

刑法的致知

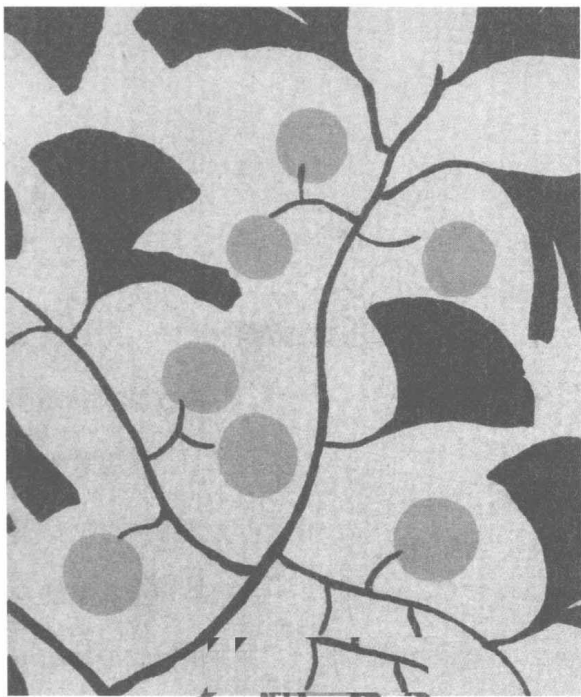
陈兴良 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

刑法的致知

陈兴良 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法的致知/陈兴良著. —北京:北京大学出版社,2019.2

ISBN 978-7-301-30093-0

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—文集 IV. ①D914.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第274443号

书 名 刑法的致知

XINGFA DE ZHIZHI

著作责任者 陈兴良

责任编辑 杨玉洁

标准书号 ISBN 978-7-301-30093-0

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部010-62752015 发行部010-62750672

编辑部010-62117788

印 刷 者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

880毫米×1230毫米 A5 9印张

2019年2月第1版 2019年2月第1次印刷

定 价 35.00元



未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370



陈兴良作品集

“陈兴良作品集”总序

“陈兴良作品集”是我继在中国人民大学出版社出版“陈兴良刑法学”以后,在北京大学出版社出版的一套文集。如果说,“陈兴良刑法学”是我个人刑法专著的集大成;那么,“陈兴良作品集”就是我个人专著以外的其他作品的汇集。收入“陈兴良作品集”的作品有以下十部:

1. 自选集:《走向哲学的刑法学》
2. 自选集:《走向规范的刑法学》
3. 自选集:《走向教义的刑法学》
4. 随笔集:《刑法的启蒙》
5. 讲演集:《刑法的格物》
6. 讲演集:《刑法的致知》
7. 序跋集:《法外说法》
8. 序跋集:《书外说书》
9. 序跋集:《道外说道》
10. 备忘录:《立此存照——高尚挪用资金案侧记》

以上“陈兴良作品集”,可以分为五类十种:

第一,自选集。自1984年发表第一篇学术论文以来,我陆续在各种刊物发表了数百篇论文。这些论文是我研究成果的基本载体,具有不同于专著的特征。1999年和2008年我在法律出版社出版了两本论文集,这次经过充实和调整,将自选集编为三卷:第一卷是《走向哲学的刑法学》,第二卷是《走向规范的刑法学》,第三卷是《走向教义的刑法学》。这三卷自选集的书名正好标示了我在刑法学研究过程中所走过的三个阶段,因而具有纪念意义。

第二,随笔集。1997年我在法律出版社出版了《刑法的启蒙》一

书,这是一部叙述西方刑法学演变历史的随笔集。该书以刑法人物为单元,以这些刑法人物的刑法思想为线索,勾画出近代刑法思想和学术学派的发展历史,对于宏观地把握整个刑法理论的形成和演变具有参考价值。该书采用了随笔的手法,不似高头讲章那么难懂,而是娓娓道来亲近读者,具有相当的可读性。

第三,讲演集。讲演活动是授课活动的补充,也是学术活动的一部分。在授课之余,我亦在其他院校和司法机关举办了各种讲演活动。这些讲演内容虽然具有即逝性,但文字整理稿却可以长久地保存。2008年我在法律出版社出版了讲演集《刑法的格致》,这次增补了内容,将讲演集编为两卷:第一卷是《刑法的格物》,第二卷是《刑法的致知》。其中,第一卷《刑法的格物》的内容集中在刑法理念和制度,侧重于刑法的实践;第二卷《刑法的致知》的内容则聚焦在刑法学术和学说,侧重于刑法的理论。

