



魏 东 ◎ 主编

刑法观与解释论立场



魏 东 ◎ 主编

刑法观与解释论立场



图书在版编目 (CIP) 数据

刑法观与解释论立场 / 魏东主编. —北京: 中国民主法制出版社, 2011.9
ISBN 978-7-80219-943-9

I. ①刑… II. ①魏… III. ①刑法—研究 IV.
① D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 192702 号

图书出品人: 肖启明
文案统筹: 刘海涛
责任编辑: 逯卫光 陈曦

书名 / 刑法观与解释论立场
Xingfaguan Yu Jieshilun Lichang
作者 / 魏东 主编

出版·发行 / 中国民主法制出版社
地址 / 北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)
电话 / 63055259 (总编室) 63057714 (发行部)
传真 / 63055259
E-mail: MZFZ@263.net
经销 / 新华书店
开本 / 16 开 710 毫米 × 1000 毫米
印张 / 27.25 字数 / 506 千字
版本 / 2011 年 10 月第 1 版 2011 年 10 月第 1 次印刷
印刷 / 北京友谊印刷有限公司

书号 / ISBN 978-7-80219-943-9
定价 / 38.00 元
出版声明 / 版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

前 言

本书针对刑法观与刑法解释论立场展开专题性研讨，并邀请了全国部分著名刑法学家参与讨论并撰稿。作出这种学术主题安排，部分源于刑法学理论研究中该主题本身之重要性判断。就刑法学理论研究而言，虽然可以笼统讲，所有刑法学“问题”都具有理论研究的重要价值，因而刑法学者整体应该展开刑法学理论的全面研究。但是，有关刑法观与刑法解释论立场的问题应该说是刑法学理论研究中更加重大的基础理论问题，对于整体刑法学理论研究具有奠基性的哲学意义和方法论价值，因而其理论研究价值相对而言也更加重大。本书正是希望围绕刑法观与刑法解释论立场展开研讨，能够形成一些具有个性特色的刑法学理论研究成果。我们衷心希望更多学者对此学术主题给予更多关注，共同努力拓展深化刑法观与刑法解释论立场的理论研究。

本书能够顺利编辑出版，得益于刑法学界众多名宿新秀的大力支持。衷心感谢学界名家赵秉志教授、陈兴良教授、张明楷教授、冯亚东教授、周光权教授、刘艳红教授、刘远教授等亲赐大作，学界新秀胡东飞副教授、莫晓宇副教授、吴念胜副教授、李运才副教授、吴情树教授、但未丽博士、胡选洪博士、温登平讲师、钟凯讲师、蔡蕤洁检察官、刘畅博士生、林占发同仁等友情赐稿，衷心感谢学界同仁为本书添金增色！

本书写作分工如下（依写作内容先后排序，合著部分在正文中以题注形式说明）：

周光权：第一编之第1章；

刘艳红：第一编之第2章；

胡东飞：第一编之第3章；

吴情树：第一编之第4章；

林占发：第一编之第4章；

蔡蕤洁：第一编之第5章；

魏 东：第一编之第6、7、8、12章，第二编之第3、4章，第三编之第2章；

刘 畅：第一编之第9章；

但未丽：第一编之第10章；

莫晓宇：第一编之第11章；

刘 远：第一编之第 13 章，
张明楷：第二编之第 1 章，
陈兴良：第二编之第 2 章，
冯亚东：第二编之第 3 章，
胡东飞：第二编之第 3 章，
温登平：第二编之第 5 章，
吴念胜：第二编之第 6、7 章，
李运才：第二编之第 8 章，
胡选洪：第二编之第 9 章，
钟 凯：第二编之第 10 章，
赵秉志：第三编之第 1 章。

