

本辑专题

- 罪行法定原则在中国的时代命运
- 无限防卫权制度的理论评判
- 安乐死的刑法意义

2000

《刑法问题与争鸣》

编委会

ISSUES AND CONTROVERSY OVER CRIMINAL LAW

刑法问题

争鸣



第二辑
2000年

中国方正出版社

D914
17/2

2000年 第二辑

(总第2辑)

刑法问题 与 争鸣

《刑法问题与争鸣》编委会

3
中国方正出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法问题与争鸣 第二辑/《刑法问题与争鸣》编委会编. - 北京:
中国方正出版社, 2000. 1

ISBN 7-80107-322-3

I. 刑… II. 刑… III. 刑法-研究-文集 IV. D914-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 66108 号

刑法问题与争鸣

(第二辑)

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编:100813)

北京民族印刷厂印刷

开本:787×960 毫米 1/16 印张:27.5 字数:430 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月北京第 1 次印刷

印数:1—3000 册 定价:35.50 元

(该书如有印装质量问题,请与本社出版部联系)

卷首语

中国素有“重刑轻民”、“以刑为主”的法文化传统，因此自古以来刑法理论丰富深厚。建国后，新中国刑法体系逐步健全、完善，刑法理论研究随之蓬勃发展。特别是近二十年来，刑法学界“百花齐放，百家争鸣”，学界同仁携手共进，学术层次不断攀升，理论研究硕果累累，呈现一派繁荣景象：不仅研究视野不断拓展，而且引起争鸣的焦点、热点问题此起彼伏，从未间断。

与此相比，推动刑法学研究进一步深入的研究资料、理论成果的收集、归类整理等基础性工作则相对欠缺。法学刊物的多元化及各自不同的影响区域、影响层次，导致各自刊载的研究成果难以同时为同一读者所见，以致大量关于某一热点问题的针锋相对、各有创新的观点一经发表，便似泥牛入海，难以寻觅。可谓言者自言、感者自感。此种现象不仅是学人智力劳动和社会投入的浪费，而且经常导致无谓的重复研究和循环论战。

为改变此现状，几位刑法学子积极筹划推出《刑法问题与争鸣》，集中对刑法理论界最近的热点、焦点、疑点与难点问题的论战、争鸣性文章进行有计划、分专题的清理和再现，并根据需要约请学界名家或点评或撰写专门性文章参与论战，以促进刑法学研究的理论升华，同时为学人提供其研究专题的前沿成果、动态，以减少资料查找之苦和纵横比较之累。

愿本刊的问世能为刑法理论研究尽绵薄之力，也愿刑法学研究中的理论争鸣与观点交锋能够长盛不衰，从而促进中国的刑法理论研究更加繁荣和辉煌，并为刑事立法的公平、科学和刑事司法的公正、合理尽到应有的历史责任。

《刑法问题与争鸣》编委会

目录

一、罪刑法定原则在中国的时代

命运 . . . (1)

编者按

(一)

罪刑法定原则否定论 . . . 朱建华 (5)

罪刑法定还是法律类推 . . . 周 密 (11)

罪刑法定原则与我国刑法立法的
完善 . . . 郝守才 (19)

罪刑法定和类推 . . . 李由义 (29)

市场经济下罪刑法定与刑事类推的
价值取向 侯国云 (38)

(二)

类推制度应当废止 . . . 鲍逐献 (53)

编委会 类推制度应当废止 . . . 蔡通通 范晓芸 (58)

类推应该取消 刑法必须完善 . . . 黄太云 (65)

废除类推及刑法科学化 . . . 胡云腾 (68)

刑法修改中类推制度存废之争的
研讨 . . . 赵秉志 肖中华 (91)

罪刑法定的当代命运 . . . 陈兴良 (113)

(三)

罪刑法定原则将在挑战中
前行 . . . 黄定勇 (175)

主编 胡 驰
于志刚
委员 许发民
胡 驰
翟中东
魏 东
刘志远
周洪波
于志刚

明确性原则与“罪刑法定”的立法化设计

——兼评修订后的《中华人民共和国刑法》 游 伟 孙万怀 (184)

