

刘建柱◎主编

深圳市第十一届

检察理论研讨会获奖论文

QIANGHUA FALV JIANDU XINTANSUO

强化法律监督新探索

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

强化法律监督新探索——深圳市第十一届检察理论研讨会获奖论文/
刘建柱主编. 北京: 中国检察出版社, 2006
ISBN 7-80185-578-7

I. 强… II. 刘… III. 检察机关-工作-中国-学术会议-文集
IV. D926.3-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 032044 号

强化法律监督新探索

——深圳市第十一届检察理论研讨会获奖论文

刘建柱 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 16 开

印 张: 38.5 印张

字 数: 956 千字

版 次: 2006 年 6 月第一版 2006 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-578-7/D·1553

定 价: 78.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

法理篇

原书缺页

比较原则、笼统。在这种没有由法律统一对刑事非法证据的认定问题作出具体规定的情况下,相关司法部门各自为政作出的规定往往因其仅适用本部门范围而具有临时性;其次,在证据种类上,相关司法解释所指的“非法证据”仅限于被告人供述、证人证言和被害人陈述这三种言词证据,对于侦查机关非法获取的实物证据是否属于应排除的“非法证据”、由非法获取的言词证据衍生出来的其他种类证据是否采信等问题至今没有规定,立法一片空白;最后,现有司法解释对刑讯逼供等非法手段收集的言词证据采取了绝对排除的原则,未免过于绝对化,等等。由此可见,我国的立法仅仅是对部分刑事非法证据的排除作了一些原则、笼统的规定,并没有形成一个系统的、具有内在逻辑联系、层次分明的刑事非法证据排除规则体系。

二、建构刑事非法证据排除规则的价值分析

是否确立非法证据排除规则涉及惩罚犯罪与保障人权的价值选择问题,是刑事诉讼领域最容易产生价值冲突而我们又必须面对和解决的问题。那么,我国到底要不要建构刑事非法证据排除规则呢?笔者认为非常有必要。

(一) 建构刑事非法证据排除规则是建设社会主义法治国家的需要

社会主义法治的一个核心方面就是以法律制约公共权力,防止公共权力的滥用,充分保障公民的人身权、财产权以及其他权利不受国家权力的非法干涉和侵犯。司法权作为国家权力(公共权力)的一种,对其予以限制即是社会主义法治得以真正实现的一个重要体现。刑事非法证据排除规则的制度价值正体现了社会主义法治的目的和要求,而制止侦查机关非法取证行为,最为有效的方法就是宣告非法取得的证据不具备可采性。同时,在实现法治的过程中,程序的公正性、合法性比实体的公正更具有重要和普遍的意义。非法证据排除规则正是保证程序公正的一个有效的措施。

(二) 建构刑事非法证据排除规则是切实保护公民权利的需要

我国正处在社会主义市场经济的健全和发展时期,不断加强对公民权利的保护是市场经济条件下的必然要求。就全球来说,加强对公民权利的保护已是国际潮流。我国宪法虽然明确规定公民的人身权、财产权、民主权利和其他权利不受侵犯,但长期以来我国刑事诉讼活动中“重实体、轻程序”、“重打击、轻保护”的倾向较为严重,犯罪嫌疑人、被告人的合法权益没有得到切实、有效地保护,造成了一些冤假错案。现行的法律虽然禁止非法取证行为,但并没有彻底否定非法证据的效力,这就为刑讯逼供、非法拘禁等非法取证行为提供了生存空间。建构非法证据的排除规则,可以使一些司法人员刑讯逼供、非法拘禁的行为徒劳无益,从而在根本上遏制和消除刑讯逼供和非法拘禁现象。

(三) 建构刑事非法证据排除规则是完善我国刑事证据制度的需要

从全球化的角度分析,当代主要法治国家在法治思想、立法、司法上呈现融合的趋势。综观英、美等法治发达国家对于非法证据排除规则的建构情况,有的在成文法中明确规定,有的通过判例予以明确,非法证据排除规则的立法也呈现出愈加严格的趋势。我国已经加入WTO,在法律方面,我们也应日益向国际靠拢。因此,国际刑事诉讼法的这种发展趋势,是值得我们借鉴的,建构刑事非法证据排除规则是适应国际潮流的要求,更是完善我国刑事证据制度的需要。

