

法学名篇小文丛

罪刑法定主义

陈兴良 | 著

图书馆

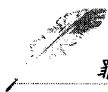
中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法学名篇小文丛

罪刑法定主义

陈兴良 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



目 录

《大清新刑律》颁布暨罪刑法定主义

引入中国百周年祭(代序)	1
第一篇 罪刑法定的基本原理	31
一、罪刑法定主义的价值蕴含	31
(一)形式理性	32
(二)权力制衡	35
(三)人权保障	39
二、罪刑法定主义的派生原则	42
(一)禁止类推及类推解释,严格罪刑法定	43
(二)禁止习惯法:书面的罪刑法定	50
(三)禁止事后法:事先的罪刑法定	53
(四)禁止不确定的刑法:确定的罪刑法定	55
三、罪刑法定主义的法理阐释	56
(一)法律文本的解读	57
(二)司法解释的限度	63
(三)疑难案件的找法	69

第二篇 罪刑法定的当代命运	80
一、罪刑法定的价值蕴涵	80
(一) 罪刑法定的理论基础	80
(二) 罪刑法定的限制机能	90
(三) 罪刑法定的内容嬗变	95
二、罪刑法定的制度构造	104
(一) 罪刑法定的权力制衡	104
(二) 罪刑法定的人性基础	112
(三) 罪刑法定的制度架构	120
三、罪刑法定的立法机理	128
(一) 罪刑法定的规则生成	128
(二) 罪刑法定的立法限度	139
(三) 罪刑法定的立法理性	147
四、罪刑法定的司法运作	151
(一) 罪刑法定的司法裁量	152
(二) 罪刑法定的司法适用	155
(三) 罪刑法定的司法品格	170
五、罪刑法定的中国命运	173
(一) 罪刑法定的价值取向	173
(二) 罪刑法定的制度保证	182
(三) 罪刑法定的司法建构	191



第三篇 罪刑法定的司法坚守	200
一、司法独立	200
(一) 罪刑法定语境中的司法权	200
(二) 司法独立之于罪刑法定司法化的意义	205
二、司法理念	214
(一) 罪刑法定视野中的司法观	214
(二) 司法理念之于罪刑法定司法化的意义	217
三、司法技术	224
(一) 罪刑法定境域中的解释权	224
(二) 法律解释之于罪刑法定司法化的意义	231
后记	241

《大清新刑律》颁布暨罪刑法定主义引入中国百周年祭*

(代序)

罪刑法定主义是现代法治刑法的一条铁则。德国著名刑法学者李斯特曾经讲过一句格言式的话语：罪刑法定主义是刑事政策不可逾越的藩篱。在此，“藩篱”这一汉译十分传神地揭示了罪刑法定主义对于刑事政策的限制机能。此外，日本学者泷川幸辰也对罪刑法定主义表达过由衷的敬意，指出：

“无法，则无刑”（Nulla poena Sine lege），刑法学中这样富有魅力的语句在别的地方是不多见的。这个原则已经突破了一个国家的国民意识形态的范围，成为世界性的信条和准则。不少国家的宪法将它作为人权的表现来加以宣布，而且许多国家的刑法则把它列为卷头语。^①

* 《大清新刑律》系宣统二年（1910年）十二月二十五日颁布，公历为1911年1月25日。

① 参见〔日〕泷川幸辰：《犯罪论序说》，王泰译，法律出版社2005年版，序，第1页。

正是因为罪刑法定主义对于刑法具有如此重大的意义，作为一名刑法学家，我不能不关注罪刑法定主义在我国的命运。

罪刑法定主义对于我国刑法来说，完全是舶来品。我国古代刑法中，存在“断罪引律令”的规定，同时又存在“断罪无正条”者得“比附援引”的规定，此外还有“违令”、“不应为”等完全空白的罪状。对此，我国学者指出：

从“断罪无正条”到“断罪引律令”，再到“违令”、“不应为”，有一个问题自然无法避免，那就是传统中国是否存在“罪刑法定”？以现代法的视角观之，“断罪引律令”的确存在法定主义的特征，而“比附援引”则不可否认具有类推的性质，“违令”、“不应为”显然也不符合罪刑法定构成要件明确性的基本要求，以此观之，传统法之内在逻辑，似乎存在某种吊诡（paradox）。^①

