

# Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white sans-serif font on a blue rectangular background.

## 刑事法视角下的法治与伦理关系的思考[Reflection on the Relationships between Rule of Law and Ethics in the Criminal Law Perspective ]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository.  
More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy  
of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

Item Type	Article
Authors	孙, 晋琪
Publisher	华东政法大学
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-06-26 19:48:10
Link to Item	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12424/187389">http://hdl.handle.net/20.500.12424/187389</a>

# 孙晋琪：刑事法视角下的法治与伦理关系的思考

孙晋琪

刑事法视角下的法治与伦理关系的思考

孙晋琪

内容摘要：在构建和谐社会的语境下推进中国刑事法治进程,必须认真研究伦理在其中的角色和作用。在认识其技术合理性的同时,对其消极负面影响应保持警醒,并以发展的眼光揭示两者互动的深层机理。

关键词：刑事法 法治 伦理

法治成为治国方略,对于我国社会发展来说具有里程碑的意义。中国的法治化建设是在复杂的境遇与多种的压力下所进行的社会系统工程。必须认识到,当代中国法治处于一种独特环境与条件下,科学技术的飞速发展以及全球化的影响,中国的现代化过程,必定要在较短的时间内解决西方曾经花费很长时间分阶段解决的问题。有人已经注意到,中国在现代化进程中,刚刚步入工业社会就被卷入信息社会,物理高速公路尚未完成就被带入信息高速公路。具体到中国法治模式的构建上,必须看到中国当代这个“共时态”结构中,包含前现代(传统)、现代与后现代三种“历时性”法律文化混合形态。一方面,中国的法治化将继续承受改造和继承传统(前现代)法律文化的巨大压力,尤其是消解以“封建专制主义”为特征的变态人治统治所造成的负面成本。另一方面,它又必须面对后现代主义、解构主义的“否定论”、“非中心论”、“反传统性”、“反权威”、“非连续性”等反理性话语的冲击。〔1〕如何对待伦理在法治特别是刑事法治进程中的角色和作用,是一个十分重要的课题。

## 一、厚重的积淀:伦理的刑法与对秩序的优先追求

### (一)伦理刑法:刑法的另一种解读

刑法是伦理法。〔2〕从动态的维度考查,由于古代中国特殊的政治、经济、文化环境涵化而形成了法律独特的伦理品格,中国古代法因之被称为“伦理法”。这种“伦理法”是指古代中国特殊的历史背景下产生并与儒家的道德观紧密相联的、世界早期“道德法”的基本形态之一。其特点是,在立法、执法、守法、法律意识等方面都严重依附于道德,形成了具有特色的法典体例、法律机构体系、法律技术手段、法律教育类型以及法律意识形式。〔3〕然而,从技术的层面考查,刑法是伦理规范的底线,并在最大限度地维护着社会伦理规范。刑法规范以维持社会伦理秩序的目的为优先,在刑法的背后存在着强烈的伦理规范并予以支撑。刑法规范的实质是国家认可的文化规范在刑法上的反映。刑法系国家刑罚权直接以社会伦理价值观念为运用之准据,刑法最富伦理性。〔4〕拉德布鲁赫也指出,我们在我们的意愿、知识和情感方面凭着理想所接受的习惯、法律与道德以及科学、艺术和宗教,构成了我们的文化。我们把道德、法律和习惯的法则称为文化法则。道德和习惯、法律和国家与科学、艺术和宗教共同构成文化。〔5〕刑法规范的内容,在社会生活中也是构成社会伦理的、宗教的或者道德的规范内容,尽管他们之间存在着不同步和非对称现象。正如梅因所指出的,“根据公认的社会规律,一套特定制度传布空间越广,它的韧性和活力也越大”。〔6〕在这种伦理刑法中,值得我们认真思考的至少有以下刑法思想:一是“慎刑、中庸”的刑法思想。周公制礼以来,一直主张“明德慎罚”,表现在刑法方面主要是慎刑的思想,即尽量少用刑,轻易不动刑。二是犯罪预防的刑法思想。道德法律化,人情即法或情重于法,礼的主导地位改造了法律,缓和其强制与暴力,充满“人情味”。故此,才有“礼禁未能之前,刑施已然之后”。情“字”之功,促使人们注重深究犯罪的社会原因,有利于社会治安的标本兼治,有利于预防犯罪。主要以礼、情来调整社会关

