

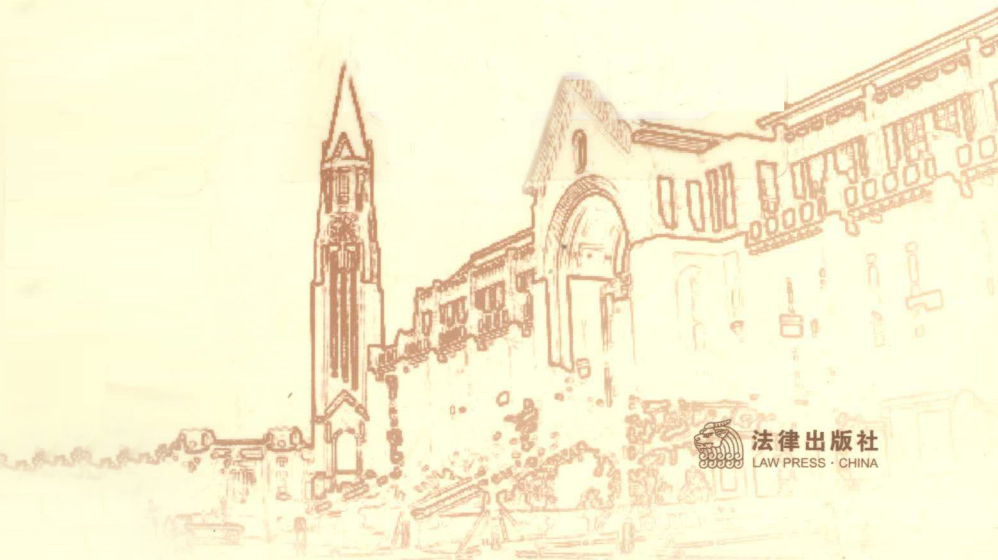


华东政法大学
科学研究院社科文库



刑法法源研究

张波著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

华东政法大学
科学研究院社科文库

刑法法源研究

张波著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法法源研究 / 张波著. —北京:法律出版社,
2010. 12
(华东政法大学科学研究院社科文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1633 - 7

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法—研究 IV.
①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 257206 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/贾菲

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/10.625 字数/254千

版本/2011年4月第1版

印次/2011年4月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1633 - 7

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主任：杜志淳 何勤华

副主任：王立民 叶青 何敏

委员：丁建顺 傅守祥 陈婉玲

张勇 王红曼 叶慧娟

马金芳 钟刚 练育强

前 言

华东政法大学科学院研究院《社科文库》第一辑的问世,开创了我校科学研究院科学研究的学术征程,展示了科学研究院一年来科学研究的学术成果,也凝结了科学研究院全体团队成员的学术心血。

这十本著作有的是作者长期科研与教学中学术心得的凝练,有的是作者在博士或博士后研究基础之上的再创作。虽然,尚不能说文库中的每一本著作都已是学术精品,但大都对其所属专业领域的学科发展与社会实践具有重要的理论与实践价值。

我校科学研究院成立于2008年,旨在通过整合人才资源、加强学科交叉、营造科研氛围、促进科研创作而得以造就丰硕的科研成果,以进一步提高我校科研实力、储备优秀人才,实现我校科研水平新的突破和科研实力的跨越式发展。

该文库展示了科学研究院独特的学术风格

与学术特点,具体体现在以下几个方面:

一、体现多学科与跨学科优势

成立科学研究院的目的之一就是整合多学科学术资源,通过不同学科科研人员之间的学术交流与合作研究,以期迸发出新的思想火花。《文化产业政策激励与法制保障》一书就是科学研究院全体研究人员学术碰撞的结晶,该书的作者既有从事法学研究的研究者、也有从事文学艺术研究的研究者,还有从事哲学、教育学和历史学研究的研究者。这一多维研究视角极大丰富了这批朝气蓬勃的研究者们的学术视野。此外,十本著作的内容构成也反映了这种跨学科性,既有法学类著作,如《能源基本法研究》等;也有非法学类著作,如《海派学习文化研究——来自成人生活世界的考察与分析》。

