有理想中最不知足的一个理想。其他种种努力都有可能达到一个饱和点。但是追求平等的历程几乎没有终点……因此,如果说存在着一个使人踏上无尽历程的理想,那就是平等”。^① 人们对“法律面前人人平等”理想的追求已伴随着这一“无尽历程”数千年。刑法又是制裁措施最严厉的法律,其平等性更受关注。本文试图探求中、西方刑法平等观的形成与发展历程,并对两者作初步的比较。

一、中国刑法平等观的形成及发展

如果说,人类社会是从人人不自由向人人自由发展的过程,那么也可以说,它是从人人不平等向人人平等进化的过程。因为自由必须以平等为根基,没有平等的自由要么是恶意欺骗,要么是空中楼阁。但耐人寻味的是,人类进入文明社会恰恰是从失去原始社会的平等开始的。在中国,确保人人不平等的等级制度和身份制度构造了中国奴隶社会和封建社会的基本秩序,这一秩序在诸法合体的法律中得到了淋漓尽致的反映。从远古的甲骨文、断简残篇到卷帙浩瀚的律例大典,无不把维护不平等的秩序作为首要任务。礼治社会的西周即规定“礼不下庶人,刑不上大夫”,^② 在汉代刑法运用中有议亲、议贤、议贵的惯例;曹魏时将“八议”正式入律(《魏律》),封建贵族官僚中的八种人犯罪后,须“议其所犯”,特殊对待;北魏和南陈还规定了“官当”制,官吏犯罪后可以官职或爵位抵当徒刑;不仅如此,《晋律》还规定了“准五服以制罪”的原则,即规定凡服制愈近,以尊犯卑,处罚愈轻;以卑犯尊,处罚愈重;唐代八议、例减、赎等优待措施,不仅及于官贵本人,还及于官贵的亲属。此后直至明清,这些特权成为绝对不可删改的制度。在诉讼程序上,特权阶级也

* 胡云腾,法学博士,最高人民法院政策研究室副主任,中国人民大学博士生导师。

** 赖早兴,湘潭大学法学院教师,中国人民大学刑法学专业博士研究生。

① [法]皮埃尔·勒鲁著:《论平等》,64页,商务印书馆,1988。

② 《礼记·曲礼上》。

享有一系列的特权,如《周礼》规定,“命夫命妇不躬坐狱讼”;汉代有“上请”制度,等等。这些崇尚差别、拒斥平等的法律传统,即使在当代的法律中,也不难寻其踪迹。

然而,即使是在等级和身份制度十分森严的上古时代,刑法平等的萌芽就开始产生,并在艰难的环境中顽强发展。

形成于战国初期、代表小生产者要求的墨家主张“天下之人皆相爱”:一方面要求在相爱上打破贵贱、贫富界限,主张“富不侮贫”、“贵不做贱”;另一方面要求“爱人若爱其身”,不分远近、亲疏,一视同仁地爱,即所谓“爱无差等”。这表达了其“平等”的思想。^①在赏罚问题上墨家主张“不党父兄,不偏富贵”,即要求切实做到“赏当贤,罚当暴,不杀不辜,不失有罪”。^②

初发于春秋末期、成型于战国时期、代表新兴地主阶级利益和愿望的法家较系统地提出刑法平等的观念。商鞅提出“壹刑”说:“所谓壹刑者,刑无等级,自卿相将军以至大夫庶人,有不从王令,犯国禁、乱上制者,罪死不赦。有功于前,有败于后,不为损刑;有善于前,有过于后,不为亏法。忠臣孝子有过,必以其数断。守法守职之吏有不行王法者,罪死不赦,刑及三族。”^③为实现其“壹刑”思想和“刑无等级”的主张,针对守旧贵族的竭力反攻,在太子犯法的情况下,商鞅“刑其傅公子虔,黥其师公孙贾”。^④后来韩非也提出:“法不阿贵,绳不挠曲。法之所加,昏者弗能辞,勇者弗敢争。刑过不避大臣,赏善不遗匹夫。”^⑤虽然关于“壹刑”的主张和“刑无等级”的观念旨在提高君主的地位(因为它毕竟是与封建的中央集权的君主专制政体相联系的,他们所求的平等也仅止于适用刑法的平等,而不敢奢望权益保护上的平等),但他们发现了刑法平等这一事关法治文明的根本问题,对“刑不上大夫”观念公开提出了挑战,为后人留下了丰富的刑法平等思想。

