

刑事法律科学文库 (68)

◎ 彭凤莲 著

中国罪刑法定原则的百年变迁研究

ON CENTENARY CHANGE OF
THE PRINCIPLE OF A LEGALLY
PRESCRIBED PUNISHMENT
FOR A SPECIFIED CRIME



中国人民公安大学出版社

中国人民大学刑事法律科学研究中心

◎刑事法律科学文库 (68)

中国罪刑法定原则 的百年变迁研究

ON CENTENARY CHANGE OF THE PRINCIPLE
OF A LEGALLY PRESCRIBED PUNISHMENT
FOR A SPECIFIED CRIME

彭凤莲 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国罪刑法定原则的百年变迁研究/彭凤莲著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007.3

(刑事法律科学文库; 68)

ISBN 978 - 7 - 81109 - 673 - 6

I. 中… II. 彭… III. 刑法—历史—研究—中国

IV. D924.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 035965 号

中国罪刑法定原则的百年变迁研究

ON CENTENARY CHANGE OF THE PRINCIPLE OF A LEGALLY
PRESCRIBED PUNISHMENT FOR A SPECIFIED CRIME

彭凤莲 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2007 年 3 月第 1 版

印 次: 2007 年 3 月第 1 次

印 张: 11.875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 320 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 673 - 6/D · 633

定 价: 28.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcppsuo.com.cn

www.poreclub.com.cn

刑事法律科学文库

总 序

现代化的国家是法治国家。现代文明的社会是法治社会。中国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻，对中国社会的发展进步至关重要。毋庸置疑，现代刑事法治在现代化法治国家中仍扮演着重要的角色，因而刑事法学学科也相应地为国家所重视，成为我国改革开放以来公认的最为繁荣的主要法学学科领域之一，并被首批纳入建设“国家重点研究基地”的行列。在新世纪建设社会主义法治国家的进程中，刑事法学需要进一步发展完善，以更为充分地发挥其应有的作用。

中国人民大学刑事法律科学研究中心，是专门从事刑事法研究的新型综合性学术研究机构，也是1999年12月首批建立的15个教育部普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。本中心依托中国人民大学雄厚的人文社会科学基础与中国人民大学法学院坚实宽广的法学学科实力，以国家级重点学科刑法学为龙头，涵盖刑事实体法、国际刑法、刑事程序与证据法、刑事侦查与刑事物证技术、刑事法律史等刑事法律学科群中的主要领域。按照教育部的要求，

中心应当是具有明显的科研优势和特色的国家级刑事法律重点研究基地，并经过努力使整体科研水平和参与重大决策的能力居于国内领先地位，在国际刑事法学术界享有较高声誉。中心以学术研究为核心，深化科研体制改革，实行全面开放，注重高层次人才培养，加强学术交流，引导和促进刑事法律学科的发展与完善，努力建成国内一流、国际知名的刑事法律科学重点研究基地。

“刑事法律科学文库”，是中国人民大学刑事法律科学研究中心组织策划的主要系列学术丛书，计划出版国内外刑事法学（包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法、刑事侦查、刑事物证技术、刑事法律史等）领域有新意、有分量的著作与译作。著译者以本中心专职、兼职研究人员为主，并向国内外专家学者开放，旨在推动刑事法学领域的学术研究，积累刑事法学方面的学术成果，为繁荣和发展我国的刑事法学事业作出积极的贡献。

中国人民大学刑事法律科学研究中心

2007年1月

序

罪刑法定原则是现代各国刑法的基本原则，它于清朝末年引入中国。罪刑法定原则在中国的百年变迁史，不仅是中国“法治”的百年变迁史，而且也是中国社会的百年变迁史。然而，这一重要领域刑法学界与法史界皆没有系统地梳理过，所以我指导的博士彭凤莲以“中国罪刑法定原则的百年变迁研究”为博士论文选题具有重大意义。这本博士论文即将出版，学生邀我为序，作为指导老师，我欣然应允。

本书在以下几个方面颇具特色：

一是在布局谋篇上。作者以百年的时间为经，以罪刑法定原则的引入与实践行为纬进行布局谋篇。纵向角度，以史立论，将罪刑法定原则的变迁置于整个社会变迁中进行研究，以揭示罪刑法定原则的命运与社会变迁之间的关联；横向角度，以法立论，将罪刑法定原则置于宪政背景下进行思索，以揭示罪刑法定原则与宪政之间的关联。

