

● 中国人民大学刑事法律科学研究中心主办 ●

刑法学的新动向

首卷·(2004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

中国人民大学刑事法律科学研究中心主办

刑法学的新动向

(首卷·2004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. 首卷: 2004 年卷/刘志伟主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005. 7

ISBN 7-81109-135-6

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 (2005) 第 076023 号

刑法学的新动向 (首卷·2004 年卷)

XINGFAXUE DE XINDONGXIANG

(SHOUJUAN · 2004NIANJIUAN)

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: 北京通天印刷有限责任公司

版 次: 2005 年 7 月第 1 版

印 次: 2005 年 7 月第 1 次

印 张: 48.25

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 917 千字

印 数: 0001~1500 册

ISBN 7-81109-135-6/D·130

定 价: 108.00 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.jgclub.com.cn

卷 首 语

自新中国建立以来的 50 多年间,伴随着新中国法制建设艰难曲折的发展历程,作为法学重要组成部分的刑法学,在经历了创建、停滞、复苏和繁荣几个阶段后,在晚近 20 余年间,获得了长足的发展。学界每年在各种报刊杂志上发表学术论文 2000 余篇,出版书籍近 200 部。在我国刑法学研究取得骄人成绩的同时,也应当看到,由于刑法学研究成果发表的载体众多及成果数量庞大,我们已不容易准确把握当前刑法学发展的全貌和脉络以及理论研究的主流和方向。研究者收集资料也面临着相当的困难。因此,开展刑法学研究资料的总结与整理工作,对于促进刑法学研究的深化和发展具有重要意义。

中国人民大学刑法学科长期以来,在大力开展刑法学理论和实务问题研究的同时,一直注重对刑法学研究资料的总结与整理工作。早在 1986 年,即由著名刑法学家高铭喧教授主持编写了《新中国刑法学研究综述(一九四九——一九八五)》(河南人民出版社 1986 年版),首次将自然科学研究中之行之有效的文献综述的科研方法引入法学领域,对新中国成立后至 1985 年间刑法学中 51 个重要问题的研究成果进行了全面的整理与分析;1989 年,赵秉志、张智辉、王勇、赵国强四位知名青年刑法学者在中国法学会刑法学研究会的帮助下,编写了《全国刑法硕士学位论文荟萃(1981 届——1988 届)》(中国人民公安大学出版社 1989 年版),收录了我国建立硕士学位制度后通过答辩的第一届至第八届 187 篇刑法硕士学位论文中的精华部分;1990 年,赵秉志教授主持编写了《刑法修改研究综述》(中国人民公安大学出版社 1990 年版),系统整理了 1979 年刑法典颁行后刑法理论界和立法、司法实务界关于修改完善刑法的研讨情况和研讨成果与建议;1996 年,赵秉志教授主持编写了《刑法争议问题研究》(上、下卷,河南人民出版社 1996 年版),对刑法学中 42 个重要问题的研究成果进行了全面系统的综述,并开展深入的探讨和分析;1999 年,高铭喧教授和赵秉志教授编著了《新中国刑法学研究历程》(中国方正出版社 1999 年版),对新中国成立以来的刑法学研究状况,从整体上进行了概括和分析。上述著作集资料性、信息性和学术性于一体,且内容翔实,条例清晰,受

到刑法理论界、刑事立法与司法实务界的广泛欢迎与好评，对于系统总结和显著推进我国刑法学研究刑事法治建设，发挥了积极的促进作用。

受上述著作所取得的巨大社会效益的鼓励，并考虑到目前研究和学习刑法学的实际需要，中国人民大学刑事法律科学研究中心与中国人民公安大学出版社协商后，决定由中国人民大学刑事法律科学研究中心组织编写《刑法学的新动向》，以年刊形式连续出版，每卷对当年所取得的刑法学研究成果进行全面、系统、细致的总结与整理。《刑法学的新动向》由著名刑法学家赵秉志教授（中国法学会刑法研究会会长、中国人民大学刑事法律科学研究中心主任）担任学术顾问，青年刑法学者刘志伟博士（中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员）担任主编。

《刑法学的新动向》（首卷·2004年卷）根据2004年度发表的2300余篇刑法学论文和出版的200余部刑法学著作，对48个方面问题的研究成果进行了全面、系统、细致的总结与整理。在本书中，我们力求将每个专题在2004年度研究中的新进展概括和反映出来，同时考虑到一些研究成果虽然不具有创新性，但为了给广大刑法学研究者和学习者提供最新的研究资料，也将该类研究成果在本书中适当予以介绍。

