

刑法理论：对抗中求得发展 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_88_91_E6_B3_95_E7_90_86_E8_c122_485974.htm 【关键词】刑法理论

对抗 发展 在刑法学领域没有固定不变的、唯一正确的真理性认识，理论始终处于发展过程中。刑法学的发展必须在学派论争、对抗中形成；发展决不是在将某一家理论、某一派理论先行定为“金科玉律”之后再对其仅仅作小修小补。这一点在大陆法系刑法学的发展进程中表现得特别充分：刑法学领域自18世纪以来的就在刑事古典学派与刑事实证学派的旗帜下展开的“学派之争”，使得犯罪论、刑罚论的许多问题被反复地、深入地讨论，对抗的激烈程度远远超过我们今天的想象。正是由于两派在理念与方法上均存在重大差异，也正由于他们的杰出贡献，现在我们才可以有机缘看到：在犯罪论中，就共犯的本质、共犯的范围、着手的判断、未遂犯与不能犯的区别等问题而言，往往存在正反两方面的观点；对同一种犯罪行为的认定和处理，也大多有两种以上的方案供人们选择。由此以来，犯罪的辨别机制、处理机制可能就会更趋于合理，刑法理论也可能更对社会负责。因为某一派刑法学者要论证自己的观点正确，必须费尽心思，甚至可以说是殚精竭虑。真理在学派论争与对抗过程中越辨越明。处于对抗背景下的刑法学，不仅仅要求得理论本身的自足与圆满，在体系上“讲得通”，还要考虑社会现实和社会需要。只是理论上讲得通的理论，如果不能有效地惩治犯罪，不能积极回应社会的需要，就会出现“软肋”，遭受对手的攻击，也容易被社会所摒弃。因此，在今天的中国，对于刑法学

领域学派论争与对抗的意义必须加以重视和强调。对于这一点，国内学者在20世纪80年代初就已经注意到了。例如，当时出版的教科书中，就有关于“近代刑法理论中的两大流派”的详尽讨论，这样的做法并非毫无意义，而是有的放矢的，惜乎其意义并未被多数人所认识。90年代后期以来，张明楷教授就呼吁要形成学派论争，但是几乎无人应答。陈兴良教授对刑法启蒙思想的整理和刑法学派对立的意义发掘，也是需要刑法学研究者进一步关注的。陈兴良教授在近10年的研究中，始终重视研究方法的更新和研究范围的拓展，这些都为未来刑法学对抗局面的形成奠定了基础。上述学者做了一些开创性的工作，思考了中国的问题，同时放眼未来，理论意义重大，不可小视。在这些理论成果的引导下，我自己也做了一些细微的工作，主要表现在以法治理念为试金石，考察刑法思想史上学派论争的本体论、问题及其出路。我的结论是，中国刑法学要取得长足发展，必须坚持刑法客观主义立场，重视法益概念的基础功能，同时在当前公众的法规意识比较欠缺的时代背景下，要突现规范对于社会生活的重要性，以行为无价值论为基础建构理论体系。在将来刑法规范健全、公众的规范认同感逐步确立的情况下，再考虑以结果无价值论为基础建立理论体系，以实现从规范违反说到法益侵害说的过渡。所以，我最近仔细讨论了如何建立公众的刑法规范认同感这一有意义的问题。应当说，刑法实践和理论如何考虑国民的规范意识，如何获得公众的认同，是一个极其重要的和复杂的问题，妥善处理这一问题，对于刑法学体系的完善意义重大。但国内关于这一问题的研究还十分欠缺，我自己的思考也很不成熟，希望有机会再就这一问

