

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目



中国社会科学院文库 · 法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS · Law and Sociology

立体刑法学

MULTIDIMENSIONAL CRIMINAL LAW SCIENCE

—
刘仁文
等著
—

中国社会科学出版社

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目



中国社会科学院文库 · 法学社会学研究系列

The Selected Works of CASS · Law and Sociology

立体刑法学

MULTIDIMENSIONAL CRIMINAL LAW SCIENCE

刘仁文 等著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

立体刑法学 / 刘仁文等著. —北京: 中国社会科学出版社, 2018. 1
(2018. 6 重印)

ISBN 978 - 7 - 5203 - 1577 - 7

I. ①立… II. ①刘… III. ①刑法—法的理论—中国
IV. ①D924. 01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 288699 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 许 琳
责任校对 李 莉
责任印制 李寡寡

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京君升印刷有限公司
版 次 2018 年 1 月第 1 版
印 次 2018 年 6 月第 2 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 37.5
插 页 2
字 数 601 千字
定 价 128.00 元



凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话: 010 - 84083683

版权所有 侵权必究

《中国社会科学院文库》出版说明

《中国社会科学院文库》（全称为《中国社会科学院重点研究课题成果文库》）是中国社会科学院组织出版的系列学术丛书。组织出版《中国社会科学院文库》，是我院进一步加强课题成果管理和学术成果出版的规范化、制度化建设的重要举措。

建院以来，我院广大科研人员坚持以马克思主义为指导，在中国特色社会主义理论和实践的双重探索中做出了重要贡献，在推进马克思主义理论创新、为建设中国特色社会主义提供智力支持和各学科基础建设方面，推出了大量的研究成果，其中每年完成的专著类成果就有三四百种之多。从现在起，我们经过一定的鉴定、结项、评审程序，逐年从中选出一批通过各类别课题研究工作而完成的具有较高学术水平和一定代表性的著作，编入《中国社会科学院文库》集中出版。我们希望这能够从一个侧面展示我院整体科研状况和学术成就，同时为优秀学术成果的面世创造更好的条件。

《中国社会科学院文库》分设马克思主义研究、文学语言研究、历史考古研究、哲学宗教研究、经济研究、法学社会学研究、国际问题研究七个系列，选收范围包括专著、研究报告集、学术资料、古籍整理、译著、工具书等。

中国社会科学院科研局

2006年11月

立体刑法学：回顾与展望(代序)

刘仁文

立体刑法学从提出至今，已经15年了，这期间承蒙各界厚爱，产生了一定的社会影响，所受到的关注甚至超出了我本人的预料。利用这个机会，对立体刑法学的来龙去脉做一梳理，应是一件有意义的事情。

一 立体刑法学的由来

2003年年初，时任《法商研究》刑法编辑的田国宝先生联系我，说他们准备就进入21世纪的“中国刑法学向何处去”组织一期笔谈稿。我当时一方面对储槐植教授的“刑事一体化”思想产生强烈共鸣，对我国刑法学忽视犯罪学和行刑学的研究很不以为然，^①另一方面又不止于此，对当时学界已经开始讨论刑法的合宪性问题“心有戚戚焉”，深感我国刑法要真正实现现代化，必须要使宪法对刑法的制约具有可操作性，同时对当时司法实践中频繁发生的刑民交叉案件，到底是该“先刑后民”还是“先

① 储槐植教授的“刑事一体化”思想最早见之于《中外法学》1989年第1期的《建立刑事一体化思想》，中心意思是强调刑事学科群（诸如犯罪学、刑事诉讼法学、监狱学、刑罚执行法学、刑事政策学等）的知识融合，疏通学科隔阂。虽然“刑事一体化”思想内涵丰富，但给我印象最深的或者说引发我想在此基础上有所创新的还是他提出的刑法要受犯罪情况和刑罚执行情况的制约的观点。储先生自己在《刑事一体化与关系刑法论》（北京大学出版社1997年版）一书的前言中也说：“由犯罪学、刑法学和监狱学三部分组成作为署名的‘刑事一体化与关系刑法论’比较集中地反映了本人十余年来（1983—1996）发表的数十篇论文的基本精神和主题思想，文稿大致体现了作者思维缓慢进化的历程。”因为“刑事一体化”仅限于刑事学科群，所以并不能包含刑法与宪法、刑法与民法等视角，从这个意义上来说，“立体刑法学”的提出有独立的价值。另外，储先生还追求和推崇“内涵丰富、表述简明”的学术观念表达，在这一点上，“立体刑法学”也可以说与“刑事一体化”的表述有殊途同归之处。

