# 导　言

法律需要解释，是世界性的共识。其必要性和重要性，也为世人所认同。马克思说：“法官的责任是当法律运用到个别场合时，根据他对法律的诚挚的理解来解释法律。”① 哲学家说：“法律不是摆在那儿供历史性地理解，而是要通过被解释变得具体有效。”② 政治家说：“法律如果没有法院来详细说明和解释其真正含义和作用，就是一纸空文。”③ 法学家说：“法律是一种阐释性的概念”；④ “凡法律均需解释，盖法律用语多取诸日常生活，须加阐明；不确定之法律概念，须加以具体化；法规之冲突，更须加以调和。因此，法律之解释乃成为法律适用之基本问题。法律必须经由解释，始能适用。”⑤ 刑法解释是法律解释的一个分支，其必要性与重要性，也大抵如此。

但问题是如何解释？这个问题吸引了众多的理论研究者和司

① 《马克思恩格斯全集》第 1 卷，第 76 页。

② Gadamer, Hans－Georg: Truth and Method, New York: Cross Roads, 2d. rev ed.. 1984. P. 275

③ 〔美〕汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆 1980 年版，第 111—112 页。

④〔美〕德沃金：《法律帝国》，李常青译，徐宗英校，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 364 页。

⑤ 王泽鉴：《民法实例研习·基础理论》，台湾，1981 年版，第 125 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

法实务者。他们对此进行了不懈的努力，也取得了丰硕的成果。然而，若从领域的角度观之，这些研究大多把注意力集中在民法上。这一现象，无论在国外还是在国内均是如此。

就世界范围而言，西方国家，尤其是大陆法系国家，由于历史原因，法首先是为了规定公民间的关系而制定的，因此，民法曾长期是法学的主要基础，是整个法律制度的基本法，其他法律部门都是从“民法”的原则出发，较迟较不完备地发展起来的。大陆法系所运用的主要法律概念、法的基本结构以及基本法律制度，无一不是直接从民法中推演和发展起来的。法学理论的研究也是如此。在大陆法系国家，法学研究方法的形成也是由于民法学家的努力。在民法领域中发展起来的系统化、概念化的结构，最后为其他法律部门所采用。人们至今还常常认为，适用于整个法律制度的一般法学理论是由民法学家发展起来的。虽然，20世纪中国家活动激增，公法不断发展，但仍然没有动摇人们的这种看法。对民法的研究仍是对其他部门法研究的前提，民法是大陆法系国家的思想发源地。法律解释问题也是如此。传统的法解释学来源于民法，在传统的大陆法系中，民法学就是法解释学。民法对法解释学的影响非常大，以致于人们在谈论法律解释时，无不从民法解释学开始。① 而对刑法解释的研究，因“罗马人是民法的巨人,刑法的矮子”,② 则不是那么受重视，往往是“间接”的—— 在论述民法解释的同时，附带说明一下“刑法应从严解释”之类的话语。

① 参见〔法〕达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第25页；〔美〕梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，知识出版社1984年版，第79页；梁治平编：《法律解释问题》，法律出版社1998年版，第364页。

② 转引自〔意〕菲利：《犯罪社会学》英译本，1897年伦敦版，第156页。

就我国而言，研究情况也大抵如此。从传统权威的教科书，① 到新近出版的著作，② 再到发表在报刊杂志上为数众多的论文，③ 其内容基本上是以民法为基调的。与民法解释的热闹繁荣相比，刑法解释则显得较为冷清萧条。在教科书方面，刑法解释往往只是被顺笔带过，④ 有的教科书甚至对刑法解释问题不予论述；⑤ 在专门性的著作方面，只出版过一部专著；⑥ 在发表的论文方面，数量也极为有限。当然，如果仅仅从数量上来看，有时确实难免有失偏颇，难以判断事物的性质。但“任何质量都表现为一定的数量，没有数量也就没有质量”。⑦ 何况，我国对刑法解释的研究难道仅仅在数量上不如民法解释吗？显然不是。综观有关刑法解释的各种著述，笔者认为，我国对刑法解释的研究存有以下问题：

