

自由刑法理论三部曲之一

# 自由秩序与

# 自由刑法理论

何荣功 著

国家刑罚权与公民权利和自由之间的关系，犹如「蛋糕」之两半。法治社会的理想状态是：两者处于平衡、协调状态，各得合理之份额。国家刑罚权的不适当扩张，意味着国家分得的「蛋糕」份额相应增大。在「蛋糕」总量不变的情况下，公民所享有的「蛋糕」份额就会被迫减小。刑法泛化所带来的国家刑罚权的不适当扩张，将导致公民权利空间被压缩，公民自由被侵害。

Liberal Order and  
Liberal Theory of  
Criminal Law



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 自由秩序与 自由刑法理论

何荣功 著

Liberal Order and  
Liberal Theory of  
Criminal Law

本书为武汉大学「70后学术团队」暨我国现代化  
进程中的刑事法治问题研究学术团队的成果之一



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

自由秩序与自由刑法理论/何荣功著. —北京:北京大学出版社, 2013. 10  
ISBN 978 - 7 - 301 - 23538 - 6

I. ①自… II. ①何… III. ①刑法 - 理论研究 IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 287984 号

书 名: 自由秩序与自由刑法理论

著作责任者: 何荣功 著

责任编辑: 杨玉洁

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 23538 - 6/D · 3471

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788  
出版部 62754962

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 23.5 印张 327 千字

2013 年 10 月第 1 版 2013 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

# 前 言

法律是人类社会的公共事业。在民主社会,它既是政府权威的基础,也是社会秩序维持与社会延绵发展的基本条件。美国著名法社会学家庞德指出:“今天许多人都说法律乃是权力,而我们却认为,法律是对权力的一种限制。社会控制是需要权力的——它需要用其他人的压力影响人们行为的那种权力。作为社会控制的一种高度专门形式的法律秩序,是建筑在政治组织社会的权力或强力之上的。但是法律绝不是权力,它只是把权力的行使加以组织化和系统化,并使权力有效地维护和促进文明的一种东西。”在法律共同体中,刑法是最具阳刚气质的规范体系,刑法的适用最能彰显国家的权力与权威,同时,也最容易挫败公民的权利与自由。所以,相对于其他任何部门法,刑法更需要被组织化、系统化。近世以来,刑法组织化、系统化的最重要形式乃是罪刑法定主义原则的确立。

伴随着法治社会的发展,今日的罪刑法定主义已非投胎时的面容,而是具有了实质法治的内涵,强调法的明确性和实质处罚的正当性。但任何范畴和概念的功能总是有限度和针对性的,罪刑法定原则的主要意蕴仍然在于从形式法治的侧面确定刑法的边界。而在实质层面,刑法究竟应当将何种行为纳入罪刑的视野,则不是形式法治所能够圆满解答的课题。

刑法以规定犯罪和刑事责任为基本内容。现代民主社会,国家对人的任何惩罚都必须要有正当性根据,所以,首先,刑法处罚是一个道德哲学课题,必须回答国家将强制力施加于公民的正当性问题。其

次,刑法适用体现的是国家权力的运转,“犯罪这个论题反映的是社会秩序和社会责任的内涵,表现的是个人行为自由与压制受社会规定的越轨行为之间的平衡,所以,从本质上讲,决定它并对它起反应的方面是国家的政治结构”。国家的政治形态最终决定着刑罚权的配置及运行规则,从这个意义上讲,刑法又是个政治哲学问题。还有,刑法作为法律共同体的要素,需要处理、界定与共同体内其他部门法的关系与界限。犯罪化作为最严重的谴责惩罚措施应当留给对法益侵犯最严重的行为。刑法作为国家最激烈的对抗犯罪的手段,只有对妨害国家、社会和公民根本利益的行为,才有必要发动刑罚。所以,刑法还是个极具专业性的问题。本书主要立足于专业视角,力图从道德哲学和政治哲学的层面,对刑法存在的正当性及限度这一根本性课题做些尝试性的探索与思考。

