

【综合研究】

# 论中国特色刑法学话语体系： 贡献、局限和完善

姜 敏

**【摘要】**自中华人民共和国成立以来,我国刑法学取得了较大成就,刑法学研究产量甚众,话语繁多,形成了独立的学科和话语体系,刑法学呈繁盛之势。但繁盛的研究现状掩盖了刑法学话语体系的结构性和理论偏差,出现了一系列问题,比如刑法学学术话语输出不足,回应实践新问题的方案质量欠佳;本土化的概念和理论较少,输入的话语水土不服;刑法史成为“番外篇”;学术话语的内容、视角、方法和理念存在重复性生产等,这导致我国刑法学在国内有话语却无话语权,在国际上不仅无话语权,而且还处于“失语”或“无语”的缺位与边缘化的状况。改善这种困境首先应强化刑法学的主体性意识,以提升学术质量为核心,通过学术创新避免重复性生产;还需改善刑法学的输入方式,充分利用中国的现实和历史的本土资源以提炼话语供给。在提升学术质量的前提下,应增强刑法学的学术自信,积极为全球化犯罪和各国刑法面临的共同问题提供中国方案,并通过“以语通外”、搭建国际交流平台和积极参与国际上的刑法对话等方式,增强中国刑法学研究成果在国际上的传播效率。

**【关键词】**刑法学;学科体系;学术体系;话语体系

**【作者简介】**姜敏,西南政法大学外国与比较刑法研究中心教授。

**【原文出处】**《环球法律评论》(京),2022.4.21~34

**【基金项目】**本文为作者主持的2021年度西南政法大学校级重点课题“预防刑法‘领域化’的生成机理和体系定位研究”(2021XZNDZD-02)的研究成果。

## 一、学术话语体系的构成

哲学社会科学话语体系的影响力由话语和话语权的大小决定,而话语权的大小则由话语的质量决定。但学术话语体系中的话语和话语权不是日常生活用语,有必要理清其学术性含义。同时,还必须根据含义解析其构成要素。

“话语”具有重要的表意功能,《现代汉语词典》对“话语”进行了简单的解释,即话语就是“言语,说的话”。<sup>①</sup>很显然,这不是学术话语中的“话语”的全部含义。这表明,话语是近些年才在学界兴起的术

语。“话语,即语言,作为意识的外化,是人类进行社会生活必需的最为基本的功能。”<sup>②</sup>话语通过一系列概念形成诸多陈述,从而表达主体的思想和意识,阐述客体的意义和价值。

“话语权”是指说话的权利和说话的权力的统一。有学者认为学术话语权就是“相应的学术主体,在一定的时空范围内、学术领域中所具有的主导性、支配性的学术影响力”。<sup>③</sup>这是从本体意义上进行的阐述,学术话语权也即学术的主导性或支配性的学术影响力。还有学者认为:“学术话语权就是在学术

领域中,说话权利和说话权力的统一,话语资格和话语权威的统一,也就是‘权’的主体方面与客体方面的统一。权利着重指行动者作为主体所具有的话语自由;权力则着重指主体作为权威话语者对客体的多方面影响。”<sup>④</sup>该界定也认为话语权就是指的影响力,但对“权”进行了解构,从而把话语权分成了“权利”和“权力”两种。前者侧重资格,后者侧重权威。笔者认为这种解构性分析有一定价值,因为学术话语权包含影响力、评判力、引领力和应用力等要素,但这些力量的获得必须依靠主体所具有资格或能力,比如创造更新权、意义赋予权和学术自主权等等。同时,还必须依靠主体的学术身份所具有的指引导向权、鉴定评判权、行动支配权等。这些力量“合力”便决定了话语权的有无与话语权的大小,最终决定学术话语的质量以及其是否易于解释和传播。

2016年5月17日,习近平总书记在哲学社会科学工作座谈会上发表讲话,正式提出了构建中国特色哲学社会科学话语体系。此次会议强调了马克思主义在哲学社会科学领域的指导地位,且强调其作为构建中国特色哲学社会科学话语体系的指导思想是中国发展历程赋予的规定性和必然性;除此之外,在建构路径上也提出了重要方法,强调了把握好中国优秀传统文化资源的重要性,因为“中国古代大量鸿篇巨制中蕴含着丰富的哲学社会科学内容……为人类文明作出了重大贡献”。中国特色哲学社会科学话语体系的建构,是要扩大中国学术话语的影响,即要“打造易于为国际社会所理解和接受的新概念、新范畴、新表述”,让国际社会知道“哲学社会科学中的中国”。<sup>⑤</sup>这意味着哲学社会科学话语体系建设是中国的重大问题,更是理论界和学术界面临的重大而紧迫的时代课题。刑法学也属于哲学社会科学,具有极强的理论性和实践性,其话语体系的质量和水平既影响哲学社会科学话语体系,也影响刑法理论和刑法实践。自1949年中华人民共和国成立到现在,在立法上,刑法从无到有、从粗略到细致、从不健

全到日益完善;在学术研究上,刑法学也取得了重大成就,且成了独立的学科,呈现出繁盛的景象。但是,一个学科的话语体系的水平和质量不是由成果的数量决定的,而是由“话语权”的大小决定的。从既有的刑法学研究、话语内容和话语权重的现状看,中国现在的刑法学话语体系存在很大局限,其发展前景也面临挑战。因此,必须在总结1949年以来刑法学取得的巨大贡献的基础上,理性审视其话语体系存在的问题,并找出完善的路径以推进刑法学及其研究的深度发展。

## 二、中国刑法学话语的贡献及其话语特征

1949年以来,刑法学研究不断完善和发展,研究水平和创新能力有所提高,对中国刑法学的完善和发展确实作出了很大贡献。有学者认为中国当代刑法学已筑起人权保障的法治根基,且其研究已奠定了中国刑法学走向世界的基础。<sup>⑥</sup>

