

构建我国立体刑法学的思考

刘仁文*

内容摘要 随着学科分工越来越细,学科间日渐形成壁垒,我国刑法学亦不例外,形成了一个看不见但实际存在的“围城”,对外来“入侵者”有意无意地加以排斥,而“围城”里的同行也逐渐习惯了自己圈内的思维方式和视野,不轻易地对外张望,以致于目前刑法学研究“碎片化”的现象越来越严重,我国刑法学研究面临的危机急切呼唤“立体刑法学”的诞生。刑法学研究要关注和协调与宪法、犯罪学、行刑学、刑事訴訟法、其他部门法、国际公约以及治安处罚和劳动教养的关系,同时,对内加强对刑法的解释,对外要重视刑法的运用。它既涉及刑法学研究的方法革命,也涉及刑法学研究的内容革新。

关键词 法学研究 刑法学 犯罪学 行刑学

伽达默尔曾经说过:“一个人需学会超出近在咫尺的东西去观看——不是为了离开它去观看,而是为了在一更大的整体中按照更真实的比例更清楚地看它。”^[1]随着学科分工越来越细,学科间日渐形成壁垒,学术研究“碎片化”的现象越来越严重。^[2]我国法学亦不例外,各种专业性的学会、教研室纷纷筑起自己的“围城”,对外来“入侵者”有意无意地加以排斥,而“围城”里的同行也逐渐习惯了自己圈内的思维方式和视野,不轻易地对外张望。^[3]然天下大事,分久必合,目前我国刑法学研究面临的危机急切呼唤“立体刑法学”的诞生。^[4]

所谓“立体刑法学”,简单用一句话来概括就是:刑法学研究要瞻前望后,左看右盼,上下兼顾,内外结合。它既涉及刑法学研究的方法革命,也涉及刑法学研究的内容革新。

* 中国社会科学院法学研究所研究员、法学博士。

[1]转引自王利荣《行刑法律机能研究》,法律出版社2001年版,第368页。

[2]据悉,学科制度经过100多年的发展,现已有6000多门。从研究范式来看,要完全取消学科研究既不现实,也无必要,最好是把学科研究和跨学科研究结合起来,两者的关系可以用“T”字来比喻,其中的“横”代表跨学科研究,指研究的广度;“竖”代表各学科研究,指研究的深度,事物通过横竖的双向发展来达到“矩阵稳固状态”。参见张梦薇《跨学科研究:体制外的“舞蹈”》,《中国社会科学院报》2009年6月11日。

[3]法学研究模式与法学教育模式也是有联系的。方流芳教授指出,在国外,法学第一学位的教育都是不分专业的,法学硕士研究生的教育也不分专业。分专业的法学教育是20世纪80年代之后中国特有的,起源是中国的研究生教育是按照“法学二级学科”逐一恢复的,硕士点和博士点是按照“二级学科”划分的,但这个特色不是来自于经验和理性,而是来自于高等教育的行政管理,与职业市场需求并没有很多联系,这是一个在今后注定要消失的特色。参见董彦斌《承载厚望的中欧法学院》,《中国法律》2009年第2期。

[4]我国刑法学研究所面临的危机是多方面的,例如,刑法机制不畅,包括刑法外部机制不畅,如刑法与治安管理处罚和劳动教养的衔接问题、刑事处罚与行政处罚的衔接问题等;刑法内部机制不畅,如不能根据行为人的矫正需要而实现各种刑罚之间的转换(自由刑易科财产刑,财产刑易科自由刑),刑罚投入大,而效益不佳。要么过于严厉,造成刑罚浪费,如死刑过多。要么过于宽松,不能有效地保护社会,如欠缺系统的保安处分措施,等等。对此,需要专文阐述。

一、前瞻犯罪学 后望行刑学

“瞻前望后”就是要前瞻犯罪学,后望行刑学。刑法的根本任务是“用刑罚同一切犯罪行为作斗争”,通过有效地惩罚犯罪来达到保护个人法益、社会法益和国家法益的目的。无论是惩罚的有效性还是预防的有效性,都需要搞清楚犯罪的原因,只有在此基础上才能有的放矢、对症下药,设置出科学的刑罚种类,确立适当的刑罚强度(对犯罪原因复杂性的认识,将在一定程度上破除严刑峻法、刑罚万能的思想)。^[5]关于犯罪学与刑法学的关系,国际刑法协会前主席耶赛克教授曾经提出过“同一个屋顶下的刑法学和犯罪学”的理念,他有一个著名的论断:“没有犯罪学的刑法是盲目的,没有刑法的犯罪学是漫无边际的。”他进而认为:“犯罪学可以向刑法学家提供源自现实的对于刑法立法必要的经验知识,只有基于这种知识的法规范才可能符合实际而公正合理。”在他的刑法教科书中,他指出:“在刑法史中,许多刑事政策的重大进步均要归功于犯罪学,少年刑法、限制自由刑的适用、对罚金刑的改革、缓刑帮助、保留刑罚的警告、矫正及保安处分和刑罚执行的改革等,在很大程度上均是建立在犯罪学研究工作的基础之上的。”^[6]法国刑法学者也指出:“尤其应当强调的是,犯罪学的发展对丰富刑法的内容所产生的影响。面对犯罪学经过长期研究所得到的结果,法学家仅仅付之一笑的时代已经过去……犯罪学的成果已是有目共睹,人们再也不可能拒绝承认其对法律的影响。”^[7]

