

魏 东 | 著

保守的实质刑法观 与现代刑事政策立场



中国民主法制出版社

魏 东 | 著

保守的实质刑法观 与现代刑事政策立场



图书在版编目(CIP)数据

保守的实质刑法观与现代刑事政策立场 / 魏东著.

——北京: 中国民主法制出版社, 2011.9

ISBN 978-7-80219-939-2

I. ①保… II. ①魏… III. ①刑事政策—研究—中国

IV. ① D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 188199 号

图书出品人: 肖启明

文案统筹: 刘海涛

责任编辑: 逯卫光 陈曦

书名 / 保守的实质刑法观与现代刑事政策立场

Baoshou De Shizhixingfaguan Yu Xiandai Xingshizhengce Lichang

作者 / 魏东 著

出版·发行 / 中国民主法制出版社

地址 / 北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)

电话 / 63055259 (总编室) 63057714 (发行部)

传真 / 63055259

E-mail: MZFZ@263.net

经销 / 新华书店

开本 / 16 开 710 毫米 × 1000 毫米

印张 / 19.25 字数 / 337 千字

版本 / 2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

印刷 / 北京友谊印刷有限公司

书号 / ISBN 978-7-80219-939-2

定价 / 32.00 元

出版声明 / 版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

谨以此书

献给我亲爱的岳母妈妈王明兰女士！

—— 魏 东

前言

法治中国需要保守的刑法理性与内敛的现代刑事政策立场，因而本书欲表达的核心立场观点可以简要地概括为保守的实质刑法观与现代刑事政策立场。这也是本书取名《保守的实质刑法观与现代刑事政策立场》的缘故。

尽管本书对保守的实质刑法观之全貌尚未进行系统阐述，本书所收录的内容主要是笔者近年来在有关场合发表的学术讲座或者学术谈话的记录，经过适当加工整理而成（其中有超过一半的内容属于首次公开发表）。但是应当说，本书所有论述都是从各种不同的视角来观察、分析、阐明保守的实质刑法观的，在学术立场和理论体系上保持了一致性。

本书研讨了广义刑事政策观与现代刑事政策立场，系统阐述了现代广义刑事政策学的基础理论问题，并以此检讨了目前我国正在推行的宽严相济刑事政策在理论上存在的误读误解，以及宽严相济刑事政策和现代刑事法治理性特别关涉的刑事和解制度、刑民交叉问题。应当说，这种广义刑事政策观相对于狭义刑事政策观而言更具有学术包容性，有助于实现现代法治刑法理性的深化研究，因而与保守的实质刑法观是协调一致的。在阐述现代刑事政策立场的内容中，本书还特别宣扬了一种反对剩余制裁的刑事辩护立场，这既是作者基于现代刑事政策立场与现代刑事法治理性而对刑事辩护理性之感悟，并力图倡导和宣扬的刑事辩护立场，也是本书的重要创新内容。反对剩余制裁的刑事辩护立场，在本质上是与现代刑事法治理性、广义刑事政策观和保守的实质刑法观完全一致并相互呼应的一种现代刑事政策立场，甚至可以说，这种立场其实也是内敛的刑法立场和保守的实质刑法观之必然结论。反对对犯罪之人给予剩余制裁的刑事辩护立场，本质上就是主张刑法矫正主义与犯罪人回归主义的刑法立场与刑事政策立场，推崇自由最大化并将自由最大化作为刑法理性的根本。应当申明，反对剩余制裁的刑事辩护立场，是一种与刑法报应主义格格不入的刑事政策立场。在这种意义上，保守的实质刑法观堪称反对剩余制裁的保守的实质刑法观。

笔者曾经在拙作《当代刑法重要问题研究》（四川大学出版社 2008 年版）一书的代序中，以“刑法公正观及其感悟与表达”为题，写下了与前述刑法观点立场完全一致的这样的字句：“现代刑法公正观念必然是一种与现代社会人文关怀相

