

● 北京师范大学刑事法律科学研究院 ●

刑法学的新动向

(2009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

刑法学的新动向

(2009 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. 2009 年卷/刘志伟主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 8

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0150 - 6

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑法—法的理论—中国—文集
IV. ①D924.01 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 156489 号

刑法学的新动向 (2009 年卷)
XINGFAXUE DE XINDONGXIANG
(2009 NIAN JUAN)
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: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2010 年 8 月第 1 版
印 次: 2010 年 8 月第 1 次
印 张: 25.25
开 本: 787 毫米
字 数: 500 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0150 - 6/D · 0104
定 价: 75.00 元

网 址: www.cpsup.com.cn www.porclub.com.cn
电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254
警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253
读者服务部电话 (书店): (010) 83903257
教材分社电话: (010) 83903259
公安图书分社电话: (010) 83905672
法律图书分社电话: (010) 83905637
公安文艺分社电话: (010) 83903973
杂志分社电话: (010) 83903239
电子音像分社电话: (010) 83905727

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

卷首语

2009年，以纪念新中国成立60周年为契机，我国刑法理论界和司法实务界在总结新中国成立60年来的刑法学研究的同时，继续不断深化对刑法基本问题的研究，并对《刑法修正案（七）》、酒驾肇事犯罪、传销犯罪、环境犯罪等刑法热点问题展开了深入探讨，无论是在刑法总论、刑法各论还是在外向型刑法方面都著述颇多，成果斐然，并在诸多问题上有所开拓与创新。例如：

——在刑法契约化的问题上，储槐植教授指出，刑法契约是指国家与国民（双方当事人）在刑事领域形成的权利义务关系的协议。这种契约在社会发展历史前进中逐渐显现并将继续进化，遂称之为刑法契约化。刑法契约化大体可以理解为刑法存在及其运作的主体间平等制约关系的发展进程。刑法存在的主体间关系是国家与国民的关系，刑法运作的主体间关系基本是立法与司法的关系。刑法契约化的核心内涵是罪刑法定原则契约化。

——在刑事司法的人格化问题上，张文教授指出，将犯罪人的犯罪人格贯穿到刑事司法活动的始终，是摆脱行为刑法制度的司法机械化弊端的必由之路，符合现代刑法的人性化、人道化发展方向。刑事司法的立足点是犯罪人，而犯罪人是犯罪行为与犯罪人格的统一体，即犯罪行为是犯罪人的外在表象，犯罪人格是犯罪人的本质。因此，在刑事司法过程中，必须对犯罪嫌疑人或被告人进行人格鉴定，将那些仅有法定的犯罪类型的行为而没有犯罪人格的行为人排除在犯罪人之外。对于犯罪人，在量刑时，要把犯罪人格矫正的难易程度作为一个重要依据；监狱行刑应当以矫正罪犯的犯罪人格为核心。此外，应该把心理预防提到犯罪预防的重要地位。

——在刑法的机能问题上，马克昌教授认为，刑法的机能包括了规制机能、保护机能和保障机能。它们之间不是并列关系，而是一种上下级关系，规制机能高于后两个机能。规制机能既包括对一般国民的规制即行为规制机能，也包括对司法工作人员的规制即裁判规制机能。规制机能下层次的机能则为派生的机能。派生的机能似应为惩罚犯罪与保障人权两机能。刑法的惩罚犯罪和保障人权的机能，虽然在司法实践中得以实现，但与刑法的要求还存在差距，特别是在保障人权方面。要更

好地贯彻刑法的保障人权的机能，就要把保障人权放在同惩罚犯罪同等的位置上，坚持惩罚犯罪与保障人权并重，确保刑事案件的审判质量。

——在行为无价值的问题上，张明楷教授认为，行为无价值论存在严重缺陷，不宜倡导：强调犯罪的规范违反性，与保护法益的刑法目的相冲突；突出刑法的行为规制机能，偏离了罪刑法定主义的实质；普遍承认主观的违法要素，导致认定犯罪的整体性，既混淆了违法性与有责性，也不利于区分未遂犯与不能犯，且不利于贯彻共犯从属性说；注重主观的正当化要素，不仅未能限制刑罚适用，反而扩大了处罚范围；采取规则功利主义，导致对国民行为的过度干预，也不利于保护法益。相反，结果无价值论在防止过度干预、采取自由主义原则的同时，将违反刑法目的的事态作为禁止的对象，不仅能够克服行为无价值论的缺陷，而且可以在实现报应正义的同时，实现特殊预防与一般预防。

