



刑法修改 理性研究

XINGFA XIUGAI LIXING YANJIU

黄明儒 项婷婷 王振华 等 / 著

非外借

中国检察出版社

本书是湖南省教育厅科学研究重点项目“刑法修改的理性研究”
(编号: 13A101) 的最终研究成果



刑法修改 理性研究

XINGFA XIUGAI LIXING YANJIU

黄明儒 项婷婷 王振华 段湘湘 瞿 目 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法修改理性研究/黄明儒等著. —北京: 中国检察出版社, 2019. 3

ISBN 978 - 7 - 5102 - 2153 - 8

I. ①刑… II. ①黄… III. ①刑法 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 176662 号

刑法修改理性研究

黄明儒 项婷婷 王振华 段湘湘 瞿 目/著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

编辑电话: (010)86423703

发行电话: (010)86423726 86423727 86423728

(010)86423730 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 北京宝昌彩色印刷有限公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16 开

印 张: 17

字 数: 310 千字

版 次: 2019 年 3 月第一版 2019 年 3 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 2153 - 8

定 价: 60.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

引 言	1
第一章 刑法修改理性概述	6
第一节 刑法修改理性的概念与特征	6
一、影响刑法修改理性概念界定的基础性要素	7
二、刑法修改理性概念的界定	12
三、刑法修改理性的特征	15
第二节 刑法修改理性的要素	21
一、刑法修改理性的主体要素	22
二、刑法修改理性的对象要素	23
三、刑法修改理性的方法要素	27
第三节 刑法修改理性与罪刑法定原则	27
一、明确性	29
二、适时性	31
三、刑罚法规的适正	32
第四节 刑法修改理性的意义	35
一、价值转换：刑法修改理性使刑法紧跟社会发展步伐	35
二、体例调整：刑法修改理性使刑法向“良法”逐步靠近	36
第二章 刑法修改的现状与问题分析	39
第一节 刑法修改的现状	39
一、刑法修改的总现状	39

二、刑法修改原则的现状	47
三、刑法修改的方法与技术现状	58
第二节 刑法修改现状问题分析	73
一、刑法修改的总体问题	73
二、刑法修改的原则问题	77
三、刑法修改方法与技术问题	81
第三章 刑法修改理性的基本范畴：原则、方法与机制	88
第一节 刑法修改的理性原则	88
一、慎重原则	89
二、合法性原则	90
三、协调性原则	92
第二节 刑法修改的理性方法与技术	93
一、刑法修改的理性方法	93
二、刑法修改的理性技术	97
第三节 刑法修改的理性机制	106
一、刑法修改程序启动的理性原因	107
二、刑法修改前的准备工作	114
三、刑法修改的理性权力——刑法修改权与刑法解释权的关系	117
第四章 刑法修改理性的具体展开	123
第一节 刑法修正案的理性分析	123
一、刑法修正案理性的彰显	123
二、刑法修正案的非理性显现	130
三、刑法修正案理性化的道路	139
第二节 刑法总则修改的理性分析	147
一、刑法总则修改的基本问题	148
二、犯罪构成修改的理性反思	158

三、排除犯罪性行为修改的理性反思·····	168
四、刑罚结构和刑罚种类修改的理性反思·····	172
第三节 刑法分则修改的理性分析·····	179
一、经济犯罪修改的理性分析·····	180
二、侵犯公民人身权利罪修改的理性分析·····	196
三、贪污贿赂犯罪修改的理性分析·····	212
四、渎职罪修改的理性分析·····	224
第五章 刑法修改理性与刑法解释的关系·····	234
第一节 从刑法修改的理性反思刑法解释·····	234
一、刑法修改与刑法解释的关系·····	235
二、从刑法修改的理性反思刑法解释的原则·····	237
三、从刑法修改的理性反思刑法解释的态度·····	242
第二节 刑法解释与刑法修改理性冲突之产生·····	246
一、刑法解释与刑法修改理性产生冲突的因素·····	246
二、刑法解释与刑法修改理性之间的冲突形式·····	249
三、刑法解释与刑法修改理性产生冲突的消极影响·····	251
第三节 刑法解释与刑法修改理性冲突之消解·····	253
一、刑法解释与刑法修改理性冲突消解的原则·····	254
二、刑法解释与刑法修改理性冲突消解的方式·····	256
后 记·····	262

