

北京大学刑法学博士文库



刑法制约论

□ 罗树中 / 著



中国方正出版社

北京大学刑法学博士文库

刑法制约论

罗树中 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法制约论/罗树中著. - 北京: 中国方正出版社, 1999.10
ISBN 7-80107-377-0

I. 刑… II. 罗… III. 刑法-研究-研究生-毕业论文
IV. D914-533

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 66106 号

刑法制约论

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

民族印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 4.5 字数: 104 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月北京第 1 次印刷

印数: 1—3000 定价: 8.50 元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

总 序

北京大学是一所百年老校，追求思想与学术的统一：以思想启迪学术，以学术传递思想；思想栖息在学术中，学术浸润在思想里，开一代风气之先。北京大学刑法学博士点在北大学风的熏陶下，以推动我国刑法现代化，推进我国刑法理论研究为使命，自1990年建点以来，推出了一批在思想性与学术性两方面均颇有建树的博士论文。这些论文，除个别已经公开出版以外，其他均未能面世，殊为可惜。有感于此，经与中国方正出版社联系，这些博士论文以北京大学刑法学博士文库的名义正式推出，使之成为社会共享的刑法理论资源。

刑法学是一门理论性与实践性很强的学问，尤其是随着我国刑事立法与刑事司法的发展，刑法理论本身也不断更新。可以说，没有刑法理论的指导，就不会有科学的刑事立法与自觉的刑事司法。北大刑法学博士点历来注重刑法理论的研究，前承蔡枢衡先生、甘雨沛先生等老一辈刑法学家的学术思想，将刑法的研究纳入人文社会科学研究的视域，古今中外相观照，以提升刑法学的理论水平。同时，北大刑法学博士点亦十分注重刑法学的应用性，关注刑事立法与刑事司法，力求解决立法实践与司法实践提出的各种疑难问题，从而使刑法理论立足于实践，在实践中获得强大的生命力。北大刑法学博士点在博士生的培养中，坚持上述原则，并反映在博士论文当中。从博士论文的选题和内容来看，有一些属于理论性的论题，作者能够

运用刑法理论分析问题、解决问题，取得了前沿性的研究成果。有一些属于实践性的论题，作者能够面对立法与司法的现实，选取某一个角度，从理论上加以研究，对于刑事立法与刑事司法具有直接的指导意义。还有一些是专门研究外国刑法的，在广泛搜集资料的基础上，对相关问题作了系统的梳理，从而对我国刑法的发展具有借鉴意义。尤其应当指出的是，北大刑法学博士点秉承刑事一体化的原则，除了刑法以外，研究方向还包括犯罪学和监狱学。因此，在出版的博士论文中，也包括犯罪学和监狱学的博士论文，在该领域内部处于领先的学术地位。

学术研究是一项需要持久努力的事业；同时，学术研究又是一项集体共同的事业。北大刑法学博士点就是这样一个刑法学研究基地，在向社会不断输送人才的同时，也使博士点本身不断发展壮大。这套刑法学博士文库，正反映了北大刑法学博士点的理论实力。她不仅包含着各位作者的智慧，也凝聚各位指导教师的心血，可以说是师生共同的学术成果。现在，将这些博士论文出版，也正是为了检验北大刑法学博士点的学术水平。我们相信，随着更多年青人取得博士学位，将会有更多的博士论文收入文库，从而为我国刑法理论研究贡献一分力量。

北京大学刑法学博士文库由北京大学法学院刑法学博士点的博士生导师组成编委会，逐年出版本博士点通过的博士论文。但愿这些博士论文能够成为学术上的新生力量，不断地激活刑法理论。如此，则设立北大刑法学博士文库初衷如愿矣。

《北京大学刑法学博士文库》编委会
1999年夏于北京大学

序

近来，我国刑法学基础理论的研究逐渐深入，已经有了大量的学术专著和学术论文，相比较而言，对西方主要国家刑法学理论的研究略显薄弱。在刑法学基础理论的研究中，对理论的基本范畴、基本构成等理论本身的问题作了大量的研究与探讨，相比较而言，对刑法基础理论的实践价值、具体运作的研究略显欠缺。当前，不少刑法研究工作者已经清醒地认识到了这两个方面的不足，研究的触角已经从本土的纯粹的理论研究伸到了他国的和实践的领域。总的来说，刑法学的研究来势是喜人的。

