

● 北京师范大学刑事法律科学研究院主办 ●

刑法学的新动向

(2005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主办

刑法学的新动向

(2005 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. 2005 年卷/刘志伟主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007.3

ISBN 978 - 7 - 81109 - 655 - 2

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 (2007) 第 027048 号

刑法学的新动向 (2005 年卷)
XINGFAXUE DE XINDONGXIANG
(2005NIANJUAN)
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: 北京市优美印刷有限责任公司

版 次: 2007 年 3 月第 1 版

印 次: 2007 年 3 月第 1 次

印 张: 24.25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 460 千字

印 数: 0001 ~ 1500 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 655 - 2/D · 615

定 价: 58.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

卷首语

2005年,伴随着我国构建和谐社会的坚定步伐与法治建设的快速发展,我国刑法学界在刑法学基础理论、应用实务以及外国刑法学、比较刑法学等研究领域又取得了丰硕的成果。据不完全统计,2005年度共出版各类刑法学著作近200部,在各类报刊、杂志上发表刑法学学术论文2200余篇,并在诸多问题上有创新性和启发性研究。例如:

——在刑法理性问题上,张智辉教授从刑法的实体规范和运作过程相结合的角度,提出了刑法理性的概念。他认为,刑法理性贯穿刑法立法和司法的全过程,是保证刑法合理性的基本原则。刑法理性的基本内涵包括目的性、合理性与节制性,三者从不同的侧面反映了人类对刑法的存在、功能和实施的理性认识,反映了人类理智和文明对人类自身的报复本能的自我约束。目的性强调犯罪的设定和刑罚的运用要符合预防犯罪目的的内在要求,对刑法的工具性予以制约,有利于刑法目的的实现;合理性强调手段符合目的的原理必须受合理性的制约,只有在合理性的限度内,不违背目的本身所包含的价值追求,手段符合目的才是值得追求的价值;节制性进一步强调,实现刑法目的的手段即使是合理的,也应该控制其使用的范围和强度,手段不受节制,就可能丧失其合理性而背离其目的。刑法的目的性、合理性与节制性的有机统一,构成了刑法理性的基本内容,是我们研究刑法中其他一切问题的出发点。

——在刑法方法问题上,陈兴良教授提倡在刑法方法理论中加强刑法教义学方法的研究。他认为,规范刑法学不能等同于注释刑法学,而更应当是刑法教义学。刑法教义学的基础和界限源自于刑法法规、致力于研究法规的概念、内容和结构,将法律素材编排成一个体系,并试图寻找概念构成和系统学的新方法。刑法教义学作为法律和司法实践的桥梁,在对司法实践进行批判性检验、比较和总结的基础上,对现行法律进行解释,以有利于法院适当地、逐渐翻新地适用刑法,从而达到在相当程度上实现法安全和法公正。

——在刑事政策的界定问题上,卢建平教授认为刑事政策就是治国之道,因此刑事政策应该翻译成“刑事政治”,如此界定的刑事政策学就应该是刑事政治学。

刑事政策是公共政策或社会政策的一部分，是治国之道的一部分，属于“治道”的范畴。他认为，之所以要将刑事政策上升到刑事政治的高度来看待，首要的考虑是将刑事政策从一般的打击惩罚犯罪的策略措施、从专政的工具、手段或者武器升华为治国的战略或者艺术，是将刑事政策从国家的专属、垄断或者专政的封闭圈子里解放出来，使之成为公共政策，成为全社会关注的公共话题。只有将刑事政策上升到政治的层面，才有可能考虑市民社会在刑事政策体系中的地位与作用，政治国家与市民社会双本位的二元犯罪控制模式的实现才是可能的，国家主导、社会力量广泛参与的综合治理的政策特色才能充分显示出来。

——在刑法解释问题上，林维博士认为，刑法解释过程中始终存在着利益因素的影响，刑法解释主体、解释案的请求者、解释对象所代表的不同利益，使解释结论具有不同的倾向性。刑法解释中不同主体的利益取向不可避免地会导致机构之间的冲突，出现人权保障与法益保护等刑法不同机能的冲突。利益相关性并不一定意味着错误解释，但是要注意在制度安排上不当使某一部门的利益通过刑法解释得到不正当的扩张和合法化。必须在刑法解释的制定过程中，使有关利益的影响能够始终控制在一种合法、公开、均衡的限度内，并始终警惕立法机关、司法机关和行政机关在针对犯罪人时为实现稳定而超越具体职权的纷争，通过刑法解释上的利益联合，导致刑法通过其解释脱离权利保障机能，而过度强化其社会控制机能。

