

CSSCI来源集刊

刑事法 评论

CRIMINAL LAW REVIEW

第
24
卷

2009

陈兴良 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

CSSCI来源集刊

北京大学刑事法理论研究所 主办

2009 陈兴良 主编

刑事法

评论

第
24
卷



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24卷/陈兴良主编. —北京:北京大学出版社,2009.6
ISBN 978-7-301-15396-3

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(2009)第101433号

书 名: 刑事法评论·第24卷(2009)

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 978-7-301-15396-3/D·2334

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: 涿州市星河印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 38.75印张 781千字

2009年6月第1版 2009年6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

《刑事法评论》第24卷,是2009年出版的第一卷,本卷秉持追求学术前沿与推进刑事法治的编辑宗旨,努力开拓刑事法理论的疆域,尤其是推动我国刑事法知识的转型,从而为刑事法治建设作出一份学术贡献。本卷的“理论前沿”发表了两篇论文。张诚的《民国时期刑法主客观主义之争》一文,是民国刑法学史的一种探索。民国时期的这段刑法学历史,正如作者所言,是一段被遗忘了的历史。今天我们重新进入这段历史,还是颇有感慨的。张诚以“刑法主客观主义”这样一个问题切入,为我们展示了民国刑法学理论的一个侧面。刑法主客观主义是我国刑法学至今仍然在争论的一个问题,只不过在主客观相统一的名义下掩盖了刑法主观主义与客观主义之间的重大分歧,当然也与刑法主观主义与客观主义的相互接近与融合有关。无论如何,刑法主客观主义之争,在我国当下仍然具有现实意义,因而对民国这段历史的重温,必将对我们对刑法主客观主义的思考有所启迪。值得一提的是,本文是张诚的硕士论文,其搜集资料与提炼问题显然是费了功夫,因而是一篇优秀的硕士论文,其导师周光权教授将本文推荐给我,十分感谢。孙光宁的《“合理怀疑”的接受:辛普森案中的法律论证》一文,是对刑事诉讼法中法律论证

方法论的一种探讨,作者以“排除合理怀疑”之“合理性”为线索,结合辛普森案做了细致分析。辛普森案是一个十分著名的案件,以辩方获得胜诉、辛普森被判无罪而告终。当然,辛普森去年重新被判有罪入狱,那是另一个案件。本文总结了辩方胜诉的一个重要手段,就是从DNA样本的采集、运输和储藏的瑕疵入手,破除了作为论证基础的DNA的神话。本文从论证方法论角度对辛普森这样一个个案的论证技术的探讨,对于实现程序正义具有参考价值。

本卷“刑事程序研究”栏目发表了四篇论文。陈如超的《积极能否中立:刑事法官认证的能动性研究》一文,以刑事法官的认证为例,对司法的能动性与中立性的关系进行了具有新意的探讨。一般认为,司法中立是以司法消极为特征的,司法能动与司法中立是存在矛盾的。但本文认为,消极方式与积极方式都可以成为实现司法中立的途径。因而,本文的结论是积极可以中立。本文虽然是对一个具体问题的讨论,但却涉及司法能动主义等司法品格的根本问题,这种以小见大的研究方法是值得嘉许的。朱桐辉的《刑事冲突解决的失衡与校正——被害人保护视角》一文,从被害人保护的视角出发,考察了刑事冲突解决的平衡与侧重问题。任何一个国家的刑事司法制度都是以解决刑事冲突为使命的,这里的刑事冲突就是指犯罪。犯罪虽然只是涉及犯罪人与被害人之间的关系,但刑事冲突的解决却还要考虑社会利益与国家利益,参与刑事冲突解决的除被告人与被害人以外,还包括法官、检察官、律师等。在这种情况下,如何获得各种权利的平衡、各方利益的平衡,确实是一个极为复杂的问题。按照本文的观点,我国刑事冲突解决中存在失衡现象,如何对此进行校正,就成为本文的重点问题之一。本文采用冲突论的理路对刑事诉讼问题进行探讨,这在方法论上也是具有突破的。褚福民的《试验与现实之间——“取保候审制度的改革与辩护律师作用的扩大”项目报告》一文,是作者参与“取保候审制度的改革与辩护律师作用的扩大”这一试验项目基础上完成的一个报告,它不是严格意义上的学术论文,但却能够以一种描述性的手法给我们带来活生生的素材。值得肯定的是,近些年来我国刑事訴訟法学界在司法实践中进行了各种试验,例如樊崇义教授主持的警察询问律师在场制度的试验、陈卫东教授主持的看守所巡视员制度的试验等,都取得了积极的效果。通过这种试验,可以总结经验,发现问题,为进一步的制度创新提供科学依据。黄士元的《刑事再审制度的价值模式》一文,以“法的安定性”与“法的公平性”这两种价值的冲突为切入点,对刑事再审制度的价值模式进行了探讨。本文对我国“有错必纠”的刑事再审模式进行了价值分析,指出了这一模式过于偏重“法的公平性”,而在很大程度上牺牲了“法的安定性”,这些观点对于我国刑事再审制度的建构具有较大的参考价值。

