

# Globethics Repository

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

## “伦理法” 的内在矛盾及其解决[Internal contradiction of ethics law and the solution: an analysis based on the realm of criminal law]

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       | 任, 喜荣                                                                                             |
| Publisher     | 比较法研究所                                                                                            |
| Rights        | With permission of the license/copyright holder                                                   |
| Download date | 2026-07-17 02:01:50                                                                               |
| Link to Item  | <a href="http://hdl.handle.net/20.500.12424/179174">http://hdl.handle.net/20.500.12424/179174</a> |

# 任喜荣：“伦理法”的内在矛盾及其解决——基于刑事法律范畴的分析

任喜荣：浙江大学法学院博士后、吉林大学法学院讲师

罪与恶、责与情、罚与德在非严格意义上构成中国古代伦理法最基本的矛盾范畴.对这二对范畴的解读.可以帮助我们认识和了解伦理法所由以产生的社会条件以及由这些范畴所连结起来的整个古代法的知识体系。

## 一、罪与恶的冲突及其解决

法律的道德性决定了罪与恶是法律体系内部永恒的矛盾双方.它们事实上构成了互相依存的关系。从罪与恶的统一性的角度来看.罪是不可避免的。迪尔凯姆曾从社会学的角度论证了犯罪的不可避免。他的立论基础便是社会道德的同质性与个人道德意识水平的高低差距之间的矛盾。[1]然而.罪与恶又是对立的.它们是对行为的两种不同性质的评价。犯罪的评价来自于国家.是以国家强制力为后盾的.是代表国家的特定官吏依据明确的刑法规范.按照固定的程序作出的.而且通过国家刑罚的方式加以解决.具有明显的他律特征。恶的评价则来自于普通的社会主体。“善与恶作为人类伦理思想史上一对最古老的道德范畴.源出于人们对利害关系的认知与感觉。为了从道德上表达这种认知与感觉.人们总是把那些有利于自己、他人及社会群体的行为和事件当成是善.而把那些有害于自己、他人及社会群体的行为和事件当成是恶。[2]善恶观念具有明显的主观性和个体性。由于善恶源于人们的利害观念和苦乐感觉.因此善或恶的评价就不可能是同一的.而必然存在矛盾交织以致互相转化的情况。善与恶的评价发挥作用的方式都是通过转化为人们内心的道德命令(道德命令是由良心、义务这些特殊的道德意识机制来维持的).驱使人们按照一定的道德准则行动.趋善避恶.创造完美的社会关系和自身完美的人格.具有明显的自律特征。

作为来自不同主体的以不同方式发挥作用的评价罪与恶的对立将是客观而且永恒

的。对由国家而言.当罪与恶的评价相统一时.恶的评价本身会强化国家的刑罚权.但是.当罪与恶的评价不统一时.恶的评价本身会削弱国家的刑罚权;当这种恶的评价是以个体的方式存在的时候会激发个体的犯罪行为.当这种恶的评价是以社会压倒多数的道德情感存在的时候.必将促使罪的改变.可以说不管是哪一种对立的存在都会构成对国家刑罚权的挑战.刑法内部罪与恶的冲突主要表现在此。

近代刑法通过确立罪刑法定原则.实现了法律与道德的分离.从而解决了这一冲突。正如有学者指出的:“费尔巴哈确立罪刑法定原则.首先是基于他对道德与法的严格区分。在费尔巴哈以前.道德与法的区分问题已经受到高度的重视.贝卡利亚对此都有深刻的论述.认为法律只能惩罚人的行为.而不能追究人的主观思想动机。人的善恶是一个道德问题.属于道德责任的范畴.不应由法律来解决.不能承担法律责任.由此努力对道德责任与法律责任作出区分.建立法定责任论。费尔巴哈在此基础上作了进一步的努力.以罪刑法定原则使犯罪认定标准法定化.从而防止了将道德过错与犯

罪混为一谈。”[3]然而罪刑法定严格区分法律与道德.并不可能抹杀一者紧密联系.而是客观地看待一者的相互关系.划定一者的作用范围.由此又贯彻了刑法宽容的精神。刑法宽容为行为的道德谴责划定了较大的界域.把对行为的刑法禁止限定在较小范围内.界分犯罪和道德过错.可以促使人们将“不得触犯刑法”的注意力集中.从而增强刑法的诱导力。英国学者德弗林曾经指出:一个社会不仅是一群人.而且也是一种观念的共同体.一种公共道德对社会的存在有着根本的意义。违背公共道德威胁社会的行为是应当受到惩罚的.但惩罚手段的运用与决定容忍的程度是相联系的。除非超出容忍限度.否则就没有什么需要惩罚。[4]通过界分刑法与道德各自的作用范围.刑法的独立性得以树立。

