

废除类推及刑法科学化

胡云腾

我国刑法学界关于修改完善现行刑法的讨论,已经进行了七八个年头,在是否废除类推和规定罪刑法定原则这一重大问题上,基本上达成了共识。绝大多数学者都主张废除现行刑法中的类推制度,在未来的刑法典里明确规定罪刑法定原则,认为这是健全国家法制、促进刑法进步、惩罚预防犯罪及保护公民权利的根本举措。有的学者甚至指出,这次修改刑法能否具有历史意义,未来刑法典的科学性、进步性如何,它能否在当今世界的刑法典中占据应有的位置,在很大程度上将取决于能否废除类推并规定罪刑法定原则。

但是,也有少数学者持相反的看法。如《法学研究》1995年第3期发表的《市场经济下罪刑法定与刑事类推的价值取向》一文(以下简称《取向》),作者侯国云同志即明确主张继续保留刑法中的类推制度,反对规定罪刑法定原则。其主要观点和理由,一是当今之世,罪刑法定原则已名存实亡,被西方国家弃之如敝履,斯时我国刑法若规定罪刑法定原则,无疑是把早已过时的东西当时髦;二是在英美国家,从未实行过罪刑法定原则;三是我国的国情中还存在保留类推制度的诸多必要性;四是我国规定罪刑法定原则,不仅弊大于利,而且也行不通。《取向》还对主张规定罪刑法定原则和废除类推的观点与主张进行了驳诘。按照《取向》一文的逻辑,在二十一世纪即将来临之际,如果我国新颁布的刑法典里规定罪刑法定原则并废除类推,无疑属于“危险的选择”。

笔者主张废除现行刑法中的类推制度,在未来的刑法典里明确规定罪刑法定原则。这并非是唯一多数人的马首是瞻。据我所知,罪刑法定原则在世界各国不是名存实亡寿终正寝,而是方兴未艾如日中天;英美国家不是未实行过罪刑法定原则,而是罪刑法定原则的发祥地和坚定实行者。类推制度在我国已失去存在的现实根据,废除类推和规定罪刑法定原则的客观条件业已齐备,时机完全成熟。笔者将针对《取向》一文的主要论点,谈几点看法与侯国云同志商榷,同时也求教于关心这个问题的专家同仁。

一、罪刑法定原则并未名存实亡

不赞成规定罪刑法定原则的学者,往往认为西方国家的罪刑法定原则因不能适应统治阶级惩治犯罪的需要而式微。《取向》一文亦持这种观点,作者不止在一处写道:“罪刑法定的固有含义早已烟消云散,罪刑法定原则已经名存实亡了。”“罪刑法定主义已是徒有虚名,仅剩一个

• 本文作者系中国社会科学院法学研究所副研究员。

美丽的外壳了。”笔者十分困惑作者何以得出这种结论。由于这是牵涉到对罪刑法定原则现状的客观认识问题,故认为有澄清真假的必要。

笔者认为,在当今世界上,罪刑法定原则比历史上任何时期都更广泛地规定在各国的立法中,也更严格地施行于各国的司法中,主要表现在以下几个方面:

1. 绝大多数国家都明文规定了罪刑法定原则。

当今世界除了某些政教合一国家、军人独裁国家和处于动乱中的国家以外,凡是实行现代法制、有成文法典的国家,大都明确规定了罪刑法定原则。从法律规定的形式看,多数国家由刑法规定,如瑞士1971年修正刑法第1条,法国刑法典第4条,以及荷兰、奥地利等国的刑法;有的国家由宪法规定,如日本、挪威、瑞典、秘鲁、缅甸、印度尼西亚等国;还有不少国家在宪法和刑法中均作规定,这类国家有意大利、德国、西班牙、泰国、菲律宾等。

2. 罪刑法定原则已为国际社会所公认。

罪刑法定原则不仅为各国的国内法所普遍规定,而且早已成为国际社会公认的法制原则。在联合国的一些重要文件和国际公约中,罪刑法定原则被反复加以规定。例如,1946年的《世界人权宣言》第11条就明确地规定:“任何人的任何行为或不行为,在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事犯罪者,不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”联合国大会1966年12月16日通过的《公民权利和政治权利国际公约》在原封不动地重申了上述规定后,紧接着又规定:“如果在犯罪之后依法规定了应处以较轻的刑罚,犯罪者应予减刑”。这一规定突出了罪刑法定原则重视保护公民个人权利的内涵,具有重大意义。另外,在联合国大会1974年通过的《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第一议定书)和1977年通过的《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第二议定书)中,也规定了内容相同的条款。这充分说明,罪刑法定原则,不是已经过时或者死亡,而是比以前任何时候都更受到世界各国和国际社会的尊重和贯彻。

3. 类推制度已被世界各国的刑法所摒弃,名实俱亡。

主张保留类推的同志,据说一共只找到三个规定类推制度的刑法条文,一是丹麦1930年刑法第1条,二是格陵兰1954年刑法第1条,三是众所周知的我国1979年刑法第79条。在全球近二百个国家和地区中,仅有二三个国家明文规定类推,这种情况本来已足以说明类推现状的可叹可怜了。不过,笔者还要说一句:这几个仅有的保留类推的例子或许还有水份。像格陵兰1954年刑法第1条就不是关于类推的规定。该条的原文是:“本法典规定的制裁只对本法典指定的行为或相当于本法典指定的行为适用。”不少同志认为,该条规定的“相当于本法典指定的行为”,就是指类推的行为,就连有些反对类推的同志也是这么看的。我认为,不能将上述“相当于本法典指定的行为”理解为类推的行为。理由很简单,格陵兰是英美法系国家,保持普通法的传统,所以,它在实行成文法的同时,也适用普通法即判例法,这里的“相当于本法典指定的行为”,实则是指符合判例法的犯罪行为。从立法形式看,格陵兰刑法的这条规定同英国《大宪章》和《权利请愿书》中关于罪刑法定的规定颇为类似,即保留了普通法系国家的罪刑法定特色。因此,格陵兰刑法的这条规定不是关于类推制度的规定,而是关于罪刑法定原则的规定。

至于丹麦刑法第1条,笔者至今未见到原文和译文,不知这条的内容是什么。据日本学者

说,丹麦刑法的这条“类推”也未超过扩大解释的范围,^{〔1〕}可见它也不属于真正的类推。

由上述可见,当今世界规定罪刑法定原则的国家比比皆是,而规定类推的国家可能只有我国。作为国人,我们可以大讲特讲保留类推的好处,甚至可以将类推这一传统的“中国特色”继续保留下去。但是,我们也应尊重其他国家规定罪刑法定原则的事实。

