

罪刑法定：

理念、规范与方法

王瑞君 著

Zuixing Fading
Linian Guilun yu Fangfa



山东大学出版社

罪刑法定：理念、规范与方法

王瑞君 著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

罪刑法定:理念、规范与方法/王瑞君著. 济南:山东大学出版社,2006.7

ISBN 7-5607-3241-0

I. 罪…

II. 王…

III. 罪刑法定主义—研究

IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 096736 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印刷

850×1168 毫米 1/32 10.75 印张 265 千字

2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

定价:22.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

前 言

我国 1997 年新刑法确立了罪刑法定原则,在我国刑法史上具有里程碑的意义。围绕着这一原则,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原则予以论述外,公开发表的相关论文多达二百余篇;并且,华东政法学院于 2002 年 10 月专门召集了以罪刑法定为题的理论研讨会。可以说,无论刑法理论界还是司法实务界均对这一原则给予以高度的重视,学者们和实务工作者对这一原则的重视和兴趣也恰好说明罪刑法定原则的强大的魅力和探讨价值。

相关的研究成果对推动我们对罪刑法定原则的深入理解,加深对新刑法甚至对新时代整个刑事法律的价值、意义的理解具有重要的价值。但从学术研究的角度看,似乎目前的研究视角还略显单一,因为至今学者所关注的话题主要集中在罪刑法定的内涵、理念、刑法立法明确程度等方面的问题,并就刑法而论刑法,这样不免会影响和限制我们研究的视阈。集中于个别问题的研究,易于深刻,但如果不能将罪刑法定原则纳入其生成的文化背景去思考,恐会影响对该原则原创价值内涵的深刻认识;而在当下如果将其剥离于整个社会法治的整体工程之外来研究,则不仅对该原则本身会产生误读,对该原则存在的价值会产生误解,也不利于我国的法治尤其是刑事法治进程的推进。

以公式化了的罪刑法定的表述为例，罪刑法定原则的经典表述为“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。此表述告诉我们，什么行为构成犯罪以及对这种犯罪行为处以什么样的刑罚，必须事先由法律明文加以规定，如果法律对某种行为未加以规定，即使该行为对社会具有严重的社会危害性，也不能对其定罪判刑。于是，人们把目光集中到了立法环节，我国刑法中罪刑规范设置情况、明确性程度自然成了法学研究人员和实务工作者关注的热点。但仅仅关注立法或者假定刑法罪刑规范已经规定得很好，是否就说明罪刑法定在一国得以实现了呢？从我国新刑法实施至今的司法实践来看，情况远没那么简单，这其中观念的转变显得非常关键。“立法或许是非常重要的教育因素，但这并不是说只要通过一项法律就能在一夜之间造成意识形态的基本转变，或把法律当成神奇的魔杖，可以在弹指之间把一个社会的偏见或内在情绪化的态度悉数扫除。”^①更何况我国可以说是先由立法确立罪刑法定的法律原则，然后才从观念上确立罪刑法定的价值理念，这与西方发达国家先确立了罪刑法定的观念，然后才确立罪刑法定的法律原则的路径是不一样的。并且，罪刑法定的观念仅仅树立在专家学者的思想里是远远不够的，更重要的是让该观念树立在法律实务工作者特别是法官的思想里，这需要一个漫长的过程。因此，探讨罪刑法定的价值和思考树立什么样的刑事法治的理念具有重要的现实意义。当然，对罪刑法定的价值蕴涵进行探讨不能望文生义，进行简单判断，适合的思维方式是将该原则纳入到其生成的经济、政治、法律文化背景中进行还原式考察。罪刑法定的发展及价值蕴涵同样需要我们以发展的眼光，将这一原则纳入到其发展的背景中进行总结，这样才能深刻认识罪刑法定生成和存在的价值蕴

