

刑

XINGFA
ZONGHENG
TAN

张 军

法

姜 伟

纵

理论 · 立法 · 司法

郎 胜

横

陈 兴 良

谈

[总则部分]



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法纵横谈:理论·立法·司法(总则部分)/陈兴良等著.
—北京:法律出版社,2003.5
ISBN 7-5036-4246-7

I. 刑… II. 陈… III. 刑法—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 026995 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张琳	装帧设计/曹铀
出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶松
开本/787×1092毫米 1/16	印张/29.5 字数/525千
版本/2003年11月第1版	印次/2003年11月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939685 63939689	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792	中法图北京分公司/010-62534456
网址/www.chinalawbook.com	中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@chinalawbook.com	中法图苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-4246-7/D·3964	定价:48.00元

序

《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容博士,拉到

了偏僻的延庆某渡假村。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，因而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，尤其是感谢卢宇容博士的辛勤劳动，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

序	1
一、罪刑法定原则	
(一) 罪刑法定的提出	3
(二) 罪刑法定主义的表述	18
(三) 罪刑法定的体现	24
(四) 罪刑法定的适用	37
二、刑法的溯及力	
(一) 刑法变化的溯及力	73
(二) 刑法解释的溯及力	81
三、刑法第 13 条但书的适用	
(一) 刑法第 13 条但书的理解	91
(二) 刑法第 13 条但书的具体适用	96
四、犯罪故意	
(一) 犯罪故意的界定	109
(二) 目的犯的认定	123
(三) 犯罪的复合罪过	132
(四) 间接故意与过失	139
五、未成年人犯罪的刑事责任	
(一) 未成年人犯罪刑事责任的范围	147

(二) 未成年人犯罪刑事责任的认定	150
六、精神障碍人的刑事责任	
(一) 醉酒与原因自由行为	157
(二) 精神病人的鉴定问题	167
七、正当防卫	
(一) 正当防卫的必要限度	175
(二) 防卫过当的罪过形式	185
(三) 刑法中的无过当防卫	194
八、犯罪的未完成形态	
(一) 犯罪预备	215
(二) 犯罪未遂	226
(三) 犯罪中止	246
九、共同犯罪	
(一) 共同犯罪人的分类	257
(二) 共同犯罪中的主犯	262
(三) 共同犯罪中的从犯	269
(四) 共同犯罪中的教唆犯	276
(五) 共同犯罪中的帮助犯	281
(六) 共同犯罪中的身份犯	283
十、单位犯罪	
(一) 单位犯罪的概念界定	293
(二) 单位犯罪的主体范围	301
(三) 单位犯罪的具体认定	306
(四) 单位的共同犯罪问题	317
(五) 单位犯罪的诉讼问题	325
(六) 单位犯罪的立法建议	333
十一、死刑的适用	
(一) 死刑适用的刑事政策	339
(二) 死刑适用的具体问题	344

十二、财产刑具体适用问题

- (一) 没收部分财产和没收全部财产 359
- (二) 没收财产刑与罚金刑的选择适用 363

十三、量刑中的酌情减轻处罚

- (一) 减轻处罚的涵义 369
- (二) 减轻处罚的适用 372

十四、累犯

- (一) 一般累犯的认定 387
- (二) 特殊累犯与毒品再犯 390

十五、自首与立功

- (一) 自首的条件 395
- (二) 坦白与自首 399
- (三) 立功和自首的量刑 406

十六、缓刑的运用

- (一) 缓刑的执行 411
- (二) 缓刑的减刑 416

十七、刑法总论的其他问题

- (一) 因果关系 421
- (二) 不作为犯罪 431
- (三) 牵连犯的认定 442
- (四) 法条竞合的理解与适用 451

编后记 459

一、罪刑法定原则



罪刑法定原则是刑事法治的一条铁律，追溯我国罪刑法定原则的发展与确立，明确我国罪刑法定原则的含义与意义，对刑事司法具有极为重要的作用。

《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。

(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。1950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,第三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。

