

[刑法知识论研究]

刑法学的《法学研究》之路

邓子滨*

一、引言：动机、场景、目的

《法学研究》是中国社会科学院法学研究所主办的法学理论刊物,被推崇为中国法学杂志的领军宿将和社会科学领域的核心期刊。^[1] 现任主编梁慧星,副主编冯军、张广兴。^[2] 2008年,《法学研究》进入而立之年,如果算上1978年和1979年的两期“试刊”,那么,至本文为止,《法学研究》共出版29卷175期,刊登法学论文2000余篇,不仅展现了中国法学园地的绮丽风光,而且成就了当代法学史鉴的雄厚基业。海纳百川兼收并蓄的崇论闳议,认证了中国法学的至高水准,遴选出中国法学的前沿人物。高山景行,口碑载道。30年来,《法学研究》登载刑法论文416篇,构成了中国刑法学的重要文本。多年以来,刑法学的研究范式虽然不少,各种述评很多,但以某一法学期刊为蓝本的研究,还是在陈兴良先生的启发下,对张明楷先生倡导的法学批评的一次尝试。^[3]

30年,究竟是《法学研究》的全部历史场景,还是它的断代史? 这个问题来自《法

* 作者系中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。本文是《法学研究》2008年第1期《〈法学研究〉三十年:刑法学》一文的完整版。

[1] 根据近年《中国人文社会科学核心期刊要览》,有“法学专业核心期刊”20种:《法学研究》、《中国法学》、《环球法律评论》、《中外法学》、《法律科学》、《法学评论》、《政法论坛》、《法商研究》、《现代法学》、《法学》、《比较法研究》、《知识产权》、《法学家》、《行政法学研究》、《法制与社会发展》、《政治与法律》、《法学论坛》、《中国版权》、《法学杂志》与《河北法学》。法学核心期刊及其排序可能有所变动,但《法学研究》始终名列榜首。另外,论文被引证的次数也是检验学者水平和期刊影响的一个标准,因而有许多关于“引用率”的研究,不过本文只采用亲手统计的数据。

[2] 梁慧星先生是中国社会科学院学部委员,著名民法学者。冯军先生是法学所副所长,法学界资深少壮派,按联合国的标准还属青年。张广兴先生则厚学而风趣,网上有“天正法律·知名法学家简介”,如果是张先生手笔,那真是文如其人:“张广兴,河南洛阳人,打小种地,而后当兵,1982年毕业于西南政法学院(现已升为西南政法大学),到《法学研究》编辑部从事编辑工作至今。”

[3] 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。

学研究》封二上的自报家门——其“前身为中国政治法律学会于1954年创办、1966年停刊的《政法研究》，1979年复刊改为现名”。但管见所及，《法学研究》决非《政法研究》的复刊，而是自身的创刊，因为两刊间隔十年有二，且各有名分来历：中国政治法律学会1951年由沈钧儒、谢觉哉等人筹备，1953年成立，会长董必武。1954年学会创办《政法研究》。文革伊始，刊物夭折，学会殒命。1979年着手恢复学会时，名称调整为中国法学会，1982年召开第一次代表大会，武新宇、张友渔、王仲方先后任会长。而法学研究所则筹建于1956年，成立于1958年，时属中国科学院哲学社会科学部，张友渔任该部副主任兼法学所所长；1978年法学所改属中国社会科学院，王仲方任所长。虽然《法学研究》的创立者中有原《政法研究》的编务人员，但也只能说是同一些人在不同时段分别创办了两个刊物。^{〔1〕}

其实，大可不必寄名托庇，30年的道义文章，足令《法学研究》自成一脉，独辟绿野仙踪。细查《法学研究》的足迹，有热血沸腾的狂奔，有迂回逡巡的转进，有原地踏步的观望，也有歧路迷途的犹疑，但更多的还是执着迈向法治的脚步。《法学研究》迄今为止的刑法文章，相沿而成独立的刑法史料，春兰秋菊，尺幅万里，足以探骊索隐，钩深致远。不过，本文一路写来，大有临深履薄之感。既然不愿一味口角春风，则说三道四之间，便难免花间喝道，唐突西施。况且，那些曾经凭借《法学研究》声名鹊起的刑法学人，许多仍是雄霸一方的法学诸侯，实在“开罪”不起，所以务求持之有故，言之成理。即使不考虑世故人情，也须“历史地看问题”，以免苛求“古人”。

二、《法学研究》1978年至1987年的刑法学

本文以10年为一个叙事单元，不单是为了行文方便，更由于这样的时段切割大致契合了刑法学30年的沉浮跌宕。当然，时段的划分并不意味着湮灭知识的传承和学术的流徙。

（一）解放思想，开辟园地

《法学研究》的“发刊词”出现在1979年第1期上，但愚以为1978年的“试刊”才是真正的创刊。然而，《法学研究》至今没有将两期“试刊”计入总期数内，而且还将“复刊”时间确定为1979年，这实在有失公允。首先，刊物当时业经中共中央宣传部、中国社会科学院批准，“试刊”正式启用了《法学研究》的刊名；其次，1978年“试刊”中的“致读者”陈明了办刊的背景、宗旨和约稿条件，实际起到了“发刊词”的作用；再次，“试刊”内容充实，显然不是一蹴而就，而是经过精心筹备，因为在把握当时政治脉动的前提下，将政治语言转化为哪怕是接近法律的语言，也是需要花费很多时间和精力；最

〔1〕 中国法学会主办、创刊于1984年的《中国法学》，从不主张《政法研究》是其前身。而《政法研究》也有令人荡气回肠的历史际遇，其辛苦遭逢已有专文详叙之。参见河南大学陈景良先生发表在《法学研究》1999年第3期上的《新中国法学研究中的若干问题——立足于1957—1966年的考察》。

后,“试刊”作为十一届三中全会“解放思想”的一项硕果,为后续各期做好了政治铺垫和智力储备。当时备受压抑的学术热情,凭借“畅所欲言”的政治许诺迫不及待地释放出来^[1],所以,精心的准备掩不住上阵的匆忙,以至于作为双月刊的《法学研究》,在两期“试刊”后,1979年只出了5期,1980年第1期才以括号标明“(总第六期)”。大格稚轮,尚欠总体策划,阵脚略显凌乱。

两期“试刊”的首篇都是董必武20世纪50年代的文章。^[2]何以如此?“文革”十年,百孔千疮,众多政治人物和知识分子罹祸其中,创巨痛深于无“法”之害,故“加强法制”几成一致呼声。1978年,刑法、刑事诉讼法处于最后酝酿阶段,人们翘首以待法制时代的到来。然而,加强法制不仅是实务技术工作,更需法制文化环境。30年前,国门乍开,对于欧美法学,只有牵强附会的批判^[3],而无平和认真的引介。国人只以为西方不过经济发达,科技昌明,尚不解法治的重要性,更不知当时所要加强的“社会主义法制”和今天写入宪法的“社会主义法治”不全是一回事。囿于意识形态,百废待举的法制只能挖掘两个法学理论资源:一是继续引入苏联法学理论,主要是刑法学中“四要件”的犯罪构成理论,引入彻底,根深蒂固,中国刑法至今未脱窠臼;二是重拾文革前的法律知识传统,可以溯及民国以前,但决不包括民国时期的法律,因为《法学研究》早在1979年第1期就有张晋藩先生的《清律初探》和陈光中先生的《略论封建法制》,但却至今未见有关“六法全书”总体评述。保有高度政治警觉的法律工作者意识到:董老的两篇发言,不仅暗示着当时的法制恢复是文革前法制建设的继续,而且设定了当时的政治对法律的容忍底线,涂抹了今后一个时期法学研究的底色。

《法学研究》创刊之初的文章多是不离董老发言的主题变奏,而刑法学此后10年的发展也未能脱其基本色调:第一,肯定法制的必要性,“革命法制对于维护革命秩序、巩固人民民主专政、保护人民民主权利和合法利益、保障国家经济建设是有决定意义的”^[4];第二,指出法制的可能性,“现在国家已进入有计划的建设时期,我们的宪法已经公布,今后不但可能而且必须逐步制定比较完备的法律”;第三,否认与民国时期法

[1] 1978年12月,邓小平在《解放思想,实事求是,团结一致向前看》的讲话中说:“解放思想是当前的一个重大政治问题。……为了保障人民民主,必须加强法制。必须使民主制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。……大家敞开思想,畅所欲言,敢于讲心里话,讲实在话。……一个革命政党,就怕听不到人民的声音,最可怕的是鸦雀无声。”“解放思想,畅所欲言”最终写入了《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》。

[2] 《必须加强政治法律工作》是1955年4月5日在中国共产党全国代表会议上的发言,《关于党在政治法律方面的思想工作》是1954年5月18日在中国共产党第二次全国宣传工作会议上的讲话。

[3] 参见韩延龙、常兆儒:《“四人帮”的法西斯专政与资产阶级的实用主义法学》,载《法学研究》1978年“试刊”。

[4] 陈守一、刘升平、赵震江在《我国法制建设30年》一文中痛陈“一个基本结论:以法治国,势在必行。客观规律如此,人民的意愿如此,痛苦的教训如此,历史检验的结论如此”。载《法学研究》1979年第4期。

律文化和制度的继承性,“彻底废除了国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度,”并且要坚决清除所有“旧法观点”^{〔1〕};第四,要求依法办事,首先要求国家机关工作人员守法。两期“试刊”中的其他文章也圈定了影响刑法学研究的基本命题。一是国家和法的关系:“一个国家的法是这个国家的统治阶级意志创造出来的全国居民要遵守的行为规范,它是靠国家机器的力量来保证其实施的。”^{〔2〕}二是党的政策与法律的关系:党的政策本身不是法律,政策不能代替法律,法律是上升为国家意志的执政党的政策,法律就是党的政策的体现。^{〔3〕}三是刑罚人道:“对已经就捕的犯人”,应给以“人道的待遇”,“明令宣布废止肉刑”,等等。^{〔4〕}

《法学研究》创刊的时代,作文立论总要从经典著述中寻根觅据,有的文章甚至以“马克思、列宁最早都是攻读法学的,对法学有精湛的研究”作为抬举法学的神圣根据。^{〔5〕}其实,这种抬举很容易不攻自破,因为马列都放弃了法律职业而选择了革命道路。然而,当时根本无需进行周密的论证,谁又胆敢对手捧马列的人提出质疑呢?今天看来,这样的论证妨碍了讨论的公正进行,但我们不应否认它在当时的意义。经过“反右”、“跃进”、“文革”的人们,不仅熟悉和习惯了这种寻章摘句、口诵心惟的方式,而且论辩双方的口气都是大致相同的:“伟大导师都这么说了,你还说什么?”尤其是,当双方引据了同一论断时,就不得不各自寻求有利己方的解释。比如,列宁曾在《无产阶级革命和叛徒考茨基》中说“专政是直接凭借暴力而不受任何法律限制的政权”,这句话曾被理解为无产阶级不需要法律。现在要恢复法制,就必须将其解释为只适用于对敌专政。^{〔6〕}再如,毛泽东在《湖南农民运动考察报告》中说“革命是暴动,是一个阶级推翻一个阶级的暴烈的行动”,某些人曾将这话解释为“革命群众运动,就不能按法律办事”,但是现在,如果这些人还不改变立场,就只好用“不顾历史条件,歪曲原意,别有用心”令其免开尊口了。^{〔7〕}

(二) 变革观念,转换话语

1979年第2期《法学研究》有了第一篇刑法学论文——法学所傅宽芝女士的《谈刑法的阶级本质》。彼时,人们热切期待刑法典的通过、公布与实施,似乎无需再谈论

〔1〕 尽管清入关之初曾“准依明律”,苏俄也曾沿用沙俄法律,但新中国不仅彻底废除了民国时期的“六法全书”,而且着力清除其“旧法观点”。董必武在《必须加强政治法律工作》中说:“旧法观点,实际上,就是剥削、压迫人民的反动统治阶级的法律观点”,包括但不限于(1)法律是超阶级超政治的;(2)不告不理、孤立办案以及手续繁琐;(3)刁难群众,甚至颠倒黑白,错判案件。