① [英]Dennis Lloyd 著，张茂柏译：《法律的理念》，台湾经联出版事业公司 1984 年版，第 319 页。

涵,拓展并丰富我们对罪刑法定的认识,特别是该原则对我们今天实现依法治国伟大工程的意义,这是本书非常关注的探讨方法。

要想使罪刑法定原则的精神实质在我国真正落地生根,不仅有赖于执法者观念的转变,更有赖于刑事法官在具体法律适用中的切实坚守。这是因为,观念的转变还只是一种停留于抽象意义上的东西,只有实际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以司法为中心的研究视角的转化,并且实现对罪刑法定从理念、规范、司法化多层面进行系统的研究,将着力点放置于对关键学术问题如对罪刑法定的整体性研究、罪刑法定司法化研究的突破上。这些学术理论的创建对于人们深刻理解罪刑法定原则,对于罪刑法定司法化的推进,对于人们认识罪刑法定在推进我国刑事法治进程中的意义,对于相关学术理论的发展以及刑法学的教学和研究等,都将有很大的益处。

本书尝试引入法律方法论对罪刑法定原则进行思考,循着理念为先导、法律主义框架下罪刑规范的设计为基础,以罪刑法定司法化为重心进行整体化研究思路,目的在于:当我们在关注罪刑法定制度构造中刑事立法的内容和立法技术的同时,不要忽视一个基本问题——有着深刻思想内涵的罪刑法定原则的确立不仅仅是一个简单的立法技术问题,更是一个深刻的观念变革与价值重塑工程,更重要的是它带有方法论的意义。妥当与否,敬请各位学者批评指正。

王瑞君

2005年10月20日

目 录

第一部分	罪刑法定与刑法理念 ·····	(1)
第一章	罪刑法定的缘起与演进·····	(3)
第二章	罪刑法定生成与发展的社会文化机理与罪刑法定的价值·····	(19)
第三章	罪刑法定与刑法理性·····	(46)
第四章	罪刑法定的宪政背景与宪政追寻·····	(78)
第五章	国外罪刑法定内容的新发展及其启示·····	(92)
第六章	罪刑法定在中国的确立及观念维新·····	(108)
第二部分	罪刑法定与罪刑规范的创制 ·····	(125)
第一章	罪刑法定与刑法的调控范围·····	(127)
第二章	刑法的表达技术·····	(153)
第三章	罪刑法定与空白罪状·····	(170)
第四章	罪刑法定与我国新刑法的进步和不足·····	(185)
第三部分	罪刑法定与法律方法 ·····	(221)
第一章	罪刑法定的司法运作·····	(223)
第二章	罪刑法定制度构造中的刑法渊源·····	(251)

第三章 法官如何发现法律·····	(273)
第四章 罪刑法定与刑法解释·····	(286)
参考文献·····	(323)
后 记·····	(330)

第一部分

罪刑法定与刑法理念

第一章 罪刑法定的缘起与演进

一项法律制度或者一项法律原则的产生与发展,通常是一国法律实践与理论学说互动的结果,罪刑法定也不例外。罪刑法定,通常被称为“罪刑法定主义”,我国习惯上将其称为“罪刑法定原则”。作为一项法律原则,罪刑法定的产生究竟是法律实践在先还是理论学说在前,学者就此问题的直接回答虽然并不多,但从现有教科书和相关学术论著来看,通常将法律实践置于理论学说之前进行阐述。本书采取相反的叙述顺序,即先探讨催生罪刑法定的理论学说,然后探讨关于罪刑法定法律文本的相关规定及内容。原因在于,学界关于罪刑法定原则的产生到底是理论在先还是实践在先存在较大的争论;还有一个重要的原因,正如下文所要谈到的,就是近现代意义上的罪刑法定只有在强有力的思想理论的支撑与武装下,才能以其特有的内涵和方式走向历史舞台并最终发展成为大多数国家刑法的一项铁则,也就是说,是近代启蒙思想促生了罪刑法定主义。

一、罪刑法定是启蒙思想的产物

作为支配近现代刑法的一种理念,罪刑法定发端于资产阶级启蒙思想,是启蒙思想反对封建专制刑法的产物。17~18世纪资产阶级启蒙思想家在他们的著作中对自由主义、人民主权、法治主

