

# 中国刑法学科发展评价(2010—2011)

## 基于期刊论文的分析

本刊编辑部

### 一、刑法学论文数据与分布

本报告以 2010—2011 年公开发表的刑法学〔1〕期刊论文为对象,考察我国刑法学在该段时期内取得的学术成就,在此基础上辨识刑法学研究的特点,并就刑法学未来的发展表达执笔者的一孔之见。

在进入正文之前,有必要首先勾勒 2010—2011 年我国刑法学期刊论文发表的整体状况。在 2010—2011 年间,第一,发表在 CSSCI 来源核心期刊(2010—2011 年)(法学类,共计 21 种)上的刑法学论文共计 711 篇,其中犯罪论论文 376 篇,刑罚论论文 43 篇,刑法分论论文 292 篇。发表数量排名前十位的法学院系和科研机构分别是华东政法大学(47 篇)、北京师范大学(45 篇)、清华大学法学院(41 篇)、北京大学法学院(33 篇)、中国人民大学法学院(31 篇)、吉林大学法学院(21 篇)、中南财经政法大学(19 篇)、中国政法大学(18 篇)、西南政法大学(17)和武汉大学法学院(17 篇)。第二,发表在 CSSCI 来源核心期刊(2010—2011 年)(非法学类,共计 120 种,其中包括 50 种综合性社科类核心期刊和 70 种高校综合性社科学报)上的刑法学论文共计 372 篇,其中犯罪论论文 123 篇,刑罚论论文 93 篇,刑法分论论文 156 篇。发表数量排名前十位的法学院系和科研机构分别是北京师范大学(24 篇)、中国政法大学(15 篇)、西南政法大学(15 篇)、吉林大学法学院(15 篇)、中国人民大学法学院(14 篇)、南京师范大学(13 篇)、

〔1〕 由于篇幅的缘故,本报告仅涉及 2010—2011 年有关刑法教义学(或者刑法解释学,包括刑法总论和刑法分论)的论文,而未能考察犯罪学、监狱学、刑法哲学、刑事诉讼法学等同属于整体刑法学分支的研究领域。此外,由于无法分清合作署名论文的各位作者的贡献,因此本报告并未将其纳入分析范围。还需要说明的是,为了节约篇幅,本文提到相关作者的时候,一律只提及姓名,不附加职位、职称和学历之类的敬称。对本文提到的所有作者的敬意,在此一并表达。

山东大学(13篇)、华东政法大学(13篇)、云南大学法学院(8篇)和上海交通大学法学院(7篇)。最后,发表在法学类非核心期刊〔2〕(21种)上的刑法学论文共计484篇,其中犯罪论论文173篇,刑罚论论文69篇,刑法分论论文242篇。发表数量排名前十位的法学院系和科研机构分别是西南政法大学(32篇)、华东政法大学(32篇)、北京师范大学刑事科学研究所(26篇)、武汉大学(25篇)、中国人民大学法学院(20篇)、北京大学法学院(16篇)、中国政法大学(15篇)、清华大学法学院(13篇)、苏州大学法学院(11篇)和西北政法大学(11篇)。

仅就发表数量而言,即使除去大量未统计在内的非CSSCI非法学类期刊上发表的刑法学论文,在2010—2011年间,我国的刑法学论文发表总数就已经达到了1565篇之多,这一数量可谓相当可观。由于篇幅的缘故,本报告无法对2010—2011年的所有刑法学论文一一加以详细研究,只能从众多刑法论文中遴选出若干我们认为对学术推进有重要意义的论文,分成若干主题予以评述,以期形塑出当前我国刑法学的“整体映像”。毫不讳言的是,这是一项意义重大而又困难重重的任务;其意义在于,只有准确把握我国刑法学的理论图景,方能深刻反思我国刑法学的研究现状,从而更好地在因循中寻求突破,在借鉴时力争创新,最终推动我国刑法学的良性发展;其困难在于,就遴选标准而言,尽管我们努力秉持客观、中立的立场,却很难真正实现纯粹的理性与超脱,难免在遴选过程中掺入评价者自身的主观偏好,从而遗漏了一些同样出色甚至更为精妙的作品,空留遗珠之恨。

## 二、刑法学论文的学术推进

### (一)罪刑法定原则与刑法解释

#### 1. 罪刑法定原则

自1997年刑法确立罪刑法定原则以来,罪刑法定原则始终是我国刑法学研究的基本问题。在延续既往对罪刑法定原则的宗旨、机能、理论基础、派生原则要求的研究的基础上,近年来我国刑法学者对罪刑法定这一源自西方的法治原则本土化以后的现实命运表现出强烈的关注,具有厚重的历史感和深刻的使命感。

在众多佳作之中,尤其值得关注的是陈兴良、杨兴培以及于志刚的论文。陈兴良的论文以开阔的历史视野,回顾了罪刑法定原则最初引入中国时所遇到的阻力,评述了当时学者为实现罪刑法定本土化所作的努力,暗含了对学界为推动罪刑法定的司法化贡献学术力量的期许。〔3〕杨兴培的论文直面罪刑法定原则在司法实践中被架空消解的境遇,对司法实务界和学术界同时提出了尖锐的批评,并不忧虑地预言中国刑法理论危机的到来,体现了刑法学者

〔2〕 本报告仅统计了以下21种比较有代表性的法学类非核心期刊:《犯罪研究》、《河北法学》、《法律适用》、《甘肃政法学院学报》、《北方法学》、《河南财经政法大学学报》、《国家检察官学院学报》、《人民检察》、《河南省政法管理干部学院学报》、《中国政法大学学报》、《西部法学评论》、《西南政法大学学报》、《青少年犯罪问题》、《海峡法学》、《云南大学学报法学版》、《昆明理工大学学报(社会科学版)》、《东方法学》、《法治研究》、《中国法律》、《福建政法管理干部学院学报》和《北京政法学院学报》。

〔3〕 参见陈兴良:“罪刑法定原则的本土转换”,《法学》2010年第1期。

的内省精神和独立品格。<sup>〔4〕</sup>于志刚的论文则试图从中国当下社会现实中寻找罪刑法定原则遭遇困顿的原因,认为中国目前不具有实行古典罪刑法定原则的条件,并进而提倡一种相对的、实质主义的刑法观。<sup>〔5〕</sup>无可讳言,在迎合甚至屈从社会现实的基础上建构起来的所谓相对罪刑法定,无法从根本上排除打着罪刑法定旗号而走向罪刑法定反面的风险。从这个意义上说,于志刚探讨的与其说是要什么样的罪刑法定,毋宁说是要不要罪刑法定。同样面对罪刑法定原则在司法实践中尚不尽如人意的现状,陈兴良与杨兴培主张严格贯彻罪刑法定原则,努力推动罪刑法定原则的司法化,而于志刚则主张根据我国社会现实对罪刑法定原则作适当修正。由此可知,即便是在罪刑法定原则这个刑法的根基问题上,我国刑法学界都尚未达成共识。此种境况,是喜是忧,值得深思。

## 2. 形式解释论与实质解释论之争

近年来,以刘艳红的《实质刑法观》(中国人民大学出版社2009年版)和邓子滨的《中国实质刑法观批判》(法律出版社2009年版)的出版为标志,中国刑法学展开了形式刑法观与实质刑法观的基本学术立场争论。这一争论在刑法解释领域则具体表现为形式解释论与实质解释论的对立。

关于形式解释论与实质解释论之争,值得特别关注的是陈兴良、张明楷教授以及周详的论文。陈兴良的论文界定了形式解释论与实质解释论的基本立场,批驳了实质解释论的关键论点,对澄清学界对形式解释论的误解有着重要意义。<sup>〔6〕</sup>张明楷的论文则有针对性地回应了形式解释论者对实质解释论违反罪刑法定、扩大刑罚处罚范围等批评,并做出了相应的反批评,论证了实质解释论的合理性。<sup>〔7〕</sup>然而,应当看到,张明楷所批评的形式解释论并非陈兴良所主张的形式解释论,前者只要形式解释(平义解释)而不要实质解释,而后者并不反对实质解释只是强调形式解释先于实质解释。有鉴于此,周详试图澄清学界对形式解释论与实质解释论的误解,试图对参与这一争论的学者进行派别划分,甚至提出了形式解释论学派与实质解释论学派之分。<sup>〔8〕</sup>

### (二)犯罪论体系:三阶层与四要件之争

本世纪初以来,随着我国刑法规范体系的确立,以德日刑法学知识不断输入为契机,我国刑法学界展开了对四要件犯罪构成理论的激烈讨论,并由此形成了“维持论”、“改良论”和“重构论”的立场之争。在2010—2011年间,学界继续对犯罪论体系进行了深入研究。其中,既有历史的考察,又有理论的检讨;既有体系内容的对比,又有体系功能的检验;既有本体论的交锋,又有方法论的厘定;既有宣示立场的宏大叙述,又有具体争点的短兵相接。