改革开放后的30多年间,我国刑事犯罪率持续攀升,重新犯罪率居高不下,但刑法某种程度上却仅仅满足于为配合一而再、再而三的“严打”,近乎本能地一再扩张和加码,然而此种思路对预防和控制犯罪的效果而言却并不理想。这不由得使笔者想起19世纪末西方刑事实证学派诞生的背景:当时一方面刑事古典学派在欧洲发展到顶峰,但另一方面犯罪也以从未有过的速度在增加,累犯、惯犯、青少年犯罪等十分严重,在这种“强烈而又令人惊异的对比”中,菲利等人一方面对古典学派在反对封建罪刑擅断方面所曾经作出的贡献表示“最诚挚的敬意”,另一方面却又深感传统的研究“阻止不住犯罪浪潮的上漲”,“不能为社会提供一点有关犯罪的原因和社会用以防卫的措施”,因此有必要开动自己的脑筋,去感受和吸收生活中的震动及其心脏的跳动——闪光的和丑恶的,发明一种新的方法来更加准确地诊断犯罪这种疾病。在这种情况下,立足于教育刑、倡导刑罚个别化、主张刑罚与保安处分一体化等新型的刑事政策思想诞生了。^[8]我国当前的情形与西方刑事实证学派诞生的背景有一定的相似之处,21世纪中国刑法学界所面临的一个重大任务就是要在捍卫和巩固法治的前提下,针对我国社会结构转型、工业化和城市化发展迅速所带来的严峻的治安形势,开动脑筋,感受我们这块土地上正在发生的一切,寻求新的刑事立法、刑事司法和刑事执行对策。

刑法学研究应关注行刑的效果。只有建立科学的行刑机制,才能提高对犯罪人的改造质量,有效减少再犯,实现刑罚特殊预防的功能。从行刑效果反过来检视现行刑罚制度的利弊得失,是促进刑罚改革的一个重要视角。总的看,目前我国刑罚还停留在自由刑占绝对优势的状态,一种犯罪居高不下,相应的对策就是提高法定刑,这反映了立法者对刑罚有效性的迷信。但行刑效果如何呢?樊文博士的最新实证研究从根本上对于监禁刑积极的行为控制效果提出了质疑。^[9]曾经有过监狱工作经验

[5] 诚如有的犯罪学家所指出,在刑法之内研究刑法有其局限性,影响从社会整体去观察和判断问题的追求和能力,不能有力地去指导和影响刑事立法。参见王牧等:《新犯罪学》,高等教育出版社2005年版,第13页。

[6] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第61页。

[7] 参见[法]卡·斯塔法尼等:《法国刑法总则精义》,中国政法大学出版社1998年版,第55页。不过,应当正视的是,与许多犯罪学发达的国家或地区相比,我国目前犯罪学的研究范式和成果质量还亟待改进和提高。笔者曾经提出,犯罪学要有为才能有位。我国犯罪学究竟在多大程度上产生了能够指导和影响刑事立法的高水平成果呢?这是我们在批评刑法学轻视犯罪学的同时所应加以反省和回答的问题。

[8] 参见[意]菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国政法大学出版社1987年版,第3页。

[9] 参见樊文:《犯罪、制裁和再犯》,载中国法学会网。

的翟中东教授亲眼看到一名因偶然失足而进入监狱的优秀学生张某在经过几年的牢狱生活后,“不仅野蛮了其身体,而且野蛮了其精神”,以致不止一次地问自己:“难道不能让张某少服刑或在监外服刑,使他不走那条路?”^[10]现在,世界上许多国家的刑罚制度都进入了以非监禁刑为主的时代,这些国家被判处监禁的数量远远低于被判处缓刑、假释和社区矫正的数量。^[11]实践证明,将人身危险性小、放到社会上不致再危害社会的罪犯,如老弱病残犯、过失犯、部分女犯、未成年犯、偶犯等,多适用一些非监禁刑,不仅有利于合理配置行刑资源,而且有利于提高改造质量,避免监禁环境下的交叉感染等诸多副作用。^[12]这也是我国近年来推广社区矫正试点工作并取得良好效果的一个重要原因。从刑罚执行环节反映出来的问题看,我国目前的刑罚制度还存在许多需要改进的地方,如现行各刑种之间的封闭、刑罚执行的僵化造成必要的时候刑罚无法易科。事实上,当今许多国家和地区都规定了短期自由刑易科罚金和罚金刑易科劳役等灵活的刑罚执行制度。短期自由刑易科罚金主要是为了避免短期自由刑广受指责的狱内交叉感染严重等弊端,而罚金刑易科劳役(社会劳动、公益劳动)主要是为了解决罚金刑执行难的问题。^[13]又如,我国1997年《刑法》扩大了财产刑的适用范围,但由于主要不是作为自由刑的替代刑,而是作为附加刑而使用的,因此现在事实上变成加重我国刑罚总量的一种措施,使犯罪人在服刑之余甚至伏法之后,他的家人还得帮其筹集缴纳被处的罚金,有的家人因经济压力又走向传销等违法犯罪的道路,这样的立法效果不能不使我们反思。再者,我们现在缺乏一种使犯人逐渐回归社会的过渡制度,这方面国外有一些好的经验,如犯人快出狱前的一段时间,会被安排到一个较为开放的环境中,这段时间犯人白天可以出去工作或者与家人在一起,晚上再回到监狱来,以便逐渐过渡到适应社会;另外,由于大多数犯人在监狱内习得手艺或取得文凭,加上犯人出去后有多种非政府组织帮助,所以他们一般都能在出狱后3—4个月内找到一份工作,而这是防止其再次走上犯罪道路的重要一环。我国《刑法》必须关注这方面的制度设计,否则即使前面的制度再好,也有可能前功尽弃。

二、左看刑事诉讼法 右盼其他部门法

“左看右盼”就是要左看刑事诉讼法,右盼民法、行政法等部门法。首先,刑法和刑事诉讼法的关系,乃实体与程序的关系,两者不要说在历史上原本一家,就是在当代,也是彼此密切相连的,正如有的学者所观察指出的:“国际上很多知名的刑法学家都在刑事诉讼法学方面有着很深的造诣,而很多刑事诉讼法学方面的专家同时又是刑法大家。”^[14]的确如此,像我们熟知的德国刑法学者托马斯·魏根特、克劳思·罗克信以及我国台湾地区刑法学者蔡墩铭、林山田等,他们同样在刑事诉讼法学方面有很大的建树。^[15]我国《刑法》和《刑事诉讼法》彼此“井水不犯河水”的局面严重阻碍了两者的沟通和发展,如管辖问题,《刑事诉讼法》修改在前,《刑法》修改在后,这本身就违背了两者之间的内在逻辑。其实,《刑法》中的不少问题都与程序直接相关,如死刑执行、减刑、假释等,而《刑事诉讼法》中的一些

