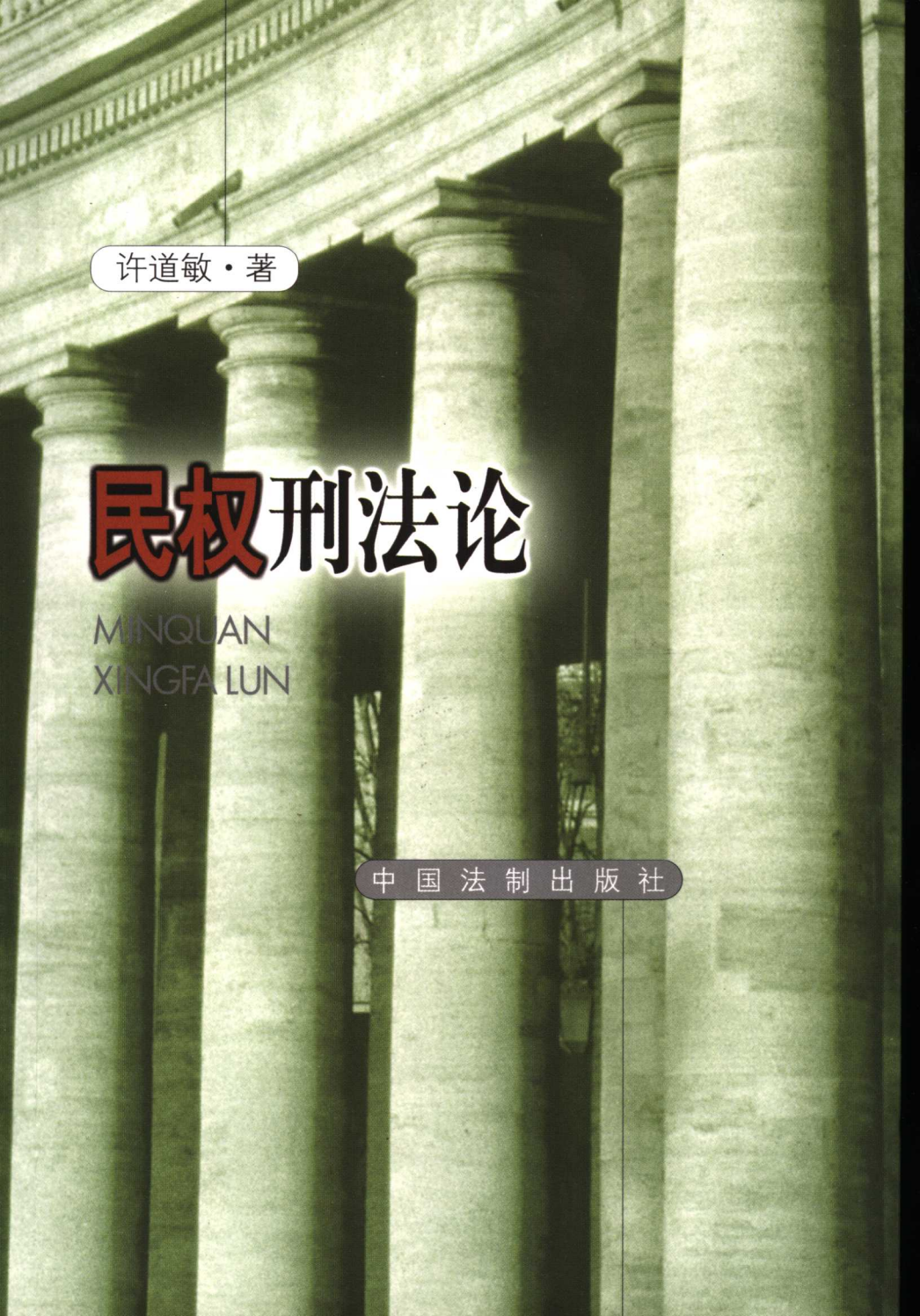




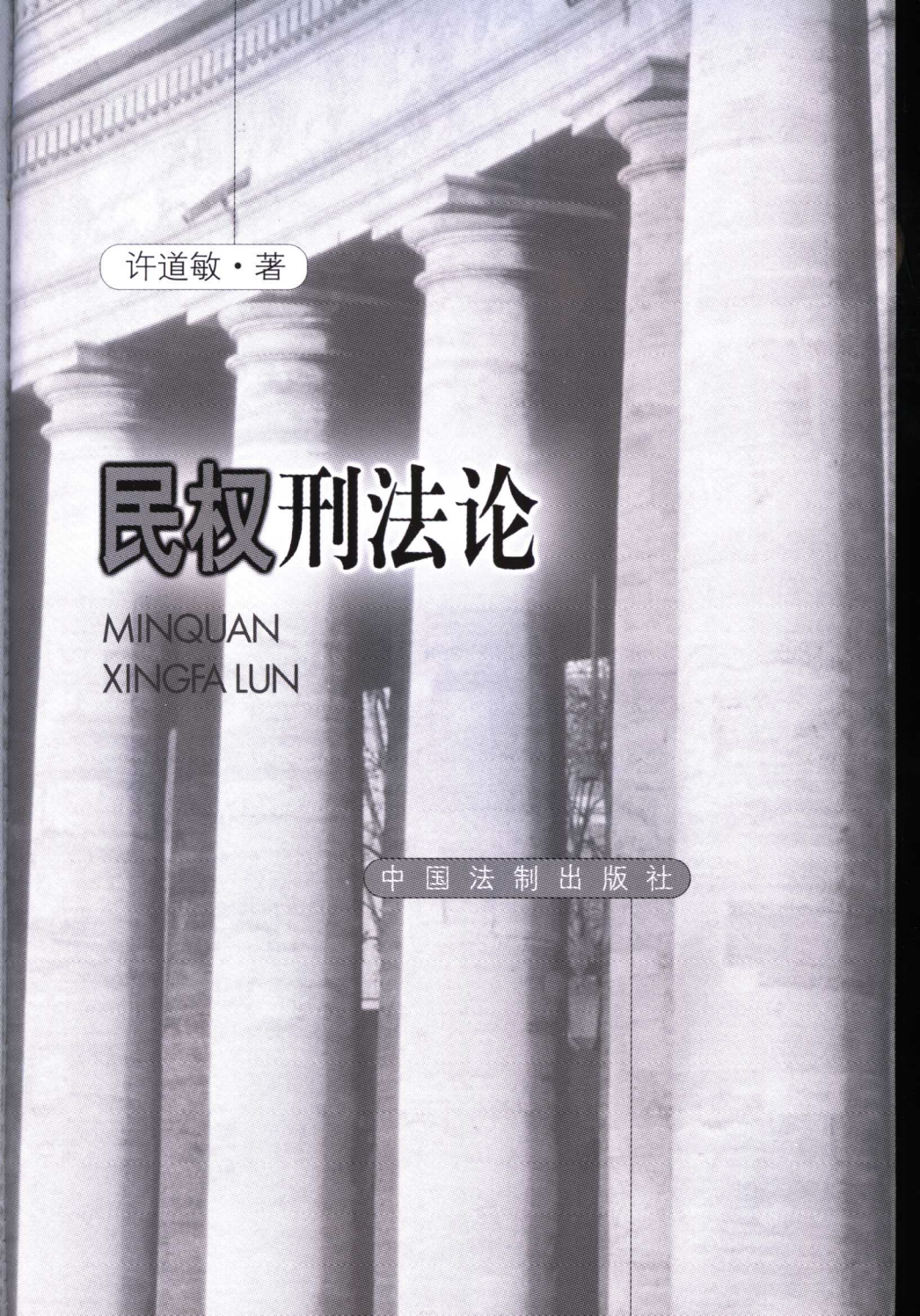
许道敏·著

# 民权刑法论

MINQUAN  
XINGFA LUN

中国法制出版社



The background of the book cover is a black and white photograph of several tall, classical columns, likely from a courthouse or government building. The columns are arranged in a perspective that leads the eye towards the top of the frame. The lighting creates strong shadows, emphasizing the texture and form of the stone.

