

7/14.04
G26a

刑 法 论 丛

第5卷

高铭暄 赵秉志 主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛/高铭暄,赵秉志主编. —北京:法律出版社,
2001. 11

ISBN 7-5036-3567-3

I. 刑… II. ①高… ②赵… III. 刑法-研究-文集
IV. D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 073140 号

出版/法律出版社

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

责任校对/何萍

开本/850×1168 1/32

版本/2002 年 1 月第 1 版

印张/22.25 字数/745 千

2002 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室) (010)68710327(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)

(010)88414933(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3567-3/D·3484

定价: 42.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

〔中国刑法〕

- | | | |
|-----|--------------------------------------|---------|
| 1 | 信仰的塑造与精神的超越
——中国刑法现代化的灵魂 | 田宏杰 |
| 51 | 目的犯论纲 | 李希慧 王彦 |
| 90 | 论不纯正不作为犯作为义务之来源 | 李晓龙 |
| 114 | 从《公民权利和政治权利国际公约》论我国
死刑立法的完善 | 高铭暄 李文峰 |
| 127 | 论死刑罪名与死刑限制 | 仝作俊 |
| 174 | 刑罚目的中的预防需要:概念与评价 | 邱兴隆 |
| 202 | 行政刑法责任研究 | 周佑勇 刘艳红 |

〔外国刑法〕

- | | | |
|-----|---------------------|-----|
| 234 | 日本的法人刑事责任论 | 黎宏 |
| 271 | 俄罗斯联邦刑法典的修改补充 | 刘向文 |

〔比较刑法〕

- 297 罪数论比较研究 马克昌
- 354 古典学派和近代学派的刑法理论及其比较
..... 王政勋
- 388 论犯罪过失本质的学说与责任根据 林亚刚
- 411 论世界范围内的死刑存废现状和中国的
死刑问题 杨春洗 张庆方
- 428 东亚的特别背任罪与法人的刑事责任
——日本、中国、韩国的公司犯罪比较
研究 [日]铃木敬夫

〔国际刑法〕

- 455 建立常设国际刑事法院的必要
——从凡尔赛到卢旺达的 75 年
..... [美]谢里夫·巴西奥尼著 王秀梅译
- 513 论人权的国际保护与国际刑法 黄肇炯
- 525 论死刑不引渡原则 赵秉志 陈一榕
- 544 联合国禁毒署关于相互法律协助的建议书
..... 党建军译

〔区际刑法〕

- 550 港澳特别行政区与内地间刑事管辖权的
冲突与协调 王新清
- 593 中国内地与香港特别行政区正当防卫制
度之比较研究 赵秉志 罗沛隆

〔学术信息〕

635	2000 年刑法学研究回顾与展望 高铭暄 赵秉志 田宏杰
660	“新千年中国刑法问题研讨会”综述 赵秉志 田宏杰 于志刚 周加海
689	国际刑法学协会暨中国分会学术动态 高铭暄 卢建平
693	建立常设国际刑事法院的新进展 王秀梅
703	开拓新世纪的刑法学研究 ——中国法学会刑法学研究会 2001 年 学术研讨会暨换届选举要述 延安

〔中国刑法〕

信仰的塑造与精神的超越

——中国刑法现代化的灵魂

田宏杰*

目 次

一、确立信仰:打开中国刑法现代化之门的钥匙

(一)现实的困惑:由两则实例引发的思考

(二)信仰:现代刑事法治的精神意蕴

二、正义:刑法神圣之求得

(一)正义溯源

(二)刑法正义之现代要素:平等、公平、正当

一般而言,法制现代化有外发型和内发型两种模式。前者是指主要是由于外来现代法律文化的冲击而被迫走上法制现代化的历史道路的法律发展模式,后者则主要是指由于本国社会和法律文化的发展,自觉走向法制现代化的范型。中国自明末就开始了以刑法为核心的现代法律文化的萌芽,但这种内在的法制现代化的指向是在外来法律文化的冲击下才逐步成长起来的,因而不可争议地带有外发型的色彩。近代以来,中国古老的法律传统逐渐势微,取而代之的是从西方引进的法律价值——规范体系,但最终的事实证明,

