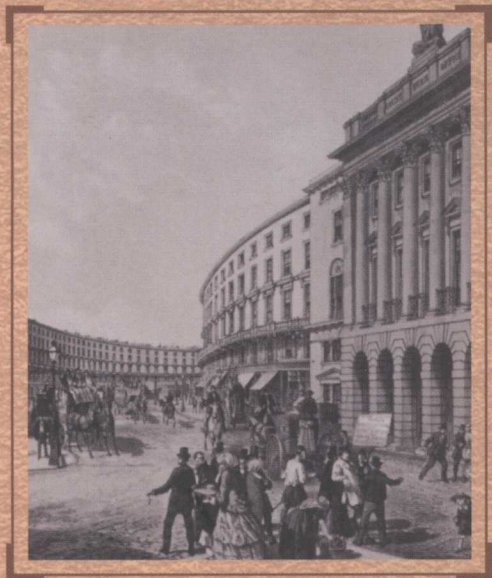


中青年刑法学文库

陈兴良 ◎主编



Xingfa Jichu De Lilun Zhankai

# 刑法基础的理论展开

劳东燕 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

Xingfa Jichu De Lilun Zhankai

# 刑法基础的理论展开

劳东燕 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法基础的理论展开/劳东燕著. —北京:北京大学出版社,2008.9

(中青年刑法学文库/陈兴良主编)

ISBN 978-7-301-14157-1

I. 刑… II. 劳… III. 刑法-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第122351号

书 名: 刑法基础的理论展开

著作责任者: 劳东燕 著

责任编辑: 吕亚萍

标准书号: ISBN 978-7-301-14157-1/D·2111

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>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 27.5印张 408千字

2008年9月第1版 2008年9月第1次印刷

定 价: 39.00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 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

# 总 序

受北大出版社的委托,让我主编一套中青年刑法学文库,以展示我国刑法学人在刑法领域取得的前沿成果。

我国现代刑法学研究,从 1979 年《中华人民共和国刑法》颁布以来,正好历时三十年。三十而立,不仅对于一个人来说三十岁是事业有成的时候了,而且对于一个学科来说三十年也应当迎来成熟的季节。可以说,我国刑法理论是伴随着刑事立法与刑事司法的发展而不断成长的,是随着刑事法治水平的提升而不断深化的。在各部门法学科,刑法学科可以说是人才济济,思想活跃的一个学科。以人才而言,经过三十年的努力,我国刑法学人老中青三代正好形成了一个学术梯队。老一辈刑法学人以高铭暄、王作富、马克昌、储槐植教授等为代表,以 1979 年《中华人民共和国刑法》颁布为契机,在我国刑法的学术复兴中发挥了重大作用,使我国的刑法学术在中断了二十多年以后得以薪传,历史功绩不可磨灭。现在,老一辈刑法学人均已是古稀、耄耋之年,仍然以一种老骥伏枥志在千里的精神,继续为推进我国刑法理论的发展而不遗余力发挥余热,其志可嘉。我们这一代刑法学人,作为法制恢复重建以后的第一批法科学生,赶上了法学事业的黄金季节。以我为例,是恢复高考以后的第一届本科生、建立学位制度以后的第一届硕士

生,设立刑法博士点以后的第一届博士生。在时代潮流的推动下,我们占有天时地利,逐渐成长起来。以1997年《中华人民共和国刑法》的修订为标志,我们进入了刑法的学术舞台,逐渐成为主角。转眼之间,我们这一代刑法学人已经年过半百,回想起十多年前还被人称为后起之秀,感觉真是岁月催人老。我高兴地看到,比我们更为年轻的一代刑法学人已经开始崭露头角。他们的思想之开放、视野之开阔、方法之先进,都要超过我们这一代刑法学人,已经展现出其学术魅力。正如季节变换,学科发展也是有其规律的。学术的更替、思想的嬗变使新一代刑法学人以一种新锐的态势脱颖而出。作为过渡的一代刑法学人,我们承前启后,承担着光荣而艰巨的学术使命。

