



—— 东南学术文库 ——
SOUTHEAST UNIVERSITY ACADEMIC LIBRARY

中西刑法文化与定罪制度之比较

A Comparative Study of Chinese and
Western Criminal Law Culture and Conviction System

刘艳红 · 等著



—— 东南学术文库 ——
SOUTHEAST UNIVERSITY ACADEMIC LIBRARY

中西刑法文化与定罪制度之比较

A Comparative Study of Chinese and
Western Criminal Law Culture and Conviction System



东南大学出版社
· 南京 ·

图书在版编目(CIP)数据

中西刑法文化与定罪制度之比较/刘艳红等著. —南京: 东南大学出版社, 2017. 5

ISBN 978 - 7 - 5641 - 7120 - 9

I. ①中… II. ①刘… III. ①刑法—法制史—对比研究—中国、西方国家②刑事犯罪—定罪—对比研究—中国、西方国家 IV. ①D924.02②D914.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 085039 号

中西刑法文化与定罪制度之比较

出版发行: 东南大学出版社

社 址: 南京市四牌楼 2 号 邮编: 210096

出 版 人: 江建中

网 址: <http://www.seupress.com>

经 销: 全国各地新华书店

排 版: 南京星光测绘科技有限公司

印 刷: 江阴金马印刷有限公司印刷

开 本: 700mm×1000mm 1/16

印 张: 13

字 数: 248 千字

版 次: 2017 年 5 月第 1 版

印 次: 2017 年 5 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5641 - 7120 - 9

定 价: 68.00 元

本社图书若有印装质量问题,请直接与营销部联系。电话: 025 - 83791830

编委会名单

主任委员：郭广银

副主任委员：王保平 刘 波 周佑勇

委 员：(以姓氏笔画为序)

王廷信 王 珏 王保平 田海平

仲伟俊 刘 波 刘艳红 江建中

陈志斌 陈美华 李霄翔 周佑勇

赵林度 袁久红 徐康宁 郭广银

凌继尧 樊和平

秘 书 长：江建中

编务人员：甘 锋 刘庆楚

身处南雍 心接学衡

——《东南学术文库》序

每到三月梧桐萌芽，东南大学四牌楼校区都会雾起一层新绿。若是有停放在路边的车辆，不消多久就和路面一起着上了颜色。从校园穿行而过，鬓后鬓前也免不了会沾上这些细密嫩屑。掸下细看，是五瓣的青芽。一直走出南门，植物的清香才淡下来。回首望去，质朴白石门内掩映的大礼堂，正衬着初春的朦胧图景。

细数其史，张之洞初建两江师范学堂，始启教习传统。后定名中央，蔚为亚洲之冠，一时英杰荟萃。可惜书生处所，终难避时运。待旧邦新造，工学院声名鹊起，恢复旧称东南，终成就今日学府。但凡游人来宁，此处都是值得一赏的好风景。短短数百米，却是大学魅力的极致诠释。治学处的静谧景，草木楼阁无言，但又似轻缓倾吐方寸之地上的往事。驻足回味，南雍余韵未散，学衡旧音绕梁。大学之道，大师之道矣。高等学府的底蕴，不在对楼堂物件继受，更要仰赖学养文脉传承。昔日柳诒徵、梅光迪、吴宓、胡先骕、韩忠谟、钱端升、梅仲协、史尚宽诸先贤大儒的所思所虑、求真求是的人文社科精气神，时值今日依然是东南大学的宝贵财富。给予后人滋养，勉励吾辈精进。

由于历史原因，东南大学一度以工科见长。但人文之脉未断，问道之志不泯。时值国家大力建设世界一流高校的宝贵契机，东南大学作为国内顶尖学府之一，自然不会缺席。学校现已建成人文学院、马克思主义学院、艺术学院、经济管理学院、法学院、外国语学院、体育系等成建制人文社科院系，共涉及6大学科门类、5个一级博士点学科、19个一级硕士点学科。人文社科专任教师800余人，其中教授近百位，“长江学者”、国家“万人计划”哲学社会科学领军人才、全国文化名家、“马工程”首席专家等人文社科领域内顶尖人才济济一堂。院系建设、人才储备以及研究平台等方面多年来的铢积锱累，为

东南大学人文社科的进一步发展奠定了坚实基础。

在深厚人文社科历史积淀传承基础上,立足国际一流科研型综合性大学之定位,东南大学力筹“强精优”、蕴含“东大气质”的一流精品文科,鼎力推动人文社科科研工作,成果喜人。近年来,承担了近百项国家级、省部级人文社科项目课题研究工作,涌现出一大批高质量的优秀成果,获得省部级以上科研奖励近百项。人文社科科研发展之迅猛,不仅在理工科优势高校中名列前茅,更大有赶超传统人文社科优势院校之势。

东南学人深知治学路艰,人文社科建设需戒骄戒躁,忌好大喜功,宜勤勉耕耘。不积跬步,无以至千里;不积小流,无以成江海。唯有以辞藻文章的点滴推敲,方可成就百世流芳的绝句。适时出版东南大学人文社科研究成果,既是积极服务社会公众之举,也是提升东南大学的知名度和影响力,为东南大学建设国际知名高水平一流大学贡献心力的表现。而通观当今图书出版之态势,全国每年出版新书逾四十万种,零散单册发行极易淹埋于茫茫书海中,因此更需积聚力量、整体策划、持之以恒,通过出版系列学术丛书之形式,集中向社会展示、宣传东南大学和东南大学人文社科的形象和实力。秉持记录、分享、反思、共进的人文社科学科建设理念,我们郑重推出这套《东南学术文库》,将近些年来东南大学人文社科诸君的研究和思考,付之枣梨,以飨读者。知我罪我,留待社会评判!

是为序。

中文摘要

刑法是法律系统中的公法部门法之一,在直接体现统治阶级治理犯罪的意志的同时,刑法本身的运转无不受制于一国历史地形成的法律传统、法律思维等文化因素,并且这种影响体现在刑法的立法、司法、刑罚执行等各个环节。研究中国刑法文化和定罪机制并不应仅仅局限于中国域内文化,因为认识自己比认识别人更难,只有与别人比较才能认识自己,不考察西方刑法文化和定罪机制,就无法全面认知中国刑法文化对定罪机制影响的定位和偏差,只读懂一面意味着什么也读不懂。

理解中西刑法文化的两个基本面相,是中西刑法文化比较研究的第一任务。西方文化属于典型的理性论。西方法律思想史的发展表明,理性主义与法学有着深厚的渊源,自然法学派与实证法学派的传承决定了西方法律的形式合理性与实质合理性的并存。中国传统法律文化则具有深厚的论理性特征,可以概括为礼法论,具体表现为儒家化、德主刑辅、义务本位等。中国传统法律文化导致刑法过于关注人的内心,漠视行为与刑罚之间的对应关系,在某种程度上倾向于目的刑、教育刑,但也往往更注重实质评价。当这种漠视个人权利,为了家国不惜牺牲个人利益的观念演变为法之后,也就定下了我国传统刑法以义务为本位的基调。由此决定我国传统的定罪思维是道德实用主义:适用法律为推行道德服务。刑法解释中道德主义与实用主义的融合主要表现在主观主义立场、罪刑均衡原则优于罪刑法定原则、国家法益优于个人法益、论理解释优于文理解释;事实认定中道德主义与实用主义的融合主要表现为“移情就法”和对因果关系的方便使用。而我国现阶段定罪

制度反映了西方文化中的规则主义思维与我国传统实用主义思维的冲突,我国未来定罪思维的出路在于协调规则主义与实用主义,如特别注意综合运用形式解释与实质解释。

在中西刑法文化比较视野中,作为大国的中国法治实现之路未必与德日法治之路相同,在当前社会背景下我国刑事立法不可能实现严而不厉的立法模式,基于刑法谦抑性,必须在刑法定罪政策上停止调控范围的扩张,排斥轻罪的人刑化。风险刑法政策在社会防卫思想从未得到清理的中国,不符合当前刑法现代化之需要,无助于转变中国传统刑法文化中的“劣根性”。当我们面对西方刑法文化思潮时,更不能在所谓全球化的语境下不加甄别地全盘接受,拿来主义值得警惕。中国传统刑法文化孕育的定罪原则是在主客观相统一的旗帜下,倾向于主观主义的立场,这至少体现在凸显社会保护机能的罪刑法定原则与缺乏阶层性的犯罪构成两个方面。现今刑法学界所说的刑法主观主义,是传统刑法文化与主观主义之合体,刑法主观主义在当下体现为对人身危险性过于关注,以及犯罪特殊形态认定中的主观主义倾向。刑法主观主义导致定罪量刑随意,出入人罪,冲淡了客观行为的定型意义,由此出现了一些影响极坏的冤假错案。减少并消除刑法主观主义的危害,必须把与中国传统刑法文化相融合的主观主义逐出刑法领域,取而代之的应是刑法客观主义。

渊源于各自的刑法文化,中西定罪标准之间还大抵存在双重标准与单一标准的差异,而双重标准导致了定罪中事实评价与价值评价的含混不清,突出地表现在犯罪概念对犯罪构成的干涉和犯罪构成诸要件之间的冲突两个方面。受刑法文化的深刻影响,我国犯罪论体系的演进是一条日趋彰显人权的“渐变”之路,即对犯罪概念作出罪的话语转换,在犯罪构成上作事实判断先于价值判断的逻辑性坚守。以正当防卫为例,正当防卫之不法性质,存在主观违法性论与客观违法性论的对立,在我国因耦合式犯罪构成的约束,无论是作主观违法性论还是客观违法性论的理解,均存在难以克服的缺陷。在主客观相统一原则下,实现犯罪构成的阶层化,以修正的客观违法性论为基础,实现不法与违法的分离,不失为摆脱出罪困境的方法之一。

关键词: 中西刑法文化;定罪制度;刑法现代化;刑法立场

Abstract

The criminal law is one of the public law departments in the legal system. The criminal law directly reflects the will of the ruling class to control the crime, and at the same time, the operation of the criminal law is subject to the historical record of a country's history. This influence is reflected in all aspects of legislation, judicature and penalty execution. The study of Chinese criminal law culture and the mechanism of conviction should not be confined to the Chinese culture, because it is harder to know oneself than to know others, and only by comparison with others can we know ourselves. If we do not study the western criminal law culture and the conviction mechanism, we can not fully understand the orientation and deviation of the influence of Chinese criminal law culture on the conviction mechanism. If you understand only one aspect of the problem, it means nothing.

