

张明楷 著

刑法格言的展开

(第三版)

*Interpretation of
Criminal Law Maxims*



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

版权信息

书名：刑法格言的展开（第三版）

作者：张明楷

出版社：北京大学出版社

出版日期：2013-1-1

ISBN：978-7-301-216132-2

价格：49.00元

[好多书下载网](#)

目录

CONTENTS

[法律不是嘲笑的对象（代序）](#)
[没有法律就没有犯罪，没有法律就没有刑罚](#)
[任何权力都不得位于法律之上](#)
[罪责越重，刑罚越重](#)
[任何人不因他人的不法行为受处罚](#)
[法律在惩罚前应予警告](#)
[有利益的地方就有犯人](#)
[法律不理睬琐细之事](#)
[没有刑罚就没有犯罪](#)
[任何人不因思想受处罚](#)
[不作为也是行为](#)
[原因的原因是结果的原因](#)
[紧急时无法律](#)
[得到承诺的行为不违法](#)
[幼年人无异于精神错乱者](#)
[无犯意则无犯人](#)
[不知法律不免责](#)
[法律不强人所难](#)
[受强制实施的恶行应当归责于强制者](#)
[特别法优于普通法](#)
[因为有犯罪并为了没有犯罪而科处刑罚](#)
[刑罚与其严厉不如缓和](#)
[任何人不因同一犯罪再度受罚](#)
[存疑时有利于被告](#)
[后记](#)
[第二版后记](#)
[第三版后记](#)

[好多书下载网](#)

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，中国警察法学研究会副会长，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20余部，发表学术论文400余篇。

[好多书下载网](#)

一切高尚的诗
都是无限的
就像第一粒橡子
潜藏着所有的橡树
我们可以掀开 一层一层的罩纱
但永远不能露出
最里面的赤裸裸的意义之美
一首伟大的诗
是永远流淌着
智慧和愉悦之水的源泉一个人和一个时代
凭借特定的关系
穷尽了神圣的甘泉
但是
另一个人和另一个时代
会接踵而来
新的关系会重新培养出来
仍然会流溢出
看不见、想不到的喜悦

——雪莱

法律不是嘲笑的对象（代序）

“迄今为止，与人类有关的科学告诉我们，人一直生活在社会中。”^[1]“法是社会生活的行为准则（规范）。社会是从事共同生活的人的集团，如果各人恣意行为，就不可能构成共同生活。因此，既然人要共同生活，理所当然应有行为规范（社会生活的准则）。”^[2]所以，有人就有法（Ubi homo, ibi jus），有人就需要法；有社会就有法（Ubi societas, ibi jus）^[3]，有社会就需要法；法律存自远古（Lex est ab aeterno），时代越糟，法律越多（Pessima tempora—plurimae leges）。

法律的睿智不能以金钱评价（Sapientia legis nummario pretio non est aestimanda）。“法律是最杰出的智慧，代代相继，由经久不断的经验构成，（经由光明与真理的检验）精致而优雅。”^[4]没有人比法律规定更聪明（Neminem oportet esse sapientiolem legibus）。“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关。”^[5]对于利益，法律的保护比个人的保护更有力（Fortior est custodia legis quam hominis），这不仅因为对客观存在的各种利益的正确认识与协调是法律的创制与实施的核心内容^[6]，而且因为有法律就有处罚（Ubi lex, ibi poena），只要实施不法就会受到处罚（Ibi debet quis puniri, ubi quis deliquit），法律的实施以国家强制力为保障，绝不存在没有适度强制的审判（Jurisdictio sine modica coercitione nulla est）；恶行始终受到惩罚（Dolus omnimodo puniatur）。“每个社会都会产生矛盾”^[7]，人与人之间总会发生争端。对于矛盾与争端，法律的处置比人的处置更衡平（Aequior est dispositio legis quam hominis），这既因为“提供一种替代武力解决争端的途径乃是法律的一个基本的目的”^[8]，又因为法律的普遍性使法律不偏不倚，法律是正当化的准则（Lex est norma recti）。因此，在产生矛盾与发生争端的情况下，与法律相争比与他人相争更明智（Melius agitur cum lege quam cum homine），期待比法律更为贤明的睿智便是愚蠢（Stulta sapientia, quae vult lege sapientior esse）。可见，实行法治是明智的选择。

法律体系中有各种各样的法律，“今天的法律理论与法律实践最重要的区分之一是‘公法’和‘私法’之区分”。“‘公法’直接与‘刑法’交汇在一起。”^[9]私法隐藏在公法的保护之下（*Jus privatum sub tutela juris publicilatet*），刑法不仅是私法的保障法，而且是其他一切法律的保障法。^[10]建设法治国家，需要刑法的保障。

“徒法不足以自行”，仅有立法并不意味着法治。法律必须得到服从与遵守，为了服从者与遵守者以外的人制定法律毫无裨益（*Frustra feruntur leges nisi subditis et obedientibus*）。法律是一种规则，适用是规则的生命（*Applicatio est vita regulae*）；执行是法律的目标与果实（*Exsecutio est finis et fructus legis*），更是法律的确证；得以执行的法律才是真正具有效力的法律，法律有效力国民便昌盛（*Ibi valet populus, ubi leges valent*）。

然而，造法易，执法难（*Facile est ferre leges, tueri difficile*）。这一古老的格言在当今的社会得到了印证。除了司法体制、司法人员的素质、执法环境、领导者与普通人的法治观念等多方面的原因导致执法难以外，法学者也可能负有责任。因为很多人不勤于解释法律而善于批评法律，不仅背弃了自己的使命，而且降低了法律的权威。旧刑法典是在实施不久后才受到批判的^[11]，而现行刑法一经公布就被不少人认为不能“垂范久远”受到了攻击。

但是，法律不是嘲笑的对象（*Lex non debet esse ludibrio*），而是法学研究的对象；法律不应受裁判（*Non sunt judicandae leges*），而应是裁判的准则。应当想到法律的规定都是合理的，不应推定法律中有不平衡的规定（*Nullum iniquum est in jure praesumendum*）。本书并不绝对主张恶法亦法（*Dura lex, sed lex*）^[12]，但也不一概赞成非正义的法律不是法律（*Lex injusta non est lex*）^[13]，而是主张信仰法律，因为“法律必须被信仰，否则它将形同虚设”。^[14]既然信仰法律，就不要随意批判法律，不要随意主张修改法律，应当从更好的角度解释疑点

（*Dubia in meliorem partem interpretari debent*），对抽象的或有疑问的表述应当作出善意的解释或推定（*Benignior sententia in verbis generalibus seu dubiis est praeferenda*），将“不理想”的法律条文解释为理想的法律规定。对于法学者如此，对于裁判者更如此。法官可以宣示法，但不能制定法（*Praetor jus dicere potest, facere non potest*）；或者说，法官解释法，但不制定法（*Jus dicere, et non jus dare*）。“裁判者只有适用法律的职务，却没有批评法律的权能。裁判者只能说出法律是怎样怎样，

却不能主张法律应该是怎样怎样；所以立法的良恶在原则上是不劳裁判者来批评的。……要晓得法律的良不良，是法律的改造问题，并不是法律的适用问题。”^[15]

事实上，一些人对现行刑法的批判并无道理。我国刑法中的定义已经远远多于其他国家刑法中的定义。法谚云：法不定义未遂是什么（*Non definitur in jure quid sit conatus*），但我国刑法定义了未遂。再如，其他国家不会定义什么是共同犯罪，但我国刑法却有定义。尽管如此，还是有人批判现行刑法对单位犯罪等一些概念没有下定义。但是，过多的法律定义会使法律过于僵化，所以，法律中的定义都是危险的（*In jure omnis definitio periculosa est; Omnis definitio in lege periculosa*）。同样，民法中的定义都是危险的，没被推翻的定义实属罕见（*Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*）。社会是复杂的，需要适用法律的案件也是复杂的，“在制定法律时，立法者‘不得不作出一种并不适用于所有案件而只适用于大多数案件的普遍规定’，‘因为，由于案件数目无限’，各有各的特点，‘很难下一个定义’（即绝对定义）”。^[16]对单位犯罪的概念就很难下定义。^[17]因此，难以下定义时，法律不规定精确的定义，而委任善良人裁量（*Lex non exacte definit, sed arbitrio boni viri permittit*）。德国旧刑法中没有故意、过失的定义，1962年的修改草案规定了故意、过失的定义，但1975年颁布的刑法删除了故意、过失等多种定义。^[18]“因为以法规固定这些概念，会阻碍今后犯罪论的发展，对这样的概念下定义不是立法者的任务，而是学说的任务。”^[19]由于司法解释具有法律效力，所以，司法解释中的定义也是危险的。^[20]

再如，有人认为现行刑法还不够确定，不够明确，不够精密，不够具体。换言之，“法律家希望能够使用精确、简洁、明晰且耐久的独特语言，当然他们失败了。失败在所难免”。^[21]诚然，法律的内容确定是罪刑法定原则的要求，不确定性在法律中受到非难（*Infinitum in jure reprobatur*）。可是，极度的确定性反而有损确定性（*Nimia certitudo certitudinem ipsam destruit*），事实上也不可能十分确定，正因为不确定才需要解释。“有很大一部分法律训练，特别是在精英法学院里，就是研究法律的不确定性，并且创造了一种与一般的外行人并且事实上也与许多法律人的看法相距遥远的关于法律的基本看法。”^[22]法律当然应当明确，但又不可避免会存在不明确之处。“如果法律没有不明之处，就不存在解释问题，因为在这种情况下，解释不仅无益，而且是有害的。……明确的法律条文需要解释的唯一情况是立法者在制定这项法律