近年来,我致力于推动刑法知识的转型。我以为,这是一个关系到刑法学科发展的重大课题。人总是在保持现状与追求变革之间纠缠与纠扯,在学术上也是如此。保持现状是我们的立足之本,如果没有一个稳定的地基,我们就连站也站不稳,因此对于现状的保持始终是我们努力的一个目标。但是,人又总是不满足于现状的,具有追求变革的天性,否则人类社会就不会发展了。追求变革必然会打破现状,在破旧中立新。学术何尝不是如此?当知识积累到一定程度,按照既有的理论范式已经难以容纳知识的增长。这时,就抵达了知识变革的临界点,只有通过范式转变才能为知识的发展提供更广阔的空间。我国现有的刑法知识是在20世纪50年代初从苏俄引入的,此后在老一辈刑法学人的努力下,逐渐完成了刑法知识的本土化,为我国的刑事法治建设作出了应有的贡献。但我认为,这套刑法知识话语存在着一些非科学的缺陷。以犯罪构成为例,这是刑法知识的核心,现行的四要件的犯罪构成理论存在着内在的逻辑混乱,是对其进行简单的调整所难以克服的。因此,我力主引入以德、日为代表的大陆法系的犯罪论体系。对此,受到许多人的怀疑与质疑:现在这套犯罪构成理论用得好好的,为什么要照搬德、日的犯罪论体系?确实,这是一个需要作繁复的解释与详细的论证才能回答的问题。我认为,在定罪过程中,事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、类型判断先于个别判断,这些规则都是为保证定罪的准确性所不可或缺的。它们是定罪的基本思维方法,其功能正如同形式逻辑之于思想。我国目前的犯罪构成并没有坚持这些原则,而是存在着事

实判断与价值判断的混乱、客观判断与主观判断的混淆、类型判断与个别判断的混同。我之所谓引入德、日的犯罪论体系,实际上是指引入这些定罪的基本规则。根据这些规则建构犯罪构成体系,就获得了德日犯罪论体系的精髓,因而具有可行性。当然,刑法的知识转型是一个逐渐的过程,但这种知识转型的必然性仍是我所秉持的信念。

中青年刑法学文库是一个开放的学术园地,她吸引那些在刑法学术领域已经取得一定的学术成果的中青年刑法学人,将已有的学术成果经过整合与提升,以一种全新的面貌与读者见面。对于学术研究来说,人才是第一位的。除了个人努力以外,我们的社会应当为人才的成长提供更为宽松有利的学术环境。北大出版社本着出书出人的宏远宗旨,为我国中青年刑法学人提供出版资源,这是令人感动的。作为主编,我尽量地将有价值的刑法学人与学术成果推荐给出版社,从而使这套中青年刑法学文库成为展示我国中青年刑法学人的一流学术成果的橱窗。但愿本套丛书的出版为我国刑法知识的转型提供理想图景。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年2月3日

## 序

劳东燕博士的刑法文集《刑法基础的理论展开》一书即将由北京大学出版社出版。作为中青年刑法学文库的主编,我得以先睹为快,通读了该书的电子版。尽管从劳东燕的第一篇论文开始,我就是第一个读者,收入本书中的大多数论文,在发表之前或者发表之后也都读过;但当这些论文以一种体系化、集约化的方式展现在我的面前,仍然有一种震撼感,感受到一种来自文本的学术冲击力。

本书的主题是刑法的基础理论,这是一个关涉我国刑法学的型塑的重大课题。我近年来致力于推动我国刑法知识的转型,在这当中包含了破与立两个方面。在我看来,本书是以创立与我国社会相适应的刑法理论作为作者的学术追求的,因而我们可以从一位年轻刑法学人的视野中看到我国刑法理论的未来图景的基本轮廓。在过去相当长的一个时期,我国刑法学一直强调理论联系实际,我国刑法学者一直致力于解决司法实践中的疑难问题。这种建立在刑法学是一门应用法学的学科定位基础上的学术追求,当然具有其合理性。但是刑法学的应用性恰恰是以理论性为前提的。所谓应用,正是刑法理论之应用。因此,如果刑法理论本身不发达,侈谈刑法学的应用性就会成为无源之水、无本之木。正是在这样一个背景之下,我是历来强调刑法学的

理论性的。在我看来,刑法学的理论性与应用性是两种层次、两种境界和两种分工。就两种层次而言,我们首先应当把刑法的理论性与应用性加以区隔,意识到这两者是不同的,从而为正确地处理刑法学的理论性与应用性提供逻辑前提。就两种境界而言,理论性的刑法学与应用性的刑法学是刑法理论的两种语境。尽管两者之间存在密切联系,但在理论形态上呈现出不同的特质。就两种分工而言,从事理论刑法学的研究与从事应用刑法学的研究应当有所分工,由不同的人来完成。基于学术资源合理配置上的考虑,我认为在大学以及专门研究机构中的刑法学者更应将学术重心放在理论刑法学上,应用刑法学的研究可以由司法机构中的研究人员来承担。若能形成适当的学术分工,必将有利于我国刑法学的良性健康发展。将理论刑法学与应用刑法学作如上区隔,绝对没有重理论轻应用之意,而是为使两种理论形态各得其所。回顾这些年来的刑法学发展,我以为其标志之一就是理论刑法学的发达。理论刑法学从应用刑法学中析离出来,逐渐形成自身的话语体系和学术品格。