[10]参见翟中东《刑法中的人格问题》,中国法制出版社2003年版,第293页。

[11]参见郭建安、郑霞泽主编《社区矫正通论》,法律出版社2004年版,第85页。

[12]参见刘仁文《刑事一体化下的经济分析》,中国人民公安大学出版社2007年版,第444页以下。

[13]易科制度的建立当然还需要进一步探讨许多问题:如短期自由刑易科罚金要有法定最高刑和宣告最高刑的限制,并且要规定如果不执行宣告自由刑将难收矫正之效果或难以维持法秩序者不得易科罚金,要确立自由刑与罚金额的换算比例,而罚金额又宜采取根据行为人财产及收入状况而定的日额罚金制。

[14]参见陈光中《中国刑事司法制度与改革研究》,人民法院出版社2000年版序言。

[15]托马斯·魏根特不仅有他和耶塞克教授合著的《德国刑法教科书》被译成中文出版,还有他的《德国刑事诉讼程序》也被译成中文出版。克劳思·罗克信也不仅有他的《德国刑法学》被译成中文出版,还有他的《德国刑事诉讼法》也被译成中文出版。而当笔者在台湾的大学图书馆看到蔡墩铭和林山田不仅分别出版了大量刑法专著和教科书,还分别出版了《刑事诉讼法论》和《刑事诉讼法》且均已再版多次,而且他们还著有刑事证据法等多种刑事诉讼法方面的专著时,着实有点惊讶。

问题也需要《刑法》来落实,如《刑事诉讼法》规定告诉才处理的案件属于自诉案件,哪些案件属于“告诉才处理”,有赖于刑法来规定。

这里再举一个例子来说明《刑法》和《刑事诉讼法》的关系。我国《刑法》上的伪证罪主体与《刑事诉讼法》上的证人是否应为同一概念?一种观点认为,伪证罪发生在刑事诉讼中,包括被害人在内,只要是了解案情并负有作证义务的人,都是该罪的主体。尽管我国《刑事诉讼法》明确区分了“证人证言”与“被害人陈述”两个概念,但是,被害人陈述与证人证言都属于证据范畴,且被害人完全可能做有利于自身的虚假陈述,妨害正常的司法秩序。因此,伪证罪主体中的证人范围应当包括被害人,不能用程序法中的概念限制实体法中的概念。张明楷教授所著的《刑法学》和王作富教授主编的《刑法分则实务研究》都持这种主张,认为被害人可以成为伪证罪中的证人主体。另一种观点认为,应严格坚持罪刑法定原则和刑事诉讼法中的证人与被害人的区分,被害人不能成为伪证罪中的证人主体。在笔者看来,刑事法中证人概念还是应作统一理解。否则,不利于司法活动的正常进行。因为,无论刑法还是刑事诉讼法,都是用来处置刑事案件的,两者之间在针对具体案件时关系十分密切,如果相同字样的概念在刑法和刑事诉讼法中作不同理解,必然给刑事诉讼的顺利进行造成困惑。从理论研究角度看,对证人概念作统一理解,也有利于刑法和刑事诉讼法的沟通与交流。^[16]

近年来,通过对刑事诉讼法知识的涉足,笔者愈加意识到刑事诉讼法对刑法的重要。比如,过去我们刑法学界探讨犯罪化与非犯罪化时总是从犯罪圈的大小来切入,但现在笔者发现,即使在实体法上犯罪圈大小不变,通过程序法的暂缓起诉等分流措施,也能大幅度地实现除罪化。量刑问题也是如此,在实体法的刑罚量不变的情况下,程序法中的辩诉交易、协商性司法、犯罪人——被害人调解等都可降低刑罚的严厉性。因此,打通刑法与刑事诉讼法的隔阂是我国刑事法学者面临的一个现实任务,它对两个学科的发展都具有不可低估的意义。^[17]

再者,刑法和其他部门法的关系,乃保障与被保障的关系,两者也必须对接好。^[18]刑法既不能越过民法、行政法等部门法,过早地介入社会生活,也不能在民法、行政法等部门法需要刑法提供保障时刑法却到不了位。应当说,目前我们在这方面存在的问题是很多的,如不少行政法、经济法之类的部门法在“法律责任”一章里规定了“依法追究刑事责任”,但刑法却无相应的规定,这样导致的后果就是要么无法落实刑事责任,要么在需要时牵强附会地动用相关条款来定罪判刑,而后一种情形显然有违罪刑法定原则所要求的刑法明确化。^[19]另一方面,有些刑法上的法定犯,本应建立在相关的行政和经济法规的基础之上,但由于后者欠缺,因而引起对其正当性的质疑,如“巨额财产来源不明

[16] 这些问题的出现当然源于立法上的瑕疵。但面对瑕疵,我们除了批判和解构,还需要通过解释来建构。无论是对立法还是对解释,笔者的基本建议是刑法用语应尽可能与其他法律的用语协调一致起来,除非特别必要和有充足的理由,才采取对同一用语在刑法和其他法律上作不同理解的方案。

[17] 事实上,关于我国《刑法》结构,笔者建议:一方面要将治安处罚和劳动教养一并纳入《刑法》,从而实现《刑法》结构的统一化,这当然会带来犯罪圈的扩大;另一方面又要改良我国现有的刑事追诉程序和审判制度,通过增加“转处”、“分流”和“过滤”环节来压缩犯罪圈。这样就可以将我国目前的立法既定性又定量改为国际通行的立法定性、司法定量(所谓国际通行的立法定性、司法定量,并不是说立法就没有定量的规定,其实西方国家在经济犯罪等法定犯中也有定量的规定,但不像我国对盗窃这样的自然犯也进行立法定量)。看得出来,这一改革方案本身就是把刑法和刑事诉讼法结合起来思考的结果。参见刘仁文:《刑事一体化下的经济分析》,中国人民公安大学出版社2007年版,第182页以下。

