

总则部分

增订版

DIALOGUE ON CRIMINAL LAW

刑法纵横谈

张军

刑法，无论是总则还是分则，写的都是历史、经济、文化和社会，解决的都是政治问题。

姜伟

刑法规范演化为司法实践是追问与阐述犯罪要件的过程。

郎胜

站在新的高度去探究和把握刑法的精髓。

陈兴良

刑法不仅仅是一门法理的学术与法理的学问，而且是一种司法的技术与司法的技能。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D924. 04/54
:2
2008

总 则 部 分

增 订 版

张军

姜伟

郎胜

陈兴良

刑法纵横谈

DIALOGUE ON CRIMINAL LAW



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法纵横谈. 总则部分·增订版/张军等著. —北京:北京大学出版社, 2008. 1
ISBN 978-7-301-13311-8

I. 刑… II. 张… III. 刑法-总则-研究-中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 202024 号

书 名: 刑法纵横谈(总则部分)·增订版

著作责任者: 张 军 姜 伟 郎 胜 陈兴良 著

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-13311-8/D·1967

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 33 印张 626 千字

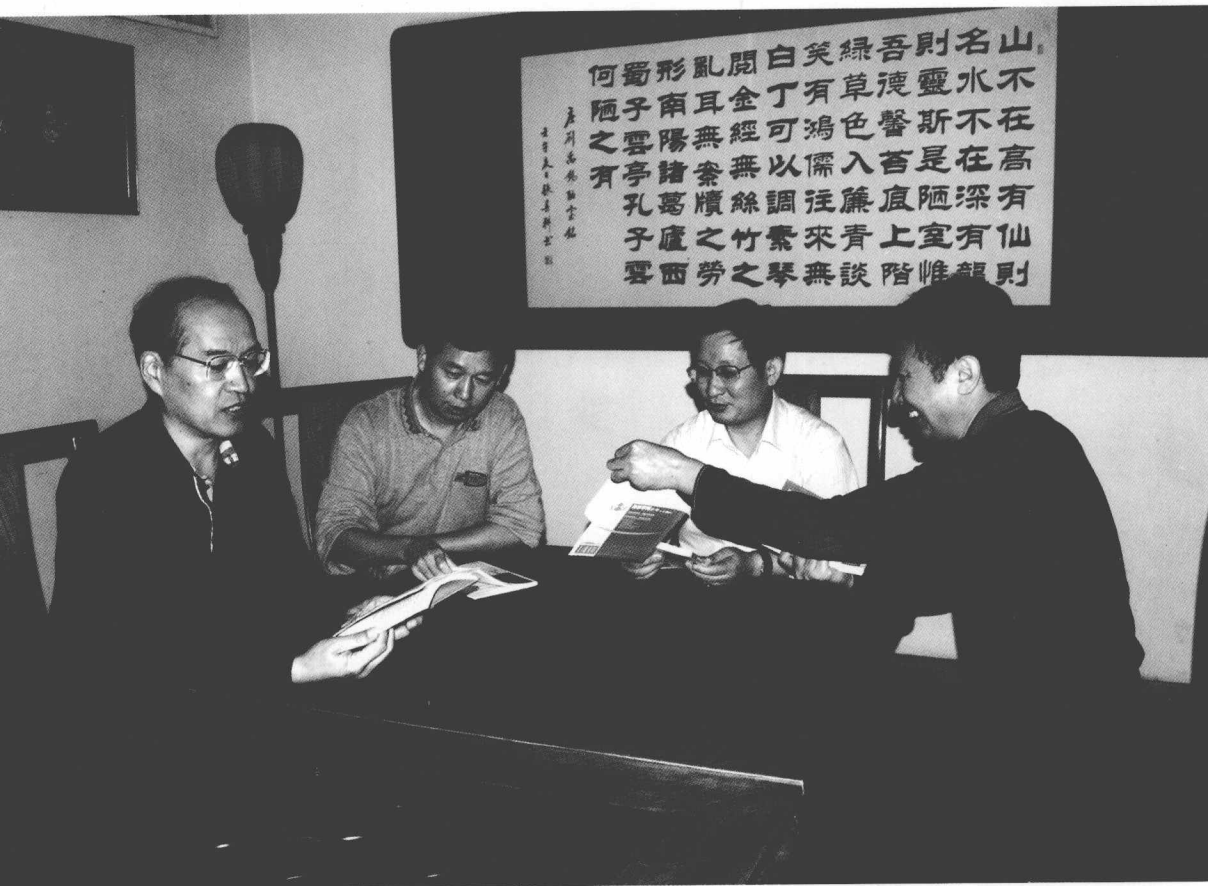
2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 59.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn



