

● 北京师范大学刑事法律科学研究院 ●

刑法学的新动向

(2007年卷)

学术顾问 赵秉志
主 编 刘志伟



中国人民公安大学出版社

北京师范大学刑事法律科学研究院

刑法学的新动向

(2007 年卷)

学术顾问 赵秉志

主 编 刘志伟

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学的新动向. 2007 年卷/刘志伟主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 81139 - 335 - 4

I. 刑… II. 刘… III. 刑法—法的理论—中国—文集

IV. D924. 01 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 188300 号

刑法学的新动向 (2007 年卷)
XINGFAXUE DE XINDONGXIANG
(2007 NIAN JUAN)
主编 刘志伟

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: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2009 年 1 月第 1 版

印 次: 2009 年 1 月第 1 次

印 张: 27.5

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 530 千字

印 数: 1~2000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 335 - 4/D · 288

定 价: 66.00 元

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

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

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

北京师范大学刑事法律科学研究院

刑法学的新动向

(2007 年卷)

学术顾问	赵秉志			
主 编	刘志伟			
副 主 编	王俊平	魏昌东		
编 辑	刘 科	黄晓亮	袁 彬	
	张 磊	李运才		

卷首语

2007年,以刑事法治理念为指导,以1997年刑法颁行十周年为契机,我国刑法学继往开来,不仅对刑法的发展方向、宽严相济刑事政策、犯罪构成体系、死刑制度改革、《刑法修正案(六)》的理论与实务等刑事法治领域中的重大实践与理论问题展开了深入研究,而且还对刑法基本原则、刑法解释、罪过、单位犯罪、刑罚功能、刑罚目的、电脑量刑、网络犯罪、侵犯著作权犯罪、贿赂犯罪等问题及外向型刑法的相关问题进行了深入研讨,并在诸多问题上有所开拓创新。例如:

——在刑法现代化的问题上,曲新久教授认为,中国目前实现了或者说正在实现“三大现代化转型”,即经济市场化、政治民主化与文明化、社会多元开放。这决定了中国刑法现代化的基本走向是:由刑事法制转向刑事法治。1979年刑法是结束“十年动乱”即结束“文化大革命”从而恢复刑事法制的标志性立法成果之一。1997年刑法虽然明显存在许许多多的粗陋,但是,确立罪刑法定、罪刑相当、法律面前人人平等为刑法的基本原则,特别是在“依法治国”写入宪法的大背景下,尽管我国刑法的某些部分依然停留在过去甚至于古代而非真正地进入了现代,但是,从根本上讲,以宪法为根据的刑法就不仅仅是在立法层面上删除“社会主义革命”的表述,而必定是进一步具体地在刑事领域践行从刑事法制向刑事法治的转型。现代的刑法应当将个人自由放在第一位,将社会秩序放在第二位,同时应尽最大可能地保护和保障个人自由,维护社会秩序的稳定。现代刑法的首要任务是维护个人自由,如果不把个人自由放在首位,那么刑法的现代文明特点将大打折扣。

——在刑事政策的理念上,魏东教授认为,构建和谐社会需要实质的刑事法治,尤其需要高度重视、重新审视和检讨刑事政策的公正价值与谦抑宽容理性,合理兼顾犯罪防控和人权保障。在理论上,片面强调以报应主义论证刑法公正,把“刑法公正必然内在要求报应主义”这个命题作为一个“不言自明”的公理是存在很大疑问的。在刑事政策意义上的相对公正理性,不但内含了对犯罪规律的基本认识、对犯罪态势的基本判断、对可资利用的现实物质基础和精神文化资源的基本估

价、对社会发展的基本考察、对人权的基本态度，还内含了人性假设的基本立场以及在特定历史条件下的价值权衡和价值取向。现代刑事政策内含的谦抑宽容价值理念应当充分体现出最大限度地保障人权、最大限度地促进社会发展、最大限度地体现相对公正、最小限度地维持必要秩序这样一种“三大一小”理念。因此，现代刑事政策理念应当坚持“人权保障至上”、反对“犯罪防控至上”，坚持“公正至上”、反对“效率至上”。

