

罪刑法定与刑法机能之关系

周少华*

内容提要:社会保护机能与人权保障机能的统一是刑法的整体价值目标,而不是刑法某一个构成要素的价值目标。认为相对罪刑法定原则具有人权保障和社会保护双重机能的观点,实际上是混淆了刑法的机能与罪刑法定原则的机能,错把刑法的整体机能当成了其构成要素的机能。罪刑法定原则虽然应当服务于刑法的整体价值目标,但是,它却不应该、也不可能直接承载社会保护的价值内容。我国《刑法》第3条从正反两个方面规定罪刑法定原则,将社会保护的内容附加给罪刑法定原则,在一定程度上消解了这一原则的社会法律意义,不利于现代刑法观念的培植。

关键词:罪刑法定;刑法机能;人权保障;社会保护

一、问题的提出

作为刑法学中最具魅力的语言,“法无规定不处罚”冲破了一个国家国民意识形态的束缚而成为世界性的观念。^[1]当然,当代的罪刑法定已经不再是古典意义上的绝对罪刑法定,而是相对罪刑法定,这同样已经成为一种普遍的观念。但是,相对罪刑法定与绝对罪刑法定的界限何在?它们之间的不同是价值取向上的不同吗?

笔者之所以提出这个看似不成问题的问题,乃是出于对以下观点的怀疑。有人认为:“在价值观念从个人本位向个人、社会双本位变迁的现代社会,罪刑法定原则的机能也发生了转移,从只重视人权保障机能向保障机能和保护机能的协调转移。社会保护机能是通过罪刑法定的积极机能或曰扩张机能;而人权保障机能是通过限制国家的刑罚权而实现的,因而属于罪刑法定的消极机能或曰限制机能。罪刑法定的保障机能和保护机能并非势不两立,而是可以在共同的基础上统一起来并协调发展。”^[2]

* 西北政法学院学报编辑部编审。本文系作者承担的司法部“法制建设与法学理论部级科研项目”一般资助项目《刑法理性与规范技术》之阶段性成果,项目合同号 03SFB2034。

[1] 参见〔日〕泷川幸辰:《犯罪论序说》,有斐阁 1952 年版,序一。

[2] 参见陈兴良主编:《刑事法总论》,群众出版社 2000 年版,第 167 页以下。需要说明的是,该书系多人合作成果,上述说法并不代表主编者陈兴良教授本人的观点。类似的观点还可见于曲新久等撰写的新纪元高等政法院校系列教材:《刑法学》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 12 页;齐文远、刘艺兵主编:《刑法学》,人民法院出版社、中国社会科学出版社 2003 年版,第 16 页。

由于有着立法上的实证根据,所以在目前的刑法学界和司法实务界,上述观点十分流行。乍看之下,此观点似乎很有道理,其实不然。笔者认为,上述观点的致命错误在于,它将刑法的机能与罪刑法定原则的机能混为一谈,将“刑法机能是保障机能和保护机能的统一”这一观点,生搬硬套地用于阐述罪刑法定原则的机能,似乎刑法的双重机能完全是由罪刑法定原则单独承载的。作为刑法基本原则的罪刑法定是刑法的一个基本构成要素,刑法构成要素虽然对刑法机能的产生具有基础性的作用,但是,要素的机能与刑法的整体机能是完全不同的。诚然,刑法的各种构成要素相互作用的“合力”产生了刑法的整体机能,然而,这并不意味着刑法诸多构成要素各自所具有的“分力”的作用方向必须是一致的——事实上,它们可能恰恰是相反的。在下文中,笔者将对此展开讨论。

二、对相对罪刑法定主义的另类审视

现在通常所说的从绝对罪刑法定主义到相对罪刑法定主义的变化,主要是指从完全取消司法裁量到限制司法裁量;从完全否定类推到容许有限制的类推适用,即在有利于被告的场合容许使用类推;从完全禁止事后法到从旧兼从轻,即在新法为轻的情况下刑法具有溯及力等。^[3]那么,我们是否可以由此推断出罪刑法定从此就具有了“社会保护机能”呢?

相对罪刑法定主义承认有限度的司法裁量,这在一定程度上增加了刑法的灵活性与适应性,而且客观上也促进了刑法的社会保护机能,但是,我们却不能将这一变化看作是罪刑法定原则本身具有社会保护机能的一个标志。刑事古典学派所主张的绝对罪刑法定主义完全取消司法裁量,一方面是出于对封建主义罪刑擅断的深刻警醒,另一方面是出于对“法典万能”的过度确信,因而未免有矫枉过正之处。事实上,完全取消司法裁量不但会抑制刑法的社会保护机能,而且同样会抑制刑法的人权保障机能。因为,绝对罪刑法定主义虽然看重法律权威对于保障人权的意义,但是却忽视了社会生活与犯罪现象的复杂性;法律不可能将评价犯罪的所有因素都事先作出规定,更不可能针对同一种犯罪的各种不同情况分别规定与之相匹配的法定刑,那么,完全取消司法裁量可能导致的一个后果就是,刑法只能看见抽象的、类型化了的犯罪人,而对具体的、个性化的犯罪人却视而不见。没有司法裁量的刑法适用无法考虑具体案件的具体情况,必然难以实现个案中的罪刑均衡,在平等的形式下,可能产生实质的不平等,导致刑法人权保障机能的先天营养不良。今天,人们已经认识到法律的局限性,并广泛承认司法能动对于法制实践的重要意义,相对罪刑法定主义正是对这一认识的具体表达。

相对罪刑法定原则对司法裁量的认可主要表现在两个方面:一是刑事立法上由绝对确定法定刑变为相对确定法定刑,但绝对不确定法定刑仍然在禁止之列;二是容许司法者对刑法进行解释,但与私法领域盛行的自由解释观念不同,刑法之解释仍然坚持严格主义。

就相对确定法定刑而言,它当然增加了刑法的灵活性,但是,由此而来的灵活性与其说是有利于保护社会,还不如说是更加有利于保障人权。因为,由绝对确定法定刑到相对确定法定刑的转变,并未在刑罚权的动用(动刑权)上给司法者增加任何权力,它只是增加了量刑权,使得司法者在对具体案件进行判决时,有了充分考虑案件具体情节的可能和自由,其最重要的意义恰恰在于保证个案中罪刑均衡的实现,其着眼点完全在于增进刑法的人权保障机能。

