

关键是还要有批判、标新立异的科学态度,如果没有后者,为批判而批判、为标新立异而标新立异,就会变成混乱的、缺乏规范的理论纷争。盲目追求标新立异的研究,形式上为学者主体意识和个性的体现,实则为主体意识的扭曲。

近十多年来,我国出版面世的刑法学研究著作数量庞大、种类繁多,总体上篇幅越来越大,无疑可以用“异常繁荣”、“浩如烟海”来形容,但毋庸讳言,刑法学著述粗制滥造的现象也比较普遍。有的著作洋洋数十万字,只有观点的介绍和堆砌,没有作者的总结与分析;有的文章长篇大论,从天上到地下一番豪论,实则离题万里、无的放矢,论点不明确、论证无力度。再说论著的注释也存在诸多问题。文章的注释本来是用于作者引述与借鉴有关文献观点、帮助读者扩展视野、防止读者中断思路的,标记注释同时也是作者严谨治学、规范自律的必然要求。但是,笔者发现,在诸多刑法学著述中,作者是在极不负责地注释:一是为了注释而注释,似乎注释越多就越能显示作者的学问大、越能表明作者涉猎的学术领域广泛。这实为滥用注释。二是注释代替了正文,作者实际上不是在引述与借鉴他人的观点,几乎是在剽窃他人的学术思想。至于作者对于注释涉及的文献资料是否亲自研究、阅读,在太多的著述中更是值得怀疑的——有的人甚至将他人的著作正文连同注释移花接木、改头换面,“扫描”成自己的大作。诸如此类现象,说到底都与刑法学研究的主体意识、使命意识和问题意识有关。

正如 19 世纪中期以后的大陆法系国家社会矛盾的激化引发近代刑法理论的学派之争一样,当今中国的社会现实也为我国刑法学理论研究提供了许多课题,为我国刑法理论的学术争鸣创造了机会。只有强化研究意识、端正研究态度、明确研究目标、开拓研究方法,我国刑法学研究才会走上健康、辉煌的道路。

提倡“立体刑法学”

刘仁文

(中国社会科学院法学研究所副研究员、法学博士 北京 100720)

德国哲学家伽达默尔曾经说过:“一个人需学会超出近在咫尺的东西去观看——不是为了离开它去观看,而是为了在一更大的整体中按照更真实的比例更清楚地看它。”晚近中国刑法学的学科愈分愈细,各种专业性的学会、教研室纷纷筑起自己的围城,对胆敢入侵的外来者无情排斥,而围城里的同行也热衷于或逐渐习惯了自己圈内的价值观,不轻易对外张望。然天下大事,分久必合,目前我国刑法学研究面临的危机急切呼唤“立体刑法学”的诞生。

所谓“立体刑法学”,简单用一句话来概括就是:刑法学研究要瞻前望后、左看右盼、上下兼顾,内外结合。它既涉及刑法学研究方法的革命,也相应涉及刑法学研究内容的更新。由于篇幅所限,本文只能略作展开。

“瞻前望后”,就是要前瞻犯罪学,后望行刑学。刑法的根本任务是要预防犯罪、控制犯罪(当然是在法治的篱笆内)。为此,首先要搞清楚犯罪的原因,只有在此基础上才能对症下药,设置出科学的刑罚种类,确立适当的刑罚强度(对犯罪原因复杂性的认识,将在一定程度上破除严刑峻法万能的思想),实现刑罚一般预防的功能;其次要关注行刑的效果,只有建立科学的