〔2〕 于光远:《关于社会主义立法和法制的几个问题》,载《法学研究》1978年“试刊”,第7页。

〔3〕 孙国华:《党的政策与法律的关系》,载《法学研究》1978年“试刊”。

〔4〕 陈守一、肖永清、赵震江:《学习毛主席的革命法制思想》,载《法学研究》1978年“试刊”,第16页。

〔5〕 韩铭立:《社会主义历史阶段必须加强法制——学习马克思、列宁关于法律的理论》,载《法学研究》1978年“试刊”。

〔6〕 陈守一、肖永清、赵震江:《学习毛主席的革命法制思想》,载《法学研究》1978年“试刊”,第19页。

〔7〕 郑理文:《实践是检验法学理论的唯一标准》,载《法学研究》1978年“试刊”,第23页。

刑法的细节,因为法律制定过程中的争论已经尘埃落定。而刑法的阶级本质是一个宏观问题,它不仅是前述法和国家关系的延伸,也是法的阶级性在刑法中的强化。在当时的学者看来,刑法的阶级性是不言而喻的,因此,有关两类矛盾、刑法平等、犯罪概念、犯罪客体、反革命罪、剥夺政治权利等问题的研讨,一直受到阶级观念的左右。而在今天的学者看来,这篇文章的政治分析虽然远多于法律分析,但作者娴熟而简练地达到了预期的论证目的,特别是对资产阶级法律本质的揭露,可谓非常深刻。不得不指出的是,在相当长的历史时期里,中国的法学者谈论法的时候,动不动就扯到“本质”上去,从而影响了对法的细节探讨。“本质”问题像帷幕一样遮挡了法的舞台,只要大幕不开,法就永远不能展现它的风采,当然,也永远不能暴露它的丑陋。

《法学研究》1979年第3期刊登了高铭暄先生^[1]的《一部闪耀着毛泽东思想光辉的刑法》。这篇以政治关键词连缀为题的文章,是中国刑法学史上浓墨重彩的一笔,是借助领袖话语进行学术表达、尝试学术回归的成功范例,也是那个年代一种独特的历史叙事。从反“右”开始,又经十年“文革”,空气中弥漫着“斗争气息”,视野内闪耀着“思想光辉”。解除思想禁锢,学会独立思考,决不是朝夕之事。当务之急是避免无谓的争论,及时完成立法工作。不仅如此,刑法通过之后,尚须让人们知法守法。而在当时,提升刑法在人们心中的地位,说明其正当性与神圣性的最佳方法,就是让刑法中的规定印证领袖的教诲、指示和思想。高先生10次引用“毛选”,以说明刑法的任务、两类矛盾的处理、惩办与宽大相结合的政策,而这些原本属于政治范畴的命题,正是通过法学者的艰苦努力,才步履蹒跚地转化为法律的话语。高先生作为历史中人,不可能脱离时代局限,但他确实是在有意而自觉地启动刑事法制的列车。高先生的文章还深刻反映出,当时中国法律工作者与政治的关系,全然不同于任何时代西方知识分子的境遇。^[2]思想浩劫之后,已经谈不上法学是否政治化,而是根本没有法学。在这种情况下,法律工作者的第一要务,就是将最基本的法制话语带入政治论坛,还来不及自我塑造为以法意为现实批判武器的法学知识分子。^[3]

《法学研究》1979年第3期上另一篇重要论文是陈春龙、刘海年合写的《略论反革命罪的构成》。该文在当时的政治气氛下对“思想无罪”作了勇敢的提倡,并且在不违背立法者政治诉求的前提下,利用学理解释,有力防范了政治罪名的滥用。作为一种

[1] 高先生是中国人民大学资深教授,从1954年10月至1979年7月,除工作停顿外,自始至终参加了我国第一部刑法的拟定工作。

[2] 有人曾经分析过“政治中的知识分子”“轻率的头脑”,叩问为什么同样是生活在铁幕背后的思想家,有些人会倾力抵抗威逼利诱,而有些人却同流合污,为现代暴政提供合法性辩护?(参见[美]马克·里拉:《当知识分子遇到政治》,邓晓菁、王笑红译,新星出版社2005年版,“序言”第2页。)

[3] 那些“为思想而活,而不是靠思想生活”的“疏离的知识分子”,那些“不大顺从通行的准则”,“渴望拥有根据自己的信仰和思考来行动的自由”的知识分子,不是沦为行业专家和技术官僚,就是“一反传统的社会批判立场,对庸人主义的社会改造工程乐观顺从”。(参见[英]弗兰克·富里迪:《知识分子都到哪里去了》,戴从容译,江苏人民出版社2005年版,“译者序”第3页,正文第29—32页。)

政治犯罪,反革命罪之根源在于政治,其锋芒在于敌人,因而易于以政治标准代替法律标准。既然镇压敌对阶级可以不要法律,判断谁是敌对阶级也就可以不要法律。可如果“谁是人民,谁是敌人”不是由法律确定的,那么“法律保护人民”就只能是一句空话,因为任何人随时都可能从人民沦为敌人。更何况,30年前人们判断阶级斗争形势的标准还是毛泽东1957年2月的论断:“革命时期的大规模的急风暴雨式的群众阶级斗争基本结束,但是阶级斗争还没有完全结束。”现在,犯罪终于有机会由刑法规定了,这让当时憧憬“依法治国”的法律学者有了参与立法的机会和解释法律的权利。这篇文章将“四人帮”骇人听闻的倒行逆施归结为没有定罪的规格和标准,进而总结说“这里讲的规格和标准,从法律的角度看,就是指犯罪构成”。虽然有了构成犯罪必须具备的条件^[1],但文章并未就此进入“什么是反革命罪”的论证,而是利用一个“三段论”进行“什么不是反革命罪”的说理:

大前提:没有哪种学说、主义能宣布自己已达到科学的顶峰,成为不许别人研究讨论而只能顶礼膜拜的偶像;

小前提:马列主义、毛泽东思想是一种科学学说和主张;

省略结论的三段论已然不俗,而“反对党和国家领导人不可以作为反革命罪”的主张则更加精彩。文章认为,个人和政权不是一回事,政治斗争和人事变动使得以人作为划分反革命的标准实际上就等于没有标准,所以应该明确一条基本原则:反革命罪的客体不能是个人,而只能是国家政权和制度,未侵犯这个客体的“一律”不构成反革命罪。不处罚人的单纯的思想活动,包括反动思想,这是我国刑法的原则。^[2]两位作者都不是专司刑法研究的,但这篇文章不仅论证充分,一气呵成,而且活现了“法学执笔,突破政治口授”的艰苦努力。

1979年9月,陶希晋先生在中央政法干校第一期法制宣教班上作了题为《学习刑法中的几个问题》的报告,随后刊登在《法学研究》1979年第5期上。报告概括了法学界的主要观点,点明了官方的刑法理念,巩固了拨乱反正的成果:第一,刑法既是对敌专政的,又是保护人民民主权利的,这就在刑法工具说之外,强调了刑法保护说和服务说;第二,阶级斗争虽然存在,但已不是社会的主要矛盾,今后要在法律秩序内搞阶级斗争;第三,一切危害社会的行为,依照法律应受刑罚处罚的,都是犯罪,客观行为之外,还要看是否存在故意或过失;第四,社会主义社会仍然存在犯罪,初级阶段还会相

[1] 刑法学者在这个问题上是很敏锐的,1979年第4期便跟进了樊凤林先生《谈谈认定犯罪的几个基本问题》的文章。该文认为,社会危害性是犯罪最本质的特征,认定犯罪,要依行为—客体—主体—主观条件的顺序。

[2] 思想如不付诸语言或文字,别人就无从知道,而一旦付诸语言或文字,则“说”或“写”的动作、行动、行为就可能进入法的领域。反革命宣传煽动罪就是这样的领域,所以,“思想无罪”只能是当时某些学者的幻想,而另一些学者很快粉碎了这种幻想。看一下欧阳涛、袁作喜在《法学研究》1982年第2期上发表的《谈谈同反革命宣传煽动罪作斗争的几个问题》就清楚了。

当严重;第五,法律面前人人平等虽是资产阶级的口号,但我们要把这面旗帜夺过来,赋予它新的革命内容;第六,社会主义民主,就是人民民主,是我国不可动摇的一个重要政治原则。陶先生曾任中央政法干校副校长、中央人民政府法制委员会常务副主任委员等职,1978年以后参加领导了刑法、刑事诉讼法等起草、制定和法制宣教工作,他所作的报告,在阶级斗争、法律平等、刑法作用等争议频仍的问题上,实际表达了暂时搁置争议、继续解放思想、共同忠于法制的官方立场。当年,刑法学作为一种“官学”,确实需要陶先生这样一位“学官”的适时总结。

(三) 领衔法学,初现繁荣

学科崛起,既是学者共同推进的结果,也是学者脱颖而出的依托。回眸1978—1987年间,陈兴良、欧阳涛、顾肖荣、崔庆森、袁作喜、杨敦先、金凯、郑林、陈宝树、廖增均、赵秉志、张明楷、张令杰等13位学者,堪称《法学研究》头10年的刑法风云人物,即便不重复计算合写的篇数,他们在《法学研究》上发表的论文仍有41篇之多。根据论文多少,我们暂且排定一个符合“形式公正”的座次,并且推定,文章优劣的“实体公正”已由编辑们落实了,并且落实得非常出色。《法学研究》当年慧眼所识的少壮英雄,陈兴良、赵秉志、张明楷,今天都是当行出色的人物,拥有举足轻重的学术地位,而在当年却都是十年窗下、目不窥园的书生。1984—1987年,陈兴良先生在《法学研究》上发表了5篇文章,平均1年1.25篇。^[1]即使在今天,这样的学术创作也是不可思议的。赵秉志先生1985—1987年在《法学研究》上发表了3篇论文,每年1篇,其励志刻苦、笔耕不辍由此可见一斑。^[2]张明楷先生1984—1987年在《法学研究》上发表了3篇论文,25岁起,文章已显波澜老成。^[3]

其他10位都是资历较老的学者,他们在《法学研究》上发表论文的情况是:顾肖荣4篇,杨敦先、金凯、郑林、陈宝树、廖增均各3篇,欧阳涛5篇(全部合写),崔庆森4篇(其中2篇合写),袁作喜4篇(其中3篇合写)、张令杰3篇(其中1篇合写)。^[4]还有两位德高望重的法学前辈,伍柳村先生和马克昌先生,其贡献和影响不能以《法学研

[1] 学刊编辑对学人影响巨大。陈兴良先生在其《学术自传——一个刑法学人的心路历程》中提到,“《法学研究》的历任刑法编辑不仅关心我所投的稿件,而且关注我的学术成长,提出中肯而殷切的期望,使我十分感动。记得第一次在《法学研究》上发表的《论教唆犯的未遂》一文,投稿以后,廖增均老师给我复信,提出修改意见,修改以后才发表。此后,王敏远先生主持刑法编辑工作,对我帮助也颇大。有次看了我的稿件以后,还专门给我写了一封长信,谈我的学术风格问题,鼓励我保持独特的学术风格以及写作风格,以免流俗。”(陈兴良:《走向哲学的刑法学》,法律出版社1999年版,第28—29页。)

[2] 赵秉志先生为中国刑法学会现任会长,与陈兴良先生同出高铭喧先生门下。

[3] 张明楷先生没有读过硕士、博士,且早年身在中南,远离京师,不占天时地利。后来,他远渡东瀛,师承德日,很快独树一帜,著述斐然,不数年,便移师京城煮酒清华了。

[4] 可以看出,作者中法学所的研究人员占较大比例,且合作较多。除了无庸讳言的地利人和因素外,的确有些特定的历史原因。比如,当时的院校师资还以教学为主,而社科院则专司理论研究,所以论文较多。法学所人员的合作也与后来兴起的“学生执笔,老师指导”有本质不同,当时法学所经常接受上级交办的研究课题,需要大家审慎商议,共负文责,客观上促成了较多的平等合作。

究》上的文章多寡论,他们的学术身世各自不同,但都堪称“苜蓿生涯,桃李天下”。孙飞、陈泽宪的两篇论文——1983年第1期的《运用刑法武器保护祖国文物古迹》与1984年第3期的《试析流氓犯罪类型》——获得“《法学研究》中青年作者优秀理论文章三等奖”,这在当年是令人称羡的殊荣。曲新久先生发表在1987年第5期上的《试论刑罚个别化原则》,在众多刑罚高论中当属洞见症结之作。彼时这位仁兄还是政法大学的硕士生,但已开始为刑事社会学派的“人身危险性”理论张目,通过“篡改”李斯特的名言“应受惩罚的不是行为,而是行为者”,将“犯罪者个人情况”巧妙引入刑罚的确定和执行过程。可惜,文章没能触及刑罚个别化所牵涉的真正难题,即自由裁量与罪刑法定的永恒矛盾。

1978年至1987年,《法学研究》共出版55期,刊登刑法学论文137篇,从目次上看,这些论文都比较靠前,不仅反映出刑法学当时位居显要,也佐证了陈兴良先生对这一时期刑法学的热情肯定:“经过了将近20年的寂静之后,随着我国第一部刑法的颁行,刑法学在各部门法学中一马当先,首先跨越了历史的断裂层,顾不得抹去长久的冬眠而残存在心灵上的噩梦,以一双不太适应的眼睛迎接理性的光芒,很快在法苑中立住了脚跟,恢复了大刑法昔日的自信,并睥睨着其他尚在草创之中的部门法学,俨然以老大自居。”^[1]老大刑法睥睨群雄、持盈保泰的资本是得天独厚的。首先,刑法的起草工作早在1950年就开始了,到1979年刑法颁布前已有近30年的积累沉淀^[2];其次,刑法制定虽一波三折,历遭法律虚无主义冲击,但“刑法是维护和巩固阶级统治的锐利武器”始终是说得出的理由,因而立法的举措再三启动;最后,1979年刑法的确立让人们欢欣鼓舞,情不自禁要讴歌法制的春天,虽不免对刑法的片面肯定,但谁又能说,这种充满政治热忱的律法主义,不是对今天重又流行的“信仰法律”的本能体认呢?