[18] 在刑法和民法、行政法等其他部门法的关系上,有刑法独立性说与刑法从属性说之争:前者认为,当一个法律规范因规定了刑事制裁而成为刑法规范时,它就与其他刑法规范结成一个整体,该规范的适用对象和范围都要随着刑法特有的性质和需要而发生变化;后者认为,刑法不是一个独立的法律部门,刑法只有依附于民法、行政法等其他部门法,并作为其他部门法的补充才可能存在。笔者认为,刑法是一个独立的法律部门,且并不必然依附于民法、行政法等部门法,如刑法中的“武装叛乱、暴乱罪”等,因其所保护的法益重大,固不需要依附其他部门法就可以一步到位地规定;又如,从盗窃犯手里抢劫所盗财物,虽然民法并不保护盗窃犯的非占有,但刑法却要将此种行为规定为抢劫罪。不过,刑法的这种独立性仍然不能否定在许多领域,它还是要建立在民法、行政法等部门法的基础之上。当然,进一步深入下去,这里面还有许多有意思的问题:如民事不法必然要求危害结果的发生,而刑事犯罪则未必,有时会处理行为(如醉酒驾车)、危险状态以及未遂、预备,既然民法等具有第一次规范的性质,刑法具有第二次规范的性质,那为什么会出现民法的评价基点反而在刑法之后呢?我认为,这并不违反“保障与被保障的关系”这一逻辑,因为此时其实不是在一个层面来讨论问题,交通事故中的民事赔偿是完全站在平等主体方面而言的,但对醉酒驾车等行为进行刑法规制,其实是从保护不特定人的安全这一社会公共利益出发的。

[19] 解决这一困境的一个思路是直接有关行政、经济法律里设立明确的罪名和刑罚。事实上,在当今西方国家,许多的法定犯都是规定在刑法典之外的。

罪” ,设置此罪的前提应先颁布《财产申报法》 ,那样一经查出你有说不清来源的财产 ,就说明你没有依法申报此前的财产 ,已经具备了违法性 ,不存在“有罪推定”的问题。但在没有《财产申报法》的情况下 ,就直接规定此罪名 ,这样在反驳那些指责本罪违背“无罪推定原则”的意见时就显得不那么理直气壮。其实 ,这种下位法的缺失不仅影响到刑法的正义性 ,更影响其有效性。《刑法修正案(七)》为应对反腐的呼声 ,提高了“巨额财产来源不明罪”的刑罚 ,但这种药方之于反腐的有效性是很值得怀疑的 ,贪污、受贿有死刑都没能有效遏止住 ,提高几年有期徒刑又有何用 ? 所以笔者多次提出 ,与其在刑罚上不断加码 ,不如退而求之于基础制度的完善 ,如尽快出台国家公职人员的《财产申报法》。^[20]

关注刑法和其他部门法的关系 ,还有其他一些视角 ,再举例言之 :

第一 ,刑法用语和其他部门法用语的关系。如《刑法修正案(七)》规定国家工作人员的近亲属等可以构成“利用影响力受贿罪” ,那么这里的“近亲属”如何确定其范围 ? 我国《刑事诉讼法》第 82 条第 6 项规定 :“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹。而最高人民法院 1988 年发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(试行)第 12 条则规定《民法通则》中规定的近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。两者规定的范围不一致 ,刑法采谁舍谁 ,应有合理的解释。又如 ,刑法第 270 条第 2 款将“遗忘物”规定为侵占罪的对象 ,刑法学界对这里的“遗忘物”能否等同于民法上的“遗失物”存在争议 ,通说认为“遗忘物”和“遗失物”有所不同 ,应当加以区分 ,但也有不少学者认为 ,两者并不存在区别 ,或者说刑法没有必要刻意区分“遗忘物”和“遗失物”。^[21] 笔者的问题是 :为什么可以将遗忘物扩大解释为遗失物 ? 作为在刑法解释中主张“以主观解释为主、客观解释为辅”的学者 ,笔者认为除非能证明立法者本来就想在此处表达“遗失物”的意思 ,只是由于疏于对民法用语的关照才造成现有的局面(迄今为止 ,没有见到这方面的证据) ,否则不宜擅自把这两个用语等同起来 ,因为按照约定俗成的理解 ,遗失物的范围要大于遗忘物 ,遗忘物往往能想起遗忘在何处 ,如果不被人处置 ,财物的所有人或持有人还能在原地找到 ,而遗失物除了包括遗忘物 ,还包括财物的所有人或持有人不知何时何地何种情况下遗落的财物 ,也无法根据记忆找回。在这种情况下 ,要把“遗忘物”和“遗失物”等同起来 ,除非通过立法解释。

第二 ,刑法制度与其他法律制度的协调。如我国刑事附带民事制度至今仍不承认附带民事诉讼中的精神损害赔偿^[22]而在民事诉讼中早已承认精神损害赔偿 ,这样不仅造成刑事附带民事诉讼中普遍的民事非正义问题 ,即脱离民事侵权法的一般归责原则^[23]而且也人为地压缩了修复被告人与被害人之间的关系的空间 ,难以实现被害人得到物质补偿和精神抚慰并进而使被告人得到从轻或减轻处罚的“双赢”结果。又如 ,我国民法(《婚姻法》)已对事实婚姻不予承认和保护 ,但刑法上的重婚罪却仍包括事实婚姻 ,这也造成了民法不保护的法律关系刑法反而保护的不协调局面。^[24] 与此相反的一种情形是 ,民法本来允许的行为 ,刑法却将其上升为犯罪来处理 ,如民法允许民间借

[20]我国著名刑法学家高铭喧教授在谈到为何不对经济犯罪设置死刑时 ,也指出 :“经济犯罪的多发 ,源于经济管理上的混乱、政策上的漏洞以及经济管理法规的不健全 ,而非由于不适用死刑所导致。因此 ,对经济犯罪的遏制 ,重在强化管理 ,堵塞漏洞和完善法制 ,从源头上予以解决 ,而不在于采用极刑。”参见《高铭喧自选集》,中国人民大学出版社 2007 年版 ,第 546—547 页。

