

宗教宽容与法律宽容

陈根发

【摘要】从宗教宽容到法律宽容的思想延伸和运用,是宽容学说的必然趋势。无论是我国古代儒家学说中的“宽猛相济”思想还是西方基督教学说中的“宗教宽容”思想,都包含有内在深刻的法律宽容要素。法律宽容或法哲学上的宽容原则虽然在我国和西方的遭遇不尽相同,但却包含有共同的社会价值,它是法治社会的基本价值之一。法律宽容体现的是一个法律从严厉到宽松的历史过程,它虽然是来自法律秩序或法律领域之外的一种价值或超法律原则,但却是现代立法和执法中不可或缺的一个调整原则。

【关键词】法律宽容 宗教宽容 宽猛相济 宽容原则

从宗教宽容到法律宽容,在思想观念和制度设计上都走过了一个漫长的历史过程。由于世界各国的宗教及其文化的差异,导致了宗教宽容政治化和法律化进程的差异。宗教宽容的政治化和法律化首先开始于17世纪英国的洛克和法国的培尔等学者的倡导,最终在美国的宪法及其修正案中得到了较好的体现。但是,这一进程在我国却长期未能得以顺利实现,宽容的实践仍然主要停留在宗教和道德的层面,宗教和道德宽容未能对法律宽容起到应有的影响和作用。^[1]因此,在我国的法理学领域仍然存在着一个如何推进宗教宽容法律化和如何认识法律宽容的理论问题。

一、“宽猛相济”与法律宽容

在古代中国的伦理思想中,包含有丰富的类似于现代法律宽容思想的成分。《周易》的“丰卦”篇中就有:“天地盈虚,与时消息,而况于人乎……雷电皆至,丰;君子以折狱致刑。”意思是人如天地之变化,不可能什么人什么时候都明智,因此执法者要把握违法犯罪的相对性,要像宽容亲人一样宽容他人,既要惩罚违法犯罪者,也要挽救帮助他们。^[2]春秋战国时期的“百家争鸣”不仅是古代中国宽容思想的一次伟大实践,而且在各家学派的讨论和争鸣中形成的政治、道德和法律理论也包含有丰富的宽容思想。如儒家以“仁爱”为本,墨家以“兼爱”为行动指针,道家提倡“慈爱”,尽管三家在各自理念的实践和实施方式上存在不同的见解,但三家的学说却包含有共同点的“爱”,都包含有“宽容”的成分。“宽容”一词最早出自《庄子·天下》的记载:“常宽容于物,不削于人,可谓至极。关尹、老聃乎!古之博大真人哉!”^[3]孔子也曾用宽宏大量的龙

作者简介:陈根发,中国社会科学院法学研究所副教授,法学博士。

[1] 参见陈根发:《论宗教宽容的政治化和法律化》,《环球法律评论》2007年第2期。

[2] 参见《四书五经大系》第2卷,天津古籍出版社1998年版,第147页。

[3] 《庄子集释》下,[清]郭庆藩撰,王孝鱼点校,中华书局2004年版,第1095页。

来比喻老子。《庄子·天运篇》中说：“孔子见老聃归，三日不谈。弟子问曰：‘夫子见老聃，亦将何归哉？’孔子曰：‘吾乃今于是乎见龙。龙合而成体，散而成章，乘云气而养乎阴阳。予口张而不能闭，予又何归老聃哉！’”^[4]《荀子·非十二子篇》则对“宽容”有精辟的解释。荀子说：“遇君则修臣下之义，遇乡则修子弟之义，遇友则修礼节辞让之义，遇贱而少者则修告导宽容之义。无不爱也，无不敬也，无与人争也，恢然如天地之苞万物。”^[5]另外，《宋书·郑鲜之传》中有：“我本无术学，言义尤浅，比时言论，诸贤多见宽容。”^[6]