中国古代对罪与恶的冲突采取了不同的解决方案。

与现代刑法通过树立刑法自身的独立地位.客观看待法律与道德的冲突不同.中国古代法却是通过消解法律与道德的异质性.来解决二者的冲突。

从刑法思想角度看.作为封建法思想主流的儒家法思想.对于法律与道德的关系基本上有二种互相关联.逐步深化的理论。但总体来看把法律视为实现道德的手段则从未改变。

首先.宣扬明刑弼教.以刑法作为推行道德的手段。《周礼·秋官·小司寇》：“宪.开曰禁。”汉郑玄注曰：“宪表也.谓R.W之也。”《康熙字典》释“宪”曰“悬法以示人曰宪.从去省.从心从目.观于法象.使人晓然知不善之去.接于目.休于心.凜乎不可犯也。”可以说整个古代社会法律一直被视为推行教化的手段。几乎所有的言论都不约而同地宣称刑法或刑罚是用来惩恶的.而目的则是为了劝善。这就使得作为国家权力之表现的“罪”的确认成为“恶”的后果.“恶”统率了“罪”。《清史稿·开目法志》中总结道：“中国自书契以来.以礼教治人下。劳之来之而政生焉.匡之直之而刑生焉。政也.刑也.几铃以维护礼教于勿替。”

其次论证礼刑一物强调法律与道德的同一性。“失礼则入刑礼刑一物也。[5]礼刑之所以可以被视为一物.是因为它们统一于人理。朱熹说：“宇宙之间一理而已.....其张之为三纲.其纪之为五常。”[6]王盖三纲五常.人理民彝之大节而治道之本根也。”[7]对此.不论是道德也好还是法律也好都是人理的外化.都必须以其为内容.接受它的指导。因此.朱熹进一步明确地说：“礼字、法字实理字.日月寒暑往来屈伸之常理.事物当然之理。”[8]法律与道德具有实质内容的根本一致性。由此.孔子才有“获罪于人.无所祷一也”[9]的言论。“失礼之禁.著在刑州，[10]唐太宗的话明白无误地道出了失礼与违禁的合一性。可见:中国封建刑法确定的犯罪概念的最突出的特点即行为的违礼性。这样.许多原属封建道德范畴的问题被赋予法律性质.或者成为法外施刑的理论依据.道德的精神力量随处可见地变为法律的强制.从而造成了中国封建社会法网严密、律条繁冗的状况.所谓“人网恢恢.疏而不漏”.实则从一个角度反映出“失礼入刑”所带来的犯罪的范围被极度扩张的后果。[11]

再次.通过德礼政刑、迭相为用的阐述.强调它们在功能上的互补性。白居易在《白香山集·开日礼道论》中指出:

“人之性情者.君之上田也。其荒也.则剃之以刑;其辟也.则漪之以礼;其植也.则获之以道。故刑行而后礼立.礼立而后道生。始则失道而后礼.中则失礼而后刑.终则修刑以复礼.修礼以复道。夫刑者可以禁人之恶.不能防人之情;礼者可以防人之情.不能率人之性;道者可以率人之性.不能禁人之恶.循环表里.迭相为用。故工者观理乱之深浅.顺刑礼之先后.当其逞恶抑淫.致人于劝惧.莫先于开

日;铲邪窒欲.致人于格耻.莫尚于礼;反和复朴.致人于敦厚.莫大于道。是以衰乱之代.则弛礼而张刑;平定之时.则省刑而弘礼;清静之日.则杀礼而任道。 ”

这段话可以被视为对法律与道德各自功能的典型描述。首先.在白氏看来.刑、礼、道

都是以人为对象的.其目的都是为了维护君主的统治。其次.在维护社会秩序的手段上.法律的作用在表面上是最直接的.因此他才说“ 刑行而后礼立 ”.但终极原因则是礼与道的失落。再次.他认为刑、礼、道各自的功能都是有限的.因此必须相辅为用.不可偏废。最后也最重要的是.他认为不同的时代刑、礼、道的价值不同.因此必须依据时代的需要有选择地倾向于其中之一从治国的角度而言.没有一种是绝对有效的。这样既确立了法律适当的独立性又延续了明刑弼教的老路.符合封建社会后期君主专制制度进一步强化的需要。

从“ 明开日弼教 ”的直接目的.到刑法与道德的实质同一性再到刑法与道德的功能互补.完成了中国古代刑法与道德关系的理论发展圆圈.这是一个近乎封闭的理论系统.它的活力来源仰赖于道德的模糊性和灵活性.由此.罪与恶的冲突以罪如何最大程度地符合恶的形式展现。罪不仅不可能与恶分离而且只能通过恶的存在才能论证自身的合理性。

