

刑法

立法正当性研究

A STUDY OF LEGITIMACY ON CRIMINAL LEGISLATION

郭立新 著

中国检察出版社



图书在版编目(CIP)数据

刑法立法正当性研究/郭立新著.-北京:中国检察出版社,2005.9

ISBN 7-80185-435-7

I.刑… II.郭… III.刑法-研究 IV.D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第074739号

刑法立法正当性研究

郭立新 著

- 策划编辑 牛静河
责任编辑 牛静河
技术编辑 张郑元
责任印制 王英英
出版发行 中国检察出版社
社 址 北京市石景山区鲁谷西路5号(100040)
网 址 中国检察出版社(www.zgjccbs.com)
电子邮箱 zgjcbs@vip.sina.com
编辑热线 86-10-68658769
邮购热线 86-10-68650029 68636518
经 销 新华书店
设计制作 北京汉书鸿图文化传播有限公司
印 刷 北京画中画印刷有限公司
开 本 787mm×960mm 1/16
字 数 210千字
印 张 14
版 次 2005年10月第一版
印 次 2005年10月第一次印刷
书 号 ISBN 7-80185-435-7/D·1412
定 价 30.00元

检察版图书,版权所有,侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换



作者2004年5月于台湾日月潭

郭立新，男，1968年7月生，河南沈邱人。1992年毕业于吉林大学法学院法理学专业，获法学硕士学位。2001年毕业于武汉大学法学院刑法学专业，获法学博士学位。现为中国政法大学博士后流动站研究人员。国家检察官学院学历教育部主任、副教授，兼任中国犯罪学研究会常务副秘书长。先后在《中外法学》、《法律科学》等学术刊物公开发表论文30余篇。主要著作有《检察机关侦查案件认定中的疑难问题解析》、《检察机关侦查实务》(1-10卷)、《刑法分则适用疑难问题解》、《刑法分则比较研究丛书》、《刑法分则适用典型疑难问题新释新解》、《晋升高級檢察官培訓教程》等十余部。

序

学术大师哈耶克在其名著《法律、立法与自由》中曾论述到：“立法，即审慎地制定法律，已被恰如其分地描述为人类所有发明中隐含着最严峻后果的发明之一，其影响甚至比火的发现和弹药的发明确还要深远。”诚然，立法者在将自己的意志和主张制度化之时，如果其本身并无这种权限，或者无视公平、正义等人类追求的最基本价值，那么这种所谓的法便很难得到民众的普遍认同并进而成为全社会成员自觉遵守的行为准则。正因为如此，对于如何才能实现立法的正当性这一议题，自欧洲法典化运动兴起以后就逐渐成为学者们研究的焦点。

我国对刑法立法的研究虽然起步较晚，但在刑法现代化的进程中也取得了一些成绩，特别是在1997年前后，就如何完善刑法，理论界的建议不绝于耳，学术活动呈现出一片繁荣景象。然而这一研究却远未臻完善之境。这其中固然有重犯罪论而轻视刑法基础理论研究的传统作祟，另外也同刑法学者对刑法立法理论不愿、不屑研究，或研究起来力有不逮相关。不完美的理论，自然不能为刑法的立

法实践提供科学的指导。因此，在我国1997年修订刑法之后，尽管法条的数量明显增多，对许多以往未规定的内容做了增补，对某些有缺陷的地方做了修改，因而也赢得了许多赞誉，但更多的学者是以理性的眼光，对修订后的刑法典提出了诸多批评。

“爱之深、责之切”，这种进一步推动我国刑法现代化的使命感促使学者们深深反思。郭立新同志就是其中的一个代表。他于1998年来武汉大学攻读刑法学专业的博士学位，成为我的开门弟子，并以刑事立法问题作为其博士学位论文的研究课题。由于他硕士生时期是研读法理学的，这一专业背景让他高屋建瓴，透过“刑法立法研究热”的表象认识到，新刑法之所以遭到批判，同现行的刑法立法的研究模式息息相关。因为这些研究中除个别是对刑法立法的宏观理论予以关注外，绝大部分都将关注的重点放在某个具体的细节问题上，而忽视了对刑法立法的一般原理和基本规律的探求。以之为指导而进行的修法活动，也就只能“头痛医头、脚痛医脚”，往往不能从根本上解决问题。而众所周知，刑法立法涉及的领域是相当广泛的，不可能面面俱到。基于上述认识，他舍弃了对刑法立法技术等内容的探讨，而仅仅选取了刑法立法正当性这样一个角度，希望通过论证通常被认为是天经地义的国家所享有的设定犯罪、配置刑罚的立法权的正当性，来寻求刑法立法的规律性认识。