——在犯罪构成理论的问题上，赵秉志教授等认为，每一种犯罪成立理论都有自己的优点，也都有自己本身的局限性。对此必须有清醒的认识。在对待我国通行的四要件犯罪构成理论的态度上，我们既不可夜郎自大，更不可妄自菲薄。夜郎自大，会使我们因漠视通行理论的不足而故步自封，从而丧失发展的机遇；妄自菲薄，则会使我们因无视本国通行理论的合理性而迷失自我，从而陷入自我矮化的境地。就我国通行的四要件犯罪构成理论而言，在充分肯定其合理性、实用性的基础上，也应当认识到其并不是完美无缺的，还存在诸多应当改进之处。当前亟须取得较大突破的是犯罪构成与犯罪概念之间的关系、犯罪构成与违法阻却事由之间的关系以及犯罪构成的动态性、精确性及阶层性问题等。在研讨这些问题的过程中，应当注意汲取其他国家和地区犯罪成立理论的营养成分，通过与其他犯罪成立理论比较，分析我国通行的四要件犯罪构成理论的不足，以期促进我国四要件理论的发展和完善。

——在期待可能性的问题上，董玉庭教授不赞成刑事司法直接考量期待可能性问题，认为在大陆法系的三阶段犯罪论体系中，期待可能性被认为属于责任论领域的问题，没有期待可能性就没有刑事责任。对期待可能性的法理学分析必须超越刑法学的问题域。期待可能性问题与各种责任本质理论并无直接的必然的联系，期待可能性是义务性规范的立法要求，在刑事司法的定罪过程中，不允许司法者直接考量期待可能性问题，应坚持形式合理优先。

——在刑事政策与刑罚目的的关系问题上，韩轶教授等认为，刑事政策制定与实施必须符合刑法目的的内在要求、刑事政策具有保障最大限度实现刑罚目的的作用。我国刑罚目的的内容包括公正惩罚犯罪、有效预防犯罪及最大限度保护法益三个层次，而刑事政策的目的及价值取向与国家制定刑罚、裁量刑罚以及执行刑罚所

追求的目标是一致的。刑罚目的与刑事政策目的及价值追求的一致性决定了刑事政策的制定与实施必须符合刑罚目的的内在要求。最大限度地实现刑罚目的的关键在于提高刑事立法质量和刑事司法效能。刑事政策的结构可以分为三个部分：定罪政策、刑罚政策、处遇政策；而刑事政策的功能有二：导向功能和中介功能。无论是刑事政策的结构还是刑事政策的功能，都能有效地提高刑事立法质量和刑事司法效能。

此外，刑法学界对刑法解释、社会危害性理论、刑法中的行为、犯罪既遂、共同犯罪、身份犯、量刑规范化、死刑改革、酒驾肇事犯罪、传销犯罪、侵犯财产犯罪和环境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》（2009年卷）共分44个专题对2009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2009年度研究中的新进展概括和反映出来，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

2010年6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	蔡雅奇	10	
刑法立法的宏观问题	刘 炯	19	目
刑法的目的与机能	郭 玮 刘志伟	27	录
刑法解释	黄晓亮	34	
刑法基本原则	张 磊	45	
刑法的效力	王俊平 徐 龙	54	
犯罪概念与犯罪构成	李山河 李明见	58	
犯罪主体的一般问题	董桂武	81	
未成年人犯罪	董桂武	85	
单位犯罪	蔡雅奇	91	
犯罪的主观方面	张道许	100	
犯罪的客观方面	谢治东	111	
犯罪客体与犯罪对象	刘春花 周国连	122	
正当行为	屈 钰	127	
故意犯罪的停止形态	陈 璐	134	
共同犯罪	陈 超 刘 科	145	
罪数形态	赵 赤	156	
刑事责任	迟向洋 刘志伟	170	
刑罚的宏观问题	李莎莎	173	
刑种改革问题	方永昌 刘志伟	184	
死刑问题	刘春花	190	
刑罚裁量	杨 超	203	



