

刑罚改革



问题研究

XINGFA GAIGE WENTI YANJIU

戴玉忠

刘明祥◎主编



中国人民公安大学出版社

刑罚改革问题研究

戴玉忠 刘明祥 主编

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑罚改革问题研究/戴玉忠, 刘明祥主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5653 - 1142 - 0

I. ①刑… II. ①戴… ②刘… III. ①刑罚—研究—中国
IV. ①D924. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 294071 号

刑罚改革问题研究

戴玉忠 刘明祥 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2013 年 1 月第 1 版

印 次: 2013 年 1 月第 1 次

印 张: 28

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 518 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 1142 - 0

定 价: 88.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zhs@cppsup.com zhs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

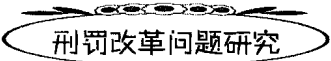
版权所有 侵权必究

前 言

“鞭朴不可驰于家，刑罚不可废于国。”国家出现后，刑罚一直是各国维护统治秩序的重要工具。我国古代的刑罚制度非常发达，各朝代的法典都对刑罚裁量原则和刑种设置进行了详细规定，尽管明显带有残酷性和恣意性，但从发展的眼光来看，无疑还是在不断进步和发展的。特别是自清末变法修律之后，西方先进的刑罚理念和刑罚制度设计对我国刑罚制度的发展具有革命性的意义。近些年来，学者们开始更多地关注并重视刑罚基本问题的研究，如刑罚的本质到底是报应还是威慑的问题、死刑废除的问题以及保安处分设置的问题。当然，对刑罚问题的研究不能局限于理论探讨，必须解决我国司法实践中遇到的问题，并指导刑罚制度的改革和完善。得益于学者们的研究推动和实务部门的高度重视，我国刑罚制度改革已取得了可喜的进展，尤其是2011年颁布的《中华人民共和国刑法修正案（八）》对刑法中的死刑、自由刑、刑罚执行等内容进行了修改补充，迈出了刑罚制度改革的坚定步伐。在社会发展大潮的推动下，一股对现有刑罚观念进行反思的刑法思潮正悄然兴起，一场刑罚制度改革运动也正方兴未艾。

在这一背景下，中国人民大学刑事法律科学研究中心于2011年12月17日主办了“刑罚改革研讨会”，邀请了全国知名法学院校的专家学者和司法实务部门人士齐聚一堂，就我国刑罚改革问题展开了热烈而深入的讨论，会议共收录了近百篇论文，全面反映了国内外理论和实务部门对刑罚改革问题研究的最新进展。研讨会中，专家学者和实务界人士展开了广泛而有益的对话交流，不仅针对司法实践中的刑罚问题进行了理论性阐释，展示了专家学者在刑罚问题上的最新理论成果，而且针对刑罚理论中若干争议问题进行了经验性剖析，反映了司法实务工作者对刑罚疑难和前沿问题的关注。总的来说，本次研讨会激荡着观点的碰撞与交融，可谓精彩纷呈。

为及时将本次研讨会的成果反馈社会，我们特精选会议论文36篇结集出版，取名“刑罚改革问题研究”。全书根据有关论文的内容分为六个栏目：宏观刑罚结构及其调整、死刑制度及其改革、其他刑种的改革、社区矫正制度、量刑制度改革以及刑罚执行制度改革。需要特别说明的是，尽管向会议提交的论文大多具有较高的理论和实践价值，但囿于篇幅，我们只能忍痛割爱，好中择优。在此，



刑罚改革问题研究

谨向所有提交会议论文、支持中国人民大学刑事法律科学研究中心发展的同仁们，致以深深的谢意。

若本次研讨会及出版的文集能有助于我国的刑罚改革发展，我们将感到无比欣慰。最后，必须提及的是，本论文集得以顺利出版，得益于中国人民公安大学出版社的特别襄助，在此对该出版社的各位领导和编辑，致以深深的谢意。

中国人民大学刑事法律科学研究中心
2012年10月

目 录

◇ 第一部分 宏观刑罚结构及其调整 ◇

论刑法边界的坚守

——犯罪本位与刑罚本位的思辨 黄伟明 (3)

论行政刑法的“行政性刑事制裁体系”

——从行政处罚的司法化说开去 李晓明 (20)

惩罚主义在我国刑法上的持续发展

——兼评《刑法修正案(八)》涉及总则部分的修法 樊 文 (50)

