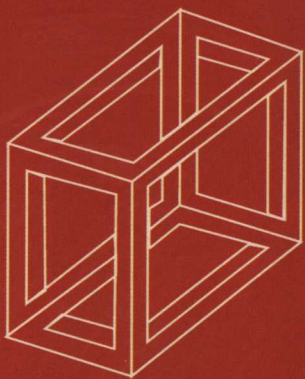




刑法基本原则问题研究

Xing Fa Ji Ben Yuan Ze Wen Ti Yan Jiu

刘 霜 陈 超 著

3

河南大学出版社

D924.04

42

2006

刑法基本原则问题研究

Xing Fa Ji Ben Yuan Ze Wen Ti Yan Jiu

刘 霜 陈 超 著

河南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法基本原则问题研究/刘霜 陈超著. —开封:河南大学出版社, 2006. 12

ISBN 7-81091-523-1

I. 刑… II. 刘… III. 刑法-原则-研究-中国
IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 101112 号

责任编辑:贾怀廷

封面设计:马 龙

出 版 河南大学出版社

地址:河南省开封市明伦街 85 号

邮编:475001

电话:0378—2825001(营销部)

网址:www. hupress. com

排 版 河南大学出版社印务公司

印 刷 开封河大印务有限公司

版 次 2006 年 12 月第 1 版

印 次 2006 年 12 月第 1 次印刷

开 本 890mm×1240mm 1/32

印 张 7.625

字 数 212 千字

印 数 1—1000 册

ISBN 7-81091-523-1/D·185

定 价 15.00 元

(本书如有印装质量问题请与河南大学出版社营销部联系调换)

作者简介

刘霜,女,1976年10月出生,河南省南阳邓州人。1999年获法学学士学位,2003年获法学硕士学位,现为河南大学现代法制研究中心专职研究员,河南大学法学院讲师,西南政法大学刑法专业博士,重庆人大首届立法助理。先后在《河北法学》、《重庆法学》、《云南法学》、《安徽大学法律评论》、《公民导刊》、《河南大学学报》、《西南政法大学学报》、《信阳师范学院学报》等学术期刊发表学术论文十余篇,参编《渎职犯罪的理论及实践问题研究》、《刑法新编罪名研究》、《刑事案例诉辩审评》、《刑法学》等学术著作或教材。

陈超,男,1975年10月出生,河南省商丘人,1998年获文学学士学位,2003年获硕士学位,河南大学传媒所研究人员,主要从事新闻法学、传播学研究。先后在《出版发行研究》、《新闻记者》、《中国教学和教育研究》等刊物上发表学术论文十余篇。

内 容 摘 要

刑法基本原则是刑事立法和刑事司法中一个根本性的问题。我国 1979 年刑法典没有规定刑法的基本原则,但作为一个重大理论问题,曾引起了刑法理论界与实务界的高度重视与关注。1997 年修订刑法时,刑法基本原则问题取得重大突破。我国《刑法》在第 3 条至第 5 条中明确规定了三项刑法基本原则,即:罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则以及罪刑相适应原则,从而使刑事立法如何界定刑法基本原则的问题得到了解决。但是,有关刑法基本原则的理论探讨仍未结束,随着修改后刑法典的颁布实施,对刑法基本原则的问题将会有更加深入的研究。

有学者可能会认为我国刑事立法已明确规定了三项基本原则,对于刑法基本原则的问题已尘埃落定,何必老生常谈。事实真的如此吗?罪刑法定原则面临着一系列挑战:英美法系国家保留了大量的习惯法,与罪刑法定原则的法律明确性原则完全背道而驰,为何宣扬自己实行的“罪刑法定原则”呢?在罪刑法定原则的视野中,是否具有严重社会危害性的行为就因为法律没有明确规定而对其视而不见呢?同样的,是否对于没有社会危害,但仍被法律明文规定为犯罪的情况又强行违背民意常情进行处理呢?对以上一系列问题甚至于难题的回答,就是研究罪刑法定原则的意义之所在。

