

存在跨文化刑法吗？

——一种哲学尝试

[德]奥特弗里德·赫费

(德国蒂宾根大学哲学系)

【摘要】只要刑法上的罪行可以用普遍可以理解的,即用人权论据来说明,而且这普遍适用于许多罪行,还特别适用于宽容的刑法制度的话,那末,一种跨文化的处罚权,一种跨文化的刑法,无疑是存在的。

【关键词】文化;刑法;跨文化刑法;法哲学

【中图分类号】 D908 ;D914 ;D997.9 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1008-942X(2000)02-83-08

Does a Transcultural Criminal Law Really Exist?

——A Philosophical Attempt

Otfried Hoffe

(Department of Philosophy, Tuebingen University, Germany)

Abstract: As long as the crimes in Penal Code are commonly understood, explained by the arguments of human rights, and it is universally applicable for many crimes and especially for the lenient system of criminal law, a power of penalty or a transcultural criminal law will undoubtedly exist.

Key words: culture; penal code; transcultural criminal law; legal philosophy

一、问题与回答模式

正在加剧的全球化远远超出了经济与金融领域,不仅逾越了国家、而且也逾越了社会——文化的界限,这使得以下的疑问迫切需要回答,即法制对逾越这些界限的人员,也就是说对外来者应该采取何种态度,尤其对“非常陌生者”,他并非来自一个文化上相邻的国度,而来自一种不同的法律文化。尽管如此,法制能使用其最强手段——刑法吗?它们是否有(主观)权力跨文化地运用其(客观)刑法?存在一种跨文化的处罚权限吗?在这些疑问上,我不在积极的意义上理解主观权力——对此由法制自身决定,而更多地在法律道德的意义上,也就是说作为那些道德义务的部分,人们相互缺少对这些义务的承认。疑问就是:一种跨文化的处罚权限是否属于人对此提出要求的那些义务;一种此类处罚权限在法律道德上合法吗?

此类疑问更加紧迫,因为全球化威胁着一种对人之存在而言不可放弃的因素,对确定群体的归

[收稿日期] 1999-11-20

[作者简介] 奥特弗里德·赫费(Otfried Hoffe)(1943-),男,德国蒂宾根大学哲学教授,主要从事哲学与法伦理学研究,著有《政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础》(庞学铨等译,上海译文出版社,1998年第一版)等,他把自己的理论称为“法形而上学”,哈贝马斯称之为“政治的基础哲学”。本文系作者1999年9月在浙江大学法学院所作的系列专题报告之一。

属。而这种状况从刑事政策上来看相当显著。身份受损的比身份巩固者更容易犯罪‘身份困难’促进犯罪（对此题目参见 Sellin 1938 年著作）。

另一方面，人们不可忽视，从生活世界来看，经济较少戏剧性地提出疑问。从法律政策上来看，它们在许多情况下没有内容，不仅国家的处罚要求，而且一大部分违法行为类型在几乎所有法律文化中得到同等程度的承认。恰恰刑法在细微之处特别紧密地受制于一个社会的传统与“价值意识”，为此人们最近与一部欧洲刑法典保持距离（尽管有统一趋势，参见 Tiedemann 1997 年著作）。尽管如此，我们仍最早从汉谟拉比法典起甚至以书面形式知道，法律利益如人身与生命、财产与良好的名声（“名誉”）自古以来受到刑法的保护。首先，如果违法行为类型众所周知，而其次人们能期望外来者至少在刑法方面精通东道国的特点，尤其在可以估计到特性的领域，他就不可能如此简单地依据不同处理。

看来一种答案只有服从疑问的要求，并且最终既不依据自身文化区域的信念，也不依据其前提，它才能令人信服。对一个跨文化的问题而言，只存在恰当地跨文化有效的概念与论据才能回答。如果人们把文化理解为特定价值、信念与行为规范的一个复合体，则人们期待辩解依赖文化。我的论点是，对刑法基础与所有违法行为与刑事诉讼的基本原则而言，均非如此。这个题目处于一般疑问的视野中，即什么可以使不同文化相互指望。

