



法律解读书系



# 罪刑法定<sup>①</sup> 刑法解释

张明楷 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 目 录

## 第一章 罪刑法定与现代法治

一、罪刑法定的渊源与现代法治的起源

二、罪刑法定的思想基础与现代法治的基础、核心

三、罪刑法定的形式侧面与形式法治

四、罪刑法定的实质侧面与实质法治

五、形式侧面、实质侧面的统一与形式法治、实质法治的互动

## 第二章 罪刑法定与刑法解释

一、罪刑法定与解释主体

二、罪刑法定与解释目标

三、罪刑法定与类推解释

四、罪刑法定与扩大解释

五、罪刑法定与其他解释

六、罪刑法定与判断方法

## 七、罪刑法定与阻却事由

# 第三章 罪刑法定与分则概念

## 一、汽车

## 二、印鉴

## 三、猥亵

## 四、同居

## 五、财物

## 六、毁坏

## 七、伪造

## 八、卖淫

## 九、淫秽物品

### 作者简介

张明楷，男，1959年生，湖北仙桃人。清华大学法学院教授、博士生导师。兼任中国法学会理事，中国人权研究会常务理事，中国刑法学研究会副会长，最高人民检察院专家咨询委员；曾为日本东京大学客员研究员，东京都立大学客员研究教授，德国波恩大学高级访问学者；出版个人专著10余部，发表学术论文300余篇。



法律解读书系

# 罪刑法定与刑法解释

张明楷 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目（CIP）数据

罪刑法定与刑法解释 / 张明楷著. —北京：北京大学出版社，2009.12

（法律解读书系）

ISBN 978-7-301-16555-3

I. 罪... II. 张... III. ①刑罚—研究—中国 ②刑法—法律解释—中国 IV. D924

中国版本图书馆CIP数据核字（2010）第000682号

书 名：罪刑法定与刑法解释

著作责任者：张明楷 著

责任编辑：白丽丽

标准书号：ISBN 978-7-301-16555-3/D·2536

出版发行：北京大学出版社

地 址：北京市海淀区成府路205号 100871

网 址：<http://www.pup.cn>

电 话：邮购部62752015 发行部62750672 编辑部62752027 出版部62754962

电子邮箱：law@pup.pku.edu.cn

印刷者：北京宏伟双华印刷有限公司

经销者：新华书店

650毫米×980毫米 16开本 15印张 216千字

2009年12月第1版 2010年11月第2次印刷

定 价：25.00元

---

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子邮箱：fd@pup.pku.edu.cn

## 前 言

罪刑法定既是刑法铁则，又是宪法原则，当然也是刑法学的永恒课题。

一般认为，罪刑法定原则产生于法治国思想；法治在刑法领域表现为罪刑法定原则。但是，这并不意味着先有法治原则，后有罪刑法定原则；也非先有法治思想，后有罪刑法定主义；相反，罪刑法定主义推动了法治原则的形成。

德国法治国思想的源泉是启蒙思想家的见解；而启蒙思想家几乎无一例

外地基于封建时代罪刑擅断、国民随时可能遭受不可预测的刑罚惩罚的事实，并为了避免这种现象、使人民获得自由而提出了种种假设与思想。罪刑擅断给国民造成的痛苦最为严厉，因此保障国民自由的前提，就是实行罪刑法定，禁止罪刑擅断。没有罪刑法定原则的形成，就不可能有现代意义的法治概念。

罪刑法定主义促进了英国现代法治的形成。戴雪所提出的首要法治原则，便是法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚。根据戴雪的观点，没有罪刑法定原则，就不可能有法治。

奉行罪刑法定主义几乎是19世纪所有文明国家的立国原则。实行罪刑法定主义是迈向法治国家的第一步，而且是最为重要、至为关键的一步。一个没有实行罪刑法定主义的国家，不可能是法治国家。

罪刑法定原则的形式侧面，旨在限制司法权，与形式法治相对应；罪刑法定原则的实质侧面，旨在限制立法权，与实质法治相一致；罪刑法定的形式侧面与实质侧面的统一，和形式法治与实质法治的统一相吻合。换言之，法治的任何含义、价值，都可以在罪刑法定原则的思想基础、具体内容中找到表现形式。

我国《宪法》第5条第1款规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”《刑法》第3条后段确立了罪刑法定原则：“法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”贯彻罪刑法定原则，有利于建设法治国家；实行依法治国，有助于实现罪刑法定主义。

罪刑法定原则的法定化，不意味着罪刑法定原则的现实化。刑法解释如何贯彻罪刑法定原则，可谓刑法学的永恒话题。

罪刑法定原则禁止类推解释，但不禁止扩大解释。然而，类推解释与扩大解释的界线，既是相对的，也是模糊的。某种解释是否被罪刑法定原

则所禁止，要通过权衡刑法条文的目的、行为的处罚必要性、国民的预测可能性、刑法条文的协调性、解释结论与用语核心含义的距离等诸多方面得出结论。在许多情况下，不是如何确定刑法用语含义的问题，而是怎样考量法条目的与案件事实，怎么平衡刑法的法益保护机能与人权保障机能的问题。

成文刑法是正义的文字表述，但并非仅凭文字就能发现刑法的全部真实含义。一个用语的通常意义，是在生活事实的不断出现中形成和发展的；刑法条文没有固定不变的含义，对成文刑法的解释不可能有终局性的结论，任何解释的合理性都是相对的。解释者应当正视刑法文本的开放性，懂得生活事实会不断地填充刑法的含义，不仅在法条文字中、而且在具体的生活事实中发现刑法的真实含义，从而使刑法具有生命力；不要将从具体生活事实中发现法条含义，视为类推解释。

为了从生活事实中发现法律的真实含义，解释者必须正确对待自己的先前理解。对刑法条文存在先前理解，对案件事实存在先前判断，并非异常现象。但是，解释者不可固守先前理解，而应当将自己的先前理解置于正义理念之下、相关条文之间、生活事实之中进行检验；也不要因为他人的解释结论不符合自己的先前理解，就将其归入类推解释。

刑法分则条文并非界定具体犯罪的定义，而是以抽象性、一般性的用语描述具体犯罪类型。刑法分则所描述的犯罪类型虽然有一个明显的核心，但没有固定的界线。即使立法者当初根本没有预想到的事实，经过解释也可能完全涵摄在刑法规范中，或者相反。所以，解释者不能按照所谓立法本意解释刑法；不要认为凡是将立法当初没有预想到的事实解释为犯罪，就是类推解释。

社会日新月异，世事白衣苍狗，使与时俱进的刑法已经进入频繁修改的时代，而不可能再像以往那样稳定。由于传媒发达、信息通畅，国民随时随地可以获知刑法的内容，频繁修改刑法也不会侵犯国民的预测可能



性。解释者必须时时关注成文刑法的修改，处处留意法条真实含义的变化，对刑法作出同时代的解释；不能总是以旧刑法为根据，将依照修改后的刑法得出的解释结论视为类推解释。

定罪常常表现为推理的倒置。解释者面对案件时，往往先得出有罪或者无罪结论（也可谓一种假设），再寻找适用的刑法规范，并且使案件事实与刑法规范相对应。这是因为，三段论的大前提和小前提往往不表现为既定的因素，而是需要人们去认真探索、发现的。在探索的过程中，解释者习惯于从他直觉地认为公平的解决方案出发，寻找恰当的刑法规范，然后又回到案件的具体情况中来检验是否一致。因此，即使事先存在公平的解决方案，也必须寻找到适用的大前提，更不能认为推理的倒置违反罪刑法定原则。

对刑法的解释，总是从刑法用语的含义出发，得出符合刑法目的的解释结论。如果进行语义解释还不能得出符合刑法目的的结论，就要采取其他解释方法，直到得出符合刑法目的的解释结论为止。这是因为，正确的解释，必须永远同时符合刑法的文言与刑法的目的。符合刑法的文言，是实现刑法的人权保障机能的要求；符合刑法的目的，是实现刑法的法益保护机能的要求。换言之，为了保障人权，不能超出刑法用语可能具有的含义得出解释结论；为了保护法益，必须榨干法条含义，防止罪刑法定原则成为无力解释与懒得解释的借口。

罪刑法定所要禁止的是“法无明文规定也处罚”的观念与做法；某种解释是否属于类推解释的争论，往往具体表现为某种案件事实能否被某个分则条文所涵摄、是否与某种犯罪的构成要件相符合的分歧。所以，一方面，在解释刑法条文、判断案件事实时，必须牢记并遵守罪刑法定原则；另一方面，在遇到争议问题时，各方应就争议的焦点本身展开具体讨论，而不宜简单地、抽象地作出是否违反罪刑法定原则的判断。

