

中国刑法学六十年

刘仁文

(中国社会科学院法学研究所, 北京 100720)

[摘要] 1949年中华人民共和国成立后,废除了“中华民国”刑法典,着手起草新的刑法典。但由于种种原因,刑法典一直未能出台。直到“文化大革命”后,才于1979年颁布了新中国第一部刑法典。1997年,又在此基础上颁布了修订后的新刑法典。新刑法典在一系列问题上取得了重大进展,如确立罪刑法定的原则,废除类推制度,将“反革命罪”修改为“危害国家安全罪”等。六十年来的中国刑法学研究,也相应地经历了起步、停滞、复苏、繁荣和迈向现代化的阶段。如今,中国刑法学不仅出现了注释刑法学、理论刑法学和关注刑法运行的动态刑法学等不同的刑法研究分枝,而且产生了“刑事一体化”等具有中国本土色彩的学术产品,并且在犯罪构成理论等刑法基础问题的争鸣中显露出中国刑法学派的端倪。

[关键词] 刑法立法; 刑法研究; 1949—2009

Criminal Law of China from 1949 to 2009

Liu Renwen

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

Abstract: After the establishment of the People's Republic of China in 1949, China abolished the Criminal Code of the Republic of China, and commenced drafting up a new criminal code. However, as China deviated from the path of the Rule of Law subsequently, the new criminal code was not promulgated until after the so-called Cultural Revolution in 1979. The 1979 Criminal Code was amended in 1997. The amended Criminal Code made great progress in many respects. For example, the principle of Legality was established in the new Criminal Code. Meanwhile, the analogy system was abolished. Moreover, the crimes of counter revolution were replaced by the crimes of endangering state security, and so on. Consequently, during the last sixty years, researches on Chinese criminal law successively experienced the starting stage, stagnation stage, recovery stage, prosperity stage and modernization stage. At present, a variety of theories, such as the Theory of Explanatory Criminal Law, Theoretical Criminal Law and Dynamic Criminal Law which concerns the operation of criminal law, have appeared. Meanwhile, lots of academic products of striking Chinese characteristics, such as the Criminal Sciences Integration, etc., have been generated. Chinese criminal law schools have begun to emerge from the academic argument regarding such fundamental issues as the theory of constitution of

[收稿日期] 2009-10-20

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[在线优先出版日期] 2009-12-08

[作者简介] 刘仁文,男,中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士,主要从事刑事法学研究。

crime, etc.

Key words: criminal Legislation; research on criminal law; 1949—2009

一、刑法起草与新中国刑法学的起步(1949—1978)

(一) 刑法起草

1949年新中国成立后,明令废除了国民党的“六法全书”,使依附于它的刑法学知识也遭废黜。破中有立,建国初期国家先后制定了一些应急性的单行刑事法规,如1951年颁布的《惩治反革命条例》和《妨害国家货币治罪暂行条例》,1952年颁布的《惩治贪污条例》。

与此同时,起草系统的刑法典的准备工作也一直在进行中。从1950年到1954年,当时的中央人民政府法制委员会起草了两部刑法立法草案,一部是《中华人民共和国刑法大纲草案》,另一部是《中华人民共和国刑法指导原则草案(初稿)》。但遗憾的是,由于当时正在进行抗美援朝、土地改革、镇压反革命以及“三反”、“五反”等运动,国家的注意力并没有集中在立法工作上,上述两部稿子也就只停留在法制委员会内作为两份书面材料保存下来,始终没有被提上立法程序。因而这段刑法典起草工作我们只能称之为“练笔”,两部稿子也只能算是立法资料^{[1]39-40}。

1954年,第一届全国人民代表大会第一次会议通过了新中国第一部宪法和《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》等五个组织法,标志着我国法制建设进入一个新的阶段,这对刑法典的起草工作是一个很大的推动。当时,刑法典起草工作由全国人大常委会办公厅法律室负责。法律室从1954年10月开始起草,到1956年11月,已草拟出第13稿。1956年,国家发展形势很好,党的“八大”决议明确指出:“由于社会主义革命已经基本完成,国家的主要任务已经由解放生产力变为保护和发展生产力,我们必须进一步加强人民民主法制……逐步地系统地制定完备的法律。”在这种形势下,刑法典起草工作加紧进行,1957年6月,第22稿出炉。这个稿子经过中共中央法律委员会、中央书记处审查修改,又经全国人大法案委员会审议,并在第一届全国人民代表大会第四次会议上发给全体代表征求意见。这次会议还作出决议:授权人大常委会根据人大代表和其他方面所提的意见,将第22稿进行修改后,作为草案公布试行^{[2]2}。

决议作了,征求意见的工作也做了,但是刑法草案并没有公布。其中的原因正如有学者所分析指出的:“‘反右派’运动以后,‘左’的思想倾向急剧抬头,反映到法律工作方面,否定法律,轻视法制,认为法律可有可无,法律会束缚手脚……足足有三四年时间,刑法典起草工作停止了下來。”^{[1]40-41}

1962年3月,毛泽东就法律工作作出了指示:“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。”这个指示对刑法起草是很大的鼓舞。从该年5月开始,全国人大常委会法律室在有关部门的协同下,对第22稿进行全面修改。经过多次修改和征求意见,其中也包括中央政法小组的几次开会审查修改,到1963年10月,拟出第33稿。稿子经过中共中央政治局常委和毛泽东审查,也想过是否要公布,但很快“四清”运动就开始了,接着又进行“文化大革命”,在这种形势下,刑法典第33稿终被束之高阁,“在文件箱里睡了十五个年头”^{[2]3}。

粉碎“四人帮”后,1978年2月召开的五届人大一次会议对法制工作而言是个转折点。叶剑英委员长在《关于修改宪法的报告》中指出:“我们还要依据新宪法,修改和制定各种法律、法令和各方面的工作条例、规章制度。”此后,谈民主、谈法制的空气逐渐浓厚起来。特别是邓小平在1978年