关于犯罪论体系的构造,应当引起特别关注的是高铭暄先生与陈兴良的论文。高铭暄先

〔4〕 参见杨兴培:“检视罪刑法定原则在当前中国的命运境遇——兼论中国刑法理论的危机到来”,《华东政法大学学报》2010年第1期。

〔5〕 参见于志刚:“罪刑法定原则认识发展中的博弈”,《法学》2010年第1期。

〔6〕 参见陈兴良:“形式解释论的再宣示”,《中国法学》2010年第4期。

〔7〕 参见张明楷:“实质解释论的再提倡”,《中国法学》2010年第4期。

〔8〕 参见周详:“刑法形式解释论与实质解释论之争”,《法学研究》2010年第3期。

生的论文界定了我国犯罪构成理论体系的基本框架和内容,分析了犯罪构成理论体系当下面临的挑战,并对犯罪构成理论体系进行了现实思考。<sup>〔9〕</sup>在该文中,高铭暄先生从历史和逻辑两个角度回应了“重构成论”对四要件犯罪构成体系的挑战,宣示了“维持论”的基本立场。此外,还有多位论者分别从德日阶层犯罪论体系内部存在逻辑矛盾、与我国刑法规定存在冲突、在处理复杂疑难案件时不比四要件犯罪构成理论更有优势等方面立论,反对引进德日犯罪论体系,主张维护四要件犯罪构成理论。<sup>〔10〕</sup>陈兴良的论文则采用知识考古的方式,勾勒了我国刑法学界从四要件构成体系逐渐嬗变为三阶层犯罪论体系的轨迹,并从“没有构成要件”、“没有出罪事由”、“没有归责”、“没有阶层”四个角度展开了对四要件犯罪构成体系的全面批判,推导出我国刑法学需从四要件犯罪构成论理论向三阶层犯罪论体系转型的结论。<sup>〔11〕</sup>作为“刑法知识去苏俄化”命题的首倡者,陈兴良明确主张引进德日阶层犯罪论体系,积极推动我国刑法学的知识转型,开辟了我国刑法学研究的新境界。高铭暄先生与陈兴良师徒之间围绕犯罪论体系构造进行的学术讨论,为中国刑法学界提供了理性、规范的学术争鸣的典范,值得认真关注并高度肯定。

关于犯罪论体系的方法论,引人瞩目的是张明楷的论文。该文就构建犯罪论体系需要明确的方法论问题展开了讨论,主张学界对犯罪论体系的讨论需“从一元体系到多元体系”、“从单纯批判到相互借鉴”、“从纯粹说理到解决问题”、“从形式表达到实质内容”。作者认为,我国一元犯罪论体系独存的时代已经结束,但还需从异质性多元向同质性多元发展;讨论犯罪论体系需要区分体系内问题与体系外问题,不能将与体系无关的问题归结为体系问题;讨论不能仅停留在纯粹说理阶段而应在具体问题的解决中进行优劣比较;讨论不能只围绕形式上的要件展开而应进行实质考察,是否以违法与责任为支柱构建犯罪论体系才是区分不同犯罪体系的实质标准。<sup>〔12〕</sup>学术争论如要经得住推敲,就必须遵循若干理性的规则。张明楷的论文为我国犯罪论体系之争厘定了规则与边界,有助于推动论证与辩驳的理性深入进行。

### (三)犯罪论的具体展开

在2010—2011年间,我国刑法学界不仅对宏观层面的犯罪论体系构造进行了深入探讨,而且对微观层面的犯罪论具体问题展开了细致研究。以下从构成要件论、违法性论、责任论、未完成罪、共犯论、罪数论(竞合论)等几个方面加以评述。

#### 1. 构成要件论

(1)不作为犯论。在不作为犯罪问题上,我国理论通说和司法实务大多采形式的作为义务

〔9〕 参见高铭暄:“关于中国刑法学犯罪构成理论的思考”,《法学》2010年第2期。

〔10〕 参见彭文华:“德、日犯罪构成论体系与我国刑法规范的内在冲突”,《法学》2010年第5期;欧锦雄:“复杂疑难条件下犯罪构成理论的优劣对决——犯罪构成四要件说与德日犯罪三阶层论的对决”,《中国刑事法杂志》2011年第3期;侯泽昆:“三阶层犯罪构成体系:一个域外经验的反思与质疑”,《现代法学》2010年第3期。

〔11〕 参见陈兴良:“四要件:没有构成要件的犯罪构成”,《法学家》2010年第1期;陈兴良:“犯罪论体系的位阶性研究”,《法学研究》2010年第4期;陈兴良:“构成要件:犯罪论体系核心概念的反拨与再造”,《法学研究》2011年第2期;陈兴良:“构成要件论:从贝林到特拉伊宁”,《比较法研究》2011年第4期。

〔12〕 参见张明楷:“构建犯罪论体系的方法论”,《中外法学》2010年第1期。

论,但形式的作为义务论对作为义务的认定过于宽泛,容易造成可罚性的不当扩张。因此,以限定作为义务范围为旨趣的实质作为义务理论成为我国不作为犯研究的重点。在相关论文中,令人瞩目的是张明楷和黎宏的论文。张明楷的论文主张在肯定先前行为是作为义务发生根据的基础上,对先前行为进行实质的限定。<sup>〔13〕</sup>该文在实质作为义务论思想的指导下,尝试对先前行为进行类型化的实质限定,为先前行为的实质判断提供相对明确的标准。黎宏的论文则认为,对“见死不救”行为必须从不真正不作为犯的角度予以考察。成立不真正不作为犯,必须立足于实质的作为义务论的立场,从行为人和被害法益之间的关系的角度来加以审视。<sup>〔14〕</sup>该文尝试以因果流程的支配为切入点,对作为义务进行实质化限定。

(2)因果关系与客观归责。传统理论对因果关系的研究主要围绕偶然因果关系说与必然因果关系说的争论展开。近年来,随着德日刑法学知识的引入,学界对来自德日刑法学的相当因果关系说和客观归责理论表现出了极大的兴趣。尤其是其中的客观归责理论,已成为当下理论研究的热点之一。劳东燕的论文对传统的因果关系理论进行了深刻反思。<sup>〔15〕</sup>该文从因果关系的规范性出发,质疑了当下通行的“先归因后归责”的归因归责关系,直指归因的本质仍在于归责,进而倡导具有规范性、动态性与可操作性的客观归责理论,体现了浓厚的规范论色彩,堪为这一领域的振聋发聩之作。伴随着对德国客观归责理论的推介,学界对我国是否需要引进客观归责理论也展开了一定的讨论。刘艳红的论文对客观归责理论的体系定位、功能、立场、体系自治性等展开了全面的批评。<sup>〔16〕</sup>周光权的论文对过失犯领域运用客观归责理论的必要性提出了质疑。<sup>〔17〕</sup>作为立足于解决因果关系认定问题的理论学说,客观归责理论与传统因果关系理论无论是在判断规则上还是在方法论思想上都有着巨大的不同。但是,我国是否有必要引进客观归责理论,答案并非不言自明,尚需学界进一步研究。就此而论,上述两篇论文作者对客观归责理论独立思考的努力是值得肯定的。

## 2. 违法性论

在我国传统刑法理论中,刑事违法性是作为犯罪概念的一部分被界定的。随着德日阶层犯罪论体系的引入,作为构成要件该当性之后的独立阶层被判断的违法性论逐渐取代了刑事违法性的概念,成为犯罪论研究的新的热点问题。

(1)违法性论的基本立场:结果无价值与行为无价值之争。在引入违法性概念并在犯罪论体系中确立其独立的阶层地位之后,首当其中需要解决的问题就是违法的内涵与本质。我国刑法学者围绕这一主题展开了行为无价值论与结果无价值论的激烈争论,并正在将这一争论逐步扩展至整个犯罪论、刑罚论以及许多具体犯罪的各个方面。这一时期值得关注的作品是陈璇和周光权的论文。

〔13〕 参见张明楷:“不作为犯中的先前行为”,《法学研究》2011年第6期。

〔14〕 参见黎宏:“‘见死不救’行为定性分析——兼论不真正不作为犯的作为义务的判断”,《国家检察官学院学报》2011年第4期。

〔15〕 参见劳东燕:“风险分配与刑法归责:因果关系理论的反思”,《政法论坛》2010年第6期。

〔16〕 参见刘艳红:“客观归责理论:质疑与反思”,《中外法学》2011年第6期。

〔17〕 参见周光权:“结果回避义务研究:兼论过失犯的客观归责问题”,《中外法学》2010年第6期。

陈璇的论文系统梳理了德国刑法学不法理论的嬗变过程。该文指出,德国刑法学自客观违法性论战胜主观违法性论而取得理论支配地位以后,历经了一元结果无价值论的盛行、行为无价值概念的引入、一元行为无价值论的闪现以及折中二元理论最终成为通说的过程。作者认为,中国刑法不法理论可以从德国不法论的发展历程中吸取有益的经验。<sup>[18]</sup>“他山之石,可以攻玉”,陈璇对德国违法性论相关学说历史与理论现状的梳理,为我国的刑法不法理论建构提供了清晰的参照系。周光权的论文主张犯罪是违反行为规范进而指向法益的行为,将行为无价值论界定为“新规范违反说”和“法益侵害导向性说”的统一体;在此基础上,作者厘定了行为无价值论中的法益概念,区分了行为无价值论与结果无价值论在法益概念使用上的区别,批驳了结果无价值论的诸多缺陷。<sup>[19]</sup>该文站在行为无价值论的立场上,以法益概念的使用为平台,展开与结果无价值论的辩驳,使得理论争论更趋深入具体。作为我国学界最早参与行为无价值与结果无价值之争的学者之一,周光权一直是行为无价值论的积极倡导者。从该文对法益概念的态度中,或可解读出周光权经历了从一元行为无价值论到二元行为无价值论的学术立场转变。

