



FAZHI DE SHENGYIN

法治的声音

◎付立庆 著



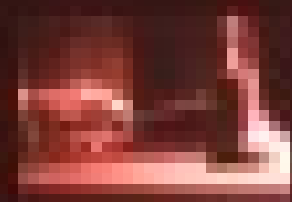
中国人民公安大学出版社



中国法治建设三十年

法治的声音

王仲良 著



暨南大学人文学院法学系编

法治的声音

付立庆 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

法治的声音/付立庆著. —北京: 中国人民公安大学出版社,
2006.1

ISBN 7-81109-264-6

I. 法... II. 付... III. 社会主义法制—研究—中国
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 134161 号

法治的声音

FAZHI DE SHENGYIN

付立庆 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
邮政编码: 100038
经 销: 新华书店
印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2006 年 1 月第 1 版
印 次: 2006 年 6 月第 2 次
印 张: 8 125
开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32
字 数: 207 千字
印 数: 1501 ~ 2500 册

ISBN 7-81109-264-6/D · 257

定 价: 25.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

法治本身就是一项在特定规则之下吸纳不同见解、存异求同的事业。因此，我这里交杂着国内国外、法内法外、年长年少，贯通着言说者、评论者、倾听者的声音也就不足为怪——足音、噪音、余音从正面、反面和侧面以不同的主题、从不同的方向指向法治，共同交汇为这个斑斓社会的法治的声音。

——题记

序

陈兴良*

自付立庆的《法治的脸谱》(中国检察出版社2004年版)问世以后,其第二本著作《法治的声音》又行将付梓。从前后两本书的书名来看,付立庆是想强调两本书之间的某种精神上的延续性。只不过“脸谱”一词是视觉的概念,而“声音”一词是听觉的概念。尽管存在着这种由视而听的转换,关键词“法治”则并无变化。我作为付立庆的“法治的脸谱”的观者与“法治的声音”的听者,还是能够凭着我的判断,感觉得到这两本书之间在内容上的重大差别,正是这种差别构成了付立庆新近

的进步。

翻读《法治的声音》的文稿,给人留下的一个深刻印象就是学术性展示。如果说,《法治的脸谱》更多的是对某些法治进程的丑恶现象的抨击,因而在文体上更多采用的是杂文,那么,《法治的声音》更多的是对法治问题的学术化思考,因而在文体上既有正式的论文也有某些学术随笔。杂文的特点是短小精悍,如同鲁迅所形容的匕首,适宜于报纸上刊登,读后或者令人深思,或者引人一笑。从总体上看,杂文,除像鲁迅这样的大家之外,作品的生命力通常总是短暂的。因此,除非是练笔,我一般不太赞成学生过多地写一些时评短文。在这一点上,我与苏力教授是有同感的:这类时样短文写多了,有时反而对高头讲章的学

* 北京大学法学院教授、博士生导师。

术论文或者专著生疏了。不过，读完付立庆的《法治的声音》一书，这种忧虑似乎就成为多余。更为可喜的是，付立庆在学术化的表达中采用了一些较为生动活泼的语句，从而化解了学术论文所常见的晦涩难懂，增添了其可读性。这类东西，也就是我们通常称为“文采”的，不仅有深邃的思想，而且还要有出众的文采。这是对学者一种较高的要求，付立庆做到了，我为之高兴。

