

- 中国法学会刑法学研究会
- 中国人民大学刑事法律科学研究中心 联合主办
- 国际刑法学协会中国分会

刑法 评论

(第7卷)

【要目】

- | | | |
|----------------------|----------------------|-----------|
| 刑法学研究方法论要 | 赵秉志 | 曾粤兴 |
| 论刑法与文化的关系 | | 许发民 |
| 日本刑法与中国刑法的本质差别 | [日]西原春夫著 | 黎宏译 |
| 刑法主观主义与客观主义的论争与发展 | | 郭泽强 |
| 决定罪行轻重的根据 | 陈旭文 | 吴启才 |
| 刑罚政策基础理论研究 | | 郭理蓉 |
| 论中国遏制恐怖活动犯罪的法治对策 | | 赵秉志 |
| 欧洲刑事政策：区域范围内刑法国际化的样板 | | |
| | [西班牙]胡塞-路易斯 德拉奎斯塔著 | 卢建平译 |
| 洗钱与电子商务 | [新加坡]Siong Thye Tan著 | 张雅译 谢望原审核 |

赵秉志/主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

7

■ 1997年10月1日以前に建設された建築物は、
 ■ 1997年10月1日以後に建設された建築物は、
 ■ 1997年10月1日以後に建設された建築物は、

刑法评论

[illegible]

100

100

7

● 中国法学会刑法学研究会
● 中国人民大学刑事法律科学研究中心 联合主办
● 国际刑法学协会中国分会

刑法 评论

(第7卷)

赵秉志/主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论·第7卷/赵秉志主编.—北京:
法律出版社,2005.5

ISBN 7-5036-5571-2

I. 刑… II. 赵… III. 刑法—研究—丛刊
IV. D914.04-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 042952 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张旭辉

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/11.25 字数/333 千

版本/2005 年 6 月第 1 版

印次/2005 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-6399781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5571-2/D·5288 定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目
录

全国杰出青年刑法学家论坛

人权保障是当代刑法之鲜明主题	赵秉志 / 2
法律在别处	陈兴良 / 8
刑罚裁量与人权保障	张明楷 / 13
中国刑法与少数民族人权保障	吴大华 / 21
死刑与人权	邱兴隆 / 28
“刑法宪法化”简论	卢建平 / 33
附:高铭喧教授在“全国杰出青年刑法学家论坛” 上的开幕致词	/ 40
周道鸾教授在“全国杰出青年刑法学家论坛”上的点评	/ 43
梁华仁教授在“全国杰出青年刑法学家论坛”上的点评	/ 56

学术前沿

刑法学研究方法论要	赵秉志 曾宪兴 / 58
论刑法与文化的关系	许发民 / 103

专题论坛

日本刑法与中国刑法的本质差别

[日]西原春夫 著 黎宏 译	/ 117
刑法主观主义与客观主义的论争与发展	郭泽强 / 129
论罪与非罪认定标准的统一	
——兼论犯罪构成体系的完善	聂昭伟 / 154
决定罪行轻重的根据	陈旭文 吴启才 / 172
刑罚政策基础理论研究	郭理蓉 / 198

立法研究

论中国遏制恐怖活动犯罪的法治对策 赵秉志/219

司法实务

论单位自首 石磊/238

国有医院医生利用“处方权”收受回扣不构成受贿罪
——兼论受贿罪主体的立法完善 刘科/249

域外法治

欧洲刑事政策:区域范围内刑法国际化的样板
[西班牙]胡塞—路易斯 德拉奎斯塔 著 卢建平 译/259
洗钱与电子商务 [新加坡]Siong Thye Tan 著 张雅 译
谢望原 审校/272

刑法学者

樊凤林教授 吴光侠/287
姜伟教授 冯凡英/298

动态与信息

在中国法学会刑法学研究会 2004 年年会上的致词 沈德咏/310
二十年风雨路程 刑法学方兴未艾
——中国法学会刑法学研究会 2004 年年会开幕词 胡云腾/312
中国刑法学研究会 2004 年年会综述 陈兴良 车浩 樊百乐/315
中国法学会刑法学研究会新设若干专业委员会
和新增十位理事 程实/345
澳门 2004—2005 司法年度开幕暨澳门司法机关简介
秉直 燕人/347