[21]参见陈兴良《规范刑法学》,中国政法大学出版社 2003 年版 ,第 529 页 ;曲新久《刑法学》,中国政法大学出版社 2009 年版 ,第 431 页。

[22]最高人民法院 2000 年《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第 1 条第 2 款指出 :“对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的 ,人民法院不予受理。”最高人民法院 2002 年《关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复》重申 :“对于刑事案件被害人由于被告人的犯罪行为而遭受精神损失提起的附带民事诉讼 ,或者在该刑事案件审结以后 ,被害人另行提起精神损害赔偿民事诉讼的 ,人民法院不予受理。”

[23]参见陈瑞华《刑事附带民事诉讼的三种模式》,《法学研究》2009 年第 1 期。

[24]民法(《婚姻法》)概不保护事实婚姻是否妥当 ,是可以讨论的。事实上 ,有的民法学者就主张根据我国国情和传统(许多农村地区重仪式轻登记) ,有条件地承认事实婚姻 ,并通过建立婚姻主管部门确认或法院裁判等制度来判定是否存在事实婚姻。但笔者这里的问题是 :一个国家的法律体系应当统一其内在逻辑 ,无论如何 ,民法不保护的东西 ,刑法却表现得相当积极会造成法律间彼此目的的冲突 ,如民法不保护事实婚姻可能是为了促使当事人按照现代法制思维办事、履行登记手续 ,但刑法如果在这种情况下仍保护事实婚姻 ,就无益于促成前述目的的达到。更何况 ,一旦民法不承认事实婚姻 ,它也就不会对事实婚姻的判断标准作深入研究和详细规定 ,这样刑法在认定重婚罪时对事实婚姻的判断也就可能失之粗糙。因此 ,假如刑法学界有足够的理由觉得要在重婚罪中有条件地承认事实婚姻 ,甚至认为婚姻法概不保护事实婚姻并不妥当 ,那么也可以站在更高的高度来论证 ,并促进婚姻法在这一问题上的完善。

贷,但我国《刑法》却规定有“非法吸收公众存款罪”,这种罪名的成立符合逻辑吗?

第三,刑法的执行对其他法律规范的依赖。如我国《刑法》第59条第2款规定:“在判处没收财产的时候,不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。”第60条规定:“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务,需要以没收的财产偿还的,经债权人请求,应当偿还。”这些规定在《刑法》中看似边缘,实则事关当事人的权益保障,如何根据民事法律,确定哪些属于“犯罪分子家属所有或者应有的财产”,哪些属于其“所负的正当债务”,并切实在刑事追诉中加以保证和落实,是当前司法实践中突出的问题。类似的问题还有《刑法》第64条规定的对犯罪分子违法所得的财物进行追缴、对违禁品和供犯罪所用的本人财物进行没收,都涉及相关行政法律对“违法所得”、“违禁品”等概念的合理界定和解释。否则,也不利于保障犯罪人的合法财产权。

三、上对宪法和国际公约 下对治安处罚和劳动教养

“上下兼顾”就是要上对宪法和国际公约,下对治安管理处罚和劳动教养。宪法是一国之母法,作为宪法之子,刑法应当在落实宪法精神、建立宪政国家方面作出自己的贡献。随着我国依法治国的深入,对于刑事立法和刑事执法的合宪性追问必将提上日程,可以不夸张地说,我国刑法要真正实现现代化,非得走这一步不可。^[25]举例言之,我国《宪法》第35条明确规定中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由的权利,并且不像前一条(第34条)关于选举权和被选举权有例外性的规定(“但是依照法律被剥夺政治权利的的人除外”)。也就是说,这是一项绝对权利,宪法并没有赋予其他法律可以作出例外规定,但我国《刑法》中的“剥夺政治权利”却包括了剥夺“言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利”,这种规定的合宪性就值得讨论。又如,现在国际上有一个趋势,那就是纷纷废止刑法中的普通没收财产刑,而只保留罚金刑和对犯罪所得进行特别没收的制度,这主要是基于现代社会日益强调保护公民合法财产的理念。如德国联邦宪法法院就于2002年作出判决,判定其刑法典第43条(a)关于财产刑的规定不符合其基本法(德国宪法)第103条第2款的精神,因而宣布刑法的此项规定无效。^[26]这种思路是否也应当引起我们对我国刑法中的“没收财产刑”与宪法中的相关规定(如第13条关于国家保护公民的合法财产权的规定)之关系的反思呢?

在刑法研究中自觉树立宪法意识,也还有别的一些视角,如我国《宪法》规定有赦免制度(特赦),但刑法学界在相当长一个时期内忽视了这一宪法资源,没有对这一制度进行深入研究,致使有关赦免的适用对象、适用程序和方法以及法律效果等不明确,这恐怕也是我国赦免制度长期被架空的原因之一。与此同时,国际公约也必须纳入我们的视野。许多国际公约本身就凝聚了当今国际社会的先进文化、经验和理念,对我们思考相关问题有借鉴作用。如关于没收财产刑的规定,《联合国反腐败公约》的规定也是支持前述结论的,其第31条关于“冻结、扣押和没收”的规定确实只将没收的范围限定在犯罪所得或者犯罪所得转变或转化而成的财产,以及与从合法来源获得的财产相混合中的犯罪所得部分。也就是说,不能没收犯罪人从合法来源获得的财产。^[27]

必须看到,对于那些我们已经签署并批准的公约,由于我国实行的是国际公约要通过国内法转换这样一种机制,因此对于国际公约中涉及的国际犯罪和国际刑事司法问题,国内刑事立法如何衔接,就成为刑法学界不容回避的课题。还有的公约,我们已经签署但还没有批准,这里的一个重要任