《法治的声音》一书当然不是学术论文的简单结集，其内容是丰富多彩的：既有书评，又有案例分析，还有学术人物的介绍。给我印象最为深刻的还是本书的首篇《刑事一体化：梳理、评价与展望——为储槐植教授七十华诞而作》。论文曾经在我所主编的《刑事法评论》第14卷（中国政法大学出版社2004年版）上发表。不过，当时论文副标题是“一种学科建设意义上的现场叙事”。由于我国学界是由储槐植教授首倡刑事一体化，因而论文收入本书时对副标题作了如上的改动。在“主编絮语”中，我对付立庆的论文有以下评价：“付立庆的论文对刑事一体化的源流作了系统梳理，属于学术史的考察，学术脉络清晰，语言叙述明快，是一篇具有可读性的上乘之作。”付立庆对学术史有一定的学术兴趣，而在我国则缺乏对学术史的应有关注。我记得付立庆在与我讨论博士论文选题时，曾经提及能否将我国自1988年以来各院校通过的所有刑法专业博士论文的选题进行一种学术史的梳理，以此窥视我国刑法理论发展的脉络。对这一选题我也认为是有价值的，付立庆能够想出这一选题也说明他的别出心裁。不过，由于将我国所有刑法博士论文收集齐全可能会有一定难度，因而他最终放弃了。最后，是我指定了一个纯正的规范刑法学题目《目的犯研究》作为他的博士论文选题，到日本留学后又扩展为主观违法要素研究。付立庆的上文告诉我们，学术论文也未必一定要一本正经地板着脸孔，学术论文也可以写出

文采来。

正如在本书的后记中付立庆所言，本书的下篇是在日本东京大学期间完成的，因而其内容以日本的“人与作品”为特征。2004年9月，付立庆获得了赴日研修两年的机会，师从东京大学著名刑法学者山口厚教授。在日本学习期间，付立庆日语大为进步，很快能够使用日语进行学术研究，不仅充实了博士论文的内容，而且对德、日刑法学理论的历史与现状有了更为直观与深刻的把握。收入本书下篇的两篇文章，就是他在日学习期间的副产品。或许值得一提的是，这两篇文章分别是关于日本已故著名刑法学家泷川幸辰先生“人与学问”的评述和对日本当代著名刑法学家西田典之先生著作中译本出版的一个书评，而泷川先生是日本刑法学会的首任理事长，西田先生则是日本刑法学会的现任理事长。不知道这是付立庆的有意安排，还是一个饶有兴味的巧合。

在当今社会，出书已经十分寻常，有权势有财富者出书装点门面附庸风雅者大有人在。不过，学者出书，尤其是初出茅庐的学者要想出书，还不是那么容易的。就此而言，付立庆是幸运的，求学期间能出两本书，这要感谢出版社的垂青与扶持。世界是年青人的世界，学术是年青人的学术，学术新人的脱颖而出当然须自身的才华与努力，但也离不开社会的关爱。只有对学术新人加以匡携与助力，使其能够迅速成长，我们的学术才是有希望的。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2005年9月5日

自序 谁的声音？

2004年1月，由恩师陈兴良教授和贺卫方教授赐序，我在中国检察出版社出版了处女作《法治的脸谱》，至今已经快有两年了。在那本小书中，我勾勒了“法律人的脸谱”，揭穿了“脸谱的法治”，并且为了“脸谱的还原”而费了些心思。书出版以后，反映还算可以，报纸上有转载，杂志上有转载另有介绍，网络上有评论，如今，蒙读者错爱，书已经基本卖完了。这里捧献给读者的这本题为《法治的声音》的拙作，可以看作是《法治的脸谱》一书的延续——两者的题材与体裁虽不尽一致，但是所追求的目标却是相同的——在我尽心竭力地描绘和揭穿了法治的“脸谱”之后，我终于试图让“法治”出声了。

那么，是谁的声音？又是怎样的声音？

这本书中所涵盖的，首先是在大中国法治进行时中言说者的声音。这里，我们可以听到储槐植教授寄语后学者的“刑事一体化”的远见卓识，可以听到张文教授等在深入监狱实地调查之后“新人格刑法学”的人性化主张，可以听到苏力教授基于公民的责任感和法学家的使命感而对于奸淫幼女犯罪的主观心态问题的真知灼见，可以听到张明楷教授为繁荣中国刑法学学派之争的身体力行和对于刑法重要问题的基本立场，可以听到陈瑞华教授“中国的问题世界的眼光”的振臂一呼，可以听到陈兴良教授对于死刑问题的深沉关注及其死刑研究视角的不断丰满，可以听到周光权博士在刑法知识考古之后客观主义的基本取向，可以听到作家潘军所描述的一个独特视角的死刑故事，可以听到远