10月的一次谈话中指出：“非常需要搞社会主义法制，没有法，就乱搞一气。过去和现在，都是这么一种情况：领导人说了就叫法；不赞成领导人说的话，就是违法、犯法。这种情况不能继续。”他还说：“过去‘文化大革命’前，曾经搞过刑法草案，经过多次修改，准备公布。‘四清’一来，事情就放下了。”现在“很需要搞个机构，集中些人，着手研究这方面的问题，起草有关法律”。这次谈话后不久，中央政法小组就召开了法制建设座谈会，提出“组织各方面通力协作”来搞法制建设。1978年10月中旬，刑法草案的修订班子组建完成，着手对第33稿进行修改，先后拟订了两个稿子^{[1]41-42}。在此过程中，中国共产党召开了具有历史意义的十一届三中全会，会议精神对刑法典起草工作起到了极大的推动作用，为1979年刑法典的正式出台奠定了坚实的基础。

(二) 该阶段刑法学研究的主要内容

第一，全面介绍、学习苏联刑法理论。一方面，全面批判、彻底否定剥削阶级的旧法观点；另一方面，大力介绍和宣传马克思主义法律学说，全面介绍引进苏联刑法理论。为此，我国翻译出版了一批苏联的刑法教科书和专著^{[3]5}，包括后来对中国犯罪构成理论产生深远影响的特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》^{[4]1}。

第二，对一些现实问题进行了研究，如刑法溯及力问题，这是当时刑事司法实践面临的一个现实问题。旧法被彻底否定之后，新中国陆续颁布了一些单行刑事法律，其中有些明确规定了溯及力问题，但大都没有明确规定是否适用于它颁布以前的行为。对此，主要有三种观点：一是新法具有溯及力；二是加重刑罚的刑事法律在任何情况下都不应适用于它颁布以前的行为；三是应当按照原则性和灵活性相结合的办法来解决我国刑法的溯及力问题，即原则上遵守从旧兼从轻的原则，但不排除例外。

第三，结合刑法典的起草对相关问题进行研究。刑法典起草时断时续，在恢复起草时，刑法学的某些问题客观上需要研究，如死缓制度。死缓制度是在1951年第一次镇压反革命的高潮中产生的，当它在社会主义改造运动中发挥了积极作用之后，刑事立法中是否还应当继续保留，刑法学界对此存在争议。“今天看来，这场争论无疑为死缓制度的存在及完善奠定了坚实的理论基础，也在一定程度上推动了刑法学研究的发展。”^{[3]7}

第四，对犯罪与两类矛盾问题进行了热烈研讨。1957年，毛泽东发表《关于正确处理人民内部矛盾的问题》一文，刑法学界一些人在学习过程中把两类矛盾学说引入刑法领域，认为犯罪现象中存在两类不同性质的矛盾，司法工作在定罪量刑时，要严格区分两类不同性质的矛盾，由此引发对该问题的长期争论^{[5]24}。

(三) 该阶段的刑法学研究特点

第一，带有比较浓厚的政治色彩。前述关于犯罪与两类矛盾问题的讨论是一个明显的例子。另外，关于反革命罪有无未遂的问题也是。更为遗憾的是，反革命罪有无未遂的争论原本是一个纯法律的学术问题，但在特定的历史环境中，竟上升为一个敏感的政治问题：在1952年的司法改革运动中，主张反革命罪有无未遂的观点开始被斥责为旧中国的六法观点，这一趋势在1957年下半年

参见高铭暄、赵秉志主编《新中国刑法学五十年》(上)，(北京)中国方正出版社2000年版，第5-6页。刑法在时间效力上不能溯及既往，遵循“从旧兼从轻”的原则，这是平时法治社会的一项基本原则，也是国际社会的通例，突破这一原则的做法是典型的以政策刑法取代原则刑法的做法。当然，在革命刚刚胜利、旧制度垮台的特殊时期，这个问题有一定的复杂性和特殊性，如废除国民党的“六法全书”后，若一概不准新生政权的刑法溯及既往，就会出现对于新法之前的杀人等犯罪也无法追究的情形，但如果就此认为新法理所当然地具有溯及既往的效力，不加区别地将新法适用于所有过去的行为，则显然也是不公平的。

开始的反右斗争中达到登峰造极的地步,凡是主张反革命罪有未遂的人均被打成右倾分子。这种“用简单的政治分析替代深入的法律分析”的做法,给我们留下了惨痛而深刻的教训^{[3]7-9}。

第二,有比较明显的历史虚无主义和教条主义倾向。建国后,对于晚清以来至民国时期按照大陆法系的模式逐步累积起来的刑法学知识,从形式到内容予以彻底否定。无论是刑事古典学派,还是刑事实证学派,由于均隶属于“剥削阶级”而无一幸免地受到清算^[6]。与此同时,对苏联刑法学进行了全面的移植。

第三,刑法学研究从起步走向萧条。1949年10月到1957年上半年,被我国刑法学界称为新中国刑法学的起步阶段,其间出版的论著“虽然还很不成熟”,却“是新中国刑法学史上极其重要的一个时期,它为刑法学以后的发展奠定了基础”^{[3]4-5}。而从1957年下半年开始,随着反右斗争的展开,刑法学研究开始受到冷落,而从1966年“文化大革命”开始,刑法学研究进入停滞、倒退时期,这种状况一直持续到“文化大革命”结束。“由于连绵不断的政治运动和社会动乱,刑法学研究从其中前十年(1957—1966)的逐步萧条、成果很少,到后十年(1966—1976)的偃旗息鼓、完全停止。”^{[3]8}反右斗争后,法律虚无主义盛行,一些刑法上的重要理论,如刑法基本原则、犯罪构成等,人们不敢问津。各高校编写的教材也大都是适应政治运动需要的产物,过分强调政治性,专业内容反而大大压缩^{[3]8}。在这种形势下,不仅“罪刑法定”这样一些贴有西方刑法学标签的刑法原理被打成“右派”的反动言论,连从苏联引进的犯罪构成理论也被打入冷宫,成为政治上的禁忌。正如有学者指出的那样,“犯罪构成”一词不能再提了,犯罪构成各个要件不能再分析了,不准讲犯罪必须是主客观的统一,等等^{[7]108}。这一描述有书为证:如中国人民大学法律系刑法教研室在1958年出版的《中华人民共和国刑法是无产阶级专政的工具》一书中,关于怎样认定犯罪的论述,只字不提犯罪构成^[8]。这种情形一直持续到1976年,如该年12月北京大学法律系刑法教研室编写的《刑事政策讲义》(讨论稿),在正确认定犯罪这一题目下,不仅同样讳言“犯罪构成”一词,还强调在认定犯罪时要查明被告人的出身、成分和一贯的政治表现等,要以阶级斗争为纲,坚持党的基本路线,用阶级斗争的观点和阶级分析的方法分析问题,处理问题。