[25]近年来,刑法学界已经有少数学者开始关注这一问题,如陈兴良教授在《刑事法评论》第11期上发表了《刑法的宪政基础》,刘树德博士还出版了专著《宪政维度的刑法思考》(法律出版社2002年版),这是令人欣慰的,但还远远不够,还需要更多学者更多角度的鼓与呼。同时,笔者也注意到一种现象,那就是有的刑法学者在进行刑法学与宪法学的对话时,更多的是从我国《刑法》如何与《宪法》一致的角度来阐述的,这固然没错,刑法肯定在相当程度上与宪法是一致的,但学者的使命不应止于此,应当以更敏锐的目光去做更艰辛的工作,那就是深入发现和论证那些与宪法不一致的问题。

[26]参见《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第15页。

[27]参见杨宇冠、吴高庆主编:《联合国反腐败公约》解读,中国人民公安大学出版社2004年版,第608—609页。

务是,我们必须把其中有关的内容与国内刑法进行比较,找出国内法的差距,以便为下一步批准时做准备:要么修改国内法,要么就相关条款提出保留。这样的比较决不能停留于表面,否则就会得出似是而非的结论,从而误导决策者。也有的公约我们甚至还没有签署,但毋庸置疑的是,我国作为国际社会的重要一员,签署和批准其中的一些公约是迟早的事。

与“上”相对应的是“下”,即治安处罚和劳动教养。我国《刑法》在结构上与西方国家有很大不同,其中最显著的是将国外刑法中的违警罪和部分轻罪排除于刑法外,另归入治安管理处罚和劳动教养。认识到这一点,至少有三方面意义:一是在进行比较研究时,不能因外国刑法中有某某罪名,就简单地认为我国刑法也要增设此罪名,因为在我国,刑法之下还有治安管理处罚和劳动教养;二是在考虑将某种危害社会的行为犯罪化时,应注意其与治安管理处罚和劳动教养的协调;三是在进行刑事法治的改革和思考时,不应局限于狭义的刑法,而应把治安管理处罚和劳动教养一并纳入。^[28]

美国法学家博登海默曾经指出:“人们赋予自由的那种价值为这样一个事实所证实,即监禁在任何地方都是作为一种刑事制裁手段加以使用的。”^[29]我国的劳动教养、治安拘留虽名为行政处罚,但其后果的严厉性丝毫不亚于刑罚,甚至比起某些开放性刑罚来还要重。此外,像强制戒毒、对精神病人的强制医疗、对未达到刑事责任年龄者的收容教养、对卖淫嫖娼人员的收容教育等,虽然不是“刑事制裁手段”,但均属于剥夺自由的“监禁”,它们在国外一般归属于保安处分,得经过司法裁决。我国刑法学者对这些事关公民自由的行政措施缺乏应有的关注,致使零星散布的各种保安处分措施在正当程序上存在着严重的瑕疵。

四、对内加强对刑法的解释 对外重视刑法的运作

“内外结合”就是要对内加强对刑法的解释,对外要重视刑法的运作。

先来看刑法解释。由于完美的刑法典永远只能存在于理想之中,加上刑法典不可能(至少是不宜)过于频繁地修改,由此决定了刑法解释的必要性。另一方面,刑法的适用也无时无刻不需要司法者对法条甚至文字作出解释。学者的使命除了发现和指出法典的缺陷并提出改进意见,还要在既有情形下合理地解释法律,为法律的适用找出适当的路径。国外的经验表明,即使是不太理想的法典,在高质量的解释机制下,仍可能保持较好的稳定性。^[30]

当前,我们一方面存在法律解释功能发挥不够、言必称修改法律的倾向,另一方面又对司法实践中一些滥用法律解释权的现象缺乏应有的制约,如非法经营罪、以危险方法危害公共安全罪、黑社会性质组织罪、聚众扰乱社会秩序罪等罪名的日益口袋化,已经威胁到了罪刑法定原则的贯彻,破坏了法治社会的可预期性。^[31]造成这种局面的一个重要原因是我国还没有完全建立起一个良性的刑法适用解释机制,没有形成一套科学的刑法解释的方法、规则和理论,以致司法实践中出现“一统就死,一放就乱”的困境。

近年来,刑法解释暴露出许多问题,如:刑法立法解释和刑法司法解释的界限何在?最高人民法院和最高人民检察院如何加强刑法司法解释之间的协调?以及它们如何加强与立法解释机关之间的协调?刑法解释的时间效力是否可以一概溯及既往?对于事实上广泛存在的地方法院和办案法官的

[28]对此,笔者曾经从理顺刑法机制、提高刑法效益等角度,提出过要将治安管理处罚和劳动教养统一纳入刑法的系统思考。参见刘仁文:《关于调整我国刑法结构的思考》,《法商研究》2007年第5期。

[29]参见[美]博登海默《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第279页。

[30]参见张明楷《日本刑法典》,法律出版社1998年版译者序。

[31]日本刑法学者西原春夫正确地指出:“不应当以国家维持治安秩序的必要性作为刑法解释的基准,而应当求诸国民的预测可能性。”参见[日]西原春夫主编《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社1994年版,第126页。

法律解释权,如何规范?其基本方法和规则应是什么?^[32]对那些越权的或者不当的司法解释,如何纠偏?有效地解决这些问题对于改善刑法解释的技术、增强刑法解释的质量,无疑都是有好处的。

