

中国刑法学研究 40 年的方法论思考

——从视野、路径、使命切入

田 宏 杰*

摘要:自 1979 年《中华人民共和国刑法》颁布以来,我国刑法学研究取得了辉煌的学术成就,并且经历了注释刑法学、刑法哲学、比较刑法学、刑事政策学、刑法教义学和其他刑法学研究范式的历程。但与此同时,研究视野相对狭窄、现实关切相对滞后、刑罚研究相对薄弱,已成为制约我国刑法学研究从外延式扩张向内涵式提升的瓶颈。唯有拓展学科交融的研究视野、树立实践关切的问题意识和坚持刑法使命的批判思维,我国刑法学研究才能在科学重构我国现代刑法学理论体系的同时,既满足中国社会治理的现实需要,又引领世界刑法学发展的潮流。

关键词:中国刑法学 研究范式 知识结构 现实关切 中国学派

自 1979 年 7 月 1 日《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)颁布至今,我国刑法学研究已经历 40 个春秋。回顾我国刑法学研究 40 年的发展历程,总结我国刑法学研究取得的学术成就,探寻我国刑法学研究未来的发展方向,意义重大。因此,以我国刑法学研究 40 年之回顾与展望为主题召开的学术会议、组织的学术专栏、^①发表的学术论文丰盈厚重,但从方法论方面展开研究的文献尚不多见。而就一个学科的发展与创新而言,方法论的变革恰是源头活水。笔者无意步我国刑法学大家的后尘,而仅拾趣于我国刑法学研究 40 年的方法论变迁,以期对我国刑法学未来的研究有所助益。

一、历史回顾:我国刑法学研究 40 年的学术范式

总体而言,自 1979 年以来,我国刑法学研究在方法论上从来都不是一种方法论独步天下,而是一直追求并实际呈现“百花齐放”的局面,因而难以也不应当以历史分期的方式对我国刑法学研究 40 年的方法论进行阶段划分。但是,从方法论方面还是不难看出,40 年来我国刑法学研究其实主要经历了 6 种不同的研究范式。

(一) 研究范式之一:注释刑法学

此种研究范式以刑法法条注疏为研究对象,以“我注六经”的方式展开刑法学研究,其成果形式主要是教材和论文。如果说高铭喧教授主编、马克昌教授副主编的《中国刑法学》^②是针对第一部刑法典进行注

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心暨法学院教授、博士生导师
基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(2009JJD820012)

^① 参见陈兴良:《刑法教义学的发展脉络——纪念 1997 年刑法颁布 20 周年》,《政治与法律》2017 年第 3 期;周光权:《犯罪构成要件理论的论争及其长远影响》,《政治与法律》2017 年第 3 期;刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——20 年来中国刑事立法总评》,《政治与法律》2017 年第 3 期。

^② 参见高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社 1989 年版,第 1 页以下。

释研究的代表作的话,那么高铭暄教授主编的《新编中国刑法学》、^①王作富教授主编的《刑法》、^②陈兴良教授所著的《刑法疏议》、^③赵秉志教授主编的《新刑法教程》、^④张明楷教授所著的《刑法学》,^⑤则是围绕我国第二部刑法典进行的注释刑法学研究的范例。其中,张明楷教授所著的《刑法学》是我国现今注释刑法学研究中影响最为广泛久远的刑法学专著。

以上述著作作为代表的研究成果,无论是对“文革”后我国刑法学学科建设、人才培养还是对我国的刑事司法实践均可谓居功至伟,不仅构建了我国的刑法学理论体系,使得我国刑法学成为当时所有部门法学中体系最为完备、结构最为科学、研究最为发达的学科,创造了刑法学学科独领我国法学研究风骚的辉煌,而且为改革开放中的我国刑事法治建设提供了坚实的人才基础、有力的理论支撑和良好的智力支持。

(二) 研究范式之二:刑法哲学

刑法哲学是指以哲学的范畴及思维方式,对刑法学理论研究和司法实务中的一系列重要问题进行哲学思辨,通过在刑法之上、刑法之外对刑法学理论研究的批判性反思,重塑我国刑法学理论体系的一种刑法学研究范式。

采用此种研究范式的典型代表首推陈兴良教授所著的《刑法哲学》,^⑥此书一出版发行即告售罄,不仅迅速掀起刑法哲学、理论刑法学研究的热潮,而且在挑战、质疑传统刑法学主流观点,重构我国刑法学系列基础理论的同时,一开我国刑法学研究批判性思考之先河。而在德、日等国刑法学研究中浸润良久、深谙德国学术界厚重哲学思辨传统的冯军教授,虽从未宣称自己是德国刑法哲学的中国承继者,但从其论文著述看,无论是思维范式、研究路径还是叙事风格,无不显示其浓郁的刑法哲学意蕴,所著的《刑事责任论》无疑是我国刑法哲学范式研究的另一力作。^⑦周光权教授所著的《刑法学的向度》^⑧则进一步拓展了刑法哲学的研究范畴和叙事话语。

(三) 研究范式之三:比较刑法学

比较刑法学是指通过对域外刑事立法、司法和学术研究的考察,以及与中国刑事法治建设和中国刑法学相关问题研究的比较分析,关注中国刑法学研究和发展的中国刑事法治建设完善的研究范式。由于比较刑法学与外国刑法学只是研究的侧重不同,在研究对象和研究内容上两者紧密相连难分彼此,因此该类研究范式其实涵括外国刑法学研究。

随着中国刑法学研究国际交流与合作的逐步推进,一批学术功底扎实、学术造诣深厚的刑法学者留学归来,译介、评述外国刑法学理论,结合中国实际开展比较研究,将中国刑事法治的问题,以世界的眼光加以分析评判,进而改变了中国刑法学研究受历史条件、国际环境、学术交流、研究资料等因素限制而相对封闭的状况,不仅极大地推动了中国刑法学研究与世界接轨,而且改变了中国刑法学研究一直沿袭苏联刑法学的局面,开始“放眼向洋看世界”,从而推动了中国刑法学研究理论水平的迅速跃升。其中,张明楷教授所著的《外国刑法纲要》、^⑨冯军教授翻译的《犯罪概说》(总论)、^⑩王世洲教授翻译的《德国刑法学总论》、^⑪黎宏教授翻译的《刑法总论》^⑫是外国刑法学的翻译佳作,而储槐植教授所著的《美国刑法》、^⑬刘明祥教授