许道敏·著

# 民权刑法论

MINQUAN  
XINGFA LUN

中国法制出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

民权刑法论/许道敏著. —北京: 中国法制出版社, 2003.10

ISBN 7 - 80182 - 027 - 4

I. 民… II. 许… III. 民权 - 刑法 - 研究  
IV. D926.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 084480 号

## 民权刑法论

MINQUAN XINGFA LUN

著者/许道敏

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/9.5 字数/224 千

版次/2003 年 10 月第 1 版

2003 年 10 月印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80182 - 027 - 4/D·993

定价: 17.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

发行部电话: 66062752

编辑部电话: 66032924

邮购部电话: 66033288

读者俱乐部电话: 66026596

## 内 容 提 要

民权刑法是指依照主权在民的宪法原则,要求国家刑事活动以保障人民权利为出发点和归宿的应然刑法。作者认为,民权与国权,在特定的历史条件下是可以取得一致的;但在刑法理念上,民权刑法观与国权刑法观则是势不两立的。文中作者对民权刑法的理论价值作了分析,认为民权刑法将代表中国刑法理论发展的基本走向:第一,民权刑法旨在排除国家刑罚权发动和行使中的一切恣意,从观念上树立实体法和程序法的人权保障意识,包括以罪刑法定、无罪推定为基本理念的法律信仰,是人道、法治刑法文化的中轴理论;第二,在我国重义务轻权利文化传统积重难返的特殊地缘范围内,民权刑法立论的成立和广泛认同,是清除传统刑法文化积弊的快捷方式;第三,随着民权刑法理论的成熟,最终将被上升为刑事政策,从而指导刑法规范的理性重构,在刑事立法上完成以法治国必然要求的规范选择;第四,民权刑法贯穿相关法规范制定、执行、遵守的全过程,将为法的实现提供基本力量。

为了论证民权刑法的成立,论文从刑法的宪法基础入手,提出五个等式,论证了相关命题:一是国权刑法=权力刑法;二是民权刑法=权利刑法;三是国权刑法与民权刑法的分野=中国古代法治与当代法治的分野;四是刑法的本体=民权刑法;五是自然法学派与马克思主义刑法观的整合=民权刑法本体论。作者认为,民权刑法也是有中国特色社会主义刑法的基本精神。社会主义的高度发展是民权与国权取得一致的唯一希望。社会主义国家与资本主义国家在意识形态上的重大区别之一,就是前者从阶级社会的

现实出发,承认统治者具有未能完全代表全体国民利益的阶级偏私。因之刑罚权工具性运用上的偏私性必须以刑法的公正性加以制约,刑法是关于刑罚的法,两者具有规范与被规范的对立关系。刑法对刑罚的规范是通过全体社会成员基于其固有权利对国家刑罚权的确认和限制两个方面实现的。如果认为,刑法是统治阶级意志的单极体现,进而把刑法作为阶级统治的主要工具,那么,刑法作为法的公正性将丧失殆尽,刑法也就不成其为法。可见社会主义的基本属性,决定了社会主义国家尤其强调刑法具有通过确认和限制国家刑罚权的途径对人民权利加以保障的基本功能,它不允许阶级社会中的统治阶级脱离刑法的约束任意动用刑罚。一些资本主义国家对法学的研究如此深入,却未能揭示刑法与刑罚如此明晰的界限,原因就在于他们的意识形态中对阶级社会这一客观存在的认识模糊。基于阶级社会客观存在的真理性认识,社会主义国家特别强调刑法的本体是民权刑法,这是我国刑法理论应有的独到之处,也是当代中国刑法学者与其他发达国家刑法学者平等对话的基本资格。

基于以上论证,作者对民权刑法的原理进行了较为系统的展开论述,包括刑法的目的、机能、特征、原则,并运用民权刑法原理检视传统刑法文化,提出了民权刑法规范重构的设想,对民权刑法的实现途径作了探索。

