

# 罪刑法定的实质侧面：起源、发展及其实现<sup>\*</sup>

——一个学说史的考察

苏彩霞

**内容提要：**罪刑法定的实质侧面，渊源于美国宪法中正当程序条款由程序内涵到实体内涵的宪政实践，成形发展于二战后深受美国宪法影响的日本，在我国也经受了一个由知之甚少到广为接受的过程。罪刑法定原则发展出实质侧面的内涵，乃历史的形成而非人为的割裂；罪刑法定实质侧面要求禁止处罚不当罚的行为，实质解释论与形式解释论虽都能实现罪刑法定实质侧面内容适正性的要求，但实质解释论的出罪过程更能充分发挥构成要件的界限功能，符合该当性判断与违法性判断的功能与本质，因而更能实质地保障人权。

**关键词：**罪刑法定 正当程序 实质解释 实质侧面 形式解释

苏彩霞，中南财经政法大学刑事司法学院教授。

1997年刑法明文规定罪刑法定原则之前，罪刑法定实质侧面的内容基本上不为我国刑法理论所知晓，当时出版的教科书、著作也少见介绍或探讨。就笔者的阅读范围所见，最早引介罪刑法定实质侧面内容的是1982年发表在《吉林大学社会科学学报》的《评罪刑法定主义原则的“新发展”》这篇论文。这篇论文介绍了明确性原则和实体的正当程序成为罪刑法定原则新的派生原则，“罪刑虽然是法定的，但其内容如不明确，不清楚什么是犯罪，这样就无法防止刑罚权被滥用，保障公民自由的罪刑法定主义的目的也无法实现，为此，刑罚法规必须明确，对于不明确的刑罚法规是违反宪法的，也是无效的，这是明确性原则；实体的正当程序理论也被认为是一个新的派生原则，对刑罚法规内容的正确性，法院也能起到审查的作用，从而对处罚的必要性、妥当性、罪刑的均衡性等，这些属于一般刑罚法规内容是否正当的问题应当看成是罪刑法定主义所要求的。”<sup>〔1〕</sup>遗憾的是，这篇最早介绍罪刑法定原则实质侧面的文章由于当时历史的局限性，并未引起刑法理论的重视。论文作者当时也对罪刑法定的实质侧面持否定态度。

<sup>\*</sup> 国家社科基金项目“刑法解释的立场与方法”（09BFX063）阶段性研究成果。

〔1〕 何鹏：《评罪刑法定主义原则的“新发展”》，载《吉林大学社会科学学报》1982年第2期。

1997年之后围绕新刑法出版的教材中,唯有张明楷教授在《刑法学》中较详细地介绍了西方国家罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面,并指出这是实现作为罪刑法定原则理论基础的民主主义与尊重人权的要求。在论及我国罪刑法定原则的基本内容时,该书将其概括为法定性、合理性与明确性。法定性的内容大致相当于罪刑法定的形式侧面,合理性是指处罚范围的合理性与处罚程度的合理性,明确性指犯罪构成的明确性与处罚程度的明确性。<sup>[2]</sup>虽然当时张明楷教授实际上已经接受了罪刑法定形式侧面与实质侧面的内容,但在标题上并未旗帜鲜明地提出罪刑法定原则的实质侧面,而是以“合理性”、“明确性”表达了罪刑法定原则实质侧面的内容。可见,当时罪刑法定原则虽在我国刑法中已明文规定,但刑法理论对罪刑法定内涵的研究仍有欠深入。

这种状况一直持续到2000年以后才得以改变。此种改变得力于两个因素:一方面,一批有影响的日文教科书的中译本与介绍外国刑法的力作面世。<sup>[3]</sup>这些著述详细介绍了罪刑法定原则的理论基础及实质侧面,对我国刑法学读者产生了较大影响。另一方面,国内一批影响较大的学者的著述,也直接推动了对罪刑法定实质侧面的接受和研究。如,张明楷教授在《刑法的基本立场》中首次主张罪刑法定的形式侧面与实质侧面相互依存,并论述了罪刑法定原则形式侧面与实质侧面在司法实践中的实现。<sup>[4]</sup>这些有影响的著作对罪刑法定原则实质侧面的研究与论述,极大地推动了刑法学界对罪刑法定原则实质侧面的接受。

然而,近年一场关于刑法解释立场的形式与实质之争<sup>[5]</sup>则关涉到罪刑法定实质侧面的发展历程与实现方式。有的赞同形式解释论的学者认为,实质解释论“忽略了一个史实:罪刑法定主义的理念并无新旧之分,两个侧面之说”,指出“观罪刑法定原则之命运,只闻遵循与不遵循之分别,不见只遵其形式侧面之史实……总之,罪刑法定被割裂为两部分,其中的一部分需要由另一部分来救赎”,并认为“这可能是一个受日系刑法影响的历史误读”。<sup>[6]</sup>那么,国内学者对罪刑法定实质侧面的理解,究竟是不是受日系刑法影响的历史误读呢?罪刑法定原则果真不见“只遵形式侧面之史实”吗,换言之,罪刑法定原则果然自始就具有实质侧面之内涵吗?本文拟以罪刑法定原则的实质侧面的起源、发展、实现为线索,进行学说的考察,以期有助于时下的刑法解释立场之争。

## 一 美国宪政中的实质正当程序:罪刑法定实质侧面的渊源

在美国的宪法史上,正当程序条款是最具有生命力、最引人瞩目的条款,其含义经历了

[2] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社1997年版,第41-44页。

[3] 这一时期翻译出版的日本刑法著述有野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版;大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版;大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版;曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版;介绍研究外国刑法的著作有张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版;马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版;黎宏:《日本刑法精义》,中国检察出版社2004年版,等等。

[4] 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第128页以下。同期的其他著作有:高铭喧主编:《刑法专论》,高等教育出版社2002年版;马克昌:《刑法学》,高等教育出版社2003年版;陈兴良主编:《刑法学》,复旦大学出版社2003年版。

[5] 参见陈兴良:《形式解释论的再宣示》,载《中国法学》2010年第4期;张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。

[6] 邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版,第16-18页。

一个程序性的正当程序到实质正当程序的发展过程。1791 年美国联邦宪法第五修正案规定：“任何人未经正当程序，不得被剥夺生命、自由和财产”，该条款只能针对联邦政府，并只具有程序的意义。按照《布莱克法律辞典》的解释，程序性正当程序的含义是“任何其权益受到判决结果影响的当事人，都享有被告知和陈述自己意见并获得庭审的权利”。<sup>[7]</sup> 可见，程序性的正当程序只关注法律实施的方式、程序、手段是否具有正当性，并不审查立法的内容与实质是否正当。