违法性论上的立场之争不仅是宏观理念之争,也会对具体问题的判断产生深远影响。值得注意的是,我国的行为无价值论与结果无价值论之争主要是在有留日背景的学者之间展开的,这与日本刑法学的发展状况密切相关。但在中国,行为无价值论与结果无价值论之争能否发展为学派之争,还需拭目以待。

(2)违法性论的具体问题。在违法性论的具体问题上,值得关注的是王钢和车浩的论文。王钢的论文以紧急避险中无辜第三人的容忍义务为切入点,对紧急避险的哲学根基根据作了考察。<sup>[20]</sup>该文着眼于为传统理论所忽视的紧急避险中无辜第三人的容忍义务,主张以社会连带义务理论论证紧急避险的合法性依据,对法益权衡说的支配性地位提出了挑战,有助于推动学界对紧急避险乃至整个违法阻却事由研究的不断深入。车浩的论文对推定的被害人同意这一超法规出罪事由作了系统的研究,围绕其体系位置、出罪功能的根据、基本类型、成立条件与基本原则、效力标准等基本问题,展开了深入的探讨。<sup>[21]</sup>该文以被害人同意为支点展开被害人教义学的分析,不仅在知识论层面拓宽了理论研究的领域,而且在刑法方法论上具有重要的借鉴意义。

### 3. 责任论

在责任论方面,我国理论研究经历了从苏俄刑法学语境下的刑事责任理论向德日刑法学语境下的责任论的转向。前几年,我国刑法学界对责任的概念、故意过失的体系地位、违法性

[18] 参见陈璇:“德国刑法学中结果无价值与行为无价值的流变、现状与趋势”,《中外法学》2011年第2期。

[19] 参见周光权:“行为无价值论的法益观”,《中外法学》2011年第5期。

[20] 参见王钢:“紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度——兼论紧急避险的正当化根据”,《中外法学》2011年第3期。

[21] 参见车浩:“论推定的被害人同意”,《法学评论》2010年第1期。

认识、期待可能性等理论进行了较为充分的研究,取得了丰硕的理论成果。<sup>[22]</sup>但在2010—2011年,责任论并没有成为学界研究的重点,因此没有特别引人注目的理论成果。仅有的一篇值得特别关注的论文是张明楷的立足于责任主义原则而探讨量刑基准的论文。该文以责任主义为指导,在深入考察有关量刑基准的幅的理论与点的理论的基础上,主张采纳点的理论;量刑必须以刑罚的正当化根据为指导,并合主义要求妥善处理好责任刑与预防刑的关系;贯彻责任主义是尊重人权的基本要求,点的理论是消极的责任主义的必然结论;法官必须区分影响责任刑的情节与影响预防刑的情节,并且只能在责任刑的点之下考虑预防犯罪的目的。<sup>[23]</sup>

#### 4. 客观处罚条件

客观处罚条件在德日阶层犯罪体系中其实是一个比较边缘化的问题,但在我国却引起了学界的高度关注。这不仅是因为我国刑法上存在着“疑似”客观处罚条件的规定(如刑法第129条的丢失枪支不报罪中的“造成严重后果”),而且是因为我国刑法中独具特色地大量存在着实际影响犯罪成立的罪量要素。近年来,我国学界一方面进行着本土的理论创新,如张明楷创立了“客观的超过要素”的概念,<sup>[24]</sup>陈兴良构建了“罪体—罪责—罪量”的体系;<sup>[25]</sup>另一方面也在积极引进德日刑法学的客观处罚条件理论,如梁根林曾将客观处罚条件作为责任主义原则的例外予以接纳。<sup>[26]</sup>在2010—2011年,关于客观处罚条件的研究,值得关注的是周光权的论文。在该文中,周光权在主张客观处罚条件理论的同时,根据客观处罚条件和违法性的关系密切程度,将其分为内在的客观处罚条件和外在的客观处罚条件。所谓内在的客观处罚条件,是指与危害行为及其结果有较为密切的关联性,属于足以影响违法性的要件,因而应被作为违法要素看待的客观处罚条件。<sup>[27]</sup>内在的客观处罚条件概念的提出,或可加深学界对客观处罚条件理论的研究,至于这一概念在体系上是否具有充足的解释力,还有待进一步的观察。

#### 5. 未完成罪

预备犯在未完成罪中是一个相对受人冷落的小问题,但是中国刑法对预备犯的处罚规定在法治化程度不断推进的中国当下却是一个必须认真对待并严肃拷问的大问题。关于预备犯,值得瞩目的是梁根林的论文。该文检视了《刑法》第22条的正当性、必要性、操作性以及实效性危机,揭示了我国预备犯普遍处罚原则的困境,考察了刑事司法对预备犯普遍处罚原则进行救济与限缩的路径,在立法论层面主张预备犯的刑法规制应当实现从普遍处罚到例外处罚、

[22] 参见陈兴良:“从刑事责任理论到责任主义——一个学术史的考察”,《清华法学》2009年第2期。

[23] 参见张明楷:“责任主义与量刑原理——以点的理论为中心”,《法学研究》2010年第5期。

[24] 参见张明楷:“‘客观的超过要素’概念之提倡”,《法学研究》1999年第3期。

[25] 参见陈兴良:“作为犯罪构成要件的罪量要素——立足于中国刑法的探讨”,《环球法律评论》2003年秋季号。

[26] 参见梁根林:“责任主义原则及其例外——立足于客观处罚条件的考察”,《清华法学》2009年第2期。

[27] 参见周光权:“论内在的客观处罚条件”,《法学研究》2010年第6期。

从总则规范到分则规范、从形式预备犯到实质预备犯的模式转换。<sup>[28]</sup> 该文是对我国预备犯普遍处罚原则的一次总清算,在致力于从解释论上寻求适当地处罚预备犯的出路的同时,从立法论上为走出我国预备犯处罚的困境指明了方向。

未遂犯问题是2010—2011年我国学者关注较多的理论问题,值得关注的是陈兴良、陈璇和劳东燕的论文。陈兴良的论文运用知识考古学的方法,对我国未遂犯理论从主客观相统一的苏俄刑法学话语到客观未遂论的德日刑法学话语的转变过程进行了学术史的考察,揭示了我国刑法学对未遂犯的研究从以法条为中心的释义性论述向法教义学研究转变的历程,<sup>[29]</sup>为我国未遂犯的理论研究指明了方向。陈璇的论文梳理了我国未遂犯处罚根据论的学说争点,剖析了主观未遂论的内在缺陷,考察了未遂犯处罚根据客观化的世界趋势,并最终主张以事后查明的行为时全部事实为基础、站在行为时社会一般人的立场来判断法益侵害危险的客观未遂论。<sup>[30]</sup> 该文观点鲜明,论证严密,对客观未遂论进行了有力的推介。劳东燕则认为,实行的着手与危害结果并不存在必然的内在关联;不应混同结果之于不法的意义与结果之于刑事责任的意义;有必要区分实行的着手与实行行为;有必要在立法论上废除形式预备犯的规范。<sup>[31]</sup> 该文从理论的功能定位出发,对学界经常混同的几组概念作了清晰界分,为理论研究的深入扫除了若干障碍。

我国传统理论与司法实践将不能犯作为未遂犯的一种(不能犯未遂)加以普遍处罚。随着刑法客观主义的兴起,区分不能犯与未遂犯成为问题,被认为是刑法主观主义与客观主义之争的主战场,也是刑法理论走向的晴雨表。<sup>[32]</sup> 陈兴良的论文对不能犯立法及理论在德国、日本、我国台湾地区以及我国大陆地区的演进进行了详尽梳理和比较研究,着重强调了对不能犯的理论研究不能脱离刑法条文。<sup>[33]</sup> 该文以开阔的视野、详实的论证,精确把握了域外不能犯理论的发展脉络,为我国的不能犯研究提供了有益启示。周光权的论文立足于“具体危险说”,主张从客观(行为本身是否有引起和支配既遂结果的危险)、主观(行为人是否存在常识错误)、判断主体(以一般公众作为判断主体)三个维度区分不能犯与未遂犯。<sup>[34]</sup> 尤为可贵的是,该文不仅从本体论层面对具体危险说进行了清晰的阐释,而且从价值论层面论证了我国采用具体危险说的必要性,很好地观照了理论选择的现实语境,体现了作者良好的问题意识。钱叶六的论文则从危险的判断入手区分未遂犯与不能犯,认为“危险有无”的判断,应以行为时所存在的全部客观事实为判断资料,根据客观的因果法则,站在行为时的立场,具体地判断行为人的

[28] 参见梁根林:“预备犯普遍处罚原则的困境与突围——《刑法》第22条的解读与重构”,《中国法学》2011年第2期。

[29] 参见陈兴良:“客观未遂论——一个学术史的考察”,《法学家》2011年第4期。

[30] 参见陈璇:“客观的未遂犯处罚根据论之提倡”,《法学研究》2011年第2期。

[31] 参见劳东燕:“论实行的着手与不法的成立根据”,《中外法学》2011年第6期。

[32] 参见陈兴良:“不能犯与未遂犯——一个比较法的研究”,《清华法学》2011年第4期。

[33] 同上注。

[34] 参见周光权:“区分不能犯和未遂犯的三个维度”,《清华法学》2011年第4期。

行为所存在的导致构成要件结果发生的可能性大小为标准。<sup>[35]</sup>应当说,这一主张在性质上可归结为客观危险说,然而是否存在判断危险的纯客观标准以及如何找到并适用这一标准,都是客观危险说所面临的难题。

