

论中国刑法学派形成的基本前提

周光权

【摘要】 是否能够形成独特的学派是一个国家刑法学成熟与否的标志。刑法学者只有在具备学派意识之后，才能形成真正的问题意识、找准切入点，对司法难题的解决也才会有一个准确的思路，从而对自己的主张展开充分论证，以避免用直觉替代刑法解释和论证。要形成扎根于中国大地、直面中国社会现实的刑法学派，就必须重视客观性思考、体系性思考和功能性思考这三个刑法方法论。客观性思考是刑法判断的起点，有助于提升刑法学的可视性，能够将事实判断和规范判断融为一体，对于保障被告人权利具有不可低估的意义；从不法到责任的犯罪论体系比传统的要素理论更能够一并解决共犯论、量刑论的难题，体系性思考方法还能够避免解释漏洞，同时妥善处理刑民等关系；功能性思考始终关注刑事裁判的动向，注重社会治理的积极参与，使得刑事政策刑法化，能够妥善处理处罚必要性和刑法公正性的关系。立足于上述方法论的刑法学思考既有理论深度、广度，又符合中国国情，且“难办案件”的处理可以从中寻找说理根据，承认这三个共许的前提能够逐步为中国刑法学派的形成提供有效支撑。

【关键词】 刑法基本立场 客观性思考 体系性思考 功能性思考
刑法方法论

【作者简介】 周光权，法学博士，清华大学法学院教授、博士生导师。

【中图分类号】 D924.1 **【文献标识码】** A

【文章编号】 2097 - 1125 (2022) 01 - 0039 - 20

一、引言

刑法学发展史已经表明，理论发展的面向一定是多元的、竞争性的，很难想象有一种唯一正确、一路通吃的理论，而只有哪一种理论比另外的主张

更为讲得通、更能够为实践提供指导的问题。不过,这丝毫不意味着刑法理论只能是“见招拆招”、左支右绌的,科学合理的刑法理论最终一定会形成学派。是否能够形成独特的学派是衡量一个国家刑法学成熟与否的标志。按照张明楷教授的说法,对于同样的条文、同样的用语,不同的学者可能有理有据地作出完全不同的解释,这很大程度上是受学者所认同的学派的影响。刑法学者只有在学派论争中才能发现刑法解释的奥秘,弄懂刑法解释的方法。^①也就是说,刑法学者只有在具备学派意识之后,才能形成真正的问题意识、找准切入点,就同一个问题反复展开观点交锋,对自己的主张展开充分论证,逐步形成对问题解决的确定思路,从而避免用司法直觉或朴素情感替代教义学解释和论证,在这种系统的刑法理论指导下,司法公正才有可能实现。

必须看到,实践中,能够进入司法视野的刑事案件,被告人的举止、人格都有可疑之处,其与普通民众相比都更具有危险性,司法人员遇到被告人,内心可能就会产生处罚冲动。要防止这种冲动,把案件办准,不殃及无辜,一定需要刑法理论的指导,而且这种理论不是“零打碎敲”的刑法条文注解,而应该是系统性且能够归属于一定学派的现代刑法理论,使得司法人员能在各种可能的方案中选择最为合理的处理思路,进而形成刑法基本立场。

改革开放以来,中国刑法学取得了长足发展,社会转型过程中发生的新类型案件的解决为刑法学探索提供了契机,针对某些重点问题所展开的讨论已经比较充分,这为建构科学合理的刑法理论、形成刑法学的中国学派提供了契机。当然,对照欧陆主要国家大多通过数百年的深入研究和反复论争才逐步形成刑法学派的现实,我国的刑法学研究起步晚,基础也比较薄弱,形成独特的学派还需要时日,对此我们要有足够的耐心,还需要做很多扎扎实实的工作。笔者认为,探讨中国刑法学派形成的基本前提,就是其中绕不开的理论准备之重要一环。在呼唤中国刑法学派时,需要认真对待以下关键问题:为保障被告人权利,刑法学如何进行客观性思考;为全面保护法益、避免人为地形成解释漏洞,刑法学如何完善自身体系;为解决司法难题,刑法学如何提升其实践应对能力。只有承认上述共许前提,中国刑法学派的逐步形成也才有可能。

二、客观性思考:准确定位刑法判断的切入点

客观性思考以防止错判、切实保障被告人权利为目标。客观性思考的实

^① 参见张明楷:《刑法的基本立场》(修订版),商务印书馆2019年版,第4页。

现与刑法基本立场、不法和责任区分的判断逻辑以及刑法学上规范判断和事实判断关系的处理紧密关联，对其拒斥与接受就表明了刑法学派的底色。

（一）客观性思考的目标：权利保障

大陆法系主要国家的刑法学者们对于刑法学派的形成进行了不懈探索，但是，学派论争的表现在不同国家并不完全相同：第一，在德国是先有重视犯罪的客观危害，将违法朝着纯客观的侧面理解的前期旧派理论，再有主要检验行为人危险性的新派理论以及与之对立的强调犯罪行为规范违反性的后期旧派理论。而日本是直接引进同时期在德国风头正劲的学说，故先有主观色彩浓厚的新派理论，再有与之对抗的旧派理论。第二，在德国，并不存在像日本的牧野英一那么强势的新派，因此，刑法主观主义立场从来没有成为主流。第三，德国的新派理论在某些问题上愿意和旧派理论进行某种折中，但日本的新派理论绝不折中，显得比较固执和夸张，因而承受的批评更多。^① 虽然不同国家的学派呈现不同面貌，但共性也是很明显的，最大的相同点是：刑法理论的评价重心总是在主观（行为人）和客观（行为及其结果）之间纠结、徘徊。事实上，对实务中有争论的案件以及用来训练学生思维的那些案件的处理，最终都取决于思考者更重视行为人的主观面还是行为的客观面。这也是中国刑法学派形成过程中绕不开的首要问题。从实践理性上看，刑法客观主义对于追求法治目标具有重要意义：由于认定犯罪时重视构成要件，尤其是客观构成要件，刑法的“可视化”增强，司法上的灵活解释受到限制，罪刑法定原则在最大限度上得到坚守，刑法谦抑性得以实现，错案能够被最大限度地防止。

确实，理论上曾经有将刑法主观主义极度予以夸张的学说。但是，这种很彻底、很强势的新派理论最终很难获得认同。过于重视主观要素，或者将主观判断优先于客观判断的危险性是：可能导致对不存在客观危害的行为进行处罚。如果按照主观主义的观点，就会认为未遂犯要跟既遂犯同样处罚，因为未遂犯已经表现出行为人的反社会性格，其危险性和既遂犯没有差别。在中国刑法立法及司法中，有不少刑法主观主义的影子，司法人员习惯于从被告人的主观恶性出发进行论证，从而导致判断上可能出现偏差。例如，有的起诉书对犯罪事实的描述明显有刑法主观主义的色彩，难以坚持客观、中立的司法立场。在个别起诉书中关于被告人的职业描述部分，因为被告人张某无业，起诉书就此直接写成被告人张某系“社会闲散人员”。其实承办人使用“社会闲散人员”这一贬义词来指称处于无业状态的被告人时，已经有了先入之见。而因为被告人处于闲散、如无头苍蝇一样四处游荡的状态，

