

● 北京师范大学刑事法律科学研究院 ●

刑法学的新动向

(2010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

刑法学的新动向

1000

Abstract



北京师范大学刑事法律科学研究院

刑法学的新动向

(2010 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. 2010 年卷/刘志伟主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 1

ISBN 978-7-5653-0717-1

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑法—法的理论—中国—文集

IV. ①DD924.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 260050 号

刑法学的新动向 (2010 年卷)

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: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2012 年 1 月第 1 版

印 次: 2012 年 1 月第 1 次

印 张: 25.25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 496 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-0717-1

定 价: 68.00 元

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

电子邮箱: zbs@cppsu.com zbs@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

北京师范大学刑事法律科学研究院

刑法学的新动向

(2010 年卷)

学术顾问	赵秉志			
主 编	刘志伟			
副 主 编	王俊平			
编 辑	刘 科	黄晓亮	袁 彬	
	周振杰	张 磊		

卷首语

2010 年是我国刑法立法改革不断推进、司法改革不断深入的一年，也是我国刑法理论发展的重要一年。本年度，立足于刑法立法、司法改革的新发展，学者们重点对刑法领域中的社会危害性理论、犯罪构成理论、死刑立法控制、刑罚结构调整、量刑规范化改革、强化民生的刑法保护、打击黑社会性质犯罪等诸多重大理论与实务问题进行了深入研讨，取得了丰硕的成果，并在诸多问题上有所开拓与创新。例如：

——在刑法的伦理性问题上，曾粤兴教授认为，在某种意义上，文化是刑法生存发展的土壤，而伦理则是刑法的道义底线。刑法与伦理是矛盾的统一体，应该寻找出这两者之间存在的平衡点。刑法与伦理的有效平衡对于合理优化配置刑事法律资源、充分尊重和保障人权、实现司法公正、促进社会和谐有着重要的理论和实践意义。

——在刑法的社会化问题上，利子平教授等提出，刑法社会化就是以社会转型为背景，对传统刑法体系与理论的一种反思性理论。在观念上，刑法社会化意味着以家权力为核心构建起来的刑法体系将被动摇；在实践上，刑法社会化意味着刑法运作体制将从封闭的国家一元体制逐步转型为包括国家、社会、个人在内的开放性的多元体制。在刑法社会化过程中，传统的刑法工具主义和封闭的刑法体系是制约刑法社会化的根本问题，为此需要大力推进刑法社会化的进程，构建适时的反应机制、共生的治罪模式以及正式制度与非正式制度互济的合作模式。

——在刑法的方法论问题上，刘远教授从分类学的角度进行了研究，认为刑法理论中最基本的是司法刑法学，司法刑法学的方法论原则是司法逻辑原则、权利逻辑原则与生活逻辑原则。与司法刑法学相对应的是立法刑法学，不应否认立法刑法学的必要性。基础刑法学是立法刑法学与司法刑法学的基础科学，但基础刑法学并非刑法哲学，也不是学科大杂烩。在核心刑法学之外，还有边缘刑法学。刑法哲学是关于刑法的哲学，也是关于刑法学的哲学，将刑法哲学与刑法学相分离具有重要意义。

——在刑事政策的实施问题上，姜涛博士从社会资本理论出发进行分析，将社会资本理论引入刑事政策实施领域，提出信任是刑事政策实施的基础，沟通是刑事政策实施的关键，参与是刑事政策实施的保障，因而欲推动刑事政策的贯彻实施，势必要重点关注一般民众与国家政策之间的信任发生机理，制度性拓宽与公民沟通和动员公民参与的渠道。对此，刑事政策实施的方法与策略应作相应调整，并应着重处理好其与政策文化、公民参与、专家系统、信息披露之间的多重关系，这是社会资本的基本要素。