一是重视司法解释、而忽视立法解释和法官适用解释的研究。这或许是源于现实的需要。根据有关法律解释的规定，我国法定的刑法解释只有两种，即立法解释和司法解释，法官的适用

① 参见沈宗灵：《法理学》，高等教育出版社 1994 年版；孙国华主编：《法理学》，法律出版社 1995 年版，等等。

② 参见郭华成：《法律解释比较研究》，中国人民大学出版社 1993 年版；梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版；梁治平编：《法律解释问题》，法律出版社 1998 年版 董皞：《司法解释论》中国政法大学出版社 1999 年版；张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社 1999 年版，等等。

③这类论文数量可观，散见于各家报刊杂志。

④绝大多数刑法教科书均是如此。

⑤ 杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》（北京大学出版社 1994 和 1998 年版）等。

⑥ 就笔者视野所及，迄今为止，专门论述刑法解释的著作似乎只有李希慧博士的《刑法解释论》（中国人民公安大学出版社 1995 年版）一部。

⑦ 《毛泽东选集》第 4 卷，第 1380 页。

解释被排除在外。[①] 而司法实践中，立法解释消极，没有承担起其应有的职能；法官适用解释倍受限制，法官不敢按其职权大胆解释（虽然事实上任何一个法官都在解释）；由于前两个因素的缘故，刑法解释的总量没有被分流，迫不得已，大量的刑法解释就落到了司法解释的头上，因此，司法解释异常积极，其数量之多，为世界所罕见。既然司法解释在司法实践中的地位和作用如此突出，那么为了使其能更好地为司法实践服务，就有必要对其中的一些问题加以研究。需要是功利之本。实践这种需要或许就是导致我国重视司法解释研究这个功利的本源。与司法解释相比，立法解释和法官的适用解释则不同程度地遭到了冷遇。仅就数量而言，就寥寥无几，质量上更是停滞不前。

二是对刑法解释的研究大多只在技术层面徘徊，而没有推进到理论的深度。这主要表现在以下五个方面：一是研究范围狭窄，只重视司法解释的研究，而忽视立法解释和法官适用解释的研究。关于这一点，以上已作了说明。这里需要强调的是，在我国，刑法解释不等于司法解释，前者的外延更广，除了司法解释之外，还包括立法解释和法官适用解释。二是基于法官的立场来研究的不多，大多是基于学者的角度。但众所周知的是，法官和学者所处的位置是不同的，法律最终是要由法官来适用到具体的案件中去。这样，法官的解释就有其独特性：其一，法律的拘束较强。法官于裁判时，负有严格遵守法律的义务，非如学者解释法律那样自由。其二，紧迫感。法官面对的是具体待决案件，无论其性质及难易，均不容回避，且有时限的限制，非如学者解释

① 建国以来，我国有关法律解释的规定主要有：一是 1954、1975、1978、1982 年宪法；二是 1955 年全国人大常委会通过的《关于解释法律问题的决议》；三是 1981 年全国人大常委会通过的（关于加强法律解释工作的决议》；四是 1979 年通过、1983 年修订的(法院组织法》 五是 2000 年九届全国人大三次会议通过的《立法法》。另外,我国的司法解释不同于西方国家的概念,是专指最高人民法院和最高人民检察院的解释。直接面对案件的法官在法律上没有被赋予解释权。

针对想象的事实关系，有充分的自由。其三，便宜性。法官所作解释不必列举详细理由，重要的是结论之妥当性；而学者的解释，毫无疑问须有详细的理由。① 关于“法官所作解释不必列举详细理由，重要的是结论之妥当性”可能会引起质疑，但笔者认为，如果解释结果妥当，其实也就意味着法官在心中是有详细的理由的，否则，他就不会作出结论妥当的解释。三是对刑法解释的目标研究不够。目标问题是一个方向性的原则问题。干任何事情，都要有目标。没有目标，就无从着手；目标不明确，就会误入歧途。法律解释是指解释者对法律文本（法律条文）的意思的理解和说明。但这个“意思”是指立法者制定法律时的意思，还是指法律客观上所表现出来的意思，抑或是这两者的折衷？基于不同的立场（比如法官和学者），会作出不同的选择；立于不同的法律部门（比如民法与刑法），会得出不同的结论。如此等等，都需要加以研究。否则失之毫厘，将会差之千里。可惜的是，我国刑法学界尽管有学者对此有所研究②，但总的看来，在研究的质和量方面，还很不够。四是没有构建一个合理的刑法解释体制。体制意味着某一事物内部各构成要素所形成的结构。结构是系统论中的一个重要概念。系统的性质和功能取决于一定的结构。一个系统中，即使组成要素相同，但如组合的结构不同，则其性质和功能也有所不同。刑法解释可视为是一个系统。因此，刑法解释如欲发挥最佳功能，就必须要有一个合理的结构，也即

