

重大法学文库

刑法的界限

——刑法第1~12条的理解、
适用与立法完善

陈忠林 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书是重庆市哲学社会科学规划办公室2012年特别委托项目的最终成果

重大法学文库

刑法的界限

——刑法第1~12条的理解、
适用与立法完善

陈忠林 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法的界限:刑法第1~12条的理解、适用与立法完善 / 陈忠林著. —北京:法律出版社,2015.5

ISBN 978-7-5118-7889-2

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 084871 号



陈忠林 著

责任编辑 刘文科 李峰运
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 21.75 字数 309 千

印次 2015 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7889-2

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

重大法学文库出版感言(代总序)

随着本套文库的逐本翻开,蕴于文字中的法学研究思想火花徐徐展现在我们面前。它是近年来重庆大学法学学者治学的心血与奉献的累累成果之一。或许学界的评价会智者见智,但对我们而言,仍是辛勤劳作、潜心探求的学术结晶,依然值得珍视。

掩卷回眸,“5”在重大法学学科发展与水平提升的历程中显得格外有意义。

1945年,当时的国立重庆大学即成立了法学院,到新中国建立后的1952年院系调整,法学院教师成为建立西南政法学院的师资力量的组成部分。其后的40余年时间内,重庆大学法学师资和专业成为了空白。在1976年结束“文革”并经过拨乱反正,国家进入了以经济建设为中心的改革开放新时期,我校于1983年在经济管理学科中首先开设了“经济法”课程,这成为了我校法学学科的新发端。

1995年,经学校筹备申请并获得教育部批准,重庆大学正式开设了经济法学本科专业并开始招生;1998年教育部新颁布的专业目录将多个部门法学专业统一为“法学”本科专业名称至今。需要提及的是,1999年我校即申报“环境与资源保护法学”硕士点,并于2001年获准设立并招生;这是我校历史上第一个可以培养硕

士的法学学科。

2005年,我校适应国家经济社会发展与生态文明建设的需求,合力申报“环境资源与保护法学”博士学位授权点,成功获得国务院学位委员会批准。为此成就了如下第一:西部十二个省区市中当批次唯一申报成功的法学博士点;西部十二个省区市中第一个环境资源法博士学科;重庆大学博士学科中首次有了法学门类。这里需要特别强调回顾的是,在法学界同仁的支持下,经过近三年的筹备,重庆大学于2002年6月16日恢复成立了法学院,并提出了近中期的办院目标和发展规划。正是有以上的学术积淀和基础,随着重庆大学“985工程”建设的推进,2009年我校获准设立法学一级学科博士点,除已设立的环境与资源保护法学二级学科外,随即逐步开始在法学理论、宪法与行政法学、刑法学、民商法学、经济法学、国际法学、刑事诉讼法学、知识产权法学、法律史学和新闻法学等学科领域培养博士研究生。

抚今追昔,近二十年来,重大法学学者心无旁骛地潜心教书育人,脚踏实地的钻研探索、团结互助、艰辛创业的桩桩场景和教学科研的累累硕果,仍然历历在目。它正孕育形成重大法学人的治学精神与求学风气,鼓舞和感召着一代又一代莘莘学子坚定地向前跋涉,去创造更多的闪光业绩。

眺望未来,重大法学学者正在中国全面推进依法治国的时代使命召唤下,投身其中,锐意改革,持续创新,用智慧和汗水谱写创建一流法学学科、一流法学院的辉煌乐章,为培养高素质法律法学人才,建设社会主义法治国家继续踏实奋斗和奉献。

