

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家太我也

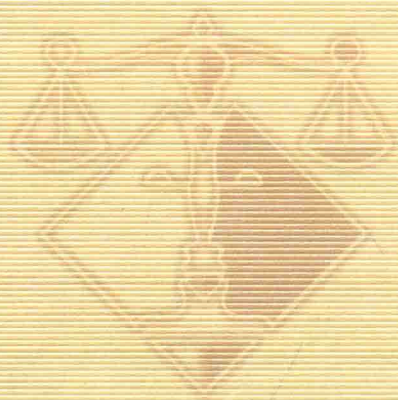


中国大学法学教科书

刑法原理

(第二版)

张明楷◎著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家太我也

中国大学法学教科书

刑法原理

(第二版)

张明楷◎著

 商务印书馆
The Commercial Press

2017年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法原理/张明楷著. —2 版. —北京: 商务印书馆, 2017

(中国大学法学教科书)

ISBN 978-7-100-15387-4

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 234226 号

权利保留, 侵权必究。

中国大学法学教科书

刑法原理

(第二版)

张明楷 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京市艺辉印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-15387-4

2017 年 12 月第 1 版

开本 787×960 1/16

2017 年 12 月北京第 1 次印刷

印张 35 又 1/2

定价: 91.00 元

目 录

| | |
|----------------------------|----|
| 第一章 刑法概说 | 1 |
| 第一节 刑法的概念、渊源与分类 | 1 |
| 第二节 刑法的性质、机能与目的 | 5 |
| 第三节 刑法的规范、体系与解释 | 10 |
| 第二章 罪刑法定原则 | 20 |
| 第一节 罪刑法定原则的法律渊源与思想基础 | 20 |
| 第二节 罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面 | 24 |
| 第三节 罪刑法定原则的贯彻与实现 | 35 |
| 第三章 刑法的适用范围 | 45 |
| 第一节 刑法的空间适用范围 | 45 |
| 第二节 刑法的时间适用范围 | 54 |
| 第四章 犯罪概说 | 59 |
| 第一节 犯罪的一般概念 | 59 |
| 第二节 犯罪的基本分类 | 65 |
| 第三节 犯罪的成立条件 | 69 |

2 刑法原理 (第二版)

| | |
|----------------------------|-----|
| 第五章 不法 | 74 |
| 第一节 构成要件符合性 | 74 |
| 第一款 构成要件概述 | 74 |
| 第二款 行为主体 | 86 |
| 第三款 行为 | 95 |
| 第四款 行为对象 | 119 |
| 第五款 结果 | 123 |
| 第六款 因果关系与结果归属 | 135 |
| 第二节 违法性 | 151 |
| 第一款 违法性的基本理论 | 151 |
| 第二款 违法阻却事由概述 | 156 |
| 第三款 正当防卫 | 162 |
| 第四款 紧急避险 | 192 |
| 第五款 因法益性的阙如阻却违法的事由 | 200 |
| 第六款 基于法益衡量阻却违法的事由 | 212 |
| 第六章 责任 | 217 |
| 第一节 责任概述 | 217 |
| 第二节 故意 | 225 |
| 第三节 过失 | 256 |
| 第四节 目的与动机 | 278 |
| 第五节 责任能力 | 283 |
| 第六节 违法性认识的可能性 | 303 |
| 第七节 期待可能性 | 314 |
| 第七章 犯罪的特殊形态 | 321 |
| 第一节 犯罪的特殊形态概述 | 321 |
| 第二节 犯罪预备 | 324 |
| 第三节 犯罪未遂 | 329 |
| 第四节 犯罪中止 | 349 |

| | |
|---------------------|-----|
| 第八章 共同犯罪 | 363 |
| 第一节 共同犯罪的理论前提 | 363 |
| 第二节 共同犯罪的基础理论 | 370 |
| 第三节 共同正犯 | 377 |
| 第四节 间接正犯 | 383 |
| 第五节 狭义的共犯 | 389 |
| 第六节 承继的共同犯罪 | 406 |
| 第七节 片面的共同犯罪 | 410 |
| 第八节 不作为的共同犯罪 | 413 |
| 第九节 共犯与身份 | 416 |
| 第十节 共犯与认识错误 | 421 |
| 第十一节 共犯与犯罪形态 | 426 |
| 第十二节 共犯人的处罚原则 | 431 |
| 第九章 罪数 | 438 |
| 第一节 罪数的区分 | 438 |
| 第二节 单纯的一罪 | 441 |
| 第三节 包括的一罪 | 454 |
| 第四节 科刑的一罪 | 460 |
| 第五节 并罚的数罪 | 472 |
| 第十章 刑罚的观念 | 475 |
| 第一节 刑罚的地位与条件 | 475 |
| 第二节 刑罚的概念与根据 | 479 |
| 第三节 刑罚的目的 | 482 |
| 第十一章 刑罚的体系 | 489 |
| 第一节 刑罚的体系概述 | 489 |
| 第二节 主刑 | 493 |
| 第三节 附加刑 | 503 |

4 刑法原理（第二版）

| | |
|------------------|-----|
| 第十二章 刑罚的裁量 | 511 |
| 第一节 量刑概述 | 511 |
| 第二节 量刑情节 | 519 |
| 第三节 数罪并罚 | 534 |
| 第四节 缓刑 | 539 |
| 第十三章 刑罚的执行 | 545 |
| 第一节 刑罚执行概述 | 545 |
| 第二节 减刑 | 547 |
| 第三节 假释 | 551 |
| 第十四章 刑罚的消灭 | 557 |
| 第一节 刑罚消灭概述 | 557 |
| 第二节 时效 | 558 |
| 第三节 赦免 | 564 |

第一章 刑法概说

第一节 刑法的概念、渊源与分类

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪及其法律后果（主要是刑罚）的法律规范。

“刑法”（penal law, Strafrecht, droit penal）与“犯罪法”（criminal law, Kriminalrecht, droit criminel）所指称的法律相同。虽然国外刑法规定了不同于刑罚的保安处分，但并没有因此将刑法改称“刑法与保安处分法”。我国刑法也规定了非刑罚的法律后果（包括保安处分），但约定俗成的缘故，仅使用“刑法”概念。又由于刑随罪至，罪因刑显，故无必要将刑法改称“罪刑法”。

刑法是一门独立的法律。刑法虽然具有补充性，但不能据此认为刑法从属于民法、行政法等法律。首先，犯罪行为是刑法的特有规制对象。其次，刑法并不是对违反其他法律的行为直接给予刑罚处罚，而是根据特定目的的评价、判断对某种行为是否需要给予刑罚处罚。再次，从世界范围来看，刑法自古以来就作为独立的法律发挥着自己的机能。最后，刑法上的概念大多有其特定

2 刑法原理（第二版）

含义，不一定受其他法律概念的制约。

在刑事法与民事法（广义）的分类中，刑法属于刑事法；在实体法与程序法的分类中，刑法属于实体法；在母法与子法的分类中，刑法属于子法，刑法的解释应以符合宪法为准则，不得做出违反宪法的解释；在强行法与任意法的分类中，刑法属于强行法；在公法与私法的分类中，一般认为刑法属于公法，公法的特点决定了刑法的制定与适用都受到限制；在固有法与继受法的分类中，我国刑法基本上属于固有法，但刑法典在一定程度上受到了外国刑法的影响，故也含有继受法的成分；在立法法、司法法与行政法的分类中，刑法属于司法法。