这一时期《法学研究》上的刑法学论文有两个鲜明特点:第一,涉及范围广泛。谈论个罪的共44篇,定罪量刑及刑事责任共29篇,共犯理论8篇,正当防卫与紧急避险共8篇,因果关系7篇,犯罪阶段和犯罪形态共7篇,犯罪构成、刑事政策与犯罪主观方面各6篇,罪刑法定与类推5篇,管辖和两类矛盾各4篇,还有一些关于犯罪概念、犯罪属性和刑法体系的文章。第二,内容分布不均。刑法分论畸多,加上刑罚论和刑事责任论^[3],占去总篇数的53%。这一格局说明,当时刑法研究侧重的还是工具性运用。在个罪论述中,涉及投机倒把在内经济犯罪的8篇,涉及贪污受贿的6篇,这无疑是当

[1] 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,“前言”第1页。

[2] 起草工作1956年因反右而停滞。1962年毛泽东说“不仅刑法要,民法也需要,现在是无法无天。没有法律不行,刑法、民法一定要搞”,于是1963年有了33稿,但又因四清与“文革”而中断,至1979年终于修成刑法(参见高铭喧编著:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,“前言”第2—4页)。

[3] 1978年至1987年,《法学研究》上定罪量刑的论文有22篇,涉及死刑、管制、缓刑、数罪并罚、剥夺政治权利、惩罚与改造、累犯、自首、加处、威慑、定罪依据、立功、两罚制、刑罚个别化等广泛的内容。

时经济开放和社会转型初期的真实写照;接下来是杀人、伤害共5篇,强奸、窝赃销赃各3篇,反革命和军职犯罪各2篇,这又无疑是“严打”运动的谋士策论。涉及爆炸、抢劫、诈骗、渎职、文物、走私、拐卖、流氓、传授犯罪方法、商标、偷税、生产、公文、假药、证券等犯罪的各1篇。

由此引出一个问题:谁最需要刑法?答案是:经济犯罪,反腐倡廉,严打斗争。这个答案今天依然适用。也由此引发一种危机:以刑法文本为支撑,以教科书为楷模,徘徊于低层次的法条注释,从体系到内容都囿于刑法的工具性运用,亟待理论层面的深刻反思。这种局面的成因首先在于,这一时期人们普遍认为,法制就是“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”,现在终于有了世界上最先进的刑法,只要认真执行之,就国泰民安、万事大吉了。其次,刑法研究数量上蔚为大观、欣欣向荣,但学术资源却多来自对文革前理论成果的追忆,追忆者又主要是文革后重回科研、教学岗位的法律工作者。知识背景决定了他们的总体法律观念:刑法历来是统治阶级名副其实的“刀把子”,目的就是打击敌人、保护人民。^[1]最后,新生的研究力量还在恢复不久的大学里含辛茹苦,或者刚刚走出校门为老一辈抄抄写写,正处于适应社会、积蓄力量的阶段,其中的优秀人物虽已崭露头角,但异军突起还要等到20世纪80年代后期。

我们无法复制历史,对当年刑法学的痛苦思索只能自作解人。1987年以前,刑法学的前行不是依靠学者自觉的推动,而是表现为一种自发的行动。就《法学研究》而言,前行的起点是淘汰非刑法的无谓纷争,比如,两类矛盾问题曾经窃据刑法论辩的焦点位置,在20世纪50年代已经如火如荼^[2],到了80年代仍然炙手可热,以至于1979年第5期竟然开辟了“专题讨论”,参与讨论的学者有造诣颇深的杨敦先先生。杨先生的《在实施刑法中区分两类不同性质矛盾的问题》一文中提出,不能说凡是构成犯罪的,凡是构成盗窃、放火等特定种类犯罪的,或者凡是犯了罪又被判了刑的,就都是敌我矛盾。1980年第4期上崔南山《也谈实施刑法和区分两类不同性质的矛盾》的文章,在“政治上是敌人的,在法律上不一定是犯罪分子;在政治上是人民的,在法律上并不是都不犯罪”的前提下,却得出了“犯有杀人、抢劫、放火、强奸等罪行并且情节严重的犯罪分子……应当以敌人对待”的结论。1981年以后,两类矛盾在《法学研究》上彻底“化解”了,而且是突然销声匿迹的。不知道究竟是学者们不约而同放弃了讨论,还是学刊编辑认为讨论没有意义?但有一点可以肯定,当年面红耳赤争论的两类矛盾,

[1] 但他们没有发现个中的悖论:敌人、人民,作为政治概念,不是刑法能够甄别的,却偏偏规定在刑法中。一旦政治甄别出敌人,刑法能做的就只是惩罚,而刑法想要保护的人民,理论上不应进入刑事领域。于是,刑法只有打击,没有保护。当打击成为直接手段而保护成了附带效果的时候,受到刑事追诉者自然被排除出刑法的保护之外。悖论没有解决,又带来了“刑法是政治的辅助工具”的暗示,其结果就是刑法为政治服务并且只为政治服务,从而忽视了刑法自身的合法性与正当性。

[2] 参见高铭喧主编:《新中国刑法学研究综述(一九四九——一九八五)》,河南人民出版社1986年版,第24—44页。

绝对是人们心中的大是大非问题,如不身临其境,很难理解它的历史意义;而一旦脱离历史,又何以评说它的学术价值呢?话虽如此,我们毕竟不愿看到,刑法学研讨的问题不属于本领域,或者会被历史迅即淘汰。

一边是构建刑法专业性的努力,一边是将法律思维推向大众的艰难。^[1]在正当防卫的问题上,学者的责任与历来的提倡在细节处形成微妙的冲突。80年代伊始,金凯先生就撰文探讨了正当防卫的界限问题。^[2]时隔3年,张景明先生在1984年第2期上举出了两个案例,其结论带有强烈的时代气息,今天的人们恐怕很难接受:一个结论是,在约定决斗中的一方提前偷袭时,对手的还击不属于正当防卫,因为决斗违法在先;另一个结论是,在喊话、鸣枪制止盗窃分子无赖后将其击毙,属于正当防卫,而法院认为这是故意伤害致死,“实属误判”。而更加带有提倡色彩的则是1987年第3期袁作喜《论我国正当防卫制度》的文章。该文提出了“便民正当防卫说”,针对一般违法行为、轻罪、重罪的分类设计了吓、毆、伤、杀四种“便民”的正当防卫手段,从而契合了见义勇为的主张。但是,我们很少听到学者们通俗地告诉公众:刑法有关正当防卫的规定,不能看作是对见义勇为的绝对豁免。见义勇为很可能踏入犯罪领域,因为刑法所谓“明显超过必要限度”,刑法学者尚且争论不休,民众更难知其就里,以致某些见义勇为者刚刚领受“勇敢市民”称号,就被检察院审查起诉了。^[3]

《法学研究》这一时期的许多变化是悄然发生的,如果不是有目的的“勘察”,还真是难以发现。比如,《法学研究》面世的头10年中,刊物上既未列明主编,也不注明作者身份,这在今天是难以想象的。推想起来,这种情形多半是由于当年集体主义隆盛,人们不太注重宣传个人,甚至把论文的写作和发表看成单位的成果。然而,随着西学

[1] 学者们在紧急避险问题上彻悟较快。《法学研究》30年间仅有两篇涉及紧急避险的论文:一是1985年第3期上高格的《论我国刑法中的紧急避险》,该文从叙述到观点都与当时通行的教科书没什么区别;二是1997年第4期上刘明祥的《论紧急避险的性质》,该文旨在冲击对紧急避险不加反思的褒扬,在28个注释的辅助下系统介绍了大陆法系和英美法系的紧急避险理论,评述了中国的通行观点。不仅否定了“义务说”,而且否定了“权利说”,尤其质疑了“有益社会说”,最后给出了自己的简短结论:紧急避险的存在不过是因为法律不能两全,对采取了紧急避险的人,不足深责,但也不足褒奖。

[2] 文章提到“马克思说,那种认为一个坏蛋在马路上海袭我,而我只能挡住他的打击,但不敢打他,如果打他就会变成侵袭者的说法,显然是十分荒唐的逻辑。列宁也曾说过,杀人的后果虽然是严重的,但是有的杀人……完全是正当的,甚至是必要的自卫。”(金凯:《试论正当防卫与防卫过当的界限》,载《法学研究》1981年第1期,第16页。)

[3] 最近的典型是“成都市民张德军见义勇为案”。2004年8月,有两人骑摩托车抢夺他人项链后逃跑。张闻讯驾车追至某立交桥,致逃跑者1死1伤。张获得“见义勇为奖”后,被死者家属和伤者诉至法院,要求科以故意伤害罪和民事赔偿。一审法院认为,张追赶的主观意图是扭送嫌犯,其行为合法正当,不承担刑事和民事责任。成都中院终审维持原判。四川高院有关人士指出,该判决社会效果好,可以弘扬社会正义,但见义勇为过程中如果故意违法,也将承担相应责任,因为“犯罪嫌疑人生命健康权也一样受法律保护。”争点在于张是否驾车故意撞翻摩托车?这与张是否具有抓捕、扭送的意图无关。如果张驾车撞翻逃贼,就属故意伤害行为。张被起诉后改变了说法,称其与摩托车无意中发生碰撞。各级法院采信了后来的说法。

东渐和法律专业群体的形成,也随着自我意识的提升,从1987年第4期开始,《法学研究》封二上列明了“主编吴大英,副主编刘瀚、梁慧星,编辑部主任张令杰”;也是从这一期开始,每篇文章的后面都以括号形式注明了作者身份和所属单位。^[1]再以后,作者姓名放在了标题之下,括号也改成了“*”注,职称、官职自然成了不可少的内容。

三、《法学研究》1988年至1997年的刑法学

叙述时段的划分,并不表明刀笔可以切出一个时代,更不容忍我们切除某段历史。因此,对1988以后刑法学的描摹,不得不始于更早的时期。那一时期刑法学是在两条路径上提升的:先是对刑法学现实的被动反思;后是对刑法学理论的主动突破。

