罪刑法定原则的确立与我国刑事司法实践

谢 云 志
(四川师范大学 政治教育学院,四川 成都 610068)

摘要:我国1997年虽已将罪刑法定原则法定为刑法的基本原则,但刑事司法实践中仍存在与这一原则相悖的现象。要实现中国社会的法治化,必需切实贯彻罪刑法定原则,加大立法力度,减少司法解释的越权行为;加强对侦查程序合法性审查,减少并杜绝对犯罪嫌疑人、被告人合法权益的侵犯;坚持"严打"与整治相结合,实行社会治安的综合治理;推行主审法官负责制和错案追究制,确保审判公正。

关键词:罪刑法定原则;刑事司法实践;法治秩序
中图分类号:DF61 **文献标识码**:A **文章编号**:1000-5315(2003)04-0037-05

罪刑法定原则作为资产阶级革命的成果,历经几个世纪,为人类的发展、社会的进步作出了积极贡献。1997年3月14日通过的我国修订后的刑法典(以下简称新刑法典)将这一原则确定为我国刑事制度的基本原则,开启了我国刑事制度的新篇章。然而,我国刑事司法实践中贯彻这一原则并不理想。本文试图追溯罪刑法定原则的确立历程,陈列我国刑事司法实践中与罪刑法定原则相悖的不合理现象,探究在刑事司法实践中贯彻罪刑法定原则的方法。

一 罪刑法定原则的确立

(一)罪刑法定原则的理论基础

1.孟德斯鸠的三权分立论是罪刑法定主义的一大理论基础

孟德斯鸠在《论法的精神》中指出:"当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之中,自由便不复存在了;……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一,法官便将握有压迫者的权力。如果一个人……或是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个人犯罪或争讼权,则一切便都完了。"[1](156页)孟德斯鸠认为,法官是法律的奴仆,只应是机械地适用法律的工具,法官无权创造法律。

2.费尔巴哈的心理强制说是罪刑法定原则的另一理论基础

费尔巴哈指出:人欲求快乐,所以努力得到一定的快乐,人又想逃避一定的痛苦。……因而人在可能获得较大的快乐时,就断绝较小的快乐的意念;而可能避免较大的痛苦时,就会忍耐较小的不快乐[2](174页)。人们犯罪就是由于在犯罪时获得快乐的感性冲动而导致的,为了抑制这种冲动就要动用一种不快乐的刑罚。就需要事先制定刑法确认何种行为是犯罪并对这种犯罪施以何种刑罚,人们在采取这种行为前,就要惦量一下犯罪获得的快乐和可能遭受的痛苦何者为大,从而采取行动。刑法是一

收稿日期:2002-12-10
作者简介:谢云志(1965—),女,四川省成都市人,四川师范大学政治教育学院副教授。

张价目表,行为人通过价目表选择自己的行为。

(二)罪刑法定原则的主要内容

1.绝对罪刑法定原则的主要内容

绝对罪刑法定原则的主要内容包括:排斥习惯法,强调法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚,只有成文法才是定罪量刑的依据;禁止刑法溯及既往,又称事后法的禁止,如法国1810年刑法典第四条规定:"不论违警罪、轻罪或重罪,均不得以实施犯罪前未规定之刑处罚之。"刑罚禁止不定期刑,主张绝对的定期刑;禁止类推适用和扩大解释,认为类推适用是法官造法,扩大解释违背立法者的本意而直接违反法定原则。

2.相对罪刑法定原则的主要内容

相对罪刑法定原则的主要内容有:允许习惯法成为刑法的间接渊源,以"确有必要"、"实属不得已"为限;有条件地适用从旧兼从轻原则;允许采用相对不定期刑;允许有条件地适用类推和严格限制的扩大解释,如果类推有利于被告才能适用。

(三)罪刑法定原则的法律渊源

1.古代萌芽。古罗马法有:"适用刑罚必须根据法律"的规定,后来逐渐形成了"法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚"(nulla crimen sine lege, nulla poena sine lege)的拉丁文法律格言。