^① 参见 [日] 大塚仁：《刑法における新・旧両派の理論》，日本評論社 1957 年版，第 59 頁。

公诉人便据此进一步推理：被告人之所以实施犯罪就是不难理解的。但是，起诉书里这样的指涉其实与检察官客观、中立义务的履行应该是有一定程度冲突的，将由于各种复杂原因没有就业的被告人说成是“社会闲散人员”始终不是太妥当。也许有人会认为，这样的称呼也没有问题，尤其对涉嫌犯罪的被告人而言。但是，刑法主观主义的逻辑展示在司法行为的细微处。在有的判决书中，则使用了被告人“目无国法、藐视国家法律”等凸显被告人人身危险性的用语，这也有刑法主观主义的痕迹，从而可能在被告人权利保障方面导致不足。法律文书中简单化、不妥当的描述背后，反映的是认定犯罪的立场在一定程度上的偏差，兹事体大，不可不察。

建构中国刑法学派，需要观察国外学派论争以及形成过程的经验、教训以及最终成果，这是比较研究的题中之义。国外的论争有两点很值得我们重视：

一方面，刑法学必须重视客观的侧面，增强刑法学的“可视化”，也就是犯罪行为过程以及最后呈现出来的结局对于刑法评价最为重要，其属于司法判断的重点。刑法客观主义是自贝卡利亚以来的刑事古典学派的核心思想，其要义在于，在评价对象上，客观的事实要素（行为及其法益侵害）绝对重要、具有优先性，对于没有法益侵害或危险的行为，不能因为行为人的主观恶性、人身危险性较大而肯定犯罪成立。在判断逻辑上，必须先确定行为客观上符合构成要件且违法，再确定责任的有无。这主要是考虑到客观要件容易检验，由事实判断所得出的结论也更为可靠。对于没有造成外在客观损害的行为，不能作为违法性评价的对象，在这个意义上，其可以增强刑法的“可视化”，并适度限缩处罚范围。欧陆国家的刑法客观主义发展到近代分为结果无价值论（法益侵害说）和行为无价值论（规范违反说），前者和前期旧派的主张很接近，非常强调可观察的、实在性的要素对于犯罪判断的意义，在存在论的意义上把握刑法学理论，即现实存在的侵害，例如是否有人死亡这样的问题，是犯罪判断的出发点和核心。后期旧派则和行为无价值论息息相关，其肯定行为违反规范造成法益侵害是违法判断的关键。因为后期旧派重视行为规范违反的危害性，因此，其为了防止社会“失范”而积极参与国家治理，强调国家的角色相对积极，所以其应对犯罪具体的措施就比旧派更为多元化，对犯罪的干预可能就会尽量提前，对犯罪的认定就会在事实判断的基础上考虑大量规范的因素。这一分析表明，客观主义为刑法学的进一步发展预留了很大空间。结果无价值论基于经验主义的考量，以客观主义为出发点，将违法的本质理解为法益侵害，试图建立看得到、摸得着的理论体系。行为无价值二元论并不如此绝对地、固执地坚持刑法教义学的客观化趋势，其固然也赋予损害结果对于犯罪认定的重要意义，但同时重视行为的规范违反性，在判断行为的客观违法性过程中，将故意、非法占有目

的等作为判断资料加以使用；其承认违法是客观的，但认为违法并非纯客观的，存在主观的违法要素，在违反行为规范进而造成法益侵害的意义上把握犯罪本质，从而实现了刑法客观主义之下学派论争的缓和。当然，无论刑法客观主义如何发展，无论结果无价值论和行为无价值论如何对立发展，有一点是确定不变的：重视客观要素（行为或者结果），强调法益侵害、不法判断以及整个刑法理论的“可视化”；所有刑法概念都尽可能在现实世界中寻找到对应物，在存在论（而非纯规范论）的意义上理解刑法。

另一方面，刑法学的发展如果要想获得不竭动力，就必须密切观察社会动态，跟随其他学科发展的步伐进行理论更新。新派理论也就是主观主义的理论基础是社会学的实证主义和新犯罪学理论（如犯罪社会学、犯罪生物学等），即刑法学者根据犯罪的实证观察，发现了犯罪发生机理，从而在认定犯罪的标准和处罚措施上有针对性地作出改变。刑法客观主义的早期观点明显受启蒙思想、理性主义的影响，从中逐步发展出来的结果无价值论与功利主义哲学如影随形，而行为无价值论则深受新康德主义的影响。为此，立足于客观性思考的中国刑法学派的形成，也需要积极寻求哲学、社会学、犯罪学的理论支撑，使得理论研究具备丰厚的基础和积淀。

客观性思考的重要性决定了对于犯罪客观要件的每一个问题（包括实行行为、危害结果、因果关系与客观归责、未遂犯与不能犯的区分、共犯的违法性等），都必须不厌其烦地从不同侧面进行仔细检验。与此形成对照的是，在学派形成以及体系性的犯罪论建构过程中，对责任论的有些前提是不需要反复论证的，例如，人是否有意志自由的问题，按理说无论从心理学还是哲学上看，都是并无定论的问题，但是，在刑法学上就要假定人是有意志自由的，其原本有选择适法行为的余地，本来可以弃恶从善，但是却选择了违法行为，因此，其从责任上看具有非难可能性。所以，刑法学必须一开始就得承认一些假定的前提，而这个前提在别的学科里可能存在大量争论，但刑法学也得将针对该问题的多数说作为讨论的前提。^①

（二）客观性思考的必然要求：从不法到责任的思考进路

总体而言，如果司法机关对实现处罚的便利化情有独钟，愿意将刑法作为社会治理的核心手段使用，刑法主观主义当是首选。但是，考虑到当前我国如何实现被告人权利保障仍是一个重要问题，以及对刑事司法力量运作予以限制的现实需要，从客观出发进行思考，重视法益侵害，先客观判断后主观判断、先不法判断后责任判断，确保刑法判断的“可视化”，就是值得特别重视的。换言之，行为在客观上没有造成法益侵害也没有对法益造成危险