——在刑法的任务问题上，何庆仁博士对我国刑法的任务进行了反思，认为用刑法来保护人民既不总是必要的，也不总是充分的，它注定是一项不可能完成的任务。刑法虽然保障犯罪人的人权，但是刑法绝不仅仅保障犯罪人的人权，更遑论以刑法保护犯罪人。被害人运动几乎没给刑法学带来什么影响，最新发展出来的被害人信条学和被害人的自我答责原则反而指出了在刑法领域内限缩对被害人的保护之趋势。希望通过刑法来保护一般公民也已经为实践和历史所驳斥。究其原委，与其说实体性的人及其利益根本不能成为观念性的刑法的保护对象，毋宁说刑法保护的是观念上的守法者。因此，如果一定要对刑法的任务问题做出回答，不如说刑法应该保护的是守法者。守法者是规范的代言人，蕴涵了规范自身的目的与精神，保护守法者就是保护规范自身。

——在犯罪构成问题上，陈忠林教授提出，各国犯罪构成理论也都存在一些根本性的共同缺陷：首先，基本逻辑的错误。如果严格按照现有犯罪构成理论体系本身的逻辑，司法实践根本就不可能认定犯罪，而之所以在司法实践中能够顺利定罪量刑是因为司法工作人员对该基本逻辑进行了不自觉的克服。其次，基本立场的错误，即现有犯罪构成理论混淆了依照刑事诉讼法查明事实真相的过程和根据刑法认定行为性质的过程之间的界限。最后，基本前提的错误，目前为止的犯罪构成理论都是建立在对行为本身的错误认识之上的，都远远脱离了对行为构成要素的分析。他进而认为，犯罪构成理论只能用于我们理解相关的法律规范，决不能将这些理论作为认定犯罪的标准，认定犯罪的标准只能是法律条文，故犯罪构成只能是认定犯罪成立必要条件的标准，而不是犯罪成立充分条件的标准。张明楷教授认为，有关犯罪构成理论的争论应在方法论上作出及时的调整：一方面应从单纯批判转向相互借鉴，不能随意指责对方的“缺陷”，不能将自己的批判建立在误解的基础上，更不能将对方学说的优点当作缺陷进行批判。另一方面，应从纯粹说理转向解决问题。一个体系是否妥当，不仅取决于其论理性（逻辑性），而且取决于其实用性。学者们应当以自己所坚持的体系去解决各种具体问题，既不能避而不谈，也不能以“有待研究”去敷衍；既不能牵强地回答，更不能将其他体系的解决方法当作自己

所坚持的体系的解决方法。当具体问题之所以不能解决是由于犯罪论体系所致时,就有必要采取能够解决具体问题的犯罪论体系。另外,对于犯罪论体系的争论,应当从强调形式的几个构成要件,转变为对实质内容的讨论。是否以违法(不法)与责任(有责)为支柱构建犯罪论体系,才是区分不同的犯罪体系的实质标准。故对此问题的讨论将是今后争论中尤其需要给予重点关注的部分。

——在死刑改革问题上,赵秉志教授认为,在全球化不断发展的今天,我国应以限制和减少死刑适用作为我国死刑制度改革的近期目标,以全面彻底废止死刑为远期目标;选择司法改革与立法改革并进的路径,并在司法和立法两个方面积极采取多种改革措施。阮齐林教授认为,我国应先通过司法逐步减少乃至不适用或不执行死刑,使死刑达到了名存实亡的程度,再从立法上废除死刑。

——在量刑方法问题上,石经海教授认为,量刑在本质上不是“刑之量化”,而是“刑之裁量”。这决定了量刑思维不只是形式逻辑或辩证逻辑思维,而是二者的有机统一。量刑方法要遵循量刑的这种思维逻辑。传统的经验量刑没有融入作为形式逻辑代表的现代科技手段;而现代科技量刑方法又忽视了传统的辩证逻辑规律。量刑方法的构建应基于量刑思维的逻辑规律,把传统经验量刑与现代科技量刑手段相结合,以形成定量与定性相结合的量刑方法。

此外,刑法学界对刑法解释、社会危害性理论、刑罚结构的调整、黑社会性质组织犯罪、民生的刑法保护、毒品犯罪、网络犯罪、受贿犯罪等诸多问题的研究也比较深入,提出了不少具有创新性的见解。

《刑法学的新动向》(2010年卷)共分45个专题,对2010年度发表的刑法学学术论文和著作进行了较为全面、系统、细致的总结与整理。尽管我们力求将每个专题在2010年度研究中的新进展概括并反映出来,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