我国学者将“断罪引律令”归纳为“援法定罪”原则，认为这是我国古代刑法中的罪刑法定主义。^② 我国

^① 参见陈新宇：《从比附援引到罪刑法定——以规则的分析与案例的论证为中心》，北京大学出版社2007年版，第24-25页。

^② 参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》（第3版），法律出版社2009年版，第323页。

著名刑法学家蔡枢衡则对以下两种罪刑法定主义加以区分：一种是限制官吏强调君权的罪刑法定主义，另一种是限制统治者强调民权的罪刑法定主义，指出：

这个罪刑法定主义（指《大清新刑律》第10条——引者注）实是近代民主和法治思想在刑法上的表现。过去的罪刑法定主义，都是对官吏强调君权，这次的罪刑法定主义，却是破天荒第一次对君和官强调民权。刑法是立法机关经过一定程序制定的法律，不再是统治者恣意的命令，实际上成了保护犯人的大宪章。^①

蔡枢衡在以上论述中，把中国古代“断罪引律令”的规定视为罪刑法定主义，只不过不是现代刑法意义上的罪刑法定主义。作如上区分，当然是完全正确的。但将“断罪引律令”的规定称为罪刑法定主义，还是多少亵渎了罪刑法定主义这一命题。实际上，在“断罪无正条”情况下的“比附援引”与“断罪引律令”之间，根本不存在内在矛盾，甚至外在矛盾都不存在。因为无论是“断罪有正条”还是“断罪无正条”，这两种情况都是“断罪”，因而都存在“断罪引律令”的问题。就此而言，“比附”也同样须“援引”法条，因而比附与

^① 参见蔡枢衡：《中国法制史》，广西人民出版社1983年版，第131—132页。

援引并称为“比附援引”。由此可见，“断罪引律令”只是一个司法技术规范，而“比附”则是法律原则。以《唐律》为例，“断罪无正条”规定在《名例律》，指出：“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举重以明轻；其应入罪者，则举轻以明重。”而“断罪引律令”则规定在《断狱律》，指出：“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文，违者笞三十”。这种体例安排本身就表明，后者的重要性是前者所无法比拟的。关键在于：轻重相举及比附，必须援引有关法条，这本身就是“断罪引律令”的题中之义。“断罪引律令”与“比附援引”之间并无矛盾，已如上所述；而“比附援引”与罪刑法定主义之间的矛盾，则是应有之义。对此，蔡枢衡教授在另一篇关于罪刑法定主义的专论中指出：

罪刑法定主义之历史的使命，在于根本推翻擅专主义——比附援引制度，自其发生上看，罪刑法定主义之与比附援引制度，原属根本互相矛盾之二事，绝非可以并立或妥协之概念。^①

正因为“比附援引”与“罪刑法定”之间存在矛盾，因此，作为引入罪刑法定主义的逻辑前提，就是删

^① 参见蔡枢衡：《罪刑法定主义之立法及解释》，载《法律评论》第11卷第51、52期，1934年10月刊行。

除比附之法。《大清律例》规定：

凡律令该载不尽事理，若断罪无正条者，援引他律比附，应加应减，定拟罪名，申详上司，议定奏闻，若辄决断，致断罪有出入，以故失论。

以上规定明确了比附亦应援引他律，这正合“断罪须引律令”之义。而“若辄决断，致断罪有出入”，则是指比附不当应负之责。《大清新刑律》第10条明文规定：“凡律例无正条，不论何种行为不得为罪。”此一法条对于我国传统刑法观念的冲击可谓甚巨，因而引起异议，亦在情理之中。例如，清末大臣张之洞在议论《新编刑事、民事诉讼法草案》第76条关于“凡裁判均须遵照定律，若律无正条，不论何项行为不得判为有罪”的规定时，提出了以下颇具代表性的反对意见：

春秋比事不废属辞，折狱引经备传……律例无可引用，援引别条比附者，于疏内声明：律无正条，今比照某律某例科断，或比照某律某例加一等减一等科断，详细奏明，恭候谕旨遵行……若因律无正条，不论何项行为概置不议，虽循东西各国之律，施诸中国，适开刁徒趋避之端，恐为法政废弛之渐。^①

