

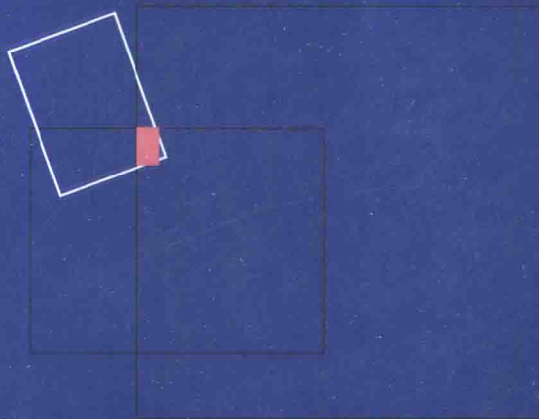
T E X T B O O K

陈兴良刑法学教科书

[之]

规范刑法学

陈兴良 著



中国政法大学出版社

陈兴良刑法学教科书

之

规范刑法学

陈兴良 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

陈兴良刑法学教科书/陈兴良著. —北京:中国政法大学出版社,2003.7

ISBN 7-5620-2464-2

I. 陈... II. 陈... III. 刑法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 061793 号

书 名 陈兴良刑法学教科书
之规范刑法学
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 787×960mm 1/16
印 张 50.375
字 数 925 千字
版 本 2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月第 1 次印刷
印 数 0 001—5 000
书 号 ISBN 7-5620-2464-2/D·2424
定 价 66.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zlf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

本书阐述的是一种内在于法条、依附于法条的法理，法条所承载的规范在本书中占据着中心的地位。从法条出发，并最终回归法条，对刑法理论进行规范的审视。这个意义上的刑法学，就是本书之所谓规范刑法学。

——题记

目 录

序 言	(1)
-----	-----

第一编 刑法绪论

第一章 刑法概说	(9)
第一节 刑法的概念	(9)
第二节 刑法的根据	(12)
第三节 刑法的任务	(13)
第四节 刑法的体系	(14)
第五节 刑法的条文	(16)
第六节 刑法的解释	(20)
第二章 刑法原则	(25)
第一节 罪刑法定原则	(25)
第二节 罪刑平等原则	(28)
第三节 罪刑均衡原则	(30)
第三章 刑法效力	(33)
第一节 刑法的空间效力	(33)
第二节 刑法的时间效力	(38)

第二编 犯罪总论

第四章 犯罪概说	(42)
第一节 犯罪的概念	(42)

第二节	犯罪的特征	(44)
第三节	犯罪的分类	(46)
第五章	犯罪构成 I: 总说	(50)
第一节	犯罪构成概述	(50)
第二节	犯罪构成的体系	(54)
第三节	犯罪构成的分类	(58)
第六章	犯罪构成 II: 罪体	(61)
第一节	罪体概述	(61)
第二节	行为	(63)
第三节	客体	(70)
第四节	结果	(71)
第五节	因果关系	(71)
第六节	客观附随情状	(75)
第七章	犯罪构成 III: 罪责	(76)
第一节	罪责概述	(76)
第二节	责任能力	(78)
第三节	责任形式之一: 故意责任	(82)
第四节	责任形式之二: 过失责任	(86)
第五节	无罪过事件	(90)
第六节	主观附随情状	(91)
第七节	刑法的认识错误	(92)
第八章	犯罪构成 IV: 罪量	(95)
第一节	罪量概述	(95)
第二节	数额	(98)
第三节	情节	(99)
第九章	定罪	(102)
第一节	定罪概述	(102)
第二节	定罪原则	(104)
第三节	法条竞合	(106)
第十章	正当化事由	(111)
第一节	正当化事由概述	(111)
第二节	正当防卫	(113)