——在刑法解释的问题上，储槐植教授针对认为当今大陆法系的德国和日本均以客观论为主，应当为我国所借鉴的观点指出，德日刑法适用解释以客观论为主流有三项社会条件：罪刑法定深入人心、形成了高水平的法律职业群体、刑罚结构属轻刑类型。而我国当前尚不具备这些条件。客观解释论的实质是无视法律原意，这就等于无视罪刑法定。在我国刚刚推行罪刑法定而且罪刑法定远远没有达到深入人心的社会背景下，在实践中无视罪刑法定原则是格外有害的。再者，客观论着眼于现实需要，而“现实需要”在尚未形成高水平的法律职业共同体的背景下很可能难以达成。客观解释的结果，多半是入罪。而且，我国刑罚属重刑结构，一旦入罪有误，将造成较大危害。因此，客观解释论为主论，在我国应当缓行。主观解释论为主，有利于坚持罪刑法定原则。在法网不严密的刑法结构中，对于全部非严重暴力犯罪案件采取主观解释论，结果多半为出罪，也与宽严相济的精神大体符合。

——在犯罪构成的问题上，冯亚东教授认为，犯罪构成的本体问题意在探究其本身的存在形式，这是目前关于构成体系究竟该“完善”或者“重构”之讨论最为基础性的理论问题。犯罪构成的本体属性为一种理论形态，区分罪与非罪的唯一标准只能是刑法的规定，而犯罪构成仅为一种学者们自行解释法律的理论，是有助于“区分”的理论分析工具。王政勋教授认为，我国的犯罪构成理论存在着把事实判断和价值判断、形式判断和实质判断合二为一的缺陷，如果把犯罪的定量因素纳入犯罪成立条件体系，使其和正当行为理论、期待可能性理论相辅相成，对形式上具备犯罪构成的行为进一步进行价值判断、实质判断，就能彻底改变传统犯罪构成理论的缺陷，使平面化转变为立体化、层次化，使定量因素、正当行为、期待可能性等理论在犯罪成立条件体系中得到安身立命之地，因而使该理论获得强大的解释力。

——在刑罚的功能问题上，周少华教授认为，迄今为止关于刑罚功能的描述，都属于刑罚的外部功能，主要是通过司法过程表现出来的。他提出了刑罚内部功能的概念，认为刑罚的内部功能是指刑罚作为刑法系统的一个基本要素，它在刑法系统的建构中所能产生的作用。刑罚的内部功能包括规范定性功能、评价功能以及予效功能。所谓规范定性功能，是指刑罚具有决定某一法律规范具有刑法性质的作

用,即刑罚是判断某种法律规范是否属于刑法规范。刑罚的评价功能,是指刑罚作为犯罪的法律后果。因此,借助刑罚可以判断一定类型化的行为是否是犯罪行为。刑罚的评价功能包括质的评价和量的评价。所谓刑罚的予效功能,是指刑罚具有使刑法规范对于它所指向的那些主体(公民个人、法院、侦查机关、检察机关、执行机关等)产生约束力的作用,即赋予刑法规范以有效性的作用。刑罚使刑法规范产生约束力的原因,一方面在于刑罚内在特质的惩罚性、痛苦性,另一方面在于刑罚背后的国家强力保障。

——在死刑制度的改革问题上,赵秉志教授认为,我国现阶段死刑制度的改革面临四大难题:国内外尤其是国内的重大社会环境条件尚不充分;立法方面存在死刑罪名过多、刑罚体系严重不协调等问题;司法方面还缺乏限制死刑适用的规则,死刑核准权收回后的成功运作还面临着重重困难;我国崇尚死刑报应的观念根深蒂固,社会各界的死刑观也不尽相同。为此,他提出了五项解决对策:司法改革与立法改革相结合,并以死刑的司法改革为中心;观念变革与制度改进相配合,并以死刑的观念变革为基础;促进决策者认识与民意的共同提升,并以促进决策者观念变革为重点;确立死刑限制与废止逐步进展的方向、路径与切实可行的步骤;研究与死刑制度改革配套的立法与司法措施。