二、罪刑法定原则有其历史发展过程

对于有些同志来说,仅从各国现行立法证明罪刑法定原则依然风行是不够的,因为他们会说罪刑法定原则的字样虽然存在于许多国家的刑法里,但今日之罪刑法定原则已经变质走样。有的虽然不否认罪刑法定原则,但认为罪刑法定原则确实发生了变化。有关著述中的不同看法至少有四种:1. 消亡说。认为罪刑法定原则随着资产阶级统治的巩固,已被当今资本主义国家抛弃了,罪刑法定原则已成了徒有虚名的骗人的东西,^{〔2〕}《取向》也持这种观点。2. 相对说。即认为在资产阶级国家初建时期,罪刑法定原则是严格实行的,随着时间的推移,罪刑法定原则由绝对的变成了相对的,有的学者甚至称之为相对的罪刑法定主义。^{〔3〕}持这种看法的学者大概是多数。3. 层次说。有的学者把罪刑法定分为多个层次,即“观念意义上的罪刑法定、原则意义上的罪刑法定、制度意义上的罪刑法定、司法运作意义上的罪刑法定,它们之间组成一个相互作用的系统体系。”^{〔4〕}并且认为,在当今西方国家,制度意义上的罪刑法定(强调绝对性、规范性和技术性)已走向没落,而观念意义上的罪刑法定(强调公平正义、限制刑罚权和保护人权)正受到重视和强调,而且必将成为人类社会永恒追求的价值。4. 扩张说。认为今日之罪刑法定原则在地位上已大大提升,从原来的刑法原则升格为宪法原则,从国内法的原则拓展为国际法的原则。罪刑法定原则不仅被世界绝大多数国家普遍接受,而且在国际上普遍流行。^{〔5〕}笔者同意这种看法,同时认为,罪刑法定原则作为近代社会法制建设的一块基石,它所体现的法制精神和追求的价值目标如法律至上、正当程序、保护人权等是始终如一的,不存在改变、蜕化或消亡的问题。不仅如此,罪刑法定原则在其存续与发展的过程中,随着时间的推移和时代的变迁,已经抛弃了当初的一些幼稚和不足,逐渐走向完善与成熟。绝不应当把罪刑法定原则视为几条永恒不变的教条,也不应当把罪刑法定原则在某一历史时期的表现形式作为罪刑法定的标本形态,或者把某些古人关于罪刑法定的表述作为不能发展修正的经典,应当从动态的、发展的观点理解罪刑法定。

有人或许认为,如果把罪刑法定原则理解为动态的、发展变化的法制原则,则会把罪刑法定庸俗化,使之像变戏法一样地变来变去。我们认为,这种认识没有把握一个事物发展变化的真正含义。我们所讲的罪刑法定的发展变化,是指它的某些内容和表现形式的改变或更新,而不是指它的精神变质。罪刑法定的本质是禁止事后法,一个国家只要彻底禁止了事后法,就是实行了罪刑法定原则。因为禁止事后法即意味着法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,同时也就排除了刑法条文有溯及既往的效力,更不允许有类推制度存在。所以,不论罪刑法定

〔1〕 参见〔日〕木村龟二主编:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版,第71页。

〔2〕 参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第234页。

〔3〕 参见韩忠谟:《刑法原理》,台湾雨利美术印刷有限公司出版,第62—64页。

〔4〕 参见宗建文:《罪刑法定含义溯源》,《法律科学》1995年第3期。

〔5〕 参见《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第36页。

原则过去现在或将来怎样变,只要禁止事后法这一点不变,罪刑法定原则就依然故我,未改初衷。

断言罪刑法定原则消亡或者虚伪了的人,就因为没有抓住“禁止事后法”这一内在本质,以致把罪刑法定原则某些具有进步意义或无关宏旨的发展变化,如实行对被告人有利的类推、扩大解释和相对不定期刑等,却作为否定罪刑法定原则的证据。下面,笔者就这几种做法是否违背罪刑法定原则略述一点看法。

1. 允许对被告人有利的类推,是罪刑法定原则的应有之义,而并不是对罪刑法定原则的否定。

笔者认为,从一个方面讲,罪刑法定原则是限制国家司法权力、保护公民个人权利的法制原则,只要是有利于保护和扩大公民个人权利的东西,不仅不违反罪刑法定原则,而且有些本来就是罪刑法定原则的应有之义。在坚持法无明文规定不为罪的前提下尽量维护公民个人权利,这正是罪刑法定原则从僵化教条到灵活完善的表现。因为罪刑法定原则是法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,它的着眼点就是使个人不因事后法而成为罪犯和受到更重的处罚,而非追求凡是依法构成犯罪的人都要定罪处刑。正如有些国家的刑法既规定罪刑法定原则又规定时效、大赦、特赦、减刑、假释及各种减轻情节,并不自相矛盾一样,这些规定都体现了一个共同精神,即保护公民利益,对犯罪分子实行人道和宽容的精神。从国外的实例看,日本、德国都曾经作出过有利被告类推的判例,使本来依法应按犯罪论处的被告人由于实行了有利的类推而被宣告无罪。对此,日本和德国的多数学者都认为,对被告实行有利的类推,符合今日之罪刑法定原则。^{〔6〕}

2. 扩张解释不同于类推,不足以否定罪刑法定原则。

《取向》认为扩张解释如类推一样,是对罪刑法定原则的否定。我们认为,这种看法也站不住脚。首先,扩张解释是法律解释的一种,是法律内容合乎逻辑的扩展,同类推制度不可同日而语。其次,扩张解释有立法解释,也有司法解释。如果是立法解释,本来即属于罪刑法定原则的范围,如果是司法解释,只要严格按照法律解释的规则进行,并且不溯及既往,也不一定就违反罪刑法定原则。第三,扩张解释从被告人方面看,分为有利于被告人的扩张解释和不利于被告人的扩张解释。前者与罪刑法定原则的精神相一致,后者为当今世界各国所普遍禁止。在日本,虽然最高法院作出过二十几个判例解释,但是,这些判例解释的性质和作用究竟如何,日本法学界也没有定论。有的认为属于类推解释,有的对此予以驳斥。如著名刑法学家西园春夫博士就指出:“类推不是一种法律解释,而是法律适用的一种方式。因为类推不是对某一词句进行解释,看该种行为是否包括在该解释内,而是从国家、社会全体的立场来看待、评价某一行为的不可许可,然后再设法找出类似的法条以资适用。与此相反的是,扩张解释完全是从能否纳入法律条文解释的范围这一观点出发来考察社会生活中的各种行为。这种思路的不同,在国家权力与公民权利对立激化时,便会表现出实质性的差别。日本法学界现虽然没有明确表达这个理由,但实际上,仍超越语言的争论而采取禁止类推说”。^{〔7〕}据笔者所知,在日本刑法学界,主张对被告人有利的扩张解释占据上风,主张对被告不利的扩张解释没有市场,并且亦没有被立法