二、刑法的渊源

一般认为，刑法的渊源有以下几种：

第一是刑法典。刑法典是国家以刑法名称颁布的、系统规定犯罪及其法律后果的法律。我国1979年颁布、1997年修订的《中华人民共和国刑法》，可谓刑法典。^①当人们说“刑法第××条”或“根据《刑法》有关规定”等时，其中的“刑法”是指刑法典。

第二是单行刑法。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的、规定某一类犯罪及其法律后果或者刑法的某一事项的法律。现行刑法颁布后，全国人大常委会于1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，是现行有效的单行刑法。

第三是附属刑法，即附带规定于民法、经济法、行政法等非

^① 本书通常所称的刑法与刑法典，是指1997年3月修订的《中华人民共和国刑法》；在需要比较说明等情况下，将1979年颁布的《中华人民共和国刑法》称为旧刑法或旧刑法典，将1997年3月修订的《中华人民共和国刑法》称为刑法或现行刑法。

刑事法律中的罪刑规范。我国当前没有附属刑法，因为民法、经济法、行政法等法律中并没有真正意义上的罪刑规范。

三、刑法的分类

对刑法进行分类，有助于进一步理解和适用刑法。

(一) 刑法的形式分类

1. 广义刑法与狭义刑法

广义刑法，是指所有关于犯罪及其法律后果的法律规范，即包括刑法典、单行刑法与附属刑法。狭义刑法是指刑法典。

2. 普通刑法与特别刑法

普通刑法（也称主刑法）是指具有普遍适用的性质与效力的刑法，刑法典便是普通刑法。特别刑法（也称辅刑法）是仅适用于特别人、特别时、特别地或特别事项（犯罪）的刑法。一般来说，单行刑法与附属刑法属于特别刑法。香港、澳门、台湾刑法仅适用于中国的特别地，可谓中国的特别刑法。当某种行为同时符合普通刑法与特别刑法的规定时，应根据特别法优于普通法的原则适用特别刑法；如果某一行为同时符合两个同等效力的特别刑法的规定，则应根据新法优于旧法的原则仅适用新的特别刑法；如果某一行为同时符合两个效力不同的特别刑法，则应适用效力更高的特别刑法。

3. 形式刑法与实质刑法

形式刑法（也称纯粹刑法）是从外形或名称上（形式上）便可得知其为刑法的法律，刑法典与单行刑法即是。实质刑法（也称不纯粹刑法）是指外形或名称上不属刑法，但其内容规定了犯罪与刑罚的法律或条款，附属刑法即是。

4. 固有刑法与行政刑法

一般来说，规定自然犯及其法律后果的刑法，是固有刑法

4 刑法原理（第二版）

（或称刑事刑法）。国外通常称刑法典为固有刑法。行政刑法则是指行政法律中的罪刑条款的总称，即为了实现行政管理目的，立法者在行政法律中设置相关命令与禁令；为了保证有令必行、有禁必止，便规定违反行政法的罚则（行政罚），其中包括刑罚方法与行政制裁方法。广义的行政刑法，是关于行政罚的法规的总称；狭义的行政刑法，则是行政法中有关刑罚方法的法规的总称。一般所说的行政刑法，仅限于狭义的行政刑法。从形式上说，我国现在没有行政刑法，因为我国行政法律中没有直接设置刑罚方法，行政刑法的内容全部纳入到了刑法典中。尽管如此，我们仍应意识到固有刑法与行政刑法的区别。^①

（二）刑法的性质分类

1. 权威刑法与自由刑法

权威刑法以保护国家权威为侧重点，它立足于全体主义的观点，重点保护国家与全体的法益，过于限制公民自由。自由刑法以保障公民自由为侧重点，它以自由主义为基干，重在限制国家刑罚权的发动，旨在保障个人自由。

2. 侵害刑法与意志刑法

侵害刑法（或结果刑法）将刑法或刑罚的对象侧重于客观行为及其法益侵害结果；与此相对，意志刑法（或危险刑法）将刑法或刑罚的对象侧重于犯罪人的危险的恶意。如果是彻底的侵害刑法，则该刑法只处罚既遂犯，而不处罚未遂犯与预备犯；如果是彻底的意志刑法，则该刑法处罚所有的预备犯与未遂犯，甚至连没有行为的恶意也成为刑法的处罚对象。

^① 即便是同一条文，也可能同时包含了固有刑法与行政刑法。例如，刑法第125条规定的非法储存爆炸物罪，既包括为了实施恐怖活动而非法储存爆炸物的行为，也包括为了开采矿山而非法储存爆炸物的行为。针对前者适用时，本条属于固有刑法；针对后者适用时，本条可谓行政刑法。所以，在法定刑幅度内，对二者应当区别对待，而不得仅根据储存数量科处刑罚。

3. 行为刑法与行为人刑法

行为刑法以客观的违法行为及结果作为刑罚的根据，因此，刑法将行为及其结果规定为构成要件的内容，并针对该行为及其结果规定法律后果；行为人刑法直接以犯罪人的危险性格作为刑罚的依据，所以，刑法将特定的行为人规定为构成要件的内容，并在处罚上重视行为人的性格。事实上，各国刑法基本上都是行为刑法，只有少数国家的个别刑法条文表现为行为人刑法。^① 所以，可以认为，行为刑法与行为人刑法并非对刑法整体的分类，而是对刑法条文的分类：当刑法条文所规定的法律后果以行为为前提时，就被认为是行为刑法；当其以行为人的性格、倾向等为前提时，则被认为是行为人刑法。

4. 国内刑法与国际刑法

国内刑法是适用于一国领域内的刑法。国际刑法一词则有三种不同含义：一是国际刑事法或世界刑法，是指超国家的、在整个世界范围内予以适用的刑法，世界上还不存在这种国际刑法。二是规定违反国际公法原则（或违反人类共同利益）的犯罪及制裁的法律。我国刑法理论一般在此意义上使用国际刑法概念。三是关于国内刑法适用范围的法律，即关于国内刑法的空间效力、管辖权、外国刑事判决的效力、国际刑事司法协助的法律。最早意义上的国际刑法，就是指这种刑法适用法。

第二节 刑法的性质、机能与目的

一、刑法的性质

刑法具有区别于其他法律的特有属性。

^① 参见意大利刑法第108条、第109条。

6 刑法原理（第二版）

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范，换言之，刑法禁止的是犯罪行为；而其他法律规定的是一般违法行为及其法律后果。^① 规制内容的特定性，是刑法得以成为特殊法律的重要原因。

一般部门法对一般违法行为也适用强制方法，如赔偿损失、警告、行政拘留；而刑法规定的法律后果主要是刑罚，刑罚是国家最严厉的强制方法。制裁手段的严厉性，使得刑法很早就形成了其独特的规则。

一般部门法都只是调整和保护某一方面的社会关系，刑法则保护人身、经济、财产、婚姻家庭、社会秩序等许多方面的法益。可以认为，一般部门法所保护的法益，刑法都要予以保护。法益保护的广泛性，决定了刑法与其他部门法都具有密切关系。

虽然刑法保护的法益范围相当广泛，但其处罚范围具有不完整性。首先，由于刑法是保护法益的最后手段，所以，刑法并非将所有侵害法益的行为都规定为犯罪，而只是将其中部分严重侵害法益（包括侵害重要法益）的行为规定为犯罪。其次，即使是严重侵害法益的行为，由于刑事政策等方面的原因，立法者也可能不将其规定为犯罪。最后，成文刑法总是具有局限性，一些严重侵害法益的行为可能被遗漏。刑法的不完整性，要求司法机关恪守罪刑法定原则。