**关键词:** 刑法 权利 民权刑法

## On Criminal Law of Human Rights Protection Abstract

Criminal law of human rights protection is the should – be criminal law which is set up on the basis of the constitutional principle of people's authority of nation, which demands the state to take the protection of human rights as ultimate aim of criminal jurisdiction. In my view, in a certain historical circumstances, the rights of the people can be in harmony with the state authority. Actually in the present criminal theory, the idea of human rights protection is absolutely contradictory with the idea of national authority. In this article, I have made an analysis on the value of the Protection of human rights in criminal jurisdiction, taking the theory of human rights protection as the developing trend in the future criminal theory, First it can prevent the national misuse of penalty, set up the idea of human rights protection in the substantial and procedural laws, including the legal conception of conviction by law and in proper procedure and presumption of innocence which should be the key part of criminal culture. Second, in our traditional cultural circumstances which put more emphasis on people's duties disregarding the human rights, establishing human rights protecting criminal theory and broad acceptances is a shortcut way to remove accumulated malpractice in the traditional criminal culture. Third, the protection of human rights will surely be promoted to the criminal policy to guide logos re-construction of criminal regulations which is necessary process to reach the rule by law, Fourth, the criminal law of human rights will

provide the basic strength to the enforcement of law.

In order to prove the rightness of the criminal law of human rights protection, I provide five equations from the constitution which is the base of criminal law to prove the relative propositions, which is as follows: criminal law of state authority is equal to the criminal law of rights; criminal law of human rights is equal to the criminal law of rights; the difference between the criminal law of state authority is equal to the difference between the ancient legal jurisdiction and modern legal jurisdiction; the originality of criminal law is equal to human rights protection; the compound of idea of natural law and idea of Marxist law is equal to theory of originality of criminal law of human rights, and I think this is also one part of the socialist law system. The advanced development of socialism is the only hope of the concord of human rights and state authority.

**Keywords:** Criminal law, Rights, Human rights, Criminal law of human rights protection



# 刑法学者的使命

——许道敏著《民权刑法论》序

陈兴良

我国刑法学界对刑法的研究,越来越不满足于对法条的注疏,而热心于刑法的形而上的研究,理论触须直指刑法的根基。许道敏的博士论文《民权刑法论》就是在这方面努力的最新成果之一。

本书是以民权刑法这一命题为中心而展开的一种刑法价值的建构。民权刑法这个概念,是李海东先生首先在我国提出的。李海东根据国家与公民在刑法中的地位把历史上的刑法划分为两种类型:国权主义刑法与民权主义刑法。以国家为出发点,而以国民为对象的刑法,称之为国权主义刑法,国权主义刑法的基本特点是,刑法所要限制的是国民的行为,而保护国家的利益;以保护国民的利益为出发点,而限制国家行为的刑法,称之为民权主义的刑法。<sup>①</sup> 国权主义刑法与民权主义刑法的分野,对于我们正确地认识刑法的性质与机能具有重要意义。在“从政治刑法到市民刑法——二元社会建构中的刑法修改”一文,我曾经提出政治刑法与市民刑法的命题。这里的政治刑法与市民刑法在一定程度上可以对应于国权刑法与民权刑法。应该说,民权刑法与市民刑法,从本质上说,就是法治国的刑法,从而区别于国权刑法与政治刑法。李海东只提出了民权刑法这样一个命题,而许道敏则不仅论证了民权刑法的成立,而且从理论上予以深入展开,从而为我们深刻地认识

<sup>①</sup> 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论的基础)》,法律出版社1998年版,第4—5页。