魏 东

谨识于四川大学法学院

2011 年 1 月 1 日，第一次统稿

2011 年 4 月 16 日，修改定稿

目 录

前 言	1
-----------	---

第一编 刑法观与解释论基础理论

1 回归常识主义的刑法学	3
2 走向实质解释的刑法学	23
3 刑法目的对刑法解释方向的制约 ——基于同刑事诉讼法目的比较的分析	39
4 刑法的基本立场与刑法解释 ——以违法性的判断根据为视角	53
5 刑法适用解释的立场方法与具体标准	63
6 社会危害性理论与实质刑法观关系考察	89
7 “实质刑法观与风险防范”学术讲座稿	99
8 刑法立法实践与适用解释之检讨提纲	105
9 马克思刑罚观的基本内容	111
10 社区矫正引领人性化的刑罚理念 ——社区矫正模式之创新发展：京沪比较	125
11 刑事政策观与概念辨析 ——一个语词及语境的考察	135
12 刑法研究方法的创新与运用	145
13 刑法理论与方法的辨思	171

第二编 刑法解释论与犯罪论

1 构建犯罪论体系的方法论	187
2 构成要件论：从贝林到特拉伊宁	209
3 “犯罪构成论的学术考察”学术讲座稿	221
4 “犯罪构成论的体系性考察”学术讲座稿	243
5 构建阶层化犯罪论体系的立场与方法	263
6 犯罪构成论体系“百家争鸣”有利于理论完善	297
7 犯罪构成论体系中的客体要件	307
8 身份共犯之界限	331
9 组织犯处罚模式之比较法视野 ——以德日刑法为视角的考察	343
10 承继共犯研究	367

第三编 《中华人民共和国刑法修正案（八）》诠释

1 《中华人民共和国刑法修正案（八）》诠释性宏论	389
2 《中华人民共和国刑法修正案（八）》若干新规诠释与适用	407

【第一编】
刑法观与解释论基础理论

／ 回归常识主义的刑法学 *

题记：

刑法更关心的是行为自身，一个立法上被规定为恶的行为，解释上如何恰如其分地评价为恶。刑法知识所涉及者，是伦理的问题。^[1]

——林东茂

刑法学在现代世界各国的发展呈现出如下总体趋势：理论构造越来越复杂、越来越精巧；对问题的研讨越来越深入，说理越来越透彻；学派尖锐对立，学说越来越多，共识似乎却越来越少；实质判断、规范判断越来越多，形势判断、事实判断越来越少。由此带来的问题是：刑法学似乎越来越脱离公众的生活常识，越来越成为公众看不懂的东西。那么，在刑法学发展一路高歌猛进的背景下，讨论刑法学如何关照生活常识，从而在其和生活常识之间确立某种关联这一问题，可能具有独特意义。

一、偏离常识主义的刑法学

（一）刑法越来越偏离我们的生活，偏离我们的常识，变得越来越难懂。这在德国、日本和中国都是如此。

刑法中的很多判断，取决于我们的日常生活中所形成的观念或习惯性思维。弗莱彻指出，在因果关系的感知过程中要注入习俗所具有的通常和可预期的标准。如果家庭中的烟雾报警器是极其罕见的，那么，我们就不会在一场家庭大火中，把孩子的死亡解释为没有安装烟雾报警器的后果（我们也许会把死亡解释为是在隔壁缺少一个消防站的结果）。但是，如果城市中的其他人家都安装了报警器，那么，我们会指出，孩子的死亡是由于没有安装本来能够拯救他们生命的报警器。^[2]但是，类似的判断，在今天的刑法学中，正逐渐被条件说、相当因果关系说、远因说、近因说、预防必要性说甚至客观归责理论所替代。换言之，刑法学与生活常识渐行渐远。

* 作者：周光权，清华大学法学院教授、博士生导师。

[1] 林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》，中国人民大学出版社2009年版，第12页。

[2] [美] 弗莱彻：《刑法的基本概念》，蔡爱惠等译，中国政法大学出版社2004年版，第37页。

当下的刑法学，从总体上看，有以下三个特点：（1）学科内的意见分歧特别大，很多问题没有统一的观点，或者反过来说，相互对立的观点很多，例如主观主义和客观主义的对立、行为无价值论和结果无价值论的对立。（2）刑法学的理论很抽象，比如说犯罪成立理论。如果我们去考察三阶层理论，从古典的犯罪论体系，中间经过新古典主义、目的论体系，到罗克辛的目的理性体系，理论演变过程以及最终成型化的理论，都很复杂。（3）刑法学上解释的方法很多，使用很混乱，各种方法之间差异太大，主观解释、客观解释、目的解释、当然解释、扩张解释、缩小解释这些方法，对同一个问题的分析，最终可能得出矛盾的结论。

