

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家太我也



● 陈兴良 / 著

刑法的知识转型【方法论】

(第二版)

**The Transformation of Knowledge in
Criminal Law: Theory of Methods**

 中国人民大学出版社

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家太我也



● 陈兴良 / 著

刑法的知识转型【方法论】

(第二版)

**The Transformation of Knowledge in
Criminal Law: Theory of Methods**

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·方法论/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 978-7-300-25034-2

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法-方法论-研究-中国 IV. ①D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 240377 号

陈兴良刑法学

刑法的知识转型【方法论】(第二版)

陈兴良 著

Xingfa de Zhishi Zhuanxing

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 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(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

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

2017 年 10 月第 2 版

印 张 38.25 插页 4

印 次 2017 年 10 月第 1 次印刷

字 数 568 000

定 价 138.00 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



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离校任教的手续，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》一书可以说是我对过去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，我先后撰写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”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





第二版出版说明

《刑法的知识转型【方法论】》一书在我所出版的著作中，是极为特殊的。该书来自中国人民大学出版社2007年出版的《刑法知识论》一书，是在该书的基础上增补形成的，并且与《刑法的知识转型（学术史）》一书同时在2012年由中国人民大学出版社出版。这次将本书纳入陈兴良刑法学丛书，只是增补了代跋：刑法教义学的发展脉络。该代跋是以1997年刑法修订以来，我国刑法教义学的发展为中心线索展开的，对其中的若干重大争议问题进行了梳理和评析。

《刑法的知识转型【方法论】》涉及对我国刑法知识形态的理论考察，由此形成我国刑法知识话语体系。在过去相当长的一个时期，我国以社会危害性为中心的刑法话语主要来自苏俄刑法学。这种苏俄刑法学话语对于我国刑法学的初创起到了引导作用，其历史功绩不可否定。当然，随着我国刑事法治的发展，这套刑法知识话语同样也存在不相适应的问题，其明显落后于法治的发展速度。在这种情况下，亟待建立我国自己的刑法知识话语。然而，问题并非那么简单，刑法知识话语并不是一蹴而就的，而是有一个模仿、学习、消化和创新的漫长过程。而向先进国家学习刑法知识，则是必由之路。正是在这种背景下，我国开始引进德日刑法知识，以此取代苏俄刑法知识。对于这样一种我国刑法知识演进，我是持肯定态度的。为此，我国当代刑法学者承担着清理地基和建筑大厦的双重使命。

《刑法的知识转型【方法论】》一书，是我对苏俄刑法知识进行批判性考察，



以及对德日刑法知识进行阐述性叙述的成果。例如，对社会危害性理论的批判和对三阶层犯罪论体系的论述就是典型的学术案例。社会危害性理论来自苏俄刑法学，并且在一段时期内成为我国刑法学的核心概念，统率整个刑法理论。我从2000年开始，持续地关注社会危害性理论，对此进行深入地批判和检讨，揭示其与罪刑法定原则之间的不兼容性，同时还主张从社会危害性到法益侵害性的话语转换。其中的思考虽然也存在简单和粗暴之处，但它确实引起了我国刑法学界对社会危害性理论的关注。与此同时，围绕着四要件和三阶层这两种犯罪论体系之间的学术争议，也是近些年来我国刑法学界曾经产生重大影响的事件之一。作为参与者，我认为自己对于德日刑法学术的启蒙还是发挥了应有的作用。总之，任何学术都需要在争鸣中推进，而不能死气沉沉。本书作为我对当下我国刑法知识反思的思想结晶，是我国刑法学走向教义学的一个学术个案，值得缅怀。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017年6月4日





第一版出版说明

《刑法的知识转型【方法论】》一书是在《刑法知识论》（中国人民大学出版社2007年版）的基础上，修订而成的。从2008年开始，我国刑法学界围绕着犯罪论体系，展开了三阶层和四要件之争。作为我国引入德日三阶层犯罪论体系的倡导者，我当然不能置身事外，也以积极的姿态参与了这场对于我国刑法学理论发展具有攸关生死的论战，竭力推动我国刑法知识的转型。这些以犯罪论体系为中心的刑法知识论研究成果收入本书，形成了本书第十、十一、十二、十四、十五章的内容。为体现理论体系的完整性，本书在修订以后，以《刑法的知识转型【方法论】》的书名出版，以此与《刑法的知识转型【学术史】》一书形成对应关系。这两本书分别从方法论与学术史的视角，对我国刑法学进行了知识论的研究，也可以说是同一本书的上下两卷。

在《刑法的知识转型【方法论】》一书中，我对我国刑法知识进行了系统的反思与批判，由此可以看出我的一种审父式的意识与姿态。我以为，任何知识都是累积起来的，具有其历史的连续性。同时，无论哪一种知识又都是进化和变异的，因而具有断裂性。正是在这种连续和断裂的双重变奏中，知识得以发展，刑法知识的演变也是如此。近百年来，我国的刑法知识经历了多次重大的转折与变异。第一次是在清末，延续了数千年的律学随着中华法系传统的中断而为之遭受废弃的命运。取而代之的是以德日为代表的刑法知识，尽管当时德日刑法知识本





