

借鉴古代保辜制度

牛忠志

(山东科技大学,泰安:271019)

摘要:文章就古代保辜制度如何为现行刑法、刑事诉讼法所借鉴提出了构想;借鉴保辜制度,首先应转变传统的义务本位法律价值观,确立人权保护、人权保障的观念;其次,在刑法方面、刑事诉讼法方面,亦可借鉴保辜制度,建立犯罪复原制度及扩大自诉范围等。

关键词:保辜制度;犯罪复原;自诉。

中图分类号:D929

文献标识码:A

文章编号:1009-3370(2003)03-0027-03

在浩瀚的法律历史长河中,中华法系有过自己的辉煌,被举世公认为“世界五大法系”之一。中国古代法律有不少独特的原则和制度蕴涵着丰富的东方哲学的精义和思辨。保辜制度就是其中之一。由于历史的原因,新中国的法律是在彻底废除国民党“六法全书”后,主要是对前苏联法律的移植,对于中国自己历史文化的继承却很少,古代保辜制度当然也难逃被斩的命运。期望本文的写作能为弘扬借鉴这一优秀法律文化尽微薄之力。

一、保辜制度的含义

何谓保辜?《清律辑注》说:“保,养也,辜,罪也。保辜,谓殴伤人未致死,当官立限以保之。保人之伤,正所以保己之罪也。”^①一般认为保辜是古代刑法处理伤害案件的一种特殊制度。其基本内容是,殴人致伤后,规定一定的期限,视期限届满时的伤情,再行定罪量刑。^[1]详言之,若被害人在受伤后保辜期内死亡,即认为殴伤是死亡的直接原因,对加害人应以殴人致死论;若在保辜期限外死亡,则认为殴伤与死亡没有直接因果关系,对加害人应以殴人致伤论。^[2]它有如下主要特点:

1. 保辜仅适用于殴打或伤害他人,但尚未当场致死的案件。辜限由法律规定,以辜限内的不同结果作为定罪量刑的根据。被害人在辜限内死亡的,构成杀人罪;在辜限外或者虽辜限以内,但系因其他原因而死亡的,只构成伤害罪。

2. 辜限的长短与斗殴初始致成的伤害等级和使用的凶器的强度成正比,初始伤势越重或凶器越尖锐,则辜限愈长;反之,则愈短。

3. 保辜制度强调了殴打行为与被害人的死伤之间的因

果关系,属于立法推定:致伤后在辜期内出现的结果与殴伤行为之间有法律上的因果关系。^②

如果立足于现代法治视角来审视它,这一制度有其合理性^[3]:蕴含着丰富的儒家非讼思想;强调了伤害行为与伤害结果之间要有因果关系;节俭司法资源,提高效率,统一执法;包含着“强调依律求是断罪量刑”和犯罪的“主观和客观相统一”的思想;有利于实现对被害人的慰抚、补偿,从而遏制未来可能的报复行为;蕴含着古朴的公平、公正观念以及现代刑法的“谦抑性”。

由此可见,作为中华传统法律文化体现着法律对人的终极关怀、充满了浓重的人文精神——无论是对被害人还是加害人。而这种人文精神恰恰是法律的终极追求,如果说,“犯罪中止制度是在犯罪过程中为走上犯罪道路的人架起一座可以‘返回的黄金桥’”^[4]。那么,笔者可以毫不夸饰地说,保辜制度就是在犯罪既遂之后,为犯罪者架起另一座可以的“返回的黄金桥”。这种精神甚是符合现代刑法的三个价值取向(公正、人道、谦抑)^[5],也基本符合我国刑法罪责刑相适应原则从而能为现行刑法所吸纳。

二、保辜制度的借鉴

首先,要转变我们传统的义务本位价值观,确立务实、求是的人权保护、人权保障的观念。

由于我国几千年封建社会形成的中央集权制度,法律一直是以社会义务为本位设计的,个体的权利一向被忽视,再加上新中国成立后,由于受前苏联的影响,为适应计划经济体制,个体的权利也未被重视,有时甚至是被混灭。在刑事法律制度的设计上,刑法偏重于国家法益、社会法益的保

收稿日期:2002-12-17

作者简介:牛忠志(1968-),男,山东科技大学文法学院副教授,法学硕士,主要从事刑事法学教学与研究。

①有学者认为,“辜”即“息”也。故保辜应理解为“保息”,有保养生息、限期养伤之意。

②有学者认为保辜制度的着眼点在于伤势的愈合,不在于行为与结果的因果关系。参见钱宁峰.论保辜制度[J],法学研究——理论月刊[J]2001(7)。笔者认为,保辜制度一方面以立法的方式推定行为与结果的因果关系,另一方面也着眼于伤后的愈合,包含有一个定罪量刑标准在内。

护;刑事诉讼法相应地是采用职权主义的模式。现在要适应社会主义市场经济体制的需要,我们必须树立个体权利观,刑法制度应当向人权保护、人权保障的方面倾斜,重视公民个体权益的保护,刑事诉讼法应当采用当事人主义的诉讼模式,进一步扩大当事人的诉讼权利。