罗树中的这本《刑法制约论》，认真地、历史地考察了西方主要国家刑法保护功能与保障功能的互动关系，理论的分析、理论之实践运作的考察都是精心细致，很费了一番苦心的，篇幅不长，但内容非常丰富。树中同志的刑法基础理论功底很扎实，博览群书，孜孜不倦，难能可贵的是，他的思考能力很卓越，兼具自然学科所必需的推理分析能力与社会人文学科所必需的逻辑判断和综合概括能力，体现在全文逻辑性强、条理清晰，对各种各样的学术见解与丰富的历史资料有很强的驾驭能力，读来令人耳目一新。

本书总体上是一本拓荒之作。刑罚权及其运作，本来是刑法研究的重中之重，遗憾的是，国内的学术探讨很长时间冷落了这一重要问题。本文以刑罚权的合理行使为主线，国外与国

内、历史与现实、理论与实践等三者结合，对刑法制约的思想基础、前提条件、制约的实现途径与方式，特别是犯罪构成理论、量刑理论与刑罚权合理行使的关系等问题的研究都是开拓性的，而且有相当的深度。我相信，这本书对我国刑法理论的研究一定会有相当的启发作用。

杨春洗

1999年10月于北京大学

目 录

总 序	《北京大学刑法学博士文库》编委会(1)
序	杨春洗(3)
第一章 刑法制约概说.....	(1)
第二章 刑法制约的思想基础	(5)
第一节 引言	(5)
第二节 罪刑法定主义的沿革	(6)
第三节 罪刑法定主义的思想渊源	(9)
第四节 罪刑法定主义原则的内容	(13)
第五节 罪刑法定主义原则的动摇	(19)
第六节 罪刑法定主义原则的限制功能 与促进功能	(24)
第三章 刑法制约的前提条件、途径与方式	(29)
第一节 刑法制约的前提条件	(29)
第二节 刑法制约的途径	(36)
第三节 刑法制约的方式	(42)
第四章 定罪与刑法制约	(45)
第一节 引言	(45)

第二节	德日国家定罪与刑法制约	(47)
第三节	英美国国家定罪与刑法制约	(75)
第四节	比较分析	(84)
第五章	量刑与刑法制约	(88)
第一节	引言	(88)
第二节	德国的量刑准则与刑法制约	(89)
第三节	日本的数量法则与刑法制约	(99)
第四节	美国的量刑指南与刑法制约	(102)
第五节	分析	(109)
第六章	中国刑法制约的几个问题	(114)
第一节	中国刑法需要保障功能	(114)
第二节	中国刑法制约的机制	(119)
后 记	(129)

☆ **Research Of Criminal Law Restriction** ☆

Brief Contents

Forward (1)

Preface (3)

Chapter I Summary of Criminal law restriction
..... (1)

Chapter II Idea foundation of Criminal
law restriction (5)

Section 1 Introduction (5)

Section 2 History of Nullum erimen nulla poena
sime lege (6)

Section 3 Source of Nullum erimen nulla poena
sine lege (9)

Section 4 Contents of Nullum erimen nulla poena
sine lege (13)

Section 5 Changes of Nullum erimen nulla poena
sine lege (19)

Section 6 Pestriect function and Promote function
of Nullum erimen nulla poena sine lege (24)

Chapter III	Premise conditions channels and Ways of Criminal law restriction ...	(29)
Section 1	Premise conditions of Criminal law restriction	(29)
Section 2	Channels of Criminal law restriction	(36)
Section 3	Ways of Criminal law restriction	(42)
Chapter IV	Declare Guilty and Criminal law restriction	(45)
Section 1	Introduction	(45)
Section 2	Declare guilty in German and Japan and Criminal law restriction	(47)
Section 3	Declare guilty in England and America and Criminal law restriction	(75)
Section 4	Comparative analysis	(84)
Chapter V	Penal discretion and Criminal law restriction	(88)
Section 1	Introduction	(88)
Section 2	German Penal discretion guidebook and Criminal law restriction	(89)
Section 3	Japan Penal discretion guidebook and Criminal law restriction	(99)
Section 4	America Penal discretion guidebook and Criminal law restriction	(102)
Section 5	Analysis	(109)