此外,刑法学界在宽严相济的刑事政策、罪刑法定原则的功能、主客观相统一原则存在的必要性、犯罪概念、犯罪客体与犯罪对象、情感因素在罪过中的意义、犯罪过失的本质、过失中注意能力的判断标准等诸多问题的研究上,也进行了深入的研究,提出了不少具有创新性见解。

《刑法学的新动向》(2007年卷)共分45个专题对2007年度发表的刑法学学术论文和著作进行了全面、系统、细致的总结与整理。尽管我们力求将每个专题在2007年度研究中的新进展概括和反映出来,但鉴于资料收集渠道及编写者能力等因素的限制,本书在部分研究成果的综述中难免会有遗漏与不足,祈请论著的原作者与读者谅解。同时,也要向所有关心与支持《刑法学的新动向》编写与出版工作的专家学者及同仁表示我们诚挚的谢意!

刘志伟

2008年8月于北京师范大学刑事法律科学研究院

目 录

刑法和刑法学的基础性理论	袁 彬	1
刑事政策	魏昌东 陈 磊	13
刑法立法的宏观问题	陈 磊 魏昌东	23
刑法的目的与机能	李山河 李明见	32
刑法解释	黄晓亮	37
刑法的基本原则	张 磊	47
刑法的效力	王俊平 张昊苏	57
犯罪概念与犯罪构成	李山河 李明见	64
犯罪主体的一般问题	彭新林	83
未成年人犯罪	彭新林	91
单位犯罪	周建军 翁小平	98
犯罪的主观方面	吴林生 刘 俊	108
犯罪的客观方面	吕华红	123
犯罪客体与犯罪对象	王强军 汤海军	138
正当行为	刘志伟 张 慧	142
故意犯罪的停止形态	郭 健 李 伟	150
共同犯罪	刘 科	159
罪数形态	王强军	169
刑事责任	李运才	179
刑罚的宏观问题	李运才	184
刑种改革问题	林卫星	195
死刑问题	陈 磊 魏昌东	203
刑罚裁量	吴林生 王东阳	213



刑罚的执行与消灭	王俊平	张昊苏	225
刑法各论的一般理论	刘志伟	聂菲	231
危害公共安全罪	刘志伟	王晓菁	239
妨害对公司、企业的管理秩序罪	黄晓亮	刘炯	250
商业贿赂犯罪	刘志伟	刘炯	259
金融犯罪	黄晓亮	张慧	274
危害税收征管罪	刘科	张慧	284
侵犯知识产权罪	刘科	刘炯	289
扰乱市场秩序罪	涂龙科	刘炯	293
侵犯公民人身权利、民主权利罪	刘志伟	胡安华	299
侵犯财产犯罪	涂龙科	张娜	316
扰乱公共秩序罪	刘志伟	张娜	328
妨害司法罪	方加亮	张娜	341
危害公共卫生罪	王俊平	王庆刚	349
破坏环境资源保护罪	王俊平	王庆刚	355
毒品犯罪	方加亮	胡安华	361
贪污贿赂罪		姚兵	369
渎职罪	王俊平	孙菲	384
刑法分则中的其他犯罪	刘科	胡安华	390
理论建议新增犯罪	王俊平	孙菲	401
中国区际刑法问题		黄晓亮	411
外国刑法		张磊	419

刑法和刑法学的基础性理论

袁 彬*

一、刑法学的研究方法问题

方法问题是任何一门学科研究都必须解决的首要问题。反思学科的传统研究方法在许多学科研究的重要内容,刑法学也不例外。

有论者认为,尽管传统刑法学研究总结出的各种方法以各自独特的角度为人们开启了认识刑事科学之窗,但这些方法的适用都欠缺必要的学术规则,每一种方法与其他方法对相同问题的研究缺乏相互协调与配合的能力。据此,该学者认为,刑事科学的方法论应以刑事一体化理念为指导思想,以犯罪问题为中心,将所有涉及犯罪问题的研究都放入刑事科学的框架内进行整体思考。刑事科学法学方法论之原理由理论假定、学术立场、方法体系及实践功能四部分组成。刑事一体化不仅是刑事科学方法论的指导思想,还应是刑事科学方法论的理论假定。从形式上看,刑事科学法学方法论的学术立场表现为一种分析模式,即“根据刑事法律的思考”和“关于刑事法律的思考”。从实质上看,这种学术立场包含了研究者之所以研究刑事科学的主观刑事科学思想。^①