由于历史上一直过分地提倡所谓的“重义轻利”,新中国成立后受左倾思想的长期禁锢,经济利益被贬斥到十分卑下的地位,所以,现在必须进一步解放思想,要以务实、求是的态度对待社会问题。“法律是经验,而不是教条”,“法律永远是对现实社会的确认”,法律要与时俱进,我们不能不顾实际情况去死守所谓的“最高指示”或者“经典教导”。

实际上,这话说起来容易,落实起来很难。例如,由于长期以来我们坚定“生命诚可贵,爱情价更高,若为自由故,二者皆可抛”的信条,在刑事立法上表现之一便是:严禁用“自由刑”折抵“罚金刑”,更有甚者把这种做法视为资本主义的东西加以痛斥;尽管我们都说,要树立“适应社会主义市场经济体制的需要刑法新观念”,但是,1997年修订刑法时,只是扩大了罚金刑的适用范围,但罚金刑仍然是从刑,没能上升为主刑,在刑罚制度上依旧是严禁“自由刑”折抵“罚金”。现实社会中,法院有关罚金的判决,执行起来很困难,“要钱没有,要命一条”成了一些被执行人耍赖的杀手锏。

值得庆幸的是,2000年最高人民法院《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》第二条规定:“造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部责任或者主要责任,无能力赔偿数额在三十万元以上的,处三年以下有期徒刑。”第四条有“通肇事造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部责任或者主要责任,无能力赔偿数额在六十万元以上的,属于‘有其他特别恶劣情节’,处三年以上七年以下有期徒刑”的规定。笔者认为,这些解释(当然还可多举出一些)体现了“适应社会主义市场经济体制需要的刑法新观念”,采取了符合社会实际情况的务实态度,与保辜制度的做法有类似之处。

其次,由于中国古代法律是“诸法合体,实体法与程序法不分”,所以,借鉴保辜制度就必须分别在现行刑法、刑事诉讼法里都有体现。

就现行刑法而言,由于保辜制度的实质是,犯罪者事后采取积极的将功补过态度和措施,对犯罪行为所造成的危害结果进行有效的修复、补救,对被害人进行慰抚,在此基础上,法律考虑到犯罪者自身的主观恶性和人身危险性,以及其犯罪行为导致的客观危害都有不同程度的减少或者降低,因而给与从轻、减轻或者免除。简言之,保辜就是对犯罪后果的恢复原状。所以,刑法上借鉴保辜制度,不妨引入一个新的制度——“犯罪复原”。

所谓犯罪复原是指在某些犯罪的既遂之后,直至司法机关立案前,由于犯罪人采取积极的将功补过态度和措施,对其犯罪行为所造成的社会危害进行有效的修复、补救,对被

害人进行有效的慰抚,从而应当给予犯罪人从轻、减轻或者免除处罚的制度。它有如下特点:

(1) 犯罪复原只能发生在某些犯罪既遂之后(即“事后”)直至司法机关立案前。因为如果是在犯罪既遂之前,即在犯罪过程中,自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的,是犯罪中止”(现行刑法典第24条)。而且,考虑到一旦司法机关立案,就标志着“公力救助程序”的开始,当事人的某些权利便受一定的制约,所以对这里的犯罪后果的恢复原状的期限应限定在司法机关立案之前。

(2) 犯罪复原必须以实施社会危害进行有效的修复、补救,对被害人进行有效的慰抚为成立条件。否则,没有效果,便不成立犯罪复原。

(3) 犯罪复原必须以犯罪者本人亲自实施积极的有效的修复、补救,对被害人进行有效的慰抚作为成立条件。否则,情不自愿的所谓“被迫做作样子”便不具备这一条件。

(4) 犯罪复原制度仅适用于最高法定刑为五年以下有期徒刑的过失犯罪;或者最高法定刑为三年以下有期徒刑的故意犯罪。之所以如此限制犯罪复原制度的适用范围,其一是由于,从政治的角度看,犯罪是“孤立的个人反对统治阶级的斗争”、犯罪是“藐视统治秩序最极端、最明显的表现”(就故意犯罪而言);从法律的角度看,统治阶级认为犯罪首要的是具有严重的社会危害性,犯罪有可能动摇或者已经动摇了现行的整体法律秩序或者宪法性法益,其次才是侵害了被害人的个体权益。所以必须对犯罪复原的适用范围进行限制。其二,在分则条文中给与适用范围以明确规定是罪刑法定基本原则的要求,以避免故意出入人罪、枉法裁判。

(5) 犯罪复原一旦存在,经司法机关认定,便构成法定的“应当给与从轻、减轻或者免除处罚”理由,而不允许司法时将其视为“酌定”量刑情节。否则,犯罪复原制度的创立有可能前功尽弃。

