

张普定◎著

刑法学理论 专题研究

XING FA XUE LI LUN ZHUAN TI YAN JIU



中国政法大学出版社

张普定◎著

刑法学理论 专题研究

XING FA XUE LI LUN ZHUAN TI YAN JIU



中国政法大学出版社

2019·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑法学理论专题研究/张普定著. —北京:中国政法大学出版社, 2019. 1

ISBN 978-7-5620-8821-9

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法—法的理论—研究—中国 IV. ①D924. 01

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第002333号

- | | |
|-------|---|
| 书 名 | 刑法学理论专题研究 |
| | XINGFAXUE LILUN ZHUANTI YANJIU |
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路25号 |
| 邮 箱 | fadapress@163.com |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908633 (第七编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 北京朝阳印刷厂有限责任公司 |
| 开 本 | 787mm×1092mm 1/16 |
| 印 张 | 29.75 |
| 字 数 | 487千字 |
| 版 次 | 2019年1月第1版 |
| 印 次 | 2019年1月第1次印刷 |
| 定 价 | 87.00元 |

PREFACE

前 言

“时光荏苒，白驹过隙”，自1988年从中国政法大学毕业，到大学任教，如今已走过30个春秋。多年来我辛苦工作，努力耕耘，在为社会培养法学才俊的同时，刑法学教学也成为我喜爱并选择终生相伴的事业。经过长期的学术积淀和反复斟酌，我将自己的理论思考汇集成《刑法学理论专题研究》这本书，希冀能用自己的汗水为刑法学发展掀起一朵浪花，为刑法学的研究多少发挥一些推动作用。

刑法学在我国确立已经整整100年，不容置疑的是，刑法学已成为法学中的显学。近20年刑法学的飞速发展，不仅改造了我国的刑法学体系并且对我国刑法学体系进行新的构建提供了契机。一方面，我国刑法学出现了许多新的术语，开辟了一些新的领域，如风险刑法，丰富了刑法学的理论，使刑法学科的知识愈加艰深，因此需要对新理论进行梳理和探讨；另一方面，我国刑法学要取得真正的发展，根本出路在于密切关注司法实践，司法实践是刑法学发展的养料和生命力所在，作为应用学科，刑法学应当立足于解决中国的法律问题。刑法学研究在注重理论的同时，应力求结合司法解释的规定，对司法实践有所帮助。本书正是基于这样的理念，希望能积极推动传统刑法学的转型，推动刑法学更好地服务于社会实践，并使读者能深入掌握刑法学基本理论，及时了解刑事立法与司法的发展动态，关注刑法学的前沿问题，同时对一些疑难案件的分析和解决提供切实可行的方案。

《刑法学理论专题研究》的内容围绕刑法学理论更新展开。我国刑法典关于犯罪成立条件的规定与大陆法系的规定之间并无多大差别，而在犯罪构成理论体系上却与国外存在天壤之别，因此，犯罪论体系完全是一个理论建构问题，我国刑法学没有必要拒绝已经在世界上对一百多个国家产生根本性影

响的德国刑法学体系。在理论突飞猛进的今天，刑法学固步自封、因循守旧已不现实。将体系多元化作为学术发展的基础，学术研究才会有自己的风格，才具独特性，才能有创造性的见解。本书试图打破占统治地位的犯罪构成四要件理论，结合中国的司法实践，对受到热捧的阶层学说加以改造，将相对科学合理的阶层学说中国化，旨在建立客观主义的刑法学，既符合逻辑发展顺序，又直接指导司法实践。这种新型的犯罪论体系抛弃了犯罪客体的概念，并将犯罪主体回归到犯罪客观要件的本来领域。还将犯罪阻却事由纳入犯罪论体系之中，从而形成了新的法益保护要件、犯罪客观要件、犯罪主观要件和犯罪阻却事由体系，全书按照这样的体系分析犯罪论的要素和具体罪名的特征。本书针对近年来刑法学中的热点问题和特别重要的问题，结合刑事立法和《刑法修正案（九）》展开论述。虽然罪刑法定原则被写进了我国《刑法》，但这种写法与世界大多数国家表述不同，值得探讨，罪刑法定司法化的路径更应是关注的重点。共同犯罪亦即共犯，学术界成熟的概念如正犯、帮助犯等刑法立法也应给予关注。我国刑罚种类少，体系封闭，需要进行深度改造，尤其对于死刑的限制适用，是目前需要进一步解决的问题。刑罚裁量更多的时候是一个司法适用问题，需要对法律规定进行细化分析。本书对刑法中重要罪名的分析比较深入，对新型犯罪和刑事司法实践中争议较大的互联网金融犯罪、网络著作权犯罪、网络赌博犯罪等也进行了详尽分析。具体罪名中，对在司法实践中占比很高的犯罪，如抢劫罪、强奸罪等，进行了重点研究，对于社会关注、危害很大的受贿罪，尤其是性贿赂问题，进行了深度剖析。

我在刑法学教学科研中承担了一些课题项目，有的内容涉及立法完善，于是结合刑法的缺憾之处，本书进一步进行了阐述，为立法提供佐证。有的课题则是涉及司法适用问题的项目，书中内容结合了司法实践和社会实践并对其进行论证，这些课题阶段性成果在此讨论，供同仁批评，希望有抛砖引玉之用。

《刑法学理论专题研究》选取了刑法学中的若干复杂问题，对近年来这些领域新的理论观点加以阐释，希望对刑法学研习者的知识视野有所裨益，但以本人瓶颈之识，内容疏漏之处，在所难免，尚祈读者不吝指正。

在《刑法学理论专题研究》付梓之际，我要感谢我的学生热情关心和帮助，他们对知识的渴求，对我一如既往的尊重和喜爱，时时激励着我，使我

前言

在教学和学术的钻研中不曾有半点懈怠，有些学生参与校对书稿，做了大量繁杂工作。我也要感谢我家人的鼓励和关心，使我能有充裕的时间安心向学，静心思考，促成了本书的及时诞生。我更要感谢中国政法大学出版社的信任和支持，出版社编辑老师对本书从体例编排和研究内容方面均提出了不少宝贵意见，本书才能够顺利出版面世。

张普定

2018年4月27日

于太原

CONTENTS

目 录

前 言	001
第一章 罪刑法定原则与刑法新理念	001
第一节 罪刑法定原则的历史沿革	001
第二节 罪刑法定原则的内容	005
第三节 罪刑法定原则的基本精神	013
第四节 罪刑法定原则司法化路径	018
第二章 犯罪论体系	024
第一节 大陆法系的阶层式犯罪论体系	024
第二节 苏联犯罪构成论对我国的影响	026
第三节 新型犯罪论体系的确立	029
第三章 犯罪客观要件之行为要件	034
第一节 构成要件行为概说	034
第二节 不作为	039
第四章 客观构成要件之主体要件	041
第一节 主体要件的界定	041
第二节 自然人犯罪主体	046
第三节 单位犯罪主体	055

