



法律方法文丛
Legal Method Library

罪刑法定的实现： 法律方法论角度的研究

**The Realization of No Punishment Without Law :
From the Angle of Legal Methodology**

王瑞君 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



法律方法文丛
Legal Method Library

罪刑法定的实现： 法律方法论角度的研究

**The Realization of No Punishment Without Law :
From the Angle of Legal Methodology**

王瑞君 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

罪刑法定的实现:法律方法论角度的研究/王瑞君著. —北京:北京大学出版社,2010.6

(法律方法文丛)

ISBN 978-7-301-17229-2

I. 罪… II. 王… III. 刑罚-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 094917 号

书 名: 罪刑法定的实现:法律方法论角度的研究

著作责任者: 王瑞君 著

责任编辑: 郭薇薇

标准书号: ISBN 978-7-301-17229-2/D·2597

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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

印刷者: 北京山润国际印务有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 14 印张 251 千字

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 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

导论 /001

- 一、罪刑法定的实现——一个待深入耕耘的领域 /003
- 二、罪刑法定的实现与法律方法 /004

第一章 刑法的机械适用与绝对罪刑法定的命运 /007

- 一、机械适用设计下罪刑法定的特征 /011
 - (一) 形式主义的罪刑法定 /011
 - (二) 三段论的基本裁判思维模式 /012
 - (三) 法官是法律的喉舌 /015
 - (四) 以人权保障、法的安定性作为价值追求 /019
- 二、刑法机械适用与绝对罪刑法定的历史背景与根源 /021
 - (一) 社会背景与根源 /021
 - (二) 思想文化根源 /023
 - (三) 学说促进 /027
 - (四) 制度支撑 /029
- 三、刑法机械适用与绝对罪刑法定的命运及其启示 /031
- 四、严格法制时代英美严格程序规制的罪刑法定 /035

第二章 通过解释实现罪刑法定 /043

- 一、罪刑法定原则下刑法解释的必要性 /045
 - (一) 罪刑法定的演进与刑法解释权向法官的回归 /045
 - (二) 罪刑法定之“法”需要解释 /048
- 二、刑法解释的目的 /053
- 三、刑法解释的方法 /058
 - (一) 刑法解释方法学说概览 /058
 - (二) 刑法解释实践与刑法解释方法之运用 /064

四、影响法官解释刑法的材料 /087

五、刑法解释的特征 /099

(一) 罪刑法定对刑法解释的价值规制 /099

(二) 区别于民法解释的严格规则制约下的刑法解释 /102

六、刑法解释与刑法漏洞之处理 /107

七、英美刑法解释的特殊性及其启示 /111

第三章 通过论证实实现罪刑法定 /117

一、典型案例引发的思考 /119

二、法律论证理论的兴起 /123

三、与刑事裁判之相关话题 /127

四、法律论证对罪刑法定实现的启示 /143

五、刑事裁判法律论证的场域 /146

(一) “场域”、“法律论证”语义使用说明 /146

(二) 刑事裁判法律论证的场域试析 /148

六、刑事裁判法律论证的局限 /159

第四章 法律方法的综合运用与我国实现罪刑法定的进一步思考 /167

一、适用、解释与论证:方法上的对照与关联 /169

二、法律裁判思维模式与演绎推理 /172

(一) 关于法律裁判思维模式的不同学说 /173

(二) 演绎推理的基本骨架得以保留 /178

(三) 刑法解释、法律论证在构筑刑事个案裁判
大前提中的作用 /184

三、法律方法的综合运用 /187

四、尊重与怀疑实在法的两个不同面向及评析 /194

五、我国实现罪刑法定中法律方法运用的基本立场 /198

(一) 我国法治后发型的现实 /198

(二) 当下我国罪刑法定的价值取向 /200

(三) 罪刑规范与个案事实的复杂关系 /203

(四) 法律方法运用的基本立场 /204

参考文献 /209**后记 /215**

导 论



一、罪刑法定的实现——一个待深入耕耘的领域

自罪刑法定早期渊源即 1215 年英国《大宪章》开始,罪刑法定原则由刑事古典学派倡导的思想学说各国实体法对该原则的确立,从绝对罪刑法定到相对罪刑法定,该原则始终是哲学家、法学家关注的热点。我国 1997 年修订的《刑法》确立了罪刑法定原则,在我国刑法史上具有里程碑式的意义。围绕这一原则,我国刑法学界和司法实务界掀起了一个新的研究高潮,除新版刑法教科书均将该原则作为刑法的重要内容予以阐述外,论文、专著、会议等形式都对这一原则给予了高度的重视,出现了罪刑法定的研究盛况,相关研究成果对推动我们对罪刑法定的深入理解,加深对刑法甚至对新时代整个刑事法律的理念、蕴涵的理解具有重要的价值。