引言

犯罪与刑法的相伴相生，就会发生刑法需要与犯罪现象、社会发展保持相互协调、相互适应的问题，即刑法需要修改的问题。按照辩证唯物主义的基本原理，世界上的任何事物都处在不停发展变化的过程中，人类社会如此，作为社会子系统之一的法律系统也是如此。正如黑格尔所言，“法律的范围一方面应该是一个完备而且有系统的整体，另一方面它又继续不断地需要新的法律规定”^①。刑法作为法律子系统中众多部门法之一，由于自身所具有的剥夺性与严厉性，其规制范围的划定，亦即刑法所调控社会关系的确定更需谨慎、更需与时俱进。刑法修改不仅是我国刑事法律发展过程中的常伴现象，也是世界各个国家刑法发展过程中必不可少的重要活动之一。如现行韩国刑法于1995年修订前，从1953年9月18日法律第293号公布并于同年10月3日实施开始，除1975年新设立的侮辱国家罪在1988年被废除外，一直维持着制定时的基本原貌。但由于随后急剧的产业化导致政治、经济、社会等诸多领域的结构更新，也使得国民的伦理意识、规范意识发生了变化，新的犯罪现象随之产生。为弥补刑法规范与犯罪现实的乖离，韩国政府组织于1984年12月31日成立刑法改正特别审议委员会，开始着手刑法修改的准备工作，直到1995年12月2日国会会议议决了司法委提交的对策案，刑法改正工作正式完成。此次刑法修正工作，韩国社会通过清理过去权威主义政权惯行化的不法过程打破了政治性和社会性的神化，并逐渐成熟为由理性和动态规范所支配的社会。随着改革与民主主义的发展，应该说，此次的刑法修改是韩国刑法改正的开始而非终止。^②又如战后日本刑法的发展，以1956年为界大致可以分为两个阶段。前一阶段是战后刑法的再编纂时期。后一阶段即1956年以后，随着战后刑法修改工作的开始，产生了社会伦理主义和法益保护主义之间的对立并延续

① [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬译，商务印书馆1982年版，第225页。

② 参见[韩]金日秀、徐辅鹤：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社2008年版，第87~93页。

至今。^①

自新中国成立以来,刑法修改也是我国刑法发展过程中一项重要的研究内容。以我国1979年《刑法》为例,作为新中国历史上第一部真正意义上的刑法典,从整体上讲是一部保护人民、惩罚犯罪、维护社会秩序、保障改革开放和现代化建设的良法。但是,由于受当时历史条件和立法经验的限制,这部刑法典无论是在体系结构、规范内容还是立法技术上都存在一些缺陷。从1981年开始,最高立法机关先后通过了23个单行刑法,并在107个非刑事法律中设置了附属刑法规范,对1979年刑法典作了一系列的补充和修改,内容涉及刑法的适用效力范围、犯罪主体、刑罚种类、量刑制度、缓刑制度和分则罪名等多个方面。从上述修改和补充情况来看,新中国在第一部刑法典制定后,对刑事立法与修改工作抓得非常紧,对司法实践的适用也起到了很大的指导作用。但是由于在刑法典之外还有大量的单行刑法与附属刑法,缺乏一个体系上的归纳,显得有些分散、凌乱,不便于全面掌握与适用,而这也直接催生了1997年刑法的制定与修改工作。^②由此可见,刑法修正伴随着每一个国家刑法的发展历程,对刑法自身的完善与改进具有极其重要的作用。因此,刑法修改的问题,值得给予更多的关注。

诚如我国学者所言,“刑法哲学,是对刑法所蕴涵的法理提升到哲学高度进行研究的一门学科”^③,刑法修改涉及修改的原因、修改的主体、修改的程序等诸多方面的具体内容,也横跨刑法学、立法学、刑事政策学等多个法律学科部门,同样也不能脱离哲学上的思考,即必须由科学的方法论作为先验指导。方法论正确是研究结论正确的前提与保证,刑法修改也应该以科学的哲学思想为指导。作为任何哲学思想理论的核心要素,理性自然成为刑法修改研究中必须要遵循的首要价值。

目前,从刑法修改的实践情况来看,对刑法规范内容进行修改主要是从废除、修正或者补充几个角度来着手。每次刑法修改几乎都会针对不同内容形式的修改,以我国现行刑法为例,截至2018年1月,立法机关除了1998年12月29日颁布了《关于惩治骗购、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》唯一一部单行刑法外,还颁行了10部刑法修正案、13个立法解释。与此同时,最高人民法院与最高人民检察院针对审判实践与检察实践中出现的疑难问题,颁行了