最后，需要说明的是，《刑法学的新动向》是以公开发表的论文和出版的著作为基础编写而成的，没有广大论文与著作原作者的辛勤劳动，就不会有本书的问世，在此向他们表示衷心的感谢与崇高的敬意；受编写者的学术素养、概括与总结能力以及编写与出版时间等因素的限制，本书概括和介绍论文与著作原作者的观点难免会有不准确甚至错误之处，尚祈广大作者和读者谅解。同时，也欢迎广大读者多提宝贵意见，以便我们在今后的编写工作中不断改进，使《刑法学的新动向》能够更全面、准确地展现我国刑法学研究的最新发展，成为广大刑法学学习者与研究者的忠实帮手，并为我国的刑法学研究和刑事法治建设作出应有的贡献。

目 录

刑法和刑法学的基础性问题	王俊平	曾昭霆	1
刑法哲学问题		魏昌东	11
刑事政策问题		杨建军	19
刑法立法中的宏观问题	王俊平	李亚楠	37
刑法的目的与机能问题		魏昌东	49
刑法解释问题		王东阳	56
刑法基本原则问题		刘 科	69
刑法的效力问题		章 政	80
犯罪概念与犯罪构成问题		李山河	90
犯罪主体问题		叶良芳	102
犯罪主观方面的问题		王东阳	125
犯罪客观方面的问题		周国良	151
犯罪客体与犯罪对象问题		柳丽娟	169
正当行为问题		王剑波	172
故意犯罪停止形态问题		韩瑞丽	197
共同犯罪问题		韩瑞丽	215
罪数问题		赵冬燕	239
定罪问题	王俊平	刘 洋	249
刑事责任问题		赵冬燕	253
刑罚宏观问题		赵冬燕	258
刑罚体系与刑罚种类问题		沈玉忠	269
死刑问题	刘志伟	魏昌东	282
刑罚裁量问题		肖 怡	305



刑罚执行问题	沈玉忠	323
刑罚消灭制度	肖 怡	328
刑法典总则第五章的有关问题	赵冬燕	331
刑法各论的一般理论问题	奚 闽 赵冬燕	335
危害公共安全犯罪问题	马晓炜	350
生产、销售伪劣商品犯罪问题	刘志伟 章 政	361
妨害对公司、企业的管理秩序犯罪问题	刘志伟 付中华	366
破坏金融管理秩序犯罪问题	杨建军	378
金融诈骗犯罪问题	刘志伟 李昊翰	393
危害税收征管犯罪问题	李昊翰	414
侵犯知识产权犯罪问题	苗 苗	421
扰乱市场秩序犯罪问题	付中华	434
侵犯公民人身权利、民主权利犯罪问题	吴 江	445
侵犯财产犯罪问题	张旭辉	474
扰乱公共秩序犯罪问题	景 景 秦江泽	506
妨害司法犯罪问题	王剑波	545
危害公共卫生犯罪问题	奚 闽	554
破坏环境资源保护犯罪问题	刘志伟 章 政	567
毒品犯罪问题	嵇晶晶	576
贪污贿赂犯罪问题	刘志伟 刘 科	582
渎职犯罪问题	嵇晶晶 奚 闽	629
职务犯罪与腐败犯罪问题	刘志伟 奚 闽	639
刑法分则中的其他问题	苗 苗	644
中国区际刑法问题	苗 苗	648
外国刑法与比较刑法问题	李山河	657
国际刑法问题	范红旗	676
附录 2004 年度发表论文与出版书籍索引		686

刑法和刑法学的基础性问题

王俊平* 曾昭霆**

刑法的调整对象是什么?如何拓展刑法学研究的视野,以促使实践刑法形态的形成和发展?如何确立合理科学的刑法结构,以充分发挥刑法保护社会与保障人权的功能?在当代法治社会,刑法理论应该基于何种立场,才能实现法治的理念?刑法学科如何走出封闭、孤立、静止的局面,从而实现刑法学体系的科学化、合理化?围绕这些问题,我国刑法学界在2004年发表了10余篇文章。这些问题事关刑法和刑法学的基础,因此,深化对它们的研究具有重要的意义和价值。