刑法具有补充性。补充性的基本含义是，只有当一般部门法不足以抑止某种法益侵害行为时，才由刑法禁止。这是因为，刑法的强制方法主要是刑罚，而“刑罚如两刃之剑，用之不得其当，则国家与个人两受其害”。^② 所以，应当限制而不能扩张刑

^① 本书所称一般违法行为，是指违反其他法律但不违反刑法的行为。

^② 耶林（Jhering）之语，转引自林山田：《刑罚学》，台湾商务印书馆1985年版，第127页。

罚的适用，使刑罚成为保护法益的最后手段（ultima ratio）。在能够以其他手段实现法益保护的目的是，务必放弃刑罚。宽严相济的基本刑事政策，也指导着刑事立法与司法将刑罚处罚控制在尽可能小的范围。这充分说明，刑法具有补充性，而其他法律则不具有这一特点。

由于其他法律在不能充分保护法益时需要刑法保护，刑法的制裁方法又最为严厉，这就使得刑法实际上成为其他法律的保障。亦即，其他法律调整的社会关系和保护的法益，也都借助于刑法的调整和保护。例如，倘若刑法没有规定走私罪，海关法就难以得到实施。再如，倘若刑法没有规定拒不执行判决、裁定罪，其他法律的实施就没有保障。这一点既是刑法与其他法律的联系所在，也是刑法与其他法律的区别之一。

刑法的上述法律性质，使其在法律体系中处于一种特殊地位。刑法与其他部门法都是处于宪法之下的子法，但刑法与其他部门法又不是平行并列关系，刑法保障宪法与其他部门法的实施，故刑法在法律体系中处于保障法的地位。

二、刑法的机能

刑法具有两个基本机能：（1）法益保护机能，即刑法具有保护法益不受犯罪侵害与威胁的机能。犯罪是侵害或威胁法益的行为，刑法禁止和惩罚犯罪，是为了保护法益并且能够保护法益。（2）人权保障机能（或自由保障机能），即刑法具有保障公民的人权不受国家刑罚权不当侵害的机能。根据罪刑法定原则，只要行为人的行为不构成刑法所规定的犯罪，他就不受刑罚处罚，这便限制了国家对刑罚权的发动；对犯罪人也只能根据刑法的规定给予处罚，不得超出刑法规定的范围科处刑罚，这便保障犯罪人免受不恰当的刑罚处罚。因此，刑法既是“善良人

8 刑法原理（第二版）

的大宪章”，又是“犯罪人的大宪章”。^①

表面上看，刑法还具有行为规制机能，即刑法具有使对犯罪行为的评价得以明确的机能。其具体内容为，刑法将一定的行为规定为犯罪并给予刑罚处罚，表明该行为是被法律禁止的、不被允许的（评价的机能）；同时命令人们做出不实施这种犯罪行为的决定（决定的机能），据此防止犯罪的发生。但是，行为规制机能与法益保护机能、人权保障机能并非并列关系。因为规制国民的行为是为了保护法益，而不是为了单纯地限制国民的自由。所以，仅将刑法的机能归纳为法益保护机能与人权保障机能即可。其中，法益保护机能由来自于刑法的目的与任务（法益保护主义）；人权保障机能的实现依赖罪刑法定主义、责任主义的贯彻，换言之，罪刑法定主义与责任主义从行为的客观面与主观面限制了刑罚权的恣意行使。

如何认识和处理法益保护机能与人权保障机能之间的关系，是刑法理论长期探索和争论的问题。因为法益保护机能主要依靠刑罚的宣示与适用来实现；人权保障机能则主要依赖限制刑罚的适用而实现。可以认为，刑罚的适用，与保护法益成正比，与人权保障成反比。如何既最大限度地保护法益，又最大限度地保障自由，就成为难题。结局是，刑法必须在法益保护机能与人权保障机能之间进行调和。但这种调和没有明确的标准，只能根据适用刑法时的客观背景与具体情况，在充分权衡利弊的基础上，使两个机能得到充分发挥。

① 法益侵害说中的“法益”包括刑法所保护的一切法益；当人们说犯罪的本质是侵害法益、刑法的目的是保护法益时，其中的“法益”是广义的。保护法益机能中的“法益”是指除了行为人自由以外的法益。即在讨论刑法机能时，法益侵害说将法益概念分为两个方面：一是可能受到个人侵害的法益，二是可能受到国家刑罚权侵害的法益（参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2003年修订版，第322页以下）。

三、刑法的目的

立法活动与司法活动都具有目的性。将什么作为禁止对象，是由以什么为目的而禁止来决定的。“目的是全部法律的创造者。每条法律规则的产生都源于一种目的，即一种实际的动机。”^①司法活动是实现立法内容的活动，其目的与立法目的相一致。

刑法的目的是保护法益。因为各种犯罪都是侵犯法益的行为，运用刑罚与各种犯罪行为作斗争，正是为了抑止犯罪行为，从而保护法益；刑罚的目的是预防犯罪，之所以要预防犯罪，是因为犯罪侵犯了法益，预防犯罪是为了保护法益，这正是刑法的目的。由此可见，刑法第2条关于刑法任务的规定，同时也是关于刑法目的的规定。

研究刑法目的有利于促使司法人员时刻考虑自己的司法活动是否符合刑法目的，从而有利于将刑法目的贯穿于刑事司法活动的始终。研究刑法目的有利于对刑法进行目的论解释。不管法条的文字表述如何，都不能脱离法条的目的做出解释。换言之，法律解释应以贯彻立法目的为根本任务，当出现了不同的解释结论时，最终起决定性作用的是目的论解释。显然，如果不研究刑法目的，则不可能进行目的论解释。研究刑法目的有利于立法与司法上合理控制处罚范围，将没有侵犯法益的行为排斥在犯罪之外。

^① 此系耶林（Jhering）的著名观点，转引自〔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109页。

第三节 刑法的规范、体系与解释

一、刑法规范

以禁止、处罚犯罪行为为内容的法律规范，就是刑法规范。刑法规范与刑法条文具有密切联系。刑法条文表达刑法规范，是刑法规范的载体；刑法规范是刑法条文的内容与实质。但规范与条文并非等同。由于规范的内容是禁止做什么、允许做什么、应当做什么，故刑法总则中的许多一般性、原则性规定，并不属于刑法规范；一个条文可能表达几个规范，几个条文可能表达一个规范；刑法条文是直观的，而刑法规范则不是直观的。

刑法规范首先是裁判规范，即是指示或命令司法工作人员如何裁定、判断行为是否构成犯罪、对犯罪如何科处刑罚的法律规范。裁判规范所指向的对象是司法工作人员，旨在限定司法权力，故司法工作人员必须遵守裁判规范，违反裁判规范者将受到法律制裁。例如，刑法第263条前段规定：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”这一规定首先表现为裁判规范，它指示司法工作人员如何认定和处罚抢劫罪；如果司法工作人员故意作枉法裁判，就要承担徇私枉法罪的法律后果。

刑法规范也是行为规范。行为规范主要通过假定条件与法律后果之间的密切关系体现出来，即以“……的，处……”的表述方式明确告诉人们，犯罪后将受到刑事制裁，从而使人们做出不实施犯罪行为意识决定，从而保护法益。由此可见，行为规范存在于刑法规范之中，而不是独立于刑法规范之外。^①此外，刑