山不在高有仙則名水不在深有龍則靈斯是陋室惟吾德馨綠草入簾青苔笑有鴻儒白丁可以調素琴閱金經無絲竹之亂耳無案牘之勞形南陽諸葛子雲何陋之有

唐劉禹錫陋室銘
王晉夫書於...

再版序言

《刑法纵横谈(总则部分)》一书初版是2003年11月由法律出版社出版的,转眼之间4年过去了。本书出版以后,以其独特的风格引起我国刑法学界的重视,也受到了读者的好评,这是令人欣慰的。

本书的特点在于以一种口述的方式对刑法总则中的一系列重大理论问题进行讨论。因为这些理论问题在司法实践中存在一定的争议,如何从理论上分析这些问题就成为本书关切之所在。由于参与讨论的4位作者所处的立场不同,对这些问题从不同的角度加以阐述,乃至于展开争论,以期抵达问题的核心点。我以为虽然未必在每个问题上都能达成共识,但这种讨论本身就会给人以启迪。本书以一种实录的方式将整个讨论过程呈现给读者,读者不仅从中获得结论性知识,而且可以随着讨论的思路触摸作者的思绪,这是一般书面作品所不具有的阅读魅力。正如我在本书初版序中所言:

本书的意义不在于对理论命题的系统叙述,而恰恰在互相探讨、商谈,乃至于争论中反映出来的对刑法基本理论问题的各自有特色的见解。

在这一讨论中,我们4人由各自的身份所决定,自然形成了立法、司法(审判机关、检察机关)和理论三个(在某些情况下是四个)不同的视角。我当然是站在刑法理论的角度考虑问题的,但在这场讨论中,我更像是一个主持人的角色,主角还是来自立法与司法部门的郎胜、张军和姜伟。我更多的只是提出问题,表明理论上的关切,真正的倾谈者是他们。而且我对刑法有关重大理论问题的观点都已经在我个人的专著中进行了系统的阐述,因此借此机会想更多地听取来自实务部门同志的观点,我想读者也与我一样。尽管我本人也是教师,但我更习惯于一个人系统地讲授,而不太习惯于在一个争论的环境下发表自己的见解。在这方面,郎胜、张军和姜伟一个个都表现得十分抢眼,在争论中滔滔不绝地发表意见,我成了一个倾听者。

《刑法纵横谈(总则部分)》是4年前出版的,在这4年中,立法与司法又向前发展了,尤其是《刑法修正案(六)》对刑法作了较大幅度的修改补充。在这种情况下,需要对本书的内容作适当调整。考虑到本书是一部口述式作品,谈话时间是固定

2 刑法纵横谈(总则部分)

的,不好在内容上加以增补,只能以注释的形式反映立法与司法的变化。因为本书讨论的是刑法总则中的一些基本理论问题,刑法的局部修改不会影响本书内容。此外,在本书修订时我提议与《刑法纵横谈(分则部分)》在体例上保持一致,在每个专题后面增加一个案例分析,以便强化本书的应用性。案例选择的工作是在我指导下,由北京大学法学院刑法专业博士生孙运梁完成的。这些案例除个别以外均选自最高人民法院刑庭主办的《刑事审判参考》(法律出版社出版)。《刑事审判参考》是在张军的主持下创办的,我亦是该连续出版物的顾问之一。我以为,该书刊登的大量案例,实际上具有判例性质,对于指导刑事审判活动发挥了重要作用。作者对案例,尤其是裁判理由作了一些分析。由于前面讨论部分已经对有关理论观点进行系统阐述,因此在案例分析部分为避免重复,不再讨论一般性的理论问题,而是有针对性地进行点评,以便与前面的理论阐述形成互相之间的呼应。对于这些案例,各位作者的看法未必完全一致。但透过案例分析可以使理论讨论更加深入、具体,是对理论观点的必要补充。