2011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	常秀姣 袁 彬	10
刑法立法的宏观问题	蔡雅奇 袁 彬	23
刑法的目的与机能	潘文博 周振杰	30
刑法解释	黄晓亮 徐文文	33
刑法的基本原则	张 磊	45
刑法的效力	王文婕 周振杰	55
犯罪概念与犯罪构成	刘 炯 刘志伟	59
犯罪主体的一般问题	林玉玉 周振杰	73
未成年人犯罪	任洪宇 周振杰	78
单位犯罪	陈 冉	84
犯罪的主观方面	邱帅萍	96
犯罪的客观方面	张伟珂	106
犯罪客体与犯罪对象	王俊平 赵萍萍	116
正当行为	龙腾云 黄晓亮	120
故意犯罪的停止形态	李莎莎 黄晓亮	127
共同犯罪	陈伟强	137
罪数形态	梁利波 刘志伟	146
刑事责任	刘 炯	152
刑罚的宏观问题	董文辉 刘 科	157
刑种改革问题	蔡雅奇	166
死刑问题	翁小平 张志富	174
刑罚裁量	李 莹 刘志伟	185

刑罚的执行与消灭	毕大卫	周振杰	194
刑法各论的一般理论	潘文杰	周振杰	202
危害公共安全罪	王俊平	许国斌	213
妨害对公司、企业的管理秩序罪	左坚卫	郭妍阳	220
商业贿赂犯罪	左坚卫	侯冉冉	225
金融犯罪	杨 媛	刘志伟	232
危害税收征管罪	左坚卫	李晓璇	245
侵犯知识产权罪	陈亚新	刘 科	251
扰乱市场秩序罪	王俊平	尹吉尧	257
侵犯公民人身权利、民主权利罪		何恒攀	264
侵犯财产罪		杨 超	277
扰乱公共秩序罪	陈 超	张 磊	289
妨害司法罪	王 瑶	王俊平	301
危害公共卫生罪	王俊平	刘 飞	308
破坏环境资源保护罪	左坚卫	王 帅	311
毒品犯罪	邴 雪	王俊平	320
贪污贿赂罪		董桂武	326
渎职罪		严庚申	343
刑法分则中的其他犯罪		郭 玮	350
中国区际刑法		黄晓亮	365
外国刑法		梁利波	375
国际刑法	杨 超	张 磊	386

刑法和刑法学的基础性理论

袁 彬*

一、刑法文化问题

有学者对我国“刑”的起源作出全新的诠释,认为“刑”字的原型是“井”。“井”是“校”,囚具,是原始社会文身的用具。文身包括文额、文胸、文乳。文身源于对两性与婚姻生活的禁忌。当国家形成时,文身逐渐演变为黥刑。因此,“刑”起源于礼,且与礼携手并行。^①

也有学者对中国传统刑法文化进行反思,认为中国传统刑法文化源远流长,在漫长的历史发展进程中,传统在结构体例上逐渐实现了系统化,在内容上实现了刑法的部分人道化和刑罚的标准化。但是在封建专制体制的深刻影响下,传统刑法依然是封建专制皇权的工具,其内容有显著的特权化和残酷化影响。^②

有学者对满族入关前的刑法文化进行了研究,认为入关前的满族刑法处于由习惯法向成文法的过渡时期,其刑法文化的主旨是服务征服、推崇伦理、慎用刑罚、倡导平等。其刑法文化的价值取向为正义、秩序与教化。^③

二、刑法属性问题

(一) 刑法的谦抑性

有学者认为,为了与国际接轨,我国应及时修改刑法中与国际通行做法相悖的规定,走向人性化的变革,重视犯罪预防工作,以充分体现刑法的谦抑精神。该学者指出,刑法谦抑性的内容主要体现在两个方面:一是根据一定规则控制处罚范围。二是对于已经确定为犯罪的行为,如果以较轻的刑事责任方式足以抑制某种犯罪行为,就不要使用较重的刑事责任方式。这两项内容在刑法的实际操作中则具体