从刑事立法角度看.尽管在古代刑法理论上.罪与恶被视为同质的东西来对待.然而罪与恶是两种不同性质的社会现象的客观事实并没有改变。因此.如何在刑法制度中协调一者的冲突.便成了当务之急。就刑事立法而言.与当代在罪刑法定原则指导下的刑事立法限制立法者的刑罚权、否定类推和概然性条款、崇尚刑法宽容.从而实现法律与道德的分离不同.中国古代的刑法却通过类推和概然性条款的大量使用.最大程度地使罪与恶获得统一。

中国古代的刑法典极为完备.各朝各代的统治者无不重视成文法典的颁布和修订。然而一部律典的内容毕竟有限.所谓“ 法之设文有限.民之犯罪无穷.为法立文不能网罗诸罪.民之所犯不必正与法同.自然有允疑之理。 ” [12]况且自《唐律》“ 一准乎礼.以为出入 ” 以来.律典又成为道德教条的规范化形式以及国家统一的象征.轻易不得修改。因此.必须在制度上解决法律适应社会生活的问题.尤其是理论上法律又是实现道德的手段.法律如何适应不同社会条件下的道德需要.并不是可有可无的小问题。伦理法的解决方案便是:

其一以例缓解律的僵化。武树臣先生指出.西汉的春秋决狱与其说是儒家思想支配司法的开端.毋宁说是对古老的“ 判例法 ” 的一次回顾。而后.历朝的决事比、故事、法例、断例、例等.都标志着“ 判例法 ” 一脉相传、经久不衰的独特地位。由于判例是在法无明文规定或法条明显不宜于时用的条件下创制和适用的.又常常经过皇帝的御批.因此.在特殊历史条件下,判例一般具有比成文法更为有效的作用。封建朝廷在无条件立法和修订法典的情况下.也自觉运用“ 判例法 ” 来弥补“ 成文法 ” 之不足。在整个封建时代的审判活动中.始终贯穿着这样的原则:“ 法所载者.任法;法不载者.任以人; ” “ 法所不载.然后用例。 ” [13]这就实践了荀子的名言:“ 有法者以法行.无法者以类(判例及法律意识)举。 ” [14].....当成文法典宜于社会实际时.往往推崇“ 成文法 ” 而排斥判例的创制与适用;成文法典尚未出现和现行法典明显不宜于社会生活时.则创制和适用判例.以此指导全国的司法活动。 [15]

其二允许类推和设置概然性条款。“ 刑事类推是一项源远流长的法律适用制度.从一开始它就是为弥补成文法之不足而发明出来的;它的存在.使成文法成为一个开放的规则体系。 ” [16]中国古代刑法典中所规定的类推主要有比附[17]和轻重相举[18]两种形式。对于类推《唐律疏义》曾解释

到：“金科虽无节制亦须比附论刑岂为在律无条遂使独为侥幸？”概然性条款以“不应得为”条最为典型。对此唐明清律皆有规定。以《唐律疏议》的规定为例“诸不应得为而为之者。笞四十；（谓律、令无条。理不可为者。）事理重者。杖八十。”律疏解释说：“杂犯轻罪。触类弘多。金科玉条。包罗难尽。其有在律在令无有正条。若不轻重相明。无文可以比附。临时处断。量情为罪。庶补遗闕。故立此条。情轻者。笞四十；事理重者。杖八十。”不管是类推还是概然性条款。都是为了增加刑法的适应性。但由于缺乏明确的标准便为罪刑擅断打开了缺口。但“缺乏明确的标准”不等于没有标准。这个标准在中国古代就是恶或情。

其二。承认家法族规的法律效力。家法族规可以称之为一种半法律规范。在调整社会关系的过程中发挥着重要的作用。汉代以后。统治者十分注重大家族的发展。并以家族作为预防犯罪的第一道防线。家法族规是基于习俗和道德而制定的。具有明显的道德意味。中国古代法以此弥补法律不可能面面俱到的弊端。从而织起了一张无处不在的统治之网。

从刑事赋予法官在协调罪与恶的冲突方而有宽泛的自由裁量权。从而在事实上构成对立法上协调罪与恶的冲突的补充。《晋书·刑法志》称：“夫理者精玄之妙。不可以一方行也。律者幽理之奥。不可以一体守也。或计过以配罪。或化略不寻常。或随事以尽情。或趣舍以从时。或推重以立防。或引轻而就下。公私废避之宜。除削重轻之变。矧所临时观衅。使用法之俭者。幽于未制之中。采其根牙之微。致之于机格之上。称轻重于毫株。考辈类于参伍。然后乃可以理直刑正。”执法既然如此奥妙复杂。僵化守法当然不可取。因此。伦理刑法强调执法在人。重视人的作用。孔子说：“其身正。不令而行；其身不正。虽令不从。”[19]荀子认为“君子者。法之源也”一法不能独立。类不能自行”。[20]“人治”思想是儒家政治思想理论的核心。“执法在人”在儒家思想中是一以贯之的。