——在罪刑法定原则的机能问题上，周少华博士对学界关于罪刑法定原则发挥着社会保护和人权保障的双重机能的通行观点提出了异议。他认为，社会保护机能与人权保障机能的统一是刑法的整体价值目标，而不是刑法某一个构成要素的价值目标。刑法的各种构成要素相互作用而产生刑法的整体机能，而作为刑法具体机能的保护机能或者保证机能，则分别由刑法的不同要素产生。刑法的保护机能主要是通过刑罚及包含刑罚的刑法规范而产生的，而其人权保障机能则主要是通过罪刑法定原则产生的，认为相对罪刑法定原则具有人权保障和社会保护双重机能的观点，实际上是混淆了刑法的机能与罪刑法定原则的机能，错把刑法的整体机能当成了其构成要素的机能。我国《刑法》第3条从正反两个方面规定罪刑法定原则，将社会保护的内容附加给罪刑法定原则，在一定程度上消解了这一原则的社会法律意义，不利于现代刑法观念的培植。

——在刑事责任的定位问题上，张旭教授主张采取“改造模式”解决刑事责任的定位问题。所谓“改造模式”，就是突破刑法学的既有框架，以刑事责任为主线重新构筑刑法学的体系。具体说来，就是从刑事责任的视角将刑法总论分为五个部分：第一部分为刑法论或刑法概说，保留原刑法总论中的绪论部分，具体论述刑法的概念、性质、目的、任务以及刑法的解释、刑法的基本原则、效力范围以及研究对象，

其中主要对刑法学中的犯罪、刑事责任、刑罚等基本范畴及其间关系进行解释和说明；第二部分为刑事责任的确定，也就是犯罪的成立，具体对犯罪的成立条件进行分析、探讨；第三部分为排除和影响刑事责任的事由，包括正当事由、认识错误、精神障碍、未成年、故意犯罪的停止形态、累犯、自首与立功等内容；第四部分为刑事责任的实现，主要研究刑罚的体系、刑罚的裁量、刑罚的执行及非刑罚处理方法；第五部分为刑事责任的终结，主要涉及时效和赦免的内容。这样构建刑法学总论体系，能够使刑事责任的价值认知和体系定位协调一致，能够体现犯罪、刑事责任和刑罚三者既紧密联系又各自独立的关系，可以使刑法体系的设置和内容安排更趋合理。

此外，刑法学界在刑法观念的国际化、刑法的主客观相统一原则、单位犯罪的处罚根据、超过的主观要素、“结果假定发生”情况下的过失判断、复合罪过、客观归责理论与因果关系的判定、不作为犯罪、不能犯、竞合犯、非刑罚化、死刑以及刑法诸多具体犯罪的认定等问题上进行了比较深入的研究，取得了一定的进展。

以全面记载中国刑法学研究的状况、真实反映中国刑法学发展的动向为宗旨的《刑法学的新动向》（首卷·2004年卷），自2005年出版以来，受到广大刑法学专家、学者与学习者的广泛关注与好评，本书所采用的独特的学术研究、整理模式也迅速为学界同仁所接受，成为大家研究与学习刑法学的重要工具。与此同时，我们也不断收到读者以各种方式所表达出的对《刑法学的新动向》编写工作的大力支持与完善建议，这对我们改进《刑法学的新动向》（2005年卷）的编写工作起到了重要作用。《刑法学的新动向》（2005年卷）分38个专题对2005年度发表的2200余篇刑法学论文和出版的近200部刑法学著作进行了全面、系统、细致的总结与整理。在本书中，虽然我们力求将每个专题在2005年度研究中的新进展概括和反映出来，但由于受收集资料的渠道和编写者的能力等因素的限制，肯定会有遗漏和不准确之处，尚请论著的原作者和读者谅解。

最后，需要特别提及的是，本人作为以赵秉志教授为首的中国人民大学刑法学科学术团队的主要成员于2005年8月18日，和赵秉志教授、卢建平教授等同事一起加盟北京师范大学并创立全国首家独立性的、实体性的刑事法研究机构——北京师范大学刑事法律科学研究院，《刑法学的新动向》的编写工作得到了刑事法律科学研究院的鼎力支持；中国人民公安大学出版社也一如既往地给予我们很多的支持。在此，谨向所有关心和支持《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衷心的感谢！

