

刑事法前沿问题

编者按：刑事法前沿论坛是中国社会科学院刑事法学重点学科主办的年度学术论坛，旨在创新刑事法理论、促进刑事法实践、推动刑事法改革。2009年11月21—22日，“第七届刑事法前沿论坛”在北京举行，来自学术界和实务界的60余位专家学者参加了本届论坛。所研讨的问题包括刑法学的科学性、刑法学流派、社会转型与刑法转向、刑法中的权利透视、文化生态学在刑法学研究中的应用、中国死刑制度改革、有组织犯罪的刑事对策、青少年黑社会性质组织犯罪态势、共同犯罪的网络异化、毒品共同犯罪主从犯的认定、量刑规范化、假释制度的完善、刑事司法职权配置的优化、普通判断力在刑事司法中的作用、刑事和解、刑讯逼供的制度性防范、刑事证人作证制度、非法证据排除规则、“涉黑”案件的分案处理、二审程序改革、量刑程序改革、腐败犯罪资产追回机制、监狱检察的改革、网络舆情与刑事司法等。我们撷取其中的部分观点以笔谈的形式汇集于此，以展现刑事法学的研究现状，并促进相关研究的进一步深化。

没有国别的刑法学

樊 文（中国社科院法学所副研究员）

没有国别的刑法学是指对于任何构成犯罪行为的前提来说，从基本原则中推导出普遍有效的规则命题并且着力于进一步确定基本概念及其界限的学问。比如，它研究故意、过失、行为和责任能力的概念并确定其界限，它不因各个国家实定法规则的不同而不同。如果一条法律规定违背当下的这种没有国别的刑法科学原理，虽然这并不影响它本身在当下的有效性，但是，这种背离会成为对这条法律规定进行修改的动因。没有国别的刑法学追求的是对刑法核心领域的问题普遍有效、实质正确的解决方法，它不受国别的限制。对于这门学问的推进来说，各国刑法学家都可以做出贡献。

与此相对的是仅限于国别的刑法学，比如冠有国家名称的“德国刑法学”、“意大利刑法学”、“日本刑法学”、“俄罗斯刑法学”、“中国刑法学”等等。这种国别刑法学的研究对象仅限于本国的刑法规范及其解释。国别刑法学反映的是传统的法律实证主义对刑法的理解：刑法深深扎根于本国的社会习俗和文化传统，不受他国同化，不与他国协调。这种理解阻碍刑法学的纵深发展，其直接后果是：刑法学者的学术工作只是在本国立法者树起的篱笆墙内打转悠。而且，这种状况往往会印证1847年德国检察官基尔希曼（Julius von Kirchmann）在其题为《论作为科学的法学的无价值性》的演讲中所提到的名言：“立法者修改三个词，可以使整个（法学）文献都变成废纸”。这使得人们对刑法学（甚至法学）的科学性产生怀疑。

没有国别的刑法学的研究对象是刑法的核心领域，回答的基础性学术问题是：刑事可罚性的

一般前提是什么,或者说,构成犯罪行为的一般前提是什么。属于这个核心领域的问题在内容上具体包括:刑法和刑罚的意义和目的,国家在处罚犯罪行为时要遵守的原则和界限,刑法的效力范围,行为,因果关系与客观归责,故意,过失,罪责和责任能力,错误,未遂,中止,合法化事由与免责事由,正犯与共犯,不作为,竞合,“疑问时有利于被告”,选择确定和未定后行为确定。这门学问的出发点是“行为刑法”。不法与罪责的区分、罪责原则、共同正犯和帮助犯的区别、作为与不作为的区分都是从这个出发点推导出来的。

支持没有国别的刑法学的论据主要表现在以下几个方面:

第一,人类生活的一般表现形式是行为,为维护人类社会共同生活秩序,刑法希望动用最严厉的权力机制——国家刑罚来影响人的行为,从而对法律制度中的禁止和要求提供最后的强制性保障。面对人类的现实生活,刑法学研究首先面临人类行为的结构特征究竟是什么这一问题。刑法研究的出发点不能回避这种先于法律存在的现象,如不作为的结构、事实逻辑结构等。

不仅刑法学家对人类的行为结构感兴趣,哲学家、心理学家、行为学家和社会学家也都关注和研究这个问题。科学发展史表明,对于行为概念最重要的研究往往来自刑法学家。这是因为行为在刑法中起着至为关键的作用,在某种程度上可以说,行为是刑法制度的阿基米德点。

第二,对于犯罪成立的一般前提,有许多刑法体系化的不同尝试。如今,在欧洲大陆、东亚、拉美的许多国家适用的是德国刑法学者发展出来的犯罪构成三位阶体系。但是,有些国家适用的是其他“体系”:只在客观特征和主观特征之间做出区分,或仅在刑罚根据特征和排除刑罚根据特征之间做出区分。这两种简单区分的所谓“体系”是否具备推导功能是很成问题的;退一步讲,即便具有推导功能,能推导出的东西肯定少之又少。因此,从根本上说,这种区分还不能说已经形成了学术体系。因为这种不成形的所谓“体系”不仅根本不具备进行实质性的进一步逻辑分层和界分的可能性,而且也不具备创设条理性并检验并批判修正既有命题的功能。