第三节 紧急避险·····	(120)
第十一章 未完成罪 ·····	(124)
第一节 未完成罪概述·····	(124)
第二节 犯罪预备·····	(128)
第三节 犯罪未遂·····	(130)
第四节 犯罪中止·····	(134)
第十二章 共同犯罪 ·····	(138)
第一节 共同犯罪概述·····	(138)
第二节 共同犯罪的形式·····	(141)
第三节 共同犯罪的定罪·····	(143)
第四节 共同犯罪的处罚·····	(151)
第十三章 单位犯罪 ·····	(163)
第一节 单位犯罪概述·····	(163)
第二节 单位犯罪的定罪·····	(167)
第三节 单位犯罪的处罚·····	(174)
第十四章 单复数罪 ·····	(178)
第一节 单复数罪概述·····	(178)
第二节 单纯的一罪·····	(180)
第三节 法定的一罪·····	(182)
第四节 处断的一罪·····	(186)

第三编 刑罚总论

第十五章 刑罚概说 ·····	(191)
第一节 刑罚的概念·····	(191)
第二节 刑罚的功能·····	(194)
第三节 刑罚的目的·····	(200)
第十六章 刑罚体系 ·····	(204)
第一节 刑罚体系概述·····	(204)
第二节 主刑·····	(205)
第三节 附加刑·····	(213)

第四节 非刑处置·····	(220)
第十七章 量刑 ·····	(222)
第一节 量刑概述·····	(222)
第二节 量刑原则·····	(223)
第三节 量刑情节·····	(226)
第十八章 量刑制度 ·····	(233)
第一节 累犯制度·····	(233)
第二节 自首制度·····	(238)
第三节 立功制度·····	(243)
第四节 数罪并罚制度·····	(245)
第十九章 行刑 ·····	(253)
第一节 行刑概述·····	(253)
第二节 行刑的原则·····	(255)
第三节 行刑的变通·····	(257)
第二十章 行刑制度 ·····	(259)
第一节 缓刑制度·····	(259)
第二节 减刑制度·····	(264)
第三节 假释·····	(268)
第二十一章 刑罚消灭 ·····	(273)
第一节 刑罚消灭概述·····	(273)
第二节 时效·····	(275)
第三节 赦免·····	(277)

第四编 罪刑各论

第二十二章 危害国家安全罪 ·····	(280)
第一节 危害国家安全罪概述·····	(280)
第二节 危害国家安全罪分述·····	(281)
第二十三章 危害公共安全罪 ·····	(292)
第一节 危害公共安全罪概述·····	(292)
第二节 危害公共安全罪分述·····	(293)

第二十四章	破坏社会主义市场经济秩序罪 I . ——生产、销售伪劣商品罪	(333)
第一节	生产、销售伪劣商品罪概述	(333)
第二节	生产、销售伪劣商品罪分述	(333)
第二十五章	破坏社会主义市场经济秩序罪 II . ——走私罪	(345)
第一节	走私罪概述	(345)
第二节	走私罪分述	(346)
第二十六章	破坏社会主义市场经济秩序罪 III . ——妨害对公司、企业的管理秩序罪	(359)
第一节	妨害对公司、企业的管理秩序罪概述	(359)
第二节	妨害对公司、企业的管理秩序罪分述	(360)
第二十七章	破坏社会主义市场经济秩序罪 IV . ——破坏金融管理秩序罪	(373)
第一节	破坏金融管理秩序罪概述	(373)
第二节	破坏金融管理秩序罪分述	(374)
第二十八章	破坏社会主义市场经济秩序罪 V . ——金融诈骗罪	(400)
第一节	金融诈骗罪概述	(400)
第二节	金融诈骗罪分述	(400)
第二十九章	破坏社会主义市场经济秩序罪 VI . ——危害税收征管罪	(414)
第一节	危害税收征管罪概述	(414)
第二节	危害税收征管罪分述	(415)
第三十章	破坏社会主义市场经济秩序罪 VII . ——侵犯知识产权罪	(432)
第一节	侵犯知识产权罪概述	(432)
第二节	侵犯知识产权罪分述	(432)
第三十一章	破坏社会主义市场经济秩序罪 VIII . ——扰乱市场秩序罪	(441)
第一节	扰乱市场秩序罪概述	(441)
第二节	扰乱市场秩序罪分述	(442)
第三十二章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	(457)
第一节	侵犯公民人身权利、民主权利罪概述	(457)
第二节	侵犯公民人身权利、民主权利罪分述	(458)
第三十三章	侵犯财产罪	(499)
第一节	侵犯财产罪概述	(499)