匹配的刑事法治公正观，这种公正观应当真切地将人权保障作为一种终极性的价值使命，从而，人权保障应当成为刑事法治的内核价值。并且，基于人权保障在刑事法治中所具有的固有特性，笔者认为，现代刑事法治公正观应当坚持以下基本立场：反对报应主义刑法公正观，主张矫正主义刑法公正观，反对犯罪有力打击主义，主张犯罪有力防控主义；反对片面保障强势人权，坚持侧重保障弱势人权。因而，在理论上以任何一种报应主义论证公正（尤其是刑法公正），把‘刑法公正必然内在要求报应主义’这个命题作为一个‘不言自明’的公理，在根本上都是十分错误的，因为报应主义并不能成为刑法公正的当然内容。”^{〔1〕}笔者所宣扬并反复强调的这种矫正主义刑法公正观、犯罪有力防控主义、侧重保障弱势人权等刑法立场观点，恰恰是本书所进一步宣示和论证的保守的实质刑法观与现代刑事政策立场的核心内容之一，这些，正是笔者所始终如一予以坚持和宣扬的基本刑法观点立场。

以上表陈，权当对读者诸君阅读本书之导读。

魏 东

谨识于成都市锦官新城寓所

2011年1月31日

修订于2011年4月16日

〔1〕魏东著：《当代刑法重要问题研究》，“代序”，第1页，四川大学出版社，2008年版。

目 录

前 言	1
上 编 保守的实质刑法观	1
1 中国刑法实质解释论的分野与出路	3
2 刑法研究方法的创新与运用	11
3 中国刑法实践检讨与改进思路	37
4 社会危害性理论与人权风险防范	45
5 和谐社会的刑事法治理性	55
6 罪刑法定原则的刑事司法意义	65
7 刑法的机能性认识及其意义	75
8 犯罪构成论的体系性考察	81
9 中国传统犯罪构成论的实质合理性与逻辑自治性考察	99
10 教唆犯之规范存在、法理体认与概念界定	109
下 编 现代刑事政策立场	159
1 现代广义刑事政策学的基础理论问题	161
2 宽严相济刑事政策之理论误解与纠偏	207
3 刑事和解契合现代刑事法治理性	215
4 刑民交叉及其关涉问题	229
5 刑民交叉问题对策研究的创新思路	243

6 法庭庭训应反映法治理念的核心内容	251
7 反对剩余制裁的刑事辩护立场	255
后 记	299

上 编

保守的实质刑法观

／ 中国刑法实质解释论的分野与出路 *

非常高兴今天有机会在西南财经大学法学院举行的“四川刑法学创新论坛”上讨论有关刑法解释论的问题。刑法解释论是我近年来关注比较多的问题，这个问题与整体刑法理论关系很大。形式解释论和实质解释论之争也是整体刑法理论立场的一个重要的反映，同时也与司法实务的关系很大。通过媒体报道而了解到的部分刑事案件以及我亲身接触到的一些刑事案件，其中涉及的刑法解释论问题真的是很多很令人感慨。这个问题值得整个刑法学界去关注，冯亚东教授说不光整个刑法学界、甚至包括整个法学界都需要去关注、去研究。今天论坛原定的题目是有关形式解释论与实质解释论的学术考察这一问题，我原先也准备了很长的讲稿，但是我今天临时决定给大家讲点“新的发现”，这就是我今天要讲的主题，即中国刑法实质解释论的内部分野与现实出路。

我发现在我国的实质刑法解释论的内部也有分野，部分原因同我自己坚持的刑法解释论立场有关（我需要寻找理论支持）。我本人是主张保守的实质解释论立场的，我发现我的很多见解同刘艳红教授的观点比较接近，但在许多地方不同于张明楷教授的看法，于是我试图提出中国刑法实质解释论出现了内部分野这种论点。我对这种分野的概括是：一个是全面的、激进的刑法实质解释，另一个是比较片面的、保守的、温和的刑法实质解释。中国刑法实质解释论内部是否真的出现了这种分野呢，这种论点是否成立？首先，我要谈一谈中国刑法实质解释论内部的一致性，然后再谈内部分野。中国刑法实质解释论内部的一致性，我主要以张明楷教授和刘艳红教授为例来谈这个问题。张明楷教授在解释论方面的观点是旗帜鲜明的，在2010年发表了一篇文章叫《实质解释论的再提倡》（载《中国法学》2010年第4期），而陈兴良教授在同期杂志上发表的文章叫《形式解释的再宣示》（载《中国法学》2010年第4期），这在相当层面上可以看做是鲜明的学派之争。但是，在此前不久召开的一次学术会议，我记得陈兴良教授还说，刘艳红教授当

