

对邱兴华案的刑法观察: 知识体系与学者诉求的错位

高艳东*

[内容摘要] 在邱兴华案中,由精神病专家所引发的学者诉求迷人而宏大。不过,学者们表达的法治理想与邱案无关。刑法的知识体系将证明这些诉求在导向是错误的,因为在刑法上邱可以被法官不经鉴定直接认定为完全刑事责任能力者,精神病鉴定的宽严与法治进步并没有关系,不能在没有仔细阅读法条时就作感性判断。法治的寄托不能远离作为法治基础的知识体系。

[关键词] 精神病鉴定 法治理想 法官判断 刑法解释

一、迷惑与被迷惑: 精神病鉴定背后的法治诉求与学者寄托

(一)始于专家迷惑:从专业争议到法治诉求

在任何—个国度,连环杀人或杀害多人的命案,都会引起社会恐慌和法秩序的颤动。我国亦然,发生在社会转型时期的多起恶性杀人案,如马加爵案、王斌余案、邱兴华案、贵州某县长被灭门案等案件,都给扼腕叹息的公众留下了挥之不去的血色记忆。每个案件都可进行多种解读,法律人关注的是,在类似案件中,精神病问题从微弱的提醒逐渐成为焦点争议。

在马加爵案中,“马加爵是否存在精神疾病成为辩论的焦点”。〔1〕在邱兴华案中,精神病专家在媒体上频频预测邱可能是精神病。曾担任广西壮族自治区司法精神病鉴定组组长的刘锡伟教授第一个站出来认为:“仅就我能掌握的资料,这些情况已经非常明显。我相信很多专业人员都看得出来,但他们不说。我咨询过北京—位权威的精神病学专家,他完全同意我的看法。”〔2〕他为此还专门与北京大学心理学教授王效道在北大就邱兴华是否有精神病问题开研讨会。很多精神病专家随后响应,如中国司法精神病鉴定领域的泰斗、中华医学院医疗事故鉴定专家杨德森教授指出:“我—生鉴定过很多人,都没有见过这种。普通的杀人案必定有杀人动机,邱兴华杀了道长还可以解释为怀疑其与妻子有染,但他把和自己完全没有关系的香客杀

* 高艳东,北京大学法学院博士后研究人员。

〔1〕田雨、刘娟:《为了生命的尊严——马加爵故意杀人案审判纪实》,资料来源: <http://www.dhincourt.org/public/detail.php?id=112776>,访问日期为2006年12月30日。

〔2〕柴会群:《我不是为邱兴华—人奔走》,载《南方周末》2006年11月30日第2版。

死,没有任何的犯罪动机,根本没法解释。邱兴华杀人后把人的心切成丝炒熟了吃,手段残忍到这种程度,完全超出了正常人的行为范畴,已经不能用变态人格来解释了。”〔3〕法律人则紧随其后把邱案升级,以隐含着诸多法治期待的声音呼吁对邱进行司法精神病鉴定;《南方周末》等报刊更是以《试看邱兴华案的天下之“大魁”》《我不是为邱兴华一人奔走》《邱兴华案对中国司法改革的影响》等连续组文的形式把邱案从具体的精神病问题提升到法治标本的高度。

(二) 公众被迷惑: 刑事案件无法承受的法治寄托

仅仅是精神病专家关注还只能是一个学术问题,但这种专业争论很快就被渲染成重大的社会话题。公共知识分子极为敏感地从中解读出人权保障和制度改革等一系列方向性问题。例如,有媒体评论员认为:“假如精神病司法鉴定确认邱有精神病或精神异常,司法判决邱不受刑事处罚或减轻刑事处罚,那么中国司法将留下一个具有划时代进步价值的判例,对中国未来的司法改革将产生重大的正面影响。”〔4〕贺卫方、何兵、龙卫球等五位法学专家也推波助澜:“我们在此呼吁:一、从提高司法权威,保障基本人权以及被告人的辩护权角度出发,立即对邱兴华进行司法精神病鉴定。二、法学理论界和实务界通过本案,深刻反思现行的司法鉴定制度,通过制度改造,将宪法所确立的保护基本人权的原則落实到具体的法律制度上。”〔5〕法治的宽容性为人们开辟了多视角评价严重罪行的空间,取代了先前唯一正确的杀人偿命式复仇呼声,这也曾经令人难忘地出现在王斌余案件中,不过此案仅是网民同情民工犯罪的世俗性思考,与邱兴华案中的专家声音和职业参与不可同日而语。

不过,就思考问题的专业性和规范性而言,在邱案中表达出的浪漫理想只能被注解为法治的幼稚。把宏观制度的设计和安排凌驾于需要规范判断的个案正义之上,偏离了法治的本来样态。抽象而言,在刑事判决中寄托“划时代的意义”,是民众与被告无法承受之重。刑法奉行罪刑法定原则,它要求法官对于那些喧嚣而宏大的口号,只能投射冷冷的一瞥;它要求法官聚焦于犯罪行为 and 刑法理论之中,其他即便标签了“未来法治”的企求,都与案件本身无关,都是审判过程“不应欲”的后果。具体而言,在邱兴华案件中,把法治的进步诉诸于对邱精神病鉴定的成功,是知识体系与学者诉求的错位,这既是对刑法基本理论的误解,更是曲解了精神病辩护制度背后的法治脉络。本文可以论证,即便按照最为常识的刑法理论,邱也不可能是精神病态下的作案,且这一判断无需依赖精神病专家。若邱被肯定为精神病态作案,不仅不是法治的进步,反而是若干年后刑法理论需要反思的尴尬败笔。换言之,即便众多宏大法治诉求正确地及时下所需,它们也不可能在邱案中遂其心愿,更不应该借邱案表达,这是一场闹剧般的拉郎配。

(三) 走出迷惑: 抛弃反法治式思考, 回到规范判断

1 严控精神病鉴定、弱化精神病专家的地位才是法治发展的趋势。关注邱案的学者都会下意识联想起刺杀肯尼迪案、刺杀里根案和麦纳顿案,“邱兴华案终将变为一种社会机遇。类似的机遇是国人记忆犹新的辛克利刺里根总统案,辛克利因被鉴定为精神病而免责,

〔3〕曹晶晶、华璐:《专家称邱兴华案法院不做精神鉴定公众无法信服》,资料来源: <http://news.tom.com/2006-12-10/0027/65470850.html> 访问日期为2006年12月10日。

〔4〕鲁宁:《邱兴华案对中国司法改革的影响》,载《广州日报》2006年12月11日第1版。

〔5〕谭人玮:《法学家呼吁对邱兴华进行精神病鉴定》,资料来源: <http://news.qq.com/a/20061212/00098.htm>, 访问日期为2006年12月12日。