Chapter VI	Problems of China Criminal law	
	restriction	(114)
Section 1	China Criminal law needs safeguard	
	function	(114)
Section 2	Mechanism of China Criminal law	
	restriction	(119)
Postscript		(129)

第一章 刑法制约概说

国家需要刑罚，是因为希望给予刑罚的报应惩罚属性相关的绥靖功能、保安功能、赎罪功能以及预防犯罪的功能来达到预防或控制犯罪、防卫社会、维护社会秩序的目的。但刑罚意味着剥夺公民的生命、自由与财产，如果用之不当，就会产生无穷祸害，刑罚的上述目的就无法实现。西方国家力倡所谓个人主义，主张个人本位，体现在刑罚上，便是反对滥用刑罚，主张谨慎、合理地使用刑罚权，防止刑罚权的行使侵犯国民的合法权益。

文明社会里，有刑罚就有相应的刑事法规。刑法是规定犯罪与刑罚的法律，是国家法律的重要组成部分。西方国家在自近代进入资本主义社会以来，一贯认为刑法对罪与刑的规定即意味着对刑罚权的行使范围及程序作了界定，一方面防止国家滥施刑罚以保障国民的自由与人权，另一方面对罪与刑的明确规定可以保障国家刑事政策的推行，提高司法的效率，实现刑罚的目的。总之，国家需要刑法，也是因为刑法具有一定的功能，可以满足国家的某些需要。

刑法具有哪些功能呢？这是西方刑法学者颇为关注的一个问题。首先，刑法的功能与刑罚的功能是相对应的。说刑罚有保护社会秩序与和平的作用，则刑法具有社会防卫功能；说刑罚有预防一般公民犯罪的作用，则刑法具有一般预防的功能；说刑罚可以防止犯罪人再犯罪，则刑法具有特别预防的功能。

如果从刑法是一种规范这个角度来认识刑法的功能，西方学者普遍认为，刑法具有保护功能、规律功能、保障功能。

保护功能：刑法是国家意志的体现，是基于国家维护其所建立的社会秩序的意志制定的。根据国家的意志，选择那些有必要用刑罚手段加以保护的法益，侵害或者威胁这种法益的行为就是犯罪，是科处刑罚的根据。总之，刑法具有保护国家所关切的重大法益的功能。

规律功能：规律功能分为评价功能与意思决定功能。评价功能指的是刑法在法律上明确规定哪些无价值行为应受刑罚处罚。而一旦预先规定出犯罪与刑罚的关系，就可据此对一定的行为进行价值判断。意思决定功能指的是要求公民自我抑制不要去犯罪。因为国家用法律规定了犯罪与刑罚的关系，这就等于公民向发布了保护法益的命令，要求公民的意志不能背离国家保护法益的意志，也就是说，公民不应产生实施违法行为的犯意。

保障功能：刑法规定了应予刑罚制裁的犯罪行为及其法律效果，一方面可以保证凡是未违反刑法规范者，均不受国家权力机关的干涉与侵犯，另一方面可以保护犯人不受法律规定外的处罚。从而起到保障人权的作用。

“功能”，英文为“function”，也称为“机能”，是事物自身的客观属性，与“目的”不同。“目的”是人们对事物寄予的主观期望，“目的”能否实现，依赖于事物有没有相应的功能。从功利的角度上讲，国家希望运用刑法来保护社会共同生活的基本价值，建立社会共同生活不可或缺的法律秩序。因此，预防、控制犯罪，保护社会免受犯罪的侵害，是希望刑法所具有的首要功能。这也就是保护功能。社会没有国家机构行使权力，就不可能有秩序和进步；权力没有制约，就会走向专横与残暴。这是一种两难的悖论。西方国家崇奉民主，主张一