具有历史性意识者知道，前面的疑问根本不新。其一，人们不能忘记，在多元化社会中，类似问题已经在社会内部提出。名义上其因信仰分裂而引起，在启蒙时代中得到强调并且通过资产阶级革命与工业革命得到加强，在所谓旧欧洲社会中发生了一个分化过程，它废除以前相对同质的状况并且产生了多维度开放的社会。在它们之中始终生活着为数众多的带有自身利益与信念的群体，并且同样逐渐传播不同风气与价值。只要还必不可少，刑法在此就迅速学会了早该有的“教训”，并且通过相应的自由化，给予先前文化上的外来者以刑法上可能的居住权：人们是否想到宗教信仰不同者或者想到（甚至好斗的）无神论者，想到社会与国家批评者，想到离婚，想到同性恋并想到性的迁徙自由——这种“偏离行为”不再是一种违法行为，而从刑法上看变得不令人担心。

另一方面，人们不能忽视长久以来存在趋向多元文化、甚至全球化的强烈征兆。在古典时期，大约作为亚历山大远征的后果，后来在罗马帝国扩展时，再后来在基督教还有伊斯兰教传播时。特别是我们了解地理大发现、后来殖民化、工业化与世界贸易时代的此类发展。在所有这些发展中，出现了我们的疑问，人们如何在刑法上对待陌生人、尤其是非常陌生人。早在古典时期，对此就形成了回答模式。

第一个回答模式源出旧约。根据其准则——“住在你们处的外来者应该如同一个本地人涉及你们（利未记 19,34）——外来者应该既不更好也不更糟地得到对待。他不会被提供特权，而服从同样的法律。同一节中的延续部分列举隐藏其后的、博爱的意图：“你应该像爱你自己一样爱他（即外来者）”。好客的观念听起来是同等对待的根据，而自身体验听起来是此观念的根据：“因为你们在埃及也曾是外来者”。仅仅这种体验当然并非充足的论据，需要一种附加的、真正道德的因素。对所举的一节而言，可能是处于消极文本中的金科玉律：“己所不欲，勿施于人”（对旧约而言，参见多比传 4,15）。而此准则，相互关系的一项基本原则，既在经验意义上也在合法证明意义上跨文化地有效。

现在，博爱的同等对待可以证明是不人道的。屈从本地法律的外来者，也就失去遵循家乡惯例的权利。因为它们成为他的自然习惯，他甚至冒着应受处罚的危险。一个无危险的例子：迁居者去捕鳟鱼，因为这在他们的家乡哈萨克斯坦是习惯法，他们就没有不当行为的意识。

想逃脱惩处者，必须疏远自己的惯例并服从陌生的习俗。此处出现一种两难境地、跨文化遭遇的法律困境：任何法制的一项基本的公正原则、同等对待，在应用于外来者之时，突变为不同等对

待,因而产生不公。本地人可以遵循自身习俗,而外来者必须服从至今不熟悉的、此外经常也与他们的惯例背道而驰的习俗。

罗马帝国作为一个邦联,有众多的或多或少自治的成员国隶属于它,它们只是通过国际条约依赖罗马,作为一个多民族国家,形成错综复杂的多文化社会。在它之中形成第二种回答模式,如同一种特殊的国际法。有关罗马万民法(*jus gentium*)并不指民族之间存在的(公)法、一种民族间的法(*jus inter gentes*),而指一种国际私法,首先是商法(在边缘也出现了一种国际公法,例如公使法与国际条约法)。与罗马本地私法、奎里纳尔的市民法(*jus civile*)不同,万民法被视为一种所有民族熟悉的、跨文化的法律,它把哲学上受到影响的流派学说归因于一种所有人共同的自然理性(*naturalis ratio*)。例如为了债务关系(包括购买、租赁、经营管理),人们依据信任(*fides*),依据守信的义务,它适用于所有人而不依赖其种族或者宗教归属并且最初处于神的保护之下。作为一种跨文化法律,它有可靠的根据用于反对外来者。罗马对待外来者既不按照罗马法律——至少在不同民族相互关系上——也不按照他们自身的法律,而是动用一种所有民族都熟悉的法律。

在顾及外国法律经验的情况下,万民法在历代过程中得到充实与精致,使得它能在公元2世纪通过罗马的法学家盖尤斯(Gaius)作为一部超国家的、普遍性的法律得到介绍,被所有(文明)民族承认(*omnes pupuli qui legibus et moribus reguntur*:盖尤斯1,1)。这部“罗马法”不源自罗马城邦的特别法、市民法。在一段特定的时间里并且为许多人、而不是所有民族而发展出来,它尽管具有跨文化性质而并不如此全面有效(缺少日尔曼人,还有黑非洲,更不用提美洲土著居民),使得每项偏离的法规都有可能直接被剥夺对“法律”这个总集合的从属。