(一) 回应现实,被动反思

对刑事政策的长考,属于前一路径上的反思,并且要追溯到20世纪80年代初。当时刑事政策的含义大不同于现在的解释^[2],主要是指在制定法律时必须以政策为根据,实施法律时必须以政策为指导。《法学研究》的多篇文章涉及三大刑事政策:惩办与宽大相结合、严厉打击刑事犯罪和社会治安综合治理。但实际上,三大政策最后归并为一个:“严打”。虽然惩办与宽大相结合的政策也有经典著述作为根据^[3],但既然“形势决定任务、方针、政策”,就必然要求“刑法要配合形势”。况且,“惩办”本来就在“宽大”前面,现在顺势置于实际的优先地位,而“宽大”则在不知不觉中消解了。^[4]社会治安综合治理的命运也大致如此,这一政策的本义是预防为主、重在治本。但在严峻的治安形势下,依法从重从快惩处刑事犯罪成了综合治理的首要一条。^[5]这样的历史氛围和理论铺垫,加之领导人的谈话^[6],自然会有“严打”的系列《决定》。而这些《决定》又都得到时论的统一礼遇:先说重大意义和主要内容,再说四化建设的需要,最

[1] 《中国法学》1984年创刊时即印明了编委会主任张友渔和编委会成员名单,但到1988年第1期才标明“中国法学会主办”以及社长兼总编辑,1989年第6期起标明作者单位。看来《法学研究》还是走在前面的。

[2] 参见梁根林:《解读刑事政策》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第11卷),中国政法大学出版社2002年版,第1—2页。

[3] 参见崔庆森、袁作喜:《论惩办与宽大相结合的基本刑事政策》,载《法学研究》1981年第3期,第37—43页。

[4] 参见王传生:《适用刑罚与适应形势》,载《法学研究》1981年第6期。

[5] 参见刘复之在六届人大常委会二次会议上的报告;学者对此也有共识,参见陈宝树:《关于‘依法从重从快’的几个问题》,载《法学研究》1982年第3期。

[6] 邓小平1983年7月在北戴河同当时的公安部长刘复之谈话时指出,刑事案件、恶性案件大幅度增加,几年过去了,这股风不仅没有压下去,反而发展了。主要原因是下不了手,对犯罪分子打击不严、不快、判得很轻。为什么不可以组织一次、二次、三次严厉打击刑事犯罪活动的战役?现在是非常状态,必须依法从重从快集中打击,严才能治得住。(参见刘复之:《“严打”就是专政》,载1992年1月13日《中国检察报》。)

后表示要认真学习执行,胜利完成打击任务,将斗争坚持到底。^[1]于是,现在颇遭质疑的“从重从快”,在当时理论界的一片欢呼声中高歌猛进了。

对“严打”的诟病,实在不是始于理性的反省,而是迫于现实的残酷。1983年的“严打”曾经初见成效,犯罪率显著下降,但不出两三年,犯罪回潮,来势更猛。由此陷入了“严打”、犯罪、“严打”的恶性循环,而且周期越来越短,成为国家和社会承受不起的负担,因为“严打”手段有上限,对超越临界点的犯罪不好处置。虽然从《法学研究》上看不出反思的开始,但却能看到集中的总结。1989年5月18日,在交通不便的情况下,法学所刑法室和《法学研究》编辑部仍然联办了“‘刑法改革与重刑’学术讨论会”,可见这个问题的重要性和举办者的号召力。根据1989年第4期上的《讨论综述》,“严打”所体现的重刑主义是个人权利屡遭漠视的结果,立法者迷信“乱世重典”,公众崇尚威慑报复,司法不能理性对待民愤。^[2]1991年,学者们再度提出:不问青红皂白一律处以严刑,只能事与愿违。杀一可以做百,杀千未必做百。同时,重刑不仅鼓励重罪,而且使罪犯及其家属心有不甘。^[3]遗憾的是,近20年的反思还处在“进行时”,宽严相济的主张尚未切实反映到立法和司法之中。^[4]

在云山雾罩的争论中找回争论的目的,也算是刑法学研究的一种提升方式。关于因果关系的争论,就具体而微地展现了这一觉醒过程。刑法学者曾长期执迷于一种哲学框架,烘云托月般地构建因果关系的海市蜃楼,80年代《法学研究》上竟有8篇相关论文。但从1990年开始,这个问题在《法学研究》上却沉寂了5年。争议主要集中在有无必要区分必然因果关系和偶然因果关系,不过各方论辩的武器不是刑法理论,而是领袖全集。^[5]人们沉浸在原因和结果、偶然与必然的概念游戏中,误以为只要移植

[1] 参见郑林:《运用刑法武器严惩经济犯罪》,载《法学研究》1982年第3期;欧阳涛、崔庆森、雷云:《论打击经济领域中严重犯罪的几个问题》,载《法学研究》1982年第5期;郑林:《严厉打击刑事犯罪活动》,载《法学研究》1983年第5期;崔庆森:《坚决打击经济犯罪活动是实现四个现代化的一个重要保证——学习〈邓小平文选〉的体会》,载《法学研究》1983年第5期。

[2] 为“严打”进行辩护者不是没有。1989年第6期《中国法学》刊登了何秉松先生的文章:《对我国刑事政策的再认识——兼论刑法修改的刑事政策问题》。文章认为,鉴于斗争形势,“严打”不属于重刑主义;不应废除和限制死刑,即使是针对经济犯罪;不能盲从世界潮流,不符合社会主义民主政治要求,不利于人民群众各项权利实现的,决不是严厉的刑罚,而恰恰是轻刑化。

[3] 参见曾庆敏:《论我国刑法指导思想——兼论“严打”》,载《法学研究》1991年第6期,第22—23页。

[4] 至于对刑事政策本身的细致研究,包括给出一个规范定义,比如“国家和社会依据犯罪态势对犯罪行为 and 犯罪人运用刑罚和诸多处遇手段以期有效地实现惩罚和预防犯罪目的方略”,或者给出一种规范分析,比如刑事政策意味着一种选择,等等,都已是90年代的事了。(参见储槐植:《刑事政策的概念、结构和功能》,载《法学研究》1993年第3期;陈兴良:《刑事政策视野中的刑罚结构调整》,载《法学研究》1998年第6期。)不过,对“严打”等刑事政策的争论,并不像《法学研究》反映的那样终结于90年代。21世纪争论才真正开始。(参见陈兴良主编《刑事法评论》第11卷,中国政法大学出版社2002年版,“刑事政策研究”专题和第12卷“严打研究”专题。)

[5] 《法学研究》上赞成区分必然与偶然者如1983年第4期上顾肖荣的《也谈刑法中的因果关系》;反对做此区别者如1982年第2期上周柏森的《研究刑法中的因果关系要以马克思主义哲学作指导》。

某些哲学论述,就能解决刑事案件中的问题,全然不敢想象哲学的思辨不一定满足刑法的要求。直到1989年第5期,王敏远先生提出了《对刑法中因果关系理论的反思》,重新审视那个被遗忘了的问题:因果关系对确定刑事责任具有怎样的意义?可以说,当年只有1篇文章不在王先生的反思之列,即1987年第3期上储槐植先生的《一个半因果关系》,因为这篇文章没有忘记争论的目的,没有脱离刑法的语境,并且始终坚持独立的思考。^[1]

1994年的两篇文章是因果关系问题的回光返照^[2],而其中何秉松先生的《论刑法因果关系——兼论刑法必然、偶然因果关系争论的终结》则宣告量子力学、生物进化之偶然性,“系统论、控制论、信息论、耗散结果论、协同论、超循环理论和混沌理论等一大批新兴学科都以自己的科学成就有力地驳斥了严格决定的因果观。”即使论证结论是正确的,这种论证方式也是不宜模仿的,因为它无暇或者无力于对“新兴学科”的深入研究,而是抬出一堆名词术语,以“科学”的名义,传檄、恫吓、围剿异见持有者。国人提倡科学和民主以来,用是否“科学”作为评价论敌的标准,实是再稳妥不过了。《法学研究》上也不时有人运用这一标准来指斥他人的论点“不科学”。^[3]而所谓“不科学”,时常就是“不马列”的代名词,说法不同,思维和论证方式是一脉相承的。“科学告诉我们”,实际上就是“科学告诉你”,隐含的逻辑显然是,“掌握科学的是我,我代表科学告诉你”。因信称义的“科学一旦成了意识形态,以此为旗号的人就可以自居唯一的正确,从而震慑论敌——与‘科学’对立的,除了谬误还能是什么?这就是‘科学’之所以能成为宗教、之所以比宗教更危险的原因所在。在‘科学’的名义下党同伐异,科学的精神就被阉割,就死亡了”。^[4]

(二) 洞悉危机,主动突破

本文所谓第二条路径上的刑法学提升,是对刑法学理论的主动突破。20世纪80年代中后期,一些中青年刑法学者开始坐立不安了,他们意识到刑法学面临的窘境:学术观点乏新,理论框架陈旧,既根源于刑法工具论的干扰,也受制于苏联刑法学理论的局限。“中国刑法学向何处去”成为一代刑法学人的焦虑与追问,而踏出第一声空谷足音的,是陈兴良先生1988年在《法学研究》第5期上的发轫之作——《刑法学体系的反思与重构》。根据陈先生记述,这篇文章“从刑法学体系的改造与完善的角度,进一步

[1] “研究目的”问题的早期提出,参见廖增均:《刑法学研究之目的及其发展趋势》,载《法学研究》1988年第1期。

[2] 陈信勇、张小天:《刑法因果关系理论的一个哲学基础》,载《法学研究》1994年第1期。文章内容没有超出王敏远先生反思和批评的范畴,它的意义仅在于再次警醒刑法学者,一种“万学之学”解决不了刑法中的特定问题。

[3] 比如,崔永星、李健夫在《法学研究》1981年第4期上谈《防卫过当和报复侵害的界限》时,就曾认为前面提到的金凯先生的文章“在理论上的科学性值得探讨”。

[4] 吴小龙:《理性追求与非理性心态——20年代非基督教运动评议》,载吴小龙:《细节的警示》,上海三联书店2004年版,第128—129页。

深化了罪刑关系的研究,并勾勒出了‘罪刑关系中心论’的刑法学体系的基本框架。经过长期的理论准备,将纷至沓来的思想线索付诸文字,终于形成了这部以《刑法哲学》为题的著作,以作为理论刑法学的一种探索”。^[1] 陈先生认为,《刑法哲学》在其理论著作中占有重要地位,是告别过去、走向未来的转折点,是弃旧图新之作。在陈先生看来,刑法理论之所以关乎命脉,就在于它揭示了支配刑法表象之“道”。这种“道”是刑法条文的灵魂与精髓,得刑法之道,方不至于尾随立法与司法,不至于因一部法律的修改甚至一个司法解释的发布,就使积年累月之心血顷刻变成废纸。^[2]

陈先生一再苛责自己的著作,并且从知识形态的角度对“刑法哲学”作了重新定位^[3],但我依然认为,《刑法哲学》是真正云起龙骧之作,它使刑法学理论登堂入室,而陈先生本人以及其他学者的后续著述,虽不乏观点的翻新,但都不过是依流平进,顺势而行,其震撼与影响皆不及当年《刑法哲学》的横空出世。^[4] 陈先生的几部鸿篇巨制都烙印在《法学研究》上:在反思、低迷、振作的曲线上,1988年的《刑法学体系的反思与重构》和1995年的《刑法的价值构造》无疑是它的两个端点。1992年第2期的《论刑法哲学的价值内容和范畴体系》是《刑法哲学》一书的底片;而1994年第4期上《刑法的人性基础》和1995年第6期上《刑法的价值构造》都是其同名著作的论纲。三部巨著,无一不是闷中肆外、萃萃大端。先生为人嘉言懿行,温雅宽和;为师冬日可爱,春风风人;为学焚膏继晷,经明行修;为文大舍细入,下笔成章。1988—1997年,陈先生在《法学研究》上有10篇论文(其中1篇合写)和1篇发言摘要^[5],不算那篇合写的文章,9篇文章均匀分布在9个年头里,每年一篇,显见先生的实力和编辑的认可。目送手挥之间,《法学研究》上已无出其右者。

1988年至1997年,不甘人后的学者们开始自觉圈定属于刑法学科的基石概念或基本范畴。正是有了这些概念和范畴,刑法学大厦才得以牢固构筑,刑法学才明确了

[1] 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年第1版,“前言”。

[2] 参见陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第14页。

[3] 陈先生自道不足者,一是对刑法注释学曾有偏颇之见;二是对体系性的钟爱与追求;三是对刑法知识形态缺乏整体把握,未能真正将注释刑法学与理论刑法学加以厘清。但《刑法哲学》确是具有里程碑的意义,它突破了既存的刑法理论,尝试了新的刑法学体系框架。(参见陈兴良:《刑法哲学》(修订2版),中国政法大学出版社2000年,“修订2版前言”第1页。)

