



法律与社会丛书



论罪刑法定的实现

李 洁 著



清华大学出版社



法律与社会丛书

论罪刑法定的实现

李 洁 著



清华大学出版社
北京

内 容 简 介

罪刑法定是法治原则在刑事法中的集中体现,罪刑法定的立法规定,标示着一个国家对刑事法治的认同。但罪刑法定的立法承认并不表明罪刑法定已经实现。罪刑法定实现的标准是:在整体的立法观念上以法治理念作为立法的基本价值标准,并以精湛的立法技术实现立法理念的要求;以法治观念作为司法的基本思想,在法律解释、制度构架、程序设计、司法者素质等方面均达到法治的要求,是罪刑法定实现的必要前提。

本书的主要内容有:罪刑法定的思想基础;罪刑法定的基本内容与评价;罪刑法定在立法程序上的实现;罪刑法定在立法内容上的实现——罪之设定;罪刑法定对立法技巧的要求;罪刑法定在司法程序上的实现;罪刑法定在刑法解释上的实现;罪刑法定的司法实现环境等。

本书适用于法律大专院校本科生、研究生及高等院校和研究机构从事法学教学和研究的学者、实际工作者。

教育部人文社科基金一般项目

图书在版编目(CIP)数据

论罪刑法定的实现/李洁著. —北京:清华大学出版社,2006.7

(法律与社会丛书)

ISBN 7-302-12993-2

I. 论… II. 李… III. 刑法—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 051060 号

出 版 者: 清华大学出版社

地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn>

邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客户服务: 010-62776969

组稿编辑: 方 洁

文稿编辑: 王巧珍

印 刷 者: 北京国马印刷厂

装 订 者: 三河市李旗庄少明装订厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 155×230 印张: 29.5 彩插: 1 字数: 435 千字

版 次: 2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-12993-2/D·212

印 数: 1~3000

定 价: 39.00 元

前 言

我国 1997 年全面修订的《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)的公布实施,对我国的刑事法产生了巨大影响。这种影响的一个重要来源,就是在刑法中规定了罪刑法定。我国《刑法》第 3 条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。”^①罪刑法定的规定,标志着中国的刑法已经开始向现代化的刑法迈进,标志着法治国家的建设在刑事法领域的立法上得到了原则性的实现。也正因为如此,罪刑法定的立法化,在我国标志着刑事法治的开始。

中国人,尤其是中国的刑事法学界为之欢欣鼓舞,这是有充分理由的。因为,在中国的 1979 年刑法尚规定了类推制度,中国是否存在罪刑法定以及中国现实社会状况下是否应该实行罪刑法定还存在重大争议^②的情况下,1997 年刑法明确规定了罪刑法定,应该说,这是中国刑事立法史上具有里程碑意义的事件。由于罪刑法定的规定,中国可以说具有了现代意义的刑法,中国的刑法有了与世界其他国家,尤其是与发达国家对话的前提,有了与发达国家进行刑法制度与理论比较的可能性。因而这种规定的意义无论作何评价也不过分。

① 刑法这个条文的规定是否就是罪刑法定的规定,存在着不同的观点,笔者认为该规定方式虽然不是罪刑法定的经典式表述,但其表述已经反映了罪刑法定的基本精神。

② 由于存在类推制度,有因此否定罪刑法定原则存在的观点;但也有观点认为中国刑法是基本罪刑法定。关于中国是否应该在刑法上规定罪刑法定原则,当时存在争议,有一种观点明确提取消类推是中国的危险抉择。

但这是否意味着罪刑法定的刑法规定,在法治的道路上,中国在刑事法领域已经与世界接轨,中国已经实现了刑事法治^①呢?这里涉及两个问题:一是罪刑法定与刑事法治是否具有同一性,即刑事法治的表现是否集中在罪刑法定的规定;二是是否刑法中有罪刑法定的规定,就意味着罪刑法定的实现。笔者的基本观点是:罪刑法定是法治在刑法领域的集中表现;刑法中规定罪刑法定并不意味着罪刑法定的实现,只是中国要实现罪刑法定的宣言,在中国现有状况下,罪刑法定的实现之路还相当漫长,需要国家和全体国民的长期努力。

