

CSSCI来源集刊

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
22
卷

2008

陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

CSSCI来源集刊

图 书 在 册 号 (CIP) 核 对

刑 事 法 评 论 · 第 22 卷 北 京 大 学 出 版 社 2008.7

ISBN 978-7-301-10536-2

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-文集 IV. D914.01-33

中 国 版 本 图 书 馆 CIP 数 据 (2008) 第 105362 号

刑事法评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
22
卷

北京大学刑事法理论研究所 主办

2008 陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事法评论·第22卷/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社, 2008. 7
ISBN 978-7-301-14048-2

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-法的理论-文集 IV. D914.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第102362号

北京大学出版社

书 名: 刑事法评论·第22卷(2008)

著作责任者: 陈兴良 主编

责任编辑: 杨剑虹 蔡桂生

标准书号: ISBN 978-7-301-14048-2/D·2091

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 39.5印张 796千字

2008年7月第1版 2008年7月第1次印刷

定 价: 68.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

主编絮语

本卷是《刑事法评论》第22卷,也是值得纪念的一个开端。因为根据中文社会科学引文索引指导委员会第7次会议确定的集刊选刊的原则和方法,遴选并报教育部批准确定,《刑事法评论》被中国社会科学评价中心确定为CSSCI来源集刊,也就是所谓核心集刊。过去存在核心期刊的说法,这个核心期刊就是CSSCI来源期刊。现在,CSSCI来源从期刊扩大到集刊,从为数众多的集刊中选择少数引用率较高的集刊纳入CSSCI来源,可以称为核心集刊。成为核心集刊,对于《刑事法评论》来说,既是一份荣誉,也是一份责任。这些年来,连续出版物发展迅猛,在法学领域也有数十种之多,这对于学术出版来说不失为一种良性的补偿。况且,连续出版物具有其容量大的篇幅优势,可以容纳更具有专业深度的学术论文,乃至论著,兼具刊物与书籍的特色,现在越来越受到学术界的重视。但由于在学术评价机制上存在核心期刊的拜物教,连续出版物不能侧身于核心期刊之行列,因而在稿件来源上不能不有所影响。好在《刑事法评论》发表的大多是学术新锐具有探索性的长篇大论,这些文字因其作者资历浅、论文篇幅大、思想观念新而根本不可能在所谓核心期刊上发表,因而成为《刑事法评论》的主要稿源。现在,《刑事法评论》成为核心集刊,纳入正规的学术评价体系,但我作为主编仍然坚持既往的编辑宗旨,这一点不会有任何改变。

“刑法知识论研究”栏目在《刑事法评论》20卷曾经设立过,刊出以后受到好评。本卷再次推出这一栏目,持续地对刑法知识论进行关注。我在新近出版的《刑法知识论》(中国人民大学出版社2007年版)一书的出版说明中曾经指出:“在某种意义上说,对刑法知识论的考察,是一种元科学的研究,因而不同于一般的刑法学研究。因此,刑法知识论是刑法学术研究中极为重要,也是极为独特的一个学术领域。”刑法知识论的研究,不仅要對刑法知识的生产与消费的机制加以揭示、对刑法知识的当代转型进行考察,而且还要以一种实证的方式对刑法知识的分布及其存在形态进行描述与分析。本卷刊出的邓子滨的《刑法学的〈法学研究〉之路》和蔡桂生的《刑事一体化的知识生产——〈刑事法评论〉前20卷之研究》这两篇论文,就是对《法学研究》和《刑事法评论》这两个学术平台所作的一种描述性研究。邓子滨的论文在《法学研究》2008年第1期刊登过删节版,本卷刊出的是完整版,字数多出将近一倍。《法学研究》是我国法学领域的一份重要学术刊物,可谓学术重镇。邓子滨以《法学研究》30年中刊登的刑法

学论文为线索,为我们描述了一部《法学研究》的刑法学史,它也是我国刑法学史的一个缩影版。记得在两年前,我布置2006级刑法专业博士生编撰《刑法知识形态研究》一书,当时也和邓子滨谈到这个想法,并提及以《法学研究》为一个范本,考察我国刑法学30年的进展。邓子滨欣然赞同并跃跃欲试,半年后,邓子滨就完成了一篇长达3万多字的初稿,我阅读以后予以充分肯定。此后,一直等到2007年底,在《法学研究》创刊满30年之际,又补充有关内容终于完成本文,这是令人振奋的。蔡桂生的论文是以《刑事法评论》为研究对象的,记得在《刑事法评论》出到第10卷的时候,刘仁文博士就提出想写一篇对《刑事法评论》前10卷的述评性论文,但未能如愿完成。这次,在《刑事法评论》出版到第20卷的时候,蔡桂生终于完成了这一愿望,这是值得欣慰的。这样一种刑法知识论的考察,涉及对文与人的评价,其分寸拿捏是一大难题。中国人历来不太习惯于真正意义上的学术批评,而容易把学术批评变成学术表扬。批评难,表扬易,这个问题在学术领域始终存在。邓文与蔡文也难以免俗,这是需要谅解的。其实,批评难并不等于没有批评,只是没有公开的批评,私下的批评、内心的批评仍然是存在的。好在历史是由后人写的,同代人放弃的批评权利只能由后代人去行使。

