

以科学立法促进刑法话语体系发展

□ 刘艳红

东南大学法学院 江苏 南京 211189

党的十九大以来,党中央对全面依法治国作出了一系列重大决策,提出一系列全面依法治国新理念新思想新战略,强调要坚持中国特色社会主义法治道路,坚持建设中国特色社会主义法治体系,为新时代中国法学研究与发展指明了方向。

刑法作为所有部门法的保障法,刑法学作为研究犯罪与刑罚法律的学科,在学科话语体系的发展上,应坚持以习近平新时代的法治论述为引领,并从中国实际与法治实践的特色出发,以新理念新理论回应新实践新需求,以科学立法为引领,推进刑法话语体系的发展。

一、改革开放 40 年来刑事立法的特点变迁:粗放型到象征性

改革开放 40 年来,随着国家政治日益强盛,经济日益繁荣,新中国的刑法从无到有、从粗略到细致、从不健全到日益完善,在此过程中,刑事立法呈现出粗放型与象征性两大特点,表现出从粗放立法到象征立法的特点变迁。

从 1979 年到 1997 年,我国刑事立法呈现出粗放型的特点。粗放型刑事立法,主要是指新中国第一部刑法典,即 1979 年刑法典是在粗略与疏放亦即粗疏立法观指导下制定的,它是我国刑事立法起步阶段立法技术欠发达的体现。

从 1997 年至今,我国刑事立法呈现出象征性的特点。象征性刑事立法,是指 1997 年刑法典之后,我国立法机关颁布的 10 部刑法修正案,是在象征性立法观指导下制定的,它体现了我国刑事立法起步阶段法规范的随意性和欠操作性。早期刑事立法的粗放型与晚近刑事立法的象征性,前者是技术上的特点,但同时也关切着实质内容,后者是实质上的特点,但同时也与立法技术密切相连。同时,无论是技术形式或是实际质效,它们最终都与立法质量紧密相关。从某种程度看,它们也都是我国刑事立法质量有待提高的表现。

二、以科学立法促进高质量的刑事立法:良法善治与立改废释

如何以科学立法促进高质量的刑事立法?根据习近平总书记关于依法治国尤其是关于科学立法的战略思想,结合刑法的自身特性,能否实现良法善治是通过科学立法促进高质量刑事立法的判断标准;以科学立法促进高质量刑事立法的具体路径是,立改废释并举。

首先,以科学立法促进高质量刑事立法的判断标准是能否实现良法善治。结合刑法的特性,判断立法者所制定的刑法是否良法,应该有如下三个基本标准:一是规定明确的法;二是富有实效的法;三是公平正义的法。良善的刑法必须是规定明确的法。已成立的法律要想获得普遍的服从,其前提是刑法条文必须明确易懂,这既是亚里士多德良法论的题中之义,也是刑法明确性原则的基本要求。只有规定明确法,对犯罪构成要件以及刑罚种类和幅度的规定都明晰确切的法,才能获得国民的认同乃至服从,而不至于不教而诛。明确性原则在刑法理论早已得到一致认可,据此应以使法官能够根据法条的规定公平统一地使用刑法为依据,从而防止法官擅入人罪。因此,只有规定明确的法才是良善的法,含混的高度概括性的法都不是良法。良善的刑法必须是富有实效的法。已成立的法律要想获得普遍的服从,除了必须明确清晰,还要求法律富有实效。为了使刑法规范更具实效性,就应该强化法益概念,避免象征性立法稀释法益的内涵,尤其是犯罪化的刑事立法,必须发挥法益的指引功能,将没有造成实际危害后果的违法行为不纳入刑法规范体系范围之内。良善的刑法必须是公平正义的法。所谓善良,指的是道德良好;所谓公平,指的是正义。公平正义的法因此就是良法。刑法作为所有部门法的保障法,其公平正义的内在价值蕴涵与要求就显得更为重要。何为公平正义,虽然千百年来聚讼纷纭,但