行刑机制,才能提高犯罪分子的改造质量,有效减少再犯,实现刑罚特殊预防的功能。近20年来,我国刑事犯罪率持续攀升,重新犯罪率居高不下,但刑法却仅仅满足于为配合一而再、再而三的“严打”近乎本能地一再扩张和加码,然而以此种思想来指导预防和控制犯罪其效果却并不理想。这不由得使我想起19世纪末西方刑事实证学派诞生的背景:当时一方面刑事古典学派在欧洲发展到顶峰,但另一方面犯罪也以从未有过的速度在增加,累犯、惯犯、青少年犯罪等十分严重,在这种“强烈而又令人惊异的对比”中,菲利等人一方面对古典学派在反对封建罪刑擅断方面所曾经做出的贡献表示“最诚挚的敬意”,另一方面却又深感传统的研究“阻止不住犯罪浪潮的上涨”,“不能为社会提供一点有关犯罪的原因和社会用以防卫的措施”,因此有必要开动自己的脑筋,去感受和吸收生活中的震动及其心脏的跳动——闪光的和丑恶的,发明一种新的方法来更加准确地诊断犯罪这种疾病。在这种情况下,立足于教育刑、倡导刑罚个别化、主张刑罚与保安处分一体化等新型的刑事政策思想诞生了。我国当前的情形与西方刑事实证学派诞生的背景有一定的相似之处。如果说20世纪70年代的刑事法制重建和90年代的刑事法制修订奠定了我国刑事法治的基石,那么21世纪我国刑法学界所面临的一个重大任务就是要在捍卫和巩固法治的前提下,针对我国社会剧烈转型、工业化和城市化发展迅速所带来的严峻的犯罪形势,开动我们自己的脑筋,感受这个时代在我们这块土地上所正在发生的一切,寻求新的刑事立法、刑事司法和刑事执行对策。

“左看右盼”,就是要左看刑事诉讼法,右盼民法、行政法等部门法。首先,刑法和刑事诉讼法的关系乃实体法与程序法的关系,二者不要说在历史上原本一家,就是在当代,也是密切相连的。正如有的学者所指出的:“国际上很多知名的刑法学家都在刑事诉讼法学方面有着很深的造诣,而很多刑事诉讼法学方面的专家同时又是刑法大家。”我国刑法和刑事诉讼法彼此“井水不犯河水”的局面严重阻碍了二者的沟通与发展,1996年修订的《刑事诉讼法》和1997年修订的《刑法》在诸多问题上的不协调(如管辖问题)可作为例证。其实,刑法中的不少问题都与程序直接相关,如死刑执行、减刑、假释等,而刑事诉讼法中的一些问题也需要刑法来落实,如刑事诉讼法规定告诉才处理的案件属于自诉案件,哪些案件属于“告诉才处理”,依赖于刑法的规定。不仅如此,对诉讼规律和诉讼价值的正确认识还将有助于我们对刑法中的一些问题做深层次思考,如我国《刑法》将配偶、近亲属规定为包庇罪、窝藏罪的主体,专门设立律师伪证罪是否合适等。再者,刑法和其他部门法的关系乃保障与被保障的关系,二者也必须对接好,刑法既不能越过民法、行政法等部门法过早地介入社会生活,也不能在民法、行政法等部门法需要刑法提供保障时却到不了位。应当说,目前我们在这方面存在的问题还很多:一方面,不少行政法之类的部门法在“法律责任”里规定了“依法追究刑事责任”,但刑法却无相应的规定,致使其“口惠而实不至”;另一方面,对某些民法等部门法都不保护的东西,刑法却表现得相当积极,如我国民法已经对事实婚姻不予承认和保护,但刑法中的重婚罪仍包括事实婚姻,这样就造成了民法不保护的东西刑法反而保护的不协调局面。此外,还有一些刑法上的法定犯,本应建立在相关的行政法规基础之上,但由于后者欠缺,从而引起对其正当性的质疑,如“巨额财产来源不明罪”。设置此罪的前提应是颁布了《财产申报法》,那样一经查出你有说不清来源的财产,就说明你没有依法申报财产,已经具备了违法性,不存在“有罪推定”的问题。

“上下兼顾”,就是要上对宪法和国际公约,下对《治安管理处罚条例》和《劳动教养条例》。宪法是一国之母法,作为宪法之子,刑法应当在贯彻落实宪法精神、建立宪政国家方面做出自己的贡献。随着我国依法治国的深入,对于刑事立法和刑事执法的合宪性追问和审查必将提