汉初的黄老学派也认为,尊贵的人犯了法既不应稍加宽贷,卑贱的人犯了法也不应加重处刑;犯法的虽是贤人,也必须予以诛戮,守法的虽是庸人也要宣判无罪。^⑥

为实现“法治”以图自强,诸葛亮极力主张“刑不择贵”,要求执法公平、平等。在赏罚问题上,诸葛亮认为:“赏罚之政,谓赏善罚恶也。赏以兴功,罚以禁奸,赏不可不平,罚不可不均。赏赐之所施,则勇士知所死;刑罚之所加,则邪恶知其所畏。故赏不可虚施,罚不可妄加。”^⑦诸葛亮反对在执法上因人而异、刑赏别亲疏贵贱,他曾劝后主刘禅说:“宫府中,俱为一体,陟罚臧否,不宜异同。若有作奸犯科及为忠善者,宜付有司论其刑赏,以昭陛下平明之理,不宜偏私,使内外异法也。”^⑧

唐太宗曾赞扬诸葛亮立法公平,不为人作轻重,他说:“昔诸葛孔明,小国之相,犹曰‘吾心如秤,不能为人作轻重’。况我今大国乎?”^⑨唐太宗执法公平、带头守法,出现了“贞观之初,志存公道,人有所犯,一一于法”^⑩的局面。

①⑥ 参见张国华、饶鑫贤主编:《中国法律思想史纲》(上),128页、284页~285页,甘肃人民出版社,1984。

② 《墨子·尚同中》。

③ 《商君书·赏刑》。

④ 《史记·商君列传》。

⑤ 《韩非子·有度》。

⑦ 《诸葛亮集·便宜十六策·赏罚》。

⑧ 《诸葛亮集·前出师表》。

⑨⑩ 《贞观政要·公平》。

北宋中期,朝廷内外,“刑罚不中,日有枉滥”,司法官吏执法不公、徇私舞弊。对此,范仲淹认为:“法者,圣人为天下画一,不以贵贱亲疏而轻重也。”^①他强调“贵贱亲疏,赏罚惟一;有功者虽憎必赏,有罪者虽爱必罚,舍一心之私,示天下以公”。^②与范仲淹同一时期的北宋思想家李觏也主张法律不辨亲疏,不异贵贱,认为:“法者,天子所与天下共也。如使同族犯之而不刑杀,是为君者私其亲也。有爵者犯之而不刑杀,是为臣者私其身也。君私其亲,臣私其身,君臣皆自私,则五刑之属三千止谓民也,赏庆则贵者先得,刑罚则贱者独当,上不愧于下,下不平于上,岂适治之道耶?故王者不辨亲疏,不异贵贱,一致于法。”^③

辽国之初,由于采取“因俗而治”政策,在司法上造成贵贱异法、轻重不一的混乱现象,以至“辽之世,同罪而异论者盖多”。^④针对这种情况,辽圣宗主张改变“贵贱不一”的旧法律制度。辽圣宗曾下诏:“自今贵戚以事被告,不以事之大小,并令所在官司按问,具申北、南院覆问,得以实闻。其不按辄申,及受请托为奏言者,以本犯人罪罪之。”^⑤辽圣宗改变了一系列原不平等的法律规定,以至“先是,契丹及汉人相殴致死,其法轻重不均。至是,一等科之”。^⑥

沈家本主张刑法平等。他曾指出:“凡人皆同类……法之及与不及但分善恶而已,焉得有士族匹庶之分?”^⑦在《旗人遭军流徒各罪照民人实行发配折》中他强调旗人汉人犯罪应“一体同科,实行发配”。体现其近代刑法思想的《大清新刑律》一定程度上采取了法律面前人人平等的原则,取消了因官秩、良贱、服制而在刑律适用上所形成的差别,取消了“八议”制度。

