

教育部人文社会科学研究青年基金项目“刑事习惯、刑事政策与藏区刑法适用互动关系研究”  
(项目编号: 14YJC820022) 资助最终成果

# 刑法适用与 刑法教义学

——以刑事习惯、刑事政策为背景的展开

胡选洪 杨继文 / 著

XINGFA SHIYONG YU  
XINGFA JIAOYIXUE

YI XINGSHI XIGUAN XINGSHI ZHENGCE WEI BEIJING DE ZHANKAI



四川大学出版社



# 刑法适用与 刑法教义学

——以刑事习惯、刑事政策为背景的展开

ISBN 978-7-5690-2974-1



9 787569 029741 >

定价: 58.00元

2019

教育部人文社会科学研究青年基金“刑事政策与刑法适用互动关系研究”  
(项目编号: 14YJC820022) 资助最终成果



# 刑法适用与 刑法教义学

——以刑事习惯、刑事政策为背景的展开

XINGFA SHIYONG YU  
XINGFA JIAOYIXUE

YI XINGSHI XIGUAN XINGSHI ZHENGCE WEI BEIJING DE ZHANKAI

胡选洪 杨继文 / 著



四川大学出版社

项目策划：楼 晓  
责任编辑：楼 晓  
责任校对：欧风偃  
封面设计：墨创文化  
责任印制：王 炜

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑法适用与刑法教义学：以刑事习惯、刑事政策为背景的展开 / 胡选洪，杨继文著. — 成都：四川大学出版社，2019.8

ISBN 978-7-5690-2974-1

I. ①刑… II. ①胡… ②杨… III. ①刑法—法律适用—中国②刑法—研究—中国 IV. ①D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 155467 号

## 书名 刑法适用与刑法教义学：以刑事习惯、刑事政策为背景的展开

著 者	胡选洪 杨继文
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5690-2974-1
印前制作	四川胜翔数码印务设计有限公司
印 刷	四川盛图彩色印刷有限公司
成品尺寸	170mm×240mm
印 张	14.25
字 数	266 千字
版 次	2019 年 7 月第 1 版
印 次	2019 年 7 月第 1 次印刷
定 价	58.00 元

版权所有 ◆ 侵权必究

- ◆ 读者邮购本书，请与本社发行科联系。  
电话：(028)85408408/(028)85401670/  
(028)86408023 邮政编码：610065
- ◆ 本社图书如有印装质量问题，请寄回出版社调换。
- ◆ 网址：<http://press.scu.edu.cn>



四川大学出版社  
微信公众号

## 作者简介

---

**胡选洪** 法学博士，四川民族学院法学院副教授，清华大学法学院访问学者。主要从事刑法学、犯罪学、刑事政策学等的教学与研究。出版专著《组织犯研究》《刑法教义学的向度》2部，在《中国刑事法杂志》《刑事法评论》《刑法评论》《刑法论丛》《人民日报（理论版）》等刊物公开发表论文20余篇，参与国家社科基金等项目研究多项。

**杨继文** 法学博士，西南财经大学法学院师资博士后，西南财经大学中国法律大数据研究中心主任助理、研究员，西南财经大学法学综合实验教学中心执行主任，《光华法学》执行主编。在《法制与社会发展》《政治与法律》等刊物发表论文40余篇；独著、合著学术专著3部；相关成果荣获省部级（原环保部、教育部、中国法学会）奖励6项。

本著作为教育部人文社会科学研究青年基金项目“刑事习惯、刑事政策与藏区刑法适用互动关系研究”（项目编号：14YJC820022）资助最终成果

# 目 录

导 言 刑事习惯、刑事政策背景下关于犯罪的体系性思考与问题性思考	( 1 )
第一章 刑法适用与刑法教义学的向度	( 11 )
一、典型案例与问题归整	( 11 )
二、刑法适用中价值判断的时空性	( 17 )
三、何谓向度	( 22 )
四、刑法教义学及其功能	( 24 )
五、刑法教义学如何向度	( 32 )
六、刑法教义学立场的制度支撑	( 52 )
第二章 刑法适用与犯罪论体系的教学功能	( 56 )
一、犯罪论体系的教学功能	( 57 )
二、法学本科教育目的之定位	( 60 )
三、犯罪论体系之艰难抉择	( 65 )
第三章 刑法适用与刑事习惯的教义学地位	( 78 )
一、刑事习惯概念的确立	( 78 )
二、刑事习惯的教义学定位	( 82 )
第四章 刑法适用与刑法变通的教义学立场	( 94 )
一、刑法变通的法律依据与现实尴尬	( 95 )
二、刑法变通的研究路径与缺失的成因梳理	( 97 )
三、理论与司法实践对刑法变通的解决路径	( 107 )
四、刑法变通的教义学立场：前提、视角聚焦与解释空间	( 114 )