刘志伟

2006年6月于北京师范大学刑事法律科学研究院

目 录

刑法学的基础性理论问题	王俊平 雷 池	1
刑事政策问题	魏昌东 刘志伟	17
刑法的目的和机能问题	魏昌东 刘 玲	31
刑法解释问题	刘志伟 周国良	38
刑法基本原则问题	张旭辉	45
刑法的效力问题	魏昌东 赵晨光	56
犯罪概念与犯罪构成问题	张亚平	63
犯罪主体问题	马 楠	70
犯罪主观方面的问题	王雨田	82
犯罪客观方面的问题	周国良	101
犯罪客体与犯罪对象问题	刘春花 魏昌东	116
正当行为问题	王 烁	119
故意犯罪停止形态问题	韩瑞丽	124
共同犯罪问题	张亚平	138
罪数形态问题	魏昌东 梁文钧	151
刑事责任问题	周国良	162
刑罚宏观问题	赵冬燕	166
刑种改革问题	李凤梅	172
死刑问题	魏昌东	178
刑罚裁量问题	郭 健 张亚平	202
刑罚执行问题	郭 健	216
刑罚消灭制度	魏昌东 彭胜娟	221
刑法各论的一般理论问题	杜 邈	227

危害公共安全罪问题	杜 邈	231
妨害对公司、企业管理秩序罪问题	张旭辉	242
金融犯罪问题	杨建军	248
侵犯知识产权犯罪问题	马 楠 刘志伟	266
扰乱市场秩序犯罪问题	彭胜娟	279
侵犯公民人身权利、民主权利犯罪问题	吴 江	286
侵犯财产犯罪问题	冷必元 刘晓虎	298
扰乱公共秩序罪问题	喻海松	312
妨害司法犯罪问题	刘 玲	323
危害公共卫生犯罪问题	李山河	329
破坏环境资源保护犯罪问题	赵晨光	332
毒品犯罪问题	刘 玲	337
贪污贿赂犯罪问题	李山河	340
渎职犯罪问题	赵冬燕	360
中国区际刑法问题	张旭辉	368

刑法学的基础性理论问题

王俊平* 雷 池**

2005年度,我国刑法学界就刑法学的基础性理论问题发表10余篇论文,出版3部专著。这些论著的问世,促进了我国刑法学基础理论的发展,丰富和繁荣了我国的刑法理论。

一、刑法(学)方法

(一) 刑法教义学方法论

有论者对刑法教义学方法论进行了研究,认为罪刑法定原则下的刑法适用,在很大程度上依赖于对法律的正确解释以及在此基础上的逻辑推理。因此,在刑法理论上应当加强法教义学方法的研究。刑法教义学方法中涉及的重大问题包括刑法解释方法论、犯罪构成方法论、案件事实认定方法论以及刑法论证方法论等。就刑法解释方法论而言,论者认为,刑法解释不同于其他法律解释,刑法解释应当遵从严格解释原则,不能作类推解释。就犯罪构成方法论而言,主张犯罪构成是由各种构成要件(要素)组建而成的一种模型,各构成要件之间应存在明确的位阶关系,即罪体——罪责——罪量。就案件事实认定方法论来说,提出应当将事实问题与法律问题相区分,在认定犯罪过程中,一般就入罪而言,须先认定案件事实,再作法律判断。如果没有案件事实,可以中断法律判断。但在出罪的情况下,难以认定案件事实,但容易作出法律判断的,也可以通过否定的法律判断得出出罪结论。就刑法论证方法论而言,该论者对法律论证的必要性问题进行具体分析,并指出刑法论证决不仅仅是一个逻辑的问题,在更大程度上是一个政策问题与情理问题。^①

(二) 刑法学方法论

有论者认为,刑法学方法对刑事立法与司法具有重要的意义。就刑事立法而言,通过对刑法学方法的分析、把握,至少可以潜移默化地影响刑法完善工作。具体而言,注释方法、思辨方法可以帮助人们发现刑法规范在语法、语言文字、逻辑

* 北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员,副教授。

** 河南省洛阳市人民检察院干部,法学硕士。

① 参见陈兴良:《刑法教义学方法论》,载《法学研究》2005年第2期。

方面的问题,从而指导立法机关改正这些问题;对系统方法的研究与应用,可以培养系统思维;对比较方法的研究与应用,可以拓宽理论工作者与立法者的视野,了解世界刑法走向,在重视立法特色的同时,尽量与世界先进的立法理论、价值观念、立法模式接轨;对刑法学方法群的研究,可以使刑法解释更为妥当,理论研究更具深度,从而为完善刑法立法奠定更好的理论基础。就刑事司法而言,在良性运转的刑事法治系统中,成熟而妥当的刑法理论为刑法的相对完善提供了理论支持,为良性司法提供了“知识装备”和主观能力。良性司法则体现出刑法理论的成熟和刑法立法的完善。由于刑法学研究方法可以成为刑法应用方法,或者是司法适用的方法基础,因此,刑法方法论以及方法学的成熟发展,对于良性司法不仅有工具价值,而且具有基础功效。^①