二是在处理“史”与“论”的关系上。书中运用了翔实的史料，增加了本书的历史厚度，但并不是枯燥地堆砌史料，而是能较好地做到了“史”“论”结合，对罪刑法定原则的每一段变迁史进行梳理后，都有言简意赅的论说。例如，作者在对中国传统罪刑关系进行研究之后，得出了中国传统罪刑规范法定化与罪刑法定原则“形似神异”的结论。对史料的恰当运用以及正确处理“史”与“论”的关系，显示出了作者扎实的史学功底。

三是在处理“古”与“今”的关系上。以史为鉴，可以知兴替。研究罪刑法定原则的历史，是想达致“古为今用”之目的，

所以本书区别于纯粹的考据学，而是在厘清罪刑法定原则引入中国及其在中国的百年发展史之后，对这一巨幅画轴为什么在不同历史阶段呈现出不同风貌特征进行了深刻思索，以探寻变迁背后的因素或力量，获得一些法律之外的认识，并进而为罪刑法定原则在当下的实施提供些许有益借鉴。

在观点上，本书亦颇有创新。例如，对“罪刑法定”名词的考释在学界尚属首次；对民国时期罪刑法定原则“二重性”特征的归纳与评价在学界也尚属首次；还首次提出清末罪刑法定原则立法化之论争是礼法之争的焦点之说；首次将“严格解释刑法”作为罪刑法定原则司法上的派生原则来研究，等等。这些学术创新拓展了罪刑法定原则的研究领域，同时会推动罪刑法定原则的研究向纵深方向发展。

是为序。

高铭喧

2007年2月

目 录

导 论	(1)
一、命题的提出	(1)
二、“近观中国”的研究视域	(2)
三、开放的研究路径	(4)
四、需要交代的几个概念	(6)
五、论题涉及的中国法域	(9)
六、本文的框架	(9)
第一章 罪刑法定原则概览	(11)
一、罪刑法定原则的思想渊源	(11)
(一) 自然法思想	(12)
(二) 心理强制说	(16)
(三) 三权分立学说	(19)
二、罪刑法定原则的基本类型	(22)
(一) 英美法系之罪刑法定原则	(22)
(二) 大陆法系之罪刑法定原则	(31)
三、罪刑法定原则的价值	(40)
(一) 前期刑事古典学派：保障自由与限制权力	(41)
(二) 刑事近代学派：保障人权价值的失落	(44)
(三) 经典价值的复归：保障人权重新被强调	(48)
(四) 罪刑法定原则的价值与刑法的价值之间的关系	(50)

四、罪刑法定原则的衍生原则	(53)
(一) 罪刑法定原则的自我完善	(53)
(二) 司法适用上的衍生原则	(56)
(三) 刑法立法上的衍生原则	(59)
五、罪刑法定原则的宪政基础	(65)
(一) 宪政与法治的基本内涵	(65)
(二) 罪刑法定原则与宪政	(72)
第二章 罪刑法定原则登陆中国	(78)
一、罪刑法定原则与中国法律传统	(79)
(一) 百年聚讼: 中国古代是否存在罪刑法定原则	(79)
(二) 传统寻踪: 中国传统法制中罪刑关系	(85)
(三) 形似神异: 罪刑法定原则与传统罪刑规范 法定化之比较	(92)
二、明末清初启蒙思想家的法观念	(95)
(一) 明末清初的时局	(96)
(二) 启蒙思想家对传统法观念的批判	(97)
(三) 启蒙思想家的“法治”理想	(99)
三、清末立宪	(104)
(一) 戊戌变法开启民权意识	(104)
(二) 立宪派的“法治”思想	(107)
(三) 社会进化论的传播	(110)
(四) 考察宪政	(111)
(五) 仿行宪政	(114)
四、罪刑法定原则的引入	(120)
(一) 鸦片战争前罪刑法定思想的流入	(120)
(二) 《日本国志·刑法志》对罪刑法定原则的引介	(122)

