

刘宪权 主编

刑法学 专题理论研究

上海人民出版社

—— 刘宪权 主编

刑法学 专题理论研究

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学专题理论研究/刘宪权主编. —上海: 上海人民出版社, 2009

ISBN 978 - 7 - 208 - 08654 - 8

I. 刑... II. 刘... III. 刑法—法的理论—研究—中国
IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 105287 号

责任编辑 张 晗

封面装帧 甘晓培

刑法学专题理论研究

刘宪权 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海崇明裕安印刷厂印刷

开本 787 × 1092 1/16 印张 22.75 插页 2 字数 504,000

2009 年 7 月第 1 版 2009 年 7 月第 1 次印刷

印数 1 - 3,250

ISBN 978 - 7 - 208 - 08654 - 8/D · 1566

定价 40.00 元

主 编：刘宪权

副主编：杨兴培

本书撰稿人(按撰写章节先后为序)：

刘宪权 孙万怀 杨兴培 毛玲玲

赵能文 薛进展 卢勤忠 王玉珏

闵 辉 何 萍 吴允锋 沈 亮

郑 伟 李 翔

目 录

第一专题 罪刑法定原则理论研究	1
一、罪刑法定原则的产生和思想渊源	1
二、罪刑法定原则的内容和基本精神	4
三、贯彻罪刑法定原则应排除的几个观念	10
四、贯彻罪刑法定原则应树立的刑法新理念	13
第二专题 刑事政策理论研究	20
一、刑事政策的基本内涵与特征	20
二、刑事政策的社会价值	25
三、中国现实条件下刑事政策的运动方式与反思	30
第三专题 犯罪构成理论研究	38
一、大陆法系犯罪构成概况	38
二、苏联的犯罪构成理论	43
三、大陆法系与苏联犯罪构成的比较	46
四、我国犯罪构成理论概说	49
五、我国犯罪构成理论的发展选择	54
第四专题 犯罪主观要件理论研究	62
一、犯罪主观要件概述	62
二、犯罪故意	64
三、犯罪过失	71
四、犯罪动机与犯罪目的	77

第五专题 期待可能性理论研究	79
一、期待可能性理论概述	79
二、期待可能性的判断标准	83
三、期待可能性理论与犯罪论	86
四、期待可能性理论的适用	88
五、期待可能性与我国刑法	90
第六专题 单位犯罪理论研究	93
一、单位犯罪概述	93
二、单位犯罪构成特征	101
三、单位犯罪的处罚	110
第七专题 共同犯罪理论研究	113
一、共同犯罪概念	113
二、共同犯罪构成要件研究	115
三、共同犯罪中的停止形态研究	126
四、共同犯罪人问题研究	130
第八专题 故意犯罪停止形态理论研究	134
一、故意犯罪停止形态存在的范围	134
二、犯罪实行行为是否“着手”的界定	142
三、犯罪既遂与未遂界限的确定	149
四、放弃重复侵害行为的定性	153
五、危险状态出现后是否存在中止	155
第九专题 死刑问题理论研究	157
一、世界上废止死刑潮流的脉动	157
二、死刑存与废的实质	161
三、死刑司法控制的合理性和应然性	167
第十专题 自首、立功制度理论研究	173
一、新中国成立后的自首、立功制度沿革	173
二、自首的分类	176

三、一般自首的成立条件	176
四、准自首的成立条件	179
五、自首认定的特殊问题	181
六、自首的处理	185
七、立功	186
第十一专题 数罪并罚制度理论研究	191
一、数罪并罚的原则	191
二、有期徒刑的并罚适用	195
三、剥夺政治权利的并罚适用	200
第十二专题 洗钱罪若干问题研究	209
一、我国刑法中洗钱罪的由来及其发展	209
二、洗钱罪的构成要件以及刑事责任	212
三、近年来洗钱罪的司法判例	217
第十三专题 信用卡诈骗罪若干问题研究	225
一、“信用卡”含义的确定	225
二、盗窃信用卡并加以使用行为的定性	230
三、拾得信用卡并加以使用行为的定性	232
四、以欺骗、侵占等手段获取他人信用卡并加以使用行为的定性	234
五、“使用以虚假的身份证明骗领的信用卡”行为的认定	235
六、恶意透支行为的认定	238
第十四专题 侵犯知识产权犯罪若干问题研究	242
一、假冒注册商标罪	242
二、侵犯商业秘密罪若干问题研究	249
第十五专题 非法经营罪若干问题研究	259
一、非法经营罪研究的概况	259
二、其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为的认定	260
三、关于“违反国家规定”中“国家规定”的范围	261
四、关于非法经营罪的“情节严重”	263

