

目 录

第一部分 基础论

第一章 刑法概说	3
第二章 刑法的基本原则	11
第一节 罪刑法定原则	11
第二节 刑法面前人人平等原则	21
第三节 罪刑相当原则	22
第三章 刑法的解释	23
第一节 刑法解释的基本原理	23
第二节 刑法解释的分类	25
第四章 刑法的适用范围	28
第一节 刑法的空间效力	28
第二节 刑法的时间效力	32

第二部分 犯罪论

第五章 犯罪和犯罪构成	45
第一节 犯罪概说	45
第二节 犯罪构成的基本理论	47
第六章 构成要件	57
第一节 构成要件概说	57

第二节	构成要件之客观要素	59
第三节	构成要件之主观要素	83
第七章	违法阻却事由	111
第一节	违法阻却事由概说	111
第二节	正当防卫	115
第三节	紧急避险	122
第四节	其他违法阻却事由	126
第八章	责任阻却事由	132
第一节	责任概说	132
第二节	责任能力的阻却	134
第三节	法律认识错误	139
第四节	责任过失的阻却	146
第五节	缺乏期待可能性	147
第九章	犯罪的未完成形态	150
第一节	未完成形态概述	150
第二节	犯罪预备	151
第三节	犯罪未遂	153
第四节	犯罪中止	158
第十章	共同犯罪	168
第一节	共同犯罪概说	168
第二节	共犯正犯	171
第三节	间接正犯	173
第四节	正犯与共犯	175
第五节	共同犯罪人的责任	180
第六节	特殊的共同犯罪	182
第七节	共同犯罪的复杂问题	187
第十一章	罪数理论	199
第一节	罪数的基本原理	199
第二节	实质的一罪	202
第三节	法定的一罪	208
第四节	处断的一罪	210
第五节	法律和司法解释的特别规定	213

第三部分 后果论

第十二章	刑罚的本质	221
第十三章	刑罚体系	229
第一节	主刑	229
第二节	附加刑	234
第三节	社区矫正	238
第四节	非刑罚处罚方法	240
第十四章	刑罚的裁量	249
第一节	量刑的原则和种类	249
第二节	累犯	253
第三节	自首、坦白和立功	255
第四节	数罪并罚	263
第五节	缓刑	270
第十五章	刑罚的执行	281
第一节	减刑	281
第二节	假释	284
第十六章	刑罚的消灭	289
第一节	追诉时效	289
第二节	赦免	292

第一部分



基础论

第一章

刑法概说

一、刑法的概念和特征

(一) 刑法的概念

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范的总称。任何法律要被称为刑法都必须符合两个基本要素：①规定何种行为属于犯罪（犯罪论）；②规定犯罪的法律后果（后果论）。比如《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第232条规定：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑；情节较轻的，处3年以上10年以下有期徒刑。”这条法律就包括犯罪论和后果论这两个要素。犯罪的法律后果主要是刑罚，但也包括一些非刑罚措施，比如《刑法》第37条规定的“训诫”“赔礼道歉”等。

根据刑法的定义，当前我国刑法的表现形式包括1997年颁布的刑法典以及1个单行刑法（即1998年12月颁布的《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》）。^{〔1〕}其中，全国人大常委会又对1997年的刑法典以修正案的形式进行了九次修正。

(二) 刑法的特征

1. 特定性。刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范，而其他法律规定的都是一般违法行为及其法律后果。

2. 广泛性。一般部门法只是调整和保护某一方面的社会关系，而刑法所调整和保护的社会关系相当广泛。

3. 严厉性。一般部门法对一般违法行为也适用强制方法，但其严厉程度通常轻于刑法所规定的刑罚。比如，《治安管理处罚法》虽然也规定了强制方法，但其严厉程度一般都轻于刑罚。所以，它不属于刑法。

4. 补充性。刑法具有补充性，只有当一般部门法不能充分保护某种社会

〔1〕全国人大常委会1999年10月颁布的《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》、2000年12月颁布的《关于维护互联网安全的决定》、2011年10月颁布的《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》和2015年8月颁布的《关于特赦部分服刑罪犯的决定》是否属于刑法，存在争议。本书认为，这些《决定》没有创设新的犯罪与后果的关系，故不属于刑法。反对意见可参见曲新久等：《刑法学》，中国政法大学出版社2006年版，第5页。