To understand the two basic aspects of Chinese and western criminal law cultures is the prior task of comparative study. Western culture is a typical rationalism. The development of the history of western legal thought shows that there is a profound origin between rationalism and law, and the inheritance of natural law and legal positivism determines the coexistence of formal rationality and substantive rationality of western law. Chinese traditional legal culture has profound ethical characteristic,

which can be summarized as the etiquette theory, which concludes the specific Confucianism, morality guiding and punishment supplementing, obligation orientation.

The traditional Chinese legal culture causes the criminal law to pay too much attention to the human mind, ignoring the corresponding relationship between the behavior and the penalty. To a certain extent, it tends to the purpose theory of punishment and education punishment, and also tends to care more about the substantive evaluation. Once the concepts of ignorance of individual rights, and to protect the national interests even if at the expense of personal interests evolve to law, the keynote of the traditional criminal law of our country has formalized as obligation orientation.

All these decide that the traditional thinking method for conviction in our nation is Moral Pragmatism, which means that application of law aims to give service to carry out morality. Moralism and Pragmatism's integration in criminal law interpretation is mainly shown in subjectivism standpoint, crime equaling penalty principle's priority to principle of legality, state's legitimate interest's priority to individual legal interest and logical interpretation's priority to literal rule. Moralism and Pragmatism's integration in fact-finding is mainly shown in transferring sentiment to law and the conveniently using of causality. Our nation's present stage of conviction system reflects the conflict between the regulationism thinking mode in western culture and the conventional pragmatism thinking mode in our tradition. The outlet of our nation's future thinking method of conviction is to coordinate regulationism and pragmatism, such as comprehensive application with formality interpretation and substantive interpretation.

From the perspective of the comparison of the criminal law cultures, China, as a great power, is not necessarily the same with Germany and Japan in the course of realizing its rule of law. Under current social background, it is impossible for the criminal legislation in China to realize a legislation mode that is stringent but not stern. Based on the modest and

restraint nature of the criminal law, we must stop the expansion of the scope of regulation in terms of its conviction policy, thus to avoid the inclusion of minor offenses into the criminal law. In China the social defense thought has never been eliminated, and the policy of risk criminal law does not meet the demand for the current modernization of the criminal law and also does not help to change the “weakness” in Chinese traditional criminal law culture. While we are facing the globalization, we can not accept it completely without distinguishing it in the context of so called globalization as it is worth to be alert to the thought of accepting everything blindly. The principle of conviction in Chinese traditional criminal law culture is the tendency of subjectivism, which embodies in at least two aspects: highlighting the function of social protection of the principle of legality and lacking hierarchical structures of constitution of crime. To reduce and eliminate the harm of subjectivism in criminal law, the subjectivism must be expelled from the field of criminal law. Instead, criminal law objectivism should be adopted.

Originating from respective criminal culture, the criteria of conviction between China and West are different. In general, Chinese criterion of conviction is double standard which differs from western unitary standard. But China's one has led to chaos between facts and the value, which has embodied in two aspects. One is that concept of crime interferes the constitution of crime. The other is that the components of the constitution of crime are in conflict with each other. Affected greatly by criminal culture, the evolution of our country's system concerning constitution of crime will be a way about displaying human rights gradually.

Keywords: the criminal law cultures between China and the West; conviction system; modernization of criminal law; standpoint of criminal law

前 言

定罪问题是刑法学理论与实践的核心,公正、合理的定罪是刑法理论和实践追求的目标,也是合理量刑的前提。任何国家的刑法学都要研究定罪制度,只是由于各国的犯罪论体系不同,导致研究定罪制度的路径不同。

在德日和英美刑法学中,并没有把定罪论单独作为刑法学系统中的一个子系统。但是并不意味着他们不研究定罪制度,只是在他们的理论体系中,定罪制度的研究已经完全融入了犯罪论体系的研究,他们的犯罪论体系就是紧紧围绕定罪活动展开的。例如,德日刑法通行的犯罪论体系是构成要件该当性—违法性—有责性,构成要件该当性是事实判断、定型判断,违法性和有责性是价值判断、非定型判断,其中违法性是客观判断,有责性是主观判断。行为经过这三个阶层的判断,就可以得出有罪或无罪、此罪或彼罪的结论。因此,德日刑法的定罪制度研究就是犯罪论体系的研究。其定罪制度的研究存在诸多理论的争议:如早期的旧派与新派的争论,不同犯罪论体系的争论,现代的形式犯罪论与实质犯罪论、行为无价值论与结果无价值论的争论,这些学术之争都深化了对定罪制度的研究。

英美刑法中,通行的犯罪论体系由犯罪本体要件(犯罪行为 and 犯罪心理)和责任充足要件(诸种合法事由的排除)两部分构成,其中犯罪本体要件是事实判断,责任充足要件是价值判断。行为经过这两层的判断,就能够得出定罪的结论。

真正把定罪制度作为犯罪论中一个子系统来研究的路径始于苏联。20

世纪30年代,在维辛斯基的倡导下,苏联刑法学开始重视定罪制度的研究。1939年苏联检察机关的机关刊物《社会主义法制》发表了《定罪问题》一文,对定罪的重要意义和如何正确定罪作了全面的论述。1963年,苏联刑法学家库德里亚夫采夫发表了他的博士论文《定罪的理论基础》(1972年再版时改名为《定罪通论》),这标志着刑法学界对定罪制度的深入研究。我国对定罪制度的研究始于20世纪80年代,何秉松教授比较早地关注定罪制度的研究。1990年王勇的博士论文《定罪导论》出版,此后我国的一些刑法教科书也开始研究定罪制度,例如何秉松教授的《刑法教科书》、高铭喧教授主编的《刑法学原理》、陈兴良教授的《本体刑法学》等都辟有专章论述定罪制度。2000年苗生明的博士论文《定罪机制导论》出版,此后又有一些博士论文以定罪制度为题。

苏联和我国的刑法学之所以要单独研究定罪制度,这是由其平面、耦合的犯罪构成论决定的。社会主义国家平面、耦合的犯罪构成体系与德日三阶层犯罪成立体系、英美两阶层的犯罪成立体系有着巨大的区别。阶层的犯罪成立体系都是紧紧围绕着定罪展开的;平面、耦合的犯罪构成体系与定罪活动的距离较远,而且犯罪概念和犯罪构成是定罪的双重标准、两个体系。在这样一种理论背景下,研究定罪制度就变得必要。

我国刑法学对定罪制度的研究主要集中在定罪的原则、定罪的标准、定罪的方法等问题。一般认为主客观相统一原则是定罪原则,定罪的根据是犯罪概念和犯罪构成,定罪方法中的一个重要问题就是对法律的解释。而我国刑法学对于主客观相统一原则、犯罪概念及社会危害性理论、犯罪构成理论的利弊与重构、刑法的解释方法等都存在着激烈的争论。例如,对于主客观相统一原则,有坚持和清理两种对立的观点;对于犯罪概念和社会危害性理论,有善待和批判两种对立的立场;对于犯罪构成理论,有改良和移植两种对立的态度;对于刑法解释,有形式解释和实质解释两种对立的方法。

但是,我国定罪制度的研究都是从规范刑法学的角度展开的,这种思辨性的研究虽然具有一定的意义,但具有视野狭隘的缺点。实际上,定罪制度深受一国文化传统的影响,许多影响定罪的因子植根于历史文化的土壤中。我国的定罪制度尤其具有特殊性,可谓一“混血儿”:既受中国传统法律文化的影响,又受西方的刑法理论的影响。因此,要深入研究中国的定罪制度,必须正本清源地研究影响中国定罪制度的两股力量:中国传统文化和西方传

统文化影响下的西方定罪制度。

法律文化是一个宏大而抽象的概念,法律文化的比较研究概括起来基本上有两种不同的走向:一是作为对象化的法律文化的比较研究,即将法律文化作为一种具有实体内容和对象化的文化结构。也就是依据社会文化—法律文化—刑法文化这一线索来比较。我国学者张中秋教授的《中西法律文化比较研究》、范忠信教授的《中西法文化的暗合与差异》、许发民教授的《刑法文化与刑法现代化研究》基本都是把法律文化当作对象来研究的。二是作为方法论意义的法律文化的比较研究,即将文化作为一种方法论来解释法律。我国学者梁治平即倡导这种方法论意义的法律文化研究。他认为“法律文化”这一概念不应该被认为是具有对象性的法律内容,而首先应该是一种研究立场和方法,即用文化的解释方法来研究法律。他在《法律文化:方法还是其他》一文中明确指出,以往有关法律文化的论说都主要是从研究对象或研究范围的方面入手(例如弗里德曼与埃尔曼),但是这种研究多少降低了法律文化可能具有的建设性意义,使得法律文化变成了法律研究领域内的一个小小分支。它要在已经十分拥挤的学科领域内为自己争得一席合法地位,因此不得不先将自己的手脚束缚起来。更严重的是,对理论和方法的关注为关于对象的思考所取代,“法律文化”概念可能具有的创新的方法论意义就逐渐被掩盖或竟消失了。