一、刑法的调整对象

刑法是否有自己独立的调整对象,一直是国内外刑法学界争议的焦点。通说认为,刑法没有自己独立的调整对象。有论者对此提出质疑,认为现有国内外的各种关于刑法调整的社会关系的性质的观点不能很好地解释现代刑法调整对象的标准问题。因为这些观点大多是在刑法的内部探讨刑法的调整对象,而没有从刑法的外部来区分刑法与其他法律部门的关系,进而难以准确界定刑法特有的调整对象。刑法与民法是法律体系中的两大实体法,而且一般被认为是对社会生活影响最大的两大法律体系,选取刑法与民法的区别来界定刑法特有的调整对象可以成为分析问题的切入点。通过对盗窃行为的性质和契约违约行为性质的分析,论者认为刑法和民法区别的关键在于行为是否是是对法律制度的破坏,所以结论是:只有破坏法律制度的行为才能构成犯罪,反之,没有对法律制度造成破坏的行为就不能认定为犯罪。刑法的调整对象是破坏法律制度的行为。

如何判断某行为是破坏法律制度的行为呢?论者主张从主客观两个方面来判断。第一,从客观方面来看,破坏法律制度的行为包括质和量两个方面。首先,从质的角度看,破坏法律制度的行为就是指行为致使该部门法的法律制度不能正常运行,无法对该部门法所调整的社会关系进行正常调整,该部门法律无法利用其特有

* 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心兼职研究员、法学博士,河南大学法学院副教授、硕士生导师。

** 河南大学法学院刑法专业硕士研究生。

的调整手段调整该行为,从而只能动用刑法对这种社会关系进行调整和保护,以刑事制裁的方式对破坏社会关系的行为进行处罚的情况。刑法此时就是保障法律部门能够有效地正常运转的最后屏障,这也就是刑法的“补充性”的内容所强调的。其次,从量的角度来说,其他法律部门不能调整的破坏法律制度的行为,不一定要由刑法进行干预解决;只有该行为还造成特有的法律秩序出现紊乱状态,该法律制度也会因其特有的部门法律秩序出现紊乱状态而面临崩溃的局面时,刑法才出面调整和保护。第二,从主观方面来看,破坏法律制度的行为本身体现出行为人的极端蔑视社会秩序的主观态度。“蔑视社会秩序的最明显最极端的表现就是犯罪。”即行为人的主要心态是对整个社会秩序的极端蔑视,具有最恶劣的主观恶性,因为犯罪人“明知”法律的禁止性规定和将受到的严厉的处罚还敢违背这种法律规定。对法律制度的违犯,体现其极端蔑视法律制度的态度。^①

二、刑事一体化问题

论者认为,刑事一体化思想有两层含义:作为观念的刑事一体化和作为方法的刑事一体化。作为观念的刑事一体化旨在论述建造一种结构合理和机制顺畅的实践刑法形态,现今的刑法学科群基本上是静态的文本刑法和理念刑法理论,动态的实践刑法尚未形成理论;作为方法的刑事一体化则在于刑法学科群之间的深度融合。论者主张刑事一体化至少应当与有关刑事学科(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)知识相结合,疏通学科隔阂,关注边缘现象,推动刑法学向纵深发展。

从“整体刑法学”的视野出发,论者认为,整体刑法理念的框架是“犯罪—刑事责任—刑罚”。由于结构的不同,会出现不同类型的刑法。从“罪与刑”相对应“严与厉”的角度上,存在四种刑法结构:不严不厉、又严又厉、严而不厉和厉而不严。严而不厉的刑法结构的特点是:刑罚轻缓,表现在刑罚制度上,死刑削减是核心问题。法网严密,所谓“法网”包括整体法网和刑事法网,前者为后者的基础。整体法网泛指国家对社会事务的管理法规,刑事法网的严密需要通过刑事实体法、程序法以及行政法三个方面来实现。厉而不严的刑法结构的特点是:刑罚严苛,我国将遏制犯罪与稳定政局挂钩,这样,刑事政策必然偏重严打,这与“乱世重典”的治国经验是一脉相通的;法网不严,我国现行刑法,从罪名、罪状上看,法网的设计并不严密。

