

罪刑法定的本体溯求与启蒙

The original aim and the inspiration of the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime

冀祥德（北京大学法学院博士研究生）

刘 玥（北京大学法学院硕士研究生）■文

在一个刑事司法权仍然被以各式各样的借口加以扩张的法制氛围中,人们往往会对隐藏在这个现象之后的深层原因做一些深入的思辨,以破解心中的疑惑。本文意在探究罪刑法定原则在我国刑法中的角色,以揭示罪刑法定原则被束之高阁的根源,从而为罪刑法定主义在中国刑法中的理性张扬寻找进路。

罪刑法定原则从其诞生之日起,就是刑法工具主义价值观的天然劲敌。伴随着人类为争取自身权利而不断斗争的漫长过程,人们日益认识到问题的严重性:在这个权力的资源和傲慢都继续扩张的危险世纪,要漠视或贬低一些基本的制约刑罚权的手段无疑是一种自以为聪明的不计后果的错误。因此,作为维护革命果实的手段,罪刑法定原则所要求的“法无名文规定不为罪,法无名文规定不惩罚”的刑法理念,成为了文明与法治的国家的最低苛守。盖因罪刑法定原则蕴涵了一种对于立法权与司法权实施制约的理念,当一个国家试图通过这两种形式扩张刑罚权时,具备了足够警惕性的人们就会有一个天然的防止集权的屏障。

一、罪刑法定原则的历史发展

罪刑法定原则隆盛于18世纪至20世纪初,是近代刑法的基本原则。它的产生最早可以追溯到罗马法中“适用刑罚必须根据法律实体”的规定。但罗马法时期人们尚未将其看作是罪刑法定原则。罪刑法定的早期思想渊源,一般认为始于1215年的英国大宪章。该宪章第39条规定:“任何自由人非依同级贵族的合法审判,或遵照法律,国王不得对其加以逮捕、监禁、没收其领地、剥夺其法律所保护的权力或放逐出境”。虽然,大宪章维护的是封建制度,绝不是近代意义上的以保障权利和自由为目的的原则。但从历史沿革来讲,大宪章乃是保障人权的先驱。它所确立的基本思想不仅对英国其后的资本主义性质的立法有所借鉴,而且也对美国的法律发展有着深远的影响。继英国之后,美国先后于1774年产生了十二殖民地代表会议的权利法案、1776年诞生了的弗吉尼亚权利法案并最终于1787年出台了的合众国宪法,同时规定了“不准制定事后法”。弗吉尼亚权利法案传入法国后,对法国的资产阶级革命产生了巨大的影响,致使1789年法国的资产阶级革命的政治纲领《人权宣言》中明确规定:“不依据犯罪行为前制定、颁布、并付诸实施的法律,不得处罚任何人。”^①自此之后,罪刑法定作为一个原则开始在法律中正式出现。由于法国资产阶级大革命是一场最彻

底最有生命力的革命,且所确立的罪刑法定原则有着深刻而丰富的思想内容,对反对封建的罪行擅断、保障人权,乃至保障资产阶级的革命成果都有极为重要的意义和作用,因此,它也随法国资产阶级革命的影响而波及全世界。此后在不足一个世纪的时间里,欧洲各国的刑法几乎全部接受了这一原则。美国还于1791年的宪法中作出了“不依法律规定,不得剥夺任何人的生命、自由和财产”的规定。

与罪刑法定原则被广泛接受相伴的是限制政府权利、保障人权的思潮,也正是在这种思潮的推动下,法治国的思想得以日益深入人心。罪刑法定原则虽然是对专制时代罪行擅断主义的否定,但从根源上讲,它主要是法治国的产物,它的产生原因也源于法治国产生的原因。法治国的产生需要丰富的土壤,其中的一个决定性因素是个人主义思想的盛行。个人主义思想的兴起是基于这样一种理念:社会是个人的集合,个人人格的完成,是人类的真正目的,社会只是手段。不仅如此,每个人都赋予了权利去发挥自己的聪明才智寻求财富与幸福。因此,他们坚信“最好的政府是管的最少的政府”,主张最弱意义上的政府。即便如此,个人主义或自由主义也并不否认政府的存在,只是要将政府的权力限制在一定的范围之内。这种控权观念的广泛张扬是以“人性本恶”的认识论作为基础的,即凡人具有不加节制的权力必将走向专制与腐败,惟有实行法治才可以避免因权力滥用所可能导致的灾难。而法治的恪守依赖于三权分立制度的确立,也惟有将立法权、司法权与行政权相分离,才可以在结构上设计出防止人性弱点机制,从而最大限度地保障公民个体的权利。罪刑法定原则就是在这种控制权与张扬私权的背景下产生并得以丰富的。