什么是罪刑法定,罪刑法定与法治的关系如何?笔者认为,如果仅对罪刑法定作说文解字式的理解,罪刑法定与刑事法治不具有同一性,因为罪刑法定不过就是在司法上完全依据刑法的规定处理案件,司法不能超越立法规定。至于立法规定本身是否符合法治精神则不在罪刑法定的评价范围之内。在这样的前提之下,罪刑法定就是没有价值内涵或者价值要求的犯罪与刑罚的立法化。在这种前提之下,罪刑法定就不是近现代社会的产物,古代社会,尤其是中国的古代社会,在唐律等律令中,犯罪与刑罚规定得系统、全面,立法技巧已经达到了相当高的水平,正如日本刑法学者大塚仁在评价唐律时指出的:“这个法典(其主要内容是刑法),在立法技术的精致、公刑罚观念的彻底等方面,不仅是当时欧洲诸国的刑法不能比肩的,而且,有自那时起经过约9个世纪所制定的加洛林那刑事法典都不及的方面。”^②而且在司法方面,负责审判的官员也是不能随意超越法律的,因而也已经是罪与刑在立法与司法方面一定程度上的法定。问题在于,在现代社会,我们要赋予罪刑法定以何种意义,是只要有了罪与刑的刑法规定,并且要求司法不能超越法律文本就是罪刑法定呢,还是另有罪刑法定原则的标志与内涵?如果将罪刑法定的产生与其社会历史背景联系起来考察,我们只能得出这样的结论:罪刑法定是历史发展的产

① 刑事法治不仅是实体法的问题,诉讼法的规定模式与内容对刑事法治的价值是重大的,正当程序从一定意义上也可以说是刑事法治。由于笔者主要是从实体法的角度研究问题,因而将法治在刑法中的实现表述为罪刑法定。

② [日]大塚仁:《刑法概说》(总论)(第三版),冯军译,30页,北京,中国人民大学出版社,2003。

物,是与近现代社会随着资本主义商品经济出现之后,要求在政治上的民主、人权等基本概念相伴生的,在这种基本概念之下,罪刑法定就不仅是说文解字意义上的罪与刑的法定,它需要一系列的理论支撑,要求特定的基本原则,具有固定的基本内容。罪刑法定是一种现代法理念在刑事法中的表述。在这种意义上,罪刑法定应该与法治密切联系,质言之,罪刑法定应该是法治原则在刑事法领域的集中表现,或者也可以称为刑事法治。本书关于罪刑法定的研究就是以此为前提展开的。

作 者

2006年3月

目 录

引言 罪刑法定：刑事法视野下法治原则的集中体现	(1)
一、国外国内关于法治基本精神的论述	(2)
二、法治的价值	(18)
三、罪刑法定与法治精神同步发展	(20)
第一章 罪刑法定的思想基础	(23)
一、罪刑法定的产生	(23)
二、罪刑法定思想基础沿革	(25)
三、罪刑法定思想基础的内容	(52)
四、罪刑法定的刑法规定与罪刑法定的实现	(64)
第二章 罪刑法定的基本内容与评价	(66)
一、罪刑法定的基本内容	(67)
二、罪刑法定的评价	(80)
第三章 罪刑法定在立法程序上的实现	(84)
一、引言	(84)
二、立法程序公正：立法实体公正的前提	(87)
三、立法程序公正的标准：民意充分表达的可能性	(91)
四、立法程序公正的时间支撑	(108)
五、立法程序公正要求慎重修改刑法	(113)
第四章 罪刑法定在立法内容上的实现	
——罪之设定	(144)
一、制定内容：应予禁止行为概说	(144)
二、刑事违法行为类型与其他违法行为类型之关系	(152)
三、刑事违法与一般违法在行为类型上之交叉或分立方式利弊分析	(160)



