

刑事法前沿问题

编者按：刑事法前沿论坛是中国社会科学院刑事法学重点学科主办的年度学术论坛，旨在创新刑事法理论、促进刑事法实践、推动刑事法改革。2009年11月21—22日，“第七届刑事法前沿论坛”在北京举行，来自学术界和实务界的60余位专家学者参加了本届论坛。所研讨的问题包括刑法学的科学性、刑法学流派、社会转型与刑法转向、刑法中的权利透视、文化生态学在刑法学研究中的应用、中国死刑制度改革、有组织犯罪的刑事对策、青少年黑社会性质组织犯罪态势、共同犯罪的网络异化、毒品共同犯罪主从犯的认定、量刑规范化、假释制度的完善、刑事司法职权配置的优化、普通判断力在刑事司法中的作用、刑事和解、刑讯逼供的制度性防范、刑事证人作证制度、非法证据排除规则、“涉黑”案件的分案处理、二审程序改革、量刑程序改革、腐败犯罪资产追回机制、监狱检察的改革、网络舆情与刑事司法等。我们撷取其中的部分观点以笔谈的形式汇集于此，以展现刑事法学的研究现状，并促进相关研究的进一步深化。

没有国别的刑法学

樊 文（中国社科院法学所副研究员）

没有国别的刑法学是指对于任何构成犯罪行为的前提来说，从基本原则中推导出普遍有效的规则命题并且着力于进一步确定基本概念及其界限的学问。比如，它研究故意、过失、行为和责任能力的概念并确定其界限，它不因各个国家实定法规则的不同而不同。如果一条法律规定违背当下的这种没有国别的刑法科学原理，虽然这并不影响它本身在当下的有效性，但是，这种背离会成为对这条法律规定进行修改的动因。没有国别的刑法学追求的是对刑法核心领域的问题普遍有效、实质正确的解决方法，它不受国别的限制。对于这门学问的推进来说，各国刑法学家都可以做出贡献。

与此相对的是仅限于国别的刑法学，比如冠有国家名称的“德国刑法学”、“意大利刑法学”、“日本刑法学”、“俄罗斯刑法学”、“中国刑法学”等等。这种国别刑法学的研究对象仅限于本国的刑法规范及其解释。国别刑法学反映的是传统的法律实证主义对刑法的理解：刑法深深扎根于本国的社会习俗和文化传统，不受他国同化，不与他国协调。这种理解阻碍刑法学的纵深发展，其直接后果是：刑法学者的学术工作只是在本国立法者树起的篱笆墙内打转悠。而且，这种状况往往会印证1847年德国检察官基尔希曼（Julius von Kirchmann）在其题为《论作为科学的法学的无价值性》的演讲中所提到的名言：“立法者修改三个词，可以使整个（法学）文献都变成废纸”。这使得人们对刑法学（甚至法学）的科学性产生怀疑。

没有国别的刑法学的研究对象是刑法的核心领域，回答的基础性学术问题是：刑事可罚性的

一般前提是什么,或者说,构成犯罪行为的一般前提是什么。属于这个核心领域的问题在内容上具体包括:刑法和刑罚的意义和目的,国家在处罚犯罪行为时要遵守的原则和界限,刑法的效力范围,行为,因果关系与客观归责,故意,过失,罪责和责任能力,错误,未遂,中止,合法化事由与免责事由,正犯与共犯,不作为,竞合,“疑问时有利于被告”,选择确定和未定后行为确定。这门学问的出发点是“行为刑法”。不法与罪责的区分、罪责原则、共同正犯和帮助犯的区别、作为与不作为的区分都是从这个出发点推导出来的。

支持没有国别的刑法学的论据主要表现在以下几个方面:

第一,人类生活的一般表现形式是行为,为维护人类社会共同生活秩序,刑法希望动用最严厉的权力机制——国家刑罚来影响人的行为,从而对法律制度中的禁止和要求提供最后的强制性保障。面对人类的现实生活,刑法学研究首先面临人类行为的结构特征究竟是什么这一问题。刑法研究的出发点不能回避这种先于法律存在的现象,如不作为的结构、事实逻辑结构等。

不仅刑法学家对人类的行为结构感兴趣,哲学家、心理学家、行为学家和社会学家也都关注和研究这个问题。科学发展史表明,对于行为概念最重要的研究往往来自刑法学家。这是因为行为在刑法中起着至为关键的作用,在某种程度上可以说,行为是刑法制度的阿基米德点。

第二,对于犯罪成立的一般前提,有许多刑法体系化的不同尝试。如今,在欧洲大陆、东亚、拉美的许多国家适用的是德国刑法学者发展出来的犯罪构成三位阶体系。但是,有些国家适用的是其他“体系”:只在客观特征和主观特征之间做出区分,或仅在刑罚根据特征和排除刑罚根据特征之间做出区分。这两种简单区分的所谓“体系”是否具备推导功能是很成问题的;退一步讲,即便具有推导功能,能推导出的东西肯定少之又少。因此,从根本上说,这种区分还不能说已经形成了学术体系。因为这种不成形的所谓“体系”不仅根本不具备进行实质性的进一步逻辑分层和界分的可能性,而且也不具备创设条理性并检验并批判修正既有命题的功能。

在学术体系还没有发展、发达到精致程度的地方,其学术上的潜在优势是:新的案件事实暴露出的疑难问题可能会给体系的某些原则的修正提供特别重要的契机。

第三,像其他科学一样,在刑法学的进步过程中,也可能会出现暂时的错误。比如,德国刑法学家采纳德国实务上提出的主观未遂理论,就是个草率的错误。日本学者对于德国学者意识到这种错误做出了积极的贡献。因为在讨论一般的刑法理论时,所涉及到的并不是国家的相对主义的问题,而是普遍的问题,而这种问题仅仅遵从普遍有效的、正确的学术标准。

第四,法文化的不同不会对刑法学总论学理的基本观点取向产生影响。比如,德国刑法突出强调人的意志,日本刑法不怎么突出人的意志;日本强调的是结果无价值,而德国强调的是行为无价值。这种差异的背后是否确实存在着刑法思想上的原则不同?探索这种差异形成的原因,得到的共识是:并不是不同的法文化,而是学术思辨水平的差异(或者说学术水平的不同发达程度、不同的发展阶段)以及在专业领域起主导、示范、引领作用的学者在当时的学术影响,对于这种在总论学理上的不同取向起着决定性作用。

世界观不同对刑法总论学理同样没有影响。刑法学者完全可以超越不同的政治制度来研究总论学理问题,而且,完全可以在平等的专业基础上进行讨论。这种研讨的目的是寻求实质上普遍有效的、正确的解决方法。因意识形态的影响而有意模糊政治与科学界限的命题,由于其学术上的瑕疵,往往在这种体制终结之后,很快面临被专业遗忘的命运。

第五,与没有国别的刑法学相对的领域主要表现在分论或分则部分。分论或分则部分是不同国别的相对刑法学的研究重点。具体确定哪些行为可以予以刑事处罚,是国家立法者的自由和权力。堕胎、破坏婚姻的刑事可罚性,在具体的法律制度中就有不同的评价(比如,有的国家保护

所有的婚姻不受破坏,而有的国家仅仅保护军婚);同样,杀人罪群和伤害罪群的分层也是不同的(有的国家的刑法典把杀人罪具体分为种族灭绝罪、谋杀罪、一般杀人罪、受托杀人罪、中止妊娠罪、遗弃致死罪、过失致死罪等,而有的国家的刑法典仅仅规定了杀人罪和过失致死罪;有的国家的刑法典规定了伤害罪、危险伤害罪、严重伤害罪、伤害致死罪、过失伤害罪、参与群殴罪等,而有的国家的刑法典仅仅规定了故意伤害罪和过失伤害罪)。法文化的不同对于这种规范的内容范围所产生的影响,在分则部分表现得特别明显和突出。法国哲学家帕卡斯在《沉思录》中的名言——“比利牛斯山这边是真理,到了另一边就成了谬误”,就是受法文化影响的国别刑法学相对科学性的最直观的写照。

另外,历史的、宗教的因素也会对刑法分则部分产生影响。穆斯林国家、信奉佛教的国家、印度教国家刑法典上的犯罪目录就和政教分离的国家、基督教国家刑法典上的犯罪目录很不相同。没有国别的刑法学不可能要求所有国家在具体的犯罪目录部分整齐划一。

第六,刑法制裁制度上的内容安排,尤其是刑罚种类的选择、自由刑的高度、刑罚幅度的大小,都是本国价值观的典型反映。法律后果的表现形式,比如缓刑和假释,就可以以普遍有效的学术洞见为基础,当然,还要参酌实证的研究结论。

第七,如果没有普遍有效的刑法学,那么学理的研讨和交流以及制度的借鉴就没有一个基本的平台。从一个国家获得的成果引进另一个国家刑法典的效力范围,可能就会缺少学术上的合理性。事实上,人们所研究和应用的刑法学理并不是某个国家特有的东西,而只不过是刑法科学的这种学术做法仅仅在某些国家发展、发达得较为久远一些罢了。

第八,发达的刑法学理体系在世界上的传播,对于学理体系还没有形成或欠发达的发展中国家是很有帮助的。这种体系可以把具体的问题纳入一个大的体系性的关联中进行考察,便于为问题的最终解决找到实质正确的方法和结论。

但是,这种体系只是发现实质正确的结论的一种方法,如果在国际的研讨中它被证明是过时而错误的,那么和其他专业的工作方法一样,它就会被一种更好的方法替换掉。寻找到最好的方法是学术工作的一种附随的现象,也是一项艰巨的任务。

发达的刑法学理在世界范围内的传播,能够强化本国和国外的刑法学者这样的意识,即刑法的核心部分并不取决于国内或国际的实定法,没有国别的刑法学是在实质上寻求对核心问题普遍有效的正确解答。刑法学者不分国别,都可以参与对实质正确的解决方法共同探索。发达的刑法学理往往会让一些国家的学者自以为是,而这种在本国内自以为是的状态,确实需要来自外部的强烈批判来纠正学术上的偏执。学术标准的普世性会提高专业的权威,并由此使得意识形态歪曲真理的空间大大萎缩。

在刑法学的核心研究领域,不存在只是德国的、意大利的、西班牙的、俄罗斯的、日本的或是中国的刑法学,只存在一种根据普遍的学术标准完全正确或部分正确的刑法学,或者完全错误或部分错误的刑法学。由此看来,目前中国刑法学者在犯罪的一般理论上关于选择“犯罪构成四要件”的检验方法还是选择“犯罪构成三位阶”的检验结构的争论,本质上就是在刑法总论的学理上选择一个完全或者部分错误的方法,还是选择一个完全或者部分正确的方法的大问题。

走向学派之争的刑法学

陈兴良(北京大学教授)

我国刑法学界目前存在着一种追求刑法的实质价值的学术立场,其中刘艳红教授明确地自我

标注为实质刑法观。^{〔1〕}此外,张明楷教授以其自成体系的刑法基本立场的宣示,^{〔2〕}引领实质刑法观之风骚,将其理论称为实质刑法观可以说是名至实归。

在实质刑法观的学术塑造中,始终存在一个与之如影相随的对立面,这就是形式刑法观。不过,至今还没有一个学者以形式刑法观自称,即使是旗帜鲜明地对实质刑法观进行批判的邓子滨教授,也并未自我标注为形式刑法观。^{〔3〕}当然,如果不是过于执着于命名,而是实际地观察我国刑法学术演进过程,确实存在着一种与实质刑法观相对立的、以追求刑法的形式理性为使命,对社会危害性理论进行反思与批判的学术立场,只不过没有以形式刑法观相标榜。

笔者当然是站在实质刑法观的对立面的,之所以没有自我标注为形式刑法观,是因为正如实质刑法观也自认为没有完全否认刑法的形式理性一样,形式刑法观也并非全然否认刑法的实质价值。两者之间的区别仅仅在于:实质刑法观更侧重于刑法的实质价值,而形式刑法观更侧重于刑法的形式理性;尤其是,对于刑法的实质价值的追求能否突破刑法的形式理性的限制。在这些问题上,形式刑法观与实质刑法观之间明显存在学术立场上的重大分歧。如果在强调形式理性的意义上,对于形式刑法观的命名也未始不可以接受。

形式刑法观与实质刑法观是在破除苏联刑法学的教条及其意识形态的桎梏以后我国刑法学的两种学术走向。在否定苏联刑法学的整体理论框架这一点上,两者具有共同的学术立场。

实质刑法观对现有理论采取了一种嫁接与改造的学术策略。当然,在某些具体问题上,实质刑法观的内部存在不同观点。例如,对于四要件的犯罪构成体系这一苏联刑法学最重要的学术遗产,刘艳红教授基本上持肯定态度,^{〔4〕}而张明楷教授则完全持否定态度。^{〔5〕}对于社会危害性概念及其理论,刘艳红教授予以完全继承并为之辩护,认为其具有一般合理性,^{〔6〕}而张明楷教授则予以“创造性转换”,即将社会危害性的“旧酒”装入法益侵害性的“新瓶”。^{〔7〕}对于开放的构成要件理论,刘艳红教授大力推崇,并从实质的罪刑法定原则出发论证其正当性,^{〔8〕}而张明楷教授则完全予以摈弃,认为如果肯定开放的犯罪构成,就意味着否定犯罪构成的违法性推定机能,这会导致犯罪构成的形式化。^{〔9〕}尽管如此,实质刑法观在追求刑法的实质价值上是完全一致的。只不过在现有理论的转换上,刘艳红教授继受多于改造,而张明楷教授则实质上予以继受,形式上予以摈弃。

形式刑法观对现有理论采取彻底清理的态度,出于矫枉过正的策略考量,坚定不移地秉承反思与批判的学术立场,主张回归古典学派,践履启蒙精神所倡导的刑事法治。^{〔10〕}笔者从2000年开始先后对社会危害性理论进行批判,破除苏联刑法学的理论内核。^{〔11〕}与此同时,笔者还大力开展刑事法治的理念启蒙,其中形式理性是刑事法治的基础,倡导通过刑法的形式合理性而追求与实现刑法的实质合理性,由此保障公民个人的权利与自由,限制法官的恣行擅断。可以说,罪

〔1〕 参见刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年版,第114页以下。

〔2〕 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第56页以下。

〔3〕 参见邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版,第255页。

〔4〕 参见刘艳红:《走向实质的刑法解释》,北京大学出版社2009年版,第22页。

〔5〕 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第96页以下。

〔6〕 参见前引〔1〕,刘艳红书,第149页。

〔7〕 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第273页。

〔8〕 参见刘艳红:《开放的犯罪构成要件理论研究》,中国政法大学出版社2002年版,第288页。

〔9〕 参见前引〔5〕,张明楷书,第105页。

〔10〕 参见前引〔3〕,邓子滨书,第288页。

〔11〕 参见陈兴良:《社会危害性:一个反思性检讨》,《法学研究》2000年第1期;《社会危害性:进一步的批判性清理》,《中国法学》2006年第4期。

刑法定主义就是建立在形式理性之上的。这种形式合理性是一种相对的、可期待的合理性。在形式合理性与实质合理性发生冲突的情况下,选择形式合理性而非实质合理性,就意味着在坚守形式合理性的同时,必须承受一定程度的实质合理性的丧失。^[12]在某种意义上说,形式刑法观对于我国现有的刑法理论来说,是一种更为激进、更具有颠覆性的刑法理论。

形式刑法观与实质刑法观在一系列重大问题上都存在观点对峙。刘艳红教授曾经以形式法治与实质法治、形式的罪刑法定原则与实质的罪刑法定原则、犯罪的形式概念与犯罪的实质概念、形式的犯罪论与实质的犯罪论、形式的解释论与实质的解释论这样一个基本线索,勾划出形式刑法观与实质刑法观的对立。^[13]这种对立面的设置大体上是符合实际情况的,当然有些对立可能存在某种虚构的成分。在以上对立中,也许形式的解释论与实质的解释论的对立是最具价值的,也最能彰显两种观点之间的冲突。

形式的罪刑法定原则与实质的罪刑法定原则,又称为罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面,其性质等同于形式法治与实质法治的区分。尽管日本也有学者强调罪刑法定原则的实质化,^[14]或者将罪刑法定原则的内容分为形式内容与实质内容,^[15]但所谓罪刑法定原则的实质化或者实质内容,都是指明确性原则和实体的正当程序,而这些内容并不为所谓形式的罪刑法定原则所反对。至于意大利个别学者所宣扬的实质的罪刑法定原则,主张只要行为的社会危害性达到了犯罪的程度,即使在没有法律明文规定的情况下也应受刑罚处罚,^[16]则完全是一种反法治的理论。罪刑法定就是罪刑法定,根本不当有形式的罪刑法定与实质的罪刑法定之分。罪刑法定原则的精神在于采用严格的法律规定限制国家刑罚权,从而保障公民个人的权利与自由。如果有悖于这一要旨,无论是以实质价值还是以社会正义的名义,都是与罪刑法定原则难以兼容的。在这个意义上说,罪刑法定原则的形式理性是其底线,任何超越这一底线的内容都应予以排斥。至于在这一底线之内的价值追求,可以被罪刑法定原则所容纳。过于强调罪刑法定原则的实质化,其结果只能使罪刑法定原则被虚置、虚幻,乃至化为虚无。

形式的犯罪概念与实质的犯罪概念之分,是我国刑法所特有的,因为我国刑法如同苏联刑法典一样,在刑法中规定了犯罪的法定概念。我国犯罪的法定概念当然属于犯罪的混合概念,这是一个实然的判断。问题在于,在刑法学中是否应当建立一个犯罪的形式概念?对此,实质刑法观是予以否定的。关键问题在于如何理解社会危害性这一犯罪的本质特征。在苏联及我国刑法学中,社会危害性发挥着类似于三阶层的犯罪论体系中违法性的实质判断功能,但它又作为犯罪的本质特征游离于四要件的犯罪构成体系之外,成为凌驾于犯罪成立条件之上的、对于犯罪的成立与否具有决定作用的一个功能性概念,从而使四要件的犯罪构成体系不具有闭合性,其不合理性十分明显。因此,形式刑法观倡导犯罪的形式概念,为三阶层的犯罪论体系提供理论支撑。

形式的犯罪论与实质的犯罪论的概念来自于日本。日本学者大谷实指出:承认构成要件的独立机能,以社会的一般观念为基础,将构成要件进行类型性地把握的犯罪论,通常称为形式的犯罪论。实质的犯罪论对形式的犯罪论进行批判,认为作为形式的犯罪论的中心的犯罪的定型或类型的内容不明。因此,在形式的犯罪论中,追求保障人权、保护国民利益的处罚范围难以适当划定,主张在刑罚法规的解释特别是构成要件的解释上,应当从处罚的合理性和必要性,或者说从

[12] 参见陈兴良:《刑法理念导读》,中国检察出版社2008年版,第9页以下。

[13] 参见前引[1],刘艳红书,第118页以下。

[14] 参见[日]前田雅英:《刑法总论》,黎宏译,东京大学出版社2006年版,第70页以下。

[15] 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第9页以下。

[16] 参见陈忠林:《意大利刑法纲要》,中国人民大学出版社1999年版,第11页。

当罚性这一实质的观点出发来进行。按照这种观点，刑法是行为规范，但更应当是以法官为对象的裁判规范，即不外乎是为了导入实质的当罚性判断的规范。因此，罪刑法定原则中的明确性原则或刑法的严格解释原则并不重要，应当从处罚的必要性和合理性的立场出发，对刑罚法规或构成要件进行实质性的解释。^{〔17〕}大谷实自称是主张形式的犯罪论的，而实质的犯罪论则以前田雅英为代表。^{〔18〕}在以上关于实质的犯罪论的观点阐述中，可以看出主张对构成要件的实质解释论是实质的犯罪论的主要特色。实际上，笔者认为只有形式的构成要件论与实质的构成要件论之分，而根本就没有形式的犯罪论。因为任何犯罪论都必然包含实质判断，只不过是在构成要件论中进行实质判断，还是在违法性中作实质判断。所谓形式的犯罪论主张在构成要件论中作形式判断，在违法性中作实质判断，而实质的犯罪论则对构成要件论进行实质判断。我国在四要件的犯罪构成体系中，不存在构成要件该当性与违法性的区分，因而根本就不可能存在以对构成要件论作形式判断的形式犯罪论。实质刑法观将那些把正当防卫等排除社会危害性的情形称为形式上符合犯罪构成的观点界定为形式的犯罪论。^{〔19〕}笔者认为，这与日本刑法学中的形式的犯罪论全然无涉。实际上，目前即使是纯粹的构成要件论也已经十分罕见，因此形式的犯罪论的概念本身能否成立就是十分可疑的。

