

再论强化中国刑法学研究的主体性

刘仁文

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要:中国刑法学研究应当增强自己的主体性已经越来越成为当下中国刑法学界的共识。强化中国刑法学研究的主体性,应当以本国的刑法规定为逻辑起点,紧密结合本国的司法实践,充分发挥判例等对提升中国刑法学研究水平的作用。在比较法研究中要以“知他而知己”为目的,在引进域外刑法知识时,既要注意动态把握域外刑法理论的流变,又要准确判断中国社会所处的发展阶段,同时还要防止断章取义,并把域外刑法知识自觉融入中国刑法学的话语体系之中。在方法论上,中国刑法学研究应兼收并蓄,重视研究方法的多元性和研究视野的开阔性,并由过于强调学派之争走向折中和统一。此外,中国刑法学者还亟须补齐短板,在着力挖掘和充分利用本国历史中的传统资源、实现其现代转型方面做大量基础性的且极具难度的工作。主体性意识的强化必将激活中国刑法学人的创造力和想象力,在“君子和而不同”的良好氛围下,更好地推进中国刑法正义的实现,展示中国刑法学的国际形象和应有品格。

关键词:主体性;本国立法与判例;比较法;方法论;传统资源

中图分类号:DF639 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2023.04.07 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



引言

6年前,笔者在《法制日报》(2020年8月1日起更名为《法治日报》)发表的一篇谈中国刑法学者应有自己主体意识的学术随笔^①在学界引起了意想不到的反响。文章发表后不久,《法制日报》理论部资深记者蒋安杰女士大概也觉察到了这一点,邀请笔者针对此文的社会反响写一篇回应文章,笔者婉拒之后,她自己撰写了一篇3000余字的编辑手记^②,肯定了此文的问题意识。随后,《上海法

收稿日期:2022-09-01

基金项目:国家社会科学基金重点项目“刑法的立体分析与关系刑法学研究”(19AFX007)

作者简介:刘仁文(1967),男,湖南隆回人,中国社会科学院法学研究所研究员,中国社会科学院大学法学院教授,法学博士。

① 参见刘仁文:《再返弗莱堡》,载《法制日报》2017年12月27日,第9版。

② 参见蒋安杰:《刘仁文〈再返弗莱堡〉编辑手记》,载《法制日报》2018年1月11日,第9版。

治报》围绕此文提出的问题,组织了华东地区多位学者撰写系列文章展开讨论^①,在此过程中徐慧编辑找到笔者并希望写一篇相关文章作为该组文章的结尾,但笔者仍然婉拒了。此后,针对此文提出的问题的讨论仍然没有停止。以笔者所见,除了前述《上海法治报》组织刊发的一组文章外,还先后看到北京大学龚刃韧教授^②、德国弗莱堡大学东亚法研究所所长卜元石教授^③、清华大学周光权教授^④、中国政法大学刘艳红教授^⑤等学者就此文提出的观点表达了或肯定(龚刃韧、卜元石、杨兴培等)或商榷甚至否定(周光权、刘艳红等)的意见。对于学术争鸣甚至批评,刑法学界多位学者发表了很有见地的意见。例如,张明楷教授指出:“被批评者的大度,有利于学术批评的展开。”^⑥陈兴良教授也指出:“一种令人信服的批评与批判,恰恰是对我最大的褒奖。”^⑦周光权教授更是直言:“那些批评你的人,可能是最在意你的人。”^⑧

令人欣慰的是,尽管在某些具体问题上仍然有分歧,但关于中国刑法学研究应当增强主体性意识的观点已经越来越趋向共识了。例如,周光权教授虽然批评了笔者的《再返弗莱堡》一文^⑨,但他随后也提出中国刑法学应“尽可能摆脱对德、日理论体系的过度依赖”^⑩。刘艳红教授针对《再返弗莱堡》一文,之前的批评态度不仅鲜明,而且带有一定的想象成分,指出“刘仁文教授的观点……并不是真正倡导所谓的多元化研究,而只是想回归传统苏俄刑法,坚守刑法政法学派”^⑪,但3年之后,她对该文的态度从批评转为肯定,认为“如果中国刑法教义学脱离本土司法实践的需要,则可能呈现有的学者所担心的空洞化、殖民化,乃至教义学的过度精致化等现象”^⑫。

吴志攀先生在怀念导师芮沐先生的文章中,曾专门提及恩师教诲他“不要与别人争论,有时间自己做学问”^⑬。笔者曾就此与吴先生进行过认真的交流,虽然同意他和芮沐先生关于“时间是最好

① 参见杨兴培:《“法益理论”是在步“犯罪客体”后尘》,载《上海法治报》2018年1月10日,第B06版;刘宪权、谢非:《借鉴域外刑法理论须立足本土》,载《上海法治报》2018年1月17日,第B06版;王昭武:《刑法理论的拿来主义错了吗?》,载《上海法治报》2018年1月24日,第B06版;涂龙科:《刑法理论少谈主义、多讲问题》,载《上海法治报》2018年1月31日,第B06版;王恩海:《向域外学习是成长的必经阶段》,载《上海法治报》2018年2月7日,第B06版。

② 参见龚刃韧:《“拖后腿”的中国人文社科》,载爱思想网2019年6月21日, <http://www.aisixiang.com/data/116799.html>。

③ 参见卜元石:《中国法科学生留学德国四十年的回顾与展望》,载《法学研究》2019年第2期,第21页。

④ 参见周光权:《刑法学习定律》,北京大学出版社2019年版,第67-71页。

⑤ 参见刘艳红:《中国法学流派化志趣下刑法学的发展方向:教义学化》,载《政治与法律》2018年第7期,第114-115页。

⑥ 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,第55页。

⑦ 这是陈兴良教授在邓子滨教授所著的《中国实质刑法观批判》一书序言中提到的。参见邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版,序言第3页。不过,陈兴良教授这里有一个前提就是批评与批判“要令人信服”,略显遗憾的是,前述针对拙文的批评还不能令笔者信服。

⑧ 周光权:《刑法学习定律》,北京大学出版社2019年版,第53页。

⑨ 参见周光权:《刑法学习定律》,北京大学出版社2019年版,第67-71页。周光权教授认为,笔者对德国刑法教义学存在误解,有的分析“先天不足”,有的论据“无法成立”,但笔者经过反复思考,仍不敢苟同,毕竟“每个批评主体从不同的角度可以就此得出截然不同的结论”。参见张明楷:《刑法的私塾》,北京大学出版社2014年版,第3页。

⑩ 周光权:《论中国刑法教义学研究自主性的提升》,载《政治与法律》2019年第8期,第92页以下。

⑪ 刘艳红:《中国法学流派化志趣下刑法学的发展方向:教义学化》,载《政治与法律》2018年第7期,第114-115页。

⑫ 刘艳红:《网络刑法学的法教义学研究》,中国人民大学出版社2021年版,第55页。需要说明的是,虽然刘艳红教授的引注是参见笔者的拙文,但这里概括的“空洞化、殖民化,乃至教义学的过度精致化等现象”并不能准确反映拙文所要提倡的强化中国刑法学研究的主体性这一主题。

⑬ 参见吴志攀:《教书育人之道——芮先生对我的教诲》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008年第1期,第34页。

的评判者”的判断^①,但有感于“新时代是一个充满包容性和成长性的时代,意味着前所未有的开放与接纳”^②,本文在“强化中国刑法学研究主体性”的论题下,还是会在某些问题上与相关师友展开一些讨论。不过,在刑法学界大力提倡学术争鸣、弘扬“君子和而不同”的良好风气下,也许笔者的小心翼翼甚至担心可能反倒显得多余与多虑了。

一、中国刑法学研究应以本国刑法规定为逻辑起点

整体而言,法学知识的普适性在相当程度上是得到认可的,如学界对实证法学和自然法学或者法教义学、法社会学、法经济学等的理解基本是相通的。对于以揭示刑法规范背后的法理为目标的刑法法理学而言,法理虽然依附于法律,但也具有自身的独立品格。^③不过,作为一个硬币的另一面,刑法规范及其衍生的刑法知识本身也同样具有独立品格,而且刑法理论也不是一成不变的,特定的刑法规范有时也成为新的刑法理论的助推者。正因为如此,有学者甚至说出了“‘立法者’这三个更正字就可以使所有的文献成为废纸”^④的法学名言。

“回望近年来的刑法学术发展……几乎无一不是在学术开放的浪潮中,在德日教义学知识的灌溉之下生发壮大而成。”^⑤且不说刑法教义学研究并非刑法学研究的全部,即便在刑法教义学这一范畴中,正如有学者所指出,教义学方法是无国界的,但教义学知识是对一国现行有效的法律所作的解释,因而是有国界的。刑法作为实定法,各国之间哪怕有再多的相同规定,终究会存在差别,因而依附于它的刑法教义学知识也不可避免地会带有国别性。不幸的是,当学界笼统地以“理论”这种模糊国别色彩的概念为名接受国外的刑法教义学知识时,刑法教义学知识所应有的国别性被有意无意地忽视甚至遗忘了。^⑥

之所以说刑法教义学知识难免受到不同国家刑法规定的制约,是因为各个国家基于自身所处的发展阶段、社会结构、要解决的现实问题,以及各自的传统、人文、习俗,其刑法总则和分则都会带有一种地方性知识的色彩。如果完全脱离自己的刑法文本及其背后所蕴藏的法规范目的,就会陷入自娱自乐,难以为解决司法实践中的疑难问题提供接地气的方案。例如,我国在研究共同犯罪相关问题时,有的学者未能很好地结合我国刑法的具体规定,而是不加区分地移植外国的理论,造成了我国共犯研究的混乱,使所谓的“绝望之章”更加“绝望”。且不论从立法论上来看,中国刑法对于共同犯罪的规定是否更加合理^⑦,至少中国刑法的规定与德日刑法的规定是不同的,是有自己的立

① 参见吴志攀:《教书育人之道——芮先生对我的教诲》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008年第1期,第34页。