五、教义学的基本立场：法益侵害说或结果无价值论·····	(129)
<b>第五章 刑法适用与违法性认识的教义学处理·····</b>	<b>(147)</b>
一、违法性认识的司法面相·····	(147)
二、违法性认识的教义学面相·····	(158)
三、违法性认识问题产生的根源·····	(165)
四、违法性认识错误的处理思维·····	(168)
<b>第六章 刑法适用与正当防卫的教义学思维·····</b>	<b>(185)</b>
一、正当防卫认定之司法实现状·····	(186)
二、正当防卫之正当化根据·····	(198)
三、正当防卫认定之宏观思维·····	(204)
<b>第七章 刑法适用与处罚优待的教义学体系·····</b>	<b>(210)</b>
一、犯罪论体系功能的一般界说·····	(210)
二、犯罪论体系的入罪与出罪导向功能·····	(211)
三、犯罪论体系的处罚优待功能·····	(213)
四、本书初步的体系性方案·····	(222)
<b>后 记·····</b>	<b>(223)</b>

# 导 言 刑事习惯、刑事政策背景下关于 犯罪的体系性思考与问题性思考

基于刑法学发展方向教义学化的立场,<sup>①</sup> 如何对犯罪进行体系性思考即成为刑法学的中心问题或关键问题所在, 甚至也成为我国刑法学知识转型的基本方向所在。<sup>②</sup> 而对犯罪进行体系性思考的基本方法或工具即为建构出一种科学或合理的犯罪论, 因为一种科学或合理的犯罪论有助于保障刑法适用的安定性。虽然刑法的适用全在于解决或处理个案, 但“为了防止犯罪而科处刑罚时, 个别案件的解决必须从整体出发进行考察以取得平衡。如果只是着眼于个别案件的处理, 那么这种处理不仅会让接受刑罚的人抱有不满意, 而且也会令一般国民对刑罚制度产生不安, 进而产生从根基上瓦解刑罚制度的危险。对刑事司法制度的信赖性而言, 与其他案件相比的公平性最为重要。”<sup>③</sup> 这种“与其他案件相比的公平性”实为刑法的适用应当达到“法的解释和适用具有‘同样的事情作同样的处理’这种意义上的普遍性和客观性”的要求<sup>④</sup>。为了实现“同样的事情作同样的处理”, “法的安定性的要求在犯罪论中, 就是要求‘有逻辑的、形式的讨论’”, 也即“为了使得认定犯罪变得容易并排除恣意性, 有必要进行分析性的思考。”<sup>⑤</sup> 这种“逻辑的、形式的讨论”或“分析性的思考”即为犯罪的体系性思考, 主要变现为犯罪论体系的建构问题。

---

① 参见刘艳红:《中国法学流派化志趣下刑法学的发展方向:教义学化》,载《政治与法律》2018年第7期。

② 参见陈兴良:《转型与变革:刑法学的一种知识论考察》,载《华东政法学院学报》2006年第3期;陈兴良:《刑法知识的转型与刑法理论的演进》,载《人大法律评论》2009年卷,第28页;周光权:《价值判断与中国刑法学知识转型》,载《中国社会科学》2013年第4期。