* 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授,法学博士。

① 武树臣:《寻找最初的“刑”——对古“刑”字形成过程的法文化考察》,载《当代法学》2010年第4期。

② 程静:《中国传统刑法文化的再思考》,载《理论界》2010年第3期。

③ 陈英慧:《入关前满族刑法文化研究》,载《河北法学》2010年第8期。

表现为非犯罪化、非刑罚化和轻刑化的要求。^①

也有学者从风险社会的角度对刑法的谦抑性问题进行了研究,认为:在现代社会,科学技术的高速发展,在给人们生活带来方便的同时,也给社会带来危险,因而现代社会被称为危险社会。因此,为了更好地保护公民的法益,法益保护早期化的刑法应运而生。谦抑原则是近代刑法的根本原则,其内容有三:刑法的补充性、片断性和宽容性。危险社会的刑法应当采用谦抑的法益保护早期化原则,以协调两者之间的矛盾。^②

(二) 刑法的伦理性

有学者认为,在某种意义上,文化是刑法生存发展的土壤,而伦理则是刑法的道义底线。刑法与伦理是矛盾的统一体,应该寻找这两者之间存在的平衡点。刑法与伦理的有效平衡对于合理优化配置刑事法律资源、充分尊重和保障人权、实现司法公正、促进社会和谐有着重要的理论和实践意义。^③

也有学者认为,刑法以惩恶扬善为目的,伦理以善为核心,刑法与伦理在古代是混合的,在近代开始出现分离的趋势。从刑法规则的内容、禁止和倡导的行为、规定的行为后果及对行为人主观善恶的重视等方面可以看出,刑法与伦理之间存在密切的内在联系。刑法与伦理可能是一致的,也可能是相互独立的,还可能是矛盾冲突的。在一致的范围内,两者的功能是互动的;相互独立时,两者的功能是互补的;发生冲突时,刑法应注重法、理、情的和谐统一,尽量避免刑法与社会通行的伦理规则的过度背离。^④

还有学者研究了刑法的伦理精神问题,认为:刑法的制定和适用要注入现代社会的人伦价值理念,要以人伦思想和规则为指导,要合乎人伦精神。刑法应顺应公众的情感和呼声,关怀人的人格尊严和自主意识,关注通行的人伦关系和伦常规则,使情、理、法相统一,以充分发挥刑法在构建和谐社会中的作用。^⑤

(三) 刑法的宽容性

有学者对刑法的宽容性问题进行了研究,认为:从刑法历史发展的角度来看,人类刑法的精神是日趋宽容的;从刑法与宗教的关系来看,刑法对宗教信仰的态度日趋宽容;从刑法与道德的关系来看,刑法尽量不干涉纯道德领域的事情已成为大

① 杨燮蛟:《在人性观视野下对刑法谦抑性的诠释》,载《政法论坛》2010年第3期。

② 马克昌:《危险社会与刑法谦抑原则》,载《人民检察》2010年第3期。

③ 曾粤兴:《刑法伦理性研究》,载《河南省政法管理干部学院学报》2010年第4期。

④ 樊建民:《刑法的伦理性分析——刑法与伦理关系之探析》,载《河南大学学报》(社会科学版)2010年第1期。

⑤ 樊建民:《刑法人伦精神之探析》,载《郑州大学学报》(哲学社会科学版)2010年第3期。



势所趋。非犯罪化、非刑罚化、轻刑化是增强刑法宽容性的主要方法。^①

三、刑法任务问题

有学者对我国刑法的任务进行了反思,认为用刑法来保护人民既不总是必要的,也不总是充分的,它注定是一项不可能完成的任务。刑法虽然保障犯罪人的人权,但是刑法绝不仅仅保障犯罪人的人权,更遑论以刑法保护犯罪人。被害人运动则几乎对刑法学没有带来什么影响,最新发展出来的被害人信条学和被害人的自我答责原则反而指出了在刑法领域内限缩对被害人的保护之趋势。希望通过刑法来保护一般公民也已经为实践和历史所驳斥。究其原委,实体性的人及其利益根本不能成为观念性的刑法的保护对象,毋宁说刑法保护的是观念上的守法者。因此,如果一定要对刑法的任务问题做出回答,不如说刑法应该保护的是守法者。守法者是规范的代言人,蕴涵了规范自身的目的与精神,保护守法者就是保护规范自身。^②