例一：《刑法》第358条规定“组织他人卖淫或者强迫他人卖淫的”构成

犯罪，该条第1款第4项将“强奸后迫使卖淫的”规定为法定刑升格条件之一。那么，对于女性使用暴力、胁迫方法强行与男子发生性交后迫使男子卖淫的案件，能否适用“强奸后迫使卖淫的”规定？持否定说的人，不能轻易认为肯定说违反了罪刑法定原则。这是因为，《刑法》第236条规定强奸罪的对象为女性，并不当然意味着刑法分则其他条文中所规定的“强奸”对象仅限于女性。既然强迫卖淫罪包括强迫男子卖淫，既然第358条第1款第4项并没有表述为“强奸妇女后迫使卖淫”，就有可能认为，女性使用暴力、胁迫方法强行与男性发生性交后迫使男子卖淫的，也属于“强奸后迫使卖淫的”（不存在文理解释的障碍，只存在观念上的障碍）。持反对观点的人会认为，在刑法中“强奸”就是指强奸妇女，将强行与男子性交的行为认定为强奸违反了罪刑法定原则。其实，强奸妇女是仅就《刑法》第236条而言的（《刑法》第259条第2款属于注意规定，行为对象也仅限于现役军人的妻子）；肯定说只是将强行与男子性交认定为《刑法》第358条的“强奸”，而不是认定为第236条的“强奸”。随着性观念与生活事实的变化，“强奸”一词的内涵与外延也必然发生变化，这是不以人们的意志为转移的。

例二：根据《刑法》第269条的规定，只有“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的，才可能进而成立事后抢劫。那么，能否将部分普通抢劫评价为盗窃，使其也可以“转化为”事后抢劫？持否定说的人或许认为，《刑法》第269条并没有规定普通抢劫可以转化为事后抢劫，故肯定说违反了罪刑法定原则。其实，只要对相关案件进行比较，权衡定罪量刑是否协调，就可以得出肯定结论。例如，甲犯盗窃罪时（窃取现金5000元），为抗拒抓捕，而当场使用暴力，导致被害人重伤。甲的行为无疑符合《刑法》第269条的规定，成立事后抢劫；根据《刑法》第263条的规定，其适用的法定刑为“10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。乙使用暴力抢劫他人现金5000元（暴力本身致人轻伤），为抗拒抓捕，而当场使用暴力，导致另一被害人重伤。倘若认为，不能将乙先前的普通抢劫评价为盗窃，因而不能对乙适用《刑法》第269条，就意味着乙的

行为成立普通抢劫与故意伤害两个罪；数罪并罚的结局是，对乙可能判处的刑罚为3年以上20年以下有期徒刑。可是，任何人都不会认为，乙行为的法益侵害性与有责性轻于甲。既然如此，就不能使乙承担较甲更轻的刑事责任。人们习惯于说，乙的处罚轻于甲的处罚是法律问题，不是解释问题。但本书认为，这是解释问题而不是法律问题。只要妥当地理解盗窃的含义（放弃“秘密窃取”的要求吧！），只要认为盗窃与抢劫不是对立关系而是包容关系，亦即抢劫中包含了盗窃，就能将乙的行为评价为一个事后抢劫，进而适用“10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的法定刑，从而实现刑法的公平正义。

类推解释以外的其他解释方法本身，一般不存在违反罪刑法定原则的问题。但是，类推解释之外的其他解释方法所得出的结论，并不必然是合理的，也可能背离罪刑法定原则。例如，没有人认为限制解释是违反罪刑法定原则的解释方法。但是，应当作出而不作出限制解释的做法，会损害国民的预测可能性，侵害国民的自由；对消极的构成要件要素以及有利于被告人的减免处罚规定作限制解释，也可能有悖罪刑法定原则。又如，当然解释首先是一种目的性推论，而不是演绎性推论；其次也包含了扩大解释与缩小解释的内容（包括扩大的当然解释与缩小的当然解释），而不是一种单纯的轻重比较。所以，不管是作出扩大的当然解释还是作出缩小的当然解释，都必须以实现法条的目的为宗旨；当然解释的结论也必须能为刑法用语所包含，否则会与罪刑法定原则相抵触。再如，在对各种解释结论存在争议时，目的解释是最终起决定性作用的解释。但是，强调目的解释往往只是强调刑法的法益保护目的。事实上，使解释结论符合法益保护目的，也是导致人们作出类推解释的重要原因。所以，只能在罪刑法定原则的前提下，实现刑法的法益保护目的。

国外有学者认为，罪刑法定原则仅与刑法分则解释有关，而与刑法总则无涉。这种观点难以得到本书的赞成。例如，对法定的正当化事由，虽有可能进行限制解释，却不能进行目的性限缩（反方向的类推解释）。

当然，不能不承认的是，行为是否成立犯罪的疑问，大多不是有关犯罪成立理论的分歧，而是对于分则概念的争议。如何以罪刑法定原则为指导，对刑法分则规定的犯罪构成要件进行合理解释，同样是刑法学的永恒议题。“汽车”是否包括大型拖拉机，“猥亵”是否只能是性交之外的行为，“财物”是否包含财产性利益，“毁坏”是否要求造成财物物理性的毁损，“卖淫”是否仅限于向异性提供服务，如此等等，与采取何种犯罪论体系没有直接关联，而是取决于怎样理解刑法分则条文规定的“汽车”、“猥亵”、“财物”、“毁坏”、“卖淫”等概念。显然，解释者不可能完全按照国民的语言习惯解释刑法分则概念，而应穿梭于普通用语与规范概念之间，在罪刑法定原则指导下，从生活事实中发现分则概念的真实含义。

解释者都会认为自己的解释是合理的、妥当的，同时也会意识到自己的解释不免受到批判。我由衷地欢迎、迫切地期待、坦诚地面对各位读者对本书全面、深刻的批判！

张明楷

2009年7月7日于清华明理楼

## 第一章 罪刑法定与现代法治

我国现行《刑法》第3条后段明文规定了罪刑法定原则，即“法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”。《宪法》第5条第1款规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”明确罪刑法定原则与现代法治的关系，既有利于依法治国，也有利于贯彻罪刑法定原

则。

## 一、罪刑法定的渊源与现代法治的起源

### （一）罪刑法定原则的法律渊源

刑法理论一般将罪刑法定原则的法律渊源追溯至1215年英王约翰签署的《大宪章》。《大宪章》第39条规定：“对于任何自由人，不依同一身份的适当的裁判或国家的法律，不得逮捕、监禁、剥夺领地、剥夺法的保护或放逐出境，不得采取任何方法使之破产，不得施加暴力，不得使其入狱。”第40条规定：“国王不得向任何人出售、拒绝或延搁其应享有之权利与公正裁判。”这些规定是当时的贵族、僧侣及市民为了抑制国王的专制、保护其既得利益而迫使英王制定的，它使英国人的人权在法律形式上得到了保护，奠定了罪刑法定主义的思想基础。此后，英国相继出现了一些宪法性文件，使上述规定的基本思想得以存续。如1628年的《权利请愿书》规定：“国王非依法律的判决，不得逮捕、审讯任何自由人，不得作出没收的判决。”1688年的《人身保护法》对保护人身自由以及关于审判的“适当的法律程序”作出了规定。这些具有历史意义的表述都从不同角度巩固了罪刑法定主义思想。

以英国为代表的法治（或法的统治）与以德国为代表的法治国有无实质区别，不是本书讨论的问题。但能够肯定的是，英国法治模式的悠久历史传统，可以追溯至1215年的《大宪章》。虽然《大宪章》的目的“主要在于捍卫贵族的自由，但是，不了解贵族而只惧怕国王的后代人却把它看成是对人民自由的保障”<sup>[4]</sup>。前段引用的两个条文成为英国人民反抗国王司法特权的武器。至爱德华三世时期，议会先后颁布了6个法令，使《大宪章》第39条、第40条的规定与普通法更为紧密地结合在一起，促进了英国法治的成长。颁布于1331年的第一个法令规定，从此以后，任何人因违背《大宪章》或违背国王法律而被起诉，在审理之前不

得作出剥夺其生命的判决，国王不得剥夺其土地、采邑或者其他财产。分别颁布于1352年、1354年的第二、第三个法令一致规定，如果不经其案发地点的良好守法的邻人通过适当的方式，比如通过起始令状等普通法程序，任何人不得仅仅根据一个人或少数人向国王提出的意见而被逮捕；如果未作适当的辩护，未按照普通法的程序经过审问，不得剥夺任何人的财产。如果判决违反这一规定，必须一律宣布无效并予以纠正。1363年颁布的第四、第五个法令，进一步确认了《大宪章》的规定，前者主要反对国王政府任意逮捕人民的专横行径，后者主要禁止违反普通法程序控告他人的做法。1368年颁布的第六个法令规定，根据国家的古代法律，若不经普通法的合法程序，不得控告任何人。通过上述六个法令，《大宪章》第39条、第40条中使用的“自由人”概念被置换成“所有人”、“任何人”，原来含义模糊的“国家的法律”被明确为“普通法的合法程序”。于是，《大宪章》所宣告的法治原则与普通法实践结合起来，提高了普通法的权威，促进了英国法治传统的形成。<sup>[4]</sup>我们也不难发现，上述6个法令的主要内容，都可以概括为罪刑法定主义；它们大多是重申《大宪章》第39条的内容。