① 〔日〕山田卓生语。转引自梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 193—194 页。

② 参见陈兴良：《法律解释的基本理念》，《法学》1995 年第 5 期；王平：《论我国刑法解释的有效性》，《法律科学》1994 年第 2 期；宗建文：《刑法机制研究》，中国方正出版社 2000 年版，第 152—161 页；李希慧：《刑法解释论》，中国人民公安大学出版社 1995 年版，第 75—82 页；张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社 1995 年版，第 210—215 页；苗生明：《定罪机制导论》，中国方正出版社 2000 年版，等等。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

要有一个顺畅的体制。如此看来，构建一个顺畅的体制，就是一个非常重大的问题。对这一重大问题，刑法理论本应有高度的敏锐感，应加强对其的研究，但可惜的是，学界对此好像并无反应，迄今为止，没有一人进行过研究。这不能不说是个遗憾。五是没有正确的理论指导。罪刑法定原则是西方法治国的产物，被誉为是“保障国民权利和自由免受强大的国家权力侵害的必不可少的一大铁的规律”。① 作为近现代世界各国刑法的最基本原则，罪刑法定原则当然对刑事立法和刑事司法有重要的指导作用。作为刑事司法重要组成部分的刑法解释自然也不能例外。但在我国，新中国成立之前，不曾有过罪刑法定，或不曾真正实行过罪刑法定；新中国成立后至 1979 年《刑法》颁布施行前，我国不是依据刑法典，而是主要依据“政策法”② 来指导刑法解释，同样毫无罪刑法定可言；就是 1979 年《刑法》颁布施行后至 1997 年对其修订前，我国虽有了刑法典，但却没有将罪刑法定法典化。这样，至 1997 年止，我国就一直没有实行过罪刑法定原则。虽然有人认为，我国 1979 年刑法典“基本上是按照罪刑法定原则的精神制定的”，③ 其“基本精神与罪刑法定原则的基本要求是相吻合的”，④ 但该刑法典中对类推制度的明文规定却将此精神吹散得无足轻重，对此，“传统的法律观念与罪刑法定主义的

①〔日〕木村龟二主编：《刑法学词典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 66 页。

② 所谓政策法，是指在管理国家和社会生活的过程中，重视党和国家的政策，相对轻视法律的职能；视政策为法律的灵魂，以法律为政策的表现形式和辅助手段；以政策为最高的行为准则，以法律为次要的行为准则；当法律与政策发生矛盾与冲突时，则完全依政策办事；在执法的过程中还要参照一系列政策。参见武树臣等：《中国传统法律文化》，北京大学出版社 1994 年版，第 772 页。

③ 顾昂然：《中华人民共和国刑事诉讼法讲话》，法律出版社 1997 年版，第 4 页。

④赵秉志主编：《刑法争议问题研究》上卷，河南人民出版社 1996 年版，第 46 页。

基本精神毫无共同之处”① 的论断或许就是最好的评价。由于得不到罪刑法定原则的理论指导，刑法解释的理论研究有的便失去了方向，丧失了对现实的评判力。② 不仅如此，实际上，前述四个方面情况的出现，其最终原因也与缺乏罪刑法定原则的指导有关。