[4] 当然,陈先生本人可能比较看重《刑法的人性基础》,因为它突破了实定法的樊篱,进行了自然法意义上的刑法哲学研究。而陈先生最得意的论文是刊载于《法学研究》1996年第2期上洋洋6万言的《罪刑法定的当代命运》,陈先生说:“在我本人的感觉中,这篇论文颇似一首交响乐,一个主题音乐开始微弱地出现,后来又发挥到极致,形成复调结构。一种音乐美冲击着我,使我的心灵感到战栗。此文的写作与发表,对我后来的《刑法的价值构造》一书的写作具有重要影响。”(参见陈兴良:《走向哲学的刑法学》,法律出版社1999年版,第29页。)

[5] 陈兴良:《法学家的使命——刑法更迭与理论更新》,载《法学研究》1997年第5期。陈先生说:“一个具有独立的学术品格的法学家,不当尾随立法、尾随司法,而应当超越法律,揭示那些隐藏在法的背后的规律性的东西。”

自己的专业领域,而不再依附、从属或者混同于其他学科。在这个“圈地运动”中,曲新久先生又抢先动手了,他在1991年发表了有关刑法学基本范畴的文章。遗憾的是,该文虽然罗列了罪刑法定、刑罚人道主义、犯罪、刑事违法性、社会危害性、刑罚、一般预防、特殊预防、犯罪人、人身危险性、罪刑相适应、量刑、行刑等一系列基石概念,但文章的旨趣却在于刑事责任,实际是作者青睐的刑罚个别化命题的延伸,所以概念内涵透析不够,只是让它们做了刑事责任的帮衬。马克昌、鲍遂献二位合写的《略论我国刑法上行为的概念》发表在1991年第2期上,文章探讨了刑法上的行为是否仅限于有意识的行为,是否包含危害结果,是否都是具有社会危害性和刑事违法性的行为。

有学者曾经尝试引入英美刑法中的某些概念,比如严格责任^[1],但这种引入多半无疾而终。与英美刑法的隔膜,有着理论来源和实践基础两方面的原因,中国刑法界对严格责任的讨论,正好反映了英美刑法舶来以后的命运。严格责任原是一种加于产品生产经营者的绝对责任,又是一种无罪过责任,由此与大陆法系的罪过责任有了天然隔阂。当初中国学者诉诸严格责任,是为了弥补立法疏漏,或者为模糊之处提供一种解释,比如刑法第330条“妨害传染病防治罪”的罪过形式就不甚清楚,以致形成“罪过形式的存疑条款”;再者,严格责任对有关幼女年龄的认识错误等疑难也有一定的解释力。但是,由于严格责任威胁了实体法中的罪过责任原则和程序法中的控方举证原则,在中国刑法领域一直没有立稳脚跟。这里还有一个概念引入的必要性和妥帖性问题:严格责任固然可以解释一些问题,但这些解释是否必须借助一个全新的概念?如果既有的概念也能达成同样的解释,那么,引入一个全新概念就是多余的。如果引入的概念已经是南箕北斗,那就只会造成无谓的混乱。

在《法学研究》的刑法学历史上,不能没有王敏远先生发凡起例的8年述评。从1995年开始,每年第1期上都有“中国法学研究回顾”专栏。王先生以其披沙拣金的功夫,对上一年的刑法学进行述评。述,则薄物细故,见微知著;评,则大处落墨,提纲挈领,其春秋笔法令人心慕手追。王先生提出:讨论有待具体、深入,比如,刑法观念的转变虽然众口一词,但如何变革却少人论及;在无法大量涌现新的刑法学派的时代,基础理论研究确实难有突破,但现实肯定需要有人做艰苦而深入的研究^[2],并且要对隐含的问题进行探讨,比如民意基础,不能背离理论界应有的冷静与反思的学术品格;再如,刑法学研究不能自命不能完成的任务,就反腐问题而言,要分析社会发展是暴露了腐败,还是制造了腐败,要揭示刑罚是一种极为有限的资源,不可以任意挥霍;研究问题不能脱离中国语境,更不能以“中国特色”为名刻意维护某些具体制度。王先生不同意“刑法学长期以来在表面繁荣之下隐蔽着的萧条和理论底气不足的局面始终未能得到较大改观”,而是认为“刑法学界自80年代中期以后,逐步从解释刑法学向批判型及

[1] 刘生荣:《论刑法中的严格责任》,载《法学研究》1991年第1期;王晨:《我国刑法规定了严格责任吗》,载《法学研究》1992年第6期。

[2] 王敏远:《一九九四年“刑法学研究述评”》,载《法学研究》1995年第1期,第35页。

建设型的理论刑法学的努力,应当看到其成绩是显著的。尤其是90年代以来,刑法学界的诸多有识之士的勤奋耕耘,使我国的刑法理论达到了一个新的高度,成果累累,不胜枚举。”〔1〕

在《法学研究》的第二个10年里,陈兴良、赵秉志、廖增响、崔庆森、顾肖荣、张明楷、陈宝树等7位学者续写了他们的辉煌;而侯国云、储槐植、游伟、陈泽宪、冯锐、贾宇等6位学者则成为《法学研究》上的新贵。赵秉志先生有8篇论文(其中4篇合作),而1996年第5期上那篇有关刑法修改的文章,是对1979年刑法鞭辟入里的分析和对1997年刑法举其要端的建言,该文共52页,几乎是《法学研究》上最长的论文。〔2〕廖增响女士有6篇论文(其中2篇合作)。侯国云先生与游伟先生都有5篇文章入账,不过分别有2/5和4/5的折扣。储槐植先生有4篇文章,不仅都是独著,而且能够陈言务去,字斟句酌,击碎唾壶,曲终奏雅,而储先生却只说“做学问,写文章,不容易,真辛苦”,“多想超越自我而少想超越他人”。〔3〕崔庆森先生有4篇论文(其中1篇合作,1996年的那篇是依据崔先生去世前的手稿整理的)。陈泽宪先生有4篇论文(其中1篇合作)。冯锐女士有4篇论文(其中2篇合作)。发表3篇论文的有顾肖荣、张明楷、贾宇(其中1篇合作)、陈宝树(其中2篇合作)、王勇(其中2篇合作)等5位先生。

(三) 理论先行,实践缓进

虽有储槐植、陈兴良、赵秉志、张明楷、陈泽宪等优秀学者的理论先导,但观念的整个前进速度,往往是以制度群体中的缓进者为标准的。就像在拥挤的车流中,最慢的一辆车基本上决定了整个车流的速度。于是我们看到,1988年至1997年,刑法的工具性依然重要,刑罚论和个罪论依然是《法学研究》的热点。根据统计,涉及刑罚方面的论文共计33篇,其中有许多新的话题,比如以罚代刑、从重处、保安处分、刑罚配置〔4〕,谈论个罪的文章更是可观,总计有50篇之多,仍然呈现此前10年“经济犯罪,反

〔1〕 王敏远:《一九九七年“刑法学研究述评”》,载《法学研究》1998年第1期,第147—148页。

〔2〕 参见赵秉志:《刑法修改中的宏观问题研讨》,载《法学研究》1996年第3期;赵秉志、赫兴旺、顾茂昆、肖中华:《中国刑法修改若干问题研究》,载《法学研究》1996年第5期。另有陈正云:《刑法的缺陷及其解决》,载《法学研究》1996年第3期;文海林:《刑法分则结构及其理论基础》,载《法学研究》1996年第4期;全理其:《刑法增设新罪的基本原则》,载《法学研究》1996年第5期。许多好的建议未被立法采纳,并不证明这个建议不好,比如财产刑的正当理由等,都是远见卓识之论。如阮齐林:《论财产刑的正当理由及其立法完善》,载《中国法学》1997年第1期。

〔3〕 储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,“自序”第1页。储先生在“自序”中谈了自己作为学者的三点贡献:一是总结出英美刑法的双层次犯罪构成理论结构;二是提出刑事一体化;三是提出“严而不厉”的刑法结构是现代刑法的核心问题。

〔4〕 参见陈泽宪:《经济罪案中“以罚代刑”的成因及对策》,载《法学研究》1990年第3期;吴振兴:《试论“从重处断”原则》,载《法学研究》1993年第6期;屈学武:《保安处分与中国刑法改革》,载《法学研究》1996年第5期;卢建平、苗淼:《刑罚资源的有效配置》,载《法学研究》1997年第2期。

腐倡廉,严打斗争”的论文格局^[1]:包括财产犯罪在内的广义经济犯罪20篇,贪污受贿犯罪17篇,渎职犯罪和知识产权犯罪各3篇,扫黄打非2篇,涉及反革命、杀人与伤害、强奸、走私、文物、动物保护等犯罪的各1篇。^[2]此外,20世纪90年代初,国际刑法逐渐备受关注,短短几年间,相关论文即有7篇之多,以廖增响、赵秉志、张智辉等学者为研究主力。^[3]而21世纪伊始,随着中国社会科学院国际法研究中心的设立,国际刑法学的一个重心有望形成。

1988年至1997年,《法学研究》上共有179篇刑法学论文,比上一个10年增加了50余篇。从内容上看,1994年前后的论文档次有所降低,出现了一些以法条注释和案例分析为主的短文,虽说这类文章对理论联系实际也有积极意义,但确实降低了刑法学研究的专业水准,不利于理论的深入推进。^[4]从档次上看,90年代中期刑法学论文的位置已经靠后了,1995年第4期上竟然没有刑法学论文。从消极方面说,此前的刑法学研究沉疴已久——尽管陈兴良先生等已经开始对症下药——但终究还是宿疾发作,特别是对个罪的研究,受教材泛滥的影响,长期徘徊在“案例套课本”的水平上。^[5]从积极的方面说,各法律部门全面发展,结束了刑法一枝独秀的局面。这未始不是一件好事,因为学科比重取决于社会总体发展,刑法学的相对萎缩正是社会生活走向常态的标志,而常态生活不能靠刑法维持,或者说主要不靠刑法维持。刑法学研究也决非山穷水尽,学者和编辑在反省、彷徨、等待的过程中,不断积淀理论、酝酿佳作。韬光养晦之后,相信很快会在更高的层次上找回老大刑法的自信。

论文的学科布局无疑深受社会发育程度的影响,而某一学科论文的内容则与时事

-
- [1] 可资比较的是,《中国法学》1984年至1997年间刊载刑法学论文153篇,其中涉及经济犯罪33篇、严打斗争17篇、反腐倡廉11篇、刑罚论9篇。
- [2] 这一时期个罪的讨论因世易时移而乏善可陈,值得择要列举的倒是些非主流话题,比如储槐植:《我国刑法中犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》1988年第2期;陈宝树:《社会主义初级阶段与刑法观的更新》,载《法学研究》1989年第2期;张智辉:《论刑事立法的明确性原则》,载《法学研究》1990年第6期。
- [3] 参见赵秉志:《关于两岸合作惩治海上犯罪的初步研讨》,载《法学研究》1992年第3期;林欣:《论国际刑法问题的新发展》,载《法学研究》1992年第4期;张智辉:《论国际刑法中的普遍管辖》,载《法学研究》1992年第5期;廖增响:《国际犯罪与我国刑法完善》,载《法学研究》1996年第6期。
- [4] 换个角度也可以这样说:《法学研究》原本就不应由少数学者把持,而应成为法律的民主论坛。1994年前后,《法学研究》刑法论文的撰稿人已经遍及全国多所大学,包括上海大学文学院、浙江和山东的公安专科学校等,还有“两高”、北京高院、江苏省检、北京海淀法院、河南省检察院信阳分院、内蒙巴盟法院和检察院等实务部门,以及江西省龙南县律师事务所的律师和中国银行的工作人员。
- [5] 1979年刑法诞生后的20年间,促成刑法学繁荣又加速其衰落的,是一浪高过一浪的教材编写热潮。师生齐动员,共同编教材,形成“天下教材一大抄,抄来抄去都糟糕”的局面,由此滋养的“主编文化”,流弊深远,贻害无穷。首先,将他人成果信手拈来,还自觉天经地义,以致公然剽窃,恃众无恐;其次,滋生一种独特的“学术传销”,剥削下手,僭越自肥;再次,利用行业优势,垄断发行渠道,将编书做成生意;最后,鼓励万本一宗,轻贱学术,鄙夷创见,一边是洛阳纸贵,一边是废纸如山。好在这种局面因陈兴良先生的《本体刑法学》和张明楷先生的《刑法学》而大为改观。