随着法治建设的不断推进,中国法学研究逐步由“宏大叙事”转向“微观论证”,人们越来越关注如何将写在纸上的法律规范转化为现实的法律秩序,关注法治秩序如何操作的问题。刑事法治是由法治得出的合乎逻辑的结论,其研究和实践,也大抵如此。刑事法治意味着以刑法限制国家刑罚权,包括对立法权、司法权的限制,保障公民的自由与权利。从这个意义上说,罪刑法定原则是刑事法治题中的应有之义,或者说,刑事法治在刑法领域的直接体现和根本的标志就是罪刑法定的确立。

我国与西方发达国家经历的实现罪刑法定的路径不同。西方发达国家的罪刑法定走的是先有观念后有立法,通过立法确立法律原则的路径,迄今,罪刑法定在这些国家不仅观念得以牢固确立,而且直接体现于其刑事司法实践中。在我国,可以说是先由立法确立罪刑法定的法律原则,然后才从观念上树立罪刑法定的价值理念。在此背景下,关注对刑法的不足的评定和补正、关注罪刑法定价值理念和价值追求的研究无论如何都不为过。而从 1997 年修订的《刑法》颁布至今刑法学界关注的问题点来看,我国学者首先把目光集中到了立法环节,刑法中罪刑规范设置情况、明确性程度成了法学研究人员和实务工作者关注的重点,其次是有关罪刑法定观念维新的关注和呼吁,这些均已取得可观的研究成果。但总体而言,目前的研究视角还略显单一,因为要使罪刑法定原则的精神实质在我国真正落地生根,最为重要的是刑事司法人员在具体法律适用中对该原则的切实坚守,观念的转变只是一种停留于抽象意义上的东西,只有司法才能使转变了的观念得以具体化和现实化。于是,研究罪刑法定原则更需要我们进行研究视角的转化,即实现以立法为中心的研究视角向司法为中心的

研究视角的转化,将着力点放在对关键学术问题即罪刑法定司法化的突破上。

二、罪刑法定的实现与法律方法

罪刑法定的实现关键在于司法环节,罪刑法定的司法化依赖于方法的得当,因此,关注罪刑法定与法律方法的内在联系,研究罪刑法定实现中的法律方法的运用具有重要的意义。

关于法律方法,理论界对其含义存在不同理解,研究的角度和撰写著作的体例也都差别很大。有英国学者将法律方法称为法律人处理法律渊源的技术。如伊安·麦克劳德(Ian Mcleod)的《法律方法》一书分为三编,分别为“思想与制度”(包括法律和法律推理导论、英国法的分类、英国主要法院的管辖权、法律方法的宪法背景、欧共体法律结构、欧共体法在英国的实施、欧共体法与国家主权、人权保护与基本自由、发现、援引和适用法律渊源)、“判例法与先例”(约束力先例导论、判决理由与附带意见、先例的垂直与水平维度、上议院受自身约束吗、上诉法院受自身约束吗、高等法院受自身约束吗、先例作为法律改革的工具、欧洲法院的先例与原则)、“制定法与制定法解释”(制定法与制定法解释导论、明白含义、除弊与目的、法律意图思想、现代解释实践、欧洲法院的立法解释)。^①我国学者陈金钊教授认为:“所谓法律方法是指站在维护法治的立场上,根据法律分析事实、解决纠纷的方法。”^②与法律方法、法律方法论相关的概念有法学方法、法学方法论、法律适用等。德国拉伦茨(Karl Larenz)教授认为,法学方法是“以某个特定的、在历史上逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问”^③。日本法学家川崎武夫说:“所谓法学方法论是指在裁判中如何正确发现法律标准的理论,大陆法系国家对法学方法论的普遍认识是有关正确确定作为法源的法律(实定法源包括成文法和习惯法)的解释和适用方法的法学理论。”^④我国台湾地区学者杨仁寿所著的《法学方法论》一书由引论、法学认识论、法学发展论、法学实践论、法学构成论等几部分组成,而占有较大篇幅的法学实践论部分大体包含:狭义的法律解释、价值补充、漏洞补充、类推、利益衡量,大体上侧重于司法领域法运作层面的思考与论证。关于法