* 本文系对作者于2011年4月16日在西南财经大学法学院举行的“四川刑法学创新论坛(第二期)”上所作同名学术演讲的讲稿提纲经整理而成，基本保持了演讲提纲原状，其中包括一些口语及“我”字称呼等均未做改动。

时在中国是唯一一位公开宣称坚持实质刑法观的刑法学者，其代表作主要有《实质刑法观》（中国人民大学出版社2009年8月版）和《走向实质的刑法解释》（北京大学出版社2009年9月版），实质刑法观的主要内容就是实质解释论。此后不久，就又有张明楷教授公开擎起刑法实质解释论的大旗，陈兴良教授擎起刑法形式解释论的大旗。这样两面大旗的出现，确实是一个很有意思的现象。就我了解，我们西南财经大学法学院的冯亚东教授和胡东飞副教授也是倾向于实质解释论的学者，他们只是没有公开给自己贴上“刑法实质解释论”这个学术标签而已。

下面，针对中国刑法实质解释论内部出现分野的现象，我从“观察、发现、出路”等三个方面来谈谈个人看法。

一、观察：中国刑法实质解释论的整体理论

毋庸讳言，中国刑法实质解释论整体理论上存在一致性，这种一致性表现为实质解释论之“实质理性”宣言以及作为实质解释论标识的纠结于其自身与形式解释论之间的纠结争点，尽管我们发现这种整体立论上的一致性仅仅是一种表象上的一致性，而非真正实质上的一致性。实质解释论者的一致性就体现在其与形式解释的针对性，我归纳主要有以下几点：

（一）实质解释论力挺实质正义理性，倚重法益理论与社会危害性理论，以实质正义为旗帜来解释刑法现象。张明楷教授提出犯罪的实体是值得苛处罚刑的实质的违法和责任，刑法是规定违法和责任的法。在解释上强调实质正义、理性，值得苛处罚刑在实质上是违法的和有责的，对违法要做实质上判断，对责任做实质上的判断，西方刑法中的违法性、有责性，构成要件该当性就是违法判断的一个基本要素，该当性本身就能认定它的违法性，那么对构成要件的判断就只能实质判断。这个问题不是形式问题，因此，实质解释首先就是构成要件判断的实质解释，实质上是不是违法的，如果不是就不符合构成要件行为，就不能评判，比如说正当防卫，正当行为本身就不具有实质违法性，在评价时就不对其进行评价。但是形式解释体系中，正当防卫在形式上是违法的，下一步才谈到他实质不违法。形式的解释走了弯路，而且在逻辑上有悖论。实质解释论高举实质解释的大旗，不局限于文字的字面含义，应当进行实质判断。比如盗窃，实践和司法解释规定盗窃数额在一千元以上才构成犯罪，而不是表面上符合盗窃就构成犯罪，这就是实质解释，所以要看到形式解释不符合刑法的规定以及其对文字进行机械理解的缺陷，社会危害性是一个具有政治和伦理色彩的概念，不失一个纯粹的法的概念，法益理论本身也主要是实质正义理念。因此，对刑法、犯罪构成要件作实质解释