义等思想进行了较为系统、全面的阐述，由此形成了一种思想潮流，近代意义上的罪刑法定思想由此勃发，与封建专制的罪刑擅断相抗衡。当然，与其他思想体系的形成一样，启蒙思想理论的形成同样基于浓厚的文化机理，即只在特定的经济、政治、文化背景下才能生成，而特有的背景、文化机理既促成一定理念、制度的形成，也深深影响该理念、制度的价值取向，罪刑法定也是如此。启蒙思想理论直接促成罪刑法定的缘起，启蒙思想形成背后的深刻的文化机理直接影响并决定了罪刑法定的价值蕴涵。当然，本着由表及里的思维进路，在此首先探讨罪刑法定缘起的直接思想渊源，即启蒙的自由主义、人民主权、法治主义思想，对于罪刑法定生成和发展的文化机理和价值蕴涵留待后面再作专门的阐述。

（一）启蒙的自由主义思想

17~18 世纪的启蒙思想家对当时的教会权威和封建制度进行了激烈的抨击，他们提倡理性主义，主张天赋人权、社会契约论等，这种启蒙的自由主义思想为罪刑法定主义提供了思想理论基础。他们认为，在法律产生之前，人类处于一种自然状态中，这是一种完美无缺的自由状态，也是一种平等的状态。但是，自然状态并不是一种放任的状态。洛克在其《政府论》中指出：“虽然这是一种自由的状态，却不是放任的状态。在这种状态中，虽然人具有处理他的人身或财产的无限自由，但是他并没有毁灭自身或他所有的任何生物的自由，除非有一种比单纯地保存它来得更高贵的用处要求将它毁灭。自然状态有一种为人人所应遵守的自然法对它起着支配作用；而理性，也就是自然法，教导着有意遵从理性的全人类：人们既然都是平等和独立的，任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由或财产。”^①但自然状态也存在许多缺陷，即缺少一种明文规定、众所周知的法律，缺少一个有权依照法律来裁判一切

^① [英]洛克著，叶启芳、瞿菊农译：《政府论》下篇，商务印书馆 1964 年版，第 6 页。

争端的公正的裁判者,缺少一种权力来保证判决的执行。因此,单靠自然法还不够,必须有明文规定的法律,必须有裁判者,还必须保证这种判决执行的权力。而要做到这些,必须依据契约组成国家。但是,契约不是无限的,人们只是在保护人权的范围内将立法、刑罚权等委让给国家。因此,委让给国家的刑罚应限于必要的最低限度内,国家须明示违反义务的种类及对之所科处的刑罚。作为近代自由主义的创始人,洛克非常注重自由的意义,认为这种不受绝对的、任意的权力约束的自由,对于一个人的自我防卫是如此必要和有密切联系,以致他不能丧失它,除非连他的自卫手段和生命都一起丧失。^①而能使这一自由得以实现的则是法律。处在政府之下的人们的自由,应有长期有效的规则作为生活的准绳,这种规则为社会一切成员所共同遵守,并为社会所建立的立法机关所制定。法律的目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由。这是因为在一切能够接受法律支配的人类状态中,哪里没有法律,哪里就没有自由。这是因为自由意味着不受他人的束缚和强暴,而哪里没有法律,哪里就不能有这种自由。^②为了保护个人自由,国家拥有对违反者处罚的刑罚权,但国家的立法权和刑罚权的目的,只能是增进个人的幸福。对违反者只能按规定处以刑罚,而绝不能用来损害个人的权利。洛克在其《政府论》中还谈到:“处在社会中的人的自由,就是除经人们同意在国家内所建立的立法权以外,不受其他任何立法权的支配;除了立法机关根据对它的委托所制定的法律以外,不受任何意志的统辖或任何法律的约束……处在政府之下的人们的自由,应有长期有效的规则作为生活的准绳,