^① 刑法规范是否为行为规范，在国外刑法理论上存在不同观点。

法还能明确告诉国民：国民可以制止哪些行为。

刑法的总则规范与分则规范各具特色。总则规范基本上是裁判规范，分则规范当然也是裁判规范，但大多同时是行为规范。分则规范可以分为两大类型，即完备刑法与空白刑法。完备刑法的特点是，刑法条文对于犯罪构成要件有明确、完备的规定，适用时无需参照其他法律。空白刑法的特点是，刑法条文对于犯罪构成要件没有做出完备规定，适用时需要参照其他法律；或者说，犯罪构成要件的具体内容委任于其他法律时，就是空白刑法。司法人员在适用空白刑法时，一定要参照该空白刑法所指明的相关法规，从而准确界定犯罪构成要件的内容；又由于相关法规经常变化，使得相关犯罪的构成要件内容处于经常变化的状态，因而需要及时根据相关法规的变化确定有关犯罪的构成要件内容。

二、刑法体系

广义的刑法体系，是指刑法的各种渊源及其相互关系；狭义的刑法体系，是指刑法典的组成和结构。

刑法典由两编组成：第一编为总则，第二编为分则，^①另有一条附则。总则内容是一般规定，分则内容为具体规定；总则规定不仅适用于分则，而且适用于其他有刑罚规定的法律（但其他法律有特别规定的除外）。编下为章。总则共五章，分则共十章。章下为节，但只有部分章之下设立节。节（章）下是条，条是表达刑法规范的基本单位，也是刑法典的基本组成单位。刑法典的全部条文用统一的顺序号码进行编排，从第1条至第452条统一

^① 将刑法典分为总则与分则，是在17世纪意大利刑法学的影响下，经过18世纪德国各州刑法典、奥地利刑法典，直至1791年和1810年的法国刑法典而最终形成。

12 刑法原理（第二版）

编号，不受编、章、节划分的影响。通过修正案在刑法典中增加规定时，在相关的条文后采取第××条之一、之二的编号方式。条下为款。款是条的组成单位，没有编号，其标志是另起一段。如引用某条的第二段，则称为“第××条第2款”。但许多条文只设立了一款，在这种情况下便只称作“第××条”，而不称为“第××条第1款”。款（条）下是项。项是某些条或款之下设立的单位，其标志是另起一段且用括号内的基数号码编写。如刑法第34条第1款下设有3项。

刑法条款表述立法意图，同一条（款）可能表达两个或三个意思。如刑法第29条第1款规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。”本款表达了两个意思，理论上称表达前一意思的为前段，称表达后一意思的为后段。如果同一条（款）表达三个意思，则分别称为前段、中段、后段。

刑法为成文法，故其表达理应符合语法。当同一条款的后段要对前段内容做出相反、例外、限制或补充规定时，往往使用“但是”一词予以表示，“但是”开始的这段文字称为“但书”（但书前的内容称为“本文”）。但书主要有以下情况：（1）对前段表示了相反关系，如刑法第13条的但书；（2）对前段表示了例外关系，如刑法第8条的但书；（3）对前段表示了限制关系，如刑法第73条第1、2款的但书；（4）对前段表示了补充关系，如刑法第37条的但书。不难看出，但书对准确表达立法意图起着重要作用，解释和适用刑法时不可忽视但书。由于但书具有表示与前段相反、例外等功能，故不能轻易指责条文前后矛盾。例如，不能认为刑法第13条的但书与本文相矛盾。

三、刑法解释

(一) 刑法解释的概念

刑法解释是指对刑法规定意义的说明。像贝卡里亚那样，要求刑法规定明确到不允许解释的程度，^①固然是最理想的，但这只是一种幻想，任何刑法都有解释的必要。

首先，刑法内容由文字表达，以普通用语为基础，这就决定了需要解释。因为任何用语尽管核心意义明确，但总会向边缘扩展，使其外延模糊，需要通过解释界定刑法用语的扩展边际；绝大多数用语总是具有多义性，需要通过解释明确刑法用语应采取何种含义；用语随着时代发展会产生新的含义，需要通过解释说明刑法是否接受新的含义；许多用语也存在“言不尽意”的情况，需要通过解释揭示其未尽之意。不仅如此，“法律也不是仅由简单的日常用语意义取得其概念，因为法律必须在构成要件中定位、决定和评价，即法律必须以当为作基础，故法律概念经常都会或多或少地表现出规范意义。”^②除了规范的概念之外，刑法中甚至还存在纯粹的价值概念。只有通过解释，规范概念与纯粹的价值概念的含义才得以明确。

其次，作为法律规范，刑法应力求简短，因此，刑法所规定的各种犯罪类型，都是对犯罪现象进行抽象的结果，而不可能详尽叙述各种犯罪的具体表现，但现实的案件都是具体的，于是刑法规定与个案之间便存在距离。在这种情况下，要将刑法规定适用于具体个案，必须解释刑法的规定。

再次，刑法不可避免存在缺陷，有的是文字表述的缺陷，有

① 参见〔意〕贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第12页以下。

② Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, C. H. Beck, 1997, S. 97ff.

的是立法原意的缺陷，要克服刑法缺陷就必须进行解释。“对法律文件的解释，有助于消除（确切地说是减少）法律文件形式上的缺点。通过解释，可以消除对法律技术手段和方法使用错误或不当的情况，消除法律文件文体的缺点。”^①

最后，刑法具有相对稳定性，但同时又必须适应保护法益的需要。要使稳定的刑法适应不断发展变化的社会生活，就依赖解释。一方面，刑法条文的真实含义是在社会生活中发现的，面对不断变化的社会生活，需要不断地对刑法条文做出解释。另一方面，要使过去制定的刑法适应现在的社会需要，使刑法成为具有实效的法律，也需要根据现在的社会需要解释刑法。

刑法解释的必要性说明了刑法解释的重要意义：刑法解释有助于人们正确理解刑法规定的含义与精神；有利于刑法的正确实施；有利于克服刑法表述的某些缺陷；有利于刑法的发展和完善。

刑法解释的必要性与重要意义说明了刑法解释是一种创造性的活动，而不是消极地、被动地去发现立法者的原意。刑法解释的目标应是存在于刑法规范中的客观意思，而不是立法者制定刑法规范时的主观意思或立法原意。（1）立法原意并不十分明确，^② 因为立法者不是一个人，而是一个集体。即使是一个人立法，探求立法原意也是一个自我认识的过程，自我认识也是一种解释，并不比其他的解释容易。（2）立法者在制定刑法时，常常以过去已经发生的案件作为模型来表述犯罪构成要件，而难以甚至不可能想象到刑法在适用过程中发生的形形色色的案件，面对立法时未曾发生过的案件，立法者不可能有立法原意。（3）刑法

① [苏] C. C. 阿列克谢耶夫：《法的一般理论》（下册），黄良平等译，法律出版社1991年版，第675页。

② 许多人认为，在立法初期，立法原意肯定是明确的。其实，在立法初期，充其量只是立法动机明确，以及起草者的本意明确，而不是“立法原意明确”。

是成文法，它通过语词表达立法精神与目的，因此，解释者应当通过立法者所使用的语词的客观意义来发现立法精神与目的，而不是根据立法者的事前或者事后的想法发现立法精神与目的。

