

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 14

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

刑法原理与原则专栏

【魏昌东】

刑事法治与刑法立法关系思辨

【刘四新】

立法与司法的和谐统一：社会危害性与罪刑法定关系论
——兼论罪刑法定原则的功能缺陷

中国刑法

【张心向】

案件事实对法律规范之建构探微

——以刑法规范为分析视角

【赵秉志 彭新林】

关于许霆案件的法理问题思考

外国刑法

【〔德〕约克·艾斯勒著 蔡桂生 译】

抽象危险犯的基础和边界

【董玉庭 龙长海】

俄罗斯犯罪客体理论的历史沿革

国际刑法

【宋健强】

“国际刑事法治”实践理性的充分展示

——“国际刑事法院第一案”诉讼详情实证研究

犯罪学与刑事政策

【刘广三 李艳霞】

犯罪预防的新思路：利用环境设计预防犯罪

——奥斯卡·纽曼的“防卫空间理论”述评



刑法论从

100

100

1

100

100

100

100

100

Abstract

100

100

1. *Journal of Management Studies*, 1996, 33, 1, 1-14.
 2. *Journal of Management Studies*, 1996, 33, 2, 1-14.

100

100

第14卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 14

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主 编

■ 阴建峰 / 主编助理

■ 袁 彬 张 磊 魏昌东 / 专业编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 第14卷 / 赵秉志主编. —北京: 法律出版社,
2008. 6

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8533 - 0

I. 刑… II. 赵… III. 刑法—文集 IV. D914. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 073261 号

© 法律出版社·中国

刑法论丛. 第14卷

赵秉志 主编

责任编辑 孙东育

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14.5 字数 412 千

印次 2008 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8533 - 0

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔刑法原理与原则专栏〕

- | | | |
|-----|---|-----|
| 1 | 刑事法治与刑法立法关系思辨 | 魏昌东 |
| 35 | 立法与司法的和谐统一:社会危害性与罪刑法定关系论
——兼论罪刑法定原则的功能缺陷 | 刘四新 |
| 81 | 论罪刑法定主义视域中的不纯正不作为犯
..... | 许成磊 |
| 115 | 刑事和解与刑法正义价值、平等原则的冲突与对接
——以“以钱买刑”为核心 | 武小凤 |

〔中国刑法〕

- | | | |
|-----|--------------------------------------|---------|
| 148 | 案件事实对法律规范之建构探微
——以刑法规范为分析视角 | 张心向 |
| 183 | 刑法解释权配置模式探析 | 喻海松 |
| 213 | 当代中国死刑民意的状况、成因及其变革路径
..... | 王东阳 |
| 236 | 关于许霆案件的法理问题思考 | 赵秉志 彭新林 |
| 290 | 中国知识产权刑法立法模式的转变探讨 | 刘 科 |
| 305 | 清代流放刑罚概说 | 王云红 |

〔外国刑法〕

- 331 抽象危险犯的基础和边界
..... [德]约克·艾斯勒著 蔡桂生译
- 344 俄罗斯犯罪客体理论的历史沿革 董玉庭 龙长海

〔国际刑法〕

- 368 “国际刑事法治”实践理性的充分展示
——“国际刑事法院第一案”诉讼详情实证研究
..... 宋健强
- 409 袁宏伟事件的法理分析 张 磊

〔犯罪学与刑事政策〕

- 432 犯罪预防的新思路:利用环境设计预防犯罪
——奥斯卡·纽曼的“防卫空间理论”述评
..... 刘广三 李艳霞
- 456 稿约

CONTENTS

[Special Column for Basic Principles]