四、两种不同行为规定模式的比较与选择	(167)
第五章 罪刑法定在立法内容上的实现	
——刑之设定	(174)
一、法定刑之刑种设定	(174)
二、法定刑之个罪设定：法定最高刑与最低刑设定	(206)
第六章 罪刑法定对立法技巧的要求	(222)
一、轻微行为的规定模式	(223)
二、同一罪名中不同性质行为的规定模式问题：刑法中财产 损失与人员伤亡后果并列与分别规定之利弊分析	(238)
三、犯罪情节的规定模式	(248)
四、罚金刑之数额规定技巧问题	(260)
五、犯罪之罪刑阶段规定模式的技巧问题	(278)
第七章 罪刑法定在司法程序上的实现	(296)
一、刑事程序正当化与司法公正概说	(297)
二、司法程序公正对诉讼构架模式的要求	(305)
三、审前程序与司法公正	(312)
第八章 罪刑法定在刑法解释上的实现	(331)
一、罪刑法定所要求的刑法解释	(332)
二、中国有权刑法解释模式及其评判	(335)
三、日本刑法有权解释模式对我国的借鉴意义	(363)
四、中国有权刑法解释模式重构	(374)
五、刑法超法规司法解释可否的理性选择	(378)
第九章 罪刑法定的司法实现环境	(394)
一、罪刑法定对司法环境的要求	(395)
二、罪刑法定对司法者素质的要求	(408)
三、罪刑法定司法实现对守法的依赖	(437)
参考文献	(454)
后记	(459)

引言 罪刑法定：刑事法视野下法治原则的 集中体现

在中国,“法治”这个概念已经并不陌生,要求在中国实现法治也得到了人们的一致认同。但是,法治是什么?这个关于法治的最基础的问题,虽然在法学界对其研究已经有了相当的成果,但这种关于法治的观念并未得到全社会的普遍认同;更重要的是关于法治原则在具体的部门法中应该如何实现更是一个有待解决的问题。因为,法治如果仅仅是作为学者头脑中的观念,而不能在立法,尤其是部门法中得到体现,法治就难以在立法上得到实现;如果要在部门法中体现法治的观念,就应当研究该部门法在法治的实现上应当遵循的理念。如果这样的问题不解决,法治的实现就会成为空谈。而其前提,就是首先确认法治的基本精神意蕴,在此前提下,研究法治在刑法中的实现才是可能的。关于法治的精神问题,笔者并无专门研究,以下关于法治的论述,基本是转述他人的研究成果。这种转述在本书中是必要的,因为笔者认为:罪刑法定是法治在刑事法领域中的集中体现,而这种命题需要理由的论证,其前提是首先明确法治是什么;罪刑法定的基本精神是法治思想,对罪刑法定的理解如果超出其说文解字式的解说也就必然需要为其设定思想基础,这就是法治,因而法治精神的说明必然成为本论题不可缺少的内容。

一、国外国内关于法治基本精神的论述

(一) 亚里士多德对法治的论述

在历史上,法治思想的明确提出和首次阐述表现在两千多年前的古希腊先贤亚里士多德的名著《政治学》中:“我们应该注意到邦国虽有良法,要是人民不能全部遵循,仍然不能实现法治。法治应该包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是制定得良好的法律。”^①这段被称为亚里士多德法治公式的论述提出了法治的两个基本内容,即良法、守法。其后的学者很多都是在亚里士多德所提出的法治公式的框架之内,对法治的两个基本内容,即良好的法律与守法两个方面进行阐释与论证。

亚里士多德在提出法治的公式的同时提出了法治的理由:“若要求由法律来统治,即是说要求由神祇和理智来统治;若要求由一个个人来统治,便无异于引狼入室。因为人类的情欲如同野兽,虽至圣大贤也会让强烈的情感引入歧途。惟法律拥有理智而免除情欲。”^②亚里士多德的这段话包含三个推论:第一,良好的统治当免除情欲,即免除任意和不确定;第二,人的本性使任何人皆不能免除任意和不确定;第三,唯法律的统治即法治可免除任意和不确定。显然,此言既表述了诉诸法治的逻辑理由,亦透现出法治在宇宙秩序论、人性论等方面的哲学基础。^③亚里士多德关于法治的理由中,关于人性的理解是人不免有情欲,而情欲与理智相比,具有明显的任意性并因而使统治具有不确定性,而渗透着情欲的统治是不安全的,它导致的是统治者任性的可能性。而法律是理性的,法律的统治就是理性的统治,理性的统治具有安全性。