^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、最高法院、最高检察院、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。

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。

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。

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自己的东西。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。我记得前一年刑诉法修改的时候,也是这位老同志提出:修改刑诉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“法律没有明确规定的,不得追究刑事责任或者不得定罪处罚”。

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。可以说刑法第三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的更全面一点,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的,有的说以类推为补充的这样一个主流观点。

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。

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,还是理论研究部门也好,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,你从逻辑上说,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,也就是我们刑法应该罪刑法定,但实际上严格来说并没有罪刑法定。

郎胜:或者说,罪刑法定是我们刑法应当追求的一个目标,但是在当时的条件历史下,这个目标还不可能完全实现。

陈兴良:就是当时的历史条件下,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在刑法规定下来,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,人们才开始对类推来进行一些批评。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,实际也是吸收了刑法学界关于罪刑法定的一些理论研究成果。

郎胜:这也是顺应了法治发展的要求,因为在1979年那个时候保留类推,有它当时的历史的条件。正如刚才我们说的很多正面解释,实际就是当时的历史条件。在当时的历史条件下,学界只有少数不同意,大多数学者还是认同的,加以正面解释;从公众的角度来讲,人们对于类推也是认同的。那个时候大家一般认为有这样一个制度对于社会利益的保护可能比没有更有利一些。但是随着社会法治的发展,特别是公民法治意识的提高,这个时候对于罪刑法定的认识深化了。

张军:罪刑法定是应该有一个过程的。从这个原则作为资产阶级法制的基本原则,奴隶社会、封建社会都有刑法,到了资本主义刑法中才有了罪刑法定原则,这是一个过程。我国1979年才开始有刑法典,那么在建国初的1950年以后,由于认定罪刑法定代表的是资产阶级法制原则,法学界肯定它、坚持它的,不知道打了多少右派。我的父辈也搞司法工作,那时对于罪刑法定这样一些法制原则都是讳莫如深。“文化大革命”结束以后,我国强调法制,那个时候,我还有深刻的印象就是罪刑法定仍是一个学术禁区,不容讨论,更谈不上司法界的认同和坚持了。1978年我们上大学时就是这样。因此,这次刑法修改能够将罪刑法定明确规定下来,这个意义怎么强调都不过分。刑法修改之后,我在介绍和讲课时,总是反复强调,随着历史的发展,我们会越来越深刻地看到这条原则的历史作用。为什么这样说呢?就是刚刚规定下来,人们还只将它当成一个条文,作为一段表述,要真正形成司法者自己的观念,自觉地执行起来,还需要相当一个过程。比如刑法修订前,社会关系比较简单,罪名规定得也比较原则。改革开放逐步深化后,大量新情况出现,立法要总结的实践经验还不充足,导致许多新的有害社会的行为被解释为触犯了刑法规定比较原则的罪名,也就是把一些确实危害社会,但该行为法无明文规定的装了进去,如流氓罪、投机倒把罪。这两个罪名当时就被形象地叫作罪名筐,什么行为都能往里装。不知道有多少现在看来不是犯罪的行为都可以装在里面,直接违背罪刑法定,类推就更不用说了,这是当时的社会历史条件决定的。但是现在罪刑法定明确之后,可以说这样不行了!但是,司法环境、社会历史条件绝不会因为有一个条文而马上改变;还有,我们一些司法工作人员习惯这样一种思维模式,有严重社会危害性的行为就应当有刑事责任,就一定要找一个罪名往上套,这是根深蒂固的。从这个意义上讲,1979年刑法不可能明确规定这个原则,因为我们立法经验不成熟,因为我们的社会在向前发展,预料不到的情况很多,社会法治意识还不强。即使现在我们刑法中规定了罪