从某种程度上讲,邱兴华也许就是‘中国的辛克利’”。〔6〕在国外这些重量级案件中,被告人都因精神病获得了开脱。刺杀总统竟然也可无罪,这怎能不传送出法治进步的信息?但是,辛克利等案件不仅不是“法治进步”的契机,反而是试图通过精神病获得开释的被告人、企图在刑事诉讼中扩张知识权力的精神病专家之灾难的开始,有学者完全曲解了里根等案件所表达出的法治讯号。

首先,被有意回避的方向性信息是,在发生上述案件的英美国家,并没有因此走向精神病鉴定制度宽松化的“文明”之路,却以这些案件为契机反思先前精神病鉴定制度在社会秩序和一般预防上的懈怠,进而开始严格控制精神病鉴定、“限制”被告人权利。在美国,自从行刺里根总统的辛克利因精神病被宣告无罪以来,至1985年秋,美国约有半数州修改了法律,总的取向是限制滥用精神病辩护。从严限制精神病辩护,这是当前美国刑事司法制度发展的一个趋势。〔7〕在英国,“从近年的情况看,其(精神病)作为辩护理由被援用每年只有一、两次。被告人不愿提出这一辩护,他们宁愿冒定罪和判刑的危险,也不愿招致确定为精神病错乱的污名及随之而来的无限期监禁治疗”。〔8〕

其次,里根案件的处理结果并非增加了精神病专家参与诉讼的深度,反而成为开始禁止精神病专家证言对刑事诉讼干扰的转折点,并进一步肯定法官在精神病问题上的独断性。在辛克利案件后,《美国联邦证据法》第704条对专家证言的效力加以了限制,该条(b)项规定:“就刑事案件被告人之心神状态或情况作证之专家,不得就被告是否有具有构成被起诉之罪或其抗辩之要件的心神状态或情况,发表意见或推论。此类最终争点之决定,仅得由事实审理者自行为之。”而之所以规定这项限制,“第704条所规定的刑事案件例外,是在1984年约翰·辛克利意图谋杀总统一案无罪获释后增加的。此举很显然地是为降低精神病学的证词在刑事诉讼中的影响力。精神健康专家可为精神状态、症状及诊断的方法论作证,也可以描述‘事实’。但如果在刑事案件中,证词跨越暧昧的分界线,对刑事审判中的争点,被告关键性的心理状态,提出明确的陈述,该证词就不恰当”。〔9〕

因罪犯获得开释而欢呼的前法治场景,已经渐渐远离了我们的视线,在恐怖主义盛行、犯罪的破坏力愈加严重的当代,人们更需要从有效预防犯罪的角度检讨法律在控制犯罪上的不足。西方法治进程中所走的那些泥泞弯路,应是我国法治建设中要避开的沼泽。

2 回归真正的法律人思考:立足事实看待法律争议。用专业眼光进行规范判断,才是真正的法律式思考。动辄以宏大主旨提升案件的座标性意义和里程碑价值,将使法官无所适从,这与人类历史上动辄以响亮口号烘托政治正确的干扰真相式思路,没有本质区别。不用法条和法理分析法律问题,是打着法治的旗号去慢性瓦解法治。

本案件涉及四个刑法问题:一是刑事审判中的精神病态是一个刑法学判断,而不是一个医学认定;二是犯罪起因上存在幻觉和妄想不能否定与幻觉无关的行为中的责任能力;三是判断行为时刑事责任能力的最准确根据是行为过程;四是超常规的杀人反映了辨认能力和

〔6〕 郭光东:《吁请最高法院高度关注邱兴华鉴定问题》,载《南方周末》2006年12月14日第1版。

〔7〕 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社2005年版,第79-80页。

〔8〕 [英]J·C·史密斯、B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第225页。

〔9〕 [美]Arthur Best《证据法入门——美国证据法评析及实例解说》,蔡秋明等译,元照出版公司2002年版,第242页。

控制能力更强,可归咎性更多。

本案附带的法律问题有:一是对有些精神病专家过度干扰刑法问题须提高警惕:鉴定结论仅是判断刑事责任能力时非决定性的参考意见之一,刑事审判不能被医学专家左右;二是对有些学者的推波助澜须拨乱反正:以精神病免责不仅与法治进步毫无关系,相反,严格限制精神病辩护、对免予处罚的侵害性精神病人采取有效控制和强制医疗,才是符合法治发展潮流、也是符合现代社会利益的明智之举。

二、喧宾夺主:刑事责任能力中的精神病态无需求助于医生

在医学专家预断所引发的迷惑中,本文要常识性地提醒:刑法中的精神病态本质上是一个法律概念,是法官的领地,是否需要参考医生意见,仅依法官专业水准和知识信心而宜。精神病专家仅是法官并非必须使用的“助手”,过度放大精神病鉴定的刑法意义是反客为主。专家的确有技术优势,但在精神病态的判断上,专家受到严格限制,美国在辛克利案件后甚至禁止专家对精神病态的鉴定,“专家证人可以其选择的任何方式陈述他们的意见及结论,唯一的限制是在刑事诉讼中禁止明确说明被告是否具备犯罪构成要素之一的特定精神状态”。^[10]

(一)刑法中的精神病态不同于医学上的精神病

1 刑法中的精神病态与医学中精神病的评价内容不同。在医学上,精神病是一种客观存在的病症。刑法上注重的是精神病态,它并不是一个有客观标准的概念,不能完全对应于医学中的精神病。医学上的精神病是生物或者鉴定型结论,可以从正面标准肯定,其结论重在评价人;而刑法中的精神病态是一种评价型结论,只能从反面回答(无辨认能力和控制能力),而不可能从正面予以界定,^[11]重在评价行为。作为消解刑事责任能力的工具,刑法中的精神病态是我们对无法解释和评价的行为控制过程的一种笼统称谓,是无奈回避问题的口袋式结论,“世上本无真正的‘精神病’,所谓‘精神病’实际上是对主体已表现出的某些行为受干扰的症状进行归纳的结果,这种结论往往因医生能力的差异而具有很大的不确定性和可改变性”。^[12]在刑法中,总得给这种情形一个称谓,这就是“精神病态”。

2 在宏观范围上,刑法中的精神病态包容性更强。刑法学中的精神病态是一个更广泛的概念,除了医学上的精神缺陷外,西方刑法理论中把没有精神问题但非正常地丧失辨认和控制能力的情况归属于精神病态。如英国刑法理论认为:“所有身体本身方面的疾病如动脉硬化症、脑瘤、癫痫、糖尿病等,只要其导致了精神障碍出现,在法律上都可能认为是精神疾病。”^[13]德国刑法典第20条、意大利刑法典第88条、第95条,都把非“精神”问题的深度意识错乱、智力低下、心智丧失、慢性酒精或麻醉品中毒等情况,也当作无责任能力的精神病态。我国刑法典在刑事责任能力方面仅规定了精神病人、醉酒的人、聋哑人,但在实践中,影