新中国成立后到20世纪50年代末是刑法的创立和初步发展时期,也是无“刑法典”的时代。从学术话语角度看,这个时期的学术话语的贡献和特征是:第一,在吸收和模仿苏联刑法学体系的基础上构建我国新的刑法学体系。为此,学者们翻译出版了一批苏联的刑法学研究成果。如1950年出版的《苏联刑法总论》,1954年出版的《苏维埃刑法总则》,1955~1957年间出版的《苏维埃刑法论文选译》之第一、二、三辑等。<sup>⑦</sup>在某种意义上,这是具有积极意义的,对于我国刑法学的建立起到了重要的借鉴作用。第二,全面批判、彻底否定剥削阶级的法律观点。不仅废除了《六法全书》,而且在理论研究上,也对过去的法律理论和思想进行了否定和批评。第三,刑法学研究跟随和配合刑法典的起草工作,这个时期刑法学研究尽管不成熟,但为刑法学以后的发展奠定了基础。<sup>⑧</sup>由上述情况观之,此时的刑法学话语几乎没有主体性意识,处于模仿苏联刑法的状态。

20世纪50年代末到70年代末,刑法学研究进入徘徊状态,但并没有止步不前,在这一阶段,刑法学者主要进行了以下努力:一是研究刑事立法问题。

如在1961年开始了对《中华人民共和国刑法草案》的研究,且促使形成了1979年刑法之蓝本的刑法草案第33稿<sup>⑧</sup>这对1979年刑法的诞生具有推进作用。二是在当时的社会背景下,把刑法理论研究视为政治斗争的手段,甚至用“简单的政治分析替代深入的法律分析”,<sup>⑨</sup>破坏了刑法学作为一门学科的独立品格,产生了不利于刑法理论的发展与完善的效果。三是继续翻译和引介苏联刑法理论,如1958年出版了特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》<sup>⑩</sup>。四是开始对刑事政策进行研究,编印了如《法律课程学习资料(第二辑:刑事政策)》《刑事政策讲义》等成果<sup>⑪</sup>。

1978年党的十一届三中全会召开后,发出了“加强社会主义法制”的号召并提出了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的法制建设方针,到1997年新刑法出台之前的这一段时期,我国的法制建设以恢复重建、全面修宪和大规模立法为引领。<sup>⑫</sup>这个时期的主要学术话语包括:一是对1979年刑法进行研究。1979年刑法的诞生给刑法理论研究注入了新鲜血液,开启了刑法学研究的新局面。二是对特别刑法进行研究。这个时期除了1979年刑法外,共产生了25部单行刑法,还在197部非刑事法中设置了刑法规范。<sup>⑬</sup>三是对类罪、个罪进行研究。1979年刑法规定了具体的罪名,一些特别刑法中也有具体的个罪。学者对这些罪的构成、如何适用以及一般理论等问题进行了研究。四是对刑法基本理论进行研究。如高铭暄教授的《刑法学原理》、马克昌教授的《犯罪通论》和《刑罚通论》等就诞生于此时期。五是对中国刑法史进行研究。<sup>⑭</sup>六是有关外国刑事法的研究开始出现。<sup>⑮</sup>七是从1993年开始出现了对国际刑法进行研究的专著。<sup>⑯</sup>总体看,这个时期刑法学话语关注刑法基础理论与体系的建构,关注立法实践,开拓了新的研究课题,对外国刑法学、比较刑法学和国际刑法学等问题进行研究,且均取得了显著成绩。

1997年至今,刑法学研究和刑事立法的发展进入繁荣时期。在此期间,1997年刑法、十一个刑法修正案、诸多的司法解释和立法解释的出台刺激了刑

法学研究,并促使刑法学研究走向繁盛。特别是进入21世纪后,社会变迁诱发的各种新型犯罪出现,更进一步推动了刑法学研究的发展。这一时期的刑法学研究除了延续复苏时期的话语外,其研究视角、研究内容、研究方法等更趋多样化。一是学术群芳争艳现象渐趋突显。学术争鸣热烈,学术观点多样,甚至出现了挑战极具权威的通说的学说立场,比如有的学者明确提出了“去苏俄化”。<sup>⑰</sup>德日犯罪构成和四要件犯罪构成的理论博弈便产生于这段时期,甚至迄今为止也余热未退。二是区际刑法研究出现。香港地区和澳门地区回归之后,内地和香港、澳门的交流频繁起来,学界也开始关注香港和澳门刑法。三是对社会变迁引起的刑法问题,如风险刑法、反恐刑法、人工智能刑法、网络刑法等的研究日渐成为热点或焦点。四是犯罪化与非犯罪化研判。美国刑法哲学家道格拉斯·胡萨克(Douglas Husak)认为:“除发动战争外,一个国家所做的任何决定,都不如决定将哪些行为通过刑法予以禁止及该行为应受到多大刑罚惩罚重要。”<sup>⑱</sup>中国当代刑事立法呈现出严重的犯罪化趋势,引起激烈的犯罪化与非犯罪化之争,且没有形成理论共识。<sup>⑲</sup>尽管赞成合理犯罪化的观点是主流,<sup>⑳</sup>但此争议涉及的基本问题,如根据之争等还会继续延续。<sup>㉑</sup>五是加重了对立法和司法实践的研究。

### 三、当代中国刑法学话语体系的局限及其表现

从前述分析看,我国的刑法学话语是多视角、多维度、多主题的。但从话语的内容看,中国刑法学话语体系存在较大偏差。这也导致无论是在国内还是国外,在学界还是在实务界,现有刑法学话语的话语权并不大。

#### (一)刑法学学术话语输出不足

我国刑法学学术话语在国际上的声音极小,甚至处于“缺位”与“边缘”的状况。“实际上我国哲学社会科学在国际上的声音还比较小,还处于有理说不出,说了传不开的境地。”<sup>㉒</sup>刑法学的学术话语也处于同样尴尬的境地:第一,我国刑法学话语体系尚未向

世界提供可供借鉴学习的中国刑法学概念、理论、理念或原则。当代中国刑法学学术话语出现有些学者言必称德日等域外刑法学理论的重要原因,还在于其本身的话语体系尚不完善。第二,无论是针对国际社会共同面临的犯罪问题,还是针对某些国家的特殊犯罪问题,中国刑法学在国际上仍然处于“失语”状态。即使有中国学者针对此类犯罪问题表达了立场和观点,也多借用域外刑法予以演绎。第三,中国刑法研究成果向外输出的比率极低。一个学科的学术话语权可通过其被翻译成外文在国外出版的情况予以考证。国外的研究成果已被大量翻译引介到中国,从而使其拥有了在中国学术界的话语权。但与之相对,中国刑法学者的成果却极少被翻译成外文在国外传播。以国家社科基金“中华学术外译项目”的立项情况为例,从2016年到2021年,中国刑法学的外译项目共有七项。<sup>⑧</sup>尽管中国刑法学在国际上的话语权不是由输出多少本专著决定,但输出语言基本上限于英语、德语、日语和俄语,至少在一定程度上说明中国刑法知识向外输出的效度不高。在中国刑法学发展的现阶段,还需要主动“走出去”,加强其在国际上的传播,从而获得国际话语权。第四,绝大部分域外刑法学者没有对中国的刑法研究给予足够的关注。