① 参见高铭暄主编:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社1998年版,第1页以下。

② 参见王作富主编:《刑法》,中国人民大学出版社1999年版,第1页以下。

③ 参见陈兴良:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第1页以下。

④ 参见赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第1页以下。

⑤ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第1页以下。

⑥ 参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第1页以下。

⑦ 参见冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第1页以下。

⑧ 参见周光权:《刑法学的向度》,中国政法大学出版社2004年版,第1页以下。

⑨ 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第1页以下。

⑩ 参见[日]大塚仁:《犯罪概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第1页以下。

⑪ 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第1页以下;[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲译,法律出版社2013年版,第1页以下。

⑫ 参见[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第1页以下。

⑬ 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第1页以下。

所著的《错误论》、^①张明楷教授所著的《法益初论》、^②周光权教授所著的《犯罪论体系的改造》^③则是外国刑法研究和比较刑法学研究的代表作。

(四) 研究范式之四:刑事政策学

刑事政策学是指从政策学的高度,围绕刑事政策的法制化和法律的刑事政策升华与提炼,对刑法发展的现代理念、制度建构和实践推进所开展的刑法学研究范式。我国刑事政策学研究发端于对“严打”刑事政策的批判,通过对以李斯特为代表的德国刑事政策理论框架下的刑事社会学派等外国刑法学派相关理论研究和实践治理的梳理,旨在对我国刑事政策的现代定位、理念塑造和路径选择进行建言献策的同时,推动我国刑事立法、刑事司法和刑法学理论的发展。

正是经由刑事政策学在我国刑法学界的发轫发展,推动了我国刑事政策从“严打”向宽严相济转变,进而成为我国刑事立法、司法和学术研究在刑法谦抑性的捍卫、犯罪圈的划定、刑罚的配置等重大刑法问题上的研究指南。曲新久教授所著的《刑事政策的权利分析》、^④梁根林教授所著的《刑事政策:立场与范畴》、^⑤谢望原教授与卢建平教授合著的《中国刑事政策研究》、^⑥对我国刑事政策学研究的发展起到了重要的推动作用。

(五) 研究范式之五:刑法教义学

刑法教义学是指以现行有效的刑事法律体系为研究对象,秉持刑事法治原则,通过对刑事立法条文及其司法适用进行研究,进而建构刑法学理论体系的一种研究范式。在德国学者沃斯·金德豪伊泽尔看来,刑法教义学在其知识的输入端和输出端分别受立法(含刑事政策)和司法判决这两种制度性权力的限制,但这不代表刑法教义学就无所作为,以下4个方面就是刑法教义学自由发挥作用的地方:本体原理、法律适用、事实分析、体系结构。^⑦虽然事实分析颇受学者重视,但是这些领域均有其各自的意义。

刑法教义学起源于德国。德国刑法学者罗克辛教授所著的《德国刑法学总论》经由王世洲教授翻译在我国刑法学界广受关注,历经陈兴良教授《本体刑法学》等系列论著,^⑧尤其是张明楷教授与周光权教授在行为无价值论与结果无价值论问题上的论辩,^⑨刘艳红教授与邓子滨教授在实质刑法观与形式刑法观上的学术争鸣,^⑩在我国至今方兴未艾,并且推动了我国刑法学研究的学派之争。^⑪

(六) 研究范式之六:其他研究范式

该类研究范式是指或者运用法经济学、法社会学、法文化学等其他研究范式,或者综合运用前述研究范式的方法及其成果,而非主要限于某一具体的研究范式,对刑法学犯罪论、刑罚论以及罪刑各论中的某一具体问题进行刑法学研究的范式。

其中,许发明博士所著的《刑法的社会文化分析》^⑫将以法国学者米歇尔·福柯为代表的社会学方法引入刑法学研究中;在朱苏力教授通过翻译介绍美国前联邦最高法院大法官波斯纳的系列论著将法经济

① 参见刘明祥:《错误论》,法律出版社1996年版,第1页以下。

② 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第1页以下。

③ 参见周光权:《犯罪论体系的改造》,中国法制出版社2009年版,第1页以下。

④ 参见曲新久:《刑事政策的权利分析》,中国政法大学出版社2002年版,第1页以下。

⑤ 参见梁根林:《刑事政策:立场与范畴》,法律出版社2005年版,第1页以下。

⑥ 参见谢望原、卢建平:《中国刑事政策研究》,中国检察出版社2006年版,第1页以下。

⑦ 参见[德]沃斯·金德豪伊泽尔:《适应与自主之间的德国刑法教义学——用教义学来控制刑事政策的边界?》,蔡桂生译,《国家检察官学院学报》2010年第5期。

⑧ 参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第1页以下;陈兴良:《规范刑法学》,中国政法大学出版社2003年版,第1页以下;陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第1页以下。

⑨ 参见张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,第1页以下;周光权:《行为无价值论的中国展开》,法律出版社2015年版,第1页以下。

⑩ 参见刘艳红:《实质刑法观》,中国人民大学出版社2009年版,第1页以下;邓子滨:《中国实质刑法观批判》,法律出版社2009年版,第1页以下。

⑪ 参见陈兴良:《刑法教义学的发展脉络——纪念1997年刑法颁布20周年》,《政治与法律》2017年第3期。

⑫ 参见许发明:《刑法的社会文化分析》,武汉大学出版社2004年版,第1页以下。

学介绍引进到中国期间,陈正云博士在《刑法的经济分析》^①中运用法经济学的研究方法及其研究成果对刑法学理论进行了研究;刘仁文教授所著的《死刑的温度》^②对死刑问题所展开的刑法文化学研究,无论是在方法论上,还是在对刑法学理论的丰富和发展上,均做出了不容忽视的学术贡献。可惜的是,后继者不多,未能形成具有一定声势和学术影响、独立的中国刑法学研究范式。

