

编者按:

中国社会科学院法学研究所刑法研究室主任刘仁文研究员,于 2003 年首倡“立体刑法学”,迄今已走过 14 年的历程,不断发展完善,受到学界的瞩目,显示其勃勃的生命力。“立体刑法学”立足中国,从中国所要解决的问题出发,既服务于中国的刑事立法和刑事司法,又不断推进刑事法治走向良法善治;同时,还面向世界发出中国刑法学的声音,并致力于最终打造有中国特色的“立体刑法学”。为此,本刊特组织有关学者撰写文章共 6 篇,分两期刊发。本期首发刘仁文研究员“立体刑法学:回顾与展望”,奚海阳副研究员“刑法与民法的‘分’‘合’之辨”,夏小雄副研究员等“刑法与商法关系的理论思辨和体系构造”3 篇文章,期望与学界共勉,以飨读者。

主持人语:

随着法学学科分工越来越细,学科间日渐形成壁垒,法学研究“碎片化”的现象亟需引起我们重视。有鉴于此,我 10 多年前提出的“立体刑法学”,主张刑法学研究要前瞻后望(前瞻犯罪学,后望行刑学),左看右盼(左看刑事诉讼法,右盼民法、行政法等部门法),上下兼顾(上接宪法和国际公约,下接治安管理处罚法),内外结合(对内加强刑法的解释,对外重视刑法的运作环境)。承蒙《北京工业大学学报(社会科学版)》厚爱,分两期连续推出 6 篇“立体刑法学”论文,集中展示课题组对相关问题的最新思考,继而希望借助刑法学和相关法学学科的联合攻关,不仅对当下的刑法学研究从方法论和研究内容上有所突破,也能给其他领域的法学研究提供些许启迪,为形成机制顺畅的中国法治系统工程做出点滴努力。

中国社会科学院法学研究所 刘仁文

立体刑法学:回顾与展望

刘仁文

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要:追溯了“立体刑法学”的由来及其 10 余年来在学界关注下的发展历程,阐释了“立体刑法学”的生命力在于符合马克思主义的世界观和方法论,是中国刑法发展的时代要求,也反映了刑法运行的实际状况,有利于向世界发出中国刑法学界的聲音;指出了“立体刑法学”近年来出现的一些新课题并进行具体分析,进而提出“立体刑法学”今后需要着力解决的问题,即突出刑法的主体地位、区分实然和应然、关注刑事政策在“立体刑法学”体系中的地位归属,逐步实现“立体刑法学”的阶段性目标和远期目标。

关键词:中国刑法学; 立体刑法学; 刑法; 刑法结构; 刑法视野; 法治系统工程

中图分类号: D 924; D 920.0

文献标志码: A

文章编号: 1671-0398(2017)05-0057-12

“立体刑法学”自 2003 年由笔者提出,至今已经走过 14 年的发展历程^[1]。在此期间,“立体刑法学”逐步发展、完善和壮大,不仅受到学界的关注,而且产生了一定的社会影响,所受到的关注甚至超乎了研究者的预料。因此,我们对“立体刑法学”的来龙去脉进行梳理和总结,应是一件有意义的事情。

一、立体刑法学的由来

2003 年初,时任《法商研究》刑法编辑的田国宝先生告知笔者,他们准备就进入 21 世纪后“中国刑法学向何处去”组织一期笔谈稿。笔者当时一方面对储槐植教授的“刑事一体化”思想产生强烈共鸣,对我国刑法学忽视犯罪学和行刑学的研究很不以为

收稿日期: 2017-07-16

基金项目: 国家社会科学基金项目资助(11BFX129)

作者简介: 刘仁文(1967—),男,湖南隆回人,中国社会科学院法学研究所刑法研究室主任,研究员,博士生导师

然^①;另一方面又不止于此,对当时学界已经开始讨论的刑法的合宪性问题“心有戚戚焉”,并深感我国刑法要真正实现现代化,必须要使宪法对刑法的制约具有可操作性;同时,对当时司法实践中频繁发生的刑民交叉案件,到底是该“先刑后民”,还是“先民后刑”,或还是要分情况而论也颇为困惑^②。于是,笔者以刑法为中心,尝试着从不同角度来看刑法,最后提交了一篇3000来字的笔谈稿,题目就叫“提倡‘立体刑法学’”^[2]。该笔谈稿提出了立体刑法学的基本框架,即刑法学研究要瞻前望后(前瞻犯罪学,后望行刑学);左看右盼(左看刑事诉讼法,右盼民法、行政法等各部门法);上下兼顾(上对宪法和国际公约,下对治安处罚和劳动教养);内外结合(对内加强对刑法的解释,对外给刑法的解释设立必要的边界)^[1]。这组笔谈稿后来被《中国人民大学报刊复印资料·刑法》全文转载。

2009年,《东方法学》特邀编辑游伟教授盛情向笔者约稿,遂与他提起6年前的那个笔谈稿,想将其扩展成一篇论文,他当即同意。笔者几乎是一气呵成,在原来的基础上完成一篇2万多字的论文,以“构建我国立体刑法学的思考”为题,发表在《东方法学》2009年第5期^{[2][3]}。该文除了对各部分以具体问题切入展开较深入的讨论外,还对某些内容作了一些修正,如把“内外结合”中原来的“对外给刑

法的解释设立必要的边界”改为“对外要重视刑法的运作(环境)”。此外,该文还提出“立体刑法学”的两个理论基础:一是系统论和普遍联系的哲学基础,二是刑法效益的经济学基础。随后,这篇发表于并非核心期刊的论文相继被《中国社会科学文摘》和《高等学校文科学术文摘》转载。

2010年,笔者把自己与立体刑法学这一主题相关的论文编辑成《刑法的结构与视野》一书,收入陈兴良教授主编的《中青年刑法学文库》。陈教授在给该书所做的序言中指出“立体刑法学的核心是不能孤立地研究刑法,而要把刑法置于整个法律体系中进行研究,从而拓展刑法学研究的视野。因此,这一命题正好切合该书书名中的‘视野’一词。”^[3]该书出版后,立体刑法学进一步引起学界关注,《学术动态》以及《法制日报》《北京日报》均以“我为什么要提倡立体刑法学”等为题约稿并发表了笔者的相关文字。储槐植教授表示,很高兴看到该书在突出刑法主体性的基础上拓展了“刑事一体化”^[4]。

2011年,笔者以《立体刑法学研究》为自选课题成功申报了国家社会科学基金项目,在接下来的几年中,课题组运用“立体刑法学”的思维,借助《中国社会科学院要报》,分别就《刑法修正案(九)》《反恐法》《社区矫正法》《治安管理处罚法》《证券法》等多部法律提交立法研究报告。这些研究报

