

【本期推荐】

刑法基本原则的司法实践与完善

高铭暄

【摘要】刑法基本原则的纲领性、全局性以及贯穿性之基本特质,使其被赋予指导司法实践的重大使命。刑法基本原则的司法指导意义具有一般的常态实现机制,而三大基本原则也各有其特殊的指导体系,继而织建起丰盈而广博的教义学图景。回顾我国刑事司法实践的历程,积极贯彻刑法三大基本原则并充分发挥指导司法实践功能是主流,但司法背离的现象也屡见不鲜,这是多方面因素造成的。在大变革时代,应立足司法背离的主要致因,理清司法背离中的真实问题,前瞻地列明未来发展的主要清单。应积极培育刑法基本原则的司法化能力,与时俱进地推动刑法基本原则的发展与进步,从多维度持续优化刑法基本原则指导司法功能。

【关键词】刑法基本原则;司法指导意义;司法贯彻;司法偏离;司法化能力

【作者简介】高铭暄,北京师范大学“京师首席专家”、刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师,中国人民大学荣誉一级教授,中国刑法学研究会名誉会长。

【原文出处】《国家检察官学院学报》(京),2019.5.13~32

一、问题的提出

近现代刑法诞生以来,大陆法系和英美法系分别通过刑法典与判例法予以确认和发展。在法典化国家,刑法典不仅是近现代刑法理论体系及其学说、立法原意的高度凝练载体,也是指导刑事司法实践的首要规范依据。刑法基本原则作为刑法学说与立法的“璀璨明珠”,是指导刑事司法实践的主题曲与“灵魂”。

刑法基本原则,是具有纲领性、全局性以及贯穿性的基本思想、理念等在立法层面的反映。依照刑法基本原则指导刑事司法实践,不仅是基本原则的内在旨趣使然,也是刑法典实现有序、协调适用的基本要求。然而,回顾我国刑法三大基本原则的司法化过程与效果,仍存在不少问题。这既表现为以刑法基本原则指导司法实践的观念不够深入,也表现为对刑法基本原则的司法指导意义挖掘不足,还表现为贯彻落实刑法基本原则存在司法误区与偏差。尤为突出的是,刑事判决书援引刑法基本原则作为

裁判或说理依据的做法寥寥无几,无疑显示了刑法基本原则的司法化能力相对不足。这不仅有损刑法基本原则的法治生命力,也必然有损刑事司法实践的公正高效运行,甚至诱发适法不当、适法错误等。有鉴于此,应当充分阐明刑法基本原则的本质特征和指导意义,充分研判、评估实践中贯彻与偏离刑法基本原则的两种司法生态问题。在新时代背景下,应当持续完善我国刑法三大基本原则的司法指导意义之实现机制。

二、刑法基本原则的本质特征及其刑事司法指导意义

近现代刑法诞生以来,为了真实反映并有效实现近现代法治精神,刑法典往往规定刑法的基本原则,以此固化、彰显并贯彻近现代刑法的基本任务,更好地惩罚犯罪和保障人权。更为重要的是,刑法基本原则的确立,也为刑法典由理论、立法走向司法实践,供给了极为重要的指导纲要,为刑事司法提供基本准绳。

(一)刑法基本原则的本质特征

我国传统理论认为,刑法基本原则,是指贯穿于全部刑法规范、具有指导和制约全部刑事立法和刑事司法的意义,并体现我国刑事法治基本精神的准则,是刑事立法与刑事司法中一个带有全局性、根本性的问题。^①

在我国,刑法基本原则是社会主义核心价值观观中的自由、平等、公正、法制价值在刑法典上的一种宣示,是刑法理论体系及其学说的浓缩精华,具有纲领性、全局性与贯穿性三大基本特征。而这些基本特征的存在,孕育并持续夯实刑法基本原则的司法指导意义及其司法化的能力。

1. 纲领性。刑法基本原则具有提纲挈领的重大基础作用,主要表现为:一是明确划分封建社会的刑法与近现代社会的刑法,突显近现代刑法的法治精神。二是突出强调并反映近现代刑法的理论基础、价值取向、功能设定、制度安排等一系列基础问题。三是对于刑法典的规范适用,发挥根本性的指导意义。刑法基本原则既是可以直接适用的总则核心条文,也是指导其他条文理解与适用的基本依据。

2. 全局性。在法典化国家,刑法典的制定与颁行,是为了依法解决繁纷复杂的刑事法问题。刑法典在布局上遵循“抽丝剥茧”的工匠精神,反映了刑法典的立法精细化特点。但刑法典也需要超越具体、个别的思维,从全局的高度规划与设计刑法典及其内容。刑法基本原则无疑被委以重任,成为统揽全局的最佳平台。全局性的基本特征,使刑法基本原则具有指导总则其他规定、并全面指导分则的功能潜质,当然这也是基本原则发挥全局性司法指导的重要保障。

3. 贯穿性。刑法基本原则不仅是立法化的纲领性、全局性规范,同时也是贯穿整个法典或刑事司法的基本训条。它不仅表现为内容上的前后逻辑贯穿,使法典的全部内容相互协同、构成一个整体;也表现为形式与体例上的联络性,使法典形式齐整、体例一致。

(二)刑法基本原则对刑事司法的指导意义

刑法基本原则对刑事司法的指导意义,并非虚幻的口号,而是有一定格局的。我国刑法理论、立法

与司法的互动模式看,刑法基本原则的指导意义,可以呈现为如下格局:(1)总则指导分则是基本模式。刑法理论的核心问题与立法的重点,通常在立法体系层面上,均落在了刑法典总则。相比之下,分则作为承接的载体与平台,发挥更具体、直观的作用。刑法基本原则坐落于总则,而且位居前列,凸显其重大地位与根本作用。正是这种逻辑图式,逐步形成了通过总则指导分则这一基本模式,来实现刑法基本原则的司法指导意义。(2)指导定罪量刑活动是主体内容。定罪与量刑是两项最基本的刑事司法活动,也是刑法理论体系与立法共同聚焦的场域。在实践中,重定罪轻量刑的不良倾向长期存在。但随着量刑规范化改革以及2012年修订的《刑事诉讼法》明确了量刑程序的同等地位,已经显著扭转了这一局面。这正是刑法基本原则发挥其司法指导意义的核心场域,担负起指导定罪与量刑的“规范”“疏解”以及“统一化”等作用。(3)统一适法标准是主要目的。刑法基本原则的价值与意义,尽管表现为很多方面,但万变不离其宗的主线之一,就是竭力统一刑事司法中的适法标准,从而更好地实现司法公正。(4)作为刑法理论体系的说理机制而存在。刑法基本原则在内容与表述上,具有较为突出的抽象性、概括性和原则性,不像总则其他规定或分则规定,一般具体涉及罪责刑的内容。这决定刑法基本原则的司法指导意义,可以具体化为刑法说理机制,这既是对立法原意的释明,也是对适用刑法中罪责刑规定的阐明。刑法基本原则作为刑法说理机制,使司法指导意义、司法化能力以及运行机制更契合其本质特征。

刑法基本原则的司法指导意义并非孤立存在,而是在综合的刑事法治环境与格局中实现的。换言之,其司法指导功能是在刑法理论、刑法立法以及刑事司法的运行体系中实现和完善的。其一,刑法理论固化的映照与反哺。一方面,刑法基本原则的确立,不仅离不开刑法理论体系,相反,正是对近现代刑法基本观念的正式反映,而且是以高度浓缩的方式予以立法化。因此可以认为,刑法基本原则是对刑法基本理论及其观念不断成熟、固化后的客观写照。而且,刑法基本原则的内在使命就是要求得到贯彻和落实。另一方面,刑法基本原则作为独立的

