

《法学研究》三十年：刑法学

邓子滨*

今年正值《法学研究》而立之年。如果算上1978年和1979年的两期“试刊”，《法学研究》共出版29卷175期，刊登法学论文2000余篇，其中刑法论文416篇，构成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，本文或可算作法学批评的一次尝试。

三十年，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《法学研究》封二上的说明：“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。^{〔1〕}其实，三十年的道义文章，足令《法学研究》自成一脉。《法学研究》迄今为止的刑法文章，相沿而成独立的刑法史料。本文力求持之有故，言之成理，尽量“历史地看问题”，以免苛求“故人”。

一、《法学研究》1978—1987之刑法学

本文以十年为一个叙事单元，因为这大致契合了刑法学三十年的沉浮跌宕。当然，时段的划分并不意味着间断知识的传承之脉和学术的流徙之途。

（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，这实在有遗珠之憾。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。因为要把握政治脉动，将政治语言转化为法律语言，是需要花费很多时间和精力；最后，“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

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 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》的编辑人员，但也只能说是同一些人在不同时段分别创办了两个刊物。而《政法研究》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。参见陈景良：《新中国法学研究中的若干问题——立足于1957—1966年的考察》，《法学研究》1999年第3期。下文引注中只提“试刊”或“某年某期”者，皆指《法学研究》。

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，〔2〕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）”。大辘椎轮，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。〔3〕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。三十年前，国门乍开，对于欧美法学，只有牵强附会的批判，〔4〕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的“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，这一理论引入彻底，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：董老的两篇讲话，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政策界限，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讲话的主题变奏，而刑法学此后十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”；〔5〕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”；〔6〕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。”〔7〕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。〔8〕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

〔2〕 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》。

〔3〕 《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讲话，《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。

〔4〕 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》，1978年“试刊”。

〔5〕 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”。1979年第4期。

〔6〕 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。

〔7〕 于光远：《关于社会主义立法和法制的几个问题》，1978年“试刊”。

〔8〕 孙国华：《党的政策与法律的关系》，1978年“试刊”。

等。^{〔9〕}

《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。^{〔10〕}其实，这种抬举很难解释曾经发生的事实，因为马列都放弃了法律职业而选择了革命道路。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？”^{〔11〕}显然，当时根本无需进行周密的论证，而今天看来，那样的论证妨碍了讨论的深入进行，但我们不应否认它在当时的意义。

（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。^{〔12〕}

《法学研究》1979年第3期刊登了高铭暄先生^{〔13〕}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，又经十年动乱，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。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。

《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。作为一种政治犯罪，反革命罪之根源在于政治，其锋芒在于敌人，因而易于以政治标准代替法律标准。既然镇压敌对阶级可以不要法律，判断谁是敌对阶级也就可以不要法律。可如果“谁是人民，谁是敌人”不是由法律确定的，那么“法律保护人民”就只能是一句空话，因为任何人随时都可能从人民沦为敌人。现在，犯罪终于由刑法规定，这让当时憧憬“依法治国”的法律学者有了参与立法的机会和解释法律的权利。这篇文章将“四人帮”骇人听闻的倒行逆施归结为没有定罪的规格和标准，也就是没有犯罪构成，但文章并未就此进入“什么是反革命罪”的论证，而是利用一个“三段论”进行“什么不是反革命罪”的说理：

〔9〕 陈守一、肖永清、赵震江：《学习毛主席的革命法制思想》，1978年“试刊”。

〔10〕 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》，1978年“试刊”。

〔11〕 尤其是，当双方引据同一论断时，就不得不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。参见前引〔10〕，陈守一等文，1978年“试刊”。

〔12〕 随后一段时间，法学者热衷于谈论法的“本质”，不太注重法的细节，从而影响了对法的深入研究。

〔13〕 高先生从1954年10月起，自始至终参加了我国第一部刑法的拟定工作。

大前提：没有哪种学说、主义能宣布自己已达到科学的顶峰，成为不许别人研究讨论而只能顶礼膜拜的偶像。

小前提：马列主义、毛泽东思想是一种科学学说和主张。

省略结论的三段论已然不俗，而“反对党和国家领导人不可以作为反革命罪”的主张则更加精彩。文章认为，个人和政权不是一回事，政治斗争和人事变动使得以人作为划分反革命的标准实际上就等于没有标准，所以应该明确一条基本原则：反革命罪的客体不能是个人，而只能是国家政权和制度，未侵犯这个客体的“一律”不构成反革命罪。不处罚人的单纯的思想活动，包括反动思想，这是我国刑法的原则。^[14]两位作者都不是专司刑法研究的，但这篇文章不仅论证充分，一气呵成，而且活现了“法学执笔，突破政治口授”的艰苦努力。

1979年9月，陶希晋先生在中央政法干校第一期法制宣教班上作了题为“学习刑法中的几个问题”的报告，随后刊登在《法学研究》1979年第5期上。报告概括了法学界的主要观点，点明了官方的刑法理念，巩固了拨乱反正的成果：第一，刑法既是对敌专政的，又是保护人民民主权利的，这就在刑法工具说之外，强调了刑法保护说和服务说；第二，阶级斗争虽然存在，但已不是社会的主要矛盾，今后要在法律秩序内搞阶级斗争；第三，一切危害社会的行为，依照法律应受刑罚处罚的，都是犯罪，客观行为之外，还要看是否存在故意或过失；第四，社会主义社会仍然存在犯罪，在初级阶段还会相当严重；第五，法律面前人人平等虽是资产阶级的口号，但我们要把这面旗帜夺过来，赋予它新的革命内容；第六，社会主义民主，就是人民民主，是我国不可动摇的一个重要政治原则。陶先生曾任中央政法干校副校长、中央人民政府法制委员会常务副主任委员等职，1978年以后参加领导了刑法、刑事诉讼法等的起草、制定和法制宣教工作，他所作的报告，在阶级斗争、法律平等、刑法作用等争议频仍的问题上，实际表达了暂时搁置争议、继续解放思想、共同忠于法制的官方立场。当年，刑法学作为一种“官学”，确实需要陶先生这样一位“学官”的适时总结。

（三）领衔法学，初现繁荣

学科崛起，既是学者共同推进的结果，也是学者脱颖而出的依托。回眸1978—1987年间，陈兴良、欧阳涛、顾肖荣、崔庆森、袁作喜、杨敦先、金凯、郑林、陈宝树、廖增响、赵秉志、张明楷、张令杰等13位学者，堪称《法学研究》头十年的刑法风云人物，即便不重复计算合写的篇数，他们在《法学研究》上发表的论文仍有41篇之多。被《法学研究》慧眼所识的陈兴良、赵秉志、张明楷诸先生，今天都是当行出色的人物，而在当年却都是十年窗下、目不窥园的书生。1984—1987年，陈兴良先生在《法学研究》上发表了5篇文章。^[15]即使在今天，这样的学术创作也是不可思议的。赵秉志先生1985—1987年在《法学研究》上发表了3篇论文，其励志刻苦、笔耕不辍由此可见一斑。张明楷先生1984—1987年在《法学研究》上发表了3篇论文，25岁起，文章已显波澜老成。

其他10位都是资历较老的学者，他们在《法学研究》上发表论文的情况是：顾肖荣4篇，杨敦先、金凯、郑林、陈宝树、廖增响各3篇，欧阳涛5篇（全部合写），崔庆森4篇（其中2篇合

[14] 思想如果不付诸语言或文字，别人就无从知道，而一旦付诸语言或文字，则“说”或“写”的动作、行动、行为就可能进入法的领域。反革命宣传煽动罪就是这样的领域，看一下欧阳涛、袁作喜在1982年第2期上发表的《谈谈同反革命宣传煽动罪作斗争的几个问题》就清楚了。