有着某种关联,其关联程度更多取决于学刊的风格和编辑的品味。当然,不同的学术载体与时事的距离也是有差异的,报刊和声像要贴近一些,期刊和书籍要疏离一些。随手的翻阅便可证实,“山雨欲来风满楼”的景象曾经充斥 1957 年的《政法研究》。连篇累牍的揭发批斗,完全是一种将“政法研究”转化为“政法批判”的积极努力,但这一持续 10 年的努力最终没能挽救《政法研究》1966 年覆灭的命运。相比之下,1989 年至 1990 年的《法学研究》却显得异常平静,从形式到内容都看不出当时的东海扬尘。这既得益于历史的经验教训,也反映出法学在 20 年前已初具学术独立的品格。作为法学期刊,《法学研究》自有其局限,由于写作发表的周期较长,它不可能太靠近理论前沿,也不可能争论时尚热点,不过理论的稳健和厚重也正是它的长处。^[1] 20 世纪 90 年代,中国发生了巨大变化,最终认可了市场经济的提法和运作。这对社会各方面都产生了微妙影响,就连《法学研究》这样“清高”的学刊,1994 年第 2 期竟然为律师事务所做了一则广告。好在《法学研究》与这种“市场行为”只有一日之雅。

1988 年第 6 期,《法学研究》作了重大人事调整,李步云先生任主编,张令杰任副主编。从 1994 年第 3 期开始,主编改为王保树先生,副主编张广兴先生,新任社长张新宝先生。此时,刊物第一次列明了责任编辑及其主管领域,王敏远先生负责刑法学、刑事诉讼法学和犯罪学。由于 90 年代初全国各高校开始出现职称评定的热潮,而在“核心期刊”上发表论文成为学术成果的重要标志,于是,投稿铺天盖地而来。每一份稿件都凝结着一份心血,也寄托着一份期待。十步芳草,不忍割舍。1995 年 5 月出版的一期“增刊”似乎不解决什么问题,索性从 1996 年第 1 期起大幅增容,从 96 页增至 160 页,2004 年起又换成了大开本。经过 20 年左右的努力,《法学研究》已是万流景仰的法学龙门,“中国社会科学院优秀期刊奖”、“新闻出版署‘首届中国期刊奖’提名奖期刊”^[2]等各种殊荣也接踵而至。自 1999 年第 1 期起,梁慧星先生任主编,张广兴先生续任副主编,自 2003 年第 1 期起兼任杂志社社长。2002 年第 5 期增加张志铭先生为副主编,至 2004 年第 5 期由冯军先生接替至今。

四、《法学研究》1998 年至 2007 年的刑法学

在这个以时段的叙述单元中,不仅要理出最近 10 年刑法学的研究头绪,而且不得

[1] 比较而言,某些刊物关注时势要多一些,比如,《中国法学》1989 年第 5 期刊登评论员文章:《正本清源,繁荣法学》,并且登载了肖蔚云、康希圣、孙国华、周道鸾、高铭喧、佟柔、柴发邦、王景荣诸先生在 1989 年 8 月 5 日司法部和法学研究会联合举行的座谈会上围绕“在法学领域坚持四项基本原则,反对资产阶级自由化”话题的发言。在小平南巡讲话后,《中国法学》1992 年第 3 期刊登评论员文章:《法学界必须进一步解放思想》,1997 年第 2 期刊登评论员文章:《学习邓小平崇高革命精神,高举邓小平伟大理论旗帜》。

[2] 在这类评奖活动中,《中国法学》显然更有优势,它获得的是“首届全国社会科学期刊优秀期刊奖”。

不塞进一些超越时段界限的贯穿性话题。

(一) 信仰刑法,追问根基

从前文的相关述评中不难看出,《法学研究》第二个10年的理论先锋是陈兴良先生。而最近10年,陈先生在《法学研究》上又发表了6篇文章,继续做出卓越的理论贡献。其中,以2000年第1期上《社会危害性理论——一个反思性检讨》一文最具颠覆意义,它有力论证了源自苏联的“社会危害性理论”与“罪刑法定原则”的本原性冲突。^[1]而在2007年第5期上,陈先生又以《主客观相统一原则:价值论与方法论的双重清理》为题,揭示了特拉伊宁对古典犯罪论体系的虚妄批评和指责,指出他对人类学派、社会学派的批判纯属不着边际、偷换概念、上纲上线,甚至是对学术文风的败坏。陈先生认为,一存俱存、一损俱损的“四要件”犯罪构成,其客观要件和主观要件互为论据、循环论证,是政治正确、似是而非的诡辩。其随意的排列组合恰好说明它们之间缺乏逻辑关系,这为苏联和我国刑事司法的混乱埋下了祸根。依照这种犯罪构成理论,从归因到归责的转换,是通过实质性的政治意识形态,即社会危害性的判断加以解决的,而社会危害性又恰恰是处于犯罪构成之外的,所以这种实质判断往往导致对犯罪构成本身的否定。陈先生强调,要以法益原则和责任原则取代主客观相统一原则,以规范的理论内容取代空洞的政治说教,彻底肃清苏联刑法学的毒素,引入构成要件该当性、违法性、有责性的犯罪论体系,其最终目的在于维护刑事法治,捍卫刑事法治的至高原则——罪刑法定。

着眼于刑法学最近10年的大势,愚以为理论殊荣应当给予张明楷先生。自1999年至2007年,张先生在《法学研究》上发表了7篇论文,不但数量上独占鳌头,而且内容上独辟蹊径。归纳起来,张明楷先生所有立论的一个基点,就是被他奉为圭臬的格言——法律不是嘲笑的对象。在张先生看来,很多法学者“不勤于解释法律而善于批评法律,不仅背弃了自己的使命,而且降低了法律的权威。‘法律必须被信仰,否则它将形同虚设。’既然信仰法律,就不要随意批判法律,不要随意主张修改法律,而应当对法律进行合理的解释,将‘不理想’的法律条文解释为理想的法律规定。”^[2]《法学研究》2002年第1期上的《受贿罪的共犯》、2004年第2期上的《论三角诈骗》和2006年第3期上的《罪过形式的确定——刑法第15条第2款“法律有规定”的含义》,都是解释学意义上的典范之作。在承认法条有效性的基础上,赋予注释法学以新的含义,不是曲解法律或者逢迎漏洞,而是赋予僵硬的法条以鲜活的理性,不是受制于教科书的讲解,而是以普适的理念为依托,对刑法的历史发展和学说流向进行分析后,再对刑法

[1] 可为参照的是,陈先生在《中国法学》2006年第4期上将自己六、七年间对社会危害性理论的冷静审视,转化成激情澎湃而又力透纸背的“批判性清理”,旨在“彻底清算苏联刑法学的影响,为我国刑法学期许一个美好的未来”。

[2] 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第3页。

规范的利弊进行判断。^{〔1〕}

张明楷先生的另一理论贡献是,基于“心中永远充满正义,目光不断往返于规范与事实之间”的解释理念,以刑法规范为根据,以学派之争为主线,对刑法学的一系列重大问题,比如客观主义、实质的解释论、结果无价值,都展开了深入研究,并且表明了基本立场,旨在促进中国刑法学派之争的形成。《法学研究》1999年第3期的《“客观的超过要素”概念之提倡》、2000年第1期的《新刑法与法益侵害说》和2005年第1期的《严格限制结果加重犯的范围与刑罚》,都是张先生积极倡导学派之争的努力。张先生认为,“法律的解释并非真理的判断,而是价值的判断,不能被事实证伪,难以被实践检验,所以,我不得不时常以怀疑的眼光审视自己的观点。人文科学的研究,并非一种独白的个别行为,而是需要对话与沟通,需要学术批评。”^{〔2〕}

故此,学派之争可以驱使学者寻思他人学说的实质,追问自己观点的根基,发现刑法解释的奥妙,领会刑法解释的方法;学派之争可以通过学术批判将理论研究引向深入,使学者不至忽视自己的具体观点与基本立场之间可能的冲突,从而保持基本立场的协调一致;学派之争还可以使刑事立法更为完善,使刑事司法更趋公正。^{〔3〕}张先生雅人深致,深藏若虚,为文条分缕析,涉笔成趣,虽无硬语盘空,自能如汤沃雪,发蒙振落。有趣的是,30年的刑法学的《法学研究》之路,恰好由张先生以《规范的构成要件要素》一文在2007年第6期上树立了一块里程碑。不过,值得注意的是,张明楷先生的理论中有强调实质解释的一面,似乎与陈兴良先生侧重强调的刑事法治形式的一面有某种内在的冲突。这或许是下一阶段理论碰撞的地带。

最近10年来,《法学研究》人才辈出,观点纷呈。在1998年第3期上,周光权先生曾经尝试“解构”传统理论。从《公众认同、诱导观念与确立忠诚——现代法治国家刑法基础观念的批判性重塑》一文看,所谓“解构”,实际是要颠覆刑法工具主义。工具主义原本也可作为刑法的根基,但必须满足一个预设前提:统治阶级与国家能够提供刑法是否“良好”的判断标准;如果没有这个标准,而仍要确立其判断的真实性与权威性,就必然强使国家标准转化为公众普遍而绝对的守法义务,必然重视镇压工具的物质成分和统治艺术的技术因素,必然忽视刑法的精神、意识与观念等的价值意义,因而无助于法治生成,只能导致强制认同和一体遵守,最终走向暴政与专制。结论只能是,转换审视刑法的视角,从非国家的角度重新审视刑法并由此确立新的刑法观念和刑法制度。唯其如此,刑法才有可能得到公众认同,才能在各利益集团长期共存的基础上,最终确立公众对刑法的忠诚。

〔1〕 集张明楷先生刑法解释论之大成者,当属其《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版。关于对张先生的学术评价,我曾聆教于王敏远先生。王先生不仅释疑解惑,而且认为与张先生风格相近、功底相当的学者是阮齐林先生。

〔2〕 张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,“第二版前言”第2页。

〔3〕 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,“序说”。

邱兴隆先生 1998 年第 6 期上的《撩开刑罚的面纱——刑法功能论》是一篇引人注目的文章,原因不仅在于邱先生对刑罚哲学的独特思考,而且在于他二度困囿的人生传奇。陈兴良先生曾以感喟的笔调,描述了与这个“不可克隆的”、“绝不平庸的”邱兴隆的学术交流和个人交往,并且咏叹了世态、际遇、选择、奋争、回归等主题,堪称一篇独特的学人传略和学术感言。^[1]

大凡作论,或重在提问,或重在解题,得其一者堪称佳作;但蹈常袭故者不重视提出有价值的问题,而只在大帮哄的问题上陈陈相因。张绍彦先生可谓特立独行,他在 1999 年第 5 期发表的《犯罪与刑罚研究的基础及其方法》,将我们引向那个困惑人类几千年的“天问”:犯罪和刑罚,鸡和蛋谁先有?隐含的问题是:国家是否通过刑罚的设定而在一定程度上制造了犯罪?在张先生心目中,答案自然是肯定的,并且从字里行间我们感觉到,国家在与犯罪的关系中,经常扮演不太光彩的角色。张先生用“同步发展”破解罪与罚的关系,又借“手艺”一词,将国家对犯罪的认识从毋庸置疑的地位拉回到决策科学的层面,以便人们共同讨论。犯罪学有无“专业槽”?“专业槽”的利弊?我们津津乐道的某些“较新”认识,真的较新吗?犯罪的实证研究如何起步?我们的犯罪学研究是否具备了能够保证结论真实与科学的概念前提?正是这一系列的追问,使这篇文章在为数不多的犯罪学或者侧重犯罪学的论文中成为探骊得珠之作。