罗马刑法不属于万民法。根据特奥多尔·蒙森(Theodor Mommsen)的古典专题论著《罗马刑法》(1899年);“我们的传统……不使万民法联系到不法行为的确定,但只是因为形式民法的狭隘章程根本不应用于此范围(第119页)。以此,我们遇到第三种回答模式。在它之中取消了市民与外来者的区别,因为“犯罪的概念,公共与私人的,不对市民提出,而对人提出。”因此那时就出现了一种人—法,当然在对法的客观理解、而非主观理解上,一种人类普遍的刑法是否“谋杀、纵火、盗窃、财产损害”——在所有这些情况中,人们只问道德过错,不问作案者的个人状况(第118页)。应该对蒙森补充的是,所列举的不法行为被视为普遍可以理解的违法,只要私人现在仍需要一部刑法的万民法,甚至在“通奸上,当它被纳入犯罪行为时,不是罗马民法的市民婚姻作为基础,而是另一概念,包括全部异国婚姻(第119页)。在最后的评论中出现客观的人—法及普遍刑法的一种条件;它源自万民法的观念:为摆脱任何霸权危险,人们不利用受制于当地或者地区的、而利用跨地区的、宽泛的法律概念。而违反此条件之时,如在信奉基督教的皇帝统治下采用的新的异教政治犯罪,发生了显然是法律道德上的不公,此外还有政治祸害。

在可受处罚性中附加了并非必然二者择一的第四种模式:在刑法的人—法之外附加了一种现象,达到接近刑法的联邦主义并且满足当今有现实意义的要求“不要外来的法官”。尤其在文化与法律文化中有自我意识的东半部,希腊或者受希腊影响的问题,为恭顺的城市或者国家保留拥有自己刑事法庭的权利。

刑法联邦主义甚至延伸到若干不法行为,因为并非所有不法行为在罗马帝国各部分被承认为此类行为。并非所有不法行为具有一种普遍可以理解的地位,因此有两个不法行为种类:除跨文化有效的不法行为外还有文化特有的不法行为,或者“归根结底”,在此也就是说:“经过缜密考虑,只有普遍可以理解的不法行为。其中却并非所有,可能有若干,或许甚至多数如‘谋杀、纵火、盗窃、财产损害’或许还有伪造,如此显然是一种不法行为,使得它们随时并且到处可以受罚。而此外,例如在一个社会中,人们出于对其他惯例的顾惜还可以宽容它们一段时间。无论如何,奥古斯丁虽然早就禁止罗马市民举行高卢的人祭,但后来则普遍禁止(蒙森1899年,第122页)。

因为一个问题而使私法的万民法变得必需,这个问题对现代国家、世俗的与属地国家都是陌生的,而对古典的城邦共和国则是不可避免的。因为人们成为市民既不通过从属于一种属地的国家权力也不通过对一民族共同体的归属,而是通过参与一个政治—法律联盟并且因为在它之中有效的法律与宗教的和道德的规范紧密结合,有效的不是属地原则,而是属人原则。每个人生活都不依赖住地即第五个模式,而是根据其来源法(对此参见 Giaro 1991 著作)。在此意义上,市民法(*jus civile*)按字面意义并且最初叫做那种公民权,它适用于公民(*cives*)作为一个城邦政体(*civitas*)成员的市民,而且只适用于他们,它在此不意味着与公法对立的作为私法的民法。

我们作一个中期回顾:前三个回答模式的共同点是,外来者不能依据其不同:根据古以色列的模式他不能这么做,因为他被待如本地人;根据古罗马的私法模式他不能这么做,因为他被与一种跨文化有效的法律相比较并且根据古罗马刑法模式他不能这么做,因为它从一开始就脱离人本身。第四种“联邦主义模式”允许地区特性,而第五种模式是根据自身的、本地的法律作的一种评价,至今仍起着举足轻重的作用。

二、欧洲的现代法律道德:人权

对这类案件的跨文化的讨论,不由得产生了人权的概念——假定它可以没有文化特定前提而自我辩解。首先,一个法学史的注解:西方并非无根据地为人权观念特别自豪。尽管如此,我们不能忘记,它很晚才获得承认:不仅古典希腊而且犹太教与基督教,甚至早期的美国都允许奴隶制的存在及妇女地位的不同。西方还首先建立了那些病理学,如宗教的不宽容、绝对主义的国家与殖民主义,人权有必要作为疗法反对它们,尤其是西方允许严重倒退并且至今仍允许某些缺陷。