对于适用刑法人人平等原则,也存在着反对的声音甚至诘问:我国宪法已经规定了法律面前人人平等原则,且对刑法起指导作用,在刑法中规定这一原则就显得重复而没有必要。不仅如此,人们还常常提出这样的疑问:适用刑法人人平等原则与罪刑法定原则的关系

应当如何界定?能否认为罪刑法定原则强调的是刑法与行为之间的关系,适用刑法人人平等原则强调的则是刑法与行为人之间的关系?能否认为适用刑法人人平等原则规定的意义就在于针对刑法是保护不平等或者说刑法维护的是相对平等?研究适用刑法人人平等原则的意义也就在于给其以广阔的空间,并为刑法的人权保障摇旗呐喊。

罪刑相适应原则在称谓方面就存在着争论且日趋激烈,对于罪刑相适应原则与刑罚个别化的关系更是针锋相对,而罪刑相适应原则理论基础的沿革过程更是与刑法的发展密切相关,研究对象是“罪”与“刑”,可以说罪刑相适应原则占据了刑法理论的半壁江山,研究该原则的意义也就不言而喻了。

就内容架构而言,本书共分为五章:

第一章,刑法基本原则概说。本章主要针对刑法基本原则存在的争论展开科学界定与理论定位,并专辟一节阐述刑法基本原则与我国传统法律文化之间的关系。首先对刑法的基本原则进行科学界定,在比较现有的各种观点后,作者认为刑法的基本原则应当是指刑法本身所特有的,贯穿全部刑法规范,具有指导和制约全部刑事立法和刑事司法意义,并体现我国刑事法制的基本性质与基本精神的准则、规则;继而讨论了刑法基本原则的理论定位,分析刑法立法把罪刑法定、适用刑法人人平等、罪刑相适应三原则作为基本原则的理论根据及现实意义;本章在第三部分论述了刑法基本原则与我国法律文化之间的关系,这是目前我国刑法理论研究的空白,也是本章的看点之一。

第二章,大陆法系刑法基本原则。本章分为三个部分,分别介绍了大陆法系国家的罪刑法定原则、法益保护原则及责任主义原则。由于大陆法系与我国犯罪构成体系存在着差异,介绍大陆法系刑法的基本原则具有借鉴意义。

第三章,罪刑法定原则。本章共分为八个部分:第一部分,罪刑法定原则的历史沿革。该部分从罪刑法定原则的早期思想渊源,到启蒙思想家的初步论述,再到大陆法系、英美法系及中国、前苏联等

国家刑法的规定,对罪刑法定原则的历史沿革过程进行了系统的阐述。第二部分,罪刑法定原则的技术与价值。该部分阐述了罪刑法定视野下形式主义与实质主义的对立格局与罪刑法定原则的技术与价值。第三部分,罪刑法定原则的理论基础。该部分阐述了大陆法系国家传统的罪刑法定原则的理论基础为三权分立理论和心理强制理论。但三权分立理论和心理强制理论已经不适应现今的实际情况,只具有沿革上的意义。现代意义的罪刑法定原则的理论基础为民主主义和保障人权。而在我国,罪刑法定原则的理论基础是社会主义法制的必然要求。第四部分,我国刑法中的罪刑法定原则的条文释义。该部分分别阐述了我国《刑法》第3条规定的“法律”、“明文”、“依照法律定罪处刑”的含义。本章是针对目前罪刑法定原则研究的薄弱之处展开的。第五部分,罪刑法定原则的价值蕴涵。该部分从古典学派的个人本位的罪刑法定原则到近代学派社会本位的罪刑法定原则,从绝对的罪刑法定原则到相对的罪刑法定原则,对罪刑法定原则的价值蕴涵进行了论述。罪刑法定原则倾向于保障人权,但也可兼顾社会保护机能,由此体现刑法的公正性与谦抑性的价值。第六部分,罪刑法定原则的立法体现及司法适用。该部分对罪刑法定原则的立法体现、司法适用展开了论述:在立法体现方面,分别论述了大陆法系、英美法系国家及中国的罪刑法定原则的立法体现;在司法适用方面,分别从司法认定、司法解释、司法裁量等方面进行论述。第七部分,罪刑法定原则与类推制度的存废之争。对于类推制度,有永久保留说、暂时保留说、立即废止说的争论。该部分介绍了这三种观点,并提出自己的观点,赞同立即废止说,主张在刑法中应废止类推制度,明确规定罪刑法定原则,并提出五点理由进行论证。第八部分,完善罪刑法定原则之建议。该部分分五项内容:由社会保护机能向人权保障机能的转化;完善罪刑设置模式;完善刑法规范关于罪与刑的确定;追求刑法调控范围和刑罚运用程度的合理性;理性对待司法解释。