③ 参见〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第18页。

④ 〔日〕松宫孝明:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第1版前言。

⑤ 〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第19页。

长期以来,我国传统的犯罪论体系为“四要件”体系。首先需要肯定的是,四要件体系为我国刑法学知识的积淀和刑事司法实践做出了重要贡献,至今仍发挥着重要作用。但进入21世纪后,随着刑法学学术形势的发展变化,传统的四要件体系受到不少学者的批判,其“缺陷”不断被揭示出来。例如,周光权教授认为,犯罪构成四要件说存在如下缺陷:不能区分违法与责任、难以兼顾形式判断与实质判断、重视控诉机制而轻视辩护机制、主观判断可能优于客观判断、经验判断与规范判断纠缠不清,以及强调静止性而否认过程性等。<sup>①</sup>随着部分学者对四要件体系缺陷的揭示并进而对四要件体系展开猛烈批判,中国刑法学的知识转型似乎已成为一股势不可挡的潮流。而这种所谓“刑法学的知识转型”,其转型方向则集中体现为犯罪论体系的转型,即由传统的四要件体系向德日刑法学中代表性的“三阶层”体系转型(当然,个别学者如张明楷教授虽然采取两阶层体系,但其实为三阶层体系的变种)。可以将坚持这种主张的学者称为“移植论”“重构派/论”或“推倒重来论”(高铭暄教授语)。

在这种形势下,坚持传统四要件体系的学者(“通说派”)也不得不对传统的四要件体系表明自己的立场并对“重构论”做出回应。例如,高铭暄教授认为,四要件体系是一种历史性的选择,具有历史合理性;符合中国国情,具有现实合理性;逻辑严密、契合认识规律、符合犯罪本质特征,具有内在合理性;与德日三阶层犯罪论体系相比,相对稳定、适合中国诉讼模式,具有优势。中国刑法学犯罪构成理论同样能够反映定罪过程,兼容出罪功能,只是在思考逻辑上与德日刑法学犯罪论体系有所区别。近来主张彻底否定中国刑法学犯罪构成理论转而全面移植德日刑法学犯罪论体系的“移植论”缺乏严谨性和务实性。“推倒重来论”是在曲解四要件体系的基础上漠视四要件体系具有的现实合理性,并且德日的三阶层体系也并非完美无缺。<sup>②</sup>以高铭暄教授为代表的通说派在体系的基本立场上坚持传统的四要件体系,但同时也认为四要件体系存在一定的缺陷,但不能基于某种缺陷就否定整个体系本身,针对其存在的缺陷只需要进行必要的完善即可。通说派的这种主张被学界称为“完善说”。

① 参见周光权:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第78—85页。

② 参见高铭暄:《论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持》,载《中国法学》2009年第2期;高铭暄:《对主张以三阶层犯罪成立体系取代我国通行犯罪构成理论者的回应》,载《刑法论丛》2009年第3卷;高铭暄:《关于中国刑法学犯罪构成理论的思考》,载《法学》2010年第2期。

对于具体的完善方法，也有不少学者进行了详细的论述。<sup>①</sup>

中国刑法学界关于犯罪成立体系的“重构论”与“完善论”之争，抑或刑法学知识的转型之争，实质上即与希望真正实现“同样的事情作同样的处理”这一理想目标相关。即通过真正实现“同样的事情作同样的处理”，从而实现“法的安定性”。已如前述，要实现“同样的事情作同样的处理”和“法的安定性”，就刑法的适用而言，正是通过具有“逻辑的、形式的讨论”或“分析性的思考”品格的犯罪论体系才能得以实现。正是学人们对犯罪论体系这一品格的坚守或者迷信，才最终导致中国刑法学界掀起了关于犯罪论体系的重构论与完善论之争，甚至中国刑法学的知识转型之争。

简单说来，通过把某种“体系”作为思考犯罪的工具或思维模板并得出某种结论的思考方法即为体系性思考，而针对具体个案进行个别化考量并得出具体结论的思考方法即为问题性思考。关于体系性思考与问题性思考，陈兴良教授认为：“体系性思考是从体系中获得解决问题的方法，而问题性思考是从具体案件中获得解决问题的方法。实际上，问题性思考是一种个别性的判断，是具体问题具体分析的方法。”<sup>②</sup>之所以要建立体系并进行体系性思考，是因为体系性思考具有某些优越性。对此，罗克辛教授认为，体系性思考具有如下优点：一是减少审查案件的难度；二是体系性秩序作为平等和有区别地适用法律的条件；三是法律的简化与更好的操作性；四是体系性联系作为深化法学的路标。<sup>③</sup>这种体系性思考的优点实质上仍然在于追求“同样的事情作同样的处理”，从而实现“法的安定性”。因为“刑法的本身的性质，要求刑法学应当是精确的法律科学”，“最精确的刑法，只能来自最精确的刑法学”，这就需要体系性思考之体系具有逻辑性，才能为司法认定提供基本规则，减少了司法者的判断难度。<sup>④</sup>