所以，刑法学发展到现在，可能变成了一个令人陌生的形象，使得理论和公众的规范感觉，就是笔者以前讲的，和公众认同之间的分歧很大。^{〔1〕}

（二）在中国，刑法学在很大程度上受意识形态的影响，反映一种主流的判断，这意味着有的基本原理是说理不透彻的。“这时候的所谓‘刑法学’的基本特点是，它不是规范性，而是政治性的……刑法学就自然而然地在符合目的的前提下作政策性乃至政治性的展开，而不是规范性的认识。”^{〔2〕}这样的理论也注定和基本的生活常识、生活经验是偏离的。

（三）在中国，刑法学者之间的论争有其不同于欧陆学派之争的特点：（1）学者自身立场的一贯性缺乏，没有一个统一的基本的逻辑。例如，某些学者对未遂犯的成立坚持客观立场，但是，涉及共犯问题时，则改成了主观主义，很难把一种立场贯彻到底。立场的缺乏导致学派这样的东西在中国是缺乏的，所以真正的学派建立、论争在中国实际上是没有的。所以，我们现在只是说，需要想尽办法去提倡这种学派之间的论争和学派的建立。（2）现在，刑法学中似乎有一种潮流，特别是主流的、通说的刑法观念，把德国、日本的这种所谓“欧陆化的刑法观点”批判为不合理的或者落后的，所以，什么样的刑法解释方法只要跟德国、日本有关，在主流的学者或者通说看来它肯定是不合理的。所以，我们的主流学说或者通说基本上是建立在怀疑或者否认这种所谓的“欧化”刑法立场的基础上的。我们对犯罪论体系的论争就可以让我们看到这样的观点。坚持“四要件”的人，一定认为德日阶层的理论不合理，欧陆的观点被认为是脱离中国的实际的、不合理的观点。被称为脱离中国实际，意味着通说认为它脱离我们中国的国情、脱离我们生活的经验。（3）夸大中外刑法学的差异，认为我们在刑法理论上，特别是犯罪论体系上完全应该走不同的道路。当然，在这里，实际上又涉及另外的一个问题，就是我们现在的中国刑法学，可以分为哪些类型，哪些东西和我所讲的“常

〔1〕 周光权：《刑法的公众认同》，载《中国法学》2003年第1期。

〔2〕 李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第5页。

识”是背离的，哪些理论充分考虑了生活常识，这是一个需要仔细辨析的问题。

最近 30 年的中国刑法学理论，大概有四种类型：（1）陈兴良教授在上世纪 80 年代末至 90 年代初对刑法哲学的探讨，取得了一些令人瞩目的成果。可以说，陈兴良教授很好地完成了刑法理论的启蒙的工作，让我们的刑法学研究能够一下子绕过一些难题。^{〔1〕}在 20 世纪 90 年代中期以后，我们的刑法学就能站在一个比较高的理论起点，不再纠缠于意志自由这样的哲学化命题，这都和陈兴良教授很好地解决了这些问题有关。当然，刑法哲学的研究也会有它自身的问题。哲学研究高度抽象，如何将其与刑法学研究融为一体，在刑法哲学研究中注入常识主义的内容，不是一个容易解决的问题。（2）从苏联刑法理论改头换面后形成到现在为止还处于通说地位的理论。该理论的特色是，基本按照苏联刑法学的四要件说为核心建构犯罪论体系。但是，这样的研究，服务于打击和惩罚的目标的成分太多，意识形态的东西掺杂在犯罪构成要件之中，犯罪客体意味着刑法所保护的、而为犯罪行为所侵害的社会主义的社会关系。有学者指出：“一切犯罪客体的共同本质就在于，都是犯罪行为所侵犯，而为我国刑法所保护的社会主义社会关系。任何犯罪都是以不同的方式，在不同程度上侵犯社会主义社会关系的。”^{〔2〕}犯罪构成理论将犯罪客体置于绝对优越的地位，^{〔3〕}强调犯罪一定是对社会关系的破坏，对社会的一种挑战，这种研究，会在被告人权利保障方面引发一些问题。^{〔4〕}也是用一些我们所讲的“大词”把刑法学自身的很多精髓，就是刑法学能够精巧发展的很多东西掩盖起来。那么按照这种理论，犯罪的一定是对社会有仇的人，所以，犯罪是公然挑战整个社会秩序，所以“有毛病”的一定是犯罪人。这样一来，行为自身有什么特点、如何非常谨慎地去解释一个犯罪人的犯罪行为、怎么样精巧地建构刑法学理论，在通说强调意识形态这样的理论背景下，很多东西都被“遮蔽”了。通说的这种观点，也就是“犯罪一定是对整个社会的挑战”这种观点，粗看是没有问题的，但是，如果仔细分析是有问题的，是脱离生活常识的。在现代社会，很多犯罪的犯罪人根本没有挑战社会的意思，犯罪可能是迫不得已的，或者犯罪是一瞬间的。比如说很多激情的犯罪，很难说犯罪人他有挑战社会的这种动机，但是，他犯了罪。这就说明要建构惩罚的理论体系，还要考虑更细的内