值得欣慰的是，经过众多学者的艰苦努力和不懈追求，刑法学界就我国应否坚持罪刑法定原则和应否在刑法典中明确规定罪刑法定原则表示了肯定，立法者则顺此意愿， 1997 年在修订刑法典时，将罪刑法定原则明确规定在修订后的刑法典中。而更令人欣喜的是， 1999 年 3 月 15 日我国第九届全国人民代表大会第二次会议通过宪法修正案，将“依法治国，建设社会主义法治国家”写入宪法。至此，历经多年的曲折和磨难，“依法治国”的治国方略终于确立。我国正迈步在“依法治国”的康庄大道上。在这种大环境大气候下，作为“依法治国”在刑法中的体现和反映的罪刑法定原则更应得到切实的强调和坚决的贯彻。就刑法解释而言，这种强调和贯彻的重要表现之一，就是要加强对罪刑法定原则应如何指导刑法解释的研究。法律的真实生命应当而且永远是存在于实际的司法运作当中。司法运作就是一个将抽象的法律条文适用于具体案件以获得判决的过程。但法律必须经由解释，才能适用，并且这种解释只有经由法官来作，才是有效的，因为现代社会最重要的一条法治原则就是“非经法官（法院）判

①么志龙：《罪刑法定主义与法律文化价值传统》，《比较法研究》 1990 年第 1 期。

② 如 1986年 6 月 21 日最高人民法院最高人民检察院联合发布的《关于刑法第 114 条规定的犯罪主体的适用范围的联合通知》，将 1979年刑法第 114条重大责任事故罪的主体扩大为也包括“群众合作经营组织或个体经营户从业人员及其主管负责人”。对此，有论者认为这是越权解释，而另有论者认为这并没有越权。 前者参见游伟：《加强我国刑法司法解释的法律监督》，《法学评论》 1990 年第 3期；后者参见罗堂庆：《论刑法司法解释权》，《政治与法律》 1993年第 1 期；李希慧：《刑法解释论》，中国人民公安大学出版社 1995年版，第 100—101 页。

决不得确定任何人有罪”。这就是本文的立论基点。详言之，就是基于法官的立场，以其面对一宗待决案件为情景，研究他如何准确、完整地阐发刑法条文的意思（含义），以致在将该法律条文适用于该具体案件时，能得出一个妥当性的结论（判决）。而一般说来，法官要想将刑法条文的意思（含义）理解和说明得准确、完整，倚赖于三个环节：首先，法官头脑中是怎么想的，也即法官在观念上对刑法解释所要达到的目标有什么认识，是采取主观说，客观说，抑或折衷说？其次，法官在适用法律时，一般会有这样的考虑：刑法条文规定明确的就直接适用法律条文。但实际上，法律条文中的任何语词几乎都可作多种理解，因此，绝大多数语词是不明确的。为了明确法律条文的含义以最终判定案件，法官会寻求以下几种途径：立法解释、司法解释和法官自己的适用解释。但这三种解释该如何组合，其结构如何，也即该构建一种什么样的法律解释体制，是一个非常重要的问题。因为体制的不同，其解释法律的功能也就不同，存在着功能发挥的最佳、次佳，甚至不好等情况。作为法官，他们当然希望能够构建一种合理的体制，以便能够保证法律解释的效果达到最佳化。再次，法官在作适用解释（法官所应遵循的立法解释和司法解释也是如此，因为这两种解释最终还是要由相当于法官这样的个人作出，只不过它们是以机关的名义发出，法律效力要高于适用解释而已）时，面对含义不定的语词，最为发愁的是，该采取什么方法才能合理地确定其含义，从而做到既符合罪刑法定原则，又满足待决案件的需要。

对某一法律条文，法官只有在完成上述三个环节之后，才有可能将其中的意义（含义）探询准确、完整，在将其适用于具体案件时，才有可能对案件作出妥当性的判决。而作为基本原则的罪刑法定，其若想发挥对刑法解释的指导作用，则也只有在这三个环节上进行才有可能。与此相对应，围绕着罪刑法定原则如何

指导刑法解释这一命题，本文的结构也就分为三部分：一是罪刑法定原则视野中的刑法解释观念；二是罪刑法定原则视野中的刑法解释体制；三是罪刑法定原则视野中的刑法解释方法。需要特别强调的是，本文在选题角度、写作方法和结构安排等方面体现了导师们及笔者本人的如此一种共识：博士论文既是一篇“论文”，那就不同于教科书，不能面面俱到，而应紧紧围绕某一命题，该详则详、该简则简地予以论述，并且，在论文的结构安排上，应体现“论文”的特点。①