2.英美法系国家最先确立了罪刑法定原则。1215年英王约翰签署的大宪章第三十九条规定:"凡自由民除经其贵族依法判决或遵照国内法律之规定外,不得加以扣留、监禁、没收其财产、剥夺其法律保护权,或者加以放逐、伤害、搜索或逮捕。"这一原则在1628年的《权利请愿》和1689年的《权利法案》中进一步得到确认。

1776年北美殖民地13州于6月12日公布的《弗吉尼亚权利法案》第八条规定:"……除了国家法律或同等的公民的裁判外,任何人的自由不应受到剥夺。"1787年颁布的《美利坚合众国宪法》第一条第九款第三项规定:"……追溯既往的法律不得通过之"。

3.大陆法系国家罪刑法定原则的确立。1789年法国大革命后通过的《人和公民的权利宣言》第五条规定:"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。"该《宣言》第八条规定:"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实行的法律以外,不得处罚任何人。"1810年颁布的《拿破仑刑法典》第四条规定:"没有在犯罪行为时以明文规定刑罚的法律,对任何人不得处以违警罪、轻罪和重罪。"

拿破仑刑法典颁布后,欧洲大陆大多数国家都在立法中确立了这一原则,如意大利、瑞士等。在亚洲,日本在1880年制定的刑法典中规定:"无论何种行为,法无明文规定者不罚"。

4.罪刑法定原则在旧中国法律中的规定。罪刑法定原则在19世纪末20世纪初传入我国,1908年清政府颁布的《钦定宪法大纲》中规定:"臣民非按照法律规定,不得加以逮捕、监察、处罚"。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。"1936年1月1日施行的《中华民国刑法》第一条规定"(罪刑法定之原则)行为之处罚,以行为时之法律有明文规定为限"。

5.罪刑法定原则已成为全世界公认的原则。1948年10月联合国大会第三届会议通过的《世界人权宣言》第十一条第二项规定:"任何人的任何行为,其发生时依国家法或国际法以不构成刑事罪后,不得被判刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。"

(四)罪刑法定原则在我国新刑法典中的体现

我国1979年刑法典没有明确规定罪刑法定原则,而在其第七十九条中规定了类推制度,1997年全面修订刑法典时,才正式将罪刑法定原则法定化。

1.新刑法典中明确规定了罪刑法定原则

新刑法典第三条规定;"法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。"与此同时,废除了原刑法第七十九条的类推制度。罪刑法定原则在我国刑事制度中得到了确立。

2.刑法总则中对罪刑法定原则的贯彻

刑法总则明确规定了从旧兼从轻原则,将犯罪概念法定化,将犯罪构成要件法定化,如对精神病人、聋哑人、酗酒的人承担刑事责任的条件作出了严格规定,对缓刑、减刑和假释规定了严格的程序,规定酌定减轻情节由最高人民法院审判委员会核准等。

3.刑法分则对罪刑法定原则的贯彻

刑法分则进一步明确了罪状,新刑法典一般采

用叙明罪状，改变了原刑法典罪状表述上的简略、笼统、模糊；分解了口袋罪，将原刑法第一百一十七条投机倒把罪分解到新刑法典第三章破坏社会主义经济秩序罪之中；将原刑法第一百六十条的流氓罪分解为：聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、侮辱、猥亵妇女罪、聚众淫乱罪；将玩忽职守罪，分解规定在新刑法典第九章之中；规定了明确的法定刑，我国新刑法典分则对每一具体罪都规定了具体、明确的法定刑。

二　罪刑法定原则在我国刑事司法实践中存在的问题

罪刑法定原则被我国刑法典确定为基本原则，开启了我国刑事法制的新时代，但这仅仅标志着刑事法制新时代的开始。由于我国几千年封建帝制的深远影响，罪刑法定原则在我国刑事司法实践中的彻底贯彻还有很长的路要走。我国刑事司法实践中还有诸多作法直接或间接与罪刑法定原则相悖。