1215年的《大宪章》经过1216年和1217年的修订，得到继任国王亨利三世的承认，并在1225年正式成为英国法律。<sup>[4]</sup>美国学者考文曾经针对1225年的《大宪章》指出：“《大宪章》任何一部分的重要性都无法与其二十九条相比。”<sup>[4]</sup>而1225年《大宪章》第29条的规定是：“任何自由人，非经其具有同等身份的人依法审判或依照王国的法律规定，不得加以扣留、监禁、没收其财产、剥夺其自由权或自由习俗、褫夺其法律保护权、放逐或施以任何方式的侵害，不仅我们不能这么去做，而且我们也不能派人这么去做。”可见，1225年《大宪章》的第29条与1215年《大宪章》第39条的内容都是罪刑法定原则。根据考文的观点，我们也可以这样表述：1215年《大宪章》的任何一部分的重要性都无法与其第39条相比。

与法治一样，罪刑法定主义也是针对专制的。专制是一个人对其他人实施无限的专制统治。“纯粹的专制君主是根据其自由的无限制的意志及其偶然兴致或一时的情绪颁布命令和禁令的。某一天，他会因一个人偷了一匹马而判他死刑；而次日他却会宣判另一个偷马贼无罪，因为当该贼被带到他面前时告诉了他一个逗人发笑的故事。一个受宠的朝臣可能会突然被关进大狱，因为他的一次棋赛中战胜了一个帕夏（pasha，土耳其等国的高级官衔——译注）。一位有影响的作家会蒙受预见不到的厄运并被钉在火刑上烧死，只是因为他写了几句令统治者恼怒的话。这种纯粹的专制君主的行为是不可预见的，因为这些行为并不遵循理性模式，而且不受明文规定的规则或政策的调整。”<sup>[61]</sup>对于人民而言，专制意味着无法预见随时可能遭受的、由国家施予的痛苦。如果痛苦可以预见，人民会设法避免。因此，对于人民而言，废除专制意味着人民能够预见由国家施予的痛苦，进而能够避免这种痛苦。

刑罚是以剥夺性痛苦为内容的强制措施。专制政权一方面利用刑法刑罚是以剥夺性痛苦为内容的强制措施。专制政权一方面利用刑法规定的刑罚，另一方面也在刑法之外滥施刑罚。虽然前一种做法能够使人民在一定范围内预见刑罚后果，但由于后一种现象的存在，使得人民的预见性降低甚至丧失。换言之，由于专制政权在没有法律根据时，也使用实际上属于刑罚的措施侵犯人民权利，所以，滥施刑罚便成为典型的暴君形象。在中世纪，滥用权力的最严重、最普遍的现象是滥施刑罚，具体表现为以下四个方面：一是干涉性，即刑法干涉到个人生活的所有领域，包括干涉个人的私生活；二是恣意性，即对何种行为处以何种刑罚，事前并无法律的明文规定，导致随意适用刑罚手段；三是身份性，即同样的行为由于行为人的身份不同，可以决定处罚的有无与轻重；四是残酷性，即刑罚方法大部分是死刑与身体刑。<sup>[61]</sup>这四个特点用来描述英国中世纪的状况，也是完全合适的。如约翰国王滥用封建领主的权利，寻找各种借口，横征暴敛。例如，不管有无战争，他每年都征收高额的免役税，这实际上是以征税的名义没收个人财产；他强迫封臣的遗孀与女继

承人服从他的婚姻安排，否则便处以沉重的罚款；他经常以莫须有的罪名，没收封臣土地，或者进行敲诈；为了慑服贵族，他还经常采用恐吓、酷刑、处死等残暴手段；他还株连无辜，导致没有犯罪的人被活活折磨而死。<sup>[7]</sup>

“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关。”<sup>[8]</sup>换言之，人们的奋斗要么是为了争取某种尚未得到的利益，要么是为了保护既得的利益。根据马斯洛提出的而且被公认的人类动机理论，人类的第一需要是生理需要，第二需要是安全需要。“如果生理需要相对充分地得到了满足，接着就会出现一整套新的需要，我们可以把它们大致归为安全需要类（安全、稳定、依赖、免受恐吓、焦躁和混乱的折磨，对体制、秩序、法律、界线的需要；对于保护者实力的要求，等等）。”<sup>[9]</sup>人民需要安全，如果一个国民不论在自己家庭中还是在家庭外，都无法相信自己是安全的、可以不受他人的攻击和国家的侵害，那么，对他奢谈公平、自由、自尊、自我实现等，都是没有任何意义的。而且，与他人的攻击相比，国家对人民造成的侵害不仅更为严重，而且更为普遍。所以，反对专制的首要任务，是使人民免受不可预测的刑罚惩罚。正因为如此，在17世纪的英国，“人们最经常强调的论点乃是：既已存在的法律如果没有规定，就不能进行惩罚；一切法规只具有前涉力（prospective operation），而不具有溯及既往之力（retrospective operation）；所有的行政官员的自由裁量权都应当受到法律的严格限制。其间，贯穿始终的支配性观点便是‘法律应当为王（the law should be king），或者一如当时的一部政论性小册子的书名所表述的那样，‘法律即王’（Lex, Rex）’<sup>[10]</sup>。这便是罪刑法定主义的要求。罪刑法定主义使人民免受不可预测的最严厉的惩罚，因而免受不可预测的剥夺性痛苦。对于人民而言，这是反对专制政权的最首要、最重要的目的。人们一直将《大宪章》第39条和第40条视为法治的重要内容——罪刑法定与近代人权的法律渊源，而在生理需要相对满足之后，最基本的人权无疑是免受不可预测的刑罚惩罚，因为不可预测的刑罚惩罚对人权的侵犯程度远胜于其他侵犯人权



的行为，所以，《大宪章》第39条的意义胜于第40条的意义，进而胜于其他内容。

哪里的压迫越残酷，哪里的反抗就越强烈。在法国，根据伏尔泰的说法，“世上的暴君很少比路易十一通过刽子手杀死的人更多，所施的酷刑更为独出心裁。根据当时的历史记载，路易十一在位时期，被公开或秘密处决的共有4000人。黑牢、铁笼、锁链，这些都是这个专制君主留下的见证物，至今还令人望而生畏”<sup>[11]</sup>。而在16世纪至18世纪的这段时间里，君主专制制度发展得最充分的是法国。路易十四颁布的《路易法典》使野蛮与独裁合法化：政府派出大批密探，监视人民的举动；国王或大臣可以随意出具秘密命令逮捕人民；囚犯不经审判却被监禁数年。<sup>[12]</sup>——福柯在其《规训与惩罚》的开篇所描述的一幅处刑场面也能证实刑罚的残酷：“1757年3月2日，达米安（Damiens）因谋刺国王而被处‘在巴黎教堂大门前公开认罪’，他应‘乘坐囚车，身穿囚衣，手持两磅重的蜡烛’，‘被送到格列夫广场。那里将搭起行刑台，用烧红的铁钳撕开他的胸膛和四肢上的肉，用硫黄烧焦他持着弑君凶器的右手，再将熔化的铅汁、沸滚的松香、蜡和硫黄浇入撕裂的伤口，然后四马分肢，最后焚尸扬灰’（《达米安案件》，372—374）。”<sup>[13]</sup>正因为如此，现代意义的罪刑法定原则的法律渊源是法国1789年的《人权宣言》、1791年的《法国宪法》及1810年的《法国刑法典》。《人权宣言》第8条规定：“在绝对必要的刑罚之外不能制定法律，不依据犯罪行为前制定且颁布并付诸实施的法律，不得处罚任何人。”这一规定确立了罪刑法定原则的基本方向。1791年的《法国宪法》融入了这一精神。1810年的《法国刑法典》第4条进一步规定：“没有在犯罪行为时以明文规定刑罚的法律，对任何人不得处以违警罪、轻罪和重罪。”<sup>[14]</sup>

“历史是一部打开了来教诲我们的大书，可以从人类过去的错误和苦痛中汲取未来智慧的材料。”<sup>[15]</sup>我们从历史中领悟到，反对专制的第一步是使人民免受不可预测的刑罚处罚；因此针对专制的法治的第一步，是

实行罪刑法定原则。也正因为如此，戴雪所提出的法治原则的第一条便是罪刑法定主义：除非明确违反国家一般法院以惯常合法方式所确立的法律，任何人不受惩罚，其人身与财产不受侵害。<sup>[16]</sup>

## （二）罪刑法定原则的思想渊源

刑法理论一般认为，罪刑法定原则的思想渊源为三权分立学说与心理强制说。<sup>[17]</sup>

罪刑法定原则的提出首先应归功于三权分立的学说。三权分立学说由洛克首先提出，孟德斯鸠最终完成。洛克主张权力分立。表面上看，他将权力分为立法权、执行权与对外权，而对外权也是执行权，因而表现为两权之分，但他同时指出：“立法或最高权力机关不能揽有权力，以临时的专断来进行统治，而是必须以颁布过的经常有效的法律并由有资格的著名法官来执行司法和判断臣民的权利。”<sup>[18]</sup>所以，必须有专职的法官来执行法律。在孟德斯鸠看来，三权分立是建立法治原则的前提，只有划分国家权力，国民的生命、自由与财产才能得到保障，也才能建立法治原则。因为将立法、司法、行政三种权力分掌于不同的人、不同的国家机关手中，可以保障这三种权力相互制约，又可以保持权力的互相平衡，从而保障这三种权力在有条不紊的秩序下互相协调地运作。根据三权分立的学说，立法机关依照正当的立法程序制定法律，这种法律具有最大的权威性和最普遍的约束力；司法机关必须正确适用法律，作出合法的判决；行政机关必须认真执行司法机关作出的最后判决，不得非法变更。<sup>[19]</sup>所以，对于什么行为是犯罪、对于犯罪应当处以何种刑罚，必须由立法机关事先作出规定，然后由司法机关根据事前的规定作出判决。这便是罪刑法定原则。