在中止犯问题上,值得关注的是刘宪权的论文。在该文中,刘宪权认为,故意犯罪停止形态的本质特征在于故意犯罪行为的“停顿”,故意犯罪在危险状态出现后的中止形态应被理解为“排除犯罪未遂”以后的中止。对于司法实践中行为人主动放弃“高位犯罪”而代以“低位犯罪”的犯罪形态,应认定为“高位犯罪”的中止,并将“低位犯罪”视为中止犯“造成损害”的因素。<sup>[36]</sup>如何认定故意犯罪的停止形态,是理论与实务的难题之一,该文为这一难题的解决提供了一个颇具操作性的方案。

## 6. 共犯论

作为刑法理论的“绝望之章”,共犯论历来都是学界讨论的重镇。伴随着对德日刑法学知识的借鉴和吸收,学界对共犯理论的讨论日渐深入,成果颇丰。相关讨论大体上是从单一制犯罪参与体系和区分制犯罪参与体系两个视角来展开的。

一方面,有学者对区分制犯罪参与体系进行了激烈批判,同时论证了单一制犯罪参与体系的合理性,并在此基础上对于我国刑法关于教唆犯的相关规定进行了解读。如江溯发表多篇论文,积极倡导单一正犯体系。在《区分制共犯体系的整体性批判》一文中,江溯对区分制共犯体系展开了全面的批判。<sup>[37]</sup>在《犯罪参与的二重性》一文中,江溯主张用犯罪参与二重性理论厘清犯罪参与体系的基本构造,从而为单一正犯体系提供理论支撑。<sup>[38]</sup>在《关于单一正犯体系的若干辩驳》一文中,江溯站在单一正犯体系的立场,对来自于区分制犯罪参与体系的诸多批评意见逐一加以反驳。<sup>[39]</sup>上述论文对区分制犯罪参与体系的批评与对单一制正犯体系的引介,推动了我国学界犯罪参与体系争论的展开。在这一讨论的基础上,有学者已开始将单一正犯体系贯彻于刑法的解释之中。刘明祥的论文基于单一制正犯体系的立场,主张将“被教唆的人没有犯被教唆的罪”解释为被教唆的人没有按教唆犯的意思实施犯罪,具体包括四种情形:①教唆犯已实施教唆行为但教唆信息(或内容)还未传达到被教唆的人;②被教唆的人拒绝教唆犯的教唆;③被教唆的人接受教唆,但还未为犯罪做准备;④被教唆的人接受教唆,但后来改变犯意或者因误解教唆犯的意思而实施了其他犯罪,并且所犯之罪不能包容被教唆的罪。<sup>[40]</sup>应当指出的是,这一解释虽合乎体系逻辑,但明显存在扩大教唆犯处罚范围的倾向,其妥当性尚有进一步探讨的空间。

另一方面,在区分制犯罪参与体系的理论前提下,学界就如何界定正犯以及如何区分正犯与共犯等问题展开了讨论。刘艳红的论文将其实质犯罪论贯彻于正犯理论中,提倡在正犯论

[35] 参见钱叶六:“未遂犯与不能犯之区分”,《清华法学》2011年第4期。

[36] 参见刘宪权:“故意犯罪停止形态相关理论辨正”,《中国法学》2010年第1期。

[37] 参见江溯:“区分制共犯体系的整体性批判”,《法学论坛》2011年第6期。

[38] 参见江溯:“犯罪参与的二重性”,《中国刑事法杂志》2011年第6期。

[39] 参见江溯:“关于单一正犯体系的若干辩驳”,《当代法学》2011年第5期。

[40] 参见刘明祥:“‘被教唆的人没有犯被教唆的罪’之解释”,《法学研究》2011年第1期。

上采用有助于实现问题思考与体系思考双重目标的客观实质的正犯论,并主张在具体学说上采用重要作用说。<sup>[41]</sup> 张明楷的论文认为,要求共犯对正犯故意的从属性会产生明显的处罚漏洞,应当否定共犯对正犯故意的从属性;就教唆犯、帮助犯的成立条件而言,正犯故意只是表面要素,仅对区分教唆犯、帮助犯与间接正犯起作用。<sup>[42]</sup>

以往我国刑法学界并没有意识到犯罪参与立法的体系性归属问题,对于共同犯罪的研究大体上是按照德日区分制犯罪参与体系的理论来展开的。随着单一制犯罪参与体系理论的引入,学界对于共同犯罪的研究日趋深入。我国刑法关于共同犯罪的规定具有一定的开放性,理论解释具有相当大的空间。从两种不同的犯罪参与理论出发来论述共同犯罪问题,将会成为我国刑法学界今后一个时期新的理论增长点。

### 7. 罪数论(竞合论)

罪数论(竞合论)是我国刑法学一个新兴的研究热点。与德日刑法对竞合和罪数问题作了明确规定不同,我国刑法对此未作任何规定,这也给理论研究提供了更为广阔的空间。在德日刑法学知识背景下,我国对罪数论(竞合论)的讨论既有在宏观层面上对理论发展走向的选择与判断,也有在微观层面上对具体问题的探讨与争论。

在宏观层面上,值得关注的是陈兴良和方鹏的论文。在《从罪数论到竞合论——一个学术史的考察》一文中,陈兴良梳理了我国刑法学从罪数论到竞合论的转变过程。<sup>[43]</sup> 在《法条竞合的学术演进——一个学术史的考察》一文中,陈兴良勾勒了法条竞合从概念引入到本土化的学术演进过程,并对法条竞合中若干理论问题展开了讨论。<sup>[44]</sup> 方鹏的论文则对德国刑法竞合理论与日本罪数理论进行了内容比较与体系解构,并以此为参照,对中国罪数理论进行了重新解读与反思。<sup>[45]</sup> 陈兴良与方鹏形成了一定的理论交锋,而这种交锋对于今后我国罪数论(竞合论)的建构具有重要的意义。

在微观层面上,就法条竞合中的特别关系,张明楷与周光权展开了观点的交锋。在特别关系的认定上,张明楷认为,特别关系是一种典型的法条竞合现象,补充关系只是特别关系的另一种表述,包容关系只是特别关系的外表现象;在特别关系的处理上,张明楷主张,对于特别关系,原则上采用特别法条优于普通法条的原则,但在一定条件下应当适用重法优于轻法的原则,某种行为没有达到司法解释确定的特别法条的定罪标准,但符合普通法条的定罪标准时,应当适用普通法条定罪量刑。<sup>[46]</sup> 在特别关系的认定上,周光权指出,特别关系与补充关系、吸收关系、择一关系、包容关系属于法条竞合的不同类型,行政刑法意义上法条竞合的特别关系与传统的法条竞合论中的特别关系有一些差别;在特别关系的处理上,周光权认为,对于行

[41] 参见刘艳红:“论正犯理论的客观实质化”,《中国法学》2011年第4期。

[42] 参见张明楷:“共犯对正犯故意的从属性之否定”,《政法论坛》2010年第5期。

[43] 参见陈兴良:“从罪数论到竞合论——一个学术史的考察”,《现代法学》2011年第3期。

[44] 参见陈兴良:“法条竞合的学术演进——一个学术史的考察”,《法律科学》2011年第4期。

[45] 参见方鹏:“德国刑法竞合理论与日本罪数理论之内容比较与体系解构——兼及中国罪数理论的走向选择和体系重构”,《比较法研究》2011年第3期。

[46] 参见张明楷:“法条竞合中特别关系的确定与处理”,《法学家》2011年第1期。

为性质符合特别法条的构成特征,但因数额、数量未达到特别法条要求时,不能以普通法条定罪;法条竞合与想象竞合之间具有对立关系,不存在一个行为既成立想象竞合犯又属于法条竞合的情况。<sup>[47]</sup> 这些对于罪数论(竞合论)具体层面的探讨,不仅对于深化这一领域的理论具有重要价值,而且对于司法实践亦具有重要指导意义。

#### (四) 刑罚论

刑罚不仅直接关系犯罪人的利益剥夺,更在相当大的程度上决定刑法任务与刑法目的能否实现。因此,以刑罚为研究对象的刑罚论在刑法理论版图中占据着独特的位置。为了使刑罚制度更趋科学合理,《刑法修正案(八)》对我国刑罚制度进行了重大修正,为刑罚理论研究提供了更为广阔的空间。自该修正案以草案形式公诸于世以来,学界围绕我国刑罚制度改革与完善展开了集中的讨论。

##### 1. 刑罚体系

在我国现行一元刑罚体系下,是否需要借鉴域外经验建构保安处分制度,这是我国刑罚论首先面临的问题。张小虎的论文对我国将保安处分的相应功能委于有关行政处置的做法提出了批评,主张构建我国保安处分制度,实现刑罚与保安处分的双轨并行。<sup>[48]</sup>

在《刑法修正案(八)》对我国刑罚制度作出大量修改的背景下,对修改前的刑罚制度进行深刻反思,并对修改后的刑罚制度进行客观评价,是理论界不可推卸的任务。王利荣的论文以《刑法修正案(八)》为样本,对我国刑罚体系结构协调性进行了考察。该文认为,《刑法修正案(八)》奠定了我国调整刑罚体系结构的基调,并优化了我国刑罚体系的结构,但其所体现的偏爱缓刑而不重视假释的立法倾向、引治安行政处罚措施入刑法以及限制法定量刑情节减轻处罚程度的做法又使我国刑罚体系结构出现了新的不协调问题。<sup>[49]</sup> 王利荣提出的问题值得关注。