〔1〕其中，最有代表性的是陈兴良教授所著的《刑法哲学》，该书自 1992 年由中国政法大学出版社第一次出版之后，又数次修订再版，时至今日，仍然是刑法学研究生的必读书目。在我看来，可以毫不夸张地说，该书是最近 30 年来最有生命力的刑法学著作。

〔2〕王作富：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社 1988 年版，第 95 页。

〔3〕此后，也有学者认为，犯罪主体是犯罪构成四要件说中首当其冲要考虑的构成要件（参见赵秉志、吴振兴主编：《刑法学通论》，高等教育出版社 1994 年版，第 88 页以下），但对通说权威的细微挑战似乎最后也没有获得成功。

〔4〕周光权：《犯罪论体系的改造》，中国法制出版社 2009 年版，第 87 页。

容,要考虑生活常识。所以,怎么看待犯罪,不要把犯罪解释为对整个社会的挑战行不行,是不是还有另外的解释?还有一些犯罪,比如说一些经济犯罪,像金融诈骗、合同诈骗等诈骗类的犯罪,很难说有多大的挑战整个社会的意思。不是一上来就给犯罪戴上挑战整个“社会主义社会关系”的大帽子,而是结合生活常识把犯罪看作是一种“事态”,一种生活事实,在此基础上,再逐步进行价值评价,可能是刑法学研究要做的。但是,按照以四要件为核心的苏联理论,难以达到这种目标。(3)以张明楷教授为代表的“精巧解释型”研究。这样的研究,在最近十多年以来取得了非常丰硕的成果。但是这种研究也受到通说的很多批评,认为其很多解释是建立在“欧化”的基础上,是以欧陆刑法理论为样本来分析中国的问题:某些理论就是对欧陆刑法理论的照搬;有的理论即使不是照搬,但拿到中国来,也并没有改造好,并不适合中国的国情。但是,笔者认为这种批评本身并没有十足的道理。(4)试图在欧陆的刑法理论和中国通说之间寻找一个“中间”的道路的刑法学理论。就是说要考虑法益侵害,考虑刑法客观主义,考虑实质的判断。要考虑这样一些要素,但这样一些东西明显是欧陆的刑法才有的观念,在这样的基础上,再考虑中国的刑法规定,考虑中国人的规范感觉,考虑中国的法制发展水平,考虑中国整个社会的国情,基于这样的立场来建立刑法理论。笔者认为这是最接近于常识主义的刑法观。

综上所述,在中国刑法学中,每一条道路都有它自身的特点。笔者曾经在一篇文章中谈到中国刑法学的前景问题,认为上述第四种中间路线的研究更为适合中国。^[1]需要承认,不同的道路实际上各自都有各自的问题,刑法学者如果不把刑法的东西和哲学的东西综合在一起,是走不通的;通说借助于意识形态,或者说基本上是以方便于处罚这样的基调作为理论建立的起点,在这个方面是有问题的。也就是说,目前处于通说地位的理论,在一个政权建立之初,为了惩罚、巩固政权的便利,而建构一种相对容易理解的、便于司法人员适用的理论是可以的。但是,当一个政权已经非常稳固了,当“尊重人”、“保护人权”这样的东西显得很重要的时候,通说这种非常粗略的刑法观就是有很多问题的。而在精巧地解释刑法时,怎么进一步和中国国情相结合,可能是需要考虑的问题。当然,对于折中的刑法立场,如何防止其全盘照搬欧陆刑法学,如何考虑公众的常识、生活经验,也是一个很复杂的问题。