我国的宽容思想从其产生之始就是与法律宽容联系在一起的。孔子曾对仁与宽容的关系有专门的论述：“夫温良者，仁之本也；慎敬者，仁之地也；宽裕者，仁之作也。”即孔子认为，温和善良是仁的根本，谨慎恭敬是仁的基础，宽容则是仁的具体做法。^[7]在孔子看来，“仁”实际上是关于人与人之间的关系准则，其出发点应该是承认他人与自己一样也是人。孔子曾说：“性相近也，习相远也。”（《论语·阳货》）所以应该“能近取譬”即推己及人，承认别人。孔子还说：“三军可夺帅也，匹夫不可夺志也。”（《论语·子罕》）即我们应该承认别人也有独立的意志，肯定人人都有独立的人格，对人要宽容，这就是“仁”的核心。当然，孔子的“仁爱”或“宽容”是有界限的，孔子用“是可忍，孰不可忍也”（《论语·八佾》）表达了他的主张。据《春秋左传·昭公二十九年》记载，孔子在批评晋国铸造刑鼎，铸刻范宣子所著的刑书时说：“贵贱不愆，所谓度也……贵贱无序，何以立国？”即强调“仁爱”必须以“贵贱”秩序为界限。从总体上讲，孔子赞同和提倡的治国方略是曾为春秋时代的郑国政治家子产及其子太叔所实践的“宽猛相济”的政策。根据《春秋左传·昭公二十年》的记载，春秋时，郑国著名的政治家子产，治国有方，郑国一度兴旺发达。公元前522年，子产病重，嘱咐其子太叔曰：你当政后注意，唯有有德的人才能用宽大政策使百姓服从，其次就莫如严厉措施。子产死后，其子太叔继任执政。他不忍心严厉而务行宽大政策。结果郑国盗贼猖獗一时，为害甚烈。于是太叔立即调整政策，严厉打击不法之徒。孔子对这件事很赞赏。他说：好啊！政宽则百姓不受约束，不受约束则以猛来整治；过猛则百姓要受到伤害，受到伤害就再实行宽的政策。宽以济猛，猛以济宽，政事因此和平。东汉“建安七子”之一的王粲在《儒吏论》中说：“吏服雅训，儒通文法，故能宽猛相济，刚柔自克也。”^[8]孟子在孔子学说的基础上，则更是将“仁爱”的界限明确为：“或劳心，或劳力。劳心者治人，劳力者治于人；治于人者食人，治人者食于人，天下之通义也。”（《孟子·滕文公（上）》）

由于儒家面对现实，有一套政治、伦理和道德修养的理论可讲，子不语：“怪，力，乱，神”，而是主张“三人行，必有我师”（《论语·述而》）的宽容哲学，加上历代儒学大师又极力向人们宣传正心修身齐家治国平天下的道理，自汉武帝以后，几乎上升为国教，备受封建统治阶级的推崇。德国的马克斯·韦伯在《儒教与道教》一书中也指出：“祖先崇拜和作为世袭制臣民心态基础的世俗的孝之基本意义，也正是儒教国家的实际宽容的最重要的绝对界限。这种宽容，一方面表现出同西方古代态度的亲缘关系，另一方面，也表现出同这种态度的本质区别。国家祭祀的对象是那些官方承认的大神。但是，皇帝偶尔也参拜道教与佛教的圣迹，不过，不必磕头——甚至在孔圣人面前倒也要磕头的，只要有礼貌地鞠个躬就够了……不过，政治观点总是要求相当残

[4] 刘志雄、杨静荣：《龙与中国文化》，人民出版社1992年版，第10页。

[5] 参见《荀子》，潘嘉卓等译注，广州出版社2004年版，第21页。

[6] 李伟民主编：《法学辞海》第3卷，蓝天出版社1998年版，第2395页。

[7] 《孔子家语》，中国文史出版社2003年版，第31页。

[8] 参见杨五湖总主编：《案件学大辞典——办案大全》，人民出版社1990年版，第645页。

酷的迫害。皇帝的谕诏,甚至孟子这样的著作家,都以迫害异端为己任。”^[9]可见,我国古代的法律宽容实际上就是一种治国理论和方略,与西方从宗教宽容发展到法律宽容的进程是有区别的。美国的郝大维教授等曾指出:“在传统中国,如同在其他亚洲社会一样,存在着一种活力,它促使儒教、道教和佛教和谐相融,形成一种丰富的传统,而这种传统最后都不破坏其任何的构建部分。这种‘价值观的综合’(values synthesis)为容忍与服从的发展模式提供了基础,因为这一模式不要求政治与精神文化作彻底的分离。”^[10]可惜的是,这种传统的宗教宽容和法律宽容思想从近代以来并没有得到很好的传承和发展,与“严刑峻法”、“严惩”或“严打”的法律思想相比,法律宽容的市场和声音要小的多,这与古代中国法律思想中的“宽猛相济”方略正好走了一个次序颠倒。

