

刑事正义的宣谕——宽容

孙万怀

内容提要:在国家刑事立法和司法权的运作过程中,人们往往重视正义性和合法性的要求。但是,除此之外,还应满足一定的道德约束,宽容则是道德约束的重要内容。在宽严相济刑事司法政策的时代内涵中,鉴于对严打政策的修正,宽容正在或理应成为主要的取向。中国古代在忠恕思想的指引下,刑法的适用往往具有宽和与容恕的色彩,尤其是在法律伦理化之后,宽容的理念逐渐起步,并为权力所认可,进而成为权力行使者心中的道德律。在西方,宽容主要体现为宗教和法律的宽容,并成为西方法治发展的一个重要成果。虽然我国刑事政策的宽容要求实际上是中国古代自有观念的重拾,但西方刑事宽容的实践无疑可以为我们提供借鉴。在刑法的“合法性”要素缺损的时候,再一味追求法律规范的法定性,实质上就会出现权力对待犯罪的极度不宽容现象。宽容更深层次的意蕴是对真理和自由追求的结果,也是在高风险社会下管理手段创新的内在要求。就根源上讲,国家刑罚权的宽容是政治伦理的具体表达;而从其表现来看,司法宽容则是政策宽容的具体表达。

关键词:道德约束 宽恕 刑事法治 司法宽容

孙万怀,华东政法大学教授。

在国家刑罚权的运用过程中,如果说合法性是规则性的约束,则宽容就是其道德性约束。在刑事法治领域,人们对待宽容的态度经历了一个漫长的演变过程,也经过了复杂的斗争和较量,伴随着沉重的代价和教训,表达出了不同的内涵和意蕴。但总体来说刑事领域的宽容无非包含了三个层次的内容,即国家权力对被告人、犯罪嫌疑人的人道相待,被告方与被害方的谅解以及整个社会所提供的宽容、克制的舆论氛围。从国家公权力与公民之间私权利的关系而言,宽容主要表现为权力的谨慎使用,是主体自我克制的道德化约束。也就是说,“宽容是行使权力时的一种禁欲主义的结果。”^[1]

宽容与法治的基本精神相一致。譬如,在我国,宽容的理念落实为《刑法修正案(八)》在未成年人犯罪、老年人犯罪方面的具体规定;因和解而宽容也落实为新近修改的《刑事诉讼法》的一项重要内容,^[2]宽严相济的刑事政策更是对“严打”的纠偏。

[1] [法]保罗·利科:《宽容的消蚀和不宽容的抵制》,转引自张凤阳等:《政治哲学关键词》,江苏人民出版社2006年版,第275页。

[2] 当然,这并不意味笔者认同新《刑事诉讼法》中的刑事和解制度的一些具体规定。观点可参考孙万怀:《以实体与程序协调性为视角看刑事和解举措入法》,《法学》2011年第12期。

一 中西方法治语境下宽容的表现及其演进

尽管东西各国对宽容的意蕴具有不同的诠释,语义和语境也不同,但实际上殊途同归。

(一) 中国古代忠恕观念的语义及其政策化

《尚书·大禹谟》中指出:“宥过无大,刑故无小。罪疑为惟轻,功疑惟重。与其杀不辜,宁失不经。好生之德,洽于民心。”这是中国古代最早系统论述并且在今天仍熠熠生辉的刑罚宽容思想。它不仅是在实体和程序、个案与整体冲突时的一项司法选择,不仅是一个立法的基本出发点,更是一个富有魅力的统治理念。

但是在法家的统治政策中,虽然理论上讲以刑去刑,但刑罚实际上并不宽容。这首先表现为崇拜刑法。“故以刑治则民威,民威则无奸,无奸则民安其所乐。以义教则民纵,民纵则乱,乱则民伤其所恶。吾所谓刑者,义之本也,而所谓义者,暴之道也。”^{〔3〕}“重刑,连其罪,则民不敢试。民不敢试,故无刑也。夫先王之禁,刺杀,断人之足,黥人之面,非求伤民也,以禁奸止过也。故禁奸止过,莫若重刑。刑重而必得,则民不敢试,故国无刑民。国无刑民,故曰:明刑不戮。”^{〔4〕}根据《商君书》的记载,“严刑”主要体现在:其一,重刑轻罪。“行罚,重其轻者,轻者不至,重者不来,此谓以刑去刑,刑去事成;罪重刑轻,刑至事生,此谓以刑致刑,其国必削。”^{〔5〕}其二,刑于将过。“刑加于罪所终,则奸不去;施赏于民所义,则过不止。刑不能去奸,而赏不能止过者,必乱。故王者刑用于将过,则大邪不生;赏施于告奸,则细过不失。”^{〔6〕}其三,酷刑扩张。“夫先王之禁,刺杀、断人之足、黥人之面,非求伤民也,以禁奸止过也。”^{〔7〕}其四,连坐被过分重视。连坐可以说是国家刑事政策追求绝对化的显著体现或者说不宽容的极端表达。《商君书·禁使》指出:“故治国之制,民不得避罪,如目不能以所见遁心。今乱国不然,恃多官众吏。吏虽众,同体一也。夫同体一者相不可。且夫利异而害不同者,先王所以为保也。故至治,夫妻、交友不能相为弃恶盖非,而不害于亲,民人不能相为隐。上与吏也,事合而利异者也。今夫驺、虞以相监,不可,事合而利同者也。若使马焉能言,则驺、虞无所逃其恶矣,利异也。利合而恶同者,父不能以问子,君不能以问臣。吏之与吏,利合而恶同也。夫事合而利异者,先王之所以为端也,民之蔽主,而不害于盖。贤者不能益,不肖者不能损,故遗贤去知,治之数也。”治国之道在于让民众无法隐瞒罪过,就像目之所见必了然于心一样。于是,在法网如凝脂之后,执法无孔不入就是一个重要追求。如何做到犯罪无可遁形呢?商鞅的结论竟是“民人不能相为隐”,必须通过刑罚打破利益堡垒,于是连坐制度成为一个重要选项。