〔6〕 同〔1〕,第69页。

〔7〕 参见〔日〕西园春夫:《罪刑法定主义与扩张解释、类推适用》,载《中日刑事法若干问题》,上海人民出版社1992年版,第24页。

采纳和司法施行,是客观存在的事实。

3. 不定期刑的存在也不能成为否定罪刑法定原则的论据。

不定期刑是指在宣告自由刑时刑期不确定,广义还包括保安处分的不定期宣告,它属于行刑制度的一种。不定期刑于1877年在美国布鲁克汇耶尔麦拉收容所开始实施,后为许多国家所重视。一般把它分为绝对不定期刑和相对不定期刑两种。前者是指宣告刑的刑期完全不确定,后者指只确定最高刑期或最低刑期,或者附加最高刑期或最低刑期。现在,绝对不定期刑已基本绝迹,相对不定期刑仍有市场,主要对一些青少年犯和常习危险罪犯适用。

不定期刑与罪刑法定原则的关系如何,新派和旧派的看法曾经有所不同。开始,旧派从报应观点出发,主张宣告刑必须确定,认为把刑期宣告委托给行刑机关,容易导致侵犯个人权利,故坚决反对不定期刑。而新派则认为,不定期刑是刑罚个别化和实现刑罚目的的有效办法,极力倡导不定期刑。但是,二战以后,德日的一些学者认为,相对的不定期刑和报应刑不但没有矛盾,而且和罪刑法定原则也是一致的。理由是:报应刑内在的赎罪思想,需要犯罪人从精神方面作必要的努力,相对不定期刑正是实现它的恰当手段;反过来,犯人的赎罪意识又是对他们进行再教育和再社会化的思想基础,^{〔8〕}因此不定期刑和报应刑互为表里,殊途同归。

笔者认为,不定期刑没有否定罪刑法定原则,除了上述理由外,还在于:

(1)不定期刑是一种刑罚适用制度,适用不定期刑的必须是实施了法有明文规定罪行的罪犯,而不是没有犯罪的人,这一点已基本上符合罪刑法定原则。

(2)适用不定期刑,目的是更有效地感化、改造、教育罪犯,使之尽快适应社会,犯罪分子实际执行的刑罚,以实现上述目的为限,不存在执行过剩的刑罚问题,因而能够最大限度地保护罪犯的利益。除了一些常习犯、累犯以外,不定期刑犯实际执行的刑罚远较他们应判的刑罚为低,这同罪刑法定原则强调保护公民个人权利的旨趣完全一致。

(3)现代国家的不定期刑,都是相对不定期刑,一般都规定了长短期限,在一定意义上讲,刑期也是确定的,只不过这个确定的刑期不是一个点,而是一个区间,行刑机关一般只能在这个区间之内灵活掌握。这同行刑机关对定期刑罪犯减刑、假释的把握是一致的。因此,把不定期刑作为否定罪刑法定原则的一个根据,难以成立。

三、罪刑法定原则体现了法制的基本精神

罪刑法定原则是资产阶级国家确立的,是资产阶级法制建设经验的结晶,尽管它被人们视为刑法中的一个原则,但是,它和整个资产阶级法制具有生死攸关的共存关系。只要资产阶级法制存在一天,罪刑法定原则就不可能消亡。有的同志之所以认为罪刑法定原则消亡了或变化了,在一定意义上讲,也是忽略它所蕴含的法制精神之故。因此,阐明罪刑法定原则所蕴含的精神和价值,对我们准确把握和恰当借鉴罪刑法定原则,具有重要意义。

笔者认为,罪刑法定原则所体现或蕴含的法制精神至少有以下几点:

1. 权力分工和权力制衡的精神

罪刑法定原则要求法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,这实际上要求立法权和司法权应严格分工,同时也要求用立法权制约司法权。因为只有犯罪和刑罚由立法机关规定,立法机关才能充分行使自己的权威对司法机关进行有效的监督制约。如果不实行罪刑法定,司法

〔8〕 同〔1〕,第44页。

机关可以自己创制新罪名和刑罚,那就会导致司法权侵犯立法权,破坏权力分立和权力平衡。因此,罪刑法定原则是资产阶级国家三权分立和权力制衡的产物。也可以说是资产阶级国家这两大法制原则在刑法领域的具体表现。古典时期杰出的启蒙思想家孟德斯鸠等人的自然法思想,是罪刑法定原则的思想渊源。如孟德斯鸠根据“一切有权力的人都容易滥用权力;有权力的人使用权力一直到遇有界限的地方才停止;要防止滥用权力,就必须以权力约束权力”的历史经验,提出国家的立法、行政和司法权必须由三个不同的机关独立行使。他的理由是:“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手,自由便不复存在了;因为人们将害怕这个国王或议会制定暴虐的法律,并暴虐地执行这些法律。”“如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官将握有压迫者的力量。”他进一步指出:“如果同一个人或是由重要人物、贵族或是平民组成的同一个机关行使这三种权力,即制定法律权、执行公共决议权和裁判私人犯罪或讼争权,则一切都完了。”孟德斯鸠还认为,保障“公民的自由主要靠良好的刑法”。所以,国家应当从立法上明确规定犯罪与刑罚,排除法官的罪刑擅断,使执掌司法权的法官“不过是法律的代言人”,关于定罪量刑的裁判“只能是法律条文的准确解释”。〔9〕尽管孟德斯鸠没有明确提出“法无明文规定不为罪”这句法谚,但他所论述的“法的精神”已经包含了罪刑法定原则的实质内容。

2. 惩罚和预防犯罪需要“有言在先”的精神

实现正义和预防犯罪是刑罚所追求的两大价值。这只有通过追究犯罪分子的刑事责任及对犯罪分子适用刑罚才能实现。当国家在判定一个人的行为是否构成犯罪时,以什么作为衡量的标准呢?显然只能是明确的法律。如果国家事前没有把某种行为规定为犯罪,某一社会成员实施了该种行为,国家对他适用刑罚,那么,这种惩罚就失去了公正性。因为国家事前并没有告诉他不能实施这种行为,也没有告诉他实施这种行为以后将会承担什么法律后果,说不定立法机关在他实施该行为之前,连自己也不知道这是有社会危害性的犯罪行为,所以,从刑罚正当性的角度看,国家没有权力惩罚这种行为。同样,从预防犯罪的角度讲,国家只有事前明确以法律的形式告诉人们什么行为是不得实施的犯罪行为,才能阻止社会成员实施这类行为,实现刑罚预防犯罪的目的。特别应当指出,当代西方国家的政治理论,既不是国家本位的强权主义,也不是个人本位的自由主义,而是国家和个人利益和谐统一的折衷主义。不少学者认为,通过法律设定的个人与国家之间的契约关系,才是社会关系的本质。并非巧合的是,罪刑法定原则也完全符合这种时髦的“契约原则”,它既界定了国家行使惩罚权力的界限,也界定了个人承担刑事责任的界限。笔者认为,这正是二次世界大战以后,罪刑法定原则更加受到世界各国青睐的原因。