笔者希望，通过本文的研究，能够为我国的法官在进行刑法解释时正确地阐发刑法条文的意思（含义），从而正确地适用法律和裁判案件；为贯彻罪刑法定这一刑法最基本原则，从而切实做到保障公民的权利；为进一步提升我国的刑法解释和罪刑法定原则的理论研究水平，从而为我国向法治国的目标昂首前进作出力所能及的贡献。

① 另参见刘南平：《法学博士论文的‘骨髓’和‘皮囊’——兼论我国法学研究之流弊》，《中外法学》2000年第1期。

# 第一章　罪刑法定原则视野中的刑法解释观念

马克思说：“劳动过程中结束时得到的结果，在这个过程开始时就已经在劳动者的表现中存在着即已观念地存在着。”① 这既说明了观念对劳动实践的支配和指导作用，也证明了观念自身的价值所在。作为一种有目的的司法实践活动，刑法解释也必然要受一定观念的支配和指导。罪刑法定是刑法的最基本原则，当然，它就对刑法解释有支配和指导作用。这样，究本探源，刑法解释的观念最终要受罪刑法定的价值观的支配和指导。观念有正确和错误之分。正确的观念对人们的实践活动有积极的指导意义；错误的观念则不但不具有积极的指导意义，而且会导致实践的挫折甚至失败。因此，刑法解释是否能达到预定的目标，首先就取决于是否有一种正确的罪刑法定观。由此，对罪刑法定价值观的探究，就是一个首要的重大的问题。

① 《马克思恩格斯全集》第 23 卷，第 202 页。

# 一、罪刑法定的价值观

刑法学界对罪刑法定（Principe de la legalitedes delits et des peines；nullum crimen，nulla poena sine lege；no crime and no punishment without per－existing law；Principle of legality）的价值观是否有一种统一、正确的认识？笔者不抱美好的奢想。诚然，学界对绝对（或机械、传统）的罪刑法定所蕴涵的价值认识一致，即认为是限制刑罚权的滥用和保障人权；但对相对（或机动、现代）的罪刑法定[①]所蕴涵的价值则认识不一，出现了不同的观点。这种不同观点的根源在于下列现象：19世纪末20世纪初，各国的刑法立法一面规定罪刑法定原则，一面却又作“有悖于”产生之初的罪刑法定原则的规定：犯罪规定概括化，空白条款增加，法定刑幅度加大，法官自由裁量权扩大，类推适用，刑法溯及既往，绝对不定期刑出现，假释、缓刑、保安处分等新制度开始盛行。如何看待立法上的这一变化？中外刑法理论有着不同的认识：一种观点认为，现代刑法对罪刑法定原则的“发展”，严重背离了其最初本义；“失掉了罪刑法定主义应有的本质”，因而

① “绝对的罪刑法定与相对的罪刑法定”的提法，是绝大多数学者的观点。“机械的罪刑法定与机动的罪刑法定”的提法，参见周冶平：《罪刑法定主义的思想基础及其蜕变》，台湾（刑事法杂志）第2卷第1期。“传统的罪刑法定与现代的罪刑法定”的提法，参见林纪东：《罪刑法定主义之发生与发展》，载刁荣华主编：《现代刑法基本问题》，台湾，汉林出版社。所谓“绝对”、“机械”、“传统”的罪刑法定，意思相同，均指罪刑法定原则确定之初，“罪”和“刑”被法律严格地规定，裁判者没有丝毫自由裁量权的情形；所谓“相对”、“机动”、“现代”的罪刑法定，分别与“绝对”、“机械”、“传统”的罪刑法定相对应，意思也一样，均指“罪”和“刑”被法律概括地规定，裁判者有自由裁量权的情形。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

其地位是呈“日薄西山、气息奄奄之势”。① 另一种观点认为，刑法现象的上述变化，并非罪刑法定原则的自我否定，而是罪刑法定原则的自我完善，罪刑法定原则除具有限制刑罚权的滥用和保障人权的价值之外，还具有保护社会的价值内涵，② 并据此认为，罪刑法定原则“不仅没有过时，而且也不会过时”。