及至现代,毛泽东、董必武等人在刑法平等思想的发展上亦有其贡献。在新民主主义革命时期,由于受到“左”倾错误思想、封建特权残余观念和小资产阶级绝对平等思想的影响,在刑事立法中出现了“唯成分论”和“唯功绩论”。例如1934年制定的《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》第34条规定:“工农分子犯罪而不是领导的或重要的犯罪行为者,得依照本条例各该条文的规定,比较地主资产阶级分子有同等犯罪行为者,酌量减轻其处罚。”第35条规定:“凡对苏维埃有功绩的人,其犯罪行为得按照本条例各该条文的规定减轻处罚。”^⑧这种“唯成分论”和“唯功绩论”的出现虽有其特定的历史背景,但它是违背“法律面前人人平等”原则的。毛泽东1937年在黄克功一案致雷经天的信和1938年在给林伯渠就有关司法工作报告的批示中纠正了这一错误倾向。对于黄克功杀害刘茜一案,毛泽东指出:“不得不根据他的罪恶行为”适用刑罚,对他“处以极刑”,是因为“他犯了不容赦免的大罪”。如为赦免,“便无以教育党,无以教育红军,无以教育革命者,并无以教育做一个普通的人”。毛泽东还指出:“共产党与红军,对于自己的党员与红军成员不能不执行比较一般平民更加严格的法律。”^⑨1938年9月,林伯渠就地主富农利用统一战线的政策

① 《范文正公集·政府奏议》卷下,《再奏雪张亢》。

② 《范文正公集·文集》卷七,《奏上时务书》。

③ 转引杨鹤亭著:《宋元明清法律思想研究》,36页,北京大学出版社,2001。

④ ⑤⑥ 《辽史·刑法志》。

⑦ 沈家本:《历代刑法考·总考三》。

⑧ 《红色中华》第176期,1934年4月17日。

⑨ 参见毛泽东:《致雷经天》(1937年10月10日),载《毛泽东书信选集》,110~111页,人民出版社,1983。

进行反攻倒算的罪行,在量刑上是较一般人民从重还是平等适用法律的问题专门向毛泽东请示。毛泽东指出:不能再沿用苏维埃政权的法律,那是极“左”的东西,应该平等,贫富平等。^① 1941年毛泽东审批的《陕甘宁边区施政纲领》第8条专门规定:“共产党员犯法者从重治罪。”

曾任最高人民法院院长的江华同志也主张刑法平等。^② 他认为:“不论什么人犯罪,都要受到法律的处罚”;“家庭出身和个人成分不是定罪量刑的依据,不能只因为罪犯是剥削阶级家庭出身,就定为反革命犯罪,就从重或者加重刑罚。”^③ 在定罪量刑时不能“过分强调民愤,说什么不杀不足以平民愤”。^④ 针对林彪、江青反革命集团一案的审理,江华指出:“不管什么人,只要他的行为危害了国家和人民的利益,触犯了国家的刑事法律,构成了犯罪,就毫不例外地要受到国家的审判和应得的惩罚;而那些应当受到法律保护的公民人身权利和民主权利都一视同仁地得到法律的切实保障,真正做到公民在法律上一律平等。”^⑤

1997年,刑法平等已由观念变成为我国刑法的基本原则,《刑法》第4条规定:“对于任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”

二、西方刑法平等观的形成与发展

西方刑法平等观也是针对西方奴隶制、封建制刑法的身份性而提出并不断深化的。在古希腊时期便有论者论及刑法平等问题,如亚里士多德就认为:“法律只着眼于损害的性质,并且对于两造是平等的:一个人做下了错事,另一个人承受了这件错事,或者一个人施加伤害,另一个人受到伤害。所以,在此类案件中,法官力图补偿这一不正义,而不正义正是在于不平等——因为一个人打了另一个人,这个人被那个人打了,或者一个人杀人而另一个人被杀,受害与行为是以不平等的份额分配的,而法官的努力在于以刑罚的手段,从攻击者拿走他所攫取的某种东西,使他们恢复平等。”^⑥