② 韩升:《改革开放与中国特色哲学社会科学的问题意识》,载《科学社会主义》2018年第5期,第20页。

③ 参见陈兴良:《刑法的知识转型(方法论)》(第2版),中国人民大学出版社2017年版,第24-25页。

④ [德]尤利乌斯·冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,商务印书馆2016年版,第32页。

⑤ 车浩:《理解当代中国刑法教义学》,载《中外法学》2017年第6期,第1413页。

⑥ 参见丁胜明:《刑法教义学研究的主体性》,载《法学研究》2015年第2期,第43-44页。

⑦ 有学者指出:“单从立法论上来讲,中国刑法的规定也更加合理。”参见丁胜明:《刑法教义学研究的主体性》,载《法学研究》2015年第2期,第48页。

法特色的。以德日刑法学中曾经争论激烈的形式客观说与实质客观说为例^①,之所以最后实质客观说取代形式客观说,是因为其能够满足罪刑均衡的需要。但是,我国刑法对不同共同犯罪人的处罚,是按照其在共同犯罪中所起的作用进行的。因此,在我国不仅形式客观说没有对手,实质客观说也欠缺赖以生存的土壤。可以说,德日这些学说的背后有相应的关于正犯和共犯的立法规定作为支撑。详言之,根据《德国刑法》第26条、第27条和《日本刑法》第61条、第63条的规定,教唆犯判处与正犯相同之刑,帮助犯的刑罚则按照正犯之刑予以减轻。而依形式客观说,只有实施了构成要件行为的人才构成正犯,实施教唆行为、帮助行为的只能是狭义的共犯,这会导致出现虽然只实施了帮助行为但在犯罪进程中发挥了重要甚至支配性作用的人被作为帮助犯予以减轻刑罚的不合理现象,故德日的司法实践会把某些没有实施实行行为但起主要或重要作用者,尤其是在幕后策划、指挥犯罪的人作为正犯来处理,而促成实现这一目标的教义学理论便是实质客观说。反观我国刑法的规定,从犯是与主犯相对应的概念,而从犯与帮助犯并非完全对应的关系,完全存在分工上属于帮助犯却在共同犯罪中起了主要作用的情况,与此同时,能够成为从犯的也不只是帮助犯,还包括部分正犯和部分教唆犯。如此一来,中国刑法就不存在德日刑法那种将帮助犯等同于从犯,并硬性规定帮助犯比照正犯减轻处罚的制度,教唆犯也不一定要处以与正犯相同的刑罚。^②这一切均来源于我国刑法采取的是有别于德、日区分正犯与共犯的立法体例,在法规范术语上也没使用“正犯”“共犯”或含义与之相同的概念。^③

笔者并不否认在比较法的意义上来研究外国的共同犯罪制度有其积极意义,也不反对学者们通过比较分析各国刑法相关规定所概括出来的区分制与单一制这样的理论模型,只是想提醒一个事实,即关于共同犯罪,世界上并不存在一个固定蓝本,即使同一个国家,也不会一成不变。^④因此,刑法研究尤其是从事刑法教义学的研究者,更应将视线转回到我国的刑法规范本身。例如,针对有学者提出我国关于共同犯罪规定的单一制存在固有缺陷,需要用更具合理性的德日区分制来解释我国刑法中的犯罪参与问题。^⑤还有学者主张用德、日的行为共同说来替代我国传统的犯罪共同说,即各共犯人所成立的罪名不要求同一,故意内容也不要求相同,甚至一方构成犯罪另一方不成立犯罪、一方出于故意另一方基于过失乃至双方均出于过失,都有可能成立共犯或共同犯罪。^⑥对此,刘明祥教授公允地指出,从我国刑法的规定来看,我国的犯罪参与体系确实接近于或应归属于形式的单一正犯体系,但单一制和区分制各有优劣^⑦,且行为共同说与《中华人民共和国刑法》(以

^① 形式客观说主张,以是否实施构成要件行为作为区分正犯与共犯的标准(正犯是实施构成要件行为者,否则为共犯);而实质客观说的核心观点是在犯罪过程中起到重要或者支配作用的人是正犯,否则为共犯。

^② 参见丁胜明:《刑法教义学研究的主体性》,载《法学研究》2015年第2期,第45-48页。

^③ 参见刘明祥:《再论我国刑法采取的犯罪参与体系》,载《法学评论》2021年第4期,第83-84页。

^④ 如2021年通过的《中华人民共和国反有组织犯罪法》(以下简称《反有组织犯罪法》)引入了“恶势力组织”这一概念,将其界定为包括普通恶势力组织和恶势力犯罪集团两类,其中“犯罪集团”刑法有明确界定,但“普通恶势力组织”需要结合《反有组织犯罪法》来认定,这势必对我国刑法关于共同犯罪的教义学理论产生新的影响,因为一旦认定为“恶势力组织”,其成员就会受到从重处罚。

^⑤ 参见张明楷:《刑法学(上)》(第6版),法律出版社2021年版,第508-509页。

^⑥ 参见陈洪兵:《“二人以上共同故意犯罪”的再解释——全面检讨关于共同犯罪成立条件之通说》,载《当代法学》2015年第4期,第43页。

^⑦ 刘明祥:《再论我国刑法采取的犯罪参与体系》,载《法学评论》2021年第4期,第95页。

下简称《刑法》)第25条第2款“二人以上共同过失犯罪,不以共同犯罪论处;应当负刑事责任的,按照他们所犯的罪分别处罚”的规定相抵牾。我国刑法规范要求犯罪参与者之间具有共同故意,行为共同说明显超出法规范的语义范围,不当扩大了共同犯罪的成立范围。而按照单一制的解释路径,采用犯罪共同说(即共同犯罪的成立要求犯罪参与者之间存在双向的意思联络并形成相同的故意内容)符合我国刑法的规范语义,不具有共同故意的犯罪参与行为也可以按照个人犯罪进行处理,不会出现区分制立场下采用完全犯罪共同说所存在的定性难题或处罚漏洞。^①

以上举了共同犯罪的例子^②,其他方面的例子还可举出不少。例如,想象竞合犯、牵连犯、吸收犯、连续犯、法条竞合犯等众多令人眼花缭乱的概念,其实都是“舶来品”,我们忘记了区分其中哪些概念是我国刑法的法定概念,哪些概念是理论概括出来的概念,以及哪些概念是中国需要的,哪些是不需要的。对此,阮齐林教授曾指出:“(这些概念)产生于需要斤斤计较数罪并罚的欧陆刑法模式,来到能够充分包容同种数罪但不数罪并罚的中国刑法模式下(指中国刑法法定最低刑高等特点——引者注),绝对水土不服,连续犯概念在中国的数罪并罚中毫无意义,就是一个突出例证。”^③路军教授针对牵连犯概念也指出,在我国,牵连犯概念及从一重处罚原则的教义学理论移植面临法律根据不足和处罚原则失当的双重问题,因为中国大陆刑法中并无牵连犯的一般性规定,牵连犯是移植于日本的教义学概念。在日本,牵连犯概念是对其刑法总则第54条后半段规定的教义学概括,所以,牵连犯的教义学概念在它的原生地是于法有据的。我国台湾地区继受了日本刑法关于牵连犯的规定,教义学方面也移植了牵连犯的概念。我国台湾地区对牵连犯是法律制度和法律理论的一并移植。但从日本刑法改正案及判例方面观察,关于牵连犯立法的废止已经在路上了。我国台湾地区已将牵连犯的立法废弃,将其按照数罪并罚或想象竞合犯处理。“在牵连犯的移植地,随着牵连犯立法的废除,与之对应的牵连犯教义学概念将会成为法律史学中的概念,仅有标本价值。同时原来统合于牵连犯教义学概念下的罪数内容会分散于一罪类型和数罪中。牵连犯法律制度的原生地及继受地的教义学理论命运尚且如此,仅仅捧着牵连犯教义学说明书的大陆刑法学界,对牵连犯的教义学就不应该还有什么留恋了。”^④

总则问题如此,分则问题也一样。例如,在当前有关侵占罪的刑法教义学研究中,经常讨论一个问题,即“拒不退还”“拒不交出”是否是独立的犯罪成立要件?有观点认为,“非法占为己有”和“拒不退还”是一个含义,因而以财物的所有人自居而对财物加以所有或者处分的,即使从未作出拒绝退还或者拒绝交出的表示,仍然属于“拒不退还”“拒不交出”。对此,有学者指出,与德日刑法侵占罪的教义学知识不同,在中国刑法的侵占罪中,“非法占为己有”与“拒不退还”“拒不交出”属于性质不同的两个行为,后者无法被溶解在前者之中,而之所以有这种差异,是因为德日刑法和中国

① 参见刘明祥:《论犯罪参与的共同性:以单一正犯体系为中心》,载《中国法学》2021年第6期,第232页。

② 需要指出的是,即便在我国刑法学界还没有引入德日共犯理论这一套话语时,也会不时在讨论或论文中听到或看到“间接正犯”“片面共犯”这样的术语,但由于我国刑法本来就没有“正犯”“共犯”的表述,所以这些也就成了无源之水、无本之木,而日本因为刑法中有“正犯”“共犯”的表述,所以学理上自然就引申出“间接正犯”“片面共犯”这样的术语。可见,中国刑法学术话语的混杂,早已埋下伏笔。

③ 阮齐林:《犯罪与刑罚论要》,中国政法大学出版社2021年版,自序第5页。

④ 路军:《移植与限度:牵连犯教义学理论引入之反省》,载《法学杂志》2019年第6期,第103页。

刑法对侵占罪的规定并不相同,中国刑法对侵占罪在“非法占为己有”之外又规定了作为客观处罚条件的“拒不退还”“拒不交出”,不能因为顾忌到德日刑法教义学认为侵占罪的行为止于非法占为己有的行为,就悄悄地把中国刑法侵占罪所特有的“拒不退还”“拒不交出”给解释没了。^①这一见解是妥当的,也再次说明刑法教义学研究必须以本国刑法规定为逻辑起点,不能用域外学说来遮盖或裁剪我国刑法的规定。