#### (二)刑法学话语的国内影响力有待提升

中国刑法学话语在国内的话语权也有待提升。一是其对当代刑法治理犯罪的影响、回应新问题之方案的数量和质量有待提升。刑法必须直面新的犯罪问题,刑法学在面对当代社会变迁时必须面对知识转型的挑战,如前述提及的犯罪化与非犯罪化的问题,恐怖犯罪和基因犯罪等新型犯罪,新立法模式以及不断涌现的司法难题等。但现有的研究无法给出优良的解决方案来应对司法实践的需求。二是本土化的概念和理论还不够丰富,必须进一步提炼本土化的话语。尽管随着近年来中国刑法学研究、立法和司法的发展,本土化的概念提出、理论构建和立法、司法实践经验有所增加,但与域外刑法的理论研

究和实践情况相比,还是有着不小的差距。概念和理论对于刑法学话语极为重要,甚至是刑法学的建立基础。当代中国刑法学原创性话语的稀缺,也使其话语权大打折扣。三是引进的话语存在水土不服的问题。关注国际学术动态并引入域外法学成果本是值得提倡的方法,但一些学者在引进域外刑法某些原理、学说和概念时,并没有考察其适用条件及其存在的社会基础和人文环境,“输入”中国后也没有对其进行本土化,导致水土不服。四是未能对1949年之前的刑法这一本土资源很好地继承和发扬,这方面研究话语的稀缺导致当代刑法学体系根源的缺失。五是话语的内容、视角、方法和理念有所重复。尽管中国刑法学研究成果的数量很多,特别是针对立法和司法的热点等均有积极回应,但其研究点、立场、视角的重复会导致虽然有量上的增加,但却对学术话语权的增加基本无太大助益。

#### 四、刑法学话语体系完善的关键:提升学术话语的质量

中国刑法学话语严重的“传不开”和“说不清”现象背后的实质问题是中国当代刑法学学术话语的引领力、影响力、竞争力较弱。要真正解决此问题,就应遵循话语权生成机理,提升话语的学术质量。

##### (一)话语权大小的决定因素:话语的学术质量

影响力是用一种能被接受的方式,改变事物或者他人的思想和行动的能力。影响力可分为两类,一是权力性影响力,二是非权力性影响力。国家权力具有影响力,但这是通过国家机器以及其他组成部分实现的,带有强制性。因此,国家权力的影响力是一种典型的权力性影响力。但学术话语权的影响力与此不同,其无法通过强制力获得,是一种典型的非权力性影响力。换言之,尽管学术话语权没有强制力,但其同样会产生影响力。

刑法学学术话语权也是一种非权力性影响力,且由话语的学术质量决定:“学术质量是形成学术话语权的核心要素。”<sup>⑨</sup>不同的刑法学话语对外界的改变是不同的,即其话语权的大小不同。但作为学术

话语,刑法学话语的非权力性影响意味着其不具有强制力。若要让外界能接受且因之发生改变,就必须使话语本身有价值。刑法学话语的价值由话语本身所具有的知识体现,但不同主体的话语以及话语本身的内容是有差异的,这也决定了话语的知识内涵不同,最终也就决定了话语是否能传得开或讲得清。刑法学话语尽管是抽象的概念,但其是由各种概念组成的对客观世界的一种陈述,反映了主体对于客体的认识状况。具言之,刑法学话语是刑法学研究主体对立法和司法活动、立法和司法中出现的问题、刑法学的各种理论等问题的认知。而刑法学主体的能力、兴趣、品质、格调、意愿以及其他个性特征的差异,使刑法学话语的内容、广度和深度等有差异,即话语知识的质量有了区分。“一个国家能否产生出具有感召力的话语体系,在于哲学社会科学理论创新和话语体系的质量。”<sup>⑧</sup>所以只有当学术话语具有权威的话语权,才能使学术研究具有引领力、实践力和竞争力。

(二)提升学术话语的质量:重视话语的知识和价值蕴含

学术话语权是话语权利和话语权力的统一,即话语权是话语资格和话语影响力的统一,实质就是“权”的主体方面与客体方面的统一。<sup>⑨</sup>此二者的统一,也喻示了“话语权”的生成:“话语权”是有话语资格或身份的学术主体,通过对客观事物的认识,以一定的方式提炼学术话语,并凭借学术话语蕴含的知识的质量,使话语产生影响力、评判力、竞争力、应用力和领导力等多重“权力”,由此形成“学术话语权”(见图1)<sup>⑩</sup>

学术话语权征表的是话语权的组成和影响话语权的一些因素。要提升刑法学的影响力,就应通过其涉及的这些因素提升话语质量,从而实现话语权的提升。刑法学学术话语权也是一种软实力,不能依靠强制力获得,其获得是话语主体的话语通过影响他人或者其他客观世界而获得。因此,刑法学学术话语权不是在对抗性诉求中获得,更不是依靠强