(4) 刑法一经制定，就是一种客观存在，与立法原意产生距离，需要根据用语的客观含义做出解释。(5) 刑法具有稳定性，但它同时必须适应社会发展的需要，追求立法原意必然不能适应社会发展的需要，从而影响刑法的生命力。(6) 探求立法原意，往往导致探求起草者的原意，起草者成为刑法的有效解释者，这容易形成人治，而不利于法治。(7) 立法原意也可能存在缺陷，探求立法原意就不利于克服立法原意的缺陷；只有进行客观解释，才有利于刑法的完善。(8) 进行客观解释，并不违反罪刑法定原则。因为具有法律效力的是用文字表达出来的、具有外部形式的刑法，而不是存在于立法者大脑中的内心意思。总之，应当采取客观解释论。

刑法是以文字表述其内容的，刑法解释不能超出刑法用语可能具有的含义，否则便有违反罪刑法定原则之嫌。刑法以保护法益为目的，刑法解释不能违背保护法益的目的。刑法是根据宪法制定的，刑法解释不仅不能违反宪法，而且必须自觉地以宪法为指导。合宪性解释不只是一种解释方法，更重要的是解释原则：对刑法条文的解释结论必须符合宪法；如果对刑法条文的解释，无论如何都得出违反宪法的结论，那么该条文就是违宪的；对于公民行使宪法所赋予的权利的行为，即使行使方式、程序不当，也不得轻易解释为犯罪。

(二) 刑法解释的效力

对刑法的解释结论并非都具有效力。非正式的刑法解释，即未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构以及公民个人对刑法所作的解释，没有法律效力，但对刑事司法乃至立法活动

具有重要参考价值，对提高公民法律意识具有重大作用。正式的刑法解释，即由被授权的国家机关在其职权范围内所做出的解释，具有法律效力。正式的刑法解释主要指立法解释与司法解释。

立法解释是由立法机关所作的解释，即在刑法施行过程中，立法机关对发生歧义的规定所作的解释。现行刑法颁布后，全国人大常委会先后对刑法第30条、第93条、第228条、第294条、第313条、第342条、第384条第1款、第410条中的有关规定、渎职罪的主体以及信用卡、发票、文物等概念等做过立法解释。刑法或相关法律中所作的解释性规定，不宜等同于立法解释。因为刑法中的解释性规定本身就是刑法文本的组成部分，而立法解释是对法律文本的解释。关于刑法的起草说明与修改说明，也不是立法解释。我国关于刑法的起草说明与修改说明，旨在使审议者了解制定、修改刑法的目的，便于立法机关通过刑法。但立法机关所审议和通过的是刑法本身，而不是起草说明与修改说明。

不过，立法解释并不符合法治的要求。法治与人治的对立表现在：统治的主体是不是人？统治的方法是否恣意？是根据预先制定的合理的法进行统治，还是根据不同场合的不同统治者的恣意进行统治？不言而喻，法治意味着统治的主体是法而不是人，统治的方法不是恣意的，而是依据事先制定的明确的、合理的法进行的。因此，要实现法治，首先必须有预先制定的法；其次要确保统治是依法进行的。为了确保统治依法进行，最好的方法是将法的制定者与执行者相分离；而在发生法的纠纷时，最好的方法是让第三者进行裁判。所以，法的制定者、执行者与裁判者必须分离。三者的分离使得法的制定者与具体的利害关系产生一定的距离，从而使其制定的法能够更好地代表一般人的利益。^① 具

① 参见〔日〕高桥和之：“立法、行政、司法的观念的再探讨”，载《ジュリスト》1998年第5期。

体地说，当法的制定者不再是法的执行者、裁判者时，法的规则必须适用于制定法的人；制定者一旦知道法制定后适用于自己，就不会对自己合理希望做的事项也予以禁止或者限制。如果立法机关就刑法条文进行立法解释，则有立法者介入司法活动之嫌。诚然，根据相关的法律规定，解释法律属于全国人大常委会行使的职权之一，全国人大常委会对法律、法令条文本身需要进一步明确界限的问题予以解释，最高人民法院和最高人民检察院就审判和检察工作中如何具体应用法律的问题进行解释。但事实上，刑法条文需要明确界限的问题与具体应用法律的问题难以甚至不可能区分。而且，呼吁立法解释的人们，常常是因为担心自己的解释违反罪刑法定原则而向立法机关提出解释要求，这实际上是通过立法解释的方式使类推解释“合法化”。可是，立法解释仍然是对刑法的概念、用语、条文等进行解释，同样必须遵守罪刑法定原则。所以，本书认为，立法机关不宜做出立法解释。^①

司法解释是指国家司法机关所作的解释。根据有关规定，在我国具有普遍效力的司法解释，只能是最高人民法院和最高人民检察院就审判和检察工作中如何具体应用法律的问题所作的解释。近年来，司法解释对正确适用刑法起到了一定作用。但是，司法解释泛化也存在弊端：司法解释使刑法条文的含义固定化，不利于发现、发展刑法的真实含义；司法解释导致二审终审制度形同虚设；司法解释的表述方式如同成文刑法，人们仍然需要对之进行解释；司法解释也不可避免会出现解释不当的现象，在其具有法律效力的情况下，必然导致全国性的适用法律不当；由于司法解释来源于最高司法机关，下级司法机关的判决面临着上级司法机关的监督、审查，即使下级司法机关认为司法解释存在错误也只能遵守，于是造成司法解释的效力与权威高于成文刑法的

^① 参见张明楷：“立法解释的疑问”，载《清华法学》2007年第1期。

不正常现象；下级司法机关成为适用司法解释的机器，而没有任何主观能动性。本书认为，合适的做法应是，最高人民法院以及高级法院开庭审理案件，制作有充分理由的判决书，以其中的判决理由以及判决理由所形成的规则指导下级法院。

（三）刑法解释的方法

通常所说的解释方法，实际上包含了解释技巧与解释理由。解释技巧主要包括平义解释、扩大解释、缩小解释、类推解释与反对解释，其中的不利于被告人的类推解释属于罪刑法定原则禁止的解释技巧。解释理由主要有文理解释、历史解释、体系解释、目的论解释。

文理解释，是指根据刑法用语的文义及其通常使用方式阐释刑法意义的解释方法。文理解的根据主要是语词的含义、语法、标点及标题。文理解释是一种基本的但并非简单的解释方法。社会生活事实的不断变化，使得历史解释的意义有限。体系解释是一项重要的解释理由，使刑法的所有条文保持协调，使刑法与其他法律相协调，成为重要的解释方法。

任何解释都必须符合刑法的目的。“正确的解释，必须永远同时符合法律的文言与法律的目的，仅仅满足其中一个标准是不够的。”^①目的解释，是指根据刑法规范的目的，阐明刑法条文的真实含义。任何解释都或多或少包含了目的解释；当不同的解释方法得出多种结论或不能得出妥当结论时，就以目的解释来最终决定；刑法分则规定具体犯罪与刑罚的条文，都有其特定的法益保护目的；在确定具体犯罪的构成要件时，必须以其保护法益为指导。目的解释的前提是正确确定刑法规范的目的。就刑法而言，难以确定的是分则具体条文的目的。例如，规定盗窃罪的第

^① Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 151.