本体范畴,其内在的根基和要素是发展变化的。特别是,犯罪现象、态势始终在变化,刑事司法的对象不断翻新。刑法基本原则在变动的格局下,基于谋求时代适应能力的需要,必然衍生“反哺”刑法理论体系及其学说的积极效应。其二,立法规定的缘起与验证。从逻辑顺序看,刑法理论体系层面的基本原则,并不必然与刑法典所确立的基本原则完全一致。但被立法者最终认可的基本原则,无疑是刑法理论体系的最核心、最璀璨的部分。刑法典中的基本原则,作为立法规定,与刑法理论体系及其学说高度相关,此乃刑法基本原则的立法缘起,也是立法精神的集中区域。刑法基本原则的指导意义,决定其不仅发挥“适法”的作用,以保持刑法典的安定性,维护立法的正当性与合法性;同时,也必然孕育出“批判”的理性精神,通过指导司法实践的路径,验证刑法典中的规范是否继续有效且正当。刑法基本原则在指导司法适用时,绝不是被动的“演绎者”,而是扮演主动的“验证者”。这赋予刑法基本原则的司法指导意义更积极、能动的改革属性。其三,司法适用的调试与修正。刑法基本原则的司法指导意义得以充分展示和落实,是由刑法基本原则的调试功能与修正功能完成的。一般而言,由于刑法基本原则负载的内容过于根本性、基础性、宏观性,在具体的适法过程,往往无法发挥直接的干预作用。这就使其在指导司法适用的问题上,更多地表现为温和的“调试”角色。譬如,在刑法解释的限度上,究竟是扩张解释还是限缩解释,刑法基本原则发挥“调试”的作用,具体是作为一种“说理机制”存在的。但基于刑法基本原则内在的“理性批判”精神,也对刑事司法过程中的偏差现象,发挥着“修正”的作用,防止个案的法律适用走向不公正的境地。

(三)刑法基本原则司法指导意义的具体展开

我国刑法中的罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则、罪责刑相适应原则,因其立法旨趣、理论基础、功能设定存在差异,因而,在司法指导意义的征表、载体、通道、机制、实施等方面,均各有千秋,应逐一释明各自的运行体系。

1. 罪刑法定原则的司法指导意义

在刑法实践的道路上,刑事司法是罪刑法定主

义走向现实化的必由之路。^②1997年《刑法》第3条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”这是罪刑法定原则具有司法指导意义的立法依据。从广泛的刑事司法实践看,罪刑法定原则主要通过以下常态的运行机制,从不同层次来发挥指导司法适用的功能。

其一,犯罪构成的立法法定化。对于刑法总则与分则的司法实践,其逻辑起点与核心内容是犯罪构成及其认定问题。通常认为,罪刑法定原则包括明确性原则、禁止溯及既往、禁止类推制度等一系列内容。其中,最重要的内容是明确性原则。按照明确性原则,是否构成犯罪及其依据、标准等,必须由法律明确规定,也就是刑法必须明确规定。这客观上形成了犯罪构成的法定化效应。对于类罪或个罪的犯罪构成要件及其要素,应当坚持“明确性”原则的基本要求。为此,刑法总则规定了犯罪的概念和犯罪构成的基本要件,刑法分则则有层次、分类型地规定了各个具体罪的犯罪构成要件。

其二,罪与非罪的界限。罪刑法定原则的条文表述,非常明确地显示了其在决定是否构成犯罪问题上的法治权威性与标准唯一性地位。宏观地看,罪刑法定原则是犯罪构成法定化的最重要依靠因素,罪与非罪的界限,应当围绕罪刑法定原则的精神来落实。从实践看,在罪与非罪的界限问题上,刑法分则的规定是最直接的规范依据,同时也包括总则中的其他涉及罪责内容的规定。但罪刑法定原则的地位及其作用,决定了其在罪与非罪的界限上发挥不可或缺的作用。这里,特别需要讨论两个关联议题:一是《刑法》第13条但书条款的适用。关于但书条款的性质及其适用,理论上历来有诸多的争议。但通常认为,符合但书条款的,最终“不认为是犯罪”。这显然是刑法的规范评价结果,是解决罪与非罪的问题,而不是解决论处与否的界限问题,更不是单纯的“唯结果论”做法。^③二是疑罪从无理念的贯彻。疑罪从无理念同时是刑法与刑事诉讼法中的概念,是指对于事实不清、证据不足、无法排除合理怀疑的案件,按照疑罪从无的精神,不能认定构成犯罪。这涉及罪刑法定原则的司法贯彻,也即罪与非

罪的司法界限。

其三,刑法解释的限度标准。在刑事司法过程中,刑法解释是常态活动,是刑法适用的常规内容。任何刑法实践活动,都必然涉及刑法解释问题。对于刑法解释问题,解释限度及其法治标准是最具争议性的问题,也直接关系到刑法适用的结果。更进一步地讲,一方面,刑法解释的限度及其法治标准的选取,以及由此得出的解释结论,罪刑法定原则可以起到“说理”的作用,为刑法解释提供重要的依据。另一方面,对于刑法解释限度、标准及其结论,罪刑法定原则还负有“审查”或“纠偏”的任务,以确保不僭越罪刑法定原则的边界。

其四,刑法与刑事政策关系的科学化。刑法典及其规定是相对封闭的,但个案却始终开放的。依法适用刑法典的规定,不仅需要立足法治意识,坚持严格司法;也需要回到适法的原点,充分考虑案件的具体情况,实现法律效果与社会效果的高度统一。刑事政策是指导刑法适用的重要依据,但介入不当,则可能适得其反。罪刑法定原则的理论基础、基本内涵以及法治旨趣,使其可以在实践中调和刑法与刑事政策的关系趋于科学化,在刑法规范与刑事政策之间取得有序。

2. 适用刑法人人平等原则的司法指导意义

1997年《刑法》第4条规定:“对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”这是适用刑法人人平等原则的基本内涵。与罪刑法定原则的司法指导意义不同,该原则以“平等”作为功能导向的首要标准。

在实践中,适用刑法人人平等原则的司法指导意义主要表现为以下内容:(1)法律适用的平等。平等是近现代社会的基本价值追求。平等原则对于近现代刑法而言,它的意义不仅在于消除了特权等不公现象,更在于创造了法治社会下的平等适用刑法的底线正义环境。对于刑法的适用而言,应当坚持平等原则。平等原则主要指向法律适用环节,平等原则需要通过刑法的适用才能得到有效实现。(2)区别对待与个别正义。在法治社会,平等原则是相对的,而非绝对的。在适用刑法时,平等原则的要求是相对意义上的平等,因为它包括了区别对待的精神,

强调兼顾一般正义与个别正义。“世界上没有完全相同的两片叶子”。完全相同的案件几乎是不存在的,同案同判、类案类判是相对意义上的无限接近之要求。正是由于刑法适用面临千变万化的实际情况,区别对待是必要的而且是常态的做法。所谓区别对待,是指在平等原则的基本要求下,尊重个别性、特定性、具体性以及类型化问题,使其与平等原则的普适性、一般性相互协调。特别是在类案上,可以通过总结司法经验等方式,竭力实现法治的统一,夯实平等适用的基础。(3)主体身份与平等适用。在现代刑法体系中,犯罪主体是逻辑起点,不仅是实施犯罪的主体,也是承担刑事责任主体,还是接受刑罚处罚的主体。其中,自然人作为犯罪主体具有悠久的历史,但单位(法人)也随后被立法确认为犯罪主体。在二元制的犯罪主体格局中,因主体身份差异,在适用刑法时,客观上也存在差异。在自然人作为犯罪主体中,由于刑事责任年龄、生理欠缺、醉酒、国家工作人员身份、负有作为义务的主体等因素存在,刑法适用存在明显的差异化。在单位作为犯罪主体中,尽管国家机关也被《刑法》第30条规定为单位犯罪主体的类型之一,但实践中追究国家机关刑事责任并不现实,也难以实现^④。同时,在单罚制中,仅处罚单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员,而不处罚单位,也是差异适用的表现。刑法主体身份的客观差异,既是刑法差异适用的影响性因素,也是在实践中真正实现刑法适用平等的重点区域。

3. 罪责刑相适应原则的指导意义

1997年《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这是罪责刑相适应原则发挥司法指导意义的规范依据。而且,罪责刑相适应原则是我国罪责刑作为核心标志的刑法学体系,在基本原则层面的集中体现。它反映了犯罪、刑事责任与刑罚之间的理性关系与功能结构,也即犯罪、刑事责任和刑罚三者之间要保持内在的、对应的均衡关系^⑤。

罪责刑相适应原则对司法实践的指导意义主要表现在:(1)以罪制刑与以刑制罪的呼应。在罪责刑关系中,居于首要位置的是罪刑关系,它是罪责关系、责刑关系的前提和基础。在动态层面,可以认