第四,序跋集。序跋是写作的副产品,当然,为他人著述所写的序跋则无疑是一种意外的收获。2004年我在法律出版社出版了两卷序跋集,即《法外说法》和《书外说书》。现在,这两卷已经容纳不下所有序跋的文字,因而这次将序跋集编为三卷:第一卷是《法外说法》,主要是本人著作的序跋集;第二卷是《书外说书》,主要是主编著作的序跋集;第三卷是《道外说道》,主要是他人著作的序跋集。序跋集累积下来,居然达到了一百多万字,成为我个人作品中颇具特色的内容。

第五,备忘录。2014年我在北京大学出版社出版了《立此存照——高尚挪用资金案侧记》一书,这是一部以个案为内容的记叙性的作品,具有备忘录的性质。该书出版以后,高尚挪用资金案进入再审,又有了进展。这次收入“陈兴良作品集”增补了有关内容,使该书以一种更为完整的面貌存世,以备不忘。可以说,该书具有十分独特的意义,对此我敝帚自珍。

“陈兴良作品集”的出版得到北京大学出版社蒋浩副总编的大力支持,收入作品集的大多数著作都是蒋浩先生在法律出版社任职期间策划出版的,现在又以作品集的形式出版,对蒋浩先生付出的辛勤劳动深表谢意。同时,我还要对北京大学出版社各位编辑的认真负责的工作态度表示感谢。

是为序。

陈兴良

2017年12月20日

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

前 言

我曾经出版过一部讲演集,书名是《刑法的格致》(法律出版社2008年版)。转眼之间,又过去了10年,现在拟对讲演集进行增订出版。由于篇幅的缘故,讲演集扩展为两部。为此,如何确定书名,颇为踌躇。最终,我将格致两字进行了分拆,两书分别名之曰:《刑法的格物》与《刑法的致知》。我曾在《刑法的格致》一书的序中指出:

这里的“格致”一词,是致知格物的缩写。“致知格物”这四个字,在某种意义上体现了中国古代的科学精神,表明推究事物的义理法则,使之上升为理性知识。对于刑法,我们同样应该本着这种态度,从而使我们对刑法精神的认识达到一定的理论高度。唯有如此,才能不辜负时代对我们的期许。我们这个时代,是一个大变革、大动荡的时代,也是一个思想解放的时代。在这样一个社会背景下,我们每一个人的思考都将融入到思想的社会潮流当中去,并被其所淹没。在这一社会思潮的喧嚣面前,我们声嘶力竭的呐喊也只不过是声音的尘埃而已。我们刚从万马齐喑的社会中走出来,因而一个能够呐喊的社会仍然是值得期待的。我们的讲演是对社会的一种发言,也是知识分子对社会所具有的一份担当。因此,即使是只能使空气发生震动,也是值得自珍的。

《刑法的格物》一书侧重于对现实的犯罪与刑罚问题的思考,更多的是对刑法的理念、制度和规则的讨论。在我看来,刑法的理念、制度和规则是刑事法治的三个层面。其中,理念是较为抽象的思想观念,

居于上层,对于刑法的制度和规范适用都具有指导作用;制度是刑事法治的一种体制性安排,它具有稳定性和基础性,对于刑事法治的实现具有促进功能;规则是刑事法治的具体体现,它对于权力的运作具有限制机能,对于权利的行使具有保障机能。在本书中,第一个专题中国刑法理念和第二个专题刑事司法理念,都属于刑法理念的范畴,包含着我对刑法理念的一些思考。第三个专题“严打”刑事政策和第四个专题宽严相济的刑事政策,都是对刑事政策的考察。刑事政策介乎于刑法的理念和制度之间,对于刑法的创制和实施具有指导意义。我国的刑事政策从“严打”到宽严相济,经历了一个艰难的转折过程。在这两个专题中,我对“严打”刑事政策进行了深刻的反思,对宽严相济刑事政策进行了深入的解读。第五个专题转型社会的犯罪与刑罚,具有某种描述性,当然也具有一定的反思性和批判性。我国处在一个社会转型时期,这个时期的犯罪和刑罚都呈现出一种十分复杂的形态。对此,我们必须要有深刻的认识。第六个专题案例指导制度,涉及我国具有创新性的案例指导制度。案例指导制度的创立和运行,会对我国的法治建设带来重大的影响。在这个专题中,我对案例指导制度进行了建构和探讨。第七、第八和第九这三个专题,分别对犯罪特殊形态的司法认定、金融诈骗犯罪的司法认定和财产犯罪的司法认定进行了讲述,属于刑法规范的适用范畴。最后两个专题,即第十、第十一专题涉及的是两个具有重大影响力的案件——董伟案和刘涌案,这两个案件的当事人都以被判处并执行死刑而告终。尽管这两个案件已经过去多年,但其中涉及的死刑适用问题、刑讯逼供问题、非法证据排除问题等,现在仍然值得我们加以关注。

《刑法的致知》一书则偏重于对刑法的学理性探讨,内容可以分为刑法的方法论、刑法的知识论和刑法的学术史这三个部分。其中,第一个专题到第五个专题可以归属于刑法的方法论。在此,既有刑法学