这种不宽容的刑事法治很快作为独立的制度破产了。作为一种反思性的结果,宽容的理念被重拾,忠恕思想被复兴。

忠恕被奉为孔子仁学思想中一以贯之的理念,其不仅归纳了人与人之间相处的基本道德准则,更是阐明了社会关系处理的基本戒律。关于“忠恕”的基本内涵,《论语·卫灵公》

〔3〕 《商君书·开塞》。

〔4〕 《商君书·赏刑》。

〔5〕 《商君书·靳令》。

〔6〕 《商君书·开塞》。

〔7〕 《商君书·赏刑》。

曾有记载：“子贡问曰：‘有一言而可以终身行之者乎？’子曰：‘其恕乎！己所不欲，勿施于人。’”所谓“恕”，就是“己所不欲，勿施于人”。《论语·雍也》也表达了类似的内容：“子贡曰：‘如有博施于民而能济众，何如？可谓人乎？’子曰：‘何事于仁！必也圣乎！尧舜其犹病诸！夫仁者，己欲立而立人，己欲达而达人。能近取譬，可谓仁之方也已。’”朱熹《论语集注》在对“忠恕”注释时指出：“尽己之谓忠，推己之谓恕。”并且还引程子的话说：“以己及物，仁也；推己及物，恕也。”也就是说，对于“忠恕”一词可以从以下几个方面进行理解：

其一，如果说“忠”是“尽己”，是对自我行为的一种约束，“恕”则是推己及物，是对于他人行为的包容。不仅于此，“博施于民而能济众”，说明这一原则不仅仅是处理人际关系的准则，还可以被引申为一种社会行为的准则。《中庸》在说明了常人之道后，又言及关系的互动性，即：“所求乎子，以事父”。“吾欲子之孝我，吾亦以孝父。”“所求乎臣，以事君。”“所求乎弟，以事兄。”“所求乎朋友，先施之。”这里包含了父子、兄弟、朋友、君臣之间的关系，此“君子之道四”都是从“忠恕”引申而来。

其二，《中庸》认为：“忠恕违道不远，施诸己而不愿，亦乎施于人。”由此可见，“忠恕”是统一的，而“恕”亦可包含“忠”。也就是说，恕是一种人文理念，忠则表现为一种具体的处理方法。

其三，“己所不欲，勿施于人”的另外一个侧面可以理解为“则己所欲，必有当施于人”。亦可理解为“与人忠恕”。

第四，“忠恕”是仁学思想基本的、核心的宗旨，是“爱人”的体现。爱人与爱己是统一的，爱人是爱己的必然结论。例如，《论语·乡党》中记叙了这样一个故事：“厩焚，子退朝，曰：‘伤人乎？’不问马。”关注人的命运实际上就是关注自身的命运。

关于忠恕之道的意义，南宋陈淳《北溪字义》（卷上·忠恕）专门进行了分析：“然恕道理甚大，在士人，只一门之内，应接无几，其所推者有限。就有位者而言，则所推者大，而所及者甚广。苟中天下而立，则所推者愈大。如吾欲以天下养其亲，却使天下之人父母冻饿，不得以遂其孝；吾欲长吾长、幼吾幼，却使天下之人兄弟妻子离散，不得以安其处；吾欲享四海之富，却使海内困穷无告者，不得以遂其生生之乐。如此便是全不推己，便是不恕。”忠恕的论定不再简单纠缠于人际关系之间，而是“就有位者而言”，从而道出了忠恕的实质：“圣人之忠便是诚，更不待尽。圣人之恕便只是仁，更不待推。”

仁爱与宽容之所以成为“有位者”、“圣人”的道德义务，这并不难理解。因为只有掌握了权力、资源或者说处断权力的时候，才往往具有宽容的资格。所以，宽容既是前述的“禁欲主义的结果”，有时也被人认为是“奢侈品”。〔8〕

在忠恕思想的指引下，法治理念具有宽容的色彩，尤其是在法律伦理化之后，宽容的理念蹒跚起步，开始为权力所认可，而这一标准又因为与伦理结合，形成了拟人化权力思想中的道德定律（尽管也许并不是完全意义上的）。而后，作为权力的体现者，不论是基于外在职责和行为的规范约束，还是心中道德律的指引，“衙斋卧听萧萧竹，疑是民间疾苦声”。〔9〕宽仁、慎刑作为法制实施的指导思想似乎成为一种必然。

慎刑来源于宽和、仁爱的思想，宽爱根植于伦理普适化。“四方有败，必先知之，此之谓民之父母矣。”蔡元培先生也指出：“一家之中，父为家长……以是而推之于宗族，若乡党，以

〔8〕 [美]房龙：《宽容》，时峰译，西苑出版社2009年版，“后记：但是这个世界并不幸福”。

〔9〕 源自郑板桥《潍县署中画竹呈年伯包大中丞括》一诗。

及国家。君为民之父,臣民为君之子……”^[10]权力者被定位为类似于家长的角色,在多数时候被国人引申为一种特权,但也未尝不可引申为一种天然的责任和义务。因为在多数时候,在伦理规范中,父母给予孩子更多的是爱和保护,而不是索取、特权和残暴。

如果说在法家那里,民众是羔羊,在儒家那里,大众就是子民,是社稷。这种观念在历代画策中体现得尤为明显。唐代张说的“文苑科策”就认为国家刑权力必须克制:其一,施政要术在于“因人以立法,乘时以设教,以义制事,以礼制心。”应该重视教化的作用,而不是通过苛政树立权威。其二,“政犹水火,刑譬阴阳,顷者三监乱常,有司既纠之以猛;於今四罪咸服,陛下宜济之以宽:明肆赦之渥恩,安万人之反侧,布深仁於罗鸟,收至察於泉鱼,岂不大哉!天下幸甚。”为政的精髓在于宽厚和仁义。其三,刑法的作用是有限的。“刑在必澄,不在必惨;政在必信,不在必苛。”用刑在于清明而不在于惨烈,施政重在信誉而不在于苛刻和残酷。其四,“典谟之政,参详适中;上庠之礼,大学之义,施用为切。”^[11]显然年轻的张说完全就是儒家忠恕思想的追随者,而其对刑事政策内敛要求的解说无疑与宽容的内容异曲同工。

然而,随着后来儒家思想逐步被礼教化或者说儒家思想原教旨化,宽容的理念很多时候得不到真正贯彻。尤其是在社会对抗非常激烈的时期,人们则更是相信“只有成为战胜者才能成为人道主义者”。宽容的理念被束之高阁甚至被视为蔽履。

(二)西方宗教和司法领域宽容的步伐及其理论演进

在西方,对宽容与人道的理解走过了一段较为复杂的历程,而这在很多时候是与宗教宽容以及刑法宽容联系在一起的。“宽容被理解为一种态度或一种心境,它描述了某些潜在的价值。首先是反映16世纪、17世纪宗教宽容起源的价值,它纯粹是为和平而顺从地接受差异性。人类长年累月地相互残杀,但幸运的是人瘦马乏,不愿恋战,我们把这种心情称之为宽容。”^[12]然而,无论是在东方世界,还是西方世界,教义或思想本身都不能给人带来一个充满宽容和友善的世界。尤其是本应强调爱和宽容的宗教在与政治结合之后往往都现实化为一种极度的不宽容。西方教会同样曾演化为超越世俗政权的力量,曾经成为非人道的暴力迫害的工具。