二、注重基本理论问题研究

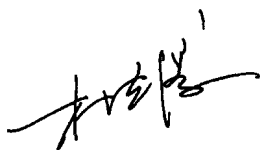
注重基本理论研究也是本集文库的风格之一,如《知识产权基本理论》就是作者从知识产权基本原理与学科规律及其制度规律角度所进行的有关知识产权重要理论问题的研究;《刑法法源研究》是作者从刑法规范创制方式和表现形式的角度所进行的刑事理论的论述;《能源基本法研究》则是作者从构建能源基本法的理论框架角度所进行的理论分析。这三部著作都从基本理论角度对相应领域中一些重大问题进行了深入研究和充分探讨。

三、既关注国际热点又反思历史问题

就特殊专题进行横向与纵向比较研究也是这套《社科文库》的重要特点。文库中《德国联邦最高法院商事判例译评》和《英国反就业性别歧视法律制度研究》两书分别就德国的商事审判实践和英国的反就业性别歧视立法实践进行了借鉴性探讨;而《城市、规划、法制——以近代上海为个案的研究》、《国民政府战时金融法律制度研究(1937~1945年)》和《上海租界法制研究》则从历史的角度对我

国相关法律制度进行了专题性研究。

华东政法大学科学研究院的全体研究者将秉承广大社会科学工作者孜孜以求学术真谛的优良传统,为繁荣我国学术殿堂、丰富我校学术成就而勤勉研究、多出精品,并励志将《社科文库》这一学术平台建设成为我国社会科学研究方面一个重要的学术窗口。

A handwritten signature in black ink, appearing to be '李维' (Li Wei), written in a cursive style.

2010年12月

总 序

科学研究工作是一种以探索自然客观规律与社会演进规律为目的的复杂的智力劳动,是一项艰难苦涩但富有创新价值的研究工作,研究人员必须进行系统的研习和长期的积累,并充分掌握国内外相关文献与资料,才能从事独立的、创造性的学术研究,从而在各自的学术领域取得骄人的成就。

我很欣喜地看到,我校科学研究院的研究人员,集人文社会科学研究者集体智慧,励心创作,出版了他们优秀的学术系列专著——华东政法大学科学研究院《社科文库》第一辑。这一文库的面世一方面反映了他们努力勤奋的学术精神,同时也反映了他们具有厚实强劲的科学能力。

这套文库的第一辑共包括十部著作。它们当中,既有基础性学术理论研究,也有揭示社会发展规律的实践分析;既有对国内特定历史时期

文化的梳理,也有对国外特定制度运行机理的析评;既有以上海为对象的针对性研究,又有对特定产业的多元化探索。

其中,何敏教授的《知识产权基本理论》系统勾勒出了知识产权领域里的基本理论与法制规律,具有一定理论深度以及丰富的实践价值。张勇博士的《能源基本法研究》详细探讨了能源基本法中普遍关注的理论问题,为能源法应对实践发展提供了有力的法制支撑。张波博士的《刑法法源研究》则围绕刑法的法律渊源进行了逻辑清晰、论证合理的分析,这无疑是对刑事法律制度进行体系化探索的有益尝试。

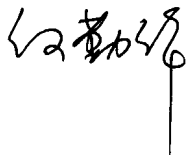
学术造诣深厚的王立民教授及其练育强博士、李洁博士等学者,专门以上海租界、城市规划法制及其海派学习文化为特定对象进行了系统的专题研究。其中,王立民教授与练育强博士共同撰写的《上海租界法制研究》具有独特的学术价值;练育强博士撰写的《城市、规划、法制——以近代上海为个案的研究》以及李洁博士撰写的《海派学习文化研究——来自成人生活世界的考察与分析》不断提升与丰富着人们对上海独特魅力的认知。

王红曼博士所著《国民政府战时金融法律制度研究(1937~1945年)》以史学的研究方法和逻辑视角对抗战时期的金融法律制度进行了详实而客观的梳理与概括;王东光博士所著《德国联邦最高法院商事判例译评》突破空间约束,选取典型案例揭示了德国商事审判中的独特规则与审判特征;饶志静博士所著《英国反就业性别歧视法律制度研究》则对英国反就业性别歧视制度进行了有益而深入的探讨。这些著作无疑将为我国法律制度的实践与完善提供非常有益的借鉴。