但应当注意的是，当罗克辛教授指出体系性思考优点的同时，也指出了体系性思考存在的危险或弊端。表现在：一是忽略具体案件中的正义性，二是减少解决问题的可能性，三是不能在刑事政策上确认为合法的体系性引导，四是

① 参见黎宏：《我国犯罪构成体系不必重构》，载《法学研究》2006年第1期；冯亚东、胡东飞、邓君韬：《中国犯罪构成体系完善研究》，法律出版社2010年版。

② 陈兴良：《体系性的思考与问题性的思考》，载《人民检察》2009年第23期。

③ 参见[德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第127页。

④ 参见陈兴良：《体系性的思考与问题性的思考》，载《人民检察》2009年第23期。

对抽象概念的使用。<sup>①</sup>这种体系性思考存在的危险或弊端，实际上体现了抽象性与具体性或一般性与特殊性之间的矛盾。对此，日本学者也指出，以“不动的体系”为前提的僵硬性体系思考是危险的，并且认为日本的刑法学者几乎还没有意识到这种体系思考的僵硬性。<sup>②</sup>

在本书看来，体系性思考存在的优点和僵硬性或危险实际上是同一事物的两面，即根据体系性思考可以得出逻辑上的一般结论，但可能忽略个案的公平正义性。因此，问题的关键在于如何处理体系性思考与问题性思考的关系，或一般正义与个别正义的关系。从哲学思维的视角观察，结论也只能是，在进行体系性思考的同时不能忽视问题性思考，在进行问题性思考的同时也不能忽视体系性思考，应实现两者的相互关照。对此，日本学者指出，“僵硬的体系性思考存在危险性，就以此为理由而认为‘各个事案中结论的具体妥当性是第一位的，体系的一贯性是第二位的’”，应当“从体系的思考转向问题的思考”，也是错误的，而是“应该通过摸索与妥当的结论相一致的体系来克服体系性思考的缺陷”。<sup>③</sup>对于如何处理体系性思考与问题性思考的关系，日本学者前田雅英也认为，对犯罪的认定必须“符合国民的规范意识”，“条文中的概念必须能够在日常用语含义的框架内，而且在现行全体法规中无矛盾地进行说明”，“结论的合理性、妥当性必须优先于逻辑的整合性”。由于日本引入了裁判员制度，“所以较之从前的理论，犯罪论正在变得易于理解”，“犯罪论本身也正变得更加重视具体的妥当性”；“不仅仅是关于刑罚的轻重，关于犯罪的成立范围，我们也必须重新审视那些‘在法律的专业世界被认为是理所当然的事物’”。<sup>④</sup>

对日本学者松宫孝明和前田雅英的观点，笔者深以为然。问题的关键在于如何“摸索与妥当的结论相一致的体系来克服体系性思考的缺陷”，怎样重新审视那些“在法律的专业世界被认为是理所当然的事物”。这一问题的实质仍然是如何在体系性思考时不忽视个案正义，以及在关注个案正义时也并不违背体系性思考的一般结论。这一问题的根源也与法律规定（刑法规定）的特点相关，即“法律规定本身具有一定的抽象性，它与案件事实之间存在一定的偏

① 参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第128页。

② 参见 [日] 松宫孝明：《日本的犯罪体系论》，冯军译，载《法学论坛》2006年第1期。

③ 参见 [日] 松宫孝明：《日本的犯罪体系论》，冯军译，载《法学论坛》2006年第1期。

④ 参见 [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》（第6版），曾文科译，北京大学出版社2017年版，第19—20页。

离”。这种偏离表现为以下两种情形：第一种是一般与个别的关系。第二种是普通与特殊的关系。<sup>①</sup> 本书认为，陈兴良教授所谓的“两种情形”实际上可以视为一种情形，即本质上都属于一般正义与个别正义之间的关系。在解决这一对关系时，一般正义的实现途径在教义学层面的焦点即在于犯罪论体系的建构问题；而个别正义的实现途径除遵循犯罪论体系的思维逻辑外，陈兴良教授研究的“刑法指导案例裁判要点功能”也属于一种重要的方法。当然，根据本书逻辑，对这一问题的解决之道即需要刑事习惯和刑事政策的出场。