基本认识仍然没有逃出古典法治思想的框架。所谓公平,其真实含义在于平等,所谓正义,其真实含义在于是否公正合理。

其次,以科学立法促进高质量刑事立法的具体路径是,立改废释并举。具体到刑事立法而言,同样应通过立改废释并举,全方位推动高质量刑事立法,以实现科学刑事立法。立改废释之“立”,是指对于新型违法犯罪行为要及时入罪。面对国内外形势的新发展,以及我国政治经济与社会生活的巨大变化,我国立法者及时将新的犯罪行为纳入刑法规制,快速回应了与犯罪作斗争的现实需要,总体而言,这四十年间的“立”是值得肯定的。但是,今后我国的刑事立法,设“立”新罪制定新规,均需更加谨慎而谦抑,不宜过快过激与过急地创设罪名,要在恪守刑法谦抑主义的前提下,有效地使用刑法同犯罪作斗争;避免将刑法沦落为“社会管理法”而不是最后保障法。立改废释之“改”,是指对于不合理的刑法规范要及时修改。40年间刑事立法的主要精力都放在了立新罪定新法,忽略了对一些不合理刑法规范的修改。这些不合理的刑法规范有总则性的。比如,刑法第3条罪刑法定原则,是否要改为与“法无明文规定不为罪,法无明文规定不为刑”这一经典表述。不合理的刑法规范更多是分则性的,其突出体现是口袋罪。粗疏立法观以及宜粗不宜细的指导思想,给我国刑事立法留下了的负资产就是数量众多的口袋罪。立改废释之“废”,是指对于不使用的刑法规范要及时废除。刑事领域应该通过提高立法质量,保障和促进人民群众在每一个案件中实现公平正义。为此,既要适应风险社会对犯罪事先预防的立法需要而进行犯罪化立法,也不能抛弃以法益为核心概念对犯罪事后惩罚的基本立法价值。目前我国刑事立法在恐怖犯罪、计算机犯罪、信息犯罪、大数据保护等方面的表现主要是犯罪化;与此同时,对于一些不再使用的刑法规范尤其是一些个罪罪名应该废除,亦即除罪化。只有立废并举,犯罪化与非犯罪化之间保持基本的平衡,刑事立法才能实现科学性。“废”包括对刑法总则不合理亦不使用的一些规定的废除。“废”更主要是指对刑法分则一些长期不使用的罪名的废除。立改废释之“释”,是指对于不明确的刑法规范要及时解释。刑法学就是解释如何适用刑法规范的学问,由此发展出来的刑法教义学,在解释的理念方法原则等基本理论上已自成体系。然而,从刑事立法层面的需要而论,中国刑法的解释一直是重有权解释轻学理解释。在今后我国刑事立法工作中,应充分发挥学者的积极性,加强学理解释观点的应用,唯有如此,才能“在构建中国特色社会主义法治理论体系”的过程中,“大力推进法学学术话语体系的中国化、时代化、实践化、大众化

转换,实现与法治的政治话语、工作话语融通,创新出具有中国特色的法治话语体系和理论体系”。离开学者的学理“释”法,刑事立法规定再科学,也无法形成富有中国特色的刑法话语体系。

三、高质量刑事立法下的刑法话语体系的创新发展

改革开放40年来,中国刑事立法从粗放型到象征性的特点变化体现了从传统计划经济到改革开放的时代特点。习近平总书记在哲学社会科学工作座谈会上的讲话指出:“哲学社会科学发展战略还不十分明确,学科体系、学术体系、话语体系建设水平总体不高,学术原创能力还不强”;同时,习近平总书记指出:“落后就要挨打,贫穷就要挨饿,失语就要挨骂。形象地讲,长期以来,我们党带领人民就是要不断解决‘挨打’‘挨饿’‘挨骂’这三大问题。经过几代人不懈奋斗,前两个问题基本得到解决,但‘挨骂’问题还没有得到根本解决。争取国际话语权是我们必须解决好的一个重大问题。”为此,我们应当“坚持以习近平新时代法治重要论述为引领,并将其贯穿于法学研究及学科发展的全领域,及时更新法学研究内容、研究方法和研究范式,进一步加快构建和完善新时代中国特色法学……话语体系”。中国特色刑法学的话语体系,虽然不像国际法学那样更容易传播与发挥影响,但是,刑事立法以及刑事治理作为国际社会关注的人权状况的组成部分,其话语体系的建立自有其特殊性与重要性。粗放立法→象征立法→科学立法,刑事立法的这一发展变化强调以立改废释实现良法善治,符合刑事立法科学性的标准和路径,将有效促进高质量刑事立法下的刑法话语体系创新发展。

当下刑法学研究正处在一个前所未有的新时代,新时代是承前启后、继往开来,在新的历史条件下继续夺取中国特色社会主义伟大胜利的时代。新时代的中国刑法学,面对如何“承”前苏俄刑法学之遗风,“继”我国刑法文化传统之历史,“借”鉴德日刑法学之知识,“建”成中国特色的刑法话语体系,从早期的话语概念的输入国转身为输出国,实现以科学刑事立法促进刑法话语体系的发展完善,是中国刑法理论界需要认真思考的问题。根据法律的中国经验和西方样本,以及中国问题的现实性和中国意识的自主性,在中国刑事立法引领下,已经形成一些具有中国元素能够弘扬中国法治文化的刑法学术话语体系。

宽严相济。《中华人民共和国刑法》(下称“刑法”)第四章规定了量刑制度,其中的累犯、自首立功,尤其是其中的减刑假释等规定是根据犯罪分子改造的不同情况而设立的刑罚制度。为了充分发挥

减刑、假释等制度的积极功能,我国确立了宽严相济的刑事政策,强调“统筹兼顾、协调运用,不能只讲‘宽’而忽视‘严’,也不能只讲‘严’而忽视‘宽’”,而要“严中有宽,宽以济严”。因而这一刑事政策出台后饱受赞誉。