同一类现象，为何会出现二种不同的观点？深思之后，笔者认为，出现这种现象的根源在于两个方面：一是没有将罪刑法定原则放在整个刑法领域去观察、去思考。列宁说：“要真正地认识事物，就必须把握、研究它的一切方面，一切联系和‘中介’。我们决不会完全地做到这一点，但是全面性的要求可以使我们防止错误和僵化。”③ 二是对罪刑法定原则本身没有作还原式的考察，以致出现了林毓生所描述的那种情形：“了解另外一种文化是非常困难的事，把另外一种文化的一些东西当作口号是相当简单的”；“这些随便把外国环境中因特殊的背景和问题发展起来的东西当作我们的权威，这样就自然产生了‘形式主义的谬误’”，其根本要害在于“不知那些口号所代表的观念的复杂性和它在特殊历史情况下演变出来的性质，即把外国的一些观念从它们的历史来源中切断”。④ 总之，是我们的研究视角和方法出现了问题。缘此，就必须转变这种固有的研究视角和方法：就前者而言，笔者尝试引入系统论的观点及其方法，将罪刑法定原则置于刑法这

① 参见甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》上册，北京大学出版社 1984 年版，第 232、234 页。

②日本学者牧野英一、台湾学者周冶平、林纪东、我国大陆学者高铭暄等，都认为罪刑法定的价值除了包括保障人权外，还包括保护社会的内容。以上分别参见中山研一：《刑法的基本思想》，姜伟、毕英达译，国际文化出版公司 1988 年版，第 8、18 页 周冶平：《罪刑法定主义的思想基础及其蜕变》，台湾《刑事法杂志》第 2 卷第 1 期 林纪东：《罪刑法定主义之发生与发展》，载刁荣华主编：《现代刑法基本问题》，台湾，汉林出版社 高铭暄主编：《刑法修改建议文集》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 3 页 。

③ 《列宁选集》第 4 卷，第 453 页。

④ 林毓生：《中国人文的重建》，载《思想与人物》，台湾，1985 年，第 13—14 页。

个系统中去作一个宏观分析；就后者而言，应加强对罪刑法定原则本身作还原式的微观考察。本文将对此作深入探讨。

（一）罪刑法定的价值——宏观分析

1. 刑法的价值是“天平”

刑法作为特定意义上的一种法，具有法的共同价值[①]；同时，刑法作为特别法，又具有特殊的价值。那么，现代刑法的价值是什么呢？笔者认为，是平衡的天平：杠杆的两头各有一小盘。一小盘放的是秩序，它靠刑罚权的发动来维持；另一小盘放的是（公民）权利，它靠刑罚权的制约来保障。当两小盘的重量一样时，天平正中的指针就停在刻度的中央，形成不偏不倚之势，这时天平就保持着平衡。天平一词，含有平衡、均衡、不偏不倚之意。从这一意义上来讲，说刑法的价值是天平，也就等于说刑法的价值是公正，因为公正，即意味着不偏不倚。因此，在笔者看来，天平和公平基本上具有同样意义。如果说它们之间稍有不同的话，那就是：“公正”这一词语更多地是从静态方面反映刑法价值中秩序和权利之间的制衡关系；而“天平”这一提法则更准确地反映了刑法价值中秩序和权利之间相互制衡的此起彼伏的动态过程。

刑法价值是随着社会需要的变化而变化的，具有历史嬗变性。人类社会是一个从野蛮到文明的进化过程，刑法作为社会的产物，其价值内涵也随着社会变化而演进。[②] 现代刑法的价值，就是在历经奴隶社会、封建社会刑法的极力维护社会秩序，公民的自由权利没有保障的情况下产生的。奴隶社会和封建社会是专制社会，根据孟德斯鸠的观点，恐怖是专制政体的原则。在专制政体下，君主把大权全部交给他所委任的人们。那些有强烈自尊