启蒙思想家们更是基于自然法的平等理论和社会契约论,主张刑法平等。格老秀斯倡导以自然作为判断一切行为善恶的标准,认为惩罚之苦等于行为之恶,排除了封建刑法基于身份不平等而处罚不平等的不合理现象;洛克把刑罚权的基础归之于社会契约,认为刑罚权来源于全体公民让渡给国家的立法权。国家必须以正式公布和被接受的法律来统治,法律对贫穷、富贵、权贵和平民都应一视同仁、一律平等,不能有例外。“每一个个人和其他最微贱的人都平等地受制于那些他自己作为立法机关的一部分所订定的法律”;^⑦ 并认为:“损害的罪行,不管是出自戴王冕的人或微贱的人之手,都是一样。罪犯的名位和他的党羽数目,除了加重罪行之外,并不使罪行有何差异”。^⑧ 法国百科全书派认为,法律包括刑法是社会契约的产物,主张任何人犯罪在法律面前一律平等,法律对任何人有效,不允许存在权利与义务不对等的情况。在百科全书派看来,公平或公正是据以创制法律

① 参见张希坡主编:《中国法制通史》第10卷,404页,法律出版社,1999。

② ③④⑤ 《江华司法文集》,284页、65页、58页、170页,人民法院出版社,1989。

⑥ [美]汤姆·L·彼彻姆著:《哲学的伦理学》,333页,中国社会科学出版社,1990。

⑦⑧ [英]洛克著:《政府论》下编,59页、108页,商务印书馆,1964。

的准则之一,因此,“没有正义,社会便不能提供任何幸福。正义也叫公平,因为借助于为命令一切人而制作的法律,它使所有社会成员一律平等”。^① 卢梭认为人生而平等,受自然法的支配,为克服自然法状态下诸多弊端,人们通过社会契约组成国家。国家单纯依靠自然法是不够的,因为自然法缺少自然的制裁。于是国家就制定实在法,如政治法、民法、刑法、习惯法。在实在法中,“刑法在根本上与其说是一种特别法,还不如说是其他一切法律的制裁力量”。^② 公民平等需要依靠刑法来维护。

刑事古典学派较系统地阐述了刑法平等思想。当时,在经济上已具有相当实力的资产阶级在政治上还没有相应地位。资产阶级还生活在封建专制的政治制度和法律制度统治之下,急需争得政治、法律和社会地位的平等。表现在刑法领域,就是反对封建刑法的身份性,主张刑法面前人人平等。如贝卡里亚接受了卢梭和孟德斯鸠的社会契约论,认为刑罚权源自社会成员自愿让渡的权利,故关于什么是犯罪、什么样的犯罪应处什么样的刑罚等问题的解决均需符合全体社会成员的利益,必须以“不可磨灭的人类感情为基础”。故而他主张,“对于贵族和平民的刑罚应该是一致的”;“伟人和富翁都不应有权用金钱赎买对弱者和穷人的侵犯。否则受法律保护的、作为劳作报酬的财富就成了暴政的滋补品”;^③ “法律认为:所有臣民都平等地依存于它,任何名誉和财产上的差别要想成为合理的,就得把这种基于法律的先天平等作为前提”。^④ 针对此观点,他认为,从教育上的差别以及一个富贵家庭将蒙受的耻辱来看,对贵族和平民处以同等的刑罚,实际上是不平等的。对此,贝卡里亚认为:“量刑的标尺不是罪犯的感觉,而是他对社会的危害,一个人受到的优待越多,他的犯罪行为造成的公共危害也就越大。刑罚的平等只能是表面上的,实际上则是因人而异的。”^⑤ 功利主义者、英国法学家边沁也认为,一种刑罚应该在某种程度上对所有犯同样之罪的人产生同样的痛苦效应才是合理的;同样的名誉刑可能对一些人太严厉,而对另一些人太温和;固定的罚金刑对不同命运的人也绝不是平等的刑罚;放逐也是如此。因此边沁认为,刑罚在适用时必须考虑年龄、性别、条件、命运、个人习惯及其他情节。故边沁所主张的平等,是本质上的平等而非形式上的平等。^⑥ 德国古典唯心主义哲学的奠基人、著名思想家康德也接受了社会契约论,认为人生而平等,都有同样的自由意志,都享有公平的天赋人权,因此在法律面前人人是平等的。所以,在犯罪的惩罚上理应受到同样的公平对待,才能使刑罚体现正义的要求。他说:“处罚的方式和尺度是什么:公正的正义可以把它作为原则和标准,这就是平等的原则。根据这个原则,在公正天平上的指针就不会偏向一边。”^⑦ 不过,康德所主张的刑法平等除人之间的平等外,更注重的是刑罚与犯罪之间的平等;而他对刑罚与犯罪平等的理解又着重于两者在侵害方式,特别是危害结果上的对等,即等量报复。德国著名哲学家黑格尔深受卢梭和法国大革命的影响,早期对封建国家的一些野蛮残酷的专制制度进行了激烈的抨击,并提出了一系列的合理法律思想,其中包括主张法律面前人人平等。^⑧