也是以保护法益为目的,强调要以社会危害性理论以及从社会危害性理论转换的法益理论作为指导。

(二) 实质解释论的另一个特点是推崇客观解释和扩大解释,强调解释结论的合理性。在某种意义上说,为了解释结论的合理性,可以不顾形式,不择手段。客观解释是与主观解释相对应的一种解释。一般认为,主观解释是探求立法者原意的一种解释立场,而立法者原意是一种主观的东西,解释者的解释也是主观的。客观解释论就是主张在规范存在以后,就不存在什么立法原意,对刑法的解释要结合社会的发展和现实的需要进行解释。客观解释的目的就是让它适合现实社会的需要。比如刑法规定的强奸罪和强迫组织卖淫罪中的强奸就不同,对于后者中的强奸就要进行客观解释,这里的强奸既可以是男性对男性,又可以是男性对女性,这是因为随着时代的发展,就需要这种解释,如果不这样处理就不合适,就会出现结论不合理的情况,因此就要从客观解释角度来这样解释,这就需要扩大解释。通说认为,扩大解释是罪刑法定原则所允许的,尤其是在有利于被告的时候,当然要区分扩大解释和类推解释的区别,但是从逻辑上讲是无法区分扩大解释和类推解释的界线。正因为如此,部分学者禁止扩大解释,主要是在入罪上不利于被告,但是应当说实质解释论将形式正义置于次要地位。因此,扩大解释就是实质解释的一个重要方法,比较典型的就冒充军人抢劫,冒充军人抢劫可以扩大解释为假冒军警人员以及充当军警人员,那么本身就是军警人员去抢劫的,比如警察说我有警官证让你相信我有手枪我要抢劫,这个时候呢就是冒充军警人员抢劫,那么这个解释实际上是突出了文字的字面含义,张明楷教授就说这在文字的射程范围之内,后来张老师又将文本含义解释为文字核心含义以及可能有的具有的含义。第二个相同点就是遵循客观解释与实质解释强调结论的合理性。这个强调解释的合理性也有一些理论在里面,比方说在立法正义与司法正义之间强调活的法、司法的正义作实质性解释,因此,从某方面说把司法正义放在了第一位。但司法正义的解读可能存在一些所谓的实质的东西在里面。对于“什么是司法正义”这个问题,陈兴良教授认为嫖宿幼女的行为立法规定为嫖宿幼女罪而不定为强奸罪,是正确的,它尊重了法治理性。但是也有些学者不赞同他的观点。法解释正义合法性本身也需要正义性,一个人制造大炮,但是刑法中没有相关规定,那么我们就需要对“大炮”进行解释,大炮到底属不属于枪支弹药,如果对其进行实质解释,那么,大炮就属于枪支弹药,这对被告人是不利的。所以,所谓的讲求正义有时候就等于没有正义,上面举例中有的结论就显得不合理甚至比较荒唐,所以我们在解释时需要限制和保守。

(三) 坚持刑法解释(司法)填补立法漏洞原则,特别看重刑法稳定性(也有人称其为安定性)。实质解释论一致的地方在于主张解释填补立法漏洞或者司法填补立法漏洞,司法具有一定的能动性。刑法必须具有可预测性,即安定性。既然刑法可以做实质性解释,那么他就有一定的张力和幅度,通过司法的填补就可以做到法律的安定性。关于解释填补漏洞的例子很多,比如刑法中关于侵占罪中的遗忘物,对遗忘物的研究和解释被认为是典型的司法填补漏洞,遗忘物的含义和遗失物是有区别的,因此有学者认为拾得遗失物是不能被定罪的。但是,对于遗忘物和遗失物的区别是不好判断的,因此,有的实质解释论者就认为在司法中直接予以填补即可。对于刑法中的强奸罪,由于无法超出目前的刑法规定是“强奸妇女”,因此到目前为止还没有人能够将其解释为男性对男性的强奸,但是司法解释、填补漏洞确实很管用,有利于刑法的稳定性。

以上是我对中国刑法实质解释论立场的一致性的归纳。

二、发现:中国刑法实质解释论的内部分野

但是,细心观察分析后可以发现,中国刑法实质解释论由于其强调的解释结论本身有时恰恰存在不合理之处,因而其内部也出现了一些纠结争点,比较明显的仍然是张明楷教授和刘艳红教授之间的观点差异,这种观点差异本质上就是我这里要说的“纠结争点”。我发现,张明楷教授所持观点是比较激进的刑法实质解释论观点,而刘艳红教授则持温和的保守的刑法实质解释论观点。根据我的观察和概括,中国刑法实质解释论的内部分野主要表现为以下几点:

(一) 在力挺实质正义理性并以实质正义来解释刑法现象的前提下,张明楷教授更多倚重的是社会危害性转换后的法益理论,而刘艳红教授主张社会危害性理论本身具有相当合理性,还强调混合犯罪概念的合理性,因而中国特色更浓,保守性特点更浓。相应地,关于犯罪构成体系问题,张明楷教授提出两阶层犯罪论体系,即违法性和有责性,其中第一层次在构成要件和违法性上主张合并为一个要件并直接进入实质判断,当然在有责性上也主张实质判断;而刘艳红教授坚持中国传统的四要件犯罪构成理论体系,甚至强调“我们根据社会危害性与根据犯罪构成要件来认定犯罪,是形式与实质相统一的犯罪构成要件实现其自身的过程”^[1]。刘艳红借鉴日本前田雅英所提出的构成要件的新机能是“甄别值得处罚的法益侵害行为”的机能理论,强调“对形式上被规定为犯罪,但实质上不具备