对于理论刑法学的追求,在我国年轻刑法学人身上体现得更为明显。原因有三:一是历史包袱未曾形成压力。我国刑法学存在苏俄刑法学的历史包袱,像我这一代刑法学人都是在苏俄刑法学的哺育中成长起来的,由此形成苏俄刑法学的思维定势而难以超越。但像劳东燕这一代刑法学人,是在一个摆脱了苏俄刑法学独尊的学术环境下渡过了自己的学术青春期的,自然就没有感受到苏俄刑法学这一历史包袱的压力。二是现实关怀给予学术支撑。刑法理论与法治建设之间存在一种相关性。在某种意义上说,刑法理论的发达程度是一个社会刑事法治发达程度的标志。刑法理论很难超越刑事法治的发展水平,这是一个不争的事实。在这个意义上说,刑法理论是受刑事法治制约的。这些年来,我国的刑事法治有了长足的进步。尽管仍然存在不完善、不满意的地方,但“前途是光明的,道路是曲折的”这句名言,恰可以形容我们对刑事法治理想的憧憬。在这样一种现实环境中成长起来的刑法学人,获得了现实社会对学术的更强有力的支撑,其理论品格的独立性与独特性也就是可期待的。三是国际格局打开理论视界。我们这一代刑法学人基本上还是在一种自闭的社会环境中完成学术启蒙的,因而或多或少地存在学术上的遮蔽。而像劳东燕这一代的刑法

学人则是在学术对外开放的宽松环境下成长起来的,从而形成了全球性的学术视野,这就为将来进一步的刑法学理论研究提供了丰富的学术资源。以劳东燕为例,在北大攻读博士学位期间就有机会到现代刑法学的故乡——德国的慕尼黑大学法学院深造一年,从而接触到了前沿的刑法学成果。到清华大学任教后又有机会到美国名校宾州大学法学院和耶鲁大学法学院访学一年,增加对英美刑法的感悟。新生代的刑法学人就是在这样一种背景下脱颖而出的,劳东燕是其中的佼佼者。本书所展现的是劳东燕从2000年以来的学术成果,其理论性的品格给我留下深刻印象,因而本书取名为《刑法基础的理论展开》,我认为是名副其实的。

本书的内容可以分为三编:第一编是风险社会与刑法理论,第二编是罪刑法定与犯罪构成,第三编是刑法的法理学思考。在这三编内容中,第一编更多地涉及刑法的理念层面,第二编更多地涉及刑法的制度层面,第三编则更多地涉及刑法的技术层面。上述三编内容,可以看出劳东燕的学术兴趣是较为广泛的,涉及刑法理论的各个层面,这是值得肯定的。刑法如何适应风险社会,这是劳东燕长期以来思考的一个问题;围绕这一问题,劳东燕发表了相关论文。刑法应当因时而宜、与时俱进,因为刑法本身就是社会生活的一部分。我国当前正在进行深刻的社会转型,刑法的功能以及刑法的相关制度也应当随之而进化。例如刑法中的责任主义,在风险社会里它是如何演变的,这种演变本身以一种微观的局部反映出整个刑法制度的变迁,因而具有示范效应。在对这些问题的探讨中,劳东燕能够以小见大,从而显现出理论的张力。而罪刑法定与犯罪构成的探讨,也是劳东燕从博士论文写作开始思索的一个问题。罪刑法定当然关涉刑法的价值之所在,而犯罪构成应当是一个理论模型,但其背后张显的是定罪的刑法制度性构造。犯罪构成是我国当前讨论的热点问题之一,劳东燕能够将罪刑法定与犯罪构成这两个看似分离实则相关的问题纳入同一思维过程进行思考,因其视角的独特而会有新知的收获。例如在犯罪构成体系的重构中,劳东燕提出了以下五个准则,我以为是极有见地的。这五个准则是:(1)形式性准则;(2)阶段性准则;(3)价值性准则;(4)技术性准则;(5)司法性准则。这五个准则实际上揭示了犯罪构成体系的五个侧面、五种属性,因而对于

