

## 创新刑法理论研究 推动刑事司法改革

| 陈泽宪\* 刘君\*\*

2010年12月18日至19日,由中国社会科学院刑事法重点学科主办的第八届刑事法前沿论坛暨刑事诉讼法修改研讨会在北京举行,来自全国各地的专家学者和司法实务界人士70多人参加了此次研讨会,并形成了两部分研究成果:一是为刑事诉讼法再修改而展开的刑事诉讼程序研究,该部分内容已刊登在《人民检察》2011年第4期;二是针对刑法理论和刑事司法改革的研究。本期刊出的是第二部分研究成果的综述。

### 刑法理论研究的创新发展

三十多年来,我国刑法学研究蓬勃发展,在促进理论创新、推动法治建设等方面均取得了突出成绩;与此同时,当前的刑法学研究也面临着一些问题与障碍。与会专家就刑法学及其发展这一主题进行了深入探讨。从刑法学术史的角度分析,北京大学法学院教授陈兴良认为,由于中国刑法学历史非常短,而且大量的知识都是从国外引进的,因此,在某种意义上说,中国的刑法学是一个无史的刑法学。只有使无史的刑法学转变为有史的刑法学,才能使我们的刑法学具有自足性,并且建立起自己独立的理论品格。刑法学术史研究的主要内容是描述刑法学发展的流变和刻画刑法学演变的理路,它并不仅仅是对刑法学发展的客观描述,而且应当正确揭示制约刑法学发展的支配性因素。唯有如此,才能使刑法学术史的研究成为刑法学研究的一种经验总结,并且为此后的刑法学研究起到一种促进和引领作用。

针对刑法学研究与刑事司法实践的关系,学术成果如何转换成对司法实践有指导意义的知识,刑法学者在刑事法治秩序构建中的作用等问题。中南财经政法大学教授齐文远认为,实践理性是法学的基本学科属性,而刑法学作为法学分支学科之一,无疑其实践理性的学科知识属性更为突出。我国刑法学应当注重塑造实践理性品格,应当强化犯罪学的研究,在刑法规范学理论研究中应当注入实践的考量,刑法学者要转换观念,将民众的普遍诉求,或最关心、最直接的现实利益问题作为刑法学研究的出发点,在刑法理论上与刑事法治实践中贯彻一种民生刑法观。中国人民大学法学院副教授李立众认为,法学者与非非法学者之间对于刑法的理解存在着巨大差异。法学者在法学院接受过专门的专业训练,能够抛弃个人见解,从规范的立场理解法律现象,而非非法学者仅是依据事实判断与生活评价来分析、理解事物。对于刑法问题,法学研究必须采取价值判断、规范评价的视角。一方面,法学研究工作者可以根据自己的需要、愿望以及对社会与生活的理解来理解、分析、处理法律问题;另一方面,司法工作人员在处理具体法律问题时,必须在法律的框架内处理,符合法治的要求。南开大学教授张心向提出,面对司法实践中不同法院在案件事实基本一致的情况下作出相差较大的裁判结论这一问题,可以引入裁判规范的概念予以解决。所谓刑法裁判规范,作为以裁判行为为载体的规范形态,是司法过程中基于刑法文本规范与具体个案事实之间的互动而建构起来的实践性规范。在刑法规范研究的过

\* 中国社会科学院国际法研究所所长、研究员、博士生导师;

\*\* 中国社会科学院研究生院博士研究生。

程中,应着眼于司法者的立场,关注成文法律是如何转化成为司法判决的;研究路径应该多条并行,注重采用规范刑法学以外的其他研究方法;研究应该关注社会生态,把社会变动的一些内容融入刑法规范,而裁判规范就是实现这一目的的桥梁。