- ① 储槐植教授的“刑事一体化”思想最早见之于《中外法学》1989年第1期的《建立刑事一体化思想》,其中心意思是强调刑事学科群(诸如犯罪学、刑事诉讼法学、监狱学、刑罚执行法学、刑事政策学等)的知识融合、疏通学科隔阂。虽然“刑事一体化”思想内涵丰富,但给我印象最深的或者说引发我想在此基础上有所创新的还是它提出的刑法要受犯罪情况的制约和刑罚执行情况的制约。储先生自己在其《刑事一体化与关系刑法论》(北京大学出版社1997年版)一书的前言中也说:“由犯罪学、刑法学和监狱学三部分组成作为署名的‘刑事一体化与关系刑法论’比较集中地反映了本人十余年来(1983-1996)发表的数十篇论文的基本精神和主题思想,文稿大致体现了作者思维缓慢进化的历程。”因为“刑事一体化”仅限于刑事学科群,所以并不能包涵刑法与宪法、刑法与民法等相关视角,从这个意义上来说,“立体刑法学”的提出有其独立的价值。另外,储先生还追求和推崇“内涵丰富、表述简明”的学术观念表达,在这一点上,“立体刑法学”也可以说与“刑事一体化”的表述有殊途同归之效。
- ② 例如,同一个案子(如合同纠纷)在甲地被列为刑事案件(合同诈骗),在乙地被列为民事案件(合同欺诈),到底是该哪边先撤案,双方各执一词,学界观点也不一致。这个问题至今没有完全解决,甚至有的本来是民事案件,但当事人抓住这一漏洞,想方设法先让公安立案和抓人,只要公安当做刑事案件来办,欠钱一方就很可能把钱退回来。而在于欢刺杀辱母者的案件中,假如真的当初警察把向于欢母子要债的那几个人抓了,会不会又受到“非法介入经济纠纷”的指责呢?当然这样说并不意味着在于欢案中警察就只能无所作为了,相反,他们应当解除于欢母子被讨债人非法限制人身自由的状态。民法学前辈江平教授曾不止一次对我说过,民事欺诈和刑事诈骗的界限一直是长期困扰他的一个问题,过去我们的合同法规定有欺诈内容的合同是无效的,但现在改为可撤销的,也就是说,即便签订合同时有欺诈内容,也不一定就是无效合同。
- ③ 两个稿子中间虽然时隔了6年之久,但“立体刑法学”的思维应当对我的学术研究一直在产生影响。我于2003年出版的《刑事政策初步》,2004年出版的《环境资源保护与环境资源犯罪》,2007年出版的《刑事一体化的经济分析》,都不是就刑法论刑法之作。关于这一点,陈兴良教授在2009年给拙作《刑法的结构与视野》的序中也指出“刘仁文博士在以往的研究中,曾自觉采用了刑事一体化的分析方法。”陈教授认为“立体刑法学的命题与储槐植教授提出的刑事一体化的命题具有异曲同工之妙”,不过在“立体刑法学的命题中,刑法学的主体性地位更为明确”。

告中的多篇受到中央领导的批示,荣获“中国社会科学院优秀研究报告”一、二、三等奖等若干奖项。与此同时,课题组形成了40余万字的《立体刑法学》书稿,并顺利获得国家社会科学规划办的免检结项。

近年来,“立体刑法学”又相继获得学界和社会的一些肯定和鼓励。2016年,笔者的“立体刑法学”论文荣获中国刑法学研究会优秀论文一等奖。2017年,《北京工业大学学报(社科版)》认为该研究有创新价值,约稿并集中推出“立体刑法学”课题组的部分成果。最高人民检察院机关刊《人民检察》也对我们的研究成果非常感兴趣,对笔者作了专访^①。尤其值得一提的是,中国社会科学院重点学科马克思主义法学的负责人莫纪宏教授在给中国社会科学院法学研究所、国际法研究所所作的一次马克思主义法学的报告中,也充分肯定立体刑法学的思想,认为它体现了马克思主义的普遍联系、辩证统一等观点。由此,这也让笔者想起恩格斯的一句话,自然科学家可以采取他们所愿意采取的那种态度,但他们还是得受哲学的支配^②。

14年再回首,笔者掩卷沉思:立体刑法学为什么会受到关注?它的价值究竟在哪里?

二、立体刑法学的生命力分析

“立体刑法学”之所以具有生命力,笔者认为主要有以下几方面的原因。

一是符合马克思主义的世界观、方法论和认识论。唯物辩证法的普遍联系、相互作用的原理和系统论是立体刑法学的哲学基础,尤其是系统论与唯物辩证法本身就有着天然的联系,二者在世界观、方法论和认识论上是一致的^③。正如现代系统论的创始人贝塔朗菲所言“虽然起源不同,但一般系统论的原理和辩证唯物主义相类似则是显而易见的。”^[6]我国系统科学的先驱钱学森也指出“局部与整体的辩证统一,事物内部矛盾的发展与演变等,

本来是辩证唯物主义的常理,而这就是‘系统’概念的精髓。”^[7]法学和法治是一个开放的复杂巨系统,刑法学和刑事法治作为其中的一个子系统,它既具有相对整体性、层次性,又有自己的要素、结构和功能,对内有其自组织系统的原理,对外有和环境的关系及其沟通^④,立体刑法学正是刑法作为一个系统及其隶属于一个更大系统的思维反映,符合系统运作的规律性要求。

二是中国刑法发展的时代要求。笔者在2003年提出立体刑法学命题时,中国刑法学的发展已经进入到了规范化、专业化的时期,但如当时所指出:“随着学科分工越来越细,学科间日渐形成壁垒,学术研究‘碎片化’的现象越来越严重。”如果说改革开放之初,以及1979年新中国第一部刑法典颁布的时候,我们当时面临的主要任务是刑法学专业的建立和刑法学知识的自身发展,但经过20多年的积累和耕耘后,打破学科壁垒、树立系统思维就成为一个现实问题,正所谓问题是时代的格言,文随世转是也。科学史也说明了这一点。在笛卡尔时代,科学家的思维是把自己所考虑到的每一个难题都尽可能地分成细小的部分,直至可以而且适于加以圆满解决为止。这种“分析程序”对人类的科学进步曾起到过很大作用,但随着人类认识的深入,却发现这种研究范式忽略了事务的整体性,特别是它的有序结构和普遍联系,以致把整个世界以及一切事物都看作是被分析到极限的不变实体(微粒、质点)的机械聚焦。辩证唯物主义正是看到了这一逻辑的缺陷,指出事物存在的矛盾性质及其普遍联系和转化的辩证过程,为辩证逻辑向系统逻辑的发展创造了思维上的条件。正如恩格斯所指出,随着自然科学领域中每一个划时代的发现,唯物主义也必然要改变自己的形式。如果说20世纪80年代的系统法学因当时法学的主要任务在于法教义学的恢复和深化而难免昙花一现的命运,那么当法教义学体系建立起来后,系统法学的再次勃兴就成为不可避免的事情^⑤。

① 在与该刊记者王渊的对话中,她谈到,《人民检察》在《民法总则》出台后,想做一期“民法总则对刑法的影响”的笔谈,曾先后约过几位民法学者,结果都被对方婉然谢绝了;她们同时也准备做一期“治安处罚法与刑法的衔接”的笔谈,也是苦于很难找到对这两者都有研究的人。所以,当她们发现“立体刑法学”的有关报道后,就尤其关注追踪。

② 物理学家海森堡也说过类似的话,哲学,不管自觉不自觉,总是支配着基本粒子物理学的发展方向。

③ 随着系统科学的发展,唯物辩证法已经由经典形式发展到了现代形式。

④ 当外部环境发生的事件与刑法所要维持的自组织系统发生紧张关系时,就产生了两者的沟通问题,以及刑法子系统要否因此调整自己的组织结构的问题。

⑤ 再次勃兴的系统法学应当是一种前进式的回归,较之20世纪80年代法学界对系统论多少有点生搬硬套和流于形式,现在则更强调运用系统论的思维和方法,深入开展接地气的研究,以切实解决我国法治实践和法学研究中面临的各种具体问题。