关系时,才由刑法保护。需要研究的是:如果刑法与其他部门法发生冲突,其他部门法不认为行为违法,但表面上符合刑法,这还是犯罪吗?如果坚持刑法的补充性,结论应当是否定的,不可能出现不是违法行为但却是犯罪行为的现象。〔1〕

5. 保障性。刑法是其他法律的保障法,即其他法律调整的社会关系和保护合法权益,也都借助于刑法的调整和保护。刑法提供的是最高等级的保护,不到万不得已,不应轻易使用。

二、刑法的目的和机能

(一) 刑法的目的

有关刑法的目的一直存在着“法益保护说”和“规范维护说”的争论。“法益保护说”认为,刑法的目的是保护法益(国家、社会和个人的利益),但“规范维护说”认为,刑法的目的在于维护社会规范,保护社会秩序。比如,对于故意杀人行为,“法益保护说”认为,这种行为侵犯了生命法益,所以需要受到刑罚处罚。但“规范维护说”认为,对于行为人适用刑罚是为了确认“不得杀人”的社会规范,从而唤醒、强化民众的规范意识。〔2〕

“法益保护说”是一种有利的见解。然而,法益只是一种人为的模糊概念,它的内涵离不开社会规范,法益只是社会规范的表象。

无论是个人法益,还是超个人的法益,都是社会规范的折射,如果一种法益的背后没有可以依托的社会规范,这种法益就不值得刑法保护。刑法之所以要保护生命权、身体健康权、财产权等各种个体法益,是因为社会规范的命令。

超个人的法益表面看似与社会规范无关,但是,如果不受社会规范的制约,这种法益概念极易使刑法沦为纯粹的国家工具。法益概念是功利主义哲

〔1〕 帅某保险诈骗案:投保人帅某,虚构母亲年龄,为其母亲张某向某保险公司投保了康宁终身保险,死亡保险金27万元。根据康宁终身保险条款的规定,凡70周岁以下、身体健康者均可作为被保险人,由本人或对其具有保险利益的人作为投保人向保险公司投保本保险。经查帅某将母亲户口年龄篡改,将当时已经77岁的老母年龄改小为54岁,使其符合投保年龄,并找他人代为体检参保,以及保险事故发生后,又篡改自己的人党申请书等人事档案材料。3年后,被保险人因疾病身故,帅某向保险公司申请给付身故保险金27万元。这个案件从表面上看,符合《刑法》第198条保险诈骗罪的规定,但当年的《保险法》第32条规定,投保人申报的被保险人年龄不真实,并且其真实年龄不符合合同约定年龄限制的,保险人可以解除合同,并在扣除手续费后,向投保人退还保险费,但是自合同成立之日起逾2年的除外。检察机关后作出不予起诉决定。(2015年修正后的《保险法》第16条3款也规定:“前款规定的合同解除权,自保险人知道有解除事由之日起,超过30日不行使而消灭。自合同成立之日起超过2年的,保险人不得解除合同;发生保险事故的,保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。”)请参见李兰英:“契约精神与民刑冲突的法律适用”,载《政法论坛》2006年第6期。反对意见可参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第757页。张明楷:“无权处分与财产犯罪”,载《人民检察》2012年第7期。

〔2〕 [日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第22页。

学的产物，奉行最大多数的最大福利。“法益保护说”认为，超个人的法益如社会利益、国家利益，只要能够满足最大多数的最大福利，就有保护的必要。^{〔1〕}比如国家安全与每个个体休戚相关，因此刑法要保护国家安全。然而，何谓“最大多数”“最大福利”，这种无比抽象的概念在现实中往往成为少数人谋取私利的托词，最大多数经常为少数人所代表。因此，不难想象为什么“法益保护说”那么容易倒向国家权威主义，为实然法提供全面的辩护。法益学说的开创者宾丁就认为，毁灭生存没有价值的人的生命是合法的，这种法益理论也就不可避免地成为纳粹德国屠杀精神病人和犹太人的学术帮凶。^{〔2〕}正如有学者所批评的：“在保护法益的外表下，其实包藏着以国家之价值观压抑社会价值观之事实，强调刑法应保护法益而不过问社会伦理，反而造成国家价值凌驾社会伦理之吊诡。”^{〔3〕}

