

# 改革开放 40 年中国刑法学研究的 成就与展望<sup>①</sup>

刘志伟,郭玮

(北京师范大学 刑事法律科学研究院,北京 100875)

**摘要:**1978 年以来,随着我国改革开放的逐步开展与深入,刑事法治进程迅猛发展。40 年来,刑法典的颁行及修正、刑事司法实践与刑法学研究互动频繁、相互促进,域外刑法理论的涌入为我国刑法学研究增添新的研究路径,拓宽新的研究领域。刑法学研究已完成理论体系建构、基础研究深化、新兴领域探索、研究方法多元的历史使命。学界应继续改进研究方法、深化基础理论研究、把握刑事司法脉动、加强新型犯罪研究,为刑事法治事业再续新功。

**关键词:**刑法典;刑法学研究;刑法学总论;刑法学各论

**中图分类号:**D914

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-7835(2018)05-0075-17

与我国刑事法治事业的发展相匹配,刑法学研究以 1979 年刑法典的颁行为起点逐步成熟与繁荣,取得了巨大的成就。根据中国知网的统计,自 1979 年至今,刑法学学术论文总量已达 14 万余篇<sup>①</sup>。客观地回顾和总结 40 年来我国刑法学研究的成果,检视以往的研究状况并作出合理评估,对明确今后我国刑法学研究的方向与路径,具有重要意义。

## 一 刑法学总论的研究成就概览

刑法学总论研究大致分为如下阶段:1978 年至 1988 年间,以刑法适用研究为中心,兼顾中国刑法学基础理论研究;1988 年至 1997 年间,以刑法立法完善研究为中心,注重刑法基础理论研究;1997 年至 2008 年间,以刑法实施、完善研究为中心,深化刑法理论研究<sup>②</sup>;2008 年至今的刑法学总论研究深化、转型时期。以下是刑法学总论研究的典型领域,集中体现了刑法学总论的研究成就。

## (一) 刑法观

刑法观是人们对刑事立法、司法以及刑法规范、刑法功能等一系列问题的态度和价值取向的总称<sup>③</sup>。早在 1988 年全国刑法学术年会上,有论者就探讨了政治经济发展与刑法观念的更新问题,之后,刑法观念问题一直被讨论,先后有论者提出了经济刑法观、法制刑法观、民主刑法观、效益刑法观、开放刑法观、市民刑法观和民生刑法观<sup>④</sup>。在改革开放之后的政治经济变革时代,社会剧烈变动,刑法观以社会主义商品经济为主导,着力于社会保护与维护稳定。有学者提出应建立与社会主义商品经济及社会主义民主相适应的刑法观,在犯罪观上,以是否有利于生产力和社会主义商品经济的发展作为评价社会危害性及罪与非罪的标准。在刑罚观上,应在坚持罪刑等价性的基础上考虑刑罚的有效性<sup>⑤</sup>。1997 年刑法典颁布及我国加入 WTO 之后,人权法治观念渐入人心,刑法观念也发生了一系列重大变革,从对公有制

① 收稿日期:2018-05-19

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金资助;2014 年度北京师范大学自主科研基金重大项目“国际反恐重大现实问题研究”(SKZZA2014004)

作者简介:刘志伟(1967-),男,河南南阳人,教授,博士生导师,主要从事中外刑法学、刑事执行法学研究。

①数据来自中国知网,访问时间:2018 年 4 月 11 日 15:51。

②赵秉志:《刑法学总论研究述评》,北京师范大学出版社 2009 年版,第 2-9 页。

③赵秉志:《刑法基本问题》,北京大学出版社 2010 年版,第 58 页。

④赵秉志:《中国刑法学研究会学术研究 30 年》,法律出版社 2014 年版,第 11 页。

⑤赵秉志:《刑法基本问题》,北京大学出版社 2010 年版,第 58 页。

经济的重点保护到对非公有制经济的平等保护,从类推到罪刑法定,从偏重打击犯罪到打击犯罪与人权保障并重<sup>①</sup>。晚近以来的社会转型与风险到来,使得国家加强了风险控制与提前预防,以风险刑法观为代表的现代刑法观逐渐形成,但现代刑法观与传统刑法观之间的冲突也日益加深。风险刑法观自提出以来,扩张势头迅猛,但有学者提出了质疑,如黎宏教授认为,风险的含义模糊不清且有滥用之虞,会导致刑法谦抑性原则受损,进而威胁到人权。于志刚教授甚至认为“风险刑法不可行”,因为刑法的正当性需求限制了风险刑法理论的存在空间,刑法的最后法特点淡化了风险刑法理论的机能发挥,风险刑法理论是解释性理论而非建构性理论<sup>②</sup>。

可以看出,刑法观的衍变带有鲜明的时代烙印,其每一次变迁总是与社会整体形势息息相关,归根结底决定于当时的社会经济形势。在刑法观的衍变过程中,刑法学界敏锐地把握了微妙的社会经济变迁,前瞻性地提出与时代相契合,与国际潮流相符的刑法观念,在发展刑法基础理论的同时,引领了刑事立法与司法。随着刑法观研究的日益成熟,刑法观开始由被动变主动,不再单纯作为反映时代的“镜子”,而开始跳出理论层面,积极影响立法与司法。民生刑法观缓和了传统刑法的严厉性,使其趋于宽缓。如促使刑法加强了对未成年犯罪人及老年犯罪人的保护,逐渐废除非暴力犯罪的死刑;风险刑法观使刑法对现代社会风险及时作出反映与调整,如推动刑法将危险驾驶、生产或运输易制毒化学品等行为纳入规制范围。此外,刑法学界还注重对域外刑法观的考察、批判与借鉴。“敌人刑法观”自雅各布斯提出以来,在国内引发了激烈的讨论。有学者认为“敌人刑法”理论站不住脚,是一种充满歧义和危险的理论,我们应当对它说“不”<sup>③</sup>。也有学者认为“敌人刑法”总体上值得肯定,但也要警惕将其扩大化甚至发生无限制适用的情形<sup>④</sup>。虽然争议颇多,但通过思想的碰撞,开拓了人们的思维,更加凸显了新形势下刑法对于人权保护的承诺,也深化了学界对于刑法观的探索。

## (二) 刑法基本原则

虽然1979年刑法典没有规定刑法基本原则,但在该法颁行后至1997年刑法典颁行之前,刑法基本原则还是作为一个理论问题为学界高度关注。在此期间,学界对于刑法基本原则的研究主要围绕以下几个问题进行:第一,我国1979年刑法典是否贯彻了罪刑法定原则;第二,刑法基本原则的确定标准是什么,哪些属于刑法基本原则;第三,1979年刑法典修订完善后应否明确规定刑法基本原则,哪些原则应被明确规定<sup>⑤</sup>;第四,类推制度应否被废除。这一时期的刑法基本原则研究依然存在政治性、口号性的词语,且研究范围不甚全面,主要围绕1979年刑法典展开,研究的深度和广度有所欠缺。罪刑法定原则较多被讨论,其他的刑法基本原则虽有涉及,但并不深入。虽然有上述缺憾,但该阶段关于刑法基本原则的研究属于开创性研究,学界已开始主动运用刑法理论与规范表达展开讨论,为之后的研究打下基础,催生了1997年刑法典对刑法基本原则的规定。1997年刑法典明确规定了罪刑法定、罪责刑相适应、刑法面前人人平等三项基本原则,为刑法原则的研究注入了活力,极大推动了研究进程。总体来看,对刑法基本原则研究的主线有以下几条:第一,刑法基本原则据以确立的传统标准是否应当改造,新标准应当是哪些,除刑法明确规定的原则外,是否还有其他基本原则存在;第二,针对各具体基本原则展开深入阐述;第三,各基本原则间的关系如何<sup>⑥</sup>。在立法进步的基础上,这一时期研究的深度与广度均大为拓展,学界在理论溯源、基础、内容、界限、司法运用等方面做了深入探索,且将视野超出三项基本原则,讨论在法定原则之外是否还存在其他基本原则以及可能有哪些。刑法基本原则的研究具体化,探索刑法基本原则指导下的刑事司法亦是当前趋势,如将刑法基本原则与刑事司法政策相结合,认为刑事司法首先应遵循刑法基本原则,只有在刑法基本原则滞后于社会发展时,才可动用刑事司法政策弥补刑法基本原则的漏洞。又如将刑事和解与刑法基本原则相

①张少林,刘根生:《改革开放30年与刑法观念的变革》,《河北青年管理干部学院学报》2008年第6期。

②于志刚:《“风险刑法”不可行》,《法商研究》2011年第4期。

③刘仁文:《敌人刑法:一个初步的清理》,《法律科学》2007年第6期。

④齐文远,夏凉:《徘徊于传统与现代之间的刑法观——以创新社会治理体系为视角》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2015年第1期。

⑤郭健,王利宾:《刑法基本原则专题整理》,中国人民公安大学出版社2009年版,第5页。

⑥郭健,王利宾:《刑法基本原则专题整理》,中国人民公安大学出版社2009年版,第9页。

结合,以充分发挥刑事和解功用,避免“花钱买刑”之嫌。整体上,刑法基本原则研究不断深入,学者们从刑法基本原则历史渊源、理论基础、内容、立法体现、司法贯彻及基本原则之间的关系等方面展开研究,研究方法也更加多样化。从横向看,研究成果数量多、质量精、涵盖范围广泛。从纵向看,学者们不再满足于一般性论述与表面性分析,而是进行深层次的剖析和论证<sup>①</sup>。另外,刑法基本原则的研究提升了刑法观念,为刑法进一步完善提供了动力,如对罪刑法定原则的研讨,使人们逐渐摒弃了类推的做法,更新了刑事司法理念。刑法基本原则还与司法实践紧密结合,为相关研究提供了新的视角,有助于解决司法困境,实现刑法基本原则的司法化。

### (三) 刑事政策

刑事政策从来不是一个陌生词,解放前,我国已经有一大批有关刑事政策的著作问世。解放后很长一段时间,刑事政策研究处于空白状态,1976年北京大学法律系刑法教研室编印的《刑事政策讲义》使刑事政策研究逐渐复苏。1983年以来,“严打”刑事政策出台,在短时期内维护了社会治安,保证了社会主义建设顺利进行,但因具有一定的历史局限性而受到种种批评。这一时期的刑事政策研究集中于刑事政策的基本问题,如刑事政策的含义、概念、原则等,为之后出台的“宽严相济刑事政策”打下了理论基础。1992年,马克昌主编的《中国刑事政策学》的出版标志着刑事政策学研究的重大进展。2004年12月全国政法工作会议上提出了“宽严相济刑事政策”,成为当前刑事立法与司法的圭臬。这一时期的刑事政策研究主要围绕刑事政策的概念、指导思想、体系、分类、“严打”“宽严相济”等展开,其中对于“严打”与“宽严相济”的争论逐渐深入。“严打”刑事政策实施以来,争议不断。肯定者认为“严打”适应了当时严峻的社会形势,从重从快打击极大地惩治了恶性犯罪,有效降低了犯罪率,维护了社会安

