

使用大字体察看本文

阅读次数: 361

## 中国刑法学二十世纪的回顾、反思与展望2

张文 何慧新

回顾近百年中国刑法学的发展历程,从中华法系解体大陆法系刑法理论在旧中国确立;从移植、引进西方刑法体系而引起礼法之争,礼治派在立法上的暂时取胜和法治派在理论界的赢得人心,到四十年代刑法学者对法治派理论的反思;从新中国建立后社会主义类型的苏联刑法模式的引进到社会主义市场经济体系的建立;从《大清新刑律》到二三十年代的大规模立法;从人民民主政权时期的刑事立法到《中华人民共和国刑法》的起草;从1979年刑法的颁布实施、一系列单行刑法的制定到修订后的《中华人民共和国刑法》即1997年刑法的出台,我国刑法学研究走过了艰难历程。本世纪前60年中国坎坷曲折的历史使得中国刑法学“经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊”;10年文革期间更索性彻底停滞。先天不足,后天又失调,命运多舛、路途艰辛。随着1979年刑法的颁布,我国刑法学研究的春天来临了,随着刑事立法的逐渐发展完善,刑法理论研究也日益繁荣。近20年来,我国刑法学研究的开展从学习、宣传刑法开始,通过对刑事立法和刑事司法的研究,刑法理论逐渐走向深入。1992年市场经济体制的确立,为中国刑法学的发展提供了广阔的

的背景,1997年刑法修正案的通过实施,又为刑法学的发展提供了契机。刑法学研究最初是以刑法为注释对象的研究;后来是以刑法为评判对象的研究;以致超越对刑法的研究,从注释刑法学到理论刑法学再到刑法哲学。刑法理论在自我超越中嬗变与递进,成为法学领域中研究力量雄厚、研究成果突出的一个学科。然而,由于学术研究中的禁区曾经很多,也由于过分强调刑法为社会改革实践服务,为政策服务,以致法学家总是急匆匆地考虑如何以其学致于用,而无时间坐下来冷静地思考学术本身的问题,造成了学术的幼稚与浮躁。回首百年刑法史,获取诸多历史的启示。我们认为,主要是要处理好以下几个方面的关系:

(一) 批判与继承、借鉴的关系。作为法律文化之一种,刑法文化有其历史的继承性。如何对待历史上和外来的刑法文化,是刑法学研究中的一个重要问题。蔡枢衡先生在他的《近四十年中国法律及其意识批判》一书中,对清末及民国时期的中国法学研究风格,有一段精辟的论述:“中国成文法律发达很早。但海禁大开之后,变法完成前,只有外国法学著作的翻译、介绍和移植。外国法学的摘拾和祖述都是变法完成后至于今日的现象。”他是针对本世纪前40年的中国法学研究风格说这番话的,这同样适用于此前40年的刑法学研究状况。他把翻译、介绍和移植西方刑法当作中国刑法向现代转变的第一步,把祖述和摘拾看成是第二步。祖述是中国人用自己的语言讲述外国刑法学,摘拾是中国人裁割外国刑法学来构件自己的体系。他认为“祖述和摘拾成为一个国家的司法学著作、教师讲话和法学论文的普遍现象,这正是殖民地风景。”认为本世纪前40年中国刑事立法与中国社会现实不适合,太过于幼稚、草率、不完全,是抄袭比较各国立法产生的。诚如蔡先生所言“这些书籍除了翻译作品、抄袭的讲义教科书,以及法条解释外,用基本的法学理论来解释中国现实之作,或说属于法的哲学性和社会科学性之作,实在太少。”在寥寥可数的刑法理论著作中,多为史论而难具理论。而“沈家本先生《历代刑法考》和《寄移文存》等著作,虽然以中国社会为基点,阐述中国法的洋洋巨著,但由于沈氏身负重任,所以他主要从立法政策上阐述中国近代法,很少做哲学探索,作为中国近代法学的奠基人,不能不说上是一件憾事。”(注:李贵莲:《二十世纪初期的中国法学》,《中外法学》1997年第5期。)由于西方法律文化成为晚清以至民国时期刑事立法的精神支柱和理论基础,这一时期的刑法理论无不“言必称西方”。建国以后展开了关于法的继承性的讨论,一些学者认为,不能以法的阶级性去排斥法的继承性,旧的法律和法学作为文化遗产,可以为社会主义法律和法学批判和继承。这种观点在“反右斗争”中受到了严厉的批判,被认为是“为复辟资本主义开辟道路”,资产阶级的刑法学必须予以“全力粉碎”。至此,刑法学研究走上了畸形发展的道路。粉碎“四人帮”以后,为适应我国社会主义法制和法学研究的恢复和发展的需要,法学界又进行了关于法律继承性问题的讨论。通过讨论达成共识,否定了以往那种法律虚无主义的观点,主张对古今中外的法律文化采取批判地继承和有分别地借鉴的态度。这种对待法律文化的马克思主义态度极大地促进了我国刑法学研究的进展。近20年来,我国刑法学者不仅加强了对中国刑法法制史和刑法思想史的研究,而且特别重视对外国刑制和刑法学的研究。不仅研究大陆法系,而且研究英美法系。不仅反省中国刑法和刑法学研究