限制立法权、审查立法内容正当性的实质正当程序理念，最初是在 1856 年纽约州法院审理的怀尼哈默案 (Wynehamer v. People<sup>[8]</sup>) 中确立起来的。1855 年纽约州通过立法禁止拥有、出售非医用类烈性酒，如有违反以轻罪论处。被告怀尼哈默因为销售液体酒精违反了该法令而被指控并被罚款。纽约州法院认为，“该法的实施，消灭和破坏了这个州的公民拥有烈性酒的财产权”，“即使在形式上符合法律的正当程序，也违背了宪法所规定的正当程序条款的精神，当然超出了政府的权限范围”，<sup>[9]</sup> 从而宣布 1855 年纽约州有关禁酒的法令违宪无效。怀尼哈默案被称为美国“正当程序条款发展史上的新起点”。<sup>[10]</sup> 该案不但扩大了权利法案的范围，而且首次基于宪法的正当程序条款宣布立法机构的法令因违宪而无效，这不同于此前基于自然法意义上对法令的司法审查。<sup>[11]</sup> 怀尼哈默案赋予了正当程序条款的实质内涵，被此后联邦最高法院的大法官们所采用。

1868 年规定了针对州政府的正当程序条款的联邦宪法第十四修正案生效后，援引该修正案的案件诉讼逐渐增多。在 1873 年的屠宰场案 (Slaughterhouse Cases)<sup>[12]</sup> 中，联邦最高法院菲尔德大法官 (Justice Field) 和布雷德利大法官 (Justice Bradley) 表达了与判决不同的意见，认为“生命权、自由权和财产权是美国公民最基本的权利，第十四修正案禁止任何州不经正当法律程序予以剥夺，一个通过行政许可建立垄断的法律剥夺了公民获得合法工作的权力，就等于未经正当程序剥夺了他们的自由、财产等基本权利，路易斯安那州关于管理新奥尔良屠宰场的法令就剥夺了屠宰场主的工作权利，因而违反了第十四修正案中的正当程序条款，因而应宣布无效”。<sup>[13]</sup> 菲尔德大法官、布雷德利大法官关于实质正当程序的论述，为美国的宪法发展“确定了一个新的高度，此后的 25 年中，宪法历史的许多实质性内容都涉及到这个问题”。<sup>[14]</sup>

在 1883 年的胡塔脱诉加利福尼亚案 (Hurtado v. California, 1883) 中，联邦最高法院在判决中明确表示，“尽管英国大宪章中正当程序条款仅仅只作为防止行政专制独裁的堡垒，但在美国却还成为了反对立法独裁专横的堡垒，不仅保障程序的形式，而且保障个人的生命、自由和财产权。”<sup>[15]</sup> 这一案件被作为先例而遵循，此后因实质性事项的规定违背正当程序法

[7] H. C. Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., 1979, p. 1083.

[8] Frank R. Strong, *Substantive Due Process of Law*, Carolina Academic Press, 1986, p. 40.

[9] [美]伯纳德施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社 1990 年版，第 51 页。

[10] Edward S. Corwin, *Liberty Against Government*, Louisiana State University Press, 1948, p. 101.

[11] Lowell J. Howe, *The Meaning of "Due Process of Law" Prior to the Adoption of the Fourteenth Amendment*, *California Law Review*, Vol. 18, No. 6, 1930, p. 600.

[12] 参见王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社 2000 年版，第 320 页。

[13] *Slaughterhouse Cases*, 83 U. S. 122 (1873).

[14] [美]伯纳德施瓦茨：《美国法律史》，第 111 页。

[15] *Hurtado v. California*, 110 U. S. 516 (1883). Hugh Evander Willis, *Due Process of Law under the United States Constitution*, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 74, No. 4. (Feb., 1926), p. 337.

令被宣布无效的案例,不时可见。几乎同一时期,州法院也在进一步发展实质性的正当程序。在1885年纽约州的合租公寓雪茄烟案中,纽约州最高法院运用正当程序条款,否决了一条禁止在三户以上共同租用的公寓中生产雪茄烟的法律,认为“由正当程序保护的自由权,意味着一个人有权按照自己的意愿,选择生活、工作的地点和方式,对他的选择或工作地点加以限制的法律违反了处于宪法保护之下的基本的自由权利”。<sup>[16]</sup>

1897年的奥尔盖耶诉路易斯安那州案(*Allgeyer v. Louisiana*, 1897)将正当程序保护的自由权扩大到了契约自由。联邦最高法院在该案判决中首次宣布契约自由是宪法保护的基本公民权利,主张“剥夺一个人的契约自由就是对正当程序的违反,在保证一种从事一般职业或买卖活动的权利和取得、持有、出卖财产的权利中,还必须把订立所有适当契约的权利包括进去”,<sup>[17]</sup>首次因侵犯了正常程序保护的契约自由而宣布州法令无效。运用实质的正当程序保护契约自由,反映了主张经济放任、反对干预的思潮。自此,无论是联邦还是各州的行政活动、立法活动,都必须通过实质性正当程序的关卡,实质性正当程序最终成为正当程序条款的有机部分。

1905年的洛克纳诉纽约州案(*Lochner v. New York*)<sup>[18]</sup>是联邦最高法院运用实质正当程序保护契约自由、反对经济干预的最著名案例。该案涉及的焦点是限制工时的法令到底是“州治安权的合理、公平、适当行使还是对公民个人自由或缔结一个合适或必要劳动合同的自由的不合理、不必要、武断的干涉”,<sup>[19]</sup>联邦最高法院认为契约自由是宪法第十四修正案保护的“自由的一部分”,纽约州限制面包房工时的法令是用州政府的决定代替一个成年工人的自由决定,而且看不出与社会目标有任何合理的关联,纽约州立法因违背实质性正当程序而违宪。此后,在*Coppage v. Kansas*案<sup>[20]</sup>中,联邦最高法院宣布禁止黄狗合同<sup>[21]</sup>的堪萨斯州法令违宪无效;在*Adkins v. Children's Hospital*案<sup>[22]</sup>中,一个规定哥伦比亚特区妇女最低工资标准的联邦法令被宣布违宪无效。总之,19世纪末20世纪初美国奉行经济放任主义,联邦最高法院运用实质性正当程序重点保护私有财产权、契约自由,严格审查联邦和州涉及经济管制的立法,频频宣布那些与经济放任主义理论相冲突的联邦和州立法违背实质性正当程序而无效。这一时期因洛克纳案件而被称作洛克纳时代(1890-1936年),洛克纳时代的实质性正当程序重在审查立法是否侵犯私人财产权和契约自由、反对干预经济,因而被称作“经济的实质正当程序”。

洛克纳时代经济的实质正当程序对私人财产权与契约自由的保护,适应了美国当时发展经济的需要。然而,契约自由建立在双方地位平等的基础之上,强大的雇主与需要一份工作而谋生的雇工之间并不存在这样的平等,限制工时的法令、保障最低工资的法令、禁止黄狗合同的法令都被认为侵犯了契约自由而宣布违宪无效,看似维护了契约自由,实则堵住了通过立法为身处弱势的工人提供保护的途径。因为,“这些人出于经济上的需要,为了不足以维持生计的收入付出他们的劳动。说他们享有契约自由,真是无情的嘲讽”。<sup>[23]</sup>这一缺

[16] [美]伯纳德施瓦茨:《美国法律史》,第111-112页。

[17] *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U. S. 578 (1897).