条文时出现了明显的笔误或差错。”^[23] 极度的精密在法律中受到非难（*Nimia subtilitas in jure reprobatur*）。因为“越细密的刑法漏洞越多^[24]，而漏洞越多越不利于刑法的稳定”。^[25] 极度精密也不利于刑法的执行与遵守。法律既是针对司法人员的裁判规范，也是针对一般人的行为规范，因此，法律应当被一切人理解（*Leges ab omnibus intellegi debent*）。“为便于适用和遵守起见，条文固应力求其少，文字尤应力求其短，以免卷帙浩繁，人民有无所适从之叹。”^[26] 因为“即使是规则清楚，其数量也可能太多，以至于受这些规则规制的人们无法了解；这样一来，规则清晰也就只是水中月，镜中花了”。^[27] 所以，法律必须简洁以便更容易掌握（*Leges breves esse oportet quo facilius teneantur*）；法律需要简洁以便外行人容易理解（*Legem brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur*）。法律的普遍性本质决定了法律不能过于具体。“法律的具体规定内容，本质上既有相当的一般概括性，则又不得不有相当的抽象性，相当的非具体性。而法律的具体内容，在本质上，就除了以某种抽象的概括的表现方法之外，没有把它直接表现出来的方法。”^[28]

又如，有人习惯于认为刑法存在漏洞。虽然以前曾有人认为系统的法典可以包罗无遗^[29]，法律实证主义的典型代表Bergbohm认为，“法律绝不需要从外在加以填补，因为它在任何时刻都是圆满的，它的内在丰富性，它的逻辑延展力，在自己的领域中任何时刻都涵盖了法律判决的整体需要”。^[30] 但是，“我们的时代已不再有人相信这一点。谁在起草法律时就能够避免与某个无法估计的、已生效的法规相抵触？谁又可能完全预见全部的构成事实，它们藏身于无尽多变的生活海洋中，何曾有一次被全部冲上沙滩？”^[31] 很多人知道很多，没有人知道全部（*Multi multa, nemo omnia novit*）。“很明显，立法者难以预见社会生活中涌现的大量错综复杂的、各种各样的情况。……因此从法律的定义本身来看，它是难以满足一个处在永久运动中的社会的所有新的需要的。”^[32] 认为刑法典可以毫无遗漏，是荒唐的幻想；希望刑法典做到毫无遗漏，是苛刻的要求。承认刑法典必然有遗漏，才是明智的想法。法律有时入睡，但绝不死亡（*Dormiunt aliquando leges, numquam moriuntur*）的格言，或许在某种意义上也表述了法律必然有漏洞的观点。在刑法领域，面对真正的漏洞时，解释者确实无能为力。在依法治国的时代，解释者必须充分认识到罪刑法定原则的贯彻所形成的对法治的信仰、对其思想基础与基本理念的弘扬、对公民自由的保障所具有的重大意义。所以，“在刑法上，还有所谓刑法的片断性格（*der*

sog.franmentarische Charakter），也就是说，规定的无漏洞性（die Lückenlosigkeit der Regelung）在这个领域中只会是法律解释的次要目标”。^[33]另一方面也必须看到，一些所谓的漏洞，是声称有漏洞的人制造出来的。^[34]

还有人批判刑法用语不能充分表达立法意图，刑法用语与刑法精神不尽一致。然而，这种现象在任何法律中都不可避免，这并非法律的原因，而是语言的原因或对语言有不同理解的原因。“在所有的符号中，语言符号是最重要、最复杂的一种。”^[35]“尽管每位作者都希望把自己的意图原原本本地、毫无保留地反映在作品之中，但由于作品语言的局限，作者的意图不可能充分地、完全地表达出来，言不尽意是作者与作品关系中存在的普遍现象。”^[36]立法用语与立法意图不一致正是需要解释的理由之一，用语与意图一致时，没有解释的余地（Quando verba et mens congruunt, non est interpretationi locus）。法学者不应当将自己的任务推卸给立法者。

法律必须适应社会生活。社会生活在不断变化，但是，法律则必须以固定的文字持续相当长时间，并且适应社会生活。英国人说，我们不希望英国法律变更（Nolumus leges Angliae mutari），中国人也不希望法律经常变更。朝令夕改是最危险的做法（Leges figendi et refigendi consuetude est periculosissima）。自然不能飞跃，法律也是如此（Natura non facit saltum, ita nec lex）。依靠修改法律来适应社会生活，绝不是现实的。“法学的永久的重大任务就是要解决生活变动的要求和既定法律的字面含义之间的矛盾。”^[37]这一重大任务就是解释法律，而不是嘲笑法律。只有解释，才能使古老的法律吃着新鲜的食物（Legibus utere antiquis, obsoniis novis）。

法律的制定者是人不是神，法律不可能没有缺陷。因此，发现法律的缺陷并不是什么成就，将有缺陷的法条解释得没有缺陷才是智慧。本书的意思是，在发现缺陷时不宜随意批评，而应作出补正解释。例如，重婚是同时具有复数的丈夫或者妻子的婚姻（Polygamia est plurium simul virorum uxorumve conubium），一个人不得同时有两个妻子（Duas uxores eodem tempore habere non licet），可英国的一条法律规定，“任何已婚之人在其前夫或者前妻生存期间同另一个人结婚”的^[38]，构成重婚罪。显然，这里的“前夫”、“前妻”的用语很不恰当。“尽管是法令起草人的疏忽，然而意图是清楚的。法院对有关部分的意思解释为，一个在妻子或丈夫还活着时意欲同另一个人结婚的人为

犯重婚罪。”^[39]又如，法国曾经有一条法律规定，“禁止列车停止之际上下旅客”。但是，法院知法（*Jura novit curia*）。法国法院不可能按照这种字面含义适用法律。^[40]再如，日本1995年修改以前的《刑法》第108条规定，放火烧毁现供人居住或者现有人在内的建筑物的，构成对现住建筑物放火罪；其第109条第1项规定，放火烧毁现非供人居住或者现无人在内的建筑物的，构成对非现住建筑物放火罪。就后一条而言，“虽然法条使用的是‘或者’，但在这种场合，现非供人居住与现无人在内都是必要条件，所以应理解为‘并且’即‘而且’的意思”。^[41]可以看出，法律的完善，是立法者与法学者的共同任务；当我们要求刑法明确、协调、合理时，应当知道刑法的明确性、协调性、合理性需要立法者与解释者的共同努力。^[42]由此看来，法学者研究法律时，一方面要有宽广胸怀，胸怀造就法学家（*Pectus facit jurisconsultum*）；另一方面要进行合理解释，“解释是法律调整机制的必要因素”。^[43]

解释“永远是创造的进程”^[44]，“解释是思想的工作，这工作在于对隐藏在表面意义中的意义加以辨读，在于展开包含在字面意指中的意指层次”。^[45]解释的作用永远不可轻视。孔子的思想得以成为汉王朝的建国方略，得益于董仲舒的解释。“孔子毕竟是春秋时代的产物，如果没有董仲舒根据几百年的历史经验和汉代实际情况对它重新解释，它在汉代就不可能起作用。从西汉建国到董仲舒回答武帝策问，其间经历六十多年，读过《论语》的人成千上万，为什么没有人把《论语》献给高帝、惠帝、文帝、景帝，作为国家根本指导思想？就因为单纯的、未加解释的《论语》不管用，经董仲舒解释的《论语》才活了，才管用。”^[46]法律亦然，没有得到解释的法律实属一纸空文。法律解释权属于法律制定者（*Ejus est interpretari leges, cujus est condere*）的格言，已不符合我们的时代。^[47]应当认为，“在理解法律的真正含义时，最不当去垂问的人，就是立法者本身！事实上，这正印证了霍尔布雷斯勋爵（Lord Halsbury）在1902年所表达的观点：‘在对制定法的解释上，我认为，解释的最佳人选，永远不会是负责该制定法的起草之人。’”^[48]法学者对法律的解释虽然没有法律效力，但事实上指导着司法实践，在此意义上说，法律的解释具有法律的效力（*Legis interpretatio legis vim obtinet*）。特别是法学者的一致观点，总是对司法实践起着不可低估的作用，所以说，法学家的共同意见具有习惯的力量（*Communis opinio habet vim consuetudinis*）。

魂（*Ratio legis est anima legis*）。理同一就法同一（*Eadem est ratio, eadem est lex*）；没有法之理就没有法本身（*Ubi cessat ratio legis, cessat ipsa lex*）；如果法理消灭，法律自身也消灭（*Cessante ratione legis cessat ipsa lex*）。从法理中发现的一切都被认为存在于法律之中

（*Quaecunque intra rationem legis inveniuntur, intra legem ipsam esse judicantur*）。对刑法的解释，不能得出违背法理、不被接受的结论