刑罚性质之辨：恶的表象与善的本质 高艳东 (92)

刑罚范畴在刑法体系中的地位和作用

——一种“刑罚中心观”的论证与提倡 张曙光 (104)

刑罚限度：基于人性路径的探讨 张 阳 刘 璐 (116)

◇ 第二部分 死刑制度及其改革 ◇

对刑法典颁布实施以来死刑制度立法调整的分析 戴玉忠 (125)

有关死刑改革的两点建议

——兼论减刑与假释的改革 侯国云 (135)

中国死刑改革的回顾与展望 刘仁文 (143)

从土家族的杀年猪、丧礼仪式看我国的死刑存废观	周 详 (155)
------------------------------	-----------

◇ 第三部分 其他刑种的改革 ◇

“易科劳动补偿”作为罚金刑改革的基本方向	孟庆华 (175)
一般没收财产刑：俄罗斯经验与中国现实	龙长海 (184)
罚没合一：财产刑的优化	陈 磊 (197)
法人资格刑制度研究	曾粤兴 何 静 (209)
论经济犯罪资格刑的设置	黄 烨 (218)

◇ 第四部分 社区矫正制度 ◇

社区矫正有关问题探讨	张天虹 (231)
关于社区矫正立法	王志亮 (237)
从方法到机制：社区矫正的模式与反思	
——以社区矫正“入刑”为契机	刘崇亮 (245)
我国社区矫正制度构建要论	任继鸿 (258)
后乡土社会我国农村社区矫正模式多元化探讨	
——以东西部农村社会结构差异为视角	张 伟 (266)
社区矫正执行机构重设必要性及模式探讨	但未丽 (280)
社区矫正的刑事政策意义：兼论恢复性司法进路的局限	徐俊驰 (288)
暂予监外执行社区矫正的现实困境及完善路径	沈玉忠 (298)
论社区服务刑制度在我国的设立	胡学相 张 鹏 (311)
禁止令：保安处分刑法化的试金石	张 勇 (325)

◇ 目 录 ◇

◇ 第五部分 量刑制度改革 ◇

- 实现量刑平衡的一个可能途径：量刑模式视角 汪明亮 (339)
- 量刑中的“计量化”与“政策导向”评析
——以我国交通犯罪《量刑指导意见》的适用为例 陈珊珊 (352)
- 被害人参与量刑程序的困境与展望 张向东 冯卫国 (363)
- 缓刑制度的修改缺陷及其完善 宣炳昭 裴坤坤 (378)

◇ 第六部分 刑罚执行制度改革 ◇

- 罪犯劳动与监狱经济问题探析 柳忠卫 (385)
- 论我国刑法中的限制减刑 刘德法 (402)
- 以实体变革促程序公正
——我国减刑程序改革的另一条路径 张亚平 (410)
- 我国刑法中假释实质条件适用之实践困境及解决
——基于《刑法修正案(八)》对假释修正的样本分析 董邦俊 (423)

第一部分

宏观刑罚结构及其调整

论刑法边界的坚守

——犯罪本位与刑罚本位的思辨

黄伟明*

刑法不能不讲逻辑。我们不能一方面宣扬犯罪是社会上最具危害性的行为，一方面却认可对犯罪行为的处罚可以与非犯罪行为等同甚至轻于非犯罪行为。^①如果我们不能区分犯罪与其他违法行为的界限，就不能说打击犯罪在维护社会秩序方面有更重要的作用。如果打击犯罪不是有效的预防危害行为的手段，我们不断增加罪名和适用刑罚的理由就有欠缺。所以刑法理论的构建必须首先在逻辑上成立。难怪有学者指出：“我国刑法理论缺乏理论根基的争论，因而存在具体结论与基本立场不相一致的现象，尤其缺少真正的学术创新。”^② 刑法研究的创新不可少，但刑法的根基更要站稳。如果我们不能站稳刑法的根基，所谓的刑法创新就可能突破了刑法的底线，使得刑法不再是刑法了。