所谓司法逻辑,首先是形式逻辑与辩证逻辑的统一,其次这种统一是通过诉讼构造实现的。南京师范大学教授刘远认为,长期以来,刑法学缺乏司法逻辑,应当构建司法刑法学。具体地讲,控方主要体现的是形式逻辑,辩方主要体现的是辩证逻辑,而法官应将这两种逻辑统一起来。坚持形式逻辑就是坚持不符合法律规定的一定不是犯罪,坚持辩证逻辑就是符合法律规定的未必就是犯罪,只有坚持辩证逻辑才能使辩护权得到落实。司法刑法学就是要从构建辩护之辞着手,通过矫正本不平衡的控辩态势来为法官兼听两面、公正裁判提供逻辑平台。北京大学法学院副教授车浩则认为,刑法学研究存在着“古今中西之争”现象。古今之争、中西之争分别代表了两种思考问题的框架和模式。目前中国刑法学界一些重大的理论争议,如果放置在古今中西之争这个框架里,会得到一些视野更为开阔、感悟更为深刻的理解和启发。比如,关于犯罪论体系的争论,其实是发生在中国的、不同时期的外国刑法理论之争,属于外国刑法学理论的古今之争;关于刑法的形式解释论和实质解释论的争论,它们在司法权和刑法任务基本立场上的分歧本质上属于中西之争。他认为,把各种争论放在刑法的古今中西之争这一框架中所具有的意义,有利于揭示知识内部之间的关联,也有助于研究者在争议中保持头脑清醒。任何争论都不能脱离中国的社会现实和刑法学发展的阶段,研究者应当立足于中国的理论现实和社会现实,放宽历史视野,做出顺应历史潮流的选择。

### 刑事司法的改革与完善

风险社会的刑事政策是近些年来中国刑事法领域十分关注的问题。自从上世纪中后期德国学者提出风险社会的概念以后,风险社会很快成为公共政策制定者和研究者们共同关注的话题。在刑事法领域如何应对风险社会的犯罪问题迅即引起刑法学家、犯罪学家以及刑事政策制定者的高度关注。

集中分析风险社会的刑事责任问题后,中国人民大学法学院教授谢望原认为,国家应当主动利用风险社会的理论制定和推行积极的刑事政策,有效控制和减少犯罪。为了国家或者社会的整体安全,国家有理由可以限制公民的某些自由和权利;国家必须尽可能地限制国家权力的扩张,不得以风险社会的公共安全为由任意发动刑罚权;应当防止运用风险社会理论任意突破罪刑法定原则。

正确理解和适用宽严相济的刑事政策是理论界、实务界的重要课题。重庆大学法学院教授陈忠林以宽严相济刑事政策的执行标准为主题作了阐述,认为宽严相济是我国在以人为本的科学发展观指导下制定的刑事司法政策。这一政策是我国惩办与宽大相结合等刑事政策的继承和发展,核心是通过系统全面地理解刑事法律规范,合情合理地处理刑事案件,来达到更有效地保护人民利益,打击、预防犯罪,消除社会矛盾,争取人民认同,构建和谐社会的目的。其中,“系统全面”是指理解具体法律规定必须符合宪法、相关法律的原则和一般性规定,不得得出与宪法、法律的原则和一般规定相抵触的结论;“合情、合理”是指认定案件事实,理解、适用法律必须符合社会普遍认同的基本常识、基本道理,不得明显违背社会基本是非观、善恶观、价值观。

中国政法大学教授王平认为,刑事司法的基本任务是惩罚犯罪和保障人权,但二者经常会发生冲突,如何进行选择,就成为一个国家刑事政策的最基本的选择。犯罪控制模式以惩罚犯罪优先,刑事法治模式以保障人权优先。因此,尊重与保障人权,防止国家刑罚权的滥用就成为现代刑事法治的政治立场。刑事法治模式是现阶段人类社会的一个必然选择,因为它关乎每个人的安全与尊严。但刑事法治是一种有缺陷的美,它是一种无奈的选择,不可能做到两全其美。它的许多缺陷从诞生的那天起就存在,而且随着时间的推移,某些缺陷可能越来越明显。应当坚定地走刑事法治之路,不断完善法律制度,尤其是在当今的中国,更应当设计出一种让中国人消费得起的正义。

与会学者还探讨了刑事法治文化的问题,最高人民检察院职务犯罪预防厅处长许道敏认为,民众对刑法的忠诚不是凭空产生的情感,而是刑法对权

利切实关怀的结果。刑法规范要真实表述科学理性的价值,这是刑事法治文化渗入社会生活的前提。刑事法治文化的提出,揭示了刑法应当有自身的目的,刑法的价值在于合理设定和规范刑罚权的配置,保护人民的权利。这就要求刑事司法必须认真甄别刑法与刑罚的区别,彻底摒弃以刑法为工具的认识误区,努力促成刑法目的的顺利实现。确认人性恶的前提,而采取因势利导的回应,以诱导手段引恶为善,发挥法的协调功能,构筑权利本位的规则体系。这种趋向的刑法同样符合人性,能够避免人们对刑法的排斥,感受刑法的亲合力。