在中国古代。执法在人容易导致罪刑擅断。人们并非没有认识。通过立法限制执法官的擅断权力一直是刑法典的重要内容之一。各朝律典皆有明条。为了维护统治秩序的稳定。这也是各朝所强调的司法原则。晋惠帝时。三公尚书刘颂在上疏中建议：“今限法曹郎令史。意有不同为驳。唯得论释法律。以正所断。不得援求诸外。论随时之宜。以明法官守局之分。”刘颂的建议得到侍中太宰汝南王亮的认同。他奏清惠帝“以为宜如颂所启。为永久之制”。于是门下属三公曰：昔先王议事以制。自中古以来。执法断事。既以立法。诚不宜复求法外小善一也。若常以善夺法。则人逐善而不忌法。其去甚于无法一也。”[21]沐“以善夺法”的实质是不以道德评价左右法律。但从司法实践来看。“以善夺法”的情形长期存在。从未断绝。

## 二、责与情的冲突及其解决

责用以指称刑事责任。关于刑事责任有两个本源性的问题：其一国家作为公共权力方为什么要追究犯罪人的刑事责任。它的正当性何在；其二犯罪嫌疑人在什么条件下才承担特定的刑事责任。前者是刑事责任的本质问题。后者是刑事责任的根据问题。

对于刑事责任的本质。现代西方刑事责任理论一般认为。人的现实行为乃至于犯罪行为。有根据本人意志自由选择的一面。同时也在很大程度上受其素质和环境因素的制约。人被决定。而又能自我决定。我国有学者认为：“刑事责任的本质是其伦理性与社会性的辩证统一。”“刑事责任的伦理性。是指从犯罪人何故就自己的行为负责的角度出发。把犯罪行为看成是犯罪人自由意志选择的结果。从而从伦理道德的角度回答国家和法律何故要让犯罪人承担刑事责任。”“刑事责任的社会性。是指从日的论的观点出发。把刑事责任看成是防卫社会所必需。而从社会的角度回答行为人何故就自己的犯罪行为负责[22]。对于刑事责任的根据。马克昌先生认为行为符合犯罪构成是刑事责任

的根据并且是惟一根据。这也是我国刑法学界对此问题的通说.依据这个观点.犯罪是刑事责任的前提,刑事责任是犯罪的法律后果.刑罚是承担刑事责任的方式。这意味着无犯罪则无刑事责任.无刑事责任则无刑罚。

可见.尽管在本质问题上刑事责任会存在道德根据问题.但在刑法适用中.刑事责任之归结是完全以行为是否符合犯罪构成来进行的.因此.在现代刑法学中.罪刑法定与罪刑相应原则本身也就包含了刑事责任的法定和刑事责任与罪的相应问题。

中国古代法律发达.但刑法理论却很落后.我们无法找到与刑事责任相对应的概念.但这并不意味着伦理法不存在刑事责任问题.因为刑事责任作为犯罪与刑罚的中介是客观存在的.不因时代或国家的不同而有所不同。[23]

从人们对于刑事责任的本质及其根据的研究来看.刑事责任是完全围绕着犯罪人及

其行为而展开的.与现代刑法把重心放在行为是否符合法定的犯罪构成要件不同.伦理法除了重视犯罪构成这一客观标准之外.还要考虑人情的因素.是否承担刑事责任要在刑法与人情之间求得平衡.从而形成了责与情的矛盾。

情指人情.在中国古代.人情是一个使用频率极高但含义极为宽泛、模糊难以界定的概念。人情有时指人性或其外化.有时又指民风习俗。从目前法史学界对于“人情”概念的研究来看,普遍较为模糊.在书名中特意提到人情的如范忠信等著《情理法与中国人》、梁治平的《法意与人情》都没有对人情作一个明确的界定。相比之下.张晋藩先生的《中国法律的传统与近代转型》中倒对人情作了一个相对明确的说明。[24]但张先生的解释.除了说明人情的血缘性与社会性之外.对于开日事司法实践中人情到底包含哪些方面而仍然没有明确的概括。单从刑事司法实践中使用的“情”的特定境遇来看.人情主要有以下几种含义:

1.人伦亲情 人伦亲情也就是血缘亲情,中国古人首重“亲亲”,仁义礼智告以亲亲为核心,而“君子所性,仁义礼智根于心。”按照中国主流的人性论,亲亲乃是人性所固有。作为尊尊所代表的权力秩序的基础,保护人伦亲情的稳定和长久是法律的根本目的之一。人伦亲情又可扩展为夫妻。依人伦亲情断案,在中国古代的有关执法文献中可谓比比皆是。有因人伦亲情而免刑的;[25]有因人伦亲情而废法的;[26]有因人伦亲情而采取非常之行刑方法的。[27]这里所说的非常之行刑方法,是指在法定刑不变的情况下,以特别的方法变通执行刑罚,或创造新的刑罚方法。这种情况的出现许多是基于道德的考虑作出的;也有官吏反其道而行之,通过废人伦亲情而震慑罪犯的。[28]

2.人之常情 人之常情,指除人伦亲情之外的正常的个人情感,极为庞杂,非以身份关系而存在的对个人的道德要求,大致都可范围于此。与人伦亲情一样,人之常情也是变通执法的根据。人之常情有时指一般人对于利益的正常需求;[29]有时指对于求知的宽容;[30]有时针对为民除害;[31]有时又指求得罪人的羞耻之心。[32]

3.民间风情 主要指长期以来形成的民间风俗,从所看到的案例来分析,大多是指不良风俗,在古代的司法实践中也是变通执法的根据。《折狱龟鉴》记载:“燕肃侍郎知明州。

俗悍轻喜斗.肃推先殴者.虽无伤必加以罪.后殴者非折跌支体皆贷之.于是斗者为息。《折狱龟鉴》还有一例:“周泣侍郎尝为河东转运使.自庆历以来.河东行铁钱.民多盗铸.史以峻法绳之.抵罪者日

繁.终不能禁。泣乃命高估铁价.盗铸者无利.不禁自息。

4.国情 当指国家特定的社会经济环境和条件等。《折狱龟鉴》记载:陈执方大卿通判江州时.民饥.有刈人之禾而伤其主.法当死者。执方以为:‘古之荒政所以恤人者尽矣.然尚缓刑.况于今哉?’即奏贷其死。按李士衡观察权知人雄军.民有盗瓜伤主者.法当死。士衡以岁饥.奏贷之.自是著为例。执方之奏.盖用此例也。”《折狱龟鉴》还记载:“工延禧朝议初为岳州沉江令。岁饥盗起.亲获十余人.赃铃应死.法得迁启’。延禧叹曰:‘是铃良民穷而为盗.令无以业之.又利其死以为己功.亦何忍哉!’谕被盗者悉裁其赃.盗得不死。”

综上所述.“人情”之含义虽然广泛.但上述案例中“人情”无疑是是否承担刑事责任与如何承担刑事责任的重要因素.法定的犯罪构成要件被补充或修正。在刑事司法实践中.法官对于犯罪的认定除了依法定的犯罪构成要件之外.可以考虑人情的因素.这种考虑的结果及其效果往往被作为对法官能力进行评价的标准。对人情的考虑使刑事责任本身处于一种不确定的状态.法官不同、社会条件不同都可能使不同犯罪人的同一类犯罪行为受到不同的处罚。开日事责任的确定性是国家法制统一的需要.对于“人情”的考虑却使开日事责任处于不确定的状态.责与情的冲突主要表现在这一点。

对于这种冲突.伦理法的解决方案就是我们在有关案例中反映出来的.通常情况下依律断案.在这个基础之上.可以考虑“人情”的因素.但人情并非漫无边际.而是儒家的伦理道德认可的人情。道德的同质性决定了对人情因素的考虑不会动摇封建法制的基础.伦理法便自然地通过这种方式在法与道德之间寻找平衡。

### 三、罚与德的冲突及其解决

罚指刑罚.近现代刑罚是指刑法规定的、有法院通过刑事诉讼程序依法决定对犯罪人适用的严厉制裁.用以表达国家和社会对于犯罪行为和犯罪行为人的否定性评价和谴责。[33]作为一种严厉的制裁.刑罚具有多向性的功能.包括报应、预防、威慑、谴责、改造、教育、鼓励、抚慰等功能.刑罚的这些功能.可以区分为针对犯罪人的、针对被害人的、针对社会的等不同方面的功能。刑罚的各种功能密切联系.相互作用.相互制约.组成一个复杂的功能结构。刑罚通过它的功能的发挥实现着特殊预防与一般预防的目的。