论“罪刑法定”与修订后的我国刑法典 游 伟 (193)

罪刑法定与社会危害性的冲突

——兼析新刑法第13条关于犯罪的概念 樊 文 (198)

附：罪刑法定与社会危害性的统一

——与樊文先生商榷 李立众 李晓龙 (203)

(四)

略论我国刑法对罪刑法定原则的确立 高铭暄 (211)

罪刑法定原则的法典化

——新刑法的一个重大发展 杨春洗 (215)

罪刑法定原则确立的观念基础 蔡道通 (221)

我国刑法罪刑法定原则立法化的重大进展 张英忠 (233)

试论新刑法的罪刑法定原则 何秉松 (254)

罪刑法定与国际刑法

——兼论国际刑法的基本原则 张 旭 徐 岱 (279)

二、无限防卫权制度的理论评判

编者按

(一)

关于新刑法中特别防卫权规定的研究 王作富 阮方民 (293)

论无过当之防卫 陈兴良 (307)

无限防卫问题研究 李永升 (315)

论无限防卫 高洪宾 (327)

论我国新刑法中的无限防卫权 黄明儒 吕宗慧 (333)

论无过当防卫 孙 明 (343)

(二)

无限防卫权与刑事立法思想的误区	卢勤忠	(347)
正当防卫立法的进展与缺憾	赵秉志 肖中华	(356)
防卫权限度的理性思考	田宏杰	(367)
无限防卫权的价值与完善	杨晋平	(375)
“无限防卫权”质疑	魏 东	(379)
附:全国第一例无限防卫案:叶永朝正当防卫案		(381)

三、安乐死的刑法意义

编者按

现阶段安乐死的社会危害性与违法性	张 承	(386)
“安乐死”不构成故意杀人罪	吴 靖	(389)
对“安乐死”的两点法律思考	熊裕武	(395)
“安乐死”的法律思考	叶高峰	(399)
关于我国安乐死立法的思考	余 刚	(405)
论安乐死的法律和道德问题	郭自力	(412)
传统死亡观与安乐死之悖论及其变革	戴跃依	(423)
附:中国第一例安乐死案		(428)

一、罪刑法定原则 在中国的时代命运

编者按：

罪刑法定原则作为现代法治的一项基本原则，为世界各国立法所重视和采纳，而这一原则在中国刑法理论界的认同并进而上升为法典化的刑法基本原则却历经坎坷。

1. 罪刑法定的司法命运^①

1997年修订后的我国《刑法》第3条规定了罪刑法定原则：法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪的，不得定罪处罚。这一原则在司法实践中却经历了以下几个曲解的阶段：

(1) “罪刑领导人定”。毛泽东同志对中国社会主义革命和建设的巨大贡献，我们世代代是不会忘怀的，但他晚年的失误和教训，也是我们应该永远引以为戒的。对法律的轻视可以说是他晚年最大的失误之一。这一失误始于“胡风案”。在此之前他发动的对电影《武训传》和俞平伯《红楼梦研究》的批判，虽然欠妥或是错误的，但尚未涉及法律问题，即还没有把《武训传》的作者和

^① 孙丽娟：《我们是如何逐步实现“罪刑法定”的？》，载《法学》1997年第11期。

俞平伯定为反革命罪犯。而胡风一案就不是这样了。《人民日报》把胡风上书党中央的《关于几年来文艺实践情况报告》和私人之间的信件，于1955年5月13日、5月24日和6月10日公开发表，中共中央主席毛泽东则为发表的这些材料亲自撰写按语，指出“胡风一伙或是帝国主义国民党的特务，或是共产党的叛徒，由这些人做骨干组成一个暗藏在革命阵营内的反革命派别，一个地下的独立王国。”胡风的罪与非罪的性质问题，由毛泽东一笔划定。随后而来的是：7月，胡风以“反革命”罪被撤去一切职务；8月，经全国人大常委会批准，由公安部逮捕了胡风；关押10年后，1965年10月，北京市高院才判处胡风有期徒刑14年，剥夺政治权利6年。