《刑法修正案(八)》取消了十三个非暴力犯罪的死刑。在此背景下,观察我国死刑制度变革的发展动向,阐释限制死刑的价值蕴藉,澄清理论成见的疑点困惑,具有重要的理论和实践意义。赵秉志的论文对我国现阶段慎用死刑政策的现实依据、政策内涵以及贯彻实施进行了深入思考。<sup>[50]</sup> 该文全面分析了影响死刑裁判的各种考量因素,回应了社会公众与舆论对于死刑政策和死刑问题的诸多疑问,具有相当的理论价值。在为死刑的最终废除进行理论蓄势的过程中,死刑与生刑的关系是一个重要的理论研究课题。刘宪权的论文对学界通行的“死刑之所以难以废除是因为我国刑法的生刑过轻”的观点提出了质疑。<sup>[51]</sup> 刑罚体系是一个系统,死刑的废除要以其他刑罚制度能够胜任刑罚任务为前提。因此,科学考察死刑与其他刑罚制度(尤其是无期徒刑)的关系,借鉴域外经验,努力推动生刑刑罚制度的优化配置,有助于为死

[47] 参见周光权:“法条竞合的特别关系研究——兼与张明楷教授商榷”,《中国法学》2010年第3期。

[48] 参见张小虎:“论我国保安处分制度的建构”,《政治与法律》2010年第10期。

[49] 参见王利荣:“我国刑罚体系结构再协调问题之思考——以《中华人民共和国刑法修正案(八)》为分析样本”,《法商研究》2011年第3期。

[50] 参见赵秉志:“关于中国现阶段慎用死刑的思考”,《中国法学》2011年第6期。

[51] 参见刘宪权:“废除死刑与提高生刑期限关系比较探析”,《法学》2011年第10期。

刑的废除奠定坚实的基础。因此,上述两篇论文虽然在结论上不尽一致,但在方法论上都具有重要意义。

随着行刑社会化的发展,刑法修正案(八)正式规定了社区矫正制度。对此,理论界需要作出回应。高铭暄先生的论文对社区矫正制度写入刑法进行了积极评价,认为其是对社区矫正正在我国试行七年以来积极意义的正面肯定,也是对我国刑罚轻缓化、行刑社会化发展的进一步考验。<sup>[52]</sup>该文对社区矫正制度进行了科学的定位和积极的评价,有助于推动社区矫正制度的顺利实施。

## 2. 刑罚裁量

近年来,司法实践中的刑事和解运动挣脱了传统刑事法理论的束缚而如火如荼地开展,甚至蔓延至死刑案件之中。对此,理论界需要作出回应和反思。这一方面值得关注的是孙万怀和梁根林的论文。孙万怀的论文从权力与权利关系的视角对死刑案件的和解提出了质疑。该文认为,对和解来说,国家权力与个人权利之间的和谐化是本质,而被害人与犯罪人的和谐化是一种延伸,公权力的边界需要维护,不能将重罪归纳为私人之间的关系,因此重罪和解不符合和解的实质,被害人死亡的案件中更不存在和解的可能。作者强调,减少和控制死刑必须在法律的框架内进行,无须也不应当用和解制度来做注脚。<sup>[53]</sup>梁根林的论文在坚持其严格控制死刑立场的前提下,从十个方面对死刑案件刑事和解的正当性与合法性进行了全面的质疑。<sup>[54]</sup>上述两篇论文对于当前我国理论与实务界过分热衷的所谓死刑案件刑事和解的话语和实践具有当头棒喝的作用,有助于引导学界和社会理性看待刑事案件和解的价值与边界。

“同案同判”是刑事司法公正的基本要求,对于如何理解与贯彻“同案同判”,理论界已经进行了一定的探讨。早在2003年,白建军就曾对我国法院判决的同案同判率进行过实证研究,并提出了降低同案异判率的两个对策,首开系统研究同案同判之先河。<sup>[55]</sup>刘树德的论文对刑事司法语境下的同案同判进行了阐释,进而就保障法律适用统一机制特别是案例指导制度的建构表达了见解。<sup>[56]</sup>该文代表了司法实务界对“同案同判”的积极追求。

在同种数罪是否并罚问题上,理论界一直存在一罚说、并罚说和折中说的聚讼。张明楷的论文对这一传统理论问题进行了新的思考。作者主张,在原则上说,对同种数罪应当并罚,但从结局上看,对判决宣告以前一人犯同种数罪既可能实行并罚,也可能以一罪论处。在坚持以并罚为原则的折中说的立场下,作者对区分实行并罚和以一罪论处的基本原则与具体标准作出了明确的界定。<sup>[57]</sup>该文对不同于通说见解的、以并罚为原则的折中说进行了有力论证,深化了学界对数罪并罚问题的研究。

[52] 参见高铭暄:“社区矫正写入刑法的重大意义”,《中国司法》2011年第3期。

[53] 参见孙万怀:“死刑案件可以并需要和解吗?”,《中国法学》2010年第1期。

[54] 参见梁根林:“死刑案件被刑事和解的十大证伪”,《法学》2010年第4期。

[55] 参见白建军:“同案同判的宪政意义及其实证研究”,《中国法学》2003年第3期。

[56] 参见刘树德:“刑事司法语境下的‘同案同判’”,《中国法学》2011年第1期。

[57] 参见张明楷:“论同种数罪的并罚”,《法学》2011年第1期。

## (五)刑法分论

在刑法分论问题上,中国刑法学界对相对集中的罪名展开了具有相当理论深度的研究。其中,既有对传统罪名的深度挖掘,又有对新兴罪名的全面考察;既有对理论规范的诠释运用,又有对热点案件的积极回应;既有对理论创见的自信独白,又有对不同观点的正面交锋;既有对实践误区的反思批评,又有对实务难题的理论指导。

### 1. 侵害人身法益的犯罪

(1)故意杀人罪。热点案件往往具有激活理论研究的功能。曾经一度引发社会广泛关注的李昌奎案虽已尘埃落定,但其提供的理论研究素材值得学界不断挖掘。车浩的论文以李昌奎案为切入点,对故意杀人罪死刑适用政策中的“邻里纠纷”与“手段残忍”的规范内涵进行了教义学的分析。<sup>[58]</sup>该文倡导并力行以教义学的技术分析化解宏观的理念之争,不仅在具体结论上具有相当的说服力,而且在方法论上也具有重要的示范意义。

(2)组织出卖人体器官罪。《刑法修正案(八)》新增了组织出卖人体器官罪,对此,理论界需要展开罪名研究。张明楷的论文从构成要件、被害人承诺的有效性、与故意伤害罪和故意杀人罪的关系等角度对组织出卖人体器官罪的基本问题进行了阐释。<sup>[59]</sup>该文应属我国学者首次对组织出卖人体器官罪全面系统的教义学研究,为学界后续研究奠定了坚实的基础。

(3)强奸罪与奸淫幼女罪。近年来,随着一系列强奸或嫖宿幼女案的曝光,如何解释嫖宿幼女罪与强奸罪的关系以实现罪刑均衡,成为理论研究的热点之一。车浩的论文从立法论和解释论双重视角对奸淫幼女型强奸罪与嫖宿幼女罪的关系进行了讨论,提出了一套“多元解决机制”的方案。作者认为,在立法论上,可以从两罪法条竞合但刑罚轻重失序的角度展开修法必要性的论证;在解释论上,无论是将两罪解释为法条竞合进而主张“重法优于轻法”或者主张想象竞合犯而“从一重罪处罚”,在法理上都难以自治,较为妥当的解释方案是,缺乏有效同意是强奸罪的构成要件要素,具备有效同意则是嫖宿幼女罪的构成要件要素,因此两罪是互斥关系。<sup>[60]</sup>该文将嫖宿幼女罪理解成“具备有效同意”,明显与未满十四周岁的幼女根本不具有性同意能力这一前提性判断相悖,其结论颇值商榷。劳东燕的论文则对“两罪互斥论”进行了反驳,进而主张从法条竞合的角度合理处理奸淫幼女型强奸罪与嫖宿幼女的关系。作者认为,在强奸罪与嫖宿幼女罪的关系上,“两罪互斥论”在刑法教义学上存在多方面的问题。<sup>[61]</sup>比较而言,该文的结论应当是一个相对妥当的解释论方案。

### 2. 侵害财产法益的犯罪

(1)财产法益与刑法保护。如何在维护刑民的明确界分及坚持刑法谦抑的前提下实现对财产权的合理保护,是考验立法者与司法者智慧的一道难题。付立庆的论文立足当代中国的法治语境,对立法者规定财产犯罪特别是司法者认定财产犯罪时应当着重考量的要素进行了