[18] *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45-56 (1905).

[19] John V. Orth, *Due Process of Law: A Brief History*, University Press of Kansas, 2003, p. 60.

[20] *Coppage v. Kansas*, 262 U. S. 522 (1923).

[21] 禁止黄狗合同(yellow dog contract)是指雇主与雇员签订的一种以雇员不得参加工会为雇用条件的劳动合同。

[22] *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U. S. 525 (1923).

[23] [美]伯纳德施瓦茨:《美国法律史》,第130页。

陷也决定了经济的实质正当程序的衰落。

自由放任资本主义的固有弊端导致了 20 世纪 30 年代美国经济危机的大爆发,在经济大萧条中临危上任的罗斯福总统开始了政府干预经济的“新政”。联邦最高法院固守经济的正当程序反对政府干预经济的保守立场,既不能适应经济危机后迫切需要政府干预经济以缓解社会矛盾的紧张形势,同时造成了总统与联邦最高法院的矛盾关系,以至于罗斯福总统提出了一项“填充法院计划”(Court-Packing Plan)。<sup>[24]</sup> 迫于形势,联邦最高法院开始转而支持政府干预经济立法,1937 年的西海岸旅馆公司诉帕里什案(West Coast Hotel Co. v. Parrish)<sup>[25]</sup> 是这一转变的标志。在该案中,联邦最高法院推翻了自己此前宣布最低工资法无效的先例判决,改而宣布该案所涉的华盛顿州最低工资法合宪有效。这一判决开创了州最低工资法合宪的先河。

1938 年美国诉卡罗林产品公司案(U. S. v. Carolene Products Co.) 中,涉及到审查国会立法禁止州际运输混合牛奶的立法是否合宪,联邦最高法院宣布不再审查案件所涉立法是否“公正、合理、适当”,即不再采用洛克纳案件所确立的违宪审查标准——立法是否对契约自由构成了“不合理、不必要、武断的干涉”,而是“推定有关支持立法判断的客观事实的存在”,这种“推定合理”的原则适用于所有“影响普通商业交易的规制立法”。<sup>[26]</sup> 自此,联邦最高法院对经济领域的政府立法采取了推定合宪的立场,而把证明负担转移给反对者。在卡罗林案的判决中,斯通法官(Justice Stone)写下了后来著名的“脚注 4”(footnote 4),他认为推定合宪的原则不适用于非经济领域的立法,对于公民基本权利的立法依然要进行严格审查,立法者承担举证责任。“脚注 4”为正当法律程序增加了新的实质内容,即自由不局限于经济方面的自由。卡罗林产品公司案标志着经济的实质正当程序的彻底衰落,同时又预示着正当法律程序未来的发展方向。

在 1942 年的斯金纳诉俄克拉荷马州案(Skinner v. Oklahoma)<sup>[27]</sup> 中,联邦最高法院运用实质的正当程序来保护重罪犯的生育权。该案涉及俄克拉荷马州一项对重罪惯犯实施绝育的法令。该案的上诉人斯金纳在 10 年中 3 次犯有法令所指的重罪,并被实施绝育。首席大法官斯通在意见中认为,该法令违反了正当法律程序剥夺了一个人的自由。这种剥夺既是实体上的又是程序上的,实体上的剥夺指没有依据地相信“犯罪品质的可遗传性应使我们对犯罪采取严格的法律区分”而剥夺罪犯的生育权;而程序上的剥夺指上诉人在遭受残酷刑罚之前没有得到一次听证的机会。<sup>[28]</sup>

[24] William E. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: the Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, New York: Oxford University Press, 1995, p. 82, p. 132.

[25] *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300, U. S. 379(1937). 1935 年华盛顿州一位名叫艾尔斯·帕里什(Elsie Parrish)的女旅馆服务员被解雇,她要求旅馆补偿她实际所得工资与按照州法计算应当得到的工资之间的差额 216.19 美元,因为根据华盛顿州最低工资法的规定,她每周至少应当得到 14.5 美元的报酬。但西海岸旅馆公司只同意补偿她 17 美元,帕里什坚持己见,起诉到当地的地方法院。地方法院判决帕里什败诉,理由是前述 1923 年 *Adkins v. Children's Hospital* 案中联邦最高法院曾宣布哥伦比亚特区规定最低工资法无效,根据遵循先例原则,法院认为华盛顿州限制最低工资法令是无效的。该案上诉到华盛顿州高等法院,州高等法院推翻了下级法院的判决,州最高法院在此肯定了该州的女工最低工资法是有用的,随后,该案被上诉到联邦最高法院。1937 年 3 月 29 日,联邦最高法院推翻了 *Adkins v. Children's Hospital* 案的先例,维持了华盛顿州的最低工资法。

[26] *U. S. v. Carolene Products Co.*, 304, U. S. 144(1938).

[27] *Skinner v. Oklahoma*, 316, U. S. 535(1942).

[28] 参见[美]保罗·布莱斯特等:《宪法决策的过程:案例与材料》,张千帆等译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 1114 页。

1965年的格瑞斯沃德诉康涅狄格州案(Griswold v. Connecticut)则标志着非经济的实质正当程序时代的开始。该案所涉的康涅狄格州法规定:“任何以避孕为目的而使用药物、器材的人,应被处以50美元以上罚款或60天以上1年以下的监禁,或同时处以罚款或监禁”,原告格瑞斯沃德因该法而受到处罚后提起诉讼。联邦最高法院首先界定了已婚夫妇的宪法权利,把婚姻看做一种结社,而结社自由和结社中的隐私权是宪法第一修正案明示权利以外的暗示权利,因而婚姻隐私权也是宪法保护的公民基本权利。既然涉及到公民的基本权利,就不能推定法令合宪,而应运用实质性正当程序进行严格的审查,联邦最高法院判决该法令因非法剥夺了公民的婚姻隐私权、违背实质的正当程序而无效。<sup>[29]</sup> 格瑞斯沃德案表明了实质性正当程序在公民基本权利领域的复兴,标志着实质性正当程序新时代的到来,即一个关注非经济权利的实质性正当程序的时代。