(2) “罪刑执政党定”。中国共产党是中国人民选择的领导党和执政党，“党的领导是不能动摇的，但党要善于领导，党政需要分开”^①。例如，“纠正不正之风、打击犯罪活动中属于法律范围的问题，要用法制来解决，由党直接管不合适。党要管党内纪律的问题，法律范围的问题应该由国家和政府管。党干预太多，不利于在全体人民中树立法制观念。”^②“罪刑”不由“执政党定”而由“法定”，是不是背离党的领导呢？否！因为我国的法律是党的意志、人民的意志和国家意志的高度统一。坚持“罪刑法定”从根本上来说，也是执行党的意志。但过去我们忽略了这一点，做了一些越俎代庖的事情。

例如，1957年的“反右”斗争是必要、正确的，但犯了严重扩大化的错误。从法律程序上来看，也是有相当缺陷的。第一，由党来制定划分右派分子的标准，不妥。右派性质当时被定为敌我矛盾，右派分子被定为反革命分子，这样重大的法律问题，按宪法规定，应由全国人大通过立法程序来确定划分右派的标准。但中共中央却于1957年10月15日下达了关于《划分右派分子的标准》的通知，规定了划分一般右派的6条标准和极右分子的4条标准，及不应划为右派的六种情况。第二，由党来具体执行划分右派标准的规定，不妥。按照一般右派的6条标准和极右分子的4条标准，右派是地地道道的反革命分子。那么，按照宪法规定，应由司法机关依法审理和判决，但当时的右派分子都是由各级党

① 《邓小平文选》第3卷，第177页。

② 《邓小平文选》第3卷，第163页。

组织划定的。

(3)“罪刑革命群众定”。新中国是人民当家作主的国家,人民的利益和意志就是最高的法律。但是,这不是说人民群众的意志可以直接表现为法律,相反,它必须经过法定程序上升为国家意志,始能成为法律。然在过去我们却忽略了这一点。“文革”期间,“四人帮”在上海的亲信要求“第二武装”(民兵)“要唱政法工作主角”,说民兵办案“是政法工作的大方向”;他们在辽宁的死党推行什么“五群”(“群侦、群审、群判、群定、群办”)经验;“文革”前期,三五个人凑到一起,代表什么群众组织,就可对公民抄家、游斗、通缉、劳改等,合法的公、检、法机关被砸烂,代之以诸如“贫下中农高等法院”之类的荒唐组织。

作为世界法治文明成果之一的“罪刑法定”原则,自然有着诸如反对类推、不溯及既往等特定内容。但从中国的国情来看,贯彻这一原则的关键环节却是:第一,罪和刑标准的设定权必须由国家权力机关依照法定程序来行使,党关于罪和刑的一些主张要通过国家权力机关的立法程序而上升为体现国家意志的法,方能对公民有约束力;第二,拥有具体定罪权和处刑权的机关,只能是人民法院,而不是其他任何政党、任何团体、任何群体、任何单位。

2. 罪刑法定原则的理论褒贬

罪刑法定原则在中国刑法理论界的命运也颇多曲折。1979年刑法典颁行初期,基于类推制度的法典规定和担心立法粗犷而可能导致刑法真空,因而诸多学者极力排斥罪刑法定而推崇类推;之后,理论界逐渐认识到罪刑法定原则的积极效应,在思想难以完全改变的状态下而形成赞成同时规定罪刑法定原则和保留类推;随着刑法理论研究层次的升华和民主法制观念的深入人心,废止类推而选择罪刑法定原则的学者逐渐形成主流力量,从而导致罪刑法定原则的法典化。

但是应当注意,一方面在1997年新刑法典颁行之后反对罪刑法定原则而留恋类推制度者依然存在;另一方面,刑法理论界对罪刑法定原则持欢迎和支持态度的人虽然居多数,但是态度也略有不同,一部分完全赞同,另一部分则在肯定的同时对于此一原则能否得以现实贯彻表达了深深的忧虑。