定和治安秩序,为我国社会主义现代化建设提供了一个稳定良好的发展环境<sup>②</sup>。否定者认为“严打”虽然取得了一定的成绩,但治标不治本,无法彻底解决社会治安问题,还使得我国刑法重刑化趋势加深。运动式的“严打”将平时该抓的犯罪分子放在一边“养起来”,等到严打之日再集中抓捕,产生了很多消极后果<sup>③</sup>。“严打”政策没有较好地遵循政策制定程序,没有相应的指标数据支持,且与其他政策协调不够<sup>④</sup>。“宽严相济”刑事政策提出以来,热度一直不减,学界主要围绕其含义、根据、功能、贯彻展开研讨,并将其与“严打”刑事政策及“惩办与宽大相结合”刑事政策进行比较研究。有论者认为“严打”为“宽严相济”的下位概念,前者相当于后者的“严”<sup>⑤</sup>。有论者认为“宽严相济”政策是对“严打”政策的矫正,与“严打”政策只适用于严重犯罪不同,“宽严相济”政策适用于所有犯罪。在宽与严的关系上,宽是基础,严只是补充,着力修正重刑主义思维。“宽严相济”政策秉持“无罪推定”思想,着力克服“严打”政策下证据把关不严所导致的不良后果<sup>⑥</sup>。

近年来,刑事政策司法化方面进展较为突出,人们逐渐认识到刑事政策的运用虽有益于治理犯罪,但若贸然跨越“李斯特鸿沟”,则有侵蚀规范,妨碍公民权利与自由的风险,应将其规范化并进行原则性论证<sup>⑦</sup>。有论者主张刑事政策宪法化,认为该举有助于消除刑事政策的模糊性,缓和其对实证法体系的冲击,补强其批判立法的功能<sup>⑧</sup>。还有论者以风险社会为背景,认为刑事政策的制定应结合社会实际,采用折中、渐进式路径,处理好安全与自由的关系以及立法谦抑与刑法扩张的关系<sup>⑨</sup>。总体而言,从“严打”到“惩办与宽大相结合”,再到“宽严相济”,刑事政策与特定的时代息息相关,目前的刑事政策研究也多结合时代背景和热点问题如反恐、反腐、死刑等,刑事政策研究有着鲜明的时代烙印。刑事政策研究扎根于我国刑事政策实践,并为刑事政策实践提供科学指导,

①赵秉志:《刑法学总论研究述评》,北京师范大学出版社2009年版,第137页。

②游伟,谢锡美:《严打政策与犯罪的刑事控制》,载《刑事法评论(第12卷)》,中国政法大学出版社2003年版,第21页。

③周长军:《博弈、成本与制度安排——严打的制度经济学分析》,载《刑事法评论(第12卷)》,中国政法大学出版社2003年版,第68页。

④谢望原,卢建平:《中国刑事政策研究》,中国人民大学出版社2006年版,第278-284页。

⑤王顺安,刘艳萍:《论宽严相济与三个刑事政策的关系》,《河北学刊》2008年第2期。

⑥张远煌:《论宽严相济刑事政策的关系特征》,《刑事政策评论(第1卷)》,中国方正出版社2006年版,第83-84页。

⑦石聚航:《刑事政策司法化:历史叙事、功能阐释与风险防范》,《当代法学》2015年第5期。

⑧张翔:《刑法体系的合宪性调控——以“李斯特鸿沟”为视角》,《法学研究》2016年第4期。

⑨郑高键:《风险社会语境下刑事政策的理性应对——基于刑事政策与刑法功能调整的思考》,《甘肃社会科学》2015年第5期。

其价值不仅体现在立法过程中,还体现在刑法适用过程中,具体领域的刑事政策研究为刑事司法提供了极大支持,如定罪政策、量刑政策、行刑政策等。

#### (四) 刑法解释

虽然我国有悠久的法律释义传统,但在1979年刑法典通过后的很长一段时间内,学界对刑法解释问题研讨不多。1995年,李希慧教授撰写的《刑法解释论》出版,之后刑法解释研究逐渐升温。1997年,一些法理学者召开了“(民)法解释学”学术研讨会,论文结集后以“法律解释问题”为题由法律出版社1998年出版,该书对刑法解释问题的研究起到了非常重要的推动作用。在2003年的刑法学年会中,刑法解释问题被确定为会议主题之一,并出版了《刑法解释问题研究》论文集。2004年初,张明楷教授出版了《刑法分则的解释原理》,当年年底,一些中青年刑法学者在深圳举办“刑法方法论”高级论坛,比较集中地研讨了刑法解释问题。时至今日,刑法学界对刑法解释问题研究的热度不减。其中的热点问题主要包括解释主体、解释对象、解释论、解释原则、解释方法、立法解释、司法解释等。近年来,关于解释论的争论不断升温,刑法解释论主要包括主观解释论与客观解释论、形式解释论与实质解释论。

主观解释论者立足于刑法的安定价值、罪刑法定原则与人权保障机能,主张阐明立法者的意图,认为客观解释论存在解释标准模糊、多为入罪解释,有违罪刑法定等弊病,主观解释更有利于实现法的安定性和可预测性,更利于保障人权<sup>①</sup>。有学者还从历史的角度进行论证,认为法治理念、法官素质、刑法实施时间与刑法解释立场的选择关系密切,我国法治建设刚起步,法官素质有待提高,刑法实施时间不长,这要求我们应采主观解释论<sup>②</sup>。对此,客观解释论者反驳道:主观解释论不能说明什么问题,它谈的并非刑法解释问题而是刑法的直接适用问题,刑法不能被解释,只能被动接受它传递的“本来的意义”。主观解释论几乎不能解决司法寄望于“刑法解释”所需要解决的

任何问题,客观解释论才客观、有效、较全面地揭示了刑法解释之真义<sup>③</sup>。刘艳红教授则提出“主观的客观解释论”,认为虽然客观解释论具有优势地位,但在网络时代应警惕客观解释论的过度使用,可结合主观解释论的法治基因优势,以客观解释为基础,同时其解释不能超出“刑法条文的语言原意”的范围,以主观解释作为客观解释之限定<sup>④</sup>。2000年之后,形式解释与实质解释之争开始出现,这其实也反映出形式刑法观与实质刑法观之争。2009年出版刘艳红教授的《实质刑法观》与邓子滨研究员的《中国实质刑法观批判》两本著作,2010年陈兴良教授与张明楷教授分别发表的《形式解释论的再宣示》与《实质解释论的再提倡》两篇论文,是两种观点争锋的集中体现。陈兴良教授指出:形式解释论与实质解释论之争,是罪刑法定原则与社会危害性理论之争,也是形式刑法观与实质刑法观之争。形式解释论并不排斥实质判断及实质正义,而是在刑法解释中应基于罪刑法定原则所倡导的形式理性,通过形式要件,将实质上值得科处刑罚但缺乏刑法规定的行为排斥在犯罪范围之外<sup>⑤</sup>。张明楷教授则强调对构成要件的解释不能停留在法条字面含义上,要以保护法益为指导,使行为的违法性与有责性达到值得科处刑罚的程度,在遵循罪刑法定原则前提下,可以作扩大解释<sup>⑥</sup>。形式解释论与实质解释论之争,主要源自对罪刑法定原则的不同理解,关键在于如何区分罪刑法定原则下刑法解释的边界,即在刑法规范没有形式上规定的情况下,能否以具有实质处罚必要性为由将行为入罪。最近逐渐有学者主张跳出形式解释论与实质解释论之争,采用新的解释方式。有学者提出“走出形式解释论与实质解释论之争”,采用刑法论证与刑法解释相结合模式,在传统解释模式基础上融入了合理对话与论辩的因素,在开放性结构与科学的程序中寻求可接受的解释结论<sup>⑦</sup>。也有学者认为形式解释论与实质解释论并非不可调和,化解两派矛盾的出路在于建构起由文义解释向体系解

①熊伟:《主观解释论之提倡》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2013年第5期。

②徐光华:《刑法解释立场的历史考察——主观解释论之提倡》,《河北法学》2008年第2期。

③冯亚东:《再谈刑法的解释问题》,赵秉志,张军:《中国刑法学年会文集 2003 年度第一卷:刑法解释问题研究》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 103 页。

④刘艳红:《网络时代刑法客观解释新塑造》,《法律科学》2017年第3期。

⑤陈兴良:《形式解释论的再宣示》,《中国法学》2010年第4期。

⑥张明楷:《实质解释论的再提倡》,《中国法学》2010年第4期。

⑦罗世龙:《形式解释论与实质解释论之争的出路》,《政治与法律》2018年第2期。

释再向目的解释演进的路径<sup>①</sup>。

到目前为止,刑法解释研究成绩突出,研究思路已然成熟,成果影响力越来越大,对刑法解释基础理论的研究较为全面、深入。特别是对各种刑法解释方法的研究,对实质解释论与形式解释论的研究,对具体罪名的解释等,成果较为丰硕。但论证还不够精细,理论器宇还不够恢宏,对刑法解释具体机理的探讨还比较肤浅,对刑法解释的基本立场、刑法解释内在机理缺乏应有关注,对哲学、语言学的重视程度不够<sup>②</sup>。

### (五) 犯罪构成

我国的犯罪构成理论源自苏联的刑法理论。犯罪构成作为刑法学理论的基石,种类繁多,对其理解较为混乱。1979年刑法典通过之前,学界对犯罪构成理论的研讨主要集中在犯罪构成包括什么以及如何排列方面,主要观点有二要件说、三要件说与五要件说。学界虽然在犯罪构成问题上进行了充分而广泛的探讨,但在研究深度上还有欠缺,存在形式化倾向,即满足于对犯罪构成要件的重新排列组合,而未能从价值内容上探讨犯罪构成的体系<sup>③</sup>。自1983年开始,越来越多的学者开始从犯罪构成的性质、犯罪构成要件数量等方面对我国犯罪构成理论进行反思。特别是1997年刑法典颁行后,学界又从社会变迁、社会控制需要、刑事诉讼、政策分析、人权保障、行为科学等多角度对犯罪构成理论进行全面系统地研究。这一时期的犯罪构成研究围绕着犯罪构成属性、什么是犯罪构成、犯罪构成要件数量、犯罪构成要件排列顺序等展开。学者们开始注重比较、借鉴或移植外国理论,力图完善犯罪构成理论,理论研究呈现出明显的多元化格局,学术自由争鸣氛围浓厚<sup>④</sup>。围绕犯罪构成要件体系的争鸣可谓典型,体现了犯罪论本土化过程中出现的不同价值选择,学界对此主要有三种观点:

(1) 维持模式。该类观点认为四要件模式虽尚需完善,但总体上是科学合理的,应予坚持。在四要件理论中,犯罪构成四要件是定罪的充分必

要件,具有较强的定罪逻辑,将所有要件置于一个平面上分析,非常直观,具有可操作性,它要求主客观要件的统一,避免了主观或客观归罪,且只要不具备某一要件就不构成犯罪,体现了无罪推定理念<sup>⑤</sup>。与其他学者不同,何秉松教授虽坚持四要件模式,但主张建立中国特色犯罪构成理论,即“犯罪构成系统论”,该理论继承塔甘采夫的体系结构,把犯罪构成视为一个有机组成部分,用系统论的观点分析它的内部和对外功能<sup>⑥</sup>。

(2) 重构模式。随着学界对大陆法系和英美法系犯罪构成理论的研究逐渐深入,有学者提出要直接引入国外模式。较有代表性的即为引进大陆法系的阶层式犯罪论体系,如陈兴良教授认为:四要件的犯罪构成理论是耦合式犯罪构成模式,对成立犯罪而言存在一荣俱荣,一损俱损的关系,存在巨大缺点。时下,亦有部分中青年学者对四要件犯罪构成理论体系进行了批判,认为德日体系具有优越性,该体系将事实与价值、主观与客观、形式与实质明确区分,在逻辑上更纯粹、彻底。同时,德日体系明确将对犯罪的实质评价区分为违法与责任,这使正当化和免责的二元区分成为可能,这也为四要件体系难以解决的一系列问题提供了可能<sup>⑦</sup>。

(3) 改良模式。认为我国现有犯罪构成存在一定的问题,但这些问题不是根本性的,作一定程度的改良即可适应现实生活。如黎宏教授认为,目前所提出的变革犯罪构成体系的要求基本上都是出于一种抽象观念上的认识和对国外犯罪构成体系的仰慕,真正从解决司法实践中所遇到的难题的角度提出这个问题的基本没有。我国犯罪构成虽然存在一些问题,但并没有达到非改不可的程度,而且在没有更好的替代体系的前提下,贸然做如此大幅度的修改,效果可能比维持现有的犯罪构成体系更糟<sup>⑧</sup>。

经过深入研讨和激烈争论,学界在犯罪构成概念、特性、类型、犯罪构成与相关理论体系的关

①何萍,李腾:《形式解释与实质解释之争及其出路》,《法学》2017年第11期。

②王政勋:《刑法解释的语言论研究》,商务印书馆2016年版,第26页。

③包雯:《犯罪构成若干问题研究》,知识产权出版社2006年版,第22页。

④赵秉志:《刑法学总论研究述评》,北京师范大学出版社2009年版,第172-173页。

⑤欧锦雄:《新中国犯罪构成理论的发展和完善》,载赵秉志等编著《新中国刑法60年巡礼》,中国人民公安大学出版社2009年版,第139-141页。

⑥何秉松:《全球化视野下的中俄与德日犯罪论体系》,《国家检察官学院学报》2009年第1期。

⑦付立庆:《犯罪构成理论比较研究与路径选择》,法律出版社2010年版,第311-312页。

⑧黎宏:《我国犯罪构成体系不必重构》,《法学研究》2006年第1期。

系、犯罪构成体系建构、犯罪构成要件要素探析等方面的研究成果显著。

### (六) 社会危害性

我国1979年刑法典第10条明确将行为的社会危害性作为判断罪与非罪的标准之一。然而,自1997年刑法典确立罪刑法定原则后,对于社会危害性理论的质疑不断。在社会危害性理论的争议中,社会危害性与刑事违法性的关系以及社会危害性与法益的优劣比较是核心议题。

#### 1. 社会危害性与刑事违法性的关系

传统理论认为,社会危害性与刑事违法性是犯罪行为两个本质特征,社会危害性是刑事违法性的基础,刑事违法性是社会危害性的法律表现<sup>①</sup>。1997年刑法典确立罪刑法定原则之后,传统理论受到了质疑,有学者认为刑事违法性在司法阶段应占据主导地位,有学者甚至全盘否定了社会危害性理论。代表性观点如:社会危害性是一种有名无实的概念,即以社会危害性为核心的实质定义在司法中并没起到实质判断的功能,社会危害性的认定完全依赖于行为的刑事违法性,社会危害性的实质内容被刑事违法性架空<sup>②</sup>。社会危害性是犯罪混合概念中的实质因素,刑事违法性是犯罪混合概念中的形式因素。从立法角度而言,社会危害性决定刑事违法性不无道理,但从司法角度,社会危害性是根据刑事违法性而认定的。既然在司法意义上社会危害性由刑事违法性所决定,在认定犯罪时,只要遵循刑事违法性标准即可,又何必在刑事违法性之外另立社会危害性标准呢?<sup>③</sup>对此,有学者展开了反驳,如:社会危害性与刑事违法性是互动的对立统一关系,统一并非一种绝对静止的、平面的统一,而是一种在对立、冲突前提之下的动态的、过程性的、有中介的统一<sup>④</sup>。社会危害性与刑事违法性的统一不是,也不可能仅通过刑事立法来完成,而是由立法者和司法者共同参与、判断和调适而完成的。其中,立法者起着至关重要的作用,但是司法者的作用也不可忽视,甚至可以说,在最终意义上,社会危害性与刑事违法性的统一端赖于司法者<sup>⑤</sup>。

经过长期论战与深入研究,越来越多的人意

识到:否定社会危害性,过度拔高刑事违法性的观点虽体现了形式理性及对罪刑法定原则的维护,但其逻辑仍存在重大缺陷,即批判的靶向性欠缺。过度阐述社会危害性的弊端,没有从社会危害性与刑事违法性之间的关系以及刑事违法性本身的特点与功能着手论述,直接得出摒弃社会危害性的结论,逻辑链条不完整,论证过程略显粗糙。一些学者进而开始认识到:对社会危害性本质、功能,以及社会危害性决定刑事违法性路径的探索异常重要,开始运用辩证方法论,通过充分翔实的论据全面客观评价社会危害性。如有学者指出要正视社会危害性的地位,社会危害性不是对罪刑法定原则的破坏,反而与罪刑法定原则一起成为保障人权的防线,我们应科学确定其地位,发挥其应有的价值<sup>⑥</sup>。同时,由于社会危害性与刑事违法性的对立根源于秩序本位与自由本位两种刑法价值观的对立。学界逐渐开始摒弃就事论事的具体问题探讨模式,多从价值与哲学层面进行二者的比较,对秩序与自由的关系展开“釜底抽薪”式的深入研究,有效地增进了基础理论研究进程。

#### 2. 社会危害性与法益侵害性的取舍

随着1997年刑法典规定了罪刑法定原则并废除类推,一些学者认为罪刑法定原则要求罪刑法定化、明确化,这与以社会危害性作为犯罪本质的实质评价标准相冲突,于是放眼国外,引入大陆法系法益概念的呼声逐渐增强。一些学者认为我国传统上习惯于对犯罪作社会政治的否定评价,而忽视对犯罪法规范违反性的本质的评价。主张认定犯罪时不能从规范外寻找构成犯罪的实质依据,应要有所约束,将目光集中在规范内。法益是规范内的利益,不同于其他对犯罪所进行的实质评价,相比法益,社会危害性是对犯罪的超规范解释,本身内容空泛,且并非犯罪专有概念,应将其从注释刑法学中驱逐出去,并以法益侵害取代之<sup>⑦</sup>。与此同时,亦有相对冷静的声音。有学者认为,大陆法系与我国刑法有不同的理论体系,在引入法益概念之前要注意两套话语体系的区别以及相似概念的不同内涵,我国刑法理论的最大缺

①欧阳涛:《略论社会危害性与刑事违法性犯罪特征》,载《刑事法学的当代展开》,中国检察出版社2008年版,第222页。

②李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第7页。

③陈兴良:《社会危害性理论:进一步的批判性清理》,《中国法学》2006年第4期。

④齐文远,周译:《社会危害性与刑事违法性关系新论》,《中国法学》2003年第1期。

⑤刘仁文:《刑法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第122-123页。

⑥王政勋:《论社会危害性的地位》,《法律科学》2003年第2期。

⑦陈兴良:《社会危害性理论——一个反思性检讨》,《法学研究》2000年第1期。

陷不在于社会危害性理论,而在于对社会危害性理论功能与定位的错误理解与适用。所以,当务之急不是引入法益概念,汲取法益理论的精神为我所用才是明智之举<sup>①</sup>。还有学者认为,法益作为一个指涉范围非常广泛,内涵不明的概念,其规范作用是非常有限的。仅凭行为所侵害的利益是否刑法法益来判定行为的罪与非罪,是对法益概念的过高期望。实际上,在大陆法系,法益作为实质违法性的内容的真正功能和意义仅仅在于使犯罪概念客观化,即将一种行为认定为犯罪并处以刑罚的前提,使行为具有客观的损害结构,禁止处罚不当罚的行为,限制刑罚权的随意发动。我国的社会危害性也具有此功能,一种行为即使形式上具有刑事违法性,如果不具有可罚的社会危害性,也不构成犯罪。从实质上的“出罪化”功能而言,法益侵害性与社会危害性是基本相当的<sup>②</sup>。

### (七) 未成年人犯罪

与大多数问题一样,刑法学界对于未成年人犯罪的研究也可以划分为两个阶段,即1979年刑法典颁行至1997年刑法典颁行的阶段,1997年刑法典颁行至今的阶段。1979年刑法典的颁行,标志着我国未成年人犯罪的刑法研究进入起步阶段,这一阶段的未成年人犯罪研究以对刑法典的解释与适用展开。主要议题包括未成年人负刑事责任的范围、刑事处罚原则、犯罪减轻处罚问题、犯罪立法模式、刑罚适用立法完善。1997年刑法典颁行之后,除了以上基础性理论问题,未成年人犯罪研究转向未成年人犯罪概念、相对负刑事责任的根据、法定刑事责任年龄、刑事政策、犯罪处罚、犯罪实证研究、犯罪成因研究等方面<sup>③</sup>。1997年刑法的颁行及相关法律法规的出台,促进了未成年人犯罪问题的深化研究,特别是未成年人犯罪立法的完善研究。

与之前相比,当前未成年人犯罪研究的理念得以更新,保护、教育、矫正理念渐入人心。之前有学者主张降低刑事责任年龄,扩大相对刑事责任年龄人刑事责任范围,从严把握未成年人犯罪