① [法]霍尔巴赫著:《自然的体系》上卷,127页,商务印书馆,1964。

② [法]卢梭著:《社会契约论》,63页,商务印书馆,1962。

③ ④⑤ [意]贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,72页、73页、73~74页,中国大百科全书出版社,1993。

⑥ 参见马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,68页,中国检察出版社,1996。

⑦ ⑧ 《西方法律思想史资料选编》,424页、106页,北京大学出版社,1983。

与黑格尔同一时期的德国近代著名的自由主义政治思想家威廉·冯·洪堡从预防犯罪的角度谈到了平等问题,他说:“尊重他人的权利是防范犯罪惟一和万无一失的手段;一旦不是每一个侵犯他人权利的人在行使他自己的权利时恰恰在同等的程度上受到阻止,那么不平等就会或多或少地存在着,人们也就永远实现这种意图。因为只有这样一种对待一致能在人内在的道德培养教育和国家措施的开展之间保持和谐,没有这种和谐,即使是最巧妙的立法也永远不能达到其终极目的。”^①

19世纪法国著名的哲学家皮埃尔·勒鲁提出了“平等的同一原则”,^②他认为:“司法,就其本质而言,就是平等:越缺乏平等条件的地方,我就越难看出在刑罚平等上有什么司法。”他认为当时的法兰西“在刑法中,也处处都宣告了平等的原则”,但又认为:“刑法上的平等,如同今天我们所了解的那样,只是用以掩盖和隐藏可悲的不平等。不过究竟需要多少世纪才能达到这方面的平等呢!如果真能达到,这真成奇迹了。”

三、中、西方刑法平等观源起之比较

从中、西方刑法平等观念的形成和发展的历史轨迹中,我们可以发现其源起中的众多共性,同时也能看到其间内在的差异性。

(一)中、西方刑法平等观源起之共性

中、西方刑法平等观源起共性之表现是多方面的,这些共性体现出人类认知能力和认识水平提高的渐进性及其与社会进步的趋同性。这种共性主要体现在以下诸方面:

1. 中、西方刑法平等观的源起均以法律平等观为平台。

在历史上,因长期没有明确的部门法划分,故法律大多表现为多个部门法集合在一起,其中以刑法作为其主要的组成部分。所以思想家们对刑法诸问题的思考是以对法律综合体的思考为前提的。从刑法平等观的提出及其发展来看,它是与法律平等观的形成和演化交织在一起的。其表现为:一是众多思想家在论述刑法平等观时,自身就论及了法律平等观。西方如亚里士多德主张一定范围内的法律平等,同时又在此基础上主张刑法平等。又如皮埃尔·勒鲁认为:“凡是不愿看见人类平等原则的人,至少应当承认存在着一种公民平等的原则。我理解的公民平等是公民在刑法、(行)政法、民法各个方面的平等。”^③中国古代及近现代众多学者也是在论及法律平等的同时阐述其刑法平等思想的,如中国古代的墨家“兼相爱、交相利”为核心的法律思想中指的就是法律平等观,为了保证“兼相爱、交相利”原则的贯彻,墨家主张赏罚“不党父兄,不偏富贵”,即要求切实做到“赏当贤,罚当暴,不杀不辜,不失有罪”,这又是刑法平等观的体现。在近代,洪仁玕主张依法办事、法律平等,即使是“高官王位”,也一定要“奉行天法”。破坏天国法律令者要“明正典刑”,以至“处以大辟”。^④ 二是一些思想家在论述刑法平等观时虽然对法律平等观论及甚