法益概念必须受到社会规范的纠偏，才能避免刑法沦为纯粹的国家工具。人性的不完美决定了人所组成的任何机构、社会、国家都存在不完美的可能。因此，实然法并非尽善尽美，它至少应当接受在一定历史时期为人们所普遍遵循的社会规范的检视。如果一种所谓的“法益概念”缺乏社会规范的支撑，甚至明显违背社会规范，那这种法益就是不恰当的。比如伪造货币罪，禁止伪造行为背后的规范目的是“不得欺骗”，若将此法益概括为货币的发行权，那就失去了社会规范的支撑，因而是错误的。

另外，社会规范可以引导法益去追逐社会规范所倡导的良善价值。离开了社会规范的引导，法益概念很可能与社会偏见同流合污。比如，在网上虚构他人遭受强暴的事实是否构成诽谤罪？诽谤罪的法益是名誉，是一种社会的评价。上述诽谤在事实上会导致受害人社会评价降低。然而，如果不考虑社会规范的需要，仅仅照搬事实的名誉概念，法律很可能会强化社会对强奸受害人的歧视，无助于建立一个良善的社会。因此，此行为不构成诽谤罪。法律必须坚守一些基本的价值，通过社会规范的引导，避免法律成为恶法。

总之，法益只是社会规范的载体，在规范以外，法益别无意义。这正如计算机的存在是为了实现人类的使用目的，提高人类活动的效率，如果计算机意图脱离人类，寻求自己存在的意义，那计算机的存在就是人类社会的灾难。同理，法益概念本身只是为了避免社会规范的模糊性，让规范变得更易被理解与适用，它永远不能脱离规范而获得自在的意义。

“法益保护说”对“规范维护说”的批评主要有：①现代社会价值多元，刑法不应将国民全面拘束于一定的伦理秩序内，否则就是用法的名义在推广

〔1〕 张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2003年版，第243页。

〔2〕 [日]木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣、郑树周等译，上海翻译出版公司1991年版，第192页。

〔3〕 余振华：《刑法违法性理论》，台北元照出版有限公司2001年版，第37页。

自己的价值观。②道德规范的内容不明确，难以据此实现构成要件的确切性。③谴责犯罪人是为了维护规范，这有将人当作工具之嫌。^{〔1〕}

对于第一点批评，本书的疑问是：①多元社会就没有必须坚守的价值吗？②是社会规范还是法益理论更容易以法的名义强行推广自己的价值观？

1. 现代社会的确是一个价值多元的时代，但任何时代都有一些必须坚守的基本价值。一如英国剧作家切斯特顿所说：“一个开放的思想之目的，和一张开着的嘴巴一样，它在合上的时候要咬住某种扎扎实实的东西。”^{〔2〕}难道我们可以说，“不得随意杀人”“不得随意强暴”等价值立场也可动摇吗？“法益保护说”会说，刑法之所以规定这些犯罪，是因为行为人侵犯了生命权、财产权、性权利等利益，然而为什么要保护这些利益呢？这难道不是社会规范的最低需要吗？刑法必须体现一定的社会规范，规制人类的行为，维持社会生存最基本的伦理需要。

2. 法益理论更容易假借最大多数的最大幸福推行自己的价值观，成为国家专横的工具。在“法益保护说”看来，所有的案件，都应该根据立法者在法律中所规定的利益进行“客观的”分析权衡。但是，很难想象脱离社会规范进行的利益分析与权衡。或者，“法益保护说”会说，立法者在法律中已经表明了所欲保护的利益，甚至决定了利益大小的权衡，但是，如果离开社会规范的指导，立法者的这种决定有什么正当性可言？国家并非尽善尽美，立法者也不是全然无错。如果说坚持一种为社会公众所普遍遵循的规范是强行推广价值观，那“法益保护说”所说的撇开社会规范、倡导一种与社会规范无关的价值立场，这种法律不更是在强迫人们接受一种价值观吗？

因此，无论是在刑事立法、司法还是行刑活动中，具体的执行者都必须服从朴素的道德规范。当然，人的局限性决定他的判断必然是有不足的，但是对于任何一例个案，司法官员都必须按照平素所培养起来的良知，根据一定社会所普遍遵循的规范来解决所担当的事件，“在进行刑法的判断时……应该倾注努力去认识该时期的我国社会所认为是适正妥当的唯一东西……法官当然也需要忠实于自己的信念，但是其信念必须符合社会的一般通念、具有合理性。社会的道德规范中正好包含着作为支撑法官的这种判断的基础的意义”。^{〔3〕}