[1] 刘艳红:《走向实质的刑法解释》,第11页,北京大学出版社,2009年版。

当罚性的行为应当排除在刑法圈之外”^[1]。

(二) 在推崇客观解释与扩大解释并强调解释结论的合理性的前提下, 对于形式逻辑限定功能的态度存在差异。刘艳红教授提出了一种包容性刑事法治观, 这是对形式理性的包容, 对人权保障的更多强调, 对犯罪现象的某种包容。包容性的法治观不是一种彻底的否定。比如说在入罪问题上, 刘艳红教授更多地强调了不能反对或者排斥形式逻辑性, 并且强调了刑法实质解释的主要功能在于出罪。刘艳红提出了一个比较有代表性的口号, 就是“在犯罪圈外, 形式合理性是实质合理性的制度保障”, 强调“在罪刑法定原则这一形式的合理性限度以外, 社会危害性因为其没有依存的框架——法律规范, 自动让位于形式合理性”。^[2] 刘艳红教授还强调: “实质的刑法解释论在注重动用刑罚处罚犯罪人以实现刑法的法益保护目的的同时, 更注重严格控制解释的尺度而只将那些值得处罚的行为解释为犯罪, 从而实现对国民权利的充分保护, 实现刑法保障公民的自由人权的目的。”^[3]

(三) 针对解释填补(司法填补)立法漏洞的方向和限度存在重大分歧, 对于刑法稳定性的态度亦有不同。表面而言, 中国刑法实质解释论都主张某种程度上解释填补立法漏洞, 因为这是司法性质本身所决定的, 也是保持刑法稳定性而不至于朝令夕改所必需的。但是, 在何种意义上的解释填补立法漏洞以及如何对此予以适当限制等问题上, 中国刑法实质解释论内部也有分歧。

不同于激进的实质解释论, 刘艳红教授作为保守的实质解释论者并不主张彻底的解释填补立法漏洞, 她说: “对于刑法分则划定的犯罪圈以外的行为, 因为有严密的分则体系和罪名规范, 即使其社会危害性再严重, 也不可能将其当做犯罪处理, 因为于法无据, 无法处理, 除非修改刑法。”^[4] 刘艳红教授的其他相关论述还有: “实质的刑法解释论恰恰旨在对作为形式正义之体现的刑法规范进行解释, 以阐明其意蕴的实质正义。通过对构成要件结合社会情景的实质解释, 避免对不完善的刑法朝令夕改而削弱其可预测性, 并将不值得动用刑罚处罚的行为排除在刑法的犯罪圈之外, 以实现个案的正义。”^[5] 再如在某些个案问题上, 如刑法第236条中“冒充军警人员抢劫的”的解释, 刘艳红教授虽然称赞张明楷教授将其解释为包括具有军警人员真实身份的人员“充当”军警人员抢劫的解释技术与“积

[1] 刘艳红:《实质刑法观》, 第216页, 中国人民大学出版社2009年8月版。

[2] 刘艳红:《实质刑法观》, 第142—145页, 中国人民大学出版社2009年8月版。

[3] 刘艳红:《实质刑法观》, 第238页, 中国人民大学出版社2009年8月版。

[4] 刘艳红:《实质刑法观》, 第145页, 中国人民大学出版社2009年8月版。

[5] 刘艳红:《实质刑法观》, 第237页, 中国人民大学出版社2009年8月版。

极解决问题的精神”，但是刘艳红教授还是明确表示“对此难以赞同”^{〔1〕}，这也比较明显地表明了刘艳红教授比较保守的立场。

三、出路：走向保守的刑法实质解释论

中国刑法实质解释论该不该“保守”？我对这个问题的简单回答是：必须保守。实质解释论具有很强大的生命力，同时也具有很强大的破坏力，这种很强大的破坏力就是人权保障风险。因此应对中国刑法学界的刑法实质解释论进行适当区分，取其精华并去其糟粕，这是学术使命使然，也是刑法实践使命使然，并且首先是刑法学者的学术使命使然，因为需要刑法理论指导刑法实践。