本卷“犯罪学研究”栏目,发表了两篇论文。王燕飞的《我国犯罪学基础理论研究整体性反思》一文,对我国60年来犯罪学基础理论研究进行了整体性的反思,

对于推进我国犯罪学研究具有积极意义。我国犯罪学研究虽然取得了长足的进步,但在基础理论研究方面还是较为薄弱的,只有重视犯罪学的基础理论研究,才能使我国的犯罪学理论更上一层楼。米传勇的《阅读加罗法洛——以自然犯、法定犯理论为中心》一文,是对加罗法洛犯罪学思想的实体理论所作的具有深度的考察,尤其是以自然犯与法定犯的区分为线索,为我们理解加罗法洛的犯罪学思想体系提供了某种途径。

本卷“域外传译”栏目发表了三篇译作。江溯译的美国乔治·弗莱彻教授的《刑法理论的性质与功能》一文,对刑法理论本身进行了反思。弗莱彻这里所说的刑法理论似乎并不是规范的刑法理论,即刑法教义学,更像是刑法哲学理论。本文提出了刑法理论领域是一种人文主义的探究而不是一种社会科学的命题,这些问题都还有待于进一步论证。樊文译的英国安德鲁·冯·赫尔希教授的《法益概念与“损害原则”》一文,对德国刑法理论中的法益概念与英美刑法理论中的损害原则进行了比较性的考察,这种跨越法系的研究有益于开拓我们的理论视野。曹菲译的日本本庄武教授的《日本受刑人处遇理念的变迁及今后的展望》一文,为我们提供了日本在受刑人处遇理念方面的有关动态,尤其是本文在行刑理念变迁的背景下关注受刑人处遇理念的变化,这对我国行刑理论研究具有借鉴意义。

本卷“域外视野”栏目发表了三篇论文。王莹的《论法律认识错误——德国禁止错误理论的变迁及其对我国犯罪构成理论改造的启示》一文,采用德国第一手资料,对禁止错误理论在德国刑法中的变迁进行了描述,对我国在犯罪构成理论中如何借鉴禁止错误理论,并以此对犯罪构成理论进行改造都提出了个人见解。何庆仁的《德国刑法学中的义务犯理论》一文,涉及义务犯的问题。正如作者所言,我国刑法学界对义务犯的概念还是较为生疏的,违反义务而构成犯罪与实施行为才构成犯罪之间的相关性并没有真正打通。行为与义务之间的关系是需要引起我们重视的。在这个意义上,义务犯理论是有其存在价值的。孙运梁的《福柯监狱思想研究——监狱的权力分析》一文,以福柯的《规训与惩罚》一书为蓝本,对福柯的监狱思想加以深度展开,并且运用福柯所开创的权力分析方法,对于建立起现代的监狱理论具有参考意义。