二、1979年刑法的颁布和刑法学研究的复苏与繁荣(1978—1997)

(一) 1979年刑法的颁布与刑法学研究的复苏

1979年2月下旬,全国人大常委会法制委员会宣告成立,在彭真的主持下,从3月中旬开始,抓紧进行立法工作。刑法典草案以第33稿为基础,结合新情况、新经验和新问题,征求了中央有关部门的意见,先后拟出了两个稿子^[9]。第二个稿子于5月29日获得中央政治局原则通过,接着又在法制委员会全体会议和第五届全国人大常委会第八次会议上进行了审议,又作了一些修改和补充,最后于7月1日在五届全国人大二次会议上获得一致通过,并规定自1980年1月1日起施行^{[2]4}。这是中华人民共和国成立三十年来第一次有了自己的刑法典,其过程和意义令人感慨。正如有学者所指出的:“回顾新中国刑法的孕育诞生历程,不禁使人感慨万千:其道路的确是曲折的、艰辛的。一部出台时不过192个条文的刑法典(条文数在当代世界各国刑法典中可以说是最少的),从全国人大常委会法律室起草算起,先后竟然孕育了25年之久。其实工作时间只用了5年

不过,法律出版社1957年9月出版的李光灿的《论共犯》一书,算是一个例外,此书被认为在该领域提高了当时的刑法学理论研究水平。

参见北京大学法律系刑法教研室编印的《刑事政策讲义》(讨论稿),1976年12月刊印,第118页以下。

多,有19年多是处于停顿状态。第22稿拟出后停顿了4年多,第33稿拟出后居然停顿了15年!这说明“以阶级斗争为纲”的思想,法律虚无主义,一个接一个的政治运动,对中国法制建设的冲击有多么大!建国近30年,中国才有了第一部粗放型的刑法典,这不能不说是法制的严重滞后。有法才能治国,无法就要祸国,这是中国人民付出了无数血的代价之后才总结出来的一条经验教训。^{[11]43}

刑法典的颁布直接推动了刑法学研究。有学者统计,刑法典颁布前,主要是“文化大革命”之前的17年,发表的刑法论文仅有176篇,而刑法颁布后至1985年底的六年多时间里,发表的论文近2300篇,相当于过去的13倍^{[5]8-9}。虽然我们对此还可以从“人治”向“法治”转变的社会大背景中寻找原因(法治的兴盛必然使法学刊物增多、发表文章的机会增多),但刑法文本的出现以及刑法实施所引发的大量疑难问题,无疑为刑法学研究提供了丰富的素材和巨大的内驱力。正如有刑法学者所描述的:“经过了将近20年的寂静之后,随着我国第一部刑法的颁布,刑法学在各部门法学中一马当先……很快在法苑中立住了脚跟,恢复了大刑法昔日的自信,并睥视着其他尚在草创之中的部门法学,俨然以老来自居。”^{[10]前言}

复苏后的刑法学研究刚开始还带有比较浓厚的“大词”色彩,如将1979年刑法解读为“一部闪耀着毛泽东思想光辉的刑法”^[11],将马克思列宁主义、毛泽东思想对我国刑法具有指导意义的基本原理概括为社会主义时期阶级斗争和无产阶级专政的理论、严格区分和正确处理两类不同性质的矛盾的思想等^[5]。但随着国家工作重心逐步转入经济建设,这种意识形态化的粗放式研究不断地被一个个现实问题推向深入:一方面,刑法典的注释和对刑法施行后司法实践中反映出来的大量问题进行解答成为刑法学界的迫切任务;另一方面,犯罪领域的新情况和新特点促使立法机关和司法机关作出反应,而对这种反应的理论准备、理论论证和理论评析又成为学界不可回避的问题,如经济犯罪的日趋严重促使全国人大常委会相继通过了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》(1982)、《关于惩治走私罪的补充规定》(1988)、《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》(1993)等一系列打击经济犯罪的单行刑法;社会治安的恶化促使全国人大常委会于1981年通过了《关于死刑案件核准问题的决定》,1983年又通过了《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》;腐败犯罪的加剧促使全国人大常委会于1988年通过了《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》;等等。据统计,自1981年至1997年新刑法通过前,全国人大常委会先后通过了25部单行刑事法律,此外,还在107个非刑事法律中设置了附属刑法规范。经过不断补充,刑法中的罪名由1979年刑法典中的130个增加到263个^{[11]44-45}。

(二) 刑法学知识的更新

20世纪70年代末80年代初的刑法学复苏,是建立在50年代引进苏联刑法学知识的基础之上的。1982年法律出版社出版的高铭喧主编的高等学校法学试用教材《刑法学》,基本沿袭了苏联刑法教科书的体系和原理,其“犯罪构成体系几乎是特拉伊宁的翻版”^{[12]727}。这说明当时的刑法学主流知识是苏联刑法学。