二、视野省思:我国刑法学研究的知识结构

经过几代刑法学人 40 年的拼搏努力,我国刑法学研究终于在 20 世纪末 21 世纪初迎来了一个群星璀璨的时代,不仅建立了人类历史上第一个具有中国特色的刑事法律体系,而且刑法学的研究疆域不断拓展,研究方向日益多元,研究方法日趋精细,研究范式和人才培养模式日渐成熟。然而,21 世纪的现代社会不但风险丛生,而且竞争激烈,而竞争成败的关键,不在外延式的扩张,而在于创新能力的拥有。被誉为我国知识产权保护名片之一的中兴通讯近 10 年来的艰难际遇,尤其是在美国总统特朗普签署 7 年内严禁向中兴通讯出售美国芯片的禁令后,不到一周的时间,这个令国人骄傲的跻身世界电信设备领域前 10 强的巨人瞬间陷入困境,不但公司业务全面停止,而且面临“休克”乃至破产的危机。^③

那么,何为“创新”?笔者认为,首破僵局即为“创”,不囿成见乃为“新”。此即钱学森先生所言的“艺术修养”。这是因为,艺术修养的真谛在于创造,而非复制与摹仿,当然更非“山寨”。^④无论是科学技术的创造,还是刑法学术的创新,其目标不是为了证明人们的已知,而是旨在开启人类的未知。虽然每个学科都有自己的创新模式和路径,但是历史已经证明并将进一步不断证明,不管是自然科技的重大飞跃,还是社会治理的重要进步,永远形成于不同学科毗邻的地带与其相互跨越的交流之时,出现在研究者被迫跳出自己专业视阈的瞬间。^⑤

不仅如此,鉴于我国现代化进程的加快,特别是经济全球化时代的来临,作为国家治理终极体现的法律制度,不管是理论的静态构建抑或实务的动态运行,已绝非片面的法律专业知识所能独立解决。自 1776 年英国经济学家亚当·斯密的《国富论》出版以来,在世界现代化的进程中,“国民财富是专业化和劳动分工的函数”已被各国奉为圭臬。因此,在现代世界各处也就形成了这样一幅为人们司空见惯的景象:伴随着劳动分工的越发专业,专业的划分也日趋精细,而行业形成于专业,于是,不同的行业便如雨后春笋般涌现;然而,“在许多情况下,浑然一体的风险和机会是如此之复杂”,^⑥致使过分专业化的社会运作体系在风险的识别和应对上往往争议不断、难以达成共识,同时行业区分的过分精细又使得不同领域的专业化精英在对方眼中无异于“文盲”,因而在应对跨学科的社会风险尤其是系统性社会风险问题时,精英的方案在控制社会风险的同时,又往往孕育乃至滋生出更多的风险,甚至引发难以察觉与想象的灾难。^⑦

而限于我国传统法学教育模式及其课程设置,实体法与程序法等各部门法之间,看似“鸡犬之声相闻”,实则“老死不相往来”,专攻程序法的学者往往陌生于实体法的发展,精通刑事法的大家常常疏忽于民商法的原理与行政法的运行,至于法学与其他自然科学、人文社会科学的相互贯通,在现今刑法学研究中更是极为罕见。法学专业在各自领域不断辛勤耕耘取得本专业发展的同时,却暗藏着研究视野狭窄和知识结构单一的问题,不仅使刑法人才培养质量难以满足法律实践活动的需要,而且在一定程度上已经成为阻碍刑法学研究创新能力的提升、制约我国刑法学研究从外延式规模发展向内涵式创新跃进的“瓶颈”。

以“风险刑法”的研究为例。自 20 世纪 70 年代以降,围绕“风险”所展开的学术研究发展成为一场规

① 参见陈正云:《刑法的经济分析》,中国法制出版社 1997 年版,第 1 页以下。

② 参见刘仁文:《死刑的温度》,生活·读书·新知三联书店 2014 年版,第 1 页以下。

③ 参见李正豪:《美国禁令使中兴休克 折射中国缺“芯”之痛》,http://www.cb.com.cn/zjssb/2018_0420/1232125.html,2018-04-22。

④ 参见田宏杰:《中国法学创新人才的培养》,《光明日报》2014 年 7 月 2 日。

⑤ 参见郭广生:《创新人才培养的内涵、特征、类型及因素》,《中国高等教育》2011 年第 5 期。

⑥ [英]安东尼·吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,生活·读书·新知三联书店 2000 年版,第 130 页。

⑦ 参见田宏杰:《“风险社会”的刑法立场》,《法商研究》2011 年第 4 期。

模盛大的学术争论——“风险刑法”之争。我国刑法学界对此问题的关注和研究虽然起步较晚,但是自从2005年刘国良编译德国著名刑法学家乌尔斯·金德霍伊泽尔教授的《安全刑法:风险社会的刑法危险》^①一文,以及劳东燕博士在我国率先提出风险刑法理论的命题^②以来发展迅猛,从2008年至今,以风险社会为主题的硕士、博士学位论文和理论专著就有900余篇。^③各篇论文虽然研究视野不同,分析论证有别,且无不从德国学者贝克等人提出的风险社会理论切入,但是论者对风险刑法的态度却分化为较为明显的阵营。持第一类观点者主张,由于在风险社会中传统刑法学的局限性日益凸显,因此应在原则上坚持传统刑法学的同时例外地建构风险刑法学的理论体系。例如,黎宏教授提出,就大多数犯罪而言,应当捍卫责任主义、维持传统刑法学中的责任原则,只有在应对新兴犯罪时,刑法才可以作出较为缓和的例外规定。^④又如,陈晓明教授认为,为应对风险社会之风险,亟须在传统刑法之外建立在理念、作用以及结构等方面有别于传统刑法的风险刑法,只有两者并存才可以弥补传统刑法的缺陷。^⑤相比之下,第二类观点在事实上虽然承认风险社会的概念,但是并不像前一类观点的持有者那样力主建构风险刑法的理论体系,而是强调在这一现象不可避免的情况下,倡导用刑事责任的基本原则对风险刑法进行规训和制约。^⑥第三类观点则是坚守传统的刑法学理论,否认风险刑法的正当性。这一类观点的基本共识有二:一是虽然风险社会确实存在,但是并未随之诞生出一种新的风险刑法学理论;二是传统刑法的基本立场在风险社会中也应当坚守。^⑦笔者赞同第三类观点,并认为主张在传统刑法学理论体系之外构建风险刑法学理论体系的观点,实际上是试图用刑法来完成本不该由其承担的任务,是风险社会新型的“刑法万能主义”的体现。