[58] 参加车浩:“从李昌奎案看‘邻里纠纷’与‘手段残忍’的涵义”,《法学》2011年第8期。

[59] 参见张明楷:“组织出卖人体器官罪的基本问题”,《吉林大学社会科学学报》2011年第5期。

[60] 参见车浩:“强奸罪与嫖宿幼女罪的关系”,《法学研究》2010年第2期。

[61] 参见劳东燕:“强奸罪与嫖宿幼女罪的关系新论”,《清华法学》2011年第2期。

归纳、总结和反思。<sup>[62]</sup>该文对刑法介入财产权保护的时点进行了考察分析并得出了有益结论。

(2)抢劫罪。长期以来,我国学界与实务界基本形成了以是否具备“两个当场”为标准区分抢劫罪与敲诈勒索罪的共识。但这种经验性的标准往往会在一些非典型案例中遭遇困难。对此,理论界需要通过教义学的分析,提出一个更具有指导性的标准。陈兴良的论文质疑了“两个当场”说,主张从暴力的程度和占有财物的形式两个视角对敲诈勒索罪与抢劫罪进行界分。<sup>[63]</sup>该文不仅为抢劫罪与敲诈勒索罪的区分提供了具有相当说服力的理论方案,而且在研究方法上采用了一种有别于经验性总结的教义学分析进路,在方法论上具有重要的示范意义。

对抢劫罪中作为加重处罚条件的“持枪抢劫”是否包括仿真枪,理论上见解不一。车浩的论文从被害人视角对这一问题进行了探讨,认为只要所持之“枪”足以令一般人产生真枪印象,即可认定为“持枪抢劫”,而不必非得在客观上具有危险性,从而主张对持仿真枪抢劫也可定“持枪抢劫”。<sup>[64]</sup>从结论上看,将“持枪抢劫”解释成包括持仿真枪,有助于更好地保护被害人,具有刑事政策上的妥当性;但是,毋庸讳言,这种解释方案暗含了突破法律规定的字面意思而走向类推适用的风险。如何在追求结论妥当性的同时坚守罪刑法定原则,是解释者无法回避的问题。

对抢劫信用卡的行为如何定性,涉及抢劫罪与信用卡诈骗罪的认定问题,是理论的热点与难点。刘明祥的论文对抢劫信用卡并使用的行为进行了类型化的区分并予以不同的刑法评价。作者认为,抢劫信用卡不使用的,不能定抢劫罪;抢劫信用卡并使用的,要根据是当场使用、事后使用还是既当场使用又事后使用作不同的定性和处理。当场使用所抢得的信用卡的,应定抢劫罪;事后使用的,应定信用卡诈骗罪;既当场使用又事后使用的,则应定抢劫罪与信用卡诈骗罪,并实行数罪并罚。<sup>[65]</sup>显然,这种解释方案对抢劫信用卡的场合下抢劫罪的适用进行了严格的条件限制。对此,有学者提出不同的观点,认为信用卡作为一种金融凭证,具有财产的本质属性,可以成为财产犯罪的对象,抢劫信用卡后无论是否使用均构成抢劫罪。<sup>[66]</sup>

(3)盗窃罪。《刑法修正案(八)》在盗窃罪的构成要件中增加了“入户盗窃”、“携带凶器盗窃”、“扒窃”三种行为类型,给盗窃罪的理论解释提出了全新的课题。张明楷的论文对经刑法修正案(八)修订后的盗窃罪的行为对象、行为类型、特殊形态、罪数认定、处罚标准进行了全面的阐述。<sup>[67]</sup>该文是刑法修正案(八)对盗窃罪的构成要件进行重大修正后学界首次对盗窃罪进行全面系统的理论分析,具有理论与实践的双重价值。

我国刑法第196条第3款规定盗窃信用卡并使用的以盗窃罪论处。对于这一规定的合理

[62] 参见付立庆:“论刑法介入财产权保护时的考量要点”,《中国法学》2011年第6期。

[63] 参见陈兴良:“敲诈勒索罪与抢劫罪之界分——兼对‘两个当场’观点的质疑”,《法学》2011年第2期。

[64] 参见车浩:“被害人视角下的‘持枪抢劫’”,《政治与法律》2010年第6期。

[65] 参见刘明祥:“抢劫信用卡并使用行为之定性”,《法学》2010年第11期。

[66] 参见吴允锋:“也论抢劫信用卡并使用行为之定性——与刘明祥教授商榷”,《法学》2011年第3期。

[67] 参见张明楷:“盗窃罪的新课题”,《政治与法律》2011年第8期。

性,理论界褒贬不一。无论是支持抑或反对这一规定,在刑法作出修改之前,都必须予以贯彻实施。因此,在遵循罪刑法定原则的前提下,对该规定的内涵进行合理的解释,从而弥补其可能存在的缺陷,便具有理论上的必要性。刘明祥的论文对“盗窃信用卡并使用”的规范内涵作了限定。作者认为,“盗窃信用卡并使用”中的“信用卡”仅限于真实、有效,能正常使用的信用卡卡片;“使用”是按信用卡特有的电子支付卡的功能加以利用,不以盗窃者本人使用为限;“盗窃”是指采用秘密窃取的方法取得他人占有之下的信用卡卡片。<sup>[68]</sup>作者基于相关司法解释具有不合理性的前提判断,尝试通过严格解释限缩该司法解释适用范围,这种以解释论弥补立法论缺陷的努力思路,对于当下中国刑法学具有重要的意义。

### 3. 侵害社会法益的犯罪

(1)以危险方法危害公共安全罪。从道路交通秩序领域到市场经济秩序领域、公民个人权利领域、社会管理秩序领域,司法实践通过以危险方法危害公共安全罪,将其触角越伸越长,从而显示出口袋罪的特征。孙万怀的论文对以危险方法危害公共安全罪在司法实践中泛滥膨胀的深层原因进行了分析。<sup>[69]</sup>该文对司法实践滥用以危险方法危害公共安全罪的现象提出了尖锐批评,并对其原因进行了冷静分析,对于推动以危险方法危害公共安全罪的规范适用乃至罪刑法定原则的司法化,具有重要的意义。

如何理解危害公共安全罪中的“公共安全”,理论界一直存在争议。曲新久的论文从公共的含义、安全的范围、安全的等级等角度对刑法中的“公共安全”的内涵进行了深入考察。<sup>[70]</sup>以往我国学界在这一问题上的研究往往聚焦于何谓“公共”而疏于探讨“安全”的规范内涵,该文同时考察了“公共”与“安全”的涵义,深化了学界在这一问题上的研究。

(2)交通肇事罪。作为过失犯罪中的典型罪名,交通肇事罪一直是理论研究的热点。其中,刘艳红连续发表两篇论文,对交通过失犯的本质及其注意规范的保护目的进行了深入的探讨。在《交通过失犯应以结果回避义务为基准》一文中,刘艳红主张以在客观违法层面进行判断的结果回避义务作为交通过失犯的本质,合理地限制交通过失犯的处罚范围。<sup>[71]</sup>在《注意规范保护目的与交通过失犯的成立》一文中,刘艳红从交通过失犯的本质出发,从理论前提、基础定位、体系位置、理论意义等多个角度对交通过失犯的注意规范保护目的进行了全面的阐释。<sup>[72]</sup>上述两篇论文以交通肇事罪为切入点,对过失犯的结果回避义务和注意规范保护目的进行了深入的探讨,深化了学界对过失犯的研究。

在《论交通肇事罪的自首》一文中,张明楷从自首与交通肇事罪的关系、自首与履行行政义务的关系、认定自首与罪刑相适应原则的关系、认定自首与不报安全事故罪的关系、认定自首与预防交通肇事罪的关系等角度对交通肇事罪的自首进行了全面的考察。<sup>[73]</sup>交通肇事罪的

[68] 参见刘明祥:“‘盗窃信用卡并使用’的含义解析与司法认定”,《中国法学》2010年第1期。

[69] 参见孙万怀:“以危险方法危害公共安全罪何以成为口袋罪”,《现代法学》2010年第5期。

[70] 参见曲新久:“论刑法中的‘公共安全’”,《人民检察》2010年第9期。

[71] 参见刘艳红:“交通过失犯认定应以结果回避义务为基准”,《法学》2010年第6期。

[72] 参见刘艳红:“注意规范保护目的与交通过失犯的成立”,《法学研究》2010年第4期。

[73] 参见张明楷:“论交通肇事罪的自首”,《清华法学》2010年第3期。

特殊构造导致了该罪的自首具有一定的特殊性和复杂性,该行为为司法机关在交通肇事场合下的自首认定提供了明确的理论指导。此外,有学者对交通肇事的“逃逸”进行了规范化的理解,认为逃逸行为具有不作为性质,应根据先前行为理论确证“逃逸”的规范目的。<sup>[74]</sup>然而,坚持这种方案,就不得不合乎逻辑地将交通肇事后逃逸解释成为故意犯罪,从而与我国现行法律规定相悖。

(3)危险驾驶罪。近年来,一系列重大交通事故引起了国人的广泛关注。在讨论如何应对交通风险的过程中,作为社会控制手段之一的刑法被舆论推到了前台,被公众赋予了厚望。在刑法修正案(八)规定危险驾驶罪前后,学界对于该罪的讨论经历了从立法论向解释论的转变过程。

在立法论层面上,我国刑法学者对设立危险驾驶罪的必要性和合理性进行了讨论。站在肯定论的立场,有学者认为,危险驾驶的行为即便没有造成任何实害结果,也超出了社会容忍的边界,需要刑法适时介入和干预,鉴于现行刑法罪名体系难以规制这类行为,同时为了培植民众良好的交通伦理,增设危险驾驶罪就有其必要性。<sup>[75]</sup>也有学者从刑事政策的角度进行解读,认为危险驾驶行为的入罪体现了我国刑事立法政策之活性化倾向,并对这一倾向表示了谨慎的肯定。<sup>[76]</sup>站在否定论的立场上,有学者对肯定论者以风险社会理论论证危险驾驶罪合理性的思路提出了批评,认为当代中国的社会矛盾是“后现代的背景,前现代的问题”,西方学者在后现代背景下、为反思现代性而提出的“风险社会”概念不适用于中国。<sup>[77]</sup>还有学者以“民生法治观”为视角,在价值论上对设立危险驾驶罪提出了质疑,认为危险驾驶罪立法是出于保障民生的良好动机,但实际效果则可能有损于真实民生福利。<sup>[78]</sup>