第四章,适用刑法人人平等原则。本章共分为五个部分,分别是

适用刑法人人平等原则的概说、历史沿革、条文释义、价值蕴涵、立法体现及司法适用。作者认为适用刑法人人平等原则来自于启蒙学派主张的天赋人权说,其基本含义分为两个方面:就犯罪人而言,任何人犯罪,都应当受到法律的追究,任何人不得享有超越法律规定的特权;就被害人而言,任何人受到犯罪侵害,都应当依法追究,保护被害人的权益。适用刑法人人平等原则主要体现为定罪、量刑、行刑上的平等。在司法层面贯彻适用刑法人人平等原则,主要表现在以下几个方面:一是必须严格贯彻适用程序和管辖原则上的平等;二是必须严格贯彻罪名认定上的平等;三是必须严格贯彻刑罚制裁上的平等;四是必须严格贯彻量刑和执行上的平等。

第五章,罪刑相适应原则。本章共分为七个部分:第一部分为罪刑相适应原则的概说。首先阐述罪刑相适应原则的称谓之争,接着回溯了罪刑相适应的历史发展以及在我国立法过程。第二部分是罪刑相适应原则的理论基础。从对罪刑相适应之理论基础的源头报应主义开始,到一般预防主义,个别预防主义,最后到一体论的介绍中,揭示出它们各自不同的罪刑相适应,或者说揭示了罪刑相适应之内涵发展演变的历程,也为论题的充分展开奠定了基础。第三部分是罪刑相适应原则的价值蕴涵。分别阐述了大陆法系国家与我国罪刑相适应原则的价值蕴涵,并作了进一步的理论分析。第四部分是罪刑相适应原则的条文释义。就我国《刑法》第5条规定的“刑罚的轻重”、“应当”、“罪行”、“刑事责任”、“相适应”展开论述。第五部分是罪刑相适应原则与刑罚个别化的关系。这一部分简介了关于罪刑的刑法逻辑结构的争议,并对本文中的罪刑结构作出界定。阐述了罪刑相适应原则与刑罚个别化的关系,提出刑罚个别化是罪刑相适应原则的题中应有之义。第六部分,罪刑相适应原则在我国刑法中的立法体现及司法适用。我国刑法从总则到分则,从宏观层面到微观层面的制度设计都充分体现了刑罚与犯罪行为的社会危害性和犯罪人的人身危险性相适应的原则。第七部分,罪刑相适应原则立法之不足及其弥补。我国刑法立法在贯彻罪刑相适应原则上已做得

相当不错,但是在一些微观层面及纵横协调上仍存在着不足:诸如刑法条文的修正、法定刑的合理配置、具体罪间法定刑的横向协调等问题。本部分旨在找出这些不足之处,并提出一些完善的建议。