事实上,已经有不少学者对我国刑法学研究的面向单一化、言必称德日等弊端展开反思,呼吁回应型刑法学的研究路径^[8]①。刑法学研究本该是多面向的,特别是今天,我们更应多关注中国丰富的立法和司法实践,注意从本土的经验中提升中国自己的刑法理论,而不要只满足和甘心做国外理论的介绍者和引进者。

三是反映了刑法运行的实际状况。立体刑法学既是一种研究方法,也是刑法运行实际状况的反映。例如,甲乙两人在同一个城市的不同区分别实施了容留卖淫的行为,甲被所在的区法院以容留卖淫罪判处有期徒刑5年,乙则被所在的区公安局根据治安管理处罚法处以15日拘留、5000元罚款的行政处罚。为什么性质完全相同的行为,结果会如此不同呢?原来,治安管理处罚法第67条与刑法第359条对引诱、容留、介绍卖淫罪的表述是完全一样的。根据刑法第359条的规定,情节严重的引诱、容留、介绍他人卖淫的,处5年以上有期徒刑;对于只是一般情节或较轻情节的引诱、容留、介绍卖淫行为,判处5年以下有期徒刑。而根据治安管理处罚法第67条的规定,情节较轻的引诱、容留、介绍他人卖淫的,处以5日以下的拘留或500元以下的罚款;情节严重的上述行为,应该处以10日以上15日以下的拘留,可以并处5000元以下的罚款。也就是说,引诱、容留、介绍卖淫情节严重的,治安管理处罚法也作了规定^[9]。治安管理处罚法和刑罚如此深度竞合的规定,即便是完全出于公心办案,也难以达到执法的协调。但这种法律运行过程中所出现的问题必须解决,否则不仅对当事人不公,也会对法秩序的统一造成损害。这就要求对刑法与治安管理处罚法的无缝对接进行研究。又如,交通事故的行政责任认定与交通肇事罪的刑事责任认定之间究竟是什么关系,涉及刑事责任与行政责任在目的、功能、归责方法等一系列问题上的复杂关系。最高人民法院2000年颁布的《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定,违反交通运输管理法

规发生重大交通事故,在分清事故责任基础上,对于构成犯罪的,依照刑法第133条的规定定罪处罚。根据该司法解释,交通肇事罪的成立条件呈现出一个显著的特点,即行为人在交通事故中的行政责任与交通肇事罪的成立与否紧密联系起来,且成为交通肇事罪犯罪构成要件的一部分。因此,分清事故责任就成为认定交通肇事罪的重要依据,甚至可以说,事故责任的大小直接决定着交通肇事罪的成立与否。但行为人对交通事故负有交通运输管理法规上的行政责任是否就直接导致其承担交通肇事罪的刑事责任,却不可一概而论,还需要考察行为人的交通违法行为与交通事故之间是否存在刑法上的因果关系,以及行为人主观上对交通事故的发生是否具有刑法上的过失等^[10]。再如,刑事诉讼过程中的刑事和解等事实上起到了刑法上的除罪化作用,这再好不过地说明了刑法与刑事诉讼法两者密不可分的关系^[11]②。总之,刑法在关系中运行,刑法在动态中运行,它与相关法的界限、融合和相互协作,是必须面临和解决的问题。

四是打造中国特色刑法学话语体系的一个重要抓手。当今,我们都在强调构建中国的法学话语体系,提高设置议题的能力。因而,立体刑法学就是一个较好的议题,它立足中国,从中国所要解决的问题出发,既服务于中国的刑事立法和刑事司法,推动我们的刑事法治不断走向良法善治,又面向世界发出中国刑法学的声音,使中国刑法学不致成为“无声的刑法学”。以交通肇事罪为例,最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定,交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。这是司法解释确立的过失犯以共犯论处的特例。另外,该司法解释还全面实行“客观归责”,弃用自然的因果行为论和心理责任论^[12]③。不管理论上如何看待这些规定,但它却实实在在地影响着中国刑法的运作。笔者相信,与那些西方已经耳熟

- ① 马荣春认为,回应型刑法学对应的是回应型刑法,而所谓回应型刑法,是指刑法的建构与运作应回应和尊重社会发展的当下状况,回应型刑法学应在“回应”中实现刑法学命题或主张的突破。
- ② 陈瑞华教授曾经指出,中国司法实践中新出现的刑事和解运动,对犯罪与侵权概念的划分提出了挑战,传统的刑法、民法是以对犯罪和侵权的严格划分为依据的,而在刑事和解运动中,它是把轻微犯罪按照侵权方式来处理,将刑事诉讼按照民事诉讼的方式来进行运行的。
- ③ 阮齐林教授认为,实践出真知,正因为中国海量的交通肇事刑事案件,才逼出了主要依据行为之交通违章程度认定事故责任大小进而认定是否成立犯罪以及罪责轻重的先进有效的司法解释,该司法解释制定于2000年,历时17年仍游刃有余。

能详的理论、学说相比,这些生动的中国实践更能引发外国学者对中国的兴趣^{[11]①}。再如,中国惩罚危害行为采取行政处罚和刑事罚的二元体系,与此相对应,司法机关出台大量的“立案标准”以及其他司法解释,为刑事司法提供具体而详细的标准,以便区分违法和犯罪,这使得刑法与治安管理处罚法(以及之前的劳动教养)、刑事司法与行政执法的区分与衔接成为一个重要的现实问题,对这些问题的深入研究和妥当处理,不仅对中国的法治有直接意义,而且也是在国际上发出中国刑法学声音的绝好素材。

三、立体刑法学的最新课题

以刑法为主体,立体刑法学领域近年来出现了一些新的课题。

就瞻前望后而言,在前瞻犯罪学方面,尽管总体来讲,我国犯罪学还不够发达,犯罪学服务于刑法学的能力还有待提升,刑法学对犯罪学成果的自觉吸纳也还不够。值得一提的是,我国在2011年刑法修正案(八)和2015年刑法修正案(九)先后两次削减死刑罪名时,都是以实证资料为基础,确信死刑削减不会造成犯罪上涨为前提的。前者的背景是,在2007年死刑核准权收归最高法院后,司法实践中死刑大幅下降,而社会治安非但没有恶化,严重暴力犯罪反而呈现出某种程度的下降。后者同样如此,2014年10月27日,时任全国人大常委会法工委主任李适时在向全国人大常委会作刑法修正案(九)草案的说明时指出“2011年出台的刑法修正案(八)取消13个经济性非暴力犯罪的死刑以来,我国社会治安形势总体稳定可控,一些严重犯罪稳中有降。实践证明,取消13个罪名的死刑,没有对社会治安形势形成负面影响,社会各方面对减少死刑罪名反应正面。”

在后望行刑学方面,我国即将出台的《社区矫正法》应当对刑罚走向开放化起到积极的作用。事

实证明,行刑的效果和可操作性会直接影响一种刑罚的适用率。如我国的管制刑之所以在实践中判得不多,主要是执行起来有困难(尤其对流动人员犯罪的)。如果我国通过《社区矫正法》能增强对被判处管制者的监管措施,就能够很好地激活这一刑罚的适用。因而,我们现在常说罚金刑的判决在实践中难以执行,其实关键在于我们应当借鉴国外的做法,从总额罚金制改为日额罚金制,即判处的是被告人的罚金天数,再根据不同被告人的经济能力来决定其每天应交付的罚金数额。这样,同罪同判的只是罚金的天数,乘以每个不同经济能力的被告人的日额罚金,则经济能力好的人要多交罚金;反之则少交。它既能让每个受处罚的人感受到刑罚的效果(防止富人交罚金少失去威慑力),又能改善罚金刑的执行状况(防止穷人交不起罚金)。不仅如此,法律还应有更细致的安排,如犯人判决后失业了,如何解决原来的罚金交不起。如果其失业是因为自己好吃懒做等自身原因造成的,那就要折抵刑期去监狱服刑;如果是因为经济危机等非自身原因造成的,那就可以改作公益劳动,甚至当法庭认为有足够理由时,则可以直接免除。所以,我国亟需制定一部统一的《行刑法》,用以统辖《监狱法》《社区矫正法》等诸多行刑方面的法律规范^②。另外,鉴于刑法修正案(八)对某些严重暴力犯罪确立了限制减刑的制度,刑法修正案(九)又对重特大贪污受贿犯罪确立了不得减刑、假释的终身监禁制度。这些新增的刑罚措施实际效果如何?对犯人改造有什么影响?均亟需跟踪研究。