为,罪刑关系表现为以罪制刑与以刑制罪两大主题部分。前者是指,犯罪范畴在内容、功能等方面,对刑罚范畴具有前提性与决定性意义;后者是指,刑罚范畴虽处于末端,但对犯罪的理解与定罪活动,均存在正向的“反制”功能,也即检验与修正的作用。以罪制刑与以刑制罪作为相互依存的部分,对定罪量刑活动均有直接意义,是罪刑关系相适应在动态运作层面的基本实践模态。(2)罪刑均衡或罪刑对称。罪刑关系相适应,是罪责刑关系相适应的重要内容。从价值导向与目标看,罪刑关系相适应,通常认为就是罪刑均衡或罪刑对称,反映了犯罪与刑罚两大范畴前后高度关联、在定罪与量刑上的“正当性”逻辑关系。也即定罪正确、量刑规范,并且定罪与量刑之间是“等值”的。既不存在罪重而轻罚,也不存在罪轻而重罚,而是罪刑适当。(3)刑事责任范畴的地位与作用。罪责刑相适应原则是对罪刑相适应原则的发展与超越。刑事责任范畴的导入与贯彻,不仅与我国罪责刑关系的刑法学体系高度契合,也丰富了我国刑事责任范畴。更重要的是,在犯罪与刑罚之间打通了沟通的平台与通道,从而优化了罪刑关系的运作模式,更能对现代社会的刑法问题,予以全面、整体的分析与判断。在罪责刑相适应原则中,刑事责任范畴不仅发挥沟通的桥梁作用,也是独立的刑法基本范畴,与犯罪、刑罚之间是相互分工、配合与制约的协作关系,其目的是为了使定罪、归责到量刑的办案逻辑更通畅。此外,还特别需要注意两点:一是人身危险性的定罪与量刑意义。关于人身危险性在刑法中的定位、意义及其功能实现等问题,理论上有不同的看法。^⑥客观而论,人身危险性是现实存在的内容,对定罪量刑活动均有不同程度的影响,也对罪责刑相适应的实现有不同的“化学反应”,并以可量化的科学评估机制为前提^⑦。二是风险社会、网络时代、人工智能时代的新挑战。随着风险社会、网络时代、人工智能时代接踵而至,不仅冲击刑事犯罪的类型划分,对刑事归责体系也产生显著的影响。(4)刑罚有效性与刑罚个别化。罪责刑相适应原则的司法化,其核心目标落在“相适应”;从终端载体与形式看,主要是刑罚(宣告刑等)是否真正有效。因此,罪责刑相适应原则的司法化及其指导意义,可

以根据刑罚有效性命题予以实现和检验。刑罚有效性,意在强调犯罪的刑事责任在结果层面得到正确、积极和完整的体现,最终达到刑事制裁的预期目标。而且,在刑罚有效性的命题中,刑罚个别化是重要的子要素。刑罚个别化有助于促进刑罚的个别正义。^⑧刑罚个别化是罪责刑相适应原则中的应有之义。

三、刑法基本原则的司法贯彻与偏离

刑法基本原则不是摆设,而应通过刑事司法实践予以贯彻落实。我国刑事司法实践,一直都高度认同刑法基本原则的司法指导意义,在具体的办案过程中充分发挥刑法基本原则的指导作用。但实务中也存在一些偏离的情况,既是诱发冤假错案的导火索,也严重侵蚀了刑法基本原则的司法生命力。

(一)罪刑法定原则的司法贯彻与偏离

罪刑法定原则位居我国刑法基本原则之首,凸显其高大地位。贯彻罪刑法定原则始终是我国刑事司法实践的首要任务。从实践的情况看,积极有效贯彻是主流,但也有个别偏离现象。

1. 司法贯彻

从刑事司法实践看,我国司法机关从多方面贯彻和实现罪刑法定原则,主要表现为:(1)认真学习研究刑法修正案强化明确性原则意识。罪刑法定原则最重要的任务是杜绝封建社会的“原心定罪”“天子定罪”“宗教定罪”等做法。这也是明确性原则作为核心要素的缘由所在。1997年《刑法》开启了我国罪刑法定原则的新时代^⑨。然而,随着社会经济的发展以及犯罪态势的变化,倒逼刑法典必须保持适度的灵活性,立法完善成为延续刑法典生命力的基本途径。为此,我国先后通过十个刑法修正案,对刑法典进行修正和完善,不断优化、升级并巩固明确性原则的覆盖面、更新度和适用性。这是罪刑法定原则提升司法化能力并指导司法实践的最可持续性方式。认真学习贯彻刑法修正案,也就是持续提高对罪刑法定原则的认识和贯彻力度。(2)坚持并完善犯罪构成体系的司法地位与功能。犯罪构成体系以及定罪量刑活动是罪刑法定原则指导司法实践的基本要素。在我国,四要件犯罪构成体系是历史发展与现实选择的产物,是被实践证明是行之有效的理论体

系与学说,^⑩同时也符合我国《刑法》的规定。坚持并完善四要件犯罪构成体系,是建设中国特色刑法理论体系的必然要求,也是刑事司法中更好地解决定罪量刑问题的必然要求。(3)严格依法办案是罪刑法定原则指导司法实践的最普遍形式。现代罪刑法定原则最重要的法理基础是法治国家精神。除非法律规定该种行为是犯罪,否则,不能定罪处罚。在刑事司法环节,严格依法办案是贯彻和落实罪刑法定原则的最普遍形式,也是最基本、最重要的保障机制。按照司法体制改革的精神,严格依法办案是重要的法治建设指标,也成为罪刑法定原则充分发挥司法指导作用的政治保证与制度基础。当然严格依法定罪量刑,也需要程序法的衔接与配套,这是不容置疑的。(4)建立和发展刑事案例指导制度。案例指导制度是具有我国特色的判例制度,促成了由法律—司法解释—案例指导规则组成的多元化法律规则体系。^⑪从已经发布的刑事指导性案例看,对司法实践活动的作用,主要体现为司法规则的创制功能、条文含义的解释功能、法律规定的释疑功能、刑事政策的宣示功能、刑罚制度的示范功能等方面。^⑫由此可见,刑事案例指导制度是对刑法典条文规定的补充与发展,是对罪刑法定原则指导功能的积极补充,可以更好地满足实践中对“明确性原则”的及时性、具体性和类型化的诉求,提高了罪刑法定原则的司法指导效果。

2. 司法偏离

尽管罪刑法定原则的司法化无处不在,并且在指导司法实践中发挥着“定海神针”的重大作用,但司法偏离的问题仍然存在。目前,比较突出的表现是:

(1)兜底条款与口袋罪适用的泛化迹象。1997年《刑法》对口袋罪的立法分解,是实现罪刑法定原则的重要举措,投机倒把罪与流氓罪从此消亡。然而,分解后的具体罪名,由于刑法规定了兜底条款,在司法实践中有时仍沦为“口袋罪”,并且随着犯罪态势的复杂而暴露出泛化适用的不良倾向。例如,《刑法》第225条规定的非法经营罪是备受质疑的“口袋罪”,主因是该条第4项的兜底规定。在司法实践中,对于该罪的司法适用,呈现出尽量扩张而非限制适

用的态势^⑬,导致行政违法与犯罪之间的界限被压缩,反映了司法实践对罪刑法定原则的“功利性”定位。又如,《刑法》第293条规定的寻衅滋事罪也有口袋罪之嫌,对该条第1款第4项中起哄闹事行为的理解,实践中存在扩大化的迹象。^⑭此外,《刑法》第114条、第115条规定的以危险方法危害公共安全罪也像是一个口袋罪,因行为要件的开放性及缺乏必要的形式限定,适用频率不断提高,呈现不断扩张的趋势。^⑮然而,按照同类解释规则的逻辑,应严格限缩适用,否则,有突破罪刑法定原则边界的风险。当前,口袋罪的制度根源是“明确性不足”,而司法中的“明确性”是相对的,如何正确理解和贯彻是常见的难题。