第五章 犯罪主观要件之犯罪故意	068
第一节 犯罪故意的界定	068
第二节 故意的法定类型	071
第三节 刑法理论上犯罪故意的分类	076
第六章 犯罪阻却事由研究	080
第一节 正当防卫	080
第二节 紧急避险	106
第三节 期待可能性	118
第七章 犯罪停止形态	128
第一节 故意犯罪停止形态的界定	128
第二节 犯罪既遂	129
第三节 犯罪预备	131
第四节 犯罪未遂	133
第五节 犯罪中止	137
第八章 共同犯罪	141
第一节 共同犯罪概述	141
第二节 共同犯罪的成立条件	145
第三节 共同犯罪人的分类和刑事责任	151
第四节 共同犯罪与犯罪形态	157
第五节 共犯理论上的分类	158
第九章 刑罚体系和种类的调整	163
第一节 管制刑的存废	163
第二节 拘役的存废	170
第三节 死刑之存废	175
第四节 社区矫正	194
第五节 终身监禁	227

第十章 刑法裁量的若干问题	238
第一节 自首	238
第二节 坦白	252
第三节 立功	256
第十一章 危害公共安全若干犯罪研究	261
第一节 放火罪	261
第二节 道路交通风险犯罪	264
第十二章 若干经济犯罪研究	294
第一节 非法经营罪	294
第二节 互联网金融犯罪研究	303
第三节 网络著作权犯罪	312
第十三章 侵犯公民人身权利若干犯罪研究	321
第一节 故意杀人罪	321
第二节 故意伤害罪	328
第三节 强奸罪	333
第十四章 若干财产犯罪研究	351
第一节 抢劫罪	351
第二节 盗窃罪	363
第三节 拒不支付劳动报酬罪	372
第十五章 妨害社会管理秩序若干犯罪研究	413
第一节 黑社会性质组织犯罪研究	413
第二节 网络赌博犯罪研究	429
第十六章 贪污贿赂罪犯罪研究	437
第一节 贪污罪	437
第二节 受贿罪	445

第一章

CHAPTER 01

罪刑法定原则与刑法新理念

罪刑法定原则是我国刑法三大原则中的首要原则，也是三大原则中最重要原则，适用刑法平等原则和罪刑相适应原则是罪刑法定原则的发展，也是罪刑法定原则的两个派生原则。罪刑法定原则是现代世界各国和地区普遍认同的一个极为重要的刑法原则和国际法原则。据不完全统计，目前世界上公开反对罪刑法定原则的国家和地区已经不存在，大多数国家和地区都把罪刑法定原则规定在刑法条文中，也有些国家虽然没有在法律中加以规定，但在理论和实践中都予以承认。特别是发展至今，罪刑法定原则已经从原来的国内刑法原则，发展成宪法上的原则并进而演变成国际法上的一个重要原则。《世界人权宣言》《欧洲人权公约》和《公民权利和政治权利国际公约》对罪刑法定原则都作出了明确规定。一个法律原则能够在这么长的时间内被不同国家、不同社会制度、不同民族的人们所广泛、持久地接受，这本身就足以证明罪刑法定原则内容的科学性及其具有的强大生命力。

第一节 罪刑法定原则的历史沿革

一、罪刑法定原则的产生

罪刑法定原则，亦称罪刑法定主义，作为刑法的一项基本原则，并不是随着刑法的产生而产生的，而是在刑法发展到一定的历史阶段，相对于封建时代的罪刑擅断而产生的。在古希腊和古罗马时代，就有了罪刑法定思想的萌芽。罗马法就有“适用刑罚必须根据实体法”的规定。德国学者修特兰达认为，罪刑法定原则的思想渊源最早可以追溯到中世纪英国的《自由大宪

章》。1215年英王约翰在贵族、僧侣、平民等各阶层结成的大联盟的强烈要求下，签署了共49条的特许状，这就是著名的《自由大宪章》（以下简称《大宪章》）。其中第39条规定：“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照内国法律之规定外，不得加以扣留、监禁、没收财产、剥夺其法律保护权，或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”这被认为是罪刑法定原则的渊源。这一观点历来被大多数学者所接受。当然，也有人对此提出质疑。如日本的横山晃一郎指出：“由费尔巴哈所确定的近代刑法的罪刑法定主义，如果认为起源于英国的大宪章，那么在成为罪刑法定主义渊源的英国，就要承认不成文的普通法不是法渊，可是在英国直到今天近代刑法不是还不存在吗？”^{〔1〕}横山教授认为：英国大宪章不能成为罪刑法定原则的渊源。

更多的日本学者，如泷川幸辰、木村龟二、大谷实、大野义真等教授还是认为，《大宪章》的确可以说是罪刑法定主义历史和思想的渊源。德国著名刑法学家、近代刑法学之父冯·费尔巴哈在其1801年的《刑法教科书》中指出，没有法律，也就不存在市民的刑罚。现在的法律不适用时，刑罚也不能适用。据此，大陆法系将罪刑法定原则的含义经典表述为法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。即无法无罪，无法无刑。这里所说的法律，自然是针对成文法而言。日本学者正田满三郎认为，费氏的学说，“应当称为制定法主义的刑法理论”，《大宪章》第39条毕竟具有保障人权的意义，而罪刑法定原则的核心被认为在于限制法官的恣意，保障公民的人权。在这个意义上亦即从实质上看，说罪刑法定原则渊源于中世纪的英国大宪章，无可厚非。

英国大宪章之后，罪刑法定原则的思想，伴随着人权思想的展开，在英国1628年的《权利请愿书》和1689年10月的《权利法案》中逐渐发展成熟。17、18世纪启蒙思想运动中，英国约翰·洛克的自由主义思想，法国孟德斯鸠的三权分立思想，以及德国费尔巴哈的心理强制说为罪刑法定提供了强大的理论支撑。此后，罪刑法定原则远渡重洋，传到北美。1787年颁布的《美利坚合众国宪法》第5条修正案规定：“对任何人，不依正当的法律程序不得剥夺其生命、自由和财产。”第14条修正案又进一步延展规定为：“无论何州不经正当法律程序不得剥夺任何公民的生命、自由或财产。”从而在法律上确定了适当的法律程序原则，罪刑法定原则得到了进一步的发展。

〔1〕 转引自王玉成：《社会变迁中之罪刑法定原则》，台湾大伟书局1988年版，第213页。

如果说在以普通法为主体的英美法系中，罪刑法定原则主要从程序方面加以规定，那么它在实体上得到明确表现的，是1789年法国大革命之后的《人权与公民权利宣言》即《人权宣言》。其第8条规定：“法律只能规定确实需要和显然不可少的刑罚，不依据犯罪行为前制定、颁布并付诸实施的法律，不得处罚任何人。”这一规定为法国1791年宪法和1791年的《法国刑法典（草案）》所采用。1810年的《法国刑法典》继续采纳这一原则，其中第4条规定：“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。”《法国刑法典》的这一规定为欧洲大陆各国纷纷效仿，各国均在刑法开篇即规定罪刑法定原则，形成了罪刑法定原则最直接的刑法渊源。例如，1871年的《德国刑法典》第2条、1889年的《意大利刑法典》第1条，1882年施行的《日本刑法》第1条。从此，罪刑法定原则成为许多国家刑法的基本原则。

