

2016.6

双月刊 总第12期

楚天法学

CHUTIAN LAW SCIENCE



湖北省法学会 主办

目 录

本期专稿

- 03 洪 浩 汪少鹏 陈 亮 惩治单位犯罪和维护企业发展二维价值之平衡
——2015年度湖北省公司单位犯罪案件大数据分析报告

理论前沿

- 13 张德森 康兰平 论发展权的人权属性及实现中的法治量化
21 梁永成 中国宗教管理体制的演变及其法治化之思考

立法研究

- 30 冯 果 段炳华 供给侧结构改革与我国上市公司退市制度的完善
35 蔡家琴 地方立法权限划分的规范分析与现实反思
40 王 渊 赵世桥 建立知识产权公益诉讼制度的立法动议

探索与争鸣

- 46 邵 俊 司法改革视野下的司法文明指数研究
55 袁 彬 徐永伟 终身监禁的死刑替代功能之反思
64 戴新毅 大学校园占座问题的民法思考

司法实务

- 73 黄定海 武衍明 以审判为中心的刑事指控体系之重构
80 宋金玲 马荣春 侦查实务中渎职犯罪因果关系的认定
90 谢治东 论非法吸收公众存款罪的边界
——兼论集资诈骗罪之设立
96 何仲新 银行卡盗刷案件的举证责任研究
102 徐丹丹 工伤认定行政案件中对“三工因素”的理解与认定
109 杨 巍 李 震 抵押权行使期间立法模式之选择

法史研究

- 116 石东坡 论沈钧儒参与立法的实践活动及其特点与启示
122 侯文昌 西北地区出土古民族文契约文书研究述评

国际法专论

- 128 史国普 吴双全 论中国南海主权的基础
——历史性权利抑或地缘性权利
135 卢彦铮 南海仲裁案管辖权之反思
141 刘 瑛 张威加 从晚近自贸协定透析我国“投资者—东道国争端解决机制”的发展
148 [波兰]斯拉沃米尔·雷多 战后战争罪审判对联合国预防下一代犯罪教育的启示
157 2016年总目录

本刊顾问

王晓东 张昌尔 江必新 郑少三 曾欣 吕忠梅 李静 王晋
李龙 吴汉东 黄进 王利明 张明楷

编委会

主任 董永祥 蔡华东

副主任 胡兴儒 万学斌 易勇

委员 (按姓氏笔画排序)

万学斌 王龙 王晨 王亚平 王瑞龙 方世荣 冯果 朱小林
刘大洪 齐文远 李龙 李长健 李仁真 肖永平 肖伯符 吴汉东
汪习根 汪道胜 陈小君 易勇 周叶中 赵钢 胡兴儒 俞江
姚莉 姚仁安 秦前红 徐汉明 曹诗权 康均心 彭真明 董永祥
温世扬 雷兴虎 蔡华东 谭先振 熊伟 熊世忠 魏月明

主编 王龙

执行主编 赵钢

学科编辑 (按姓氏笔画排列)

丁文 尹建国 宁立志 刘春梅 李长健 何荣功 张德森 陈会林
罗国强 胡开忠 柯坚 姜战军 蔡杰 蔡虹 潘红祥

编辑部办公室 陈亚男

本期责任编辑 丁文

主管单位 中共湖北省委政法委
湖北日报传媒集团

主办单位 湖北省法学会

编辑出版 《楚天法学》杂志编辑部

本刊地址 湖北省武汉市水果湖路268号

邮编 430071

电话 027-87239161

邮箱 ctfx666@163.com

网址 <http://www.hbfxh.com>

印刷 湖北省委省政府文印中心

国内统一连续出版物号 CN 42-1854/D

国际标准连续出版物号 ISSN 2095-686X

邮发代号 38-153

出版日期 逢单月19日出版

Table of Contents

The Balance between the Two Dimensions of Values of Punishing Crimes and Maintaining Development of Enterprises	Hong Hao, Wang Shaopeng, Chen Liang(3)
The Human Right Nature of the Development Right and Its Realisation of Quantitative Rule of Law	Zhang Demiao, Kang Lanping(13)
The Advancement of China's Religion Management System and Its Rule of Law	Liang Yongcheng(21)
The Reform of Supplying Side System and the Perfection of the Withdrawal System of Listed companies	Feng Guo, Duan Binghua(30)
An Analysis on the Regulation and Practical Reconsideration of Regional Legislative Power division	Cai Jiaqin(35)
On the Reasonability of Establishing the System of Public Interest Litigation for Intellectual Property Right	Wang Yuan, Zhao Shizhou(40)
On the Standard of Judicial Civilization in the Perspective of Judicial Reform	Shaojun(46)
Reconsidering the Replacement Function of Life Imprison to Death Penalty	Yuan Bin, Xu Yongwei(55)
Occupying Seats in Campus in the Perspective of Civil Law	Dai Xinyi(64)
On the Criminal Prosecution System Centered by Trial	Huang Dinghai, Wu Yanming(73)
The Determination of the Cause of Crime of Professional Misconduct in the Investigations	Song Jinling, Ma Rongchun(80)
On the Boundary of the Crime of Illegally Accepting Public Deposits	Xie Zhidong(90)
On the Burden of Proof in Unauthorized Use of Bank Card	He Zhongxin(96)
The Understanding and Determination of the Three Elements in the Administrative Case on Industrial Injuries	Xu Dandan(102)
The Choice of Legislative Model for the Time Period of Mortgage Right	Yang Wei, Li Zhen(109)
On the Practice of Shen Junru's Participation of Legislation, Its Character and Enlightenment	Shi Dongpo(116)
On the Contractual Documents in Ancient Minority Language Found in the North—Western Area	Hou Wenchang(122)
On the Foundation of China's Sovereignty in South China Sea	Shi Guopu, Wu Shuangquan(128)
Reconsidering the Jurisdiction of South China Sea Arbitration	Lu Yanzheng(135)
On the Development of the Dispute Settlement Mechanism between Investors and Host States in China in the Perspective of Recent Free—trade Agreements	Liu Ying, Zhang Weijia(141)
On the Enlightenment of the Trails of War Crimes after Second World War to the Education of UN's Preventing next Generation from Committing Crimes	Slawomir Redo(148)