囿于时间关系，我这里在谈出路之前先简要谈几点反思性的东西：第一，初步的观察效果，可以发现有几点共识性宏论。如：单纯的形式解释论面临责难难以自圆其说，但激进的实质解释论出现谬误也难辞其咎，而保守的实质解释论在很大程度上能够成为众望所归，因而保守的实质解释论需要“内强素质、外树形象”。第二，保守的实质解释论需要吸纳包容刑法形式解释论的合理成分。如：保守的刑法正义观应当是侧重保障人权的法正义观，还要注意研究实质解释论与形式解释论之间的纠结、实质解释论内部保守派别与激进派别之间的纠结。再如，保守的实质解释论需要对罪刑法定原则的实质与形式两个侧面重新进行理性审查，这个问题甚至是整体刑法理论需要研究解决的重大问题。还有，保守的实质解释论需要对形式逻辑与语言逻辑予以重新审查并予以充分尊重。第三，保守的实质解释论需要批判地吸收法理学的最新研究成果，如：针对法权中心主义法学的反思与改良。第四，保守的实质解释论需要准确把握法解释论的发展方向。如：对法解释的客观性与创造性的合理权衡，包括刑事司法正义的立场，对于违背罪刑法定原则的“出释入造”不能解释为法正义，对于法解释范式的斟酌与把握等。具体内容可能有待于深入细致的研究和回答。在此基础上，我认为，中国实质解释论的发展方向只能是保守的刑法实质解释论。

我主张保守的、温和的刑法实质解释论。因此，这里所谈的“出路”问题，也就是中国刑法实质解释论如何“保守”的问题。一般来讲，保守的刑法实质解释论充分体现了实质正义的核心内容和要求，但是他又充分考量了形式正义理性的合理要求，整体上主张保守的实质正义论，在解释的目标上重视法以及法解释的确定性和客观性，如果不承认立法原意，不承认其有确定性和客观性，就不能

〔1〕李立众、吴学斌主编：《刑法新思潮：张明楷教授学术观点探究》，第261—262页，北京大学出版社，2008年7月版。

实现法治。

我主张保守的刑法实质解释论立场，主要内容包括以下几点：

一是要重视法解释的客观性和确定性，以阐释立法条文原意（而非立法者原意）为基准。关于立法原意的理解在理论上有几种：一种是指“立法者原意”，一种是“立法条文原意”，还有一种是“解释者领悟之意”（具体包括领悟之原意与领悟之新意）。我这里主张的立法原意，就是“立法条文原意”；如果能看出立法者原意的，就应当充分尊重立法者的意思。原则上，应当反对“解释者领悟之新意”，除非这种新意有利于被告，或者这种新意尽管不利于被告但是已经成为我国司法实践的传统做法（先例），如：将贪污贿赂犯罪与诈骗犯罪中的“财物”扩大解释为“财物及财产性利益”。因此，阐释立法原意的含义并非完全等同于客观解释或者主观解释。

二是入罪上要保守并充分重视形式审查，坚守刚性化、形式化的入罪底线，即入罪上的刚性与形式立场。保守的实质解释论与全开放的实质解释论都主张出罪场域的实质解释论，这是出罪上的柔性与实质立场。但是，保守的实质解释论特别注意吸收形式刑法观的合理内核，特别注意防范全开放的实质解释论的根本缺陷，因而，保守的实质解释论具有更大合理性。而全开放的实质解释论则相反，主张入罪上的弹性与实质立场，不求立法上的最大公正，但求司法上的最大公正，这恰恰是保守的实质解释论所反对的。为避免入罪场域的实质解释风险（人权风险），我们必须坚持保守的入罪立场，只要关涉入罪，都必须予以保守的、形式的审查，不允许动辄入罪，更不允许司法上的犯罪化现象。但是，在出罪场域的实质解释论是可以成立的，只要关涉出罪，都可以通过包容的、实质的审查，允许司法上的非犯罪化现象。

三是坚持刑法立法漏洞由立法填补的刑法漏洞填补原则：刑法立法漏洞如果必须填补，其救济途径选择是立法修改补充，反对司法填补。这种立场其实正是我国宪法所明确宣示的，因而具有宪法根据。同时，这种立场也是我国立法法所明确限定了，因而具有立法法根据〔如：立法法第8条明确规定“下列事项只能制定法律：……（四）犯罪和刑罚；（五）对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”〕，并使得这个问题成为一个基本的立法原则。但是，保守的实质刑法观主张，在出罪场域允许司法上的非犯罪化处理。而开放的实质解释论则相反，主张法律漏洞可以由司法填补，相信司法官能够合理、善意解释刑法，并没有合理限制法官搞罪刑擅断的重大风险。

四是倡导包容性、开放性、在实然和应然两个面向上展开的刑法研究方法，