* 中国人民公安大学法律系讲师,法学博士。

现代西方法律制度的引进,并没有帮助我们实现法制的现代化目标,相反,却导致了法律文化的错位:“我们的现代法律制度,包括宪法、行政法、民法、诉讼法等许多门类,它们被设计来调整社会生活的各个领域,为建构一个现代社会奠定基础,同时,它们也代表了一种精神价值,一种在悠久的历史中逐渐形成的传统。问题在于,这恰好不是我们的传统,这里不但没有融入我们的历史、我们的经验,反倒常常与我们‘固有的’文化价值相悖。于是当我们最后不得不接受这套法律制度的时候,立即就陷入到无可解脱的精神困境里面。一种本质上是西方文化产物的原则、制度,如何能够唤起我们对于终极目的和神圣事物的意识,又怎么能激发我们乐于献身的信仰与激情?”^① 其所以如此,关键就在于法制的现代化是一个整体性的概念,它不仅需要组织设施、规范制度及其运行机制的现代化,更需要公民法律信仰的现代化。作为主体对法的一种心悦诚服的认同感和依归感,法律信仰是人们对法的理性、情感和意志等各种心理因素的有机结合体,是法的理性和激情的升华,也是法律能否得到公民一体遵循的关键,“一种不可能唤起民众对法律不可动摇的忠诚的东西,怎么可能又有能力使民众普遍愿意遵从法律?”^② 因而培育公民对法律的热爱,确立公民对法律的忠诚,对于中国法制现代化建设自然有着不容忽视的重要意义。而要实现这一目标,就必须对中国法制的精神和价值取向进行调整,使中国法制的现代化建设从传统的制度层面向精神层面跃迁。对于为自然经济所支持又为专制统治浸淫已久的中国刑法来说,精神气质的超越和现代法律信仰的培育,更是具有先决的意义。

一、确立信仰:打开中国刑法 现代化之门的钥匙

自改革开放以来,中国刑法为现代化所作的努力是不容否认的。单以1979年新中国第一部刑法典颁布后的刑事立法为例,自1980年1月1日《刑法》施行以来,全国人大常委会就已通过特别刑法的方式对刑法典补充修改

^① 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼著,梁治平译:《法律与宗教》,三联书店1991年版,“译者前言”第15—16页。

^② 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼著,梁治平译:《法律与宗教》,三联书店1991年版,第43页。

达 17 次之多,先后通过了 24 个单行刑事法律,并在 70 多个非刑事法律中设置了附属刑法规范。可以说,中国刑事立法的成就是有目共睹的,但与此同时,中国刑事法律效益的低下也是一个不争的事实。现代化的刑事法律制度何以没能给我们带来现代化的刑事法治呢?这是自晚清沈家本变法修律以来,每个关心并致力于中国刑法现代化追求的学人都在反躬自问但又百思不得其解的哥德巴赫猜想。“不识庐山真面目,只缘身在此山中。”也许,从旁人的眼光中我们能够探寻出些究竟。“孟德斯鸠以来的政论者都知道,特定的道德品质及信仰与特定的政治制度之间或许存在某种联系。然则,美德与共和政府之间的联系尽管由研究孟德斯鸠思想的学者忠实记录下来,却一直未受重视。政治参与的素质、政治效能或无能的意识、某些个性特征(诸如可以被归纳为‘权威主义个性’的特征)等都曾被民主的理论家们研究过。而美德或曰公共精神(public spirit)、市民认同(civility)却被忽视了。”^①这里的“市民认同”,通俗地说,就是公民的法律信仰。“梦里寻他千百度,蓦然回首,那人却在,灯火阑珊处。”正是这一市民认同,为我们揭开了中国百年来刑法现代化进程屡屡遭挫的奥秘。下面,我将先从两则现实的案例着手,分析中国刑法走向现代化的羁绊及其产生的根源,指出:重塑刑法信仰是中国刑法走向现代化的根本前提,并对此进行深入阐述。

(一)现实的困惑:由两则实例引发的思考

让我们先来看两则分别发生在美国和中国现实生活中的案例:

实例一^②:1984 年,美国共和党在得克萨斯州达拉斯城举行大会,而反对里根总统内外政策的美国公民则在会场外集会和示威,其中一位名叫约翰逊的先生当场焚烧了美国红白蓝三色国旗。于是,得克萨斯州便以故意损坏国旗的罪名逮捕并起诉了约翰逊,这就是著名的“得克萨斯诉约翰逊”案。有关该案的官司一直打到了美国联邦最高法院。1989 年 6 月 21 日,联邦最高法院以 5 票赞成 4 票反对的 1 票之差作出如下判决:在公众集会示威中焚烧美国国旗是受到美国宪法修正案第 1 条“表达自由”权保护的合法权利。这

① 参见爱德华·希尔斯:《市民社会的美德》,载邓正来译、[英]J. C. 亚历山大编:《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》,中央编译出版社 1999 年版,第 457 页。

② 详尽的案情请参见东来:《在美国焚烧国旗是否合法?》,载《读书》1995 年第 10 期。

一判决使约翰逊先生被无罪释放,而同时由于美国联邦最高法院享有违宪审查权,它的这一判决也当然地使美国 48 个州和华盛顿哥伦比亚特区有关当局制定的有关国旗保护的地方性法律失效。

然而,最高法院的这一判决激怒了那些将国旗视为美利坚民族之象征的美国公民,并且伤害了他们强烈的爱国心。当时的民意调查表明,3/4 的美国人强烈希望用法律来保护国旗,而他们的愿望在国会中迅速得到表达。当年 10 月,国会通过了 1989 年《国旗保护法》,但这一法律立即受到支持焚旗为宪法权利的人的挑战。就在该法生效的当天(10 月 30 日),一位叫埃里奇兰的女士以身试法,在国会山下当众焚旗,因为她知道这个案子当然会上诉到最高法院。在“美国诉埃里奇兰等人”一案中,尽管有群众和国会的压力,最高法院依然我行我素,再次以五比四的票数在 1990 年 6 月 11 日宣布 1989 年《国旗保护法》违宪,重申其焚旗合法的立场。反对焚旗的人(姑且称之为护旗派)于是只好寄希望于通过新的宪法修正案来保护他们神圣的旗帜。10 天后,护旗派在众议院提出了一项保护国旗的宪法修正案,但因未达到 2/3 多数而未能通过。参议院的护旗派也以 58 票赞成 42 票反对面临同样的遭遇。但国会外的护旗派不肯善罢甘休,爱国的激情以及大多数美国人支持保护国旗的事实,促使他们决心继续战斗下去。1994 年 8 月,以美国退伍军人组织美国军团(American Legion)为首的 65 个全国性社会组织在国会山下宣布成立全美“公民护旗同盟”(Citizens Flag Alliance),发誓要在全美进行一场声势浩大的护旗游说运动,促使国会能有 2/3 的多数通过保护国旗的宪法修正案。目前,多数议员(尽管不是 2/3 多数)、多数州的州长(已有 26 位州长)表示支持护旗同盟。受美国军团委托,盖洛普(Gallup)1994 年 2 月进行的一项民意调查显示,80% 的美国人认为焚烧国旗是受宪法保护的“表达自由”的行动,78% 的人认为有必要通过宪法修正案来护旗,81% 的人表示如果第二天投票,他们会赞成通过宪法修正案。

实例二:一位男青年甲爱上了另一个村子的女青年乙。一天,男方邀女方约会,女方接受了。在约会期间,男方要求发生性关系,女方拒绝了,但男方以强力奸污了女方。回家后,女方哭诉了经过,其父母向当地派出所报告了案件。在警察正式逮捕男青年之前,男方父母来到女方家中请求私了,条件是:男方娶女方,并支付女方人民币 3000 元,而女方应以撤诉作为回报。女方家中原则上同意这些条件,只是要求更多的赔偿,数额为 10000 元。双方家长就赔偿费讨价还价,最后达成协议,赔 5000 元。尽管男女双方都未达到法定婚龄,他们还是通过熟人领取了结婚证。但是,这一规避法律的私了