但随着改革开放的逐渐深入,刑法学知识出现了两个新的增长点:一是我国台湾地区刑法学著作的引入,二是国外刑法学译著的出版。

该《决定》规定:在1981年至1983年内对杀人、抢劫等犯罪分子判处死刑的,不必报最高人民法院核准。这在当时本来只是一种非常时期的权宜之计,但后来形势的发展超出了原来的预计。1983年,全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》,规定最高人民法院在必要的时候,可以授权高级人民法院行使部分死刑的核准权。至此,死刑核准权的下放正式成为一项制度。直到2007年1月1日,最高人民法院才最终收回所有死刑案件的核准权。

也许是意识到“历史虚无主义不利于刑法学的研究发展”，自20世纪80年代初，一批我国台湾地区刑法学著作被陆续影印在大陆出版（以今天的知识产权法律观来衡量，那无疑是一种盗版）。陈兴良教授曾坦言：他在1983年前后买到韩忠谟的《刑法原理》一书的影印本，“初读该书，对于当时初入刑法学之门的我辈来说确有眼界大开之感，并且如饥似渴地从中汲取学术营养”。陈兴良于1984年发表的第一篇论文《论我国刑法中的间接正犯》，就是从韩氏书中借用“间接正犯”一词来对刑法规定进行理论解说的。其后，他的第二篇、第三篇论文均是从我国台湾地区学者的刑法学著作中引进学说与概念，而这些“均为当时我国（大陆地区）教科书所不见”^{[12][728]}。时至今日，两岸刑法学者的交流已趋活跃，当年版权页上写着“内部参考，批判使用”字样的前述《刑法原理》等书已在大陆正式出版。不仅如此，大陆出版社还陆续整理出版了一批民国时期的刑法学著作。

从20世纪80年代中后期开始，越来越多的外国刑法学论著经过编译和翻译传入我国，其中既有大陆法系的，也有英美法系的，它们为封闭了数十年的我国刑法学打开了一扇大门，开阔了刑法学者的眼界。早期影响较大的有：1984年和1985年分上、下两册分别由北京大学出版社出版的《外国刑法学》（甘雨沛、何鹏著），“该书内容庞杂，虽然存在文字艰涩且无注释的不足，但其丰富的资料对于处于饥渴状态的我国刑法学界不啻是一道盛宴”^{[12][729-730]}。1986年辽宁人民出版社出版的《日本刑法总论讲义》（福田平、大塚仁编，李乔等译），简明扼要，体系清晰，对启蒙大陆法系刑法理论有较大的参考价值。1987年北京大学出版社出版的《美国刑法》（储槐植著），为人们了解美国刑法理论提供了便利。

进入20世纪90年代，大批刑法译著和外国刑法典源源不断地汉译出版。译著的来源既有德、日等在我国有传统影响的大陆法系国家，也有法、意等其他大陆法系国家，还有美、英等英美法系国家，以及俄罗斯等转型后的国家。

对于这些翻译，一位外国作者将其理解为“中国对外国文化开放的表示”（耶赛克为其《德国刑法教科书》所作的中译本序言中语）。尽管翻译的质量良莠不齐，但总的来讲，它对开阔我国刑法学者的视野作出了有益的贡献。这从近年来我国刑法学者的著述引注中也可可见一斑，过去那种很少有引注或者一有引注就单一于领袖人物著作的局面已经大大改观。

（三）注释刑法学的兴起

1979年刑法颁行后，刑法学界在刑法注释上下了很大的工夫，为司法实务界掌握刑法作出了贡献。

注释刑法学是20世纪80年代中国刑法学研究的主要体裁，这有其时代必然性：首先，国家的惩罚策略正在实现从运动到法制的整体性转变，在刑事领域，中共中央专门发布《关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》，可见，当时全社会都面临一个“学会使用法律武器”的问题^[13]；其次，当时公、检、法、司队伍的业务素质整体偏低，专业化程度远不能跟今日相比，由此决定了其适用法律的自身解释能力较弱，对法律解释有较强的依赖性；最后，刑法文本的出现以及其后大量单行刑法和附属刑法的颁布，加上司法实践中不断反映出来的问题，迫切需要刑法学界释疑解惑。正因

陈兴良教授在回忆自己20世纪80年代刑法学论著的引注时，曾指出有1/4引自民国时期的刑法学论著（另有1/4引自我国台湾地区刑法学论著，1/4引自早期苏联刑法学论著，1/4引自当时我国大陆学者的刑法学论著）。“这些20世纪三四十年的刑法著作，蜷缩在图书馆阴暗的一隅，也许几十年无人光临，但对笔者来说是如获至宝……学术的生命是顽强的，在中断了数十年以后，笔者作为新一代学者，又接续了民国时期的刑法学传统。”参见陈兴良、周光权《刑法学的现代展开》，（北京）中国人民大学出版社2006年版，第728-729页。

例如中国社会科学院法学研究所欧阳涛和张绳祖等著、北京出版社出版的《中华人民共和国刑法注释》曾先后数次再版，总印数达一百多万册，成为当时司法实际工作人员几乎人手一册的畅销书。

如此,当时的许多刑法学论著几乎都有共同的格式,那就是要讨论“罪与非罪、此罪与彼罪的界限”。

(四) 该阶段刑法研究的主要内容与特点

该阶段刑法研究的主要课题涉及刑法基本原则、犯罪概念、犯罪构成、因果关系、刑罚目的、刑事责任、法人犯罪、经济犯罪、未成年人犯罪等,其特点包括以下四个方面:

1. 部分研究较深入。如刑事责任问题,我国刑法学界从20世纪80年代后期开始着力对这个问题进行研讨,充实了我国刑法学的体系。又如对因果关系的研究,有些探讨也较深入,推动了该领域甚至整个刑法理论的发展。当然,回头看,在因果关系的研究中也存在一些不足,如过于纠缠名词,过于倚重哲学上的因果关系理论而无视刑法中因果关系的独特性,研究方法单一,有经院哲学的倾向^{[3]13-14}。同时,将“因果关系中断”这类外来学说称为“资产阶级刑法学家”的理论,也反映了当时刑法学知识还没有彻底与意识形态脱钩的时代印痕。今天,刑法学上的因果关系之所以再也不复当年风起云涌之势,并非是因为这方面的理论争议和困惑都已得到解决,而是因为刑法学者从“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”中走了出来,注意使自己的研究不脱离刑法语境,清醒地认识到自己的研究目的^{[14]257}。