（*Quod contra rationem juris receptum est, non est ducendum ad consequentias*）。解释者需要懂得法律的精髓，探求法律的真义，揭示法律的真谛；不可随意解释，不得歪曲法律；随意解释是最敷衍的态度，歪曲法律是最恶劣的行径（*Tortura legum pessima*）。对于刑法的解释，不要迷信立法者或者起草者当时的主观意图。诚然，法谚有云：任何人都是自己语言的最佳解释者（*Quilibet verborum suorum optimus interpres; Quisque suorum verborum optimus interpres*）。“自古以来的传统观念认为，作品的意义就是作者的原意，注释的目的就是把作者寄托在作品中的原意揭示出来，这就是所谓追求原意说。”^[49]追求原意的解释即法学上的主观解释。^[50]然而，“以追求作者原意为目的的注释是一种不切实际的幻想。千百年来，在这种幻想的笼罩之下，注释的本质被掩盖了，注释的作用被歪曲了”。^[51]第一，立法原意是什么，不仅对于解释者不明确，而且对于立法者也不明确。“自我认识也是一种解释，它不比其他的解释容易，的确可能比其他的解释更难。”^[52]认为“作者本人并不清楚，他要表达怎样的含义”^[53]，或者“根本就不存在本文的原义这样的东西”^[54]，或许显得过分，但在许多情况下的确是“旁观者清”。况且，立法者不是一个人，而是由很多人组成的机关。可是，有人就有意见（*Quot homines, tot sententiae*），立法机关的成员对同一条文也可能意见不一。第二，“当一个历史事件或一部作品被创造完成之后，创作者便同时失去了他对作品意蕴或历史事件的意义的所有权”。^[55]同样，“刑法一经制定，它就是一种客观存在，与立法原意产生距离”。^[56]“尽管作品的意义脱胎于作者的意图，但并不等于作者的意图，它们之间的关系犹如母体与胎儿的关系，胎儿离开了母体之后，尽管保留着母体的种种遗传基因，但毕竟不是母体的复制品，不能把二者等同起来。”^[57]第三，言为心声（*Verba sunt indices animi*）。“刑法是成文法，它通过语词表达立法意图，因此，解释者应当通过立法者所使用的语词的客观含义来发现立法意图。”^[58]换言之，“我们能直接把握的不是人的内在的、隐秘的灵魂，而是通过语言表现出来的思想和理性。”^[59]所以，“重要的并不是作者要表达什么，而是本文陈述了什么”^[60]；“我们必须尊重本文，而不是实际生活中的

作者本人”。^[61]第四，法律是许多人共同努力的产物，除直接起草者外，还有其他机关的一些代表人员参与以及立法机关的通过。“这些为数不少的人，可能对同一法律规定的意义有非常不同的理解，即使他们可以确实证明所有人都考虑到了同一点，也毕竟不对阐释的法学家们具有拘束力。因为对法学家来说，法律不是法律起草人、政府代表和议会议员的集合意志，而是国家的意志。这种国家意志与任何个人想要放入法律中的意志并无关系，它在任何情况下都根本不可能见诸法律之外，而只能在法律之中生存。……只有法律本身的内容才是关键所在。”法律家要努力探究的意志，是“仅在法律中体现的国家意志。不是法律起草人的意志，不是一种曾想到过的观念，它是处在不断发展中的，一种终结了的历史事实；它回答着具有新意义的，改变了时代关系所提出的法律需要和法律问题，而对于这种意义，法律起草人根本不会知道”。

^[62]第五，“并入制定法中的意义，也可能比立法者在他们工作中所想到的一切更加丰富——即使他们想到了，人们可能并不总是强调议员们对制定法表决所说出的东西。制定法本身和它的内在内容，也不是像所有的历史经历那样是静止的（‘往事保持着永恒的寂静’），而是活生生的和可变的，并因此具有适应力。……新的技术的、经济的、社会的、政治的、文化的、道德的现象，强烈要求根据现有的法律规范作出法律判断。在法律被迫迎合一些历史的立法者完全不可能了解和思考的现象和情势时，就超越了立法者。‘制定法一旦出现，就踏入社会效力领域，从那时起，制定法就从社会效力领域那里……对自己的内容作进一步的改造。’^[63]因此，我们就处在比历史的立法者自己所作的理解‘更好地去理解’制定法的境地之中。设想我们从当代，带着几十年的问题，回到与我们根本无涉的立法者的意志中，不可能是我们的使命。”^[64]第六，追求立法原意，多多少少反映出人治的观念。依法治国，要求立法者也受其所制定的成文法的统治。“法律概念一如其他人类创造力的表征，往往本身具有生命，使得创造它们的作者反被它们左右而非左右它们。”^[65]但是，一旦追求立法原意，就意味着法律概念不能左右其作者（立法者），而是作者（立法者）左右着法律概念。于是，某种解释结论是否合适，就由参与起草的人员决定。不能不认为，这是人治的反映与表现。法律不知父母，只知真实（*Lex non novit patrem, nec matrem, solam veritatem*）的格言，也意味着应当追求法律本身的真实含义。

根据罪刑法定原则，解释结论必须以刑法用语为根据，不能离开法律用语（*A verbis legis non est recedendum*）。一方面，语言是精神的表示（*Index animi sermo*），同样，用语的含义是法律的精神（*Sensus*

verborum est anima legis），解释应当使文言起作用（Sic interpretandum est ut verba accipiantur cum effectu; Verba cum effectu sunt accipienda）。另一方面，符号约束符号所表示的内容（Signum retinet signatum），罪刑法定原则所要求的成文法主义，就是要求用文字固定法律；要坚持罪刑法定原则，就应当恪守法律用语（Verbis legis tenaciter inhaerendum）。法学解释的对象是成文的法律，完全脱离用语就是推测而不是解释（Divinatio, non interpretatio est, quae omnino recedit a littera）；毁损用语的解释是恶劣的解释（Maledicta expositio, quae corrumpit textum）。而且，对一般用语应当作一般理解（Generalia verba sunt generaliter intelligenda; Verba generalia generaliter sunt intelligenda），对技术性用语应当技术性理解（Verba artis ex arte），“因为只要法律不是由法学专业词汇构成，那么它们的意义就取决于所用词汇的口语意义”。^[66]不难看出，罪刑法定原则要求首先进行文理解释，只有当文理解释不能得出合理结论时（这种现象很普遍），才需要进行论理解释。无模糊时应固守文言（Verbis satandum ubi nulla ambiguitas），在用语不模糊时，不得探索用语的意图（Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio）。言下之意，用语模糊时就允许进行论理解释。罪刑法定原则旨在限制司法权力，保障公民自由，所以，对制定法应当严格解释（Statuta sunt stricte interpretanda）。

“解释生来就是对目的的表述。”^[67]“规则及其他各种形式的法一旦被创设，则应当根据其服务的目标被解释、阐述和适用。”^[68]“事实上，相对于所有至今被提到的解释方法，现代的法律者甘愿置所谓的‘目的的’解释方式于一定的优先地位，这个方法是根据法律规定的目的、‘理性’（ratio）、‘理由思想’来研究，并从中考虑这些规定的‘意义’。”^[69]另一方面，目的解释也有助于明确规定的意义。哈特“举例说，‘禁止带车辆进入公园’这一禁令就具有不确定性，由于‘车辆’的范围具有‘开放性结构’。这里的‘车辆’这一术语是否包括玩具车、自行车或者救护车呢？哈特的分析的明显含义是：由于法律规则是以语言来规范的，无论如何，潜在于法律规则中的不确定性都应归因于刻画它的语词意义的不确定性”。^[70]显而易见的是，只要明确了公园设立“禁止带车辆进入公园”这一规则的目的，“车辆”的范围就相当清楚了。法律皆有目的（Nil frustra agit lex），刑法的目的是保护法益，“任何解释方法都或多或少包含了目的论解释；当不同的解释方法得出多种结论或者不能得出妥当结论时，就要以目的论解释为最高准则”。^[71]“正确的解释，必须永远同时符合法律的文言与法律的目的，仅仅满足其中一个标

准是不够的。” [72]

“学者的良心是追求真理、阐述真理的良心。” [73] 真理不可战胜（*Nihil possumus contra veritatem*），法律决不容忍违反真理的事情（*Contra veritatem lex numquam aliquid permittit*），法学者应以善意解释刑法，任何人都不能为了自己而宣示法（*Nemo jus sibi dicere potest*）。有利的应当扩充、不利的应当限制（*Favores ampliandi, odia restringenda*）；有疑问时应朝好的方向解释（*Dubia in meliorem partem interpretari debent*）；不应采纳有缺陷的解释（*Ea est accipienda interpretatio, quae vitio caret*）。当然，所谓有利与不利，好与不好，有无缺陷，并非仅从国家一方或者仅从被告人一方来考虑。“自从有刑法存在，国家代替受害人施行报复时开始，国家就承担着双重责任；正如国家在采取任何行为时，不仅要为社会利益反对犯罪者，也要保护犯罪人不受受害人的报复。现在刑法同样不只反对犯罪人，也保护犯罪人，它的目的不仅在于设立国家刑罚权力，同时也要限制这一权力，它不只是可罚性的缘由，也是它的界限，因此表现出悖论性：刑法不仅要面对犯罪人保护国家，也要面对国家保护犯罪人，不单面对犯罪人，也要面对检察官保护市民，成为公民反对司法专横和错误的大宪章（李斯特语）。” [74] 所以，只有同时有利于国家与被告人的，才应当进行扩充。