（四）建构刑事非法证据排除规则是维护司法公正、树立司法权威的需要

现代法治社会要求事实的探求须有界限，真相的查明须依规则，而不能为了查明案件事实恣意妄为、不择手段。越来越多的人认识到司法程序公正的重要性，所以现代国家在设计和运作刑事诉讼制度时，均强调程序的正当性，更多地关注涉讼公民的基本人权保障。根据正当程序观念，刑事诉讼不仅应追求结果的公正，而且应注重过程的公正，即程序正当。而刑讯逼供、非法搜查等非法取证手段，尽管在个别情况下有利于案件实体真实的发现，但它本身在运作过程中有违理性、不人道或有损人的尊严等，给人以野蛮、落后、残暴的感受。如果法院采证以侵犯被告人权利的手段非法取得的证据作为定罪量刑的依据，那么，法院不仅未贯彻体现人道、公正的正当程序，反而成了非法取证的“同谋”，公众就会通过司法这个窗口对社会公正发生怀疑，对司法制度失去信心，甚至产生对抗。因此，非法证据排除规则通过保持刑事诉讼程序的正当性有助于维护司法公正、树立司法权威，使刑事司法制度有效运作。

（五）建构刑事非法证据排除法则是履行国际法义务、进行国际人权斗争的需要

加强被告人权利保护，已成为国际社会的大趋势。保障刑事被告人权利已不仅是一国的国内法义务，还是一项国际法上的义务。近几十年来联合国及相关国际组织已在不少规范性国际法律文件中对保障被告人权利作出了有力的规定，联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第15条规定：“每一缔约国应确保在任何诉讼程序中不得援引任何确属酷刑逼供作出的陈述为证据，但这类陈述可引作对被控施用酷刑逼供者起诉的证据。”第2条第（1）项规定：“每一缔约国应采取有效的立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现施行酷刑的行为”；第16条第（1）项规定：“每一缔约国应保证防止公职人员或以官方身份行使职权的其他人在该国管辖的领土内施加、唆使、同意或默许未达到第一条所述酷刑程度的其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的行为。”作为联合国常任理事国，我国应当按照国际社会公认的国际法原则、国际人权宣言和公约，承担普遍的或特定的国际义务，对侵犯被告人基本权利的证据予以排除，以加强对被告人权利的保障。而且几年来，少数西方国家推行所谓的“人权外交”，以人权状况为由对我国和其他一些发展中国家的内政横加干涉。对于刑事司法人权方面存在的不足和问题，如果不予重视和及时解决，那么它们很可能继续成为少数国家攻击我国人权状况的借口或“凭证”，不利于我国在国际人权斗争中掌握主动权，也阻碍我国刑事诉讼制度进一步科学化和民主化的发展。因此，建构非法证据排除规则，加强被告人权利保障，可以为我国在国际舞台上进行人权对话和斗争创造有利的条件。

三、建构刑事非法证据排除法则是的依据分析

（一）借鉴依据：国外立法及国际规则

一般认为，刑事非法证据排除规则肇始于美国。美国宪法第四条修正案规定，以非法手段收集的证据不得在刑事指控中作为有罪的证据采纳。联邦最高法院在1914年威克斯诉合众国一案（Weeks v. U. S.）的判决中认为，如果不排除违法搜查或扣押的证据，那么宪法修正案将毫无价值可言，从而确立了现代意义上的非法证据排除规则。英国1984年《警察与刑事证据法》第76条规定了对非法取得的被告人供述的自动排除规则。法国对于刑讯逼供和其他非法方法取得的言词证据，立法和判例均持否定的态度。日本《宪法》第38条和《刑事诉讼法》第319条，均规定非法取得的自白不得作为证据。联合国《禁止酷刑和其他

原书缺页

原书缺页

人权视野下的罪刑法定原则*

一、罪刑法定原则的概论

1997年3月14日正式实施的《中华人民共和国刑法》确立了一项重要的现代刑法原则,即罪刑法定原则。这个在世界各个文明国度有着200多年历史的、最为基本的人权法则终于在这一年成为中国刑法的第一准则,从而为中国法治建设奠定了最为坚硬、牢固的底座。这项基本原则在中国的刑法中表述为:法律规定为犯罪行为的,按照法律定罪处刑;法律没有规定为犯罪的,不得定罪处刑。老百姓很快就将其简化为“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。