3. 选文意图

针对罪刑法定原则在中国理论界的波折命运和法典化的坎坷经历,

本刊精选对罪刑法定原则持不同态度的代表性文章，依态度的不同而分为四类，以供读者评判，并进而形成对这一问题历史演进的真实了解：（一）反对罪刑法定和赞成类推制度者；（二）反对类推和赞成罪刑法定者；（三）担心法典化的罪刑法定难以贯彻者；（四）肯定罪刑法定原则法典化的积极作用者。

(一)

罪刑法定原则否定论

朱建华

罪刑法定是否是我国刑法的一项基本原则,在我国刑法学界有两种不同的观点:一种观点认为我国刑法实行的是以罪刑法定原则为基础,以类推为补充的相对罪刑法定原则;另一种观点认为,罪刑法定不是也不能是我国刑法的基本原则。笔者同意第二种意见,现根据刑法的实际精神,根据几年来立法与司法实践加以进一步说明。

什么是罪刑法定主义或罪刑法定原则?“罪刑法定主义,一般是以‘没有法律就没有犯罪,没有法律就没有刑罚’的表述形式加以说明的。”“不论多么不道德的行为,只要法律上没有预先把它规定为犯罪,就不应该构成犯罪而受到刑罚。”^①这个原则的具体内容就是:一、刑法的表现形式只能是正式法律;二、对法律有关犯罪与刑罚的规定,不能适用类推;三、刑法中对罪和刑都要有明确的规定,不能采用不定期刑;四、刑法效力不得溯及既往,但新法轻于旧法者为例外。我认为,这样表述罪刑法定原则及其内容,符合它的原意,应该成为争论双方的共许前提。不在共许前提下的争论是无益的,无法得出正确的结论。

^① 《国外社会科学》1983年,第7期。

我国刑法规定了类推制度，这是对罪刑法定原则的否定之一。在宣布实行罪刑法定主义的法律中，是严格禁止类推的，至少在立法上不明确规定这一制度。出现了法无明文规定的犯罪，只能是“不为罪”，“不处罚”，或通过秘密破坏立法确立的原则的办法，予以处理，进行定罪量刑。我国刑法规定实行严格类推制度，这就是：一、行为的社会危害性必须达到了犯罪的程度，应该用刑罚加以处罚；二、该行为必须是刑法分则没有明文规定的；三、必须比照刑法分则最相类似的条文定罪量刑；四、类推案件必须报请最高人民法院核准。我国刑法规定的类推要求是十分严格的，它反映了社会主义的法制原则。建国后的实践表明，规定类推制度，对于巩固无产阶级专政，对打击一切犯罪活动，起了积极作用。严格类推制度既可杜绝犯罪分子钻法律的空子，逃避刑罚制裁，又可防止或减少错判，保证无辜的人不受刑事追究。在我国，尽管适用类推的案件很少，限制严格，但刑法毕竟宣布了类推制度，司法实践中也确有需要适用类推的案件出现。类推制度的规定，是我国刑法没有采用罪刑法定原则的一个证明。

我国刑法没有规定任何新法不得溯及既往，这是对罪刑法定原则的又一否定。按照罪刑法定原则的要求，除新法轻于旧法外，新法没有溯及既往的效力。即，新法规定某罪的法定刑重于旧法，或新法规定了旧法没有的罪名，新法不得适用于该法生效以前的行为。对于这一点，我国刑事立法实践是坚决否定的。解放后不久颁布的《惩治反革命条例》规定了“本条例施行以前的反革命罪亦适用本条例之规定。”如果不这样，我们就不能有效地同《惩反条例》颁布以前的反革命犯罪作斗争，就不能巩固新生的政权。我国刑法规定对其颁布以前的行为实行从旧兼从轻的原则，但并不能由此就断定以后对刑法的修改、补充都不得溯及既往。刑法公布以后，根据犯罪实际情况的变化，1982年3月8日五届人大常委会第二十二次会议通过了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，其中规定：“凡在1982年5月1日以前对所犯的罪行继续隐瞒拒不投案自首，或者拒不坦白承认本人的全部罪行，亦不检举其他犯罪人员的犯罪事实的，作为继续犯罪，一律按本决定处理。”1983年9月2日六届人大常委会第二次会议通过的《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第3条规定：“本决定公布后审判上述犯罪案件，适用本决定。”这两个决定，不仅规定了有关犯罪的法定刑重于未经修改、