(2)法定犯时代刑事违法性的司法认定。刑事违法性是社会危害性这一犯罪本质特征的法律表现。罪刑法定原则是判断刑事违法性的首要依据。然而,在刑事司法实践中,不乏将一般行政违法作为犯罪处理的现象,而未能严格遵循罪刑法定原则是主要诱因^⑯。行政立法及其法律责任规定的变动性、复杂性骤增,不仅加大刑事违法性判断的难度,也使罪刑法定原则的贯彻面临多重价值交错的情况。特别是现代社会中的法定犯数量骤增,法定犯有取代自然犯主导地位的趋势。由于公众的非理性情绪、对法定犯双重违法性的认定偏差等因素的作用,使法定犯的“刑事违法性”之认定,成为违反罪刑法定原则的“重灾区”。^⑰譬如,王力军无许可证收购玉米改判无罪案,强调了办案机关在行政违法与刑事违法的区分上,应当坚持罪责的实质评价。社会危害性是行为实质违法的评价,刑事违法性是行为触犯刑罚法规并具有犯罪构成要件在法条文本层面的评价,应受刑罚惩罚性是对触犯刑法的危害行为可谴责性的评价。危害性和可谴责性是在刑事违法性基础上的实质评价,认定的犯罪必须违法、有害、有责。^⑱在实践中,法定犯的定罪,必然涉及刑事违法性的认定问题。但难题在于,法定犯具有变动性,刑事违法性的判决依据与基准具有不确定性。法定犯的刑事违法性之判断,直接决定罪与非罪的界限,更反映了罪刑法定原则的实际贯彻程度。

(3)空白罪状与“违反国家规定”的认定。空白罪

状是因应非刑法立法的发展性而存在的,但对罪刑法定原则也是一种“消解性”体现,有弱化“明确性”的作用,使罪状的认定处于可能突破罪刑法定原则的边缘。以“违反国家规定”的理解为例。“违反国家规定”客观上对明确性原则有双重要求,既是“开放性表述”并预留了适用空间,也要求“严格解释”以防止“违法”。立法总是相对滞后的,使解释“违反国家规定”成为不得已之举,是否符合罪刑法定原则的争议客观存在。例如,在《刑法》第338条规定的污染环境罪中,“违反国家规定”的含义不明确,直接影响了该罪设置的合理性与可操作性。^⑩在大变革时代,由于立法规范供给能力下降,明确性原则的司法适用面临前所未有的调整,对“违反国家规定”这种空白罪状之表述,由于处在法定犯扩张背景下,又由于涉及刑事违法性之认定,往往容易突破罪刑法定的边界。

(4)扩张解释与类推解释的混同。在刑法适用的过程中,刑法解释的标准和限度问题,一直都处于决定刑法解释是否正当、合理以及有效的最前端。其中,扩张解释作为激活并充实刑法规定的常态做法,其与类推解释的界限一直都是实践中的难题^⑪,处理不当的结果就是滑向类推制度的老路子。例如,对于刑法中的“性交行为”是否包括“口交”“鸡奸”“手淫”等特定形式之理解,不仅影响实践中对卖淫行为的理解,也涉及对强奸行为的理解。又如,关于网络财产性利益的刑法性质问题,一直纷争不下,不少学者主张,我国刑法中的财物完全能够涵盖虚拟财产这一财产性利益的概念以及对具有财产价值的虚拟财产应当按照财物予以刑事保护^⑫;将虚拟财产解释为刑法上的财物不会侵害国民的预测可能性而且没有违反罪刑法定原则^⑬;但也有学者认为,网络财产性利益同时兼具刑法中的财产与网络数据的性质^⑭。不同的解释结论及其纷争,不仅显示扩张解释与类推解释的区分难题,也暗示禁止类推解释的“乏力”一面。

(5)从旧兼从轻原则的适用。我国刑法立法处于明显的活性发展态势,而且刑事司法解释处于密集颁行的状态,贯彻从旧兼从轻原则是“大规模”司法适用现象,司法解释的溯及力问题便是焦点。按照

从旧兼从轻原则,即使导致量刑畸轻,也不得以不符合罪刑相适应原则为由,采取更重的规定。^⑮例如,《刑法修正案(九)》针对贪污罪受贿罪增设了终身监禁制度,与总则中的死缓变更规定之间,引发了从旧兼从轻原则的理解与适用问题。根据1997年《刑法》第12条的规定,对《刑法修正案(九)》生效之前的贪污罪、受贿罪,不应当适用终身监禁的规定^⑯。如果依据修订前《刑法》第383条第1款第1项的规定,应当判处死刑立即执行,而后认为修正后的《刑法》第383条第4款所规定的判处死缓,附随终身监禁,不得减刑、假释,更符合犯罪人情况的,当然也可以使终身监禁新规具有溯及力,这也符合从旧兼从轻原则。刑法立法始终在发展,实践中违背从旧兼从轻原则的个别现象是存在的,司法机关应依法纠正。

(二)适用刑法人人平等原则的司法贯彻与偏差

适用刑法人人平等原则,是近现代社会所推崇的平等价值在刑法典中的反映。法律平等是社会主义法治的一项重要原则。“平等”不是“等同”,“等同”也未必是“平等”,法律面前不平等与不平等的法律亦不同。^⑰适用刑法人人平等原则是绝对与相对的统一,它允许和包容区别对待与差异化处理。

1. 司法贯彻

从司法实践看,在适用刑法人人平等原则的指导下,司法机关一直努力根据刑法典的规定依法办案,在实质平等与区别对待之间谋求最佳的结合点。主要表现为:

(1)特殊主体的区别对待。刑法主体身份的差异,决定了在平等原则下,应当进行必要的区别对待,以真正实现适用刑法的实质平等效果。择要而言:一是未成年人。对未成年人的限制处罚,是基于其刑事责任能力相对不足的考虑。与成年人的差别化待遇,才是真正的平等适用。例如,《刑法修正案(八)》规定了前科消灭制度,随后2012年修订的《刑事诉讼法》规定了犯罪记录封存制度;在死刑适用、缓刑适用上,也予以特殊照顾。二是老年人。按照《刑法修正案(八)》的规定,对已满75周岁的老年人的死刑,采取基本上不适用的立场;在缓刑适用上,予以特殊照顾。三是孕妇。根据《刑法》第49条的规定,审判的时候怀孕的妇女不适用死刑。四是军

人。按照《刑法》第449条的规定,对符合一定条件的犯罪军人,规定了“战时缓刑”制度。五是国家(机关)工作人员。对国家(机关)工作人员实施的一些犯罪,往往予以从重处理。

(2)共同犯罪人及其刑事责任分担的区别对待。在共同犯罪中,绝非简单的“二人以上”犯罪问题,不同共同犯罪人的地位与分工各有差异,各自的危害行为及其结果表现不一。因此,区分共同犯罪人的类型及其刑事责任边界,是共同犯罪定罪处罚的重要难题,也是贯彻适用刑法人人平等原则的重要内容。但是,胁从犯的立法意义有所递减,适用范围明显不足;正犯、主犯与从犯的区分,在网络犯罪领域较难掌握^⑤。这些都说明在共同犯罪中,进一步优化平等适用确有现实需要。

(3)正当防卫、紧急避险的价值优位。正当化事由是对包括正当防卫等一系列正当行为或情状予以“合法化”的制度依托,意在强调“正邪不两立”与“充分的优位保护”等价值取舍立场。正当防卫是公民行使防卫权的行为。1997年《刑法》第20条第1款明文规定正当防卫的行为,不负刑事责任。在司法实践中,正确划分正当防卫与防卫过当以及一般犯罪之间的界限极其复杂。^⑥尽管如此,规定正当防卫制度并确认公民的正当防卫权,不仅在不法侵害与合法防卫之间作出了价值判断,也在不法侵害人与防卫人之间作出了切割,是更为实质的平等。同时,紧急避险制度在合法利益之间,优先保护更大的利益。它不仅反映刑法在避险人、第三人的保护问题上作出差别的安排,也赋予紧急避险人按照“法律理性人”行事的法律依据。^⑦对危害行为与正当行为的“差异对待”,是适用刑法人人平等的重要体现。

(4)民生的刑法保护。在党和国家的领导下,以人民为中心思想成为新的行动纲领。当代刑法作为社会治理的重要手段,肩负保障社会和谐、保障民生、保护弱势群体利益等新任务。刑法机能重点关注民生并强调保障民生、改善民生,这使法律制度处于新的挑战下,“民生刑法”现象正是这一时代发展的必然要求。在此语境下,民生刑法反映了当代刑法侧重保护民生内容的专属性与特定安排,彰显适用刑法的区别对待基本精神,在特定历史背景下更

