

刑法学习定律

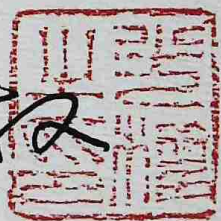
周光权 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



石芝叔



2019.10.8.

刑法学习定律

周光权 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



作者简介

周光权，清华大学法学院教授、博士生导师，教育部“长江学者”特聘教授，入选国家“百千万人才工程”（国家级人选）。第十一届、第十二届、第十三届全国人大代表，第十一届、第十二届全国人大法律委员会委员，第十三届全国人大宪法和法律委员会副主任委员。兼任中国犯罪学学会副会长、中国法学会检察学研究会副会长、最高人民法院特邀咨询员、最高人民检察院特约监督员，担任十余家司法机关专家咨询委员、专家顾问，曾先后挂职担任北京市人民检察院第一分院副检察长、最高人民检察院公诉厅副厅长。

主要研究领域：中国刑法学、比较刑法学等。出版《刑法客观主义与方法论》《刑法公开课》（第1卷）等专著十二部；合著、主编、参编刑法学著作三十余部。在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等刊物发表论文二百多篇，获得省部级奖励十余项。

晚窗举盞读书灯(代序)

在每一个人都渴望独立自由发展的今天，“好为人师”已然接近于贬义。但我还是压抑不住“好为人师”的冲动，理由有三：

首先，我本就是教员“一枚”，说我“好为人师”倒也符合事实。

其次，年龄越大越愿意谆谆教导下一代，这好像是规律。“在日本的民间传说中，人的生命被划分为五部分。‘10岁，是个动物；20岁，是个疯子；30岁，是个失败者；40岁，是个骗子；50岁，是个罪犯。’在这一让人欢乐的评估外，有人补充道：‘60岁，一个人开始劝告自己的朋友；70岁（意识到无论说什么都会被人误解），保持沉默，被视为圣人’。”[[美]詹姆斯·克里斯蒂安：《像哲学家一样思考》（第11版）（上），赫忠慧译，北京大学出版社2015年版，第161页]看一下我的发型，就知道我长得有些“着急”，因此，刚过50岁就直奔60岁的“开始劝告自己的朋友”这一主题，也属正常（本书出版以后，我准备筹划一下如何“保持沉默”）。

最后，“法学教学不仅是向学生介绍必要的法律知识，

而更要教会其进行法学研究和运用法律的方法” [[德]托马斯·M.J. 默勒斯：《法律研习的方法：作业、考试和论文写作》（第9版），申柳华等译，北京大学出版社2019年版，第4页]。即便我不想当谁的人生导师，但我作为一个过来人讲一讲“我眼中的”或者“我自己体会到的”刑法学习方法，说说自己学习、研究过程中的内心感受、个体性认识，总是没有“社会危害性”的，因为这样多多少少可以让现在以及未来有意研习刑法学的人少走弯路，走得更快更远，让“后浪”们势头强劲！

我1999年进入清华大学工作，2000年开始指导研究生，到今天已然20个年头。我指导的学生，进校后，我都会在不同的时间和他们聊聊学习方法问题，内容基本上是想聊到哪儿就聊到哪儿。这些聊天内容，成为本书的素材。本书系统介绍了学习刑法的若干具体方法，汇集了我20年来在清华大学法学院指导刑法学博士研究生、硕士研究生，以及为本科生授课时的许多体验和感悟。

经常和比自己年龄小很多的孩子们在“一块儿混”，就感觉自己是一个“老小孩儿”，时间一不小心就从指尖溜走了，真的如白驹过隙。无论你怎么恋恋不舍都没有用。漫步在这个人来人往、颇有历史沧桑感的校园里，任何人都会有细若尘埃的感觉。这种感觉，随着年龄的增长会越来越强烈。刚入大学校园或即将进入大学校园的学子们大多意气风发，满怀治国平天下的一腔热血，但随着时间的流逝慢慢会产生“很多事都搞不定”的情绪，甚至偶尔会有挫败感。学