的从宽幅度<sup>④</sup>。但随着国际社会对未成年人利益保护力度的加强,以及我国宽严相济刑事政策的出台,越来越多的学者认识到未成年人犯罪与成年人犯罪的根本区别以及未成年人的身心特点,认为应当更加注重未成年人保护,主张在犯罪化、刑罚适用以及教育矫正方面给予未成年人最大的关怀。研究理念更新的同时,一些分支领域的研究也更加深入,研究的广度和深度进一步拓展。如在未成年人犯罪的预防与应对方面,学者们从不同的角度探讨了未成年人犯罪的防治对策,研究领域愈加精细化。在研究方法上,实证研究方法备受推崇,学者们以科学调查得来的数据为支撑,运用科学统计分析方法进行研究,反映出了更真实的情况,研究结论也更加可靠。此外,未成年人犯罪研究的视野更加开阔,除了传统的刑法解释与适用研究外,有学者从刑事政策的角度将未成年人犯罪与成年人犯罪区分开,使未成年人犯罪研究更加灵活并自成体系<sup>⑤</sup>。有学者从比较法学的角度寻找中外未成年人犯罪的共性并择善而从<sup>⑥</sup>。还有学者跨学科从社会学、犯罪学、心理学的角度研究未成年人的心理发展及社会防控,填补了之前未成年人犯罪领域交叉学科研究的空白,提高了该类犯罪研究的科学性、规范性<sup>⑦⑧</sup>。

### (八) 刑罚目的

作为刑罚论的核心问题,刑罚目的自20世纪80年代以来成为我国刑法学讨论的热点。关于刑罚目的,学界主要围绕刑罚目的包括哪些,以及刑罚目的的概念展开。在刑罚目的的概念方面,不同的学者从刑罚过程的角度展开论述,认为刑罚目的有广义、中义和狭义之分。广义的刑罚目的是制定、适用和执行刑罚的过程中欲达到的目的,中义的刑罚目的是制定、适用刑法所欲达到的目的。狭义的刑罚目的是适用刑法所欲达到的目的。在刑罚目的的内容方面,较为通行的理论为“双面预防说”,即认为刑罚目的所预防的犯罪,包括已然之罪与未然之罪,由于预防的对象有所不同,所以将刑罚的目的划分为特殊预防与一般

①方鹏:《纠缠于法益与社会危害性之间》,《刑事法评论(第10卷)》,中国政法大学出版社2002年版。

②刘仁文:《刑法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第129页。

③赵秉志:《中国刑法学研究会学术研究30年》,法律出版社2014年版,第218-265页。

④孟德、郭晖:《宽严相济视阈下我国未成年人刑事立法之完善》,《社会科学论坛》2009年第4期。

⑤徐岱:《未成年人犯罪的刑法处罚——刑事政策视域下的学理解释》,《吉林大学社会科学学报》2006年第6期。

⑥张旭:《未成年人犯罪的处罚措施:比较与借鉴》,《人民检察》2006年第5期。

⑦袁彬:《刑法的心理学分析》,中国人民公安大学出版社2009年版,第79-100页。

⑧邱保国、王国辉:《论对未成年人犯罪刑罚适用的社会评价》,《青少年犯罪问题》1997年第2期。



预防<sup>①</sup>。但从多层次,分阶段的角度分析刑罚目的的观点亦具有较大影响力,如有学者认为,刑罚目的理论应当是分刑种分阶段以预防为基础的综合理论<sup>②</sup>。有学者认为,刑罚目的可以分为三个层次,三个层次的刑罚目的分别是惩罚犯罪、预防犯罪和保护法益。三个层次的刑罚目的相互依存、相互作用,共同调整刑罚的制定、刑罚的裁量和刑罚的执行<sup>③</sup>。有学者主张区分立法阶段与司法阶段,即立法阶段以一般预防优先,司法阶段以特别预防优先<sup>④</sup>。还有学者从人权保护的角度,认为刑罚是人类理性的产物,是人基于人性设置的规则,因此从本质上看,刑罚目的应当是保障基本人权,以适应人性的基本要求<sup>⑤</sup>。刑罚目的是刑罚论的核心,也是争论较为激烈的部分。刑罚目的与刑罚理念直接相关,刑罚目的研究的进展促进了刑罚理念的更新。20世纪90年代中期之前,多数学者认为刑罚的目的在于惩罚犯罪,对预防犯罪及保障人权鲜有论及。20世纪90年代中期以后,刑罚的预防目的受到重视,打破了“为惩罚而惩罚”的刑罚理念。晚近以来,学者们强调刑罚的特殊预防,将关注焦点转向了犯罪人,认为刑罚的创制及运用要注重“以人为本”,关心犯罪人合法权益的保护及受刑后能否顺利回归社会。纵向来看,刑罚制度方面几乎所有的改进与完善,如死刑的大幅削减、社区矫正等,均反映了刑罚理念向人本主义的转变<sup>⑥</sup>。而刑罚理念的转变,无不得益于刑罚目的研究,学界对刑罚目的的全面理性认识,使宽缓、教育、社会化的刑罚理念渐成共识,推动了刑事法治文明进程。

### (九) 刑罚裁量

刑法学界对于刑罚裁量的研究可以分为量刑情节研究与量刑方法研究。1978年以来,学界对量刑情节的研究经历了三个主要阶段,1988年以前,对量刑情节的研究领域较为狭窄,成果不多,对于量刑情节基础性问题的研究亦处于空白阶段。1988年至1997年间,量刑研究独立性逐渐增强,量刑情节与犯罪情节之间的界限更加清晰,对于法定量刑情节、酌定量刑情节、量刑情节的竞

合、立法完善等问题的研究愈加深入,对于个罪的量刑情节研究也依次展开。1997年以来,学者们将目光投向量刑情节的新领域,如将量刑情节与刑事政策相结合,死刑案件、经济犯罪、腐败犯罪等量刑情节问题。与此同时,量刑情节传统领域特别是对于酌定量刑情节的研究不断深入,酌定量刑情节法定化问题成为热点。迄今为止,量刑情节的研究成果较为丰硕,除了紧跟时代,如立足于死刑、刑事政策、重点罪名等展开研究外,多以司法实践为基础,可操作性较强。学界在深化法定与酌定量刑情节,从轻、减轻、从重处罚情节研究的基础上,向未成年人犯罪量刑、自首犯量刑、共犯量刑、累犯量刑等领域扩展。此外,量刑情节的基础理论研究也取得突破,如量刑情节基础的研究深化,学界开始摆脱以往量刑情节研究依附于犯罪情节研究的局面,学科独立性显著增强。与理论深化相伴的是司法实践的发展,最高人民法院2017年3月印发,4月起施行的《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《意见》)规定:量刑时要考虑各种法定和酌定量刑情节,根据案件的全部犯罪事实以及量刑情节的不同情形,依法确定量刑情节的适用及其调节比例。《意见》专门规定了未成年人犯罪、未遂犯、从犯、自首犯等具体量刑情节,以基准刑为基点,运用比例对量刑情节如何适用作出了清晰的指示。

与量刑情节相比,量刑方法的研究较晚,1987年,我国第一篇专门研究量刑方法的论文《论数量化的量刑方法》问世。1987年至1997年的10年间,量刑方法研究虽然进入起步阶段,但没有受到应有的重视,人们对刑事审判的观念停留在“重定罪轻量刑”阶段,认为只要定性准确,案件处理便已妥当,这直接导致了量刑方法研究在这一阶段没有出现质的飞跃。但在这一阶段,关于量刑标准化、电脑量刑等概念被提出,为之后的量刑方法研究打下了基础。1997年以来,量刑方法的研究角度多元化,有一些学者提出了“运用决策科学原理的量刑方法”<sup>⑦</sup>“运用系统工程中的层

①高铭暄,马克昌:《刑法学(第七版)》,北京大学出版社2016年版,第224页。

②王世洲:《现代刑罚目的理论与中国的选择》,《法学研究》2003年第3期。

③韩轶:《刑罚目的层次性辩说——兼论刑罚的最终目的》,《法商研究》2004年第4期。

④蔡一军:《论刑罚目的理论的多元化趋向与整合范式——以当代西方研究发展为视角》,《广西社会科学》2011年第2期。

⑤陈异慧:《刑罚目的的人性反思》,《法学杂志》2014年第6期。

⑥赵秉志:《刑法学总论研究述评》,北京师范大学出版社2009年版,第479页。

⑦马克昌:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第301页。



次分析法来解决量刑问题”<sup>①</sup>“基础刑量刑方法”<sup>②</sup>等。人工智能概念出现后,有些学者提出将人工智能运用于量刑实践,如打造智能量刑系统,实现电脑量刑的升级<sup>③</sup>。顺应历史潮流,保持人工智能作用有限性认识的基础上,大力探索人工智能对法官辅助量刑决策的应用机制,克服法官人性的弱点<sup>④</sup>。量刑方法的研究引发了人们对传统的“综合估堆量刑法”的反思,量刑方法的科学性与统一性有所增强。学者们为促进量刑方法科学化而提出的多种观点如“电脑量刑”“数学量刑”“层次分析量刑”“基础刑量刑”“人工智能量刑”等,进一步激发了人们对于量刑方法科学化的兴趣,促使人们跨领域将最新科技成果主动应用于量刑方法的改善,兼具理论意义与实践价值。量刑方法的研究得到了司法机关的认可,一直以来,学界着力批判传统的综合估堆量刑方法,认为合理确定的量刑基准是规范量刑的关键所在。量刑基准是指不结合具体个案,仅针对抽象的个罪,在不考虑法定或者酌定量刑情节的前提下,仅依据犯罪构成事实得出应判处的刑罚量。最高人民法院充分考虑了相关研究成果,在《意见》中明确提出基准刑这一具有操作性概念,具有极大实践指导意义<sup>⑤</sup>。根据《意见》的规定,量刑应以定性分析为主,定量分析为辅,依次确定量刑起点、基准刑和宣告刑。《意见》还对“单个量刑情节”“多个量刑情节”“数罪并罚”等情况分别规定了调节基准刑的方法。

#### (十) 死刑问题

死刑问题历久弥新,目前,死刑问题的研究可分为两个层次和四个进路,两个层次分别是价值层次和规范层次。四种进路分别是死刑观念、死刑的政策选择、死刑的司法适用与死刑的立法完善<sup>⑥</sup>。前两种进路属于价值层次、应然层次,后两种属于规范层次、实然层次。在价值层次,按照死刑废除意愿的程度划分,可分为死刑扩张论、死刑限制论、死刑有限存在论、死刑废止改良论、彻底