（一）司法解释造成越权

我国是大陆法系国家，拒斥习惯法和判例法是其传统。但是，我国司法实践中允许甚至鼓励最高司法机关作出大量的司法解释。如最高人民法院和最高人民检察院以《……若干问题的规定》、《……若干问题的解释》、《……若干问题的解答》、《……问题的批复》的方式对现行刑事法律和有关规定作出限制、扩大解释或补充规定，有的规定甚至与现行法律条文的规定大异其趣，而这些司法解释在我国司法实践中受到普遍尊重和彻底贯彻，在刑事司法实践中其效力甚至高于现行的刑法典和刑事诉讼法典。更有甚者，最高人民法院、最高人民检察院与行政机关如公安部、国家安全部、司法部以及立法机关的职能部门如全国人大常委会法制工作委员会联合颁布《……若干问题的规定》，这种多机关联合颁布的规定是对现行刑法典、刑事诉讼法典的司法解释？行政解释？还是立法解释？其解释的法律性质令人难以确定，其效力高低令人难以评判。如果说，由于我国地域辽阔、民族众多、经济文化发展极不平衡，司法解释具有现实性、过渡性和存在的合理性，那么，在罪刑法定原则已作为法定原则确立于我国刑法典的今天，司法解释大量存在并无限膨胀就不应再视为正常现象；如果说司法解释有利于被告，相对罪刑法定主义是允许的话，司法解释加重对被告人的刑罚就不应容忍。

（二）违法侦查行为的存在

我国长期注重犯罪控制、注重安全价值，我国刑事实体法律制度以重刑主义为特色，刑事诉讼法律制度以职权主义为模式。强调侦、控、审一体化，以侦查为中心，赋予侦查人员诸多侦查权力。侦查人员超越法律赋予的侦查权进行侦查活动而受到社会的默许，必将与罪刑法定原则设立的初衷——反对罪刑擅断、确立正当程序、保护犯罪嫌疑人和被告人的合法权益相违背。我国刑事诉讼法第十四条明确规定："人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。"但在司法实践中，有的公安司法人员对这一法定义务并未切实履行。有的侦查人员尤其是边远落后地区的侦查人员，在执行侦查任务中，没有出示警官证的习惯，有的侦查人员连搜查证、拘留证也"忘记"出示便先行搜查、拘留。在侦查程序中诱供、逼供现象还不少见。越权使用和滥用"坦白从宽、抗拒从严"的刑事政策较为普遍。众所周知，从宽、从严是司法机关适用刑事法律过程中的裁量权，侦查人员并无司法裁量权，也就无权适用从宽从严的刑事政策。有的侦查人员甚至给犯罪嫌疑人许愿，只要交出××证据或退赃积极，便可放弃对犯罪嫌疑人的指控，而犯罪嫌疑人一旦交出证据或赃款、赃物，侦查人员便不承认自己许过的愿，不会也无权对犯罪嫌疑人从宽处理。又如，超限羁押是我国侦查程序中的顽症，有的侦查人员认为，羁押犯罪嫌疑人是获取证据的捷径，他们往往不顾法定条件，随意羁押犯罪嫌疑人。由于羁押的犯罪嫌疑人过多，警力有限，加之有的侦查人员工作严重不负责任，势必造成超限羁押。"罚款"结案现象也时有发生，有的侦查机关为了本单位的经济利益，将本应移交检察机关提起公诉的案件，作为一般违法案件处理，以罚款方式结案。尤其是假冒伪劣商品案、商标专利等知识产权侵权案等以罚款结案的居多。公安机关经常在报刊、电台、电视台等新闻媒体发布公告，规定××类犯罪的嫌疑人于××年××月××日之前投案、归案的以自首论，对其予以从轻或减轻刑事处罚。这类公告直接违反了罪刑法定原则。我国刑法第六十七条规定："对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。""可以从轻或减轻处罚"的规定是赋予法官处罚的自由裁量权，公安机关并无权宣布对哪类案件的哪类人如何处罚。可见，公安机关公告的内容实属越权。