二、宗教宽容与法律宽容

西方的法律宽容是与宗教宽容一起生成和发展起来的。这一法律宽容的最佳形象表现是英国文豪莎士比亚作品《威尼斯商人》中法院对犹太人夏洛克的审判。莎士比亚在该剧本中描写的是基督教宽容思想形成初期的社会风貌,当时的宽容主要被看成是对商人破产和异教徒的一种慈悲和救济。剧中写到了乔装成律师的正义化身鲍西娅小姐请求犹太富翁夏洛克给予债务人安东尼奥以宽容的劝说,对宽容的本质和理由做出了阐释。但是正如夏洛克的女儿吉雪加把灵魂得救看成是改信基督教、威尼斯法庭在执行判决中免去了夏洛克的死刑并设法让他改信基督教那样,当时的宽容虽然被作为了一种解决社会问题的政策,但其理念是定位在“与圣母玛利亚相比更像耶稣基督”的思想线上的。^[11]莎士比亚对“慈悲的品德”(The quality of mercy)做了这样的赞美:“慈悲不是出于勉强,它是像甘霖一样从天上降到尘世,它不但给幸福于受施的人,也同样给幸福于施与的人;它有超乎一切的无上威力,比皇冠更足以显出一个帝王的高贵;御杖不过象征着俗世的威权,使人民对于君上的尊严凛然生畏;慈悲的力量却高出于权力之上,它深藏在帝王的内心,是一种属于上帝的德性,执法的人倘能把慈悲调剂着公道,人间的权力就和上帝的神力没有差别。”^[12]我国也有学者把“the quality of mercy”直接翻译为“宽容”。^[13]

宽容思想上升到法律的尝试,最早发生在美国建国时期对宗教和信仰的宪法规定。信仰的自由,可以说一直是那些离开宗教控制森严的欧洲,移民北美寻找新天地的先觉者们的最大希望。尽管如此,在美国建国初期也曾有若干个州已经承认或企图承认英格兰教会为国教。为了反对和避免在其他州也把某一宗教教会确立为国教,弗吉尼亚州的政治家和法律人首先开始探讨以立法形式来保护宗教信仰的自由。1776年,当弗吉尼亚作为一个州正在为自己通过一

[9] [德] 马克斯·韦伯:《儒教与道教》,王容芬译,商务印书馆 1999 年版,第 264—265 页。

[10] [美] 郝大维、安乐哲:《先贤的民主:杜威、孔子与中国民主之希望》,何钢强译,江苏人民出版社 2004 年版,第 99 页。

[11] See Maurice Hunt, Shakespeare's Religious Allusiveness: Its Play and Tolerance, Ashgate Publishing Company, 2004, p. 51.

[12] 参见郑士生、冼宁、李肇星主编:《莎士比亚戏剧故事全集②》,朱生豪译,中国戏剧出版社 2001 年版,第 128—131 页。

[13] “宽容不受约束,它像天上的细雨,滋润大地,带来双重祝福,祝福施予者,也祝福被施予者。它力量巨大,贵比皇冠,它与王权同在,与上帝并存。”参见苏隶东编著:《学会宽容》,中国民航出版社 2004 年版,第 5 页。

个权利法案(a bill of rights)时,梅森提出了一个旨在保证不同宗教的“容忍”(toleration)条款。梅森也许认为他表达的是这一时代的开明和进步的思想感情,但是年轻的麦迪逊想要和得到的更多,这一条款被修改为宗教的自由活动一律平等。在1785年至1786年间,当弗吉尼亚州的立法机构考虑更新有关支持已经建立起来的教会的税收法案时,杰弗逊和麦迪逊领导了反对这一立法的斗争。麦迪逊撰写了大篇的请愿书(Memorial)和抗议书(Remonstrance)以反对这一法案。他雄辩地提出,一个真正的宗教是不需要法律支持的;任何人,无论是信教者还是非信教者,都不应该纳税去支持任何种类的宗教机构;一个社会的最好趣味总是有赖于人们思想的完全自由;而残酷迫害则是国家所建宗教的不可避免的结果。麦迪逊的抗议书得到了弗吉尼亚州的广泛支持,结果是不仅上述被提出的税收法案没有得到通过,而且州众议院还通过了由杰弗逊起草的著名的“弗吉尼亚宗教自由法案”(Virginia Bill for Religious Liberty)。^[14]虽然弗吉尼亚州的做法得到了一些州的赞赏和效仿,但是它并没有同时为所有13个州所采纳,因此没有立即被写入1787年签署的宪法,只是在第6条中规定:“宗教信仰永远不得作为担任合众国的任何官职或公职的一个必要条件”。^[15]但是,此后许多法律人认为,缺乏信教自由的保障,作为宪法是极其不完备的,因此1789年9月在第一条修正案提交各州审批时,增设了“国会不得制定关于确立宗教或禁止自由从事宗教活动的法律”的内容。另外,在1789年3月的第一届国会上,麦迪逊还提出了一个更加彻底的相关修正条款,即“任何州均不得侵犯良心的平等权利”。挑剔的人也许会说,后来这一“平等权利”在参议院中被否决了,并且从未递交给各州进行有可能的批准。^[16]但是麦迪逊去世后,这一条款被证明为是正确的,现代的最高法院使用了“并合”(incorporation)的概念,把宪法解释为好像包含有麦迪逊曾经偏爱的条款。这一平等原则(与具有推论性质的概念,即政府在宗教事务中必须保持中立),在现代宗教条款的实际争议得到辩论和裁决当中提供了重要的假设。因此,在这方面如果有理由对麦迪逊的遗产提出异议的话,那也不是因为在支持这一平等原则中他的热情和能力的任何不确定性。如果有什么问题的话,那就不得不涉及到这一原则本身的价值。^[17]有学者指出,麦迪逊的政教分离思想并不是要贬低宗教,“而恰恰相反,他是在自由的前提下将宗教实践看得更为虔诚。在它成为政治见解之前,它首先是关于宗教的洞察。麦迪逊的观点在美国历史上一直被维护着。”^[18]这也是在教会和政治分离的制度下,美国宗教比在任何其他现代工业化的社会里更为繁荣兴旺的内在原因。