一、犯罪本位与刑罚本位的界分

刑法概念大体可分为两类：一类的典型表述是“刑法是规定犯罪和刑罚的法律规范的总和”；^③ 另一类的典型表述是“刑法是规定犯罪及其法律后果（主要是刑罚）的法律规范”。^④ 两种表述中似乎都共同包含了犯罪和刑罚的内容，但其中除了对犯罪内容的确定之外，二者对刑罚的态度是根本不同的。前者将刑罚作为犯罪的唯一后果，而后者除了以刑罚为犯罪的主要法律后果，显然还包括了非刑罚的法律后果。二者在犯罪的法律后果上的不同，实际代表了两种不同的刑法构建模式。前者是典型的，也是传统的罪—刑结构，有罪必有刑罚，刑罚必当其罪，刑罚是犯罪的唯一后果。而后者则打破了刑罚唯一的结构，对犯罪的处

* 烟台大学法学院教授。

① 我国刑法明确规定了定罪免刑的处罚方法，就是对行为进行了犯罪评价，但不适用刑罚。

② 张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第12页。

③ 杨春洗等主编：《中国刑法论》，北京大学出版社2005年版，第4页。

④ 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第19页。

罚被扩展到了非刑罚方法。由于前者主张刑罚唯一，因此笔者称其为刑罚本位。而后者不承认刑罚唯一，因此只能是以犯罪为中心，所以称其为犯罪本位。

为了减少误解和不必要的争论，笔者首先要阐明一些基础性的观点。

第一，笔者承认犯罪和刑罚都是刑法的重要内容，在理论组成中，二者不可偏废。本文所说的“本位”，是就理论体系构建基础而言的，本位之所在就是理论构建的逻辑起点和中心。确立理论构建的基础，更能充分理解该理论体系的逻辑合理性。逻辑起点的确立并不影响犯罪理论或是刑罚理论本身的重要性。第二，目前我们所使用的主要研究方法仍然是思辨的逻辑推理研究。现代刑法的基本理论框架都是以思辨的逻辑建立起来的。美国大法官、著名法学家波斯纳认为：“三段论有很令人信服的有效性。而当我们离开诸如三段论这种最简单、最明显的逻辑推理的例子时，这种推理的性质和融贯力就变得不那么明确了。”^①三段论推理需要有正确的大前提和小前提，作为刑法理论推理的基本大前提就是基础概念。所有的刑法理论建构都应该基于基础概念来展开。这样做的目的就是为了保证理论叙述的逻辑一致性。逻辑的成立仍然是现代刑法学体系构建的基本价值追求。笔者认为刑法的逻辑起点只能有一个。我们无法想象以两个或更多的基本概念做起点去进行推理，来达到构建同一个刑法体系的目的。所以，笔者认为只能从犯罪或刑罚中选择其一。第三，刑法理论构建的本位选择不等同于历史产生顺序的考察。本文也不试图解答犯罪和刑罚的历史先后问题。实际上，到底是先有犯罪然后才有了刑罚，还是刑罚创造了犯罪，还是犯罪与刑罚同时产生？这个问题不比解答先有鸡还是先有蛋的问题更容易。第四，刑法理论构建本位的选择也不同于司法认知顺序的考察。在刑事司法实践中，当然是先认定犯罪，其次才有处罚的问题。犯罪为因，刑罚为果。但这种司法顺序不意味着我们思考问题也要将犯罪放在首位和中心。

犯罪本位和刑罚本位并非明确的派别，但却是现实存在的两种对立的思维方式。通过对二者的分析，我们不仅可以了解基于两种不同推理会得出什么样的最终结论，更可以认清不同思维方式对刑法体系的影响。