随着历史和社会的发展，法治国逐渐出现，罪刑法定原则意味着法律和民权至高无上的地位。罪刑法定原则通过司法审判来保障个人权利和自由。数百年法律进步的里程显示，作为保护个人权利和自由堤坝的罪刑法定原则，已经成为当今世界各国，尤其是大陆法系国家刑法所明文确认的最重要的基本原则。

二、罪刑法定原则在我国刑法中的确立

罪刑法定原则在我国的确立经过了一个曲折而漫长的过程。罪刑法定原则早在从清末沈家本等人修律起即存在，至今已经有百年历史。1911年《大清新刑律》首度确立了罪刑法定原则，但是，在我国近现代由于社会的长期动荡，法律处于不稳定状态，不具备条件推行罪刑法定原则。可以说，中华人民共和国成立之前，罪刑法定原则在我国根本没有贯彻执行的可能性。从中华人民共和国成立至今，我国大致经历了三个阶段。

（一）罪刑非法定阶段（从1949年中华人民共和国成立之后到1979年）

中华人民共和国成立之初，摧毁了国民党的旧法统，按照苏联早期的法制模式，开始建立新的法律制度。我国当时处于计划经济体制下，司法实践主要是依靠政策办案，罪刑法定原则无从谈起。当时的刑法就是政治的工具，它主要的功能就是保护社会。甚至还出现许多“罪刑由人民群众定”的案件；

又如，在文化大革命前期，三五个人凑到一起，假某某群众组织之名，就可对公民抄家、游斗、通缉等，在北京等地，发生了有些被害人不经过审判就无端被打死的惨剧。

因此，当时不仅刑事诉讼程序方面与罪刑法定原则存在着背离，在刑事实体法方面，在长达 30 年的时间里，我国甚至没有一部刑法典，更遑论对罪刑法定原则的确认及遵守。在这种情况下，罪刑法定原则也就失去了必须用法律明文规定的现实基础。所以，从 1949 年新中国成立之后到 1979 年这段时间里，罪刑是非法定的。

（二）罪刑法定与类推制度并存阶段（从 1979 年到 1997 年）

1979 年《刑法》并没有明确规定罪刑法定原则，与此相反，该法第 79 条这一条文明确规定了类推制度。

类推制度是一种对刑法分则没有明文规定为犯罪的行为，比照最类似的条文定罪量刑的制度，这显然是不利于被告人的类推。从这个意义上说，罪刑法定原则与刑事类推实际上体现了刑法中的一对矛盾，这就是刑法的保障机能与保护机能之间的矛盾。刑法的保障机能要求实行罪刑法定，使公民能够预见到自己行为的法律后果，以便更好地保障公民的人身及其他各种权利。而刑法的保护机能要求实行类推，使刑法能够更好地保护社会的政治、经济和其他各种秩序。实际上，罪刑法定原则与刑事类推这两者是根本不可能结合的。最根本的原因是，罪刑法定原则本身就与类推是对立的，它就是为了反对类推而提出来的。

类推制度的推出与当时的社会背景有很大的关系。在当时的形势下，我国各种危害国家安全和其他性质的犯罪仍然存在，并且会随着经济体制和政治体制的改革而不断发展变化。在这种情况下，允许有限制的类推在当时普遍被认为是必要的。所以，从 1979 年到 1997 年之间，随着新中国首部刑法典的颁行，虽然刑法中并未明确规定罪刑法定原则，但是部分体现了罪刑法定的精神，同时，类推制度是罪刑法定精神的补充。这一阶段拉开了我国向社会主义法治迈进的序幕，但尚不能认为罪刑法定原则已经成为我国刑法的基本原则。

（三）1997 年以来罪刑法定刑事立法的确立阶段

类推虽然在一定程度上弥补了立法的缺憾，但却代价高昂：严重破坏法

治、扩张刑罚权和损害公民的权利。刑法的漏洞虽然可能导致某些法无明文规定的危害行为得不到应有的惩罚，但是，如果继续保留类推制度，人们的权利和自由将遭到“法外”的侵害，国家法治会得不偿失。随着人权保障观念的加深，我国现行《刑法》废除了类推制度，同时在刑法条文中明文规定了罪刑法定原则。《刑法》第3条明确规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”罪刑法定原则在刑法中的明确规定，标志着中国刑法取得巨大进步，对我国建设法治国家的作用不可估量，具有深远影响和历史意义。

第二节 罪刑法定原则的内容

一、罪刑法定原则的基本内容

罪刑法定原则，在有些理论中又称罪刑法定主义，是指认定行为人的行为是否构成犯罪、构成什么样的犯罪，以及应承担什么样的刑事责任并给予什么样的刑罚处罚，必须以刑法的明文规定为前提，如果刑法没有明文规定，即使行为侵害了法益，也不能认定为犯罪，不能追究刑事责任和给予刑罚处罚。简言之，“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚。”这一原则一开始是资产阶级在同封建主义斗争的过程中提出的一个口号，后来这个口号慢慢地演变为法律的原则，在宪法上率先得到了承认，随后在宪制性的法律中也得到了承认，然后逐步地被世界各国和地区以刑法条文的形式固定为国内刑法的原则，最后逐步被国际法所承认。这个过程是漫长和曲折的，但是，应该看到，经过数百年的发展，罪刑法定原则的内容并没有发生很大的变化，仍然包括三方面内容：（1）罪刑法定化，即犯罪和刑罚必须先由法律作出明文规定；（2）罪刑实定化，即对构成犯罪的行为和犯罪的构成要件以及犯罪的具体法律后果，刑法应作出实体性的规定；（3）罪刑明确化，即刑法的条文必须用清晰的文字表达准确，意思清晰，不得含糊其辞或模棱两可。

二、罪刑法定原则的派生原则

罪刑法定原则的基本内容还体现在由这一原则派生出来的其他原则的内

容中，罪刑法定原则主要有五个派生原则。

（一）禁止类推适用刑法

罪刑法定的理论基础，就在于法律规定的明确性和可预测性，法律作出明文规定使人们知道行为的边界，才能够促使其做出适法行为，将类推作为刑法的适用原则将极易导致随意出罪入罪，使人们处于不知何时就要受到处罚的惶恐之中，不利于保障公民的权利与自由，不利于社会的发展，因此，刑事法律作为对违法行为人惩处手段最为严厉的最后一道防线，在是否能够适用类推上应受到严格的限制。