[15] 学刊编辑对学人影响巨大。陈兴良先生在其“学术自传——一个刑法学人的心路历程”中提到，“《法学研究》的历任刑法编辑不仅关心我所投的稿件，而且关注我的学术成长，提出中肯而殷切的期望，使我十分感动。记得第一次在《法学研究》上发表的‘论教唆犯的未遂’一文，投稿以后，廖增响老师给我复信，提出修改意见，修改以后才发表。此后，王敏远先生主持刑法编辑工作，对我帮助也颇大。有次看了我的稿件以后，还专门给我写了一封长信，谈我的学术风格问题，鼓励我保持独特的学术风格以及写作风格，以免流俗。”陈兴良：《走向哲学的刑法学》，法律出版社1999年版，第28页。

写),袁作喜4篇(其中3篇合写)、张令杰3篇(其中1篇合写)。^[16]还有两位德高望重的法学前辈,伍柳村先生和马克昌先生,其贡献和影响不能以在《法学研究》上的文章多寡论。孙飞、陈泽宪的两篇论文——1983年第1期的《运用刑法武器保护祖国文物古迹》与1984年第3期的《试析流氓犯罪类型》——获得“《法学研究》中青年作者优秀理论文章三等奖”,这在当年是令人称羨的殊荣。曲新久先生发表在1987年第5期上的《试论刑罚个别化原则》,在众多刑罚高论中当属洞见症结之作,开始为刑事社会学派的“人身危险性”理论张目,将“犯罪者个人情况”巧妙引入刑罚的确定和执行过程。

1978年至1987年,《法学研究》共出版55期,刊登刑法学论文137篇。从目次上看,这些论文都比较靠前,不仅反映出刑法学当时位居显要,也佐证了陈兴良先生对这一时期刑法学的热情肯定:“经过了将近20年的寂静之后,随着我国第一部刑法的颁行,刑法学在各部门法学中一马当先,首先跨越了历史的断裂层,顾不得抹去长久的冬眠而残存在心灵上的噩梦,以一双不太适应的眼睛迎接理性的光芒,很快在法苑中立住了脚跟,恢复了大刑法昔日的自信,并睥视着其他尚在草创之中的部门法学,俨然以老大自居。”^[17]老大刑法睥睨群雄、持盈保泰的资本是得天独厚的。首先,刑法的起草工作早在1950年就开始了,到1979年刑法颁布前已有近三十年的积累沉淀;^[18]其次,刑法制定虽一波三折,历遭法律虚无主义冲击,但“刑法是维护和巩固阶级统治的锐利武器”始终是说得出的理由,因而立法的举措再三启动;最后,1979年刑法的颁行让人们欢欣鼓舞,情不自禁要讴歌法制的春天,虽不免对刑法的片面肯定,但谁又能说,这种充满政治热忱的律法主义,不是对今天重又流行的“信仰法律”的本能体认呢?

这一时期《法学研究》上的刑法学论文有两个鲜明特点:第一,涉及范围广泛。谈论个罪的共44篇,定罪量刑及刑事责任共29篇,共犯理论8篇,正当防卫与紧急避险共8篇,因果关系7篇,犯罪阶段和犯罪形态共7篇,犯罪构成、刑事政策与犯罪主观方面各6篇,罪刑法定与类推5篇,管辖和两类矛盾各4篇,还有一些关于犯罪概念、犯罪属性和刑法体系的文章。第二,内容分布不均。刑法分论畸多,加上刑罚论和刑事责任论,^[19]占去总篇数的53%。这一格局说明,当时刑法研究侧重的还是工具性运用。在个罪论述中,涉及投机倒把在内经济犯罪的8篇,涉及贪污受贿的6篇,这无疑是当时经济开放和社会转型初期的真实写照;接下来是涉及杀人、伤害的共5篇,涉及强奸、窝赃销赃的各3篇,涉及反革命和军职犯罪的各2篇,这又无疑与“严打”运动的社会注意力相契合。另外,涉及爆炸、抢劫、诈骗、渎职、文物、走私、拐卖、流氓、传授犯罪方法、商标、偷税、生产、公文、假药、证券等犯罪的各1篇。

由此引出一个问题:何种情形最需要刑法?答案是:经济犯罪,反腐倡廉,严打斗争。这个答案今天依然适用。但也由此引发一种危机:以刑法文本为支撑,以教科书为楷模,徘徊于低层次的法条注释,从体系到内容都囿于刑法的工具性运用,亟待理论层面的深刻反思。这种局面的成因首先在于,这一时期人们普遍认为,法制就是“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”,现在终于有了世界上最先进的刑法,只要认真执行之,就国泰民安、万事大吉了。其次,刑法研究数量上蔚为大观、欣欣向荣,但学术资源却多来自对文革前理论成果的追忆,追忆者又主要是文革后重

[16] 可以看出,作者中法学所的研究人员占较大比例,且合作较多。这有其特定的历史原因。比如,当时的院校师资还以教学为主,而社科院则专司理论研究,所以论文较多。当时法学所经常接受上级交办的研究课题,需要大家审慎商议,共负责任,客观上促成了较多的合作。

[17] 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,“前言”第1页。

[18] 起草工作1956年因反右而停滞。1962年毛泽东说“不仅刑法要,民法也需要,现在是无法无天。没有法律不行,刑法、民法一定要搞”,于是1963年有了33稿,但又因四清与文革而中断,至1979年终于修成刑法。参见高铭喧编著:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,“前言”第2页。

[19] 1978年至1987年,《法学研究》上定罪量刑的论文有22篇,涉及死刑、管制、缓刑、数罪并罚、剥夺政治权利、惩罚与改造、累犯、自首、加处、威慑、定罪依据、立功、两罚制、刑罚个别化等广泛的内容。

回科研、教学岗位的法律工作者。知识背景决定了他们的总体法律观念：刑法历来是统治阶级名副其实的“刀把子”，目的就是打击敌人、保护人民。^{〔20〕}最后，新生的研究力量还在恢复不久的大学里含辛茹苦，或者刚刚走出校门为老一辈抄抄写写，正处于适应社会、积蓄力量的阶段，其中的优秀人物虽已崭露头角，但异军突起还要等到20世纪80年代后期。

我们无法复制历史，对当年刑法学的痛苦思索只能自作解人。1987年以前，刑法学的前行不是依靠学者自觉的推动，而是表现为一种自发的行动。就《法学研究》而言，前行的起点是淘汰非刑法的无谓纷争，比如，两类矛盾问题曾经据于刑法论辩的焦点位置，在20世纪50年已经如火如荼，^{〔21〕}到了80年代仍然炙手可热，以至于1979年第5期竟然开辟了“专题讨论”。参与讨论的杨敦先先生于《在实施刑法中区分两类不同性质矛盾的问题》文中提出，不能说凡是构成犯罪的，凡是构成盗窃、放火等特定种类犯罪的，或者凡是犯了罪又被判了刑的，就都是敌我矛盾。1980年第4期上崔南山《也谈实施刑法和区分两类不同性质的矛盾》的文章，也有“犯有杀人、抢劫、放火、强奸等罪行并且情节严重的犯罪分子……应当以敌人对待”的结论。1981年以后，两类矛盾在《法学研究》上彻底“化解”了，而且是突然销声匿迹的。不知道究竟是学者们不约而同放弃了讨论，还是编辑认为讨论没有意义？但有一点可以肯定，当年面红耳赤争论的绝对是人们心中的大是大非问题，必须身临其境，才能理解它的历史意义。