二、犯罪本位的逻辑质疑及评析

在犯罪本位的刑法概念中，只有“犯罪”这一个元素是确定的，而犯罪的法律后果则不限于刑罚的开放结构。犯罪本位的逻辑推导是以犯罪概念为中心展

^① [美] 理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 49 页。

开的。犯罪是刑法的基础，刑法是研究犯罪及其处罚的。

(一) 犯罪定义的困惑使犯罪本位难以选择立足点

“犯罪的定义总是被视为一大难题。”^① 这虽是 20 世纪初英国学者发出的感叹，但时至今日，这个难题依然存在。尽管犯罪一词早已出现，但犯罪的内涵却始终在不断地变化。不论是人类一般观念上的感知评价，还是法律条文的规定和解释，被我们称之为“犯罪”的这类事物始终让我们无法用准确的语言来定义和描述。“在奴隶制和封建制国家的法律中，只有具体罪以及具体罪的刑罚的规定，而并没有犯罪一般概念的规定。”^② 早在古罗马时期，受古希腊伦理学的影响，就开始用“恶”来说明犯罪，“这就是主观责任的肇始”。^③ 中世纪盛行的是宗教的犯罪观，认为犯罪是对上帝的违背或者对教义的亵渎。近现代关于犯罪概念和实质的论述更是种类繁多。仅从分类的多样上就可以让我们领略到犯罪概念的繁杂：可以从学科类别上分刑法的犯罪概念和其他学科的犯罪概念；可以从阶级属性上区分资产阶级的犯罪概念和无产阶级的犯罪概念；可以从刑法流派上分古典学派的犯罪概念和新派的犯罪概念；可以从刑法属性上分行为刑法的犯罪概念和行为人刑法的犯罪概念。其中，以古典学派和新派的观点最为对立，以古典学派的犯罪概念学说最为丰富。例如，古典学派贝卡里亚提出的“社会危害性”说，毕恩鲍姆提出的“法益侵害说”以及“权利侵害说”、“义务侵害说”^④ 等。面对如此众多的犯罪概念，犯罪本位主义该如何选择作为理论体系逻辑起点的犯罪概念就是个难题。“刑法并未将所有侵害法益的行为都规定为犯罪，而只是将其中部分严重侵害法益的行为规定为犯罪。但由于刑事政策方面的原因，即使是严重侵害法益的行为，立法者也可能不将其规定为犯罪。”^⑤ 也就是说，其实有时轻微的侵害法益的行为被认为是犯罪了，而严重侵害法益的行为却没有被认为是犯罪。这其中的原因是任何人也不可能说明白的。“任何概念，只要不能

① [英] J. W. 塞西尔·特纳：《肯尼刑法原理》，王国庆、李启家等译，华夏出版社 1989 年版，第 1 页。

② 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2011 年版，第 40 页。

③ 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 25 页。

④ 参见赵秉志主编：《外国刑法原理（大陆法系）》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 62 页。

⑤ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 24 页。

科学地概括法律规定的**所有犯罪**，就不是犯罪的**实质概念**。”^①如果我们无法找到一个可以准确说明一切犯罪现象的犯罪概念，我们的逻辑起点选择就从根本上存在问题。如果说理论上的犯罪概念众说纷纭，那么立法的犯罪定义是否会减少在犯罪概念表述上的分歧呢？根据我国刑法教科书的观点，法定的犯罪概念分为形式概念、实质概念和混合概念三类。以德日为代表的大陆法系国家普遍采用形式定义的方式。苏联在1922年《苏俄刑法典》中规定了实质的犯罪定义。后来，苏联刑法学者开始主张混合概念，并在1958年《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》中体现。^②我国也采用了这种混合概念的方式。如此看来，犯罪的法律定义也有多种形式，同样难以统一。这表明，犯罪本位主义的理论基点从一开始就遇到了问题。如果概念本身就存在争议，想以此为基础去发展出体系性理论就是值得怀疑的。

（二）犯罪本位主义评析

犯罪本位主义的观点在现实中还是存在的。他们都有一个共同特征：从犯罪概念出发论证刑法问题，以犯罪来说明刑法问题。在犯罪本位主义看来，犯罪概念是确定的。刑法的研究范围也依靠犯罪来区分。这样，研究犯罪及其处罚的就都是刑法了。

1. 用“社会危害性”统领犯罪实质，用实质概念统领形式概念。犯罪本位主义必须基于一定的犯罪概念进行推理。在我国，这个概念就是“社会危害性”。社会危害性的观念最早可归根于贝卡里亚，他提出：“什么是衡量犯罪的真正标尺，即犯罪对社会的危害。”^③在其论述中，“对社会的危害”是相对于“意图”、“罪孽”等纯主观评价而言的，表达的是贝卡里亚在衡量犯罪时的客观主义倾向。在我国，使用“社会危害性”来说明犯罪的本质是理论的通说。但我国对“社会危害性”的解释却与贝卡里亚不同，“犯罪的本质就在于它危害了国家和人民的利益，危害了社会主义。”^④这表明，我们的“社会危害性说突出了犯罪对社会的危害性，而这种危害性又往往被解读为阶级危害性，是犯罪阶级

