

中国刑法学 60 年反思

马 克 昌

[摘 要] 中国刑法学 60 年的历史大体可以分为三个阶段,即创建和曲折发展时期、停滞时期以及恢复和发展时期。其间,中国刑法学的研究取得了惊人的进步,当然也还存在不足。今后刑法学研究要努力构建以人为本的刑法理论,科学地开展刑法学体系的研究,同时也要加强对西方刑法理论的分析。

[关键词] 刑法学;60 年;反思

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)05-0585-05

一、中国刑法学 60 年的基本情况

中国刑法学的 60 年大体可以分为三个阶段:

(一)1949 年至 1965 年是中国刑法学创建和曲折发展时期

1949 年 2 月中共中央发布关于废除国民党的六法全书及确定解放区的司法原则的指示,国民党统治时期的刑法,当然在新中国不再适用。新中国建国伊始不可能制定出刑法典,只有根据形势的需要,于 1951 年和 1952 年先后制定颁布了《中华人民共和国惩治反革命条例》(1951.2.21),《妨害国家货币治罪暂行条例》(1951.4.19)和《中华人民共和国惩治贪污条例》(1952.4.21)。由于当时国家实行向苏联一边倒的政策,对资本主义国家的刑法采取排斥态度,只有苏联刑法理论才是我们学习的榜样。于是,苏联的刑法教材和某些专著先后翻译出版。我国刑法学就是在这样的背景下创建的。

由于没有自己的刑法典,我国刑法学当时主要借鉴苏联的刑法理论,结合我国司法实践提出的问题进行研究。对一些问题,如刑法中的因果关系、刑罚的目的、死缓制度的存废和无期徒刑的存废等都曾在刊物上发表文章进行讨论,一度形成学术争鸣的良好局面。1957 年毛泽东主席的《关于正确处理人民内部矛盾的问题》一文发表后,犯罪与两类矛盾的问题成为热点问题进行了长时期的研讨。1957 年 2 月到 10 月,相继有四种刑法教科书出版和一部《论共犯》著作问世。这一年可以说是那个时期刑法学最为活跃的年份。1957 年夏天之后,全国开始了反右派斗争,刑事法学中的一些学术观点如犯罪构成论、有利被告论等均作为右派观点受到严厉的批判。一时间整个社会科学处于“左”的思想的统治之下。批判文章,占领阵地;争鸣论文,销声匿迹;于是,我国刑法学走向萧条。

(二)1966 年到 1976 年是中国刑法学的停滞时期

1966 年上半年文化大革命开始了。所谓封、资、修受到大张旗鼓地讨伐。法律被指责为资产阶级货色,砸烂公、检、法成为当时流行的口号。随后,检察院被正式宣布撤销,法院和公安机关都被军管。“公安六条”代替当时的单行刑法成为判案的准则。十年动乱“这场浩劫横扫各个领域,刑法学自然也难以幸免。在这十年期内,法学刊物停办,法学书籍停止出版,因而既无刑法学论文的发表,又无刑法学著作的问世,刑法学历史进入空白时期。不仅如此,这动乱的十年还是刑法学理论倒退的十年。在这个期

间,犯罪构成理论受到批判,成为禁区;其他刑法学的理论也都斥之为资产阶级的东西,甚至连刑法学这门学科也被否定了,代之以刑事政策这一名称。”^[1](第 19-20 页)1976 年 12 月曾有《刑事政策讲义(讨论稿)》问世,这实际上是相当于刑法学的教材,是十年动乱期间唯一的一本涉及犯罪的教科书,连刑法学的名称都没有敢用,应当说刑法学完全陷于停滞了。