惯。最终,在占领日本的几年里(1945—1952),这本书一直是美国军方监管日本社会耻辱感文化的指南,它与以罪恶感文化为基础的美国社会截然不同。

确切地说,本尼迪克特认为,这种东西方差异涉及不同社会的文化体系。在耻辱感文化社会里,成人、儿童都受到外部灌输的耻辱感和社会排外观念,但是没有罪过的观念。罪恶感文化社会中的人们则因为某些行为会遭到谴责并惧怕报应,从而受到内心不断强化的罪恶感(害怕受到现世或来世惩罚)驱使。从来源上看,儒学和其他东方哲学同耻辱感文化密切相关,西方的犹太——基督教文化、哲学则与罪恶感文化紧密相连。

但是,这种通俗的区分仍然只停留在人类文化学领域,来自教育界的支持寥寥无几。因为他们怀疑,通过灌输或者教导人们对某种行为感到羞耻或罪恶的社会控制机制能否足以解释二战时的野蛮暴行。他们认为,这些行为可能受到教学方法或传播意识形态的方式的影响。

二、战后审判中的负罪感

对纳粹意识形态的典型代表——纳粹德国主要领导人战后在纽伦堡接受审判的研究表明他们“不为所动”,甚至连认罪都是“形势所迫”,而非对自我罪行的由衷反省。^③一位新闻记者对7个被判处无期徒刑的战犯(大部分是基督徒)向监狱牧师忏悔的描述,证实了他们悔罪态度非常谨慎,更不用说发自内心的深刻反省了。^④这段描述同时表明,有着正常童年的人,一般不具有极端的犯罪特性。^⑤

这七人之中的阿尔伯特·斯皮尔(“希特勒的设计师”),只接受自己作为纳粹精英和纳粹政府成员的“责任”,而不是违背法律从而“犯罪”。^⑥但是,巴德尔·冯·席拉赫(Baldur von Schirach,纳粹青年领袖,后任维也纳地方长官)则在庭审证词中明确承认有罪。他说:“希特勒是杀人犯。奥斯维辛集中营是他所鼓吹的种族主义的最终体现。这是德国历史的耻辱。”汉斯·弗兰克——一个归化的天主教教徒,号称“波兰屠夫”,曾任德国驻波兰总督,被处以死刑。他在审判中承认被深深的负罪感缠身。^⑦

与上述情形相比,远东国际军事法庭对日本战犯的审判就没有那么平衡(less balanced)。法庭的荷兰籍法官B·V·A·罗林(B·V·A·Lorenz)指出,他从被告的态度上感受到日本文化的独特性以及禅宗对其的影响。^⑧之后,一位日本学者通过研究发现,大量证据显示了日本人对东京审判的矛盾态度。不过,这种态度更多是“针对审判性质本身,而不是由于日本缺乏法律传统或他们崇尚血腥的民族主义”。因为,他们认为,“比起纽伦堡审判,东京审判被报道得过多(publicized)或者说不公得多”(far more publicized or unfair than Nuremberg)。^⑨

至于其他日本战犯,在中国法院进行的八百多场审判中,其中超过1000名被判处不同形式的监禁。据一项犯罪学和政治学分析表明,他们所有人都认罪并最终悔罪。^⑩与德国战犯不同的是,日本战犯接受了再教育,给他们讲授唯物主义学说、国际公法,组织他们实地考察中国战后的重建,表明中国非常人性化的处理。根据中国外交部之后的报告,再教育效果显著。回国后,这些战犯积极倡导与中国和平相处。报告称,“这是监狱里教育人员的友谊和仁慈改变了他们”。^⑪

③ J·迪克斯:《罪恶感的教训:战后日本和德国的历史教育》,伦敦:劳特利奇出版社2010版,第36页。

④ 指犯罪学意义上为所犯罪行感到内疚并接受惩罚。

⑤ L. Joanin-Llobet, Les sept de Spandau, les secrets révélés des derniers criminels Nazis, Paris: Oh! Editions, 2008, p121.

⑥ S·卡尔斯泰特:《纳粹战犯的生活:重论战后德国纽伦堡审判中的罪与非罪(1945—1975)》,载A·霍尔,D·西格尔,Ch·伦勃朗主编:《过渡正义:想象与记忆》,伯林顿(美国)出版社2013版,第43页。

⑦ Y·贝热贝德:《纽伦堡的年轻研究生》,载《联合国学术委员会季刊》2015年第2期,第5页。

⑧ M·二村:《战争法庭与过渡正义:东京审判和纽伦堡的遗产》,伦敦—纽约:劳特利奇·泰勒弗兰西斯出版社2008年版,第12页。

⑨ 前引⑧,M·二村书,第12页。

⑩ J·陈:《日本战犯在中国的审判:宽恕的悖论》,载《中国信息报》2009年第23期,第447~472页。

⑪ 前引⑩,J·陈文,第466页。

这种积极影响也带来了中日两国关系回暖,并推动他们在1978年签订和平条约。然而,这些人二十多年坚持不懈的呼吁却丝毫没有推动日本对中国苦等已久的道歉。

三、从史学角度比较二战中的德国侵略者与日本侵略者

日本人的道歉为何迟迟未来?之前提到的朱利安·迪尔克斯最为系统化的比较研究可能有助于部分回答这个问题。他分析了二战后德国(西/东)和日本的中学历史课程。这些课程从一开始就在内容和方法上有所不同。日本的历史学课程,与现在已经不存在的德意志民主共和国(东德)课程类似,首先立足于表现唯物主义史学观。西德(现在的德意志联邦共和国)的课程则重塑历史的叙述结构以此强调该国直至一战的辉煌过往。到20世纪60年代,这两大西方史学都进入了一段相对静默期,如今仅存的西德史学则明显不同于日本史学。