就左看右盼而言,新的课题就更显丰富。在左看刑事诉讼法方面,以我国2012年修改后的刑事诉讼法新增的“强制医疗特别程序”为例,该程序对依法不负刑事责任的精神病人实施了危害社会的行为的,就其强制医疗特别程序的适用条件以及启动、审理、复议、执行和解除等程序作了规定,将原来由公

① 正如陈瑞华教授所指出,中国作为社会转型期的国家,每个领域都在发生剧烈的变化,已成为世界上最为丰富的问题策源地,这是中国学者进行研究的最大优势,而中国学者的最大劣势则是研究方法。他进而提出,中国的法律学者究竟能作出多少自己的贡献呢?中国法学研究者可不可以进行一场“法律发现运动”。

② 笔者最近参加了中国法学会组织的《看守所法(征求意见稿)》立法专家咨询会,大家比较集中的一个意见就是,《看守所法》把未决犯和一部分已决犯(余刑3个月以下的有期徒刑犯和被判处拘役的犯人)规定到一部法里甚至是一个管理模式不合适,因为二者的功能定位是不同的。前者主要是保障刑事诉讼的顺利进行,后者则肩负着对服刑犯人的教育改造。随着危险驾驶罪等轻罪的入刑、废除劳教后犯罪圈的扩大,短刑犯所占的比重越来越大,此问题就显得更加突出出来。因而,制定统一的《行刑法》确有必要。党的十八届四中全会已经作出了“完善刑罚执行制度,统一刑罚执行体制”的战略部署,在司法体制改革取得阶段性胜利的基础上,下一步推进公安体制和司法行政体制的改革也是势在必行的事情。也正因此,包括笔者在内的许多与会者都建议应把看守所的隶属体制由公安转为司法行政部门。

安机关一家决定、执行的行政化程序纳入司法化轨道,在较大程度上回应和解决了“被精神病”的问题,使刑法中原来简单的一句“在必要的时候,由政府强制医疗”更具可操作性。对于这样一种刑法中典型的保安处分措施,通过修改刑事诉讼法落实具体程序,改变其空悬的命运,使得其在实践中适用率大幅提高。由此,如果刑法中的类似制度,如收容教养制度能通过类似的特别程序加以规范,那么也能激活其在实践中的适用。当前,我国青少年违法犯罪呈上升趋势,学界和社会上有许多声音呼吁降低刑事责任年龄,但笔者认为,降低刑事责任年龄远非上策,从兼顾对青少年的保护和强化社会治理的角度看,将刑法中的收容教养制度加以司法化改造并激活其适用,应是比较理想的选择。

在右盼民法、行政法等部门法方面,不仅我国新出台的《民法总则》给探讨刑法与民法的关系提供了崭新的素材^[13-14],而且诸多行政法领域也显露出不少有价值的话题;此外,刑法修正中本身也有不少条款引发出这方面的讨论^①。例如,我国新出台的《民法总则》第127条规定“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”这说明网络虚拟财产具有占有、收益、处分的财产属性,可以作为一种民事权利以物权的方式进行保护。民法对网络虚拟财产的明确规定为刑法进一步按照准财产犯罪的属性处理提供了空间。再如,我国《民法总则》第111条规定“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”目前,我国刑法只是将侵犯公民个人信息中比较严重的行为,如非法买卖、提供、窃取、骗取公民个人信息等行为规定为犯罪;民法总则扩大公民个人信息保护的范畴之后,因而,刑法有必要及时

跟进,将“非法收集、使用、加工、传输、公开”行为与“非法买卖、提供、窃取、骗取”行为做同样的禁止性规定。又如,我国《反恐法》从性质上来说,属于一部行政法,但它在第30条规定了一个刑法上典型的保安处分措施——“安置教育”,即“对恐怖活动罪犯和极端主义罪犯被判处徒刑以上刑罚的,监狱、看守所应当在刑满释放前根据其犯罪性质、情节和社会危害程度,服刑期间的表现,释放后对所居住社区的影响等进行社会危险性评估,经评估具有社会危险性的,监狱、看守所应当向罪犯服刑地的中级人民法院提出安置教育建议”。这表明,安置教育作为独立于刑罚的保安处分措施在我国得到正式确立,并且是在刑法之外确立的。目前,我国反恐主义法对安置教育的规定仍然是初步的,规范安置教育对象、行为、程序、机制等内容的制度体系还远未完善^[15]。我国如此重大的制度变革,竟然在刑法之外的行政法中悄然产生,应当说,刑法学界总体关注还是远远不够的。说到刑法与行政法的关系,晚近的几次刑法修正案还有一个很突出也很引起争议的现象,那就是所谓的用刑法倒逼有关行政法的出台。即在一些法定犯中,本来应当行政法先行,才符合刑法的保障法特点;但现在却倒过来了,先刑法出台一个罪名,规定违反国家有关规定的某种行为为犯罪,然后再来倒逼“国家有关规定”的出台。笔者对此是持批评态度的,因为它违反了社会治理应当遵循的行业自治——行政规制——刑罚制裁的一般位阶和逻辑,更何况有时“倒逼”还不一定能马上到位。如2009年的《刑法修正案(七)》就增设了“侵犯公民个人信息罪”(2015年的《刑法修正案(九)》又把本罪的主体由特殊主体修改为一般主体,并提高了法定最高刑),但至今作为该法前置法的《公民个人信息保护法》仍未出台^②。

就上下兼顾而言,在上对宪法方面,如何加强宪

① 刑法修正案(九)关于“从业禁止”的规定中有“其他法律、行政法规对其相关职业另有禁止或者限制性规定的,从其规定”学界对此就褒贬不一。有人在立法时就提出反对意见,认为让刑法从行政法的规定,显得很严肃。立法通过后,司法实践中也很少有人民法院依据“从其规定”援引其他法律、行政法规来判处从业禁止,而是大多适用第37条之一第一款的“3年至5年”的期限。如有学者统计指出,其所收集到的5份生产、销售假药罪的判决书宣告的从业禁止期限都是“3年”,而不是《药品管理法》规定的“10年”;8份生产、销售有毒、有害食品罪的判决书宣告的从业禁止期限也都是“3年”,而不是《食品安全法》规定的“终身”;2份醉酒型危险驾驶罪判决书宣告的从业禁止期限分别是“4年”与“5年”,而不是《道路交通安全法》规定的“终身”。

② 由于我国《公民个人信息保护法》迟迟未有出台,只好靠司法解释来解决该罪适用中的一些疑难问题。如自2017年6月1日起施行的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》,将侵犯公民个人信息罪的“违反国家有关规定”解释为“违反法律、行政法规、部门规章有关公民个人信息保护的规定”,但这将部门规章纳入,超出了刑法第96条关于“违反国家规定的含义”。