本书从法律文化的角度来研究定罪制度,通过对中西法律文化的比较来解释中西定罪制度的异同,落脚点在于研究如何优化中国现行的定罪制度。首先,百年来我国一直存在着中西两种法律文化的冲突,中国法律现代化的建设是在受西方法律文化冲击而与自己固有的法律传统人为割裂的情况下展开的。因此,对中西法律文化的比较研究直接影响到我们能否成功地立足中国、合璧中西,创造出具有中国特色的现代型法制。其次,我国的定罪制度既受我国传统法律文化的深刻影响,又大量移植西方刑法理论。在制度层面可以说更多地是模仿苏联刑法学,而苏联刑法学又是在西方大陆刑法学理论基础上诞生的,是对欧陆刑法学的改良。从欧陆刑法学犯罪成立理论到苏联的定罪制度,再到我国的定罪制度,可谓一脉相承。因此,对我国的定罪制度进行文化的比较研究,有利于在深刻领悟定罪制度影响因子的基础上进行扬弃,从而促使我国定罪制度的合理优化,做到公正、合理地定罪,推动我国刑事法治的建设。再次,对我国定罪制度的文化比较研究,有

利于促进我国刑法学研究的进步。在德日刑法学中,犯罪成立理论是刑法学的核心,在我国刑法学中定罪论应该是核心。定罪制度的深入研究必将促进我国刑法机制的研究、犯罪概念和犯罪构成的研究、法律解释体制的研究。公正、合理的定罪是促进我国刑法学研究的主要动力,也是我国刑法学研究的主要目标。

特别需要说明的是,本书是在我的司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目成果的基础上修改而成。本书第二章由欧阳本祺教授撰写,第五章由梁云宝博士撰写,其他章节由我本人撰写。

目 录

第一章	中西刑法文化的基本图像	(1)
第一节	西方刑法文化之理性论	(2)
第二节	中国刑法文化之礼法论	(17)
第二章	中西刑法文化比较视野中的定罪思维	(34)
第一节	传统文化:道德主义与实用主义的融合	(34)
第二节	现状评估:规则主义与实用主义的冲突	(44)
第三节	文化出路:规则主义与实用主义的融合	(50)
第三章	中西刑法文化比较视野中的定罪政策	(59)
第一节	“厉而不严”的定罪政策之提倡	(59)
第二节	中国“风险刑法”政策之批判	(73)
第四章	中西刑法文化比较视野中的定罪立场	(86)
第一节	中国刑法文化与传统定罪立场	(87)
第二节	中国当前定罪立场的现状考察	(93)
第三节	中国当前定罪立场的司法影响	(109)
第四节	中国当前定罪立场的转型路径	(132)

第五章	中西刑法文化比较视野中的定罪标准	(146)
第一节	刑法文化分界与定罪标准的差异	(146)
第二节	中国特色文化与双重标准的困境	(155)
第三节	文化融合与定罪标准的修正	(164)
第四节	修正的定罪标准之检验:以正当防卫为例	(171)
参考文献		(186)

第一章

中西刑法文化的基本图像

钱穆先生曾经指出：“一切问题，由文化问题产生，一切问题，由文化问题解决。”^①这种论断可能有失全面，但无疑强调了文化对于事物发展变化的绝对重要性，一切问题的始源与根结都与文化有着千丝万缕的联系，考察文化之大义对于问题的解决大有裨益。就法律问题而言，文化的作用举足轻重，某一特定社会中植根于历史的法律价值和观念即法律文化对于法律体系的创制、法律思维的形式、法律规范的运行等，具有不可忽视的影响力。有文化即有法律文化，即有刑法等部门法文化。刑法是法律系统中的公法部门法之一，在直接体现统治阶级治理犯罪的意志的同时，刑法本身的运转无不受制于一国历史地形成的法律传统、法律思维等文化因素，并且这种影响体现在刑法实施如立法、司法、刑罚执行的各个环节。基于刑法教义学的立场，定罪问题向来是刑法学理论与实践的核心，公正、合理的定罪是刑法理论和实践追求的目标，也是合理量刑的前提，因而研究刑法文化与定罪机制的联系是刑法学的重大基础课题。另一方面，研究中国刑法文化和定罪机制并不应仅仅局限于中国域内文化，因为认识自己比认识别人更难，只有与别人比较才能认识自己，不考察西方刑法文化和定罪机制，就无法全面认知中国刑法文化对定罪机制影响的定位和偏差。最重要的是，当今中国刑法学日益受到德日等西方刑法学的制约，“西学东渐”蔚为壮观，中国的定罪制度甚至有成为

^① 钱穆：《文化学大义》，中正书局，1981年版，第3页。

中西“混血儿”之嫌。其中引出的一个基本问题便是西方刑法理论的中方本土化,某些西方定罪制度或理论体系是否仅限于西方本土文化及其环境的独特性?中国文化对此该如何反应?所以,刑法文化和定罪机制的落脚点在于研究如何优化中国现行的定罪制度问题,但研究视野必须放眼于中西刑法文化及其定罪机制的比较研究上,只读懂一面意味着什么也读不懂,理解中西刑法文化的两个基本面相,是课题研究的第一任务。

第一节 西方刑法文化之理性论

西方法律思想史的发展表明,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,理性主义文化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,理性主义也成为西方刑法文化的一个标记。

一、理性主义法律观

(一) 理性主义法律观的演变:法律与理性的传统

法律作为实现社会控制的根本手段,其目的是为了实现在正义;而正义理论涉及的是“法律应该为那些行为受它控制的人做些什么?法律中善的评价标准或尺度是什么?它们也涉及利用这些标准或尺度在特定的时间、地点和条件下对法律进行批判的问题”^①。易言之,正义理论涉及的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。而理性问题是如此深远,这决定了本书不得不从考察理性与法律的传统开始到总结理性主义法律观的形成,并分析理性主义的合理性以及形式与实质合理性的对峙,最终为法治理性化问题提供理论前提和基础。借用美国著名社会主义法专家、统一法学派代表人物之一哈罗

^① Julius Stones, Human Law and Human Justice, Maitland Publication Pty Ltd, Sydney, 1965, p. 1. 转引自薄振峰:《法律、理性与人类正义——朱利叶斯·斯通的实用主义正义观》,载《环球法律评论》2006年第2期。

德·J.伯尔曼所言：“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，以便找到摆脱目前困境的出路。”^①

古希腊法律思想家们以独具特色的理性自然法观开创了西方法治理性主义的先河，他们在论证其哲学和政治法律观念时，基本都是从自然、理性等出发，如柏拉图、亚里士多德、芝诺等对法律的解释一开始就与理性一词等同起来了。古罗马时期的法律思想家们则在古希腊法律思想家影响之下，进一步发展了神学理性法律观，除此之外他们还提出了实践理性观。

在近代西方法学的发展过程中，理性主义对法学影响则达到了顶峰。17至19世纪，可称之为“理性法”时代。此一时期，理性对整个欧洲近代法制的发展与建立，包括各国国家法典的编纂，都有决定性的影响。^②在“理性法”时代，早期的资产阶级进步思想家进一步发挥了理性与法律关系的理论，其中以17、18世纪资产阶级革命时期古典自然法学派的成就最为突出，而其他法哲学流派亦作出了不少贡献。比如，早期重要的启蒙思想家、自然法的阐释者霍布斯认为，法的理性既是本体理性也是实践理性^③，古典自然法学派杰出代表洛克则站在本体与价值理性的立场论述了理性和法律的关系，他认为自然法就是理性，理性、正义和自然法是一致的；同时，理性还包括实践理性，理性应当成为人们的行动指导和准则，符合理性的行为才是符合自然法的行为。^④

法国18世纪资产阶级革命前夕，以伏尔泰、孟德斯鸠、卢梭等人为代表的启蒙思想家们，在崇尚理性主义、讲究人性尊严的文化旗帜下，孕育了近代最初的启蒙思潮。他们将理性推崇为人们思想和行为的基础，用之批判一切不合理的意识形态和政治制度，认为理性主义能够战胜蒙昧和(宗教)信仰主义。比如，孟德斯鸠作为启蒙运动的杰出代表，其基本政治哲学理论就是理性论。他认为，一般法律是人类理性，各国法律是人类理性在特殊场合的适

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，序言第1页。

② 参见颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社，2003年版，第238页。

③ 参见[英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆，1985年版，第ix、109-122页。

④ 参见[英]洛克：《政府论》(下篇)，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆，1982年版，第6-84页。

用；因此，法律和地理、地址、气候、人种、人口等都有关系，而这些关系就是法的精神。^① 孟德斯鸠、卢梭等自然法思想家都认为抽象理性是自然法的渊源，而自然法则是法律的基础。

启蒙思想家们以文艺复兴的人文主义为基础，宣扬人性论和人道主义，以理性为武器向封建思想发起冲击。因此，他们所说的理性既包括人权、人性等人性论，也包括自由、平等、博爱等精神寄托和价值观念。而且，启蒙思想家们的理性观念完成了对价值理性从中世纪到近代的世俗化改造。此前的价值理性被无知和愚昧所蒙蔽，启蒙运动的理性思想则超越了蒙昧主义而提供给人们信仰、追求、反专制等精神观念，它注重利用人的主体意识和能动性将人从宗教神学中解放出来，也因此，启蒙运动的理性观是一种认知理性。启蒙运动时期理性主义哲学思潮的发展，使自古罗马以来的自然法观念成为了一个完整的理性主义思想体系。