第二节	侵犯财产罪分述·····	(499)
第三十四章	妨害社会管理秩序罪 I. ——扰乱公共秩序罪 ·····	(537)
第一节	扰乱公共秩序罪概述·····	(537)
第二节	扰乱公共秩序罪分述·····	(538)
第三十五章	妨害社会管理秩序罪 II. ——妨害司法罪 ·····	(569)
第一节	妨害司法罪概述·····	(569)
第二节	妨害司法罪分述·····	(570)
第三十六章	妨害社会管理秩序罪 III. ——妨害国(边)境管理罪 ·····	(583)
第一节	妨害国(边)境管理罪概述·····	(583)
第二节	妨害国(边)境管理罪分述·····	(583)
第三十七章	妨害社会管理秩序罪 IV. ——妨害文物管理罪 ·····	(590)
第一节	妨害文物管理罪概述·····	(590)
第二节	妨害文物管理罪分述·····	(590)
第三十八章	妨害社会管理秩序罪 V. ——危害公共卫生罪 ·····	(599)
第一节	危害公共卫生罪概述·····	(599)
第二节	危害公共卫生罪分述·····	(599)
第三十九章	妨害社会管理秩序罪 VI. ——破坏环境资源保护罪 ·····	(608)
第一节	破坏环境资源保护罪概述·····	(608)
第二节	破坏环境资源保护罪分述·····	(609)
第四十章	妨害社会管理秩序罪 VII. ——走私、贩卖、运输、 制造毒品罪 ·····	(625)
第一节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪概述·····	(625)
第二节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪分述·····	(626)
第四十一章	妨害社会管理秩序罪 VIII. ——组织、强迫、引诱、容留、 介绍卖淫罪 ·····	(639)
第一节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪概述·····	(639)
第二节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪分述·····	(640)
第四十二章	妨害社会管理秩序罪 IX. ——制作、贩卖、传播淫秽 物品罪 ·····	(645)
第一节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪概述·····	(645)
第二节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪分述·····	(645)

第四十三章	危害国防利益罪	(651)
第一节	危害国防利益罪概述	(651)
第二节	危害国防利益罪分述	(652)
第四十四章	贪污贿赂罪	(668)
第一节	贪污贿赂罪概述	(668)
第二节	贪污贿赂罪分述	(668)
第四十五章	渎职罪	(692)
第一节	渎职罪概述	(692)
第二节	渎职罪分述	(693)
第四十六章	军人违反职责罪	(728)
第一节	军人违反职责罪概述	(728)
第二节	军人违反职责罪分述	(729)
附录一：罪名一览表		(756)
附录二：立法解释索引		(777)
附录三：司法解释索引		(778)
后 记		(787)

序 言

一、刑法学的研究对象

刑法学是法学的一个分支学科，属于部门法学。刑法学以刑法为研究对象，是研究犯罪和刑罚及其罪刑关系的科学。

刑法学作为研究刑法的科学，是随着刑法的产生而出现的。在漫长的历史发展过程中，随着人类对犯罪和刑罚的认识不断深入，积累了大量的刑法文化遗产，成为人类文明的重要组成部分。我国古代刑律十分发达，当时律学主体部分就是研究刑律的学问，也就是现在的刑法学。例如，我国春秋时期就有所谓刑名之学。但是，刑法学作为一门独立学科却是近代才出现的。一般认为，1764年意大利著名刑法学家贝卡里亚《论犯罪和刑罚》一书的出版，标志着刑法学的正式诞生。此后，经费尔巴哈、龙勃罗梭、菲利、李斯特等人的不断努力，先后出现了刑事古典学派与刑事实证学派（包括刑事人类学派和刑事社会学派），创立和发展了刑法理论体系。