随着岁月流逝,本套文库的幽幽书香会逐渐淡去,可是它承载的重大法学学者的思想结晶会持续发光、完善和拓展开去,将化作中国法学前进路上又一轮坚固的铺路石。

陈德敏

2015年5月1日

代 序

“恶法”非法

——对传统法学理论的反思*

尊敬的许明月院长、各位老师、各位同学：

非常高兴，也非常荣幸有机会来到重庆大学法学院与各位老师和同学们谈谈自己学习法学的一点体会。

看到今天这个讲座的题目，大家可能有点奇怪。因为大家都知道，我是搞刑法的，但今天这个讲座的题目却似乎不是一个刑法学方面的题目。《“恶法”非法——对传统法学理论的反思》，这样的题目似乎应该是一个法学基本理论方面的题目，应该由尊敬的程燎原老师来讲，因为燎原老师可由我国在这一方面功底最为深厚的权威学者。今天选了这个法学基本理论方面作为讲座的内容，主要有三个方面的考虑：首先是因为在座的老师、同学大多数人都不是专门研究、学习刑法的，选一个与每个学科都息息相关的问题，也许能让更多的人感兴趣。其次是因为刑法学也是法学。从根本上说，刑法学的研究应该在法学基本理论研究的基础上进行，如果法学的基本理论出了问题，刑法学的研究，特别是刑法学的基本理论研究就一定会出问题；反过来讲，如

* 本序言系2005年11月24日在重庆大学法学院所做的同名讲座的录音整理稿，注释中的内容是后来添加的。

果刑法学研究出了问题,很多情况下也完全可能是因为法学基本理论出了问题所造成的。事实上,今天我要讲的内容,在很大程度上都是我从刑法学所存在的问题出发,都是我对刑法一些基本问题反思的结果。最后一个原因,也许是最主要的原因,就是近十年来,我在对一系列刑法基本理论进行反思的过程中,对现有法学基本理论的基本立场、基本前提和基本方法逐渐形成了一些与主流理论不同的看法。^[1] 我的这些看法和主流理论的看法差距很大,甚至可以说是根本对立。一个从事某种职业的人,如果在自己所从事的专业的基本问题上与自己的同行持普遍对立的看法,是何种痛苦的心情,没有这个经历的人,恐怕很难理解的。能够在同行的帮助下消解自己的疑惑,把自己从这种心境中解脱出来,是我从自己心中开始形成那些可能被正经的法律人视为离经叛道的观点开始就有的一个愿望。今天用讲座这种形式把自己的一些的观点亮出来,是真诚地希望向重大的老师和同学们请教,根本目的与其说希望得到大家的认同,不如说是希望得到大家的批评、指正。

好了,现在该回到讲座上来了。今天讲座的题目叫“‘恶法’非法”。不知道大家是否注意到,我要说的这个“‘恶法’非法”在表述形式上与大家平时看到的有点不一样。当法学基本理论界在争论“恶法非法”“恶法亦法”这两种观点孰是孰非的时候,人们用的是“恶法非法”,其中的“恶法”两字是没有打引号的。尽管我讲的内容也是“‘恶法’非法”,但其中的“‘恶法’”两个字是加了引号的。为什么我要打这个引号?因为在我看来,法律的内容都是司法者、执法者在一定理念指导下进行理解的结果,只要指导司法者、执法者理解法律的理念是正确的,这个世界上就不可能有恶法的立足之地。所以,世上没有恶法,只有错误的法学理论;那

[1] 1996年,笔者为全国刑法学年会提交了论文。题目叫《从外在形式到内在实质的追求——罪刑法定原则蕴含的价值冲突及我国刑法应有的立法选择》,文中提出了我国刑法应跳出传统法学理论形式主义与实质主义对立为两大阵营的窠臼,走出一条二者统一的道路;2000年笔者向中国人民大学举办的“亚洲法学院长论坛”提交《常识常理常情:一种法治观与法学教育观》(后发表于《太平洋学刊》2007年第6期),正式提出了现代法治应是“人性之治”、“良心之治”,“常识常理常情之治”;2001年以来,笔者在《自由、人权、法治——人性的解读》、《司法民主是司法公正的根本保证》、《‘恶法’非法——传统法学的反思》、《如何让法律人成为人》、《如何让法学不成为谎言?》等论文中,对传统理论的缺陷、原因、克服的基本途径等做了进一步的说明。

些所谓的“恶法”,实际上都是人们在错误的法学理论误导下,错误地理解了(那些可能在文字表述上有缺陷的)法律的结果。很多人批评我所主张的司法人员可以不按法律规定办案,这显然是误解。我的主张绝不是撇开法律,而是我们的司法人员必须在正确理念的指导下,才可能系统全面地理解法律,才可能真正做到严格按照法律规定办案。