[10] [美] Arthur Best 《证据法入门——美国证据法评释及实例解说》蔡秋明等译,元照出版公司2002年版,第241页。

[11] 严格讲,精神病人并非无辨认能力和控制能力,没有控制能力却能够杀人,这在逻辑上无法成立。精神病人只是没有正常人的辨控能力,对精神病态的认识只能相对于正常精神状态而谈及。

[12] [意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》陈忠林译,法律出版社1998年版,第196页。

[13] [英]J·C·史密斯、B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第226页。

响刑事责任能力情况远不只这些,在某些药物中毒反应、因内分泌和循环系统的严重缺陷导致刑事责任能力的丧失、高度情绪动作等情况中,行为人并无精神病,但由于不可归咎于行为人的原因而丧失了辨认能力和控制能力,在我国刑法中也应评价为精神病态。

3 在具体认定时,刑法中精神病态的标准很严格、结论很狭窄。医学上的精神病对刑事责任能力没有必然决定关系,根据我国《刑法》第18条就不难理解这点,该条规定:“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任。”即排除刑事责任能力不仅要求行为人是生物学上的精神病,还必须在心理上缺乏认识能力和控制能力,且起决定作用的是后者。行为人是医学上的精神病人但有辨认能力和控制能力,就是完全刑事责任能力者。例如,花痴型精神病人对性侵犯行为没有控制能力,但对杀人、盗窃行为却具备完全刑事责任能力。即便邱兴华被鉴定出有精神病,还须考察其精神病与具体杀人行为间的关系,也存在肯定其对特定杀人行为具有完全刑事责任能力的余地。

总之,刑法中的精神病态与医学中的精神病有不同评价机制和评价对象;在医学上不是精神病人,在刑法中可能按照无刑事责任能力的精神病态处理;在医学上是精神病人,在刑法中可能按照完全刑事责任能力者对待。这种医学和法学概念的差别决定了法官在判断精神病态上的主导性。

(二)刑事责任能力是仰赖法官的刑法判断过程

1 纠正误解:对精神病态判断起决定作用的是法官的法律知识。有学者没有注意到刑法中的精神病态和医学中的精神病之间的差异性,认为精神病是一个纯医学鉴定问题,认为:“作为法律人,我们与检察官、法官一样,只具有法律专业知识,而无精神病方面的专业知识。对于邱兴华是否有精神病,我们无法判断。我们同时认为,对于这一问题,检察官、法官也无判断能力,必须交由精神病专家来判断。我们认为,将是否进行鉴定的决定权绝对地赋予检察官、法官,是一种极其危险的机制,因为他们与我们一样,都是精神病学方面的外行。”^[14]

认为刑法中的精神病态是一个医学问题的观念显系对刑法的误解。在历史上,刑事审判的确曾经依赖过精神病医生的鉴定,1954年美国华盛顿地区联邦上诉法院审理德赫姆(Durham)案件时认为:“如果被告人的非法行为是精神疾病或者精神缺陷的产物,被告人不负刑事责任。”该观点确立了德赫姆规则,扩大了医学专家在鉴别精神病问题上的作用,试图增加“判断上的科学性”。但是,由于陪审团根据这个规则掌握不住鉴别标准,因而只得依靠精神病专家的鉴定,造成“精神病专家统治审判”的背离司法原则的现象,给实践中逃避刑事责任的装疯被告人开了绿灯,以致于实行这一规则后,医院病房很快充满了“生病的和装病的。”因此,1972年该法院自己放弃了这一规则,转而接受“模范刑法典规则”。^[15]而模范刑法典规则强调:“精神疾病或者精神缺陷,不包括仅由反复实施犯罪行为或者其他反社会行为所表明的变态人格。”显示出严格限制精神病辩护的价值取向。

在今天,发达国家的刑法学界已无人主张刑事责任能力的判断必须依赖精神病医生的鉴定。在英国,“当被告人提出其精神状态有问题时,他是否提出了精神错乱的辩护是一个

[14] 谭人玮:《法学家呼吁对邱兴华进行精神病鉴定》资料来源: <http://news.qq.com/a/20061212/000998.htm>, 访问日期为2006年12月12日。

[15] 储槐植:《美国刑法》北京大学出版社2005年版,第77页。

由法官确定的法律问题。被告人或者医学方面的证人是否提出‘精神错乱’存在的情况是不重要的。专家证人可以就这些情况的事实性质进行证明,但是由法官评断其是否属于‘精神疾病导致的理智缺陷’,因为,正如其表明的,这些是法律概念而非医学概念”。^[16]笔者认为,绝大多数刑事案件中的法官只要认真考察行为过程,不需要精神病医生的鉴定结论。换言之,如果法官根据刑法理论和行为过程,完全可以肯定邱的刑事责任能力,就可以驳回精神病鉴定的请求,或者对之提供的鉴定证据不予采纳。只有在行为过程没有查清楚、犯罪原因不明时,才需要参考精神病专家的意见。

2 有些精神病态只有法官才有能力鉴别,医生的作用日益无足轻重。首先,有些刑法中的精神病态是无法鉴定的,自然无法依赖医生意见。对于有生理基础的精神病,医生的判断相对可信;但超过了医学范围的精神病态,医生的判断能力就无优势。例如,特殊情况下母亲因非生理原因导致了幻觉,把婴儿当成了狐狸精扔到了窗外,很难找到这种稍纵即逝幻觉的生理依据;即便有生理缺陷,也很难肯定此生理缺陷就一定是幻觉的决定性因素(否则为什么母亲不陷入持续的幻觉呢)。对此类情况,鉴定过程不是再现幻觉,只能根据行为过程、事情起因推断母亲的精神状态,在此,法官的推导能力更胜一筹。因此,根据证据和行为过程,法官可以肯定精神病结论时,也不必被精神病医生认为行为人无精神病的意见所左右。其次,现代刑法引入的规范责任论改变了刑事责任能力的内涵。一是某些生理特征具有了不同以往的意义,如日本旧刑法规定:“哑者的行为,不罚或者减轻其刑。”但现行刑法并无该规定,“这一规定考虑到哑者以前多是精神的发育受到阻碍,按照其具体的精神障碍程度,将其规定为责任无能力者或者限定责任能力者。但是,在聋哑教育进步的今日,即使聋哑者,一般也很难认为就有精神障碍”。^[17]二是规范责任论要考虑对造成精神病状态本身是否可以归责、是否可以期待行为人克服生理缺陷形成辨认能力和控制能力。如因醉酒和毒品导致的精神病状态、被害人轻微过错就引发了行为人的癫狂行为,均认为行为人的责任能力是可以期待的。三是早期的刑事责任能力建立在心理责任论的基础上,与之伴随的刑法很少处罚过失犯,否认责任能力就是否定可罚性;而引入规范责任论后,所伴随的刑法大量设立过失犯,有时即便否认故意行为的责任能力,也要考虑过失行为的责任能力。随着刑事责任能力内涵的复杂化,精神病专家的作用越来越少。