Thorough Consideration on the Relationship Between the Criminal Rule of Law and the Legislation of Criminal Law	Wei Changdong 1
The Complementary Integration of Legislation and Justice; on the Relationship Between the “ Social Harm ” Theory and the “ Nulla Crimen Sine Lege, Nulla Poena Sine Lege ” Principle	Liu Sixin 35
The Offense of Nontypical Omission Based on Principle of the Non Penalty without a Law	Xu Chenglei 81
From Competition to Accommodation——on the Relationship between the Criminal Reconciliation and the Criminal Law Principle of Justice and Equality	Wu Xiaofeng 115
[Chinese Criminal Law]	
On the Construction of the Legal Rules Based on the Facts of the Case from the Perspective of Criminal Rules	Zhang Xinxiang 148
On the Allocation Mode of the Power in the Interpretation of Criminal Law	Yu Haisong 183

The Situation of the Public Opinion of Death Penalty in China and its Cause and Reform Measures	Wang Dongyang	213
Reflections on the Legal Problems of Xu ting Case	Zhao Bingzhi & Peng Xinlin	236
Studies on the Transformation of Mode of Criminal Legislation on Intellectual Property of China	Liu Ke	290
A Brief Discussion about Banishment in Qing Dynasty	Wang Yunhong	305
[Foreign Criminal Law]		
The Foundation and Fringe of the Abstract Endangerment Crime	Prof. Dr. Jörg Eisele Trans. by Cai Guisheng	331
The History Development of Theory at the Aspect of Russian Criminal Object	Dong Yuting & Long Changhai	344
[International Criminal Law]		
The Presentation of Practical Reasons of International Rule of Law in Criminal Fields—Positive Study on the Particulars of Proceedings of the First Case of ICC	Song Jianqiang	368
Jurisprudence Analysis of Yuan Hong wei Case	Zhang Lei	409
[Criminology and Criminal Policy]		
New Ideas for Crime Prevention: the Use of Environmental Design during Crime Prevention—— Review of Oscar. Newman's “ Defensible Space Theory”	Liu Guangsan & Li Yanxia	432
Notice to Contributors		456

〔刑法原理与原则专栏〕

刑事法治与刑法立法关系思辨

魏昌东*

目 次

一、导论

二、刑事法治：溯源与建构

（一）刑事法治：现代法治的基石

（二）刑事法治的起点：罪刑法定原则的确立

（三）刑事法治的中国建构

三、刑法立法关系：机理与价值探究

（一）刑法立法及刑法立法关系

（二）刑法立法关系：刑法立法影响因素的表达方式

（三）刑法立法关系考察对刑法立法的价值性

四、刑法立法关系：属性与摄取原则

（一）刑法立法关系的基本属性

（二）刑法立法关系的摄取原则

（三）刑法立法关系的范围确定

五、结语

* 北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员，法学博士，南京审计学院科研处副处长。

一、导 论

法治目标的确立与制度的建构,是20世纪以来中国社会最为重大的社会变革之一。现代法治不仅是人类走出蒙昧迈入文明的起点,也是现代文明社会的基本标志之一。基于世界文化的趋同性,中国法治的现代化在经历了20世纪初叶分娩的阵痛、新中国诞生时期的转型和20世纪70年代末期以来的巨大发展后,在21世纪构建和谐社会的实践中面临着新的机遇和挑战。立法是法治的第一个环节,是将存在于一定社会基本结构之中的社会正义予以规范确认的过程。刑法立法的诞生是人类理性的反映,以刑法立法的不断完善为标志,人类实现了对犯罪反应由本能向理性的演进,对刑法立法科学性的探寻成为人类孜孜以求的目标。德国法学家H.科殷提出,“法的理念作为真正的正义的最终的和永恒的形态,人在这个世界上既未彻底认识也未充分实现,但是,人的一切立法的行为都以这个理念为取向,法的理念的宏伟景象从未抛弃人们”,^①这是现代法治赋予刑法立法更为神圣使命的根本原因。在当代中国法治现代化的进程中,刑事法治是中国刑法学者热切关注的问题,刑事法治一向被认为是现代法治的根本标志和法治大厦的基石,而建构刑事法治至关重要的前提在于确保刑法立法的正当性与科学性,在刑法的膨胀与缺位之间寻找最佳切合点。正义标准的终极性与演进性、现代社会关系主体与利益层次的多样性,造就了现代刑法立法科学性评价标准的多元性与复合性。较之其他部门法,刑法立法关涉更多的价值选择与利益冲突,刑法立法无时不处于各种矛盾激烈冲突和尖锐对立的核心,刑法立法的发展与完善是科学处置各种彼此冲突,甚至尖锐对立的社会关系的结果。关注刑法立法中各种关系的冲突,分析冲突类型、寻找协调机制是刑法立法科学的基础,也是中国刑法现代化的必由之路。刑事法治目标的确立与现实化,为刑法立