在形式刑法观与实质刑法观的对峙中，形式解释论与实质解释论之争也许是最有实体内容的。实质刑法观采用实质的解释论，例如张明楷教授明确主张实质的解释论，并且认为，即使在罪刑法定原则之下，也应当采取实质的解释论，即必须以犯罪本质为指导来解释刑法规定的构成要件。在这段话下，张明楷教授专门加了一个注脚：如后所述，实质的解释论并不意味着可以将刑法没有明文规定的行为解释为犯罪。^{〔20〕}然而，实质解释的结果往往十分容易突破法律的界限。例如张明楷教授将非家庭成员的遗弃行为实质地解释为我国刑法中的遗弃罪；^{〔21〕}将军警人员显示军警人员身份进行抢劫的行为实质地解释为冒充军警人员抢劫，使之适用抢劫罪之加重构成；^{〔22〕}对特别法与普通法的竞合适用重法优于轻法原则。^{〔23〕}此外，张明楷教授还主张在刑法没有规定为单位犯罪的情况下，追究单位中直接负责的主管人员和直接责任人员的刑事责任。^{〔24〕}凡此种种，无不存在超越法律规定之嫌。对于将真正的军警人员抢劫解释为冒充军警人员抢劫，即使是高举实质解释论大旗的刘艳红教授，也不得不指出：这是一项违背了罪刑法定原则的类推解释，而不是符合罪刑法定原则的扩大解释。^{〔25〕}当然，刘艳红教授也只是在个别结论上不同意张明楷教授，而在对具体问题的解释上也是十分娴熟地采用实质解释论的方法。例如在有关抢劫罪的实质解释中，将非财产犯罪的特殊盗窃（例如盗窃具有经济价值的其他物品）、诈骗（例如合同诈骗）、抢夺（例如抢夺枪支）等犯罪实质地解释为可以成立转化型抢劫罪（事后抢劫）的前罪；将不构成盗窃、诈骗、抢夺罪的限制刑事责任年龄的未成年人实质地解释为转化型抢劫罪的主体。^{〔26〕}凡此种种，都是大为扩张了刑法所规定的犯罪范围，有悖于罪刑法定原则下应当坚

〔17〕 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第87页以下。

〔18〕 参见前引〔14〕，前田雅英书，第40页。

〔19〕 参见前引〔1〕，刘艳红书，第172页。

〔20〕 参见前引〔2〕，张明楷书，第110页，注①。在具体表述中，张明楷教授称为实质的犯罪论，但从内容来看应当是指实质的解释论。由此也可以看出，实质的犯罪论在很大程度上等同于实质的解释论。

〔21〕 参见前引〔5〕，张明楷书，第650页。

〔22〕 同上书，第717页。

〔23〕 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2004年版，第284页。

〔24〕 参见前引〔5〕，张明楷书，第132页。

〔25〕 参见前引〔4〕，刘艳红书，第222页。

〔26〕 同上书，第160页，第172页。

持的严格解释原则。

形式刑法观主张对刑法进行严格解释，只能在可能的语义（及于语义的最大射程，包括语义的核心与边缘）内解释法律，对刑法可以进行客观解释，但不能超越语义的边界。在一般情况下应当进行语义解释，在语义解释不明的情况下，辅之以体系解释与目的解释。在语义解释中，一般应多采用平义解释，如果采用扩张解释或者限缩解释，则应当坚持有利于被告人的原则。基于这一严格解释原则，形式刑法观所解释的犯罪范围大大地小于实质刑法观所解释的犯罪范围。对此，曲新久教授曾经作过以下精辟的评价：凡形式刑法观认为有罪的，一般都是有罪；凡实质刑法观认为无罪的，一般都是无罪。

形式刑法观与实质刑法观之争，涉及对刑法中的形式与实质及其关系的理解。对此，笔者曾经专门撰文论述，^{〔27〕}在此不赘。笔者认为，形式判断与实质判断之间存在逻辑上的位阶关系：形式判断必须先于实质判断。惟有如此，才能使实质判断受到形式判断的限制，使其只有出罪功能而没有形式判断之外的入罪功能。尽管实质刑法观也一再主张注重严格控制解释的尺度而只将那些值得处罚的行为解释为犯罪，^{〔28〕}但为什么根据实质解释论往往逾越法律规定的界限呢？关键在于实质判断的过于前置，从而取代了形式判断。就形式判断与实质判断之间的关系而言，先作形式判断，其后是可以再作实质判断的，形式判断不可能取代实质判断，而能够为实质解释提供存在的空间。而先作实质判断，则其后就不可能再作形式判断，形式判断必然被实质判断所取代，实质判断的出罪功能无从发挥。实质解释论归根到底是一种实质思维方式。例如刘艳红教授在论证时指出：相对刑事责任人实施刑法第269条行为时与其实施第263条行为具有等质的可罚性。^{〔29〕}这是一个典型的实质判断，而它并不以任何法条为凭籍。在完成这一实质判断后，再将其归属于某一法条之下，从而顺畅地完成了实质判断的入罪功能。而通过实质判断将那些值得处罚的行为解释为犯罪的目的，在没有形式判断限制的情况下，必将成为扩张刑法的正当根据。

形式刑法观与实质刑法观之争，涉及对罪刑法定原则的界定、对刑法机能的定位、对构成要件的理解，因而可以全方面地展开学术讨论。我国刑法学长期以来是“无史”的刑法学（周光权语），^{〔30〕}同时也是“没有学派之争”的刑法学（张明楷语）。^{〔31〕}通过形式刑法观与实质刑法观之争，可以系统地梳理各自的刑法观点，从而形成刑法学术史的线索；同时也使各自的刑法学立场更加明确，坚定地按照各自的理论逻辑推进，一改过去的折中说充斥的风气，使不同刑法学派的学术锋芒毕露。可以说，学术史的梳理与学派的竞争，恰恰是我国刑法学走向成熟的标志。

结果无价值论是主、客观主义刑法观的完美结合

黎 宏（清华大学教授）

自从笔者公开倡导以结果——而不是行为——为本位的结果无价值论来建构中国刑法学体系之后，经常有人问，结果无价值论强调客观定罪，这岂不是否定刑法“学派之争”之后形成的主、客观相结合的刑法基本立场，开历史的倒车吗？对此，笔者的回答是否定的。提倡结果无价值论并不是开历史的倒车，而是将客观主义刑法观和主观主义刑法观进行最完美结合；结果无价

〔27〕 参见陈兴良：《形式与实质的关系：刑法学的反思性检讨》，《法学研究》2008年第6期。

〔28〕 参见前引〔1〕，刘艳红书，第238页。

〔29〕 参见前引〔4〕，刘艳红书，第178页。

〔30〕 参见周光权：《法治视野中的刑法客观主义》，清华大学出版社2002年版，第2页以下。

〔31〕 参见前引〔2〕，张明楷书，第47页。

值论虽然强调结果这种客观要素，但在基本理念上和主观主义刑法观提倡的社会防卫论异曲同工、不谋而合。

行为无价值论和结果无价值论是行为是否危害社会的两种判断方法。结果无价值论认为，行为是否危害社会，只能根据该行为所引起的结果即对刑法所保护的利益即法益造成的实际侵害或者现实危险为基础来加以判断，其中可能也要考虑行为形态（如盗窃、抢劫、诈骗等）以及行为的伴随情况（如时间、地点等），但是绝对不能将行为人的主观意思考虑进来。相反，行为无价值论则认为，行为是否危害社会，只能以该行为自身是否违反法律规范或者社会的一般要求为基础加以判断。由于是以违反法规作为判断的基础，因此，不仅侵害法益的结果，连行为形态、行为的伴随情况甚至行为人的主观意思也都是行为是否危害社会的判断资料。可见，结果无价值论和行为无价值论的根本区别在于，是否可以将行为人的主观意思纳入社会危害性的判断资料之内。主张能够纳入的，就是行为无价值论；反之，就是结果无价值论。

结果无价值论并不是不重视行为人的主观意思。只是，结果无价值论认为，行为人的主观意思属于行为人内在的精神范畴，只有在根据外在的法益侵害结果确定存在危害社会的事实之后，才能在下一步的责任判断的场合，作为基础材料而使用。换言之，主观意思是责任判断的基础，而不是社会危害性的判断基础。主观意思深藏于行为人的内心，难以认定，即便能够认定，也具有极大的可变性。如果将行为人的主观意思作为判断行为是否危害社会的材料，会使犯罪认定上最为关键的社会危害性的判断随着行为人主观因素的变化而左右摇摆，或者由于行为人记忆模糊而陷入无法判定的境地。这种结局会导致犯罪认定上的肆意化，助长在司法实践中过分追求犯罪嫌疑人和被告人的口供进而导致冤假错案的倾向。正因为如此，有些结果无价值论者认为，在行为的社会危害性的判断上考虑主观意思，实际上是变相地提倡主观主义刑法观。

结果无价值论在某种意义上继承和发扬了主观主义刑法观的初衷，二者之间有极其相似的一面。刑法学上的客观主义和主观主义是有关犯罪的概念、犯罪本质等基本原理上的差异，是将人的主观意思和客观行为的哪一个部分作为刑法评价对象进行重点把握的问题。客观主义看重外部行为和作为结果的实际损害，主观主义则青睐外部行为和作为结果的实际损害中体现出来的行为人的性格、人格、动机，因此，客观主义也称为“事实主义”或者“行为主义”，而主观主义又称为“人格主义”或者“行为人主义”。这种犯罪基本原理上的差别，是近代刑法史上所谓“学派之争”的重要内容，理论上通常将其与所谓“旧派”和“新派”的对立划等号。

旧派和新派的对立，除了在犯罪成立条件上旧派更为重视客观要素、新派更为重视主观要素之外，就是对刑事责任的理解大相径庭。旧派认为刑事责任是指就符合构成要件的违法行为对行为人进行非难或谴责。具体来说，有责任能力的人都有意志自由，基于自由意志所实施的犯罪活动可以受到道义非难，在此意义上刑罚才是正当的。行为人本来可以不犯罪，却选择了实施犯罪，这就违反了伦理道义的要求，必须受到谴责。因此，能够被追究刑事责任的人只能是能够理解规范的意义、具有自由意思的人，精神病人、未达刑事责任年龄的人就不能成为刑法处罚的对象。这就是所谓“道义责任论”。新派提倡“社会责任论”，认为所谓刑事责任，就是行为人所必须忍受的一种法律地位或者状态，它是由社会对威胁自身存在的人作为社会防卫手段而科处的。犯罪是先天的素质和后天的环境的产物，是命中注定的，犯罪人无法选择，因此不可能对行为人的虚构的自由意思进行谴责或者非难。作为社会防卫手段的刑法，为了防卫自己的存在，只要行为人具有危害社会存在的倾向，就必须毫无例外地让其承受来自社会的防卫处分，哪怕行为人是未达刑事责任年龄的少年、精神病患者、醉酒者或者梦游者。

旧派和新派之所以在刑事责任的理解上大相径庭，一个重要原因就是刑法目的的理解上存

在分歧。旧派立足于自由主义、个人主义的立场，主张世界以人的存在为基础，人的存在本身就是目的，为了保护个人的自由，必须尽量限制国家权力，限制刑法的调整范围。基于这种刑法目的观，客观主义推崇形式的罪刑法定原则，主张对构成要件进行严格解释，尤其排斥类推解释。新派则以社会为本位，主张社会防卫论，表现出反个人主义、反自由主义的立场。他们认为，国家不仅保护个人利益，更要保护社会利益，个人是社会的人，只有保护了社会利益，才能保护个人利益。基于这种防卫社会的刑法目的，新派藐视罪刑法定原则，提倡灵活解释、合目的解释，不少新派学者赞成类推解释，更有甚者，主张废除罪刑法定原则。

由于将刑法看作是防卫社会自身的手段，因此，在新派即主观主义刑法学看来，一旦出现显示行为人的的人身危险性或者反社会性的征表即危害社会的行为——不管这种行为是否能为人的自由意思所支配——就应当对这种行为进行谴责或非难，并给予必要的社会防卫处分即刑罚制裁。即便是没有辨认和控制自己行为能力的精神病人的危害行为，或者是没有达到刑事责任年龄的少年的危害行为，社会出于防卫自己存在的需要，也必须对其予以处罚，只是在处罚方法上要有所区别。对有刑事责任能力即具有刑罚适应性的人，应给予刑罚处罚；对不具有刑事责任能力的人，如精神病人、幼年人等给予保安处分。

在这一点上，可以看出新派即主观主义刑法观和结果无价值论之间的惊人一致。结果无价值论主张一种被称为“物的违法观”的概念，认为只要是侵害刑法所保护的利益（即法益）的行为，不管其实施的主体是人还是动物，也不管是否出于人的意思，都可以说是违法行为即危害行为。没有辨认、控制能力的自然人，或者没有达到一定刑事责任年龄的人的行为就不用说了，动物实施的行为甚至是风雨雷电等自然现象所造成的损害，都可以包括在内。只是在自然现象、动物或者没有刑事责任能力的人实施侵害法益行为的场合，由于行为主体不具有辨认、控制能力，即便对其谴责也难以让其产生悔悟的意识，处罚其没有任何实质意义，所以最终不追究其刑事责任，不将该行为评价为犯罪。这种认为凡是侵害法益、危害社会的行为不论其实施主体为谁都都要被列入刑法规制范围的理解，和主观主义刑法观所倡导的社会防卫论之间，简直如出一辙。

提倡将侵害法益结果作为认定犯罪的出发点的结果无价值论，和主观主义刑法观在处罚范围上不谋而合：二者都以防卫社会自身的安全和安宁为刑法的出发点，将威胁社会自身存在的行为作为处罚对象，不管该行为是否行为人自由意思的选择。由于将防卫社会自身作为刑法的出发点，因此，凡是侵害法益的行为，即便刑法中没有明文规定，由于受刑法保护法益机能的驱使，总是会不惜突破罪刑法定原则的限制，通过各种灵活的解释手段，将其解释到刑法的规制范围中来，以实现刑法的保护法益机能。

明白结果无价值论是主、客观主义刑法观的完美结合具有重要意义。首先，有助于我们选择妥当的刑法理论。在我国刑法学界，关于社会危害性即违法性的构成和判断，有行为无价值论和结果无价值论之争。由于行为无价值论在社会危害性的判断上主张加入行为人的主观意思，有以主观意思支配、左右客观的法益侵害的嫌疑，因此属于变相的主观主义刑法观，不值得提倡。在社会危害性的判断上，应当选择以结果为本位的结果无价值论。但是，片面强调结果又让很多人走向了另一个极端，即在犯罪的认定上完全按照结果定罪，而不考虑行为人的主观意思。例如，河南某地出现的将行为人以为被害人已经死亡而实施奸尸，但事后鉴定，被害人当时正处在濒死期，还是活人的场合下，由于被害人客观上还活着，所以行为人客观上实施了奸淫活人的行为，构成强奸罪的判决结果，就是其体现。实际上，从结果无价值论的立场来看，虽说在客观上行为人实施了强奸活人而非侮辱尸体的行为，但行为人在主观上只有侮辱尸体的故意，因此，从主客观一致的角度来看，只能在侮辱尸体罪的范围内追究其刑事责任。而上述判决显然没有考虑到这

一点。从学说史的角度来看，“学派之争”并不完全是客观主义和主观主义之间一决高下的问题，而是客观要素和主观要素在犯罪的认定中该如何配置的问题。应当说，结果无价值论在这一点上已经给出了一个妥当答案，是“学派之争”的完美结晶。

其次，有助于理解刑法中一些看似矛盾的概念。传统理论认为，所谓犯罪，就是危害社会、违法且应当予以刑罚处罚的行为，因此，刑法上的犯罪以该行为应当受到刑罚处罚为前提。但是，这样说来，刑法中的有些条款就难以解释。如刑法第15条第2款规定：“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”。从字面意思来看，似乎存在尽管法律没有规定应当负刑事责任，但仍然不失为“过失犯罪”的情形，这样就存在有可以不负刑事责任的“犯罪”的问题。这样理解犯罪，从上述传统的犯罪概念来看，显然是不可思议的。但是，如果从上述结果无价值论中所蕴涵的社会防卫论的宗旨来看，则上述疑惑就迎刃而解了。从社会防卫论的角度来看，只要是反社会的行为，不论其实施者的年龄、精神状态如何，都应当予以社会谴责，并给予必要的社会防卫处分。这种反社会的行为，也是一种“犯罪”，只是不一定要追究其刑事责任而已。

最后，可以帮助结果无价值论解脱其所面临的一些困境。如我国刑法第291条之一规定了“投放虚假危险物质罪”和“编造、故意传播虚假恐怖信息罪”。由于所投放的是虚假的危险物质，所编造和故意传播的是虚假的恐怖信息，不可能对公共安全造成实际的侵害，因此有人说，主张法益侵害的结果无价值论无法解释上述两种犯罪。笔者认为，对此可以这样理解，即在现代社会，正常的社会生活秩序对于人们的正常生活来说是一种非常重要且必要的生活利益。投放虚假的危险物质，或者编造或者故意传播虚假的恐怖信息的行为，虽然不可能对不特定多数人的生命、身体、财产安全造成损害，但会给社会公众造成极大的心理恐慌，严重冲击正常的社会经营和生活秩序，对政府工作和社会公众的正常生活造成严重危害，具有法益侵害性。因此，刑法将上述行为规定为犯罪，从结果无价值论的角度来看是有其合理性的，这也符合结果无价值论所内涵的防卫社会的本质。

从革命刑法到建设刑法

刘仁文（中国社科院法学所研究员）

革命是一种最激烈的社会变革，有关国际法律文件对特定形势下的革命的合理性是给予支持的。1948年《世界人权宣言》序言指出：“鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛，有必要使人权受法治的保护。”在革命时代产生和使用的刑法可以称为“革命刑法”。

十月革命胜利后，苏维埃共产党（布尔什维克）在刑事立法中坚持阶级斗争的理论，使当时的俄罗斯刑法具有鲜明的“革命刑法”特征。^{〔32〕}列宁在阶级斗争学说的指引下，领导制定了1922年刑法典。其中，在对待反革命罪的态度上，主张加重刑罚、扩大死刑的适用范围。^{〔33〕}苏联刑法学家皮昂特科夫斯基在《苏维埃刑法教程》中明确指出：“关于犯罪与刑罚的阶级性观点就象一条红线贯穿于整个刑法典。”^{〔34〕}应当说，阶级斗争理论对于解决敌对阶级相互对立状态下的社会矛盾有其积极意义，但在阶级斗争已经不再是社会的主要矛盾时，如果仍然僵化地坚持阶级斗争的理论，就可能对社会主义建设和社会主义法制造成破坏。我国学者王世洲指出：“‘革命

〔32〕 参见王世洲：《革命刑法的概念与进步》，“第六届刑事法前沿问题研讨会”论文，2008年11月8—9日，北京。

〔33〕 参见《列宁全集》第43卷，人民出版社1987年版，第186页以下。

〔34〕 转引自薛瑞麟：《俄罗斯刑法研究》，中国政法大学出版社2000年版，第17页。

刑法’并不因为其拥有的革命头衔就永远是对社会发展起进步作用的……（由于）闭关自守和阶级偏见太严重，前苏联在刑法理论体系的构造方面过于简陋，刑法的基本概念和基本体系也比较粗糙，无法获得社会高度发展状态下所需要的可靠的确定性和稳定性，难以满足前苏联在社会、经济、政治、人权发展等方面的要求。”〔35〕