身也还处在一个发展过程之中。这是第一次刑法知识的转型，表现为我国刑法知识的近代化，可惜的是传统的律学未能延续。自1949年中华人民共和国成立，我国随着政治上的选择而全面引入苏俄刑法知识，以此取代德日刑法知识。这是第二次刑法知识的变异，其结果是我国刑法知识的苏俄化。其实，在我国引入苏俄刑法知识的时间十分短暂。以1950年上海大东书局出版苏联司法部全苏法学研究所主编、彭仲华译的《苏联刑法总论》为起始，以1958年中国人民大学出版社出版A. H. 特拉伊宁著、王作富等译的《犯罪构成的一般学说》为终止，前后不过9年（1950—1958）时间。但苏俄刑法学，尤其是四要件的犯罪论体系对我国的影响是深远的，即使是在我国进入法治发展时期（以1979年刑法颁布为标志）以后，即使是在苏联作为一个国家实体和其政治意识形态全面瓦解（以1989年苏联解体为标志）以后，四要件的犯罪论体系仍然占据着我国通说的地位。通过我对我国近三十年来刑法学术史的研究，在犯罪论中存在一个明显的去苏俄化的过程，同时也是一个逐渐地吸纳德日刑法知识的过程。在我国刑法总论中，除了四要件的犯罪论体系以外，其他的理论资源都来自德日。如果我们把犯罪论体系看作是刑法理论大厦的屋顶，那么除了四要件的犯罪构成这一苏俄屋顶以外，这座理论大厦的构件都已经是德日的，由此形成了知识形态上的冲突和对峙。这种刑法知识话语体系上的不合辙、不协调、不匹配，严重地影响了我国刑法知识的发展。正是在这一背景下，我提出了刑法知识的当代转型这一命题，以此作为推进我国刑法学理论发展的动力。

任何理论都有其历史惯性。当然，在某种意义上，这与其说是历史的惯性，不如说是历史的惰性，更可以说是人的惰性。所以，这种知识的转型是十分困难的，必然存在巨大的阻力。这种阻力来自我们自身的思维定势，来自我们自身的路径依赖，来自我们自身的恋父情结。但是，这种知识转型又是不可避免的、或迟或早一定会发生的。我们每一个人都是在一定的知识背景下成长起来的，因而被这种知识所同化、所塑造、所形构，成为一个具体的、真实的人。我们要想从这一知识的网络中摆脱出来是困难的，或者是不可能的。在这种情况下，我们要警惕既有知识对我们的束缚。在犯罪论体系的讨论中，我同样感觉到了四要件的





犯罪论体系对我们的制约和桎梏。对于已经接受了四要件犯罪论体系的人来说，要想改变，转而接受三阶层的犯罪论体系，几乎是不可能的。这里存在巨大的情感上的障碍和心理上的障碍，难以翻越、难以穿越。因此，现在的理论讨论与其说是针对当下的，不如说是针对将来的。换言之，对于已经掌握了四要件犯罪论体系的人来说，三阶层犯罪论体系已然是一种他者。只有对于初入刑法之门的人来说，三阶层犯罪论体系才能成为一种自我。因此，在四要件和三阶层这两种犯罪论体系的讨论中，我们要秉承一种科学和冷静的态度，保持对历史足够的敬畏。

《刑法的知识转型【方法论】》一书，是对我国刑法知识转型的一种方法论的探讨。这里的方法论当然是指刑法方法论，而且更多的是指刑法学的方法论。事实上，刑法知识的转型必伴随着方法论的转变。因此，方法论是一种关照与审视我国刑法知识转型的不可或缺的视角。不同于对刑法知识转型的学术史考察，刑法知识转型的方法论探讨更强调的是我国刑法知识的逻辑路径的展开与思辨内容的梳理，因而更具有价值论的性质。本书共计 15 章，大体上可以区隔为以下三个方面的内容：从第一章到第五章，立足于法学知识形态，对刑法方法论本身进行理论分析，可以说是对刑法方法论的本体性探讨。从第六章到第十章是对我国传统的刑法知识的批判与清理。刑法知识的转型是一个“破旧立新”的过程，不“破”不“立”，这部分内容就属于“破”的范畴。从第十一章到第十五章是对昔日刑法知识的阐述与引入，其内容属于“立”的范畴。在这一部分，重点讨论了犯罪论体系，尤其是对三阶层的犯罪论体系进行了系统阐述。例如关于位阶性的思想对于我国犯罪论体系的建构具有参考价值。当然，以上三个部分的内容也并非泾渭分明的，事实上在不少问题上都存在交错。本书内容都是以单篇论文形式写成，并在有关刊物上发表，在本书的编撰中又作了一些内容上的删改，尽量避免重合。经过整合以后形成的本书内容，是我在过去十年里对刑法知识论思考的理论总结，以一种集约化的形式呈现在读者面前，期望与读者共享。

刑法知识的转型是一个历史的过程，我们每一个人都是这段历史的一个细节、一个碎片，是这一段历史的见证人、参与者，也是这一刑法知识转型的推动



者、助力者。本书是我从方法论角度对刑法知识转型的一种思考、一种记录，它反映的不仅仅是我个人的想法，也是这个时代的思索和印记。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2012年8月