今天讲座的副标题叫“对传统法学理论的反思”。这里的“传统法学理论”,是个客气话,实际上是泛指迄今为止那些被法学界,特别是法律实务界奉为信条的那些古今中外关于如何理解法律,如何建设法治国家的理论。当然,就今天的讲座而言,也可以说是专指目前在我国占主流地位的法学理论。至于副标题中的“反思”二字,也可以说是一种客气的表述吧;如果说直白一点的话,这里的“反思”也就是批判的意思。

一、迄今为止的法学理论都可以归结为“恶法亦法”的理论

为什么几千年来法学界关于如何理解法律,如何建设法治的理论需要反思?我认为,在人类历史上有无数的哲学家、政治家、法学家都探讨过法这个现象,并对法的本质、功能、表现形式、基本类型、基本结构等作为法学基础的基本范畴提出过不少闪烁着真理光辉的思想,对人类社会的法治秩序的建立与中国法治迈向现代有巨大的贡献。但是究其根本,这些理论可以说都是错误的,因为尽管这些理论对法的本质、功能、价值目标、法律规范之间的关系在理论上都有较好的概括,但是在法治建设的一个最关键的问题上,都错了!

什么是法治建设中最关键的问题?当然是法律的实施问题。因为法律的实施,在实践上是要解决如何赋予法律以生命。也就是说,如何让法律规定的内容变为现实的问题;在理论上要解决的是要赋予法律以什么样的生命,即司法者、执法者如何正确地理解法律规定的内容,才可能正确地赋予法律应有内容的问题。这个问题如果得不到正确地解决,我们法学理论中法治理想就要么根本不可能成为现实,让我们法学描绘的人类愿景成为根本不可能变成现实的谎言;要么让法治长成怪胎,让“法律”成为被权势者玩于鼓掌之中的撒旦。然而,就是这样一个决定我们的法治究竟能否成为法治,能够成为什么样法治的问题上,我们的法学理论

都给出了一个错误的回答:恶法亦法!

绝大多数有一些法学基本理论知识,特别是对西方法律思想史比较熟悉的人,听到我刚才的这个基本概括,都会本能地在脑子里冒出这样的问题:到目前为止的法学理论真的只能归结为“恶法亦法”吗?那主张“恶法非法”的自然法学派呢?主张“恶法亦法”的法学理论为什么在根本上都是错误的呢?

在以“永恒理性”“社会契约”“天赋人权”等先验观念为自己基础的传统法学理论不同,我是比较重视事实的。我认为,一切不以事实为推论前提,或者以根本不可能的事实验证的社会科学都是伪科学。所以,在解答大家心中的这些疑惑以前,我在这里首先提醒大家注意这么一个与我们法学理论的基本前提明显相悖的事实:在我国,那些越懂法的人,不仅不会越守法,反而是犯罪率越高!我国最懂法的职业群,也是我国犯罪率最高的职业群!学过法学的人都知道,知法是守法的前提,通过各种方式来保证老百姓知法,应是按照传统法学理论来保证公民自由和建设法治的基本前提;越懂法就会越守法,更是传统法治理论的基本结论。但是,在我国,为什么会出现这种传统法学理论的基本前提、基本结论明显相悖的现象呢?

面对到这一事实,很多人心中泛起第一个问题很可能是:这怎么可能?这个事实是不是真的呢?如果要我回答,那我就告诉大家,这个事实是从我们国家最高司法机关在我们国家最高权力机关上所作的工作报告中所提供的一组数据推论出来的。与我们国家的所有数据一样,其真实程度如何,我当然也不可能给大家一个非常确定的答复。但是,就我们国家的具体情况而言,与犯罪率相关的数据,特别是在国家最高司法机关报告中所提及的有关司法工作人员犯罪的数据,如果真有不真实的情况的话,可能性更大的是一些数据被压缩,而不是被扩大。

在2003年举行的第十届全国人大第一次会议上,最高人民法院和最高人民检察院分别向全国人大做了他们过去5年的工作报告。根据最高人民检察院在这个会议上的报告,在2003年以前的5年中,全国各级检察院提起公诉的刑事案件共360多万件,立案侦查国家工作人员涉嫌渎职犯罪的案件共20万多件,司法工作人员涉嫌贪赃枉法、徇私舞弊、刑讯逼供等职务犯罪的将近2.5万人。