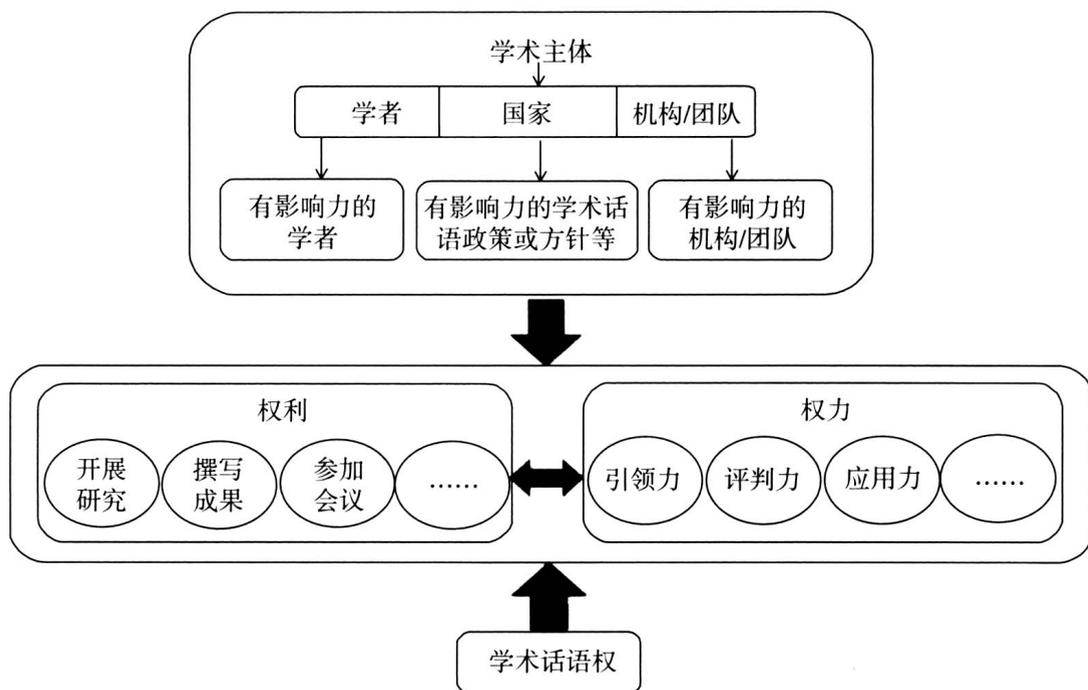


图1 学术话语权

制他人接受,当然也不能依靠自我确认或自我标榜获得,而是依靠学术话语蕴含的知识和价值的传播获得。换言之,只有刑法学话语蕴含的知识和价值被认可,才能获得影响力。<sup>②</sup>落实到刑法学话语体系的建设上,则意味着应使每个刑法学话语蕴含重要的知识,反映社会所需要的核心价值。

要使刑法学话语蕴含丰富的知识,就要重视这个生成过程以及这个过程中涉及的各个要素。其中,尤为关键的因素是学术主体。学术主体包括个体、机构和国家三个层面。当然,此处的“学者”应从广义上理解,既包括学术界从事学术研究的主体,也包括和刑法有关的专家型的法官、检察官、律师等。要从主体维度提高学术话语权,就应培养高素质的学术主体,支持和推动出版有影响力的学术成果,国家制定具有导向作用的学术政策或方针等。具有影响力的学术团队或机构也很关键,因为形成具有某种研究方向或者研究特征的团队或机构,比个体的学术主体更具有影响力,甚至单一的学术主体在具有影响力的学术机构/团队中,会获得更好的发展。“话语体系的生产机制、变革动力和表达效应与概念和命题的思想深度、关切广度及解释力度紧密相关。”<sup>③</sup>因此,拥有话语权的刑法学主体,就应基于实践和理论研究,发挥主观能动性,对社会现象、社会实践、司法与立法实践等进行认识,提炼和挖掘新概念、理论或命题,使刑法学话语体系的知识结构合理和科学,从而形成富含知识的学术话语和具有关切广度和解释力度的话语体系。

学术话语体系的价值体系是话语体系的核心内容,且比知识体系权重更高,其是由宗教信仰、价值取向、审美趣味、伦理道德、法治态度,乃至习俗、行为方式等构成的规范性言行准则。<sup>④</sup>因此,刑法学话语体系的完善,除了要通过概念、原理等提炼以完善知识体系外,还必须让其体现积极的被社会所认可的价值,话语的影响力、应用力和评判力的获得,依赖话语所传递的积极价值。刑法学话语不仅是一种刑法学知识,而且也体现了刑法学学术主体对某

种刑法问题的立场、观点,甚至体现了刑法学主体的世界观、人生观和价值观。从长远看,只有当刑法学话语具有被认可的价值,其才能经久不衰的被传播。有学者认为,每一种话语及其特征都具有合法性、合理性。<sup>⑤</sup>刑法学话语的合法性和合理性,在很大程度上也依赖其具有的积极价值。因此,刑法学话语体系的完善应重视以元理论、指导思想或原理等为基础构筑能被认可和接受的价值体系。

### 五、中国刑法学话语体系的当代完善路径

“新时代如何形成符合中国实际、富有中国特色的刑法学话语体系,以推进社会主义法治建设,是中国刑法学所面临的重大课题。”<sup>⑥</sup>刑法学话语体系在面对前述困境和当代社会转变的挑战时,应当探寻对其进行完善的路径。

#### (一)强化马克思主义法学理论对刑法学话语体系构建的指导作用

马克思主义法学的诸多内容值得继承和发展,其对当代中国法的指引价值是“为科学认识法律的阶级归属及其服务指向,提供了真正的切实点。以此为基础,社会主义国家在制定和推动法律实现时,应首先保证工人阶级的利益,进而促进其他补充型阶级协同”。<sup>⑦</sup>因此,如果真正按照马克思对法之阶级性的指引进行法治建设,而不是偏离或者歪曲其真实的含义,就能维护人民的权益。而马克思主义法学理论的其他内容,如经济决定法、法具有反作用、法的历史性、社会主义法治的东方道路等,对刑法学学术话语体系的建构也具有指引作用。

#### (二)强化刑法学学术研究的主体性意识

中国既有的刑法学学术话语体系存在结构性偏差,主要原因在于主体性意识缺失,从而导致话语在内容、方法以及认识上存在局限。因此,应强化学术主体意识以消弭这些局限。

##### 1. 强化学术主体的创新性以避免重复性生产

中国刑法学话语体系稀缺本土产生的理论与概念,主要是学术主体的研究水平不足,导致其在构建理论上和概念提炼上鲜有出色的表现。我国刑法学

作品体现出的理论构建雄心和能力尚有不足,很多仍然停留在引介、诠释西方刑法学理论的层面;在微观层面的概念提炼上也较为逊色。当然,中国刑法学也有中国特色的话语,比如宽严相济、罪刑平等、犯罪概念中的但书等,都是由我国刑事立法确立并经刑法理论凝练而形成的具有中国元素的刑法话语。<sup>⑤</sup>但是,这种中国学者自己创设的概念屈指可数。不仅如此,微观层面的概念也缺乏扩展性思考,没有形成一体化的诠释体系,更多的是在重复。因此,这些概念的影响力是很小的,导致其对话能力不足。要解决主体性问题,就必须促使研究主体进行创新,以深度研究替代重复性阐述,从而促进学术质量的提高。

