



● 陈兴良 / 著

# 刑法的知识转型【学术史】

(第二版)

**The Transformation of Knowledge in  
Criminal Law: Academic History**



● 陈兴良 / 著

# 刑法的知识转型【学术史】

(第二版)

The Transformation of Knowledge in  
Criminal Law: Academic History

藏书

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑法的知识转型·学术史/陈兴良著. —2版. —北京:中国人民大学出版社, 2017.10  
(陈兴良刑法学)

ISBN 978-7-300-25076-2

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法-法学史-研究-中国 IV. ①D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 253112 号

陈兴良刑法学

刑法的知识转型 (学术史) (第二版)

陈兴良 著

Xingfa de Zhishi Zhuanxing (xueshushi)

---

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	<a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a> <a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司	版 次	2012 年 11 月第 1 版 2017 年 11 月第 2 版
规 格	170 mm×228 mm 16 开本		
印 张	42.75 插页 4	印 次	2017 年 11 月第 1 次印刷
字 数	615 000	定 价	168.00 元

---

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



## 总 序

---

一个人开始对自己的学术生涯进行总结的时候，也就是学术创造力衰竭的时候。“陈兴良刑法学”这一作品集就是对我的刑法学研究生涯的一个总结，因此也是我的学术创造力衰竭的明证。

刑法学研究是我毕生从事的事业。与刑法学的结缘，始于1978年，这年2月我以77级学生的身份入读北京大学法律学系。1978年被称为中国改革开放的元年，这一年12月召开的中国共产党十一届三中全会确定了改革开放的方针。至于说到法制的恢复重建，是以1979年7月1日刑法等7部法律通过为标志的。从1949年到1979年，在这30年的时间里我国是没有刑法，也没有民法的，更不要说行政法。1979年刑法是社会主义中国的第一部刑法，从1950年开始起草，共计33稿，至1979年仓促颁布。这部刑法的起草经历了我国与苏联的政治蜜月期，虽然此后我国与苏联在政治上决裂，但刑法仍然保留了明显的苏俄痕迹。同时，从1950年代成长起来的我国刑法学家，基本上都是接受苏俄刑法学的学术训练，他们在荒废了20年以后回到大学重新执教，恢复的是苏俄刑法学的学术传统，我们是他们的第一批正规学生。1979年7月1日通过的刑法，生效日期是1980年1月1日。而根据课程安排，我们这个年级从1979年9月开始学习刑法这门课程。也就是说，我们是在刑法尚未生效的时候开始学习刑法的，课



程一直延续到 1980 年 7 月。一年时间，学完了刑法的总则与分则。对于刑法，我们只是粗略地掌握了法条，对其中的法理则不知其然，更不用说知其所以然。至于司法实务，更是因为刑法刚开始实施，许多罪名还没有实际案例的发生，所以不甚了然。大学期间，我国学术百废待兴，刚从“文化大革命”中走出来，受到摧残最为严重的法学学科几乎是一片废墟，我们经历了这个过程。现在很难想象，我们在整个大学四年时间里，每一门课程都没有正式的教科书，我们是在没有教科书的情况下完成学业的。也正是如此，我们阅读了大量非法学的书籍，基于本人的兴趣，我更是阅读了当时在图书馆所能借阅的大量哲学著作，主要是西方 17 世纪以来的，包括英国、法国、德国的哲学著作，对康德、黑格尔的德国古典哲学尤其着迷。因为原来就有一定的马克思主义哲学的基础，所以我对于马克思主义来源之一的德国古典哲学理解起来较为容易。这段阅读经历，在一定程度上培养了我的哲学气质，也对我此后的刑法研究产生了重大影响，我在 1980 年代后期至 1990 年代初期的刑法哲学研究，就是这段读书经历的衍生物。我在 1981 年年底完成的学士论文题目是《论犯罪的本质》，这就是一个具有本体论性质的题目。从这个题目也可以看出当时我的学术偏好。但这篇论文很不成功，只是重复了马克思主义关于犯罪的阶级性等政治话语，缺乏应有的学术性。因此，论文的成绩是良好而没有达到优秀。我的本科刑法考试成绩也只是良好，当时我的兴趣并不在刑法，后来只是因为一个偶然的原因才走上刑法的学术道路。

在我 1982 年 2 月大学毕业的时候，正是社会需要人才的时候，我们班级的大部分同学被分配到最高人民法院、最高人民检察院和中央机关，也有部分同学回到各省的高级法院和检察院，还有部分同学到各个高校担任教师，从事学术研究。而我们这些较为年轻的同学则考上了硕士研究生，继续在大学学习。我考上了中国人民大学法律系（从 1988 年开始改称法学院）研究生，师从我国著名的刑法学家高铭喧教授和王作富教授，开始了我的刑法学习生涯。

1982 年 2 月，我从北京大学来到中国人民大学。中国人民大学成为我接受





法学教育的第二所大学。正是在这里，我接受了最为经典的带有明显苏俄痕迹的刑法学的学术训练。我的硕士论文是王作富教授指导的，题目是《论我国刑法中的正当防卫》，这是一篇贴近司法实务的论文，也是我最初的论文写作。该文答辩时是4万字，后来扩充到20余万字，于1987年以《正当防卫论》为书名在中国人民大学出版社出版，成为我的第一部个人专著。到1988年3月获得法学博士学位的时候，我娴熟地掌握了已经在中国本土化的苏俄刑法学，这成为我的刑法学的学术底色。

1984年12月，我在硕士毕业的时候就已经办理了在中国人民大学法律系留校任教的手续，因此博士学位相当于是在职攻读。当然，当时课时量较少，没有影响博士阶段的学习。1988年3月博士论文答辩获得通过，论文是高铭暄教授指导的，题目是《共同犯罪论》，有28万字。这是我第一次完成篇幅较大的论文。博士论文虽然以我国刑法关于共同犯罪的规定为基本线索，但汲取了民国时期所著、所译的作品，例如较多的是日本20世纪30、40年代的作品，试图将这些学术观点嫁接到我国刑法关于共同犯罪的理论当中。其中，以正犯与共犯二元区分为中心的理论模型就被我用来塑造我国刑法中的共同犯罪的理论形象。后来，我的博士论文被扩充到50余万字，于1992年在中国社会科学出版社出版。以上在硕士论文和博士论文基础上修改而成的两部著作，是我早期学习以苏俄刑法学为基础的刑法知识的产物，由此奠定了我的学术根基。

从1984年开始，我在中国人民大学法学院任教，从事刑法的学术研究。在中国人民大学法学院，我完成了从助教到教授的教职晋升：1984年12月任助教、1987年12月任讲师、1989年9月任副教授、1993年6月任教授、1994年任博士生导师。及至1998年1月，我回到母校——北京大学法学院任教。在大学担任教职，培养学生当然是主业。但对于研究型大学的教师来说，学术研究也是其使命之所在、声誉之所系。因此，我将相当的精力投入刑法的学术研究，见证了我国刑事法治的演进过程，也参与了我国刑法学术的发展进程。在我自己看来，我在提升我国刑法研究的学术水平与拓展我国刑法研究的理论疆域这两方面





作出了努力，有所贡献。我的研究领域主要在以下五个面向：

### （一）刑法哲学

1992年由中国政法大学出版社出版的《刑法哲学》一书，可以说是当时篇幅最大的一部刑法著作，也是我的成名作，这一年我35岁，距离大学本科毕业正好10年。《刑法哲学》一书可以说是对过去10年学习与研究刑法的总结之作，完成了我对以苏俄刑法学为源头的我国刑法学的理论提升与反思，并且确定了我进一步研究的学术方向。这是我国整个法学界第一部采用哲学方法研究部门法的著作，因而受到瞩目。在《刑法哲学》的基础上，我于1996年在中国方正出版社出版了《刑法的人性基础》一书，并于1998年在中国人民大学出版社出版了《刑法的价值构造》一书。以上三部著作构成了我的刑法哲学研究三部曲，成为我的刑法学术研究的一个独特面向。