刑罚的执行与消灭	赵 赤	209
刑法各论的一般理论	吴利东 袁 彬	215
危害公共安全罪	左坚卫 王洁蕾	222
妨害对公司、企业的管理秩序罪	王俊平 吴玉霜	228
商业贿赂犯罪	陈伟强	233
金融犯罪	王燕玲	239
危害税收征管罪	郭 玮 刘志伟	256
侵犯知识产权罪	陈 超 刘 科	262
扰乱市场秩序罪	左坚卫 庞晰月	268
侵犯公民人身权利、民主权利罪	邱帅萍	275
侵犯财产罪	何恒攀	289
扰乱公共秩序罪	龙腾云	303
妨害司法罪	左坚卫 王 薇	313
危害公共卫生罪	左坚卫 王 薇	318
破坏环境资源保护罪	王俊平 孙道萃	322
毒品犯罪	陈 超	332
贪污贿赂罪	翁小平	339
渎职罪	王俊平 贺 洁	354
刑法分则中的其他犯罪	吴利东	359
中国区际刑法	黄晓亮	375
外国刑法	张道许	383

刑法和刑法学的基础性理论

袁 彬*

一、刑法和刑法学的发展问题

自新中国成立至今,我国刑法和刑法学的发展已经走过了60年的历程。即便自改革开放至今,我国刑法和刑法学也经历了30余年的发展和变迁。回顾和总结我国刑法和刑法学的发展经验,有利于正确确定我国刑法和刑法学的发展方向。本年度,学者们对我国刑法和刑法学的发展进行了回顾和展望。

(一) 刑法的发展与展望

严格来说,我国刑法的真正发展始于改革开放。本年度,学者们对改革开放30年来我国刑法建设取得的成就和我国刑法发展的走向进行了总结研究。

有学者认为,改革开放30年来,我国刑法建设取得了四个方面的辉煌成就,具体包括:颁布了两部刑法典,建立了基本完备的刑法立法基础;保障人权的观念逐步确立;刑罚制度改革逐渐与国际化趋势相协调;修改完善刑法典的模式基本成熟。该学者进而指出,我国未来刑法现代化建设尤其需要着重研究和解决三个方面的问题:一是要正确把握刑法建设的方向;二是要着力解决刑法建设的重点问题;三是要积极完善刑法建设的方式。^①

也有学者研究了改革开放以来我国刑法立法发展的转变问题,指出自改革开放以来,我国刑法的发展出现了九个方面的转向:从革命刑法转向建设刑法,从国家刑法转向公民刑法,从“严打”刑法转向宽严相济刑法,从政策刑法转向原则刑法,从民法的刑法化转向刑法的民法化,从身份刑法转向平等刑法,从个人刑法转向个人与单位并列的刑法,从刑罚之单轨制转向刑罚与保安处分之双轨制,从封闭型刑法转向开放型刑法。^②

(二) 刑法学的发展与展望

我国刑法学的发展与刑法的发展大体同步。总体而言,我国刑法学的发展取得

* 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授,法学博士。

① 赵秉志:《改革开放30年我国刑法建设的成就及展望》,载《北京师范大学学报》(社会科学版)2009年第2期。

② 刘仁文:《当代中国刑法的九个转向》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2009年第4期。

了巨大成就,刑法理论日益成熟、繁荣,但也存在一些不足。本年度,有不少学者对我国刑法学的发展历程和基本经验进行了总结,并对我国刑法学的未来发展进行了展望。

有学者总结了改革开放 30 年来我国刑法学发展的基本历程和成就,指出我国改革开放 30 年来的刑法学发展历程,大体上可以分为以 1979 年刑法典为研究重心、以特别刑法的适用和刑法改革为研究重心以及以 1997 刑法典为研究重心的三个阶段。在 30 年的发展中,我国刑法学研究为刑法改革提供了理论准备,紧密联系刑事司法,实践注释刑法学与理论刑法学并存的格局逐步形成,国际刑法和区际刑法研究得以拓展的特点,并在刑法观、刑事政策、完善刑法的模式等问题的研究上取得了长足的进展。^①