五、关于非法经营罪的存废问题	264
第十六专题 诈骗罪若干问题研究	266
一、诈骗罪“非法占有目的”的理论解读	266
二、诈骗罪的客观行为表现	270
三、诈骗罪中的财产损失	277
四、普通诈骗与其他诈骗罪的相互关系	280
第十七专题 毒品犯罪若干问题研究	282
一、毒品犯罪的体系与客体	282
二、毒品犯罪的罪数	284
三、毒品犯罪的累犯	286
四、毒品犯罪中的包庇行为与窝赃行为	290
第十八专题 贪污罪若干问题研究	301
一、受委托管理、经营国有财产的人员的认定	301
二、贪污罪客观方面的认定	306
三、贪污罪既遂、未遂的认定	308
四、贪污罪犯罪数额的认定	309
五、贪污罪与挪用公款罪的界限认定	312
第十九专题 受贿罪若干问题研究	317
一、受贿罪的贿赂范围	317
二、受贿罪的本质特征研究	324
三、受贿罪的共犯责任问题研究	328
四、受贿罪的罪数问题研究	330
五、受贿罪的贿赂数额认定研究	334
第二十专题 国际刑法基本理论及其中国化研究	337
一、国际刑法的概念及范畴	337
二、国际刑法中国化的必要性	341
三、国际刑法中国化的影响力	346
后记	355

第一专题 罪刑法定原则理论研究

一、罪刑法定原则的产生和思想渊源

对于罪刑法定原则究竟产生于何时的问题,理论上有多种说法。早在古罗马法中就已经有了“无法律即无刑罚”的格言。中国先秦时期也曾有强调法的渊源必须是成文法的法定化。应该看到,这些虽然与罪刑法定原则的内容有一些相类似的地方,但是,与现代罪刑法定原则相比,它们最多也只能称为罪刑法定的萌芽。

一般认为,罪刑法定的最初思想渊源是英国 1215 年由英王约翰签署的大宪章,该宪章第 39 条规定:“不经适合其身份的合法审判和国家法律,任何人不得被逮捕、监禁、没收财产或不得被驱逐、施暴和被剥夺法律保护。”这一规定(即“适当的法定程序”原则)虽然对限制王权和保障人权开创了先例,具有了罪刑法定原则的某些实质内容,但从本质上说,它是维护封建制度的产物,因而还不是以保障权利和自由为目的的现代意义上的罪刑法定原则。随着资产阶级在同封建统治斗争中力量的壮大和本身的逐步成熟,包含在大宪章中的罪刑法定思想,通过 1628 年的权利请愿书、1679 年的人身保护法和 1689 年的《权利法案》逐渐成熟后,这一思想又随着英国殖民主义在美洲的发展传入美洲。在 1774 年北美费城 12 殖民地代表会议的宣言、1776 年弗吉尼亚州权利宣言以及 1787 年美利坚合众国宪法中得到了肯定和进一步完善。继美国革命之后被称为资产阶级革命最为彻底的法国资产阶级革命又把这一思想从美洲带到了欧洲大陆,并在法国的人权宣言中得到完全的表现,其第 8 条明确规定:“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。”1810 年《法国刑法典》第 4 条又使其刑法条文化——“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”,形成了罪刑法定原则最直接的刑法渊源。从此以后,这一原则为欧洲各国和世界其他国家所沿用。

在相当长时期内,罪刑法定原则一直被奉为保护人权,防止刑罚权滥用的国际公认的重要原则,且在各国和地区刑法领域中占有绝对主导地位。时至今日,在 700 多年的时间里,仍是各国刑法所不愿放弃的一项基本原则。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,大多数国家和地区均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规定,但理论和实践中均予以承认。特别值得一提的是,罪刑法定原则发展

至今,已经从原来的国内刑法的原则,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。例如,1948年12月10日通过的《世界人权宣言》第11条第2款对罪刑法定原则作出了明确规定:“任何人的任何行为或不行为,在其发生时依国家法或国际法均不构成刑事罪者,不得被判为犯有刑事罪,刑罚不得重于犯罪时适用的法律规定。”1950年11月4日在罗马订立的《欧洲人权公约》第7条第1项,以及1966年12月16日通过的《公民权利和政治权利国际公约》第15条第1项都有类似的规定。笔者认为,一个法律的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,恐怕也只有罪刑法定原则能够做到,这本身就足以证明罪刑法定原则具有强大的生命力和科学性。