也有论者探讨了刑法的心理研究方法,认为刑法的心理研究是用心理学的原理来描述和解释刑法规定中涉及的心理现象,探求刑法相关规定的心理基础,并以此分析刑法相关规定的合理性。刑法的心理研究主要是一种主观描述、解释,而不是一个假设检验的过程。其最适合的研究方法应该是一种质的研究方法,一种定性研究。用质的方法研究刑法中的心理学问题,并不意味着这种研究可以随意进行,可以任意得出结论。实际上,对质的研究一样可以检验,仍然存在一个“效度”的问题。只是质的研究中的“效度”概念是用来评价研究者对研究结果的表述,而不是像定量研究那样对研究方法进行评估。^②

* 北京师范大学刑事法律科学研究院讲师、法学博士。

① 参见张旭、单勇:《从方法到方法论——以刑事科学为场域的反思》,载《法制与社会发展》2007年第1期。

② 参见袁彬:《论刑法心理学分析的背景与方法》,载《青海社会科学》2007年第3期。

还有论者认为,从方法论的科学性来说,基于文本规范解释的注释方法,止步于分析和归纳的逻辑学范畴之内,是刑法研究的传统方法;思辨方法是哲学的研究方法;而实证方法则属于自然科学的研究方法在社会科学领域里的应用。注释法学的功能就是确认既有的法条与法律行为之间的对应关系,同时也对法条的合理性进行法理上的解释。刑法学研究中的注释法学能够在中国大行其道,是因为中国传统文化中与八股治学之风一脉相承的文风在法学领域中的重演、延续、变异。注释法学的昌盛,是历史的惯性使然。这种研究方法古已有之,于今为烈。注释法学是在对既定法律规定的合理性和合法性认可的前提下展开解释的。从世界观上来讲,应慎用注释。注释让我们记起中国的古代史直到现代的“文化大革命”史,都像是一段“注释的历史”;慎用注释,它可能会让我们远离童真、远离联想、远离激情、远离原创;这个世界发展的主流是创造与发现,而不应当是注释。^①

二、刑法文化问题

(一) 刑法文化的概念、特征与功能

刑法文化的研究是我国刑法研究中的一个薄弱环节。对此有论者对刑法文化的概念、特征和功能进行了研究。有论者认为,刑法文化是指由社会的经济基础和政治结构决定的、在历史进程中沉淀下来的、并在人们关于刑法认识和刑法实践活动中流变着的、普遍而衡常的集体性精神模式或指向。刑法文化不仅包括精神性文化因素还包括制度性文化因素。^②

关于刑法文化的特性,一种观点认为,刑法文化的特性有:第一,刑法文化是一种公法文化。第二,刑法文化具有物质依赖性。第三,刑法文化具有民族性。第四,刑法文化具有传承性。^③另一种观点则认为,刑法文化的主要特性应当是:第一,趋同性。各国刑法典由于相互借鉴,取长补短,其法律形式、法律体系、法律语言相互渗透,乃至出现相互融会的趋势。第二,变异性。在刑法立法中,不同时代的立法内容要受到特定时代的文化的制约,从而表现出刑法文化的变异性。第三,继承性。刑法规范不仅可以作为一种文化现象存在于社会之中,而且还会以其自身所具有的穿透力对后世产生重要的影响。这种情况的存在,一方面说明了刑法文化的社会性,另一方面也说明了刑法文化的延续性。^④

① 参见皮艺军:《刑事一体化的方法论解析——对一个注释范本的检视》,载《刑事法评论》(第20卷),北京大学出版社2007年版。

② 参见解添明、于文静:《试论刑法文化的概念与特征》,载《法制与社会》2007年第9期。

③ 参见解添明、于文静:《试论刑法文化的概念与特征》,载《法制与社会》2007年第9期。

④ 参见李永升:《刑法与文化简论》,载《河南社会科学》2007年第5期。

关于刑法文化的功能,有学者认为,就文化因素对刑法的影响而言,它的作用主要表现在以下两个方面:一是文化因素对刑事立法的触引、促发作用;二是文化因素对刑事立法的启示、引导作用。^①