18世纪末和19世纪前期，德国古典唯心主义哲学家康德和黑格尔接受并传播了启蒙运动思想，并仍然采用理性主义研究方法，以理想法而非实在法作为研究重点，即仍然肯定理性与法律的内在关系，并用抽象的推理方法进行研究。^② 比如康德在继承古典自然法学者本体与实践理性的基础上，又对西方古典理性进行批判。他认为人类理性包括认识理性即认识真理的能力和实践能力即“可以决定自愿选择的行动”的能力。^③ 黑格尔从康德出发但又不同意后者对理性的区分，他认为理论理性即纯粹理性与实践理性是统一的，前者是后者的基础，在此基础上，他建立了辩证法的法哲学体系。^④

19世纪以来，古典自然法学遭到了哲理法学、分析法学、历史法学等法学流派的批判；加之现实主义和批判法学运动的兴起，古典自然法学逐渐衰落。然而，随着西方社会政治、经济的发展，到20世纪，西方社会有了新的矛盾与冲突，政治、法律乃至经济的发展是否应遵循一定价值原则等问题重被人们提起，自然法一贯强调的人的理性和道德准则重被人们关注。在此条件下，经过德国新康德主义法学家施塔姆勒、法国马利旦和美国富勒等人的

① 参见[法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆，1961年版，第1、6页。

② 参见刘全德主编：《西方法律思想史》，中国政法大学出版社，1996年版，第84页。

③ [德]康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆，1991年版，第13页。

④ 李龙主编：《西方法学名著提要》，江西人民出版社，1999年版，第305页。

努力,自然法观念在 20 世纪重新得到关注,形成了新自然法学派。^① 在新自然法学派看来,自然法的本质实际上就是人类的理性,它既是人类的认识理性,也是宇宙的本体理性。

(二) 理性主义法律观的本质

前述可知,不同历史时期法律思想家的理性主义法律观有着不同的法哲学理论基础。古希腊思想家的法律理性观建立在正义、自然法基础之上;古罗马西塞罗、阿奎那等人的则建立在上帝、宗教神学基础之上;启蒙思想家的则建立在自然权利、社会契约理论基础之上;德国古典哲学家的建立在自由哲学的基础之上;新自然法学派的法律理性观,因其缺乏统一的学术纲领而不是一个严格意义上的学派,但它毕竟发展在传统自然法基础之上,因此它基本上也是建立在传统自然法理论基础之上的。哲学基础有别,导致不同历史时期法律理性观的内容也存差异,比如中世纪理性主要用来为神学思想服务,理性成为上帝赋予人类的本能;近代西方法律思想家则从人性论出发,强调人的理性的作用,认为自然法是正确的理性法则,理性则是法律制定的根据;德国的古典哲学家则认为自然法是构成世界最本质的东西,而人的理性正是用来承认自然法的,它同时也是事物发展的根据,是法律产生的基础;等等。

然而,即便不同历史时期理性主义法律观仍然存在一些共同的东西。很显然,从古希腊开始,法律就被赋予理性的意义;法律理性观长期发展的结果,使理性最终内化为法律的本质;法律作为体现人类共同权利或正义的体系,其内容正是对自然法的理性反映。而理性主义法律观的基本内容则可以概括为两方面:从本体论和价值论角度出发,理性是事物本质之所在,人类共同的善德公平正义是其内涵;从实践论和认识论角度而言,理性的意义在于,法律通过人类的理性认识而发现,人们的行动通过作为理性之体现的法律得以规制。

首先,法律是人类理性的体现。理性主义法律观相信存在着人类共同理性,世界上存在着符合人类共同理性的永恒不变的自然规律即自然法;自然法高于实在法,它合乎正义并且是法律的制定基础;法律只受理性的指导、支配,法律就是健康的理性;理想的法律就是符合某种“自然”的即理性的法律。

^① 参见刘全德主编:《西方法律思想史》,中国政法大学出版社,1996年版,第153-154页。

这是一种本体理性也是一种价值理性。

而理性,从词源上看,它源于古希腊德哲学术语 logos,意味世界的普遍规律性。^①但世界的普遍规律性如此抽象,以至于人们很难明确它究竟所指为何。但是人们脑海中总有关于它的粗浅认识。结合历代法律思想家的论述,可将理性概括为:理性是相对于感性的,它是超经验主义;它代表事物本质、基础、普遍的一面;人类共同的善德、公平、正义、正当等是其内涵;按自然法学派的观点,自然法就是理性,法律(实在法)则是这种理性的体现。

其次,法律通过人类理性而认识发现,人们用法律也即用理性规制自己的行为。这就是理性的实践性。“实践(praxis)就是行动(action,不是 behavior),而法律规范的应然性格,使得我们认为法律必然与行动相关,所以法律的理性当然是实践理性。”^②在实践理性层面上:其一,理性是人们行动的工具,它和人的行动控制相关,昭示着人们应遵从理性而行动。其二,理性是人们的思维工具,它是在知觉及其所认识到的事物基础之上,形成的对事物善恶是非的理智判断,而判断最终则是为人们的行动发挥作用。其三,理性认识高于感性认识。普遍的理性的观念不能通过感官的知觉形成。感性材料的堆积不是科学理性的认识。只有将理性作为核心贯穿到感性材料之中,对之进行加工分析才能建立关于事物的合理的科学。于立法者而言,实践理性的体现在于,立法者立法时应当遵循自然规律的要求,使法律符合理性的原则,只有合乎理性的法律,才是公正的法律。当然,无论是立法者还是普通民众,实践理性都是一种有限理性。因为“知识的不完备性、对困难的预见、可能行为的范围等都决定了理性只能呈现为有限的理性”^③。

总之,尽管理性主义法律观的传统表明,理性与法律的关系最初只是在自然法那里发生密切联系,但自然法和实证法从来都不是分开的,后者的产生和发展恰恰是建立在前者基础之上。因此,在现实人类社会法律制度过程中,立法原则本身就蕴含着理性;在对实定(在)法的适用过程中,也常常运用理性主义法律观的正义公平等价值内涵。

① 参见[德]H. 科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社,2002年版,第13页。

② 参见颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社,2003年版,代序第2页。

③ 参见[美]赫伯特·西蒙:《管理行为》,詹正茂译,北京经济学院出版社,1988年版,第81页。

二、法(律)的合理性问题

法律是理性的体现,理想的法律就是符合某种“自然”的即理性的法律。什么是符合理性的法律,也就是法律的合理性问题,自然成为面对法律时所必须要解决的问题。因此,从法律理性观中可以自然地引出法律的合理性问题。根据现代法理学的一般见解,法律的合理性分为工具合理性与价值合理性,前者因其具有形式与手段的特性,因此又可称之为形式合理性;后者因其探讨的是事物比如法律内在的正当性,因而又可称之为实质合理性。

追溯法律合理性思想的历史发展路径可以说大致经过了三个阶段:初由黑格尔发端,后经马克思·韦伯发展至顶峰,再由麦考密克进一步推动,最终形成了系统而完整的法律合理性问题的思想。

对法律合理性最早提出理论分析的思想家是黑格尔。学界论及对合理性问题的论述一般只追溯到韦伯,并认为“西方首先论述法的合理性者是马克思·韦伯”^①。笔者认为,韦伯只是首次明确提出了形式(价值)合理性与工具(实质)合理性并对之深入系统论述之人,但绝非首次提出形式与实质合理性思想之人。实际上,此前一些法律思想家已有了关于它们的零散论述,如卢梭就曾论述过法律形式合理性的体现及法律的普遍有效性:“我说法律的对象永远是普遍性的,我的意思是指法律只考虑臣民的共同体以及抽象的行为,而绝不考虑个别的人以及个别的行为。”^②不过,真正在韦伯之前对合理性问题进行相对深入论述的是黑格尔,他最早同时论述了形式合理性与实质合理性。对此,我国台湾学者颜厥安也持相同见解:“在此特别要指出的是,黑格尔已经在对需求体系的描述中提出了‘目的—工具’(Zweck-Mittel)的基本解析。所谓目的当然是指需求的满足,而工具指的则是满足需求的方式。此一解析已初步点出了其后对目的理性或工具理性的研究与批判。所以通过黑格尔对需求体系的研究我们已然可以看出市民社会或资本主义生产方式中所必然隐含的目的理性(Zweckrationalitat)与宰制自然(Naturbeherrschung)的因子。”^③

黑格尔法哲学本质上是理性主义的,黑格尔辩证法就是理性主义的思想形式。由探讨理性入手,结合法律与理性的关系,以理性主义法律观为前提,

① 严存生:《法的合理性研究》,《法制与社会发展》2002年第4期。

② [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆,1980年版,第50页。

③ 参见颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社,2003年版,第241页。

以理性作为审查和检验事物的标准,黑格尔展开了形式与实质合理性的理论。在黑格尔看来,规律分为自然规律和法律,自然规律是“自在自为的东西”也即合乎理性的东西,因为他说“合乎理性的东西即自在自为的法的東西”^①。法律则正是对自在自为自然规律的规定,也即黑格尔所说的“自在自为地合乎理性的、其本身为普遍的规定”的东西,所以,法律的合理性实际上是是否合乎自然规律即自然法的问题。形式合理性是法律合理性的第一要素,它意味着自在自为的法被制定为针对所有人的具有普遍性的规则形式并被公布于众;它是人们行动的指南使后者可预测自己的行为;它是客观有效并具有可操作性的。法律也具有实质合理性。规则形式的法律还是对自在自为的法即自然规律或者说自然法的体现;由于自然规律是合乎理性的东西,因此只有体现了自然规律的法律才是合乎理性的。