(三) 《大清新刑律》实现罪刑法定原则之立法化	(126)
(四) 罪刑法定原则立法化之论争	(131)
(五) “罪刑法定”名词考释	(138)
第三章 民国时期的罪刑法定原则	(143)
一、民初的罪刑法定原则	(143)
(一) 民主派的“法治”思想	(143)
(二) 民初宪法中之罪刑法定原则	(145)
(三) 民初刑法中之罪刑法定原则	(147)
二、南京国民政府时期的罪刑法定原则	(151)
(一) 南京国民政府的立宪与罪刑法定原则	(152)
(二) 南京国民政府的刑法典与罪刑法定原则	(155)
(三) 南京国民政府的刑事特别法及司法实践对 罪刑法定原则的否定	(158)
三、二重性——评民国时期的罪刑法定原则	(164)
(一) 对民国时期罪刑法定原则评价之分野	(164)
(二) 二重性：民国时期罪刑法定原则的特征	(166)
四、我国台湾地区罪刑法定原则的变迁	(170)
(一) 台湾地区“刑法”发展概况	(170)
(二) 台湾地区“刑法”对罪刑法定原则的最新修正	(172)
第四章 新中国初期的罪刑法定原则问题	(174)
一、新中国初期的宪政建设	(175)
(一) 新民主主义时期法制与罪刑法定原则	(175)
(二) 新中国初期宪政建设概况	(178)
二、新中国初期刑事法制建设与罪刑法定原则	(183)
(一) 单行刑法与罪刑法定原则	(183)

(二) 刑法典草案与罪刑法定原则	(186)
(三) 学界关于罪刑法定原则的观点	(189)
三、形意迷失——评新中国初期的罪刑法定原则	(192)
(一) 立法的虚无化	(192)
(二) 司法的政治化	(196)
第五章 1979 年刑法时期的罪刑法定原则问题	(200)
一、法律理性与人权保障	(200)
(一) 惩罚的社会呼唤法律理性	(200)
(二) 1982 年宪法关于公民权利的规定	(202)
二、1979 年刑法典与罪刑法定原则	(203)
(一) 1979 年刑法的制定与颁布	(203)
(二) 罪刑法定原则的缺位与类推制度的法典化	(206)
三、形意飘忽——评 1979 年刑法时期的罪刑法定原则	(210)
(一) 关于 1979 年刑法是否实行了罪刑法定原则之争	(210)
(二) 形意飘忽：1979 年刑法时期的罪刑法定原则	(215)
第六章 1997 年修订刑法中罪刑法定原则的确立	(219)
一、类推制度的废除	(219)
(一) 类推制度的存废之争	(219)
(二) 万事俱备，只欠东风：取消类推制度的 时机成熟	(222)
(三) 废除类推制度的历程	(225)
(四) 对废除类推制度的理解	(227)
二、罪刑法定原则的确立	(231)

(一) 刑法典历次修改、修订草案中关于罪刑法定原则的相关规定	(231)
(二) 刑法立法资料中关于罪刑法定原则的相关内容	(235)
(三) 刑法学界关于修改刑法中有关罪刑法定原则的方案与建议	(240)
(四) 中国罪刑法定原则双面表述出台的过程	(243)
三、评 1997 年修订刑法中的罪刑法定原则	(245)
(一) 罪刑法定原则立法化的意义	(245)
(二) 罪刑法定原则的体现	(248)
(三) 罪刑法定原则双面表述的缺陷	(252)
第七章 罪刑法定原则百年变迁的省思	(257)
一、罪刑法定原则在中国变迁的主要原因	(257)
(一) 政治原因	(257)
(二) 观念原因	(259)
(三) 法典驱动主义	(263)
(四) 法学家的推动	(265)
二、中国罪刑法定原则百年变迁的重要启迪	(266)
(一) 法律变迁应是渐进的过程	(266)
(二) 罪刑法定原则立法易司法难	(270)
(三) 摒弃法律纯粹工具观而树立法律自由观	(272)
(四) 罪刑法定原则不能脱离社会的变迁而孤立发展	(276)
(五) 罪刑法定原则的确立与实施离不开宪政的牵引	(280)
第八章 罪刑法定原则在当下的实施	(282)
一、人权意识的增强	(282)