什么行为是犯罪,对具体犯罪行为科处什么刑罚,必须由法律预先加以规定,如果法律对某种行为未加规定,即使该行为对社会有严重危害,也不能对其定罪判刑,谓之罪刑法定。

罪刑法定原则的本质是禁止事后法,使公民不因事后法而成为罪犯和受到处罚,它要求刑法规范必须具备法定化、实定化和明确化三要素。该原则的基本内容即其派生的原则包括:(1)排斥习惯法。经国家认可,赋予其法律效力并由国家强制力保证实施的习惯是习惯法。习惯法在英美法系国家占有重要地位,中世纪的英国把习惯法作为刑法的一大渊源。违反习惯法要承担刑事责任。大陆法系国家不承认习惯具有法律效力,“刑法的确定性”排斥“习惯刑法”的适用。(2)否定绝对的不定期刑。对犯罪人判处自由刑时只宣告其罪不宣告其刑的刑罚制度,不定期刑的具体刑期和出狱时间视犯罪人在服刑期间的表现而定。不定期刑有绝对不定期刑与相对不定期刑之分,前者指宣告刑的刑期完全不确定,后者只确定刑期幅度或刑期的上限或下限。1877年美国布鲁克汇耶尔麦拉感化院实行相对不定期刑,后为一些发达资本主义国家采用,适用对象主要是少年犯和常见危险犯。这些国家和地区已废止不定期刑的适用。(3)坚持刑法无溯及既往的效力。刑法对它颁行前的任何行为,均不发生效力,是刑法不溯及既往原则,其目的在于使人们免遭“不测之罪刑”。此原则自美国1787年宪法,法国1789年人权宣言之后,为实行罪刑法定原则的西方国家所公认。英国普通法禁止刑事事后法的观念根深蒂固,判例法采“概从旧法”主义,追溯既往被认为是违反正义和法制的行为。美国在1964年鲍伊上诉案中最高法院明确宣布“判例无溯及力”。但在对行为人有利时不受此限。(4)禁止类推。统治阶级认为是危害社会的犯罪行为而刑事法律却没有明文规定,比照现行刑事法律最相类似条文定罪处刑的制度是刑事类推。1789年法国《人权宣言》、1791年法国刑法典对“无法无刑”原则作了规定。明文禁止类推是历史的进步。法西斯德国1935年6月28日将1871年德国《刑法典》第2条“罪刑法定主义”规定修改为“任何人,如其行为依法律应处罚者,或依刑事法律的基本原则和人民的健全

* 高大伟 深圳市宝安区人民检察院

正义感应处罚者，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”。无限的类推取代罪刑法定为司法专横迫害人民大开方便之门。第二次世界大战后民主化趋势加强，世界各国先后进行刑法改革，苏俄等个别实行类推制度国家从立法上废除了类推。

二、人权的兴起和罪刑法定的渊源

（一）一元社会结构与刑事类推制度

根据市民社会与政治国家是否分化，社会结构可以被区别为一元化结构和二元化结构。当市民社会与政治国家高度重合，合二为一，即市民社会被政治国家完全淹没时，这个社会就被称为一元社会结构的社会，其典型适例就是前资本主义社会。而当市民社会从政治国家中彻底分化出来，存在着与政治国家对峙的、独立的市民社会时，这一社会就是二元结构的社会。

在一元化的社会结构中，刑法自然以保护国家利益、社会整体利益为己任，难以以人权保障作为价值导向，难以限制国家刑罚权的擅自发动为目标定位，也就是说这时的刑法是一种政治刑法。它最大限度地追求犯罪的打击和控制，以保证对社会秩序的维持，刑法成了单纯推行国家意志的工具，工具性成了刑法的根本特征。在1979年刑法颁行之时，无论从历史传统，还是从现实状况看，中国社会都是一个一元结构的社会，权力应受限制或已受限制都还没有充分存在的社会基础，从而保障人权和限制刑罚权为价值定向的罪刑法定主义便不可能生存或被迅速接受，相反，类推制度的存在却有其合理性。在中国古代，类推制度一直颇受青睐、大得其宠，就是为了弥补成文法之不足，以便网尽天下的犯罪，更好地维护专制国家的统治。1979年刑法典的颁布，我国社会正值改革开放的开始时期，一元社会结构还没解崩，于是这部刑法也必然打上了这一社会结构的深刻烙印。体现这一社会结构的要求，刑法不但没有确立罪刑法定原则，反而规定了类推制度。在西方，罪刑法定主义在前资本主义社会的一元社会结构中，也是不存在的。马克思曾经指出：中世纪的精神可以表述如下：市民社会的等级和政治意义上的等级是同一的，因为市民社会就是政治社会，因为市民社会的有机原则就是国家的原则^①。与此相应，西方中世纪的刑法盛行罪刑擅断，沦为国家的镇压工具，成了国家控制个人的惟一手段。

由此可见，刑法对于社会具有相当程度的依赖性，在我国的刑法文化传统中，有一种根深蒂固的“类推情绪”。至今有人对刑事类推还恋恋不舍，这与中国长期的一元化社会结构的存在具有密切的关系。