犯罪构成体系的重构具有重要参考意义。在刑法的法理学思考中,劳东燕的思路可以说是超出了实体刑法的范围,而涉及程序法、证据法和犯罪学等相关学科。在研究生学习期间,劳东燕就表现出对刑事诉讼法的学术兴趣,也许这与她做过两年检察官的经历有关。在我国目前的学术研究中,学科间的疏离现象还是十分严重的,刑法与刑事诉讼法之间也存在一条学术上的鸿沟。尽管储槐植教授倡导刑事一体化,但能够在理论研究中的躬行者并不多见。这当然与学术精力有关,更与研究思路有关。劳东燕能够在学术研究的起步阶段,就将刑事诉讼法以及相关学科纳入刑法研究的学术视野,这是难能可贵的。

除博士论文之外,本书是劳东燕第一本学术专著。从学术价值上来看,劳东燕的学术起点是较高的。在自序中,劳东燕自述了从北大求学时用宏大的眼光看待刑法到清华大学任教后开始关注刑法解释学的细节这一学术转向的过程,对此我是加以赞许的。刑法内容是多元的,刑法理论是多向度与多层次的。作为一名刑法学人,我们应当既能够对刑法作超规范的思考,又能够对刑法作规范的探讨,这才是一名完整的刑法学人。本书的出版是劳东燕在漫长的刑法学术研究中迈出的万里长征第一步,我想劳东燕会在刑法学术研究之路上越走越远……

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年5月6日

## 走在刑法的边缘(代序)

在某种意义上,这本书是我这几年所走学术之路的总结。它见证了我年少时的轻狂,也见证了我初入学术圈时的彷徨与苦闷。收录的文章最早的完成于2000年,最晚的写于2007年,前后跨度有七年。这七年中,我的身份由学生变为教师,并从北大法学院辗转至清华法学院。北大求学的五年,让我学会用宏大的眼光看待刑法问题;而清华任教的几年,则让我开始注意关心刑法解释学的细节。这样的经历无疑对我的写作有重大影响。相对而言,较早的文章,宏大叙事的色彩比较浓重;而近期的研究,论述的重心已经转移到刑法的具体制度与理论上。应该说,这样的转向是必要的。我仍然认为交叉学科的研究方法对于刑法学的研究是必要的,刑法学不应自我隔绝、自我封闭,而需要不断地从其他学科中汲取丰盛养分。然而,无论如何,我必须正视自己作为刑法学者的角色。诚如导师陈兴良教授所提醒的,在刑法研究中,仅有对刑法的形而上的哲学思考是不够的,还要有相当精致的规范刑法学的研究。

这是一个追求流行的快节奏的时代,也是一个学术垃圾盛行的时代。人们迫不及待地生产快餐式的刑法学知识,以致一种产品甚至尚来不及等圈内人消化,就早早地

被扫进垃圾堆。论文能结集出版,我在欣喜的同时又不免忐忑。欣喜的是终于有机会好好地整理之前的研究,忐忑的则是这本书在真实世界中的命运。我是一个完全凭着学术兴趣行事的人,一向不关注也不追逐流行的或者热门的话题。故而,收录本书的论文,所涉主题大多比较冷门(倘若偶尔有主题可归入热门之列,那也纯粹是巧合),在刑法理论中也属于边缘性的研究,它们未必能令一般的研究者感兴趣。此外,我对“宁要片面的深刻不要全面的平庸”的研究宗旨的信奉,使得论文的篇幅通常较长,论证过程也比较复杂,与一般的刑法论文相比,缺乏易读易懂的特点。最终有勇气将这些论文结集出版,其实只有一个原因:我相信自己并不是在玩弄重复的知识碎片。

这些年来,完成的论文不算多,让自己满意的就更少些。这主要是自己懒散的个性所致。一般说来,我只有在兴致所至之下才会着手做些研究,并将之形诸文字。收入本书的论文,算得上是自己的用心之作,大多公开发表过,刊登在《法学研究》、《中国社会科学》、《中外法学》、《政法论坛》与《刑事法评论》等刊物上。不少论文在发表时,因版面受限或多或少地做过删节,这次收入本书时都恢复当初的写作篇幅。较早完成的几篇论文,无论是观点还是表述方式,现在看来都有不甚周到之处。不过,考虑到它们代表的是自己在不同时期的学术水准与学术旨趣,所以仍然维持原貌,只做了少许文字上的修改。此外,需要指出,尽管书中各篇具有相对的独立性,不过,有些篇章最好能放在一起阅读,它们原本属于同一主题的上下篇。比如,围绕法律错误理论展开的第二篇与第三篇,探讨刑事推定的适用和规制的第四篇与第五篇,还有从被害人视角反思既有刑法体系的第九篇与第十篇。