刑法的性质打开了一个窗口。

在本书中,许道敏在论证民权刑法这个命题的时候,提出了刑法命题的五个等式。这五个等式,实际上是对民权刑法从五个方面所作的论证。这种论证有正面的,也有反面的。通过这种论证,使民权刑法的内涵得以清晰。例如:国权刑法=权力刑法,民权刑法=权利刑法。这是从权力与权利角度对刑法性质所作的解说。由此可见,国权刑法与民权刑法中的国权与民权是两种截然相反、甚至在一定程度上相互对立的权:国权之权是指权力,而民权之权是指权利。在国权刑法中,刑法是国家单方面镇压犯罪的工具,因而刑法是用来限制公民行为的,而国家刑罚权本身则往往不受这种限制。而在民权刑法中,刑法不仅限制公民行为,更重要的是用来限制国家刑罚权的,具有政治国家与市民社会的某种契约性。正是这种契约性,使民权刑法获得了正当性,使民权刑法建立在宪政基础之上,使民权刑法作为法治国刑法在性质上根本区别于专制社会的国权刑法。我认为,本书从权力与权利的对立上阐述国权刑法与民权刑法在性质上的对立性,可谓切中要害。

本书还进一步从自然法学派与马克思主义刑法观的整合上,探讨了民权刑法的本质。作者提出,“新中国成立后,我国法学界长期受维辛斯基关于法定义的影响,强调法是规范的总和,法是阶级统治和阶级斗争的工具。由此可见,长期以来我们所强调的马克思主义法本体论把统治阶级的物质利益绝对化为单极的本体世界,难免被解释为国家主义,这是应当纠正的,但它的真理性在于它看到了法本体是具体的人的利益,即民权的真实存在。”这里涉及对马克思主义刑法观的反思,也是在确立民权刑法时首先需要澄清的问题。以往,我们简单地把马克思主义刑法观的内容确认为:刑法是统治阶级意志的体现,是阶级斗争的工具。在这一命题中只有国家主义的立场,而无民权刑法的踪影。受这种观念的影响,刑法成为阶级专政的工具,形成我所称的专政刑法,这种专政

刑法实际上是专制刑法与国权刑法。那么,这种对马克思主义刑法观内容的认识果真是符合马克思主义本意的吗?这是一个需要清理的问题。实际上,马克思主义只是提出了法,包括刑法是由一定的社会物质生活条件制约的,阐明了法背后支配着法的利益关系。那种认为既然刑法是统治阶级意志的体现,因而立法者基于国家主义的立场,可以任意地把一种行为规定为犯罪的理解,是对马克思主义刑法的曲解。这种观点是一种主观的犯罪概念,正如意大利刑法学家帕多瓦尼所言,主观的犯罪概念将犯罪的实质归纳为违背忠于国家的义务。从维护专制国家的目的出发,这种概念认为每一个社会成员都只能是有组织的社会集体的一分子,或者说只能是实现社会整体目标的工具;为实现社会的目标服务,就是个人生存的意义。这样,犯罪就被理解为一种敢于反抗,敢于擅自不服从社会的个人意志的体现。对这种观念来说,行为是否体现了行为人违背忠诚义务的意志是判断行为构成犯罪的根本标准,而行为是否在实际上侵害了某种法益或将某种法益置于危险之中,则无关紧要。如果坚持这种犯罪观念,立法者就不会以法益受侵害为限来确定犯罪的范围,这必然会从根本上导致刑事立法的无限扩张,完全改变刑事责任的想法:即不再以行为人的行为而是以行为人整个的生活方式作为刑事责任的根据。<sup>①</sup>应该说,马克思是强调犯罪的客观性的。马克思指出:“如果犯罪的概念要有惩罚,那么实际的罪行就要有一定的惩罚尺度。实际的罪行是有界限的。因此,就是为了使惩罚成为一种实际,惩罚也应该有界限。”<sup>②</sup>正是这种犯罪的界限,形成对国家刑罚权的客观限制。因此,马克思认为行为是刑事责任的客观根据。马克思指出:“我只是由于表现自己,只是由于踏入现实的领域,我才进入受立法者支