## 2. 改善刑法学学术话语的“输入”方式

尽管中国的刑事立法历史悠久,但我国的刑法学研究起步较晚。作为刑法学研究的后发国家,对于刑法学理论中的共通性问题,应予以借鉴和引入。“建构自己的话语权并不意味着排斥人类文明的优秀成果”,<sup>⑥</sup>在我国刑法学学术话语暂处于“失语”与“无语”现状的情况下,还是应以开放的心态,借鉴域外刑法知识。当然,这种开放的心态不应是仰视的或不平等的,并结合中国实践进行转化。针对现状,至少应注意以下三点:

第一,必须对概念或原则等进行辨析。对于域外法,大多数学者阅读的是翻译版,而译者是用母语表达域外法学,因此导致外国法律体系中的概念与本国法律体系中的术语类似。比如中国刑法规定了“未遂”,英美刑法中也有“未遂(attempt)”。尽管二者在汉语表达上是相同的词语,但二者无论是形式还是实质均具有极大差别。美国《模范刑法典》第5.01条规定:“具有成立实质犯罪所要求的可责罚要求,并且实施了犯罪的实质步骤行为的构成未遂。”<sup>⑦</sup>而根据中国《刑法》第23条的规定,未遂是指已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞。姑且不论构成要素中行为到底有什么差别,英美法系刑法的“未遂”与中国刑法中的“未遂”的最明

显的差别是:前者是一种独立的总则性犯罪(一般规定在总则中),而不是犯罪的“形态”;后者则是指某种具体的个罪(如盗窃罪、抢劫罪等)的一种犯罪形态,而不是独立的罪。另一个重要的差别是前者无“犯罪分子意志意外的原因”这一要素,而后者则必须是犯罪分子意志意外的原因导致未完成,否则便可能是“中止”。因此,两者不能等同。又比如,中国和英美刑法均惩罚共同犯罪,且英美刑法中有“共谋罪”。但英美刑法中的“共谋”与其“未遂”一样,是“未完成犯罪”中的一种,且也是一种独立的总则性犯罪。<sup>⑧</sup>也即英美刑法中的共谋罪和共同犯罪不是一个范畴。但在大陆法系刑法和我国刑法中,“共谋”不是独立的犯罪,只是可能被纳入共同犯罪中进行惩罚的。这就是在借鉴中需要注意的“同形异义词”,即词语中的“假朋友”现象:术语看起来相同,但实则含义截然不同。因此,引入域外刑法知识的时候,必须克服概念辨析不足的现象。

第二,在深度、全面认知和掌握域外刑法学知识的情况下有甄别地引入。一方面,要对域外刑法学知识有深度和理性的认识。域外刑法知识还没有引介到中国前对于学者而言很新鲜。但这种新鲜不能成为引进的理由,更不能遮蔽其全貌。比如,针对德日刑法理论,很早以前就有学者指出,我国现有的研究对德国、日本刑法理论缺乏全面透彻的把握,存在着许多主观想象、任意猜测、妄加判断至刻意误读的现象,没有对德国、日本的以阶层犯罪论体系为核心的全部刑法理论及其历史演进进程的全面透彻的把握。<sup>⑨</sup>以德国刑法的教义学为例,德国学者已意识到德国教义学存在的问题,即德国教义学已造成在欧盟内部沟通困难,且其已阻碍德国法在欧洲法的舞台上发挥自己的影响,因而已处于可能被“边缘化”的危机中。<sup>⑩</sup>但在中国,德国刑法教义学依然是理论研究的热点。另一方面,不能局限一国或一个法系国家的刑法,而应“多看几家”,“货比几家”后做出合适的选择。很早以前,马克昌教授就提出:“首先广泛研究主要国家如德、法、意、日、俄、英、美等国的刑

法学体系,而不是限于某一个国家。”<sup>④</sup>比如,过去有些中国学者对英美法系刑法的认知存在偏见,认为英美刑法是判例法,其无法典、无理论甚至无法条规定。这是一种认知上的误区,原因在于缺乏对英美刑法的全面或深度认知。全面和真实把握域外法是评价或比较的基础,若无此基础,则会导致盲目的自信或气馁,得出无依据的或不正确的结论。

第三,结合中国的实践和现有制度进行本土化。当今,中国刑法学者把域外刑法知识引进之后,存在两种适用路径:一是“在我们自己已经形成的话语体系内尽可能地给有关域外理论和学说找到一个相应的位置”<sup>⑤</sup>二是用中国的实践问题来论证域外理论的正确性。但是,这两种情况均既无法强化中国刑法学学术话语权,也无法真正解决中国的特殊问题或疑难问题。仅仅是在既有话语体系中为其找“位置”,既无法改善中国刑法既有话语体系的质量,也无法提升其话语权。以中国司法实践中的问题来论证西方刑法学理论的合理性,并消极地接受其理论主张,显然并非构建中国刑法学话语体系的最终目标。不仅如此,这样产生的负面结果是进一步削弱了中国刑法学话语体系的地位。致力于中国的经验和材料论证域外现有的刑法学理论,就会忘记依据中国经验本身构建适合的刑法学理论。这又导致诸多刑法学者从国外看中国,用他国刑法图景看待中国。这样的结果往往是批判性的甚至标签式的,而不是解释性或构建性的。这也是前述刑法学者在研判中国刑法时,往往忽略来自中国自古至今的本土资源的重要原因之一。要避免这种情况,则在引进域外刑法知识时,要把其放到本国的实践中予以本土化,或者话语体系中加以消化和吸纳。<sup>⑥</sup>不能机械地“找位置”或“提供分析素材”,而是要有主体性意识,根据中国的具体情况进行“再创作”,避免水土不服。