去的泷川幸辰教授独特的人生经历和独特的刑法主张，可以听到西田典之教授这位日本当今刑法学中坚的颇具特色的刑法各论的展开。这里的言说者，大多是健在者，也有去世者（泷川）；有中国的学者，也有外国的学人（泷川、西田）；有著作等身的法学大师，也有声名鹊起的作家（潘军）；在法学者之中，大多是以刑法学为业，也有法理学者（苏力）和刑事诉讼学者（陈瑞华）。这些人有着这么多的不同，但却有一个共同之处，他们都是法治——这里，大致上是刑事法治的同义语——的言说者，是为法治的推进贡献心力的思想者，是为法治的实现戮力躬耕的行动者，他们都是本书的主题词。

这里，我还为读者描绘了另类的言说者，并且也虔诚地奉献了他们的声音。他们是我们这个时代的立法者（《善待罪刑法定》一文）和司法者（《论刑法适用中的隐性不平等》、《寻觅制度正当和运作理性的顺畅表达》）。立法者和司法者是我们这个社会能否真正建成法治社会的支柱，他们该如何在这个社会中身体力行、事实上又发出了怎样的声音，我借助具体的事例切入，给出了我的回答。

这本书中所涵盖的，除了言说者的声音，自然还有评论者的声音，而且，这也正是本书的志向所在。似乎，在我们这个市场经济和利益导向的社会里，即便是在以法治昌明为极致追求的法学界里，也远不能说是一片纯净的天空。其他姑且不论，法学界里远不像文学界、艺术界那样盛行“学术评论”和“学术批评”便是一例。大家似乎都忙着做着自己的学问，翻阅他人的著述时不少也恐怕是止于寻章摘句，满足于为自己的书文丰富资料增添字数，而懒得去评价别人的著作怎样，论断若何。法学界中当然也不缺少序言或者书评，但那大多不过是应作者之邀，甲乙丙丁式的赞颂文章，最后撒胡椒粉一样的不痛不痒的“几点不足”，更有甚者甚至是通篇由原作者捉刀代笔，最后署上序者或者评者

的大名。尽管可能有所偏颇，但是说我们的法学界至今缺乏严谨、负责、坦率的学术评论传统，这是一个我自己信以为真的命题。大一点说，以一种平等、平和与坦率的心态去完成一篇关于某篇文章、某个论断或者某本著作的学术评论，不但是对于原作者学术上和人格上的尊重，而且也是评论者人格独立和学术自立的体现，而只有有了完善的、一贯的学术批评和学术评论制度，相互切磋，互补短长，才可能做出真学问，才可能使法治的事业真正健康地进行和传承。因此，自美一点说，这本书是我为建立中国法学界的规范的书评（文评）制度的一种粗浅的尝试，是我作为一个真诚却未必合格的评论者，在法治进程的大业中所贡献的我的声音。

这本书，涵盖着并且也应该涵盖倾听者的声音。所谓“倾听者”，一方面固然是指我本人，在自己并没有起码的发言权的地方，不去装腔作势，做一个耐心的、老老实实的倾听者而不去随意地指手画脚（因此，大家看到的是我为陈瑞华教授的大作所写的“读书笔记”而非评论）；另一方面，倾听者也是指这本书的读者——我不奢望这本书能代表你们的声音，我只希望借助这本书能够听到你们的反馈，听到你们对于本书的主题或者本书本身的评论，因为，这不是旁观者的声音，这是参与者的声音，是你们的声音。