“理论前沿”栏目发表了两篇论文。韩瑞丽的《法中寻美:刑法学研究的一种感性进路》一文,提出了“刑法学研究的美学进路”的命题,令人感到意外,也佩服作者的想象力。本文是韩瑞丽的博士论文的一部分,这样一种边缘性的刑法学研究是值得尝试的。因此,本栏目称为“学术边缘”似乎比“理论前沿”更为恰当。如果说,韩瑞丽的论文是从美学的视角审视刑法;那么,任九光的《关于当前刑事司法改革困境的社会成因分析——暨对刑事法学的批判》一文,就是从社会学角度对刑事法治与刑事法学的考察,是作者社会学硕士论文的主体内容。任九光作为一位民警,身在刑事领域之内,但他作为一名社会学硕士生,在论文写作的时候又身在刑事法学界之外。这种内外兼备的特殊身份,使任九光能够以既熟知又疏离的双重视角,对我国的刑事司法改革以及刑事法学进行理性的反思与批判,尤其是对刑事司法改革困境的社会成因作了具有一定理论深度的揭示。我和任九光在电话上对有关话题作过沟通与交流,对于他的某些观点我并不完全赞同。但他从社会学角度对这些问题的梳理与思考,却对我国的刑事法学研究具有某种警示意义。

在“刑事程序研究”栏目中,褚福民的《刑事诉讼中的推定论要——以英国、加拿大、中国香港特别行政区为例的分析》一文,对推定这个重要的问题从刑事诉讼法的角度作了进一步研究。《刑事法评论》在第12、13卷曾经发表过邓子滨的《论刑事法中的推定》一文,引起了刑事法学界对推定这一司法技术的关注。尤其是在目前我国犯罪构成体系的改造当中,推定视角的引入是具有重要意义的。兰耀军的《被害人视野中的刑事和解——一种基于实证的分析》一文,结合个案的叙述,对刑事和解问题作了具有新意的探讨,尤其是强调了被害人在刑事和解中的权利。

在“犯罪学研究”栏目中,王燕飞的《犯罪学研究对象研究的批判性梳理》一文,对

犯罪学的研究对象进行深入的考察,提出了犯罪学研究对象三种界定视角,并对此作了评析。新高风的《思考与展望:犯罪学发展路径的选择》一文,对犯罪学的学科及其发展路径进行了具有前瞻性的考察。上述两篇论文,都属于犯罪学的基础理论研究。德国著名法学家拉德布鲁赫曾经指出:“就像因自我观察而受折磨的人多数是病人一样,有理由去为本身的方法论费心忙碌的科学,也常常成为病态的科学,健康的人和健康的科学并不如此操心去知晓自身。”^[1]这段话,我在讨论刑法研究方法时引用过,我以为也适用于犯罪学。在某种意义上来说,需要对本学科的研究对象、研究方法以及学科定性这些基本问题操心的学科,也是不成熟的学科。犯罪学对这些学科基本问题的讨论是不得已的,也是必要的。但我认为更为重要的是研究一些具体犯罪问题,尤其是由于犯罪学科的社会学性质所决定,犯罪学的论文不是“写”出来的,而是“做”出来的。我期待着犯罪学领域取得更多具有现实性、建设性的、对具体犯罪问题进行实证研究的理论成果。

在“域外传译”栏目中,樊文所译的德国学者托马斯·魏根特的《刑事讯问程序中被告人自主权的保护》一文,提出了被告人自主权的概念,包括刑事程序的选择权以及其他各种诉讼权利。通过对被告人的自主权的保护,避免使被告人沦为司法的客体。陈虎所译的美国学者约翰·卡普兰的《非法证据排除规则的限度》一文,对于我们了解美国在非法证据排除规则问题上的新发展及其争论具有参考价值。