^① [德] N.科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2003年版,第10页。

法正当性的追问提供了不竭的动力。中国刑事法治的建构,不断深化着立法者、刑法理论研习者对刑法立法关系深入思考的程度,这是刑事法治目标实现的关键。

立法者在刑法立法中对日益繁复、相互冲突,甚至尖锐对立的不同利益的协调,孕育了现代刑法的生命,并为现代刑法向立法适度、立法科学目标的逼近提供了重要的观念基础。人类进化的历史见证了刑法立法不断走向人道、民主和科学的足迹,刑法立法的发展与进化,在为人类提供更为理性的国家治理机制、模式的同时,也不断为塑造人类理性的行为选择机制奠定了基础。在人类已经迈入 21 世纪的今天,肇始于人类刑事法治理念,以及由此而触发的刑法理念更新的动力,对刑法立法中妥善协调、处置各种相互冲突的关系的思考,正受到刑法学人前所未有的关注。

二、刑事法治:溯源与建构

(一) 刑事法治:现代法治的基石

现代法治或曰法治(制)现代化^①是 20 世纪 90 年代以来中国法学界广泛关注的法哲学问题之一。考察人类的文明演进史,今天我们将之作为主要治道的法治,曾与神治、人治和德治一样同为国家和社会治理的一种基本模式。“在前现代社会,神治、德治或人治往往成为主要的治道。然而,人类自步入现代社会以来,社会结构、社会关系和社会价值发生了重大的变化,理念与制度的全面世俗化、理性化与民主化,致使神治失据、德治失灵、人治失信,法律遂成为一种‘世俗之神’,具

^① 我国学者公丕祥教授提出,系统的典型的法律与现代化理论或法律发展理论是本世纪(20 世纪——引者注)60 年代初由美国的一批学者首先创立的。参见公丕祥著:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 37 页。在法律现代化的研究中,公丕祥先生使用“法制现代化”指称法治的演进过程,统览全书,笔者认为,公先生所使用的“法制现代化”一语是与学界所通用的“法治现代化”相通的,故本文在同一意义上使用本概念。

有了至高权威,由此法治成为了主要的治道。”^①法治的产生来源于人类对理想秩序的追求,秩序构成人类赖以生存的基础,表现为人类生存环境的有序状态。

人类对秩序的追求,促使我们必须理性面对秩序构建中的诸多争端。现代法治的确立,从总体上框定了国家权力与公民权利的一般关系,为国家运用法律调整社会关系、建构社会秩序提供了一般的准则。现代法治诞生于素有民主意识的西方社会,究其原因在于,在西方社会早期演进发展中就得以确立并不断发展着的对法律与自由关系的思考及相关的制度建构。现代西方法治理论和实践的发展在宏观上经历了两个大的分期,并形成了形式主义法治理论与修正形式主义法治缺陷的实质主义法治理论,二者的精髓均在于强调法律在国家与社会生活中的至上地位,而其界限则在于对法治价值内涵的不同诠释。形式主义法治强调守法与法律得到严格执行,因而“只是法律适用的问题,与法律本身无关”。^②法律至上,反对特权,法律普遍得到遵守,是形式法治主义的基本要求;而现代实质主义法治则强调法律的内在价值,追求法律的自然正义性,从而将关注的重点延伸至法律的善恶判断之中。《牛津法律大辞典》对法治的内涵解释是,“在任何法律制度中,法治的内容是:对立法权的限制;反对滥用行政权保护措施;获得法律的忠告、帮助和保护大量的平等的机会;对个人和团体各种权利和自由的正当保护以及在法律面前人人平等……它不是强调政府要维护和执行法律及秩序,而是说政府本身要服从法律制度,而不能不顾法律或重新制定适应本身利益的法律”。这一定义所强调的是法治的实质侧面,是与“法治国的基本精神在于:一个受法约束的国家”^③的观念相通的。据此,我们可以揭示出法治的基本特点:社会生活的统治形式和统治手段是法律;国家机关不仅仅适用法律,而且其本身也为法律所支配;法律