换言之,无论走何种刑法学研究的道路,可能都面临需要重新思考的问题:我们的生活当中,哪些常识性的东西,或者哪些生活经验上特别值得重视的东西,是刑法学研究时需要仔细考虑的。实际上,这个问题不仅在中国存在,在德国、

[1] 周光权:《中国刑法学的想象力与前景》,载《政法论坛》2006年第5期,第4页。

日本也是如此。有的德国学者认为,对犯罪阶层论的研究太过复杂,完全是学问上的“技巧”,对司法也没什么指导,法官也不可能按它那么精巧的理论来处理案件。Jakobs 和 Puppe 都认为犯罪阶层论没有用处,而且认为随便使用哪一种理论对司法实务都一样。^[1]所以,德日刑法学理论也同样有一个如何回归常识的问题。这个问题,是所有的刑法立场、刑法观需要考虑的。其实,像德国、日本把刑法理论构建得那么精巧,其弊端还是比较明显的。比如说,一旦承认客观归责理论,对犯罪客观要件,包括对行为及其后果、行为的可归责性的判断和原来的理论相比较就变得很复杂,对构成要件的判断就太难了,案件的审理就会变成一个非常漫长的过程。所以,现在德国司法官员实际上也不按这个理论构架来行事。德国学者把客观归责这样的问题弄得这么复杂,在日本也没有太多市场。其中有一个原因就是脱离通常人所理解的这种生活经验,脱离一般人的规范感觉。

通过前面的分析,笔者想集中展示的一个问题就是:刑法学之所以有那么多学派,或者有那么多的理论,或者有各种各样的解释方法、观点,或者它的文字之所以变得那么难懂,立法上之所以用词那么字斟句酌,和我们这个理论越来越脱离常识有关。

脱离常识必然会带来的一个问题:在刑法学中内耗严重,共识越来越少。有人会说,共识少了,说明理论争论比较繁荣,是好事情。抽象地讲是这样。但是,刑法学的发展,毕竟是需要有一些共识的。因为它要运用于司法实务去处理为数众多的案件。碰到一个疑难案件,理论上当然可以有数十种观点,但是,最后一一定要寻求一种相对说得通的观点,相对讲得有道理的观点。此时,有一些起码的共识是需要的。刑法理论如果过于脱离常识,就注定不容易达成共识。这样,就导致刑法学的整体发展受到很多限制。

因此,刑法学如何回归常识主义是比较重要的问题。回归常识主义,要重视两个问题:一方面,刑法本身对社会有什么益处?或者刑法的社会功能究竟是什么?这是需要特别重视的。另一方面,刑法学回归常识主义,是否有可能性?也就是说要让刑法学和生活常识接近,或者尽量回归生活常识,尽量让公众能够去认同是不是有可能?如果有可能,那么,它的出发点或者基点在什么地方?

二、回归常识主义刑法观的可能性

(一) 刑法的社会功能

无论哪一派学者,都要充分关注刑法究竟在社会当中有什么功能这一问题。对刑法功能的判断,意味着要剔除我们对刑法所寄予的不切实际的愿望,比如说,

[1] 许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,第 53 页。

过于依赖刑法来达到统治的目的，过于把刑法意识形态化，可能都会让刑法承担了太多的使命。所以，对刑法的社会功能的赋予，必须要恰当，如果赋予了很多的社会功能，这样的刑法一定会偏离老百姓一般通常的规范感受。