迪尔克斯进一步探究这种差异。他首先比较分析了89个国家335所大学史学课程(从1895年到1964年),^⑫发现,“这些史学课程围绕着一般性理性法律原则,而非各自极具特色的文化传统。”^⑬因此,他认为,大学历史课程的概念、方法和解释着重强调的是最终向读者传达的信息,即,要么强调独特的民族特色(“特异性”、“品质”、“心理”等),要么强调与其他国家共同的价值观。这也正是官僚机构、指令和政策作为一个国家的历史进入教育的内容。

就此来评估日本史学前,迪尔克斯提醒说,德国史学发生根本改变,是从德国总理威利·勃兰特(Willy Brandt)访问波兰后。1970年,勃兰特(他在纳粹时期作为德国移民流亡到挪威和瑞典)在波兰做出了一个非比寻常的忏悔之举:在华沙,他双膝跪在欧洲犹太人死难者纪念碑前为纳粹的罪行道歉。1972年,在德意志联邦共和国和联合国波兰教科文组织委员会的倡议下建立了德波教科书委员会(German-Polish Textbook Commission),为日后签署和平条约、书面和解、德国赔款以及最终签署其他相互之间的协议铺平了道路,使二战幸存者以及两国的子孙后代能够通过政治领导人和普通大众共同进行建设性、积极并富有成果的合作。

而日本的行动,在迪尔克斯看来,包括官方史籍中促进和解的内容、目标和成果却少之又少。日本当前的史学更倾向于草率的经验主义和选择性强调史实和历史大事。由此,他得出结论,对于认罪,无论在日本国内还是国际社会,日本公众和领导人基本上仍将保持缄默。

最后,迪尔克斯指出,迄今为止,中日之间的和解仍非常有限。除了1978年签署和平条约、1995年总理村山富市在纪念亚洲太平洋战争结束五十周年的场合为日本侵略行为进行道歉这几个重要事件外,日本还没有直面其历史。^⑭

这一结论很好地说明,日本的民族宗教神道教,有着潜在的极端民族主义影响。尽管二战后,当代日本进行了教育改革,不再在预科之前讲授神道教。但是,自20世纪90年代,一些大学仍将神道教作为一门宗教学课程或国家历史一部分进行讲授,其他院校则提供涉及神道教的文学或民族学(“日本文化”/“日本研究”)课程。^⑮

聪子藤原(Satoko Fujiwara)随机抽样并调查了100所四年制大学的课程(包括15所宗教大学、30所公共学校和55所一般私立大学)。^⑯她注意到,这些课程中没有关于和平与宽容的宗教信仰教育。在她看来,所有这些神道教文献都强化日本文化独一无二的刻板印象,因而使得排斥外国文化合法化。她认为,就像世界上其他国家一样,日本需要推崇和平宽容的宗教信仰教育。

四、从史学研究和政策角度看侵略者和受害者

^⑫ D·J·法兰克、S-Y王、J·W·迈耶、F·O·拉米雷斯:《历史是什么:大学课程的跨国和纵向研究》,载《比较教育研究》2000年第1期,第44卷,第33页。

^⑬ 前引^⑫,D·J·法兰克、S-Y王、J·W·迈耶、F·O·拉米雷斯书,第33页。

^⑭ 最近的例子是2014年出版的61卷关于日本裕仁天皇官方传记中没有涉及其在二战中的角色的问题。

^⑮ S·藤原:《日本宗教教学中的问题:另一个违背和平的教科书争议?》,载《英国宗教教育杂志》2007年1月第1期,第29卷,第49~54页。

^⑯ 前引^⑮,S·藤原文,第37~39页。

与这一观点不谋而和的是对日本新宪法(1947)的文化意蕴之争。日本权威评论员辩称,当今世界最大的问题是维护世界和平,建立世界秩序,人人都应忠实于“人类最高良知”,忠于其国家和人民。日本宪法也自然应基于“普世原则”(universal principles),但在现实中极难寻得所有人无一例外秉信的“普世原则”。不管是典型的西方自由主义民主,还是苏联式的社会主义,在现在或将来都不能成为“普世原则”。真正的“普世准则”必须建立在它们之上甚至超越它们。^{①7}

因此,日本没有急于批准《国际刑事法庭规约》(1999)也就不足为奇了,直到2007年日本才批准了该公约。德国则在2000年就批准了该公约,这也是德国自20世纪70年代以来就向其他国家做出维护世界和平与安全政治承诺的另一证明。^{①8}

但是,德、波兰关系模式并未复制到波兰与俄罗斯的关系上。波俄两国只成立了一个双边委员会共同发表报告,盘点那些尚未解决的问题。波兰与其他国家之间解决的问题就更少了,比如,与乌克兰。二战期间,纳粹德国默许乌克兰民族主义者,杀害了约100,000波兰人(即“乌克兰大屠杀”)。根据乌克兰最近制定的《关于二十世纪为争取乌克兰独立而斗争的战士的法律地位与荣誉法案》,^{①9}这些民族主义者——乌克兰民族主义组织(Organisation of Ukrainian Nationalists)和乌克兰叛军(Ukrainian Insurgent Army, UPA)的退伍老兵有权获得国家福利。这部2015年颁布的法律无视他们在争取乌克兰独立战争中屠杀波兰人所扮演的角色,是“亵渎历史(desecration of their memory)”。并且,由于总统颁布法令承认乌克兰叛乱军成员为“自由战士”,乌克兰还建立了纪念碑来纪念这些纳粹的同伙。作为上述立法的后续,最近又为乌克兰叛乱军将军罗曼·斯克维奇建立了纪念碑,他的儿子现为乌克兰国会议员。而这一切,对俄罗斯和波兰人来说都是二战中乌克兰暴行的惨痛记忆。这种痛苦或许和中国人对于日本官员参拜靖国神社让他们想起日本侵略中国时实施的包括“南京大屠杀”在内的暴行时一样。