也有学者对新中国成立 60 年来我国刑法学的发展进行了反思,指出中国刑法学 60 年的历史大体可以分为三个阶段,即创建和曲折发展时期、停滞时期以及恢复和发展时期。进而指出,在新中国成立 60 年的刑法学发展历程中,中国刑法学的研究取得了惊人的进步,但也还存在不足。今后刑法学研究要努力构建以人为本的刑法理论,科学地开展刑法学体系的研究,同时也要加强对西方刑法理论的分析。^②

还有学者分析了我国刑法学研究的现状与未来。该学者指出,改革开放 30 年来,中国刑法学研究的现状与未来可以从研究方向、研究方法和研究重点三个维度予以勾勒。就研究方向而言,应当强调理论研究与应用研究并重、实现全面发展,并应着力把科学发展观和宽严相济的刑事政策在刑事法治建设中贯彻、落实研究摆在更加突出的位置,注重开展对改革开放 30 年来刑法学成果的总结性研究和大力开拓对刑法学交叉学科的研究。就研究方法而言,应倡导定性研究与定量研究的有机结合;重视思辨研究与实证研究的合理并用;繁荣、优化比较研究;根据课题研究的需要,注意借鉴、引进其他社会科学和现代自然科学的某些研究方法;始终坚持理论联系实际、探讨和解决实践问题的研究道路。就研究重点而言,应加强在刑法的解释性研究、刑法基础理论、外向型刑法、刑法学体系和我国刑事法治道路的模式选择以及刑法现代化问题等薄弱环节上的研究力度,努力推进我国刑法学术的深入发展和繁荣。^③

① 高铭喧、赵秉志:《改革开放三十年的刑法学研究》,载《中国刑事法杂志》2009 年第 3 期。

② 马克昌:《中国刑法学 60 年反思》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2009 年第 5 期。

③ 赵秉志:《中国刑法学研究的现状与未来》,载《学术交流》2009 年第 1 期。

二、刑事司法的现代化与人格化问题

刑事法治的发展除离不开刑事立法的科学化、民主化与现代化外，还有赖于刑事司法的有效运行和切实保障。本年度，有学者对我国刑事司法的现代化和人格化问题进行了研究。

刑事司法的现代化主要体现为当前国际刑事司法热点问题的本土化以及中国刑事司法本土问题的国际融合。本年度，有学者对我国刑事司法领域的重要现实问题进行了研究，认为在当前国内和国际背景下，我国刑事司法领域有以下重大现实问题值得特别关注：一是刑事司法解释问题；二是死刑适用的司法限制问题；三是非公有制经济的刑法保护问题；四是劳动教养制度的改革问题；五是刑事和解制度问题；六是重点领域的热点犯罪问题，如知识产权的刑法保护、商业贿赂犯罪的认定与防治等。加强对这些重大现实问题的研究，是推动我国刑事司法现代化的重要方面。^①

也有学者研究了刑事司法的人格化问题。该学者指出，将犯罪人的犯罪人格贯穿到刑事司法活动的始终，是摆脱行为刑法制度的司法机械化弊端的必由之路，符合现代刑法的人性化、人道化发展方向。刑事司法的立足点是犯罪人，而犯罪人是犯罪行为与犯罪人格的统一体，即犯罪行为是犯罪人的外在表象，犯罪人格是犯罪人的本质。因此，在刑事司法过程中，必须对犯罪嫌疑人或被告人进行人格鉴定，将那些仅有法定的犯罪类型的行为，而没有犯罪人格的行为人，排除在犯罪人之外。对于犯罪人，在量刑时，要把犯罪人格矫正的难易程度作为一个重要依据；监狱行刑应当以矫正罪犯的犯罪人格为核心。此外，应该把心理预防提到犯罪预防的重要地位。^②