被政府发现了。婚姻被宣告无效,男青年受到正式起诉并被判刑。^①

这两则实例引发的思考实在是意味深长。如果实例一发生在中国,中国人会采取这种“费时耗力”的方式来对待他们反感甚至使他们愤怒的法律吗?最高法院会一再置民众愤怒的情绪于不顾,在宪法未作修正之前,坚决判决焚烧国旗的行为无罪吗?显然不会,在中国人看来,美国人真是多此一举。干吗如此费事,既然宪法对于美国国旗尊严的维护如此无能,干脆不理不睬,问题不就结了吗?这恐怕是大多数中国老百姓再自然不过的反应。反之,如果实例二发生在美国,或者女青年是在美国长大的,这种在中国已经司空见惯的私了现象会出现吗?答案同样是不言而喻的。为什么相同的情形会在中、美两国出现截然相反的结局呢?难道中国刑法不能给予实例二中的被害人有效的保护吗?检视我国刑法关于强奸罪的有关规定,其规定的完备详尽和罪刑设置的合理无疑消除了这一疑问。那么,为什么被害人不积极地诉诸法律,寻求刑法的保护呢?

对此,“许多中国法学者常常一言以蔽之地将上述案件中行为人的所作所为定为不知法。因此在这些学者看来,要真正加强法制,建立起法律的权威,根除这种非法交易,重要的是加强法制教育,使人民懂得法律,知道以法律来有效地保护自己的合法权益;当然加强执法的力度也是重要的,但首先是知法。中国近年来一直在全体人民中实行的普法教育,就是基于这种观点。”^②“初看起来,这一论点是有道理的,但实际上是不合逻辑的、不能令人信服的。事实是,女方已经报告了当地派出所,男方也来到女方家中要求女方撤诉;很明显这表明他们双方都知道该男青年的行为是非法的、可能会受到法律的制裁。如果他们真的不具有‘政府’会如何处理此事件的任何知识的话,这些活动都不会发生。当然他们也许了解的法律并不多,但这里问题的关键并不是对法律了解多少。”“因此,事实上,他们是在知道国家法律会制

① 参见苏力著:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第43页。苏力博士在文章中指出,这个案件并不完全是真实的,而根据新闻界报道的几个类似案件,有所删减,有所增益。但这种事情在中国社会中却是比较普遍的,特别是农村;当然不一定是刑事案件,有许多可能是民事侵权案件。正因为其普遍,并往往被一些概括性论述定型化了,因此值得细细考察;同时也因为这个案件的普遍,考察它对中国当代法制建设的启示就具有一定的普遍意义。

② 参见苏力著:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第43页。

裁男青年的情况下,作出了一种充满文化意蕴的理性选择——合作规避国家制定法。”^①而导致法律规避的根本原因就在于:公民法律信仰的缺失。他们对法律不是心存热爱、敬仰和信任,而是冷漠、厌恶、规避与拒斥。法律与公众之间不是一种血浓于水的亲情,而是如油之于水一样的难以融合,正是法律与公众之间的这种紧张关系,使得中国刑法的现代化丧失了生存的基础。

(二)信仰:现代刑事法治的精神意蕴

信仰,根据《辞海》的解释,是指“对某种宗教,或对某种主义极度信服和尊重,并以之为行动的准则。”那么,什么是法律信仰呢?对此,我国有学者认为,“法的信仰是社会主体对社会法的现象的一种特殊的主观把握方式,是社会主体在对社会法的现象理性认识基础上油然而生的一种神圣体验,是对法的一种心悦诚服的认同感和依归感,是人们对法的理性、感情和意志等各种心理因素的有机的综合体,是法的理性和激情的升华,是主体关于法的主观心理状况的上乘境界。”^②它是这样两个方面的有机统一:“一方面是指主体以坚定的法律信念为前提并在其支配下把法律规则作为其行为准则;另一方面是主体在严格的法律规则支配下的活动。可见,它既是一个主观范畴的概念,也是一个可见之于主体行为的客观化的概念。法律信仰有其独自的历史发展轨迹,在法律信仰的不同历史时期,法律信仰的根据不同。现代法律信仰,是一种纯粹的法律信仰,即信仰的对象是法律本身,而不是因信仰图腾或神灵而衍射及法律的;信仰的最终主观基础是法律信念,而不是主观崇拜心理。”^③