关于刑法学的研究进路,有论者认为,刑法适用的特点是把刑法规范作为逻辑推理大前提,把司法实际情况作为小前提进行演绎分析。这一特点决定了刑法注释研究以刑法规范为最佳进路,先廓清大前提的概念,然后再对应司法实务问题进行分析。如果选择相反的进路,先理解司法实务问题,再设定逻辑推导前提,对于应用结论的得出,可能存在障碍。立法建议研究的一般进路,应当围绕立法必要性和可行性进行,可以以必要性为进路,也可以以可行性为进路,但必须既说明必要性,又说明其可行性。对于立法必要性的论证,一般应当以反向思维为进路,说明不及时对刑法进行废、改、立的弊端以及进行废、改、立的意义。当然,对于立法必要性的说明,还可以选择以国外立法或宪法规定为进路。刑法案例研究是指对具体犯罪案件进行学理分析论证的一种研究形式。刑法案例的研究可以采用演绎的进路,即刑法案例研究必须遵循从法学原理到具体案情再到结论这样一个逻辑演绎的推理过程。这里的“法学原理”,主要是指刑法学原理,但并不局限于此,有时可以结合一般法学原理、法哲学原理甚至民法学、社会学等原理进行。这一研究进路,实质上是以前设的价值为前提,通过对具体案情的分析,把前设价值理念具体化为案件的结论。刑法案例研究还可以采用归纳的进路。刑法案例研究遵循从具体个案到法学原理再到结论这样一个逻辑归纳过程。研究主体从具体案情出发进行分析,找出与法学原理,主要是刑法学原理的不相适应之处,然后归纳出带有一般性的结论。这一研究进路,实际上往往以某种前设价值观念为前提,通过个案分析,发现社会实际问题的认定与处理同前设价值的差距,进而推导出另一个原理性结论。基础理论研究实际上是一个从事实到价值,从事实判断到价值判断的过程,故刑法学基础理论的研究可以选择从事实评价到价值判断作为一般的研究进路。从事

① 参见曾宪兴:《论刑法学方法对刑事立法与司法的意义》,载《中国刑事法杂志》2005年第5期。

实到价值、从事实判断到价值判断的研究进路,必须以现实的刑法实践为中介或者桥梁。这一进路包括两个阶段:第一,从事实判断到评价判断;第二,从评价判断到规范判断。由于事实本身并不包含任何价值信息,因此,事实判断与价值无涉。评价判断与规范判断,都是认识主体赋予认识对象以价值色彩的认识活动,因此,同属于价值判断。^①

(三) 刑法方法理论

有的论者认为,刑法方法理论主要研究的是刑法的研究、制定和适用中所使用的方法问题;刑法意义上的世界观问题,除非对“世界观”的概念进行特别的界定,一般不属于刑法学而属于法理学研究的范畴。在制约刑法方法选择的基本条件中,法系的特点对刑法和刑法学具有重要的影响,是决定刑法方法的基本条件;目的作为使用方法的前提,会对方法的选择发生重大影响。在刑法解释学中的方法选择和限制中,刑法有权解释中的立法解释不应当溯及既往,刑法有权解释中的司法解释应受制定法等限制。学理解释应当遵守罪刑法定原则所要求的禁止类推,除非有利于被告。关于刑法理想对刑法方法的指引作用,论者提出,从刑法方法上说,一个能够为构建符合理性目的和满足法治需要的刑法服务的刑法理想,要通过概念的确信、体系的确信和功能的确信才能建立起来。刑法理想对刑法方法的选择具有根本性的指引作用。综合的方法是最好的刑法方法,这里的综合方法指的是为了专业的目的(就是刑法),针对专业的问题(就是刑法问题),在得出专业的结论(就是刑法的结论)中所使用的各种具体方法的总称。并特别提出这里的综合方法仅仅是指刑法性的,而不包括非刑法性的含义在内。^②

二、刑法哲学

(一) 刑法理性

有论者对刑法理性的概念和内涵作了深入的研究。该论者指出,所谓刑法理性,是指国家在制定和适用刑法时所表现出来的自觉设定目的、不断寻求合理有效的惩罚方式以及自我克制的特性。它以对刑法基本范畴的理性认识为基础,根据所处社会公认的基本价值准则,确定刑法的目的,并使刑法的制度设定和具体适用自觉地服从刑法目的的要求,以追求刑法目的最大限度的实现。刑法理性集中表现为刑法的目的性、合理性以及节制性三个方面。