接近实质正义。

2. 司法偏离

有学者指出“同行为不同(定)性、同罪不同罚、罪刑不均衡”等司法不公问题,有违宪法上的平等原则,背离了平等保护法益的原则。^⑧在刑事司法实践中,适用刑法人人平等原则的偏离现象确实存在,如过去常议论的贪污罪与盗窃罪等的追诉数额标准存在巨大差距、“无能力赔偿”作为交通肇事罪的追诉情节等问题。

当前,主要表现为以下问题:(1)单位与自然人犯相同罪的处罚均衡问题。在经济犯罪领域,当单位与自然人实施相同的犯罪,对单位犯罪的按照双罚制论处的,直接负责的主管人员与其他责任人员被判处的刑罚,往往明显低于自然人犯罪的刑罚,这是有失公允的做法。这种明显“不对等”的做法。可能造成放纵单位犯罪的直接责任人员的风险。认识偏差是症结所在。“人人平等”不能局限于自然人,而应当理解为刑法主体,应包括单位。(2)非公有制经济的平等保护问题。非公有制经济的刑法保护不足,在经济发展与全面深化改革的背景下越发凸显。2018年11月,习近平总书记在民营企业座谈会上指出,纪检监察机关在履行职责过程中,有时需要企业经营者协助调查,既要查清问题,也要保障合法的人身和财产权益,保障企业合法经营。对一些民营企业历史上曾有过的一些不规范行为,要以发展的眼光看问题,按照罪刑法定、疑罪从无的原则处理,让企业家卸下思想包袱,轻装前进。这为依法保护非公有制经济和民营企业家的合法权益指明方向。司法实践中要明确政策与法律的边界,澄清司法机关介入的底线,更要强调“平等保护”的底线要求。但这项工作仍有很大的作为空间。

(三)罪责刑相适应原则的司法贯彻与偏离

在我国罪责刑关系的刑法学体系下,罪责刑相适应原则的司法贯彻有着得天独厚的条件,也取得了喜人的成绩,但也有个别的偏离。

1. 司法贯彻

罪责刑相适应原则的司法贯彻,核心任务是在定罪、归责与量刑三个动态的基本范畴之间,实现内容、价值、功能以及体系的前后呼应与协调一致。罪

责刑相适应原则的司法贯彻,集中表现为以下几个方面:

(1)报应性司法模式、恢复性司法模式以及预防性司法模式的交替发展。近现代刑法体系在实践层面的运行,可以概括为报应性司法模式,罪行是前提,追究刑事责任是基本活动,刑罚的报应是目的。这与罪责刑相适应原则是契合的,反映了最朴素的刑法正义观。随着域外恢复性司法理念的传播,我国也逐步探索刑事和解制度,《刑事诉讼法》在2018年正式确立了认罪认罚从宽制度,逐渐孕育了恢复性司法模式^①。在恢复性司法模式中,虽然定罪、归责、量刑等核心要素均有所“柔化”或“缩减”,但仍未根本上动摇罪责刑相适应原则及其所推崇的正义、公正价值。在风险社会背景下,网络犯罪、人工智能犯罪等新因素增量,预防性刑法观呈发展趋势^②,刑罚的积极一般预防功能得到重视,但仍然是对罪责刑相适应原则的进一步发展。

(2)人身危险性、行为人刑法、预防性刑法的有益摄入。仍在争议中的人身危险性的刑法意义及其作用,已然涉及犯罪、刑事责任以及刑罚的重要内容,体现了对行为人的刑法学意义的重视,对罪责刑相适应原则的贯彻具有积极的拓展意义。当前,立足人身危险性而展开的有关行为人刑法的讨论则更进一步,并在立法中有所体现,譬如《刑法修正案(九)》将一些预备行为予以实行行为化^③。在此大背景下,关于预防性刑法的倡导与实践也被理论界不少人所认同。^④这些新情况的出现,不仅为罪责刑相适应原则增加了新元素,也为其司法贯彻与指导意义的发挥提供了新的舞台。

(3)定罪与量刑的诉讼程序分离。^⑤长期以来,重定罪轻量刑是刑事司法实践中的“顽疾”。这不仅剥离了实体法与程序法之间的紧密联系,违背刑事一体化的实践逻辑;也导致“头重脚轻”的结构性弊端,忽视量刑的地位和作用,不利于充分实现刑罚的目的和功能,在根源上不利于实现“定罪”的预期目标。定罪量刑活动的“人为合一”以及过度侧重定罪的“偏离”现状,对罪责刑相适应原则的负面作用是明显的。2012年《刑事诉讼法》明确规定了独立的量刑程序,倒逼实体法与程序法更理性地区分定罪与

量刑及其功能配置关系。这无疑对进一步贯彻和落实罪责刑相适应原则提供了更好的制度环境。量刑地位的提高,不仅提升刑罚作为末端范畴的反思性、批判性能力,也迫使罪责刑关系的流程趋于“双向反馈与多项交互”。

(4)量刑规范化改革。罪责刑相适应原则在终端的落脚点是量刑结果与罪责一致。量刑活动应当遵循规范化的基本原则,努力实现相对的“同案同判、类案类判”。规范量刑活动并将量刑纳入法庭审理程序是人民法院第三个五年改革纲要的重要内容。《人民法院量刑指导意见(试行)》和《人民法院量刑程序指导意见(试行)》正是落实改革的重大举措,对改变现行刑罚制度的粗放性、提升法官量刑的科学性和精细化及确保量刑的公平公正等方面都具有重大的意义。^⑥2011年,最高人民法院正式出台《人民法院量刑指导意见》,并对其进行持续性的修正与完善,各地也纷纷出台实施细则,为我国量刑规范化提供了直接、全面和具体的“操作指引”。这无疑是发挥罪责刑相适应原则指导刑罚裁量活动的生动体现和保障条件。

2. 司法偏离

在罪责刑相适应原则的司法化贯彻中,也存在以下较为突出的问题:

(1)罪刑关系实践的内在协同不足。在罪刑关系的实践内部,犯罪与刑罚之间的协同性不充分:在犯罪概念与刑罚概念之间,缺乏直接有力的作用通道,到底谁决定谁,谁制约谁,并不十分明确。定罪与量刑之间仿佛也缺乏衔接的机制。这种宏观层面的偏离,既可能助长一些司法惯性的加剧,如重定罪轻量刑、量刑根据不完整、量刑基准不统一等;也可能使一些良性的运作机制陷入困境,如以刑制罪的思维及其实践不足、宣告刑与罪质轻重的均衡性有偏差^⑦等。

(2)刑事责任的司法化不足。在罪责刑三个基本范畴中,刑事责任范畴的研究与实践是相对薄弱的环节。^⑧从罪责关系的角度看,“犯罪构成是决定刑事责任的唯一(法律)根据”^⑨,长期占据刑法认识论的高地。由于刑事责任的司法化机制不足,导致罪责关系的发展不均衡,刑事责任如何反应犯罪并作用

于刑罚的重大问题有待明确。基于刑法学的“体系性思考”,应肯定刑事责任范畴与罪责关系命题的理论意义与现实价值,兼顾静态研究与动态研究并强化动态研究,特别重视刑事责任的动态归责体系的理论建构,及时关注恢复性刑事责任观念与预防性刑事责任观念的新近变化,充实刑事责任范畴的实体内涵,延续刑法理论的生命力。^⑩同时,从责刑关系的角度看,刑事责任对刑罚适用的指引功能虽是理论共识,但具体实现机制相对模糊。^⑪

(3)刑罚结构与刑罚体系的终端供给乏力。犯罪范畴的地位凸显,而刑事责任范畴的司法化相对不足,共同使刑罚范畴的地位与内容处于相对“弱势”状态;同时,刑罚范畴主要是被动服务于前端范畴,对刑罚执行等后端缺乏足够的关注。这导致犯罪与刑事责任等前端范畴的变化,与刑罚执行等后端的新情况并不一致;而刑罚结构、刑罚体系以及刑种等末端要素的“滞后不前”,引发刑罚范畴的制度供给能力不足。尽管《刑法修正案(八)》^⑫《刑法修正案(九)》^⑬已经开始从立法上扭转刑罚范畴之修改相对滞后的被动局面,但总体上仍未触及刑罚范畴的根本问题,刑罚体系、刑罚结构的调整尺度与效果仍有待深挖。从罪责刑关系的动态结构与运行看,刑罚范畴的优化与完善,是保障罪责刑相适应原则落到实处的基本动能。