3 鉴定还是推断:精神病医生的鉴定必须由法官指导。首先,精神病鉴定不是诊断而是一种事后推断,因为犯罪时行为人的精神状态与事后鉴定的精神状态是两个不同对象。精神病医生面对的是审判时行为人的状况,而刑法需要的是行为时行为人的状况,易言之,精神病鉴定从一开始就失去了真实的鉴定对象,实际上的鉴定也只能是一种反向推断。由于医生面对的是审判时的行为人,所以,犯罪时精神正常、审判时精神失常的情形必然会影响医生判断,医生如何能把一个罪后才精神失常的病人鉴定为精神正常者?我们应当区分事后鉴定客观危害与事后推断刑事责任能力的本质差异,前者有科学依据,多数客观危害不会随着时间改变而变化;相反,人的精神状况会随着时间流逝而改变。鉴定主体要素,只能反向推断行为时是否有责任能力,而不是鉴定行为后是否有责任能力。鉴定的本质是一种反

[16] [英] J·C·史密斯、B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第226页。

[17] [日]大塚仁:《刑法概说》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第385页。

向推断,这就需要更了解案情的法官加以指导。其次,精神病态的判断本身就有规范评价的性质,即使要作鉴定,也并非由医生独立完成,必须由法官对其中的规范评价做出解释,进行引导。“人们习惯于谈论一种生物学的和精神病学的确定无罪责能力的方法。这种方法的思想基础是,人们必须首先确定特定的器官性(‘生物学性的’)检验结果,然后才审查这种结果是否应当排除‘精神病学的’理解能力和控制能力。然而,这个方法并不能正确地说明事实情况”。^[18]理想状态是由法官主导,对行为过程难以解释之处寻求精神病学和心理学医生帮助,但医生仅提供方法论而不下具体结论。“在确定他们的能力时,并不能唯一地依靠精神病学的事实情况,而是还主要地依靠一种规范性的规定。这些心理学的缺陷状态,在完全没有评价性(规范性)作用参与的情况下是不能被确定的”。^[19]换言之,不领悟刑法理论、不理解案件过程的医生作出的鉴定结论多数没有独立刑法意义。

4 以邱案为契机,逐渐取消精神病专家意见的刑法效力。法官在判断刑事责任能力中唯我独尊的地位在邱案中却受到了冲击,其中体现出的精神病医生以专业知识的名义向法律领域扩张的倾向,引人深省。从应然意义上,笔者认为,以本案为转折点,日后禁止精神病专家提供具体结论才是需从邱案中读到的法治启示。在目前,至少应该破除对精神病专家的依赖,重新审视精神病专家意见的刑法效力。我想提醒法官:在恶性杀人案件中,精神病肯定不会像想象中的那样多。一个事出有因、杀人对象特定、目标明确、杀人后放火焚烧现场、事后逃跑的人可能没有辨认和控制能力吗?

三、混淆前提:幻觉和妄想不能否定非决定行为的责任能力

(一)邱的“幻觉”不影响杀人行为中的刑事责任能力

有专家认为,邱一直认为妻子和道长有“不正当关系”,他把何与熊之间的最寻常不过的互相看一眼,称为“眉来眼去”。这就是精神症状妄想知觉。^[20]

1 邱的过度妄想不是精神病意义上的幻觉。精神病性幻觉是无中生有、无事实基础。例如,母亲甲把儿媳视为魔鬼的化身、与人无仇的乙在看电影时认为有人要杀死他,这些均是幻觉,因为儿媳是魔鬼、乙被害都是没有任何事实支撑的幻想。相反,邱的怀疑建立在一定事实上:熊道长是真实存在的、与其妻子见过面、妻子也曾经留宿道观。这与精神病毫无根据的幻觉有本质区别,邱属于“风声鹤唳、草木皆兵”式过度敏感的妄想。

2 即便退一步,肯定邱的妄想属于精神病幻觉,刑法还须进一步考察邱的幻觉对杀人行为是否有决定性影响。精神病本身不是无罪的根据,精神病决定了行为不可归责于行为人才是无罪的原因,即精神病态与危害行为之间须有紧密因果联系。我们须追问:“如果幻觉真的存在,危害行为是否可罚?”例如,如果儿媳真的是魔鬼、死者真的要杀乙,甲就是在杀魔鬼、乙杀死他人就是在保护自己,则甲乙的行为就无可罚性。相反,如果甲认为儿媳是魔鬼而扔炸弹连带炸死了熟睡中的儿子,乙有被害幻觉但却对他人实施了抢劫,则爆炸和抢劫

[18] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第581页。

[19] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第581页。

[20] 刘锡伟:《判断邱兴华有精神病的十点理由和依据》,资料来源:http://www.dgkx.xihai.com/bin/dgkx_npwl-message-4477.htm | 访问日期为2006年9月26日。

行为并非由幻觉决定的,具有可罚性。因为,即便儿媳是魔鬼,母亲也不应该炸死儿子;即便有人要杀乙,乙实施抢劫也于事无补。显然,邱的“幻觉”与杀人行为间没有决定性关系,即便邱的怀疑是真实的,也不能因为妻子不轨而杀死情敌,邱的幻觉达不到决定杀人行为的程度。相反,如果邱幻觉道长为了霸占其妻子而欲杀害邱,该幻觉内容就决定了杀人行为的不可归咎性(但可评价为过失犯)。

(二)不足为鉴:国外精神病案例中的幻觉决定了杀人行为

1843年英国的麦纳顿案件和美国刺杀肯尼迪案、刺杀里根案的结论使当下学者联想起“法治进步标志”。但是,我们没有注意到事实和细节。在麦纳顿案件中,被告人内心被这样的想法所缠绕,他认为当时的首相比尔爵士正从事一项杀害他的阴谋(其实根本没有这件事),所以他要在“阴谋”实现以前先发制人把首相杀死。有一天,他对着被误认为是首相的首相秘书开枪,杀死了秘书。此案中的法官们被问及:“如果一个人在精神妄想状态下认为侵害事实存在并因而实施了一定的行为,那么他应否因此被免除责任。”法官回答:“对这一问题的回答必须依据妄想的性质:但需像我们以前做的那样做出同样假设,即他只是在这种不现实的妄想状态下动作,在其他方面并无精神错乱。我们认为他必须被置于妄想事实是实际存在的环境下去考虑其责任问题。例如,如果在妄想的影响下,他认为另一个人正在实施试图剥夺其生命的行为,并且在其自认为是自卫的情况下杀死该人,他应该被免除处罚。如果他的妄想是死者使之在人格和财产上造成严重的损害,因而杀死他以复仇,那么他应该受到惩罚。”^[21]在刺杀肯尼迪案件中,凶手瑟罕对发生的一切毫不知情。他称自己只记得“被一个想喝咖啡的女孩引进一个黑暗的地方,然后就被一群愤怒的人包围”。美国国防部一些催眠专家和精神病学家相信瑟罕是一名“遭受了催眠的刺客”。^[22]在上述案例中,幻觉对危害行为有决定性作用。