至于刑法解释,严格主义的真实内涵是,对于不利于被告的规定,法官有义务进行严格解释;但是,对于有利于被告的规定,它却并不反对法官作出宽松的与扩张的解释。因为“刑法应严格解释”这一规则是受自由主义思想的影响而产生的,是为“个人”的利益而确定的,所以,这一规则不可能反过来针对个人。^[4]可见,承认司法者的刑法解释权虽然可以使刑法的社会保护机能发挥得更为充分,

[3] 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第526页。

[4] [法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年,第138页。

但是,这种保护机能是刑法本来就具有的,而不是通过司法者的刑法解释活动额外增加的,所以,我们没有理由认为相对罪刑法定原则承认司法者的刑法解释权是出于社会保护的目。事实上,相对罪刑法定原则下刑法的各种解释规则,几乎完全是从人权保障的角度加以考虑的。

可以说,容许有限度的司法裁量,并不是罪刑法定主义追求社会保护功能的结果,而是对绝对罪刑法定主义矫枉过正的适度纠偏。相对罪刑法定原则不但促进了刑法的社会保护机能,而且也改进了刑法的人权保障机能,这两个方面都只不过是发展了的罪刑法定原则的一种间接结果,而并不能说明罪刑法定原则自身的机能有所改变,更不能说明相对罪刑法定原则已然担当了保护社会整体利益的使命。

从其对类推的态度来看,我们可以更加清楚地看到,相对罪刑法定原则依然立足于对刑法人权保障机能的维护,而不是试图挑起人权保障和社会保护两付担子。相对罪刑法定原则虽然不再绝对禁止类推,但是,它却只在有利于被告的情况下,才允许类推适用刑法,这种灵活性显然不是出于保护社会的考虑,而是出于保障个人权利的考虑。我们甚至可以说,容许有限制的类推适用不但不会增加刑法的社会保护机能,而且还会因为人权保障的需要,而使社会保护的要求在某些情况下做出一定程度的让步。在这一点,刑法适用上的从旧兼从轻原则也反映了同样的旨趣。

绝对罪刑法定主义完全禁止事后法,其含义虽然是指“刑法不能用于它颁布前发生的行为”,但是,它却隐含了另一层含义:对犯罪只能根据行为时的刑法进行处罚。也就是说,“完全禁止事后法”禁止的是以现在的法律处罚过去的行为,却并不禁止以过去的法律处罚过去的行为。因此,在行为时的旧法与审判时的新法不一致时,只能适用行为时的旧法;“如果对犯罪人不适用当时的法律,便意味着否定了当时的法律,从而也就否认了当时的法律中所贯彻的罪刑法定主义”。〔5〕所以,按照绝对罪刑法定主义的观念,完全可能出现这样一种状况:只要行为当时的法律认为是犯罪,即使现在的法律不认为是犯罪,也可能根据旧法而追究犯罪人的刑事责任。在这种情况下,刑罚权的动用已经没有任何保护社会的意义,而只剩下对犯罪人过去的犯罪行为的报复,其必要性和正当性大成问题,这种没有意义的惩罚无疑也是对个人权利的不尊重。而相对罪刑法定主义所认可的从旧兼从轻原则,实际上是回避上述不当情形的一种法律技术。

从旧兼从轻原则认为,对于法律颁行时尚未审判或者审判尚未确定的行为,应当按照行为当时的刑法进行审理,但是,如果新法不认为是犯罪或者处罚较轻的,则适用新法。这意味着,只有新法旧法都认为是犯罪,并且旧法处罚不会重于新法时,才适用旧法。可见,“从旧”不但是以其“有必要”为前提的,而且还是以其“有利于被告人”为出发点的。对于新法不再认为是犯罪的行为,显然已经没有处罚的必要,对其适用新法不但可以维护刑法的正当性,而且可以使个人权利免受无谓的损失;新法处罚较轻时适用新法,也是对有利于被告人这一观念的体现。这充分说明,新法为轻的情况下刑法具有溯及力,反映的是对刑法人权保障机能的追求,而不是对刑法社会保护机能的追求。

通过以上分析,笔者认为,无论是绝对罪刑法定主义,还是相对罪刑法定主义,其精神实质都在于保障人权。罪刑法定主义是价值偏一的选择,而非兼顾各种价值目标和利益,〔6〕过去如此,现在仍然如此。也就是说,罪刑法定主义的价值取向并没有改变,相对罪刑法定原则最基本的功用仍然是限制刑罚权,只不过,它取消了对刑罚权不必要的限制,对司法权限制的程度有所改变罢了,或者说,它实现自身价值的方式有所改变罢了。罪刑法定原则的相对化促进了刑法的社会保护机能,与此同时,它自身所具有的人权保障机能也变得更加健全了,更注重从实质意义上、而不只是形式意义上对个人权利加以保障。如张明楷教授所言,当代的罪刑法定主义理念已经将形式侧面与实质侧面有机

〔5〕“中国刑法词典”编委会:《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第35页。

〔6〕参见宗建文:《刑罚正义论——罪刑法定的价值分析》,载《刑罚专论》,四川大学出版社1995年版,第31页。

地结合起来,从而使形式侧面与实质侧面成为贯彻罪刑法定原则的统一要求,以保证刑法的实质正义。^[7]

三、双重机能:谁的机能

就刑法的社会机能^[8]而言,它具有保护机能和保障机能两种具体机能,所以我们说,刑法机能是保护机能与保障机能的统一。^[9]刑法机能的产生与刑法的构成要素有关,但是,这并不意味着刑法每一种具体机能的产生都需要由刑法的全部构成要素共同发挥作用。事实上,刑法的各种构成要素相互作用所产生的是刑法的整体机能,即保护机能与保障机能的对立统一;而作为刑法具体机能的保护机能或者保障机能,却是分别由刑法的不同要素所产生的。那么,保护机能是由刑法的哪种要素产生的呢?罪刑法定原则又对刑法机能的产生发挥着怎样的作用呢?