对于第二点批评，本书承认社会规范有一定的模糊性，但法益概念也是模糊的。日本学者平野龙一无奈地指出：“法益概念的确不能说是很明确，尤其是从德国的法益理论史来看，特别是在战前出现所谓的‘法益概念的精神化思想’，例如处罚同性之间的性行为，这时如果问到损害的法益是什么，只能回答是性的伦理……”^{〔4〕}我国刑法中的寻衅滋事罪、聚众斗殴罪等扰乱公

〔1〕 张明楷：“行为无价值论的疑问：兼与周光权教授商榷”，载《中国社会科学》2009年第1期。

〔2〕 [美]卡森：《宽容的不宽容》，李晋、马丽译，团结出版社2012年版，第33页。

〔3〕 [日]大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第117页。

〔4〕 张军：“犯罪行为评价的立场选择——为行为无价值理论辩护”，载《中国刑事法杂志》2006年第6期。

共秩序的犯罪，如果缺乏社会规范的指引，司法机关往往使用公共秩序这种极为抽象的法益概念，可以任意出入人罪。事实上，离开社会规范，很多的法益概念都无从把握。相比法益，社会规范具有相对的确定性，因为社会规范是历史所形成的为公众普遍尊重的规范。正如语言一样，虽然有一定的模糊地带，但其核心含义是公众所普遍认同的。当然，规范与法益这两组概念可以互相帮扶，以求克服各自的模糊性，因此，本书并不完全否定法益的功能，但是，法益不能僭越自己的位份，法益只是规范的表象，不能取代规范，法益是手段，规范是目的。

对于第三点批评，这涉及人能否作为手段的问题。“法益保护说”明显误读了康德关于“人是目的而非手段”的论断。康德的原话是：“在这个目的秩序中，人就是自在的目的本身，亦即他永远不能被某个人单纯作为手段而不是在此同时自身又是目的，所以在我们人格中的人性对我们来说本身必定是神圣的……”〔1〕可见，康德从来没有主张过人不能是他人的手段，他只是说人不能“单纯”作为手段。万事互为效力，任何人都可以既是他人的手段，又是自身的目的。如果人只是手段，这会走向毫不掩饰的极权主义；如果人只是目的，那也会走向过于放纵的个人主义。对犯罪者进行惩罚是为了维护规范，这首先尊重了犯罪者作为理性的存在，因为社会规范较国家强行推广的价值观更应得到犯罪者的认同，按照犯罪者事先认同的社会规范对其进行惩罚，本身就是尊重他作为拥有自由意志的理性存在，因此他是目的。同时，对他的处罚又是为了培养社会公众对规范的认同，将规范内化为个体行为的准则，从这个角度来说，他又是手段。如果不考虑社会规范，只按照国家的价值立场，强行在法律中推广一种价值观，这反而是将犯罪人作为纯粹的手段，而无丝毫目的可言。有趣的是，康德伦理学的基本立场是对功利主义的反对。法益保护说援引康德来捍卫自己的功利主义立场，即使这不是对康德的误读，至少也是对康德哲学的不尊重。一如康德所言：“道德本来就不教导我们如何使自己幸福，而是教导我们如何使自己无愧于幸福。”〔2〕

因此，本书采“规范维护说”。刑法的目的在于维护社会规范，对犯罪的处理是为了确认社会规范，强化民众对规范的认同。这里所说的社会规范是历史所形成的，为民众所普遍遵循的行为准则，能够获得民众普遍的认同。此处所说的社会规范其实就是道德规范。刑法应当保护道德规范，但并不意味着所有的道德规范都是刑法保护的内容。刑法所保护的是道德规范的核心内容，是元规则，这是一套同等地适用于所有民族或社区的理性规范。这种道德规范尊重个人的尊严，保护人的生命、身体、自由、名誉和财产。同时，道德规则认为人的尊严不是凭空产生的。道德规则赋予

〔1〕 杨祖勋、邓晓芒编译：《康德三大批判精粹》，人民出版社2001年版，第380页。

〔2〕 [美] 威尔·杜兰特：《哲学的故事》，金发荣等译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第32页。

了人之尊严和自由，如果离弃这种道德规则，人的尊严也将彻底丧失。道德规则不是束缚人的自由，而是让人拥有真正的自由。对于元规则所派生的伦理规范，只有当其与元规则不相抵触时，才是刑法应保护的。因此，刑法不保护伦理偏见，比如鼓吹男尊女卑的偏见，这种偏见是与元规则相背离的，刑法自然不应保护。

