

罪刑法定的当代命运

陈兴良*

内容提要

罪刑法定是刑法中的一个基本理论问题,并且我国刑法学界对此存在争议。本文从一定的理论高度,回答了罪刑法定的当代命运这一重大问题。全文共分五部分,约5万多字。第一部分是罪刑法定的价值蕴涵,作者认为罪刑法定是以个人自由为价值取向的,体现的是刑法对人权的有力保障。第二部分是罪刑法定的制度构造,作者认为从法的制度构造上来说,应以罪刑法定的严格规则限制司法的自由裁量,同时又在罪刑法定的界域之内予以法官一定的自由裁量权。第三部分是罪刑法定的立法机理,作者认为刑法典是罪刑法定主义的基本法律载体,因而对刑法典的立法机理作了有价值的探讨。第四部分是罪刑法定的司法运作,作者认为刑事司法是罪刑法定主义现实化的必由之路,因而对如何塑造刑事司法的品格作了有意义的论述。第五部分是罪刑法定的中国命运,作者认为随着我国法制的发展,罪刑法定主义也必将进入一个黄金时代。

自从刑事古典学派提出罪刑法定主义并将之确立为刑事立法与刑事司法的经典原则,已经过去了一个半世纪。其间,世界发生了剧烈的变动。罪刑法定主义经受了历史的考验,同时也面临着时代的挑战。在这种情况下,罪刑法定的当代命运到底如何,这是一个亟待回答的重大问题。

一、罪刑法定的价值蕴涵

罪刑法定的基本含义是“法无明文规定不为罪(*nullum crimen sine lege*),法无明文规定不处罚(*nulla poena sine lege*)”。这一法律格言本身并无高深可言,但它所体现的价值蕴涵却是十分丰富的,只有从历史的深度与社会的广度才能正确地求得。

* 中国人民大学教授。

罪刑法定的思想渊源虽然可以追溯到1215年英王约翰签署的大宪章(Magna Carta),但它作为刑法基本原则的确立,却是十七、十八世纪启蒙运动的产物。启蒙运动是对中世纪封建专制主义的反动,因而它以人的解放为追求的价值目标。由此确立个人本位的政治法律思想,从而为罪刑法定主义提供了理论基础。美国法理学家博登海默曾经把启蒙思想的主要理论形态——古典自然法的发展分为三个阶段:第一阶段是文艺复兴和宗教改革后发生的从中世纪神学和封建主义中解放出来的过程,以格老秀斯、霍布斯等人为代表的自然法思想,其理论的特点就是认为,实施自然法的最终保证应当主要从统治者的智慧和自制中去发现。因此,这一阶段更倾向于安全。第二阶段约始于1649年英国的清教改革,这一阶段以经济、政治及哲学中的自由主义为标志。洛克和孟德斯鸠等人试图用分权的方法来保护个人的自然权利,反对政府对个人权利的非法的侵犯。因此,这一阶段更注重的是自由。第三阶段的标志乃是强烈主张人民的主权和民主。自然法取决于人民的“普遍意志”和大多数人的决定。这一阶段最杰出的代表人物是法国政治思想家让·雅克·卢梭。因此,这一阶段的中心是民主。^[1]应该说,自然法发展的以上三个阶段分别强调的安全、自由和民主三种价值中,自由最能反映自然法的精神。因而,以洛克、孟德斯鸠为代表的是成熟与纯正的自然法理论形态。

自由一词在英文中有两个同义的词形,即 Freedom 和 Liberty。据考证,在古代西方,自由概念最早曾被用来表示原始社会中无任何羁束的自然生活状态。在现代社会,自由作为一种公民权利而存在,这个意义上的自由不仅是指人身自由,而是包括在社会活动的各个方面自主地决定自己的行为。古典自然法对自由范畴所做的最主要的规定,就是把它宣布为人的天赋权利或自然权利;而这种天赋权利或自然权利在实际社会中又表现为社会权利。霍布斯在论及自由时指出:自由这个词,按照其确切的意义说来,就是外界障碍不存在的状态。自由首先以自然权利而存在,自然权利就是一个人按照自己所愿意的方式运用自己的力量保全自己的天性——也就是保全自己的生命——的自由。因此,这种自由就是用他自己的判断和理性认为最适合的手段去做任何事情的自由。^[2]继霍布斯之后,洛克对这种自由权利范畴作了进一步的说明,指出:人的自然自由,就是不受人间任何上级权力的约束,不处在人们的意志或立法权之下,只以自然法作为他的准绳。处在社会中的人的自由,就是除经人们同意在国家内所建立的立法权以外,不受其他任何立法权的支配,除了立法机关根据对它的委托所制定的法律以外,不受任何意志的统辖或任何法律的约束。洛克还论及自由与法律的关系,指出:处在政府之下的人们的自由,应有长期有效的规则作为生活的准绳,这种规则为社会一切成员所共同遵守,并为社会所建立的立法机关所制定。这是在规则未加规定的一切事情上能按照我自己的意志去做的自由,而不受另一人的反复无常的、事前不知道的和武断的意志的支配;如同自然的自由是除了自然法以外不受其他约束那样。^[3]在这里,洛克明确提出了“凡是法律没有规定的,便是允许去做的”这样一个命题,从而为公民自由留下了广泛的空间,即使法律的规定,也并不是要限制自由。因此,洛克指出:法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益,它并不在受这法律约束的人们的一般福利范围之外作出规定。假如没有法律他们会更快乐的话,那么法律作为一件无用之物自己就会消灭;而单单为了使我

[1] 参见〔美〕博登海默:《法理学—法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第37页以下。

[2] 参见〔英〕霍布斯:《利维坦》,商务印书馆1985年版,第165页。

[3] 参见〔英〕洛克:《政府论》,下篇,商务印书馆1964年版,第16页。

们不致堕下泥坑和悬崖而作的防范,就不应称为限制。所以,不管会引起人们怎样的误解,法律的目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由。这是因为在一切能够接受法律支配的人类的状态中,哪里没有法律,哪里就没有自由。这是因为自由意味着不受他人的束缚和强暴,而哪里没有法律,哪里就不能有这种自由。^{〔4〕}根据洛克的观点,自由不是为法律而存在,恰恰相反,法律是为自由而存在的。只有在这个意义上,我们才能明晰洛克关于“哪里没有法律,那里就没有自由”这句名言的真谛。那么法律又是什么呢?这里涉及洛克关于社会契约的思想。洛克指出:任何人放弃其自然自由并受制于公民社会的种种限制的唯一的方法,是同其他人协议联合组成一个共同体,以谋他们彼此间的舒适、安全和和平的生活,以便安稳地享受他们的财产并且有更大的保障来防止共同体以外任何人的侵犯。^{〔5〕}不仅如此,社会还从公民个人中通过权利转让获得了立法权,从而制定法律并用法律来解决公民之间的纠纷,以及依照法律处罚违法者。正如洛克指出:真正的和唯一的政治社会是,在这个社会中,每一成员都放弃了这一自然权力,把所有不排斥他可以向社会所建立的法律请求保护的事项都交由社会处理。于是每一个别成员的一切私人判决都被排除,社会成了仲裁人,用明确不变的法规来公正地和同等地对待一切当事人;通过那些由社会授权来执行这些法规的人来判断该社会成员之间可能发生的关于任何权利问题的一切争执,并以法律规定的刑罚来处罚任何成员对社会的犯罪。^{〔6〕}在此,洛克阐明了刑罚权的起源,它来自在自然法状态下为执行私人判决而处罚违犯自然法的行为的权力。洛克以自然权利与社会契约建构起来的以自由为精神的政治哲学理论,成为罪刑法定主义的主要理论支撑。继洛克之后,孟德斯鸠进一步发展了自然法理论。孟德斯鸠十分注重自由与法律的关系,指出:在一个国家里,也就是说,在一个有法律的社会里,自由仅仅是:一个人能够做他应该做的事情,而不被强迫去做他不应该做的事情。自由是做法律所许可的一切事情的权利,如果一个公民能够做法律所禁止的事情,他就不再有自由了,因为其他的人也同样会有这个权利。孟德斯鸠认为,一个公民的政治自由是一种心境的平安状态,这种心境的平安是从人人都认为他本身是安全的这个看法产生的。要享有这种自由,就必须建立一种政府,在它的统治下一个公民不惧怕另一个公民。^{〔7〕}由此可见,孟德斯鸠把公民的自由归结为一种不受侵犯的安全,这也正是政治上的自由与哲学上的自由的主要区别。哲学上的自由,是要能够行使自己的意志,或者,至少(如果应从所有的体系来说的话)自己相信是在行使自己的意志。政治的自由是要有安全,或是至少自己相信有安全。孟德斯鸠认为,这种安全从来没有比在公的或私的控告时受到的威胁更大的了。因此,孟德斯鸠得出结论:公民的自由主要依靠良好的刑法。因为当公民的无辜得不到保证,自由也就没有保证。孟德斯鸠指出:如果刑法的每一种刑罚都是依据犯罪的特殊性质去规定的话,便是自由的胜利。一切专断停止了,刑罚不是依据立法者一时的意念,而是依据事物的性质产生出来的;这样,刑罚就不是人对人的暴行。^{〔8〕}孟德斯鸠还从政体的角度阐述了罪刑法定的思想,指出:当一个人握有绝对权力的时候,他首先便是想简化法律。在这种国家里,他首先注意的是个别的不便,而不是公民的自由,公民的自由是不受

〔4〕 参见前引〔3〕,洛克书,第36页。

〔5〕 参见前引〔3〕,洛克书,第59页。

〔6〕 参见前引〔3〕,洛克书,第53页。

〔7〕 参见〔法〕孟德斯鸠,《论法的精神》,上册,商务印书馆1961年版,第154页以下。

〔8〕 参见前引〔7〕,孟德斯鸠书,第188、189页。

到关怀的。孟德斯鸠还把国家政体分为专制国、君主国和共和国三种,阐述了“在什么政体与情况之下法官应按照法律的明文断案”,指出:专制国家是无所谓法律的。法官就是法律。君主国是有法律的,法律明确时,法官遵照法律;法律不明确时,法官则探求法律的精神。在共和国里,政制的性质要求法官以法律的文字为依据;否则在有关一个公民的财产、荣誉或生命的案件中,就有可能对法律作有害于该公民的解释了。^[9]孟德斯鸠还引证历史资料加以说明:一个政体越接近共和政体,裁判的方式也就越确定。在拉栖代孟共和国,民选长官断案是武断的,没有任何法律作依据。在罗马,法官只能够宣告被告犯了某一罪行,而这罪行的处罚,法律是有规定的,这从当时所制定的各种法律可以看到。同样,在英国,由陪审员根据向他们提出的事实,认定被告是否犯罪。如果他们宣告犯罪属实,法官便按照法律的规定宣布刑罚,做这件事,法官只要用眼睛一看就够了。^[10]古典自然法在个人与社会的关系上,体现了个人本位的原则。政府和社会的存在都是为了维护个人的权利,而个人权利的不可取消性则构成政府与社会权威的限度。个人及其权利以终极原则的地位出现。^[11]

罪刑法定主义作为近代刑法基本原则的诞生,完全体现了古典自然法所确立的个人本位的价值观念,以人权保障为己任。贝卡利亚就是秉承古典自然法思想,建构了刑事古典学派的理论体系,因而首先明确地提出罪刑法定的原则。贝卡利亚认为,在自然状态下,人人都享有自然权利。但是连续的战争状态使个人无力享受那种由于朝不保夕而变得空有其名的自由。只有通过社会契约,才能使人们联合起来建立政治社会,法律就是把这些人的联合成社会的条件。为此,人们必须把自己的一部分自由转让给社会。贝卡利亚指出:正是这种需要迫使人们割让自己的一部分自由,而且,无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些,只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权。一切额外的东西都是擅权,而不是公正的,是杜撰而不是权利。如果刑罚超过了保护集存的公共利益这一需要,它本质上就是不公正的。刑罚越公正,君主为臣民所保留的安全就越神圣不可侵犯,留给臣民的自由就越多。^[12]为此,必须在政府的权力与公民的自由之间划分出一条界限,而罪刑法定就是这条界线的一个明确的界标。贝卡利亚将其视为刑法之第一要义,指出:只有法律才能为犯罪规定刑罚。只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有这一权威。任何司法官员(他是社会的一部分)都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚。超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。因此,任何一个司法官员都不得以热忱或公共福利为借口,增加对犯罪公民的既定刑罚。^[13]及至费尔巴哈,罪刑法定被确立为实证刑法的原则,并以“哪里没有法律,哪里就没有对公民的处罚”这样通俗的语言著称于世。

从刑法价值论考察,刑事古典学派宣扬的罪刑法定主义是以个人自由为价值取向的,体现的是刑法对人权的有力保障。刑法的这种人权保障机能通过罪刑法定得以实现,主要表现为对立法权与司法权的限制,即以法律限制权力,从而保障了个人自由。

罪刑法定主义首要使命是对立法权的限制。在罪刑法定的构造中,刑事立法者绝不是一个

[9] 参见前引[7],孟德斯鸠书,第76页。

[10] 参见前引[7],孟德斯鸠书,第76、77页。

[11] 参见[美]萨拜因:《政治学说史》,下册,商务印书馆1986年版,第590页。

[12] 参见[意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第9页。

[13] 参见前引[12],贝卡利亚书,第11页。

任意恣行的人,而是处于限制与被限制的复杂关系之中。立法者规定对某一行为以犯罪论处,这当然是对个人自由的一种限制,但它并不能无限制的扩张这种权利。申言之,这种权力本身同时又受到个人自由的限制。自由本身即意味着限制,没有限制就没有自由。因为社会自由的存在前提是,一切人们都通过一定的社会关系形式而与其他人发生联系,而联系本身就意味着相互制约。而且,社会自由既然是一种自主活动状态,那么人们在行使自由权利进行社会活动时,必须考虑他的活动对其他人的存在和他们各方面利益的影响。否则,社会由于妨害他人所应该享有的利益而遭到抵制。由此可以引出以下结论:人们所能享有的社会自由最终是有限制的,这个限制在它本身所存在的社会关系中来自其他人的存在和利益。而这一限制正体现了社会自由的最本质的界限,亦即它的原则界限,这便是:社会自由必须以不妨害他人应有的利益为界限。^[14]对个人自由限制的需要,也正是刑罚权存在的理由与根据。但是,对个人自由的限制本身并非目的,目的恰恰在于使个人更加充分地、最大限度地享有自由。由此,刑罚权本身又应该受到限制。罪刑法定主义最大的价值就体现于此,这也是单纯地从罪刑法定的字面上无从寻得而是隐含在这一原则背后的深层价值意蕴。贝卡利亚就曾经指出,衡量犯罪的真正标尺是犯罪对社会的危害。为了正确地区分(立法意义上而非司法意义上)罪与非罪的界限,贝卡利亚设计了一个由一系列越轨行为构成的阶梯,它的最高一级就是那些直接毁灭社会的行为,最低一级就是对于作为社会成员的个人所可能犯下的最轻微的非正义行为。在这两极之间,包括了所有侵害公共利益的、我们称之为犯罪的行为,这些行为都沿着这无形的阶梯,从高到低顺序排列。贝卡利亚满怀深情地指出:如果说,对于无穷无尽、暗淡模糊的人类行为组合要以应用几何学的话,那么也很需要一个相应的、由最强到最弱的刑罚阶段。有了这种精确的、普遍的犯罪与刑罚阶梯,我们就有了一把衡量自由和暴政程度的潜在的共同标尺,它显示了各个国家的人道程度和败坏程度。贝卡利亚毫不含糊地说:任何不包含在上述阶梯之内的行为,都不能被称为是犯罪,或者以犯罪论处。^[15]在贝卡利亚所处的立法暴虐、司法专横的时代,这些掷地有声的话不管是在乌云阴霾的黑夜划过一道理性的闪电。今天读来,仍然使人怦然心动。罪刑法定主义对立法权限制的思想在1789年法国《人权宣言》得以确认,宣言规定:自由就是指有权从事一切无害于他人的行为(第4条)。法律仅有权禁止有害于社会的行为。凡未经法律禁止的行为即不得受到妨碍,而且任何人都不得被迫从事法律所未规定的行为(第5条)。法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚,而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以外,不得处罚任何人(第8条)。

罪刑法定主义还意味着以立法权限制司法权。司法如果没有立法的限制,擅断就不可避免,专横也在情理之中。对司法权的限制,始终是刑事古典学派考虑的一个根本问题,其目的就在于保障公民的个人自由不受司法侵犯。罪刑法定,就成为刑事古典学派为防止司法权侵犯个人自由的一种制度设计。罪刑法定主义通过刑法定化,为公民提供了行为模式,从而使公民对自己的行为具有可预见性。因此,只有确定性的刑事规范,才能为公民提供安全的保障。孟德斯鸠指出:法律用语,对每一个人要能够唤起同样的观念。在法律已经把各种观念很明确地加以规定之后,就不应再回头使用含糊笼统的措辞。路易十四的刑事法令,在精确地列举了国王有直接关系的讼案之后,又加上了一句:“以及一切向来都由国王的判官审理的讼案”。

[14] 参见贾高建:《三维自由论》,中共中央党校出版社1994年版,第112页。

[15] 参见前引[12],贝卡利亚书,第66、69页。

们刚刚走出专横独断的境域,可是又被这句话推回去了。^[16]孟德斯鸠还以中国古代法例来说明刑法明确性对于保障个人自由的重要性,中国的法律规定,任何人对皇帝不敬就要处死刑。因为法律没有明确规定什么叫不敬,所以任何事情都可拿来作借口去剥夺任何人的生命,去灭绝任何家族。如果大逆罪含义不明,便足以使一个政府堕落到专制主义中去。^[17]由此可见,刑法的明确性是罪刑法定的题中应有之义,它的要旨就在于限制司法权的滥用。贝卡利亚也表现出对法官极大不信任,将法官的使命严格限定在判定公民的行为是否符合成文法,并且竭力否认法官解释刑事法律的权利,指出:严格遵守刑法文字所遇到的麻烦,不能与解释法律所造成的混乱相提并论。这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改,力求准确,并且阻止人们进行致命的自由解释,而这正是擅断和徇私的源泉。^[18]人们正是通过罪刑法定的方式获得人身与财产的安全,固守着作为社会的一个分子所应当享有的自由的疆域,而不受任何非法的侵入。