1949年新中国建立后，明令废除了国民党的“六法全书”，与此同时，起草新的刑法典的准备工作也开始进行。但遗憾的是，在“以阶级斗争为纲”的思想指导下，国家最终陷入了靠政策和运动来治理的误区。直到“文化大革命”结束，才痛定思痛，于1979年制定了新中国的第一部刑法典。应当说，这是结束“以阶级斗争为纲”的产物，是我国法制建设的巨大进步。但也应看到，受历史条件的限制，该部刑法典的革命色彩依然较为浓厚。例如，整部刑法典共有28种死刑罪名，其中“反革命罪”就占到一半以上。但随着国家的主要任务转入“以经济建设为中心”，实践中被以反革命罪来定罪判刑的案件越来越少。1993年10月15日，中央电视台播报了当时的司法部长肖扬答记者问，截止1993年10月，我国在押的全部犯人为120余万，其中反革命犯只占0.32%，即3840人。〔36〕相应地，非政治性的犯罪，包括治安犯罪、经济犯罪和腐败犯罪，越来越多地成为刑法规制的内容，这从上世纪80年代起全国人大常委会相继制定的一系列单行刑法中可以得到反映。〔37〕

1997年修订后的新刑法，增加的众多新罪名也都突出表现在生产、销售伪劣产品，破坏金融和公司、企业的管理秩序，侵犯知识产权，破坏环境资源保护以及贪污贿赂、渎职等领域。新刑法规定了68种死刑罪名，从各章分布来看，“危害国家安全罪”一章规定了7个死刑罪名，约占10%，而“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章规定了16个死刑罪名，占到24%，居各章之首。虽然对于破坏社会主义市场经济秩序罪这类非暴力犯罪规定死刑招致了学界的批评，但这一现象至少表明立法者将刑法的主要任务从政治领域转移到了经济建设等领域。

革命刑法转向建设刑法的另一个符号性事件是新刑法把原来的“反革命罪”修改为“危害国家安全罪”，用法律色彩更浓的名称取代了政治色彩浓厚的名称。这不只是一个简单的名称改变，而是反映了立法者对国家步入和平建设时期后刑法任务的认识上的深化。事实上，1979年刑法第2条关于刑法的任务使用的措辞是“用刑罚同一切反革命和其他刑事犯罪行为作斗争”、“保障社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行”，而1997年刑法第2条却改为“用刑罚同一切犯罪行为作斗争”、“保障社会主义建设事业的顺利进行”，这也可以视为是对革命刑法转入建设刑法的立法思维的贯彻。

我国现行刑法中“革命刑法”的影子在一些地方还存在，今后还需要结合社会的发展不断予以完善。如有学者指出：我国刑法中的“剥夺政治权利”包括剥夺“言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利”，但这些内容不属于《公民权利和政治权利国际公约》中的政治权利，如果将来我国批准该公约，就不应该在“剥夺政治权利”中再包括这些内容。〔38〕其实，考察一下其他国家和地区的刑事立法，鲜有将剥夺言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利作为资格刑的内容的，我国宪法第35条也明确规定中华人民共和国公民拥有这六项权利（罪犯也是公民），并且不像前一条（第34条）关于选举权和被选举权有例外性的规定（“但是依照法律

〔35〕 参见前引〔32〕，王世洲文。

〔36〕 转引自胡云腾：《死刑通论》，中国政法大学出版社1995年版，第171页。

〔37〕 截止1995年10月，全国人大常委会共制定了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》、《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》等22个单行刑法。

〔38〕 参见赵建文：《国际人权宪章与法治国家建设》，载中国法学网 <http://www.iolaw.org.cn>，2009年11月19日访问。

被剥夺政治权利的人除外”)，也就是说，这是一项绝对权利，宪法并没有赋予其他法律可以作出例外规定。如果进一步考察“剥夺政治权利”这个刑罚名称诞生的历史背景，就可以发现其矛头是指向反革命分子和其他一些被视为敌我矛盾的严重破坏社会秩序的犯罪分子的。如果说在新生政权诞生之初，它对于防止反革命分子和敌对阶级分子利用合法的政治权利进行颠覆活动起到了积极的作用，那么现在进入和平建设时期，就宜改为其他国家和地区大多使用的“褫夺公权”这一名字。可见，“剥夺政治权利”从内容到名称都应当根据变化了的社会形势作出适当的调整。

又如，有学者针对我国刑法中的没收财产刑指出：“在新民主主义革命时期和社会主义三大改造时期，没收财产刑发挥过积极的历史作用，为建设社会主义新中国奠定了雄厚的物质基础。但是，我们已经进入社会主义建设时期，没收财产刑已经完成了它的历史使命，应当退出历史舞台了。”^[39]事实上，当今世界各国和地区的刑法有一个共同的趋势，那就是都纷纷废除了普通的没收财产刑，而通过设立罚金刑、规定对犯罪所得进行特别没收等制度进行弥补，这主要是基于现代社会日益强调保护公民合法财产的理念。例如，德国联邦宪法法院于2002年作出判决，判定其刑法典第43条(a)关于财产刑的规定不符合其基本法第103条第2款的精神，因而宣布刑法的此项规定无效。^[40]这种精神也体现在有关国际公约中，如《联合国反腐败公约》第31条关于“冻结、扣押和没收”的规定，就将没收的范围限定在犯罪所得或者犯罪所得转变或转化而成的财产，以及与从合法来源获得的财产相混合中的犯罪所得部分，也就是说，不能没收犯罪人从合法来源获得的财产。^[41]特别考虑到我国建国后对地主、富农和资本家的财产没收以及“文化大革命”期间发生的各种抄家现象在国际上造成的一些负面影响，现在继续沿用“没收财产”这样一个刑罚名称也容易造成不必要的误会和担心。因此，笔者以为，为与宪法中的相关规定相协调(如第13条关于国家保护公民的合法财产权的规定)，废除现在的普通没收财产刑，进一步完善罚金刑，并将刑法第64条规定的“特别没收”制度加以完善，^[42]应是妥当的选择。罚金刑与没收财产刑都能达到给犯罪人经济上制裁的作用，但两者角度不一样，前者突出对行为人犯罪行为的惩罚，而后者则突出对公民合法财产的剥夺。

1997年刑法将“刑法面前人人平等”确立为刑法的三项基本原则之一，这对于曾经有过身份论、出身论的中国而言，具有特殊的意义。尽管学界一般将该项原则理解为一项司法适用原则，但笔者认为，还应将其精神贯穿到立法中，否则刑法中的平等原则就先天不足。如刑法对一般累犯规定前后罪应是5年之内，但对危害国家安全的犯罪则规定任何时候再犯危害国家安全罪，都要以累犯论处。为什么不取消后面这种规定呢？设置累犯的意义同样应适用于危害国家安全罪，既严惩一定期限之内的屡教不改，但过了一定期限则按正常的量刑幅度去量刑。又如破坏军婚：一般人的重婚罪要与别人重婚才构成，但如果明知是现役军人的配偶而仅与之同居(没有重婚)，也构成破坏军婚罪，如果与之重婚，则判得比普通重婚罪更重。在和平年代这种特殊保护是否站得住脚？^[43]深入下去，平等原则的贯彻还有一些值得研究的问题：如我国刑法往往根

[39] 姚贝：《没收财产刑研究》，中国政法大学博士论文，2009年3月。

[40] 参见《德国刑法典》，徐久生、庄敬华译，中国方正出版社2004年版，第15页。

[41] 参见杨宇冠、吴高庆主编：《〈联合国反腐败公约〉解读》，中国人民公安大学出版社2004年版，第608页以下。

[42] 刑法第64条规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当追缴或责令退赔；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当没收。”实践中由于此规定过于简单，操作很不规范，造成对当事人和第三人的合法财产权的侵犯。建议借鉴国外立法经验，提升其法律地位，把它由一条变为一节，明确“违法所得”的范围，规定必须由法院裁决，等等。

[43] 2005年，我国台湾“立法院”以现在情势下军人婚姻生活与安全保障没有必然关系为由，废除了《军人婚姻条例》，现役军人婚姻事项回归普通民法规范，而破坏军人婚姻事项则回归普通刑法规范，从而废除了对军人婚姻的特殊民事和刑事保护。参见张群：《国共两党军婚立法的比较及其启示》，载中国法学网 <http://www.iolaw.org.cn>，2009年11月19日访问。

据财产的国有或非国有性质分别确立不同的罪名，同是挪用，非国有的构成挪用资金罪，国有的则构成挪用公款罪；同是侵占，非国有的构成职务侵占罪，国有的则构成贪污罪。刑法往往对国有财产保护的力度更大，设置的刑罚更重。现在宪法和物权法已经确立了对私有财产的平等保护原则，刑法应当在这方面跟上，尽可能平等地保护国有财产和非国有财产。

朝着这样一个方向，我们可以继续反思刑法中的某些规定，如刑法第39条对被判处管制的犯罪人规定了一系列的义务，其中对行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利的限制和对会客的限定是否过于严苛？刑法第75条和第84条对缓刑犯和假释犯在已经规定了要遵守法律、行政法规、服从监督的前提下，还专门对其会客作出限定，同样不必要。^{〔44〕}甚至刑法中的一些措辞也需要更改，如多处使用“犯罪分子”，笔者认为改为“犯罪行为人”更好。^{〔45〕}

劳动教养制度改革的方向与方案

赵秉志(北京师范大学教授)

自20世纪50年代创立至今，劳动教养制度在我国已经走过了50多年的历程。改革开放以来，学者们曾陆续对该制度之改革展开过广泛的争论。近来，随着我国劳动教养制度的改革被逐渐提上立法日程，该制度又重新受到了关注。

笔者认为，劳动教养制度的改革应坚持以下三个方向：第一，坚持改革的人权保障方向。应当强调被劳动教养者的人权保障，强化被劳动教养者对劳动教养程序的参与权。第二，坚持改革的法治化方向。劳动教养制度的改革既要提升劳动教养的立法层次，保证劳动教养制度的合法性，又要坚持现代法治的基本原则，实现劳动教养的调查权和提起权与决定权的科学分离，加强权力制约。第三，坚持改革的全面化方向。劳动教养制度关涉全局，其中既有立法层次的问题，又有实体和程序问题，还有国际基本准则要求的问题。因此，我国劳动教养制度改革应当把握当下的时机，坚持全面改革的方向，力争改革的一步到位或者基本到位。这不仅有利于彻底根除我国现行劳动教养制度中存在的各种弊端，实现劳动教养制度的人权保障，而且有利于我国顺应当代国际社会的人权保障和法治的基本要求，以获取国际社会的正面评价和基本认可。

近年来，关于劳动教养制度的改革方案，理论界和实务界主要有废止论与保留论两种基本的不同立场，同时每种基本立场中又有数种不同的主张。

废止论主张从法律上废止现行的劳动教养制度，但对劳动教养制度废止后相关违法行为如何处理又有三种不同的主张：其一，行政化处理，即主张将原劳动教养的内容纳入治安处罚等行政处罚的范围。其二，刑事化处理，即主张将原劳动教养的内容纳入刑法的范围，不过对纳入刑法后的原劳动教养之行为的制裁，有的学者主张作为保安处分的一部分，有的学者主张作为刑罚的一部分。其三，行政化和刑事化双重处理，即主张将劳动教养所适用的对象中尚不够刑事处分的违法行为纳入行政处罚体系；将那些较为严重的违法行为纳入刑事处罚体系。

目前国内关于劳动教养制度的废止论已明显式微。而从我国当下的国情和劳动教养制度的功效来看，笔者也认为，我国当前尚不能完全废止劳动教养制度。这是因为：一方面，劳动教养制

〔44〕 这种规定要么流于形式，得不到有效执行，要么为执行机关或执行人员随意干预别人的私生活提供了口实。也许在革命胜利初期，为防止“反革命分子”利用会客之机进行密谋搞破坏是必要的，但时至今日，对于管制犯、缓刑犯和假释犯这类轻刑犯和主观恶性不大者，实无必要对其会客之类的活动进行干涉。

〔45〕 笔者过去也在自己的论著中使用“犯罪分子”的称呼，现在看来是不妥的。“犯罪分子”的称呼带有比较浓厚的专政味道和明显的贬义色彩，而“犯罪行为人”则更为中性。

度在维护国家政治稳定和社会治安秩序、预防和打击违法犯罪、教育和挽救违法犯罪人员等方面发挥了积极作用，具有其他法律制度所不可替代的功能。另一方面，劳动教养所适用的对象是危害程度高于治安违法、低于刑事犯罪的行为，其对象的特殊性使得它难以被直接纳入行政处罚体系或者刑事处罚体系。因此，无论是对劳动教养作行政化处理还是作刑事化处理，都将面临新的体系性困境，其改革的难度很大。

保留论主张在保留劳动教养制度的前提下，针对其存在的弊端进行改革。其中，改革的关键是决定劳动教养的机关的选择，对此又有三种不同的具体主张：其一，主张实行公安机关负责制，即通过立法将劳动教养的决定权交由公安机关负责，并根据需要增设有关的聆询程序。其二，主张实行管理委员会负责制，即通过立法将劳动教养的决定权仍然交由劳动教养管理委员会负责，该委员会由公安、司法行政、教育和劳动行政等部门的人员组成，必要时还可邀请其他有关部门的人参加。该委员会不是一个常设机构，但可设专职副主任和固定的办公室。其三，主张实行法院负责制，即通过立法将劳动教养的决定权交由法院负责。其中，有的主张交由国家为此增设的专门的治安法院负责，也有的主张交由法院的刑事审判庭或行政审判庭负责，还有的主张交由法院增设的专门的治安法庭负责。

第一种主张即公安机关负责制虽然具有节约司法成本的优点，并且当前公安机关也有行政拘留的决定权，因此认为将劳动教养的决定权交由公安机关负责并无不妥，但是，实行公安机关负责制即意味着公安机关要集劳动教养案件的调查、提起和决定权于一身。这明显违反现代法治的权力制衡原则，而且也不利于对被劳动教养者的权利保障，故而实不可取。

第二种主张即劳动教养管理委员会负责制与我国现行的劳动教养决定制度并无区别，它至少存在两个方面的缺陷：一方面，公安机关的代表仍是劳动教养管理委员会的组成方和实际决策方，仍有公安机关自己调查、提起和决定的弊端，相关权力缺乏制约。另一方面，劳动教养管理委员会并非常设机构，即使将其设计为常设机构，但作为委员会机制，其通常发挥的基本是协调功能，将其作为劳动教养的决定机关，不利于劳动教养制度的有效运转。

第三种主张即法院负责制与我国劳动教养制度改革的方向完全一致，有利于全面克服当前我国劳动教养制度所存在的各种弊端。但是，单独设立专门的治安法院，牵涉面太广，将直接影响到我国现行的司法体制改革，可行性较小。同时，劳动教养案件在性质上毕竟不同于刑事案件和行政诉讼案件，也不宜将其交由法院的刑事审判庭或者行政审判庭负责。因此，在现有的条件下，主张将劳动教养的决定权交由法院增设的专门的治安法庭负责的观点显然更为可取。

以上三种方案中，第一、二种方案与第三种方案的实质差别，就是第一、二种方案是行政决策，而且是作为调查、提起机关的公安机关又作为决定机关或者起主要作用的决定机关；而第三种方案是司法裁决，是裁决机关与调查、提起机关的分离。从此种法律制裁内容的性质和权力合理制衡的要求看，无疑应当选择第三种方案。

由法院的治安审判庭负责审理劳动教养案件，在当前具有充分的合理性。作为法院内设的审判庭，治安审判庭的运行模式是一种司法模式。这种司法模式对于劳动教养制度改革的合理性主要体现在：（1）当事人能够充分参与治安审判庭对劳动教养案件的审理活动，从而能有效地保障当事人对劳动教养案件审理程序的参与权。（2）治安审判庭实行的控、辩、审分离机制符合现代法治原则的权力制衡要求。（3）由治安审判庭做出的劳动教养裁决符合有关国际人权公约的要求，与当前的相关国际标准相符合。（4）由治安审判庭决定是否劳动教养，能有效克服当前我国劳动教养制度中存在的主要弊端，从而保证改革的一步到位或者基本到位。

由法院的治安审判庭负责审理劳动教养案件，在当前也具有可行性。这主要体现在：（1）在

我国法院现行体制下,单设治安审判庭属于法院内设机构的调整问题,不会触及太大的司法体制变化,也符合我国人民法院组织法的规定和原则。(2)我国当前已经设立了一些专门的审判庭,如刑事方面的少年犯罪审判庭,民事方面的知识产权庭、小额钱债法庭,行政方面的交通事故法庭等,因而在法院内部设立单独的治安审判庭亦有相关经验与模式可循。

当前我国法院为此设立治安审判庭,应当结合劳动教养案件审理的实际需要,并着重考虑以下几个方面:

其一,关于审级制度。在主张设立治安审判庭审理劳动教养案件的观点中,有意见认为鉴于此类案件的特点,仅在基层法院设立治安审判庭、实行一审终审制即可。笔者主张还是应当在基层法院和中级法院均设立治安审判庭,实行两审终审制。主要理由有两点:(1)两审终审制是我国法律诉讼所采用的通行的审级制度,它对于确保办案质量和发挥审级监督作用有着重要价值,在劳动教养类案件审理时理当坚持。(2)劳动教养案件的审判涉及对违法者人身自由的剥夺、限制,其违法制裁之严厉性显然仅次于刑罚制裁而重于民事、行政、经济制裁,实行两审终审也有利于保障人权、体现法律制裁的严肃性。

其二,关于一审治安审判庭的设立。应当根据审理劳动教养案件的实际需要,有选择地在一些设区的市的基层法院设立治安审判庭,而不宜在每个基层法院都设立治安审判庭。这主要是考虑到,当前我国劳动教养的对象比较集中,而且多数劳动教养案件都发生在城镇地区,因此将一审治安审判庭设置在设区的市的基层法院有利于充分发挥一审治安审判庭的职能。

其三,关于审判组织和审判程序。劳动教养案件的审判组织应当包括独任制和合议制。对劳动教养案件原则上应采取独任制并实行简易程序,因为这类案件的事实一般都比较简单,采取独任制和简易程序有利于提高效率。但对于在当地有重大影响的案件、中级法院审理的上诉案件、中级法院发回基层法院重审的案件、检察机关抗诉的案件和根据审判监督程序决定再审的案件,则应采取合议制并实行普通程序,以充分保证办案质量。同时,除一、二审普通程序外,对劳动教养案件的审判也应当设立审判监督程序。

我国现行劳动教养制度的改革关系到国家人权事业和法治事业的重大进步,关系到国家的改革开放大业,因而势在必行,应当充分重视并及时果断地作出改革决策。从我国当前的国情和维护社会治安的实际需要出发,在现阶段,关于劳动教养制度的改革,笔者主张在保留的基础上予以司法化,通过国家立法机关颁布《违法行为矫治法》予以从立法根据到实体(其核心是从惩罚内容到惩罚期限要与刑罚处罚有明显区别)和到程序(其核心是改行政决定为司法裁决,并设置正当程序)的全面而系统的法律规制。若进一步从建设社会主义法治国家的长远目标考虑,笔者主张在司法化改革的基础上,在将来条件成熟时废止现行的劳动教养制度,同时对当前属于劳动教养对象范围的行为、措施等,分别下调为治安管理处罚或上调为轻罪刑事处罚而治之,从而进一步实现法制的现代化和科学化。

社会转型与青少年黑社会性质组织犯罪

梅传强(西南政法大学教授)