其实,从法律本身的进化和法学发展的历史看,它与宽容思想的实践也存在紧密的内在联系。这一奥妙在英国和美国的“希克林法”的演变中有一个恰如其分的展现。众所周知,尽管《圣

[14] Kathleen M. Sullivan and Gerald Gunther, *Constitutional Law* (Fourteenth Edition), Foundation Press, New York, 2001, p.1435.

[15] [日]塚本重頼:《注解美国宪法》,酒井书店1979年版,第168页。

[16] 麦迪逊提出的“平等权利”条款虽然没有被直接采纳,但是第一届国会制定的宪法第一条修正案接受了麦迪逊的部分思想,规定:“国会不得制定关于确立宗教或禁止自由从事宗教活动的法律;不得制定剥夺言论自由或新闻出版自由的法律;不得制定剥夺人民和平集会和向政府请愿的法律。”国会于1789年9月25日提交各州立法机关,至1791年12月15日,该条修正案与其它9条修正案一起得到了四分之三的州的批准。参见《美国法典——宪法行政法卷》,中国社会科学出版社1993年版,第20页。

[17] Steven D. Smith, *Getting over Equality: A Critical Diagnosis of Religious Freedom in America*, New York University Press, 2001, pp.12—13.

[18] [美]加利·威尔斯:《美国宪法之父——詹姆斯·麦迪逊传》,刘红、冉红英译,安徽教育出版社2006年版,第11页。

经》特别是《旧约》中的某些章节可以与欧洲中世纪法院认定的所谓“淫书”的内容相媲美^[19]，但是基督教早期的革命领袖圣保罗及其信徒们给清教徒精神播下了极为重要的克制感官享乐，以性享乐为邪恶的思想。由于性行为会使人们感受快感，所以作为清教徒，对性除了它的生物功能即繁衍后代以外，其他性感觉都不能容忍。正因为这个缘故，他们认为任何有性描写的文学艺术作品都是邪恶的，其作品应该受到严厉的惩罚。这些偏见被以后的一些法律和法官肯定了下来。在1868年的英国，审判长科伯恩在“希克林案件”上对涉及性描写的文艺作品做出了严厉的裁决。他无视作品的主题思想、科学价值，简单地认为：即使一个文艺作品从总体上说是一部杰作，但哪怕书中只有一段性描写，或是只用了一两个淫秽词语，那么这本书也将被列入色情文学的范围。科伯恩的这一裁决后来被称作“希克林法”，在美国该法也同样被适用于对“色情”文艺作品的裁决。1933年美国纽约南区的法官约翰·伍尔西在詹姆斯·乔伊斯的《尤利西斯》一案中，做出了具有历史影响的判决，这个判决得到了纽约巡回上诉法院的支持。案由是有人控告《尤利西斯》为淫秽读物，请求法院对作者进行严惩。伍尔西法官在审理此案时做了这样一个实验：他找来两个性欲都属于中等的熟人，请他们从头至尾看完《尤利西斯》并说出自己的感受。结果是：它并没有激起人的性冲动或淫秽思想的倾向。这两个人对该书的惟一反应是：带着悲剧色彩，极其强有力地表现了男人和女人的内心世界。伍尔西法官的这种做法的历史意义是，不再以“长官意志”来决定性文艺作品的命运，而改由公众的感受和社会影响为判决的根据了。不久，纽约高级法院的奥古斯塔·汉斯法官对“希克林法”做出了新的解释。他说，制定一个适合于各种案件的法令是困难的，检测一本书是否淫秽色情，最重要的应该是看全书的效果。具体地说，对于现代出版的作品，应该尊重当代文艺评论家及公众的意见；对于古代出版的作品，应该对当时的历史条件和社会公论表示尊重。伍尔西、汉斯法官的富有宽容精神的法理解释，表明了“希克林法”在美国的失败，虽然美国的一些法院直到20世纪50年代仍旧沿用“希克林法”来检测文艺作品，这只能说明法律在进化中的一种滞后现象。可是，在法律较为保守的英国，大约又过了四分之一世纪，法院在“色情”作品的审理上才接受了新的、革命性的概念。1959年，英国颁布了《淫秽书刊检测法》，这是对“希克林法”全面的、实质性的否定。该法规定了一套崭新的检测淫秽色情的方法，即在认定一个作品是否淫秽色情时，必须同时具备下列两个条件：一是某部分的全部内容能促使人腐化堕落；二是对这些人必须检查他处的所有条件，获得书的渠道，受教育的程度，是否能从听、读、看三个方面来理解作品中的性内容和性描写。^[20]从“希克林法”的历史沿革中，我们可以清楚地看到宽容的法理和“法律宽容”的生成轨迹。在这个世界上，有许多法律确实是为了暂时需要盲目或草率制定出来的，而且各地的法律之间也各不相同，即使在同一个人地方也经常存在相互矛盾的情况。当裁判所依据的法律只能引起争吵、诡辩时，只有宽容能够唤起公正的思想，成为裁判的原则。