习的方法论,也有刑法研究的方法论和犯罪认定的方法论。由此可见,刑法的方法论这个概念的外延是较为宽泛的,内容是较为丰富的。第六个专题到第八个专题可以归属于刑法的知识论。刑法的知识论和方法论当然是具有密切联系的,但两者又是可以区分的,也是应当区分的。刑法的方法论更加关注的是技术和技巧,而刑法的知识论则更加强调价值和规范。对于刑法的知识论的研究,成为我近年来倾注较多心血的一个学术领域。在授课和讲演中多有涉及,这些内容都是我对刑法知识论这个面向的思考所得,值得与读者分享。第九个专题到第十一个专题可以归属于刑法的学术史,内容包括对苏俄刑法学和德国刑法学的历史考察,涉及的刑法人物包括贝林、特拉伊宁、李斯特和罗克辛等。

就科研而言,我的主要方式是写作,以书面语言来传播我的所思所想。以口头语言进行的讲演或者授课,只不过是對自己科研成果的另外一种表达方式。因而,这是一种独特的学术表达样态。在《刑法的格致》一书的序中,我曾经指出:

无论世事变迁,总有一些东西是不会随之改变的。讲演是在一个特定场景中进行的,一旦形成文字却可以化为永恒的存留。随着时光逝去的是喧嚣,超越岁月积淀下来的是思想。这是令人欣慰的。

确实如此。

是为前言。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2018年3月21日

目 录

“陈兴良作品集”总序	001
前言	001
专题一 论文写作:一个写作者的讲述	001
专题二 刑法的为学之道	016
专题三 刑法方法论	047
专题四 法学知识形态及其方法论	065
专题五 犯罪构成及其方法论	091
专题六 中国刑法知识的转型	122
专题七 刑法知识的转型与刑法理论的演进	138
专题八 犯罪论体系:比较、阐述与讨论	166
专题九 犯罪论体系的去苏俄化	228
专题十 构成要件论:从贝林到特拉伊宁	245
专题十一 刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特到罗克辛	257

专题一 论文写作：一个写作者的讲述

同学们,大家好!

今天非常高兴能给大家讲一讲论文写作的问题。

论文写作,对学者来说是生存技能,也是看家本领。我始终认为,学者就是作家,不写作无以称作家。文科的写作与理科的实验相对称,对学生来说也是如此。写作对于不同的学科也存在一定的差异。例如,实证性学科的论文写作离不开田野调查,借此可以获得大量数据。在此基础上,才能进行分析归纳,得出相应的结论,而不能闭门造车。例如,作为事实学的犯罪学论文,就应当建立在实证资料的基础上,对案例数据进行科学处理。应该说,目前大多数犯罪学论文都还是从概念到概念,没有达到犯罪学的学科要求。而思辨性的论文则以语言阐述和逻辑演绎为特点,离不开对文献资料的综述梳理。这些文献资料的梳理主要是通过阅读进行的,因此,从事这种论文的写作以读书为前提。唯有读破万卷书,才能下笔如有神。例如,作为规范学的刑法教义学,就是以法条为客体所从事的阐述性学术活动。下面,我以一名写作者的身份,讲讲关于论文写作的三个问题:

一、科研与写作

论文是科研成果的基本载体。在某种意义上来说,论文是研究成果的最终表述。如果说论文写作是一种“言”,那么科研成果就是一种“意”,科研和写作之间的关系就是言和意之间的关系。意在言先,首先要有意,然后才有意之所言。因此,就科研和写作之间的关系而言,

首先必须要从事科研活动,提高我们的科研素质,只有在科研的基础之上才能进行写作,而科研和写作是两个既互相联系又互相区别的环节。

这里应当指出,文科和理科的科研两者有所不同:理科科研是一种科学活动,而文科科研是一种学术活动,因此,论文是一种学术成果。我们把作为科研成果的论文都称为学术论文,以区别于其他论文。那么,什么是学术?这个问题看似简单,其实不太容易回答。以一种较为学术性的语言来表述,学术是指系统化、专门化的知识,是对事物发展规律的学科化论证。因此,学术当然应当具有科学性,文科可以分为人文科学和社会科学,而且在文科中所采用的“科学”这个词,显然又不同于自然科学。例如,在社会科学中存在着较多的价值判断,而自然科学则更着重客观描述。