法律一经制定，就已经落后于社会的发展，1997年刑法距今已经经过了20多年，社会在此期间经历了巨大的变化，新型犯罪也层出不穷，有些犯罪手段并未明文规定于刑法典之中，能否对此种行为进行打击，涉及惩罚犯罪与保障人权理念的冲突问题。基于严厉打击犯罪的考虑，通过类推解释比照最相类似的规定对新型犯罪行为进行处罚，有利于打击犯罪，使犯罪行为受到法律的严厉追究，进而维护社会稳定；而出于保障人权的考虑，由于新型犯罪并未被法律所明文禁止，所以不能苛求当事人做出的行为符合一个未经公布的标准，法律不得强人所难。而保障人权正是现代法治国家刑法制定的基础与根本目的，因此出于保障人权的考虑，司法实践也表明，应禁止类推适用刑法。

当然，罪刑法定禁止的类推是广义的类推，对于有利于被告人的“类推”，刑法并不禁止。这是因为在刑事诉讼过程中，对犯罪嫌疑人有罪负举证责任的是国家公诉机关，其对自己的指控负有重组正面标准的义务，若其不能达到证明标准，使案件事实真伪不明，就应当认定公诉机关所指控的有罪或罪重的案件事实不存在，从而作出对被告人有利的判决。

（二）禁止适用习惯法

习惯法是一个领域通行的做法或双方之间长期形成的习惯做法，习惯本身具有非成文性，且不同的地区与不同的当事人之间存在不同的习惯，难以形成普遍的标准，不能作为裁判的规范。即使仅在明知此习惯做法的当事人之间适用该习惯，对于在相同犯罪行为上未形成该习惯的其他违法行为人来说也会导致刑法适用的不均衡，不利于树立司法的权威，容易给枉法裁判留下空间，不利于社会稳定和人权的保障，因此习惯法应被禁止适用。

在我国，禁止适用习惯法并不代表对少数民族地区因历史形成特有的民族通行做法完全否定，民族自治地方可以根据本民族的风俗习惯和宗教信仰对法律做适当变通，并制定自治条例和单行条例，对于刑法中的部分条文可以变通适用少数民族习惯的变通规定，不再受该部分刑法条文的规制。

（三）禁止刑法溯及既往

法律不溯及既往是现代法治国家共同确立的刑法原则，法律的作用在于指引、评价和教育，因此法律只能对其颁布施行之后发生的不法行为进行规制，而不能制定新法将之前合法的行为规定为违法行为，进而追究之前行为的法律责任，否则整个社会将处于人人自危的状态，法律将成为执政集团和利益集团打击报复社会公众的工具，丧失了其存在的正当性。

法不溯及既往并不否定刑法对犯罪行为的追诉，刑法中对不同量刑幅度的案件规定了相应的追诉时效，是惩罚犯罪与保障人权相互统一的结果。

同样出于人道主义和保障被告人人权的考量，禁止刑法溯及既往原则并不禁止有利于被告人的溯及既往，这即是刑法的“从旧兼从轻”原则，即，当“新法”规定的罪名与量刑标准轻于“旧法”中的规定，即使案件事实发生于“新法”生效之前，仍然可以适用“新法”中的规定。

（四）禁止绝对的不定刑和不定期刑

禁止绝对不定刑和不定期刑，就是要求刑法种类与期限规定的明确性，不能做出诸如“故意杀人的，判处刑罚”或“故意杀人的，判处有期徒刑”，甚至有“依法严惩”之类的规定。

禁止绝对不定刑和绝对不定期刑的目的，一方面在于保证人们对其行为的预测可能性，法律在明确的前提下规范和指引人们的行为，使人们在是否作出违法行为和遵守法律之间做出正确的选择，若法律规定模糊，则法律便丧失其指引作用，无法发挥其应有的社会规范效果。禁止绝对不定刑和不定期刑，另一方面的意义在于限制司法机关的裁量权，不定刑和不定期的规定容易导致法院滥用自由裁量权，不利于限制司法机关的权利，极易导致主观定罪和司法不公情形的出现。

（五）刑法的明确性

罪刑法定原则要求刑法的规定必须是明确的，公开的，而不能是秘密的，含混不清的。中国古代强调刑律的权威性，认同“法不可知则威不可测”，因

而刑法典不向社会公布。现代法治强调刑法的可预测性，因此现代的刑法必须是明确的和可获知的。不仅如此，现代法治的理念还要求加大普法力度，向普通公众解释刑法的规定，确保公众对法律的理解，这是预防犯罪与保障人权的要求。

刑法的规定必须具有明确性，其使用的语言和概念必须是含义明确的和易于理解的。法律的适用者是法律共同体，但法律的教育和指引对象是全体社会成员，刑法由代表广大社会公众的立法机关制定，其服务对象也应当面向社会公众，因而在刑法典内容的语言使用上要采用易于普通公众理解的语词，尽量避免采用只有法律共同体成员才能知晓的专业语言和晦涩语句。

三、对我国刑法关于罪刑法定原则规定方式的评价

罪刑法定原则的派生原则的内容与罪刑法定原则的内容在本质上是一致的，只不过是不同的侧面丰富和完善了罪刑法定原则“不定罪、不处罚”的基本内容。

但是，我国罪刑法定原则的内容呈现的是所谓的“两点论”：一是法律如果有明文规定的，就按照法律规定定罪或处罚；二是法律没有明文规定不能定罪，不能处罚。按照他们的观点，对于罪刑法定原则的理解应该分两个层面，首先应该是“要定罪”“要处罚”，其次才是“不定罪”“不处罚”。

关于两点论的合理性，持赞成的观点有以下两种理由：

第一，我国《刑法》第3条关于罪刑法定原则的表述有现实意义。

我国刑法对罪刑法定原则作出这样规定有其现实意义。西方资产阶级国家的罪刑法定，产生于资产阶级革命之初。当时作为平民阶层的资产阶级，主要从保护自由民，保护自由民阶层利益的角度出发，大声疾呼，著书立说，讨论法的正义性、人的权利的不可剥夺，得出的一个重要结论便是法律没有明文规定的，就不能追究行为人的刑事责任。这一规定主要是为了保护自由民，并考虑到当时的阶级力量对比所作出的。我们是人民民主专政的国家，不存在罪刑法定原则产生时的社会背景。这个时候的罪刑法定主要维护社会秩序，发挥法制的社会功用。对社会秩序、经济秩序提供保护，而不是突出对哪一个阶层的利益的特殊保护和考虑。在这个时候、司法机关一方面要积极履行自己的职责，法律有明文规定的行为，必须严格依法办理，不能放纵，

这是积极意义上的罪刑法定。法律规定的就不能放纵，必须追究，这才对社会发展有利。另一方面就是从保护人权的角度来考虑。这里的人权是整个社会、每个公民的基本权利。对此，如果法律没有明文规定的，就绝对不能追究公民的刑事责任。作为统治者，如果不代表社会大多数公民的利益，不从这一点出发考虑立法，是不可能真正做到“长治久安”的。^{〔1〕}