本卷的“学术随笔”栏目,发表的是我国台湾东吴大学法律系林东茂教授的《道冲不盈——兼谈法律本质》一文,该文是为林山田教授纪念文集所作,充满了师生之间的情谊,也包含着林东茂教授对天地万物以及人生的感悟,最后落笔到法律,包括刑法,采用阴阳二元法对法律本质、刑法体系进行分析,其思之异、其文之奇,令人读后掩面而沉思。林山田教授长期致力于刑法理论研究,对于台湾地区刑法理论水平的提升功莫大焉。我两次访台,未能与林山田教授晤面,但通过各种途径学习林山田教授的刑法论著颇有收获。如今斯人已逝,其刑法著作犹存,立言之

不朽,足以慰其在天之灵。

本卷的“专题研究”栏目发表了刑法各学科的十篇论文,份量颇重。李洁的《论犯罪构成理论构建的价值前提与基本思路》一文,是对犯罪构成理论进行构造性探讨的一篇力作。本文主要讨论了犯罪构成理论构建中的价值前提与基本思路这两个重要问题。本文所说的价值前提是指法的实务操作性与法的实质安全性。在作者看来,这两者是检视犯罪构成理论的重要指标,以此为根据对我国犯罪构成理论在安全性、可操作性方面存在的问题进行检讨,从而也为我国犯罪构成体系的重构提出了基本思路。最后,本文提出了改变我国犯罪构成理论体系的主张,我深以为然。邓君韬的《超规范问题及其意义——对犯罪认知体系方法论的初步考察》一文,提出了犯罪认知体系中的超规范问题,并进而论及方法论问题,这些观点都为从刑法知识论对犯罪构成理论的探讨增添了新意。王俊的《危险接受理论的法理思考》一文,讨论了我国以往较少展开研究的危险接受理论,并由此提升到犯罪构成的高度加以定位。本文所涉问题之前沿、所引资料之翔实、所述见解之得当,都与作者的身份不相吻合。作为一名三年级本科生,能够写出如此水平的论文,确实会使某些硕士生、博士生汗颜。江潮的《单一正犯体系研究》一文,系统地介绍了所谓单一正犯体系。单一正犯体系是相对于正犯与共犯的二元体系而言的。自1810年《法国刑法典》确立现代共犯制度以来,都是以正犯与共犯相区分为基本框架的。但现在在德日刑法理论中出现了单一正犯体系,通过扩张正犯概念,使共犯容纳在包括的正犯概念之中,从而消解了正犯与共犯的二元区分,形成别具特色的共犯理论。本文不限于对单一正犯体系的介绍,而且展开对单一正犯体系的辩驳,对于我们进一步了解单一正犯体系具有参考价值。陈露的《刑事严格责任之厘清与解构——兼对本土性研究现状之反思》一文,是对严格责任理论的系统研究。虽然严格责任是英美刑法理论的特色,但我国刑法学界对严格责任理论也进行了大量的研究。本文对此进行了反思。袁涛的《数字化量刑方法研究》一文,对数字化的量刑方法进行了论证。尤其是作者所在的山东省淄博市淄川区人民法院,提出了数字化量刑方法的模型,在司法实践中产生了较大的影响。本文对数字化量刑方法的主要内容的论述,使我们能够较为系统地把握这一方法,具有重要的现实意义。古丽阿扎提·吐尔逊的《少数者权利刑法保护比较研究》一文,基于国际人权公约,对少数者权利的刑法保护问题进行了比较研究,对于促进我国刑法与国际人权公约的全面对接具有重要意义。宋振武的《诉讼证明限度的经济学分析》一文,采用经济学方法对诉讼证明的限度问题进行分析,这是一个较为新颖的选题。鲁兰的《监狱适用“修复性矫正方案”调研报告》一文,以较为翔实的案例与资料,对在监狱中如何适用“修复性矫正方案”进行了具有新意的叙述,从中引申出相关问题从法理上加以探讨,这种研究方法本身值得提倡。宋健强的《国际刑事

法院“三造诉讼”实证研究》一文,提出了国际刑事法院中的“三造诉讼”问题,并对此作了实证研究。作者根据第一手资料提出问题、分析问题,是在国际刑法及刑事诉讼法研究领域的前沿性学术成果。

前日,北京入春的第一场雨水悄无声息地随风而降,一扫市井的灰霾,湿漉的空气沁人心脾。春天正随着细雨的脚步向我们走来,就在不远处。《刑事法评论》第24卷在这雨后初霁的时节编成,喜悦从中而来。