① 参见黎宏:《日本刑法精义》,法律出版社2008年版,第13页。

② 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第3~4页。

③ 陈兴良:《论刑法哲学的价值内容和范畴体系》,载《法学研究》1992年第2期。

数百个刑事司法解释，这些法律与规范性文件共同构成了我国刑事实体法体系。修改的范围几乎涉及了1997年《刑法》最初颁布时的全部章节。

就我国刑法修改的理论研究成果来看，在能够收集到的资料中，单独就刑法修改问题进行专门研究的学术成果并不多见，而且研究成果多集中出现在1997年现行刑法颁行以前，1997年之后的刑法修改专著只见2011年由李希慧教授主编、武汉大学出版社出版的《刑法修改研究》一书。而关于刑法理性的研究成果，我国学者似乎更倾向于“拿来主义”，直接将理性作为学术研究的指导原则与标准，而不对理性的内涵进行界定，将理性思想运用于刑法、刑法修改的成果更是凤毛麟角，目前仅见专著一篇与博士学位论文一篇，即由张智辉教授所著、北京大学出版社2006年出版的《刑法理性论》与华东政法大学朱德才博士2008年完成的博士学位论文《刑法理性构造研究》。而将刑法理性用于指导刑法修改过程可谓一崭新的研究课题。现有研究成果的薄弱基础为刑法修改理性研究提供了广阔的空间。当然，这一研究过程也注定充满艰辛。改变目前刑法理性与刑法修改理性的研究基础薄弱的现状，全面、系统而深入地研究刑法修改理性问题，对于完善我国刑事立法、指导我国刑事司法和繁荣我国刑法科学都具有重要的意义。

首先，研究刑法修改理性，是完善我国刑事立法的有效路径。

在当下，“全面推进法治中国建设”已经成为国家未来发展的导向，建设法治中国，必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进。依法治国意味着“法的统治”，而“有法可依”作为法统治的前提与基础，对我国法治建设中“良法”建设的要求也越来越高、越来越迫切。作为新中国历史上第二部真正意义上的刑法典，1997年《刑法》颁行至今，经过近20年的适用、历经多次修改，无论从内容还是体系上都取得了长足的进步，在通往良法的道路上越走越顺。当然，也应该看到，在当前意欲使《刑法》更加完善的刑法修改过程中，也存在着许多的非理性因素，使刑法修改的结果与想要达到的修法效果渐行渐远。例如有学者指出，“从1979年第一部刑法典颁布至今，我国刑事立法已在犯罪化的道路上进行了三十余年……重刑轻民的中国法律传统在当今社会以对刑法的过度迷信与依赖、以不断设立新罪的方式变相地表现出来”^①。刑法作为公民权利保护的最后一道保障，应当具有谦抑性，未经其他部门法律的缓冲而把刑法推到社会治理的第一线，其结果无疑是社会与刑法本身的双重崩坏。故，倡导刑法修改过程中将理性思想作为行动的指导，强调罪刑法定原则与刑法谦抑性原则在刑法修改过程中的

^① 刘艳红：《我国应该停止犯罪化的刑事立法》，载《法学》2011年第1期。

重要意义,无疑是完善我国刑事立法、实现真正意义上刑事“良法之治”的重要途径。

其次,研究刑法修改理性,是更好地指导我国刑事司法实践的前提保障。

立法是司法的前提,科学的刑事立法是公正合理刑事司法的保障。目前,我国刑事司法领域出现的种种不理性现象,固然存在执法者自身素质方面的原因,但刑事实体法体系自身的不科学规定也是导致这一局面出现的重要因素。例如最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》将交通肇事后指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人解释为交通肇事罪的共犯,显然违反了《刑法》第25条规定的共同过失犯罪行为不能视为共同犯罪的原理。^①根据这样的刑事法律规范,即使严格遵循刑事程序法的规定公平执法,得出的结论也依旧不能令人满意。因此,要以理性眼光审视我国刑事立法与司法过程,在刑法修改过程中纳入更多的理性化要素,从而推动我国刑事司法的科学化、公正化和理性化。