状况,而且关注世界范围内刑法的发展趋势和国际刑事司法合作,并且积极开展国际刑法学的研究。晚近刑法史学和外国刑法学的研究成果颇多,但如何落实“洋为中用”、“古为今用”,尤其是如何正确对待西方国家的刑法文化的问题进行再度反思,仍属必要。

建国初期,在彻底否定旧法观点的同时,把历史上的刑法学理论也予以全盘否定,由此,割断了历史的联系;另一方面,对苏联刑法学采取“一边倒”的方针,从体系到内容完全照抄照搬。这在当时,有一定的积极意义,因为在旧的刑法学被全盘否定的情况下,建立刑法学必须以苏联为师。苏联刑法学较之西方刑法学更适合中国的需要。然而不考虑中国的实际,不分析、鉴别苏联刑法学的内容,即使片面的、形而上学的内容也照抄照搬,造成谬误广布,如片面强调刑法的阶级性,轻视其科学性等。然而60年代以后,又走上另一个极端,很少有人再问津苏联刑法学,更谈不上系统深入的研究。(近年来已有学者开始研究俄罗斯刑事立法以及俄罗斯刑法学(注:参见刘向文《谈俄罗斯刑事立法的历史发展》,《法学与实践》1997年第5期。))而对于大陆法系和英美法系的刑法及刑法学则采取另一种态度。随着西方文化的大量涌入,有些人对西方文化不加分析、不加辨别,主张大量引进西方的法律理论,如“非犯罪化”、“非刑罚化”、“轻刑化”等。这种对西方文化不加分析,不加辨别的态度同样是不科学的。那么如何正确对待中国历史上的和现代西方的刑法文化呢?蔡枢衡先生早在40年代就给出了答案“保存中国的,吸收西洋的,摄取精华,自己创造”。(注:蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,第11页。)-同志也有精辟的论述,“对一切外国的东西,犹如我们对于食物一样,必须经过自己的口腔咀嚼和胃液、胃肠运动,把它分解为精华和糟粕两部分,然后排泄其糟粕,吸取其精华,才能对我们的身体有益,决不能生吞活剥地毫无批判地吸收。”(注:《-选集》合订本,第667页。)这就是说,我们必须批判地继承一切外国刑法文化遗产。吸收其中一切有益的东西作为创造我国法律文化的借鉴。拒绝继承和不加批判的全盘吸收都是非科学的态度。

(二)科学性之关系。任何一门社会科学,都不是孤立存在的。刑法与-同为上层建筑的一部分,刑法学与-学有密切的关系。任何时代的刑法学都离不开那个时代的-,总是为一定的-服务,从这个意义上说,根本不存在纯粹的刑法学研究。我国的刑法学研究必须为社会主义市场经济建设保驾护航,这就决定了刑法学研究的方向。但法学毕竟是一门独立的社会科学,决不能用简单的-分析代替精湛的刑法学研究。如果无视刑法学客观存在的内在规律性,刑法学也就不再是独立的学科了。建国初期,我国先后开展了“镇压反革命”、“三反”、“五反”运动,国家立法机关相继颁布了有关的法律和法令,当时的刑法学研究也自然围绕形势的需要而展开。对一些刑法问题的探讨,在一定程度上指导了司法实践,起到了积极作用。但不可否认,由于极“左”思潮的影响,过分强调刑法理论为-斗争服务,以-斗争的需要作为刑法理论发展的动力,而在一定程度上忽视了刑法学的独立品格,忽视了刑法学自身理论问题的深入研究。1957年,-发表了《关于正确处理人民内部矛盾的问题》一文后,在我国刑法学领域展开了一场如何区分两类不同性质的犯罪的大讨论。这一讨论,加剧了刑法学-化的倾向,从此,用简单的-分析代替严密的法理论证。如反革命罪有无未遂本来是一个纯粹的法律问题,1957年前后,却成为一个十分敏感的问题,先是在1952年的司法改革运动中把反革命罪有无未遂的观点斥责为旧中国的六法观点,进行严厉地批判。在1957年的反右斗争中主张反革命罪有无未遂的观点又被认为是右倾观点,甚至-谬论。反革命罪有无未遂问题便成为无人问津的“禁区”。直到1980年以后,这个问题被重新提出,并得到了较为科学的解决。历史给我们的教训是深刻的,集中到一点,就是要处理好-与学术的关系。在我国这样一个数千年文明古国,独立地形成过中华法系,拥有过发达的刑事立法,具有丰富的刑事司法经验,但是,却从未产生过为世人侧目的刑法学家和刑法学派,亦未建立起系统完备的刑法理论体系。为什么会有这种现象呢?过分强调刑法为-服务,为形势服务;片面强调刑事法制的实用,轻视基础理论研究,不能不说是重要原因。