对于学界而言,尤其要注意克服一个误区,以为只有形而上的研究才是有水平的,而把刑法解释学看成是低层次的学问。“刑法解释学不是低层次的学问,对刑法的注释也是一种理论,刑法的适用依赖于解释。因此,没有刑法解释学就没有发达的刑法学,一个国家的刑法学如果落后,主要原因就在于没有解释好刑法,一个国家的刑法学如果发达,主要原因就在于对解释刑法下了工夫。”^[33]我们现在的的问题是,尽管各种刑法释义满天飞,但大多限于文字说明,真正高水平的作品很少,更不用说生产出像布莱克斯通的《英国法释义》那种传世之作。对于中国法律解释(注释)的现状和问题,一位德国学者曾经指出,中国的法律注释一是不少主编均为著名学者或者高级干部,但参与者阵容庞大,许多著作均不具体标明谁注释哪个条款,结果导致格式不一甚至前后矛盾;二是就法条注释法条,鲜有深入地参考和引证有关学术著作和法庭裁判的,特别是法庭裁判;三是常常新法一颁布就很快出版这样的注释,好象要给读者一种注释者很了解立法者意图的印象,但出版后跟踪最新判例连续再版的不多。^[34]这一描述也完全适合我国当前的刑法解释,例如,有学者就尖锐地指出:“在分论(罪刑各论)中,对‘刑’的论述几乎沦落到完全可以省略而自行查阅条文法定刑的地步。”^[35]因此,刑法学的发展应当是注释刑法学与理论刑法学并行不悖、互相促进,刑事法治越深入,就越要求有高水平的注释刑法学。为此,要自觉区分立法论与解释论,在解释论中,要摆脱简单的拆解法条的模式,更多地上升到方法论的高度来阐明问题,以提高刑法解释力,如运用刑法解释中的目的性解释,^[36]以及刑法教义学中的司法三段论等。^[37]

强调加强对刑法的解释,决不意味着刑法解释可以漫无边界。恰恰相反,刑法解释必须要有受到必要的制约。在笔者看来,这种制约至少可以表现为以下几方面:(1)刑法解释不能侵犯立法权,侵犯立法权的解释应当被宣布无效,应当有适当的机构和工作机制来接受和处理此种投诉;(2)最高立法机关和最高司法机关对于那些明显超出日常含义的解释,不能溯及既往,也不宜发布当日立即生效;(3)法律解释的过程应当公开、透明,那种以司法机关内部发文的形式来不公开地解释刑法的做法应当废弃;(4)法律解释不应当破坏司法规律,如内部请示使得当事人的上诉权被变相剥夺,因此应当予以废除;(5)应鼓励亲自适用刑法的司法官员大胆作出解释,但其解释应当通过判决书说理和判决书公开等渠道接受社会的监督;(6)要发挥宪法和刑法基本原则对刑法解释的制约作用;(7)在具体的法律适用中,应有良好的沟通机制来保证辩方意见的充分表达并被认真考虑。例如,司法实践中,有的法院擅自变更检察机关起诉的罪名又不给辩方辩论的机会,这种做法就成问题。

再来看刑法的运作。储槐植教授曾经指出:“刑法在运作中存在和发展,刑法的本性是动态的和实践的”,^[38]这一富有洞见的观点有助于我们从实践理性的视角来考察和研究刑法。应当看到,书本

[32]从根本上看,我国刑法解释存在司法实际人员过多依赖最高司法机关的解释、过多依赖内部请示等弊端,未来发展的方向应该是把解释主体的重点从现在的最高司法机关及上级司法部门转向法律适用者本人,通过对法学方法论的提倡和对司法人员自律和他律的加强,实现“与其授之以鱼,不如授之以渔”的目的,因为只有亲自适用法律的人才能对活生生的案件事实有切身的感受。

[33]张明楷:《刑法学》,法律出版社1997年版,导言。

[34]参见Knut B. Pissler,“Integrating Court Decisions in Legal Research: The Development of the Genre of Commentary Literature in Legal Academic Works in China”,<http://www.cesl.edu.cn/eng/upload/200901165359441.pdf>,2009年2月19日。

[35]冯亚东:《犯罪认知体系视野下之犯罪构成》,《法学研究》2008年第1期。

[36]所谓“目的性解释”,就是“根据法条在适用时的目的、意义和所要保护的法益来解释”,不过王世洲教授认为,没有哪一种(解释)方法是万能的,综合的方法才是最好的方法。参见王世洲:《关于刑法方法理论的思考》,载梁根林主编:《刑法方法论》,北京大学出版社2006年版。

[37]所谓“司法三段论”,按照陈兴良教授的观点,就是通过解释方法来找法—通过确认方法和推定方法来识别事实—通过逻辑演绎方法来推导出结论,他认为这是为刑法适用提供法律规则的刑法教义学的基本推理工具。参见陈兴良:《刑法教义学方法论》,载梁根林主编:《刑法方法论》,北京大学出版社2006年版。

[38]参见储槐植等:《刑法机制》,法律出版社2004年版,第5页。

上的刑法与现实中的刑法是有差距的,法条上的犯罪有时在现实中并不一定不折不扣地得到追究,而是作司法中的无罪或轻罪处理。另一方面,有时长期以来在现实中没有被作为犯罪来处理或处理得很轻的现象,当某种特定形势出现时,刑法中的某些资源又可能会被充分利用起来,以便对其作犯罪化处理或处理得更重。同样一部刑法在不同的环境中可能会有不同的实施效果,如在人治色彩浓厚和法治色彩浓厚的国家,刑法适用结果的可预见性会有差别;在权力制衡机制弱和制衡机制强的国家,公共权力对刑事司法的干预和影响也会程度大不一样。

关注刑法运作,主要涉及以下一些方面:

一是刑法适用的过程,包括从案件侦查、起诉、审判到刑罚执行乃至申诉、审判监督程序等阶段。比如,有的国家或地区,对检察官起诉标准要求较低,则可能起诉到法院的定罪率要相对较低。反之,对检察官起诉标准要求高,则定罪率也高。又比如,一个国家或地区的刑法有没有大赦、特赦、减刑、假释等制度,以及在实践中适用的频率高低,可能会对相似的定罪判刑后刑罚的轻缓化局面产生实质的影响,这些制度适用频率高,则刑罚要相对变得轻缓。还比如,在法院生效判决后,刑事再审程序如何启动,是本着“一事不再理”(禁止双重危险)的指导思想,原则上只允许对原审被告人有利的再审呢,还是本着“实事求是,有错必纠”的指导思想,不论对原审被告人有利还是不利,都允许再审?如果是前者,那就是“平反冤案”型的再审;如果是后者,那就还包括“重算旧帐”型的再审。两种再审模式所导致的刑法适用后果是不一致的,前者将使原审被告人的无罪释放或重罪变轻罪的面扩大,后者则将使原审被告人的定罪或轻罪变重罪成为可能。^[39]