① Ian Mcleod, *Legal Method* (third edition), Macmillan, 1999. 转引自孔祥俊:《法律解释方法与判解研究》,人民法院出版社 2004 年版,第 4 页。

② 陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社 2003 年版,第 198 页。

③ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,引论第 1 页。

④ 陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社 2003 年版,第 261 页。

律适用,法律人对法律适用作出了多种多样的解说。例如,美国现代法理学大师罗斯科·庞德(Roscoe Pound)教授的几乎每一部著作都被奉为经典,其中就有《法哲学导论》。该书第三章章名为“法律适用”,其首当其冲的内容为依法裁决争议涉及三个步骤:(1)找法;(2)对所选定或者确定的规则进行解释;(3)将如此找到和解释的法律适用于争议。^①我国台湾学者韩中谟对于法律的适用归纳为“司法机关职司审判,判明是非曲直,以实现法律的正义”,在谈到“维护法律秩序,实现正义”时讲到:“司法的主要任务,是在审判公私生活上的争议,这种争议的发生,当然有碍于健全的社会秩序,解决争议,亦即所以回复秩序,因此,司法官对于任何诉讼案件,不能因法无明文,即拒绝审理,致令争议晦而不彰,社会秩序无法维持。详言之,在法律不明时,司法官应该运用解释权,阐明法的真义,当法无明文时,涉及刑事者,应依据罪刑法定主义,宣告无罪,涉及民事者,应依据习惯或法理,为适当裁判。”^②

由于法律方法在多数场景被理解为法律适用中的方法,着眼于具体个案,并大体上将法律发现或法官找法、法律推理、法律解释、法律论证等归入法律方法之列。因此,基于法律方法的运用恰好与罪刑法定在司法环节的实现相契合,故本书使用法律方法一词,以尽量减少歧义。与此同时,就罪刑法定实现的字面含义而言,可大体包含理念层面的实现、立法层面的实现、司法层面的实现等,其中司法层面的实现非常关键。而法律方法司法定向的特征,以它作为罪刑法定实现的研究角度,也就限定了本书所谓的罪刑法定的实现意指司法层面的实现。

我国是采制定法作为法源的国家,与所有制定法存有的局限一样,作为我国罪刑法定之“法”及其所确立的规范并不能为司法办案人员解决一切问题。规范的抽象性、内容涵盖的有限性、规范的不确定性以及作为法律载体的语言本身存在的模糊性,使得罪刑法定之“法”的局限性不可避免。于是,法律方法显现出其重要的作用。由于刑罚处罚的严厉性特征,罪刑法定原则下的刑法运作中,法律方法的运用呈现出不同于其他部门法如民法的特征,因此,对罪刑法定的实现及其中法律方法进行研究,力求建立起法律方法与刑法部门法的联系,借助刑法部门法丰富的素材和实践中遇到的大量的疑难案件和问题,既可取纯哲学思考之理论思辨之魅力,又不乏一些鲜活个案分析的实践吸引力,不仅能够推进法律方法的认识与研究,更能为法官裁判刑事案件提供一种更具实用价值的思维方式和思维范例。

① Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, 1922, p. 49.

② 韩中谟:《法学绪论》,中国政法大学出版社2002年版,第91—92页。

本书大体沿着法律方法理论发展脉络来构思写作内容。具体安排如下：

(1) 鉴于产生于 17、18 世纪特定时代的刑法的机械适用和绝对罪刑法定的设计模式, 尽管作为一种乌托邦式的设想, 以实践中的行不通而告终, 但考虑到其理性的设想和立法、司法环节的努力所造就的一个特定的严格法制时代及其对于欧美走向法治功不可没的影响, 于是, 对其特征、历史背景及理念支撑进行客观的梳理和评价, 以为法治后发型的我国走向法治提供启示。

