

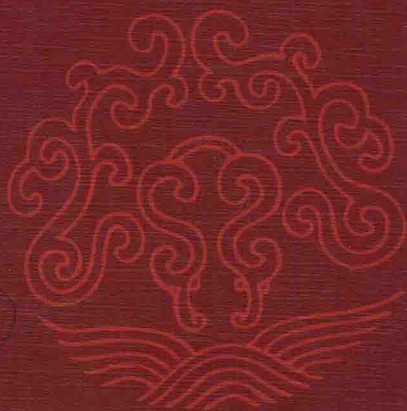


上海政法学院 刑事法文库

刑法学前沿与热点问题研究

XINGFAXUE QIANYANYUREDIANWENTIYANJIU

严励 / 主编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



上海政法学院 刑事法学文库

刑法学前沿与热点问题研究

XINGFAXUEQIANYANYUREDIANWENTIYANJIU

严励 / 主编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学前沿与热点问题研究/严励主编. —北京: 中国法制出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8100 - 7

I. ①刑… II. ①严… III. ①刑法 - 研究 - 中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 284605 号

策划编辑 陈 兴

责任编辑 马金凤 秦 雯

封面设计 杨泽江

刑法学前沿与热点问题研究

XINGFAXUE QIANYAN YU REDIAN WENTI YANJIU

主编/严励

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2017 年 1 月第 1 版

印张/21.5 字数/289 千

2017 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8100 - 7

定价: 59.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66010405

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

作者简介

严励（闫立），男，1954年3月生，吉林省长春市人，1998年、2002年在吉林大学法学院分获硕士、博士学位。1989年被聘为副研究员，1992年被聘为研究员，1993年享受国务院政府特殊津贴，现任上海政法学院终身教授、校学术委员会副主任、教授、博士生导师，兼任中国犯罪学研究会副会长、中国犯罪学研究会预防犯罪专业委员会主任委员、中国刑法学研究会理事、上海市法学会常务理事、上海市刑法学研究会副会长、上海市警察学会副会长、上海市信访学会副会长、上海市监狱学会副会长、教育部全国高职高专教育法律类教学指导委员会委员、上海市政协社会法制委员会委员，香港城市大学法学院、法国巴黎第二大学访问教授，上海市委党校客座教授。

近年来，出版专著、教材20余部，在《中国法学》等核心期刊发表论文150余篇，主持完成国家、省部级科研项目12项。荣获中国犯罪学研究会、中国青少年犯罪研究会优秀成果一等奖；吉林省青年研究优秀成果一等奖；上海市邓小平理论研究与宣传优秀成果一等奖（2004年）、三等奖（2009年）；上海市育才奖（2004年）；上海市高等学校教学名师（2006年）；上海市优秀教学成果二等奖（2009年）。

上海政法学院刑事法学文库

总 序

上海政法学院是以法学学科为主干，社会学、政治学、经济学、管理学、语言文学等多学科协调发展的政法类院校。其中，刑事法学既是学校创立之初的主导学科，也是学校的优势学科，在依托刑事司法学院的基础上，开设了法学（刑事司法方向）、监狱学（监狱学方向和社区矫正方向）等本科专业，并承担刑法学专业硕士研究生、法律硕士的培养。发展至今，学校已为上海乃至全国培养了大批应用型、实践型的政法人才，为社会输出了大批优秀的毕业生。

我校刑事法学在茁壮成长的历程中既经历了风雨又取得了许多骄人的成绩。2005年刑事司法方向被上海市教委批准为上海高校本科教育高地建设项目。2007年刑法学获得上海政法学院校级重点学科建设项目。2009年刑法学被批准为上海市教委第五期重点学科建设项目。同年，监狱学专业又分别获得教育部特色专业 and 上海市第三批教育高地立项。之后，监狱学又于2010年获得中央财政的支持，2012年获得上海市高校一流学科（B类）建设的立项。2012年刑法学又获得上海政法学院“十二五”内涵重点学科和硕士点建设项目。2015年监狱学再次获得上海市教委高原学