本书以刑法的扩张与泛化为契入点,以自由主义为思想主线,阐述笔者关于“自由秩序与自由刑法”的理想。笔者认为,自由是人的本真状态,意思自治是人具有的本质属性。人存在的全部内容,即生存与生活的一切面向,都始终根源于人性。法律作为社会事实的规范写照,要尽可能与人类生存发展的生物学属性相一致。创造条件充分实现人的意思自治和保证人的自由,是现代民主国家的根本任务。法律的“原点精神”应当在于扩大人的自由范围,限制人的天性中不利于个体和群体生存和发展的自由,以便促进个人利益与社会福利的最大化。包括刑法在内的一切法律,只有作为维护社会存在、保障个人自治免受他人非法侵害,以及促进个人、社会整体福利发展而存在时,才具有正当性。刑法作为禁止性规范的属性,决定了其主要功能在于维护人的生存与发展所必需的消极自由。刑法作为规范体系,针对的对象不仅是犯罪人,也应当针对国家权力的启动与运行,两者应同时兼顾,并行不废。刑法如放任对犯罪行为的规制,将可能引起社会秩序的混乱;同样,刑法若放弃对国家刑罚权的规范,将会走向扩张,导致公民权利与自由的萎缩、窒息。而不以自由为内容的社会秩序,是乏味的、不道德的。

以自由刑法理论为思想基础,笔者倡导以下基础观念:关于刑法

机能,本书认为刑法的社会保护与人权保障机能应并重,但后者具有更为基础的地位,具有优先考量的价值。本书提倡“法治刑法功能观”,反对“风险刑法观”和“民生刑法观”;反对将刑法作为社会管理法对待。本书坚守刑法司法法的属性,强调刑法的独立性、安定性和公平价值,反对刑法的行政化倾向。本书提倡整体刑法学的理念,主张刑法应回应刑事政策与社会需求,但反对刑法对刑事政策的过度回应与依附。本书倡导刑法最小化观念,强调公民具有不被犯罪化的权利,反对国家将公民争取经济自由的行为犯罪化。本书主张刑法应当保护社会法益和社会公共利益,但反对将抽象的国家和社会秩序作为刑法保护的主体。本书反对刑法的频繁修改和刑事立法的过度活跃化。刑法频繁修改所反映的国家将刑法作为社会管理法看待和对社会治理过度倚重刑法的思想,将会替代与弱化非刑法措施对社会治理的基础意义。本书反对刑法的扩张与泛化,因为刑法泛化将导致对公民自由空间的不适当压缩。本书还反对刑法的积极的一般预防观念,因为赋予刑法积极预防功能,有使刑法过度活跃化之风险,是刑法不能承受之重。

冬去春来,寒暑相易。笔者自硕士阶段步入刑法殿堂以来,已逾十三个春秋。但说来惭愧,过去笔者主要致力于规范刑法学的学习和思考,对刑法的根基性问题缺乏应有的涉猎。本书研究的主题源于笔者近两年对我国刑法实践活动与刑法现象的观察与反思。而过去一年,笔者在牛津大学的访学生活及对英国社会自由主义的感悟,更是坚定了笔者对本书的主题做进一步“冲动性”探索的信念,从而最终形成了书中这些不成熟的看法。

坦诚地讲,此前,笔者对自由主义政治哲学和道德哲学并没有系统学习和深入研究,本书主要是笔者在既有知识结构基础上,尝试运用自由主义政治思想对刑法的存在范围、我国当前一些刑法现象作出解读和探索。从全书涉及的具体问题看,也很难认为其具有很强的体系性。刑法中的不作为犯的处罚范围、共同犯罪的处罚范围、过失犯和刑罚目的等基础课题以及当前我国正在推行的劳动教养制度改革等问题其实都与本书主旨密切相关。对此,本书并未涉及,只能留待

来日继续研究。但无论如何,本书是笔者试图运用自由主义政治思想解释刑法问题的初步尝试,真实地反映了作者现阶段对于自由刑法的理想。“文章千古事,得失寸心知”,本人水平有限,书中不足错讹之处定当难免,欢迎方家、同行不吝批评指教。

本书的部分内容是笔者在牛津访学闲暇之余思考著成的。感谢牛津大学犯罪学中心 Roger Hood 教授,中心主任 Carolyn Hoyle 教授, Julian Roberts 教授及苗苗博士为我学术访问和研究提供便利与帮助!感谢我的老师莫洪宪教授、林亚刚教授对本书体系和部分观点的纠正和指教!感谢北京大学出版社蒋浩老师及杨玉洁编辑对本书出版付出的辛勤劳动!还要感谢我的研究生王旭东和博士生任娇娇为我查找资料付出的辛苦!