“无论是解释传统，还是解释历史、作品等等，解释者自身要处在一个特定的历史时刻，这个时刻可称为解释时间。另一方面，被解释的对象有它形成的历史时间。……这两个历史的时间之间，存在一个距离。” [75] “理解总是从解释者自身视野所感知的社会环境和文化背景开始的，也就是说，解释者总是在不同社会条件制约下、根据不同的时代需要和不同的文化背景从事理解活动的，因此在不同的时代、不同的地域，解释者对同一部作品的理解也是不同的。” [76] “刑法具有稳定性，但它同时必须适应社会发展的需要，否则它就没有生命力。” [77] 换言之，“时代是进化的，法律是保守的，我们果真要法律不至于僵直到不近人情的麻木状态，那么我们除了注重法律的立法时代的时代性以外，我们还得注意法律的解释时代的时代性”。 [78] 从解释的根本标准来说，“客观上约束法官的法的价值判断的，是所处时代的国民的整体意志，而不是制定成文法（或先例）时的国民的整体意志。诚然，成文法是其制定时的整体意志的反映，但解释者的判断的终极标准是现在的整体意志”。 [79] 在我国，刑法是人民意志的反映，因此，刑法解释必然受人民意志的约束，人民的意志就是理由（*Stat pro ratione voluntas*

populi)。“但是,这并不意味着受制定刑法时人民群众意志的约束,而是受解释时人民群众意志的约束。虽然刑法在制定时是人民群众意志的体现,但解释者的根本标准,是解释时的人民群众意志。”^[80]法律随时代更替而变化(Tempora mutantur et leges mutantur in illis),因此,对刑法应当作出符合时代需要的同时代的解释,同时代的解释是最好的解释,而且在法律上最有力(Contemporanea expositio est optima et fortissima in lege)。

整体包含部分(In toto et pars continetur)。“整体只能通过对其各部分的理解而理解,但是对其各部分的理解又只能通过对其整体的理解。”^[81]部分的理与整体的理同一(Partis eadem ratio est quae totius rei),基于前后关系作出的解释是最好的解释(Ex antecedentibus et consequentibus fit optima interpretatio),或者说,根据上下文作出的解释是最好的解释。“对一个本文某一部分的诠释如果为同一本文的其他部分所证实的话,它就是可以接受的;如不能,则应舍弃。”^[82]“法律条文只有当它处于与它有关的所有条文的整体之中才显出其真正的含义,或它所出现的项目会明确该条文的真正含义。有时,把它与其他的条文——同一法令或同一法典的其他条款——一比较,其含义也就明确了。”^[83]法律不允许制定法的分解与分割(Lex non patitur fractiones et divisiones statutorum),不通观法律整体,仅根据其提示的一部分所作出的判断或解释,是不正当的(Incivile est nisi tota lege perspecta de una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere)。所以,对刑法应当进行体系解释。使法律之间相协调是最好的解释方法(Concordare leges legibus est optimus interpretandi modus; Interpretare et concordare leges legibus est optimus interpretandi modus; Optimus interpretandi modus est sic leges interpretari ut leges legibus concordant);遇到不明确的规定时,应当通过明确的规定来阐释不明确的规定;遇到不明确的表述时,应当特别考虑表述者的意图(In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset);不应当由于某种不明确的规定而否定明确的规定(Non sunt neganda clara propter quaedam obscura)。

对刑法的解释应当遵从历史地形成的社会秩序内的习惯与人们的价值观念。习惯是法律的最好解释者(Consuetudo est optima legum interpres; Optima legum interpres consuetudo)。习惯与法律都是社会规范,事实上,古老的习惯作为法律得到遵守(Inveterata consuetudo pro lege custoditur),好的习惯比好的法律更有价值(Plus valent boni mores, quam bonae leges)。“我们的基本法律概念和法律制度,是在一

漫长的历史发展进程中逐步获得其主要意蕴的。”^[84]“所有的法律制度都表明它们的效力部分地建立在过去的延续性上面，而法律用语及法律习俗也都在维持这种延续性。”^[85]固然“不要让穿着古代甲青袍褂的人来支配现代法律”^[86]，但是，抛弃或者鄙视优良传统与习惯的法律解释，不可能是正确的，更不可能具有生命力。另一方面，“刑法反映存在于文化根底的价值，可谓其时代的文化的一面镜子。因此，如果价值发生变化，刑法也随之发生变化”。^[87]“刑法的样态是该社会的社会意识的忠实反映；关于对违法者实施以剥夺生命、自由、财产为内容的正式制裁的正当化，某个时代的、某个组织起来的共同体认为什么样的行为具有应当受到这种正式制裁的充分的非难可能性问题，是显示该社会的道德态度的晴雨表。因此，刑法特别敏感地反映着社会构造上或者社会意识上的变化。”^[88]“法律决定应以可为大多数人接受的正义观念，而不是个别法官之高度个人化的观点为基础。”^[89]法律排斥离奇的或者诡辩的解释（*Curiosa et captiosa interpretatio in lege reprobatur*）。

雪莱曾经指出：“一切高尚的诗都是无限的，就像第一粒橡子，潜藏着所有的橡树。我们可以掀开一层一层的罩纱，但永远不能露出最里面的赤裸裸的意义之美。一首伟大的诗是永远流淌着智慧和愉悦之水的源泉。一个人和一个时代凭借特定的关系穷尽了神圣的甘泉，但是另一个人和另一个时代会接踵而来，新的关系会重新培养出来，仍然会流溢出看不见、想不到的喜悦。”^[90]艾柯也说：“一件艺术作品，其形式是完成了的，在它的完整的、经过周密考虑的组织形式上是封闭的，尽管这样，它同时又是开放的，是可能以千百种不同的方式来看待和解释的，不可能是只有一种解读，不可能没有替代变换。这样一来，对作品的每次欣赏都是一种解释，都是一种演绎，因为每次欣赏它时，它都以一种特殊的前影响再生了。”^[91]对诗的阅读、对艺术作品的解读是如此，对成文刑法的阅读、解读也是如此。任何一种解释结论的正义性，都只是相对于特定的时空、特定的生活事实而言，生活事实的变化总是要求新的解释结论。“任何一种解释如果试图用最终的、权威性的解释取代基本文本的开放性，都会过早地吞噬文本的生命。”^[92]解释者应当正视法律文本的开放性，懂得生活事实会不断地填充法律的含义，从而使法律具有生命力。另一方面，法律产生于事实（*Jus ex facto oritur*）。事实的变化必然导致法律的变化，事实的通常状况改变法律（*Modica circumstantia facti jus mutat*），微小事实也能改变法律（*Minima circumstantia variat jus*）。所以，“规范必须与生活事实进入一种关系，它必须符合事物。这就是我们所称的‘解释’：探求规范的法律

意义。然而这种意义并非如传统法学方法论所说的，仅隐藏在制定法中，隐藏在抽象而广泛的意义空洞的法律概念中，相反地，为了探求此种意义，我们必须回溯到某些直观的事物，回溯到有关的具体生活事实。没有意义，没有拟判断之生活事实的‘本质’，是根本无法探求‘法律的意义’的。因此，‘法律意义’并非固定不变的事物，它系随着生活事实而变化——尽管法律文字始终不变——，也就是随着生活本身而变化”。^[93]所以，法律的生命不仅在于逻辑，而且在于生活。从事件的核心形成的解释在法律中是最适当、最有力的解释（*Expositio quae ex visceribus causae nascitur, est aptissima et fortissima in lege*）。法官不能仅从字面含义得出结论，拘泥于文字者拘泥于皮毛（*Qui haeret in littera, haeret in cortice*），而不可能掌握法律的精髓。所以，拘泥于文字不适合于法官（*Aucupia verborum sunt iudicis indigna*）。

对刑法的解释应当借鉴国内外优秀的法律文化遗产。“在自然科学和医学领域，研究成果进行国际交流，超越各国国境的探讨，这是我们都理解的，完全无需加以说明的理所当然的事情。……但是在法学领域却是令人吃惊的另一种情况。”^[94]然而，“所有发达民族的法律在阳光下迎风闪烁，千姿百态。这个颤动着的实体构成一个任何人依靠直觉无法了解的整体”。^[95]“世界上种种法律体系能够提供更多的、在它们分别发展中形成的丰富多彩的解决方法，不是那种局处本国法律体系的界限之内即使是最富有想象力的法学家在他们短促的一生能够想到的。”^[96]借鉴或者接受国外的法律传统，显然必须符合本国的目的与需要。“任何人都不愿从遥远的地方拿来一件在国内已有同样好的或者更好的东西，只有傻瓜才会因为金鸡纳霜 [奎宁] 不是在自己的菜园里长出来的而拒绝服用它。”^[97]

法律是理性的命令（*Lex est dictamen rationis*），法律以符合理性为目标（*Lex semper intendit quod convenit rationi*）。法律格言是法律文化遗产的精华。拉丁语法律格言并不只是罗马法的文化遗产，其中不乏英国法的文化遗产。^[98]虽然我们不知道不少法律格言出自古罗马的著名法学家和中世纪英国著名法学家之笔，但许多法律格言的渊源难以追溯。这可以说明法律格言的悠久。^[99]尽管人类社会经过了巨大变迁，但这些法律格言仍然显示出其生命力^[100]，不仅成为现代法学家们阐述自己观点的论据，而且作为许多立法的理由乃至成为法源。这可以说明法律格言的优秀。格言“是简洁而精辟的谚语，一般用以表达普遍持有的见解信念。……把世界各地的格言进行比较，可以发现不同的语言与文化条件下，智慧的核心是一样的。例如《圣经》里的‘以眼