科建设项目。学科队伍形成了老中青的学术梯队，聚集了一批既有相关实践经验又有一定学术造诣的教研人员，其中多人获得地方乃至国家级荣誉称号，并远渡至德国、法国、日本等国进行访学。至今，本学科已承担省部级以上课题十余项，出版著作近百部，发表学术论文数百篇。

我院刑事法学立足于刑事一体化视野研究，经过多年的打造，已经形成了独特的学科优势和特色，犯罪学、刑事政策学、监狱学（监狱学方向和社区矫正方向）、青少年犯罪学研究处于全国领先地位。

在犯罪学领域，具有中国犯罪学学会副会长一人，常务理事四人，理事若干人。中国犯罪学研究会预防犯罪专业委员会设在我院，《犯罪学论坛》已经成为国内有影响的出版物，在犯罪学基础理论研究、预防犯罪研究等方面颇有建树。依托犯罪学科成立的“社会治安综合治理研究中心”与上海市社会治安综合治理研究所通力协作，为上海市社会治安综合治理建言献策提供了理论支撑。

在刑事政策学领域，从广义刑事政策学视角出发，出版了《中国刑事政策原理》《中国刑事政策的建构理性》等著作，承担了国家社会科学基金、司法部、上海市哲学社会科学、上海市教委的科研项目，《刑事政策论坛》作为国内唯一研究刑事政策的出版物已经出版了四辑，从事刑事政策研究的学术梯队已经形成，并在国内学术研究中具有一定的影响力。

在监狱学研究领域，监狱学专业和学科是上海高校唯一、全

国高校为数不多的本科特色专业和重点学科。学校拥有三十多年的监狱学专业和学科的发展历史，积累了比较丰富的教学科研经验。特别是近几年来，在监狱学专业和学科建设上取得的成绩令人瞩目。先后出版二十多本监狱学专业和学科的教材、专著，发表专业论文两百多篇。获得省部级以上科研项目多项，一批科研成果获奖。2009年监狱学专业获得教育部第四批特色专业建设点立项，2009年学校刑法学专业被批准为上海市第五期重点学科建设项目，其中监狱学学科为重点研究方向之一。2011年以来，监狱学专业和学科连续获得中央财政支持地方高校发展专项资金项目，2012年获得上海高校一流学科法学学科建设重点项目，其中监狱学为重点建设方向之一，2015年又获上海高校高原学科法学学科建设项目，其中监狱学为重点打造方向之一。

在社区矫正研究领域，2002年8月，上海社区矫正试点工作在市委政法委的直接领导下开展，我校参与了上海社区矫正的研究和运作方案的设计。从2003年开始，我校先后承担了上海市委政法委、上海市司法局委托的有关社区矫正的课题，起草上海市“社区矫正地方性法规”的草案，对社区矫正服刑人员进行风险评估、服刑人员个案选编、社区矫正评价体系的构建等专题研究，成为上海等地区开展社区矫正的指导和工作用书。我校最早开设社区矫正系列课程和成立社区矫正研究中心，据国家书目查询系统提供数据，我校最早出版了社区矫正书籍（《美国矫正制度概述》1997年）。崔会如教授在其2010年出版的《社区矫正实现研究》（P86~87）一书中提及，社区矫正研究取得成果数量最高的是上

海，最多的是上海政法学院。2008、2009、2010、2014年，我校先后承担4项社区矫正的国家社科基金项目，2项教委重点项目、2项司法部项目和1项中国法学会项目，我校社区矫正教学和学术研究在全国具有一定的影响。

在青少年犯罪学研究领域，我校也在国内居于领先地位。在刑法学硕士点下设了专门的青少年犯罪与司法方向，依托中国预防青少年犯罪研究会、上海市法学会未成年人法研究会、上海市预防青少年犯罪研究会等设置了“全国青少年犯罪与司法研究及服务中心”，形成了具有较强竞争力的学科梯队，出版了《青少年犯罪与司法论要》《少年法院的学理论证与方案设计》《法学的童真》等数十部著作，发表论文两百余篇。