《刑法纵横谈(总则部分)》一书初版的成书和再版的面世,蒋浩先生功不可没。在某种意义上说,蒋浩是本书的幕后作者,参与了全书长达数年的创作过程。我没有看到过一个出版社的策划编辑对于一本书付出如此多的心血。对于蒋浩先生为本书创作所付出的巨大努力,我要郑重地代表全体作者表示由衷的谢意和敬意。在本书的出版过程中,还有许多人付出了心血,初版当时我的博士研究生卢宇蓉承担了录音整理任务,将三十多盘、数十个小时的谈话录音整理成文字,并进行专业加工。这是一项繁重的工作,既有体力劳动又有脑力劳动。卢宇蓉出色地完成,是令人感激的。现在卢宇蓉从北大毕业后已经在最高人民检察院工作多年,并且成为一名副处级领导干部。参与本书的创作,我想也应该是卢宇蓉成长过程中难以忘怀的一段经历。在本书初版的编辑过程中,责任编辑张琳博士对全书引文中的专业性问题一一作了注释,使本书为之增色。这项工作已经超出了责任编辑的责任范围,对此应当深表谢意。

《刑法纵横谈(总则部分)》是采用理论与实践相结合的方法对刑法理论问题进行深度探讨的一种尝试,它为读者提供了走近、走进刑法理论之门的另一种途径。本书以再版的方式得以延续其学术生命,我和其他作者为之释然:心血没有白费,努力自有回报。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2007年11月30日

初版序言

《刑法纵横谈——理论·立法·司法(总则部分)》一书即将出版,我受各位作者的委托,为本书作序。本书不是一般意义上的理论著作,而是口述式作品,是我们共同讨论、争辩与交锋的实录。本书缘于法律出版社蒋浩先生的设计,约请我们四人就刑法总论中的一些基本问题进行侃谈。从我们四个人的身份上来看,正好分别代表理论、立法、司法三个方面的立场。我以从事学术研究为主,属于理论的立场;郎胜是全国人大法工委刑法室主任,从事立法工作;张军时任最高人民法院副院长,姜伟是最高人民检察院公诉厅厅长,他们可以说是法官和检察官的代表。当然,这种理论、立法、司法立场的区分又是相对的。我虽然身在理论界,但也在司法实务部门兼过职,自以为对于实际情况还是比较了解的。而郎胜、张军、姜伟虽然从事刑事立法与刑事司法工作,但他们本身都可以说是刑法学家,更何况他们三人都兼任中国法学会刑法学研究会副会长。当然,毕竟各自工作岗位不同,形成互相之间有所区别的视界,由此进行讨论,才会碰撞出思想的火花。本书的意义不在于对理论命题的系统叙述,而恰恰在于在互相探讨、商谈,乃至争论中反映出来的对刑法基本理论问题的各自有特色的见解。本书从开谈到成书,差不多经过了一年多的时间。记得在2002年大年初二,蒋浩就把我们四人,加上录音整理者卢宇蓉博士,拉到了偏僻的延庆某度假村。当时是冰天雪地、北风凛冽。就在这样寒冷的气候里,我们开始了热烈的谈话。前后四天,形成了本书的大部分内容。此后,一别就是大半年,由于各自工作繁忙,直到2002年10月2日国庆放长假时才又聚集在一起。这次是在昌平十三陵水库旁的半山居,又是两天的谈话,终于完成了本书。虽然谈话的时间只有六天,但这是我们从事刑法理论研究和刑事立法与刑事司法实务工作二十多年来思考的结果和经验的总结。

我虽然对纯学术的理论著述情有独钟,但对当下流行的口述式作品也颇有兴趣。我们四人共同合作完成的这部“出口成章”的作品,反映了我们对刑法总论的基本理论问题的思考。由于口述式作品的特点,这种理论思考是即时的、即兴的,具有理论著述所不具有的可读性。当然,由于口述式作品这种形式的局限,对理论观点

4 刑法纵横谈(总则部分)

