



法律解读书系

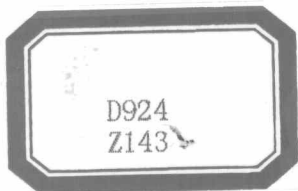


# 罪刑法定<sup>与</sup> 刑法解释

张明楷 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



法律解读书系

57

# 罪刑法定与 刑法解释

张明楷 著

D924  
Z143



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

罪刑法定与刑法解释/张明楷著. —北京:北京大学出版社, 2009. 12  
(法律解读书系)

ISBN 978 - 7 - 301 - 16555 - 3

I. 罪… II. 张… III. ①刑罚 - 研究 - 中国 ②刑法 - 法律解释 - 中国 IV. D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 000682 号

书 名: 罪刑法定与刑法解释

著作责任者: 张明楷 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16555 - 3/D · 2536

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027  
出版部 62754962

电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 15 印张 216 千字

2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 25.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

---

## 前 言

---

罪刑法定既是刑法铁则,又是宪法原则,当然也是刑法学的永恒课题。

一般认为,罪刑法定原则产生于法治国思想;法治在刑法领域表现为罪刑法定原则。但是,这并不意味着先有法治原则,后有罪刑法定原则;也非先有法治思想,后有罪刑法定主义;相反,罪刑法定主义推动了法治原则的形成。

德国法治国思想的源泉是启蒙思想家的见解;而启蒙思想家几乎无一例外地基于封建时代罪刑擅断、国民随时可能遭受不可预测的刑罚惩罚的事实,并为了避免这种现象、使人民获得自由而提出了种种假设与思想。罪刑擅断给国民造成的痛苦最为严厉,因此保障国民自由的前提,就是实行罪刑法定,禁止罪刑擅断。没有罪刑法定原则的形成,就不可能有现代意义的法治概念。

罪刑法定主义促进了英国现代法治的形成。戴雪所提出的首要法治原则,便是法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚。根据戴雪的观点,没有罪刑法定原则,就不可能有法治。

奉行罪刑法定主义几乎是 19 世纪所有文明国家的立国原则。实行罪刑法定主义是迈向法治国家的第一步,而且是最为重要、至为关键的一步。一个没有实行罪刑法定主义的国家,不可能是法治国家。

罪刑法定原则的形式侧面,旨在限制司法权,与形式法治相对应;罪刑法定原则的实质侧面,旨在限制立法权,与实质法治相一致;罪刑法定

的形式侧面与实质侧面的统一,和形式法治与实质法治的统一相吻合。换言之,法治的任何含义、价值,都可以在罪刑法定原则的思想基础、具体内容中找到表现形式。

我国《宪法》第5条第1款规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”《刑法》第3条后段确立了罪刑法定原则:“法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”贯彻罪刑法定原则,有利于建设法治国家;实行依法治国,有助于实现罪刑法定主义。

罪刑法定原则的法定化,不意味着罪刑法定原则的现实化。刑法解释如何贯彻罪刑法定原则,可谓刑法学的永恒话题。

罪刑法定原则禁止类推解释,但不禁止扩大解释。然而,类推解释与扩大解释的界线,既是相对的,也是模糊的。某种解释是否被罪刑法定原则所禁止,要通过权衡刑法条文的目的、行为的处罚必要性、国民的预测可能性、刑法条文的协调性、解释结论与用语核心含义的距离等诸多方面得出结论。在许多情况下,不是如何确定刑法用语含义的问题,而是怎样考量法条目的与案件事实,怎么平衡刑法的法益保护机能与人权保障机能的问题。

成文刑法是正义的文字表述,但并非仅凭文字就能发现刑法的全部真实含义。一个用语的通常意义,是在生活事实的不断出现中形成和发展的;刑法条文没有固定不变的含义,对成文刑法的解释不可能有终局性的结论,任何解释的合理性都是相对的。解释者应当正视刑法文本的开放性,懂得生活事实会不断地填充刑法的含义,不仅在法条文字中、而且在具体的生活事实中发现刑法的真实含义,从而使刑法具有生命力;不要将从具体生活事实中发现法条含义,视为类推解释。

为了从生活事实中发现法律的真实含义,解释者必须正确对待自己的先前理解。对刑法条文存在先前理解,对案件事实存在先前判断,并非异常现象。但是,解释者不可固守先前理解,而应当将自己的先前理解置于正义理念之下、相关条文之间、生活事实之中进行检验;也不要因为他人的解释结论不符合自己的先前理解,就将其归入类推解释。