的死刑废止论<sup>⑦</sup>。死刑扩张论目前已基本无人支持,彻底的死刑废止论支持者亦较少,大多数学者集中在其他三种观点,死刑限制论与死刑有限存在论均认识到了死刑的局限性,主张限制死刑,防止死刑滥用,但认为死刑的存在仍有合理性,有利于实现刑法的惩罚机能,维护社会稳定。“敌人刑法”理论是支持死刑保留的有力观点,其主张对那些持续性地、原则性地威胁或破坏社会秩序者和根本性的偏离者,应把他当做一个敌人对待<sup>⑧</sup>。死刑废止改良论则坚持限制死刑与废止死刑的结合,认识到了现阶段死刑存在的必要性和合理性,以及死刑废除的大趋势,主张分步骤、分阶段,从限制死刑到最终废除死刑。该说已然成为刑法学界共识,但在具体如何限制、如何废除以及如何立法方面仍存在不同程度的争论。价值层次的死刑问题研究主要围绕死刑观念与死刑政策,除了促进立法及司法上的死刑限制与废除外,还正确引导了人们的死刑观念,使公众更加清醒地认识到死刑的局限性,唤起了公众的人道主义观念及轻刑化意识。在规范层次,学界主要围绕死刑适用条件、死刑立法限制及死刑替代措施展开探讨。《刑法修正案(九)》规定终身监禁以后,不少学者认为终身监禁可作为死刑替代措施予以适用,有学者认为,终身监禁可限制死刑立即执行,确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的罪犯,应将终身监禁作为死刑立即执行的替代措施,对短时间内难以废除死刑的罪名规定死缓犯终身监禁制度<sup>⑨</sup>。有学者针对终身监禁服刑时间过长的弊端,提出进一步完善制度,使终身监禁适用形成合比例性的“阶梯”,在减少死刑立即执行的同时,尽可能避免负效果<sup>⑩</sup>。规范层次的死刑问题研究着眼于实然,在维护法律规范实效性的前提下,致力于为死刑适用设置多重限制,既要分析具体犯罪是否符合死刑适用条件,又要在死刑立即执行与死缓中选择其一,还要研究具体死刑执行的落实。通过种种制度手段限制死刑的适用,促

①陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社2004年版,第664页。

②臧冬斌:《量刑的合理性与量刑方法的科学性》,中国人民公安大学出版社2008年版,第189页。

③孙道萃:《人工智能对传统刑法的挑战》,《检察日报》2017年10月22日第3版。

④倪震:《量刑改革中“机械正义”之纠正——兼论人工智能运用的边界及前景》,《江西社会科学》2018年第2期。

⑤李晓林:《量刑规范化的理论与实践》,人民法院出版社2015年版,第25页。

⑥赵秉志:《刑法学总论研究述评》,北京师范大学出版社2009年版,第496页。

⑦赵秉志:《刑法学总论研究述评》,北京师范大学出版社2009年版,第483-487页。

⑧刘仁文:《敌人刑法:一个初步的清理》,《法律科学》2007年第6期。

⑨赵秉志,商浩文:《论死刑改革视野下的终身监禁制度》,《华东政法大学学报》2017年第1期。

⑩时延安:《死刑立即执行替代措施的实践与反思》,《法律科学》2017年第2期。

进人权保障与社会保护的平衡,减少了公众对死刑的依赖,加快了死刑废除进程。

## 二 刑法学各论的研究成就概览

我国刑法学各论的研究起步于1979年刑法典颁行后,早期的研究主要围绕罪名和法定刑进行。之后随着一系列刑法学教材的编撰,刑法学各论研究框架逐渐确定,体系愈加完整。进入新世纪后,接连出台的《刑法修正案》和一大批司法解释为刑法学各论研究提供了充足的养分,刑法学各论研究向纵深拓展。总体而言,刑法学各论研究取得了如下成就:一方面,虽然刑法总论指导了刑法各论,但刑法学各论的研究推动了刑法学总论的研究。刑法学各论通过对各类犯罪的研究,积累出共性问题并形成分则理论,这些理论经过抽象的归纳概括,成为总论的基础。同时,各论关于罪的存废和增设问题的研究往往有着深厚的社会基础,这些理论的提出必然引起总论有关问题的改进和研究<sup>①</sup>。如刑法分则对于恐怖主义犯罪、网络犯罪等新型犯罪的提前介入也使得学界更加注重风险刑法与积极立法观的研究,使刑法观、刑事政策等刑法总论基本问题与时俱进。另一方面,刑法学各论的研究为刑事司法提供了有力支持。以下围绕六类犯罪,阐述刑法学各论的发展轨迹及取得的成就。

### (一) 网络犯罪

网络犯罪研究起步于20世纪八九十年代,1995年之后,网络犯罪研究成果逐年增多,2010年以后,网络犯罪研究进入了繁荣期。网络犯罪研究主要包括网络犯罪基础理论研究、网络犯罪立法与司法研究。在网络犯罪基础理论研究方面,学界主要围绕网络犯罪的定义、类型等展开研究。关于网络犯罪的定义,存在“犯罪工具说”和“犯罪对象说”,前者认为网络犯罪是利用计算机实施的危害计算机网络系统安全的行为<sup>②</sup>。后者认为网络犯罪是发生在网络空间,针对计算机网络系统的信息功能或网络系统中存储的信息进行危害网络安全的触犯刑法的行为<sup>③</sup>。随着网络科技的发展,人们对网络犯罪的认识深化,产生了

“复合说”,认为网络既是犯罪工具,也是犯罪对象,这是比较全面的,为当前的主流观点。网络犯罪的类型亦随着技术进步而不断增加,从之前的针对计算机系统实施的犯罪扩大到利用网络实施的犯罪,包括传统犯罪。可以看出,技术进步对于网络犯罪基本理论研究有强大的助推作用,在“网络1.0”向“网络2.0”过渡时,网络空间生成了自身的技术性代际差异,此种差异成了传统犯罪网络变异的强大助推力量<sup>④</sup>。网络犯罪立法与司法研究是网络犯罪研究的重心,巨大的技术进步放大了刑法的滞后性,刑事立法与司法亟需理论的指导。在网络犯罪立法模式方面,形成了“刑法典修正说”与“单独立法说”,前者认为我国刑法的包容能力较强,分则中的客体类型能够满足规制网络犯罪的需要,修改刑法典即可;后者认为网络犯罪为新型犯罪,其客体无法被刑法分则接纳,若将其强行规定于刑法中,会产生各罪名的冲突,影响刑法整体效果。在网络犯罪司法层面,罪状解释成为研究热点,有学者倾向于对罪状进行扩大解释,如“公共场所”“公私财物”“个人信息”等,以便有力规制网络犯罪<sup>⑤</sup>。在刑事管辖权问题上,“实害联系标准”体现了刑法谦抑,得到了众多学者的支持,但其本身较为抽象,操作性层面仍值得探讨。总体来说,首先,网络犯罪的学界关注度一直较高且继续升温。其次,网络犯罪研究基本上反映了我国网络犯罪的发展趋势。从最初的网络犯罪概念、类型研究到新型网络犯罪研究,再到对刑法体系的通盘考虑,这些研究成果都建立在客观的网络发展路径之上。再次,网络犯罪研究的深度和广度均进一步加深,跨学科研究渐成常态,社会科学与自然科学领域的基础理论与技术也被应用到网络犯罪研究中<sup>⑥</sup>。

### (二) 恐怖主义犯罪

1997年刑法典颁行后,我国恐怖主义犯罪研究开始起步,但1997年至2001年之间的恐怖主义犯罪研究的政治性较强,单纯法律层面的研究较少,研究成果较为匮乏。2001年通过的《刑法修正案(三)》中首次出现了“恐怖活动犯罪”的表述,并增设了一系列相关犯罪,之后恐怖主义犯罪

①陈兴良:《刑法各论的一般理论(第二版)》,中国人民大学出版社2007年版,第15页。

②刘广三:《计算机犯罪论》,中国人民大学出版社1999年版,第66页。

③但未丽:《网络犯罪概念与网络犯罪的刑法调整范围》,《网络法律评论》2006年第1期。

④于志刚:《网络犯罪与中国刑法应对》,《中国社会科学》2010年第3期。

⑤于志刚:《关于网络空间中刑事管辖权的思考》,《中国法学》2003年第6期。

⑥刘仁文:《网络时代的刑法面孔》,社会科学文献出版社2017年版,第31页。

研究逐渐升温。2001年至2016年的恐怖主义犯罪研究主要围绕以下几个方面展开:首先,恐怖主义犯罪的概念。因为恐怖主义犯罪政治色彩浓厚,刑法学界对其概念的认识不统一,主要体现在恐怖主义犯罪的主体、对象、手段与目的层面。其次,恐怖主义犯罪的构成。在主体方面,学界对个人与组织能够成为犯罪主体并无异议,对于国家能否作为恐怖主义犯罪主体的问题则争议较多,有学者认为国家应为恐怖主义犯罪的主体,否则为国家进行恐怖主义活动打开了方便之门,危害世界和平<sup>①</sup>。而大部分学者认为恐怖主义犯罪的主体只能是组织或个人,不能是国家。在犯罪目的方面,恐怖主义犯罪是否要求政治目的引起了较多争议,相当多的学者认为政治本身的内涵较为模糊,认识不统一,政治目的不应纳入恐怖主义犯罪的认定中,否则不利于全球的反恐合作。在手段方面,学界围绕“是否要求暴力手段”形成了截然不同的两派,核心争论点在于对“暴力”的理解,即暴力是否限于传统的体力。最后,恐怖主义立法。学者们针对《刑法修正案(三)》立法不完善的弊端,如恐怖主义犯罪的性质模糊,恐怖主义犯罪立法缺乏体系等,在参考国外反恐刑事立法的基础上提出了种种设想,涵盖了宏观与微观层面,较为详细。这一时期的恐怖主义犯罪研究开拓了一些新的研究领域,如恐怖主义犯罪的刑事责任、刑事政策、认定模式等。独立的理论品格初步形成,学者们不再跟随国外刑法理论亦步亦趋,而开始建构富有本国特色的恐怖主义犯罪理论<sup>②</sup>。2015年,《刑法修正案(九)》通过,一系列恐怖主义罪名诞生,2016年,《中华人民共和国反恐怖主义法》施行,对“恐怖主义”及“恐怖活动”进行了权威界定。之后的恐怖主义犯罪研究基本围绕以上两部法律展开。针对反恐立法体现出的预防性特征,一些学者不无警惕地提出要做到保护法益和保障人权的平衡,防止“敌人刑法”的出现,避免借反恐之名行侵害人权之实。也有学者将反恐与网络犯罪研究相结合,提出以技术性措施与制度性措施实行定向防控与全面防控,完善刑法规定,实现网络反恐法治化<sup>③</sup>。还有学者针对新增设的反恐罪名以刑法解释的方式开展具体罪名研究,强调不能利用目的解释超越刑法规范