为了适应学科发展的需要，给学科建设人员提供更广阔的平台，使我校刑事法学再上一个新台阶，“刑事法学文库”的出版发行无疑对此具有强大的推动作用，也是我校刑事法学发展历程上的新起点。同时，也以此为契机，为我国刑事法学的发展尽些绵薄之力。

刑事法学与其他部门法学最大之不同在于其研究对象主要是犯罪，然而犯罪是使人厌恶的，会给人带来不愉快的感觉，故而研究犯罪的刑事法学与社会的灰暗总是如影相随，这就要求我们每个刑事法学的研究者始终保有一颗价值无涉的公正之心，“刑事法学文库”将予以明证。

严 励

2015年10月

前 言

近年来，上海政法学院刑事法学建设取得了引人注目的发展成绩。刑法学被列入市教委重点学科，“十二五”内涵建设时期也被列为上海市高校一流学科建设、上海市高原学科建设，法学（刑事司法方向）、监狱学等专业和项目是上海市教委批准建设的本科教育高地，监狱学为国家特色专业建设点，学科建设成绩得到了学界和实务界较高的关注和评价。尤其值得一提的是，我校在刑事政策学、犯罪学、青少年犯罪学等领域也在全国颇具影响力并居于领先地位。

本书精选了我校刑法学专业的硕士研究生导师近年来为刑法学专业研究生开设的若干专题讲座的研究成果，在一定程度上反映了当下刑法学研究的最新前沿和热点问题，既有较高的学术性，又有较强的实践性，并有较好的可读性，不仅可作为刑法学专业的研究生学习读物，也适合更多刑事司法领域理论和实务的工作者进行参考。

严 励

2016年10月

目 录

转变与革新：论少年刑法的基本立场····· 姚建龙 (1)

一、从形式正义到实质正义 / 2

二、从社会防卫到儿童最大利益 / 5

三、从客观主义到主观主义 / 9

四、从报应刑论到教育刑论 / 11

五、从刑法一般化到刑法个别化 / 18

我国犯罪圈的调整 ····· 刘 强 (22)

一、对“犯罪圈”的认识 / 22

二、适当扩大犯罪圈的必要性及相关问题 / 24

三、适当扩大犯罪圈的思路及配套措施 / 36

刑事法律体系视野下：《刑事诉讼法》《刑法修正案（八）》

《监狱法》的微观衔接 ····· 王志亮 (46)

一、《刑事诉讼法》《刑法修正案（八）》与刑事法律体系的
微观衔接 / 47

二、刑事法体系的完善 / 51

关于罪犯教育的几个问题 ····· 贾洛川 (57)

一、教育与罪犯教育的概念 / 57

二、罪犯教育的特点 / 63

三、加强和创新罪犯教育的现实必要性 / 64

四、新形势下加强和创新罪犯教育的路径探讨 / 70

我国社区矫正与刑事法律制度 武玉红 (76)

黑社会组织模式、行为及司法化的认识与处遇 岳 平 (107)

一、黑社会组织形态与黑社会行为 / 110

二、黑社会组织犯罪模式处遇的司法化现状与趋势 / 114

德日不作为教唆犯理论研究 刘瑞瑞 (119)

一、德日不作为教唆犯理论概览 / 119

二、不作为教唆犯成立可能性之分析 / 124

三、不作为教唆犯成立范围之探讨 / 127

非法证据排除规则在中国的法律基础

——从“毒树之果”规则谈起 杜雪晶 (134)

一、实现非法证据排除规则之法律前提：无罪推定原则的
践行 / 136

二、实现非法证据排除规则之法律路径：确立沉默权制度
与诉辩交易制度 / 139

三、实现非法证据排除规则之法律补充：完善“零口供”
制度 / 143

性侵害男性未成年人的法律思考 朱沅沅 (145)