(2) 伴随法律方法在 19 世纪以来呈现出由机械适用的观念设计到法官解释法律取得自由裁量权的转型, 本书对通过解释实现罪刑法定进行历史的深入考察和现实的对比、分析, 对刑法解释的目的和方法、影响刑法解释的材料、刑法解释的特殊性等进行研究, 将法律方法的哲学思辨与刑事个案分析相结合, 为法官裁判刑事案件提供一种更具实用价值的解释思维范例。

(3) 法律论证作为缓解法律机械适用和法律多解的困境而于近四十年来逐渐在欧美法理学界兴起并逐渐走向前卫的方法论学说, 强调对话、商谈、理性程序, 其于刑事裁判的适用对于摆脱罪刑法定“法律形式主义”的影子, 将刑事司法定位于形式正义与实质正义之间具有重要的意义。于是, 对法律论证与刑事裁判相关话题的总结、对法律论证在刑法领域发挥作用场域的归纳和举例说明, 对法律论证于刑事领域运用的局限与不足进行指明, 特别是法律论证之于刑法领域, 其运用场域和作用的释放, 如何处理好与罪刑法定原则的关系, 是本书关注的重点之一。

(4) 法律论证方法意在加强判决的可接受性和合理性, 成为近几十年大有“吞噬”其他方法之势的新的法律方法, 针对其迅猛来势和我国法治后发型国家的现实, 基于当下我国罪刑法定的价值取向和罪刑规范与个案事实之间的复杂关系的考量, 通过对适用、解释、论证及其他法律方法进行对照与分析, 提出视事实与罪刑规范之间的不同关系综合运用不同的方法, 在重视裁判结论的同时, 更重视获得结论的思维过程, 以此作为我们坚守刑事法治、实现罪刑法定的基本立场。

有必要说明的是, 大陆法系是在实体法中明确罪刑法定原则, 然后以此原则为统率对具体犯罪作出具体明确的规定, 而英美法系是通过“法律的正当程序”走向罪刑法定的, 其罪刑法定的实现是诉讼程序和宪法保障。但有一点, 尽管两大法系罪刑法定体现方式存在不同, 其法律方法运用的共性是不容否认的, 特别是随着英美在刑事法领域制定法越来越多, 法官依据普通法创制新罪名权力的在英国、美国等国家被否定, 关于制定法适用的法律方法更成为值得共同思考和关注的话题, 有待我们去研究。因此本书重在阐述共性, 同时对特殊之处予以个别说明。

第一章



刑法的机械适用与绝对罪刑法定的命运

近代曾有一个可以用理性主义、法典化、法官克制和机械司法加以概括的严格法制时期。随着历史的推进,在经历了波澜壮阔的历史大试验之后,法官在司法中的角色由克制走向能动,法官的法律解释权从否定走向了肯定,最终在现代法治国家中得以确立。

罗斯科·庞德对这一历史演化过程作了如下凝练的归纳:“作为一种法律发展力量,注疏不得不在很大程度上依赖立法因素。在原始时期,法被视为神授和不可改变的,赋予世俗法官最大的权限就是注疏圣经文。后来当习惯法已被权威性地形成之后,严格法阶段为了保证法的统一性对法律变化的反感和对司法功能纯机械的限制之渴望,是试图钳制对经典原文注疏和逻辑发展的造法功能。在成熟法时期,分权的教条要求法律的创制和运用完全分离,以至于法官所要做的仅仅就是根据既定的真正注疏规则来确定立法者的实际意图,以便使得用以法典支配的国家力图再次使其法院成为十足自动化。因批评家对此已作了评估,所以19世纪欧洲大陆的法典理论使得法院成为一种司法自动售货机。这种必不可少的机器已用立法或已经接受的法律原则事先准备好,一个法官唯一能够做的就是将案件事实从上面放进去,并从下面取出判决。这位批评家说,的确,案件事实并不总是与机器适应,因此,为了得出某种结果,我们或许不得不重击或颠摇机器。但是即使在纯粹机械(功能)背离的极端情况下,这种判决丝毫也不能归功于重击或颠摇机器的过程,而只能归因于机器本身。这种司法判决过程的概念是不能经受今天所有法律的和政治的制度的严格审查的。人们坚持认为,在法官们发现和适用这种观念之前,知道去哪里找到先前存在的规则、它们以什么方式存在、如何推导出它的形式以及怎样获得其权威。在这类问题探究出结果时,这种规则似乎已羽翼丰满地从法官头脑中飞出。设想司法功能仅仅是一种注疏和适用作为依据,就会得出法院正在滥用篡夺的权威。与其说这个结论是真实的,毋宁说我们司法功能本质的政治理论是不健全的。这绝不是真正的普通法理论。就其渊源来说,它是诞生于绝对与不可变时期的一个虚构。如果所有的法律规则都以一种以不变形式包含在神圣的经文、十二铜表法、法典或公认的法令大全之中,或者包括在其原则被权威地证明为一个习惯法王国之中,那么,不仅在注疏的伪装之下通过推导和类推延伸必然遇到新的情况,而且所有法律的不可避免的变化也必定会隐藏在相同伪装之下。以这种方式开始,在政治理论中,通过吸收拜占庭统治权观念和接受相应的统治者意志创造和解释法律的拜占庭概念,机械的司法职能观念因袭下来,并普遍采纳孟德斯鸠权力分立理论而得到巩固。今天,所有的人都认识到甚至坚持法律的一些制度定会发展,法律原则相对于时间和地域不是绝对的,而且司法理念论并不比拜占庭朝代的观念走得更远,法律注疏的虚构应该摒