民后刑”还是要分情况而论也颇为困惑,^① 于是以刑法为中心,尝试着从不同角度来看刑法,最后提交了一篇三千来字的笔谈稿,题目就叫“提倡‘立体刑法学’”。该笔谈稿提出了立体刑法学的基本框架,即刑法学研究要前瞻后望(前瞻犯罪学,后望行刑学),左看右盼(左看刑事诉讼法,右盼民法、行政法等部门法),上下兼顾(上对宪法和国际公约,下对治安处罚和劳动教养),内外结合(对内加强对刑法的解释,对外给刑法的解释设立必要的边界)。^② 这组笔谈稿后来被《中国人民大学报刊复印资料·刑法》全文转载。

2009年,时任《东方法学》特邀编辑的游伟教授盛情约稿,我与他提起6年前的那个笔谈稿,想将其扩展成一篇论文,他当即同意。我在原来的基础上,几乎是一气呵成地写成一篇两万多字的论文,以“构建我国立体刑法学的思考”为题,发表在《东方法学》2009年第5期。^③ 该文除了对各部分以具体问题切入并展开较深入的讨论外,还对某些内容作了一些修正,如将“内外结合”中对“外”的概括“对外给刑法的解释设立必要的边界”改为“对外要重视刑法的运作(环境)”。此外,该文还提出“立体刑法学”的两个理论基础:一是系统论和普遍联系的哲学基础,二是刑法效益的经济学基础。有点意外,这篇发表于非核心期刊的论文相继被《中国社会科学文摘》和《高等学校文科学术文摘》

① 例如,同一个案子(如合同纠纷)在甲地被列为刑事案件(合同诈骗),在乙地被列为民事案件(合同欺诈),到底是该哪边先撤案,双方各执一词,学界观点也不一致。这个问题至今没有完全解决,甚至有的本来是民事案件,但当事人抓住这一漏洞,想方设法先让公安部门立案和抓人,只要公安部门当作刑事案件来办,欠钱一方就很可能把钱退回来。而在“于欢刺死辱母者案”这样的案件中,假如起初警察真的把向于欢母子要债的那几个人抓了,会不会又受到“非法介入经济纠纷”的指责呢?当然笔者这样说并不意味着在“于欢刺死辱母者案”中警察就只能无所作为了,相反,他们应当解除于欢母子被讨债人非法限制人身自由的状态。民法学前辈江平教授曾不止一次对我说过,民事欺诈和刑事诈骗的界限一直是长期困扰他的一个问题,最近他还跟我说:过去我们的合同法规定有欺诈内容的合同是无效的,但现在改为可撤销的,也就是说,即便签订合同时有欺诈内容,也不一定就是无效合同。

② 参见刘仁文《提倡“立体刑法学”》,《法商研究》2003年第3期。

③ 现在想来,两篇稿子发表虽然时隔了6年之久,但立体刑法学的思维应当对我的学术研究一直在产生影响,我于2003年出版的《刑事政策初步》、2004年出版的《环境资源保护与环境资源犯罪》、2007年出版的《刑事一体化的经济分析》,都不是就刑法论刑法之作。关于这一点,陈兴良教授在2009年给拙著《刑法的结构与视野》所作的序中也指出:“刘仁文博士在以往的研究中,曾自觉采用了刑事一体化的分析方法。”陈教授认为“立体刑法学的命题与储槐植教授提出的刑事一体化的命题具有异曲同工之妙”,不过在“立体刑法学的命题中,刑法学的主体性地位更为明确”。

转载。

2010年,我将自己撰写的与立体刑法学主题相关的论文规整成书《刑法的结构与视野》,收入陈兴良教授主编的“中青年刑法学文库”。陈教授在给该书所作的序言中指出:“立体刑法学的核心是不能孤立地研究刑法,而要把刑法置于整个法律体系中进行研究,从而拓展刑法学研究的视野。因此,这一命题正好切合该书书名中的‘视野’一词。”^①该书出版后,立体刑法学引起学界更多的关注,中国社会科学院科研局的《学术动态》《法制日报》《北京日报》均以“我为什么要提倡立体刑法学”等为题发表了相关文字;储槐植教授也说,很高兴看到该书在突出刑法主体性的基础上拓展了“刑事一体化”。^②

2011年,我以“立体刑法学研究”为自选课题成功申报了国家社科基金项目,在接下来的几年中,课题组运用“立体刑法学”的思维,借助《中国社会科学院要报》这个平台,分别就《刑法修正案(九)》《反恐法》《社区矫正法》《治安管理处罚法》《证券法》等多部法律提交立法研究报告,其中多篇受到中央领导的批示,有些被立法机关采纳,荣获中国社会科学院优秀对策研究一、二、三等奖若干项。与此同时,课题组形成了50余万字的《立体刑法学》书稿,并顺利获得国家社会科学规划办的免检结项。

近年来,立体刑法学又相继获得学界和社会的一些肯定和鼓励。2016年,“立体刑法学”论文荣获中国刑法学研究会优秀论文一等奖。2017年,《北京工业大学学报》(社会科学版)注意到了我们的这项研究,认为有创新价值,先后分两期(第五期和第六期)、每期三篇共六篇集中推出“立体刑法学”课题组的部分成果。最高人民检察院机关刊物《人民检察》也就我们的研究成果对我作了专访。^③尤其值得一提的是,中国社会