在黑格尔之后,将法律的合理性问题做了最为有力发展和系统深入论述的则属德国著名社会学家、哲学家马克斯·韦伯。韦伯是一名新康德主义者。新康德主义作为黑格尔哲学之后而起的一种理性主义形式,一方面继承了理性主义的思想观念,强烈反对非理性主义和思辨的自然主义,另一方面又带有对过去理性主义形式的批判和自我反思。作为一名新康德主义的社会学家,韦伯以极其深刻的形式吸收了欧洲理性主义的传统,同时也亲身体验到了19世纪理性主义危机的新的精神思潮,并在此基础上提出了其深刻的合理性论断。^②

综合韦伯关于法律形式与实质合理性思想^③,其核心可概括为:法律的首要意义是形式的法,即它是一种系统化了的、一清二楚的、目的合乎理性制定出来的稳固的形式准则或曰规则体系;“以‘形式合理(formal rationality)’为特征的法律的理想类型是这样一种类型:其中法律表现为一种逻辑一致的抽象规则的结构,根据这种结构,能够认定特定案件和问题中的有效事实并解决这些案件和问题”^④。这一规则体系为人们的行为提供可预计性,为行为的结果提供可计算性;它能够排除传统的约束和任意专断,而让主观的权

① [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆,1961年版,第225页。

② 苏国勋:《理性化及其限制》,上海人民出版社,1988年版,第43-46页。

③ 参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下),林荣远译,商务印书馆,1997年版,第13-201页。

④ [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653页。

利只能产生于客观的准则；同时，它具有可操作性、可应用性，本身在逻辑上是毫无矛盾和毫无漏洞前后连贯的统一体；它有助于法律阐释，法律阐释又进一步推动了法律的体系化。与法律的形式理性相适应，法律的产生是由立法机关严格根据法律程序予以制定；在司法领域则具有一套严谨的司法技术、诉讼程序、审判原则和证据规则等，以保障法律的有效运行。形式合理性是一种客观事实判断，它是一种工具理性。法律的实质合理性，在内容上主要是指关于伦理、政治经济、功利主义、正义公平、适当性等实质原则；在本质上则是关于这些实质价值的逻辑关系判断；它是一种主观价值判断，体现的是价值理性。现代法律体系是高度合理的。但是，“这种合理性纯粹是形式的，它与实质合理性即从某种特殊的实质目的上看的意义合理性、信仰或价值承诺之间处于一种永远无法消解的紧张对立关系之中”^①。

在马克斯·韦伯关于法律合理性的理论基础之上，英国法哲学家麦考密克作为制度法学的代表人物，进一步对法律的合理性进行了系统的阐述。与韦伯一样，麦考密克是从行动合理性开始再论述法律合理性；同时，通过从目的——工具/形式合理性与实质/价值的合理性两方面来衡量行动的合理性，麦考密克基本得出了与韦伯相一致的结论。根据其论述^②，他的法律形式与实质合理性的核心观点可概括为：形式合理的法律是一套完整的规则体系，但在此体系之内以及在规则体系与事实之间不可避免地存在矛盾，即使是立法者的努力也不能使之消除。为此，如果仍停留在法律形式圈子之内为消除这种矛盾寻找理由，显然是不可能的，而只有求助于更高序列的理由，即通过对法律规则所蕴含的价值进行探讨寻找解决矛盾的理由，这样的理由，也就是实质合理性的理由，即用道德、正义、同情感、智慧等来判断。

三、形式合理性与实质合理性的辩证统一

法律的形式合理性与实质合理性的辩证统一关系表现为：形式合理性是对实质合理性的体现。法律和法的关系表明，法律是对法的体现，即实定法是对自然法的体现。因此，形式上合理的法律即实在法体现的正是自然法的实质理念。然而，法律理性观实际上是建立在以下理论预设之上：人世间存在着一种超实定法的自然法。问题是，这种假设是否成立？为此，必须要

^① 苏国勋：《理性化及其限制》，上海人民出版社，1988年版，第227页。

^② [英]麦考密克、魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社，1994年版，第229-248页。

跳出自然法的范围之外回答对自然法的批判,其中主要是否认自然法与理性存在的来自于实证主义法学的批判。

(一) 实证法学派对法律实质合理性的责难

实证主义法学派对自然法学派的攻击是从对理性的诘难开始的。英国18世纪著名哲学家、伦理学家大卫·休谟作为实证主义法学派的先驱,从理性怀疑论和经验主义角度出发,反对理性作为世界的指导并提出以经验而非理性分析一切事物,他认为人类所获得的有关自身境况的唯一真正的知识是通过观察和经验,在此基础上,休谟从本体论的角度彻底否定了自然法。他指出,法律规范是否合理根据人类理性无法判断;合理与否属于价值问题,而价值判断不是自然法理论所设想的可以依赖客观存在的理性来判断的,超验的理性并不存在,实际存在的只有人类各式各样的欲望与要求。因此,自然法学说关于理性应用于人类行为的解释站不住脚;认定某一行为方式正当与否不过是人类的意向、愿望,而非理性,因而也就无所谓合理与不合理。这样,休谟抽掉了自然法的理性基石并由此展开了对自然法的系统批判。^①

如果说休谟打倒了理性和自然法的传统,那么,以边沁为代表的功利主义则在否认理性和自然法的同时,提出以功利主义作为分析社会政治经济等的具有普遍性的道德原则,他的功利主义法律思想被后来的实证主义法学者广为接受。

19世纪英国分析法学的首创者约翰·奥斯丁使实证法学派登上了一个新的巅峰。他认为,所有法律和人类行为规则都严格而普遍地建立在功利基础之上。他虽然如同边沁一样坚持事实和价值相分离的原则,但他所认为的功利原则实际上和自然法学派所说的自然法、人类理性等具有密切联系。^②对此,英国学者韦恩·莫里森指出,与边沁不同的是,奥斯丁是一位法律多元论者,因为他没有否认自然法的作用,只是把它降到了次要地位。^③

虽然实证法学派学者之间的观点不尽相同,但总体而言,具有如下共性:一是认为只有实在法是法。对于任何可以承认为法律的准则都必须可以证明是一种外在的、历史的行动,通过这种行动,它本身得到承认或生效。任何的认识最终都必须能够从感知中引申,这是一目了然的。这个命题排除任何

① 周世中:《法的合理性研究》,山东人民出版社,2004年版,第125页。

② 参见张宏生主编:《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社,1983年版,第361页。

③ [英]韦恩·莫里森:《法理学》,李桂林等译,武汉大学出版社,2003年版,第243页。

对某种超实在法的自然法的承认。^①二是区分法的应然和实然,认为法是什么是一回事,其应该是什么即法的善恶是另一回事;着重于对法概念的分析,排斥对法律进行目的论和价值的考虑;根据逻辑推理来寻求可行的法,并且否认道德判断有可能建立在观察和理性证明的基础之上。

(二) 超验自然法与法律实质合理性之肯定

实证法学派对自然法的否定存在着明显漏洞。休谟反对理性的存在,并提出以人类的意向、愿望等作为判断法律或行为好坏的标准;边沁的功利主义虽然也是站在否定理性主义及自然法立场上,但与此同时,他却以功利主义作为衡量立法和法律制度是否合理的标准,并且将功利主义定义为最大多数人的最大快乐或幸福。问题是:其一,不管是人类的欲望抑或是功利原则,它们本身和理性一样都是相对抽象和含混的,其内容是实质而非形式的。其二,人类欲望或功利标准的提出恰恰从另一方面表明,在具有外在形式特征的法律之外,存在着一个衡量它们好坏的实质标准。其实,当实证法学派自休谟以来提出并经由边沁、奥斯丁等人发扬了将法分为“应然”和“实然”的区分开始,就表明了他们对于法律本身是什么的问题之外法律应该是什么的追问。纵然实证法学派学者认为法律的“应然”属于价值范畴的问题从而将之与“实然”区分开,但是,脱离了价值内涵的法律规范正如同枯燥的数字一样毫无意义。但法律不是枯燥的数字,法律准则从来都是价值的体现,其产生便和自然法息息相关,法律的应然和实然正如一纸两面,何以能分开?其三,虽然休谟认为衡量法律的实质标准不是自然法和理性而是人类的欲望,可是,人类的欲望也有好坏、正邪、善恶之分。按照休谟的观点,用人类的欲望衡量法律是否合理,这便意味着,满足了人类邪恶欲望的法律显然是不合理的法律,与人类健康公正的欲望相一致的法律则是合理的。这实际上表明,欲望标准本身也蕴含了人类抽象理性和自然法的观念。其四,虽然边沁、奥斯丁等人认为衡量法律的实质标准不是自然法和理性,而是功利主义,可是,如果进一步追问:衡量最大多数人最大幸福的功利主义背后的标准是什么?最大多数人的最大快乐或幸福的标准本身,难道不是蕴含了人类抽象理性和自然法的观念吗?对于每个人而言,虽然幸福快乐的涵义是有差别的,但无论如何它也有被一般人大致认可的内容,而这些内容,作为社会上的大多数人,当然是根据那种存在于他们心中的自然法的观念如正义、善良、适当