费尔巴哈（A.Feuerbach）根据其心理强制说，于1801年最先在自己的教科书中以拉丁文格言形式将罪刑法定主义表述为：“法无明文规定不为

罪，法无明文规定不处罚。”（Nullum crimen sine lege, nulla poena lege.）心理强制说以人是理性动物、又有自私特性为基点。其基本内容为，一切犯罪的心理成因均在人的感性之中，人们对行为或者从行为所产生的快感的欲望驱使其实施犯罪行为；因此，为了抑制这种感性，就需要使人们知道，因实施犯罪行为而受刑罚处罚所形成的痛苦，大于因犯罪行为本身所产生的快感。为了确立犯罪与刑罚之间的必然联系，就要求法律规定犯罪行为的必然后果。换言之，如果在法律上规定有犯罪必有刑罚，人们就会基于愉快与不愉快的合理打算选择自己的行为，即为了避免刑罚所产生的大的不愉快，而选择因抑制犯罪行为所导致的小的不愉快。所以，为了抑制人们的犯罪决意，必须事先以法律规定犯罪的必然效果——科处刑罚。<sup>[20]</sup>换言之，具有理性的人都有就愉快避痛苦、计较利害轻重的本性，人在实施犯罪行为之前，总要考虑实施该犯罪行为将会获得多大的物质与精神上的利益（愉快），不实施该犯罪行为会带来多大的不利（也是一种痛苦），同时要考虑自己会因实施该犯罪行为而受到何种刑罚处罚（痛苦）。如果人们认为不实施犯罪行为所忍受的痛苦大于因实施犯罪行为所带来的受刑罚处罚的痛苦，那么，他就认为实施犯罪行为“合算”，进而实施犯罪行为；反之，如果人们认为不实施犯罪行为“合算”，就不会实施犯罪行为。因此，费尔巴哈认为，必须事先以法律明文规定犯罪的法律后果，使人们能够事先预测犯罪后所受到的刑罚处罚，从而预防犯罪。心理强制说与古典派经济学相对应：古典派经济学所预想的是，经济人基于利害计算而采取合理的行动，如果能够保障等价交换与个人的自由经济活动，整体的经济便能发展。费尔巴哈则认为，人们基于快乐痛苦的原则而行动，如果能保障个人的活动自由，给予与犯罪等价的刑罚，便能维持整个社会秩序。<sup>[21]</sup>

费尔巴哈认为，基于心理强制说实行罪刑法定主义，可以克服刑法的不安定性。18世纪后半期的德国刑事司法处于极不安定的状态。一方面，启蒙主义与启蒙后期的自然法思想的影响，已经在理论与立法上表现出来；另一方面，历来的普通法的理论与实务仍然存在。16世纪的《加洛

林纳刑事法典》在18世纪作为帝国的法律仍然成为普通刑法的基础，但由于历史的制约，给当时的刑法造成了许多混乱。启蒙主义与启蒙后期的自然法思想使得《加洛林纳刑事法典》的宗教基础发生了动摇，尤其是其残酷的刑罚被人们所厌恶。法官为了避免残酷的刑罚，拒绝适用实定法，代之以作为自然法的理性法，于是法的安定性受到了明显损害。刑法的不安定性，同时意味着市民缺乏预测可能性，因而其自由便受到威胁。为了克服当时的刑事司法的不安定性，费尔巴哈提倡刑法改革，将犯罪的本质统一于对权利的侵害，并且证明每一个刑法条款后面都存在作为其保护对象的个人与国家的权利，从而实现刑事司法的安定性，保障了市民的自由。<sup>[22]</sup>不难看出，费尔巴哈的心理强制说，隐含了预测可能性的思想。

作为罪刑法定主义思想渊源的三权分立说与心理强制说所隐含的预测可能性思想，也为近代法治的形成作出了重大贡献。近现代法治的倡导者们，都没有离开这两点。

三权分立学说与实践不只是为了实行罪刑法定原则，也是为了实行法治。通常的说法是，三权分立可以使权力相互制约、均衡，从而防止因权力集中、权力滥用产生腐败。即分权避免了权力集中，权力分立是实现制衡的前提和基础，没有分权就不可能形成制衡的局面。制衡则是分权的目的和结局，即通过分权而形成一个以权力制约权力的制衡格局，从而防止权力滥用。<sup>[23]</sup>但是，为了防止权力集中与权力滥用，既没有将权力分为三类的必然性，也没有将权力分为立法权、行政权与司法权的必然性。换言之，也可以二权分立、四权分立、五权分立；还可以将权力分为统治权、管理权、军事权，等等。顾名思义，立法是制定法律，行政是执行法律，司法是裁定法的争端。如果探究三权分立的目的，不难发现它是为了实现法治。

法治通常与人治相对立。法治即法的统治，就所谓统治而言，在法的统

治方法中，现实地进行支配的仍然是人，即制定法、执行法与裁定法的争端的都是人，这一点与人治没有区别。法治与人治的对立表现在：统治的主体是不是人？统治的方法是否恣意？是根据预先制定的合理的法进行统治，还是根据不同场合的不同统治者的恣意进行统治？不言而喻，法治意味着统治的主体是法而不是人，统治的方法不是恣意的，而是依据事先制定的明确的、合理的法进行的。因此，要实现法治，首先必须有预先制定的法（第一个目标）；其次要确保统治是依法进行的（第二个目标）。三权分立首先与第二个目标相联系，即为了更好地确保统治依法进行，最好的方法是将法的制定主体与执行主体相分离；而在发生法的纠纷时，最好的方法是让既非法的制定者、也非法的执行者的第三者进行裁判。所以，法的制定者、执行者与裁判者必须分离。三权分立同时也与第一个目标相联系。因为法的制定者与法的执行者、裁判者相分离，就使得法的制定者与具体的利害关系产生一定的距离，从而使其制定的法能够更好地代表一般人的利益。<sup>[24]</sup>具体地说，当法的制定者不再是法的执行者、裁判者时，法的规则必然适用于制定法的人；一旦制定者知道法制定后适用于自己，他们便会尽量制定良法。换言之，三权分立具有这样一种重要的保障功能：法必须适用于那些制定法的人和执行法的人，即法在适用于人民的同时，也适用于立法者、执法者，法的禁止和限制都毫无例外地适用于所有的人，因此，立法者不会对自己合理希望做的事项也予以禁止或者限制。<sup>[25]</sup>所以，三权分立的目的，不仅在于使统治依法进行，而且在于使法具有正当性、合理性。“美国政治家、第二届总统约翰·亚当斯（John Adams,1737—1826），将哈林顿关于法治的思想写进1780年马萨诸塞的宪法中，它规定该州实行三权分立，‘旨在实现法治政府而非人治政府’。”<sup>[26]</sup>

在洛克那里，立法权对于人民的生命和财产不是、并且不可能是绝对地专断的，他们的权力以社会的公众福利为限。“政府所有的一切权力，既然只是为社会谋幸福，因而不应该是专断的和凭一时高兴的，而是应该根据既定的和公布的法律来行使；这样，一方面使人民可以知道他们

的责任并在法律范围内得到安全和保障，另一方面，也使统治者被限制在他们的适当范围之内，不致为他们所拥有的权力所诱惑，利用他们本来不熟悉的或不愿承认的手段来行使权力，以达到上述目的。”<sup>[27]</sup>也就是说，只有实行立法权与执法权的分立，才能做到以法律进行统治，一方面可以使人民具有预测可能性，另一方面也能够限制政府权力。

布莱克斯通主张三权分立。他指出：“司法权以独立且分立的方式为一些特定的人所掌握——尽管这些人是由国王任命的，但却不能由他随意撤换——构成了保护公众自由（public liberty）的一个重要因素；除非普通法的实施在某种程度上与立法权和行政权（the executive power）相分立，否则这种自由就不可能长期存在。如果司法权与立法权不分立，那么人民的生命、自由和财产就会陷于专断法官的控制之中，因为这些法官的判决将只受他们自己的意见的左右，而不会受到法律的基本原则的制约；尽管立法机构有可能会背离法律的基本原则，但法官则必须服从这些基本原则。”<sup>[28]</sup>布莱克斯通调和了自然法与制定法，他将人权分为绝对权与相对权，绝对权是人生来就具有的权利，相对权是作为社会成员所享有的权利，前者的总和是自然的自由。自由固然重要，但它苍白无力，不能抵制外来侵害，故需要组成国家来维护这种自由，人们委让一部分权利给国家，即保留自由权、安宁权、所有权等，让出其他权利。但如何保护个人保留的权利不受侵害呢？布莱克斯通认为，必须以制定法限制刑罚这种绝对权。既然是限制绝对权，就必须事先以法律的形式明文规定，让国民知晓。普通法可以通过长期的习惯与传统告知社会；制定法则必须通过文件或者印刷物向社会公布。由于制定法以向社会公布为前提，故事后法是必须禁止的。<sup>[29]</sup>布莱克斯通所作的重大贡献是将既不定形又不可知的普通法进行清晰连贯的陈述，使普通法具有合理的形式，使英国法日益变得在本质上不那么“神秘”和在形式上更加“实证主义”。<sup>[30]</sup>所以，与洛克等人从理念上推导出法治观念不同，布莱克斯通是从制定法来论述法治的，而其思想基础仍然是三权分立与国民的预测可能性原理。