一、性侵害未成年人的概念 / 146

二、性侵害男性未成年人犯罪的特点 / 147

三、性侵害男性未成年人犯罪的立法现状 / 150

四、性侵害男性未成年人的法律疏漏 / 153

五、性侵害男性未成年人的法律制度完善 / 158

质疑累犯制度

——兼谈我国累犯制度的另类发展路径 王 娜 (162)

一、先天不足：从重处罚的正当化根据不充分 / 163

二、后天不足：累犯制度不完善 / 172

三、改革建言：否决累犯制度 / 177

刑罚衔接：刑罚立法的量化技术	蔡一军 (180)
一、刑罚立法衔接的理论基础 / 180	
二、刑罚立法的内部衔接 / 190	
三、刑罚立法的外部衔接 / 197	
刑法实质解释论之反思与评析	赵运锋 (205)
一、刑法实质解释理论基础评析 / 205	
二、刑法实质解释实然层面分析 / 210	
三、刑法实质解释理性反思 / 215	
四、余论 / 221	
能或不能	
——刑法类推解释禁止之思考	赵运锋 (222)
一、类推适用、类推解释与类比推理之概念解析 / 222	
二、刑法类推解释理论聚讼 / 226	
三、刑法类推解释论析 / 229	
四、刑法类推解释禁止机制构建 / 234	
五、结语 / 239	
资格刑的比较研究	江维龙 (240)
一、资格刑的概念和特征 / 240	
二、资格刑的历史沿革 / 243	
三、各国资格刑的比较 / 247	
四、耻辱刑 / 264	
五、资格刑的复权 / 266	
刑事政策的法律与政策属性之紧张与平衡	卫 磊 (268)
一、刑事政策的基本定位 / 268	
二、刑事政策法律性与政策性的双重属性 / 271	
三、刑事政策法律性与政策性的内在紧张 / 274	
四、刑事政策法律性与政策性的平衡 / 275	

我国食品安全犯罪的刑法规制及其未来趋势…………… 骆 群 (278)

- 一、引言 / 278
- 二、我国食品安全犯罪的发展历程回顾 / 279
- 三、我国食品安全犯罪的刑法规制现状 / 282
- 四、我国食品安全犯罪的未来发展趋势 / 287
- 五、结语 / 293

监狱行刑与制刑权的互动…………… 刘崇亮 (295)

- 一、“重重”刑罚观与刑罚结构的调整 / 296
- 二、“重重”刑罚观与监狱人口规模 / 299
- 三、刑罚结构的趋重与监狱实际刑期结构 / 304
- 四、刑罚的严厉与狱内监管改造 / 308
- 五、行刑权的主动与监狱“安全阀”的构建 / 314

转变与革新：论少年刑法的基本立场

姚建龙^{*}

少年刑法是我国刑事法研究中被长期忽视的领域。当前的刑法理论界探讨较多的仅仅是未成年人的刑事责任与刑罚适用问题，而并未对少年刑法的特性问题进行深入研究，基本上是研究传统刑法中的未成年人问题——即在成人刑法理论的框架下研究未成年人的刑事责任问题。从立法来看，刑法典中仅有第17条勉强可以称为专门的少年刑法条文，此外还有第49条半个规定未成年人不适用死刑的少年刑法条文。这与国外大都精心制定独立的、刑事一体化的特别少年刑法作为处理少年违法犯罪行为的主要依据，形成了鲜明的对比。

何谓少年刑法？笔者认为，少年刑法可作广义、狭义之分，狭义的少年刑法仅仅是指规定少年犯罪与刑罚的法律规范的总称，以比照成人犯罪从轻、减轻或者免除处罚的“小刑法”模式为基本特征，这是我国少年刑法的现实。而广义的少年刑法则是指关于不良行为、少年犯罪，以及保护处分与少年刑罚的法律规范的总称，这是我国少年刑法发展的理想。“小刑法”以恤幼粉饰人道，仍不脱离报应主义的旧观念，有悖于现代少年刑法的基本理念。广义的少年刑法产生于19世纪末期，以革除报应主义旧观念为特色，超越刑罚和保安处分，奉保护主义为基本理念。由于对成人刑法的诸多变革性，少年刑法可以说是一种“不是刑法的刑法”。正如李海东教授所言：“从严格意义上说，西方许多国家的青少年犯罪法不完全属于刑法，因为对于青少年犯罪，