(一)刑法的保护机能从何而来

刑法对社会的保护主要是通过惩罚和预防犯罪来实现的,而惩罚和预防犯罪却又是刑罚的根本目的和任务,所以,刑罚对刑法保护机能的产生起着基础性的作用。

预防犯罪的目的,首先是通过刑法对个人的规范作用来实现的;而刑法对个人的规范作用,又是通过刑法规范对负价值行为的否定性评价来实现的。“罪”与“刑”的结合,是刑法评价的基本方式,刑法规范既包含了对可能危害某种积极价值的行为的描述,即犯罪,也包含了刑法对这种危害行为的态度,即刑罚。我们不难理解,如果没有对负价值行为的态度,而仅有对这种行为的描述,这样的描述将不会具有任何的评价力量,甚至根本就不能成为法律规范。“刑罚是依据不法行为的严重程度和罪责来确定的一种痛苦,它表明了国家对不法行为的否定评价,是对严重违法行为的抵偿,从而达到维护法治的目的”;“所有刑法规范均是对重要法益的积极评价为基础的,它们是人类社会在共同生活中必不可少的,因此,要通过国家强制力,借助刑罚来加以保护”。^[10]可以说,正是行为模式背后的国家立场,使得刑法规范获得了其评价性力量;也正是由于刑罚在规范结构中的存在,才使得刑法规范有了规范社会成员行为、抑制犯罪发生的作用,并通过这一作用的发挥,实现保护社会的目的。

当然,仅依靠刑法消极的规范作用,并不能彻底实现刑法对社会的保护;社会保护功能之实现,还有赖于刑罚的实际动用。因为,“制裁问题是一个关系到法律实效的问题。……只要在有组织的社会中还存在大量的违法者,那么法律就不可能不用强制执行措施作为其运作功效的最后手段”。^[11]对于危害人类共同生活秩序的犯罪来说,国家采取的是“违法必究”、“有罪必罚”的立场,因此,国家刑罚权的动用不是消极被动的,而是积极主动的。在没有犯罪行为发生时,刑罚权处于“高度战备状态”,发挥着警戒未然之罪的功能,而当有犯罪行为发生时,它就会“重拳出击”,显示其惩罚已然之罪的力量。刑法消极的规范作用对犯罪只能产生一般预防效果,而且这种一般预防效果也是很充分的;刑罚的实际动用则不但能起到惩罚犯罪的作用,而且还能起到一般预防和个别预防的作用。并且,刑罚惩罚犯罪时所产生的一般预防作用,反过来又可以强化和补充刑法消极规范作用对犯罪所具有的一

[7] 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第115页以下。

[8] 刑法除具有社会机能以外,还具有规范机能,一般认为,刑法的规范机能包括评价机能和裁判机能两种具体机能。所以,确切地说,刑法机能应该是规范机能与社会机能的统一。评价机能与裁判机能的统一、保护机能与保障机能的统一,是包含在规范机能与社会机能的统一之下的。从本文所要讨论的问题出发,笔者在此所说的刑法机能仅针对其社会机能而言。

[9] 陈兴良教授从人性基础、社会基础和法律基础等几个方面,对刑法机能双重性的根据作过深刻的阐述。参见前引[3],陈兴良书,第251页以下。

[10] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第17、10页。

[11] [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341页以下。

般预防功能,使刑法预防犯罪的机能得以完善。

对国家、社会和个人利益的保护,既要立足于事先的侵害防范,又要着眼于事后的利益救济,而刑罚报应与预防的双重目的,恰恰可以满足这种需要。所以我们说,刑罚目的的实现过程,就是刑法保护机能的产生过程。刑法运作的过程,就是刑罚权被发动和刑罚被执行的过程,正是通过这一过程,刑法规范所具有的应然评价转化为司法过程之结果的实然评价,作为抽象的评价手段的刑罚转化成现实的制裁手段。由此,社会成员的正义观念得到维护,受害人的报复情感得到满足,已经遭到破坏的法秩序得到恢复,法规范的权威性被不断确证,个别预防和一般预防的效果也随之产生,刑法的社会保护功能得以充分和有效的实现。可以说,刑罚惩罚犯罪和预防犯罪的双重目的,与刑事事后的利益救济和事先的侵害防范这两种保护方式是相对应的。

刑法是规定犯罪和刑罚的法律,刑罚是刑法最本质的构成要素;自古至今,刑罚的目的无非在于惩罚和预防犯罪,这使得刑法天然地就具有一种保护社会的机能,国家制定刑法的目的就是要通过刑罚这一手段实现对社会的保护。可以说,刑法的社会保护机能是通过刑罚实现的,或者说,刑法的社会保护机能其实是刑罚自身机能在刑法系统中的反映。在刑法保护机能的产生过程中,我们并没有看到罪刑法定原则发挥作用,究其原因,乃是因为罪刑法定原则原本就只具有消极的限制机能,而不具有积极的扩张机能。

(二) 罪刑法定原则在刑法体系中的结构功能

与保护机能不同,保障机能并非是刑法“先天”的本能,而是由于刑法观念的进步而被“后天”赋予的一种机能。对于这种机能的产生,罪刑法定原则发挥着极为重要的作用。

刑法保障机能是通过限制国家刑罚权,尤其是通过限制司法权而实现的。由于保障人权是罪刑法定的灵魂,因而罪刑法定原则与生俱来具有一种限制机能。作为刑法的基本原则,罪刑法定既是刑事立法的准则,又是刑事司法的准则,通过发挥这两个方面的作用,罪刑法定实现了对司法权的限制,并赋予刑法以人权保障机能。

作为立法准则,罪刑法定原则要求刑法规范具有明确性,对于什么行为是犯罪以及对某种犯罪行为判处何种刑罚,刑法都必须事先作出明确规定,并在立法上禁止绝对不定期刑。罪刑法定原则对刑法的明确性要求首先意味着,一般公民可以根据刑法的明文规定准确预测自己行为的后果,对于没有实施刑法规定的犯罪行为的人,法律保障其不受刑罚处罚,这就使刑法成为全体公民自由的大宪章;明确性要求还意味着,犯罪人可以根据刑法的明文规定预测自己的行为可能招致的法律后果,法律保障其不受明文规定之外的处罚,这又使刑法成为犯罪人的大宪章。要将这些要求体现在立法中,必须借助于一定的立法技术,而贯彻刑法基本原则的立法技术实际上也是对司法权进行限制的技术。这是因为,刑法规范不仅是一般社会成员的行为规范,也是司法者的裁判规范,所以,刑法的明文规定在实现犯罪评价的同时,也为司法权的行使划定了边界。刑法规范所描述的犯罪构成,是司法者定罪的基本标准,法律规定的刑罚幅度,是司法者行使自由裁量权的最大范围。