2. 部分研究较粗浅。如这一时期对刑法基本原则的研究,大多只停留在基本原则范围的争论上,而对各个基本原则的具体内容缺乏深入的阐述。在1979年刑法规定了类推制度的情况下,刑法学界的通说还认为我国刑法贯穿了罪刑法定原则^{[15]33},这在现在看来显然是不妥当的。相比之下,1997年新刑法在明确规定了刑法的基本原则之后,学界对此问题的研究就要深刻得多。正如有学者所指出的:从对刑法基本原则问题的研究上,可以看到刑法学科和刑法学者逐渐走向成熟^{[3]31}。

3. 出现了一些反思性思考。以犯罪构成为例,1982年出版的全国刑法统编教材将犯罪构成界定为我国刑法所规定的、决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和,并将苏联刑法学中的犯罪构成四要件移植过来:(1)犯罪客体;(2)犯罪客观方面;(3)犯罪主体;(4)犯罪主观方面^[16]。由于刑法统编教材的权威性,犯罪构成四要件理论从此定于一尊。但从1986年开始,以何秉松教授发表《建立有中国特色的犯罪构成理论新体系》一文为标志^[17],刑法学界开始有部分学者对苏俄的犯罪构成理论模式进行反思性思考。这种反思性思考在进入新世纪后日趋增多,形成对传统理论的严重挑战。

4. 关注现实中的热点问题。如从20世纪80年代开始,对经济犯罪的研究逐渐成为刑法学界的一方热土,相继出版了许多相关著作。又如,20世纪70年代末80年代初以来,未成年人犯罪成为一个日益突出的社会问题,从而引起我国刑法学界对此问题的关注,特别在是否应降低我国刑法中最低刑事责任年龄这个问题上,产生过激烈的争论。

三、刑法修改与刑法学的现代化(1997—2009)

(一) 刑法修改研究

1988年,全国人大常委会将刑法典的修改列入立法规划。尽管在此之前,有些刑法学者也曾对刑法修改作过探讨,但是在立法部门这一举措之后,刑法学界才如火如荼地全面展开对刑法修改问题的研讨。1997年颁布的新刑法典对1979年刑法典作了全面修改,使我国的刑法制度朝着现代化方向迈进了一大步,刑法学界的许多研究成果和建议被新刑法所采纳。试举两例:

1. 关于类推的废止与罪刑法定原则的确立。我国1979年刑法中的类推制度何去何从的问

题,在1997年新刑法出台前存在争议。大体的方向是刚开始多数学者认同类推制度的合理性,到后来越来越多的学者主张废除这一制度,这一历程反映了中国刑法学界观念的变革,即从过去的偏重刑法的社会保护功能逐渐转向偏重刑法的人权保障功能。经过学界的充分讨论,最后立法机关采纳了废除类推制度、在我国刑法中明文确立罪刑法定原则的建议。

2. 关于将“反革命罪”改为“危害国家安全罪”。1979年刑法分则第一章规定了“反革命罪”,但随着社会的发展,对这一类罪名的科学性开始出现争议。早在1981年,就有学者发表文章,认为“反革命罪”已不适合当今形势,建议将其改为“危害国家安全罪”^[18]。后来又陆续有学者提出类似主张。针对这种主张,有的刑法学者提出了反对意见,认为我国刑法中的反革命罪名应继续保留。但多数刑法学者认为,将“反革命罪”改名为“危害国家安全罪”,是一个更科学、更合理的选择。经过广泛而深入的讨论,1997年新刑法采纳了将“反革命罪”改为“危害国家安全罪”的主张,同时删去了此类犯罪主观上反革命目的的定义,并按照危害国家安全罪的性质对此类犯罪作了修改和调整,将该章中实际属于普通刑事犯罪性质的罪行移入其他章节。应当说,这一修改是中国刑法走向科学化、与现代刑法的国际通例相衔接的一个重要举措,在国内外引起了良好的反响。

(二) 刑法理论的新发展

20世纪90年代以来,刑法学界的诸多有识之士辛勤耕耘,促使我国的刑法理论达到了一个新的高度,主要表现有三:

1. 刑法学研究中的理论品质有较大提升。在提升刑法学的理论品质方面,陈兴良教授1992年出版的《刑法哲学》(中国政法大学出版社)起到了很好的带动作用。该书连同笔者后来出版的《刑法的人性基础》(中国方正出版社1996年出版)和《刑法的价值构造》(中国人民大学出版社1998年出版),构成了刑法哲学三部曲,带动了理论刑法学的发展。

在形而上的研究蔚然成风的形势下,注释刑法学几近贬义词。此时,张明楷教授发出了自己独特的声音:“刑法解释学不是低层次的学问,对刑法的注释也是一种理论,刑法的适用依赖于解释。因此,没有刑法解释学就没有发达的刑法学,一个国家的刑法学如果落后,主要原因就在于没有解

