

— 刑 — 事法学专题研究书系 —

ZHUANXINGQI XINGSHI LIFA DE
XIANZHENG ZHIYUE YANJIU

转型期刑事立法的 宪政制约研究

叶良芳 著



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

— 刑 — 事法学专题研究书系 —

国家“211工程”三期重点学科建设项目成果
浙江大学侨福建设基金资助出版
浙江大学“启明星计划”科研资助

ZHUANXINGQI XINGSHILIFA DE
XIANZHENG ZHIYUE YANJIU

转型期刑事立法的 宪政制约研究

 知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

内容提要

本书以宪政的价值和目标为切入点,揭示刑事法律和宪法的关系,论证对刑事立法进行宪政制约的必要性,从而提出刑事立法的四大原则:罪刑法定原则、社会危害原则、平等原则和人道原则,并结合经典案例详细论证每一原则对刑事立法的制约要求,最后,就刑事立法宪政制约的制度构建提出具有建设性的方案和途径。

本书可供法学专业学习者、研究者参考使用。

责任编辑:刘 睿

责任校对:韩秀天

特约编辑:张高平 胡慧琴

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

转型期刑事立法的宪政制约研究/叶良芳著. —北京:知识产权出版社, 2010. 10

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0155 - 7

I. ①转… II. ①叶… III. ①刑法 - 关系 - 宪法 - 研究 - 中国

IV. ①D924. 04②D921. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第189384号

转型期刑事立法的宪政制约研究

叶良芳 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

邮 编:100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: hjb@cnipr.com

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

传 真:010-82005070/82000893

责编电话:010-82000860 转 8113

责编邮箱: liurui@cnipr.com

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:8.75

版 次:2010年10月第一版

印 次:2011年2月第二次印刷

字 数:233千字

定 价:22.00元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0155 - 7/D · 1089(3143)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序

叶良芳同志的博士后出站报告《转型期刑事立法的宪政制约研究》即将付梓，邀我为之作序，我欣然应允。

有法可依，是社会主义法制建设的前提。改革开放以来，经过不懈的努力，以宪法为核心，部门齐全、层次分明、结构协调、体例科学的中国特色社会主义法律体系基本形成。根据国务院新闻办公室 2008 年 2 月 29 日发布的《中国法治建设》白皮书，截至白皮书发布时，全国人民代表大会及其常务委员会共制定了 229 件现行有效的法律，涵盖了全部 7 个法律部门，一些对形成中国特色法律体系起支架作用的基本法律，以及改革、发展、稳定急需的法律，都已经制定出来。与法律相配套，国务院制定了近 600 件现行有效行政法规，地方人民代表大会及其常务委员会制定了 7 000 件现行有效的地方性法规，民族自治地方的人民代表大会制定了 600 多件现行有效的自治条例和单行条例。国务院有关部门以及省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府还制定了大量的规章。这样的立法速度、立法规模、立法数量，堪与当今世界头号立法大国的美国一比。

然而，有法可依，绝不仅仅是指法律体系的完备化、数量的规模化，更意味着立法质量的提升。在法治建设过程中，立法数量固然重要，但立法质量更关键——质量不公的立法不但不能实现立法目的，反而可能造成负向的规范引导，损害法律权威，延滞法治的建设进程。在法治建设初期，追求立法速度和数量固然情有可原，但在法治发展到一定阶段，则应将立法质量放在优先位置。如果说执法不公是污染了水质，那么立法不公则是污染了

水源。十届、十一届全国人大常委会每年的工作报告，都一再强调，“要进一步提高立法质量”，将提高立法质量作为立法工作的重中之重。这在立法发达的当下时代，无疑是相当正确的。