还眼，以牙还牙’（Oculum pro oculo et dentem pro dente——引者注），在东非的南迪人当中类似的说法是，‘羊皮换羊皮，葫芦换葫芦’。这两者均构成行为的准则，并例证了格言的用处是传达部族人的智慧和行为的规范。……古拉丁文的格言独具一格，精辟而简练（例如，‘警告即预先防范’）”。^[101]由此看来，详述解释法律时借鉴法律格言的必要性以及研究法律格言的必要性，显属多余。

当然，处在现代的复杂社会理解古老的法律格言，不是一件易事。“没有人能够以一个客观观察者的角色来进行理解。所有解释者必然地带有本身的前设和关注，这一切不但影响当事人如何理解，也影响他们所作的结论。……人类总是通过个人的历史和成见，来思考我们的一切理解。以往的经验 and 知识——包括我们整个人的背景——塑造我们观察事物的角度和对事物的理解。”^[102]所有的人都有前理解或者前设，没有人是以“无关痛痒的客观性”来解释文本的。“理解永远是一个无限的、不断反复、不断更新的过程，历史和文化传统就在一次又一次的理解中得到继承和发展。因此，解释者完全没有必要因顾虑‘盲目先见’的影响而缩手缩脚，不敢提出自己创造性的见解。唯一可行的办法是，在理解过程中充分体会作品语言所表达的内容，严格按照作品内容所启示的范围和可能接纳的理解去展开解释。”^[103]

注释

[1] [美] 约翰·麦·赞恩：《法律的故事》，刘昕、胡凝译，江苏人民出版社1998年版，第3页。

[2] [日] 山田晟：《法学》，东京大学出版会1964年新版，第7页。

[3] 书中绿色字表述的是法律格言，凡在绿色字后的括号内注有拉丁文等外文的，为第一次出现的法律格言，没有注明外文的则为前面已经出现过的法律格言。

[4] [英] 沙龙·汉森：《法律方法与法律推理》，李桂林译，武汉大学出版社2010年版，第19页。

[5] 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1995年版，第82页。

[6] 参见孙国华课题组：《论法与利益之关系》，载《中国法学》1994年第4期。

[7] [美] 弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第20页。

[8] [美] 伯尔曼：《法律与革命》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年版，第185页。

[9] [德] 马克斯·韦伯：《经济与社会》（下卷），林荣远译，商务印书馆1997年版，第1页、第11页。

[10] 参见张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第26页以下。

[11] 在20世纪80年代后的相当长时间内，刑法学实际上演变为刑事立法学，而不是刑法解释学。

[12] 该格言中的Dura lex能否译为“恶法”还值得研究，因为拉丁语dura的基本含义是“粗略、粗糙、僵硬”。日本不少学者取其中“僵硬”的含义，将该格言释为“峻法亦法”。

[13] 根据托马斯·阿奎那（St. Thomas Aquinas）的说法，违背理性的法律应称之为非正义的法律。但是，在现实生活中，“这种理论有着明显的缺陷。一项制定法是否‘违背理性’往往是十分不确定的，而且关于一项特定法是否公正与合理的问题，人们也往往会产生广泛且重大的分歧。如果公开承认人们有权无视、废弃或不遵守一项非正义的法律，那么这些情形就会置法律制度的确定性与权威性于一种无法承受的压力与重负之下。正如西班牙的经院哲学家弗朗西斯科·苏亚雷斯（Francisco Suarez）所指出的，‘必须作出有利于立法者的假定……，这是因为如果不存在有利于立法者的这种假定，那么就会给国民无视法律大开绿灯：法律不可能公正到足以使一些人不对它们产生怀疑，尽管这种怀疑所依据的显然是一些似是而非的理由’”。（〔美〕E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第337页）。在依法治国的时代，在法律体系基本形成的前提下，应当强调严格执法。

[14] 〔美〕伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，生活·读书·新知三联书店1991年版，第28页。

[15] 朱采真：《现代法学通论》，世界书局1935年版，第93页。

[16] 亚里士多德语，转引自〔美〕斯东：《苏格拉底的审判》，董乐山译，生活·读书·新知三联书店1998年版，第111页。

[17] 例如，倘若将“为单位谋取利益”规定在定义中，而事实上有一些单位犯罪并不是为单位谋取利益（参见我国《刑法》第396条）；假如将“以单位的名义”规定在定义中，而事实上有些单位犯罪根本不需要或者不存在以单位名义实施的问题（如不经过海关的走私行为）。

[18] 日本现行刑法以及改正刑法草案、法国新刑法没有规定故意、过失的定义，也没有学者主张应当规定故意、过失的定义。

在本书看来，法学者在通常场合应反对法律下定义，而不是主张法律下定义。

[19]〔日〕内藤谦：《西德新刑法的成立》，成文堂1977年版，第51页。

[20]例如，被告人杨水在明知法律禁止的情况下，仍然将其非法取得的电雷管6679发藏匿于其在北京市石景山区西山峻景4号楼3单元603号的住处及门头沟区蔡家府村东侧平房院内地下。2008年3月23日杨水藏匿的电雷管被起获。公诉机关认为，被告人杨水违反国家有关爆炸物管理的法规，非法储存爆炸物，情节严重，应当以非法储存爆炸物罪追究其刑事责任。第一次开庭后，公诉机关变更了起诉罪名，认为被告人杨水无视国法，以危险方法危害公共安全，其行为触犯了我国《刑法》第114条之规定，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以危险方法危害公共安全罪追究其刑事责任。人民法院认定被告人杨水犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑5年。本案之所以没有合理地认定为非法储存爆炸物罪，是因为最高人民法院2001年5月15日《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条第1款规定：“刑法第一百二十五条第一款规定的‘非法储存’，是指明知是他人非法制造、买卖、运输、邮寄的枪支、弹药、爆炸物而为其存放的行为。”可是，证据均不能证明杨水的行为系明知是他人非法制造、买卖、运输或邮寄的雷管而为他人存放（参见

<http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=117825886>）。由于上述司法解释的定义存在缺陷，所以，2009年11月16日修正后的最高人民法院《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条第1款规定：“刑法第一百二十五条第一款规定的‘非法储存’，是指明知是他人非法制造、买卖、运输、邮寄的枪支、弹药而为其存放的行为，或者非法存放爆炸物的行为。”但是，这种定义方式同样存在缺陷。例如，单纯非法储存大量爆炸物的行为成立法定刑较重的非法储存爆炸物罪，与之相比，单纯非法储存大量枪支、弹药的行为（即不能证明与非法制造、买卖、运输、邮寄有直接关联的行为）也应成立法定刑较重的非法储存枪支、弹药罪吧！可是，按照修正后的司法解释，却只能认定为法定刑较轻的非法持有、私藏枪支、弹药罪。这再一次表明，司法解释中的定义都

是危险的。

[21] [英] 沙龙·汉森：《法律方法与法律推理》，李桂林译，武汉大学出版社2010年版，第20页。

[22] [美] 理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第55页。

[23] [法] 亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，郑钧译，上海人民出版社1987年版，第69页。

[24] 例如，1979年《刑法》规定的流氓罪被称为“口袋罪”，于是人们普遍要求将流氓罪分解为若干罪名。可是，流氓罪中的“其他流氓活动”不可能至少难以毫无遗漏地得到分解。公然猥亵行为没有被1997年修订的《刑法》规定为犯罪，就说明了法律越是细密漏洞越多。

[25] 张明楷：《妥善处理粗疏与细密的关系力求制定明确与协调的刑法》，载《法商研究》1997年第1期，第15页。

[26] 林纪东：《法学通论》，台湾远东图书公司1954年版，第89页。

[27] [美] 理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第61页。

[28] [日] 三谷隆正：《法律哲学原理》，徐文波译，商务印书馆1937年版，第92页。

[29] 例如，东罗马帝国的优士丁尼禁止私人对其法典进行注释，违者以伪造罪论处；弗里德里希·威廉二世在其《普鲁士邦法》的颁行敕令中明文禁止法官解释；《法国民法典》问世不久便有人作出注释，拿破仑抛书叹曰：“嗟乎，朕之法典已废矣。”

[30] 转引自[德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司1999年版，第7页。

[31] [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中

国大百科全书出版社1997年版，第106页。

[32] [法]亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，郑钧译，上海人民出版社1987年版，第63页。

[33] [德] Ingeborg Puppe：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，台湾元照出版公司2010年版，第89页。

[34] 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》（上），中国人民大学出版社2011年第2版，第218页以下。

[35] 叶蜚声、徐通锵：《语言学纲要》，北京大学出版社1991年版，第31页。

[36] 董洪利：《古籍的阐释》，辽宁教育出版社1993年版，第72页。

[37] [奥]欧根·埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，中国大百科全书出版社2009年版，第442页。

[38] 其原文为：The offence is committed by a person who "being married, shall marry any person during the life of the former husband or wife."