但应当看到,我国刑法关于罪刑法定原则的表述仍然很独特,即从正反两方面来规定:正面是“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚”;反面是“法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚”。这与其他国家和地区对罪刑法定原则只从反面规定“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”表现出明显的差异。罪刑法定原则原本是为了反对司法擅断和任意入罪,从保护公民权利的角度提出的,因而它的定义必然要从否定方面来表述:如果法律没有明文规定,就不得定罪处罚。我国之所以要从正反两方面来规定罪刑法定原则,是因为传统认识历来认为法律是统治阶级的工具,刑罚是镇压敌人的手段,若当时一下子从否定的方面规定,就会让大家觉得有点偏右,很难被接受。为了让这个原则能为更多的人所接受,在修改刑法的研究协商过程中,想到了这个两全之策,即从正反两方面都说,显得不偏不倚,减少阻力,使这个重要原则能够尽快地在刑法中确立(参见陈泽宪《罪刑法定原则的立法缺陷与司法误区》,载《刑事法前沿》第3卷,中国人民公安大学出版社2006年版),但这种表述法无疑冲淡甚至模糊了罪刑法定原则的本义。不仅如此,我国在追求罪刑法定表述的中国特色的同时,还落掉了三个最重要的字:“行为时”。罪刑法定指的是行为时法律有无规定为犯罪、要否处罚,也就是说,禁止新法溯及既往(除非依照新法更有利于被告人)。虽然我国目前基于对罪刑法定原则的本质理解,在司法实践中贯彻“从旧兼从轻”原则并没有出现多大的问题,但从防止立法和司法的任意性、增强表述的科学性出发,还是应当在适当时候将罪刑法定原则的表述更改为“行为之处罚,以行为时法律有明文规定者为限”这样一种明确而简朴的表述法。

参见何秉松《一个危险的抉择——对刑法上取消反革命罪之我见》,载《政法论坛》1990年第2期,第71-77页。值得注意的是,虽然刑法学界绝大多数人对该文采取了比较激烈的批判态度,但据有学者透露,其实该文对于刑法修改还是有价值的,如全国人大法工委1988年提出的刑法修改稿,把该章所有关于推翻无产阶级专政和社会主义制度的规定全部删除。但这篇文章发表后,作者的意见受到中央和立法者的重视,并对刑法的修改产生了一定的影响,如1997年修订后的刑法在危害国家安全罪(即原反革命罪)一章中,有的条文保留了“颠覆国家政权、推翻社会主义制度”的规定,“这证明,在学术研究中包括刑事立法中,充分发挥民主的重要性”。参见曲新久《何秉松教授刑法学思想述评》,载《法律文献信息与研究》1998年第4期,第63页。

释好刑法,一个国家的刑法学如果发达,主要原因就在于对解释刑法下了工夫。^{[19]序言}从此,注释刑法学与理论刑法学并行不悖,互相促进。回归后的注释刑法学也摆脱了当初就事论事的稚嫩,更多地上升到方法论高度来阐明问题,如刑法解释中的目的性解释、刑法教义学中的司法三段论等。正是在这个意义上,我们说注释刑法学也是一种广义上的理论刑法学。我国刑法学要增强专业性和解释力,必须建立起发达的刑法教义学,而不能停留于过去对分则中某些条文的注释几乎就是对原条文的分解和重复那种模式。

近年来,在理论刑法学和注释刑法学之外,又出现了一门动态刑法学。其基本考虑是:理论刑法学属于一种理念刑法,注释刑法学属于一种文本刑法,两者均属静态,但刑法在运作中存在和发展,刑法的本性是动态的和实践的,于是根据刑法的本性打造一门新的学问——动态刑法,就成为刑法本身和社会的需要^[20-21]。

2. 刑事一体化的影响日渐广泛。刑事一体化的命题最初由储槐植教授在1989年提出,当时他将其界定为:刑法内部结构合理(横向协调)与刑法运行前后制约(纵向协调)^[22]。这个意义上的刑事一体化,实际上是就刑事政策而言的,其基本思想与关系刑法论极为接近,都是主张从刑法的内部与外部关系入手,实现刑法运行的内外协调。到1991年,他又进一步指出:研究刑法要从刑法之外研究刑法,这涉及研究的广度;在刑法之上研究刑法,这涉及深度;于刑法之中研究刑法,这是起点和归宿。在从刑法之外研究刑法这个话题下,储槐植教授指出:刑法不会自我推动向前迈进,它总是受犯罪态势和行刑效果两头的制约和影响,即刑法之外的事物推动着刑法的发展,这是刑法的发展规律。正因为犯罪决定刑法,刑法决定刑罚执行,行刑效果又返回来影响犯罪升降,所以刑法要接受前后两头信息,不问两头的刑法研究不可能卓有成效。正是在这个意义上,研究刑法必须确立刑事一体化意识,刑法研究者要有健全的知识结构——具有一定的犯罪学和行刑学素养^[23]。至此,储槐植教授从刑事政策和方法论两个方面提出了刑事一体化的初步构想。

虽然储槐植教授对刑事一体化的阐述只是一种简约的概述,并没有长篇大论,但这一命题提出后,在我国刑法学界产生了出乎意料的影响,成为许多学者所推崇的一种研究方法。1997年,陈兴良教授创办连续出版物《刑事法评论》,至今已出版二十余卷,其编辑宗旨就将刑事一体化确立为一种研究模式,因而被评论者称为刑事一体化的自觉实践^{[24][27]}。陈教授本人还对储教授的在刑法之上研究刑法、刑法之外研究刑法和刑法之中研究刑法作了重新解读和扩展,认为刑法之上研究刑法是刑法的哲学研究,刑法之外研究刑法是刑法的社会学研究和经济学研究等,而刑法之中研究刑法则是刑法的规范研究,在此基础上,他提出还要增加一个研究向度:在刑法之下研究刑法,这就是刑法的判例研究^{[25]序言,8}。

在刑事一体化思想的基础上,学界进一步发展出“立体刑法学”的思想,主张刑法学研究要瞻前望后、左看右盼、上下兼顾、内外结合。“瞻前望后”,就是要前瞻犯罪学,后望行刑学;“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;“上下兼顾”,就是要上对宪法和国际公约,下对治安管理处罚和劳动教养;“内外结合”,就是对内要加强刑法的解释,对外要重视刑法的运作^[26]。刑事一体化和立体刑法学的思想与百年前德国刑法学者李斯特提出的整体刑法学思想深有契合,其哲学基础是普遍联系的观点和系统论。系统论强调整体性原则,整体性原则又与唯物辩

关系刑法论是储槐植教授另一重要学术思想,它主张把刑法放到整个关系网络中去进行研究,具体包括:(1)社会经济与刑法;(2)政权结构与刑法;(3)意识形态与刑法;(4)犯罪与刑法;(5)行刑与刑法;(6)其他部门法与刑法。参见储槐植《刑法存活关系中——关系刑法论纲》,载《法制与社会发展》1996年第2期,第40-47页。