的表述是口语化的,因而在逻辑上可能未必是十分严谨的。

本书只是一个开始,若有可能,这种讨论还将继续进行下去。最后,我们还要感谢蒋浩先生的策划与张罗以及张琳博士的精心编辑,尤其是感谢卢宇蓉博士的辛勤劳动,是他使本书从声音转变为文字。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀蓝旗营寓所

2003年8月19日

目录 CONTENTS

一、罪刑法定原则	1
(一) 罪刑法定的提出	1
(二) 罪刑法定主义的表述	15
(三) 罪刑法定的体现	20
(四) 罪刑法定的适用	32
(五) 案例分析	62
李宁组织卖淫案	
——组织男性从事同性性交易,是否构成组织卖淫罪	
二、刑法的溯及力	69
(一) 刑法变化的溯及力	69
(二) 刑法解释的溯及力	76
(三) 案例分析	82
陆飞荣玩忽职守案	
——新刑法生效之前实施的滥用职权行为的法律适用	
三、《刑法》第 13 条但书的适用	92
(一) 《刑法》第 13 条但书的理解	92
(二) 《刑法》第 13 条但书的具体适用	96
(三) 案例分析	105
文某被控盗窃罪	
——处理家庭成员和近亲属之间的偷窃案件应当注意的刑事政策	
四、犯罪故意	112
(一) 犯罪故意的界定	112
(二) 目的犯的认定	124
(三) 犯罪的复合罪过	132

2 刑法纵横谈(总则部分)

(四) 间接故意与过失	138
(五) 案例分析	143
李宁、王昌兵过失致人死亡案	
——如何区分间接故意杀人与过失致人死亡之间的界限	
五、未成年人犯罪的刑事责任	149
(一) 未成年人犯罪刑事责任的范围	149
(二) 未成年人犯罪刑事责任的认定	152
(三) 案例分析	156
扎西达娃等抢劫案	
——对罪行极其严重的未成年犯罪人能否判处无期徒刑	
六、精神障碍人的刑事责任	163
(一) 醉酒与原因自由行为	163
(二) 精神病人的鉴定问题	171
(三) 案例分析	176
阿古敦故意杀人案	
——对限制刑事责任能力的精神病人应如何处罚	
七、正当防卫	182
(一) 正当防卫的必要限度	182
(二) 防卫过当的罪过形式	191
(三) 刑法中的无过当防卫	199
(四) 案例分析	216
李小龙等被控故意伤害案	
——特殊防卫的条件以及对“行凶”的正确理解	
八、犯罪的未完成形态	223
(一) 犯罪预备	223
(二) 犯罪未遂	233
(三) 犯罪中止	252
(四) 案例分析	258
王元帥、邵文喜抢劫、故意杀人案	
——犯罪中止与犯罪未遂的区别	
九、共同犯罪	264
(一) 共同犯罪人的分类	264

(二) 共同犯罪中的主犯	268
(三) 共同犯罪中的从犯	275
(四) 共同犯罪中的教唆犯	281
(五) 共同犯罪中的帮助犯	285
(六) 共同犯罪中的身份犯	286
(七) 案例分析	293
冉国成、冉儒超、冉鸿雁故意杀人、包庇案	
——如何理解和认定事前通谋的共同犯罪	
十、单位犯罪	300
(一) 单位犯罪的概念界定	300
(二) 单位犯罪的主体范围	307
(三) 单位犯罪的具体认定	311
(四) 单位的共同犯罪问题	321
(五) 单位犯罪的诉讼问题	328
(六) 单位犯罪的立法建议	335
(七) 案例分析	339
王红梅、王宏斌、陈一平走私普通货物、虚开增值税专用发票案	
——以单位名义实施走私犯罪,现有证据只能证实少量违法所得	
用于单位的经营活 动,绝大部分违法所得的去向无法查清的,	
是单位犯罪还是个人犯罪	
十一、死刑的适用	354
(一) 死刑适用的刑事政策	354
(二) 死刑适用的具体问题	358
(三) 案例分析	370
刘群、李国才抢劫、诈骗案	
——对有重大立功表现的犯罪分子一般不应适用死刑立即执行	
十二、财产刑具体适用问题	380
(一) 没收部分财产和没收全部财产	380
(二) 没收财产刑与罚金刑的选择适用	383
(三) 案例分析	386
戴恩辉销售假冒注册商标的商品案	
——销售假冒注册商标的商品罪的认定标准	