(三)1977 年到 2009 年是中国刑法学的恢复和发展时期

1976 年 10 月粉碎“四人帮”后,国家开始拨乱反正,邓小平同志复出之后,强调健全社会主义法制。1979 年 7 月《中华人民共和国刑法》经全国人民代表大会通过,我国有了刑法典,这为刑法学的发展奠定了坚实的基础。1981 年 6 月全国人民代表大会常务委员会通过了《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》,此后,至 1995 年底,共计制定了 23 个单行刑法,在这样的立法背景下,刑法学研究有了很大发展。1982 年出版了司法部教育司主持编写的《刑法学》教材,这部教材借鉴前苏联的刑法学教科书,根据 1979 年刑法的规定,建立了刑法学体系,并且这一体系为后来不少刑法学教材所接受,因而被称为是通说的体系。1989 年出版的《中国刑法学》,将《刑法学》的体系作了适当调整,例如,删去“犯罪及其原因”一章,将“一罪与数罪”从“数罪并罚”中独立出来改放在犯罪论中论述,数罪并罚仍放在刑罚论中论述。这些改变也为后来的一些刑法教材所接受。不过,这一体系也受到挑战。

1979 年刑法公布施行以后,刑法研究逐步活跃起来,对刑法中的许多问题发表论文进行争鸣,最先进行争论的是,犯罪与两类性质的矛盾。发表的论文主要集中在 1979 年和 1985 年之间,1991 年之后,这一争论也就偃旗息鼓了。其次,发表论文和出版著作进行论述和争论的有:刑法学体系问题、罪刑法定和类推问题、犯罪的基本特征和本质属性问题、犯罪构成问题、犯罪客体和犯罪对象问题、刑法中因果关系问题、犯罪主体问题、法人(单位)犯罪问题、犯罪的主观方面问题、正当防卫问题、犯罪未遂问题、共同犯罪问题、罪数问题、刑罚目的问题、刑种问题、量刑问题、反革命罪问题、经济犯罪问题和其他犯罪问题。可以看出刑法学中的各种问题得到了相当广泛和比较深入的研究。

1997 年对 1979 年刑法进行了修订,废除了原来规定的类推制度,而采取了罪刑法定原则、适用刑法平等原则、罪责刑相适应原则,以危害国家安全罪取代反革命罪,以破坏社会主义市场经济秩序罪取代破坏社会主义经济秩序罪。这样,我国刑法进一步走向现代化。此后,国家又制定一项单行刑法,截止至 2009 年 3 月,国家对现行刑法进行七次修订。外国重要刑法理论著作的较多翻译出版,在国外留学或进修人员的回国,加上 50 年左右的学科发展,这段时间中国刑法学的研究呈现出空前的繁荣。

作为通说观点的教材,以 1997 年刑法为依据重新进行了编写。同时与通说不同的教材也不断出版,在内容上有些教材较多地引进国外的刑法理论,使人们感到中国刑法学的面貌为之一新。这段时间,刑法学者对罪刑法定原则、犯罪论体系、死刑问题、经济犯罪、财产犯罪、贪污贿赂犯罪、渎职犯罪、宽严相济刑事政策等进行了深入研究,围绕这些问题发表不少论文,也出版了一些专著,形成了刑法学欣欣向荣的局面。中青年学者往往发表或出版对传统观点挑战的论文或著作,这些论著思想开拓、论证深入,一般都有一定的分量,展现了刑法学界新生力量后来居上的形势与学科愈益发展的情景。

二、中国刑法学进步的主要表现

(一)在学术研究上量与质的巨大飞跃

刑法学研究的成果,如前所述,在 1949 年到 1979 年数十年间,只有四种教材和一本《论共犯》专著;而现在刑法学教材,有影响的不下十余种,加上各高校自编的,当在 20 种以上。至于刑法学专著从 1981 年至 1991 年年底即有 100 余种,如果从 1981 年至 2008 年年底计算,当有数百种之多;论文数量更是远远超过前 30 年。可以看到刑法学研究成果在量上的巨大飞跃。

刑法学研究的成就不仅在量上,更重要的是在质上。刑法学研究的深入更让人刮目相看。以关于共同犯罪的研究为例,前 30 年仅有一本《论共犯》,全书只有三万多字。本书的出版在当时是难能可贵的,但现在看来“还较粗糙、浅显”^[1](第 22-23 页)。与此相比,现在的情况大不相同。综合论述共同犯罪

