

法律不溯及既往原则及其人权价值 ——从“告密者难题”谈起

朱力宇

一、法理学中的“告密者难题”

1944年，一个德国士兵在奉命出差执行任务期间，回家短暂探亲。他私下里向他的妻子说了一些对希特勒及纳粹党其他领导人物的不满的话。他的妻子因为在他长期离家服役期间已投向另一个男子的怀抱，所以想除掉她的丈夫，就把他的言论报告给了当地的纳粹党头目。结果，她的丈夫遭到了军事特别法庭的审讯，被判处死刑，但是未被执行，后又送到了前线。纳粹政权倒台后，他的妻子因设法使其丈夫遭到囚禁而被送上法庭。在法庭上，她的抗辩理由是：根据当时有效的法律，她的丈夫对她所说的关于希特勒及纳粹党的言语已构成犯罪。因此，当她告发她丈夫时，她仅仅是使一个罪犯归案受审。这个案件以及类似的一系列案件，使得第二次世界大战后针对有关战争问题的审判在法律上陷入了一个困境：是依据德国纳粹当局的法律还是依据战后西德政府的法律对该名妇女进行审判？如果依据前者，类似告密者这样的人就不能受到法律的惩罚，这不符合实体正义的要求；如果依据后者，虽然可以使告密者受到法律的惩罚，但是却违反了法律不溯及既往的原则，不符合程序正义的要求。这就是法理学中著名“告密者难题”。

后来，聪明的德国法官们援引德意志王国《1871年刑法典》的规定，于1949年7月27日判决该妇女非法剥夺他人自由罪。这是适用事前法

进行的判决，因此没有违反法律不溯及既往的原则，符合程序正义。班贝格上诉法院的终审判决指出了为什么要适用《1871年刑法典》而不适用纳粹政府的法令：被告犯有罪行，纵然其丈夫是按照纳粹政府的一项法令被判刑的，但该法令本身“违反了一切正直人的正当良知和正义感”。妻子的告发导致丈夫的自由被剥夺，虽然丈夫是被法院以违法的理由被宣判的，但是，这种法律“违背所有正常人的健全良知和正义观念，不能够被看作是法”。这一案件的判决结果也实现了实体正义，使犯罪者得到了应有的惩罚。这一案件的判决和这一难题在西方法学界引发了新分析实证主义法学著名代表人物哈特和新自然法学著名代表人物富勒之间的论战，从而使西方法理学有了长足的发展。

二、法律不溯及既往原则的新阐述

关于“告密者难题”在中外许多法学名著中皆有论述，本文拟仅从法律不溯及既往的原则及其人权价值进行一些新的阐述。

载入1804年《法国民法典》第2条规定的古罗马法律格言曰：“法律仅仅适用于将来，没有溯及力。”这一格言涉及的是法的溯及力问题。在法律实践中，当一部新法律（包括对原有法律修改后的新法律）生效后，对其生效以前发生或正在发生的法律事件和法律行为可否适用，即法的溯及力问题，是经常发生的。从法理上

讲，如果可以适用新法，即是指该法有溯及力；如果不能适用，则是指该法没有溯及力。近代以来，特别是到了现代，关于法的溯及力，现代国家一般采取的原则是：首先，法律不溯及既往。因为国家不能用现在生效的法律去规范其生效前的法律行为和法律事件，更不能由于人们过去进行了某种当时合法而新法生效后违法的行为，以新法去进行追究和处罚。法律不溯及既往，是法治原则的体现。其次，作为对法律不溯及既往原则的补充，许多国家在法律上还规定新法可以有条件地适用于既往行为，即实行“有利追溯”。法律不溯及既往已从格言被确认为是法治的原则之一，并被规定在许多国家宪法之中。这些规定大体可以分为两类：

一是作为刑法的原则而在宪法中予以规定。例如，1789年法国的《人权宣言》第8条宣布：“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律外，不得处罚任何人。”法国现行宪法虽然未用文字具体表述这一原则，但是在其序言中开宗明义写到：“法国人民庄严宣布忠于1789年人权宣言所肯定的以及为1946年宪法的序言所确认并加以补充的各项人权和关于国家主权的原则。”又如，意大利宪法第2条第二款规定：“不根据犯罪以前业已生效之法律，不得对任何人科以刑罚。”再如，作为英国不成文宪法组成部分的1679年的《人身保护律》也

规定：“监禁在1679年6月1日以前者，不适用本法。”