在8年后的罗伊诉韦德案(Roe v. Wade)中,联邦最高法院把实质的正当程序对个人自由和权利的保护进一步扩大到妇女的堕胎权。罗伊案涉及到得克萨斯州一项有关堕胎的犯罪法令,该法令规定堕胎是犯罪行为,除非为了挽救怀孕母亲的生命。最高法院认为该法令侵犯了妇女选择堕胎的自由权,应依据实质的正当程序进行严格审查,最终撤销了该案的有罪判决,宣布法令违宪无效。<sup>[30]</sup>

2003年的劳伦斯诉得克萨斯案(Lawrence v. Texas)则把同性恋关系也纳入到实质的正当程序保护当中。该案涉及到得克萨斯州刑法典规定的鸡奸罪,劳伦斯因在自己的住宅内与成年同性恋男性伙伴发生鸡奸行为,警察发现后将其逮捕,后劳伦斯被州法院以鸡奸罪定罪。劳伦斯上诉到联邦最高法院。联邦最高法院在判决中认为,同性恋关系应该像不生育后代的异性关系一样受到保护,鸡奸是同性恋关系着表达性欲的唯一方式,将这种方式规定为犯罪,侵犯了人们为一定隐私行为的自由,因而最高法院解除了得克萨斯州法院关于两人犯鸡奸罪的判决,宣告二人无罪,并宣布得克萨斯州刑法典中“将同性恋的鸡奸行为规定为刑事犯罪的条款违反了美国宪法中的实质性正当法律程序条款,违宪无效”。<sup>[31]</sup>

综上所述,正当程序条款在美国经历了一个由最初只具有程序性内涵发展到兼具程序与实质内涵的过程,可以说,正是由于实质内涵才使正当程序条款成为美国宪法中最富生命力的条款。今天,尽管人们或许还在抱怨实质的正当程序内涵模糊、边界不清,但无可争议的是,实质性正当程序作为正当程序条款的有机部分,为保障和发展美国人民的基本权利,已经并且正在发挥重大、深远的作用。正如哈兰大法官(Justice Harlan)所说:“单一的程序保护对保护生命、自由和财产来说是不够的,如果一个公正的程序用来施行一个暴虐的法律,这没有任何好处。当对生命、自由和财产的剥夺是通过立法实现时,即使能得到最公正的适用程序,他们的生命、自由和财产也得不到保障。所以,实质性正当程序已成为防止专横立法的坚强堡垒。”<sup>[32]</sup>

就实质的正当程序而言,其重点也由最初的维护自由经济转变到后来的保障公民基本权利。实质的正当程序不仅被广泛地用来保护美国宪法明示规定的基本权利,而且大大扩

[29] Griswold v. Connecticut, 381, U. S. 479 (1965).

[30] Roe v. Wade, 410, U. S. 113 (1973).

[31] Lawrence v. Texas, 539, U. S. 558 (2003).

[32] Poe v. Ullman. 参见 John Harrison, Substantive Due Process And The Constitutional Text, *Virginia Law Review*, Vol. 83 (1997), p. 503.

展了宪法推定权利的范围,诸如生育自由、堕胎权、隐私权、孩子教养、旅行、婚姻与家庭生活等推定权利也在实质的正当程序保护之下。实质的正当程序是对立法权的限制,并非立法者所制订的任何法令都能成为法,实质的正当程序成为防止立法侵害公民生命、自由、财产的保障,美国联邦法院通过实质正当程序的违宪审查实现了司法权对立法权的限制。

美国宪法中正当程序条款对后来的日本宪法产生了重大影响,尤其是美国宪法理论中实体的正当程序理论直接促成了日本刑法罪刑法定实质侧面的产生,这一点将在下文论述。也正是在这个意义上,笔者认为,美国宪政中的实体正当程序,是罪刑法定实质侧面的起源。

## 二 日本刑法对罪刑法定实质侧面的发展

日本最早明文规定罪刑法定原则的法典是 1880 年制定的、以当时法国刑法为典范的“旧刑法”。该法规定:凡法无正条者,无论何人所为的行为均不可罚。1889 年《帝国宪法》第 23 条将罪刑法定原则上升到宪法原则的高度,规定:日本臣民非依法律,不受逮捕、监禁、审问和处罚。至今仍在适用的日本现行刑法,在 1907 年制定时,以宪法中有明文规定为由,没有设置有关罪刑法定原则的条款。<sup>[33]</sup>

正如罪刑法定原则在欧洲大陆产生之初只具有形式意义一样,日本自 1880 年旧刑法至 1946 年宪法期间,罪刑法定在日本也只具有形式的意义,其派生原则仅包括成文法主义、禁止类推解释、禁止溯及既往、禁止不定期刑。人们只知以无法无罪、无法无刑来限制司法权,防止超出国民的预测可能性的司法权不当行使;相应地,“有法有罪亦有罚”被认为理所当然,至于法所规定的“罪”是否合理、规定的“罚”是否恰当,则不在考量之列。

二战以后,战败的日本深受美国宪法的影响,1946 年制定了《日本国宪法》,其第 31 条规定“任何人,如果不根据法律规定的程序,其生命或自由不被剥夺、或者不被科处其他的刑罚。”因日本刑法典中并没有明文规定罪刑法定原则,无论是日本刑法理论还是司法实务,都把 1946 年日本宪法中的正当程序条款看作是日本刑法中罪刑法定原则的宪法依据。换言之,日本刑法典虽然没有写明罪刑法定原则,但作为宪政原则的正当程序条款反映在刑法领域,就是罪刑法定原则。又因为战后的《日本国宪法》是在 1946 年——美军占领日本期间制定的,所以,美国的宪政实践和正当程序理论的发展对日本宪法中的正当程序原则、继而对日本刑法中的罪刑法定理论产生了重大影响。尤其是 20 世纪 60 年代以后,非经济的实体正当程序在美国的发展,以及宣布规定使用药物或器材避孕罪、堕胎罪、同性鸡奸罪等州立法违宪无效的联邦最高法院系列判例,使日本刑法理论开始反思以往“有法有罪亦有罚”的思维,无法固然无罪无罚,但有法却不必然等于罪与罚的合理性。

在此背景下,日本刑法理论和实践将最初罪刑法定原则单纯形式的侧面发展为兼具形式侧面与实质侧面的罪刑法定。罪刑法定原则的形式侧面限制司法权,防止司法擅断;罪刑法定的实质侧面限制立法权,防止立法专横。罪刑法定的实质侧面包括明确性原则和实体的正当程序原则。