在各个法律部门中，刑法无疑居于十分特殊的地位。“刑法如两刃之剑”，用之得当，能对公民权益提供最为有力的保护；用之不当，对公民权益的侵害也最为严重。因此，提高刑事立法的质量，显得尤为重要。提高刑事立法质量，不仅要坚持民主立法、开门立法，广泛听取社会各界的意见，还要提高立法者的学识和智慧（古人云：小智治事，中智用人，大智立法），更要坚持立法的基本原则，并在实践中让立法受到某种形式的审查和检视。鉴于此，叶良芳同志以“转型期刑事立法的宪政制约研究”作为博士后的研究课题，是有着重大的理论价值和实践意义的。

本书以宪政的价值和目标为切入点，揭示刑事法律和宪法的关系，论证对刑事立法进行宪政制约的必要性，进而提出刑事立法的四大原则，即罪刑法定原则、社会危害原则、平等原则和人道原则，并就每一原则的内涵进行抽丝剥茧般地条分缕析，每一原则对刑事立法的制约要求进行详细的论证，并结合典型案例就每一原则对刑事立法的实际制约进行阐释说明。最后，就刑事立法宪政制约的制度构建，提出具有建设性的方案和途径。本书主题鲜明，视角独特，结构清晰，论证有力，许多观点对立法者、司法者和法学研究者不无启迪。如作者认为，根据法律专属性原则，只有全国人大制定的法律才能设置罪刑规范，只有国务院制定的行政法规才能填补、细化空白罪状的部分构成要素，其他任何机关，都不应具有创设罪刑规范之权力。特别是最高司法机关，绝不能“以解释之名，行造法之实”。最高司法机关的刑法解释权应止于“罪量”要素的细化，而不能扩及构成要素的增减，更不能简单地进行司法类推。又如，根据人道原则，罪刑规范设置应当均衡、适当，避免不必要的、过剩的、残虐的刑罚。刑法分则中关于经济犯罪，不少挂有死刑，其合理性也是值得反

思的。实践中，这类犯罪之所以能够实施，很大程度上应归咎于政策漏洞、管理失范，因此，对症下药，强化管理，堵塞漏洞，才是遏制这类犯罪的治本之策，而不是依靠极刑。

当然，本书也有不少观点值得进一步推敲和商榷，如关于刑事立法的基本原则和宪政的关系问题、关于违宪审查的二审终审的制度构建问题、关于平等原则对刑事立法的制约问题等，在论述时或比较粗略，或存在逻辑上的跳跃。但作为拓荒之作，这些瑕疵是应该被包容的。

叶良芳同志于2006年从中国人民大学法学院博士毕业以后，应聘到浙江大学法学院从事师资博士后研究工作。在博士后工作期间，除完成教学任务以外，还出版了学术专著《实行犯研究》，并在《中国法学》等核心期刊发表了一系列学术论文，崭露了其学术潜力。叶良芳同志对学术研究是怀有深厚情结的，虽经历曲折，职业多变，但最终仍然选择了学术道路，这是值得嘉许的。我期待他后劲勃发，有更多的佳作问世。

是为序。

胡建森

谨识于杭州南都德迦寓所

2010年6月15日

目 录

导论	(1)
第一章 宪政视野下的刑事立法	(9)
第一节 宪政的基本价值诉求	(9)
一、宪政演进的历史之纬	(9)
二、宪政的基本内涵	(13)
第二节 转型期的宪政架构——以法律全球化 为视角	(24)
一、全球化的内涵	(24)
二、法律全球化的表征	(28)
三、法律全球化背景下的宪政构建	(36)
第三节 刑事立法的宪政制约	(43)
一、刑法与宪法的关系	(43)
二、作为两刃之剑的刑法	(45)
三、域外经验	(48)
四、路径选择	(53)
第二章 罪刑法定原则与刑事立法	(56)
第一节 罪刑法定——罪刑规范设置的形式标准	(56)
一、罪刑法定原则宪法化的历史轨迹	(56)
二、罪刑法定原则宪法化的观念基础	(60)
三、罪刑法定原则宪法化的现实启示	(63)
第二节 罪刑法定原则对刑事立法的制约	(66)
一、罪刑法定原则的本土化诠释	(66)
二、法律专属性原则对刑事立法的制约	(72)
三、明确性原则对刑事立法的制约	(85)