二、从刑法的公法性质溯求罪刑法定的本体功能

刑法自产生至今,其所规范的内容大致分为两大类,第一类内容泛指一些自下而上、自生自发的规范,这类规范大多由习惯而来,经由漫长的重复过程,最终获得了法律的效力,财产与风俗犯罪就是典型代表,其更多具有私法的性质;另一类则是政府根据当时当地的具体情况,基于维护社会主义的需要和保障国家利益的目的,而将某一行为定义为犯罪,这类犯罪从产生上看带有一些公法的性质。需要指出的是,笔者并不是想在这一问题上提出认定刑法性质的见解,而是想借助一个相对便利的分析工具,阐述罪刑法定原则在刑法中的独特功能。

对于公权力加以尽可能的限制,是现代法治国所普遍认可的观点。众所周知,公法领域中的“法无明令不得行”与私法领域的“法不禁止便自由”是现代法治国家正确处理公权力与私权利的两项基本原则。从这个意义上讲,现代刑法由立法到司法直至执行都带有了一定的公法色彩,遵循了一些公法的一般原则。特别是刑法中的罪刑法定原则,其功能的根本在于以立法权限制司法权从而制约刑法权的行使。伴随着近代国家由形式法治国向实质法治国的过渡,刑法从立法到司法也日趋宽和、文明。一些学者主张以罪刑法定原则为基点,设定不定期刑、假释、缓刑等制度并主张废除死刑,正如有的学者所提倡的“强调国家发挥作为伦理主体(掌握刑罚权力主体)的促进功能,对犯罪进行改造教育,复归社会。”^⑩可见,对于刑法的人性化要求越高,罪刑法定原则的制约功能就越重要。应当看到,制约刑法权的最终受益者将是整个社会的全体公民,因为罪刑法定原则为个体提供了一个免受国家司法权过分干涉的屏障,也是司法者定罪量刑考虑的第一因素。具体而言,罪刑法定原则是以对国家的刑罚权给予最大限度的制约为根本目标的。这种控制包含两个方面的内容:

其一,罪刑法定原则对于刑事立法权的控制。按照李斯特的观点,犯罪之所以违法,实质上是侵害了法益,形式上是违反了规范。小野清一郎也认为违法性的实质是“违反国家法秩序的精神、目的,对这种精神、目的的具体的规范性要求的违反。”可见,立法的一个重要任务就是确定什么应当是刑法所保护的法益。如果刑法所保护的法益的范围过大、过宽,无疑就会对公民的法自由造成威胁,同时,法益应重在保护个人权益方面,防止司法权的滥用,特别是防止司法权过分介入个人权益的领域。所以,从这个意义上讲,虽然大陆法系罪刑法定原则发挥作用的主要途径是通过立法权来限制司法权,但立法权的行使内容仍然有一个最低限度的界限,立法者不应以法益受侵害为限来确定犯罪的范围,否则会导致刑事立法的无限扩张。在刑事立法缺乏节制的环境下,罪刑法定主义就会丧失生长的土壤。显然,罪刑法定的产生与发展是伴随着整个刑事立法,乃至刑事司法日益人性化的要求的,所以,当刑法苛刻时,刑事司法就必然植入了野蛮的基因。

其二,罪刑法定原则对司法权的控制。首先,罪刑法定原则要求法官在界定一个人的行为是否构成犯罪时,要以法律的事前规定为判断根据,严格排除溯及既往的做法。其次,法官在解释法律时,要回归立法者本意,回归有利于被告的宗旨,禁止利用类推将法律没有明确规定的不利后果强加于被告。再次,在刑罚的适用上要严格禁止绝对不定期刑的采用。可见,罪刑法定原则涵盖了“公正、谦抑和人道”这三个刑法的基本价值,为整个现代刑法学的发展提供了一个高度概括和稳定的权利制约理念,使刑事立法与司法得以日益满足人性化的回应。

罪刑法定原则的另一个重要的功能就是预防犯罪。罪刑法定原则在司法中的深入贯彻得益于刑法条文本身的明确与具体,它一方面可以使法官在行事时遵从事前规定,防止

事后法;另一方面对于法律知识较少、信息获取量较低的公民个体也极为有利,它可以让公民明确地知悉甚至是预见到自己行为所可能招致的刑罚后果,从而慎重考虑是否行为,这样也就在客观上预防了犯罪。正如贝卡里亚的精辟论断:“你们想预防犯罪吗?那你们就应当把法律制定得明确与通俗;就应当让国家集中全力去保卫那些法律,而不能用丝毫的力量去破坏那些法律;就应当使法律少为某些阶层服务,而让它们为人服务;就应当让人畏惧这些法律,而且是让他们仅仅畏惧这些法律。”^⑪可见,罪刑法定原则为公民提供了一个福祉,在公民没有行为时,它是人们行动之指南;当公民一旦成为了刑罚的对象,它便是犯罪人的大宪章。