其中最为著名的表现是法国围绕《南特敕令》这一法令展开或诱发的斗争。南特敕令是法国国王亨利四世于1598年4月13日在布列塔尼的南特城颁布的一条敕令。该敕令也是世界上第一份有关宗教宽容的敕令,其根本目的是为了平息天主教徒与胡格诺教徒之间的“宗教战争”。然而到了1685年,路易十四颁布《枫丹白露敕令》,废除南特敕令,宣布基督新教非法,胡格诺教徒开始遭到来自宗教、官方和民间的大肆迫害,不宽容的法制开始肆虐。塞缪尔·斯迈尔斯在《信仰的力量》一书中对其进行了多角度的记载和分析,其中最为典型的一个案件也是引发这一不宽容法制最终破产的是让·卡拉斯案。“法国朗葛多克地区的图鲁兹64岁的商人叫让·卡拉斯,他是个虔诚的新教徒,他一家除了一个儿子信奉天主教外都信奉新教。他的另一个儿子,由于生活不检点,加之遇到了钱财方面的问题,1761年

[10] 蔡元培:《中国伦理学史》,东方出版社1996年版,第7页。

[11] 《全唐文》(卷二百二十四)。张说的思想如果放置于后世或者说平和的时期原也不足为奇。但是这样的答卷是在垂拱四年这样的岁月里,是武则天“大杀唐宗室,流其幼者于岭南”(《新唐书·则天后本纪》)的则天“革命”的严峻时期。张说在殿试中鼓吹“济之以宽”,主张大赦,尤其是抨击酷吏政策是需要勇气的。而武则天虽说认为其对策天下第一但未有甲科而评为二等可能具有做秀的成分,但确实显示了不拘一格的气魄。

[12] [美]迈克尔·沃尔泽:《论宽容》,袁建华译,上海人民出版社2000年版,第10页。

10月13日晚,在门柱上悬梁自尽。这一事件,由于天主教徒的挑唆,人们心中激发起了对这个新教家庭强烈的愤怒。修道士们宣称是因为儿子意图皈依天主教而将他谋杀的,他们散布消息说,新教徒如果自己的子女有意改变信仰,他们习惯的做法就是将其处死,而他们在荒漠中举行的那些聚会,就是为了挑选一个人来执行这样的使命。此后,天主教徒们为自杀者举行了弥撒,还将他的尸体示众,并把棕榈树枝放在他的手心,给与死者殉道者的礼遇。”^[13]最终让·卡拉斯被送上图鲁兹的法庭,狂热的法官大卫(后来真的变疯狂了,在疯人院中了却残生)对卡拉斯家人使用酷刑进行审讯,逼迫他们承认谋杀,尽管法庭并没有能够拿出证据证明且被告人拒绝认罪,但还是以8:5的投票结果判处卡拉斯车裂,图卢兹议会对于判决也予以确认。同是1672年,还发生了另外一个类似案件:西尔旺是法国的胡格诺教徒,他的一个女儿自杀,天主教徒指控他为凶手。西尔旺被迫逃往瑞士,但图卢兹法院还是缺席判决他死刑。^[14]

卡拉斯的遇害及其家人的不幸引起了伏尔泰的震惊,尽管伏尔泰是一个无神论者,尽管其对胡格诺教派并无好感,但是一种不宽容的政策所导致的专横残暴和愚民后果却使他无法容忍。他四处奔走,不断给欧洲各国的君主们写信。最终在伏尔泰身边逐渐形成一股伸张正义的洪流,卡拉斯案由此也成为轰动全欧的重大事件。1766春天,卡拉斯被执行死刑4年之后,特别法庭撤销了原判决。西尔旺则由于伏尔泰等人的奔走,最终被宣布无罪。卡拉斯案件只是大规模不宽容的一个缩影。法国在废除《南特敕令》后,“据信超过100万的法国人要么逃离路易十四的王国,要么被屠杀、监禁,或者就被送往他们想方设法从中逃跑的海船上服苦役。”^[15]卡拉斯案件的推翻又是不宽容法制被推下圣坛的一个标志,在此之后,人们开始清算这种迫害。卡拉斯案件甚至成为法国大革命的一个诱因。“终于路易十六对他们颁发了宽容敕令,这距离路易十四废除南特敕令刚好100年了,然而这一举措被证明对国王来说是来得太迟了,对法国来说则是来得太晚了,法国早已被路易十四及其耶稣会顾问的不宽容毁掉了。”^[16]

卡拉斯之死是宗教不宽容的结果,宗教不宽容往往滑向司法不宽容的泥沼,表现为以审判权为核心的国家权力对待权利的一种不宽容,进而导致了不人道的后果。

如果说上述事件虽然最终落实为司法不宽容,但主要还是与宗教不宽容有关,那么近百年后的“德雷福斯事件”^[17]则完全体现了司法不宽容和不人道。种族歧视和不宽容是政府非人道思想的极端体现。左拉认为:“对反犹太分子,我们决不能轻饶,巴拿马丑剧也在我们这里发生。可悲的德雷福斯案件就是他们的杰作,……几年来,他们每天早晨向人民灌

[13] [英]塞缪尔·斯迈尔斯:《信仰的力量》,北京图书馆出版社2000年版,第228页。

[14] 参见[法]雷吉娜·佩尔努:《法国资产阶级史》(下册),康新文等译,上海译文出版社1991年版,第250页。

[15] [英]塞缪尔·斯迈尔斯:《信仰的力量》,第3页。

[16] [英]塞缪尔·斯迈尔斯:《信仰的力量》,第4页。

[17] 阿尔弗勒德·德雷福斯出身于阿尔萨斯一个犹太血统的纺织资本家家家庭,任法国陆军总参谋部见习上尉军官。1894年12月,在没有确凿证据的情况下,军事法庭以间谍罪秘密判处德雷福斯无期徒刑。具有重大犯罪嫌疑的艾斯特拉齐反而被认定无罪。横蛮无理的判决,激起了知识界的愤怒。1898年1月13日,著名作家左拉在《震旦报》上,以《我控诉》的通栏标题,发表了致共和国总统的公开信。1898年7月,他也因为所谓的诽谤被判处1年监禁。1899年8-9月,军事法庭经过一个多月的辩论,仍然以5:2票的多数肯定德雷福斯有罪,但迫于形势,改判为10年徒刑。判决引起了近20个国家的示威抗议。上任不到一年的卢贝总统只得宣布赦免德雷福斯。“这种特赦是痛心的,一想到本该得到正义,而给的只是怜悯,真叫人恼火透了。”([法]亨利·特罗亚:《正义作家左拉》,世界知识出版社1999年版,第254页)1906年,最高法院不得不重审此案,宣判德雷福斯无罪。但制造冤案的真正罪犯,仍然逍遥法外,无一受到惩处。