① 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第76—77页。

② 参见:《马克思恩格斯全集》,第1卷,第139页。

配的范围。对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。”<sup>①</sup> 因此,马克思是强调犯罪的客观性的。尽管什么行为是犯罪以及应处以何种刑罚,都是由立法者加以规定的。但是,根据马克思的观点,立法机关,甚至执法机关的法律评价可以把普通的过错行为变成应受刑事处罚的行为,可以臆造犯罪。问题只在于确定:立法者这种自由扩展到什么限度?<sup>②</sup> 也就是说,立法者这种自由是极其有限的,因为正如马克思所说:“违法行为通常是不以立法者意志为转移的经济因素造成的。”<sup>③</sup> 因此,犯罪作为一种社会现象是客观的存在,立法机关对犯罪的反应应当以此为基础。在这个意义上说,统治者的意志并不能决定犯罪,更不能把刑法单纯地视为统治工具。从民权刑法的命题出发,刑法恰恰具有对国家刑罚权的限制机能。因此,民权刑法命题的提出,对于我们重新认识刑法的机能具有十分重大的意义。

民权刑法不仅仅是一个简单的概念,而且具有极丰富的内容。许道敏在本书中对民权刑法的理论予以展开,其中涉及对刑法目的的探讨,我认为是十分必要的。刑法的目的是刑法理论的题中之义,但在我国以往的刑法理论中,刑法的目的并未引起理论上的足够重视。我国刑法强调的是刑法打击犯罪的作用,在这个意义上说,打击犯罪是我国刑法的目的。但正如李海东所言,一个国家对付犯罪并不需要刑事法律,没有刑法也并不妨碍国家对犯罪的有效镇压和打击,而且,没有立法的犯罪打击可能是更加及时、有效、灵活与便利的。如果从这个角度讲,刑法本身是多余和伪善的,它除了在宣传与标榜上有美化国家权力的作用外,起的主要是

① 《马克思恩格斯全集》,第1卷,第16—17页。

② 参见[苏]斯皮里多诺夫:《刑法社会学》,陈明华等译,群众出版社1989年版,第84页。

③ 参见:《马克思恩格斯全集》,第13卷,第552页。

束缚国家机器面对犯罪的反应速度与灵敏度。”<sup>①</sup> 因此,不能将打击犯罪视为刑法存在的正当性根据。刑法的正当根据应当从保障人权的角度去加以论证。刑法的存在主要是为了限制与规范国家惩治犯罪的活动,这才是法治社会的刑法之目的。只有以此为目的的刑法,才是“宪法性刑法”,即作为犯罪人大宪章的刑法。基于刑法目的性的观念,本书对刑法的工具性认识予以否定。本书指出:“要保持刑法的正义、目的性和稳定性,就必须区分刑法与政治的界限,摒弃刑法是政治统治的单纯工具的泛政治化观念,确保刑法不受统治者个人的权威的恣意扩张,导致刑法独立性荡然无存的恶果。明确刑法自身的目的,维护刑法的稳定性和连续性,是刑法保持自身独立性的前提。”我认为,对刑法目的的这种认识是完全正确的,只有正确地确定目的,才能为实现这一目的的选择与安排妥当的方法与手段。刑法如果丧失了正确的目的,只能成为一种为恶的工具,成为利维坦暴政的利器,就不存在正当性。

民权刑法本身不仅仅是一种纯粹的理论,民权刑法的思想必须贯彻于刑事立法与刑事司法之始终。许道敏在本书中除对民权刑法进行学理上的阐发以外,还讨论了民权刑法的规范建构与实现的问题。从而涉及到了具体而广泛的规范刑法问题。例如犯罪构成就是一个极其重要的问题。正如本身指出:“民权刑法的理念强调刑罚权发动的条件依据和限制,这个条件便是犯罪构成。”基于这一观点,许道敏对大陆法系、英美法系与我国刑法中的犯罪构成体系进行了比较研究,并提出了个人见解。此外,本书对刑法的原则、刑事法律关系等刑法中的基本理论问题均有所涉及。从民权刑法角度审视这些问题,使我们对此有一种新的理解。由此可见,民权刑法命题是十分重要的,它的确立与贯彻,会导致刑法理论的重新构造。至于民权刑法观念在刑事立法与刑事司法中的推