系。三是“法不责众”、“治乱世用重典”等传统,注重刑事政策在刑事司法中的调节作用。国家管理与社会生活尽量少依赖法律,许多问题宁可用家族、祠堂、宗族来解决,在上述办法不奏效时,才诉诸法律(主要是刑法)。〔7〕这些,若摒弃其封建糟粕的一面,就其技术层面而言,与追求和谐的秩序以及现代刑事法治的机理诸如“刑法的谦抑、人道”、“惩治与预防相结合”、“恢复性司法”、“综合治理”等等是相通的,其科学价值不容我们轻易忽视。

## (二)安全和秩序的追求:刑事法治目标与伦理的契合

中国在建设社会主义法治国家时,至少在很长一段时期内仍把社会的安全和秩序摆在重要地位来关注。这与西方法治首先强调个人权利与自由的法治价值追求有所不同。秩序的形成是一个社会的政治、经济乃至文化秩序的基础,安定有序是形成社会主义和谐社会的必要条件和基本标志。中国现代法治生成和形成的困境和症结在于:我们制定了大量的法律,却无法形成相应的法律秩序。这些,可以从法文化遗产中群体本位的价值取向和心理积淀的作用中得到启示。在伦理理性及其天理、国法、人情的运作系统中,所要实现的首要价值是秩序,而且是社会秩序。哈佛大学法学院的罗伯托·昂格尔教授着眼于法律与社会形态的关系,提出了三种法律概念,即习惯法、官僚法和法律秩序。中国古代社会形态的法律被他称之为“习惯法”。

〔8〕这一习惯法就是“礼”。在罗伯托·昂格尔教授看来,“礼”非人定,它不过是社会生活中活生生自发形成的秩序,是那种人们虽能破坏但却不能够创造的秩序。在法治缺位的情况下,这种秩序是通过统治者的法律和命令强制,以及自然经济家庭的血缘强制,并使两者结合而实现的。然而,统治者的秩序是不可能实现真正的秩序的,必须代之以民主与法治。但是家族血缘及其亲情和伦理,并由此形成的习惯法所维系的秩序还有没有现代价值?答案是肯定的。有学者在考查“衡平司法”与中国传统法律秩序的关系时提出,“在衡平司法的作用下,法在中国以特殊的形态而表现出来,维持着最低限度内的和谐的社会生活”。〔9〕

笔者认为,中国传统社会存在着的这种法律秩序在一定程度上解决了难以解决的矛盾,对社会的稳定和秩序的建立起到了积极有效的作用,就其技术性而言,传统伦理刑法与现代法治、和谐社会找到了契合点——那就是对于和谐秩序的构建和追求。

## 二、扬弃:伦理对刑事法治的背离

我们在认识伦理对刑事法治的积极意义的同时,必须对其负面消极影响保持足够的警惕。

### (一)道德入律:法治的边缘化

作为社会控制的工具,法律必须具有一定的伦理性。然而,法律和伦理毕竟代表了两种不同的理性和生活状态。法的世界和国民生活是两个不同的世界,前者是理性和悟性的考虑具有决定权的世界。而后者是关于善与恶、法与不法的伦理评论具有决定权的世界。法和伦理各自作为独立的现象而分化对立着这一事实正是近代市民社会的历史性现象,法的非伦理性根源于法所调整的可计算的等价交换性质的经济和技术性;而作为无法计算未知数的伦理,对于确定某种预期的法律而言便是外在的、异质的。〔10〕传统中国伦理化的法律虽然摆脱了宗教的控制,兼具理性和人文价值,但同时也失去了宗教意义上的神圣性,流为一种俗世的工具,其品质与现代法治的信仰相抵。“律”在唐以后没有发生实质性的变化和进步,这与因宋明理学的兴起而变得保守、僵化的传统伦理存在着一定的内在联系,清末变革传统法律所受到的指责,不是基于法律而是基于伦理。伦理化不止使传统法律成为实现道德的工具,也损害了道德自身,浸淫其中的等级特权观喧嚣尘上,研究法律的学术变成了对伦理的注解,法律丧失了独立的价值、功能和品格。