刑法学分为以下类型：（1）规范刑法学，是指以本国的现行刑法为研究对象，主要采取注释方法揭示法条的内容，并加以评注而形成的刑法规范知识体系。（2）理论刑法学，是指采用思辨方法，对蕴含在法条背后对法条起支撑作用的法理加以阐述而形成的刑法知识体系。在理论刑法学中，按照其内容又可以分为刑法法理学与刑法哲学。（3）比较刑法学，是指采用比较方法，研究各国刑法，探求其立法思想和原理的异同，阐述其特征而形成的刑法知识体系。（4）国际刑法学，是指对国际刑事法律规范（包括刑事实体法规范和刑事程序法规范）进行研究而形成的刑法知识体系。本书属于规范刑法学，是以我国现行刑法规范为研究对象的。规范刑法学是刑法学的基础，也是刑法入门的基本知识。

二、刑法学的基本问题

任何一门学科都存在贯穿始终并决定这一学科特殊性的基本问题。正如同哲学基本问题是精神与物质的关系问题：到底是精神决定物质还是物质决定精神，即精神和物质谁是第一性的问题，对这一问题的不同回答形成了不同的哲学流派：主张精神决定物质的是唯心主义哲学，而主张物质决定精神的是唯物主义哲

学。在刑法学中，同样也存在这样一个基本问题，这就是报应与预防问题：主张刑法的正当性根据在于报应的，是报应主义；而主张刑法的正当性根据在于预防的，是预防主义。

（一）报应主义

报应主义认为，刑法的正当性就在于它是对犯罪的一种回报。因此，按照报应论者的形象说法，罪犯对社会有一种应偿付之债，社会则因犯罪的恶行而向其回索。正是在这个意义上，杀人偿命与欠债还钱一样，被认为是公正之常理。报应思想来源于原始社会的复仇观念，但两者又有所不同。这种差别主要在于：复仇具有强烈的主观性，而报应具有一定的客观性，所以它是有节制的。因为报应兼指以恶报恶与以善报善，以恶害报以恶行是谓报应，以善果报以善行也为报应，报应中的恶与恶、善与善务必成对等相称关系。所以，报应有一定的限度，而复仇则常是放纵而漫无节制的。因此，复仇与报应不能等同视之。在一定意义上，复仇是一种原始的未经理性过滤的报复情感，虽然它蕴含着报应的成分，还不能视之为报应本身。报应观念在其发展过程中，经历了神意报应、道义报应与法律报应三种形态，由此构成报应理论。

神意报应是万事皆求诸神的古代社会中生产力低下、认识上愚昧无知的必然产物。在这种背景下，人们将法律规范与自然规律相等同，并对之作出一种超自然的解释，在因果条件的基础上形成了神意报应的观念。神意报应的特点是以神意作为刑罚权的根据，由此论证刑法的正当性。在中国古代社会，存在天罚之说。天罚是指代天行罚，从而使世俗社会的刑罚神圣化。在西方中世纪，神意报应的思想在救赎理论中发挥得淋漓尽致。这里的救赎是指犯罪人不仅要悔过，而且还要为其犯罪付出一份代价。这种神意报应的观念强化了犯罪人赎罪的思想，成为当时情况下刑法正当性的有力证明。应当指出，神意报应虽然在刑法史上对于刑法根据的正当化起到了理论支撑的作用，但毕竟带有浓厚的宗教神秘色彩。在现代世俗社会，这种神意报应论已经没有市场。

道义报应主义为德国著名哲学家康德所主张。道义报应论之报应，是一种基于道德义务而产生的报应。换言之，道德义务是报应的根据，也是刑法正当性的根据。因此，道德义务是理解康德的道义报应论的关键。义务源自于拉丁语的债务和法语的责任一词，是指负有或应支付他人而又必须履行的一种法律上的不利条件。由此可见，义务与两个概念有关：债务和责任。债务是债务人对债权人所负的特定的给付义务。因此，债务是一种特定的义务。从债务到义务，是从具体到抽象的转化过程。责任也与债务有一定的关联，指为债务不履行时所提供的一定财产的抵押（担保）。由此可见，责任与一定债务之不履行有关，侧重于所处