二是作为立法的原则而在宪法中予以规定。例如，美国宪法第1条第九款规定：“追溯既往的法律不得通过之。”第十款规定：“任何一州都不得通过剥夺公民权利的法案、追溯既往的法律或损害契约义务的法律。”

法国和意大利等国之所以在宪法中做此规定的历史背景主要是：为反对封建的罪刑擅断主义而必须实行罪刑法定主义，即“法无明文规定不为罪”。这是法律不溯及既往原则的人权价值所在。而美国宪法进行这一规定的历史背景主要是：1766年英国议会取消了印花税，但同时宣布英国议会有权通过任何有关殖民地事务的法律，并且频繁颁布新的税法，对殖民地进口的玻璃、颜料和茶叶等征税，以帮助陷入经济危机的东印度公司起死回生。这些溯及既往的新法案使殖民地人民背负了沉重的负担，以至于在美国爆发了“波士顿倾茶事件”，并进而导致了“独立战争”的爆发。在美国人民反对英国殖民者的斗争中，学者们认识到反复无常的溯及既往的立法的危害性，因此认为有必要将溯及力条款写进宪法。此外还有一个原因就是由于美国刚刚获得独立，为了防止英国殖民者对国会施加压力，以法律的形式达到继续奴役美国人民的目的，因此需要以宪法的形式禁止溯及既往的立法，限制英国议会有可能通过事后立法损害美国民众的利益。美国学者认为：美国宪法中的禁止溯及条款实际上具有三个功能：第一，它提请公众注意：确保立法对各种行为的影响给予足够清楚的警示；第二，它保障了公民能够依据现存法律选择自身行为的权利，使得他们不必担心法律会被恶意地或反复

无常地改变；第三，它维护了“三权分立”的体制，确保立法机关不会干预应由司法机构进行有罪或无罪判断的职权。限制公权力的滥用，这同样是法律不溯及既往原则的人权价值所在。

在我国现行法律中，《宪法》没有法律不溯及既往原则的规定，而是分别规定在《刑法》和《立法法》中。《刑法》第12条规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”我国《刑法》实行的不溯既往是“从旧兼从轻”原则，也就是新法原则上不溯及既往，应当适用旧法，即“从旧”；但是新法不认为是犯罪或处罚较轻的，应当适用新法，即“从轻”。《立法法》第84条规定：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”《立法法》的这一规定，不仅确立了除《刑法》以外的其他法律规范在立法上所要求的在法律溯及力问题上的“从旧兼有利”原则，而且也从更广泛的范围上涵盖了《刑法》的“从旧兼从轻”原则。所谓的“有利追溯”，即对公民、法人和其他组织等私权利主体的权利、利益有利。

三、法律不溯既往原则与人权保障

值得指出的是，无论是分析实证主义法学，还是自然法学，现在都将法律不溯及既往列为法治的原则之

一。笔者认为原因之一，就是法律不溯及既往原则具有重要的人权价值。因为关于这一原则的规定已经成为国际人权公约中不可缺少的内容。

例如，《世界人权宣言》第11条第二款规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”我国政府已经签署的《公民权利和政治权利国际公约》第15条第一款规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。所加的刑罚也不得重于犯罪时适用的规定。如果在犯罪之后依法规定了应处以较轻的刑罚，犯罪者应予减刑。”

又如，《欧洲人权公约》第7条规定：“任何人行为或不行为，在其发生时根据国家法或国际法并不构成刑事犯罪，不应认为犯任何刑事罪。所处罚刑不得重于犯罪时所适用的刑罚。”《美洲人权公约》第9条第一、二款规定：“不受有追溯力的法律的约束。”“任何人的行为或不行为，在其发生时按现行的法律并不构成犯罪者，不得将该人宣判为有罪。所施加的刑罚不得重于发生犯罪时所适用的刑罚。”“如果在犯罪之后，法律规定应处以较轻的刑罚，犯罪者应从中得到益处。”《非洲人权和民族权利宪章》第7条第二款也将禁止刑法溯及既往的原则与被告人的其他权利放在一起加以规定。

从上可见，法律不溯既往原则已经成为一项重要的国际人权原则。这是因为：法律不溯及既往原则从产生时起，就承载着尊重和保障人权的诉求。近现代以来，每次因为溯及既往的法律带给人类深重的人权灾难后，都会引起人们对法律不溯既往原