简言之,法律信仰就是社会公众对法律的神圣所怀有的一种宗教信仰般的情怀,它是现代法治得以生存、发展的根本前提和保障,甚至可以说,“是法本身之存在及其具有效力的‘合法性’根据”。^④法律必须被信仰,否则它将形

① 参见苏力著:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第43—44页。

② 参见刘旺洪:《法律信仰与法制现代化》,载南京师范大学法制现代化研究中心编:《法制现代化研究》(第2卷),南京师范大学出版社1996年版。

③ 参见谢晖著:《法律信仰的理念与基础》,山东人民出版社1997年版,第16页。

④ 参见姚建宗:《信仰:法治的精神意蕴》,载《吉林大学社会科学学报》1997年第2期。

同虚设。”^①“即使是完善的法制,而且为全体公民所赞同,要是公民们的情操尚未经习俗和教化陶冶而符合于政体的基本精神(宗旨)——要是城邦订立了平民法制,而公民却缺乏平民情绪,或城邦订立了寡头法制而公民却缺乏寡头情绪——这终究是不行的。……应该培养公民的言行,使他们在其中生活的政体,无论是平民政体或者是寡头政体,都能因为这类言行的普及于全邦而收到长治久安的效果。”^②

所以,人类历史上凡是主张依法而治的国家或民族,都十分注重弘扬法的精神,唤起人们的热忱,使依法而治由少数决策者的思想变为大多数人的自觉行动。早在古罗马时期,长于法学思维的罗马法学家们顺应城邦自由民从事简单商品经济活动的需要,不仅建立和发展了完备的私法体系,而且还把法提升到伦理性的高度加以褒扬和赞许,认为“法是善良和公正的艺术”,“是最高理性”,第一次把法与善良、公平、正义等伦理范畴等量齐观。尽管罗马人把法律与伦理道德混为一谈,以致受到后人的颇多非议,但他们一开始就十分注重从社会文化伦理价值的视角解读法的精神、实质,把法看成是“没有情感的智慧”,是善良、正义的来源和象征。或者说,是深藏在实体法背后的最高价值本体,从而确立了法律在社会生活中的至高无上的地位。这一崇尚法律的精神追求,这一弘扬法治的信仰提升,无疑推动了城邦市民法治精神的形成,使法律信仰从每个人的价值观念转化为法律现实,从而加快了罗马城邦国家告别原始氏族共同体的人治模式,而率先进入依法而治的法治化的进程。^③

同样,追溯西方国家现代法治的由来,可以发现,其也是经由一场艰苦而漫长的,以弘扬法的公平、正义精神,使法律逐步获得并保有神圣性的精神文化建设运动为其开辟道路的。肇端于12世纪初叶的罗马法复兴运动,标志着罗马法经过中世纪数百年的沉寂和冷落之后,在欧洲广袤的大地上再现其历史的辉煌,从此轰轰烈烈达数世纪之久。后来的人文主义者、自然法学派和启蒙学者们则进一步继承和发扬罗马法的基本精神,公开打出“自由”、“平等”、“天赋人权”的旗帜,主张以人为中心,反对以神为中心;提倡人道,以反

① 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼著,梁治平译:《法律与宗教》,三联书店1991年版,第15—16页。

② 参见[古希腊]亚里士多德著,吴寿彭译:《政治学》,商务印书馆1985年版,第275页。

③ 参见丁一:《法律信仰在法治化进程中的作用》,载《法商研究》1999年第6期。

对神道;提倡个性自由,以反对中世纪的等级特权观念和君权神授观念,并最终引发了资产阶级革命。这场运动中提出的一些纲领和口号,几乎毫无例外地成了欧洲各国建立资产阶级国家及其现代法治模式的政治法律基础和伦理准则。而由马丁·路德和加尔文发起的“以信仰得救”为信条的宗教改革运动,也培育和传播了被马克斯·韦伯称之为“资本主义精神”的新教伦理精神。这一新教伦理精神之所以与资本主义法治精神并行不悖,就在于它高扬了信仰的权威和价值,而这一信仰理论又驱使广大教徒从等级森严的教会制度的统治和束缚中解脱出来,在法律信仰观念的武装下投身于世俗的政治经济活动,为近现代资本主义法治战略的实施和实现注入了强有力的精神动力。^①