^① 参见[德]H. 科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社,2002年版,第55页。

等天道天理。仔细揣摩,快乐和痛苦的来源又有哪一种不是与自然法休戚相关的?自然法实际上就是人类社会的道德底线,因为它教育人们莫作恶而要行善;宗教与自然法天然地纠缠不清,因为在神学法学家们那里,自然法也就是上帝的宗教的法,到了韦伯的除魅时代,法律和宗教的关系才变得清晰。然而,宗教和自然法存在的基础和性质是如此相像,以至于直到今天,人们也很难将它们的关系作一个透彻的解释;至于政治,那恰恰不过是要将自然法制定为实在法的一种方式,而且,偏离了天然正义、公平的暴政带给人类的是痛苦,反之才是快乐。而边沁所提出来的仁慈、作恶等快乐和痛苦的具体类型,更是有力印证了自然法的存在,即掩盖在边沁所说的功利主义——大多数人的快乐和痛苦——背后的,不是别的什么东西,恰恰是自然法所昭示的真正理性、天然正义、合理公平、正常秩序等。

总之,虽然边沁以功利主义作为衡量法律合理与否的标准,但这个标准的实质仍未逃脱自然法的标准。奥斯丁关于功利的界定更是明确表明了他对自然法的认可,表面看起来他将自然法降低到了次要位置,因为他是在功利主义的前提之下谈论自然法,是在界定功利主义时使用自然法或理性概念的;但由于他将功利的本质界定为了自然法、理性等,因此,实际上他也并非将自然法降低到了次要地位,依笔者愚见,他与边沁一样,只不过是自然法、理性等词语之上用功利加以替代罢了。因此,与自然法学派相比,笔者赞成这样一种观点——功利主义者的“知识并没有什么真正的进步,修辞术是实际上的胜利者”^①。

实证主义的观点也遭到了19世纪末新康德主义者的批判。例如韦伯就对严格实证主义法学进行了批驳,他指出:“自然法是独立于整个成文法的、而且与之相比效果更突出的准则的总和,它们所具有的威严不是出于任意专断、为所欲为制订的章程,而是相反,章程的使人承担义务的力量是由它们给予合法化的。”^②显然,“韦伯对合理性的法律形式主义的论述带有明显的黑格尔哲学的影响。在他看来,体现在西欧法律和现实中的合理性,来源于自然界的永恒和谐的本质,即现实的合理性来源于自然界的合理性,法律(成文法)来自自然法”^③。总之,在韦伯看来,一种超验的理性或者说自然法是存

① [英]韦恩·莫里森:《法理学》,李桂林等译,武汉大学出版社,2003年版,第116页。

② 参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下),林荣远译,商务印书馆,1997年版,第189页。

③ 苏国勋:《理性化及其限制》,上海人民出版社,1988年版,第43-46页,第225页。

在的。

这样,传统实证学派对自然法的否定和法律价值的极端排斥,在新自然主义法学派、社会法学派等的反驳之下慢慢不再坚守,并且,随着20世纪以来新分析实证主义法学的出现,实证主义法学者否认自然法及理性的观念开始出现了一些缓和。新分析实证主义法学基本上继承了传统分析法学理论,即严格地区分实然和应然的法,只对法进行逻辑分析而无涉价值评判。与传统分析法学不同的是,“现代分析法学尽管仍然坚持法律与道德无关的基本观念,但态度已经不那么绝对,有的学说出现了向自然法靠拢的倾向”^①。例如新分析实证法学派的代表人物、英国法学家哈特就是如此。

很显然,实证主义法学派所极力放弃的自然法理论以及极力排除法律价值问题的努力,由于其自身理论的缺陷,以及实证法学派阵营中学者们的认识和其他学派的批判,都被证明是失败的。理性主义在自然法那里是后者的同义语,而在实证主义者那里也不是法律的身外之物,最终,“不论是自然法或实证主义,都以不同的方式感染了对理性主义的信仰”^②。美国的《人权法案》(Bill of Human Right)得以并入美国成文宪法,则是自然法观念最丰硕的成果之一,它不仅使这种权利具有特定内容,同时也使它获得法律的承认。世界上“当今的各项法律,尽管不甚完备,在发展过程中却有一大部分归功于对合理而普遍自然法的信仰”^③。作为人世间的最高法则,自然法虽然是一种超实定法的法,但却也是生长在世界上每个人心中的法,是一种无处不在的法,它代表着人世间基本的善良、正义、公平等理念,而实在法即法律,正是对自然法的体现,这正是法律的理性所在。

(三) 法律(合)理性之内容:形式与实质合理性的辩证统一

从自然法到理性,从法的理性到法律的理性,再到法律的合理性问题,是一个顺次相沿的逻辑发展过程。因此,如果要探讨法律的合理性问题,只有回溯到法律与理性的关系,最终回溯到自然法与实定法即法律的关系,才能明白法律合理性问题中形式理性与实质理性的关系。因为,当我们肯定有自然法的存在,肯定法律(实定法)是自然法即理性体现和客观定在,我们就会

① 参见刘全德主编:《西方法律思想史》,中国政法大学出版社,1996年版,第231页。

② [英]Dennis Lloyd:《法律的理念》,张茂柏译,台湾联经出版事业公司1984年版,第80页。

③ [英]Dennis Lloyd:《法律的理念》,张茂柏译,台湾联经出版事业公司1984年版,第81、84页。

肯定法律的合理性自始就包含了对实质合理性的关注,即立法者制定出来的法律是否符合理性,是否符合自然存在的秩序,是否符合社会共同权利与正义原则之体现的自然法。只有借助了形式合理性之外观的法律体现了自然法的正义、自由、公平等人类基本的是非善恶观念时,这样的法律才具备了实质理性,最终也才具备了合理性。所以说,法律的形式合理性代表着实质上的公正要求。法律是对人类抽象公平及正义价值的一种记载,它是有关权利与正义的价值体系;其外在的规则体现的恰是自然法的内在价值,因而法律是形式理性与实质理性的统一。

四、冲突时的理性选择

法律的形式合理性侧重于对形式化的、意义明确的法律条文的规定,以及法律原则的体系的构成和概念逻辑的阐释,它讲究的是法律的可操作性;而实质合理性侧重于对法律的内在品质诸如正义、公平、善恶等价值观念的追求,它本身恰恰是抽象的、并非明确无误的,并且恰恰缺乏可操作性。那么,法律的形式合理性与实质合理性之间存在矛盾之时,应该如何抉择?这对于法律的适用具有极其重要的理论和实际意义。笔者以为,法律形式与实质合理性的紧张关系决定了对法律合理性的追求应有所限制。形式抑或实质合理性,都只能是相对的,绝对的合理性并不存在;过分追求形式合理性将会导致法律的变异,过分追求实质合理性则会导致对法治的践踏破坏。如果法律的形式合理性与实质合理性发生冲突,则只能在坚持形式合理性的前提之下追求实质上的合理性。

(一) 实质合理性对于形式合理性的实现具有重要作用

形式合理性和实质合理性的辩证统一关系表明,实质合理性的内涵需要借助形式合理性来体现,反之,形式合理性的实现则需借助实质合理性。

① 如果仅仅将法律理解为字面的规则,那就不可能了解法律的性质;如果不透过法律背后隐含的实质内涵,那就不可能使法律的适用得出符合正义的裁决;如果对法律规则仅做独立的理解而不是放在社会、历史、文化或政治等背景下,则难以将抽象的法律适用于具体的案件。这一切决定了对法律的适用需要追求实质上的合理性,需要从实质的价值角度理解法律规范。

② 形式合理的规则在适用中情况复杂。脱离政治经济文化等价值内涵,脱离法律的公平正义等实质价值,就不可能理解形式合理的法律规则。因此,形式的合理性可以通过实质的合理性得到保证,“一个制度的合法性可通过”“价值合

乎理性”“得到保证”。^① ③ 从实质合理性本意而言,为使法律不至于停留在形式合理性的形式主义框框之内,并使形式法律规则和司法不至于过分地触犯法律的公平正义等实质理想,必须尽可能最大化地使形式合理的法律体现实质合理性。这样一种过程,也就是追求实质合理性的过程。

(二) 法律的形式合理性优越于实质合理性

在法律的形式合理性与实质合理性之间,如果双方发生冲突,应该在坚持形式合理性的前提之下追求实质上的合理性,换言之,对法律实质合理性的追求要受到法律形式合理性的限制,不能超越和突破法律的形式理性追求实质上的合理性。

首先,从基本法理分析,对法律实质合理性的追求受形式合理性的限制。当判断一项实在法是否符合正义、公平、适当等实质合理性的价值原则时,难免会带有判断者的主观随意性。为此,必须对实质合理性的追求作一个客观限制,以保证判断结果的相对可靠稳妥。如果一项实在法实质上是合理的,我们需要遵守它;如果一项实在法与法的实质理性相抵触,便不能违背或超越它而擅自订定法律规则并以之解决法律纠纷。因为一项实在法的颁行是经过严格的程序并由特定的机构进行的,在一定程度上,它是社会上一般人的普遍的正义观的体现,如果以违背实质合理性为理由而擅自废除或弃而不用,实质合理性就会凌驾于形式的合理性之上,成为判断事物是非的标准,而这种状况则将是一种非法治的状态,其后果必然导致专制。在这一点上,古典自然法学派的观点是要受到批判的。例如西塞罗、奥古斯丁等古典自然法学家就认为不公道以及邪恶的法律不能称之为法律,这样的结果,只会导致“人法”或“无法”。因此,追求法律的实质合理性必须以遵守形式上合理的法律规则为前提,不能在实在法的范围之外,以实质合理性作为判决的标准。