生如此，老师也不例外。其实，在这个偌大的园子里，每个人能够做的都极其有限，重要的是你的每一天是不是都过得真实和充实。

在清华大学法学院工作 20 年来，我好像没有做过太多值得回味的事，虽然指导的刑法学博士生和硕士生、法律硕士加起来也有一百多人，但总是忙于“迎来送往”，在因材施教、潜心育人方面下的功夫总是觉得不够。讲了上千节课，与学生谈话数百次，修改论文无数篇，但在刑法学习的方法方面仅有只言片语，有时想来真是憾事，正可谓“烛残漏断频欹枕，起坐不能平”（李煜：《乌夜啼·昨夜风兼雨》）。因此，这次下决心尽可能详尽地梳理一下自己关于刑法学习方法的体会。我先从刑法学的独特魅力、学习刑法应先储备哪些知识、重点从老师那里学什么谈起，然后对如何形成比较研究方法、如何高效地阅读、如何思考刑法问题、如何把论文写得更像样、如何看待刑法立法、如何学习犯罪论、如何训练刑罚思维、如何面对生活经验、如何沟通理论与实践等 16 个问题进行了深入讨论，我想尽力将传统上似乎无法言说的“师傅带徒弟”的过程付诸文字，能够帮助刑法学研习者少走弯路，在轻松、愉快的学习氛围中体会刑法学的真谛。本书没有使用华丽的辞藻，且不免有记流水账之嫌，但尽可能真实；每一章的篇幅不尽相同，“形式美”在本书中很难实现，但尽可能把想说的话说完；罗列的问题不少，讲的却都是你所熟悉的浅显道理，但想尽可能让你有所收获。

我无意用 20 年的个人感受为学界同行指导学生提供“样板”，只希望记录指导同学们学习的过程，等于也是在追忆与学生们共同度过的一段人生岁月，为学生们如何学好刑法提一些建议，审视导师和学生之间可能存在的“代沟”，进而反思自己指导方法的得失，督促自己今后能做得更好，让进入清华大学的优秀学子们能得到更好一些的教育，使他们具备一些西原春夫教授所说的特殊能力：“法律家不但必须熟悉法律制度，同时还必须接受训练，掌握使自己所作出的判断能与神、佛的判断尽量接近的本领。在思想准备上，有三条是非常重要的。一是要养成一种习惯，即对于相互对立的利益，要绞尽脑汁地充分思考，而且必须拿出结论；二是培养自己掌握好寻找相互对立的利益所发生的根据，并正确把握其意义的能力；三是要具有充分理解相互对立利益持有者的心情、感情的情操和善良的心。”〔〔日〕西原春夫：《刑法的根基与哲学》（增补版），顾肖荣等译，中国法制出版社 2017 年版，第 198 页〕

当然，我希望：这本书除了可能有益于刑法专业的硕士生、博士生们学习之外，对乐于钻研刑法学的司法实务人员、刑事辩护律师以及其他刑法学爱好者也能有所帮助。

说实话，写一本并非理论刑法学的书，我还是有些诚惶诚恐。对于刑法学，自己或许都还没有“摸到门”，却要教别人学习，这多少有点让人觉得不好意思。陈平原教授曾经说过：“当校长或老师的，万一遇见了‘天才’，该怎么办？”

我的想法是，深度关切，但任其自由发展，必要时伸手扶一下，这样就行了。你自己都不是天才，按你的思路来‘倾力相助’，有时适得其反。”（陈平原：《大学小言——我眼中的北大与港中大》，生活·读书·新知三联书店2014年版，第77页）我写这本书，是以自己目前尚未遇到天才为假设前提的。当然，如果你觉得自己是天才，后面的内容就可以直接忽略。

需要说明的是，对于很多专业问题（如不作为犯、客观归责论、犯罪支配说等），都会在课堂上系统地进行讨论，本书没有详细分析过于专业性、体系性的问题。传授刑法解释学的其他相关知识，不是本书的任务（稍有例外的是定律14，对罗克辛教授在刑法与刑事政策之间架设沟通的桥梁，从而影响刑法教义学的相关理论有较为详细的介绍）。顺便提及一下，如果你期待了解本书所提到的刑法学本体知识，请留意我关于刑法学研究的其他著作，如《行为无价值论的中国展开》（法律出版社2015年版）、《刑法公开课》（第1卷）（北京大学出版社2019年版），等等。

流沙河先生说：“写诗好比跳舞，愈老愈瘟。四肢僵硬了，腰肥了，颈粗了，脸呆了，气紧了，身不来力，力不从心……年已半百，写来写去，旧腔旧调，很不耐读，该挨骂。”（流沙河：《晚窗偷得读书灯》，新星出版社2015年版，第70页）20多年来，我写了不少刑法论文，对“年已半百，写来写去，旧腔旧调，很不耐读”的说法感同身受。不过，本书讲的是刑法学习方法，写的不是我相对驾轻就熟的刑法专业问