法律信仰之所以在法治现代化的进程中具有如此强大的力量,究其实,不是来自于政府的强力,而是源自公民的内心,源自公民对法律的自我认同。历史早已证明,“人们不会衷心拥戴一种政治制度 and 经济制度,更不用说一种哲学,除非对他们来说,这种制度或者哲学代表着某种更高的、神圣的真理。如果在人们看来,有一种制度与他们信仰(用生命去信仰,而不仅仅是在理智上认为如此)的某种超验实体相悖,他们就会抛弃这种制度。”^②“除非人们觉得,那是他们的法律,否则,他们就不会尊重法律。但是,只有在法律通过其仪式与传统,权威与普遍性触发并唤起他们对人生的全部内容的意识,对终极目的和神圣事物的意识的时候,人们才会产生这样的感觉。”^③这种感觉凝炼的结晶,就是“民情”。民情是一个民族的惟一的坚强耐久的力量,^④它使法治精神作为人们对法律现象的价值把握的理性积淀,内化入个人的认识、动机、情感、态度和组织的目标取向上,使社会公众以强烈的主人翁的独立意识和自觉意识主动、积极地投身于社会法治化进程,使法治成为全体社会公众共同参与的一项正义事业。正是在这种精神氛围中,法律与人的内在需求达到了最大限度的从内容到形式的一致,法律成为人性的一部分,法和人在

① 参见丁一:《法律信仰在法治化进程中的作用》,载《法商研究》1999年第6期。

② 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼著,梁治平译:《法律与宗教》,三联书店1991年版,第90页。

③ 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼著,梁治平译:《法律与宗教》,三联书店1991年版,第60页。

④ 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼著,梁治平译:《法律与宗教》,三联书店1991年版,第315页。

本质上达到了某种契合和同一。用法学家哈特的术语来说就是,在法治社会中,社会公众普遍地对法律持有“内在观点”,而不是旁观者立场的“外在观点”。没有民情的权威就不可能建立自由的权威,没有民情作基础的法律,只能处于不稳定的状态,^①根本不可能得到公民的一体遵循。因为,“法律被遵守的主要原因在于集团的成员从信念上接受并在行为中体现法律表达的价值。人们效忠规则是因为规则能够表达人们参与其中的共同目的,而不是靠强制实施规则所必然伴随的威胁。”^②

所以,正是在民情的基础上,西方社会建起了法治现代化的大厦;也正是民情资源的匮乏,决定了中国刑法现代化的步履维艰。传统的中国刑法文化认为,刑法是国家意志的体现,是禁恶止奸的工具,是帝王手中之器。由此导致的后果则是:一方面,中国百姓谈“刑法”色变,视刑法为洪水猛兽,与刑法之间始终处于一种紧张的对峙状态;另一方面,注重制度的变革,忽略观念层面的超越,成了中国刑法变革进程中的主旋律。从晚清的刑事法制变革,到新中国成立后对苏联刑法制度的照抄照搬,乃至于改革开放后的刑法现代化运动,我们每次见到的都是国家立法机关“劳顿忙碌的身影:既要‘为民作主’代替全体社会成员对国家和政府制定的法律作出‘良好’与否的价值判断,又要运用各种手段(可能主要是暴力与威胁等压制手段)保证这些法律得到全体社会成员的普遍遵守。”^③然而,“仅凭理性的推导与功利的计算,怎能够唤起人们满怀激情的献身?不具有神圣意味的法律又如何赢得民众的衷心拥戴?”^④所以,我们丝毫也看不见全体社会成员对于法律真诚而热情的拥戴,以及主动积极的遵循。我们看见的只是社会公众的消极倦怠与冷漠麻木,加上极度的失望、萎靡与无奈!^⑤而这种失去社会公众认同的法治,便慢慢地失