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,276页,北京,商务印书馆,1981。

② The Politics, Book III, Ch. 16. 本文里的若干译文可能与已有的中译文有较大出入,例如,该段译文参照了商务印书馆译本《政治学》,但有较大不同。

③ 夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,载《中国社会科学》,1999(4),117~143页。

（二）近代社会之前的法治制度基础与法治观念

一般认为,法治的典型社会实现是近现代社会的产物,但这并不意味着在近代之前没有关于法治的制度表现。有学者认为,“作为一项历史成就,西方的法治概念是以罗马法和诺曼法的历史文本为基础的。这些文本迄今仍然为许多关于法治含义和功能的讨论所倚重”。“罗马人和诺曼人丰富的法律语言和辉煌的司法成就不仅铸入中世纪欧洲教会法和世俗法的恢宏体系,而且被用来继续锻造关于法治的理想、原则和规则。”法治不仅仅是与正义、公平、良心和理性相联系的抽象理念,而且具体体现在像1215年英格兰《自由大宪章》、1222年匈牙利《金玺诏书》和市镇特许状那样的法律文件里。如《自由大宪章》规定:“不得凭借某种没有确凿可信证据的指控使任何人受审。”“任何自由民都不受逮捕、监禁、没收财产、褫夺公权、放逐或任何方式的伤害……除非那么做是按照与他地位相等的人的合法判决或按照国家法律。”“只有通晓法律的人才能任命为法官、治安长官、郡长或执行吏。”《金玺诏书》除了相似的规定外,最后还宣布,若国王及其继承者违反本法,人人皆享有通过言语和行动反抗的权利,而且此一权利具有永恒性,不应招致叛国的指控。还值得注意的是关于司法客观性、确定性的信念和制度。13世纪的法兰西和英格兰的法官们通常都认为忠于法律和上帝要甚于忠于他们的国王和领主。也是在这个时候,“同类案件同样判决”成为流行的法律格言。^①

以上的理论学说与制度特征说明,近代革命以前的法治观念至少有三:其一,法律至上。这不但表现为自由民的权利平等,受到法律的保护,也表现为官员包括国王也必须守法,即国王也是在法律之下而不是可以凌驾于法律之上。尽管“在官僚法里,普遍性不过是权宜之计”^②,但法律至上的规定至少在一定程度上可以为普通人提供超出统治者工具性动机的正义,从而培育法律的权威。可以说,统治者们寻求通过法律制度系统

① 夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,载《中国社会科学》,1999(4),117~143页。

② [美]罗伯特·昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,46页,北京,中国政法大学出版社,1994。

地实施其政策,而其自身亦不得受用以为治的法律制度的约束,乃是走近法治的一个政治过程。其二,权力分立与制衡。“为了确保普遍性,行政必须与立法分立;为了确保一致性,审判必须与行政分立。实际上,这两种分立恰恰是法治理想的核心。”^①这种行政、司法、立法的分立,虽然在当时主要是就同一地域内不同的政治实体而非同一政治实体内各部分的关系而言的,但权力由此而分立,并发展出一套分权制衡的法律规则。更为重要的是,分权制衡及其规则有效地将权力的存在和运作置于法律之下。正是在这个意义上,后世把立法权、行政权、司法权的分立制衡当做法治的基本要求,甚至等同于法治本身。其三,法律来源于某种超越于现实政治权力结构的实在,因而,法律被视为普遍、客观而公正的。这种超验的实在在当时被理解为神意和自然正义,在后世的法治理论里则通过自由、人权、民主等价值来解说。^②