的含义,应采客观解释立场,防止打击面过大。至今,恐怖主义犯罪的研究已较为深入,且呈现如下两个特点:第一,实现了在刑事一体化的框架下研究恐怖主义犯罪。相比之前局限于刑法学规范内的研究,如今的研究已横跨刑法学、犯罪学、侦查学、诉讼法学、刑事政策学等多学科。与以往的单纯强调打击相比,如今刑事一体化背景下的恐怖主义犯罪研究更强调犯罪的科学认定及人权的保护。学界已能够用不同的方法,从不同的角度去研究恐怖主义犯罪,产生了不少跨学科成果。第二,研究方式日益多样。已从最初的规范分析方法发展到比较研究方法、历史研究方法和背景分析方法<sup>④</sup>。第三,研究的层次逐渐上升,影响力越来越大。恐怖主义犯罪研究与国家反恐政策密不可分,“9.11”事件后,我国加快了反恐立法,对反恐研究也加大了投入。恐怖主义犯罪研究从之前的“单兵作战”发展到“集体作战”,众多学术团体投入到研究工作中来,为反恐法治化作出了自己的贡献。由于恐怖主义犯罪的全球性,学界较为注重吸取域外反恐经验教训,中外反恐交流日益频繁,中国学者向世界发出了中国声音,为反恐贡献了中国智慧。

### (三) 金融犯罪

改革开放以后,我国开始“以经济建设为中心”,与经济形势好转相伴的是金融犯罪的增加。全国人大常委会于1995年通过了《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》,对1979年刑法典作了补充和完善,在刑事立法上认同了金融犯罪的概念,初步划定了金融犯罪的范围,一批新的罪名被创制出来。这一阶段的金融犯罪研究刚开始起步,主要集中于金融犯罪概念、特征、立法完善等基础性问题,金融犯罪研究的基础在这一时期得以奠定。1997年刑法典的颁行,体现了刑法对新时期金融犯罪的及时应对,通过增设大量罪名,金融犯罪立法更加完善。这一时期的研究主要围绕个罪,通过关注刑事立法在实践中的实现问题,以注释的方式引领司法进入这一尚显陌生的领域,少数文章则对金融犯罪的一般性问题进行了研究。《刑法修正案(六)》对破坏金融管理秩序罪作了大量修正,学界以此为契机,对金融犯罪的定罪量

①王立民:《反恐立法概述》,《犯罪研究》2003年第1期。

②杜邈:《恐怖主义犯罪专题整理》,中国人民公安大学出版社2008年版,第10页。

③舒洪水,王刚:《对我国网络恐怖主义犯罪的探讨》,《山东警察学院学报》2016年第1期。

④杜邈:《恐怖主义犯罪专题整理》,中国人民公安大学出版社2008年版,第82-83页。

刑进行了更加深入广泛的研究。这一阶段的金融犯罪研究主要围绕跨国金融犯罪打击、金融犯罪预防、金融犯罪认定,新型金融犯罪防控等方面展开。经过40年的发展,金融犯罪研究取得了如下成果:首先,金融犯罪学科体系初步形成,如对金融犯罪的概念、特征和范围达成了一定的共识;金融犯罪立法模式研究较为深入,且认识到了金融犯罪与其他犯罪的异同,形成了一套金融犯罪特有的解释理念与规制;金融犯罪刑事政策雏形已现;金融犯罪刑罚理念更新,死刑废除进展加快,刑罚体系愈加完善。其次,金融犯罪尤其是新型犯罪法律适用研究成果显著,已开始尝试将实证方法纳入金融犯罪研究。如刘宪权教授的著作《金融犯罪刑法理论与实践》对新类型金融犯罪案件法律适用上的困惑和难题如何解决进行了探索。白建军教授主编的《金融犯罪研究》对于金融犯罪的研究视角与实证研究方法具有独特的创新特色与价值<sup>①</sup>。最后,理论与实务的结合更加紧密,鉴于金融犯罪的多发性、复杂性,实务界对于金融犯罪的研究热情高涨,产出了一大批具有影响力的优秀成果,如鲜铁可《共同金融犯罪的数额与量刑》,刘福谦《金融犯罪死刑之废除——以案例为视角的分析》。通过实务界与理论界的共同努力,金融犯罪研究步伐加快。

#### (四)黑社会性质犯罪

黑社会性质犯罪的研究经历了三个阶段。第一,1979年至1997年间。我国正处于市场经济起步阶段,社会较为封闭,外来文化影响较小,黑社会性质组织较为少见。因此,这一时期的研究多为介绍国外及旧中国的黑社会性质组织,试图对黑社会作出准确的定义,并提出了立法建议,这也促成了1997年刑法典中黑社会性质组织犯罪规定的诞生。第二,1997年至2011年间。1997年刑法典增设了黑社会性质组织犯罪,涉及了组织、发展、参加黑社会性质组织罪,入境发展黑社会性质组织罪,国家工作人员包庇、纵容黑社会性质组织罪。有了相关立法,这一时期的刑法学着力于刑法注释学,重点在于探讨黑社会性质犯罪的构成要件与概念。第三,2011年至今。2011年,《刑法修正案(八)》对当时“打黑”成果迅速做出反应,对黑社会性质犯罪作了全方位修改,将包庇、纵容黑社会性质组织罪的法定刑提高到有期徒刑的上限,同时明确界定了什么叫做黑社会

性质组织。这一阶段黑社会性质犯罪的研究更加注重从刑事政策的角度展开,以刑事一体化方针为指导,从实体法、程序法、处置法等方面开展研究,实现各法律之间共同防范与惩治黑社会性质组织犯罪<sup>②</sup>。从纵向来看,黑社会性质犯罪的研究成果体现为以下方面:首先,研究成果丰硕。虽然黑社会性质犯罪研究在1997年刑法典颁行后才真正起步,但由于我国处于转型期,社会矛盾增多且外来文化影响较大,黑社会性质组织与涉黑案件大量出现,为刑法学研究提供了多样化的素材与养分,各类著作如雨后春笋般涌现。其次,理论研究成果积极转化为实践方案,为“打黑”作出较大贡献。刑法学界一直坚持理论与实务相结合的研究模式,在黑社会性质犯罪研究过程中也较多地考虑到了可操作性与效果。“打黑”过程中,疑难案件频发,理论界通过包括实证在内的各种方式为司法界提供了智力支持,不仅有效地指导了“打黑”,也繁荣了黑社会性质犯罪理论。最后,“打黑”过程中暴露出了相关实体法、程序法中的问题,对此,理论界立足于本土,运用比较研究方法系统分析了域外黑社会性质犯罪的特点与应对策略,洞悉了我国黑社会性质犯罪立法的不足,进而提出了一系列中肯的建议,为立法完善作出了自己的贡献。

#### (五)贪污犯罪

刑法学界对于贪污罪的研究可大致分为1979年至1997年期间,1997年至今两个阶段。前一阶段以1988年全国人大常委会《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》为界,又可以分为两个时期。在1988年前,贪污罪的研究主要是根据我国经济体制改革的需要进行的,主要围绕“两高”的司法解释及疑难案例展开,整体研究较为粗浅,研究成果较为匮乏。1988年到1997年间,贪污犯罪逐渐增多,大案要案频发,这为贪污罪研究提供了大量的素材,研究工作进入快速发展阶段。这一阶段贪污罪研究的深度及广度均大幅度加深,一些学者提出了创新性的观点和理论,引发了众多的思考与争论。同时,刑法学界结合办案实践,对贪污案件中存在的问题进行梳理,并提出了相关建议。1997年刑法典颁行至今,刑法学界对贪污罪的研究更加系统深入,除了犯罪认定外,还对贪污罪的共犯形态、停止形态、罪数形态、量刑及

<sup>①</sup>毛玲玲:《经济犯罪与刑法发展研究》,法律出版社2017年版,第3-4页。

<sup>②</sup>贾凌,杨超:《黑社会性质犯罪专题整理》,中国人民公安大学出版社2011年版,第8页。

立法完善进行了研究。重视跨学科研究,尝试运用多学科知识为贪污罪惩治与预防献计献策。重视对国外相关法律规范的分析研读,并加以借鉴。此外,研究主体已不限于理论界人士,司法实务界人士也积极参与贪污罪研究,理论与实务的对话交流更加深入<sup>①</sup>。总体而言,随着立法的完善,贪污罪基本理论研究也向纵深发展,从开始的对策性法学过渡到基础理论研究,研究触角更加细微,视野更加开阔,对具体问题的研究更加深入。在研究方法上,有注释研究向注释研究与比较研究相结合的方向发展。注释研究虽有必要,比较研究能帮我们扩宽视野,借鉴其他文明成果,丰富贪污犯罪理论。此外,40年以来发生的重大典型贪污案件为理论与司法实践搭建起了沟通的桥梁。贪污罪研究的一个鲜明特点是务实性,其研究成果为立法、司法实践提供了重要理论指导。在30年间,贪污罪研究重视联系我国经济体制改革的情况和需要,紧密结合各阶段各种经济成分的特点,对贪污罪的形式、特征和种类等问题进行探讨,注重服务于司法实践,而不搞纯理论研究。对贪污罪的立法完善和司法适用都起到了积极作用<sup>②</sup>。

#### (六) 贿赂犯罪

与贪污犯罪相似,贿赂犯罪研究也以1979年与1997年为节点,经历了两个发展阶段。在1979年至1997年间,贿赂犯罪的研究范围较窄,主要集中在受贿罪,受贿罪的基础性问题如罪名、概念、构成要件、罪与非罪区分等受到较大关注。主要的争议问题包括索贿是否独立、受贿罪的客体、如何理解“利用职务上的便利”、贿赂范围、受贿罪主体、“为他人谋取利益”在犯罪构成中的地位等<sup>③</sup>。1997年以来,由于立法的完善,研究对象已不局限于受贿罪,对于行贿罪、介绍贿赂罪、利用影响力受贿罪等罪名的探讨逐渐升温,这些研究不仅限于刑法解释,学者们还对贿赂犯罪立法完善提出了大量中肯的意见建议。同时,市场经济的发展也带动了对商业贿赂的研究。40年来,贿赂犯罪研究与时俱进,具有鲜明的时代性。随着社会主义市场经济的发展和消费水平的提升,贿赂犯罪手段不断翻新,隐蔽性越来越强。贿赂犯罪研究对此给予了极大关注,对贿赂形式、手