一边是构建刑法专业槽的努力，一边是将法律思维推向大众的艰难。在正当防卫的问题上，学者的责任与历来的提倡在细节处形成微妙的冲突。80年代伊始，金凯先生就撰文探讨了正当防卫的界限问题。^{〔22〕}时隔3年，张景明先生在1984年第2期上曾经认为：在喊话、鸣枪制止盗窃分子无效后将其击毙，属于正当防卫，而法院故意伤害致死的认定“实属误判”。而更加带有道德提倡色彩的，则是1987年第3期袁作喜《论我国正当防卫制度》的文章。该文提出了“便民正当防卫说”，针对一般违法行为、轻罪、重罪的分类设计了吓、毆、伤、杀四种“便民”的正当防卫手段，从而契合了见义勇为的主张。但是，学者们很少通俗地告诉公众：刑法有关正当防卫的规定，不能看作是对见义勇为的绝对豁免。见义勇为很可能因失度不幸踏入犯罪领域，因为刑法所谓“明显超过必要限度”，刑法学者尚且争论不休，民众更难知其就里，以致某些见义勇为者刚刚领受“勇敢市民”称号，就被检察院审查起诉了。^{〔23〕}

《法学研究》这一时期悄然发生了许多变化。比如，在面世的头十年中，《法学研究》上既未列明主编，也不注明作者身份。推想起来，这种情形多半是由于当年集体主义隆盛，人们不太注重宣传个人，甚至把论文的写作和发表看成单位的成果。然而，随着西学东渐和法律专业群体的形成，

〔20〕 但他们没有发现个中的悖论：敌人、人民，作为政治概念，不是刑法能够甄别的，却偏偏规定在刑法中。一旦政治甄别出敌人，刑法能做的就只是惩罚，而刑法想要保护的人民，理论上不应进入刑事领域。于是，刑法只有打击，没有保护。当打击成为直接手段而保护成了附带效果的时候，受到刑事追诉者自然被排除出刑法的保护之外。悖论没有解决，又带来了“刑法是政治的辅助工具”的暗示，其结果就是刑法为政治服务并且只为政治服务，从而忽视了刑法自身的合法性与正当性。

〔21〕 参见高铭喧主编：《新中国刑法学研究综述（一九四九——一九八五）》，河南人民出版社1986年版，第24页以下。

〔22〕 文章提到“马克思说，那种认为一个坏蛋在马路上侵袭我，而我只能挡住他的打击，但不敢打他，如果打他就会变成侵袭者的说法，显然是十分荒唐的逻辑。列宁也曾说过，杀人的后果虽然是严重的，但是有的杀人……完全是正当的，甚至是必要的自卫。”金凯：《试论正当防卫与防卫过当的界限》，1981年第1期。

〔23〕 比如“成都市民张德军见义勇为案”。2004年8月，有两人骑摩托车抢夺他人项链后逃跑。张闻讯驾车追至某立交桥上，致逃跑者1死1伤。张获得“见义勇为奖”后，被死者家属和伤者诉至法院，要求科以故意伤害罪和民事赔偿。在紧急避险问题上情况有所不同，《法学研究》三十年间仅有两篇论文：一是1985年第3期上高格的《论我国刑法中的紧急避险》，该文从叙述到观点都与当时通行的教科书没什么区别；二是1997年第4期上刘明祥的《论紧急避险的性质》，该文旨在冲击对紧急避险不加反思的褒扬，不仅否定了“义务说”，而且否定了“权利说”，尤其质疑了“有益社会说”，最后给出了自己的简短结论：紧急避险的存在不过是因为法律不能两全，对采取了紧急避险的人，不足深责，但也不足褒奖。

也随着自我意识的提升,从1987年第4期开始,《法学研究》封二上列明了“主编吴大英,副主编刘瀚、梁慧星,编辑部主任张令杰”;也是从这一期开始,每篇文章的后面都以括号形式注明了作者身份和所属单位。再以后,作者姓名放在了标题之下,括号也改成了“*”注,职称、职务自然成了不可少的内容。

二、《法学研究》1988—1997之刑法学

历史是一条流过岁月的河,而这一时期的刑法学是由上游的两条支流汇合而成的:先是对刑法学现实的被动反思;后是对刑法学理论的主动突破。

(一) 回应现实,被动反思

对刑事政策的长考,属于对现实的被动反思,并且要追溯到20世纪80年代初。当时刑事政策的含义主要是指在制定法律时必须以政策为根据,实施法律时必须以政策为指导。《法学研究》的多篇文章涉及三大刑事政策:惩办与宽大相结合、严厉打击刑事犯罪和社会治安综合治理。但实际上,三大政策最后归并为一个:“严打”。“惩办”本来就在“宽大”前面,处于实际的优先地位。不仅“宽大”在不知不觉中消解了,而且在严峻的治安形势下,从重从快惩处犯罪,成了综合治理的首要一条。^[24]这样的历史氛围和理论铺垫,自然会有“严打”的系列“决定”。而这些“决定”又都得到时论的统一礼遇:先说重大意义和主要内容,再说四化建设的需要,最后表示要认真学习执行,胜利完成打击任务,将斗争坚持到底。^[25]于是,“从重从快”在当时理论界的一片欢呼声中高歌猛进了。

对“严打”的严肃审视,实在不是始于理性的反省,而是迫于现实的残酷。1983年的“严打”曾经初见成效,犯罪率显著下降,但不出两三年,犯罪回潮,来势更猛。由此陷入了“严打”、犯罪、再“严打”的恶性循环,而且周期越来越短,成为国家和社会承受不起的负担,因为“严打”手段有上限,对超越临界点的犯罪不好处置。虽然从《法学研究》上看不出反思的开始,但却能看到集中的总结。根据1989年第4期《“刑法改革与重刑”学术讨论会综述》,“严打”所体现的重刑主义是个人权利屡遭漠视的结果,立法者迷信“乱世重典”,公众崇尚威慑报复,司法不能理性对待民愤。^[26]1991年,学者们再度提出:不问青红皂白一律处以严刑,只能事与愿违。杀一可以做百,杀千未必做百。同时,重刑不仅鼓励重罪,而且使罪犯及其家属心有不甘。^[27]遗憾的是,近20年的反思还处在“进行时”,宽严相济的主张尚未切实反映到立法和司法之中。^[28]

在云山雾罩的争论中找回争论的目的,也算是刑法学研究的一种提升方式。关于因果关系的争论,就具体而微地展现了这一觉醒过程。刑法学者曾长期执迷于一种哲学框架,烘云托月般地构建

[24] 参见刘复之在六届人大常委会二次会议上的报告;学者对此也有共识,参见陈宝树:《关于“依法从重从快”的几个问题》,1982年第3期。

[25] 参见郑林:《运用刑法武器严惩经济犯罪》,1982年第3期;欧阳涛、崔庆森、雷云:《论打击经济领域中严重犯罪的几个问题》,1982年第5期;郑林:《严厉打击刑事犯罪活动》,1983年第5期;崔庆森:《坚决打击经济犯罪活动是实现四个现代化的一个重要保证——学习〈邓小平文选〉的体会》,1983年第5期。

[26] 这一时期也不乏为“严打”进行辩护者。1989年第6期《中国法学》刊登了何秉松先生的文章:《对我国刑事政策的再认识——兼论刑法修改的刑事政策问题》。文章认为,鉴于斗争形势,“严打”不属于重刑主义;不应废除和限制死刑,即使是针对经济犯罪;不能盲从世界潮流,不符合社会主义民主政治要求,不利于人民群众各项权利实现的,决不是严厉的刑罚,而恰恰是轻刑化。

[27] 参见曾庆敏:《论我国刑法指导思想——兼论“严打”》,1991年第6期。

[28] 至于对刑事政策本身的细致研究,包括给出一个规范定义或者一种规范分析,都是90年代的事。参见储槐植:《刑事政策的概念、结构和功能》,1993年第3期;陈兴良:《刑事政策视野中的刑罚结构调整》,1998年第6期。不过,对“严打”等刑事政策的争论,并不像《法学研究》反映的那样终结于90年代。21世纪争论才真正开始。参见陈兴良主编《刑事法评论》第11卷“刑事政策研究”专题和第12卷“严打研究”专题。