上日程。可以毫不夸张地说,我国刑法要真正实现现代化、民主化,非等到这一天到来不可。与此同时,国际公约也必须纳入我们的视野,对于那些我们已经签署并批准的公约,其地位应当是高于国内法的,由于我国实行的是国际公约要通过国内法转换这样一种机制,因此对于国际公约中涉及的国际犯罪和国际刑事司法问题,国内刑事立法如何衔接,就成为刑法学界不容回避的任务。还有些国际公约,虽然我国暂时还没有签署(如《国际刑事法院规约》)或者已经签署还没有批准(如《公民政治权利公约》),但这些公约成为我国国内法的渊源只是一个迟早的事情,刑法学界不可不及早研究因应对策。与“上”相对应的是“下”,即治安管理处罚和劳动教养。我国刑法在结构上与西方国家有很大的不同,其中最显著的就是将国外刑法中的违警罪和部分轻罪排除于刑法之外,另归入治安管理处罚和劳动教养中。认识到这一点,至少有三方面的意义:一是在进行比较研究时,不能因外国刑法中有某某罪名,就简单地认为我国《刑法》也要增设此罪名,因为在我国,《刑法》之下还有《治安管理处罚条例》和《劳动教养条例》;二是在考虑将某种危害社会的行为犯罪化时,应注意其与《治安管理处罚条例》和《劳动教养条例》的协调问题;三是在进行刑事法治的改革和思考时,不应只局限于狭义的《刑法》,而应把《治安管理处罚条例》和《劳动教养条例》一并纳入。

“内外结合”,就是要对内加强法的解释,对外给解释设立必要的边界。由于以下两方面的原因,使法律的解释成为不可或缺:一是完美的法典永远也只能存在于理想之中,二是法典不可能(至少是不宜)过于频繁地修改。学者的使命除了发现和指出法典的缺陷并提出改进意见外,还要在既有情形下合理地解释法律,为法律的适用寻找路径和指明方向。国外的经验表明,即使是不太理想的法典,在高质量的解释机制下,仍可能保持较好的稳定性。法律解释是一座富矿,值得刑法学者去深挖,如:立法解释和司法解释的界限在哪里?法律解释的时间效力是否可以一概溯及既往?对于事实上广泛存在的地方法院和办案法官的法律解释权如何规范?其基本方法和规则应是什么?应当遵循什么样的价值观?目前,我们一方面存在法律解释功能发挥不够、言必称修改法律的倾向;另一方面又对司法实践中一些滥用法律解释权的现象缺乏必要的警惕,如非法经营罪、黑社会性质组织罪、扰乱社会秩序罪等罪名的日益口袋化,已经威胁到了罪刑法定原则的贯彻,破坏了法治社会的可预期性。造成这种局面的一个重要原因是我国还没有形成一套科学的刑法解释的方法、规则和理论,没有建立起一个良性的刑法适用解释机制,以致“一统就死,一放就乱”。

最后,有必要强调的是:本文提倡“立体刑法学”,决不是主张刑法学者应进行泛泛研究,恰恰相反,“立体刑法学”主张学者以“立体”的视野就刑法学中的某一领域、某一专题甚至是某一专题的某一方面进行“小题大作”式的深入研究,二者不应是矛盾的,而是相辅相成的。

注释:

转引自王利荣:《行刑法律机能研究》,法律出版社2001年版,第368页。

参见[意]菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国政法大学出版社1987年版,第3页。

陈光中:《中国刑事司法制度与改革研究》,人民法院出版社2000年版,序言。

可喜的是,刑法学界已经有个别学者开始关注这一问题,如陈兴良教授在《刑事法评论》第11卷(中国政法大学出版社2002年版)上发表的《刑法的宪政基础》、刘树德博士出版的专著《宪政维度的刑法思考》(法律出版社2002年版),但这还远远不够,还需要更多学者从更多角度进行呼应。

参见《日本刑法典》,张明楷译,法律出版社1998年版,译者序。

参见赵秉志主编:《刑法基础理论探索》,法律出版社2003年版,第413页。