关于罪刑法定原则的思想渊源,理论上有不同的观点,但是通说认为罪刑法定原则主要有两大思想渊源。

其一是以资产阶级启蒙思想家卢梭等人为代表提出的“天赋人权”、“社会契约论”和“三权分立和制衡”等学说。按照卢梭等人的观点,人人生而有自由、平等的权利。这种权利是天赋的,不是哪个人恩赐的,但是人的这种权利有一个实现的过程。人在实现自己权利的过程中,可能会碰到各种各样的障碍,基于契约关系建立起来的国家自应充分保护每个人的权利,其保护方法就是国家的立法、司法、行政三权不能像封建专制统治那样集于一身,应当分立,且相互间应有制约力,以实行权力平衡,避免国家权力的滥用,从而保障国民的自由和权利不受任意侵犯。正如孟德斯鸠所指出的:从事物的性质来说,要防止滥用权力,就必须以权力约束权力。如果司法权与立法权合而为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。^① 国家还必须通过制定法律来保证人的这种自由、平等的权利,而国家的法律实际上是国家和个人建立的一种社会契约。作为一种社会契约,签约的双方在签约前对合约的内容应该了解得十分清楚,特别是涉及对人行为的禁止性规定,在契约颁布之前,应让人知道禁止性行为中的具体内容,而且这些内容必须要明确不能含糊。这些观点反映在刑事法律上,表现为针对封建社会的罪刑擅断,提出罪刑法定主义,强调司法上的人权保障,必须是司法机关严格依照事先制定并实施的法律的明文规定来定罪处刑,不能超越法律规定,更不能在没有法律规定的情况下就给人的行为定罪判刑。另外,法律的制定要考虑到执法中能确实可靠地执行,而要能保证法律确实可靠地执行,必须对法律条文中的内容明确化、具体化,也即罪和刑要法定、具体和明确。这是罪刑法定原则的第一个思想渊源。

其二是被奉为近代刑法鼻祖费尔巴哈的“心理强制说”。费尔巴哈认为,人人皆有比较痛苦与快乐、追求愉快、趋避痛苦的本性,人们对犯罪所得的快乐与受法律惩罚之痛苦比较与权衡之后,就会在心理上自动抑制犯罪。也即按照费尔巴哈的观点,人们在实施任何行为时,其始终处在一种利弊权衡的过程中,两利相衡取大的,两害相衡取小的。同样人们在实施犯罪行为的时候,也处在一个利弊权衡的过程中,如果犯罪所可能带来的痛苦超过犯罪所可能带来的快乐,他就可能不实施犯罪;相反,如果犯罪所可能带来的快乐超过犯罪所可能带来的痛苦,他

^① [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1997年版,第156页。

就会坚决实施犯罪。也正是因为这一点,按照费尔巴哈的观点,要有效地遏制犯罪,其中最关键的一点,就是人们在实施犯罪行为之前,应该让他们明确地知道,如果实施犯罪行为将可能给其带来的痛苦有多大,以使他们能够进行比较并作出权衡。在这种情况下,就会有很多人因为害怕受到这种痛苦而放弃犯罪。由此,我们的刑事法律应该事先明确规定什么是犯罪和犯了罪将要受到多重的处罚,从而对人们的心理上造成一定强制压力,以便让人们自发控制犯罪的欲望并有效地遏制一些犯罪的发生。根据这一要求,有效地遏制犯罪就必须给可能实施犯罪者一种心理强制,而造成心理强制的一个具体做法就是犯罪和刑罚必须由刑法条文具体、明确地加以规定。就此而言,一般认为,费尔巴哈的心理强制说是罪刑法定原则的第二个思想渊源。但是,也有人持不同观点,他们认为,费尔巴哈的心理强制说是对人的尊严的蔑视,因而不应该是罪刑法定的思想渊源。正如黑格尔所批判的:“威吓的前提是人是不自由的,因而要用祸害这种观念来强制人们,然而法和正义必须在自由和意志中,而不是在威吓所指向上的不自由中寻找他们的根据。如果以威吓为刑罚的根据,就好像对着狗举起杖来,这不是对人的尊严和自由予以应有的重视,而是像狗一样对待他。”^①因此,一些学者认为,“心理强制说对于罪刑法定原则的提出具有沿革意义,而不认为心理强制说能成为罪刑法定主义的理论基础。”^②