代 序

刑法知识的去苏俄化

我国刑法的知识传统可以追溯到中国古代的律学，自清末刑法改革引入大陆法系刑法制度以后，律学传统为之中断。尤其是在新文化运动的影响下，作为刑法定载体的语言发生了由文言文到白话文的嬗变，由此而使依附于语言的律学知识难以在近代刑法学中发生实际功用。随着大陆法系刑法制度引入而舶来的德日刑法知识，虽然在 20 世纪三四十年代曾经一度生成，但在 1949 年以后终因政治原因随着国民党六法全书的废除而遭废黜。20 世纪 50 年代，随着政治上向苏俄的靠拢，苏俄刑法知识进入我国。尽管到 1957 年反右斗争法律虚无主义抬头，刑法学事实上已被取缔。至 1960 年政治上与苏俄交恶，苏俄刑法知识在我国的传播也只有短短 9 年时间，但其影响至今仍然深深地渗透在我国刑法知识的机体。^① 在 20 世纪 80 年代以后，我国刑法知识得以复兴，德日乃至英美的刑法知识不断引入并日益发生重大影响，结合我国的刑事立法与刑事司法进行的本土化研究也取得了长足的进步，但我国刑法学却始终不能摆脱苏俄刑法学的影响，这是令人深思的。实际上，我国的其他部门法学，包括刑事诉讼法学、民商法学，甚至法理学和宪法学这样一些与政治话语具有直接关联性的法学部门，在

^① 关于近代我国刑法知识的演进，参见本书第二章刑法学知识论的有关内容。



20世纪50年代也同样是在苏俄法学的浸润下发展起来的，但现在这些部门法学中苏俄法学的阴影已经荡然无存，唯独刑法学难以从苏俄刑法学的桎梏中解脱。原因何在？这是我一直思考的问题。我认为，我国刑法学目前仍然采用苏俄刑法学中的犯罪论体系，而犯罪论体系是整个刑法知识的基本架构。因此，如欲摆脱苏俄刑法学的束缚，非将目前的四要件的犯罪论体系废弃不用而不能达致。正是在这种情况下，我提出了刑法知识中的去苏俄化这一命题，以此作为我国刑法教义学知识体系形成的起始。

一、刑法知识的苏俄化

我国刑法知识的苏俄化过程始于1950年。其中1950年出版的《苏联刑法总论》（上下册）^①一书具有标志意义，该书由苏联司法部全苏法学研究所主编，参与写作的有孟沙金教授等人，尤其是犯罪构成部分的撰稿人是皮昂特科夫斯基，均是当时苏俄刑法学界的权威人物，该书被苏联高等教育部特准法学研究所与大学法学院采作教本，是当时苏联官方钦定的刑法教科书。以此刑法教科书为中心，形成了在苏俄刑法学界具有重大影响的教科书派。该书向我国首次输入了苏俄的四要件犯罪论体系，教科书指出：每一犯罪构成系由以下四种基本因素形成起来的：（1）犯罪的客体；（2）犯罪的客观因素；（3）犯罪的主体；（4）犯罪的主观因素。这四种犯罪构成的要件，缺少一种犯罪构成即不能成立犯罪。^②这一关于犯罪构成的界定，是苏俄四要件犯罪论体系的形成之作。此后，又有大量的苏俄刑法学教科书译介到我国，及至1958年出版的特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》一书，达到顶峰。^③该书是苏俄关于犯罪论体系的第一部专著，它全

^① 参见苏联司法部全苏法学研究所主编：《苏联刑法总论》（上下册），彭仲文译，上海，大东书局，1950。

^② 参见苏联司法部全苏法学研究所主编：《苏联刑法总论》（下册），彭仲文译，315页，上海，大东书局，1950。

^③ 参见[苏]A. H. 特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，王作富等译，北京，中国人民大学出版社，1958。

面、系统地论述了犯罪构成的概念、意义和犯罪构成理论的内部体系结构，研究与犯罪构成有关的各种问题，并对资产阶级的犯罪论体系进行了分析批判。这本书的出版，标志着苏俄犯罪论体系已趋成熟。^①该书对我国犯罪论体系也产生了较大影响，但由于该书在我国翻译出版是在1958年，我国刑法理论的研究在1957年反右斗争开展以后就已经中断，因而特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》一书在1958年得以出版，这已经不能不说是一个不大不小的奇迹。当然，特拉伊宁的《犯罪构成的一般学说》一书对我国刑法学界的影响，迟至1979年我国刑法学恢复重建以后才得以显现。可以说，我国现行的犯罪论体系基本上还是在苏俄四要件犯罪论体系框架内思考而未获突破。我国在1957年出版的唯一有影响的刑法教科书^②，就基本上以苏俄的犯罪论体系为摹本，形成了我国犯罪论体系的雏形。该刑法教科书的犯罪论体系由犯罪的客体、犯罪的客观方面、犯罪的主体、犯罪的主观方面构成，并论述了犯罪构成是刑事责任的唯一根据这一苏俄刑法学的重要命题。及至反右斗争以后，随着法律虚无主义思想的兴起，犯罪构成一时之间被打入冷宫，成为政治上的禁忌，讳莫如深。正如我国学者指出的那样，在当时情况下，犯罪构成一词不能再提了，犯罪构成各个要件不能再分析了，不准讲犯罪必须是主客观的统一，等等。^③这一描述是十分真实的，并且有书为证。例如中国人民大学法律系刑法教研室在1958年出版的《中华人民共和国刑法是无产阶级专政的工具》一书中，关于怎样认定犯罪的论述，只字不提犯罪构成，而是以“以事实为根据，以法律为准绳”等审判原则和区分两类不同性质的矛盾等政治话语作为主要内容。^④这种情形，一直持续到1976年。该年12月北京大学法律系刑法教研室编写了一本《刑事政策讲义》（讨论稿），该书虽名为刑事政策讲义，实际上是刑法讲义，其中在正确认定犯罪这一题目中，虽然论及为正确认定犯罪需要着重查明和分析的事实，包括：（1）被告的危害社会的行