如果人们为跨文化辩解而撇开所有文化特定之物,则剩下人的条件(*Conditio humana*)及其调查,一种人类学。在它那里虽然重复着危险,但被宣布为普遍可以理解,事实上只是文化特定地有效。而若干民族学者代表那种极端的文化相对主义,如启蒙运动的一名批评者约瑟夫·马里·德迈斯特(Joseph Marie de Maistre)已经作过表述,并且无异于民族学者赫斯科维茨(Herskovits)反对普遍人权的观念。

抵制这种怀疑的是利益观念,这些利益构成通常利益可能性的条件:具有逻辑上更高级、超验的利益,即使以此描述的论证模式是新的。哲学自其起源开始就了解结果,这同样适用于其他文化。

三个维度证明为逻辑上更高级、同时有文化差异地有效。为了发现它们,甚至不需要长久寻找或者机敏的考虑,我们的日常经验足够了。此外这种经验早就反映在人类学的基本使命中:无论哪些利益在一种文化中占上风——作为形成利益并且遵循它们的可能性的条件,作为行动能力(*conditions of agency*)的条件并且在此意义上证明为对人不可放弃:(1)人身与生命,包括生活的(物质)条件:人类学有理由把人列入自然、动物(*zoa*)或者 *animalia* 人身与生物的宇宙中;(2)语言与理性:人被视为具有理性的生物(*zoon logon echon*)及理性动物(*animal rationale*);还有(3.1)一种普遍的社会能力:人是社会动物(*animal sociale*)与(3.2)一种特殊的政治能力:人作为群居生物(*zoon politikon*),法律(法律生物 *animal juridicum*)与集团(政治动物 *animal politicum*)都属于它。

在每个维度上虽然可能都有异议,但它们可以被驳倒。对人身与生命在逻辑上更高级意义的命题,人们可以指明殉道者与自杀者,他们以不同方式使生活利益具有相对性。但因为他们也想决定,他们为何、何时与如何死去,否则他们就会干脆被杀害。人身与生命,尽管它们并非“最高财富”,但仍然是行动能力的条件。现在来看法律道德。

如果人们在规范方面同样撇开所有文化特定之物，则剩下调整观念，它向任意与暴力提出抗议，在全面范围内实现这种抗议并且在这点上得以有利于全体当事者。此类调整可以称为法律—实践理性。人们在三个阶段中实现它：在第一阶段即法律建构中，会采用某些准则；在第二阶段即法律证明合法中，将严格按照标准行事；在第三阶段即法律规范化中，准则将服从（第二阶段的）法律道德准则。

可以设想的是，在第一阶段中会采用任何一些准则。事实上，这类任意从早期起就遭到拒绝。人们到处都服从准则，比如对人身与生命、对财产与名誉的保护具有法律道德的性质。被剥夺公民权，只是有人被开除出一法律共同体；而这个过程，本身是个法律行为，只因为非常严重的违法行为才实行。

列举的准则，说调整范围更好，甚至属于人权维度，使得人们不得不纠正欧洲近代的自我评价。近代未发明人权这种东西，而最多发明其中的某些权利的若干。即使近代会为之骄傲的宗教自由，也根本不是新的。不仅亚历山大帝国，先前已经有居鲁士统治下的波斯帝国，还有罗马帝国都实行宗教宽容。而在中国，儒道释的和平共处不仅在社会中，而且在同一人身上长久以来就习以为常。新的倒是其他因素：奴隶制的废除、体罚的取消与男女平等。简而言之，并非人权制度本身，但就欧洲的现代而言是表明特征的。

那合法证明看起来如何呢？涉及列举的维度中的第一个、作为人身与生物的人，适用如下论证模式（参见赫费1996年著作第2—3章，还有赫费1999年著作第2—3章）根据其生物学配备，因为他对同类举起了手并且这只手可能被他同类所伤，人既是暴力可能的受害者也是可能的暴力作案者。对人的这种基本情境、一种人的社会条件（*Conditio humana socialis*），法律道德给出道德上恰当的回答。根据其人权观念，有一种主观要求，不想成为他人使用暴力的受害者，可正面表述为：对人身与生命的权利。