罪刑法定原则在我国刑法中的确立有一个曲折的过程。尽管中国封建社会中有一些类似罪刑法定的思想,有从春秋战国以来公开颁布成文法的传统,有著名的《唐律疏议》、《宋刑统》等法律,其中也有过罪刑法定的某些因素,但确实不存在真正意义上的罪刑法定原则。一般认为,罪刑法定原则是在晚清时由日本传入我国。这一原则最早见诸于法律条文的是1908年(光绪三十四年)的《钦定宪法大纲》,该大纲规定:“臣民非按照法律规定,不加以逮捕、监禁、处罚。”1910年(宣统二年)由沈家本主持修订的《大清新刑律》规定:“法律无正条者,不问何种行为,不为罪。”这一法律规定无疑是中国历史上第一次在刑法条文中所确立的罪刑法定原则。但《大清新刑律》还未及实施,清王朝就告覆灭,因此罪刑法定原则实际上并未在当时的中国得到贯彻执行。以后半殖民地半封建时期中国各部刑法均采用了罪刑法定原则,1935年颁布至今仍在我国台湾地区适用的《中华民国刑法》第1条就规定:“行为之处罚,以行为时之法律有明文规定者为限。”我们也应该看到,尽管《大清新刑律》后的旧中国各部刑法均有类似的规定,但是由于这些刑法中都一直存在法外制裁并容忍类推制度的实施,罪刑法定原则并不能真正得到贯彻执行。

我国1979年刑法并未明文规定采用罪刑法定原则,尽管大多数人认为我国当时的刑法已经奉行了罪刑法定原则,只是在采用这项基本原则时略有变通而已,即我国奉行的是“以罪刑法定为基础,以类推为补充”的原则。经修订后的1997年刑法则明确地将罪刑法定原则作了规定,《刑法》第3条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”现行刑法的这一规定充分表明,罪刑法定原则不再停留在理

① [德] 黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第102页。

② 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第26页。

论上进行讨论,而已经在刑事立法中有了体现。

应该看到,在我国刑法中推行罪刑法定原则是有充分的理论依据和迫切的现实需要的。从理论上分析,尽管罪刑法定原则是资产阶级在同封建统治作斗争过程中,为争取自身在社会中的统治地位和权利而创造的一项法律原则,在此之后的推行,本质上也是为资产阶级统治利益服务。但是,如前所述,无论是提出的当时还是发展到今天,罪刑法定原则对社会的发展均具有积极作用。特别是罪刑法定原则在全球范围内普遍被接受的事实,充分表明其本身具有的历史进步性和内容的科学性。这种进步性和科学性无疑代表了社会发展的潮流,顺应了社会发展的趋势。罪刑法定原则在我国刑法中的确立,具有划时代意义。其不仅标志着我国民主与法治原则的发展与加强,而且也顺应了当代社会发展的趋势,符合世界各国和地区刑事法律的发展方向。尤其是对我国的刑事立法与刑事司法的发展完善以及对我国刑法观念的更新,罪刑法定原则发挥了极其重要的作用。

二、罪刑法定原则的内容和基本精神

就刑法规定的三大基本原则分析,我们不难发现其中最重要的原则无疑是罪刑法定原则。我国《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;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”罪刑法定的刑法条文化本身表明我国民主与法治建设已经从不成熟走向成熟,因而对我国刑事法制的发展可以说具有里程碑意义。

罪刑法定原则又称罪刑法定主义,一般认为,这一刑法基本原则是法治社会刑法区别于专制社会刑法的分水岭。罪刑法定原则的基本含义包括:认定行为人的行为构成犯罪和给予处罚,必须以刑法的明文规定为前提,如果刑法没有明文规定,即使行为危害很大,也不能认定犯罪和给予处罚。也即法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。罪刑法定原则的基本内容应当包含以下几个方面:其一,法定化,即犯罪和刑罚必须事先由法律作出明文规定,不允许司法人员自由擅断,也不允许司法人员用以后颁布的法律惩罚以前的行为。其二,实定化,即对什么行为是犯罪以及犯罪所产生的具体法律后果,都必须作出实体化的规定。其三,明确化,即刑法条文必须用清晰的文字表述确切的意思,不得含糊其辞或模棱两可。这些内容无疑要表明几层含义,即一般公民可以根据刑法的明文规定准确预测自己行为的后果,对于没实施刑法规定的犯罪行为的人,法律保障其不受刑罚处罚;犯罪人可以根据刑法的明文规定预测自己的行为可能招致的法律后果,法律保障其不受明文规定之外的处罚。另外,要求司法者在定罪量刑时,必须以刑法的明文规定为限,并且只能以行为时的法律为依据,不得在法律的明文规定之外实施处罚,不得援引未经法律认可的习惯法作为处罚的依据。

从上述对罪刑法定原则的分析中,我们不难发现,罪刑法定原则的内容应该是很清楚的,即法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。但是,应该看到,时下对罪刑法定原则这一基本内容的理解,理论上则有不同的观点。特别是近年来,有很多学者在谈及罪刑法定原则时普遍认为,对于罪刑法定原则的基本内容应该从两方面去理解,即所谓的“两点论”:第一点是法