(二) 我国的刑法文化

关于我国的刑法文化,有论者认为,由于受政治传统的影响,我国刑法具有浓厚的压制性文化品格。所谓刑法的压制性文化品格,是指刑法是统治者用来压制人们言行的工具,而不是用来引导和鼓励人们过幸福生活的依据。这种品格在刑事立法上主要表现为刑法过于注重对国家利益和社会法益的保护,在一定程度上忽视了对个人法益的保护,在司法实践中主要表现为刑法工具主义。它的形成主要来自于古代的专制主义文化传统和现代刑法的异化,在刑法分则的体例结构和刑事司法实践中的绝对刑法工具主义与重刑主义传统中得以充分体现。刑法的压制性文化品格不仅使刑法背离了人类生活的精神性需求,在很大程度上阻碍了刑事法治的实现,还使得刑法的保障出现了空白,因而应当对其进行彻底的批判和清理。为了消除我国刑法的这种压制性文化品格,为刑事法治的实现扫清障碍,必须塑造我国刑法的引导性文化品格。^②

(三) 刑法与佛教

刑法的文化研究也体现在对刑法与宗教关系的研究。有论者对刑法与佛教的关系进行了研究。该论者认为,佛教在我国具有广泛的影响,佛教戒律与现代刑法在基本理念上有很多相通之处。纵观佛教戒律的内容不难发现,佛教与现代刑法之间存在着诸多交叉点,主要表现在以下几个方面:第一,佛教的“五戒”与现代刑法罪名的交叉。第二,佛教的“偷兰遮”与犯罪未遂的交叉。第三,心意与犯意的交叉。第四,佛教的“发露”与自首的交叉。第五,佛法与窝藏、包庇之间存在着交叉之处。第六,佛法与紧急避险的交叉。第七,佛法与刑法中不作为犯罪的交叉之处。^③

三、刑法思维问题

(一) 刑法思维的概念与特征

关于刑法思维的概念,有论者认为,刑法思维是指人们以刑法或者以特定的刑

^① 参见李永升:《刑法与文化简论》,载《河南社会科学》2007年第5期。

^② 参见马德、苏永生:《我国刑法的压制性文化品格之形成与批判》,载《青海民族研究》2007年第3期。

^③ 参见王菁梅:《佛教戒律与刑法的交叉与结合》,载《湖北成人教育学院学报》2007年第5期。

法观念为坐标、尺度,对罪刑关系问题进行观察、分析并予以处置的认知活动。要强化刑法思维方式,首先就必须深化对刑法思维属性的研究。该论者认为,刑法思维的属性包括了刑法思维作为法律思维的共同属性与刑法思维的特有属性两个方面。刑法思维具有法律思维的共同属性:以权利与义务分析为线索、普遍性优于特殊性、合法性优于客观性、形式合理性优于实质合理性、程序问题优于实体问题、理由优于结论、规范性、语境性、确定性、周密性、程序性、保守性、换位性和职业性。与此同时,刑法思维还具有如下特有属性:以罪刑关系为分析线索,以刑事处罚根据的探寻为起点,以“宁纵勿枉”为价值取向,以关注“损人”而非“利己”为评价基准。^①

(二) 刑法的类型思维与类推思维

对于刑法的具体思维方式,有论者认为,概念思维强调法学概念的意义必须固定不变和保持法律体系的逻辑严密性,并将三段论式的演绎法作为其最主要的研究和分析手段。概念思维最大的优点在于它能够较好地保持法律的稳定性和安全性。在法律关系比较简单、相对稳定的社会,概念思维确实有其存在的土壤。但概念思维因其本身所具有的局限性而无法在刑法条文的不变性与犯罪事实的可变性之间找到一个合适的平衡点。该学者进而认为,类型思维是刑法适用的基本思维方法之一,其优越性在于它是一种实质的、规范的、价值的思维模式。在刑法适用的过程中进行类型思维,既是准确理解刑法中犯罪构成要件的意义、保障刑法简洁性、正义性和安定性目标实现的需要,又是保障刑法价值判断目标和刑法目的实现的需要。当然,类型思维尽管与概念思维分析理路相左,但是它并不排斥概念本身。^②