① 参见刘仁文《刑法的结构与视野》,北京大学出版社2010年版,陈兴良序,第3页。

② 参见储槐植《走在刑法脉动的前沿——读刘仁文〈刑法的结构与视野〉》,《人民法院报》2010年9月10日。

③ 参见王渊《立体刑法学:建立刑法学新的研究范式——专访中国社会科学院法学研究所刑法研究室主任刘仁文》,《人民检察》2017年第15期。在与该刊记者王渊的对话中,她告诉我,《人民检察》在《民法总则》出台后,想做一期“民法总则对刑法的影响”的笔谈,她们先后约过几位民法学者,结果对方都宛然谢绝了,说对此没有研究。同样,她们还想做一期“治安处罚法与刑法的衔接”的笔谈,也是很难找到对这两者都有研究的人。所以,当她们发现“立体刑法学”的有关报道后,就特别感兴趣。

科学院重点学科“马克思主义法学”的负责人莫纪宏研究员在给中国社会科学院法学研究所、国际法研究所所作的一次马克思主义法学的报告中,也充分肯定立体刑法学的思想,认为它体现了马克思主义的普遍联系、辩证统一等观点。^①

14年再回首,我掩卷沉思:立体刑法学为什么会受到关注?它的价值到底在哪里?

二 立体刑法学的生命力分析

立体刑法学之所以具有生命力,笔者认为,主要有以下几方面的原因。

一是马克思主义的世界观、方法论和认识论。唯物辩证法的普遍联系、相互作用的原理和系统论是立体刑法学的哲学基础,而系统论与唯物辩证法本身又有着天然的联系,二者在世界观、方法论和认识论上是一致的。^②正如现代系统论的创始人贝塔朗菲所言:“虽然起源不同,但一般系统论的原理和辩证唯物主义相类似则是显而易见的。”^③我国系统科学的先驱钱学森也指出:“局部与全体的辩证统一,事物内部矛盾的发展与演变等,本来是辩证唯物主义的常理,而这就是‘系统’概念的精髓。”^④法学和法治是一个开放复杂的巨系统,刑法学和刑事法治作为其中的一个子系统,它既具有相对整体性、层次性,又有自己的要素、结构和功能,对内有其自组织系统的原理,对外有和环境的关系及其沟通,^⑤立体刑法学正是刑法作为一个系统及其隶属于一个更大系统的思维反映,符合系统运作的规律性要求。

二是中国刑法发展的时代要求。2003年在我提出立体刑法学命题之时,中国刑法学的发展已经进入规范化、专业化的时期,但如我当时已指

① 莫纪宏研究员的这一“发现”使人联想起恩格斯的一句话:自然科学家可以采取他们所愿意采取的那种态度,但他们还是得受哲学的支配。物理学家海森堡也说过类似的话,哲学,不管自觉不自觉,总是支配着基本粒子物理学的发展方向。

② 随着系统科学的发展,唯物辩证法已经由经典形式发展到了现代形式。参见杨建广、骆梅芬《法治系统工程》,中山大学出版社1996年版,第2页。

③ [美]贝塔朗菲:《一般系统论的发展》,黄金南译,载《自然辩证法学习通讯》1981年增刊。

④ 转引自吴世宦《法治系统工程学》,湖南人民出版社1988年版,第39页。

⑤ 当外部环境发生的事件与刑法所要维持的自组织系统发生紧张关系时,就产生了二者的沟通问题,以及刑法子系统是否因此调整自己的组织结构的问题。

出的,“随着学科分工越来越细,学科间日渐形成壁垒,学术研究‘碎片化’的现象越来越严重”。诚然,1979年新中国第一部刑法典刚颁布之时,我们面临的主要任务是刑法学“专业槽”的建立和刑法学知识的发展,但经过二十多年的积累和耕耘后,打破学科壁垒、树立系统思维成为一个新的现实问题,正所谓问题是时代的格言,文随世转是也。^①如果说20世纪80年代的系统法学因当时法学的主要任务在于法教义学的恢复和深化而难免昙花一现的命运,那么当法教义学体系建立起来后,系统法学的再次勃兴就成为不可避免的事情。^②事实上,已经有不少学者对我国刑法学研究的面向单一化、言必称德日等弊端展开反思,呼吁回应型刑法学的研究路径。^③刑法学研究本该是多面向的,特别是今天,我们更应多关注中国丰富的立法和司法实践,注意从本土的经验中提升中国自己的刑法理论,而不要只满足和甘心于做国外理论的介绍者和引进者。