刑罚的功能和目的本身指明了刑罚具有明显的道德性。它一方面在产生基础上表现为对道德恶行的谴责和扼制.另一方面也在制刑、动刑、配刑、行刑等方面寻求道德支持.接受道德的品评。对于前者.有人指出:“作为对于犯罪的惩罚.刑罚具有伦理谴责性。世俗地看.刑罚是一种对道德邪恶的否定.表明社会的道德态度.体现‘恶有恶报’,的伦理需求.犯罪一以被揭露并受到刑罚惩罚.就成为一种社会丑闻.犯罪的丑闻性正是通过犯罪人受到刑罚惩罚得以实现和强化的。无论是古代还是现代刑法都有一种加辱性通过刑罚惩罚.犯罪成为一种社会丑闻。”[34]“被判刑人受到惩罚的重表明了他的罪过与实行的犯罪的轻重。所以一切刑罚本身都具有加辱的性质。”[35]对于后者则涉及到刑法实践中的刑罚正当性问题.即刑罚体系的设置是否正当、动用刑罚的根据是否正当、刑罚的分配是否正当以及刑罚的执行是否正当。[36]而刑罚的正当性问题主要是一个伦理问题.落实在刑法领域.当然也就是一个刑法哲学问题。”[37]因此罚与德也就构成了一对矛盾的范畴。

但罚与德并不像罪与恶一样是一对严格对应的范畴.因为.刑罚在形式上表现为对犯罪的制裁措施.而道德则是伦理学上的一个内涵极为丰富的概念.它对人的约束主要是通过社会舆论来表现的。

因此,从表现形式的角度看,刑罚与舆论谴责应该是对应的范畴。但是,刑罚与道德的关系远远不是一个表现形式的问题,而是涉及到了刑罚的内在根据问题,因此,在无法找到一个恰当的词汇的情况下。同时也是考虑到中国古代人论述的习惯,才把罚与德放在一起加以研究。

近现代刑法有所谓罪刑法定原则和罪刑相当原则。按照罪刑法定原则的精神,刑法的制定和适用都必须严格遵循法律的规定。按照罪刑相当原则,罪与刑之间应该是一种“等价、适应、相当、均衡”的关系,其基本含义可以简中一地概括为:无罪不罚,有罪当罚;重罪重罚,轻罪轻罚;一罪一罚,数罪并罚;罪当其罚,罚当其罪。”[38]至于何为“等价、适应、相当”,为了避免模糊的道德评价,近现代刑事立法中都致力于确立与犯罪等级相对应的刑罚等级,从而构筑一个轻重适宜的刑罚体系。而且针对不同犯罪的特点设计不同类别和倾向性的刑种,如对于谋杀犯罪侧重于死刑、对于经济犯罪侧重于罚金、对于滥用信用的犯罪侧重于资格刑等,努力实现刑罚与犯罪的价值相等与程度相等。这其中虽然避免不了法官的自由裁量权,但自由裁量权却被限制在了相对法定刑所提供的刑种和刑期的范围之内,因此,是受到法律的严格限制的。可以说,在近现代刑法运行中,道德对刑罚的影响在刑事立法上往往是本源意义上的,而在刑事司法中则受到了法律的严格限制。因而在犯罪已经被确定的情况下,道德基本上是被排除的。

中国古代则与此相反,在犯罪已经确定的情况下,刑罚的合理性不仅要来自于法律的规定,而且还必须得到道德的支持,否则就会受到道德明确的修正。

首先,依道德的需要而设置刑罚体系。笞、杖、徒、流、死是封建社会的五种主要刑罚,这是以肉刑为核心的刑罚体系。除了刑罚本身的残酷性之外,该刑罚体系的合理性有明显的道德支持。[39]认真分析,刑罚之设包涵三方面的道德因素,其一刑罚对受刑人是道德上的耻辱;其二,刑罚对立法者是仁政的表现;其三,刑罚的根本目的是通过前二者的结合实现“无刑”,的社会理想。

无刑是中国古代各派学者共同的社会理想,道家企图通过无为而治来实现,儒家企图通过修礼复仁来实现,法家则主张通过以刑去刑来达到这一目的。而历史选择的结果是儒法合流,以儒为主。修礼复仁和以刑去刑成为互相补充的两种手段,共同实现着“无刑”的社会理想。只要有利于实现这一理想,任何手段都将是允许的。因此,在伦理刑法的刑罚体系中我们看到了两种截然相反的运作方式。一方面便是刑罚的无限加重。在中国古人看来,无刑的实现,不是刑罚本身所能做到的,而是刑罚所产生的道德上的耻辱感使人贵阻最终远刑罚。因此,只要有利于加重这种耻辱感,重刑是完全具有理论上的合理性的。五刑之外的历史上曾经存在的许多刑罚方法都有增加耻辱感的性质,典型的如族刑、刺配刑、廷杖刑等等。而公开行刑的方式也包含有增加耻辱感的考虑。另一方面,便是立法者和执法者对于刑罚的主动限制。《释名·释言语》中认为,“仁,忍也。好生恶杀,善含忍也。”限制刑罚本身被视为仁政的表现。但这仍不足以使人对刑罚本身的合理性加以反思,而只是在刑罚之外采取变通性的执行方法,赦、存留养亲、亲亲相隐是极为典型的例子。