全国杰出青年刑法学家论坛

编者按

中国法学会曾于1995、1999、2002和2004年在全国四次开展评选“全国十大杰出(中)青年法学家”活动,在法学界、法律界产生了很大的影响,为繁荣法学研究、调动法律学人进行法学理论研究创新的积极性和推进依法治国作出了重要的贡献。2004年10月,中国法学会评选出第四届“全国十大杰出青年法学家”,中国法学会刑法学研究会推荐的邱兴隆教授、卢建平教授获此殊荣。自1995年中国法学会开始评选杰出(中)青年法学家以来,一批年富力强、德才兼备、学识渊博的法学后起之秀脱颖而出,并已经成为我国法学事业发展的中坚力量。迄今,刑法学界已经有6位中青年学者获得该项荣誉,他们是:赵秉志教授(1995年首届,时年39岁)、陈兴良教授(1999年第二届,时年42岁)、张明楷教授(2002年第三届,时年43岁)、吴大华教授(2002年第三届,时年39岁)、邱兴隆教授(2004第四届,时年41岁)、卢建平教授(2004年第四届,时年41岁)。这6位(中)青年法学家基本上都是由中国法学会刑法学研究会推荐并获得通过;同时,他们也都是国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心的专职教授、客座教授或者专家委员会委员,其中4位还先后在中国人民大学刑法学专业获得博士学位。为了充分展现刑法学界中青年法学家的风采,推动刑法学领域的人权保障研究,经研究并得到中国法学会的同意和支持,国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心与中国法学会刑法学研究会2005年1月15日在中国人民大学共同主办“‘当代刑法与人权保障’——全国杰出青年刑法学家论坛”,特邀历届荣获中国法学会“全国十大杰出(中)青年法学家”称号的刑法学者担任演讲人,并请我国老一辈刑法学家现场点评,同时也邀请了

中国法学会领导、中国法学会刑法学研究会在京的成员以及部分在京的知名刑法专家学者等到会参加研讨。现将6位杰出青年刑法学家的演讲稿及老一辈刑法学家的开幕致辞及点评发言稿全文刊登,以飨读者。

人权保障是当代刑法之鲜明主题

赵秉志*

一、前言

曾几何时,“人权”在国人心目中还是噤若寒蝉的言论禁区,它似乎总与西方的价值观紧密相连。其实,社会主义制度的宗旨,本在于最大限度地促进人的全面发展、充分实现人的价值,因而社会主义政治制度和法治应当是最为尊重人权、最有力地保护人权的;而且,社会主义人权的内涵应当包括经济、政治、社会、文化的全面平等。所以,随着我国社会的进步、法治的发展和人权观念的转变,尊重和保障人权日益得到国家的关注与重视。及至2004年3月,十届全国人大二次会议把“国家尊重和保障人权”载入宪法。这无疑是我国政治生活和政治文明建设的一件大事,是中华民族文明史和中国人权发展史上的伟大里程碑。“人权入宪”体现了我国人民当家作主的社会主义制度的本质要求,有利于社会主义人权事业的发展,是新一届中央领导集体在执政理念上体现时代性、把握规律性、富于创造性的一个重要表现,完全符合时代进步之潮流和国际社会人权发展之趋势,有利于我国在国际人权事业中更为广泛地进行交流和合作。事实上,伴随着人类社会文明的全球化发展,人权已成为当今世界各国和国际社会在处理政治、经济、法律

* 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任,中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长,首届“全国十大杰出中青年法学家”(1995年)。