① 关于法的价值，历来众说纷纭，莫衷一是，但大体可归结为秩序、自由、平等、公正、效率、人权等。

② 参见陈兴良：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 45 页。

心的人们，就有可能在那里进行革命，所以就要用恐怖去压制人们的一切勇气，去窒息一切野心。在这种专制制度下，当一个人拥有绝对权力的时候，他首先便是想简化法律。在这种国家里，他首先注意的是个别的不便，而不是公民的自由，公民的自由是不受到关怀的。[①] 因此，在专制社会里，刑法惟一的价值就在于威慑与镇压，在于维护专制社会的社会秩序。而专制社会重重压迫的结果，却渐渐唤醒了个人的自觉，从而有所谓个人主义思想。个人主义思想认为，社会是个人的集合，是由个人构成的，是个人的社会，所以个人人格的完成，是人类真正的目的，社会不过是其手段而已。个人任何的完成既然这样重要，所以跟着就发生自由主义思想。自由主义思想主张，一切应该放任个人自由，国家不宜妄加干涉，因为人均有利己之心，又各有其聪明才智，如果不受限制，听其自由发展，个人必向最有利成功的道路走；整个社会，亦必因各个人的功成名就，而走向安定进步的大路，所以，应提倡“最好政府，最小统治”，以最不干涉的政府为最好的政府。自由主义思想并不否认政府的存在，只是想把政府的权力缩至最小限度，以免统治者的恣意妄为。为达此目的，应实行民主政治；为达民主政治的目的，又必须实行法治；为了贯彻法治，还必须实行权力分立：法律必须经人民代表所组成的议会通过后，执行机关始可付诸执行，执行机关不能立法，立法机关亦不能直接执行。这样，使彼此互相制衡，以杜专制政治之复活。[②] 这是一种民主政体，在这种政体下，公民的权利才能得到尊重，刑法才不是纯粹为维护社会秩序的工具和手段，它还具有保障权利的机能，由此，人们对刑法的价值产生了全新的认

① 参见〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》上册，张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 26、76 页。

②参见林纪东：《罪刑法定主义之发生与发展》，载刁荣华主编：《现代刑法基本问题》,台湾,汉林出版社。

识。只有在这一意义上，刑法才有存在的价值，才能谈得上是“天平”。

刑法价值是天平的观点倚赖于二元社会结构的存在。“市民社会无论是作为一种社会存在，还是作为一种观念，都是欧洲或西方文明的产物。”① 市民社会与政治国家的分化，是生产力发展到一定阶段的产物。根据马克思主义的观点，自从私人利益和阶级利益产生后，社会就分裂为市民社会和政治国家两个领域。但是市民社会和政治国家这种在逻辑意义上的分离，并不意味着它们在现实中也始终是分离的。恰恰相反，在前资本主义的中世纪社会中，政治社会与市民社会在现实中是重合的，表现为一元的社会结构：国家从市民社会中夺走了全部权力，整个社会高度政治化，政治权力的影响无所不及，政治国家与市民社会之间不存在明确的边限，政治等级与市民等级合而为一，市民社会淹没于政治国家中。马克思对此有过精辟的论述：“中世纪的精神可以表述如下：市民社会的等级和政治国家的等级是同一的。因为市民社会就是政治社会，因为市民社会的有机原则就是国家的原则。”“市民等级和政治等级的同一就是市民社会和政治社会同一的表现。”② 后来，马克思在论及封建主义时再次强调：“旧的市民社会直接地具有政治性质，就是说，市民社会的要素，如财产、家庭、劳动方式，已经以领主权、等级和同业公会的形式升为国家生活的要素。”③ 与这种一元的社会结构相适应，前资本主义社会的刑法就必然以保护国家利益、社会利益为己任，而难以以人权保障为其价值蕴涵与价值取向，难以以限制国家刑罚权作为其目标定位，更难以以法治化的理念作为刑法立法的基础。