但是,罪刑法定原则作为立法准则发挥作用,只是为刑法的人权保障机能提供了一种可能性,要将这种可能性转化为现实,还需要其作为司法准则发挥作用。作为司法准则,罪刑法定原则要求司法者在定罪量刑时,必须以刑法的明文规定为限,并且只能以行为时的法律为依据,不得在法律的明文规定之外实施处罚,不得援引未经法律认可的习惯法作为处罚的依据。可以说,罪刑法定原则的诸多派生原则,如排斥习惯法、禁止溯及既往、禁止类推适用、严格解释等原则,都是基于罪刑法定原则对司法活动的限制要求而产生的。

当然,并非立法和司法中都贯彻了罪刑法定原则,就必然能够产生对人权的保障作用;因为,单纯从刑法构成要素的属性出发,并不足以推断出刑法整体的功能。如果一种反人道的刑法也打起罪刑法定的旗帜,并且这样的刑法被司法者“不偏不倚”地执行,那么它带来的只能是人道的灾难,而不可能是对人权的尊重和保障。因此,在讨论刑法的人权保障机能时,必须同时致力于对刑法实体正当性

的追问,否则,所谓刑法的人权保障机能根本不可能产生。

当代罪刑法定主义虽然是相对的罪刑法定,但是,它却是实质意义上的罪刑法定,无论是对成文法规范的强调,还是在有利于被告的情况下允许对法规范进行灵活处理,其着眼点都是保障人权。尽管相对罪刑法定不再坚持绝对的个人本位,其人权保障的价值取向却没有丝毫改变,作为现代刑法的一个重要的构成要素,它对刑法保障机能的产生发挥着决定性的作用。^[12]

实际上,基于对个人权利的重视,现代刑法已经把规范重心从防止单个公民通过犯罪而对法秩序造成的危害,转移到了防止国家通过滥用刑罚权实施犯罪而对法秩序及其目的所造成的危害上。^[13]这意味着,在现代刑法中,罪刑法定原则必将扮演比其他任何时候都更加重要的角色——不是因为它可以兼顾社会保护价值,而是恰恰相反。如果把刑法仅仅看作是统治阶级的统治工具,那么罪刑法定原则可能并不是刑法的必备要素,但是,对于重视个人权利的现代刑法来说,罪刑法定原则却是不能缺席的“主角”。刑法规范只有通过罪刑法定原则的浸润,才能真正成为犯罪人和一般善良公民的大宪章。

(三) 罪刑法定原则与刑法机能之关系

从上文的分析中我们不难看出,刑法的保护机能主要是通过刑罚及包含刑罚的刑法规范而产生的,而其人权保障机能则主要是通过罪刑法定原则而产生的。由于刑罚、刑法规范、罪刑法定原则都是刑法的构成要素,因而刑法的整体机能就表现为保护机能与保障机能的统一,但又不是保护机能与保障机能的简单相加,而是它们之间既对立又协调的综合效果。

笔者丝毫不否认,现代刑法体现了个人、社会双本位的价值观,正因为如此,刑法才具有社会保护与人权保障的双重机能。相对罪刑法定主义当然应该顺应现代刑法的这种价值取向,然而,这并不意味着罪刑法定原则本身也应该具有社会保护和人权保障的双重机能。虽然刑法的机能取决于刑法的构成要素,但是,刑法构成要素的机能并不等于刑法的机能;反过来,刑法的机能也并不等于刑法构成要素的机能。在刑法结构中,不同的要素发挥着不同的作用,刑罚只具有积极的扩张机能,罪刑法定原则只具有消极的限制机能,它们的作用方向是相反的,正是通过它们之间的相互作用,刑法才得以在社会保护和人权保障之间达成一种平衡。那种认为相对罪刑法定既具有消极的限制机能、又具有积极的扩张机能的观点,实际上是将刑法的机能简单地强加给罪刑法定原则,把刑法整体的机能当成了刑法某一个构成要素的机能,在方法论上属于还原主义,是极其错误的。

日本刑法学者牧野英一所主张的罪刑法定“进化”的观点,强调刑事政策在刑法中的意义,主张更加有效地发挥国家的作用,他认为罪刑法定主义对刑法解释乃至方法论的发展产生了阻害作用,因而对其进行了强烈的批判,并试图按照新的时代要求对罪刑法定原则加以修正,赋予其崭新的内容。^[14]日本刑法学者吉川经夫评价说:在牧野英一看来,既然罪刑法定主义是以保障个人自由而设置的,那么当个人主义衰退、团体主义思想抬头时,罪刑法定主义的重要性必然逐渐丧失。牧野英一所强调的保全社会的实质就是要将社会利益置于首位,如此,则罪与非罪的标准就不得不以是否对社会构成危害来衡量,进而,法律的解释也应当从有利于社会统治秩序的角度去解释,抑或说是为了实现对社会的保全,不得不在一定程度上无视或者牺牲个人的利益。^[15]另一日本刑法学者中山研一一针见血地

[12] 当然,作为刑法另一基本原则的罪刑均衡原则,也对人权保障价值的实现发挥了一定的作用。另外,刑法的裁判机能对刑法的人权保障机能也有促进作用;但是,裁判机能的作用对象是司法者,约束司法者是其直接目的,保障人权只是其间接目的,也就是说,它是通过对司法者直接的约束作用,而间接地保障了人权。裁判机能是刑法本体方面的机能,它主要来自于刑法规范;而保障机能是刑法价值方面的机能,它主要来自于罪刑法定原则。详细的讨论参见笔者另文:《刑法功能产生的制度基础》,《法律科学》2005年第3期。

[13] 参见李海东:《社会危害性与危险性:中、德、日刑法学的一个比较》,载陈兴良主编:《刑事法评论·第4卷》,中国政法大学出版社1999年版,第68页。

[14] 鲁兰:《牧野英一刑法思想研究》,中国方正出版社1999年版,第60页以下。

[15] [日]吉川经夫:《刑法改正23讲》,日本评论社1979年版,第16页以下。

指出:牧野英一提出在罪刑法定原则已有的限制机能上增加促进机能,是将人权包含在刑罚权的一般增长机能之中,这无异于取消了人权。^[16]这些批评无疑切中了牧野英一罪刑法定观的致命缺陷。我国学者所持的当代罪刑法定原则具有社会保护和人权保障双重机能的观点,与牧野英一的主张何其相似。认为罪刑法定原则同时具有社会保护机能,实际上是对罪刑法定原则的变相否定。