的一种道德上或者法律上的不利地位。从债务与责任当中引申出来的义务，具有应当实施一定行为之含义。道德义务是指道德上的义务，是道德哲学中的一个重要概念，指对行为的道德约束。那么，这种义务源于何处呢？康德认为，自律性是道德的惟一原则。这里的自律性就是理性自己给自己颁布命令，这是一种绝对命令，道德法则要求每一个有理性的人根据普遍法则行动，因而这种道德法则是自律性法则。康德认为，由于绝对命令表示去做某些行为是一种责任，绝对命令便是道德上的实践法则。但是，由于责任在这样一种法则中所表明的，不仅仅包含实践上的必要性，而且还表明确实的强迫性，所以，绝对命令就是法则，绝对命令表现为一种义务。凡是与义务相违背的行为叫做违犯，这种违背义务的行为就引起责任。从道德含义上看，责难是一种判断，任何人通过这个判断就宣布他是一种行为的作者，或者是一种行为自由动机的承担者，这个行为于是被认为是他的道德表现或德行，并且受到法则的约束。因此，违反道德义务行为的责任及其惩罚，是建立在人的意志自由基础之上的，这种惩罚具有道义根据。康德正是从道德义务的自律性中引申出报应的正当性。正是基于这种道义的神圣不可违抗性，违反道义的犯罪才获得了道德罪过性，因而对于道德罪过的惩罚也就具有了刑法上的正当性。康德的道义报应论确实为刑罚的内在正确性提供了理由，但是，由道义报应而产生的道义责任到底是一种道德责任还是一种法律责任？这里存在一个道德与法律的关系问题。世界上不存在道德刑法，人不能因为犯有道德过错而受到法律的惩罚。在这个意义上，康德确有将道德责任与法律责任混为一谈之嫌，但康德的道义报应论可以看成是一种对刑罚的道德论证，或者说是刑罚公正性的道德论证。

法律报应主义为德国著名哲学家黑格尔所主张。黑格尔从法的特殊运动的视角论证了刑法的正当性。黑格尔的论证始于道德与法律的区分。在黑格尔看来，法和道德是存在明显区别的，道德完全是内心的东西，不能加以任何强制，所以国家的法律不可及于人的心意，因为在道德的领域中，我是对我本身存在的，在这里暴力是没有什么意义的。因此，只有法才具有强制性，道德则不具有这种强制性。法的正当性不能由道德来论证，而只能从法本身得以论证。黑格尔认为，刑法的正当性来自于法的自我实现，是法的自我辩证运动的必然结果。刑法的这种正当性不仅从法的辩证运动中得以证明，而且从具有意志自由的犯罪人的行为中得到支持。由于犯罪是犯罪人选择的结果，因而刑罚也可以合乎逻辑地从犯罪人的行为中引申出来，获得合理性。自在的正义与自为的正义，这就是黑格尔的法律报应论为刑法的正当性提供的法理论证。

(二) 预防主义

预防主义完全不同于报应主义，它以刑法通过惩罚犯罪所追求的功利价值来论证刑法的正当性。预防理论中又可以分为威慑论与矫正论。威慑论把刑罚当作对犯罪的一种遏制手段，而矫正论则把刑罚当作对犯罪的一种改造措施，两者都证明刑法的目的性，即以目的正当性证明手段的正当性。建立在目的理论之上的预防论，改变了报应论的因果机械性，强调惩罚的目的性，从更为广阔的社会背景去理解刑法的正当根据，使刑法具有一定的主观能动性。如果说目的理论只是强调了刑法的目的，由此成为预防论对刑法正当性论证的一个方面，那么，功利主义强调刑法的效果，为预防论对刑法正当性的论证提供了更为有力的根据。根据功利主义，刑法的适用必然会给犯罪人造成一定的痛苦，它之所以必要，就在于它能够避免更大害处，包括预防犯罪。这里的预防犯罪可以分为一般预防与个别预防，预防主义意图通过论证刑法的功利效果从而论证刑法的正当性。