为说明这种权利，假设一种利益、甚至一种不可放弃的（超验的）对人身与生命的利益还不够，因为出于一种利益还不会发生由他人承认利益的要求。对此需要另一个论据，它从此情况出发，即只有在其他人承担相应义务之处才有主观权利；人权受制于相应的人的义务。例如我对人身与生命的权利存在于其他所有人的责任中，他们对我放弃使用暴力。

现在普遍存在一种对偿付的要求，这种偿付从一开始就在实现某种对偿的保留条件下产生。要求出于一种相互关系为自己辩护，见微知著（*pars pro toto*）：出于一种交换。为辩白人权作为主观权利的性质，人们只能在相互关系中并且通过相互关系实现一种对每个人都不可放弃的利益。在利益不可放弃并且同时受制于相互关系之外，不可放弃性转到相互关系上，并非只因为每个人都有对人身与生命的（更高级）利益，就存在一种人权。首先，利益只能在相互关系中实现；其次，在“相互关系体系”中人人都已经要求那种偿付，对他人放弃暴力，这种偿付只在对偿即自身放弃暴力的条件下完成。

对相关论证的略述表明，人权既可以根据其描述性组成部分，也可以根据其规范性组成部分，有文化差异地来辩护。我言及人权时有意不加定冠词。因为借助“特定”的人权我们就过于喜欢说明权利的一个特定目录，其中却常常有特定文化的因素进入。并非所有在“人权”标题下被要求的权利事实如此，略述性的辩解暂时满足于一种人权的标准，并且把人权目录的开列委托给下一级的考虑。

三、文化开放的原则

我们的中期结果是：人权并非欧洲的或者西方的特殊现象，而其中有某种普遍可以理解之物显露出来。“显露出来”却包含一种进化的因素。只要西方成功地突破，而其他文化不成功，后者就显得少有发展。听起来就产生一种自负：欧洲—北美文化自以为高于其他文化。

假定的法律进化确实产生自负吗？首先“西方”对进化的理解并不建立在与其他文化的关系上，而是建立在与自身、与其自己过去的关系上。如果有人自负，则首先是近代，跟中世纪与古典时期相比，不过如古典时期的恢复（“文艺复兴”）时期所证明，近代也并非普遍自负。事实上，奴隶制的废除与妇女平等，无论与雅典还是和基督教中世纪相比，都带来了一种法律进步。但一种损失或退步当然同样存在：与雅典相比，当今民主在数与量上的参与都少得多。

现在“西方”相信，它如此为了克服它们而骄傲的因素、落后的法律制度，能在其他文化中重新找到。在此假设下，合乎逻辑的就是，西方扩大对自身过去的优势并且推想自己与其他文化相比也占优势。相对的、文化内在的与历时的优势变成一种绝对的：文化超验的与共时的优势。然而一种跨文化的法律话语却要求谨慎。

在西方与其他文化遭遇时，比如在近代与中国及与日本遭遇时，发生了一种相互促进、一种相互的施与受。而只要西方向对方要求人权，它就必须自问，是否有纯粹的人权，未掺假并且没有特殊附加物，或者是否经常有一种混合，人权结合西方独立性，结合特殊经验、或许甚至特殊利益。出于此原因，一种混合的假说是可取的，就是假设臆想的人权事实上常与其他因素混合。

尽管每项所谓人权可能充满非普遍的因素，这种假说不要求原则上的克制，但它要求努力细致阐释。混合的假说导致了分解的任务。根据分析化学家的模式，人们会把确定普遍之物从部分中分离，以便用此方式获得真正的人权。只有在此工作中，哲学家们才完成他们从希腊人以来接受的对完全普遍的理性的义务；即使他们只是现代欧洲人，也可以用胡塞尔（1962年著作第15页）的话来自称为人权“官员”或者人权的维护者。

如果人们承认其他文化有一种高度独立性：一种对差异的权利，人权只能由这些文化来要求。对此会提出复杂的界线疑问，表现在如下例子中：奥里诺科河流域的印第安人早期溺死新生女婴。这种习惯迫使长成的男童有一种实践——人们必须联合群体（部落）并且抢劫陌生的少女——这些印第安人以此防止近亲繁殖。后来他们被从其祖传的区域赶入安第斯山脉的较高处。因为那里缺乏河流，人们无法延续溺婴的残暴习惯——结果是，如今因为近亲繁殖，有过多的痴呆病患者生活在他们中间。