^① [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第73页。

^② 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第43页。

^③ [意] 切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第67页。

^④ 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第44页。

性的体现。因此,社会危害性是以政治内容为其蕴含的”。^①在通说理论的表述中,将“社会危害性”分解为行为的客观损害和主体评价。但事实上,最终有决定作用的还是评价主体。这就揭示了我国的“社会危害性”理论实质上是一种以客观主义为包装的主观主义定罪模式。基于这种认识,我国在犯罪的认定中,“社会危害性”始终居于决定性地位。当某一行为被认为具有了社会危害性之后,行为的违法性就失去了应有的限制作用。在很多案件的判断中,很多人习惯于先下一个肯定性的评判:行为具有严重的社会危害性,构成犯罪,然后再去寻找合适的罪名。这也是犯罪本位主义者惯常的推理方式。在这样的推理面前,形式定义也好,混合定义也好,其实都要归结到实质定义的犯罪概念上。也就是说,犯罪本位主义最终是用实质定义否定了形式定义,而这个“形式”就是法律本身,但那个“实质”却依然是捉摸不定的。这样犯罪本位主义虽未探求到犯罪的本质,却先摧毁了对刑法的尊重。所以基于犯罪起点的构建,不仅无法形成体系,反而会对刑法起到破坏作用。

2. 主张犯罪中心概念,却无法用犯罪概念来说明自身和解释刑法。犯罪本位主义必须阐明犯罪与其他违法行为的不同,而这种区分还不能借用犯罪与刑罚的关系,只能试图用犯罪自身的特性来说明。然而,“如果将犯罪当做刑法的对象和基点而探求其概念,会陷入循环定义的怪圈”。^②犯罪与民事违法是长期以来都在探讨的问题。“在古代法中,刑事的和民事的违法行为之间并无明显的区别。”^③随着社会的发展,犯罪现象不是越来越简单了,而是越来越复杂了。犯罪的分类也具有了多角度性。从行为的主体角度可以划分为身份犯和非身份犯;从行为的形态划分,可以分为实质犯、形式犯、结果犯、举动犯、侵害犯、危险犯、结合犯、结果加重犯等;从基本构成要件和修正的构成要件角度划分,可以分为既遂犯、未遂犯、单独犯、共犯;从犯罪人的心理角度,可以分故意犯、过失犯等。^④犯罪的多样性使犯罪的本质越来越难以说清,犯罪和民事违法、行政违法之间的界限也越来越模糊了。通常,我们能够找到刑事犯罪与其他违法行为的本质不同。例如,不履行合同即使给他人造成上百万元的损失,也只是民事违

① 陈兴良:《刑法本体学》,商务印书馆2001年版,第135页。

② [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第27页。

③ [英]J. W. 塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,王国庆、李启家等译,华夏出版社1989年版,第1页。

④ 参见赵秉志主编:《外国刑法原理(大陆法系)》,中国人民大学出版社2000年版,第64页。

法行为，不是犯罪；但以虚假合同欺骗他人达 5000 元^①的即可以构成刑事犯罪。这就是因为行为质的方面不同。但是犯罪与其他违法行为的区别并非总是如此。以伤害行为为例，造成轻微伤的，最重也只是治安处罚，造成轻伤的既可能按民事违法处理，也可以按刑事违法处理，造成重伤的则只能按照刑事违法来处理。可是，造成轻微伤、轻伤或者重伤的行为本身并没有质的不同，结果上也不是质的不同，而只是量的不同。^② 此外，我们通过司法解释确定的犯罪成立标准，有些也是从量上进行的区分。例如，在所有行为状况都相同的情况下，盗窃 500 元以下就不构成犯罪，而盗窃 501 元就能够成立犯罪。所以，迄今为止还没有哪一个犯罪概念能够解释清楚为什么仅仅因为量的不同会导致行为性质不同。另外，刑事政策在犯罪的规定上也发挥着巨大影响，但“政策本身当然也不可能始终一致地、合乎逻辑地得到遵循。要说明为什么某些危害行为完全未被当做违法行为或仅属于民事违法的范畴，而其他类型的危害较轻的行为却反而被列入犯罪清单之中，常常是困难的”。^③ 这也就是说，从本质上来区分犯罪与其他违法行为是行不通的，或至少不是在任何状况下都能行得通。有较大社会危害性的行为可能因为政策的原因没有被认为是犯罪，危害较小的行为反而可能被认为是犯罪。“社会危害性”也失去了万能的评价作用。如果犯罪概念连自身都无法说明，那么希望借助犯罪概念来确定刑法的范围显然也是不可靠的。对于犯罪本位主义来说，因为不知何为犯罪，所以不知何为刑法。