(三) 近代社会学者对法治的论述

戴雪对法治的论述。19世纪的英国法学家戴雪(A. V. Dicey)通常被视为近代西方法治理论的奠基人。戴雪第一次比较全面地阐述了法治概念,这一阐述乃是以已有的法治体制及其经验为根据的。在《宪法性法律研究导言》里,他写道:构成宪法基本原则的所谓“法治”有三层含义,或者说可以从三个不同的角度来看。首先,法治意味着,与专横权力的影响相对,正规的法律至高无上或居于主导,并且排除政府方面的专擅、特权乃至宽泛的自由裁量权的存在。其次,法治意味着法律面前的平等,或者,意味着所有的阶层平等地服从由普通的法院执掌的国土上的普通的法律;此一意义上的“法治”排除这样的观念,即官员或另类人可以不承担服从管治着其他公民的法律的义务,或者说可以不受普通审判机构的管辖。……作为其他一些国家所谓的“行政法”之底蕴的观念是,涉及政府或其雇员的事务或讼争是超越民事法院管辖范围的,并且必须由特殊的和或

① [美]罗伯托·昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,53~54页,北京,中国政法大学出版社,1994。

② 夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,载《中国社会科学》,1999(4),117~143页。

多或少官方的机构来处理。这样的观念确实与我们的传统和习惯根本相忤。最后,法治可以用作一种表述事实的语式,这种事实是,作为在外国自然地构成一部宪法典的规则,我们已有的宪法性法律不是个人权利的来源,而是其结果,并且由法院来界定和实施;要言之,宪法乃国内普通法律之结果。^①

对戴雪上述关于法治的论述,有学者将其概括为三层意思:第一,人人皆受法律统治而不受任性统治;第二,人人皆须平等地服从普通法律和法院的管辖,无人可凌驾于法律之上;第三,宪法源于裁定特定案件里的私人权利的司法判决,故宪法为法治之体现或反映,亦因此,个人权利乃是法律之来源而非法律之结果。^②虽然这段话是在特定的语境里讲的,他所主要关注的只是探讨英国议会制度与宪法传统之间的关系,^③但其论述所蕴含的关于法治理念的内容应该认为具有一般性。在其对法治的论述中,不但法律至上、人人平等的观念具有一般性,就是关于宪法与法律不是个人权利的来源而是其结果的观念,也是法治的应有基本内涵,因为宪法与法律并非是向国民授予权利,而是确认在法治国家国民所应当享有的权利,法律不是国民权利的来源,国民的权利来源于国民作为人这种现实,因而权利是本原的。

(四) 现代社会学者对法治的论述

富勒对法治的论述。富勒在《法律之德》一书里把法律之德区分为内在之德和外在之德,认为法治是法律内在之德的一部分。在他看来,具备法治品德的法律制度由八个要素构成:一般性、公布或公开、可预期、明确、无内在矛盾、可遵循性、稳定性、同一性。这八项要求表述了法治的两个基本原则,一是必须有规则,二是规则必须能够被遵循。^④

莱兹对法治的论述。莱兹认为,法治有两方面的含义:一是人们应该

^① Albert V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885), 1960, pp. 202-203. 转引自夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,载《中国社会科学》,1999(4),117~143页。

^{②③④} 夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,载《中国社会科学》,1999(4),117~143页。

受法律的统治并服从法律;二是法律应该让人们能够受其引导。法律要被人们服从,就必须能够引导人们的行为。为此,他提出了法治的八条原则:第一,法律必须是可预期的、公开的和明确的。这是一条最根本的原则。第二,法律必须是相对稳定的。第三,必须在公开、稳定、明确而又一般的规则的指导下制定特定的法律命令或行政指令。第四,必须保障司法独立。第五,必须遵守像公平审判、不偏不倚那样的自然正义原则。第六,法庭应该有权审查政府其他部门的行为以判定其是否合乎法律。第七,到法院打官司应该是容易的。第八,不容许执法机构的自由裁量权歪曲法律。^①