我们赞赏和褒扬某些学者的突出贡献,决非否认学术繁荣有赖于学术群体的共同努力,而这种努力在刑事法治的旗帜下越发显得空前的一致。1998 年至 2007 年,《法学研究》刑法论文排行榜上的前 7 位是:张明楷 7 篇,陈兴良 6 篇,周少华 5 篇,周光权 4 篇,冯亚东 4 篇(其中 1 篇合作),王世洲 3 篇,储槐植 3 篇(其中 2 篇合作)。这一时期《法学研究》共有刑法学论文 100 篇,数量上虽然相对减少,但格局上却气象一新。其中,个罪研究 13 篇,刑罚问题 9 篇,主观方面 8 篇,罪刑法定 7 篇,犯罪构成 7 篇,刑法观念 5 篇,犯罪概念 5 篇、主观与客观、研究方法各 4 篇,社会危害性理论、共同犯罪、单位犯罪、刑法解释各 3 篇,刑事责任、犯罪形态、罪名、推定问题、刑事政策各 2 篇,国际刑法、正当防卫、经济犯罪、刑法不典型、不作为犯罪、目的刑法、人身危险性、刑事法律关系、刑法的经济分析、犯罪及其控制、附属刑法、被害人承诺、犯罪对象等各 1 篇。

从论文的内容构成看,《法学研究》最近 10 年的刑法学研究呈现七大要点:一是摒弃了刑法工具主义,力倡刑法的精神气质;二是倾向基础理论的研究,宏观微观齐头并进;三是在理论层面解释个罪,不轻易赞美,也不轻易苛责刑法的具体规定;四是打破学科藩篱,广泛引入学术资源;五是认识到方法往往决定成败,开始关注刑法研究方法本身;^[2]六是继续引介欧美的刑法理论,尤其是德日法学大师们的著述;七是通过沉

[1] 参见陈兴良:《〈关于惩罚的哲学——刑罚根据论〉代序——我所认识的邱兴隆:其人其事与其书》,载陈兴良:《法外说法》,法律出版社 2004 年版,第 98—113 页。

[2] 早在 20 世纪 80 年代末,已有学者提出研究方法问题。参见曹子丹、薛瑞麟:《刑法学研究方法刍议》,载《中国法学》1988 年第 3 期。

默来表达对某些司法现实的看法,很多喧嚣一时的事件,在《法学研究》上反倒不见踪影。由此看来,王敏远先生10年前对刑法学“理论上”的期待,正逐步在《法学研究》上转化为现实:“刑法学基础理论的发展一直备受本刊关注……这是刑法学发展及成熟程度的一个标志……不仅有助于使刑法学摆脱现行刑事立法和司法的附属地位,而且有助于生成并发挥刑法学和刑法学家的理性批判精神及其价值。”^{〔1〕}

(二) 世纪话题,文明阶梯

20世纪80年代初的学者可能想不到,死刑存废在20年后竟然成为一个世界性的、跨世纪的话题。现在的死刑保留论者可以骄傲地在1980年第1期的《法学研究》上找到他们的基本立场:一是目前不废除死刑;二是尽量减少使用死刑。作为这一立场的代言人,葛平、王洪谷在《谈死刑》一文中表达了对死刑的理性容忍:我国有限制地保留死刑,决定于当前严峻的阶级斗争形势和猖獗的犯罪状况。不过,“废除死刑超越历史条件”的说法,实际隐含着“历史终将废除死刑”的论断。不仅如此,通读全文,能够感受到作者对死刑的强烈反感:死刑是不得已而为之;杀人越少越好,少杀是我国的一贯政策;企图以多杀人来维持其统治,其结果只能适得其反;从政治效果上,少杀可以获得社会各界的支持,可以争取犯罪分子的家属和亲友;在思想上,必须肃清极左路线的影响,克服判得越重越革命、杀得越多越坚定的错误认识。今天看来,正是这些限制死刑的理由,不仅衍生出死刑废除论者更多的说辞,而且仍然显露出死刑保留论者一贯秉承的思维模式。^{〔2〕}虽说《谈死刑》一文的作者较早认识到,国际上将死刑同保障人权联系在一起,但在当时多数中国学者看来,人权也好,人道也罢,都是带有浓厚阶级色彩的东西,超阶级的、抽象的人权和人道是不存在的,犯罪活动侵犯了大多数人的利益,是最不人道的,是严重地侵犯人权的,对极少数罪恶特别严重的处以死刑,正是保护广大人民群众的人权,充分体现了革命人道主义精神。

如果我们今天仍然固守这种立场,那就永远不会有对死刑存废理由的概括和反思。废除死刑的理由:死刑并不比终身监禁具有更大的威慑力,每当一起谋杀案发生时,死刑作为一种威慑就失败一次;死刑断绝了犯罪人悔过自新的道路,即使没有死刑,许多人也不再杀人;死刑是残酷的非理性的报复,也是不尊重生命的表现,而民众支持死刑,有时盲目崇尚复仇,完全是由于他们不了解反对死刑的理由;死刑错用后无可挽回并且主要适用于穷人;死刑给我们带来引渡等国际司法合作上的困难,并且在

〔1〕 王敏远:《一九九八年“刑法学研究述评”》,载《法学研究》1999年第1期,第134页。

〔2〕 参见陈宝树:《死刑问题研究》,载《法学研究》1985年第3期;崔庆森、廖增均:《限制死刑与慎用死刑》,载《法学研究》1989年第2期。《法学研究》1985—1989年对死刑的讨论,停留在“限制但保留”的层面上,理由也与1980年没有大的改变。8年后,对死刑存废的思考开始上升到理性高度,不再简单地提倡废除死刑,而是充分量度了中国的现实与民情对死刑的需要甚至依赖,以务实的精神探讨死刑的替代手段。(参见梁根林、张文:《对经济犯罪适用死刑的理由思考》,载《法学研究》1997年第1期;贾宇:《死刑的理性思考与现实选择》,载《法学研究》1997年第2期;梁根林:《公众认同、政治抉择与死刑控制》,载《法学研究》2004年第4期;田禾:《论死刑存废的条件》,载《法学研究》2005年第2期。)

人权问题上授人以柄。然而,有趣的是,所有废除死刑的呼吁同时为保留死刑提供了依据:死刑具有最大的威慑力,因为乐生恶死是人的最大本能,如果没有死刑,谋杀会更多,至于死刑的威慑力,只能列举其失败,无法列举其成功;死刑可以从根本上防止再犯,如果没有死刑,就意味着再杀一个狱警也没关系;死刑作为对杀人者的报应,是社会正义,也是对被害者及其家属的公正,而网上民意显示,公众在知道反死刑的理由后,更多的是谩骂而不是同意;任何刑罚都有错用的危险,都是无可挽回的,至于死刑适用的歧视性,那是执法问题,不是制度问题;死刑是一国的需要,不是与外国交易的资源。当然,还有一些值得讨论的问题,比如,死刑对独生子女家庭的影响,死刑的成本如何核算,等等。

陈兴良先生曾经说,只有人道主义,才是废除死刑的底气所在,而将死刑导向穷途末路的,只能是国家的成熟和人类尊严的提高。美国的大法官似乎更富于激情:“一个国家的伟大,正在于危急时刻仍能保有同情。在有文字记载的人类历史上,任何国家都没有比我们更伟大的传统:在动荡、混乱和紧张状态下,仍能尊重所有公民的正义与公平待遇。在认知人类的人道性的过程中,我们给予自己无上的褒奖和颂赞。在走出野蛮的漫漫长路上,我们到达了一块重要的里程碑,我们和世界上其他约70个司法区域一起,通过避免死刑,来赞美对文明与人道的崇敬。”^{〔1〕}这里必须说明的是,将死刑问题单独纳入对《法学研究》刑法历程的考察,不是因为它在《法学研究》上或者在刑法学中占有多么重要的地位——我甚至认为,死刑与其说是一个刑法问题,不如说是一个政策问题——而是因为以下两个理由:其一,死刑问题贯穿于1980年第1期和2004年第4期的《法学研究》上,是一个跨越世纪、启迪民智、检验文明的话题;其二,《法学研究》死刑问题的讨论,反映出学术期刊回应时局能力的有限性,而报刊对死刑会议研讨观点的汇集和扩散,是学刊上的“研究述评”无法企及的。以此为标本,可以探讨当今法学知识集散的途径问题。

(三) 罪刑法定, 犯罪构成

鉴于以下理由,将罪刑法定和犯罪构成两个话题在此一并叙述:第一,按时段的述评适合两类矛盾等时代痕迹明显的问题,不适于罪刑法定等贯穿全局的原则,否则会有支离破碎的感觉;第二,贯穿性话题只有贯穿起来,才能看出它的浮沉抑扬,尤其是,对一个问题的讨论原本可以连绵不断,比如犯罪构成,突然中断了许多年,对此,我们不应视为学说史的一种“空白”,而应看作学说史的一种自述,唯此才能体会和把握比较完整的学说史;第三,考察一个贯穿性话题的起承转合,可以检验本文的时段划分是否契合刑法学发展的脉络,并且使我们一并看到,同一个概念,在不同的时代和知识背景下,可能有不同的内涵与外延,所以,学说史上常有的也是我们力避的情况是,大家用同一套术语自说自话。

〔1〕〔美〕博西格诺等:《法律之门》(第8版),邓子滨译,华夏出版社2007年版,第105页。

就罪刑法定而言,它的本义是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,但从《法学研究》最早的两篇相关论文看,大家虽然从理念上承认罪刑法定的进步意义,并且认为刑法应当有这么一项基本原则,但是鉴于“当前的具体情况”,大多数人还是支持1979年刑法以严格控制下的类推作为罪刑法定的“必要补充”。^[1]到了1997年刑法,罪刑法定又与“依法办事”混为一谈,因为刑法第3条是先说“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”的,这就使学者的响亮呼吁和强力推进无可奈何地大打折扣。不过,“当时写进刑法就是胜利。”^[2]对罪刑法定经典表述的“篡改”,在实践中模糊了“限制国家刑罚权”这一本质要求。申言之,依法定罪处罚是相对的,不是犯了法就一定治罪;而“法无明文规定不为罪”是绝对的,即使行为确有社会危害性,也只能通过完善立法来解决。如果将相对和绝对混淆起来,在严惩犯罪的氛围下,就必然导致例外横行。^[3]虽然罪刑法定在与类推的较量中逐渐占据上风,但还不能说它在中国刑法中取得了支配地位。1997年刑法规定的罪刑法定原则,仅仅是法治理念与司法现实系列冲突和困惑的开始。^[4]

作为刑事法治的第一原则,罪刑法定带来的首要益处是政治运作、经济运行和人际交往的可预期性。具备可预期性,才能保持安定性,而安定与秩序,不仅是刑法鼻祖们主张罪刑法定主义的重要原因,而且也符合中国的现实国情和民族利益。不过,“制度安排往往达不到预期效果”,这个说法在这里又一次得到印证。类推制度被1997年刑法毅然废除后,罪刑法定的固有宗旨便遭遇了历久观念的强烈冲击,以至于司法实践对一些“法无明文规定”案件的处理使人有理由相信,过去的类推不一定坏,现在的废除不一定好。1979年刑法中的类推在程序上要得到最高法院核准,而类推废除后,逐级核准没有了,事实上不利于被告的扩大解释便隐形地增加了。虽无类推之名,而有类推之实,完全背离了废除类推的初衷。换个角度看,在罪刑法定的实体规定之外,确需考虑法律不可能杜绝模糊,并且,法律确有滞后于世事的弊端,因而法律解释是不可避免的。故此,迫切需要在刑法或者刑事诉讼法中确立一条解释原则:法律模糊之

[1] 参见李由义:《罪刑法定和类推》和周密:《罪刑法定还是法律类推》,载《法学研究》1980年第5期。《法学研究》对古代刑制的考察,一个重要内容就是罪刑法定和类推比附。(参见栗劲:《秦律和罪刑法定主义》,载《法学研究》1984年第3期;李程:《我国封建社会实行过罪刑法定主义吗——兼与栗劲同志商榷》,载《法学研究》1988年第3期;王侃:《唐律中的类推不是“举重明轻”而是“比附”》,载《法学研究》1993年第3期。)

[2] 参见胡云腾:《废除类推及刑法科学化》,载《法学研究》1995年第5期;陈泽宪:《刑法修改中的罪刑法定问题》,载《法学研究》1996年第6期。

[3] 参见陈泽宪:《罪刑法定原则的立法缺陷与司法误区》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第3卷),中国人民公安大学出版社2006年版,第3—6页。