而《文化产业政策激励与法制保障》一书,作为论文集从不同角度对我国文化产业面对新机遇与新挑战时的发展问题进行了系统分析与探讨。这些主题明确、内容丰富的系列文章折射出科学研究院这一科研团队的集体智慧与学术研究的开拓精神,这使我依稀看

到了科学研究院这一科研集体快速崛起的美好前景。我很高兴在此作序,并将继续与广大的读者一道热情期待见证他们光辉的学术未来。

是为序。



2010年12月

目 录

引言	1
第一章 刑法法源概说	4
第一节 法理学中的法源	4
一、法源和法律渊源的概念	4
二、两种法源制度	6
第二节 刑法中的法源	8
一、刑法法源的概念	8
二、刑法法源的特征	9
三、刑法法源的分类	13
第三节 各国刑法法源的简介	18
一、完全刑法典化的立法	18
二、以刑法典为中心的立法	20
三、非刑法典化的立法	24
第二章 法律性刑法法源	27
第一节 法律性刑法法源立法权的机制 与评析	28

一、宪法中基本法律和非基本法律的区分	28
二、我国刑事立法的实践	29
三、刑事立法实践合宪性的分析	29
四、对过去刑事立法实践的反思	32
五、刑事基本法律和非基本法律的合理区分	34
六、现行刑事立法权体制的改革	37
第二节 刑事立法的模式	39
一、张明楷教授主张立法分散性的理由	40
二、评价：分散性是技术问题还是价值问题	42
三、刑法典和附属刑法的协调	47
第三节 刑法典	48
一、法典化的理想目标	48
二、法典化的现实目标	50
三、对我国1997年刑法典的评价	51
四、刑法典表达方式之改进	53
第四节 刑法修正案	56
一、刑法修正案简介	56
二、刑法修正案形式的优劣之分析	57
三、目前刑法修正案的不足与改进	60
四、刑法修正案与宪法修正案的表达方式之对比	62
五、刑法修正案所引发的刑法典文本问题	65
第五节 单行刑法	66
一、单行刑法与特别刑法	67
二、单行刑法和刑法典的关系	68
三、特别性不是政治性和重刑主义	69
四、特别性的法律意义	72
五、单行刑法的总体立法设想	76
六、关于单行刑法的名称	80

七、关于单行刑法的表达方式	85
八、关于单行刑法的公布与实施的时间	87
第六节 附属刑法	95
一、附属刑法的概念和特征	95
二、我国附属刑法的非独立型立法模式	98
三、非独立型立法模式的缺陷:不明确	101
四、1997年刑法典修改的做法	102
五、1997年刑法典之后附属刑法的立法模式的 变化	103
六、我国继续存在附属刑法	105
七、附属刑法在我国刑法法源体系中的地位与功能	108
第三章 法规性的刑法法源	111
第一节 民族自治地方刑事立法权的新解说	112
一、自治立法权	112
二、变通权	113
三、自治立法权和变通权的关系	114
四、自治区自治条例的难产及其成因	117
五、对刑法中变通权的分析和评价	119
六、变通权的现状	122
七、自治立法权和变通权的出路	123
第二节 行政机关的补充刑事立法权	125
一、有关国家行政机关的刑事立法权的介绍	126
二、关于空白刑法(空白罪状)的理论	131
三、对行政机关刑事立法权的监督和控制	135
四、对我国刑法典中全部由行政法规规制的法条的 全景扫描	138
五、对上述条文的分析和评价	140

第四章 解释性刑法法源	148
第一节 立法解释	148
一、立法解释权的法律规定	149
二、关于全国人民代表大会常务委员会立法解释权的 理论争议	149
三、对我国立法解释权的评析	152
四、立法解释权应慎重行使	154
五、立法解释的生存空间	157
六、对目前立法解释的分析	159
七、关于立法解释的形式	165
第二节 司法解释	167
一、我国司法解释权的沿革	169
二、最高人民法院司法解释权的正当性	173
三、最高人民检察院的司法解释权的正当性	178
四、关于司法解释的形式	184
第三节 立法解释和司法解释的比较	196
一、解释性法源的生效时间	196
二、解释应该采取一事一解的模式	198
第五章 非正式的刑法法源	205
第一节 政策	206
一、法律化的政策和非法律化的政策	206
二、政策作为正式的法源:1979年刑法典之前	208
三、政策作为非正式的法源:1979年刑法典之后	209
四、学说对政策的消化和重构	213
第二节 习惯法	215
一、习惯法作为法源地位的逐渐下降	215
二、习惯法的概念和特征	216
三、对我国学者所谓的习惯法的分析	218