二、中国刑法学研究应立足中国的司法实践

法律的生命在于适用。“从刑法的含义来说,成文法的真实含义不只是隐藏在法条的文字中,而且同样隐藏在具体的生活事实中。”^②刑法理论和实践之间是相互映照的互动关系,在不少国家,很多时候刑事审判的实务起着引领学说发展的作用^③,因而刑法理论的发展既要借鉴域外经验,也要高度重视本土的司法实务。

以日本为例,其在明治维新后,便走上了借鉴外国法律之路,刑法的借鉴先是以法国法为母体,后来转变到以德国法为蓝本。^④然而,在其本国研究能力显著提升后,便着力挖掘本国判例,并以此为基础形成了独特的判例刑法学,在理论层面上的开阔及延展性研究也主要以本国的判例为供养。对此,有日本学者坦言:“过去曾经是日本刑法教义学不可或缺之组成部分的比较法研究,现在已退居次要的地位;一些与日常的实践问题关联不大的刑法基础问题,已越来越少成为研究和教学的对象。”^⑤例如,为了打击并处罚“水俣病”等公害犯罪,日本法官在理论中独创了“疫学的因果关系理论”。^⑥再如,为了打击并解决食品犯罪的主观认识的内容,日本法官在“森永奶粉事件”的判决中独创了“新新过失论”来予以克服。^⑦正如井田良教授所指出:如果把日本现今流行的刑法总论教科书和十余年前的教科书进行比较,就会发现因果关系和归责理论的学说状况已经发生了巨大的变化,从大阪南港案件后^⑧,最高法院就采用判例法来裁断归责案件,并明显地以行为人的行为对于结果出现所发挥之实际作用的大小来作为判断标准。^⑨对此,山口厚教授也指出,日本刑法学界通过

① 参见丁胜明:《刑法教义学研究的主体性》,载《法学研究》2015年第2期,第49页。

② 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,第52页。

③ 参见黎宏:《日本刑事法官是如何判案的》,载《中国应用法学》2022年第4期,第136页。

④ 在明治维新“脱亚入欧”的背景下,日本最初向当时的欧洲强国法国学习,在法国法学家保阿索那特直接指导下,以法国法为蓝本,先后制定了刑法、治罪法等法典,但是这些法典未经实施就遭到广泛的反对,因为日法两国在政治经济历史文化传统及资产阶级革命过程中存在着很大的差异,因而,无论内容还是形式均不完全符合日本国情及其现状,最终这些法典未经实施便被废止。而后,日本转向德国学习,除了此时德国已经成为欧洲强国外,日本通过考察还发现,日本与德国的条件更为接近,如两者都为后起的资本主义国家,保留大量的封建残余,实行的都是君主立宪制,整个国家王权昌盛,由文武官僚进行统治等。参见朱华荣主编:《各国刑法比较研究》,武汉出版社1995年版,第99页。

⑤ [日]井田良:《走上自主与本土化:日本刑法与刑法学的现状》,陈璇译,载《刑事法评论》2017年第2期,第373页。

⑥ 关于疫学的因果关系的具体内容,可参见[日]浅田和茂:《刑法总论(补正版)》,成文堂2007年版,第143页。

⑦ 参见日本德岛地方裁判所昭和38年10月25日,载《判例时报》第356号,第7页。

⑧ 在因果关系问题上,相当因果关系曾长期作为日本的通说,因大阪南港案件等使相当因果关系出现危机,此时日本刑法通过判例发展出本土化的因果关系理论——实行行为危险的现实化说。参见[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58-59页。

⑨ 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,载《刑事法评论》2017年第2期,第379页。

判例研究创立出更为出色的日本刑法理论。^①

这一点值得中国刑法学界重视。构建中国特色哲学社会科学学科体系、学术体系、话语体系,归根结底是要建构中国自主的知识体系,而开展本国判例研究,以及从中总结提炼出自己的理论则是发出中国刑法学声音、集聚中国刑法学知识的一个重要路径。何况现在这方面我们也有了更好的条件,相比起犯罪学研究还苦于缺乏域外《犯罪白皮书》等公开披露的权威数据信息,中国裁判文书网所公布的海量案件裁判文书^②,以及最高人民法院、最高人民检察院不断推出的指导性案例、典型案例^③,加上裁判文书释法说理工作的推进^④,都为我国刑法学研究提供了大量宝贵的素材。以案例指导制度为例,它将在增加法律规则提供的方式、重塑法学知识的形态等方面对中国刑事法治和刑法学的研究产生重要影响。^⑤例如,2014年6月最高人民法院发布了指导性案件“臧进泉等盗窃、诈骗案”,其裁判要点是:“行为人利用信息网络,诱骗他人点击虚假链接而实际通过预先植入的计算机程序窃取财物构成犯罪的,以盗窃罪定罪处罚;虚构可供交易的商品或者服务,欺骗他人点击付款链接而骗取财物构成犯罪的,以诈骗罪定罪处罚。”该案关于盗窃部分的基本案情为:被告人臧进泉和郑必玲在得知金某网银账户内有钱款后,即产生了通过植入计算机程序非法占有他人财物的目的,随后便在网络聊天中制作了一个假链接,诱导他人支付“1元”的表面链接,却使他人实际支付了305,000元人民币,该资金最终流入臧进泉的账户。司法机关对此的论证和结论是:“臧进泉、郑必玲获取财物时起决定性作用的手段是秘密窃取,诱骗被害人点击‘1元’的虚假链接系实施盗窃的辅助手段,只是为盗窃创造条件或作掩护,被害人也没有‘自愿’交付巨额财物,获取银行存款实际上是通过隐藏的事先植入的计算机程序来窃取的,符合盗窃罪的犯罪构成要件。”^⑥这表明,虽然我国立法中并未要求盗窃罪必须是行为人采取“秘密性”手段窃取他人财物,但在我国司法实践中,司法机关依然将“秘密性”作为认定盗窃罪的核心要素之一。换言之,如果通过秘密手段直接取得财物,那么就仍应以盗窃罪论处;如果通过其他手段取得财物的,应当以最终取得财物的行为性质来确定罪名。^⑦可见,那种认为公开盗窃的行为也构成盗窃罪的观点,既不符合我国司法实务的传统做法,也与目前司法机关的态度不相一致。^⑧

除司法判例之外,在我国还有一种特殊的释法方式——官方的刑法解释,包括立法解释和司法

① 山口厚教授在“中日刑事法的现状与未来”学术研讨会上的发言,2015年5月30日于中国人民大学。

② 中国司法判决的公开比例已经远远超过德国。参见卜元石:《德国法学与当代中国》,北京大学出版社2021年版,前言第7页。

③ 2010年最高人民法院颁布了《关于案例指导工作的规定》(法发〔2010〕51号),最高人民检察院也颁布了《关于案例指导工作的规定》(高检发研字〔2010〕3号),标志着中国案例指导制度的正式启动。

④ 如最高人民法院2018年印发的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(法发〔2018〕10号),就要求进一步加强和规范人民法院裁判文书释法说理工作,提高裁判文书释法说理的水平。

⑤ 参见陈兴良主编:《中国案例指导制度研究》,北京大学出版社2014年版,代序第9-13页。

⑥ 参见最高人民法院第27号指导案例“臧进泉等盗窃、诈骗案”,以及浙江省高级人民法院(2011)浙刑三终字第132号刑事判决书。

⑦ 这不仅表现在本案的盗窃罪和诈骗罪的不同认定上,其他的司法判决也是如此。例如,行为人来到珠宝商店假装购买项链,当店主拿出一条黄金项链给其试戴时,行为人将项链戴在脖子上立即逃走,后被抓捕归案。本案司法机关认定行为人直接取财的行为不具有秘密性,不属于盗窃行为,而是抢夺行为,故以抢夺罪定罪处罚。参见江西省南昌市西湖区人民法院(2011)西刑初字第11号刑事判决书。

⑧ 不是说判例就不可以进行批判性研究,但至少我们不能无视司法判例,而且从促进类案类判、维护司法权威等方面考虑,刑法教义学的主流声音还是应当对现行判例尽量采尊重的态度。

解释,后者还包括与此相关的批复、纪要等。^①众多的刑法立法解释和司法解释不仅起到准立法的作用,有的甚至还创设了新的制度、提出了新的问题。例如,《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》(法释[2000]33号)第5条规定:“发生交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,将对其与交通肇事者以共犯论处。”该司法解释是否创设了共同过失犯罪这一制度,引发了学界争议。显然,如果承认过失犯罪存在共同犯罪,势必与依据我国《刑法》第25条规定得出的“共同过失不成立共同犯罪”的结论相悖。因此,笔者更赞成如下一种解读思路:应当在教义学层面区分“共同过失犯罪”与“过失共同犯罪”,我国立法中明确否定的是“共同过失犯罪”,但并未否定“过失共同犯罪”,可以从“违反共同注意义务”的视角来肯定过失共同犯罪的合理性,即“只要行为人之间存在共同的注意义务,那么在防止自己行为导致法益侵害结果的同时亦要防止他人的行为导致法益侵害结果”^②。

再如,我国在挪用公款罪的立法条文中已经明确了挪用公款归个人使用的三种情形,但在相关司法解释和立法解释中,又进一步解释了其他“归个人使用”的情形。如《最高人民法院关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》(法释[2001]29号)规定,“国家工作人员利用职务上的便利,以个人名义将公款借给其他自然人或者不具有法人资格的私营独资企业、私营合伙企业等使用的”,以及“国家工作人员利用职务上的便利为谋取个人利益,以个人名义将公款借给其他单位使用的”,均属于挪用公款“归个人使用”。^③《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百八十四条第一款的解释》(2002年)规定,属于挪用公款“归个人使用”的情形包括:将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的;以个人名义将公款供其他单位使用的;个人决定以单位名义将公款供其他单位使用,谋取个人利益的。可见,无论是司法解释还是立法解释,都扩大了原法条中“归个人使用”的范围,对该罪的教义学研究就不能无视这种司法解释或立法解释。