(三)理论与实践的关系。作为应用法学,刑法学与现实有密切的联系,理论研究的目的在于为社会发展、司法实践服务。建国后,尤其近20年来,我国刑法学者在深入调查研究、占有大量资料的基础上,针对经济生活和社会发展中出现的新情况、新问题,提出立法或司法建议。但这种联系绝不意味着头痛医头、脚痛医脚的被动应付。显然,当国家面临反腐倡廉的任务时,刑法学界重点研讨职务经济犯罪是必要的;当刑法面临修改的问题时,刑法学界探讨刑法如何修改的问题更是义不容辞。然而,若缺少对刑法基础理论的全面研究,若没有刑法各个基础理论问题上的突破性进展,刑法学作为应用法学,其解决实际问题的作用,不仅是被动的,而且可能是效果甚微。在不久前举行的“二十世纪中国法学的回顾与前瞻学术研讨会”上,许多学者谈到了加强学术的独立性问题。有学者指出,“百年法学史证明,我们的法学太强调为社会改革实践服务、为政策服务了,法学家总是急匆匆地考虑如何以其学致于用,而无时间坐下来冷静地思考学术本身的问题,这就造成了学术的幼稚与浮躁。学以致用,其前提是学要成为学。要使学成其为学,对学者而言,就要把治学本身当作目的。”(注:张少瑜:《二十世纪中国法学的回顾与前瞻学术研讨会综述》,《法学研究》1997年第5期。))这种说法虽然片面,但对倡导扎实研究的风气,加强我国刑法学的学术基础及其独立性却可能产生矫枉过正的作用。

(四)刑法学研究成果及其转化的关系。任何一部新法的出台,都与学术研究成果密不可分。1979年刑法颁行后至1997年刑法出台前,全国人大常委会先后颁布了24个单行刑法。这些《补充规定》或《决

定》有不少是刑法学者基于社会生活中出现的严重危害行为在提出立法建议的基础上，广泛征集意见后才制定的。1997年新刑法充分吸收了近年来的研究成果，如罪刑法定原则的确立和贯彻、单位犯罪的法典化、投机倒把罪、流氓罪、玩忽职守罪等口袋罪的分解等，都是理论界长期研讨后基本达成一致的结果。对有组织犯罪、计算机犯罪、证券犯罪、环境犯罪等近年来社会生活中新出现的严重危害行为，在立法建议的基础上，借鉴西方国家先进的立法例，然后写进刑法中的。然而并非所有的理论研究成果都为新刑法吸收。刑法修改的结果与学者为之做出的努力相比还有相当的反差。刑法学界曾围绕财产刑、资格刑的设置，经济犯罪的刑罚配置等发表了颇具科学性的作品，然而这些建议并没有被新刑法采纳。这些理论已随着新刑法的修订通过而失去使用价值了吗？答案并非如此，判断这些修改意见是否过时的标准只能是这些意见中“是否蕴涵着科学、合理地评判刑法修改的结果的因素及今后进一步完善刑法及推动刑法理论发展具有积极意义的启发”（注：王敏远：《刑法学研究述评》，《法学研究》1998年第1期。）。理论研究成果是否被立法决策者采纳，一个重要的因素就是该种研究成果是否已被普遍认可。一些经过详尽、周密论证的建议没有采纳的原因，可能是理论的科学性与实践的可操作性分离，也可能是这种建议尚未得到理论界大多数人的赞同，因而有进一步研讨的必要。将未被采纳的建议中有价值的部分重新作以归纳整理，探讨各种修改方案的利弊得失，将为进一步完善刑法奠定良好的理论基础。