^{*} 上海政法学院刑事司法学院教授。

法律在很大程度上并不采取刑罚处罚的方法。但理论上,多数学者仍把它归入刑事法的范畴之内。”^①

少年刑法脱胎于传统刑法,而为刑事特别法的一种,它具有不同于传统刑法的特别品质。这种特别品质主要源于犯罪主体——少年的特殊性以及少年犯罪行为特殊性。少年刑法是对传统刑法革新的结果,有着鲜明的不同于传统刑法的特色。具体而言,可以概括为以下五大立场性转变:

一、从形式正义到实质正义

正义是一个古老的概念,自古以来哲人们都未停止对其含义的探索,但同时正义也“有着一张普洛透斯似的脸,变幻无常、随时可呈现不同形状,并具有极不相同的面貌”,^②基于不同的视角,对正义往往有着不同的理解。

形式正义与实质正义之分是对正义的最基本划分。对于形式正义的含义,比利时哲学家佩雷尔曼作了经典的概括,即认为形式正义的概念就是指“对每个人同样地对待”,所有被考虑到的人必须受到同样的对待,而不管他们是长者或者晚辈,健康或虚弱,富裕或贫困,正直或可耻,有罪或清白,高贵或卑贱,白肤或黑肤。^③丹麦法学家斯蒂格·乔根森也认为,形式正义的核心是期望相同的案件得到平等的对待,而实质正义则是指在一切法律事务和社会关系中,要贯彻和体现合理、合法和正当性的原则。在美国伦理学家罗尔斯看来,形式正义是指对法律和制度的公正和一贯的执行,而不管它们的实质原则是什么,即要求在执行法律和制度时,应平等地适用于属于他们所规定的各种各样的人,这也就是法治。实质正义则是指制度本身的正义,它取决于社会基本结构所根据的原则。罗尔斯认为形式正义是一种手段,实质正义才是目的。美国批判主义法学家昂格尔认为,形式正义要求普遍性规则的

① 李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第2页。

② [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第238页。

③ 孙笑侠:“法的形式正义与实质正义”,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》,1999年第5期。

统一适用，实质正义强调结果的内在公正。^①

可见，形式正义具有抽象性的基本特点，是“一种舍弃了具体内容和特殊情况的一般正义”，^②是一种抽象正义、客观正义。实质正义则是一种充分考虑个案特殊情况、特殊需要的正义，是一种具体正义、主观正义。实质正义是一种理想中的正义，而形式正义则是一种退而求其次的相对正义，是在无法实现实质正义的情况下的无奈选择，也是一种便于操作的正义。形式正义与实质正式之间存在着一一种天然的反动，任何一种法律都不得不在诉求形式正义和诉求实质正义之间作出其抉择。

昂格尔认为，福利国家的发展将对法律产生重大影响，即“从形式主义向目的性或政策导向的法律推理的转变，从关注形式公正向关心程序或实质公正转变。”^③我国也有学者指出法的价值应从形式正义向实质正义转变，并将其原因归结为三点：一是社会间接生活条件的变化，导致作为形式正义的两个基本逻辑预设（平等性和互换性）的丧失，这是实质正义取代形式正义的最深刻的原因。二是在国家——社会二元结构关系中，国家日益收缩，社会不断扩张，国家优位理念在被社会优位理念所取代。三是当代法学思潮的变革是形式正义过渡到实质正义的现实背景。^④