在“域外视野”栏目中发表了四篇论文,涉及日、英、美等国,国际视野大为开阔,也可以为我国的刑事法研究提供学术资源。刘淑珺的《日本刑法学中的谦抑主义之考察》一文,对日本刑法学中的谦抑主义的来龙去脉及其对我国的借鉴意义作了系统考察。刑法谦抑是日本学者的特有提法,也是日本学者对刑法学的一种理论贡献。在我国当前刑罚结构趋重的背景之下,引入刑法谦抑理念是具有现实意义的。林俊辉的《英国刑法共谋罪历史沿革之梳理》一文,对英国刑法中的共谋罪作了系统研究,这种对英美刑法个罪的深入研究以往不太多见,但我认为是十分必要的。赵西巨的《英美刑法中的“同意”抗辩》,对英美刑法中作为出罪事由的“同意”作了深入研究,对我国正在建构的犯罪构成体系亦有参考价值。杨力军的《〈国际刑事法院罗马规约〉中的保留问题》,是对《罗马规约》中保留问题的研究,涉及的是国际刑法问题。我国虽然目前没有加入《罗马规约》,但对此的研究还是必要的,因为该规约乃是迈向实质性国际刑法的重要一步,我们不能不认真面对。

在“专题研究”栏目中,共发表八篇论文,涉及刑法的一些专题。王志远的《定罪思维的常人化理解与犯罪构成理论模式之选择》一文,提出了在犯罪构成模式的构造中要考虑常人化的定罪思维,具有一定新意。任海涛的《承继共同正犯研究——以复合行为犯为视角》一文,对承继共同正犯这一较为复杂的共同正犯形态作了较为深入的

[1] 参见〔德〕拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第169页。

研究,尤其是对在复合行为犯的情况下承继共同正犯的构造作了分析。陈珊珊的《论陷害教唆的类型化与可罚性》一文,对陷害教唆问题进行了较为深入的研究,这个问题虽然不是十分具有现实意义的问题,但却是共犯理论中绕不过去的一个具有学术意义的问题。周建军的《法条竞合犯抑或想象竞合犯——法条竞合犯与想象竞合犯的界限之争》一文,涉及罪数理论,也可以说是刑法竞合论中的一个核心问题,这就是法条竞合与想象竞合的区分问题,本文的探讨推进了这一问题的思考。刘伟的《吸收犯视野下的事后不可罚行为》一文,讨论的是事后不可罚行为,这个问题也是我国刑法理论中缺乏深入研究的一个问题,本文从吸收犯切入探讨这个问题,具有重要的理论意义。叶慧娟的《道德与法律关系视野中的见危不助犯罪化探析》一文,从道德与法律的关系出发,讨论见危不助行为的犯罪化。这个问题在刑法学中也是一个争议较大的问题,从学理上对此的探讨是必要的。邓子滨说他给法律硕士入学考试出过一个题目:我国刑法是鼓励见义勇为的还是反对见义勇为的,请阐述理由。我想,拜读了叶慧娟的这篇论文,有助于更好地回答这道试题。阿地力江·阿布来提的《毒品刑事治理探讨》一文,对毒品治理中的一系列前沿性问题作了探讨。宋健强的《国际刑事法院检察官:为“表面正义”而战——兼论“表面正义”概念和理念的引进与提倡》,是一篇关于国际刑法的论文,文中提出了一个独特的概念——“表面正义”,至少对于丰富我们对正义的理解是有所助益的。宋健强致力于国际刑法研究,新作迭出,锋头颇健,值得称道。

陈兴良 国际刑法学
谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年3月4日

目 录

主编絮语/陈兴良	(1)
----------------	-----

[刑法知识论研究]

刑法学的《法学研究》之路/邓子滨	(1)
一、引言:动机、场景、目的	(1)
二、《法学研究》1978年至1987年的刑法学	(2)
三、《法学研究》1988年至1997年的刑法学	(11)
四、《法学研究》1998年至2007年的刑法学	(18)
五、结语:体例、篇幅、敬意	(27)
刑事一体化的知识生产	
——《刑事法评论》前20卷之研究/蔡桂生	(29)
一、缘起:集刊宗旨和话语进路	(30)
二、底蕴:现实社会关心和终极人文关怀	(35)
三、提升:若干学科建设主线	(65)
四、群体:“刑事一体化学派”	(73)
五、结语	(88)

[理论前沿]

法中寻美:刑法学研究的一种感性进路/韩瑞丽	(90)
一、什么是美	(90)
二、美从何处寻	(91)
三、刑法学研究的美学进路	(94)
四、美学进路对于刑法学研究的意义	(98)
五、余论:“刑”与“美”缘何联系	(101)
六、结语:美学散步	(106)

关于当前刑事司法改革困境的社会成因分析

- 暨对刑事法学研究的批判/任九光 (109)
- 一、问题及研究进路 (110)
- 二、刑事司法改革的相关理论研究 (114)
- 三、三个典型案例:冲突的集中体现 (116)
- 四、决定困境的社会背景 (132)
- 五、困境成因的主观原因 (138)
- 六、中国刑事司法向何处去 (147)