① 参见何秉松：《犯罪构成系统论》，32页，北京，中国法制出版社，1995。

② 参见中央政法干校刑法教研室：《中华人民共和国刑法总则讲义》，北京，法律出版社，1951。

③ 参见杨春洗等：《刑法总论》，108页，北京，北京大学出版社，1981。

④ 参见中国人民大学法律系刑法教研室：《中华人民共和国刑法是无产阶级专政的工具》，20页以下，北京，中国人民大学出版社，1958。

为；(2) 行为的危害结果；(3) 刑事责任年龄；(4) 犯罪的故意和过失；(5) 犯罪的目的和动机；(6) 被告人的出身、成分和一贯的政治表现等，这些内容大多属于犯罪构成的要素，但在论述中同样讳言犯罪构成一词，并且强调，在认定犯罪的时候要以阶级斗争为纲，坚持党的基本路线，用阶级斗争的观点和阶级分析的方法分析问题，处理问题。^① 及至 1979 年刑法颁行以后，我国刑法学理论开始复苏，这种复苏实际上也就是苏俄刑法学的复活。例如在 1979 年刑法颁行以后，我国出版的第一本刑法教科书，是中央政法干校刑法、刑事诉讼法教研室编著的《中华人民共和国刑法总则讲义》和《中华人民共和国刑法分则讲义》。^② 以总则讲义为例，其内容和 1957 年的版本并无实质区分，就犯罪论体系而言则如出一辙。尤其是 1982 年出版的刑法统编教材，明确地将犯罪构成界定为我国刑法所规定的、决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和，并将犯罪构成要件确定为：(1) 犯罪客体；(2) 犯罪客观方面；(3) 犯罪主体；(4) 犯罪主观方面。^③ 由于刑法统编教材的权威性，四要件的犯罪论体系由此而定于一尊。

二、刑法知识的去苏俄化

从苏俄犯罪论体系的中国化过程来看，尽管历经波折，并且也逐渐地被本土化，但苏俄刑法学的痕迹还是不可抹杀的。我国刑法学的苏俄化，承续的基本上是斯大林时代形成的刑法学说，其政治上与学术上的陈旧性自不待言。即使在苏联解体以后，俄罗斯刑法学中的犯罪论体系变化也不大。^④ 我国学者对苏俄犯罪论体系的反思始于 1986 年，以何秉松教授发表在《法学研究》上的“建立具有

① 参见北京大学法律系刑法教研室：《刑事政策讲义》（讨论稿），1976 年 12 月内部印行，118 页以下。

② 上述两书均由群众出版社于 1980 年出版。

③ 参见高铭喧主编：《刑法学》，97 页以下，北京，法律出版社，1982。

④ 参见薛瑞麟：《俄罗斯刑法研究》，118 页，北京，中国政法大学出版社，2000。

中国特色的犯罪构成新体系”^①一文为标志，至今已经二十多年过去了，但苏联犯罪论体系仍然统治着我国刑法学。对此，维护与维持的观点仍是主流。现在，已经到了不得不抉择的时候，否则我国刑法学难以建立规范的知识体系。摆在我们面前的问题仍然是：我国刑法知识的去苏俄化之必要性何在？

在我看来，我国刑法知识的去苏俄化之必要性来自于苏俄犯罪论体系自身的不可克服的缺陷。日本学者曾经指出评价一个犯罪论体系的标准：一是逻辑性，二是实用性。^②这里的逻辑性，是指犯罪论体系的自洽性、合理性，因而也是科学性、实用性，也是犯罪论体系在认定犯罪应用上的便利性。就这两个评价指标而言，逻辑性是第一位的，逻辑性的考量应当优于实用性。但在我国刑法学界讨论苏俄犯罪论体系的去留时，却往往将实用性放在优先位置上。例如我国学者指出：“犯罪构成理论（指苏俄引入的犯罪论体系——引者注）已植根于司法工作人员的思想中，对这样一个既成的，已被广大理论工作者和司法工作人员接受的犯罪构成理论，有什么理由非要予以否定呢？否定或者随意改变之后，怎么能不给理论界和司法实际部门造成极大的混乱呢？”^③混乱的担忧当然是可以理解的，但对苏俄犯罪论体系不作彻底的清算，则我国刑法学理论将被窒息。对于这一点，只能从苏俄犯罪论体系的逻辑缺陷入手才能得以揭示。

犯罪构成虽然不是刑法上的一个术语，但却是苏俄犯罪论体系的核心概念，直接关切其刑法理论的科学性。苏俄刑法学中的以犯罪构成为中心的犯罪论体系是对德日的犯罪论体系改造而来，两者之间存在这种渊源关系，对此苏俄学者并不否认。日本学者上野达彦曾经对这一改造过程作过生动的描述。^④在这一改造过程中，存在着政治化与意识形态化的倾向，同时也将德日的递进式的逻辑结构改造成为耦合式的逻辑结构，这对犯罪论体系的逻辑性造成的伤害是难以弥补的。德日的犯罪论体系，从古典犯罪论体系到新古典的犯罪论体系，再到目的行