264 条的目的，是保护财产的所有权，还是保护财物的占有？规定受贿罪的第 385 条的目的，是保护职务行为的公正性，还是职务行为的不可收买性？对此，又需要根据宪法原则和刑法理念与现实，采取多种解释方式来确定。概言之，刑法的解释就是要从刑法的文言出发（在刑法用语可能具有的含义内），通过各种解释方法，得出符合刑法目的的结论，从而发挥刑法的人权保障机能与法益保护机能。

为了使解释结论符合刑法的目的，解释者必须善于做出同时代的解释。刑法是国民意志的反映，因此，刑法解释必然受国民意志的拘束。但是，这并不意味着受制定刑法时国民意志的拘束，而是受解释时国民意志的拘束。虽然刑法在制定时是国民意志的体现，但解释者的根本标准，是解释时的国民意志。^① 例如，刑法制定于 1997 年，反映了当时的国民意志，但不一定反映了 2017 年时（解释时）国民的意志，即使国民在这两个时期的意志没有发生变化，也应以解释时的国民意志为标准；如果国民意志发生变化，即立法当时的国民意志不能表现解释时的国民意志，就必须通过解释来使之变更。所以，解释者要在解释中反映不断变化的国民意志。

① 参见〔日〕渡边洋三：《法社会学与法解释学》，岩波书店 1959 年版，第 109 页以下。

第二章 罪刑法定原则

第一节 罪刑法定原则的法律渊源与思想基础

一、罪刑法定原则的法律渊源

对罪刑法定原则的经典表述是，“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不处罚”。刑法第3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。”

一般认为，从法律规定上看，罪刑法定原则的最先来源是1215年英王约翰签署的《大宪章》第39条的规定，即“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。”这一规定奠定了“适当的法律程序”的思想基础。英国1628年的《权利请愿书》、1688年的《人身保护法》也从不同角度巩固了罪刑法定主义思想。上述思想后来在美国广为传播，美国的《权利宣言》及宪法都肯定了罪刑法定主义，并且在某些方面使罪刑法定原则具体化。不过，现代意义上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》与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。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。”这是最早在刑法典中规定罪刑法定原则的条文，它的历史进步意义在于使罪刑法定原则从宪法中的宣言式规定转变为刑法中的实体性规定。受1810年《法国刑法典》的影响，大陆法系国家刑法典纷纷规定了罪刑法定原则。罪刑法定主义推动了法治原则的形成。

罪刑法定原则被写进了国际条约，得到了国际法的承认。例如，《世界人权宣言》第11条第2款规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得被判犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪适用的法律规定。”《公民权利和政治权利国际公约》第15条第1款也作了几乎完全相同的规定。《关于战俘待遇之日内瓦公约》第99条第1款规定：“战俘之行为，在其犯此行为时，非为当时有效之拘留国法律或国际法所禁止者，不得因此而受审判或处刑。”从这些条约中可以清楚地认识到，规定罪刑法定都是为了防止罪刑擅断，使国民免受不可预测的刑罚惩罚，从而保障国民的自由。因此，这些条约在规定罪刑法定原则之前，都强调了人人有权享有生命、自由和人身安全；任何人不得施以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的刑罚。如果没有罪刑法定原则，国民就不可能享有人权，故罪刑法定是人权的最有力保障。

罪刑法定不仅是一个刑法原则，也是宪法原则。英国史学家亨利·哈兰德曾经将英国中世纪结束之时英国社会公认的宪法基本原则概括为5条，其中的第3条是：“除非根据法院的专门令

状，不得逮捕任何臣民；被捕者必须迅速交付法庭审判。”这实际上是罪刑法定原则。韦德对于构成英国宪政基础的法治提出了5个原则：合法性原则、裁量限制原则、平等原则、特权禁止原则和罪刑法定原则。^①魏玛宪法第116条规定：“任何行为，只有当制定法事先已经规定了可罚性时，才能判处刑罚。”这一规定与德国1871年刑法典第2条关于罪刑法定原则的规定的表述基本相同。德国基本法第103条第2款也明文规定了罪刑法定原则。意大利宪法第25条第2款规定：“如果不是根据行为实施前生效的法律，不得对任何人进行处罚。”日本宪法第31条规定：“任何人非依法律所定程序，不得剥夺其生命或自由，或科以其他刑罚。”第39条规定：“任何人如其行为在实行时实属合法，或经认为无罪时，不得追究其刑事上之责任。”

二、罪刑法定原则的思想基础

罪刑法定原则沿革意义上的思想渊源，是三权分立思想与心理强制说。三权分立思想要求由立法机关制定刑法，由司法机关适用刑法；心理强制说要求事先明文规定犯罪及其法律后果，从而促使人们做出趋利避害的选择，以免实施犯罪行为。但是，三权分立的僵硬学说并不符合大陆法系各国的法制现状，不能说明罪刑法定原则的现实，没有为罪刑法定主义的基本内容提供依据；心理强制说的内容并不完全符合事实。现在一般认为，罪刑法定原则的思想基础主要是民主主义与尊重人权主义，或者说是民主与自由。

（一）民主主义

民主主义要求，国家的重大事务应由国民自己决定，各种法

^① 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（上册），山东人民出版社2001年版，第60页。

律应由国民自己制定。刑法的处罚范围与程度直接关系到每一个人的生命、身体、自由、财产与名誉，属于特别重大的事项。“在特别重大的问题上，公民继续保留其否决权：这属于人权与基本权利，可以被理解为民主的创造性存在（而非像在传统自由主义中被作为对民主的提防）。”^① 所以，应当由国民决定什么行为是犯罪、对犯罪科处何种刑罚。然而，国民不可能直接决定犯罪与刑罚；妥当的做法是由国民选举其代表组成立法机关，由立法机关制定刑法；由于立法机关代表国民的意志，故其制定的刑法也反映了国民的要求。刑法一经制定，便由司法机关适用，司法机关适用刑法的过程，也是实施国民意志的过程。这理所当然形成了罪刑法定主义中的法律主义（或成文法主义）。由于刑法是国民意志的体现，故司法机关不能随意解释刑法，尤其不能类推解释。又由于刑法是国民意志的体现，它要尽最大可能、最大限度地保护国民的利益，如果扩大处罚范围，就必然侵害国民的自由。这便要求禁止处罚不当罚的行为。正义与公平是国民的当然要求，立法机关根据国民意志制定的刑法，必须体现正义与公平。所以，刑法必须规定与犯罪相均衡的刑罚，同时禁止残酷的刑罚；而均衡的标准是同时代的一般人的价值观念。

（二）尊重人权主义

为了保障人权，不致阻碍国民的自由行动，不致使国民产生不安感，就必须使国民事先能够预测自己行为的性质与后果，必须事先明确规定犯罪与刑罚。因为当国民事先能够根据成文刑法预测自己的行为性质时，就不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚处罚而感到不安，也不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚制裁而不敢实施合法行为，而导致行为萎缩。在此意义

^① 〔德〕乔治·恩德勒等主编：《经济伦理学大辞典》，李兆雄、陈泽环译，上海人民出版社2001年版，第89页。

上，尊重人权主义与使国民具有预测可能性（预测可能性原理）是一个含义。但是，国民对自己行为的性质与后果具有预测可能性的前提是事先有成文法的规定，这便是法律主义；事后法不能使国民具有预测可能性，因此，必须禁止刑法溯及既往；如果在具有成文法的前提下实行类推解释，国民也不能预测自己的行为是否会被类推解释为犯罪，导致自由受到侵犯，故必须禁止类推解释。刑法是裁判规范与行为规范，如果含混不清、模棱两可或者前后矛盾，法官就无法裁判，导致国民因为不能预测自己行为的性质而左右为难，由此产生了刑罚法规的明确性原则；刑法是通过限制自由的手段来保护自由的，二者之间始终存在一个平衡问题，故刑法的处罚范围必须合理，否则便与刑法的宗旨相矛盾。