麦纳顿等“令人神往”的案件,与邱案有本质差别。麦纳顿等人产生了完全脱离事实的幻觉,且这种幻觉决定了其后的杀人行为,“假设幻觉成立,则杀人无罪”的推论可以成立。但是,邱兴华案中的幻觉却无此性质,按照麦纳顿规则,“我们认为他必须被置于妄想事实是实际存在的环境下去考虑其责任问题”,“因妻子与人通奸,杀害他人”也是犯罪,邱要负刑事责任。

四、行为过程是判断刑事责任能力的最可靠根据

(一)行为过程是推论精神病态的工具

在认定了邱的“幻觉”不能否认其杀人行为的可罚性之后,我们还需追问邱杀人行为本身是否是精神病态的体现,这就需要考察行为过程中的辨认能力和控制能力,而考察这两者只能依赖行为。刑法中的精神病态只能附随于行为并依据行为而判断,是就特定危害行为而言是否有精神病态。刑法中的精神病态评价的是对具体行为的辨认和控制能力,脱离具体行为抽象地讲精神病并无刑法意义。罗克辛教授就此指出:“无罪责能力通常都不能抽

[21] [英] J·C·史密斯、B·霍根:《英国刑法》,李贵方等译,法律出版社2000年版,第233页。

[22] 《杀手事先被催眠 中情局被曝是刺杀肯尼迪幕后主谋》,资料来源: http://www.dinadaily.com.cn/hqb/2006-11/22/content_739756.htm, 访问日期为2006年12月30日。

象地根据一种特定的诊断结果来确定,而只能考虑具体的构成行为加以确定。甚至病理性的精神错乱也不是必须为了各种举止行为而排除罪责能力的:‘同一个人能够在确定的时间内对确定的构成行为不具有罪责能力,但是,在另一个时间内对另一个构成行为又具有这种能力。’^[23]精神病人并非对任何行为都不负责任,只有被精神病决定的行为才无可罚性,所以,只能围绕具体行为谈及精神病问题。同时,人的辨认和控制能力随时都在变化,审判中不可能让时间倒流去直接考察当时的责任能力,不过,行为时责任能力留下了最主要的线索——行为,只能用行为去推论有无责任能力。

(二)根据行为可判断邱有完全的认识能力

邱的杀人行为不是被作为犯罪起因的幻觉决定,但是否是被生理性精神缺陷决定的呢?当然不是。根据刑法理论,能够排除主体刑事责任能力的疾病,必须达到排除行为人的认识能力或者控制能力的程度。这一点,也当然是精神病学医生的鉴定结论被刑法认可的前提。对认识能力的判断只能是具体的、结合认识对象和认识过程的判断。早期的麦纳顿条例就辨认能力指出:“如果被告以精神错乱为理由进行辩护时,那么必须能清楚地证明他在进行危害行为的当时,由于精神疾病而处于精神错乱状态,例如他不了解自己行为的性质,或者他虽然了解但不知道自己的作为是错误的或违法的。”^[24]邱对行为性质是否无法辨认呢?

1 在行为时邱对犯罪对象有明确认识,反映出其有完全认识能力。杀人罪是自然犯罪,其犯罪构成中的“人”是描述性要素,只要行为人能够认识到其自然性质,就足以肯定其认识的程度。邱显然认识到了其行为的目标是“人”,邱要杀的是那个和他妻子有“不正当关系”的“人”,杀其他人时也都知道对象是“人”。反之,如果邱无法认识到道长是“人”,如认为其是“魔鬼”或“泥偶”,则对杀人罪构成要素中的“人”就缺乏完整认识,应否定其故意犯罪的认识能力。可作比较的案例是,偏远农村迷信的母亲听信巫师的话,认为实际上得了肝腹水的女儿是黄鼠狼附体,为清除黄鼠狼而刺其腹部肿胀得像内脏动物而凸起的部位,此时,母亲认识中的对象是“黄鼠狼”,而不是“人”,母亲就缺乏对杀人罪中“人”的明确认识,应认为母亲属于精神病状态下的无认识能力。^[25]

2 邱也明确认识到了危害结果和行为的社会意义,没有任何可以阻却故意的认识错误。在刑法上,即便明确认识到了行为对象,但若对危害结果即行为的社会意义有认识障碍,也应考虑刑事责任能力的减轻或排除。例如,父亲听信巫师的话火烧儿子感染的腿部,迷信地认为火炼能够医治疾病。虽然对行为对象是自然意义上“人的肢体”没有认识障碍,但对伤害行为的社会意义即危害后果有认识障碍,把本是伤害性质的行为理解为医疗性质,父亲对行为社会意义的认识属于精神病态下的认识能力障碍,阻却伤害故意。在邱案中,如果邱认为道长要加害于他、或者杀害道长是在驱赶他身上的妖魔,则邱对行为的社会意义就有认识错误,应当排除杀人故意。但事实上,邱对危害后果和行为的社会意义无认识障碍,他杀道长的目的就是情杀、报复性杀人,对导致他人死亡的危害后果也没有认识障碍。

[23] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第583页。

[24] 《从麦纳顿条例开始》,资料来源: <http://magazine.sina.com/likweek/395/2006-08-22/004117198.shtml> 访问日期为2006年12月30日。

[25] 如果以母亲的文化水平,可以期待母亲在巫师的胡言乱语前做出正确判断,则成立过失致人死亡罪。

3 邱对评价行为意义的背景,即社会价值观念和 basic 道德观,也没有认识障碍,与常人无异。甚至可以说,邱杀人是过度捍卫了心中的道德准绳。邱杀人后用鸡血在一硬纸板上写道:“古仙地不淫乱 违者杀 公元 06”,放在正殿门口。^[26]对淫乱行为违背道德、为人不齿,邱认识极为明确;死亡属于对“色”道长的惩罚;于夜间秘密杀人,杀人后知道逃避。这些都反映出邱对死亡是受害人承受的痛苦后果、杀人是一种社会禁止行为,有清晰判断。显然,邱没有精神病态地认为“通奸”事不关己、给予道长钱财才是对之的惩罚,也没有精神病态地白天杀人且事后认为自己是英雄人物。

总之,邱行为时认识过程清楚、明确,对“杀人”的事实和性质没有任何不同于常人的认识错误。

(三)根据行为过程可判断邱有完全的控制能力

判断控制能力的关键是看行为是否是在行为人意志支配下完成的,这点在邱案中无可置疑。邱再次回到道观,先藏刀在身边,于半夜潜入宿舍杀人;杀人后放火燃烧作案工具后逃离现场;在逃跑过程中因没有钱财而杀人劫财。这些行为,都反映了邱对行为过程的完全意志控制性。在肯定邱有控制能力的同时,我们还要解决两个易混淆的问题:邱到底丧失了什么能力,邱案中是否存在可以减免责任的激情状态?