的著作至少有四种：即《共同犯罪论》、《论共同犯罪》、《共同犯罪理论及其运用》和《共同犯罪理论及司法实践》。就著作的情况而言，《共同犯罪论》一书45万字，研究分析已相当深入。不仅如此，近几年来，共同犯罪中的各种问题更有专著出版：如《教唆犯研究》等，对共同犯罪的研究更加深入、细致。这里举出关于共同犯罪的研究，只是作为例证说明刑法学研究的深入。刑法学研究的深入当然不限于共同犯罪的研究，其他方面的研究也是如此。正因为这样，同我国刑法学界长期交往的日本学者西原春夫教授近年来谈到他的感受时说：中国刑法学的研究已与日本很接近了。这显然是从质上对我国刑法学的评价。不能不说中国刑法学研究在质上是惊人的飞跃。

（二）研究成果由一枝独秀到百花齐放

如前所述，在前30年刑法学只有四种教材一本《论共犯》专著，但就其基本思想而言，它们都是属于通说的观点。虽然在具体问题上也有不同意见，可是从总体来看，不过是通说观点之间的争论，因为它们都是学习苏联刑法理论的产物。换言之，它们基本上是以苏联的刑法学体系为蓝本构成的；《论共犯》也是学习苏联共同犯罪理论的心得，其中的“连累行为”就是苏联共同犯罪理论的观点，可以说那时的通说在刑法学界是一统天下。这种情况至20世纪80年代基本上没有变化。体现通说的《刑法学》、《中国刑法学》系司法部、教育部认可的教材，为各高等学校甚至司法干部学习刑法的基本读物，当时还没有受到与通说相左的挑战。

20世纪90年代以后，对通说提出不同意见的论文，不时见诸刊物，有的学者甚至明确提出“去苏俄化”，进而不同犯罪论体系的刑法学教材先后问世：如《刑法教科书》将犯罪构成部分依犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面、犯罪客观方面的顺序排列，接着另一章“犯罪构成的要素、结构与性能的全面考察”加以概括，一改通说的犯罪构成理论结构。法律出版社出版的《刑法学》将犯罪构成部分分为“客观（违法）构成要件”与“主观（责任）构成要件”两章，将“违法性阻却事由”与“有责性阻却事由”分别列于上述两章论述，试图构建新的犯罪论体系。复旦大学出版社出版的《刑法学》，参考日本教材通说的观点，将犯罪成立条件依“该当性”、“违法性”、“有责性”的顺序排列，以大陆法系所谓递进式结构为模式建立犯罪论体系。《陈兴良刑法学教科书之规范刑法学》则将犯罪构成分为“罪体”、“罪责”、“罪量”依次论述，构建罪体—罪责—罪量三位一体的犯罪论体系，与其他教材的犯罪论体系迥然不同。即使采取通说的学者，对犯罪论体系也有所修正。此外，还有其他不同体系的教材，难以一一尽述。从这里已可窥见我国刑法学百花齐放之一斑。至于不同观点的论文、专著，更是群芳争艳，令人赞赏。

（三）突破“左”的束缚，思想不断解放

建国初期由于废除了旧中国的六法全书，六法观点当然在批判之列，即使所谓的“砖瓦论”也遭到猛烈的抨击。对西方国家的刑法理论完全持批判态度。教师从事教学科研，小心谨慎，生怕用语不当被扣下资产阶级刑法观点的帽子，人们的头脑受着“左”的思想的严重束缚。这种情况至20世纪80年代初仍未根本改变。1980年—1981年司法部组织编写高等学校法学教材《刑法学》，在讨论初稿时，关于“行为犯”，“结果犯”概念即有争论，由于认为这些词语是资产阶级用语，教材就避而不用。只是1987年编写《中国刑法学》时，行为犯，结果犯，结果加重犯等概念才在教材中出现，并予以论述。

20世纪90年代以来，由于国家的改革开放，加上党和国家领导人的积极推动思想解放，人们的思想包括刑法学界的思想不断得到解放。从刑法学界来看，这主要表现在：（1）西方国家的刑法理论著作较多地译成中文出版。如《犯罪构成要件理论》、《德国刑法教科书》、《法国刑法总论精义》、《意大利刑法学原理》等一大批西方刑法学名家的著作译成中文出版，这在过去是不可想象的。（2）我国台湾地区刑法学著作的不断引进。20世纪80年代曾引进台湾地区的《刑法原理》、《刑法特论》等一批著作；近几年来，《当代刑法思潮》、《变动中的刑法思想》等若干著作更在我国大陆出版。过去旧法学中的个别观点都要批判，现在属于六法的理论、整本整本著作都可以引进，可谓180°的转变。（3）西方刑法理论引入中国刑法学。在近几年的中国刑法学著作中，引入不少西方刑法理论，如行为理论、客观归责论、责任理论、期待可能性等，均构成为中国刑法的内容。有的著作甚至在体系上也借鉴日本的三阶层论。总之，对西方的刑法理论排斥的