又如,一段时间以来,不少学者批评我国刑法中的“社会危害性”概念,甚至有学者主张要把“社会危害性”驱逐出中国刑法学。但这种观点值得商榷。“社会危害性”这一提法之所以在过去留下一些负面印象,主要是因为我们过去无法可依,或者虽然有法可依但却允许类推,于是往往以某种行为存在社会危害性为由将其入罪。在刑法上废除类推、确立了罪刑法定原则之后,一个行为是否构成犯罪,只能以犯罪构成要件为准,而在某个行为形式上已经符合某一犯罪构成要件的情况下,却仍然可以用社会危害性的欠缺或显著轻微作出罪处理。这种由原来的扩大处罚范围转型为现在的限制处罚范围,恐怕也是批评“社会危害性”概念的学者应当加以注意和反思的。如在“王力军非法经营再审改判无罪案”中,巴彦淖尔市中级人民法院应最高人民法院指令,于2017年2月17日开庭对此案进行再审。再审撤销了原审判决,依法改判王力军无罪,其宣告无罪的理由是:“内蒙古自

^① 尽管对刑法立法解释和刑法司法解释我们还可以甚至需要从《宪法》《立法法》的高度来检视和解决其合宪性问题,但这就如同刑法本身也存在并需要解决这一问题一样,属于另一个层面的研究范畴。在实然层面,立法解释和司法解释作为实际起规范作用的广义上的“法”,均为刑法教义学的重要研究对象。

^② 参见冯军:《论过失共同犯罪》,载《西原先生古稀祝贺论文集》,中国法律出版社、日本成文堂1997年版,第162-172页。

^③ 该司法解释由于与此后的立法解释相冲突已被废止。

治区巴彦淖尔市中级人民法院再审认为,原判决认定的原审被告人王力军于2014年11月至2015年1月期间,没有办理粮食收购许可证及工商营业执照买卖玉米的事实清楚,其行为违反了当时的国家粮食流通管理有关规定,但尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度,不具备与刑法第二百二十五条规定的非法经营罪相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性,不构成非法经营罪。原审判决认定王力军构成非法经营罪适用法律错误,检察机关提出的王力军无证照买卖玉米的行为不构成非法经营罪的意见成立,原审被告人王力军及其辩护人提出的王力军的行为不构成犯罪的意见成立。尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度,不具备与刑法第225条规定的非法经营罪相当的社会危害性和刑事处罚的必要性,不构成非法经营罪。”^①又如,最高人民法院在再审顾雏军等人一案中,撤销了广东省高级人民法院和广东省佛山市中级人民法院对原审被告人顾雏军犯虚报注册资本罪和违规披露、不披露重要信息罪的定罪量刑部分和犯挪用资金罪的量刑部分,顾雏军由原来的数罪并罚被判处10年有期徒刑改为以挪用资金罪被判处5年有期徒刑,其他原审被告人姜宝军等6人被改判无罪。其中,关于虚报注册资本罪的出罪理由,最高人民法院将其表述为“……随着经济社会的发展,对公司注册资本类型、结构等的要求不断改变,相关法律法规会相应作出修改和调整,关于虚报注册资本社会危害性大小的评价标准也会发生改变。对于审判时相关法律法规已修改,违法性及社会危害程度明显降低的虚报注册资本情形,根据从旧兼从轻原则和刑法谦抑性原则,可不认为是犯罪”^②。既然我国包括最高人民法院在内的司法机关的裁判文书都一再提及“社会危害性”,且把它作为出罪理由,那就说明“社会危害性”在中国已经是一个规范概念。有鉴于此,我们难道就不能辩证地看待中国刑法中的“社会危害性”概念,并吸取过往法学研究中一些“把孩子连同洗澡水一起倒掉”的教训吗?^③

三、中国刑法学研究应在比较法研究中以“知他而知己”为目的

20世纪初,以沈家本主持的清末修律为标志,中国告别了传统的“律学”,迎来了近代法学。自此以后,中国刑法学始终在借鉴吸收西方刑法学知识的环境中成长。1949年中华人民共和国成立后,刑法学界通过对苏俄刑法学知识的引进,使社会主义的中国刑法学得以迅速建立。此后伴随国家法治建设的曲折历程,刑法学也经历了停滞和倒退,直到改革开放后才进入全面繁荣发展时期。“在中国刑法学的研究中,外向型刑法的研究一直扮演着重要的角色。进入21世纪后,伴随着刑法学研究不断向纵深发展,以对德日刑法理论的借鉴为主要内容的外向型刑法研究呈现出一股强劲

^① 参见最高人民法院第97号指导案例“王力军非法经营再审改判无罪案”,以及内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内08刑再1号刑事判决书。

^② 参见最高人民法院(2018)最高法刑再4号刑事判决书。

^③ 事实上,针对“社会危害性”内容泛化的指责在德日刑法中的“法益”和英美刑法中的“损害”等概念中同样存在。例如,有人基于“法益”概念的内涵日益抽象,主张引进英美刑法中的“损害”概念来替换,但正如美国学者乔尔·范伯格所指出,“损害”是某个复杂表述的缩略形式,该表述包含各类道德判断、价值权衡以及其他丰富内容,它的好处是“能够很好地表达出某种内在精神”,但由于其语义空泛,要想发挥出好的效用,就必须结合具体场景来服务于规范目的,以细化对其含义的理解。参见[美]乔尔·范伯格:《刑法的道德界限(第一卷):对他人的损害》,方泉译,商务印书馆2013年版,第31页。

的潮流。”^①笔者从未否认中国刑法制度和刑法学研究在比较法中的获益,并感恩域外知识对自己学术成长所起到的积极作用。^②但发展到了今日,可能真的到了苏力教授所说的这样一个时间节点了:“在借鉴了一切外来的知识之后,在经济发展的同时或之后,世界也许会发问,以理论、思想和学术表现出来的对于世界的解说,什么是你——中国——的贡献?”^③笔者认为,在当前及今后的比较法研究中,刑法学者应注意以下几个问题。

一是要注意动态把握域外刑法理论的流变。一个时期以来,在“刑法知识去苏俄化”的背景下,德日刑法知识不断输入,“或许是由于从一开始采取的是斗争策略,以期将‘四要件论’清除出历史舞台,因此人们关注的重心主要放在前述知识转型上,而对刑法教义学体系内部的知识转型则未给予应有的重视”^④。就当下我国大量引进的德日刑法教义学知识而言,其主要的构成成分还是以启蒙时期以来的古典自由主义刑法理论为主体,但我们不应忽视的是,任何一种刑法理论都有其社会性和历史性,德日的刑法教义学也在随着社会的变迁而发生变化。一个显而易见的事实是,既然刑法教义学与刑法规范有密切关系,那么,刑法规范的变化必然会引起刑法教义学知识的变换,而德日近年来刑法的修订之频繁也为世所共睹。事实上,一方面,有德国学者提醒我们,德国的法教义学“会轻易诱发一种系统上的故步自封……这一弊端在政治和思想波澜不惊的年代里不会产生太多影响,但在社会处于思潮涌动之时,和那些始终与其基本原则和基本原理紧密相连的系统相比,这一故步自封的体系将不能即时适应社会主导思想的变化”^⑤。另一方面,亦有德国学者指出,德国的刑法教义学正在经历如下流变:法益保护从消极入罪不断转化为积极标准;预防由刑罚的附加目的变成支配性的刑罚典范;结果导向由正确立法的一个补充性准则变为主导性的目标。^⑥试想,如果我们不注意德国自身都在随社会变化而调整其刑法教义学,而是不加甄别地引进连其本国都在摒弃的过时理论,那怎能不加剧刑法理论与社会现实提出的规范需求之间的紧张关系呢?正因如此,劳东燕教授敏锐地意识到,推进刑法教义学体系内部的知识转型,“这一层面的知识转型同样意义重大”^⑦。

二是要准确判断中国社会发展所处的阶段。梁根林教授曾经指出:“从法治国到福利国再到安全全国,欧美主要国家基本上是在自18世纪中后期至20世纪末、21世纪初的200多年间完成的。而这3个时代的问题与任务却共时性地出现在当代中国社会治理与社会控制的过程中,成为当代中国刑法不得不统筹兼顾、审慎回应的重大挑战,并且迫使当代中国刑法在尚未完全成型的自由刑法的基本面向之外,内生出民生刑法与安全刑法的新面向。”^⑧不仅如此,在近年来世界范围掀起的大

① 张旭:《中国刑法学研究:现状梳理、问题分析和未来展望》,载《当代法学》2020年第6期,第83页。

② 参见刘仁文:《回眸中国刑事法律从比较法中的获益》,载李林主编:《法治新视界:比较法的分析》,社会科学文献出版社2011年版,第190页。

③ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,自序第6页。

④ 劳东燕:《转型中的刑法教义学》,载《法商研究》2017年第6期,第15页。

⑤ [德]罗尔夫·施蒂尔纳:《德国民法学及方法论——对中国法学的一剂良药?》,黎立译,载方小敏主编:《中德法学论坛》(第12辑),法律出版社2015年版,第37页。

⑥ 参见[德]哈斯默:《现代刑法的特征与危机》,陈俊伟译,载《约旦法学杂志》2012年第8期,第247页。

⑦ 劳东燕:《转型中的刑法教义学》,载《法商研究》2017年第6期,第16页。

⑧ 梁根林:《刑法修正:维度、策略、评价与反思》,载《法学研究》2017年第1期,第53页。

数据、人工智能、物联网等新兴科技领域,中国刑法学者与域外刑法学者在刑法教义学理论构建与开拓性实验上又站在了同一起跑线上,既然教义学是适用于共同体生活的一种凝聚共识、贯彻共识的体系性的理性商谈方法与知识^①,同时“刑法总是紧跟时代的步伐,敏感地反映着社会结构以及国民价值观的变化”^②,那么,无论是前述中国社会的前现代、现代与后现代的多重因素并存(劳东燕教授据此认为中国刑法需要承担起多重功能期待),还是后面所说的站在同一起跑线上,都决定了中国刑法学者在比较法研究中不能简单、机械地照搬国外的制度和理论(前者是因为照搬不能有效解决中国的问题,后者是无现成的东西可搬)。这正如法社会学巨擘埃利希所言:在任何时代,法的发展的重心都在于社会本身。^③在全球化、网络化、可持续发展、区域共同体的语境下,“法的普遍性与民族性”这个命题同样存在于刑法学中,越来越多的证据表明,包括刑法学研究在内的中国法学研究正在摆脱对外来知识的过分依赖,从单一学习域外知识到真正比较法意义上的知识互惠。