[39] [英] G. D. 詹姆斯：《法律原理》，关贵森等译，中国金融出版社1990年版，第51页。

[40] 参见[美]理查德·A.波斯纳：《法官如何思考》，苏力译，北京大学出版社2009年版，第183页。

[41] [日]大塚仁：《刑法概说（总论）》，有斐阁1992年改订增补版，第365页。

[42] 参见[日]前田雅英：《现代社会与实质的犯罪论》，东京大学出版会1992年版，第40页。

[43] [苏]阿列克谢耶夫：《法的一般理论》（下册），黄良平、丁文琪译，法律出版社1991年版，第675页。

[44] 德国哲学家伽达默尔 (Gadamer) 的观点, 参见刘安刚: 《意义哲学纲要》, 中国编译出版社1998年版, 第71页。

[45] [法] 保罗·利科: 《解释的冲突》, 莫伟民译, 商务印书馆2008年版, 第13页。

[46] 阎韬: 《孔子与儒家》, 山东教育出版社1991年版, 第64页。

[47] 参见张明楷: 《立法解释的疑问》, 载《清华法学》2007第1期, 第19页以下。

[48] [比] 范·卡内冈: 《法官、立法者与法学教授》, 薛张敏敏译, 北京大学出版社2006年版, 第18页。

[49] 董洪利: 《古籍的阐释》, 辽宁教育出版社1993年版, 第41页。

[50] 参见张明楷: 《刑法的基础观念》, 中国检察出版社1995年版, 第205页以下。

[51] 董洪利: 《古籍的阐释》, 辽宁教育出版社1993年版, 第73页。

[52] [法] 保罗·利科尔: 《解释学与人文科学》, 曲炜等译, 河北人民出版社1987年版, 第50页。

[53] [美] 赫施: 《解释的有效性》, 王才勇译, 生活·读书·新知三联书店1991年版, 第29页。

[54] 保罗·瓦莱里 (Paul Valery) 之语, 转引自 [意] 艾柯: 《诠释与过度诠释》, 王宇根译, 生活·读书·新知三联书店1997年版, 第42页。

[55] 刘安刚: 《意义哲学纲要》, 中国编译出版社1998年版, 第65页。

[56] 张明楷: 《刑法的基础观念》, 中国检察出版社1995年版, 第210页。

[57] 董洪利：《古籍的阐释》，辽宁教育出版社1993年版，第75页。

[58] 张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第211页。

[59] 徐友渔等：《语言与哲学》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第38页。

[60]〔美〕赫施：《解释的有效性》，王才勇译，生活·读书·新知三联书店1991年版，第19页。

[61]〔意〕艾柯：《诠释与过度诠释》，王宇根译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第79页。

[62]〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第169页以下。

[63]〔德〕梅茨格尔：《整体刑法学杂志》59（1940），第573页。——原文注释

[64]〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第109—110页。

[65]〔英〕丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，张茂柏译，新星出版社2005年版，第239—240页。

[66]〔德〕阿·迈纳：《方法论导论》，王路译，生活·读书·新知三联书店1991年版，第25页。

[67] 德沃金语，转引自〔英〕蒂莫西·A.O.恩迪科特：《法律中的模糊性》，程朝阳译，北京大学出版社2010年版，第215页。

[68]〔美〕罗伯特·S.萨默斯：《美国实用工具主义法学》，柯华庆译，中国法制出版社2010年版，第3页。

[69]〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第85页。

[70]〔美〕托马斯·莫拉维茨：《作为经验的法律：法律理论与法律的内在观点》，载陈锐编译：《法律实证主义：从奥斯丁到哈特》，清华大学出版社2010年版，第321—322页。

[71]张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第232页。

[72] C.Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 151.

[73]〔日〕团藤重光：《法学的基础》，有斐阁1996年版，第357页。

[74]〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第96页。

[75]刘安刚：《意义哲学纲要》，中国编译出版社1998年版，第65页。

[76]董洪利：《古籍的阐释》，辽宁教育出版社1993年版，第75页。

[77]张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第212页。

[78]朱采真：《现代法学通论》，世界书局1935年版，第81页。

[79]〔日〕渡边洋三：《法社会学与法解释学》，岩波书店1959年版，第109页。

[80]张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第213页。

[81]金克木：《比较文化论集》，生活·读书·新知三联书店1984年版，第243页。

[82]这是奥古斯丁在《论基督教义》中所阐明的学说，转引自〔意〕艾柯：《诠释与过度诠释》，王宇根译，生活·读书·新

知三联书店1997年版，第78页。

[83] [法]亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，郑钧译，上海人民出版社1987年版，第70页。

[84] [美]伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，生活·读书·新知三联书店1991年版，第28页。

[85] 同上书，第49页。

[86] 19世纪英国法制史学家弗雷德里克·梅特兰之语，转引自潘念之主编：《法学总论》，知识出版社1981年版，第18页。

[87] H. Mannheim, *Criminal Justice and Social Reconstruction*, Kegan Paur, Trench, Trubner & Co. Ltd, 1946, p. 2.

[88] 转引自[日]新谷一幸：《关于十九世纪前半期德国犯罪与刑罚的考察——法益思想的导入与宗教犯罪·风俗犯罪的“复活”》，载《大阪市立大学法学杂志》第28卷第1号，第111页。

[89] [德]齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第23页。

[90] 转引自[英]拉曼·塞尔登编：《文学批评理论》，刘象愚、陈永国译，北京大学出版社2000年版，第24页。

[91] [意]安伯托·艾柯：《开放的作品》，刘儒庭译，新星出版社2005年版，第4页。

[92] [英]韦恩·莫里森：《法理学》，李桂林等译，武汉大学出版社2003年版，第555页。

[93] [德]亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司1999年版，第89页。

[94] [德]K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第25页。

[95] 德国学者拉贝尔之语，转引自同上书，第59页。

[96] 同上书，第26页。

[97] 德国学者耶林（Jhering）之语，转引自同上书，第29页。

[98] 英国12、13世纪的最重要的法律用语是拉丁语，官厅的记录是用拉丁语写成的，从12世纪开始出现的被称为“案卷”的立法、行政乃至司法的记录，全是用拉丁语所写，并且，这些记录除了共和政体时期以外，直到1731年都是使用拉丁语。不少拉丁语法律格言，实际上是英国人表述出来的。

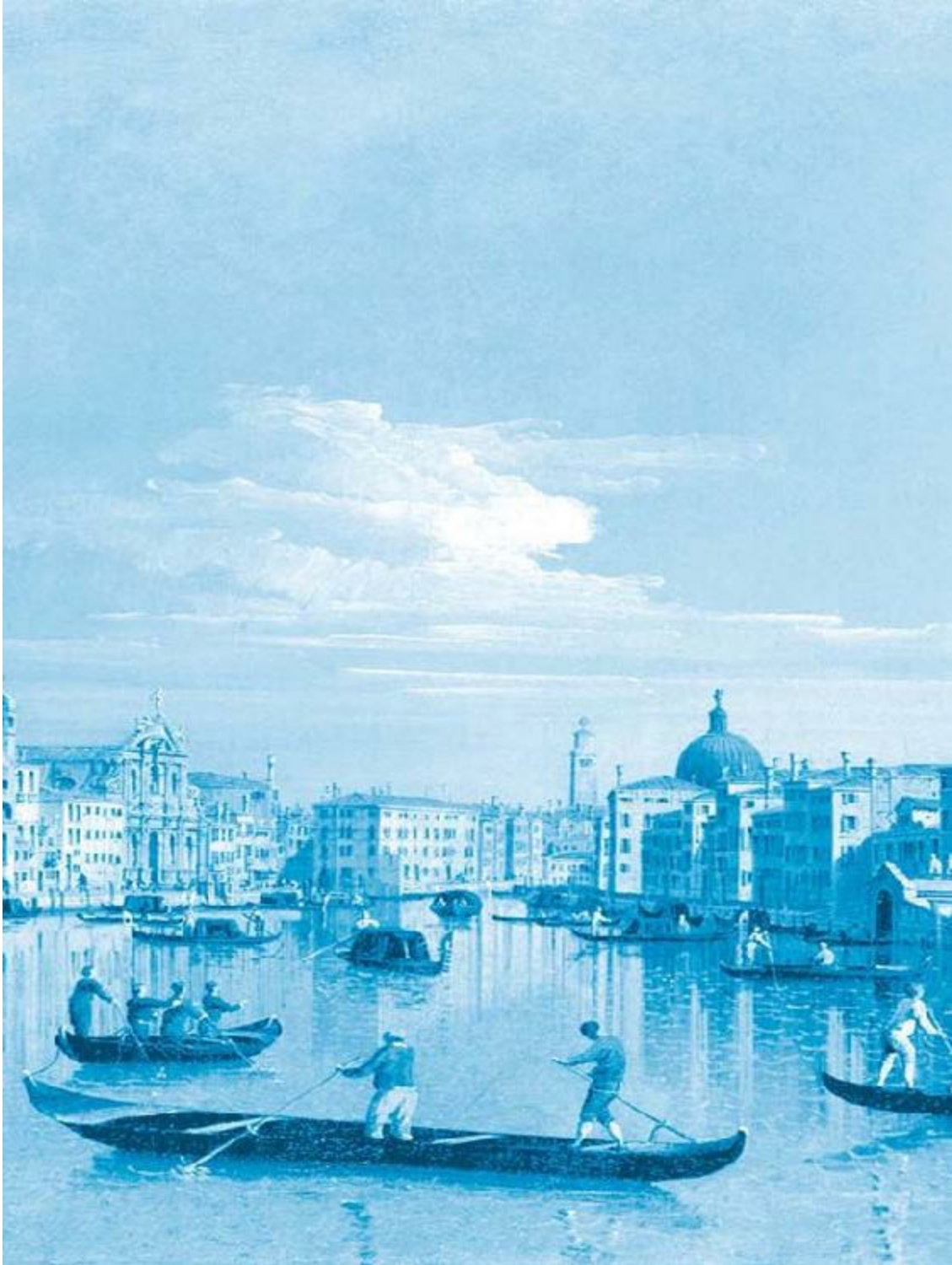
[99] 参见〔日〕穗积陈重：《法律进化论》，黄尊三等译，中国政法大学出版社1997年版，第91页以下。