态度改而采取学习的态度。可以说我国刑法学今日的繁荣正由于思想的解放。

三、克服不足的努力方向

(一)努力构建以人为本的刑法理论

“刑法总是历史的社会的产物”。同样的,以刑法为研究对象的刑法学也总是历史的社会的产物。不同的社会里或者同一社会的不同发展阶段,刑法会发生变化,刑法学自然也会发生变化;否则,刑法和刑法学都会落后于时代而不适应社会的需要。我国社会情况 60 年来发生了翻天覆地的变化。在这种新的形势下,党中央明确提出“以人为本”,构建“和谐社会”的思想,要求我们在工作中加以贯彻。这一指导思想对我们的刑事立法、司法是非常重要的,为刑法学研究也指明了方向。根据这一指导思想,笔者认为,应当努力构建以人为本的刑法理论,在刑法学中重视保障人权的研究。我国刑法典明文规定了与犯罪作斗争、保护国家、社会和公民的权利,但对保障人权却没有规定,刑法学对此也就没有论述。2004 年 3 月,“国家尊重和保障人权”入宪,但刑法学仍未给予应有的重视。直至现在,只有少数刑法学教材在论述刑法的机能或功能时,阐明“刑法的人权保障机能”。至于刑法的谦抑原则更是只有个别教材谈到。显然这是不够的,因为刑法的法益保护原则和人权保障原则“两者具体地如何调和,被认为是刑法中理论与实践的核心”^[2](第 3 页)。谦抑原则在国外则“被认为是刑法的根本原则”^[2](第 55 页)。因而笔者认为,保障人权和谦抑原则在我国刑法学中需要给以应有的篇幅加以论述,并将之在刑法学中贯彻始终,以彰显我国刑法学以人为本的特色。同时,在刑法学中引入宽严相济刑事政策。如所周知,宽严相济刑事政策是在构建和谐社会的背景下提出的,是适应构建社会主义和谐社会需要的。它与刑法具有极为密切的关系,因而应当将它纳入刑法学之中,这有利于刑法学切合时代的要求。

(二)科学地开展刑法学体系的研究

我国刑法学的体系是借鉴前苏联刑法学体系构建的,在构建的最初阶段曾经为大家所认同。随着学科的发展和西方刑法理论的引进,也暴露出我国刑法学体系存在的问题。不少学者对传统的犯罪论体系提出质疑,发表重构犯罪论体系的论文,也有一些学者根据自己构建的犯罪论体系编写刑法学教材;另一方面有些学者不赞成否定传统的刑法学体系而主张适当加以改善。经过几年的争论,传统的刑法学体系并未被推翻,新提出的犯罪论体系还没有取通说而代之。我国刑法学体系的问题还没有得到解决。刑法学体系是否科学关系到刑法学本身的科学性,因而应当科学地开展刑法学体系的研究。为此,笔者建议:首先广泛研究各主要国家如德、法、意、日、俄、英、美等国的刑法学体系,而限于某一国家如日本。研究某一国家的刑法学体系,要广泛研究该国的各种刑法学体系,而限于某一种体系。在日本,以构成要件符合性、违法性、有责性三阶层的犯罪论体系虽然是通说,但还存在以行为、违法性、有责性为顺序的体系,以行为、构成要件符合性、违法性、有责性为顺序的体系,以客观的构成要件、正当化事由、责任为顺序的体系,以及以犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面为顺序的体系,即使三阶层的犯罪论体系,由于历史条件的不同,其构成要件要素如何安排,前后也有很大变化。不能只看到一种体系,对其他体系置而不顾。其次,完善或构建中国刑法学体系,需要借鉴外国刑法学体系,而不能照搬外国刑法学体系。同时,借鉴外国刑法学体系,必须立足中国国情、中国实际。在这个问题上,应当倾听实际部门的意见,吸收他们的经验,使理论与实际密切结合,会有利于刑法学的发展。最后,要对刑法学体系进行全面的研究。原来学者们大多主要局限于犯罪构成的结构或犯罪成立条件的研究,对犯罪论体系的研究来说这是不够的。因为排除犯罪性行为、刑事责任如何安排,同样是刑法学体系必须解决的问题。此外,刑罚论、分则各类犯罪的排列,怎样才最科学,也应进行研究。这样才可以逐步解决刑法学体系问题。