刑事古典学派以个人为本位的罪刑法定主义在世界各国产生了深远而广泛的影响,成为刑法的铁则。然而,时代的变迁,导致个人本位向社会本位嬗变。这一价值观念的重大转变,同样对法律产生了根本性的影响,出现了所谓法律社会化的运动。例如美国法学家庞德指责十九世纪个人自由发挥能动性的神话使我们过分热衷于抽象的人的抽象的自由,而看不到在具体的人的人类生活中的社会利益。庞德指出:标志二十世纪法理学特点的整个世界法律思想中的态度的变化,以承认个人生活中的社会利益为基点,认为它比个人自我主张观念更宽广,范围更大。^[19]庞德甚至认为,19世纪法律的历史,主要是有关日趋承认个人权利——这些权利常常被看作是自然的和绝对的权利——的记录;在二十世纪,应该用更加广泛地承认人类的需要、要求和社会利益这方面的发展来重复这段法律历史。社会本位的法律观念强调的是社会秩序,通过社会协调一致的行动,使得社会利益最大化。社会本位价值观的确立,对建立在个人本位价值观之上的罪刑法定主义是一次严重的挑战。刑事实证学派就是在这种历史背景下产生的,它所确立的社会防卫论体现了社会本位的价值取向。例如菲利坚决否定刑事古典学派倡导的个人责任论,从而提出社会责任论,认为对犯罪人适用刑罚,必须考虑导致犯罪的犯罪人本身的个人因素,更重要的是要考虑导致一定的犯罪人实施一定的犯罪的社会诸条件,从社会环境中寻找犯罪原因或根源,从而社会就有责任以相应的刑事政策并用相应的处遇,改造教育犯罪人,履行对犯罪人实施拯救责任,以使复归社会,排除对社会的侵害。^[20]社会责任论从社会出发责难犯罪人,使刑罚从消极的限制机能向积极的促进机能扩张,个别刑事实证学派的学者由此提出松弛、批判甚至取消罪刑法定的主张。例如牧野英一认为,利用刑法对犯罪人进行社会防卫是一种现代思潮,是十九世纪的个人本位时代向二十世纪的社会本位时代进化的结果。刑法是为保卫社会才规定对犯罪人予以处罚的,所以,行动受刑法限制的不是法官,只能是犯罪人,这是不言自明的。^[21]在这种情况下,通过罪刑的法定而制约的形式上的法律关系的要

[16] 参见〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》,下册,商务印书馆1963年版,第297页。

[17] 参见前引〔7〕,孟德斯鸠书,第195页。

[18] 参见前引〔12〕,贝卡利亚书,第13页。

[19] 参见〔美〕庞德:《法律史解释》,华夏出版社1989年版,第143、144页。

[20] 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137页。

[21] 参见〔日〕牧野英一:《刑事学的新思潮和新刑法》,第14页以下。

求,将起阻碍作用,乃至成为桎梏。日本刑法学家中山研一在论及牧野英一关于罪刑法定主义思想时指出:如果认为牧野英一博士完全否定并主张放弃罪刑法定主义原则,则是不正确的。莫如说,牧野英一博士的目的是把罪刑法定原则按照新的时代要求加以修正,变更其面目,进而赋予其崭新的内容。中山研一进一步评论道:然而,从结论上看,牧野英一主张罪刑法定主义的派生原则的某些问题具有一定的缓和可能性,是通过将罪刑法定主义贬低为形式上的法定原则而悬置其实质内容;牧野英一提出在罪刑法定主义原则已有的限制机能之上增加促进机能,是将人权包含在国家刑罚权的一般增长机能中,无异于取消人权。^[22]这一评论可谓入木三分。确实,罪刑法定主义经过牧野英一的如此改造,已经是名存实亡。

进入二十世纪,罪刑法定命运多舛。在价值取向上,体现个人本位的罪刑法定主义难以适应时代的需要,这是一个客观的事实,但是个人自由与社会秩序是否完全对立,人权保障与社会保护是否不能并存,因而罪刑法定主义是否已经不能容纳时代内容应该退出历史舞台,这些都是我们需要研究的问题。

我们认为,个人与社会、自由与秩序是辩证统一的。人既具有个体性,又具有社会性。正如英国哲学家格林指出:个人生命与社会生命之间必不可少的关系(唯有社会生命才使个人具有价值和意义,因为唯有社会生命给予个人以充分道德发展的力量);个人及其全部权利和全部自由对于其社会成员资格的依赖性;与此互相关联的社会所负的保证个人全部权利的义务(个人全部权利,换句话说,就是个人的充分道德发展,因而也就是社会的道德发展所必要的一切条件)。^[23]古典自然法主张天赋人权,由此论证个人自由的神圣性。这种观点过于强调人的个体性,忽视了个人自由只有在一定的社会关系中才能求得。按照马克思主义的观点,只有从现实的人所处的现实的社会关系出发,才能科学地界定个人自由。在这个意义上,个人自由只不过是现实的人的现实权利。这种权利的实现,不可能超出一定的社会结构所提供的条件。因此,马克思指出:自由就是从事一切对别人没有害处的活动的权利。每个人所能进行的对别人没有害处的活动的界限是由法律规定的,正像地界是由界标确定的一样。^[24]及至十九世纪与二十世纪之交,由于生产社会化的进一步发展,垄断取代竞争,因而社会本位思想得以滥觞。应该说,这种社会本位的价值取向是对以往个人本位的价值取向的一种反动,虽然存在着矫枉过正之嫌,但从本质上并没有否认个人自由而只不过是个人自由与社会秩序这两种价值中更偏重于后者而不是前者。不仅个人与社会是统一的,而且自由与秩序也具有其内在的同一性。因为秩序意味着按照一定的规范和准则,对社会系统进行有效的控制,使社会按其特定的秩序轨道正常运行。因此,秩序是自由的前提或基础,同时秩序本身也包含着自由。自由与秩序就其本性而言,并不是截然对立的,而是存在着一种有机的、相互包容的关系。正如美国学者库利指出:只有糟糕的社会秩序才是和自由对立的。自由只有通过社会秩序或在社会秩序中才能存在,而且只有当社会秩序得到健康的发展,自由才可能增长。^[25]

既然个人自由与社会秩序是统一的,因而刑法的人权保障与社会保护这两大机能也是不可偏废的。因为法律的任务就是努力地尊重个人自由和维护社会根本制度之间保持平衡。对

[22] 参见〔日〕中山研一:《刑法的基本思想》,国际文化出版公司1988年版,第8页。

[23] 参见〔英〕欧内斯特·巴克:《英国政治思想》,商务印书馆1987年版,第4页。

[24] 参见《马克思恩格斯全集》,第1卷,第438页。

[25] 参见〔美〕库利:《人类本性和社会秩序》,华夏出版社1989年版,第278页。

这个问题的立法决策应事先经过充分讨论,然后再以稳健的方式作出。只有这样,才能防止产生对某些法律的不合理性视而不见的现象,这些法令可能根本达不到自己的预定目的,或者将会产生在某种程度上为实现其造福于社会的目的而过份地牺牲个人利益的后果。^[26]因此,刑法既要通过其人权保障机能,成为公民自由的大宪章,又要通过其社会保护机能,成为社会利益的捍卫者。我们说刑法的两大机能不可偏废,并不是说两者不存在冲突,在冲突中不能有所选择与丧失。刑事古典学派强调的是刑法的人权保障机能,因而刑法制度的设计完全从保障个人自由出发。例如贝卡利亚把全部思想归结为以下这条被他认为是颇为有益的普遍公理:为了不使刑罚成为某人或某些人对其他公民施加的暴行,从本质上来说,刑罚应该是公开的、及时的、必需的,在既定条件下尽量轻微的、同犯罪相对称的并由法律规定的。^[27]而刑事实证学派所宣称的基本目标是从罪犯本身及其生活于其中的自然和社会环境方面研究犯罪的起源,以便针对各种各样的犯罪原因采取最有效的救治措施。^[28]因此,刑事实证学派设计的刑法制度必然以社会保护为重心。但这也不是对个人的完全否定。例如菲利就明确地说,从贝卡利亚时代起,刑法通过反对中世纪专断和残暴的刑罚得到了发展,刑罚逐渐减轻了。与此相似,从逐渐加强保证个人免受社会统治的制度的意义上讲,十九世纪的法定刑事诉讼程序一直是而且现在仍然是反对中世纪滥用审判制度的产物。就刑法而言,为了社会自卫的利益,有必要反对古典学派过分强调个人主义的做法。而实证学派,恰恰因为它旨在寻求个人和社会权利的均衡,所以不满足于支持社会反对个人,它也支持个人反对社会。^[29]这就是被菲利称为个人权利与社会权利均衡的原则,以此与以个人主义理论为基础的刑事古典学派相抗衡。

罪刑法定主义的古典形态无疑是建立在个人自由与人权保障的基础之上的。罪刑法定是深受中世纪刑罚权无节制扩张和滥用之苦而作出的价值选择,就其基本属性而言,它倾向于保障人权、实现一般正义和增强社会安全感。可以说,罪刑法定是价值偏一的选择,而非兼顾各种价值目标和利益。^[30]那么,罪刑法定主义能否容纳社会保护的有价值内容呢?我们的回答是肯定的。如前所述,社会利益与个人自由不是完全对立,社会保护与人权保障也并非不可两立,罪刑法定经过自身的完善与变化能够适应社会需要,兼顾人权保障与社会保护。事实上,罪刑法定主义也不是一成不变的,从提出初始的绝对罪刑法定主义到后来的相对罪刑法定主义的修正,表明它具有内在的完善机制,可以跟上时代的发展与社会的变迁。现在通常所说的从绝对罪刑法定主义到相对罪刑法定主义的变化,主要是指从完全取消司法裁量到限制司法裁量;从完全否定类推到容许有限制的类推适用,即在有利于被告的场合容许类推适用;从完全禁止事后法到从旧兼从轻,即在新法为轻的情况下刑法具有溯及力等,都没有违背人权保障的宗旨。同时又增加了刑法的灵活性与适应性,以求得个人自由与社会秩序之间更好的平衡,实现刑法的人权保障与社会保护的双重机能。因此,罪刑法定主义从绝对到相对的变化,并非自我否定,而是自我完善。尤其是经过第二次世界大战纳粹法西斯践踏法制、侵犯人权的血的洗礼,人们更加认识到罪刑法定主义的重要价值。法国1994年3月1日生效的新刑法典第111—3条明

[26] 参见〔英〕彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,中国人民公安大学出版社1990年版,第181页。

[27] 参见前引〔12〕,贝卡利亚书,第109页。

[28] 参见〔意〕菲利:《犯罪社会学》,中国人民公安大学出版社1990年版,第1页。

[29] 参见前引〔28〕,菲利书,第103、105页。

[30] 参见宗建文:《刑罚正义论——罪刑法定的价值分析》,载《刑罚专论》,四川大学出版社1995年版,第31页。

明确规定了罪刑法定原则,指出:“构成要件未经法律明确规定之重罪或轻罪,不得以其处罚任何人;或者构成要件未经条例明确规定之违警罪,不得以其处罚任何人。如犯罪系重罪或轻罪,法律无规定之刑,不得以其处罚任何人。如犯罪系违警罪,条例无规定之刑,不得以其处罚任何人。”该法典第111—4条还规定“刑法应严格解释之。”由此可见,罪刑法定主义不仅没有过时,而且也不会过时,因为它是刑法的内在生命。那种认为罪刑法定主义从命运说,已是日薄西山、气息奄奄之势的评价,如果不是囿于偏见,至少也是危言耸听。

二、罪刑法定的制度构造

罪刑法定不仅是一个刑法价值的取向问题,而且是一个刑法制度的构造问题。从制度构造上来说,罪刑法定是法治主义在刑法领域中的表现。

罪刑法定的制度构造,主要涉及立法与司法的关系问题。确切地说,是规则与裁量的关系问题。刑事古典学派确立罪刑法定主义,十分明显的用意就在于以立法权限制司法权,因而主张严格规则主义,否定法官的自由裁量权。因而,罪刑法定的制度构造中,明显地包含着权力制衡的思想设计。显然,这一思想来自于古典自然法学派。例如洛克首先提出了分权的思想,指出:如果同一批人同时拥有制定和执行法律的权力,这就会给人们的弱点以绝大诱惑,使他们动辄要攫取权力,借以使他们自己免于服从他们所制定的法律,并且在制定和执行法律时,使法律适合于他们自己的私人利益。因而他们就与社会的其余成员有不相同的利益,违反了社会和政府的目的。^[31]根据洛克的看法,只有分权,使权力之间互相制约,才能免于权力的诱惑,从而保障公民的个人自由不受权力的侵犯。孟德斯鸠进一步提出三权分立的学说,把一个国家的政权分为立法权、司法权和行政权,认为这三种权力应当由三个不同的机关来行使,并且互相制约。因为在孟德斯鸠看来,一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。因此,孟德斯鸠认为,从事物的性质来说,要防止滥用权力,就必须以权力约束权力。孟德斯鸠企盼有这样一种政制;它不强迫任何人去作法律所不强制他做的事,也不禁止任何人去作法律所许可的事。^[32]如果没有权力制衡,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;因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律,并暴虐地执行法律。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,法官便将握有压迫者的力量。有鉴于此,孟德斯鸠提出以权制权的制衡原理,指出:这三种权力原来应该形成静止或无为状态。不过,事物必然的运动促使它们前进,因此它们就不能不协调地前进了。^[33]根据这种权力制衡的思想,贝卡利亚得出结论:代表社会的君主只能制定约束一切成员的普遍性法律,但不能判定某个人是否触犯了社会契约。由于国家可能分为两方:君主所代表的一方断定出现了契约的侵犯,而被告一方则予以否认。所以,需要一个判定事实真相的第三者。这就是说,需要一个作出终

[31] 参见前引〔3〕,洛克书,第89页。

[32] 参见前引〔7〕,孟德斯鸠书,154页。

[33] 参见前引〔7〕,孟德斯鸠书,第156、157页。

极判决的司法官员,他的判决是对具体事实做出单纯的肯定或否定。^[34]显然,贝卡利亚这里所说的是司法权对于立法权的制约,即立法者只能制定法律,而不能自己去执行法律。同时,贝卡利亚更重视的是立法权对于司法权的制约,指出:刑事法官根本没有解释刑事法律的权利,因为他们不是立法者。根据贝卡利亚的构想:法官对任何案件都应进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律,小前提是行为是否符合法律,结论是自由或是刑罚。^[35]根据这一司法模式,法官只是法律的机械执行者,没有任何自由裁量权。总之,刑事古典学派从罪刑法定主义出发,都主张严格限制法官的权力。

罪刑法定主义对法官权力的限制,主要是通过成文法。因而,古典作家们表现出对于成文法的无限推崇。例如孟德斯鸠要求法官判案应当以法律的文字为依据,否则在有关一个公民的财产、荣誉或生命的案件中,就有可能对法律作有害于该公民的解释了。^[36]意味深长的是,孟德斯鸠的代表作书名虽然是《论法的精神》,但他十分反对法官探求法律的精神,因为文字比精神更为确切与确定。这一观点在贝卡利亚那里得到更加淋漓尽致的发挥。贝卡利亚指出:“法律的精神需要探询”,再没有比这更危险的公理了。采纳这一公理,等于放弃了堤坝,让位给汹涌的歧见。因为,每个人都有自己的观点,在不同的时间里,会从不同的角度看待事物。因而,法律的精神可能会取决于一个法官的逻辑推理是否良好,对法律的领会如何;取决于他感情的冲动;取决于被告人的软弱程度;取决于法官与被侵害者间的关系;取决于一切足以使事物的面目在人们波动的心中改变的、细微的因素。所以,我们可以看到,公民的命运经常因法庭的更换而变化。不幸者的生活和自由成了荒谬推理的牺牲品,或者成了某个法官情绪冲动的牺牲品。因为法官把从自己头脑中一系列混杂概念中得出的谬误结论奉为合法的解释。我们还可看到,相同的罪行在同一法庭上,由于时间不同而受到不同的惩罚。原因是人们得到的不是持久稳定的而是飘忽不定的法律解释。因此,贝卡利亚对于一部业已厘定的法典,应当逐字遵守。法官唯一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。^[37]甚至,贝卡利亚推广到对一切成文东西的崇拜,认为一个社会如果没有成文的东西,就决不会具有稳定的管理形式。在稳定的管理形式中,力量来自于整体,而不是局部的社会;法律只依据普遍意志才能修改,也不会蜕变成私人利益的杂烩。经验和理性告诉我们:人类传统的可靠性和确定性,随着逐渐远离其起源而削弱。如果不建立一座社会契约的坚固石碑,法律怎么能抵抗得住时间和欲望的必然侵袭呢?^[38]由此可见,贝卡利亚之所以推崇成文法,主要是因为以文字记载的法律具有稳定性,可以抵御各种欲望的侵蚀。在这种绝对罪刑法定主义的支配下,1791年法国制定了一部刑法典草案,对各种犯罪都规定了具体的犯罪构成和绝对确定的法定刑,毫不允许法官有根据犯罪情节酌情科刑之余地。

以严格规则主义为特征的绝对罪刑法定主义受到刑事实证学派的抨击,刑事实证学派主张扩大法官的自由裁量权,降低刑法典的意义。菲利对刑事古典学派无视犯罪人的个性差别因而否定法官具有依照这种差别进行自由裁量的观点作了以下评论:实际上,古典学派犯罪学认