等事务时必须优先予以考虑的问题。而在法治社会的刑事法治这一重要领域,刑法立法的完善与刑事司法的发展当然也必须切合人权保障之时代要求。

二、当代刑法对人权保障日益重视

人权的改善和进步需要多层次全方位的保障,法律保障是其中重要的方面。在人权的法律保障中,刑法由于其所保护利益的广泛性、重要性及其对违法制裁的特殊严厉性,而对人权的全面保障具有特别重要的意义。可以说,人权保障是当代刑法的鲜明主题之一。

作为国家法治的重要组成部分,刑法直接关涉公民的基本人权,人权保障是刑事法治理念的基础性要求,是当代刑法机能所蕴涵的重要内容。刑法不仅可以通过依法惩罚犯罪来维护社会正常秩序,为广大人民群众提供良好的生产、生活环境,而且也保障无罪的人不受刑罚处罚,防止刑罚权的滥用,甚至在惩罚罪犯时也维护其应有权益,使其所受到的惩罚与其犯罪行为和刑事责任相适应,保证其免受不公正之惩罚,并通过刑罚的执行来感化和改造犯罪人,促使其重新回归社会。因此,诚如日本刑法学者所言:刑法既是“犯罪人的大宪章”,也是“善良公民的大宪章”。其所谓刑法是“犯罪人的大宪章”,是指在行为人实施犯罪的情况下,保障罪犯免受刑法规定以外的不正当刑罚;而刑法是“善良公民的大宪章”,意即只要公民没有实施刑法所规定的犯罪行为,就不能对该公民处以刑罚。^①在此基础上,我们还认为,以刑法保护公民免受犯罪的侵害,也应为刑法是“善良公民的大宪章”之题中应有之义。刑法对人权的保障,既包括对犯罪人人权的依法保障,同时更应当包括对被害人及广大守法公民人权的依法保障。

鉴于刑法对人权保障特别重要,所以不仅各种国际公约日益注重以刑事措施保障人权,当代各国立法者一般也都根据本国实际情况尽可能充分有效地利用刑法对人权予以保障。就国际公约而言,其人权保障的条款涉及了刑事法领域诸多问题。例如:联合国1948年的《世

^① 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,上海翻译出版公司1992年版,第9页。

界人权宣言》、1966年的《公民权利和政治权利国际公约》等对罪刑法定原则作了明确的规定。联合国大会1985年通过的《为罪行和滥用权利行为受害者取得公理的基本原则宣言》，以文书的形式集中规定了保障受害者的基本原则。此外，诸多联合国规约还旗帜鲜明地反对酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚，并对限制和废止死刑提出明确的要求。就当代各国国内法而言，其刑法的修订与制定，也充分反映了刑法随时代变迁和社会进步而改革发展的世界性潮流与趋势。尤其是20世纪90年代以来，随着人权保障的呼声日益高涨，各国在以刑法手段强化人权保障方面迈出了更大的步伐。1992年法国对其1810年刑法典的全面修订，1995年《澳门刑法典》的颁布，1996年俄罗斯联邦刑法典的出台并与原苏俄刑法典的分离，2002年德国刑法典与奥地利联邦刑法典的修订，2003年瑞士联邦刑法典的修订，无不彰显了人权保障之蕴涵。

同样，本着国家性质及刑事政策之考量，为秉承人权保障之宪政精神而进一步强化刑法对人权的全面而有效的保障，无疑也应是我国当代刑法改革发展的鲜明主题之一。而在以往的刑法立法与刑事司法实践中，由于过度强调刑法的社会保护机能，而忽视了其人权保障机能，因而我国刑法未能很好地发挥其在人权保障中的重要作用。不过，经全面系统修订的我国1997年刑法典的颁行及刑事司法改革的逐步深入，不仅标示着我国刑事法治的发展与社会文明的进步，而且有助于我国在人权保障领域开展更为广泛的国际交往，有助于我国全面融入国际社会，从而与国际社会共同搭建人权保障之对话平台与合作机制，应该说基本上顺应了刑事法治发展之尊重与保障人权的旨趣。