综观全文，作者或在比较的基础上评说利弊优劣，择善而从，或阐发己见，推陈出新。论文结构

严谨，文笔流畅；旁征博引，资料翔实；思路开阔，观点鲜明。在评审和答辩时，受到校内外专家的高度评价。答辩之后，作者又做了进一步修改和补充。尽管个别观点尚需推敲，某些部分还有待进一步深化，但我以为这是一部有相当理论水准和学术价值的专著，它的出版问世对丰富和发展我国有关刑事立法的理论具有重要意义。我为郭立新同志的学术成长和他在工作中的突出表现感到欣慰，对他学术专著的出版表示祝贺！同时，也期待他在学术的道路上不断前行，将来有更多高水平的学术成果面世，为我国刑法学的发展和繁荣做出更大的贡献。

是为序。

刘明祥

2005年5月于珞珈山

Contents 目录

1 导 论

9 第一章 刑法立法权

10 第一节 刑法立法权概说

12 第二节 刑法立法正当性的历史解说

12 一、神本源论的解说

15 二、圣人立法的解说

16 三、强权论的解说

17 四、社会契约论的解说

18 第三节 对社会契约论解说的评析

18	一、对社会契约论的批判
22	二、社会契约论的分析范式及方法论启示
26	第四节 刑法立法权的限制
26	一、两种契约观：立法权的有限与无限
32	二、刑法立法权限制的法理与证成
43	第二章 刑法立法主体
44	第一节 刑法立法主体及相关概念辨析
46	第二节 刑法立法主体之一：代议机关
46	一、近代议会作为刑法立法主体立法的概况

49	二、议会作为刑法立法主体的正当性
58	第三节 刑法立法主体之二：法院（法官）
58	一、法院（法官）刑法立法的历史与现状
62	二、法院作为刑法立法主体的正当性证成
67	第三章 罪之设定
68	第一节 设罪的理论基础
68	一、理性犯罪观对设罪的意义
73	二、犯罪根源、犯罪原因论与罪之设定
77	三、犯罪的相对性与罪之设定

80	第二节 犯罪圈的设定
80	一、犯罪圈的设定概述
81	二、犯罪圈设定的根据和范围
93	第三节 设罪标准
93	一、设罪标准的演进
97	二、设罪标准的现实选择
107	第四章 刑罚制配
108	第一节 刑罚制配的正当性
108	一、刑罚制配正当性的不同解说

113	二、刑罚制配正当性的统一论
117	第二节 刑种制配
117	一、刑种制配的法理
121	二、刑罚体系的建构及对我国刑罚体系的检讨
137	第三节 刑罚幅度的设置
137	一、刑罚幅度设置的不同模式
140	二、种罪刑罚幅度的设置
146	三、种罪格刑度的设置
149	第五章 刑法立法的载体

150	第一节 刑法立法载体之一——刑法典
150	一、刑法立法法典化的意义
154	二、刑法典的结构
157	三、刑法典总则的功能与设置
159	四、刑法典分则的功能与模式
166	第二节 刑法立法载体之二——特别刑事法律
166	一、特别刑事法律的功能
171	二、特别刑事法律的立法模式
182	三、特别刑事法律与刑法典的关系

186	第三节 刑法立法载体之三——判例法
186	一、判例法的结构
189	二、判例法的运作机理
191	三、判例法的功能——刑事法治语境下的分析
194	四、判例法的引进与吸收
197	附：主要参考文献
202	后 记

导 论

1997年3月八届人大五次会议通过了刑法修订草案，对1979年的刑法典及其后人大常委会制定的若干决定和补充规定作了重大修改和完善，这是一次重要的法典编纂活动。刑法修订颁布之后，刑法理论界一改往日新法出台，一片赞誉之声，而是以冷静、理性的眼光来审视刑法的修订，相反，新刑法典一经颁布，**对修订后刑法典的批评之声鹊起**。批评有来自刑法理论界，也有来自司法实践界。批判固然是理论之精神，没有批判就没有理论的发展。但是，对刑法典的批判也要一分为二的去看待。法律不是嘲笑的对象，而是法学研究的对象，过多的攻击和批判必然损害法律的权威，动摇人们刚刚树立起的对法律的信仰。对刑法典的批评会掩盖刑法学者和司法者的解释法律的使命。对刑法典的批评引发了对刑法立法的思考：为什么刑法立法不断完善，可对刑法适用的不满与日俱增？为什么刑法立法在不断克服刑法不可操作性弊端时，刑法却似乎越来越不好操作？为什么我们在追求明确具体的刑法规范时，它却越来越缺乏可预测性和确定性？为什么刑法越精密，反而漏洞越多？等等。这些问题既是刑法立法的技术问题，但也涉及刑法法治的一般理论。刑法立法是万能的吗？国家的刑法立法权是有限的还是无限的？犯罪能消灭吗？刑法规范明确性的界限？刑法立法和刑法司法的关系？