[34] 参见前引[12],贝卡利亚书,第11页。

[35] 参见前引[12],贝卡利亚书,第12页。

[36] 参见前引[7],孟德斯鸠书,第76页。

[37] 参见前引[12],贝卡利亚书,第12页以下。

[38] 参见前引[12],贝卡利亚书,第15页。

为所有的盗窃者都是“盗窃犯”，所有的谋杀者都是“谋杀犯”，在立法者的心目中不存在任何具体的人，只有在法官面前才重现这种具体的人。在学者及立法者面前，罪犯只是一种法官可以在其背上贴上一个刑法条文的活标本。除了刑法典所提及的例外的和少有的人类心理状况的情况之外，其他所有案件仅作为供法官从刑法典中选择某一适用于犯罪标本之条文的理由。如果在其背上贴的不是407条而是404条，上诉法院则反对再进行任何数目上的更改。如果这个标本还活着而且说道：“对我适用哪一条文，对你来说可能十分重要，但如果你仔细研究一下各种迫使我夺取他人财物的条件，你就会意识到这种重要性是图解式的。”法官会回答说：“将来的司法或许这样，但现在的司法并非如此。你触犯的是第404条，便依法在你背上贴上这一号码。在你离开法庭进入监狱时，将被换成另一个号码或其他数字，因为你的人格在代表社会正义的法律面前完全消失了。”这样，此人的格便被不合理地抹煞掉了，并被留在监狱里接受对退化的治疗。如果他再回到令其多难的旧路上去，又犯一新罪，法官则简单地将另一个条文贴在原有的罪名上，如把规定累犯的第80条或第81条加到第404条规定的罪名上。^[39] 菲利还从刑事司法的特殊性，论述了应当扩大法官的自由裁量权。菲利指出：在刑法中，将法令适用到具体案件中去不是或不应当象在民法中那样，仅仅是一个法律的和抽象的逻辑问题。它必须从心理学角度把某个抽象的条例适用于活生生的人。因为刑事法官不能将自己与环境和社会生活割裂开来，成为一个在一定程度上有些机械性质的法律工具。每一个刑事判决对人的灵活鉴定都取决于行为、行为人和对其起作用的社会情况等，而不取决于成文法。在此，我们有一个解决法官权力(指自由裁量权——引者注)这一古老问题的机会。在这个问题上，我们曾经从一个极端走向另一个极端，从中世纪的专断到培根认为应当尊重法律和法官的格言。按照培根的格言，留给法官的思考余地最小的法律是最好的法律，留给自己的独立判断余地最小的法官是最好的法官。如果刑事法官的职能象现在这样，总是根据有关未遂、共犯和对抗性犯罪等罪的拜占廷式的等量规则，对被告的道义责任进行虚幻的定量研究，也就是说，如果法律适用的对象是犯罪而不是罪犯，那么法官的权力应当限制在法律条文规定的应当判处多少年、多少月和多少天监禁的数量范围之内，就象中国法律非常精确规定竹棍的长短和粗细一样(这在天朝刑罚制度中具有象我们的单身牢房一样的声望)。但另一方面，如果刑事审判应当是对被告和被降到次要地位的犯罪——从刑罚角度看罪犯应当被提到前面——的一次生理心理学的审查，那么刑法典显然应当被限制在关于防卫和社会制裁方式以及每个重罪和轻罪的构成要素这样几个基本规则的范围之内，而法官则应当在科学的和实证的审判资料允许的范围内具有更大的自由，因此他可以运用人类学知识来审判他面前的被告。^[40] 因此，刑事实证学派力图贬低成文法典的意义，主张从罪刑法定的死框框的束缚中解脱出来，给予法官更大的自由裁量权。

罪刑法定主义面对法官自由裁量权的挑战，那么，罪刑法定与自由裁量是否可以相容以及相容到什么程度，这个问题直接关系到罪刑法定的当代命运。我们认为，刑事古典学派与刑事实证派关于严格规则与自由裁量之争，主要在于如何看待司法活动中人的因素，而这个问题又与对人性的理解具有直接的关联。

司法活动中要不要人的因素？这里涉及人与法的关系，从更广泛的意义说，涉及人治与法治的关系。如果不从这样一个理论的深度上考察，就难以把握罪刑法定的发展前途。在中国古

[39] 参见[意]菲利：《实证派犯罪学》，中国政法大学出版社1987年版，第37页以下。

[40] 参见前引[28]，菲利书，第120页以下。

代就存在着法治与人治的争论,尽管这种争论在内容上完全不同于现代意义上的法治与人治的概念,但多少涉及法与人孰重孰轻的问题。春秋战国时期的法治,是指以法治国、重法而治、缘法而治,为法家所主张。作为其对立面的有三:一是礼治,二是法治,三是人治。法治与人治的对立,是就人和法的关系说的,具有法理学的性质,即人和法在治理国家方面究竟谁是第一性的、起决定作用的,是人的作用重要,还是法的作重要?一般说来,法家主张法治,因而赞成成文法,认为法定衡量功过,决定刑赏的客观标准,是天下之程式,万事之仪表。儒家则主张人治,因而反对成文法,认为颁布成文法,对人民的控制权将仅仅局限于成文法所规定的界限之内,从而使人民恣意横行于成文法之外。应该说,儒法两家对于人治与法治各执一端,存在着认识上的片面性。荀况可以被视为是勾通这两种倾向的桥梁,因为他认识到成文法和不成文法都有其存在的必要性。^[41]换言之,人治与法治各有道理。当然,荀况更为偏重的还是人治。荀况对治理国家方面起决定作用的究竟是人还是法的问题作了分析,其基本观点有三:(1)荀况开宗明义便提出“有治人,无治法”,意思是治理好国家的关键是人而不是法,必须有好的统治者才能治理好国家。法对治理好国家虽然很重要,所谓“法者,治之原也”,但法的好坏最后还是要取决于作为统治者的人的好坏,因而治法不如治人。(2)即使有了良法,还得靠人来掌握和贯彻,否则便成一纸具文。正所谓“法不能独立,类不能自行;得其人则存,失其人则亡。”(3)国家大事非常复杂而又经常变化,法律既然不能概括无遗,又不能随机应变,完全仰仗人的灵活运用和当机立断。因此,荀况说:“故法而议,职而通,无隐谋,无遗善,而百事无过,非君子莫能。”有了君子,即使法有不至,职有不通,也可以“其有法者以法行,无法者以类举,则法虽省,足以遍矣。”没有君子,“则法虽具,失先后之施,不能应事之变,足以乱矣。”由此得出结论说:“故有良法而乱者,有之矣;有君子而乱者,自古及今,未尝闻也。”^[42]荀况看到了法的有限性与稳定性和社会的复杂性与多变性之间的矛盾,为克服这一矛盾,必须强调人的作用。为此,荀况提出了一系列重要的法理学命题:“陡法不能自行”,就是对司法中人的因素的重视。“有法者以法行,无法者以类举”,就是要通过对法无明文规定的情况按照最相类似的律文进行类推,以弥补法之不足。由此可见,法治的观点强调“经”,而人治的观点强调“权”。“经”是由法来确定的,而“权”则是由人来操作的。“经”而不“权”,有失于机械,“权”而不“经”则有失于灵活。因而,从制度构造上来说,两种观点都具有一定的片面性。在古希腊,人治与法治的争论同样存在。一般认为,柏拉图是人治论者,亚里士多德是法治论者。柏拉图的人治思想,主要反映在《理想国》一书中。柏拉图主张贤人政治,以哲学家治国,认为对于优秀的人,关于商务、市场、契约、公安、海港的规则等,无需一一订成法律,需要什么规则,他们自己会容易发现的。而且,国家统治当局,特别是哲学家——国王和法官在无法律规定的情况下,拥有很大的自由裁量权,可以随意发布命令和司法。^[43]柏拉图之所以主张人治,主要是认为法律是刻板 and 固定的,不能适应变化的情况;法律又是原则性很强的东西,不能应用于每一个特殊事例。概括地说,法律是具有刚性(rigidity)的,它会束缚政治家统治的手脚,所以反对法治。相反,政治家的统治,全凭政治家的知识,可以随机应变,制定出一切必要的措施;能够适应变化了的情况和满足特殊的需要。所以,柏拉图竭力主张实行人治。当然,在柏拉图晚年所著的《法律篇》中,对法律的认识有所提

[41] 参见〔美〕金勇义,《中国与西方的法律观念》,辽宁人民出版社1989年版,第80页。

[42] 参见张国华,《中国法律思想史新编》,北京大学出版社1991年版,第87页以下。

[43] 参见王人博、程燎原,《法治论》,山东人民出版社1989年版,第5页以下。

高,承认法律的统治是“第二等好的”政治。亚里士多德反对人治论,明确提出“法治应当优于一人之治”。法治之所以优于人治,主要理由在于:(1)法律是经过众人或众人的经验审慎考虑后制定的。众人的意见同一个人或少数人的意见相比,具有更多的正确性。(2)法律没有感情,不会偏私,具有公正性。(3)法律不会说话,不能象人那样信口开河,今天这样讲明天那样讲,具有稳定性。(4)法律是借助规范形式,特别是借助文字形式表达的,具有明确性。当然,亚里士多德也看到了法律的局限性,因而重视司法活动中人的因素。亚里士多德指出:法律是一种公共的尺度,但是它就象一个单个的人,不能预见到生活中可能发生的一切具体情况。然而,即使具有这样普遍的不确定性,法律依然是政治关系的不可替代的调节器。当法律的普遍原则在局部场合不适用时,就必须去修正缺点和填补原立法者留下的空白。亚里士多德把这样克服法律的一般性不良后果的方法称为循理。循理的本性如下:当法律由于自身的一般性而不能令人满意时,对法律进行修正就是循理。循理也是公正的,但不是从法律的字面含义去理解,而是从立法者本人的精神去理解。一个公正的人,即使有合法的权利,也不会按照法律的字面含义去损害他人,而是象立法者本人在立法时所做的那样,根据情况自由运用法律。^[44]从以上人治与法治的争论可以看出,在人与法的关系问题上,除了极个别极端的人治论者根本否定法的作用、个别极端的法治论者根本否定人的作用以外,大多数人都同时肯定人与法的作用。只不过强调的重点有所不同:人治论者重人轻法,法治论者重法轻人。

无论是重人轻法还是重法轻人,都涉及对人性的认识。法治论者的人性假定有二:(1)对人的理性的偏好与推崇,认为法可以规范一切人的行为,中国古代所谓“法网恢恢,疏而不漏”就反映了这种观念。根据对立法者理性人的假定,法典试图对各种特殊而细微的实情开列出各种具体的、实际的解决办法,它的最终目的是想有效地为法官提供一个完整的办案依据,以便法官在审理任何案件时都能得心应手地引律据典,同时又禁止法官对法律作任何解释。^[45](2)人性恶的推断。例如法家韩非断言“人人皆挟自为心”,人的这种自私自利的本性不能通过后天人为的力量加以改变,也就是根本不可能“化性起伪,”只有利用法律加以约束。人治论者的人性假定则正好相反:(1)对人的理性能力的怀疑,肯定人的经验性。因此,法的局限性是不可避免的,正所谓“法者限,情无穷”,以有限之法规范无穷之情是不可能的。例如柏拉图指出:人们之间和他们行为中的差异,以及人事中的无限的不规则的活动,都不允许有一种普遍和单纯的规则。并且没有任何技术能够制定出一种应付千变万化的原则。^[46](2)人性善的推断。例如孟子的王道即所谓“不忍之政”就是以人性善为依据的,正因为人性本善,社会秩序便可建立在统治者道德人格的感召力之上,自律强于他律。当然,人性的善恶不是绝对的,性善论与性恶论可以转变甚至合流。例如,柏拉图早期的贤人政治显然是以性善论为根据的,因而认为用法律条文来束缚哲学家——国王的手脚是愚蠢的,就好象是强迫一个有经验的医生从医学教科书的处方中去抄袭药方一样。^[47]但在其晚年,柏拉图转向性恶论,认为人的本性只考虑个人利益而不谋求公共的利益,所以必须有法律,通过法律可以制裁或者惩罚人们的不善行为。

应该说,法律的局限性是客观存在的,这是由人的理性能力的有限性所决定的,因而必须

[44] 参见〔前苏〕涅尔谢相茨:《古希腊政治学说》,商务印书馆1991年版,第194页。

[45] 参见〔美〕梅里曼,《大陆法系》,西南政法学院1983年印行,第42页。

[46] 参见张生主编,《西方法律思想史》,北京大学出版社1983年版,第36页。

[47] 参见〔美〕萨拜因:《政治学说史》,上卷,商务印书馆1986年版,第92页。

承认司法活动中人的因素具有积极的作用,法官的自由裁量权是司法的必要前提。在这个意义上说,刑事古典学派完全否认司法活动中人的因素的绝对罪刑法定主义确是过于机械。当然,人性是善还是恶这是一个难以实证的问题。但与其假定人性善,不如假定人性恶。权力不受制约,必然受到腐蚀。因而,法官的自由裁量权又不能是无限制的,而应该有所节制。这种节制,正来自于相对罪刑法定主义所界定的罪刑范围。因此,在罪刑法定主义的内容里,法与人是可以统一的。

如果我们进一步考察,就可以发现,刑法领域中,从刑事古典学派否定自由裁量权到刑事实证学派肯定并扩大自由裁量权的转变,是以刑法观念的重大变化为基础的。对此,前苏联著名刑法学家特拉伊宁有过十分精辟的论述:如果像古典学派所说的那样,刑事责任的根据应当是由事先在法律中确切描述的行为的话,那末,法院的作用就可以缩小到最低限度即归结为正确地适用法律。(实证学派)把犯罪人的人身危险性提到首要的地位后,就造成了完全不同的情况:立法者不可能见到犯罪人,而同犯罪人打交道的是法院,因而就扩大了法院的权限。^[48] 刑事古典学派的犯罪作为认识对象,而又把犯罪归结为纯粹的法律范畴,只注重对犯罪作法律分析。正如菲利所言:古典派把犯罪看成法律问题,集中注意犯罪的名称、定义以及进行法律分析,把罪犯在一定背景下形成的人格抛在一边。在这种情况下,整个刑法典在其最后的分析中仅为一个计算刑罚的对数表而已。^[49] 法官的工作也只是在认定已经发生的犯罪事实的基础上,对刑期的简单折算。因此,在这种司法模式之下,法官的作用是极其有限的。正如梅里曼所指出:大陆法系审判过程所呈现出来的画面是一种典型的机械式活动的操作图。法官酷似一种专门的工匠,除了很特殊的案件外,他出席法庭仅是为解决各种争讼事实,从现存的法律规定中寻觅显而易见的法律后果。他的作用也仅仅在于找到这个正确的法律条款,把条款与事实联系起来,并对从法律条款与事实的结合中会自动产生的解决办法赋予法律意义。^[50] 刑事实证学派完成了从犯罪到犯罪人的重大转变,将刑事司法的对象从犯罪转移到犯罪人,尤其是注重犯罪人的人身危险性,主要以人身危险性的程度作为确定犯罪人责任大小的依据。这就是所谓刑罚个别化,它必然要求予以法官较大的自由裁量权,强调法官在刑事司法中的主观能动性。正如菲利指出:如果没有好的法官来实施,最有学术价值和崇高的法典也不会产生多大的效果。但是,如果有好的法官来实施,即使法典或法令不太完美也不要紧。^[51] 此后,自由法学更是进一步强调司法的作用而贬低立法的功能,甚至主张法律的自由发现。例如自由法学派创始人欧金·埃利希认为,法官仅依靠国家制定的成文法规则是不够的。每一种制定出来的规则,从本性上说是不完整的;一当它被制定出来,就已过时了,它既难管现在,更不用说管将来。负责适用法律的人是本民族和本时代的人,他将根据本民族和本时代的精神,而不是根据立法者的意图,依以往世纪的精神来适用法律。为此,埃利希提出了两种判决方式:一种是传统的技术主义的判决方法,即严格按照成文法规则的判决方法。在这种情况下,法官手脚被绑住,必须服从预先决定所有事情的一条规则。另一种是他所支持的自由的判决方法,即不是根据成文法规则而是根据法官自由发现的法律。这两种判决方法的区别主要不在于自由判决方法可能超出成

[48] 参见〔前苏〕特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,中国人民大学出版社1958年版,第24页。

[49] 参见前引〔39〕,菲利书,第24、39页。

[50] 参见前引〔45〕,梅里曼书,第39页。

[51] 参见前引〔28〕,菲利书,第120页。

文法规定,而在于这样做的方式上。技术主义判决方法要求这一工作只能通过一成不变的法律手段来实现,而自由判决方法却考虑到法官个人的巨大的创造力因素,所以,自由判决方法决不意味着法官专横而却主张发挥法官的个性。^[52]应该说,以上观点强调人在司法活动中的创造力是可取的,因为法律毕竟是通过司法活动而现实化的。但司法本身的性质决定了它具有对立法的一定从属性。如果过分强调司法的自由裁量权,不能不说潜藏着司法擅断的危险性。正如我国学者指出:法定的量定也好,酌量或裁量的量定也好,似乎都是为了使法定的刑罚,尽量能与个别的具体的犯罪相适应,即罪刑相适应以确保刑罚上的法制原则。由此正面却出现了较为严重的反面,即扩大了裁量权,敞开了量定刑罚中的畸轻畸重的破坏法制原则的大门。因此,法官的裁量权是确保刑法法制的锁头,同时也是违法擅断,破坏刑法法制的钥匙。这个锁头和钥匙都是拿在裁判官的手中的。^[53]由此可见,法官的自由裁量权应当予以必要的限制。