不仅立法与立宪者必须文化开放，因为他表述人权并起草受人权约束的刑法，刑事法官也需要文化开放。借此他在由于典型文化冲突引起的刑事诉讼时，同样会尊重作案方与受害方，即使在处理重大案件时。至少德国裁判权从事这种法律文化的开放：根据联邦最高法院刑事庭的一项最高法官判决（联邦最高法院刑事案判决22,77），血亲复仇不被判为较低级动机，尽管它根据某些犯罪要件（刑法典第211条II，还有联邦最高法院刑事案判决2,63）应该是被判为较低级动机。而同一法院宣告一名与其成年女儿保持性关系的来自东土耳其的父亲无罪，因为他在家乡开始这种关系而在那里并非刑事犯罪。

四、关于刑法的合法证明

从人权的概念与说明出发可以阐明一种(完整的)刑法理论。民族学者喜欢支持一种相对主义。他们考察的社会如此不同,使得他们对存在公认义务的假设保持怀疑。刑法提供一个清晰的反证,处罚的种类根据社会与时期极为不同。一个集团——见微知著(*pars prototo*):一个国家——会处罚,并非现代才出现,而同样发生于中世纪,同样发生于古典时期,同样发生于古老东方帝国,同样在更遥远的文化中。简而言之(国家的)刑事处罚的法律制度证明为社会文化的全面之物。

刑事处罚却是一种如此深刻的强制手段,使得我们不能简单地把它作为传统或者惯例来接受。我们必须提出疑问:刑事处罚确实属于合法的国家活动吗?

一种“意识形态批评”,把刑法阐释为社会的报复制度,但它忽略了刑法由立法者确定,由法官运用并且由相应的行政权部分执行的事实。而其中存在国家处罚的巨大文化成就,使得它代替血亲复仇、武力自卫与私设公堂,使得反应既不从受害者自己方面发生,也不从家庭、友人或者邻居、也不从一不明确的公众方面发生,处罚权只在(或许并非永远确实、但原则上还是)中立的第三方。由此国家处罚在第二种、当然还是朴素的意义上合法或者公正。如果确实应该有刑事处罚制度,那不是以任意或者主观涉及的形式,而是由中立的第三方——对此得到授权的公共权力来实施。

不过,法律处罚经常引起社会与职业处罚。在服刑以后,人们失去许多社会接触;人们很难找到工作;而且常常是家人,也就是说无辜者一同经受处罚。如此的附加处罚既不受监督也未经授权,它们因此是非法的。尽管如此,可以预见,为此此处出现一个新的责任领域:社会必须停止非法的附加处罚。

很可能存在社会复仇本能的指控形式,它们不仅导致附加处罚,而且常常还导致在司法机构宣布被告无罪之后的处罚。社会同样不限于只在先前确定并且已知的准则遭到违背之后作出反应,也不限于以审查事实开始反应并且在合法制裁的情况下遵循事先确定和与犯罪行为相符的处罚标准。逃避同样不明确的及因偏袒而受威胁的“社会”的刑法,不止一次证明为一种法律道德的获益。

鉴于所谓处罚目的,应首先对处罚这个概念作初步评判。这种评判导致尽管可称为有些苍白的“联合理论”:借助报复的概念,法律处罚的基本结构——这种法律处罚只能在犯罪之后并且因为犯罪而实行——并且同时为处罚标准创立一项原则,即按照犯罪与罪责的严重程度来处罚,但仍然没有充分的规定处罚种类,并且更少有规定执法种类。此处威慑(“预防”)而且首先是矫正(“再社会化”的观点可以得到应有的重视,它们可以补充报复观念,但肯定不能纠正或者取消它。威慑有利于刑法的总目的,维护法制;而如果违法不能被阻止,则应该采取一切措施,以阻止违法者重犯,并且为他开辟一个社会与职业整合的机遇。

刑事处罚的合法证明必须首先表明,为何某些行为绝对禁止,然后是为何为了执行绝对禁令而需要刑事处罚。此处并非详细展开两个合法证明的步骤,只消指明各自合法证明的核心:第一步证明上述禁令为合法要求的反面。因为每个人都有对人身与生命的权利,应该禁止杀害;为了财产所有权能够存在,应该禁止窃取,等等。对相应的禁令,现在原则上人人都有利益。这些禁令不仅在集体意义上,而且也在分配意义上有利于公益,它们不仅具有一种功利主义地位,而且具有一种公正地位,部分因为它们使行动能力、部分使权能首先成为可能。