其实,“风险社会”作为一个概念,是对人类目前所处时代特征的描述。现代社会的风险不是来自无知,而是来自知识:来自公众风险意识的提升和理性风险文化的未能同步发展;来自专业化的精英在一个日益片面的狭窄领域较他人知晓得越来越多,而同时却对自己专业领域以外的其他问题如一般公众那样陌生以至于存在片面的正确;来自社会治理以国家为中心、国家治理以精英为中心的传统社会治理模式的坍塌。因此,风险社会特征在当下的日渐凸显,其实暗含以国家为中心的治理理念的捉襟见肘与刚性传统法治模式的胶柱鼓瑟,风险社会问题的解决“不符合启蒙运动开列的知识越多控制越强的药方”。^⑧为应对风险社会带来的冲击,就社会治理而言,不管是治理主体的更新还是治理方式的转换,所孜孜以求的,其实并非国家权力的不断扩张,而是其理性的限缩,是多元化治理体系的提出与推行。^⑨

从这种意义上讲,笔者认为,治理决策的民主化、治理主体的多元化、治理方式的柔性化、治理空间的社会化,才是现代社会治理体系建构和现代社会治理能力培养的核心。作为法治国家社会治理核心方式的法律,特别是作为其他部门法保障法的刑法,在风险社会所积极追求的,非但不是刑事处罚权运行的过分前置和对刑法社会保护功效的片面主张,相反,却是对刑法谦抑性理念的科学解读和坚定捍卫。而在刑法制度中,这一理论的直接产物就是社区矫正的兴起。

无论是在发展的时间进度上还是在实质的内涵特征上,风险社会理论首先是作为一种社会治理理论为英国社会学家安东尼·吉登斯等人于20世纪60—70年代所倡导,即社会治理第三条道路的提出;继而

① 参见[德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《安全刑法:风险社会的刑法危险》,刘国良编译,《马克思主义与现实》2005年第3期。

② 参见劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期。

③ 经用中国人民大学图书馆搜索引擎进行文献检索,2007—2018年,全国有关风险刑法研究的学位论文和著作共940篇(本),其中专著39本,学位论文901篇;2009—2018年间共有研究文献881篇(本),其中专著38本,学位论文843篇。

④ 参见黎宏:《对风险刑法观的反思》,《人民检察》2011年第3期。

⑤ 参见陈晓明:《风险社会之刑法应对》,《法学研究》2009年第6期。

⑥ 参见劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期。

⑦ 参见齐文远:《刑法应对社会风险之有所为与有所不为》,《法商研究》2011年第4期;夏勇:《民生风险的刑法应对》,《法商研究》2011年第4期;陈兴良:《“风险刑法”与刑法风险:双重视角的考察》,《法商研究》2011年第4期;刘明祥:《“风险刑法”的风险及其控制》,《法商研究》2011年第4期;田宏杰:《“风险社会”的刑法立场》,《法商研究》2011年第4期;刘艳红:《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》,《法商研究》2011年第4期;苏彩霞:《“风险社会”下抽象危险犯的扩张与限缩》,《法商研究》2011年第4期;于志刚:《“风险刑法”不可行》,《法商研究》2011年第4期;张明楷:《“风险社会”若干刑法理论问题反思》,《法商研究》2011年第5期。

⑧ [英]安东尼·吉登斯:《超越左与右》,李惠斌、杨雪冬译,社会科学文献出版社2001年版,第27页。

⑨ 参见田宏杰:《“风险社会”的刑法立场》,《法商研究》2011年第4期。

进入社会治理第一道防线的行政法领域,于 20 世纪 80—90 年代引发行政法领域所面对的重要变革——社会公行政的崛起;最终引起作为行政法保障法——刑法——的反应,即 21 世纪前后出现的以社区矫正为核心的非监禁刑制度、2008 年前后以恢复性司法为指导理念的刑事和解制度、2009 年量刑规范化改革等在我国刑事司法实践中的推行。

笔者认为,视野的宽度决定研究内容的深度与广度。明确这一点,对于刑法学研究尤为重要。作为其他部门法保障法的刑法,无论是犯罪圈的立法划定,还是条款用语的司法解读,均不能局限于刑法的单一视野,而应扩展到整个法秩序的王国;否则,不仅易生刑事法律司法适用之“片面正确”而有碍刑事正义的实现,而且因刑法学理论研究的自我封闭而难以实现理论的重大突破甚至陷入理论误区,而这正是近来有的学者批判象征性立法的原因,^①也是刑事立法犯罪圈的扩张与刑法谦抑性之间关系紧张^②的理论研究误区的根本症结所在。

确实,刑法与刑罚的品性应当是内敛、紧缩的,而非恣意、张扬的,刑事处罚权乃是法治国家为利益保护与秩序维护所运用的“最后手段”,根据限制公权力之帝王原则——比例原则——的要求,如果不动用刑法就能实现人们所期望的社会治理目标,那么就必须否定刑罚的正当性。^③但是,由刑法在法律体系中的保障法地位所决定,刑罚界限的限缩或扩张并非孤立绝对的,而是有其参照的基准,并随其参照的基准语境的不同而呈现出不同的表现形式。详言之,刑法的谦抑性起源于刑事立法的谦抑性,完成于刑事司法的谦抑性。就前者而言,只要刑事立法的犯罪圈没有超出相应民事前置法或者行政前置法设定的违法圈,那么刑事立法就没有丧失刑法谦抑性的品格;就后者而言,只要刑事司法实际惩治的犯罪圈没有超出刑事立法划定的犯罪圈,那么刑事司法也就坚持了刑法谦抑性原则。