目 录

第一章 刑法基本原则概说	(1)
第一节 刑法基本原则的科学界定	(1)
一、法律原则、法律原理与法律规则	(1)
二、刑法基本原则的含义	(3)
三、刑法基本原则的确立标准	(5)
第二节 刑法基本原则的理论定位	(8)
第三节 刑法基本原则与我国法律文化之间的关系	(10)
第二章 大陆法系刑法基本原则	(17)
第一节 罪刑法定原则	(17)
第二节 法益保护原则	(19)
第三节 责任主义原则	(21)
第三章 罪刑法定原则	(24)
第一节 罪刑法定原则的历史沿革	(24)
一、罪刑法定原则的起源之争	(24)
二、罪刑法定原则的历史沿革	(26)
第二节 罪刑法定原则的技术与价值	(32)
一、罪刑法定视野下形式主义与实质主义的对立格局	(32)
二、罪刑法定原则的技术与价值	(35)
第三节 罪刑法定原则的理论基础	(38)
一、大陆法系国家传统意义的罪刑法定原则的理论基础	(39)

二、大陆法系国家现代意义的罪刑法定原则的理论基础	(42)
三、我国罪刑法定原则的理论基础	(42)
第四节 我国刑法中的罪刑法定原则的条文释义	(44)
一、我国《刑法》第 3 条规定的“法律”	(44)
二、我国《刑法》第 3 条规定的“明文”	(49)
三、我国《刑法》第 3 条规定的“依照法律定罪处刑”	(56)
第五节 罪刑法定原则的价值蕴涵	(61)
一、概说	(61)
二、绝对罪刑法定原则及其内容	(65)
三、相对罪刑法定原则及其内容	(66)
第六节 罪刑法定原则的立法体现及司法适用	(75)
一、罪刑法定原则在大陆法系国家法律中的体现	(75)
二、罪刑法定原则在英美法系国家法律中的体现	(76)
三、罪刑法定原则在我国刑法中的立法体现	(77)
四、罪刑法定原则在我国刑法中的司法适用	(81)
第七节 罪刑法定原则与类推制度的存废之争	(84)
一、类推制度存废之争	(85)
二、争议观点的评析	(86)
三、罪刑法定原则的价值与类推	(92)
第八节 完善罪刑法定原则之建议	(94)
一、由注重社会保障机能向人权保护机能的转化	(94)
二、完善罪刑设置模式	(96)
三、完善刑法规范关于罪与刑的确定	(98)
四、追求刑法调控范围和刑罚运用程度的合理性	(103)
五、理性对待司法解释	(105)
第四章 适用刑法人人平等原则	(108)
第一节 适用刑法人人平等原则概说	(108)

一、“平等”在法学中的基本含义	(108)
二、“平等”的产生根据	(110)
第二节 适用刑法人人平等原则的历史沿革	(112)
第三节 适用刑法人人平等原则的条文释义	(115)
一、我国《刑法》第4条规定的“任何人”	(115)
二、我国《刑法》第4条规定的“适用法律”	(117)
三、我国《刑法》第4条规定的“一律平等”	(118)
四、我国《刑法》第4条规定的“不允许任何人有超越 法律的特权”	(120)
第四节 适用刑法人人平等原则的价值蕴涵	(121)
一、刑法理论层面的适用刑法人人平等原则	(122)
二、刑法适用阶段层面的适用刑法人人平等原则	(123)
第五节 适用刑法人人平等原则的立法体现与司法适用	(125)
一、适用刑法人人平等原则的立法体现	(125)
二、适用刑法人人平等原则的司法适用	(126)
第五章 罪刑相适应原则	(128)
第一节 罪刑相适应原则概说	(128)
一、罪刑相适应原则的称谓之争	(128)
二、罪刑相适应原则的历史沿革	(130)
三、我国刑法中罪刑相适应原则的立法历程	(132)
第二节 罪刑相适应原则的理论基础	(135)
一、报应主义	(135)
二、功利主义	(140)
三、一体论	(146)
四、对罪刑相适应原则理论基础的评述	(149)
第三节 罪刑相适应原则的价值蕴涵	(150)
一、大陆法系国家罪刑相适应原则的价值蕴涵	(151)
二、我国刑法理论中罪刑相适应原则的基本内涵	(155)