综上所述,可以看出:

(a) 耻辱感文化与罪恶感文化之间的细微区别;(b) 认罪态度之敷衍,以及(c) 通过追究国家和个人对其超越人类良知的暴行的责任,强大的意识形态可以使政治和教育重新步入正轨。

尽管上述事例大多来自德国和日本的侵略历史,但是,世界上没有哪个国家未曾做过违背正义的事。波兰似乎就是这样一个例子。不仅波兰民众普遍质疑两位前总统对“耶德瓦布内大屠杀”(Jedwabne Massacre, 1941)^{②0}中遇害的波兰犹太人的正式道歉,连代表“法律与公正”、刚成功竞选总统(2015—2020)的平民主义政党支持者——安杰·伊杜达亦是如此。其他还有以色列屠杀巴勒斯坦人的“萨布拉—夏蒂拉大屠杀(Sabra and Shatila Massacre)”(1982),^{②1}塞尔维亚针对穆斯林的“斯雷布雷尼察大屠杀”(1995)。^{②2}联合国秘书长称“斯雷布雷尼察大屠杀”“将永远压在国际社会的心上”。^{②3}此后不久,秘书长又发表声明,强烈谴责2015年7月17日发生在伊拉克首都巴格达北部小镇汗巴尼萨阿德(Khan Bani Saad)一个繁忙集市的毁灭性炸弹袭击。这次袭击共造成包括儿童在内的100名平民死亡以及多人受伤。^{②4}

^{①7} K·酒经、J·M·真希:《日本的宪法委员会之最后报告》,载《亚洲法律系列》第7卷,西雅图:华盛顿大学出版社1980年版,第215页。

^{①8} 中国、俄罗斯或美国,这三个联合国安理会常任理事国,还不是国际刑事法庭罗马规约的成员国。但是旨在消除二战印迹的“胜者正义”似乎失去其重要性(法国和英国都同意该法令)。

^{①9} See http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54689.

^{②0} See https://en.wikipedia.org/wiki/Jedwabne_pogrom; <http://www.eurojewcong.org/poland/12972-polish-presidential-candidates-clash-over-jedwabne-responsibility.html>.

^{②1} See https://en.wikipedia.org/wiki/Sabra_and_Shatila_massacre.

^{②2} See https://en.wikipedia.org/wiki/Srebrenica_massacre.

^{②3} “不要对他人的求助置之不理”。参见联合国秘书长纪念耶德瓦布内大屠杀中遇难者的新闻稿SG/SM,2015年6月1日,<http://www.un.org/press/en/2015/sgsm16896.doc.htm>.

^{②4} <http://www.un.org/sg/statements/>,2015年7月18日访问。

我的国家致以歉意,祈祷上帝会原谅我们。”^{②9}

相应地,本节以下见解来自社会科学文献,以及笔者作为联合国官员的工作实践以及退休后从事教学的经验,包括不限专业和文化背景给学生开设的“联合国预防犯罪”课程。^{③0}其实,在《联合国宪章》最初谈判时就对“正义”之根本性含义达成共识,即,无正义则无和平。准确地说,不管现在还是未来,正义都意味着促进建立“和平与安全的社会和强有力机构”,尽管它曾经作为构建可持续发展社会的目标和《可持续发展议程》中的其他要素一起相互依存。^{③1}

总而言之,无论在理论上还是联合国和单个国家的实践,现在我们对犯罪人和受害者,结合他们所属背景,从国际层面跨文化地予以更人道的差别待遇,尤其是在促进人权和经济社会权利的国际议程中。不管接下来东西方预防犯罪教育差异有多么大,“联合国可持续发展议程”的实施可能使犯罪学家和教育家们重新认识到,以权利为基础、致力于社会和平的国际议程中,目前还存在意识形态上的差异,特性分明。

作为一名律师和犯罪学家,同时也是学者和前联合国预防犯罪专家,我想强调的是,对于联合国来说,减少贫困比目前教育议程中的人权或经济社会权利等更重要。联合国构建可持续发展社会的首要目标就是消除绝对贫困,到2030年将10亿人的生活标准提升到每天1.25美元(《联合国可持续发展目标草案》1.1)。正如儒家所说:“仓禀实而知礼节,衣食足而知荣辱”。联合国粮农组织估计,2010至2012年,全球平均八分之一的人口患有慢性营养不良。这八分之一,也就是占世界总人口15%的发展中国家贫困人口,需要救助。^{③2}据报道,营养水平越高,凶杀率越低,而在发展中国家,由于饥饿导致的营养不良程度高,犯罪率也高。^{③3}

但是,犯罪学家们深知,成功的预防犯罪教育在全球呈现本土化差异^{③4}的原因,既不是温饱问题,也不是其他消除贫困措施,而是政府和人民应对相对贫困的方式。

我们对这一事实的重视应该转换成一种提醒,即自出生开始的不同形式的贫困(物质的或非物质的,尤其是缺乏母爱)以后有可能导致犯罪。^{③5}大卫·F·法灵顿,“斯德哥尔摩犯罪学奖”获得者、英国著名犯罪学家说:“感受不到温暖和被父母抛弃往往会导致少年犯罪”。因此,“比起体罚,来自父母的关爱能起到更好的预防犯罪作用。”^{③6}

广而言之,营养不良是资源短缺问题,也是饥饿问题的直接反应。经济学是“研究社会如何分配有限资源以满足社会成员无限增长的需求和欲望”的一门学科。^{③7}从经济学和其他社会科学的研究中可以得

^{②9} 文本来自: <http://www.onlinefootage.tv/stock-video-footage/25389/1970-on-his-knees-in-warsaw-chancellor-willy-brandt-in-poland>.