三、当代中国刑法中人权观念之确立

当然，人权保障在我国当代刑法中的确立并不能仅仅依靠简单的“移植”，它首先有赖于人权观念之变革。没有相应的人权观念为基础，人权保障根本不可能在刑事法治领域得到真正的贯彻。审视我国1997年刑法典颁行之前人权保障方面的刑法立法与刑事司法实践，可以看出，立法者与司法人员人权观念之缺失是刑事法治领域曾经普遍漠视人权的重要根由。在以往的刑法立法与刑事司法实践中，侧重强

调刑法的社会保护机能,力图通过刑罚权的动用来惩罚犯罪,以刑罚这种不得已的“恶”否定犯罪之“恶”,从而维护社会秩序,保护社会的稳定发展。这种片面强调刑法社会保护机能之做法,虽似可以换得社会表面的安宁,然而却是以公民权利被漠视乃至被践踏为代价的。在此种观念下,刑法就是森严的监狱、冰冷的脚镣手铐甚至残酷的肢体肉刑。人们视刑法为“刀把子”、“专政工具”、“驭民之术”,刑法同民主人权的观念可谓严重脱节了。其实,人权保障亦是现代刑法另一重要机能,它强调的是对公民人权的维护,以对犯罪人人权之保障为首要目标,并以此为基础实现对全体公民权利的保障。从权力运作角度看,刑法的人权保障机能起到了限制国家刑罚权的动用之功效,避免了无限度动用刑罚权对公民权利带来的侵害。而且,在市场经济体制下,刑法的价值构造应当顺应时代潮流的发展,兼顾社会保护和人权保障的双重机能,并适当向人权保障机能倾斜,以加深刑法的人权蕴涵。这不仅是民主政治与人权理论的要求,也是衡量一部刑法先进与否的判断标准之一。^①这一价值取向不仅应该在刑法立法中得到确立和贯彻,更应在刑事司法运作中得到充分体现。

一方面,以人为本、尊重和保障人权是现代刑法立法的必然含义。而我国以往刑法立法对人权的保障尚存有某些观念障碍。惟有认真梳理、反思和检讨刑法立法在观念层面的误区,并在价值观念上真正融入人权保障之意蕴,真正实现刑法立法中人权观念的嬗变和更新,我国刑法立法才能最终走上良性发展的轨道。相对而言,在我国1997年刑法典的修订过程中,人权观念得到了较为明显的改善。如类推制度的废除、罪刑法定等基本原则之确立、刑法分则体系的改进、未成年人等社会特殊群体权利保障之强化等等,都充分说明,立法者已把人权保障这一刑法价值提到了极其显要的位置。

另一方面,如果没有相应的刑事司法观念的变革,关涉人权保障的刑法立法的真正贯彻也必然会举步维艰、流于形式。“立法或许是非常重要的教育因素,但这并不是说只要通过一项法律就能在一夜之间造成意识形态的基本改变,或把法律当作神奇的魔杖,可以在弹指之间把

^① 参见陈兴良:“刑法的价值构造”,载《法学研究》1995年第6期。

一个社会的偏见或内在情绪化的态度悉数扫除。”^① 所以,虽然我国刑法立法中对公民人权的保障已日臻完备,但刑法对公民人权的切实保障依然离不开刑事司法观念之革新。

循着社会分工的沿革历程观之,刑事司法的本源功能便在于惩治犯罪。因此,在相当长的历史时期内,世界各国都把惩治犯罪作为刑事司法的基本价值定位。然而随着人类社会的发展和文明的进步,保障人权的观念愈益受到各国的关注与重视,并相继在一些国家被确立为刑事司法活动的价值目标之一。毋庸讳言,受强调社会利益之传统价值观念的影响和阶级斗争思维定式的制约,我国以往的刑事司法活动长期偏重于追求惩治犯罪,而忽视了对犯罪嫌疑人、被告人、犯罪人甚至普通公众权利的保障。然而,现代司法活动应该崇尚公正、公平与公开,人类社会的发展和文明的进步应该表现为对人权的尊重。而在刑事司法中重视人权保障,就要求司法人员改变过去那些带有偏见的办案思路 and 习惯,不要再用对待“阶级敌人”的态度和手段去对待犯罪嫌疑人、被告人和犯罪人,而应当尊重和保障其依法享有的基本权利。^②