这些数据意味着什么呢？如果按照全国 13 亿人口算，“全国各级检察院提起公诉刑事案件 360 多万件”这个数字就意味着在 1998 ~ 2003 年这 5 年间平均每 400 个普通民众中就有一个涉嫌犯罪，或者说在那 5 年普通民众的涉嫌犯罪率为 0.25%。如果按我国平均每 30 个人就有一个国家工作人员计算，被立案侦查的刑事案件按一案一人计算，“全国检察机关立案侦查国家工作人员涉嫌渎职犯罪的案件共 20 多万件”，这个数字就意味着在我国的 4000 万国家工作人员中，平均每 200 个人就有一个涉嫌犯罪，或者说在 2003 年以前的 5 年中，国家工作人员的涉嫌犯罪率是 0.5%。如果按我国有 200 万司法工作人员计算，那么“涉嫌贪赃枉法、徇私舞弊、刑讯逼供等职务犯罪被立案侦查的司法工作人员近 2.5 万人”，这个数字就意味着每 100 个司法工作人员中就有 1.25 人涉嫌犯罪，换言之司法工作人员涉嫌犯罪率在那 5 年中为 1.25%。

如果我们将与上面几个涉嫌犯罪率与相关人群的懂法程度联系起来分析的话，在我国越懂法的人涉嫌犯罪率越高，就应该是一个不争的事实。普通民众是最不懂法的，他们的涉嫌犯罪率也最低只有 0.25%；国家工作人员应该比普通民众更懂法一些，不仅因为他们文化程度比普通民众更高，更因为他们中有一部分是国家立法、司法、执法机关的工作人员，他们的涉嫌犯罪率也比普通民众更高一些，他们的 0.5% 涉嫌犯罪率比普通民众的 0.25% 高了一倍。司法工作人员是靠法律吃饭，以法律为职业的实务法律人，当然也应该是最懂法的职业群，但就是这个最懂法的职业群却成了全中国涉嫌犯罪率最高的职业群，他们的涉嫌犯罪率是 1.25%，是普通民众(0.25%)的整整 5 倍！

这种与我们法学理论基本的结论明显相悖的现象，产生的原因很复杂。从根本上说，当然可以将这一现象归咎于我们尚处于社会主义初级阶段，我们的经济、政治、社会等制度都处于还很不完善的状态。但毋庸置疑的是：我国法学理论在基本前提、方法、结论方面的根本缺陷，对这种现象的产生和发展同样起着推波助澜的作用。在某种意义上，甚至可以说，我们今天的法学理论既是我们经济、政治、社会制度尚不完善的产物，同时又在为这些缺陷的存在、发展起着“保驾护航”的作用。至于这个结论的理由，我将在后面进行说明。这里，我想提醒大家注意的是这么一个

观念,一个我们的教科书、我们的老师、我们的媒体无时无刻不在向我们灌输的观念:“合情合理不合法的要依法办”。为什么我要提醒大家注意这个观念?因为在我看来,这个观念虽然是现有法学理论的核心,但也是造成我国“越懂法,犯罪率越高”这一现象的理论根源。

关于“合情合理不合法的要依法办”这种观念是造成我国“越懂法,越犯法”这一现象的观念根源,我们稍后再谈。现在先谈谈为什么这种观念是现有法学理论的核心。“合情合理不合法的要依法办”这一表述是一种通俗的表达,如果将这一表达转换成学术语言的话,那就是“恶法亦法”。