我的刑法哲学研究是在一种十分独特的学术生态环境下进行的，也是我在极度贫乏的我国刑法学中试图突破，寻求前途的一种学术能力。如前所述，当我在1980年代中期进入刑法学术界的时候，我国刑法理论还是苏俄刑法学的“拷贝”，当然也结合刚刚颁布的我国刑法进行了一些阐述。但从总体上来说，我国当时的刑法理论是十分肤浅的，这对于正处于知识饥渴阶段的我来说，是很不解渴的。1988年当我获得博士学位的时候，现有的刑法知识我已经完全掌握了。当时我国学术尚未对外开放，在一个自闭的学术环境中，我基于对拘泥于法条的低水平解释的刑法理论现状的不满，以为刑法理论的出路在于从刑法解释学提升为刑法哲学。因此，在刑法哲学的名义下，我对现有的刑法知识进行了体系化的整理，并试图探索我国刑法学的出路。在刑法哲学的三部曲中，《刑法哲学》一书是在对苏俄刑法知识的系统化叙述的基础上，以罪刑关系为中心建构了一个刑法学的理论体系，可以看作是对苏俄刑法知识的哲理化改造。如果说，《刑法哲学》一书还是以叙述刑法本身的知识为主的，那么，《刑法的人性基础》与《刑法的价值构造》两书则是对刑法的形而上的研究，实际上可以归属于法理学著作而非刑法学著作。这是在学术境况晦暗不明的情况下，从哲学以及其他学科汲取







知识，寻求刑法学的突破的一种努力。刑法哲学的研究从1990年持续到1996年，这是我从33岁到38岁这样一段生命中的黄金季节。尽管刑法哲学的研究给我带来了较高的声誉，但这只是我进入真正的刑法学研究的学术训练期。正是刑法哲学的研究使我能够把握刑法的精神与哲理，从思想的高度鸟瞰刑法学术。

## （二）刑法教义学

1997年我国完成了一次大规模的刑法修订，从这时起，我将学术目光转向刑法条文本身。1997年3月，我在40岁的时候于中国人民公安大学出版社出版了《刑法疏议》一书，这是一部以法条为中心的注释性的刑法著作，是我从刑法哲学向刑法解释学的回归。《刑法疏议》一书中的“疏议”一词，是一个特定的用语，不仅仅具有解释的意思，而且具有疏通的含义。我国唐代有一部著名的著作，称为《唐律疏议》，流传千古，被认为是我国古代最为重要的律学著作。《刑法疏议》这个书名就带有明显的模仿《唐律疏议》的色彩，这也表明我试图从我国古代律学中汲取有益的知识。我国古代的律学，是一门专门的学问。律学与现在的法学还是有所不同的，法学是清末从国外移植的学术，主要是从日本，以及通过日本而吸收德国的刑法知识。因为该书是对刑法条文的逐条注释，随着时间的推移，该书的内容很快就过时了。该书成为我的著作中唯一一部没有修订再版的著作，这次也同样没有收入“陈兴良刑法学”作品集。

2001年我在商务印书馆出版了《本体刑法学》一书，这是继《刑法疏议》之后又一部关注刑法本身的著作。但《本体刑法学》完全不同于《刑法疏议》：后者是逐条逐句地注释刑法条文的著作；前者则是没有一个刑法条文，而以刑法法理为阐述客体的著作。《本体刑法学》是《刑法疏议》的后续之作，力图完成从法条到法理的提炼与升华。《本体刑法学》这个书名中的“本体”一词来自康德哲学，具有物自体之义。我将法条视为物之表象，把法理看作是隐藏在法条背后的物自体。因此，《本体刑法学》是纯粹的刑法之法理的叙述之作。这里应该指出，在整个1980年代我国刑法学还是在一种与世隔绝的状态下进行学术研究





的。只是从1990年代初开始，随着我国对外开放，与国外的学术交流也随之展开。尤其是英美、德日的刑法学译著在我国的出版，为我国刑法学者打开了一扇学术之窗。从刑法的对外学术交流来看，最初是与日本的交流，后来是与德国的交流，这些都在相当程度上为我国的刑法学研究提供了学术资源。刑法学界开始对我国传统的刑法学进行反思，由此开启了我国当代的刑法知识的转型之路。

2003年我在中国政法大学出版社出版了《规范刑法学》一书，这是我的第一本刑法教科书，或者也可以称为刑法体系书。该书以我国的刑法条文为中心线索，完整地展开对刑法总论和刑法各论的知识铺陈，以适应课堂教学的需要。该书到目前已经出版了第三版，篇幅也做了较大规模的扩充。《规范刑法学》对于刑法总则的法理阐述是较为简单的，其重点是对刑法分则的分析。我国刑法是一部所谓统一的刑法典，所有罪名都规定在一部刑法之中，有近500个罪名，其他法律中都不能设立罪名。《规范刑法学》对这些罪名逐个进行了构成要件的分析。对于重点罪名分析得尤为详细，这对于正确把握这些犯罪的法律特征，具有一定的参考价值。除了刑法规定以外，我国还存在司法解释制度，即最高人民法院和最高人民检察院可以就审判与检察中涉及的法律适用问题作出解释。这种解释本身就有法律效力，可以在判决书中援引。自从刑法实施以来，最高人民法院和最高人民检察院作出了大量的司法解释，这种解释实际上成为一种准法律规范。《规范刑法学》一书中所称的“规范”，不仅包括刑法规定，而且包括司法解释。因此，《规范刑法学》尽可能地将司法解释融合到法理叙述当中，并且随着司法解释的不断颁布该书也不断进行修订。

2010年我在中国人民大学出版社出版了《教义刑法学》一书，这是一部以三阶层的犯罪论体系为中心线索，并对比四要件的犯罪论体系，系统地叙述德日刑法知识的著作。该书所称的教义刑法学，是指教义学的刑法学。该书以教义或曰信条(Dogma)为核心意念，以三阶层的犯罪论体系为逻辑框架，在相当的深度与广度上，体系性地叙述了刑法教义的基本原理，充分展示了以教义学为内容





的刑法学的学术魅力。该书对三阶层的犯罪论体系和四要件的犯罪构成理论进行了比较研究，是对三阶层的犯罪论体系的本土化的知识转换，为引入三阶层的犯罪论体系清理地基创造条件。该书是我为推动我国当代刑法知识的转型，以德日刑法知识取代以苏俄刑法学为底色的刑法知识所做的一种学术努力。

### （三）刑事法治

1998年对于我来说又是人生道路上的一个转折点，这一年1月我回到了母校——北京大学法学院任教。与此同时，从1997年到1999年我在北京市海淀区人民检察院兼职担任副检察长，这段挂职经历使我进一步了解司法实务工作，尤其是对于我国刑事诉讼程序的实际运作情况有了切身的了解，这对于我此后进行的刑事法治研究具有重要助益。这也在一定程度上使我的学术视野超出刑法学，建立了刑事一体化，即整体刑法学的观念，从而开阔了理论视域。2007年我在中国人民大学出版社出版的《刑事法治论》一书，就是这一方向的努力成果。这是一部面向法治现实之作，而且是以刑事司法实际运作为结构，贯穿了刑事司法体制改革中心线索。该书讨论了刑事法治的一般性原理，基于刑事法治的理念，我对警察权、检察权、辩护权和审判权都进行了法理探究：寻求这些权力（利）的理性基础，描述这些权力（利）的运作机理，探讨这些权力（利）的科学设置。同时，我还对劳动教养和社区矫正这两种制度进行了研究。尤其是劳动教养，它是中国独特的一种带有一定的保安处分性质的制度。但由于保安处分的决定权被公安机关所独占，其被滥用日甚一日。我在该部分内容中明确提出了分解劳动教养，使其司法化的改革设想。

刑事法治，是我在过去20多年时间里始终关注的一个现实问题，也是基于对我国的社会现状所进行的刑事法的理论思考，为推进这个领域的法治建设所做的一份学术贡献。尽管现实与理想之间存在巨大的差距，这种差距难免使我们失望，但学术努力仍然是值得的。我国目前正处在一个法治国家建设的关键时刻，既需要改革的勇气，也需要改革的思想。