这本书共分为三篇，上篇从正面记述我国的学者（及作家）为法治进程所迈出的足迹并就此展开了我的评论，因此称为“足音”；中篇是以具体的由头切入，从反面记述了立法者和司法者这样的另类的言说者在法治进程之中的实际行动，由于作为评论者的我得出了总体上负面的结论，所以也就将这样的行动定位为“噪音”，通向法治社会的、有待剔除的噪音；下篇通过对日本学者著述的评述，从侧面为我们的法治进程提供了某种意义上的参照，取“余音绕梁，三日不绝”之意，定名为“余音”。

法治本身就是一项在特定规则之下吸纳不同见解、存异求同的事业。因此，我这里交杂着国内国外、法内法外、年长年少，贯通着言说者、评论者、倾听者的声音也就不足为怪——足音、噪音、余音从正面、反面和侧面以不同的主题、从不同的方向指向法治，共同交汇为这个斑斓社会的法治的声音。

目 录

上 篇 足 音

刑事一体化：梳理、评价与展望

——为储槐植教授七十华诞而作 (3)

刑法理论发展的方向性追问

——评张文教授等新著《人格刑法导论》 (29)

超越与缺憾

——苏力《一个不公正的司法解释》总置评 (70)

给自己的学术追求找一个精神家园

——简评张明楷教授《刑法的基本立场》 (107)

视角独特的理论力作

——评周光权博士新著《法治视野下的刑法客观
主义》 (112)

回归“问题”，提升“主义”

——陈瑞华教授《问题与主义之间——刑事诉讼
基本问题研究》读书笔记 (119)

检讨法治，从死刑出发

——简评陈兴良教授主编《中国死刑检讨》 (132)

实践中的法治文学

- 潘军小说《死刑报告》的得与失 (137)

中 篇 噪 音

善待罪刑法定

- 以我国刑法第三条的检讨为切入点 (145)

论刑法适用中的隐性不平等

- 以刘海洋案件为视角的考察 (178)

寻觅制度正当和运作理性的顺畅表达

- 析王晓岚、姜海勇正当防卫致人死亡案 (194)

下 篇 余 音

泷川幸辰博士的人与学问

- 以主观违法要素为线索的展开 (213)

刑法各论研究的一个航标

- 评西田典之教授《刑法各论》中译本的出版 (229)

- 后 记 (246)

上篇 足 音

刑事一体化：梳理、评价与展望

——为储槐植教授七十华诞而作

一、作为思想成果的刑事一体化——刑事一体化理念的发展轨迹

一般认为，意大利著名刑法学家切萨雷·贝卡利亚（Cesare Beccaria, 1738 ~ 1794）于1764年出版的《论犯罪与刑罚》一书，标志着在世界范围内刑法作为一门学科的正式诞生。在这本名著之中，贝氏以演讲家般饱含激情的笔触将刑法思想和刑事诉讼法思想作了合为一体的考察。但是，在贝卡利亚所开创的刑事古典学派的思想框架之中——无论是他本人还是其后的杰里米·边沁（Jeremy Bentham, 1748 ~ 1832）、费尔巴哈（Paul Johann Anselm Feuerbach, 1775 ~ 1833）等，对于犯罪的研究都局限在法律的视野之内。直至19世纪70年代，“犯罪学”一词还鲜为人知，更不用说被广泛使用了。经过三位来自意大利不同领域的科学家（医生出身的龙勃罗梭^①、刑法教授出身的菲利^②和法官出身的加罗法洛^③）的持续努力，犯罪学作为一门独立于刑法学的学科得以创立。^④ 以上述三位学者为杰出代表的刑事实证

① 切萨雷·龙勃罗梭（Cesare Lombroso, 1836 ~ 1909）。

② 恩里科·菲利（Enrico Ferri, 1856 ~ 1929）。

③ 拉斐尔·加罗法洛（Rattaele Garofalo, 1852 ~ 1934）。

④ 参见〔法〕马克·安塞尔：《新刑法理论》，卢建平译，香港天地图书有限公司1990年版，第10页。