切权力来源于人民，因此国家权力要制约是法治的核心内容，也就是说要防止国家权力侵害国民的自由与利益。刑罚权作为国家权力的一部分，直接针对国民的生命、自由与财产，行使的范围与程度必须受到制约是必有之文。这就希望刑法具有保障功能。保护功能与保障功能的关系有点类似于集体人权与个别人权的关系。国家运用权力，促进社会的进步与繁荣，逐步实现与发展人类的基本权利；但国家权力的行使如过分顾及整个社会的利益，就可能忽略某些公民的权利。体现在刑罚目的上的例子是，如过分强调一般预防，个人就会成为国家预防、控制犯罪的工具。因此，作为限制国家刑罚权的保障功能无论如何是不能缺少的。集体人权与个别人权均不可偏废。可以这么说，刑法保障功能的意义在于保证刑法保护功能实现以外，防止刑罚权运用中可能出现的副作用。

日本刑法学者庄子邦雄说，具有强制力保证的国家法，担负着维护国家秩序的责任，为圆满完成维护国家秩序的使命，应该持续和谐地实现刑法的保护功能、规律功能、^①保障功能，不能过于强调某一个功能。^②简言之，应该协调保护功能与保障功能的关系，即刑罚权的行使与对行罚权的制约协调起来。这种协调的理论上完美状态永远只是一种理想，在现实中之行之有效的关系状态永远无法等同于理论上的完美状态。本文所讲的刑法制约，其核心就是历史地比较考察西方国家刑法中保护功能与保障功能的动态关系。“制约”是一方对另一方的牵制、约束。“刑法制约”指的就是对刑罚权的制约，也可以

① 从国家刑罚权的行使与制约的角度上讲，规律功能可以归入保护功能的范畴。

② [日]木村龟二主编：《刑法学辞典》（顾肖荣等译），上海翻译出版公司1991年版，第11页。

说是保障功能对保护功能的牵涉与约束。换句话说,“刑法制約”所要研讨的是如何合理地^①实现刑法保障功能,它作为一个刑法问题,涉及刑法保障功能的价值地位,与其他功能的关系以及刑法保障功能的具体运作。

① “合理地”、“合理性”两词概念很不确切,判断的标准不同,合理与不合理的结论可能截然不同。抛开具体的标准,一般性地理解“合理性”,则“合理性”有两层含义:一层含义是指事物理想的终极状态;二层含义是指符合人性、合符理性,即合符人道。“合理地”则指的是事物向终极状态发展的过程,而判断是否合理的标准是看事物的发展是否有助于人性的完善与人格的发展。总之,凡有助于人类社会进步的,符合这一发展趋势的,就是合理的。因此,刑法保障功能的实现是否合理,只能从历史发展趋势的角度来看。

第二章 刑法制约的思想基础

第一节 引言

罪刑法定主义是18世纪以来刑法的基本原则，正如“Nullum erimen nulla poena sine lege”——“没有法律规定便无犯罪与刑罚”这一口号所说，是指认定某种行为是犯罪，以及对其判处刑罚，必须先有规定犯罪与刑罚的成文法的原则。其根本意义在于限制承认国民权利和自由的国家权力，是保障国民权利和自由免受强大国家权力侵害的必不可少的铁律^①，总之，罪刑法定主义是刑法制约的思想基础。

罪刑法定主义是对罪刑擅断主义的否定，是法治国的产物，其思想根源于法治国赖以产生的思想。这两点不可或缺，尤其不能将罪刑法定主义单理解为只是对罪刑擅断这种绝对自由裁量主义的否定。否则，罪刑法定主义就会被曲解为只有通过成文的法规事先规定犯罪与刑罚这一形式上的意义，换言之，成了规定什么行为是犯罪，处以什么刑罚都可以的一种国家权力自我抑制的对策，而没有了保障人权的实质内涵^②。罪

^① [日] 木村龟二主编：《刑法学辞典》（中译本），上海翻译出版公司1991年版，第66页。

^② [日] 大野真义：《罪刑法定主义》，世界思想社1982年版，第3页。