(三)“严打”整治中的违法现象

建立社会主义市场经济体制必然打破原有的计划经济体制下的利益结构模式,掀起社会利益的重新分配与确立浪潮,造成社会利益群体的大分化与大组合,不可避免会带来社会秩序的震荡与混乱,各种犯罪的滋生与蔓延也在所难免。预防、打击与遏制经济转型时期的各种犯罪,为我国建立和维护相对稳定的社会秩序是各级政府的重要职责。在我国司法资源短缺、各种犯罪猖撅的情况下,开展“严打”活动,在一段时期内集中力量,专项治理某类、某几类犯罪,其作用不可小视,其效果不可低估。但“严打”要求从快、从重惩治犯罪分子,“从快”与罪刑法定原则维护犯罪嫌疑人、被告人正当程序的宗旨相悖;“从重”与罪刑法定原则强调的法律准绳、严格法定条件不符。同时,“从快、从重”的严打行为更加强调公检法三机关的相互配合、相互支持,弱化相互监督、相互制约,降低立案、起诉标准,无罪判有罪,轻罪判重罪的现象时有发生,直接危及法律的权威性和司法机关的公正性,最终与惩治犯罪、维护社会秩序的初衷相违背。再者,“严打”不仅与市场经济法治本质相悖,也不适于我国加人 WTO 后开展国际司法协助的国际环境,在实践中还会给公民和其他不稳定分子造成有“严打”必有“宽打”的错觉,给不稳定分于带来“宽打”作案的期盼,不利于刑罚一般预防目的的实现。

(四)违法审判时有发生

我国刑事诉讼法第十二条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”可见,人民法院是我国刑事案件的唯一和最终裁判者,是罪刑法定原则的最终贯彻者和公平正义的体现者。法官违法、枉法裁判直接违反罪刑法定原则,破灭犯罪嫌疑人、被告人心中公平正义的最后希望,动摇公民对法律的尊重和对法官的尊重。近年来,一些法官,尤其是经济文化不发达地区的法官,违法、枉法现象时有发生。有的法官直接违反我国刑事诉讼法第二十九条“审判人员、检察人员、侦查人员不得接受当事人及其委托人的请客送礼,不得违反规定会见当事人及其委托人”的规定,接受当事人及其委托人的礼品、礼金及其请吃请喝,违反规定单独会见当事人及其委托人,帮其出谋划策,更有甚者收受或索要贿赂,与当事人及其委托人达成定罪量刑的私下交易。有的审判人员过分依赖和信赖公诉人,主观上将公诉人提供的证据作为定案的唯一依据,不注重法庭质证和法庭辩论意见,有的审判员明知被告人无罪,为了不“得罪”公诉人,与公诉人达成“有罪缓刑”的交易。有的审判人员违反不告不理原则,判决出公诉书中并未指控的罪与刑。有的案件审判分离,审理案件的人不判案,判决案件的人不审案,有的案件由不参与审案的刑事庭的庭长、副庭长决定罪与刑,审判长审理案件无权裁定案件,尤为突出的是上呈到审判委员会的案件,审委会的人员几乎都不是该案的办案人员,势必影响审委会人员对案件事实的客观认定和对法律的正确适用。有的法官办关系案、人情案,将自由裁量权不是用于适用法律方面,而是用于关系人情方面。对当地有重大影响的刑事案件,有的由当地党委的政法委书记出面召集公安机关、检察院、法院负责人协调立场,协调结论交法院负责人落实,这种“先判后审”的现象并不鲜见。

三　在刑事司法实践中贯彻罪刑法定原则的几点建议

在刑事司法实践中贯彻罪刑法定原则,既是我国法治发展的内在要求,也是这一原则得以实现的需要。在司法实践中贯彻罪刑法定原则,应采取以下主要措施。

1. 加大立法力度,减少司法解释。刑事法律是我国的基本法律,刑事法律规范应由我国最高立法机关予以确立、修订、废止和解释。减少司法机关对法律适用的解释,杜绝司法机关超越法律规定的解释,禁止加重被告人刑罚的司法解释,禁绝司法机关与行政机关联合作出对刑事法律的解释。