### （四）刑法知识论

2000年我在《法学研究》第1期发表了《社会危害性理论：一个反思性检





讨》一文，这是我对深受苏俄影响的我国刑法学反思的开始。社会危害性是苏俄刑法学中的一个核心概念，被认为是犯罪的本质特征。正是在社会危害性的基础之上，建构了苏俄刑法学的理论体系。我国刑法学也承继了社会危害性理论，以及在此基础上的四要件的犯罪构成体系，由此形成我国刑法学的基本理论框架。对社会危害性理论的批判，成为我对苏俄刑法学的学术清算的切入口。2006年我在《政法论坛》第5期发表《刑法知识的去苏俄化》一文，明确地提出了去除苏俄刑法知识的命题，从知识社会学的角度展开对苏俄刑法学的批判，并对我国刑法知识的走向进行了探讨。其结论反映在我发表在《法学研究》2011年第6期的《刑法知识的教义学化》一文当中，这就是吸收德日刑法知识，建构我国的刑法教义学知识体系。在这当中，完成从苏俄的四要件到德日的三阶层的转变，可以说是当务之急。当然，我国的知识转型并没有完成，四要件的犯罪构成体系仍然占据着通说的地位，但三阶层的犯罪论体系已经开始普及，走向课堂，走向司法。围绕着以上问题的思考，我于2012年在中国人民大学出版社出版了《刑法的知识转型（学术史）》和《刑法的知识转型（方法论）》两书，为10年来我对我国刑法知识的研究画上了一个句号。刑法知识论的研究，使我从具体的刑法规范与刑法法理中抽身而出，反躬面向刑法学的方法论与学术史。这是一个刑法学的元科学问题，也是我的刑法学研究的最终归宿。

#### （五）判例刑法学

在我的刑法研究中还有一个独特的领域，这就是判例刑法学。我国传统的刑法学研究都是以刑法的法条为中心的，这与我国存在司法解释制度但没有判例制度具有一定的关联性。然而，判例对于法律适用的重要性是不言而喻的。因此，深入的刑法学研究必然会把理论的触须伸向判例。前些年，我国虽然没有判例制度，但最高人民法院公报以及最高人民法院刑事审判庭出版的案例选编等司法实际素材，为刑法的判例研究提供了可能性。我在法学院一直为刑法专业的硕士生开设案例刑法研究的课程，作为刑法总论与刑法各论学习的补充，受到学生的欢迎。在这种情况下，我以最高人民法院刑事审判庭出版的有关案例为素材，进行



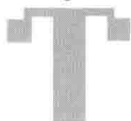


判例刑法学的研究，于2009年在中国人民大学出版社出版了《判例刑法学》（上下卷）一书。该书从案例切入，展开法理叙述，将案例分析与法理研究融为一体，成为刑法学研究的一个新面向。

2010年中国正式建立了判例制度，这是一种具有中国特色的判例制度，称为案例指导制度。这种判例制度完全不同于德日国家的判例制度，它是以最高人民法院不定期颁布指导性案例的方式运行的。最高人民法院颁布的指导性案例在下级法院审判过程中具有参照的效力。这里的参照，既非具有完全的拘束力，又不是完全没有拘束力，而是具有较弱的拘束力。这些指导性案例虽不能在判决书中援引，但判决与指导性案例存在冲突的，可以作为上诉的理由。尽管这一案例指导制度仍然具有较强的行政性，它是以颁布的方式呈现的，而不是在审判过程中自发形成的规则秩序；但它毕竟是一种新的规则提供方式，对于我国司法实践具有重要的意义。判例制度的关键功用在于通过具体判例形成具有可操作性的司法裁判规则，因此，对于裁判规则的提炼是一项重要的工作。我作为首席专家，从2010年开始承担了《中国案例指导制度》的国家社科重大项目，并于2013年年初在北京大学出版社出版了《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》（上下卷）一书。该书在对既有的刑事指导案例进行遴选的基础上，提炼出对于刑事审判具有指导意义的裁判要旨，并对裁判要旨进行了法理阐述，以此为司法机关提供参考。

刑法学属于部门法学，它与公民权利具有密切的联系。因此，刑法学者不仅是一个法条主义者，更应该是一个社会思想家；既要有对于国家法治的理想，又要有对于公民社会的憧憬；既要有对于被害人的关爱之情，又要有对于被告人的悲悯之心。

罪刑法定主义是我所认知的刑法学的核心命题：它是刑法的出发点，同时也是刑法的归宿。在我的刑法理论研究中，罪刑法定主义占据着极为重要的位置。中国1979年刑法并没有规定罪刑法定原则，反而在刑法中规定了类推制度。及至1997年刑法修订，废弃了类推制度，规定了罪刑法定原则，由此而使中国刑





法走上了罪刑法定之路。在我国刑法规定罪刑法定原则的前后，我先后撰文对罪刑法定主义进行了法理上的深入探讨。这些论文编入《罪刑法定主义》一书，由中国法制出版社于2010年出版。在该书的封底，我写了这样一句题记，表达了我对罪刑法定主义的认知：“罪刑法定主义：正义之所归，法理之所至。”罪刑法定主义应当成为刑法的一种思维方式，并且贯穿于整个刑法体系。我国刑法虽然规定了罪刑法定原则，但这只是一个开端，还会经历一段罪刑法定司法化的艰难进程。在相当一个时期，我国刑法学者还要为实现罪刑法定原则而奋斗。

整体刑法学的研究也是值得提倡的。李斯特提出了整体刑法学的命题，这对于今天我国的刑法学研究仍然具有指导意义。北京大学法学院教授、我的前辈学者储槐植教授提出了刑事一体化的思想，追求刑法的内在结构合理（横向协调）与刑法运行前后制约（纵向协调）。作为一种方法论，刑事一体化强调各种刑法关系的深度融合。应该说，整体刑法学与刑事一体化都是从系统论的角度看待刑法，反对孤立地研究刑法，提倡把刑法置于整个法律体系与社会关系中进行分析。对于这样一种刑法研究的方法论，我是十分赞同的。因为刑法本身的研究领域是较为狭窄的，必须拓宽刑法的研究领域，并且加深刑法的研究层次。对于刑法，应当以教义学为中心而展开。如果说，刑法教义学是在刑法之中研究刑法，那么，还需要在刑法之上研究刑法的刑法哲学、在刑法之外研究刑法的刑法社会学、在刑法之下研究刑法的判例刑法学，等等。除了对刑法的学理研究以外，刑法学者还应当关注社会现实，关注国家法治建设。只有这样，才能使刑法学不仅是一种法教义学，而且具有经世致用的功效。

刑法是具有国别的，刑法效力是具有国界的；然而，刑法知识与刑法理论是具有普世性的，是可以跨越国界的。因此，我始终认为我国刑法学应当融入世界刑法学的知识体系中去，而不是游离于世界刑法学之外。在这种情况下，我国应当向德、日、英、美等法治发达国家学习先进的刑法理论。相对而言，由于历史的原因，我国借鉴的是大陆法系的法律制度，包括法律技术与思维方法。因此，吸收与汲取德日刑法知识是更为便利的。从1980年代以来中国刑法学演进的路





径来看，其也是在学术上的对外开放当中发展起来的。最初是引进日本的刑法知识，后来是引进德国的刑法知识；开始是以引进刑法总论知识为主，后来逐渐引进刑法各论知识；从翻译出版刑法体系书（教科书），到后来翻译出版刑法学专著，经历了一个发展过程。这些来自德日的刑法知识对于中国刑法学的发展起到了重要的促进作用，推动了我国刑法学的发展。我国学者将这些舶来的刑法知识用于解决中国刑事立法与刑事司法中的问题，其实践功能也是十分明显的。可以说，我国刑法学正在融入德日刑法知识的体系之中。

“陈兴良刑法学”作品集将对已经出版的个人著作进行修订整理，陆续出版。我的著作初期散落在各个出版社，首先要对各个出版社的编辑在我的著作出版过程中付出的辛勤劳动，表示衷心感谢。自2006年起，我的著作列入中国人民大学出版社的“中国当代法学家文库”，出版了20余种。现在，我的个人专著以“陈兴良刑法学”的名义修订出版，作为本人学术生涯的一个总结。对于中国人民大学出版社的编辑在我的著作出版过程中的敬业、细致和认真的职业精神，表示敬意。30年来以学术为旨归，以写作为志业，虽劳人筋骨，伤人心志，亦执着以求，守职不废。这对于一个学者来说，当然是本分。然此盈彼亏，心思用于学问多，则亏欠家人亦多。因此，对于夫人蒋莺女士长久以来对我的理解与襄助，深表谢意。

自从1987年我在中国人民大学出版社出版第一本个人专著《正当防卫论》以来，正好30年过去了。这30年是我学术研究的黄金时节，在此期间，出版了数十种个人专著，主编了数十种著作以及两种连续出版物，即《刑事法评论》（40卷）和《刑事法判解》（9卷），发表了数百篇论文。收入“陈兴良刑法学”的，是我在这30年间出版的个人专著，共计以下14种，分为18卷（册），计一千余万字：