则的重新重视。第二次世界大战结束后，国际社会在反思纳粹德国和日本军国主义的暴行的同时，特别强调人权的保障。重申罪刑法定主义和法律不溯既往原则的1948年《世界人权宣言》，就是这一背景下产生的。此后，联合国有关的人权公约和区域性人权公约，也都规定了罪刑法定原则，而法律不溯既往则是通过罪刑法定原则体现出来的。尤其是在人权、民主、法治成为时代精神和文明标志的当代社会，法律不溯既往原则更是为世界上大多数国家所重视，其在世界范围内人权原则的地位日益彰显。所以我们应当这样认识：法律要致力于维护人的价值和尊严，基于这样的目的组成政治社会，即法治社会，而法律不溯既往原则也会因人权保障为自己的终极价值目标，具有了更厚重的思想底蕴。所以我们还应当从人权价值的角度来认识法律不溯既往原则。当然，《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》和《欧洲人权公约》对法律不溯既往原则的规定，是侧重于刑事方面的，但是欧洲各国在民法中通常对这一原则还另有规定。而《美洲人权公约》的规定则是综合的，即除了刑事方面，还有立法方面的；这与前述美国宪法的相关规定是一致的。

四、法律不溯既往原则的局限性及人道主义补充

第二次世界大战后审判战争罪犯和法西斯分子 的实践，包括前述对那位妇女审判和关于“告密者难题”的讨论，使西方各国法学界对法律不溯及既往原则的局限性有了充分认识，并认为法律不溯及既往必须服从更高的人道主义原则；所以立法的发展趋势是更重视刑法不溯既往的例

外，即以“从轻”对“从旧”的必要补充和完善。例如，《公民权利和政治权利国际公约》第15条第二款规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依照各国公认的一般法律原则为犯罪者，本条规定并不妨碍因该行为或不行为而对任何人进行的审判或对他施加的刑罚。”意大利政府在1955年、1977年分别批准《欧洲人权条约》第7条和《公民权利和政治权利国际公约》第15条时，都在确认法律不溯既往原则的同时强调：不得用该原则阻碍处罚“违反文明国家”或所有国家“公认的一般原则”的犯罪行为，如反和平罪、反人道罪。这些规定对 人权保护有了更高更广泛的意义，即法律不溯既往是对犯罪嫌疑 人或犯罪被告人的人权保护；而在发生反人类罪、反和平罪等例外情况下，法律是可以溯及既往的。这是更高层次的人权保护。所以，有“原则”就可能 有“例外”，而上述国际人权公约关于法律不溯及既往原则及其例外的规定，看似矛盾，但是却从人权保护的角度有机地结合在了一起。因此，谈及法律不溯及既往原则，必须包括对它的例外；“从旧”原则，必然包括“从新”的补充。

五、对“告密者难题”的思考及认识

最后，本文结合“告密者难题”和德国班贝格上诉法院的前述判决还可以再说上几句。对法律不溯既往原则我们还可以这样来认识：第一，这一原则是法的可预测性和可诉性的体现。第二，这一原则是对公权力，即对立法权、执法权和司法权的有效制约，是现代法治的原则之一，也是宪法产生和存在的重要原因。第三，这一原则是对私权利的有效保

护；在私法领域，法律不溯既往实际上是受到另一个更高原则——“新法不害既得权”的支配，它意味着已经获得的权利应该得到尊重，不应该被轻易剥夺；而保护既得权的目的在于保护人民的利益。第四，这一原则是平衡公权力和私权利的需要。第五，这一原则是对人权的一种具体的尊重和保障。因此，笔者认为，我们是否可以 考虑在宪法的层面上规定法律不溯及既往原则，这不仅可以体现对“国家尊重和保障人权”具体落实和贯彻，也是与我国签署或批准的有关国际人权公约的“接轨”。

“告密者难题”的争论和德国班贝格上诉法院的前述判决已经过去六七十年了，这些争论和判决，也在很大程度上反映了国际社会在第二次世界大战后对德国和日本的战争罪犯所进行的“纽伦堡审判”和“东京审判”的人权反思。其实，审判那位妇女事小，而审判战争罪犯事大。君不见，那些战争罪犯对自己所犯下的反人类的暴行，所持的抗辩理由之一不是与那位妇女很类似吗？——“我的所有行为都是执行德国和日本的法律，是服从上级的命令，因而是合法的”。好在国际社会在这两大“世纪审判”中既符合了程序正义，也实现了实体正义，使那些“大规模或系统性侵犯人权”的战争罪犯得到了应有的惩罚。在日本社会极少数右翼分子力图否认日本在二战中的战争罪和反人类罪的今天，重温“告密者难题”，进一步认识法律不溯既往原则及其人权价值，还是很有意义的。■
(作者系中国人民大学法学院教授)

注释：

参见《法理学学习小词典》，中国法制出版社2006年版，第94页。