此外，一般预防与责任主义也能为罪刑法定提供思想基础。如果刑法追求一般预防的目的与效果，就必须在事前明确规定被禁止的行为，从而使人们不实施犯罪行为。所以，从一般预防原理，可以引申出成文法主义、刑法的明确性、禁止溯及既往等内容。根据责任主义原理，刑罚以行为人具有非难可能性为条件；然而，只有当行为人在事前已经知道或者至少有机会知道自己的行为被刑法所禁止时，才能讨论行为人是否具有非难可能性。因此，责任主义要求事前明确规定被禁止的行为，也引申出罪刑法定主义的部分内容。

第二节 罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面

一、形式的侧面

法律主义、禁止事后法、禁止类推解释、禁止不定（期）刑，是罪刑法定原则的传统内容，被称为“形式的侧面”。形式

侧面的主旨是限制司法权，但也会限制立法权。

（一）法律主义

法律主义，是指规定犯罪及其后果的法律必须是成文的法律；法官只能根据成文法律定罪量刑。其基本要求是，只能由立法机关以本国通用的文字规定犯罪及其法律后果。

1. 行政法规不能制定罚则

根据我国宪法及有关法律规定，行政机关所制定的行政法规，不能设立刑罚；与此同时，我国立法机关也没有委任行政机关制定刑法规范。

2. 习惯法不能成为刑法的渊源

习惯法在一定范围内最能体现民意。如果罪刑法定主义的思想基础只是民主主义，习惯法似乎应当成为刑法的渊源。然而，根据预测可能性的原理，必须排斥习惯法。习惯法形成于社会生活简单、价值单一的时代，在社会复杂化、价值多元化的当下，习惯法作为刑法的法源已不可能；习惯通常缺乏明确表达，人们难以据此预测自己的行为性质与后果；习惯法通常适用于狭窄限定的各类人和关系范畴而不是极其普遍的各阶级，因此不具有一般性；习惯法也不可能被归纳为一套规则，使之法典化则意味着令其面目全非。^① 最关键的是，习惯法的上述特点，决定了它难以起到限制司法权力的作用。“刑法比其他法的领域更需要法的安定性，因为只有成文法才能保证法的安定性，故此每部现代刑法典都将刑法完全浇注为成文法的形式。”^②

习惯法虽然不能成为刑法的渊源，但它仍然是人们在解释犯

^① 参见〔美〕昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社1994年版，第44页。

^② 〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年版，第38页。

罪构成要件和判断违法性、有责性时必须考虑的因素。另一方面，当存在有利于行为人的习惯法，行为人以习惯法为根据实施行为时，可能以行为人缺乏违法性认识的可能性为由，排除犯罪的成立。

3. 判例不能成为刑法的渊源

罪刑法定原则，要求司法机关只能根据已经公布的刑法定罪量刑。但是，在同样实行法治的国家，理论上与实践上对其中的“刑法”理解不同、要求不同。近年来，有许多人士倡议将判例作为法源即确立判例法。如有人建议：要建立以成文法为主、以判例为辅的具有中国特色的法律体系。^①刑法规定了罪刑法定原则，也必然遗漏了一些犯罪，故仍然存在这样的问题：怎样处理新出现的“犯罪行为”？有的学者主张实行刑事判例制度来解决。^②显然，主张采取刑事判例法的学者，其观点的视角并不是判例法所具有的预测可能性与对司法权力的限制，而是对成文刑法漏洞的补充。

推行刑事判例法，意味着同时将成文刑法与刑事判例作为刑法的渊源，但难以看出，这样会使成文刑法与刑事判例形成优势互补、弊害互克的格局。相反，在两种渊源同时存在的情况下，成文刑法仍然可能被随意解释，判例法的非民主性、溯及既往等缺陷各自独立地存在，因而同时表现出来。因为，判例法充其量只能填补刑法的空白或漏洞，而不能弥补成文刑法的其他缺陷。另一方面，判例法本身所具有的非民主性与溯及既往的缺陷，无论如何也不能由共存的成文刑法来克服。

现在，最高人民法院与最高人民检察院实行案例指导制度，这种做法也只不过是当前盛行的司法解释的另一种表述；前述司

① 参见武树臣：“论判例在我国法制建设中的地位”，载《法学》1986年第6期。

② 张文：“刑法学研究的几个热点问题”，载《法学研究》1997年第5期。

法解释所具有的缺陷，同样存在于所谓的案例指导制度中。

（二）禁止溯及既往

溯及既往意味着适用事后法，意味着国民必须遵守行为时根本不存在的“法律”，这令人不可思议。由于适用刑法的效果通常导致严厉的刑罚，故与其他部门法相比，刑法对事后法的禁止极为严格。

禁止溯及既往（禁止事后法）原则源于法律的本质。法律一方面具有安定的机能，另一方面又具有推动或塑造的机能。即法律在保障社会生活的延续，保障国民的权利和正当期盼的同时，能够使所建立的秩序与社会演变相适应，甚至在特定意义上来促进这种演变。国民相信法律规范的真实性和稳定性，并将其生活计划置于刑法中，实施法律所允许实施的行为，不实施法律所禁止实施的行为；于是，法律规范起到了指引、促进或者决定人们行为的作用。显然，法律规范不可能在其付诸生效之前指引、指示人们的行为。如果法律规范溯及既往，人们对法律规范的正当期盼的失落，会导致对法律规范失去信心，进而摧毁法的社会机能。

禁止溯及既往是保障国民自由的要求。国民之所以是自由的，是因为现行有效的法律可以预见，人们完全可以在法律允许的范围内自由行事。如果现在的合法行为，会被将来的法律宣告为非法，进而给予制裁，国民就没有丝毫自由可言。正因为禁止事后法是为了保障国民自由，所以，禁止事后法只是禁止不利于被告人的溯及既往，如果新法有利于被告人，则可以溯及既往适用新法。更有甚者，在新法处罚较轻或者不处罚的情况下，对原来根据旧法所作的判决也必须改判为较轻的刑罚或者宣告无罪。^① 这是为了使刑罚的处罚范围降低到最低限度，从而扩大国

^① 参见西班牙刑法第2条。

民的自由。

禁止溯及既往既是司法原则，也是立法原则。因为刑法适用上的溯及既往与刑事立法上的溯及既往都会损害国民的预测可能性；即使一般来说，新法优于旧法，但是，在修改旧法、制定新法之前，旧法也是适应当时社会的法律，不可认为新法能适应以往时代的需要。

根据预测可能性的原理，下列做法违反禁止事后法的原则：（1）对行为时并未禁止的行为科处刑罚；（2）对行为时虽有法律禁止但并未以刑罚禁止（未规定法定刑）的行为科处刑罚；（3）事后减少犯罪构成要件要素，增加犯罪可能性；（4）事后提高法定刑或者加重刑罚内容；（5）事后增加或者加重保安处分或非刑罚处罚；（6）事后将自诉罪变更为公诉罪；（7）事后延长追诉时效；（8）改变刑事证据规则，事后允许以较少或较简单的证据作为定罪根据。

（三）禁止类推解释

多数学者认为，禁止类推解释是罪刑法定原则的一个内容。罪刑法定原则所禁止的类推解释，是指解释者明知刑法没有将某种行为规定为犯罪，但以该行为具有危害性、行为人具有危险性等为由，将该行为比照刑法分则的相似条文定罪量刑。

禁止类推解释既可以由民主主义解释，也可以由预测可能性解释，还可以由责任主义解释。立法机关通过文字表述其立法意图，因此，在解释刑法时，只能在立法文字可能具有的含义内进行解释；同时，由于刑法本身有自己的体系，故在确定文字含义时，应当在维持刑法整体含义的前提下进行解释。如果可以类推解释，则意味着成文刑法丧失了意义。