在学术体系还没有发展、发达到精致程度的地方,其学术上的潜在优势是:新的案件事实暴露出的疑难问题可能会给体系的某些原则的修正提供特别重要的契机。

第三,像其他科学一样,在刑法学的进步过程中,也可能会出现暂时的错误。比如,德国刑法学家采纳德国实务上提出的主观未遂理论,就是个草率的错误。日本学者对于德国学者意识到这种错误做出了积极的贡献。因为在讨论一般的刑法理论时,所涉及到的并不是国家的相对主义的问题,而是普遍的问题,而这种问题仅仅遵从普遍有效的、正确的学术标准。

第四,法文化的不同不会对刑法学总论学理的基本观点取向产生影响。比如,德国刑法突出强调人的意志,日本刑法不怎么突出人的意志;日本强调的是结果无价值,而德国强调的是行为无价值。这种差异的背后是否确实存在着刑法思想上的原则不同?探索这种差异形成的原因,得到的共识是:并不是不同的法文化,而是学术思辨水平的差异(或者说学术水平的不同发达程度、不同的发展阶段)以及在专业领域起主导、示范、引领作用的学者在当时的学术影响,对于这种在总论学理上的不同取向起着决定性作用。

世界观不同对刑法总论学理同样没有影响。刑法学者完全可以超越不同的政治制度来研究总论学理问题,而且,完全可以在平等的专业基础上进行讨论。这种研讨的目的是寻求实质上普遍有效的、正确的解决方法。因意识形态的影响而有意模糊政治与科学界限的命题,由于其学术上的瑕疵,往往在这种体制终结之后,很快面临被专业遗忘的命运。

第五,与没有国别的刑法学相对的领域主要表现在分论或分则部分。分论或分则部分是不同国别的相对刑法学的研究重点。具体确定哪些行为可以予以刑事处罚,是国家立法者的自由和权力。堕胎、破坏婚姻的刑事可罚性,在具体的法律制度中就有不同的评价(比如,有的国家保护

所有的婚姻不受破坏,而有的国家仅仅保护军婚);同样,杀人罪群和伤害罪群的分层也是不同的(有的国家的刑法典把杀人罪具体分为种族灭绝罪、谋杀罪、一般杀人罪、受托杀人罪、中止妊娠罪、遗弃致死罪、过失致死罪等,而有的国家的刑法典仅仅规定了杀人罪和过失致死罪;有的国家的刑法典规定了伤害罪、危险伤害罪、严重伤害罪、伤害致死罪、过失伤害罪、参与群殴罪等,而有的国家的刑法典仅仅规定了故意伤害罪和过失伤害罪)。法文化的不同对于这种规范的内容范围所产生的影响,在分则部分表现得特别明显和突出。法国哲学家帕卡斯在《沉思录》中的名言——“比利牛斯山这边是真理,到了另一边就成了谬误”,就是受法文化影响的国别刑法学相对科学性的最直观的写照。

另外,历史的、宗教的因素也会对刑法分则部分产生影响。穆斯林国家、信奉佛教的国家、印度教国家刑法典上的犯罪目录就和政教分离的国家、基督教国家刑法典上的犯罪目录很不相同。没有国别的刑法学不可能要求所有国家在具体的犯罪目录部分整齐划一。

第六,刑法制裁制度上的内容安排,尤其是刑罚种类的选择、自由刑的高度、刑罚幅度的大小,都是本国价值观的典型反映。法律后果的表现形式,比如缓刑和假释,就可以以普遍有效的学术洞见为基础,当然,还要参酌实证的研究结论。

第七,如果没有普遍有效的刑法学,那么学理的研讨和交流以及制度的借鉴就没有一个基本的平台。从一个国家获得的成果引进另一个国家刑法典的效力范围,可能就会缺少学术上的合理性。事实上,人们所研究和应用的刑法学理并不是某个国家特有的东西,而只不过是刑法科学的这种学术做法仅仅在某些国家发展、发达得较为久远一些罢了。

第八,发达的刑法学理体系在世界上的传播,对于学理体系还没有形成或欠发达的发展中国家是很有帮助的。这种体系可以把具体的问题纳入一个大的体系性的关联中进行考察,便于为问题的最终解决找到实质正确的方法和结论。

但是,这种体系只是发现实质正确的结论的一种方法,如果在国际的研讨中它被证明是过时而错误的,那么和其他专业的工作方法一样,它就会被一种更好的方法替换掉。寻找到最好的方法是学术工作的一种附随的现象,也是一项艰巨的任务。

发达的刑法学理在世界范围内的传播,能够强化本国和国外的刑法学者这样的意识,即刑法的核心部分并不取决于国内或国际的实定法,没有国别的刑法学是在实质上寻求对核心问题普遍有效的正确解答。刑法学者不分国别,都可以参与对实质正确的解决方法共同探索。发达的刑法学理往往会让一些国家的学者自以为是,而这种在本国内自以为是的状态,确实需要来自外部的强烈批判来纠正学术上的偏执。学术标准的普世性会提高专业的权威,并由此使得意识形态歪曲真理的空间大大萎缩。

在刑法学的核心研究领域,不存在只是德国的、意大利的、西班牙的、俄罗斯的、日本的或是中国的刑法学,只存在一种根据普遍的学术标准完全正确或部分正确的刑法学,或者完全错误或部分错误的刑法学。由此看来,目前中国刑法学者在犯罪的一般理论上关于选择“犯罪构成四要件”的检验方法还是选择“犯罪构成三位阶”的检验结构的争论,本质上就是在刑法总论的学理上选择一个完全或者部分错误的方法,还是选择一个完全或者部分正确的方法的大问题。

走向学派之争的刑法学

陈兴良(北京大学教授)

我国刑法学界目前存在着一种追求刑法的实质价值的学术立场,其中刘艳红教授明确地自我