3. 防范法官滥用法律比惩治漏网之罪更为重要的精神

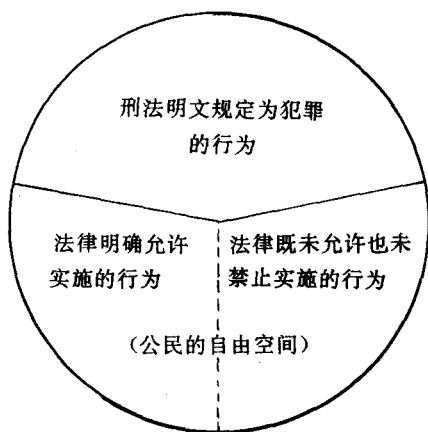
从功利的角度看,罪刑法定原则不是完美无缺的。确实会有极个别危害社会的行为会因为法无明文规定而无法予以惩罚;同时,国家想随时运用刑事政策调整刑法适用强度和范围的做法亦会受限制。这通常被认为是罪刑法定原则之弊。从使一切犯罪都受到惩罚的角度观之,罪刑法定原则远不如类推制度那样能令统治者随心所欲或满足其“百分之百地履行保护国家和个人利益的责任”。然而,如果舍罪刑法定原则而选择类推,除了前面述及的会破坏权力分立和

〔9〕 孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),商务印书馆1982年版,第154页、第156页、第188页、第163页、第157页。

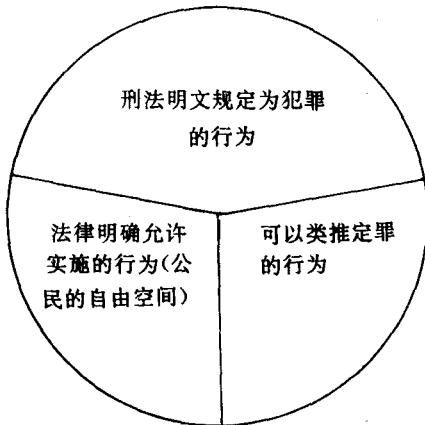
危害刑罚的公正与有效外,还有一个极大的弊端是,司法人员可能会利用类推制度胡乱用法出入人罪。在类推制度存续的漫长期间,这类例子不可胜计。资产阶级是最讲功利和实用哲学的阶级,他们在选择类推抑或是罪刑法定原则时,无疑是经过了精细的比较和盘算的。事实证明,如果说罪刑法定原则也有弊害的话,那么选择罪刑法定原则抛弃类推制度,确为两害相权取其轻的一种明智选择。因为规定罪刑法定原则以后,如果出现了法无明文规定的严重危害社会的行为,立法机关通过修改补充刑法即可解决对漏罪的惩罚问题。但是,如果规定了类推制度,那由此产生的破坏权力分立与制衡和司法人员滥用权力惩罚无辜等弊端,就不是多惩罚几个漏罪这点利能抵消的。用中国一个古老的比喻来说:规定罪刑法定原则舍弃类推制度,顶多是“抓住西瓜丢了芝麻”的问题;而选择类推制度舍弃罪刑法定原则,那就是不折不扣的“抓住芝麻丢了西瓜”了。

4. 公民权利不以法律规定为限的精神

法律是一种行为规范,它规定人们能够做什么,不能够做什么。前者赋予人以权利,后者规定人以义务。但是,在社会生活中,有些利益和行为,既未为法律所肯定,又未为法律所禁止,公民是否能够实施这类行为或谋取这种利益而不受到惩罚?答案是肯定的。孟德斯鸠在论述民主自由的国家时就已经指出:“这个国家的公民可以说和写一切法律没有明文禁止说或禁止写的东西。”^[10] 当代西方的人权理论进一步主张,公民有权实施除法律禁止实施外的一切行为,而非只能实施法律允许实施的行为。相反,政府只能实施法律允许实施的行为,否则便是对公民权利的侵犯和对自己职责义务的违反,这一论点已为现代西方国家所普遍接受。罪刑法定原则正是体现了这一价值观,因为根据罪刑法定原则,任何公民只要不实施刑法明文规定的犯罪行为,国家就无权惩罚他。这样,公民的权利就能得到最为可靠的保障,行为的自由度也可以发挥到最大限度。假如规定类推,情况就不同了,公民不仅不能做法律禁止做的事情,而且也不能做法律没有禁止做的事情,这势必要缩小公民行使自由权利的范围。因此,无论类推是否可能被滥用,它本身即构成了对公民权利的妨害。下图即能直观地反映规定罪刑法定原则和规定类推对公民权利的不同影响:



图一、规定罪刑法定原则



图二、规定类推制度

[10] 同[9],第322页。

需要指出的是,罪刑法定原则既为刑事古典学派所推崇,亦为刑事社会学派所尊奉。有的同志不了解这一点,以为十九世纪末以来,随着刑事社会学派取代刑事古典学派而处于主导地位,罪刑法定原则也同刑事古典学派一道衰落了,这完全是个误解。实际情况是,刑事社会学派的一些学者虽然对罪刑法定原则有过一些批评,但从总体上看,也是赞同罪刑法定原则的,他们反对的只是对罪刑法定作肤浅的、机械的理解,以及一味把罪刑法定原则当作僵化教条的做法。如刑事社会学派的集大成者李斯特就推崇罪刑法定原则,并且认为,规定罪刑法定原则的刑法典才既是保护公民个人利益的大宪章,也是保护犯罪人利益的大宪章。他说:“所谓罪刑法定主义的原则,是以国家的全体力量对国民进行保护;是以作为绝对力量的多数权力,换言之,以巨大(Leviathan)权势来保护个人。因而,倒过来说,刑法典才是大宪章。”“在我看来——虽然这可能听起来荒谬——刑法典是犯罪人的大宪章。……它既同犯罪人达成一项文字保证,对他们的惩罚只是当具备法定条件时才在法律规定的限度内实施。法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,这两句话是一道屏障,保护公民免受国家权威、多数人的权利、利维坦的侵害。我早就指出过,刑罚是受法律制约的国家的惩罚权。现在我还可以说:刑法是刑事政策不可逾越的樊篱,今后的情况还肯定应当同今天一样。”^{〔11〕}李斯特的意思非常明确:罪刑法定原则是维护公民个人权利包括被告人权利的,同时也是限制国家的刑罚权及防止以刑事政策干预刑事法律,现在如此,将来亦是如此。