明确性原则是指立法者对刑罚法规的内容应当规定得明确、具体的原则。内容模糊、措辞晦暗的刑罚法规,虽然表面上做到了法律主义的要求,但却为法官以法律之名行恣意解释

[33] 参见[日]野村稔:《刑法总论》,第 51 页;[日]曾根威彦:《刑法学基础》,第 9 页。

之实提供了掩饰,反而可能更严重地侵犯人权。所以,罪刑法定的实质侧面要求不仅要有刑罚法规的规定,而且刑罚法规应该明确、具体,不明确的刑罚法规违反了程序上的正当程序,违反了《日本宪法》第31条的规定,无效。

将明确性原则作为罪刑法定原则实质侧面的派生原则,源于美国的“因不明确而无效”理论。美国联邦最高法院于1914年认定“因不明确而无效”理论是一个宪法问题,后将这一理论适用于经济统制法规与社会立法领域,20世纪30年代联邦法院进一步将该理论适用于规制市民自由特别是言论自由的领域。<sup>[34]</sup>

日本判例开始讨论这一问题,始于20世纪60年代。日本最高裁判所在1961年12月6日裁判了一个关于《职业安定法》第63条第2款是否不明确而违宪的案例。该款规定“以从事有害于公共卫生和公共道德的有害业务为目的,而介绍职业,募集劳动者,以及提供劳动者”应受处罚,所涉案例是行为人介绍雇佣以卖淫为业的接客妇行为,该案例提出了“以从事有害于公共卫生和公共道德的有害业务为目的”的条款是否违反明确性原则的争议,最高裁判所判决认为,该款在“适用于本件的范围内并不缺乏明确性”。<sup>[35]</sup>1964年,被告人因采取无热高周波疗法的治疗方法而被追究刑事责任,追究的依据是《按摩师、针灸师以及柔道整理师法》,该法第12条规定“无论何人,除第1条规定者之外,均不得从事类似医疗的行为”。这里涉及到“类似医疗的行为”的规定是否明确的问题,最高裁判所的判决认为,在该法第1条中列举了“按摩,针,灸,以及柔道整体术的四种行为”,作为“类似的医疗行为”并不缺乏明确性。<sup>[36]</sup>在“德岛市公安条例事件”中,涉及到该条例第3款、第5款规定的“必须遵守维护交通秩序所必要的事项”是否明确,最高裁判所判决认为:“之所以说因为刑罚法规所规定的犯罪构成要件含混、不明确而违反《宪法》第31条导致无效,是因为这种规定没有向具有通常判断能力的一般人明示被禁止的行为和不被禁止的行为的识别基准,因此,不具有向受适用的国民预先告知刑罚对象的行为的机能,而且这种规定导致由国家或地方公共团体的机关主观的判断、恣意地适用等,因而产生重大的弊害……因此,某种刑罚法规是否因为含混、不明确而违反《宪法》第31条导致无效,应当根据具有通常能力的一般人的理解,在具体场合能否判断某行为是否适用该法规为基准来决定。”<sup>[37]</sup>

目前,尚未见到日本最高裁判所以刑罚法规不明确为由,宣布刑罚法规违反《宪法》第31条而无效的判例。日本最高裁判所的态度是应尽量通过解释使刑罚法规的内容明确,如果能够通过解释使看似不明确的条款变得明确,就应认为该条款是明确的、合乎宪法的。日本法院通过解释使“乍看之下似乎不明确的条款变得明确”以贯彻明确性原则的做法,其好处在于:“一方面承认明确性原则是罪刑法定原则的内容之一,促使立法者不断提高立法质量;另一方面,又可以较好地避免因承认该原则而给现实的司法实践带来的不便。”<sup>[38]</sup>

实体的正当程序原则,又可称为刑罚法规内容适正性原则,包括禁止处罚不当罚的行为和禁止暴虐、不均衡的刑罚。实体的正当程序,作为罪刑法定原则的实质侧面,对人权保障提出了新的要求,即要保障人权,仅仅有罪与罚的明文规定还不够,还要求所规定之罪是值

[34] 参见张明楷:《外国刑法纲要》,第30页。

[35] [日]最决1961年12月6日,载《刑集》第140号第375页。转引自[日]野村稔:《刑法总论》,第48页。

[36] 同上注。

[37] [日]最大判1975年9月10日,载《刑集》第29卷8号第489页。转引自张明楷:《外国刑法纲要》,第31页。

[38] 黎宏:《日本刑法精义》,第50页。

得处罚的行为,所规定之罚是人道、均衡的刑罚。虽有明文规定,但将具有处罚必要性的行为规定为犯罪,或规定了暴虐、不均衡的刑罚,是以法律的名义“合法”地侵犯人权,其危害或更甚于没有法律的情况。实体的正当程序作为罪刑法定的实质侧面,其根据和目的在于实质的人权保障原理。

20 世纪 60 年代,受美国实体正当程序的影响,日本一些学者团藤重光、平野龙一、芝原邦尔开始提倡把实体的正当程序作为罪刑法定原则的派生原则。随后,这一原则逐步为日本刑法学界所接受。他们认为受美国宪法影响,于 1946 年制定的日本国《宪法》第 31 条的规定是实体的适当原则的宪法依据。比如,团藤认为:“《宪法》第 31 条如前所述是由来于美国的适当程序条款,从而虽然没有适当的这种表述,但当然必须说要求罪刑的法定是适当的。在不仅程序而且实体必须适当这个意义上,美国所谓的实体的适当程序的要求,我国宪法的规定也应当被承认。”<sup>[39]</sup>

可以断定,日本刑法理论中罪刑法定的实质侧面,是对美国实体正当程序理论的发展。这可从众多日本刑法学者的著述中得到印证。大塚仁就认为,“美国法学中的‘实体正当程序理论’,即,宪法的适正程序条款要求刑事程序具有适正性和刑事立法的实体内容具有合理性,反之,就是违宪,这些都与上述罪刑法定主义的派生原则密切相连”,“‘实体的正当程序’思想,也应该作为我国宪法的解释来承认。犯罪和刑罚,需要事先由狭义的法律适正地加以规定。因此,不能认为既然形式上是由狭义的法律规定的,无论规定什么样的犯罪和刑罚都无妨。如上所述,刑罚法规的内容,需要在法律上明确规定。应该要求犯罪和刑罚都必须由社会观念所承认,而且相互均衡。”<sup>[40]</sup>野村稔认为,应当从实体的正当程序的角度来强调罪刑法定的意义,“这种实体的正当程序的理论,来源于美国的正当程序条款,它不仅仅包含刑事程序的正当,还包含刑事实体法的内容的正当,这些原理是从美国的判例理论中所产生的。”<sup>[41]</sup>曾根威彦则把罪刑法定的实质侧面直接归纳为刑罚法规的用语明确和实体的正当程序,认为:“超越罪刑形式法定的制约,法院以不具有内容上的妥当性为由,认为刑罚法规违反《宪法》第 31 条因而违宪无效的宪法解释原理,就是所谓的‘实体的正当程序理论’,它是法院对立法所进行的实质性制约,是从拥有违宪审查制度的美国所发展起来的见解。”<sup>[42]</sup>