需要注意的是，在本书中，其一，刑事习惯是刑法解释或刑法教义学建构中需要考虑的社会规范背景，如传统文化、生产生活方式、习俗、思维方式等等。例如，在藏区或其他民族地区，诸如天葬、一妻多夫、携带管制刀具等习俗或生活方式，对应国家刑法的规定，可能与侮辱尸体罪、重婚罪、非法携带管制刀具危及公共安全罪等罪名的构成要件相符。同时，如果把现代国家规定的犯罪视为一种主体之间的纠纷，则纠纷的解决方式除国家依照刑事诉讼法的规定对犯罪人进行刑事追诉外，当事人之间的私立救济和社会其他主体的介入也属于重要的纠纷解决方式。当事人之间的私立救济如藏区长期以来存在的诸如赔命价、赌咒、发誓等方式；社会其他主体的介入诸如村落长者、寺庙活佛、高僧大德等进行的各种类型调解等。其二，刑事习惯概念仅属一个分析性的概念，并不具体指向社会生活中的某种惯常性做法。但缘于学界长期使用习惯法和民间法的概念，并几乎成为一种思维定式，因此，本书在讨论相关问题时又不得不涉及习惯法或民间法的概念，此时，三个概念是在同等意义上使用。即习惯、刑事习惯、习惯法或民间法，都是在非国家制定法的意义上使用，在一种广义的社会规范的意义上使用。如果某种习惯已经为国家制定的法律所认可，则此种习惯已非广义的习惯法或民间法，而就是法律规范本身。

对于刑事政策的概念或内涵，“迄今为止，学者们的认识大相径庭，存在着极大的分歧。基本状况是，有多少个刑事政策研究者，大概就有多少种刑事政策概念……因而，刑事政策定义呈现出四分五裂、支离破碎的特征”。<sup>②</sup> 在本书中，笔者对刑事政策之内涵持一种狭义刑事政策的立场，即刑事政策是党和国家通过特定形式表现出来的，直接与治理犯罪相关联并对司法机关的定罪、量刑和刑罚执行有直接指导作用的原则、要求、工作机制或具体办案方式等的总称，在具体内容上既包括实体性的方面，也包括程序性的方面。如我国

① 参见陈兴良：《刑法指导案例裁判要点功能研究》，载《环球法律评论》2018年第3期。

② 曲新久：《刑事政策的权力分析》，中国政法大学出版社2002年版，第34页。

长期奉行的“严打”刑事政策、“惩办与宽大相结合”刑事政策、“两少一宽”刑事政策和现阶段“宽严相济”刑事政策等。外在表现形式上，如1984年的中共中央5号文件、《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》（法发〔2010〕9号）以及《最高人民检察院关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》（高检发研字〔2007〕2号）等，都属于相关刑事政策的具体表现形式。

刑事习惯和刑事政策与认定犯罪的一般刑法教义学原理即犯罪论体系之间是何关系呢？二者又如何影响实际案件的处理或裁判呢？这即是本书所要探讨的中心问题。下面以几个实务案件为例，展示以单纯的教义学原理认定犯罪（体系性思考）可能在理论逻辑与实际生活逻辑之间存在的某种紧张关系。

案例1：贵州省六盘水市人民检察院指控，2011年1月27日下午，被告人黄双龙和被害人赵某某等人到水城县阿戛乡松绿村九组陆某某家吃搬家酒。17时许，当赵某某准备搭乘赵某海的车离开时，黄双龙酒后想起赵某某曾经打过其堂弟黄某某，便持一把刚牛刀刺伤赵某某左下腹及左、右大腿等部位后逃离现场，赵某某经送医院抢救无效于当日下午19时许死亡。被告人黄双龙辩称：“我使用的刀子是我的，因为我们是少数民族，有带刀子的习惯，所以我也带有带刀子在身上的习惯。”一审法院最后判决被告人黄双龙犯故意杀人罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。<sup>①</sup>在本案中，对于被告人辩称其“是少数民族，有带刀子的习惯”的辩解，法官在判决书中并未加以任何评论。虽然法院在法律程序上做出了判决，但这种缺少详细说理的判决或许难以真正案结事了，也难以真正取得好的社会效果。