菲尼斯对法治的论述。菲尼斯(John Finnis)所列举的法治要件也是八项。在《自然法与自然权利》一书里,菲尼斯指出,法治是法制的一种特定德性。一种法律制度在如下八种意义上体现法治:第一,规则是可预期、不溯及既往的;第二,规则无论如何也不是不能够被遵循的;第三,规则是公布的;第四,规则是清楚的;第五,规则是相互协调的;第六,规则足够地稳定以允许人们依靠他们关于规则内容的知识而受规则的引导;第七,适用于相对有限情形的法令和命令的制定受公布的、清楚的、稳定的和较为一般性的规则的引导;第八,根据官方资格有权制定、执行和适用规则的人,一要对遵循适用于其操作的规则是负责的、可靠的,二要对法律的实际执行做到连贯一致并且与法律的要旨相符合。菲尼斯解释说,这八条都涉及制度和程序的品格,而不能仅仅看做某种语义的表达。^②

富勒、莱兹和菲尼斯在对法治的原则或者内容归纳的八项要素中,虽然在侧重和表述上有所不同,如莱兹和菲尼斯的要素中具有明显的程序性要素,而在富勒的归纳中该类要素并不明显,但在都把法治作为法律制度的一种特定品德方面,却具有一致性,而且,他们对这种品德的把握有着相当程度的一致。法治需要法律的存在,但法律的存在只是法治的前提而不是法治的全部内容。柏拉图说“人类必须有法律并且遵守法律,否则他们的生活就像最野蛮的兽类一样”^③,但是,这并不妨碍他坚持人治。

①②③ 夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,载《中国社会科学》,1999(4),117~143页。

作为制度品德,法治所要求的法律“能够被遵守”,是进一步揭示了法治的实质内容即法治的内在之德。法律或者规则的能够被遵守,表明了对法律或规则的内在要求,即法律、规则与构成社会的国民之一般观念应当具有一致性,法律不能强人所难,不能违背社会的一般公正理念,否则,其规则就不符合能够被遵守的要求。也就是说,要求有法律并不是法治的独有特征,非法治社会也并非不需要社会规则,而是对规则自身的要求,即是否能够体现社会的一般观念,由此导致国民是否能够遵守法律,而且这种遵循不是由于国家的强制,而是由于国民的自愿。法治的这种内在之德才是法治的基本精神。

哈耶克的法治思想。哈耶克是从自由和法治的关系角度论述法治的。他认为,自由是一种个人不受他人强制,不受权力的专断、控制的状态。基于对自由的信仰,他认为在一个自由的法律秩序中,法治和自由相互包容、互为基础和条件,任何一方对另一方而言,都是必然的、必要的或不可或缺的,它们的关系好比手心和手背的关系。法治的含义是:其一,法治不是一条规则或命令,而是自由的法令,是一种应然的状态中的“无法律原则”或“一种政治理想”。也就是说,法治是指所有法律必须依从于某些抽象的、一般的、普遍的原则,即关于法应当是什么的原则,是一种自由的秩序。其二,法治是指在实然层面上的依法办事原则,国家权力的组织、行为及其实现都必须有法律的根据。其三,法治是指对国家一切强制权力的有效限制,即政府在一切实行中都要受到事前规定并宣布的一般且平等的规则的约束,这些规则能够使人们在必须时明确地预测政府在何种情况下将适用强制权力,并据此来计划和安排个人事务。其四,法治是一种自由状态,在这种适宜人的状态下,人受他人意志的强制弱化到最小的限度,每个人都能够运用自己的有限理性和智识去实现自己。^①因此,哈耶克十分赞赏古罗马思想者西塞罗“为了自由,我们才服从法律”的论断。在他看来,自由是自发社会秩序存在的必要条件,而一般规则则是