陈兴良

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2009年2月14日

目 录

主编絮语/陈兴良 (1)

理论前沿

民国时期刑法主客观主义之争/张 诚 (1)

一、引言 (1)

二、民国时期代表著作及选取理由 (2)

三、主客观主义论争的展开 (5)

四、客观主义的弱化及原因 (17)

五、结论 (25)

“合理怀疑”的接受:辛普森案中的法律论证/孙光宁 (29)

一、开端:DNA“共识”的祛魅 (29)

二、巩固:“听众”对 EDTA 的疑惑 (33)

三、确立:综合性论证方案的共同指向 (36)

四、结语:法律论证价值及其限度 (38)

刑事程序研究

积极能否中立:刑事法官认证的能动性研究/陈如超 (40)

一、刑事法官能动性认证与司法能动主义 (41)

二、刑事法官能动认证的合理性论证	(43)
三、刑事法官能动认证能否保持中立	(49)
四、刑事法官能动认证“度”的艺术:积极与中立的平衡	(53)
刑事冲突解决的失衡与校正——被害人保护视角/朱桐辉	(58)
一、困难的平衡:刑事司法中的三对冲突	(60)
二、冲突解决立场看现代刑事司法	(63)
三、呼应还是背离:与刑法、民事诉讼的对比	(69)
四、自由主义的失真与男性视角	(72)
五、方向与选择	(77)
六、平衡与校正	(83)
试验与现实之间	
——“取保候审制度的改革与辩护律师作用的扩大”项目报告/褚福民	(86)
一、理论与现实的异同:三种试验方案之分析	(86)
二、访谈与调研的展示:对比组视角下的试验效果	(94)
三、成果与忧虑并存:试验效果的全面考察	(97)
四、观察与思考的深入:对若干问题的理论分析	(101)
刑事再审制度的价值模式/黄士元	(106)
一、“法的安定性”与“法的公平性”	(106)
二、西方国家刑事再审的价值模式	(111)
三、我国刑事再审的价值模式	(117)

犯罪学研究

我国犯罪学基础理论研究整体性反思/王燕飞	(119)
一、我国犯罪学基础理论研究整体状况	(119)
二、我国犯罪学基础理论研究存在的问题	(125)
三、我国犯罪学基础理论研究的展望	(135)
阅读加罗法洛——以自然犯、法定犯理论为中心/米传勇	(142)
一、自然犯、法定犯理论的产生背景	(142)
二、自然犯、法定犯理论的基本内容	(145)
三、自然犯、法定犯理论的创新与缺憾	(160)
四、结语	(169)

域外传译

刑法理论的性质与功能/[美]乔治·弗莱彻 文 江 溯 译	(171)
一、引言	(171)
二、何种类型的探究是刑法理论?	(173)
三、刑法理论的功能是什么?	(184)
法益概念与“损害原则”/[英]安德鲁·冯·赫尔希 文 樊 文 译	(187)
一、导论	(188)
二、“损害原则”	(190)
三、“损害原则”、利益和法益	(192)
四、对于法益理论的意义	(194)
五、总结	(201)
日本受刑人处遇理念的变迁及今后的展望/[日]本庄武 文 曹 菲 译	(202)
一、引言	(202)
二、日本式行刑中的受刑人处遇	(203)
三、行刑改革与日本式行刑的变革	(208)
四、今后处遇的应然状态与日本式行刑的去向	(215)
五、结语	(219)

域外视野

论法律认识错误

——德国禁止错误理论的变迁及其对我国犯罪构成理论

改造的启示/王 莹	(220)
一、违法性认识在犯罪构成中之地位	(220)
二、违法性认识的内容	(227)
三、违法性认识错误的法律后果	(231)
四、结语	(235)
德国刑法学中的义务犯理论/何庆仁	(237)
一、Roxin 的义务犯理论	(239)
二、Jakobs 的义务犯理论	(252)
三、Roxin 与 Jakobs 的义务犯理论之比较:代小结	(258)

