



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 1093

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年
纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

刑法基本原则比较研究

Exploring Basic-principle-of-criminal law By Comparison

黄建华

【摘要】

不同的部门法的基本原则之间存在着丰富的关系, 发掘这些关系, 对于认清各自的特色是极其有益的。

本文即意在从刑法基本原则与民法基本原则、宪法基本原则的比较中, 力图抓住刑法基本原则的各方面特性, 从而或多或少有益于该问题的深入研究探讨。

【关键词】刑法基本原则 宪法基本原则 民法基本原则 比较

Abstract:

Between different branch laws lies bountiful relations, and to explore these relations will do great favors to making clear their own characteristics.

It's meant in this article to compare basic principle of criminal law with that of constitution and that of civil law in pursuit of grasping all sorts of characteristics of the basic principle of criminal law, which therefore could more or less be helpful to exploring this problem.

Key words: basic principle of criminal law basic principle of constitution basic principle of civil law comparison

刑法基本原则是刑法学领域颇富争议的问题。经过相关机构与学者们的长期不懈的努力, 我国刑法方面已大体形成比较统一的刑法基本原则体系, 并且在我国法治实践中发挥了重要作用。

然而, 笔者以为, 发展至今, 我国刑法基本原则体系依然不够健全完备。而且, 我国刑法典对刑法基本原则确立起了较为明显终局作用, 这就不免造成理论探讨不充分的结果。

随着时代的发展, 刑法基本原则研究也宜不断刷新, 以使刑法基本原则体系不断臻于完善。

本着这种“可持续发展”的思路, 笔者拟对刑法基本原则从比较的角度进行浅近的研讨。

一、刑法基本原则概述

按刑法学界较为通行的看法, 刑法基本原则一般包括罪刑法定原则、罪责刑相适应原则、刑法平等适用原则。

（一）罪刑法定原则

罪刑法定思想的发源可追溯至1215年英国《大宪章》第39条的规定：凡是自由民，除经其贵族依法判决或遵照国内法之规定外，不得加以拘留、监禁、没收其财产、夺其法律保护权，或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。到17、18世纪，资产阶级启蒙思想家在针对黑暗封建统治的斗争中，使这一思想更为丰富系统。洛克、卢梭倡导“天赋人权”学说，孟德斯鸠提出“三权分立”学说；贝卡利亚指出“只有法律才能为犯罪规定刑罚”；及至法国《人权宣言》及1810年刑法典相继作出规定，这一原则逐渐被广泛接受，成为刑法的一项重要原则。

按照罪刑法定原则的要求，一般可以认为“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”为其要点。我国《刑法》第3条对这一原则的具体表述为：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。”

其具体内容主要是：

1、罪的法定。即罪名、罪种、犯罪构成条件与具体内容等均须由法律作出明文规定，罪由法出，不得臆造或任意歪曲。

2、刑罚法定。这主要指刑罚的种类、数量、刑幅及刑罚执行等必须法律予以明确规定，排斥绝对不定期刑等。

3、定罪量刑法定。定罪量刑法定，即罪的认定、承担刑事责任与否及处以刑罚与否、处何种刑罚、具体如何执行等必须按照法律明文规定操作，杜绝随意定罪、任意处罚、类推、溯及既往等现象。

（二）罪责刑相适应原则

原始社会的同态复仇和奴隶社会的等量报复是这一思想的粗坯。启蒙运动兴起之后，孟德斯鸠在《波斯人信札》中指出“按罪大小，定惩罚轻重”。贝卡利亚在其名著《论犯罪与刑罚》中说：“……这就需要犯罪与刑罚对称。”早期朴素的罪刑相适应思想有着明显的时代特征与局限，未能从根本上摆脱报应主义，并且都有机械地认定罪与罚应绝对相对应之弊端。随着现代刑法学的发展，这一认识逐渐有新的转变，并渐趋科学化、合理化。

从涵义上讲，罪责刑相适应原则要求建立“三级跳”式的对应，即犯罪大小、轻重与刑事责任相对应，并指向行为人应承担刑罚的种类、轻重等的不同。我国《刑法》第5条的内容反映了这一原则的要求：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和所承担刑事责任相适应。”