以罪刑法定限制自由裁量的必要性,还来自于刑法的特殊性。刑法是以刑罚性强制为内容的,它涉及对公民的生杀予夺。因此,如果对刑事司法不加限制,危险是显而易见的。这一点,刑法与民法有着明显的差别。我国学者徐国栋研究了民法基本原则,认为大陆法系民法中的基本原则是诚实信用和公序良俗。民法基本原则所用的法律概念具有“空筐结构”的特征,可以作不同的理解而立法者未以权威的方式确定其法律意义上的理解,对之加以解释就自然地成为法官的工作。通过这种并非明示的方式,立法者就把根据新的时代精神的需要补充和发展法律的任务交给了法官,后者将把社会发展产生的新要求以解释的形式充实于那些抽象的“空筐结构”中,完成使法律追随时代发展的使命。因此,民法基本原则的不确定性和衡平性规定性质,具有授权司法机关进行创造性司法活动的客观作用;民法基本原则中的法律补充原则,更是直接授予司法机关在一定范围内创立补充规则的权力。通过这些途径,民法基本原则起克服法律规定的有限性与社会关系的无限性的矛盾、法律的相对稳定性与社会生活的变动不居性的矛盾、法律的正义性与法律的具体规定在特殊情况下适用的非正义性的矛盾的作用。概言之,民法基本原则具有成文法局限性之克服的功能。^[54]无疑,这一论述对于民法是完全正确的。在民法中,基本原则具有扩张机能;一切民法条文都是基本原则的具体化;在没有明文规定的情况下,按照基本原则可以处理。因而,民法基本原则具有拾遗补漏的作用,它为法官自由裁量提供了根本准则。而在刑法领域内,则与此完全不同。罪刑法定作为刑法基本原则恰恰具有限制机能,它不允许法官超出成文法的规定。因此,如果说民法是一个相对开放的规则体系;那么,刑法就是一个相对封闭的规则体系。就法官的自由裁量权而言,在民事司法中远比在刑事司法中要大。在民法中更需要从基本原则中引申出实质判断;而在刑法中,基本原则本身要求不能作出超法律的实质判断而只能依法作出形式判断。因此,罪刑法定具有明显的形式意义,它要求犯罪的形式概念。而类推则是对法无明文规定的行为根据犯罪的实质概念作出判断,因而与罪刑法定主义是格格不入的。我们同意以下观点:在刑事法庭上,只要对刑法的干涉范围究竟如何存在一丝疑问,人们就会要求法庭将个人自由价值观放在第一位。任何行为,只要对社会构成危害,刑法就可以予以禁止。但是,刑法必须对此事先加精确的规定,这一点是至关重要

[52] 参见沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第276页以下。

[53] 参见甘雨沛、何鹏,前引[20],第537页。

[54] 参见徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1992年版,第18、30页。

的。^[55]因此,不能将民法中立法与司法的构造照搬到刑法中来,这是由刑法的性质决定的。与民事司法相比较,刑事司法的自由裁量权要小一些。我国学者徐国栋对刑法与民法的法律价值选择以及实行法定主义的可能性作了比较,认为在刑法这样的关乎人的生命和自由的法律部门,把安全价值看得至高无上自然是自然之事。刑法调整非正常社会关系的特性,也使它基本上有可能做到罪刑法定,因为犯罪这种反社会行为的种类毕竟有限。而民法调整正常社会关系的特性使其面临着无限广阔的调整范围,做到法定主义实不可能,因此民法更为强调灵活性。应该说,这一比较是十分精辟的。但徐国栋又认为,在兼顾个人权利和社会利益的法律制度中,对安全与灵活加以调和,兼采罪法定主义和经严格限制的类推制度。^[56]显然,这一观点还是没有完全考虑到刑法的特殊性。事实上,个人权利和社会利益只能在罪刑法定的范围内兼顾。因而,在刑事司法活动中,有必要对法官的自由裁量权以罪刑法定加以限制。总之,罪刑法定在刑法中具有终极的意义。

庞德指出:有关对稳定性的需要与对变化的需要之间妥协问题,变成了规则与自由裁量权之间的调整问题。^[57]按照庞德的观点,甚至整部法学历史都可以归结为似乎就是宽松的自由裁量和严格的具体规则,无法司法和严格依法司法之间不断循环反复的运动过程。但严格规则与自由裁量的关系不仅在不同的历史时期存在变化,而且在不同的法律领域也存在差别。在刑法中,罪刑法定主义并不排斥在一定限度内的自由裁量,以此增加刑法的适应性。但严格规则对于刑法来说,永远居于更为重要的地位。如果说,求得刑法正义性的过程也就是平衡自由裁量和严格规则的过程。^[58]那么,这种平衡并不是平分秋色,而只能在罪刑法定的原则基础之上得到统一。因此,从刑法的制度构造上来说,以罪刑法定的严格规则限制司法的自由裁量。同时又在罪刑法定的界域之内予以法官一定的自由裁量权,应该是最佳选择。从这个意义上说,罪刑法定主义将会随着刑事立法与刑事司法的不断发展而进一步自我完善。

三、罪刑法定的立法机理

罪刑法定主义的价值首先表现在立法中,可以说,刑法典是罪刑法定主义的基本法律载体。刑事古典学派首倡罪刑法定主义,首先诉诸于刑法典。考察罪刑法定的当代命运,必然涉及到这样一个问题:在罪刑法定的制度构造中,应当如何认识刑法典的立法机理?

英国学者梅因指出:世界上最著名的一个法律学制度从一部“法典”(Code)开始。梅因所说的这个法律学制度,指的就是罗马法;而梅因所说的这部法典,指的是《十二铜表法》(Twelve Decemviral Tables)。罗马法的实体制度是建筑于《十二铜表法》,因此也就是建筑于成文法的基础上的。在罗马,对于《十二铜表法》以前的一切制度,除了一特殊之点外,都不予承认。但正如梅因所说,法典不是法之发展的起点,因为在法典的后面,存在许多法律现象,这些法律现象在时间上是发生在法典之前的。^[59]在人类社会初期,不可能存在任何立法机关,因而也就不可能

[55] 参见前引[26],彼得·斯坦·约翰·香德书,第177页。

[56] 参见徐国栋:《法律的诸价值及其冲突》,《法律科学》1992年第1期。

[57] 参见前引[19],庞德书,第1页。

[58] 参见前引[30],宗建文文,第32页。

[59] 参见[英]梅因:《古代法》,商务印书馆1959年版,第1页。

存在现代社会意义上的法典。但原始社会仍然存在一定的自然秩序,自然法学家称之为自然法,实际上是世代相传的习惯。我们可以称为习惯法。习惯法以其自然生成的原始形态存在着,对各种社会关系加以调整,从而保障着原始社会的生存条件。随习惯的世代累积,尤其是文字的发明与文明的发展,习惯向法律进化。只有当这种进化达到一定程度,立法才可能出现。而最初的立法主要是对原始习惯的确认,立法者的意志不得不屈从于历史的惯性。即使是象《十二铜表法》这样成熟的法典,也大量地夹杂着或者说记载着习惯的内容。正如意大利学者格罗索指出:在《十二铜表法》中,人们还可以看到一些残酷的原始规范(比如在数名债权人之间划分债务人躯体的规定),这种现象反映出“法(ius)”的最古老原则的顽固性,它本身体现着原始人的冷酷逻辑,人们仍然尊重这种逻辑,同时,规定诉讼程序这一事实本身就是在对擅断加以限制。^[60]当然,立法者一旦形成,它在顺应社会历史的习惯势力的同时,也必然以其创造性在一定程度上改变着社会生活,并使社会生活去适应法典的建构。最初的法典往往以严格的法律程式著称,它反映的是一个同狭窄的社会、简朴的乡村生活相适应的法律制度。例如以《十二铜表法》为代表的早期罗马法,由于它建立在实质上的农业经济、以农业利益为基础的所有权之上,因而采用固定套语的法律程式;如:要式买卖(mancipatio)、誓约(sponsio)或市民法的要式口约(stipulatio iuris Civilis)、誓金之诉(actio Sacramenti)等。^[61]这种苛刻的法律程式反映了法典的极端的形式化倾向;它既梳理了社会关系,从而起到了稳定社会生活的作用;同时,它又使社会关系封闭在法典的桎梏之中,阻碍了社会生活的蓬勃发展。法典诞生之初,就充分地表现出它的利弊,这就是法典的强烈的形式冲动与社会的剧烈的内容嬗变之间的矛盾。

社会生活的发展是不以人的意志为转移的,因而必然突破法的桎梏。而法典的稳定性又使其不能与社会生活同步变动,因而法典不可避免地具有保守性。为此,立法又向前迈进了:它并不是直接推翻法典,而是在法典之外制定个别法。在这里法律的逻辑与生活的逻辑在矛盾中共生,在对立中共存。因而,在任何一个社会,法典都不是法的唯一渊源,大量的个别立法成为法的重要内容。法典反映的是法的一般规则,因而它是共同法(ius commune),它在更广泛的范围内被加以适用。一般必有例外,共同必要个别。对某个一般规范加以变通的个别规范,即由于特殊原因而表现为一般规范的例外的个别规范,在罗马法中称为个别法(ius singulare)。特殊规范和一般规范都具有相同的根据,即:为了所有人的利益,对每个人谋求本人利益的活动确定最适当的限度。功利理由是这两者的依据,同样,它两者也应当尽可能地按照符合“公正”(aequitas)的方式设置自己。^[62]但个别法的大量出现必然对法典形成冲击,使法典的效力范围大为缩小。在罗马法中,最突出的个别法是那些在某些情形中适当软化对一般原则的严格适用的照顾性条款。这些例外形成一个广泛的范畴,被称为“照顾”(beneficia legis)。在中国古代法中,一般规范与个别规范的辩证发展勾勒出了整个法律样式的进化史。中国古代法律可以分为三种样式:(1)稳定型的法律规范——成文法典。成文法典是封建王朝的基本大法,它由朝廷按一定立法程序制定并颁布,对所有臣民具有普遍约束力,也是法官司法审判的主要依据。成文法典一经制定、颁行,便不能轻易更改、删增,从而在比较长的时期内保持相对的稳定性。(2)半稳定型的法律规范——法令。成文法典一经颁布便不可轻易变动,但社会生活不可能因此而停

[60] 参见[意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,中国政法大学出版社1994年版,第83页。

[61] 参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第7页。

[62] 参见前引[61],彼德罗·彭梵得书,第10页以下。

下脚步,因而便产生半稳定型的法律规范——法令。法令之所以被称为半稳定型的法律规范,是因为它是动态的法律形式,兼有向稳定型和不稳定型法律规范发展的趋势。法令是抽象的规范,法令的集约化就是单行法规,这实际完成了法令的“半法典化”。(3)非稳定型的法律规范——判例。^[63] 法典、法令的局限性与社会生活的复杂性,使判例随时都有可能被创制出来。判例是一事一时的产物,随着时间的延续,一批批新的判例被创制了,一批批旧的判例被删除了,这就使判例始终处在运动之中。这种判例,也被称为“例”,它是一种在过去某个诉讼案件中作出的、对于后来一些诉讼案件的审判具有参考价值的判决。在这个意义上,“例”不妨称之为“亚律”(sub-statute)。“例”对“律”起到一种补充作用。正如美国学者指出:在一个存续较久的法律体系中,从其第一次编纂法典开始,它就需要一种能够补充正式法律条文的辅助性法律形式,以适应变化中的社会环境。以皇帝诏令或法院判决为其实际内容的“例”,最初可能只是针对某些非常具体的特定事项,它们必然要比它们所依附的“律”的适用面狭窄得多。在清代,普遍遵循这样一条原则。对于某一案件可以同时适用“律”和“例”时,通常以“例”为依据进行判决,而不是以“律”为依据;在“例”与“律”内容不相吻合,甚至互相发生冲突时,仍适用“例”,而不是适用“律”。^[64] 应该说,“例”的制定者的初衷虽然是发“律”所不及,而不是要废弃“律”,但其结果却是出现了因“例”而破“律”,“律”成虚文的混乱局面。为了改变这种状况,又需要对法律进行重新清理,从而再次提出了制定法典的任务。因而,法典既是一个法律逻辑进程的开端,又是这个进程的归宿。

刑法典的存在仅仅是罪刑法定主义的前提,决不能由此得出结论,认为只要存在完备的刑法典就是实行罪刑法定主义。我国个别学者认为,在中国古代刑法中存在罪刑法定主义,这种罪刑法定主义是伴随春秋战国时期公开颁行成文法运动而产生的,并发展成为系统的理论。例如,在秦朝的司法实践中,司法官吏对少数的刑事案件,虽然没有排除适用类推原则,但对绝大多数的刑事案件的定罪科刑是根据事前公开颁行的成文法或经过官府认可的廷行事。因而,秦律基本上实行罪刑法定主义原则。而且,秦朝统治者在司法实践中,不断地总结经验,以廷行事和认定类推案例的形式,订正、补充和扩展成文法的内容。这种不断完善法律制度的努力,也是不断扩大实行罪刑法定主义范围的表现。^[65] 我们认为,罪刑法定主义不仅是一定的法律形式,更重要的是它所体现的价值内容。诚然,成文法的颁布是在一定程度上限制了罪刑的擅断,相对于“临事议制,不预设法”的前成文法时代来说,是一种历史进步,但它和罪刑法定主义还有着天壤之别。因为罪刑法定主义是以限制刑罚权,防止司法擅断,保障个人自由为其价值内涵的,舍此价值内涵就根本谈不上罪刑法定主义。在中国封建社会,正如论者所分析的那样,提倡实行罪刑法定主义的法家学派,都是极端的绝对君权论者。之所以主张限制各级官员的擅断权力,完全是为了加强和扩大专制君主的绝对权力。专制君主拥有立法、司法、行政等一切权力,因而在事实上拥有不受法律限制的罪刑擅断权力。在我国整个封建社会,皇帝的这种罪刑擅断权力,是不容置疑的,在人们的观念中,也不曾动摇过。^[66] 既然君主的权力不受任何限制,又怎么能说是罪刑法定主义呢?

[63] 参见武树臣等,《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版,第466页以下。

[64] 参见〔美〕D·布迪、C·莫里斯,《中华帝国的法律》,江苏人民出版社1993年版,第62页。

[65] 参见栗劲,《秦律通论》,山东人民出版社1985年版,第182页以下。

[66] 参见前引〔65〕,栗劲书,第189页。

罪刑法定主义是在近代启蒙学派的推动下,伴随着十八世纪末至十九世纪初西方的法典化运动而上升为刑法原则的,因而它的历史命运与刑法典紧密地联系在一起。在十八世纪与十九世纪之交,欧洲大陆出现了一场声势浩大的法典编纂运动。法国刑法典的编纂,拉开了近代大规模刑法典编纂的序幕。法国制宪议会于1791年10月6日颁布了近代法国第一部刑法典,这就是1791年法国刑法典。这部刑法典在体例上首次分为总则与分则两篇。总则(标题 Sentences,直译是格言),规定刑法的一般原则;分则是关于具体犯罪与刑罚的规定。这部刑法典坚决彻底地实行罪刑法定主义,各种犯罪的刑罚均作硬性规定(绝对确定法定刑),没有最高限与最低限之分,法官的职能实际上就是确定是否犯罪;若构成犯罪,即对犯罪人处以法典规定之刑罚。由于取消了法官的自由裁量权,因而这部刑法典刚性有余,韧性不足,从绝对的自由裁量主义走向了绝对的严格规则主义。拿破仑上台以后,重新开始编纂刑法典。在刑法典修改过程中,提出讨论的一个重要问题就是:是否应授予法官在刑罚的最低限和最高限之间以某种自由裁量权?讨论的结果是仍然坚持罪刑法定主义原则,但给法官以有限的自由裁量权。1810年法国刑法典第4条规定:“不论违警罪、轻罪或重罪,均不得以实施犯罪前未规定的刑罚处之。”这一规定确立了罪刑法定主义原则,但刑法典在把罪刑法定原则具体化时,并不象1791年法典那样硬性地给每一种犯罪只规定一种刑罚,而是规定了刑罚的最高限和最低限(相对确定法定刑),对某些犯罪还规定了两种不同的刑罚(例如,剥夺自由或罚金),法官可以在自由刑的最高限和最低限之间确定刑期,在不同刑罚中选择一种适用。这样,既贯彻了罪刑法定原则,又克服了1791年刑法典刻板规定带来的弊端。因而,这部刑法典以术语准确、概念简明、结构合理、体系严谨而著称于世,成为当时各国仿照的摹本。例如1871年德国刑法典,在很大程度上受到法国刑法典的影响。尤其是关于罪刑法定主义的规定,直接继承了法国刑法典。德国刑法典第2条规定:“非犯罪行为完成前法律有惩罚的规定者,不得受罚。从犯罪行为完成至判决宣告之期间,法律有变更者,适用最轻之法律。”

如果说,大陆法系的罪刑法定主义是借助于刑法典而得生存与发展;那么,英美法系的罪刑法定主义则体现在判例法的“遵循先例”(Stare Decisis)的制度之中。一般认为,先例制度具有稳定性、精密性、灵活性等优点。如果发生的法律争执法院先前已作解答,则法官必须一仍其旧。在这一意义上说,至少理论上构成了法律的稳定性。载明对一切特定的法律部门所发生的无数现实纠纷的解决方法的判例汇编的鸿篇巨帙,构成了法律的精密性。最后,判决被否决的可能性以及识别的限制错误判决的效力的可能性,构成了法律的灵活性。^[67]在刑法领域中,推翻先前判例的情形已经十分罕见。因为创制新罪的司法权的存在,违背了任何人都应该因行为实施时并非犯罪的行为而受到刑罚处罚的原则。该原则体现在“法无明文规定者不处罚”这句拉丁语箴言里,它有时也被称为法制原则。在英国,自从1972年上议院在“克努勒股份有限公司诉检察长”一案中作出否决以来,法院创制新罪的情况不可能继续了。在该案中,上议院一致否决了法院在创制新罪或扩大现有罪名以致把那些迄今还不受处罚的行为规定为应受处罚的犯罪行为方面所残留的权力。^[68]在美国,1820年最高法院在威特伯杰案的判决中指出:“是立法机关,而不是法院,确定什么是犯罪并规定它的刑罚。”因此,美国宪法虽然没有明文规定罪刑法定主义原则,但它实际上被体现在禁止追溯既往和剥夺公权法案以及有关宪法修正案

[67] 参见(英)沃克:《英国法渊源》,西南政法学院1984年印行,第155页以下。

[68] 参见(英)普珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯:《英国刑法导论》,中国人民大学出版社1991年版,第11页以下。

中,特别是由于正当程序条款的建立而使这一法制原则得到进一步的法理上的发展。^[69]由此可见,英美法系虽然在法律制度上有别于大陆法系,但在罪刑法定这一点上,两大法系可以说是殊途同归。尤其是英美法系国家在刑法领域中的成文化程度越来越高,制定法成为定罪量刑的主要依据,这与罪刑法定主义对于刑法的内在要求不无关系。