刑法定,真正贯彻执行也得一个过程。而这个过程,我认为即使较长时期也是正常的、很自然的,并不是我们有意识地不去执行它。

郎胜:我同意张军说的,这个确立罪刑法定原则,是经历了一个相当长的认识过程和实践过程,有理论的准备也有实践的准备。那么到今天,我们才能够在刑法典中将它明确,但真正实现这样一个目标可能还需要相当长的时间。这里要补充一点的是,谈这些过程可以看到从我国建国到1979年刑法到1997年刑法修改,我们都在追求兴良刚才提到的这样一个应然的目标。1979年刑法中规定类推有其历史的局限性,但也有张军刚才讲的罪刑法定实现的过程性。1979年刑法中规定类推,除了当时讲我们没有做很充分的理论上的准备和实践上的准备以外,刑事立法还必须反映人民的意志要适应当时的历史条件。

张军:还有立法的经验。在改革开放的社会,一切都在发生着巨大而迅速的变化,立法的滞后性在这个历史进程中,尤为凸显。

郎胜:对,就是我们当时实践的经验。现在可以看虽然1979年刑法典规定的很多的原则到今天来看都是正确的和比较好的,但毕竟自己的立法经验不足。我国从50年代就开始着手刑法的起草工作,但由于受到左的思潮的影响,这一工作时断时续,尽管也曾搞了第22稿到33稿,应当说直到1979年刑法之前,刑法的起草受前苏俄刑法的影响是挺大的。那么到1979年刑法中,大家总结“文化大革命”一些冤假错案,拨乱反正防止在刑法中有极左的东西,但是那个时候说在刑法中确立这样一个原则而且这个原则能够为人们接受,条件是不具备的。

陈兴良:当时是不现实的,这也反映了当时的司法观念。

郎胜:那个时候急需制定一部刑法,结束无法无天的日子。那时候,我们要拨乱反正、要改革开放、要维持社会秩序、要清除“四人帮”的残余分子、要依法治国、要马上有几部法律出台。我记得我们刚到人大法工委工作,就听老同志讲,彭真同志刚恢复工作后,第一件事就是抓法制建设。他当时主持法制委员会(全国人大常委会法制工作委员会的前身)工作,在短短三个月内制定了六部法律,包括刑法、刑事诉讼法。在这么短的时间里制定出这么多法律是很了不得的了。那么,在当时刑法规定不够完备的情况下,在刑法中规定类推是不得已而为之的,因此立法也明确规定了类推的程序,对类推要严格加以限制。

张军:讲到这个类推呀,不仅立法有明文的程序上的限制,其实,从1979年刑法实施到1997年刑法修改,近20年最高人民法院依法核准类推案件的司法实践,也做了十分严格的掌握。可以说非常好地贯彻和体现

了立法本意。这次为修改刑法统计了一下,经最高法院依法核准的类推案件的总数,全国也就是一百一、二十件的样子,但每一年都有。而核准的类推案件 70% 左右都是侵占他人的遗忘物,再一个较多的是妨害婚姻家庭罪,主要就是这么两类。从这个意义上说,1979 年刑法关于类推的规定,一是没有从根本上对罪刑法定原则产生很大的负面作用;二是它实际也没有发挥什么作用。

郎胜:这两类中的第二类,实际上还是集中在 80 年代前半期,也就是 1986 年以前。

张军:这离不开现在所说的“案例指导”。最高人民法院当时发了四个破坏军婚罪的案例,因此办理类似案件过程中,司法工作人员可以参照案例直接适用法律规定,不再适用类推了。因此,后来的刑事类推主要还是侵占他人的遗忘物。后来取消刑法类推的规定,也是参改类推这十几年的实践,认为取消它甚至 1979 年刑法不规定,也不会对维护社会秩序和准确打击犯罪产生大的影响。这也就是说,那一百多件案子不类推又会怎么样呢?

姜伟:从 1979 年刑法规定类推制度到现行刑法将罪刑法定作为一个标志,这个是一个历史过程,体现了中国人刑法观念的变化。因为 1979 年以前,中国人都把刑法作为无产阶级专政的工具,作为专政的工具,它的功能着重在打击犯罪上,因此在当时的历史条件下、在当时刑法思想的统领下,它必然会规定类推。经过 18 年法制建设,经过理论的研究与实践的经验,现在大家认识到刑法的功能不仅在于打击犯罪,保护人民;同时,它也是犯罪人的大宪章,也就说它也是保护犯罪人的。所以,罪刑法定为什么能够成为现代刑法的标志,它的意义就在这里。

郎胜:这里插一句话,就你说的这个观念的变化,实际就是我们刚刚进行刑事立法的时候,更强调的是社会的保障!