刑法分则条文并非界定具体犯罪的定义,而是以抽象性、一般性的用

语描述具体犯罪类型。刑法分则所描述的犯罪类型虽然有一个明显的核心,但没有固定的界线。即使立法者当初根本没有预想到的事实,经过解释也可能完全涵摄在刑法规范中,或者相反。所以,解释者不能按照所谓立法本意解释刑法;不要认为凡是将立法当初没有预想到的事实解释为犯罪,就是类推解释。

社会日新月异,世事白衣苍狗,使与时俱进的刑法已经进入频繁修改的时代,而不可能再像以往那样稳定。由于传媒发达、信息通畅,国民随时随地可以获知刑法的内容,频繁修改刑法也不会侵犯国民的预测可能性。解释者必须时时关注成文刑法的修改,处处留意法条真实含义的变化,对刑法作出同时代的解释;不能总是以旧刑法为根据,将依照修改后的刑法得出的解释结论视为类推解释。

定罪常常表现为推理的倒置。解释者面对案件时,往往先得出有罪或者无罪结论(也可谓一种假设),再寻找适用的刑法规范,并且使案件事实与刑法规范相对应。这是因为,三段论的大前提和小前提往往不表现为既定的因素,而是需要人们去认真探索、发现的。在探索的过程中,解释者习惯于从他直觉地认为公平的解决方案出发,寻找恰当的刑法规范,然后又回到案件的具体情况中来检验是否一致。因此,即使事先存在公平的解决方案,也必须寻找到适用的大前提,更不能认为推理的倒置违反罪刑法定原则。

对刑法的解释,总是从刑法用语的含义出发,得出符合刑法目的的解释结论。如果进行语义解释还不能得出符合刑法目的的结论,就要采取其他解释方法,直到得出符合刑法目的的解释结论为止。这是因为,正确的解释,必须永远同时符合刑法的文言与刑法的目的。符合刑法的文言,是实现刑法的人权保障机能的要求;符合刑法的目的,是实现刑法的法益保护机能的要求。换言之,为了保障人权,不能超出刑法用语可能具有的含义得出解释结论;为了保护法益,必须榨干法条含义,防止罪刑法定原则成为无力解释与懒得解释的借口。

罪刑法定所要禁止的是“法无明文规定也处罚”的观念与做法;某种解释是否属于类推解释的争论,往往具体表现为某种案件事实能否被某

个分则条文所涵摄、是否与某种犯罪的构成要件相符合的分歧。所以,一方面,在解释刑法条文、判断案件事实时,必须牢记并遵守罪刑法定原则;另一方面,在遇到争议问题时,各方应就争议的焦点本身展开具体讨论,而不宜简单地、抽象地作出是否违反罪刑法定原则的判断。

例一:《刑法》第358条规定“组织他人卖淫或者强迫他人卖淫的”构成犯罪,该条第1款第4项将“强奸后迫使卖淫的”规定为法定刑升格条件之一。那么,对于女性使用暴力、胁迫方法强行与男子发生性交后迫使男子卖淫的案件,能否适用“强奸后迫使卖淫的”规定?持否定说的人,不能轻易认为肯定说违反了罪刑法定原则。这是因为,《刑法》第236条规定强奸罪的对象为女性,并不当然意味着刑法分则其他条文中所规定的“强奸”对象仅限于女性。既然强迫卖淫罪包括强迫男子卖淫,既然第358条第1款第4项并没有表述为“强奸妇女后迫使卖淫”,就有可能认为,女性使用暴力、胁迫方法强行与男性发生性交后迫使男子卖淫的,也属于“强奸后迫使卖淫的”(不存在文理解释的障碍,只存在观念上的障碍)。持反对观点的人会认为,在刑法中“强奸”就是指强奸妇女,将强行与男子性交的行为认定为强奸违反了罪刑法定原则。其实,强奸妇女是仅就《刑法》第236条而言的(《刑法》第259条第2款属于注意规定,行为对象也仅限于现役军人的妻子);肯定说只是将强行与男子性交认定为《刑法》第358条的“强奸”,而不是认定为第236条的“强奸”。随着性观念与生活事实的变化,“强奸”一词的内涵与外延也必然发生变化,这是不以人们的意志为转移的。