2. 加强对侦查程序的合法性审查,减少并杜绝对犯罪嫌疑人、被告人合法权益的侵犯。应建立证据排除规则,取消非法获取的证据的可采性。凡警官未出示证件获得的证据应视为非法获取的证据,诱供逼供获得的证据应一律在法庭上予以排除。限制侦查机关使用“坦白从宽,抗拒从严”的刑事政策,这一政策应由检察机关和人民法院使用。严格监督侦查机关对犯罪嫌疑人的超限羁押和以罚款结案现象,投案自首的公告应由最高人民法院发布、公安机关执行。建立侦查人员责任制,赋予侦查人员独立办案的权力,同时还应建立非法侦查追究制,对违法侦查者追究行政责任、民事责任,严重者追究刑事责任。

3. 坚持"严打"与整治相结合，实行社会治安综合治理。应建立一套行之有效、群众欢迎、效力持久的社会治安综合治理制度，将预防犯罪、惩治犯罪和改造犯罪有机地结合起来，即将防患于未然、惩治于已然和改造于实然有机地结合起来，将公安司法机关集中惩治性的"严打"变为公安司法机关的经常一贯性工作与群策群力的治安联防相结合，将单一的刑事追究与改善社会环境条件、工作生活条件、加强教育文化建设、提高全民族科学文化素质尤其是公民的法律素质相结合，综合治理、标本兼治，追求长期稳定的社会秩序。

4. 推行主审法官负责制和错案追究制，确保审判公正。在法院建立主审法官对案件的全面负责制度，实现审判合一，赋予主审法官充分的权利，刑事庭的庭长、法院院长、副院长和审判委员会原则上不干预主审法官办案，没有法定的回避事由不得撤销主审法官对某一案件的审判。同时应建立错案追究制，对违法裁判、枉法裁判的法官予以追究，使主审法官的权利与责任均衡。实行法官职业终身制，非经法定程序不得调离法官岗位、解除法官职务，建立法官养老保障制度和其他保障制度，解除法官的后顾之忧。实行法官薪金单列制，法官的薪金应与地方财政脱钩实行中央财政统一单列，法院收支两条线，严禁法院创收，打破地方保护主义和单位本位主义，为法官和法院公正司法创造良好的社会环境条件。

总之，在刑事司法实践中全面贯彻罪刑法定原则，是我国社会主义市场经济的内在要求，是我国法治建设的重要内容，是社会主义民主政治和保障公民人权的需要，也是开展国际司法协助的需要。罪刑法定原则的彻底贯彻需要我国各项制度的相互配套，社会成员尤其是司法工作人员的不懈努力方能奏效。

参考文献：

[1]孟德斯鸠. 论法的精神：上卷[M]. 北京：商务印书馆，1963.
[2]高名暄. 刑法学原理：第一卷[M]. 北京：中国人民大学出版社，1993.

Establishment of Legally Prescribed Punishment Principle for Specific Crime and China's Criminal Juridical Practice

XIE Yun-zhi
(Political Education Institute, Sichuan Normal University, Chengdu, Sichuan 610068, China)

Abstract: There exists in criminal juridical practice something directly contrary to the principle of legally prescribed punishment for specific crime, which is legalized in China in 1997 as basic principle of criminal law. To realize rule by law in China, it is necessary to put it into effect, enhance legislation and reduce ultra vires in judicial interpretation; strengthen legality examination of investigation procedure, and reduce encroachment of suspects' and defendants' legal right; adhere to the combination of "hard-strike" and administration and exercise comprehensive control of social security; and promote the responsibility of chief judge and investigation into misjudged cases and ensure adjudication justice.

Keywords: principle of legally prescribed punishment for specific crime; criminal juridical practice; rule-by-law order

[责任编辑：苏雪梅]