最后需要说明的是:本书是本人主持的武汉大学“70 后学术团队”暨我国现代化进程中的刑事法治问题研究学术团队的成果之一。感谢武汉大学人文社会科学院对我们学术研究团队及本书出版的大力支持!

何荣功

2013 年 9 月

# 目 录

## 前言 I

### 上编

刑法的泛化:一个普遍的法律现象	3
一、刑法泛化的含义	3
(一) 社会秩序与行为规范	3
(二) 刑法泛化的概念	6
二、国外刑法的泛化	9
(一) 美国刑法的泛化	10
(二) 英国刑法的泛化	11
三、简要的总结	13
(一) 英美刑法泛化的原因述要	13
(二) 刑法泛化的风险	14
(三) 本书的思路与特色	15
意思自治、社会福利与刑罚的处罚范围	16
一、引言:刑法属性的不同视角	16
二、政治哲学视野中刑罚的根据与原则	18
三、刑法理论的争议	20
(一) 刑法道德主义	20
(二) 刑法家长主义	23
(三) 刑法自由主义	27
四、简要的归结与评论	33



五、“自由刑法模式”与犯罪化原则的确立	36
(一) 意思自治、社会福利与“自由刑法模式”	36
(二) “自由刑法模式”与犯罪化原则的生成	40
(三) 刑法家长主义在我国的存在空间	41
(四) 对犯罪化原则展开问题的必要说明	44
六、犯罪化原则展开(一):伤害原则	44
(一) “伤害原则”的基本内涵	44
(二) 刑法处罚“危险行为”的法理	48
(三) 归结与评析	50
(四) 刑法处罚(抽象)危险的原理	55
七、犯罪化原则展开(二):可责性原则	59
(一) 可责性的争论	59
(二) 可责性原则与犯罪构成	60
(三) 简要的归结	61
八、犯罪化原则展开(三):“刑法最小化”原则	63
(一) 刑法是否有必要坚持“最小化原则”	63
(二) 安德鲁·阿什沃思教授关于“最小化方法”的 论述	65
我国刑法的泛化:关于形态与原因的初步探讨	68
一、我国刑法泛化的表现	68
(一) 立法层面的表现	69
(二) 司法层面的表现	85
二、刑法泛化的风险与危害	96
(一) 刑法泛化有改变国家权力与公民权利结构的 风险	96
(二) 刑法泛化导致国家司法资源的不合理配置	98
(三) 刑法泛化有碍经济社会的创新	101
(四) 刑法泛化将削弱刑法的公众认同	102
三、我国刑法泛化的原因:一个“泛刑法”的分析	105
(一) 刑罚权运行机制与刑法泛化	106

(二) 社会纠纷非刑法解决机制的缺位与刑法泛化	114
(三) 刑事政策的过度回应与刑法泛化	119
(四) “犯罪防控模式”与刑法泛化	122
(五) 刑法威慑功能的过度倚重与刑法泛化	128
(六) 法律文化传统与刑法泛化	134
限制刑法泛化的主要课题	137
一、刑法之外的措施	137
(一) 简要的说明	137
(二) 刑法回应刑事政策及其合理限度	138
(三) “沙堆效应”及其刑事政策意义	145
二、“法治刑法功能观”之提倡	149
(一) “法治刑法功能观”的内涵	149
(二) “风险刑法观”之评析	153
(三) “民生刑法观”之省思	157
三、关于犯罪本质:改造性的解释与适用	161
(一) 传统犯罪本质观及近年的争论	161
(二) 传统犯罪本质观存在的问题	164
(三) 严重社会危害性概念的改造性解释与运用	167
四、抽象危险犯(行为犯)及其立法理由	171
(一) 必要的说明	171
(二) 抽象危险犯的构造	173
(三) 抽象危险犯的立法理由	177
(四) 简要的归结与评析	184
(五) 抽象危险犯的两个实务问题	185
五、“秩序”作为法益的限度与刑法的范围	204
(一) 强调保护秩序:我国犯罪客体的重要特色	204
(二) 传统解释带来的问题	209
(三) “秩序”作为法益的限度	216
六、防止刑法泛化的其他几个课题	221
(一) 刑法频繁修改的价值反思	221