### (三)增强刑法学学术话语走向国际的自信心

刑法学话语体系应当在国际社会有引领力、支配力和参与甚至主导全球刑法治理的权能。要解决

在国际上“失语”甚至“挨骂”的局面,还必须要有国际化视野,提升学术质量,增强走向国际的自信。

第一,为全球化犯罪的解决提供中国方案。犯罪全球化已是当今世界不可避免的趋势,<sup>⑦</sup>单凭一国之力难以彻底解决这些问题。各国刑法均对这些犯罪进行了规制,但从国际影响力和引领力看,还是域外一些大国的刑法对这些犯罪的规制更受关注,相关的原则或理念更被推崇。而中国刑法的相关规定或理念的作用或影响仅限于国内,在国际上缺乏实践的舞台或被传播的机会。其原因之一便是西方国家在应对全球化的犯罪问题上起着主导作用,并且包含着霸权主义的逻辑,其在刑事政策、立法、司法方面拥有绝对的话语权,甚至非西方国家常常遭到排斥。<sup>⑧</sup>面对此现象,一方面,中国刑法学界应有所坚持和甄别,不能一味地认为西方国家刑法具有优越地位,无原则地承认或使用西方国家的刑法范式。另一方面,中国应发挥自己的智慧,为应对全球化犯罪所遇到的刑法问题,提供高质量的“中国方案”。在治理全球性的犯罪中,后者是取得话语权的根本保障。

第二,积极主动解决各国刑法面临的共同问题。尽管各国刑法各有所长,如德国刑法的教义学熠熠生辉,英美刑法的判例法灼灼其华,但也有很多共同的话题或相同的问题。建构中国刑法学话语体系,不仅要用该话语体系解读中国刑法问题,还要有效解读世界各国共同面临的刑法问题。“刑法中既有世界性的共通问题,也有中国的特有问题。仅研究中国的特有问题不可能在世界范围产生影响力,不可能在国际社会享有话语权。”<sup>⑨</sup>对于刑法中的世界性问题,中国刑法学者有外国学者不具备的独特优势。中国实践、不同的社会形态、地缘因素、民族风俗、传统文化、宗教信仰等复合因素,使中国刑法学者具有不同的思维模式和不同的学术话语。如前述论及的,话语是主体见诸客体的结果,学者自身实践而产生的阅历、品性、人格等因素,也会影响话语的内容。因此,中国学者基于其“中国实践”的影响,也

会衍生不同的研究样本、研究视角和研究成果。中国刑法学者完全可以用中国视野来理解世界性刑法问题,甚至为其他国家的刑法问题提供理论支持。这不仅能促使中国刑法学话语的质量提升,而且能不断提升其话语权。

第三,“以语通外”以增强研究成果在国际上的传播效度。学术研究要在国际上传播,首先就应让人知晓研究的内容。中国学者的成果如仅使用汉语在国际上进行推广,难以取得良好的效果。“对外话语表达要充分重视话语受众地区语言的使用”,<sup>④</sup>因此,“如何把中国研究成果准确地转换为国际社会易于接受的语言形式,成为中国学术研究成果走向世界的主要障碍。”<sup>⑤</sup>中文著作外译是推动我国文化“走出去”的重要途径,而隶属国家社科基金的“中华学术外译项目”则为哲学社会科学领域的学术著作对外传播提供了有力的支持。从2010年以来的成果来看,法学类共有105项,涉及10种语言,其中,立项最多的语言种类前五名分别为:英文(71项,占比67.62%),日文(9项,占比8.54),俄文和韩文(各7项,占比6.67%)。为了扩大我国法学研究成果在国际社会的传播范围、提高法学学术话语权,需要继续向国外译介更多的优秀学术成果,一方面要提升成果数量,另一方面也要增加语言种类。为了加速中国学术话语在域外的传播力度,应重视“以语通外”,强化对学术主体外语素质的培训。

第四,搭建刑法学国际交流平台并设置恰当的研讨话题,积极参与国际上的刑法对话。刑法学学术话语体系不是自说自话,而是“自己讲”和“别人讲”的结合、“世界普遍性”和“中国特色性”话语的结合。而实现此结合,除了发表论文、出版专著等传播渠道外,还应通过搭建国际交流平台以进行“面对面”的交流探讨。在搭建国际话语平台时,要注意以下三个方面:一是注意筛选参与对话的学者。无论是国内还是国外的学者,尽量筛选与交流主题有所研究的学者。同时,对于国外的学者,尽量邀请一些具有影响力的学者参与。二是注意刑法话题的选

择。既然是国际性的话语平台,在议题选择时,不宜选择太过于狭小的问题。比如,仅仅在一个国家有一些影响的有分歧的案件,则不宜作为话题。当然,在选择话题时,应针对拟被邀请或可能愿意参加的学者的情况,选择大家比较感兴趣的话题,否则达不到交流的效果。三是提高学术交流的含金量。一方面,国内很多会议的学术含量需要进一步提高,在搭建国际性学术交流平台时,要秉承将其建设成中国的学术名片或窗口的理念,去掉诸多非学术的成分,真正让国际学者记住中国的学术。另一方面,中国刑法学者也应积极参与其他国家搭建的学术交流平台,剔除“学徒心态”,自信地展示自己的学术研究成果。

#### (四)重视从“本土资源”中吸取营养

中国刑法学话语体系的完善,应立足于中国的现实刑事法治实践和中国的本土资源,并从中吸收营养。

第一,对现实的刑法实践及其经验进行提炼和总结,并以提炼的话语“反哺”立法或司法实践。目前刑法学话语对刑法实践提供的方案之质量有待提升,这主要表现在两个维度:一是很多刑法学话语与实践脱节,即使其能做到理论上的自洽,却在应对实践问题时无能为力。换言之,刑法学是实践性很强的学科,但目前诸多话语与实践参照看,就是在自言自语。比如刑法学话语中的宪法对刑法的限制,虽有讨论但却没有具体方案和举措,因此,宪法限制刑法以保障刑法立法权不恣意扩张的话语,就是“纸上谈兵”;二是针对不断变化的当代社会以及其衍生的新刑法问题,刑法学话语还没有及时给出“良方”。如转型社会的矛盾和风险社会呼吁对风险的防控、高科技使用中的严重危害性行为、恐怖犯罪、跨国集团犯罪、环境污染与资源破坏犯罪、网络犯罪、金融犯罪、个人信息保护、犯罪化与非犯罪化、个人新生权利保护等问题均需刑法学提出解决方案。但从另外一个层面看,这些实践情况以及其引起的实践之需,也为中国刑法学话语的提炼提供了资源和机

