

姚龙兵◎著

XINGFA

LIFA

JIBEN

YUANZE

YANJIU

刑法立法基本原则研究

刑法立法是刑事法治的基础，是整个刑事法治的逻辑起点。刑法立法的质量直接决定着刑事法治环境与刑事司法质量，直接关系到国家、社会、个人的利益。刑法立法的基本原则是在刑法立法活动过程中立法者据以进行立法的法则与标准，是立法指导思想在刑法立法实践中的重要体现，也是连接刑法立法指导思想与刑法立法质量的桥梁。



中国政法大学出版社

刑法立法基本原则研究

姚龙兵◎著

XINGFA

LIFA

JIBEN

YUANZE

YANJIU



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑法立法基本原则研究/姚龙兵著. —北京:中国政法大学出版社,
2014. 10
ISBN 978-7-5620-5654-6

I. ①刑… II. ①姚… III. ①刑法—立法—研究—中国 IV. ①
D924. 02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 232448 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	11
字 数	255 千字
版 次	2014 年 10 月第 1 版
印 次	2014 年 10 月第 1 次印刷
定 价	28.00 元

摘 要

刑法立法是刑事法治的基础，是整个刑事法治的逻辑起点。刑法立法的质量直接决定着刑事法治环境与刑事司法质量，直接关系到国家、社会、个人的利益。刑法立法的基本原则是在刑法立法活动过程中立法者据以进行立法的法则与标准，是立法指导思想在刑法立法实践中的重要体现，也是连接刑法立法指导思想与刑法立法质量的桥梁。因此，刑法立法中必须遵循能够反映立法者基本指导思想的基本原则。

本书认为，民主、科学、法治原则，最能体现中国当前刑法立法的基本指导思想——马克思主义与中国实际情况相结合产生的毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观，因而是中国当前刑法立法必须坚持的基本原则。这些原则是指导刑法立法活动的具有根本性的准则，是立法者在刑法立法活动中必须始终坚持的原则，贯穿于刑法立法活动的全过程，因而有别于那些在刑法立法的某个阶段或某个方面必须坚持的一般性原则。但是，这些基本原则又不能脱离一般性原则，并且是通过一般性原则表现出来的。

就刑法立法的法治原则而言，该原则包括立法机关法定、立法程序法定、法制统一和符合宪法的规定。立法机关法定要求刑法立法必须坚持中央统一行使立法权，《刑法》第90条存在不足，当前我国更不具备由某些地方机关制定刑法的条件；在我国刑法领域，不宜引入判例法制度，但是可以充

分发挥典型刑事判例的指导作用，引导司法机关正确司法。刑法立法过程固然要遵守一般立法程序，但是就刑法立法而言，需要结合刑法立法的特点，加强立法程序研究，完善刑法立法程序：扩大提案主体，增加表决方式，设定公布时限，严格审查程序。刑法立法既要体现“一个中心，两个基本点”这一基本国策，又要体现对利益主体的平等保护，协调维护秩序与保障人权之间的关系。

刑法立法应当坚持科学的基本原则。刑法立法的科学原则从大的方面可以分为立法内容科学与立法形式科学两个方面。从立法内容上看，主要是一要坚持犯罪圈划定适度。每个社会影响犯罪圈大小的因素是多方面的，总的来说包括行为内、外两个大的方面若干因素，对这些因素需要综合权衡。二要坚持刑罚设置合理。既要求总的刑罚种类设置合理，又包括个罪的法定刑配置合理。在当前，我国刑法立法应在坚持罪刑相对均衡的前提下，选择走整体趋轻，两极发展的道路，这既符合我国的实际，也契合时代的潮流。

在立法形式上，刑法立法要按照科学的立法技术立法。一方面要保持刑法体系协调。这除了要求刑法典总则与分则之间保持协调外，还要求刑法典与单行刑法、附属刑法之间不矛盾。我国今后在刑法立法模式上，在排除判例法这一法源外，对刑法的修改，不应采取单行刑法这一修法形式，应代之以刑法修正案；附属刑法应以补充刑法典为原则，且要有明确的犯罪构成与法定刑设置，立法机关只能是全国人大或其常委会；概括式附属刑法立法模式应节制。刑法立法应从严重的社会危害性这一犯罪本质出发，适当兼顾行政管理的需要，协调处理好行政犯罪与行政违法之间的关系，防止刑法不当介入行政法领域；在民事责任与刑事责任之间，对