前面已经提到，通说认为，刑法的运用是因为犯罪人仇恨社会，所以，行为的危害很大，必须要对行为人归责。但是，我们完全可以换一个视角看犯罪：犯罪只不过是社会当中的一段恶缘，刑法要处理恶缘。林东茂教授指出：“刑法要圆满对应恶缘的兴灭，在立法和司法上都要慎重将事，否则因缘际会卷入漩涡的人将遭灭顶。”^{〔1〕}恶缘是对规范关系加以破坏的结局。犯罪是一段恶缘，意味着犯罪是对规范秩序的破坏。规范关系意味着社会当中的底线秩序，刑法的功能在于恢复社会关系当中被犯罪所破坏的规范关系、规范秩序，也就是说，社会的存在，或者说社会之所以有意义，是因为有规范存在，有规范对一般人的行为进行指引、设定处罚网络。如果说社会有意义是因为有规范，那么，社会就是因为规范而存在的，而不是规范因为社会而存在。在这个过程当中，犯罪行为是对这个规范网络的破坏，对这个规范网络当中某一段的破坏。所以，林中茂教授讲犯罪是一段恶缘，笔者觉得是有道理的。社会中有这么多的规范网络相互交错，比如，作为一名教师，我们要遵守什么样的规范；作为一个公民，我们要遵守什么规则；作为一个和邻居相处的人，我们要遵守什么规则，这些规则组成了规范网络。由于社会中存在大量规范关系，某一个犯罪事实，就是对这个规范关系的破坏。所以，犯罪意味着是结下了一段恶缘，或者孽缘。刑法就是要了却它，要把这一段恶缘或者孽缘终结。而终结这段恶缘的最终的目的，是让人们生活得很安心，确保人们的生活有秩序。

所以，刑法的社会功能是对规范关系或者底线秩序的维护。有人会说，刑法的社会功能不是要保护法益吗？后文会讨论法益和笔者讲的这种规范关系相互之间到底怎么处理。笔者不否认法益这个概念，反而认为它是很重要的，但是，它和笔者讲的规范的相互关系是需要考虑的。既然刑法是对规范关系的保护，对底线关系秩序的维护，既然它的社会功能在于这个地方，那么要达到这个目的，刑法就一定要限制人的自由，就是让人们很多事情做不了。当然，对人的行为施加羁绊，这个只是形式，实质是刑法通过对人的限制，来确保所有人生活很安心、有保障。

在这里，刑法和民法的差别就表现出来了，民法总是考虑到怎么样去褒奖人，怎么样去使得合法的人能够得到好处。刑法是不管奖励人的。一个守法的人，本来就不应该去杀人，所以，刑法不会说这个人居然一辈子没杀人，就要奖励一下

〔1〕 林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》，中国人民大学出版社2009年版，第5页。

他。刑法只是在一个人做了什么坏事时惩罚他，虽然惩罚过程中尽量克制，如果有自首或者立功的情节，可以宽大。但是，宽大的前提仍然是刑法以冷峻的面目出现，告诉人们什么事是做不得的，如果你做了会有什么后果。所以，刑法的面目是非常恐怖的。这就很好解释一种现象：一个很温和的人，在做了检察官之后，因为总是跟刑法打交道的原因，跟家里人说话时，即便不像讯问犯人，也会非常有进攻性，无论家里人说什么，他可能都要去辩驳、批评，都要说家里人不对，做了检察官之后，回家说话嗓门非常大，一定要压倒对方。这可能会让他的家里人觉得困惑，觉得一旦做了检察官，就像变了一个人一样。实际上，这是很正常的。检察官、法院的刑事法官打交道的是刑法，他们的言行举止都打上了刑法的烙印。所以，刑庭法官和民庭法官一看就是有区别的。民庭的法官总是和颜悦色地调解，而且把两方都安抚得很好。但是，刑庭的法官是不做这个工作的。再温和的刑庭法官，对待被告人也会有严厉的一面。当然，我们讲法官要客观公正，但是，刑庭的法官再公正、客观、温和，也会比民庭的法官严厉。刑庭的法官穿上法袍往法庭上一坐，被告人不敢说什么，因为他毕竟是被司法力量控制的。所以，刑法要达到这样的目的，在手段上就要通过限制自由或者以阴森森的面目出现，通过限制自由这样的手段最后保护规范关系，保护底线的秩序，这是为了让所有人生活得更安心、更有自由。