不过,也有学者基于有限刑法论的立场,对刑法的使命问题进行了研究,认为基于成文法固有的局限性、刑罚目的的片面性以及刑罚难以克服的负面效应等多重原因,刑法的局限性是一个不得不正视的问题。然而,在现代社会中,刑法又必须担负起赋予公民合理安全感的使命。基于实现这一使命的需要,刑法不仅应定位为秩序维护法,还应确保刑罚方法的使用具有相当的力度。处于局限性与现代使命困境中的现代刑法,惟注重对社会秩序的维护、赋予公民合理的安全感以及坚持奉行刑法干涉应具有选择性等原则,方能对人类的发展产生积极的作用。^③

四、刑法价值问题

(一) 刑法的价值内涵

有学者认为,刑法的价值应当包括正义、自由和秩序这几个基本价值。前期古典学派以自由为刑法的核心价值,后期古典学派以正义为刑法的核心价值,实证学派以秩序为刑法的核心价值,却都忽视了刑法的其他价值。因此,刑法理论应当同时体现刑法的三大基本价值,即保持刑法价值均衡。以自由和正义为刑法的核心价值在定罪时会强调行为因素,以秩序为刑法的核心价值在定罪时会强调行为因人

① 王明星:《论刑法的宽容性》,载《中州学刊》2010年第4期。

② 何庆仁:《刑法保护谁——关于刑法任务的一种追问》,载《刑法论丛》2010年第2卷。

③ 郑延谱:《论有限刑法的有所作为——和谐语境下刑法使命与局限性之协调》,载《政治与法律》2010年第2期。

素。追求刑法价值均衡在定罪时必然要同时考虑行为因素和行为人（人格）因素。^①

（二）刑法的价值选择

有学者认为，刑法的价值选择应当立足于刑法的目的。该学者提出，源于刑法规范的模糊性，价值判断在刑法适用中难以避免。刑法适用中的价值判断在本质上是对自由与秩序、公正与功利两对刑法基本价值的权衡。由于罪刑法定原则的限制，价值判断不能成为决定刑事案件性质的直接根据，最终要以刑法目的为归宿。^②

也有学者倡导合理的刑法价值选择机制，认为刑法的价值选择机制是将以价值选择为主导的人类主体性意识作用于法律规范评价，最终指导刑事司法活动过程。限制国家权力和维护公民权利的二元价值需要体系决定了刑法的价值选择机制是层层递进式的评判体系，它贯穿于定罪与量刑活动中。在定罪活动中，价值选择机制通过司法者对构成要件理论的适用得以彰显；在量刑活动中，则通过司法者对刑罚机制的把握得以实现。^③

还有学者认为，法治的本质在于良法之治。法的价值是评价良法的主要标准。刑法的基本价值包括正义、自由和秩序。刑法的基本价值之间应当建立起价值生态平衡的观念，使刑法价值的三大要素在价值生态系统中和谐相处。人格刑法学以人格责任论和人的违法观为理论基础，将正义、自由和秩序同时纳入刑法价值体系中，是一种能够实现刑法价值观上的生态平衡的学说。^④

此外，有学者认为，随着科技的发展，人们逐渐步入风险社会，面对社会风险形成的巨大威胁，人们对安全、秩序的呼声日趋升高。刑法作为至关重要的风险控制工具，为了维护秩序，其制度的功利导向也日渐凸显，突破了一些刑法基本原则的限制，从而不利于刑法对自由的保障，甚至对自由造成危害。秩序与自由作为刑法应当保证其实现的两大价值缺一不可，面对刑法的变化，只有正确处理原则与例外的关系，才能实现秩序与自由的价值利益的最大化。^⑤