三是在引进域外知识时,既要防止只见树木、不见森林,也要把它放到中国的话语体系中去加以消化和吸纳。笔者曾在《再返弗莱堡》一文中举过两个例子,一个例子是近年来不少中国学者主张用“法益”来限制犯罪化,但德国学者帕夫利克说,“法益”在德国无论历史上还是现实中都并未起到限制犯罪化的作用,法益理论的实际效力被高估甚至被神化了,因为“法益”一词不仅内容抽象,且边界不明,所谓“刑法所保护的利益”到底是什么,谁也说不清,以致曾经的纳粹政权也主张它规定的所有犯罪都侵害了法益,因此,用所谓的法益理论来作为限制犯罪化的依据,无异于自欺欺人。^④当时有同仁转来陈兴良教授针对此文在微信朋友圈讨论中的一个点评,大意是虽然笔者的举例也是事实,但应当把此种少数人的意见与多数人的意见区分开来。在此,笔者也回应一下陈兴良教授:一方面,在科学研究中我们是不能忽视少数人的意见的,“学术创新是学者的共同使命……满足于现有答案,就不可能有学术创新与繁荣”^⑤;另一方面,德国持帕夫利克教授此种反对法益的观点者应当说也不在少数,否则,罗克辛也不至于在2010年的一篇论文中要“对德国刑法学界将近二十年来再次围绕法益问题产生的激烈争论”作一个“中期总结”^⑥,特别是2008年德国联邦宪法法院

① 参见王莹:《中国刑法教义学的面向:经验、反思与建构》,北京大学出版社2022年版,自序第20-21页。

② 张明楷:《刑法的基本立场(修订版)》,商务印书馆2019年版,前言第1页。

③ 参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,商务印书馆2022年版,作者序。

④ 像德国刑法中的赞扬纳粹罪、乱伦罪等规定,围绕它们所保护的法益是什么众说纷纭,甚至有不少刑法学者干脆就认为此类行为没有侵害法益,但德国联邦宪法法院仍然裁定,刑法中的此类规定并不违宪。在2008年一起著名的兄妹乱伦案中,德国宪法法院指出:禁止兄妹间发生性关系完全是考虑了《基本法》(即德国宪法)的规定,而不需要考虑法益的概念。这不但宣布了法益理论的局限性,也说明从宪法的角度来审视某种行为是否应该给予刑事处罚更具可操作性。值得注意的是,周光权教授对笔者引用德国宪法法院的裁决及主张从宪法角度来审视某种行为刑事处罚的正当性给予了批评,认为这种分析存在“先天不足”,因为“德国宪法法院不是联邦普通法院,无权对刑事案件适用刑法与否进行裁判,其只能在宪法诉讼中审查其他法院是否在相关判决中限制或剥夺了个人的宪法权利,因此,在其判决中当然不可能引用法益理论。”(参见周光权:《刑法学习定律》,北京大学出版社2019年版,第69页。)不得不遗憾地指出,笔者反倒觉得周光权教授的这一指责存在“先天不足”,因为德国宪法判例对刑法上法益保护的内容及范围展开讨论是一种客观存在,而且“立法者的界限以及法益保护的是什么,只能从宪法当中推导出来”。参见[德]伊沃·阿佩尔:《通过刑法进行法益保护——以宪法为视角的评注》,马寅翔译,载赵秉志等主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2017年版,第75-81页。

⑤ 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,第53页。

⑥ 参见[德]阿敏·英格兰德:《通过宪法振兴实质的法益理论?》,马寅翔译,载赵秉志等主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2017年版,第89-90页。

针对“乱伦案”作出判决后,德国刑法学界出现了对法益理论潮水般辩护或者彻底否定的大量文献。^①既然两者之间能形成“激烈争论”,那就说明反对声音绝非特例。帕夫利克教授对此也进行过精彩论述,他指出:“法益概念有利于威权国家和集体主义论证模式的暗中延续,这些论证模式在其出现和贯彻时可以指望得到广泛的认可,但与今天的法权意识相去甚远。一门刑法科学对这一发现不能无动于衷,因为正如金德霍伊泽尔所说,它的任务是‘分析某一时代的规范性自我构想,并从其合法性基础上推导出刑事法律规范和归责规则的主要原则。’如此理解的刑法学必须努力尽可能地调整一般犯罪论,适应其时代的规范性自我构想。为此目的,它必须首先检查现有的教义学存货,看它是否包含了时代和意识层的旧沉积物,然后不断地剔除出这种不再符合当前规范性自我理解的残余。法益概念就属于这一残余。”^②

另一个例子是德国著名刑法学家金德霍伊泽尔教授对时下在中国广受追捧的客观归责理论持保留意见。他指出,客观归责理论不能算对刑法学理论体系的创新性发展,它只不过是对犯罪总论中一些具体问题解决方案的总结,而这些解决方案有些是有益的,有些则完全是多余的。如在因果关系的证明之外还要求证明行为创造了风险,这在他看来,就好像要求引起洪灾的水必须是湿润的一样。^③金德霍伊泽尔教授还介绍,即使在德国,客观归责理论也广受争议,其中一种有力的批评就是认为它混淆了客观要件和主观要件。不仅如此,与理论界对客观归责讨论得如火如荼相比,德国的司法判决却对该理论反应冷淡。笔者也一直认为,“客观归责”这一提法有些令人费解,一方面,它本身就混杂了客观要件和主观要件的内容;另一方面,也很容易导致中文读者将其与“客观归罪”产生混淆。^④此外,国内有的同行也可能把客观归责理论的地位捧得太高了,似乎只要用客观归责理论就能限制处罚范围,却没想到该理论恰恰在某些方面会走向反面,出现处罚范围扩大的悖论。可见,目的行为论对客观归责理论的批评是对的,即对于特定行为是否创造了不被容许的风险这样的问题,根本无法像客观归责理论所宣称的那样单纯从客观的基础去决定,而是也取决于行为人对特定情状的主观认识。这样一来,大家与其一窝蜂地去顶礼膜拜一个即使在德国不同时期也存在不同理解,直至今日仍争议巨大,且与我国传统刑法学知识完全是两套话语体系的理论,不如冷静地去尝试一下别的路径,如在因果关系的语境中去进行相关归责教义学的理论深化与拓展。其实,和前面所说的围绕法益的争议一样,在这个领域中笔者也看到不少表达不同意见的文献。如日本学者井田良就认为,客观归责理论所主张的危险创设和危险实现的判断,几乎就是实行行为和相当因果关系的对应物,没有必要将客观归责理论作为与历来的因果关系理论不同的框架来加以讨论。^⑤西田典之也认为,客观归责理论的核心是创制出不被允许的危险和该危险在结果当中变为现实,这实际上就是日本实行行为性的判断和相当因果关系论的见解,此外,客观归责论中的危险减

① 参见赵秉志等主编:《当代德国刑事法研究》(第1卷),法律出版社2017年版,前言第3页。

② Martin Böse, Kay H. Schumann, Friedrich Toeple, *Vom Rechtsgut zur Freiheitsgestalt. Zur ontologischen Tiefenstruktur strafrechtlicher Grundkategorien*, Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, Nomos, 2019, S. 363-364.

③ 参见刘仁文:《再返弗莱堡》,载《法制日报》2017年12月27日,第9版。

④ 笔者曾在本单位的一次博士生命中出过一道论述题,即“论客观归责与客观归罪”,果不其然,不少考生混淆了二者的关系。这里固然有考生知识面不够的问题,但是否也提醒我们在构建中国刑法学话语体系时,应兼顾中文的表达习惯和效果呢?

⑤ 参见[日]井田良:《讲义刑法学·总论》(第2版),有斐阁2018年版,第132、143页。

少论、日常行为论、注意规范的保护目的论、自我答责性、禁止溯及论等归责限定理论,均可以融合在日本现有的学说当中,完全没有必要全面引进客观归责理论。^①与此相对应,我国也陆续有学者开始理性看待客观归责理论,如黎宏教授就指出:客观归责和因果关系尽管叫法不同,但其作用和目的却是一样的,都是为了解决现实发生的结果是否可以说是行为的贡献或者归属于行为的问题。和德日的“归因+归责”两阶层论的判断方式不同,我国在因果关系的判断上,采用的是直接将因果关系定义为“危害行为和危害结果”之间的引起和被引起的关系的方式。从刑法因果关系的判断中既考虑事实又考虑规范、既看形式又兼顾实质来看,应当说更为高明。一方面,因为将刑法因果关系定义为“危害行为和危害结果之间的关系”,故在形式上并没有改变因果关系属于具体犯罪构成要件的客观内容;另一方面,由于与危害结果存在因果关系的“危害行为”在我国是指在人的意志或者意识支配下实施的危害社会的身体动静,是立法者对人的行为进行价值评判的结果,这就消除了依据“条件说”等公式所推导出来的因果关系认定中与生俱来的、事实的、形式的缺陷。如此一来,长期困扰德日刑法学者的下述难题就得到解决:在“条件说”之下,会将因果关系的范围认定过宽,如将杀人凶手的母亲生产杀人凶手的行为、肇事汽车的生产商制造肇事车辆的行为也囊括进来。照此理解,黎宏教授的结论是,在刑法因果关系的判断上,没有必要采用“归因+归责”的二阶层判断,在将“危害行为”作为刑法因果关系起点的前提下,只要依据因果关系同一性原理,客观地判断危害结果是否是现实化了的原因,或者说是前面的危害行为当中所具有的危险的现实化即可。^②