（五）注释刑法学与理论刑法学的关系。注释方法是刑法学研究中最古老的方法，中国封建社会法学有称律学，就是对法条的注疏为主，《唐律疏议》就是一部律条与注释完美结合的著述。西方中世纪曾经形成了著名的注释法学派，这种方法注重用规范分析和逻辑推理来研究现行刑法的规制，对刑法学的研究必不可少，但已经远远不能适应当今刑法学研究的需要。而我国刑法学的研究依然没有脱离注释刑法学的藩篱。如果说1979年刑法颁布后出现的注释刑法热潮是合理的、积极的；因为在我国刑法学的恢复阶段，为宣传建国后的第一部刑法，只有通过对其条文及其设立背景从文字和逻辑上进行具有一定技术要求的学理解释，法律才能得以正确的实施，全民法律意识的提高才成为可能。那么对于1997年刑法颁布后，再一次掀起的注释刑法的热潮就令人深思。截止1998年初，有关新刑法的注释性论著就有上百种，以新刑法为主线的刑法学教科书也迅速占领了市场。然而，撇开它们在基本内容上的大同小异不谈，仅就体例编排和结构设计而言，亦大致雷同。应该说：“伴随着一部新法的颁布，注释研究是十分必要的，而且法律修改也会带来一系列理论研究的新课题”有待于我们从理论上作答，但还必须承认这种注释研究只是刑法理论与应用性相联系具有实用价值的那一部分，是一种较低层次上的刑法理论，刑法学研究的使命决不至此，还要关注更高层次上的刑法哲理研究。对注释法学的过于热衷，自然会使刑法学基础理论研究的投入受到一定程度的影响。刑法学在研究犯罪和刑罚的时候不能单纯地注释法条，而是要揭示隐藏在表面后面的客观规律（注：陈兴良：《法学家的使命-刑法更迭与理论更新》，《法学研究》1997年第5期。）。而这一任务的完成，必须借助于思辩的方法、比较的方法、实证方法、关系分析的方法。目前，刑法学研究中最为缺乏的是实证的方法。它可以弥补思辩方法过于空泛的缺陷，通过经验材料的搜集和整理，对犯罪和刑罚进行实证的分析，为刑法的思辨研究提供坚实的基础。如果说我国目前刑法学研究中缺乏思辩观念，那么同样也缺乏实证精神。没有深入的实证分析正是思辩缺乏的原因所在。如围绕刑法修改而展开的死刑存废问题的争论，不论是赞成基本保留原有死刑条款的观点还是废除其中部分死刑条款的呼吁，大多不是以对社会各方面因素关于死刑条款及其适用情况的现时反映为依据，而是借助于理论的推断来讨论问题。然而，若不了解某一死刑条款的存在及其使用状况，若不以人们关于该死刑条款及其适用的各种观点的普遍而深入的了解和分析，关于该死刑条款的存与废的论述就难以令人信服，难免给人以书斋中的产品的感觉。因而必须在刑法学研究中引入实证的方法、关系分析的方法、定量分析的方法。

### 三、二十一世纪中国刑法学的展望

二十世纪以来，中国刑法一步步地向现代转变，并逐步与世界先进刑法接轨。建国后，尤其是改革开放以来，刑法学研究取得了令人瞩目的丰硕成果，刑法学已成为我国目前最为繁荣，进展最为显著的几个法学学科之一。一些有相当理论深度和实际可行性的刑法学论著不断问世，为中国刑法学更高层次的发展奠定了基础。社会主义市场经济体制的确立和发展为刑法学的繁荣提供了广阔的背景，新刑法的颁布，又为之提供了契机。可以想见，中国刑法学真正走向世界的局面即将来临。同时也应该看到，我国刑法学还存在许多薄弱环节，刑法学的体系尚需进一步完善：刑事政策研究的不够；刑法基础理论的研究还需加强；犯罪是一种没有国界的社会现象，经济犯罪和经济刑法的研究还不够深入；定罪与量刑的综合平衡问题远没有解决；刑法史的研究没有得到足够的重视；刑法学的研究方法尚未脱离注释刑法的藩篱；中国刑法与世界先进刑法的衔接还不够紧密；另外，新刑法的颁布实施又给正在走向深入的刑法学研究提出一系列新课题。我们认为，二十一世纪中国刑法学研究应该在以下几个方面有所突破。