输,他们是一伙职业的下毒犯,而最冠冕堂皇地是他们假借道德和耶稣的名义,说是为了复仇,为了正义。”^[18]

然而社会总是对宽容十分吝啬,宽容总是在付出沉重的代价之后才会迎来应有的尊重。二战结束之后,宽容再次得到了珍视。这就是相对主义法哲学所强调的尊重与包容。在此背景之中,宽容是从对立开始,以达成妥协为结束。如果没有对立就谈不上妥协。如果没有妥协就谈不上民主和宪政。美国宪法的诞生过程中,“参与立宪的利益(或利益集团)是多元的,立宪的过程必然是一个协商和妥协的过程,由此产生的宪法必然是一个多元利益相互妥协的产物。”^[19]而在不宽容的社会,权力往往伴生的就是无处不在的刑罚阴影,国家刑罚权的不断扩张。

德国学者阿图尔·考夫曼非常注重宽容在法治过程中的意义,这同样是痛定思痛的结果。因为经历了纳粹暴政的冲击,其法哲学中充满了一种反思性,对相对主义的法哲学有深刻的阐释。对于具体的宽容问题,“从法政治上,个人自我负责的自由方案是法律无涉之领域模式的支点。考夫曼从个体出发来思考国家和法律。他忧心忡忡地关注着国家干预权限的扩大和宽容的自由权的限制,诸如在刑事程序中干预基本权这一趋势。宽容是其晚期著述中的主要论题。考夫曼不仅教导着而且还实践着宽容,宽容不是在冷淡的放任允许意义上,而是在有意抉择意义上,承认其他科学的和世界观的权利。宽容也是这样一种认识的结果:一切人道价值处在暴政的危险之中,因为暴政被指责为具有专断性要求。最后,宽容是意识形态批评的结果,是对错误的自我确信进行开明的摧毁之结果。”宽容应当体现在具体的司法政策和司法活动中,主要体现为对于司法者自我确信进行的一种“开明摧毁”,因为“明确解说主观的和非理性决定因素的不可避免性,所以宽容尤其显得十分必要。”^[20]

二 宽容是刑事法治中对权力的道德要求

(一) 宽容是国家权力运作合乎道德的重要标准

只有宽容或容忍,自由才有充分生长的空间,可以说宽容是自由之母。美国思想家沃尔泽认为宽容涉及到人的基本安全,他说:“宽容维护生命本身,因为迫害致死的事时时发生;他也维护共同生命,亦即我们生活的不同社区。宽容使得差异性存在,差异性使得宽容成为必要。”^[21]章士钊在其论文《政本》中指出:“为政有本,本在何?曰在有容。何谓有容?曰不好同恶异。”^[22]一项决策的制定必须包含着一定的包容性,这是和谐政治的基本要求。只有在专制的状态下才必然诉诸于“壹教”^[23]而且这样的壹教最终会与权力本身合拍。在古代中国,无论法家治国还是礼教社会,基本上都摆脱不了壹教的色彩。这样的法治就外化为一种对宽容的贬损。明清时期出现的“文字狱”现象实际上就是壹教不宽容思想的产

[18] 转引自[法]亨利·特罗亚:《正义作家左拉》,世界知识出版社1999年版,第254页。

[19] 王希:《原则与妥协:美国宪法的精神和实践》,北京大学出版社2000年版,第7页。

[20] [德]U·诺伊曼:《纪念考夫曼》,郑永流译,http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=16194,最后访问时间:2005年2月8日。

[21] [美]迈克尔·沃尔泽:《论宽容》,第2页。

[22] 转引自虞崇胜:《论政治文明的内在灵魂》,《湖北行政学院学报》2003年第5期。

[23] “壹教”是《商君书》中提出的法家强调思想专制的一个术语。

物。康熙年间,先后发生过 20 多起文字狱,期间最为著名的是庄廷龙《明史》案。^[24] 雍正年间,有案可查的近 20 起。乾隆年间,文字狱更是多达 100 多起。在这些文字狱中,绝大多数并没有非常明显的反清意识,也没有传播反清思想。一些人只是抒发对于现实境遇的不满,一些人只是表达对前朝的眷恋,更多的则是被穿凿附会,正如鲁迅在《且介亭杂文》中所说:“大家向来的意见,总以为文字之祸是起于笑骂了清朝,然而,其实是不尽然的。有的是卤莽;有的是发疯;有的是乡曲迂儒,真的不识忌讳;有的则是草野愚民,实在关心皇家……”文字狱是政治不宽容所派生的思想不宽容,是政治不宽容导致的司法不宽容。不宽容直接导致社会万马齐喑。虽然其直接表现为对一部分人的不宽容,但作为一种政治生态,必然表达为一种普遍的形式。从这个意义上说,权力的宽容绝不仅仅是一个手段怀柔的问题,而是一个统治的政治诉求。

政治诉诸宽容是否意味着对罪恶的放任呢?答案当然是否定的。宽容不是没有底线的或者说漫无边际的。宽容不是对于罪恶的放任,宽容的敌人是不宽容所导致的罪恶。

(二) 宽容是法权运作中的道德义务

鲁迅先生在 1919 年 11 月 1 日《新青年》第 6 卷第 6 号发表《暴君的臣民》一文中诉说了封建暴政与不宽容之间的关系。所谓宽容,首先的要求就是推己与推人,而封建暴政仅仅表现为对自己宽容。权力对他人的不宽容蔓延为整个社会的不宽容情绪。“只愿暴政暴在别人的头上,他却看着高兴,自己的本领只是‘幸免’。”所以,愚昧导致不宽容,不宽容导致愚昧。反过来说就是,封建暴政必然是体现为一种不宽容的制度,不宽容的结果就是导致思想被禁锢。

从历史发展来看,人类的发展是从蒙昧走向文明的过程,是一个从专制走向民主的过程,也是从不宽容走向宽容的过程。宗教改革、启蒙运动乃至资产阶级兴起都包含了为争取宽容而斗争的内容。我国的改革开放也是一个不断走向宽容的过程。法律的不断健全和完善更是一个逐步将宽容法定化的过程。

人类社会发展到今天,仍然在为建立一个宽容和谐的社会努力着。国际社会相继通过了《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会、文化权利国际公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《防止及惩治灭绝种族罪公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、《消除基于宗教或信仰原因的一切形式的歧视宣言》等,这些呼吁的提出和规则的制定,都体现了宽容精神。