[刑事程序研究]

刑事诉讼中的推定论要

- 以英国、加拿大、中国香港地区为例的分析/褚福民 (152)
- 一、推定与犯罪构成 (152)
- 二、事实推定与可反驳的法律推定 (158)
- 三、推定与严格责任 (160)
- 四、推定之限制 (162)
- 五、针对特定犯罪的推定 (164)
- 六、对中国的启示 (166)

被害人视野中的刑事和解

- 一种基于实证的分析/兰耀军 (171)
- 一、被害人在刑事和解中的诉讼地位 (173)
- 二、被害人在刑事和解中的得与失 (176)
- 三、“中国模式”刑事和解制度的构建 (182)

[犯罪学研究]

- 犯罪学研究对象研究的批判性梳理/王燕飞 (190)
- 一、学界对犯罪学研究对象界定的视角及其特点 (190)
- 二、对三种视角界定犯罪学研究对象的评析 (195)
- 三、科学界定犯罪学研究对象之途 (199)
- 思考与展望:犯罪学发展路径的选择/靳高风 (204)
- 一、犯罪学学科面临的危机 (204)
- 二、犯罪学学科面临的挑战 (207)
- 三、犯罪学学科面临的机遇 (209)

四、犯罪学发展的路径选择	(211)
五、中国犯罪学发展的路径	(220)
六、结论	(240)

[域外传译]

刑事讯问程序中被嫌疑人自主权的保护/托马斯·魏根特文 樊 文 译	(242)
一、导论:刑事程序中被嫌疑人的地位	(242)
二、被嫌疑人的自主决定和供述行为	(244)
三、法律上保护侦讯时被嫌疑人自主权利的防护性措施	(247)
四、结束语:供述对于程序结果的意义	(255)
非法证据排除规则的限度/约翰·卡普兰文 陈 虎 译	(257)
一、非法证据排除规则的理论基础	(259)
二、实用主义的讨论	(260)
三、非法证据排除规则的政治代价	(263)
四、非法证据排除规则的修改建议	(267)
五、结论	(276)

[域外视野]

日本刑法学中的谦抑主义之考察/刘淑珺	(278)
一、引言	(278)
二、谦抑的概念性界定	(281)
三、谦抑主义的历史考察	(289)
四、谦抑主义在二战后的发展	(296)
五、谦抑主义的宪法基础	(302)
六、对谦抑主义在中国的一点思考	(307)
七、结语	(313)
英国刑法共谋罪历史沿革之梳理/林俊辉	(316)
一、导言	(316)
二、英国刑法共谋罪之起源	(319)
三、20 世纪前英国刑法共谋罪规则之发展	(326)
四、20 世纪以来英国刑法共谋罪规则之发展	(346)
五、简短结论	(363)

英美刑法中的“同意”抗辩/赵西巨	(365)
(一、前言:“同意”抗辩产生的情境和理论回应	(365)
(二、“同意”在英美刑法体系中的位置:	
一种犯罪构成后抗辩还是一种犯罪构成要素?	(366)
三、“同意”抗辩在英美法中的适用:从假定非法说到假定合法说	(368)
四、医疗例外以及对“同意”抗辩的限制	(383)
五、“同意”抗辩在艾滋病传播犯罪中的具体应用	(389)
六、结语:启示与思考	(394)
《国际刑事法院罗马规约》中的保留问题/杨力军	(396)
(一、《罗马规约》中有关禁止保留的讨论与规定	(396)
(二、保留、声明及对保留与声明的反对	(399)
(三、《罗马规约》中的保留和解释性声明	(403)
(四、就国内法与规约的关系所做出的声明	(405)
(五、关于大赦、赦免和其他免于惩罚措施的声明	(406)
(六、有关司法协助方面的声明	(410)
(七、有关罪行定义的声明	(413)
(八、结论	(417)

[专题研究]

定罪思维的常人化理解与犯罪构成理论模式之选择/王志远	(420)
(一、我国传统定罪思维模式评判	(421)
(二、辩证推理对司法三段论的超越及其启示	(424)
(三、前见:常人化的定罪判断起点	(428)
(四、前见的证成与修正:定罪思维模式理解的再次超越	(439)
(五、片面深刻的选择	(443)
承继共同正犯研究	
——以复合行为犯为视角/任海涛	(444)
(一、学说之争论	(444)
(二、事实前提之重新设定	(447)
(三、学说之检讨	(447)
(四、理论之归结:从全然型复合行为犯概念谈起	(455)
(五、纯粹否定说之难题	(458)
论陷害教唆的类型化与可罚性/陈珊珊	(461)
(一、陷害教唆的真实意涵及学说争议	(461)