刑法的直接目的是预防犯罪,刑法的最终目的是维护社会的生存条件,刑法的

^① 参见曾粤兴:《刑法学研究进路论略》,载《甘肃政法学院学报》2005年第1期。

^② 参见王世洲:《刑法方法理论的若干基本问题》,载《法学研究》2005年第5期。

最终目的决定刑法直接目的的产生，刑法的直接目的源自于刑法的最终目的，直接目的必须服从最终目的的需要，必须服从保护社会生存条件的需要，必须以维护和促进该社会基本价值为前提。

刑法的合理性可从刑法的价值合理性、逻辑合理性、程序合理性三个方面进行理解。价值合理性是指刑法的存在具有价值，并且这种价值选择是合理的，即符合社会发展和社会成员的根本利益。价值合理性包括两层含义：一是刑法存在的必要性；二是价值选择的兼顾性。刑法的规范设置要符合其内在的逻辑，其所确立的精神在刑法中能够保持前后贯通和始终如一。逻辑合理性包含四个方面的内容：一是刑法的用语应当明确；二是刑法的精神应当一致；三是刑法规定的犯罪与刑罚之间应当均衡；四是刑法的规定应当具有稳定性。程序合理性是指刑法的具体适用要有可预测性。程序合理性包括四个方面的内容：诉讼过程的规则设计和具体实施能够有利于发现真实；能够保障刑法适用的严肃性；能够保障用刑适当；能够防止追诉权的滥用。

刑法的节制性是指刑法的制定和适用在范围和程度上要受到人类理性的控制。刑法的节制性主要表现在三个方面：一是谦抑；二是宽和；三是人道。刑法谦抑的核心是反对基于报复情感的滥用刑法，主张刑法应当具有宽容精神，刑法的启动应当限定在绝对必要的范围之内。刑法谦抑，主要包含三个方面的内容：一是政策上的宽容性；二是立法上的非犯罪化；三是司法上的非犯罪化。刑法宽和的核心是反对重刑主义，主张刑罚应当和缓，以便减少刑罚的施用可能造成的损害。刑法的宽和性主要包括三个方面的内容：一是主张轻刑；二是主张有条件的减轻处罚和免除处罚；三是主张有条件的适用缓刑。刑法的人道不仅应体现在刑事立法中，还应体现在刑事诉讼和刑罚执行中。刑法的目的性、合理性和节制性应当并重，以保证刑法的制定和适用符合人类理性的要求。刑法的目的性、合理性和节制性的有机统一，构成了刑法理性的基本内核。^①

（二）刑法谦抑精神

有论者对刑法谦抑精神的概念、内容、根据以及实现作了专门研究。^② 刑法的谦抑精神，是指在整个刑事领域，国家按照一定的规则，控制刑法的调控范围、调控程度以及行刑人性化的一种基本精神。

刑法谦抑精神的内容为刑法的有限性、迫不得已性和刑法的宽容性。所谓刑法的有限性，即对刑法的限制，是指刑法的调控范围以及刑罚手段的运用是有限的，

① 张智辉：《论刑法理性》，载《中国法学》2005年第1期。

② 参见王明星著：《刑法谦抑精神研究》，中国人民公安大学出版社2005年版。

而不是无穷的。具体而言,刑法的有限性又可以体现在两个方面:一是刑法触角的有限性;二是刑罚发动的有限性。所谓刑法触角的有限性,又称为刑法调控范围的有限性,是指刑法调控的对象必须是在行为人意识支配下严重危害社会的行为。刑罚发动的有限性主要体现在三方面的条件上:第一,刑罚发动的首要条件就是必须有刑事案件的发生。第二,刑罚发动的实体法条件是刑法的规定性。该条件通常需要通过“罪刑法定的要求”和“犯罪构成要件的限制”两个方面来实现。第三,刑罚发动的程序性条件是指非经法定程序,不得剥夺任何人的生命与自由以及其他合法权益。所谓刑法的迫不得已性,是指不到万不得已不得把某种行为在刑法中加以规定,不到万不得已不得在刑法中规定以及动用较重的刑罚。具体包含“刑事立法上的迫不得已性”和“刑事司法上的迫不得已性”两层意思。所谓刑事立法上的迫不得已性,是指针对某种严重危害社会的行为,如果不把其规定为犯罪行为或者规定适当的刑罚,就无法有效遏制该危害行为的发生或者难还社会以公正,在万般无奈的情况下,才把该行为规定为犯罪以及规定特定的刑罚;刑事司法上的迫不得已性,是指不到万不得已就尽量不要动用刑罚,不到迫不得已就不要动用较重的刑罚。所谓刑法的宽容性,是指给所有人以人文的关怀,刑法要尊重人的自由与尊严,能不干涉的领域尽量不去干涉,能用较宽和的刑罚手段就尽量用较宽和的手段。从历史的角度考察,刑法的宽容性主要表现为两个方面:一方面是刑罚手段的越来越宽容;另一方面是刑法对道德与宗教领域的占领空间越来越小。