三是反映了刑法运行的实际状况。立体刑法学既是一种研究方法,也是刑法运行实际状况的反映。例如,甲乙两人在同一个城市的不同区分别实施了容留卖淫的行为,甲被所在的区法院以容留卖淫罪判处有期徒刑五年,乙则被所在的区公安局根据《治安管理处罚法》处以十五日拘留、五千元罚款的行政处罚。为什么性质完全相同的行为,结果会如此不同呢?原来,《治安管理处罚法》第67条与《刑法》第359条对引诱、容留、介绍卖淫罪的表述是完全不一样的。根据《刑法》第359条的规定,情节严重的引诱、容留、介绍他人卖淫的,处五年以上有期徒刑;对于只是一般情节或较轻情节的引诱、容留、介绍卖淫行为,判处五年以下有期徒刑。而根据

① 科学史也说明了这一点。在笛卡儿时代,科学家的思维是把自己所考虑到的每一个难题都尽可能地分成细小的部分,直至可以而且适于加以圆满解决为止。这种“分析程序”对人类的科学进步曾起到过很大作用,但随着人类认识的深入,却发现这种研究范式忽略了事物的整体性,特别是它的有序结构和普遍联系,以致把整个世界以及一切事物都看作被分析到极限的不变实体(微粒、质点)的机械聚焦。辩证唯物主义正是看到了这一逻辑的缺陷,指出事物存在的矛盾性质及其普遍联系和转化的辩证过程,为辩证逻辑向系统逻辑的发展创造了思维上的条件。正如恩格斯所指出:随着自然科学领域中每一个划时代的发现,唯物主义也必然要改变自己的形式。

② 当然,再次勃兴的系统法学应当是一种前进式的回归,较之20世纪80年代法学界对系统论多少有点生搬硬套和流于形式,现在则更强调运用系统论的思维和方法,深入开展“接地气”的研究,以切实解决我国法治实践和法学研究中面临的各种具体问题。

③ 例如马荣春《“专业槽”:刑法学知识转型中的一个原本、扭曲与回归》,《中国政法大学学报》2014年第3期。作为认为,回应型刑法学对应的是回应型刑法,所谓回应型刑法,是指刑法的建构与运作应照应和尊重社会发展的当下状况,回应型刑法学应在“回应”中实现刑法学命题或主张的突破。

《治安管理处罚法》第67条的规定，情节较轻的引诱、容留、介绍他人卖淫的，处以五日以下的拘留或五百元以下的罚款；情节严重的上述行为，应该处以十日以上十五日以下的拘留，可以并处五千元以下的罚款。也就是说，引诱、容留、介绍卖淫情节严重的，《治安管理处罚法》也作了规定。^①《治安管理处罚法》和《刑法》如此深度竞合的规定，即便是完全出于公心办案，也难以达到执法的协调。但这种法律运行过程中所出现的问题必须解决，否则不仅对当事人不公，也会对法秩序的统一造成损害。这就要求对《刑法》与《治安管理处罚法》的无缝对接进行研究。又如，交通事故的行政责任认定与交通肇事罪的刑事责任认定之间究竟是什么关系，涉及刑事责任与行政责任在目的、功能、归责方法等一系列问题上的复杂关系。最高人民法院2000年颁布的《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，违反交通运输管理法规发生重大交通事故，在分清事故责任基础上，对于构成犯罪的，依照《刑法》第133条的规定定罪处罚。根据该司法解释，交通肇事罪的成立条件呈现出一个显著的特点，即行为人在交通事故中的行政责任与交通肇事罪的成立与否紧密联系起来，且成为交通肇事罪犯罪构成要件的一部分。因此，分清事故责任就成为认定交通肇事罪的重要依据，甚至可以说，事故责任的大小直接决定交通肇事罪的成立与否。但行为人对交通事故负有交通运输管理法规上的行政责任是否就直接导致其承担交通肇事罪的刑事责任，却不可一概而论，还需要考察行为人的交通违法行为与交通事故之间是否存在刑法上的因果关系，以及行为人主观上对交通事故的发生是否具有刑法上的过失等。^②再如，刑事诉讼过程中的刑事和解等事实上起到了刑法上的除罪化作用，这再好不过地说明了刑法与刑事诉讼法两者密不可分的关系。^③

① 转引自吴学斌《同种行为不同语境下的客观解读——寻找治安管理处罚法与刑法的模糊边界》，载戴玉忠、刘明祥主编《和谐社会语境下刑法机制的协调》，中国检察出版社2008年版，第307页。

② 参见刘仁文、王栋《交通事故的行政责任认定与交通肇事罪的刑事责任认定之关系》，《刑事司法指南》2015年第4期。

③ 陈瑞华教授曾经指出，中国司法实践中新出现的刑事和解运动，对犯罪与侵权概念的划分提出了挑战，传统的刑法、民法是以对犯罪和侵权的严格划分为依据的，而在刑事和解运动中，它是把轻微犯罪按照侵权方式来处理，将刑事诉讼按照民事诉讼的方式来进行运行的。参见陈瑞华《社会科学方法对法学的影响》，《北大法律评论》（2007）第8卷第1辑，北京大学出版社2007年版。