二、陷害教唆与诱捕侦查的区别	(465)
三、陷害教唆的类型及可罚性	(466)
法条竞合犯抑或想象竞合犯	
——法条竞合犯与想象竞合犯的界限之争/周建军	(473)
一、法条竞合犯与想象竞合犯的本质	(473)
二、法条竞合犯与想象竞合犯的区分学说	(477)
三、尾言	(496)
吸收犯视野下的事后不可罚行为/刘伟	(498)
一、问题的提出	(498)
二、事后不可罚行为的性质	(499)
三、事后不可罚行为的定位	(504)
四、事后不可罚行为之特征分析	(510)
五、事后不可罚行为之形态	(517)
六、事后不可罚行为不罚之原因——双重评价之禁止	(520)
道德与法律关系视野中的见危不助犯罪化探析/叶慧娟	(525)
一、道德:不可定义的存在	(525)
二、行为规范——道德与法律关系的单维考察	(528)
三、刑法视野中的道德解读	(535)
四、见危不助的道德归属及其犯罪化	(540)
毒品刑事治理探讨/阿地力江·阿布来提	(554)
一、引言	(554)
二、毒品合法化:悬而未决的争论	(556)
三、国际公约对毒品的规制	(562)
四、各国法律中的规定	(565)
五、结语:理想与现实	(573)
国际刑事法院检察官:为“表面正义”而战	
——兼论“表面正义”概念和理念的引进与提倡/宋健强	(578)
一、论题的提出:“表面正义”从何而来?	(578)
二、“表面正义”:翻译、语束和基本蕴含	(579)
三、国际刑事法院检察官:为“表面正义”而战	(581)
四、结论与启示:“表面正义”的独立价值	(615)
《刑事法评论》征稿启事	(619)

[刑法知识论研究]

刑法学的《法学研究》之路

邓子滨*

一、引言：动机、场景、目的

《法学研究》是中国社会科学院法学研究所主办的法学理论刊物,被推崇为中国法学杂志的领军宿将和社会科学领域的核心期刊。^[1] 现任主编梁慧星,副主编冯军、张广兴。^[2] 2008年,《法学研究》进入而立之年,如果算上1978年和1979年的两期“试刊”,那么,至本文为止,《法学研究》共出版29卷175期,刊登法学论文2000余篇,不仅展现了中国法学园地的绮丽风光,而且成就了当代法学史鉴的雄厚基业。海纳百川兼收并蓄的崇论闳议,认证了中国法学的至高水准,遴选出中国法学的前沿人物。高山景行,口碑载道。30年来,《法学研究》登载刑法论文416篇,构成了中国刑法学的重要文本。多年以来,刑法学的研究范式虽然不少,各种述评很多,但以某一法学期刊为蓝本的研究,还是在陈兴良先生的启发下,对张明楷先生倡导的法学批评的一次尝试。^[3]

30年,究竟是《法学研究》的全部历史场景,还是它的断代史?这个问题来自《法

* 作者系中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。本文是《法学研究》2008年第1期《〈法学研究〉三十年:刑法学》一文的完整版。

[1] 根据近年《中国人文社会科学核心期刊要览》,有“法学专业核心期刊”20种:《法学研究》、《中国法学》、《环球法律评论》、《中外法学》、《法律科学》、《法学评论》、《政法论坛》、《法商研究》、《现代法学》、《法学》、《比较法研究》、《知识产权》、《法学家》、《行政法学研究》、《法制与社会发展》、《政治与法律》、《法学论坛》、《中国版权》、《法学杂志》与《河北法学》。法学核心期刊及其排序可能有所变动,但《法学研究》始终名列榜首。另外,论文被引证的次数也是检验学者水平和期刊影响的一个标准,因而有许多关于“引用率”的研究,不过本文只采用亲手统计的数据。

[2] 梁慧星先生是中国社会科学院学部委员,著名民法学者。冯军先生是法学所副所长,法学界资深少壮派,按联合国的标准还属青年。张广兴先生则厚学而风趣,网上有“天正法律·知名法学家简介”,如果是张先生手笔,那真是文如其人:“张广兴,河南洛阳人,打小种地,而后当兵,1982年毕业于西南政法学院(现已升为西南政法大学),到《法学研究》编辑部从事编辑工作至今。”