1 刑法中的控制能力不是道德自制力。首先,控制能力是对危害行为的控制能力,不同于心理学上的道德自制力。邱丧失了道德自制力,但这不影响其对危害行为的控制能力,对认定刑事责任能力无影响,“控制能力与心理学上所讲的作为意志品质的自制力不是等同概念。自制力是控制自己的情感、爱好和冲动的能力,但有控制能力的人不一定有自制力。许多人是在有控制能力的情况下因缺乏自制力而实施了犯罪行为。故不可将控制能力与自制能力相混淆”。^[27]

不过,学者经常把无道德自制力的情况当成没有控制能力的情形。例如,有学者举例,某大学的一名女生,在大学期间盗窃了一箱子钢笔。因为见到他人钢笔她便没有控制能力,非窃不可。^[28]这种情况属于对行为无控制能力还是因完全丧失道德自制力后形成习惯性作案癖,尚需推敲。对此,可以看一下修正后的麦纳顿条例。1922年,英格兰的法学家重新审核了麦纳顿条例,并建议用不可抗拒的冲动这一观点来补充刑事案件中的精神错乱概念。他们主张:“如果被告是在冲动的情况下实施犯罪行为的,而被告因患精神疾病不能抗拒这一冲动,并在该冲动的支配下产生犯罪行为,那么,被告对他的犯罪行为不负刑事责任。”法庭将这一条例解释为警察就在眼前条例:即使警察当时就在身边,被告仍会实施其犯罪行为,只有在这种情况下,冲动才是不可抗拒的。^[29]

“警察在场,仍然会实施犯罪”虽然对某些激情犯罪未必适用,但对于检验是否是精神病却有重要意义,这至少会排除一些虚假的“不可控制”的情况。上述盗窃钢笔案件,就只能属于多次盗窃后形成了不计后果的习惯心理,与占有欲极强的贪官形成的习惯性贪污没

[26] 陈春平:《公诉书披露邱兴华作案细节》,资料来源: <http://news.sohu.com/20061014/n245794608.shtml> 访问日期为 2006年10月14日。

[27] 张明楷:《刑法学》,法律出版社 2003年版,第 192页。

[28] 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社 2003年版,第 176页。

[29] 于靖涛、田祖恩:《英美法系对精神病患者刑事责任能力的评定标准》载《中华精神科杂志》2000年第 4期。

有本质区别。显然,她不会当面拿他人的钢笔,更遑论警察在场。即便类似变态心理决定了罪行,从规范评价的角度看,在可以期待其不形成变态心理的条件下而行为人自愿形成了这样的心理,本身就是可罚的。在邱案中,邱选择了深夜杀人、逃跑过程中都是先在受害人家中吃饭再事后返回杀人劫财,这些特征都使“警察在场,邱会杀人吗”的追问可笑地成为庸人自扰之的问题。

2 邱不存在影响控制能力的激情状态。在刑法学上,激情状态也会影响行为的可罚性,如德国刑法典第 20 条规定,由于“深度的意识错乱”不能认识其行为的违法性,或依其认识而行为的,不负责任。在理论上,这被称为“高度的情绪动作”。有些国家肯定了对某些激情状态下的情绪动作减免处罚。我国刑法典没有规定激情状态,也就不存在考虑其激情状态并减免责任的问题。但在理论上,如何认识激情状态、邱案中是否存在影响控制能力的激情状态呢?

首先,各国立法上虽肯定了激情状态,但限制极为严格。各国对激情状态的规定可以归纳如下。一是原则肯定激情和冲动状态中的完全刑事责任能力,如意大利刑法典第 90 条规定:激情和冲动状态既不排除也不降低可归罪性。1930 年增加了该条规定,主要因为当时实践中存在一些非常过分的作法。在该刑法典颁布以前,重罪法庭的陪审官们常常以“为激情所控制”为由,开释那些犯下重大血案的人。今天的刑法典第 90 条,表明了立法者要求人们必须尽最大努力来控制自己情感世界的坚决态度。^[30]二是在特殊情况下,如果激情状态的引起不能归咎于行为人,则减轻或者免除处罚。如意大利刑法典第 62 条规定,“在他人 的不当行为所造成的激怒状态中实施犯罪”属于普通的减轻情节。这主要是被害人 有重大过错,且无法期待行为人控制自己的情绪,最主要运用在防卫过当中,如德国刑法典第 33 条规定:“防卫人由于惊慌、恐惧、惊吓而防卫过当的,不负刑事责任。”

其次,对激情状态的免责性运用,理论上更极为谨慎。在规定了情绪动作的德国,学者也认为:“情绪激动的构成行为基础,并不是像晴天霹雳一样出现的,而是一种长期持续冲突的结果,并且大多数经过出现、加剧、爆发这三个阶段。在出现阶段中,应当进行处理的委屈和拒绝并没有导致心理上的紧张,在第二阶段中,这种紧张才能‘加载’并且在破坏性的想象中 得到转化,从而在第三阶段中,经常只要有一种外在的轻微诱因,就足以使它产生一种操纵能力的完全丧失和情绪激动的爆发。在第二阶段中,行为人利用还存在的操纵能力,在大多数情况下,在与自己的攻击性倾向进行辩论中,还能够做出决定。当他在这个阶段中,没有采取任何预防措施去防止一种可能的和后来不能加以控制的情绪爆发,例如没有离开潜在被害人的影响范围,或者甚至还买了一件武器,在这里就已经存在着一种后来结果的产生,这种结果的产生能够成为一种刑法性责任的基础。”^[31]可见,激情状态并非惯常性的免责条款,相反,尽力限制其运用范围以实现一般预防和法规范的稳定性,才是理论通识。

最后,在我看来,在作为犯中,激情状态下的行为人同样具有控制能力,且控制能力可能超过常态水平,即刑事责任能力更强。高度情绪动作,只是完全丧失了道德自制力,所有的思维都集中在犯罪对象这一点上,全然不顾社会约束;如果真的丧失了对行为的控制能力,

[30] [意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》陈忠林译,法律出版社 1998 年版,第 195 页。

[31] [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 587 页。

犯罪就无法完成。只是,对于防卫过当等被害人重大过错的激情状态,在规范责任论上,不能也不必期待行为人严格控制行为的危害性,故对不可归咎于行为人的激情状态作宽恕处理。

但是,在邱案中,不存在讨论激情状态的可能性。激情状态原则上只能出现于突发故意,行为人在犯罪起因的一瞬间怒发冲冠、丧失理智。在预谋故意中,由于刺激行为的起因与犯罪行为之间存在较长时间间隔,不存在肯定激情状态的时空条件。如果邱是在看到妻子出轨的当场杀人,还有可能考虑激情状态,^[32]但邱杀人都非突发故意,杀人行为都是经过时空间隔后的选择。