犯罪是从一个侧面反映社会发展和变迁的一面镜子,而特定的社会环境则是促使犯罪生成的重要外在因素。发生在重庆的张波、张涛黑社会性质组织犯罪案,由于其主体的特殊性以及案件背后复杂的社会环境因素,对于我们考察社会转型与青少年黑社会性质组织犯罪的生成具有很好的标本意义。

张波、张涛案是典型的青少年黑社会性质组织犯罪，它既具有黑社会性质组织犯罪的一般特征，又具有其特殊性。通过对张波、张涛案的分析，可以在大体上把握当前我国青少年黑社会性质组织犯罪的基本特征。其特殊性主要体现在以下几个方面：

（一）犯罪行为的实施范围以及组织成员的成长经历均是在重庆万州地区。重庆万州是三峡库区移民最多的城市，在重庆市推进城乡统筹发展的整体进程中所面临的任務相当繁重，社会经济发展中面临着一系列的社会问题。特别是万州作为一个重要的农民工输出地，由此而产生的家庭问题、未成年人的监管和教育问题等都比较突出。张波、张涛案的特殊性就建基于这样的社会背景，这也是我们分析张波、张涛案生成所不能忽视的社会因素。

（二）领导者、组织者和团伙骨干均是青少年，属于典型的青少年黑社会性质组织犯罪。其中，组织、领导者张波、张涛出生于1986年，而组织成员中年龄最小的张成超则出生于1989年，其实施犯罪行为时年龄较小。虽然该组织中也有少量的中年人，但他们起到的作用相对较小，有的中年成员仅仅是照看赌场而根本没有参加暴力活动。

（三）组织成员在总体上呈现出文化水平低、规范意识差的特征。其中，小学文化者6人、初中文化者7人、中专文化者1人，即使有部分成员具有初中文化，也大多没有初中毕业。例如，张波、张涛兄弟仅读完初一就辍学，其他人也有相似情况。与文化水平低相对应，该组织成员大多缺乏一技之长，而较短时间的学校教育又没有能够使他们形成规范意识，更谈不上社会责任意识。

（四）组织性水平较低，经济实力相对薄弱。张波、张涛黑社会性质组织实施犯罪行为的时间集中于2007年至2009年，从其成立到覆灭的两年多时间内，共实施故意伤害4次，致5人轻伤；故意毁坏他人财物1次，非法拘禁1人，在万州地区开设赌场，多次组织他人进行赌博。相较于其他黑社会性质组织，该组织成立时间短，从事犯罪活动较少，且实施的故意伤害、故意毁坏财物行为性质不是很严重，没有发生致人重伤或者故意杀人的恶性案件，开办赌场规模也较小。同时，该黑社会性质组织虽然具有组织者、领导者、骨干和一般成员，但是组织性较差，既没有严格的成文纪律，也缺乏规律性活动，内部还曾出现权力纷争，其经济实力相对较为薄弱。

（五）在行为方式上，将暴力作为形成非法控制的最重要手段。张波、张涛黑社会性质组织成立之初，即统一配发、管理杀猪刀，非法获取火药枪、仿制式手枪、自制手枪等，用暴力的方式在重庆万州地区形成影响力，控制当地赌场。日常生活中，与人一言不合便拔刀相向，影响十分恶劣。这一组织缺乏“保护伞”，也没有向政界渗透，只能依靠暴力方式对赌场或者其他领域形成控制，通过寻衅滋事、故意伤害、故意毁坏财物等方式使群众对之形成恐惧、屈服。其行为方式和犯罪手段比较原始，从其发展阶段来看，尚处于黑社会性质组织犯罪的初级阶段。

张波、张涛案是整个社会转型过程中一系列社会问题综合作用的结果，特别是与城镇化过程具有密切的联系。因此，它的形成和发展对于新时期青少年黑社会性质组织犯罪具有一定的代表性。从犯罪生成的角度来看，它是由于在社会转型过程中未能很好地处理与之相伴的社会问题，进而作用于青少年自身所导致的。具体来讲，社会转型对青少年黑社会性质组织犯罪生成的影响主要体现在以下几个方面：

（一）社会转型带来了整个社会结构的变化，原有的城乡二元结构逐渐被打破，整个社会阶层力量也逐渐发生变化与调整。与此同时，社会财富和社会资源分配过程中的不均衡、不平等现象日渐凸显，逐渐成为影响社会和谐稳定的因素。以张波、张涛案为例，其成员大多未能在法定的年龄阶段接受和完成教育，导致青少年过早地流入社会，其实质在于教育资源分配的不公，从而导致适龄青少年不能依法接受教育。

(二) 城乡贫富差距逐渐拉大的现实带给人们思想和观念上的强烈冲击,“金钱至上”等观念逐步成为人们行为的信条,对法律规范和伦理道德的遵从被忽视。张波、张涛等人之所以走上犯罪道路,也与这种观念的影响密不可分。在其最初实施违法犯罪行为时,其动机是为了获取金钱和财物,以过上其他人所拥有的正常生活。这种对自己生活和命运的追求原本无可厚非,但在错误观念的影响下,采取了法律所不允许的方式。

(三) 社会转型使得家庭教育和父母对未成年人的监管日渐弱化,不利于青少年健全人格的形成。20世纪80年代以来,随着整个社会的急剧转型,农民工的流动成为中国社会所特有的现象之一,而这也导致了数以百万计的农村留守儿童。父母外出务工后,对留守儿童的教育和监管责任落到了爷爷奶奶或者外公外婆身上,但由于年龄差异等原因,他们对留守儿童大多只局限于“养育”之上,而缺乏有效的教育。特别是一些父母为了生计,常年忙于在外务工,疏于与子女交流和联系,使留守儿童的成长缺乏一个有效的家庭教育保障,甚至影响其健全人格的形成。一旦染上不良行为,由于缺乏必要的监管和教育,极易走上违法犯罪道路。

(四) 社会转型使得政府的公信力受到冲击,社会控制力下降,一些社会矛盾和纠纷得不到及时有效的处理,甚至在一些领域还出现了权力真空或者权力缺位,导致一些人在国家公权力之外,肆意采取违法手段控制各种社会资源,对一定地区和一定行业形成非法控制。黑社会性质组织犯罪的形成,往往与政府职责的缺位有关。当人们通过法定的途径不能维护自己的合法权益时,当代表国家公权力的人民法院判决可能得不到执行时,黑社会性质组织犯罪应运而生。

社会转型所带来的方方面面的问题必然相应地作用于青少年身上,由于青少年的教育、生存等存在诸多困难与问题,很自然地促使其走上违法犯罪道路。张波、张涛案的基本特征大多是整个社会转型影响的产物,在一定意义上甚至可以说,是社会自身而不是其他原因造就了青少年黑社会性质组织犯罪。由此,我们在防范和控制青少年黑社会性质组织犯罪时,就必须将其放在整个社会转型的大背景下予以分析,发挥社会方方面面的力量,形成合力,共同应对。具体可采取以下举措:

(一) 对青少年黑社会性质组织犯罪的司法处理要有别于其他严重危害社会的黑社会性质组织犯罪。对黑社会性质组织犯罪予以严厉打击是我国刑事立法的基本取向,但对于青少年黑社会性质组织犯罪,在强调严厉打击的同时,也必须注意其特殊性。要综合考虑案件的社会危害性,严格按照全国人大常委会关于认定黑社会性质组织的标准,准确区分青少年黑社会性质组织犯罪与一般的青少年团伙犯罪的界限,不能把一般的寻衅滋事、殴打伤人等行为认定为黑社会性质组织犯罪。特别是要注意把握黑社会性质组织犯罪的非法控制特征,严格把握其对特定行业或者特定区域的非法控制标准。在刑事政策的取向上,也必须将对黑社会性质组织犯罪的惩治精神与对青少年犯罪特别是未成年人犯罪的教育、挽救精神相结合,注重刑罚的个别化,以促进青少年顺利回归社会为最重要的目的。

(二) 切实关注社会公平,促进社会资源的合理分配。中国的社会转型牵涉到社会政治经济诸领域,是全方位的转型,它伴随着改革与发展的整个过程。一方面,社会转型带来了经济的快速发展,另一方面,却不能忽视其中存在的社会矛盾与问题。青少年黑社会性质组织犯罪之所以在新时期得以形成,很重要的原因就在于社会公平的缺失。在社会转型这一大背景下,必须把促进社会公平放在相当重要的位置,对于教育、医疗以及其他涉及国计民生的领域,要特别注意考虑人民的利益。以教育为例,农村教育的薄弱如今已是十分突出的社会问题,而教育力量的薄弱必然影响青少年的健康成长。因此,必须改变城乡教育资源分配不公的现实,特别是要充分考虑到留守儿童数量庞大这一现实,促进农村地区教育的发展,从而保障青少年的受教育权。

(三) 加强社会治安综合治理,营造良好的社会氛围。对青少年黑社会性质组织犯罪的防治,最根本的出路在于预防,只有动员社会各方面的力量才能行之有效。例如,对于已经完成义务教育的青少年,如果任其流入社会,必然促使其走上违法犯罪道路,因而有必要加强对青少年的职业技能教育和培训,使其掌握生存的本领,避免出于生计考虑而犯罪。另外,青少年黑社会性质组织犯罪的生成与整个社会观念的急剧变化有很大关联,所以社会转型越是向前推进,就越有必要在整个社会树立和弘扬最基本的价值观念和规范意识,形成有利于青少年健康成长的社会氛围。对于文化市场、互联网以及其他各类媒介的监管只能加强而不能削弱,其目的在于让青少年免受不良文化的侵蚀,进而形成最基本的规范意识,树立起对法律最起码的尊重。

(四) 转变政府职能,打造服务政府,提高政府公信力。政府依法履行职责,切实为社会公众提供服务,是阻断青少年黑社会性质组织犯罪生成的必不可少的因素。从根本上来讲,这要求各级政府依法行政,切实将政府职能从管理型转向服务型。例如,对于社会矛盾和社会纠纷的处理,必须严格依法执行,绝不允许包庇袒护甚至从事权钱交易等有损政府形象的行为;面对留守儿童这一严重的社会问题,政府应当发挥其调配资源的积极作用,把对留守儿童的监管、教育纳入政府职责,为留守儿童的健康成长创造良好的条件;对大量存在的社会闲散青少年,政府应当积极创造就业机会,开展职业技能培训,减少黑社会性质组织犯罪生成的潜在因素。同时,人民法院、人民检察院等作为国家权力的执行者,也必须切实维护国家公权力的权威,保证社会公信力。

假释适用对象与条件之完善

李希慧(北京师范大学教授)

我国现行刑法关于假释适用的对象、实质条件、假释适用时罪犯已经执行的刑期规定均有待完善。其中,关于假释适用对象的规定应从以下几个方面加以完善:

(一) 废除对累犯和暴力性犯罪重刑犯不适用假释的规定

刑法第81条第2款规定:“对累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处有期徒刑以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,不得假释。”这一规定意味着累犯和因杀人、爆炸、强奸、抢劫、绑架等暴力性犯罪被判处有期徒刑以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子(下称暴力犯罪重刑犯)被排除在假释适用的对象之外。对此做法,已有学者提出了以下批评:(1)假释制度是罪犯在监改造表现符合法定条件时而享有的权利,因此不能在立法阶段对其予以剥夺,如果在立法阶段就把若干种情形排除在假释制度适用情形之外,则不利于罪犯权利保护。(2)刑法面前人人平等原则是我国刑法的基本原则,这里的平等包括行刑平等。现行刑法将累犯与暴力犯罪重刑犯排除在假释制度适用的范围之外,违背了行刑平等原则。(3)假释制度设立的初衷在于为在服刑期间表现良好的罪犯确认一种权利,因此,不能否定前述社会危害性较大的犯罪人在改造过程中会有法定的悔罪表现。^[46](4)如果对累犯和暴力犯罪重刑犯不适用假释,而对其他重刑犯可以适用假释,就会使后者丧失改造的积极性,甚至会抵制改造,从而增加监狱不稳定因素和管理的难度。另外,对累犯和暴力犯罪重刑犯禁止适用假释,也增加了监狱的负担。^[47]

[46] 参见冯殿美、侯艳芳:《浅议假释制度的完善——以罪犯权利保护为视角》,《山东科技大学学报》(社会科学版)2005年第2期。

[47] 参见邓宇琼:《论假释的条件》,《北京市政法管理干部学院学报》1999年第3期。

笔者完全同意上述批评意见,并在上述批评意见的基础上补充以下几点看法:第一,假释制度立法旨趣在于着眼于现实,而不是追溯过去。假释作为一种行刑制度,其适用的根据只能是罪犯在执行刑罚过程中的表现,而不是已经成为过去的犯罪。最为关键的是,过去的犯罪并不能决定罪犯在执行刑罚中的表现,罪犯过去的犯罪情况构成累犯或者因实施严重的暴力犯罪而被判处10年以上有期徒刑或无期徒刑,并不意味着在刑罚执行过程中不会有悔改表现。第二,对累犯和暴力犯罪重刑犯不适用假释,会使这两类罪犯对自己的前途深感绝望,继而产生强烈的抵触和不满情绪,轻则抗拒改造,重则在监狱中实施新的犯罪,或者越狱逃跑,在社会上再次实施犯罪。第三,从其他一些国家的刑事立法来看,对累犯不适用假释的立法例十分罕见。笔者对日本刑法典、意大利刑法典、西班牙刑法典、罗马尼亚刑法典、加拿大刑事法典、荷兰刑法典、瑞典刑法典、蒙古国刑法典、澳大利亚联邦刑法典、芬兰刑法典、丹麦刑法典与丹麦刑事执行法进行了考察,除了德国、蒙古国、荷兰等国的刑事立法只规定缓刑而没有规定假释之外,规定了累犯的国家中只有蒙古国刑法典规定对累犯不适用假释。这表明,对累犯和暴力犯罪重刑犯不适用假释的立法例甚为少见。

(二) 增设对被判处超短期自由刑的罪犯不适用假释的规定

根据我国现行刑法第81条的规定,所有被判处有期徒刑的罪犯都可以成为假释适用的对象,而根据刑法第45条的规定,有期徒刑的最短期限是6个月,结合上述两个条文的规定,假释的适用对象包括被判处6个月有期徒刑的罪犯。笔者认为,对被判处如此短期自由刑的罪犯适用假释缺乏合理性。一是因为适用假释以被判处自由刑执行了 $1/2$ 为前提,6个月执行3个月以后才能评估对罪犯能否适用假释,评估又要花费一定的时间,余下的刑期已所剩寥寥,再适用假释已没有任何意义。二是假释的适用必须是罪犯具备了“确有悔改表现”这一实质条件,而是否确有悔改表现必须通过一定时间的考察才能作出判断,在很短的时间内难以对罪犯是否有悔罪表现作出准确的评价。笔者认为,除了对被判处6个月有期徒刑的罪犯不适用假释之外,基于同样的道理,也不宜对被判处1年有期徒刑的罪犯适用假释。据此,笔者主张刑法增设对被判处1年以下有期徒刑的罪犯不适用假释的规定。

(三) 增设关于老年罪犯、患有严重疾病的罪犯适用假释的专门规定

由于老年罪犯、患有严重疾病的罪犯因年龄或者健康的原因已经失去了再次危害社会的能力,因此,即使这两类罪犯不具备“确有悔改表现”这一条件,也可以对他们适用假释。其他国家的刑法有的对此有专门规定。例如,根据西班牙刑法典第92条第1款的规定,虽然不符合假释的条件,但如果服刑人年满70岁或者在服刑期间年满70岁,并符合除已服完 $3/4$ 或者 $2/3$ 之刑罚以外的各项规定的,可以适用假释。根据该条第2款的规定,对于经医学证明属于不能治愈的极其严重的疾病的,亦可以适用假释。笔者认为,西班牙刑法典关于老年罪犯、患有严重疾病的罪犯适用假释的专门规定值得我国借鉴。我国刑法应对老年罪犯、患有严重疾病的罪犯适用假释作出专门的规定,而不是通过牵强附会的解释将对老年罪犯和患有严重疾病的罪犯适用假释的根据纳入到刑法所规定的“确有悔改表现,不致再危害社会”的范围之中。

(四) 增设关于未成年罪犯适用假释的专门规定

未成年人不同于成年人,未成年人走上犯罪的道路在很大程度上是因为他们的心智尚未发育成熟,辨别是否善恶的能力尚不强,而且社会的不良诱因对他们的犯罪起了很大的作用。正是基于未成年人犯罪的个人和社会原因,有的国家的刑事立法对未成年罪犯的处遇有别于对成年人罪犯的处遇。在对未成年罪犯的假释适用上也体现了有别于成年罪犯的假释适用。例如,根据罗马尼亚刑法典第71条第1款的规定,对于老年罪犯、未成年人罪犯之外的被判处监禁或者严格监

禁，已服完 2/3 的刑期，或者被判处重监禁服完 3/4 刑期的罪犯，才可以在刑罚执行完毕前予以假释。但是，根据该条第 2 款的规定，被判处监禁或严格监禁的未成年人，刑期执行 1/3 以上就可以适用假释。笔者认为，罗马尼亚刑法典的上述做法值得我国借鉴，我国刑法应对未成年罪犯规定比成年人罪犯更短的已执行的刑期，即规定：未成年罪犯已经执行判决所确定的刑期 1/3 的，可以假释。

各国刑法所规定的假释适用的实质条件不尽相同。西班牙刑法典第 90 条第 1 项所规定的假释的实质条件是：“服刑期间表现良好，回归社会后不会造成危害”；意大利刑法典第 176 条规定的假释适用的实质条件是：“在刑罚执行期间表现良好，令人确信有所悔改的”；罗马尼亚刑法典第 71 条规定的条件是：“坚持参加劳动，遵守纪律并确有进步”；我国刑法第 81 条第 1 款规定的假释适用的实质条件是：“认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，假释后不致再危害社会”。综观上述关于假释适用实质条件的规定，可以将它们归为两类：一类是纯客观条件，即以罪犯在执行刑罚中的客观表现作为是否适用假释的条件，如意大利刑法典第 176 条、罗马尼亚刑法典第 71 条等所确定的条件都属于纯客观条件。另一类是客观与主观相结合的条件，我国刑法第 81 条第 1 款、西班牙刑法典第 90 条第 1 项所规定的条件即是如此。

笔者认为，关于假释的适用条件应以上述第一类做法为妥，其理由是：其一，客观的标准容易掌握、判断，在适用时容易统一，有利于假释适用的统一性，而主观标准则难以准确地把握和判断，对罪犯适用假释是否确实“不致再危害社会”，仁者见仁、智者见智，从而导致假释适用的差异性，有损于刑法的权威。其二，如果将“不致再危害社会”作为适用假释的实质条件，就必须对罪犯进行再犯可能性的预测，而这种预测的准确性很难保证。其三，在实践中就两个具有同样表现的罪犯，即两个罪犯都认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，不可能对其中的一个适用假释，而对另一个不适用假释。这就表明对罪犯是否适用假释归根结底还是看其客观表现，“不致再危害社会”实际上对假释的适用不起作用。既然如此，就没有必要保留这一条件。基于上述分析，笔者主张删除我国刑法第 81 条第 1 款中的“假释后不致再危害社会”这一内容，只规定“认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现”即可。