[4] 参见李国如、张文:《刑法实施应贯彻罪刑法定原则——论对法无明文规定的严重危害社会行为的处理》,载《法学研究》1999年第6期;刘树德:《罪刑法定原则中空白罪状的追问》,载《法学研究》2001年第2期;劳东燕:《罪刑法定的明确性困境及其出路》,载《法学研究》2004年第6期;周少华:《罪刑法定与刑法机能之关系》,载《法学研究》2005年第3期。

处,不得不做法律解释的,必须有利于被告人。否则,传销、灾害期间哄抬物价,甚至乞讨,都可能成立“非法经营罪”;制作并播放有人卖“纸包子”的电视假新闻,成了“传播虚假恐怖信息罪”^{〔1〕};而手持有效护照、签证的人,竟也成了“偷越国(边)境”者。^{〔2〕}当下中国,罪刑法定原则不仅没有实现“法的安定性”,反而有些神出鬼没了。看来,法律解释原则的命脉,不是解释的技巧,而是法无明文规定真就不为罪的勇气。

犯罪构成也是刑法学由来已久的话题之一,任何法学期刊都不会不予以关注。《法学研究》上冠名“犯罪构成”的论文不少,但分布不均,主要集中在20世纪80年代。共有9篇,90年代只有1篇,21世纪的头7年里共有5篇。宁汉林先生在1980年第1期上发表的《犯罪构成理论由来浅说》,首次高密度地使用了一系列刑法学的“标签术语”:贝卡利亚、意志自由、道义责任、刑罚报应、李斯特、犯罪类型、违法类型、责任类型、费尔巴哈、伯林格、行为中心论、刑事社会学派、人身危险性,等等。不能小看这些术语,它们是刑法学大厦的基石,是衔接西方刑法学理论的线索,也是追认欧陆刑法学传统的证据。如果当初能对这些概念的内涵进行及时的挖掘,那么,夯实中国当代刑法学基础的过程就会大大缩短。遗憾的是,在宁先生的文章之后,犯罪构成的话题竟然淡出《法学研究》6年之久。不仅如此,自1986年至1989年,诸篇相关论文都是从“中国特色”的犯罪概念、主客观相统一、犯罪预备、犯罪客体等角度谈论犯罪构成的。^{〔3〕}循常习故,规行矩步,显然受到“统编教材”的制约,与宁先生的“浅说”相比,倒真是“浅谈”了犯罪构成理论。

- 〔1〕 即使真有人卖“纸包子”,也够不上恐怖行为,说有人卖“纸包子”,怎么成了恐怖信息呢?这个批捕罪名被抨击后,法院给出了“损害商品信誉罪”的判决。问题是,商业信誉也好,商品信誉也罢,都是特定的。没有特指某个品牌、厂家,就不构成本罪。
- 〔2〕 参见邓子滨:《就一起组织他人偷越国(边)境案向虚拟陪审团所作的辩护》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》(第2卷),中国人民公安大学出版社2005年版,第476—482页。前几年“足球黑哨”的定罪难题也是欠缺“有利被告的解释原则”造成的。足球裁判员收黑钱、吹黑哨,在社会上影响恶劣,球迷们义愤填膺。但裁判员不是刑法第93条第1款所说的“国家工作人员”,也不是该条第2款所谓“委派”的“以国家工作人员论”的人员;再者,裁判行为只是比赛的一部分,而比赛无论如何都不好说是“从事公务”,所以不是刑法第385条规定的“受贿罪”。而裁判员所隶属的“足协”,不属于被《刑法修正案(六)》修正前刑法第163条规定的“公司、企业”,所以不构成“公司、企业人员受贿罪”。在民愤的压力下,“最高检”以“答复”的形式对“黑哨”的性质作了不利于被告的解释;而一旦提起公诉,定罪也就势在必行了。
- 〔3〕 参见何秉松:《建立具有中国特色的犯罪构成理论新体系》,载《法学研究》1986年第1期;胡正渴:《对犯罪概念与犯罪构成的探索》,载《法学研究》1986年第2期;陈泽杰:《主客观要件相统一是我国犯罪构成理论的核心》,载《法学研究》1986年第4期;钱毅:《犯罪预备行为是具备完整的犯罪构成的行为》,载《法学研究》1987年第4期;薛瑞麟:《关于我国犯罪客体的几个问题》,载《法学研究》1988年第2期;姜伟:《犯罪构成比较研究》,载《法学研究》1989年第3期。

1989年至1999年,犯罪构成问题在《法学研究》上异乎寻常地又被冷落了一个年代。^[1] 总共16年的淡出和冷落,是大有缘故,还是历史偶然? 应不应予以重视? 又该重视什么? 如何发现、追寻这并不久远而又极为模糊的历史? 本文没有能力回答这些问题,但却相信提出这些问题是有意义的。新千年的《法学研究》奉送了两篇振作提气的文章:一是周光权先生2000年第3期上的《行为评价机制与犯罪成立——对犯罪构成理论的扩展性思考》;二是阮齐林先生2003年第1期上的《应然犯罪之构成与法定犯罪之构成——兼论犯罪构成理论风格的多元发展》。两篇高论终于走出了苏联犯罪构成的语境,或者说,是站在更高的视点,对旧有理论的重新审视。不仅如此,光权先生还提出,犯罪成立与否,取决于国家权力和非国家的行为评价之间冲突与调和、抗争与妥协的结局;而阮先生虽则承认三要件论旨在落实罪刑法定原则;而四要件论意在构建应然犯罪之构成,但仍坚持不对两种理论做非此即彼的评选,而是强调它们只是理论风格不同,完全可以并行不悖,而且还能相得益彰。^[2]

本文的旨趣不是简介学者观点,也无暇比较每种观点的高下,但完全可以说,30年来《法学研究》上有关犯罪构成的论文可圈可点的实在不多,一个重要原因是犯罪构成理论体系之博大精深,几乎让所有豪情盖天的学者痛感自己志大才疏。百年以来,国外略有建树的学者都试图确立自己的犯罪构成学说,似乎尝试了一切稍有的可能,没有给我们留下任何独树一帜的机会。然而,围绕中国“四要件”利弊得失的研究已蔚然成风,用以度长絮大、比权量力者,必然是大陆法系递进式的“三要件”和英美犯罪构成的“双层模式”。学者们对中国犯罪构成的诟病,主要是四要件得其一而难弃其余,罪名易入而难出,不利于辩方理由的展开。而普遍认为,大陆法系阶层式的犯罪构成却契合了控辩双方的攻守进退,有利于保障被告人权,能够有效制约官方发动的刑事追诉。对源自苏联的犯罪构成理论的清算,对大陆法系犯罪构成的倡导,陈兴良先生在这方面有最深刻的论证。^[3] 不过,无论是主张拿来主义还是坚守本土资源,都可能被指责为“坐而论道”,而这种指责是一连串“举证责任倒置”的提问:谁能向大家举例说明,在一个具体的案件中,各种犯罪构成模式对罪与非罪的判断究竟有何具体影响?

[1] 参见李洁:《法律的犯罪构成与犯罪构成理论》,载《法学研究》1999年第5期;肖中华:《犯罪构成要件及相关范畴辨析》,载《法学研究》2001年第2期;冯亚东、胡东飞:《犯罪构成模型论》,载《法学研究》2004年第1期。

[2] 阮齐林先生关于犯罪构成的另一力作是《评特拉伊宁的犯罪构成论——兼论建构犯罪构成论体系的思路》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第13卷),中国政法大学出版社2003年版。而明确为中国现有犯罪构成理论“鸣冤叫屈”的是黎宏先生,参见《法学研究》2006年第1期上的《我国犯罪构成体系不必重构》。

[3] 参见陈兴良:《主客观相统一原则:价值论与方法论的双重清理》,载《法学研究》2007年第5期。本文“信仰刑法,追问根基”部分对其已有评述。

如果对达成具体的结论没有实质影响,那么这种理论划分与争议还有什么实质意义?〔1〕

五、结语:体例、篇幅、敬意

寻行数墨至此,始悟本文实际是对《法学研究》刑法文本的一种解释,而略识之无如我辈者,面对沉淀多年的话题及其载体,颇感喙长三尺,手重五斤。无论怎样自作聪明的解释,既然脱离了历史语境,都可能不再是作者的原意。因此,越是涉及原文的内容,就越是离揣测杜撰不远;而对文章风格、范式的描述,反倒可能给他人更多的解释机会。20世纪80年代中期,论文写作开始转型,一个重要标志就是注释从无到有,由少至多。〔2〕然而,“有注释才算论文”的观念很快走向“为注释而注释”的极端,以致许多学刊对没有注释或者注释不多的论文嗤之以鼻,将很多颇有见地的文章以“不合学术规范”为由打入冷宫。某些学者甚至声称,他们拿到论文,都是只看注释,不看内容,以致鸡零狗碎,文牍公行。

文章还有一个长短问题。不言而喻,白话文体与思想表达之间有一定的比例,故而透彻的论说需要一定的篇幅。除非微言大义之作,很难指望一两页纸的“论文”会有什么理论创见和实践拓新。比较极端的例子是《法学研究》1994年第4期上一篇关于“买赃自用”的文章,全文只有1页。不过,长篇也不见得自有深论。作文立论,有话则长,无话则短,断不可以长短论好坏。而且,文章长短还有着鲜明的时代特征,20世纪80年代的文章普遍不长,注释也不多,但却言简意赅,层次分明,疏朗流畅,而90年代后期,文章越写越长,动辄两三万字,各种刊物渐有一些高自标置的陶犬瓦鸡跃然纸上。〔3〕

令人欣慰的是,《法学研究》上绝少大而无当、夸多斗靡之作,这要感谢编辑们敦厚的学品和超拔的眼界。正是由于他们克尽厥职,循名责实,才力避了那些三纸无驴、叠床架屋的长篇大论。然而,其中的甘苦,只有幕后英雄们自己知道了。《法学研究》的成功,取决于它良好的刊风和办刊模式,其要点就是主编、责任编辑和文字编辑职责分明——相互制衡,但不相互侵扰,各有权力,但不滥用权力。这首先要归功于历任主编

〔1〕 曾与同仁谢鸿飞先生“把酒话侵权”,酒酣耳热之际,听到此番对老大刑法的质疑,借此机会就教于方家。

〔2〕 由于国门渐开,译作增加,文化资源日益丰富,注释不再局限于革命领袖的论述。1979年,法学所刊行了《法学译丛》,也就是今天的《环球法律评论》,不仅洞开了又一扇世界法学之门,而且使《法学研究》得以不登译文。再者,恢复高考后头几批大学生已经毕业,他们所受的院校教育虽有浓重的政治色彩,但学院墙内的求知气氛必然熏陶出学术的规范意识,使他们接受了国外论文的写作范式和论证风格。

〔3〕 文章长短也受刊物品味的左右,比如,《中国法学》1985年第2期曾经声明:“由于版面的限制,将更多地选用五千字左右的稿件,特别是短小精悍、开门见山的两三千字的中小型稿件;同时仍将继续发表少量万字左右的大型学术论文和资料。”随手翻阅《法学》1983年的合订本,发现它也是以短文见长的。

谦抑的自我定位:在把握政治方向的前提下,原则上只对文章进行“形式审查”,包括平衡各学科的论文比重,调整作者或者话题的“露脸”频率,等等。而将文章优劣的“实体审查”权主要交予责任编辑行使。这样做,一是有利于学术判断,因为责任编辑多是依专业分工的,他们更有专业判断力;二是有利于发挥责任编辑的积极性,让他们在各自领域中主动交往、约稿或者向作者提出修改意见,而这一切的前提是拥有一定的用稿权^[1];三是强化责任心,权力意味着责任。说到责任心,《法学研究》编辑部的每一位同仁都堪称楷模,这是我们作者和读者的幸运。他们不计名利,不遗余力地从事着从前期分稿、中期审稿到后期校对的繁琐工作。所以,本文要用最后的笔墨来表达对这些默默奉献者的敬意。^[2]

[1] 《中国法学》从2005年第3期起实行专家匿名审稿制度,其实是对责任编辑一种委婉的不信任。

[2] 通览《法学研究》,一些重要的学术领域,比如监狱学,以及一些重要的学术话题,比如期待可能性,都没有抛头露面。如果说还有可以改进之处,那就是进一步拓展视野,让《法学研究》的舞台上演更多的剧目。