因果关系的海市蜃楼，80年代《法学研究》上竟有8篇相关论文。争议主要集中在有无必要区分必然因果关系和偶然因果关系，不过各方论辩的武器不是刑法理论，而是领袖全集。人们沉浸在原因和结果、偶然与必然的概念游戏中，误以为只要移植某些哲学论述，就能解决刑事案件中的问题，全然不敢想象哲学的思辨不一定满足刑法的要求。直到1989年第5期，王敏远先生提出了《对刑法中因果关系理论的反思》，重新审视那个被遗忘了的问题：因果关系对确定刑事责任具有怎样的意义？^[29]

（二）洞悉危机，主动突破

对刑法学理论的主动突破，始于20世纪80年代中后期。当时，一些中青年刑法学者开始意识到刑法学面临的窘境：学术观点乏新，理论框架陈旧，既根源于刑法工具论的干扰，也受制于苏联刑法学理论的局限。“中国刑法学向何处去”成为一代刑法学人的焦虑与追问，而踏出第一声空谷足音的，是陈兴良先生1988年在《法学研究》第5期上的《刑法学体系的反思与重构》。根据陈先生记述，这篇文章“从刑法学体系的改造与完善的角度，进一步深化了罪刑关系的研究，并勾勒出了‘罪刑关系中心论’的刑法学体系的基本框架。经过长期的理论准备，将纷至沓来的思想线索付诸文字，终于形成了这部以《刑法哲学》为题的著作，以作为理论刑法学的一种探索”。^[30]在陈先生看来，刑法理论之所以关乎命脉，就在于它揭示了支配刑法表象之“道”。这种“道”是刑法条文的灵魂与精髓，得刑法之道，方不至于尾随立法与司法，不至于因一部法律的修改甚至一个司法解释的发布，就使积年累月之心血顷刻变成废纸。^[31]

在陈先生反思、低迷、振作的曲线上，1988年的《刑法学体系的反思与重构》和1995年的《刑法的价值构造》无疑是它的两个端点。1992年第2期的《论刑法哲学的价值内容和范畴体系》是《刑法哲学》一书的底片；而1994年第4期上《刑法的人性基础》和1995年第6期上《刑法的价值构造》都是其同名著作的论纲。1988—1997年，陈先生在《法学研究》上有10篇论文（其中1篇合写）和1篇发言摘要，^[32]不算合写的文章，9篇文章均匀分布在9个年头里，每年一篇，显见先生的实力和编辑的认可。

1988年至1997年，学者们开始自觉圈定属于刑法学科的基石概念或基本范畴。正是有了这些概念和范畴，刑法学大厦才得以牢固构筑，刑法学才明确了自己的专业领域，而不再依附、从属或者混同于其他学科。在这个“圈地运动”中，曲新久先生在1991年发表了有关刑法学基本范畴的文章。遗憾的是，该文虽然罗列了罪刑法定、犯罪、刑事违法性、社会危害性、刑罚、一般预防、特殊预防、人身危险性等基石概念，但文章的旨趣却在于刑事责任，实际是作者青睐的刑罚个别化命题的延伸，所以概念内涵透析不够，只是刑事责任的帮衬。马克昌、鲍遂献二位合写的《略论我国刑法上行为的概念》发表在1991年第2期上，文章探讨了刑法上的行为是否仅限于有意识的行为，是否包含危害结果，是否都是具有社会危害性和刑事违法性的行为。

也曾有学者尝试引入英美刑法中的某些概念，比如严格责任，^[33]但这种引入多半无疾而终。与英美刑法的隔膜，有着理论来源和实践基础两方面的原因，中国刑法界对严格责任的讨论，正好反映了英美刑法舶来以后的命运。严格责任原是一种加于产品生产经营者的绝对责任，又是一种无

[29] 可以说，当年只有1篇文章不在王先生的反思之列，即1987年第3期上储槐植先生的《一个半因果关系》，因为这篇文章没有忘记争论的目的，没有脱离刑法的语境，并且始终坚持独立的思考。随后，学者们开始关注“研究目的”的问题。参见廖增响：《刑法学研究之目的及其发展趋势》，1988年第1期。

[30] 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年第1版，“前言”。

[31] 参见陈兴良：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社1998年版，第14页。

[32] 陈兴良：《法学家的使命——刑法更迭与理论更新》，1997年第5期。陈先生说：“一个具有独立的学术品格的法学家，不应当尾随立法、尾随司法，而应当超越法律，揭示那些隐藏在法的背后的规律性的东西。”

[33] 刘生荣：《论刑法中的严格责任》，1991年第1期；王晨：《我国刑法规定了严格责任吗》，1992年第6期。

罪过责任,由此与大陆法系的罪过责任有了天然隔阂。当初中国学者诉诸严格责任,不过是为了弥补立法疏漏,或者为模糊之处提供一种解释,比如刑法第330条“妨害传染病防治罪”的罪过形式问题,对幼女年龄的认识错误问题,等等。但是,由于严格责任威胁了实体法中的罪过责任原则和程序法中的控方举证原则,在中国刑法领域一直没有立稳脚跟。^[34]

在《法学研究》的刑法学履历上,不能没有王敏远先生的8年刑法学研究年度述评。从1995年开始,每年第1期上都有“中国法学研究回顾”专栏。王先生对上一年度的刑法学进行述评。王先生提出:讨论有待具体、深入,比如,刑法观念的转变虽然众口一词,但如何变革却少人论及;在无法大量涌现新的刑法学派的时代,基础理论研究确实难有突破,但现实肯定需要有人做艰苦而深入的研究,^[35]并且要对隐含的问题进行探讨,比如民意基础,不能背离理论界应有的冷静与反思的学术品格;再如,刑法学研究不能自命不能完成的任务,就反腐问题而言,要分析社会发展是暴露了腐败,还是制造了腐败,要揭示刑罚是一种极为有限的资源,不可以任意挥霍;研究问题不能脱离中国语境,但更不能以“中国特色”为名刻意维护某些具体制度。王先生不同意“刑法学长期以来在表面繁荣之下隐蔽着的萧条和理论底气不足的局面始终未能得到较大改观”,而是认为“刑法学界自80年代中期以后,逐步从解释刑法学向批判型及建设型的理论刑法学的努力,应当看到其成绩是显著的。尤其是90年代以来,刑法学界的诸多有识之士的勤奋耕耘,使我国的刑法理论达到了一个新的高度,成果累累,不胜枚举。”^[36]

在《法学研究》的第二个十年里,陈兴良、赵秉志、廖增响、崔庆森、顾肖荣、张明楷、陈宝树等7位学者续写了他们的辉煌;而侯国云、储槐植、游伟、陈泽宪、冯锐、贾宇等6位学者则成为《法学研究》上的新军。赵秉志先生有8篇论文(其中4篇合作),而1996年第5期上有关刑法修改的文章,是对1979年刑法鞭辟入里的分析和对1997年刑法举其要端的建言,该文共52页,几乎是《法学研究》上最长的论文。^[37]廖增响女士有6篇论文(其中2篇合作)。侯国云先生与游伟先生都有5篇文章,不过分别有2/5和4/5的折扣。储槐植先生有4篇文章,不仅都是独著,而且能够陈言务去,字斟句酌,击碎唾壶,曲终奏雅,而储先生却只说“做学问,写文章,不容易,真辛苦”,“多想超越自我而少想超越他人”。^[38]崔庆森先生有4篇论文(其中1篇合作,1996年的那篇是根据崔先生去世前的手稿整理的)。陈泽宪先生有4篇论文(其中1篇合作)。冯锐女士有4篇论文(其中2篇合作)。发表3篇论文的有顾肖荣、张明楷、贾宇(其中1篇合作)、陈宝树(其中2篇合作)和王勇(其中2篇合作)。