律如果有明文规定的,就按照法律规定定罪或处罚;第二点才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,那就是首先应该是“要定罪”、“要处罚”,其次才是“不定罪”、“不处罚”。有学者还具体地对此观点作了阐述:“我国罪刑法定原则由两个基本方面组成,其一是‘法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑’,称之为积极的罪刑法定原则,它是从积极方面要求正确运用刑罚权,惩罚犯罪,保护人民。其二是‘法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑’,称之为消极的罪刑法定原则,它是从消极方面限制刑罚权的适用,防止国家滥用刑罚权,侵犯人权。它的确是善良公民的大宪章,是犯罪人的大宪章。在这其中正确运用刑罚权,惩罚犯罪,保护人民,这是第一位的;而防止刑罚权的滥用,以保障人权,则是第二位的。积极的罪刑法定原则与消极的罪刑法定原则的统一,运用刑罚权,惩罚犯罪,保护人权与约束刑罚权,防止滥用,保障人权的统一,是罪刑法定原则的全面的、正确的含义,它克服了西方罪刑法定原则的片面性,是对罪刑法定原则的新的发展。”^①另外,还有学者认为:“在价值观念从个人本位向个人、社会双本位变迁的现代社会,罪刑法定原则的机能也发生了转移,从只重视人权保障机能向保障机能和保护机能的协调转移。社会保护机能是通过对犯罪的惩治来实现的,因而属于罪刑法定的积极机能或曰扩张机能;而人权保障机能是通过限制国家的刑罚权而实现的,因而属于罪刑法定的消极机能或曰限制机能。罪刑法定的保障机能和保护机能并非势不两立,而是可以在共同的基础上统一起来并协调发展。”^②

笔者认为,上述对罪刑法定原则的“两点论”观点看上去似乎很有道理且比较全面,又由于这种观点有刑法条文的实证根据和支撑,因而在理论界和实务界十分流行是可以理解的。但是,这种对罪刑法定原则的“两点论”观点明显偏离了罪刑法定原则的原本含义。因为从前述分析中,我们已经清楚罪刑法定原则以保障公民自由、限制国家刑罚权的行使为己任,其基本内容明确是法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。这一基本内容所体现出来的侧面面显然是很清楚的,即罪刑法定原则从其诞生那天起,就是从“不定罪”和“不处罚”角度来讲的。但是持“两点论”者则完全相反,他们认为罪刑法定原则首先强调的是要定罪要处罚,其次才是不定罪不处罚。笔者认为,这一观点的错误在于,“将刑法的机能与罪刑法定原则的机能混为一谈。”^③也即将对刑法的保护机能与保障机能相统一的要求,强加给了罪刑法定原则。事实上,刑法的双重机能是通过刑法的构成要素从多角度加以体现的,而这些具体的构成要素又往往是从不同侧面体现刑法这种双重功能。特别是由于各种构成要素受到其本身内容的限制,因而体现刑法双重功能的角度或侧面有可能完全不同。就此而言,考察罪刑法定原则,我们就不难发现,正是由于受该原则原本含义和基本内容的限制,罪刑法定原则只能突出对行为人个人基本权利的保障机能,而无法如刑法那样实现保护机能与保障机能相统一的功能。正如

① 何秉松主编:《刑法教科书》,中国法制出版社1997年版,第63—68页。

② 陈兴良主编:《刑事法总论》,群众出版社2000年版,第167页。类似的观点还可参见曲新久等编:《刑法学》,中国政法大学出版社2004年版,第12页;刘文远、刘艺兵主编:《刑法学》,人民出版社、中国社会科学出版社2003年版,第16页等。

③ 周少华:《罪刑法定与刑法机能之关系》,《法学研究》2005年第3期。

前述,罪刑法定主义是在资产阶级反对封建刑法的罪刑擅断中产生的,是资产阶级用以反对封建国王利用刑法进行封建统治的利器;而经历了两百多年发展变化的罪刑法定主义能在世界范围内广泛传播,并最终成为被普遍认可的刑法基本原则,正是由于其彰显了保障市民社会不受国家权力过度干预的机能。可见,“两点论”的观点看似全面,却混淆了刑法机能与罪刑法定机能的界限,从而偏离了罪刑法定原则本身所具有的侧重点。从这一侧重点分析来看,我们可以清楚地发现罪刑法定原则确实是存在偏向性的,也即“不定罪”、“不处罚”是这一原则的核心。应该看到,罪刑法定原则的这种偏向性在其派生出来的其他原则中体现得十分清楚。例如,刑法中有关溯及力的原则,在确立罪刑法定原则的初期,人们强调法律不能溯及既往。之所以强调法律不能溯及既往,完全是按照罪刑法定原则的要求派生出来的,也即不能用人们不知道的法律来处罚他人的行为,不能用以后颁布的法律来处罚以前的行为。由此可见,溯及力原则的这一精神显然是罪刑法定原则的体现,因为罪和刑必须事先由法律作出规定,否则就不能用事先的法律对他人行为进行惩治。我们不能让当事人去猜测法律今后将会有什么样的变化,更不能期待当事人在实施行为前要对法律的变化作出一定的预测。可见,这些原则实际上是从有利于被告人的角度提出来的。另外,刑事诉讼中我们提倡的“疑罪从无”、“无罪推定”等原则,都是由罪刑法定原则所派生出来的基本原则。按照人的一般认识,一个案件如果存疑的话,其本身既可能存在“有”也可能存在“无”两种因素,但我们最后是从“无”(尽管现在我们很难做到这一点,但在司法实践中疑罪从轻应该是没有什么异议的)的角度作出判断,为什么要从“无”或者从“轻”呢?其实还是反映罪刑法定原则是有侧重点和偏向性的,而“不定罪”、“不处罚”就是其侧重点和偏向性的集中体现,这一点应该是毋庸置疑的。