- (二) 刑法处罚范围的宪法限制 231
- (三) 刑事司法控制措施 232

## 下编

- 过失抽象危险犯的构造与危险驾驶罪的性质 249
  - 一、问题的提出与必要说明 249
  - 二、“故意说”及冯军教授的质疑与批评 251
  - 三、对冯军教授观点的回应与商榷 256
  - 四、危险驾驶罪主观方面为故意的法理根据 263
    - (一) 我国抽象危险犯的特点与构造 263
    - (二) 抽象危险犯罪过的界定标准 265
    - (三) 还有必要明确的一个问题 267
    - (四) 法定刑、罪名体系与危险驾驶罪的罪过 270
  - 五、余论:我国刑法要慎重对待过失抽象危险犯 271
- 经济犯罪的法益与经济刑法的范围 275
  - 一、问题的提出 275
  - 二、经济犯罪法益:我国传统的理解与问题 276
    - (一) 国外刑法理论的争议 276
    - (二) 我国传统刑法认识面临的疑问 278
    - (三) 经济活动自由与经济刑法的法益 282
  - 三、经济刑法范围的其他问题 286
    - (一) 关于“可责性”问题 287
    - (二) 关于经济刑法的最小化问题 287
    - (三) 关于立法技术与经济刑法范围 288
  - 四、经济犯罪认定中几个实务疑难问题 289
    - (一) 虚报注册资本罪中“应缴出资额”的认定基准 289
    - (二) “货票不符”与虚开增值税专用发票罪的认定 293
    - (三) 变相吸收公众存款的认定思路 296

财产罪的法益与财产罪的范围	303
一、问题的提出	303
二、学说争议与判例	304
(一) 国外的学说及评析	304
(二) 我国学者的观点与评论	306
(三) 实践与判例	309
三、财产罪法益的展开	311
也论盗窃与抢夺的界限	315
一、问题与有必要明确的几个前提	315
二、通说的观点及张明楷教授的批判	317
三、关于张明楷教授批判观点的反批判	319
四、传统观点的坚持及其法理解释	324
“打早打小”的刑事政策与黑社会性质组织的认定	329
一、“打早打小”刑事政策与黑社会性质组织特定的 界定思路	329
二、黑社会性质组织“经济特征”的认定	334
三、关于黑社会性质组织“行为特征”的认定	338
四、对黑社会性质组织“非法控制特征”的认定	341
关键词索引	345
参考书目	350

# 上 编



# 刑法的泛化：一个普遍的法律现象

## 一、刑法泛化的含义

### （一）社会秩序与行为规范

人超越于一般动物从而成为“人”，一个根本的特点在于，他不再仅仅是在自我保存的基础上，通过生存和生育而保持作为动物物种之一的存在，而从其成为“人”的开始就已经不同程度地超越了单纯的生物性的生存，始终在为“更好”的生存状态而努力，也就是为着“生活”而努力。<sup>〔1〕</sup>人们“由于他们的需要即他们的本性，以及他们求得满足的方式，把他们联系起来（两性关系、交换、分工），所以他们必然要发生相互联系”。<sup>〔2〕</sup>人类社会就是由人们通过相互交往而形成的相互联系、关系的集合体。每一个人都生活在这个联系、关系的网络状集合体之中，依赖于这个集合体，人们的相互联系形成人的根本属性，进行人所独有的能动活动。<sup>〔3〕</sup>所以，人生来就具有社会性，从属于特定的社会与阶群，需要与同类共存与合作。

但是，人同时还具有自然性和个人主义本性。在作为群体成员存

---

〔1〕 参见姚建宗：《论法律与政治的共生：法律政治学导论》，载《学习与探索》2010年第4期，第59页。

〔2〕 《马克思恩格斯全集》（第三卷），人民出版社1960年版，第514页。

〔3〕 参见王孝哲：《论人类社会中的行为规范》，载《东南大学学报》（哲学社会科学版）2009年第4期，第11—14页。

在的同时,还作为个体存在和发展。人的生物学属性决定了每个独立之个体必然存在着个体差异和个体意识。而且,每个人都是社会利益的存在体,这从根本上决定了个人利益的差异性与多样性。在社会共存与合作中,个体所产生的个性以及由此决定的个人利益必然存在不协调,甚至发生矛盾、冲突乃至对抗。在人类的原初状态,人们的行为并不受某种(些)特定规范的制约。人们按照自然本性(利己性和同情性)来选择他们的行为,以他们认为合适的方式与他人发生着联系。〔4〕个人主义本性使人往往只顾自己的欲望与要求,不惜牺牲别人的利益以设法满足这些欲望与要求,并克服一切对这些欲望与要求的阻力。人类社会发展史已清晰地表明:人类文明与进步的历史,既是一部人们之间合作共存的历史,亦是一部张扬、展示个性与发生冲突、解决冲突的历史。