孟德斯鸠也认为三权分立本身并非目的，而是保护国民自由的手段。自由是做法律所许可的一切事情的权利。但是，当立法权和行政权集中在同一个人或者同一个机关之手时，自由便不复存在了；因为人们将要害怕这个国王或者议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也不存在了；因为司法权与立法权的合而为一，导致法官就是立法者，将对国民的生命和自由施行专断的权力；司法权同行政权的合而为一，则使法官握有压迫者的力量。由于自由是做法律所许可的一切事情，所以，如果一个国民能够做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他人也同样会有这个权利；反之，司法机关依照法律追究刑事责任时，犯罪人只是受法律力量的支配，所以仍旧是真正自由的。 [\[31\]](#)

康德的国家观为现代法治理念打下了坚实的理论基础。他认为，国家起源于社会契约。进而主张，国家的唯一职能是制定和执行法律；法律的概念必须向公众公布，以便产生一种法律状态。国家不得也不必干涉国民的活动，不得也不必以家长式的方法关注他们的利益和个人的幸福，而应当使自己的活动局限于保护国民权利的范围之内。为了防止专制，必须实行权力分立；立法权应当属于人民，而不能交给行政机关，否则便会导致暴政；司法机关应当根据法律裁判一切，但无权审查法律的有效性。 [\[32\]](#)不难看出，康德的法治观也是将三权分立、预测可能性作为其基础的。

费尔巴哈根据其心理强制说提出的罪刑法定主义，其核心在于限制司法权力。他在自己的教科书中，将罪刑法定原则具体表述为三个原则：第一，没有刑罚法规就没有刑罚；第二，没有法定的犯罪就没有刑罚；第三，没有法定的刑罚就没有法定的犯罪。根据费尔巴哈的思想，国家只能由刑法（刑罚法规）规定犯罪与刑罚，伦理不能决定犯罪与刑罚，所以，没有刑法就没有犯罪与刑罚。但是，刑法所禁止的行为并非都是犯

罪，刑法用刑罚所禁止的行为才是犯罪。换言之，即使某种行为是刑法所禁止的，但如果刑法没有对该行为规定刑罚后果，该行为就是无罪的；只有当刑法对某种行为规定了刑罚后果时，该行为才是犯罪。所以，没有刑罚就没有犯罪。但是，国家不应该恣意规定刑罚，一方面，国家只能针对犯罪规定刑罚；另一方面，对犯罪只能规定均衡的刑罚。何谓犯罪呢？费尔巴哈提出了权利侵害说，即犯罪的本质是对他人权利的侵害，国家也具有人格、享有权利；刑法的任务便是保护权利。费尔巴哈指出，复仇与刑罚，虽然都是以犯罪为根据而科处痛苦，但必须严格区分。复仇是为了自我满足而限制他人自由，不具有法的目的；与此相反，刑罚是为了保障法而科处痛苦。因此，为了确定刑罚的概念，必须使之与国家的目的和国家的权力相结合，探明科处刑罚的权力。国家的目的在于保护全体市民的相互的自由（既保障各人可以完全行使自己的权利，又保护各人的权利不受侵害），所以，侵害权利是对市民结合的本质与目的的背反。国家针对侵害权利的行为的最好手段是以法律宣告刑罚；违反法律、侵害权利的行为就是犯罪。<sup>【33】</sup>所以，费尔巴哈指出：“犯罪是由刑罚法规规定的，侵害他人权利的行为。”<sup>【34】</sup>费尔巴哈将犯罪理解为对权利的侵害，意味着从实质上限定中世纪以来所扩张的、含混的犯罪概念，从而限定国家目的与任务；提倡权利侵害说与罪刑法定主义相并列，其意义在于，针对国家权力的恣意与刑法的不安定性，保护市民个人的自由。从这个意义上说，费尔巴哈的权利侵害说，是启蒙后期自然法思想与政治自由主义的一个表现。费尔巴哈之前的启蒙思想家追求宗教犯罪、风俗犯罪的世俗化与刑罚的人道性，并且希望从法律上限定警察活动的领域，但并没有成功。因为他们认为国家、警察的任务就是促进公共福利，既然如此，对警察活动就不应该有任何限定，警察也必须促进市民道德的进步，刑法必须处罚反宗教、反伦理的行为。费尔巴哈则认为，国家的目的并不包含增进福利，而仅仅在于保护个人自由以及由此而产生的各种权利。因此，刑法的任务也就是防止对他人权利的侵害，警察的任务在于防止极有可能侵犯权利的危险行



为，维持外部的平稳。国家的目的与任务受到限定，就使得市民的宗教生活、伦理生活完全不受国家干预。所以，费尔巴哈认为，只有侵害权利的行为，才能被刑罚法规规定为犯罪，只有针对法定的犯罪才能科处法定的刑罚。这既限制了国家的任务与权力，又保障了市民的自由与权利。

通过上述分析可以看出，费尔巴哈确立罪刑法定主义是为了实现其刑事司法中的法治国思想。换言之，为了避免刑法介入国民生活的各个角落，他主张对国家的刑罚权进行限制，限制的手段或方法有三个方面：第一是通过法律进行限制，这便是费尔巴哈所提倡的“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”；罪刑法定原则要求国家制定成文的刑法典，刑法典不仅针对国家的恣意以保护善良的国民，而且保护犯罪人；第二是通过行为进行限制，科处刑罚应以侵害权利的行为为标准而不能以行为人为标准，据此保障法的安定性，保障个人的自由；第三是通过法律与伦理的区别进行限制，犯罪不是违反伦理而是违反法律，立法者应当尊重良心的自由，法律不是伦理的审判者。作为刑法学家，费尔巴哈的最大功绩在于将罪刑法定主义思想、法律与伦理严格区别的思想纳入到刑法理论体系中。<sup>[35]</sup>费尔巴哈“通过其概念构成的明了性和独立的体系建立的现代刑法教义学，对于刑法而言意味着启蒙运动的结束，同时也意味着启蒙运动达到高潮”<sup>[36]</sup>。

### （三）罪刑法定原则对现代法治形成的贡献

一般认为，“罪刑法定原则产生于法治国思想”<sup>[37]</sup>。但是，这并不意味着先有法治原则，后有罪刑法定原则；也不意味着先有法治思想，后有罪刑法定主义；相反，罪刑法定主义推动了法治原则的形成。

德国法治国思想的源泉是启蒙时代的见解；而启蒙思想家几乎无一例外地是基于封建时代罪刑擅断、滥施刑罚、国民随时可能遭受不可预测的

刑罚惩罚的事实，进而为了避免这种现象、使人民获得自由而提出了种种假设、设想与理由。因为如前所述，罪刑擅断与刑罚滥用给国民造成的痛苦最为严厉；保障国民自由的前提，是实行罪刑法定，禁止罪刑擅断。没有罪刑法定原则的形成，就不可能有现代意义的法治概念。

罪刑法定主义促进了英国现代法治的形成。如前所述，戴雪所提出的第一个法治原则，便是法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚的罪刑法定原则。根据戴雪的观点，没有罪刑法定原则，就不可能有法治。虽然戴雪提出的这一原则，被詹宁斯批判为窄化了人民与政府之间的关系，即戴雪只是看到了人民与国家公权力之间的刑事关联，而忽视了人民与国家公权力之间的其他关联；真正令法学界关心的不只是人民与国家的刑罚关系，而是及于一切与公权力的关系。<sup>【38】</sup>但是，奉行罪刑法定主义几乎是19世纪所有文明国家的立国原则，实行罪刑法定原则是迈向法治国家的第一步，而且是最为重要、最为关键的一步；否则就不可能控制国家滥用刑罚权。诚然，行政权的滥用也侵犯人民的自由，但是我们不可忘记的是，对人民滥用行政权的表现，要么采用实质上的刑罚方法，要么采用犯罪方法。例如，不具有合理性的税收，与罚金刑没有实质差异；对国民选择职业的限制，与资格刑没有本质区别。那些滥用行政权力使国民实施并无义务实施的行为或者阻碍国民享受法定权利的做法，则属于刑法所禁止的犯罪行为（滥用职权罪），根据罪刑法定原则的另一面——法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑——应当受到刑事追究。

罪刑法定原则被写进了国际条约，得到了国际法的承认。例如，《世界人权宣言》第11条第2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，不得被判犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪适用的法律规定。”《公民权利和政治权利国际公约》第15条第1款也作了几乎完全相同的规定。《关于战俘待遇之日内瓦公约》第99条第1款规定：“战俘之行为，在其犯此行为时，非为当时有效之拘