题，因此，不属于“旧腔旧调”，勉强属于“新腔新调”。我所琢磨的只不过是想在晚窗之下，为你举一盏读书灯。

至此，我要顺势而为，祈求这本虽劳神费力但在现行考评机制下并不算学术成果的“新腔新调”不至于“很不耐读”！

周光权

2019年4月28日

目 录

定律 1 看懂刑法学的魅力	001
1.1 把刑法学好，才对得起在“艰难的时刻” 与你相遇的人	005
1.2 研习刑法“有益于身心健康”	007
1.3 以刑法为业者的人生会比较精彩	010
定律 2 学刑法前的知识储备	015
2.1 不同学习阶段需要储备的知识不同	017
2.2 研习刑法需要储备相当水准的教义学知识	021
2.3 研习刑法需要储备一定的哲学、社会学知识	022
2.4 研习刑法需要储备涉及“学派之争”的知识	024
2.5 研习刑法需要特别重视学习犯罪学知识	026
2.6 研习刑法需要注重“实践理性”	032
定律 3 明确刑法学习重点	035
3.1 学刑法教义学知识是无可置疑的“重中之重”	037
3.2 学刑法知识不是唯一目标	046

3.3	学会培养自己持之以恒的学术兴趣、怀疑能力及想象力	049
3.4	跟着导师学大气：君子“和而不同”	051
3.5	把刑法理论学得很精深，在生活中做一个温和的人	054
定律4	带着比较眼光学刑法	057
4.1	只有通过比较和借鉴，才能完善中国刑法学	060
4.2	在进行比较和借鉴时，要探究德日刑法立场差异的原因	063
4.3	在比较和借鉴中尽可能澄清误解	066
定律5	学会高效阅读刑法文献	073
5.1	明确你的核心阅读目的	076
5.2	制订合理的阅读计划	078
5.3	阅读的初阶、进阶和高阶阶段	080
5.4	如何高效地进行阅读	089
定律6	培养自己的刑法思维	099
6.1	思考的前提：若干共识	102
6.2	善于结合中国的实务难题做教义学上的思考	103
6.3	一定要进行体系性思考	108
6.4	不宜把理论立场绝对化	110
定律7	把刑法论文写得像样	117
7.1	具有明确的问题意识	120

7.2	把文献收集、利用好	124
7.3	论文的正式写作	127
定律 8	不以批评刑法立法为时髦	137
8.1	不要动辄批评立法，尽量少写立法论方面的文章	139
8.2	立法中的哪些问题可以成为你重点关注的对象	145
8.3	不要轻易说我们的立法是象征性的	148
定律 9	试着走近阶层犯罪论	153
9.1	阶层性思考属于“本土资源”，不是“外来物种”	157
9.2	四要件说在一体地解决刑法难题时明显存在缺陷	159
9.3	学理上应有的定罪逻辑	163
9.4	司法实务上究竟该如何用好阶层性犯罪论	166
定律 10	有意识训练刑罚思维	169
10.1	要保持量刑论与犯罪论的贯通	173
10.2	一定要学会区分责任刑和预防刑	175
10.3	要多留心观察实务中的刑罚裁量难题	179
定律 11	在大数据时代不迷失学习方向	185
11.1	大数据的司法运用有一定现实意义	188

11.2	必须正视发展司法人工智能在刑法领域所面临的困难	189
11.3	大数据时代的刑事司法需要特别注意什么?	195
定律 12	使刑法判断不偏离生活经验	201
12.1	生活经验不是情绪化的直觉	207
12.2	在哪些情况下确实需要考虑生活经验	211
12.3	回应生活经验与刑法教义学的关系	218
定律 13	不能脱离司法实践学刑法	221
13.1	正视实践中存在的刑法适用“乱象”	224
13.2	确实存在实践“倒逼”理论的情形	226
13.3	如何看待理论和实践似乎“脱节”的特殊情形	230
13.4	如何看待司法解释	235
定律 14	在刑法学中接纳政策思想	245
14.1	刑事政策影响犯罪论体系的建构	249
14.2	刑事政策影响构成要件判断	251
14.3	刑事政策与违法性	255
14.4	刑事政策与责任	259
定律 15	追求刑法与刑诉法的一体化	265
15.1	在学习刑法过程中,必须树立刑事诉讼法上的权利保障理念	270