可喜的是,1997年召开的中国共产党第15次全国代表大会,确立了依法治国的基本方略,提出了司法改革的任务。加强对公民人权尤其是犯罪嫌疑人、被告人乃至犯罪人的人权保障已成为我国刑事司法改革的重要目标。而随着刑事司法改革的深化,人权保障的观念也逐渐深入人心。2004年3月10日,最高人民法院院长肖扬在十届全国人大二次会议上所作的《最高人民法院工作报告》中,更是罕见地将保障人权的观念放置首位。肖扬院长在工作报告中提出,要切实保障群众的合法权益,深入落实“司法为民”的要求。^③ 而最高人民检察院检察长贾春旺在《最高人民检察院工作报告》中,亦强调要严肃查办侵犯

① 见[英]Dennis Lloyd著:《法律的理念》,张茂柏译,台湾经联出版事业公司1984年版,第319页。

② 参见何家弘:“刑事证据制度改革与司法观念的转变”,载正义网2003年11月17日。

③ 参见王德军:“高法报告突出保障人权”,载香港《大公报》2004年3月11日第18版。

公民人身权利、民主权利案件。^①“人权入宪”这一人权保障的重大进步,也给人权之刑法保障奠定了坚实的宪政基础。

四、结语

1997年和1998年,我国政府先后签署了《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》,而全国人大也已于2002年正式批准加入《经济、社会、文化权利国际公约》。但按照上述人权两公约中的规定,我国刑法立法乃至刑事司法制度中依然存有诸多亟待修改完善之处。例如:中国的死刑立法过多,死刑司法状况也令人堪忧;现行劳动教养制度存在着性质定位模糊、收容对象宽泛、审批程序不严、当事人缺乏必要的司法救济、劳教期限过长等诸多弊端,也成为国际社会指责我国人权保障状况的口实。而这些现象之存在,显然与当今世界的人权保障和法治发展进步趋势是背道而驰的。而且,中国共产党16大报告在党的正式文件中第一次明确提出,要保证人民依法享有广泛的权利和自由,尊重和保障人权。这一精髓如今亦已为宪法修正案吸纳为“国家尊重和保障人权”之宪政精神,从而将中国的人权事业推进到一个新的阶段。因此,如何将人权领域所出现的新形势、新精神反映到刑法立法与刑事司法中,现在亦已成为我国刑法理论与实务界必须直面并着力解决的问题。当然,我们相信,随着法治的发展和人权事业的进步,我国当代刑法在人权保障方面尚存的诸多缺陷与不足也必将得到逐步的克服与弥补。

^① 参见:“最高人民检察院检察长贾春旺在十届人大二次会议上的报告(摘登)”,载《人民日报》2004年3月11日第3版。

法律在别处

陈兴良*

在捷克著名作家米兰·昆德拉将法国象征主义诗人阿瑟·兰波(1854—1891)的名言“生活在别处”选作他一本小说的书名以后,一如“生命不能承受之轻”(米兰·昆德拉的另一本小说的书名),很快成为一句流行语。只有深谙生活之真谛的哲人,才会说出“生活在别处”这样的哲言。当我套用这个书名,说出“法律在别处”的时候,似乎已经是一种蹩脚的摹仿。那么,法律真的在别处么?