刑事司法的过程实际上是刑法解释与适用的过程。我国近些年来发生的多起重大的、争议较大的案件实际上都涉及一些刑法解释问题。西南政法大学教授袁林认为,当今的刑法解释范式可以分为规则主义解释和人本主义解释两种范式。前者受科学主义影响,坚持理性主义为基础,强调解释应抛开个人因素,探求刑法条文中所蕴含的客观的意义;后者则强调从本体论的角度,从理解人自身的角度出发,承认人的理性与非理性,注重刑法解释适用的结果和目标,注重解释当中的情理和公众的认同。我国现今的刑法解释主要属于规则主义解释。她认为,应以以人为本的科学发展观作为指导思想,在刑法解释实践中将规则主义镶嵌到人本主义的大范式中,树立人本主义的范式,转换解释的视角与标准,让公众参与刑法解释,为公众和法官实现视域融合提供对话和沟通的平台。

改革开放以来,中国的信教群众数量不断增加,宗教活动逐渐增多。同时,由于当前处于社会急剧变革和飞速发展时期,传统宗教不能对社会的新现象、新问题作出及时反应,使得新兴宗教膜拜教团乃至邪教的出现成为可能。中国社会科学院法学研究所研究员刘仁文指出,刑法保护宗教信仰自由和打击利用宗教进行违法犯罪活动是相辅相成的。一方面,要使宗教信仰自由这一宪法权利得到有效落实和保障;另一方面,对于利用宗教进行违法犯罪活动进行有效打击,但是,要避免将本来属于宗教信仰自由的行为当成违法犯罪来对待。宗教的刑法保护和规制,说到底不是一个纯刑法的问题,它与一个国家的宪政生态及结社自由、出版自由等密切相关。

环境问题是全人类共同关注的问题。中南财经政法大学教授苏彩霞认为,环境法制的重视预防、风险治理的理念反映在环境刑法上,也带来了环境刑法预防和惩罚环境犯罪的系列变化,如环境刑法立法模式的多元化、环境法益的独立性逐渐增强、环境犯罪的危险构成增多,疫学因果关系的采用等。有效防控环境风险是当代环境刑法发展的新走向。她认为,散在性的附属刑法应成为我国环境刑法的主要立法模式,环境法益应成为环境刑法的独立法益类型,对污染环境犯罪改设为危险犯的犯罪构成,污染环境犯罪的因果关系应采用推定的方式证明,但宜在立法或司法解释上予以明确。

### 刑法基础理论的深度研究

近年来,犯罪构成理论成为刑法学界研究的焦点之一。东南大学法学院副教授欧阳本祺提出,德日三阶层体系和我国四要件体系分歧,源于存在论与规范论的分歧。德日三阶层体系以规范论为基础,以评价性概念为建构基石,价值评价的对象是事实,价值评价的实证标准是罪状,实质标准是开放的,诸如新康德主义的超验理性、罗克辛的刑事政策以及雅各布斯的社会规范等。我国四要件体系以存在论为基础,以描述性概念为基石,评价对象与对象评价部分,事实判断与价值评价同一。存在论体系及其描述性概念严重限制了价值评价的功能,无法协调好事实判断与价值评价、体系内评价与体系外评价、积极评价与消极评价的关系。我国犯罪构成体系应当从存在论走向规范论,从描述性概念走向评价性概念以及处理好积极评价与消极评价的关系。清华大学法学院教授周光权认为,在司法实务中处理共同犯罪时,提起犯意者往往被作为主犯来看待。这种偏绝对化的认识继承了“造意为首”的传统理念,但是,这一流行观点值得商榷。如果坚持刑法客观主义的立场,肯定共犯从属性说,并在共同犯罪人作用的评价上采取先客观后主观的逻辑顺序,对于提起犯意的人,十之八九都应该评价为从犯。只有在造意后又着手实行、针对未成年人提起犯意、为犯罪集团或者聚众犯罪造意等并不多见的场合,才有成立主犯的余地。