总之，刑法在关系中运行，刑法在动态中运行，它与相关法的界限、融合和相互协作，是必须面临和解决的问题。

四是打造中国特色刑法学话语体系的一个重要抓手。时下我们都在强调构建中国的法学话语体系，提高设置议题的能力。立体刑法学就是一个较好的议题，它立足中国，从中国所要解决的问题出发，既服务于中国的刑事立法和刑事司法，推动我们的刑事法治不断走向良法善治，又面向世界发出中国刑法学的声音，使中国刑法学不致成为“无声的刑法学”。还以交通肇事罪为例，最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处。这是司法解释确立的过失犯以共犯论处的特例。另外，该司法解释还全面实行“客观归责”，弃用自然的因果行为论和心理责任论。^① 不管理论上如何看待这些规定，但它却实实在在地在影响着中国刑法的运作。我相信，与那些西方已经耳熟能详的理论、学说相比，这些生动的中国实践更能引发外国学者对中国的兴趣。^② 再如，中国惩罚危害行为采取行政罚和刑事罚的二元体系，与此相对应，司法机关出台大量的“立案标准”以及其他司法解释，为刑事司法提供具体而详细的标准，以便区分违法和犯罪，这使得《刑法》与《治安管理处罚法》（以及之前的劳动教养）、刑事司法与行政执法的区分与衔接成为一个重要的现实问题，对这些问题的深入研究和妥当处理，不仅对中国的法治有直接意义，而且也是在国际上发出中国刑法学声音的绝好素材。

① 参见阮齐林《中国刑法各罪论》，中国政法大学出版社2016年版，第52—53页。阮教授认为，实践出真知，正因为中国海量的交通肇事刑事案件，才逼出了主要依据行为之交通违章程度认定事故责任大小进而认定犯罪是否成立以及罪责轻重先进的司法解释，该司法解释制定于2000年，历时18年仍游刃有余，很了不起！

② 正如陈瑞华教授所指出，中国作为社会转型期的国家，每个领域都在发生剧烈的变化，已成为世界上最为丰富的问题策源地，这是中国学者进行研究的最大优势，而中国学者的最大劣势则是研究方法，“中国的法律学者究竟能作出多少自己的贡献呢？中国法学研究者可不可以进行一场‘法律发现运动’？”参见陈瑞华《社会科学方法对法学的影响》，《北大法律评论》（2007）第8卷第1辑，北京大学出版社2007年版。

三 立体刑法学的最新课题

以刑法为主体,近年来立体刑法学领域出现了一些新课题。

就瞻前望后而言,在前瞻犯罪学方面,尽管总体来讲,我国犯罪学还不够发达,犯罪学服务于刑法学的能力还有待提升,刑法学对犯罪学成果的自觉吸纳也还不够。值得一提的是,在2011年的《刑法修正案(八)》和2015年的《刑法修正案(九)》先后两次削减死刑罪名时,都是以实证资料为基础,确信死刑削减不会造成犯罪数量上涨为前提的。前者的背景是,2007年死刑核准权收归最高法院后,司法实践中死刑刑罚数量大幅下降,而社会治安非但没有恶化、严重暴力犯罪反而呈现出某种程度下降;后者同样如此,2014年10月27日,时任全国人大常委会法工委主任李适时在向全国人大常委会作《刑法修正案(九)》草案的说明时指出:“2011年出台的《刑法修正案(八)》取消13个经济性非暴力犯罪的死刑以来,我国社会治安形势总体稳定可控,一些严重犯罪稳中有降。实践证明,取消13个罪名的死刑,没有对社会治安形势形成负面影响,社会各方面对减少死刑罪名反应正面。”

在后望行刑学方面,我国的刑罚不断走向开放化。比如,即将出台的《社区矫正法》应当对我国的刑罚走向开放化起到积极的作用。事实证明,行刑的效果和可操作性会直接影响一种刑罚的适用率。如我国的管制刑之所以在实践中判得不多,主要是执行起来有困难(尤其对流动人员犯罪)。如果通过《社区矫正法》能增强对被判处管制者的监管,就能够很好地激活这一刑罚的适用。与此相类似,我们现在常说罚金刑的判决在实践中难以执行,关键在于罚金的具体执行制度存在问题。我们应当借鉴国外的做法,从总额罚金制改为日额罚金制,即判处被告人的是罚金的天数,再根据不同被告人的经济能力来决定其每天应交付罚金的数额。这样,同罪同判的只是罚金的天数,乘以每个不同经济能力被告人的日额罚金,经济能力好的人要多交罚金;反之则少交。这种做法既能让每个受处罚的人感受到刑罚的效果,又能改善罚金刑的执行状况。不仅如此,法律还应有更细致的安排,如犯人判决后失业了,如何解决原来的罚金交不起。又要视情况而定:如果其失业是因为自己好吃懒做等自身原因造成的,那就要折抵刑期去监狱服刑;如果是因为经济危机等非自身原因造成,那就可以改作