虽有反对之声，但主持清末修律的沈家本不为所

^① 参见《张文襄公全集》卷69，第13-14页。

动，在阐述《大清新刑律》第10条关于“凡律例无正条者，不论何种行为不得为罪”规定的立法理由时指出：

本条所以示一切犯罪须有正条乃为成立，即刑律不准比附援引之大原则也。凡刑律于无正条之行为，若许比附援引及类似之解释者其弊有三：第一，司法之审判官得以己意，于律无正条之行为比附类似之条文，致人于罪，是非司法官直立法官矣。司法立法混而为一，非立宪国之所宜有也。第二，法者，与民共信之物。律有明文乃知应为与不应为。若刑律之外参以官吏之意见，则民将无所适从。以律无明文之事，忽援类似之罚，是何异于以机阱杀人也。第三，人心不同，亦如其面。若许审判官得据类似之例，科人以刑，即可恣意出入人罪，刑事裁判难期统一也。因此三弊，故今惟英国视习惯法与成文法为有同等效力。此外欧美及日本各国无不以比附援引为例禁者，本案故采此主义，不复袭用旧例。^①

在以上论述中，包含了立法与司法分立的分权思想、法律与人民之间关系上的契约论思想，以及对司法

^① 参见沈家本：《历代刑法考》（四），中华书局1985年版，第1820页。

权限制的宪政思想。对罪刑法定主义的接纳，在某种程度上说，也就是对上述政治理念的认同，并且是以此为基础的。正是在这个意义上说，《大清新刑律》虽然颁布以后未及生效，大清王朝即告覆灭。但该法所包含的民主与宪政的观念却并没有随之消灭，而是在此后的刑事立法中得以承袭。对于《大清新刑律》被民国所继承的过程，我国学者作了以下叙述：

辛亥革命爆发，民国取代了清帝国。出乎人们预料的是，《大清新刑律》等一系列法律没有随清帝国的灭亡而被束之高阁。临时政府一成立，司法部长伍廷芳立即向孙大总统报告：“本部现拟就前清制定之民律草案、第一次刑律草案、刑事民事诉讼法、法院编制法、商律、破产律、违警律中，除第一次刑律草案关于帝室之罪全章，及关于内乱罪之死刑碍难适用外，余皆由民国政府声明继续有效。”孙文同意并咨请参议院核准这个建议。参议院批准了这个建议，于是，袁世凯就任临时大总统后，便在3月10日发布命令：“现在民国法律未经议定颁布，所有从前施行之法律及新刑律，除与民国国体抵触各条，应失效力外，余均暂行援用，以资遵守。”清帝国的基本法律略加删改后继续为新政权服务，

而且大体上沿用到 1928 年国民党取得全国政权以后。^①

《大清新刑律》改名为《暂行新刑律》而得以名亡实存，一脉延续，罪刑法定主义由此生根中华。正是在这个意义上，将《大清新刑律》视为近代我国刑法的开山之作，并不为过。当然，我国学者在总结清末制定新刑律的经验时，提出了“传统的创造性转化”这一命题，指出：

人们接受或拒绝某种文化归根到底取决于利益和需要。但在接受外来文化时，如能在传统中找到结合点，往往可以减少阻力。这就是“传统的创造性转化”。^②

这里的“传统的创造性转化”，是指从传统中找到合法性，这其实是一种改革的策略。其实，在删除比附时，也在一定程度上采用了这一策略。例如，沈家本呈报清廷的删除比附的理由如下所述：

考《周礼·大司寇》有悬刑象于象魏之法，又《小司寇》之宪刑禁，《士师》之掌五刑，俱徇以木铎。又《布宪》折旌节，以宣布刑禁，诚以法者与民共信之物，

^① 参见袁伟时：“《刑法》的变迁与本世纪中国文化的若干问题”，载张志林主编：《自由交谈》（第 1 辑），四川文艺出版社、四川人民出版社 1998 年版，第 92—93 页。

^② 参见袁伟时：“《刑法》的变迁与本世纪中国文化的若干问题”，载张志林主编：《自由交谈》（第 1 辑），四川文艺出版社、四川人民出版社 1998 年版，第 107 页。

故不憚反覆申告，务使椎鲁相互警诫，实律无正条不处罚之明证。《汉书·刑法志》高帝诏：“狱疑者，廷尉不能决，谨具奏附所当比律令以闻。”此为比附之始，然仅限之于疑狱而已。至隋著为定例，《唐律》出罪者举重以明轻，入罪者举轻以明重是也。《明律》改为引律比附加减定拟，现行律同。在唐神龙时，赵冬曦曾上书痛论其非，且曰：“死生罔由于法律，轻重必因乎爱憎，受罚者不知其然，举事者不知其法。”诚为不刊之论。况定例之旨，与立宪尤为抵牾，立宪之国，立法司法行政三权鼎峙，若许署法者以类似之文致人于罚，是司法而兼立法矣。其弊一。人之严酷慈祥，各随稟赋而异，因律无正条而任其比附，轻重偏畸，转使审判不能统一。其弊又一。兹拟删除此律，而各补酌定上下之限，凭审判官临时审定，并别设酌量减轻、宥恕减轻各例，以补其缺。虽无比附之条，而援引之时亦不致为定例所束缚。论者谓人情万变，断非科条数目所能赅载者。不知法律之用，简可驭繁，例如谋杀应处死刑，不必问其因奸因盗，如一事一例，恐非立法家逆臆能尽之也。^①