三、刑法的国际化与多元化问题

在全球化不断发展的今天，刑法的发展也呈现出日益全球化的趋势。但与此同时，刑法的本土性和多元化问题也受到了不少学者的关注。本年度，有学者对刑法的国际化与本土性、多元化等问题进行了研究。

有学者研究了法律趋同视阈中的刑法国际化问题。该学者指出，趋同、趋同化、趋同性是三个不同的概念。“法的趋同”作为法学趋同理论的基本概念更为妥

① 赵秉志：《我国刑事司法领域若干重大现实问题探讨》，载《南都学坛》（人文社会科学学报）2009年第2期。

② 张文：《刑事司法人格化初论》，载《河北法学》2009年第2期。

当；法的趋同化、法的趋同性应该是派生概念。“刑法的趋同”包含了刑法的趋同、刑法的大趋同、刑法的小趋同、刑法的域内趋同、刑法的区际趋同。刑法的国际化是指刑法国际化化的趋势，其结果就是不同法域的刑法文化、刑事立法或刑事司法趋于相似或一致，刑法国际化是刑法的趋同的一个方面的表现。^①

也有学者从本体诠释学的角度分析了刑法的多元化问题。该学者指出，本体诠释学主张诠释者的主观性是无法彻底克服的，解释结论具有主观性、非排他性；理解、解释、应用应该是三位一体的。由于法学理论都是建构在某种假设之上且遵循解释学循环，同一性的刑法理论只能导致视阈上的局限以及适用上的困境。在研究刑法理论时，我们应当注重刑法理论研究的多元化以及应用在解释刑法条文中的作用。^②

还有学者分析了我国近现代刑法的国际化与地方性问题。该学者认为，我国近代对域外刑法资源的移植一直与国家的现代化进程同步。刑法国际化背景下域外法治文化的强大冲击，并没有使我国传统刑法文化资源消失殆尽，相反我国传统刑法文化无论在刑法资源的移植过程、刑法典形式的移植、刑法理论的移植、刑法规范内容的移植等四个方面，都显示出明显的地方性特色。具体而言，在刑法资源的移植过程中，注重将域外刑法资源与国内情势相结合；在刑法典的形式上，保留一直以来的法典化传统；在刑法学理论的方面，注重将传统刑法文化吸纳到大陆法系刑法理论中；在刑法内容方面，创设了一系列的适合我国实际情况的刑法规范。^③

四、刑法的理念问题

刑法理念是刑法和刑法学发展的重要指引。近年来，刑法谦抑、刑法公正、刑法人道等理念受到了人们的普遍关注和研究。本年度，学者们对刑法的契约化、刑事法治、刑法谦抑等理念进行了进一步的研究和梳理。

（一）刑法的契约化理念

本年度，有学者研究提出了刑法契约化的概念。该学者指出，刑法契约是指国家与国民（双方当事人）在刑事领域形成的权利义务关系的协议。这种契约在社会发展历史前进中逐渐显现并将继续进化，遂称之为刑法契约化。刑法契约化大体也可以理解为刑法存在及其运作的主体间平等制约关系的发展进程。刑法存在的主体间关系是国家与国民的关系，刑法运作的主体间关系基本是立法与司法的关系。

① 叶小琴：《论刑法的趋同》，载《法学评论》2009年第3期。

② 肖吕宝：《本体诠释学与刑法理论发展的多元化》，载《政法学刊》2009年第1期。

③ 杨建军：《我国近现代刑法的国际化与地方性》，载《湖南社会科学》2009年第2期。

刑法契约化的核心内涵是罪刑法定原则契约化。在此基础上,该学者重点研究了罪刑法定原则的价值定位与施行规则以及刑法适用解释立场选择的法律依据等问题。^①

(二) 刑法的法治理念

刑事法治国包含形式的刑事法治国与实质的刑事法治国。两者的冲突体现为刑法规范的可预测性或安定性与刑法规范的妥当性之间的对立,并在中国的刑事立法与司法两方面展开,成为法治国建构中的最大难题。对此,本年度,有学者认为,对于形式的与实质的刑事法治国的取舍问题不可过于只重其一,而应采取以形式法治国为主、实质法治国为辅的两者兼并吸收的包容性刑事法治国模式。在坚持形式正义优先和形式合理性的前提下,以实质正义为价值基础对刑法规范进行合目的性的实质解释,以此为基点,在中国的刑事立法与司法层面展开刑事法治国的建构。^②