留国法律或国际法所禁止者，不得因此而受审判或处刑。”从这些条约中可以清楚地认识到，规定罪刑法定都是为了防止罪刑擅断，使人民免受不可预测的刑罚惩罚，从而保障人民的自由。因此，这些条约在规定罪刑法定原则之前，都强调了人人有权享有生命、自由和人身安全；任何人不得加以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的刑罚。如果没有罪刑法定原则，人民就不可能享有人权，故罪刑法定是人权的最有力保障。

罪刑法定不仅是一个刑法原则，也是一个宪法原则。英国史学家亨利·哈兰德曾经将英国中世纪结束之时英国社会公认的宪法基本原则概括为五条，其中第3条是：“除非根据法院的专门令状，不得逮捕任何臣民；被捕者必须迅速交付法庭审判。”<sup>[39]</sup>这实际上是罪刑法定原则。韦德对于构成英国宪政基础的法治提出了五个原则：合法性原则、裁量限制原则、平等原则、特权禁止原则和罪刑法定原则。<sup>[40]</sup>《魏玛宪法》第116条规定：“任何行为，只有当制定法事先已经规定了可罚性时，才能判处刑罚。”而这一规定与1871年《德国刑法典》第2条关于罪刑法定原则的规定的表述基本相同。<sup>[41]</sup>《德国基本法》第103条第2款也明文规定了罪刑法定原则。《意大利宪法》第25条第2款规定：“如果不是根据行为实施前生效的法律，不得对任何人进行处罚。”1946年《日本宪法》第31条规定：“任何人非依法律所定程序，不得剥夺其生命或自由，或科以其他刑罚。”第39条规定：“任何人如其行为在实行时实属合法，或经认为无罪时，不得追究其刑事上之责任。”

## 二、罪刑法定的思想基础与现代法治的基础、核心

三权分立思想与心理强制说作为罪刑法定原则产生的思想渊源，只具有沿革的意义，而不具有现实意义。因为这些理论要么存在缺陷，要么不

能为罪刑法定原则的基本内容提供完整的理论依据。

首先，三权分立思想没有为罪刑法定原则奠定理论基础。三权分立思想要求由立法机关制定法律，审判机关严格依照法律定罪量刑。这虽然否定了罪刑擅断主义，为罪刑法定原则中的法律主义（成文法主义）奠定了基础，但没有为罪刑法定原则的其他内容提供理论依据。例如，人们难以直接从三权分立中找出刑法的明确性、禁止事后法、禁止处罚不当罚的行为等内容。而且，与立法至上原则密不可分的权力分立是一个僵硬的学说。“就司法而言，这个原则的深刻意义不仅在于排除了对于立法和行政行为的司法审查权，而且还导致否认法院通过解释法律条文具有的‘制法’的功能。然而，这种立法至上的逻辑上的内涵，并未能阻止现代大陆法各国的法制日益朝着某种形式的司法审查靠拢，也同样未能削弱判例法重要性在事实上的增强。”<sup>[42]</sup>

其次，心理强制说不仅在理论上受到了批判，在事实上也难以成立。古典学派认为，犯罪是人的自由意志的产物，是有理性的人所作出的一种选择，但作出这种选择并非都是基于快乐与痛苦的比较。根据黑格尔的观点，费尔巴哈的心理强制说，只是把人当作狗一样看待的理论，而没有尊重人的尊严与自由。<sup>[43]</sup>埃里克·沃尔夫（Erik Wolf）通过对犯罪原因的实证调查后，所得出的结论也基本上否认了心理强制说：行为人基于快乐与痛苦的比较而实施犯罪的情形极为罕见；行为人之所以实施犯罪，通常是因为在实施犯罪行为前存在一种侥幸心理，以为犯罪后不会发现，可以逃避刑罚处罚；如果没有这种侥幸心理，则不会实施犯罪行为。<sup>[44]</sup>虽然埃里克·沃尔夫的观点也有绝对化的缺陷，但对心理强制说的否认却能成立。心理强制说虽然隐含了预测可能性的思想，但它本身也不能说明罪刑法定主义的禁止处罚不当罚的行为等内容的根据。

罪刑法定原则是现代刑法的根本原则，其思想基础是民主主义与尊重人权主义，或者说是民主与自由。

## （一）民主主义与现代法治的基础

民主主义要求，国家的重大事务应由人民自己决定，各种法律应由人民自己制定。刑法的处罚范围与程度直接关系到每一个人的生命、身体、自由、财产与名誉，属于特别重大的事项。“在特别重大的问题上，公民继续保留其否决权：这属于人权与基本权利，可以被理解为民主的创造性存在（而非像在传统自由主义中被作为对民主的提防）。”<sup>[45]</sup>—所以，应当由人民决定什么行为是犯罪、对犯罪科处何种刑罚。但社会现实表明，不可能每一个人都是直接的立法者，人民不可能直接决定犯罪与刑罚；妥当的做法是由人民选举其代表组成立法机关，由立法机关制定刑法；由于立法机关代表人民的意志，故其制定的刑法也反映了人民的要求。刑法一经制定，便由司法机关适用，司法机关适用刑法的过程，也是实现人民意志的过程。如果不是这样，对什么行为是犯罪、对犯罪如何处罚，完全由司法机关自行决定，就违背了民主主义原则。这理所当然推导出罪刑法定主义中的法律主义。由于刑法是人民意志的体现，故司法机关不能随意解释刑法，尤其不能类推解释。又由于刑法是人民意志的体现，它要尽最大可能、最大限度地保护人民的利益，如果扩大处罚范围，就必然侵害人民的自由。这就导出禁止处罚不当罚的行为。正义与公平是人民的当然要求，立法机关根据国民意志制定的刑法，必须体现正义与公平。所以，立法机关制定的刑法必须规定与犯罪相均衡的刑罚，同时禁止残酷的刑罚；而均衡的标准是同时代的一般人的价值观念。正因为罪刑法定原则的思想基础是民主主义，所以，在此意义上可以说，凡是违反人民意志的都是违反罪刑法定原则的。人们列举的一些要求，也只是最容易被违反的一些原则。

“民主和法治可以被看做是克服国家与社会之间的矛盾的两种不同的方法。国家的建立对社会来说是必要的，但是它也代表着一种威胁。法治是要约束国家的权力，而民主则是要在行使国家权力的过程中动员社会。”<sup>[46]</sup>—但是，这绝不意味着法治与民主是两种相矛盾的方法。正如康

拉德·黑塞（Konrad Hesse）所言，法治与民主都反对一人之治，民主是多数人统治，法治国也缘于反对君主对个人自由的限制；二者都是理性、稳定、分权和反对权力滥用的形式。<sup>[47]</sup>不仅如此，现代法治建立在民主的基础上。形式意义上的法治国家以法律为中心，一切行为尤其是国家机关的行为只要具有法的根据，即为合法、正当，就达到法治国家的要求。形式法治的实现要求法律面前人人平等。而人人平等或者平等考虑人人的理念，是民主宪政国家的一个核心要素，它因此构成所有现代规范性理论和公正理念的共同基础；法律面前人人平等就是这种理念的法治表示。<sup>[48]</sup>——只有实行民主，才能限制各种权力。正如基佐所言：“唯有允许一切权利、利益、意见普遍享有自由，允许这一切力量的自由表现和合法存在，才能把各种力量和权力限制在合理的范围内，防止它侵犯别的权益。总之，唯有如此才能使自由探索真正普遍存在，造福于人。18世纪末发生在绝对的世俗权力与绝对的精神权力之间的斗争给予我们的教训就在于此。”<sup>[49]</sup>实质意义的法治国家要求的法必须具有社会的正当性，必须是良法、正义之法；而要保证法具有社会正当性，从程序与形式上而言，法必须由人民选举产生的立法机关制定，不能由其他机关或者个人制定；而且制定出来的法必须平等地适用于一切人，因为如果立法机关制定出来的法不适用于立法机关的成员，那么，该立法机关就可能制定恶法。从实体与内容上来说，法必须体现民意，必须保护人民的自由与利益。否则，就不可能有社会的正当性，就不可能是良法。显然，法的社会正当性的基础与前提是民主；所以，现代法治的基础是民主。正如拉德布鲁赫所言：“民主的确是一种值得赞赏之善，而法治国则更像是每日之食、渴饮之水和呼吸之气，最好是建立在民主之上：因为只有民主才适合保证法治国。”<sup>[50]</sup>

当然，民主也需要法治。只有以法的形式固定民意，民意才不会被歪曲、被强奸，才可能进一步得以实现。所以，“在实行民主的社会中，某些原则是必须写进宪法中去的。这些即保证允许并保护公民从事参与