这一原则大体内容可概括为：

1、罪责相当。即刑事责任的有无、轻重都应与行为人所犯罪的具体状况如罪种、罪的轻重等相当，避免逃避刑事责任、非法免责、罪责失衡等不正当情形。

2、责罚相当。责罚相当，就是要作到刑事责任与行为人所承担刑罚相适应，即二者在“度”上的对称。

3、罪刑相当。罪刑相当，就是要作到根据行为人刑事责任的承担情况，使所犯罪与所受刑罚达到协调一致，使应受罚与实受罚尽量作到“黄金结合”。

（三）刑法平等适用原则

刑法平等适用原则乃是法律面前人人平等原则在刑法中的具体化。

继原始社会中诞生的朴素的平等观之后，人类社会的平等观念不断演化，到近代，资产阶级政治上要求的平等蔚然风行。1789年法国《人权宣言》赫然将“法律面前，人人平等”置于其中，这成了刑法平等适用原则的草创。

不过，刑法上的刑法平等适用原则是有所不同的。这一原则指的是：任何人犯罪，都须依照法律平等地裁量并追究刑事责任，不允许逃脱法律或有超出法律的特权。我国《刑法》对这一原则体现为第4条的规定：“对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”

该原则具体内容如下：

1、定罪平等。即任何人实施了犯罪行为，不论其身份、地位、民族、种族、家庭出身、财产状况等情况，一律平等地按照刑法的规定确定其所犯罪名、所属罪种等，不予以姑息。

2、量刑平等。量刑平等是指对于犯罪人平等地依照刑法规定及具体犯罪情况判处刑罚，以使之得到应得处罚。

3、刑罚执行平等。刑罚的执行也要严格遵照刑法的具体规定平等进行，不受贫富、身份等法外因素影响。

从法律体系上看，刑法属于具体部门法，宪法则归于根本法；刑法又具有“公”的性质，属公法范畴，与之可相对照的是私法范畴的民法。故以下笔者将着眼于这两个角度，从刑法基本原则与宪法基本原则以及刑法基本与民法基本原则两方面进行对比剖析。

二、刑法基本原则与宪法基本原则比较

宪法基本原则略述

人民民主原则、基本人权原则、法治原则已为世界各国宪法通行的原则，故本文只就此立论。人民主权原则也称主权在民原则，它源于资产阶级启蒙思想家所倡导的“主权在民”学说，认为一切国家权力归属于人民而非主权在君或主权神授。现代意义上的主权在民已经不是单纯针对神权、君权意义，而是进一步发扬了人民主权说，将人民定义为权力的来源，是对人民根本地位的确认。基本人权原则系由西方启蒙思想家“天赋人权”说演化而来，主要强调人有不可剥夺的生存、发展、财产、自由、反抗压迫等权利。法治原则亦称宪法至上原则，诞生于资产阶级反对君主专制的斗争过程中，其内容主要是法律面前人人平等，摒弃基于特权、特殊身份等对人的人格及基本权利采取的法律上的不等待遇；在当今社会，该原则更为发展丰富，具备了法律至高无上的含义。

二者之比较

首先，性质之比较。

在性质上，宪法基本原则更具根本性、政治性、优位性。因为宪法基本原则是国家根本大法建构的基石，故而更为根本，堪为宪法国家法律体系的屋脊；而刑法基本原则只是宪法治下的刑法部门的根本准则，之间明显存在层级差异。另一方面，宪法是国家政治制度、民主制度、公民权利制度等制度得以确定的根据和蓝本，其基本原则起着全方位统摄的作用，故而有着极强烈的政治色彩；刑法基本原则较之则当然逊色。再者，宪法基本原则概括了一国社会的总的和根本的要求，刑法基本原则的形成与发展乃至发挥作用无疑都须遵循，可以看出宪法进原则相比之下更为优位。此外，刑法基本原则在刑法的适用过程中可作为行为人某种或某一系列行为的参照标准进而影响其行为；宪法基本原则常常不直接作用于人的一般活动，这主要是因为宪法基本原则大多关乎调整的社会关系中的根本问题。