① [德]威廉·冯·洪堡著:《论国家的作用》,148~149页,中国社会科学出版社,1998。

②③ [法]皮埃尔·勒鲁著:《论平等》,28~33页、25页,商务印书馆,1988。

④ 洪仁玕:《立法制诰》。

少,但其论述是以前人法律平等观为基础的。如近代刑法之父贝卡里亚接受了洛克、卢梭和孟德斯鸠等人的法律平等观,主张“对于贵族和平民的刑罚应该是一致的”,“伟人和富翁都不应有权用金钱赎买对弱者和穷人的侵犯”。在中国近代,沈家本接受西方法律平等观,主张实行法律平等原则,建立公正平等的法律秩序,在刑法平等问题上沈家本主张旗人犯罪与汉人犯罪“一体同科,实行发配”。

2. 中、西方刑法平等观都是针对奴隶制刑法和封建制刑法的身份性、特权性提出来的。^①

身份性、特权性是中西奴隶制刑法和封建制刑法的共性,即由于行为人的身份不同,可以决定处罚的有无及处罚的轻重。如依《汉穆拉比法典》规定,奴隶主可以杀死奴隶,而奴隶对其主人稍有不逊之处,便要受到严厉的制裁;法典对伤害阿维鲁和穆什凯努身体的同样罪行,判处的刑罚也有很大的差异,伤害阿维鲁的肢体,以损伤犯罪者的相应肢体作为惩罚;如果受害的是穆什凯努,犯罪者仅交纳一定数量的罚金便算了事。^② 中国古代刑法中,这种不平等规定更是随处可见。如官当、八议、依服制定罪等制度很大程度上使特权阶级或阶层置身于刑法调整范围之外;即使受到刑法调整,其力度也相当弱(除非特权阶级或阶层人所犯下的是“十恶”之类的“不赦”之罪)。正是由于古代刑法的身份性、特权性违背了法律平等的观念,因而众多中外思想家对其进行激烈的抨击,进而提出刑法平等的设想。

3. 古代和近代中、西方刑法平等观的外延均存在一个由窄到宽的发展过程。

在中国,思想家们所论述和追求的平等的适用对象实际上是很有限的,刑法平等既不敢上达君主,也不屑下及奴隶和农奴的。因为虽然法家提出了“刑无等级”、“刑过不避大夫”的口号,但从未提出过“刑过不避君主”的口号,也未提出过奴隶和主人平等的主张,我们充其量只能在东晋“无君论”者的平等观中才可以找到平等普遍性的蛛丝马迹。晚清以后,受西方人权观念的影响,刑法平等观的外延才有所拓展。在西方,亚里士多德主张的平等也仅限于贵族和自由民的平等,作为被统治者的有生命的“工具”(即奴隶)是被排除在平等之外的。^③ 近代以后,启蒙思想家们以“法律面前人人平等”为口号反对封建法制。受其影响,刑事古典学派主张刑法面前人人平等。如洛克认为,“每一个个人和其他最微贱的人都平等地受制于那些他自己作为立法机关的一部分所订定的法律”;并认为,“损害的罪行,不管是出自戴王冕的人或微贱的人之手,都是一样。罪犯的名位和他的党羽数目,除了加重罪行之外,并不使罪行有何差异”。又如贝卡里亚主张,“对于贵族和平民的刑罚应该是一致的”;“伟人和富翁都不应有权用金钱赎买对弱者和穷人的侵犯。否则受法律保护的、作为劳作报酬的财富就成了暴政的滋补品;”“法律认为:所有臣民都平等地依存于它,任何名誉和财产上的差别要想成为合理的,就得把这种基于法律的先天平等作为前提”。至此,平等才由少数人享有的专利提升为全体社会成员的游戏规则。