道德的温情与刑罚的残酷被极好地统一起来了,中国古代的核心道德观念是以血缘为基础的人伦道德,刑罚的残酷被包围在道德的温情当中。刑罚与道德的冲突没有以刑罚的独立来解决,而是以道德的强化来消解。

其次,以法官的人格为中介来适用刑罚。中国古代,刑罚一直被视为不祥之物,因此,《孔子家语·子路初见》中有“圣人将至,何不自远刑罚”的说法。《汉书·刑法志》记载汉文帝在废除肉刑的诏书中也有“夫刑至断肢体,刻肌肤,终身不急,何其楚痛而不德也”的话。刑罚被认为是不得已而为之的非常手段,明初重刑治史,残酷异常,《明史·开日法志》特为之开脱:“始,太祖惩元纵弛之

后.刑用重典.然特取决一时.非以为则。”也就是说它只是权宜之计。刑罚本身被认为是道德上的恶。然而对刑罚的恶的评价并没有使人们从刑罚本身寻找避免恶的办法.而是在刑罚之外设置拦截的堤坝。这道堤坝便是法官的人格力量。法官的人格力量缓解了刑罚的残暴.也就在事实上使道德成为刑罚的润滑剂.维护了其长久的生命力。法官的人格力量的表现是多方面的:不循私情、执法如山是一种表现;善体民意.变通执法一也是一种表现;严刑治史.慎刑治民一也是一种表现。清官便是具有高尚道德修养的法官的一种特定称呼。对清官的孜孜不倦的寻求和众星捧月式的仰赖.成为伦理法的一道风景线。

-----

[1] [法] E·迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉.明译,商务印书馆1996年版,第一版序言第2页、第87——89页。

[2] 魏英敏主编:《新伦理学教程》,北京大学出版社1993年版,第432页。

[3] 陈兴良:《刑法的启蒙》,法律出版社1998年版,第103页。

[4] [美]戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店1987年版,第52页。

[5] 《大学衍义补》卷一百一引苏轼语。

[6] 《朱子全书》卷六十。

[7] 《朱子全书·戊巾延和奏宁一》。

[8] 《朱子大全·答吕子曰》。

[9] 《论语·八佾》。

[10] 《全唐文·薄葬诏》。

[11] 张晋藩,王志刚,林中:《中国刑法史新论》,人民法院出版社1992年版,第279页。

[12] 孔颖达:《春秋左传注疏》。

[13] 《大学衍义补·定律令之制》。

[14] 《荀子·君道》。

[15] 武树巨:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版,第75页。

[16] 陈兴良:《罪行法定的当代命运》,载于《中国刑法新视界》,中国政法人学出版社1999年版,第300页。

[17] 比附,义称比况,比类,比例等,是当断罪时,因律令无相当的条款,而附于类似的条款以

定罪。《大明律·名例律》断罪无正条规定：“凡律令该载不尽小理，若断罪而无正条者，引律比附应加应减，定拟罪名，转达刑部，议定奏闻若辄断决，致罪有出入者，以故失论。”

[18]《唐律疏义》：“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举轻以明轻；其应入罪者，则举重以明重。轻重相举一般义被视为比附的一种。因此，唐有轻币相举之规定而无比附之规定，明清律有比附之规定却无轻重相举之规定，实在于他们同属一类。

[19]《论语·子路》。

[20]《荀子·原道》。

[21]《晋书·刑法志》。

[22] 曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第240, 243页。

[23] 中国古代法律中有许多无罪的规定，如《汉律》有“无故入人室庐宅舍，上人车船，牵引人欲犯法者，其时格杀之，无罪。”北齐有：“盗贼群攻乡邑及入人家者，杀之无罪若报仇者，告与法而自杀之，不坐。”《唐律·斗殴》有：“诸祖父母父母为人所殴击，子孙即殴击之，非折伤，勿论。”代有“夫扶妻奸而妻拒捕，杀之无罪”的判例明清律中有“本夫与奸所扶奸夫如二妇，登时杀死，勿论”以及“祖父母父母为人杀，子孙即时死杀人者，勿论”。举凡“无罪”“不坐”“勿论”等都实指不承担刑事责任。