① 该论文载《法学研究》，1986（1）。

② 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》（第3版），冯军译，107页，北京，中国人民大学出版社，2003。

③ 高铭暄、王作富主编：《新中国刑法的理论与实践》，172页，石家庄，河北人民出版社，1988。

④ 参见〔日〕上野达彦：《苏维埃犯罪构成要件理论发展史》，载《国外法学》，1979（5）。

为论的犯罪论体系，完成了体系化的任务，建立了刑法教义学。在这一体系化过程中，关键不是哪些要素纳入该体系，而是如何确定这些要素之间的关系。对此，德国学者罗克辛在论及犯罪论体系的历史发展时指出：学术性和体系性的工作，明显地不仅限于建立这些初步的基本概念。在很大程度上，这个工作包括了具体确定各类犯罪范畴的条件以及明确它们之间的关系。^① 罗克辛在此论及的这些犯罪成立条件之间的关系，是指构成要件该当性、违法性与有责性之间的关系。其中，构成要件该当性与违法性、有责性之间，存在事实与评价之间的关系：构成要件该当性是一个事实问题，违法性与有责性是一个评价问题。这一犯罪论体系的构造显然是受到了20世纪初盛行于德国的新康德主义存在与价值二元论思维范式的影响。问题不在于受何种哲学影响，关键在于这一犯罪论体系是否具有逻辑性与实用性。事实表明，这一犯罪论体系是符合认定犯罪的司法逻辑的：首先通过构成要件该当性以解决事实之是否存在的基本前提，然后从客观（违法性）与主观（有责性）这两个方面解决评价问题，两者之间存在逻辑上的位阶关系。正如日本学者所评价的那样：这一体系既符合思考、判断的逻辑性、经济性，又遵循着刑事裁判中犯罪认定的具体过程。^② 但苏俄刑法学家的改造，正是从政治上的批判入手的，例如苏俄学者在批判贝林的犯罪论体系时指出：德国学者贝林以新康德主义的唯心哲学为基础，发挥了关于犯罪构成的“学说”；根据这种“学说”，即使有犯罪构成，仍不能解决某人是否犯罪的问题。照这种观点看来，犯罪构成只是行为诸事实特征的总和；说明每一犯罪的行为的违法性，乃是犯罪构成范围以外的东西；法律上所规定的一切犯罪构成，都带有纯粹描述的性质，其中并未表现出把行为当做违法行为的这种法律评价。谈到行为的违法性，它好像是属于原则上不同的另一方面，即“当为”的判断方面。法院并不根据法律，而是依自己的裁量来确定行为的违法性。这样，关于某人在实施犯

① 参见 [德] 罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，121页，北京，法律出版社，2005。

② 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》（第3版），冯军译，109页，北京，中国人民大学出版社，2003。



罪中是否有罪的问题，也就由法院裁量解决了。法院可以依自己的裁量来规避法律，如果这样做，是符合剥削者的利益的。而有责性理论则被苏俄学者抨击为是唯心主义的罪过“评价”理论，根据这一理论，当法院认为某人的行为应受谴责时，法院就可以以自己否定的评断，创造出该人在实施犯罪中的罪过。主观唯心主义的罪过评价理论，使得资产阶级的法官们可以任意对所有他们认为危险的人宣布有罪。^①从中可以看出，苏俄学者将价值哲学斥责为唯心主义，并以机械唯物论作为其犯罪论体系建立的哲学基础。在这种情况下，事实与评价之间的逻辑关系不复存在，一切犯罪成立的要素都塞入构成要件这一概念之中，将德日犯罪论体系中只具有事实性质的构成要件这一要件，提升为犯罪成立要件的总和。但这一犯罪论体系的根本缺陷在于以下三点：

（一）事实与价值相混淆

在犯罪认定过程中，事实与价值是存在区分的：事实是评价的前提，因而首先要查明的是事实。这里的事实包括客观上的行为事实与主观上的心理事实。只有在事实的基础之上，才能对这一事实是否违法及有责进行评价。但苏俄的犯罪论体系，将事实要素与评价要素混为一谈，未作切割，由此带来的问题是：某一构成要件的性质难辨。例如，犯罪故意，是心理事实要素还是也包含规范评价要素？苏俄学者虽然承认“故意的罪过之成立，不仅以该人熟知形成该种犯罪构成的实际情况为前提，而且以熟知该行为之社会危险性为前提”^②。但由于犯罪故意中不包含非难的意蕴，从而不得不另创一个刑事责任的概念以解决主观上的可谴责性。

（二）犯罪构成的平面化

德日的犯罪论体系各个犯罪成立条件呈现出递进的逻辑关系：有前者未必有后者，有后者则必有前者。因此，各个犯罪构成要件之间存在明确的位阶关系。司法工作者在进行犯罪认定的时候，必须严格地按照犯罪构成要件之间的位阶关

^① 参见 [苏] A. A. 皮昂特科夫斯基：《社会主义法制的巩固与犯罪构成学说的基本问题》，孔钊译，载中国人民大学刑法教研室编译：《苏维埃刑法论文选译》（第1辑），77页，北京，中国人民大学出版社，1955。

