



刑法立法正当性研究

郭立新

年期：2001年9月

毕业院校：武汉大学法学院

指导老师：刘明祥教授

刑法立法是国家围绕刑法立法权(犯罪设定权、刑罚设置权及其实现)的行使而进行的活动。根据法治的理论,任何一种国家权力的设立必须证成其正当性,涉及每个公民生杀大权的刑法立法权更应如此。刑法立法权的正当性证成过程也就是对刑法立法规律性认识的形成过程。基于这样的思路,论文分五个部分研究了刑法立法权的正当性与有限性、刑法立法主体的正当性、设罪的正当性、刑罚制配的正当性和刑法立法载体的正当性。

刑法立法是国家创制刑法规范的活动。刑法立法权是指国家所专有的设定犯罪、设置刑罚以及为刑罚权的实现创制普遍性的规范的权力。国家为什么享有刑法立法权?论文第一章首先展开对国家刑法立法权来源的正当性追问。国家的刑法立法权并不是不证自明的,对此历史上曾有神本源论、圣贤论、强权论、社会契约论的不同解说。在对四种解说评析的基础上,重点研究了社会契约论解说所具有的方法论意义,并根据两种不同的契约观在刑法立法权上的有限与无限争论,论证了刑法立法权限制的法理在于民主政治社会立法权享有与立法权行使的分离。对刑法立法权的限制有程序限制和实体限制。程序限制包括民主立法程序的限制和宪政程序的限制。实体限制包括法益侵害原则限制、最后手段性原则限制和罪刑均衡原则限制。

刑法立法权的正当性并不能证明任何主体行使此权力都是正当的。在当今,行使刑法立法权的主体主要是议会或权力机关。在英美法系国家,因判例法的传统,法院(法官)也是刑法立法主体,即司法立法。所以,在第二章展开了对刑法立法主体正当性的追问。议会或权力机关有权创制刑法的正当性根据是基于现代民主社会的权力分立理论、人民主权理论和代议民主理论。权力分立理论认为,保障公民的自由权的最有效的政府组织形式就是分权,即将政府的职能在分离的独立的实体和人们之间进行分配,也就是把政府的权力分为立法权、行政权和司法权,三权彼此相联,却又彼此制约,依此保障国家

权力的合理运用，从而形成良好的社会秩序。权力分立理论论证了国

家立法职能、立法机构和立法人员应当是独立的，而这项独立的权力、职能应当由谁行使是正当的，这样的机构和人员应当由什么资格的人来充任，采取什么样的程序是正当的，人民主权理论和代议民主理论作了回答，在英美法系国家，对于法院(法官)作为刑法立法主体的正当性根据是什么?有三种不同的理论解说。在对这些解说评析后，本文提出法院(法官)立法的正当性根据是法律是人类经验的结晶的进化论法律观和法官在个人与国家之间处于中立的立场。

设罪是刑法立法的首要任务。什么行为应当设定为罪就是研究设罪的正当性问题。在第三章中，重点围绕理性犯罪观、犯罪圈设定的正当性、设罪标准的正当性进行研究。理性犯罪观是设罪的观念指导，制约着犯罪圈大小的设定和犯罪标准的设定。犯罪圈是立法者根据一定的标准所设定的应受刑罚制裁的危害社会行为的范围。犯罪圈设定的根据是犯罪是一种严重危害社会的行为，因而是应受刑罚惩罚，并应受刑罚且能受刑罚遏制的行为。根据这一标准，具体分析了犯罪圈的范围，即何种性质的行为，何种程度的行为应予以犯罪化。设罪标准是指具体行为具备什么条件才能构成犯罪。设罪标准不一样，罪之范围、种类也不相同。，设罪标准经过了客观后果、主观恶性、行为的客观危害性的演进。本文提出设罪的标准应当是行为的客观危害和行为人的主观恶害的统一，并论证了标准的正当性。

， 刑罚制配是与设罪紧密相联的刑法立法的又一重要活动，其目的是根据所设之罪来建立明确的刑罚体系，分配相应刑罚。刑罚制配活动是国家刑法立法权得以启动和运作的过程，展示的是国家刑罚权中的制刑权。作为国家权力，其行使又需要正当性证明。在第四章中对刑罚制配的正当性进行了研究。对刑罚制配的正当性历来就有报应正当性和功利正当性的不同解说。在对不同解说评述基础上提出刑罚制配正当性的统一论。根据统一论，在刑种制配上就要求刑罚的方法及其分配必须与犯罪相对称、构成刑罚体系的各种刑罚方法应在严厉性程度上具有轻重有序性、在刑罚体系中的各种刑罚方法应具有可搭配性、主刑体系所包括的刑罚方法相互间应具有主次性。根据刑种制配的法理，对我国的刑罚体系作了检讨。

罪刑法定原则要求罪之法定和刑之法定。刑之法定不仅指刑种的法定化，而且指刑罚的具体量的法定化。刑罚具体量化的根据在于具体罪的危害性的轻重不同，刑罚的具体量度的设置应受报应性和功利性相统一的刑罚制配正当性制约。刑罚幅度的设置包括种罪刑罚幅度和种罪格刑度的设置。刑罚幅度设置的模式有绝对确定的刑罚幅度、绝对不确定的刑罚幅度和相对确定的刑罚幅度。根据刑罚制配正当性的统一论，探讨了种罪刑罚幅度的合理设置以及种罪格刑度的划分标准和原则。

刑事法律规范以何种形式表达出来并有机结合为规范体系，也是刑法立法正当性的内容之一。大陆法系国家崇尚制定法的传统使成文法(主要是法典形式)成为立法的载体。英美法系国家的判例法传统则形成了制定法(主要是特别法律形式)和判例法载体并行的形式。在第五章中，研究了刑法立法的三种主要载体，即刑法典、特别刑事法律和刑事判例法。刑法典是指以规定犯罪和刑罚为内容，并按照一定的体系结构对现行刑法规范进行系统编纂而成的刑事法律规范性文

件。刑法典是由刑法总则、刑法分则和附则构成。刑法总则是关于犯罪和刑罚的一般性的规定，其功能不限于说明犯罪成立的一般要件，更重要的功能是为犯罪人提供充分的辩护理由。刑法分则是具体规定每个犯罪的成立要件及其处罚。在刑法典中，真正约束人们行为的是刑法分则而不是刑法总则。分则的功能是严密刑事法网。特别刑事法律对刑法典或其他刑法规范具有修改补充功能、创制功能，解释功能和分合功能。

在英美法系国家，法院(法官)立法的表现形式之一就是刑事判例法。判例法作为法的载体之一在英美法系存在有其特定的法律文化根基和特殊的法律运作机制。本文重点从刑事法治的角度对判例法的正当性进行了分析，并提出了引进判例制度来弥补成文法的明确性不足问题。

更新日期：2006-2-16

阅读次数：154

下篇文章：电子商务领域犯罪研究

 打印 |  关闭

 TOP