① 高鸿钧:《现代法治的出路》,清华大学出版社2003年版,第2页。

② 严存生:“法治社会的‘法’与‘治’”,载《比较法研究》2005年第6期。

③ 陈兴良主编:《刑法理念导读》,法律出版社2003年版,第2页。

是衡量国家及个人行为的标准。^① 法律必须是良法、正义之法,揭示了实质法治主义的灵魂与精髓。法治演进的道路表明,形式法治主义与实质法治主义之间并不存在冲突与对立,实质法治的产生不是为了取代形式法治主义,而是现代法治内涵被不断丰富与深刻揭示的必然结果,二者间呈现出一种良性互动的关系。

人类进入新千年以来,法治已经成为人类社会发展最为重要、最为宏大的趋势之一。然而,由现代社会关系的复杂性与多样性所决定的社会秩序保障机制的多元性,在法治的不同治理层面中,存在内在要求与价值意蕴的差别。作为对这一宏大趋势的回应,在国家法律制度中居于基础和核心地位的刑法,必然将构建刑事法治作为其根本使命。“刑事法治是刑事领域的法治,是刑事法的价值内容。”^② 刑法的存在是人类社会中的一个久远事实,但在人类社会发展的不同历史阶段,其存在的理由和根据却并不相同。专制社会中的刑法是一国法律的全部,作为祭坛上的“圣物”,是维护国家利益的工具,对个体利益的侵犯亦被视为对国家统治秩序的侵犯,西欧中世纪和中国封建社会的刑法甚至成为推行宗教、社会伦理道德的工具,刑法文化成为一国法律文化的

① T. A. 默克尔:“法治国的观念和形态”,转引自公丕祥主编:《法哲学与法制现代化》,南京师范大学出版社 1998 年版,第 450 页。

② 陈兴良:“刑事法治的理念建构”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第 6 卷),中国政法大学出版社 2000 年版,第 11 页。在中国刑法学者中,陈兴良教授最早揭示了刑事法治的内涵,而对刑事法治外延的揭示则是储槐植教授在《刑法机制》一书中提出的。依储教授的观点,“刑事法治”包括对犯罪反应的法治化(犯罪学领域的“法治”,其核心要点在于科学地认识犯罪规律,合理而有效地组织对犯罪的反应),包括刑法法治(即刑法现代化,具体包括刑法结构的改变和刑法运作机制的完善两个方面),包括刑事程序法治(提倡程序正义,宣扬程序的独立价值,通过程序达到刑法机制的顺畅运作),包括证据适用领域的法治(一系列证据规则的建立、证人出庭等相关制度的建立与完善),包括行刑法治(即行刑现代化,其要点有行刑人道化、行刑科学化、行刑社会化与行刑技术化等),包括刑事政策的法治化(探讨“刑法是刑事政策的篱笆墙”的具体展开)等几个分支领域。这些领域相互制约而又融会贯通,共同构成了刑事法治的整体框架。储槐植、宗建文等:《刑法机制》,法律出版社 2004 年版,第 237~238 页。根据储教授所确定的刑事法治范围,我国刑事法治的建构可谓是任重而道远。