日本贯彻实体的正当程序的司法实践,主要是尽量通过解释来保证刑罚法规内容的妥当性。“关于实体的正当程序理论,日本的判例,主要考虑刑罚法规的内容是否妥当,而回避从正面考虑其是违宪还是合宪的问题,并根据宪法进行限制性的解释,倾向于在事实上实现该种宗旨。”<sup>[43]</sup>

如同前述美国联邦最高法院运用实体的正当程序保障宪法明示的各种基本权利、严格解释限制这些权利的法令一样,一方面,日本法院也对涉及宪法所保障的言论、机会、结社等公民基本权利的刑罚法规进行严格的限定解释,以防不当地处罚了公民行使基本人权的行;另一方面,对于不涉及言论、集会、结社、就业等宪法规定的基本人权的刑罚法规,“从该

[39] [日]团藤重光:《刑法纲要总论》(改订版),创文社 1979 年版,第 49 页,转引自马克昌:《比较刑法原理》,第 75 页。

[40] [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,第 63-64 页。

[41] [日]野村稔:《刑法总论》,第 50 页。

[42] [日]曾根威彦:《刑法学基础》,第 13-14 页。

[43] 同上注,第 23-24 页。

法规所规定的内容是不是真正值得用刑罚进行处罚”的角度出发,对该刑罚法规进行限制解释。<sup>[44]</sup>

前者的案例如,在被告违反《破坏活动防止法》第38条第2款第2项“散发主张实施内乱罪的正当性和必要性的文书”的犯罪诉讼中,法院认为,被告人尽管具有散布上述文书的行为,但该行为客观上不可能引起内乱,因此,认为被告人的行为不成立本罪;另外,在鼓动他人实施罢工的挑唆行为是否构成《地方公务员法》第61条第4款中的“煽动行为”的理解上,最高裁判所也是作了限制解释,认为该种行为“属于实施罢工行为时所通常伴随的行为的时候,不应该成为处罚的对象”。<sup>[45]</sup>上述散发文书的行为、鼓动罢工行为,法院均认为是正当行使宪法规定的言论自由权的行为。后者的案例如,行为人未获得有关机关批准而使用高周波器进行营业性治疗行为,是否属于违反《按摩师、针灸师以及柔道整理师法》第12条所规定的“类似医疗行为”,二审法院认为,该法第12条规定的类似医疗行为之所以应受处罚,是因为这些以类似医疗行为为职业的行为可能危害人体健康,进而违反了公共福祉,该案中行为人未经批准使用高周波器的营业性治疗行为是否属于第12条规定的行为,关键在于其是否对人体有危害,而一审法院的原判决对此未作任何说明,仅仅以被告人实施了上述行为而马上认定其违反第12条的规定,理由不足而且解释违法。<sup>[46]</sup>

### 三 罪刑法定实质侧面的实现

#### (一) 罪刑法定的两个侧面乃历史的形成而非人为的割裂

如前所述,有赞同形式解释论的学者针对实质解释论与罪刑法定实质侧面的关系,认为罪刑法定原则的发展未见史实,并认为这可能是一个历史误读,进而引用了贝卡利亚关于法律明确性、禁止刑罚残酷的论述来论证自己的前述观点。<sup>[47]</sup>

笔者认为,这种看法实则是对“史实的误读”。罪刑法定主义固然无新旧之分,但罪刑法定的内涵却是随着时代的发展而逐渐发展丰富的。从罪刑法定的历史起源看,刑法理论一般认为,罪刑法定起源于1215年英国权利大宪章的正当程序条款。正如正当程序条款起初只具有程序的内涵一样,罪刑法定的内涵最初只针对司法权,这是不争的史实。尽管贝卡利亚的表述包含有限制立法权的意思,但这并不等于作为实定法的罪刑法定起初就具有限制立法权的内涵。当时的欧洲大陆,由于法官作为特权阶层在资产阶级革命中扮演了不光彩的角色,盛行的是议会至上、立法至上,罪刑法定在最初只能是限制司法权的形式侧面。

上文已述,作为罪刑法定历史起源的正当程序条款在美国逐渐由程序的内涵发展到实体的内涵,正当程序理论将其分别称之为程序的正当程序与实体的正当程序。美国正当程序条款的宪政实践,对日本1946年《宪法》第31条正当程序条款产生了直接、重大的影响,日本《宪法》第31条又直接是日本刑法理论中罪刑法定原则的宪法依据,因而罪刑法定原则在日本的实践也逐渐发展出罪刑法定的实质侧面。由此可见,正当程序由最初的程序内

[44] 黎宏:《日本刑法精义》,第52页。

[45] [日]最决1967年7月20日,载《判例时报》第496号,第68页;最判1969年4月2日,载《刑集》第23卷第5号,第530页。转引自黎宏:《日本刑法精义》,第51-52页。

[46] [日]《刑集》第14卷第1号,第33页。转引自黎宏:《日本刑法精义》,第51-52页。

[47] 邓子滨:《中国实质刑法观批判》,第16-18页。

涵发展到现在的兼具实体内涵,罪刑法定的内涵由最初的形式侧面发展到现在的兼具实质侧面,这是一个确切的历史发展过程,也是有据可查的史实。因此,罪刑法定的两个侧面乃历史地形成,而非人为的割裂。

## (二) 罪刑法定原则实质侧面的实现途径

如前所述,罪刑法定的实质侧面主要限制立法权,要求立法者制定明确、内容适正的刑法,以保证刑法内容的明确性、正当性。然而,司法实践如何体现罪刑法定实质侧面对立法权的限制呢?