由刑法的威慑机能所决定,刑法条文与规范的存在,在宣告严重扰乱民商法律秩序或者行政法律秩序并违反前置法的侵权违法行为存在被认定为犯罪进而被追究刑事责任的同时,恰如一把悬在民商事行为或者行政活动等社会活动各当事人头顶上的“达摩克利斯之剑”,既实现了刑法的一般预防目的尽收威慑功效,又保障了前置法的顺利施行和实现。此即刑事立法的威慑作用。若行为人置刑事立法对前置法保障之威慑于不顾,不仅实施了违反前置法的违法行为,而且达到了刑事司法追诉的标准,则有必要启动刑事司法程序,通过对前置法上的法律责任和刑法上的刑事责任的共同追究,协同配合前置法将被犯罪破坏的前置法律秩序予以有效恢复,从而实现法秩序上的否定之否定,使民商事经济活动或者行政管理活动回归正常法律轨道。

笔者一直主张刑法应备而不用,即“刑事立法之备”与“刑事司法不用”两者相得益彰,能用刑却不用刑就能实现用刑所追求的预防犯罪的效果,才是刑法威慑效用最大化的表现,更是刑法用刑所应追求的最高境界。而由我国当下刑事立法的犯罪圈远较前置法上的违法圈小的现实所决定,刑事立法扩张与刑事司法限缩的并行不悖,非但不是对刑法谦抑性的背离,相反却是作为部门法之保障法的刑法谦抑性在司法实践中的理性选择。因此,笔者认为,刑法条文备而不用(所谓的象征性立法)其实正是刑法威慑机能的精义所在。

三、路径审视:我国刑法学研究的现实关切

法学是应用学科。所有法律问题的产生都源于现实社会,而所有法律问题的解决均致力于保障与恢复现实社会关系。诉讼的案结事了,既需要法律人精研法理,又需要法律人洞明世事、练达人情;既要求法律人准确适用法律,又要求法律效果与社会治理效果的统一。因与刑事司法改革实践存在一定的脱节,我国刑法学理论研究呈现出“量”的增长和“质”的繁而不荣,不仅在一定程度上滞后于司法实务的改革探索,

^① 参见程红:《象征性刑法及其规避》,《法商研究》2017年第6期。

^② 参见马克昌:《危险社会与刑法谦抑原则》,《人民检察》2010年第3期;何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期;等等。

^③ 参见林山田:《刑罚学》,台湾商务印书馆1985年版,第128页。

而且培养出来的刑事法律人往往熟知德、日等国的刑法学说,却对中国刑法的规定一知半解;痴迷坐而论道式的纯粹逻辑推演,忽略甚至生疏于百姓生活经验法则和我国社会治理实践,以致判决中绝对正确的逻辑有时推导出在现实生活中难以发生的荒谬结论,从而引发公众质疑,进而降低乃至削弱司法的公信力和法律的权威。

实际上,刑事司法实践中的疑难案件大部分难在对案件事实的认定上,小部分才难在对刑法的适用解释上。事实认定的关键在于证据,而刑法适用解释的疑难其实不在刑法自身,而在于对刑法与相关行政法尤其是经济行政法之间的关系及其法律规定的解读。众所周知,1997年以来的10个刑法修正案所增设的新罪90%左右是行政犯。对于行政犯的法律属性及其法律适用解释乃至法律责任的实现,不仅理论歧见纷呈,而且实务困惑繁多。例如,对于超过行政处罚时效但符合犯罪构成的行政违法行为,行政机关不得进行行政处罚,那么司法机关能对其进行刑事追诉吗?随着信息时代和物联网时代的来临,诸如“抢帽子交易”等各种新型操纵行为层出不穷,操纵证券、期货市场行为的本质应当如何界定?等等。上述问题的解决,从理论上讲,既横跨刑事法与行政法、实体法与程序法等诸多法律领域,又关涉国家权力配置尤其是行政权与司法权的关系及其架构运行;从操作性上讲,涉及行政执法与刑事司法衔接机制的构建,尤其是行刑衔接的程序安排和相应的证据转化。加之不同法律体系的语境不同,刑法与行政法的关系有别,因而行政刑法学的研究,既是包括我国刑法学在内的传统刑法学理论体系发展所必须直面的严峻理论挑战,也是我国刑事司法实践及其改革亟须解决的重大实践难题。

然而,对于行政刑法这一重大现实理论问题的研究,21世纪初期的我国刑法学界只有极少数学者涉及,2005年以后我国刑法学界对此问题的关注虽有增加,尤其是李晓明教授、刘艳红教授和笔者对行政刑法学理论体系建构所作的努力丰富和发展了我国行政刑法的研究,但仍然存在以下不足:一是行政刑法研究进展十分缓慢,不仅未能提出、发现、定义行政刑法新问题,而且许多老问题虽经多年研讨至今仍然聚讼纷纭。例如,学者们对于行政刑法的属性究竟是属于行政法还是属于刑事法抑或两者兼具至今莫衷一是。^①二是尚未形成有效的学术交锋。例如,在行刑衔接程序的设计上,刘艳红教授主张的刑事优先^②与笔者主张的“以行政先理为原则,刑事优先为例外”,^③不仅在时间跨度上相距较远,未能形成理论争鸣与学术交锋,而且未能在此基础上推动刑法学理论共识的达成。三是尚未形成学术理论体系。李晓明教授多年来一直致力于行政刑法研究,先后出版了《行政刑法学导论》^④等系列著作,对行政犯罪从内涵解读到责任实现进行了详尽的研究,但其研究视角主要是基于刑法的关照,即从刑法学的角度看待行政法的相应规定和运行,而不是以行政法为源头来审视并展开行政刑法的本体性研究,从而距离行政刑法学理论体系的建构尚有距离。刘艳红教授和周佑勇教授合著的《行政刑法的一般理论》一书主要围绕行政刑法的性质和研究范围展开研讨,为行政刑法学的学科建设做出了贡献,但对行政刑法学中诸多具体问题的关注稍显不足。例如,他们主张,我国的贪污贿赂犯罪应使用“国家公职人员”这一表述而非“国家工作人员”,其理由是《联合国反腐败公约》中使用了“公职人员”和“外国公职人员”等表述,我国立法应与其保持一致。^⑤可是,《联合国反腐败公约》中只是使用了“public official”一词,直译为“公共官员”,而其究竟是应当被意译为“国家工作人员”还是“国家公职人员”,其实只是个翻译问题,并非我国立法表述与之不一致的问题。而笔者虽经10年行政法尤其是经济行政法的学习,并在实体法层面提出了“前置法定性与刑事法定量并