关于“规范维护说”，有几点需要强调：

1. 本书依然使用法益的概念，但法益只是规范的表现。如果一种行为表面上侵犯了法益，但却没有违背社会规范，那么这种行为就不是犯罪。

2. 违背社会规范的行为并不都是犯罪，只有最严重的违背社会规范的行为才是犯罪。正如“法益保护说”也认为不是所有侵犯法益的行为都是犯罪。因此，没有必要将刑法与社会规范混为一谈。刑法是对道德的最低要求，因此不是道德规范所谴责的行为都应以犯罪论处，而只有那些严重违反道德规范的行为才能论以犯罪。不可能指望刑法来振兴道德，只有用刑法来维系社会的基本道德才不至于崩溃。

3. 社会规范主要是一种道德规范。对于在道德规范中被视为“中性”的行为，国家可以进行必要的处罚。任何一个社会的道德规范都允许国家对民众生活进行必要的合理约束。在人类历史上，无政府主义从来没有为任何一种道德规范所认可。因此，法定犯（即不违反道德规范的行为也被作为犯罪看待）其实并不是真正“中性”的，它依然可以看成是违背道德规范的。^[1]因此，“规范维护说”一方面可以对法定犯的立法权进行限制，另一方面也可以为司法权提供适用上的指导。首先，立法机关不能规定一种明显违背道德规范的法定犯。其次，司法机关在适用法定犯的时候，必须考虑其背后的道德规范。比如，偷越国边（境）罪是一种法定犯，但如果张三家住边境，经常去三里外境外的亲友家串门，这无论如何就不能以犯罪论处。再如，在生产销售不符合安全标准的食品罪中，由于未能发现某种添加剂对人体的危害，行政法规允许使用。行为人在生产过程中使用该添加剂，销售后发现其食品有致人伤亡的可能，但仍旧生产销售该食品。^[2]在这个案件

[1] 如果认为法定犯在伦理上并非“中性”的，其实“规范维护说”中的社会规范就是道德规范。如果认为法定犯在伦理上是“中性”的，则社会规范就不能完全等同于道德规范。

[2] “法益保护说”以此例批评“规范维护说”，认为成文规则如果本身存在错误，有修改之必要，但在未修改之前，依然适用该规则是不恰当的。参见张明楷：“论被允许的危险的法理”，载《中国社会科学》2012年第11期。显然，忽视道德规范作为社会规范的真正基石是当前有些“规范维护说”存在的最大问题。脱离伦理支持的“规范维护说”论者很难捍卫自己的立场，往往向“法益保护说”妥协。当前绝大多数刑法论者深陷在后现代思维的相对主义泥潭中无力自拔，认为没有绝对的正确与错误，一切都是相对的、历史的、区域的。这种相对主义的主张本身就违反其自身的逻辑立场（没有绝对正确的主张本身就是绝对的）。因为相对主义，人们无奈地接受了存在就是合理的逻辑，自然把国家所保护或推广的利益看成法律的实质根据。由于人们失去了对立法正当性进行反思批判的动力，也就不可避免地唯权力意志马首是瞻。总之，刑法的基石绝非相对性的法益，而是具有普世性的伦理。

中，行为人的行为显然违背了“禁止伤害他人”的基本道德规范，自然应该处罚。

总之，刑法不能对抗道德，对于道德所容忍、认可甚至鼓励的行为，都不能以犯罪论处。立法不是没有界限的，它不能违背道德规范的要求，司法也不能无所作为，必须用道德规则来纠正不当的立法，恢复民众对法律的尊重。

（二）刑法的机能

刑法的机能是刑法可以发挥的作用。刑法的机能包括两个方面：

1. 保护机能，即保护社会的机能。刑法规定了犯罪与刑罚，对社会进行保护，维护社会的正常秩序。

2. 保障机能，即保障人权的机能。刑法必须保障公民的人权不受刑罚权的不当侵害，刑罚权的行使必须遵循刑法的规定，受到罪刑法定原则的限制。

正如有学者所指出的那样：一个国家对付犯罪并不需要刑事法律，没有刑法并不妨碍国家对犯罪的有效打击和镇压。而且没有立法的犯罪打击可能是更加灵活、有效、及时与便利的。如果从这个角度讲，刑法本身是多余和伪善的，它除了在宣传与标榜上有美化国家权力的作用外，更多地却是在抑制国家权力，主要体现为束缚国家机器面对犯罪的反应速度与灵敏度。那么，人类为什么需要刑法？这个问题在三百多年前，欧洲启蒙思想家们就作出了回答：刑事法律要遏制的不是犯罪人，而是国家。也就是说，尽管刑法规范的是犯罪及其刑罚，但它针对的对象却是国家。^[1]