从少年刑法的产生与发展来看，从形式正义向实质正义转变的路径是十分明显的。基于对未成年人身心发育不成熟的认识，早期刑法大都规定儿童不负刑事责任、少年比照成人从轻、减轻负担刑事责任，已经体现出一定程度的放弃形式正义而追求实质正义的倾向——虽然这种规定更大程度上是为了使得刑法的推行获得一种合理性的外衣。随着人类社会的进步和刑法的发展，又逐步认识到少年犯罪与成人犯罪之间有着本质的而并非仅仅是“度”的差异性：（1）少年犯罪与成人犯罪虽然在行为及后果方面具有相似性，但是少年缺乏或仅具有不完全的认识和控制能力，缺乏或具有不完全的刑事责

① 谭岳奇：“从形式正义到实质正义”，载《法制与社会发展》1999年第3期。

② 孙笑侠：“法的形式正义与实质正义”，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》，1999年第5期。

③ [美] R. M·昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社2001年版，第187页。

④ 谭岳奇：“从形式正义到实质正义”，载《法制与社会发展》1999年第3期。

任能力；(2) 少年犯罪行为是处在从儿童向成人过渡期的少年在成长中的一种自然现象，^①具有一定的自然性，而不似成人犯罪具有明确的反社会性和主观恶性；(3) 近代犯罪学的发展，使人们认识到少年犯罪原因的外部性。教育学、儿童发展心理学等学科的发展，特别是洛克的“白板说”更使得成人社会对于少年走上犯罪道路产生了深深的愧疚，这既构成了少年犯罪与成人犯罪区别处置和放弃报应主义的理由，也促使成人社会担负起预防和矫正犯罪少年的职责。人类繁衍的本性和近现代社会竞争的加剧，使得少年对于国家、民族、家族的决定性意义日益突出，成人社会无法再漠视少年（包括越轨少年）的存在。此外，少年犯罪与成年人犯罪处置的同一性，也与日益勃兴的人道主义观念和未成年人观念相悖，日益变得为普通公众所无法接受。^②随着19世纪末期少年刑法的兴起，对实质正义的诉求也逐渐从例外而演变成成为少年刑法的一般原则。现代少年刑法认为，少年犯罪与成人犯罪处置不加区别的形式正义本身就意味着对少年的非正义，也将最终使得形式正义失去正义的本性。

“坚持实质的正义必然与已经确立的普遍性观念相冲突”。^③少年刑法追求实质正义，将使得少年与成人之间呈现出形式上的不平等。首先为所适用的刑法规范形式的不同。成人犯罪与少年犯罪适用不同的刑法规范，表现为

① 德国犯罪学家施温特指出：与儿童犯罪一样，青少年犯罪某种程度上也是身心发育过程所决定的游戏性和不安分行为举止的表现。这种举止行为是出于儿童及青少年的冒险欲望，有时则出于青春期的好斗性。因此可以说，绝大部分青少年犯罪行为是一特定阶段的特殊表现而已，就这一点来说，它还起着一种积极作用，即青少年经常通过一次触法行为了解法律规定的界限所在。同样，许多儿童也常通过偶然性违反准则，逾越法律规定的界限及而后受到的斥责才认识并重视自己周围什么是允许做的，什么是禁止做的。一个西方经验型的“隐案”研究小组观察了114名11岁到16岁的男孩达5年之久，结果发现：只有13名男孩没有犯那种可能使他们成为青少年法庭被告的犯罪行为；全部114名男孩至少犯有6416起违法案件。参见[德]施耐德：《犯罪学》，李蓓蓓译，第62页、第207页。这一调查表明，犯罪是少年的一种普遍而非个别的行为，这也从侧面说明了少年越轨行为的自然性。

② 1833年，一位作家说过：“再没有什么比把不满14的小有过错的男孩判处死刑更荒谬的了。据我所知，某一次庭审时五个孩子面临这种可怕的情景，其中一个偷了一把几乎一钱不值的梳子，两个偷了别人家孩子的一本价值六便士的书，还有一个偷了一个人的手杖，第五个是把母亲的披肩拿去典当了。”引自[英]凯伦·法林顿：《刑罚的历史》，陈丽红、李臻译，希望出版社2003年版，第92页。

③ [美]R.M·昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社2001年版，第192页。