段、概念等作出了科学解释。从最初的“财物说”到“物质利益说”,再到“利益说”,众多新形势下出现的手段和方式进入学者们的视野,进而被纳入到贿赂犯罪的打击范围。随着贿赂罪名逐渐增多,条文更加细化,立法技术也日渐成熟。学界从开始热衷于探讨贿赂犯罪发生的原因与对策,到更注重贿赂犯罪基础理论研究,研究更加精细化。如“利用职务便利”被分解为:职务便利是否包括工作便利,利用职务之便是否包含利用他人职务之便,本人职务与他人职务是否存在制约关系,利用职务上的便利是否包括利用过去职务之便,等等。与此同时,研究方法不断创新,最初的注释研究多围绕贿赂犯罪的概念、构成要件、罪与非罪的界限、此罪与彼罪的区分等进行阐述,对准确定罪量刑意义重大。近年来,比较研究异军突起,既有纵向比较,又有横向比较,拓宽了研究视野,汲取了其他文明成果,丰富了贿赂犯罪理论。学界还对贿赂犯罪典型案例给予了极大关注,通过热烈的讨论,理论与司法实践形成了良性互动<sup>④</sup>。

### 三 刑法学研究的特点与展望

改革开放40年以来,我国刑法学研究通过不断探索与创新,取得显著的成绩。刑法学研究围绕刑法理念、立法动态、司法热点、方法论、域外理论等方面展开,体现了鲜明的时代性与多元化格局。在刑法学研究持续深化并面临诸多挑战的背景下,客观审视40年以来我国刑法学研究的发展历程,理性总结经验得失,梳理把握发展规律,对今后刑法学研究的发展作出规划,对于我国刑法学研究新局面的开创以及刑事法治的整体发展裨益良多。

#### (一) 40年以来我国刑法学研究的特点

##### 1. 刑法理念研究与与时俱进

我国刑法学界紧密跟随社会发展进程,及时研究、调整刑法理念并适当超前,对我国刑事法治进步做出了重要的贡献。改革开放之初,社会主义市场经济刚刚起步,商品经济健康发展成为第一要务,故是否有利于生产力和社会主义商品经济发展便成了当时的刑法理念。1997年刑法典颁行之后,罪刑法定原则及保护人权理念深入人

①董邦俊:《贪污罪理论研究六十年》,《山东警察学院学报》2009年第5期。

②赵秉志:《刑法学各论研究述评》,北京师范大学出版社2009年版,第617页。

③赵秉志:《刑法争议问题研究(下)》,河南人民出版社1996年版,第600-627页。

④赵秉志:《刑法学各论研究述评》,北京师范大学出版社2009年版,第688-689页。

心,于是致力于限制国家刑罚权的刑法理念如人权刑法观、民主刑法观、轻缓刑法观等跃然而出。进入新世纪,随着我国政治经济的深化改革及国内外形势的转变,刑法的开放理念、国际化理念、平等理念、重塑刑事政策理念被提出,并以新的犯罪观、刑罚观作为支撑<sup>①</sup>。与此同时,为适应急遽变化的社会形势,刑法修改力度也在不断增强,1999年以来,我国已通过了10个《刑法修正案》,力度之大前所未有。面对立法活性化、犯罪圈扩大化的现状,固守传统刑法理念则会使刑法失去应有的功能。因此,刑法理念逐渐向现代刑法理念转变,重新解释刑法谦抑,将其内容由“限制处罚”转变成“合理处罚”。

## 2. 刑法立法与刑法学研究相互促进

40年以来的刑法学研究表明,每一次刑法立法都会引起刑法学研究的变革,1979年刑法典的颁行结束了“无法无天”的状态,标志着我国刑法学迈出了关键性一步。虽然该部刑法典在理念上、体例上、内容上、技术上仍有欠缺,但刑法文本的出现,以及刑法适用带来海量疑难案件,为刑法学研究提供了多样的素材。1981年至1997年间,全国人大常委会通过了25部单行刑法,并设置了附属刑法规范,对刑法典进行补充,大量增加了刑法罪名,这些立法进步带动了刑法学研究的发展,尤其是注释刑法学的发展。从1997年至今,我国通过了10部刑法修正案,修正的幅度越来越大,增设的罪名越来越多,引发了犯罪化与非犯罪化的大讨论,也促成了“风险刑法”“预防刑法观”“积极立法观”等概念的产生,丰富了刑法理论。与此同时,刑法学研究的成果也在不断地“回馈”刑法立法,刑法立法工程量巨大,涉及刑法理念的确立、刑法体例的变更、章节结构的调整、内容的完善及技术的成熟,这些都需要刑法学界投入大量精力。1979年刑法典颁行之后,刑法学界围绕该部刑法的修订进行研讨,提出了系统的、有见地的、符合实际需要的建议,大大推动了立法进程。尤其是1988年、1994年、1996年的年会专门研讨了刑法的修改完善问题,具体涉及刑法指导思想、根据、刑法典体系结构、立法模式及犯罪论、刑罚论方面的内容,这些研究工作直接推动了刑法立法进程,1997年刑法典的顺利出台与

刑法学研究工作密不可分<sup>②</sup>。

## 3. 刑事司法将刑法学研究引向深入

刑法立法较为稳定,能够为刑法学研究提供固定的载体,而刑事司法则显得变动不居、丰富多彩,这为刑法学研究提供了源源不断的原材料,得以产生更加科学、理性的研究结论,也促进刑法的本土化进程。正因为刑事司法的动态性,才能够将静态的立法与大千世界相结合,且经常处于刑法观念、刑法价值、刑法适用的困境与艰难选择中。因此,刑事司法始终存在对于刑法学研究成果的需要,刑法学研究也需要刑事司法来丰富自身,与时俱进。1979年以来发生的冤假错案产生了极大的危害性,但同时也是推动刑法学研究发展,促进刑法变革的巨大力量。无论是聂树斌案、赵作海案,还是呼格案,都以惨重的代价表明坚持无罪推定、罪刑法定、司法独立,冷静对待民意的价值所在,也让刑法学界进一步反思死刑存在的必要性、合理性。晚近以来发生的一系列案件,也为刑法学研究注入了新鲜血液。以恐怖主义犯罪为例,随着恐怖主义犯罪日益猖獗,其暴力性、恐怖性、政治性、袭击目标随意性在人们心中留下了极大阴影,刑法学界对此作出了回应,如:我国刑法目前还没有针对恐怖活动犯罪早期行为进行规制的罪名,这是一个比较大的遗憾,不利于有效打击恐怖活动犯罪,以尽早将其消除在萌芽状态<sup>③</sup>。反恐犯罪立法要遵循预防之上原则,在刑法层面要延伸打击触角,犯罪前移,将恐怖犯罪控制在着手之前<sup>④</sup>。恐怖犯罪相关研究的深入,直接促成了《刑法修正案(九)》中恐怖犯罪条款的产生,将我国反恐事业推进了一大步。又如邓玉娇案、于欢案等疑难案件,使刑法学界对正当防卫的前提、性质、防卫过当标准、特殊防卫认定、防卫过当处罚等问题的认识进一步深化,形成了热烈的讨论,正当防卫这一司法冷门概念由此得到了充分研究。此外,疑难案件向刑法适用提出了挑战,凸显了刑法适用方法研究的紧迫性与必要性,一大批刑法方法论成果随之涌现,如刑法解释学、实证研究等。

## 4. 注重借鉴域外理论

改革开放政策的实行,也为我国刑法学研究

①肖乾利:《人世与我国刑法理念之再次维新》,《社会主义研究》2005年第3期。

②赵秉志:《刑法总则问题专论》,法律出版社2004年版,第18-19页。

③时延安,刘计划:《大案聚焦——中国2013年最受关注刑事案件评点》,清华大学出版社2014年版,第8页。

④王利宾:《反恐犯罪刑事法完善研究——兼论反恐系统立法》,《政治与法律》2014年第10期。



了解、借鉴域外理论提供了契机,翻译、研究外国刑法及其理论成果不断涌现,对我国刑法学研究的广度和深度都影响巨大。研究范围上,小至名称、概念,大至制度、理论甚至理论体系,都有涉及;研究的深度上,也影响极大,如近十年来的犯罪论体系之争、形式刑法观与实质刑法观之争等,其激烈程度前所未有。客观地说,对域外刑法及其理论的引用与借鉴,极大地提速了我国刑法学理论研究。只是在对外域外刑法及其理论问题上,为数不少的学者采用了简单的拿来主义的态度和做法,是否有助于我国刑法学理论研究,值得深入思考。

## (二)我国刑法学研究展望

### 1. 进一步改进研究方法

日本法学家大木雅夫指出:在今天的世界里,为了使拥有不同文化传统、生活在形态各异的社会环境中、受完全不同教育、习惯以不同的方法思考问题的人与人之间能够开展对话,方法论就具有了非常重要的意义<sup>①</sup>。刑法学研究同样需要方法论指导,随着刑法学研究的发展,理论多元化与方法多元化几乎同步出现。研究方法不同,进入研究者视野里的研究材料、种类随之不同,理论成果也不同。40年来,刑法学界致力于选用最有效的研究方法,从类别上看,刑法学研究已应用注释方法与思辨方法、实证方法与价值判断方法;从种类上看,语义分析、逻辑思辨、比较研究、整理综合等方法也为刑法学者们所熟知,系统分析、经济分析、社会分析与文化分析等也都悄然出现在刑法学研究中<sup>②</sup>。纵然方法层出不穷,但不少刑法学者仍习惯或偏好于注释方法,在刑事立法、司法面前失去主动性,欠缺应有的理论前瞻性。虽然上述一系列刑法研究方法已然出现,但多数仍停留在尝试阶段,应用广度与深度均欠缺,随着社会的进步及人文社会科学整体水平的提升,刑法学研究方法显得较为滞后。为了扭转这一局面,我们应从其他学科和域外刑法中汲取营养。对人文社会科学知识的吸收尤为重要,德国刑法学的演变告诉我们,人文社科知识尤其是哲学思潮对于刑法学的牵引作用是十分明显的,每一次刑法知识

的变革都是一种哲学思潮在刑法学中的回应<sup>③</sup>。此外,理工科的定量研究、实证研究方法等值得引入。尤其是实证研究,其克服了普通思辨研究较差的确定性及普适度,是对思辨研究的补充与反思,有利于提升刑法理论的解释力、践行力。<sup>④</sup>目前,刑法实证研究已经受到刑法学界不少学者的重视,有了一定的进展。