通过以上分析,论者认为,多数经济发达和法治水平较高的国家的刑法大体上

^① 参见肖洪:“刑法的调整对象”,载《现代法学》2004年第6期。

可归属于严而不厉的结构类型,而我国当前的刑法结构基本上属于厉而不严的类型。刑法结构合理与否的标准是刑法两大功能,即保护社会与保障人权的实现程度,以及是否易于协调实践中可能出现的法与精神的冲突。这便涉及刑法机制,即刑法的结构产生功能的方式和过程。刑法结构是刑法机制的组织基础,刑法结构合理性的实现在相当程度上有赖于刑法机制的顺畅。厉而不严的刑法结构给刑法运作带来诸多不利,导致刑法机制的不畅。严而不厉的刑法结构则有利于刑法两大功能的实现和刑法机制的顺畅。^①

三、刑法类型问题

有论者借用马克斯·韦伯“理想类型”的分析思路,将刑法划分为三种理想的刑法类型,即压制型刑法、自治型刑法和回应型刑法。压制型刑法是国家本位理念在刑法领域的表现形式。国家本位理念是一种以国家权力为核心,以权力至上为价值追求的观念,其思想基础是霍布斯等人的社会契约理论。压制型刑法呈现出以下几个方面的特征:(1)按照这一理念运行,在其创设与适用过程中表现出权威刑法的属性。(2)在刑事立法中确立的犯罪概念大多是模糊的,犯罪标准是混乱的,犯罪的实质特征往往受到特别的偏好。(3)刑罚的根据和实施也表现出独特的特征:在压制型刑法中,刑罚的正当性根据在于报应;在刑法的适用中,压制型刑法往往不强调严格解释刑法,而是主张法官应该强调不拘泥形式的实质保障技能,使每一个实质不法、实质有责且应受惩罚的行为得到其应得的刑罚;刑罚的实施易受政策的影响并表现出开放性、弥散性的特征。与压制型刑法不同,在自治型刑法中贯穿的是一种个人本位的理念。这种理念是一种以个人权利为核心,以权利至上为价值追求的观念,其思想基础是洛克等人的社会契约理论。自治型刑法的特征是:(1)按照这一理念运行的刑法必然会表现出自由刑法的属性。(2)在刑事立法中确立的犯罪概念是清晰的,犯罪的标准是确定的,犯罪的形式特征受到特别的偏好。(3)刑罚的根据和实施表现出了不同于压制型刑法的特征:刑罚的正当性根据在于预防;在刑法的适用中,自治型刑法强调应以规则为中心,严格解释刑法,要求以罪刑法定主义对法官进行约束;刑罚的实施受政策的影响较小,并表现出收敛性的特征。回应型刑法是伴随着自治型刑法的形式理性危机而产生的,是在自治型刑法基础上的新发展。正是因为自治型刑法在运行过程中出现了很多问题,甚至落入一种“形式擅断”,才产生了新的需求,要求刑法在追求形式理性的同时,不能完全以牺牲实质理性为代价,而应当兼顾形式理性与实质理性的要求。回

^① 参见储槐植:“再说刑事一体化”,载《法学》2004年第3期。

应型刑法的出现正是为了克服自治型刑法过分注重形式而忽视目的的缺陷而产生的,二者的最大区别是回应型刑法对目的的凸显,这主要体现在对原则和政策的关注上。正是通过对原则和政策的关注,回应型刑法一方面可以避免自治型刑法以规则为中心所产生的僵化,另一方面又可以避免压制型刑法以政策为中心所造成的一种擅断。^①

有论者探讨了刑事法人格化的问题,提倡人格刑法。论者认为,如果说19世纪是以行为为核心的行为刑法,20世纪是以行为人为核心的行为人刑法的话,21世纪则是以行为人人格为核心的人格刑法。刑法危机的呼唤及刑法思潮的演进为刑事法人格化提供了背景。所谓刑事法人格化,是将犯罪危险性人格引入定罪、量刑、行刑过程中,使其贯穿于刑法、刑事诉讼法、监狱法之中。犯罪危险人格是个体特定的身心组织,是客观存在的人格类型,对犯罪起直接决定作用。犯罪行为是犯罪者人格的外显,犯罪人是犯罪危险性人格与犯罪行为的统一体。刑事法人格化研究是一个庞大的系统工程,刑法学者必须同心理学者、犯罪学者、监狱学者等共同进行研究;必须将理论论证与实证研究、定性分析与定量分析结合起来。关于人格刑法的研究才刚刚起步,还有很长的路要走。当前面临的主要问题,是对犯罪危险性人格做出科学的定量和定性分析,进而确定犯罪人格的鉴定标准。人格刑法是一种将犯罪人看作有人格缺陷的人,并对其充满人道关怀的刑法观。它不是要颠覆以往的刑法理论,而是对其的继承和发展。^②