### (二)重实质轻形式:司法的恣意

刑事法治首先意味着在刑事领域具有一套体现正义的规范体系的存在,这种刑事法规范不仅在于约束公民,更重要的是在于约束国家,从而防止司法权的滥用。因此,刑事法治的首要之义就在于实质理性的建构与形式理性的坚守。对照刑事法治的概念,我们可以发现,中国刑事司法运作中存在偏重实质轻视形式的倾向。在古代中国社会,在儒家伦理化的主导下,以礼入刑,出礼入刑,在礼法之间存在表里关系。法官的使命不是实现法的价值,或者说法没有独立的价值。只有礼所蕴涵的伦理内容才是司法官所追求的价值,为追求这种伦理价值,往往牺牲法律的形式,他们在断狱听讼中常常过多地考虑道德方面的评价,过多地考虑“民愤”因素。而事实

上,真正的法治首先并不考虑官吏的品德优劣问题,而是考虑规则的一般性和严格性;真正的法治也不只重视明确的一般实体规则,还重视正当的程序;真正的法治是在优先考虑形式正义的前提下才去考虑实质正义问题的。〔11〕我国立法和司法弥漫的“社会危害性”话语和长期坚持和遵守的“客观真实”的证明标准,虽有理论背景,但其产生有非常深厚的思想文化根源。伦理法传统中,法律的价值目标本身在于对人们言行的是非、曲直和善恶的评判。落实到刑事司法环节,犯罪所具有典型的“恶”的特征,使刑事司法的过程始终不偏离对评判是非、曲直和善恶的诉讼价值目标的追求。而这一目标的实现,就需要发现案件真实,甄别真正犯罪人,正本清源,以利于运用刑罚手段除恶扬善。这种朴素的诉讼价值理念经过漫长的社会发展积淀下来,已经深植于人们的内心深处,挥之不去,它像一只看不见的手,也许并不凸显于前台,但却不断地牵引现代政策制定者、立法和司法者行为的走向。

### 三、互动:变动中的伦理观与刑事法治

#### (一)伦理观念的变化与刑事法治的回应

我们当今所处的时代,是一个价值观念日趋复杂化与多元化的时代。这其中,伦理学的主要任务,与其说是追求真理,不如说是寻找道德共识,也即通过理性的论证来赢得大多数人道德上能接受的有关伦理冲突的解决方案。

有学者在对功利主义、契约主义、德性论、责任伦理、形式化的道德法则等各种论证方式的分析基础上,认为任何一种单一的伦理学理论都难以在应用伦理学的平台上占据统治地位。而人权原则则是各种伦理学理论共同的道德视点。〔12〕

基于这个视角,笔者认为,刑事法治更应扩大其视野,对变动的伦理观——一种尊重人权、重视人权的现代伦理观予以回应。

一方面,我们要重新审视、挖掘中国传统伦理法的精髓,关注刑法的人伦精神,使其在立法和司法运作中得到体现和张扬。〔13〕近代以来,我们在探索法制现代化的进程中,法律移植成为主要途径,但是由于“缺乏强有力的道德根基,被移植的制度与观念无从获得本地沃土和持续成长的养分,不管移植者技巧如何娴熟高妙,这样的法律都是不可能有效生长的”。只有法律之“树根植于价值观念能指明方向的沃土时,才有可能为后代结出希望之果”。〔14〕

另一方面,我们要顺应伦理观念的更新,完善刑事程序和实体立法,倡导理性的法理念,以更好地贯彻和体现宪法所提出的“尊重和保障人权”原则。刑事法治面对社会的变迁,理应在其领域作出应有的回应。仅就生物科技犯罪而言,我国现行刑法没有明确规定生物科技犯罪及其刑事责任,对此类犯罪的单位犯罪的设定,现行刑罚体系尚不利于有效防范和打击这类犯罪。因此,必须专章增加对此类犯罪及其刑事责任的规定,完善我国现行的单位犯罪刑罚体系。社会在不断地进步,然而,包括基因技术发展在内所导致的社会的危险、风险因素也在不断地增加,这些因素正日益演化成为和谐社会中的十分不和谐的音符。所有这些,都要求我们深入思考刑法模式的变动,探索和实践由“罪责刑法”向“安全刑法”的转变。〔15〕