关于刑法谦抑精神的根据,论者认为,应主要包含以下内容:第一,刑法谦抑精神的本体根据,即刑法本身以及刑法所规定的内容(即犯罪与刑罚)所蕴含的谦抑精神的根基。刑法由于其地位、价值、机能的特殊性,致使刑法必须谦抑。由于刑法在法律体系中的位置居于“后卫”的地位,刑法只能把侵犯最重要的社会利益作为犯罪处理,国家也只有在其他制裁措施无法收到良好效果时,才能动用刑法。刑法的人权保障机能是指刑法通过限制国家刑罚权的适用,使犯罪人免受国家刑罚权恣意行使的侵害,从而实现刑法保障公民个人权利目的的机能,体现了刑法对公民自由的保障。正是基于刑法的负价值性以及刑法的功利性,我们才必须限制刑事立法权。由于犯罪发生的必然性、相对性,而要求刑法谦抑;由于刑罚的代价性以及无奈性,也要求刑法谦抑。所谓犯罪发生的必然性,是指犯罪作为一种社会现象,是不可避免的。实际上,一定犯罪的产生和存在是必然的,犯罪的社会原因及其与犯罪发生之间的因果关系的存在,决定了一定数量、质量的犯罪的存在。所谓犯罪的相对性,是指犯罪在给人们带来恶害的同时,也给社会带来了一定的好处。换言之,犯罪的存在具有相对的合理性。既然刑罚本身是有限的,那么我们在适用时理应不能对其期望太高,甚至说应该尽量克制地使用。从此角度而言,刑罚

作用的有限性也是刑法需要谦抑精神的一个理由。正是由于刑罚的动用具有以上的代价性或者成本昂贵,国家才更应该不到迫不得已之时不得动用刑法,不到迫不得已之时不得动用较重的刑罚。第二,刑法谦抑精神的现实根据。其中,人性是刑法谦抑精神的永恒根据。事实上,无论是多么凶恶的罪犯,其都有人性中善良的一面。正是基于罪犯也有善良人性的一面,刑法对其才要以谦抑的态度对待。我国惩办与宽大相结合的基本刑事政策是谦抑精神的刑事政策根据。而“严打”效果的不明显性,也从反面说明了刑法谦抑精神的必要性。由于全球化的到来,一国的法律制度不仅要受本国的经济、政治、文化等内部因素的制约,还要受到国际大环境的影响。目前,世界上大多数国家的刑法都在向轻缓化方向发展,而且我国也已签署了一系列的国际人权公约。为了与国际接轨,我国理应及时修改刑法中与国际通行做法相悖的规定,充分体现刑法的谦抑精神。

关于刑法谦抑精神的实现,论者指出,非犯罪化、非刑罚化以及轻刑化充分体现了刑法的谦抑精神,能够切实实现刑法的有限性、迫不得已性和宽容性。其中,无论是非犯罪化、非刑罚化,还是轻刑化,大都不仅仅只是刑事立法的任务。在刑事司法中,我们同样要关注非刑罚化以及轻刑化的问题。对于我国而言,尽管非犯罪化不像西方国家那样是大范围的,但是,我们的刑法中仍然有不宜规定为犯罪而规定了的情况。非刑罚化以及轻刑化在我国则任重而道远。

(三) 刑法理论的现代性问题

有论者认为,现代性危机首先是社会危机,理论上的反映主要集中在社会学领域和哲学领域。法的现代性问题,就是指法的现代性因素指标产生了问题,受到了前所未有的挑战和指责,法的现代性因素以及法的本身的合法性根据被动摇。现代刑法的特征有二:一为主体性原则。主体性原则是近代一切哲学和科学的起点。刑事古典学派深受主体性哲学影响,突出表现在“意志自由”的理论预设中,认为人是理性动物,具有意志自由,并以此作为刑法构建的前提。因为人是理性的主体,所以当他选择犯罪时也就选择了惩罚。二为理性原则。理性原则对刑事古典学派的影响,首先表现在古典学派接受了启蒙思想家赋予自然法的价值内涵,其次表现在古典学派采用了理性思维的方法。人类理性使刑法具有了自治性、确定性和客观性,使刑法学成为一门研究犯罪与刑罚规律的科学。现代刑法理论以主体性原则和理性原则的确立为特征,并以此区别于古代和中世纪的刑法。现代刑法理论自启蒙以来,经历了两次深刻危机。第一次危机以刑事古典学派与刑事实证学派的理论交锋为表现形式,冲突的焦点在刑法与价值的关系问题上。刑事实证学派否定意志自由,主张行为决定论;否定自然法观念,主张实证主义。第二次危机突出表现为后现代法学对现代法学的理性原则和主体性原则的全面颠覆。刑法现代性问题的实