四、英美是罪刑法定原则的发源地

英美两国是保留判例法的国家,是否实行罪刑法定原则,在机械理解罪刑法定原则的时期,一直有肯定与否定两种看法。否定说认为,英美的判例法是法官创造的法,而“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”的“法”,指的是立法机关制定的成文法,因此,在英美国家,不存在什么罪刑法定的问题。相反的观点认为,英美国家同样实行罪刑法定原则。如著名宪法学家戴西在名著《宪法精义》中指出:“英国人受法律治理,而且也只受法律治理;我们当中,一个人可能因破坏法律而受到惩罚,但是他不会因为其他任何情况而受到惩罚。”^{〔12〕}美国学者霍尔也对否定英美国家实行罪刑法定的论点进行了驳斥,指出:“若干欧洲犯罪学者认为罪刑法定原则不存在于英美国家,在某种意义上表现出文字上狭隘之真理,这是错误的……虽然美国大部分州与英国一样,成文法份量在经常增加,然仍有普通法存在,这一限度内与大陆法系特有意义之罪刑法定原则固不相同,但是美国判例法限制法官的行为较之于大陆法系国家罪刑法定原则限制法官的行为并无逊色。”^{〔13〕}显然,英美学者是从精神实质而非表面形式理解罪刑法定的。

笔者赞同英美国家是实行罪刑法定原则的,理由如次。

(一)从罪刑法定原则的产生与发展看

众所周知,罪刑法定原则的思想渊源虽可追溯到古希腊罗马时期,但是,作为法律条文的罪刑法定原则则发端于英国1215年的《大宪章》第39条,该条规定:“任何自由民,如未经其同级贵族之依法裁判,或经国法判决,皆不得被逮捕,监禁,没收财产,剥夺法律保护权,流放或加

〔11〕 转引自〔日〕庄子邦雄:《刑罚制度的基础理论》,《国外法学》1979年第3、4期。

〔12〕 参见戴西:《宪法精义》,1945年英文版,第202页。

〔13〕 参见霍尔:《刑法基本原则》,1947年英文版,第46页。

以任何其他损害。”这是贵族和新兴的资产阶级在限制国王司法权的斗争中取得的重大胜利。旨在防止国王滥用王权治人以罪。到了1628年,国会向国王提出《权利请愿书》,迫使国王接受。其中规定:“国王非依法律的判决,不得逮捕、审讯任何自由民,不得作出没收的判决。”这条规定基本上对罪刑法定作了完整的表述。英国资产阶级革命胜利后,又颁布了两个非常重要的法律,一是1679年的《人身保护法》,另一是1689年的《权利法案》,这两个宪法性的法律,削弱了国王的权力,正式确立了议会主权、依法治国及保护人权的原则。从此,英国不仅在实践中实行了罪刑法定原则,而且对罪刑法定精神在欧洲大陆和北美的传播起了极大的促进作用。有的学者正确地指出,英国实质上系罪刑法定原则之故乡。^[14]

罪刑法定原则在英国确立后,很快又在北美开花结果。1774年“大陆会议”通过的《权利宣言》规定:各殖民地人民享有英国普通法和制定法所规定的一切权利和利益。罪刑法定原则遂成了殖民地人民向宗主国争取权利的思想武器。1776年的《弗吉尼亚权利宣言》第8条进一步规定:“除了国家的法律和其同等公民的裁判,任何人的自由不应受到剥夺。”美国独立后,罪刑法定原则被明确地规定在美国宪法及其修正案中。如美国宪法第1条第9款第3项以及第10款第1项规定:“不得通过追溯既往之法律”,宪法修正案第5条及第14条第1款规定:“未经正当法律手续不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。美国最高法院还于1789年在一著名判例中,对追溯既往的法律下了定义:(1)将行为时无处罚规定的行为科以刑罚的立法;(2)事后减少犯罪构成要素而增加行为之犯罪可能性的立法;(3)事后将刑度增高的立法;(4)改变刑事证据法则,而事后允许较少或较简单的证据作为判罪根据的立法。^[15]有的学者据此认为,美国可能是禁止事后法最彻底的国家。^[16]罪刑法定的种子是在英美国土上发育生长,并在英美开花结果的,而非在英美国家仅是一朵不结果实的花,只在欧洲大陆结果飘香。

(二)从判例法的特点和适用规则看

判例法是可以作为先例据以解决同类案件的法院判决。其特点是没有概括出一般规则而加以明文规定。判例法固然就是法官造法,但是,并非所有的法院和法官都能创造判例,也并非法官可以随心所欲地创造判例。法官在制作判例或适用判例法时,必须遵守严格的规则。首先要遵守等级规则。英国审理刑事案件的法院由高到低依次为枢密院、上诉法院、高等法院王座庭、刑事法院及治安法院。通常,前三类法院所作的判决对其下级法院有约束力,除特殊情况外,这类判决亦应为其其他同级法院所遵循,下级法院不得做出与上级法院相反的判决。其次是遵循先例原则。英美国家法官对先例的尊重,不亚于大陆法系国家法官对法律的尊重,有的判例已有数百年的历史,远比大陆法系国家的成文法历史悠久,至今仍被遵循。这种遵循先例的传统由来已久,在十六世纪即形成惯例,至今相沿不改。通常,法官在处理具体案件时,必须寻找适合本案情的先例,并对先例中的事实或法律问题和正在审理案件中的事实和法律问题加以比较,找出异同及异同的程度,从先例中引申出处理本案的原则和规则,据此作出判决。正如有些学者指出的,“新案例仅仅是旧的原则适用于各种情况的例子”。^[17]从判决结果看,推翻先例的判决极为少见,只有枢密院、上诉法院或高等法院,出于“维护正义”、“公正审判”等目的,

[14] 参见王玉成:《社会变迁中之罪刑法定原则》,台湾大伟书局1988年版,第213页。

[15] 参见蔡墩铭主编:《刑法总则论文选辑》(上),台湾五南图书出版公司,第125页。

[16] 参见陶龙生:《论罪刑法定原则》,同[15]。

[17] 参见博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第312页。

才能做出有违先例的判例。而这种现象,比有些大陆法系国家对刑法的废、改、立还要稀少。

还应当注意,判例法亦是法,判例法的适用虽较成文法有一定的灵活性,但是,“没有先例没有处罚”的判例法原则酷似法无明文规定不处罚的制定法原则,因此,从一定意义上讲,遵循先例实质上同于罪刑法定。

(三)从英美刑法与罪刑法定原则吻合的情况看

为了进一步说明英国和美国也在实行罪刑法定,笔者拟将当今英美两国刑事立法和刑事司法与罪刑法定原则相对照,以再作几点补充。

1. 罪刑法定原则要求法有明文规定,英美两国除了在实质内容上对此信守不移外,在形式上也接近实现了这一点,表现在英美两国一方面系统编纂判例,完善判例法的适用规则;另一方面,不断颁布成文法,把普通法中的习惯和规则变成成文法律。英国在1887年还曾经讨论过《刑法草案》,该草案第5条明确规定:“任何犯罪均需依据本刑法或其他成文法起诉。”草案虽未获通过,但是,英国已有不少成文刑法,如《1861年侵犯人身罪法》、《1908年惩治乱伦法》、《1913年伪造法》、《1968年盗窃罪法》及《1971年刑事损害法》等。总起来看,制定法在不断增加,地位在不断加强,制定法可以修改、废止普通法,普通法则不能修改、废止制定法。在美国,普通法法典化早已是大势所趋,叛国罪由宪法明文规定,多数州全部犯罪都由法典规定,判例只有参考或补充说明的意义。在少数州,多数犯罪也由法典规定,只有少数罪名仍从普通法,而且在制定刑法典的州中,许多州都在法典中明确规定了罪刑法定原则,如纽约州1963年刑法第22条,得克萨斯州1973年刑法第3条等。