四、国外关于习惯法的刑法适用	223
第三节 学说	226
一、学说与立法	226
二、学说与司法	228
第六章 刑法法源的司法适用	231
第一节 刑法法源的位阶	231
一、宪法位阶的刑法法源	231
二、民族自治地方变通规定的位阶	232
三、国际条约的位阶	234
四、立法解释、司法解释的位阶和行政法规的关系	235
第二节 法源之间的关系及其适用的原则	243
一、法源之间的关系	243
二、法源冲突的适用规则	243
三、实例：法源之间的关系判断和适用	245
四、法源冲突的审查机制	248
第三节 法源的变更和适用的原则	250
一、法源变更适用的选择	251
二、法源变更适用的从轻原则	255
三、从轻原则适用的法理与结论	288
第四节 法源在判决书中的引用	300
一、宪法	300
二、刑法典和单行刑法	301
三、刑法修正案	302
四、附属刑法的补充规范、行政法规、立法解释	304
五、司法解释	311
六、国际条约	313
参考文献	316

引 言

刑法法源,也称为刑法的渊源,主要包含两个方面的内容:一个是刑法法源的创制方式,这是从立法权角度来说的;一个是刑法法源的表现形式,这是从立法形式的角度来说的。

由于罪刑法定主义的制约,刑法的法源一般只能表现为由人民选举的代表制定的法律,在这个意义,刑法中的法律保留原则和国会保留原则就比其他法律要求高,所以,禁止行政机关立法、禁止法官法和禁止习惯法就成为刑法法源上的要求。可是,现代社会的发展,要完全禁止行政机关立法、法官法和习惯法是不可能的。合理的要求是,行政机关的立法、法官法和习惯法法源不得作为定罪量刑的直接根据,亦即不能成为刑法的直接法源,但是可以作为补充性的法源和间接法源存在。

从表现形式上说,刑法的法源可以分为法律性的刑法法源、法规性的刑法法源、解释性的刑

法法源和非正式的刑法法源。

对于我国来说,法律性的刑法法源,关于其创制方式,存在的难题是如何合理区分全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会的立法权,这种困难源于宪法中对基本法律和非基本法律的划分,本书尝试着从内容、形式和宪法的规定三个方面来区分。关于其表现形式,究竟是将刑法规范完全集中在刑法典中,这是我国通过采取刑法修正案表现出来的一种趋势,还是将刑法规范分散在刑法典、单行刑法和附属刑法等不同的形式中,理论上还存在争议。另外,过去对单行刑法的研究多集中在单行刑法的内容及其适用的方面,而忽视了其规范化的表达,这使得单行刑法的表达技术一直停留在不规范的水平。本书对于单行刑法的条文化的表达方式、公布和生效的时间进行了重点的研究。

法规性的刑法法源,包括民族自治地方的刑事立法权和行政机关的刑事立法权,从创制方式上来说,难题是如何说明此种权力的正当性,即在何种意义上符合法律保留原则和国会保留原则。本书对此进行了理论上的论证,由于民族自治地方的刑事立法在实践中缺乏相应的立法例,本书对这种状况的形成进行了深入的分析,提出了合理化的建议。对于行政机关的刑事立法,虽然存在对空白罪状的理论说明,但是,结合刑法典的规定进行详细分析的并不多,希望通过全面的考察,以说明行政机关刑事立法的不当。

解释性的刑法法源,表现为全国人民代表大会常务委员会的立法解释、最高人民法院和最高人民检察院的司法解释,从创制方式上来说,我国的司法解释具有明确的法律授权,这一点不成问题,但对司法解释权集中在最高司法机关的正当性,还缺乏具有说服力的论证。关于司法解释的表现形式,本书在司法解释的文号、公布等方面进行了细致的考察和分析。针对目前的抽象的解释模式以及这种模式的缺点,一直缺乏深入的探讨,笔者提出了一事一解的模式,以改进目前的司法解释。