民法已有明确规定的法律关系，应坚持“民法优先”，刑法不能再作出与民法不同的规定，否则有违刑法的必要性与补充性的特征。刑法立法语言应当明确，但我国现行刑法立法语言存在不少问题，在立法语言风格选择上，要首选立法语言大众化，以追求表述的明确性为目标。刑法立法应该选择合适的时机，只有在对立法的必要性、可能性进行科学评估后，才能适时立法。

刑法立法应当民主。在刑法立法准备阶段，即法定的立法程序之前，要从制度上保障公民对刑法立法的知情权、建议权。在刑法立法实施阶段，要扩大立法提案主体的范围；完善审议法案的程序：强化委员在刑法法案审查中的作用，发挥专门委员会在法案审查中的作用，建立委员会审查法案公开制度，举行立法听证会，进一步推行全民讨论法律草案制度；完善法案表决、通过程序：完善表决中的多数决原则。在刑法通过后，要有健全的民主监督制度，由于我国对全国人大常委会修改基本法的立法监督制度尚缺如，本书从对常委会一般立法的监督理论出发，从监督主体设置、监督内容、监督程序实施三个方面，论证了对常委会行使刑法立法权的监督问题。

目 录

摘 要	1
第一章 导 言	1
第一节 刑法立法概述	1
一、刑法立法的概念	2
二、刑法立法的特征	4
第二节 刑法立法基本原则的确立	9
第三节 研究意义及方法	13
一、研究意义	13
二、研究方法	14
第二章 刑法立法的法治原则	17
第一节 概述	17
第二节 刑法立法机关法定	21
一、立法机关概念辨析	21
二、坚持刑法立法机关法定	28
第三节 刑法立法的程序法定	42
一、立法程序概述	42
二、我国刑法立法程序	45
三、建议：加强立法程序研究，完善刑法立法程序	53

第四节 刑法立法的合宪性	56
一、概述	56
二、坚持“一个中心、两个基本点”原则	58
三、平等保护原则	68
四、秩序维护与人权保障相协调原则	75
第三章 刑法立法的科学原则（一）	86
第一节 犯罪圈大小适度——决定犯罪圈大小的因素 分析	86
一、行为方面的因素	87
二、行为外的因素	101
第二节 刑罚设置合理	121
一、刑种的科学设置	122
二、法定刑的合理配置	141
第四章 刑法立法的科学原则（二）——立法技术	153
第一节 概述	153
第二节 刑法体系协调	157
一、刑法体系内部的协调	159
二、刑法与其他部门法之间的协调	192
第三节 刑法语言准确	198
一、现行刑法立法语言的缺陷分析	198
二、我国刑法立法语言风格的选择	212
三、刑法立法语言的明确性	219
第四节 刑法立法时机适当	232
一、刑法立法的必要性	232
二、刑法立法的可能性	240

三、刑法立法的适时性	250
第五章 刑法立法的民主原则	259
第一节 概述	259
第二节 刑法立法准备阶段的民主	263
一、概述	263
二、保障公民对刑法立法的知情权	264
三、保障公民对刑法立法的建议权	270
第三节 刑法立法程序中的民主	281
一、扩大立法提案主体范围	281
二、完善审议法案的民主程序	286
三、完善法案表决、通过程序	301
第四节 刑法立法后的民主监督	307
一、立法监督原理概述	308
二、加强对常委会刑法立法的监督	309
三、结论	323
参考文献	324
后 记 ..	339

第一章 导 言

第一节 刑法立法概述

立法是一国政治制度的基石，立法的结果更是司法的依据，立法的好坏直接决定着政权制度建设情况和社会运行秩序状况。“刑法立法无疑是刑事法治的基础和起点，是刑事司法的根据和指南。可以说，在现代法治社会，没有刑法立法，就没有刑事司法和整个刑事法治；没有科学完善的刑法立法，就没有有力、有效的刑事司法，就没有良美的刑事法治。”^{〔1〕}因为没有刑法立法，就没有刑法；没有刑法，就没有规范意义上的犯罪与刑事责任。所以说，“刑事立法^{〔2〕}是罪刑关系辩证运动的逻辑起点，无论是对于刑法理论研究还是刑事司法活动均具有重要的影响”，“是刑法学体系中不可缺少的首要环节”。^{〔3〕}