案例2：江西省抚州市中级人民法院审理江西省抚州市人民检察院指控原审被告人卢几且犯故意杀人罪、抢劫罪、盗窃罪，莫世伦、杨比坡、张子恩、卢几呷、卢几日、吉口达摸、日伦莫沙则犯故意杀人罪，吉鲁努古犯诈骗罪及原审附带民事诉讼原告人刘顺中提起附带民事诉讼一案，于2011年11月21日做出了（2011）抚刑一初字第19号刑事附带民事判决。宣判后，原审被告人卢几且、杨比坡、张子恩、莫世伦、卢几呷、卢几日、吉口达摸、日伦莫沙则、吉鲁努古对刑事部分判决不服，向江西省高级人民法院提起上诉。在江西高院审理过程中，上诉人吉口达摸提出请求二审法院酌情给予从轻处罚的理由之一是，“其属于少数民族，因少数民族的法律与现行法律有差异”。对这一理

<sup>①</sup> 参见贵州省六盘水市中级人民法院刑事附带民事判决书，（2015）黔六中刑一初字第00039号。

由，法官在裁定书中做了如下评论：“关于上诉人吉口达摸上诉提出其属于少数民族，因少数民族的法律与现行法律有差异的上诉理由。经查，吉口达摸虽属于少数民族，但是法律是由全国人大制定，并统一实施于全国范围内，公民在法律面前人人平等，这是宪法确立的原则。故此，上诉人吉口达摸以其系少数民族为由来规避现行法律的上诉理由不能成立。”<sup>①</sup>江西高院最后做出“驳回上诉，维持原判”的终审裁定。在本案中，上诉人关于其是少数民族的辩解是否能够影响案件审理结果，法官在裁定书中给予了说理上的积极回应。

案例3：自诉人李某诉称，1961年腊月20日，自诉人李某与被告人王某一按农村习俗结婚，婚后生育四个子女。自2004年以来，被告人王某一在未与自诉人办理离婚手续的情况下与被告人余某以夫妻名义同居生活。2013年6月，被告人王某一将被告人余某的户口迁到其户口上，二人成为夫妻。被告人王某一、余某辩称，自诉人李某与被告人王某一的婚姻关系已于2006年7月22日由者太乡人民调解委员会调解解除，因二被告人均不懂法律，认为该调解协议具有法律效力，二被告人不构成重婚罪。对于本案，法院审理认为，“因人民调解委员会的调解协议不具有解除婚姻关系的法律效力，双方的婚姻关系在法律上尚未解除。被告人王某一在法律认知错误的情况下有配偶而与他人以夫妻名义同居生活，被告人余某也在法律认知错误的情况下与有配偶者以夫妻名义同居生活，二被告人的行为已构成重婚罪，自诉人李某控诉的罪名成立。鉴于二被告人系在法律认知错误的情况下导致重婚，犯罪情节轻微不需要判处刑罚，可以免于刑事处罚。”<sup>②</sup>在本案中，二被告人基于对乡人民调解委员会调解解除婚姻关系效力的一般确信进而结婚的行为，是否应当认定为重婚罪已经成立，再根据其“法律认知错误”而做出“犯罪情节轻微不需要判处刑罚，可以免于刑事处罚”的处理呢？这种认定或处理方式是否存在不当之处呢？能否从行为人基于对乡人民调解委员会调解解除婚姻关系效力的一般确信，并进而结婚的行为本身就认为其不符合重婚罪的构成要件，从而得出行为人无罪的结论呢？这就涉及行为人的违法性认识问题。

通过上述案例可以看出，仅从单纯的教义学原理出发认定犯罪（即体系性思考）进行刑法适用，确实可能存在教义学体系逻辑与普通人实际生活逻辑之间的某种紧张关系。欲解决这种紧张关系，在本书看来，一方面，教义学体系的建构本身即需要关照到普通人的实际生活逻辑（即刑事习惯），需要在教义

① 参见江西省高级人民法院刑事裁定书，（2012）赣刑三终字第11号。

② 参见云南省广南县人民法院刑事判决书，（2014）广刑初字第138号。

学体系中为刑事习惯留下可以容身的位置与空间（但须注意的是，根据罪刑法定原则，教义学体系中为刑事习惯留下的位置与空间只能是出罪或处罚优待的位置与空间，而不能是入罪的位置与空间）；另一方面，考虑到刑事习惯仅属原生态的社会生活本身，这就需要在刑事习惯和教义学体系之间搭建起二者勾连的桥梁，刑事政策正是实现二者勾连的桥梁或纽带。