社会管理所要求的各种事项的原则。这些保证就是民主的法制条件”<sup>[51]</sup>。

## （二）尊重人权主义与现代法治的核心

人权必须得到尊重与保障。为了保障人权，不致阻碍国民的自由行动，不致使国民产生不安全感，就必须使国民事先能够预测自己行为的性质与后果，必须事先明确规定犯罪与刑罚。因为当国民事先能够根据成文刑法预测自己的行为性质时，就不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚处罚而感到不安，也不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚制裁而不敢实施合法行为，从而导致行为萎缩的后果。在此意义上，尊重人权主义与使国民具有预测可能性（预测可能性原理）具有相同含义。但是，国民对自己行为的性质与后果具有预测可能性的前提是事先有成文法的规定，这便是法律主义（或成文法主义）；事后法不能使国民具有预测可能性，因此，必须禁止刑法溯及既往；如果在具有成文法的前提下实行类推解释，国民也不能预测自己的行为是否会被类推解释为犯罪，因而侵犯了国民的自由，故必须禁止类推解释。不仅如此，由于刑法既是裁判规范，又是行为规范，理当具有明确性。如果含混不清、模棱两可或者前后矛盾，国民要么仍然不能预测自己行为的性质，要么左右为难，这便是刑罚法规的明确性原则。刑法要尊重和保障人权，如果处罚范围完全超出国民可以接受的范围，便侵犯了国民的人权，也侵犯了国民的预测可能性。况且，刑法是通过限制自由的手段来保护自由的，二者之间始终存在一个平衡问题，故刑法的处罚范围必须合理，否则便与刑法的宗旨相矛盾。

预测可能性是人民自由的基础。从消极的角度而言，自由意味着人民在其中可以不受他人干涉而行为的领域，一个人不受他人干涉而行动的领域越大，他就越自由。从积极的角度而言，自由意味着我是自己的主人。积极自由以消极自由为前提，而且在现代社会，我们首要关注的应

当是消极自由。但不管怎么说，除了自然原因之外，我们的自由受到两个方面的威胁与干涉：一是他人（或一般人）的威胁，二是国家的干涉。只有当我们相信他人不会威胁我们的自由，国家只是在特定的、可以预见的、并且是为了我们更大自由的情形下限制我们的自由时，我们才有了充分的自由。倘若我们不知道他人是否会随时侵犯我们的自由，不知道国家在什么情况下会剥夺或限制我们的自由，即使我们的生命、身体于一定期间内在客观上没有遭受侵犯，我们也会因为不知何时会遭受飞来横祸而忐忑不安。所以，“我们社会中的大多数成年者，一般都倾向于安全的、有序的、可预见的、合法的和有组织的世界；这个世界是他所能依赖的，而且在他所倾向的这个世界上，出乎意料的、难以控制的、混乱的以及其他诸如此类的危险事情都不会发生”<sup>[52]</sup>。为了排除来自他人或者国家的出乎意料的侵犯与干涉，就需要法律确证自由的价值和划定自由的界线。换言之，为了保障我们的自由，我们必须能够预测他人行为的合理界线，能够预测国家始终会按照某种既定的界线行使权力；而划定这种界线的必须是一种抽象规则、一般规则，只有通过抽象规则对一切人的自由作出统一的限制才可以保障所有的人有尽可能多的自由。这些抽象规则禁止对所有其他人实施任意的或者歧视性的强制，禁止对任何其他自由领域的侵犯；政府的必要性仅仅在于实施这些抽象规则，以此保护个人的自由不受他人的强制或者侵犯。所以，与没有界线或限制的自由相比，通过服从抽象规则而实现的自由，正是“秩序之母，而不是它的女儿”。<sup>[53]</sup>这种抽象的规则就是法律。所以萨维尼指出：“每个个人的存在和活动，若要获致一安全且自由的领域，须确立某种看不见的界线（the invisible border line），然而此一界线的确立又须依凭某种规则，这种规则便是法律。”<sup>[54]</sup>

一方面，作为一般人行为规范的法律，禁止一般人威胁他人的自由。所以，人们可以预测到，他人侵犯我的自由属于法律所禁止的行为，在我与他人擦肩而过时，我相信他人不会侵犯我的自由，进而敢于自由地与人交往，自由地从事社会生活。法律禁止一般人威胁他人自由，也意味



着每个人的活动具有界线，从而使每个人的自由得以保障。如果每个人的活动没有界线，则意味着每个人都可以为所欲为；而每个人可以为所欲为，则意味着每个人都可能成为他人侵犯的对象，每个人也就没有安全与自由。“如果公民有享有财产、地位的权利，而且在行使这些权利时受到保护，那么，我们可以说该公民是自由的。而阻碍他犯罪的约束条件恰恰又是他的自由的一部分。任何人都可以犯罪而免受惩罚的地方，谁也没有自由。即使是高居王位的专制君主，也不能不受这普遍规则的约束，从他夺得了裁定任何纷争的权力那一刻起，他就成了一名奴隶。如果他无视人民的权利，他就会因此得到报应；所有的职位都是不确定的，但要数他的地位最岌岌可危。”<sup>[55]</sup>——所以西塞罗说：“我们都是法律的奴隶。正因为如此，我们才是自由的。如果没有法律所强加的限制，每一个人都可以随心所欲，结果必然是因此而造成的自由毁灭。”<sup>[56]</sup>——所谓刑法的法益保护机能，便是指刑法通过规制一般人的行为（禁止实施法益侵害行为）保护法益。

另一方面，作为裁判规范的法律，禁止国家机关无法律根据地侵犯国民的自由。所以，我们可以预测到：什么样的行为是犯罪，相应会处何种刑罚；只要我们不实施刑法所禁止的行为，国家机关就不会剥夺或者限制我们的自由，相反还会保障我们的自由；即使我们的行为触犯刑法，国家机关也只能依法追究刑事责任，我们不会遭受法律之外的惩罚。如果没有刑法，人们事先不能预测自己行为的性质与后果，导致胆大者可能遭受不可预测的处罚，胆小者因担心自己的行为会受到刑罚处罚而过于限制自己的行动自由，从而造成行为的萎缩后果。所谓刑法的自由保障机能，也是指刑法以规定一定的行为是犯罪并给予刑罚处罚的方式，来限制国家对刑罚权的发动或利用，在保障善良的国民自由的同时，也保障犯罪人自身的自由。

不具有预测可能性的法律制度，会给国家机关以无限的权力，又会更加侵犯国民的自由。对于世界上的“法律制度”，可以归纳为五种类型：第

一种是，只要法律没有禁止的，什么都可以做；第二种是，只有法律允许的，人们才可以做，此外什么都不能做；第三种是，不管法律是否禁止与是否允许，什么都可以做；第四种是，不管法律是否禁止与是否允许，什么都不可做；第五种是，不管法律是否禁止与是否允许，什么都可以做，什么也都不可做。如果要问其中哪一种最差，结论必然是第五种。因为前四种类型有一个共同点：它们自身是一致的，国民具有预测可能性，这具备了法治的形式特征。而最后一种类型导致国民没有预测可能性：同样的行为有的人可以做，有的人不可做；昨天可以做，今天也许不可做；甲地可以做，乙地也许不可做。这种没有预测可能性的法律制度，背离了法治与罪刑法定原则的核心价值与实质要求。

正是由于预测可能性是自由的前提，所以，学者们提出的法治原则实际上都是保证国民具有预测可能性的原则。例如，富勒提出的法治的八项原则是：法的一般性原则，法的公开性原则，法不溯及既往原则，法的明确性原则，法的一致性原则，法的可行性原则，法的稳定性原则，官方行动与法的一致性原则。我们不难发现，其中任何一个原则，都建立在预测可能性的原理之上。法的一般性原则表明法是针对所有人的，因而具有普遍作用。如果法不具有一般性，只是针对部分人，甚至等于命令，那么，其他人就不可能预测自己的行为。法公布于众时，国民才能了解法律，才能根据法律预测自己行为的性质与后果。法不溯及既往，也是因为溯及既往的法，导致国民没有预测可能性，使他们认为，在行为时合法的行为，也可能在事后被宣布为非法，故在行为时也不敢实施合法的行为。法具有明确性时，国民才能理解，进而根据法律指导自己的行为。如果法自相矛盾或者前后不一致，国民就无所适从，就不知道应当遵守其中的哪些规定，因而没有预测可能性。如果法的处罚范围不合理，就必然丧失可行性，导致选择性执法，进而侵犯国民的预测可能性。法如果不稳定，朝令夕改、频繁增删，国民也同样会丧失预测可能性。如果官方行动可以与法不一致，而国民就不明确是应当依法行事，

还是依官方行动行事。

菲尼斯提出的八项原则是：法律规则可预见、不得溯及既往，法律规则应是可以遵守的，法律规则应公布，法律规则应明确，法律规则应互相一致，法律规则应稳定，在特定情况下的特殊规则应受公布的、明确的、稳定的和较为一般规则的指导，官方制定和执行规则者自己应遵守规则并应在执法中始终贯彻法律精神。显然，这些都旨在说明，法必须使国民对自己行为的性质与后果具有预测可能性。

我国有学者提出了法治的十大规诫：有普遍的法律，法律为公众知晓，法律可预期，法律明确，法律无内在矛盾，法律可循，法律稳定，法律高于政府，司法权威，司法公正。这位学者在解释法律可预期时指出：“规则之存在须在时间上先于按规则审判的行为。‘法无明文不罚’。无人能遵循溯及既往的法律，因其行为时该项法律并不存在。所以，既不能制定也不能适用溯及既往的法律。”从这里可以看出，作为法治的十大规诫之一的法律可预期实际上是指法律不得溯及既往。接着这位学者又指出：“可预期性是支撑法治价值的一个较为关键的要素。从某种意义上讲，本书所述法治的其他规诫都是为了保证可预期性或为可预期性所要求的。”<sup>[57]</sup>显然，作者所说的支撑法治价值的一个较为关键的要素，已经不是指法不得溯及既往了，而是指作为自由前提的预测可能性。