也有学者提出,现代刑事法治作为促进社会和谐的重要手段,必须以罪刑法定原则为基石,秉持理性的刑罚观,以实现公平正义的价值观。与此同时,在刑事层面上,现代刑事法治要重视人与自然的和谐,并关注国际刑法的国内实施问题,以更好地履行国家所承诺的国际义务。^③

(三) 刑法的人本理念

以人为本是人本主义思想的核心和重要体现,也是近年来我国刑事立法、司法和理论研究的重要理念。本年度,有学者认为,随着世界人权事业的发展和进步,以及我国物质文明、精神文明和法制文明的高速发展,我国传统的以“国家为本位”的刑法理念已经不适应社会的发展,树立“以人为本”的刑法理念已成为时代的要求和我国法治现代化的迫切需要。“以人为本”的刑法理念包括三个方面:市民刑法的刑法性质理念、人权保障的刑法机能理念和谦抑主义的刑法作用理念。^④

(四) 刑法的谦抑理念

刑法谦抑近年来受到了许多学者的关注。本年度,有学者研究了刑法谦抑的概念内涵,认为刑法谦抑是指贯穿整个刑事领域,国家按照一定的规则,控制刑法的

① 储槐植:《刑法契约化》,载《中外法学》2009年第6期。

② 刘艳红:《包容性刑事法治国之构建与提倡——刑事法治国基本模式之冲突与出路》,载《现代法学》2009年第2期。

③ 王俊平:《和谐社会视域下的现代刑事法治之构建》,载《河南大学学报》(社会科学版)2009年第2期。

④ 李艳玲:《论“以人为本”的刑法理念》,载《许昌学院学报》2009年第1期。

调控范围、程度以及行刑人性化的一种基本精神。具体而言,刑法谦抑精神应包含以下内容:第一,刑法谦抑精神是贯穿整个刑事领域的一种基本精神。“刑事领域”一词在此处有两层含义:一是动态的刑事活动,即在刑事立法、刑事司法活动及刑罚执行过程中也应体现谦抑精神;二是静态的刑事领域,此处静态的刑事领域主要是指现行刑法的规定。第二,刑法谦抑精神的主体是国家。也就是说,刑法谦抑精神的主体主要是代表国家的刑事立法者、司法者以及刑事执法者。第三,刑法谦抑精神是按照一定的规则,控制刑法调控的范围、程度以及行刑人性化的一种基本精神。^①

也有学者研究了刑法谦抑理念下的刑民界分问题,认为由于刑法谦抑性和犯罪社会危害性评价的共性,判断某一民事违法行为是否为犯罪行为,除了社会危害性程度判断标准外,立法者还要衡量多种因素,如国家需要、法制文明、刑法成本、社会效益等因素。民事违法的社会危害性与刑事违法的社会危害性在量上不完全是一个递进的关系,而带有一定交叉关系,也就是刑民分界关系并非非此即彼。对于一个民事违法行为在刑法上被评价为犯罪行为后,不能因此在逻辑上推断其丧失了民法上的评价必要。^②

五、刑法的属性问题

刑法属性是我国刑法基础理论研究的重要内容。本年度,学者们对刑法的正当性、适应性和人道性等刑法属性问题进行了深入研究。

(一) 刑法的正当性

本年度,有学者从刑法哲学的角度研究了刑法的正当性问题。该学者认为,哲学是反思之学,是研究“作为存在的存在”的学科。刑法哲学就是通过“思辨”探索和揭示刑法的“根源世界”和“意义世界”,以回答或试图回答刑法上若干个“为什么”为目的。刑法正当性是刑法哲学的核心命题,对“什么是刑法的正当性”给以哲学上的回答始终是刑法哲学的使命和任务。该学者进而对刑法的正当性问题进行了反思,认为法律能否被人们所接受,取决于法律本身的可接受性,刑法要成为人们信奉的对象,就要表达人们普遍接受的共同价值。刑法并非来自必然的自发生成,甚至大多情况下是来自人为的设定。因为刑法制定权由国家来行使,所以,无论如何淡化,都无法改变刑法的“刀把子”功能,刑法在这个时候,成