① 胡东平：《论刑法价值均衡——兼述人格导入定罪的理论基础》，载《石河子大学学报》（哲学社会科学版）2010年第3期。

② 沈琪：《刑法适用中的价值判断》，载《杭州师范大学学报》（社会科学版）2010年第4期。

③ 韩啸：《刑法的价值选择机制》，载《中国刑事法杂志》2010年第6期。

④ 胡东平、詹明：《刑法价值与人格刑法研究》，载《中国石油大学学报》（社会科学版）2010年第1期。

⑤ 龙敏：《秩序与自由的碰撞——论风险社会刑法的价值冲突与协调》，载《甘肃政法学院学报》2010年第5期。



（三）刑法的价值实现

有学者认为，刑法规范价值的实现需要依靠刑法的常识化、常情化、常理化。该学者认为，常识化、常情化、常理化可以直接实现规范人们行为、进而稳定社会秩序的社会保护价值。常识化、常情化、常理化将使刑法以独特的方式来实现其人权保障和社会保护两个基本价值，因为在刑法的常识化、常情化、常理化之下，作用于人们禁忌意识的力量不再是外部强加，而是内心的自然生发。刑法的常识化、常情化、常理化具有必然性和道德性，并有机构成刑法的应有理性，而这将在根本上促进刑法保障人权和保护社会的两个基本价值或机能的实现。刑法的常识化、常情化、常理化可在刑法立法、刑法司法和刑罚执行环节得到动态性的实现。^①

五、刑法的体系与方法问题

（一）刑法的体系

有学者认为，当代中国刑法体系经过新中国成立至今数十年的形成、发展和完善，目前已经构成了一个形式相对统一、内容相对完备、结构相对科学的体系。将来，中国刑法体系应当坚持内容完备、结构科学的方向，通过颁布刑法修正案或者系统修改刑法典的方式进一步加以完善，并重点解决刑法典总则和分则的诸多相关问题。具体而言，在刑法总则方面，可以考虑将刑法适用范围、正当行为、保安处分、未成年人犯罪的刑事责任等独立成章，同时增设罪数专节；在刑法分则方面，从贯彻章节制的角度，我国刑法分则应当在每章下都设节；增设国际犯罪、恐怖活动犯罪、计算机网络犯罪等专门的犯罪类型；将“危害国防利益罪”和“军人违反职责罪”合并为“危害国家军事利益罪”专章放在“危害国家安全罪”章之后、“危害公共安全罪”章之前，成为调整后的刑法分则的第二章；将“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章更名为“侵犯公民基本权利罪”后，应在排列顺序上将其提前到“破坏社会主义市场经济秩序罪”之前，作为调整后的刑法分则的第四章；将“贪污贿赂罪”和“渎职罪”合并为“职务犯罪”专章作为调整后的刑法分则第五章，在顺序上位居“侵犯公民基本权利罪”章之后、“破坏社会主义市场经济秩序罪”章之前；将新增的国际犯罪专章放在刑法分则的最后，作为调整后的刑法分则的第九章。^②

^① 马荣春：《论刑法的常识、常情、常理化》，载《清华法学》2010年第1期。

^② 赵秉志：《当代中国刑法体系的形成与完善》，载《河南大学学报》（社会科学版）2010年第6期。

（二）刑法的方法

有学者从分类学的角度对刑法学的方法论问题进行了研究,认为刑法理论中最基本的是司法刑法学,司法刑法学的方法论原则是司法逻辑原则、权利逻辑原则与生活逻辑原则。与司法刑法学相对应的是立法刑法学,不应否认立法刑法学的必要性。基础刑法学是立法刑法学与司法刑法学的基础科学,但基础刑法学并非刑法哲学,也不是学科大杂烩。在核心刑法学之外,还有边缘刑法学。刑法哲学是关于刑法的哲学,也是关于刑法学的哲学,将刑法哲学与刑法学相分离具有重要意义。^①

有学者认为,类型思维是概念思维呈现没落态势时的基本法学思维方式,具有价值导向性、介于抽象与具体之间的中间性、使法规范与生活现实相互调适的开放性等特点,进而积极倡导在刑法领域引入类型思维。该学者提出,在刑法立法上,类型化应是我国将来的刑事立法发展方向;在刑法适用中,合理解释犯罪构成要件、准确形成案件事实都离不开类型思维。类型思维引入刑法领域,标志着刑法学摒弃主客体分离而采用主客体并存的认识模式,意味着刑法解释立场由形式解释论、主观解释论向实质解释论、客观解释论的革新,并带来了禁止类推解释原则的深思。^②