[3] 参见张明楷:《学术之盛需要学派之争》,载《环球法律评论》2005年第1期。

学研究》封二上的自报家门——其“前身为中国政治法律学会于1954年创办、1966年停刊的《政法研究》，1979年复刊改为现名”。但管见所及，《法学研究》决非《政法研究》的复刊，而是自身的创刊，因为两刊间隔十年有二，且各有名分来历：中国政治法律学会1951年由沈钧儒、谢觉哉等人筹备，1953年成立，会长董必武。1954年学会创办《政法研究》。文革伊始，刊物夭折，学会殒命。1979年着手恢复学会时，名称调整为中国法学会，1982年召开第一次代表大会，武新宇、张友渔、王仲方先后任会长。而法学研究所则筹建于1956年，成立于1958年，时属中国科学院哲学社会科学部，张友渔任该部副主任兼法学所所长；1978年法学所改属中国社会科学院，王仲方任所长。虽然《法学研究》的创立者中有原《政法研究》的编务人员，但也只能说是同一些人在不同时段分别创办了两个刊物。^{〔1〕}

其实，大可不必寄名托庇，30年的道义文章，足令《法学研究》自成一脉，独辟绿野仙踪。细查《法学研究》的足迹，有热血沸腾的狂奔，有迂回逡巡的转进，有原地踏步的观望，也有歧路迷途的犹疑，但更多的还是执着迈向法治的脚步。《法学研究》迄今为止的刑法文章，相沿而成独立的刑法史料，春兰秋菊，尺幅万里，足以探赜索隐，钩深致远。不过，本文一路写来，大有临深履薄之感。既然不愿一味口角春风，则说三道四之间，便难免花间喝道，唐突西施。况且，那些曾经凭借《法学研究》声名鹊起的刑法学人，许多仍是雄霸一方的法学诸侯，实在“开罪”不起，所以务求持之有故，言之成理。即使不考虑世故人情，也须“历史地看问题”，以免苛求“古人”。

二、《法学研究》1978年至1987年的刑法学

本文以10年为一个叙事单元，不单是为了行文方便，更由于这样的时段切割大致契合了刑法学30年的沉浮跌宕。当然，时段的划分并不意味着湮灭知识的传承和学术的流徙。

（一）解放思想，开辟园地

《法学研究》的“发刊词”出现在1979年第1期上，但愚以为1978年的“试刊”才是真正的创刊。然而，《法学研究》至今没有将两期“试刊”计入总期数内，而且还将“复刊”时间确定为1979年，这实在有失公允。首先，刊物当时业经中共中央宣传部、中国社会科学院批准，“试刊”正式启用了《法学研究》的刊名；其次，1978年“试刊”中的“致读者”陈明了办刊的背景、宗旨和约稿条件，实际起到了“发刊词”的作用；再次，“试刊”内容充实，显然不是一蹴而就，而是经过精心筹备，因为在把握当时政治脉动的前提下，将政治语言转化为哪怕是接近法律的语言，也是需要花费很多时间和精力；最

〔1〕 中国法学会主办、创刊于1984年的《中国法学》，从不主张《政法研究》是其前身。而《政法研究》也自有令人荡气回肠的历史际遇，其辛苦遭逢已有专文详叙之。参见河南大学陈景良先生发表在《法学研究》1999年第3期上的《新中国法学研究中的若干问题——立足于1957—1966年的考察》。

后,“试刊”作为十一届三中全会“解放思想”的一项硕果,为后续各期做好了政治铺垫和智力储备。当时备受压抑的学术热情,凭借“畅所欲言”的政治许诺迫不及待地释放出来^[1],所以,精心的准备掩不住上阵的匆忙,以至于作为双月刊的《法学研究》,在两期“试刊”后,1979年只出了5期,1980年第1期才以括号标明“(总第六期)”。大格稚轮,尚欠总体策划,阵脚略显凌乱。

两期“试刊”的首篇都是董必武20世纪50年代的文章。^[2]何以如此?“文革”十年,百孔千疮,众多政治人物和知识分子罹祸其中,创巨痛深于无“法”之害,故“加强法制”几成一致呼声。1978年,刑法、刑事诉讼法处于最后酝酿阶段,人们翘首以待法制时代的到来。然而,加强法制不仅是实务技术工作,更需要法制文化环境。30年前,国门乍开,对于欧美法学,只有牵强附会的批判^[3],而无平和认真的引介。国人只以为西方不过经济发达,科技昌明,尚不解法治的重要性,更不知当时所要加强“社会主义法制”和今天写入宪法的“社会主义法治”不全是一回事。囿于意识形态,百废待举的法制只能挖掘两个法学理论资源:一是继续引入苏联法学理论,主要是刑法学中“四要件”的犯罪构成理论,引入彻底,根深蒂固,中国刑法至今未脱窠臼;二是重拾文革前的法律知识传统,可以溯及民国以前,但决不包括民国时期的法律,因为《法学研究》早在1979年第1期就有张晋藩先生的《清律初探》和陈光中先生的《略论封建法制》,但却至今未见有关“六法全书”总体评述。保有高度政治警觉的法律工作者意识到:董老的两篇发言,不仅暗示着当时的法制恢复是文革前法制建设的继续,而且设定了当时的政治对法律的容忍底线,涂抹了今后一个时期法学研究的底色。