就我国现行刑法的规定来看,客观地说,《刑法》第3条确实作了两方面的表述,即“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。”也即现行刑法有关罪刑法定原则是从正反两方面加以提出的,有关罪刑法定“两点论”的观点可能也是由此产生的。对于《刑法》第3条的规定,也有学者提出质疑,认为其不符合罪刑法定原则应然的价值取向,有悖于世界各国对这一原则表述方式的惯例,造成了刑法和刑事诉讼法的不协调局面,^①同时也违背了立法的简约性原则。更有学者具体分析了《刑法》第3条产生的过程,认为我国《刑法》第3条并不是从一开始就采取了双向表述的方式;事实是,在草案中出现关于罪刑法定的表述时(1995年8月8日),首先采取的是与国外并无二致的单向表述方式,历经一年有余,这种表述方式才被具有中国特色的双向表述所取代(1996年10月10日),

① 例如,有学者认为:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑。”虽然立法者在此没有使用“应当”作为联接词,但是联系整部刑法典,应当作此推断。这就表明立法者要求对于触犯刑法明文规定的犯罪行为,一律得依照法律定罪处刑,而不得考虑到其他情况加以例外。即行为符合刑法的规定是对行为人定罪处刑的充分条件。而我国《刑事诉讼法》第15条规定:“有下列情形之一的,不追究刑事责任,已经追究的,应当撤销案件,或者不起诉,或者终止审理,或者宣告无罪:(一)情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的;(二)犯罪已过追诉时效期限的;(三)经特赦令免除刑罚的;(四)依照刑法告诉才处理的犯罪,没有告诉或者撤回告诉的;(五)犯罪嫌疑人、被告人死亡的;(六)其他法律规定免予追究刑事责任的。”第142条第2款规定:“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出不起诉决定。”这样一来,程序法允许了触犯刑律但是不被处罚的行为的存在。即法律规定犯罪只是处罚行为的必要条件。刑事法的实体法和程序法出现不衔接的地方,破坏了整个法律体系的统一性。而“法律是犯罪的必要要件”。参见刘志远、喻海松:《论罪刑法定原则的立法表述》,《中国刑事法杂志》2005年第5期。

并且最终被立法者所认可。也即1995年8月8日由全国人大常委会法工委刑法修改小组起草的刑法“总则修改稿”(以下简称95修改稿)中,第一次将第一章的名称明确规定为“刑法的任务和基本原则”。尽管95修改稿只拟了一条刑法的基本原则,但这恰恰就是罪刑法定原则。95修改稿的第3条是这样表述的:“对于行为时法律没有明文规定为犯罪的,不得定罪处罚。”这样的规定与罪刑法定的传统表述以及“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”的经典含义完全一致。在确认罪刑法定原则的同时,95修改稿也毫不含糊地取消了类推的规定。1996年3月17日刑事诉讼法修改通过后,国家立法机关迅速将主要精力转移到刑法典的全面修改之中。在1996年6月24日全国人大常委会法工委的总则修改稿中,其第3条的表述发生了微妙的变化,变成了:“对于行为时法律没有规定为犯罪的,不得定罪处罚。”⁹⁵修改稿中的“明文”两个字耐人寻味地不见了。而到了1996年8月8日的法工委总则修改稿,第3条的表述又发生了变化。该条规定:“法律没有规定为犯罪的,不得定罪。定罪处罚应当以行为时的法律和本法第十条的规定为依据。”而该修改稿的第10条是关于追溯时效的“从旧兼从轻”的规定。仅仅过了二十几天,到了8月31日,法工委将总则的修改稿和分则的修改稿合并起来形成了刑法修改草稿,其第3条关于基本原则的规定又重新回到了6月24日稿的规定,“对于行为时法律没有规定为犯罪的,不得定罪处罚。”尤其耐人寻味的是,在1996年10月10日法工委的刑法修订草案同时也是征求意见稿中,第一章的章名再次回归到“刑法的任务和适用范围”,任何章名、节名之中都不见了刑法“基本原则”的名称,而关于“罪刑法定”的规定被放在了第二章“犯罪”之中,草案第11条与原来的相应规定相比发生了重大变化,破天荒地规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”该稿不仅第一次从入罪和出罪正反两个方面进行了双向表述,而且还取消了关于“行为时”的规定。到了两个月之后的1996年12月中旬,法工委的刑法修订草案把关于“罪刑法定”的规定重新请回到第3条,而文字表述则沿用了10月10日稿的双向表述方式。随后的几次修订草案都当然地延续了上面的双向规定的表述,并且,最终在1997年3月14日修订通过的《中华人民共和国刑法》第3条中,这种双向表述方式被正式确认下来。^①