---

① 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第3—4页。

行,会产生一种全新的刑事立法观念与刑事司法观念。在当前刑事法治的建设过程中,民权刑法命题有着重要的推进作用。我始终认为,理念应当是实践的先导,如果没有正确的理念指导,就不会有正确的实践。因此,理念是先行的。在刑事法治建设中,法治理念的启蒙是必不可少的。许道敏的这本书,在某种意义上可以说是一本关于刑事法治理念的著作,这正是它不同于一般以刑法规范为研究对象的注释刑法学著作的不同之处。在我看来,目前我们国家《民权刑法论》这样的刑法著作还十分罕见,因而有必要加强对刑法的形而上的研究,使之与注释刑法学形成良性的互动关系。

许道敏当初博士论文开题的时候,选择《民权刑法论》作为博士论文题目,是有一些争议的,我当时就说过这是一个尖端领域,因而也是有风险的。但我一直坚信这是一个具有挑战性的题目,如果能够写好,会是一篇优秀的博士论文。许道敏不畏艰难,潜心钻研,终于完成了这篇博士论文并且获得通过,这是值得嘉许的。北大法学院刑法学科一直以推进我国刑事法治为使命,在刑法理论研究方面,理论刑法学与规范刑法学并重,更强调对刑法的超规范的形而上的刑法哲学研究。许道敏的本书既是他个人的学术成果,也是北大法学院刑法学科的学术成果。

值此《民权刑法论》行将付印之际,遵许道敏之嘱,写上以上文字,既是重读这篇博士论文的一些感想,也略抒我对民权刑法的一些见解。是为序。

陈兴良

谨识于北京蓝旗营寓所

2002年11月29日



# 目 录

|                          |         |
|--------------------------|---------|
| 序:刑法学者的使命 .....          | 陈兴良 (1) |
| 导论:刑法的宪法基础 .....         | (1)     |
| 一、刑事法治与宪法的至上性 .....      | (1)     |
| 二、宪法对刑法的指导 .....         | (4)     |
| 三、刑法对宪法的贯彻 .....         | (7)     |
| 第一章 刑法命题的五个等式 .....      | (13)    |
| 一、国权刑法 = 权力刑法 .....      | (13)    |
| (一)对国家权力的认识 .....        | (13)    |
| (二)国权刑法的特征 .....         | (24)    |
| 二、民权刑法 = 权利刑法 .....      | (40)    |
| (一)认识权利 .....            | (40)    |
| (二)权利的失落和背离 .....        | (45)    |
| (三)刑法的价值追求 .....         | (47)    |
| 三、国权刑法与民权刑法的分野 = 中国      |         |
| 古代法治与当代法治的分野 .....       | (50)    |
| 四、刑法的本体 = 民权刑法 .....     | (56)    |
| 五、自然法学派与马克思主义刑法观的整合 = 民权 |         |
| 刑法本体论 .....              | (61)    |
| 第二章 民权刑法的理论展开 .....      | (63)    |
| 一、刑法的目的 .....            | (63)    |
| (一)刑法目的问题的理论价值 .....     | (64)    |
| (二)刑法对国家刑罚权的确认 .....     | (69)    |

|                               |              |
|-------------------------------|--------------|
| (三)刑法对国家刑罚权的限制 .....          | (73)         |
| (四)对权利的保护是刑法的终极目的 .....       | (82)         |
| 二、刑法的机能 .....                 | (88)         |
| (一)保护机能 .....                 | (90)         |
| (二)保障机能 .....                 | (101)        |
| (三)保证机能 .....                 | (105)        |
| 三、刑法的特征 .....                 | (109)        |
| (一)公正性 .....                  | (109)        |
| (二)抑制性 .....                  | (114)        |
| (三)人道性 .....                  | (122)        |
| (四)严密性 .....                  | (130)        |
| 四、刑法的原则 .....                 | (135)        |
| (一)罪刑法定原则 .....               | (135)        |
| (二)无罪推定原则 .....               | (141)        |
| (三)罪刑相当原则 .....               | (145)        |
| (四)主体平等原则 .....               | (150)        |
| (五)必要报应原则 .....               | (155)        |
| <b>第三章 民权刑法对传统文化的检视 .....</b> | <b>(158)</b> |
| 一、中国传统法律的刑事化 .....            | (158)        |
| 二、泛道德主义为中心的刑法文化 .....         | (162)        |
| 三、权力扩张与权利的萎缩 .....            | (165)        |
| 四、“严打”检视 .....                | (168)        |
| 五、重典治吏考 .....                 | (176)        |
| (一)现阶段“重典治吏”效果的考察 .....       | (177)        |
| (二)历史上治吏经验的启迪 .....           | (179)        |
| (三)报应主义与功利主义的考察 .....         | (180)        |
| <b>第四章 民权刑法的规范重构 .....</b>    | <b>(185)</b> |
| 一、刑法规范的逻辑结构 .....             | (185)        |