联合国决定 1995 年为国际宽容年。1995 年 11 月 16 日,联合国教科文组织通过了《宽容原则宣言》,宣布每年 11 月 16 日为“国际宽容日”。《宣言》虽然不是法律,但可以认为是一种权力的道德宣示。

宣言首先对于宽容的原因进行了申明:“对于目前直接针对民族、宗教和语言上属于少数群体者、难民、移徙工人、移民和社会中易受伤害群体的不宽容、暴力、恐怖主义、仇外情绪、挑衅性的民族主义、种族主义、反犹情绪、排斥、社会边缘化和歧视现象以及对于行使其

[24] 该案发生于顺治十八年(1661)至康熙二年(1663)间。湖州人庄廷龙出钱购买了朱国祜未完成的《明史》稿,后召集名士,进行重新整理,增补了明末崇祯和南明的历史部分,命名为《明史纪略》。后因所增补内容涉及清朝统治的内容遭到举报,最终重辟 70 余人,凌迟 18 人,庄廷龙也被戮尸。

言论自由权利的个人施加暴力并进行恐吓的行为的增多表示震惊,所有这些行为威胁到国家与国际和平与民主的巩固,对发展构成严重的障碍。”在《宣言》中,明确指出了宽容的基本意蕴:“宽容不仅是一种道德上的责任,也是一种政治和法律上的需要。宽容,这一可以促成和平的美德,有助于以和平文化取代战争文化。”宽容的义务是道德层面的,更应该是政治和法律层面的。

《宣言》还指出:“宽容不是让步、俯就或迁就。宽容首先是以积极的态度承认普遍的人权和他人的基本自由。在任何情况下都不可以宽容来证明侵犯这些基本价值是有道理的。宽容是个人、群体和国家所应采取的态度。”“宽容是一种确认人权、多元化包括多元文化、民主和法制的责任。它摒弃教条主义和专制主义并确认国际人权文件所提出的标准。”“宽容与尊重人权是一致的,它既不意味着宽容社会不公正行为也不意味着放弃或动摇人们各自持有的信仰。宽容是指人们可自由坚持自己的信仰,并宽容他人坚持自己的信仰。宽容是指接受事实,即人在相貌、处境、讲话、举止和价值观念上天生不同,但均有权利按其本来之方式和平生活。它也意味着人之观点不应强加于他人。”这里不仅对宽容的基本内涵进行了清晰说明,而且还明确对那些认为宽容就是纵容、就是迁就的观点进行了否定。因为这里所说的宽容是建立在承认人权和各自自由基础上的宽容。所谓的不宽容是针对人权和自由的一种侵犯行为而言的。这也印证了我们前面所说的那句话,宽容是自由之母。

最为重要的是,宣言指出了宽容的实现方式和途径,即将宽容与法律活动结合在一起。对此,《宣言》在第 2.1 条明确指出:“国家一级的宽容有赖于公正和无偏见的立法、执法和司法以及行政程序。它还要求使每个人在没有任何歧视情况下获得经济与社会生活的机会。排斥和社会边缘化可能导致失意、对抗和疯狂。”第 2.2 条规定:“为实现一个更加宽容的社会,各国应批准现有国际人权公约,并拟定必要的新的立法,以确保社会中所有群体和个人享有平等的待遇和机会。”

无论是《宣言》的形式上还是内容上,显然都将宽容作为一种道德义务束缚在国家权力的身上。

(三) 宽容是国家权力克服自身“致命的自负”的要求

随着人类认识能力的不断提高,社会的发展似乎经历了一个从自卑到自负的过程。从最初的自然崇拜、万物有灵、听命于自然,到逐步摆脱自然的束缚并希望征服自然,在知识扩张的同时,人类自负的膨胀也如影随形。正如哈耶克在《致命的自负》一书中认为的,自从启蒙时代以来,人类在自然科学和技术的运用上有了天翻地覆的变化,隐藏着一个巨大的潜在危险,即每个科学领域所取得的成就,都在对人类的自由不断形成一种威胁,这是因为它加强了人类在判断自己的理性控制能力上的一种幻觉,即他所说的“致命的自负”。在他看来,一切打算对整个社会实行计划的企图,不管它们是出于何种高尚的动机,都是建立在这种危险的知识自负上。因此和许多人的看法相反,“哈耶克一再声明,分歧并不是出于意识形态或价值选择的对立,而是由于事实判断上的不同——问题不在于计划经济所设定的目标在道德上是否可取,而是用它所倡导的办法能否达到这些目标。”^[25]

哈耶克这样的观点也为国家权力的有限性理解提出了一个新的解读方式。

从社会普遍认知来看,权力约束理论已经几近成为妇孺皆知的公理。作为权力的操控

[25] [英] F·A·哈耶克:《致命的自负——社会主义的谬误》,冯克利译,中国社会科学出版社 2000 年版,“译者的话”。

者,在使用权力的时候必然具有一种为自己谋利的冲动,所以权力的行使必须受到外在的制约,尤其是法律的制约。但是在哈耶克那里,则展现了一种不同的论述路径:“站在这一立场,我们不必再单纯以性恶论或‘权力导致腐败’之类的传统判断来解释限制权力的必要。我们不妨假设人性本善,由此使限制权力的必要失去根据。”^[26]但利他主义只能以某种有限的方式在一些小团体中有可能行得通,如果用强制手段把整个团体的行为限制在这种目标上,会使每个成员之间相互合作的努力受到破坏,因为“相互合作的团体的成员的大多数生产活动一旦超出个人知觉的范围,遵守天生的利他主义本能这种古老的冲动,就会实际阻碍更大范围的秩序的形成。”^[27]这就是说,尽管行使权力的人动机十分高尚,但由于他无法掌握并根据变动不息的信息分别做出决定,因此他不能为目标的重要性等级制定出一个公认的统一尺度。所以,即使是一心为民造福的权力,也往往心有余力不足。所以,哈耶克认为:“一切道德体系都在教诲向别人行善,……但问题在于如何做到这一点。光有良好的愿望是不够的。”^[28]国家权力“如果严格地只去做那些对具体的他人明显有利的事情,并不足以形成扩展秩序,甚至与这种秩序相悖。市场的道德规则使我们惠及他人,不是因为我们愿意这样做,而是因为它让我们按照正好可以造成这种结果的方式采取行动。扩展秩序以一种单凭良好的愿望无法做到的方式,弥补了个人的无知,因而确实使我们的努力产生了利他主义的结果。”^[29]

