

2003

◎主编/游伟

华东 刑事司法评论

HuaDong Criminal Justice Review

〔第四卷〕

【本卷要目】

关于“罪刑法定”问题（八篇） 丁以升等

重刑化思想生成基础初论 谢锡美

刑事网络证据研究 徐 杨

关于刑罚功能有效发挥的基本条件 游 伟 金 木

查办涉税犯罪案件的若干法律问题 姜达政

刑法中的价值论方法 冯亚东

知识产权刑法保护的现状及问题研究 尚爱国

假冒伪劣犯罪司法适用难题研究 龚培华

上海法院系统审理单位犯罪情况调查 《单位犯罪研究》课题组



法律出版社
LAW PRESS

华东 / 刑事司法评论

HuaDong

Criminal Justice Review

〔第四卷〕

◎顾问/苏惠渔 赵秉志 陈兴良
张明楷 陈瑞华 龙宗智

◎主编/游 伟



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

华东刑事司法评论. 第4卷/游伟主编. —北京:法律出版社, 2003. 5
ISBN 7-5036-4241-6

I. 华… II. 游… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼法—研究—中国 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 025350 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/孙 宇

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑/法学学术出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2003年7月第1版

印张/10.875 字数/286千
印次/2003年7月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

电话/010-63939796
传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939686 63939690

传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777
网址/www.Chinalaw-book.com

销售热线/010-63939792
010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4241-6/D·3959

本册定价:25.00元
总定价:100.00元

《华东刑事司法评论》编委会

顾 问 苏惠渔 赵秉志 陈兴良
张明楷 陈瑞华 龙宗智

主 编 游 伟
副 主 编 龚培华 黄祥青 刘宪权 叶 青
编 委 李 劼 丁卫强 张 屹 黄生林
尹 吉 卢勤忠 陈 雷 杨 斐

本卷学术编辑 曲 平 王恩海 傅建平

目 录

关于“罪刑法定”问题的主题笔谈

- 001—罪刑法定原则的经济学基础 丁以升 黄德启
- 009—从本土资源角度看罪刑法定的价值定位 史晓明
- 015—我国罪刑法定原则的内涵及相对性 丁卫强
- 026—罪刑法定原则司法化的路径选择 黄生林
- 032—罪刑法定的程序要求 谢佑平 万 毅
- 043—走出罪刑法定原则司法化的误区 肖中华
- 052—罪刑法定与依法“严打” 齐 奇
- 058—刑法弹性规定的司法实现 张 屹 郇习项

理论前沿

- 066—重刑化思想生成基础初论 谢锡美

专题研究

- 102—刑事网络证据研究 徐 杨
- 127—刑事推定规则及其司法应用 贺平凡
- 142—刑罚功能有效发挥的基本条件 游 伟 金 木

罪刑探讨

- 163—涉税犯罪案件中的若干法律问题
——以江苏省公安机关查办的案件为视角 姜达政
- 174—恶意透支型信用卡诈骗罪疑难问题探析 高艳东
- 191—论挪用公款“归个人使用”、具体用途及法条设置 周宜俊

焦点新说

- 205—不起诉效力辨析
——从无罪推定原则出发的阐释 姜 涛

专家讲坛

- 217—刑法中的价值论方法 冯亚东
- 232—刑事诉讼法实施中的若干问题 叶 青

知识产权保护

- 247—知识产权刑法保护的现状及问题研究 尚爱国
- 264—假冒伪劣犯罪司法适用难题研究 龚培华
- 270—生产、销售伪劣商品犯罪的数额界定 王红斌

调查分析

- 276—上海法院系统审理单位犯罪情况调查 《单位犯罪研究》课题组

判案评论

311—被告人对事实性质提出辩解能否认定为自首

——姜方平故意伤害案分析 陆建红

政策规范

320—江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅

《关于办理涉枪涉爆、聚众斗殴案件具体应用法律

若干问题的意见》

325—浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅

《关于抢劫、盗窃、诈骗、抢夺借据、欠条等借款凭证

是否构成犯罪的意见》

文书选登

326—陈耀南受贿、巨额财产来源不明案第一审刑事

判决书 江苏省徐州市中级人民法院

罪刑法定原则的经济学基础

丁以升 黄德启

一、罪刑法定原则的提出：一个经济分析法学的开端

罪刑法定,作为现代刑法的三大原则之一,于1764年7月16日,由意大利人切萨雷·贝卡里亚(Cesare Beccaria)在他的一本既未署名也未印上出版社名(Aubert Press)的小书《论犯罪与刑罚》中首次明确提出。在这本书里,贝氏抱着揭露当时法律弊端的目的,根据“最大多数人分享最大幸福”的观点,由“公正的刑罚不得超过保护集体的公共利益的需要”这一原则^①,得出了他的第一个结论:“只有法律才能为犯罪规定刑罚”^②,“即只有法律才能确定一个人在什么情况下应受刑罚”^③。贝卡里亚的这一思想,经德国学者路德维希·费尔巴哈在1799年和1800年出版的《对实定刑法原理与基本概念的反省》(上、下卷)中依据功利主义的“趋利避害”原则的进一步明确表述,最终作为确切的法律术语在1801年出版的《德国现行