补充的刑法规定，而且在《严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》中还规定了刑法条文中没有规定的传授犯罪方法罪。这两个决定都明确规定了具有溯及既往的效力。不这样，我们就不能同严重的经济犯罪，严重危害社会治安的犯罪作有效的斗争，就会重罪轻判，就不能有效地保护人民，不能全面完成刑法的任务，真正实现社会主义法制。由此可见，我国刑法过去没有现在仍然没有实行罪刑法定原则。

从我国刑法的任务与犯罪的定义看，我国刑法第2条规定：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切反革命和其它刑事犯罪行为作斗争……”（着重号为笔者所加，下同）第10条规定：“一切……危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪……”可见，刑法强调的是“一切”犯罪。任何行为，只要其社会危害性达到了依法应受刑罚处罚的程度，都是犯罪，都应当予以处罚。否则就是片面理解了刑法规定的犯罪定义，背离了刑法的任务。而罪刑法定原则对法无明文规定的犯罪，其落脚点在于“不为罪，不处罚”。因而形式上采用罪刑法定原则的刑法，都不作同一切犯罪作斗争的规定。如果原来没有采用罪刑法定原则而有“一切”之规定，后又采用罪刑法定原则的刑法典，立法者会有意识地去掉“一切”这种字眼。如1927年1月1日生效的《苏俄刑法典》规定：“目的在于反对苏维埃制度或破坏工农政权在向共产主义过渡时期所建立的法律秩序的一切作为或不作为，都认为是危害社会的行为。”而在实行罪刑法定原则的1961年1月1日生效的《苏俄刑法典》中则规定：“凡本法典所规定的危害社会行为（作为或不作为）……都认为是犯罪。”取消了“一切”的规定。这是由“一切”与“法无明文规定不为罪，不处罚”不能并处于同一部刑法典的性质决定的，“一切”总比法典所规定的范围要广。我国刑法规定了同一切犯罪作斗争的任务，规定了一切具备社会危害性、违法性、应受刑罚惩罚性的行为都是犯罪，因而它也就从立法精神上否定了罪刑法定原则。

基于以上理由，笔者认为，我国刑法没有采用罪刑法定原则，同时，笔者还认为，罪刑法定也不应成为我国刑法的基本原则。

首先，如前所述，我国刑法要求的是与一切犯罪作斗争，这是社会主义法制的要求，是人民的意志、国家的意志的体现。对我们来说，人民的意志是必须服从的，违背人民的意志就意味着背叛。我国刑事立法的出发点与归宿点只能是为了保护人民的利益，在人民的意志经过全国

人民代表大会或其常设机关成为国家意志后，就成为无上的命令，司法机关必须坚决执行，不得以所谓罪刑法定原则而与之相抗衡、相抵触。在我们看来，已经犯罪而不认为是犯罪或有罪不予处罚，与罪刑擅断一样，它们殊途同归，都不利于社会主义法制的巩固，有害于人民利益。罪刑法定原则无法完成我国刑法同一切犯罪作斗争的任务，它至多只能同法律规定限度内的犯罪作斗争，而不能做到“一切”。

其次，刑事立法要从实际出发，它规定的应当是比较成熟的经验和迫切需要规定的问题。“现在能实行的我们就写，不能实行的就不写。”^①对于那些经验还不成熟，没有把握不能保证执行的问题，先不忙于规定，需要待经验成熟后再考虑对刑法予以补充。如果确实是严重的罪刑，非要追究刑事责任不可的，只能适用类推来处理，同时积累与这些方面犯罪作斗争的经验，为立法提供可靠的资料。而按罪刑法定原则的要求，只能是刑法规定在前，犯罪在后，反对类推，结果必定要求立法机关在没有与某一方面犯罪作斗争的经验或经验不成熟时即对犯罪与刑罚勉强作出规定，这样，就会出现行不通或者打击过宽的现象，这对解决问题不仅没有好处，还会带来害处。