^① 参见〔日〕井田良：《走向自主与本土化：日本刑法与刑法学的现状》，陈璇译，陈兴良主编：《刑事法评论》第40卷，北京大学出版社2017年版，第380页。

的，被告人无罪；在没有就客观行为及其危害进行评价前，不能直接从主观要件出发对行为性质进行评价，以免形成错案。这是基于法治立场的刑法客观主义的应有之义。

按照前述客观主义的逻辑分析案件，首先要去判断某一危险行为造成何种结果。对于那些越是有争议、越是疑难复杂、越是容易发生判断上的人心冲动的案件，越应该优先去判断客观危害，而不是因为被告人很可恶，有危险的性格就启动刑事司法程序。司法上先判断客观要素、不法要素，再分析主观要素、责任要素，势必强调不法和责任的区分，从而在犯罪论体系上形成阶层的而非要素组合的理论。因此，尽可能在自然主义的意义理解行为，对构成要件进行客观叙述，规范地限定违法性的界限，对责任进行主观叙述性理解，如此形成的刑法客观主义立场，使得判断有依托，且判定标准明确，因此，应当成为主流的刑法学思潮。^① 学者指出：“近一百年来，虽然具体概念的内涵发生了变化，但是，以行为、构成要件、违法性与责任来定义犯罪的思路，在大陆法系沿袭至今。往后理论的发展，虽然正确指出了古典体系所存在的诸多问题，如其自然主义的哲学基础值得批评，对构成要件的理解存在重大不足，等等，但古典体系的大厦并不因此而倾倒，因为其立足的核心思想——犯罪理论必须贯彻法治国的理念，必须防止司法擅断——始终是应当予以肯定的。”^② 在今天的欧陆犯罪论体系中，古典犯罪论体系的骨架基本被保留下来，往后各种演变的理论，都还是在这套话语系统中对各种检验要素作不同定位，或做一些充实检验标准的工作。^③

犯罪论体系能够区分不法和责任，可以说是刑法学思考成熟的“里程碑事件”，其有助于整个刑法学领域合理的知识构造的形成，比如共犯论的诸多理论，包括共犯从属性说与共犯独立性说、犯罪共同说与行为共同说、共犯处罚根据的违法共犯论与因果共犯论等，背后都与不法和责任的二分法存在千丝万缕的关系。

（三）客观性思考不可能离开规范判断

思考刑法问题的切入点，从大的方面来讲包括两大类：纯粹规范的思想与从事实出发的思想。抛弃犯罪的事实侧面、将犯罪本质解读为规范违反的学说，强调杀人是规范的不理会这样的主张，把经验上难以验证的东西作为理论的核心范畴，究竟能够为司法提供何种实际指引和帮助，本身就是一

① 参见周光权：《抽象性问题及其意义——对刑法领域法治立场的初步考察》，《社会科学》2001年第2期，第103页。

② 李立众：《犯罪成立理论研究——一个域外方向的尝试》，法律出版社2006年版，第79页。

③ 参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第109页。

个疑问。为此，刑法学上的思考无论如何还是应该吸纳经验法学的研究成果，既要考虑把刑法作为控制犯罪的手段加以使用，又要顾及刑法所承担的保障被告人权利的使命，从而形成契合我国当前社会现实的刑法观，建构一套尽可能接近于“眼见为实”的存在论意义上的刑法学。

当然，刑法学的判断也不是纯事实的判断。刑法客观主义不排斥事实判断基础上的规范判断（例如，重视实质的作为义务论、接纳义务犯概念等）。刑法学必须注重问题思考与政策目的的结合，理论的实践理性才能得到凸显，不能仅追求一种纯粹抽象的理论建构。这一点，在客观归责论领域表现得很充分。客观归责论主张，当行为制造了法所禁止的危险，符合构成要件的结果被实现，且该结果在构成要件的效力范围之内的，由一定行为所造成的结果才可能有客观上进行归责的问题。按照客观归责论，需要先用条件说进行因果关系的判断；在存在事实因果关系的前提下，再进行能否将结果归责于行为人的规范判断。这一理论的特色在于：一方面，其仍然是“客观的”判断。广泛存在的误解是，客观归责论因为承认行为人的特别认知，使得客观判断中含有主观要素，从而使得客观判断优先于主观判断的逻辑在归责领域行不通。但是，笔者认为，这是对客观归责论的误解。行为人是否有特别认知，只是评价行为危险性、确定结果归属时的判断资料而已，承认特别认知并不能动摇客观不法论，更不意味着刑法学派论争需要从行为无价值与结果无价值之间的对立转向主观不法论与客观不法论的对抗。另一方面，这是在构成要件中引进了规范判断，其与传统因果关系理论的事实性判断明显不同。

对此，以实务中过失致人死亡罪的客观归责为例进行分析。被告人穆某驾驶农用三轮车载客，在经过某村内路段时，见前方有县交通局工作人员正在检查过往车辆，因自己的农用车有关费用欠缴，穆某担心被查到受罚，遂驾车左拐，驶离 306 公路，并在李学华家附近停车让乘客下车。因车顶碰触村民李学明从李学华家所接电线接头的裸露处，车身带电。先下车的几名乘客，因分别跳下车，未发生意外，也未发现车身导电。后下车的乘客张某由于在下车时手挂在车尾的自行车车梁上而触电身亡。现场勘验表明，被告人穆某的农用三轮车出厂时高度为 147cm，但穆某在车顶焊接行李架，致使该车实际高度增加到 235cm（按照《道路交通安全法实施条例》第 54 条的规定，该种车型最大高度从地面起不得超过 200cm）。李学明套接李学华家电表，套接的火线距地面垂直高度为 228cm，且该线接头处裸露（按照有关电力法规的规定，电线对地距离最小高度应为 250cm，故李学明所接的火线对地距离不符合安全标准）。对于本案，公诉机关对穆某以过失致人死亡罪起诉，法院经审理后作出无罪判决。相关的判决理由是：死亡的发生是由多种偶发原因综合造成的，包括李学明所接的照明线路高度不符合安全用电的要

求；电线裸露，接头处无绝缘措施等。因此，被告人穆某的行为与死亡结果之间没有必然的、直接的因果关系，其行为不构成犯罪。一审宣判后，公诉机关提出抗诉，上级检察机关经审查后决定撤回抗诉，二审法院裁定准许检察机关撤回抗诉。^①

法院对于本案的无罪判决结论是否合理，还值得研究。确实，穆某的车辆违规载客以及在车顶焊接行李架，将车辆改装增加高度后，“碰巧”触碰了他人违法架设的电线，他人对死亡事故的发生也有事实判断层面的（介入的）因果关系。但是，在分析穆某的行为性质时，需要考虑禁止车辆加高的规范目的，以及其将车辆改高的危险性，进而准确认定行为性质。这就绕不开作为客观归责论下位判断规则的规范保护目的问题。

规范保护目的用于在结果发生的情形下，具体地考察注意规范与法益侵害结果之间的关联性，这是规范判断而非事实判断。有学者认为：当车辆离开交通领域时，应当认为有关交通领域的风险已经结束；即便认为风险处于持续状态，车辆某一单纯的高度值也并非交通法规所意图禁止的对象，规范所要禁止的只是与车辆型号不相匹配、从而有可能导致车辆在运行中失衡侧翻的高度。因而，限制车辆高度的规范功能并不包含限高来避免车体与处于某一高度的电线发生碰撞。^②但是，一方面，“车辆一旦驶离交通运营范围就不再属于交通管理的领域”并不意味着行为不违法。例如，公交车违规驶入居民小区，或者汽车进入不允许通行的胡同引发事故的，行为的违法性都是存在的，只不过是认定行为构成交通肇事罪还是过失致人死亡罪的问题。另一方面，能否认为“车辆某一单纯的高度值也并非交通法规所意图禁止的对象”，禁止车辆加高的规范目的是否能够包含防止其发生触碰其他物体的危险性，也还需要斟酌。