^② [苏] 苏联司法部全苏法学研究所主编：《苏联刑法总论》（下册），彭仲文译，374页，上海，大东书局，1950。

系依次判断。并且，这一判断过程也是去罪化的过程，为辩护留下了广阔的空间。概据这一犯罪论体系，有罪抑或无罪，结论存在于判断的终点。但在苏俄的犯罪论体系中，各个犯罪构成要件之间的位阶关系是不存在的，其顺序是可以根据不同标准随意分拆组合的。尤其是各个犯罪构成要件是一种耦合的逻辑结构。对于这一犯罪构成体系，日本学者曾经作过以下评论：把犯罪的构成要素区分为客观的东西和主观的东西，当然是可能的，但是，仅仅这样平面地区分犯罪要素，并不能正确地把握犯罪的实体。因此，这一体系有忽视客观的要素和主观的要素各自内在的差异之嫌，而且，这样仅仅平板地对待犯罪的要素，既难以判定犯罪的成立与否，又难以具体地论及所成立的犯罪的轻重。^① 这里难以判定的成立与否，应当理解为不符合认定犯罪的司法逻辑。苏俄的犯罪论体系具有对犯罪的分析功能，即在已经认定犯罪的前提下，对这一犯罪的结构进行分析，我们可以将其一分为四。也就是说，一个犯罪是由客体、客观方面、主体和主观方面这四个要件构成的。由此可见，苏俄的犯罪论体系是在犯罪成立这一逻辑前提下对犯罪结构进行分析的理论，更合乎有罪推定的思维习惯。与此相反，德日的犯罪论体系是从无罪到有罪的逻辑推演过程，更合乎无罪推定的思维习惯。

（三）规范判断的缺失

在苏俄的犯罪论体系中，引入了社会危害性这一概念，并以此成立犯罪构成的本质。例如苏俄学者指出：根据苏维埃刑法，犯罪的实质就在于它的社会危害性。每一犯罪永远是而且首先是侵犯社会主义国家利益的危害社会行为。社会危害性是每一犯罪行为的基本内容，这种危害社会性确定了苏维埃法律中所规定的犯罪侵犯行为的阶级政治性质。因此，不应将犯罪构成简单地规定为犯罪诸特征的总合，而应将它规定为：按照苏维埃法律，说明某种侵犯社会主义国家利益的行为社会危害性的诸特征的总和。^② 由于社会危害性是一个非规范或曰超规范的

^① 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》（第3版），冯军译，122页，北京，中国人民大学出版社，2003。

^② 参见 [苏] A. B. 哈萨洛夫：《关于犯罪构成概念的问题》，王作富译，载中国人民大学刑法教研室编译：《苏维埃刑法论文选译》（第1辑），53页，北京，中国人民大学出版社，1955。

概念，而社会危害性的判断又先于具体犯罪构成要件判断，因而犯罪构成要件就沦为社会危害性的附属物，即在已经作出社会危害性这一实质判断以后，再去找犯罪构成要件证实这一结论。在这种情况下，犯罪认定过程中规范判断缺失，从而为破坏犯罪构成打开了方便之门。

时至今日，学术与政治之间的区隔已经形成，苏俄刑法学中的政治话语已经丧失了其正当性。至于哲学范式，机械唯物论不再具有天然合理性，价值哲学已经能够公正地对待，各种哲学思想只要具有科学性都可以为我所用。在这种情况下，我国与德日刑法学的隔膜已经不复存在。其实，无论是苏俄刑法学还是德日刑法学，对于我国来说都是舶来品，因此也不存在本土化的抗拒。既然都是舶来，为什么不引入一个更为合乎逻辑性并且能够发挥认定犯罪的功用性的犯罪论体系呢？而要做到这一点，前提条件是实现我国刑法知识的去苏俄化。

目 录

第一章 法学知识形态论	1
一、法的形态：价值、规范与事实	1
二、法学的形态：法哲学、法理学与法社会学	11
三、以刑法学为视角的考察	21
第二章 刑法学知识论	30
一、古代律学传统的中断与近代刑法学的诞生	30
二、苏俄刑法学的引入与我国刑法学的嬗变	38
三、德日刑法学的借鉴与我国刑法学的突围	46
第三章 犯罪学知识论	56
一、刑事一体化视角的确立	56
二、犯罪学的知识整合	64
三、以犯罪概念为范例的考察	69
第四章 刑法教义学方法论	90
一、法学方法论探寻	90
二、法教义学及其方法论	94
三、刑法解释方法论	101
四、犯罪论体系方法论	115

五、案件事实认定方法论	126
六、刑法论证方法论	131
第五章 判例刑法学方法论	137
一、判例法的历史溯源	137
二、法学知识形态的类型考察	148
三、判例教学法的内容分析	153
四、判例刑法学的方法论特征	165
第六章 社会危害性理论的反思	173
一、社会危害性理论的历史嬗变	173
二、以形式与实质为工具的分析	182
三、从社会危害性到法益侵害性的转换	191
第七章 社会危害性理论的批判	201
一、社会危害性的反形式主义分析	201
二、社会危害性与犯罪实质概念的考察	207
三、社会危害性与犯罪构成体系的考察	222
第八章 违法性理论的检讨	230
一、违法性理论的历史演变	230
二、违法性理论的内容界定	239
三、违法性理论的体系定位	249
第九章 主客观相统一原则的清理	257
一、刑法客观主义与主观主义的谱系	257
二、主客观相统一原则的内容分析	268
三、刑法学理论的哲学方法论根据	273
第十章 形式与实质关系的检视	287
一、犯罪的形式概念与实质概念	287
二、犯罪论的形式判断与实质判断	298