要实现刑法维护底线秩序的社会功能，需要有一个过程，而在这个过程中所展示出来的东西是形式的东西——对人的行动自由加以限制。例如，《中华人民共和国刑法修正案（八）》将醉酒驾车、飙车规定为犯罪。有人会说，刑法作这样的规定，限制了自由，也侵犯了人权，很不合适。但是，像醉酒驾车、飙车这样的行为，在当前中国还是一个相对比较突出的问题，规定为犯罪也是可以接受的。一旦规定了，那就得说它要保护一种底线的秩序，从形式上看，当然是要限制某些人的自由。但是，从实质上看，限制少数人的自由的同时会让更多人获得自由，更多人在有秩序的状况下通行和生活，从而维护底线伦理和底线秩序。

维护底线秩序和常识刑法观的关系非常密切：刑法如果要在一定程度上尊重常识，尊重我们的生活经验，那么它就需要考虑在一个社会当中，最基本的生活上的秩序是什么。也就是说，我所讲的规范关系或者底线，一定是一个社会当中，维持这个社会生活最起码的生活秩序和社会关系。那么，如果在保护规范关系或者保护底线秩序、底线伦理的基础上，去把握刑法的社会功能，返回常识主义去建构刑法理论是有可能的。

（二）不同国家的刑法具有文化特质，但也有跨文化的特征

提到“文化”这个词，很多人一定会说，不同的国家、民族，在不同的时期，

有不同的文化，所以世界上没有相同的民族，也就没有相同的文化，刑法文化也是这样。但是，如果回归常识主义的刑法观，刑法文化上的相同性就是可以找到的。也就是说，我们需要重视不管是哪一种刑法理论，不管它的文化上的差异多大，但是，它最终有共同的特点，就是对某些特别重要的利益是保护的，而这种利益是生活上的利益。我不是说有多少文化就有多少特殊的利益，而是说有一些特别重要的法益，即使在不同的文化背景下，也是要保护的。毋庸置疑，文化背景不同，价值观不同，国情当然不同，刑法观就不同。但是，即使在各自完全不同的这种背景下，也有共性的地方，对一些特别重大的利益，所有的刑法都是要保护的。对生命、身体、财产这些利益要给予保障，这是从汉谟拉比法典以来我们就承认的事实，而生命、身体、财产这样一些东西是和我们的日常生活联系特别紧密的利益。对性犯罪、妨害风化的犯罪、伪造货币、放火等犯罪进行惩罚，是几乎所有国家刑法的题中当然之义。对生活中得到普遍承认的生活利益的维护是所有的刑法理论都无法绕开的。赫费曾经指出：“从刑法的观点看，其实根本不存在极端的外人，也几乎找不到什么样的法律文化在本质上是相异的。”^{〔1〕}也就是说，在现代社会，虽然各个国家文化的特性表现得很充分，但是，刑法文化上的相似性也是存在的，例如，跨国的犯罪，或者侵害整个世界利益的犯罪越来越多，国际毒品犯罪、恐怖活动、走私这样一些犯罪，是没有国界的。所以，在德国是走私的犯罪行为，在中国很难说就不是犯罪。所以，从刑法文化上看，没有什么非常极端的外国人。如果一个人被犯罪行为所侵害，在中国的感受是这样，在国外的感受也是相同的。所以，缩小不同国家之间这种刑法文化上的差异、消除这种差异，建立这种有共识的返回常识主义的这种刑法观，才是有可能的。这是回归常识主义的可能性当中的第二个问题。

（三）刑法学的知识构造

1. 我国刑法学的知识构造与国外的差异，最大的地方在于犯罪论，而不在于刑罚论。刑罚论部分，世界各国的教科书大同小异。当然涉及刑罚观，比如，刑罚的目的、刑罚的功能，可能有差异。康德、黑格尔、贝卡利亚在刑罚观上就有差别。但是，在刑罚的适用、刑罚的执行上面，基本没什么差别，所以，真正的差别在于犯罪论。那么，犯罪论上的差别怎么消除，笔者觉得在一定程度上要考虑思维的出发点问题。

思维的出发点是对生活经验、生活常识的判断。所以，犯罪论体系是从生活经验判断出发到理性判断的过程，这个是起点。如果不重视犯罪论问题上的对生

〔1〕〔德〕赫费：《文化际的刑法Ⅱ》，蔡庆桦、孙善豪译，载《二十一世纪》2000年第2期，第79页。