(一) 国际人权公约的签署和加入	(282)
(二) “尊重与保障人权”入宪	(285)
二、中国罪刑法定原则的立法完善	(289)
(一) 罪刑法定原则的宪法化	(289)
(二) 罪刑法定原则条文本身的完善	(293)
(三) 罪刑法定原则下的刑法的完善	(299)
三、中国罪刑法定原则的司法贯彻	(304)
(一) 刑事司法是罪刑法定原则实施的中心和关键	(304)
(二) 刑罚的执行是罪刑法定原则实施的延伸 与终结	(308)
结 语	(312)
参考文献	(319)
后 记 (一)	(351)
后 记 (二)	(354)

Contents

Introduction	(1)
1.1 Putting forward the Thesis	(1)
1.2 Research Field of Vision of “Looking on China nearly”	(2)
1.3 Opened Research Paths	(4)
1.4 Several Concepts Needing to Be Explained	(6)
1.5 Law Fields of China Involved in the Topic	(9)
1.6 The Framework of This Book	(9)
 Chapter 1 A General Review of the Principle of A Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime 	 (11)
1.1 Original Ideas of the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(11)
1.1.1 Thought of the Law of Nature	(12)
1.1.2 Theory of Psychological Force	(16)
1.1.3 Idea of Separation of Three Powers	(19)
1.2 The Basic Types of the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(22)
1.2.1 The Common Law System of the Principle of A Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(22)

1.2.2	The Continental Law System of the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(31)
1.3	The Value of the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(40)
1.3.1	Ancient School of Criminal at Early Times; Protect Freedom and Restrict Power	(41)
1.3.2	Modern School of Criminal; loss of the value of rights protection	(44)
1.3.3	resurrection of the classic value; reinforcement of rights protection	(48)
1.3.4	Relationship between the Value of the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime and that of the Criminal Law	(50)
1.4	Derivative Principle of the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(53)
1.4.1	self – perfection of the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(53)
1.4.2	Derivative Principles of Administration of judicial adaptation	(56)
1.4.3	Derivative Principles of Criminal Legislation	(59)
1.5	Constitutionalism Basis of the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(65)
1.5.1	The Basic Meaning of Constitutionalism and Rule of Law	(65)
1.5.2	The Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime and Constitutionalism	(72)

Chapter 2	Introduction of The Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime into China	(78)
2.1	The Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime and the Tradition of Chinese Law	(79)
2.1.1	Centenary Debate: Was There A Principle of a Legally Prescribed Punishment for A Specified Crime in Ancient China	(79)
2.1.2	tracking the tradition: the Relationship Between Crimes and Punishments in Chinese Law	(85)
2.1.3	Similar Form in Different Spirit: comparison Between the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime and Traditional Crime – Punishment Norm	(92)
2.2	Ideas of Law of the Enlightenment Thinkers at the End of Ming Dynasty and the Beginning of Qing Dynasty	(95)
2.2.1	The Situation at the End of Ming Dynasty and the Beginning of Qing Dynasty	(96)
2.2.2	Criticism of the Traditional Ideas of Law from the Enlightenment Thinkers	(97)
2.2.3	The Enlightenment Thinker's Ideal of "Rule of Law"	(99)
2.3	Constitutionalism at the End of Qing Dynasty	(104)
2.3.1	Wuxu Innovation enlightening awareness of Civil Rights	(104)

2.3.2	Thought of "Rule of Law" by Constitutionalists	(107)
2.3.3	Spreading of the Theory of Social Evolution	(110)
2.3.4	Constitutional Inspection	(111)
2.3.5	Constitutional Duplication	(114)
2.4	Introduction of the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime into China	(120)
2.4.1	Import of the Idea of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime into China before Opium War	(120)
2.4.2	Criminal Law Annals of Japan Annals Introducing the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(122)
2.4.3	The Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime being stipulated in Da Qing Criminal Law	(126)
2.4.4	Debate on the Stipulation of the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(131)
2.4.5	Justification and Interpretation of the Term of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime	(138)
Chapter 3	The Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime in the Period of the Republic of China	(143)
3.1	the Principle of a Legally Prescribed Punishment for a Specified Crime at the Beginning of the Republic of China	(143)
3.1.1	Thought of "Rule of Law" of the Democrats	(143)