在《刑法修正案(八)》增设危险驾驶罪后,如何理解该罪的构成要件,是理论界需要回答的问题。冯军的论文从规范目的的视角出发,对危险驾驶罪的构成要件进行了精致的分析。<sup>[79]</sup>该文以规范目的为指导,对醉驾行为与公共安全的抽象危险进行剥离,从而将醉驾型危险驾驶罪解释为过失犯,逻辑严密,观点新颖。然而,既然作者对抽象危险作了不同于传统见解(立法拟制的危险)的理解,就不得不为它的认定确立新的标准。因此,能否找到一个既具有理论依据又具有实践操作性的标准,恰是本文的论证能否成立的关键。

以最高人民法院前副院长张军于2011年5月10日在全国法院刑事审判工作座谈会上的发言为契机,刑法学界对醉驾是否一律入罪、能否以刑法第13条“但书”进行出罪等问题展开了激烈的讨论。在醉驾是否一律入罪问题上,有学者站在肯定论的立场上认为,醉酒驾驶是抽象危险犯,抽象危险的认定全凭行为,只要有达到“醉酒”程度的“酒后驾驶”行为就证明存在抽

[74] 参见姚诗:“交通肇事‘逃逸’的规范目的与内涵”,《中国法学》2010年第3期。

[75] 参见叶良芳:“危险驾驶罪的立法证成和规范构造”,《法学》2011年第2期。

[76] 参见欧阳本祺:“危险驾驶行为入罪的刑事政策分析”,《法商研究》2011年第5期。

[77] 参见王政勋:“危险驾驶罪的理论错位与现实危险”,《法学论坛》2011年第3期。

[78] 参见周详:“民生法治观下‘危险驾驶’刑事立法的风险评估”,《法学》2011年第2期。

[79] 参见冯军:“论《刑法》第133条之1的规范目的及其适用”,《中国法学》2011年第5期。

象危险,足以构成犯罪,至于其中的危险大小区别,至多影响量刑。〔80〕而更多的学者则在同意醉驾并非一律入罪的前提下对出罪的方法进行了探讨。有学者认为“醉酒”这一构成要件要素中包含着“血液酒精含量值”这一数量要素,因而排除了适用“但书”条款的空间,进而主张将“血液酒精含量值”解释成一个幅度,从而赋予司法官员一定的自由裁量权,以合理减少“诉累”和醉驾入刑带来的弊端。〔81〕也有学者认为“醉驾是否一律入罪”的争论本是个伪问题,但这一争论的产生却反映了司法行政化所蕴含着的法治方向的迷失。〔82〕即便站在醉驾一律入罪的立场上,对于“道路”、“驾驶”、“醉酒”等构成要件要素内容仍有解释的余地,在这个意义上,抽象地讨论“醉驾是否一律入罪”并不具有太大的理论意义。然而,由这一问题所引发的学界讨论,凸显出学界在《刑法》第13条“但书”的定位问题上存在明显分歧,同时也激发了学界对我国刑法出罪机制的深入探讨,有利于学界明晰分歧、增进共识。

### (六) 风险社会与风险刑法

自德国学者乌尔里希·贝克提出风险社会的概念后,“风险社会”与“风险刑法”便成为刑法学的重要课题之一。近年来,在国外理论引介和我国刑事立法的双重刺激下,我国学者对“风险刑法”展开了热烈的讨论。总体上看,我国学者在“风险刑法”问题上存在积极支持、谨慎接纳和全面否定三种截然不同的立场。程岩的论文以风险权利义务分配体系为切入点,探讨了风险社会下风险规制的理性重构问题。〔83〕该文以风险权利义务分配体系为理论内核,积极倡导犯罪法网的扩张和刑法刑罚的前置,尽管其没有使用“风险刑法”的概念,但实际上采纳了“风险刑法”的立场。陈兴良的论文从结果本位主义刑法与行为本位主义刑法、责任主义刑法与客观归责刑法、报应主义刑法与预防主义刑法等三个方面对传统刑法与“风险刑法”的对立展开了讨论。〔84〕在谨慎接纳“风险刑法”概念的同时,警惕其可能给对传统刑法的原则理念与价值蕴藉造成的冲击,力图将“风险刑法”理论的若干思考纳入传统刑法的理论框架中,陈兴良上述相对折中的立场在我国学界具有相当的代表性。张明楷的论文则从立法根据、处罚范围、违法性根据、刑事责任根据四个方面对“风险社会”之刑法展开了全面的质疑和批评,从而表达了对“风险刑法”全面拒斥的态度。〔85〕

不可否认,当今中国社会面临着许多全新的风险。然而,能否仅凭此就断定中国已进入了“风险社会”?在承认进入“风险社会”的前提下,是否必须选择“风险刑法”?这些问题关乎刑法与刑法学的未来走向,不能不详加考察。积极支持、谨慎接纳抑或全面否定——无论站在何种立场,中国刑法学人都需要对上述问题进行审慎思辨与冷静思考。唯此,中国刑法学才能坚守其独立的学术品格。

〔80〕 参见夏勇:“作为情节犯的醉酒驾驶——兼议‘醉驾是否一律构成犯罪’之争”,《中国刑事法杂志》2011年第9期。

〔81〕 参见曲新久:“醉驾不一律入罪无需依赖于‘但书’的适用”,《法学》2011年第7期。

〔82〕 参见杨兴培:“从醉驾入罪看如何消弭法治分歧”,《法学》2011年第7期。

〔83〕 参见程岩:“风险规制的刑法理性重构——以风险社会理论为基础”,《中外法学》2011年第1期。

〔84〕 参见陈兴良:“‘风险刑法’与刑法风险:双重视角的考察”,《法商研究》2011年第4期。

〔85〕 参见张明楷:“‘风险社会’若干刑法理论问题反思”,《法商研究》2011年第5期。

### 三、刑法学论文的基本印象

#### (一)刑法学论文的特点

尽管上述评述究竟能在多大程度说明我国刑法学在2010—2011年间的研究状况以及取得的学术成就,不无疑问,但从中依然可以清晰地窥见我国刑法学的若干特点:

##### 1. 刑法学正在经历知识形态的转型

众所周知,中国刑法学曾经长期受苏俄刑法学的影响,但这种影响随着德日刑法知识不断引入而日益受到冲击。从上世纪末开始,我国刑法学者自觉地借鉴德日刑法理论,积极地推动着刑法知识形态的转型。其中,最为突出的表现就是在犯罪论体系上展开的三阶层与四要件的激烈交锋。如果说在这一犯罪论体系的前线,双方之间的争论还处于难分难解的胶着状况,那么,从2010—2011年我国刑法学界对于犯罪论体系具体问题的探讨来看,在话语、概念、体系等诸多方面,德日刑法学知识已经全面渗透到我国刑法学之中,此乃一个不争的事实。从反思苏俄刑法理论,转而学习和借鉴德日刑法学知识,正是当前我国刑法学经历的知识转型。这种知识转型,对于今后我国刑法学的发展无疑具有深远的影响。

##### 2. 刑法学研究呈现出体系化的趋势

德国学者李斯特曾经指出:“作为实用性很强的科学,为了适应刑事司法的需要,并从司法实践中汲取更多的营养,刑法学必须自成体系,因为,只有将体系中的知识系统化,才能保证有一个站住脚的统一学说,否则,法律的运用只能停留在半瓶醋的水平上,它总是由偶然因素和专断所左右。”德国学者罗克辛则更为直截了当地宣称:“体系是一个法治国刑法不可放弃的因素。”以往我国刑法学的一个重大缺陷在于问题性思考优位于体系性思考,各种刑法问题往往不是被置于一个体系的视角下进行审视,而是被当作单个的、孤立的问题来加以考察。这种问题性思考优位的一个严重后果是,即使是相同的学者,对于相同的问题,在不同的时间,也会给出完全迥异的结论,这不仅给人以自相矛盾的感觉,而且极大地损害了刑法学作为一种专门学问的形象。从2010—2011年我国刑法学研究的状况来看,这种问题性思考优位的做法已经得到很大的改善,许多刑法学者开始重视并实践体系性思考。这种体系性思考优位于问题性思考的一个明显例证是,对于许多具体问题的研究(例如共犯、不能犯等问题),不再是作为孤立的问题来对待,而是将其置于某一个教义学体系之中(例如在区分制与单一制的体系之下探讨共犯问题,在行为无价值与结果无价值的背景之下探讨不能犯问题),从该特定体系的理论前提与理论预设出发,从而得出逻辑自洽的结论。

##### 3. 刑法学研究日益精细化、精致化和精确化

刑法是国家对于公民的生命、自由、财产、资格干涉最为严厉的法律,因此刑法的安定性至关重要,否则公民权利就会被置于恣意的国家权力之下,危如累卵。为了确保刑法的安定性,刑法理论必须精细化、精致化与精确化,而不能屈从于“常识、常理、常情”。从2010—2011年我国刑法学研究的状况来看,刑法学日益精细化、精致化和精确化,这种趋势与以往我国刑法学简约、粗放的状况形成了鲜明对比。许多学者开始有意识地摒弃以往粗放式的研究方式,逐