三、法哲学上的宽容原则

在西方宪法史上，有所谓的宽容条款，它在集权主义猖獗的16世纪和17世纪中被解释为赦免性的容忍、宗教禁令的宽免、移居国外的许可等，在性质上都是国家（强者）对人民（弱者）的一种恩赐，或被认为是一种“政治上的睿智”。但是在现代宪法中却并未见到“宽容”或“容忍”

[19] 如《旧约》“创世记”中摩押人和亚扪人的起源一节记载了某种情况下的“乱伦”。详见《圣经》，中国基督教两会2000年版，第26页；《旧约》中“撒母耳记下”暗嫩和他玛一节中记载了兄妹性爱的场面。详见《圣经》，第490页。《圣经》作如实记载是为了供后人警戒，而不是表示肯定或赞成。

[20] 参见刘达临：《世界性史图鉴》，郑州大学出版社2005年版，第259—264页。

的用语^[21]，“宽容”似乎尚未完全被确定为是人民的具体权利或义务。如在德国联邦基本法及各邦的宪法中，也没有直接出现“宽容”(Toleranz)的字眼，而仅仅出现了“忍耐”(Duldsamkeit)、“尊重”(Achtung)和“顾虑”(Rücksichtnahme)等几个与“宽容”接近的用语，但是上述这些类似规定在司法实务中和法学教学领域则一般被解释为宽容原则。

德国的拉德布鲁赫在他的《法哲学》中把宽容看成是与赦免相关的一个法律概念。他认为，赦免“不仅是一种和善的法律形式，而且是完全与法律无关的领域中映射进法律领域的，并使冷漠昏暗的法律世界真正得以可见的耀眼光芒……赦免使与法律无关的价值领域兀立于法律世界的中央，比如宗教的慈悲价值、伦理的宽恕价值。”^[22]法国的保罗·利科也与拉德布鲁赫一样，认为宽容原本“不属于法律秩序”，“甚至也不属于法的层面”，但是由于“宽容源于一种天赋的理由”，因此它“不仅仅是一种超法律价值，还是一种超伦理价值”。并且，“从其目的而论，宽容还是规避不了法的领域……宽恕的‘目的’不是消除记忆，不是忘却；相反，宽恕的‘目标’是消除债务，而这与消除忘却的‘目标’是不可调和的”。^[23]按照拉德布鲁赫和利科的理论，我们可以把法律宽容理解为是从“完全与法律无关的领域”或法律秩序以外的领域中映射进法律领域的超法律价值。