再次，马克思主义和我国人民代表大会都不是算命先生，他们只能从现有的实际材料出发，尽量发挥主观能动性，对犯罪作出预测与规定，他们可以认识犯罪的基本规律，但却无法把纷繁复杂，不断变化的犯罪手段，新犯罪种类规定的详尽无遗。罪刑法定原则要求受时间、地点、条件限制的认识主体一下子认识在阶级消灭以前不断变化着的犯罪，从而对犯罪作出遥远而全面的规定，以不变之法、不变之刑应不断发展变化、手段方法不断翻新的犯罪，应因时因地变化的犯罪的社会危害性，这从认识论上来说，不符合辩证唯物主义的运动观与反映论，而在实践上不利于与犯罪作斗争。我们知道，科学技术的发展是无穷无尽的，它能促进社会生产力的巨大发展，促进社会的巨大进步。但是，随着科学技术的发展，人与人，人与自然的交往必然不断扩大，许多为现在的人们还不知的社会关系必将不断产生和发展，并成为刑法的保护对象，成为可能为犯罪行为侵害的客体。在世界消灭阶级以前，难免有人会利用新的科学技术手段危害国家、危害人民、危害社会，谁也不能断

^① 《毛泽东选集》第5卷，第128页。

言新产生的社会主义社会关系不会为犯罪行为所侵害。按照罪刑法定原则的要求,如果立法机关没有预先作出规定,出现了新的为刑法未规定但又必须处罚的罪行,就只能是“不为罪,不处罚”;在犯罪的社会危害性明显增长时,新修改补充的刑法不得溯及既往,只能眼睁睁地实行重罪轻判;按照人民利益,按照行为的社会危害性是犯罪的行为,而因为法律没有明文规定,就只能强迫自己背离实事求是的认识路线,放弃自己对犯罪及其社会危害性的真理性认识。因此,罪刑法定原则是不符合马克思主义认识论的,是不科学的。

否定罪刑法定是我国刑法的基本原则,是否会导致罪刑擅断?这也正是认为我国刑法应实行罪刑法定原则的同志担心之所在。这种担心的产生,有它历史的根据,但它又是没有现实根据的。我们否定罪刑法定原则,但并不否定罪刑法定原则的要求在历史上起过进步作用,更不否定它有合理的内容,这就是:反对罪刑擅断,对法有明文之犯罪,必须依法处断,依法定罪量刑,不允许有法不依,法外定罪量刑。对这些合理的积极内容,社会主义刑法应是它的最坚决的肯定者。然而正如唯物辩证法中包含有相对主义的因素但不能归结为相对主义一样^①,我国刑法中有罪刑法定原则的某些合理内容,但不能说我国刑法就是实行了或应当逐步实行罪刑法定原则,这是因为罪刑法定原则中还有不合理、不现实的、不利于加强社会主义法制的东西,必须坚决予以抛弃。因此,我们的否定是在吸收罪刑法定原则的合理内容,坚持有法可依,有法必依,执法必严,违法必究社会主义法制建设总方针基础上的辩证的否定,决不会导致罪刑擅断,有法不依,而只会真正地加强社会主义法制,加强法律的极大权威。

编辑点评:

本文是刑法理论界早期否定罪刑法定原则的代表性文章之一。作者从类推法定化、法律不禁止溯及既往、罪刑法定原则与犯罪概念相抵触三个方面论证了我国刑法典对于罪刑法定原则的否定,同时,作者又从三个方面论证了罪刑法定不应成为中国刑法基本原则的观点。作者最终认为,否定罪刑法定原则决不会导致罪刑擅断和有法不依,而是真正地加强社会主义法制,强化法律权威。

^① 《列宁选集》第2卷,第136页。

客观地讲，本文的出现有其历史背景，但是作者的论证和最终结论是负责的，因而也是符合当时的社会历史条件的。