① [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第9页。

② [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第11页。

③ [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第17页。

普通刑法教科书》和1813年制定的《巴伐利亚刑法典》中首次使用^①。这就是为后世各国刑法典奉为主臬的罪刑法定原则。

对于罪刑法定原则,国内学界多是从限制国家刑罚权、保障公民自由权的角度论证它的法治内涵和正义价值,而鲜有从经济学的角度透视它的功利内涵和效益价值。其实,贝卡里亚的许多观点都是基于功利主义的考虑、权衡对社会的利弊得失后提出的。贝卡里亚本人对经济学有着相当的研究:他公开发表的第一本著作就是《论米兰公国1762年货币混乱及其救治》;他本人并且于1769年在米兰宫廷学校主持了经济学讲座,他雄辩地指出:“把自己局限在自己学科范围内,忽略相似和相邻学科的人,在自己的学科中决不会是伟大的和杰出的。”^②《论犯罪与刑罚》就是贝卡里亚对自己这段话的一个生动脚注。也难怪,西方学术界称贝卡里亚为系统运用经济学工具分析法律问题的第一人。^③

可以用于分析法律问题的经济学理论,主要有方法论个人主义(Methodological Individualism)、最大化原则(Maximization Principle)、机会成本(Opportunity Cost)、激励分析(Incentive Analysis)、社会成本理论(Social Cost Theory)、效率和平等理论(Theory of Efficiency and Equity)等等^④。当然,在贝卡里亚所处的时代,他还不可能有意识地运用如此丰富的经济学理论去批判当时的刑法制度。然而,通观全书,功利主义的最大化原则贯穿于《论犯罪与刑罚》的始终。在《论犯罪与刑罚》一书中,贝卡里亚开篇即将法律视为“根据共同需要及功利加以表述或设想的纯人类协约的产物”,并认为高明的法

① 李晓明著:《刑法学》(上),法律出版社2000年版,第194、196页。

② [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第111、115页。

③ [美]理查德·A·波斯纳著,蒋兆康、林毅夫译:《法律的经济分析》,中国大百科全书出版社1997年版,第33页。

④ [美]理查德·A·波斯纳著,蒋兆康、林毅夫译:《法律的经济分析》,中国大百科全书出版社1997年版,“中文版译者序言”。

律是根据“最大多数人分享最大幸福”的观点,使人们“利益均沾”^①。在这里,贝卡里亚已经提出了后来为英国学者杰里米·边沁所全面阐发的功利主义思想的萌芽,并将这种功利主义的原则作为贯穿全书的一个基本出发点。这种“趋利避害”的功利主义原则也正是贝卡里亚和费尔巴哈提出罪刑法定原则的理论基础。而功利主义理论正是“把法律和经济结合为一体进行研究”的开端,“为以后的法律经济分析奠定了基础”。^②在论述刑罚的起源时,贝卡里亚写道:“没有一个人为了公共利益将自己的那分自由毫无代价地捐赠出来,这只能是浪漫的空想。只要可能,我们当中的每一个人都希望约束别人的公约,不要约束我们自己,都希望成为世界上一切组合的中心”。“人们牺牲一部分自由是为了平安无忧地享受剩下的那部分自由。”^③这里,贝卡里亚明显是以方法论个人主义的假定作为法律预设的基础,即假定社会中的个人都是理性行为者和功利最大化者,法律是个人基于净收益最大化或成本最小化的追求而做出的集体选择的结果。这种理性选择的结果将使个人利益与公共利益达到边际成本与边际收益均衡的最佳状态。正因为法律能达到这种功利最大化的状态,贝卡里亚由此得出他的第一个结论,即“只有法律才能为犯罪规定刑罚”,“超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚”;^④“一切额外的东西都是擅权,而不是公正,是杜撰而不是权利。”^⑤在贝卡里亚看来,犯罪与刑罚由法律规定,而法律是人们基于