拉德布鲁赫的高足考夫曼在他的《法律哲学》中则指出：宗教宽容学说原则上并没有错误，错误的只是，这些原则直接从道德领域被转移到了法律领域。“法律与道德尽管有许多接触点，但是并不相同。因此，对于法学上涉及宽容的问题——学校祷告、宗教学校、学校及法庭中的十字架、婚姻问题、吸烟者与非吸烟者的争议、将道路命名为 Rosa Luxemburg 或将大学命名为 Karl von Ossietzky、外国人问题、战争役的拒绝、堕胎、自愿结扎、依请求而同情杀人等等，均不能单纯以宗教或世界观团体的教条——道德见解予以解决。的确如此，但是法律领域的宽容问题并未因此而穷尽。特别有一个刚好是法律上的问题会出现，亦即：法律的真实性或正确性如何？以及对于正确法的认识又如何？于此宽容是否有其适用或支配，因为是涉及真理、教条论上不宽容的原则？”^[24]人们或许可以从宽容原则具有何种法律意义的观点，做出不同的论述，但是应该能够比较顺利地达成如下共识：由于宽容确保多种价值观的并存，因此展现出一项重要的秩序要素，并将一种有趣的思想带进了法律讨论当中。^[25]我们正在尝试的“刑事和解”制度，实际上也是一个宽严相济的刑事政策的体现，对被告人而言无疑是一种宽大或宽容。“刑事和解”主要体现的是宽恕或法律宽容的原则。^[26]可以说，无论是中国古代的和合文化，还是西方宗教中的宽恕、博爱理念，都十分推崇和缓、宽容的纠纷解决方式，倡导人们化解冲突，和睦友爱相处。^[27]在现实的法院审理中，法官事实上也经常可以围绕法律——比法律更为宽容，透过法律的解释做出判决，以实现个案正义。可以说，这种在宽容原则指引下的法律解释是一种普遍的现实的法律宽容。那么，当宽容通过规避法律秩序而使自己置于法律秩序之上方时，这种状态

[21] 参见李震山：《论宽容与宪法》，刘幸义编《多元价值、宽容与法律》，台湾地区五南图书出版股份有限公司2004年版，第412页。

[22] [德]G·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第176页。

[23] [法]保罗·利科：《论公正》，程春明译，法律出版社2007年版，第165页。

[24] [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第460页。

[25] 参见陈根发：“宽容的法理”，载《2007年中国法律年鉴》，中国法律年鉴社2007年版，第727页。

[26] 陈剑虹主编：《宽严相济刑事政策在检察工作中的运用》，中国检察出版社2007年版，第5页。

[27] 陈光中、葛琳：《刑事和解的理论依据与适用构想》，黄京平、甄贞主编《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第16页。

对法律秩序本身而言是否就是某种副作用呢?如果我们从法哲学的角度来审视司法的话,下面的结论也许更能为人们所接受:司法虽然是人类的正义,但它决不能将自己设想为最终的裁判。司法的远大目标是不仅要使自己与野蛮的复仇、酷刑相分离,而且也要与宗教式的复仇和不宽容相分离,这就需要一种神圣的法律宽容原则。

宽容原则在我国法律世界中遭受冷遇和不畅有其自身解释方面的原因,但更为直接的是法哲学与实定法之间的对话不足所造成的格局。有学者在研究“司法对传媒的宽容”时指出:“强调以宽容的态度对待传媒,可以在域外的经验中找到理由。英美法的藐视法庭罪前紧后松的适用即明显证明了这一点……美国司法对传媒的宽容,是因为他们相信只有经历了舆论的风雨,法官才能变得更为强大与坚韧,才能更独立、更公正,以此赢得人民的信任、尊敬与服从,树立司法真正的权威。”^[28]今天,人类正面临人口爆炸,所以宽容原则越来越迫切。在1996年底,世界上已经有24个城市的人口超过了一千五百万。在这种城市和人口日益膨胀的情况下,秩序应该如何地运作,特别是随着人口密集地区的爆增,暴力与犯罪亦随之增加。这个世界若没有宽容,必然成为地狱。考夫曼曾发出这样的感慨:“的确如此。在面对当今复杂、充满风险的情况时,我们所能提供的,不能再是如结构单纯、数量较小的中世纪社会所能提供者:一个封闭、静态、当权、不宽容的世界。这并不夸张:宽容在今日世界,乃至明日世界是一个人类的命运问题——Dürrenmatt甚至称此为一个存活的问题。”^[29]从法律的层面而言,正如有学者指出的那样,宽容应该成为“宪政生态主义的价值取向”^[30]之一。现代宪法之所以不同于历史上的一切权力分配方式就在于不同的政治势力之间能够达成妥协,容许不同的政治集团和合理主张在法律范围内存在,体现出宪政的宽容与民主精神。