其次，效力之比较。

二者在效力上的差别是极为显豁的。效力，从法理上讲，指的是法律制度对其调整的社会关系发生约束作用的范围和程度。宪法作为国家的根本大法，因其调整内容、制定过程的重大和严格，地位自非同一般，这就使得作为其根本内容和指导方针的宪法基本原则也具有类似的地位，因之其它部门法律的制定实施均须以之为根本准绳。刑法基本原则作为部门法的重要部分，其约束力面积和程度远不及前者。因此，从效力上看，宪法基本原则相比之下明显大得多。

再次，功能之比较。

法的功能，即法的做功能力，是法的内在的对社会有益的功用和效能，属于一种可能。与刑法基本原则相较，一则，宪法基本原则的功能一般只具单重性，亦即刑法基本原则通常只具有保护或保障的功能，一般不造成损抑。如人民主权原则、基本人权原则、法治原则，一般都起到保障国家权力归于人民、保护公民的基本人身财产等权利、保障法治实现的作用。而刑法的基本原则却具有双重功用，它的实现既有保护一方相对人的正当权利的可能，同时也有损抑另一方当事人的权利的可能；对同一方当事人而言，

既会造成积极后果，也会造成消极后果。二则，在功能的实现方面，宪法基本原则主要诉诸立法，刑法基本原则则既可以立法为径，也可以司法为径；之外，宪法基本原则还可以灌注于其它部门法以实现其功能，刑法基本原则却不能。三则，二者在宏观的结果方面也是有差别的。宪法基本原则所涉多为社会生活的重大部位，因此其功用与效能所系也为大端，一旦实现其对社会生活的影响，必为重要后果；而从整体观之，刑法基本原则并不及于社会的根本方面与极重要领域，故其功用表现出的社会效果自难及前者的高度。

最后，价值之比较。

从法哲学的角度看，价值乃是客体（如法的原则）相对于主体（主要为人）的有益性以及从而产生的评价。换句话说，就是主体对客体有用性的认识和追求。相比之下，第一，宪法基本原则的价值所向具有更强的阶级性，不同阶级控制政权，其目标和价值观最易于渗透于宪法基本原则的创设和采用上；刑法基本原则于此则远没有这样鲜明，这正是预防和打击犯罪无国界的印证，可以说是人类的共同认识和理念所旨。第二，在宪法基本原则的价值体系中，民主、自由、平等处于根本地位，是其它价值目标的生发点和归宿，并且一致地体现对国家公权力的限制的趋势；而在刑法基本原则价值体系中，处于首要位置的是秩序、正义和入道，且张扬公权力，突出公权力在立法、裁判和制裁等一系列活动中的重要性，而其它价值目标皆隶属这两方面。第三，宪法基本原则主要强调调法的一般价值。宪法基本原则所提及的“人”“公民”等价值主体概念是很抽象的，也就是，其外延是一个集合或是全体人，是在法哲学意义使用的，过滤掉了人的个性特征；刑法基本原则却不能以此为价值罗盘，因为刑法基本原则是与适用衔接的，而适用则是与具体案件、具体行为为人打交道的过程，故而应当注重区别人的各方面的具体差异，由之矢中公平、正义等价值之的。

不过，作为法的原则的宪法基本原则和刑法基本原则虽存在各式各样的不同之处，却也不乏兼容的方面，即二者都是各自所属部门法的基本准则，都体现了法的原则；除此而外，宪法作为国家根本法，其基本原则必定对位在普通部门法中的刑法基本原则的产生、发展、演变等方面有所作用，从刑法基本原则的角度来讲，则有刑法基本原则反作用于前者；但后者有遵依前者的必要性。