那么,我们一方面说,现代刑法的重心放在限制国家刑罚权,另一方面又说,现代刑法体现的是个人、社会双本位的价值观,这是否自相矛盾呢?笔者认为并不矛盾。现代刑法的重心放在限制国家刑罚权,并不意味着社会保护功能已经淡出刑法的视野;相反,这恰恰表明了刑法在价值层面上的整体机能是保护机能与保障机能的统一。由于刑法的社会保护机能几乎是与生俱来的,而人权保障机能是需要后天着力培植的,为了在保护机能与保障机能之间营造一种和谐的关系,现代刑法在设立国家刑罚权的同时,也对这种权力给予严格的限制,以控制保护机能的自我膨胀,而促进保障机能的生成与绵延,并最终达致二者之间的平衡,使两个相互矛盾的方面有机统一于刑法系统之中。可以说,重视对刑罚权的限制,是最优方式实现刑法社会机能的一种制度安排,是基于刑法整体价值考量而产生的控制技术。

如果说相对罪刑法定原则承认或者是客观上促进了刑法的社会保护机能,笔者认为是可以接受的;但是,如果说相对罪刑法定原则本身就具有社会保护机能,则是绝对错误的。^[17]那么,相对罪刑法定原则又是如何促进刑法的社会保护机能的呢?

如前所述,由于刑法是规定刑罚的法律,而刑罚又是刑法保护机能产生的基础,所以,保护机能也就成了刑法与生俱来的一种属性。^[18]罪刑法定原则本是人类理性进步的产物,但是,人们对自身理性的过度信赖恰恰又使自己滑到了非理性的边缘,绝对罪刑法定主义的某些观念就包含了这样的危险。在绝对罪刑法定原则下,刑法与生俱来的保护机能受到了过度的抑制,而其保障个人权利的方式又被极端化、形式化,致使刑法的社会保护机能与人权保障机能严重失衡;因此,在社会本位思想兴起的19世纪、20世纪之交,罪刑法定遭到质疑也就是情理之中的事。

相对罪刑法定主义的进步并不在于它自己承载了社会保护的有价值内容,而在于它解除了对刑罚权不必要的限制,从而将刑法原本具有的社会保护机能从个人本位一元化的阴影下解放出来。经过这种变化,相对罪刑法定原则既没有弱化对人权保障价值的追求,也没有为刑罚权的动用增加新的理由,更没有自己越俎代庖扛起保护社会的大旗,它只是为刑罚权在合理范围内充分实现刑法的保护机能提供了可能。

总之,所谓“双重机能”乃是刑法的整体机能,而不是作为刑法构成要素的罪刑法定原则的机能。相对罪刑法定原则虽然允许刑法之适用可以有一定的灵活性,但是它仍然只具有消极的限制机能;在刑法机能的产生过程中,罪刑法定原则只服务于人权保障价值。所以,对社会保护机能的追求,只能通过设立完备的刑法规范加以实现,而不可能通过对罪刑法定原则的“改造”来实现。因为从罪刑法

[16] [日]中山研一:《刑法的基本思想》,国际文化出版公司1988年版,第8页。

[17] 陈兴良教授在《刑法的价值构造》一书中认为,罪刑法定原则具有限制机能,它首先意味着对立法权的限制,其次还意味着通过立法权限制司法权。罪刑法定原则虽然是价值偏一的选择,但是,经过自身的完善与变化,它完全能够适应社会的需要,容纳社会保护的有价值内容,兼顾人权保障与社会保护。(参见前引[3],陈兴良书,第517页以下。)在此,陈兴良教授并未认为罪刑法定原则具有双重机能,但是,“容纳”与“兼顾”的说法仍然可能导致人们产生错误的认识。所以,笔者只认为“相对罪刑法定原则承认或者客观上促进了刑法的社会保护机能”,而未使用“容纳”、“兼顾”、“兼容”等词汇。

[18] 此处只是从“刑罚在刑法机体中的结构功能”意义上来看待刑法的保护机能,而不涉及其实质内容的正当性问题。在这一意义上,没有罪刑法定原则的封建时代的刑法,也并不缺少社会保护机能,只不过其保护机能很不健全罢了——因为它保护的只是作为统治集团的少数人的利益,他们以国家的代表者自诩,一旦社会利益、个人利益与“国家利益”发生冲突,其必然牺牲前者而保全后者。因此,在人权保障机能缺失的专制主义刑法中,其社会保护机能也是畸形的。

定的本质看,它不可能承载社会保护的价值内容;试图赋予罪刑法定原则以双重机能,完全是强其所难。^[19]

四、脱靴搔痒:话说《刑法》第3条

经过1997年的修改,我国刑法确立了罪刑法定原则,《刑法》第3条规定被认为是罪刑法定原则立法化的标志。该条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”

与大陆法系各国刑法对照可以发现,我国刑法对罪刑法定原则的表达明显不同于其他国家。大陆法系各国刑法对罪刑法定原则的表述虽也各不相同,但基本都是在“没有法律就没有犯罪”这一意义上规定罪刑法定原则的,相当于我国《刑法》第3条的后半段;对于我国《刑法》第3条的前半段的内容,其他国家的刑法则没有规定。我们有理由相信,《刑法》第3条就是罪刑法定原则具有双重机能之理论观点产生的实证根据。

针对罪刑法定原则的这一“中国特色”,有学者认为,根据《刑法》第3条,我国的罪刑法定原则包含两个方面的含义,第一个方面是积极的罪刑法定,第二个方面是消极的罪刑法定;这样的规定“克服了西方刑法的片面性”,是“罪刑法定原则的全面的正确的涵义”。该论者进一步认为:罪刑法定原则作为刑法所固有的、全局性的、体现刑法基本精神的原则,它既具有惩罚犯罪、保护人民免受犯罪侵害的保护人权功能,又具有防止刑罚权滥用、保障无辜者不受惩罚和保障犯罪人的合法权利不受非法侵害的保障人权的涵义集中到一点,就是对人权的维护,因为无论是对人权的保护,还是对人权的保障,都是维护人权。这就是我国罪刑法定原则的真谛。它表明我国罪刑法定原则既是保护人权的正义的法律之剑,又是保障人权的人民自由的圣经。^[20]笔者认为,上述观点对《刑法》第3条的把握无疑是准确的,但是,其为该条规定所作的合理性的辩护,却是笔者不能同意的。