无论是权力为恶还是权力为善的理论,最终必然都是殊途同归,即国家权力必须受到限制,国家权力不具有可推定性。那么权力有限性的结论与政策宽容是什么样的关系呢?那种受目标统治的秩序与没有共同的具体目标的无数人所组成的开放社会,显然不是相容的。简单来说,就是“自负”和“宽容”此时是反义词。自负的决断必然蕴含着一种不信任和不宽容。必然是对其他知识的否定,只有以“用抽象规则代替共同的具体目标”,^[30]尊重他人的自由,承认价值的多元化,才能使得权力有效地运作下去。

在权力运作的领域,历史和现实也都证明了这种自负的结果与初衷并不相符。如果权力总是带有一种自负,无视宽容的义务,则即便是在立法和制定政策的时候雄心万丈,结果也可能事倍功半。

三 刑事法治领域权力宽容的价值——司法与立法的互补

(一)司法宽容为法律规范的突破寻找合理性

刑事司法作为法律授权之后司法者权力实现的过程,人道主义已演变成为司法的基本价值和司法的道德性情。其之所以重要,主要在于:刑事法制是规范的,而现实发生的事件所体现的正义和公平却往往并不一目了然;刑事法制是稳定的,而现实的发展却是日新月异。因此,仅仅依靠法律的基本原则和规范往往并不能真正体现法治的精髓,有时刑事法制的过度适用甚至会导致法治走向公平和正义的反面。我们在反对刑事司法对刑事法制的积

[26] [英]F·A·哈耶克:《致命的自负——社会主义的谬误》,冯克利译,“译者的话”。

[27] [英]F·A·哈耶克:《致命的自负——社会主义的谬误》,冯克利译,“译者的话”。

[28] [英]F·A·哈耶克:《致命的自负——社会主义的谬误》,冯克利译,“译者的话”。

[29] [英]F·A·哈耶克:《致命的自负——社会主义的谬误》,冯克利译,“译者的话”。

[30] [英]F·A·哈耶克:《致命的自负——社会主义的谬误》,冯克利译,“译者的话”。

极突破的同时,也认为对刑事法制的消极突破在很多时候是十分必要的,这既是一个根本价值取向的问题,也是一个问题的两个方面。因为积极突破是对罪刑法定原则的一种违背,而消极突破则会体现刑法的一种博大胸怀,防止刑法的恣意非为。

所谓司法宽容就包含着这种消极突破,这主要表现在:首先,在司法者能够通过非刑事手段解决纠纷而不至于冲击社会基本的公平正义信念的时候,应当尽量不采用刑事制裁的方法解决问题,譬如轻微刑事案件的和解。其次,对于社会发展中新出现的现象应当本着罪刑法定原则的基本要求,尽量避免通过扩张解释,将行为犯罪化。或者说,在法条规定比较模糊同时又不违背体系性解释的前提下,可以做出有利于被告的扩张解释。其三,虽然刑法的基本规范并未变更,但是在现实中对于该刑法规范已经倾向于否定或者其合理性开始松动的时候,对于该刑法规范的适用应当谨慎。其四,对于刑法中一些实定的但是明显的违反公正、侵犯人权或违背人道的规范,应该通过司法手段来加以控制适用,甚至可以不惜将其虚化。譬如,死刑的司法控制就忠实体现了这样的精神。再譬如,《刑法》第 306 条规定的辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪在适用的时候,对于某些妨害作证的行为就应当做出合理的适用控制。

在当前谈及宽容乃至在谈及宽严相济刑事政策意义的时候,很多观点认为司法宽容的意义在于有助于化解社会矛盾,减少社会对抗。这实际上低估了宽容的意蕴,低估了宽严相济刑事政策中“宽”的一面的意义。

固然,在讲求宽容的时候,通常的动机或者相应的结果是社会矛盾的化解。但不可避免的问题是:刑法的适用时时刻刻至少面临着两对主要矛盾,即国家权力与被告人的权利维护之间的矛盾、被害人乃至整个社会情感与被告人的犯罪行为的可谴责性之间的矛盾。正是有这两对矛盾的存在,在一些刑罚裁量过程中宽容并不必然带来社会对抗的减少。国家权力与被告人的权利之间的矛盾决定了宽容的结果势必是对被告人及其犯罪行为的宽容,而对被告人及其犯罪行为的宽容,在涉及到某些刑法规范或者某些特殊案件的时候,往往会激发社会矛盾的产生,导致司法者、被告人、被害人和民众以及知识者之间盘根错节的对抗关系。

譬如,近年来我国台湾地区关于死刑存废问题的研讨就涉及到这样一个问题。台湾地区自 2006 年开始,尽管刑法中明确规定了死刑但却没有执行过死刑,时任法务部门负责人施茂林拒绝签署死刑执行命令。后任的法务部门负责人王清峰女士一样坚持废除死刑,也拒绝签署执行命令,以至于累积 44 名定讞的死刑犯未予执行。2010 年 3 月,王清峰写了一封题为《理性与宽容——暂停执行死刑》的公开信,强调宁可下台,也绝不签署批准一件死刑案件执行。王的言论遇到了社会各个层面的猛烈攻击。多年以前女儿遭到绑架并被杀害的知名电视节目主持人白冰冰公开质疑,并且呼吁民众“五都选举”时用选票加以制裁。台湾《联合报》民调显示,台湾有 74% 的民众反对废除死刑。台湾社会为了是否应该执行死刑的争议而沸腾,在民间强烈反弹的状况下,王清峰请辞。最终台湾地区领导人马英九先生就认为,废除死刑是长远目标,但不是目前的主流民意。他虽然不赞成死刑,但也曾签署执行了 70 多名定讞的死刑犯,他强调,官员必须依法行政。^[31] 作为个人的马英九与作为官员的

[31] 参见罗晋海:《马英九称废除死刑非台湾当前主流民意》,新华网, http://news.xinhuanet.com/tw/2010-03/12/content_13154186.htm, 最后访问时间:2010 年 3 月 14 日。

马英九对死刑的矛盾心理跃然纸上。

王清峰之所以拒绝签署定讞的死刑,是因为她认为宽容已经成为司法的一种基本价值和道德性情。这在其《理性与宽容——暂停执行死刑》一文中得到了主要体现。她认为:

“死刑也是最残酷的刑罚。政府应带头尊重生命,并教育民众尊重生命。孔子说:‘不教而杀谓之虐’,是论语所谓之四恶之一。无论是学校,还是监狱,永远不能放弃教化。……死刑的存在,不但没有遏阻犯罪的作用,反而有使人民残忍化的不良后果。当我们的经贸拥抱全世界的同时,希望在死刑的议题上,也可以跟得上时代潮流。让宽容的力量大于复仇的怨恨,让理性说服心理上的恐惧。”^[32]