① 参见:[法]托克维尔著,董果良译:《论美国的民主》(上),商务印书馆1988年版,第14页。

② 参见[美]昂格尔著,吴玉章、周汉华译:《现代社会中的法律》,中国政法大学出版社1994年版,第165页。

③ 参见姚建宗:《信仰:法治的精神意蕴》,载《吉林大学社会科学学报》1997年第2期。

④ 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼著,梁治平译:《法律与宗教》,三联书店1991年版,第15页。

⑤ 参见姚建宗:《信仰:法治的精神意蕴》,载《吉林大学社会科学学报》1997年第2期。

去了作为其“血肉”的社会意识、观念和价值,丧失了作为其灵魂的精神,只剩下由一系列“物质”的制度构成的骨架,一个完全异化的“他者”,一个彻头彻尾的怪物。^①因而尽管废除苛刑、反对滥杀的呼吁从晚清以降就时起时伏,重刑杀还是重教化的争论自春秋始就或热闹或沉寂,都始终只是在固有的文化精神格局内折腾,究其实,不过是对固有文化的不同角度的诠释或考辨罢了,刑法的现代化仍然如海市蜃楼般的虚无缥缈。

因之,要实现中国刑法的现代化,首先就必须培育公民对刑法的信仰。只有培育起信仰,公众对刑法才没有疏远和敬畏,有的只是由这种信仰所产生的归宿感与依恋感,由此才激发了人们对法律的信任、信心和尊重,并愿意为之献身。只有在这种社会普遍的刑法情感氛围中,刑法最终才能找到其自身正当性与合理性的真正基础与根源;也只有在这个基础和根源当中,刑法才能获得真正的、有普遍社会感召力的神圣性。由此,刑法的至上性和最高权威也才能真正得以确立和存续。

二、正义:刑法神圣之求得

“法律与宗教一荣俱荣,一损俱损;如果我们希望法律继续有效,我们就不能不复兴人们对法律的献身激情(这种情感本质上是宗教的),正是此类激情使法律具有了仪式、传统、权威和普遍性。”^②因而刑法现代化的过程,也就是刑法神圣化的过程。只有刑法神圣,才能唤起公民对刑法的热爱,确立公民对刑法的忠诚。刑法的神圣不是来自刑法的强制和威慑,而是来自于刑法现代精神与品格的塑造,那就是正义——一个永恒的话题。

(一)正义溯源

公正,又称公平、正义、合理、正直等,它具有不偏不倚的含义。美国学者罗尔斯指出:正义是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样。一种理论,无论它多么精致和简洁,只要它不真实,就必须加以拒绝或

^① 参见姚建宗:《信仰:法治的精神意蕴》,载《吉林大学社会科学学报》1997年第2期。

^② 参见[美]哈罗德·J·伯尔曼著,梁治平译:《法律与宗教》,三联书店1991年版,第52页。

修正;同样,某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造或废除。每个人都拥有一种基于正义的不可侵犯性,这种不可侵犯性即使以社会整体利益之名也不能逾越。因此,正义否认为了一些人分享更大利益而剥夺另一些人的自由是正当的,不承认许多人享受的较大利益能绰绰有余地补偿强加于少数人的牺牲。所以,在一个正义的社会里,平等的公民自由是确实的,由正义所保障的权利决不受制于政治的交易或社会利益的权衡。^① 刑法涉及对公民的生杀予夺,因而公正性也就成为刑法追求的首要价值目标。

虽然自古希腊以降的思想家们对公正问题给予了极大的关注,但关于公正的内涵,仍然如同“一张普洛透斯似的面孔,变幻无常、随时可呈不同形状,并具有极不相同的面貌。”^② 以至于有些法学家指出,讨论公正问题,没有任何意义。例如,阿尔夫·罗斯就认为,一个大意说某个规范或社会制度是“正义的”或是“不正义的”陈述,根本不具有说明意义。“祈求正义无异于砰砰敲桌子:一种将个人要求变成绝对要求的感情表现。”^③ 这是否意味着,正义实际上根本不存在,或者换言之,它不过是人们头脑中幻想出来的一个纯主观的抽象的东西?