福柯监狱思想研究——监狱的权力分析/孙运梁	(260)
一、引言	(260)
二、圆形监狱和监狱情报小组	(262)
三、作为规训场所的监狱	(277)
四、监狱群岛与监狱连续统一体	(292)

学术随笔

道冲不盈——兼谈法律本质/林东茂	(297)
一、前言	(297)
二、《道德经》第四章解义	(298)
三、以气比道	(299)
四、东西方精神上的差异	(301)
五、阴阳相济或动态平衡乃事物的本质	(307)
六、法律本质亦为阴阳相济或动态平衡	(308)
七、刑法体系里的阴阳相济	(312)
八、结语	(314)
九、后记	(315)
附录:浑圆桩要诀	(316)

专题研究

论犯罪构成理论构建的价值前提与基本思路/李 洁	(317)
一、犯罪构成理论体系构建的价值前提概说	(318)
二、法的实务操作性	(320)
三、法的实质安全性	(330)
四、我国犯罪构成理论在安全性、可操作性方面存在的问题	(335)
五、中国犯罪构成理论体系的构建	(341)
六、改变中国犯罪构成理论体系构建基本思路的可能性	(357)
超规范问题及其意义——对犯罪认知体系方法论的初步考察/邓君韬	(361)
一、引言	(361)
二、域外的考察:法系之间的比较	(361)
三、自身的审视:中国体系的路向	(371)
四、结语	(377)

危险接受理论的法理思考/王 俊	(379)
一、问题的提出	(379)
二、危险接受理论的本体展开	(380)
三、危险接受在犯罪构成中的合理定位	(393)
四、结语	(400)
单一正犯体系研究/江 溯	(402)
一、单一正犯体系的历史考察	(403)
二、单一正犯体系的两种类型	(410)
三、单一正犯体系的理论基础	(413)
四、对单一正犯体系的批判及其反驳	(419)
五、结论	(427)
刑事严格责任之厘清与解构——兼及对本土性研究现状之反思/陈 露 ...	(430)
一、序论：英美刑法的结构与犯罪心态模式	(431)
二、本论：严格责任之厘清与解构	(436)
三、余论：严格责任本土性研究的缺陷与出路	(453)
数字化量刑方法研究/袁 涛	(459)
一、引言	(459)
二、对各种量刑方法的辩驳	(460)
三、量刑方法实现的脉络	(461)
四、数字化量刑方法的具体实现	(463)
五、数字化量刑的相关问题	(478)
六、结语	(483)
少数者权利刑法保护比较研究/古丽阿扎提·吐尔逊	(484)
一、国际人权公约对少数者权利刑法保护的推动	(485)
二、西方国家刑法典中的少数者权利保护	(492)
三、我国刑法对少数者权利的保护	(498)
四、结语	(506)
诉讼证明限度的经济学分析/宋振武	(508)
一、波斯纳关于证据法的经济分析的借鉴意义	(509)
二、事实探究结构的经济分析	(510)
三、证据能力规则的经济分析	(516)
四、诉讼证明限度与诉讼法的目的——诉讼法的多元目标收益	(530)

监狱适用“修复性矫正方案”调研报告/鲁 兰	(540)
一、监狱领域如何倡导“修复性矫正方案”	(540)
二、现行矫正方案中欠缺关注被害人的内容	(543)
三、服刑罪犯对赔偿被害人的理解认识	(544)
四、监狱实施“修复性矫正方案”对象及途径	(553)
五、“黑恶势力”罪犯与修复性司法矫正方案	(559)
六、监狱实施“修复性矫正方案”的相关问题	(561)
国际刑事法院“三造诉讼”实证研究/宋健强	(565)
一、“三造诉讼”含义解读	(566)
二、“重大意义”!	(568)
三、“重大意义”?	(577)
四、“活法”如何“行动”? ICC 十大经典判例解读	(584)
五、若干结论	(597)
《刑事法评论》征稿启事	(604)

[理论前沿]