三、我国罪刑法定原则的价值评判

罪刑法定原则对于中国来说,属于舶来品,它在中国的确立,经历了一个从不实行到相对实行的发展过程。1997年之前中国《刑法》基本没有确立罪刑法定原则,在司法中仍然大量适用类推制度,特别是不利于被告人的类推适用常常出现。1997年新《刑法》出台后从制度上废除了类推制度,《刑法》第3条还规定了:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪量刑,法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚”。同时完善了刑法个罪的构成要件,扩大了非刑法化适用的空间,因此,这部《刑法》在形式上可以看作是比较进步地推行了罪刑法定的原则。但罪刑法定的核心是控权功能,特别是控制司法权的功能。所以,考察一个国家罪刑法定原则是否贯彻得彻底,主要应以其司法水平为评价标准。笔者主要从以下几个方面来论证我国的罪刑法定仍处于相对实行的阶段:第一,类推制度虽然被摒弃,但是类推思想仍然残留于司法者的观念中。事实上,类推观念的依然盛行,是由于司法机关手中握有更大的权力,但从理论上讲,既然类推制度已经废除,那么,判断行为是否为犯罪时的权力便应天然的收归立法机关手中。可实践中最高人民法院、最高人民检察院每年都会发布若干司法解释,这种做法一方面侵犯了立法权,从一定程度上降低了刑法的效力;另一方面也给司法机关扩大刑法追究的范围开了口子,破坏了罪刑法定的预防功能。第二,我国虽然规定了正当防卫、紧急避险等为人保障制度,但在法律的实践应用中却少有适用,这就使得对被告人的权利保障没有足够到位,体现了刑法单一惩罚犯罪观的价值取向。第三,在刑罚的适用上,法律规定了缓刑、假释制度,但规定的范围过窄,适用的范围更是有限,使得刑法过于严酷,远远不能称之为被告人之大宪章。第四,在国际社会普遍降低死刑适用的背景下,我国立法中仍然规定了大量的死刑,并且适用率很高,这就使人权保障机能不能得到很好的发挥,刑罚缺乏人道观念,与罪刑法定的本质背道而驰。第五,新《刑法》虽然对过去的口袋罪给予了一定的分解细化,但《刑法》中的口袋罪仍然存在,例如:合同诈骗罪等。口袋罪的适用往往与国家的刑事法制观念息息相关,在一个以纠举犯罪、惩罚犯罪为刑法的最高目标的国度中,司法官往往

可以很容易的找到一种刑法规范并赋予其口袋罪的使命。

可见,我国《刑法》虽然在形式上确立了罪刑法定原则,但离罪刑法定主义的本体功能还相距甚远,个体权利、个体本位的观念也没有在司法实践中深入人心,罪刑法定的控权功能更多时候却被以罪刑法定为口号而扩大刑罚权的实际做法所取代。

四、罪刑法定原则在我国的挑战:法外的力量与思维的误区

罪刑法定原则既然是法治国的产物,那么,它的完善也就必然要求一个国家具备良好的法治环境。当代法治国是建立在这样一种法治理念的基础上的:政府在一切行动中都要受到事前规定并宣布的规则的约束——这种规则使得一个人有可能十分肯定地预见当局在某一情况中会如何使用它的强制权力和根据对此的了解计划它自己的个人事物^④。可见,罪刑法定原则首先要求政府、司法机关守法,强调法律面前人人平等,强调法律的至上性。在我国,上述法治理念虽然被广泛引用,但却至今没有脱离谚语式的、形式主义的尴尬境地,在这种环境下,罪刑法定主义也就难逃困境。一方面,罪刑法定主义所以依托的法律至上的理念常常被一些政策、利益及人为因素所亵渎;另一方面,司法中权大于法、党领导之下的法等指导思想促使官员们在自由裁量时,缺乏一套法治的思维逻辑,也正是由于司法缺乏基本的独立性,罪刑法定原则便难于在个案中发挥指导作用。