四、刑法理论的基本立场

有学者认为,要想在当代刑法理论中确立一种法治观念,刑法学必须以重视行为及其实害的客观主义为基准进行建构。但是,客观主义如何继续发展,需要研究两个基本问题:(1)应该坚持“法益侵害说”还是“规范违反说”?对于刑法判断的对象是结果还是行为认识的不同,形成了“法益侵害说”(结果无价值论)与“规范违反说”(行为无价值论)两种对立的观点。“法益侵害说”认为,刑法判断的对象是结果。结果无价值论主要从结果的角度对行为违法性进行判断。“规范违反说”认为,刑法判断的对象是行为。在行为无价值论之下,行为违法性的判断基准是:行为本身是否反价值,即是否违反国家、社会的伦理规范体系。“法益侵害说”和“规范违反说”都是从法规范的实质出发,考察行为对于作为法秩序组成部分的法益是否有侵害或者威胁。但是,这两种理论又各自有其不足,于是便

① 参见卓翔、邓超:“刑法发展类型嬗变分析”,载《中国监狱学刊》2004年第6期。

② 参见张文:“刑事法人格化——21世纪的抉择”,载《中外法学》2004年第5期。

出现了“折衷说”，即二元的行为无价值论。“折衷说”认为，行为无价值和结果无价值是违法性判断的两个基石性范畴，但是行为无价值具有优先地位，法益保护的实现包含于对社会伦理秩序的保护之中。社会伦理规范起着在刑法的背后支撑刑法的作用，违法性的本质就是违反作为法秩序基础的国家、社会的伦理规范，从而侵害法益或者对法益有威胁的行为。(2) 刑法判断的步骤是应当采用实证方法论还是注重价值论层面的意义？论者认为，在刑法主观主义的实证方法论构造中，只有经验上可以掌握的事实是可以接受的，所以只承认客观的构造要件，强调对客观行为发展过程的事实评价。刑法客观主义的价值方法论则强调融事实评价与价值评价于一体，主张将价值要素贯穿于整个犯罪评价过程，并赞同“事实—价值”统一起来的客观主义的价值方法论。^①

也有学者从当代刑法学思潮之源的角度，展开对刑法理论基本立场的论述。该学者认为，当代刑法学思潮源自两个学派之争及其相互间的渗透、融合。作者通过对新、旧两派理论的简要评述，指出：在两派之争的过程中，出现了渗透、融合的趋势，这种趋势总体表现为在犯罪论上坚持旧派的犯罪构成理论，在刑罚论上则倾向于新派的刑罚与保安处分二元论。以此为基础，论者对当代刑法学思潮进行了简要的评述，认为：(1) 在犯罪论上，存在客观主义与主观主义的对峙与抉择。客观主义和主观主义在理论上的对峙，在于构建刑法理论时是以行为为基点还是以行为人为基点，这是刑法理论基础上的对立。论者认为我国现阶段应当遵从客观主义，理由如下：我国现阶段的客观现实决定了我国在刑法理论上应当选择客观主义；遵从客观主义，以行为及所造成的后果作为刑事责任的基础，也有利于更有效地规制政府和司法机关的刑事执法行为的权力边界，保护公民的合法权利。(2) 在违法性论上，存在客观的违法性论与主观的违法性论的对立与选择。论者认为，在当前的刑法理论上，客观的违法性论占据统治地位。这是因为，虽然法律规范既有评价规范的一面，也有命令规范的一面，但是，法律的根本目的是保护国民在外部秩序的前提下的共同生活，因此在确定刑法的性质时，首先应当考虑的是从客观方向上着手。(3) 在刑罚论上，存在绝对主义与相对主义的相持与妥协。论者赞同“折衷说”，即并合主义，理由如下：报应刑论从刑罚的正义性角度论证刑罚的正当性根据，目的刑论从目的的正当性与有效性上来说明刑罚的正当性根据。而实际上，刑罚的正义性和目的性都是必不可少的，刑罚的正当性根据应当是刑罚的正义性和目的的正当性的结合。报应刑论有利于保护个人权利却忽视了对社会利益的保护，目的刑论有利于保护社会利益却忽视了对个人利益的保护，而并合