成文法的刑法典(大陆法系)和制定法(英美法系)使罪刑法定化,将罪刑限定在法律所规定的范围之内,成为一个相对封闭的规则体系。而刑法典(包括制定法,下同)又不可能将社会上的一切危害行为包罗无遗,即使对刑法典规定的犯罪,也只能是原则概括的,而不能细致入微。这样,就势必影响刑法典的适用效果。由此产生了对刑法典价值的贬低与怀疑的倾向。例如菲利指出:法律总是具有一定程度的粗糙和不足,因为它必须在基于过去的同时着眼未来,否则不能预见未来可能发生的全部情况。现代社会变化之疾之大使刑法即使经常修改也赶不上它的速度。例如,就象在巴伐利亚和法国那样。巴伐利亚在一个世纪之内就制定了三部刑法典,法国的特别法每天积累在欧洲最古老的法典的原文上面。因此,菲利直言不讳地指出:实证理论大大降低了刑法典的实际意义。^[70]刑法典至尊地位的动摇,一个直接后果就是罪刑法定主义意义的贬低。在这种情况下,如何弥补刑法典之不足的问题就摆到了我们的面前。

为此,首先提出的一种立法设计就是在刑法典中规定类推制度。刑事类推是一项源远流长的法律适用制度,从一开始它就是为弥补成文法之不足而发明出来的;它的存在,使成文法成为一个开放的规则体系:有法者以法行,无法者以类举。因而,在相当程度上,扩大了成文法的涵盖面。在中国古代,刑事类推一直受到肯定,它以“比附援引”的形式存在。在《唐律·名例律》规定:“诸断罪无正文,其应出罪者则举重以明轻,其应入罪者则举轻以明重。”这里,对于法无明文规定的行为通过“举轻以明重”的逻辑推理入罪,实际上就是刑事类推,而不能视为当然解释。此后,宋、元、明、清历代都有此类规定。刑事类推的精神实质在于:法律不能将犯罪可能采取的每一种形式都作出规定,因此,对于某些案件来说,可能没有相对应的法律条款可作审判依据。处理这类案件,可以通过精确的比较,从已有的法律条款中选取最接近原审案件案情的条款作为根据,以便确定轻重适当的刑罚。^[71]如前所述,刑事类推存在的价值在于弥补成文法之不足。中国古人早就认识到了成文法的局限性,例如,“法之设文有限,民之犯罪无穷,为立法文不能网罗诸罪,民之所犯不必正与法同,自然有危疑之理。”^[72]又云:“先王立法置条,皆备犯事之情也。然人之情无穷,而法之意有限,以有限之法御无穷之情,则法之所以不及人情也。”^[73]为了克服这种法与情的矛盾,就需要刑事类推。刑事类推以不变应万变,使有限的法律从容应付人类无穷无尽和变化多端的各种行为。毫无疑问,刑事类推对于成文法的局限性确是一剂良药。但是,刑事类推由于没有明确的法律标准,本身潜藏着司法擅断的危险性。随着罪刑法定主义的确立,刑事类推已为各国刑法所不取。尽管某个时期某个国家曾有刑事类推的规定,但其后果十分恶劣。例如在德国法西斯时期,1933年发表了《国社党刑法》(Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preussischen Justizministers)。纳粹党上台以后,根据这

[69] 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1987年版,第38页。

[70] 参见前引[28],菲利书,第101、125页。

[71] 参见[美]D·布迪、C·莫里斯,前引[64],第422页。

[72] 参见[唐]孔颖达疏:《左传·昭公六年》。

[73] 参见[古]佚名:《别本刑统赋解》,载《枕碧楼丛书》,第13页。

一文件,对1871年德国刑法典进行了修改,其中重要内容之一就是完全抛弃罪刑法定主义原则,在很大程度上倒退到罪刑擅断。《国社党刑法》从刑法的中心任务是保护“国民全体”(指社会)和“国家”(国家是保护国民的手段)的基本观点出发,否定了罪刑法定主义原则,认为这个原则可能因保护个人而侵害“国民全体”;声称罪刑法定主义之命题,可以使公共危险者,潜伏法网,与以达成反国民目的之可能。因此,它主张如果一种行为法律上没有规定为犯罪,但是法律为了保护“国民全体”和“国家”的利益,可以在法律内选择一种刑罚加以惩罚。根据《国社党刑法》的这一原则,1935年6月把1871年刑法典第2条关于罪刑法定主义之规定修改为:“任何人,如其行为依法律应受处罚者,或依刑事法律的基本原则和人民的健全正义感应受处罚者,应判处刑罚。如其行为无特定的刑事法律可以直接适用者,应依基本原则最适合于该行为的法律处罚之。”这一条文实际上承认了法官在审理案件中高于立法者的地位,使法官在确定犯罪和刑罚问题上的专断权力进一步合法化。^[74]直到二战以后,才废弃了这一规定,重新在刑法典中确认罪刑法定主义原则。从这一历史教训可知,尽管刑事类推可以强化刑法典的适应性,但它所内在潜含着的司法擅断的危险性较之罪刑法定主义带来的刑法典的僵硬性,弊大于利。两相权衡,宁可实行罪刑法定而使个别潜伏性犯罪人逍遥法外,也不能采用刑事类推导致司法擅断而使更多的无辜者遭受非法侵犯。

概然条款是为弥补刑法典之不足而提出的第二种立法设计。刑法典是以文字记载与表达的,同时又与立法者的抽象能力有关。梅因曾经指出:我以为可以这样说,法典愈古老,它的刑事立法就愈详细、愈完备。这种现象常常可以看到,并且这样解释无疑地在很大程度上是正确的:由于法律初次用文字写成时,社会中经常发生强暴行为。^[75]以犯罪行为经常发生来解释古代刑事立法的详细是十分牵强的,更为恰当的解释应当是古代立法者的抽象能力低下。因此,立法往往十分具体与个别,一事一法,刑法典焉能不繁琐。例如《萨利克法典》有这样两个条文:(1)如有人偷窃一只小猪而被破获,罚款120银币,折合3金币。(2)如有人偷窃一头公牛或带犊的母牛,应罚付1400银币,折合35金币。按照这样的立法例,现代刑法典中的一个盗窃罪条文就要用几十个甚至上百个条文来表述。在这种情况下,实行罪刑法定是不可能的,比附援引也就具有其存在的合理性。因此,罪刑法定主义的确立不仅具有政治历史背景,而且还有其法律文化上的深刻原因。随着人类认识水平的提高,概括能力达到一定程度,在刑法典中更为抽象的一般规定取代了个别规定。在中国,《唐律》达到了相当高的立法水平,例如六赃的规定,囊括了各种财产犯罪,简明概括,令人惊叹。不幸的是从一个极端走向了另一个极端。为尽量扩大刑法典的适用范围,防止犯罪遗漏,也出现了个别过于概括的罪名,《唐律·杂律》规定的“不应得为”可以说是一个典型。在《唐律》中,杂律涉及范围十分广泛,规定内容是他律所不及者。《唐律疏议》对此解释云:“诸篇罪名,各有条例,此篇拾遗补阙,错综成文,班杂不同。”尽管如此,立法者还唯恐律条不能将所有的犯罪包罗详尽,因而在杂律的最后一条规定:“诸不应得为而为之者,笞四十。事理重者,杖八十。”《唐律疏议》对该罪的立法理由解释说:“其在律在令无有正条,若不轻重相明,无文可以此附。临时处断,量情为罪,庶补遗阙,故立此条。”因此,这是一个兜底的犯罪,一切不能入罪者,只要法官认为不应得为,均可以本罪网罗。美国学者D·

[74] 参见由嵘主编:《外国法制史》,北京大学出版社1992年版,第336页以下。

[75] 参见前引[59],梅因书,第207页。

布迪把这一规定称为“Catch-all”(“盛装杂物的箱子”),^[76]相当于我们现在所说的“口袋罪”,可以说是十分生动形象。概然条款虽然可以增加刑法典的涵括力与包容量,但由于它是以不明确为代价,因而也无法保证刑罚权不被滥用。诚然,立法是从千姿百态的案件事实中抽象出适用于所有案件的法律原则,因此具有高度的概括性。但立法又必须具有明确性,正如马克思指出:“法律是肯定的、明确的、普遍的规范,在这些规范中自由的存在具有普遍的、理性的、不取决于个别人的任性的性质。”^[77]只有在这个意义上,法典才可以真正称得上是人民自由的圣经。因而,过于概然的条款是违反罪刑法定主义的,因为罪刑法定主义要求刑法典具有明确性。明确性(definiteness)作为罪刑法定的派生原则,是美国刑法学家在二十世纪初提出的,又称为“不明确而无效的理论”(Voici-for-vagueness doctrine)。根据这一原则,罪刑虽然是法定的,但其内容如不明确,就无法防止刑罚权的滥用,罪刑法定主义保障公民自由的目的也就无从实现。我们认为,过于概然的条款虽能弥补刑法典的僵硬性,使之柔软化,但不能防止司法擅断,因而代价太大。当然,罪刑法定主义也并不是刻意追求刑法典的刚性,它仍然允许为适应社会生活,创设一些概括性的规定,采取空白罪状等立法技术,以强化刑法典的适应性。但这里存在一个度的把握问题,这是一个难题,同时又是一个不能不解决的问题。

无论是类推制度还是概然条款,都建立在这样一种认识之上:一切事实上的犯罪,都应当处在刑罚权的管辖范围之内。当法条不能明定时,以类推制度与概然条款补充之。我们认为这是一种绝对主义的认识论。绝对主义认识论曾经是自然法派的哲学基础,它夸大人的理性能力,追求刑法典规范内容上的完整性。自然法的倡导者们认为,仅用理性的力量,人们能够发现一个理想的法律体系。因此很自然,他们都力图系统地规定出各种各样的自然法的规则和原则,并将它们全部纳入一部法典之中。^[78]显而易见,这只是一种法律乌托邦,在现实面前无可奈何地破灭了。因而,刑法典规范内容的不完整性,已经成为共识。刑法事实上不可能将所有应予刑罚制裁之不法行为,毫无遗漏地加以规范,因为犯罪之实质内涵并非一成不变,而是随着社会状况及价值观,相对地呈现浮动现象。^[79]但主张类推制度与概然条款的观点虽然承认刑法典规范内容的不完整性,但却追求刑罚权功能的完整性:一切犯罪都应当受到刑罚处罚,这本身也是一种绝对主义。事实上,不仅刑法的规范内容是不完整的,而且它的规范功能也是不完整的。刑法只是所有社会控制体系或社会规范体系中最具强制性的一种法律手段。刑事司法制度需与其他社会控制之机构,如家庭、学校、工厂、工会、商会、农会、宗教团体与社团等之密切合作,始能有效维持社会共同生活所必需之法社会秩序。因此,刑法只不过是整个社会规范体系中之一大重要环节,其在规范功能上具有相当之不完整性,故在设置反犯罪政策与措施上,绝不可唯刑法是赖,而应在刑法手段之外,另配合其他社会控制手段。^[80]这种刑法规范内容的不完整性与刑法规范功能的不完整性的统一,就是刑法的不完整性(fragmentarische Charakter)观念。刑法不仅具有不完整性,而且具有最后手段性(ultima ratio)。刑法规定之法律效果,乃所有法律规范中最具严厉性、强制性与痛苦性之法律手段。刑法乃以刑罚作为规范社

[76] 参见高道蕴等编:《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第316页。

[77] 参见:《马克思恩格斯全集》,第1卷,第71页。

[78] 参见前引[1],博登海默书,第67页。

[79] 参见林山田:《刑法通论》,台北三民书局1986年第2版,第14页。

[80] 参见前引[79],林山田书,第14页。

会共同生活秩序之最后手段。若以刑罚之外的法律效果,亦能有效防制不法行为时,则应避免使用刑罚,唯有在以其他法律效果未能有效防制不法行为时,始得以刑罚作为该行为之法律效果,此即刑法之最后手段性。^[81]应该说,在古代社会法律手段单一化,例如《唐律》将所有社会关系都纳入法典调整范围而事实上成为一部刑法典的历史背景下,对于违法行为,不处以刑罚,别无其他法律制裁方法可供选择。在这种情况下,采用类推制度与概然条款,使法律调整的触须伸向社会生活的各个领域和各个角落,尚存一定的历史合理性。那么,在法制发达的当代社会,法律调整方法丰富,刑法作为最后手段,实在应当有所节制。因此,罪刑法定主义所体现的限制机能,不仅是正义之所归,而且是法理之所至。

1855年,智利总统向国会提交的一份要求制定民法典的咨文的开场白指出:“绝大多数文明的现代社会里,都有将它们法律法典化的感性需求。我们可以说这是社会的一种周期性要求。”如果说,在十九世纪的法典编纂运动中,人们对法典还具有神圣的崇敬心情的话;那么,现在我们对法典已经有了更为理智的认识。加拿大学者保罗·A·克雷波指出:法典编纂可被认为是一个社会的巨大成就,事实上它总是作为特定法律制度发展过程中的一个重大事件。克雷波对法典编纂的利弊作了客观分析:法典编纂最大的功绩之一,就是将一种法律制度隶属于立法制定的民主程序。由此,法律政策的表述结果被认为是立法机关而不是司法机关的作用。进一步说,法典编纂——特别是当一个国家的指导思想是制定“大众化”法典而不是“高源”法典时——提供了相当大程度的可预测性。当法典用具体规则或甚至一般标准允许公民预先知道他应如何行为时,情况就是如此。这样一种立法制定的法律制度对于调整社会成员之间的日益复杂的关系愈来愈重要。然而,法典编纂自身的缺点也是确实存在的。缺点之一是法律“结晶化”的极端倾向,这种“结晶化”常常使政策“冻结”。这便导致珍藏于法典中的立法政策与法典旨在调整的社会现实之间产生“裂隙”的潜在危险。毫无疑问,当法律规范与社会现实和社会习俗脱节时,这种不一致的最好结果只能是产生对法律的不尊重,最坏的结果则是导致对法律的侵犯。^[82]尽管法典利弊兼具,但对于一个现代社会来说,没有法典是不可想象的,因而法典不会因其局限性而被废弃,只能通过法律改革使之完善。在刑法领域中,刑法典更是必不可少。尽管中国曾经30年(1949年至1979年)没有刑法典也过来了,但无法无天的结果不仅使普通百姓付出了沉重的代价,同时使执政者本身深受其害,社会也处于瓦解崩溃的边缘。痛定思痛,一部坚持罪刑法定主义的刑法典成为别无选择的选择。尽管在罪刑法定的建构中,刑法典会存在过于僵硬的缺陷,但这种缺陷是可以通过能动的司法活动得以在一定程度上的弥补。退而言之,也是为保障个人自由与保护社会利益所做出的不得已的“必要的丧失”。因而,刑法典是人民正义的必然要求。它虽然会被修改补充,它的价值却是永存的,罪刑法定主义也将与刑法典同在。

四、罪刑法定的司法运作

如果说,刑事立法只是使罪刑法定主义法典化的话;那么,刑事司法就是罪刑法定主义的现实化。但是,决不能由此得出结论:刑事司法天然地能够实现罪刑法定主义。事实上,刑事司

[81] 参见前引[79],林山田书,第15页。

[82] 参见沈宗灵等编:《比较法学的动向——国际比较法学会会议论文集》,北京大学出版社1993年版,第100页。

法是一种适用法律的独立的实践活动,具有其内在规律性。它既可能使罪刑法定化的“死法”转化为“活法”,实现刑法的人权保障与社会保护的双重机能;也可能破坏罪刑法定,使刑法成为具文。考察罪刑法定的当代命运,无法回避的一个问题就是:在罪刑法定的制度构造中,应当如何塑造刑事司法的品格?

梅因在考察古代法时揭示了这样一个事实:判决先于习惯,司法先于立法。梅因认为,所有对于人类原始状态的忠实观察者现在都能清楚地看到,在人类的初生时代,人们对于持续不变的或定期循环发生的一些活动只能假用一个有人格的代理人来加以说明。在荷马诗篇中,“地美士”(Themis)是指后期希腊万神庙中的“司法女神”(Goddess of Justice)。当国王用判决解决纠纷时,他的判决假设是直接灵感的结果。把司法审判权交给国王或上帝的神圣代理人,万王之中最伟大的国王,就是地美士。这个概念的特点,表现在这个字的复数用法:“地美士第”(Themistes),意指审判本身,是由神授予法官的。在古代社会的简单结构中,类似的情形可能比现在还要普遍,而在一系列的类似案件中,就有可能采用彼此近似的审判。我们由此就有了一种“习惯”的胚种或者雏形。梅因指出:由于我们的现代联想,我们就先天地倾向于以为一个“习惯”观念是先于一个司法判决的概念,以为一个判决必然是肯定一个“习惯”,或是对于违犯“习惯”的人加以处罚。但历史顺序却恰恰相反:“习惯”是“判决”之后的一种概念。由此可以得出结论:对于是非唯一有权威性的说明是根据事实作出的司法判决,并不是由于违犯了预先假定的一条法律。^[83]这一古代法的事实使我们想到:原始司法是无法司法。无法而又司法,这两个概念之间就是矛盾的,但如果我们不去咬文嚼字而是关注实际内容,那么可以说:原始司法,法官具有绝对的自由裁量权。这里的绝对自由是相对于有法司法而言的,它表明当时是或非的裁决标准还没有达到习惯的程度,它只是一种惯行。用一句法国成语,它还只是一种“气氛”法官凭借自己对这种气氛的感受作出司法判决,因而法官具有更大的自由裁量权。

司法先于立法这一历史事实表明,司法具有独立于立法的品格。在一定意义上说,法是由法的实践者(法官)创造出来的:从成案到先例,从先例到规则,从规则到原则,这也许就是法典形成的过程,它符合从具体到抽象的思维逻辑。即使在成文法时代,司法仍然起着不可忽视的作用。美国学者霍贝尔指出:人们的思想往往满足于以成文法典这种消极的观念准则作为真正的法律的代表。成文法犹如一个法律的编织物,如果有编织者的话,它在任何程度上也不影响成文准则的变化形式,即使有也难以用案例来验证那些不成文准则是否符合于实际情况。^[84]因此,法律作为一个编织物,立法一旦完成,它就自在于编织者。法官是这一法律编织物的使用者,在使用过程中,这个编织物还会发生变形。在这个意义上,毋宁把法律视为一件未完成的作品,法官恰恰是这件作品的最后完成者。但是,法官在完成一件法律作品时,并非总是能够与立法者的意图保持和谐一致。因为司法并不象贝卡利亚所描述的那样,是一个简单的三段论式的逻辑推理。由于法律规定的粗疏乃至于缺漏,案件性质的复杂,法官的司法裁量是一个包括着认知、心理、逻辑等各种因素的法律操作过程。因此,法官的一定程度的自由裁量权是必要的。例如,黑格尔提出了“法的偶然性”的观点,指出:法律和司法包含着偶然性,这本质上是它们的一个方面。其所以如此,乃由于法律是应用于个别事物的一种普遍规定。如果有人表示反对这种偶然性,那他是在谈一种抽象的东西。例如,刑罚的分量就不可能使之与任何概念的规定相