^{③0} “真正持久的和平,只能建立在正义之上。”参见联合国第一委员会第一小组特别报告员报告,联合国国际组织会议(UNCIO)文件,Doc. 944. 1/1,34,第6卷,第453页。

^{③1} UN doc. A/69/700, op. cit.

^{③2} See <http://www.fao.org/news/story/en/item/161819/icode/>.

^{③3} 更多内容请参见S·雷多:《降低资源不足与实现2030年联合国可持续发展目标:16个可持续发展目标以及通用指标》,载M·迪米特里杰维奇:《维也纳愿景:和平、包容、繁荣和可持续的世界》,联合国学术委员会:维也纳2015版,第112页。

^{③4} “Glocal”(全球的/地方的):“普遍想法或概念”、“普遍的感觉或情感……在当地得到适用和命名”,参见J·E·沃什:《社区里的跨文化教育》,火奴鲁鲁:夏威夷大学出版社1973年版,第106页。

^{③5} S·雷多:《对后世文化合法性的教育》,载E·W·普利瓦泽威斯克主编:《当前犯罪和刑法学的问题》,波兰华沙:威道尼克图C·H·贝克出版社(Wydawnictwo C·H·Beck)2014年版,第698~722页。

^{③6} D·P·法灵顿:《家庭对犯罪的影响和家庭干预》,载H·库瑞、S·雷多、E·谢伊主编:《妇女和儿童作为受害者与施害者:给后世的关于背景、预防和重返社会的建议》xiugai,柏林-海德堡:施普林格出版社2016年版,第156页。

^{③7} See <http://www.digitaleconomist.org/economics.html>.

出,相对贫困导致犯罪。^{③⑧}因此,哲学家、经济学家、犯罪学家和发展援助专家都以不同的方式强调,要把获取稀缺资源纳入人类发展的主流。而这只有在全面解决土地和水资源产权、集体财产权和家庭财产权等问题的条件下才可能实现,也是应对男女之间、父母子女之间以及子女相互之间暴力犯罪和包括腐败在内的财产犯罪的方式。^{③⑨}

这样,各种形式的贫困问题将比现在得到更好地预防,刑事犯罪受害者和犯罪人也将受到更人道有效地对待,尤其是对可能触犯法律的青少年。这也可能是中国和日本的一个机会。两国都参与了由经济合作与发展组织(OECD)开展的国际学生评估项目(Programme for International Student Assessment, PISA),对两国的中小学教育进行比较评估。两国的教育界都强调儿童道德水平的重要性。在各国的国际学生评估项目中社会排斥(即真实或虚拟的校园暴力)、吸毒和吸毒都常见。^{④⑩}令人惊讶的是,当犯罪学家和教育家对世界各地的孩子们的表现提出警示性报告,国际学生评估项目到目前为止没有对此类不文明行为的评价指标。

如何戒除毒瘾、酗酒和网瘾,如何在学校成为好同学并在之后的生活上成为一个好的伙伴,如何成为一个好父母,如何在家里、家外善待精神病人,这些问题都需要切实可行的教育。^{④⑪}这种教育可以改变社会的态度。因此国际学生评估项目未来调查之一可以衡量西方和东方的教育机构要如何满足公民道德教育需要来改进社会对这些问题的态度。或者,通过国际自我报告犯罪调查项目加以补充。^{④⑫}

对每个国家来说,这些调查指标中建设性的实质内容是敏感微妙的话题。在日本,雅子柴田(Masako Shibata)提醒我们,^{④⑬}内阁首相中曾根康弘(1982—1987)曾批评1947年《教育基本法》(Fundamental Law on Education)第15条^{④⑭}禁止宗教教育的规定造成儿童心理上的不安全感和日本学校的混乱。这部战后盟军占领期间制订的法案所推进的教育改革对西方教育理念评价过高,结果是对“传统价值观和行为规范过于否定”。^{④⑮}

2006年,日本国内对《教育基本法》的争论最终导致2006年12月22日通过《基础教育法案》(120号法案)。其中第15条,原封不动地照搬《教育基本法》第15条,其第2条增加了“培养尊重传统和文化、热爱养育自己的祖国和乡土、为世界和平和国际社会的发展做贡献”。这个新措辞限制了已被《教育基本法》反对的神道教所带有的极端民族主义色彩。在这方面,这部新法与《中华人民共和国教育法》交相辉映。其第7条规定:“教育应当继承和弘扬中华民族优秀的历史文化传统,吸收人类文明发展的一切优秀成果。”

一言以蔽之,中国和日本、以及其他参与国际学生评估项目的国家,在加强儿童品德教育并将其置于国际社会教育成效指标和普世价值观方面,有很多共同点和普世价值观之前上有了更多共同点。这种犯罪学指标的作用是获得并帮助衡量社会排斥程度,通过替代变量衡量其他形式的不文明行为。

尊严之路:《“到2030年消除贫困,改善人类生活,保护地球”的宣言》与《联合国关于在刑事司法领域中获得法律援助的原则和准则》

^{③⑧} S·F·梅斯纳,L·E·拉法洛维奇,G·M·萨顿:《跨国视角下的贫困、婴儿死亡率和自杀率:评估标准与构建效果》,载《犯罪学》2010年第2期,第48卷,第509~537页。

^{③⑨} 参见前引^③,J·迪克斯书,第36页。

^{④⑩} 这是一个为期3年、针对15岁学生阅读、数学和科学表现进行的政府间常规评估。

^{④⑪} R·莱亚德:《新科学的幸福观》,伦敦,2005年,第153页。

^{④⑫} I·马歇尔:《第二轮国际犯罪行为自我评估结果研究:12岁—15岁青少年教育与社会学习的重要性》,载库瑞等主编:《妇女和儿童作为受害者与施害者:给后世的关于背景、预防和重返社会的建议》,施普林格出版社2016年版,第65页。