在法治社会，刑法不再是刀把子，而是双刃剑，一刃针对犯罪，一刃针对国家权力。这也就是德国学者拉德布鲁赫所说的“刑法的悖论性”：“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被害人的报复。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以保护国家，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。”^[2]

三、刑法的体系

刑法体系是指刑法典的结构。现行刑法典由两编组成，第一编为总则，第二编为分则，此外还有附则。总则是关于犯罪及其法律后果的一般原理，

[1] 李海东：《刑法原理入门：犯罪论基础》，法律出版社1998年版，第3-4页。

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

分则则是具体规定。总则对分则有指导作用，分则的适用离不开总则。总则共5章，分则共10章；章下一般分节，节下是具体的条，条是表达刑法规范的最基本单位，条文下一般有款，少数款下还有项。这样，形成“编→章→节→条→款→项”的刑法基本结构体系。



本章二维码



刑法的概念和机能

第二章

刑法的基本原则

第一节 罪刑法定原则

一、罪刑法定原则概说

罪刑法定是法治国家最重要的刑法原则。罪刑法定思想大体可以追溯到1215年的《英国大宪章》。该《宪章》第39条规定：“凡自由民非经依其贵族依法判决或遵照国家法律的规定，不得加以拘留、监禁、没收其财产、剥夺其法律保护权或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”这个思想在当时虽非主观设计的产物，而只是权力斗争的副产品，但它却无疑宣示了罪刑法定这一伟大思想的诞生。1610年，英国国王为了管制伦敦的建筑和禁止从面粉中提炼淀粉，颁布了种种规定，这引发了著名的《控诉请愿状》，在这一请愿书中，下议院指出：在不列颠臣民所享有的各项传统权利中，“他们视作最为珍贵者，即给予那些本属于不列颠君王及其成员的权利，不受任何不确定以及专断的统治，而受具有确定性的法治所引导和调整……正是基于此一根据，生成并发展出了不列颠王国人民的不容置疑的权利，即适用于他们生命、土地、身体或财物的惩罚，不能超过本国的普通法所规定者，亦不能超过其通过议会而共同同意颁布的法规所规定者”。^[1]在查理一世走上断头台（1640年）后的20年内，有过关于如何限制政府专断权力的大量论战。当时，人们最常强调的论点是：既已存在的法律没有规定，就不能进行惩罚，以及伟大的爱德华·柯克爵士的至理名言：一切法规只具有前涉力，而不具有溯及既往之力。

罪刑法定原则首先被纳入1787年《奥地利刑法典》，^[2]并为1789年的法国《人权宣言》所吸纳。1801年，被誉为近代刑法之父的冯·费尔巴哈第一

[1] [英]哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第211页。

[2] [英]哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第212、251页。需要注意的是：当前绝大多数中文论著认为，罪刑法定原则的立法化开始于1789年法国的《人权宣言》。

次以拉丁文给予罪刑法定原则最为明确、简洁、经典的表述——法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚（Nulla poena sine lege, Nulla poena sine crime, Nullum crimen sine poena legali）。在《人权宣言》的指导下，1810年《法国刑法典》第4条明确规定：“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。”随后该原则为大多数欧陆国家所效仿。^{〔1〕}基于罪刑法定原则的巨大魅力，它甚至成为国际人权公约的内容。1948年联合国大会通过的《世界人权宣言》在第11条第2款中规定：“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犯罪者，不得被判为犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”总之，经过不断的进化和试错，罪刑法定原则逐渐发展壮大，并以其摧枯拉朽之势，席卷整个文明世界，时至今日，它已然成为文明世界的支配性理念。