① 邓正来、〔英〕J.C. 亚历山大编：《国家与市民社会——一种社会理论的研究途径》，中央编译出版社 1999年版，第 17页。

② 《马克思恩格斯全集》第 1卷，第 334 页。

③ （马克思恩格斯全集）第 1卷，第 441 页。

这样，以保障人权、限制刑罚权的滥用为根本价值的罪刑法定原则难以产生也就理所当然了。

市民社会与政治国家在现实上的分离是在资本主义时代完成的，这种分离是资本主义市场经济的产物。市场经济要求：从事经济活动的人都是自由平等的主体，反对国家对经济的干预，使经济成为一个纯私人的领域。而且，政治国家是在市民社会基础之上的，并且为市民社会服务。个人利益与个人自由只有在市民社会中才能得以满足，并形成对政治国家的限制。① 这样，政治国家与市民社会的边界就变得非常明显也非常明确。政治国家的权力界限、大小及运作程序、个人权利的范围及其保护等一系列问题都从制度上得到了明确的界定。“在二元社会结构中，就政治国家而言，其设立的基础是市民社会的需要，因而权力必须服务于权利、保障权利，而不能侵害、侵犯甚至吞食权利，权力必须有其明确的界限。政治国家是市民社会的服务员与保护神。就市民社会而论，它是存在于政治国家的独立领域，它有着众多的利益主张，权利要求，有着众多的利益及其社会组织体系，并且依据一定的规则进行利益协调，并与政治国家之间保持一定的互动的关系。除非为了市民社会各种特殊利益形式的共同利益之外，政治国家不应也不得随意干预市民社会。这是完整意义上的二元社会结构对权力——权利关系明确化的必然要求。’② 与这种二元的社会结构相适应，国家的法律（刑法）为了保护社会，就有必要设置刑罚，刑罚权就有存在的理由。但与此同时，刑罚权又必须加以限制，否则，就会侵犯人权。因此，只有在这种市民社会与政治国家相分离的二元社会结构中，刑法的天平价值才

① 参见陈兴良：《从政治刑法到市民刑法》，载陈兴良主编：（刑事法评论）1997年第 1 卷，中国政法大学出版社 1997 年版，第 21页。

② 蔡道通：《类推制度的当代命运》，载陈兴良主编：《刑事法评论》 1997 年第 1卷，中国政法大学出版社 1997年版，第 248—249 页。

有可能得到体现。

现代刑法的价值是天平的观点，一些学者已有所涉及。如陈兴良先生认为，刑法的最终价值是公正，它是通过对个人自由和社会秩序的追求来实现的。① 这种观点实际上体现了刑法的天平价值，只不过它的用词是“公正”，因而是一种静态的描述；公正靠其两边的两个因素——对社会秩序和对个人自由的追求来平衡，这又分别与秩序和权利相对应，只是用词有所不同而已，但实质相同，因为“近代以来，所谓权利就是个人自由这一认识已经成为西方思想中的不言而喻的公理”。② 又如储槐植先生认为，刑法的价值是秩序、正义③ 或功利、公正。④ 这种观点所要表达的刑法的价值需均衡和平衡的意思是毫无疑问的，其典型的解释是“在刑法领域，功利与公正不可能是各自独立的伙伴关系，只能是以功利为基础，同时功利受公正制约的矛盾关系——所谓功利被公正制约，就是国家刑罚权的发动和行使要受人权保障的制约。’⑤ 只是在用词上，有待斟酌。因为，“正义”或“公正”一词已含有不偏不倚之意，具有了天平的性质，它要靠两方面的因素相互制衡来维持，一方既已是“秩序”或“功利”，那与此相制衡的另一方又是什么呢？没有！这就难免导致刑法价值的偏向，最起码在形式上是如此。再如谢望原博士等人认为，刑法的价值是秩序、正义、自由。⑥ 这种观点也含有刑法是天平的蕴意，其详细的注释就是“如果说自由与社会秩序是刑罚的两种平

① 参见陈兴良：《刑法的价值构造》，《法学研究》1995 年第 6 期。

② 吴玉章：《论自由主义权利观》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 16 页。

③ 储槐植：《刑法存活关系中——关系刑法论纲》，《法制与社会发展》1996 年第 2 期。

④ 参见储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社 1996 年版，第 9 页。

⑤ 同上，第 9—10 页。

⑥ 参见谢望原：《刑罚价值论》，中国检察出版社 1999 年版，第 15 页；另参见康均心：《刑法价值》，武汉大学博士论文，1996 年 4 月打印稿。

需要全本请访问 www.ertongbook.com