公益劳动,甚至当法庭认为有足够理由时,则可以直接免除。所以,我国亟须制定一部统一的《行刑法》,用以统辖《监狱法》《社区矫正法》等诸多行刑方面的法律规范。^①另外,鉴于《刑法修正案(八)》对某些严重暴力犯罪确立了限制减刑的制度,《刑法修正案(九)》又对重特大贪污受贿犯罪确立了不得减刑、假释的终身监禁制度。这些新增的刑罚措施实际效果如何,对犯人改造有什么影响,均亟须跟踪研究。

就左看右盼而言,新的课题就更丰富了。在左看刑事訴訟法方面,以2012年修改后的《刑事訴訟法》新增的“强制医疗特别程序”为例,该程序对依法不负刑事责任的精神病人实施了危害社会行为的,就其强制医疗特别程序的适用条件以及启动、审理、复议、执行和解除等作了规定,将原来由公安机关一家决定、执行的行政化程序纳入司法化轨道,在较大程度上回应和解决了“被精神病”的问题,使刑法中原来简单的一句“在必要的时候,由政府强制医疗”更具可操作性。对于这样一种刑法中带有保安处分性质的措施,通过修改刑事訴訟法落实具体程序,改变了其空悬的命运,使得其在实践中适用率大幅提高。由此可以得到启发,刑法中其他带有保安处分性质的措施,如收容教养,如果能通过类似的特别程序加以规范,应能激活其在实践中的适用。当前,我国青少年违法犯罪呈上升趋势,学界和社会上有许多声音呼吁降低刑事责任年龄,但我认为,降低刑事责任年龄远非上策,从兼顾对青少年的保护和强化社会治理的角度看,将刑法中的收容教养制度加以司法化改造并激活其适用,才是比较理想的选择。

在右盼民法、行政法等部门法方面,不仅新出台的《民法总则》给探讨刑法与民法的关系提供了崭新的素材,^②而且诸多行政法领域也显露

① 在中国法学会组织的“《看守所法(征求意见稿)》立法专家咨询会”上,与会者较集中的意见之一是《看守所法》把未决犯和一部分已决犯(余刑三个月以下的有期徒刑犯和被判处拘役的犯人)规定到一部法里甚至是一个管理模式不合适,因为二者的功能定位是不同的,前者主要是保障刑事诉讼的顺利进行,后者则肩负着对服刑犯人的教育改造。随着危险驾驶罪等轻罪的人刑、废除劳教后犯罪圈的扩大,短刑犯所占的比重越来越大,这个问题就显得更加凸显出来。这也说明,制定统一的《行刑法》确有必要。事实上,党的十八届四中全会已经作出了“完善刑罚执行制度,统一刑罚执行体制”的战略部署,在司法体制改革取得阶段性胜利的基础上,下一步推进公安体制和司法行政体制的改革也是势在必行的事情,也正因此,包括笔者在内的许多与会者都建议要把看守所的隶属体制由公安转为司法行政部门。

② 参见王莉等《民法总则对刑法发展的影响》,《人民检察》2017年第9期;谢永红等《民法总则对刑事责任年龄认定的影响》,《检察日报》2017年4月19日。

出不少有价值的话题；此外，在刑法修正中，也有不少条款引发了这方面的讨论。^①例如，新出台的《民法总则》第127条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”这说明网络虚拟财产具有占有、收益、处分的财产属性，可以作为一种民事权利以物权的方式进行保护。民法对网络虚拟财产的明确规定为刑法进一步按照准财产犯罪的属性处理提供了空间。再如，《民法总则》第111条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”目前，我国刑法只是将侵犯公民个人信息中比较严重的行为，如非法买卖、提供、窃取、骗取公民个人信息等行为规定为犯罪；民法总则扩大公民个人信息保护的范围之后，刑法有必要及时跟进，将“非法收集、使用、加工、传输、公开”行为与“非法买卖、提供、窃取、骗取”行为作同样的禁止性规定。再如，我国《反恐法》从性质上来说，应属于一部行政法，但它在第30条规定了一个刑法上典型的保安处分措施——“安置教育”，即“对恐怖活动罪犯和极端主义罪犯被判处徒刑以上刑罚的，监狱、看守所应当在刑满释放前根据其犯罪性质、情节和社会危害程度，服刑期间的表现，释放后对所居住社区的影响等进行社会危险性评估，经评估具有社会危险性的，监狱、看守所应当向罪犯服刑地的中级人民法院提出安置教育建议”。这表明，安置教育作为独立于刑罚的保安处分措施在我国得到正式确立，并且是在刑法之外确立的。对此，正如有学者所指出，目前我国反恐怖主义法对安置教育的规定仍然是初步的，规范安置教育对象、行为、程序、机制等内容的