[83] 参见前引[69],梅因书,第2、3、5页。

[84] 参见[美]E·霍贝尔:《原始人的法》,贵州人民出版社1992年版,第26页。

适合,从这方面看,一切裁决终难免是一种任性。然而这种任性本身却是必然的。黑格尔这里所说的任性,指的就是司法裁量权。当然,这里的法官裁量,只能是在法律范围之内进行的。这主要是因为:法律大抵对于现实所要求的这种最后规定性并不加肯定,而听由法官去裁决,它仅限定他在一个最高和最低限度之间。但这并不解决问题,因为这个最低和最高限度本身又总是一个整数,于是并不阻止法官作出这样一个有限的、纯肯定的规定;相反地,这乃是必然属于法官职权范围内的事。^[85]显然,由于司法活动的性质所决定,法官的自由裁量权是必要的。相对罪刑法定主义否定这种裁量权违背了司法活动的内在规律,而相对罪刑法定主义能够为法官提供一定的自由裁量权。

司法运作中的罪刑法定不同于制度上的罪刑法定,后者是相对静态的,而前者却是动态的。从制度上的罪刑法定向司法运作中的罪刑法定的转换,表现为一个十分复杂的法的适用过程。法的适用是法律调整的重要内容之一,它以自己的行使权力的属性补充着法律规范的行使权力的属性,保证着法律规范的实现、贯彻,以个别法律的、从属于规范的方式积极保证对相应关系的调整,并使之继续进行和结束。在法理学中,法的适用可以分为三个基本的阶段:(1)确定事实情况(确定案件的事实根据)。这里包括对事实——证据、证明的过程等等进行分析,即取得关于事实的信息的行为。(2)选择和分析法律规范(确定案件的法律根据)。这个阶段是指与法律规范本身有关的行为——查找规范性文件的确切文本、检查该文件的法律效力、解释文件等等。这个阶段还包括与填补法中的漏洞有关的行为。(3)在适用法的文件中反映出的对案件的决定。这时,要在分析事实和法律规范的基础上,对法律案件作出决定,这个决定反映在适用法的文件中。该决定具有一定的形式,并应予实际贯彻执行。上述前两个阶段在很大的程度上具有准备的性质。它们主要是反映法律认识,并构成适用法的根据——事实根据(第一阶段)和法律根据(第二阶段)。对案件作出决定,适用法的过程即告结束,这也就是真正的法的适用。^[86]刑法的适用具有法的适用的一般性,又具有特殊性。因而,在司法运用中贯彻罪刑法定主义,既要考虑法的适用的一般性,又要兼顾刑法适用的特殊性。

首先,刑事司法是一个法的吸纳过程。司法运作中坚持罪刑法定主义,第一步就是完成“找法”任务。法只有在适用中才对社会生活产生作用,离开了法的适用,法只是一种纯粹的语言条文形态,是一种没有生命力的“死法”。法的适用,正是完成从“死法”向“活法”转化的前提。

法的吸纳,对立法提出了可操作性的要求。法的可吸纳性,实际上就是法的可操作性,活法应该是司法运作中的法。事实上,并非制定出来的一切法律都具有可操作性,不可操作的法律往往难以被吸纳,因而无法适用,导致法律虚置,亦即产生法律自动无效的结果。法的可操作性,是指法律在操作上的可能性或可行性;泛指法律适用的可能性。一般地,如果存在可行的方法,将某法律条文适用于具体案件,则称为该法律条文是可操作的。如果不存在可行的方法,将某法律规范适用于具体案件,则称该法律规范是不可操作的。不失一般性,法律概念和法律规范的不可操作性,统称为法律的不可操作性。^[87]法律的不可操作性,在刑法中主要是指法律条文内容的不明确因而难以判定性,从而无法在司法中适用,这种情况在刑事司法中时有发生。在这种情况下,法不能直接适用,而需要加以解释。实际上,不仅缺乏可操作性的法律需要解

[85] 参见〔德〕黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1961年版,第223页以下。

[86] 参见〔前苏〕C. C. 阿列克谢耶夫:《法的一般理论》,下册,法律出版社1991年版,第714页以下。

[87] 参见王洪:《论法律中的不可操作性》,《比较法研究》第8卷第1期(1994年6月)。

释,一切法律在适用中都需要解释。正如英美法系学者和法官所指出的那样:适用法律就意味着去“理解”和“解释”法律条款。^[88]关键在于:如何解释。在刑事司法中,这种解释不能不受到罪刑法定主义的限制。

如前所述,刑事古典学派坚持绝对罪刑法定,因而否认法官具有对法律解释的权力。但现在世界各国通行的相对罪刑法定主义,已经不再反对法官的解释,重要的是这种解释应当有一定的限度。关于法律解释,存在一种激进理论,认为所谓立法意图只是一个纯属虚构的概念。从否定立法意图开始,法官对法律的解释逐渐演变成在法律解释的名义下对法律的创造,即法官造法。^[89]我们认为,这种关于法律解释的激进理论有悖于解释一词的原义,混淆了立法与司法的界限,违背了罪刑法定主义原则。根据罪刑法定主义原则,法律解释只是法律意蕴的一种阐发,使之从隐到显。在解释过程中,当然会涉及对法律条文含义的限制或者扩张,但以不违背立法意蕴为限。正如英国丹宁勋爵形象地指出:如果立法者自己偶然遇到法律织物上的这种皱折,他们会怎样把它弄平呢?很简单,法官必须象立法者们那样去做。一个法官绝不可以改变法律织物的编织材料,但是他可以,也应该把皱折熨平。^[90]在刑法解释中,存在的一个重大问题是如何看待类推解释的性质。日本刑法学家牧野英一认为,刑法解释所依据的原则是:在形式上要有科学的逻辑,在实质上要符合社会的需要和时代的趋势。法律本身虽然是过去制定的,但也不能拘泥于立法者的意志,既然符合现阶段的具体情况是大家都承认的问题,那么,采用进化的解释和目的论的解释也就是理所当然的了。牧野英一由此推导出一个结论,类推解释实质上属于社会的需要,作为解释,只要是使用逻辑的方法,它便和其他一般法规一样,在刑法中也应被容许。^[91]我们认为,类推解释尽管可以扩张刑法的适用范围,但从根本上说,它是违反罪刑法定主义原则,因而不应被允许。那么,不允许类推解释,会不会以扩张解释之名而行类推解释之实呢?这里涉及扩张解释与类推解释之间的界限。尽管扩张解释与类推解释的区分是一个难题,但两者并非不可区分。例如,日本刑法学家木村龟二认为,二者的区别在于是否超出法律的明文规定。扩张解释只以条文词句为形式界限,局限在由此决定的范围以内,相反,类推解释则超出法律的明文规定,甚至在法律未明文规定的领域扩充法律的精神。^[92]应该说,扩张解释与类推解释的区分不仅在于字面上,更为重要的区分在于思路上相反:类推并不是对某个词句进行解释,看某种行为是否包括在此解释内,而是从国家、社会全体的立场来看某一行为的不可允许,然后再设法找出类似的法条来以资适用。与此相反: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,在权力与权利的紧张关系激化的场合,极有可能形成实质上的差异而表现出来。^[93]因此,扩张解释并不违反罪刑法定主义,而类推解释违反罪刑法定主义;前者应当允许,后者应当禁止。当然,如果是有利于被告人的类推解释,一般也认为不违背罪刑法定主义因而被允许,这主要是由罪刑法定主义的限制机能所决定的。在这种情况下,罪刑法定原则成为有利于行为人之保护原则

[88] 参见陈金钊:《成文法在适用中的命运》,《法律科学》1992年第6期。

[89] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,台湾大学发行,第278页。

[90] 参见〔英〕丹宁:《法律的训诫》,群众出版社1985年版,第10页。

[91] 参见〔日〕中山研一,前引〔22〕,第9页。

[92] 参见前引〔22〕,中山研一书,第13页。

[93] 参见〔日〕西原春夫:《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——中日刑事法学术讨论会论文集》,上海人民出版社1992年版,第24页。

(Schutzprinzipien zugunsten des Täters)。与法律解释相关的是一个法律漏洞(Gestzeslücken)问题。法律漏洞是指现行法体系上存在影响法律功能、且违反立法意图之不完全性。^[94]无论何种法律,都不可避免地存在着法律漏洞,十全十美的法典只是一种幻想。法律漏洞之所以存在,原因是十分复杂的,例如立法政策上的考虑、立法技术上的困难、犯罪现象的变化等,这些因素都使得立法者不可能在立法时对各种情况都作出毫无遗漏的规定。因此,法律漏洞的存在具有某种客观必然性。在司法活动中,为了准确地适用法律,就需要填补法律漏洞。在民法解释学中,法律漏洞的涵意比刑法要广泛一些。因此,某些法律漏洞的填补具有一种造法的意蕴在内。尤其允许采用习惯补充方法与类推补充方法来填补漏洞,都可以视为对法律的一种发展形式,已经超出法定主义的范围。但在刑法中,由于刑法本身具有规范内容的不完整性,罪刑限于法定的范围之内。因此,法定范围之外的法律盲区尽管在一定意义上也可以说是一种法律漏洞,但法官却无权去填补。对于法内漏洞,则属于法律解释的范围,可以通过解释方法予以填补。所谓法内漏洞,是指须评价地予以补充的法律概念和法律标准。就法律概念而言,有确定与不确定之分。确定的法律概念内涵清楚,外延明确,毋须更多解释而可以直接操作。而不确定的概念,或者内涵不确定或者外延不确定,都有待于予以评价地补充,才能被适用到具体案件中去。就法律标准而言,也有确定与不确定之分。确定的法律标准可以直接遵循,而不确定的法律标准则只有经过填补使标准明确化才可被适用。例如刑法中常见的“应当预见”、“必要限度”等,都属于不确定的法律标准。在这种情况下,立法者只是规定一个认定原则,具体内容则授权司法机关予以补充。至于我国刑法中的“情节严重”、“数额较大”、“罪大恶极”等,更是如此。在刑法中,还有一个专门问题值得讨论,就是空白罪状。空白罪状又称为参见罪状,在这种情况下,立法者对某一犯罪的构成特征未予具体描述,只是指明了为确定这一犯罪构成特征所要参照的法律或者法规。空白罪状具有稳定性、包容性与超前性等优点,因而在对法定犯的立法中往往受到立法者的青睐。应该说,空白罪状并不违反罪刑法定主义原则。只不过在空白罪状的情况下,罪并非由刑法直接规定,而是一种间接规定,也在法定范围之内。但空白罪状还是应当有所限制,不可滥用。因为过多地采用空白罪状,会降低刑法的明确性程度。对于空白罪状所形成的法律漏洞,应当通过进一步的找法活动或者司法解释加以填补。总之,在罪刑法定主义的制约下,刑法解释在原则上不得超出法条文字所容许之范围,而以条文之可能文义(möglicher Wortsinn),包括文字之自然意义、各文字间之相关意义,以及贯穿全部文字之整条意义等,作为解释之最大界限。^[95]通过刑法解释,完成法的吸纳过程,使条文上的法转变为司法运作中的法。

其次,刑事司法还是一个事实的识别过程。司法裁量是要解决法律规范对具体案件的适用问题,因此,案件事实的识别就具有十分重要的意义。在司法运作中坚持罪刑法定主义,就是要对事实在法定的范围内予以认定。

事实的识别,指的是案件事实的认定。因此,应当对认定的对象有所界定。在适用法律规范中,与法律案件有关的客观现实的一切事实都是真相判断的对象。客观现实的概念,不仅包括单纯的事实本身,而且包括事实的社会法律意义(特别是违法行为的社会危害性)。客观现实的事实,也包括法本身,包括主体的权利和义务。总之,我们认识中的构成适用法活动内容的理

[94] 参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第251页。

[95] 参见前引[79],林山田书,第37页。

性方面的所有客观事实,在适用法时,都是真相判断的对象。^[96]在刑法中,需要认定的是定罪事实和量刑事实,即在法定的罪刑范围认定与定罪量刑有关的基本事实。定罪事实是指犯罪构成的事实,这种事实与犯罪构成本身有所不同。犯罪构成,又称为构成要件,是一种将社会生活中出现的事实加以类型化的观念形象,并且进而将其抽象为法律上的概念。如此一来,它就不是具体的事实。^[97]因此,构成要件是法律规定的认定犯罪的规格或者标准,凡是符合构成要件的事实,就称为构成事实。在定罪过程中,事实的识别主要是正确地认定构成事实。量刑事实除了构成事实以外,还包括其他影响刑之轻重的情节。这些情节既可能是法定的,也可能是酌定的。无论是法定情节还是酌定情节,都应当是客观存在的案件事实,而且必须依法予以认定。

最后,刑事司法是一个法律规定与案件事实的耦合过程。这是刑事司法的最重要的一个阶段,在这一阶段坚持罪刑法定主义,就是要依法对案件事实作出定性与定量的评判,然后依法作出裁量。

在查清案件事实的基础上,需要对案件事实进行法律评价。评判表现的是:法律工作者关于事实情节和刑事法律规范之间的联系的观念。在哲学意义上,这一联系不是别的,正是个别与一般之间的联系。由一般规范引向具体事件,意味着承认具体事件中的那些要件和该规范中的要件相符合。^[98]由此可见,法律规定与案件事实的耦合实际上是一个使一般性的法律规范适用于个别性案件的过程。这个过程是司法权的具体运作,同时包含复杂的法律推理(legal reasoning)。罪刑法定主义原则,正是在这种法律推理中得以实现。在罪刑法定制约下的司法运作,法律推理的主要方法是演绎推理。一个由前提逻辑地推导出结论的推理称为演绎推理(deductive inference)。在演绎推理中,前提或前提的合取是理由,而结论则是从理由逻辑地推导出的推断;这种推理是按照推导方向进行的。按照逻辑规律进行的推理保证演绎推理的必然性。任何给定的演绎推理的前提如果是真的,那么结论就一定真的,演绎推理是属于不可错的推理类型。^[99]正是因为演绎推理具有这种不可错性,因而能够保证刑法在适用中不致被歪曲,也能够对司法活动起到规制作用。在贝卡利亚设定的绝对罪刑法定的司法框架中,演绎推理成为法律推理的唯一形式。这种传统的法律推理理论,常常将立法规则适用于某一具体案件的过程单纯地描绘为传统演绎推理。在其中,立法的规则或原则是大前提,案件中一致同意或确立的事实是小前提,而法院的判断就是结论。在这种推理中,如果大、小前提是严格地按照三段论的规则要求来进行的,那么法院所作出的判决显而易见是从大、小前提中所得出的无懈可击的逻辑结论。因此,为了保证绝对罪刑法定的实现,法官每审理一个案件,都要严格刻板地进行一次始自法条的演绎推理,以确保每一个判决结论的合法性。但是,尽管传统演绎推理的结论具有形式上的完全必然性,却不能对它的作用作过份夸大的理解。因为,事实上传统演绎推理在大多数情况下仅仅适用于简单案件,即那些立法规则或原则清楚明白、案件中的事实被一致同意或被认定的案件。^[100]在复杂的案件审理过程中,仅仅演绎推理是不够的,实际上必须以其他推理方法为补充,例如,在案件审理中,归纳推理也同样是重要的。在逻辑学中,归纳推理是从推

[96] 参见前引[86],C. C. 阿列克谢耶夫书,第706页以下。

[97] 参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,中国人民公安大学出版社1991年版,第6页以下。

[98] 参见[前苏]B·H·库德里亚夫采夫:《定罪通论》,中国展望出版社1989年版,第49页。

[99] 参见[波]齐姆宾斯基:《法律应用逻辑》,群众出版社1988年版,第196页。

[100] 参见王鸿貌:《论当代西方法学中的法律推理》,《法律科学》1995年第5期。

断真到理由真的一种特殊的推理。根据陈述某类的个别对象具有某特征的若干前提,并且在没有相反陈述的情况下,得出该类每个对象都具有该特征的一般性结论,这样的推理就叫归纳推理(inductive inference)。^[101]如果说,演绎推理是从一般到个别,表现在司法活动中是从法条到个案的过程;那么,归纳推理就是从个别到一般,表现在司法活动中是从个案到法条的过程。在刑事司法活动中,刑法条文与案件事实的耦合就是加以认识上的同一化。在这同一化的过程中,存在着两个思维过程:一是由抽象到具体(或由一般到个别),即把刑事法律规定的犯罪落实到现实的某一犯罪中去;二是由具体到抽象(或由个别到一般),即把现实中某一具体犯罪抽象为刑事法律规定的犯罪。^[102]显然,在这同一化过程中,演绎推理与归纳推理都是必要的。在严格的成文法制度下,判例不起作用,因而没有必要采用类比推理法。但当代各国,即使是大陆法系,也都十分重视判例,以其作为成文法补充。在这种情况下,类比推理越来越重要。我们认为,类比推理不同于类推推理。类推推理是指将一条法律规则扩大适用于一种并不为该规则的措词所涉及的、但却被认为属于构成该规则基础的政策原则范围之内的事实情况。正如美国学者博登海默指出:在运用类推推理的情形下,构成最终判决基础的扩大了的基本原理或扩展了的原则并不是以逻辑的必然性而强迫决策者接受的。^[103]因此,类推推理之结论并非法条范围内的,显示然有悖于罪刑法定主义。而类比推理是建立在相似性的概念基础之上的,这类推理的根据是这样一种假定:我们考虑属性之间存在着某种本质的联系。^[104]美国学者波斯纳曾经对法律中的类比推理作了深刻分析:在为类比推理辩解时,一种诱人的辩解是指出人类具有一种内在的对态势(pattern)进行识别的能力,一种内在的关于相似性的标准。将一个问题看作与另一个已经解决的问题相类似,事实上就将这个新问题置于通向解决的道路上。^[105]因而,类比推理是指在司法活动中,正在审理的案件事实与已经依法审结的案件事实具有相似性,因而以已经审结的案件处理结论作为类比对象和正在审理的案件处理的参照对象的情形。类比推理表明即使在成文法的制度之下,先前的判例仍然对于司法活动具有可参照性,因而成为演绎推理的必要补充。由于类比推理不是司法活动中唯一的推理方法,而且被类比的判例是依法作出的,因而类比推理并不违背罪刑法定主义。