当然,真正的宽容并不意味着容忍一切,而是意味着容忍那些应该容忍的事物。这一原则在早期的宗教宽容中就有所实验了。如法国的伏尔泰在他的《论宽容》中指出:“虽然在《旧约》中有许多表示宽容的例子,但是也有严厉的事例和律法。”^[31]可以说,宽容与严厉是对立统一的关系,两者并行不悖、相辅相成才是法律宽容的理想状态。而区分应该容忍的和不应该容忍的事物,这要求我们对人类生活中的重要事实有全面的理解。美国宪法的构造和批准方式似乎对这一问题有比较好的理解。一方面,他们献身于联邦和州政府对各种各样的事物的促进和保护,另一方面,通过权利的保证——禁止那些最终会暗中破坏他们的方法,其构造和批准方式将更好地促进和保护这些事物。可以说,宪法本身的前景应该与真正的宽容广泛地保持一致。但不幸的是,某些宪法解释的方法并非如此。^[32]

四、法律宽容的价值

在现代多样性的社会中,宽容已经成为了一个不可或缺的生活原则。多样性社会中的独立生存力要求生活于其中的个人知道如何去应付不可避免的差异性和冲突。从结论上说,那就是,宽容是当代社会的一个基本价值,而法律宽容则是法治社会的基本价值之一。我们可以不

[28] 康为民主编:《传媒与司法》,人民法院出版社2004年版,第277—279页。

[29] [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第475页。

[30] 魏健馨:《和谐与宽容——宪法学视野下的公民精神》,法律出版社2006年版,第68页。

[31] [法]伏尔泰:《论宽容》,蔡鸿滨译,花城出版社2007年版,第136页。

[32] See J. Budziszewski, True Tolerance: Liberalism and the Necessity of Judgment, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 1992, p.44.

同意某些现代哲学家所提出的冲突的超价值是“迎接我们走上右倾路线的标志”^[33]。宽容的重要性仰赖于下列这些比较朴素的主张：首先，差异性和冲突是不可避免的；其次，宽容为处理那些并不违反其他诸如正义、自由和平等的基本价值的差异性和冲突提供了程序上的最低限度。无论你对差异性和冲突欢迎与否，或顺从，或痛恨，它们却都是生活的事实。人们在许多问题上经常会出现一些喜欢或不喜欢、违法或不构成违法、违反现行法律但不违反自然法或正义的意见。如堕胎(abortion)曾经是一个世界性的争论点，而法律宽容通常是处理这些争论的一个程序价值。尽管在最初的步骤上法律宽容不是一个实质性的价值，但它却是在意见和价值发生分歧的情况下，和平地处理诸如有关堕胎那样的争论点的先决条件。

法律宽容在一定程度上允许一个社会的价值和平地或和谐地演进。在不存在法律宽容的地方，就会发现众所周知的诸如大屠杀、私刑、恐怖主义、暗杀和种族清洗等恐惧。如果对手们不同意容忍另一方以寻找共同基础为目的的长期争论，那么其主要选择只能是一种形式或另一种形式的斗争和战争，或怀有敌意的“冷漠”。当然，有时对手们宁肯选择斗争和战争，有些斗争和战争也似乎是“正义”的，值得人们为之去战斗。但是，在许多情况下，解决冲突的其他方法如和解、宽容等则是更可取的。法律宽容也许听起来是非常消极的、有限的甚至与法治国家的其他原则难以相融。有人也许会问，与宽容他人的责任和罪行相比我们难道不能有更高的目标了吗？美国实用主义的创始人之一威廉·詹姆士在《多元的宇宙》中这样表达宽容乃至法律宽容的价值：“生命总是从它的全部资源里立即找到了同时满足许多对立面的方法。这正是我们的文明所呈现的相反相成的方面。我们用武装来保障和平，我们用法律和制度来保障自由……我们容忍无政府主义的和革命的言论才是减少这些危险的唯一办法；我们的慈善事业不施惠于乞丐才能完成这个事业想要达到的目的；真正的享乐主义者须要极大的节制；通过极端的怀疑，才能导向确实；节操不意味着无知，而意味着知道罪恶，而且克服罪恶；服从自然，我们才能征服自然，等等等等。”^[34]