无论是对被判处有期徒刑的罪犯还是对被判处无期徒刑的罪犯适用假释，都以罪犯已经执行一定时期的刑罚为条件，这是因为各国对罪犯适用假释通常都以罪犯“确有悔改表现”为实质条件。按照笔者的主张，我国适用假释的实质条件应是“认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现”。罪犯是否确有悔改表现不是在很短的时间里就可以判断的，而是要经过一定的时间才能给予比较准确的认定，因此，各国刑事立法无不规定适用假释时罪犯必须执行一定期限的刑罚。例如，西班牙刑法典第 90 条第 1 项规定一般情况下“已经执行原判刑期 3/4”的，可以适用假释。根据罗马尼亚刑法典的规定，通常情况下，被判处监禁或者严格监禁的罪犯已服完 2/3 的刑期，或者被判处重监禁服完 3/4 刑期，可以适用假释；被判处终身监禁的罪犯实际关押 20 年以后，可以适用假释。丹麦刑法典则规定，在罪犯已服刑 2/3 后，可以适用假释。由上可见，各国刑事立法的有关规定不尽相同，有的对已经执行的刑期要求很长，如西班牙刑法典所确定的被判处自由刑的为“已经执行原判刑期 3/4”，被判处终身监禁的罪犯实际关押 20 年以后才可以假释；有的则规定得较短，如日本刑法典规定的有期徒刑执行 1/3 以后，无期徒刑在执行 10 年以后，就可能对罪犯适用假释。

我国现行刑法第 81 条规定，对于被判处有期徒刑的罪犯实际执行 1/2 以上，被判处无期徒刑的罪犯实际执行 10 年以上，可以适用假释。比较我国与上述其他国家的相关规定，可以看出我国对有期徒刑罪犯适用假释的规定严于日本，宽于罗马尼亚、丹麦等，是一种适中的规定，无

需修改。但我国刑法对被判处无期徒刑的罪犯适用假释以实际执行10年为起点,与多数国家的做法不一致,不利于实现刑罚特殊预防与一般预防的目的。罪犯之所以被判处无期徒刑,是由于其所实施的犯罪性质非常严重,而且情节十分恶劣。既然罪犯所犯的罪行性质非常严重,情节十分恶劣,那么在罪犯仅仅执行了10年刑期之后就适用假释,决不足以预防其再次实施犯罪。同时,一个被判处无期徒刑的罪犯在执行了10年刑期之后就可以假释,对社会上可能实施性质非常严重犯罪的危险分子也不足以起到震慑作用,不利于一般预防目的的实现。笔者认为,在我国,对被判处无期徒刑的罪犯适用假释,既不宜继续采用我国现行刑法所规定的执行10年就可以假释的做法,也不宜采用执行20年才能假释的做法,以罪犯实际执行了15年有期徒刑作为可以假释的起始时间较为适宜。

刑事和解应当推动和规范

陈光中(中国政法大学教授)

时下,刑事和解的理论研究不断深入,试点工作已取得初步经验,并正向制度化、立法化方向推进。同时,质疑的声音亦时有所闻。

刑事和解是对我国固有法律传统在新的历史条件下的继承与发扬。中国古代早已存在体现和解思想的传统文化。孔子云:“礼之用,和为贵”^[48]。孟子说:“天时不如地利、地利不如人和”^[49]。孔子一直憧憬“必也使无讼乎”^[50]的社会,竭力主张避免打官司而在民间化解矛盾,对于亲属之间的刑事诉讼主张尽量以和解方式处理。据载,孔子当鲁国司寇时,有一件父告子的案件,孔子把人拘押起来,但拖了三个月而不判决。当父亲请求撤销诉讼时,孔子马上把儿子赦免了。^[51]

在儒家和解息讼思想的指导下,我国古代刑律有刑事和解的规定。如被称为“东亚刑律准则”的《唐律》第338条就规定:“诸戏杀伤人者,减斗杀伤二等”,所谓“戏杀”,“谓以力共戏,至死和同者”。^[52]就是说,双方嬉玩打斗,至死仍不伤和气的,可以从轻处罚。另据元朝《大元通制》规定:“诸戏伤人命,自愿休和者听。”^[53]此外,中国古代刑律还创立了颇具特色的保辜制度。保辜制度就是法律规定在伤害案件中给予加害人通过对被害人伤势在限期内有效治疗而得到从轻处罚的机会,具有和解的因素。《唐律》第307条规定:“诸保辜者,手足殴伤人者限十日,以他物殴伤人者限二十日,以刃及汤火伤人者三十日,折跌支体及破骨者五十日。”^[54]需要指出,我国封建法律也规定了不适用和解的案件。如《唐律》第260条就禁止某些命案的和解:“诸祖父母、父母及夫为人所杀,私和者,流二千里;期亲,徒二年半;大功以下,递减一等。”^[55]另外,封建社会的司法实践亦不乏刑事和解的判例。如唐朝开元时,贵乡县令韦景骏在审一母子相讼的案件时,对当事人反复开导,并痛哭流涕地自责“教之不孚,令之罪也”,还送

[48] 《论语·学而第一》

[49] 《孟子·公孙丑(下)》

[50] 《论语·颜渊》

[51] 《荀子·宥坐》

[52] 《唐律疏议·卷二三》

[53] 《元史·刑法志》

[54] 《唐律疏议·卷二一》

[55] 《唐律疏议·卷十七》

给他们《孝经》，于是“母子感悟，请自新，遂称慈孝”。〔56〕

刑事和解的传统也为新民主主义革命时期革命根据地所继承和发扬。抗战时期陕甘宁边区公布的《陕甘宁边区民刑事事件调解条例》就有关于刑事和解的相关内容。〔57〕由此可见，我国存在刑事和解生发的浓郁历史文化环境与肥沃司法土壤。刑事和解是对我国固有法律文化在新的历史条件下的继承与发扬，属于中国特色社会主义司法制度的有机组成部分。当然，今天我国刑事和解的兴起，与借鉴西方的恢复性司法理念、制度也有关系，但主要不是西方经验，而是东方经验。

刑事和解作为一项新型的刑事案件解决机制，能有效体现宽严相济刑事政策，积极化解社会矛盾，促进社会和谐安定，其价值不可小觑。因此，笔者认为，刑事和解的适用应当有更为宽广的思路。

首先，刑事和解不仅可以适用于轻罪案件，也可以适用于重罪乃至可能判处死刑的案件。我国司法实践中，已经出现重罪和死刑案件采用刑事和解的做法。如在一起故意伤害致人重伤案中，中学生吴某（未满16周岁）因帮助同学周某殴打池某，用水果刀刺伤池某右胸肋部、右大腿等处，致使池某肝脏破裂，经法医鉴定为重伤。吴某在司法机关的调解之下与池某及其家人达成赔偿3.8万元的和解协议，池某的父亲还书面请求执法部门对吴某从轻处理。检察院以吴某犯罪时未满16周岁，具有自首情节，并主动给予被害方合理的经济赔偿得到谅解为依据，决定对其作不起诉处理。〔58〕另外，从最高人民法院最近公布的5起“依法不核准死刑典型案例”来看，〔59〕在死刑复核期间，对于具有可不杀因素的死刑案件，由司法机关主导，在被害人亲属与加害人及其亲属间进行调解，如果加害人及其亲属愿意赔偿被害人及其亲属适当物质损失并取得被害人及其亲属的谅解，那么可以不核准死刑。例如，在马涛（化名）案中，马涛在洗澡时因琐事与同厂员工郑某发生口角，持匕首先后刺伤童林（郑某的工友）和两名工友，致童林死亡，两名工友一名重伤，一名轻伤。最高人民法院鉴于本案是因生活琐事引发，被告人马涛主观恶性不深且无前科，归案后认罪态度较好，有悔罪表现，认为本案具有可不杀因素，因此促成马涛的亲属代为履行了附带民事诉讼原告的赔偿诉求，取得被害人亲属的谅解，最终依法不核准马涛死刑。

需要强调的是，死刑案件适用刑事和解的前提是存在可不杀因素。所谓可不杀因素是指案件是因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化所引发的，被害人有过错，犯罪情节不特别严重，加害人在案发后真诚悔罪，主观恶性与人身危险性相对较小，并且积极赔偿被害人家属经济损失，取得被害人家属谅解的情况。还应当指出，有些类型的案件是不应列为刑事和解范围的，例如危害国家安全案件，有组织暴力犯罪包括具有黑社会性质组织犯罪案件，腐败犯罪案件，累犯、惯犯案件，没有被害人的犯罪案件等。

其次，刑事和解应当贯穿刑事诉讼的整个过程，不论刑事诉讼到了哪个阶段，只要有和解可能的就应当促使实现。例如在立案阶段，符合自诉条件的轻微刑事案件，当事人双方达成和解的，立案机关可以根据和解协议不再立案。因为既然是自诉案件，根据刑事诉讼法第172条的规

〔56〕《续通志》循吏韦景骏传。

〔57〕关于陕甘宁边区刑事和解制度的内容，参见陈光中：《刑事和解初探》，《中国法学》2006年第5期。

〔58〕参见宋英辉、袁金彪主编：《我国刑事和解的理论与实践》，北京大学出版社2009年版，第393页以下。

〔59〕参见蒋安杰、徐伟：《法官跨三省调解马涛案起死回生》，《法制日报》2009年7月28日；蒋安杰、徐伟：《死刑复核如女人绣花般精细》，《法制日报》2009年7月29日；蒋安杰、徐伟：《死刑复核考验法官群众工作能力》，《法制日报》2009年7月31日；蒋安杰、徐伟：《冯福生死伴着死刑复核环节跌宕》，《法制日报》2009年8月3日；蒋安杰、徐伟：《如何保住一条命又不影响稳定》，《法制日报》2009年8月4日。

定,自诉人在法院宣告判决前就可以同被告人自行和解或撤回自诉,那么这类案件如果在公安机关审查是否立案或者已立案正在侦查中被害人和加害人和解了,自然可以不立案或撤销案件。在审查起诉阶段,对于可能判处3年徒刑以下的轻罪,犯罪主体为未成年人、70岁以上老年人、残疾人以及有自首立功等特定情况的,可以试行附条件不起诉制度。尽管在基层法院可能判处3年以下的轻罪案件约占1/3,但其中符合附条件不起诉的案件只是少数,不至于导致放纵犯罪。在执行阶段,服刑人员只要在服刑期间悔罪态度好,认真改造,通过对被害人及其亲属表示赔偿等方式争取被害人及其亲属的谅解,并达成刑事和解协议,就可以作为对服刑人员适用减刑、假释的参考条件。总之,立案阶段、侦查阶段、审查起诉阶段、审判阶段以及执行阶段整个刑事诉讼过程均可以适用刑事和解。

目前,刑事和解制度已被法律界广泛认同,但也有一些专家学者不同程度地质疑刑事和解的合理性和可行性,笔者就质疑之论作以下回应:

第一,有论者认为,刑事和解违反刑法的罪刑法定原则与罪责刑相适应原则。对此,笔者的看法是:罪刑法定原则诚然要求有罪者应当受到追究,罪责刑相适应原则也要求对犯罪的处罚应当与其罪责轻重相适应,然而,随着刑法理论的发展,尤其是废除死刑、轻罪化以及刑罚个别化等新潮流的出现,罪刑法定原则与罪责刑相适应原则开始从绝对走向相对。即处理刑事案件时既要遵循上述两大原则,又要充分考虑案件的其他因素,根据具体案件的不同情况在法律规定的范围内灵活处理。我国刑事司法中“宽严相济”的刑事政策就体现了这种转变。宽严相济之宽,要求刑罚轻缓化,不仅指对那些较为轻微的犯罪判处较轻之刑,也包括对较重之罪乃至严重犯罪实行重罪从轻,即根据犯罪情节及行为人犯罪后的态度及表现,如行为人在犯罪后坦白、自首或者立功等,予以宽宥,在本应重判的情况下判处较轻之刑。重罪轻判体现了刑法中以人为本的精神,对于鼓励犯罪分子悔过自新具有重要意义。当然,对加害人判处较轻之刑,并非宽大无边,而是在法律规定范围内的从宽处理。据此,刑事和解没有违反罪刑法定原则与罪责刑相适应原则。

第二,有论者认为,经济赔偿是“花钱买命”,对富人有利,违反了公平原则。应当承认,在当今的市场经济时代,社会上客观存在贫富差距的现象,诉讼中一定程度上出现不平等的现象是不可避免的。消灭不平等现象是一个系统工程,需要长期的努力,应当采取现实的态度,遵循渐进的路径。具有赔偿能力的加害人在认真履行了经济赔偿责任后,得到被害人及其亲属的谅解,从而获得从轻处罚,这既能满足被害人及其亲属解决经济困难、维护自身利益的需求,也能妥善解决社会纠纷,对双方当事人有益,对国家社会有利,何乐而不为?但是,必须防止加害人在罪行极为严重或不悔罪的情况下“花钱买刑”,防止被害人及其亲属漫天开价,应当把经济赔偿规定在适度的范围内,根据加害人家庭的实际经济情况尽力赔偿。加害人确实没有经济赔偿能力的,可以努力通过社区服务、照顾被害人家属等其他方式取得被害人及其亲属的谅解,达成刑事和解协议。

第三,有论者认为,附带民事诉讼与刑事诉讼属不同性质的法律关系,不能挂钩处理。笔者认为此论谬矣!首先,附带民事诉讼由加害人实施的犯罪行为给被害人造成了经济损失而产生,没有犯罪行为就不会产生附带民事赔偿的问题。也就是说,刑事责任与附带民事责任是由同一个犯罪行为引起的,二者的处理必然相互影响。鉴于刑事案件中刑事责任与附带民事责任的不可分性,我国现行刑事诉讼法第78条规定二者一并审判,只有为了防止刑事案件审判的过分延迟才可以分开审判。其次,与国外被害人的诉讼地位不同,我国被害人在刑事附带民事诉讼案件中充当三种角色:一是刑事案件的当事人,与公诉机关同为控方主体;二是附带民事诉讼的原告;三

是证据的来源（被害人陈述）。被害人的前两种身份均与量刑有关。作为刑事案件的当事人以及附带民事诉讼案件原告，被害人为了争取自己合法利益的最大化，有权通过与加害人达成和解协议而提出不追究或从轻追究加害人的刑事责任的建议；反之，被害人有权提出从重处罚的建议。这是尊重被害人与被告人主体地位的体现，也是案件公正而稳妥解决的一种途径。正因为如此，最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第4条规定：“被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。”刑事和解维护了被害人的利益，也让被告人获得一些实惠，这样能大大降低被害人的申诉率与被告人的上诉率，促进社会安定。

任何制度产生之初都不可能尽善尽美，刑事和解在实际操作中也难免出现一些失范案例，产生负面影响。如专门机关滥用权力逼迫和解，对不应属于刑事和解范围的案件适用刑事和解，一些加害人犯罪后毫无悔意却以钱买刑等。对此，我们不能因噎废食，一方面应当加强刑事和解试点的规范，另一方面要加快刑事和解的立法进程，使刑事和解进一步法治化，以取得更好的法律效果和社会效果。刑事和解一定要积极推动，刑事和解必须加强规范，这就是笔者的主张。

通过立法铲除刑讯逼供的制度基础

孙长永（西南政法大学教授）

我国是联合国1984年通过的《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》的缔约国。该公约第2条明确规定：“每一缔约国应采取立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现酷刑的行为。”根据该公约第1条的规定，所谓“酷刑”，是指为了向某人或第三人取得情报或供认，为了就他或第三人所实施或者涉嫌的行为对他加以处罚，或者为了恐吓或威胁他或第三人，或者为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体上或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或者在其唆使、同意或默许下造成的。我国刑事诉讼法第35条规定：“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”这里所谓“刑讯逼供”，毫无疑问属于“酷刑”的范畴。为了落实上述国际公约和法律规定的要求，最高人民法院和最高人民检察院的司法解释已经确立了非法言词证据的排除规则。然而，在司法实践中，刑讯逼供的问题并没有得到彻底解决，通过刑讯逼供所获得的证据也没有得到严格的排除；相反，在某些地区，在对“命案”等特殊案件的侦查过程中，使用刑讯逼供的方法还带有一定的普遍性。近几年相继曝光的多起重大冤假错案，如云南杜培武、辽宁李化伟、湖北佘祥林、河北李久明等涉嫌的故意杀人案，之所以发生错误追诉和审判，直接原因都是刑讯逼供。为了履行国际公约所规定的国际义务，保护公民的合法权益不受非法侵犯，我国有必要进一步总结长期以来治理刑讯逼供的历史经验和教训，下大力气堵塞刑讯逼供得以发生的制度漏洞，即铲除刑讯逼供的制度基础。如果说我国下一步修改刑事诉讼法的重点之一是侦查程序的话，那么，侦查程序立法完善的最大难点则在于治理刑讯逼供。如果刑讯逼供无法得到有效治理，就不可能在刑事诉讼过程中贯彻落实科学发展观，所谓法治国家、和谐社会等等，都将是一句空话！

应当承认，刑讯逼供并不是我国特有的现象，一些西方法治国家也经常出现刑讯逼供的事件。这一点也常常成为极少数人纵容或者默许刑讯逼供的借口。然而，认真反思我国近年来所发生的多起重大冤假错案，不难发现，我国的刑讯逼供带有“中国特色”，这个特色就是：刑讯逼供不是偶然发生的特例或者个别事件，而是一种具有浓厚的观念基础、制度基础和现实条件支撑的社会现象，不妨称之为“制度化的刑讯逼供”。刑讯逼供在我国观念基础主要包括“重实体

轻程序”、“重打击轻保护”、“有罪推定”以及“口供中心主义”等观念。支撑刑讯逼供得以发生的现实条件有：侦查破案（尤其是重大案件）的社会压力较大、侦查的技术水平和物质条件有限、侦查破案的考核指标体系不合理、侦查人员的业务素质 and 责任心不高，等等。

刑讯逼供的制度基础则在于：（1）侦查机关有自行剥夺或限制犯罪嫌疑人人身自由的权力，而且控制犯罪嫌疑人的合法期限很长，可以随时随地讯问“犯罪嫌疑人”；（2）侦查讯问的程序带有强制性，侦查人员有权要求犯罪嫌疑人“如实回答”提问；（3）侦讯过程完全封闭，外界无法知道“讯问的真相”；（4）侦查人员“密室讯问”所形成的笔录在证据能力上不受任何限制，而且往往是主要的定罪证据；（5）受司法体制所限，检察院、法院很少关注非法侦查的事后救济。刑讯逼供只要没有造成冤假错案，就无损于检察院公诉和法院判决的正确性。相反，侦查机关还会因为“破案有功”而受到表彰或奖励；即使由于刑讯逼供而造成了冤假错案，真正的责任追究通常也只限于对具体办案警察的“从轻发落”，领导破案的决策人员以及检察人员、审判人员一般“平安无事”，有的甚至可能在发现案件被错判之前已经得到“加功晋级”。放眼西方法治诸国，哪一个国家存在这样一些“制度基础”？而只要这些制度基础存在，无论侦查的最高领导机关对执法秩序如何整顿、对侦查投入如何增加、对“执法质量”如何考核以及如何提高侦查人员的素质，都无法改变一个事实：刑讯逼供不可避免！

以上分析表明，我国刑讯逼供的制度基础并不限于侦查程序方面的缺陷，它涉及到人身强制措施、违法侦查的司法救济、司法体制、看守所的管理体制等多个方面。但是，主要的制度基础在刑事程序方面。笔者认为，为了铲除刑讯逼供的制度基础，尽可能地减少刑讯逼供的发生，使宪法所保护的人身自由真正获得现实的程序法保障，在修改刑事诉讼法时，有必要在现有条件许可的前提下采取以下四项“最大限度”的措施：

第一，最大限度地缩短侦查机关对犯罪嫌疑人的控制时间。具体包括三项内容：一是适当缩短刑事拘留后的羁押时间。除了对现行犯的无证拘留以外，可以考虑将有证拘留的最长羁押期限限定为7日；在法律明文规定的特殊案件中，拘留后的羁押期限可以再延长5日，但必须经过同级检察院批准（检察院自行侦查的案件，必须经过上一级检察院批准），在任何情况下不能由侦查机关自行延长拘留期限。二是尽可能地扩大取保候审的适用，降低羁押率。为此，应当允许在符合法定条件的较重案件中实行财产保与人保并用的担保方式（但这一担保方式不应当由侦查机关自行决定，而应当由同级检察院批准），同时将逮捕的证据标准适当降低（将“有证据证明有犯罪事实”改为“有确实证据证明有犯罪的重大嫌疑”）、刑罚要件适当提高（将“可能判处有期徒刑以上刑罚”改为“可能判处三年以上有期徒刑以上刑罚”），并且严格限制逮捕后羁押期限的延长，以鼓励侦查机关多用取保候审。三是将看守所的管理由公安机关移送同级司法行政机关，并责成司法行政机关保障在押犯罪嫌疑人的基本权利；侦查机关进所讯问以及出于指认现场等需要确有必要带在押犯罪嫌疑人出所时，必须向看守所出示相应的审批手续或者证明文件。