① 参见李晓明:《行政刑法属性的论争及其定位》,《北方法学》2007年第10期;李晓明:《论刑法与行政刑法的并立》,《法学杂志》2017年第2期。

② 参见刘艳红、周佑勇:《行政刑法的一般理论》,北京大学出版社2008年版,第1页以下。

③ 参见田宏杰:《行政犯罪的归责程序及其证据转化——兼及行刑衔接的程序设计》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)2014年第2期。

④ 参见李晓明:《行政刑法学导论》,法律出版社2003年版,第1页以下;李晓明:《行政刑法学》,群众出版社2005年版,第1页以下;李晓明:《行政刑法新论》,法律出版社2014年版,第1页以下。

⑤ 参见刘艳红、周佑勇:《行政刑法的一般理论》,北京大学出版社2008年版,第87页。

重”的行政犯之法律属性主张,^①以此作为行政犯立法规制与司法适用解释的规则;在程序法层面,立足于“以行政优先为原则,以刑事先理为例外”的行刑衔接的程序构建及其相应的证据转化规则,基本勾画了行政刑法学的理论框架,但也仅具有论纲的性质,尚需在刑法的主观主义与客观主义路径选择、犯罪论、刑罚论以及罪刑各论等刑法学基础理论和具体问题中展开研究,并加以进一步验证、丰富和完善。

不仅如此,“书面的法律和实际上的法律是不同的,而我们所应注重的是实际上的法律。法理学也有两种:一种是专重抽象原则不顾实际效果,一种是着重于法律在实际上对于社会生活的贡献。前者是机械化的法理学,后者是人事化的法理学;前者是虚无缥缈,不切实用的,后者是脚踏实地,对症下药的;前者是伪科学,无的放矢的,后者是真科学,讲究利益的权衡的”。^②这恰恰是英、美等国刑法学的精髓。霍姆斯、卡多佐、爱德华·柯克等一个个在英、美等国法治乃至世界法治发展进程中熠熠生辉的名字,成就他们的并非其辉煌巨著,而是其在漫长的司法实践中探寻司法规律、实现社会公平正义的司法经验汇积和理论提炼。无论是其个人成长,还是其理论发展,进程主要有二:一是到历史中发掘,所谓一页历史抵得上万卷逻辑;^③二是在实践中探寻。历史其实是已逝的现实,实践不过是鲜活的现实,其本质都是对“理论是灰色的,实践之树常青”观念的践行,其根基都是美国的实用主义哲学。

相较之下,基于德国的哲学思辨传统,德国不仅盛产哲学家和发达的法哲学思想,而且其学术研究也醉心于理论的精美甚至繁复,与有着同样甚至更为悠久的哲学思辨传统的中国学界心性相合。而讲求实用,注重经验理性,推崇定罪交由普通民众组成的陪审团裁决的英、美等国刑法,其理论性不够厚重,并且刑事判例卷帙浩繁,研习掌握殊为不易。加之中国刑法学者留学,或者东渡近邻日本,或者远游欧陆德国,致使中国刑法学研究在外国刑法、比较刑法研究领域形成言必称德、日而几乎不论英、美之势。这不仅与我国刑事司法改革中的程序法路径、证据法规则主要借鉴英、美等国经验形成鲜明对照,而且因英、美等国刑法学研究在中国刑法学研究版图上的严重缺失而难以获得经验理性主义的精髓——问题意识,致使我国刑法学研究论著文献的多产繁荣与我国刑法学研究的理论创新,尤其是有重大理论价值和实践意义的刑法问题的提出及其理论建构未能形成有机的良性互动。

受此影响,在我国刑法学研究文献中,不仅形式主义的问题严重,而且标新立异的创见盛行,真正既有理论洞见又有现实关怀,既能科学有效地解决社会现实问题又能指引我国刑事法治未来发展方向的研究成果并不多见。21 世纪首位诺贝尔经济学奖得主斯蒂格利茨曾在其所著的《经济学的又一个世纪》中指出:“20 世纪的经济学家患了‘精神分裂症’,即微观经济学和宏观经济学的脱节,这种脱节既表现为研究方法上的难以沟通,又反映出二者在意识形态上的分歧和对立。”^④而这其实也是我国当下刑法学研究学术创新不足、问题意识不强、理论发展滞后于司法改革的根源,更是我国高等法学教育人才培养模式的弊端所在。

事实上,科学与知识的增长,“永远始于问题,终于问题——愈来愈深化的问题,愈来愈能启发大量新问题的问题”。^⑤法学作为一门社会科学,因其研究对象具有特殊性,尤其需要不断地在“问题”尤其是中国问题的引导下取得理论上的突破,进而给法律本身的演进和法律实践提供有益的指导和持续的智力支持。因此,21 世纪的中国刑法学研究,不仅应当从纸上谈兵转变为对现实世界法律问题的关注,而且应当以炉火纯青的分析方法和对我国重大现实问题的敏锐把握为核心。唯有如此,培养出来的刑法学人才能

^① 前置法定性与刑事法定量的统一,既是对行政犯犯罪的司法适用解释规则,也是刑事立法罪状设定的规范原则,具体指犯罪的危害本质和违法实质取决于前置法的规定,而犯罪量的具备,亦即性质相同的违法行为与犯罪行为的区别界限,包括犯罪构成的确立和追诉标准的设定,则在于刑法的选择与规定。参见田宏杰:《行政犯的法律属性——兼及刑事犯罪的定罪机制》,《法学家》2013 年第 3 期。

^② 吴经雄:《法律哲学研究》,清华大学出版社 2005 年版,第 224~225 页。该观点源自美国哈佛大学法学院前院长庞德教授于 1908 年在《哈佛法律评论》上发表的《机械化的法理学》一文。