质是刑法理论内部现代性因素特别是理性因素矛盾运动的结果。^①

三、刑法主观主义

(一) 刑法主观主义

有论者认为,刑法主观主义作为西方刑法学说史上的重要思想,在我国刑法学界的地位却是尴尬的——刑法主观主义往往是作为批判的对象,其本身所存在的合理内核却被人们所忽视。然而,刑法主观主义与我国传统法律文化有着深刻的联系,主要表现在主观主义与中国传统法律文化的契合——《春秋决狱》和中国传统的儒家思想与主观主义体系中的刑罚思想的暗合上。^②除此之外,中国刑事立法的发展以及中国刑法的主客观相统一原则等也与刑法主观主义存在密切的联系,因此,刑法主观主义的合理性不容抹杀,学界需要认真对待刑法主观主义。

刑法主观主义是指以行为人的反社会性格即反复实施犯罪行为的危险性乃至社会危险性作为刑事责任基础的思想体系。刑法主观主义与我国刑事立法的发展之间有着联系。1979年刑法规定类推制度、在规定犯罪成立条件方面较为重视主观要素以及在刑罚制度的构建上都表明刑法主观主义思想对我国1979年刑法的制定与发展发挥了一定的作用;1997年刑法的颁布使刑法主观主义在新时期得到了发展,主要表现在我国1997年刑法对于正当防卫的修订,很大程度上放宽了正当防卫的防卫意识的认定,体现了刑法主观主义的合理思想。其次是犯罪预备问题,我国1997年刑法关于预备犯的立法和司法实践表明,我国在犯罪预备问题上较多地借鉴了刑法主观主义思想,这可能主要是由于我国目前的刑事政策立足于社会防卫的原因。另外是假释问题,1997年刑法增加了假释制度的限制性规定,本条规定很大程度上体现了刑法主观主义思想。

关于刑法主观主义与我国刑法中主客观相统一原则的关系,论者指出,刑法主观主义以责任主义为基础,与我国刑法中主客观相统一原则并不矛盾;我国刑法中主客观相统一原则与刑法主观主义思想在逻辑上并不相互排斥;我国刑法中的主客观相统一原则也并不等同于西方刑法学说史上的折衷说;刑法主观主义思想的精髓以及其与刑法客观主义思想之间的矛盾与对立将是刑法理论持续发展的基础。

总之,虽然刑法主观主义作为一种思想体系确实存在着一定的缺陷,但我们不能仅仅关注刑法主观主义的缺陷,从而抹杀其历史进步意义。刑法主观主义完全能够对我国刑法法制建设作出其独特的贡献,我们应当以更为宽广的胸怀来接受刑法