四、中国刑法学研究在方法论上应重视多元和折中

秉承笔者的立体刑法学思维,笔者一直主张,刑法学的研究不应是平面的、静止的、一元的,而应是立体的、动态的、多元的。有学者声称,“教义学化是刑法学唯一的出路”,并由此出发,对本人倡导的“立体刑法学”提出批评,认为没必要去思考这样一些“似是而非的问题”。^③对此,本人当然持保留态度,且不说刑法教义学研究只是刑法研究的一个分支(例如,一般认为,刑法教义学即刑法解释学,而与刑法解释学并驾齐驱的刑法立法学毫无疑问也是刑法学研究的重要内容,周光权教授近年来也频频发表刑法立法方面的大作),即便其对“立体刑法学”的批评也是只言片语,这种不附详细理由的批评很难说是令人信服的学术批评。

如果声称“教义学化是刑法学唯一的出路”,就不好解释卜元石教授观察到的如下现象:德国法学研究的方法一般只有一个,即法教义学的方法,也就是通过对法律规范的解释来研究法律;而美国的法学研究方法则变幻无穷,社会学方法、人类学方法、历史学方法、心理学方法、经济学方法等,“如果说得极端一点,美国的法学研究似乎可以运用法学外的任何方法,而法学自己的方法——法

^① 参见[日]西田典之:《刑法总论》(第3版),桥爪隆补订,弘文堂2019年版,第119-120页。

^② 参见黎宏:《刑法因果关系论考察》,载《清华法学》2022年第3期,第125-130页。

^③ 参见周光权:《刑法学习定律》,北京大学出版社2019年版,第107页。

教义学的方法自 20 世纪 20 年代起一直处于一种逐渐衰落的状态”^①。事实上,借用德国法社会学家赫尔曼·康托罗维奇的“没有社会学的教义学是空洞的,没有教义学的社会学是盲目的”这一表述,我们完全可以说,“没有社科刑法学的刑法教义学是空洞的,没有刑法教义学的社科刑法学是盲目的”。刑法教义学和社科刑法学就像一枚硬币的两面,在认识法律的时候,需要共同协作、互相补充。^②正如张心向教授所指出,作为法教义学的法律规范研究与作为法社会学(张心向教授在相同意义上使用法社会学和社科法学这两个概念——作者注)的法律经验研究从来就不是二元对立的,刑法教义学与刑法社会学无论是它们各自作为一种知识论体系,还是各自作为一种方法论体系,当它们分别穿越各自纯粹理论的藩篱,来到法律实践行动的场域,呈现出来的场景却是彼此的妥协与融合。^③近年来,面对许多引发舆情的疑难刑事案件,一些青睐刑法教义学的学者试图从德日三阶层理论优于传统四要件理论的视角来解读和寻找答案^④,但总给人一种隔靴搔痒之感,而社科刑法学则在刑法教义学遭遇疑难案件困境时提供了一些有价值的参考,为天理、国法、人情相统一作出了自己的贡献。所以,不管承认与否,任何一个国家的刑法学研究都需要以教义刑法学为体,社科刑法学为用。

鉴于我国当前部分学者将刑法教义学视为唯一的研究方法,笔者在此要特别提醒,德日早已有学者对于过度强调刑法教义学提出了反思。^⑤例如,雅科布斯就认为,德国学说争辩因果行为论或目的行为论何者为佳,以及争辩阶层构造理论,纯粹是“第二次世界大战”之后刑法学者逃避政治压力所致。因为作为战败国的知识分子,谈规范的目的或规范的本质等会有自我否定的压力,所以只好把精力放在这种技术问题上。^⑥罗克辛也认为,如果只强调刑法之内的体系性思考,会带来以下问题:一是忽略具体案件中的正义性;二是减少解决问题的可能性;三是不能在刑事政策上确认为合法的体系性引导;四是会忽视和歪曲法律材料的不同结构。^⑦同样,日本也有学者指出,日本受德国刑法学的绝对影响,陷入了强烈的唯体系论,这使得无论在战前还是在战后,都难以自下而上地对刑罚权的任意发动现象进行批判,并为这种批判提供合理根据。^⑧笔者再次重申,说这些绝不是

① 卜元石:《德国法学与当代中国》,北京大学出版社 2021 年版,第 3-4 页。

② 参见[德]托马斯·莱塞尔:《法社会学基本问题》,王亚飞译,法律出版社 2014 年版,第 98、125 页。

③ 参见张心向:《刑法教义学与刑法社会学的冲突与融合》,载《政治与法律》2022 年第 8 期,第 135 页。

④ 本文无意在这里讨论三阶层和四要件孰优孰劣,但新近两本广受关注的刑法评注方面的书以兼收并蓄的姿态,将四要件和三阶层的话语体系同时并存于同一本书的不同条款评注中,令笔者产生一种四要件和三阶层或许并非想象中那么严重对立之联想。参见陈兴良、刘树德、王芳凯:《注释刑法全书》,北京大学出版社 2022 年版;冯军、梁根林、黎宏主编:《中国刑法评注》,北京大学出版社 2023 年版。

⑤ 吊诡的是,德国法以教义学闻名于世,但在德文中,法教义学却是一个带有一定贬义色彩的术语,因为教义学(Dogmatik)与教条主义(Dogmatismus)共用同一个词根,很容易让人将其与教条主义或法条主义联系在一起。参见卜元石:《德国法学与当代中国》,北京大学出版社 2021 年版,第 6 页。

⑥ 参见许玉秀:《当代刑法思潮》,中国法制出版社 2005 年版,第 53 页。卜元石教授也指出:德国法学在第二次世界大战中扮演了不光彩的角色,直到今天,德国大学的法学教育也很少触及这一话题,相关的道德伦理问题一直困扰着德国法学界。参见卜元石:《德国法学与当代中国》,北京大学出版社 2021 年版,前言第 6 页。

⑦ 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法教科书》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版,第 128 页。

⑧ 转引自黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 51-52 页。有感于唯体系论的弊端,所以从平野龙一开始,日本刑法学会非常强调“从体系思考到问题思考”的问题意识,刑法学会的研究主题也从一直以来的对犯罪论体系的研究,转变为对“醉酒与刑事责任”“过失与交通事故犯罪”等具体的、现代社会为之困扰的问题进行分析,因而“发生了方向的转变”。参见[日]西原春夫:《我的刑法研究》,曹菲译,北京大学出版社 2016 年版,第 90-91 页。

要否定刑法学研究中的体系性思考,只是提醒方法论多元的必要性和重要性。进言之,刑法学研究不应只是教义研究,也不应只是社科研究,还应涉及人文研究。“敌人刑法”也好,“爱的刑法”也罢,价值判断是回避不了的,在时下刑法技术主义倾向愈来愈强烈的背景下,记住这一点,笔者觉得有特别的意义。马克斯·韦伯曾言,知识的过时是知识分子的宿命。^①既然如此,对于刑法学这种带有强烈价值色彩的学科而言,相比有限的、必定要过时的知识,那种无限的、永远也不会过时的情怀就更值得珍惜。事实上,强调对机械执法进行纠偏的法感情理论就认为,裁判者要么带着法感情对案件结果进行预判,然后去理性寻找法规范,用以检验自己的法感情是否正确;要么就是先通过三段论形式逻辑获得一个推理,然后看这个推理的结果能否通过法感情的检验,从而形成一个更为完善的包含内在因素和外在因素的法发现模式。^②笔者认为,这里的法感情理论就是一种将情怀融入专业判断的法律人思维,这与耶林的主张不谋而合,即“正义感是一切法律之心理渊源”^③。

在讨论刑法学研究方法时,不能不提及当前学界热衷的学派之争。周详教授在一篇观察和呼吁学派之争的文章中,把笔者视为反对学派之争的一以贯之的“典型代表”^④,其归纳未必准确(只要是认真严肃的讨论,我们应当允许“每个人心中都有一个哈姆雷特”),但笔者确实对一味强调学派之争心存警惕。应当看到,学派之争只是特定历史时期自然而然的产物,它一般发生在出现了新的社会情势这种特定的时间节点(如自由资本主义发展到垄断资本主义时期出现的新派对旧派的论战),学术研究更多的时候应当是一种“极高明而道中庸”。从历史上看,学派之争本身不是目的,特别是作为经世济用之刑法制度与刑法学,最终都会走向折中^⑤,新派与旧派如此(当今哪个国家的刑法不是行为刑法与行为人刑法的融合?例如,德国刑法学界就有“德国刑法是新旧学派不同观点调和的产物”的说法)^⑥,形式解释与实质解释如此(在功能主义的牵引下,刑法解释完全可以融合形式解释与实质解释)^⑦,行为无价值与结果无价值也是如此(世界上有哪个国家的刑法是完全的所谓“行为无价值”或“结果无价值”?还不是均为二者的融合,只不过不同国家在不同阶段偏重“行为无价值”或“结果无价值”的规定占比不同而已)^⑧,其它如主观主义与客观主义(现代刑法哪个国

① 参见[德]马克斯·韦伯:《学术与政治》,钱永祥等译,广西师范大学出版社2004年版,第166页。

② 参见赵希:《德国司法裁判中的“法感情”理论——以米夏埃尔·比勒的法感情理论为核心》,载《比较法研究》2017年第3期,第110页。

③ [德]耶林:《权利斗争论》,潘汉典译,商务印书馆2019年版,第61页。

④ 参见周详:《中国特色刑法知识体系构建中的“文化生态环境”问题——刑法学派生成与进化的视角》,载《新文科教育研究》2021年第3期,第22、36页。

⑤ 请不要对折中作庸俗化理解,折中绝不是和稀泥的代名词,其也包含了论辩。此外,也不是说所有的刑法问题都可以折中。

⑥ 尽管新派与旧派在某些问题上存在不同见解,但一旦上升到“派”,就难免把复杂的人和事简单化,例如,徐久生教授就指出,许多人批评李斯特的行为人刑法,这“毋宁说我们误读了他的观点,因为李斯特一直坚持以客观行为为基础构建其刑法理论,只不过他更加强调行为所反映的行为人的主观意思”。参见[德]冯·李斯特:《论犯罪、刑罚与刑事政策》,徐久生译,北京大学出版社2016年版,译者前言第18页。