（二）二元社会结构与罪刑法定原则

在前资本主义社会，市民社会与政治国家并未分化，而资本主义使市民社会与政治国家的分离变为现实。在资本主义条件下，政治国家与市民社会的疆界变得非常明显与清晰，政治国家的权力界限、大小及动作程序、个体权利的范围及其保障等从制度上都得以明白的界约。从这个意义上说，只有在市民社会与政治国家分离之后，才会产生近代的法治原则，而作为法治标志之一的国家制度，无非就是对政治国家与市民社会之间的范围与疆界的权威性

^① 《马克思恩格斯全集》，第1卷，第334页。

界约,也被称为是政治国家与市民社会之间的一种契约^①,正所谓“国家制度只不过是政治国家和非政治国家之间的协调,所以它本身必然是两种本质上各不相同势力之间的契约”^②。

罪刑法定主义原则首先在资本主义刑法中得到确立并不是偶然的,而是有着深厚的历史政治背景和坚实的社会基础的。如果没有二元化的社会结构作为现实支撑,纵使存在有刑法典,也不会实行罪刑法定原则,因为在只有政治国家没有市民社会的一元结构的社会里,即使主张限制各级官吏的擅断权力,也完全是为了加强和巩固国家所拥有的绝对权力。譬如,在中国封建社会,君主拥有立法、司法、行政等一切权力,在事实上拥有不受法律限制的擅断权力,由这种社会现实所决定,刑法以国家本位为价值取向,从而以保障要权、表征权力观念为特征的罪刑法定原则根本就没有产生和存在的社会基础。

随着社会的变迁,由社会需要中产生的罪刑法定主义也不是一成不变的,罪刑法定主义经过自我完善与变化能够适应社会需要,可以跟上时代的发展与社会的变迁。因此罪刑法定原则在现代刑法中的地位仍然不可动摇。罪刑法定主义在古典时期有几项派生原则:如,禁止类推适用、刑法效力不溯及既往、禁止适用习惯法,不容许绝对不定期刑等^③。罪刑法定原则进入垄断资本主义时期后,为了适应社会发展,其派生原则有所调整,现代形态的罪刑法定原则可以容纳以下四个派生原则,此即:排斥习惯法、排斥绝对不定期刑、禁止有罪类推、禁止重法溯及既往。有的学者还进一步提出明确性原则、严格解释原则、实体的正当程序原则等^④。罪刑法定原则从完全取消司法裁量到容许限制性的司法裁量;从完全否定类推到容许有限制的类推,即在有利被告的场合下容许类推;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。派生原则确实发生了变化,但保障人权的实质宗旨并没有改变,同时还增加了刑法的灵活性和社会适应性,以求得个人自由与社会秩序之间的更好平衡。其实,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势不两立,人既有个体性,也具有社会性,是个体性和社会性的统一,个体利益的实现不可能超出一定社会结构所提供的现实条件,个体主义和整体主义在罪刑法定原则中能够适当地协调和统一起来,罪刑法定主义完全可以容纳社会保护的有价值内容,西方国家19世纪末20世纪初的社会现实对罪刑法定原则派生原则的影响,不是对罪刑法定原则的否定。事实上伴随着生产社会化的加剧,在西方社会中社会本位取代个人本位而占优势地位,但这一转变不是以社会本位否定了个人本位,而只是为了适应社会发展,适当地调整了个人与社会的关系,至于个人自由在西方价值观中仍然占据优势地位^⑤。因此,只要二元化的社会结构存在,罪刑法定原则就有其存在的社会基础,就不会过时。面对中国蓬勃发展的市场经济、悄然生长的二元化结构,罪刑法定原则的立法化可以说正是我国立法者顺应社会发展的正确选择。

三、罪刑法定的人权价值

“人权”是个敏感的字眼,但却是个不容回避的问题。世界各国在肯定人权的价值、主

① 蔡道通:“类推制度的当代命运”,载《刑事法评论》,第1卷,第229页。

② 马克思:“黑格尔法哲学批判”,载《马克思恩格斯全集》,第1卷,第316页。

③ 甘雨沛等:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第223页。

④ 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上编),中国法制出版社1999年版,第29页。

⑤ 陈兴良:“罪刑法定的当代命运”,载《法学研究》1996年第2期,第42页。

张保障人权方面,至少在公开场合并无异议,争执的焦点在于人权的标准。刑事法律及其学说具有较强的阶级性,然而,现代刑事法律及其学说的存在与发展却以人权理念为基石。无视刑事法律的阶级性,则不能正确认识刑事法律;而忽视了人权保障,则不可能完善刑事法律。刑事法律及其学说中的几乎所有重大问题都与人权保障有关。人权保障理念的刑事法律学说可能红极一时,但终归是短命的。