《道路交通安全法》（2021年）第10条规定，准予登记的机动车应当符合机动车国家安全技术标准。第16条第1项规定，任何单位或者个人不得拼装机动车或者擅自改变机动车已登记的结构、构造或者特征。《道路交通安全法实施条例》（2017年）第6条第1款第3项规定，已注册登记的机动车更换车身或者车架的，机动车所有人应当向登记该机动车的公安机关交通管理部门申请变更登记。《公路法》（2017年）第50条第1款则更为明确地规定，超过公路、公路桥梁、公路隧道或者汽车渡船的限载、限高、限宽、限长标准的车辆，不得在有限定标准的公路、公路桥梁上或者公路隧道内行

① 参见最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》第28卷，法律出版社2003年版，第35页。

② 参见陈璇：《论过失犯中注意义务的规范保护目的》，《清华法学》2014年第1期，第45页。

驶，不得使用汽车渡船。超过公路或者公路桥梁限载标准确需行驶的，必须经县级以上地方人民政府交通主管部门批准，并按要求采取有效的防护措施；运载不可解体的超限物品的，应当按照指定的时间、路线、时速行驶，并悬挂明显标志。其中，超过“限高”的车辆不得在某些道路、桥梁或隧道行驶，显然包含了避免其与高空物体相触碰引发（重物坠落、绳索缠绕人体以及触电等）事故的规范保护目的（当然，也还包含有避免侧翻等多重利益衡量）。总之，相关法律规范试图避免的是车辆结构或者构造（当然包括车辆高度）被改变之后制造可能侵害人身、引发重大事故的各种关联风险，在法秩序统一性的范围内，这种规范保护目的与交通肇事等犯罪的关切完全具有一致性。

在本案中，如果被告人穆某未违规使用农用三轮车载客，不随意偏离公路，事先不对车辆改装，同时对路边可能有电线等物体履行客观的注意义务，死亡结果均可以避免。穆某使用其车辆违规载客，就已经制造了法所不允许的风险；驾驶改装并超高的车辆上路明显升高了不被允许的危险，上述风险和他人违规架设的电线相结合，使得危险现实化，因此，构成要件结果并不是被告人无法控制的。被告人对自己曾做过改装的车辆的具体高度有特别认知，对车辆超高可能触及其他物体进而产生危险、对农村可能私搭电线、只要是电线就可能裸露，就应该避免触及等事项，均有客观的预见可能性。即便其不能认识到电线裸露，但对超高车辆不避开悬挂在空中的物体会带来各种相关危险，或者非裸露的电线被碰撞也可能产生危险等，有结果避免义务。行为人违背规范所要求的客观义务，进而发生死伤后果的，不能认为死亡结果是以异常的方式实现的。因此，无论是按照相当因果关系说、危险现实化理论或者客观归责论，均可以认为穆某的行为明显提升了法益风险，应对车辆加高所带来的危险负责。这一结论当然符合注意规范保护目的的进路，即禁止改装车辆的目的，既为了防止触及路上的电线或其他可能给车上人员安全带来危险的空中物体，也为了防止车辆因为改装超载导致侧翻。穆某制造风险，并在本案中因为与其他因素相结合使得危险具体地实现的，就不是“不幸”，而是“不法”。^①

上述分析充分说明，实务上处理具体案件时的事实归纳能力和规范判断能力都有待提高。其实，在运用经验知识，经过理性判断，发现能够避免某种结果时，行为人通常就需要对危险的实现负责，客观归责的检验也就能够实现，而不是轻易得出被告人无罪的结论。^②当然，由于本案死亡事故发生

① 参见周光权：《客观归责方法论的中国实践》，《法学家》2013年第6期，第119～120页。

② 参见周光权：《客观归责方法论的中国实践》，《法学家》2013年第6期，第120页。

在公共交通管理的范围外，根据《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》（2000年11月15日）第8条第2款的规定，对于被告人就应当以过失致人死亡罪论处。

此外，在有的情况下，客观归责论的规范判断能够有效限制处罚范围。即对于从条件说或从相当因果关系说出发，都能够得出因果关系存在的结论的情形，从客观归责的角度看，也可以认为该行为并未制造法所不允许的风险，即便有结果发生，从规范判断的角度看，也不能归责于行为人，不具备构成要件该当性。客观归责论的理论穿透力由此可见一斑。例如，甲明确拒绝绑架罪犯乙的不法要求，乙被甲的这一表态激怒后杀害被绑架人丙的，如果仅仅一般性地考虑事实的因果关系，尤其是从事实地促进结果发生的角度理解帮助犯的因果关系，可能就会得出拒绝绑架罪犯要求的甲可能构成故意杀人行为的帮助犯的结论。因为帮助犯是为正犯提供物质或心理帮助，强化他人的犯意，使正犯的犯罪行为更容易实施，可以成立心理帮助。甲拒绝绑架罪犯的不法要求，其行为使得原来还抱有幻想的绑架罪犯陷入绝望，从而将其杀人计划提前，在这个意义上，可以说甲拒绝绑架罪犯的要求就是为其杀人提供了心理帮助，这样的结论似乎也 and 一般思考的帮助犯概念相一致。但是，将人质死亡的结果归属于拒绝不法请求的甲并不合适，这就涉及从客观归责论的角度切入帮助犯的因果关系这一问题。根据共犯从属性的法理，正犯制造和实现了法所禁止的风险，共犯通过正犯制造和实现了法所禁止的风险。但是，甲拒绝绑架罪犯的要求为规范所允许，并未制造法所反对的风险，否则就是正义向邪恶屈服。既然甲的行为是规范所不反对的，就不能认为甲通过正犯（绑架罪犯乙）的行为制造和实现了规范所反对的风险，因此，把人质丙死亡的后果归属于甲是不合适的。就此而言，传统上事实性地理解的帮助犯因果关系问题在客观归责论的框架内得以深化，从规范角度分析帮助犯结果归属的主张，将共犯问题和客观归责论勾连起来进行一体思考，在事实性思考中融入了规范性判断。^①综上所述，基于刑法可视化的理念，客观（不法）判断优先于主观（责任）判断的原理是有现实意义的；同时，考虑到我国当下限制司法恣意的现实需要，应当对主观归责先于客观归责的命题所可能产生的负面效果保持应有的警惕。客观性思考的首要任务是进行事实性判断，从而满足罪刑法定主义、法益保护主义和责任主义的要求，充分实现刑法的人权保障功能。在此基础上，考虑能够通过规范判断为不法、有责性的认定提供实质根据，从而实现妥当的处罚。