例二:根据《刑法》第269条的规定,只有“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的,才可能进而成立事后抢劫。那么,能否将部分普通抢劫评价为盗窃,使其也可以“转化为”事后抢劫?持否定说的人或许认为,《刑法》第269条并没有规定普通抢劫可以转化为事后抢劫,故肯定说违反了罪刑法定原则。其实,只要对相关案件进行比较,权衡定罪量刑是否协调,就可以得出肯定结论。例如,甲犯盗窃罪时(窃取现金5000元),为抗拒抓捕,而当场使用暴力,导致被害人重伤。甲的行为无疑符合《刑法》第269条的规定,成立事后抢劫;根据《刑法》第263条的规定,其适用的法定刑为“10年以上

有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。乙使用暴力抢劫他人现金 5000 元(暴力本身致人轻伤),为抗拒抓捕,而当场使用暴力,导致另一被害人重伤。倘若认为,不能将乙先前的普通抢劫评价为盗窃,因而不能对乙适用《刑法》第 269 条,就意味着乙的行为成立普通抢劫与故意伤害两个罪;数罪并罚的结局是,对乙可能判处的刑罚为 3 年以上 20 年以下有期徒刑。可是,任何人都不会认为,乙行为的法益侵害性与有责性轻于甲。既然如此,就不能使乙承担较甲更轻的刑事责任。人们习惯于说,乙的处罚轻于甲的处罚是法律问题,不是解释问题。但本书认为,这是解释问题而不是法律问题。只要妥当地理解盗窃的含义(放弃“秘密窃取”的要求吧!),只要认为盗窃与抢劫不是对立关系而是包容关系,亦即抢劫中包含了盗窃,就能将乙的行为评价为一个事后抢劫,进而适用“10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的法定刑,从而实现刑法的公平正义。

类推解释以外的其他解释方法本身,一般不存在违反罪刑法定原则的问题。但是,类推解释之外的其他解释方法所得出的结论,并不必然是合理的,也可能背离罪刑法定原则。例如,没有人认为限制解释是违反罪刑法定原则的解释方法。但是,应当作出而不作出限制解释的做法,会损害国民的预测可能性,侵害国民的自由;对消极的构成要件要素以及有利于被告人的减免处罚规定作限制解释,也可能有悖罪刑法定原则。又如,当然解释首先是一种目的性推论,而不是演绎性推论;其次也包含了扩大解释与缩小解释的内容(包括扩大的当然解释与缩小的当然解释),而不是一种单纯的轻重比较。所以,不管是作出扩大的当然解释还是作出缩小的当然解释,都必须以实现法条的目的为宗旨;当然解释的结论也必须能为刑法用语所包含,否则会与罪刑法定原则相抵触。再如,在对各种解释结论存在争议时,目的解释是最终起决定性作用的解释。但是,强调目的解释往往只是强调刑法的法益保护目的。事实上,使解释结论符合法益保护目的,也是导致人们作出类推解释的重要原因。所以,只能在罪刑法定原则的前提下,实现刑法的法益保护目的。

国外有学者认为,罪刑法定原则仅与刑法分则解释有关,而与刑法总则无涉。这种观点难以得到本书的赞成。例如,对法定的正当化事由,虽



有可能进行限制解释,却不能进行目的性限缩(反方向的类推解释)。当然,不能不承认的是,行为是否成立犯罪的疑问,大多不是有关犯罪成立理论的分歧,而是对于分则概念的争议。如何以罪刑法定原则为指导,对刑法分则规定的犯罪构成要件进行合理解释,同样是刑法学的永恒议题。“汽车”是否包括大型拖拉机,“猥亵”是否只能是性交之外的行为,“财物”是否包含财产性利益,“毁坏”是否要求造成财物物理性的毁损,“卖淫”是否仅限于向异性提供服务,如此等等,与采取何种犯罪论体系没有直接关联,而是取决于怎样理解刑法分则条文规定的“汽车”、“猥亵”、“财物”、“毁坏”、“卖淫”等概念。显然,解释者不可能完全按照国民的语言习惯解释刑法分则概念,而应穿梭于普通用语与规范概念之间,在罪刑法定原则指导下,从生活事实中发现分则概念的真实含义。

解释者都会认为自己的解释是合理的、妥当的,同时也会意识到自己的解释不免受到批判。我由衷地欢迎、迫切地期待、坦诚地面对各位读者对本书全面、深刻的批判!