有人认为，一个原则的提出，有它的历史背景和初衷，罪刑法定最初是针对罪刑擅断提出的，因此，它最初强调“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，但是随着时代的进步，西方国家仍然强调罪刑法定原则。从“法无明文规定不为罪”来讲，应当是与西方国家的法治理念有关。西方法治国家强调刑法的合理性，其中存在着形式合理性问题，但即便是法律规定为犯罪的，检察官、法官仍然是有很大的自由裁量权的。比如说，国外的检察官，其自由裁量权就很大，很多行为无论是实体要求还是程序证据要求都构成犯罪的，检察官仍可能根据功利的要求，考虑社会效果，自由裁量不起诉。因此，西方国家的罪刑法定与其人文环境、社会背景都有密切的联系。从我国的现实来说，我国经历了一个法律虚无阶段，现在强调十六字法治原则，也就是“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”。基于这个原则，我国现行刑法修订确立了罪刑法定原则，并从两个方面来表述，因此具有其现实意义，同时也体现了国情的需要。

对罪刑法定的理解和我国正确适用刑法也是直接相关的。我国司法机关在运用刑法的时候，应该尽量充分地去适用我国刑法，也就是说，社会上出现侵害法益的行为，我国刑法并不是完全地毫无遗漏地作出了规定。有一些问题需要司法工作人员思考、进行比较。如果认为刑法无论如何解释，都不可能适用这种特定行为，比如，教师、医生利用从事的职业的便利收受他人财物，目前刑法规定的两种受贿犯罪行为都不能容纳，就不能“依法追究”其刑事责任。这是问题的一个方面。另一方面，有一些可以解释到刑法里来，现有的罪名应该管住这种行为的，就应当更充分地发挥现行刑法的功用，把现行刑法中罪名的规定能用足用活到什么程度就用到什么程度，比如，共同受贿行为的认定，一方不是国家工作人员，但与身为国家工作人员、又与之有关的亲友共同受贿，能不能以受贿罪定罪处罚？实践中、法学界都有过不

〔1〕 张军等：《刑法纵横谈》，法律出版社2003年版，第18页。

同认识。对成克杰与李平共同受贿的最高人民法院的裁判，恰当地、完全符合合理地解决了这个问题。既不违反罪刑法定原则，又充分地发挥了现行刑法的作用。^{〔1〕}

还有人认为，我国刑法分两方面表述，还有一个思想方法论的问题。因为一个层面是说法律有规定的，按照法律定罪处刑，另一个层面是说法律没有规定的，不得定罪处刑，因此法律这样规定避免了片面性。法无明文规定不为罪好理解也好执行，但是如果在法律有规定的情况下如何处理，我国的罪刑法定表述就回答了这一问题，对司法工作人员具有指导作用。我国刑法之所以这样规定，与我国公民的法律观念还比较落后，没有形成良好的法治氛围有关。

我国刑法关于罪刑法定的特殊表达方式其现实意义除了表现在积极利用刑法保护社会利益以外，更多地与我国司法现状有关。就我国司法现状而言，法律没有明文规定的，不得定罪处刑，这个问题已经被认同，并得到解决，但是法律明文规定为犯罪行为的，依照法律的规定去定罪处刑的问题，还没有被真正地认识到。一方面，只认识到了它的积极作用，就是说，既然法律已经明文规定了，就应当严格适用。这的确是积极的，在这一点上我们重视不够，但它对于司法公正具有特殊的意义。随着我国法制的不断健全，尽管还不能完全杜绝冤假错案的发生，但是至少对于法律没有明文规定的行为，硬编一个罪名去定罪不太容易，然而对于那些法律有规定的，法官是否能够按照法律的规定去定罪去处刑，这个问题则是现在比较突出的。因此，《刑法》第3条前半部分的罪刑法定，更多是强调司法机关要严格依法办事，也就是要求司法机关要有所作为。且严格依法有所作为——严格依法司法。如果不按法律规定的去定罪处罚，就谈不上适用刑法人人平等，谈不上罪刑相当，这些原则都是要求依法执行的。

罪刑法定原则的内容目前在我国已经深入人心。法律没有规定的，原则上都能做到不定罪。现在问题恰恰是在于法律有规定的地方，由于司法工作人员对法律的理解不够全面，可能确实有一些依照法律能够定罪的没有定罪，造成一些犯罪被放纵的现象。甚至包括司法腐败的因素在内，该重判的轻判了，该轻判的重判了，这些情况都存在。因此，从实践来看，我国《刑法》

〔1〕 最高人民法院刑事审判第一庭：《刑事审判参考》，法律出版社2000年版。

第3条的前半段具有重要的现实意义，如果不这样规定就可能为一些以权谋私、徇私枉法的行为撕开一个口子。通过罪刑法定从正面规定法律有明文规定的，就必须依法定罪处刑。所以，《刑法》第3条的规定对于预防司法工作人员犯罪，避免以权谋私、徇私枉法，具有其现实意义，体现了罪刑法定的限制功能。也就是说，法律规定为犯罪的，只能依法定罪处刑，不能枉法裁判。这一点也是为了限制司法机关不能法外制裁。也就是说，即使是法律规定为犯罪的行为，也不得随意定罪、法外制裁。因此，我国关于罪刑法定的规定符合中国国情，具有一定的针对性，并且从罪刑法定的表述来看，也体现了罪刑法定的共性。

第二，我国刑法规定的罪刑法定原则分为两部分内容，前一部分是积极的罪刑法定，后一部分是消极的罪刑法定。

该种观点认为，罪刑法定的表述，在国外刑法中一般都表述为“法无明文规定不为罪”，我国立法机关对罪刑法定的表述还加上一个内容就是“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑”。从客观来说，这应当是中国对于罪刑法定的一个有创见的独特的表述方式。这种表述是立法机关经过考虑的，立法机关认为这种表述可能比较全面。对这种表述，《刑法》第3条前半段规定的是积极意义上的罪刑法定，后半段是消极意义上的罪刑法定，并且认为我国刑法罪刑法定的这种表述是比西方刑法更为先进和完整的一种表述方式。

有人认为尽管我国罪刑法定有两方面的规定，但重点还是在第二部分内容。西方国家刑法中都只规定“法无明文规定不为罪”，而没有规定“法律有规定的，按照法律定罪处刑”，实际上，这里涉及对于罪刑法定精神实质的理解。罪刑法定原则的精神实质是限制机能，也就是限制立法机关、司法机关行使刑罚权，因此有利于被告人的类推与罪刑法定的精神不矛盾，罪刑法定只是排斥不利于被告人的类推。严格从字面上说，有利于被告人的类推也是违背罪刑法定的，但之所以说它不违背罪刑法定的精神，主要是因为它没有违反罪刑法定的这种限制性的精神，西方国家罪刑法定的真实含义是限制司法机关滥用司法权，因此要强调“法无明文规定的不得定罪处刑”。

罪刑法定，应理解为是一种形式合理性的问题。那么，法律没有明文规定的不得定罪处刑，就意味着在法律的形式合理性与实质合理性发生冲突的时候，形式合理性优先，而放弃实质合理性。也就是说，一个行为即使侵害