《法学研究》创刊之初的文章多是不离董老发言的主题变奏,而刑法学此后10年的发展也未能脱其基本色调:第一,肯定法制的必要性,“革命法制对于维护革命秩序、巩固人民民主专政、保护人民民主权利和合法利益、保障国家经济建设是有决定意义的”^[4];第二,指出法制的可能性,“现在国家已进入有计划的建设时期,我们的宪法已经公布,今后不但可能而且必须逐步制定比较完备的法律”;第三,否认与民国时期法

[1] 1978年12月,邓小平在《解放思想,实事求是,团结一致向前看》的讲话中说:“解放思想是当前的一个重大政治问题。……为了保障人民民主,必须加强法制。必须使民主制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。……大家敞开思想,畅所欲言,敢于讲心里话,讲实在话。……一个革命政党,就怕听不到人民的声音,最可怕的是鸦雀无声。”“解放思想,畅所欲言”最终写入了《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》。

[2] 《必须加强政治法律工作》是1955年4月5日在中国共产党全国代表会议上的发言,《关于党在政治法律方面的思想工作》是1954年5月18日在中国共产党第二次全国宣传工作会议上的讲话。

[3] 参见韩延龙、常兆儒:《“四人帮”的法西斯专政与资产阶级的实用主义法学》,载《法学研究》1978年“试刊”。

[4] 陈守一、刘升平、赵震江在《我国法制建设30年》一文中痛陈“一个基本结论:以法治国,势在必行。客观规律如此,人民的意愿如此,痛苦的教训如此,历史检验的结论如此”。载《法学研究》1979年第4期。

律文化和制度的继承性,“彻底废除了国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度,”并且要坚决清除所有“旧法观点”〔1〕;第四,要求依法办事,首先要求国家机关工作人员守法。两期“试刊”中的其他文章也圈定了影响刑法学研究的基本命题。一是国家和法的关系:“一个国家的法是这个国家的统治阶级意志创造出来的全国居民要遵守的行为规范,它是靠国家机器的力量来保证其实施的。”〔2〕二是党的政策与法律的关系:党的政策本身不是法律,政策不能代替法律,法律是上升为国家意志的执政党的政策,法律就是党的政策的体现。〔3〕三是刑罚人道:“对已经就捕的犯人”,应给以“人道的待遇”,“明令宣布废止肉刑”,等等。〔4〕

《法学研究》创刊的时代,作文立论总要从经典著述中寻根觅据,有的文章甚至以“马克思、列宁最早都是攻读法学的,对法学有精湛的研究”作为抬举法学的神圣根据。〔5〕其实,这种抬举很容易不攻自破,因为马列都放弃了法律职业而选择了革命道路。然而,当时根本无需进行周密的论证,谁又胆敢对手捧马列的人提出质疑呢?今天看来,这样的论证妨碍了讨论的公正进行,但我们不应否认它在当时的意义。经过“反右”、“跃进”、“文革”的人们,不仅熟悉和习惯了这种寻章摘句、口诵心惟的方式,而且论辩双方的口气都是大致相同的:“伟大导师都这么说了,你还说什么?”尤其是,当双方引据了同一论断时,就不得不各自寻求有利己方的解释。比如,列宁曾在《无产阶级革命和叛徒考茨基》中说“专政是直接凭借暴力而不受任何法律限制的政权”,这句话曾被理解为无产阶级不需要法律。现在要恢复法制,就必须将其解释为只适用于对敌专政。〔6〕再如,毛泽东在《湖南农民运动考察报告》中说“革命是暴动,是一个阶级推翻一个阶级的暴烈的行动”,某些人曾将这话解释为“革命群众运动,就不能按法律办事”,但是现在,如果这些人还不改变立场,就只好用“不顾历史条件,歪曲原意,别有用心”令其免开尊口了。〔7〕

(二) 变革观念,转换话语

1979年第2期《法学研究》有了第一篇刑法学论文——法学所傅宽芝女士的《谈刑法的阶级本质》。彼时,人们热切期待刑法典的通过、公布与实施,似乎无需再谈论

〔1〕 尽管清入关之初曾“准依明律”,苏俄也曾沿用沙俄法律,但新中国不仅彻底废除了民国时期的“六法全书”,而且着力清除其“旧法观点”。董必武在《必须加强政治法律工作》中说:“旧法观点,实际上,就是剥削、压迫人民的反动统治阶级的法律观点”,包括但不限于(1)法律是超阶级超政治的;(2)不告不理、孤立办案以及手续繁琐;(3)刁难群众,甚至颠倒黑白,错判案件。