^① 参见周光权：“当代刑法理论发展的两个基本向度”，载《江海学刊》2004年第3期。

主义则将二者结合起来，既保护了个人利益又保护了社会利益。报应刑论有重刑主义的倾向，目的刑论有轻刑主义的倾向，并合主义可以在整体上使刑罚保护适度，既不过于严厉，也不过于轻缓，使刑罚宽严适度。^①

五、刑法学体系之建构

应当如何建构我国刑法学的新体系，新型刑法学体系应建构于何种理论基础之上，是新型刑法学体系构建中所必须关注和研究的核心问题，对此，学者们提出了各自的观点并进行了系统的论证。本年度较有代表性的观点主要有以下三种。

第一种观点主张以“客观的危害社会行为 + 主观的犯罪人格”为基点建构我国的刑法学体系。有学者认为，在西方刑法学的发展中，新派与旧派的对立体现在刑法学理论的诸多方面，但其对立的根本在于刑法观的差异，这一差异直接导致了学派的分立，也是刑法体系发展的一个重要原因。论者从分析新派与旧派观点对立的本质入手，对两种不同的刑法观进行了价值评析。论者提出，旧派以犯罪行为为基点构建刑法理论，其刑法观突出地体现在四个方面：推崇罪刑法定原则；行为构成要件理论；行为主义；行为报应主义。以行为为基点建构刑法体系的积极价值在于：有利于人权保障；有利于恢复正义；建立了系统的刑法理论体系。其消极价值也相当明显，表现为：过于重视客观行为，忽视行为人主观的危险性；过于强调行为报应主义，不符合社会进化之理想；犯罪构成理论不尽符合实际情况。在反对旧派理论的基础上，新派构建了以行为人为基点的刑法理论，这种以行为人为基点的刑法观在刑法中的体现也可以归纳为：相对罪刑法定原则；抽象构成要件理论；危险性主义；行为人复归主义。论者认为，以行为人为基点建构的刑法的积极价值表现在三个方面，即符合“性格加罪，动机减罪”的基本（刑）法理；以科学方法剖析了犯罪人的本能、情感等非理性因素；它是一种积极的犯罪预防理论。其消极价值则突出地表现为存在着侵犯人权之虞。在对两种不同刑法学体系理论基础差异的分析、比较的基础之上，论者提出，在我国新型刑法学体系的建构中，应以新人格刑法理论为基础构建刑法学的理论体系。论者强调，日本刑法学者大塚仁所构建的人格刑法学，吸收了旧派与新派的各自优点，其一系列思想也极具创新性。但是，根据人格刑法学，定罪仍然实行的是单一的行为中心论，人格在定罪中不过是被用来说明作为犯罪构成的行为，符合犯罪构成的行为是体现行为人人格的行为。因此，理论上只有将人格引入定罪环节，才能真正地克服行为刑法不重视犯罪人危险性的缺陷，吸收行为人刑法重视犯罪人的危险性的最大长处，建构“客观的危

① 参见王良顺：“当代刑法思潮与思考”，载《武汉公安干部学院学报》2004年第4期。

害社会行为+主观的犯罪人格”的二元定罪量刑机制，即人格刑法学。这种理论所体现的是一种行为与行为人的结合，是对行为人人格的充分考虑与尊重，体现的是犯罪人格与犯罪行为同样重要的思想。^①