国民可能通过刑法用语了解刑法禁止什么行为。在了解的过程中，国民当然会想到用语可能具有的含义；因此，在用语可能

具有的含义内做出解释，就不会损害其预测可能性；如果将国民根据刑法用语所预想不到的事项解释为刑法用语所包含的事项，就超出了国民的预测可能性，从而导致国民实施原本不认为是犯罪的行为而受到刑罚处罚。所以，类推解释的结论，必然导致国民不能预测自己的行为性质与后果，要么造成行为的萎缩，要么造成国民在不能预见的情况下受刑罚处罚。

禁止类推解释原本只是从形式侧面提出的要求，意在禁止对刑法做出任何类推解释。但是，如果同时从形式法治与实质法治出发，对类推解释应当作两个方面的补充与发展。其一，不仅应禁止类推解释，而且应禁止一切违反民主主义、违反预测可能性的不合理解释。例如，即使不是类推解释，而只是扩大解释，但如果超出了国民的预测可能性，也会违反罪刑法定原则。解释方法无穷无尽，但可以肯定的是，类推解释从方法上来说，就是应当禁止的；对于其他解释方法，只能从其解释理由与结论上判断是否违反罪刑法定原则。其二，类推解释只是禁止不利于被告人的类推解释。之所以允许有利于被告人的类推解释，是因为刑法中存在一些有利于被告人的规定；而这些规定因为文字表述以及立法疏漏的缘故，按照其文字含义适用时会造成不公平现象。所以，允许有利于被告人的类推解释，正是为了克服形式侧面的缺陷，实现刑法的正义。

（四）禁止绝对不定（期）刑

法定刑必须有特定的刑种与刑度。如果刑法分则条文宣布禁止某种行为，但没有对该行为规定刑罚后果，那么，根据“没有法定的刑罚就没有犯罪”（Nullum crimen sine poena legali）的原则，该行为便不是犯罪。所以，不同时代的刑法通常都对犯罪规定了特定的刑种与刑度。所不同的是，在一段时间内，西方一些国家的刑法（如1791年的法国刑法典）规定了绝对确定的法定

刑，使法官没有裁量的余地。从表面上看，这种做法有利于保障人权。但事实上，任何一种具体的犯罪都可能具有不同的情节、不同的罪行程度以及不同的预防必要性，而绝对确定的法定刑只能以该种犯罪的平均罪行程度为根据予以确定，故反而侵害那些情节轻微、预防必要性小的部分犯罪人的自由。所以，现代各国的刑法都规定了相对确定的法定刑。由于刑法规定了相对确定的法定刑，法官不仅应当以相对确定刑为依据裁量刑罚，而且必须做出具体的裁量，即必须宣告具体的刑罚，而不能宣告不定期刑。相对确定的法定刑，一方面限制了法官自由裁量的权力，另一方面也有利于实现罪刑的均衡，符合法治的要求。

二、实质的侧面

罪刑法定原则实质的侧面包括两个方面的内容：一是刑罚法规的明确性原则；二是刑罚法规的内容的适正的原则。后者又包含两个方面的要求：禁止处罚不当罚的行为；禁止不均衡的、残虐的刑罚。实质的侧面主要在于限制立法权，反对恶法亦法，但也有限制司法权的内容。

（一）明确性

一般来说，明确性“表示这样一种基本要求：规定犯罪的法律条文必须清楚明确，使人能确切了解违法行为的内容，准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围，以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象”。^①

将明确性作为罪刑法定原则实质的侧面，源于美国1914年确立的“法律因不明确而无效”的原则。此后，德国联邦法院于1969年5月14日明确表述了“必须使任何人都能够预测对何种

① [意]杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第24页。

行为规定了何种刑罚”的原则。^①日本最高裁判所1975年9月10日的判决也肯定了明确性原则。^②

将明确性视为罪刑法定原则的实质侧面之一，是因为明确性是限制国家权力、保障国民自由的基本要求。首先，不明确的刑法不具有预测可能性的功能，国民在行为前仍然不明白其行为的法律性质，于是造成国民行动的萎缩，限制了国民的自由。而且，随着社会的复杂化，法定犯（行政犯）日益增多，不明确的刑罚法规对国民预测可能性的侵害便越来越严重。其次，不明确的刑法还为国家机关恣意侵犯国民的自由找到了形式上的法律根据，所以，不明确的刑法比没有刑法更容易侵犯国民自由。最后，“明确性要求的首要根据在于，只有当人民代表的法意志明确地表现在条文中，从而排除法官做出主观擅断的判决时，法律保留才能发挥充分的效果。”^③换言之，不明确的刑法意味着有意或者无意地抹杀民意。

不过，从立法上说，明确性只是一种相对的要求，要求刑法明确到无需解释的程度只是一种幻想。事实上，“法律使用明确的概念的情形，而且真正明确的，不需要解释也根本不能解释的只是数字概念（18岁）。”^④即使是数字概念，也存在如何起算的问题。解释刑法就是为了使刑法明确，所以，实现刑法的明确性是立法者与解释者的共同任务。

明确性原则也成为司法原则。一方面，由于司法解释具有法律效力，所以，司法解释必须具有明确性。另一方面，一般人并不直接阅读刑法条文，而是通过起诉书、判决书了解刑法内容，

① 参见〔日〕川端博等：“罪刑法定主义的问题状况”，载《现代刑事法》2001年第11期。

② 日本《最高裁判所刑事判例集》第29卷第8号，第489页。

③ H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, 5. Aufl. 1996, S. 136.

④ Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, C. H. Beck, 1997, S. 70.

所以，起诉书与判决书也必须具有明确性。

（二）禁止处罚不当罚的行为

犯罪构成要件明确性，并不意味着处罚范围的合理性。倘若刑法规定：“除本人住宅以外，在有三人以上的场所吸烟的，处一年以下有期徒刑。”我们虽不能否认其明确性，但它并没有实现刑罚法规内容的适正性要求。刑法由立法机关制定，但这并不意味着立法机关可以随心所欲地确定犯罪的范围。禁止处罚不当罚的行为，就是指刑罚法规只能将具有处罚根据或者说值得科处刑罚的行为规定为犯罪，从而限制立法权。

法治并不意味着一切琐细之事均由法律处理，更并不意味着琐细之事由刑法处理。刑法所规定的法律后果，在具有积极作用的同时，也存在明显的消极作用，如果适用范围过宽，则不仅削弱积极效果，反而有害于国家与国民。所以，能够不使用刑罚，而以其他手段也能达到保护法益的目的时，务必放弃刑罚手段。况且，适用刑法的代价十分昂贵，对违法行为尽量适用其他法律，对国家与个人都会利多弊少。

本书认为，具备下列条件的才能作为犯罪论处：（1）这种行为不管从哪个角度而言，对法益的侵犯性都非常严重，而且绝大多数人不能容忍，并主张以刑法进行规制；（2）适用其他制裁方法不足抑止这种行为，不足以保护法益；（3）运用刑法处罚这种行为，不会导致禁止对社会有利的行为，不会使国民的自由受到不合理的限制；（4）对这种行为能够在刑法上进行客观的认定和公平的处理；（5）运用刑法处罚这种行为能够获得预防或抑止该行为的效果。^①从较为具体的层面而言，以下几点特别值得注意：（1）对于国民行使宪法权利的行为，不要仅因违反程序规定

^① 参见张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第145页以下。