(一)中国刑事政策对罪刑法定主义的破坏。略加思考便可看出,中国的刑事政策缺乏现代政策科学的基本因素。我国普遍将政策定义为:“国家、政党为实现一定历史时期的任务和目标而规定的行动准则和行动方向。”^⑤刑事政策作为政策的一种,它的执行往往来源于其背后的强大权力。一项刑事政策应满足合理性与合法性的最低限度,如果刑事政策的初衷是试图通过权力的渗透来突破成文法律的效力和范围,那么,政策本身就失去了合法性的要件。其次,政策的合理性主要指政策是否对于社会发展的科学规律给予充分的尊重与足够的重视。在刑事政策方面,合理性主要表现在对于在一些关于犯罪是否可以通过刑法的适用而加以杜绝、为了杜绝犯罪刑法是否越严酷越好等基本问题的回应上。长期的实践表明,我国有些刑事政策是既难称之为合理又难定义为合法的,例如严打政策就是这样的一个典型。严打是针对特定的犯罪高发时期或政治上的敏感时期而对特定的犯罪类型给予大范围的打击的一种政策,同时,由于严打的特殊任务,使得其往往是冤假错案的高发期,一些草菅人命的极端案件在这一时期更是无法避免。政策的制定者只感触到了眼前的一些小麻烦,却察觉不出一个指导思想所导致的已经根深蒂固的荒谬原则所产生的致命而深远的影响。宪法所保护的公民的基本权利被轻而易举地挥霍得荡然无存;法律面前人人平等的法治理念被当作了昂贵的牺牲品;罪刑法定原则所绝对排斥的类推观念又重新得到升华;轻刑主义、人道主义被抛到了脑后。结局是经过了严打洗礼的社会治安不但

没有出现政策制定者所希望的结果,而且与他们的初衷背道而驰。可见,在这样的法制环境之下,罪刑法定原则是不可能得到尊重和贯彻的。

(二)权大于法的现实对罪刑法定主义的冲击。无论是大陆法系国家还是英美法系国家,司法官员的自由裁量权都在司法实践中真实地存在着。我国刑事法律虽然没有明确规定司法官的自由裁量权,但个案中,法官却都不可避免地行使着这项权力。自由裁量权存在的合理基础是法律相信为司法官者总是可以并且应该恪守良心与公正的信念来处理僵硬的规范所不能处理的问题,从而实现个案公正。可见,自由裁量权的行使以良心与公正为惟一的衡量标准,以罪刑法定为其行使的最低底线,超越了这些要求,则会使自由裁量权沦为罪行擅断的罪恶境地。自由裁量权能否恰到好处的行使,从根本上讲取决于一个国家的司法是否独立,在一个司法难于摆脱外界干预的背景下,自由裁量权行使的质量当然也就得不到保障。我国所面临的问题亦是如此。一方面,司法人员的素质普遍较差,缺乏自由裁量的能力,不能很好地完成追诉犯罪、保障人权的任务;另一方面,长官意志、逐级上请汇报制度、行政权干预司法权的现象比比皆是,特别是一些重大的案件往往采取先定后审,三机关协同办案等方法,不仅干扰了司法的独立性,更使一些法外因素成为了司法官自由裁量权的核心内容。在这种情况下,良心与公正通常被服从权力的心理所代替,个案的公正成了权力、利益的牺牲品。更为严重的是,它破坏了罪刑法定原则的精神实质,司法权不但没有得到制约,反而以这样一种方式越发变得可怕起来。

(三)从法律思维逻辑上洞悉罪刑法定原则在我国的困境。罪刑法定原则隐含了这样的一种法律思维进路,即一个行为有危害这个行为犯了何罪这个行为是犯罪应当予以刑罚。遵循着这种逻辑可以得出,一个犯罪行为不仅要有社会危害性,更为关键的是,它必须是被刑法条文事先规定为犯罪的行为,否则,即使有危害也只能认定这个行为无罪,不然就是违背罪刑法定原则的做法。但我们的司法实践中恰恰遵从着另外的一种法律思维逻辑,即一个行为有危害——这个行为是犯罪——行为犯何罪——应当予以刑罚。这种思维方式无论从形式上还是实体上,显然都违背了罪刑法定原则的要求,反映了类推制度的实质。这种做法固然可以最大限度地列举犯罪,但却违背了法治的精神,使得个体在行为时无法对其行为的后果给予足够的预测,也为事后法的盛行打开了方便之门,游行集会示威罪的制定就是这种逻辑思维的直接结果。由此看出,罪刑法定原则在我国的确立还仅仅是停留在形式上,而实质上的罪刑法定原则仍然没有得到张扬与执行。在这样的一个由立法到司法直至法律思维都与罪刑法定原则相去甚远的环境里,法治国之下的罪刑法定原则的诞生必然要经历一个曲折而艰难的斗争过程。