三、刑法基本原则与民法基本原则比较

民法基本原则略述

根据我国《民法通则》的规定和学者们的一致看法，民法基本原则主要包括平等原则、意思自治原则、诚信原则、权利不得滥用原则。

按照《民法通则》第3条的规定，平等原则即“当事人在民事活动中的地位平等”。从根本上讲，这一原则乃是宪法中法律面前人人平等原则反映在民法这一部门法中的一脉，体现了民事法律关系的前提要求和基准线；不过，这一原则，依笔者拙见，似宜表述为“民事活动平等”，从而免去“剽窃”之虞。意思自治原则，按照《民法通则》第4条的表述，乃是民事活动应以民事主体自愿为基础，也可以说，民事活动主体应当有自由表达自己内心想法并依照自己的真实意愿从事民事活动的权利，这种权利不受他人非法干预与控制。这一原则可以看作平等原则的深化，是民事活动以自我为主导的突显。从《民法通则》第4条知，诚实信用原则也是调控民事活动的一个重要原则。与前两原则相比，诚实信用原则具有较强烈的义务性色彩，是对当事人的主观“安全性”和可信度的要求，反映出对意思自治原则的限制。《民法通则》第6条还规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益、破坏国家经济计划、扰乱社会经济秩序。”这一规定常被视为权利不得滥用原则的内容和具体要求。从该条的规定看来，这一原则具有较为浓重的公法味道，置之于民事法规之中显然有些不合。

二者之比较

性质之比较

在各自所具有的性质方面，刑法基本原则与民法基本原则的关系是不难厘分的。

首先，就法的范畴而论，刑法基本原则与民法基本原则有显然的“公”与“私”分野。

刑法具有“公”的性质是学界大体一致的认识，作为刑法骨架的刑法基本原则的公法性质尤其难以抹杀。其中，在受制约的主体上，总的说来，可以分成公权力参与方和普通社会成员参与方，而且如所周知，公权力机构的地位和作用都处于主导，这与民法基本原则的作用方式是截然不同的。民法基本原则“私”的性质使得民事法律关系的“民”的成分较为显著，一般社会成员普遍地成为其主要参与者，公权

力的重要性完全游离于民事关系之外。在对权力的确认与设定方面，刑法基本原则与民法基本原则的倾向性也如分泾渭，判然可见。按照刑法基本原则的要求，刑法在赋予刑事法律关系主体权力（利）上存在不对等性，公权力机构具有诸多一般主体不具备的优势权力；而体现民法基本原则的主体权利（力）却没有如此分界，一般都是以对等设置为主，公权力极少介入民事活动中。刑法基本原则与民法基本原则的范畴之别还表现在，刑法基本原则作用于刑事法律关系之调控时表现了对社会效益的注重，起到的是保障社会公正、秩序、人道的主要作用，从整体上看，较少及于经济效益；而民法基本原则的作用恰恰强调了对经济效益的追求的重要性与合理性，主要在于维护交易安全，从而根本有利于社会整体发展。

其次，二者的性质差异也表现在对权力与权利折射的强度上。

刑法基本原则曲折地显示了其以公权力为重的方面，从而俾使刑法规范具有极强的强制性与制裁性、威慑力，往往不受制于个人的意志。尽管近些年随着刑法的发展及刑罚体系的改进，刑法规范也渗入了较强的民主与人道主义的色彩，但这总体上不会改变刑法基本原则的尚权力特征。与此相对照，民法基本原则却正是以权利为主导的模式，故而具有推重个人意愿与公平、自由、平等的特色，体现的是对正当合理追求个体权益之实现的倡导与弘扬；在民事纠纷排解方面，民法基本原则也重在通过民事法律关系主体的主动、自愿实现；在合同或契约之下，公权力常常不发生影响，这就最大限度地个人权利空间释放并还之于民，是以更其肯定了民事权利的神圣地位。