约翰·罗尔斯在他广泛议论的政治自由主义中也采取了类似的立场，他认为，如果要在自由和平等的市民中建立一种公平的合作体系，那么该社会就必须建立在政治和法律宽容的原则之上。这是因为，在一个自由社会中，合理的人类活动的自然结果更具有多样性，而不是变少了。甚至在田园诗般的条件中——一个没有偏见、愚昧或利己主义倾向的社会——通情达理的人们仍然会经常对基本价值、生活哲学、政治和法律规则表示不同意见。这一认识的性质和限度，罗尔斯称之为“判断的负担”(burdens of judgment)，在通情达理的人们之间制造出分歧。在一个自由社会中，可能没有一个真正的普适的教义，因此通情达理的人们必须学习与不同的人一起生活，该社会的政治和法律规则必须包含有宽容的核心。宽容，首先可以作为“权宜之计”，例如，结束宗教战争的一个办法。但是，罗尔斯断言，在社会、政治和法律的演进过程中，宽容最终将凭借自己的魅力变成一种价值。^[35]这是因为，政治和法律可以与有关最重要问题的信仰相分离。这就是说，公民在这类问题上的共同信仰并不构成一个民主社会的必要条件，对于公民美德来说，只要有一种为典型的有神论者和典型的无神论者所共有的道德官能就足够了。罗蒂曾指出：“罗尔斯所提倡的哲学宽容，实乃是对杰弗逊所提倡的宗教宽容的一种可能的扩展。‘宗教’和‘哲学’都是模糊的词语，总是可以作出说服性的重新定义的。当这些词的定义足够宽

[33] W. Paul Vogt, *Tolerance & Education; Learning to Live With Diversity and Difference*, Sage Publications, Thousand Oaks and London, 1997, p.24.

[34] [美]威廉·詹姆士：《多元的宇宙》，吴棠译，商务印书馆2002年版，第54—55页。

[35] See Jhon Rowls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pp.54—58.

泛时,每一个人,甚至是无神论者,都可以说具有一种宗教信仰(在蒂利希‘终极关怀的象征’意义上)。”^[36] 例如,关于对表达的宽容,其中的一个主要论证是基于“真理原则”(the Truth Principle)给予表达与行动不一致的豁免。发现真理的经验表明,既然一个可能性中存在着错误,因此我们就不能仅仅依靠那些出现在我们面前的所谓正确的东西作出判断。这就是说,即使在已经确定的情况下我们也必须保持一些不确定的因素,而容忍是与意愿和领会那些远离我们的不同认识方式的能力相连接的。我们也许能够很快地发现,真理的特征已经出现在了我们的视野中,但它却仍然是不完全的,只有通过其他不完全的真理的补充才能得到完善。即使我们相信已经知道了真理是什么,但我们也不能停下来休息,而应该继续把我们的真理付诸于试错法(trial-and-error)以证明我们并没有犯错。此外,我们应该保证每个人和各种意见都能够得到被听取的机会,否则我们就会在发现真理的道路上设置障碍。这一假定是,尽管我自己并不相信,但是承认他人的想法也许是正确的这一可能性,就是承认我的想法也许是错误的可能性。这一假定也有足够的空间适用于那些完全持不同意见的团体和个人。一个观点之所以应受到怀疑,简单地说是因为它为少数人所掌握,并也许阻碍真理的发现。尽管许多新的思想和创新开始于少数人的想法,但是我们在头脑中必须注意到上述负面影响的存在。这一“真理原则”指示我们对那些强烈地和认真地被相信是正确的意见提出质疑,以探索一些更加深远的真理和揭露它们的错误方面。这一论证的方法事实上已经为美国的最高法院在一些判决中所利用。^[37]

我们可以把法律宽容看成是一个法律从严厉到宽松的历史过程,其进度和界限经常取决于各国宗教宽容思想的发展和世俗化。从静态意义上讲,我们可以把法律宽容的本质理解为“严刑峻法”的一个对立面,它是在宽容原则下谋求法律革命和法律人性化的结果,其内容主要包括立法宽容和执法宽容两个环节。在法律的价值取向中,宽容与自由、人权等概念是紧密相联的,一般地说自由和人权都是在宽容原则的指导下展开的,在某种程度上,可以说宽容是自由和人权的前提或必要条件。法律宽容或法律上的宽容原则,虽然是来自法律秩序或法律领域之外的一种价值或超法律原则,但却是现代立法和执法中不可或缺的一个调整原则。2007年修订的我国《科学技术进步法》第一次用法律形式,对“宽容失败”作出了规定,该法第56条规定:“国家鼓励科学技术人员自由探索、勇于承担风险。原始记录能够证明承担探索性强、风险高的科学技术研究开发项目的科学技术人员已经履行了勤勉尽责义务仍不能完成该项目的,给予宽容。”至此,可以说,在我国,法律宽容原则也有了法律上的直接依据。

[36] [美]理查德·罗蒂:《后哲学文化》,黄勇编译,上海译文出版社2004年版,第166页。

[37] See Raphael Cohen-Almagor, *The Boundaries of Liberty and Tolerance*, University Press of Florida, Gainesville, 1994, pp.106—107.