法律是用语言来表述的,因而法律存在于语言之中,隐藏在语言之后,这是一个不言而喻的事实。但是,我们多少有些得意忘言,似乎语言只是法律的躯壳,只有透过语言我们才能得到法律之精髓,因而权利、法益、意志、人性以及正义等大词才是我们想在法律当中找到的东西,至于语言早就忘在一边了。其实,法律恰恰就是语言本身。不仅如此,法律得以存活的诉讼过程,就是一种语言的复杂游戏,一门语言的修辞艺术。法国著名哲学家利科曾经深刻地指出:诉讼的原始功能是把冲突从暴力的水平转移到语言和话语的水平。^①正是通过司法活动,完成了从暴力到话语的转换,同时也完成了从野蛮到文明的嬗变。德国学者考夫曼在《法律哲学》^②一书中指出:语言如何建构法?德国学者考夫曼关注的是由语言构成的“法律人的世界图像”,并把它放到

* 北京大学法学院副院长、教授、博士生导师,中国人民大学法学博士,国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心专家委员会委员,中国法学会刑法学研究会副会长,第二届“全国十大杰出青年法学家”(1999年)。

① 杜小真编:《利科北大讲演录》,北京大学出版社2000年版,第5页。

② [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版。

日常生活世界中去关照。考夫曼指出:语言可以分为日常语言和法律语言。法律语言是法律专业人士所通行的一种身份语言,它是通过立法创制的,司法领域更是法律语言的世袭领地。但是,普通人是生活在日常世界中的,他/她是以一种日常语言交往并生活在日常语言所构造的社会中的。由此可见,在日常语言所建构的日常世界与法律语言所建构的法律世界之间存在某种区隔。正因为如此,考夫曼提出了一个命题:“归责作为一种沟通过程。”这里的归责,在刑法中就是刑事责任的归咎,因而是一个定罪的问题。定罪是依照刑法规定而对现实生活中的某种法益侵害行为的评判。在这个意义上说,定罪就是法律规范对生活事实的一种裁断。我们已经熟知刑罚威慑理论,似乎公民只是被威慑的客体。考夫曼强调指出:社会共同生活的规则,并不是透过法律来告诉国家的人民。人民学会这些规则,是在日常生活的沟通里并相互间操作(第178页)。因此,当一种司法权要去干涉人们日常生活的时候,必然存在着日常语言和法律语言之间的冲突,由此提出了一个日常语言如何与法律专业语言相调和的问题。我曾经提出:犯罪分子不是根据法律规定的构成要件去犯罪的,恰恰相反,犯罪构成要件是根据现实生活中的犯罪去设置的。在这个意义上说,日常语言与法律语言之间的区隔实际上就是生活事实与法律规范之间的对应。因此,所谓沟通,也就是生活事实与法律规范之间的区隔的破除。

定罪过程,是法律对某种行为的犯罪性质的确认。就此而言,定罪是以一种法律语言在形而上的层面上展开的。但仅此是不够的,定罪作为一种归责,还必须在日常生活层面展开。否则,被告人仅仅是一个消极的司法客体,他/她没有参与到司法判决的形成过程中来,这样的有罪判决是缺乏说服力的。在此,考夫曼实际上提出了一个定罪的社会认同问题。定罪当然是一个法律的概念,因而应当具有充分的法律根据。但仅此还是不够的。刑法上的审判绝不仅仅停留在法律的审判这样一个专业层面上,而如同考夫曼所言:一个在刑法上有关一个人有罪的审判仅有可能是——良知的审判。在刑法的领域中,应该主要与人类基本的价值的伤害有关。而要做到这一点,法律语言必须向日常语言屈从。

法官是定罪的主体。因此,法官必须像考夫曼所说的那样,能穿梭

于两种语言——日常语言和法律语言之间。由此,引申出法官的角色定性。过度专业化与职业化的法官会透过法律概念的有色眼镜去观察行为者的世界,因而发生某种扭曲。正因如此,才有必要在职业法官之外引入非职业法官。考夫曼将非职业法官称为一个在不懂法律的外行人及受过教育的职业法官间的翻译者。职业法官必须使非职业法官了解法律,而非职业法官使职业法官了解行为人。因此,在这里,非职业法官之设置是对法官过度专业化的一种反动,其根据是技术性的而非政治性的。