(三) 理论先行,实践缓进

虽有储槐植、陈兴良、赵秉志、张明楷、陈泽宪等优秀学者的理论先导,但观念的整体前进速度,往往是以制度群体中的缓进者为标准的。于是我们看到,1988年至1997年,刑法的工具性依然重要,刑罚论和个罪论依然是《法学研究》的热点。根据统计,涉及刑罚方面的论文共计33篇,

[34] 这里还有一个概念引入的必要性和妥帖性问题:严格责任固然可以解释一些问题,但这些解释是否必须借助一个全新的概念?如果既有的概念也能达成同样的解释,那么,引入一个全新概念就是多余的。如果引入的概念已经是南辕北辙,那就只会造成无谓的混乱。

[35] 王敏远:《1994年刑法学研究述评》,1995年第1期。

[36] 王敏远:《1997年刑法学研究述评》,1998年第1期。

[37] 参见赵秉志:《刑法修改中的宏观问题研讨》,1996年第3期;赵秉志、赫兴旺、颜茂昆、肖中华:《中国刑法修改若干问题研究》,1996年第5期。另有陈正云:《刑法的缺陷及其解决》,1996年第3期;文海林:《刑法分则结构及其理论基础》,1996年第4期;全理其:《刑法增设新罪的基本原则》,1996年第5期。

[38] 储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,“自序”第1页。

其中不乏新的话题，比如以罚代刑、从一重处、保安处分、刑罚配置，^[39]谈论个罪的文章更是可观，总计有50篇之多，仍然呈现此前十年“经济犯罪，反腐倡廉，严打斗争”的论文格局：包括财产犯罪在内的广义经济犯罪20篇，贪污受贿犯罪17篇，渎职犯罪和知识产权犯罪各3篇，扫黄打非2篇，涉及反革命、杀人与伤害、强奸、走私、文物、动物保护等犯罪的各1篇。^[40]此外，20世纪90年代初，国际刑法逐渐备受关注，短短几年间，相关论文即有7篇之多，以廖增响、赵秉志、张智辉等学者为研究主力。^[41]

1988年至1997年，《法学研究》上共有179篇刑法学论文，比上一个十年增加了五十余篇。从内容上看，1994年前后出现了一些以法条注释和案例分析为主的短文，虽说这类文章对理论联系实际也有积极意义，但确实降低了刑法学研究的专业水准，不利于理论的深入推进。^[42]从目次上看，90年代中期刑法学论文的位置已经靠后了，1995年第4期上竟然没有刑法学论文。从消极方面说，此前的刑法学研究沉痾已久，终于宿疾发作，特别是对个罪的研究，受教材泛滥的影响，长期徘徊在“案例套课本”的水平上。^[43]从积极的方面说，各法律部门全面发展，结束了刑法一枝独秀的局面。这未始不是一件好事。因为学科比重取决于社会总体发展，刑法学的相对萎缩正是社会生活走向常态的标志，而常态生活不能靠刑法维持，或者说主要不靠刑法维持。刑法学研究也决非山穷水尽，学者和编辑在反省、彷徨、等待的过程中，不断积淀理论、酝酿佳作。

论文的学科布局无疑深受社会发育程度的影响，而某一学科论文的内容则与时事有着某种关联，其关联程度更多取决于学刊的风格和编辑的品味。当然，不同的学术载体与时事的距离也是有差异的。随手的翻阅便可证实，“山雨欲来风满楼”的景象曾经充斥1957年的《政法研究》。连篇累牍的揭发批斗，完全是一种将“政法研究”转化为“政法批判”的积极努力，但这一持续十年的努力最终没能挽救《政法研究》1966年停刊的命运。相比之下，在这个十年之初的《法学研究》却显得异常平静，从形式到内容都看不出当时的东海扬尘。这既得益于历史的经验教训，也反映出法学在20年前已初具学术独立的品格。作为法学期刊，《法学研究》自有其局限，由于写作发表的周期较长，它不可能太靠近理论前沿，也不可能争论时尚热点，不过理论的稳健和厚重也正是它的长处。

1988年第6期，《法学研究》作了重大人事调整，李步云先生任主编，张令杰任副主编。从1994年第3期开始，主编改为王保树先生，副主编张广兴先生。此时，刊物第一次列明了责任编辑及其主管领域，王敏远先生负责刑法学、刑事诉讼法学和犯罪学。由于90年代初全国各高校开始出现职称评定的热潮，而在“核心期刊”上发表论文成为学术成果的重要标志，于是，投稿铺天盖地而来。每一份稿件都凝结着一份心血，也寄托着一份期待。十步芳草，不忍割舍。《法学研究》1996年第1期起大幅增容，从96页增至160页，2004年起又换成了大开本。自1999年第1期起，梁慧星先生任主编，张广兴先生续任副主编。2002年第5期增加张志铭先生为副主编，至2004年

[39] 参见陈泽宪：《经济罪案中“以罚代刑”的成因及对策》，1990年第3期；吴振兴：《试论“从一重重处断”原则》，1993年第6期；屈学武：《保安处分与中国刑法改革》，1996年第5期；卢建平、苗森：《刑罚资源的有效配置》，1997年第2期。

[40] 这一时期个罪的讨论因世易时移而乏善可陈，值得择要列举的倒是些非主流话题，比如储槐植：《我国刑法中犯罪概念的定量因素》，1988年第2期；陈宝树：《社会主义初级阶段与刑法观的更新》，1989年第2期；张智辉：《论刑事立法的明确性原则》，1990年第6期。

[41] 参见赵秉志：《关于两岸合作惩治海上犯罪的初步研讨》，1992年第3期；林欣：《论国际刑法问题的新发展》，1992年第4期；张智辉：《论国际刑法中的普遍管辖》，1992年第5期；廖增响：《国际犯罪与我国刑法完善》，1996年第6期。

[42] 1994年前后，《法学研究》刑法论文的撰稿人已经遍及全国众多的大学以至专科学校等，还有各地检察院、法院等实务部门的人员。

[43] 1979年刑法诞生后的20年间，促成刑法学繁荣又加速其衰落的，是一浪高过一浪的教材编写热潮。师生齐动员，共同编教材，形成“天下教材一大抄，抄来抄去都糟糕”的局面，由此滋养的“主编文化”，流弊深远。

第5期由冯军先生接替至今。

三、《法学研究》1998—2007之刑法学

在这个单元中，要理出最近十年刑法学的研究头绪，还要找出一些超越时段的贯穿性话题。

(一) 信仰刑法，追问根基

最近十年，陈兴良先生在《法学研究》上发表了6篇文章。其中，以2000年第1期上《社会危害性理论——一个反思性检讨》一文最具颠覆意义，它有力论证了源自苏联的“社会危害性理论”与“罪刑法定原则”的本原性冲突。而在2007年第5期上，陈先生又以“主客观相统一原则：价值论与方法论的双重清理”为题，揭示了特拉伊宁对古典犯罪论体系的虚妄批评和指责，指出他对人类学派、社会学派的批判纯属不着边际、偷换概念、上纲上线，甚至是对学术文风的败坏。陈先生认为，一存俱存、一损俱损的“四要件”犯罪构成，其客观要件和主观要件互为论据、循环论证，是政治正确、似是而非的诡辩。其随意的排列组合恰好说明它们之间缺乏逻辑关系，这为苏联和我国刑事司法的混乱埋下了祸根。依照这种犯罪构成理论，从归因到归责的转换，是通过实质性的政治意识形态，即社会危害性的判断加以解决的，而社会危害性又恰恰是处于犯罪构成之外的，所以这种实质判断往往导致对犯罪构成本身的否定。陈先生强调，要以法益原则和责任原则取代主客观相统一原则，以规范的理论内容取代空洞的政治说教，彻底肃清苏联刑法学的毒素，引入构成要件该当性、违法性、有责性的犯罪论体系，其最终目的在于维护刑事法治，捍卫刑事法治的至高原则——罪刑法定。