[100] 当然也有一些在我们现在看来很不合理的法律格言，例如，对实行者与同意实行者处同等刑罚（*Facientes et consentientes pari poena plectantur.*）。

[101] 《简明大不列颠百科全书》第3卷，中国大百科全书出版社1985年版，第402页。

[102] 〔美〕W. W. 克来恩、C. L. 布鲁姆伯格、R. L. 哈伯德：《基督教释经学》，尹妙珍等译，上海人民出版社2011年版，第11页、第12页。

[103] 董洪利：《古籍的阐释》，辽宁教育出版社1993年版，第80页。



Bernardo Bellotto (1721—1780) , The Grand Canal Facing Santa Croce (detail).

没有法律就没有犯罪，没有法律就没有刑罚

没有法律就没有犯罪，没有法律就没有刑罚（Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege）的格言，也可译为法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚，与没有法律就没有犯罪与刑罚（Nullum crimen nulla poena sine lege）格言的含义完全相同，是罪刑法定原则的格言表述与经典表达，即只要没有制定法的规定，就不存在犯罪与刑罚，或者说，能够规定犯罪与刑罚的，只限于制定法。据说，这一格言最先是由近代刑法之父费尔巴哈（A.Feuerbuch）于1801年在其刑法教科书中用拉丁语表述出来的，而非出自罗马法。^[1]

从法律规定上看，罪刑法定原则的最先来源是1215年英王约翰签署的《大宪章》，其第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。”这一规定是当时的贵族、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。此后，英国相继出现了一些制宪性文件，使上述规定的基本思想存续。^[2]

上述思想后来在美国广为传播。1774年10月14日美国殖民地代表会议的权利宣言，宣布国民有不可侵犯的人权，它虽然只是一种单纯的宣言，但1776年6月12日的《弗吉尼亚权利法案》（Virginia Bill of Rights）第8条则明确规定了罪刑法定主义思想，其原文如下：“That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty, nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the

judgment of his peers."其他各州的宣言中也能见到类似的规定。1787年的《美国宪法》规定，不准制定任何有溯及力的事后法；1791年的《宪法修正案》第5条规定：“不依法律规定，不得剥夺任何人的生命、自由和财产。”这些规定使罪刑法定原则具体化，并丰富了它的内容。

但是，刑法理论通常认为，现代意义的罪刑法定原则的法律渊源是法国1789年8月26日的《人权宣言》、1791年的《法国宪法》及1810年的《法国刑法典》。《人权宣言》由17条组成，其第8条规定了罪刑法定原则，即“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》融化了这一精神，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。”这是最早在刑法典中规定罪刑法定原则的条文，它的历史进步意义在于使罪刑法定原则从宪法中的宣言式规定变为刑法中的实体性规定。受1810年《法国刑法典》的影响，大陆法系国家刑法典纷纷规定了罪刑法定原则。^[3]刑法理论之所以认为，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》，是因为《大宪章》第39条的规定只是权利斗争的产物，还没有思想基础。

寻支流不如探渊源（*Satius est petere fontes quam sectari rivulos*）。一般认为，罪刑法定原则的思想渊源，是三权分立思想以及心理强制说。

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。”^[4]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。^[5]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没有法律就没有犯罪，没有法律就没有刑罚。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，人们对行为的快感或者对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。^[6]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。^[7]

三权分立思想与心理强制说，虽然是罪刑法定原则产生的理论渊源，但是，它们仅具有沿革的意义，而并没有为罪刑法定原则提供完整的理论根据。

首先，三权分立思想并没有完全为罪刑法定原则奠定思想基础。

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，亦即，你在裁判时就审理，你在统治时就命令（*Si judicas, cognosce; si regnas, jube*），这否认了罪刑擅断主义，为罪刑法定原则中的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找到理论根据。而且，应当注意的是，在欧洲，权力分立是一个僵硬的学说，它与立法至上原则密不可分。“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，这种立法至上在逻辑上的内涵，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。”^[8]换言之，三权分立的僵硬学说，并不符合大陆法系各国的法制现状，不能说明罪刑法定原则的现实。

其次，费尔巴哈的心理强制说也受到了批判。

刑事古典学派认为犯罪是人的自由意志的产物，即凡是具有刑事责任能力的人都是有理性的人，他们具有自由意志，能够自由决定是否将外界诱因作为犯罪的动机，能够在犯罪与非犯罪之间作出自由的选择。古典学派的其他代表人物虽然没有明确回答行为人在作出选择时取决于哪些因素，但是他们都没有认为这种选择仅取决于行为人对愉快与痛苦的比较。这至少表明，他们并不完全赞同费尔巴哈的心理强制说。而且，德国的埃里克·沃尔夫（Erik Wolf）明确否定心理强制说，他通过对犯罪原因的调查研究，认为行为人实施犯罪行为并不是基于愉快与痛苦的比较，而是因为实施犯罪行为前有一种侥幸心理，以为犯罪后不会被发现、可以逃避刑罚处罚；如果人们没有这种侥幸心理，则不会实施犯罪行为。此外，期待不处罚是实施犯罪的最大诱因（*Maxima est illecebra peccandi impunitatis spes*），不处罚给予实施犯罪以不断的诱惑（*Impunitas continuum affectum tribuit delinquenti.*）、期待不处罚给予实施犯罪以不断的诱惑（*Spes impunitatis continuum affectum tribuit delinquendi*）等法律格言也给沃尔夫的观点以佐证，从而否定了心理强制说。当然，沃尔夫的观点也过于绝对，例如，机会是犯罪原因（*Occasio causa scelerum*），行为人实施违法行为或者是基于预谋，或者是基于冲动，或者是基于偶然（*Delinquitur aut proposito aut impetu aut casu*），而不可能是单一的原因，但这从另一方面否认了心理强制说。

黑格尔（Hegel）实际上也批判了费尔巴哈的心理强制说。黑格尔对犯罪与刑罚之间的关系作了辩证的说明，他认为犯罪是对法的侵害、

是对法的否定，它虽然是一种积极的、外部的实在，但其自身是无价值的；刑罚则是对犯罪的否定。他说：“犯罪行为不是最初的东西、肯定的东西，刑罚是作为否定加于它的，相反地，它是否定的东西，所以刑罚不过是否定的否定。”^[9]他还说，“认为刑罚既被包含着犯人自己的法，所以处罚他，正是尊重他是理性的存在。如果不从犯人行为中去寻求刑罚的概念和尺度，他就得不到这种尊重。如果单单把犯人看做应使变成无害的有害动物，或者以儆戒和矫正为刑罚的目的，他就更得不到这种尊重”。^[10]在黑格尔看来，刑罚不是施加恶害于犯人的东西，而是尊重犯人理性的东西；刑法不是单纯的同害报复，而应是具有“与侵害的价值相应的等价性”。根据黑格尔的观点，费尔巴哈的心理强制说只是把人当狗一样看待的理论，而没有尊重人的尊严与自由。

刑事实证学派则否认人有自由意志，认为犯罪是人的素质与环境的产物。意大利的龙勃罗梭（Lombroso）走向极端，认为凡是具有一定的身体或精神特征的人，不可抗拒地必然实施犯罪行为，因此，人是否实施犯罪行为，不是其自由意志选择的结果，不是其对愉快与痛苦进行比较的结果。菲利（Ferri）则认为犯罪的原因除了人类学的原因以外，还有物理的与社会的原因。他指出，认为犯罪人存在自由意志是一种纯粹的幻想，犯罪是由犯罪人的素质与环境所决定而必然产生的。李斯特（Liszt）也否认犯罪人有自由意志，认为犯罪是由人类学的原因与社会的原因所决定的。^[11]这些观点妥当与否另当别论，但实际上都批判了费尔巴哈的心理强制说。

尽管学者们都认为费尔巴哈最先从刑法上提出罪刑法定原则，也正是在此意义上称他为近代刑法学之父，但几乎没有人赞成他的心理强制说。换言之，人们只认为心理强制说对于罪刑法定原则的提出具有沿革意义，而不认为心理强制说能成为罪刑法定原则的理论基础。

由上可见，三权分立思想与心理强制说，虽然对罪刑法定原则的提出具有历史意义，但它们现在不再是罪刑法定原则的理论基础。尽管法谚说，原则证明而不被证明（Principia probant, non probantur），原则没有理由（Principiorum non est ratio），或者说，原则不需要理由，但我们还是需要说明罪刑法定原则的思想基础。应当认为，罪刑法定原则的理论基础主要是民主主义与尊重人权主义，即民主主义与尊重人权主义不仅必然要求实行罪刑法定原则，而且决定了该原则的内容。^[12]