^{④⑬} M·柴田:《美国军事占领下的宗教改革:对日本神道教和德国纳粹的理解》,载《比较》2004年第34卷第4期,第425~442页。

^{④⑭} 第十五条(1)对宗教的宽容态度,关于宗教的一般教养和宗教在社会生活中的地位,必须在教育上得到尊重;(2)国家和地方公共团体设置的学校不得面向特定的宗教教育及其他宗教或活动。

^{④⑮} 参见前引^{④⑬},M·柴田书,第428页。

二战期间和战前,德国基督教和日本神道教做了很多工作阻止价值观全球化,二者也都因服务于纳粹主义而声名狼藉。^④它们最终被平等、自由的国际主义理念战胜。比起战败国注重人民的物质和精神,国际主义理念在生活上的福利更加全面,也更诚挚和进步。

没有哪个普遍性规则能确保宗教不出现被歪曲利用的情况,就像没有完美的民主一样,也没有哪种文化不受仇外心理和社会排斥的影响。在每个国家,每种情况下,不文明的行为(uncivil behaviour)都有其自身限度。但从1945年开始,当这种行为超出人类良知,全世界都将其认作是野蛮暴行。因此,藤原(Fujiwara)建议,从修订日本历史教科书开始来实现和解是完全正确的,她认为:

“首先,为了促进跨文化理解,具有不同背景和宗教信仰的专家与其单独创作,不如合作出版宗教教育的书籍。在合作中,他们可以从不同角度对宗教进行评价。其次,在书中,不同作者的观点可以不同。如果宗教学书籍能够针对特定事件提供不同观点而强行灌输,就可以给学生提供深入理解的机会。宗教情感教育也应如此。重要的不是主题而是呈现主题的方法。宗教不应该成为学生们的禁忌。”^⑤

然而,反思对抽象正义的教育同样重要,只有公民的正义教育和卓有成效的行动相结合,才能完全实现和平的意义,即,把使实现和平当成创造我们共同未来的责任。^⑥联合国促进包容性可持续发展理念隐含了上述形式的正义教育。从各国实践和发展水平来看,这种结合可能产生对各种正义问题的解决方法。例如,根据对不同宗教教义的理解,明确各方面财产权。例如,倡导女人不是男人的财产;未成年人有自己的权利;有财产的人对其未来有更多自主权;包容意味着扩大真正参与公共事务的途径,等等。

这些“实现正义”(access to justice)的具体内容,其中刑事司法部分在2012年联大67/187号决议通过的《联合国关于在刑事司法领域中获得法律援助机会的原则和准则》(United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice)中逐一列举。^⑦

该决议强调,“法律援助是建立在法治基础上构建公平、人道、高效之刑事司法系统的根本要件。它是享有《世界人权宣言》第11条第1款所界定之包括公平审判权在内的其他权利的基石,也是行使此类权利的先决条件,以及确保刑事司法程序公平且值得信赖的重要保障”。

其中,有两条规定:

32. 应当采取特别措施确保妇女、儿童和具有特殊需要的群体享有获得法律援助的机会,这些群体包括但不限于:老年人、少数人群体、残疾人、精神病患者、艾滋病毒携带者和患有其他严重传染性疾病者、吸毒者、原住民和土著人、无国籍者、寻求庇护者、外国人、外来移民和劳工、难民及流离失所者。措施应当述及这些群体的特殊需要,包括应对性别敏感问题和年龄问题的适当措施。

33. 国家还应确保,向农村、偏远地区、经济社会条件恶劣地区的人,以及在经济社会方面处于不利地位的群体提供法律援助。

这些原则的共同之处在于,如何使实现正义的途径全球普及,它们的本质是公平。公平是“正义的必然结果”。^⑧有关分配正义的实践可以被视为习惯国际法,从而作为“法律”来适用。^⑨在犯罪学和其他领域,公平是對抗排外主义的利器。

在联合国预防犯罪与刑事司法的众多手段中,其中之一是,邀请国家让“各种利益相关者通过非政府

^④ 尽管程度不同,在美国的占领者看来,战后神道教对日本的犯罪影响比残余的有着纳粹动机的基督教对德国的影响的危害性大得多,且更难改革。参见前引^③,M·柴田书,第431页。

^⑤ 前引^④,S·藤原书,第56页。

^⑥ “我们希望的未來”是联合国秘书处的口号,出自2012年7月20—22日,在巴西里约热内卢召开的联合国可持续发展大会报告的成果文件(UN doc. A/CONF. 216/16, p. 1),标题为“我们希望的未來”。

^⑦ 联合国大会决议,67/187号,《联合国关于在刑事司法系统中获得法律援助机会的原则和准则》(附件),2012年12月20日。

^⑧ 国际法院,“大陆架案”,《国际法院报告》,1982年,第60页,第71段。

^⑨ M·博思:《国际法的方法》,阿姆斯特丹:北荷兰出版社1984年版,第86页。

这些屠杀,只有可能说明,他们和其他侵害妇女和儿童、迫害战俘、囚犯、外来移民、政治对手、持不同信仰的人和少数民族群体,以及不论大小,自诩为“天命所归”、“上帝选民”的整个民族的野蛮行为也会在其他地方发生。可能没有哪个宗教、哲学或国家在历史上没有滥用过他们的教义,极端原教旨主义和民族主义都可能被用于制造屠杀。为了防止这些野蛮行径的发生,需要对局部地区具有活力的世俗、非世俗信条同参与者之间的关系进行细微调节来加强推进建立民主国家的进程,由此构建和保障一个和平与包容的社会。

反思:如果我们相信知识,那么教育本身能够让人们停止自相残杀或阻止其他犯罪吗?