〔1〕 赵秉志：“积极促进刑法立法的改革与完善——纪念97刑法典颁行10周年感言”，载《法学》2007年第9期。

〔2〕 从严格意义上讲，刑事立法与刑法立法是有区别的，刑事立法除了包括刑法立法外，还应包括刑事程序法方面的立法与刑事执行法方面的立法。但在刑法学界，刑事立法往往就是指刑法立法，本书除引用中用到“刑事立法”外，除有特别说明，都以“刑法立法”代替学界的这种表述。

〔3〕 李希慧主编：《中国刑事立法研究》，人民日报出版社2005年版，第1页。

一、刑法立法的概念

人们赋予立法以不同的含义，但应该从立法的本意探讨刑法立法的含义。在现代社会，立法已不仅是个法律词语，甚至已经成为一个日常用语，并且人们常从不同的意义上使用立法这一语词。如有人将立法从动态层面上理解，认为立法是特定机关的一种专门性活动。如有人认为，立法是指特定的国家机关根据法定职权和程序制定、认可、废止、修改法律的活动。也有人将立法同法完全等同，即从静态对立法予以界定，这种观点实际上是将立法与立法活动的结果即由立法活动产生的法律文件等同。如在不少著述中，特别是一些官方文件中有关经济立法、行政立法等的表述，实际上就是指有关经济方面的法律、法规，有关行政管理方面的法律、法规，而不是立法机关进行经济或者行政管理方面的立法活动。也有人从静态和动态两个方面来界定立法。如：“立法有静态含义和动态含义。静态含义的立法是指立法活动的结果即产生出的法文件，这时候的‘立法’与作为概括说法的‘法律’或者‘法’的含义是一样的。在这一意义上，立法相当于制定法。”^{〔1〕} 本书认为，立法，就其本身而言，应该从动态含义上来理解，这符合汉语语词的规律，即动词加宾语表示一个动作这一构词结构，如扫地、洒水等，均是这种结构，这种构词法所产生的词语都是动词。所以，从汉语词组的构成规律上分析，立法一词应该理解为制定法律等活动，而不宜理解为法文件本身。此外，如果将立法等同于法文件，则立法基本原则就无法与法的基本原则相区别了。而立法的基本原则和各部门法的基本原则显然是不同的，前者

〔1〕 刘莘主编：《立法法》，北京大学出版社2008年版，第21页。

是指立法活动过程中应该遵循的原则，侧重于对立法活动的要求，是立法“活动”的属性；后者则是指已经制定的各部门法本身应该遵循的原则，是立足于部门法而言的，是立法活动后的产品——制定法的属性。因此，将立法界定为一种活动是符合其本义的。

刑法立法也应该是一种活动，而不是指制定的刑法规范。从概念的层级上分，刑法立法是立法的下位概念。既然立法是指一种动态的活动，那么刑法立法也应该是动态的，而非静态的规范。这在当前的刑法学界已成共识，但对于什么是刑法立法，则还存在不同的见解。一种观点认为，所谓刑法立法，就是指有权的个人或由法律确认的国家权力机关制定、认可或废止刑法规范的活动；^{〔1〕}第二种观点认为，刑法立法是指立法机关根据社会政治、经济生活发展的客观需要，创制刑事法律规范的一种活动；^{〔2〕}第三种观点认为，刑法立法是指由特定的主体，依据一定的职权和程序，运用一定技术，制定、认可、修改、补充、废止以及解释刑事法律规范的活动。^{〔3〕}本书基本赞成后一种观点，^{〔4〕}但同时认为，将立法解释作为立法活动之一形式似乎不够妥帖，具体理由详见下文刑法立法特征部分之论述。本书认为，刑法立法即指特定主体依据职权，按照一定的程序，遵循特定的立法技术制定、认可、补充、修改、废止刑法规范的活动。

〔1〕 参见赵国强：《刑事立法导论》，中国政法大学出版社1993年版，第8页。

〔2〕 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1997年版，第536页。

〔3〕 参见李希慧主编：《中国刑事立法研究》，人民日报出版社2005年版，第4页。

〔4〕 对前两种定义的商榷参见李希慧主编：《中国刑事立法研究》，人民日报出版社2005年版，第2页。

二、刑法立法的特征

考察刑法立法的特征需要立足于立法与刑法这两个角度。首先，刑法立法也是一种立法活动，具备立法的一般性特征，有别于行政、司法等活动；另一方面，刑法立法又有别于民事立法、行政立法等立法活动。结合上述关于刑法立法的定义，本书认为，刑法立法具有以下特征：