四、刑法基本原则的司法指导之完善

在大变革时代,刑法基本原则的司法化能力有待提升。这要求首先澄清司法实践中造成偏离现象的原因,摆正认识论基础。同时,从宏观上予以疏解,围绕三大基本原则的特质,逐一精准改良与升级。

(一)司法偏离的现实原因及其制度性消解

对于刑法三大基本原则的司法偏离问题,要追根溯源地进行反思,以求对症下药。进而,从思想认识、基本观点等角度,有效清除实践中的负面因素和阻力。

1. 导致偏离的原因

导致刑法基本原则的司法指导功能出现偏差与误区的原因,主要有:

(1)以基本原则指导司法的意识薄弱。从刑法三

大基本原则的立法溯源看,其立法价值更侧重宏观层面,既服从于国家刑法立法的基本规律,也服务于依法治国的基本方略,以及满足政治、经济、文化等需要。这从本源上造就一种固化的认识:刑法基本原则是刑法典的基本纲领,但似乎不具体指导司法实践,立法者也并未预设指导司法实践的原意与赋予其能力。如此一来,容易使刑法基本原则的司法化意识偏于不足、甚至阙如。在实践中,刑事判决书几乎不援引《刑法》第3条、第4条、第5条作为判决依据,无疑是最直白的反映。

(2)刑法基本原则的司法化能力培育不足。刑法学理层面的基本原则,其司法化潜质相对而言不是重点,立法层面的宣示意义往往才是重点。但立法层面的基本原则,不应止于立法原意的宣示意义,也包括释放指导司法实践的基础功能,盘活整个刑法典的适法价值。但在我国适法框架下,刑法基本原则似乎给人不能直接作为适法依据的印象,客观上限制了司法化能力的体认与培育。在实践中,司法机关未能主动培育刑法基本原则的司法化能力体系,逐渐禁闭了该项潜能的成长与发挥。当刑事司法实践出现涉及罪责刑层面的疑难问题,不首选刑法基本原则作为说理机制,而优先考虑刑事政策的宽严相济精神等路径,无疑在一定程度上反映了刑法基本原则司法化能力的不足或失衡。

(3)与刑事政策的关系有时不协调。刑法适用与刑事政策的理解紧密联系,刑法是刑事政策不可逾越的藩篱,刑事政策蕴含指导刑法运作的功能。^⑭在刑法实践中,刑事政策是指导刑法适用的基本影响因素,刑法基本原则的司法化无法绕道而行。通常而言,刑事政策的刑法化涉及立法与司法层面,司法层面集中于刑法解释等问题^⑮。在实践中,刑事政策的司法化,容易滋生政策替代法律、政策过度扩张等问题。既可能突破罪刑法定原则,也可能引发“过于严厉”的治理倾向。例如,三次“严打”已经暴露了该问题^⑯。2018年1月,中共中央、国务院《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》要求:政法各机关坚持依法严惩、打早打小、除恶务尽,始终保持对各类黑恶势力违法犯罪的严打高压态势。正在进行的扫黑除恶专项斗争中,严厉、高压的雷霆之势,既有“打早打小”的

积极旨趣,如果不谨慎,也有可能使“宽严相济”偏离正确的方向。“扫黑除恶”不能脱离犯罪学原理,不能抛弃犯罪治理与有效控制的基本理念。

(4)对刑法立法解释、司法解释体系的不当依赖。在刑法适用问题上,除了刑法典之外,刑法立法解释、司法解释大量存在,成为“隐性”的刑法典实施细则。在刑法规范的理解与适用上,基于“立法定性+司法定量”的模式等因素,立法解释、司法解释在很大程度上取代刑法典,成为司法机关及人员直接依赖的“操作细则”。这在一定程度上架空了刑法典的地位与司法适用价值。更为甚的是,不能完全杜绝立法解释、司法解释有背刑法典的规定,冲破刑法基本原则的现象。例如,如何处理法无明文规定的单位犯罪,一直以来是我国刑事立法与司法关注的重点,该问题经历了无罪论到有罪论的发展变化与理论争议。按照单位犯罪的立法解释^⑤,刑法领域法无明文规定的单位犯罪作为有罪对待,是对刑法规范的消解,迁就了功利主义与实用主义,但违背了规则主义与法实证主义。^⑥这涉嫌违背罪刑法定原则的“明确性”原则。而有罪论的做法,难免成为诟病“有罪类推”的新标靶。同时,关于交通肇事罪的司法解释^⑦,客观上确立了过失共同犯罪的司法规则,与总则的规定相冲突,也涉嫌违背罪刑法定原则。

(5)刑法解释体系的运用有所偏差。在刑法基本原则的司法化过程中,刑法解释是重要的实现通道。刑法解释需要考虑的因素纷繁复杂,基本原则的指导作用可能因此流于形式,也可能因司法化能力培育不足而削弱刑法基本原则的司法化效能及其结果。

2. 负面因素的一般性消解

对于刑法三大基本原则的司法化不足问题,从一般性层面看,可以从以下几个方面着手解决:

(1)强化刑法基本原则指导刑事司法的办案理念。观念是行动的先导,对于刑法基本原则的性质而言,既要强调其纲领性、全局性、贯穿性等基本特征,凸显基本原则在刑法典中的基础地位;也要充分肯定基本原则的司法指导意义,激活刑法基本原则的司法化能力,防止刑法基本原则被“束之高阁”。刑法基本原则可以自主释放其价值导向,通过指导

刑事司法实践是其基本“输送”方式。不断完善基本原则的司法化能力建设是一项重要工作。

(2)强化基本原则的法律援引与说理机制。从目前的刑事司法大数据看,鲜有刑事判决书援引刑法基本原则作为定罪量刑依据的做法。这是我国刑法三大基本原则司法化不足的真实写照。之所以刑法基本原则可以指导刑事司法实践,其优势在于,相比具体的罪责规范,它可以提供基础性、本源性的说理机制,对个案正义、类案处理以及“大是大非”等问题,可以输出“立法精神”的支撑。这不仅可以补强刑事判决说理机制的内容,也可以避免直接触发基本原则与具体规定的正面冲突。因而,以刑法基本原则的说理功能为导向,可以丰富并优化刑法基本原则的司法指导途径。

(3)强化刑法立法解释、司法解释的合法性审查机制。刑法立法解释、司法解释发挥重大的适法功能,弥补了立法规定的滞后性、不完整性、不精细化等缺陷,功不可没。但解释中一些具体内容,存在突破刑法典规定的嫌疑,必然与刑法基本原则相抵牾。为了从源头上强化刑法基本原则指导司法实践的合法性与正当性,可以围绕基本原则的统领地位,建立合法性审查机制。凡与基本原则相冲突的立法解释、司法解释当中的规定,可以借助基本原则的说理机制,禁止援引作为司法适用的依据,以强化合法性基础。

(4)摆正刑法基本原则与刑事政策的理性关系。刑法适用不完全是刑法典的“演绎”,而要解决与案件相关的所有因素。这既是刑事政策应当导入的缘由,也是刑事政策指导刑法适用的难点。刑法基本原则是“立法精神”的忠实载体,在功能导向上与刑事政策的立意不谋而合。但刑事政策的张力呈开放性,在结果上具有显著的功利导向和应急性等问题。刑法基本原则对刑事司法的指导,应当是在刑法典的适用与刑事政策的指导之间,设置一道“调节器”并实现理性交汇,互联互通式地起着指导刑事司法实践的作用。

(二)刑法基本原则司法指导功能的具体完善

刑法三大基本原则在内容上各有千秋,相互构成一个整体。在进一步完善刑法基本原则的司法指

导能力、水平及效果上,需要因地制宜,具体问题具体分析。

1. 罪刑法定原则的司法化纠偏与完善

针对罪刑法定原则在司法实践中的误区与问题,应从以下几个方面予以完善:

(1)保持刑法典的持续修正态势。罪刑法定原则及其内容跟随时代的进步而发展。罪刑法定原则的合法性、有效性,是在立法变革与内容更替的变迁中得以保障的。例如,明确性原则是立法原则与司法原则,而司法中的明确性原则必须保持发展的姿态,在不同方面保持与时俱进。^⑤回顾地看,改革开放以来的刑事立法经验之一,就是积极保持刑法典的适时修改与完善,夯实刑法典的时代生命力与适应能力。^⑥罪刑法定原则的首要内涵是明确性原则,在全面推进依法治国的背景下,适度灵活的刑法立法不仅是保障明确性原则的前提,也是发挥罪刑法定原则指导司法实践的基础。而且,刑法典的持续完善,是克制类推定罪、防止重罪重罚溯及既往等偏差的良方。当前,仍应以“刑法修正案”这一常态模式,推进刑法典的可持续性完善。而且,应特别推进新的立法任务:一是刑事责任范畴的立法化。1997年《刑法》对刑事责任范畴的立法作出了尝试,但显然不足。特别是在动态的刑法运作过程中,刑事责任的立法薄弱已经暴露诸多问题。既是罪刑法定原则的“内在缺失”,也是罪责刑相适应原则指导司法适用的“本体软肋”。基于罪责刑关系的基本结构,应当专章或专节规定刑事责任范畴,对刑事归责体系及其要素等予以明确化。二是网络犯罪时代已经到来,并逐步成为主要的犯罪形态。针对传统刑法规范供给不足问题,应当推动刑法立法对网络犯罪的更大关注,提高刑法典应对新型犯罪的能力与水平。^⑦三是人工智能技术及其应用的迅猛发展,已经开始挑战当代刑法体系及其立法规定的有效性,并涉及犯罪、刑事责任和刑罚三大基本范畴。关于人工智能时代的立法完善,已经有人提出增设滥用人工智能罪、人工智能产品事故罪等新罪名的构想^⑧,也包括增设删除数据、修改程序、永久销毁等刑罚措施的设计。^⑨

(2)刑法解释的新课题与理性应对。罪刑法定原

则的司法指导意义,既主要取决于立法层面的明确性原则,也取决于个案的定罪量刑活动没有脱离刑事法治精神的边界。在刑法适用的过程中,为了探究“罪”与“刑”的“法定”,以刑法解释为常态的刑法适用活动全程覆盖,是理解、认知与实现罪刑法定原则的基本途径。在变动不居的时代,扩张解释的运用及其风险克制问题尤为凸显。在适用刑法规定时,当刑法规定的不够明确、具体,但社会危害性客观存在,解释限度究竟是“限制”还是“扩张”,对解释结论有直接的影响。对于传统犯罪,应严格限制解释;对于网络犯罪等新型犯罪,则可以适度扩张解释。在网络犯罪背景下,运用扩张解释激活传统罪名的网络化适用能力,已经被公认为是较为可取的做法。^⑩但应警惕的是,要防止此举在实践中可能异化为类推解释或新的兜底罪名。

2. 适用刑法人人平等原则的司法化纠偏与完善

适用刑法人人平等原则的司法指导功能仍遇到不少阻力,从平等价值的实质有效看,仍需作出以下完善:

(1)坚守区别对待与遏制“例外的一般化”。适用刑法的平等原则,必然要求区别对待。“一刀切”是不切实际的朴素“平均主义”,只能是形式而非实质的平等。区别对待作为对实质平等的一种通俗表述,是指在刑法适用过程中,应当允许特殊的例外情况出现,在一般性之外容忍特殊性的存在。但在实践中,特殊的例外作为实质平等的应然内容,也可能在操作中异化为“一般性的例外”,从而打破“特殊的例外”与“一般的普通”之间的良性关系。这种“例外的一般化”做法,从根本上违背了区别对待的本意,是一种新的不平等,对刑法适用而言是危害极大的。

(2)超越主体身份的“平等适用”之旧区域,深挖适用平等的新领域。按平等适用的逻辑看,往往首先指向主体身份差异,1997年《刑法》也确实着力于此。但是,刑法适用的平等还有广阔的领域有待开拓。例如:一是地域差异的平等。我国幅员辽阔,民族众多,各地经济发展水平不一,风俗习惯有异。刑法典在不同地域的适用,应坚持实质的平等,注重合理的差异对待,如授权各地设定财产犯罪的追诉标准。二是不同管辖权的平等。我国作为世界第二大

经济体,与全球经济紧密联系,对外交往日益扩大。在属地管辖、属人管辖、保护管辖原则的适用上,贯彻落实平等保护是一项新的挑战。三是经济主体的平等保护。当前,党和国家高度重视非公有制经济、民营企业家的刑法保护,因为它是平等适用刑法的薄弱环节。在全面建设小康社会与实现中华民族伟大复兴的宏伟目标下,刑法平等保护非公有制经济、民营企业家的合法权益,应当成为平等原则在刑事司法实践中的新生板块。

3. 罪责刑相适应原则的司法化纠偏与完善

罪责刑相适应原则的司法贯彻所遭遇的现实阻击,既有内因的掣肘,也有外部环境的干扰。应从以下几点进行优化:

(1) 激活并完善刑事责任的司法化机制。罪责刑相适应原则是罪责刑关系作为我国刑法学体系核心标志,在基本原则层面的集中体现。罪责刑相适应原则的司法贯彻,必然取决于罪责刑关系的动态化运作。从定罪到归责到量刑的动态流程看,定罪与量刑是传统司法的基本活动,有其独立且成熟的司法运行体系。相比之下,刑事责任范畴的司法内涵及其归责体系相对薄弱。既表现为刑事责任的内涵并不明确或过于抽象,以至于显得空洞,客观上降低了罪责刑相适应原则的本体要素及其科学基础;也表现为刑事归责的动态体系,在协调罪责关系、责刑关系以及呼应罪刑关系上,仍有不少问题,无法使罪、责、刑之间实现可视化的相适应过程,实现功能相互协同的相适应结果。因此,应当从理论上充实刑事责任范畴的本体内容,建构动态的刑事归责体系,彻底打通刑事责任的司法化机制,确保罪责刑相适应原则的内部要素与结构趋于完整与协调。

(2) 树立和发展罪责刑均衡理念。罪责刑相适应原则作为基本原则,在司法指导上,因涉及刑法学体系的三大基本范畴,所需解决的关系协调、功能配置等问题非同寻常。由于一些配套制度的不到位,如罪责刑的内容不协调、刑事归责不详尽等,以至于在司法环节显露了一定的“司法适用空间有限”的隐忧,并集中反映为“相适应”的具体化陷入困境。在“相适应”的目的达致问题上,之所以出现“无所适从”的制度困境,是因为缺乏刑法理念的配套、刑法

机制的衔接。进言之,罪责刑相适应原则的司法化,旨在实现罪责刑三大基本范畴之间的均衡性,以及刑法公正价值。将罪责刑均衡作为罪责刑相适应原则在司法环节的终极目标,不是取代罪责刑相适应原则,而是为其司法指导意义指明坐标,也回应罪责刑关系作为刑法学体系核心内容在价值层面的追求。譬如,将罪责刑关系作为刑法解释的对象^⑤,蕴含罪责刑均衡作为目标取向的意图,对解决刑法解释的目的及限度等问题,具有非常积极的指导意义;同时,罪责刑均衡理念的树立,也必然消解罪刑均衡的内在缺陷,突显重视行为人的刑法学意义^⑥,是对行为人刑法、风险时代刑法的有益体认。

(3) 推进罪责刑关系及其内涵的与时俱进。在风险社会,近现代刑法遭受前所未有的冲击,立法者已经通过刑法修正案的方式予以回应,以期有效缓解刑法规范供给不足的现实挑战。^⑦这已经鲜明地传递罪责刑关系作为刑法学体系的核心内容,在风险社会时代,应当积极变革,增加新的元素,剔除不适宜的内容。实际上,网络犯罪时代的到来、人工智能技术及其应用的加速发展,使推动罪责刑关系的时代发展变得尤为迫切。概言之,需要对传统刑法体系中的犯罪概念、刑事责任概念、刑罚概念,作出网络化与智能化的前瞻性调试。目前,网络刑法立法已然启动,为罪责刑关系注入新的元素,也为罪责刑相适应原则的司法指导意义提供新的素材与方向。今后,不仅要继续推动网络化的修正,还要兼顾智能化的修正,确保罪责刑相适应原则在发挥司法指导功能之际,不至于因理论学说、规范依据的滞后而陷入被动。