第二，最大限度地规范侦查讯问行为，防止侦查讯问权力的滥用。具体包括六项措施：一是在讯问的时间方面，原则上禁止夜间讯问，保证犯罪嫌疑人在夜间有连续8小时的休息时间；二是在讯问的地点方面，应当要求对在押犯罪嫌疑人的讯问原则上必须在看守所内专用审讯室进行；在看守所外讯问犯罪嫌疑人时，原则上必须在侦查机关办公场所中配置有同步监控系统的专用审讯室内进行；三是在讯问程序上，要求侦查讯问人员在讯问犯罪嫌疑人之前，必须同时以书面方式和口头方式完整、准确地告知被讯问人的各项诉讼权利，如了解涉嫌的罪名和拘捕的理由、不被强迫供认罪行、依法聘请律师或者申请法律援助、提出有利于自己的证据或辩解等等；四是对贪污、贿赂、走私、贩毒、有组织犯罪等重大案件以及可能判处死刑的案件，由看守所中

立、合格的技术人员对侦查讯问的全部过程进行同步录音与录像，以便防止讯问过程中出现违法或者违规现象以及犯罪嫌疑人事后翻供；五是参照《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款的规定，取消现行法关于“如实回答”的规定，明确肯定犯罪嫌疑人不被强迫供认罪行的权利，保障犯罪嫌疑人陈述的自愿性；六是在未成年人犯罪案件、犯罪嫌疑人强烈要求由律师陪同的案件以及侦查机关认为律师在场不影响讯问的案件中，允许犯罪嫌疑人的律师在侦查讯问过程中在场，但除侦查讯问明显违反法律规定的以外，在场律师不得干扰侦查讯问活动。

第三，最大限度地限制侦讯结果的证据能力，以司法权制约侦查讯问权。在排斥律师在侦查阶段享有调查取证权的前提下，立法应当赋予犯罪嫌疑人的律师在侦查阶段及时查阅讯问笔录、申请证据保全和司法鉴定的权利，以便借助律师的力量尽可能地避免讯问活动的偏差；当侦查讯问笔录与被告人的庭审陈述不一致时，法院应当优先采用庭审陈述；明确规定检察机关对口供合法性的证明责任、证明标准以及排除非法口供的程序，严格排除以刑讯逼供等非法方法收集的口供。

第四，最大限度地收集和运用口供以外的证据，确保侦查、起诉机关拥有揭露、证实犯罪的基本条件。为此，立法应当参考联合国《打击跨国有组织犯罪公约》和《反腐败公约》的相关规定，将实践中广泛运用的技术侦查手段法律化，为侦查机关依法秘密收集实物证据提供法律保障；同时，立法还应当吸收近年来一些司法解释和地方性证据规则的规定，适当限制传闻证据的证据能力，明确要求关键证人、鉴定人以及其陈述受到质疑的被害人必须依法出庭作证，接受控辩双方的质证，以充分保障控辩双方的质证权，确保法院最终的判决基础是确实、充分的证据而不主要是口供。

拓宽刑事证人作证制度的研究视野

熊秋红（中国社科院法学所研究员）

在我国关于刑事诉讼法修改问题的讨论中，证人出庭作证问题始终受到理论界和实务界的高度关注。我国刑事诉讼法学界对于刑事证人作证制度的研究，经历了从规范研究到实证研究的转变。早在1996年的刑事诉讼法修改之前，刑事证人作证制度的完善问题已经引起了学术界的关注。当时一些学者认为，司法实践中证人拒绝作证现象时有发生，与立法上对证人权利保障不够和对证人拒绝作证行为未规定惩戒措施不无关系，因此建议从确立证人作证的补偿制度、增加保障证人人身安全的条款、给予拒绝作证的证人以司法处分等几个方面对刑事证人作证制度予以完善。^{〔60〕}上述建议是对德国、日本、加拿大等国以及我国台湾地区立法的参考和借鉴。

1996年的刑事诉讼法修改，关于证人作证，增加了如下规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚”（第49条）；“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料”（第37条）；“询问不满十八岁的证人，可以通知其法定代理人到场”。上述规定从总体上加强了对证人的保护。

〔60〕 参见陈光中、严端主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改建议稿与论证》，中国方正出版社1995年版，第180页以下。

刑事审判方式的改革,使得庭审中询问证人的程序发生了改变。1979年的刑事诉讼法第115条规定:“审判人员、公诉人询问证人,应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。当事人和辩护人可以申请审判长对证人、鉴定人发问,或者请求审判长许可直接发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候,应当制止。”该规定体现出强职权主义的色彩——公诉人与审判人员“平起平坐”,被告方与公诉方地位不对等。1996年的刑事诉讼法第156条将之修改为:“证人作证,审判人员应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可,可以对证人、鉴定人发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候,应当制止。审判人员可以询问证人、鉴定人。”通过该规定,一种“控辩式”的庭审方式得以建立。但是,由于实践中证人出庭作证率低下,导致审判方式改革成效甚微。

证人不出庭作证被视为困扰我国刑事审判方式改革的一个瓶颈问题。此后,大量的研究仍聚焦于重申上个世纪90年代中期就已提出的那些改革建议。^[61]规范研究成为一种占主流的研究方法。近些年来,实证研究受到刑法学学者的重视。关于证人出庭作证,其中较为引人注目的是四川大学的左卫民教授所做的研究。通过实证研究,他发现,证人方面的主客观因素不是妨碍证人出庭的主要因素,证人出庭率极低的主要原因是检察官的消极态度以及书面的裁判机制。^[62]这样的研究结论对主流观点提出了质疑。因为长期以来,学术界将证人出庭率低下归因于证人态度——不愿或不敢作证,并提出将经济补偿、证人保护、强制作证等作为治本之策。研究方法从规范研究向实证研究的转变,拓宽了刑事证人作证制度的研究视野。

对于刑事证人作证制度的研究,所发生的另一变化是从证据研究到程序研究的转变。从证据法的角度看,证人证言是证据种类之一,它服务于查明案件事实真相的目的。一般认为,审判人员直接听取证人证言,听取控、辩双方的意见,有利于审判人员客观、全面地对证人证言进行审查判断,正确认定案情。因此,刑事诉讼法第47条规定:“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并且经过查实以后,才能作为定案的根据。”然而,证人以何种方式作证更有利于案件实体真实的发现,是一个存在争议的问题。“越早的陈述越可能是真实的,先前陈述往往比法庭证言更接近事实发生的真相,而且通常情况下几乎就是事实发生的真相。因此,先前陈述更清新、更完整也就更具有准确性。”^[63]交叉询问对于发现案件事实真相的重要性,是一个难以证明的问题,它更多地来自于法律职业者的经验。由此,我们不难理解,在非常重视发现案件实体真实的我国刑事诉讼中,对于证人出庭作证问题为何呈现出一种“犹抱琵琶半遮面”的状态。一方面,在理论上强调证人出庭作证对于正确认定案件事实的重要性;另一方面,在实践中司法人员在很大程度上却对证人出庭作证持消极态度。^[64]

仅从发现案件实体真实出发,尚不足以对证人出庭作证的必要性、重要性提供充分的支持。因此,近些年来,一些学者转换研究路径,从法律的正当程序、被告人的公正审判权以及包含其

[61] 参见宋英辉主编:《刑事诉讼法修改问题研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第174页以下。

[62] 参见左卫民、马静华:《证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述》,《中国法学》2005年第6期。

[63] 参见[美]约翰·W·斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,第495页。

[64] 参见前引[62],左卫民等文;白明、李岫生、姚晓滨:《证人出庭率低的原因及对策》,《辽宁检察实务研究》2009年第1期。

中的对质权出发,来探讨刑事证人作证制度的相关问题。^[65]在保障人权成为刑事司法主流话语的今天,以对质权为中心审视刑事证人作证制度,具有特殊的和普遍的意义。从国际层面看,对质权作为公正审判权的组成部分,通过国际人权法和区域性人权法的规定,已经获得了超越国界的认可。在我国,确立对质权,保障被告人对不利于己的证人进行当庭质证,同时可要求有利于己的证人强制性出庭,有利于促进审判的实质化和加强审判的公正性,其现实意义十分明显。从正当程序的角度看刑事证人作证制度,可知证人出庭率低下不是问题的关键,对质权没有得到保障才是我国刑事审判中真正的问题之所在。研究视角从证据研究向程序研究的转变,丰富了刑事证人作证制度的研究内涵。

笔者认为,关于刑事证人作证制度的研究,有待实现从静态研究到动态研究的转变。目前我国学术界对于刑事证人作证制度的研究偏重于静态研究,缺乏一种历史的、动态的、系统的分析眼光。考察刑事证人作证制度的历史发展,比较不同国家的刑事证人作证制度,可以看到,证人作证在刑事审判中的意义悄然发生着变迁。

首先,科学技术的进步推动了刑事证明方法由以“人证”为主的证明方法向以“物证”为主的证明方法转变,科技手段在人类司法证明活动中起着越来越重要的作用。在此背景下,普通证人证言的重要性正在逐渐削弱,而专家证言的作用则日益明显。所以,我们需要重新审视鉴定人在刑事诉讼中的地位,将鉴定人纳入刑事证人作证制度的总体框架中予以考虑。鉴定人作为专家证人,应当和普通证人一样出庭接受讯问和质证。由于科学本身的不确定性、伪科学、“冒牌”专家等问题的存在,我们应当对科学的应用持健康的怀疑态度,使其接受不断的批评和监督,不能把鉴定人看作“科学的法官”,将“鉴定结论”视为“科学的判决”。

其次,传统的刑事诉讼建立在国家与被告人具有相互对立的诉讼立场的基础之上,凸显了证人出庭作证的必要性。而目前刑事诉讼中辩诉交易的蔓延、刑事和解的勃兴以及恢复性司法理念的倡导,促进了合作性司法模式的形成与发展,^[66]从而在较大程度上降低了刑事诉讼对于实体真实的追求,同时也消解了证人出庭作证的重要性。在此背景下,如何保障被告人最低限度的对质权以及满足诉讼公正的基本要求,就成为我们不得不予以认真考虑的一个重要问题。虽然审判是刑事诉讼程序的中心这一传统论断不再代表刑事诉讼的现状,^[67]但不可否认的是,证人出庭作证仍然是现代刑事审判的基本特征之一,在重大、疑难、复杂案件的审理中,证人出庭作证不可或缺,它对于刑事司法公正具有极为重要的标示作用和象征意义。在此类案件中,如果被告人对于证人证言提出异议,证人应当出庭作证。

再次,在早期刑事诉讼法的文本中,对于秘密侦查方法未作规定,因为刑事侦查被假定为以侦查人员和被追诉对象之间的坦诚接触为基础,尽管自古就有的卧底侦查、诱惑侦查等秘密侦查方法在刑事诉讼实践中被少量运用。而在现代刑事诉讼中,与科学技术的发展以及犯罪的复杂化相适应,秘密录音、秘密录像、电话窃听、互联网上信息拦截、卧底侦查、诱惑侦查等秘密侦查方法在刑事侦查中扮演着日益重要的角色。警察、卧底警探、卧底者、线民等特殊证人如何作证,也是我国在构建和完善刑事证人作证制度时应当予以考虑的问题。警察出庭以证明侦查程序

[65] 参见廖耘平:《对质权制度研究》,中国人民公安大学出版社2009年版;陈永生:《论辩护方到庭质证的权利》,《法商研究》2005年第5期;屈新:《刑事被告人质证权的程序保障》,《中国政法大学学报》2009年第1期;龙宗智:《论刑事对质制度及其改革完善》,《法学》2008年第5期。

[66] 参见陈瑞华:《司法过程中的对抗与合作——一种新的刑事诉讼模式理论》,《法学研究》2007年第5期。

[67] 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第134页。

或侦查方法的合法性,意味着程序性事实争议已开始被纳入证人出庭证明的范围;对于特殊证人的保护,应当有一定的限度,不能以保护证人为由,任意限制乃至剥夺被告人的对质权。允许卧底警探、卧底者、线民等匿名作证,必须有充分的理由相信匿名作证的目的是为了保护他们和他们的家庭或者避免对其未来行动造成损害,且匿名证人的证言不能作为判决被告人有罪的唯一证据或者决定性证据。

最后,被害人是一种广义上的证人,作为刑事案件的亲历者,其陈述对于案件事实的准确认定起着举足轻重的作用。但是,被害人对刑事司法活动的参与尤其是当庭提供证言、接受控辩双方的质证,则可能使其遭受额外的艰难、伤害和损失。在传统的刑事诉讼中,被害人的安全、隐私以及恢复权等未受到充分的尊重。随着被害人权利保护运动的兴起,在保障被告人对质权的同时,如何防止被害人再次受害,就成为刑事司法中应当予以关注的问题。在刑事证人作证制度的设计中,应当注意保护被告人与保护被害人之间的平衡。

以上情况表明,刑事证人作证制度并非简单的技术性问题,科学技术的发展、诉讼理念的更新、社会的多元化与复杂化、各种利益的重新调整,为刑事证人作证制度的现代形态注入了新的内涵,因此,从总体上看,对于刑事证人作证制度的研究需要更加广阔的视野,应当将其置于刑事诉讼制度发展的整体社会背景下予以考量,而不应仅仅停留于对中国与外国诉讼制度、证据制度简单的对比分析;也不宜抛开制度的不同运行环境,仅仅截取某一侧面(如证人出庭率^[68])进行粗略的类比分析。唯有如此,对于刑事证人作证制度的研究才能达到“既见树木,又见森林”的境界。

建立有刚性且有可行性的违法证据排除规则

龙宗智(四川大学法学院)

我国当前刑事诉讼法治的构建与完善当以确立违法证据排除规则为最困难且最重要。这一问题之所以难以解决,是因为证据信息的有限性与刑事程序的正当性之间始终存在冲突和紧张关系。因顾及信息有限而保护证据资源,是证据搜集与提供主体的自然选择。然而,国家的程序法治需要在有效证明与程序正当之间寻求一种平衡,就必须建立抑制非法取证的机制。但遗憾的是,中国现行程序制度和程序运行机制并没有给出这样的机制。其主要原因,一是观念和 policy。有力打击犯罪,维护法律秩序仍然是不可动摇的司法主导观念,也是刑事政策的重点。在“稳定压倒一切”的政策指引之下,尤其在反黑风暴、反贪浪潮、特殊事件处置以及其他各种类型的“严打”之中,依法取证的程序要求往往显得苍白无力。二是体制和机制。公、检、法互相配合制约的线性构造,随之产生的“司法一体化”,以及因特殊作用、地位而形成的侦查取证机关的强势和裁判制衡机关的权威不足,形成排除违法证据的体制与机制障碍。三是规则的问题。亦即诉讼法相关证据与程序规则的欠缺以及法律规则缺乏刚性。刑诉法迄今只有合法性的一般要求却无违法排除规范,司法解释^[69]虽有规定,却存在不合理、不全面以及刚性不足的问题。多重障碍,使中国刑事程序中的排除规则迄今未能有效建立。

[68] “证人出庭率”本身有不同的统计方法,如以所有刑事案件作为基数进行统计、以有证人证言的案件作为基数进行统计、以“关键证人”的数量作为基数进行统计等,目前的研究未能关注其中的差异,只是笼统地说“证人出庭率最高不足10%”。

[69] 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第61条及最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第265条。

然而，对排除规则的忽略可能带来严重的问题：第一，在实体意义上，违法取证易酿错案。最高人民法院曾总结余祥林、杜培武等 16 起冤假错案的教训，指出第一位的原因是刑讯逼供违法取证，同时对违法获取的证据又不能排除。古人称：“捶楚之下，何求而不可得”，当一个人被折磨以至感到生不如死时，其心理防线势必崩溃，一切让渡自身权益的有罪供述皆可取得。而排除有根据怀疑为非法获得的证据，是防止冤假错案最重要的措施。第二，在程序功能上，违法取证势必侵犯人权、破坏法治，损害司法的正义性。而司法人权的保障，程序正义的实现，是我国刑事司法确认的重要价值。第三，从规则体系看，不建立排除规则，将使全部证据规则虚置，程序法治不能有效建立。因为在证明力基本依靠自由评价的情况下，证据规则主要属于证据能力确认的规则，而违法排除涉及最严重的证据能力瑕疵，如果这种瑕疵都能容忍，其他处理更小瑕疵的证据法规则与规范，如涉及证言的传闻排除规则、意见规则，涉及书证的最佳证据规则，关于鉴定结论与勘验检查笔录的证据能力要求，以及关于证据形式、证明责任等问题的法律规定，似乎皆可忽略或变通。而刑事诉讼法关于搜集、使用证据的各种程序性规范，也同样可以忽略与变通。而这种情况，往往就是目前我国刑事诉讼的现实。在这个意义上，可以说不建立违法证据排除规则，就不能建立有效的刑事程序法治。

重证明力而不重证据能力，是我国刑事司法中“重实体、轻程序”法律传统在证明活动中的主要表现。它是传统刑事诉讼中缺乏人权保障，以至刑讯逼供合法化、被告人客体化的对应物和必然产物。改革开放以来，尤其是 1996 年刑事诉讼法修改后，公安司法机关开始转变观念，“实体与程序并重”、“打击与保护并重”的价值平衡观念在最高司法机关的主张与宣传之下开始被司法人员所接受。然而，主张不等于现实。司法构造与运作机制没有根本变化，司法独立性与权威尚未建立，加之“保稳定”仍为主导政策观念，在这种情况下，“并重”实难兑现。

然而，如前所述，不建立具有普遍适用意义的违法证据排除规则，将严重损害刑事程序法治的建立，而且在实体上已伤及根本——冤假错案的发生机率较大，^[70]即使按照“重实体”的实质正义要求，也是需要认真对待的。对此，应当说已有基本共识，目前的问题是如何克服阻力有效建立这一规则。

所谓“阻力”，主要来源于对降低取证效益的顾虑。应当承认，在政策重心不变、权力构造不变的情况下，排除规则的执行空间是十分有限的。考虑可行性，同时考虑用于程序正当性方面的资源十分有限的现实情况，应当限制排除范围。一般认为，排除证据主要涉及人证的排除与物证的排除。由于目前强制侦查的司法审查没有建立，侦查机关具有强大的搜查物证的权限和十分灵活的处置方式，因此非法物证的排除，除“毒树之果”，即以违法人证为线索获得物证的情况外，基本不具备前置条件。加之物证不因违法取证而改变其真实性，使用违法物证不损害实体正义，实践中将其排除更为困难。因此，重心应当放在有效建立违法人证排除规则上。

建立违法人证排除规则，其中几点已有共识：其一，通过修改刑诉法使其立法化；其二，明确控方对程序合法性承担证明责任；其三，降低确认程序违法排除证据的证明标准，由“查证确实”（最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 265 条）改为“可以怀疑为”（日本刑事诉讼法第 319 条）或者“有根据地怀疑为”非法取得，即应予以排除；其四，违法手段应作合理界定。“威胁、引诱、欺骗”的方法获取证据作为违法手段应作适当界定，否则易与诱惑侦查、线人侦查以及审讯谋略发生混淆。

[70] 机率难以量化。然而笔者认为，实际的问题要比平反冤案所显现的状况严重许多。因为目前所昭雪的重大冤假错案大都是因为发现真正的凶犯或被害人未死亡等。如果没有这些十分偶然的因素出现，错案实际上是很难纠正的。中国刑事司法的制约性不足以及责任追究制度的不合理等原因，使得案件退出机制难以有效建立。