民国时期刑法主客观主义之争

张 诚*

一、引 言

历史总是惊人地相似。许多现在争论不休、是非莫辨的问题,在历史上可能已进行过激烈的讨论并用事实给出了响亮的答案。历史的“需要不是那些只旁观生活的单纯的思考者的需要,也不是少数渴望知识且只对知识感到满足的人的需要,它总是生活目标的一个参考,并处于其绝对的统治和指导之下。”^{〔1〕}关于刑法主观主义、客观主义问题的争论,现在依然不绝于耳。张明楷教授在《刑法的基本立场》一书中,对学派之争进行了详细介绍和具体展开。周光权教授在《法治视野中的刑法客观主义》一书中对客观主义形成的哲学根基进行了深入剖析。他们以德国和日本的历史发展经验为凭据,雄辩地指出客观主义是刑法发展的必然趋势,符合我国当前的客观事实。本文力图通过对民国时期刑法学者关于主客观主义讨论的梳理,给出以中国经验为蓝本的答案。

然而我国的刑法学,被称为“无史化”的理论。^{〔2〕}民国时期这段法学历史,曾经一度被遗忘。对于这一法学发展的重要时期,至今尚未得到深入的研究,不能不说是遗憾。自清末变法,我国步入了法制现代化的进程,法治思潮激荡澎湃。政府派大臣出国考察西方制度,公派留学生研习西洋技术和文化,请国外著名学者专家来中国把脉献策;在手忙脚乱之中,中国完成了西方法制的第一次大规模移植。其间回转曲折,一言难尽。在这个过程中,涌现出了吴经熊、蔡枢衡等大法学家,为中国法学的发展积累了第一笔宝贵财富。正如陈兴良教授在《转型与改革:刑法学的一种知识论考察》一文中自叹道:“这些 20 世纪三四十年代的刑法著作,蜷缩在图书馆阴暗的一隅,也许几十

* 作者系上海瀚一律师事务所律师,清华大学法学院法学硕士。

〔1〕〔德〕弗里德里希·尼采:《历史的用途与滥用》,陈涛、周辉荣译,上海人民出版社 2005 年版,第 27 页。

〔2〕周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,清华大学出版社 2002 年版,第 2—3 页。

年无人光临,但对于笔者来说是如获至宝。”〔1〕当翻开这些故纸时,蔡枢衡教授对当时法学界的批评〔2〕,依然掷地有声,不能不引以为戒。

如今,“刑法学的突围”的命题正拷问着当代刑法学者。正如周光权教授指出,要解决刑法学发展先天不足的弊病,必须返回问题的起点——思考刑法的根基问题。〔3〕民国时期,正处于主观主义与客观主义争论最为激烈的时代。虽然当时刑法制定中主要围绕的是礼法之争,对于刑法本身的科学性并未予以更多的关注。但通过移植和继受日本刑法学而开始成长起来的中国刑法学,不可能不受到此般大规模国际论战的影响。因此,以中国为视野来考察民国时期刑法学者对该根基问题的态度,对我们理解当下刑法,特别是中国刑法,意义重大。

本文中“民国时期”主要是指从1911年“中华民国”成立后到1949年新中国成立前,以当时“中国学者”写成的刑法学著作和论文作为考察对象。由于历史承继性和当时中国法学发展的特殊性,清末时期部分刑法学者的著作和论文也被作为参考对象。“客观主义”本身是刑法学理论上的概念,是对刑法进行分析和批判的工具之一。所以本文讨论的主要不是刑法而是“刑法学”。“客观主义”又是来源于西方法学的概念,因此,本文只对民国时期具有“近代意义刑法学著述”〔4〕进行考察。

二、民国时期代表著作及选取理由

(一) 本文选取的主要著作

本文主要以王觐的《中华刑法论》、郝朝俊的《刑法原理》、陈瑾昆的《刑法总则讲义》、赵琛的《新刑法原理》和《刑法总则》、郭卫的《刑法总则要义》、《现代刑法总论》和《刑事政策学》、陈文彬的《中华新刑法总论》、蔡枢衡的《刑法学》和《未遂犯与客观主义及主观主义》等著作及发表在民国时期法学刊物上的重要论文为重点考察对象。