^① 参见周光权：《刑法学习定律》，北京大学出版社2019年版，第220页。

三、体系性思考：避免刑法解释相互矛盾

刑法学体系性思考的目的是为避免出现解释矛盾。没有体系性思考，就不可能真正形成中国刑法学的学派。

（一）体系性思考的意义被我国学者所低估

体系性思考的优越性是显而易见的：其一，体系性思考有助于减少审查难度。例如，只要认定不存在违法性的，就不需要浪费资源审查行为人有无责任。其二，体系性思考的结论对所有人平等适用，但是，又能够灵活地处理某些理论问题，例如，对违法性和责任进行分析的犯罪论能够与刑罚论紧密关联，对于责任刑的实现有决定性意义，能够一体地解决定罪量刑问题。其三，体系性思考使法律更容易操作，例如，基于体系性思考，司法上无须去寻找分散的法律及判例；保安处分措施可以和刑罚共用一套违法评价体系。其四，体系性思考能够深化法学研究，例如，根据利益衡量原理可以提出超法规的违法阻却事由。^①按照希尔根多夫教授的说法，体系性思考具有九项功能：（1）制度功能（每一种体系产生相应的制度）；（2）整合功能（把相关元素联结成为一个整体）；（3）科学构造功能（使科学理论得以形成）；（4）启发功能（使疑难问题在标准体系中被准确定位进而发现特定的解决路径）；（5）讲授功能（知识上的体系关联便于讲授和审判中掌握）；（6）法律适用指导功能（指导司法行为并促使其进行体系解释）；（7）法治国的透明化功能（明确、可预测，防止司法恣意）；（8）法学体系论的批判功能（法学体系大致框定了判决结论，约束和批判判决）；（9）面向法治国的评价功能（体现特定时期的主流社会价值）。^②这些都说明，体系性思考方法论在法学领域的重要性。离开体系性思考，只顾及“眼下”案件的处理，“只见树木不见森林”，极易与其他相关问题的解决方案相冲突，违背平等之下的正义。此外，体系性思考、体系解释是解决复杂问题的工具，在处理疑难案件时具有无可替代的价值。但是，在我国，刑法学体系性思考的氛围没有形成，方法论上的自觉极为欠缺，对学习进行体系性思考的训练远比给予问题思考的指导显得更为重要。为此，要求刑法理论必须确立客观要素在犯罪论体系中的核心地位，确保客观（不法）判断优先。在此基础上，肯定刑法规范判断的重要性，从而建构阶层的犯罪论体系，

① 参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学 总论（第2卷）》，王世洲等译，法律出版社2013年版，第127页。

② 参见 [德] 埃里克·希尔根多夫：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯等译，北京大学出版社2015年版，第194页。

对危害行为进行分层次判断，实现事实判断/规范判断、不法判断/责任判断的适度分离。^①

在当下中国刑法学中，体系性思考显得尤为重要。随着我国刑法学理论不断发展，深入思考犯罪论体系建构，一体地解决犯罪成立条件与共犯论、违法阻却事由、责任阻却事由等关系的必要性逐步浮现出来，将犯罪论体系朝着阶层论的方向打造就是体系性思考的应有之义。学者指出，检验行为人的刑事可罚性，需要从最开始的行为开始检验，并且先检验正犯，然后是参与人（即先正犯再共犯）。这是逻辑上的强制要求，因为狭义共犯是以正犯的行为为前提的，共犯有从属性。通过这种方式可以避免复杂的重复论证。^② 要素组合的理论将犯罪成立条件与阻却违法、阻却责任的事由割裂开来，或者孤立地思考共犯问题，明显与刑法学的现代发展进程不合拍。阶层论的最大优点是能够确保不法判断在前，有助于实现刑法客观主义，要素组合的理论蕴含着先主观判断后客观判断的危险，与保障人权、防止错案的现实需要不相协调。阶层论也符合司法逻辑，对其进行适度改造就完全可以用于指导我国的司法实践，因此，实务上采用阶层论具有必要性和可行性，阶层体系具有广阔的司法前景。

此外，阶层论的内在逻辑清晰，基本思路并不复杂，要素组合的理论认为阶层论过于复杂的判断并不准确，对阶层论的本能排斥只不过是展示了学者的“理论惰性”，对阶层论的司法便利性需要认真评估或重新认识。为此，在司法上，其实不需要采用阶层犯罪论的术语，更不需要照搬构成要件该当性、违法性、有责性的理论构造。但是，处理具体案件时，先判断不法后判断责任，先检验客观要件后检验主观要件的方法论一定要在司法实务中逐步养成，进而坚守刑法客观主义立场。有人会觉得，这个意义上的阶层论是向四要件妥协，或者与四要件没有实质差别。对此，笔者的回答是，即便采用阶层论，也要考虑不同国家的“语境”问题，因此，对阶层论进行变通是合适的；笔者主张犯罪论体系要使用四要件说也能够接受的客观要件、主观要件等概念，提倡“客观构成要件——主观构成要件——违法排除事由——责任阻却事由”的判断逻辑，^③ 不等于笔者的主张和平面组合的要素理论相同。其实，只要对犯罪的判断是从不法到责任的阶层性思考，其与平面组合的要素理论相比就是翻天覆地的变化，是对传统犯罪构成要件理论的

① 参见周光权：《价值判断与中国刑法学知识转型》，《中国社会科学》2013年第4期，第120页。

② 参见[德]托马斯·M.J.默勒斯：《法律研习的方法：作业、考试和论文写作》（第9版），申柳华等译，北京大学出版社2019年版，第55页。

③ 参见周光权：《刑法总论》（第4版），中国人民大学出版社2021年版，第87页。

实质性“解构”。

（二）只有体系性思考才能防止理论顾此失彼

在刑法体系中，如果不贯彻体系性思考就势必顾此失彼、前后矛盾。对此，以紧急避险的性质为例进行分析。就紧急避险的正当性存在违法性阻却一元论、责任阻却说、二分说的争论。责任阻却说中的多数观点认为，紧急避险行为侵害了无辜第三人的法益，而该第三人并没有应该忍受的理由，因此，将法益侵害转嫁给无关的他人是不能被正当化的，也不能要求被转嫁者忍受这样的转嫁。如此一来，避险行为就是违法的，只不过是阻却了责任而已，不能否定其违法性，不处罚的根据在于避险人不具有期待可能性。那么，对于紧急避险行为，第三人可以通过正当防卫加以对抗；教唆或者帮助他人实施避险的，成立违法的共犯，如果是恶意利用教唆或帮助他人实施避险行为以达到侵害被避险人利益的目的，具有可罚性；避险者对于被避险者造成的利益侵害有及时救助义务，否则有可能成立不作为犯罪。^①