^① 参见刘晓勇:《刑法理论的现代性问题》,载《环球法律评论》2005年第2期。

^② 参见郭泽强:《刑法主观主义与中国刑法》,载《中国刑事法杂志》2005年第2期。

主观主义,以更为认真的态度来对待刑法主观主义。^①

(二) 人格刑法理论

刑法学的新动向

有的论者运用科学交叉之研究方法,即融犯罪学、人格心理学、刑事政策学、刑法学、监狱法学、刑事诉讼法学为一体,以及实证方法,实地调查监狱犯人的人格状况,对人格刑法进行了探索性研究。论者认为,人格刑法是近代刑法观演进的结果,是21世纪的必然抉择的命题。犯罪人是刑事科学研究的出发点和归宿;犯罪危险性人格是犯罪人区别于正常人的本质特征。依据实际调查的结果,犯罪危险性人格可分为偏执型人格障碍、分裂型人格障碍、反社会型人格障碍、边缘型或冲动型人格障碍、表演型人格障碍等五种类型。运用自陈量表和结构性访谈方式可对犯罪危险性人格进行检测。论者在借鉴国内外研究成果的基础上,以缩小犯罪圈、提高刑罚效能为基点,结合中国实际,对刑事法人格化,即如何将犯罪人人格引入定罪、量刑、行刑机制,作了较为精心地设计。就犯罪危险性人格与定罪的关系而言,论者指出,刑罚惩罚的对象不是行为,也不是行为人,而是有犯罪危险性人格的、实施了符合刑法规定的构成要件行为的行为人。应建立行为加人格的二元定罪机制,对只有犯罪危险性人格,而无符合构成要件行为的,不能定罪,应当由心理医生进行心理治疗;对于那些只具有符合刑法规定的构成要件的行为,而无犯罪危险性人格的行为人,应当非犯罪人化,仅对其予以相应的治安处罚或教养处分等行政处罚。建立由心理医生、社会工作者和司法工作者组成的“犯罪人格鉴定委员会”,依照一定的标准对犯罪危险性人格进行鉴定,其鉴定结果作为定罪与否必不可少的证据。关于犯罪危险性人格与量刑问题,论者指出,对犯罪人裁量、决定刑罚,不仅要考虑客观行为及其危害,而且要考虑犯罪危险性人格状况。对于实施相同的行为,而具有不同犯罪危险性人格的犯罪人,应当根据人格矫正的难易程度,决定执行不同的刑罚。关于犯罪人格与行刑问题,论者指出,行刑应以矫正犯罪人的人格为核心。监狱对犯人进行分类时应考虑不同的犯罪人格类型,以便有针对性地进行人格矫正;监狱要建立以心理医生为主的心理治疗机构,运用精神分析、行为主义、认知、个体中心等多种治疗方法,对犯人进行人格矫正;对犯罪人的人格矫正,应当同其他改造、教育措施,如生产劳动、法制教育、文化教育、技术培训等结合在一起进行。^②

① 参见郭泽强:《主观主义与中国刑法关系论纲》,载《环球法律评论》2005年第4期。

② 参见张文等著:《人格刑法导论》,法律出版社2005年版。

四、犯罪论体系

(一) 规范刑法原理^①

有的论者认为,我国刑法学中存在着两大“软肋”和一处疏漏。我国刑法学中存在的“软肋”之一是我国刑法因果关系论过于抽象,难以体现出充分的实际机能,不能为司法实践提供现实意义的指导。“软肋”之二是刑事责任理论缺乏具体内容。刑事责任理论不仅在理论地位和含义上存在认识分歧,而且刑事责任作为独立理论所必要的要素包括哪些、如何判断这些要素,都未有深入研究。我国刑法学存在的一处疏漏是,我国刑法学疏漏了作为社会科学研究必要的价值(规范)的评价标准。在我国,通常过于强调刑事法追求事实真相,而忽视了规范的(价值)评价。

刑法学所疏漏的,是作为社会科学研究必要的价值(规范)的评价标准。刑法理论的重心是犯罪论,犯罪论的实质是犯罪的认识论,严格地讲,它是社会的认识论。而社会认识论的两大要素就是事实陈述和价值评价。这一点,刑法学也不例外。可我们通常强调刑事法要追求事实真相,而忽视了规范的(价值)评价。事实上,作为法律事实的刑法事实在许多时候是不可能和客观事实一致的,它们两者之间应当允许有所偏离,不过这个偏离应当为合理性所容许。此时,作为合理性的评价,就必须确保规范的标准。规范的评价,并不是空洞的理念,它立足于特定的社会文化传统之上,并由刑法的目的所决定。规范的机能全面渗透到刑法理论构造之中,在犯罪认识论的不同环节和不同层面、在静态的和动态的刑法判断中,其踪影无处不在。

基于以上认识,该论者主张将犯罪认识论体系分为犯罪构成论和刑事责任论。在犯罪构成论中,主张将犯罪构成分为积极的犯罪构成和消极的犯罪构成(犯罪阻却事由)。积极的犯罪构成基本上立足于我国传统的犯罪构成理论,但主张将犯罪客体和犯罪的行为对象分离,犯罪客体成为刑法总论中的研究范畴,行为对象则被作为行为的要素予以把握。另外,论者主张以客观归属论取代传统犯罪构成客观方面,由客观归属论替代因果关系,解决我国刑法学因果关系理论过于抽象之症结。客观归属包括:(1)基本要素:危害行为;(2)附属要素:行为对象、行为结果行为场景;(3)客观归属的法则。在刑事责任论中,主张建立以期待可能性为主要或核心要素的规范责任论,以克服我国刑事责任理论过于抽象的弊端。规范责任论包括期待可能性和违法性的意识两个部分。在期待可能性中提出以类型人作

^① 参见童德华著:《规范刑法原理》,中国人民公安大学出版社2005年版。