三、罪刑相适应原则基本内涵的具体阐述	(157)
第四节 罪刑相适应原则的法条释义	(161)
一、我国《刑法》第5条规定的“刑罚的轻重”	(161)
二、我国《刑法》第5条规定的“应当”	(164)
三、我国《刑法》第5条规定的“罪行”	(165)
四、我国《刑法》第5条规定的“刑事责任”	(170)
五、我国《刑法》第5条规定的“相适应”	(174)
第五节 罪刑相适应原则与刑罚个别化的关系	(179)
一、刑罚个别化的基本蕴涵及学理分析	(179)
二、刑罚个别化原则的观点争议格局及理论评析	(182)
三、刑罚个别化与罪刑相适应的理论定位	(187)
四、刑罚个别化与罪刑相适应的关系	(190)
第六节 罪刑相适应原则在我国刑法中的立法体现及司法 适用	(196)
一、罪刑相适应原则的立法体现	(197)
二、罪刑相适应原则的司法适用	(201)
第七节 罪刑相适应原则立法之不足及其弥补	(204)
一、刑法规范条文的修正	(204)
二、法定刑的合理配置问题	(205)
三、具体罪间法定刑的横向协调	(214)
参考文献	(217)
专家评价意见(一)	(226)
专家评价意见(二)	(228)
后记	(229)

第一章 刑法基本原则概说

我国 1997 年修订刑法典在总则第一章的显著位置规定了刑法的三项基本原则,这应当说是我国刑法修订中的一个最令人瞩目的闪光点,也是我国刑法具有民主性、科学性、进步性和时代性的显著标志。我国刑法明确规定的三项基本原则是罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则以及罪刑相适应原则。刑法基本原则的确立,有助于坚持法治,摒弃人治,坚持平等,反对特权,讲求公正,反对徇私,对刑事立法与刑事司法都具有重要的导向和制约作用。贯彻刑法基本原则,既有利于保护社会,又有利于保障人权,是依法治国、建设社会主义法治国家的基本方略在刑法领域中的集中体现。但是,有关刑法基本原则的理论探讨仍未结束,随着修改后刑法典的颁布实施,对刑法基本原则的问题应当进行更加深入的研究。

第一节 刑法基本原则的科学界定

一、法律原则、法律原理与法律规则

“原则”一词来自于拉丁语 principium,其语义是“开始、起源、基础、原理”。在法学中,法律原则(principles of law)是指大量法律推理所凭借的前提,在较为特定的和具体的规范不能解决或不能完全

彻底地解决待决案件之时,可以正当地适用于案件的一般原则。^①法律原则和法律原理之间的区别往往是术语学或措辞的问题,而非任何逻辑或法律基础上产生的区别问题。通常认为法律原则比法律规则更具有普遍性,然而法律规则比法律原则更为具体和特殊。不过法律原则也可以是非常特殊和具体的。^②法律原则依其内容和效力的不同,可以分为基本原则和具体原则两类。基本原则负载着法的根本价值,体现着法的本质,是所有法律活动的指针和出发点,决定着法的统一性和稳定性,而具体原则是基本原则的具体化,是某一法律领域或某类法律活动的指针与直接出发点。

法律原则与法律规则也是应当区分的两个概念。一方面,规则是以要么有效要么无效的方式适用的,如果它们适用于一种情况,就限定了其价值。例如,要求一个不是死者亲笔所写的遗嘱需有两个证人的法律就是一个规则。假如,一个遗嘱只有一个证人,它就是无效的。相反,当原则适用的时候,并不必然限定一种衡量方法(evaluation)。可能有这样一个原则:人们可以根据自己的意愿以遗赠或遗嘱的方法自由地处分他们的财产,但这并不必然随之要求一个自由订立的遗嘱应当受到保障,因为一个相对的原则(例如遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额)也将同时适用。另一方面,因为原则不是以要么有效要么无效的方式适用,并且原则可能互相冲突。互相冲突的原则必须互相衡量或平衡,有些原则比另一些原则有较大的分量(weight)。因为规则是以要么有效要么无效的方式适用的,所以规则并不互相衡量或平衡。^③