如果按照体系性思考的逻辑，责任阻却说的弊端是非常明显的：（1）分析结论违背国民常识判断。按照这种逻辑，地震救灾人员为救甲而破坏乙院墙内的相应设施的，以及为躲避致命的台风侵袭砸毁他人门窗入室躲避的，也都属于违法行为，应当允许财物的主人以正当防卫来对抗此类行为。^②但是，这一主张的弊端是很明显的，肯定对紧急避险行为进行正当防卫会得出不当结论。再如，甲被猛犬追赶，第三人乙为了帮助甲躲避身体侵害，破坏邻居丙家的院墙让甲逃离的，对避险行为的帮助者乙应作为共犯给予处罚，违背一般国民的法感觉，因而更不合理。（2）这一结论并不有利于维护个人权利。因为任何人都可能基于不可预见的原因陷入困境，如果绝对禁止其转嫁风险给第三人，其就只能“坐以待毙”，这对于维持每个人的生存状态都极为不利。对此，应该认可社会连带理念，通过强调无辜第三人在特定条件下有限地承担避险行为的容忍义务论证紧急避险的合法性。与第三人的这种义务相对，避险行为就成为了权利行为。只有当无辜第三人基于社会连带责任有义务容忍避险行为人损害自身利益，从而挽救其他重大法益时，相应的避险行为才能成为正当的权利行为，才具有合法性。将社会连带义务视为紧急避险的合法性根据，不仅可以在充分尊重个人自治的基础上

^① 参见刘为波：《紧急避险限度条件的追问：兼论紧急避险限度理论根基的解构与重建》，陈兴良主编：《刑事法判解》第1卷，北京大学出版社1999年版，第350页；周漾沂：《论攻击性紧急避难之定位》，《台大法学论丛》2012年第1期，第403页。

^② 参见〔日〕松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社2014年版，第141页。

合理解释为何侵犯无辜第三人合法权益的避险行为能够具有正当性，还可以充分说明为何此时不能对避险行为人进行正当防卫。^①（3）将紧急避险朝着期待可能性说的方向解释，与《刑法》第21条第2款关于利益衡量的规定相抵触。期待可能性理论意在针对行为人的人性弱点给予特殊救济，因此必须结合行为人各种特殊情况具体地判断是否可以期待行为人实施合法行为，对期待可能性的判断也就无须进行利益衡量，即便行为人损害他人的财产法益巨大，例如，因为饥寒交迫而盗取他人数额巨大的食物及衣物的，只要行为人在当时只能如此行动，否则只有饿死，该行为的可谴责性也就不存在。换言之，如果要运用期待可能性理论解释紧急避险，原本就不需要进行利益衡量。但是，这一思考方法和《刑法》第21条第2款的规定不符，因为该款中明确显示避险过当与行为人的人性弱点无关，而仅与利益衡量问题直接挂钩。如此一来，重要的不是行为人的人性弱点及非难可能性，而是其保全的利益是否明显优越于所牺牲的利益。

因此，对于紧急避险的性质，更为合理的主张是违法阻却一元论。对于牺牲他人重大利益以保全自己微小利益的行为，不能成立阻却违法的紧急避险，但在对其判处重刑明显不合适的情形下，则可以根据期待可能性的法理，认可其阻却责任，但这已与紧急避险行为无关。

（三）体系性思考与法秩序统一性

处理刑民交叉、刑行衔接案件，势必绕不开不同部门法背后的法秩序统一性原理。必须承认，“刑法上处罚在其他的法域、特别是民事上被允许的行为，从刑法的补充性的见地来看，是不妥当的”。^②要遵循法秩序的统一性，就要防止将前置法上不具有违法性的行为，在刑法上认定为犯罪。法秩序统一性要求在处理某一件事情时，所有的规范秩序不能相互矛盾，如果民法上合法的行为在刑法上被认定为犯罪，公众就不知道该如何行事，个人的行动自由就会不当受限，刑法谦抑性也会被冲击。法秩序统一性原理是处理不同部门法之间的矛盾时应遵守的基本规则，具有不可动摇的性质，所有部门法的执行都应当贯彻该原则。

关于法秩序统一性原理，不能偏离的规则是：在民商法上合法的行为，不可能成立刑法上的犯罪。反过来说，唯有民商法所要反对的行为，才有可能成为犯罪行为（当然，由于刑法的构成要件设计上存在缩小处罚范围的政策考虑，因此，民商法上的违法行为中只有极小部分最终被作为犯罪处理）。

^① 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，第613页。

^② [日]山口厚：《刑法总论》（第3版），付立庆译，中国人民大学出版社2018年版，第188页。

在刑法与民法规范的保护目的相一致的场合，刑法应当从属于民法，这是法秩序统一性的题中之义。换言之，在民事违法不存在时，应当断然否定待处理案件中行为的犯罪性；行为具有民事违法性时，也只不过是定罪提供了“底线支撑”，这个意义上的民事违法和刑事犯罪是“烟”和“火”的关系。这样说来，如果某一个行为的选择在民商法上有争议，甚至该行为被民商法所允许或容忍，就可能成为“出罪”的理由。^①那么，对于刑事法官而言，仅知晓刑法就是不够的，认真学习民事法律，在裁判中遵守法秩序统一性原理，对于定性准确的实现也是非常重要的。

当然，刑法理论上不能一提到法秩序统一性就简单地得出刑法必须从属于前置法的结论。从实践视角看，就入罪而言，行政违法、民事违法仅能够对客观构成要件符合性的判断提供一定支撑。顾及前置法的违法性，绝不等于前置法能够起到对刑事犯罪认定的“定性”作用，行政犯以及传统财产犯罪均与对应的违法行为之间存在质的差异。对客观违法性有决定性影响的法益侵害性及从法秩序整体出发的阻却违法判断，都是实质判断。行为虽然违反行政法或其他部门法，但在刑法上具有正当性的情形很多。刑法从属于前置法这种“僵硬的违法一元论”在认定具体犯罪时不仅没有实质意义，反而可能存在人为扩大处罚范围的危险。如果要坚持违法性判断的实质性，关注刑法独特的规范目的，实现法益保护的刑法辅助性，就需要承认刑法所固有的违法性判断。既然其他部门法的违法性与刑事违法性之间存在质的差别，就不能形式地将违反其他部门法作为刑事违法的判断根据，而应当肯定有别于前置法违法性的独立判断，以有效抑制司法实践中随时可能滋长的处罚冲动。^②

对此，以“金钱的占有”为例加以说明。从民法上看，由于金钱作为一般等价物本身就具有流通功能，实行“占有即所有”的原则。但是，在刑法上，对于金钱的性质可以和民法的认识有所不同。例如，就指定了用途的金钱能否成为侵占罪的对象而言，“刑法上所强调的是，按照委托人的委托意思保管财物，没有必要从民法的角度来考虑问题。因此，对于被指定了用途的托管金钱，应当尊重委托人的意思，从法律上保证委托人必须按照预定的用途来使用该金钱，因此，那种认为被委托保管的金钱的所有权属于委托人的见解是妥当的。另外，即使被指定用途的委托金，作为货币没有被特定，但只要金额被特定，就可以将该金额看