对此,陈兴良教授的一个解释是:这与20世纪90年代我国刑法知识经过一个时期的恢复积累以后所处的蓄势待发的特定背景有关。参见陈兴良《“老而弥新”:储槐植教授学术印象》,载《刑事法评论》第21卷,北京大学出版社2007年版,第429页以下。

证法的普遍联系、相互作用原理十分接近。刑事一体化和立体刑法学的各对范畴之间存在相互联系和相互作用的关系,它们共同结合成一个系统,这个系统的功能要大于各部分的简单相加。而刑法效益则是其经济学基础。刑事一体化和立体刑法学有助于建立一个良好的刑法机制,其理念的贯彻必将节省刑法成本,提高刑法收益,增强立法、司法和研究中的协调性,减少因内耗而产生的资源浪费。

3. 犯罪构成理论的争鸣初现中国刑法学派之争。犯罪构成理论是规范刑法学中的理论基石。近年来,围绕我国传统犯罪构成理论的完善和存废产生激烈的学术论争,这首先是刑法学界贯彻“百花齐放、百家争鸣”的“双百”方针的结果,同时也是我国对外开放、比较刑法学日益兴隆的结果,更是我国刑法学走出“无声的刑法学”、形成不同学派的端倪。如前所述,新中国成立后对犯罪构成理论长期沿袭苏联的学说,缺乏必要的创新和争鸣。直到1986年何秉松教授发表《建立有中国特色的犯罪构成理论新体系》一文后,该问题才开始引起我国刑法学界的反思。对此,有评论说,该文涉及当时刑法学体系中所没有的一系列刑法学重大问题,如犯罪构成理论的体系、定罪的根据、刑事责任的概念、犯罪的本质特征等^{[10]678}。1993年,何秉松教授主编的《刑法教科书》问世,其中最耀眼之处在于该书创立了一个崭新的犯罪构成理论新体系,即“犯罪构成系统论”^[27]。1995年,何秉松教授又在此基础上出版了专著《犯罪构成系统论》,进一步巩固和完善了前述理论。“犯罪构成系统论”把犯罪构成看成是一个整体性、主体性、动态性、模糊性、多层次性和开放性的有机整体^[28]。“犯罪构成系统论”的提出,向人们展示了全新的理论观点和研究方法,令人耳目一新。^[29]

时至今日,我国刑法学界对完善犯罪构成理论的学术探讨已经形成了异常活跃的气氛。没有人主张一成不变地固守传统的犯罪构成理论,争论在于:是在传统的基础上进行改良,还是彻底抛弃传统的犯罪构成理论模式转而全盘引进德日的犯罪论体系?包括前述“犯罪构成系统论”在内的多种观点主张对传统的犯罪构成理论进行改良,以建立有中国特色的犯罪构成理论。但另一种观点则主张全盘引进大陆法系的犯罪论体系,这种观点在2009年的司法考试大纲中,被正好持此种观点的学者塞了进去,由此引起全国刑法学界的关注乃至震惊^[30]。2009年6月9日,北京师范大学刑事法律科学研究院专门针对这一问题召开了犯罪构成理论体系专题座谈会,据称,与会者就以下问题达成共识:国家司法考试大纲的制定影响广泛,职责重大,应当采用学术界通行的观点;某些学者利用参与拟订国家司法考试大纲和编写相关配套教材的职务便利,用在德日也还颇有争议的三阶层犯罪论体系取代我国通行的犯罪构成四要件理论体系,是很不严肃的。

虽然对犯罪构成理论的争鸣因司法考试大纲这一事件而复杂化,但笔者更愿意把它看成是我国刑法学派之争在诞生初期的一种现象。无论如何,随着中国刑法学进一步走向繁荣和发达,必然会出现学派之争。当然,学派成熟之时,也将是其遵守学术论辩的规则之日。

[参 考 文 献]

- [1] 高铭暄、赵秉志:《中国刑法立法之演进》,北京:法律出版社,2007年。[Gao Mingxuan & Zhao Bingzhi, *Evolution of Criminal Legislations of China*, Beijing: Law Press, 2007.]
- [2] 高铭暄:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,北京:法律出版社,1981年。[Gao Mingxuan, *Making of Criminal Law of the People's Republic of China*, Beijing: Law Press, 1981.]
- [3] 高铭暄、赵秉志编:《新中国刑法学五十年》(上),北京:中国方正出版社,2000年。[Gao Mingxuan & Zhao Bingzhi(eds.), *Fifty Years of Criminal Law in New China* (I), Beijing: China Fangzheng Publishing House, 2000.]

有关此问题可参见《北师大刑科院召开犯罪构成理论体系专题座谈会》,2009年6月25日,http://www.criminallawbnu.cn/criminal/info/showpage.asp?showhead=&pkid=23440,2009年10月6日。