最后,研究刑法修改理性,是繁荣我国刑法科学的迫切需要。

尽管在1997年刑法颁行之后,刑法学具有了“体系调整”与“价值转换”的双重研究任务,传统的“修改论”受到冷落,“解释论”逐渐兴起并成为研究主流,但这一现实局面依旧改变不了刑法修改理性研究之于繁荣我国刑法学研究的重要意义。刑法修改理性研究不会将研究的视域局限于单纯的刑法修改过程,而是以理性的眼光看待刑法的完善过程,刑法解释、刑法修改以及二者之间的相互关系都是刑法修改理性的研究内容。“解释论”的兴起并不意味着“修改论”的彻底沉寂,社会是向前发展的,也许每天都会产生新的犯罪行为与犯罪类型,刑法必须对此作出回应。这一回应的过程中,有的问题可以通过解释来完成,而有的内容则必须通过修改刑法而得以实现,就连“解释论”最忠实的倡导者也不得不承认,“没有疑问的是,刑法不可能没有漏洞;可以肯定的是,这种漏洞只能由立法机关通过修改刑法来填补”^②。所以,刑法修改理性研究的是在何种情况下,可以通过解释来完成刑法的完善过程,在何种情况下则必须启动刑法的修改程序并且如何确保刑法修改的结论更有利于保护法益目的的实现。而这一研究过程,几乎涵盖了刑事立法与刑事司法的所有内容与方法,对于繁荣我国刑法学研究的重要意义不言而喻。

① 参见黄明儒:《刑法规范的适用性解释论略》,载《法治研究》2015年第5期。

② 张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。

综上，本书尝试用理性主义重新厘定刑法的修改过程，在通过采用文献分析法、对比研究法、实证调研法等方法厘清我国目前刑法修改、刑法修改与刑法解释的关系等内容存在的不理性因素的基础上，立足我国现实国情与刑法实践，依据理性主义提出解决上述问题的可行方法，以期为我国刑事法律的完善贡献自己的力量。

第一章 刑法修改理性概述

“法律必须稳定，但又不能静止不变”，“人们必须根据法律应予调整的实际生活的各种变化，不断地对法律进行检查和修正”^①。幻想通过人类的普遍理性制定出人类普遍适用的法典完全是一种荒诞无稽的想法，从来没有一劳永逸的法律存在。刑法典也不例外，社会发展、刑事政策以及法治观念、制度变化都可能引起刑法规范的改变。为了充分发挥刑事法治在社会转型过程中的重要作用，我国从1997年刑法修改一直到2018年1月为止，仅刑法修正案就通过了10部。对于那些不断出现且需要用刑罚手段予以制裁却又未作出适当规定的犯罪类型，有必要通过修改刑法，以适应社会管理目的上的需要。但频繁的修改刑法又必然会损害刑法典的稳定性与权威性，这种频繁的刑法修改活动是否合适，是否应当受到质疑，都需要从理论上进行追问。应该说，立法不能包办所有的司法活动，刑法修改并非是我国刑法适用的唯一出路。需要着重解决的问题是，在何种情形下，不需要通过刑法修改而是通过刑法解释来达到有效适用刑法的目的；在何种情形下，才是必须修改刑法才能使刑法与社会需要保持统一性；以及在必须启动刑法的修改程序时，如何保持科学合理。这就涉及刑法修改的理性问题。

第一节 刑法修改理性的概念与特征

理性是分析任何刑法问题都必须遵循的基本原则，可以说，刑法的发展是伴随着人类理性的发展历程，“理性之于刑法之所以重要，是因为无论是刑法的产生还是刑法的存续，都须臾不能离开理性的指引”^②。因此，“刑法修改”概念与“理性”概念就成为刑法修改理性概念界定的基本前提。

① [美] 罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社2002年版，第2页。

② 张智辉：《刑法理性论》，北京大学出版社2006年版，第30页。

一、影响刑法修改理性概念界定的基础性要素

（一）刑法修改概念

正如黑格尔所言,“法律的范围一方面应该是一个完备而且有系统的整体,另一方面它又继续不断地需要新的法律规定”^①。世界上的任何事物都处在不断发展变化的过程中,人类社会如此,作为社会子系统之一的法律系统也是如此。刑法作为法律子系统中众多部门法之一,由于自身所具有的剥夺性与严厉性,其规制范围的划定,亦即刑法所调控社会关系的确定更需谨慎、更需与时俱进。因此,需要以发展变化的眼光审视刑法修改的概念。