① 当然,中西方思想家提出刑法平等观的目的并不都是为了反对奴隶制、封建制刑法本身。

② 林榕年主编:《外国法制史新编》,113页,群众出版社,1996。

③ 因为亚里士多德是赞同奴隶制的,他认为人本性上是不平等的,“有些人在诞生时就注定将是统治者,另外一些人则注定将是统治者”。亚里士多德从“工具论”的角度来论证当时奴隶制存在的合理性。他认为,工具分为有生命和无生命的两种,对于有生命的工具被其排除在社会平等范围之外。

4. 从观念到法律原则,刑法平等体现的是刑法对人权的尊重与关怀。

人类为什么需要平等,不惜代价追求平等?根本的动力在于,只有在人人平等的社会里,人权才能得到绝对的尊重、充分的实现和最大程度的保障。同时,平等权本身又是人类与生俱来的一项基本人权,《世界人权宣言》开宗明义地规定“人人生而平等”,可见,平等既是实现人权的基本条件,又是基本人权本身。它是手段和目的的统一、价值和工具的统一。其中,刑法的平等,更与人权问题密切相关。

(二)中、西方刑法平等观源起的差异

虽然中、西刑法平等观源起上有众多相同或相似之处,但由于在文化背景、法律传统等方面存在明显的差异,而导致两者在这一问题上的差异性。

1. 从内容上看,中国古代刑法平等观是中国古代法律平等观的主要内容,而西方刑法平等观仅是西方法律平等观的小部分内容。

如前所述,中国古代刑法平等观的内容基本上就是中国古代法律平等观的内容。究其原因,大抵是因为中国传统法律的刑法化所致。中国传统法律的刑法化主要体现在以下几个方面:①从词义上来看,在中国古代文献中,刑、法、律三者可以互训,如《尔雅·释诂》:“刑,法也”,“律,法也”。《说文》:“法,刑也。”《唐律疏议·名例》:“法,亦律也。”②从时间上看,今天称之为古代法的,在三代是刑,在春秋战国是法,秦汉以后则主要是律。刑、法、律三者中刑是核心。③从内容来看,周朝的《吕刑》、战国的《法经》、汉朝的《九章律》、隋朝的《开皇律》、唐朝的《永徽律》、宋朝的《宋刑统》、元朝的《大元通典》及至以后的明律、清律都是名副其实的刑法。④从调整社会关系的手段来看,中国古代众多民事法律关系、经济法律关系、行政法律关系等都是运用刑罚的手段来调整。如唐朝无息契约订立后,若借贷人违约不偿还的,“一匹以上违二十日答二十,二十日加一等,罪止杖六十;三十匹,加二等;百匹,又加三等”,②“诸许嫁女,已报婚书及有私约而辄悔者,杖六十”。③正是因为中国传统法律的刑法化,在思想领域对于法律问题的思考无疑也是基于刑事法的视角。只是到了近现代,受西方宪政思想的影响,中国众多思想家开始从宪政的视角探讨和阐释法律平等的问题。

与此相异的是,西方思想家直接对刑法平等的论述相对较少,刑法平等观只是其法律平等观的一部分,甚至不是主要部分。其原因之一在于,古希腊法和古罗马法是通过贵族内部及平民与贵族的政治斗争而发展和演进的。在这种斗争中,政治与法律是相伴相随的。“作为雅典和罗马国家形成的标志或者说里程碑,正是法,可以说古希腊雅典和罗马的国家政治史就是一部法律史,政治与法律构成了同一事物的两面,从而法获得了等同于国家的概念和效力”。“法在西方从来就有广泛性和普遍性的特征”。④所以西方古代思想家们在论及法律平等问题时经常将平等问题作为政治问题来论证,如古希腊思想家亚里士多德和斯多葛学派的众多思想家对平等问题的论述就是如此。原因之二在于,“传统上私法始终是西方法律体系的‘基底和根干’”。⑤这表现在:①西方传统法律以民法为其