北京大学法学院博士后研究人员江湖集中分析了被害人自陷风险问题。所谓被害人自陷风险,



是指被害人自己意识到自己或他人制造了一个风险,但仍然决定冒险,结果因自己和行为人共同的作用,产生了法益侵害的后果。它可以分为参与他人的自我危害、同意他人的危害两类。核心问题是被害人有意走近风险的行为对于行为人的不法是否产生影响?我国司法上一般是按相应过失犯罪来处理的,亦即在我国出现了被害人自陷风险的情况时,被害人的行为无法否认行为人行为的不法性。但是,通常在量刑阶段可予以考虑,如减轻处罚或判处缓刑等非监禁刑。德国的刑法学说在此问题上主要存在四种观点,如主流观点即被害人同意理论和罗克辛的构成要件的效力范围理论、被害人的信条学理论、被害人自我负责理论等。

武汉大学法学院博士后研究人员熊琦针对我国刑法理论中认为间接故意犯罪没有未遂形态的传统通说提出了质疑与反驳,主张间接故意不排除未遂形态。他认为,存在着传统通说所支持的“承接模式”无法解释的现象,进而在中德比较法的视野中进行对比与分析,指出传统通说在刑法教义学、逻辑学中的种种值得商榷之处。在批判并修正了传统通说所支持的“根据事后结果倒推主观心态”理论后,他提出了“根据事后结果取舍主观心态”理论,并从对该理论的扬弃中提出独立甄别间接故意行为是否成立未遂的标准。

刑罚的目的是刑法理论中非常重要的问题。任何刑法问题都与刑罚目的紧密联系,刑罚目的也有重要的立法与司法实践意义。北京师范大学刑事法律科学研究院教授李希慧着重分析了刑罚目的的实现问题。从立法上考察刑罚目的的实现,旨在阐明什么样的刑法立法最有利于刑罚目的的实现。众所周知,刑罚目的的实现以适当的定罪量刑为前提,而适当的定罪量刑,又有赖于科学完备的刑法立法。没有科学完备的刑法立法,再好的法官也难以正确地定罪量刑。刑法立法要做到最有利于刑罚目的的实现,至少要坚持以下三点:第一,立法技术科学性。应做到刑法规定要尽量明确、具体,全部的刑法规范之间必须协调。第二,立法内容完备性。其具体要求包括:刑法关于犯罪的规定要完备,刑法关于刑罚的规定要完备。第三,刑法分则要合理规定具体犯罪的种类,使那些本不应以犯罪处理的

行为排除于犯罪范围之外。要使刑罚目的得以实现,刑法司法应当做到:第一,公安、检察机关必须及时地侦破案件;第二,人民法院必须对犯罪分子及时、准确地适用刑罚;第三,监狱必须对罪犯进行有效的改造。

刑法中的法院酌情减轻处罚权在近年受到广泛关注,即减轻处罚必须具备法定的量刑情节,如果没有法定的量刑情节仍需减轻处罚的话,需要报最高人民法院核准。北京师范大学刑事法律科学研究院教授赵秉志指出,酌定减轻处罚作为一项能够缓和情与法的冲突、彰显刑法的人道和谦抑的制度,时刻考验着立法者和司法者的智慧。建议对这一制度加以完善,以发挥其柔化罪刑法定原则、激活法官自由裁量权、实现刑罚个别化等积极价值。从实体上看,“虽然不具有本法规定的减轻处罚情节”不应成为适用这一制度的前提条件,对“案件的特殊情况”应作广义理解;从程序上看,现行核准条件过于严苛,宜改为除依法由最高人民法院判决的以外,应当报经高级人民法院审判委员会核准。中国政法大学教授阮齐林认为,酌情减轻处罚权的实质还是关于法官的自由量刑权与自由裁量权的问题。由于我国刑法典规定了大量法定最低刑,如果对酌定减轻处罚权限制过严的话,将会导致严苛的刑罚,也无法适应处理千差万别的案件的需要。因此,应当警惕刑法对酌情减轻处罚权限制过严,扩大酌情减轻处罚权势在必行。

减刑、假释制度是我国的重要刑罚执行制度。浙江警官职业学院教授黄兴瑞结合对某省减刑假释情况的初步考察成果,分析了当前减刑假释程序中存在的主要问题:减刑、假释是刑罚执行过程中的再裁判活动,应属于司法活动的范畴。在减刑、假释的程序设计上,应注重权力与权利、公正与效率的平衡。建议将减刑、假释的条件、程序向全体服刑人公开,并赋予罪犯对减刑、假释的申请权。一方面,这样有利于保护服刑人的权利,另一方面,有利于服刑人的改造。为了提高司法效率,可以在确保司法公正的前提下根据情况建立普通程序开庭审理、简易程序开庭审理和公示-书面审理三种不同的模式。

[编辑 喻建立]