五、超常规的行为方式折射出更强的控制能力,而非精神病态的证明

(一)被残忍迷惑:犯罪本质上就是反常行为

对邱是精神病人的预断有些是出于善良人不可思议后的反问,邱极度冷漠地杀与之无怨的香客,冲撞了我们正常人的情感底线。“当邱兴华杀10个人后,邱没有离开现场,听到有人发出‘哼哼’声就再补上几刀,这决不是一个正常人所能做到的,即便是训练有素的职业杀手也很难做到”。^[33]就此预测邱有精神病,恐怕是对罪犯人性和犯罪现象的无知。

1 人有两个层面:生物人与社会人。作为生物人,人就是一种动物,有我行我素的欲望,所谓兽性其实就是人作为生物人的一面。在生物人层面上,邱是正常人,生理构造与常人应当无异。社会人则是生物人受到社会约束和调整,经过漫长的社会化教育乃至残酷的惩罚,人类兽性得以抑制后的产物,社会人按照社会规范生活,懂得与其他人共同协调生活。大多数人是受到严格规训的社会人,也就是“正常人”。在社会人层面上,可以说,任何罪犯都不是正常人,邱的行为只是更严重地脱离了社会人的标准,体现出了未经约束的生物人的兽性。

2 人一旦展现出生物人的一面,丧失了作为社会人应有的社会约束和道德感,罪行就会匪夷所思。如日本军人残忍的屠杀触目惊心,可能战后战犯本人也感到不可思议。其实,人一旦摆脱了社会的约束,就是一个我行我素的动物;在自然界中,个体的我行我素必然受到其他同样我行我素同类的制约,在肢体力量势均力敌的状态下,同类种族中不会出现过于失衡的屠戮。但人类不同,一旦某个(些)人摆脱了社会的羁绊,返回到生物人的状态,他面对的是受到社会规则拘束的同类(社会人),在国家公权未及之前,其破坏力犹如饥饿的老虎遇到群羊。借助杀伤性武器,罪犯有能力实施最残忍的行为。

总之,不能用正常社会人的思维看待犯罪。那些基于信仰而杀人的宗教徒,视死如归,甚至视死亡为更高境界;当代恐怖主义犯罪的残忍性、冷静性更超出想象的极限。手段超常规的战争犯、信仰犯,不会引起有无刑事责任能力的争议。那些摆脱了社会规则抑制和道德自制力的嗜血行为,仍然处在人类特有的意志控制之下。

[32] 但即便捉奸在床,在现代社会中,也不能认为此激情状态使之丧失了控制能力而不成立杀人罪。法律必须期待并要求行为人在这种程度的过错前抑制行为的伤害性。

[33] 王辉、常宇江:《邱兴华妻子提交邱兴华家族精神病史证明》资料来源: <http://news.qq.com/a/20061208/000935.htm>, 访问日期为2006年12月8日。

(二)超常规的杀人反映出刑事责任能力更强,更应从重处罚

有精神病学专家认为,邱杀熊后掏出心肝,切成片丝,炒熟装盘,又挖出两个眼球,又把胸脯肉和两块脚筋分别另置,这些“残酷杀人”、“剩余杀人”和“滥杀无辜”构成了“返祖兽性化症状群”。^[34]笔者认为,刑法的结论恰恰相反,行为越残忍、越复杂,越说明行为人对行为的控制力极强,否则,超常规的杀人行为就无法完成。在主体的可归责性上,现代刑法有心理责任论和规范责任论两种学说,无论从哪种学说角度入手都得出应从重处罚的结论。

1 心理责任论评价的是危害事实与行为人之间的心理联系。在行为时,行为人与危害事实之间有紧密而强烈的心理联系,反映出行为人的主观恶性更重。例如,直接故意乃追求和希望危害结果,行为人与危害事实间的心理联系就比间接故意中的放任强,原则上可罚性更重。与普通罪犯行为时忐忑不安、战战兢兢相比,邱排除了道德自制力的干扰,更能不计后果地放手实施犯罪,其辨认和控制能力更加集中于犯罪。由于排除了主观上瞻前顾后的干扰,邱对行为进程的控制能力更强、打击目标更加准确,因之行为的危险性和主观恶性都更重,原则上应从重处罚。

2 规范责任论评价的是行为人意志与刑法禁令和命令间的对立程度。曾有理论认为,故意的强度取决于主体的情感态度;犯罪时,主体实施犯罪时越冷静,越没情感,故意的强度就越高。^[35]邱的冷漠杀人只是因为杀人太多后,道德防线、情感抑制力已经丧失,这是惯犯、职业犯的共同特征,即对犯罪行为已经没有耻辱感和恐惧感。这种冷漠的犯罪随处可见,如很多贪官所贪钱财已足够一生所用,但仍然暴敛钱财。在早期贪污行为中,行为人必然谨慎诚恐,违法性意识也很强;但随着贪污次数和数额的增加,恐惧感业已消失,违法性意识也极大淡化或丧失,取代的是习惯性收取钱财后的满足感。没有缘由的杀人、冷漠的犯罪,反映出行为人偏离法秩序更远的人格态度、最基本道德感的丧失、对刑法禁令最大程度的敌视、规范的可呼吁性大大弱化,因之可罚性更重。

六、拒绝鉴定申请是副作用最少的合法选择

只要准确查清了案件事实和行为过程,并领悟了刑法理论,在刑法上邱具备完全刑事责任能力应是无争议的论断,其行为的反常性只意味着更重的可归咎性。本文是给法官拒绝鉴定、认定邱为完全刑事责任能力提供实体刑法上的信心,这种实体法的视角与要求鉴定以唤醒程序正义的呼吁似乎不在同一个对话层面,但目的都一样:为了更准确地处理此案。

(一)回归法条:不作鉴定符合刑法典的立场

1 从法条演变看刑法典的价值取向。是否进行精神病鉴定要看我国现行法律的规定,尤其要注意1997年刑法对1979年刑法进行修改之处。

1979年《刑法》第15条规定:“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果的,不负刑事责任;但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗。间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪,应当负刑事责任。”

[34] 刘锡伟:《判断邱兴华有精神病的十点理由和依据》,资料来源: http://www.dglx.xihai.com/bin/dglx_npwl-message-4477.htm | 访问日期为2006年9月26日。

[35] [意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》陈忠林译,法律出版社1998年版,第213-214页。

1997年《刑法》第18条规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。”