上述观点的持有者认为,积极的罪刑法定原则“其基本精神是严格执法,惩罚犯罪,保护人民”,并将这种作用称作是“人权的保护”。我们可以清楚地看到,该论者把刑法“惩罚犯罪,保护人民”的作用演绎成“人权的保护”,通过这种似是而非的方式,似乎在“保护人民”与“保障人权”之间找到了某种“同质性”,因而理所当然地将本属于社会保护的内容硬性植入到罪刑法定原则的体内,然而,这却是罪刑法定根本无法承载的一种价值。“惩罚犯罪,保护人民”基本上是一种政治化的语言,如果将其翻译成法律语言,则应当是指“维护社会秩序,保护合法权益”,这显然是刑法社会保护机能的体现。“保护人民”这个抽象的大口号,并不是人权保障的真实内涵;人权保障针对的是具体、实在、个别的“个人”,而不是概念化、抽象化、意识形态化的“人民”。从本质上说,“保护人民”是刑法社会保护机能的内容,^[21]而不是其人权保障机能的内容。把“保护人民”说成是“人权的保护”,不过是论者试图将双

[19] 虽然任何比喻都是蹩脚的,但是,借助于类比,我们有时却能更为深刻地认识事物的本质。所以,笔者愿意通过下面的类比,将上述观点作通俗化、形象化的阐释:我们说,“人”是会思想、具有语言能力、会有目的地制造工具和使用工具的动物。脑与口的结合让人具有了语言能力,脑与手的结合让人具有了制造工具和使用工具的能力。但是,我们却不能要求手说话,让口去制造和使用工具。如果手说话了,那充其量也就是“哑语”,或者说是“有意义的符号系统”,但它已经不是真正意义上的“语言”,而只是“语言”非正常的替代性表达方式;如果口确实制造和使用工具,那也一定是个别非凡之人出自不同目的(比如为了表演)而练就的“绝活”,或者是肢体残障人士不得已而为之的生存方式,而不能看作是口本身的功能。让罪刑法定原则承担社会保护的功能,无异于让手说话,让口制造工具,岂不是“强其所难”!

[20] 参见何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社2000年版,第63页以下。

[21] 我国《刑法》第1条、第2条的规定清楚地表明了这一点。《刑法》第1条规定,国家制定刑法的目的是“惩罚犯罪,保护人民”;第2条规定,刑法的任务“是用刑罚同一切犯罪行为作斗争,以保卫国家安全,保卫人民民主专政的政权和社会主义制度,保护国有财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业的顺利进行”。

重机能强加于罪刑法定原则的一种策略或者是文字转换游戏。^[22]

刑法理论界还有人认为,《刑法》第3条“中国特色的罪刑法定立法表达,背后体现着它自身独特的价值,是中国现阶段刑事政策思想的体现,也反映了我国法治建设的现实状况”,“它反映的是一种在维护国家公共利益和公民个人利益方面取得平衡的思想”。^[23]并认为,《刑法》第3条的第一层意思强调对刑事司法权的“依法强化”,这虽然与罪刑法定原则的价值有冲突,但法律就是这么规定的,是非常重要的内容,目前在实际执法中不能忽视。“比如社会上存在大量严重危害社会的行为,而且这些行为也被现行刑法明文规定为犯罪的,而我们有时却没有按照法律去定罪处罚,这也是违背了罪刑法定。”^[24]

笔者认为,尊重“我国的法治建设的现实状况”当然是没有错的,但是,对于刑法明文规定为犯罪的危害行为没有按照法律去定罪处罚,只是执法不严、执法水平不高的表现,而不是刑法自身的社会保护功能不足所致。强化刑事司法权,使司法者做到“有法必依、执法必严”,应该是司法制度对司法者的职责要求,而不是罪刑法定原则的题中应有之义;司法者没有做到“有法必依、执法必严”,是对其职责要求的违反,而不是对刑法规范本身的违反。罪刑法定原则既然是价值偏一的选择,它就不应该去反映“在维护国家公共利益和公民个人利益方面取得平衡的思想”——这种思想应该体现在刑法的整体价值目标当中,而不是罪刑法定原则当中。实际执法中我们当然不能忽视法律的“实然”规定,理论研究当然也可以在对实定法进行合理化阐释的层面上服务于实践,但是,理论研究更应该从法制实践的长远意义出发,对立法现实的不合理现象加以反思和批判,而不是在法律偏差的“既成事实”面前表现包容或者只剩下无奈。对于法律的欠缺,我们应该研究如何通过司法过程加以克服,而不是指导司法如何“将错就错”。通过维护法律的精神而维护法律的权威,这才是法学理论与实践相结合的真谛所在。

毫无疑问,罪刑法定原则应当服务于刑法的整体价值,但是,我们却不能要求它直接体现刑法的全部价值——事实上,刑法的任何一个构成要素都不可能单独具有这样的能力;否则,我们只需要这样一个可以体现刑法全部价值的要素,而根本没有必要再去制定具有复杂结构的刑法体系了。刑法的双重机能必须由刑法的各种构成要素合力打造,而不能由罪刑法定原则一肩挑;限制国家刑罚权,是罪刑法定原则最直接的目标,也是它服务于刑法的整体价值的基本方式和表现。我国《刑法》第3条规定恰恰想赋予罪刑法定原则太多的功能,其价值取向是十分可疑的,我们完全没有必要避讳这一点。

自刑法修订以来,人们对《刑法》第3条进行了不同的解读:理论界读出了罪刑法定对司法权的依法强化;实务界则读出了罪刑法定“打击犯罪、保护人民”的功用。来自司法实践部门的一种声音说:罪刑法定原则既通过限制国家刑罚权来保障个人自由,同时也通过设置国家刑罚权来限制个人自由。如果将我国罪刑法定原则只理解为“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,就是只强调了保护,而忽视了打击;只强调了对个人权益的维护,而忽视了对社会整体利益的维护。我国刑法是社会主义刑法,这决定了它既十分重视公民个人的自由和权益,同时也十分重视社会整体的利益,既要保护无罪的人不受法律的追究,也要保护广大人民群众利益免受犯罪的侵害。在发展市场经济和民主政治的今天,既不能削弱刑法的打击力度,又要强化刑法的保护功能。对罪刑法定原则,我们既要吸收其合理内核,又要结合我国的实际,为我所用,绝不能照搬照抄,“食洋不化”。坚持“二点论”,反对