笔者认为,就我国刑法这一规定而言,其内容中强调对犯罪行为严格依照法律规定定罪处刑,这本身并无可厚非,特别是在偏重社会、国家本位而忽视公民个人权利的观念占主导地位且将正确运用刑罚权以惩罚犯罪和保护人民作为刑法首要任务的当时,立法者强调严格依照自己所立之法加以适用当然是可以理解的。而且作为刑法条文的规定当然要追求完整和全面,所以刑法也只能从两个方面对罪刑法定原则加以规定。但是,如果我们据此就可以认为罪刑法定原则的原本内容就包含“两点论”,或者认为我国的罪刑法定原则与其他国家或地区的罪刑法定原则的不同之处就在于我们具有“两点论”,甚至进一步提出罪刑法定原则首先应该追求“要定罪、要处罚”的内在价值,其次才能体现“不定罪、不处罚”的内在价值,那就完全背离了罪刑法定原则的基本精神和价值取向,无论在理论上还是实践中均是不可取的。

^① 付立庆:《善待罪刑法定——以我国刑法第三条之检讨为切入点》,《法学评论》2005年第3期。

需要指出的是,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。理论上通常认为,罪刑法定原则的派生原则主要有:1. 排斥习惯法的原则。这一原则要求习惯法不得成为刑事判决的依据,也即应在刑法的渊源上排斥习惯法的地位。2. 刑法效力不溯及既往的原则。这一原则要求行为实施时的法律(行为时法)不认为是犯罪行为,虽行为实施后的法律(裁判时法)认为是犯罪行为,也不能依据行为实施后的法律认定为犯罪并加以处罚。其中包括:行为当时不为刑法所定为罪者,不得引用事后法定之为罪;行为当时已为刑法定之为罪,事后法经过修正而加重其刑时,也不得援用事后法加重其刑。随着社会的不断发展,刑法效力不溯及既往的原则在内容上有了很大的变化。因为人们在贯彻这一原则时发现,如果行为实施后的刑法完全不能溯及既往,那么当这一刑法较之行为实施时的刑法对被告人更为有利时,就无法对被告人加以适用而让被告人从中得益。这种情况虽然符合罪刑法定原则的原本内容,但是却违背了罪刑法定原则所体现的有利于被告人的根本精神,同样也是不可取的。因此,理论和实践中形成了“从旧兼从轻”的溯及力原则,并为大多数国家和地区的刑法所采用。3. 禁止绝对不定期刑。这一原则要求禁止法律条文中不规定刑种、刑罚幅度的绝对不定期刑,也即刑法条文中应当规定刑罚的种类和幅度。4. 禁止类推解释。这一原则要求刑法中应禁止通过援引法律条款的方法,对法无明文规定的行为进行定罪判刑。从对上述有关罪刑法定原则之派生原则的分析中,我们不难发现,这些派生原则的内容与罪刑法定原则的内容具有相当大程度的一致性,这些派生原则从不同的侧面丰富和完善了罪刑法定原则“不定罪、不处罚”的核心内容。

正如前述,罪刑法定原则的基本内容从原则的形成之始一直到今天,虽然在其派生原则的内容上发生不少变化,但作为罪刑法定原则的基本内容却始终是有侧重面和偏向性的,即“不定罪、不处罚”的倾向。对于罪刑法定原则所体现的基本精神我们可以从很多角度去考察,但是从对罪刑法定原则基本内容所坚持的这种侧重面和偏向性的分析中,我们不难发现,这些内容实际上集中反映了罪刑法定原则所要体现的根本精神,那就是有利于被告人的精神,也即罪刑法定原则实际上是从保护被告人合法权利的角度提出并发展的。

这里需要说明的是,在刑事诉讼特别是在刑事案件的法律适用中,为什么要强调“有利于被告人”?笔者认为,这还是应该从罪刑法定的终极目标以及刑事诉讼中当事人之间的法律关系中去寻找原因。