张明楷

2009年7月7日于清华明理楼

# 目 录

<b>第一章 罪刑法定与现代法治</b> .....	(1)
一、罪刑法定的渊源与现代法治的起源 .....	(1)
二、罪刑法定的思想基础与现代法治的基础、核心 .....	(17)
三、罪刑法定的形式侧面与形式法治 .....	(26)
四、罪刑法定的实质侧面与实质法治 .....	(46)
五、形式侧面、实质侧面的统一与形式法治、实质法治的互动 .....	(61)
<b>第二章 罪刑法定与刑法解释</b> .....	(74)
一、罪刑法定与解释主体 .....	(74)
二、罪刑法定与解释目标 .....	(85)
三、罪刑法定与类推解释 .....	(94)
四、罪刑法定与扩大解释 .....	(118)
五、罪刑法定与其他解释 .....	(129)
六、罪刑法定与判断方法 .....	(167)
七、罪刑法定与阻却事由 .....	(172)
<b>第三章 罪刑法定与分则概念</b> .....	(175)
一、汽车 .....	(175)
二、印鉴 .....	(180)
三、猥亵 .....	(184)
四、同居 .....	(188)
五、财物 .....	(195)
六、毁坏 .....	(205)
七、伪造 .....	(213)
八、卖淫 .....	(217)
九、淫秽物品 .....	(225)

---

## 第一章 罪刑法定与现代法治

---

我国现行《刑法》第3条后段明文规定了罪刑法定原则,即“法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”。《宪法》第5条第1款规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”明确罪刑法定原则与现代法治的关系,既有利于依法治国,也有利于贯彻罪刑法定原则。

### 一、罪刑法定的渊源与现代法治的起源

#### (一) 罪刑法定原则的法律渊源

刑法理论一般将罪刑法定原则的法律渊源追溯至1215年英王约翰签署的《大宪章》。《大宪章》第39条规定:“对于任何自由人,不依同一身份的适当的裁判或国家的法律,不得逮捕、监禁、剥夺领地、剥夺法的保护或放逐出境,不得采取任何方法使之破产,不得施加暴力,不得使其入狱。”第40条规定:“国王不得向任何人出售、拒绝或延搁其应享有之权利与公正裁判。”这些规定是当时的贵族、僧侣及市民为了抑制国王的专制、保护其既得利益而迫使英王制定的,它使英国人的人权在法律形式上得到了保护,奠定了罪刑法定主义的思想基础。此后,英国相继出现了一些宪法性文件,使上述规定的基本思想得以存续。如1628年的《权利请愿书》规定:“国王非依法律的判决,不得逮捕、审讯任何自由人,不得作出没收的判决。”1688年的《人身保护法》对保护人身自由以及关于审判

的“适当的法律程序”作出了规定。这些具有历史意义的表述都从不同角度巩固了罪刑法定主义思想。

以英国为代表的法治(或法的统治)与以德国为代表的法治国有无实质区别,不是本书讨论的问题。但能够肯定的是,英国法治模式的悠久历史传统,可以追溯至1215年的《大宪章》。虽然《大宪章》的目的“主要在于捍卫贵族的自由,但是,不了解贵族而只惧怕国王的后代人却把它看成是对人民自由的保障”<sup>①</sup>。前段引用的两个条文成为英国人民反抗国王司法特权的武器。至爱德华三世时期,议会先后颁布了6个法令,使《大宪章》第39条、第40条的规定与普通法更为紧密地结合在一起,促进了英国法治的成长。颁布于1331年的第一个法令规定,从此以后,任何人因违背《大宪章》或违背国王法律而被起诉,在审理之前不得作出剥夺其生命的判决,国王不得剥夺其土地、采邑或者其他财产。分别颁布于1352年、1354年的第二、第三个法令一致规定,如果不经其案发地点的良好守法的邻人通过适当的方式,比如通过起始令状等普通法程序,任何人不得仅仅根据一个人或少数人向国王提出的意见而被逮捕;如果未作适当的辩护,未按照普通法的程序经过审问,不得剥夺任何人的财产。如果判决违反这一规定,必须一律宣布无效并予以纠正。1363年颁布的第四、第五个法令,进一步确认了《大宪章》的规定,前者主要反对国王政府任意逮捕人民的专横行径,后者主要禁止违反普通法程序控告他人的做法。1368年颁布的第六个法令规定,根据国家的古代法律,若不经普通法的合法程序,不得控告任何人。通过上述六个法令,《大宪章》第39条、第40条中使用的“自由人”概念被置换成“所有人”、“任何人”,原来含义模糊的“国家的法律”被明确为“普通法的合法程序”。于是,《大宪章》所宣告的法治原则与普通法实践结合起来,提高了普通法的权威,促进了英国法治传统的形成。<sup>②</sup> 我们也不难发现,上述6个法令的主要内容,都可以概括为罪刑法定主义;它们大多是重申《大宪章》第39条的