步探索和实践精细化、精致化和精确化的研究风格。这种风格的确立大大地提升了刑法学的科学化、专业化水准。在某种程度上,刑法学研究的“专业槽”已经初见规模。

#### 4. 刑法学术批评不断深入,良性的学术机制正在形成

刑法学理论的发展离不开相互的争论与批评。从2010—2011年我国刑法学研究的状况来看,从宏观的层面上看,在刑法解释立场上,形式解释论与实质解释论之争可谓硝烟弥漫;在犯罪论体系问题上,不仅存在四要件体系与阶层体系之争,而且在阶层体系内部,三阶层与两阶层之争亦不绝于耳。更有甚者,在三阶层体系内部和两阶层体系内部,各种争论也正在热火朝天地展开;在违法性论的基本立场上,行为无价值与结果无价值势成水火。从微观的层面上看,不能犯判断中的具体危险说与客观危险说之争、共犯体系中的单一制与区分制之争、量刑理论中点的理论与幅的理论等,同样是异彩纷呈。由此不难看出,我国刑法学界的学术争论和学术批评已经呈现出全面化、多层化和深入化的趋势,以往铁板一块的刑法通说体系已经不复存在。应当指出的是,这些争论有助于澄清疑点、明晰分歧、厘定立场、增进共识,从而推动理论的发展与学派的形成。

### (二) 刑法学的发展方向

基于对2010—2011年我国刑法学论文的分析,本报告认为,我国刑法学未来的发展方向应当是实现从单向度刑法向多向度刑法、从理论建构到实践关怀、从注释刑法学到教义刑法学以及从观点到学派的转变。

#### 1. 从单向度刑法向多向度刑法发展

刑法是国家进行社会控制和社会治理的手段,刑法学的发展与社会发展状况紧密相连。社会发展状况与社会基本理念的不同决定了不同性质的刑法学,反过来说,刑法理论的发展也应对社会发展做出必要回应。我国传统社会奉行“重刑主义”,以刑罚作为打击犯罪的有力工具。但是,随着依法治国基本方略的确立,传统社会开始向现代社会转变。法治中国成为国家治理的基本国策,限制国家刑罚权、保障个体自由成为刑法追求的目标,这种社会背景的变化也带来了刑法观念的重大转变。在传统社会向现代社会转型的同时,现实世界又向刑法学者提出了新的挑战。各种前现代问题、现代问题以及后现代问题杂糅在一起,使得当前中国刑法学处于传统法治理想、现代社会需求和后现代社会挑战的多重压力之中。一方面,传统自由法治理念要求刑法坚持罪刑法定,恪守责任主义,用精密的逻辑思维建构刑法教义学的知识体系,以期在有效保护法益的同时,充分保障人权。另一方面,面对由社会急剧转型所引发的各种社会问题,作为社会控制手段之一的刑法,社会公众与舆论推到前台并被赋予厚望,刑法被要求突破其原有理念原则的束缚,以更好地完成其法益保护的重任。在这双重压力之下,如何对刑法学进行准确定位,使刑法学有所为而有所不为,在坚持罪刑法定与责任主义的同时寻求公众认同,在化解当前社会矛盾与冲突的同时恪守刑法的谦抑与理性,是当下中国刑法理论研究的问题域,也是当代中国刑法学人的学术使命。

面对这样的双重压力,单向度的刑法理论建构是不够的。刑法理论的建构必须反对单向度,而应注重多向度发展,以此直面复杂的社会要求。多向度的刑法理论意味着其理论建构的基础并非单一的价值,而是复合价值,即不能仅强调自由利益或仅强调安全利益,而应当将自

由、秩序与安全这些基本价值进行综合考量,合理安排它们的位序,使复杂的社会问题得到更加妥适的解决。必须指出,在现代刑法基本原则和基本制度尚未完全形成体系、深植人心之时,过于重视刑法维护社会安全的作用不仅是草率的而且是危险的。无论如何,当前刑法最为重要的任务仍然是保障公民自由。与此同时,刑法也要给安全与秩序以合理的位置。对此,刑法学者应当直面当代中国这些独特的挑战,积极承担社会责任,推进刑法理论由单向度向多向度发展。

## 2. 从理论建构到实践关怀

法定性的要求当然需要刑法学的进一步精确化、精细化与精致化。但是,在刑法体系建构与理论精确、精致与精细化的过程中,不能忘记刑法理论向实践开放,应当避免刑法理论成为少数人的思想实验或益智游戏。理论和实务虽然存在一定程度的差异,但两者的界限并非泾渭分明,而是密切交织在一起。理论的研究离不开实务的检验,司法个案处理的正当化、合理化则依赖于刑法理论的逐步完善。

从理论建构到实践关怀,要求建立一个更为正义、善良与宽容的有生命力的刑法体系。在建构这一体系时,必须注重建构的方法和基础,必须重视对中国的现实问题予以回应。具体来说,首先,刑法学者不能高高在上,不能认为只有理论问题才是真问题,认为理论永远高实务一筹。正如学者指出的,“刑法理论界应当纠正认识上的偏差,不要以为过多讨论司法实践中的问题,就降低了刑法理论的层次,不要以为案例讨论不能进入正式的刑法理论。”<sup>[86]</sup>其次,理论建构是有阶段性的,要循序渐进不能一蹴而就。过于超前的理论固然有其方法论价值和借鉴意义,但总体的理论建构不能背离我国现行刑法规定,不能脱离我国当下实务状况。最后,在具体的研究方法中,应该摒弃“重总论、轻各论”的研究习惯,应当将总论研究与各论研究结合起来,总论的研究成果可以指导各论具体问题的解决,而各论中出现的疑难问题则反过来检验和省思总论的研究成果。

总之,正如有关论者所指出的,我国刑法学研究应当以实践为路径,发展“面对司法的刑法学”,刑法学者的目光应当不断往返于理论与实践之间,刑法学研究应当以实践为依托,切实指导实践。唯有如此,理论脱离实践、实践漠视理论的现象才能逐步改变。<sup>[87]</sup>

## 3. 从注释刑法学到教义刑法学

20世纪80—90年代,我国刑法学研究主要以对刑法规范的注解与注释为主,强调法条注释结论的适用性与实用性,忽视理论性和学术性,这种研究品格的刑法学被称为注释刑法学。1997年刑法修订之后,我国刑法逐渐经历了一个由注释刑法学到教义刑法学的转变。<sup>[88]</sup>法教义学的研究客体是实在法规范,它假定法规范是正确的,主要使命在于为法的适用提供一种

[86] 参见张明楷:“刑法学研究中的十大关系论”,《政法论坛》2006年第2期。

[87] 参见陈长均:“刑法学研究的实践路径——评张明楷教授《刑法分则的解释原理(第二版)》”,《人民检察》2012年第1期。

[88] 参见陈兴良:“刑法学:向死而生”,《法律科学》(西北政法大学学报)2010年第1期。

逻辑思维规则,因此需要全面分析法律概念,同时对各种原则和规范进行逻辑关系的考察。<sup>[89]</sup>

教义刑法学的展开需要建立在合理的犯罪论体系基础上,失去了这一基础,也就丧失了学者间共同讨论的平台和根基。发展教义刑法学,必须首先重视阶层式犯罪论体系的建立。当然,不可忽视的是,刑法学的教义化不仅包含刑法总论的教义化,也包含刑法分论的教义化,而这方面的教义学研究还相对缺乏。

#### 4. 从观点之争到学派之争

近年来,中国刑法学虽然对诸如刑法客观主义与刑法主观主义、形式刑法观与实质刑法观、阶层犯罪论与四要件构成论、刑法客观主义与刑法主观主义、结果无价值与行为无价值、形式解释论与实质解释论等重大理论命题,进行了具有相当深度与价值的学术争鸣,但基本上尚属观点之争,尚难谓为莫基于不同刑法价值观与理论体系的学派之争。真正的“学术之盛需要学派之争”,只有学派之争才能促进刑法理论根基和基本立场的明确,促使研究者思考自己采取了何种立场、属于哪种学派,保持理论的一致性与协调性,推动各种不同观点在碰撞与争鸣中修正完善,从而实现具体观点结论与体系逻辑的一致性,促进真正意义上的学术创新。<sup>[90]</sup>而学派之争的前提则是不同价值观与理论体系的建构。迄今为止,由于中国刑法学缺乏健全的对话、抗争机制,浅层次重复研究太多,缺乏对刑法理论哲学基础、宪政基础的追问,也缺乏对一些重大复杂问题与真正的中国问题的持续与深入的关注,<sup>[91]</sup>整体上还没有形成具有完全中国特色或者学者个人学术标签性质的完整理论体系,更谈不上不同理论体系及其基础上的刑法学派之争。可喜的是,中国刑法学界已经意识到制约中国刑法学发展的根本问题,开始了构建刑法体系的自觉努力。这一过程需要假以时日,对此我们应当给予积极的期待,同时保持足够的耐心!

(责任编辑:江 溯)

[89] 参见陈兴良:“刑法教义学方法论”,《法学研究》2005年第2期。

[90] 参见张明楷:“学术之盛需要学派之争”,载《环球法律评论》2005年第1期;张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,序。

[91] 参见周光权“《刑法理论应在对抗、论争中求发展》”,载《法商研究》2003年第3期。