[24] 参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版，第40页。

[25]《后汉书·仇览传》记载了仇览的一则政绩。仇览作蒲亭长的时候，有一个叫陈元的男子，与母亲一起居住，不料母亲却讼儿子不孝。仇览感到很惊讶，对这位母亲说：近日路过你家，看到庭院整齐，农田耕种及时，你的儿子看来不是一个恶人，恐怕是没有教育到的原因吧。“母守寡养孤，苦身投老，石讨何肆愤一朝，欲致子以不义乎？”母亲被感动，流着泪回家去了。“览乃亲到元家，与其母子饮，因为陈人伦孝行，譬以祸福之言。陈元最后成为了一个孝子。”《折狱龟鉴》对此案下按语谓：“（这类情况）苟绳以法，子罪不轻，今律所谓‘可从而违，’堪供有阙者是也。〔唐律对此皆入十恶〕得不谓之矜谨乎？不孝是至为严重的型事犯罪，仇览以人伦亲情加以教化，甚至连立案都不必了。

[26]《明史纪事本末》载：“山间民父得罪，当杖，子请代，上曰：‘朕为孝子屈法，特释之。儿子请为父亲代受杖刑这一出于孝逝的行为，竟使父亲被免罪。

[27]《后汉书·吴佑传》记载了吴佑的一则事例：“安丘男了毋丘长与母俱行市，道遇醉客辱其母，长杀之而亡，安丘追踪，于胶东得之。佑呼之谓曰：‘子母见辱，人情所耻。然孝子忿必虑难，动不累亲。今若背亲逞怒，白日杀人，赦若非义，刑若不忍，将如之何？民以械自系，曰：‘国家制法，囚身犯之。明府纸哀矜，恩无所施。’佑问长有妻子乎？对曰：‘有妻未有子也。’，即移安丘逮长妻，妻到，解其杜桔，使同宿狱中，妻遂怀孕。至冬尽行刑。在这个案例中，吴佑认为犯罪人之犯罪行为是基于孝逝的行为，是可以理解的，“子母见辱，人情所耻，但却违反了国法，因此必须制裁。在两难之下，吴佑采取了一种为其“留后的办法，实现了国法与人情的协调。

[28]《后汉书·桥玄传》记载了桥玄的一则事例：“玄少子十岁，独游门次，卒有一人持杖劫执之，入舍登楼，就玄求货，玄不与。有顷，司隶校尉阳球率洞南尹洛阳令围守玄家。球等恐并杀其子，未欲迫之。玄目呼曰：‘奸人无状，玄岂以一子之命而纵国贼乎！促令兵进。于是攻之，玄子亦死。玄乃诣阙谢罪，乞下天下：‘凡有劫质，皆并杀之，不得赎以则宝，开张奸路。诏书下其章。初自安帝以后，法禁稍弛，京师劫质，不避豪贵，自是遂绝。桥玄为从根本上打击当时极为普遍的绑架即“劫质犯罪，以牺牲自己的儿子为代价，取得了极好的效果。

[29]《折狱龟鉴》记载：“赵师龙学知耀州，民有犯欲铁禁者，乃曰：‘障其利而罪之，是周民也。’一切不问”。

[30]《折狱龟鉴》记载：晋王承为太守，吏录一犯夜人，承问何处来，云：“从师家受书还，不觉日暮。”承曰：“鞭撻越以立威名，恐非致理之本。使吏送令归家”。

[31]《折狱龟鉴》载：马亮尚书知潭州，属县有亡命卒票攻，为乡村患，或谋杀之。在法当死者四人，亮谓其僚属曰：“夫能为民除害，而反坐以死，岂法意耶？乃批其案悉贷之。按票攻之人于法许捕，若非名捕者，辄以谋杀之，则虑有不扫，法所不许也。此四人者，为民除害，其事有实，其情可矜，而必沫之，非法意也。然僚属皆拘法之文，则郡将当原法之意，故亮独批其案而贷之。

[32]《折狱龟鉴》载：隋赵‘曝为冀州刺史。尝有人盗‘曝田中篙’为吏所执。‘曝曰：“此乃刺史不能言风化，彼何罪也？慰谕遣之，令人载篙一车赐盗者，愧耻过于重刑。

[33]曲新久，同前注25引书，第278页。

[34]曲新久，同前注[25]引书，第281页。

[35]【法】卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第425页。

[36]参邱兴隆：《刑罚理性导论》，中国政法大学出版社1998年版，第一章“刑罚的正当性序说”。

[37]曲新久，同前注[25]引书，第310——311页。

[38]同注[25]，第424页。

[39]依《唐律疏义》的解释来看，“笞者，击也，又训为耻。一言人有小衍，法须惩戒，故加捶撻以耻之。笞击之刑，刑之薄者也随时沿革，轻重同，俱期无刑，义唯必措。”“徒者，奴也，盖奴辱之。”“书曰‘流有五刑’谓不忍刑杀，宥之于远也。”而死刑也是“古先哲王，则天垂法，辅政助化，禁暴防奸，本欲生之，义期土杀。”