① 参见梁治平:《“法”辨》,载《中国社会科学》,74页,1986(4)。

② 《唐律疏议·杂律》。

③ 《唐律疏议·户婚律》。

④ ⑤ 张中秋著:《中西法律文化比较研究》,34页、102页,南京大学出版社,1999。

核心内容。在西方传统法律中发达的不是刑法(典)而是民法(典)。民法法系国家如此,英美法系国家亦不例外。民法法系是以罗马法为基础发展起来的法律的总称。英美法系虽然肇始于日耳曼法,但它同时也参照了罗马法,特别是其中有关契约、债和继承制度诸原则。^①很显然,两大法系都受到罗马法的影响,而罗马法的主要内容是民法。故而从历史传统看,西方两大法系中民法是其法律的主要内容。从立法实践看,西方传统法律也是以民法发达为其突显特征。在这一点上,民法法系国家自不待言,就是在英美法系国家中,虽然法典不是法律的主要表现,民法典的编纂也远不及民法法系国家,但民法的发达却毫不逊色,无论是在概念、术语、原则还是具体的规则和内容上,只是形式不同而已。^②

②从调整社会关系的手段来看,西方传统法律中大量在今天看来属于刑事法律关系的内容在当时是由民事手段来调整的。正如 Graeme Newman 所言,罗马人基本上用私力手段对付犯罪,罗马没有高度发达的刑法体系。^③在罗马法中窃盗和强盗均作为私犯,如果不是现行犯,则违法者只需承担加倍返还财物价值的民事责任。欧洲中世纪的《萨利克法典》中也有刑事民法化的类似规定。^④

2. 从刑法平等观提出者所倚立场来看,西方学者主要是从民主和人权的角度提出法律平等观(包括刑法平等观),中国古代学者主要是从维护奴隶主或封建主的统治而提出刑法平等观。

正如美国著名政治学家乔·萨托利所言:“有些平等在民主之前就已存在,与民主没什么关系,只有把平等主义理想提升为民主观念的突出象征这种地位上,平等和民主才吻合起来。这意味着对平等的需要在民主制度内部获得了最大的威力和发展。”^⑤在西方(欧洲)民主思想源远流长,“从历史的角度对民主追根溯源,在时间上可以上溯得十分遥远”,“斯巴达、雅典、罗马等古代共和国被孟德斯鸠和当时的‘哲学家’们看成是民主的、正义的、秩序井然的社会的典范,是与非正义的、混乱的现代世界截然对立的”。^⑥而安东尼奥·拉布里奥拉则认为“民主的根源在于现代欧洲整个历史之中”。^⑦正是古希腊雅典的民主政体和古罗马的共和制孕育了西方近现代民主,也是在这种民主制度下,古希腊和古罗马的思想家才有发挥民主思想的空间。并在这种民主制下,古希腊和古罗马才出现了古代人权的萌芽。^⑧虽然“法律面前的平等(isonomia),即受普遍法则的平等保护,在希腊民主制度中只是一种短命的试验”,^⑨“罗马共和国倾覆之后,古代的民治政体就因此消灭了”,^⑩但古希腊和古罗马思想家们的平等观却在文艺复兴中及其后得到了继承和发扬。因为人性、人权、自由、个性解放等是文艺复兴时人文主义的重要内容,资产阶级革命时期,自由、平等、天赋人权等口号更是响彻整个欧洲,并进而影响到北美。资产阶级革命胜利后,各主要资本主义国家从保护人权的立场出发,在宪法中对法律平等原则作出了规

① 参见周枬等主编:《罗马法》,1页,群众出版社,1994。

② 参见[德]K·茨威格特,H·克茨著:《比较法总论》,第二十至二十一章,贵州人民出版社,1992。

③ Graeme Newman, *The Punishment Response*, pp. 105, New York: Harrow and Heston, 1985.

④ 张中秋著:《中西法律文化比较研究》,113~114页,南京大学出版社,1999。

⑤ [美]乔·萨托利著:《民主新论》,东方出版社,384页,1998。

⑥⑦ [意]萨尔沃·马斯泰罗内著:《欧洲民主史》第2版,前言,社会科学文献出版社,1998。

⑧ 关于古代人权的萌芽,参见夏勇著:《人权概念起源》,61~78页,中国政法大学出版社,1992。

⑨ [美]乔·萨托利著:《民主新论》第2版,东方出版社,384页,1998。

⑩ [英]詹姆斯·布赖斯著:《现代民治政体》(上册),26页,吉林人民出版社,2001。