会。中国法学话语的建构应“立足于中国法治实践和经验之上”。<sup>⑨</sup>从国家层面看,学界也提出了以对中国实践的创新性解读为基础构建话语体系的建议。<sup>⑩</sup>在当代中国,前述的诸多实践问题,引发了中国活跃的立法和万花筒似的司法,这是培养优质刑法学话语的肥沃土壤。针对立法与刑法学话语提升的问题,有学者甚至主张“应坚持以科学立法为引领,推进刑法学话语体系的发展”。<sup>⑪</sup>因此,作为当代的刑法学话语体系构建,必须关照立法实践和司法实践以及其中的重要问题,及时总结实践产生的新鲜经验,不断深化对其规律性的认识。

第二,从中国刑法史中寻找话语供给。中国刑法在中国法制史上有着浓墨重彩的篇章:“中国刑法史是法制史的重心。除了刑法史的法制史,便觉空洞无物。”<sup>⑫</sup>甚至有学者把中国刑法史几乎等同于中国法制史:“就中国的历史情形来看,一部中国法制史,其实很大程度上便是一部刑法史。”<sup>⑬</sup>中国近代以来,“西学东渐”全面推开,我国刑法发展割裂了对传统法制的承袭,转而以引进国外刑法为要义,从而造成了现代刑法学与刑法史的人为的割裂。尽管学界也有极少数的学者关注中国刑法史,但主要是法史专业的学者。因此,刑法史及其理念和价值成了中国刑法学研究的“番外篇”。中国古代刑法(尤其是中华法系解体之前的刑法)确实存在局限,但中国古代刑法无论是在理念上还是在制度上,均有值得传承的知识。从理念上看,古代刑法提倡的“仁恕关怀”“法中求仁”以防止错判错杀、平反冤狱,体现的是儒家的“仁者爱人”精神。从制度上看,古代刑法的“亲亲相隐”被视为民众的一项义务。到唐朝发展到“同居相为隐”;与此相适应,法律规定了强制亲属拒证制度,如《大明律》卷首就规定:“弟不证兄、妻不证夫、奴婢不证主。”<sup>⑭</sup>这些儒法合流的话语具有积极的价值,其“一方面展现了儒家君臣职分的礼法观念和法中求仁的刑罚理念,另一方面则充分记叙了法家的形式主义法理观念以及对于刑罚变革应该贴合社会现实的务实态度”,为法治建设提供了传统资源

借鉴。<sup>⑮</sup>因此,挖掘这些本土资源,并将其结合现代法治精神进行创造性转化,会为刑法学话语体系完善提供历史根据。

#### 注释:

①参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第七版),商务印书馆2016年版,第565页。

②参见高惠珠、李家珉主编:《中国道路与中国学术话语》,上海人民出版社2020年版,第2页。

③沈壮海:《试论提升国际学术话语权》,《文化软实力研究》2016年第1期,第97页。

④郑杭生:《学术话语权与中国社会学发展》,《中国社会科学》2011年第2期,第27-28页。

⑤参见习近平著:《在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》,人民出版社2016年版,第9、17、24页。

⑥参见高铭喧、孙道萃:《我国刑法立法的回顾与展望——纪念中国共产党十一届三中全会召开四十周年》,《河北法学》2019年第5期,第5-6页。

⑦参见张智辉:《回首新中国刑法学研究五十年》,《国家检察官学院学报》2000年第1期,第12页。

⑧参见高铭喧等主编:《新中国刑法五十年(上)》,中国方正出版社2000年版,第4-5页。

⑨参见刘仁文:《迈向良法善治》,载赵秉志、贾宇、张旭主编《新中国70年刑法的变迁与发展》,中国人民公安大学出版社、群众出版社2019年版,第21页。

⑩参见高铭喧等主编:《新中国刑法五十年(上)》,中国方正出版社2000年版,第7-9页。

⑪参见刘仁文:《迈向良法善治》,载赵秉志、贾宇、张旭主编《新中国70年刑法的变迁与发展》,中国人民公安大学出版社、群众出版社2019年版,第24页。

⑫参见张智辉:《回首新中国刑法学研究五十年》,《国家检察官学院学报》2000年第1期,第13页。

⑬参见张文显:《中国法治40年:历程、轨迹和经验》,《吉林大学社会科学学报》2018年第5期,第5-7页。

⑭参见高铭喧、赵秉志著:《中国刑法立法之演进》,法律出版社2007年版,第42页。

⑮参见高铭喧:《新中国刑法学60年发展的简要历程和基本经验》,载赵秉志主编《刑法学研究精品集III》(上册),北京师范大学出版社2012年版,第5页。

⑩参见何鹏著:《外国刑事法选论》,吉林大学出版社1989年版。

⑪参见张智辉著:《国际刑法通论》,中国政法大学出版社1993年版;邵沙平著:《现代国际刑法教程》,武汉大学出版社1993年版。

⑫参见马克昌:《刑法学60年反思》,载赵秉志主编《刑法学研究精品集锦Ⅲ》(上册),北京师范大学出版社2012年版,第17页。

⑬[美]道格拉斯·胡萨克著:《过罪化及刑法的限制》,姜敏译,中国法制出版社2015年版,“导论”第5页。

⑭参见姜敏:《系统论视角下刑法修正案犯罪化限制及其根据》,《比较法研究》2017年第3期,第70页。

⑮参见姜敏著:《刑法修正案犯罪化及限制》,中国法制出版社2015年版,第7页。

⑯参见姜敏:《论犯罪化的根据》,《中国刑事法杂志》2019年第3期,第63页。

⑰习近平著:《在哲学社会科学工作座谈会上的讲话》,人民出版社2016年版,第24页。

⑱分别为:高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》(俄文);张明楷:《犯罪论的基本问题》(英文);高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》(德文);陈兴良:《刑法的知识转型(学术史)》(日文);陈兴良:《刑法哲学》(英文);刘宪权:《金融犯罪刑法学原理》(日文)等七项。