了法益，如果按照实质合理性标准可能要定罪处罚，但是按照罪刑法定的原则，只要法律没有规定，那么实质合理性要服从形式合理性，不能定罪处罚。这一点也就是罪刑法定的基本含义。前半句话涉及的问题，可能出现这样的情况：法律规定是按照形式合理性来规定的，但是法律规定的行为在现实生活条件下已经不再侵害保护的法益，那么在这种情况下，按照《刑法》第3条前半句的规定，即法律规定的应当定罪处刑，实质合理性要服从形式合理性，但是一个行为并没有侵害法益，这种情况不是没有可能出现，比如在立法时这种行为侵害了刑法保护的法益，但是随着社会的发展，情况发生变化，可能这种行为不存在侵害法益的情形了，可按照所谓积极意义上的罪刑法定的观点，那么这种行为就应当依照法律定罪处刑。

质疑罪刑法定“两点论”内容的观点进一步认为，我国罪刑法定原则从本质上仍然是“一点论”，也就是说罪刑法定内容的应有之义仍侧重于“不定罪”“不处罚”，而“两点论”是对罪刑法定原则理解上的根本性偏差，必然会导致罪刑法定原意中“侧重点”的转移，从而使罪刑法定原则应有的价值完全丧失。^[1]

持“两点论”的这些学者认为，作为刑法基本原则之一的罪刑法定原则，不应该只包括保障人权的机能，还应该体现刑法惩罚犯罪的保护机能，刑法首先应该强调“要定罪、要处罚”，其次才是“不定罪、不处罚”。其实这个观点是将刑法的机能与罪刑法定原则的机能混为一谈，就是把刑法的所要实现的双重机能要求，强加给罪刑法定原则，作为罪刑法定原则的内容和罪刑法定的机能。罪刑法定原则以保障公民自由、限制国家刑罚权的行使为宗旨，罪刑法定原则的机能实际上只能发挥对行为人个人基本权利的保障机能，而保护机能与保障机能双重机能的统一则是刑法的任务。

对于“两点论”中所强调的“要定罪”“要处罚”，与我国长期以来比较重视社会、国家本位，导致比较偏重刑法的惩罚和保护的功能，而忽视对公民个人权利的保护的历史背景和传统观念有关。持“两点论”观点的学者，将正确运用刑罚权以惩罚犯罪和保护人民作为刑法首要任务是无可厚非的，但是，如果根据这些就认为罪刑法定原则的原本内容就包含“两点论”，甚至进一步提出罪刑法定原则首先应该追求“要定罪、要处罚”，其次才能体现

[1] 刘宪权：《刑法学名师讲演录》，上海人民出版社2016年版，第49页。

“不定罪、不处罚”的内在价值，这样就完全背离了罪刑法定原则的基本精神和价值取向，这无论在理论上还是实践中都是不可取的。主张坚持“一点论”，是因为“两点论”中的前一点其实根本无需强调，特别是在我国，依照法律对刑事被告人定罪和处罚是不可能受到忽视的，因而也就没有必要再加以强调了，否则就会忽视罪刑法定原则“不定罪、不处罚”的真正要求。

从世界范围内罪刑法定主义的内涵和我国司法实践中迷信口供容易酿成冤案的实际状况来看，应该摒弃“绝不放过一个坏人”的陈旧观念，树立“绝不冤枉一个好人”的刑事司法新理念，运用“一点论”防止司法机关越权和滥用权力的现象发生。我国的法治建设更加迫切，所以，罪刑法定原则的“一点论”这种观点更具有说服力。

第三节 罪刑法定原则的基本精神

我国规定罪刑法原则实质上是为了遏制公权力的滥用，避免再次发生“文革”时期法制建设停滞不前的状况。罪刑法定原则于1997年在刑法中明确规定，其标志着中国朝法治现代化建设迈进了一大步，在实践中罪刑法定原则始终以“不定罪，不处罚”来体现。《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。”该条文正是罪刑法定原则的规定，即“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。”

我国刑法的目的是预防、惩罚犯罪和保障人权，而保障人权在罪刑法定原则中体现为“有利于被告人”，强调保护被告人的权利。

一、“有利于被告人”作为罪刑法定原则的基本精神的原因

(一)“有利于被告人”是体现民权刑法理念和谦抑刑法理念的必然产物

民权刑法与国权刑法相对。以我国为例，我国在计划经济时期，刑法成为国家惩罚犯罪的工具，强调以国家为本位。建立市场经济体制之后，公民权利与国家权力的关系发生了一定的变化，在公民个人领域，国家权力不得随意干涉，公民的权利与自由得到了很大体现。与计划经济不同的是，在市场经济下市民社会对政治国家的权力是起到限制作用的，一定程度上国家权

力受限于人民权利。

我国现行刑法中明确规定罪刑法定原则，一方面是为了限制国家权力，另一方面是为了保障人权，其目的是明确的，所以保护被告人的权利是保障人权的必然产物。

谦抑刑法理念，即少用甚至不用刑罚措施，而是采用其他措施，比如民事纠纷的调解、仲裁等，行政纠纷的行政处罚、行政强制措施、行政诉讼等措施，来维护当事人的合法权益和社会利益，达到预防犯罪的目的。刑罚是当采取其他措施不足以抑制某种违法行为时才选择的策略，不是优先选择的。凡是可以较轻的处罚措施能够达到目的的，就不要用较重罪。这样看来，谦抑刑法理念实质上体现了刑法自身的限制，蕴含着人道主义、公正、公平等多重社会价值，而罪刑法定原则就是为了限制权力，保护权利，所以罪刑法定原则中的“有利于被告人”是体现其价值的产物。

(二)“有利于被告人”是保障人民自由与权利的基础，是贯彻人道主义的前提

现代社会，人民是国家的主人。而国家只有通过法律规定才能使各种制度明确，人们才能认识到什么行为是违法的，什么行为是合法的，这样人们行动的自由和权利才会明确，进而得到保障。在刑法领域，立法机关通过规定罪刑法定原则来限制法官自由裁量权的滥用，防止冤假错案的发生，尽最大努力保障公民的自由与权利。

在社会中，人们通常都会站在弱者的一边，因为同情、怜悯。同理，在法律中，立法者能为弱者做的就是规定保护弱者利益的条文，使他们的利益不受侵害，这是由人道主义所决定的。

(三)在刑事诉讼中强调有利于被告人的精神，是由被告人的弱者地位决定的

在民事诉讼中，原告和被告的地位平等。但是在刑事诉讼中，就其代表的利益主体而言，公诉方作为指控犯罪一方，其代表的是国家检察机关的力量，代表的是国家，而被告人仅仅代表的是个人，国家对个人，就普通人而言，其结果不言而喻。而从中华人民共和国成立以来，历代领导者都强调民权、民生和民主，所以为了切实保障实现人民的权利，为了使类似“官官相护”的诟病尽量减少，刑法中规定保护被告人的权利的原则也是合理的。就

其力量而言，检察机关的人员、机构设置等都是通过严格的程序条件挑选设置的，而被告人此时很明显地处于弱势地位，两者的力量相差悬殊，如果此刻不采取一些措施来平衡这样的局面，就很难实现司法公正。