罪刑法定原则的本质是限制国家的刑罚权，在其发展过程中，有过许多的理论来源，其中一个非常重要的理论来源是权力分立学说。权力分立学说来源于西方政治哲学对人性幽暗面的洞察。人性中那些天然的良善和道德，时刻面临着各种严酷的试探和特权的侵蚀，并且事实曾无数次地证明，我们的人性最终无法抵挡这些致命的诱惑。英国前首相威廉·皮特说：“不被限制的权力倾向于腐化那些拥有它之人的灵魂。”^{〔2〕}这也恰好印证了阿克顿勋爵的至理名言：“权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败。”^{〔3〕}孟德斯鸠认为自由只存在于权力不被滥用的国家中。为了限制权力，一个很好的方法就是用权力制约权力。国家的立法权、司法权和行政权这三种权力应当分立以制衡。当立法权与行政权集中在一个人或一个机构手中，自由就不存在了，因为这个人或机构可能制定暴虐的法律并暴虐地执行这些法律。如果司法权同立法权和行政权相分离，自由也会不存在：如果立法权同司法权合而为一，法官就是立法者，他就会对公民的生命和自由实施专断的权力；而如果司法权和行政权合而为一，法官就掌握了压迫的力量。如果三权集中，那一切都完了。^{〔4〕}托克维尔也特别强调了权力分立对于防止多数人暴政的重要作用：“假如把立法机构组织的既能代表多数又不一定受多数激情所摆布，使行政权拥有自主其事的权力，让司法当局独立于立法权和行政权之外，那就可以建立一个民主的政府，而又使暴政几乎无机会肆虐。”^{〔5〕}根据权力分立学说，只有立法者才有把一种行为规定为犯罪并处以刑罚的权力，司法者的作用仅在于按照立法者制定的规则定罪量刑。为了使司法者不至于僭越立法者的权力，刑法必须是尽量明确、公知和具体的。司法者只能根据既定的规则去判定公

〔1〕 [英] 哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第212页。

〔2〕 [英] 阿利斯特·麦格拉思：《意义的惊现》，孙为鲲译，上海三联书店2014年版，第126页。

〔3〕 [英] 阿克顿：《自由与权力：阿克顿勋爵论文集》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，第342页。

〔4〕 [法] 孟德斯鸠：《论法的精神（上册）》，张雁深译，商务印书馆1997年版，第153页。

〔5〕 [法] 托克维尔：《论美国的民主（上）》，董果良译，商务印书馆1997年版，第291页。

民的行为是否违规，是否应受处罚，而绝不能超出刑法规范去限制公民的自由。同时，刑罚的执行机构（行政机关）也必须根据司法机关的有效判决，依据法律执行刑罚。

综观罪刑法定原则的发展历程，明显可以发现它有两种不同的发展模式：一是大陆法系模式，二是英美法系模式。大陆法系是成文法法系，注重罪刑法定原则的法典化、成文化，因此它更多强调的是一种形式主义的罪刑法定原则。这种罪刑法定原则包含四层含义：①非存在事前公布施行的法律不能处罚犯罪；②非有明文规定的法律不能处罚犯罪；③非有文字上的根据不能处以刑罚；④非法律所承认的刑罚不能用以处罚犯罪。^{〔1〕}由此还派生出禁止事后法（刑法不溯及既往）、禁止习惯法（制定法主义）、禁止类推解释、禁止绝对不定期刑等原则。与大陆法系不同，英美法系是不成文法系，因此它奉行的是一种实质主义的罪刑法定原则，这种罪刑法定原则主要通过正当程序规则得以体现。1791年，美国国会批准的《宪法修正案》第5条规定：“未经正当程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”与大陆法系形式主义罪刑法定原则的最大不同之处在于：正当程序规则并不强调法律的明确规定，它认为罪刑法定中的“法”不仅包括制定法，还包括普通法。普通法并非立法创制，而是起源于人们的习惯，并通过法官的裁决得到确认和发展。因此，推崇“法官造法”也就成为实质主义的必然选择。同时，实质主义罪刑法定原则认为，“法”本身也要受到限制，它不能违背代表普遍正义的自然法，因此，它认为犯罪和刑罚的创设都要受到宪法的约束：禁止处罚不当罚的行为，不得对符合宪法规定的权利行为进行处罚，不得处罚轻微危害行为；禁止残虐的、不均衡的刑罚。^{〔2〕}另外，正当程序规则还特别强调程序法的作用，它认为程序高于实体，正如美国最高法院大法官杰克逊所言：“程序的公平性和稳定性是自由不可或缺的要素，只要程序适用公平、不偏不倚，严厉的实体法也可以忍受。事实上，如果要选择的话，人们宁愿生活在忠实适用我们英美法程序的苏联实体法体制下，而不是由苏联程序所实施的我们的实体法制度下。”