五、中国刑法罪刑法定原则的回归

罪刑法定原则的张扬必须依赖于一个强大的法治国土壤。法治国的构建是一个漫长的过程,也是一个系统的

法院错案追究制度分析

Analysis on the court's system of investigating into miscarriage of justice

葛磊(北京大学法学院2003级博士研究生) ■文

人民法院错案追究制是作为审判方式改革的配套措施,由全国各级法院自行设立的法官责任追究制,其设立的初衷在于克服司法不公,确保审判质量。但是,该制度在全国范围内推广适用十多年来,司法腐败现象也并未因此而减少,仍然是一个严重的社会问题。在司法体制改革的大背景下,此制度受到大量批评,有人甚至提出根本无必要在中国法院设立错案追究制。下面将对此问题进行分析。

一、错案追究制由来与现状

为防止司法腐败,秦皇岛市海港区人民法院于1990年1月1日率先确立了人民法院错案追究制度,1992年初该制度在河北省法院系统得以推行。1993年春,在全国法院工作会议上,错案追究制作为最高法院的新举措,在全国各级法院予以推广^①。在这之后,各省、市人大常委会纷纷制订了本行政辖区追究司法系统错案责任的

地方性法规,从这些规定看,主要是从实体判决错误对错案进行认定。

此后,最高人民法院于1998年9月3日公布了《人民法院审判人员违法审判责任追究办法》(以下简称《办法》)作为全国人民法院系统错案责任追究的基本规范。《办法》中未对错案作出明确定义,但绝大多数追究责任的条款是从程序和执行两方面对法官承担责任的范围进行规定,实体错案的追究范围仅在第14条中作了原则性规定:“故意违背事实和法律,作出错误裁判的。因过失导致裁判错误,造成严重后果的”,并且在第22条列举了法官不承担实体错案责任的几种情况:“(一)因对法律、法规理解和认识上的偏差而导致裁判错误的; (二)因对案件事实和证据认识上的偏差而导致裁判错误的; (三)因出现新的证据而改变裁判不应当承担责任的情形。”由此可见,最高人民法院的错案追究标准是以程序为主要标准的,这和各地的法规有所冲突,而且该

办法尚在试行,并未真正得以统一实施。

从笔者了解的情况看,各地各级法院面对舆论日益关注的审判不公,执法不严等的司法腐败现象,将错案追究制度视为实现或体现司法公正、廉洁,减轻社会压力的法宝,纷纷根据本院的实际情况制定了具体的错案追究办法,在很多地方突破了最高人民法院《办法(试行)》的规定,强调对实体错案的追究。其中,比较普遍地做法是以“事实为根据,法律为准绳”作为衡量原则,将本院审委会提起再审理的案件、本院的案件质量监督小组认定的“事实不清,法律适用不当”的案件进行追究。对“错案”作出判决的法官,一般采取通报批评,扣发奖金、工资,在一定时间内剥夺评选先进、晋升级别的资格的办法追究责任,对一年内错案累计超过一定数量的法官则“下岗”、“待岗”,不得参加案件的审判。另外笔者从北京市某法院一法官处了解到,自推行“审判长选任

工程,仅仅凭借法律制度自身的完善是远远不够的,还需要依托整个社会的政治经济制度、观念、知识体系、伦理道德等因素,从多方面共同作用加以建设。但不可否认的是,法律自身的指引作用理应在这一过程中有所担当。必须意识到,人们依靠引入一些先进的法律制度、法律观念、法律思维逻辑来培养一种法治的观念,虽然会经历一个漫长的过程,但这个过程是必要的,也是不可或缺的。正如培根所言:“对于一切事物,尤其是最艰难的事物,人们不应期望播种与收获同时进行,为了使它们逐渐成熟,必须有一个培育过程。”从这个意义上讲,罪刑法定原则在当代中国的最大价值莫过于使一个法治国的理念在一个带有浓厚的职权主义色彩的国家中得到推广。尽管目前罪刑法定原则的彻底贯彻还有着强大的阻力和障碍,但随着人们对于个体权利的日益珍视,随着国际社会刑法人道化趋势的深入,罪刑法定原则在中国必然会走到它日臻成熟的阶段,

实现其本体功能在中国刑法中的回归。^②

注释:

①陈光中、丹尼尔·普瑞方廷(加)主编,卞建林、杨诚(加)副主编:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,法律出版社,1998年11月第一版。

②甘雨沛等著:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版。

③[意]贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版。

④哈耶克著:《通往奴役之路》,商务印书馆1987年第一版。

⑤转引自陈兴良主编:《刑事法评论》第11卷(2002),曲新久著:《论刑事政策》,中国政法大学出版社。