司法品格的塑造,始终是当代法制社会的一个难题。在绝对罪刑法定主义的司法制度下,法官是一个适用法律的工匠:刻板、毫无生气、严格地按照法律规定进行逻辑推理。美国霍姆斯法官语出惊人地提出了“法律的生命并不在于逻辑而在于经验”这一经典格言,司法机械主义受到了司法能动主义的有力抨击,罪刑法定主义也随之面临挑战。考察司法机械主义与司法能动主义,对于回答罪刑法定的当代命运这个问题具有重要意义。早在1748年,孟德斯鸠就提出了他对司法机构的作用的看法。他说,法官应当“只是法律的传声筒,处于无法减轻法律的力量或严格性的被动地位。”这种对法官作用的想法,在现代可以称为法学的机械理论。法官仅仅被看作精通法律的专家,他们熟悉一整套的法律条文,然后几乎是机械地把法律应用到具体的案件中去。从这个观点来看,法官是一个中立的工具,当他根据法律的一般条文处理实际问题时,

[101] 参见前引[99],齐姆宾斯基书,第242页。

[102] 参见王勇:《定罪导论》,中国人民大学出版社1990年版,第57页。

[103] 参见前引[1],博登海默书,第475页。

[104] 参见前引[99],齐姆宾斯基书,第251页。

[105] 参见[美]波斯纳:《法理学问题》,中国政法大学出版社1994年版,第117页。

不必提出自己个人的观点。^[106]在这种司法机械主义的理论中,法官无个性化,似乎只要一穿上法官的黑色长袍,法官的个性就消失了。行为主义“发现”了法官的个性,他们试图分析法官的个人特点、他们的社会背景和受教育的情况,或者分析他们对政党的倾向性和思想态度,来解释司法行为,就象解释其他类型的政治行为一样。因此,行为主义撩开了蒙在法官头上的神圣面纱。在这种情况下,司法与立法的关系被重新认识了,司法不再是立法的附庸,因而发展出一种司法能动主义的理论。根据这种理论,法官甚至被看作不过是穿着法官长袍的政治活动家,法官不仅仅是在司法,而且也在造法。格雷认为,法官们所立的法甚至要比立法者所立的法更具有决定性的权威性,因为法规是由法院解释的,而且这种解释决定了法规的真实含义,其重要意义要比其原文更大。^[107]我们认为,司法机械主义过于贬低法官在司法活动中的作用,而司法能动主义则又过于夸大法官在司法活动中的作用,都具有一定的片面性。美国学者博登海默对法官认为的以下分析当是公允之论:既然法官的主要职责是裁定基于昔日的纠纷,那么作为一般原则,我们便不能分配他去承担一份建立未来法律制度的正式任务。从大体上来讲,他必须留在现存社会组织框架之中,并凭靠过去与当今历史向他提供的资料进行工作。法官可以在一定的界限范围之内,为防止法律大厦或该大厦之大部分腐朽或崩溃而进行必要的修正与弥补工作。他可以扩大或缩小现行的补救方法,偶尔还可以创设一种新补救方法或辩护,如果正义要求使这种措施成为必要。然而,就法律制度的基本结构改变而言,法官通常必须依赖于外界援助。他本人则不能拆毁法律大厦或该大厦之实质性部分,也不能用新的部分替代这些部分。^[108]因此,法官在司法活动中不是木偶与摆设,其能动性是应当承认的。但法官的司法权力又不是没有限制的,只有在法定范围之内行使这种权力。以此考察罪刑法定的当代命运,我们认为绝对罪刑法定由于完全束缚了法官的手脚,违背司法活动的内在规律,因而已被历史所淘汰。而相对罪刑法定已经为法官的定罪量刑留下了足够的裁量余地,因而是具有生命力的,它能够与当代司法活动同构共存。

五、罪刑法定的中国命运

经过漫长的理论跋涉,我们终于触及到了罪刑法定在当代中国的命运这个具有现实意义的重大问题。或者说,前面的讨论无非都是为回答这个问题而进行的必要的理论铺垫。

(一) 罪刑法定的价值取向

对于中国来说,罪刑法定主义是舶来品。我国清朝末年,罪刑法定思想由日本传入,光绪三十四年(1908年)颁布的《宪法大纲》规定:“臣民非按照法律规定,不加以逮捕、监察、处罚”。此后在宣统二年(1910年)颁布的《大清新刑律》中规定:“法律无正条者,不问何种行为,不为罪。”1935年《中华民国刑法》第1条规定了罪刑法定主义,指出:“行为之处罚,以行为时之法律有明文规定者为限”。尽管在刑法中规定了罪刑法定主义,实际效果却并不理想。这不由得使人想起这样一个典故:南橘北枳——“橘生淮南则为橘,生于淮北则为枳,叶徒相似,其实味不同,所以然者何?水土异也”(晏子春秋·杂下之十)。在具有几千年的比附援引的法律传统

[106] 参见[美]维尔:《美国政治》,商务印书馆1990年版,第220页。

[107] 参见前引[1],博登海默书,第539页。

[108] 参见前引[1],博登海默书,第543页。

的中国,可以说存在一个“类推情结”。在这种情况下,罪刑法定主义在中国因水土不服而难以生根开花应在情理之中。更何况,罪刑法定主义引入的不是一句法律格言,甚至也不仅仅是一套法律规则,而是蕴藏其后的价值观念。加拿大学者克雷波曾经正确地指出将具有某种社会价值的法律引入不存在这种价值的其他法律管辖区中的困难性。^[109]考察罪刑法定主义引入中国近一个世纪而近乎只是成为一句法律标语的历史,重要原因在于中国古代社会本位的价值观决定了以个人本位的价值观为基础的罪刑法定原则,难以成为我国法律文化的题中应有之义;而体现社会本位价值观的法律形式——刑事类推,则有着根深蒂固的思想基础。罪刑法定与刑事类推的矛盾,不仅是刑法的保障机能与保护机能的矛盾。而且是西方法律文化与中国传统法律文化的矛盾。

我国学者梁治平通过考察中国法律文化中个人在社会中的地位,得出如下结论:中国传统文化完全不承认个人的存在。^[110]在这种社会(包括家族、集团)本位的法律文化中,个人是十分渺小和微不足道的,它融化在庞大而发达的以伦理为纽带的社会关系的汪洋大海之中,社会秩序对于个人自由永远具有终极意义。1840年以后,中国传统社会受到强大的外部压力,开始了一个以现代化为目标的漫长而痛苦的嬗变之中。西方法律文化的引入,强烈地冲击着中国传统法律文化的根基。由于延续了数千年的中华法系在风雨飘摇中濒于消亡,中国法制开始了其现代化的艰难进程。在这个进程中,个人本位的价值观念得以倡导,但始终未能占据统治地位。我国学者夏勇从社会正义的角度分析了二十世纪中国社会存在的抑制个人权利生长的各种因素,指出:社会正义以主张群体权利为核心,以至压倒并替代个人权利。由于深重的内忧外患,社会正义的核心可以说是民族的正义和阶级的正义,即群体的正义。从社会变迁的角度看,个人从家族的血缘纽带中分离出来,并非像西方社会变迁中所发生的情景那样,开始个人的“原子化”,并由此形成市民社会。^[111]由于受到社会与政治的双重压抑,个人自由十分有限,得不到法律的有效保障。在这种情况下,体现个人自由的罪刑法定主义难以成为近代中国刑法的基本精神。

新中国成立以后经济上实行高度集中的计划体制;与之相适应,政治上实行中央集权制。因此,国家整体利益得以一再强调,个人对于国家的依附性越来越强。这种整体主义的价值观曾经在相当长的时间内支配着我国的社会生活,并且在1979年制定的第一部刑法中留下深刻的烙印。刑事类推制度的规定,就是一个典型的例子。例如,我国著名刑法学家高铭喧教授在论及刑事类推制度的立法理由时指出:为了使我们的司法机关能及时有效地同刑法虽无明文规定,但实际上确属危害社会的犯罪行为作斗争,以保卫国家和人民的利益,就必须允许类推。^[112]因此,刑事类推制度设立的主要根据就在于保卫国家和人民的利益。基于这种社会本位的价值观,刑事类推制度就有其存在的充足理由。

随着经济体制改革的实行,尤其是市场经济的推行,我国社会进入了一个转型期。在这个社会转型进程中,传统文化的观念最先受到挑战,进而涉及到一系列更加广泛的相关观念,这

[109] 参见[加]克雷波:《比较法、法律改革与法典编纂——国内和国际透视》,载《比较法学的动向——国际比较法学会会议论文集》,北京大学出版社1993年版,第102页。

[110] 参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,上海人民出版社1991年版,第122页。

[111] 参见夏勇主编:《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》,中国政法大学出版社1995年版,第26页以下。

[112] 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第126页。

意味着观念背后的基本准则、价值尺度失去了吸引力,开始被怀疑、被抛弃。^[113]在这种情况下,社会本位的传统价值观受到挑战,个人本位的价值观受到肯定,中国进入一个“走向权利的时代”。在法理学中,引发了权利本位与义务本位之争。例如我国学者张文显指出:由于法律的价值取向不同,权利与义务何者为本位,是历史地变化着的;现代法制是或应当是权利本位。^[114]权利本位论虽然也受到来自义务本位论的质疑和诘难,但大体上成为我国法理学的主流观点。权利本位论尽管在其内部理解上还存在某种分歧,有些观点也还值得辨正,但它的确立表明在权利与权力的关系上,已经发生了某种变动,人们的权利意识正在觉醒,以权利限制权力并要求权力以保障权利为使命。正如我国学者指出:权利本位论的理论意义不在于它确立了一种新的法学体系,而在于它的分析时时蕴含着一种精神——一种与时代息息相关的民主精神。权利本位论的命题已经超出了它的法律含义,它表明的是人作为自然界和社会的主体摆脱了对外界物的依附,而作为理性动物的存在物。权利本位作为一个命题,它标志着个体在社会中的自主地位并非完全是一种抽象的哲学意义上的价值判断,一种对应然的期待,而是在一定的价值判断基础上形成的可证实的具体命题。^[115]在这种法律文化的氛围下,我国刑法学界对罪刑法定与刑事类推的关系进行了广泛而深入的讨论,其中不乏激烈而尖锐的争论。尤其是在当前刑法修改已经提到立法部门的议事日程的情况下,争论的焦点也十分明确,这就是在将来的新刑法典中是继续保留刑事类推制度还是予以废弃而明文定罪刑法定原则?尽管在这场讨论中,还存在着对罪刑法定只作制度考察而缺乏观念反省的局限^[116]但不管我们是已经意识到还是没有意识到,这场讨论正在重塑我国当代刑法理论的文化品格。它对我国刑法理论的深远影响,随着时间的推移必将日益显现出来。

历史有着惊人的相似之处,而这种相似性又是不可以机械比较的。因为从否定之否定的历史辩证法来看,尽管两个否定或者两个肯定是相似的,但它们处于螺旋式上升的历史发展的不同序列。事实已经证明,迟发展社会尽管可以借鉴与吸收早发展社会的价值、制度与技术,从而加速发展进程,但历史阶段又是不可超越的:早发展社会的昨天才是迟发展社会的今天,而早发展社会的今天则是迟发展社会的明天。如果不考虑各个社会历史发展阶段上的差别,而盲目地坐井观天,管窥蠡测,只能得出荒谬的结论。以上这些感想,也许大而失当,但这不是空话,实在是有感而发。我国刑法学界在关于罪刑法定与刑事类推的讨论中,就存在这个问题。类推论者主张保留刑事类推有一个重要理由(其他理由另当别论)是西方国家已经否定罪刑法定主义。例如,我国学者侯国云指出,从十九世纪末二十世纪初起,罪刑法定已渡过它的隆盛期而开始走向衰亡。所谓“法无明文规定不为罪”已不复存在,罪刑法定在事实上正在走向衰亡。既然如此,我们又何必去步他人后尘,搞那个形式上的、名不符实的罪刑法定呢?^[117]这里首先有一个事实的把握问题:西方国家是否已经废弃罪刑法定主义?作为肯定说的一个根据,是西方国家在不同程度上已从罪刑法定主义绝对禁止类推的束缚中解脱了出来,允许有限制的类推或者是类推解释。其实,这里允许有限制的类推或者类推解释,其所谓限制就是指允许有利于被

[113] 参见陆学艺等主编:《转型中的中国社会》黑龙江人民出版社1994年版,第239页。

[114] 参见张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第87页。

[115] 参见程燎原、王人博:《赢得神圣——权力及其救济通论》,山东人民出版社1993年版,第301页以下。

[116] 参见前引[30],宗建文文,第69页。

[117] 参见侯国云:《市场经济下罪刑法定与刑事类推的价值取向》,《法学研究》1995年第3期。

告人的类推或者类推解释,而不利与被告人的类推或者类推解释则仍然是确实禁止的。由于罪刑法定主义体现的是刑法的限制机能,因而有利于被告人的类推或者类推解释并不违背罪刑法定主义保障个人自由的精神实质。由此而引出的西方国家的罪刑法定主义已是徒有虚名仅剩一个美丽的外壳的结论,很难说是精当之论。不可否认,西方国家在十九世纪末二十世纪初,确实发生了从绝对罪刑法定主义到相对罪刑法定主义的演变,在理论上也产生了对罪刑法定主义的动摇、怀疑乃至否定的观点,但最终罪刑法定主义仍然不可撼动,其从绝对到相对的变化也不过是罪刑法定主义的自我完善。而我国由于深受传统法律文化的影响,刑事类推观念根深蒂固。在这种情况下,正在经历的是以罪刑法定主义取代刑事类推制度这样一个西方在十九世纪就已经完成的历史进程。因此,即使西方国家现在已经否定罪刑法定主义(更何况并未否定,而是进一步完善),也不能作为我国现在也应当否定罪刑法定主义的根据。因为这是处在两个不同的历史发展阶段,不能简单地类比,否则,就是以并未出现的明天来否定自己的今天。显然,这是令人难以接受的。如果我们抛开具体制度不谈,分析这种制度变迁背后的价值观的嬗变,那么,如同我们在前面所论述的那样,从绝对罪刑法定主义到相对罪刑法定主义的演化,是由价值观的变化而引起的。由于绝对罪刑法定主义过于强调个人自由,在社会保障上有所缺憾。伴随着生产社会化的加剧,社会本位取代个人本位而占据优势地位。但这一价值观的转变决不可以理解为是以社会本位否定了个人本位,而只是为适应社会发展的需要,适当地调整个人与社会的关系。事实上,在二十世纪以后,个人自由在西方的价值观中仍然具有十分重要的优先地位。而在我国,由于传统文化的影响和现实社会结构的决定,社会本位的价值观一直占据主导地位。随着市场经济的发展,个人自由越来越被摆到一个重要的位置。在这种情况下,个人与社会的关系应当向个人倾斜。因此,个人本位的价值观在当代中国具有历史进步的现实意义。体现个人自由价值观念的罪刑法定主义是当代中国的必然选择。当然,矫枉容易过正。为此,有必要借鉴与吸收西方国家相对罪刑法定主义,在保障个人自由的同时保护社会秩序,刑法的双重机能并重,兼顾个人自由与社会秩序。由此观之,罪刑法定主义在当代中国,正是如同旭日东升,具有蓬勃的生命力。

(二)罪刑法定的制度保证

我国学者在界定罪刑法定的含义时,曾经把罪刑法定区分为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与司法运作上的罪刑法定。^[118]这一区分具有十分积极的意义,因而值得肯定。观念意义上的罪刑法定是罪刑法定之形而上,指蕴含在罪刑法定之中的价值内容,可以称之为“道”。原则、制度与司法运作上的罪刑法定是罪刑法定之形而下,指罪刑法定的制度保证,可以称之为“器”。就我国当前对罪刑法定主义的认识现状而言,轻“道”重“器”是一种值得注意的倾向。因此,我们首先应当揭示罪刑法定的价值蕴含,以此肯定罪刑法定主义在当代中国必将有着美好的发展前途。但同样值得注意的是,又不能重“道”轻“器”,走向另一个极端。因为,如果没有具体制度的保证,罪刑法定主义也有落空的风险。因此,考察罪刑法定在当代中国的命运,不能不着眼于制度保证问题。

德国著名学者马克斯·韦伯曾经对在中国的儒教与西方的清教塑造的两种不同的法律制度进行过比较,指出:中国的家产政体,在帝国统一之后,既没有考虑到强而有力且不可抑制的资本主义利益,也没有估计到一个自主的法学家阶层。然而,它必须考虑到能保证其合法性的