① 参见周光权：《处理刑民交叉案件需要关注前置法》，《法治日报》2021年4月7日。

② 参见周光权：《论刑法所固有的违法性》，《政法论坛》2021年第5期，第38页。

作为特定的财物”。^①

因此，体系性地思考刑法和其他部门法的关系可以发现：法秩序必须是统一的，根据刑法和民法等部门法所保护的法秩序（即相关法律法规的集合）只能是相同的，但是，由于不同部门法的规范目的不同，对于违法性及其要素的具体判断，则应当相对地、有所差别地进行，这就是法秩序统一性和违法判断相对性的辩证关系。

四、功能性思考：提升刑法应对能力

刑法学的发展必须与时代合拍。每一个时代的问题意识都是不一样的，每一个时代的刑法理论的特色也就不同。中国刑法学派是扎根于中国大地的刑法思考，因此，其必须是有助于解决我国社会转型时期所呈现的各种社会难题的实用型理论，其中一定融入了大量政策性、功能性以及回应性的思考。

（一）中国刑法学派的形成必须重视判决

刑法理论必须善于观察运行中的法律，尽可能尊重司法裁判，观察实务中判决的“闪光点”，理解司法的难处，将司法实务和经验研究作为检验理论妥当与否的标尺，使理论和实务相互贯通，确保刑法学从裁判中来，到裁判中去。对此，平野龙一教授指出，刑法学说无非就是为说服法官而付出的努力，必须处理好体系性思考和问题思考的关系。和判例保持一定距离，比判例超前一步，能够引导判例的学说，可以说是最值得期待的学说。要避免为体系而体系，就有必要更加实践性地将目光投向在现实判例中所显现出来的活生生的“创造法”的场面。^②将“对法官的说服”置于重点，这是“法政策型刑法机能主义”的体现。刑法理论要有实际的功效，要能指导法官，解释论要产生影响司法的效果，就需要考虑国民的价值判断，以此为基础所建立的刑法学，才能有效影响法官，使刑法学说成为有远见的理论体系。

由此形成的中国刑法学派，始终关注的是中国当下的社会现实和司法难题，并将刑法作为控制社会的重要手段，与其他法律手段一起对法益提供保护。由于这种理论体系是以中国社会当下的问题作为思考对象的，就不可能照搬德国、日本的刑法理论。

^① [日] 大谷实：《刑法讲义各论》（新版第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第275页。

^② 参见[日]平野龙一：《刑法的基础》，黎宏译，中国政法大学出版社2016年版，第194页。

当然，刑法学为解决本土实务问题，必须重视判决，但绝不等于理论发展必须依赖于判决，尤其在判决的公正性存疑以及说理并不透彻时，刑法理论必须保持对实务的批判精神。对此，林钰雄教授指出：所谓“千万研究不如两行判例”，无论是出自泥古守旧的情结，或是单纯着眼于不假思索的便利，这种依赖性可能造成刑事法研究的长期停滞，因此，不应助长这种趋势。^①

（二）刑法学必须面对“难办案件”自觉形成学派意识

在思考刑法问题、处理刑事案件的时候，需要不断地、自觉地形成学派意识。对有的看似很小但具有疑难性的案件，如果要准确处理，司法人员内心就必须有学派理论的指引。没有基本的学派意识，就可能对案件定性错误或者量刑出现偏差。

例如，张某曾因盗窃受过刑事处罚。一天晚上，张某带李某去某企业盗窃电缆线，并安排李某在外放风，张某进入企业盗窃。案发后，经评估二人盗窃的电缆线价值为1288元。案发相关省份的盗窃罪立案标准为2000元，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》（2013年4月2日）第2条第1项的规定，曾因盗窃受过刑事处罚后盗窃公私财物的，“数额较大”的标准可以按照第1条规定标准（1000元至3000元以上）的50%确定。根据前述司法解释的规定，曾因盗窃受过刑事处罚，然后又盗窃财物数额较大的，定罪标准可以“减半”。如此一来，张某就符合盗窃罪的定罪起点了。现在的问题是，对于望风的李某能否定罪？

笔者的观点是对李某无法定罪。有的人可能会认为，既然讲共犯从属性，在一个案件里对从犯的定罪依赖于进去偷东西的正犯或主犯，在张某构成犯罪的场合，对李某就能够定罪。但是，在这个案件里，对主犯张某之所以勉强可以定罪，不是因为他的本次犯罪行为不法程度高，而是根据司法解释关于前科影响定罪的规定。在这里，司法解释是把影响预防刑的情节，也就是定了罪后要判刑时考虑的情节，提升为定罪情节了，这一解释有重复评价之嫌。其实，前科只是判刑的时候要考虑的事实，是不能用来冲抵定罪数额的；刑法关于累犯的规定，也只是说对累犯从重处罚，而不是说因为被告人是累犯，对他的定罪标准就可以降低，立法从来没有这个精神。所以，应该说这个司法解释很值得商榷。

当然，如果说办案要遵守司法解释的规定，对张某的定罪虽然不合理也就只能如此。但是，李某作为共犯要从属于正犯张某的话，也只能从属于张

^① 参见林钰雄：《新刑法总则》（第7版），台湾元照出版有限公司2019年版，“序”。

某这次犯罪行为所造成的客观危害，因为共犯的从属主要是指从属于正犯的实行行为，即具有实行从属性。^①而张某本次犯罪行为所造成的客观危害，只是盗窃取得了1288元的财物，李某从属于张某的客观危害行为，单纯看本次行为对张某就无法定罪，所以，如果认为李某仅从属于张某的违法的话，对李某一定是定不了罪的，因为张某的前科和李某完全没有关系。所以，刑法客观主义对定罪会有影响。这个案件如果认定李某有罪，等于偏向了刑法主观主义立场，即司法人员觉得李某“太坏了”，居然去帮盗窃犯望风，所以好像不定罪说不过去。但是，李某帮张某所干的这件“坏事”，不法达到什么程度？这是司法上需要客观地、准确地判断的，这种寻找切入点的过程就受学派意识的影响。^②

与此相关的体系性思考是，如果要对本案中的李某定罪，就需要考虑在李某单独进入企业盗窃偷得1288元的情形下，对其是否可以追究刑事责任？如果说当他自己实行犯，亲自去偷1280元的财物时按照立案标准不能追究刑事责任，现在他是望风的人，是共同犯罪的边缘人物，反而可以追究刑事责任，这显然会导致评价失衡。实际上，能否定罪取决于被告人客观上实施了什么样的危害行为。本案盗窃行为的后果是只取得价值1288元的财物，这是整个案件的核心问题。在共同实施犯罪行为时，需要确定这两个人共同实施的不法行为的危害究竟有多大，张某的行为所造成的危害本身就不大，现在之所以对张某追究责任，是把张某不法以外的判处预防刑的事实人为地“提升”为定罪事实了，而共犯只能从属于正犯的不法，在李某仅从属于张某这种相对轻微的不法的时候，显然也就无法追究其刑事责任。