[22] “文字转换游戏”是目前大众娱乐节目中很流行的一种智力游戏,规则是:通过一次或多次文字转换,可以把两个完全互不相干的词语连接起来。比如说,我们可以通过四次文字转换,从“爱护”到达“法律”,其转换过程就是:爱护、护理、理想、想法、法律。笔者认为,上述论者从“保护人民”到“人权的保护”的转换,与这种并没有多少“智力”含量的智力游戏相去不远。

[23] 游伟:《罪刑法定原则司法化问题研究》,载《华东刑事司法评论》(第六卷),法律出版社2004年1月版,第163页以下。

[24] 游伟:《刑事法理论在司法实务中的运用》,载《华东刑事司法评论》(第一卷),法律出版社2002年2月版,第134页。

片面性,是我国刑法所倡导的罪刑法定原则的应有之义。^[25]

笔者认为,上述观点和前面的其他观点一样,都将刑法的机能当作是罪刑法定原则的机能,把应当由刑罚承担的打击犯罪、保护社会的任务,附加到罪刑法定原则之上。社会保护与人权保障的兼顾,并不是社会主义刑法所独有的价值取向,它似乎并不能成为我们在罪刑法定原则上坚持“二点论”的充足理由。相反,笔者倒是相当同意这样的观点:“国家的社会主义性质并不能必然防止国家政权对人权的非法侵害,而且事实上,这种侵害在一定历史条件下甚至可以达到血腥恐怖的程度。”^[26]权力容易被滥用是由权力自身的性质所决定的,社会主义的刑罚权并不能自动获得对“滥用”的免疫力。如果试图通过一种意识形态来否认刑罚权天然的扩张本性,并进而降低对罪刑法定原则之人权保障机能的预期,显然不是科学的态度。

正因为社会主义刑法既十分重视公民个人自由,又十分重视社会整体利益,我们才更应该在设置刑罚权的同时,也强调对刑罚权的限制。如果把社会主义刑法的应然追求当成了实然状态,认为通过加强立法权和司法权就自然能够实现对个人权利和社会整体利益的协调,那是对社会主义立法者和司法者的神化。如果社会主义法律的应然追求能够自动实现,人们今天就不会大谈什么“司法腐败”问题了。因此,即使是社会主义国家的公共权力,其合理行使也绝然离不开必要的、适当的和有效的制约。

至于对个人自由的限制,并不是通过罪刑法定原则实现的。上述观点认为,罪刑法定原则“也通过设置国家刑罚权来限制个人自由”,似乎国家刑罚权是由罪刑法定原则所产生的,这完全是唯心主义的意识决定论,根本不符合辩证唯物主义的世界观和方法论。事实上,刑罚乃是国家权力的产物,它根源于社会的经济基础,而罪刑法定原则不过是观念层面的东西,是人类对自身境遇的一种理性态度,它并非国家刑罚权产生的基础。刑罚是伴随着国家的出现而产生的,而罪刑法定原则从其肇始也不过是二、三百年的事,如果按照前面的说法,罪刑法定原则“也通过设置国家刑罚权来限制个人自由”,那么在无罪刑法定原则的封建主义刑法中,是否就无法对个人自由进行限制了?实际情况却是,在无罪刑法定原则的刑法中,个人自由恰恰受到了最大的限制。可见,对个人自由的限制来自于刑罚规范,而刑罚及刑罚规范是国家权力的产物;罪刑法定原则既不可能去“设置国家刑罚权”,也不可能一边保障人权一边又反过来限制个人自由。如果试图通过罪刑法定原则去限制个人自由,这一原本为限制国家刑罚权而生的原则势必被国家刑罚权所同化,从而丧失其人权保障的功能。

“法无明文规定不为罪”的反向解释是,“只有法律才能规定犯罪”;“法无明文规定不处罚”的反向解释是,“只有法律才能规定刑罚”。其核心内容在于禁止没有法律根据的处罚,保障个人不受法外之刑。而如果把“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”的反向解释理解成是“必须用法律对犯罪作出规定,必须用法律对犯罪进行处罚”,则是对罪刑法定原则的错误理解,因为这种理解强调了对刑罚权的促进,而不是限制,实际上等于剔除了罪刑法定的内核,而只保留了“罪刑法定”的名分。上述罪刑法定原则“也通过设置国家刑罚权来限制个人自由”的观点,正是对“罪刑法定”这几个“字”作了望文生义的理解,完全没有触摸到罪刑法定这一“原则”的灵魂。这样的“为我所用”,恰恰并没有吸收到罪刑法定主义的“合理内核”。如果认为罪刑法定原则还有对刑罚权积极的促进作用,那么,出于社会保护或者仅仅是统治集团利益的需要,刑罚权完全可能借助于变化不定的刑事政策,以罪刑法定的名义随时实施对个人权利的侵犯。

笔者认为,尽管所谓“积极罪刑法定原则”有着立法上的根据,但是,这一神话仍然应该加以破除。并不是任何东西只要加上“中国特色”或者“国情决定”,就当然变得情有可原。在刑法整体的价值追

[25] 丁卫强:《我国罪刑法定原则的内涵及相对性》,载《华东刑事司法评论》(第四卷),法律出版社2003年7月版,第16页以下。

[26] 何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社2000年版,第64页。

求上,我们当然可以、而且必须坚持“二点论”,但是在对待罪刑法定原则的态度上,我们恰恰需要“缅怀片面”!^[27]承认所谓的积极罪刑法定,无异于用貌似家犬的恶狼看护羊群,其中的风险不言自明。法学原本是一“世故之学问”,似不该使用如此性情之语言,然则,面对立法、司法以及学界四平八稳的话语方式,笔者不由得想“脱靴搔痒,一图其快”!