大家一定还记得我在前面说过,古今中外的法学理论基本上都可以概括为主张“恶法亦法”的理论,我相信,大家心里一定还在质疑为什么我把强调“恶法非法”这种与“恶法亦法”针锋相对理念的自然法学派也纳入了主张“恶法亦法”的阵营。如果仅就主张而言,“恶法亦法”确实仅是实证主义法学派的主张,而自然法学派是旗帜鲜明地站在这一观念的对立面的。但是,如果对每个自然法学派大师的观点仔细进行一下分析和比较的话,我们就不难发现,同样主张“恶法非法”的自然法学派大师们在什么是自然法,自然法有那些基本内容(规则)等自然法的基本问题上有很大分歧的。或者说,每一个自然法学大师心中都一个与其他自然法学家不同的自然法,而每一个自然法学派的理论家都认为:无论人世间的良法还是恶法,都应该以他们个人所发现的与其他自然法学派主张不同的“自然法规则”为标准衡量。只有符合他们自己发现的“自然法规则”的,才是应该人类应该遵从的良法,不符合他们自己发现的“自然法规则”的,就都是应该被人类社会所摒弃的恶法。自然法学派的大师们的这种以自己观点作为衡量良法、恶法之标准的理论,实质上难道不是与实证主义法学派一样力图将少数人的意志作为法律强加给社会的主张吗?在他们所抽象概括总结出来的自然法规则是错误的情况下,如果他们仍然坚持要将自己认为是正确的观点变成法律来强制推行,这种做法难道不也是与实证主义法学派一样的主张“恶法亦法”吗?所以,传统法学理论中的实证法学派与自然法学派的分歧形似南辕北辙、形同水火,实则殊途同归、雌雄同体,他们理念的核心都可以归结为“恶法亦法”!

二、坚持“恶法亦法”，必然结出恶果

我刚才谈了为什么我会认为“恶法亦法”这一观念是现有法学理论的核心,或者说为什么我会认为现有法学理论从根本上都可以归结为主张“恶法亦法”的理由。现在我们来看看为什么我会说这种观念是造成我国“越懂法,犯罪率越高”这一现象的理论根源,或者说为什么我会认为在建设法治最关键问题即法律实施问题上,古今中外的法学理论都给出了错误的回答。

(一)从逻辑上讲,“恶法亦法”的核心是“不讲理”

在说明“恶法亦法”或者“合情合理不合法的要依法办”这个观念什么是错误的之前,这里先来看一看这个观念在逻辑上究竟意味着什么?全面说明这个问题,是一个比较复杂而艰巨的任务。但如果长话短说,也可以非常简单。因为不论是“恶法亦法”或者说“合情合理不合法的要依法办”的核心,如果要一言以蔽之的话,那就是五个字:讲“法”不讲理!

当然,这里所说的“讲‘法’不讲理”中的“法”是打了引号的“法”。也就是说,这里所谓的“讲‘法’”,不是指坚持真正的法,而只是我们法学理论所强调的那种按照法律人特有的思维方式所理解的“法”;这里的“不讲理”中的“理”,也不是指法学理论里面所讲的那些关于法律应该如何实施的“法理”,而是为社会民众普遍认同的情理即我后面要讲的“常情”“常理”。

“恶法亦法”观念的核心是“讲‘法’不讲理”,形形色色的坚持“恶法亦法”的法学理论当然也可以从根本上归结为一种“不讲理”的理论。为什么主张“恶法亦法”就是不讲理呢?因为在这种观念的内在逻辑中,显然是没有情理存在的空间的。按照这种观念,法律可以分为两种情况——合情合理的法和违情悖理的“法”。前者被称为“良法”或“善法”,后者则被称为“恶法”或“坏法”。但是,不论是良法还是恶法,不论是合情合理,还是违情悖理,法律人在判断人间是非曲直的时候,都应该坚持“上帝的事归上帝,恺撒的事归恺撒”,或者说都应该坚持只有他们所理解的“法”才是唯一的标准。在这种观念看来,当法律是合情合理的时候,显然没有必要讲理;而在“法律”的规定是不合情理的时候,则绝对不能讲