1. 《刑法哲学》
2. 《刑法的人性基础》
3. 《刑法的价值构造》







4. 《刑法的知识转型（方法论）》
5. 《刑法的知识转型（学术史）》
6. 《刑事法治论》
7. 《正当防卫论》
8. 《共同犯罪论》
9. 《刑法适用总论》（上卷）
10. 《刑法适用总论》（下卷）
11. 《规范刑法学》（上册）
12. 《规范刑法学》（下册）
13. 《判例刑法学》（上卷）
14. 《判例刑法学》（下卷）
15. 《本体刑法学》
16. 《教义刑法学》
17. 《口授刑法学》（上册）
18. 《口授刑法学》（下册）

学术是一个逐渐累积的过程，每个人都只是一门学科所形成的知识链中的一个节点。我作为从 20 世纪 80 年代开始登上我国刑法学术舞台的学者，学术生命能够延续到 21 世纪 20 年代，正好伴随着我国刑事法治的恢复重建和刑法学科的起死回生，以及刑法知识的整合转型，何其幸也。“陈兴良刑法学”所收入的这些作品在刑法学术史上，都只不过是“匆匆过客”。这些作品的当下学术意义日渐消解，而其学术史的意义日渐增加，总有一天，它们会成为刑法学术博物馆中的古董摆设，这就是历史的宿命。

在“陈兴良刑法学”作品集的编辑过程中，总有一种“人书俱老”的感叹。我知道，这里的“书”并不是一般意义上的书，而是指书法的“书”。但在与“人”的对应意义上，无论对这里的“书”作何种理解都不重要，而对“俱老”的意识和体悟才是最为真实和深刻的。对于一个写作者来说，还有什么比亲笔所







写的书，伴随着自己一天天老去，更令人激动的呢？

最后，我还要感谢中国人民大学出版社对我的厚爱。如前所述，我的第一本专著《正当防卫论》就是1987年在中国人民大学出版社出版的。从2006年开始人大出版社将“陈兴良刑法研究系列”纳入“中国当代法学家文库”，这次又专门为我出版“陈兴良刑法学”作品集。我还要感谢北京冠衡刑辩研究院院长刘卫东律师为作品集的出版慷慨解囊，提供资助。作为我指导的法律硕士，刘卫东在律师从业生涯中践行法治，成为业界翘楚。为师者，我感到十分荣幸。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017年9月1日



## 出版说明

---

《刑法的知识转型（学术史）》是我对近年来我国刑法理论发展线索的一个梳理，该书的第一版出版于2012年。可以说，对法学各分支学科进行学术史的研究，在我国法学界还是没有先例的。因此，本书具有尝试与探索的性质。

如果要把过去这些年来我国刑法理论的发展归纳出一条基本线索，那就是我国刑法知识逐渐地教义学化。当然，刑法知识是一个整体性的概念，刑法教义学只是其中的一条主要线索。而刑法的教义学化是一个逐渐的演进过程，只有把时间引入进来，我们才能正确地把握我国刑法知识的发展历程。本书是我第一次对刑法学进行历史的考察，在此离不开综述的方法。在《始于综述的刑法学术之路——师从高铭暄教授研究刑法的个人经历》<sup>①</sup>一文中，我对综述的研究方法进行了介绍，这是师从高铭暄教授从事刑法研究的最大收获之一。掌握了综述的方法，我们就可以对刑法学术研究的资料进行适当的处理，在此基础上勾画出刑法理论发展的线索。因此，综述是从事刑法学术史研究的必要工具。当然，刑法学术史的研究不仅仅是一种对文献资料的综述，关键在于还要对这些资料进行梳理

---

<sup>①</sup> 陈兴良：《始于综述的刑法学术之路——师从高铭暄教授研究刑法的个人经历》，载《中国审判》，2007（9）。





与分析，并且从中提炼出刑法理论的走向。

因为本书第一版出版时间不长，所以这次第二版并没有对内容进行更多的增补。在这个意义上说，第二版其实只是一个重印版。待将来出现新资料和新线索时，再对本书进行修订。

陈兴良

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017年9月3日



## 代 序

---

### 为刑法学写史

一个没有自己历史的学科，注定是一个不成熟的学科。我国学者周光权教授曾经把刑法学称为“无史的刑法学”，这不能不说是我国刑法学的悲哀。结束我国刑法学“无史”的历史，这应当是我们这一代刑法学人责无旁贷的使命。正是在这种使命的感召下，我开始了刑法学术史的研究，开辟了一块学术处女地。

应当指出，刑法学的学术史与以往在我国刑法学研究所广泛采用的学术综述方法是有所不同的。20世纪80年代，我国刑法学开始恢复重建，资料极度匮乏。在这种情况下，我国著名刑法学家高铭暄教授大力倡导在刑法学研究中引入学术综述的研究方法，我亦参与其间。1986年由河南人民出版社出版的《新中国刑法学研究综述（一九四九——一九八五）》一书，就是刑法学学术综述的成果，也是我国法学界学术综述的首开风气之作。该书的特点是在对1949年中华人民共和国成立以来刑法学研究的所有资料进行研究整理和概括的基础上，对刑法学研究中的争论问题、重要问题逐个进行综述。这种综述的方法，对于学术成果的积累和展示具有积极意义。当然，学术综述也有其不足之处，主要表现在它只是理论资料的简单概括和初步归纳，尚谈不上对其进行深入的学术研究。而且，综述的目的在于为刑法学的研究提供资料，而不是对这些资料所反映出来的





学术演变规律加以考察。并且，学术综述要求一种中立的立场，尽量客观地反映刑法学的研究现状。而学术史是对刑法学的研究成果进行知识社会学的考察，它虽然也注重理论资料，但它不满足于对理论资料的归纳，而是以理论资料为基础，力图勾画出刑法学的流变过程，强调写作者个人的独特视角和独到见解，这是一种具有个性的学术研究。因此，刑法学的学术史的写作，具有以下三个特征：

首先是资料的占有。学术史是一种历史，如何呈现这种历史呢？只有通过大量的资料，这些资料是历史的见证，也就是历史本身，通过它，才能真实地还原历史。因此，在刑法学的学术史的写作中，首先需要解决的问题就是如何处理资料。从时间的维度来看，资料的堆积呈现出一个形状，就是离现在越远，资料越是稀少；离现在越近，资料越是丰富。但是，对于资料的处理来说，稀少有稀少的难处，丰富有丰富的难处。资料稀少，则历史的空白越大，写作者对于资料的选择余地也就越少。这种情况下，对于历史线索的梳理难度也就较大。而资料丰富，则资料难以取舍，可能会面对浩如烟海的资料无从下手。因此，我们面对历史资料，无论是稀少还是丰富，都要有一种为我所用的姿态，不被资料所遮蔽。从我国刑法学研究来看，在相当一个时期，由于法律虚无主义的影响，研究为之中断，资料几乎无从寻觅，即使有的话，也是一些不具有学术价值的资料。对此，我们应当从这些资料中发掘的并不是学术，而恰恰是学术是如何遭受破坏的。

其次是知识的考古。学术史并不是资料堆砌而成的，资料仅仅是学术史分析的客体。因此，在学术史的研究中，我们要进行知识的考古。知识考古这个概念是法国著名学者福柯发明的，知识考古并不是简单地重复历史，而是认识历史的内在逻辑，揭示历史的发展轨迹。对于刑法学也是如此。刑法学并不是一种自足的知识形态，而是在很大程度上受到当时的占据主导地位的社会意识形态所决定的，尤其是受到一个国家的刑事法治进程的制约。德国著名刑法学家耶赛克曾经指出，刑法是人类精神生活的一个点。因此，只有从人类的精神生活出发，才能

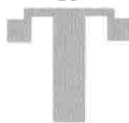




深刻地把握刑法。例如，对于刑法机能的认识，从专政工具到人权保障的转变，就不仅仅是一个词语的变换，在其背后折射出法治理念，乃至社会治理方式的重大转变。又如，我国刑法从20世纪50年代开始，经历了一个刑法知识的苏俄化的过程，使清末以来逐渐形成的德日刑法学的传统为之中断。20世纪80年代的刑法学术重建，实际上是恢复了苏俄刑法知识，并使之成为我国主导的刑法理论。而在20世纪90年代以后，随着德日刑法知识的传入，其影响越来越大，我国的刑法知识开始了一个从苏俄化到德日化的逐渐但却有力的演变过程。对此，我们不能仅仅从知识传播和学术流变的角度来理解，而是要从法治建设的实际需求和对外开放的基本国策这一历史背景出发，才能获得正确的解读。