结语

在很长一段时间,刑法理论体系下的基本原则,被立法化并纳入刑法典后,刑法理论届就认为“大功告成”,殊不知仍是“未竟”的实践。我国刑法三大基本原则的司法实践及其指导意义,虽是刑法典自觉面向实践的最重要内容,却并不理所当然的充分“贯彻”,实际情况仍有不少问题。在刑事司法实践走向日益精细化作业的时代,充分发挥刑法基本原则的司法指导功能具有极其重要的意义。刑法基本原则指导刑事司法实践,有其一套自成体系的法理基础、

运作机理以及具体措施,而且三大基本原则各有千秋。应当提升司法实践的意识与能力,围绕三大基本原则的一般与具体机制,从宏观与微观层面,深度落实指导意义的展开。

*本文资料的收集与写作得到了中国政法大学国家法律援助研究院孙道萃讲师、博士后的协助。

注释:

①参见高铭喧、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第25页。

②参见陈兴良:《罪刑法定的当代命运》,《法学研究》1996年第2期。

③参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第11页。

④参见马克昌:《“机关”不宜规定为单位犯罪的主体》,《人民检察》2007年第21期。

⑤参见赵秉志、于志刚:《论罪责刑相适应原则》,《郑州大学学报》(哲学社会科学版)1999年第5期。

⑥参见游伟、陆建红:《人身危险性在我国刑法中的功能定位》,《法学研究》2004年第4期。

⑦参见陈伟:《认真对待人身危险性评估》,《比较法研究》2014年第5期。

⑧参见翟中东:《刑罚个别化的蕴涵:从发展角度所作的考察——兼与邱兴隆教授商榷》,《中国法学》2001年第2期。

⑨参见高铭喧、孙道萃:《97刑法典颁行20年的基本回顾与完善展望》,《华南师范大学学报》(社会科学版)2018年第1期。

⑩参见高铭喧:《关于中国刑法学犯罪构成理论的思考》,《法学》2010年第2期。

⑪参见陈兴良:《案例指导制度的法理考察》,《法制与社会发展》2012年第3期。

⑫参见陈兴良:《刑法指导案例裁判要点功能研究》,《环球法律评论》2018年第3期。

⑬参见欧阳本祺:《对非法经营罪兜底性规定的实证分析》,《法学》2012年第7期。

⑭参见陈兴良:《寻衅滋事罪的法教义学形象:以起哄闹事为中心展开》,《中国法学》2015年第3期。

⑮参见陈兴良:《口袋罪的法教义学分析:以危险方法危害公共安全罪为例》,《政治与法律》2013年第3期。

⑯参见张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,《中国法学》2017年第4期。

⑰参见刘艳红:《法定犯与罪刑法定原则的坚守》,《中国刑事法杂志》2018年第6期。

⑱参见阮齐林:《刑事司法应坚持罪责实质评价》,《中国法学》2017年第4期。

⑲参见田国宝:《我国污染环境罪立法检讨》,《法学评论》2019年第1期。

⑳参见冯军:《论刑法解释的边界和路径——以扩张解释与类推适用的区分为中心》,《法学家》2012年第1期。

㉑参见陈兴良:《虚拟财产的刑法属性及其保护路径》,《中国法学》2017年第2期。

㉒参见张明楷:《非法获取虚拟财产的行为性质》,《法学》2015年第3期。

㉓参见孙道萃:《网络财产性利益的刑法保护:司法动向与理论协同》,《政治与法律》2016年第6期。

㉔参见张明楷:《终身监禁的性质与适用》,《现代法学》2017年第3期。

㉕参见商浩文、赵秉志:《终身监禁新规法理争议问题论要》,《现代法学》2017年第4期。

㉖参见李步云、刘士平:《论法律平等》,《湖南社会科学》2004年第5期。

㉗参见于志刚:《共犯行为正犯化的立法探索与理论梳理——以“帮助信息网络犯罪活动罪”立法定位为角度的分析》,《法律科学》2017年第3期。

㉘参见陈兴良:《正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款——以于欢故意伤害案一审判决为例的刑法教义学分析》,《法学家》2017年第5期。

㉙参见前注③,第201-202页。

㉚参见于改之、吕小红:《刑法解释中平等原则的适用》,《比较法研究》2017年第5期。

㉛参见樊崇义:《2018年〈刑事诉讼法〉修改重点与展望》,《国家检察官学院学报》2019年第1期。

㉜参见周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期。

㉝参见车浩:《刑事立法的法教义学反思——基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,《法学》2015年第10期。

㉞参见高铭喧、孙道萃:《预防性刑法观及其教义学思考》,《中国法学》2018年第1期。

㉟参见陈瑞华:《论相对独立的量刑程序——中国量刑程序的理论解读》,《中国刑事法杂志》2011年第2期。

㊱参见高憬宏、黄应生:《积极稳妥推进量刑规范化改革》,《法律适用》2009年第8期。

㊲参见白建军:《中国民众刑法偏好研究》,《中国社会科学》2017年第1期。

㊳参见高铭喧:《论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中

国刑法学体系的坚持》，《中国法学》2009年第2期。

⑳参见陈兴良：《从刑事责任理论到责任主义——一个学术史的考察》，《清华法学》2009年第2期。

㉑参见孙道萃：《罪责关系的当代命运》，《云南社会科学》2016年第2期。

㉒参见孙道萃：《罪责刑关系论》，法律出版社2015年版，第267页。

㉓参见黄太云：《〈刑法修正案(八)〉解读(一)》，《人民检察》2011年第6期。

㉔参见赵秉志：《中国刑法的最新修正》，《法治研究》2015年第6期。

㉕参见卢建平：《刑事政策与刑法关系论纲》，《法治研究》2011年第5期。

㉖参见陈兴良：《刑法的刑事政策化及其限度》，《华东政法大学学报》2013年第4期。

㉗参见贾宇：《从“严打”到“宽严相济”》，《国家检察官学院学报》2008年第2期。

㉘《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》。

㉙参见刘艳红：《“规范隐退论”与“反教义学化”——以法无明文规定的单位犯罪有罪论为例的批判》，《法制与社会发

展》2018年第6期。

㉚参见《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第2款和第7条。

㉛参见张明楷：《明确性原则在刑事司法中的贯彻》，《吉林大学社会科学学报》2015年第4期。

㉜参见赵秉志：《改革开放40年我国刑法立法的发展及其完善》，《法学评论》2019年第2期。

㉝参见孙道萃：《网络刑法知识转型与立法回应》，《现代法学》2017年第1期。

㉞参见刘宪权：《人工智能时代的刑事风险与刑法应对》，《法商研究》2018年第1期。

㉟参见卢勤忠、何鑫：《强人工智能时代的刑事责任与刑罚理论》，《华南师范大学学报(社会科学版)》2018年第6期。

㊱参见张明楷：《网络时代的刑事立法》，《法律科学》2017年第3期。

㊲参见孙道萃：《论罪责刑关系作为刑法解释对象》，《中国刑事法杂志》2013年第4期。

㊳参见郑延谱：《从罪刑均衡到罪责刑相适应——兼论刑法中“人”的消隐与凸显》，《法律科学》2014年第6期。

㊴参见赵秉志：《中国刑法立法晚近20年之回眸与前瞻》，《中国法学》2017年第5期。

Judicial Practice and Improvement of the Basic Principles of Criminal Law

Gao Mingxuan

Abstract: The programmatic, overall and basic natures of the basic principles of criminal law lead it to the major mission of guiding judicial practice. The judicial guiding of the basic principles of criminal law has a general realization mechanism. Each basic principle has its own special operating system, together building a rich and extensive doctrinal picture. Reviewing the history of criminal justice practice in China, we can find that the mainstream is to actively implement the concept and spirit of the three basic principles, but the phenomenon of judicial deviation is also not uncommon. This is caused by many factors. During the age of great change, we should focus on the main causes, clarify the real problems, list the main list of future development, and continuously optimize the operational mechanism and effect of the judicial guiding function of the basic principles of criminal law from multiple dimensions.

Key words: Basic Principles of Criminal Law; Judicial Guiding Significance; Judicial Implementation; Judicial Deviation; Judicial Capability