^① “修订法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折”，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下），第846-849页。

以上奏折，可以分为历史与逻辑两个方面的说理。在历史论证上，以周代之“无正条不处罚”为合法性根据，然后指陈比附其弊有三，从而为删除比附提供了历史与逻辑两个向度的正当性。“传统的创造性转化”实际上也就是“托古改制”，这也是我国古代改革的一种惯用手法。对此，我国学者李贵连作了深刻的分析，指出：

中国人有信而好古的心理，中国历史上的改革变化，也大多采取了托古改制的策略。远有汉代的王莽，近如清末的康有为，都是典型的范例。沈家本主持的法律改革，似乎也难脱此嫌。……如他援引《晋书·刑法志》中刘向所说：“律法断罪，皆当以法律令正文，若无正文，依附名例断之，其正文、名例所不及，皆勿论。法吏以上，所执不同，得为异议。如律之文，守法之官，惟当奉用律令。至于法律之内，所见不同，乃得为异议也。今限法曹郎令史，意有不同为驳，唯得释法律，以正所断，不得援求诸外，论随时之宜，以明法官守局之分。”之语时，他的按语是：“今东西之学说正与之同，可见此理在古人早已言之，特法家之论说无人参

究，故称述之者少耳。”^①

称古改革而使改革有复古之形，由此减少改革的阻力，真乃用心良苦。然而，策略毕竟是策略，其能成功还是取决于时之所需。《大清新刑律》改比附援引为罪刑法定，阻力并没有涉及伦理纲常有关改革那么大，这与当时宪政思想的传播亦有相当关系。我国学者描述了清末随着西学东渐，自然法思想的传入，个人本位价值观的确立，对于清末刑律改革的深刻影响，指出：

国人对西方自然法思想的吸纳和升华为国内的思想意识领域营造了这样的氛围：利用天赋人权思想去批判、痛斥中国封建的统治制度，批判、痛斥中国法律制度的不合理性与滞后性，为清末刑法改制铺设了思想理论基础。^②

可以想见，如果没有西学提供的思想资源，无论如何托古改制也是不可能成功的，所谓的“传统的创造性转化”也是一句空话。

《大清新刑律》在引入罪刑法定主义的同时废除比附，这是我国从封建专制刑法向现代法治刑法转变的一

^① 参见李贵连：《沈家本评传》，南京大学出版社2005年版，第385-386页。

^② 参见徐岱：《中国刑法近代化论纲》，人民法院出版社2003年版，第35页。

个标志，其革命意义毋庸置疑。当然，罪刑法定主义究竟不是一条法律标语，在司法技术如何能够保障其实现，这又是不能不存疑问的。例如，自然解释与类推解释如何区分就是一个难题。在《新刑律草案》补笺中，沈家本指出：

本律虽不许比附援引，究许自然解释。自然解释者，即所犯之罪与法律正条同类，或加甚时，则依正条解释而用之也。同类者，例如正筑马路，正条禁马车经过，则象与骆驼自然在禁止之列。加甚者，例如正条尽之钓鱼，其文未示及禁止投网，则投网较垂钓加甚，自可援钓鱼之例定罪也。^①

以上所论及的自然解释，在刑法理论上称为当然解释，是指刑法条文表面虽未明确规定，但实际上已包含于法条的文义之中，依照当然解释的道理解释法条意义的方法。当然解释之当然，包括事理上之当然与逻辑上之当然，只有在具有逻辑上之当然解释的情况下，才可成立不违反罪刑法定主义之当然解释。如果只具有事理上的当然，例如同类或者加甚，则属于违反罪刑法定主义之类推解释。同类属于类推解释没有问题，因为它是

^① 参见黄源盛：“传统中国‘罪刑法定’的历史发展”，载台湾《东海法学研究》第11期，1996年12月，第18页。