四、禁止溯及既往原则对刑事立法的制约	(93)
五、《刑法》第 225 条的合宪性问题	(105)
第三章 社会危害原则与刑事立法	(108)
第一节 社会危害——罪刑规范设置的实质标准	(108)
一、犯罪的本质诠释	(108)
二、社会危害性的判断	(122)
第二节 社会危害原则对刑事立法的制约	(128)
一、犯罪圈设定的范围边界	(128)
二、犯罪圈设定的程度边界	(139)
三、《刑法》第 246 条的合宪性问题	(143)
第四章 平等原则与刑事立法	(147)
第一节 平等原则——罪刑规范设置的公正标准	(147)
一、平等观念的演进	(147)
二、平等原则的立法	(157)
第二节 平等原则对刑事立法的制约	(170)
一、刑事立法平等的内涵	(170)
二、刑事立法平等的要求	(174)
三、《刑法》第 360 条的合宪性问题	(184)
第五章 人道原则与刑事立法	(188)
第一节 人道原则——罪刑规范设置的国际标准	(188)
一、国际人权公约的法律位阶	(188)
二、国际人权公约的人道原则	(200)
第二节 人道原则对刑事立法的制约	(203)
一、《公约》的强行法性质	(203)
二、《公约》对死刑立法的制约	(206)
三、《刑法》第 295 条的合宪性问题	(226)
第六章 刑事立法的违宪审查	(228)
第一节 从特别减轻到违宪审查——以许霆案为样本 的分析	(228)

一、基本案情及审理过程	(228)
二、争议问题剖析	(230)
三、症结的解决途径	(244)
第二节 刑事立法违宪审查的模式	(252)
一、违宪审查的民主正当性	(253)
二、违宪审查的模式	(256)
三、我国刑事立法的违宪审查途径	(260)
参考文献	(265)
后 记	(269)

导 论

法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。

——亚里士多德

公民的自由主要依靠良好的刑法。

——孟德斯鸠

法治因此不是一种关注法律是什么的规则，而是一种关注法律应当是什么的规则，亦即一种“超法律原则”或一种政治理想。

——哈耶克

宪政，是人类政治文明的共同成果。宪政的意旨，是规范政府权力，保障公民权利，实现社会正义。“宪政意味着政府受制于宪法。它意味着一种有限政府，即政府只享有人民同意授予它的权力并只为了人民同意的目的，而这一切又受制于法治。它还意味着权力的分立以避免权力集中和专制的危险。宪政还意指广泛私人领域的保留和每个个人权利的保障。另外，宪政也许还要求一个诸如司法机构的独立机关行使司法权，以保证政府不偏离宪法规定，尤其是保证权力不会集中以及个人利益不受侵犯”。^①

在政治国家与市民社会的二元对立中，政治国家无疑处于绝对的强势和主导地位。为了保障市民的权利免受政治国家的粗暴

① [美] 路易斯·亨金：《宪政·民主·对外事务》，邓正来译，三联书店 1996 年版，第 11 页。

干涉和恣意侵蚀，就需要对政治国家的权力进行合理的规范和必要的限制。宪政的要义有三：其一，分权制衡。“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不变的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止”。“从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力”。^①国家的立法权、行政权和司法权等权力应当分属于不同的国家机关执掌，而不能集中在一个人或者一个机关手中。“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了，因为人们将要害怕这个国王或者议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量”。^②法治的实质，在于分权和控权，因此，对国家权力应当进行合理的分配，交由不同的国家机关行使，从而使国家权力之间既互相钳制，又互相平衡。其二，保障人权。所谓人权，是指在一定的社会历史条件下每个人按其本质和尊严享有或应该享有的基本权利。所谓基本权利，是指人所固有的、不可剥夺、不可转让的那部分权利，如生命权、自由权、安全权、财产权和平等权等权利。基本权利是其他一切权利的核心和基础，其他权利均由其派生。1776年美国《独立宣言》宣布：“我们认为下述真理是不证自明的：人人生而平等，造物主赋予他们若干不可剥夺的权利，其中包括生存权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，人类才在他们之间建立政府，而政府之正当权力，则是经被治理者同意而产生的。当任何形式的政府对这一目标的实现具破坏作用时，人民便有权利将其更换