第二种观点主张以刑罚目的为核心建构我国的刑法学体系。有学者将我国新型刑法学体系的构建置于对犯罪论与刑罚论研究重点的分析之上。论者认为，从犯罪论领域内寻找刑法学体系的研究基点，基本上可以从两个方向上展开：一是从行为人的角度进行；二是从犯罪行为本身的角度进行。从行为人的角度寻找理论体系的研究基点，必然会把犯罪人的人格作为刑法学研究的基点；从犯罪行为本身的角度寻找理论体系的基点，最终会把社会危害性作为刑法学研究的基点。从刑罚论领域内寻找刑法学体系的研究基点，基本上可以从三个方向上展开：一是运用国家学说理论，强调国家拥有制定刑法和刑罚的权力（制刑权）；二是通过刑罚的本质和功能，说明刑罚的痛苦性和对社会的作用；三是通过对刑罚目的的正当性和合理性进行论证，证明刑罚的正当性和合理性。论者认为，从刑罚论领域寻找刑法学体系的基点，最终会将刑罚目的作为刑法学理论体系的基点。具体理由是：首先，从制刑权角度进行的考察，不仅明显地跨出了刑法学领域，而且又因为其是以制刑权这样一种权力为基点来建立刑法学的体系，因而会导出“有权就有理”这样不利于法治的结论。其次，从本质论和功能论角度的考察，要么是以犯罪为前提的，这样又回到了在犯罪论领域寻找刑法学体系的研究基点的道路上；要么是与社会危害性无关的，这样的基点只能算是刑罚学体系的基点，而不能称为刑法学体系的研究基点。最后，刑罚目的这个方向，是传统的证明刑罚本身正当性和合理性的研究方向：通过论证刑罚目的的正当性和合理性来证明刑罚的正当性和合理性，通过证明刑罚的正当性和合理性来证明犯罪的正当性和合理性。将刑罚目的作为刑法学体系的基点较之将社会危害性作为刑法学体系的基点具有较大的理论优势，表现为：这样的理论阐释符合历史和逻辑的思维；有利于犯罪和刑罚实现规范化和法定化；容易实现理性的法治。论者主张，在反思与重构中国刑法学理论体系时，应当以刑罚目的来代替社会危害性作为整个刑法学体系的研究基点，主要理由是：将刑罚目的作为理论体系的基点可以改善传统中国刑法学理论的结构和状态；法治的发展要求在刑法领域内实现理性的思考，而以刑罚目的为基点建立起来的理论体系为这种思考提供了基础性框架；经济体制改革的不断深化，使得刑法的保护范围时刻在发生变化，以刑罚目的为基点的理论体系为这种变化提供了理论空间。论者强调，通过刑罚目的的选择来确立我国刑法学体系的研究基点，在基本逻辑关系上表现为：通过论证刑

① 参见张文、刘艳红：“人格刑法学理论之推进与重建”，载《浙江社会科学》2004年第1期。

罚目的正当性和合理性来证明刑罚的正当性和合理性；通过证明刑罚的正当性和合理性来证明犯罪的正当性和合理性。在这个逻辑结构中，刑罚目的的选择是刑法学体系的基点。^①

第三种观点主张以刑法规范为核心建构我国的刑法学体系。有学者认为，我国的刑法学体系是孤立、静止、封闭的体系。对此，我国刑法学界曾经有学者进行过建立新体系的努力，这种努力主要体现在以下两个方面：一是将刑事责任作为刑法学理论体系的根本性问题，试图将其作为建立新的刑法学体系的研究基点；二是将罪刑关系作为刑法学的基点问题，试图从罪刑关系着手建构新的刑法学体系。论者认为，上述探索较之现在的刑法学体系确实要科学一些，但是，“要判断以某一范畴或概念为核心建立起来的刑法学体系是否科学，必须确定它是否代表或是否反映刑法学研究对象的全部”。就此而言，上述两种刑法学体系均因无法囊括刑法学研究对象的全部而存在自身难以克服的理论缺陷。论者主张，应以刑法规范为核心构建整个刑法学体系，其主要理由是：以刑法规范为核心构建的刑法学体系能够反映刑法学研究的全部对象；以刑法规范为核心构建刑法学体系能够促使刑法学研究向形式合理性的转变；以刑法规范为核心构建刑法学体系能够将刑法学从孤立、静止、封闭状态中解放出来；以刑法规范为核心构建刑法学体系能够正确处理刑法学与犯罪学的相互关系。论者进而提出了刑法学体系的基本构想，该体系的基本框架可以分为形式理性与实质理性两大部分。其中，形式理性部分研究刑法规范自身的基本原理，刑法规范的基本原理又可以分为静态研究和动态研究两部分。刑法规范静态研究的范畴为刑法规范的界定、体系、性质、机能、价值、原则、指导思想和基本立场、结构、种类、效力、渊源以及刑法规范的相互关系；刑法规范动态研究的范畴为刑法规范的创制、适用与实现等。实质理性部分研究刑法规范的内容，即研究犯罪、刑事责任和刑罚方面的问题。^②

