

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   | <a href="http://www.cuplpress.com">http://www.cuplpress.com</a> (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

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 |

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？”<sup>〔1〕</sup>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和类推是对立的，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，不定刑和不定定期刑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，