也有论者研究了我国刑法中的类推思维,认为我国刑法在确立罪刑法定原则的同时废除了类推制度,填补刑法漏洞意义上的类推适用被严格禁止。然而,作为一种司法判断的方法,类推思维依然在刑事裁判中发挥着重要作用,它是法官解明刑法规范含义、进行犯罪构成要件符合性判断、践行“相同案件相同处理”法治理念的有效方法。当然,在罪刑法定原则之下,刑事裁判中的类推思维应当受制于刑法规范目的和可能文义范围,确保类推结论没有超越刑法规定而违背罪刑法定。^③

① 参见陈航:《刑法思维的属性研究》,载《法商研究》2007年第6期。

② 参见吴学斌:《刑法思维之变革:从概念思维到类型思维——以刑法的适用为视角》,载《法商研究》2007年第6期。

③ 参见沈琪:《刑事裁判中类推思维的作用及其运用——一种基于方法论意义的思考》,载《政法论坛》2007年第6期。

四、刑法的属性问题

刑法属性关系到刑法的定位问题,对刑法属性的不同认识,将影响人们对刑法功能等相关问题的理解。本年度,论者对刑法属性的研究主要体现在对刑法的谦抑性、道德性和模糊性的研究上。

(一) 刑法的谦抑性问题

1. 刑法谦抑的功能

有论者专门研究了刑法谦抑的功能,认为刑法谦抑作为一种刑法理念,其功能分析离不开法律理念一般功能的解构。法律理念可以对法律的制定和实施进行科学的预测和指导;导引功能,法律理念对法律的运作有巨大的导引作用;文明进化功能,法律理念是推动法律制度进化和人类文明进步的重要精神力量。与此对应,刑法谦抑的功能大体也包括导向功能、制约功能、整合功能和评价功能四个方面。^①

2. 刑法谦抑与刑法基本原则

有学者专门研究了刑法谦抑与刑法基本原则的契合,认为刑法谦抑性与罪刑法定主义最根本的契合性表现在对国家权力的限制。刑法谦抑性倡导刑法尽量不介入国民生活,反对刑法的恣意干涉,既要求刑法处罚范围要适当,而且倡导处罚程度要适合。这彰显着罪刑法定主义的主旨,与罪刑法定主义思想具有高度的一致性。而罪刑均衡原则与谦抑性思想的一致性在于二者均具有人权保障的功能,并与罪刑法定原则以及其他重要原则相互结合来实现这一重要功能。罪刑均衡原则是防止“刑罚成为某人或某些人对其他公民施加的暴行”不可缺少的原则。对刑罚权的限缩正是刑法谦抑性的题中应有之义。两者的内涵是一致的。在法益保护主义与刑法谦抑的契合方面,该学者认为,法益保护主义思想的贯彻在很大程度上反映着刑法谦抑性价值诉求,如主张对刑法的处罚范围以是否侵犯人的利益为判断标准,一方面刑法不会无故处罚那些没有侵犯法益的行为,从而使行为人的自由最大限度地受到法律的保障;另一方面由于刑法处罚的范围限于侵犯法益的行为,对诸多侵犯伦理道德的行为不处罚,从而排除了非法益内容,限缩了刑法的处罚范围。与此同时,该学者还认为,刑法谦抑性同样贯穿于责任主义之中。谦抑主义居于刑法根本思想之位置,谦抑思想的具体化,是罪刑法定、法益保护、责任主义三原则的纽带,是其共通的母胎。^②

① 参见吴富丽:《刑法谦抑之功能解析》,载《辽宁公安司法管理干部学院学报》2007年第4期。

② 参见熊永明:《论刑法谦抑性与刑法基本原则之间的契合》,载《云南大学学报(法学版)》2007年第3期。

3. 刑法谦抑与经济刑法

有学者研究了刑法谦抑与经济刑法的关系,认为经济的特点决定了法律干预的有限性。由于法律对经济干预的效果有限,因此刑法介入经济活动须持谨慎的态度,即刑法的谦抑性应当在经济活动中有一个明显的体现。要重视刑罚之外的其他干预措施的运用。而在经济刑法的谦抑司法中,总的方面,我们要注意正确区分刑事法律关系与民事法律关系;在单位犯罪或共同犯罪案件当中,还要注意期待可能性原理在经济刑法中的运用。^①