最后是角色的定位。刑法学的学术史在我国还不是一种专门的学问，甚至过去它还不被我们所关注。因此，当我们开始进行学术史考察的时候，我们其实都具有两种身份：一种是刑法学的研究者，另一种是刑法学研究的考察者。作为刑法学的研究者，我们本身就是刑法学的学术史的研究客体，我们其实是当代的刑法学的学术史的一个个案，是刑法学术流变的见证者，甚至我们是这一学术史的创造者。这样一种角色，对于刑法学的学术史研究来说，是利弊互见的。其利在于，我们熟悉这段历史，就如同熟悉我们自己，这就为学术史的研究提供了资料搜集与线索梳理上的便利。然而，熟知并不等于真知。过于熟悉恰恰可能成为我们客观地观察刑法学的历史的一种障碍，甚至形成某种偏见，这是必须避免的。当我们从事刑法学的学术史的考察时，其角色与刑法学研究者是有所不同的，我们是在对刑法学的研究进行某种研究。在这种情况下，我们应当具有一种超然的姿态，审视刑法学的研究，包括我们自己的研究。当然，这样一种客观立场的确立，并不是说在刑法学的学术史的考察中，应当完全去我，将个人的感受置于度外。而恰恰是要把自己对刑法学的学术发展的一些见解融合到对资料的处理当中去。这样，才能使刑法学的学术史具有个性，而不至于成为一种冷冰冰的文字。

刑法学的学术史是一个全新的研究领域，这对我来说是学术能力的挑战与考验。对于任何事物的考察，都有历史与逻辑这两个维度。相对来说，逻辑是容易





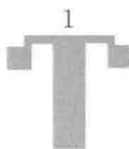
把握一些的，而历史则是较为困难的。历史的研究，受到史料、史观等各种因素的制约，在某种意义上说，真实地呈现历史甚至要比创造历史还难，当然这是极而言之。历史是一面镜子，它可以让我们认识自己。对于刑法学来说，也是如此。刑法学要想成为一种自觉的理论，就必须采取一种反思的态度，回归历史。学术史的研究不是为了将我们的目光吸引到过去，而是要使我们面对将来。我国的刑法学面临着一个重大的知识转型，只有完成这一转型，我国刑法学才能在一个新的起点向前发展，才能在一个新的平台向上提升。我曾经采用“向死而生”这样一个大词来描述我国刑法学的曲折历史，这绝不是危言耸听，而是我的切身感受。刑法关涉公民的权利与自由，甚至关涉国家与民族的命运。国家兴，则刑法兴；国家亡，则刑法亡。因此，刑法的兴亡，刑法学的兴亡，是与国家兴亡、民族兴亡密切相关的。在这个意义上说，刑法学的学术史是我们国家与民族的历史的一个缩影。只有在这个高度，我们才能获得某种历史感，并将这种历史感注入刑法学的学术史。



# 目 录

---

第一章	刑法学：向死而生·····	(1)
	一、清末民初：刑法学的艰难草创·····	(1)
	二、共和国的前30年：刑法学的由生而死·····	(10)
	三、共和国的后30年：刑法学的起死回生·····	(19)
	四、历史反思：刑法学的知识转型·····	(32)
第二章	行为论的正本清源·····	(39)
	一、行为论的体系性地位·····	(39)
	二、行为论：从存在论到价值论·····	(47)
	三、行为论与构成要件论的关联·····	(56)
	四、行为论与实行行为论的界分·····	(66)
第三章	犯罪论体系：从四要件到三阶层·····	(79)
	一、犯罪论体系的传播前史·····	(79)
	二、犯罪论体系的苏俄模式·····	(86)
	三、四要件体系的本土生根·····	(93)
	四、三阶层体系的新面对·····	(107)







	五、犯罪论体系的理论辩驳·····	(119)
第四章	犯罪客体的去魅·····	(135)
	一、行为客体的旧貌·····	(135)
	二、犯罪客体的新颜·····	(140)
	三、犯罪客体的反思·····	(147)
	四、行为客体的复归·····	(155)
第五章	犯罪主体的消解·····	(162)
	一、犯罪主体的辨析·····	(162)
	二、犯罪主体的质疑·····	(168)
	三、犯罪主体的分解·····	(178)
	四、特殊主体的归位·····	(184)
第六章	构成要件论的反拨·····	(191)
	一、构成要件论的观念史·····	(191)
	二、构成要件论的苏俄改造·····	(208)
	三、构成要件论的中国蜕变·····	(218)
	四、构成要件论的本土转换·····	(232)
第七章	违法性论的重塑·····	(239)
	一、违法性与刑事违法性的错位·····	(239)
	二、违法性与社会危害性的分离·····	(250)
	三、违法性与法益侵害性的勾连·····	(260)
	四、行为无价值论与结果无价值论的聚讼·····	(265)
第八章	有责性论的转向·····	(275)
	一、责任理论的线索勾勒·····	(275)
	二、刑事责任论的苏俄生成·····	(278)
	三、刑事责任论的中国承继·····	(288)
	四、责任理论的前缘再续·····	(296)





	五、责任要素论的渐次深化 .....	(307)
<b>第九章</b>	<b>不作为犯论的生成 .....</b>	<b>(316)</b>
	一、不作为犯论的学说深化 .....	(316)
	二、从形式的作为义务论到实质的作为义务论 .....	(327)
	三、不作为犯论的司法认知 .....	(347)
<b>第十章</b>	<b>因果关系论的回归 .....</b>	<b>(358)</b>
	一、因果关系论的哲学化 .....	(358)
	二、因果关系论的苏俄化 .....	(365)
	三、因果关系论的去哲学化 .....	(379)
	四、因果关系论的规范重构 .....	(389)
<b>第十一章</b>	<b>违法阻却论的演化 .....</b>	<b>(400)</b>
	一、违法阻却论的逻辑梳理 .....	(400)
	二、违法阻却论的观念变动 .....	(411)
	三、违法阻却论的结构调整 .....	(418)
	四、违法阻却论的地位确立 .....	(428)
<b>第十二章</b>	<b>过失犯论的展开 .....</b>	<b>(441)</b>
	一、苏俄过失犯论的概念铺陈 .....	(441)
	二、德日过失犯论的话语引入 .....	(449)
	三、中国过失犯论的晚近发展 .....	(463)
<b>第十三章</b>	<b>未遂犯论的滥觞 .....</b>	<b>(478)</b>
	一、未遂犯论的转变 .....	(478)
	二、未遂根据论的争讼 .....	(486)
	三、客观未遂论的提倡 .....	(499)
	四、不能犯理论的颠覆 .....	(510)
<b>第十四章</b>	<b>共犯论的嬗变 .....</b>	<b>(521)</b>
	一、共犯论的流变 .....	(521)





---

	二、正犯与共犯的区别 .....	(530)
	三、共犯二重性说的衰败 .....	(538)
	四、部分犯罪共同说的接受 .....	(549)
	五、共犯处罚根据论的引入 .....	(558)
	六、单一正犯体系的兴起 .....	(568)
第十五章	罪数论的转换 .....	(578)
	一、罪数论的演变 .....	(578)
	二、罪数论的进展 .....	(586)
	三、竞合论的崛起 .....	(596)
	四、法条竞合的勃兴 .....	(608)
附录一	参引书目 .....	(634)
附录二	主题索引 .....	(647)



# 第一章

## 刑法学：向死而生

刑法学是法学中的显学，它以刑法规范与刑法理念作为研究对象，在一个国家的法治建设中具有举足轻重的地位。因此，刑法学的命运是和国家的法治进程紧密相关的：法治亡，则刑法学亡；法治兴，则刑法学兴。自1949年中华人民共和国成立以来，我国的法治经历了一个从惨遭废弃到恢复重建的历史性转折。相应地，我国刑法学也呈现出一个向死而生的演变轨迹。本章以刑法学的死与生为主题，展开对刑法学的学术史的总体考察。

### 一、清末民初：刑法学的艰难草创

1764年被称为近代刑法学的元年，这一年意大利著名刑法学家贝卡利亚出版了《论犯罪与刑罚》一书，标志着近代刑法学的正式诞生。当然，作为一门规范学科的确立，则应追溯到德国著名刑法学家费尔巴哈出版《德国刑法教科书》的1801年。