从目前我们能够搜集到的资料来看,单独就刑法修改问题进行专门研究的学术成果并不多见,而且研究成果多集中出现在1997年现行刑法颁行以前,1997年之后的刑法修改专著只见2011年由李希慧教授主编、武汉大学出版社出版发行的《刑法修改研究》一书。该书分为上、中、下三编,分别论述了“刑法修改的基本问题”“刑法总则之修改”“刑法分则之修改”等问题,并且认为,“修改,从字面意义上讲,是指修正的意思。但刑法修改里所讲的‘修改’,其含义远远广于其字面含义。刑法修改,当然包括对刑法已有规定的修改,但绝不仅仅限于此。刑法修改,是指针对现行刑法所进行的废、改、立。所谓‘废’,是指废除现有刑法中不必要的规定;所谓‘立’,是指增加现有刑法中没有但根据同犯罪作斗争的需要应该有的规定;所谓‘改’,是指改正现有刑法中不科学的规定,使之更加完善”^②。从这一概念界定中可以看出,刑法修改作为刑事立法的一种特殊形式,具有极为丰富的内涵和外延。而现有的学术论文中,则更多的是将刑法修改的概念进行细化,分别就刑法修改的原则、刑法修改的技术、刑法修改的轨迹等不同问题展开论述,而且随着近年来刑法修正案逐渐成为刑法修改的主要形式,对刑法修正案的评析、改进等问题的论述逐渐成为刑法修改研究中的主流形式。鉴于此,本书拟从法律修改的概念分析入手,在明确法律修改的概念后,再结合刑法修改的特殊之处,从而对刑法修改的概念作出界定与判断。

关于法律修改的概念,我国现行法律无论是《宪法》《立法法》还是其他宪法性法律都并未对“法律修改”作出明确界定,而在我国学理对法律修改的探讨中,大体有如下几种有代表性的观点:

^① [德] 黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张启泰译,商务印书馆1982年版,第225页。

^② 李希慧:《刑法修改研究》,武汉大学出版社2011年版,第2页。

有的概念界定比较凸显法律修改的原因及目的,如周旺生教授认为,“法的修改和补充是立法主体对现行法实施变动,使其呈现新面貌的专门活动”^①;李步云教授认为,“法律修改是指已生效、施行的法律,因社会发展、形势变化等原因,使一部分法律的某一或某些规范不能适应需要而根据新情况加以变动的活动”^②;张曙光教授认为,“法的修改就是通过改变法的某些规定,使立法达到预期目的,适应新的社会需要”^③。

有的概念比较凸显法律修改的方式,如郭道晖教授认为,“法律修改包括对宪法和法律的修改和补充以及废止,补充是全面的修改,废止则是负面的修改——全面否定”^④;学者孙潮也认为,法律修正是指“以增加、删减、替代的方式,部分地修改、废弃、补充原有的法律规范的调整范围、内容和效率的立法行为”^⑤。

有的概念比较强调法律修改是一种方法、一项活动,如《法律辞典》对法律修改的定义:“严格意义上的法律修改是近代民主政治的产物,是指国家有权机关依照法定程序对现行法律的某些部分加以变更、删除、补充的方法。”^⑥而有的概念则凸显法律修改是一项立法活动的特征:“严格意义上的法律修改是近代民主政治的产物,是指国家有权机关依照法定程序对现行法律的某些部分加以变更、删除、补充的活动。”^⑦

法律修改作为一项系统的、复杂的、特殊的立法活动,其概念界定应该具有包容性、全面性、概括性,涵盖法律修改的主体、客体、目的、技术等多方面的内容,单纯某一方面的特征并不足以对法律修改活动作出完全概括,因而,应该综合上述三种概念的不同角度,认为所谓法律修改,是指国家有权机关因社会发展、形势变化等原因,依照法定程序对现行法律的某些部分加以变更、删除、补充,使立法达到预期目的、适应新的社会需要的立法技术与方法。