① 参见[英]洛克著,叶启芳、瞿菊农译《政府论》下篇,商务印书馆1964年版,第16~17页。

② 参见[英]洛克著,叶启芳、瞿菊农译《政府论》下篇,商务印书馆1964年版,第16、36页。

这种规则为社会一切成员所共同遵守，并为社会所建立的立法机关所制定。这是在规则未加规定的一切事情上能按照我自己的意志去做的自由，而不受另一个人的反复无常的、事前不知道的和武断的意志的支配；如同自然的自由是除了自然法以外不受其他约束那样。”^①启蒙的自由主义思想，是新兴资产阶级反对封建专制的思想武器，它的保障人的权利的思想，被认为是罪刑法定主义的核心思想。

（二）启蒙的人民主权思想

美国法理学家博登海默曾经把启蒙思想的主要理论形态——古典自然法的发展分为三个阶段：“古典自然法哲学的发展，或许可以分为三个时段。这三个时段与这一时期的社会、经济和知识的发展阶段大体同步。第一阶段是文艺复兴和宗教改革后发生的从中世纪神学和封建主义中求解放的过程，其标志是：宗教中新教的兴起、政治上开明专制主义的崛起、经济中重商主义的出理。这一发展过程在德国要比在西欧其他诸国持续都长。格劳秀斯、霍布斯、斯宾诺莎、普芬道夫和沃尔夫的理论均属于这一时期的杰作。这些学者的理论有一个共通点，就是他们都认为自然法得以实施的最终保障应当主要从统治者的智慧和自律中去发现。第二阶段约始于1649年英国的清教改革。该阶段以经济中的自由资本主义、政治及哲学中的自由主义为其标志；而洛克和孟德斯鸠的观点则是这一时期的代表性观点。他们都试图用一种权力分立(a separation of powers)的方法来保护个人的天赋权利(natural rights)，并反对政府对这些权利的不正当侵犯。第三个阶段的标志乃是对人民主权(popular sovereignty)和民主的坚决信奉。自

^① [英]洛克著，叶启芳、瞿菊农译：《政府论》下篇，商务印书馆1964年版，第16页。洛克的这一论述所蕴涵的罪刑法定思想至少包括：法律由立法机关制定；法律不禁止的就是公民的自由领域；反对罪刑擅断；事后法的禁止。

然法因此取决于人民的‘公意’和多数的决定。这一阶段最杰出的代表人物是法国政治思想家让·雅克·卢梭。”^①卢梭从自然法的角度,对法律的民主性进行了开拓性的论述。他认为,当全体人民对全体人民作出规定时,人们所规定的事情就是公共的,正如作出规定的意志是公意的一样。正是这种行为,才称之为法律。因此,法律的对象永远是普遍的,法律只考虑臣民的共同体以及抽象的行为,而绝不考虑个别的人以及个别的行为;法律乃是公意的行为,公意永远是正确的,法律只不过是我们自己意志的记录;法律既然结合了意志的普遍性与对象的普遍性,所以一个人,不论他是谁,擅自发号施令就绝不能成为法律,即使是主权者对于某个个别对象所发出的号令,也只能是一道命令,是行政行为而不是主权行为。^②卢梭的法律公意说尽管有导致多数专制的危险,但其学说涵盖的人民主权思想是对传统个人专制的批判和否定,具有重要的历史进步意义。

(三)启蒙的法治主义思想

启蒙思想家在资产阶级革命时期创立的近代法治理论,首先是针对封建专制统治提出来的。由于英国是最早开始资产阶级“光荣革命”的国家,可以说,近代西方法治的思想与实践均源于英国。17世纪的英国,资本主义商品经济高度发展业已成为全社会的细胞,并在产业革命的推动下,开始形成近代经济体制。契约自由、平等竞争和人身安全已成为人们的价值准则。这种价值观念反映在治国思想上必然是法治主义。这在革命开始之前,必然表现为启蒙思想家们法治思想的全而孕育。英国法治思想的奠基人哈林顿和洛克最早顺应时代潮流,提出和论证了法律一方面要保