理。当法律是合情合理时,为什么没有必要讲理?因为在这种情况下,民众认同的情理已经包含在法律规定里面了,讲法就是讲理,大家需要做的只是依照法律规定办就行了,哪里还有什么讲理的必要呢?至于当法律人所理解的“法律规定”不合情理时,法律人只能讲法,绝不能讲理的道理,这里就不分析了,因为“恶法亦法”或者“合情合理不合法的要依法办”这样的表述已经非常充分地表达了他们的理由。当然,在法律规定本身并不违情悖理的时候,“合情合理不合法要依法办”这种观念在现实中是没有什么危害的,但是,当“法律规定”同社会的基本情理发生明显冲突时,这种观念不讲理的本性及其危害才可能充分地表现出来。因为,在(司法者、执法者所理解的)“法律”规定不合情理的情况下,“合情合理不合法的要依法办”这种观念意味着:不管这种“法律”的规定多么地违情悖理,我们只能严格执行“法律”的规定,绝不能讲理!这样,我们可以看到,“合情合理不合法的要依法办”这种观念,在逻辑上意味着:在法律规定符合情理的情况下用不着讲理,在“法律”规定违情悖理的情况下则是绝不能讲理。总而言之,“恶法亦法”也好“合情合理不合法的要依法办”也好,这种观念对于我们这些学习法律的人,对我们这些以法律为职业的人而言,只有一个意思,那就是:在适用法律、执行法律的过程中,只能讲“法”不能讲理!

(二)从事实角度考察,“恶法亦法”的前提是反科学的

除了在逻辑上的“不讲理”外,从事实角度考察,传统法学理论的前提都是一些没有事实支撑的假设,这种不以事实为前提的理论必然是反科学的。我之所以得出传统法学理论是反科学的结论,是因为这些理论都是建立在一系列没有基本事实支撑,因而也根本可能实现的神话基础上的。

神话一:“立法无错”

为了给“恶法亦法”“讲‘法’不讲理”这种主张寻找辩护的理由,传统法学理论首先编织了一个神话:立法无错。

为什么“立法无错”?不同时代的实证主义法学家提出了不同的理由:西方近代以前的法学家认为,立法者是上帝在人世间的代表(“君权神授说”),有权制定法律的国家是“神在世上的行走”(黑格尔);近代以来的西方法学理论则认为,立法机关是人民意志的代表(三权分立学说),由于不论上帝或人民的意志都是是非曲直至高无上的裁判者,所以,作为他们代表的

立法者根本就不可能犯错。如果说实证主义法学是在借“神”“人民”之名作为支撑“立法无错”的理由的话,那么,在自然法学派看来,只要立法者掌握了他们的自然法规则,就是掌握了适用于任何社会、任何时代的“永恒理性”,他们制定的法律同样应该放之四海而皆准。既然“立法无错”,立法者(君王、贵族、议会)的意志当然就可以凌驾于民众的意志之上,无论是司法者、执法者还是普通民众对于立法者制定的法律,无论是良法还是恶法,都必须无条件服从。立法者即使完全错了,普通民众也必须绝对服从。这样,传统法学理论就结出了第一个恶果:“朕(立法者)即法律”;谁有立法权,谁就是法。

“立法无错”,是事实还是神话呢?这里只说这样一个事实:如果真有全能的“苍天”“上帝”的存在,如果选举出来的议员真的就能代表人民的意志,那么,人类历史上发生的那些朝代更迭、国家变更、法西斯上台,不是一件件都在证明——即使至高无上的“上帝”“人民”也会犯错吗?

神话二:存在具体的立法原意

尽管“立法无错”是一个经不起历史事实检验的神话,即使我们承认“立法无错”是一个事实,承认现实中立法者制定的法律都是完全正确的,但是,我们还会发现这样一个令我们法学理论无比尴尬的事实,现代法律的主要表现形式是文字,不可能不具有文字表达无法避免的那种缺陷:“书不尽言,言不尽意”,不同的人们完全可能对相同的文字作出不同、甚至截然相反的理解。“法律的生命在于实施”,法律文字必须通过司法者、执法者、普通民众的理解才可能变为现实,不同的司法者、执法者、普通民众面对同一个法律规定的内容,当然也会产生“一千个读者就有一千个哈姆雷特”的现象。在这种情况下,怎样才能保证人们对法律能够有统一的理解,才能保证国家法治的统一呢?于是,传统法学理论又以立法者为中心编造出了第二个神话:具体的立法原意。当人们对法律的理解发生分歧时,大家都只能以立法者立法时的原意为准。