(二) 刑法的道德性问题

关于刑法与道德的关系,理论上一直存在着分离论和融合论两种立场。分离论隔绝刑法与道德之间关系的路径源于自然科学的研究模式,试图把刑法建立在一种经验科学的基础之上。分离论认为,刑法本身可以作为一个与价值、道德无涉的经验事实。站在分离论的立场,判断一个刑法规范是否合法或正当,只能自其形式层面进行,才能有效保障法律的安定性和效力。而融合论则强调刑法与道德之间的融合性,刑法具有道德内涵和基础,其道德性不仅可以证成刑法的正当性,还可以排除肆意的刑罚权。有论者在比较两种立场的基础上,认为刑法所具有的道德性不仅是一种经验上可观察的事实,也是一种刑罚赖以存在和正当的实质性依据。明确刑法的道德性不等于立法者有权肆意推行所谓的道德,因为道德本身有待于实质的标准证成。而这个标准并非是国家主义的,而是源于大众的情感、直觉、理性、经验的认同。^②

也有学者对刑法与道德的界限问题进行了研究,在区分内部道德与外部道德、义务道德与愿望道德、私人道德与公共道德的基础上,认为只有在主观思想支配下的行为才是法律、刑法需要关注的,刑法的规制对象是外部道德,而对于仅仅是隐藏在内部的道德问题,刑法没有兴趣也没有权利去关照;义务道德是社会对人最低限度的要求,违背义务道德的结果不但要受道德的谴责还要承担法律上的责任,但愿望道德的违反行为不应受到刑法的谴责。^③

还有学者研究了刑法的道德性与政治性之间的关系,认为道德与政治具有共同的秩序指向性,但两者又始终处于深刻的对立之中,因为道德代表着社会秩序中的保守力量、大众意识,政治代表着社会秩序中的能动力量、精英意识。而且,无论

^① 参见周玉华、秦秀春:《谦抑原则与经济刑法司法论纲——以刑法修正案(六)为视角》,载《山东审判》2007年第4期。

^② 参见高巍:《论刑法的道德性》,载《贵州社会科学》2007年第3期。

^③ 参见赵运锋、宋远升:《刑法和道德的界限考察》,载《政法学刊》2007年第2期。

是道德还是政治，都常常无法在全体社会成员之间达成共识。正是法律把二者结合起来，并超越了二者，由此避免各种道德的与政治的以及道德与政治之间的纷争，通过求同存异寻求社会团结和社会进步。因此，法律必须在形式理性上保持明确、客观、稳定，在实质理性上保持公平、公正、正义。任何社会秩序的基础都是道德秩序，因此任何维护和促进社会秩序的刑法都应该是以道德为基础、以权力为调控的。^①

（三）刑法的模糊性

罪刑法定原则要求刑法必须明确，但是作为一种客观事实，刑法的模糊性是不可回避的。对此，有学者认为，刑法的模糊性绝不是一个偶然的現象，其产生具有不可避免性。首先，语言文字本身具有多义性和模糊性的特征。其次，刑法的模糊性也是刑法的稳定性要求与客观情况的变化之间的矛盾所致。要想保持刑法的稳定性，就要求刑法具有一定的概括性，刑法就不能对任何犯罪作出十分具体的规定，而必须有一定的弹性，留有一定的余地。再次，有些条文所涉及的情况的确无法用非常准确的语言加以描述，只能作一个原则性的抽象规定，留待法官根据具体案情合理把握，留待学界自由争鸣。不过，该学者也认为，刑法的模糊性也只能是罪刑法定原则之下的相对模糊性。没有罪刑法定原则，模糊性也就是无限的了，也就最终没有刑法了。刑法的模糊性有它积极的作用：第一，它可以弥补罪刑法定原则本身的不足，可以让法官根据案件的具体情况、根据社会的价值观念对刑法的硬性规定进行补充。第二，刑法的模糊性使刑法具有一定的弹性，能够较好地适应客观情况的变化，从而使刑法具有相当的稳定性，不至于随着客观情况的变化而朝令夕改。第三，刑法的模糊性也是法官自由裁量权的渊源与必然要求。^②