（一）刑法观念的更新。犯罪是一种没有国界的社会现象，是不同社会制度下共同面对的问题，如何从法律上处置犯罪虽受一定的因素影响，但作为研究犯罪、刑罚及罪刑关系的刑法理论则存在共通之处。刑法的进步在于刑法观念的更新。在国际社会普遍强调人权，人权意识凸显的今天，刑法的人权保障机能将受到应有的重视。人权保障作为刑法机能之一，在近代刑法史上具有重要意义，甚至被视为刑法现代化的一个重要标志。在我国由于长期以来受社会本位的整体主义的束缚，个人权利强调的不够，表现在

刑法机能上，重视社会保护而轻视人权保障。长期以来，刑法中的人权总是被等同于被害人的权利、被告人的权利以及犯罪人的权利。国内刑法学界普遍认为刑法中的人权主要是被害人的权利，刑法中的人权保障主要指形式诉讼过程中对弱者一方的权利保护。刑法中人权保障的内涵是什么？与刑事诉讼中人权保障的内容有何不同？其理论基础是什么？最佳实现方式是什么？都有待于二十一世纪的刑法学者给予回答。

（二）刑事法制的变革。刑罚的轻重应当考虑人们的心理承受力以及刑罚的轻重可能带来的社会后果。二十一世纪的中国社会人们受教育的程度将会普遍提高，传统的暴力犯罪将不再是主要的犯罪形式，随着高新技术的推广应用，尤其是计算机和人工智能的发展，基因技术、克隆技术的运用，电脑网络犯罪、与生物工程有关的犯罪将会引起人们的重视；人权意识的增强、犯罪规律的认识、刑法观念的更新（对刑法目的、功能、效益的科学认识）将使未来的刑事立法真正符合刑法的经济性、刑法的最后手段性等属性，人们对刑法的期望值将会减小，犯罪圈会逐步缩小，刑罚量也相应减轻，刑罚逐步实现轻缓化。二十一世纪的中国是否有望废除死刑？如何逐步缩小现有的死刑立法，以致最终废除死刑？如何完善现有刑罚制度，同时实现刑罚方法的多样化？电脑量刑系统的出现可否使用量刑更为公正、合理，从而实现罪刑关系的真正平衡？高科技的运用，能否带来行刑方式的更新？

（三）刑法学体系的科学化。我国现有的刑法学体系基本上依据1979年刑法的结构建立的，依然以犯罪论和刑罚论两大块来安排。没有完全突破50年代苏联刑法学的窠臼，不系统，不完善，内容单一。1997年刑法颁布后，刑法学的内容丰富了很多，但刑法学的结构没有质的突破，注释新刑法的著述虽然如雨后春笋，但大多是刑法典体系、结构的简单移植或直接翻版，而作为一门学科自身所应有的科学性、系统性、逻辑性以及区别于刑法典体系、结构的独特性却未能得以体现。刑法学的学科体系应该是刑法学的理论体系，它应当超越于刑法典体系和刑法教科书之上，服从与罪刑关系的内在逻辑。刑法学必须超越立法和司法，因而就必须发展和完善基础理论。我国刑法学理论的成熟，应该以具有中国特色的刑法学体系的建立为标志。当然，刑法基础理论研究中的点滴创新都是十分艰难的，在世界刑法学已经很发达的今天，惟有充分、全面地掌握了各种相关理论学说的基础上，惟有在对中国社会现实及发展历程系统考察之后，才有此可能。因而刑法学体系的创新，不仅需要基础理论方面对许多问题积累相当一部分的开创性研究成果为基础，而且需要在刑法学理论及相关学科（如犯罪学、刑事政策学）宏观层面上的创新性思维为依托。

（四）刑法学理论视野的国际化。法学研究应当立足于我国的刑事立法和刑事司法。然而，随着现代科技的发展，国际范围内的交往将变得更为频繁和迅速，周边合作将进一步得到加强，科技信息将在世界范围内更为迅速地传递，国际犯罪对国际社会的危害日益加重，跨国犯罪不断增加，这就要求刑法学理论研究视野的国际化。打开刑法理论视野，加强国际刑法与区际刑法的研究，开展中国与外国，大陆与港、澳、台之间的学术交流，提出有国际影响力的观点和学说，在促进国际刑法学发展的同时，寻求对外刑事司法合作的妥善方法，更为有效地惩治和预防犯罪，维护国际社会的和平与安全。

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com  
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720