关于这种“立法原意”的神话性,这里只讲两个事实:(1)在现代国家,起草立法草案的人通常都是专家、学者或相关政府、司法机关的工作人员,这些人本身并不是立法者,立法者们可能完全基于与起草者们不同的理由而通过立法;(2)即使我们将国家立法机关的下属机构对法律草案的说明(如全国人大常委会提交全国人大审议的法律草案说明、全国人大法工委提交全国人大常委会审议的法律草案说明)作为理解立法原意的

根据,我们也会因为我国绝大多数法律条文是没有具体说明的,当人们对那些没有具体说明的法律条文的理解发生分歧时,人们同样也不可能知道什么地方能够找到可以帮助解决这些分歧的立法原意。

神话三:司法者可能完全正确地理解立法原意

其实,即使立法者对每一个法律条文的含义都作了具体的立法说明,“书不尽言,言不尽意”的问题也同样存在。对于立法者用于说明自己立法原意的语言文字,人们同样可能做出截然相反的解释。为了解决这个问题,传统法学理论编造出了第三个神话:司法者或执法者完全可能正确地把握立法原意。

关于这一神话的荒谬性,这里也只说明一点。从认识论的角度来看,人对任何客观事物的认识都不可能是完全正确的。同样是一座庐山,观察者会因角度、距离不同而产生“横看成岭侧成峰,远近高低各不同”的感觉。特别是由于文字与其作者企图赋予其的真实含义之间关系复杂性,在很多情况下,都会使企图仅仅通过文字本身及相关材料来完全把握文本作者的原意,在事实上成为不可能。正如一本《红楼梦》有人看到的是情,有人看到的是淫,有人悟出的是为官之道,有人读到的是阶级斗争。同理,任何一个法律条文,法学理论上可能都有不同解释。从逻辑角度而言,有一位意大利法哲学家曾论证过每一个具体的法律规定都至少有114种不同的解释;就实践而言,绝大多数案件中原审被告或控辩双方都可能提出不同的处理意见,就是最好的证明。^[1]

[1] 2006年发生的许霆案及其司法判决在法律界引起的分歧,可以作为在现有理论根本不可能解决法律理解的分歧典型例子。2006年4月21日,许霆和朋友郭安山在广州利用ATM机故障取款,许取出17.5万元,郭取出1.8万元。2007年5月,郭安山被法院判处有期徒刑一年;同年12月,许霆被判处有期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。2008年1月16日,广东省高院裁定案件“事实不清,证据不足”,发回重审。同年3月31日,案件再次开庭,许霆被以盗窃罪判处有期徒刑5年,追缴所有赃款173826元,并处罚金2万元。许霆当庭表示不上诉,其父亲表示判决不重但还要上诉。同年5月22日,广东省高级人民法院判决驳回上诉,维持原判。关于许霆的行为是否构成犯罪,主要存在有罪说和无罪说两种观点。无罪的观点中有不当得利说、无效交易说、银行过错说、没有实施合法行为的可能性说、行为难以模仿说、刑法谦抑说、刑罚目的说、罪刑法定说等种种主张。在认为许霆的行为构成犯罪的基礎上,又有着构成侵占罪、诈骗罪、信用卡诈骗罪、盗窃罪等不同的观赵秉志等学者惊叹道:“许霆案的原审与重审之间,案件事实还是那个案件事实,刑法规范还是那个刑法规范,法院还是那个法院,然而裁判结果已不是那个裁判结果。从无期徒刑到5年有期徒刑,犹如瞬间从地狱升至天堂。”参见赵秉志:“许霆案尘埃落定后的法理思考”,载《法制日报》2008年6月2日版;刘敏:“对期待可能性的几点思考——从‘许霆案’切入”,载正义网检察理论,2010年10月22日访问。

(三)从实践角度考察,坚持“恶法亦法”必使“法律”成为权势玩物

到了这里,也许应该小结一下了。如果真如我前面讲的,主张“恶法亦法”的现有法学理论的基本前提都是建立在没有基本事实支撑,根本不可能实现的神话的基础上的,那么,这种以反科学的基础为前提的法学理论的危害是什么呢?记得我在讲我为什么要办这个讲座的理由时讲过,现有法学理论的危害在于:要么让我们的法治理想根本不可能成为现实,要么让我们的“法律”成为玩弄于权势者鼓掌之中的撒旦。至于我们的法学理论为什么是不可能实现的谎言,前面已经讲了一些,后面还要进一步展开。这里先讲讲我们的法学理论为什么会让我们的“法律”成为权势者的掌中之物。

在错误的法学理论的指引下,“法律”为什么会成为权势者的玩物?