“物竞天择,适者生存。”随着交往的不断发展,人们对自身的行为方式和交往模式慢慢形成了默契,原初状态的自我任性的生活方式只可能使社会进入“一切人反对一切人的战争中”。无论是作为个体存在的个人,还是一定的群体与社会,为了避免相互竞争、冲突、甚至残杀,为了自身的生存与发展,惟一的出路在于社会建立一定的良好秩序和约束机制,以此引导、约束、规范人们与其他社会主体的行为,实现社会稳定。作为约束机制的习俗、道德、宗教、伦理、法律等行为规范,便应运而生,人类步入了“规范生活时代”。

规范的产生不仅为个人的行为选择提供了依据,而且为社会生活的运行设定了一个轨道。从个人的角度讲,规范“是人们参与社会生活的行为准则”;从社会的角度讲,规范是人类的社会生活模式,它对人与人之间应如何相处、如何通过与他人或社会的关系来满足自己的需求,以及如何最终在群体中实现利益的分配作了具体的规定。〔5〕人类通过社会生活的结构化和人们行为的标准化而形成的社会制度

---

〔4〕 参见麻美英:《规范、秩序与自由》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2000年第6期,第116页。

〔5〕 同上注。



和行为规范,是社会秩序的具体反映。<sup>[6]</sup> 社会制度和行为规范是一种行为的“指引”,也是行为的“禁忌”,本质上是国家和社会实现自我保全和社会控制的手段。在微观层面,它的存在,使得具有个体差异的个人行为具有了可预测性。在国家与社会管理层面,形形色色的行为规范为各类社会主体的活动设立了“规矩方圆”,促使人们的行为循规蹈矩,从而保证社会按照一定的秩序运行,避免社会陷入“一切人反对一切人的战争状态”。

虽然实现社会控制的手段有许多,如舆论、法律、信仰、社会暗示、社会宗教、个人理想、礼仪、艺术、人格、启蒙、幻像、社会价值观和伦理法则,等等,但法律仍然是社会秩序大厦的基石。<sup>[7]</sup> 自文明社会以来,随着社会分工的发展和社会管理运转的精致化,行为规范出现了分殊化,最显著的就是道德规范与法律规范的分道扬镳。<sup>[8]</sup> 社会管理重心日益倾向通过法律规范实现对社会的治理,以及法律规范内部的进一步细化。就后者而言,最直接的结果是部门法的形成与逐步发达。现代社会,所谓的法律规范体系实际上是由不同法律部门共同构建的部分法规范体系。不同部门法规范立足于各自的调整对象,在各自的领域各司其职,相互配合,以法律的方式调配社会资源,规定和分配社会正义,规范各类社会关系主体的行为,实践着各国的法治理想,延续和推动着人类的文明与进步。

---

[6] 参见王思斌:《社会学教程》(第二版),北京大学出版社2003年版,第271页。

[7] 参见[美]爱德华·罗斯:《社会控制》,秦志勇、毛永政等译,华夏出版社1989年版,第46页。

[8] 法律(规范)与道德(规范)之间的关系是法学理论特别是自然法理论与分析实证法学理论争论的核心话题,直至今日并没有结论。古典自然法学家霍布斯认为,法(即自然法)就是公道、正义、感恩以及根据它们所产生的其他道德。新自然法学派代表富勒强调,法律与道德是不可分割的。法律的道德分为“内在道德”与“外在道德”。“法律的外在道德”是指法律的实体目标;“法律的内在道德”是指法律的解释和执行的方式问题。而实证法学派却认为,法律与道德之间无必然的联系,如规范论代表奥斯丁认为,法律就是一些规则和原则,与德无关,恶法亦法。现代法律实证主义的代表哈特提出,法律与道德是基本分离的,国家不应当以法律强制推行道德。无论对法律与道德关系持何种态度,都不能否认现代社会道德规范和法律规范的分野以及各自功能存在的明显差异。