弃。无论法学家限制审判职能的纯机械理论是多么完美,司法造法的过程在所有的法律体制中总在进行而且会一直进行下去。”^①

卡尔·恩吉施(Karl Engisch)的描述则将我们的目光直接引向刑事法领域,让我们看到刑法由机械适用到法官获得刑法解释权的大体历史脉络:“曾有一个时代满怀信心地热衷于这一看法:必定能够通过精确制定的规范建立绝对的法律清晰性和法律确定性,特别是保证所有法官和行政机关决定和行为的明确性。这个时代是启蒙时代。博克尔曼(Bockelmann)曾在1952年再一次中肯地描述了这一看法的基本思路:‘法官的制定法适用应该像自动机一样运转,它带有的唯一特点是,运转的装置不是机械式的,而是逻辑式的自动控制。’法官在以往任意的和政府干预的时代(即司法听命于君主的指令)所造成的不信任和制定法对于理性主义的崇拜,使得法官受制定法的严格约束变成了核心的要求。在那里,人们竟然提出了站不住脚的禁止解释和禁止评注,排除了法官的任何刑罚裁量(1791年刑法典中的‘固定不变的刑罚’[peines fixes]制度)等等。法官应该是‘制定法的奴隶’。这种关于制定法与法官的关系的观念在19世纪被动摇了。人们不仅觉得法官严格受制定法约束这一要求不可实现,因为要精确地理解制定法,如此具体地和竭尽全力地执行官方评注对制定法的解释,以至于一切适用的疑惑全部被排除掉,这不可能成功。人们也感到那个持续地受制定法约束的要求不再是理想的。人们相信,法院摆脱君主权力的控制,并作为‘独立的’具有主观性和正义意义的判决机关行使其职权是适当的,同时要允许摆脱法律的束缚,以便获得那种裁判自由,即为了在生活的多样性和不可预见性中把握生活所需要的裁判自由。”^②

庞德和恩吉施向我们勾画了由机械司法到能动司法、从否定法官法律解释权到法官获得法律解释权的大体历史脉络。由于在近代走向历史舞台的罪刑法定原则开启了严格刑事法制时代,该原则最初的设计为机械适用模式的设计,因此有必要追溯一下这段历史,看看当时机械适用设计下的罪刑法定有哪些特征,形成这些特征的时代背景是怎样的,以有利于形成关于罪刑法定的较为客观、系统的认识。这里所说的这个时代恰好是罪刑法定被形式化或被后来学者称为绝对罪刑法定的时代。

① [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社2001年版,第119—121页。

② [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130—131页。

一、机械适用设计下罪刑法定的特征

根据现有资料和研究状况,其特征可作如下概括:

(一) 形式主义的罪刑法定

最初基于 18 世纪欧洲大陆特有的背景而生成的罪刑法定原则立足于形式主义的立场来规定和设计该原则的基本内涵和刑法的具体内容,将明确性和确定性视为核心要求,把罪刑法定中的“法”理解为成文的、有权制定法律的机关所制定的法;把犯罪的本质归结为对法律规范的违反;在法的基本属性问题上强调法律表现形式的确定性;在法的价值取向上把维护个人自由放在首要的位置上。法律表现形式的确定性首先要求法律用语应当明确。“法律用语,对每一个人要能够唤起同样的观念”(孟德斯鸠语)。贝卡利亚更进一步论述说:“尤其糟糕的是:法律是用一种人民所不了解的语言写成的,这就使人民处于对少数法律解释者的依赖地位,而无从掌握自己的自由,或处置自己的命运。这种语言把一部庄重的公共典籍简直变成了一本家用私书。”^①因为罪刑即使法定,如果其内容不明确,什么行为是犯罪,不论一般国民或法官都不清楚,就不可能达到防止刑罚权任意行使,保护国民自由的罪刑法定主义的目的。

刑法的确定性甚至刑法的僵硬性被认为是充分理由的。原因在于,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。法律规范不应概括性太强,否则它对于实践将不再是充分可靠的指南;另一方面它又需要有足够的概括性,以针对一定类型的情况。概括性与具体性“并非在法的所有部门必然具有同一平衡点。如在刑法或税收法等方面,较大程度的具体化可能是适当的。因为人们希望最大限度地减少政府机关的专断”^②。当罪刑法定原则在正面强调只有立法机关通过合法程序制定的成文法才是刑法的唯一渊源的时候,其深层蕴涵着两层意思:一是排除习惯法,禁止法官援引非制定法作为判案的依据,以限制司法权;二是排除非立法机关制定的法律,禁止政府擅自立法,以限制行政权。坚持刑法内容的明确性和确定性是罪刑法定原则的核心。刑法内容的明确性主要是针对刑法制定过程而言,其核心是要求刑法规范的表述方式必须清楚。具体来讲,它包括以下内容:(1) 刑法规范的表现形式必须是成

① [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社 2002 年版,第 17 页。

② [法]勒内·达维:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社 1984 年版,第 88 页。

文的制定法,习惯法或判例法只有在为制定法以文字形式明确采纳时,才可能成为刑法规范的一部分;(2)表述刑法规范所用的语言必须清楚、通俗以便使“从最伟大的哲学家到最普通的公民都能一眼看明白”; (3)刑法规范的数量必须少;(4)刑法规范中的罪刑关系必须是确定的,具体地讲就是什么是犯罪,对什么犯罪应处以什么刑罚,都必须在刑法规范中有明确的规定,对任何犯罪都不得规定不定期刑。刑法内容的确定性主要是针对刑法的适用过程而言的,它要求法官在执行法律的过程中对法律绝对服从,必须严格地执行法律规定的內容,禁止法官在执行法律的过程中扩张或缩小法律的含义,禁止法官在适用法律的过程中解释法律。因为一旦承认法官具有对法律的解释权,法律的适用过程中就不可避免地会掺入法官个人的因素,使法律在执行过程中偏离法律规定的精神,而让司法机关具有了滥用司法权的可能。当然,要求刑法规定的明确性和确定性同时也是对立法机关的限制,它要求立法机关不得制定不必要或含义模糊、不明确的法律,以便从根本上杜绝法官解释法律的可能性,类推解释更是在禁止之列。

如果说罪刑法定原则要求刑法法源制定法化的主要目的在于限制行政权、要求刑法规定的明确性和确定性的根本目的在于限制司法权,那么它要求刑法规范不得具有溯及既往的效力的主要目的则在于限制立法者的权力。罪刑法定原则的这一要求禁止立法者制定事后法。理由很简单,如果允许制定事后法,法律规范就具有不可预测性,人们不可能知道自己行为的后果,公民的自由就失去了根本的保障。当然法律不得具有溯及既往的效力这一要求,同时也禁止法官将审判时的法适用于行为时无明文规定的行为,即具有限制司法权的作用。在上述形式主义罪刑法定原则的基本要求中,法律内容的确定性是核心,无论是刑法渊源的法律专属性,还是刑法效力的不得溯及既往,从根本上来说,都是为了保证法律内容的确定性。从总体来说,罪刑法定原则是资产阶级在其上升时期反对封建专制国家的司法专横,保障公民个人的基本自由这一时代精神的反映。

(二) 三段论的基本裁判思维模式

法律不仅是一种预设,更重要的是付诸实施。如何实施,即如何在个案处理中实现法律的规定,对这一问题的回答,涉及法律判决形成的思维模式问题。