### 2. 深化刑法基础理论研究

刑法基础理论在刑法理论中处于中心位置,它在宏观上指导了刑法立法与司法,又在刑法适用理论中起着基础性作用。放眼国内外,刑法基础理论研究与刑法进步密不可分,刑法每一次的变革都伴随着基础理论的重大进展,新的基础理论又会为刑法立法、司法及刑法学研究竖立新的风向标,促进刑事法治的整体进步。我国的刑法基础理论研究较为扎实,主要体现为促进立法完善、提供司法建言、针对司法实务中的具体问题开展适用研究。但在宏观指导层面、理论建构方面以及新形势下基础理论的变革方面缺少动力。犯罪论与刑罚论关系到刑法的基础性变革,但目前的研究略为薄弱,今后应着力在犯罪论及刑罚论方面展开深化研究,力求实现重大突破。在犯罪论体系的构建上,目前多停留在纯粹说理阶段,人们大多是抽象的证成或证伪某种犯罪论体系,然而很多纯粹的说理毫无意义。如在论争过程中,人们大多倾向于从政治体制、人权保护、法治、刑法原则、刑法理念等表层抽象地论证某种犯罪论体系的合理性,但其他人亦从上述表层论证该种犯罪论体系的缺陷,事实上,这些纯粹的说理使人更加混乱,无所适从。高铭喧教授指出:对体系的考察,必须与对具体问题、实践中问题的研究结合起来,做到在体系中思考问题,通过问题的解决完善体系<sup>⑤</sup>。与实践相结合,对具体问题进行考察并归纳出规律,才能看到犯罪论体系的本质,围绕本质进行何种犯罪论体系更加优越的探讨显然要比基于表象的纯粹说理可靠的多。与犯罪论相比,刑罚论略显薄弱。在过去的40年间,刑罚逐渐从国家主义向人本主义过渡,由“一味追究对犯罪人过去的惩罚”进化到“关注犯罪人的未

①[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第81页。

②赵秉志:《刑法基本问题》,北京大学出版社2010年版,第40页。

③陈兴良:《刑法的知识转型》,中国人民大学出版社2012年版,第35页。

④雷小政:《法律生长与实证研究》,北京大学出版社2009年版,第8-9页。

⑤高铭喧:《论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持》,《中国法学》2009年第2期。



来”<sup>①</sup>,人们对刑罚价值、功能的认识渐趋理性。在刑罚进化过程中,不同刑罚思想之间的碰撞,以及日益发达的刑罚技术发挥了关键作用,这与刑罚论的研究是分不开的。但刑罚论仍值得进一步研究,尤其是在量刑方面。刑法对量刑问题规定的过于粗糙、原则,司法实践中受制于量刑观念、量刑技术,导致量刑随意性较大。因此,我们需加强量刑规范化研究,制定正确的量刑原则、科学的量刑方法以及较为完善的量刑程序,实现量刑透明、公正。除了传统刑法基础理论以外,延展性刑法基础理论及域外刑法基础理论也应高度重视。晚近以来,社会各个领域的发展与变革带来了多种新思潮,进而冲击了既有的刑法基础理论体系。有学者指出:以18世纪中叶以后的启蒙思想为原型的刑法观能否自洽,能否适应现代社会发展,值得研究<sup>②</sup>。风险社会理念较为典型,该理念引发了人们对传统刑法犯罪观、归责观及刑罚观的再思考,产生了风险刑法理论。风险刑法理论认为:传统刑法体系中个人化的、物质性的、静态的法益范畴无法涵盖风险社会出现的新的权益类型,风险社会中的危害往往很难被估测和认定,传统归责原则及因果关系理论在风险社会中也会失效<sup>③</sup>。从风险刑法理论派生出的积极立法观与传统刑法基础理论发生了冲突。传统刑法立法观认为,刑法具有补充性与最后手段性,刑法立法应当尽可能的节制,鉴于刑罚报应及秩序的维护,要将导致实际危害结果的行为纳入犯罪圈。而积极立法观强调刑法的一般预防及提前介入,主张扩大犯罪圈,充分运用危险犯、行为犯理论打击犯罪。积极立法观在最近的刑法立法中也有了体现,与“适度犯罪化”理念相契合。可见,与传统刑法基础理论不同,风险刑法理论与积极立法观不是着眼于过去,而是着眼于未来,如何调和二者之间的矛盾,将现代元素注入传统刑法基础理论,是一个重大课题。

### 3. 与司法实践深度融合

相比理论研究,长期以来我国刑法学界偏重于应用研究,有力地解决了刑事司法实践中的诸多理论问题。正是得益于注释刑法学的发达,刑法学界能够结合司法实践中的疑难案件精细解读

刑法条文,给出合理的解决方案。一些学者还参与司法解释的制定、刑事案件听证、法律意见书出具,重大典型案件的分析等。然而,应用研究的蓬勃态势并不代表已无懈可击,研究方法的滞后以及刑法学研究与司法实践不同程度的脱节,都使得刑法学研究与司法实践几乎分属两套话语系统而“自说自话”。首先,我国刑法学解释性研究需要加强,目前仍存在着批判刑法而不是合理解释刑法的倾向,即在未对刑法规范作出妥当解释的前提下就贸然指出刑法规范的缺陷,进而提出诸多修改建议<sup>④</sup>。这不仅不利于刑法的稳定,不利于刑法权威的维护,更会给司法实践带来众多无法解决的问题。我们应坚持唯物辩证法和历史辩证法的指导,适当选择解释方法,坚持目的导向与立场导向,兼顾文本的稳定性与适用的灵活性。其次,刑事司法与刑法研究应良性互动。刑法学研究归根结底还是为刑事司法服务的,应当与刑事司法有着高度契合。“实践反对理论”情形的原因固然包括实务界对理论成果的借鉴不足,但很重要的原因在于一些刑法学者只致力于法学文献,被纷繁复杂的刑法概念和学说包围,仅进行体系思考而缺乏问题思考,对刑法的实施与成效并不了解。甚至还存在着重抽象问题轻具体问题的心态,认为研究具体问题便是理论水平不高,这种认识阻碍了司法与理论之间的交流。齐文远教授指出:实践理性是法学的基本学科属性,刑法学实践理性的学科知识属性尤为突出,刑法学研究应当注重实践理性品质的培养,在规范刑法学理论中加入司法实践考量,将民众最关心、最直接的现实利益问题作为刑法学研究的出发点<sup>⑤</sup>。在今后的刑法学研究中有必要重申这一精神,刑法学者须转变观念,更好地肩负问题思考与体系思考双重使命,与实务界频繁沟通,对于实务中出现的问题积极研讨,求同存异,更好的维护法治精神。

### 4. 加强新型犯罪研究

鉴于法律稳定性与社会多变性的矛盾,我们要及时根据社会生活的变动调整法律规范内容和体系结构。如果制定法变更不能、变更迟缓或放任法与社会的偏离,其结果也一定是法规范与社

①龙腾云:《刑罚进化研究》,法律出版社2014年版,第22-23页。

②周光权:《积极刑法立法观在中国的确立》,《法学研究》2016年第4期。

③劳东燕:《风险社会中的刑法:社会转型与刑法理论的变迁》,北京大学出版社2015年版,第37页。

④张明楷:《刑法学研究中的十大关系》,《政法论坛》2006年第2期。

⑤陈泽宪,刘君:《创新刑法理论研究,推动刑事司法改革》,《人民检察》2011年第5期。

会的偏离<sup>①</sup>。因此,法律的适应性与稳定性同等重要。进入信息时代以来,现代科技在给我们带来诸多便利的同时,也导致了犯罪异化,催生了各种新型犯罪,如网络犯罪、公害犯罪、人工智能犯罪等。由于具有不同于一般犯罪的特点,传统刑法体系已不能有效规制这些新型犯罪,面临着重大挑战。网络犯罪具有虚拟性、开放性,颠覆了传统的时空概念,使得传统刑法无法合理有效地认定网络犯罪的危害行为、过失程度及因果关系。与一般犯罪不同,公害犯罪具有原因行为的复杂性、危害结果的潜伏性与加害方知识排他垄断性<sup>②</sup>,这使得公害犯罪因果关系认定与刑事归责出现了极大困难,传统刑法体系及刑事诉讼流程已不适合该类犯罪的规制。人工智能技术近年来逐步成熟,并被运用于社会多个领域,虽然目前人工智能技术尚未到达高级阶段,但其已非传统刑法所能应对。人工智能技术颠覆了传统伦理观与刑法观,动摇了刑事归责理论与刑罚体系,使犯罪主体、罪过、危害行为、社会危害性与因果关系的

认定困难重重。新型犯罪的出现,呼唤着刑法及时调整自己,以适应社会的发展。法律的适应性理论虽然旨在解决法律的普遍性与社会生活的具体性之间的矛盾,但其本质在于解决多种价值、理念之间的冲突。正如考夫曼所言:法律理念不是定居在一个全然和谐的价值天堂,而是处于人的世界,也因此是有限而暂时的<sup>③</sup>。因此,加强新型犯罪研究,催生新的刑法理念,促进刑法顺利转型,是实现新时代刑法价值的必由之路。首先,由于新型犯罪对传统刑法基础理论构成了根本挑战,我们应继续加强刑法基础理论研究,将犯罪论、归责论,刑罚论等宏观问题与具体犯罪认定等微观问题相结合,升级刑法基础理论体系,实现刑法理论自洽与创新。其次,新型犯罪与科技发展相伴生,故多非专属法律领域,因此,我们要改进研究方法,加强横向研究与跨学科研究,不断汲取新知识与新理念,使刑法真正成为一个动态与开放的系统。

## Achievements and Prospects of China's Criminal Law Research over the Past Forty-year Reform and Opening up

LIU Zhi-wei & GUO Wei

(Institute of Criminal Law Science, Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

**Abstract:** Since 1978, with the gradual development and deepening of China's reform and opening up, the process of criminal legality has been developing rapidly. In the past forty years, the enactment and amendment of criminal code and criminal justice practice has interacted with criminal law research frequently and promoted each other. The introduction of foreign criminal law theory has added a new research path and broadened new areas of research for the criminal law research in China. The criminal law research has completed the historical mission of constructing theoretical system, deepening basic research, exploring new fields, and diversify research methods. In the future, we should continue to improve research methods, deepen basic theoretical research, grasp the pulse of criminal justice, strengthen the researches on new types of crime, and make new contributions to the cause of criminal legality.

**Key words:** criminal code; criminal law research; pandect of criminal law; sub-pandect of criminal law  
(责任校对 李云霖,朱正余)

①[日]六本佳平:《日本法与日本社会》,刘银良译,中国政法大学出版社 2006 年版,第 289 页。转引自周少华:《刑法之适应性——刑事法治的实践逻辑》,法律出版社 2012 年版,第 19 页。

②李兰英:《公害犯罪研究》,法律出版社 2016 年版,第 19-21 页。

③[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义译,法律出版社 2004 年版,第 280 页。