其次,从法律适用的技术上分析,即实质合理性的具体实现方式来看,无论何种形式的实质合理性的实现途径,都要受到形式合理性的限制。追求法律的实质合理性,主要是通过立法和法律解释两种方式。立法方式主要是指在制定法律时,为了最大限度地追求实质合理性,应尽量将违背人类公平正义价值理念的行为规定为违法犯罪,以使形式合理的法律规则充分体现自然法的实质理念;应尽可能多地使用不确定的法律概念和抽象模糊的、包容性

^① 参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下),林荣远译,商务印书馆,1997年版,第64页。

大的概念语言,例如,在法律条文中使用诸如“诚实善良”“公平正义”等抽象的法律概念,以避免法律的技术性形式性过于明显而削弱法律的实质内涵和价值容量。法律解释方式主要是针对法律准则中所使用的抽象概念,进行合理解释、延伸和扩展,以使具有实质内容的法律更加系统化和具有可操作性。但是,如果立法者在制定法律时一味地使用抽象的法律概念,将会使法律失去形式上的合理性;法官根据法律规则背后的正义价值解释法律时,不能够超越法律规则文本的可能含义的范围,不得类推解释,否则就是对法律规则的突破,也会使法律失去形式合理性。因此,在追求法律的实质合理性时,不能抛开形式合理性甚至于突破法律的外在形式特征而导致法律虚无主义。

根据理性主义法律观,实在法是以自然法为基础的,实质的正义等价值是法律的基础,如果限制对法律实质理性的追求,并在其与形式合理性发生冲突时坚持形式合理性的优位原则,是否与自然法学派所坚持的理性主义法律观相违背?笔者以为,答案是否定的。经过自然法学派与其他学派的长期论战,即使自然法理论也不否认,应该在坚持法律形式合理性前提之下,给法律的理解或适用提供实质正当理由;即使有些法律规则并不完全符合自然法理论的等价值内涵,但是法律一经制定就应遵守,不能因其不符合自然法的价值原则就认为其无效,失去了法律的形式合理性而徒有实质合理性的法律只会退回原始社会的蒙昧时代,并且不再需要讨论法律以及法律的形式合理性和实质合理性的问题。

(三) 结论

理性是相对于非理性、合理性是相对于不合理性而言的,而理性与非理性之间、合理性与不合理性之间的界限,虽然大致是清楚的,但是却很难做到绝对清晰。理性的内容如公平、正义等价值理念极具抽象性,合理性的标准亦因此如同万花筒一般令人应接不暇;相对于实质合理性,形式合理性相对是清楚的、易见易懂的、客观的,实质合理性则是模糊的、缺乏客观外在的形式并难以把握的。这决定了对法律的合理性的追求必须要以可见易感的形式合理性为原则,在此前提下展开对实质合理性的追求;反对那种为了追求法律实质合理性而置形式合理性于不顾,突破法律的形式规则体系,进行所谓的单一符合实质合理性的正义公平之原则的法官造法或类推解释等活动,否则,司法活动就会变成无形式化的司法。形式化的司法具有决定性的优

点,无形式化的司法是为“绝对任意专断和主观主义的反复无常提供机会”^①,其结果将会导致对法治的践踏,法律的形式合理性不复存在,实质合理性也会失去依归。因此,抛却法律的形式合理性而过分追求实质理性的行为本身就是非理性的。而这,正是众多理性主义者所担心的,或者说是他们反对以实质合理性作为衡量事物的首要价值目的的关键所在。例如,韦伯就明确指出:“从目的合乎理性的立场出发,价值合乎理性总是非理性的,而且它越是把行为以之为取向的价值上升为绝对的价值,它就越是非理性的,因为它来说,越是无条件地仅仅考虑行为的固有价值(纯粹的思想意识、美,绝对的善,绝对的义务),它就越不顾行为的后果。”^②显然,韦伯的这一立论是建立在这样的前提之上的,即不能过于追求事物的价值/实质合理性,否则,很可能抛弃对工具/形式合理性的坚守;价值/实质合理性只是相对的合理,而不可能绝对的合理。

总之,法律的规则性、客观性、体系性、统一性、普遍性等基本而重要的形式特征,保证了法律的正义、公平等抽象的、主观的实质理性的透明性;法律的正义、公平等价值理性内涵,则保证在法律规则不够明确时,可以依据这些人类理性在不超越形式理性的范围内对法律进行目的价值的解释,以保证法律的形式合理性能得到最大限度的维护与遵守,使法律的形式合理性具有长久的价值。在法律的形式合理性与实质合理性之间发生冲突之时,在承认法律的形式合理性是对实质合理性体现的前提之下,决定了在追求形式合理性时,不能抛开实质合理性而导致价值虚无主义;在追求实质合理性时,不能抛开形式合理性无限制地追求实质内容的合理,以至于突破法律的外在形式从而导致法律虚无主义。西方刑法文化中的理性主义,值得吸取。

第二节 中国刑法文化之礼法论

中国的法律文化可以说仍然处于传统法律文化与西方法律文化相互博弈的状态中,虽然国人百年来致力于引进西方法律文化,但作为一种异质文化,强行侵入一个已经独立发展了千年的成熟文化中,要想完全取而代之,百

^① 参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下),林荣远译,商务印书馆,1997年版,第142页。

^② 参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下),林荣远译,商务印书馆,1997年版,第57页。

年毕竟太短。文化,是一个民族主体性的体现,其沉淀时间越长,生命力越顽强,影响也越深远,所以,传统法律文化在当今中国仍发挥着不容忽视的影响,这是不争的事实。“因为,一种具有深厚社会文化基础的观念一旦形成,必将极大作用于历史,即便在最初的条件已经消失,相应的制度已经改变的情况下,它也可能长久地存留下去,于无形之中影响甚至左右人们的思想和行为。”^①所以要探究一法律现象存在的原因,就必须深入到中国传统法律文化中去寻找。

一、儒家化的法律文化传统

儒家化的法律传统,“从原理上可以理解为,传统中国的人伦道德,亦即儒家伦理或者说宗法伦理,内化在传统中国的法律之中并在精神和原则上支配着它的变化和发展,表现为儒家伦理成为国家立法与司法的指导思想,法律内容和人们的法律意识渗透了儒家伦理的意蕴”^②。此一传统从汉至唐经过漫长的历史演进才逐渐形成,形成后到清末有所改变。在这一漫长的形成和存续期间,有一因素起着最为关键的主导作用,那就是人的主观内心。在形成时期,儒家通过运用春秋决狱把人的主观内心推入司法领域的制高点;在存续时期,人的主观内心在立法领域也立住脚跟,并存于司法和立法领域。那么,这一局面是如何形成的呢?

儒家伦理虽然在春秋战国时期已成体系,但是由于不符合当时的政治需要,虽经孔孟及追随者大力提倡仍未被诸侯所采用,甚至到秦朝出现了焚书坑儒的惨剧。而法家因主张用强制的同一性规范来治理国家,符合当时的乱世,而被秦所采用,逐渐统一全国,法律终成正统,但秦终因法律过于严苛而被汉所取代。虽改弦更张,但成文法这一形式及内容却被继承。所以,“秦汉法律为法家系统,不包含儒家的成分在内”^③。虽然儒家主张礼治,反对法治,但是到了汉代,“国家需要法律已成为客观的事实,不容怀疑,不容辩论,法律的需要与价值的问题自不存在”^④。所以,在这样的背景下儒家要有所作为,必须审时度势,承认法律必须存在这一事实,采用有效的策略,让儒家伦理很隐秘地渗入法律之中,以驱逐、取代条文中所承载的法家思想,用法家之瓶装

① 梁治平:《法辩》,中国政法大学出版社,1993年版,第90页。

② 张中秋:《中西法律文化比较研究》,法律出版社,2009年第四版,第121页。

③ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局,2003年新1版,第373页。

④ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局,2003年新1版,第330页。

儒家之酒,从而使法律体现儒家伦理,并成为推行儒家思想的工具。而这种有效的策略就是汉代以董仲舒为代表的儒家所采用的春秋决狱。“也就是董仲舒等儒家接受了法家‘法律’条文,但为其提供了儒家的思想基础。”^①而这样做成功的充要条件就是关注人的主观内心。

所谓“春秋决狱”,就是在审判案件时引用《春秋》等儒家经义作为分析案情、认定罪行及适用法律的依据。董仲舒所主张的原则是“春秋之听狱也,必本其事而原其志。志邪者,不待成;首恶者,罪特重;本直者,其论轻”^②。其中,“本”的意思是依据、按照、根据,而“原”的意思是推究、考察,“志”的意思是志向、心志、思想观念,“成”则为成就、完成、实现,则此句古语可翻译为:春秋之断狱,必然先根据事实来推究行为人的主观意志,如果主观意志邪恶,即使行为人所期待的结果没有实现,也要对他进行处罚;如果是首犯,对其处罚要加重;如果行为人原本正直,对他的处罚就要减轻。^③ 根据董仲舒这段话的意思,可以看出“事”在决狱中是起基础作用的,必须由“事”来推“志”,然后根据“志”是否符合儒家的伦理道德来断定其为善还是恶,善者减轻或免除刑罚,恶者则加重刑罚,这也可以通过《春秋繁露义证》的注释“事之未悉,则志不可得而见。故春秋贵志,必先本事”中得到印证。所以,董仲舒的春秋决狱不属于主观归罪,因为他以行为为基础,由行为来推断内心,但它又不是客观主义,因为它只是把行为看做一个跳板,当“志”呈现后就把行为给抛弃了,用“志”所体现的儒家伦理道德作为最终的定罪量刑的标准,这就与主观主义有异曲同工之妙,只不过不同的是,主观主义是根据行为征表行为人的身危险性,根据人身危险性来确定刑罚,而春秋决狱则是根据行为征表行为人的儒家伦理道德性,根据是否符合儒家伦理道德来确定刑罚。但人身危险性和儒家伦理道德性都是重视人的主观内心而轻视客观行为。所以日本学者日原利国说:“关于汉代刑罚的主观主义,和所谓的春秋之义是可以相提并论而无法分离的。”后其在论文《春秋公羊学的汉代开展》中,再次重申了关于春秋公羊学在刑法理论上的属于主观主义的观点。^④ 我们下面不妨根据春秋决狱所存留至今的两个案例来进行印证。