（四）防止法官滥用自由裁量权，做出明显对被告人不公平合理的决定，预防冤假错案的发生

罪刑法定是相对的罪刑法定，不是绝对的严格规则，绝对的罪刑法定是理想化的状态。在现实生活中，随着社会不断发展，新型犯罪出现，法律不可能总是超前地明确规定好罪与罚，这样滞后性的缺陷要求法律必须在明确规定的同时存在一定盖然性的规定，即产生了法官的自由裁量权，但是，一定程度上罪刑法定原则就是为了使立法权限制司法权，如果法官的自由裁量权过大，那么必然会出现滥用司法权，司法专横的现象，比如法官因为心情不好、犹豫不决、收受贿赂、与当事人存在利害关系等原因滥用司法权，在决定攸关被告人的生命健康、人身自由时，不考虑被告人的利益，这样的决定怎么会是公正合理的呢？怎么会让民众信服？而法官作为整个案件的中立者，其中立性又怎么体现？司法机关的权威何在？长此以往，必将影响国家机关的公信力。1997年的新疆周远的故意伤害案，2017年新疆高院再审宣判，周远无罪；引起全国哗然的聂树斌案……也许在外人看来就仅仅是一个错误的决定，但是对于被告人来说，却不仅仅是一个决定那么简单，更是自己的青春，乃至自己的一生。别人的一生怎么能够被法官的一个决定轻易剥夺，更何况这个决定是错的，一旦出现这种情况，光靠金钱补偿是不足以弥补被告人的伤害的，所以才出现了死刑复核制度，目的就是尽量防止冤假错案的发生，使每个人的生命都得到尊重。

从古至今所有人都一直秉持的一个原则就是“不冤枉一个好人，不放过一个坏人”。但仔细想想，怎么可能不放过一个坏人，要防范冤假错案，要不冤枉一个好人，要让所有无辜者都得到保护，那么必然就会放过一些坏人，所以不管是从制度上还是从思想上，整个社会都要有足够的心理承受能力来接受这样的事实，这是必须要付出的代价。

所以我们要在合理明确的范围内最大限度地保护被告人的权利。

综上，“有利于被告人”作为罪刑法定原则的基本精神的原因大致有以上四个方面。

二、罪刑法定原则中保护被告人权利的体现

(一) 无罪推定的适用

西方在中世纪的黑暗时代之后，一批启蒙之士、思想家提出天赋人权、人民主权，批判残酷刑罚，渐渐地形成了无罪推定的思想。最早提出无罪推定理论的是意大利法学家贝卡利亚。到了18世纪末19世纪初，无罪推定成为刑事诉讼的基本原则，一个国家的司法人权很大程度上也取决于此。无罪推定是指任何人在未经证实和判决有罪之前，应视其无罪，强调的是如果被告人被判处刑罚，必须有充分确实的证据，如果审判中不能证明其有罪，就应推定其无罪。现代社会中从无罪推定的内涵一般可以引申出以下证据规则：(1) 在刑事诉讼中，根据“谁主张谁举证”证明被告人有罪的责任由控诉方承担；(2) 被告人有权拒绝陈述，不能强迫被告人自证其罪；(3) 在对被告人是否有罪或罪行轻重有怀疑时，应当从有利于被告人的方面作出解释。这就说明，无罪推定原则引申出了很多现代刑事理念，其中就涵盖了“有利于被告人”原则，可以说，无罪推定原则的产生，是“有利于被告人”原则发现的合理结果。无罪推定原则在西方国家已得到公认。

(二) 疑罪从无原则的适用

疑罪从无是在刑事司法中出现既不能排除犯罪嫌疑又不证明有罪的情况下，从法律上推定为无罪的一种处理方式。如果疑案任由司法者主观意愿恣意为之，或者刑讯逼供、久押不决等严重侵犯人权，久而久之必然会为冤假错案埋下导火索。古罗马法的“有疑，为被告人之利益”，即通常所说的“有利于被告人”，说明“有利于被告人”很早之前就已经产生。疑罪是指已有证据证明被告人有犯罪嫌疑，但全案证据尚未达到确实、充分的程度，尚不能确认被告人是真正的罪犯。我们在刑事司法领域中，如果不坚持疑罪从无，就不敢保证不出现疑罪从有。因为就实践来看，任何形式的疑罪从轻、疑罪从挂都是实质上的疑罪从有、有罪推定。一个案件，如果在认定事实方面存疑，证据不足，犯罪嫌疑人不能确定为有罪，那么法官要做的就是以无罪来释放被告人。疑罪从无最大风险就是有可能放纵犯罪，但疑罪从有、有罪推定的最大后果就是可能会出现冤假错案，综合衡量其影响，该“宁纵勿枉”，

即“宁可错放，不可错判”。这是现代刑法新理念。“错放”是指被告人依照疑罪从无释放之后，根据新的事实、证据仍然可能显示是犯罪的情形，并不是“放”错了，而是在证据不足的情况下实行疑罪从无是正确的；而“错判”是将无辜者错误判为有罪。也许有人认为主张这个原则是对社会秩序价值的放弃，其实不然，惩罚犯罪是维护和修复社会秩序的必然要求，而保障无辜者不受冤枉则是一种更高层次的追求。我国虽然尚未确立无罪推定原则，但疑罪从无距离无罪推定已是一步之遥。

（三）禁止溯及既往（即禁止不利于行为人的事后法）

行为人的犯罪行为所适用的法律只能依据行为发生时的有关法律规定，只有在当时的法律没有规定且事后的法律有利于行为人时才可以参照适用事后法。（即从旧兼从轻原则）

如果罪犯的行为按当时的法律是无罪的，但按照现在的法律是有罪的，那么如果以现在的法律来认定罪犯以前的行为是违法的，这让民众难以接受，因为人也只能根据当时的法律来做出行为，进而判断是否违法，但是如果让一个人根据未知的法律做出行为，可能所有人都不会做事、不会行动，因为他们预料不到自己是否违法，而应对的唯一办法就是不动、不做、不为。于是，禁止溯及既往也成为罪刑法定原则的派生原则。

（四）禁止不利于行为人的类推解释

解释必须遵从法律条文的本意，解释本身所做的是说明意思，而类推是指一个案件事实虽然并不符合法律规定的情形，但是因为具有足够的相似性而能够以某一法律规定作为依据。解释重在确定意义，类推则重在扩张、延伸意义，慢慢地也就形成了类推解释。类推解释是指将法律没有明文规定的事项，援引刑法中类似相关事项的规定，并对可能超出含义的范围做出说明，将刑法中没有规定的事项也能纳入规定的范围。我国从绝对的罪刑法定过渡到相对的罪刑法定，是我国民主政治发展的具体体现，并进一步否定刑罚权的专横与擅断，保障公民的自由与权利。所以只要符合这一宗旨的类推解释是不被禁止的，从而在理论界产生了两种观点：有利于被告人的类推解释和不利于被告人的类推解释。所谓不利于被告人的类推解释就是指，解释者通过类推解释将刑法没有规定的事项纳入刑法规定的范围内，但做出的解释是不利于被告人的。例如做出的解释由原来的无罪变为有罪、轻罪变为重罪、