首先,这是因为在任何情况下,法律都只有通过司法者、执法者的实施才可能变为现实,而任何真正忠于法律的司法者、执法者,则不可能不根据自己对法律条文的具体理解在法律适用、执行过程中把法律规定的內容变为现实,因此,任何法律的实施过程实际上都不可能不是一个司法、执法者将立法者制定的法律变为他们自己的意愿所理解的法律的过程。要命的是,这个过程不仅存在于人们对法律条文的具体理解之中,而且同样存在于司法、执法者对立法原意乃至司法解释的具体理解之中。

其次,由于每个司法、执法者对法律规定应有内容的理解都不可能不受他们个人的智商、情商、人生经历、职业经验、文化程度甚至健康状况的影响,每个司法、执法人员对法律规定的理解都不可能不带个人的色彩,这样,本应具有确定、统一内容的法律,在具体的实施过程中就不可能不变成具体的司法、执法人员个人的法律。

最后,由于司法、审判独立,现代法治的基本原则也不允许立法机关干预具体案件的处理过程,因此,不论是司法、执法人员或是普通民众都根本不可能通过与立法者直接对话来验证某一司法、执法者对法律的理解是否符合立法原意。在这种情况下,如果司法、执法人员在具体法律的理解问题上发生分歧证明,怎么办呢?我们只能借助手握最终决定权的人对法律同样带有浓厚个人色彩的理解来解决,即使他的理解是错的,大家也得执行。正如美国最高法院法官杰弗逊所说,“不是因为我是正确

的,我才是终审;而是因为我是终审,所以我是正确的”。这样,在我们法学理论指导下的法律实施,就不可避免地会使“法律”这个手握利剑的“正义之神”在现实中成为俯首听命于有权有势者的奴仆;“权就是法”“权大于法律”这样的反法治现象在司法、执法领域就会成为必然,法律里面的事在社会生活中就会成为“有权人的事,有权人说是,不是也是;有权人说不是,是也不是”。

三、“讲法不讲理”,必走向人民对立面

上面我们从司法、执法与法律之间关系的角度,分析说明了只要坚持“恶法亦法”的观念,我们法学理论的前提就是反科学的,结果就必然是反法治的,我们力图用法律来限制权力的种种努力,最终仍然没有摆脱“权即是法”、“权大于法”的窠臼。

下面,我们将从另一个角度即普通民众与法律的关系的角度,来分析说明“恶法亦法”观念的另一个也是最根本的危害:只要坚持传统法学“恶法亦法”的观念,我们的法律就必然走向人民的对立面。

(一)从事实角度考察,“恶法亦法”必是反人民的“法”

法律是用来规范普通人的行为,只有普通人的守法,即普通人能在了解法律规定的基础上,按照法律的规定来规范自己的行为,自觉地以法律作为自己行为的限度,法律的规定才可能成为普通公民在日常生活运用来维护自己权利,保障自己自由的保护神。法律的这种实现方式要有一个基本前提:普通民众必须懂法!

怎么样才可能让老百姓懂法呢?在这个问题上,人类历史上那些胸怀雄才大略的政治家、明达睿智的法学家们都做着一个同样的梦:通过高明的立法者制定出完善的法律制度,然后将这种法律公布于天下,全体社会成员都会来了解这些法律的内容,然后根据法律规定来规范自己的行为,以此来实现人民安居乐业、天下大治的目的。沿着立法者可能制定出完善的法律、司法者可能原封不动地理解立法原意这一条轨迹,我们法学家们就这样编造出了法学理论中一个最大的神话:普通民众是可以通过这种方式来了解法律,然后根据法律的具体规定来行动的。

为什么这是传统法学理论编制的最大神话?因为在事实上普通老百