3. 将犯罪的法律后果扩大，扩张了刑法的边界，危及了刑法的根基。犯罪本位主义的最明显表现是将犯罪的法律后果扩张到刑罚以外的措施。其中不仅包括了民事赔偿和行政处罚，甚至还包括了训诫、责令赔礼道歉等纪律性处分。这就突破了“有罪必罚”的传统，形成了有罪可以不罚的事实。对此，相关理论虽然从国外的保安处分寻找理论依据，从我国的宽严相济寻找政策依据，但对于有罪却可以不适用刑罚的后果缺乏解释。尽管有关的解释认为这也是对犯罪的处

① 根据 2001 年 4 月 8 日《最高人民法院 公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》，第 69 条关于合同诈骗罪的规定，个人诈骗公私财物，数额在 5000 元至 20000 元以上的，应当追诉。

② 例如，根据 1990 年 4 月 2 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发布的《人体轻伤鉴定标准（试行）》第 17 条规定，颈部软组织单个创口长度达 5 厘米或者累计创口长度达 8 厘米，为轻伤。根据 1996 年 7 月 25 日公安部发布的《人体轻微伤的鉴定标准》，第 3.18 条规定，颈部软组织创口长度在 1cm 以上的为轻微伤。很明显只是量的区别。

③ [英] J. W. 塞西尔·特纳：《肯尼刑法原理》，王国庆、李启家等译，华夏出版社 1989 年版，第 4 页。

罚，但在大众的观念中这就是有罪不罚。因为对于大众的刑法观念而言，对犯罪的惩罚就应当是死刑或者自由刑。有时，社会大众对适用罚金刑尚且存在“以钱换刑”的误解，用非刑罚的处罚措施来处理犯罪，无论如何也不会让大众认可这是对犯罪的处罚。在犯罪的实质认识上，我们可以说是“精英”主导话语权，但在刑罚观念上，如果失去大众的认可，刑法的基本作用就得不到发挥。虽然我们很赞同刑法学新派提出的教育刑观念，也主张我国刑罚的目的不是惩罚，而是预防。但是，基于目前的犯罪现状和监狱改造现状，我们基本上无法开展因人而异的教育刑。惩罚依然是，也只能是我们适用刑罚的首选目的。在这种形式下，放弃了刑罚唯一，就是放弃了对刑罚的依靠。如果放弃了对刑罚的依靠，也就放弃了刑法的根本。犯罪处罚方法的扩张，就必然使对犯罪的处罚延伸和侵入到其他法律的范围。因为无论如何，非刑罚处罚方法就是民事赔偿或者行政处罚。如果一定要认为这是刑事处罚，就形成了对其他法律的实质侵入。而如果承认它们依然属于民事的或者行政的处罚，则刑法就被分割了。这样就混淆了刑法和其他法律的界限，破坏了刑法的体系性。

（三）我国的犯罪本位主义存在的原因

犯罪本位主义的立足点是统一的犯罪概念。令人惊奇的是，在犯罪概念问题上纷杂的争议似乎只是历史的问题和国外的问题。我国刑法理论界在犯罪概念问题上似乎达成了统一。我们不仅在理论上认可“真正科学地阐明犯罪的实质概念的是马克思主义”^①的经典表述，即“犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争”，也有被称之为科学表述犯罪概念的混合式的犯罪定义。所以看起来，我国的犯罪概念是统一的。因此，基于统一犯罪概念上的犯罪本位主义自然就顺势而成了。但是，这种统一只是一种表面现象，或者说，这种表面上的统一对刑法研究的积极意义不大。相反，这种现象掩盖了犯罪概念争议的客观存在，影响了我们对犯罪实质的理解。

首先，马克思主义的经典表述是否可以作为刑法学上的犯罪概念？这是值得我们思考的。自古以来，犯罪一词就可以被从不同的角度加以诠释。然而，绝大多数刑法学者还是非常清楚一个道理：法律概念有其特有的属性和作用。刑法学往往不可能将其他学科的概念直接拿过来使用。现代刑法学研究的历史可以说明这个问题。例如，刑法上的“行为”概念是基于物理意义的行为概念展开研究的，但却不能直接将物理意义上的行为概念作为刑法的行为概念；刑法上的

^① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第41页。