罪刑平等。罪刑平等即指我国刑法第四条规定的罪刑适用平等原则。该条规定,对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许有任何人有超越法律的特权。法律面前人人平等原则是我国社会主义法制的重要原则之一,该原则的确立与社会主义市场经济在我国的发展紧密相连,市场经济的主体是平等的民事主体,身份性与阶层性在市场经济活动中成为障碍。罪刑适用平等原则所体现的理念是世界性的,但作为刑法基本原则而输出的概念却是中国特色的,它是社会主义法治概念在刑事立法中的重要体现,是刑事立法概念在学理上的重要衍生。

但书。我国刑法第十三条规定的犯罪概念,有两个核心概念即社会危害性与但书。由于法益概念与社会危害性之间千丝万缕的关系,以及法益概念的前实定法化以及当下的精神化与抽象化,以至于社会危害性在我国刑事司法中一直保持着强大的生命力。不过,社会危害性如此顽强的生命力可能与第十三条后半部的规定有直接关系,“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,刑事立法这一创新性规定,被刑法理论界形象地称之为“但书”。但书有效克服了第十三条犯罪概念前半段内容对于容易以社会危害性为由入罪的缺陷,并允许在坚持形式正义的前提下对刑法条文进行合目的性解释,以将那些社会危害性轻微的行为排除在刑法犯罪圈之外。简言之,刑法第十三条的但书规定具有出罪功能。我国刑法犯罪概念的但书,具有和德日刑法理论中值得处罚的法益侵害性、实质的违法性、可罚的违法性、社会相当性等诸多看似不同但内涵相似的概念的一致性,那就是,入罪靠形式出罪靠实质;其所体现的有利于被告的人权保障原则以及刑法谦抑理念,具有与国际社会不同国家刑法理论体系对话的基因。

我国刑事立法还创设了很多富有中国特色的概念,如单位犯罪、刑事禁止令、管制刑等,这些规定由立法到理论,形成了刑事立法创设之后推进刑法理论深入研究的良性循环,并经由理论的研究极大地丰富了这些概念的内涵。离开刑事立法的引领,富有中国特色的社会主义刑法话语概念难以形成。

但是,从中国刑法学目前在世界刑法的话语地位来看,“什么是你的贡献”可能是需要刑法学者持续自省的问题。中国刑法诸多概念与苏俄刑法密切相关,诸如社会危害性、主客观相统一、必然偶然因果关系等,它们并非中国刑法的独创;当下流行的一

些刑法话语体系,又都是借鉴德日刑法所形成,诸如法益、归责理论、条件说、结果\行为无价值等。仔细反思,中国刑法学缺乏具有中国特色的、具有引领性且富有传播特质的话语概念。行政法里的行政复议、行政许可等,均是由行政立法引领的话语概念,行政法里的“平衡论”则是在研究行政法理论基础的前提之下发展出来的学术话语。民法领域的绿色原则作为一项民法基本原则,在形而下的层面有利于经济的发展、生态的改善,也可满足生活的需求;在形而上的高空符合祖先“天人合一”的理念;在方针政策的角度与“科学发展观”相一致,因此,绿色原则是中国输出给世界的富有中国特色的民法话语。刑事立法引领而形成的中国特色刑法话语,虽然有着诸如前述宽严相济、罪刑平等、但书等,但是它们的数量偏少,难以形成话语体系。如何进一步创新发展中国特色刑法话语体系,是当下刑法学者面临的重要任务。

在中国特色刑法话语体系的形成过程中,“我们要坚决抵制西方某些非普适性法治概念影响,不断生成能够准确表达中国法治思想、法治文化、法治思维的标识性概念体系,用中国话语表达中国理论,用中国理论解决中国问题”。在中国特色刑法话语体系的形成过程中,必须“吸收不同学派的优劣,倡导真正的学术自由,而不是以主体性民族性或多元性等这样政治正确的大帽压人,从而将学术争鸣的路堵死,并误导刑法学研究的发展方向”。中国特色刑法话语体系的创新,要处理好主体性与客体性、民族性与世界性、单一性与多元性等关系,既要尊重本国法治实践,又要借鉴他国理论成果;既要形成本国话语体系,又要避免孤芳自赏。同时,对于已经形成的中国特色刑法话语,应当通过参与世界各项组织立法或者条约公约制定活动的渠道,国家与国家之间缔结协议的渠道,以及通过民间学术交流活动等多种渠道加以传播,通过与世界其他国家刑法学界的对话,将类似于宽严相济等富有中国文化元素与刑事法治特色的话语概念传播到世界的舞台,为提升中国法治话语体系做出刑法学界的贡献。

回首中国刑事立法史,早期是粗放型特点,晚期是象征性的特点。从粗放立法到象征立法再到科学立法,是我国刑事立法的必经之路。以科学立法促进高质量的刑事立法的标准是良法善治,路径是立改废释。在立改废形成的刑法规范体系基础上,通过发挥立法者、裁判官与学者对刑法条文共同的解释作用。最终,通过刑事立法以及法学家们的共同努力,创新发展中国特色的刑法话语体系,提升中国刑法学学术的国际自信,在国际社会传播中国刑事法治的有力声音。

■ 《学术月刊》2019年第4期,约20000字