我国的司法改革进程刚刚开始启动,司法职业远远没有达到专业化的程度,因此,囿于我国特定的司法语境,不能机械地照搬考夫曼的观点。尽管如此,我们还是可以从考夫曼的思想中受到启迪。在我国目前的刑事司法语境中,定罪的法治化并未完全实现,因而罪与非罪的判断在很大程度上是一种权力的操纵过程,而非法律的自治与自主的过程。在这种情况下,我们应当改变归责的单向性与封闭性,努力建构这样一种定罪机制:在这一机制中,归责是一个沟通的过程。这里的沟通意味着商谈与交流,既是日常语言与法律语言的沟通,也是司法者与被告人沟通。通过这种沟通,使刑法上的归责正当化与合理化,真正使定罪从权力的审判成为法律的审判,最终过渡到人的审判或者良知的审判。

不仅刑法是用语言表述的,而且审判中的案件事实也是用语言表述的。德国学者卡尔·拉伦茨的《法学方法论》^①一书,在论及案件事实的形成及其法律判断时,提出了一个命题:作为陈述的案件事实。那么,作为陈述的案件事实与作为客观真实的案件事实到底是一种什么关系?显然,作为客观真实的案件事实是一种自在的、未经加工的,或者说是“裸”的案件事实。而作为陈述的案件事实是一种自为的、渗入陈述者主观判断的,或者说是经过司法“格式化”的案件事实。这两种案件事实正如同康德所揭示的物自体 and 现象之间的关系。作为法官,它所接触到的永远是作为陈述的案件事实而不可能是作为客观真实的案件事实。这里我们需要追问:谁是陈述者?陈述又是如何进行的?

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版。

在刑事诉讼中陈述者首先是证人和被告人,因而证人证言和被告人口供对于刑事案件的犯罪事实的塑造具有直接意义。这些陈述者都是非法律专业人士,他/她们的陈述采用的是日常语言,而证言与口供的记录者是侦查人员。这种记录虽然尽量保持陈述者的语言原貌,但在记录过程中已经开始了对原始陈述的筛选,并使陈述的日常语言向法律语言转换。拉伦茨指出:事件必须被陈述出来,并予以整理。在无限多姿多彩,始终变动不居的事件之流中,为了形成作为陈述的案件事实,总是要先作选择,选择之时,判断者已经考量到个别事实在法律上的重要性(第160页)。在这个意义上说,陈述就是一个取舍的过程。当然,从陈述的日常用语到法律用语的转换的最终完成,是法官在判决书中对案件事实的认定。这一认定是审理的结果,也是判决的前提。实际上,在案件事实的陈述中,已经隐含着判决结论。因此,法官的这种陈述远非是纯客观的陈述,而是包含着法官的“前见”的陈述。甚至,案件事实会因法官判决的需要而有所增删。在这种情况下,已经不是从案件事实中推导出裁判结论,而是为裁判需要“重构”案件事实。例如,在宋福祥间接故意不作为杀人案^①中,一审法院认定的案件事实是:

1994年6月30日,被告人宋福祥酒后回到自己家中,因琐事与其妻李霞发生争吵厮打。李霞说:“三天两天吵,活着还不如死了。”被告人宋福祥说:“那你就死去。”后李霞在寻找准备自缢用的凳子时,宋喊来邻居叶宛生对李霞进行规劝。叶走后,二人又发生吵骂厮打。在李霞寻找自缢用的绳索时,宋采取放任态度,不管不问不加劝阻,致使李霞于当晚在其家门框上上吊自缢身亡。

在这一案件事实的陈述中,我们发现了宋福祥与李霞之间的一段鲜活的对话。但在本案中,李霞已经自杀身亡,而死者是不会开口说话的。因此,李霞的话是经宋福祥转述的。这一案件事实的陈述,存在一个从日常语言向法律语言转变的脉络。前半段以一种生活化的语言叙述李霞自杀的起因,后半段则试图将李霞之死归责于宋福祥,因而出现了“放任”这样的法律用语,意在揭示宋福祥主观上对李霞自杀的间接

^① 参见陈兴良主编:《刑事法评论》(第3卷),中国政法大学出版社1998年版,第195页以下。