着眼于刑法学最近十年的大势，愚以为理论殊荣应当给予张明楷先生。自1999年至2007年，张先生在《法学研究》上发表了7篇论文，不但数量上独占鳌头，而且内容上独辟蹊径。归纳起来，张明楷先生所有立论的一个基点，是被他奉为圭臬的格言——法律不是嘲笑的对象。在张先生看来，很多法学者“不勤于解释法律而善于批评法律，不仅背弃了自己的使命，而且降低了法律的权威。‘法律必须被信仰，否则它将形同虚设。’既然信仰法律，就不要随意批判法律，不要随意主张修改法律，而应当对法律进行合理的解释，将‘不理想’的法律条文解释为理想的法律规定。”^[44]《法学研究》2002年第1期上的《受贿罪的共犯》、2004年第2期上的《论三角诈骗》和2006年第3期上的《罪过形式的确定——刑法第15条第2款“法律有规定”的含义》，都是解释学意义上的典范之作。在承认法条有效性的基础上，赋予注释法学以新的含义，不是曲解法律或者逢迎漏洞，而是赋予僵硬的法条以鲜活的理性，不是受制于教科书的讲解，而是以普适的理念为依托，对刑法的历史发展和学说流向进行分析后，再对刑法规范的利弊进行判断。

张明楷先生的另一理论贡献是，基于“心中永远充满正义，目光不断往返于规范与实施之间”的解释理念，以刑法规范为根据，以学派之争为主线，对刑法学的一系列重大问题，比如客观主义、实质的解释论、结果无价值，都展开了深入研究，并且表明了基本立场，旨在促进中国刑法学派之争的形成。《法学研究》1999年第3期的《“客观的超过要素”概念之提倡》、2000年第1期的《新刑法与法益侵害说》和2005年第1期的《严格限制结果加重犯的范围与刑罚》，都是张先生积极倡导学派之争的努力。张先生认为，“法律的解释并非真理的判断，而是价值的判断，不能被事实证伪，难以被实践检验，所以，我不得不时常以怀疑的眼光审视自己的观点。人文科学的研究，并非一种独白的个别行为，而是需要对话与沟通，需要学术批评。”^[45]故此，学派之争可以驱使学者寻思他人学说的实质，追问自己观点的根基，发现刑法解释的奥妙，领会刑法解释的方法；学派

[44] 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社1999年版，第3页。

[45] 张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，“第二版前言”第2页。

之争可以通过学术批判将理论研究引向深入，使学者不至忽视自己的具体观点与基本立场之间可能的冲突，从而保持基本立场的协调一致；学派之争还可以使刑事立法更为完善，使刑事司法更趋公正。^{〔46〕}有趣的是，三十年的刑法学的《法学研究》之路，恰好由张先生以《规范的构成要件要素》一文在2007年第6期上树立了一块里程碑。不过，值得注意的是，张明楷先生的理论中有强调实质解释的一面，似乎与陈兴良先生侧重强调的刑事法治形式的一面有某种内在的冲突。这或许是下一阶段理论碰撞的地带。

最近十年来，《法学研究》人才辈出，观点纷呈。在1998年第3期上，周光权先生曾经尝试“解构”传统理论。从《公众认同、诱导观念与确立忠诚——现代法治国家刑法基础观念的批判性重塑》一文看，所谓“解构”，实际是要颠覆刑法工具主义。工具主义原本也可作为刑法的根基，但必须满足一个预设前提：统治阶级与国家能够提供刑法是否“良好”的判断标准；如果没有这个标准，而仍要确立其判断的真实性与权威性，就必然强使国家标准转化为公众普遍而绝对的守法义务，必然重视镇压工具的物质成分和统治艺术的技术因素，必然忽视刑法的精神、意识与观念等的价值意义，因而无助于法治生成，只能导致强制认同和一体遵守，最终走向暴政与专制。结论只能是，转换审视刑法的视角，从非国家的角度重新审视刑法并由此确立新的刑法观念和刑法制度。唯其如此，刑法才有可能得到公众认同，才能在各利益集团长期共存的基础上，最终确立公众对刑法的忠诚。

邱兴隆先生1998年第6期上的《撩开刑罚的面纱——刑法功能论》是一篇引人注目的文章，反映了邱先生对刑罚哲学的独特思考。张绍彦先生在1999年第5期发表的《犯罪与刑罚研究的基础及其方法》，将我们引向那个困惑人类几千年的“天问”：犯罪和刑罚，鸡和蛋谁先有？隐含的问题是：国家是否通过刑罚的设定而在一定程度上制造了犯罪？在张先生心目中，答案自然是肯定的，并且从字里行间我们感觉到，国家在与犯罪的关系中，经常扮演不太妥当的角色。张先生用“同步发展”破解罪与罚的关系，又借“手艺”一词，将国家对犯罪的认识从毋庸置疑的地位拉回到决策科学的层面，以便人们共同讨论。犯罪学有无“专业槽”？“专业槽”的利弊如何？我们津津乐道的某些“较新”认识，真的较新吗？犯罪的实证研究如何起步？我们的犯罪学研究是否具备了能够保证结论真实与科学的概念前提？正是这一系列的追问，使这篇文章在为数不多的犯罪学或者侧重犯罪学的论文中成为探骊得珠之作。

我们赞赏和褒扬某些学者的突出贡献，决非否认学术繁荣有赖于学术群体的共同努力，而这种努力在刑事法治的旗帜下越发显得空前的一致。1998年至2007年，《法学研究》刑法论文排行榜上的前7位是：张明楷7篇，陈兴良6篇，周少华5篇，周光权4篇，冯亚东4篇（其中1篇合作），王世洲3篇，储槐植3篇（其中2篇合作）。这一时期《法学研究》共有刑法学论文100篇，数量上虽然相对减少，但格局上却气象一新。其中，个罪研究13篇，刑罚问题9篇，主观方面8篇，罪刑法定7篇，犯罪构成7篇，刑法观念5篇，犯罪概念5篇、主观与客观、研究方法各4篇，社会危害性理论、共同犯罪、单位犯罪、刑法解释各3篇，刑事责任、犯罪形态、罪名、推定问题、刑事政策各2篇，国际刑法、正当防卫、经济犯罪、刑法不典型、不作为犯罪、目的刑法、人身危险性、刑事法律关系、刑法的经济分析、犯罪及其控制、附属刑法、被害人承诺、犯罪对象等各1篇。

从论文的内容构成看，《法学研究》最近十年的刑法学研究呈现七大要点：一是摒弃了刑法工具主义，力倡刑法的精神气质；二是倾向基础理论的研究，宏观微观齐头并进；三是在理论层面解释个罪，不轻易赞美，也不轻易苛责刑法的具体规定；四是打破学科藩篱，广泛引入学术资源；五

〔46〕 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，“序说”。

是认识到方法往往决定成败,开始关注刑法研究方法本身;^[47]六是继续引介欧美的刑法理论,尤其是德日法学大师们的著述;七是通过沉默来表达对某些司法现实的看法,很多喧嚣一时的事件,在《法学研究》上反倒不见踪影。由此看来,王敏远先生十年前对刑法学“理论上”的期待,正逐步在《法学研究》上转化为现实:“刑法学基础理论的发展一直备受本刊关注……这是刑法学发展及成熟程度的一个标志……不仅有助于使刑法学摆脱现行刑事立法和司法的附属地位,而且有助于生成并发挥刑法学和刑法学家的理性批判精神及其价值。”^[48]