(一) 罪刑法定原则的精髓是保障人权

罪刑法定原则,即“无法无罪,无法不罚”或称“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。其所派生的具体原则包括:排斥习惯法、禁止适用类推、原则上不溯及既往、禁止不定期刑和刑法规范明确化等。概括罪刑法定原则和它所派生的具体原则,主要是强调罪与刑的明确化、规格化和法定化。而罪与刑的明确化、规格化和法定化的实质在于限制政府及其司法机关任意行使刑罚权,最大限度地保障公民的自由权利。公民的自由权利是人权的重要内容。因此,可以说罪刑法定的实质是限制司法任意,保障公民权利,在保护社会利益和保护个人利益之间取得平衡。

1. 罪刑法定原则是对刑法的制定和适用给予限制,通过这种限制来保护公民个人的权利

罪刑法定原则对刑法制定的限制,排除立法上对罪与刑的规定的任意性,不得对非犯罪行为随意进行犯罪化和刑罚化,也不得对犯罪行为随意进行重刑化,使公民包括犯罪人享有的人身权利及政治权利呈现较为稳定的状态。罪刑法定原则对刑法适用的限制,排除司法机关及其工作人员在定罪量刑上的任意性,严格依法定罪、量刑,不得法外定罪,亦不得法外施刑,从而保障无辜者不受刑事追究,犯罪人不能逃脱法律的追究,使公民人权得到切实保障。刑罚是打击犯罪保护社会最有力的工具,若不加以限制,它往往也是侵犯公民个人权利最厉害的手段。如果对刑法的制定与适用不予限制,其结果势必广泛地侵犯公民权利。这种人人自危、无法预测自己行为合法性的状态甚于犯罪。在当代,给制定和适用刑法设置合理的限制,在保护社会利益和保护个人利益取得平衡的基础上,刑法才能发挥最理想的效能。对刑法的制定与适用加以限制,并不是有利于犯罪,而是发挥刑法制裁力并防止刑法被滥用的积极保障。防止刑法被滥用,可以通过多种渠道来实现,最重要的还是法律本身的保障。罪刑法定原则就是这种保障。

2. 罪刑法定原则所体现的“先喻后行”的公正理念,直接保障了公民的自由权利,有利于社会生活的稳定

人的行为应当是自由的,没有自由就没有人类社会的进步。然而,人的自由又是有限度的。如果任何人的自由都是无限的,那么任何人都将失去自由。自由权利的根本问题在于给自由确定一个相对稳定的合理限度,使一切人平等地享有限度以内的最充分的自由。这个限度就是用法律规定,允许公民做什么和禁止公民做什么。公民可以在允许的范围内充分行使自己的自由权利,而避免实施法律禁止的行为。法律特别是刑法对禁止性行为应予明确规定,法律未明文禁止的行为,应作允许公民实施的推定。罪刑法定原则就是通过明确规定公民自由的范围来保障其人权。

罪刑法定原则的法不溯及既往的内容体现了“先喻后行”的公正理念。法律的正义在于行为前的警告,对于什么行为是犯罪和应当受到什么样的惩罚,都应当事先在刑法中给予明确的规定。罪刑法定原则不允许司法机关追究和惩处刑法没有规定为犯罪的行为。这就使

公民个人自由不会受到任意的和事后的司法侵犯,从公民自由范围的稳定性方面使人权得到有效的法律保障。

3. 现代刑法的功能决定罪刑法定原则体现人权保障

刑法的功能可以分为惩罚与保护两个方面。即惩罚犯罪、预防犯罪,保护国家、社会和公民个人的利益。惩罚犯罪、预防犯罪的目的又是为了保护国家、社会的利益和公民个人的合法权益。刑法的惩罚功能和保护功能统一于实现国家、社会保护和公民个人保护这一目的。这一目的所包含的两个方面,又以公民人权保障优先。“主权在民”,国以民为本。公民的基本人权得不到基本的保障,最终会使国家的利益、社会的利益受到根本性的侵害。

罪刑法定原则能被世界各国的刑法普遍接受,就是因为它具有保障人权的合理内涵。现代刑法的功能决定罪刑法定原则应当更充分体现人权的保障。

(二) 罪刑法定原则的确立是人权观念形成与发展的结果

法律的原则与内容反映的是法律所处时代社会的普遍要求。这种社会的普遍要求总是与生产力发展水平相适应,它只有得到国家的承认才能上升为法律原则。因此,人权既是人类基于对自身价值认识而提出的要求,也是基于这种要求进行斗争取得的社会及其统治者对于人的价值的承认。提出人权和要求保障人权并不断扩大人权保障的范围、提高人权保障的标准,是人类对自身价值的认识不断提高并不断为争取人权同统治者进行斗争的结果。罪刑法定原则是这种人权保障要求在刑法以至法律中的反映,是人权斗争迫使统治者承认人的价值的结果。罪刑法定原则形成的历史轨迹充分证明了这一点。