---

<sup>①</sup> [英]W. I. 詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第33页。

<sup>②</sup> 参见程汉大主编:《英国法制史》,齐鲁书社2001年版,第222—223页。

内容。

1215年的《大宪章》经过1216年和1217年的修订,得到继任国王亨利三世的承认,并在1225年正式成为英国法律。<sup>①</sup>美国学者考文曾经针对1225年的《大宪章》指出:“《大宪章》任何一部分的重要性都无法与其二十九条相比。”<sup>②</sup>而1225年《大宪章》第29条的规定是:“任何自由人,非经其具有同等身份的人依法审判或依照王国的法律规定,不得加以扣留、监禁、没收其财产、剥夺其自由权或自由习俗、褫夺其法律保护权、放逐或施以任何方式的侵害,不仅我们不能这么去做,而且我们也不能派人这么去做。”可见,1225年《大宪章》的第29条与1215年《大宪章》第39条的内容都是罪刑法定原则。根据考文的观点,我们也可以这样表述:1215年《大宪章》的任何一部分的重要性都无法与其第39条相比。

与法治一样,罪刑法定主义也是针对专制的。专制是一个人对其他人实施无限的专制统治。“纯粹的专制君主是根据其自由的无限制的意志及其偶然兴致或一时的情绪颁布命令和禁令的。某一天,他会因一个人偷了一匹马而判他死刑;而次日他却会宣判另一个偷马贼无罪,因为当该贼被带到他面前时告诉了他一个逗人发笑的故事。一个受宠的朝臣可能会突然被关进大狱,因为他在一次棋赛中战胜了一个帕夏(pasha,土耳其等国的高级官衔——译注)。一位有影响的作家会蒙受预见不到的厄运并被钉在火刑上烧死,只是因为他写了几句令统治者恼怒的话。这种纯粹的专制君主的行为是不可预见的,因为这些行为并不遵循理性模式,而且不受明文规定的规则或政策的调整。”<sup>③</sup>对于人民而言,专制意味着无法预见随时可能遭受的、由国家施予的痛苦。如果痛苦可以预见,人民会设法避免。因此,对于人民而言,废除专制意味着人民能够预见由国家施予的痛苦,进而能够避免这种痛苦。

刑罚是以剥夺性痛苦为内容的强制措施。专制政权一方面利用刑法

① 参见张千帆:《宪法学导论》,法律出版社2003年版,第61页。

② [美]爱德华·S.考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第26页。

③ [美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第231页。

规定的刑罚,另一方面也在刑法之外滥施刑罚。虽然前一种做法能够使人民在一定范围内预见刑罚后果,但由于后一种现象的存在,使得人民的预见性降低甚至丧失。换言之,由于专制政权在没有法律根据时,也使用实际上属于刑罚的措施侵犯人民权利,所以,滥施刑罚便成为典型的暴君形象。在中世纪,滥用权力的最严重、最普遍的现象是滥施刑罚,具体表现为以下四个方面:一是干涉性,即刑法干涉到个人生活的所有领域,包括干涉个人的私生活;二是恣意性,即对何种行为处以何种刑罚,事前并无法律的明文规定,导致随意适用刑罚手段;三是身份性,即同样的行为由于行为人的身份不同,可以决定处罚的有无与轻重;四是残酷性,即刑罚方法大部分是死刑与身体刑。<sup>①</sup> 这四个特点用来描述英国中世纪的状况,也是完全合适的。如约翰国王滥用封建领主的权利,寻找各种借口,横征暴敛。例如,不管有无战争,他每年都征收高额的免役税,这实际上是以征税的名义没收个人财产;他强迫封臣的遗孀与女继承人服从他的婚姻安排,否则便处以沉重的罚款;他经常以莫须有的罪名,没收封臣土地,或者进行敲诈;为了慑服贵族,他还经常采用恐吓、酷刑、处死等残暴手段;他还株连无辜,导致没有犯罪的人被活活折磨而死。<sup>②</sup>