① 王明星:《刑法谦抑精神的概念分析》,载《河南师范大学学报》(哲学社会科学版)2009年第2期。

② 杨锦芳、李丽辉:《刑法谦抑性语境下的刑民分界》,载《云南科技管理》2009年第2期。

了一种政治措施、一种政策。因为主权者的不同需要，刑法的许多内容，其正当性本身就是一个“正当性问题”^①

（二）刑法的适应性

刑法的适应性是指相对固定、简单和有限的刑法规范如何满足纷繁复杂、变动不居的社会生活需要。本年度，有学者以“许霆案”为视角对刑法的适应性问题进行了研究，指出“许霆案”所涉及的实质性问题其实就是刑法的适应性问题。法律适应性问题存在实际上反映了法治的内在矛盾，亦即形式的法治观与实质的法治观之间的冲突。当代罪刑法定主义理念，已经将形式侧面与实质侧面有机地结合起来，是对形式与实质相统一的法治观念的一种表达。而刑法之适应性机制，则是实现这种结合的制度支撑。^②

（三）刑法的人道性

近代以来，随着人道主义呼声的高涨，犯罪人的处遇措施应该得到改良、死刑应当废止的呼声日益高涨。但是，人道能否限制刑罚？国内的主流观点是将人道作为刑罚的价值要素去推论，认为人道可以对刑罚构成一种根据性的限制，与人道不符，刑罚就应该废止。本年度，有学者对刑法的人道性问题予以了进一步的思考，并得出结论认为，通过价值哲学、刑罚历史、刑罚根基的考察，人道不是刑罚的价值要素。因此，人道对刑罚的限制不是根据性的，而是条件性的，只有当人道理念较刑罚理念占优势时，人道才限制刑罚。至此，中国当前的刑事政策应是适度改良监狱设施，坚持保留死刑立场上的严格限制死刑。^③

六、刑法的体系与方法

刑法和刑法学的发展离不开自身的体系完善和方法创新。本年度，有学者对刑法的体系构建和刑法方法论问题进行了研究。

（一）刑法的体系

基于建构思路与工具的不同，刑法的体系化将呈现出截然不同的面目。从类型上看，刑法的体系主要包括以概念为工具而形成的形式体系、以原则为核心而形成的实质体系以及从类型系列发展而来的局部的实质体系。本年度，有学者对刑法的三种不同体系思路进行梳理，进而指出，概念式体系虽有利于形式理性的达成，却会切断规范背后的价值判断，错失体系的意义脉络；原则式体系固然能显示价值判

① 李翔：《对刑法正当性的追问与反思》，载《湖南社会科学》2009年第6期。

② 周少华：《刑法之适应性及其法治意义》，载《法学》2009年第4期。

③ 王水明、刘晓虎：《刑法中的人道问题》，载《法律科学》2009年第2期。

断的内在秩序，却无法深入到个别事物之中，难以提供具体的裁判规则；由此，我们应尤其重视类型之于刑法体系形成的独特价值。该学者指出，类型对刑法体系形成的这种价值不仅表现在生活素材的掌握上，而且体现在局部价值观点的传递上，更显示在事实把握与价值思考的连接上。“类型”应被视为一种重要的体系化工具而加以认真对待。^①