我国近代刑法学的发轫，以清末沈家本主持的法律改革为契机。在此以前，





中华法系绵延数千年，至公元7世纪《唐律》而达致成熟，此后《宋刑统》、《明大诰》、《大清律》一脉相传，其律均以刑法内容为主，世称刑律。我国古代以刑律为研究对象，形成了律学。因此，律学是我国古代的刑法学。及至清末，中华法系传统为之中断，引入了大陆法系的法律体系，制定了近代意义上的刑法典，律学也随之而转变为法学，我国的近代刑法学藉此而产生。我国学者何勤华教授在论及我国近代刑法学的诞生时指出：

中国近代刑法学的理论体系以及其概念术语，基本上都来自日本。如中国最早一批刑法教科书、由熊元翰编辑的《刑法总则》和《刑法分则》，都是编译自冈田朝太郎的教材；中国第一部近代刑法典1911年《大清新刑律》不仅将日本1907年刑法典的体系、制度和原则输入国内，而且也将刑法学科中的基本概念和术语引入了中国，成为中国近代刑法学用语的基础。<sup>①</sup>

刑法学是以刑法为研究对象的，研究对象的改变直接影响理论形态，甚至导致某种理论的颠覆。我国清末，从律学到刑法学的转型，就是以古代刑律的终结，大陆法系刑法的引入为背景的。我国古代的律学并没有形成具有内在逻辑关系的理论体系，而是对律文的语义分析，是以释律、解律为核心内容的。例如在清代律学的代表作之一的《读律佩觿》一书中，作者王明德对“律母”与“律眼”的归纳说明就是律学精要之所在。在《读律佩觿》一书的点校说明中，何勤华教授指出：

《读律佩觿》对“律母”和“律眼”的阐述，也是富有特色的。“律母”，是指以、准、皆、各、其、及、即、若八个字，它们对人们学习法律非常重要，所以在明清的律学著作，如高攀等刊《明律集解附例》、王肯堂撰《律例重笺释》等都载有“八字之义”，但解释都十分简略。只有王明德的《读律佩觿》一书对其作了进一步阐述，极为详细，也甚

① 何勤华：《中国近代刑法学的诞生与成长》，载《现代法学》，2004（2），17页。





为深刻。“律眼”，则是王明德的创造，是《读律佩觿》一书与其他律学著作不同的很有特色的部分。这里，王明德所说的“律眼”，实际上是他认为在整个法律体系中比较重要的一些关键词，与前面八个“律母”相对，如例、杂、但、并、依、从、从重论、累减、听减、得减、罪同、同罪、并赃论罪、折半科罪、坐赃致罪、坐赃论、六赃图、收赎等。王明德对“律眼”的阐述，后来成为中国古代律学的精华之一。<sup>①</sup>

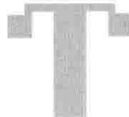
从“律母”与“律眼”可以明显地看出，我国古代律学具有文理阐释的性质，可以说是一种法律语言学。律学对语言的依附性的特点，一方面使它具有应用性，另一方面也使它受到律文、甚至语言的桎梏。一旦语言发生重大变更，则律学赖以依存的基础全然丧失，从而导致律学的消亡。而律文与语言的翻天覆地变化，在清末同时出现，此乃我国三千年未有之变局。

就律文的变更而言，清末修律的主旨就是制定新法取代旧律。虽然初衷是改重为轻，通过修订法律，收回治外法权，实现变法自强<sup>②</sup>，但修法的结果是法律结构的根本性变动，1911年修成《大清新刑律》，未及施行，清朝即告灭亡。此后的《暂行新刑律》、《中华民国刑法》无不以《大清新刑律》为摹本，《大清新刑律》可以说是我国近代刑法的肇始。《大清新刑律》及《暂行新刑律》已经偏离了中华法系传统，而深受外国法制，尤其是日本刑法的影响。而且，律文的变迁同时也必然带来有关刑法理论的变化。因此，随着日本刑法对清末修律的影响，日本刑法理论也被引入我国。对此，我国台湾学者陈子平教授指出：

大清新刑律与暂行新刑律，不仅深受当时日本刑法典之影响，更为新刑律起草人冈田朝太郎氏个人之独特见解所左右，而从其刑法理论之主张以观，多少可推知是摇摆于主观主义与客观主义刑法思想之间。不过，当时（暂行新刑律初期）之刑法理论，皆为冈田朝太郎之见解所支配，学说亦几乎以其见解为依归，例如当时之用书，有刑法总论（法政

① 王明德：《读律佩觿》，何勤华等点校，3~4页，北京，法律出版社，2001，点校说明。

② 参见沈家本：《删除律例内重法摺》，载《历代刑法考》（四），2024页，北京，中华书局，1985。





丛编第六种上，湖北法政编辑社，光绪三十二年（1906年）出版）、刑法总论（法政讲义第一集第八册，李维钰编，光绪三十三年（1907年）出版）等版本，皆以冈田氏于北京法律学堂之讲授内容为主，而后期虽依然受其影响，却以日本牧野英一氏之近代学派主观主义理论为基础所著之“中华刑律论”（民国十五、十六年），算是引进日本刑法理论之发端。<sup>①</sup>

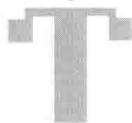
而近代日本刑法学又是继受德国刑法学的结果。日本古代刑法，深受自隋唐以降的我国法制的影响。在明治维新以后，日本1880年的刑法深受德国影响，是在德意志刑法学的影响下制定的。<sup>②</sup> 而我国1911年颁布的《大清新刑律》则是继受日本1907年刑法的产物，也可以说是间接地继受了德国刑法。德日刑法以及刑法学，成为我国近代刑法及刑法学的摹本。

法条是以语言为载体的，各个国家的语言是不同的，因而对他国法律的继受，须将他国的语言译为本国的语言。中日之间的关系十分特殊，从历史上来说，日本继受中国法，从法例到律条无不模仿，并且在日本刑法中直接采用汉字。<sup>③</sup> 在日本转而继受欧洲大陆法系以后，仍然使用汉字翻译有关律文。而当近代中国从日本引入近代刑法的时候，受惠于汉字，几乎在不必翻译的情况下，直接采取拿来主义。例如我国近代学者黄遵宪在1887年完成的《日本国志》一书中包含《刑法志》的内容，即是对日本1880年《治罪法》和《刑法》（旧《刑法》）的译述，因此黄遵宪是第一个输入日本法的中国人。黄遵宪把日本刑法条文中采用汉字表述的术语概念不经翻译，直接采用。这些用语沿用至今，成为我国刑法的主要词汇来源，甚至融入我国语言体系，成为通用语言。对此，我国学者指出：

<sup>①</sup> 陈子平：《刑法总论》（2008年增修版），28页，北京，中国人民大学出版社，2009。

<sup>②</sup> 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》（第3版），冯军译，43~44页，北京，中国人民大学出版社，2003。

<sup>③</sup> 关于日本古代刑律与中国刑律的比较，参见杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，199页以下，北京，中国政法大学出版社，1999。





语言文字是文化、学说的载体。由语言文字组成的法律概念，既是法的构成要素，也是法学学术的基石，我们的先人以其丰富的创造力，构筑了整套古代法学概念，从而使中华法系成为世界主要法系之一。但是，进入近代以后，我们的近代先辈由于受各种条件的限制，在法言法语的创造上，没有给我们留下多少东西。中国近代法学的起步，向同文之国日本拿取现成的词汇概念。黄遵宪是第一个拿来主义者，《日本国志·刑法志》是第一部拿来主义译著。但是，他所拿来的仅仅是刑法和刑事诉讼审判方面的词汇概念，而且，因日本的《治罪法》和旧《刑法》是第一部依照西法而制定的新法，有些词汇概念尚未凝固定型。因此，这方面的拿来，也还有待以后的进一步完整和定型。<sup>①</sup>