(三)加强对西方刑法理论的分析

借鉴西方刑法理论,非常有利于我国刑法学的发展,近十几年来,大量翻译西方刑法学著作和派遣留学生到西方国家留学,对我国刑法理论的研究起了很好的作用,但西方刑法理论毕竟是西方国家情况

的产物,各种理论的出现也有其相应的背景;因之借鉴西方刑法理论需要对之加以分析。在这方面,总的情况是好的,但也存在需要改进之处。例如,对日本的构成要件符合性、违法性、有责性三阶层犯罪论体系,有的学者一味加以赞扬,说三阶层体系是递进型、开放型、前后顺序严密、具有“出罪”功能,如此等等,好得无可挑剔,这就缺乏应有的分析。须知三阶层体系并不是一成不变的模式,其内部构成要件要素的位置前后并不是相同的,并且不论古典的三阶层体系或现代新古典三阶层体系都存在缺陷,就前者而言,故意或过失均在有责性阶段,构成要件仅仅是客观的,那就不可能成为犯罪类型。正如德国学者韦尔策尔(welzel)所说:这个谬误随着主观的不法要素的发展和目的行为论的发展而被修正了。构成要件包括行为的客观要素和主观的内心的要素^[3](第39页)。就后者而言,故意或过失均移至构成要件阶段,责任能力仍在有责性阶段,可是,还没有确定有无责任能力,怎么认定故意或过失呢?对此,三阶层体系的支持者并没有给予合理的说明。三阶层体系有它的优点,笔者并不否认,但它并不是完美无缺的,不加分析地只说它的优点,以致有的青年学子一味对三阶层体系唱赞歌而不知其他,这就不免有误导之嫌。再如,西方学者认为,刑事法律遏制的不是犯罪人,而是国家。有的学者据此认为,人类为什么要有刑法,正在于此。笔者认为这是不正确的。因为上面的话正如作者所指出的是300年前欧洲启蒙思想家说的。这只能是就资产阶级民主国家而言的,并不具有普遍意义。不要说奴隶社会、封建社会的刑法不是这样,即使20世纪纳粹德国刑法也不是这样。纳粹刑法学者达姆(Dahm)和沙夫施泰因(Schaffstein)说:“刑法最根本、最重要的价值就是作为保存和捍卫国家权力的手段。”^[3](第54页)这是对纳粹德国为什么要有刑法的最好说明。将只适用于一定类型国家的论断,说明人类为什么要有刑法,也是由于不加分析所致。因而笔者认为,借鉴西方刑法理论,应当加强分析,一分为二地看待其理论。

[参 考 文 献]

- [1] 高铭喧:《新中国刑法科学简史》,北京:中国人民公安大学出版社1993年版。
- [2] [日]川端博:《刑法总论讲义》,东京:成文堂2006年版。
- [3] 何秉松:《(中俄、德日)两大犯罪论体系比较研究》,北京:中国政法大学刑事法研究中心2008年版。

(责任编辑 车 英)

Rethinking on 60 Years' History of Criminal Law Science

Ma Kechang

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: Three stages can be defined in a 60-years' history of criminal law in China, as period of establishing and tortuously developing, period of stagnancy and, period of restarting and developing. Researches on criminal law in China have made striking progress, but there are some problems in research work, which means every effort should be made, in coming days, to construct the people oriented criminal theory system, to research it in a scientific way and, to pay more attention to analysing the western criminal theory system.

Key words: science of criminal law; 60 years; rethinking