① [法]孟德斯鸠：《论法的精神（上册）》，张雁深译，商务印书馆1961年版，第154页。

② 同上书，第155～156页。

或废除，以建立一个新的政府。新政府所依据的原则和组织权力的方式，务使人民认为惟有这样才最有可能使他们获得安全和幸福。”近现代各国宪法，均将人权保障作为宪法的首要任务和主要内容，以基本法的形式，突出强调人权保障的意义。其三，宪法至上。美国大法官克拉克说过：“摧毁一个政府最快的方法就是政府本身不遵守自己制定的法律，更严重的是它不遵守自己制定的宪法。”宪政的精髓在于宪法是国家政治权力的惟一的法律渊源，国家任何政治权力活动都必须以宪法作为行动准则。宪法确立制度安排，限制政府权力，保护个人自由。宪政不仅仅意味着政府的行为必须服从宪法和法律，而且还要求政府受制于法治精神，摒弃专制。正如麦基尔·韦恩所言，宪政意味着“对政府施加合法的制约……〔它的〕反面就是专制统治”。^①宪法在整个国家法律体系中居于最高地位，“宪法至上”是法律至上的核心和标志。代表正义、理性的自然法与宪政制度具有天生的契合性，是宪法至上的直接思想渊源。

在整个宪政体制的架构中，刑事法治无疑处于举足轻重的地位。作为“高级法”的宪法，其设计的制度和蕴含的理念有赖于刑法、民法、经济法、行政法、劳动法、环境法等部门法在具体运作过程中予以践行。然而，与其他部门法不同的是，刑法不是以授权性规范而是以禁止性规范为呈现载体，不是以意思契约而是以公力强制为运行模式，不是以赋予权利而是以剥夺权利为法律效应，因而更多地表现出对公民权利的“侵犯”而非保障。特别是，以干涉性、恣意性、身份性和残酷性为特征的封建社会的刑法，其惩罚法、强行法的色彩更是一览无遗。虽然经过启蒙思想家的孜孜洗礼，“刑法是保障法”（费尔巴哈语）的启智理念逐渐深入人心，“刑法是犯罪人的大宪章”（李斯特语）的激

① [美] 斯蒂芬·L. 埃尔金等编：《新宪政论——为美好的社会设计政治制度》，周叶谦译，三联书店1997年版，第27页。

昂誓词获得越来越多的公众的认同，但是，刑法终究是以惩罚犯罪为主要任务、以剥夺公民自由为基本手段的，是通过“束缚”一部分公民的自由来保障其他公民的自由的，因此，不管以什么辞藻来粉饰，刑法的惩罚功能是绝对抹杀不了的。而刑法的惩罚功能，从本质上讲，就是对公民自由的限制或权利的剥夺。然而，任何一个国家的刑法，其调控范围都是有限的。刑法调控圈的紧缩与扩张，意味着公民权利自由的扩张与紧缩，二者处于一种互逆的张力状态。刑法设置了一道国家介入公民个人生活的栅栏：栅栏之内，国家可以发动刑罚权，对公民的行动自由予以限制；栅栏之外，公民享有完全的行动自由，国家刑罚权不得恣意侵入。由此可见，刑事立法，实乃调整国家刑罚权与公民自由权之间此消彼长的张力强度的一种活动。“刑罚的增减和人民距离自由的远近成正比例”，^①正是在这一意义上，我们说，刑法是限权法，刑法具有权利保障的功能。我国学者李海东认为：“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与打击，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。”“刑事法律要遏制的不是犯罪人，而是国家”。^②一个现代国家，如果没有刑法，将是一幅怎样的图景，我们不得而知；一个没有刑法的国家，打击犯罪是否比有刑法的国家更加有效，我们无法揣测；一部刑法，是否以国家为惟一规制对象，我们难以下判，但是，刑法具有有限权与保障的功能，却是一个不争的事实。