① 例如，《刑法修正案（九）》关于“从业禁止”的规定中有“其他法律、行政法规对其相关职业另有禁止或者限制性规定的，从其规定”，学界对此就褒贬不一。在立法时就有人提出反对意见，认为让刑法从行政法的规定，显得很严肃。立法通过后，司法实践中也很少有人民法院依据“从其规定”援引其他法律、行政法规来判处从业禁止，而是大多适用第37条之一第1款的“三年至五年”的期限，如有学者统计指出，他所收集到的5份生产、销售假药罪的判决书宣告的从业禁止期限都是“三年”，而不是《药品管理法》规定的“十年”；8份生产、销售有毒、有害食品罪的判决书宣告的从业禁止期限也都是“三年”，而不是《食品安全法》规定的“终身”；两份醉酒型危险驾驶罪判决书宣告的从业禁止期限分别是“四年”与“五年”，而不是《道路交通安全法》规定的“终身”（参见欧阳本祺《我国刑法中的“从其规定”探究——以〈刑法〉第37条之一第3款的规定为分析对象》，《法商研究》2017年第3期）。这就带来一个问题：刑法上的从业禁止期限反而要轻于甚至大大轻于行政法的从业禁止期限，而当刑法上的从业禁止期限到期后，行政法的从业禁止期限应当还是继续有效，那么如何厘清二者之间的逻辑关系确实就成为一个问题了。

制度体系还远未完善。^①如此重大的制度变革，竟然在刑法之外的行政法中悄然产生，应当说，刑法学界总体关注还是远远不够的。说到刑法与行政法的关系，晚近的几次刑法修正案还有一个很突出也很引起争议的现象，那就是所谓的用刑法倒逼有关行政法的出台。即在一些法定犯中，本来应当行政法先行，才符合刑法的保障法特点；现在却倒过来了，先刑法出台一个罪名，规定违反国家有关规定的某种行为为犯罪，然后再来倒逼“国家有关规定”的出台。我对此是持批评态度的，因为它违反了社会治理应当遵循的行业自治—行政规制—刑罚制裁的一般位阶和逻辑，更何况有时“倒逼”还不一定能马上到位。如2009年的《刑法修正案（七）》就增设了“侵犯公民个人信息罪”（2015年的《刑法修正案（九）》又把本罪的主体由特殊主体修改为一般主体，并提高了法定最高刑），但至今作为该法前置法的《公民个人信息保护法》仍未出台。^②

就上下兼顾而言，在上对宪法方面，如何加强宪法和《立法法》等宪法性文件对刑事立法和刑事司法（包括司法解释）的硬约束，仍然是一个亟须从制度上化解的难题。^③如果不解决这个问题，我国刑法就难以真正实现现代化和法秩序的统一，也无法在刑事法治领域切实树立宪法的权威、落实“依宪治国”。在上对国际公约方面，随着我国加入的国际公约越来越多，参与国际层面的维和行动、护航行动越来越多，需要研究的问题也越来越多。如《联合国反腐败公约》有效推动了我国晚近的几次刑法修正，增设了“利用影响力受贿罪”“对有影响力的人行贿罪”等罪名，但我国刑法仍然在很多问题上与公约的要求存在差距，如我国刑法仍将贿赂的标的物限于财产性利益，对照《联合国反腐败公约》中的“不正当好处”，显然后者并不限于财产性利益，而是包括请托人为受托人亲属安排工作、晋升职

① 参见陈泽宪《安置教育需要全面坚持法治原则》，《检察日报》2016年10月28日。

② 由于《公民个人信息保护法》迟迟没有出台，只好靠司法解释来解决该罪适用中的一些疑难问题，如自2017年6月1日起施行的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》将侵犯公民个人信息罪的“违反国家有关规定”解释为“违反法律、行政法规、部门规章有关公民个人信息保护的规定”，但这里将部门规章纳入，超出了《刑法》第96条关于“违反国家规定的含义”之规定。

③ 例如，前述司法解释超越《刑法》第96条的规定，对其合法性的质疑还只能停留于学术探讨，在实际操作层面上却无可奈何。又如，《刑法修正案（九）》直到第三次审议时才加进对重特大贪污受贿犯增设不得减刑、假释的终身监禁等内容，有学者认为这违反了《立法法》的相关规定，但也同样不能诉诸违宪审查。

位、提供家政服务乃至性服务等非财产性利益。此外,我国刑法至今没有“海盗罪”这一罪名。这个问题在我国按照联合国安理会的有关决议派遣海军舰艇赴亚丁湾、索马里海域护航后就更加凸显出来。虽然我国刑法中有相关罪名来处理绝大多数海盗行为,但在国际刑事司法合作中,“海盗罪”作为一种公认的国际犯罪,更容易得到国际社会的理解与配合,如果套用其他罪名,则很可能因各国法律制度的差异甚至意识形态的干扰而影响合作的顺利进行。论及刑法与宪法和国际公约,还有必要回顾一下:2015年习近平主席签署的特赦令,这一特赦令使我国沉睡了40年之久的特赦制度得以复活,但这次特赦决定作出后,各地在执行中所表现出来的一定程度的“乱象”也说明,目前我们这方面的规定还太原则、太粗糙,需要根据宪法制定出一部可操作的具体的赦免法来,从实体到程序对赦免的申请、启动、审查、决定等各个环节进行规范。这也是依法治国、依法行赦的应有含义。同时,我们还需要建立死刑犯的申请赦免制度,这是一项不同于我国宪法已有规定的自上而下的赦免制度,它是自下而上赋予每一个死刑犯申请赦免的权利的制度,这也是《公民权利和政治权利国际公约》所明确规定的。考虑到在可预见的未来,我国的死刑还只可能减少而不可能完全废除,因而这项制度不能长期付诸阙如,应当健全完善。^①