法和《立法法》等宪法性文件对刑事立法和刑事司法(包括司法解释)的硬约束,仍然是一个亟需从制度上化解的难题。如果不解决这个问题,我国刑法就难以真正实现现代化和法秩序的统一,也无法在刑事法治领域切实树立宪法的权威、落实“依宪治国”。而在上对国际公约方面,随着我国加入的国际公约越来越多,参与国际层面的维和行动、护航行动越来越多,需要研究的问题也越来越多。如《联合国反腐败公约》有效推动了我国晚近几次刑法修正,增设“利用影响力受贿罪”“对有影响力的人行贿罪”等罪名,但我国刑法仍然在很多问题上与公约的要求存在差距。如我国刑法仍将贿赂的标的物限于财产性利益,对照《联合国反腐败公约》中的“不正当好处”,显然后者并不限于财产性利益,而是包括请托人为受托人亲属安排工作、晋升职位、提供家政服务乃至性服务等非财产性利益。另外,我国刑法至今没有“海盗罪”这一罪名。我国按照联合国安理会的有关决议派遣海军舰艇赴亚丁湾、索马里海域护航后,此问题就逐渐凸显出来。虽然我国刑法中有相关罪名来处理绝大多数海盗行为,但在国际刑事司法合作中,“海盗罪”作为一种公认的国际犯罪,更容易得到国际社会的理解与配合,而如果套用其他罪名,则很可能因各国法律制度的差异甚至意识形态的干扰而影响合作的顺利进行。2015年,习近平主席签署的特赦令使我国沉睡了40年之久的特赦制度得以复活,但这次特赦决定做出后,各地在执行中表现出一定程度的“乱象”说明,我们的规定还太原则、太粗糙,需要根据宪法制定出一部可操作的具体的赦免法,从实体到程序对赦免的申请、启动、审查、决定等各个环节进行规范。这也是依法治国、依法行赦的应有含义。同时,笔者认为,我们还需要建立死刑犯的申请赦免制度,这是一项不同于我国宪法已有规定的自上而下的赦免制度,而是自下而上赋予每一个死刑犯都有申请赦免的权利的制度,这也是《公民权利和政治权利国际公约》所明

确规定的。考虑到可预见的未来,我国的死刑只可能减少而不可能完全废除,这项制度应当逐步健全完善^[16]。

在下对治安处罚和劳动教养方面,劳动教养制度已经废除,自然不存在刑法与其衔接的问题,但类似劳动教养的一些制度还存在。如收容教育、收容教养等,而刑法与这些制度的关系仍然未完全了断。因而,从强制医疗的司法化改造和有关国际公约的要求来看,对这些剥夺和限制人身自由的措施都应进行司法化改造,纳入到未来大刑法中的“保安处分”里。至于治安处罚,目前,我国正在修订的《中华人民共和国治安管理处罚法》如何与刑法衔接好,也是一个现实问题^①。

就内外结合而言,在对内加强对刑法的解释方面,为了应对快速发展的社会,我们需要认识到,坚守罪刑法定原则和刑法的谦抑性,与适当发挥司法的能动性并不矛盾。以网络犯罪为例,传统刑法并不是网络时代的产物,但现在网络已远非虚拟社会,而是成为另一种现实社会。因而,我们必须对有的条款作适当的扩大解释,使之包括有关网络行为在内是当务之急。笔者近期对破坏生产经营罪的一项研究指出“耕畜”和“机器”固然不能实现网络时代中对于生产经营要素的概括,但“其他方法”可以被合理解释以应对网络时代,即合于破坏生产经营的本质,如通过改变网络影响力对网络空间中的生产经营进行破坏。在全国首例恶意好评案中,网络空间中的商铺的成交量(销售量)和信誉评价就是网络影响力,买家正是通过参照网络影响力作出购买决定。因而,这起案例正是通过反向刷单、恶意好评导致了竞争对手的网络影响力降低,进而致使经营损失的出现,故一二审法院的判决均认定被告人构成破坏生产经营罪^②。

在对外重视刑法的运作环境方面,笔者曾在近期关于“死刑与媒体”的研究中指出:当基本的案件事实确定下来后,案件结果仍然有一定的不确定性。

① 作用不是单方面的,而是互相的。例如,治安管理处罚法规定,对使用伪造、变造的国家机关、人民团体、企业、事业单位或者其他组织的公文、证件、证明文件的,应当与伪造、变造或者买卖国家机关、人民团体、企业、事业单位或者其他组织的公文、证件、证明文件、印章等行为一样受到处理,但刑法却只规定了伪造、变造、买卖国家机关的公文、证件、印章罪和伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪(没有将使用行为入罪),其实,绝大多数的伪造、变造行为目的就是为了使用,刑法不将使用行为入罪并不合理(刑法修正案(九)在伪造、变造、买卖身份证件罪的基础上增加了使用虚假身份证件罪也恰恰说明了这一点)不仅如此,它还导致实务中如果对伪造、变造行为无法查证或无法达到证据确实充分标准、同时又找不到实物印模且不存在其他情节的,也只好通过治安管理处罚法按使用来处理了。

② 参见刘仁文、金磊,“网络时代破坏生产经营的刑法理解”,载《安全与秩序:互联网“黑灰产”打击与治理会议论文集》,浙江大学互联网法律研究中心等编,2017年7月。

这其中既有因媒体影响由死复生的案例(如吴英案),也有因媒体影响由生入死的案例(如刘涌案、李昌奎案等)。因此,如何建立健全媒体和司法之间的行为规则,增强司法机关抗外部干扰的能力,仍然是我国法学研究一个重要的话题。随着新媒体的发展,人人都是记者、人人都是新闻传播者的时代已经到来,媒体对司法的影响成为一个不容回避的问题。近年来,天津大妈卖气枪案、内蒙农民收购玉米案、于欢刺死辱母者案,以及前些年的许霆案,原审给人的感觉都是依法办案、于法有据,如果没有媒体炒作出来,案件结果可能会无人挑战,甚至如果普通老百姓质疑案件结果,司法机关还会说刑法和司法解释就是这么规定的。但如今我们身处一个“众声喧哗”的网络时代,如果案件结果显失公平,违背常理常情,即便你再于法有据,也将受到社会的质疑及由此带来的压力。正如笔者在于欢案的一次采访中所表达的:罪刑法定不能机械化甚至庸俗化地去理解,要把刑法教义学和人的常情常理以及社会对正义的通俗理解结合起来。更进一步说,我国20年前为废除类推,确立罪刑法定,当时强调形式法治有合理的历史背景,但现在则到了需要实质法治的时代,否则就会出现专业与大众的撕裂。由此,对于常理常情以及社会对正义的通俗理解,理论要做的是,以法学的语言把这种常理常情表述出来,提供给立法与司法者参考,发挥一个社会常情与法律的中介和衔接作用。国外刑法与理论对协调法律和人情有很多行之有效的做法,期待可能性就是一例。从法教义学自身的视角来看,无论是立法还是司法,都必须严格遵循法定程序和要求,不能完全按照人情与社会认知行事,所以这就需要解释。解释就像是一个翻译,在充分考虑法律基本原则原理的基础上,吸收人情与社会认知,对法律的严峻性