在美国,实质正当程序对立法权的限制是通过联邦最高法院的违宪审查权实现的。最高法院对有争议的刑法条款进行违宪审查,依照实体正当程序的要求审查系争条款内容是否明确、是否侵犯公民基本权利而欠缺正当性。如果系争条款欠缺明确性或正当性,该条款就被宣布因违背了实质的正当程序而无效。由此,实质的正当程序得以实现对立法权的限制。如前文所引用的美国 2003 年劳伦斯诉得克萨斯案(Lawrence v. Texas),联邦最高法院运用违宪审查机制,认定得克萨斯州刑法典规定同性恋的鸡奸行为为刑事犯罪的条款违反了美国宪法中的实质性正当法律程序条款而宣布其无效

在日本,不同于美国联邦最高法院刚性行使违宪审查权的做法,日本最高裁判所更倾向于尽量通过解释来保证刑罚法规的内容符合罪刑法定的实质侧面,尽可能避免从正面直接宣布刑罚法规违宪无效,只有在通过解释都无法满足罪刑法定实质侧面的情况下才宣布刑罚法规违宪无效。如前文所引用的被告“散发主张实施内乱罪的正当性和必要性的文书”案、鼓动他人罢工案、被告使用高周波器进行营业性治疗案,法院都对具有违宪之嫌的条款采取限制解释,使其符合罪刑法定实质侧面的要求。只有当通过解释仍不能实现罪刑法定实质侧面的要求使,才通过违宪审查宣布该刑罚法规违宪无效。

申言之,罪刑法定实质侧面在司法实践中的实现途径有:违宪审查与对刑法条款作合乎罪刑法定实质侧面的解释。对我国而言,确立违宪审查机制具有重大的宪政法治意义,我们应将违宪审查机制的确立作为不懈追求;在目前尚未确立这一机制的情况下,我们仍可以通过解释来保证刑罚法规满足罪刑法定实质侧面关于明确性、适正性的要求,藉此实现罪刑法定原则的实质侧面。

## (三) 罪刑法定原则的实质侧面与刑法解释的立场

如前所述,在我国主要是通过刑法解释来实现罪刑法定原则实质侧面明确性、适正性的要求。对于欠缺明确性的条款,应通过解释来明确其含义,实现明确性原则的要求;适正性原则禁止处罚不当罚的行为,对于符合条文字面含义但不具有当罚性的行为,应通过解释排除在犯罪之外。问题在于如何通过解释来排除符合条文字面含义但不具有当罚性的行为,以实现罪刑法定的实质侧面呢?

在日本,实质解释论与形式解释论的分歧在于,能否对构成要件进行实质的解释,即在构成要件该当性阶段就融入处罚必要性的判断,将不具有当罚性的行为排除在构成要件之外。形式解释论认为该当性判断是形式的,违法性判断是实质的,所以符合条文字面含义而不具有当罚性的行为仍具有构成要件该当性,只是在违法性判断阶段通过可罚的违法性这一概念将此种行为排除在犯罪之外。实质解释论主张从处罚必要性处罚解释构成要件,即构成要件规定的行为必然是具有处罚必要性的行为,符合条文字面含义但不具有当罚性的行为不具有构成要件该当性,无需进入下一层次的违法性判断。可见,日本刑法中的实质解

释与形式解释的争论也并非在犯罪成立层面上谈形式判断或实质判断的问题,而是在该当性层面上谈形式判断或实质判断的问题。

在我国,形式解释论和实质解释论之争并不在于要不要实质解释,而是在犯罪成立的哪个阶段进行实质解释。正如有论者表示的,“形式解释论,至少是主张形式解释论的我,并不反对实质判断,更不反对通过处罚必要性的实质判断,将那些缺乏处罚必要性的行为予以出罪。”“在形式解释的基础上进行实质解释,将那些虽然符合法律文本的形式特征但并不具有处罚必要性的行为排除在构成要件之外,即使符合构成要件也还可以通过违法阻却事由和责任阻却事由而排除在犯罪之外,这并不违反罪刑法定原则,也是形式解释论的应有之义。”<sup>[48]</sup>但是,如何在形式解释的基础上或立场上进行实质解释却不甚明了。关于日本形式解释和实质解释问题,笔者从不认为,日本刑法中形式解释论是指犯罪成立的判断上不要实质判断,因为很显然在违法性阶层就是实质判断,形式解释论是指对构成要件的形式解释、是在构成要件该当性层面上的形式判断。就大陆法系来看,“因为构成要件符合性只是犯罪成立条件之一,即使形式地解释构成要件不当地扩大了符合构成要件的行为的范围,还能通过实质的违法性判断与具体的有责性判断来缩小犯罪圈,尚不至于把不应当刑罚处罚的行为认定为犯罪。”<sup>[49]</sup>

由上可见,罪刑法定实质侧面禁止处罚不当罚的行为,为避免处罚符合条文字面含义但不具有当罚性的行为,实质解释论是通过该当性阶段的实质解释、实质判断将其排除在构成要件之外,形式解释论则先肯定该类行为的该当性,然后通过可罚的违法性最终将其排除在犯罪之外。从结果看,实质解释论与形式解释论均能满足罪刑法定原则的实质侧面,但相形之下实质解释论具有以下优越的合理性:

首先,构成要件该当性判断不可能是纯的形式判断。<sup>[50]</sup>构成要件的违法性推定机能,决定了该当性阶段不可能只是形式解释、形式判断。另外,构成要件该当性判断是确认案件事实与构成要件具有同一性的过程,构成要件本身就属于价值命题的属性、由生活事实到案件事实的形成、构成要件与案件事实同一性的确定,都具有实质的判断,这就决定了该当性阶段不可能只是形式判断。<sup>[51]</sup>

其次,实质解释论与犯罪构成体系具有一致性,而形式解释论与其所主张的阶层体系则相矛盾。对符合字面含义但无处罚必要性的行为,形式解释论认为其具有该当性,然后在违法性阶段运用可罚的违法性理论加以排除。正如形式解释论者所主张的,大陆法系的三阶层体系的违法性判断并非积极的判断,并不积极考察构成要件该当行为是否具有违法性,更不考察其违法程度多大,因为构成要件该当行为就已经被推定违法性,违法性阶层只进行有无违法阻却事由的消极判断。形式解释论的可罚违法性理论与其所主张的三阶层体系存在不相容的根本矛盾。

最后,在将不具有处罚必要性的行为排除在犯罪之外这一点上,实质解释论比形式解释论更能保障人权。大谷实认为,“以可罚的违法性为基准来判断有无构成要件符合性的话,在判断抽象的、类型的、形式的构成要件符合性的时候,就会加入具体的、非类型的、实质的