形式主义罪刑法定观与实质主义罪刑法定观的共通之处在于对国家权力的限制，保障公民的自由，而这也恰恰是法治国家的基本精神。当前两大法系正呈现出一种不断融合的趋势，绝大多数国家和地区所推行的罪刑法定原则，也都同时兼顾了罪刑法定的形式要求和实质要求，只是各有侧重而已。事实上，大陆法系的学者也越来越认识到法律的实质方面对其形式方面的补强，如德国行政法学大师哈特穆特·毛雷尔所言：“法治国家是指公民之间、国家与公民之间以及国家内部领域的关系均受法律调整的国家，其标志是所

〔1〕 何邦武：“论罪刑法定原则两种解释范式的内在统一——兼论罪刑法定原则的程序意义”，载《政法学刊》2005年第3期。

〔2〕 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第29页。

有国家权力及其行使均受法律的约束。法治国家具有形式意义和实质意义之分。形式意义上的法治国家以法律为中心，凡对公民自由和财产的侵害必须具有议会法律的授权；而只要国家活动形式上符合法律，即视为达到法治国家的要求。实质意义的法治国家不仅要求国家受法律的约束，而且要求法律本身具有社会的正当性。实质意义的法治国家是形式意义的法治国家的补充和发展。”〔1〕

无论是作为一种制度，还是作为一种思想，罪刑法定在中国古代都丝毫没有萌发的可能。当然，如果撇开中国古代的政治背景和文化环境，语词上的“罪刑法定”的确是存在的，如韩非所说的“法不阿贵，绳不绕曲。法之所加，智者弗能辞，勇者弗敢争。刑过不避大夫，赏善不遗匹夫”（《韩非子·有度》）；唐律所规定的“诸决罚不如法者，笞三十；以故致死者，徒一年”；明律的“断罪引律令”“官吏出入人罪”条，即“凡断罪皆须具引律令。违者，笞三十”；“凡官司故出入人罪，全出全入者，以全罪论……”

然而语词中的“罪刑法定”毕竟并非真正的罪刑法定原则，因为罪刑法定必须承载一定的精神内涵，有此精神内涵，即使是语词中没有“罪刑法定”之字样，我们也能称其为罪刑法定。罪刑法定原则本身就是法治国家的一个最基本的原则，它所承载的也必然是法治国家限制国家权力、保障公民自由的基本精神。而这个精神在中国古代丝毫没有存在的土壤。中国古代法家的“罪刑法定”，无一不是扩张君权的体现，它与真正的罪刑法定主义完全背道而驰。正如有学者指出的，中国古代刑法成文法本身不仅保留了君主对刑法的最高解释权，还确立了皇权任意定罪处刑的特权，从而使成文法和皇帝的罪刑擅断达到和谐与统一。在这种和谐统一中，根本没有以反对一切形式的罪刑擅断为己任的罪刑法定原则存在的空间与理由。〔2〕君主口含天宪，随意造法毁法，任意突破法典，无非也是这种扩张君权的“罪刑法定”的另一种表现形式而已。因此，“明武宗剥囚犯皮”“法司奏祖宗有禁，不听”。而明确道出法外用刑缘由的是唐高宗，当时将军权善因毁昭陵之树，虽依律只是罢官免职，但高宗硬要将其处死，而且毫不隐讳地说：“善才情不可容，法虽不死，朕之恨深矣，须法外杀之。”

“法治”“法家”虽只一字之别，但却谬之千里。韩非说：“法者，编着之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也。术者，藏之于胸中，以偶众端，而潜御群臣者也。故法莫如显，而术不欲见。是以明主言法，则境内卑贱莫不闻知也……用术，则亲爱近习莫之得闻也。”（《韩非·难三》）在韩非的眼中，法也好，术也好，都不过是君主鱼肉人民，推行专制的工具，它与限制国家权力、保障个人自由的“法治”可谓风马牛不相及。

罪刑法定原则真正进入我国是在清末修律之时。当时的修律大臣沈家本

〔1〕 [德] 哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000版，第105页。

〔2〕 徐岱：“罪刑法定与中国古代刑法”，载《法制与社会发展》2000年第1期。