三、刑法的形式解释与实质解释·····	309
第十一章 形式解释论与实质解释论的辩驳 ·····	313
一、形式解释论与实质解释论的事实描述·····	313
二、形式解释论与实质解释论的原理分析·····	321
三、形式解释论和实质解释论的价值判断·····	325
四、形式解释论和实质解释论的实例对比·····	336
五、形式解释论和实质解释论的功能对立·····	351
第十二章 犯罪论体系的建构 ·····	368
一、构成要件的概念·····	368
二、构成要件的机能·····	375
三、构成要件的性质·····	380
第十三章 犯罪论体系的考察 ·····	396
一、犯罪论体系的比较·····	396
二、犯罪论体系的阐述·····	414
三、犯罪论体系的建构·····	441
第十四章 犯罪论体系的去苏俄化 ·····	450
一、苏俄犯罪论体系的历史还原·····	450
二、苏俄犯罪论体系的中国图景·····	463
三、苏俄犯罪论体系的理论清理·····	470
第十五章 犯罪论体系的位阶性 ·····	489
一、位阶性的嬗变过程·····	489
二、位阶性的实际功能·····	498
三、位阶性的结构对比·····	511
四、位阶性的实效分析·····	520
代跋 刑法教义学的发展脉络 ·····	529
一、回望 1997 年·····	529



二、刑法理念的变革	532
三、刑法理论的更新	537
四、学派之争的发酵	540
主要参考书目	556
索引	572



第一章

法学知识形态论

对于法理学向何处去这个问题的追问，可以从不同视角进行应答。^① 我所感兴趣的是，法学作为一种知识形态，其存在的方式是什么。这个问题关涉法学作为一门学科的性质界定^②，它的解决能够在一定程度上指明法学研究的进路。本章以反思的形式，尤其以刑法学为视角，对法学作为一种知识形态进行学理上的考察。

一、法的形态：价值、规范与事实

法学，是以法为研究对象的一门学科，这似乎是一种共识。如果我们进一步追

^① 法理学向何处去这个问题的提出表明对法理学现状的不满，因此这种应答意味着对法理学走向的期待。当下讨论的传统与现代、本土化与国际化等，都是一种应答方式。

^② 关于知识形态及其学科的研究，随着知识社会学的兴起一再得到关注。古典知识社会学可以参见以下书籍：[法]迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，北京，商务印书馆，1995；[德]韦伯：《社会科学方法论》，杨富斌译，北京，华夏出版社，1999。后现代语境中的知识社会学可以参见以下书籍：[法]福柯：《知识考古学》，谢强、马月译，北京，三联书店，1998；[美]华勒斯坦等：《开放社会科学》，刘锋等译，北京，三联书店，1997；[美]华勒斯坦等：《学科·知识·权力》，刘健芝等译，北京，三联书店，1999；[法]利奥塔尔：《后现代状态》，车槿山译，北京，三联书店，1997。



问：法又是什么？换言之，法是一种价值，还是一种规范，抑或是一种事实？这个问题的解决关系到法学作为一门学科，在其知识形态上的层次区分，值得认真对待。

（一）事实、价值、规范：伦理学的启示

自从休谟提出事实与价值的区分以来，这种二元的范式得以滥觞。休谟认为，“是”与“不是”是一种事实判断，而“应该”与“不应该”是一种价值判断，由此区分事物的规律与道德的规律：前者是实然律，后者是应然律。从“是”与“不是”的关系中不能推论出“应该”与“不应该”的关系。在休谟看来，道德上的善恶性质表明的不是事物本身固有的本质属性，而是事物本性满足人的需要的肯定或否定的意义，是评价主体根据人类的一定利益的需要对行为和品质的一种价值认知，并在这种价值态势的支配下所流露出的一种情感。^①因此，道德上的善恶不同于以事物本身固有的本质属性为标准的科学上的真假。科学判断的联系词是“是”与“不是”，道德命题的联系词是“应该”或“不应该”^②。而“应该”与“不应该”的判断，归根到底有赖于一个确实可行的道德规范体系的建立。由此可见，休谟将伦理学归结为一种价值判断，又将价值判断落脚在伦理规范上。在伦理学上，休谟关于事实与价值的二元论即所谓休谟法则产生了重大影响，被视为与牛顿在物理学中的发现即所谓牛顿定理一样重要。

康德的道德哲学，尽管在理论构造上完全不同于休谟^③，但在方法论上却深

^① 休谟主张一种情感主义的伦理学，认为道德必须来自情感，情感是道德的基础。情感之所以能够成为道德上善恶的源泉，就在于它能借着反对或赞成任何行为来直接阻止或引生那种行为。休谟的情感主义首先是描述性的：道德判断是描述在某种情况下由某个行为性质所引起的道德情感。休谟的情感主义又是规范性的：通过对行为作出道德上善恶的判断，就是在命令做它或者避免做它。参见周辅成主编：《西方著名伦理学家评传》，361页以下，上海，上海人民出版社，1987。

^② [英] 休谟：《人性论》（下册），吴文运译，509～510页，北京，商务印书馆，1980。

^③ 休谟是经验主义伦理学的代表人物，将道德归结为一种情感，即所谓道德感。参见[英] 休谟：《道德原理探究》，王淑芹译，4页以下，北京，中国社会科学出版社，1999。康德是理性主义伦理学的代表人物，将道德归结为一种先验的理性法则。参见[德] 康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，15页以下，北京，商务印书馆，1991。