生产力水平归根到底是人的认识能力、创造能力和觉悟水平的综合指标。在生产力水平较低的社会,人们对自身的价值、权利认识和要求都相对低下,因此,能够容忍奴隶社会、封建社会统治者的直接地剥削压迫、公开不平等、残暴镇压的统治和专制擅断的司法。尽管当时也有正义、自由、平等、人道的要求,却远没有上升到人权的高度。“如果说在罗马刑法中有什么基本原则的话,那就是国家至上原则,根据这一原则,为了国家利益可以对任何有害行为包括具有侵害危险的行为处以严厉刑罚,个人没有任何权利值得国家尊重。除此之外,再无其他限制国家刑罚权的基本原则。刑法成为维护罗马皇帝专制统治的工具,含义模糊的叛逆罪成为刑事追究的重点,一切有损皇帝人身、尊严和权力的行为,都可以在此罪名下被处以极刑。”即使到了封建社会,对于专制君主来说,统治权还是意味着刑罚权,既然他的统治权是至高无上的,那么他的刑罚权也必然是不受限制的。由于刑罚权完全受君主的支配,犯罪也就必然没有稳定的法律解释,而是以君主个人的意志为标准,这种意志有时由君主自己表达,有时则由其代理人法官或官吏表达。在封建专制、司法擅断的当时,一切可能成为刑罚对象的事物都是犯罪,而法官认为应当处罚的一切事物又都可以构成刑罚的对象。无论有无法官和独立的司法体系,这种君主至上,专制暴虐,罪刑擅断的现象在封建社会是极为普遍的。然而,随着生产力水平的提高,人们对自身价值认识的提高和权利意识的增强,承受压迫的容忍力随之降低。这就与中世纪以来封建主变本加厉的残暴统治发生了尖锐的冲突。在这场冲突中,新兴资产阶级日益强烈地要求自己的财产权利、人身自由以及他们所创建的生产方式和生活方式得到国家的保护,实现自身的解放和独立。这一要求几乎代表了当时的所有被统治阶级、资产阶级思想家从本阶级的利益出发所表达的自由、平等、博爱、尊重个人权利、限制政府权力的思想,恰恰喊出了所有被统治阶级以至全社会的心声。生产力的发展决定当时人们已经开始认识自身的价值和权利,或者能够接受这种认识。

这种认识首先在 1215 年英国的《自由大宪章》中得到一定范围和一定程度的承认。《自由大宪章》第 39 条规定：“任何自由人，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、流放或加以任何其他损害。”《自由大宪章》中关于未经合法判决，不得侵犯自由民人身权利和财产权利的原则，在后来的立法、判例中又屡加重申。鉴于权力机关的种种专横行径严重侵害了臣民的人身权利，1679 年《人身保护法》规定，在押人或其代表有权向王座法院请求发给“人身保护令状”，限期将在押人移交法院，并向法院说明拘捕理由；法院应以简易程序开庭审理，若认为无正当拘捕理由，得立即释放在押人；若不然，法院得酌情准许在押人取保开释，或从速审判。这时的统治者才仅仅能够承认自由民人身权利的法律保障。即使如此，受封建制度和观念的桎梏，这种法律保障也不可能彻底。资产阶级的启蒙思想家们不得不为实现他们的也可以说是社会的人权理想继续奋斗。斗争的矛头由泛泛的司法、法律，逐渐指向最能体现封建统治阶级意志的刑法，他们要求刑法彻底摆脱与自己的价值观念相对立的宗教观念和封建政治伦理观念的束缚。

从罪刑法定原则提出到确立的过程，不难看出，生产力发展水平决定了人权观念的产生与形成，基于人权保障的普遍要求才有罪刑法定思想的产生，罪刑法定原则的确立是统治者对人权保障要求承认的结果。当生产力发展到人们普遍要求限制政府权力、保障人权的时候，封建统治者不能满足这一要求，势必被提出这一要求的资产阶级所取代。资产阶级取得政权后把罪刑法定原则确定为宪法或刑法原则，满足以生产力水平为基础的普遍的权利要求，以巩固自己的政权。