⑲胡钦太:《中国学术国际话语权的立体化建构》,《学术月刊》2013年第3期,第6页。

⑳章安邦:《中国法学话语体系的建构与话语权的提升——第二届“走向世界的中国法哲学”国际研讨会综述》,《法制与社会发展》2016年第4期,第192页。

㉑参见郑杭生:《学术话语权与中国社会学发展》,《中国社会科学》2011年第2期,第27-28页。

㉒此图参照了学者文秋芳的分析,但基于论证的侧重点不同,笔者进行了修正。参见文秋芳:《中国应用语言学的学术国际话语权》,《现代汉语》2021年第4期,第440页。

㉓本文所称的影响力,是指用一种能被接受的方式,改变事物或者他人的思想和行动的能力,具体的评估要素包括学术质量的高低、社会传播面和关注度大小、对理论研究和司法实践的支持和推动的效果等。

㉔刘志强:《中国人权法学“三大体系”论纲》,《中国法学》2021年第6期,第47页。

㉕参见刘宗碧:《中国道路与中国话语体系和话语权问

题——基于知识体系和价值体系的观察》,载顾海良主编《北大马克思主义研究(总第4辑)》,社会科学文献出版社2015年版,第211-213页。

㉖参见李天鹏:《运思·言说·意义生成·阐释方式——中国古代文艺理论话语体系》,《中外文化与文论》2021年第3期,第70页。

㉗刘艳红:《以科学立法促进刑法话语体系发展》,《学术月刊》2019年第4期,第94页。

㉘王耀海:《马克思主义法学的十大原理——马克思主义法学探索之二》,《黑龙江社会科学》2016年第1期,第105页。

㉙参见刘艳红:《以科学立法促进刑法话语体系发展》,《学术月刊》2019年第4期,第94页。

㉚杨光斌:《有必要弄清“话语权”到底是什么》,《北京日报》2018年9月10日第3版。

㉛[美]美国法学会著:《美国模范刑法典及其评注》,刘仁文等译,法律出版社2005版,第77页。

㉜[美]约书亚·德雷斯勒著:《美国刑法纲要》,姜敏译,中国法制出版社2016年版,第57页。

㉝参见梁根林:《犯罪论体系与刑法学科建构》,《法学研究》2013年第1期,第12页。

㉞参见卜元石著:《德国法学与当代中国》,北京大学出版社2021年版,第36页。

㉟马克昌:《刑法学60年反思》,载赵秉志主编《刑法学研究精品集锦Ⅲ》(上册),北京师范大学出版社2012年版,第19页。

㊱刘仁文:《二十年来我国刑法学研究之观察》,《检察日报》2017年11月23日第3版。

㊲参见刘仁文:《再返弗莱堡》,《法制日报》2017年12月27日第9版。

㊳比如恐怖犯罪已是令各国恐惧的犯罪、网络犯罪变成全球化产业、有组织犯罪等跨国跨境犯罪层出不穷、全球金融犯罪对世界经济秩序构成重大威胁、生态全球犯罪严重破坏世界环境,等等。

㊴参见张文龙:《挑战与应对:犯罪全球化的主要表现及其研究》,《求是学刊》2017年第1期,第103页。

㊵张明楷:《刑法学中的概念使用与创制》,《法商研究》2021年第1期,第4页。

㊶方爱东等著:《当代中国主流价值话语生成机制研究》,光明日报出版社2021年版,第177页。

④李强、金虹利:《提升中国学术话语权的问题与思考》,《对外传播》2020年第12期,第35页。

④朱振:《加快构建中国特色法治话语体系》,《中国大学教学》2017年第5期,第30页。

⑤参见张文显:《在新的历史起点上推进中国特色法学体系构建》,《中国社会科学》2019年第10期,第37页。

⑥刘艳红:《以科学立法促进刑法话语体系发展》,《学术月刊》2019年第4期,第94页。

⑦蔡枢衡著:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第4页。

⑧高铭喧、赵秉志主编:《刑法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第1页。

⑨李拥军:《“亲亲相隐”与“大义灭亲”的博弈:亲属豁免权的“中国面相”》,《中国法学》2014年第6期,第91页。

⑩参见李德嘉:《传统历史叙事中的法理观念——以〈晋书·刑法志〉为中心》,《政法论坛》2021年第6期,第149页。

## The Chinese Discourse System of Criminal Law with Chinese Characteristics: Contribution, Limitations and Improvement

Jiang Min

Abstract: The development of criminal law in the PRC has gone through periods of founding, depression/stagnation, recovery, and prosperity. So far, great achievements had been made and an independent discipline and a discourse system have been established. However, the research paradigm, the content of discourse and the influence of discourse power of the current Chinese criminal law reflect the serious limitations of and huge challenges faced by its discourse system. The seemingly prosperous criminal law research and the immense amount of research results in China are mostly repetitive or non-original outputs and cover up the structural deviation of the discourse system of criminal law and the huge challenges faced by it. In terms of international academic influence, the discourse system of Chinese criminal law has not yet provided the world with any useful Chinese experience. With a low export rate, it is almost in a situation of "aphasia" or "speechlessness"; in terms of domestic influence, the number and quality of the responses to contemporary new issues by Chinese criminal law need to be improved. There are few localized and original concepts and theories. Imported foreign discourses are not acclimatized and, as a result of the high import rate, Chinese criminal law has become a market of foreign criminal law discourses. The rich knowledge contained in the history of Chinese criminal law has not been paid attention to and this field has almost become a "foreign chapter" of academic research. As a result of the repetitive production of contents, perspectives, methods, and concepts, Chinese criminal law has no discourse power both at home and abroad. The discourse power that determines the influence of the academic discourse system of criminal law is a kind of non-power influence, which means that it can be obtained not by force, but by the quality of academic discourse itself. To overcome the difficulties and meet the challenges faced by the discourse system of Chinese criminal law, we should first improve the academic quality by strengthening the subject consciousness of criminal law. The improvement of the subject consciousness of academic discourse involves academic innovation through academic subjects to avoid repetitive production; and improving the import mode of the discourse of criminal law, that is, fully analyzing the concepts and principles of foreign criminal laws on the basis of in-depth and comprehensive understanding and mastering the knowledge, introducing them discriminatively and localizing them in light of the situation of China. In addition, we should also make use of the local resources of China's reality and history to refine the discourse supply. On the premise of improving the academic quality, we should strengthen the academic self-confidence of criminal law, actively provide Chinese solutions to the problem of globalization of crimes and common problems faced by criminal laws of various countries, and enhance the international communication validity of Chinese criminal law research results by "communicating with foreign countries through language", building international exchange platforms and actively participating in international criminal law dialogue.