然而可能在个别情况中蔑视禁令对一方有利。为了阻止人们要求法制的益处,却并非永远愿意付出可能的代价。尖锐地说,为了抵制把法制作为跳板,国家给蔑视禁令配备了害处,就是处罚。它如此之高,使得它超过益处。说得详细些,预期的损害,即预期的处罚与被捕获和惩处的可能性

的产物,必定更高。假定人们蓄意行动,则人们知道,犯罪不值得,以此法制得到保障。异议显而易见,即前提过于频繁地不切实际。事实上,在感情用事中发生了许多应受惩处的行为。这种状况可能是一种合法的从轻处罚的根据,有时甚至是一个申辩根据。确实是否有此类根据,属于刑事诉讼最重要的任务。其中刑事处罚也有别于一种报复制度(如“自然处罚”),使得它在宣布可能的处罚之前,首先仔细查明事实情况,使得它提供辩护与免责的机会。

现在我们可以回答标题的疑问:只要刑法上的罪行可以用普遍可以理解的、说详细点就是用人权论据来说明——而且这普遍适用于许多罪行,还特别适用于宽容的刑法制度,那末,一种跨文化的处罚权限、一种跨文化的刑法,无疑是存在。根据不在于一种法制自以为能制服外来者。它也不在于有意拒绝给予外来者特权,即免除刑法责任。最后它不第一性地在于(肯定合理的)社会的自卫利益,而在于从刑法上看,根本没有非常的外来者;很难找到那些法律文化,原则上如此不同,使得它们根本不了解人权上可以说明的罪行。而如果确实会有这些法律文化,人们可以要求那些去外国者承认它们,因为相应的罪行的确可以在人权上说明。跨文化的刑法以此强调跨文化法律话语的一项铁定法则。我们坚决主张之事,我们在其他文化中也发现,对于我们愤慨之事,其他人也同样愤慨。

(朱更生译,孙笑侠校)

【参考文献】

- [1]切萨雷·贝卡里亚.论犯罪与处罚[M].莱比锡,1905.
- [2]贝尔纳.德国刑法教科书[M].莱比锡,1876.
- [3]克里斯托夫·布尔特曼.古犹大王国中的外来者[M].格丁根,1992.
- [4]恩里科·费里.法律与刑事诉讼的新视野[M].博洛尼亚(波伦亚),1881.
- [5]盖尤斯.法学总论[M].J.拉迈尔译.帕德博恩,1929.拉丁文 M.戴维编.莱顿,1964.
- [6]托马什·贾罗.罗马法学史中的外来者[A].弗根(编者).社会中的外来者,历史性与社会科学的调查,为区分平常性与外国风格[C].法兰克福,1991.39—57.
- [7]M.赫斯科维茨.人权报告[A].美国人类学者[J].1947(49):539—543.
- [8]奥特弗里德·赫费.政治的正义性——法和国家批判哲学之基础[M].上海译文出版社,1998.
- [9]理性与法律——对跨文化法律话语的贡献[M].法兰克福,1996.
- [10]民主化时代的民主[M].慕尼黑,1999.
- [11]存在跨文化的刑法吗?[M].法兰克福,1999.
- [12]克里斯蒂安娜·冯·霍滕.以色列法律中的外国人[M].设菲尔德,1991.
- [13]埃德蒙·胡塞尔.欧洲科学的危机与超验现象学——现象学哲学导论[M].海牙,1962.
- [14]切萨雷·隆布罗索.(德文)罪犯(3卷)[M].汉堡,1889.1894.
- [15]特奥多尔·蒙森.罗马刑法[Z].莱比锡,1899.
- [16]赫尔穆特·奥斯特迈尔.受罚的社会[M].慕尼黑,1975.
- [17]萨卢斯特.朱古达战争(拉丁文/德文)[M].K.比希纳译.斯图加特,1986.
- [18]托尔斯滕·塞林.文化冲突与犯罪[M].纽约.社会科学研究委员会,1938.
- [19]克劳斯·蒂德曼.西班牙新刑法典与欧洲制订法典理念[N].法律工作者报,1996-07-05(51):647—649.
- [20]齐尔克.陌生的床——论多文化共处的困难[N].法兰克福汇报,1996-05-17.

[责任编辑 庄道鹤]