① 张彩凤:《自由秩序 解读哈耶克的普通法治观》,载《中国人民公安大学学报》,2002(2),28~36页。

自由得以存在的必要条件。对一般规则的诉求也就是对法治的诉求。^①在《自由的构造》一书里,他写道:“为本书首要关注的法律下自由的概念奠基于这样一个论点:当我们服从既定的、不管对谁都适用的一般性抽象规则意义上的法律的时候,我们没有服从他人的意志,并因此是自由的。这是因为,立法者并不知道他的规则将适用的特定案件,同时,适用规则的法官在按照既定的规则体系和案件的特定事实得出结论时是无可选择的,这样,就可以说是法治而不是人治。”^②这种对法治与自由关系的论证,说明在哈耶克看来,为了自由的追求,才要求法治,因而自由是法治的精髓,如果在法律之下国民失去或者不适当地限制了国民的自由,这种法律的存在就不是法治的要求,因为它违反了自由秩序原理。因此,法律的目的的与其说是限制自由,不如说是扩大自由,如果法律的存在不能最大限度地扩大国民的自由,这种法律也就不是法治所要求的法律。

(五) 我国学者对法治的论述

夏勇对法治的论述。夏勇提出:我们可以把法治的要件或要素表述为以下十个方面,这十个要素也是养成法治品德所必须牢记和依循的基本规诫^③:

第一,有普遍的法律:法治所要求的法律普遍性主要有三层意思。一是规范的制作要有一般性。二是规范的适用要有一般性。这主要指相同的情况必须得到相同的对待。三是法律制度具备统一性。综上三点,可以认为,一个相对成熟的法律体系是法治的前提,无论它是以法典为主导,还是以判例为主导。

第二,法律为公众知晓。

第三,法律可预期:哈耶克曾把法治定义为要求“政府的所有行为由

① 邓正来:《自由与秩序——哈耶克社会理论研究》,21~29页,南昌,江西教育出版社,1998。

② [英]弗里德里克·A.哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,190~191页,北京,生活·读书·新知三联书店,1997。

③ 夏勇:《法治是什么——渊源、规诫与价值》,载《中国社会科学》,1999(4),117~143页。

事先已经确立并公布的规则来限定，规则使得用公平的确定性预见当局在给定的情况下怎样运用其强制权力成为可能”。

第四，法律明确：规则必须能够为其接受者所认知和理解。对法律的明确性要求也不能过分，一种华而不实的明确性比老老实实的含糊不清或许更有害于法治。

第五，法律无内在矛盾。

第六，法律可循：如果立法不切实际，政府官员就会面临这样的困境：要么强迫公民为其不可能为之事，以致造成严重的不义；要么对公民违法视而不见，从而削弱对法律的尊重。

第七，法律稳定：频繁改变的法律和溯及既往的法律一样危害法治。^①

第八，法律高于政府：一个维持交通、颁发执照的警察若任意妄为，虽然只涉及法律的极微小而短暂的一部分，也足以危害法治。必须有一套确保官方行为与法律一致的制度和原则。这就是富勒所说的同一性，即业已确立的规则必须与能够从官员（如法院和警察）的执行模式里推断出来的规则相适应。^② 法治并不排斥自由裁量权，因为“没有灵活性地坚守实在法，把法治的美德——恒常性、可预测性、非人格化和自我克制——变得看起来荒唐、拙劣或不人道并不能使死守法律者比破坏法治者更高尚”^③。“我们的法律制度是否被称为‘自由的’不应当是重要的。实践中的问题是，我们的制度是否比应该有更多规则和较少裁量权的制度更好一些，或者是比一个有更多裁量权、更多标准和较少规则的制度更好一些。”^④ 但是，法官的自由裁量权必须遵循法律，这是法治与政治的一个基

① 美国宪法的制作人詹姆斯·麦迪逊曾严厉谴责当时美国议会频繁改变法律。他认为，法律随政策而变化，将会使立法成为有权有势、胆大妄为者的专利，成为勤奋劳动、消息闭塞者的圈套。参见《联邦党人文集》第44篇，230页，北京，商务印书馆，1980。

② 可以肯定地讲，法治的实质是：在对公民发生作用时（如将他投入监牢或宣布他主张有产权的证件无效），政府应忠实地运用先前宣布的应由公民遵守并决定其权利和义务的规则。倘若法治不是指这个意思，那就什么意思都没有（Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, pp. 209-210）。

③ [美]波斯纳（Richard A. Posner）：《法理学问题》，294页，北京，中国政法大学出版社，1996。

④ 同上书，78页。