在这一争议过程中,拒绝签署死刑命令的理由是理性和宽容,但理性是知识者思考问题的一个基本素质和状态,只是一个前提;而宽容则属于一种价值观,且对于判断结果直接关联。也就是说正是在宽容理念的支配之下,王清峰女士最终拒绝签字,即使辞职也在所不惜。^[33]

结合上述事件,我们还可以对宽容的结果做出解读。不宽容必将带来不和谐(而且这一不和谐往往可能是长期的、隐性的、影响深远的),但是宽容有时并不一定会导致社会矛盾的化解、导致纠纷的解决,恰恰相反,也可能会引起一种对抗和反叛。这种对抗直接表达为宽容与合法性的抵触。宽容希望达成和解(有时和解甚至是目标),但如果仅仅将和解作为目标,则宽容就会失去了存在的意义,公正和人道也就被抛弃了。

在中国大陆,死刑问题也反映了类似特征,即司法宽容表现为中和法律规范并为法律规范的突破提供可能。《刑法修正案(八)》废除包括盗窃罪在内的13个罪名的死刑之所以是水到渠成或者说没有产生不良反响,表面原因是因为这13个罪名很少适用乃至不用死刑,深层原因是长期以来刑事司法的自我约束。这为我们指明了中国大陆废除死刑的努力方向——我们需要做的工作是通过司法的宽容和克制为立法废除死刑进行思想和现实的准备。

(二) 宽容还能够促使立法与司法的和谐

宽容的真正意义在于:单纯依靠法制制约权力毕竟是有限的,因为法律本身是静止的,即使规范可以被制作得滴水不漏,但徒法不能以自行,法律只要由人来操作和执行,就存在着曲解规范的可能性。正如王清峰女士的公开信中开头所说,死刑的标准乃至判决永远和裁决者个人的观念联系在一起。既然缺乏一种明确的标准,则无论是从平等的角度,还是从公正的角度来说,宽容必然成为司法诉求。

宽容有其独特的价值目标。尽管中西方公认的司法核心价值在于公正,但随着价值多

[32] 王清峰:《理性与宽容——暂停执行死刑》<http://conglinhebianfu.i.sohu.com/blog/view/145749037.htm>,最后访问时间:2011年11月5日。

[33] 当然,这一事件争议的焦点除了对待死刑的态度之外,还在于王清峰是否渎职。如台湾《联合报》评论文章就认为:“王清峰曾是‘人权律师’,推动废除死刑的努力令人敬佩;但如今身为‘法务部长’,若仍只是‘主张’反对死刑并‘坚持’不执行,显然是不够的。若反对死刑,应该做的,是以积极态度推动废除死刑的立法工作,并让民众相信社会安全秩序不会因废死刑而打折,才是根本之道。毕竟,这是法制的问题,而不只是个人信念问题。”“台湾最近4年均未曾执行死刑。从陈定南任内起,经施茂林到王清峰,皆以‘不执行’的手法处理死刑犯问题;严格来说,这都是避重就轻的作法。律法既有死刑条文,司法官又已依法审理判决定讞,却在‘法务部长’一关受阻无法执行,这是枉法行为,也是行政怠忽。基于对生命的珍惜,不执行死刑,悲悯之心当然可以理解;但从维护法治的立场议议,如何逐步在法制上构筑落实废除死刑的阶梯,恐怕要比依恃个人信仰或行政操作来得合理。”《死刑存废争议引发的思考》,《联合报》2010年3月11日,“社论”。

元化、社会进步和法治发展,效率、权威等价值也已逐步得到认同。事实上,宽容的贡献恰恰在于进一步解决争议的合理分配问题,并蕴含着更加丰富、现实、高效、权威的公正。宽容追求的是全面公正性,这恰恰是其他法治价值所不能替代和表达的。

在刑事法治领域,刑法规范作为权利保障和社会公正的最后防线,最应体现社会的宽容,这也是一种最高程度的社会宽容。刑事法制的宽容能够为司法提供良好的法治效果,实现程序正义和实体正义的最佳结合。刑事司法宽容则能够克制国家司法权的内在冲动,从而保护国民不受不当的司法对待。在法治社会,犯罪行为一方面体现的是对国家刑法规范的违反,另一方面则是对社会行为规范的严重违背。由国家立法机关制定的刑法规范背后还体现着社会历史文化以及社会习俗、道德观念等秩序要求。因此,法律的评价在体现国家意志的同时也要反映特定社会文化价值、社会道德观念。以严格著称的现代罪刑法定原则并不禁止法官出于社会的可接受性、容许性来谨慎地适用刑法。无罪推定、疑罪从无、有利于被告原则则更直接落实为对被告的宽容。

在道德领域,法治宽容构成和谐社会的普遍道德诉求。对于今天的社会而言,没有容忍就没有和谐。目前我国正处于社会转型时期,在这个阶段最容易滋生权力随意化的现象,最容易产生极端思想和错误行为方式,而司法宽容则有利于加大司法治理的道德力度。

在政治领域,刑法作为社会管理的重要工具,宽容可以作为维护国家长治久安的有力途径。刑事法治的宽容以化解社会矛盾为切入点,以司法公正为根基,以确保社会稳定为着力点,最大限度地增加当事人之间、当事人与国家之间关系的和谐,也进而促进整个社会关系之间的和谐,为社会的有序化提供伦理意义的司法保障。

当然,司法宽容的前提必须是宽容的合法性,即宽容不是漫无边际的,而是必须以合法为依据,宽容之难,难在司法宽容的合法性判断。在台湾地区关于死刑的争论中,虽然国、民两党执政者都支持废除死刑,也均透过法务部门要求法官减少死刑的判决;但 2009 年仍有 12 人因为罪行凶残遭判处极刑,这也一度使得台湾地区未执行的死刑犯增加到 44 人。于是这里就产生了以下与宽容相关的问题:一是法官对于上述罪行判处死刑依据什么,这直接涉及到法官是否以宽容之心对待犯罪或者说如何体现合法性。这一问题显然因为没有明确标准而没有明确结论。但是《联合报》的评论却是:“在明知当局政策不乐见死刑的情况下,仍有十多名法官艰难地写下死亡判决。这或许是凶手实在罪无可赦,法官欲免其一死亦‘于法无据’;但法制上仍存在死刑,则是使法官们无以回避而判处极刑的主要原因,这也是王清峰身为‘法务部长’必须面对的挑战。”^[34]二是对于已经审判定讞的案件法务部门的负责人是否有拒绝签署的权力,这一职权的法律属性应当如何界定。

宽容之难还在于对法制本身属性的认识。但某规范本身属于恶法的时候,宽容的合法性限制就应当有例外的存在,“拉德布鲁赫公式”提出了以下三个原则:

第一,所有的实在法都应当体现法的安定性,不能够随意否定其效力;