主导,刑法成为专制统治者实现有效统治最基本的需求。与之相适应,对刑法调整的范围、层次与手段进行有目的的制约与限制难以实现。随着现代社会政治国家与市民社会的分离,社会主体获得了更多的自由,社会主体生活方式的多样化、需求层次的多元化趋势不断加快,人类开始构建以自我为中心的各种秩序共同体,出现了政治秩序、经济秩序、文化秩序、生活秩序乃至道德秩序多元并存的局面。新型秩序的产生要求与之相对应的秩序维护机制,基于秩序的不同性质及其之于人类关系的层次,秩序维护机制也随之分化,不仅法律维护机制成为多元社会秩序维护机制的一种,而且在法律维护机制的建构中也基于不同法律关系的差异,出现调整方法多样性的趋势。现代法治国家的刑法一方面通过对特定行为的禁止和惩罚,规范和约束全体国民的行为,并为国家运用刑罚权惩罚犯罪提供法律依据,发挥法益保护、秩序维护的功能;另一方面又通过罪刑法定原则严格制约下的犯罪构成和法定刑设置,规范、限制国家刑罚权的发动与行使,保障国民不受法外入罪和法外量刑之侵害,发挥人权保障的功能。^①现代法治中的刑法是一个权力与权利相互依存、制约的矛盾共同体,刑法一方面限制权利而又对权利实施保护;另一方面又在保障权力的同时,规制权力的行使路径和范围,但其核心是确立法对国家的主导地位。

从现代法治的视角观察,在人类通过法律所维护的各种秩序中,刑法所维护的秩序具有根本性与基础性,刑法所维护的秩序是构建、发展其他一切秩序的前提,较之其他法律所维护的秩序,刑法是一种最低层次的秩序需求,具言之,刑法的调整所要达至的目标并不是为了确保社会关系最优化、社会秩序至善化,而只是确保秩序符合社会发展的最基本要求。而且,由于社会秩序在一定程度上的松弛会减少社会发展的阻力、缓和利益关系之间的张力,从而为社会的快速发展提供缓和的秩序与机制环境,因而刑法所选择的调整机制与其他法律存在差异,通过刑法所限制的国民的自由具有最低限度性特征,而其他秩序的生成则需要层次更高或者更为完善的机制,由此决定了刑法是社会秩序的最

^① 参见梁根林:《刑事法网:扩张与限缩》,法律出版社2005年版,第2页。

低保障线,刑事法治是国家法治体系木桶中的最短的那块木板,构成了法治的底线。基于此,只要将对国家刑法权、刑罚权的限制控制在能够使公民获得最低限度的自由保障的程度,就足以以为公民从事社会政治、经济、文化活动提供必要的前提,就此而言,刑事法治构成法治最为重要的基础。

刑法的最低需求性决定了刑事法治在现代法治中的基础地位,法治的界面性决定了刑事法治的核心地位。所谓法治的界面性,是指通过法律约束、限制公民权利与国家权力的层次和程度的差异性。刑事法治之所以处于法治的基础地位取决于刑法与其他部门法的关系,刑法相对于其他部门法具有补充法和保障法的性质,刑法的补充性表现为,“刑法是对不服从第一次规范(如民法、行政法、经济法)所保护的利益进行强有力的保护的第二次规范”。^①“刑法在根本上与其说是一种特别法,还不如说是其他一切法的制裁力量。”^②只有当其他部门法不能充分保护某种社会关系时,才由刑法进行保护;刑法的保障性的表现为,刑法是运用强有力的刑罚措施保障其他法律的实现,从而刑事法治当之无愧地构成现代法治的基石。

(二)刑事法治的起点:罪刑法定原则的确立

“‘法治国’的主要目标就是要保护公民对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

① [日]宫本英修:《刑法大纲》(总论),日本弘文堂1935年版,第3页。

② [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1962年版,第63页。

法治国。’”^①法治的核心价值意义在于:确信法律能够提供可靠的手段来保障每个公民自由地合法地享用属于自己的权利,^②罪刑法定原则的立法确认,使法治在刑事法领域得到贯彻,同时也为法治的确立提供了可能,“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”,实行罪刑法定原则是迈向法治的第一步。^③罪刑法定原则在刑法中的确立,标志着国家刑法权、刑罚权受到限制的法定化与实定化。