此外,从目前实践中较突出的问题看,还有两点需要在立法和司法解释中注意。一是变相刑讯逼供问题。从总的情况看,由于近年来反刑讯逼供,审讯中的直接暴力应当说有所减少,但是变相刑讯的问题也许更为突出。如长时间不让睡觉,审讯时逼使嫌疑人保持特别姿势,长时间的孤立性、虐待性关押,以及其他使嫌疑人十分痛苦难以耐受的方法。因此,立法上应当明确规定“刑讯逼供以及其他使被审讯人受到精神和肉体折磨的方式”获取的证据材料应予排除(具体措施可以斟酌),以具有概括性。二是“重复自白”问题一定要做出规定。审讯嫌疑人均有几次甚至几十次的笔录。一旦辩方提出违法取供,目前控方的通常做法一是直接反驳称没有违法,二是避开指称的逼供笔录,以其他笔录来指控。如辩护方称纪委程序中取供违法,控方就用立案后侦查阶段检察机关制作的笔录来指控;辩护方称侦查阶段违法取供,控方就用其他审讯笔录包括起诉阶段的笔录来指控,而被告通常也承认后续的这些笔录在制作时并无逼供等违法情事。这里涉及的是“重复自白”的效力问题。由于嫌疑人在封闭空间中一旦供述,通常具有一种延续效力,纪检、公安、检察机关在控诉职能上有相当程度的一致性,而以坦白与抗拒的政策效果宣示来要求保持口供稳定性是案件接续单位的共通做法,因此,在初始违法基础上的“重复自白”原则上仍应排除,立法亦应对此做出明确规定。

较长时间以来,我们研究违法证据排除的视野比较狭窄,注意了违法人证与物证的问题,但却往往忽略了司法实践中其他违法获取证据的情况,以至不仅立法不明确,司法解释也缺乏规定,导致对这些违法情状适用排除规则基本上无法可依。

一是从证据种类看,违法获取视听资料等证据如何排除不明确。除人证、物证和书证外,我国的证据种类还包括勘验、检查笔录、鉴定结论和视听资料。其中,勘验、检查笔录与鉴定结论通常为非强制侦查,违法问题不突出,但视听资料中涉及非法窃听问题,这是各国违法规制的一个重点。^[71]由于技术侦查手段获取有效信息的特殊能力,窃听目前使用十分广泛,滥用窃听(电讯监听)的问题也十分突出。我国宪法对禁止非法通信监听问题有明确规定,因此,防止非法窃听不仅是一个刑事诉讼法问题,也是一个宪法问题。针对这一突出问题,除完善包括窃听在内的技术侦查立法外,必须确立违法窃听的排除规范,以保障公民的隐私权、言论自由和通信自由权不受非法侵犯。

二是从取证主体看,主体违法的情况如何处理缺乏规定。其中比较突出的有两个问题。其一是非管辖侦查单位违法侦查获取的证据的效力问题。这里不包括管辖不清案件的侦查取证,而是指对明知不属自己管辖的案件进行“恶意管辖”(明知违法的情况下进行的管辖),如公安机关管辖定性清楚的贪污、贿赂案,检察机关管辖性质明确的职务侵占案等。实践中,对明知不属自己管辖的案件,因为增加立案数等自身利益考虑而予以管辖的情况比较突出(主要指管辖案件类型较少的检察机关侦查部门)。这种非法管辖获取的证据是否有效,实践中有争议,立法上应当从维护法制的角度做出明确的规定。其二是侦查、检察人员违背回避规定参与取证,由此而取得的证据是否具备法律效力的问题。这种违法常常与利益驱动有关。由此获得的证据,在辩护方有异议的情况下,原则上也应当排除,法律或司法解释也应对此做出明确规定。

三是从取证方式看,违法采取侦查方式,导致整体性取证违法的情况怎样应对缺乏规范。这种情况主要发生在“诱惑侦查”等主动性侦查活动中。如采取违法的“犯意诱发型”侦查方式,并由此获得有罪证据,对于这种违法诱惑的法律后果,法律或司法解释也应当做出明确规定。

[71] 当今世界,以美国“水门事件”为代表的滥用窃听手段酿成政治与司法丑闻的情况十分突出,因此采取包括排除违法获取的视听资料的法律规制措施,在法治国家受到充分重视。

保证侦查取证的效益，即保持侦查活动的定罪效力，是排除规则建立的主要障碍。忽略侦查效益的排除规则是不具备可行性的，而可行性正是中国目前建立排除规则所需要充分关注的问题。为增强可行性，减少执行阻力，可采取以下措施：

一是区分违法必须排除的证据与瑕疵证据，设置底线，限制排除范围。以直接侵犯基本人权的方式获取证据属违法证据，应当适用排除规则；而不直接侵犯基本人权，只是违背取证的某些技术性法律要求，如讯问主体的数量不符合有关规定或人证制作形式不很规范等，可以作为瑕疵证据，不适用排除规则。

二是将一部分证据能力问题转化为证明力问题，即不否定其证据能力，但降低其证明力评价等级。这主要是对于具有违法取证情节，但不是十分严重，或者违法取证的派生性证据等一般不致导致事实确认虚假的证据，不否定其证据能力，而是将其转化为证明力评价问题，予以降低证明力的评价。即不得将这些证据用作定案主要依据，而只能将其作为佐证，即辅助性定案证据。这种做法在实践中已被确认，如证据有瑕疵的死刑案件因证据证明力评价降低，而无法达到死刑立即执行的证明标准，降低为死缓案件处理。

最后仍需强调一点，排除规则建立的根本是要建立司法体制与机制的保障。因此需要推动司法改革，强化司法审查的独立性、权威性与效力，从而努力建构有利于排除规则运行的体制与机制。

“涉黑”案件的分案审理

张泽涛(厦门大学教授)

不当的合并审理，可能导致被告人相互指控而公诉人静坐一旁的庭审局面，为了防止发生诸如此类侵犯被告人辩护权的现象，当今世界绝大多数国家和地区对合并与分案审理都作了严密周详的规定。我国刑事诉讼法中没有任何规范合并与分案审理的条款，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）第5条中对此稍有涉及：“一人犯数罪、共同犯罪和其他需要合并审理的案件，只要其中一人或者一罪属于上级人民法院管辖的，全案由上级人民法院管辖。”实践中，只要是案件事实或者犯罪主体之间存在任何关联，法院基于诉讼效率的考虑通常都是合并审理。近年来，严打黑社会性质犯罪是我国各级人民法院的专项任务，法院开庭审理的大多数黑社会性质犯罪案件中，被告人动辄数十人甚至上百人、案卷材料数百本合计上万页。在这种情形下，同其他国家和地区因不当合并审理所可能造成的弊端相比，其负面影响尤显突出。

当今世界其他国家和地区之所以在立法上设置了严密的规范合并与分案审理的条款，其主要目的是为了在公正和效率之间作出明确的价值取舍。合并审理将所有的犯罪事实和被告人通过一次庭审予以审结，可以保证审判的高效率。但是，不管是数罪合并和数名被告人合并，都不可避免地会产生偏见性影响，尤其是当数名被告人之间的利益关系截然相反时，负面影响尤为严重。在制度设计上，其他国家和地区都是以刑事案件是否存在“关联性”作为规范合并与分案审理的判断标准。如美国联邦刑事诉讼规则和证据规则第8条(a)、(b)和第14条、英国1971年起诉书规则第9条和英国1915年起诉书法第5条第3项、法国刑事诉讼法典第203条、第286条和第387条、德国刑事诉讼法典第3条、第7条和第237条等，都是从本国的实际情况出发，对刑事案件“关联性”进行了明确界定，并明文规定了分案或者合并审理的法定与裁量情形。同时，每个国家和地区在立法和判例中对“关联性”的规定和宽严尺度的把握存在较大差异。下文主要

以日本和我国台湾地区的刑事诉讼法为例予以说明。

日本作为以当事人主义为主、职权主义为辅的典型代表国家，其刑事诉讼法第9条规定：“（一）几个案件在下列场合视为相关联：一人犯有数罪；数人共犯同一罪行或共犯不同的罪；数人合谋分别犯罪；（二）藏匿犯人罪、销毁证据罪、伪造证据罪、作虚假鉴定翻译罪及有关赃物罪，与各该本罪视为共犯的罪。”对于“关联性”案件，日本刑事诉讼法第313条指出：“法院认为适当时，可以依据检察官、被告人和辩护人的请求，或者依职权，以裁定将辩论分开或合并，或者再开已经终结的辩论。法院为保护被告人的权利而有必要时，应当依照法院规则的规定，以裁定将辩论分开进行。”由此可知，日本不仅有裁定分案审理的规定，而且对确有保护被告人权利之必要时，法官承担分离审判的义务。虽然日本刑事诉讼法上没有对何种情形属于“为保护被告人的权利而有必要时”做出解释，但日本刑事诉讼规则第210条还是简明提及“因被告等之防御方法有互为相反等事情”即属于上述情形之一。2003年至2009年6年间，我国台湾刑事诉讼法进行了四次修订，2003年之前的刑事诉讼法中只规定了合并审理，丝毫没有涉及分案审理的规定。对此，我国台湾许多学者提出了异议，如蔡佩芬教授即主张应该在立法上规定分案审理，“而非窠臼似的只能合并不能分开”。有鉴于此，我国台湾2003年2月6日第一次修订刑事诉讼法时（此次关于合并与分案审理的修订条款在2009年7月8日第四次修订时仍予保留）作了一定条件下可以进行分案审理的规定。具体而言，我国台湾刑事诉讼法第7条对于“关联性”（抑或“相牵连”）的规定是：“有下列情形之一者，为相牵连之案件：一、一人犯数罪者。二、数人共犯一罪或数罪者。三、数人同时在同一处所各别犯罪者。四、犯与本罪有关系之藏匿人犯、湮灭证据、伪证、赃物各罪者。”与日本相似，我国台湾对于具有“关联性”的案件是否合并或者分案审理，其刑事诉讼法第287-1条也明确规定：“（共同被告之调查证据、辩论程式之分离或合并）法院认为适当时，得依职权或当事人或辩论人之申请，以裁定将共同被告之调查证据或辩论程式或分离或合并。前项情形，因共同被告之利害相反，而有保护被告权利之必要者，得分离调查或辩论”。对此，我国台湾学者陈运财称前者为“裁量分离”，后者为“义务分离或必要分离”。

我国刑事诉讼法中既没有对刑事案件的“关联性”作出明确的界定和范围限定，也没有对合并与分案审理作出任何规定。实践中不当的合并审理造成了诸多弊端，特别是在目前法院审理的大量“涉黑”案件中，不当的合并审理带来了更大的弊端。

首先，庭审流于形式，法庭辩论和质证难以发挥预期功能。全国各地法院目前合并审理的大量“涉黑”案件中，被告人人数动辄数十人甚至上百人，案卷材料上百本，为了尽快审结，往往在庭前已经作出判决结果，庭审往往只是“走过场”，因为合议庭根本无法在短短数天或者十数天内审清全案事实以及每个被告人所应承担的责任。如2006年湖南省娄底市中级人民法院审理的刘俊勇“黑社会”团伙案中，共有被告人98名，起诉书138页，案卷材料205册，辩护人和诉讼代理人共78名，审判历时10天。在短短10天时间内，庭审法官能够记住全案被告人、辩护人以及诉讼代理人的姓名并阅读完138页起诉书以及205册案卷材料就不是一件容易的事情，更不用说按照正当的审判程序进行举证、辩论和质证了。最近，重庆市各中级人民法院对于正在或者即将审理的系列黑社会性质犯罪，为了保证能够尽快审结，法院放弃节假日，并不分白天与黑夜连续加班，要求凡是承办“涉黑”案件的法官，必须在审查起诉阶段就到检察院对所有的案卷材料进行大量细致的审查，吃透案情，确保定罪与量刑准确。由于承办法官在审前已经对检察院的案卷材料进行了详细的书面审查，庭审也就异化为对审前心证的确认过程，法庭辩论和质证往往难以发挥预期功能。

其次，导致了羁押率和超期羁押的上升，影响了法院对被告人的量刑以及实际执行的刑期。各地法院审理的“涉黑”案件中，存在大量的同案被告人并不属于黑社会团伙成员的情形。如上述湖南娄底特大“涉黑”案中，98名被告人中只有52人属于“黑社会”成员，其余46名被告人只是与黑社会性质犯罪存在牵连性，这其中还不包括一些罪行轻微且有悔罪与立功表现的从犯和胁从犯。一旦法院将所有上述被告人合并进行审理，各个办案机关出于多种因素的考虑，对从犯、胁从犯以及罪行轻微的连环犯都会无一例外地予以羁押，直至全案审结。另外，所有“黑社会”团伙犯罪都属于案情重大复杂的情形，在实践中会出现延长侦查期间、退回补充侦查、延长审查起诉期限和审理期限、延期审理以及发回重审等诸种情形，这样势必会对所有的同案犯罪嫌疑人和被告人都延长羁押期限。

对“涉黑”案件的不当合并还会变相加重对被告人的量刑以及实际执行的刑期。其一，“涉黑”案件属于“严打”范围，在定罪与量刑上应该“从重从快”，对于非因“涉黑”而被合并到“涉黑”案中进行审理的被告人而言，法院在定罪与量刑时往往会考虑量刑的均衡，按照“严打”的标准对其进行定罪与量刑；其二，合并审理的“涉黑”案件的被告人如果被超期羁押，即使罪行轻微，法院在量刑时也会以实际已经超期羁押的时间为依据，使判处的刑种与刑期与超期羁押的期限相抵，从而变相加重被告人的刑罚；其三，对于未决前被先行羁押的，虽然根据刑法以及司法解释的规定应该折抵刑期，但是，减刑和假释都必须在实际执行一定的刑期之后才能进行，如有期徒刑必须是在执行刑期1/2之后才能启动减刑和假释程序，且每次减刑和假释的幅度都是以已经实际执行的刑期为准。因此，因合并审理“涉黑”案件所导致的超期羁押势必会影响被告人减刑和假释的启动时间、幅度和次数，这实质上变相增加了被告人实际执行的刑期。

再次，侵犯了部分律师会见犯罪嫌疑人的权利。《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法〉实施中若干问题的规定》第11条规定，对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪，律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在5日内安排会见。而对于普通类型的刑事案件，安排会见的时间是48小时。对于所有在“涉黑”案件中被合并审理的犯罪嫌疑人，律师提出会见的，都只能在5日内安排，这就侵犯了本不属于“涉黑”性质却被合并审理的犯罪嫌疑人的律师会见权。况且，目前全国各地公安司法机关处理“涉黑”案件，基本上都成立了专案组，律师提出会见犯罪嫌疑人或者被告人时，必须经专案组批准，这就使得“涉黑”案件中的律师会见犯罪嫌疑人更是难上加难。

最后，变相限制了被告人的上诉权和申诉权。刑事诉讼法第186条规定二审案件进行全面审查原则，这样一来，“涉黑”案件中只要有一个被告人上诉，全案都未发生法律效力，这就变相剥夺了绝大多数被告人的放弃上诉权，因为“涉黑”案件被告人人数众多，所有被告人都放弃上诉权是不可能的。同时，被告人还面临着不上诉却被加刑的风险。因为被告人放弃上诉而同案其他被告人上诉，如果二审法院认为原判事实不清、证据不足，就会发回原审法院重新审判，没有上诉的被告人就面临着被加刑的风险。《解释》第308条、第309条规定按照审判监督程序审理的案件适用全面审查原则，原来是一审的按照一审程序进行审理。“涉黑”案件中任何一个被告人启动了审判监督程序，其他被告人都得接受再次审判的风险。即使再审判决没有改变刑罚，也必然会对减刑和假释造成影响。同时，司法实践中，“涉黑”案件的被告人很难通过申诉启动审判监督程序。因为一旦启动审判监督程序就必须对全案被告人和全案事实重新进行审理，法院从审判效率的角度考虑是不愿重新审理的，特别是在有些被告人已经被执行死刑的案件中则更是如此。

综上所述，目前法院审理的“涉黑”团伙犯罪案件往往因无法可依而造成了诸多弊端。为了规范实践中的合并与分案审理，本文以“涉黑”案件的合并审理为主线，建议立法上应该对合并

与分案审理作出明确规定。对此, 笔者的初步设想是:

第一, 立法上应该明确限定刑事案件具备“关联性”的情形: 1. 一人犯有数罪; 2. 数人共犯一罪或者数罪; 3. 数人同时在同一处所各自分别犯罪; 4. 犯有与本罪有关的包庇、窝藏、伪证、销赃罪, 等等。对于上述具备“关联性”特征的犯罪, 法院可以合并进行审理。

第二, 对一人犯数罪合并进行审理时, 如果会影响被告人的辩护策略(如被告人承认被指控的一罪但却否认其他罪行时, 如果合并审理会给合议庭造成认罪态度恶劣的印象等情形时), 法院可以裁量是否进行分案审理。

第三, 对于数人共犯一罪或者数罪的, 如果合并审理会导致被告人之间互相指控或者包揽罪责等情形时, 法院应该裁量分案审理。

第四, 对于人数庞大的团伙类犯罪, 如果合并审判会导致庭审流于形式、羁押率和超期羁押现象上升、变相限制了被告人的上诉权和申诉权、侵犯律师会见权等辩护权现象时, 法院应该裁量进行分案审理。即针对团伙犯中的从犯、胁从犯或者虽非从犯和胁从犯, 但有立功表现的, 法院应该另行组织合议庭审理, 从轻、减轻、免除其刑事责任; 对于虽与团伙成员之一共同实施过犯罪, 但本质上并不属于团伙组织成员的连环犯罪被告人, 通常情况下应该分案审理; 对于团伙犯罪的领导者、组织者和骨干成员, 为了保证查清案件事实和量刑的均衡, 法院应该合并审理。

腐败犯罪资产追回机制的完善

卞建林(中国政法大学教授)

随着经济全球化进程的加快, 腐败犯罪也日益呈现出全球化的特点。据世界银行初步估计, 全世界每年约有2万亿美元涉及腐败的资金进行跨国流动, 相当于全球生产总值的6%。腐败行为使许多国家的经济社会发展和政府形象蒙受损害, 其中发展中国家所遭受的经济损害最为严重。^[72]然而, 由于世界各国政治体制的不同以及法律制度的差异, 单一的腐败行为受害国在全球范围内对腐败犯罪进行打击和追诉时往往显得势单力薄, 且在实践中难以取得成效, 这更进一步加剧了腐败犯罪在全球范围内的滋生和蔓延。

鉴于这一情况, 越来越多的国家和地区意识到应当建立国际性的多边条约以促进世界各国通力合作、联手打击腐败犯罪。^[73]为此, 联合国大会第87次全体会议于2000年12月通过了第55/188号决议, 呼吁“国际社会支持所有国家致力加强体制能力和管制框架, 防止贪污、贿赂、洗钱和非法转移资金, 并将这些资金返还来源国”。^[74]2003年10月, 联合国大会通过了《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》), 以专章的形式详细规定了腐败犯罪的资产追回机制, 协调了各国在资产返还方面的立场, 并强调“按照本章返还资产是本公约的一项基本原则, 缔约国应当在这方面相互提供最广泛的合作和协助”。资产追回机制是《公约》针对腐败犯罪资产外逃而设置的全新法律机制, 是在综合分析各国反腐败犯罪的成效与困境的基础上经过缔约各方努力协调所达成的重要反腐败成果。

对于《公约》确定的“资产追回机制”, 通常理解为: 对于因实施《公约》确立的犯罪而直

[72] 参见张业遂:《让腐败分子无处藏身——解读〈联合国反腐败公约〉》,《求是》2004年第8期。

[73] 例如, 1996年美洲国家组织制定《美洲国家组织反腐败公约》, 1997年欧盟理事会通过《打击欧洲共同体官员或欧洲联盟成员国官员腐败的公约》, 1999年欧委会成员国先后通过《欧洲委员会反腐败刑罚公约》和《欧洲委员会反腐败民法公约》等。