进行调和,再把这些用法律的语言和程序表现出来,填充不完善的法条,这就是解释的作用。

四、推动立体刑法学进一步发展的思考

虽然立体刑法学取得了一些成绩,但我们应当看到,立体刑法学所面临的瓶颈性问题也还存在,进一步推动和完善立体刑法学的研究任重而道远。笔者深深地思考目前立体刑法学需要着力解决的问题、困惑和疑问,主要表现在以下几个方面。

首先,突出刑法(学)的主体地位。我们要解决的是其他领域如何更好地为完善我们的刑法理论、刑事立法和刑事司法提供有价值的智识支持^①。我们的研究成果“刑法与宪法”“刑法与刑事诉讼法”不能简单地倒过来也可以成为“宪法与刑法”“刑事诉讼法与刑法”的研究成果^②。在这方面,借助刑法学者之外的其他学科的力量固然重要,但刑法学的发展毕竟主要要靠我们刑法学人自身来完成,即使借助其他学科的力量,也需要我们刑法学者在课题组织、话语转换、知识整合等方面发挥主体作用^{[17]③}。这就要求我们刑法学者必须具备立体刑法学的视野和自觉,但我们在此方面,还做得不够。例如,按照有关国际公约的要求,一切剥夺人身自由的措施都应当是刑法的后果(哪怕你给它贴上行政处罚的标签),但我们很多刑法学者对刑法典之外众多剥夺人身自由的措施鲜有关注。远的如已经废除的劳动教养制度,以及仍在执行的收容教养、收容教育制度等^④。再如,在刑法修正案(九)的讨论过程中,立法机关曾召集过几次专家座谈会,讨论我国是否废除嫖宿幼女罪等问题。与民意强烈要求废除该罪名的呼声相反,大部分刑法学者并不赞成废除该罪名。笔者认为,在反对废除嫖宿幼女罪问题上,有的刑法学者的理由确实牵强,站不住脚。因为嫖宿幼女罪的罪

- ① 依照刑法和相关司法解释,违反国家烟草专卖管理制度,未经烟草专卖行政主管部门许可,非法经营烟草专卖品,情节严重的,要按非法经营罪来定罪处刑。非法经营罪的规范目的在于禁止未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品等行为,至于烟草为什么要专卖,尽管有的经济法学者认为是基于国家税收控制和利益分配的考虑,而官方可能会从民众健康角度来强调专卖的合理性,但从现代监管理论和反垄断制度来说,烟草专卖却被认为是行政垄断,不具有合理性。如果烟草专卖的合理性越来越受到质疑,那将来就很可能取消这项专卖制度,相应地非法经营罪也就不包括它了。显然,就刑法论刑法,是解决不了这类问题的。
- ② 一个刑法博士生写“刑法与刑事诉讼法”的博士论文和一个刑事诉讼法博士生写“刑事诉讼法与刑法”的博士论文,虽然是同一个主题,但两者的出发点、侧重点和归宿点应当是不同的。因为前者写的是一篇刑法学博士论文,后者写的是一篇刑事诉讼法学博士论文。
- ③ 这正如赫尔曼·康特诺维茨所宣称:法社会学只有由法律家以兼职的身份来做才能结出硕果。康特诺维茨的话虽然有点过,但至少说明法社会学对社会学家来说要更艰难些。
- ④ 甚至有的刑法学者连收容教养、收容教育的区别都说不清楚。

名不仅与有关国际公约的要求不符,而且也存在对幼女的污名化等许多刑法教义学之外的问题。我国已于1991年批准加入联合国的《儿童权利公约》。该公约明确规定了对儿童权益无差别保护的原则,但我国刑法规定的嫖宿幼女罪并不符合这一原则。因为卖淫是以行为人具有性自主能力为前提的,根据嫖宿幼女罪的规定,既然幼女可以成为犯罪人的嫖宿对象,就等于间接确认了幼女的性自主能力。然而,我国《刑法》又同时规定,对于与不满14周岁的幼女发生性关系的,不论幼女是否“自愿”,均构成强奸罪。此规定的法理基础在于,幼女并不具备性自主能力,对于性行为不能做出有效承诺,这也是世界各国刑法的立法通例。如此看来,嫖宿幼女罪其实是将幼女进行了“卖淫幼女”与“普通幼女”的分类,并对二者采取了不同的保护态度。这种因幼女身份差异而对其实施不同保护的做法,显然是对无差别保护原则的违背。此外,嫖宿幼女罪还存在对幼女的污名化效果和不利于防治此类犯罪等诸多弊端。从刑法规定可知,由于嫖宿幼女罪的犯罪人以幼女为“嫖宿”对象,因而对犯罪人适用嫖宿幼女罪,与之相对的幼女就被认为是娼妓,而且以这样的罪名来办理案件,很容易对受害幼女造成二次伤害甚至终身伤害。与对幼女的污名化效果相反,嫖宿幼女罪对于犯罪人而言,则有可能削弱社会的谴责度。就日常用语来看,“嫖客”和“强奸犯”所承载的社会谴责度显然是很不一样的(在某些落后地方,嫖娼甚至被视为男子有能耐的表现)。因而,以嫖宿幼女罪对犯罪人定罪处刑,其实是将“强奸犯”的标签换成了“嫖客”,由此可能削弱社会对犯罪人的谴责度,也不利于从严惩治和防范这类犯罪^[18]。2003年,曾发生了苏力教授与刑法学界的一场学术争议。当年1月,最高人民法院发布了《关于行为人明知是不满十四周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》,规定“行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女,双方自愿发生性关系,未造成严重后果,情节显著轻微的,不认为是犯罪”。该司法解释出来后,苏力教授撰文对其提出强烈质疑和批评,认为这将在实践中产生可怕的后果,即此举会使社会最为唾弃且无法容忍的同幼女发生性关系的潜在主体得到豁免。由于苏力教授并不是刑法学者,其有些论述确实不专业(如对我国刑法学界已经得到公认的主客观相统一原则提出挑战,认为我国刑法上对奸淫幼女罪的规定属于不问主观过错的严格责任),因而,几乎受到刑法学界

异口同声的讨伐。但苏力的观点却得到了全国妇联、团中央等部门大力支持,受这些人民团体的压力所致,最高人民法院竟然最后以内部发文通知该司法解释暂停执行。事过多年,再看这场争论及其结果,苏力教授固然在刑法上有点外行,但他抓住了公共政策需要考虑社会效果这一牛鼻子(立法、司法解释都是一种公共政策),并且他的担心在当时的社会风气下不是没有道理的。而刑法学界捍卫主客观相统一原则并没有错,但简单地因为司法解释符合主客观相统一原则就无条件地为其背书,视野也是略显狭窄。笔者当时对最高人民法院前述批复的表示方式曾提出了质疑,认为这种表述隐藏着一种潜在的消极后果:容易让那些奸淫幼女者以“确实不知道对方是不满14周岁的幼女”为借口,进而逃脱法律制裁。我国台湾地区在此方面的“司法解释”规定“不以行为人明知被害人未满14岁为必要,具有奸淫未满14岁女子之不确定故意者,亦应成立本罪。”这里的“不确定故意”相当于我们刑法中的“间接故意”。如果最高人民法院的“批复”也采取此思路,即从正面去警告当事人间接故意就可以构成奸淫幼女犯罪,而不是从反面去强调“不认为是犯罪”的情形,可能其社会效果和命运就不一样^[19]。