① [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第2、5页。

② 冯玉军:《法律经济分析理论的批判性回顾》,张文显、李步云主编:《法理学论丛》第3卷,法律出版社2002年版,第114页。

③ [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第8页。

④ [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第11页。

⑤ [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第9页。

成本——收益分析(部分自由的牺牲与剩余自由的享有)后进行公共选择的结果,因而法定的犯罪与刑罚就是人们可接受的,因而也就是正当的。在这个意义上说,罪刑法定的正当性正是来源于它的效益性,换句话说,只有具有效益的刑法制度,才是真正正义的刑法制度。这种以效益最大化作为衡量法律制度价值的评判标准的观念,正是今天的法律经济学家们所强调的核心思想。^①

从以上分析可以看出,罪刑法定原则的提出,决不仅仅是人类良心发现的结果,也不仅仅是自然正义合乎理性的发展。它的提出是伴随着资本主义的产生而形成的以功利主义为开端的经济学思想对法律重新审视的结果。无论是贝卡里亚还是费尔巴哈,他们在提出罪刑法定思想的过程中,都自觉不自觉地运用了经济学理论作为分析法律问题的工具。这些分析或者为当时已有的经济学思想所证明,或者为后来的经济学理论所阐发。因此,从对法律的经济分析的角度来说,罪刑法定原则的提出,其意义决不仅止于促进了刑法的人道化和人权观念的发展,它更是从一个崭新的视角审视整个法律制度的经济合理性的一个开端。也就是说,罪刑法定原则的提出开创了今日遍及全球的法律经济学运动的先河。

二、罪刑法定原则的经济学意蕴

对法律的经济学的解读或对经济发展的法律认知,集中表现为制度概念和交易概念对经济与法律的沟通。依据制度经济学的观点,法律制度作为经济发展的内生变量,对经济增长起着决定性的作用;而由于市场交易成本的存在,法律的目的就在于做出使经济效益最大化(即交易成本最小化)的制度安排。^②以这种经济学理论作为参照,我们可以发现,罪刑法定原则至少具有以下几方面的经济学意蕴:

^① 张文显著:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第200页。

^② 参见钱弘道:《法律经济学的理论基础》,载《法学研究》2002年第4期。

首先,罪刑法定即意味着,犯罪的构成与刑罚的施加只能由法律来界定,即费尔巴哈所概括的“无法无罪,无法不罚”^①。罪刑法定的结果,产生了两方面的效应:一方面,犯罪与刑罚预先由法律做出规定,避免了事后的“临时定罪,临时设罚”;另一方面,犯罪与刑罚只能由法律规定,同时又避免了“法外设罪,法外施罚”。用经济学的眼光来看,这两方面的效应都降低了人们的交易费用。因为,一方面,如果犯罪与刑罚没有预先由法律做出规定,那么,人们之间的每一次冲突,不管其性质是否相同,都要临时确定其是否构成犯罪、是否应受处罚。这样就会造成对同一种情况重复使用“定罪设罚”所需的人力、物力、时间等资源的耗费,从而增加了社会运行的成本,有违人们结成社会的目的。另一方面,如果犯罪与刑罚不是由法律统一规定,而允许人们在法律之外任意确定,那么,对于同一种行为是否构成犯罪以及应受何种处罚,就会存在不同的规定。这样,人们在做出决定的时候,就会面临着多种选择,这种选择的过程无疑会加大人们做出决定的资源耗费,这同样会增加社会运行的成本从而有违人们结成社会的目的。因此,从经济学的角度上说,罪刑法定原则本质上就是一种降低司法成本(即交易费用)的制度安排。

其次,罪刑法定也意味着,“刑事法官根本没有解释刑事法律的权利”,^②“法官惟一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。”^③这固然会带来司法的机械性或者个案的不合理,然而“严格遵守刑法文字所带来的麻烦,不能与解释法律所造成的混乱相提并论”,前者只是“眼前的一些小麻烦”,而后者却是“擅断和徇私的源