五、刑法的理念问题

有学者对我国当前主导的刑事法治理念进行了反思，认为目前在我国占据主导地位的刑事法治理念仍为传统的、表现为国权主义刑法观的理念。它主张“国家至上”，人民只是为了实现“富强国家”目的的手段。刑法因而以扩张各项国家权力来维系国家利益的最大化，并以此作为刑法的终极目标。与“国权主义刑法观”相对立的新型刑法观是“民权主义的刑法观”，即“以人为本”的刑法观。它主张刑法应以维护和确保每一民众的合法权益为终极目标。为稳定社会治安或国家统治秩序而适用刑法，只是为了达到“人本位”刑事法治的手段而非目的。该学者认

① 参见刘远：《刑法的道德性与政治性》，载《华东政法大学学报》2007年第5期。

② 参见徐德华：《论刑法的模糊性》，载《公安学刊》2007年第3期。

为,我国应树立起“民权主义的刑法观”,并认为刑事法治理念具有主导立法、指导司法、促进守法的功能。而就我国当前现状看,除必要的宪政体制设置外,正确、适当的刑事法治理念本身也能遏制国家刑法权的无度膨胀。实践新型刑事法治理念必须从以下着手:摒弃“疑罪从轻”的错误做法,坚持疑罪从无原则;收回死刑复核权后,首先应进一步从先行废止经济犯罪的死刑设置做起;增设专门的针对未成年犯罪人的刑罚种类或特殊的罚则适用制度;取消刑事前科报告制度;建立针对未成年人的刑事前科消灭制度;正确把握“轻轻重重”的宽严相济刑事政策;试行刑事和解、恢复性刑事司法制度等。^①

也有学者认为,与前资本主义一元社会结构相对应,刑法压制性色彩浓厚,刑法干预广泛,裁判者自由裁量权大,法律道德主义盛行;市民社会与政治国家的分离,自治型刑法逐渐成为主导性的刑法模型,在观念、功能、原则、规则、司法运作等方面均呈现出不同于压制型刑法的特征。我国当下刑法尚未完全从压制型刑法走出,我国刑法主体仍表现为压制型刑法,并且处于由压制型刑法向自治型刑法的转变过程,这种转变较为艰难。其表现是观念层面的压制型和原则、规则层面自治型的不彻底性。在二元社会与法治国背景下,建构自治型刑法当是我们的选择。为此应树立刑法“契约”观念和社会主体的权利观念,树立新的犯罪观和刑法观,借鉴他国经验,完善我国相关制度,使刑法自治性落到实处。^②

六、刑法的现代化、本土化和国际化问题

(一) 刑法的现代化问题

有学者认为,中国目前实现了或者说正在实现三大现代化转型,即经济市场化、政治民主化与文明化,社会多元化,这决定了中国刑法现代化的基本走向是:由刑事法制转向刑事法治。该学者认为,1979年刑法是结束“十年动乱”即结束“文化大革命”从而恢复刑事法制的标志性立法成果之一。1997年刑法虽然明显地存在着许许多多的粗陋,但是,确立罪刑法定、罪刑相当、法律面前人人平等为刑法的基本原则,特别是在“依法治国”写入宪法的大背景下,尽管我国刑法的某些部分依然停留在过去甚至于古代而非真正地进入了现代,但是,从根本上讲,以宪法为根据的刑法就不仅仅是在立法层面上删除“社会主义革命”的表述,而必定是进一步具体地在刑事领域践行从刑事法制向刑事法治的转型。该学者进而认为现代的刑法应当将个人自由放在第一位,将社会秩序放在第二位,同时应尽最大可

① 参见屈学武:《刑事法治理念的更新》,载《法学研究》2007年第4期。

② 参见王瑞君:《二元社会与我国自治型刑法的建构》,载《甘肃政法学院学报》2007年第3期。