也有学者采用类型死刑对我国刑法中存在的问题进行了研究,认为“类型化”是法学方法论的重要内容,当抽象与一般概念及其逻辑体系不足以掌握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时,使用的补助思维形式就是“类型”。用“类型化”思维方式反观我国刑法的规定,可以发现我国刑法存在着罪名取定缺乏彰显类型化之不足、类型与类型之间横向衔接不紧密、母类型纵向再类型化的过程中子类型要素存在差异、类型化过细的问题和部分类型的开放性不够等五个方面的问题。^③

六、刑法规范问题

有学者对我国空白刑法规范的特性及其解释问题进行了研究,认为空白刑法规范由于概括性的委任立法使得规范弹性具有难以避免性和合理性,法律概念的相对性更为明显,部门法规范的易变性也使得其容易出现偏离立法规范目标的情况,对其必须进行刑法的独立规范判断,区分事实问题和法律问题。提倡双向对应的规范解释路径,能够有效地实现概括的类型化转向具体的定型化,获得规范与事实的一致。由于罪刑法定在技术上并无制约作用,因此规范解释空白罪状时,重要的是合

① 刘远:《刑法理论与方法的辨思》,载《甘肃政法学院学报》2010年第9期。

② 齐文远、苏彩霞:《刑法中的类型思维之提倡》,载《法律科学》2010年第1期。

③ 罗猛:《对我国刑法“类型化”不足之思考》,载《国家检察官学院学报》2010年第6期。



理运用解释方法,以得出妥善结论,注重目的解释和体系解释可以有效地实现刑法的规范保护任务。^①

也有学者以违法概念为出发点对刑法规范的本体问题进行了研究,认为若将违法定义为是对刑法规范或成文法规范的违反,对自然犯而言,不免有循环论证的嫌疑。因为我们并不能通过其他成文规范的补强来实现行为模式的定型化。实质上,即便是法定犯,成文化只是规范在表层上的体现,未能触及法定犯义务的深层次本质。刑法规范与刑法条文具有密切联系。刑法条文表达刑法规范,是刑法规范的载体,因此刑法规范是刑法条文的内容与实质。但规范与条文并非等同。由于规范的内容是禁止规定,故刑法总则中存在一般性规定与原则性规定,并不属于刑法规范;刑法条文是直观的,而刑法规范则不是直观的。因此可以认为,违法性实质上是对作为法秩序基础的社会伦理规范的违反,而刑法规范的本体则为“最低伦理”规范。^②

七、刑法与刑法学的转型问题

(一) 刑法的转型

有学者提出了刑法契约化的概念,认为契约化是现代刑法的本性。刑法契约是国家与国民(双方当事人)在刑事领域形成的权利义务关系的协议。刑法契约化的核心内涵是罪刑法定原则契约化。该学者认为,罪刑法定原则的功能定位取决于国家与国民关系的定位。在前现代法治社会背景下,社会结构由压迫阶级和被压迫阶级组成。随着生产力发展和生产关系变化,社会中出现了在政治舆情上足以抗衡国家压制的先进力量,经过长期斗争迫使国家制定了成文刑法,限制了刑法权的任意发动。这种情景下出现的罪刑法定其主旨只有一种社会功能,即限制国权以保障人权。随着历史的前进,社会结构发生了根本性转变,两大对抗阶级不复存在,国家与国民在宏观上不具有对抗关系。国家的管治职能也由过往的管制控制为主演进为以服务(为民众服务)为主。与此相适应,罪刑法定原则成为国家与国民在刑事领域的社会契约。该学者进而认为,刑法作为国家与国民的契约:国民权利对应国家义务——国民不犯法则有行动自由,国家承担不得启用刑法的义务;国民义务对应国家权利(权力权利化)——国民犯法则承担受罚义务,国家便有权启用刑罚。刑法契约化是现代刑法的本性。^③

① 肖中华:《空白刑法规范的特性及其解释》,载《法学家》2010年第3期。

② 石筠:《试论刑法规范的本体》,载《学术交流》2010年第12期。

③ 储槐植:《刑法契约化》,载《中外法学》2010年第1期。