⑦ 笔者曾指出,论者在形式解释和实质解释的内涵与外延上互相交错、你中有我、我中有你。参见刘仁文:《二十年来我国刑法学研究之观察》,载《检察日报》2017年11月23日,第3版。劳东燕教授也有类似观察结论:形式解释和实质解释的双方不仅在基本范畴的指涉与运用上较为混乱,还存在误读、曲解或虚构对方观点的现象,并且双方所宣称的立场往往与其实际做法不尽一致,此外,在论证逻辑上也有值得商榷之处。参见劳东燕:《功能主义的刑法解释》,中国人民大学出版社2020年版,第177页。

⑧ 行为无价值与结果无价值这种不符合中文表达习惯的翻译法本身就是中国刑法学术话语体系缺乏主体性的一种表现,有一个法学核心期刊的主编曾跟笔者抱怨:你们刑法学界怎么那么喜欢用一些佶屈聱牙的词汇,什么“行为无价值”“结果无价值”,能不能用我们中国人自己看得懂听得明白的表述,哪怕“行为不法”“结果不法”也好懂些。

家不是主客观相统一)^①、报应刑与预防刑(哪个国家的刑罚现在不采并合主义)^②等莫不如此。

我们过去都以为学派之争在德国和日本是天经地义的,但辩证法告诉我们,凡事都要一分为二地看。以所谓的行为无价值与结果无价值之学派论争为例,事实上,第二次世界大战之后,“学派论争急速平息”,德国和日本都因为相互折中而提出二元论,只不过德国的主流是以行为无价值为主、结果无价值为辅的二元论,而日本的主流则是以结果无价值为主、行为无价值为辅的二元论。^③再把眼光放远一点,由于德国历史上有过作为纳粹政权御用工具的基尔学派等教训,“目前在德国刑法学中构建一个学派往往会与限制学术自由联系起来,并因此而受到反对”^④。对此,罗克辛教授的话也可呼应:“我从来没有形成一种以下意义上的‘学派’,即要求我指导的博士生或者教授资格获得者采取确定的学术观点。这违背了我对学术的理解,在我看来,所有的法学知识都是暂时的,必须反复接受质疑。但是,刑法是在法治国、自由主义和刑事政策影响之下被制定的,是我们每个人都分享的基本思想,因为这是从我们共同的研究中得出的结论。”^⑤看到这里,对于西原春夫教授的如下讲述似乎就更好理解了:他的导师齐藤先生平时私下对他是很亲切的,但一到日本刑法学会的年会上,就把他甩开很远,从不引荐他给其他先生,“我估计大概是因为,齐藤先生认为学会应该是自己去开拓的地方”,受导师的影响,后来他也告诫日本年轻一代的刑法学者,“在学会的场合向别人介绍自己门下的学生,这种做法是不对的”^⑥。2022年8月21日,中国刑法学研究会会长贾宇教授在首届全国“刑事治理现代化研究生论文竞赛”上的致辞中也提到:“希望年轻的学子们不要急于认什么宗、入什么派。”可能这句话引起不少人的共鸣,以致不少微信公众号(如“教授加”)在转发该致辞时直接将这句话作为了标题。^⑦最近,为祝贺德高望重的储槐植教授90华诞而出版的《储槐植文选》收录了先生关于刑法学研究范式检讨的一篇重要作品,题目就叫《提倡折衷》^⑧,这值得我们深思。

五、中国刑法学研究应着力挖掘本国的优秀传统

黄宗智先生认为,当代中国的新型正义体系来自以下三种传统的融合:西方的移植、中国古代

^① 在不少阶层论学者眼中,客观要件判断优先于主观要件判断似乎已成为一条不可撼动的原则,好像要是倒过来就会沦为刑法主观主义,但事情恐怕没有这么简单。例如,有学者就指出,即使在德国,对未遂犯的审查无论理论上还是实务中,都是从主观要件开始的。参见张志钢:《我国刑法语境中主、客观要件的审查顺位研究——基于方法论角度的考察》,载《刑事法评论》(第40卷),北京大学出版社2017年版,第465页。

^② 旧派主张报应刑论,追求刑罚的公正;新派主张目的刑论,追求刑罚的有效;现代主张并合主义,追求刑罚的公正有效。参见石经海:《量刑的个别化原理》,法律出版社2021年版,第157页。

^③ 参见余振华:《刑法违法性理论》(第2版),台湾瑞兴图书股份有限公司2010年版,第88页。

^④ [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57页。

^⑤ [德]埃里克·希尔根多夫主编:《德语区刑法学的自画像》(下),何庆仁等译,社会科学文献出版社2019年版,第463页。

^⑥ [日]西原春夫:《我的刑法研究》,曹菲译,北京大学出版社2016年版,第92-93页。

^⑦ 参见中国刑法学研究会主办,上海政法学院、教育部刑法课程虚拟教研室协办的首届全国“刑事治理现代化研究生论文竞赛”贾宇会长致辞,《中国刑法学研究会会长贾宇:希望年轻的学子们不要急于认什么宗、入什么派!》,载微信公众号“教授加”2022年8月23日, https://mp.weixin.qq.com/s?__biz。

^⑧ 参见储槐植:《储槐植文选》,北京大学出版社2022年版,第847页。需要说明的是,储槐植教授在此所使用的“折衷”一词与笔者在本文中所用的“折中”一词是一个意思。本文之所以用“折中”一词,是为了更好地体现学派之争中不同意见的调和。

的传统及现代的革命传统。^①刑法作为社会正义体系的一个重要组成部分,也需要从这三个方面来观察和思考。关于对西方的移植,这个大家都不陌生,如邓正来先生所言:“对‘西方法律理想图景’的‘移植’和遵循,实是百年来中国在法律、经济、政治等方面‘追比西方’的一部分,因而也是中国整个现代化运动的一部分。”^②关于现代革命传统在中国刑法中的吸纳与改造,笔者也曾有过思考。^③在此,笔者重点谈一下对我国古代优秀传统法律制度和法律文化的借鉴。

强化中国刑法学的本土研究,需要从中国刑法史中寻找相关供给。^④在这方面,虽然中国学界在过去一个相当长时期内整体上自觉不够,但也有一些令人深受启发的呼吁和研究,如朱苏力教授针对药家鑫案所发表的评论:“中国历史上对非‘十恶’犯罪‘存留养亲’……为什么今天不能有?因为外国没有!这并不证明古代中国错了,或许,这证明了外国在这一方面少了一点人性或人权的考量。”^⑤孙家红教授也指出:在最近一百多年欧风美雨的冲击下,一方面,我们对于中华传统法律历史,充满了不实的诋毁之词;另一方面,我们中的某些人对于西方法律文化历史却充满了美好的臆想。“众所周知,‘罪刑法定’作为现代刑法或现代法治的基本原则,主要源自意大利的贝卡利亚(《论犯罪与刑罚》)。但据近年研究发现,基本可以肯定的是,从西方启蒙时代的历史来看,这一原则的提出恰恰建立在对于中国古代法律中‘断罪引律令’条款的认知基础之上。换句话说,中国传统而古老的法律知识与智慧,为欧洲启蒙时代的思想家对抗集权专制提供了思想‘武器’。”^⑥张明楷教授进一步介绍道,佐立治人教授的研究还指出,一般人只知道日本旧刑法对数罪采取的吸收原则是从法国拿破仑刑事诉讼法典借鉴而来,却不知道中国比拿破仑刑事诉讼法典早一千多年就对数罪采取了吸收原则。对此,张明楷教授反思道:“在我国法定刑与量刑都比较重的当下,我们是不是要研究一下为什么中国古代刑法采取吸收原则,我们现在是不是也可以采取吸收原则呢?”同时,张明楷教授也真诚地自责道,在挖掘历史传统中的精华方面,“我自己做得很不够……我是特别惭愧的”^⑦。

确实,在中国漫长的历史中,虽然在某些朝代或历史时期存在“车裂”“腰斩”“五马分尸”“凌迟处死”等残忍而可怕的酷刑,但在另一些朝代或历史时期也有许多“慎刑”“恤刑”的做法。前者自然属于去其糟粕之列,但后者则属于我们应当继承并发扬光大的理念。例如,在中国短期内还不能

① 参见黄宗智:《中国的新型正义体系:实践与理论》,广西师范大学出版社2020年版,总序第1,51页。

② 邓正来:《中国法学向何处去(中)——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,载《政法论坛》2005年第1期,第26页。即使1949年之后转学苏联,仍然是这一进程的一部分,别忘了苏联的犯罪论体系也是100多年前塔甘采夫等人在接受德国费尔巴哈的犯罪构成理论后发展起来的。

③ 参见刘仁文:《从革命刑法到建设刑法》,载《法学研究》2010年第1期,第151页。

④ 参见姜敏:《论中国特色刑法学话语体系:贡献、局限和完善》,载《环球法律评论》2022年第4期,第32-33页。

⑤ 朱苏力:《从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负》,载《法学》2011年第6期,第7页。但朱苏力教授整体上是支持死刑的,只不过从独生子女可以免死的角度来论证药家鑫不必判处死刑。笔者虽然不敢苟同他支持死刑的立场,却同意他这里从发掘中国古代刑法的人性或人权考量不判药家鑫死刑的结论。

⑥ 孙家红:《连点成线,由点及面——重新认识中国法律整体历史的意义》,载中国法学网2022年8月31日,http://iolaw.ccssn.cn/bwsf/202208/t20220831_5482819.shtml。无独有偶,日本关西大学的佐立治人教授也指出:“我要证明,只要不违反法律规定就不受刑罚处罚这一罪刑法定主义的思想,产生于中国、发达于中国。”转引自张明楷:《研习刑法学的感想(下)》,载《法治日报》2022年12月7日,第9版。如果这一关于罪刑法定思想渊源的考证能够成立,那将颠覆我们对罪刑法定思想在产生时间和空间上的许多传统认知。