在一般结论上，本书认为，在刑事习惯和刑事政策的背景下，仅根据刑法教义学体系/原理进行的刑法适用模式即属于对犯罪认定的体系性思考，而以刑事政策为中介或桥梁兼顾刑事习惯并以教义学体系为指导的刑法适用模式，即属于对犯罪认定的问题性思考。在这两种刑法适用模式中，针对绝大多数的刑事案件即常态案件，仅需从体系性思考的逻辑即可得出恰当处理结论；针对少数异态案件或非常规案件，则需要进行问题性思考才能得出恰当处理结论。当然，如果在刑法教义学的体系建构中安排或预留下了刑事政策的位置与空间，同时考虑到刑事政策本身即是为恰当解决社会生活的实际（即刑事习惯）而设，则这样建构起来的教义学体系实际上已把刑事习惯、刑事政策纳入其间，三者已融为一体。此时，说刑法适用是对犯罪认定的体系性思考或问题性思考已属相同之意，实际上已无区分二者之必要了。这或许正是刑法教义学体系发展的方向所在。同时，在犯罪认定中融入了刑事政策（为解决刑事习惯而设）的体系性思考或问题性思考的犯罪论体系或刑法教义学，在罪法定主义基本原则约束下，其基本功能也由传统的“入罪”功能或入罪模式向“出罪”功能或出罪模式转化，并最终体现出一种处罚优待的功能。这或许也是刑法教义学发展的另一个方向所在。

本书第一章刑法适用与刑法教义学的向度，意在阐明刑法适用的过程是一个价值判断的过程，基于社会生活事实（如民族地区刑事习惯的存在）的非同质性决定刑法适用价值判断应具有时空性。我国的刑法教义学应从社会生活事实、刑事政策和程序拓展其向度，并以合理解决具体问题为基本出发点，把研究或关注的重心放到如何实现刑法教义学的制度支撑和如何规制实质解释可能出现的恣意上来。

本书第二章刑法适用与犯罪论体系的教学功能，意在阐明犯罪论体系具有利于教学的功能。民族地区的刑法适用离不开对高层次法律人才的培养。法学本科教育的核心目的是培养高层次的法律职业者，但法律职业者的培养包含着职业培训和学术训练的双重意蕴，并且学术训练是基本前提，学术训练的基本内容即在于对刑法教义学基本原理和基本思维方式的深入理解与把握。缘于多种复杂因素，教学者对体系之选择并非易事。刑法理论存在的过度体系化之弊

也对教学者的体系选择造成困扰。教学者应当在犯罪论体系上做出立场选择，但不能过于夸大自己所选择的或所赞成的体系而有意贬低其他体系。无论选择何种犯罪论体系，教学者应当尽力做好是讲清楚不同体系下可能存在的问题及可行的问题解决方案，而非单纯沉醉于不同体系的优劣之争。同时，教学者应当通过教学过程的共鸣，引导学习刑法学的年轻学子对“风险社会的刑法危险”保持高度警惕。

本书第三章刑法适用与刑事习惯的教义学地位，意在阐明刑事习惯在刑法教义学体系中的位置与空间。在本书中，刑事习惯概念仅属一个分析性的概念，并不具体指向社会生活中的某种惯常性做法。习惯、刑事习惯、习惯法或民间法，都是在非国家制定法的意义上使用，在一种广义的社会规范的意义上使用。如果某种习惯已经为国家制定的法律所认可，则此种习惯已非广义的习惯法或民间法，其就是法律规范本身。刑事习惯的概念内涵体现在外延方面既是实体性的，也是程序性的。无论在三阶层还是在四要件的犯罪构成体系下，刑事习惯的教义学功能都可以从如下视角加以安置和分析，即作为超法规违法阻却事由考量要素的刑事习惯，作为实质解释观考量要素的刑事习惯，以及作为犯罪论体系建构考量要素的刑事习惯。