批评涉及刑法典的“垂范久远”、规范的明确性和可操作性、刑法典的漏洞、刑法的用语、立法时机等等。有关代表性的论文和著作有：范忠信《刑法典应追求垂范久远——论修订后〈刑法〉的局限和缺陷》，《法学》1997年第10期；侯国云《也谈刑法典的垂范久远》，《法学》年期；侯国云、白融云《新刑法疑难问题解析与适用》，中国检察出版社1998年版；陈兴良《刑法建议》，中国人民公安大学出版社，等等。

对这些问题必须置于法治的语境中才能阐释清楚。基于这种思考，在法治的背景下，探讨刑法立法正当性研究尤为必要。

一般意义上，立法是伴随成文法的产生而出现。成文法发展的早期无论东西方都是采取“诸法合体”，刑法立法并非独立存在。在欧洲，随着刑事古典学派的兴起及其倡导的法典化运动，废除了诸法合一的立法模式，制定了以犯罪和刑罚为内容的刑法典，刑法立法独立地位得以确立，这为刑法立法的研究奠定了基础。大陆法系崇尚理性而孕育了发达的刑法理论，对成文法的尊崇而形成了完善的立法技术。然而，刑法发展的历史表明，对刑法立法理论的研究长期以来并未受到刑法学界的青睐。尽管西方不少著名学者，如西赛罗、洛克、孟德斯鸠、黑格尔、萨维尼、边沁等在其法学名著中对立法问题作了大量的论述，提出了一系列的原理和原则，但真正涉及刑法立法的却微乎其微。对刑法立法理论做出重大贡献的首推贝卡利亚和边沁，贝卡利亚在其代表作《论犯罪与刑罚》中提出了罪刑法定、罪刑相称和刑罚必要性的三大原则，为近代西方大陆法系国家的刑法立法奠定了基础。边沁倡导以实现法律统一，民法、刑法等部门法律法典化的法律改革运动，在其“获得世界性声誉”的著作《立法原理》第三卷《刑法典原理》中，将功利主义的立法理论贯彻到刑法立法中。他将贝卡利亚所强调的罪刑相称的立法原则具体化为五个操作规则，即“刑罚之苦必须超越犯罪之利”；“刑罚的确定性越小，其严厉性就应该越大”；“当两个罪行相联系时，严重之罪应适用严重之刑，从而使犯罪有可能在较轻阶段停止犯罪”；“罪行越重，适用严厉之刑以减少其发生的理由就越充分”；“不应该对所有罪犯的相同之罪适用相同之刑，必须对可能影响感情的某些情节给予考虑”，并提出了刑罚选择和刑种配制的原则。刑事实证学派从行为人的生命危险

性（人格状态）来研究刑法规律，犯罪是犯罪人的危险性格的表现，这一核心概念在立法中是无法准确的界定的，在法典中的意义是极其微弱的，所以刑事实证学派对刑法立法的研究关注点在犯罪的矫正与预防、刑罚个别化等刑事政策上。

英美法系的特有法律传统是法官创造了普通法和立法机关创造了制定法，这一点使英美法系的刑法立法不同于大陆法系。现在大多数普通法罪已被立法机关认可为制定法罪，可以说绝大多数罪名是由制定法创制的。与制定法的发展相应，尤其美国制定综合性的刑法典的努力，使刑法立法理论的研究有所进展，但仍未有对刑法立法理论作系统研究的学者和著作。

我国对刑法立法进行研究较早的有许鹏飞在《比较刑法纲要》中详细介绍了古今中外的刑法立法概况，台湾学者蔡墩铭在《现代刑法思潮与刑法立法》中以专题论文集的形式论述了有关具体犯罪的立法问题，但是这些研究缺乏理论的体系性。在大陆近几年伴随我国刑事法治化进程的深入，刑法立法活动异常频繁，围绕刑法的修改、完善，在刑法立法领域呈现出一片繁荣的研究景象。初步统计，公开发表的有关修改刑法的论文已以千数计，同时也有《刑法立法导论》、《刑法的修改与完善》等刑法立法方面的专著问世，并且在其他方面的刑法著作中，也不同程度的对刑法立法领域的某一问题进行了探讨。但是，透过“刑法立法研究热”的表象我们就会发现，这些研究中除个别对刑法立法的宏观理论关注外，而众多的研究是分散零乱、不成系统，其关注的重点放在了现行刑法典的具体修改上，却忽视了对刑法立法的一般原理和基本规律的探求，以至于我们的立法成为“头疼治头，脚疼治脚”的社会庸医，甚至有些立法违背了刑法认识的规律，这也是新刑法遭到批判的原因之一。