首先，实行罪刑法定原则是民主主义决定的。

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）。”^[13] 重大事项，听从众人（*Consilia multorum requiruntur in magnis*）。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。这就推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。

其次，实行罪刑法定原则是尊重人权的要求。

自由不能以金钱评价（*Libertas non recipiat aestimationem; Libertas est res inaestimabilis*）。为了保障人权，不致阻碍公民的自由行为，又不致使公民产生不安感，开没有法律就没有就要使公民事先能够预测自己行为的性质与后果，因此，对什么行为是犯罪、对犯罪给予什么处罚，必须事前作出明文规定。不懂得法律与自由的关系的人，常常认为刑法是限制自由的，事实上完全相反，我们因为自由并为了自由而遵守一切法律（*Legibus idcirco omnes servimus, ut liberi esse possimus*）。如果没有刑法，则任何人都可以为所欲为，这样，任何人的自由都可能被他人侵犯。如果法律事先将各种应当受处罚的行为规定下来，那么，任何人都没有侵犯他人自由的自由，于是，任何人的自由都有了法律保障。所以，我们是法律的奴隶，因而我们是自由的（*Legum idcirco servi*

sumus ut liberi esse possumus)。“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。”^[14]如果没有刑法，人们事先不能预测自己的行为性质与后果，在实施行为之前或者实施过程中，就会担心自己的行为是否受到惩罚，从而导致行为的“萎缩效果”，自由受到了无形的限制。有了刑法，人们只要不违反刑法即可（当然也要遵守其他法律），因为应当禁止而不予禁止便视为允许（*Qui non prohibet quod prohibere potest, assentire videtur*），甚至可以说，能够禁止而不禁止就是命令（*Qui non prohibet, cum prohibere potest, jubet*）。在这个意义上，刑法不仅没有限制自由，而且保护和扩大了自由。所以洛克说：“法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益，……法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由。”^[15]总之，没有法律就没有违犯（*Ubi autem non est lex, nec praevaricatio*），我们可以实施的是法律允许实施的行为（*Id possumus quod de jure possumus*），在法律允许的范围内我们是自由的，法律是最安全的盔甲，在法律的保护下任何人都不受侵犯（*Lex est tutissima cassis, sub clypeo legis nemo decipitur*）。

不难看出，人权的保障、行动的自由，有赖于国民对行为的预测可能性。一方面，如果国民能够预测自己的行为性质与后果，就不会因为不知道行为的性质而侵犯他人的利益，也不会因为不知道自己的行为是否会受到法律制裁而感到不安或者不敢实施合法行为，从而导致行为萎缩的效果。另一方面，如果国民能够预测他人的行为，就不会总是担心自己的利益受到侵犯而感到不安。但是，预测可能性的前提是事先有成文法规定，这就导致成文法主义。国民难以根据习惯法预测自己行为的性质，故预测可能性要求禁止习惯法^[16]；事后法不能使国民具有预测可能性，因此，具有预测可能性要求禁止事后法^[17]；如果在具有成文法的前提下实行任意解释，国民也不能预测自己的行为是否被任意解释为犯罪行为，这也侵犯了国民的行动自由，所以必须禁止任意解释。不仅如此，刑法作为一种行为规范，必须能够由国民理解，作为一种裁判规范，必须能够被司法工作人员掌握，故成文法的规定必须明确，不得含混或模棱两可，更不能前后矛盾。否则，国民依然不能预测自己行为的性质（刑法条文含混时）或者左右为难（刑法条文前后矛盾时）。这就导致罪刑法定主义的明确性原则。

不可否认，刑法也确实具有限制自由的一面，如上所述，刑法是通过限制自由的手段来保护和扩大自由的，二者之间有一个平衡与综合的

问题。美国大法官斯通（Stone）对与此有关的问题做了一番论述，他指出：“人并不是孤立地活着，也不是仅为自己而活着。这样，一个复杂社会的组织工作就具有了重大意义，在这个社会中，个人主义必须服从交通规则，一个人为所欲为的权利必须服从市区规划法令，有时甚至还要服从限价规则。正是应在何处划定界限的问题——这条界限标志着个人自由和权利的适当范围同政府为更大的利益而采取的行为的适当范围之间的分界线，以确保最低限度地牺牲上述两种类型的社会利益——乃是宪法的一个永恒课题。”^[18] 斯通所说“个人自由和权利的适当范围同政府为更大的利益而采取的行为的适当范围之间的分界线”，实际上是保护个人自由与限制个人自由（政府权力）的分界线。显然，国家应当以限制最小范围的自由来保护最大范围的自由。因此，刑法对处罚范围的规定必须合理，如果过多地限制国民的自由，就使国民自由的范围过于窄小，导致违背刑法的宗旨；反之，如果让许多严重侵犯他人自由的行为合法化，则不利于保护大多数国民的自由。这就导致罪刑法定原则的禁止处罚不当罚的内容。不仅如此，刑法对各种犯罪的处罚作了明确规定之后，犯罪人的自由也得到了保障，即犯罪人只有在法律规定的范围内承受处罚的义务，没有承受法外制裁的义务，亦即，在依法受处罚之外还是自由的。如果没有刑法对处罚的具体规定，犯罪人就没有自由可言。所以，李斯特说，刑法不仅是善良人的大宪章，而且是犯罪人的大宪章。这就引申出罪刑法定原则的禁止绝对不定刑、禁止绝对不定期刑的内容。

此外，一般预防与责任主义也能为罪刑法定提供思想基础。

一般预防目的是指刑法具有预防一般人犯罪的目的。犯罪是侵害法益的行为，是破坏社会安宁的行为。国民的安宁是最高的法律（*Salus populi est suprema lex; Salus populi suprema lex esto*）、公共安宁是最高的法律（*Salus publica suprema lex*）、国家安宁是最高的法律（*Salus rei publicae suprema lex*）都是有名的法律格言，充分说明了安宁对国家、对社会、对国民的至关重要性。所以，法律的制定是为了市民的安宁与国家的安全（*Leges ad civium salutem, civitatumque incolumitatem, conditae sunt*）。安宁意味着有条不紊的秩序，因而也是一种理想状态。刑法在维护社会安宁中起着十分重要的作用，说没有刑法就没有社会安宁，是一点也不过分的。维护安宁纵然是国家的需要，但同时也是公民的期待。心理学家马斯洛（Maslow）指出：“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

意外的、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。”^[19] 故法谚云：不要扰乱安宁（*Quieta non movere*）。但是，“人们在生活安排方面对连续性的诉求与他们要求在相互关系中遵守规则的倾向之间是存在着联系的。无论何时只要人的行为受到法律规范的控制，重复规则性这一要素就会被引入社会关系之中。一种源于过去的权威性渊源，会以一种重复的方式被用来指导私人的或官方的行为。遵循规则化的行为方式，为社会生活提供了很高程度的有序性与稳定性”。

^[20] 所以，国民要求有安宁的生活，就得要求事先存在行为规则，依据行为规则生活即是国民的期待，又使社会安宁。由于刑法所关心的都是重大事项，故上述“行为规则”首先应包含刑法规范。如果事先没有刑法规范，不仅没有满足国民的生活要求，而且不可能有社会安宁和国家安全。这引申出罪刑法定原则的法律主义要求。不仅如此，由于国民根据规则生活才有安宁，规则混乱必然导致生活混乱，所以刑法的规定必须明确；换言之，为了市民的安宁，法律设计的内容必须是确定的

（*Constat ad salutem civium inventas esse leges*）。概言之，如果刑法追求一般预防的目的与效果，就必须在事前明确规定被禁止的行为，从而使人们不实施犯罪行为。所以，从一般预防原理，可以引申出成文法主义、刑法的明确性、禁止溯及既往等内容。

根据责任主义原理，刑罚以行为人具有非难可能性为条件；然而，只有当行为人在事前已经知道或者至少有机会知道自己的行为被刑法所禁止时，才能讨论行为人是否具有非难可能性。因此，责任主义要求事前明确规定被禁止的行为，也引申出罪刑法定主义的部分内容。

由上可见，民主主义、尊重人权以及一般预防与责任主义是罪刑法定原则的思想基础。以往，刑法理论认为，罪刑法定原则的内容是成文法主义、禁止类推解释、禁止事后法、禁止绝对不定期刑，这被称为形式的侧面；后来又要求刑法的内容适当、正当，派生出禁止不明确的刑罚法规（明确性原则）、禁止处罚不当罚的行为与禁止残酷的、不均衡的刑罚的要求，这被称为实质的侧面。^[21] 形式的侧面主要约束的是司法者，实质的侧面主要约束的是立法者。所以，法律约束立法者

（*Leges suum ligent latorem*）。换言之，对于任何立法者而言，你应当忍受自己颁布的法律（*Tu patere legem quam fecisti*）。甚至还可以说，法律本身也受法的支配（*Ipsae leges cupiunt ut jure regantur*）。事实上，罪刑法定原则的内容与要求是无限的，即凡是违反罪刑法定原则的思想基础或基本理念的，都是违反罪刑法定原则的。特别是民主主义原理决定了任何违反人民群众意志的解释与做法，都违反罪刑法定原则。在此