2. 罪刑法定原则要求法官不得自造刑法,英美两国现在实际已无法官造刑法之事实。英美两国的普通法,主要以民法为主,刑法为数甚少,且英国自十八世纪著名法学家布莱克斯通的《英国法注释》一书问世后,法官造法的事实,几至绝迹。^[18]尤其是到了1972年,英国枢密院在“克鲁勒股份有限公司诉检察长”一案中一致否决了法官有“创制新罪名和扩大现罪名”的权力后,法官造法的历史在英国已经划上了明确的句号。在美国,法官除了依据普通法和制定法外,更谈不上有创制新罪名和扩大旧罪名的权力。

3. 罪刑法定原则要求法律不溯及既往,这在英美两国都得到了切实的遵守。英国普通法禁止刑事事后法的观念根深蒂固,^[19]判例法采用“概从旧法”主义,^[20]追溯既往被认为是违反正义和法制的行为,推翻先例的判决十分罕见。在美国,宪法明文规定法律不得溯及既往,已如前述。1964年在鲍伊上诉案中,美国最高法院明确宣布“判例无溯及力”。只有在对行为人有利时才准予法可溯及既往。如今:“加重不得追溯,减免不受此限”,^[21]已成为美国法律处理溯及力问题的基本原则,这同明文规定罪刑法定原则的国家处理法律溯及力的原则完全一致。

4. 罪刑法定原则要求禁止类推解释,英美两国同样反对类推。在英国,对普通法和制定法,都坚持严格解释,反对类推解释,对普通法的解释,必须遵循先例,对制定法的解释,虽然有时需要借助于普通法,但是,凡是法律含混不清模棱两可的地方,只允许做对被告人有利的解释。从历史上看,类推案件极为罕见,偶尔出现的个别有类推之嫌的案件,还受到后人的广泛批评。

[18] 参见[日]大野真义:《罪刑法定主义》,世界思想出版社1982年版,第188页。

[19] 参见[英]鲁伯特·克鲁斯等:《英国刑法导论》,中国人民大学出版社1991年版,第15页。

[20] 参见前注[19]第15页。

[21] 参见[美]H. L. Hart: "Criminal Law, Cases and Readings", JR(1983)P 333。

5 当今之世,类推早已绝迹。在美国,法律禁止类推,实行严格解释比英国有过之而无不及,凡普通法和制定法都没有规定的危害行为,不允许法院类推推出“特定犯罪”而加以处罚,“含混不清的法律无效”已成为美国法的一个原则。甚至合乎逻辑但对被告人不利的类推解释亦在禁止之列。例如,当法律只规定“在火车、客车、有轨街车上实施妨害秩序罪”时,如果一个人在巴士上妨害秩序,就不能依法治罪。^{〔22〕}由此可见美国反对类推解释的坚决态度。

5. 罪刑法定原则反对绝对不定期刑,英美两国的司法实践也持这种态度。英国刑法中没有绝对不定期刑,只对未成年犯,从感化教育出发,可以实行相对不定期刑,不定期刑的上限为3年,下限为3个月,在感化院中执行。美国刑法中现在也没有绝对不定期刑,当然,美国由于是不定期刑的发源地,一些州曾经实行过绝对不定期刑,但只具有试验性质,并未持续长久。相对不定期刑在美国虽曾对重罪广泛采用,但自本世纪七十年代以来,已经开始式微,有的州纷纷对重罪规定定期刑,有的州把不定期刑和假释制度结合起来,有的则缩小不定刑的幅度,随着刑罚标准化、法典化的发展,不定期刑的作用在不断减少。

总之,罪刑法定原则是英美法系国家和大陆法系国家共同创造的法制成果,英美国家由于尊重传统,注重实用而不讲究形式,因而没有像大陆法系国家那样,明确在法律上完整地表述罪刑法定原则字样,但是,撇开判例法古老的形式,就能发现英美两国刑法的骨子里无不浸透着罪刑法定精神。

五、罪刑法定原则对完善我国市场经济法制具有重大价值

关于我国刑法规定罪刑法定原则的立法、司法和社会价值,有的学者最近作了详细论述。^{〔23〕}笔者完全同意其看法,同时认为,还可以从更为广阔的角度审视罪刑法定原则立法化的价值。依笔者管见,在几千年刑法文明进化的历史进程中,具有里程碑意义的文明壮举不过二三项而已:一是废除肉刑,二是废除死刑,第三个而且也是最重要的进步,便是罪刑法定原则的确立。法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚这句千古法谚,是界定立法权和司法权的分水岭,是预防犯罪的告示牌,是约束司法越权的雷池,是保护公民权利和罪犯合法权益的大宪章。资产阶级国家为了使罪刑法定原则立法化,奋斗了几个世纪,而为了贯彻落实罪刑法定原则,又花去了近两个世纪的时间。在当今发达的资本主义国家里,罪刑法定原则可谓实至名归,它对推进资产阶级法制文明,维护资产阶级政权长治久安所起的巨大作用,无论怎样估价也不会过高。

罪刑法定原则是资产阶级创立的,但它不是资产阶级国家的专利,它也可以成为人民当家做主的国家健全社会主义法制的工具,成为维护无产阶级和广大人民利益的工具,就我国建立社会主义市场经济条件下的法律体系来说,在宪法或刑法里规定罪刑法定原则,具有十分重要的意义。

(一)有利于树立全社会的法制观念

我国具有顽固而浓厚的重人治轻法治的传统,国人对法律向来缺少应有的信任和尊重。要解决国人法律意识低下的状况,必须通过完善立法来树立法律的尊严。明文规定罪刑法定原则,不仅使人们对什么行为构成犯罪,什么行为不构成犯罪一目了然,促使人们自觉地规范自

〔22〕 同〔21〕,第3页。

〔23〕 参见蔡素志:《略论罪刑法定原则立法化的价值》,《法学》1994年第3期。

己的行为,而且有利于全社会对刑法的实施进行有效的监督,树立刑法的地位和尊严。从而也将大大提高全社会的尊法、护法和守法意识。

(二)有利于刑法自身的完善

我国的刑事立法曾以追求简明扼要为荣,但由于条文少文字简单,给刑法留下了大量的模糊规范及许多空白、漏洞,十多年来,虽经全国人大常委会不断修改、补充,现行刑法典和单行刑法仍然存在不少问题,如有一些危害社会的行为尚未规定为犯罪,某些单行刑法还溯及既往,刑法总则中仍保留类推制度,刑法分则里还有一些“口袋罪”、“半口袋罪”,以及罪名混乱、罪状模糊及法定刑幅度过大等。这些问题严重制约着刑法保障功能的发挥,给奸滑之徒和枉法裁判留下可乘之机。如果在立法上规定罪刑法定原则,上述问题便可迎刃而解。