（三）刑法学必须接纳刑事政策思想

刑事政策融入刑法学体系，从而影响学派形成和发展的例证很多。例如，纵观最近二十多年来欧陆主要国家的刑事司法实践不难看出，未遂犯的处罚范围始终处于变化过程中，过去按照不能犯作无罪处理的案件，有很多逐步被认定为未遂犯，这说明刑法学的发展需要回应时代的呼唤，在顾及体系性思考的同时，必须注重功能性、回应性的问题思考。又如，财产犯罪的认定、尤其是财产罪保护法益从所有权说向占有说、平稳占有说的发展也充分说明，禁止自力救济滥用、稳定财产占有关系是司法的基本态度，这也是政策考量介入刑法体系，刑事手段参与社会治理的例证之一。

① 参见[日]西田典之：《日本刑法总论》（第2版），王昭武、刘明祥译，法律出版社2013年版，第348页。

② 参见周光权：《刑法公开课》第2卷，北京大学出版社2020年版，第52页。

刑法学中必须要融入或吸纳一些政策思想，这不仅仅表现为犯罪认定和刑罚适用的一些具体举措受政策影响（例如，对自首从宽处罚的规定是刑事政策思想渗透到刑法学的产物），而且在刑法理论的总体构造中展示出刑事政策的取向，从而实现“刑法体系的刑事政策化”。如果坚持实证主义之下刑法和刑事政策尖锐对立的立场，刑法学只需要对行为进行一般化的分析，没有社会和政策方面思维的渗透，其在社会治理方面就可能没有效果。“刑法的刑事政策化旨在强调，刑法教义学体系的构建，在遵循合逻辑性的同时还应考虑合目的性，在逻辑性与目的性的关系上，逻辑性必须服务于或者至少是合于目的性要求。基于此，刑法的刑事政策化，在方法论上会青睐目的论解释，甚至进一步采取问题型的思考方式；与此相应，它会偏向于采取实质导向的犯罪论与解释论。这样做的目的，无非是要强化刑法体系的应变性的一面，以使后者有能力应对日益复杂的社会环境。”^①

在刑法学接纳刑事政策思想方面，已经有学者做出了很多探索。例如，罗克辛教授就将刑事政策思想融入阶层犯罪论，通过重新界定罪责概念的内涵，将传统罪责层面建构为“答责性”，从而将罪责与预防必要性作为答责性的前提条件看待。答责性的评价不仅仅涉及人们是否能够对行为人提出（罪责）非难的问题，也涉及这样的判断：即从刑法的视角来看行为人是否必须对其行为负责？据此，他认为可谴责性只是答责性的必要但非充要的条件，必须加上预防的制裁必要性。^②因此，罪责只是决定刑罚的要素之一，一般预防必要性是另外一个要素，即处罚同时取决于责任和预防需要。因此，罗克辛教授认为，罪责概念只有和预防性需求相结合，且相互限制，才能得出行为人具有责任的结论；在罪责相同的情况下，有关预防的观点决定着“需罚性”。^③这样一来，刑罚同时取决于责任大小和预防必要性：一方面，刑罚的严厉性不能超过责任的严重性，责任刑是刑罚的上限；另一方面，不能在没有预防必要性的情况下适用刑罚。答责性，就是罪责加上“以预防为目的的处罚必要性”。“罗克辛这样做的目的，在于将作为犯罪标准的犯罪要素与刑事政策的价值评价联系在一起，以此建立一个符合目的论的体系。”^④如此一来，当被告人虽然具有传统意义上的责任时，但因为预防必要性缺乏，类似行为今后不会再发生，不需要对被告人再社会化，对公众

① 劳东燕：《刑事政策刑法化的宪法意涵》，《中国法律评论》2019年第1期，第34页。

② 参见[德]阿恩特·辛恩：《德国犯罪理论的发展及现状》，徐久生译，《国家检察官学院学报》2009年第1期，第18~19页。

③ 参见[德]阿恩特·辛恩：《德国犯罪理论的发展及现状》，徐久生译，《国家检察官学院学报》2009年第1期，第19页。

④ [德]阿恩特·辛恩：《德国犯罪理论的发展及现状》，徐久生译，《国家检察官学院学报》2009年第1期，第19页。

而言也不可能对这种行为进行模仿、学习，公众能够容忍从行为人那里表现出来的人性弱点，通过处罚来实现一般预防是不必要的，此时被告人就不存在答责性，从而不需要动用刑罚。

将刑事政策融于责任论之中，特别是答责性理论的提出，能够给我们一些启发：第一，今天的中国刑法学在责任论问题上，要立足于规范责任论，但还要避免为处罚而处罚的现象，为此，就需要考虑处刑的实质意义——是不是一定要通过处刑来实现一般预防；处刑是否真的有助于实现积极的一般预防？第二，我国刑法规定的胁从犯中，行为人具有形成反对动机的可能性。但刑法对其从宽处罚，主要的考虑并不是行为人没有罪责，而是这类行为不易被复制，不实施刑罚制裁不会引起他人效仿，刑法的一般预防以及特殊预防都不需要。第三，对中止犯的认定，必须考虑刑事政策思想，不能在犯罪人主动停止犯罪的场合一律认定为中止。例如，在犯罪人穷尽其实现计划的一切手段都杀不死被害人的情形下，转而将被害人送往医院的，不宜以犯罪中止“奖励”被告人，而适宜将其行为以犯罪未遂处理。^①第四，在刑罚改革上也要考虑预防必要性问题。就刑罚裁量而言，不是建立在法官基于个人兴趣和经验直觉上的司法裁量，而应建立在体系性思考、基于刑事政策选定的量刑基准之上，刑罚要考虑被告人的罪责，也要考虑预防必要性。对于罪犯改造而言，应先做出准确的刑罚评价，再通过现代社会的矫正方法准确测量其再犯可能性和特别预防必要性，提供服刑人改过自新的机会，使之能够回归社会。

五、结语

真理越辩越明。只有积极的刑法学论争，才能赢得刑法理论繁荣昌盛的局面，因此，刑法学者的学派意识必须成为其思考的底色。形成刑法学的中国学派对于理论的未来发展至关重要。为最大限度地防止刑法适用出错，以实现刑法的人权保障功能，我国刑法学就必须坚持客观主义立场，注重客观性思考、体系性思考和实践性思考的同步推进，建构阶层的犯罪论体系并将其作为司法实务的指导观念，这一理论进路既能够保持思考的深度和广度，又能够满足解决实务难题的需要，从而实现刑法理论的与时俱进。

（责任编辑：方 军）

^① 参见周光权：《论中止自动性判断的规范主观说》，《法学家》2015年第5期，第57页。