题进行更高层次的讨论。我承认，不同的学者可能有不同的刑法学理论体系，这是十分正常的。体系多元化是学术发展的基础，由此，学术研究才会有自己的风格，有独特性，才能有创造性见解。不过，体系的建立，必须建立在不同学者之间公开的观点交锋、论争过程中，理论建构绝不是闭门造车、自说自话，更不是不着边际的胡言乱语。当前，中国刑法学的根本问题是没有形成健全的对话、抗争机制，浅层次的重复性研究太多，缺乏创新，而深层次的研究缺乏，这既表现在对刑法理论的哲学基础、宪政基础很少追问，也表现在对具体问题缺乏深入分析，例如共同犯罪、间接正犯、不作为、原因自由行为等重大复杂问题，应该是反复、深入讨论的对象，反而研究不多，这不是一种正常现象。中国刑法学要取得真正的发展，根本的出路在于密切关注司法实践和社会实践，立足于解决有中国特色的具体问题。这一效果的达到与学术论争与对抗的出现须臾不可分离。在对抗中发现问题，从而讨论一些刑法学中的“真”问题，理论体系的合理建构才有可能。例如犯罪构成问题，来自于苏联，并在中国目前处于通说地位的传统“四要件论”有一些道理，但是在保障被告人的辩护权方面也有明显不足，所以，应当鼓励人们探讨刑法学中的这一核心问题，学术探讨决不能固守目前的理论，排斥其他观点。又如，教科书的改革，论文写作方法的变革，学术规范的建设等，都需要学者们从不同的侧面，在不同的出发点上加以讨论。离开了学术对抗，就不会有刑法学的学术创新；离开了学术对抗，对刑法学者形成健全的人格也绝无好处，否则，刑法学者就会缺乏广博的胸怀，不能广泛采纳他人意见，害怕批评，不敢正视他人的观点

。刑法学上的对抗，不是相互抬轿，反而要“刺刀见红”，短兵相接，对事不对人，尊重对方的人格和探索精神，为促进刑法学发展这一根本目的的实现而努力。惟其如此，才有可能在刑法学领域建立“学术共同体”。中国刑法学界目前与法国、日本、韩国等大陆法系国家学者都有一些学术交流，但是，如果我们没有自己真正的学术共同体，我们固守目前的犯罪构成理论，就无法与对方实现真正的对话与沟通，交流就只能停留在浅层次。当然，我们不是单纯为了与他们对话、接轨才改造固有理论。改造现有理论的根本动机在于现有理论的确没有考虑司法实践的复杂情况，没有考虑对辩护要求的满足。犯罪构成理论不改革，共犯论、犯罪形态理论等相关问题，都是不可能取得长足发展的，合理的刑法学体系就不可能搭建。实事求是地说，当前的刑法学界，的确有些人不喜欢理论对抗，只喜欢听他人对现有理论体系唱赞歌，甚至“当面不说，背后乱说”。这样的做法，说得客气一点，是固守传统；说得不客气一点，则是由于缺乏创造力，惧怕他人的创新。因为越不能创新，就越害怕批评，就越是“在背后搞小动作”，这可能会使刑法学未来的发展陷入僵局。不过，在我看来，中国刑法学中“学派论争”局面的形成终究是一个无法阻挡的趋势。中国刑法立法中带有很多刑法主观主义的色彩，有的刑法学者事实上对刑法主观主义的部分立场持支持态度，这实际上代表了一派立场。与此同时，另一派学者的主张也开始展示，例如，张明楷教授就始终坚持刑法客观主义，并着力展示法益保护的意義，围绕结果无价值论建构自己的理论体系，从而在研究进路上独树一帜。在学术论争过程中，以刑事古典学派理论为基础，以客

观主义为出发点建立的刑法学理论所具有的重要性、合理性会被更多的人所认识。中国刑法学如果在此基础上规范化地研究几十年，其发展是有希望的。所以，我的结论是：如果能够在刑法学研究中形成学术规范，结成学术共同体，在多数人认同的基础或者平台上集中精力讨论诸如犯罪成立理论、不作为、因果关系、共犯论、犯罪形态、刑罚正当根据等根本性问题，使刑法学研究走上规范化的轨道，并出一些高水平而不是相互抄袭的教科书，中国刑法学的前途肯定是光明的。但是，这一目标的实现，必须依靠学术对抗、论争局面的形成，只有在对抗、论争中发现问题，争论问题，中国刑法学才能赢得长足、实质发展的契机。当然，学术对抗、论争局面的真正形成，绝非一朝一夕之功，而是一个历时性的过程。在此过程中，需要处理两重的关系：一方面，刑法学上的学术论争原则上只涉及定罪量刑的“技术性”问题，与所谓的政治立场关联不大，不要在苏联刑事法制实践已经明显失败的情况下，把继受苏联刑法学的政治意义人为夸大。必须看到，如果意识形态或者“意识形态化”的一些观念上的障碍不克服，学术对话机制不会确立，刑法学就不会有突破性进展。这决不是危言耸听，而是实实在在的结论。另一方面，学术论争必须有序化，必须遵循相应的原则，应当防止理论上的孤芳自赏、自说自话。当然，这并不排斥研究方法的多元化，只要研究的过程和结论考虑了法律的精神，考虑了刑法的合目的性，考虑了公众的刑法认同感，就是值得肯定的。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com