- [4] [苏]A. H. 特拉伊宁:《犯罪构成的一般学说》,王作富等译,北京:中国人民大学出版社,1958年。[A. H. , *General Theory of Criminal Constitution*, trans. by Wang Zuofu, et al, Beijing: China Renmin University Press, 1958.]
- [5] 高铭暄主编:《新中国刑法学研究综述(1949—1985)》,郑州:河南人民出版社,1986年。[Gao Mingxuan (ed.), *Review on the Criminal Research in New China from 1949 to 1985*, Zhengzhou: Henan People's Publishing House, 1986.]
- [6] 车浩:《未竟的循环——“犯罪论体系”在近代中国的历史展开》,《政法论坛》2006年第3期,第65-77页。[Che Hao, *Incomplete Circulation: The Historical Development of System of Criminal Theory in Modern China*, *Tribune of Political Science and Law*, No.3(2006), pp.65-77.]
- [7] 杨春洗、甘雨沛、杨敦先等编:《刑法总论》,北京:北京大学出版社,1981年。[Yang Chunxi, Gan Yubei & Yang Dunxian, et al(eds.), *General Theories of Criminal Law*, Beijing: Peking University Press, 1981.]
- [8] 中国人民大学法律系刑法教研室编:《中华人民共和国刑法是无产阶级专政的工具》,北京:中国人民大学出版社,1958年。[Teaching and Research Section of Criminal Law, Department of Law, Renmin University of China(ed.), *Criminal Law of the People's Republic of China Is the Tool of Proletarian Dictatorship*, Beijing: China Renmin University Press, 1958.]
- [9] 高铭暄、赵秉志编:《新中国刑法立法文献资料总览》(上册),北京:中国人民公安大学出版社,1998年。[Gao Mingxuan & Zhao Bingzhi(eds.), *A Comprehensive Collection of Documents on Criminal Legislations of New China*(I), Beijing: Chinese People's Public Security University Press, 1998.]
- [10] 陈兴良:《刑法哲学》,北京:中国政法大学出版社,1992年。[Chen Xingliang, *Philosophy of Criminal Law*, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1992.]
- [11] 高铭暄:《一部闪烁着毛泽东思想光辉的刑法》,《法学研究》1979年第3期,第1-2、12页。[Gao Mingxuan, *A Criminal Law Shining with Mao Zedong Thought*, *Chinese Journal of Law*, No.3(1979), pp.1-2,12.]
- [12] 陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,北京:中国人民大学出版社,2006年。[Chen Xingliang & Zhou Guangquan, *Modern Development of Criminal Law*, Beijing: China Renmin University Press, 2006.]
- [13] 强世功:《法制与治理——国家转型中的法律》,北京:中国政法大学出版社,2003年。[Qiang Shigong, *Legal System and Administration: Law in the State Transformation*, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2003.]
- [14] 陈兴良主编:《刑法知识论研究》,北京:清华大学出版社,2009年。[Chen Xingliang (ed.), *Studies on Criminal Epistemology*, Beijing: Tsinghua University Press, 2009.]
- [15] 高铭暄主编:《中国刑法学》,北京:中国人民大学出版社,1989年。[Gao Mingxuan(ed.), *Criminal Law of China*, Beijing: China Renmin University Press, 1989.]
- [16] 高铭暄主编:《刑法学》,北京:法律出版社,1982年。[Gao Mingxuan(ed.), *Criminal Law*, Beijing: Law Press, 1982.]
- [17] 何秉松:《建立有中国特色的犯罪构成理论新体系》,《法学研究》1986年第1期,第29-39页。[He Bingsong, *Establishing a New Theory with Chinese Characteristics on Criminal Constitution*, *Chinese Journal of Law*, No.1(1986), pp.29-39.]
- [18] 徐建:《“反革命”罪名科学吗?》,《探索与争鸣》1981年第1期。[Xu Jian, *Is the Criminal Accusations of Anti-Revolutionaries Scientific? Explore and Contend*, No.1(1981).]
- [19] 张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,1997年。[Zhang Mingkai, *Criminal Law*, Beijing: Law Press, 1997.]
- [20] 储槐植、宗建文等:《刑法机制》,北京:法律出版社,2004年。[Chu Huaizhi & Zong Jianwen, et al, *The System of Criminal Law*, Beijing: Law Press, 2004.]
- [21] 刘仁文:《关注刑法运作》,《人民检察》2007年9月(上),第21-24页。[Liu Renwen, *On Operation of Criminal Law*, *People's Procuratorial Monthly*, No.9S(2007), pp.21-24.]
- [22] 储槐植:《建立刑事一体化思想》,《中外法学》1989年第1期,第3-8页。[Chu Huaizhi, *Establishing the Concept of Unification of Criminal Law*, *Peking University Law Journal*, No.1(1989), pp.3-8.]

- [23] 储槐植：《刑法学研究的新构想》，《中外法学》1991年第1期，第62-63页。[Chu Huaizhi, New Thoughts on Criminal Research, *Peking University Law Journal*, No.1(1989), pp.62-63.]
- [24] 付立庆：《刑事一体化：梳理、评价与展望——一种学科建设意义上的现场叙事》，见陈兴良、梁根林主编：《刑事一体化与刑事政策》，北京：法律出版社2005年版，第21-37页。[Fu Liqing, Unification of Criminal Law: Rearrangement, Evaluation and Expectation, in Chen Xingliang & Liang Genlin (eds.), *Unification of Criminal Law and Criminal Policy*, Beijing: Law Press, 2005, pp.21-37.]
- [25] 陈兴良：《判例刑法学》，北京：中国人民大学出版社，2009年。[Chen Xingliang, *Legal Precedent in the Science of Criminal Law*, Beijing: China Renmin University Press, 2009.]
- [26] 刘仁文：《构建我国立体刑法学的思考》，《东方法学》2009年第5期，第3-12页。[Liu Renwen, Thoughts on Constructing a Three-Dimensional Criminal Law in China, *Oriental Law*, No.5(2009), pp.3-12.]
- [27] 何秉松主编：《刑法教科书》，北京：中国法制出版社，1993年。[He Bingsong (ed.), *Introduction to Criminal Law Textbook*, Beijing: China Legal Publishing House, 1993.]
- [28] 何秉松：《犯罪构成系统论》，北京：中国法制出版社，1995年。[He Bingsong, *Theory on Criminal Constitution*, Beijing: China Legal Publishing House, 1995.]
- [29] 曲新久：《何秉松教授刑法学思想述评》，《法律文献信息与研究》1998年第4期，第63-69页。[Qu Xinjiu, Review on Professor He Bingsong's Thoughts on Criminal Law, *Information and Research of Legal Literature*, No.4 (1998), pp.63-69.]
- [30] 王全宝：《中国刑法学“被变性”引争议》，《东方早报》2009年6月4日，第A19版。[Wang Quanbao, The Nature of China's Criminal Law is Changed, Which Triggers Dispute, *Oriental Morning Post*, 2009-06-04, p. A19.]