一般预防主义，也称为威慑论，主张通过对社会一般人进行刑罚威吓，以达到预防犯罪的功利效果。意大利著名刑法学家贝卡里亚认为犯罪对于行为人具有一种引力，而刑罚则是一种阻力，其目的在于抵销犯罪的引力。因此，贝卡里亚得出结论：一种正确的刑罚，它的强度只要足以阻止人们犯罪就够了。正义的刑罚应该是必要的刑罚。这里的必要性，就在于阻止犯罪。英国著名哲学家边沁是近代功利主义哲学创始人，他明确地将刑罚视为一种必要的恶，使刑罚彻底功利化。边沁认为，所有惩罚都是损害，所有惩罚本身都是恶。根据功利原理，如果它应当被允许，那只是因为有可能排除某种更大的恶。德国著名刑法学家费尔巴哈则在心理强制说的基础上提出了“用法律进行威吓”的口号。费尔巴哈认为，使违法行为中蕴含着某种痛苦，它使具有违法动机的人就不得不在违法行为可能带来的乐与苦之间进行细致的权衡，当违法行为所蕴含的苦大于其中的乐时，主体便会基于趋利避害的本能，回避大于违法之苦的苦；而追求大于不违法之乐的乐，自我抑制违法动机，使之不发展成为犯罪行为。据此，费尔巴哈认为刑罚的威吓能够起到心理强制作用，实现一般预防的目的。

特殊预防主义，也称为矫正主义，主张通过对犯罪人的矫正，以实现预防犯罪的功利目的。意大利著名刑法学家龙勃罗梭通过对犯罪人的生物特征的考察，得出了“天生犯罪人”的结论，认为犯罪是由人的遗传基因造成的。因此，对犯罪人适用刑罚既非报应也非威吓，而是基于犯罪人的人身危险性，是为了防卫社会，从而创立了刑事人类学派。意大利著名刑法学家菲利在龙勃罗梭思想的基础上，进一步提出了社会防卫主义，认为犯罪是由人的素质、地理和社会环境所决定的，而不是意志自由的结果，因而对犯罪人适用刑罚不是报应与威吓而是矫

正。德国著名刑法学家李斯特创立了刑事社会学派，主张“矫正可以矫正的罪犯，不能矫正的罪犯不使为害。”因而提出保安处分，实行刑罚个别化。

报应与预防各执一辞，分别自认为是刑法惟一的正当根据。其实，仅从报应或者仅从预防一个方面论证刑法的正当性，都是片面的。只有从报应与预防的统一上，才能全面而科学地揭示刑法的正当性根据。

就报应论而言，根据既存的犯罪决定对这一犯罪的惩罚，无疑具有一定的真理性，它使刑法的正当根据建立在坚实的事实基础之上。但是，一种不考虑任何社会效果的刑法又在多大程度上具有科学性呢？尽管报应论以制度化的复仇满足了受害者的愿望，从而减少了私人的报复，因而具有一定的社会价值。但建立在报应理论基础上的惩罚，其社会意义相当有限。总之，报应论为单纯地满足社会正义感而确立惩罚，不考虑刑法的社会效果，在很大程度上贬低了刑法的社会意义。

就预防论而言，威慑论把刑法的正当根据建立在刑法的威慑性之上，矫正论则把刑法的正当根据建立在刑法的矫正性之上，意在通过刑法的适用获取预防犯罪的社会效果。如果不以报应为基础，单纯地以预防犯罪的功利目的来论证刑法的正当性，则首先涉及到的一个问题是：如果惩罚一个无辜者能够取得更大的社会效益，那么，这种惩罚是否具有正当性呢？根据功利主义的逻辑推论，回答是肯定的。显然，威慑论本身潜藏着罚及无辜的危险性。至于矫正论，按照黑格尔的话来说，是把犯罪人看作应使其变成无害的有害动物。那么，国家与社会，严格地说，是国家统治者或者社会中的某一部分人为什么有权矫正犯罪人，犯罪人的理性尊严又何在？在这种矫正与被矫正的刑法模式中，如果把矫正者的价值观绝对化，并将其强加于一切与之相悖的人，由此作为控制社会的终极方案，那么，结局也将会是十分可怕而可悲的。由于报应论与预防论都不足以独自以刑法的正当性作出完整的论证，因而一体论便应运而生。即使在报应论与预防论中，也出现了所谓变相报应论与修正功利论。由此表明，极端的报应论与极端的预防论已经明显失势。一体论的特点是把报应论与预防论融为一体，其最基本的立论就是：报应与预防都是刑法赖以存在的正当根据。一体论具有折衷的性质，但这种折衷又是必要的，它可以克服报应论与预防论各自的片面性，也能避免两者在论战中两败俱伤。我认为，报应与预防作为刑法正当性的根据，植根于社会结构之中，任何脱离社会结构抽象地讨论报应与预防或者两者统一的观点，都是肤浅的。因此，只有从社会正义论出发，才能对刑法的正当性根据作出科学的论证。