刑法学的新动向

六、刑法学与犯罪学的关系与界限

有学者从古典学派与实证学派的论争及其与犯罪学的联系入手，论证了两大学派分歧的本质与根源，并进而认为应从研究目的、对象和方法等方面来明确刑法学与犯罪学的科际界限。刑法学的研究目的是为了在法律规范内正确适用刑罚，研究对象是犯罪行为的构成，研究的方法是注释法律的方法；犯罪学的研究目的是为了

^① 参见王世洲、刘孝敏：“关于中国刑法学理论体系起点问题的思考”，载《政法论坛》2004年第6期。

^② 参见刘志远：“以刑法规范为核心重构刑法学体系”，载《国家检察官学院学报》2004年第2期。

寻找直接预防和减少犯罪的对策,研究对象是犯罪现象的产生、发展变化规律,研究的方法是实证的方法。鉴于此,可以对刑法学和犯罪学的区别粗略表述为:古典学派坚持的是刑法学理论,实证学派坚持的是犯罪学理论;前者是为了惩罚犯罪而研究犯罪,后者是为了预防犯罪而研究犯罪;前者追求有序的惩罚,后者追求有效的预防;前者的最高价值追求是公正,后者的最高价值追求是效益。^①

有学者从犯罪学与刑法学不同的研究对象的角度展开论述,认为犯罪和犯罪现象是两个不同的概念。犯罪是刑法学的研究对象的一部分,而犯罪现象是犯罪学的研究对象。论者进而着重对犯罪和犯罪现象各自的属性进行了较为详细的论述,认为,犯罪具有个人专属性、评价对象的静止性和庭审确定性的属性。个人专属性是指犯罪是个人行为,刑罚只惩罚犯罪的个体,而不能株连其他人。评价对象的静止性是指一个犯罪案件,如果对其构成要件进行评价,务必先行抽象化处理,这样动态的犯罪现象便成为静态的法律评价对象。庭审确定性是指只有经过庭审确认的行为才是犯罪。而对犯罪现象的认识则分为犯罪现象的质和犯罪现象的量两个层次。犯罪现象的质具有社会危害性、刑事违法性、整体性和动态性的属性。论者认为,犯罪现象是社会的消极现象,妨碍社会的正常发展,因而具有社会危害性。犯罪现象的刑事违法性指的是违反刑事实体法,而不包括违反证据法和程序法。所谓整体性是指:其一,犯罪现象以诸多犯罪为构成要素;其二,犯罪现象是诸多犯罪依一定的结构和层次排列,组成统一的有机整体;其三,犯罪现象与诸多个体犯罪相比较,表现出新的特征和功能。所谓动态性是指犯罪现象的描述和犯罪现象规律的揭示都以变量、变量之间的关系为载体,动态性是犯罪现象的本质属性。因为如果一个一个地剖析个体犯罪,很难运用变量之间的关系来揭示犯罪发生的规律。然而,对犯罪现象进行整体观察时,犯罪现象的变化规律恰如其分地表现为变量之间的关系,对犯罪现象的量的认识通常用犯罪数量、犯罪率、犯罪结构、犯罪动态以及犯罪危害等这些概念表达。^②

还有学者认为,罪刑法定原则是刑法学的价值所在,而犯罪学的研究也应当遵循这一原则。因此,应在罪刑法定原则视野下研究犯罪学与刑法学的关系。犯罪学与刑法学的联系表现为:通过犯罪学而获得的犯罪本体性和规律性认识,可以为刑法的犯罪概念提出理论支持,这种理论支持具体表现为为刑事立法提供犯罪化与非犯罪化、刑罚化与非刑罚化的指导或建议。刑法通过借鉴犯罪学研究获得的犯罪本体性和规律性认识,使自身更符合有效地防止犯罪的科学要求。在罪刑法定原则视

① 参见王牧:“犯罪学与刑法学的科际界限”,载《中国法学》2004年第1期。

② 参见于阜民:“犯罪现象范畴论纲”,载《人民检察》2004年第9期。

野下，作为刑法学主要研究对象的刑法规范是刑事司法的主要标准，刑法学具有基础地位，犯罪学的研究应以刑法学为依据。论者同时主张，应当把犯罪学中的人身危险性内容引入刑法学之中，在刑事立法和刑事司法中都应当考虑人身危险性，并且将人身危险性作为犯罪学和刑法学联系的枢纽。^①

^① 参见侯艳芳：“罪刑法定视野下犯罪学与刑法学关系的研究”，载《山东科技大学学报（社会科学版）》2004年第2期。