① 李晓明著:《刑法学》(上),法律出版社2000年版,第196页。

② [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第12页。

③ [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第13页。

泉”^①。“两害相权取其轻,两利相权取其重”。从这里,我们明显可以看出,贝卡里亚提出的罪刑法定思想与功利最大化原则之间的暗合。我们知道,在现实生活中,任何制度的运行都需要一定的成本,其中就包括该制度运行所带来的负面效应。严格遵循“罪刑法定”,从总体上降低了整个社会的交易费用,然而它不能保证每一次具体的交易费用都是最低的;允许法官解释刑法,或许会使一次具体的交易费用降至最低,然而此例一开,就冲破了保障整个社会交易费用最小化的堤坝,使整个社会的运行面临着成本增加的危险。“经济学家在比较不同社会安排时,适当的做法是比较这些不同的安排所产生的社会总产品,而对私人产品与社会产品作一般的比较则没有什么意义……。问题是要设计各种可行的安排,它们将纠正制度中的某方面缺陷而不引起其他方面更严重的损害。”^②显然,从现代经济学的角度来看,“罪刑法定”所产生的社会总产品要比“罪刑擅定”所产生的社会总产品为多,而“罪刑擅定”引起的损害则要比“罪刑法定”引起的损害严重得多。两相比较,“罪刑法定”是能够给我们带来社会效益最大化的制度安排。这也就是说,在立法的价值取向上,我们不可能达到帕累托最优(Pareto Superior),^③而只能达到“潜在帕累托最优”即卡尔多-希克斯(Kaldor-Hicks)标准。^④

① [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第13页。

② [美]R·H·科斯,胡庄君译:《社会成本问题》,载[美]R·科斯、A·阿尔钦、D·诺斯等编,刘守英等译:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第40~41页。

③ “帕累托最优是这样一个原则,在某种资源的配置下而不是在另一种状况下,如果至少有一人的状况改善了,且没有他人变得更糟,那么前一种资源配置就要优于后一种。”[美]里查德·A·波斯纳著,苏力译:《正义\司法的经济学》,中国政法大学出版社2002年版,第87页。

④ “这一标准要求的并不是无人因资源配置之改变而变糟,而只要求增加的价值足够大,因此变糟者可以得到完全的补偿。”[美]理查德·A·波斯纳著,苏力译:《正义\司法的经济学》,中国政法大学出版社2002年版,第90页。

再次,罪刑法定又意味着,由法律确定的犯罪与刑罚是公开的。因为“法律是一个改变激励因素的体系,并因此,规制行为一定要公开。如果法律内容只是到事件发生后在适用法律时才为人所知,法律的存在对于受法律规制的各方行为就不可能产生影响”。^①因而公开的法定罪刑,就是国家对个人行为发出的价格信号,它能使每个人在事前考虑到犯罪与刑罚是否会给他们招致行为收益小于行为成本的风险的客观可能性,从而激励人们做出使自己的预期功利最大化的理性选择。这也正如贝卡里亚所说的:“公民们通过这种方式获得自己人身与财产的安全。这种方式是正当的,因为它是人们结成社会的目的;这种方式是有用的,因为它能使人们准确地衡量每一罪行所带来的不便。”^②用经济学的术语来说,罪刑法定原则就为潜在的犯罪者创制了一个进行成本——收益核算的行为模型。

最后,罪刑法定还意味着,犯罪与刑罚由法律确定后,行为的标准与惩罚的尺度就恒定化了。这样就能够做到“对相同的情况予以相同的处理”,而这正符合经济学演绎逻辑体系所要求的合理性结构。^③一方面,无论何人,只要其行为构成了法定的犯罪标准,就要受到相应的法定刑罚的惩处。法定的刑罚就是国家对个人行为的要求,根据罪刑法定原则,不同的人做出相同的行为,其付出的代价是一样的。这也就是说,国家通过罪刑法定,为人们的社会交往模拟出一个公平竞争的市场环境,而市场是使交换得以低成本进行的媒介,运用市场机制调整非市场行为,这同样是人们做出理性选择的结果。另一方面,对同类行为予以同等的判定,能够形成一种制度化效应,

① [美]理查德·A·波斯纳著,苏力译:《正义\司法的经济学》,中国政法大学出版社2002年版,第75页。

② [意]贝卡里亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版,第13~14页。

③ [美]理查德·A·波斯纳著,苏力译:《正义\司法的经济学》,中国政法大学出版社2002年版,第75页。

而制度的功能就在于使经济运行的交易成本最小化。^① 这样,罪刑法定的结果就既能体现“同等对待同等的人”的平等性,也能体现“相同情况相同处理”的效率性。而“正义总是意味着某种平等”,^② “效率就是一个足够的正义概念”。^③ 因此,综括两者的罪刑法定原则就为正义在刑事领域内的实现作出了经济学意义上的制度安排。