（三）社会主义刑法规定罪刑法定原则在于其人权价值

为什么社会主义国家刑法能够而且必须接受资产阶级提出的，被资本主义国家刑法普遍规定的罪刑法定原则？这一原因就在于罪刑法定原则本身并不专属于资产阶级，而是人类社会的普遍要求。自从人类社会进入阶级社会后，统治阶级往往把自己的意志强加给社会，满足本阶级的利益和要求。然而，这种阶级的利益要求永远不能超出他们所处时代的生产力的水平。所谓“生产力的水平”，归根结底是人的创造能力、认识能力和觉悟水平。所谓“人类的普遍要求”就是生产力水平的体现，而不是什么“抽象的人性”。因此，阶级的特殊要求最终不能违背人类的普遍要求。人权保障就是这种人类普遍要求的重要内容。人类的普遍要求是随着人类对自身价值的认识和对客观世界认识的不断深入而不断提高的。资产阶级提出的罪刑法定原则不只是资产阶级一个阶级的要求，而是当时所有处于被统治地位的阶级与阶层的要求。在反封建的斗争中，资产阶级是先进的生产力方式的代表，他们的主张与当时人类社会的普遍要求是一致的。也正因为如此，资产阶级革命才能成功，罪刑法定原则才能确立。

以“限制权力、保障人权”为核心的罪刑法定原则，是资本主义国家不能回避的，甚至是必须载入法律的，但绝对不是其独有的。无产阶级政党以解放全人类为己任，人类社会的普遍要求就应当是无产阶级及其政党的要求。充分保障人权这一人类社会的普遍要求就是无产阶级政党领导下的社会主义国家法律应有之义。因此，以保障人权为核心的罪刑法定原则就应当而且必须规定在社会主义国家的刑法之中。的确，马克思曾对近代西方人权观念和入权制度做过许多批判。然而，马克思批判的是近代西方人权制度的虚伪性和狭隘性，而不是作为人类普遍要求的人权本身。恰恰相反，马克思是从人类解放的高度来阐发人权的。马

克思终生致力于人类的解放运动。马克思谋求的不是一般的政治解放或经济解放,而是人类的彻底解放。这种解放就是人类所应该获得的承认和保障的共同利益、要求,是人类的权利,即人权。人类的彻底解放,是马克思人权思想的核心。可见,真正代表人类主张人权要求的,应当是马克思主义的社会主义国家。因此,把以人权保障为核心的罪刑法定原则规定在社会主义国家的刑法中是天经地义的。

至于罪刑法定原则中限制刑事立法、司法权力的内容是否适用于社会主义刑法,回答应当是肯定的。江泽民同志在十五大报告中提出:“依法治国,建设社会主义法治国家”,还指出:“我们的权力是人民赋予的,一切干部都是人民的公仆,必须受到人民和法律的监督。要深化改革,完善监督机制,建立健全依法行使权力的制约机制。”“加强对各级干部特别是领导干部的监督,防止滥用权力”。罪刑法定原则限制刑事立法权力和司法权力的目的是保证立法机关和司法机关正确运用这些权力,从而保障公民的权利不受侵犯。社会主义国家的一切权力属于人民。人民授予立法机关的立法权和司法机关的司法权,绝不能是无限的。立法与司法的任意,使公民权利失去保障,与社会主义法治背道而驰,也就违背了人民的意志。因此,罪刑法定原则限制立法与司法,排除立法与司法的任意性,充分保障公民的自由权利,符合社会主义法治的要求,体现了人民的意愿。

(四) 罪刑法定的人权程序保障价值

作为现代刑事法核心的罪刑法定原则,一开始便蕴涵着程序的独立价值。在刑事领域,国家刑罚权的确立与适用应当兼顾惩治犯罪与保障人权,做到实体正义与程序正义并重,这是罪刑法定原则不可偏废的两个方面,而且从某种意义而言,实体正义的实现要受制于正当程序,或者说以正当程序为前提。对罪刑法定原则从其历史源头上重新审视,全面把握这一原则的真谛,特别是凸显其内涵的程序独立价值,具有重要的理论与现实意义。

程序价值的实现在于其具有开放性,表现在罪刑法定上,除了要求刑法的适用必须符合法律规定,具有平等性、普遍性之外,还要求刑事立法本身具有开放性。立法对犯罪和刑罚的规定应该允许公民参与,反映普遍意志。刑事立法权要由民意代表组成的专门机关依法行使,以排除某个人或阶层的专断。如果立法程序将一般公民排除在外,则法律完全有可能只反映居优势地位的利益集团的意见,而置众多弱势者的愿望于不顾。因此,对于罪刑法定而言,必须首先关注“法”本身的正当性,从罪刑法定早期的历史发展来看,其最初之本意便蕴涵重要的程序要素,正是程序赋予了罪刑法定中“法”的正当性。在法治社会,法律的精神在于实现社会正义,但正义却往往需要借助强权的力量才能在社会占据主导地位。因此,在一定程度上国家强权的存在是应当的,但必须将强权控制在适当范围并受制于正义的要求,这是法治国家的首要问题。