其次,要区分实然和应然。立体刑法学在两个层面展开,一是实然层面,这主要是针对法律适用而言;二是应然层面,这主要针对立法完善而言。例如,我们过去有劳动教养,所以从中国的实际出发,必须研究刑法与劳动教养的界限和衔接,但这并不妨碍我们从宪法(特别是带有宪法性质的《立法法》)和有关国际公约的要求出发,探讨劳动教养制度的改革问题。同理,我们现在一方面要解决实务中的刑法与治安管理处罚法的两法衔接问题,另一方面也不妨碍讨论治安拘留、收容教育、收容教养等制度的改革问题。又如,我们现在既要按照法律规定和现有的司法解释来操作刑事附带民事诉讼,但同时也有必要从刑法与民法的关系来探讨如何完善刑事附带民事诉讼这一刑民混合制度,特别是要借助民法学科的知识来反思这一制度。我们课题组经过研究认为,在完善该制度时可以参考全部赔偿原则。因为在现代民法中,全部赔偿原则是各国立法和司法实践中的通例。全部赔偿原则是指无论侵权行为人主观过错如何,是否已经承担了行政或者是刑事上的责任,都应该就被害人全部财产损失以及精神损害的大小来确定民事赔偿的范围。其主要包

括的内容为:首先是财产损失赔偿,比如在犯罪过程中造成的财物的毁坏的赔偿;其次,由于对人身的损害而引起的财产损失的赔偿,如犯罪人对他人人身造成伤害而伴随着财产损失,对这种损失也应该进行赔偿。显然,我国目前的刑事附带民事诉讼的赔偿范围并不符合全部赔偿原则。当然,在实然和应然之间,还存在一些法规范不明朗的灰色地带,需要理论研究去填补,此时学说见解本身就可成为办案的参考和依据。

第三,关于刑事政策在立体刑法学体系中的地位归属。有学者曾指出,在现有的立体刑法学体系中,虽然在某些具体论述时也曾提及刑事政策,但在理论基本构造的第一层级上没有明确刑事政策的地位,这使刑事政策的地位矮化,刑事政策的地位似乎隐而不彰。相应地,刑事政策学也在其中无立足之地,由此留下了一个应予弥补的缺憾^①。德国刑法学者李斯特的“整体刑法学”思想中,“犯罪态势——刑事政策——刑罚”是其基本结构,刑事政策具有贯穿前后的灵魂导引作用。李斯特在广义上界定了“刑事政策”,即“所谓刑事政策,是指国家借助于刑罚以及与之相关的机构来与犯罪作斗争的、建立在以对犯罪的原因以及刑罚效果进行科学研究基础上的原则的整体(总称)。”^[20]在这样的构想中,刑事政策成了联结犯罪态势、刑罚执行以应对犯罪的精神机枢。即使到了储槐植教授的“刑事一体化”,由于其仍然强调刑事学科群的融会贯通,所以刑事政策仍然可以占据一个核心位置。但到了笔者提出的“立体刑法学”,刑事政策却隐身了。这对于一个以研究刑事政策为学术标签之一的学者来说,确实奇怪。我们仔细考量后发现,不能说刑事政策在“立体刑法学”中就完全缺席,它至少隐身在一些角落:一是在前瞻犯罪学中。笔者强调只有把犯罪的原因弄清楚了,才能把准脉,确立科学的刑事立法政策(但对于科学的刑事司法政策吉如和有效打击犯罪似乎缺乏应有的位置)。二是在后望行刑学

中。我们同样强调对罪犯改造和回归要有科学的刑事政策,否则刑罚的效果就将不会彰显,甚至前功尽弃。三是在上对宪法和国际公约上。这其实是对一个国家刑事政策的制定和调整有重要影响的一个视角。我国每一次的宪法修改、每加入一个重要的涉及刑事方面的国际公约,都会牵动刑事政策的定位与反思。四是在对内加强对刑法的解释上。我们特别强调过刑法解释的第三只眼——刑事政策,即在所谓的形式解释和实质解释之间,笔者主张用刑事政策来指导刑法解释。当然,即便如此,刑事政策仍然在立体刑法学中找不到一个光明正大出场的位置,而且前述解释也把刑事政策的实然和应然放到了一起。这或许是与笔者过于注重形式美有关,或许与立体刑法学重在一种方法有关(虽然立体刑法学也有运作层面的意思,但似乎更偏重实然。这与用来指导刑事立法和刑事司法的刑事政策仍有一定的距离)。但不管怎样,焦旭鹏博士的提问有道理,也不应回避。笔者曾想到“司法精神病学”等学科,它们要否在立体刑法学中应占一席之地。如确实需要,该归属何处也有待思量。

第四,关于立体刑法学的阶段性目标和远期目标。莫纪宏教授曾经指出,立体刑法学要达到两个目标,其一是远期目标。即明确立体刑法学的学术使命,强调立体刑法学不是要把传统的刑法学知识推倒重来,而是要在方法论上对传统刑法学知识进行整合和改造,以转化成良好的机制,更好地解决刑事立法和刑事司法在现实中所遇到的挑战,并以“立体刑法学”为起点、拓展出“立体宪法学”“立体民法学”等其他领域,最终建立起有中国特色的“立体法学”研究范式。其二是阶段性目标。即当下应该做什么,指明应该以刑法为内核,与其他部门法配合,把刑法知识放在中国特色社会主义法治体系内来理解,以更好地发挥刑法在社会治理中的作用^[21]。笔者认为,莫教授指出了“立体刑法学”理论上的目标,其实还有制度上的目标^②。例如,劳动教

① 此为焦旭鹏副研究员在2017年4月8日由中国社会科学院法学研究所主办的“立体刑法学的回顾与展望”学术研讨会上发言时所提出的观点。

② 一般而言,立体刑法学既包括理论层面,也包括制度层面。例如,当我们说刑法与行政法时,其实就是从制度层面而言的(如刑法规范如何与行政法规范相衔接);而当我们说刑法学与行政法学时,则是从理论层面而言的(如刑法与行政法的规范目的与功能有何异同)。但在立体刑法学的某些维度里,可能并不是二者都具备,如犯罪学就应当只有理论层面,不好说它还有制度层面,此时基于对应的考虑,就叫“刑法学与犯罪学”;而在另外的维度里,可能着重讨论的是制度层面的,如刑法与治安管理处罚法,就不太好叫“刑法学与治安管理处罚法学”(当然,后者称为“治安管理学”倒也未必不可以)。总之,《立体刑法学》在整个的书稿章节编排和具体行文中,如何把理论层面和制度层面既加区分又有机地糅合到一起,也是一个纠结的问题。

养制度的废除和强制医疗程序的司法化,就可以视为“立体刑法学”在制度变革方面所取得的阶段性目标;而笔者关于建立中国“大刑法典”的构想就应当属于立体刑法学的一个远期制度目标,即把治安拘留纳入刑法,把收容教养、收容教育等也纳入刑法,在刑法后果上建立起刑罚与保安处分的双轨制,而在刑罚里面又建立与重罪和轻罪相对应的重罪罚和轻罪罚^[22]。此外,如刑法合宪性审查机制的建立等,也都是立体刑法学相关维度所追求的制度层面的重要远期目标。

五、结语

储槐植教授在2003年的《再说刑事一体化》一文中指出“刑事一体化思想提出尽管已有十多年,还只能算是粗浅的开头,尚需进一步深入和展开。”^[23]笔者从2003年最初提出立体刑法学思想起,迄今已历经14年。立体刑法学最初提出的问题仍然存在(如我国至今没有官方发布年度犯罪白皮书的做法,使得犯罪学研究成无米之炊;虽然“依宪治国”的提法已经耳熟能详,但我国至今没有建立