首先，1997年《刑法》第18条第1款增加了“经法定程序鉴定确认”，目的是防止滥用精神病辩护，尤其是防止司法机关以“精神病”为借口放纵罪犯。刑法是裁判规范，该款的要求是：当法官以精神病为由免责时，即要出现“不负刑事责任的精神病人”，鉴定才是必须的，以此限制法官以精神病为理由行使出罪裁量权。其逻辑结论是，对需要负刑事责任的精神病人或非精神病人，刑法典不要求经过鉴定程序。该法第2、3款也强化了这点，这两款都无鉴定要求，即虽然是精神病人，但只要被认定负刑事责任，都不必经过鉴定。换言之，在邱案中，只有法官认为邱不需要负刑事责任时，鉴定才是必须的；如果法官像一审那样认为邱需要负刑事责任，无论邱是否是精神病人，都不需要“经法定程序鉴定确认”。

其次，1997年《刑法》第18条第1款增加了“在必要的时候，由政府强制医疗”和第3款——部分责任能力的精神病人应当负刑事责任。这两点都反映出减少精神病人对社会的危害性、防止精神病人不当地逃脱责任的立法目标，亦在提醒法官，保护社会是同样重要的刑法命题。

总之，从主观解释立场看，1997年刑法确立了严格限制精神病免责的基本立场。从客观解释角度看，也应当认为《刑法》第18条严格控制着精神病的出罪功能。因为，在当下犯罪形势严峻的中国，过于张扬精神病的出罪意义是一种单向度的狭隘思考，其视野中缺乏了公众利益和一般预防这两个法治社会的基本需求。这样的解释结论，无疑符合限制精神病免责辩护、压缩专家鉴定的效力空间等世界性趋势。

2 成文法国家不能通过判例修改法律。中国并非判例法国家，直接用具体被告人去实现或预演制度的变迁，是成文法国家的闹剧。在没有修改相关法律前，未必正确的“法治理想”不能“溯及既往”地提前在个案中实现。把改革诉求过度依赖于判例的想法，是一种几十年前甚至几百年前的英美式思维，在今天的英美诸国，刑事判例的创设性价值也已是日薄西山。需要指出，在本案终审后，是否修改法律、完善精神病鉴定制度，是和“依法处理本案”不同的问题，我不反对在本案终审后认真讨论现有鉴定制度的合理性。

(二)效果估量：未尝不可选择中的选择

考虑到邱刑事责任的严重性，对邱进行精神病鉴定未尝不可；但为避免当下的刑事案件被过于纠缠在无谓的争议中，法官拒绝鉴定申请也未尝不可。相对合理的选择就依赖于现实背景，在精神病专家的判断值得怀疑的情况下，与其等待鉴定出精神病而法官不予采纳，倒不如拒绝鉴定申请，这样做所引起的“不可控”的副作用更少。

我们可以通过设想结局选择做法。具体如下。

1 同意鉴定且鉴定出无精神病，那么就意味着很多精神病专家的判断错了，这除了让我们更加怀疑精神病鉴定的客观性之外，还让学者和媒体间接参与了审判，变相肯定了“医学专家垄断某些法律问题”这样对法治危险的信号，似乎像精神病等“专业”问题，法官无法判断。结果是，在一个需要提升司法权威的时代却在观念上消解了司法权力，认可法律外因素

左右审判的正当性。

2 同意鉴定且鉴定出精神病后被法官采纳,则是对公共利益的重大伤害,也是对刑法理论的违反,更是一种导向性错误。我们势必又面临里根案件中认定精神病但其后又不断反思的历史性弯路,短暂的欢呼后必然伴随长久的痛楚。而且,同意鉴定使人解读出背离法治的信息:无论法官对刑法理论和法条是否把握准确,都必须顾及舆论的力量,这无疑是怂恿媒体、专家审前干预司法。这使审判丧失了确保法官独立判断的基本司法特征。

3 同意鉴定并鉴定为精神病,然法官依据刑法理论否认鉴定结论。在当下中国,这会给未来精神病鉴定证据的可采性带来极大损害;“精神病杀人也要负刑事责任”这样虽然正确但极易被误解的刑法信息不应该通过这样的案例传达出来;让精神病专家和法官意见在万众瞩目的案件中遭遇直接冲突,虽然无可非议,但其中表达出的讯号可能是对法官与精神病专家的双重伤害。在目前法官体制下,这会使法官面对太多不明法理的质疑,只能促使法官依附更高权力以寻求安全感,逃避独立判断。对精神病专家而言,一旦法官不信任精神病专家的信号得以强化,其结果要么是精神病专家在多数“不那么重要”的案件中从严鉴定,暗合法律专家的意见以求获得法庭信赖,那些真正的精神病人因此被作为完全责任能力者的概率大大增加;要么实质性地导向某些国家实行的“非官方”精神病鉴定制度,一个被告人可以有数个不同的鉴定结论,鉴定就不再是依赖技术的判断而是依赖立场的判断;要么像美国那样禁止专家给出具体结论。这最终都会导致鉴定制度名存实亡,造成法官完全独断精神病问题。这对当下的司法现状是个糟糕的局面,毕竟现实中很多法官的知识水准决定了“帮手”的必要性,多数精神病鉴定结论以其科学性为法官提供着可靠的参考,对实现案件公正发挥着重大贡献。

(三)拒绝“伟大”的判决,维护伟大的价值取向

有学者认为,“考察人类司法史,越是重大、复杂、敏感的案件,越能产生伟大的判决。可以说,邱兴华也给了陕西高院一个机遇,我们寄望一个伟大的判决从陕西高院诞生。那样,邱兴华案就不仅是本年度最受关注的案件,也必将彪炳中国司法史!”^[36]成熟的法治不是华丽的政治,不应该通过个案去追求伟大的判决,对刑案赋予最高的法治寄托令人感到恐慌。笔者认为,在重重压力和干扰之下,法官敢于按照现有法律审判刑事案件、不去追求案件外的宏大目标,这种法治意义绝非那些在喧闹中左顾右盼的揣摩性判决所能比拟。不依赖其他专家解决法律问题、敢于在重量级抗议中坚持自己的法律判断、置学者压力和媒体呼声于不顾的判决,^[37]本身就是伟大的司法过程,更是当下中国需要的法治样态。拒绝鉴定,肯定邱为完全责任能力者,同样有伟大的价值,这体现在维护司法尊严,拒绝实体要件的认定被医生干扰,顾及公共利益上的积极努力。在政策学上,这也维护着善良国民的法律情感和规范意识。

在邱案中,我们究竟是在讨论邱兴华是否是精神病,还是在争议法律规定的不足,抑或借此发泄我们对某些制度的不满情绪?邱兴华是悲哀的,至少,在属于他的案件里,他本人和他的危害行为都没有成为中心和焦点,邱只是一个未必正确的法治理想的寄托工具。愿本文能够为校正对刑事案件不应有的扭曲发挥一点贡献。

(责任编辑:国 远)

[36] 郭光东:《吁请最高法院高度关注邱兴华鉴定问题》,载《南方周末》2006年12月14日第1版。

[37] 一个连媒体呼声都无法抗拒的司法体制,又能够冲破多少其他非法律的阻力呢?