[118] 参见宗建文:《罪刑法定含义溯源》,《法律科学》1995年第3期。

传统的神圣性,同时也必须顾及到其统辖组织的强度界限(Intensitätsgrenze)。因此,不仅形式的法学未能发展,而且它从未试图建立一套系统的、实在的、彻底理性化的法律。总的看来,司法保持着神权政治的福利司法所特有的那种性质。就这样,不仅哲学的和神学的(Theologisch)“逻辑学”(Logik),而且法学的“逻辑学”(法逻辑:Rechtslogik——引者注),都无法发展起来。而西方现代法律的理性化是两股同时起作用的力量的产物,一方面是资本主义的力量,它关心严格的形式法与司法程序,倾向于使法律在一种可计算的方式下运作,最好就像一台机器一样;另一方面是专制主义国家权力的官吏理性主义的力量,它所关心的是系统地制订法典和使法律趋于一致,并主张将法律交由一个力争公平、地方均等之升迁机会的、受过合理训练的官僚体系来执行。只要这两股力量缺少其中之一,便无法产生现代的法律体系。^[119]经过比较,韦伯指出了中国法与西方法之间的一个明显差别:中国法基于信念伦理而注重对事物的主观价值判断,因而是一种价值合理性的实质化理法——追求道德上的正义性而非规范的法律。西方法基于责任伦理而强调一个行为的伦理价值只能在于行为的后果,因而是一种工具合理性的形式法。中西法律在文化品格上的这种差别决定了中国法尽管有一套完备的规范体系,但由于宗教家族伦理被视为法的最高价值,伦理凌驾于法律之上,伦理价值代替法律价值,伦理评价统率法律评价,立法与司法都以伦理为转移,由伦理决定其取舍。正如韦伯所说,十分重要的是立法的内在性质;以伦理为取向的家产制,无论是在中国还是在其他各地,所寻求的总是实际的公道,而不是形式法律。^[120]正是由于对形式法律的排斥,决定了中国传统法律文化中不存在容纳罪刑法定主义的文化氛围。因为罪刑法定主义就是以形式理性为基础的,它来自于从罗马法的形式主义原则中发展出来的现代西方的理性法律。D·M·特鲁伯克对形式理性的含义解释为:法律思维的理性建立在超越具体问题的合理性之上,形式上达到那么一种程度,法律制度的内在因素是决定性尺度;其逻辑性也达到那么一种程度,法律具体规范和原则被有意识地建造在法学思维的特殊模式里,那种思维富于极高的逻辑系统性,因而只有预先设定的法律规范或原则的特定逻辑演绎程序里,才能得出对具体问题的判断。^[121]这种形式理性要求法律的实质内容和程序状态是合理性的。在这种合理性的法律秩序中,个人的权利和义务是由某种普遍的并能被证实的原则决定的,这一点是必须和绝对的。取消合法秩序裁决判定,或使这些制度只适用于特殊场合和确认不是来自规定的可证实原则做出判定的合法性,都被看作非理性的。^[122]在这个意义上,形式本身就意味着合理性。形式理性在追求价值理性的时候,尽管有所丧失,但这是为保证最大限度地实现价值理性所必不可少的代价。中国传统法律文化对实质伦理的追求,轻视形式理性,因此虽然近代引入了罪刑法定主义,但由于它与中国传统法律文化相抵牾,因而实际上并没有真正成为刑法的精神实质。

新中国成立以后,经济上追求绝对平等,政治上实行集中统一,法的地位始终没有在我国社会生活中树立起来。我国学者武树臣生动地把建国以来的法律实践样式称为“政策法”。所谓政策法,是指在管理国家和社会生活的过程中,重视党和国家的政策,相对轻视法律的职能;视政策为法律的灵魂,以法律为政策的表现形式和辅助手段;以政策为最高的行为准则,以法

[119] 参见〔德〕马克斯·韦伯:《儒教与道教》,江苏人民出版社1993年版,第174、175页。

[120] 参见前引〔119〕,马克斯·韦伯书,第122页。

[121] 参见〔美〕艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,中国政法大学出版社1992年版,第29页。

[122] 参见苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海人民出版社1988年版,第220页。

律为次要的行为准则;当法律与政策发生矛盾与冲突时,则完全依政策办事;在执法的过程中还要参照一系列政策。^[123]这种政策法在刑法领域中的突出表现是:以政策指导刑事司法,可以30年在没有刑法典的无法状态下进行。即使在1979年制定刑法以后,刑事政策仍然对刑事立法与刑事司法产生着不可低估的影响。例如“从重从快”等刑事政策成为刑事司法的指导方针。行文至此,我们不禁想到德国著名刑法学家李斯特的一句名言:刑法是刑事政策不可逾越的樊篱。尽管李斯特十分重视刑事政策,首倡刑事政策学,但他仍然认为罪刑法定是刑事政策无法逾越的一道屏障,保护公民免受国家权威、多数人的权利、利维坦的侵害。^[124]

自从改革开放以来,法治日益受到重视。由于市场经济对于法治的天然要求,走向法治已经成为历史的必然。在这种情况下,法制现代化问题受到我国法理学界的极大关注,并成为探讨的热点问题之一。法治的核心价值意义就在于:确信法律能够提供可靠的手段来保障每个公民自由地合法地享用属于自己的权利,而免受任何其他他人专横意志的摆布。因此,以法治为关键性变项的法制现代化便蕴涵着一个判定标准,这就是实证标准。从实证意义上探讨法制现代化的标准,提出了法律形式化的必然要求。法律的形式化意味着确证法律权威的原则,意味着从立法到司法的每一个法律实践环节都必须遵循法定的程序,意味着将国家权力纳入法律设定的轨道并且不同机关的权力均由法律加以明文规定,也意味着社会主体在这一有序化的法律体系中获得最大限度的自由。因之,法律的形式化之实质乃是法治原则的确证与实现。^[125]在刑法领域中,从法制现代化的实证标准中引申出的必然结论就是要坚定不移地实行罪刑法定主义。那么,在市场经济的条件下,怎么克服罪刑法定主义对罪刑范围的严格限定与随着经济关系的剧烈变动而产生的新型犯罪层出不穷之间的矛盾呢?我们认为,市场经济的本性要求赋予人人更大的自由度,因而应该适当地调整以往在计划经济体制下形成的个人与国家的关系,以便形成一个有利于市场经济生长的较为宽松的社会环境。因此,国家对经济生活以及社会生活的刑事干预不是应当扩张与加强,而恰恰相反,应当有所收缩与限制。而罪刑法定主义所具有的限制机能正好符合这一发展趋势。至于市场经济条件下出现的各种新型犯罪,应当经过慎重考虑纳入刑法典。更为重要的是,刑法的最后手段性决定了不能把刑法奉为治理经济与管理社会的圭臬。对于当前我国经济生活与社会生活中出现的各种失范现象,只有通过理顺经济关系,调整社会结构才能从根本上得以解决。因而,隐藏在否定罪刑法定主义观点背后的泛刑主义恰恰是与市场经济的内在要求背道而驰的。我们严重地关注到,在当前我国刑事司法与刑法理论中存在着一种可能导致法律虚无主义的倾向,这就是在经济犯罪的认定标准中,提出所谓生产力标准,并以此冲击犯罪构成的法律标准。在这种情况下,个案处理虽然可能实现个别公正,但由此弥散蔓延开来的法律虚无主义却有可能摧毁整个法制大厦,从而使法制建设毁于一旦,社会公正无从实现。为此,有必要重申罪刑法定主义,建立一套严密的刑法规则体系,以形式合理性作为价值合理性的制度保证。

严密的刑法规则体系的建构,是罪刑法定的制度保证之根本。¹这里涉及到立法能力的问题,毫无疑问,罪刑法定的制度保证提出了更高的立法要求。因此,在罪刑法定主义是否可行的争论中,经常涉及的是一个立法经验的问题。否定论者认为,实行罪刑法定,必须制定一部十分

[123] 参见前引[63],武树臣等书,第772页。

[124] 参见[日]庄子邦雄:《刑罚制度的基础理论》,《国外法学》1979年3、4期。

[125] 参见公丕祥主编:《中国法制现代化的进程》,上卷,中国人民公安大学出版社1991年版,第85页以下。

完备的刑法典,但那是切实际的。因为我国刑事立法经验不足,立法机关不可能把各种各样、甚至现在尚未出现但将来有可能出现的犯罪都包罗无遗地规定在一部刑法典中^[126]而肯定论者则认为,在一个国家是否实行罪刑法定,与立法经验没有联系,而是一个价值取向和立法思路问题。更何况,立法经验也是逐渐积累的,是一个相对的概念。^[127]我们认为,立法经验归根到底是一个立法能力问题。刑事古典学派夸大立法者的理性建构能力,当然是有所缺憾的。但不能由此而完全否认立法者的立法能力,在理性所及的范围之内,制定一部符合社会实际状况的刑法典,应该是可能的。至于说到立法经验,世界上第一部实行罪刑法定的刑法典是1791年法国刑法典,难道我们的立法经验还不如二百年前的立法者吗?事实上,立法不仅是一个经验积累的问题,更是一个理性建构的问题。如果我们坚持经验型的立法指导思想,刑事立法尾随司法实践;那么,一部完备的刑法典就永远可望不可及。只有在立法中最大限度地发挥立法者的理性洞察力,才能制定出一部实行罪刑法定的刑法典。因此,我国刑法实行罪刑法定主义,不仅是价值取向之必然,而且还具有制度保证上的现实可能性。

(三)罪刑法定的司法建构

罪刑法定的制度保证不能离开人,这里的人就是指司法活动的主体——法官。因此,罪刑法定在当代中国的命运如何,在很大程度上取决于对法官行为的认识。美国学者D·布迪在考察中国古代刑法时指出:中华帝国的法律体制要求司法官吏严格地依法办事;实际上,任何一名司法官在任何一段时间,都在致力于理解并运用法律条款的真实含义(当然并不总是限于法律条款的文字本身)。与其他任何国家的法官一样,中国的司法官吏也非常注重于依法判案,甚至有过之而无不及。中国的法典编纂者们并不强求制定一部包罗万象的法典,他们打算通过比照适用以及援引概括性禁律的方式,消除法律上的盲点。在司法官员们着手堵塞法律上的漏洞的时候,这个规定明确而详尽的法律体系本身,便是有益和有效的指南。^[128]因此,中国古代法官的司法行为是机械性与能动性并存:在法律范围之内机械地司法,在法律范围之外能动地司法。我们关注的重点是中国古代司法的能动性,因为它带来了与罪刑法定主义相悖的司法文化传统的基因。韦伯认为中国古代的司法在很大程度上保持着“卡地”(Kadi,原指伊斯兰国家的审判官)司法的性质。这种司法的特征就在于,不是从普遍性的法规在实际事实的应用中得出判决,而是根据执行法官对“特定场合中公正的意义”的理解而进行裁决。韦伯指出,中国古代的司法尽管是传统主义,却没有官方的判例搜集(Präjudizien-Sammlung),因为法律的形式主义的性质遭到拒斥,并且特别是因为没有像英国那样的中央法庭。官吏在地方上的“牧人”(Hirte)是知道先前那些判例的。这些“牧人”向他们的主子官吏劝告,要按照行之有效的审判模式行事。这在外表上和我们西方的陪审推事引用“类似事件”(Similia)的裁判习惯相同。只是西方陪审推事的软弱无能,在中国却是无上的美德。^[129]尽管韦伯对中国古代司法制度的评价具有一定的独断性,但他还是正确地揭示了中国古代的司法依赖于一种实在的个体化与恣意专断。因为中国古代司法中,法官不限于适用成文法,还有更为强烈与沉重的伦理使命,使法无明文规定的各种行为都应当得到合乎伦理正义的处理。我国清末在沈家本的主持下修订刑律,

[126] 参见前引[117]侯国云文。

[127] 参见胡云腾:《废除类推及刑法科学化》,《法学研究》1995年第5期。

[128] 参见前引[64],D·布迪、C·莫里斯书,第443页。

[129] 参见前引[119],马克斯·韦伯书,第122页。

其中一大改进就是删除比附,克服传统“司法而兼立法”和“审判不能统一”的流弊,采用罪刑法定主义。但这一旨在限制司法权的改革由于与中国传统法律文化相抵触,受到保守派的攻击。例如江苏巡抚陈启泰对此批驳道:“犹是司法之向例,与立法迥乎不同,岂得指比附为司法而兼立法,与三权分立之义不符,竟可删除不用。乃独于第10条著明,凡律例无正条者,不论何种行为,不得为罪,转似明导人以作奸趋避之路。此失于太踈者一。”^[130]此后,虽然罪刑法定主义明定于刑法,囿于中国传统的司法观念,仍难有效地制约司法主体的行为。

新中国成立以后,在相当长的一个时期内法制厥如,以政策治理国家。司法活动也以政策为导向,成为贯彻政策的工具。在这种政策法的状态之下,司法运行难免陷入困境。当法律政策确定之后,由于种种原因,既没有通过立法渠道及时制定相应的法律、法规、条例,也没有通过司法渠道形成判例法体系。这就使国家的司法活动仅仅以十分抽象、笼统的法律政策、法律原则、法律精神为依据,从而给法官的个人主观因素留下广阔的用武之地。加之司法人员的政治、业务素质差别较大,不可避免地造成司法混乱。^[131]自1979年刑法颁行以后,司法工作开始进入一个基本上有法可依的法制轨道,但司法独立依然十分困难。为一个时期一个地区的中心工作服务,常常使司法活动难以正常开展。在刑事司法中,来自“打击不力”的压力,也往往使司法活动以运动式的节奏进入“严打”状态:一个战役接一个战役,一个专项斗争续一个专项斗争。在这种情况下,司法不自觉地或者说被迫地呈现出一种被动的态势,疲于奔命。而法官行为则表现出机械司法与能动司法的双重品格:在法律规定明确的情况下,存在法律教条主义;在法律规定不明确或者法无明文规定的情况下,则由于司法行为的工具性所决定,存在缺乏有效限制的自由裁量权。为避免打击不力的责难,不利被告的越权司法解释时有发生,刑罚趋重的审理结果也在所难免。这在一定程度上增加了法官行为的任意性和随机性,个人自由难以受到切实保障。当社会上发生危害社会的行为,缺乏“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”的罪刑法定意识,而是千方百计、绞尽脑汁地寻找所谓法律根据,似乎不将其入罪就是法官的失职。在市场经济大潮的冲击下,传统的刑事司法模式和法官的行为品格受到严重的挑战。随着人权意识的觉醒,要求司法行为法定化的呼声日益高涨。在刑法领域中,就是要实行罪刑法定主义,在授予法官必要的自由裁量权的同时又应依法限制法官的自由裁量权。为此,我国学者提出了“改造法官行为”的命题,从法官活动的正义性出发,法官应该有节制地运用刑罚权。^[132]我们认为,应当以罪刑法定主义的观点、制度、原则改造法官行为,使刑事司法运作遵循罪刑法定主义的精神。只有这样,才能重塑我国法官行为的品格。因此,对于我国刑事司法来说,罪刑法定主义所昭示的价值蕴涵是它的内在要求。

改造法官行为的基本内容是以罪刑法定规范法官行为。在我国刑法学界,无论是主张罪刑法定还是主张刑事类推的学者,都肯定了这样一个事实,虽然我国刑法规定了类推制度,但在司法实践中适用类推的案件十分有限。但对这一事实却得出截然不同的结论:主张罪刑法定的学者以此为根据,认为类推制度形同虚设,实无继续保留之必要;而主张刑事类推的学者则认为,导致类推数量极少的原因,并非因为需要类推的案件少,而是因为其他人为的因素造成的。这些因素主要是:有些本应类推定罪的案件未以类推定罪,或者不以犯罪论处,或者直接适用

[130] 参见张培田:《中西近代法文化冲突》,中国广播电视出版社1994年版,第171、178页。

[131] 参见前引[63],武树臣等书,第778页。

[132] 参见前引[30],宗建文文,第97页。

有关刑法条文定罪,或者通过司法解释使司法机关直接适用某个刑法条文定罪。因此,不能以此否定刑事类推。^[133]我们认为,确如主张刑事类推的学者所言,当前司法实践中大量需要类推的案件因为有些司法机关嫌费时费时而未适用类推,而是直接援引有关刑法条文定罪,甚至最高司法机关也以司法解释的形式确认了这一点。应该说,这是极不正常的。主张罪刑法定的学者以类推案件少为理由否定刑事类推,确有简单化之嫌,难以令人信服。但如果我们进一步考察这种现象产生的原因,就会发现:它的存在还是由类推制度造成的。正因为刑法规定了刑事类推,司法机关才敢于对法无明文规定的行为直接援引最相类似的刑法条文未经类推程序而予以定罪。因为在类推制度的司法建构中,法官头脑中缺乏“法无明文规定不为罪”的观念。如果刑法废除类推制度,明文规定罪刑法定,并以此规范法官行为,那么司法上的恣意性就会受到严格限制。因此,类推制度存在本身,就对法官具有“法无明文规定可以入罪”的引导与示范的效应。当然,我们也承认严格限制的刑事类推与罪刑擅断不可同日而语,但我国个别学者由此得出结论,认为我国的具有严格限制条件的类推制度不但不会侵犯人权,反而能防止司法人员擅自对刑法条文作扩张解释,从而起到保护人权的作用。^[134]应该说,这一观点是我们绝对不能苟同的。这里涉及的问题是:在罪刑法定与刑事类推这两种司法建构中,到底在哪一种司法建构中的法官行为受到的控制更为严格?结论不言自明。类推定罪,即使具有严格限制,不说侵犯人权,至少也可以说是对人权保障不力,岂谈得上保护人权。至于认为即使有恣意违法擅断,也是个别“执法人”本身的问题,而不是类推制度的问题,^[135]这种把人与制度截然分开的观点,也是不能成立的。事实上,只在有罪刑法定的司法建构中,法官行为才能在法制的范围内运作,人权才能得到更为切实的保障。

我国著名刑法学家高铭喧教授指出:罪刑法定原则是一项进步的原则。它既不妨碍统治阶级根据自己的利益制定法律规定“罪”和“刑”,同时对于公民的权利来说是一种切实有效的保障。因为法律要求公民的是遵守法律的规定:明文授权做的他就有权做;明令要求做的他就义务做;明令禁止做的他就义务不做。特别是禁止事项,包括一切构成犯罪的行为,如果不是法律明文规定,公民将无所适从,因为他不知道这样做是法律所不容许的。高铭喧教授认为,在全面修改刑法时,在刑法中明确规定罪刑法定原则,不再规定类推制度。^[136]可以毫不夸张地说,罪刑法定主义已经成为我国刑法学界的共识,尽管对它的理解上可能存在一定程度的差异。我们坚信,存活了数千年的刑事类推制度在中国行将寿终正寝,我们将迎来一部明文规定罪刑法定主义的新刑法典,从而使我国刑法进入一个罪刑法定主义的黄金时代。

[133] 参见前引[117],侯国云文。

[134] 参见前引[117],侯国云文。

[135] 参见前引[20],甘雨沛、何鹏书,第225页。

[136] 参见高铭喧:《略论我国刑法对罪刑法定原则的确立》,《中国法学》1995年第5期。