四、罪刑法定原则对人权实现的保障

(一) 罪刑法定原则有利于人权保障的观念

罪刑法定原则的确立,绝不是一个简单的立法技术问题,实质是一次深层次的观念变革和价值工程重塑问题。罪刑法定原则精髓是对人权的保障和对权力的限制,以此为基准,我们应针对性地树立刑法的人权保障优先观念。

众所周知,刑法具有两种重要职能:社会保障功能和权利保障功能。刑法的社会保障功能在于防止社会成员对社会、他人的不法侵害,因此,它以处罚犯罪人作为表现形式。而刑

法的权利保障功能在于防止国家对个人所加的非法侵害，以免个人的权利和利益受到影响。刑法的社会保障功能要求刑法事无巨细，无所不包，而刑法的权利保障功能又要求刑法成为公民人权保护的大宪章，这种矛盾和对立使我们对功能在选择上必须作合理的价值判断。

罪刑法定原则的确立为我们解决这一矛盾开启了一扇大门。罪刑法定原则登上历史舞台的基本属性倾向于保障人权，增强安全感，正如有的学者指出的那样：“在罪刑法定主义作为刑法基本原则确定的当初，其主要目的是防止刑罚擅断主义的刑罚制度，明确个人自由。”当今，罪刑法定原则获得了更为明确的立法基础，即保障人权、维护人的尊严，因而，刑法权利保障优先的观念是罪刑法定原则题中应有之义，当刑罚权与基本人权发生抵触时，与其牺牲基本人权，毋宁放弃刑罚权。可以说，没有刑法的权利保障优先观念，就没有罪刑法定原则的形成和自下而上的空间。所以，树立刑法之权利保障观念是罪刑法定原则顺利实施的关键。

（二）通过对罪刑法定原则的立法解释杜绝法律漏洞对人权的侵犯

罪刑法定原则的法典化之规定使其实现了立法化，但不等于实现了其价值。立法机关为使罪刑法定原则在最大限度内发挥其价值，在规定犯罪和刑罚时，尽量作出明确、具体的规定，但立法漏洞和立法的滞后性是客观存在的。立法漏洞的根源在于受法律概括性和抽象性的制约和影响，法律条文并没有也不可能对各种犯罪的构成及定罪量刑作出列举，因此，一些内涵不十分确切的文字，如“其他”、“情节严重”、“情节特别严重”、“数额较大”、“数额特别巨大”等生活用语成了法律专业术语，这显然给立法造成了漏洞，如果任意地运用就有可能侵犯人权。立法滞后性的根源在于：随着市场经济的发展和社会环境的变迁，有限的法律条文不可能涵盖所有的犯罪行为，也不可能预见地规定将出现的犯罪，从而产生立法上的滞后。这是罪刑法定原则实施过程中存在的最大隐患，削弱了罪刑法定原则的法律价值。

立法的漏洞和立法滞后性给罪刑法定原则带来的隐患，只能通过立法解释的途径加以解决。立法解释是立法机关对法律所进行的解释，是立法机关立法权的延续。立法解释不仅具有最高的权威性，而且可以弥补立法漏洞，改变立法滞后性的局面。但问题在于，我国立法机关在行使立法权制定法律之后，就很少行使立法解释权，使罪刑法定原则所体现的明确化特性大打折扣。因此，笔者认为，罪刑法定原则成为我国刑法一项基本原则之后，刑法的明确化显得尤为重要了。在法律没有明文规定的情况下，只有通过立法机关行使立法解释权，才能使罪刑法定原则落到实处。所以说，立法解释权作为立法权的补充，在一定程度上堵塞了法律漏洞，变立法滞后性为可操作性，由此保障罪刑法定原则的实施。

（三）严格限制司法解释来实现罪刑法定原则的人权保障价值

从一定程度上说，罪刑法定原则和刑法司法解释是一对互相对立矛盾的范畴。罪刑法定原则是排斥刑法司法解释的，因为罪刑法定原则要求明确化的条文，明确化的条文是无须解释的，也就是说，罪刑法定原则贯彻表达得越明确，刑法司法解释越无用武之地。对条文的随便一点扩大化的解释都会给人权带来莫大的伤害，因而尽量地限制司法解释就是最大化的保障人权。但我们知道，绝对罪刑法定原则因其绝对、机械、不合实际的缺憾已成历史烟云，代之而起的是相对罪刑法定原则，而相对罪刑法定原则本身就包含对刑事司法解释的需求。

相对罪刑法定原则改变了绝对的犯罪构成和绝对的刑罚的局面，规定了一定的刑罚幅