(三)有利于严格执行刑法

当前,执法问题已成为我国法制建设中的主要矛盾,有法不依,执法不严甚至徇私枉法,是法制建设的最大祸害,我们必须清醒地认识到,机关、单位和公职人员有法不依或故意枉法给国家和人民利益所造成的危害,要远远大于公民个人违法犯罪所造成的危害。法制建设的成败不在于我们能制定多少法律,而在于我们能否将制定的法律付诸实施。而促使执法机关严格执行的先决条件,是立法自身必须尽量完备。就刑事立法而言,明确规定罪刑法定原则,就可以把司法机关的职责明确界定在法律的范围之内,司法机关能对哪些行为定罪量刑法律规定得一清二楚,也就从根本上把住了徇私枉法和胡决乱判的口子。即使发生错误的判决,也容易纠正。我国目前司法权限时有所扩张,甚至还侵入立法领域,一些司法人员把法无明文规定的行为,装进某些“口袋罪”中按犯罪论处,这些违反罪刑法定原则的现象,也只有通过立法确定罪刑法定原则才能得到解决。

(四)有利于我国刑法与世界刑法的发展潮流接轨

进入建设市场经济新时期以后,我国法制建设面临的问题是,不仅经济和商贸法律要与国际社会接轨,而且从一定意义上讲,刑事法律也有个与国外协调接轨的问题,刑法绝不可能超然于市场经济之外而依然故我。它必须将不符合历史潮流的东西断然摒弃,同时也有必要借鉴国外已被实践证明成功的立法经验、原则和制度,为我所用。我们切勿再犯“经济法律比国外落后,但刑法比国外先进”之类的可笑错误。前已指出,罪刑法定原则已是大多数国家的刑法原则,同时也是联合国公认的刑法原则。我国是联合国的创始国之一,拥护《世界人权宣言》并已加入一些国际公约,对这些国际文件中的罪刑法定条款,我国政府在加入时并未提出保留。^[24]这说明我国政府已经向国际社会承诺赞同罪刑法定原则。因此,在国内法中规定罪刑法定原则,也是我国政府履行国际义务和实现与国际刑法接轨的需要。

六、废除类推时不我待

我国当前的司法实践是否需要类推,这是决定类推存废的关键。《取向》一文认为我国存在保留类推的五大必要性,我认为,这些必要性其实都是不成立的,现分别说明:

1. 我国立法经验不足需要类推?

[24] 我国加入《1949年8月12日日内瓦公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第一议定书)和《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书》(第二议定书)时,对其中的罪刑法定条款均未提出保留。

在笔者看来,这根本构不成一个理由。一个国家是否废除类推和规定罪刑法定原则,与统治阶级立法经验多少没有什么联系,这是一个价值取向和立法思路问题。例如,封建社会在中国延续了几千年,某些帝王将相的治国驭民之术可谓炉火纯青,立法经验也丰富之极,但是,没有一个封建王朝舍弃比附类推而规定罪刑法定原则。相反,资本主义国家刚一建立甚至将立未立时,立法经验完全是空白,却立即在宪法或刑法中废除类推并规定罪刑法定原则。这种鲜明的对比不正是对“立法经验丰富说”的否定吗?退一步说,即使一个国家是否规定罪刑法定原则与立法经验多少有关,那对什么是立法经验的“丰富”也有个正确认定的问题,新中国成立已近半个世纪,相对于五十年代乃至八十年代而言,现在的立法经验已经很丰富了,但相对于极为完善的刑事法律而言,立法经验可能还不算丰富。可是,如果到那一天才规定罪刑法定原则,已没有任何意义了,因为完备无缺的法律是不存在的。

2. 罪刑法定原则行不通需要保留类推?

笔者认为,这一观点同样不能成为理由。

(1)我国刑法还没有规定罪刑法定原则,怎么就断言它行不通?罪刑法定原则在当今世界绝大多数国家都行得通,为什么在我国现在的刑法里规定还行不通?

(2)不应当把当前司法实践中一些法律没有得到严格遵守作为否定罪刑法定原则立法化的理由。是否规定罪刑法定原则,应当以它本身是否具有科学性为依据,如果它具有科学性,为建设社会主义法制所必需,那就应当加以规定。当此建设市场经济法制之际,不规定罪刑法定原则还待何时?如果一定要等到人人都会遵守之时才去制定罪刑法定原则,那罪刑法定原则就毫无意义了。

(3)古人云:绳乎其上,取乎其中;绳乎其中,取乎其下。就算罪刑法定原则规定后在司法实践中得不到严格执行,那也应当将其作为一个追求的标准确立起来,使我们的司法实际不致偏离罪刑法定原则太远。如果因为怕罪刑法定原则得不到实行就索性不规定,那实践中对罪刑法定原则的偏离就会漫无边际了。在笔者看来,规定罪刑法定原则万一行不通,问题也是出在实际部门,解决问题的办法不是牺牲罪刑法定原则而迁就实际部门,而应当促使实际部门遵守罪刑法定原则。如果某一个法律实行有困难就不规定,那依此类推,宪法和刑法也可以不要,因为在有些时候,连宪法和刑法中的一些规定实行也是有困难的。

3. 市场经济和政治体制改革需要类推?

笔者认为情况正好相反,类推对建设市场经济和实行政治体制改革只会起阻碍作用,不可能起保障作用。原因在于:

(1)建设市场经济和实行政治体制改革,是前所未有的事业,目前尚没有现成的模式,还处于“摸石头过河”阶段,这就需要全社会广大人民群众积极参与,更需要发挥全国各民族、各地区、各行业、各阶层人民的聪明才智,使他们能够放下一切包袱毫无顾虑地去探索开拓,而在探索、开拓的过程中,既会成功,也可能失败,既可能按照客观规律办事,也可能犯错误,违背客观规律。如果保留类推制度,动不动就去类推定罪,谁还敢去探索,去创新?因此,保留类推必将压抑人民群众的积极性和创造性。

(2)笔者不否认在社会转型和市场经济条件下,由于人们的自由度增大,法律规范跟不上,会有一些人“打擦边球”甚至绞尽脑汁去钻法律的空子,实施某些法无明文规定的危害社会行为。但是,惩治这类行为,并非非用类推不可,通过补充刑法的方法完全就可以做到。全国人民代表大会每年开会一次,全国人民代表大会常务委员会每两个月召开一次例会,随时都可将新

发现的危害行为规定为犯罪。因此,即使废除类推会有什么副作用的话,也完全可以通过补充立法加以解决。相反,如果保留类推,那对中华民族创造力所可能产生的窒碍,则是没法估量和补救的。

4. 类推较其他方法更可取?