^① [美]E·博登海默著,邓正来译,《法理学——法哲学与法律方法》,中国政法大学出版社2004年版,第44页。

^② 参见[法]卢梭著,何兆武译《社会契约论》,商务印书馆1980年版,第50~52页。

护和扩大个人的自由与权利,另一方面又要防止个人独裁、专制和限制政府权力这一法治原则。如哈林顿在其代表作《大洋国》中围绕着“怎样才能使一个共和国成为一个法律王国,而不是人的王国”进行了详细的论述。洛克指出,处在社会中的人的自由,就是除经人们同意在国家内建立的立法权以外不受其他任何立法权的支配,除了立法机关根据对它的委托所制定的法律以外不受任何意志的统辖或任何法律的约束。只有立法机关正式制定出来的、固定的、为人们普遍了解和同意的法律才是是非善恶的尺度。每一个个人和其他最微贱的人都平等地受制于那些他自己作为立法机关的一部分所制定的法律。^①

作为洛克的直接继承者和发展者,孟德斯鸠和洛克一样,以自由主义为理论的基础,认为自由是法治的实质,把法治作为各种文明、理念和制度的要求而加以推崇。孟德斯鸠将自由作为其论述法治的核心,强调法律是自由的最好的保护神。在政体的设计上,孟德斯鸠提出了具有划时代意义的按照权力的行使与自由、法律关系的新的三分法理论,认为专制主义政体是与自由绝缘的,共和政体是自由与法治的胚胎。专制国家是无所谓法律的,法官本身就是法律。君主国是有法律的。法律明确时,法官遵照法律;法律不明确时,法官则探求法律的精神。在共和国里,政制的性质要求法官以法律文字为依据;否则,在有关一个公民的财产、荣誉或生命的案件中,就可能对法律作有害于该公民的解释了。^②

洛克的另一个继承者卢梭进一步阐释到,政治权力源于自愿的“公约”而非“强力”,政治权力应产生于平等而非服从的公约。

① 参见[英]洛克著,叶启芳、瞿菊农译《政府论》下篇,商务印书馆1964年版,第16、59页。

② 参见[法]孟德斯鸠著,张雁深译《论法的精神》上册,商务印书馆1961年版,第91页。

对于自由的论述,他一方面将法律看成自由的制度保障,另一方面把自由确定在法律之下。但卢梭的法治理论中,自由并不是法治的灵魂,而是公意!对于法治政体的构建,卢梭比孟德斯鸠又进了一步,他不仅继承了孟德斯鸠对共和国的推崇,而且进一步对共和国的权力构建提出了一个完整的体系。卢梭认为,法治的政府应该是以立法权为核心的权力安排;同时提出立法权必须以公意为基础,立法权应当属于主权者即人民,立法者的职责不过是把公意体现出来而已,而执行法律的政府作为主权者意志的执行人,它的职责是通过执行法律把公民与主权者联系起来。卢梭进一步说到,创制政府绝不是一项契约,而是一项法律;行政权力的受任者绝不是人民的主人,而只是人民的官吏,只要人民愿意就可以委任他们,也可以撤换他们;对于这些官吏而言,绝不是什么订约的问题,而只是服从的问题。^①同时卢梭认为,权力委托和法律规制是法治政府创制的两大原则。但与洛克和孟德斯鸠等主张分权的思想家不同,卢梭理想中的共和国权力应当具有统一性和一致性。因此他极力主张将立法和行政统一起来的直接民主制。

尽管启蒙思想家对法治有不同的论述,但大体包含了理性自然法、人权、自由、民主、法律至上等内容,这些思想为罪刑法定的最终形成奠定了坚实的理论基础。

罪刑法定主义作为近代刑法基本原则的诞生,完全体现了古典自然法的自由主义、人民主权、法治主义等思想。如果说洛克、孟德斯鸠、卢梭等启蒙学者仅仅在其学说中蕴涵了罪刑法定的思想精神的话,那么贝卡利亚则在秉承古典自然法思想的基础上,建构了刑事古典学派的理论体系,因而首先明确提出了罪刑法定的原则。

贝卡利亚认为,在自然状态下,人人都享有自然权利。但是连

^① 参见[法]卢梭著,何兆武译《社会契约论》,商务印书馆1980年版,第47~48页。