起包括刑法在内的合宪性审查机制),随着新的问题不断产生,立体刑法学本身也需要不断完善发展。作为一个内涵丰富、容量巨大的学术命题,笔者个人的力量是渺小的,远远不能面面俱到,而是更需要有志于此的同道共同参与。由于理解和阐释具有不可消解的公共性,“每一言说都是向他人和同他人的言说”,因而“言说在本质上就是共享”^[24]。笔者认为,正如我们每个人心中都有一个哈姆雷特,每个人都可以从自己的角度去理解卞之琳的《断章》一样,大家对立体刑法学的思想也尽可以发挥自己的想象力,去思考和丰富它^[21]。事实上,正如我们课题组最终成果所显示的,在立体刑法学的每一个维度下,各个学者均有所发挥,有的研究成果甚至超出了笔者最初的设计,反过来又促进我们对立体刑法学的反思与补充^①。正如莫纪宏教授所言,既然立体刑法学有其生命力,那么“立体宪法学”“立体民法学”等就同样会有生命力,因为它们也一定面临与刑法和刑法学相类似的问题^②。如此,最终打造一门有中国特色的“立体法学”则是顺理成章、水到渠成。

参考文献:

- [1] 刘仁文. 提倡立体刑法学[J]. 法商研究, 2003(3): 11-13.
- [2] 刘仁文. 构建我国立体刑法学的思考[J]. 东方法学, 2009(5): 3-12.
- [3] 刘仁文. 刑法的结构与视野[M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 3.
- [4] 储槐植. 走在刑法脉动的前沿——读刘仁文《刑法的结构与视野》[N]. 人民法院报, 2010-09-10(07).
- [5] 杨建广, 骆梅芬. 法治系统工程[M]. 广州: 中山大学出版社, 1996: 2.
- [6] 贝塔朗菲. 一般系统论[M]. 林康义, 魏宏森, 译. 北京: 清华大学出版社, 1987.
- [7] 吴世宦. 法治系统工程学[M]. 长沙: 湖南人民出版社, 1988: 39.

- ① 周维明博士提出了与立体刑法学相对应的一个概念“平面刑法学”。我觉得引入这个概念,确实有助于更形象地说明“立体刑法学”这个概念。在周维明博士看来,刑法之内看刑法即属平面刑法学,刑法之外看刑法即属立体刑法学。当然,这里可能涉及的一个疑问是,立体刑法学不也主张对内加强对刑法的解释么?不过需要指出的是,它强调的是“内外结合”,即要把刑法内部的解释和刑法的外部运作环境有机地结合起来,并强调互动,而不是割裂地、孤立地看问题,这应当是立体刑法学的一个精髓。
- ② 除了莫纪宏教授有此观点之外,刑诉法学者陈瑞华教授指出,当前法学研究有一个致命的问题,那就是把本来属于一个整体的法学研究予以肢解了,使得宪法、刑法、民事、行政法和诉讼法的研究相互隔离,出现了“老死不相对话”的局面,于是,各不同学科的研究者守着自己的“一亩三分地”,对属于自己领域中的法律问题作出解释和评论,对于超出自己学科领域的法律问题,既没有解释的能力,也没有研究的兴趣。而司法实践的经验表明,中国法律制度的主要问题恰恰发生在不同法律学科的交叉地带。他还列举了一系列刑诉法研究中需要求助于多学科理论和知识来解决的问题,如非法证据排除规则,并不要求追究违法侦查的办案人员的个人责任,而只要求宣告违法侦查所得的证据无效,这在传统的民事侵权法中是无法做出解释的;还有附带民事诉讼这个刑事诉讼中的大难题,以及刑诉法与宪法的关系……这简直让我觉得“吾道不孤”,似乎一门立体刑诉法学已经呼之欲出了!此外,商法学者赵磊副研究员最近在评论新通过的《民法总则》中有关商法规范的内容时也指出,绝大多数商法学者认为《民法总则》虽然也规定了一些相关商法问题,但是有很多缺失和不足。面对这种质疑,民法教授感觉很奇怪,为什么你们会有这种想法?《民法总则》已经给商法做了很好的安排了啊。这说明,在民法和商法之间,也存在很严重的学科壁垒。

- [8] 马荣春. “专业槽”: 刑法学知识转型中的一个原本、扭曲与回归[J]. 中国政法大学学报, 2014(3): 69-78.
- [9] 吴学斌. 同种行为不同语境下的客观解读——寻找治安管理处罚法与刑法的模糊边界[M]//戴玉忠, 刘明详. 和谐社会语境下刑法机制的协调. 北京: 中国检察出版社, 2008: 307.
- [10] 刘仁文, 王栋. 交通事故的行政责任认定与交通肇事罪的刑事责任认定之关系[J]. 刑事司法指南, 2015(4): 199-218.
- [11] 陈瑞华. 社会科学方法对法学的影响[J]. 北大法律评论, 2007, 8(1): 223.
- [12] 阮齐林. 中国刑法各罪论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2016: 52-53.
- [13] 王莉. 民法总则对刑法发展的影响[J]. 人民检察, 2017(9): 41-48.
- [14] 谢永红. 民法总则对刑事责任年龄认定的影响[N]. 检察日报, 2017-04-19(03).
- [15] 陈泽宪. 安置教育需要全面坚持法治原则[N]. 检察日报, 2016-10-28(03).
- [16] 刘仁文. 论我国赦免制度的完善[J]. 法律科学, 2014(4): 152.
- [17] 胡水君. 法律的政治分析[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2015: 273.
- [18] 刘仁文. 《刑法修正案(九)》应取消嫖宿幼女罪的规定[N]. 中国妇女报, 2015-07-21(A2).
- [19] 刘仁文. 奸淫幼女与严格责任——兼与苏力先生商榷[J]. 法学, 2003(10): 35-43.
- [20] 弗兰茨·冯·李斯特. 论犯罪、刑罚与刑事政策[M]. 徐久生, 译. 北京: 大学出版社, 2016: 212.
- [21] 刘昭陵. 立体刑法学的回顾与展望[EB/OL]. (2017-04-08) [2017-06-15]. <http://www.Lolw.org.cn/show News.aspx?id=57491>
- [22] 刘仁文. 调整我国刑法结构的一点思考[J]. 法学研究, 2008(3): 151-154.
- [23] 储槐植. 刑事一体化[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 504.
- [24] 海德格尔. 时间概念史导论[M]. 欧东明, 译. 北京: 商务印书馆, 2014: 410.

Retrospect and Prospect of the Three-dimensional Criminal Law

LIU Renwen

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

Abstract: The paper first traced the origin of the three-dimensional criminal law science (TDCLS) and its development process in the recent more than ten years. It then explained that the vitality of TDCLS lies in its being in line with the world outlook and the methodology of Marxism, and TDCLS is the requirements of the development of Chinese criminal law in the present era, reflects the actual situation of operation of criminal law, and is beneficial in enabling the Chinese criminal law community to be heard, and then pointed out and analyzed some new topics emerged in recent years on TDCLS. Lastly, it put forward the problems on TDCLS to be solved, including highlighting its subject status, distinguishing the actual state the ideal state, giving attention to the status of criminal policies in the system of TDCLS, and achieving the interim and long-term goals of TDCLS.

Key words: Chinese criminal law science; three-dimensional criminal law science (TDCLS); criminal law; criminal law structure; eyeshot of criminal law; legal system engineering

(责任编辑 冯 蓉)