笔者认为,《取向》一文在这里陷入了一个矛盾:似乎我们面临的选择只有两种,一种就是保留类推,另一种就是搞扩大解释,别无其他选择。实际上,我们的选择还有第三种,那就是既废除类推,也不搞扩大解释或用其他方法追究法无明文规定的“犯罪行为”,而是规定罪刑法定原则,对法无明文规定的行为一概不追究刑事责任。当今世界大多数国家都是如此选择的,实践证明,这才是最为明智的选择。

《取向》关于保留类推的第5个理由即认为罪刑法定现已衰落和类推正在复兴,笔者在前几个问题里对这个结论的虚假性已作了充分的论证,不再赘述。笔者想借此机会,就废除类推再说几句:

1. 类推同刑法第9条的精神格格不入

我国刑法第9条规定了刑法效力和从旧兼从轻原则,即刑法施行以前被认为是犯罪的行为,刑法不认为是犯罪的,适用刑法,不认为是犯罪;刑法施行以前发生的依照前法不认为是犯罪的行为,刑法认为是犯罪的,适用以前的法律,不认为是犯罪;刑法和以前的法律都认为是犯罪的,谁轻适用谁。这里的问题是,既然连刑法施行前发生的明文构成犯罪的行为也可以不按犯罪论处,那为何刑法施行后法无明文规定的行为反而要类推为犯罪论处呢?既然刑法施行前被认为是犯罪的行为由于刑法不认为是犯罪就不按犯罪论处,为什么刑法中任何一个条文都不认为是犯罪的行为反而要类推定罪呢?显而易见,类推制度和刑法第9条的价值取向完全相反,即一方面宽容某些法有明文规定的犯罪,另一方面却在追究某些法无明文规定的“犯罪”。刑法在这里采取了双重标准,陷入了自相矛盾。

2. 类推制度同追诉时效大异其趣

我国刑法中的追诉时效,是指犯罪行为经过一定的期限后不予追诉的法律制度。刑法第76条对轻重不同的犯罪时效作了详细规定。据学理解释说,如果不规定时效,就不“利于实现我国刑罚的目的;不利于司法机关集中精力打击现行犯罪活动;不利于社会的安定团结”,等等。在时效问题上,我们又一次看到了刑法对法有明文规定的犯罪实行宽容的价值取向。但笔者不禁要问,规定类推制度追究法无明文规定犯罪的刑事责任,不也同样“不利于实现刑罚目的,不利于司法机关集中精力打击现行犯罪,不利于安定团结么”?因为我国刑罚的目的是预防犯罪,如果立法没有明确规定某种行为是犯罪,怎能去预防公民不实施这种行为呢?司法实践中有很多法有明文规定的犯罪因案子破不掉、处理不及时而受不到应有的惩罚,却让司法机关去寻找法无明文规定的行为搞类推,这不是分散司法机关精力舍本逐末么?还有,什么行为该类推,什么行为不该类推,普通公民心里一点也没有底,难免不造成人人心存疑惧,这不也会影响安定团结么?

3. 类推制度和单行刑法的溯及力存在冲突

我国自刑法施行以来,已经相继颁布了二十多个单行刑法,除了“严打”开始时期一二个单行刑法有溯及既往的效力外,绝大多数单行刑法都不溯及既往。这体现了罪刑法定不溯及既往的精神。但类推制度和这种精神是背离的,举例说,某种行为是1995年5月31日发生的,而立法机关6月1日通过的一个单行刑法把它规定为犯罪,依照不溯及既往的原则,该行为就不能

按犯罪论处。可是,如果该行为没有被单行刑法规定为犯罪,那么,按照追诉时效的规定,到二十一世纪以后司法机关还可以通过类推对之定罪量刑,这又出现法律有明文规定的犯罪可以因刑法不溯及既往而不追究刑事责任,而法无明文规定的行为却可以定罪量刑的不合理现象。

总之,类推制度是和我国刑法保护人民利益和依照刑法分则规定的犯罪构成定罪量刑的价值取向是背道而驰的,不仅为学者们所非难,亦为法官们所轻视。刑法施行以来总共不到100个类推案例的事实说明,类推制度在我国已名存实亡了。至于侯国云同志所说的“类推不是没有用,而是实际部门该用不用;如果实际部门严格按法律办事,类推案件会成千上万”的观点,且不论这有什么事实根据,就算是真实的,那也会产生同样的问题:继续保留类推制度,司法人员仍然该用也不用,你有什么办法使司法人员该用就用呢?现在面临的现实就是:如果保留类推并规定严格的适用条件,那么,即使类推该用,司法人员也不爱用;如果保留类推并放宽适用条件,比如把类推的最终核准权下放给各高级法院甚至中级法院,那么,即使不该用类推的,有的人也会胡乱适用。所以,不论以何种形式保留类推,都休想结出好果子。

《取向》一文最后部分还对主张废除类推的论点提出了五点质疑。由于这些质疑有的是建立在作者的假设之上的,有的笔者已在前面作了驳诘,加之篇幅所限,不想对此多说了。笔者非常赞同侯国云同志最后提出的制定中国特色的刑法不要管别人说三道四的观点,但我们也要冷静地审视一番我们所坚持的这种特色是什么东西,如果它是一种落后的、不适应中国社会发展需要的,就应明智地予以摒弃。

责任编辑:王敏远

责任校对:默予

· 补 白 ·

法学的难题

王 云

德国数学家希尔伯特(Hilbert, David)在1900年召开的第二届国际数学家大会上所作的“数学问题”的报告中,列举了23个十九世纪尚未解决而又几乎涉及了当时所知的数学一切方面的难题,激励了本世纪的众多数学家们为解决这些难题而奋发努力,其结果是对推动本世纪的数学发展产生了巨大的影响。由此看来,难题的提出,正是推动学科发展的重要动力。这不禁激起了我们想对此作一类比的欲望。如果能够提出法学中的一系列难题,激起法学工作者们解决这些难题的普遍热情,法学的迅速发展与其巨大进步不就指日可得了吗?考虑到“提出问题是解决问题的一半”这句人们熟知的谚语,我们对提出法学难题所具有的这种积极意义,应有足够的信心。

虽说法学的难题与自然科学尤其是数学的难题颇有不同,其价值往往并不在于获得无可争议的正确结论,而在于解决难题的探索过程,但就难题的提出有助于推动学科的迅速发展来说,两者应无不同。因此,应有理由期望法学家们阐明现今法学所面临的难题,以这些难题激发起法学界探索解决方案的普遍热情,推动法学的迅速发展。