但这并不是轴心国战前、战时设定的目标。受过高等教育并没有阻止1943年担任日本教育部长、1941—1944年出任日本总理的东条英机(Hideki Tōjō)在战争中犯下暴行,他也因此受到远东国际军事法庭审判并处以死刑。纳粹政权核心人物约瑟夫·戈培尔(1897—1945)是纳粹帝国宣传总管,曾修习过希腊文学这一最具人文主义情怀的学科,但他玷污了这一学科。在学习中学到的是非、正义等价值观,和其他崇高的道德准则都没能阻止他帮助希特勒夺取政权,发动第二次世界大战。战败后他选择自杀以逃脱对自己和同党之野蛮暴行的审判。

然而,同样学习古希腊文学的法国国王路易十五,在1745年丰特努瓦(Fontenoy,现位于比利时)战役胜利后,看着战场上约5000具来自荷兰、英国、法国、汉诺威的士兵尸体,不无感慨地对他儿子说:“看吧,战争中的一场胜利要牺牲多少人!敌人也是人。真正的荣耀是让这样的鲜血少流。”^⑤

但即使是近现代,也几乎没有政治决策者能做到如此。不过,包括联合国在内的发展援助专家和机构已经系统性地开展工作,^⑥为实现这一真正的荣耀努力着。其他如毛泽东、盟军占领日本期间的总司令麦克阿瑟将军,以及当时大日本的领导人则从《孙子兵法》(公元前544年—公元前496年)这一阐述军事谋略和战术的著作(旷世之作?)中得到不同的启发。^⑦

至此,本节问题的答案就显而易见了:如果我们在教育中只领会具体知识,那么,受教育程度本身不会阻止人们自相残杀或预防其他犯罪。在文首的格言中,孔子的意思是教育可以使人们在温饱之后学会善良、恭顺,而不是“饿着”去革新。当然,革新也给孔子、孟子,甚至他的对手荀子招致了不少麻烦。^⑧他们都强调经济和社会福利权优先于个人权利。所以,他们所倡导的革新也不过是为了迎合统治阶级而不是被统治者的需要。

个体权利和集体权利之争也充斥在关于受害者权利与罪犯权利的司法辩论中。无论哪种权利优先,若能首先满足基本的人道主义要求,即侵略者通过忏悔与曾经的受害者达成和解,这种选择才能够有所成效。真正的忏悔是真诚感到罪恶后用双方都认可的方式圆满解决以往暴行带来的恶果。

五、预防犯罪教育的国际与实现跨文化和解

我们要铭记预防犯罪不仅是一门艺术,也是一门科学,本节将致力于回答如何通过和解来平衡悬而未决的争论——解决冲突的艺术。

首先,我们来回忆一下西德总理勃兰特在波兰做出忏悔之后接受采访时说:

“对于纳粹德国在二战中的暴行,我除了道歉别无选择。我虽然不是希特勒的追随者,但还是想代表

^⑤ 引自S·卡罗尔发表在《简报》杂志(布鲁塞尔)的一篇社论,转引自电子媒体:《丰特努瓦战役,爱尔兰的历史》,载《爱尔兰的历史杂志》2004年第2期,第18卷。See <http://www.historyireland.com/20th-century-contemporary-history/the-battle-for-fontenoy/>.

^⑥ “尽管反对的言论甚嚣尘上,联合国仍十分混乱地追求各自的专门的人道主义和其他技术援助”。参见W·伊斯特利、C·R·威廉森:《花言巧语与真实:最好与最坏的援助机构实践》,载《世界发展》2001年第11期,第39卷,第1930~1949页。

^⑦ See https://en.wikipedia.org/wiki/The_Art_of_War.

^⑧ B·J·施华兹:《古代亚洲的思维世界》,马萨诸塞州坎布里奇:哈佛大学出版社1985年版,第四章。

战后战争罪审判对联合国 预防下一代犯罪教育的启示

[波兰] 斯拉沃米尔·雷多* 张颖军** 潘萍*** 译

冉有曰：“既庶矣，又何加焉。”曰：“富之。”“既富矣，又何以加焉？”曰：“教之。”

——孔子，公元前551年—公元前479年

内容提要：本文首先考察了耻辱感文化和罪恶感文化，它们是跨文化地理解在强大意识形态背景下追究个人的战争罪责任的基础，从而为教育者和学生思考刑法和预防犯罪问题，以及合法的有罪不罚现象提供参考。接着，提出以行动为导向的建议和可行性结论，超越这些文化旨在增强对“下一代”的预防犯罪教育。依照联合国2016—2030可持续发展目标的设计，本文还对妇女儿童的福祉进行了规划。为了实现这些目标，经济合作与发展组织及其他政府间国际组织，包括2020年将在日本召开的第14届联合国预防犯罪与刑事司法大会等，应发挥重要作用。

关键词：战争审判 文化差异 预防犯罪教育

前言

一些学者认为，除了简单的“罪恶感”与“耻辱感”之分，东西方的个体文化差异“比之前想象的大得多”。^① 尽管这些差异于理性而言通俗合理，但是，其相对重要性或许要结合强权国家及其意识形态因在二战中的野蛮暴行遭到《联合国人权宣言》谴责（United Nations Declaration of Human Rights），且其主要战犯已经受到审判的背景下才能更好理解。基于此，本篇犯罪学方面的论文将首先研究耻辱感文化与罪恶感文化。其次，着眼于改善预防“下一代”（《联合国宪章》用语）犯罪的教育。最后，提出以行动为导向的建议和跨文化之切合实际的结论。正如《2016—2030年联合国可持续发展目标》（United Nations Sustainable Developments Goals 2016—2030）和2020年将在日本举行的第十四届联合国预防犯罪与刑事司法大会所设想的那样，本文对妇女儿童未来的福祉进行了规划。