关于法治的表述形形色色、林林总总，但人们强调最多的或者说法治的核心价值仍然是限制国家机关的权力、保障国民的自由。英国学者哈耶克指出：“撇开所有的技术细节，法治的意思就是指政府在一切行动中都受到事前规定并宣布的规则的约束——这种规则使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一情况中会怎样使用它的强制权力，和根据对此的了解计划他自己的个人事务。”<sup>[58]</sup>在哈耶克看来，立法者并不知道他所制定的抽象规则将适用的特定案件，加上法律会平等地适用于所有

人（包括立法者），故立法不会禁止人们合理希望做的事情，即一般规则不会对自由构成严苛的限制，相反是自由得以存在的必要条件。因为一方面，对一般规则的服从并不是在服从其他人的意志，因而是自由的；另一方面，政府的一切行为都受法律的约束，法官在按照既定的规则体系和案件的特定事实得出结论时也无可选择，故每个人的自由不会受到国家权力的恣意侵犯；这便是法治。<sup>[59]</sup>罗尔斯也认为法治与自由密切联系，如果法律规定是公正的，就建立了一种合法期待的基础，人们便可以相互信赖，人们的自由权的界线便可靠。罗尔斯提出的法治原则是：法律的可行性、类似的案件类似地处理、罪刑法定、规定自然正义的准则。如果法律命令人们履行没有能力履行的义务，人们就没有自由可言；如果类似案件得不到类似处理，人们会时刻担心自己的行为是否会受到法律制裁；如果刑法没有明确规定犯罪与刑罚，刑法可以溯及既往，国民的自由权的界线就是不确定的。有些刑罚制裁安排是必要的，但证明这些制裁的正当性的原则也只能从自由权原则引申出来，限制自由权的论据来自自由权原则本身，即只有出于保护和扩大自由才能不得已限制部分自由。<sup>[60]</sup>现代英国法治发端于限制国家权力、保障个人自由。从德国法治国概念的产生来看，几乎所有学者在提出法治国概念时，都强调使用法律作为拘束国家权力、保障国民自由的工具。<sup>[61]</sup>

总而言之，“‘法治国’的主要目标就是要保护公民个人的自由不受国家权力的侵害。……从法治国的角度来看，所有对个人私人领域的国家干预都应当被视为例外，‘而且在原则上确是有限的、适度的、并普遍受调整的例外’。因此，国家干预就成了必须证明其合理性的反常行为。……自由的‘法治国’是一种‘合法的’国家，也就是说，对个人自由领域的合法的干预只能是根据法律进行的干预：‘只有当所有的行政机关——特别是警察机关——受制于法律规定的条件和程序，并且，只能根据法律才得对个人自由领域进行干预的时候，一个国家才可以称为法治国。’”<sup>[62]</sup>不难看出，作为罪刑法定原则的思想基础的尊重人权主义，以保障国民自由为出发点，体现了法治的核心价值。

### 三、罪刑法定的形式侧面与形式法治

#### （一）形式侧面的意义

现代的大陆法系国家学者一直将罪刑法定主义视为刑法的根本原则，起初将罪刑法定主义的派生内容概括为四个方面：第一是成文法主义或法律主义、第二是禁止事后法（禁止溯及既往）、第三是禁止类推解释、第四是禁止不定刑与绝对不定期刑。<sup>【63】</sup>而这四个方面正是罪刑法定原则的形式侧面。

形式侧面源于三权分立与心理强制说两个思想渊源，这两个思想渊源基本上主张议会至上。虽然“在一个自由的国家里，每个人都被认为具有自由的精神，都应该由自己来统治自由，所以立法权应该由人民集体享有。然而这在大国是不可能的，在小国也有许多不便，因此人民必须通过他们的代表来做一切他们自己所不能做的事情”<sup>【64】</sup>。也正因为如此，议会主权、议会至上得以推崇。于是，人们信任立法权，只是不信任司法权与行政权。又由于三权分立以及罪刑由司法权管辖，故罪刑法定原则起先所提出的原则均为形式的侧面，旨在限制司法权。即只要法院严格执行议会制定的法律，人们的自由就有了保障。这正是形式法治的观点。

形式法治实现的是形式正义。“这种由法律和体制进行的公正而始终如一的管理，不管它们的真正原则是什么，我们都可以称之为形式正义。如果我们认为正义就是始终表明一种平等，那么形式正义就要求法律和体制在进行管理时应当平等地（就是说以同样方式）适用于属于它们所规定的各个阶级的人。”<sup>【65】</sup>形式法治重在使一切人尤其是国家机关的行为具有议会制定的法律根据；国家机关侵犯国民的自由与利益时，只要具有法律根据，就符合了形式法治的要求。<sup>【66】</sup>罪刑法定原则的形式侧

面的法律主义，要求司法机关只能以法律为根据定罪量刑，而不能以习惯等为理由定罪判刑，以及法官不得溯及既往、不得类推解释法律、不得宣告不定期刑等，都是为了限制司法权力，保障国民自由不受司法权力的侵害。所以，罪刑法定原则的形式侧面，完全体现了形式法治的要求。

形式侧面并未过时，相反仍显重要；而罪刑法定原则的思想渊源不再具有现实意义，故现在支撑形式侧面的思想基础是尊重人权主义与民主主义：要使国民对自己的行为具有预测可能性，必须由代表人民的立法机关事先颁布明文规定的法律，而且不得对法律作类推解释。

## （二）法律主义

根据大陆法系国家刑法理论的主张，罪刑法定主义所要求的法律主义（或成文法主义），是指规定犯罪与刑罚的法律必须是成文的法律；法官只能根据成文法律定罪量刑。其具体要求是：规定犯罪与刑罚的法律只能是立法机关制定的法律，故行政法规不能制定刑法；规定犯罪与刑罚的法律必须是由本国通用的文字表述的；习惯法不得作为刑法的渊源；判例法也不得作为刑法的渊源。这四点密切联系，易于理解，但也存在疑问。

### 1. 行政法规能否制定罚则？

不少国家的宪法规定，当法律委任行政法规制定罚则时，行政法规可以在其范围内制定罚则。如《日本宪法》第73条规定：“除有法律特别委任的场合以外，政令不得设立罚则。”这里的“罚则”仅指刑罚罚则。由于有法律的特别委任，故西方刑法理论仍然认为这种做法没有违反罪刑法定原则，因为国会委任政令制定罚则，表明该罚则的内容受到了国会的控制，使该罚则实际上成为国会意志的体现，因而也被认为是国民意志的体现。但是，如果这种委任过于宽泛、抽象，则很难说政令中的罚

则体现了国会意志。根据我国宪法及有关法律规定，行政机关所制定的行政法规中，不能设立刑法规范；与此同时，我国立法机关也没有委任行政机关制定刑法规范；那些类似行政刑法规范的规定，也只能理解为：行政执法机关遇到行政犯罪时，必须交由司法机关处理。在这一点上，我国严格遵循了罪刑法定原则的要求。中国目前无论如何也不能采取日本等国的上述做法，否则不仅没有罪刑法定，而且没有法治可言。

虽然在中国不存在政令制定罚则的现象，但和其他国家刑法一样，中国刑法也存在为数众多的空白刑罚规范。<sup>[67]</sup>空白刑罚规范一般以行政法规作为补充规范<sup>[68]</sup>，导致行政法规成为认定行政犯罪时必须参照的法规，即认定行政犯罪时首先要以行政法规为依据（第一层次的法依据）。从事实上看，如果得出空白刑法规范违反罪刑法定原则的结论，那么必然出现以下局面：要么对行政犯罪无法作出规定，结局只能是放任行政犯罪；要么将行政法规的内容全部搬入刑法，而行政法规为了实现行政的合目的性频繁制定并不断修改，这样会造成立法机关被行政机关“牵着鼻子走”的现象，也会损害刑法本身的安定性。但这一悖论还不能直接表明空白刑法规范符合罪刑法定原则，因而需要进一步说明。首先，根据《宪法》第89条规定，国务院有权“根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令”。一方面，制定行政法规等是宪法赋予国务院的职权；另一方面，国务院制定的行政法规是以宪法和法律为根据的，因此，它与立法机关的法律在内容上必须保持一致，否则无效。其次，哪些行政法规能够成为刑法规范的补充规范，是由立法机关明文规定的，即只有当刑法规范明文规定“违反……法规”时，这种法规的相关内容才能补充空白构成要件。在此情形下，行政法规与刑法规范的效力虽然并不相同，但行政法规的相关内容实际上被立法机关纳入到刑法规范之内。从形式上而言，行政法规是认定行政犯罪的第一个层次的法依据，但它之所以能够成为第一个层次的法依据，是由于法律的规定，故没有违反罪刑法定原则的民主主义思想基础。最后，我国