#### (二)刑事法治对伦理的渗透与改造

谈到法律与民族精神、伦理的关系,人们自然会联想到历史法学派的主张,尤其是其代表人物萨维尼的主张。在萨维尼看来,法律和语言一样,是自然而然形成的,是民族精神的产物,民族精神是法律发展的动力。哈耶克认为,所有社会型构的社会秩序不是生成的就是建构的:前者是指“自生自发的秩序”(spontaneous order),而后者则是指“组织”(organization)或者“人造的秩序”(a made order)。〔16〕笔者认为,哈耶克关于“社会秩序规则二元观”的提出,并不旨在建构一种外部规则与内部规则的二元对立关系,而旨在说明两者之间的一定的共存的边界。进而言之,这两者之间还存在一种互相渗透与改造的过程。刑事法治虽然在维系着伦理的底线,刑事法治进程的推进,也必将伴随一个传统伦理的改造与进化的过程,从司法体制等的物化而逐渐到人的内心的灵魂深处——对法治的信仰与崇拜。我国学者谢晖认为,人类社会的发展迄今为止经过了自然社会、伦理社会和法理社会三个时代。当今中国正处于从伦理社会向法理社会的演变过程中。在实现这种精神转换过程中,一方面,要充分汲取具有现实活动性、历史进步性和与法理社会相吻合的中华本土资源;另一方面,更应特别重视法理社会普遍的内在精神要求对重构中华民族精神的决定意义。民族精神之重建,一开始就是一个并非轻视“建构理性主义”的主张,因此,以法治精神、社会主义法治理念来整合中华民族精神,除按照进化原则摄取中国的本地资源以外,还必须注重建构原则,即根据法理社会的内在精神要求建构来设定中华

民族精神重建的价值要素、结构原则、方法步骤等。〔17〕我们知道,中国人的法律规则传统是非常薄弱的。相比较而言,西方法治国家则具有比较好的传统。例如,古代法中的“无诉讼”虽然对我们重视调解等非诉程序具有启示意义,但其作为一种潜在的精神动力,导致刑事司法中证人不愿出庭作证,司法官忽视证人出庭作证和对证人进行当面质证,而乐于按照书面的证人证言作为证据来定罪量刑。这些情况,很容易使控辩式的庭审方式流于形式。要改变这种状况,我们必须通过一系列制度的构建,诸如完善证人出庭保护制度,非法证据排除制度以及举证、质证等证据规则,才能逐步地改造国民的“无诉讼”心理。

#### 参考文献：

- 〔1〕舒国滢语,参见《依法治国建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,载《法学研究》1996年第3期。
- 〔2〕钊作俊:《刑法的品格》,载《信阳师范学院学报》2004年第2期。
- 〔3〕任喜荣:《伦理所的是与非》,载《吉林大学社会科学学报》2001年第6期。
- 〔4〕韩忠谟:《刑法原理》,台湾雨利美术印刷有限公司1981年版,第7页。
- 〔5〕[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第3-9页。
- 〔6〕[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1958年版,第10页。
- 〔7〕许发民:《刑法文化问题》,载赵秉志主编:《刑法基本理论探索》,法律出版社2003年版。
- 〔8〕[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第42-46页。
- 〔9〕顾元:《衡平司法与中国传统法律秩序——兼与英国衡平法相比较》,中国政法大学出版社2006年版,第388页。
- 〔10〕[日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安译,中国政法大学出版社2004年版,第8、23-34页。
- 〔11〕孙笑侠:《法治、合理性及其代价》,载《法制与社会发展》1997年第1期。
- 〔12〕甘绍平:《应用伦理学的论证问题》,载《中国社会科学》2006年第1期。
- 〔13〕汪永乐:《关注刑法的人伦精神》,载《政法论坛》2001年第1期。
- 〔14〕[美]安守廉、沈远远:《法律是我的明神:吴经熊及法律与信仰在中国现代化中的作用》,季美君译,载湘潭大学法学院编:《湘江法律评论》(第2卷),湖南人民出版社1998年版。
- 〔15〕薛晓源、刘国良:《法治时代的危险、风险与和谐——德国著名法学家、波恩大学法学院院长乌·金德霍伊泽尔教授访谈录》,载《马克思主义与现实》2005年第3期。
- 〔16〕邓正来:《社会秩序规则二元观——哈耶克法律理论的研究》,载《北大法律评论》(第2卷 第2辑),法律出版社1999年版。
- 〔17〕谢晖:《从法理社会看中华民族精神的重构》,载《文史哲》1996年第6期。

作者单位：江苏省高级人民法院法官

文章来源：《华东政法大学学报》2008年第2期(总第57期)

/