(二) 世纪话题,文明阶梯

20世纪80年代初的学者可能想不到,死刑存废在20年后竟然成为一个世界性的、跨世纪的话题。现在的死刑保留论者可以骄傲地在1980年第1期的《法学研究》上找到他们的基本立场:一是目前不废除死刑;二是尽量减少使用死刑。作为这一立场的代表,葛平、王洪谷在《谈死刑》一文中表达了对死刑的理性容忍:我国有限制地保留死刑,决定于当前严峻的阶级斗争形势和猖獗的犯罪状况。不过,“废除死刑超越历史条件”的说法,实际隐含着“历史终将废除死刑”的论断。不仅如此,通读全文,能够感受到作者对死刑的强烈反感:死刑是不得已而为之;杀人越少越好,少杀是我国的一贯政策;企图以多杀人来维持统治,其结果只能适得其反;从政治效果上,少杀可以获得社会各界的支持,可以争取犯罪分子的家属和亲友;在思想上,必须肃清极左路线的影响,克服判得越重越革命、杀得越多越坚定的错误认识。今天看来,正是这些限制死刑的理由,不仅衍生出死刑废除论者更多的说辞,而且仍然显露出死刑保留论者一贯秉承的思维模式。^[49]虽说《谈死刑》一文的作者较早认识到国际上将死刑同保障人权联系在一起,但在当时多数中国学者看来,人权也好,人道也罢,都是带有浓厚阶级色彩的东西,超阶级的、抽象的人权和人道是不存在的,犯罪活动侵犯了大多数人的利益,是最不人道的,是严重地侵犯人权的,对极少数罪恶特别严重的人处以死刑,正是保护广大人民群众的人权,充分体现了革命人道主义精神。

如果我们今天仍然固守这种立场,那就永远不会有对死刑存废理由的概括和反思。废除死刑的理由:死刑并不比终身监禁具有更大的威慑力。每当一起谋杀案发生时,死刑作为一种威慑就失败一次;死刑断绝了犯罪人悔过自新的道路,即使没有死刑,许多人也不再杀人;死刑是残酷的非理性的报复,也是不尊重生命的表现,而民众支持死刑,有时盲目崇尚复仇,完全是由于他们不了解反对死刑的理由;死刑错用后无可挽回;死刑给我们带来引渡等国际司法合作上的困难,并且在人权问题上授人以柄。然而,有趣的是,所有废除死刑的呼吁同时为保留死刑提供了依据:死刑具有最大的威慑力,因为乐生恶死是人的最大本能,如果没有死刑,谋杀会更多,至于死刑的威慑力,只能列举其失败,无法列举其成功;死刑可以从根本上防止再犯,如果没有死刑,就意味着再杀一个狱警也没关系;死刑作为对杀人者的报应,是社会正义,也是对受害者及其家属的公正。而网上民意显示,公众在知道反死刑的理由后,更多的是谩骂而不是同意;任何刑罚都有错用的危险,都是无可挽回的,至于死刑适用的歧视性,那是执法问题,不是制度问题;死刑是一国的需要,不是与外国交易的资源。当然,还有一些值得讨论的问题,比如,死刑对独生子女家庭的影响,死刑的成本如何核算,等等。

[47] 早在20世纪80年代末,已有学者提出研究方法问题。参见曹子丹、薛瑞麟:《刑法学研究方法刍议》,《中国法学》1988年第3期。

[48] 王敏远:《1998年刑法学研究述评》,1999年第1期。

[49] 参见陈宝树:《死刑问题研究》,1985年第3期;崔庆森、廖增响:《限制死刑与慎用死刑》,1989年第2期。《法学研究》1985—1989年对死刑的讨论,停留在“限制但保留”的层面上,理由也与1980年没有大的改变。8年后,对死刑存废的思考开始上升到理性高度,不再简单地提倡废除死刑,而是充分度量了中国的现实与民情对死刑的需要甚至依赖,以务实的精神探讨死刑的替代手段。参见梁根林、张文:《对经济犯罪适用死刑的理性思考》,1997年第1期;贾宇:《死刑的理性思考与现实选择》,1997年第2期;梁根林:《公众认同、政治抉择与死刑控制》,2004年第4期;田禾:《论死刑存废的条件》,2005年第2期。

（三）罪刑法定，犯罪构成

鉴于以下理由，将罪刑法定和犯罪构成两个话题在此一并叙述：第一，按时段的述评适合两类矛盾等时代痕迹明显的问题，不适于罪刑法定等贯穿全局的原则，否则会有支离破碎的感觉；第二，贯穿性话题只有贯穿起来，才能看出它的浮沉抑扬，尤其是，对一个问题的讨论原本可以连绵不断，比如犯罪构成，突然中断了许多年，对此，我们不应视为学说史的一种“空白”，而应看作学说史的一种自述，唯此才能体会和把握比较完整的学说史；第三，考察一个贯穿性话题的起承转合，可以检验本文的时段划分是否契合刑法学发展的脉络，并且使我们一并看到，同一个概念，在不同的时代和知识背景下，可能有不同的内涵与外延。所以，学说史上常有的也是我们力避的情况是，大家用同一套术语自说自话。

就罪刑法定而言，它的本义是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，但从《法学研究》最早的两篇相关论文看，大家虽然从理念上承认罪刑法定的进步意义，并且认为刑法应当有这么一项基本原则，但是鉴于“当前的具体情况”，大多数人还是支持1979年刑法以严格控制下的类推作为罪刑法定的“必要补充”。^[50]到了1997年刑法，罪刑法定又与“依法办事”混为一谈，因为刑法第3条是先说“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑”的，这就使学者的响亮呼吁和强力推进无可奈何地大打折扣。不过，“当时写进刑法就是胜利”。^[51]对罪刑法定经典表述的“篡改”，在实践中模糊了“限制国家刑罚权”这一本质要求。申言之，依法定罪处罚是相对的，不是犯了法就一定治罪；而“法无明文规定不为罪”是绝对的，即使行为确有社会危害性，也只能通过完善立法来解决。如果将相对和绝对混淆起来，在严惩犯罪的氛围下，就必然导致例外横行。虽然罪刑法定在与类推的较量中逐渐占据上风，但还不能说它在中国刑法中取得了支配地位。1997年刑法规定的罪刑法定原则，仅仅是法治理念与司法现实系列冲突和困惑的开始。^[52]

作为刑事法治的第一原则，罪刑法定带来的首要益处是政治运作、经济运行和人际交往的可预期性。具备可预期性，才能保持安定性。而安定与秩序，不仅是刑法鼻祖们主张罪刑法定主义的重要原因，而且也符合中国的现实国情和民族利益。不过，“制度安排往往达不到预期效果”，这个说法在这里又一次得到印证。类推制度被1997年刑法毅然废除后，罪刑法定的固有宗旨便遭遇了历久观念的强烈冲击，以至于司法实践对一些“法无明文规定”案件的处理使人有理由相信，过去的类推不一定坏，现在的废除不一定好。1979年刑法中的类推在程序上要得到最高法院核准，而类推废除后，逐级核准没有了，事实上不利于被告的扩大解释便隐形地增加了。虽无类推之名，而有类推之实，完全背离了废除类推的初衷。换个角度看，在罪刑法定的实体规定之外，确需考虑法律不可能杜绝模糊，并且，法律确有滞后于世事的弊端，因而法律解释是不可避免的。故此，迫切需要在刑法或者刑事诉讼法中确立一条解释原则：法律模糊之处，不得不做法律解释的，必须有利于被告人。否则，传销、灾害期间哄抬物价，甚至乞讨，都可能成立“非法经营罪”，而手持有效护照、签证的人，竟也成了“偷越国（边）境”者。有利被告的解释原则的命脉，不是解释的技巧，而是法无明文规定真就不为罪的勇气。

犯罪构成也是刑法学由来已久的话题之一，任何法学期刊都不会不予以关注。《法学研究》上

[50] 参见李由义《罪刑法定和类推》和周密《罪刑法定还是法律类推》，1980年第5期。《法学研究》对古代刑制的考察，一个重要内容就是罪刑法定和类推比附。参见栗劲：《秦律和罪刑法定主义》，1984年第3期；李程：《我国封建社会实行过罪刑法定主义吗——兼与栗劲同志商榷》，1988年第3期；王侃：《唐律中的类推不是“举重明轻”而是“比附”》，1993年第3期。