4 刑法纵横谈(总则部分)

十三、量刑中的酌情减轻处罚	390
(一) 减轻处罚的含义	390
(二) 减轻处罚的适用	393
(三) 案例分析	405
程乃伟绑架案	
——特殊情况下减轻处罚的适用	
十四、累犯	413
(一) 一般累犯的认定	413
(二) 特殊累犯与毒品再犯	415
(三) 案例分析	418
南昌洙、南昌男盗窃案	
——对累犯“再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪”要件的理解	
十五、自首与立功	424
(一) 自首的条件	424
(二) 坦白与自首	427
(三) 立功和自首的量刑	433
(四) 案例分析	436
张义洋故意杀人案	
——犯罪嫌疑人的亲属报案后,由于客观原因没能将犯罪嫌疑人	
送去投案,但予以看守并带领公安人员将其抓获的,能否视为	
自动投案	
十六、缓刑的运用	441
(一) 缓刑的执行	441
(二) 缓刑的减刑	446
(三) 案例分析	448
王园被撤销缓刑案	
——撤销缓刑案件的管辖、审理和羁押时间折抵	
十七、刑法总论的其他问题	454
(一) 因果关系	454
(二) 不作为犯罪	463
(三) 牵连犯的认定	472
(四) 法条竞合的理解与适用	481

(五) 案例分析	488
1. 因果关系	488
陈美娟投放危险物质案	
——介入因素与刑法因果关系的认定	
2. 不作为犯罪	495
王仁兴破坏交通设施案	
——不履行因紧急避险行为引起的作为义务可以构成不作为犯罪	
3. 牵连犯	500
董军林等强迫职工劳动、故意伤害案	
4. 法条竞合的理解与适用	506
梁其珍招摇撞骗案	
——法条竞合及其法律适用原则,招摇撞骗罪与诈骗罪的区分	

一、罪刑法定原则

《中华人民共和国刑法》

第三条: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。

陈兴良:罪刑法定原则是1997年《刑法》第3条确认的我国刑法的基本原则,这一原则对于我国的刑事立法与刑事司法具有重要的指导意义。可以说,罪刑法定原则是刑事法治在刑法中的直接体现。对于罪刑法定原则如何正确理解,在司法实践中如何正确地贯彻罪刑法定原则,都存在一些值得研究的问题。

(一) 罪刑法定的提出

张 军:罪刑法定主义作为一个刑法原则提出来是具有历史意义的。20世纪50年代,因为罪刑法定和罪刑相适应这两个原则问题,司法界许多人被打成右派;文化革命结束之后相当一个时期,罪刑法定仍然被视为刑事司法中的一个禁区。我们只是在学校里讨论罪刑法定主义。1997年修订刑法公布,第3条赫然把罪刑法定主义明确规定出来了,而且是一开始就明确了,意义十分重大。对这一规定没有什么争议啊!但是司法实践中就没有那么简单了。

郎 胜:的确是没有什么大的争议。不过,罪刑法定原则在刑法修订草案中正式提出也是较晚的,在黄河京都大酒店召开的那次大型的修改刑法的座谈会之后^①,当时的刑法草案中还没有这一条。可以说,罪刑法定原则的确立是这次刑法修改中对刑法所作的最为重大的补充与完善。在相当长的时间里,对于罪刑法定是否是我国刑法的基本原则是有争议的。有一种观点认为,我们国家在1979年《刑

^① 在黄河京都大酒店召开的修改刑法座谈会是指1996年11月10日至11月20日,由全国人大常委会法制工作委员会主持召开的,有中纪委、中政委、国务院法制办、军委法制局、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、海关总署、国家计委、国家经贸委、人民银行总行、对外经贸部、国家工商总局、国家环保总局等部门和部分地方人大、法院、检察院、公安机关参加的修改刑法的座谈会。

2 刑法纵横谈(总则部分)