①② [英]戴维·M.沃克著:《牛津法律大辞典》,李二元等译,法律出版社2003年版,第898页。

③ [美]迈克尔·D.贝勒斯著:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第12—13页。

二、刑法基本原则的含义

对刑法基本原则的科学界定是对其进行深入研究的前提。何谓刑法的基本原则?我国刑法学界对于刑法的基本原则存在三种表述:第一种观点认为,所谓刑法的基本原则是指我国刑法中的犯罪与刑事责任、刑罚的种类和具体运用、罪名的分类、分则的体系等问题所据以确定的原则。^①第二种观点认为,所谓刑法的基本原则是指我国刑法这个部门法所特有的、贯穿全部刑事立法和刑事司法工作的准则,它们应当体现我国刑法的制定根据。^②第三种观点认为,所谓刑法的基本原则是指刑法本身所固有的,贯穿刑法始终并在适用刑法时必须严格遵守的,具有全局性、根本性意义的原则。^③

笔者认为上述第一种观点存在概念定性模糊的问题。该观点认为,刑法基本原则是我国刑法中的犯罪与刑事责任、刑罚的种类和具体运用、罪名的分类、分则的体系等问题所据以确定的原则。这一概念仅仅对刑法规定的具体内容进行概括,而没有明确刑法基本原则的确切含义及相关内容。第二种观点与第三种观点存在的问题则是与现行刑事立法相违背。以上两种观点均认为刑法基本原则必须是刑法所特有或刑法本身所固有的原则,而目前我国刑法所确立的“适用刑法人人平等原则”就不是刑法所特有的原则,而是在我国的根本大法宪法中明确规定的基本原则。我国《宪法》第5条规定:“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”由此可见,刑法基本原则并不一定是刑法所特有或刑法本身所固有的原则。因此,笔

① 杨春洗主编:《刑法总论》,北京大学出版社1999年版,第126页。

② 王作富主编:《中国刑法适用》,中国人民大学出版社1997年版,第46页。

③ 何秉松:《试论我国刑法的基本原则》,载《政法论坛》,1997年第2期。

者并不赞同以上三种观点对刑法基本原则的定性。

笔者赞同这样的观点,所谓刑法的基本原则是指贯穿全部刑法规范,具有指导和制约全部刑事立法和刑事司法意义的,并体现我国刑事法制基本性质与基本精神的准则。^① 刑法的基本原则应当具备三个主要特征:

第一,刑法基本原则必须是贯穿全部刑法规范的原则。刑法基本原则与非基本原则的区分标准之一在于:原则本身是否贯穿于全部刑法规范,对所有刑法规范均适用。只有那些对刑法的制定、修改、补充具有全局意义,并且在刑法的全部规范体系中具有根本性意义的原则,才能成为刑法的基本原则。例如,我国刑法中规定的对于累犯从重处罚,对于未成年人从宽处罚的原则等等,这些只是局部性原则,不具有全局性的指导意义,因此,不能作为刑法的基本原则。

第二,刑法基本原则具有指导和制约全部刑事立法与刑事司法的意义。首先,从功能上看,刑法的基本原则首先应当是刑事立法活动必须遵循的准则,应当对刑法的制定、修改和完善具有直接的指导意义;其次,刑法基本原则应当成为适用刑法时必须严格遵守的准则,应当对刑事司法活动的全过程具有直接的指导意义。只有用于指导和制约全部刑法适用的根本性原则,才能成为刑法的基本原则。例如,我国刑法中的从旧兼从轻的处理刑法溯及力问题的原则,仅适用于刑法适用的某些具体问题,因而不是刑法的基本原则。

第三,刑法基本原则必须体现我国刑事法制的基本性质和基本精神。一项原则如果不能体现我国刑事法制的基本性质和基本精神,即使具有全局性、根本性的指导意义,也算不上刑法基本原则。只有符合法制基本精神的原则,才能成为刑法的基本原则。

^① 赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第46页。