一、罪恶感文化与耻辱感文化

1946年，即联合国建立一周年和《联合国预防犯罪与刑事司法方案》确立之年，美国人类文化学家鲁斯·本尼迪克特出版了《菊与刀：日本文化的类型》一书。^② 这本书最初是受美国战时情报局（US Office of War Information）之托所写。当时，美、日还处于交战状态，美国当局正考虑让日军为其战争中的野蛮行为承担刑事责任，因此，想弄清楚这个异国的“精神面貌”（foreign morale）和日本人的行为习

* 联合国系统学术委员会高级顾问（联合国维也纳办事处）、独立学者。曾在中南民族大学法学院、奥地利维也纳大学、波兰比亚韦斯托克大学（University of Bialystok）讲授“联合国与预防犯罪”的研究生课程。他曾为联合国高级专家及联合国毒品与犯罪问题办公室（United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC）官员。同时，也是德国斯普林格出版社2016年出版的两卷本专著《作为罪犯和受害者的妇女儿童：背景、预防及对下一代的建议》的主编。

** 中南民族大学法学院副教授，法学博士。

*** 中南民族大学法学院，硕士研究生。

① H·R·马库斯、S·北山：《文化与自我：认知、情感和动机》，载《心理学评论》1991年第2期，第98卷，第224页。

② R·本尼迪克特：《菊与刀：日本文化的类型》，波士顿：霍顿米夫林出版公司1946版，第42页。

组织、社区、宗教或非宗教慈善机构、专业机构、协会和学术机构等形式广泛参与法律援助服务。”^{⑤2} 还建议“为联合国等相关政府间国际组织，双方捐助人、有能力的非政府组织以及进行双边和多边合作的国家提供技术支持，以建立和增强国家发展法律援助体系，实行刑事司法改革的能力。”（《指南》第18条）

无论是全球还是局部地区，在找到比联合国这种包容的方式更可行的形式之前，还有很多工作要做。就这一点而言，如果需要学术工具来“治疗”我们的短视，那么，针对不同文化背景制定预防犯罪措施可能是创建更加和平与包容社会的帮手。如果没有《联合国宪章》和其他重要的国际法文献着力战后国际法治的重建，那么，国际社会重新焕发生机要艰难得多。随着联合国及政府和非政府组织多管齐下的努力，联合国领导的各种世俗和跨宗教的文化联盟，以及学术研究将不负所托，使联合国预防犯罪理念在世界范围内更加广泛、深入地传播。

这就是如何共赴使命。

六、结语

本文中，笔者总结了几点可操作性要点和实质性收获。

首先，提出在预防犯罪教育的和解理念要超出一国的或者相互理解（误解）的范围，并举例证明了国家之间通过历史教科书和通过和解委员会实现和解的不同方式。其次，为促进国际间更好地理解与合作，联合国颁布了包括《联合国关于在刑事司法领域中获得法律援助的原则和准则》在内很多法律文件。

本文认为，以下几点意见值得借鉴：

首先，基于对不同宗教或哲学教义的不同理解，它们对耻辱感文化或罪恶感文化可能产生积极影响，也可能完全相反。如果这些信条与强大的意识形态结合在一起，可能会成为野蛮暴行的帮凶。历史上，鲜有人因发动战争等严重国际犯罪中的暴行而受到审判。即使有，也只有少数人会对此由衷感到负罪或羞耻。意识形态腐蚀了这种罪恶感，有罪不罚又鼓励了新的野蛮的行为。直至今日，要让符合犯罪构成要件的行为承担国际刑事责任仍如天方夜谭。

第二，联合国应该在教育当代及下一代人们方面发挥更大、更有成效的作用，以维护国际和平与安全，共创美好未来，并且，应更加人道、有效地预防犯罪，使人类良知最终取得胜利。在面临是非对错的选择时，任何人无论何时、何地，都不应将联合国的努力视为纸上谈兵，“我们联合国人民”也不应仅仅是一个空洞的口号。为此，经合组织应继续加强国际学生评估项目调查，警示学生的道德行为问题。

第三，不管有多复杂，在每个国家的世俗或非世俗的管理中需考虑这一事实并在其文化和信仰中付诸言行，这样才能符合联合国多样、平等、自由的普世标准。《2016—2030 联合国可持续发展目标议程》就是一个根据这些标准扩大后代的尊严之路的总体规划，因此我们所期望的应该是一个和平、繁荣和包容的未来。

但是，无论以哪种方式、何种形式和解，重要的仍如联合国秘书长在《尊严之路：2030 年消除贫困，改变所有生命及保护地球的可持续发展报告》中所呼吁的：“2030 年之前青年们将高举下一个可持续发展议程的火炬。我们必须确保这一过渡，保护地球，同时谁也不放弃。我们有共同的责任，在和平和坚韧的世界走上包容和共同繁荣的道路，使人权和法治得到维护”。^{⑤3}

第四，对公民的教育和培训有义务为了普遍性的是非标准而再接再厉。这种标准能够构建和平社会，使妇女和“下一代”儿童高举火炬，享受根据联合国标准和规范制定的预防犯罪教育。

第五，预防犯罪的教育和培训的效果如何取决于如何高效地和建设性地实践文化的和平的理念。由于第二次世界大战之后联合国会员国在国力和思想上的变化已经（误导）引领该组织，人们不禁怀疑其能否吸取足够的经验教训以防止当代免遭第三次世界大战之患。最后，联合国可持续发展目标给所有国家提供一个“展望未来”机会，审视其政治承诺和与联合国有关的运行规则，赋予其在全球范围内实现可持续发展目标的力量。二战结束后，从 1945 至 2005 年，没有哪种意识形态的对抗能阻止我们展望未来。

（责任编辑：潘红祥）

^{⑤2} 联合国大会决议，67/187 号，附件，第 9 段。

^{⑤3} 联合国大会决议，A/69/700，第 3 段。