案例一:甲父乙与丙争言相斗,丙以佩刀刺乙,甲即以杖击丙,误伤乙,

① 黄源盛:《董仲舒春秋折狱案例研究》,《台大法学论丛》1992年第8期。

② 苏舆撰:《春秋繁露义证·精华第五》,钟哲点校,中华书局,1992年版,第92页。

③ 李娟:《董仲舒之原心定罪的含义》,《研究生法学》2006年第5期。

④ 参见黄源盛:《两汉春秋折狱“原心定罪”的刑法理论》,《政大法学评论》2005年第6期。

甲当何论？或曰，殴父也，当枭首。论曰：臣以父子至亲也，闻其斗，莫不有怵怅之心，扶杖而救之，非所以欲诟父也。《春秋》之义，许止父病，进药与父而卒，君子原心，赦而不诛。^①

此案的事实很清楚，其“事”就是甲父乙和丙正在争斗中，此时，丙用刀刺乙，而甲就用杖还击丙，没想到，伤到了乙。根据当时的汉律，殴父应当枭首。但董仲舒却不以为是，他先从“事”推出“志”，他认为按照人之常情，父子情深，甲看到父亲被别人殴打，情急之下为了救父而误伤父，其“志”为了救父而不是害父，不是不孝反而是孝。然后董仲舒引用《春秋》许止进药的案例，许止为了使父康复而给父亲喂药，没想到药不适应父亲的病症，而导致父亲死亡。但《春秋》原心，认为许止是为了救父而非害父，是孝，动机是善的，所以不处罚。比照这个案例，董仲舒认为甲和许止一样，两者同为善因恶果，所以甲不应当受到处罚。本案董仲舒所断，就是根据“事”推出“志”是为了救父，是完全符合孝这一儒家伦理的，所以不应为罪。

案例二：甲夫乙将船，会海风盛，船没溺流死亡，不得葬。四月，甲母丙即嫁甲，欲皆何论。或曰：“甲夫死为葬，法无许嫁，以私为人妻，当弃市。”议曰：“臣愚以为春秋之义，言夫人归于齐，言夫死无男，有更嫁之道也，妇人无专制擅恣之行，听从为顺，嫁之者归也，甲又尊者所嫁，无淫之愆，非私为人妻也。明于决事，皆无罪名，不当作。”^②

本案的事实也很清楚，甲的丈夫出海遇难，尸首无归，无法安葬，后甲遵从母亲的意愿而改嫁。按照《汉律》，甲应处以弃市。但董仲舒认为这样不符合儒家经义，他从“事”推出，甲改嫁主观上并不是为了满足自己的性需求，而是顺从母亲的意愿。根据春秋“夫人姜氏归于齐”的经义，夫死无男即可改嫁，而且甲改嫁又是遵从父母之命，按照儒家伦理，婚姻的缔结都是为父母的，父母才是缔结婚姻的当事人，不论男女，尤其是女子，都只是缔结婚姻的客体，婚姻的目的是不涉及男女本人的，故父母之命被视为婚姻成立要件。所以，甲的行为是儒家经义内化为自身道德的体现，所以不构成私为人妻罪，不应当处罚。这个案件的推理方式和上一个案件如出一辙，都是没有机械适用当时的汉律，而是综合案情，从客观事实推出主观意图，然后按照儒家经义进行解释，以确定其是否有罪。所以，通过董仲舒亲自所断的两个案例，我们

① 转引自黄静嘉：《中国法制史论述丛稿》，清华大学出版社，2006年版，第21页。

② 转引自黄静嘉：《中国法制史论述丛稿》，清华大学出版社，2006年版，第22页。

可以看出董仲舒的隐秘用心,通过借助主观内心来干涉司法审判的方式,用儒家经义架空体现法家思想的法律,保留法律之体,而呈现儒家之魂。而这一方式成功的根本就是探寻人的主观内心。

董仲舒的春秋决狱,虽然他本人严格遵守了“本其事原其志”的原则,再加上他在儒学上的深厚造诣,所以他所断的案件,既体现了儒家精神又合情合理,但此种断案方式,使主观意图在司法审判中跃居首位,此风一开,一发而不可收,在两汉时期甚为流行,著名的除了董仲舒外,还有兒宽、吕步舒等人,但是终因成为时尚,附随者因没有深厚的经学功底,以“事”推“志”颇为困难,只是“小大以情,原心定罪”^①。而且当时的中华帝国根基未稳,统治者为了维护统治,打击异己,也对这种审判方式甚为赏识,极力推崇。故到了东汉,春秋决狱就演变为“故春秋之治狱,论心定罪,志善而违于法者免,志恶而合于法者诛”^②。所以黄盛源先生就认为历史上存在着“正常的春秋决狱”与借名专断、引喻失义的“不正常的春秋决狱”两种情况,但不论何种情况,这种对“志”的探究都是儒家精神渗入法律的绝好方式,后者甚至更为便利,所以从西汉开始,途经东汉、三国两晋南北朝,此种方式一直被延续,直到隋唐,此种审判方式才逐渐减弱。

春秋决狱的弱化并不代表人的主观意图在定罪量刑中的作用也相应地弱化,反而是相应增强的表现。因为当年董仲舒之所以采取这种方式,其目的就是为使儒家经义成为法律的指导思想并具体体现于其中,并且成为推行儒家经义的工具。这样经过数百年的努力,等到了唐代,唐律“一准乎礼”,那么春秋决狱的历史使命大体就已经完成,弱化是必然的,而此时法律已纯然体现儒家经义。此前,春秋决狱是通过司法审判来关注人的内心的,目的是让儒家经义渗入体现法家思想的法律条文中,而到了唐律,律文已全然体现儒家经义,是不是就不需要探究人的主观内心了呢?答案否也。虽儒家为一伦理之学,但在中国古代,伦理和道德既相互区别又互为表里。伦理之内容为道德,道德之延展为伦理。因为“伦”的本义为“辈”。《说文》曰:“伦,辈也。”引申为人际关系。而理本义为“治玉”。《说文》曰:“理,治玉也。”引申为整治和物的纹理,进而引申为规律和规则。所以在这里,“理”和“道”是直接同一的,“理”是客观形态的人伦原理,而“道”则是个体化、现实化的行为规

① 《后汉书·应劭传》。

② 《盐铁论·卷十·刑德三》。

范,相对于人伦原理而言,“道”是伦理的个体化与现实化。而“德”本义为“得”。《说文》曰:“德,外得于人,内得于己也。”故这种个体化与现实化的完成只有进到了“德”才能实现,所以伦理是人与人之间的关系与原理,人与人之间有一条路,这就是“道”,如何行道?这就是德,“行道而得之于心谓之德”。^①所以,儒家伦理要真正发挥作用,必须使其内化为个人之德。既然法律之魂为儒家经义,所以要使法律之具圆满完成任务,就必须使其成为能够洞察内心的“灵魂技术学”,所以自唐之后直至清末,立法和司法对内心的关注一直没有减弱,反而因为生产关系的发展,作为上层建筑的儒家经义的独尊地位受到威胁,为了维持落后于生产关系的儒家经义的独尊地位,通过法律对人的内心的掌控越来越严厉,清朝大兴文字狱就是明证。

总之,自汉以来,人的内心一直是法律所青睐的对象,关注内心,关注道德这一传统,从“极其遥远的过去,经过断裂的历史表象之后,悄悄延续至今”^②,所以日本学者西田太一郎曾说:“儒家刑罚思想中有明显的重视主观上的犯罪这一主观主义的倾向。”^③

二、德主刑辅的法文化传统

中国法制史,从某种角度上讲,就是一部礼法关系的历史,从春秋战国的礼法对立到汉的礼法合流,终成德主刑辅这样的主流意识,一直绵延到清末。但在这个漫长的历程中,却有一股暗流一直隐含其中,直到今天仍影响着人们的刑罚观念,那就是漠视犯罪行为与刑罚之间的对应关系,而更多地关注德化和刑罚是否能使人弃恶从善,成为一谦谦君子,这就在某种程度上倾向于目的刑、教育刑了(当然中国古代的主流是威慑刑,笔者这里只是探讨威慑刑之外倾向于主观主义目的刑、教育刑的这种思想对当今我国主观主义的影响)。所以,台湾学者王伯琦先生曾说:“这种以重心放在德教方面的先礼后刑、德主刑辅观念,随时间之经过而愈益根深蒂固,到清末《大清新刑律》颁定,笞杖等身体刑废除,死刑单用绞,充分表示宽大仁厚的精神,即不能不说是德主刑辅的力量,至于保安处分、假释缓刑等制度,在西洋虽已是从以自由意思为根据的报应刑或一般预防观念进至以社会责任为根据的危险性观念或特别预防观念的产物,但新刑律亦能很顺利很自然地采纳,亦不能不说是

① 参见樊和平:《中国伦理精神的历史建构》,江苏人民出版社,1992年版,第24-25页。

② 梁治平:《法辩》,中国政法大学出版社,1993年版,第136页。

③ 西田太一郎:《中国刑法史研究》,北京大学出版社,1985年版,第94页。