“法律体系不仅要求法律部门之间既相对独立又协调统一,而且法律部门内部的法律规范之间从本质上也应当是协调统一的”^⑧,刑法作为我国法律系

① 周旺生:《立法学》,法律出版社2004年版,第222页。

② 李步云:《法理学》,经济科学出版社2001年版,第544页。

③ 转引自朱力宇:《立法学》,中国人民大学出版社2006年版,第188页。

④ 郭道晖:《法律修改方略述评》,载《中国法学》1989年第6期。

⑤ 孙潮:《立法技术学》,法律出版社2000年版,第187页。

⑥ 《法律辞典》,法律出版社2000年版,第526页。

⑦ 李林:《立法理论与制度》,中国法制出版社2005年版,第213页。

⑧ 舒国滢:《法理学导论》,北京大学出版社2012年版,第123页。

统整体的重要组成部分,其概念界定也离不开法律整体修改概念与原则的指导。因而可以借鉴法律修改的概念来界定刑法修改的概念,将刑法修改界定为“基于某种目的或者需要,采用一定的修改技术与方法,由有权修改刑法的机构对现行刑法里面的内容作出相应调整,或者改正刑法条文中存在的错误的一种立法活动”^①。刑法的修改除了修正刑法条文文本中存在的某些文字表述、内容不协调之处外,主要是针对变化发展的社会政治、经济和科学文化的需要,由立法机构进行适当修改、补充,其目的在于使刑法规范适应社会需要,保持与社会的同一性。

(二) 理性概念

“理性”概念是哲学中的一个重要范畴,但纵观国内外的哲学词典,很少有对“理性”概念作出过明确的界定。主要的原因在于,“理性”这一概念,不同的哲学家理解和运用都不尽相同,这就为“理性”这一概念的界定带来了不少困难。哲学家黑格尔就曾感叹,“我们一般时常和多次听人说起理性,并诉诸理性,却少有人说明理性是什么,理性的规定性是什么”^②。人类历史上一一直存在着两种相互对立的认识世界的方法——理性认识方法与感性认识方法,“理性认识注重理性、观念和理念在人的认识形成中的作用,十分注重演绎推理的作用,强调人类理性的权威和统治作用而忽视感性经验、感觉经验的作用,而感性的经验的认识正好相反”^③。刑事法律作为社会行为规范和裁判规范,是社会治理的终极手段之一,其目的在于保护法益,维护社会秩序,实现社会的公平与正义。而“正义理论涉及所有问题之核心是法律的理性与合理性,因为善德、公平与正义正是法律的理性与合理性的根本内涵。当下中国法治现代化进程中,人们普遍关心如何通过法律实现社会正义,如何通过理性化的正当程序实现具有实质合理性价值内涵的法律规范,此即法治的理性化问题”^④。对于刑法修改过程中所注重的理性问题,有必要从法律与理性的传统开始考察,因为“一个溺水者眼前会闪过他的整个生命过程。这可能是他下意识的努力,以便在他的经验范围内寻找摆脱险境的办法。所以,我不得不从遥远历史的视角,从头考察西方的法律与法制、秩序与正义的传统,以便找到

① 黄明儒:《论刑法的修改及其原则》,载《山东警察学院学报》2009年第5期。

② [德]黑格尔:《小逻辑》,贺麟译,商务印书馆1980年版,第355~356页。

③ 王全福:《大陆法系理性主义认识倾向——浅谈理性主义对大陆法系的影响》,载《太原大学学报》2003年第9期。

④ 刘艳红:《理性主义法律观之解读》,载《中国政法大学学报》2009年第6期。

摆脱目前困境的出路”^①。理性是法律的生命和本质。法律思想的发展史表明，从古希腊古罗马的法律思想到欧洲中世纪神学法学，及至近代西方法学中的古典自然法学以及以康德、黑格尔等人为代表的哲理法学，再到20世纪以降的现代法学，理性主义与法学有着深厚的渊源，理性主义对法学产生了巨大影响；正是理性主义的不断向前发展，促使了法学不断向更高更深的层面发展。