法》中是有这一原则的。不管是在理论界还是立法机关、司法机关,这种观点是有一定代表性的。应当说,从我个人觉得,客观地看,应该说在我们1979年《刑法》里确实按照罪刑法定原则的精神作了很多的规定,但是严格地讲很难说已经确立了罪刑法定这一原则。

我们在1979年《刑法》中规定了从旧兼从轻这样一些原则,实际是罪刑法定的一种表现;在刑罚的规定上将其确定化,也是罪刑法定的一种体现。但是我们对有些法条的规定上还是采用空白罪状的表述方式,给司法机关的自由裁量权是很大的,特别是一些口袋罪的规定,在定罪量刑上存在较大的自由度,这是一个方面。同时,我们毕竟保留了类推。^①我们这种类推并不是有利于被告人的类推,如果是有利于被告人的类推,那么理解为是对司法权的一种限制,从这个定义上也可以说是罪刑法定的体现,但它毕竟不是。当在法律没有规定的一些领域,出现了实质意义上的犯罪行为,而在刑法中没有规定怎么办,在实践中就采取了类推。这种类推对于被告不是有利的。因此,从这个角度来说,我个人觉得在1979年《刑法》里虽然在很多方面体现了罪刑法定的精神,但毕竟我国的法制刚刚才建立,还不能说已经确立了罪刑法定原则。

在修改刑法的过程当中,很多专家、学者、部门对罪刑法定原则提出了各种各样的观点和认识,也有各式各样的建议和提法,应当说,现在刑法中的这条规定,是在反复倾听各方面的意见以后写出来的。因为我经历了这个原则的制定过程,我觉得我国刑法关于罪刑法定原则的表述有一些有别于传统意义罪刑法定原则的东西。记得有一次在全国人大常委会主持修改刑法的领导同志的办公室里研究刑法修订单写的条文时,一位法律委员会的老同志提出,如果这次刑法修订没有规定罪刑法定原则,那么这次刑法修改的意义就要大打折扣。我记得前一年刑法修改的时候,也是这位老同志提出:修改刑法必须确定无罪推定。后来在刑事诉讼法中规定了“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”。这次刑法修改他又提出来了罪刑法定。全国人大常委会的领导同志当时就表态说:对呀,是应当提出来,在刑法中明确规定。同时要求我们研究一下条文具体应当如何表述。第二天继续研究修改刑法有关条文的时候,我们提出了一些具体方案。主要的一个方案是我们通常所掌握的“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,或者说得再通俗点,就是“法律没有明文规定的,不得定罪处罚”。但是这几种方案提出来以后,当时在场的领导同志不满意。我们说从外国翻译过来的条文,最为通常的表述就是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。那么用咱们现在的说法,可以说“法律没

^① 1979年《刑法》第79条:本法分则没有明文规定的犯罪,可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑,但是应当报请最高人民法院核准。

有明确规定的,不得追究刑事责任或者不得定罪处刑”。

陈兴良:对!

郎 胜:但不管怎么解释,他们还是不满意。那位领导同志讲,虽然罪刑法定原则按照现有的译文可能是这个意思,但是在现在的历史条件下,不能光是这个内容,还应有一层意思,就是法律已经作出规定的,必须依照法律规定办。提出要在刑法中规定罪刑法定原则的那位法律委员会的老同志也认为,我们原来提出的方案不够全面。并根据常委会领导同志的意见进一步提出罪刑法定原则从两个方面讲更好。当时,经过一番研究、讨论,我们就提出了现在刑法中的写法,具体法条大体就成为现在的样子。

陈兴良:就是“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”。

郎 胜:对,基本就是这样。当时,常委会的那位领导同志说,“对,这样表述的意思差不多。今天,你们下班以后再请教一下专家学者看这样行不行?”当天,我们从他办公室出来,就分头给一些专家学者打了电话,我记得当时给高铭暄、王作富、储槐植等老师都打了电话问了一下。好像还问了陈兴良老师,还有一些别的专家。他们大都说“还行”!但也有的专家认为,“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;”这一句话可以不写,就写“法无明文规定不为罪”就完了,认为写这句话是多余的,法律明文规定为犯罪行为的依法定罪处刑,这是不言而喻的。其实当时,我们对这句话的意义认识得也不是很深,当时我就认为将这个原则从两个方面进行表述意思更完整一些。后来,我们又经过研究认为,从罪刑法定原则的发展来看,在不同的时期,不同的历史条件下有不同的内涵和侧重点。在我们今天建设社会主义法治国家的历史条件下,强调依照法律定罪处刑,有特别重要的意义。可以说刑法第3条的规定是我国刑法的罪刑法定主义一个更完整的表述,比现有的一些译文或者比外国规定得更全面一点,我认为这一点应当是我们国家刑法典的一个发展。