价值之比较

就法的原则的概念而论，民法基本原则是民事法律规范的根本规则，通过民事法律规范，民法基本原则撑起了它的根本价值体系。民法基本原则的价值内容，概括起来，主要是平等、自由和效益。民事法律关系不论从其主体、客体还是内容上看，都是私人关系的典型，集中说明了私人利益特别是经济利益的重要并为核心要求。就民事法律关系主体方面而言，此概念所指系具有权利能力与行为能力的自然人、法人及类法人组织，从法域上讲都是不具有公权力资格的主体，不存在纵的强制与接受强制的服从关系；民事法律关系的客体为物或权利，而且都排除禁止流通物、限制流通物和个人无权处置的权利，这从客观对象的角度说明处理上的自由在民事法律中的重要性；更重要的是，可处理的自由度乃是利益特别是经济利益实现的源起与中心，亦即权利义务的源起与中心，而民事权利义务主体为实现其各式权利（义务）从而实现经济上的利益，必定要重视义务履行及权利实现的成本，以最大限度争取所谋求的利益。这些根本内容反映在民法基本原则层面，也就成为民法基本原则的具深远意义的方向标，且对民法基本原则的适用有决定性作用。

至若刑法基本原则，如笔者前面已经论述，公正、人道、秩序才是其根本价值所在，也是刑法之根本价值点。不言而喻，刑法基本原则之所以以公正、人道、秩序为根底，亦是由其调控的社会关系的特殊性注定的。在这种社会关系中，罪的有无、大小、轻重及制裁、保护并及如何制裁、保护皆关乎一个“度”也就是正义和公平的问题；而一旦涉及当事人则必有人的基本权利的问题，即人道这一根本问题，所有这些总体上又有涉于社会的整体安定有序的问题，即秩序。故此刑法基本原则必以公正、人道与秩序为价值起点。

不过，二者在价值体系上虽各有侧重，仍然难免共存相交之点。正义、秩序作为全部法律部门的共产和原点，亦为刑法基本原则和民法基本原则的“公价值”，因为法的存在意义也不能越出此界而自成天地。

功能比较

“我们一旦认定法律原则是不同于法律规则的独立的各种准则，我们马上就会发现它们就在我们周围，对我们的生活产生影响。”刑法基本原则和民法基本原则作为国内法中具有最显著影响力的部门法基线，必然有着极为重要的功用可能。二者参观互较，可得出以下要点：

其一，从这两大基本原则的功能依托的形式上看，分别之处是较显眼的。刑法基本原则的功能主要托体于刑法规范和司法解释，一般与习惯无涉；而民法基本原则的功能不但在民法规范和司法解释中可寻其踪，而且也会寓于习惯之中，如行业习惯、公序良俗等。这也反映出二者“刚性”方面的差异。

其二，从这两大基本原则的功能的发挥渠道看，也别有道理。刑法基本原则发挥其功能，鉴于其较大的强制性和低明确度，一般不直接通过个人的蹈循遵依以竣其事，常须以立法和司法为中介；民法基本原则，因具较大明确度和可操作性，甚至可以作为行为人的行为尺度；而立法、司法途径则与前者共之。

其三，从这两大基本原则的功能与道德平面的高下看，情况也是不同的。刑法基本原则是对社会重大

恶性的节制或惩罚，同时这种被节制与惩罚的恶性易于违背道德甚至常去之甚远，而刑法基本原则的功能仅是止住这种重大恶性，使之不至于为害或再为害，因而去道德的“向善”之要求自然是长途。民法基本原则却不然，它有明显的“善”的要求，如诚实信用之类，故而，从整体上来看，民法基本原则的功能最能触及道德或护垒道德，因此最具道德“水拔”。

其四，从这两大基本原则的功能与经济利益的及身的程度看，二者也截然分道。刑法基本原则处理的是“罪”与“罚”的相关问题，最终达到的是预防犯罪、惩罚犯罪者、保护受害者，所以一般不直接与利益的得失增损挂钩，与经济利益关联尤寡；民法基本原则的功能则当然与经济利益脱不了干系，这也是民事法律关系私法性质这种法律基因所决定的。

四、结语

在以上的比较中，我们大致分析了刑法基本原则与宪法基本原则及其与民法基本原则在性质、功能、效力、价值等方面的关系，试图廓清刑法基本原则的诸方面特性。

当然，对于刑法基本原则的研究是个长远的问题，不能企望一役而毕其功。笔者仅是对之略作尝试，千虑之一得，或有可取之处，希望对该问题的探讨有所帮助或启发。

作者单位：中南财经政法大学法学院，武汉 湖北，430074

相关文章：

[论刑法基本原则确立](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)