刑法属于社会制度的范畴，刑法的正当性是社会制度正义性的重要内容。由社会正义的立场出发，我认为报应与预防都是刑法的正当根据。报应是从原始社

会的复仇演化而来的，复仇是个人行为，从对于侵害行为的报复这一点上来说，它区别于侵害行为，因而具有一定的正当性。但复仇既属个人行为，完全凭个人感情行事，缺乏客观标准，容易招致报复之报复，形成世仇，这就是所谓恶的无限性，正义也就变成不义。此后出现的同态复仇，即以其人之道还治其人之身，形成一个客观标准，使复仇有所节制，但同态复仇仍然是个人行为，而且除人身伤害、财产损害等少数情况以外，同态性难以掌握。这样，就出现了由社会出面的和解、赔偿等制度。社会介入了个人之间的冲突，成为调停人。在国家权力扩张以后，个人不再具有复仇权，而由国家直接行使刑罚权。由于国家刑罚权在很大程度上来自于个人的复仇权，因此报应论就成为刑法正当性的重要根据。报应论把刑法视为一种社会复仇，是社会公正感的满足。在一个社会里，如果有罪不罚，无罪受罚，那么刑法也就丧失了其正当性。在这个意义上，报应是正当性的题中应有之义：它既满足了被害人的复仇愿望，又将刑罚限制在犯罪人的犯罪行为范围之内，从而达到被害与加害之间的利益与心理上的平衡。在这中间，社会除了满足正义感以外，别无所求。报应虽然是刑法正当性的根据，但单纯的报应，刑法又有可能成为一种复仇欲的发泄，不能体现出刑法存在的社会价值。这种社会价值不仅仅是社会正义感的满足这样一种消极性的存在价值，而且是要使社会另有所获的积极价值。

以功利主义为基础的预防论，从预防犯罪出发论证刑法存在的正当根据，这就是它的目的性价值。预防论摆脱了报应论所具有的直觉性与情绪性，将刑法置于功利的天平上，进行利弊权衡与苦乐计算，形成理性化的刑法制度。但是，如果预防论不受报应论的制约，就会走向完全以目的证明手段的非道德主义。这里涉及报应与预防如何调和的问题，这也是刑法根据的二元论所面临一个理论难题。我认为，刑法的正当性根据是报应与预防的有机统一。确定某一行为是否犯罪，并非仅仅考虑报应的因素，同样要考虑预防的需要，即对这一行为的惩罚是否能够预防这一行为的发生。例如，精神病人的危害行为，从报应的角度说，将之作为犯罪予以惩罚是不公正的；从功利的观点看，这种惩罚是无效，不可能防止其发生。因此，从报应与预防的统一上看，都不能对这种行为作为犯罪予以惩罚。不仅如此，报应与预防还有互相制约的意义：预防追求刑法的功利性，可以得出惩罚无辜是正当的这种极端结论；但受到报应的节制，将刑罚限于罪犯是构成刑法之正当性的无条件的前提。因此，在发动刑罚的时候，面临着报应与预防的双重考虑，也是双重限制，刑法的正当性由此得以说明。

三、刑法学的研究方法

刑法学并无自身独特的研究方法，法学研究的一切方法在刑法学中都可采