在下对治安处罚和劳动教养方面,劳动教养制度已经废除,自然不再存在刑法与其衔接的问题了,但类似劳动教养的一些制度还存在,如收容教育、收容教养等,因而刑法与这些制度的关系仍然是未了的话题。从强制医疗的司法化改造和有关国际公约的要求来看,对这些剥夺和限制人身自由的措施都应进行司法化改造,纳入未来大刑法中的“保安处分”里。至于治安处罚,目前正在修订的《中华人民共和国治安管理处罚法》如何与刑法衔接好,也是一个现实问题。^②

① 参见刘仁文《论我国赦免制度的完善》,《法律科学》2014年第4期。

② 当然,作用不是单方面的,而是互相的。例如,治安管理处罚法规定,对使用伪造、变造的国家机关、人民团体、企业、事业单位或者其他组织的公文、证件、证明文件的,应当与伪造、变造或者买卖国家机关、人民团体、企业、事业单位或者其他组织的公文、证件、证明文件、印章等行为一样受到处理,但刑法却只规定了伪造、变造、买卖国家机关的公文、证件、印章罪和伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪(没有将使用行为入罪),其实,绝大多数的伪造、变造行为目的就是使用,刑法不将使用行为入罪并不合理(《刑法修正案(九)》在伪造、变造、买卖身份证件罪的基础上增加了使用虚假身份证件罪也恰恰说明了这一点),不仅如此,它还导致实务中如果对伪造、变造行为无法查证或无法达到证据确实充分标准、同时又找不到实物印模且不存在其他情节的,也只好通过治安管理处罚法按使用来处理了。

就内外结合而言,在对内加强对刑法的解释方面,立体刑法学特别重视将刑法解释的视野扩展至刑法规范之外的影响因子。如2010年,针对形式解释和实质解释的激烈交锋,我指出法律并没有规定说只许形式解释或只许实质解释,从立法解释和司法解释这类有权解释以及法官在具体法律适用中的解释来看,也许解释者会在不同的刑事政策和价值观的指引下选择不同的解释立场,如在某类犯罪严重或社会治安压力大的时候,更可能选择入罪的解释;在社会治安相对较好、人权保障成为强调重点的时候,更可能选择出罪的解释。由此看来,持形式解释立场还是实质解释立场,本身也是动态的,如果能从刑事政策的角度来考察形式解释和实质解释的交替使用,并从应然上给这种交替使用的正当性设置一些规则,可以视为刑法解释的第三条道路。^①最近阮方民教授也提出要重视刑法的政策解释,并就此提出三点意见:一是刑法的政策解释是一个不应被中国刑法学者忽略的刑法解释现象,是在刑法实践中产生的概念,他以2007年最高人民法院和最高人民检察院出台的《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题意见》为例,认为这个意见几乎全文照搬了中纪委的规定,在这份司法解释中出现了大量的党纪党规;二是刑法的政策解释是有中国特色的法律解释方法与解释现象,且刑法的政策解释有它的客观必要性,相比西方法律运行的相对封闭性,中国的刑法运行更具开放性;三是刑法的政策解释常常突破法律规范框架的限制,它对社会发展的影响具有利弊双重性,这就要求我们在解释法律时不仅要有法律思维也要有政策思维。^②阮教授的这一见解其实也是与本书提出的内外结合刑法解释观相契合的。当然政策(主要是刑事政策)只是刑法解释外部影响因子之一,而不是全部,社会的发展等同样会对刑法解释产生影响。总体而言,为了应对快速发展的社会,也为了保持刑法的相对稳定,刑法解释需要从立法刚颁布时强调遵循立法者原意的主观解释逐渐向立法颁布较长时间后法条文意射程范围内所能涵盖的客观解释转换,为此,我们需要认识到,坚持罪刑法定原则和刑法的谦抑性,与适当发挥司法的能动性并不矛盾。以网络犯罪为例,传统刑法并不是网络时代的产物,但现在网络已远非虚拟社会,而是

① 刘仁文:《从刑法注释到刑法解释学》,《环球法律评论》2010年第5期。

② 参见《“信息时代刑事法现代化研讨会”顺利举办》,浙江大学光华法学院网站, http://www.ghls.zju.edu.cn/chinese/redir.php?catalog_id=55&object_id=352055, 2017年7月30日访问。