不难看出,犯罪复原制度既不同与现有的犯罪预备、犯罪中止和犯罪既遂,也不同于既存的“自首”、“坦白”以及立案后的“积极退赃”等法定或酌定情节,从而有其独立的价值。

在具体的设计上,笔者认为可以在刑法典第24条之后增加一条作为第25条,规定:在本法第64条(是笔者下面主张在第63条之后增加一条作为第64条)规定的犯罪既遂之后,司法机关立案前,犯罪人采取积极的措施,对其犯罪行为所造成的社会危害进行有效的修复、补救,对被害人进行有效的慰抚,符合犯罪复原的,应当从轻、减轻或者免除处罚。

犯罪复原制度的设立后,刑法上还必须在总则和分则的相应条文中分别明确该制度的适用范围:

总则第四章“刑罚的具体运用”之下第63条之后增加一条作为第64条,规定:犯罪复原制度仅适用于最高法定刑为五年以下有期徒刑的过失犯罪;或者最高法定刑为三年以下有期徒刑的故意犯罪(既可以是人身伤害犯罪,还可

以是侵犯财产犯罪等等，而限于古代律典中的人身伤害犯罪。

分则条文也要在相应的各个犯罪条文之下分别明确“本罪(或者前款犯罪)适用犯罪复原制度”。

就刑事诉讼法而言,为贯彻刑法关于犯罪复原的规定,刑事诉讼法必须进一步扩大自诉的范围,因为“实体法具有本身特有的必要的诉讼形式”。为适应于社会主义市场经济发展的需要,1996年修订的现行刑事诉讼法较之79年刑事诉讼法,扩大了自诉范围。其集中的体现是增加了170条第三项规定:被害人“有证据证明被告人的行为侵犯了自己的人身、财产权利,应当依法追究刑事责任,而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件,被害人可以向法院直接提起诉讼”。该法施行之后,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部又联合将“被害人有证据证明的不需要进行侦察的轻微刑事案件”解释为:“故意伤害(轻伤)案;重婚案;遗弃案;妨害通讯自由案;非法侵入他人住宅案;没有引起社会危害的生产销售假冒伪劣产品案和侵犯著作权案;属于刑法第四章、第五章的犯罪,被告可能判处三年以下有期徒刑刑法的其他轻微案件”。这一解释显然又一次扩大了自诉范围。可以说,扩大自诉的范围是为适应社会发展需要,我国刑事起诉制度发展的趋势。

现在,要想借鉴保辜制度,刑事诉讼法必须再进一步扩大自诉的范围,并作相应的修改。其设计上可以在刑事诉讼法典第18条第一款增加有关“犯罪复原”的内容,表述为:“告诉才处理、犯罪复原和其他不需要进行侦察的轻微刑事

案件,由人民法院直接受理,并可进行调解。”将第170条关于自诉案件范围、第一项规定中的“告诉才处理的案件”修改为“告诉才处理和犯罪复原的案件”。同时,在第77条附带民事诉讼的规定中,增加一款,强调“附带民事诉讼适用先予给付制度”。并且将精神损害赔偿纳入附带民事诉讼的请求赔偿范围之内。

如果现行刑法真能将其合理性吸纳,那么,交通肇事后逃逸情况将会大大减少、过失犯罪、伤害等轻微的刑事案件中的发案率也会明显下降;而且,犯罪的被害人也将会适时得到慰抚、安置,从而在一定程度上有利于社会的安定、和睦。因为中国社会毕竟是熟人社会,中华民族具有重视“社会关系”的传统,较之世界其他民族特重亲情、友情、乡情……。

三、余论

在当今建设我国社会主义法治国家的进程中,存着“法律移植论”与“本土资源论”的激烈论争,这关涉到如何正确看待中华传统法律文化的态度问题。本文通过评析我国古代的保辜制度,以期再次唤起人们对中国传统的法律文化之价值的正视和尊重,反对过分热衷、崇拜和迷信西方法律文化,在法学研究领域我们也要增加民族自豪感、自信心和自尊心。发掘和弘扬包括法律文化在内的祖国优秀传统文化遗产是吾辈的使命!且重而道远!

参考文献:

- [1] 高绍先. 中国刑法史精要[M]. 北京:法律出版社,2001年版,第226页.
- [2] 阎晓君. 秦汉时期的损伤检验[J]. 长安大学学报,2002年第1期.
- [3] 牛忠志. 古代保辜制度考析[J]. 山东科技大学学报(社科版),2002年第12期.
- [4] [德]李斯特. 德国刑法教科书(中译本)[M]. 北京:法律出版社,2000年版,第352页.
- [5] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 北京,中国政法大学出版社,1997年版(修订版),第4-9页.

Reference to the“Bao Gu” System

NIU Zhong-zhi

(Shandong Science and Technological University, Taian:271019)

Abstract:The paper visualizes how the criminal law and law of criminal procedure can benefit from the ancient “Baogu” system. To refer to the system, it’s first required to shift from the traditional legal value of duty standard to that of the protection and security of human rights. Second, in terms of criminal law and law of criminal procedure, in light of “Baogu”, the system of criminal rehabilitation can be established and the scope of private prosecution be expended.

Keywords: “Baogu” system; Criminal rehabilitation ; Private prosecution.