本书第四章刑法适用与刑法变通的教义学立场，意在阐明刑法变通是解决刑法与民族习惯法（即刑事习惯）之间冲突与紧张的良性互动机制。学界目前对刑法变通相关问题的研究虽然有助于澄清若干对刑法变通的模糊认识，但基于对刑法变通规定缺失的历史事实、变通规定本身的滞后性和变通规定会固化甚至强化某种风俗习惯或传统之弊端等因素的考虑，因而继续把制定出刑法的变通规定作为理论研究的目标预设已无多大必要。在已有的刑事法规范和刑事政策的解释空间中，刑法变通的价值目标或立法目的完全能够实现。在规范违反说与法益侵害说二者之中，基于规范违反说自身存在的缺陷，法益侵害说或结果无价值论才应当是刑法变通之刑法教义学应当坚持的基本立场。

本书第五章刑法适用与违法性认识的教义学处理，意在阐明如何理解和处理违法性认识/错误问题。这既是刑法教义学中一个重要的理论问题，也是刑事司法实践（包括民族地区的刑事司法实践）中面临的一个现实问题。解决违法性认识问题的根本前提就是要厘清刑法规范与普通公民之间的关系。刑法只能按照普通公民所遵从的最基本道理（如常识、常理、常情）进行立法、司法和执法。只有基于这一立场，违法性认识的相关问题才能够得到合理解决。因为，“法律被遵守的主要原因在于集团的成员从信念上接受并在行为中体现法律所表达的价值。人们效忠规则是因为规则能够表达人们参与其中的共同目

的，而不是靠强制实施规则所必然伴随的威胁。”<sup>①</sup>

本书第六章刑法适用与正当防卫的教义学思维，意在阐明正当防卫认定的司法实务现状、正当防卫的正当化根据以及正当防卫认定的宏观思维。应当立足于个人保全原理理解正当防卫之正当化根据，在防卫限度上坚持必需说之立场。正当防卫是法律赋予公民的一项权利、正当防卫行为是受到法律保护的合法行为以及正当防卫是与违法犯罪做斗争的积极手段。正当防卫不是“以暴制暴”，不是“互殴”，而是“以正对不正”。在认定正当防卫时，不能要求防卫人是一个绝对冷静理性的旁观者，而是要还原到防卫人所处的境遇之下，换位思考问问自己“假如我是防卫人我会如何处理”，设身处地想想“一般人在此情况下会如何处理”。因此，要宣示鼓励正当防卫的正确价值取向，不能让正当防卫人“出力不讨好”，甚至“流血又流泪”。<sup>②</sup>要实现正当防卫条款的激活，也需要对刑法关于正当防卫的规定被沦为“僵尸条款”的根源进行深入反思。

本书第七章刑法适用与处罚优待的教义学体系，意在阐明基于罪刑法定原则的约束，刑事习惯和刑事政策不能作为入罪或出罪的根据或理由，但可以作为处罚优待的根据或理由。因此，融入了刑事习惯和刑事政策的犯罪论体系或体系性方案，在刑法适用过程中自然就具有一种处罚优待功能。在本书看来，可以独立承担这一处罚优待功能的要件就是融入了刑事习惯和刑事政策精神的刑事处罚必要性要件。刑事处罚必要性要件，其根本内涵和核心理念实际上包含两个方面：一方面，刑事处罚必要性的大小会对定性产生影响。《刑法》实际上是关于刑罚的法律，因此，是否值得动用刑罚进行处罚是区分犯罪与其他民事违法或行政违法的关键。从处罚优待的视角观察，如果针对某种行为不值得动用刑罚（即无刑事处罚必要性）对其进行处罚，则该种行为就不是犯罪。另一方面，刑事处罚必要性的大小会对量刑产生影响。从处罚优待的视角观察，刑罚处罚实际上存在一个从“有罪必罚”向“有罪不一定必罚”（从轻、减轻或者免除）的观念转变。基于此种理念，本书初步提出了“犯罪客观要件——犯罪主观要件——刑事处罚必要性要件”的体系性方案。在这种体系性方案下，刑事习惯、刑事政策与基于刑法教义学的刑法适用之间可以实现良性互动。

<sup>①</sup> [美] 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社1994年版，第27页。

<sup>②</sup> 参见沈德咏：《于欢案后，法官如何审理正当防卫案件》，[https://www.sohu.com/a/152368583\\_688240](https://www.sohu.com/a/152368583_688240)。最后访问日期：2018-10-30。