“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”<sup>③</sup>换言之,人们的奋斗要么是为了争取某种尚未得到的利益,要么是为了保护既得的利益。根据马斯洛提出的而且被公认的人类动机理论,人类的第一需要是生理需要,第二需要是安全需要。“如果生理需要相对充分地得到了满足,接着就会出现一整套新的需要,我们可以把它们大致归为安全需要类(安全、稳定、依赖、免受恐吓、焦躁和混乱的折磨,对体制、秩序、法律、界线的需要;对于保护者实力的要求,等等)。”<sup>④</sup>人民需要安全,如果一个国民不论在自己家庭中还是在家庭外,都无法相信自己是安全的、可以不受他人的攻击和国家的侵害,那么,对他奢谈公平、自由、自尊、自我实现等,都是

① [日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第5页。

② 参见程汉大主编:《英国法制史》,齐鲁书社2001年版,第206—208页。

③ 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1960年版,第82页。

④ [美]马斯洛:《动机与人格》,许金声等译,华夏出版社1987年版,第44页。

没有任何意义的。而且,与他人的攻击相比,国家对人民造成的侵害不仅更为严重,而且更为普遍。所以,反对专制的首要任务,是使人民免受不可预测的刑罚惩罚。正因为如此,在17世纪的英国,“人们最经常强调的论点乃是:既已存在的法律如果没有规定,就不能进行惩罚;一切法规只具有前涉力(prospective operation),而不具有溯及既往之力(retrospective operation);所有的行政官员的自由裁量权都应当受到法律的严格限制。其间,贯穿始终的支配性观点便是‘法律应当为王(the law should be king),或者一如当时的一部政论性小册子的书名所表述的那样,‘法律即王’(Lex, Rex)”<sup>①</sup>。这便是罪刑法定主义的要求。罪刑法定主义使人民免受不可预测的最严厉的惩罚,因而免受不可预测的剥夺性痛苦。对于人民而言,这是反对专制政权的最首要、最重要的目的。人们一直将《大宪章》第39条和第40条视为法治的重要内容——罪刑法定与近代人权的法律渊源,而在生理需要相对满足之后,最基本的人权无疑是免受不可预测的刑罚惩罚,因为不可预测的刑罚惩罚对人权的侵犯程度远胜于其他侵犯人权的行为,所以,《大宪章》第39条的意义胜于第40条的意义,进而胜于其他内容。

哪里的压迫越残酷,哪里的反抗就越强烈。在法国,根据伏尔泰的说法,“世上的暴君很少比路易十一通过刽子手杀死的人更多,所施的酷刑更为独出心裁。根据当时的历史记载,路易十一在位时期,被公开或秘密处决的共有4000人。黑牢、铁笼、锁链,这些都是这个专制君主留下的见证物,至今还令人望而生畏”<sup>②</sup>。而在16世纪至18世纪的这段时间里,君主专制制度发展得最充分的是法国。路易十四颁布的《路易法典》使野蛮与独裁合法化:政府派出大批密探,监视人民的举动;国王或大臣可以随意出具秘密命令逮捕人民;囚犯不经审判却被监禁数年。<sup>③</sup>福柯在其《规训与惩罚》的开篇所描述的一幅处刑场面也能证实刑罚的残酷:

① [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第212页。

② [法]伏尔泰:《风俗论》(中),梁守锵等译,商务印书馆1997年版,第290页。

③ 参见[美]威尔·杜兰:《世界文明史·路易十四时代》卷上(8),幼狮文化公司译,东方出版社1999年版,第20页。

“1757年3月2日,达米安(Damiens)因谋刺国王而被处‘在巴黎教堂大门前公开认罪’,他应‘乘坐囚车,身穿囚衣,手持两磅重的蜡烛’,‘被送到格罗夫广场。那里将搭起行刑台,用烧红的铁钳撕开他的胸膛和四肢上的肉,用硫黄烧焦他持着弑君凶器的右手,再将熔化的铅汁、沸滚的松香、蜡和硫黄浇入撕裂的伤口,然后四马分肢,最后焚尸扬灰’(《达米安案件》,372—374)。”<sup>①</sup>正因为如此,现代意义的罪刑法定原则的法律渊源是法国1789年的《人权宣言》、1791年的《法国宪法》及1810年的《法国刑法典》。《人权宣言》第8条规定:“在绝对必要的刑罚之外不能制定法律,不依据犯罪行为前制定且颁布并付诸实施的法律,不得处罚任何人。”这一规定确立了罪刑法定原则的基本方向。1791年的《法国宪法》融入了这一精神。1810年的《法国刑法典》第4条进一步规定:“没有在犯罪行为时以明文规定刑罚的法律,对任何人不得处以违警罪、轻罪和重罪。”<sup>②</sup>

“历史是一部打开了来教诲我们的大书,可以从人类过去的错误和痛苦中汲取未来智慧的材料。”<sup>③</sup>我们从历史中领悟到,反对专制的第一步是使人民免受不可预测的刑罚处罚;因此针对专制的法治的第一步,是实行罪刑法定原则。也正因为如此,戴雪所提出的法治原则的第一条便是罪刑法定主义:除非明确违反国家一般法院以惯常合法方式所确立的法律,任何人不受惩罚,其人身与财产不受侵害。<sup>④</sup>

## (二) 罪刑法定原则的思想渊源

刑法理论一般认为,罪刑法定原则的思想渊源为三权分立学说与心理强制说。<sup>⑤</sup>

罪刑法定原则的提出首先应归功于三权分立的学说。三权分立学说

---

<sup>①</sup> [法]米歇尔·福科:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,生活·读书·新知三联书店1999年版,第3页。

<sup>②</sup> 受1810年《法国刑法典》的影响,德国、比利时、日本等大陆法系国家19世纪的刑法典,都规定了罪刑法定原则。

<sup>③</sup> [英]柏克:《法国革命史》,何兆武等译,商务印书馆1998年版,第184页。

<sup>④</sup> 参见[英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第232页。

<sup>⑤</sup> 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁1997年第3版,第56页。



由洛克首先提出,孟德斯鸠最终完成。洛克主张权力分立。表面上看,他将权力分为立法权、执行权与对外权,而对外权也是执行权,因而表现为两权之分,但他同时指出:“立法或最高权力机关不能揽有权力,以临时的专断来进行统治,而是必须以颁布过的经常有效的法律并由有资格的著名法官来执行司法和判断臣民的权利。”<sup>①</sup>所以,必须有专职的法官来执行法律。在孟德斯鸠看来,三权分立是建立法治原则的前提,只有划分国家权力,国民的生命、自由与财产才能得到保障,也才能建立法治原则。因为将立法、司法、行政三种权力分掌于不同的人、不同的国家机关手中,可以保障这三种权力相互制约,又可以保持权力的互相平衡,从而保障这三种权力在有条不紊的秩序下互相协调地运作。根据三权分立的学说,立法机关依照正当的立法程序制定法律,这种法律具有最大的权威性和最普遍的约束力;司法机关必须正确适用法律,作出合法的判决;行政机关必须认真执行司法机关作出的最后判决,不得非法变更。<sup>②</sup>所以,对于什么行为是犯罪、对于犯罪应当处以何种刑罚,必须由立法机关事先作出规定,然后由司法机关根据事前的规定作出判决。这便是罪刑法定原则。

费尔巴哈(A. Feuerbach)根据其心理强制说,于1801年最先在自己的教科书中以拉丁文格言形式将罪刑法定主义表述为:“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。”(Nullum crimen sine lege, nulla poena lege.)心理强制说以人是理性动物、又有自私特性为基点。其基本内容为,一切犯罪的心理成因均在人的感性之中,人们对行为或者从行为所产生的快感的欲望驱使其实施犯罪行为;因此,为了抑制这种感性,就需要使人们知道,因实施犯罪行为而受刑罚处罚所形成的痛苦,大于因犯罪行为本身所产生的快感。为了确立犯罪与刑罚之间的必然联系,就要求法律规定犯罪行为的必然后果。换言之,如果在法律上规定有犯罪必有刑罚,人们就会基于愉快与不愉快的合理打算选择自己的行为,即为了避免刑罚所产生的大的不愉快,而选择因抑制犯罪行为所导致的小的不愉快。所以,

① [英]洛克:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第84页。

② 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153—166页。