不仅文科与理科(广义上的理科,包括工科)的科研性质与形式有所不同,文科与理科在科研与写作的关系上也存在区别。理科科研与写作的关系是可以清晰地加以区分的。理科科研就是在实验室里做实验,在实验做出成果、取得数据以后,再将实验成果以文字的方式予以表现形成论文。对理科来说,无科研则无写作。因此,理科对科研更为注重,要求也比写作更高。也就是说,理科科研的主要精力是放在做实验上,实验做完了以后,把实验成果以论文的形式表达出来,这个写作过程相对较为简单。甚至是只要把实验数据和过程结论自然地记录下来就可以了,这是理科的特点。例如,陕西师范大学孙灵霞的博士论文题目是:《八角茴香对卤鸡挥发性风味的影响及其作用机制》。根据作者自述,这篇论文主要研究香料对肉类制品风味的影响,实现风味可控,产品质量达到一致性和稳定性,以便让传统肉类制品加工实现规模化工业生产。作者完成论文的过程是:为了保证实验结果的科学有效,选用广西产的八角茴香和河南一家企业固定提供的鸡

大腿,做实验时将鸡腿卤煮,然后在固定的区域取样,再通过电子仪器检测产生风味的物质含量变化情况。作者通过实验,对比加入八角茴香的卤鸡和没有加入八角茴香的卤鸡之间的差别,了解八角茴香在卤煮过程中对风味的影响,风味形成的机制,卤煮的温度、火力、加热时间与风味控制的相关性。显然,从这篇论文创作过程可以看出,最为重要的是实验,而论文只不过是实验过程和数据的记载。

文科科研和写作的界限并非那么清晰,这也是学习文科的同学会有的一个困惑。因为文科科研不像理科实验那样具有物理性的直观内容。对一个理科学生来说,天天进实验室就表明他在做科研。但对一个文科学生来说,什么是科研?这种科研活动本身不具有直观形态,往往不容易把握。实际上,文科的科研是读书、思考,甚至是旅行。中国古代所谓的“读万卷书,行千里路”,都可以看作是对文科科研活动的一种描述。因此,文科科研是随意的,自在的,不拘形式的。正是由于文科的科研活动具有这种分散性,文科学生有时候会难以把握,以至于虚度光阴。这样就出现了在没有充分科研活动基础上进行论文写作的情形,当然也就不可能写出优秀的论文。

因此,对一个文科学生来说,首先要去看书,要去思考,逐渐积累知识,嵌入所在学科,进入一个与本学科前贤对话的境界。当你进入某个学术问题前沿的时候,就像登上高山顶峰,四顾无人,一种灵魂上的孤独感油然而生。将近30年前,我在写作题为《共同犯罪论》的博士论文时,就曾有过这种感觉。以后回想起那段经历,我这样描述:“在我写博士论文时,国外的资料还十分罕见,我只能翻故纸堆。从图书馆的阴暗角落翻检民国时期的论著、新中国成立初期的苏俄论著,以及零星介绍过来的现代外国刑法论著。在这种情况下,我开始了共同犯罪的理论跋涉,这是一种与故纸堆中故人的学术对话,在写作的那段时间,我分明感到精神上的寂寞与孤独。”因此,肉体上的煎熬

和灵魂上的孤寂,恰恰是论文水到渠成的一种身心状态。

当知识积累到一定程度,自己的想法逐渐产生。经过思考以后,在资料的基础上提炼独特的观点。这一提炼过程,为写作打开了最后的通道。因此,阅读书籍、资料收集、文献梳理、观点综述这些所谓的科研活动,都是为最后的写作服务的,只不过是写作的预备而已。在这个意义上说,文科写作的重要性要超过理科。

在文科中,科研活动和写作活动又可以互相促进,并交叉进行。也就是说,文科并不像理科那样,先把实验做完,取得实验成果,再进行写作。而是说,在科研过程中就开始进行写作活动,而且在写作过程中,又同时从事着科研活动。写作和科研这两者是一种互相促进的关系,难分彼此。当然,在写作之前肯定要有一定的科研基础。然而,任何一个人都不可能把科研完全做好以后再去从事写作,而是在写作的过程中,不断地进行思考,不断地完善学术观点。

对一个学者来说,长期从事科研活动,同时也长期从事写作活动。科研和写作就成为学者的工作重心,甚至是一种生活方式。不断地进行科研,不断地写作,在写作基础上再进行科研,这是一个逐渐展开、循环往复的过程。有些学者不是特别愿意写作,作品较少。不写东西,可以分为两种情况:一种是写不出来;另一种是不屑于写。写不出来,是写作能力问题,甚至是科研能力问题。但也有些学者虽然看了很多书,思考了很多问题,确实也有对学术问题的独特见解,但就不付诸笔端,就像孔子所说的述而不作。也有学者眼高手低,主张不随便写,一辈子就写一本书或者一篇论文,以此一鸣惊人,成为经典,但这种想法我觉得不太可行。因为一个学者不可能一辈子从事科研活动,平时从来不写东西,没有作品,最后突然蹦出一篇论文、一本书来,借此名传千古,那是近乎不可能的。

学者从事科研的过程,都要用论文或者专著这种形式反映出来。