深地打上了休谟的烙印。^① 休谟这一区分事实与价值、“是”与“应当”的观点，为康德所接受，并且康德将事实科学的方法归结为建构性的，将道德学的法则归结为范导性的。康德并且还接受了休谟的这一观点，即不可能从“是”中推论出“应当”来，这后来成为康德论证道德法则的先天性的一个重要论据。事实科学与规范科学在对象、性质方面的不同，以及它们在共同的先验思维方式下所具有的区别，构成康德哲学方法论的根本问题。^② 在康德看来，自然法则与道德法则虽然同为法则，但相互之间存在着严格区别。自然法则是知性的法则，它是一切经验现象的先天条件，亦即规定存在的事物的普遍必然的客观规律。与此相反，道德法则是理性的法则，它是人之自由本性品格的表现，是规定应该存在的事物的定言命令。^③ 由此可见，康德从理论上进一步厘清了作为事实之存在形态的自然法则与作为价值之存在形态的道德法则的本质区别。

如果说，休谟和康德在事实与价值区分的基础上，将伦理学归结为一种价值判断，从而将伦理学与事实科学加以区别，使伦理学的学科性质获得正确的界定，那么，英国伦理学家摩尔提出的“自然主义谬误”的命题，进一步澄清了伦理学的学科内容。摩尔认为，怎样给“善”下定义是全部伦理学中最根本的问题。^④ 而恰恰在这个问题上，存在以下两种自然主义的谬误：一种是把善性质混同于某种自然物或某种具有善性质的东西，从“存在”（is）中求“应当”（ought），使“实然”（what it is）与“应然”（what ought to be）混为一谈。例如，休谟的情感主义伦理学，从道德中推论出善恶的规范命令，混淆了“可欲的”（desirable）与“被欲的”（desired）。简单地把经验事实（“实际欲求的”）与伦理价值（“值得欲求的”）等同起来，结果混淆了手段善（工具价值）与目的善（内在价值）。另一种是把善性质混同于某种超自然、超感觉的实在（reality），从“应然”（ought to be）、“应当”（ought）中求“实在”（to be），进而把

① 从康德的道德哲学中，乃至从康德的整个哲学体系中，我们都可以看到休谟的二元范式的影响。例如，在本体论中，现象与物自体的二元区分。尤其是在道德哲学上，承袭了休谟的事实与价值的二元论。

② 参见陈嘉明：《建构与范导——康德哲学的方法论》，5页，北京，社会科学文献出版社，1992。

③ 参见张志伟：《康德的道德世界观》，119页，北京，中国人民大学出版社，1995。

④ 参见[英]摩尔：《伦理学原理》，长河译，11页，北京，商务印书馆，1983。



“应当”的愿望当做超然的实体。例如康德把善良意志当做实践哲学的源泉，把应该存在的东西和自由意志或纯粹意志所必须遵循的法则，即跟它可能采取的仅仅一种行为，视为同一。其结果把这种道德法则变成了法律原则——把“应当做的”变成了“必须做的”，甚至是“被命令去做的”。在此基础上，摩尔把全部伦理学问题分为三类：一是研究“什么是善”的伦理学本质问题，这就是元伦理学；二是研究哪些事物就其本身为善（即作为目的善）的伦理学理论问题；三是研究如何达到善的行为（即作为手段善）的伦理学实践问题。这样，摩尔就区分了元伦理学与规范伦理学。元伦理学研究道德的本原问题，即什么是善，这是一个价值问题。规范伦理学研究道德的存在问题，这是一个规范问题。^① 由此，可以进一步将价值与规范加以区分。

经过上述对伦理学史的考察，确立了伦理学中的事实与价值、价值与规范的二元论。法学与伦理学具有知识形态上的可比性，这是因为道德与法这两种社会现象具有相关性。因此，在法学中同样存在是作为一种价值的知识形态还是作为一种规范的知识形态，抑或是作为一种事实的知识形态的问题。

（二）自然法、实在法与行动中的法：法学史的回顾

在法学中，虽然没有像伦理学那样明确提出事实与价值的区分问题。但在法学的漫长发展历史中，始终存在着自然法学与实在法学两条演进线索。自然法与实在法的二元区分，对于法学研究同样具有方法论的意义。更为重要的是，法社会学提出的行动中的法的命题，进一步突破了理念的法与规范的法的二元格局，从而形成三足鼎立的局面。

^① 是否存在一种不含规范的伦理学，仍然是一个讨论中的问题。我国学者赵汀阳提出一种不含规范的伦理学的命题。对于这种不含规范的道德是否可能的讨论，参见赵汀阳、贺照田主编：《学术思想评论》，第1辑，52页以下，沈阳，辽宁大学出版社，1997。赵汀阳指出，伦理学问题通常被认为要么是一个“ought to be”的问题，要么是一个“to be”的问题。凭什么要局限于这两种选择呢？“To be”和“ought to be”这种断裂性的区分实际上离间了生活事实。因此，赵汀阳认为伦理学以生活的根本问题为主题，并提出了“可能生活”的命题。参见赵汀阳：《论可能生活》，20页以下，北京，三联书店，1994。