二是刑法运作得以进行的各司法机构之内以及机构与机构之间的关系。机构之内,以人民法院为例,合议庭的组成是全部由法官组成,还是由法官和人民陪审员一起组成。如是后者,又涉及对人民陪审员是予以高度重视还是走过场。高度重视,则势必在讨论案子时要对其法律知识和思维多加引导,这样在断案速度方面就会有所放慢,但运用得好,对防止司法腐败、增强司法的民主性和裁判的公信力却又有显而易见的好处。我国法院内的审判委员会也是一个可以对刑法运作产生重要影响的组织,一些重大疑难案件常常要经审判委员会讨论决定,合议庭并不对案件结果起决定性的作用。机构之间,可以考察一下我国现行刑事诉讼程序中的公、检、法三道工序,由于我国实行的是公、检、法“分工负责、互相配合、互相制约”的“平起平坐”作业方式,公安机关的权力很大,不仅可以自行决定实施各种调查取证活动以及强制措施,而且对犯罪嫌疑人有长时间的控制权,^[40]加上公安局长在不少地方又兼任政法委书记甚至党委常委,致使其他许多国家的“审判中心主义”在我们国家就变成了“侦查中心主义”,^[41]具体到实践中,其结果可能是刑事诉讼程序出罪功能不足、入罪功能有余。

三是刑法运作的外部环境。如我国的各级政法委员会(简称政法委),它在刑事司法机构之间有一种协调的作用,这种协调的作用目前还缺乏全面的评估。因此,对政法委协调案件的制度,如何提高其协调质量,使其工作方式方法尽可能地符合诉讼规律,值得认真研究。又如,我国近年来出现了一种各级人民代表大会及其常务委员会(简称人大及其常委会)对司法的个案监督制度,其产生背景是现实中的司法腐败现象,“在司法腐败猖獗的情况下,大量的控告、举报和申诉被提交到人大代表和人大机构,在人大缺乏切实、有效的监督措施的情况下,直接针对司法腐败而来的个案监督自然得到了许多人的认同”。^[42]目前个案监督的主要形式有:听取司法机关对案件办理情况的汇报、调阅案件卷宗、向司法机关提出意见或发出监督意见书、将案件交有关司法机关办理并限期报告结果、组织专项调查等。无疑,个案监督对预防司法腐败具有一定的价值,但也带来了一些问题,如何防止对司

[39]参见陈光中主编《刑事再审程序与人权保障》,北京大学出版社2005年版,第6页。

[40]参见孙长永《探索正当程序——比较刑事诉讼法专论》,中国法制出版社2005年版,第63页以下。

[41]“审判中心主义”并不是说侦查不重要,相反,在以证据为基础的刑事审判中,侦查工作是十分重要的,只不过从正当程序理论出发,要对侦查行为建立起司法审查制度。

[42]参见前引储槐植等著《刑法机制》书,第206页。

法独立的干涉,使权力机关不至成为办案机关,如何使人大及其常委会的监督更专业(因为司法是一项专业化的工作,而目前我们的一些人大代表及其常委会组成人员并不具有起码的法律专业知识)、更符合法治的要求(遵照法律程序来依法改判)等等。再如,传媒与司法的关系也是近年来学界所关注的一个问题。一方面,我们现在需要进一步强化传媒对司法的监督,另一方面,也存在一个如何防止造成传媒审判案件的问题,例如,2007年5月29日,北京市第一中级人民法院对国家食品药品监督管理局原局长郑筱萸一审判处死刑后,某主流媒体即发表特约评论员文章,指出:“消息公布后,广大人民群众反映强烈,拍手称快,有许多网民还在互联网上通过各种形式表示坚决拥护和支持,不少国外媒体也在显著位置进行报道,给予了积极评价。这表明,对郑筱萸案的判决,充分体现了人民群众的意志和愿望,充分体现了法律公平正义的精神,充分体现了我们党和政府坚定不移惩治腐败分子的坚强决心。”笔者认为,在生效判决作出之前,主流媒体发表如此特约评论员文章,似有不妥。试想,在如此情形下,二审法院乃至核准死刑的最高法院还敢改判吗?当然,这里也涉及一个司法机关和司法人员如何理性对待传媒和民意的问题。

四是国家权力对刑法运作的影响。国家权力首先体现在制定政策包括刑事政策上,例如,过去30多年来,针对一定时期的社会治安恶化,国家发动了几次大规模的“严打”斗争,在“严打”期间对犯罪实行“从重从快”的打击,其量刑相比平时一般要重。又如,当某种犯罪变得严重时,国家往往通过会议、文件等形式强调对这类犯罪的打击,然后司法机关就出台相应的司法解释,甚至立法机关还修订相关的法律来适应国家政策的需求。

除了政策,国家权力有时还通过代表国家的部门或领导表现出来,注意到这一点,也会有助于我们解释刑法运行过程中的某些现象。

结 语

从李斯特的整体刑法学到储槐植的刑事一体化,再到如今的立体刑法学,有继承,也有超越;有坚持,也有发展。比较突出的一点是,在立体刑法学的命题中,刑法学的主体性地位显得更为明确。

立体刑法学拥有两个理论基础:一是系统论和普遍联系的哲学基础。系统论强调整体性原则,整体性原则又与唯物辩证法的普遍联系、相互作用原理十分接近。立体刑法学的各对范畴之间存在相互联系和相互作用的关系,它们共同结合成一个系统,这个系统的功能要大于各部分的简单相加。二是刑法效益的经济学基础。立体刑法学有助于建立一个良好的刑法机制,其理念的贯彻必将节省刑法成本、提高刑法收益,增强立法、司法和研究中的协调性,减少因内耗而产生的资源浪费。^[43]

最后要说的是,本文提倡“立体刑法学”,决不是主张刑法学研究可以泛化,恰恰相反,“立体刑法学”主张刑法学者以“立体”的视野,就刑法学中的某一领域、某一专题进行“小题大做”式的深入研究,两者不应是矛盾的,而是相辅相成的。