⑦ 张明楷:《研习刑法学的感想(下)》,载《法治日报》2022年12月7日,第9版。

彻底废除死刑的情况下,中国古代死刑制度中不少慎刑慎杀、维护人伦、遵循天道的人道主义做法至今仍对我们有启发意义。首先,鉴于死刑案件人命关天,此类案件一律由皇帝亲自裁决,反映了最高统治者对生命的重视。^①其次,即便判处了死刑,也存在多种制度能够否定斩立决制度,如减流、赦免、留存养亲等免死机制。^②最后,对于判处死刑、执行死刑的时间等方面明确规定“顺天时”,早在汉代就形成了秋冬行刑的制度,并且多为后世所沿用,直至明清形成固定的秋审热审制度。^③值得注意的是,这种秋冬行刑制度并不是消极等死,而是有赦免等活下来的机会。^④

社会在变迁,时代在变化。我们对中国传统法律制度和文化及其塑造下的国人观念,一方面要高度重视,另一方面也要注意其在现代社会的转型。例如,有学者研究指出,尽管“冤魂难眠”意识成为中国民众追求杀人偿命的重要动因,但在现代中国,善终与凶死观念的弱化让中国人的杀人偿命观念呈现出松弛的趋势,而如果相信死后没有冤魂,理性计算便可以替代复仇,“救生不救死”就成了一个现实而理性的选择,于是部分被害人家属,尤其是家庭生活困难的被害人家属,就有可能接受死刑和解——在一些杀人案件中,如果犯罪人及其家属能够给出有诚意的赔偿,被害人家属便可能选择不再要求偿命;但在不能或不愿给出相应赔偿的情况下,被害人家属就会坚定要求以命抵命。^⑤这项研究提醒我们,在死刑存废这样一种刑事政策色彩浓厚的刑法制度中,如果要有效推动死刑的减少,就应当把命案的死刑控制与其他罪行的死刑废除区分开来,而对于命案的死刑控制,又可以从善终与凶死观念的弱化寻求刑事和解这样一种可能入手。

再如,中国古代深受儒家文化影响,杀、伤尊亲属等严重僭越礼数的行为成为从重处罚的理由,但我国当前非但刑法中未作此规定,相反,刑事司法实务中还可能存在相反的做法,如1999年最高人民法院印发的《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》(法[1999]217号)指出,因为婚姻家庭引发的故意杀人罪因犯罪行为对象固定,与严重危害公共安全的故意杀人行为相比危害性较小,故对此类案件死刑的判处应十分慎重。又如,2015年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》(法发[2015]4号)规定,因家庭暴力引发的故意杀人属于故意杀人罪“情节较轻”的情形,可以酌情从宽处理。对此,我们能否说现在的做法就不妥当呢?恐怕不能。因为古代刑法偏重道义报应,而家族尊长在古代社会治理中承担着更重要的角色、发挥着更重要的作用,即传统社会的社会控制基本上是依附于家庭控制的,所以需要强调上下尊卑有别,因此以下犯上会受到更重的惩罚。但是,现代社会已经从等级森严的家族社会发展成为强调民主、法治、人权和平等的社会,刑罚的目的也更追求一般预防和特殊预防的效果,而家庭内部的杀人案件相比社会上的杀人案件,不仅一般预防的必要性相对要低(社会上的杀人案件威胁到的对象更广),而且特殊预防的必要性也更低(亲情案件一般更容易达成悔罪和谅解)。是故,古代的这种设计和现代的这种设计其实都是为了维护家庭亲情,以家庭和谐来促进社会稳定,可谓社会结构有变,但家国情怀没变。

① 参见郑秦:《皇权与清代司法》,载《中国法学》1988年第4期,第100页。

② 参见熊谋林、刘任:《大清帝国死刑文明考:基于律例的数据重格》,载《河北法学》2022年第9期,第54页。

③ 参见孙延峰:《试论古代用刑与季节的关系》,载《法学杂志》1993年第1期,第37页。

④ 参加刘仁文:《死刑的全球视野与中国语境》,中国社会科学出版社2013年版,第223页。

⑤ 参见尚海明:《善终、凶死与杀人偿命——中国人死刑观念的文化阐释》,载《法学研究》2016年第4期,第61页。

六、结语

本文以6年前笔者在《再返弗莱堡》一文中提出的中国刑法学研究应有自己的主体意识为引子^①,从五个方面就如何强化我国刑法学研究的主体性提出了一些见解。归根到底,中国刑法学研究的主体性应落实到每个个体身上,“千人之诺诺,不如一士之谔谔”。在这方面,日本同样有过前车之鉴。据井田良教授回忆,日本在一段时期对德国刑法学达到了“近乎病态般的偏爱”,甚至有的日本学者认为知道德国刑法教授的名字及其生平,就认为具有学术价值。^②我国当前有没有这种现象呢?且听陈忠林教授的一家之言:“有人说,我们中国的刑法学界是个进出口公司,北京是批发站,其他的地方是零售商……根据我个人与外国大师们过招的经验……如果在接受外国刑法理论的过程中,我们只是盲目照搬,不去分析这些理论的前提、根据、基础有误或者错误,甚至以外国理论的批发公司为豪,这种观念,说轻一点是缺乏科学精神,说重一点,恐怕就是误国误民。”^③虽然陈忠林教授的个别措辞值得商榷,但他这种主体性意识是对的。^④

其实,任何一名优秀的刑法学者都是一名主体性很强的人,这种主体性不只表现在对别人的观点不人云亦云,而且也表现在不断修正自己的观点上。以张明楷教授的《刑法学》为例,且不说前后6个版本在内容结构上有大的调整(从最初的四要件到后来的三阶层再到如今的两阶层),只看他前后几个版本的前言,也能深深体会到其可贵的主体意识与自我否定精神。例如,张明楷教授在第5版前言中指出:“‘相信只有一种真理而且自己掌握着这个真理,这是世界上一切罪恶的最深刻的根源。’我不会相信只有一种真理,更不会认为自己掌握了真理……只要阅读就有想法,只要思考就有变化。”^⑤在另一篇论文中,张明楷教授指出:“学术观念的针锋相对并不影响学者间的深厚友谊。众所周知,李嘉图和马尔萨斯的出身、经历相当不同,学术见解明显分歧,他们几乎在每一个问题上都有无休止的争论,但他们一道寻求真理,具有深厚的友谊,这种友谊又使得他们在学问上、人格上成为伟人。”^⑥

刑法研究充满了价值判断,它既涉及对人的理解和认识,也涉及对环境的理解和认识,因而不可能像自然科学那样在一个不受外界干扰的实验室里得出唯一的结论。更何况每个学者在不同的阶段,学术观点和立场又完全可能发生变化。这种人文社会科学的复杂性注定了其研究方法的多元性,达至正义的艰难性,也更加呼唤研究者的主体意识和论辩精神。经过40多年的改革开放,中

^① 其实,笔者曾在多个文献中强调过这一问题。参见刘仁文:《晚近20年来我国刑法学研究之观察》,载《检察日报》2017年11月23日,第3版;刘仁文主编:《新中国刑法70年》,中国法制出版社2019年版,第92-95页。

^② [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,载《刑事法评论》2017年第2期,第373页。

^③ 陈忠林:《刑法散得集(II)》,重庆大学出版社2012年版,第162页。

^④ 2022年5月28日晚,笔者线上聆听了陈忠林教授主讲的西南政法大学刑法学科组织的“中国刑法学的本土化与现代化”系列讲座第一讲,尽管刚开始觉得他的演讲时有“漏洞”,但3个多小时系统听下来,还是被他强烈的主体性、深深的人文情怀和庞大的刑法思想体系所感染和震撼。例如,他从自己的“三常”刑法观(常识、常理、常情)出发,认为我们的刑法学不管是三阶层还是四要件,都是从外国“批发”来的,都是他不同意的。

^⑤ 张明楷:《刑法学(上)》(第5版),法律出版社2016年版,第5版前言第2页。

^⑥ 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,第55页。

国刑法学界兼收并蓄,汇聚了大量人才,积累了宝贵资源,只要我们继续在保持国际视野的同时,致力于把论文写在祖国的大地上,中国刑法学就一定能更好地助力国内的良法善治,并在国际上发出中国刑法学应有的声音。■

Further Discussion on Strengthening the Subjectivity of Chinese Criminal Law Research

LIU Renwen

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

Abstract: It has increasingly become a consensus in the current Chinese criminal law academic community that Chinese criminal law research should strengthen its subjectivity. To strengthen the subjectivity of Chinese criminal law research, we should take Chinese criminal law provisions as the logical starting point, closely combine with Chinese judicial practice, and give full play to the role of precedents in improving the level of Chinese criminal law research. In the study of comparative law, it is necessary to take knowing others and knowing ourselves as the purpose, and when introducing extraterritorial criminal law knowledge, we should not only pay attention to dynamically grasping the development and change of extraterritorial criminal law theory, but also correctly judge the stage of China's social development; at the same time, it is necessary to prevent garbling and consciously integrate extraterritorial criminal law knowledge into the discourse system of Chinese criminal law research. In terms of methodology, Chinese criminal law research should be inclusive, attach importance to the diversity of research methods and the openness of research perspectives, and shift from the over emphasis on school debates to compromise and unity. In addition, Chinese criminal law scholars urgently need to make up for their shortcomings and do a lot of fundamental and extremely difficult work in exploring and fully utilizing the traditional resources in Chinese history and achieving their modern transformation. The strengthening of subjectivity consciousness will undoubtedly activate the creativity and imagination of Chinese criminal law scholars, and in a good atmosphere of gentlemen seek harmony but not uniformity, better promote the realization of justice in Chinese criminal law and display the international image and due character of Chinese criminal law.

Key words: subjectivity; national legislation and precedents; comparative law; methodology; traditional resources

青年学术编辑:张永强