[74] 参见外交部条约法律司编译:《联合国反腐败公约及相关法律文件》,法律出版社2004年版,第77页。

接或者间接产生或者获得的任何财产以及用于犯罪的财产、设备或者其他工具，通过一定的司法协助程序予以追讨或者返还的制度。^[75]为了准确把握《公约》中“资产追回”的含义，需要厘清两个关键概念：一是何谓“腐败犯罪”。根据《公约》第3章第15—25条的规定，其调整的犯罪行为包括：贿赂本国公职人员、贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员、公职人员贪污、挪用或者以其他类似方式侵犯财产、影响力交易、滥用职权、资产非法增加、私营部分的贿赂、私营部门内的侵吞财产、对犯罪所得的洗钱行为、窝赃、妨害司法等。由此可见，《公约》所涉及的“腐败犯罪”不仅包括我们一般认识上的贪污腐败犯罪，如贪污贿赂、挪用公款等，也包括与上述腐败行为密切联系的一系列关联犯罪，如洗钱、窝赃等；不仅包括国家公职人员即公共部门人员的犯罪，也包括私营部门人员的犯罪。二是何谓“资产”。《公约》在第1章第2条“术语的使用”第4款中将资产解释为“系指各种资产，不论是物质的还是非物质的、动产还是不动产、有形的还是无形的，以及证明对这种资产的产权或者权益的法律文件或者文书”。但是，资产的追回措施之一即为没收，没收的对象与资产的对象在外延上应当重合。根据《公约》第31条第1款的规定，没收的对象范围主要是：来自根据本公约确立的犯罪的犯罪所得或者价值与这种所得相当的财产；用于或者拟用于根据本公约确立的犯罪的财产、设备或者其他工具。据此，“资产追回”中的“资产”应当包括犯罪所得以及用于犯罪的财产、设备或者其他工具。为强化对腐败犯罪的打击，《公约》进一步明确了“犯罪所得”的衍生范围，具体表现为：（1）替代收益，即犯罪所得已经部分或者全部转变或者转化为的其他财产；（2）混合收益，即如果犯罪所得已经与合法财产相混合，则最高可延伸至混合于其中的犯罪所得的估计价值；（3）利益收益，即由犯罪所得及其替代收益、混合收益所获得的收入或者其他利益。对于腐败犯罪的衍生收益，《公约》规定对其适用与犯罪所得相同的措施和处置方式。

关于资产追回的方式，《公约》规定了两种。其一是直接追回方式，即指通过民事诉讼程序或者通过命令等其他形式直接确认腐败犯罪所得资产的所有权归属的追回制度。资产的直接追回体现为《公约》第53条的规定。根据该规定，资产的直接追回主要有三种措施：第一，资产流出国（请求国）在资产流入国（被请求国）的法院提起民事诉讼，以确立对通过实施根据本公约确立的犯罪而获得的财产的产权或者所有权。这种诉讼在本质上属于确权之诉，即为明确腐败犯罪资产的所有权归属的诉讼。第二，资产流入国法院命令实施了根据本公约确立的犯罪的人向受到这种犯罪损害的资产流出国支付补偿或者损害赔偿。这种措施一般都是资产流出国向资产流入国的法院提出请求，请求腐败犯罪的实施者对其进行相应的补偿或者损害赔偿，法院最终以裁判的形式作出命令。第三，资产流入国法院或者主管机关在必须就没收作出决定时，承认资产流出国对通过实施本公约确立的犯罪而获得的财产所主张的合法所有权。与前两种措施不同，这一措施的决定主体为资产流入国的法院或者主管机关，而非仅限于法院；同时，这一措施也无须先通过诉讼程序，仅是在“必须就没收作出决定时”即可作出确认权属的决定。需要明确的是，直接追回措施的适用存在一个前提，就是缔约国应当承认腐败案件是存在受害人的刑事案件，案件受害者有权对犯罪实施者提起民事诉讼，请求确认其对腐败资产的合法所有权或者要求加害者进行补偿或者赔偿。根据《公约》的界定，腐败案件的受害人既可能是缔约国政府，也可能是缔约国的法人或非法人组织。

其二是资产的间接追回方式，即指缔约国依据本国法律或者另一缔约国的没收令先行没收腐败犯罪所得资产，再返还给另一缔约国的追回制度。资产的间接追回相对于直接追回而言，需要

[75] 参见杨宇冠、吴高庆主编：《〈联合国反腐败公约〉解读》，中国人民公安大学出版社2004年版，第429页。

先经过一个没收程序，而不是直接确认其所有权归属，《公约》第54条称之为“通过没收事宜的国际合作追回资产的机制”。资产的间接追回分为两个阶段：第一阶段是资产流入国根据本国法律或者资产流出国发出的没收令，对位于其境内的腐败犯罪所得资产进行没收。这种没收并非必须基于资产流出国的请求，资产流入国如果自行发现其境内存在外国来源的腐败犯罪所得资产，可以主动将其没收。第二阶段是资产流入国根据相关的法律程序（或者双边或多边协定或者安排等）将依法没收的腐败犯罪所得资产返还给资产流出国。根据《公约》第54条第1款的规定，资产间接追回主要有三种措施：第一，资产流入国主管机关执行资产流出国法院的没收令。第二，资产流入国主管机关以判决或者其他程序下令没收外国来源的腐败犯罪所得资产。第三，资产流入国不经刑事定罪而径行没收腐败犯罪所得资产。这种措施是专门针对“犯罪人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉的情形或者其他有关情形”，即无法对犯罪人进行刑事诉讼程序从而将其定罪的情形。可以看到，前两种没收腐败犯罪所得资产的措施的适用都需基于对犯罪人进行刑事定罪这一前提，但在司法实践中，出现犯罪人死亡、潜逃或者缺席等情形进而无法对其进行追诉并定罪的情况并不在少数。为了弥补这一现实困境，《公约》特别规定了不经刑事定罪而径行没收腐败犯罪所得资产的措施。

对于腐败犯罪追回资产的返还和处分，《公约》也作了明确规定。资产返还适用以下三原则：（1）返还依据为《公约》和被请求国法律；（2）返还对象为没收财产的原合法所有人；（3）返还时须考虑善意第三人权利。关于资产返还的方式，《公约》第57条第3款进行了详细规定，主要分为三种情形：（1）对于《公约》规定的贪污、挪用公共资金以及对该公共资金的洗钱行为所得的资产，被请求国实行没收后，基于请求国的生效裁判，将没收的财产返还请求国，被请求国也可以放弃对生效裁判的要求；（2）对于《公约》所涵盖的其他任何犯罪的所得，请求国实行没收后，基于请求国的生效裁判，并且在请求国向被请求国合理证明其原对没收的财产拥有所有权时，或者当被请求国承认请求国受到的损害是返还所没收财产的依据时，将没收的财产返还请求国，被请求国也可以放弃对生效裁判的要求；（3）在其他所有情况下，优先考虑将没收的财产返还请求国、返还其原合法所有人或者赔偿犯罪被害人。

在资产返还时涉及到费用补偿问题，对此发达国家和发展中国家有很大争议，基于此，《公约》仅作了较为粗略的规定，而将操作空间留给了缔约国双方。《公约》第57条第4款规定，在适当的情况下，除非缔约国另有决定，被请求国可以在依照公约规定返还或者处分没收的财产之前，扣除为此进行侦查、起诉或者审判程序而发生的合理费用。“合理费用”是指实际发生的费用和开支，不包括中间人佣金或者其他未具体指明的费用。同时，《公约》第57条第5款补充提出，在适当的情况下，缔约国还可以特别考虑就所没收财产的最后处分逐案订立协定或作出可以共同接受的安排。

为保证腐败犯罪资产追回与返还机制的有效实施，《公约》还详细规定了配套的资产预防和监测措施，例如核实客户身份并强化账户审查，制定反洗钱举措，禁止空壳银行，确立公职人员财产申报制度，设立金融情报机构，等等。

虽然《联合国反腐败公约》为国际社会共同打击腐败犯罪提供了一个法律框架，但其效能的切实发挥最终还有待于有关缔约国之间通过双边条约或在国内法中对《公约》规定的内容加以具体落实。基于此，为推动我国反腐斗争的深入开展、强化腐败犯罪的惩治力度、加强打击腐败的国际合作、完善反腐败的诉讼程序，我国应当尽快改革现有刑事司法制度中与《公约》不相契合之处，早日实现与《公约》规定的全面接轨。可以考虑主要从以下几方面着手：一是立法明确对外国生效刑事裁判的承认和执行。我国目前尚不存在关于承认和执行外国刑事裁判的法律规

定。近年来,在与有关国家签订的双边条约中开始出现这方面的内容,^[76]但仍具有很大的局限性。为此有学者呼吁,应当在刑事诉讼法再修改之际,参照民事诉讼法有关承认和执行外国生效裁判的规定,在刑事诉讼法中写入承认和执行外国生效刑事裁判的相关规定。二是建立独立的民事诉讼和没收制度。我国刑法理论传统上认为腐败犯罪是不存在被害人的犯罪,其直接侵害的客体是国家工作人员的职务廉洁性和公共财产的所有权,因此追回腐败犯罪所得资产一般只能通过由法院最终作出没收财产以及罚金等刑罚予以实现,而不能通过独立的没收制度来进行追缴或返还。因此,为顺利与《公约》实现接轨,有效利用《公约》确立的机制来追回腐败犯罪资产,我国应当尽早建立独立的民事诉讼制度和没收制度。三是确立合理的资产返还费用补偿制度。为了充分调动有关各方国际司法合作的积极性,并且使这种合作获得必要的财力保障,可以考虑在与外国缔结刑事司法协助条约时增加关于分享被追回犯罪所得资产的内容。四是早日建立完善公职人员财产申报制度。五是对腐败犯罪案件建立适当的缺席审判制度,特别是针对犯罪人潜逃、隐匿、下落不明等必要情形。

监狱检察的问题及其改革

吴宗宪(北京师范大学教授)

监狱是我国监禁刑的主要执行机构,监狱检察是刑罚执行监督的主要组成部分。在监狱执行的有期徒刑、无期徒刑以及死刑缓期执行,在审判机关所判处的刑罚总数中占有绝对的多数:2003—2007年分别为70.72%、67.69%、65.84%、63.35%和62.40%。^[77]因此,做好了这部分监禁刑执行的法律监督工作,就等于做好了大部分刑罚执行工作的法律监督。从刑法规定的刑期、人民法院判处的刑期以及罪犯在监狱中实际服刑的时间来看,很多罪犯在监狱中执行监禁刑的时间往往很长。在此期间,有可能发生多种违法犯罪行为,如果没有十分有效的法律监督,就不能创造一种正常的服刑环境,也不能保证监狱警察和服刑罪犯的人权。监狱是一种与外部环境隔离开来的封闭场所,虽然司法部发布规章要求增强监狱执法的透明度,但是,对于社会大众而言,监狱仍然是一个封闭而神秘的场所,很难接触监狱,更难监督监狱。如果专门的法律监督机构不能有效地在监狱中进行监督,那么在这样一个封闭的环境中就会发生很多违法行为。每名罪犯在监狱中的服刑状况会影响到多名关系密切的人(包括他们的亲属、朋友等);大量罪犯的服刑状况会影响大批社会成员对法律和政府的态度。如果监狱执法工作不良,就会对成千上万的社会成员产生消极影响,在特殊情况下,这类消极影响甚至有可能动摇执政基础。因此,通过监狱检察提高监狱的刑罚执行质量,对于凝聚社会力量、巩固执政基础具有重要意义。

目前全国97%的监狱都有常年驻守的监狱检察人员,^[78]但是,监狱检察的机制和效果不能令人满意。监狱检察存在以下问题:(一)机构设置缺乏法律依据。检察院向监狱派驻检察机关,是涉及检察院和监狱的机构设置的重大问题,对此,检察院组织法和监狱法都没有明文规定,检察机关向监狱派驻检察机关的做法缺乏法律依据。(二)派驻检察机关作用有限。检察院虽然长期派员在监狱中从事监督工作,但是工作效果并不明显。一些引起社会震动的冤假错案,例如云

[76] 例如,2001年我国与乌克兰缔结了《中华人民共和国和乌克兰关于移管被判刑人的条约》,这开创了我国承认与执行外国生效刑事裁判的立法先例;2002年,我国与俄罗斯也缔结了《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于移管被判刑人的条约》,相互承认与执行对方已经生效的刑事裁判。

[77] 根据这五年的《中国法律年鉴》公布的数据计算。

[78] 参见白泉民等:《中国监狱检察制度的改革与完善》(上),《检察日报》2007年10月24日。

南杜培武案件、孙万刚案件，湖北佘祥林案件等，并不是由派驻检察机关发现的；这些案件的当事人在监狱服刑很长时间，应当能够通过当事人的申诉和其他反常表现等情况发现问题，但是派驻检察机关并没有发现冤情。（三）存在体制和机制问题。从体制来看，监狱检察人员长期驻守在监狱中的做法有利有弊。“利”在于能够更好地熟悉监狱情况，更快地发现监狱中存在的问题。但是“弊”也很明显：长期驻守在监狱的检察人员会与监狱警察变成“熟人”，会有很多的利益交换，检察人员会逐渐忘记自己的角色和身份，对于所发现的违法现象不能秉公处理；同时，也有可能产生职业倦怠，容易失去职业敏感性和洞察力，对于监狱中的问题变得“熟视无睹”和“习以为常”，难以发现其中的违法现象和犯罪行为。从工作机制来看，主要存在下列问题：（1）派驻检察官缺乏接触罪犯的合理机制。派驻检察官目前接触罪犯的两种方式都存在问题。就约谈罪犯而言，存在着很多制约罪犯自由约谈检察官的问题，例如生产任务等方面的压力、监狱工作人员的排斥态度、罪犯的顾虑等。就检察官信箱而言，存在着很多罪犯文化程度低而无法书写材料、担心向检察官信箱投递材料会给自己带来不利后果以及检察官信箱长期无人开启等问题。（2）检察方法的法律效力弱。派驻检察官纠正监狱执法问题的主要途径是发出《纠正违法通知书》和提出检察建议。但是，如果监狱机关对此不予理睬或者拒不执行，则缺乏更为有效的检察方法。（3）缺乏最高层次的工作交流机制。（4）工作方法存在问题。派驻检察机关主要通过事后监督、被动监督开展监狱检察工作，难以及早发现问题，难以挽回已经造成的损失。

为了增强监狱检察的效果，应当考虑进行下列改革：

（一）健全法律规定。建议在深入系统研究的基础上，在检察院组织法、监狱法中明确规定监狱检察工作的机构设置、工作体制和机制等关键性内容，使监狱检察工作有更加具体、科学的法律规定。

（二）改革工作体制。鉴于固定人员的派驻检察体制存在的问题，应当进行下列改革：1. 变派驻检察为流动检察。在距离当地检察机关较近的监狱中，不设派驻检察机关而是将派驻检察改为流动检察。具体做法是：监狱检察人员定期或者不定期到监狱中进行现场监督或者专项调查，包括约谈罪犯和开启检察官信箱，到罪犯住宿、学习和劳动的现场进行检查等。2. 派驻检察与流动检察相结合。在距离当地检察机关较远的监狱中，应当实行派驻检察与流动检察相结合的体制。在平时，派驻检察机关仅仅安排少量的检察官从事日常检察工作；派驻检察机关定期或者在遇到特殊情况时，派遣专门的检察官小组到监狱开展专项检察工作，在了解情况、查明问题和解决问题之后，这些检察官仍然回到原派出的检察院。3. 建立监狱检察人员异地交流制度。具体设想是：（1）监狱检察人员在一个监狱或者地区任职一段时间之后，调到另一个监狱或者地区任职；（2）让监狱检察人员与机关检察人员相互交流，监狱检察人员在监狱任职一定时间之后，调到检察院机关中任职，检察院机关中的检察人员任职一定时间之后，调到监狱任职。当然，监狱检察人员异地交流制度的实行会对检察人员的生活产生较大影响，因此在建立和实行这种制度时应当考虑这方面的问题。例如，可以规定让一定地域范围内的检察人员异地交流；对于离家太远的监狱检察人员应当给予适当的补偿，包括增加交通补贴、增加假期等。4. 建立严格的惩处利益交换的机制。无论是现有的检察院组织法、监狱法还是检察官法以及《人民检察院监狱检察办法》，都缺乏禁止和避免派驻检察官与监狱方面进行利益交换的明确规定，这是立法的重大缺陷。应当通过立法规定严格的惩处利益交换机制，坚决禁止和避免派驻检察官与监狱方面进行利益交换而丧失自己立场，忘记自己职责的现象，违者予以严惩。

（三）改革监督机制。1. 增强派驻检察机关的权威性。应当在立法中规定增强派驻检察机关的工作权威性的内容。例如，如果监狱不听从检察建议或者不按照《纠正违法通知书》的内容改

进工作时可以考虑建立起诉机制，通过起诉方式要求人民法院判令监狱改进工作、停止违法现象、追究法律责任。这种做法可以大大增强派驻检察机关的工作权威性。2. 建立最高层工作交流机制。应当建立最高人民检察院检察长与司法部长之间的工作交流机制。例如，双方定期举行工作交流会议，交流工作方面的情况，检察机关把监狱检察人员发现的严重问题或者具有普遍性的问题通报给司法部，由司法部发布文件予以解决或者加以改进；情况严重或者涉及两个系统时，可以由最高人民检察院和司法部联合发文加以处理。

（四）改革监督方法。1. 将被动监督转为主动监督。派驻检察机关应当改变被动等待违法现象或者其他问题产生之后再行法律监督的传统做法，在法律监督过程中更多地实行主动监督。例如，主动对监狱中最有可能产生违法现象或者其他问题的重点环节、方面等，主动进行调查研究和监督，将所发现的问题及时通知监狱进行整改，从而避免更严重违法现象和更多其他问题的发生。2. 将结果监督变为过程监督。派驻检察机关应当改变消极地等待违法结果或者其他问题发生之后再行事后监督的做法，在监管改造开始的时候就积极介入，首先监督监狱的工作决策过程，然后监督监狱的决策执行活动，将监管工作中可能产生的违法现象或者其他问题消灭在萌芽之中，或者及早发现不良苗头及时加以干预和恰当处理，避免事态恶化。3. 建立临时派遣检察人员进行专项检察的制度。检察机关应当考虑定期或者不定期地临时派遣检察人员到监狱进行专项检察的制度。特别是在某个或者某些监狱发生严重的违法现象或者其他问题时，应当派遣临时的检察人员严查问题，追究责任，维护法律的尊严，保护罪犯和监狱工作人员的合法权益。

（五）明确派驻检察工作的重点。除了常规检察工作中的重点环节之外，派驻检察机关还要重视在不同时期产生的、具有一定普遍性的严重问题。在目前进行监狱体制改革的情况下，与罪犯劳动有关的问题应当是派驻检察机关的重点监督内容：（1）一些监狱迫使罪犯进行“三超劳动”（超时间、超体力、超强度）的问题。这不仅使劳动挤占了进行其他改造活动的时间，甚至引起罪犯自残、自杀、逃跑等抗拒行为。（2）漠视劳动保护的问题。（3）忽视劳动报酬的问题。

（六）建立连带责任制度。监狱工作人员和监狱检察人员在维护监管安全、促进罪犯改造方面应当各司其职，共同完成国家赋予的使命。任何一方的敷衍塞责、马虎草率等不作为甚至渎职行为都会损害监狱工作。为了督促监狱检察人员履行职责，必须建立连带责任制度：在监狱发生重大事故或者严重犯罪时，除了追究监狱工作人员应负的工作责任之外，还应当追究监狱检察人员疏于监督的法律责任。