按照西方的学术传统，论述西方法律思想，一般要从古代希腊说起，而在古代希腊，则首推哲学家苏格拉底的思想，他强调人定法也是正义的表现。在这一阶段，自然法作为神意志的表现形式，是社会公平、正义与理性的代表。之后在希腊出现的比较重要的法律思想是柏拉图、亚里士多德和斯多葛学派，其在吸纳先前自然法思想的基础上，正式提出法的正义理论与法治理论，正义观点成为这一时期法律思想的核心。柏拉图认为理性，从本质上理解就是一种至善，他说，“任何人凡能在私人生活或者公共生活中行事合乎理性的，必定是看到了善的理念的”，而这种至善，就以法律为代表，“法律会以某种方式告知：遇到不幸时尽可能保持冷静而不急躁诉苦，是最善的”^②。作为柏拉图的学生，亚里士多德在柏拉图学说基础之上进一步发展了理性概念的内涵。他将法律与理性同等看待，认为法律是不受主观愿望左右的客观理性。他认为，“由自然正义产生自然法，这是人类理性的表现，是人类行为和国家的道德标准，是制定实在法的根据。因此，以人类理性体现的自然法为基础所制定的法律是不受主观影响的理性，是最高的权威”^③。与此同时，自然法理论之集大成者斯多葛学派“所持的是一种本体理性观。同时受神学观念的影响，这种理性也是一种神学理性观，即认为世界中存在着一种纯粹的、脱离物质的理性，它是上帝用来统治世界的大法，体现的是神的意志”^④。由上可见，这一时期的理性观认为，作为法治基础的法律，应当是一种好的法律，并且“法律所以能见效，全靠民众的服从”^⑤。对于柏拉图、亚里士多德和斯多葛学派的思想来说，整个宇宙是个实体，这一实体则是理性，自然法对他们来说同理性是一回事。

之后的罗马法时代，由于社会经济的发展，罗马诞生了丰富发达的法律思想，其中最为重要的当属西塞罗的法律思想，他指出，“法”和“法律”是不

① [美] 哈罗德·J. 伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第1页。

② [古希腊] 柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆1986年版，第271页。

③ [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第40页。

④ 转引自刘艳红：《实质刑法观》，中国人民大学出版社2009年版，第3页。

⑤ [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第81页。

同的概念,“法是指自然法,而法律则是人民通过的法律”^①,认为法是一种人类的最高理性,法代表公正,“如果不存在自然,便不可能存在任何意义;任何被视为有利而确立的东西都会因对他人有利而被废弃。如果法不是源于自然……都将被废除”^②。同一时期的奥古斯丁、阿奎那等人则将神学世界观与理性自然法精神相结合,形成了颇具特色的神学法律观。如奥古斯丁认为,“一个没有理性的人,需要别人用命令来控制他的各种欲望”^③,阿奎那则认为,“人的行为受理性的支配,人类行为的准则和尺度是理性,理性可以根据需要指挥一切力量去达到它所指的目的。而法是受理性限制的,符合理性的才能够称为法。因此,法是理性的精神,法是理性的一种命令,是正义的体现。法既以理性为原则,又是理性的产物。法律则是理性的具体形式,是法的外化”^④。

从公元476年西罗马帝国灭亡,到17世纪中叶英国爆发资产阶级革命为止这一段时间,被学术界公认为是西欧的中世纪。在这一历史时期,天主教会的势力崛起并不断扩张,使这一时期欧洲的法律思想与神学紧密联系,基督教神学为基础的“神权政治论”占据了法律思想的统治地位。直到14、15世纪,由于商品货币关系的发展,自治城市的增多,市民阶级的力量不断增强,有力地冲击了教会的传统权威和地位,并使其日趋衰落,理性主义才再次登上历史舞台^⑤。中世纪末期,随着资本主义经济的产生和发展,西方自然法学也发展到一个新的阶段,自然法思想不再容忍基督神学对自己的束缚与控制,要求有自己的世界观,古典自然法学派由此产生,其标志是1625年格劳秀斯《战争与和平法》的出版。26年后,霍布斯出版《利维坦》,再一次掀起理性自然法思潮。霍布斯认为,自然法代表理性,而自然法应该成为人们行为的最高规范,人们的行为应该以理性主义为向导,他明确指出,“自然律是理性所发现的戒条或一般法则。这种戒条或者一般法则禁止人们去做毁损自己的生命或剥夺保全自己生命的手段的事情,并禁止人们不去做自己认为最有利于生命保全的事情”^⑥。显然,在霍布斯这里,法律与理性是一个层面上的概念。

如果说格劳秀斯、霍布斯将自然法的基础定位为人的本性,也就是人的自

① [古罗马]西塞罗:《论共和国,论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第171页。

② [古罗马]西塞罗:《论共和国,论法律》,王焕生译,中国政法大学出版社1997年版,第189页。

③ 张宏生:《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第86页。

④ [意]托马斯·阿奎那:《阿奎那政治著作选》,马清槐译,商务印书馆1963年版,第102页。

⑤ 参见何勤华:《西方法律思想史》,科学出版社2010年版,第26页。

⑥ [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第122页。