(二) 民国时期代表著作的选取理由

据统计,“从清末至1949年,中国共出版刑法学译著、专著和教材等共900余部”〔5〕;“共发表了刑法学的论文1700余篇”〔6〕。根据北京图书馆编写的《民国时期

〔1〕 陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第728页。

〔2〕 参见蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版,第100页。

〔3〕 周光权:《刑法学的向度》,中国政法大学出版社2004年版,第11—14页。

〔4〕 董康、居正等学者对刑法学也有十分深刻的见解,但其著作基本属于律学范畴,很难说是近代意义上的刑法学著作。正如陈兴良教授指出,“律学只具有史的意义,而对于现行刑法的理解根本无济于事。”(陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版,第719页)所以本文不将其著作列入考察范围。

〔5〕 何勤华:《中国法学史》(第3卷),法律出版社2006年版,第416页。但该书未说明其对刑法学著作数量统计的依据。

〔6〕 何勤华:《中国法学史》(第3卷),法律出版社2006年版,第421页。

总书目》的不完全统计,法学书籍共计 4368 条。其中刑法学著作共有 241 种。在这些著作中,刑法总论 32 种,中国刑法论 17 种,外国刑法论 9 种(涉及日本、苏俄、德国),比较刑法论 13 种,刑法史 6 种,刑法通则 25 种,大赦 4 种,过失、教唆和其他 8 种,犯罪学 26 种,刑法分则 20 种,《大清新刑律》2 种,《暂行刑法》11 种,1928 年《刑法》27 种,1935 年《刑法》22 种,其他单行刑事法规 18 种。根据《民国法学论文精选》(刑事法律篇)附录的统计,民国期间共发表刑法论文 1389 篇。^{〔1〕}

在众多民国时期刑法学著作中,本文之所以将前述七位学者的著述作为主要考察对象,其主要理由如下:

1. 民国时期刑法学著作的引用

民国时期刑法学著作间的相互引用,最能体现当时刑法学界对该著作的认可程度。

在《中华刑法论》中,王觐引用了石松编《刑法通义》、赵琛著《新刑法原理》、郝朝俊著《刑法原理》和郭卫著《刑法学总论》等著作。陈文彬在《中国新刑法总论》一书中,主要参考了王觐著《中华刑法论》、郭卫著《刑法学总论》、赵琛著《新刑法总论》、江镇三著《刑法总论总则》和陈保焯著《中国刑法论总论》等民国时期的著作。蔡枢衡在《未遂犯与主观主义及客观主义》一书中,引用的民国时期中国学者的著作有郝朝俊的《刑法原理》、郭卫的《刑法学总论》、王觐的《中华刑法论》、林彬的《刑法讲义》(北大讲义)和黄觉非的《刑法概论讲义》(平大讲义)。谢振民编著、张知本校订的《中华民国立法史》参引的刑法学著作有王宠惠的《中华民国刑法》、郝朝俊的《刑法原理》、赵琛的《新刑法原理》。

蔡枢衡的《刑法学》一书虽然没有引文和参考书目,但作者在文中明确指出:中国近代刑法思想之发展中,民国以后的刑法学人物有冈田朝太郎(日本)、张孝移、王觐和郭卫;郭卫为“集殖民地性的刑法意识之大成者”^{〔2〕}。

2. 民国时期学者的自我评价

民国时期学者的自我评价,也是选取的需要因素。从作者对自己著作的评价,再与具体内容进行对比,可以得知著者写就该书的初衷及思路,并可以间接了解当时学界的风气。

在《刑法总则讲义》的“凡例”中,陈瑾昆指出,该书系理论与适用并重,首重在对于法条为正确之解释,次则对于司法院、最高法院及前大理院之解释、判例择要征引,以示应用并待例举。该书虽系讲义体裁,但论述实较普通大学教科书为详尽。赵琛在《新刑法原理》初版自序中写到:“余深感吾国法学之衰微,穷不自量,爰依据支配现代法学思想的新理想主义,为观察新刑法之基点,草成本书,务求其法理精神,随社会之

〔1〕 何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精粹》(刑事法律篇),法律出版社 2004 年版,附录。

〔2〕 蔡枢衡:《刑法学》,独立出版社 1947 年版,第 68 页。