屈指算来,从大二那年接触刑法学迄今已经十五年。记得当时曾和一位教刑法的师长笑言,如果我以后读研究生,肯定会选他的刑法学。其实,当时的我甚至还未满二十岁,对于未来有着太多的幻想和希望。未来在我看来是如此得阳光灿烂,有很多条光明大道可供我选择,读不读研究生都尚不在我当时的考虑之列,何况是选定什么专业。那句笑言多少有戏谑的成分。然而,一步一步地走下去,并不曾有意意识地去为自己的未来作什么设计,当初的戏言竟然成为

了现实。这才发现,人生原来是一个不断放弃和退守的过程。年少时的繁华和绚烂渐渐远去,成为少年激情和稚气的见证;当真实的生活世界一览无遗地呈现于我的眼前,才发现不经意间自己竟然离清苦的学术之路越来越近。这大概是大学时代的我所没有料及的,不然我不会在毕业时率性地选择去检察院。当然,让我更没有料及的是,短短两年之后,我竟执意而又决然地走出了待我不算薄的单位而重新走上求学之途。

刑法学的魅力究竟何在,有时我会想这个问题。既然这辈子都可能要和我结下不解之缘,问一下这个问题自然也在情理之中。不过,越沉浸于其中,似乎越难有足够有力的理由说服自己。支持自己走下去的力量与其说是堂而皇之的种种理由,不如说是一种单纯的兴趣,一种简单的需要。这就好比酒之于酒徒,喝酒在很大程度上是个人性的事务,原是无法用理由也无需向他人证明酒如何美味、如何值得享用的。入口的酒,甘酸只能自知,即使明知自己所喝之酒不为常人所喜好,那也无妨乐此不疲的喝酒劲头。一直以为,做学术就如喝酒,个人的志趣与偏好最为重要。这让我多少得以摆脱浮躁与功利的困扰,而保持良好的心态对待学术。所以,即使身处刑法学界的边缘,我也处之泰然。

我很幸运,因为一直以来,我的周围都不乏国内一流的刑法学者。他们让我知道学术的高度,从此告别井底之蛙的狂妄与浅薄,也让我明白什么才是真正的学者。这一路,若是没有他们的扶助,恐怕我至今仍将处于彷徨之中,而很难坚持走到现在。为此,我始终怀着感恩的心,只希望自己的表现没有让他们失望。感谢我的导师陈兴良教授与师母蒋莺老师一如既往的关怀;感谢张明楷教授、周光权教授与黎宏教授在工作中对我的提点与指导,有机会与他们共事真是一大幸事;感谢储槐植教授与梁根林教授一直以来的鼓励与关照。此外,特别感谢曾为本书收录的这些论文提供发表机会的各个刊物,尤其是相关的责任编辑。我在学生时代做过《北大法律评论》的编辑,如今又兼任《清华法学》的刑法责任编辑,对此种为他人做嫁衣裳的工作的辛劳与琐碎之处,自是深有体会。

最后,我还要真心地感谢我的先生,感谢他疾言厉色的督促,也感谢他对我的包容。若不是他的督促,我的某些论文可能早已胎死腹中;若不是他任劳任怨地承担家中不少的家务,我放在研究上的精力必定还要更少一些。

劳东燕

2008年4月26日

# 目 录

## 第一编 风险社会与刑法理论

1. 风险社会、公共政策与现代刑法 / 3
2. “不知法不免责”准则的历史考察 / 39
3. 责任主义与违法性认识问题 / 59
4. 推定研究中的认识误区 / 92
5. 认真对待刑事推定 / 107

## 第二编 罪刑法定与犯罪构成

6. 罪刑法定的明确性困境及其出路 / 141
7. 罪刑法定视野中的犯罪构成 / 170

刑法基础的理论展开

8. 犯罪构成的功能诉求:对刑事领域冲突解决机制的再思考 / 218

### 第三编 刑法的法理学思考

9. 事实与规范之间:被害人视角的追问 / 265

10. 被害人视角与刑法体系的重构 / 291

11. 刑事视域中的“人” / 311

12. 自由心证制度的当代命运 / 360

参考文献 / 415

第一编

---

# 风险社会与刑法理论