轻罚变为重罚、不受处罚变为要受处罚，等等。很显然，不利于被告人的类推解释违背了罪刑法定的宗旨，根本没有保障公民的权利和自由，甚至公民对自己行为的后果完全缺乏预见可能性，一不小心就掉入了违法的深渊，这是为我国法律所禁止的。相反的，有利于行为人的类推解释则是为了保护被告人的利益，与罪刑法定的宗旨是一致的。要清楚刑法本身就有一些有利于被告人的条文规定，但不可能面面俱到，可能会因为文字阐述在最后适用法律时出现不公平的现象，所以一方面是为了弥补法律规定的缺陷，另一方面是为了保障被告人的权利，以此实现真正的公平正义。对于法律没有明文规定的行为，不能对被告人通过类推或者类推解释以犯罪论处。法官切记不能从主观上认定被告人有罪，偏离中立，而肆意扩大解释，做出不利于被告人的决定。

第四节 罪刑法定原则司法化路径

《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；法律没有规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”这条规定是罪刑法定原则在刑法中的体现。罪刑法定原则不仅仅是一个条文，其在司法实践中也发挥着重要的引导和推动作用。罪刑法定原则司法化对于我国来说是一个新的刑事司法理念，在司法实践中贯彻罪刑法定原则，可以从以下几方面着手：

一、贯彻罪刑法定原则的关键在于贯彻有利于被告人的精神

由于受到传统的注重打击犯罪的刑法任务的影响，在司法工作人员的观念中贯彻有利于被告人的精神仍然存在很大的障碍。一方面，多数司法工作人员先入为主，把被告人作为犯罪人来看待，使被告人在法律地位上处于一定被追究或惩罚的对象。但是，正如德国刑法学家拉德布鲁赫说，刑法不仅要面对犯罪人保护国家，也要面对国家保护犯罪人。树立有利于被告人的观念有利于从根源上解决司法不公的问题，同时，有利于被告人的精神更好地贯彻了刑法中惩罚犯罪及保障人权的机能。另一方面，树立有利于被告人的刑事司法理念需要一个过程，理念的转变比立法更为艰难。

二、贯彻罪刑法定原则应建立对这一原则的确信和尊重

（一）摒弃“浪漫主义”观念

长期以来，有人认为，只有在法律得到真正完善后才能贯彻罪刑法定原则。由于我国还有很多法律并不完善，特别是刑法条文还有不完善的地方，因此在这种情况下，不可能真正贯彻罪刑法定原则，这种贯彻良法基础上的罪刑法定主义的观点就是“浪漫主义”观点。这种观点表明，罪刑法定原则司法化有赖于刑法立法的完善。实际上，刑事立法的完善是个永恒的主题，只要有法律，就存在完善的问题，世界上任何一部法律都不可能一劳永逸而不需要任何完善。刑法也不例外，不可能存在有任何不需要完善的刑法，任何一部刑法其实都有完善的余地。因此，要建立对罪刑法定这一原则本身的确信，绝不能因为法律永远存在完善的必要，而就此认为罪刑法定原则永远不可能贯彻。

罪刑法定原则要求刑法条文具有明确性，当实践中出现了某些侵害法益比较严重的行为，但是依据刑法的规定，这种行为并不构成犯罪，因此无法用刑法对这种行为加以惩治。在这种情况下，人们就会直观地感受到刑法的不完善之处。经过一段时间的努力，通过完善刑法进而对这些行为进行了明确的规制，这就促使了刑法的不断完善。相反，如果没有严格贯彻罪刑法定原则，对这些严重侵害法益的行为，即使刑法没有规定为犯罪，也擅自将其作为犯罪处理，实践就无法对刑事立法的完善起到一种促进的作用。

（二）防止“教条主义”的观念

“教条主义”观念，在这里有特定含义，是有些人将刑法关于罪刑法定的规定生搬硬套，不允许对案件处理有任何的针对性和灵活性，按照这种把罪刑法定当做教条理解的观点，认为要坚持罪刑法定原则，就必须严格地按照刑法条文中所规定的内容加以执行，而且要逐字逐句地加以理解。把刑法当作教条，这种观点忽视了罪刑法定的基本内涵和精神，实际上是和罪刑法定原则背道而驰。不符合刑事司法实际，也无法执行刑法。贯彻罪刑法定原则，不能机械地适用刑法条文，生硬地套用刑法规范的文字术语，而是要从本质上考虑刑法条文的立法精神和目的，把握刑法的整体内容和内在联系。这样罪刑法

定原则才能真正贯彻，司法人员既贯彻了罪刑法定，又灵活运用刑法。

三、贯彻罪刑法定原则应树立的刑法新理念

罪刑法定原则的司法化，关键在于确立刑法新理念，当然，只有摒弃旧观念，才能真正树立符合现代社会发展的刑法理念。

树立刑法新理念，分为立法和司法方面的适应罪刑法定的新理念。

(一) 在刑事立法层面，应该树立以下三个刑法新理念

1. 坚持罪刑法定原则，坚决废弃不利于被告人的类推制度

罪刑法定原则要求犯罪和刑罚具有明确性。认定行为人构成犯罪并给予刑罚处罚的规定，必须在刑法中予以明确规定，没有刑法的明文规定就没有犯罪和刑罚。当然，立法机关在制定刑法时，力求法律的全面性、严谨性和完整性，应做到尽可能地将实际中发生的各种犯罪行为归入刑法调整的范围中。但是，毕竟社会中犯罪现象处在不断变化之中，法律规定无法穷尽一切犯罪事实。法律是针对之前社会生活制定出来的规范，法律一旦颁布，已经落后于现实的社会生活，对未来的社会发展更无法全面准确预测，所以，滞后性是法律无法超越的特点，正是这个特点，也形成了法律的稳定性。

对于法律没有明确规定的行为，但其足以侵害法益时，作为司法机关应当如何处理？传统观念认为，“法有限，而情无穷”，刑法作为一部成文法，必然具有抽象性和相对于社会发展的滞后性，通过对法条含义的类推，能够最大限度地遏制和惩罚犯罪，更大程度地实现保护法益这一刑法价值。但是，德国著名刑法学者李斯特说，刑法实际上是双刃剑，它通过损害法益来保护法益。而类推制度的本质无疑将“损害法益”发挥到了极致，类推制度在一定程度上体现了我国对于刑法惩治犯罪这一机能的过度迷信，这一传统观念损害了刑法的可预测性和可知性，限制了刑法的另一机能即保障人权的机能，极大地阻碍了现代刑法的发展。因此，面对这样的考验，应该坚持以刑法有无规定作为判断行为人的行为是否构成犯罪的标准这一新的刑法观。1997年修订后的我国刑法在明文规定罪刑法定原则的同时，也明确废除了旧刑法规定的类推制度。

需要强调的是，类推制度与类推解释不同，我国并不当然地禁止一切类推解释，对于有利于被告人的类推解释，我国一般不予禁止。而类推解释与