三、从罪刑法定原则的提出看法律经济学的运用

通过对罪刑法定原则的经济分析,我们可以看出,理性人、市场、交易、成本——收益、资源配置、效率、功利最大化、边际均衡等经济学概念对法律制度的强大阐释力。通过运用经济学理论,我们可以穿透传统的以公平、正义、权利、义务等抽象概念为中心话语的法律哲学的迷雾,为法律制度的生成与变迁探寻一个实在的量化基础。诚如波斯纳所言:“那种可能被不确切的命名为法律经济学的理论学说具有巨大的潜能去改变公认的观点,形成关于种种重大社会现象的可检验假设,并最终充实我们关于这个世界的知识和理解。”^④ 罪刑法定原则之所以能够历百年而不衰、成为近现代世界各国刑法制度的基石,不能不说与法律经济学的分析进路有关。

① 张文显著:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第211页。

② 张文显著:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第583页。

③ [美]理查德·A·波斯纳著,苏力译:《正义\司法的经济学》,中国政法大学出版社2002年版,第6页。

④ [美]理查德·A·波斯纳著,蒋兆康、林毅夫译:《法律的经济分析》,中国大百科全书出版社1997年版,第921页。

从本土资源角度看罪刑法定的价值定位

史晓明

正如美国学者贝勒斯所说:许多所谓的事实问题都是价值问题,我们需要价值的指引,以便评价结果和事实,并权衡各种冲突的利益。我们若不能指出法律体系应当促进的价值,就不能具体说明法律的限度。^① 基于对价值的思考,笔者将罪刑法定放在中国这样一个特定的地方性价值体系中去加以考察。如果说罪刑法定在西方促进的是自由与民主,是实质合理向形式合理的转化,是公民对法律的预期到最后对法律的信仰与法制环境的普遍公正。那么在中国,在这个一百年前民主意识刚刚启蒙的国度,它促进的价值到底是什么?如果说罪刑法定在西方是资产阶级争取自由民主和权力制衡的结果,是历史的选择,它在法与人民之间建立了互相信赖和互为参照,那么在中国,它到底启示了谁?是民众、立法者还是司法者?应该说,罪刑法定历经二百年风雨而日盛,未曾在历史的考验中灰飞烟灭,它是一个真理,但这并不一定意味着这一人文真理一定要为中国这块深厚的法治土地所选择。我们不能仅仅出于追求正义的一个结果,甚至有时是基于利益冲突的决定,而不注重完整的、体系的、制度的设计。在中国,罪刑法定在1997刑法中的确立,的确使许多为之奔波的人们欣慰,使他们终于看到了人权保障在中国的希望,但其中也不乏许多看客和在法律规定与具体案件中迷惑的人们。罪刑法定

^① 参见迈克尔·D·贝勒斯著:《法律的原则》,中国大百科全书出版社1995年版,第414页。

之于中国,是否已经画虎类犬,南桔北枳了呢?

一、罪刑法定在中国与西方的确立的本土资源之区别

我国台湾著名法学家韩忠谟先生说过:“文化之结晶,立国之大本,法律盖莫能外”。综观上下五千年我国的刑法思想,确实有其特殊的一面。西方发达的商品经济铸就了西方现代刑法注重形式主义的品性。而形式合理要求的无非是规律性、确定性和客观的可预测秩序。而对于长期实行自然经济的乡土中国,人文情结浓重,是以道德、法律不分的法律伦理主义闻名于世,导致的结果是实质合理的绝对地位。人们认为合理的目的、价值与信仰比合理的形式更为重要。文化的延续是长远的,这种思想已经流淌于中国人的血脉之中,那么,在这种文化背景的国家里移植西方法律思想,且不说会成为无源之水、无本之木,还将使国民上下无所适从。

中国本土价值观有其特殊的性质。西方法律的地位崇高,部分原因在于西方人相信法律最初源于上帝,法代表信仰,可以是目的而不必然是手段。宗教信仰在西方价值系统中的崇高性巩固了法的神圣性与权威。“法律至上”的可能,罪刑法定才有萌芽的土壤。而在当今,西方的法律更多的是与其惯例、习惯相契合,因此,人们更习惯去遵守法而不需要太多的强制力。哈耶克曾指出:在一个传统和惯例使人们的行为在很大程度上可以预期的社会中,国家强制力可以降低到最底限度。^①中国的传统价值系统则不然,中国文化比较内倾,讲求道德的内在超越,法律基本上是一种客观而且形式化的外加的东西,对人仅构成外在的约束。因此,法律在中国从来都是第二位的,是一种“治之具”。中国法基于信念伦理而注重对事物的主观价值判断,因而是一种价值合理性的实质伦理法——追究道德上的正

^① [英]F·A·冯·哈耶克著,贾湛、文跃然等译:《个人主义与经济秩序》,北京经济学院出版社1991年版,第23页。