在引入日本刑法时，虽然采用的是汉字，但与汉字的本义已经完全不同，被赋予了新意。即使是刑法一词，也是从日本传入的。“刑法”一词在中国古代出现得很早，《国语·晋语八》云：“端刑法，辑训典，国无奸民”。在班固著《汉书》中，卷二十三的标题就是“刑法志第三”。中国古代的“刑法”一词，实际上包括了整个法律的内涵。因此，在清末修律制定刑法典时，使用的都是“刑律”一词，例如《大清新刑律》、《暂行新刑律》等。中国近代“刑法”一词是沈家本组织修订法律馆人员翻译外国刑法典及著作时从日本引进的。<sup>②</sup>直到中华民国1928年刑法制定时，才正式采用“刑法”一词作为法律名称，一直延续至今。由此可见，从日本引入的采用汉字表达的法律概念，已经完全有别于古代刑律中的法言法语，解释对象发生了重大的变化，以解释为使命的律学是以古代刑律的概念术语为解释对象，它对于新法的解释功能不复存在。

更为致命的是稍后兴起的新文化运动：改文言文为白话文，刑法的表意文字发生了一场革命，由此波及法学，使我国古代律学的经世致用功能彻底消亡。我国的象形文字源远流长，但在其形成以后逐渐与口语相脱节，形成书面用语，这

<sup>①</sup> 李贵连主编：《二十世纪的中国法学》，22～23页，北京，北京大学出版社，1998。

<sup>②</sup> 参见何勤华：《中国近代刑法学的诞生与成长》，载《现代法学》，2004（2），12页，注①。







就是所谓文言文。文言文被广泛地适用于诗词格式等文学创作，更是官方交流的语言工具，刑律也是采用这种语言表达的，并且形成了独特的格式。古代采用竹简作为文字载体，为减轻物质负荷，古人发明的文言文以简短著称，几乎是一字一义，而且晦涩难懂，只有经过严格正规的语言训练才能掌握这种文字。对于绝大多数未受教育的普通民众来说，文言文是一种知识的障碍。在清末民初，新文学运动风起云涌，其中较为激进的一些学者甚至主张废除汉字，改采拼音文字，实现所谓“言文一致”。废除汉字，则可能使中国文化走向灭亡，其主张不足采。退而求其次，另一些学者提出以白话文取代文言文，这就是所谓白话文运动。主张白话文之最有力者，例如胡适先生，把文言文称为“死”的文字，而把白话文称为“活”的文字。胡适先生指出：

今日之文言文乃是一种半死的文字，今日之白话是一种活的语言。白话不但不鄙俗，而且甚优美适用。白话并非文言文之退化，乃是文言之进化。白话可以产生第一流文学，已产生小说、戏剧、语录、诗词，此四者皆有史可证。白话的文学为中国数千年来仅有之文学；其非白话文学，皆不足与于第一流文学之列。<sup>①</sup>

白话文运动取得了重大成就，逐使我国书面语与口头语合而为一，对于文化传播与教育普及功不可没。<sup>②</sup>当然，正是白话文运动，使文言文成为一种古代汉语，与现代汉语相对立。换言之，文言文有别于口语，但并不能说是一种死的语言，而是活在另一个世界的语言，它与白话文作为一种生活中的口头语是不同的。正是白话文运动，才真正使文言文成为一种死的语言。白话文运动的后果并不局限于文学，而且对法律也产生了深刻的影响。时逢世代更替，中国古代刑律被废弃，德日刑法体例随之引入；又遭遇白话文运动，使刑律的绝大部分采用文

<sup>①</sup> 胡适：《中国新文学运动小史》，载《胡适文集》（1），124页，北京，北京大学出版社，1998。

<sup>②</sup> 当然，这里的口头语是指官话，以北京方言为基础的普通话。即使将书面语改为白话文，也仍然没有实现书面语与各地方言（口头语）的统一。在这个意义上说，书面语与口头语的隔膜仍然没有从根本上得到解决。





言文表达的法条不能再用，而改为贴近白话文的法条表达方式。这一变化，对于以律文为解释对象的律学带来致命的打击。可以说，我国近代刑法学是另立炉灶，重新开张。从这个意义上说，我国近代刑法学并非中学而实乃西学。

在整个民国时期，我国刑法学都是围绕着刑法注释而展开的，这里的刑法是指1928年和1935年的新旧更迭的两部民国刑法。正是在这一过程中，逐渐形成民国刑法学的基本框架，例如民国学者王觐指出：

研究犯罪及刑罚原理原则，加以系统的说明者，曰刑法学。学者，自复杂现象之中，取共同点，发见共通之要素，以得秩序的知识为目的者也。刑法学，亦学之一种，故其趣旨亦同，惟刑法学的任务，以现行刑法为基础，考究其对于犯罪与刑罚所适用之原则，此自然法学派以发见古今不变完全理想的刑法为主眼，谓现行刑法不完全，而以理想的刑法，评判刑法之是非者，自不在刑法学范围之内。至若研究现行刑法，指摘其缺点，为立法者异日修改刑法之资料，固研究刑法学者所应有之责任，不过非刑法学之主要目的而已。

对于现行刑法加以科学的研究者，曰刑法学。刑法学中所当研究之范围，即刑法之范围，刑法范围，因刑法意义之不同而有异，故刑法学之范围，亦依刑法意义而定之。<sup>①</sup>

从以上王觐对刑法学的界定来看，偏重于解释刑法学是毫无疑问的，这与律学的传统可谓一脉相传。其间重大的区别在于：律学实际上是语义学，过于倚重于刑法的语言分析。而刑法学则是规范学，对刑法采用规范分析的方法，从而完成了刑法研究方法的重大转变。例如，在中国古代刑律中，虽然在春秋时期，商鞅改法为律，改变了以刑统罪的传统法典结构，采取罪刑分立，为构建刑法体系奠定了基础。但中国古代刑律始终采取刑先罪后的法典叙述模式，并且在总则性规定中并没有犯罪的一般概念。罪名都是具体的，都被规定在分则性条文之中。

<sup>①</sup> 王觐：《中华刑法论》，姚建龙勘校，5页，北京，中国方正出版社，2005。





作为对刑律解释的律学，并未形成犯罪的一般理论。这种状况，在民国刑法学中有了根本性的变化。民国刑法学除了具有概论性质的刑法论以外，其总论分为犯罪论与刑罚论两个部分。在犯罪论中，首要的是犯罪概念（亦称犯罪之观念）。例如民国学者陈瑾昆将刑法上的犯罪定义为：刑法所规定应以刑罚制裁之有责并违法行为，由此将犯罪的意义分解为以下四项：（1）犯罪为行为（Handlung）。（2）犯罪为刑法所规定应以刑罚制裁之行为。（3）犯罪为有责行为（Schuldhaftes Handlung）。（4）犯罪为违法行为（Rechtswidrige Handlung）。<sup>①</sup> 以上对犯罪意义的揭示，涉及犯罪的违法性、有责性、应受刑罚惩罚性等特征，较为科学地阐明了犯罪的法律性质，也为建构犯罪论体系提供了根据。

将民国刑法学提高到一个法理水平的是民国时期著名学者蔡枢衡教授。蔡枢衡教授在一定程度上超越了注释刑法学，将刑法学上升到刑法哲学的层面，当然这与蔡枢衡教授所具有的法理素养是相关的。蔡枢衡教授提出了刑法学品格的命题，主张刑法学应当追求超出以条文之解释为满足的境界，使中国刑法学成为表现独立自主的中华民族自我的刑法学。蔡枢衡教授指出：

现代中国法学——从而刑法学的主体，第一必须接受了人类社会和认识历史至昨日为止的一切遗产。在某种意义上，十九世纪社会历史的成果是哲学和科学之统一；自然科学和社会科学之统一。法学、刑法学与科学以及哲学的关系是全体和部分的关系，也是一般和特殊的关系。这种关系使法学——从而刑法学和其他一切科学并哲学，直接间接地保有内在的关系。<sup>②</sup>

当然，蔡枢衡教授时运不济并没有完成其创造中国刑法学体系的使命，其《刑法学》一书设想分为四编：第一编的绪论，内容是关于几个基本范畴的叙述。第二编说明各种特别构成要件大体相当于通行的刑法各论一部分。第三编构成一个最一般的犯罪概念，其中包括犯罪未遂、共犯等概念，大体相当于通行的犯罪

① 参见陈瑾昆：《刑法总则讲义》，吴允锋勘校，62～63页，北京，中国方正出版社，2004。

② 蔡枢衡：《刑法学》，2页，独立出版社，1942。





总论中的一部分。第四编说明刑事处分制度（刑罚及保安处分）。事实上，蔡枢衡教授只完成了第一编。后三编未及写作，民国的命运发生了历史性的转折。尽管如此，蔡枢衡教授的批判与反思精神是十分突出的，例如蔡枢衡教授深刻地揭示了近代法及法学的次殖民性质，指出：