在我看来,不同时代、不同领域对正义之所以有着如此纷繁多样甚至截然相反的理解和看法,不是因为正义是一种虚幻的主观之物,而实是由正义内涵的丰富所致。正义正是以这种独特的方式,有力地向我们表明:它不是一个僵化停滞的事物,而是有着极其旺盛的生命力和时代特性,随着社会的发展,正义自身也一直在不断地进行着相应的调整和改变,“不仅是因时因地而变,甚至也因人而异。”^④ 因此,“管理良好的国家的法律应该以正义的理智为基础,如果这一正义被否定,人民中间就没有法律可言,只有专横的权力。”^⑤ 而对正义丰富内涵的拷问,同样只有结合法律发展演变的历史,深入到法律中去才能求得。

① 参见[美]约翰·罗尔斯著,何怀宏等译:《正义论》,中国社会科学出版社1988年版,第1—2页。

② 参见[美]E·博登海默著,邓正来、姬敬武译:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第238页。

③ 参见阿尔夫·罗斯著:《法律与正义》,英文版(1959),第247页。

④ 参见《马克思恩格斯选集》(第2卷),第539页。

⑤ 参见《温斯坦莱文选》,商务印书馆1982年版,第84页。

在古希腊,正义最早是作为一种调整自然力对宇宙组成部分的作用、保证平衡与协调的先验宇宙原则而出现的。后来的进一步发展才使它主要成为一个伦理概念、宗教概念、政治概念和法律概念。毕达哥拉斯首先发展了正当是平等的思想。柏拉图则把正义变成了一个道德原则,认为正义就是一种体现为善和各守本分、各尽其职的人类美德。^①亚里士多德进一步发展了正义的概念,并将法律与正义更加紧密地联系在一起。他不仅认为法律的实际意义应该是促成全邦人民都能进于正义和善德的永久制度,而且将正义分为分配正义和矫正正义两种。^②其中,分配正义是指根据每个人的功绩、价值、能力对社会财富进行分配。其分配原则是按等比例,例如亚氏指出:“分配之公平,对于公共财产,则用前述之等比例,即公产分配二人或二人以上者,亦视各人所贡献之多寡为准。”^③矫正正义则是指对任何人都一样看待,仅计算双方利益与损害平等。这种正义既适用于双方权利、义务的自愿的平等交换关系,也适用于法官对民、刑事案件的审理,如损害与赔偿平等,罪行与惩罚平等。^④其实行的原则是按等差比例,例如亚氏指出:“公平之在私人交涉,亦得公正平等。而其相对之不公为不公正或不平等。须仍为等差比例而非等比例也。”^⑤

可见,在柏拉图和亚里士多德那里,无论是正义本身还是法律的正义,都是奠基于人的不同等级这一根本前提基础之上的。斯多葛学派的哲学家们则在此基础上提出了一个崭新的概念,并将其纳入到正义的内涵之中,这就是“人的基本平等”的概念。斯多葛学派从自然出发,论证了人的平等是自然

① 参见张中秋著:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社1991年版,第348页。

② 矫正正义(corrective justice)作为一个外来词,在现在的外国法学著作汉译本中的表述很不一致。在苗力田根据古希腊文翻译的亚里士多德的《尼各马科伦理学》中使用的是“矫正的公正”。在《牛津法律大辞典》和E·博登海默的《法理学——法哲学及其方法》中均译为“平均的正义”;在苏力翻译的波斯纳的《法理学问题》一书中则又译作“校正正义”。此外,在夏勇所著的《人权概念起源》一书中有“纠正的正义”、“补偿的正义”的说法。为保证行文风格的一致,我在本文中均一律使用“矫正正义”。

③ 参见[古希腊]亚里士多德著:《伦理学》,商务印书馆1993年版,第104页。

④ 参见《亚里士多德全集》(第8卷),中国人民大学出版社1992年版,第101页。

⑤ 参见[古希腊]亚里士多德著:《伦理学》,商务印书馆1993年版,第103页。