（二）刑法的方法

刑法的方法主要体现为一种思维的方法。本年度，有学者从立法论和司法论的角度研究了刑法的方法论问题。该学者认为，法学思维方法论包括关于法律的思维与根据法律的思维。其中，立法论的思考是关于法律的思考，而司法论的思考是根据法律的思考。据此刑法学也可以被分为立法论与司法论。刑法司法论也称为刑法解释论或刑法教义学。以此为标准，可以将刑法学分为立法的刑法学与司法的刑法学，或者基础刑法学和刑法解释学。刑法解释学与基础刑法学的区别主要在于思维方法上的差异，即刑法解释学采用司法论思考方法，而基础刑法学则采用立法论思考方法。法学教育就在于为法科学生提供法教义学知识，法科学生与其说是学习法律，不如说是学习法教义学方法。因此，该学者认为，法教义学对于法学教育的重要性无论如何强调都不会过分，并认为刑法教义学主要具有拓展法律外延为司法适用提供裁判规则、建构理论模型为定罪活动创造工具理性、设定教义规则为价值判断发挥引导作用等功能。^②

七、行为无价值论与结果无价值论问题

行为无价值论与结果无价值论是国外有关违法性的两种主张，它们同时与刑法的目的与机能、犯罪的认定以及刑罚目的等都有着密切关系，近年来受到了我国不少学者的关注。本年度，也有不少学者对行为无价值论与结果无价值论进行了研究。

有学者认为，行为无价值论与结果无价值论的争论具有重要意义。但该学者同时认为，行为无价值论存在严重缺陷，不宜倡导：强调犯罪的规范违反性，与保护法益的刑法目的相冲突；突出刑法的行为规制机能，偏离了罪刑法定主义的实质；普遍承认主观的违法要素，导致认定犯罪的整体性，既混淆了违法性与有责性，也不利于区分未遂犯与不能犯，且不利于贯彻共犯从属性说；注重主观的正当化要

^① 杜宇：《刑法体系构建的三种思路——兼论“类型”的体系形成功能》，载《浙江社会科学》2009年第7期。

^② 陈兴良：《立法论的思考与司法论的思考——刑法方法论之一》，载《人民检察》2009年第21期。

素，不仅未能限制刑罚适用，反而扩大了处罚范围；采取规则功利主义，导致对国民行为的过度干预，也不利于保护法益。相反，结果无价值论在防止过度干预、采取自由主义原则的同时，将违反刑法目的的事态作为禁止的对象，不仅能够克服行为无价值论的缺陷，而且可以在实现报应正义的同时，实现特殊预防与一般预防。^①

也有学者对行为无价值论中的二元行为无价值论进行批判，认为二元的行为无价值论不应是当今中国刑法的基本立场。二元的行为无价值论，认为违法性的核心不是法益侵害而是行为规范违反，刑法的重心不是保护法益而是强化公民的规范意识，这种立场与刑法的伦理化亦步亦趋，使得刑法处罚范围不明确，动摇罪刑法定原则；由于广泛承认主观的违法要素而亲和主观的违法性论，导致违法性与责任判断相混淆；“许霆案”的最终判决结果，足以使我们丢弃“公众的规范认同”的幻想；昨天反腐倡廉动员大会上的报告人，今天“一不小心”成为“双规”对象的中国现实告诉我们，刑法的任务不是规训国民使其彬彬有礼，而是及时发现并依法打击犯罪，强化刑法的裁判规范功能。^②

还有学者专门研究了日本刑法学中的结果无价值论。该学者认为，结果无价值理论以客观上的法益侵害或危险作为违法判断的核心，并在违法判断中尽可能地排除主观要素的介入。然而，日本学界中的结果无价值理论并不是“铁板一块”，针对“行为无价值”、“主观的违法要素”、“危险判断”等具体问题，其内部仍旧存在着见解上的对立与分歧。但至少可以明确的是，结果无价值理论试图通过“法益”概念的客观化、具体化以及“侵害原理”来构建客观的违法理论。当前，日本刑事立法呈现出法益概念的抽象化或处罚早期化的特点，结果无价值理论在日本面临的现实性困惑是理论自身还能否保持立法批判功能和解释功能。^③

① 张明楷：《行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷》，载《中国社会科学》2009年第1期。

② 杜文俊、陈洪兵：《二元的行为无价值论不应是中国刑法的基本立场》，载《东方法学》2009年第4期。

③ 郑军男：《日本刑法学中的结果无价值理论》，载赵秉志主编：《刑法论丛》（2009年第2卷），法律出版社2009年版。