马克思指出：“法律不是压制自由的手段，正如重力定律不是阻止运动的手段一样……恰恰相反，法律是肯定的、明确的、普遍的规范，在这些规范中自由的存在具有普遍的、理论的、不

① [法]孟德斯鸠：《论法的精神（上册）》，张雁深译，商务印书馆1961年版，第76页。

② 李海东：“我们这个时代的人与刑法理论——代自序”，见《刑法原理入门》，法律出版社1998年版，第4页。

取决于别人的任性的性质。法典是人民自由的圣经。”^①“公民的自由主要依靠良好的刑法”，然而，如何制定一部良好的刑法，则是一个令立法机关牵神耗力的事情。国家的刑事立法权虽然来自于社会公众的权利的共同让与，但其一旦形成，则因内在的扩张性而极易异化于权利，以致使保障自由的刑法变成妨害自由的刑法。因此，为了有效地保障公民权利，应当对刑事立法权设界、制套。这种对刑事立法权的外在设限，经历了一个形式理性到实质理性的发展过程。在启蒙时代，一部合乎形式正义的刑法，可能就是一部良好的刑法。功利主义大师边沁就曾指出，在刑事法规未予确立的情况下对行为人进行惩罚，或者将已经确立的刑事法规追溯既往进行惩罚，或者法官依据自己的权威给予立法未曾规定的惩罚，以及刑事法规在不为人知的情况下进行惩罚，都是无效的。^②一个罪刑规范，只要由法定机关制定、内容清楚明确，又在适用前事先公布，即具备形式合理性。至于所涉事项是否需要刑罚调整、刑罚设置是否恰当，则鲜有关注。然而，在倡导人权保障的今天，一部良好的刑法，绝不仅仅是指合乎形式正义的刑法，更是指合乎实质正义的刑法。一个罪刑规范，即使由法定机关制定、内容清楚明确，在适用前事先公布，但如果所涉事项不需动用刑罚，或者罪刑规范设置不均衡，或者与其他相关规范相矛盾冲突等，则仍可能被视为一个“恶法”，引起社会公众的强烈抵制。

当前，我国社会正处于转型期，“经济体制深刻变革，社会结构深刻变动，利益格局深刻调整，思想观念深刻变化”。社会机制的解构和建构，催生了大量严重影响社会稳定的矛盾和纠纷。面对日益聚积、繁杂和尖锐的矛盾和纠纷，执政者极易产生