法之次殖民性质是中国数十年来的新法与生俱来的属性，这个属性和中国社会经济之次殖民地性质是一脉相通的。中国法学不能发现——至少是没有发现中国法律固有的属性。

今日中国法学之总体，直为一幅次殖民地风景图……<sup>①</sup>

蔡枢衡教授为我们生动地描绘了民国时期中国对外国法及法学，包括刑法学的移植，也可以说是被殖民所带来的对中国具有理想的学人的冲击、反思与选择。尽管如此，民国刑法学取得的重要成就还是值得充分肯定的。回顾这段历史，仍然使我们这些后学领略前贤在中国刑法学的发展初期学术探索的勇气，令人肃然起敬。对于民国刑法学这段历史，我国学者作了以下中肯的评价，可以作为这部分历史叙述的一个总结：

民国时期是二十世纪中国现代刑法学史上的一个非常重要的历史时期。正是通过民国时期刑法学家的引进、译介和发展大陆法系刑法制度和刑法学说，中国现代刑法学的体系才初步形成，并在许多刑法学基本理论问题的研究上取得了相当的成就。民国时期的刑法学是二十世纪刑法学的重要组成部分。回顾历史，我们应当对民国时期的刑法学研究成果给予应有的重视和全面评价，而不应当漠视甚至淡忘这一段历史。否则，我们时下的刑法学研究可能无形中重复着前人所已经研究过的问题，甚至重复探讨前人已经研究并且形成共识的问题，而表现出对中国刑法学自己的历史的无知。但民国时期的刑法学也存在明显的缺憾。民国时期的刑法学的整体品格表现为典型

<sup>①</sup> 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，89、98页，北京，清华大学出版社，2005。



的“移植刑法学”，对西方主要是大陆法系德国、日本的刑法学说，不加分析和批判，不经中国现实社会经验的证明，即盲目地全盘予以移植照搬。<sup>①</sup>

## 二、共和国的前 30 年：刑法学的由生而死

对于具有六十多年历史的共和国刑法学来说，清末刑法改革引入德日刑法学，在此基础之上发展起来的民国刑法学，可以说是一段“前史”。

20 世纪 50 年代初期，是共和国刑法学的草创时期，这个时期是以废除旧法观点，引入苏俄刑法学为特征的，由此而使我国刑法学苏俄化与政治化，并使民国刑法学的学术传统，如同以民国《六法全书》为基本框架的法统一样，猝然为之中断。我国学者在总结这一时期的刑法学研究特点时指出：

这个时期刑法学研究的特点之一是批判剥削阶级旧法观点，引入苏联刑法理论，建立社会主义刑法学。1952 年开展司法改革运动，对剥削阶级的旧法观点进行了较为彻底的批判，马克思主义的立场、观点和方法开始在刑法学研究中得以运用。例如，把马克思主义的阶级斗争学说运用于犯罪现象研究，揭示了犯罪的阶级本质；以马克思主义哲学关于因果关系的原理为指导来研究刑法中的因果关系问题，为我国社会主义刑法学的建立开辟了道路。在这一时期，我国的刑法学研究还大量介绍和引进了苏联的刑法学理论，这对于我国刑法学的建立也起到了重要的借鉴作用。当然，从另外一个意义上说，在否定旧法观点的同时，把历史上的刑法学理论也予以全盘否定，因而割断了历史联系，这种历史虚无主义是不利于刑法学研究发展的。同时，大量引入苏联刑法理论的

<sup>①</sup> 梁根林、何慧新：《二十世纪的中国刑法学》（上），载《中外法学》，1999（2），25 页。





教条主义倾向，在一定程度上妨碍了具有中国特色的刑法学理论体系的建立。<sup>①</sup>

在以上论述中，废除旧法理论与引入苏俄刑法学是互相联系的两个环节。尤其是我国刑法学的苏俄化，并以此取代民国刑法学时期的德日化，这是一个重大的转变。因此，20世纪50年代初，对于中国刑法学来说，是一个旧时代的结束，一个新阶段的肇始，由此而使我国近代刑法学生生地分割为两个互不相关的时期。

我国刑法学的苏俄化，当然是以政治上的苏俄化为前提的，体现了以俄为师的国家政治立场的取向。我国刑法学的苏俄化，同时也使刑法学打上了深刻的政治烙印，我国学者称之为“非学术性气质”<sup>②</sup>，这对于刑法学本身是一种莫大的损害。

在我国刑法学的苏俄化过程中，苏俄刑法学著作的大量译介到我国，以及苏俄刑法专家到我国讲学授业，是两个基本的途径。以译介苏俄刑法学著作为例，据不完全统计，从1950年到1962年我国译介的苏俄刑法学著作及资料、法规53本（件）。<sup>③</sup>而在这一时期，其他国家刑法学著作的译介几乎为零，两者形成鲜明的对照。在这些苏俄刑法学著作中，值得关注的是刑法教科书。例如苏联司法部全苏法学研究所主编的《苏联刑法总论》（上、下册）一书，可以说是最为权威的苏俄刑法教科书，该书于1950年由彭仲文翻译、上海大东书局出版。该书引入我国，对我国的刑法学体系的初创起到了重要的作用。除了翻译介绍苏俄刑法学著作以外，为数不少的苏联刑法专家被派遣到中国来传授苏俄刑法知识，培养了新中国第一代刑法学家，其意义十分深远。例如我国著名刑法学家高铭喧教授1947年入学开始学习法律，接受过民国的刑法学教育。中华人民共和国成立以后，在研究生阶段则接受了苏联专家培养，成长为新中国刑法学的一代宗师。高铭喧教授在回忆这段学习经历时指出：

① 高铭喧主编：《新中国刑法科学简史》，9~10页，北京，中国人民公安大学出版社，1993。

② 焦旭鹏：《苏俄刑法知识引进及其反思》，载陈兴良主编：《刑法知识论研究》，198页，北京，清华大学出版社，2009。

③ 参见焦旭鹏：《苏俄刑法知识引进及其反思》，载陈兴良主编：《刑法知识论研究》，199页，北京，清华大学出版社，2009。





1950年，新中国第一所新型的正规大学——中国人民大学宣告成立，该校聘请了大批苏联专家任教。这对我有很大吸引力，令我心驰神往。当1951年7月我在北大毕业，法律系领导向我征求分配去向志愿时，我就毫不犹豫地提出愿意去中国人民大学法律系当刑法研究生。法律系领导经过研究满足了我的志愿。在两年研究生学习期间，我先后接受贝斯特洛娃、达马亨、尼可拉耶夫、柯尔舍四位苏联专家的专业教育，对刑法学有了更全面、更系统、更深入的了解，研究的兴趣也越来越浓。这就为我的专业思想奠定了坚实的基础。<sup>①</sup>

我国学者经过苏俄刑法学的专业训练以后，开始从事刑法学的理论研究。初期，这种刑法学研究是以介绍苏俄刑法学为主的，后来逐渐结合我国的法律、政策加以研究，开始了苏俄刑法学的本土化进程。但是，刑法学研究是以刑法规范的存在为前提的，而我国迟至1979年7月1日才颁行第一部刑法典。从1949年10月1日到1979年7月1日，在长达三十年的时间里居然没有一部刑法典，这在人类历史上也是极为罕见的。没有刑法的刑法学研究，不可能达到较高的理论水平。可以说，当时的刑法学体系基本上是苏俄刑法学体系的翻版。例如我国学者对比了我国1957年正式出版的第一部刑法教科书与苏俄刑法教科书，发现两者之间在结构上的高度雷同，指出：

从法律出版社于1957年9月出版的中央政法干校刑法教研室编著的《中华人民共和国刑法总则讲义》之内容来看，它在总体上沿袭了苏联刑法理论的基本框架。该书内容分为导言、犯罪和刑事责任、刑罚和刑罚的适用三个部分，总共二十讲内容。其中第一部分即第一讲到第三讲讨论了刑法的若干一般问题，各讲题目分别是刑法的阶级性、中华人民共和国刑法的效力范围。第二部分即第四讲到第十二讲集中介绍了犯罪论的内容，各讲题目分别是中华人民共和国刑法上犯罪的概念、犯罪

<sup>①</sup> 高铭喧：《高铭喧自选集》，619页，北京，中国人民大学出版社，2007。