〔2〕 于光远:《关于社会主义立法和法制的几个问题》,载《法学研究》1978年“试刊”,第7页。

〔3〕 孙国华:《党的政策与法律的关系》,载《法学研究》1978年“试刊”。

〔4〕 陈守一、肖永清、赵震江:《学习毛主席的革命法制思想》,载《法学研究》1978年“试刊”,第16页。

〔5〕 韩铭立:《社会主义历史阶段必须加强法制——学习马克思、列宁关于法律的理论》,载《法学研究》1978年“试刊”。

〔6〕 陈守一、肖永清、赵震江:《学习毛主席的革命法制思想》,载《法学研究》1978年“试刊”,第19页。

〔7〕 郑理文:《实践是检验法学理论的唯一标准》,载《法学研究》1978年“试刊”,第23页。

刑法的细节,因为法律制定过程中的争论已经尘埃落定。而刑法的阶级本质是一个宏观问题,它不仅是前述法和国家关系的延伸,也是法的阶级性在刑法中的强化。在当时的学者看来,刑法的阶级性是不言而喻的,因此,有关两类矛盾、刑法平等、犯罪概念、犯罪客体、反革命罪、剥夺政治权利等问题的研讨,一直受到阶级观念的左右。而在今天的学者看来,这篇文章的政治分析虽然远多于法律分析,但作者娴熟而简练地达到了预期的论证目的,特别是对资产阶级法律本质的揭露,可谓非常深刻。不得不指出的是,在相当长的历史时期里,中国的法学者谈论法的时候,动不动就扯到“本质”上去,从而影响了对法的细节探讨。“本质”问题像帷幕一样遮挡了法的舞台,只要大幕不开,法就永远不能展现它的风采,当然,也永远不能暴露它的丑陋。

《法学研究》1979年第3期刊登了高铭喧先生^[1]的《一部闪耀着毛泽东思想光辉的刑法》。这篇以政治关键词连缀为题的文章,是中国刑法学史上浓墨重彩的一笔,是借助领袖话语进行学术表达、尝试学术回归的成功范例,也是那个年代一种独特的历史叙事。从反“右”开始,又经十年“文革”,空气中弥漫着“斗争气息”,视野内闪耀着“思想光辉”。解除思想禁锢,学会独立思考,决不是朝夕之事。当务之急是避免无谓的争论,及时完成立法工作。不仅如此,刑法通过之后,尚须让人们知法守法。而在当时,提升刑法在人们心中的地位,说明其正当性与神圣性的最佳方法,就是让刑法中的规定印证领袖的教诲、指示和思想。高先生10次引用“毛选”,以说明刑法的任务、两类矛盾的处理、惩办与宽大相结合的政策,而这些原本属于政治范畴的命题,正是通过法学者的艰苦努力,才步履蹒跚地转化为法律的话语。高先生作为历史中人,不可能脱离时代局限,但他确实是在有意而自觉地启动刑事法制的列车。高先生的文章还深刻反映出,当时中国法律工作者与政治的关系,全然不同于任何时代西方知识分子的境遇。^[2]思想浩劫之后,已经谈不上法学是否政治化,而是根本没有法学。在这种情况下,法律工作者的第一要务,就是将最基本的法制话语带入政治论坛,还来不及自我塑造为以法意为现实批判武器的法学知识分子。^[3]

《法学研究》1979年第3期上另一篇重要论文是陈春龙、刘海年合写的《略论反革命罪的构成》。该文在当时的政治气氛下对“思想无罪”作了勇敢的提倡,并且在在不违背立法者政治诉求的前提下,利用学理解释,有力防范了政治罪名的滥用。作为一种

[1] 高先生是中国人民大学资深教授,从1954年10月至1979年7月,除工作停顿外,自始至终参加了我国第一部刑法的拟定工作。

[2] 有人曾经分析过“政治中的知识分子”“轻率的头脑”,叩问为什么同样是生活在铁幕背后的思想家,有些人会倾力抵抗威逼利诱,而有些人却同流合污,为现代暴政提供合法性辩护?(参见[美]马克·里拉:《当知识分子遇到政治》,邓晓菁、王笑红译,新星出版社2005年版,“序言”第2页。)

[3] 那些“为思想而活,而不是靠思想生活”的“疏离的知识分子”,那些“不大顺从通行的准则”,“渴望拥有根据自己的信仰和思考来行动的自由”的知识分子,不是沦为行业专家和技术官僚,就是“一反传统的社会批判立场,对庸人主义的社会改造工程乐观顺从”。(参见[英]弗兰克·富里迪:《知识分子都到哪里去了》,戴从容译,江苏人民出版社2005年版,“译者序”第3页,正文第29—32页。)