首先,在刑事诉讼中强调有利于被告人的精神是由罪刑法定原则的内涵所决定的。古典自然法学派的思想家们从批判否定封建刑法的残酷性出发,以维护人的基本权利为中心,用自然法理论阐述了人类社会的文明进程。在这一基础上,以卢梭、贝卡里亚等为代表的资产阶级启蒙思想家们提出,建立在“社会契约”基础上的国家产生的目的在于保障人权。由于刑罚权属于国家公共权力的重要组成部分,因而其承担着实现公共权力共同体时所设定目的的重要职责。但是,综观历史发展长河,无论何时何地,对公民自由和权利的最大威胁主要来自于国家对公权力的滥用。更由于刑罚权能否正当行使直接关系每一个公民的生命、自由和财产的安全,所以刑罚权的滥用是国家对公权力滥用的最直接也是最重要的表现。正因为如此,贝卡

里亚等人提出国家的刑罚权必须体现尊重人权、保障自由的价值观。他们在论证了国家权力来自于人们订立的契约后,又成功地将保护人权的理念嵌入近代刑法理论之中,使罪刑法定原则真正具有“以自由、人权为理论基础,以法律面前人人平等为要旨,并以限制国家刑罚权的无端发动、保障民权为终极关怀”^①的实际内容。应该承认,将保护人权作为罪刑法定原则的终极目标无疑是人类刑法史上一次质的飞跃。就此而言,在刑事诉讼中强调有利于被告人的精神,理所当然符合罪刑法定的真正内涵。

其次,在刑事诉讼中强调有利于被告人的精神是由被告人的弱者地位所决定的。在当今社会中存在各种各样的法律关系,而在每一种法律关系中,当事人的地位并不完全一样。从民商事法律关系等角度来看,有关当事人的地位是完全平等的,也即我们经常看到的原、被告在民事诉讼中的地位是完全平等的。但是在刑事诉讼中,原、被告地位不可能是平等的。正如马克思、恩格斯在《德意志意识形态》一书中曾指出的,犯罪是孤立的个人反对统治关系的斗争,和法一样,也不是随心所欲产生的。分析这一马恩经典语录,我们可以很清楚地看到,犯罪实际上是孤立的个人反对统治关系的一种斗争,因此由犯罪而引发的刑事法律关系当然就是个人和国家的关系。特别是在刑事诉讼中,刑事被告人与原告人(主要是公诉案件的公诉人)之间实际上是个人同国家在进行对话。在公诉案件中,公诉人代表国家对被告人提起诉讼,在这种情况下,刑事被告人怎么可能同公诉人处于平等地位呢?应该说这种平等是永远不可能存在的,事实上也没有哪一个刑事被告人会追求这种平等。刑事诉讼的现实是,勿论公诉人与被告人之间的地位是不平等的,公诉人与辩护人的地位也是不平等的。由于公诉人是代表国家对被告人提起诉讼,而辩护人则是为被告人(即孤立的个人)进行辩护,两者的工作性质不一样,法律地位也就不可能一样。由此可见,在刑事诉讼中,被告人与公诉人之间实际上是力量相差悬殊的强者与弱者的对话,在这种情况下,如果再不强调对被告人的利益进行保护,那么被告人的合法权益必然受到侵害。另外,笔者还认为,罪刑法定原则之所以强调有利于被告人的精神,还在于刑法的人道性。由于弱者的利益最容易受到侵害因而也最需要保护,而法律(包括刑法)的制定在很大层面上就是为了保护弱者的利益,刑事诉讼中的被告人是弱者,所以罪刑法定原则强调有利于被告人的精神便自然在情理之中了,这就是理论上人们说刑法是保护犯罪人的大宪章的基础所在。就此而言,强调对刑事被告人利益的保护显然是与此基础相吻合的。这就是为什么在刑事诉讼中我们要特别强调有利于被告人的原则,也是罪刑法定原则之所以要把有利于被告人的内容作为基本精神体现的原因所在。

应该看到,罪刑法定原则体现有利于被告人的精神反映在多个方面,特别是在罪刑法定原则的派生原则中,这一精神得到了集中的体现。例如,否定类推定罪;阻却重法之溯及力效力;避免刑罚的加重适用并防止减轻处罚的滥用;不采用不定期刑并尽量缩短相对确定法定刑的跨度等派生原则的内容中实际上均反映了有利于被告人的精神。

由此可见,尽管时下理论上对于何为罪刑法定原则的根本精神尚存在多种不同的观点,但

^① 徐岱:《中国刑法近代化论纲》,人民法院出版社2003年版,第170页。