姜伟:对,就是强调社会的保护,怕就怕遗漏犯罪。首先,从理论上说,从罪刑擅断到罪刑法定是历史的进步;其次,从实践上说,刚才张军也介绍了,事实上类推案件很少,而且是一些危害比较轻处刑也不重的行为;再次,大家经过比较,世界上现代刑法中规定类推制度的国家,据我了解的只有三个:一个是苏俄刑法典,公布类推不久自己就把它废除了,第二个是纳粹德国刑法,希特勒规定了类推,但战后也废除了,第三个就是中国 1979 年刑法。那么,回头看一下,我们为将实践中的一百多个较轻的危害行为类推为犯罪,招致了国际上说中国不讲法治的骂名。因为规定类推,就意味着可以法外治罪。法律给公众一个罪刑清单,还要挖一个难以确定的陷

阱等着那些额外的危害行为。所以,这实际上不仅是对犯罪人,而且对全体公民,都是有损害的。为什么1990年代学界提出罪刑法定得到绝大多数人的赞同,可能更多是理论的发展和实践的经验水到渠成的结果。

陈兴良:这里,我要说一点,尽管我国1979年刑法颁行之后的18年里,类推案件不多,只有一百来件,但是类推作为一种刑法制度,它的负面影响是不可低估的,要不然的话,1997年刑法中确立罪刑法定的意义就会贬低。实际上,这个类推制度强调的是实质合理性的观点,也就是我们刚才讲的,刑法中规定了类推制度,那么我们首先是根据社会危害性来定罪,法律有规定的按照法律规定定罪,法律没有规定的那我就想办法来治你。这样实质合理性在司法观念中确定下来,带来的后果就是法律虚无。

郎胜:实际这个涉及到犯罪概念的认识问题。

陈兴良:对,这就是涉及犯罪究竟是以客观的违法性为标准,还是以实质危害性为标准来界定。因此,类推制度对于我国建立以社会危害性为核心的刑法理论产生很大影响,什么都强调社会危害性是犯罪的本质特征,立法者为什么把一个行为规定为犯罪,因为它有社会危害性,司法者为什么把一个行为当成犯罪处理,因为它有社会危害性。我认为,立法者之所以将一个行为规定为犯罪是因为这一行为的社会危害性严重,这毫无疑问是正确的;但是在司法机关在认定犯罪的时候,你就不能还以此为标准,而应当强调客观的形式违法性。

郎胜:不错,这也是我们社会主义法制的基本要求,有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。

张军:这里有一个现实的例子。就是当前社会很关注的“黑哨”事件。在舆论界、学界、在实践工作部门、甚至在我们政府内部,都在关注这个“黑哨”,也就是那个持哨的裁判员收受贿赂枉法裁判的行为能不能追究他的刑事责任。这里,实际上就是一个形式合理性与实质合理性,依照罪刑法定原则应不应当追究他的刑事责任问题。能不能追究舆论热炒的持哨裁判员的刑事责任,目前还在讨论当中。因为作为具体案件,现在还没有结案,我们在这里不能就此案的事实和法律适用问题谈具体意见,但就这一事件,能够讨论到这种程度,我觉得如果没有一个罪刑法定原则规定在刑法中,已在不断深入人心,“黑哨”事件就根本不存在讨论的问题。

陈兴良:那就先抓起来再说。

张军:就是。有了这个原则,那么,足球协会、社会、有关司法机关,从报纸上看,最高检相关部门也有了初步意见,甚至更高层也在关注和研究这个问题。这些都说明罪刑法定原则已经逐步深入人心,在司法界产生了