[48] 陈兴良:《形式解释论的再宣示》。

[49] 苏彩霞:《实质的刑法解释论之确立与展开》,载《法学研究》2007年第2期。

[50] 齐文远、苏彩霞:《犯罪构成符合性判断的价值属性辨正》,载《法律科学》2008年第1期。

[51] 同上注。

价值判断,使构成要件符合性的判断变得不明确,损害构成要件的人权保障机能。因此,可罚的违法性,通常只能作为实质违法性的判断标准起作用。”<sup>[52]</sup>在三阶层体系下,无论是形式解释论还是实质解释论,都可以实现将不具有处罚必要性的行为的出罪化,结果虽然相同,但出罪的过程不同:实质解释论通过构成要件的实质解释、实质判断,在该当性阶段就实现了不具有处罚必要性的行为的出罪;形式解释论则认为不具有处罚必要性的行为该当了构成要件,只是在违法性阶段通过可罚的违法性这一超法规的违法阻却事由,实现出罪。如此,一则形式解释论认为不具有处罚必要性的行为该当了构成要件,实质解释论认为不具有处罚必要性的行为不该当构成要件;二则实质解释论是通过对法定构成要件的解释实现不具有处罚必要性行为的出罪化,形式解释论是通过超法规的违法阻却事由实现出罪化;三则实质解释论比形式解释论“更早地得出了有利于被告人的无罪结论”。<sup>[53]</sup>所以,形式解释论的出发点虽然是贯彻构成要件的罪刑法定机能,但如何解释构成要件更符合罪刑法定主义的旨意却并非形式解释论所意愿。

就我国目前的四要件犯罪构成体系而言,形式解释论与实质解释论在不具有处罚必要性行为的出罪化上又如何呢?因为我国的犯罪构成体系是一次的、综合的评价,不存在三阶层体系下违法性阶层补救的机会,要实现对符合条文字面含义但不具有处罚必要性的行为的出罪化,只能对犯罪构成符合性进行实质的解释、实质的判断。形式的解释论有可能导致犯罪圈的扩大,不当地处罚了符合字面含义但不具有处罚必要性的行为,实质地侵犯了人权。所以,在我国更应主张实质解释论,只有实质解释论才能实现罪刑法定的实质侧面。有论者认为在我国,形式解释论并不会扩大处罚范围,要么是因为在对四要件犯罪构成体系进行形式解释后,再借助《刑法》第 13 条将轻微行为出罪,但这样则违背了犯罪构成是犯罪成立的唯一标准的理论,殊不可取;要么是因为在三阶层体系下或罪体——罪责——罪量的犯罪论体系下进行解释,而实现将轻微行为出罪。就后者来说,如果“罪量”不仅包含刑法分则条文中明文规定的情节严重、数额较大,还包含《刑法》第 13 条所要求的“情节显著轻微、危害不大的,不认为是犯罪”的要素,将轻微行为在罪量阶段出罪,就已经在进行实质解释了,因为实质解释论正是主张《刑法》第 13 条对处罚必要性的要求融入到犯罪构成体系中,而非在犯罪构成体系之外再考虑是否具有处罚必要性。

至于对具有处罚必要性但欠缺形式规定的行为能否通过解释入罪,形式解释论对此断然否定,<sup>[54]</sup>实质解释论则往往持肯定态度。形式解释论者论述到:“对于法无明文规定但实质上值得科处罚的行为……罪刑法定原则的实质侧面是说,立法者应当禁止处罚不当罚的行为,禁止残虐的、不均衡的刑罚。……那又怎么会出根据处罚必要性对法律没有形式规定的行为扩大解释为犯罪的问题呢?”实际上,实质解释论并不认为这种情形属于贯彻罪刑法定实质侧面的问题,而是直接关涉是否违背罪刑法定形式侧面以及超出多大范围的解释才违背罪刑法定形式侧面的问题,与罪刑法定的实质侧面关系不大。另外,实质解释论虽对通过解释将具有实质的当罚性而缺乏形式规定的行为入罪持肯定态度,但这并不必然意味着违背罪刑法定的形式侧面。

[52] [日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 184 页。

[53] 张明楷:《实质解释论的再提倡》。

[54] 陈兴良:《形式解释论的再宣示》。

首先,实质解释论所说的“具有处罚必要性但欠缺形式规定”并非指“刑法没有规定”。对刑法没有规定的行为,无论其法益侵害性有多大,都不能定罪处罚,这是罪刑法定形式侧面的要求。在这一点上,实质解释论与形式解释论完全一致。这里的“没有形式规定”是指该行为不在构成要件语词的核心含义、通常含义之内或者仅表现为一种隐形规定。任何语词都有核心含义与边缘含义,实质解释论的任务就是当某一行为具有处罚必要性但因不在核心含义范围看似没有形式规定的时候,通过解释将其揭示出来。

其次,实质解释论与形式解释论一样,都把可能含义作为解释的边界,实质解释论主张把具有处罚必要性但不在语词核心含义的情形扩大解释入罪,可能含义是扩大解释的边界,这是罪刑法定形式侧面的要求。对于实质解释论而言,需要解决的是如何防止因处罚必要性而超出可能含义。对于具有处罚必要性而欠缺形式规定的行为,实质解释论需要警惕因过于强调处罚必要性而违背罪刑法定形式侧面的要求。

综上所述,罪刑法定实质侧面要求禁止处罚不当罚的行为,对于符合条文字面含义但不具有处罚必要性的行为,实质解释论与形式解释论虽都能实现出罪,但实质解释论更能充分发挥构成要件的界限功能,符合该当性判断与违法性判断的功能与本质,因而更能实质地保障人权。对于刑法没有规定的行为,实质解释论亦坚持罪刑法定形式侧面的要求,不会将其入罪;对于具有处罚必要性但欠缺形式规定的行为,实质解释论主张可以通过解释入罪以实现刑法法益保护的目标,但应注意采用实体与程序上的论证规则、运用科学的论证方法防止逾越罪刑法定的形式侧面。<sup>[55]</sup>

---

[Abstract] Originated from the due process provided in American Constitution, the substantive dimension of the principle of legally prescribed punishment for a specified crime actually developed in Japan, the country being greatly influenced by American Constitution, after the World War II. During the practice of constitutionalism in the US, the due process had experienced the process from procedural to substantive connotations. In China, we have also experienced a process from one in which few has had knowledge of the principle to one that the principle has become widely accepted. The shaping of the substantive dimension of the principle, thus, is the natural development of history, rather than a man-made division of the concept. The substantive dimension of the principle of legally prescribed punishment for a specified crime prohibits punishment for act that does not deserve the punishment. Though both doctrines of substantive and formal interpretations can meet the requirement of appropriateness of the substantive connotation of the principle, yet the process of decriminalization of substantive interpretation can play a much better role in determining the limits of constructive conditions and is in conformity with the function and essence of the judgment of punishment deserved and violation of the law, thus protect human rights in a more substantial way.

---

(责任编辑:王雪梅)

[55] 参见苏彩霞:《刑法价值判断的实体性论证规则》,载《华东政法大学学报》2008年第1期;苏彩霞:《实质刑法解释合理实现的程序性论证规则》,载《现代法学》2009年第4期。