刑法立法的主体特定。任何立法都必须是以国家政权机关的名义所进行的活动，刑法立法也具有这一立法的共性特征。同时，由于刑法所规定的内容事关公民财产、自由甚至生命权利，直接关系到公民财产权利、人身权利乃至生命权利的剥夺，关系到国家、社会和个人合法权益的保护。因而，将什么行为规定为犯罪，对设定为犯罪的行为配置何种刑罚等，直接关系到每个人切身的、重大的利益，这就要求刑法的设置必须审慎。所以，《立法法》第8条规定，有关犯罪与刑罚的内容只能以法律的形式予以规定，而法律的制定机关只能是全国人大及其常委会。同时，根据现行《刑法》第90条的规定，民族自治地方不能全部适用刑法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。由此，有人认为，我国刑法的立法机关应该是全国人大及其常委会，同时，上述民族自治地方所在的自治区或者省的人大也享有部分的刑法立法权。其实，根据《立法法》第23条、第41条的规定，全国人大及其常委会制定的法律都必须由国家主席签署主席令予以公布，而公布法律是立法的一项必经程序，公布法律的权力专属国家主席，也就意味着国家主席在立法中行使法律的公布权。根据我国现行宪法的规

定，中华人民共和国主席是我国国家机构的重要组成部分，是一个独立的国家机关，对内对外代表国家；国家主席是我国的国家元首，依法行使宪法规定的国家主席职权，不对全国人大负行政责任。由于国家主席行使刑法立法中的公布权，所以，将国家主席排除在立法权之外是不妥当的，至少在现行法律框架下是不符合《立法法》的规定与逻辑的。

刑法立法所涉范围的广泛性。卢梭在论述个人与法律之间的关系时认为，个人与法律之间的不服从与惩罚的关系，就形成了刑法的确立，“刑法在根本上与其说是一种特别法，还不如说是其他一切法律的制裁力量。”^{〔1〕}刑法的这一特性决定了刑法立法的过程是对民事、经济、行政等法律关系的升华过程，是将这些法律关系的某些行为犯罪化与刑罚化的过程。因此，从其所涉及的领域来看，包括了民事领域的侵权行为，如刑法中的侵占罪；经济管理中的违法行为以及行政管理中的行政违法行为，如欺诈发行股票、债券罪，非法使用窃听、窃照专用器材罪等。刑法是一个社会的保障法，为了维护社会秩序的有序运行，必须在适度的范围内发挥刑法的这一保障作用，对严重违反民事、经济、行政法律规范的行为予以犯罪化。刑法立法者的眼光应该往来于各部门法之间，权衡着行为的社会危害性大小，而不是局限于某个部门法的社会关系，适时制定、认可、补充、修改、废止刑法规范。

刑法立法的审慎性。刑法作为对其他法律的保护力量，并不是对一切法律关系都可干预，刑法对社会生活的干预度应该适中。因为刑法犹如一把双刃剑，既有对社会的保障功能，又有对公民权利的限制功能。如果刑法过度扩张，对社会生活干

〔1〕〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2001年版，第73页。

预面过宽，将会导致刑法的泛化，人们的权利自由空间将相应地被压缩。刑法发挥其保障法功能主要是通过对犯罪人权利的剥夺，甚至包括对犯罪人生命的剥夺来实现的；从社会总体来说，这种剥夺既是必要的，同时也是有害的，即所谓必要的恶害。正如需要谨慎服药的道理一样：“是药三分毒”，但是为了治病又必须吃药，同时又应尽可能少吃药，以防药物中毒。刑法立法也应遵循适可而止的要求。为了保障社会秩序的有序运行，需要对严重危害社会的行为给予惩罚，但是这种惩罚也是有限度的，必须审慎行使，更不能动辄挥起刑法的大棒，将一般的违法行为也作为犯罪对待。我国当前刑法立法应该强调刑法立法审慎，因为在为数不少的人眼中“刑法是万能的”，对违法行为似乎只要一犯罪化，问题就迎刃而解，这是一种对刑法盲目崇拜的不正确刑法观。