15.2	要充分认识司法制度改革给刑法解释带来的冲击	274
15.3	思考通过刑事程序实现实体法目标的可能性	279
15.4	保持对刑事实务中某些做法的反思精神	282
定律 16	必须持之以恒地学习	293
16.1	始终保持对学术的“纯真”	296
16.2	要有探索、质疑的精神	299
16.3	有意识地培养自己的学派意识，形成基本立场	301
16.4	勤于笔耕，一定要过写作关	302
	草色新雨中（代跋）	307

定律 1

弄懂刑法学的魅力



对于很多人而言，喜欢上刑法学或者以刑事法律实务为业并非精心挑选的结果。诚如西原春夫教授所说：“人生，越重大的事越是偶然决定。”（〔日〕西原春夫：《我的刑法研究》，曹菲译，北京大学出版社2016年版，“中文版序”，第5页）各位选择喜欢刑法，或者选择读刑法学研究生，目标都很明确，并且朝着这个目标做出了各种努力，但仍然可以说很多人走上这条路都是很偶然的。

说实话，我学刑法也很偶然。1988年我考上四川大学法律系，大学的前两年对自己究竟偏向哪个部门法没有想法。不过，影响我后来人生抉择的因素逐步开始显现，这主要得益于著名刑法学家伍柳村先生以及恩师陈兴良教授的提携。伍柳村教授是“教唆犯二重性论”的倡导者（参见伍柳村：《试论教唆犯的二重性》，载《法学研究》1982年第1期）。伍柳村先生在西南政法大学讲授刑法学时就“迷倒”了无数学子，不久前我还看到一些1978年或1979年前后入学的西南政法大学的本科生写文章回忆伍柳村教授的风采。他20世纪80年代末还在四川大学为研究生讲课，也偶尔为本科生做讲座，我曾听过他关于因果关系的讲座，在两个小时内将传统因果关系的理论梳理得很清楚，而且有不少他自己的想法，后来，我还多次得到伍老师的当面指点，

自那时起刑法学开始吸引我。

另外，对我影响最大的是1993年前后的两个学期，恩师陈兴良教授到四川大学为刑法研究生讲授“外国刑法学”课程，承蒙宗建文博士、韩耀元博士大力引荐，我后来得到陈老师允许，报考了中国人民大学法学院的博士生。此后，在陈老师的指导下，我逐步走入刑法学的迷宫，徜徉其中。20多年来，我对刑法的迷恋和热爱可以说与日俱增。

我自己觉得，如果没有伍柳村教授、陈兴良教授的影响和提携，我极有可能不会走上学习和研究刑法学的道路。

我讲这些是想说明，很多时候，与其讲刑法学有魅力，不如说引导或者指导你学习的导师有魅力。

当然，即便不考虑老师的因素，我也会觉得刑法学是非常有魅力的学科。虽然今天的刑法学已经不处于“显学”地位，但是，它在整个法学学科中的重要性仍然是无可置疑的，依然值得你去认真学习。

所以，我今天要讲讲为什么说刑法学是一个好专业，研习刑法学是一个“好行当”，这会使你今后的学习更轻松、快乐一些，而不会在学校有度日如年的感觉。

充分认识刑法学的独特魅力，学习才能动力强劲，这是学习刑法的第一条定律。

1.1 把刑法学好，才对得起在“艰难的时刻”与你相遇的人

刑法运用得当就能够把社会中那些极端的案件处理得很妥当。刑法既要及时对犯罪进行惩罚，又要防止打击错误，实现不枉不纵。学习刑法时，千万不要认为它仅仅是为了满足定罪的需要而存在的，其实，没有刑法，靠一般国民的朴素情感或直觉，有时也可以把案件处理得差不多。作家叶延滨有一篇短文提到，20世纪70年代初，他到秦岭山区一个部队的工厂工作时，厂政治部的康干事凭着自己的小聪明，就能够“稀里糊涂”地处理强奸、失火、爆炸等多起看起来比较复杂的案件，“想起这位‘二把刀’保卫干事，就能感知那个时代的法治环境。想起他的这些故事，就发现人世间的聪明，有些是不能用条例来比量，最比量不出的恰恰是‘难得糊涂’也”（叶延滨：《康干事》，载《检察日报》2001年9月22日，第3版）。

在现代法治国家，对那些重大、疑难、复杂案件不能指望再用稀里糊涂的方式“摆平”即可。“法官和律师的共同点都是从事法律工作，都会与普通市民相遇在他们一生中最重要的且最艰难的时刻。”（〔日〕秋山贤三：《法官因何错判》，曾玉婷、魏磊杰译，法律出版社2019年版，第1页）借用一句网络流行语：对于司法人员来说，你所办的不是案子，而是别人的人