① 《马克思恩格斯全集（第1卷）》，人民出版社1956年版，第71页。

② [英]边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2000年版，第219页。

急功冒进、法律万能的情绪，冀希以法律手段一揽子解决所有的社会问题，频繁不断地制定、修改法律，从而使整个社会进入一个制定法主宰的时代。这其中，作为社会关系最后保障的刑法，更为执政者所青睐。我国第一部刑法典于1979年7月1日第五届全国人大第二次会议通过，7月6日正式公布，自1980年1月1日起施行。该法典共192条，规定罪名130个。客观地说，这部刑法典是一部体系简明、内容明确、结构合理、刑罚适当的刑法典。但随着社会政治经济形势的变化，自1981年之后，最高立法机关先后通过了23个单行刑事法律，并在107个非刑事法律中设置了附属刑法规范，对刑法规范频繁、不间断地进行补充和修改。这些单行刑事法律和附属刑事法律既涉及刑法总则部分，也涉及刑法分则部分，新增罪名133个，在内容上与刑法典平分秋色，彼此缺乏衔接，且基于严刑峻法的考虑，在犯罪圈和法定刑的设置上一度处于扩张和失衡的状态。第一部刑法典在施行17年后，就动了一次“大手术”，进行整体“换血”。1997年3月14日，第八届全国人大第五次会议通过了修订的《中华人民共和国刑法》，于1997年10月1日起施行。该法典共452条，规定罪名413个，被认为是一部“明确、完备”的新刑法典。但即使是这样一部刑法典，也仅施行一年，就面临修改的命运。1998年12月29日第九届全国人大常委会第六次会议通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，并于同日公布施行。自此以后，全国人大常委会一发不可收，截至2009年2月28日，在短短的10年期间，共颁布了7个刑法修正案、7个立法解释、1个单行刑法、2个相关决定，平均每年制定特别刑法1.5个。我国刑法典修改频率之高、增设罪名之多、涉及范围之广，实为世界立法所罕见（这还不包括最高司法机关颁布的大量的造法性解释）。最应具有稳定性、最难修改的刑法，成了最不具有稳定性、最易变动的法律。这种频繁的补充和修改，绝不仅仅是追求立法完美和刑法工具观的体现，更与转型社

会整个社会结构的变动有着深层的关系。这种立法膨胀，特别是刑事立法“肥胖症”的现象，应当引起我们足够的警惕。作为社会调控的一种手段，法律，包括刑事法律，应当调控适度。由此，对刑事法律规范进行一定形式的审查，对立法机关的刑事立法权进行一定的限制，不仅必要，而且正当。

刑法是以刑罚为主要制裁手段的，刑罚固有的“侵犯性”要求刑法创设的罪刑规范应当恰当、适度，否则，刑法将对公民自由造成极大的威胁。为此，应当对刑事立法活动予以必要的限制。刑事立法活动，只有受到宪政的制约，才能保证其既合乎形式正义，也合乎实质正义，从而达到保障公民自由的目的。“宪法与常规法律间的根本区别，类似于一般法律与法院将他们适用于某个具体案件之间的区别：一如在审理具体案件时法官要受制于一般性规则那般，立法机构在制定具体法律时也需要受制于一般的宪法原则”。^①正是宪法的高级法地位以及立法者滥用立法权的危险，构成了对刑事立法进行合宪性审查的实践前提。然而，长期以来，我们的立法机关似乎对刑事立法的形式正义关注有余而对实质正义审视不足。新刑法典将1979年刑法典及其后制定的特别刑法整体“位移”，实现了刑事立法形式上的统一。新刑法典施行后，全国人大常委会又以主动出击的姿态，频繁地对罪刑规范进行“废”“改”“立”。^②这些立法活动更侧重于追求刑事立法的程序合法、形式完备，而对所创设的罪刑规范本身的合理性、必要性往往缺乏深度思考，如叙明罪状叙而不明、空白罪状被参照的规范性文件层级过低、司法解释任意扩大构成要件的行为外延，等等。这些在司法实践中已经产生一些负面效

① [英] 弗里德利希·冯·哈耶克：《自由秩序原理（上）》，邓正来译，三联书店1997年版，第224~225页。

② 从内容上看，我国刑事立法活动主要是“改”和“立”——增设新罪名和提高某些犯罪的法定刑，而“废”——取消原罪名或降低某些犯罪的法定刑，则基本没有。

应。在宪政国家的制度构建下，下列问题需要我们特别关注：如何合理地设置罪刑规范，使其获得公众的广泛认同？如何制定一部刑法典，使其垂范久远？如何限制国家的刑事立法权，以防其无限膨胀？以什么标准判断一个罪刑规范，有无违反基本的正义理念？对于一个违反基本正义理念的罪刑规范，应当采取什么救济措施？诸如此类的问题，迫切需要我们当今的刑法学人作出回答。