陈兴良:刚才郎胜提到了立法机关将罪刑法定原则在刑法中确定了,那么罪刑法定的提出也有它的理论背景。我们1979年《刑法》中规定了类推,从逻辑上说,类推与罪刑法定是完全矛盾的,但有一点很奇怪,就是1979年《刑法》颁布以后的刑法教科书都一直讲我国刑法是坚持罪刑法定,但这种罪刑法定,有的说以类推为基础,有的说以类推为补充这样一个主流观点。

姜 伟:有的提法认为是以类推为例外、为补充的。

陈兴良:对,是以类推为补充的,有的还说是类推与罪刑法定的结合。从刑法学界来讲,一直这样认为。

4 刑法纵横谈(总则部分)

张 军：这是共识。

陈兴良：对，是共识，一直认为罪刑法定是我国刑法的基本原则。

郎 胜：这里，我要插几句话。我认为无论是司法机关、立法机关，还是理论研究部门，如果我们要制定一部现代意义上的刑法的话，谁都不否定罪刑法定这个原则。你说1979年《刑法》是我们建设社会主义法制的一部分，那么即使它在客观上存在许多不完善之处，也必须遵循罪刑法定。

张 军：罪刑法定是现代刑法的基石，没有人能否定它。即使类推规定与之相矛盾，实质上不相容，也要、也只能把它理解、解释为是罪刑法定原则的“补充”。

姜 伟：的确是这样，没有罪刑法定就不可能有现代意义上的刑法。

陈兴良：不过，从理论上来说，当时对于罪刑法定的理解与现在对罪刑法定的理解是不一样的。因为当时刑法里规定了类推，从逻辑上说，罪刑法定是说法无明文规定不为罪，但类推是法律没有规定的也可以定罪，这是根本矛盾的。但是我们这里要考虑的是在这种直接矛盾的情况之下，我国刑法学界还说我国刑法是坚持罪刑法定的，这里的理论背景是值得考虑的。

姜 伟：我们当学生时问过一些老师，他们很尴尬。我们做教师时，遇到学生提这类问题，也很尴尬。老师一讲到罪刑法定，学生就问了，“既然罪刑法定是原则，又允许类推，形式上就是矛盾的！这怎么理解？”

陈兴良：对。一方面，罪刑法定与类推是不相容的；但在不相容的情况下，我们还说我国是坚持罪刑法定，这种情况下的罪刑法定实际上是指的应然的状态，也就是说刑法应该罪刑法定，但实际上严格来说并没有罪刑法定。

郎 胜：或者说，罪刑法定是我国刑法应当追求的一个目标，但是在当时的历史条件下，这个目标还不可能完全实现。

陈兴良：就是在当时的历史条件下，我们说我国刑法是罪刑法定，但另一方面，我们并没有对类推制度进行反思和批判。

姜 伟：并且是从正面肯定类推制度的。

陈兴良：对，是从正面肯定的。比如讲到类推的理由说，我国地域广大，犯罪情况比较复杂，第一次制定刑法不可能将所有的犯罪都用刑法规定下来，所以要利用类推制度来惩治这些危害严重但没有规定为犯罪的行为。那么，这样一种意图被理论认为是正当的可取的，只是后来，随着社会主义市场经济的发展，民主法治观念逐渐深入人心，人们才开始对类推进行一些批评。我记得是开始酝酿刑法修改以后，人们逐渐强调要坚持罪刑法定原则，要废除类推。从理论上说，除了个别学者以外，大都认为在刑法修改中应该坚持罪刑法定，废除类推。因此，在刑法修订当中，实际