^③ 美国联邦最高法院前大法官霍姆斯指出:“法律的生命不是逻辑,而是经验。”[美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社 2006 年版,第 2 页。

^④ [英]杰弗里·M. 霍奇逊:《经济学是如何忘记历史的:社会科学中的历史特性问题》,高伟等译,中国人民大学出版社 2007 年版,第 2 页。

^⑤ [英]卡尔·波普尔:《猜想与反驳——科学知识的增长》,傅季重、纪树立、周昌忠等译,上海译文出版社 2005 年版,第 320 页。

成为具有科学问题意识和突出创新能力的卓越法律人才,而不是简单重复前人研究成果的刑法学工匠;也唯有如此,我国刑法学前沿的开拓,才能真正成为我国乃至世界法治发展方向的指引,而不是对国外刑法学前沿的急于追赶乃至盲目追随。

四、使命反思:我国刑法学研究的本质坚守

从表面看,刑罚只是恢复被犯罪所侵害的社会秩序的一种规范控制手段,是社会对犯罪的一种反应;而从本质看,正是刑罚制度而不是犯罪构成,才使刑法成为一门独立的部门法。不仅如此,“刑事制裁总是同一定的体现为价值观念和道德标准的社会紧密相连,因为刑罚度(刑罚的量和质的统一)本身就是一种文化形式。尽管一个犯罪事实(如杀人就是把人杀死)千百年不变,但是社会文化不断发展,这个犯罪的制裁就会随之不断变化”。^①可以说,刑罚不仅是社会文化不可分割的组成部分,而且是社会文化最深刻、最本质的反映和表达。“刑罚的历史,本来就是人的历史,这里记录着人生观的变化。”^②

正是基于此,从刑事古典学派的报应主义立场到刑事近代学派的预防主义主张以及第二次世界大战后崛起的新社会防卫论对行刑社会化的倡导,从肉体刑和生命刑并行到生命刑和自由刑并重乃至以非监禁刑为中心的刑罚制度及其执行的变革,无不凝聚着众多社会学家和刑法学家毕生的心血并闪耀着其智慧与人性的光辉。毫不夸张地说,刑罚制度的设计和刑罚执行制度的变迁,既是一个国家文明发展进程的缩影和表徵,又是推动社会文化演进和人类文明发展的动力,从而与社会文化的变迁、人们观念的变化和社会时代的变革一起,共同创造出波澜壮阔的人类社会发展历史。

纵观我国刑法学研究,犯罪论研究的丰满与刑罚论研究的骨感尤其是刑事执行法学研究的严重贫血形成强烈的对照。笔者以“刑事执行”“刑罚执行”“监狱执行”“监狱行刑”“社区矫正”和“非监禁刑”为关键词,对 2008 年至 2017 年共 10 年间在中国期刊网上发表的学术论文成果进行了文献检索,并对检索数据进行整理(参见表 1),从中不难发现,除社区矫正因刑事立法修订之故而在研究数量上比较可观外,我国刑法学界近 10 年来对刑事执行的研究实在太过冷清。

表 1:中国刑事执行法学研究论文数量表(2008—2017)

年度	刑事执行	刑罚执行	监狱执行	监狱行刑	社区矫正	非监禁刑
2008	120	252	20	15	682	113
2009	131	307	25	15	732	103
2010	150	392	24	23	1 075	133
2011	134	454	33	17	1 442	178
2012	131	429	27	24	1 459	172
2013	127	362	31	26	1 153	125
2014	119	393	43	26	1 500	125
2015	288	468	28	14	1 396	113
2016	279	400	35	16	1 133	73
2017	265	315	21	8	1 014	48
总计	1 744	3 772	287	184	11 586	1 183

而当刑罚进入现代化之后,如何实现其矫正罪犯的目的更是成为新的世界难题。传统矫正方法,无论是康复模式还是新刑罚主义最终都因为高耗低效而宣告失败。面对居高不下的再犯罪率、饱受诟病的财政赤字和人满为患的监狱系统,各国政府及司法工作者都在开始向外探寻更为行之有效的矫正方法。在此背景下,发端于医学领域、中兴于人文社会学科的循证实践理论适时而至,其提供的一整套来源于实践

① 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社 1996 年版,第 39 页。

② [日]福田平、[日]大塚仁:《日本刑法总论讲义》,李乔等译,辽宁人民出版社 1986 年版,第 206 页。

并服务于实践的研究思路,在以实践为导向的矫正活动中找到了良好的契合点,进而生成循证矫正理论——以证据为基础的矫正或“遵循证据进行矫正”,即“在矫正领域内,实践者在所研究的证据中,遵循最佳证据原则,结合实践者个体矫正经验,在矫正对象的配合下,针对矫正对象犯因性特点,开展高效矫正的一系列矫正活动”。^①其核心特征在于如何依据“最佳证据”规则对矫正对象进行个别化矫正,该矫正涉及实践者、矫正对象以及矫正活动之间的关系。

须指出的是,循证矫正重在矫正所依赖的证据进行分析、研究和评估,从中择出最能对符合矫正对象犯因性特点进行有针对性矫正的“证据”,此即所谓“最佳证据”。可见,“最佳证据”的筛选和运用,不是单纯理论研究的空洞化、符号化、抽象化和形式化的再现,而是体现出实践与理论相结合的矫正思路,进而确保充实化、现实化、具体化和实质化的矫正效果的收获。至此,实践者褪去了一厢情愿,矫正方法告别了毫无数据支持的臆想,矫正结果既面向当下又承载未来。西方国家日臻完善的体系化研究和广泛实践得出的喜人数据,都让循证矫正理论变得令人难以抗拒,结合我国国情的择善而从乃大势所趋,矫正活动终于可以告别“看上去很美”的虚无,而进阶为“看得见的正义”了。