---

|                          |              |
|--------------------------|--------------|
| 二、犯罪构成 .....             | (190)        |
| (一)犯罪构成理论的现状 .....       | (190)        |
| (二)重构我国犯罪构成理论的价值取向 ..... | (193)        |
| (三)犯罪构成的重新构造 .....       | (198)        |
| 三、刑事法律关系 .....           | (217)        |
| (一)刑事法律关系的概念和基本特征 .....  | (218)        |
| (二)刑事法律关系的主体 .....       | (222)        |
| (三)刑事法律关系的客体 .....       | (224)        |
| (四)刑事法律关系的内容 .....       | (227)        |
| 四、并吞民权规范及规范外行为的废除 .....  | (229)        |
| (一)关于死刑 .....            | (229)        |
| (二)劳动教养 .....            | (232)        |
| (三)法外酷刑 .....            | (241)        |
| <b>第五章 民权刑法的实现 .....</b> | <b>(251)</b> |
| 一、民权刑法的立法表述 .....        | (251)        |
| 二、民权刑法的司法认知 .....        | (255)        |
| (一)对刑法目的的司法认知 .....      | (256)        |
| (二)对刑法机能的司法认知 .....      | (257)        |
| (三)对刑法原则的司法认知 .....      | (257)        |
| 三、民权刑法的权利救济 .....        | (258)        |
| 四、民权刑法的规范忠诚 .....        | (262)        |
| (一)以规范选择树立刑法的权威 .....    | (262)        |
| (二)以民权关怀培养刑法的亲 and ..... | (265)        |
| (三)以形式理性建构刑法的信仰 .....    | (268)        |
| (四)以实体公正促成刑法的忠诚 .....    | (269)        |
| <b>参考文献 .....</b>        | <b>(272)</b> |
| <b>术语索引 .....</b>        | <b>(282)</b> |

# 导论：刑法的宪法基础

## 一、刑事法治与宪法的至上性

近代法治理论作为一种完整的思想体系是由启蒙学者创立的。从思想史的角度而论，它是对古代法制理论的继承和发展。在自然法理论中，“自然”是一种统治原则，它遍及整个宇宙，而宇宙是由一种实体组成的，这种实体就是理性，因此自然法就是理性法；人类作为宇宙的一部分本质上是一种理性的动物，服从理性的命令，根据人自己的自然法则安排其生活；理性作为一种遍及宇宙的万能的力量是法律和正义的基础。<sup>1</sup>[P13]因此自从西赛罗以后，自然法效力高于制定法的观念成为一种共同的、能为人们普遍接受的法律准则。根据这一准则，“法”只包含符合人类理性的自然法以及符合自然法的制定法两种，凡不符合自然法的制定法均属于无效，因为它本身就不能称之为法律，近代法治理论以此为基点展开。在刑事领域，罪刑法定主义成了法治的基本要求。罪与刑之所以需要法定，美国独立宣言的起草人托马斯·杰弗逊总统的一番关于近代立宪主义精神的文字也说出了其中的原委：“信赖，在任何场所当是专制之父。自由的政府，不是以信赖，而是以猜疑为基础建立的。我们用制约性的宪法约束受托于权力的人们，这不是出自信赖，而是来自猜疑。……因此，在权力问题上，不是倾听对人的信赖，而是需要用宪法之锁加以约束，以防其行为不端。”<sup>2</sup>[P22—23]现实状态中，刑罚权自然掌握在国家机关，如果我们进