在司法人员以往的观念中,刑法的功能就是打击和惩罚犯罪,因而难免对“罪刑法定原则的基本功能就是对国家刑罚权的限制”这一观点感到愤愤不平。《刑法》第3条对罪刑法定原则从正反两个方面加以规定,似乎为司法者提供了权威性的支持;从上述来自司法实践部门的声音中,我们不难察觉实务界对《刑法》第3条前半段规定难以抑制的欢心鼓舞:既然我国的罪刑法定原则也强调打击犯罪、维护社会整体利益,那么,为了维护社会整体利益而实施的处罚就不会违反罪刑法定原则。透过这种理解,我们可以看到,社会本位思想在司法人员的观念中仍然根深蒂固。由于国家刑罚权在面对具有社会危害性的行为时,常常表现出强烈的追诉倾向,因而在“中国特色”的罪刑法定原则下,司法者很容易对那些处在罪与非罪边缘的危害行为,向“犯罪”的方向进行解释,而这是不符合罪刑法定原则的精神实质的。所以,来自司法实践部门的上述声音尤其应当引起我们的警惕。

出于严格限制刑罚权的需要,大陆法系国家只从反面来规定罪刑法定原则,这样,即使是法律有明文规定的行为,当其没有处罚的必要时,法官也可以不定罪处罚;而按照我国《刑法》第3条,只要法律有明文规定,即使这种行为没有社会危害性,或者危害性不大没有必要处罚,也应当根据法律规定定罪处罚。对此,陈兴良教授认为,“这样的内容是违反罪刑法定的基本内容的,它恰恰表明我们国家关于罪刑法定的理解没有达到法治的程度”;^[28]笔者也以为,我国《刑法》第3条从正反两个方面规定罪刑法定原则,不是对罪刑法定原则的合理表达。“貌”已不“合”,“神”自相“离”,将社会保护的内容附加给罪刑法定原则,以至于“南橘北枳”,这在一定程度上消解了该原则的社会法律意义,不利于现代刑法观念的培植。

假如人权保障的观念已经深入人心,假如人们、尤其是司法人员普遍对罪刑法定原则的精神有着透彻的理解,那么即使按照现有的立法状况,我们也完全可以把《刑法》第3条前半段的规定看作是对司法权的限制,看作是对法外用刑的禁止。但是,实际情况表明,基于各自不同的立场,不同主体对法律的规定都作了利于自身的理解,这不仅说明了法律欠缺的真实存在,而且也表明真正意义上的法律共同体还远远没有形成。

五、结语:最后的唠叨

笔者认为,只从消极的、否定的层面规定罪刑法定原则,不仅是罪刑法定原则实质内涵的要求,而且还有法律技术上的深远考虑。因为在刑法系统中,只有通过罪刑法定原则与刑罚的对抗,才能维持刑法系统内部的平衡。价值选择是一回事,规范表达则是另一回事;只有通过合理的制度构造,法律的价值才能直接触动和改变我们置身于其中的现实生活。因此,在谈论刑法的价值取向时,我们决不

[27] 其实,片面抑或全面,也要辩证地来看。有时,“片面”可能正是全面,而“全面”倒未必真的是全面。结论取决于立场,所谓“横看成岭侧成峰”,就是这个道理。比如,有一平方米的地面,你用一平方米的地砖铺它,你就做到了全面;可是现在,有人用二平方米的地砖铺它,称自己更加全面,并由此指责你的片面,你还有什么好说的呢?“只见树木不见森林”,或者“只见森林不见树木”,辩证法让我们熟悉了这两种常见的认识论错误;殊不知,还有另一种错误,“树木”和“森林”都不见了,只剩下“树木”或“森林”的影子。诸如用二平方米的地砖铺一平方米的地面,似乎比全面更加全面,或可称之为“超全面”?然而,这不过是一种更为本质的片面。但是,由于其“比全面更加全面”,因而具有很强的迷惑性。罪刑法定原则上的“二点论”就是一种“超全面”的观点,它是想把刑法整体的属性赋予刑法的个别构成要素,反过来,又用该个别构成要素去反映整体,其认识论上的逻辑可以概括为“树木就是森林,森林就是树木”——虽然不乏诗性和禅意,却也显露出唯心主义的强词夺理之势。

[28] 参见陈兴良:《宪政视野中的刑法》,载《华东刑事司法评论》(第二卷),法律出版社2002年2月版,第216页。

能忽视包括罪刑法定原则在内的刑法构成要素在刑法体系中的技术意义。

从刑法学界和司法实务界为《刑法》第3条所作的合理性辩护看,我们对罪刑法定原则基本功能的认识还存在着明显的误区。人们希望罪刑法定原则“既……,又……”,然而,这样一种模式化的论调却并不代表一种科学的、辩证的思维方式,它不但流露出人们对罪刑法定原则抱有的太多期望,而且也暴露了国人但求稳妥的心态。

由于个人主体意识的长期匮乏,罪刑法定原则这一“舶来品”在价值选择上的偏一性,很不符合国人通常的思维定势,尤其是它只强调对国家司法权的限制,更是与我们曾经大力宣扬的集体主义意识多有抵牾。于是,国人“中庸”的文化根性便在对待罪刑法定原则的态度上显现出来,如此才有了《刑法》第3条“两个方面”的罪刑法定的规定,也才有了颇具迷惑性的“罪刑法定原则具有双重机能”的理论观点。曾几何时,我们乐观地预言罪刑法定这一资产阶级的刑法原则已经“气息奄奄,日薄西山”;如今,我们承认了罪刑法定原则的价值,却又要对其坚持“二点论”。刑法学界对《刑法》第3条的暧昧态度,很大程度上是为了“政治正确”。

既然人们对罪刑法定原则理解上的偏差有着如此深厚的文化根源和思想根源,在文章的最后,笔者有必要再次强调:保护机能与保障机能的统一是刑法的整体价值目标,而不是刑法任何一个构成要素的价值目标。在刑法机体中,不同的构成要素具有不同的结构功能,刑罚或包含着刑罚的刑法规范产生刑法的社会保护机能,它是对个人自由的必要限制;而罪刑法定原则产生刑法的人权保障机能,它是对司法者权力的必要限制。刑法的整体机能,只能通过刑法的各种构成要素共同的相互作用而产生,而不可能只通过其中某一个构成要素产生。让刑罚和罪刑法定原则各司其职,是达致刑法保护机能与保障机能之间的平衡、实现刑法个人社会双本位之价值目标的必由之路。

Abstract : The unification of the function of protecting both society and human rights is the entire value target of criminal law , not that of a constituent element of criminal law . The idea that the relative principle of legally prescribed punishment for a specified crime has dual functions of protecting both society and human rights actually confuses the function of criminal law and the principle of legally prescribed punishment for a specified crime and mistakes the entire function of criminal law for that of its constituent element . Art. 3 of PRC Criminal Code has formulated the principle from both positive and negative aspects , and attached the function of protecting society to the said protecting principle . Art. 3 has removed the social and judicial meaning of the said principle and may not benefit the cultivation of modern criminal law conception .

Key Words : legally prescribed punishment for a specified crime , function of criminal law , the protection of human right , protect society