罪刑法定原则最早可以追溯至英国1215年的自由大宪章,但这一思想的普及、推广并被确认为国际法上的普遍承认的原则,则是在资本主义国家形成和发展时期完成的,且在英美法系与大陆法系国家存在不同的制度渊源。英美法系国家罪刑法定原则的确立选择了程序法保障的机制,而大陆法系国家则主要是从实体法意义上加以规定。罪刑法定的诞生是西方资产阶级启蒙运动的产物,以尊重个人自由、主张个人权利为核心的西方古典自然法理论的形成、发展及其广泛传播孕育了罪刑法定原则,也孕育了刑事法治,刑事法治原则的普遍确立与现代资本主义法治国家的形成、发展存在相辅相成的关系。在古典自然法学派的代表人物中,洛克以自然权利与社会契约建构起来的以自由为精神的政治哲学理论,成为罪刑法定主义的主要理论支撑。继洛克之后,孟德斯鸠严格区分公民自由的类型,主张公民的自由包括政治上的自由与哲学上的自由两种类型,其中,“哲学上的自由,是要能够行使自己的意志,或者,至少(如果应从所有的体系来说的话)自己相信是在行使自己的意志。政治的自由是要有安全,或是至少自己相信有安全。并且这种安全从来没有比在公的或私的控告时受到的威胁更大的了”。因此,孟德斯鸠得出结论:“公民的自由主要依靠良好的刑法。”^④意大利刑法学家贝卡利亚将古典自然法的思想引入刑法领域,从而建

① [美]埃尔斯特新、[挪]斯莱格斯塔德编:《宪政与民主》,潘勤、谢鹏程译,三联书店1997年版,第120~121页。

② 参见公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第67页。

③ 张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第50页。

④ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第188页。

构成刑事古典学派的理论体系。依贝氏的主张,在自然状态下,人人都享有自然权利,但是连续的战争状态使个人无力享受那种由于朝不保夕而变得空有其名的自由。只有通过社会契约,才能使人们联合起来建立政治社会,法律就是把这些入联合成社会的条件。为此,人们必须把自己的一部分自由转让给社会。并且“这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权。一切额外的东西都是擅权,而不是公正的,是杜撰而不是权利。如果刑罚超过了保护集存的公共利益这一需要,它本质上就是不公正的,刑罚越公正,君主为臣民所保留的安全就越神圣不可侵犯,留给臣民的自由就越多”。^①在贝卡利亚看来,犯罪是对实定法化了的社会契约的违反,它同时反映了贝卡利亚希望通过罪刑的法定性来保障人们的权利、自由,防止司法擅断的美好理想。基于明确国家权力与公民自由界限的需要,必须将公民转让自由的范围明确化,这一明确化也从另一个视角界定了国家权力对公民自由干预的范围,从而在贝卡利亚的理论中罪刑法定成为刑法必须贯彻的第一原则。在罪刑法定原则由理论向制度的转化中,费尔巴哈发挥了重要的作用,费氏在将贝卡利亚所极力斥拒的自然法、道德等概念逐出了刑法领域的同时,还赋予刑法本身最高的权威性,强调犯罪就是对法律的违反,是对法所赋予的权利的侵害。为了在刑事制裁中真正确立依法治国的思想,他率先提出了罪刑法定主义这一近代刑法的基本原则,主张:“市民的刑罚只有由刑法并且仅仅根据刑法才能给予。在刑法中而且由于行为违反刑法时,才为了加市民以刑罚害恶的惟一根据。所以,没有法律,也就不存在市民的刑罚。现在的法律不能适用时,刑罚也不能适用。”^②主张:法治国的实现,不仅需要罪、刑具有法的确定性,更需要规定罪、刑的刑法本身的确定性来加以支撑。通过刑事古典学派的努力,罪刑法定原

① [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第9页。

② [日]山口邦夫:《19世纪德国刑法学研究》,八千代出版有限公司1979年版,第38页,转引自马克昌主编:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第86页。