当笔者在课堂上与刑法学博士生、硕士生们讲到循证矫正在外国的理论研究和实践时,如果说研究生们的茫然表情让笔者感到诧异,那么学生们对此领域研究的漠然神色则使笔者深感忧虑。因为正是这样的漠然、冷清乃至近乎无声的研究状况,导致我国刑法学研究在刑事司法改革中的集体缺席,进而使得我国刑法学研究错失一次又一次不断提升并为我国法治建设做出更多学术贡献的良机。以量刑规范化改革为例,量刑答辩程序究竟应该如何设计?自2000年北京市东城区人民检察院在全国率先尝试量刑规范化改革^②到2009年6月1日最高人民法院决定在全国120多家法院开展量刑规范化试点工作以前,对于这一问题,不仅我国刑法学界几乎无人关注,而且刑事诉讼法学界也少有学者问津。2010年最高人民法院发布《人民法院量刑指导意见(试行)》,并与最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》,决定自2010年10月1日起在我国人民法院全面试行量刑规范化改革,以陈卫东、陈瑞华、宋英辉等教授为代表的我国刑事诉讼法学界,开始对量刑答辩问题展开深入研究,而量刑答辩程序的设计一直是争论的焦点。

其实,量刑答辩程序设计的关键不在程序法,而在刑事实体法上的罪刑关系本质。由罪刑法定原则所决定,罪是刑的前提,有罪才有刑,而刑是罪的结果,有刑才有定罪的必要。这既是罪刑法定原则所决定的罪刑之间辩证逻辑关系的体现,也是刑事司法谦抑的应有之义,更是2012年修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》第142条第2款规定酌定不起诉的明确要求。此外,虽然量刑情节是定罪情节以外的犯罪事实,但是证明定罪事实和量刑事实的证据却往往交织在一起难以截然分离,尤其是主观方面的犯罪故意或者犯罪过失、犯罪动机和犯罪目的的证据认定。因此,在定罪程序终结并判决以后再启动量刑程序,不仅使得涉及定罪事实与量刑事实的证据被重复认定,从而导致司法效率的低下和诉讼资源的浪费,而且因定罪程序与量刑程序的截然分立,使得刑对罪的制约作用难以发挥。更令人担忧的是,对于可处刑可不处刑、可判缓刑可不判缓刑的刑事案件,一旦判决有罪,再启动量刑程序,因定罪与量刑程序的分隔以及司法投入的巨大,最终判处免于刑事处罚或者判处缓刑的可能性会大为降低。^③因此,相对独立的刑事审判程序更为科学,即定罪程序与量刑程序分开独立进行,但前后相接不中断,定罪程序结束后即启动量刑答辩程序,庭审程序全部终结再一并作出刑事判决。其中,定罪程序与量刑程序均由法庭调查和法庭辩论两部分组成,只不过,定罪程序的法庭调查和法庭辩论围绕定罪事实的认定及其法律适用展开,量刑程序的法庭调查和法庭辩论则以量刑情节的认定及其法律适用组成。

^① 王平、安文霞:《西方国家循证矫正的历史发展及其启示》,《中国政法大学学报》2013年第3期。

^② 2000年6月9日,北京市东城区人民法院对被告人宋楠职务侵占、挪用资金、诈骗一案作出判决。该案审查起诉及量刑建议工作由时任东城区人民检察院副检察长的温长军组织指挥,由全国“十佳”公诉人邹开红出庭支持公诉。这是我国检察机关首次在庭审中尝试提出量刑建议。

^③ 参见田宏杰:《生命之思:东检院挂职感怀》,载孙谦主编:《检察论丛》(第16卷),法律出版社2011年版,第377页。

令人欣慰的是,上述状况在悄然发生改变。针对刑法修正案从静态层面对死刑控制所作的努力,我国刑法学界对于死刑的适用和执行给予了高度关注。其中,时延安教授从我国的国家性质、社会制度及国家职能出发,提出死刑的存在既有违我国宪法以及主流政治学说所确定的国家性质和职能理论,又与我国现时社会发展水平不相适应。废除死刑,既是社会主义国家实现“每个人的自由发展”的必然要求,也有利于明确人民民主专政社会主义制度国家中公民与国家的关系。^①冯军教授则就死刑控制的操作提出了明确的构想:“刑事法官只有掌握并且运用规范论的立场来适用死刑,才能消弥我国目前在死刑适用上遇到的困境和产生的乱象。‘罪行极其严重’是指行为人的犯罪行为及其造成的危害后果在违法性和有责性上都极其严重,要根据刑法分则中配置死刑的条文所描述的罪状,参照刑法分则中把死刑作为绝对确定的法定刑来配置的条文所描述的罪状,综合判断行为人的犯罪行为是否属于‘罪行极其严重’;要从《刑法》第 50 条第 1 款关于死刑缓期执行期间执行死刑的规定中推导出‘不是必须立即执行’的条件,即,如果应当被判处死刑的犯罪分子确实不存在再次实施情节恶劣的故意犯罪的危险,对他就‘不是必须立即执行’死刑;但是,如果行为人在犯下某一应当判处死刑的极其严重的罪行之后,又犯下另一情节恶劣的故意犯罪的,对他就‘必须立即执行’死刑。”^②

五、结语:刑法学中国学派的呼唤

没有人能够预测未来,但创新决定未来。在中华文明伟大复兴的征程中,中国刑法学研究不仅应走在刑法学国际学术的前沿,而且必须能够发现、定义和引领刑法学发展的国际潮流;刑法学的中国学派不仅要在刑法学国际学界顶天立地,更要在刑法学国际学界开天辟地!这既是中国刑法学人应有的胸怀和气魄,更是正在崛起的负责任之中国刑法学人必须承担的责任。而学科交融的研究视野拓展、实践关切的问题意识培养、刑法使命的批判思维养成,应当成为我国刑法学研究未来努力的方向。唯有如此,中国刑法学者才能成为世界刑法学有价值问题的发掘者、有批判思维的思考者、有创新理论的建构者;也唯有如此,中国刑法学者才能在科学重构中国现代刑法学理论体系的同时,既回应中国社会治理的现实呼唤,又引领世界刑法学发展的潮流。

责任编辑 田国宝

^① 参见时延安:《死刑、宪法与国家学说——论死刑废除的理论路径选择》,《环球法律评论》2017年第6期。

^② 冯军:《死刑适用的规范论标准》,《中国法学》2018年第2期。