第二,除了法的安定性之外,实在法还应当体现合目的性和正义;

第三,从正义角度看,若实在法违反正义达到不能容忍的程度,它就失去了其之所以为法的“法性”,甚至可以看作是非法的法律。

在对待司法宽容的时候,这一公式尤其重要。首先,国家权力具有慎独的义务,刑法的

[34] 《死刑存废争议引发的思考》,《联合报》2010 年 3 月 11 日,“社论”。

安定性不应被随意突破。在具有正当性的法律中,宽容应受到合法性的限制;其次,在刑事案件的处理中,权力应当在裁量空间的范围之内寻找宽容的合法性,但是在一些不合理规范仍然对现实造成冲击的时候,宽容政策至少是通过消极性突破对于不正当危险的挽救,这就是合目的性的校正。

四 结语——和谐需要宽容的刑事法治政策

宽严相济的刑事司法政策为我们提供了一个宽容的法治视角。

宽严相济本身并不是新的政策,甚至可以说是中国传统刑法思想中的重要内容。譬如,《左传》曾有这样的记载:“宽以济猛,猛以济宽,政是以和。”^[35]在以后的历史发展中,这种思想不断地被发扬光大。但是将其放置于具体社会历史现实中,当前的宽严相济刑事司法政策无疑具有新的内涵。其基本脉络是:1982年开始的“改法”严打政策——2001年开始的“依法”严打政策——2006年宽严相济的刑事政策。其发展脉络是比较清楚的。

从转变过程分析,作为一种校正,第一次转变体现了政策的自我克制,第二次转变则是从过去的从严政策向均衡政策的一种转向,甚至可以说其是刑事政策宽和化的回归。具体来说,宽严相济政策的主线不是当宽则宽,当严则严,更不是以严济宽,以严济宽实质与早先严打政策并无二致。宽严相济的核心就是以宽济严,从而宽容成为法治领域权力道德的自然之义。

这是一种比较典型的新的变化和解说。宽严相济刑事政策就是对于刑法宽和化的回归。正是在这一前提下,类似于刑事和解等制度才具备了基本的理论前提。当然需要注意的是,在追求理解和适用政策的时候应当把握合法性的标准,对宽和化的内容和方式不应当作出随心所欲的理解,更不能为了宽和化而宽和化。

宽严相济的刑事司法政策是和谐社会这一价值目标的应有之义。刑法作为一种公法,尽管被赋予了预防的目的,但是不可否认,在当代法制框架之内,其基本属性还是惩罚,这就意味着刑罚还是通过恶的方式来对待恶,以痛苦对待痛苦,本质上还是怨怨相报,纯粹的惩罚毕竟是有限的,其有时无助于建立一种新的和谐制度,反而可能产生新的仇恨和不稳定,只不过仇恨的目标不再确定,不稳定的因素不再直接而已。以宽济严着眼于社会关系的修复,意味着对于刑罚的一种调和。

宽和化的刑事司法政策主要通过刑法的解释展开。刑法适用解释必须在刑法文本可能的词义范围内进行,它在任何情况下均可达到词义界限的最宽点。所以,犯罪构成要件表述往往比立法者所设想的适用范围要宽些,因此,刑法适用解释在进行必要的扩张解释的同时,亦得结合立法目的进行必要的限制解释。与扩张解释的结论一样,限制解释的结论既可能有利于被告人,也可能不利于被告人。但是在罪名设计不尽合理的情形下,在罪刑法定原则所隐含的有利于被告人的理念下,当一些概念不确定时,应当做出有利于被告人的解释。只有这样,才能够将罪名的不合理性限制在最低的限度,更何况这样的解释可以从刑事可罚性的基本原理出发并从罪名的独特内容引申出来的。

当然,给予刑事法治下的罪犯以人道和宽容是困难的,但不能因此裹足不前。“如果我

[35] 《左传·昭公二十年》。

们敢于这样做,并且引证一个古代异教徒的高尚之语,那些坚持只有一条通往拯救的道路(也就是他们的那条道路)的帮派的不宽容首领就会马上向我们嚎叫起来,并投来石块和木棒,那些没有沿着他们的狭窄小路走的人注定要永远沦入地狱,因此便严厉镇压他们,来防止他们的怀疑影响别的人,使别的人也去试一试在‘唯一权威性的地图’上没有标出的路径。”“我承认这将是我们所接受的最困难的一场斗争,但是担当它的人将流芳百世。这场光荣斗争的幸存者将作为人类真正的慈善家而受到人们的欢呼——他们使人类解脱了多少代以来的偏见和自诩正确的优越感的束缚,这种偏见和优越感一旦加上怀疑和恐惧,会使最谦卑最温顺的人变成万物之中最残忍的畜生和宽容理想的不共戴天的敌人。”^[36]

在中国的刑事法治中,一方面,宽容实际上正在被逐步接受,例如,《刑法修正案(八)》终于写入“对审判的时候已满七十五周岁的人,不适用死刑”的规定,虽然拖了一条“以特别残忍手段致人死亡的除外”的尾巴,但这却印证了立法者为了宽容而煞费苦心。另一方面,大谈宽容似乎不合时宜,笔者的理解是,所谓不合时宜就是说太早或太迟。说太早,是因为重刑化的思维、司法能动性仍然充斥于政策运作的过程,宽容的理念似乎并不被待见。说太迟,是因为法治建设三十多年了,司法宽容似乎早应该如约而至,但却仍如镜花水月。

[**Abstract**] If the national criminal powers use the legitimacy as the regular constraint, tolerance will become the moral constraint on the national criminal powers. Under the period of the Criminal judicial Policy of Temper Justice with Mercy, tolerance is or should become the major orientation. Rule of criminal law contained tolerance and forgiveness under the guidance of forbearance thought in ancient China. Especially after the ethics was poured into the law, the concept of tolerance was rising up and recognized by the authority. Combined with ethics, the standard formed the moral principle of personified power. Tolerance reflects in both religion and the rule of law in the west, especially when the defect in the legal Legitimacy factor, the blind pursuit of an empirical legal effect will bring up the extreme intolerance of power. The deeper implication of tolerance is the result of pursuing the truth and the freedom, as well as the inherent requirement of the innovation of management methods under the high-risk social. Tolerance is a political ethics, the personalization of power and the moral obligation of the criminal policy. Judicial tolerance is the concrete expression of the power of personalization and criminal policy. Actually, the meaning of the Criminal Policy of Temper Justice with Mercy contains such a way of interpretation. But the thought of system is not yet complete degenerate, at the same time, saddled with the shell of using criminal law as a tool.

(责任编辑:甄 锋)

[36] [美]房龙:《宽容》,“后记:但是这个世界并不幸福”。