刑法立法审慎还体现在立法实践中立法程序方面的审慎。刑法立法应该遵循严格的立法程序。如前所述，《立法法》规定，有关犯罪与刑罚的内容只能由法律规定，而法律的制定程序比行政法规、部门规章、地方性法规与规章要严格得多。《立法法》第28条规定：“列入常务委员会会议议程的法律案，各方面意见比较一致的，可以经两次常务委员会会议审议后交付表决；部分修改的法律案，各方面的意见比较一致的，也可以经一次常务委员会会议审议即交付表决”，本书认为，刑法立法不宜参照此规定，刑法立法无论各方面意见是否统一，都应该至少经过“三读”程序方可通过。

刑法立法是制定、认可、补充、修改、废止刑法规范等活动的系统工程，立法解释不能一概视为刑法立法活动。刑法立法是产生或者变动刑法规范的活动，是包括了制定法、认可法、修改法、补充法和废止法等一系列活动的系统工程。“所谓制定

法，通常指政权机关所进行的直接立法的活动，如全国人大及其常委会制定法律、同外国缔结条约，国务院制定行政法规，有关地方国家权力机关制定地方性法规。所谓认可法，指国家政权机关所进行的旨在赋予某些习惯、判例、法理、国际条约或其他规范以法的效力的活动。所谓修改、补充和废止法，则指国家政权机关变更现行的国内法、国际法、成文法和不成文法的活动。”〔1〕从广义上来说，修改法律应该包括了补充、废止法律。补充法律是对已有法律规定以增加新条款的形式进行的修改，废止法律也是将已生效法律予以废除，代之以其他法律。但是，这里将修改与补充、废止相并列，则修改法律便是指对已有法律规定进行增删等活动，但不包括增加新的条文或废止已有条文这种形式。如《刑法修正案（六）》对刑法典第134条重大责任事故罪所作的修改即是对刑法的修改。〔2〕补充刑法的情况，如《刑法修正案（七）》对非法组织、领导传销活动的行为，单设组织、领导传销活动罪，就是对刑法典的补充，因为刑法典在此前没有特定条文规定类似的犯罪。废止法律是对专门某部法律的废止，而不是对刑法中某一规定的废止，

〔1〕周旺生：《立法学教程》，北京大学出版社2006年版，第59页。

〔2〕《刑法》第134条原来的规定是：“工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工，由于不服管理、违反规章制度，或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。”2006年6月29日，第十届全国人大常委会第二十二次会议通过《刑法修正案（六）》，将该条修改为“在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。”“强令他人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处5年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处5年以上有期徒刑。”因此，《刑法修正案（六）》既修改了原来重大责任事故罪的犯罪构成，同时将强令他人违章冒险作业的行为单独作为犯罪予以规定。所以，这种情况应该归入对刑法的修改范畴，不是对刑法的制定、认可、补充或者废止。

后者可以纳入修改刑法的范畴。如《刑法修正案（八）》对虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，删除了原来“骗取国家税款，数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产”的规定。

立法机关对刑法的解释是否也是一种立法行为？对此，本书认为，对刑法的立法解释，不能一概而论。刑法立法解释有两种情况，一种是立法机关在制定刑法时，对其中的某些用语以专门条款明确其含义。如刑法典总则第91~99条的内容，分则中对有关商业秘密、恶意透支等的界定，等等。这些解释是立法机关在制定刑法时为了便于刑法的适用而直接将解释的内容规定在解释的文本中，与解释的文本同时颁布实施，这种解释已经与刑法文本不可分，实质上就是制定法的一部分。对此条文，从解释的角度可以视之为立法解释，但是从立法角度看，它无疑还是一种立法成果。另一种立法解释就是由具有立法解释权的机关对刑法进行阐明的活动。在我国，根据《立法法》第42条的规定，立法解释权专属于全国人大常委会。如2000年4月29日第九届全国人大常委会第十五次会议通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》（指对“其他依照法律从事公务的人员”的解释——作者注）即是典型的刑法立法解释。这种立法解释的效力，根据《立法法》第47条的规定，与刑法具有同等效力。但是，这是否意味着这种刑法立法解释也是一种刑法立法活动？本书认为，这种形式的立法解释不能纳入刑法立法的范畴。理由是：尽管立法解释是由全国人大常委会作出的，而全国人大常委会也有权行使刑法的立法权，但是，刑法立法需要遵循法定的立法程序，根据《立法法》的规定，无论是全国人大制定基本法，还是全国人大常委