[51] 参见胡云腾：《废除类推及刑法科学化》，1995年第5期；陈泽宪：《刑法修改中的罪刑法定问题》，1996年第6期。

[52] 参见李国如、张文：《刑法实施应贯彻罪刑法定原则——论对法无明文规定的严重危害社会行为的处理》，1999年第6期；刘树德：《罪刑法定原则中空白罪状的追问》，2001年第2期；劳东燕：《罪刑法定的明确性困境及其出路》，2004年第6期；周少华：《罪刑法定与刑法机能之关系》，2005年第3期。

冠名“犯罪构成”的论文不少,但分布不均,主要集中在20世纪80年代,共有9篇,90年代只有1篇,本世纪的头7年里共有5篇。宁汉林先生在1980年第1期上发表的《犯罪构成理论由来浅说》,首次高密度地使用了一系列刑法学的“标签术语”:贝卡利亚、意志自由、道义责任、刑罚报应、李斯特、犯罪类型、违法类型、责任类型、费尔巴哈、伯林格、行为中心论、刑事社会学派、人身危险性,等等。不能小看这些术语,它们是刑法学大厦的基石,是衔接西方刑法学理论的线索,也是追认欧陆刑法学传统的证据。如果当初能对这些概念的内涵进行及时的挖掘,那么,夯实中国当代刑法学基础的过程就会大大缩短。遗憾的是,在宁先生的文章之后,犯罪构成的话题竟然淡出《法学研究》6年之久。不仅如此,自1986年至1989年,诸篇相关论文都是从“中国特色”的犯罪概念、主客观相统一、犯罪预备、犯罪客体等角度谈论犯罪构成的。^[53]循常习故,例行矩步,显然受到“统编教材”的制约,与宁先生的不浅之“浅说”相比,倒真是“浅谈”了犯罪构成理论。

1989年至1999年,犯罪构成问题在《法学研究》上异乎寻常地又被冷落了一个年代。^[54]总共16年的淡出和冷落,是大有缘故,还是历史偶然?应不应予以重视?又该重视什么?如何发现、追寻这并不久远而又极为模糊的历史?本文没有能力回答这些问题,但却相信提出这些问题是有意义的。新千年的《法学研究》奉送了两篇振作提气的文章:一是周光权先生2000年第3期上的《行为评价机制与犯罪成立——对犯罪构成理论的扩展性思考》;二是阮齐林先生2003年第1期上的《应然犯罪之构成与法定犯罪之构成——兼论犯罪构成理论风格的多元发展》。两篇高论终于走出了苏联犯罪构成的语境,或者说,是站在更高的视点,对旧有理论的重新审视。不仅如此,周先生还提出,犯罪成立与否,取决于国家权力和非国家的行为评价之间冲突与调和、抗争与妥协的结局;而阮先生虽则承认三要件论旨在落实罪刑法定原则,而四要件论意在构建应然犯罪之构成,但仍坚持不对两种理论做非此即彼的评选,而是强调它们只是理论风格不同,完全可以并行不悖,而且还能相得益彰。^[55]

本文的旨趣不是简介学者观点,也无暇比较每种观点的高下,但完全可以说,三十年来《法学研究》上有关犯罪构成的论文可圈可点的实在不多,一个重要原因是犯罪构成理论体系之博大精深,几乎让所有豪情盖天的学者痛感自己志大才疏。百年以来,国外略有建树的学者都试图确立自己的犯罪构成学说,似乎尝试了一切稍有的可能,没有给我们留下任何独树一帜的机会。然而,围绕中国“四要件”利弊得失的研究已蔚然成风,用以度长絮大、比权量力者,必然是大陆法系递进式的“三要件”和英美犯罪构成的“双层模式”。学者们对中国犯罪构成的诟病,主要是四要件得其一而难弃其余,罪名易入而难出,不利于辩方理由的展开,而且普遍认为,大陆法系阶层式的犯罪构成却契合了控辩双方的攻守进退,有利于保障被告人权,能够有效制约官方发动的刑事追诉。对源自苏联的犯罪构成理论的清算,对大陆法系犯罪构成的倡导,陈兴良先生在这方面有最深刻的论证。^[56]

不过,无论是主张拿来主义还是坚守本土资源,都可能被指责为“坐而论道”,而这种指责是一连串“举证责任倒置”的提问:谁能向大家举例说明,在一个具体的案件中,各种犯罪构成模式

[53] 参见何秉松:《建立具有中国特色的犯罪构成理论新体系》,1986年第1期;胡正渴:《对犯罪概念与犯罪构成的探索》,1986年第2期;陈泽杰:《主客观要件相统一是我国犯罪构成理论的核心》,1986年第4期;钱毅:《犯罪预备行为是具备完整的犯罪构成的行为》,1987年第4期;薛瑞麟:《关于我国犯罪客体的几个问题》,1988年第2期;姜伟:《犯罪构成比较研究》,1989年第3期。

[54] 参见李洁:《法律的犯罪构成与犯罪构成理论》,1999年第5期;肖中华:《犯罪构成要件及相关范畴辨析》,2001年第2期;冯亚东、胡东飞:《犯罪构成模型论》,2004年第1期。

[55] 而明确为中国现有犯罪构成理论“鸣冤叫屈”的是黎宏先生,参见2006年第1期上的《我国犯罪构成体系不必重构》。

[56] 参见陈兴良:《主客观相统一原则:价值论与方法论的双重清理》,2007年第5期。

对罪与非罪的判断究竟有何具体影响？如果对达成具体的结论没有实质影响，那么这种理论划分与争议还有什么实质意义？〔57〕看来，刑法学之路还是要在质问之风与探求之雨的交织之下，蜿蜒前伸，开拓难尽。

结 语

寻行数墨至此，始悟本文实际是对《法学研究》刑法文本的一种解释，而略识之无如我辈者，面对沉淀多年的话题及其载体，颇感喙长三尺，手重五斤。无论怎样自作聪明的解释，既然脱离了历史语境，都可能不再是作者的原意。因此，越是涉及原文的内容，就越是离揣测杜撰不远；而对文章风格、范式的描述，反倒可能给他人更多的解释机会。20世纪80年代中期，论文写作开始转型，一个重要标志就是注释从无到有，由少至多。然而，“有注释才算论文”的观念很快走向“为注释而注释”的极端，以致许多学刊对没有注释或者注释不多但颇有见地的文章以“不合学术规范”为由打入冷宫。某些学者甚至声称，他们拿到论文，都是只看注释，不看内容，以致鸡零狗碎，文牍公行。

文章还有一个长短问题。不言而喻，白话文体与思想表达之间有一定的比例，故而透彻的论说需要一定的篇幅。除非微言大义之作，很难指望一两页纸的“论文”会有什么理论创见和实践拓新。比较极端的例子是《法学研究》1994年第4期上一篇关于“买赃自用”的文章，全文只有1页。不过，长篇也不见得自有深论。作文立论，有话则长，无话则短，断不可以长短论好坏。而且，文章长短还有着鲜明的时代特征，20世纪80年代的文章普遍不长，注释也不多，但却言简意赅，层次分明，疏朗流畅，而90年代后期，文章越写越长，动辄两三万字，各种刊物渐有一些高自标置的陶犬瓦鸡跃然纸上。

令人欣慰的是，《法学研究》上绝少大而无当、夸多斗靡之作，这要感谢编辑们敦厚的学品和超拔的眼界。正是由于他们克尽厥职，循名责实，才力避了那些三纸无驴、叠床架屋的长篇大论。然而，其中的甘苦，只有幕后英雄们自己知道了。

〔57〕 曾与听同仁谢鸿飞先生此番对老大刑法的质疑，借此机会就教于方家。