



走向规范的刑法学

陈兴良 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

走向规范的刑法学

陈兴良 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

走向规范的刑法学 / 陈兴良著. —北京:法律出版社,2008.3

ISBN 978-7-5036-8148-6

I. 走… II. 陈… III. 刑法—法的理论—文集 IV. D914.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 005290 号

©法律出版社·中国

走向规范的刑法学

陈兴良 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2008 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 24 字数 394 千

·印次 2008 年 3 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8148-6

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

陈兴良，男，1957年3月生，浙江义乌人。1982年1月毕业于北京大学法律学系，获法学学士学位；1984年12月和1987年12月毕业于中国人民大学法律系刑法专业，分别获法学硕士学位和法学博士学位。1984年12月至1997年12月在中国人民大学法学院任教；1998年1月至今为北京大学法学院教授、博士生导师，兼任北京大学刑事法理论研究所所长、中国法学会刑法学研究会副会长、中国犯罪学研究会副会长、中国监狱学研究会副会长、中国审判理论研究会副会长。1997年入选教育部跨世纪人才培养计划，1999年当选全国杰出青年法学家，2004年获聘教育部长江学者特聘教授，2007年获美国法律社会学协会国际学术奖。



走向规范的刑法学



出版说明

1999年我在法律出版社出版了第一部自选集《走向哲学的刑法学》,①迄今将近10年过去了,为反映这10年来我的学术研究进展,我编辑了第二部自选集,这就是本书——《走向规范的刑法学》。

从《走向哲学的刑法学》到《走向规范的刑法学》,这两个书名恰如其分地反映出这10年来我的学术转向。《走向哲学的刑法学》是从1990年开始到1998年为止,我在刑法哲学研究上学术努力的一个总结。这个时期的学术成果主要体现为刑法哲学三部曲:《刑法哲学》(中国政法大学出版社1992年版)、《刑法的人性基础》(中国方正出版社1996年版)和《刑法的价值构造》(中国人民大学出版社1998年版)。在这三部著作的创作过程中,我陆续发表了一些论文,这些论文是著作的精髓之所在。将这些论文结集出版,可以明显地看出我在这一时期对刑法哲学的学术兴趣。此后,以1997年刑法修订为契机,我开始从刑法哲学回归规范刑法学,同样出版了三部具有代表性的著作:《刑法适用总论》(法律出版社1999年版)、《本体刑法学》(商务印书馆2001年版)和《规范刑法学》(中国政法大学出版社2003年版),以及我和周光权合著的《刑法学的现代展开》(中国政法大学出版社2006年版),此外还有我主编的《刑法学》(复旦大学出版社2003年版)和《刑法学关键问题》(高等教育出版社2007年版)等。这对我来说,是一次重大的学术调整。

其实,在1990年以前,我一直在高铭暄、王作富教授的指导下,按照我国的苏俄刑法传统,从事注释刑法的研究,《正当防卫论》(中国人民大学出版社1989年版)和《共同犯罪论》(中国社会科学出版社1992年版)就是那个时期的代表作。《正当防卫论》一书是在我的硕士论文基础上增补而成的,

① 陈兴良:《走向哲学的刑法学》,法律出版社1999年第1版;2008年第2版。

创作于1984年,1985年从4万字增写至20万字,迟至1987年才得到正式出版。《共同犯罪论》一书是在我的博士论文基础上增补而成的,创作于1987年,1988年3月博士论文通过后,于1988年从28万字增写到46万字,迟至1992年才得到正式出版。此外,我还参与了高铭暄教授主编的《刑法学原理》(中国人民大学出版社1993年版)和王作富教授主编的《中国刑法适用》(中国人民公安大学出版社1987年版)以及高铭暄、王作富教授共同主编的《新中国刑法的理论与实践》(河北人民出版社1988年版)等书的创作。这个时期,我国刑法学正处于恢复期,尽管围绕着我国1997年刑法和司法解释展开了以服务于司法实践为主旨的刑法学研究,但受到苏俄刑法学传统制约,当时的刑法学研究尚处在一个较低的学术水平上。正是出于对当时注释刑法学研究现状的不满,才有我从注释刑法学到刑法哲学的研究进路上的转变。这也就是在《刑法哲学》一书的前言中提出的一个命题:

从体系到内容突破既存的刑法理论,完成从注释刑法学到理论刑法学的转变,这就是我们的结论。

在这一命题中,我把当时的刑法研究称为注释刑法学,表达了对以刑法哲学为主要理论形态的理论刑法学的向往,并构造了刑法哲学的理论体系。这个体系包含了刑法学的形而下与形而上两个方面的内容,是一个过渡性的作品。从《刑法的人性基础》开始,到《刑法的价值构造》才开始真正的刑法学的形而上研究。而《刑法哲学》一书的刑法学的形而下的内容,又被1999年出版的《刑法适用总论》一书所吸收。由此可见,《刑法哲学》一书是一部大杂烩式著作,包含了各个层次的内容。当然,它也是一个承前启后的学术标志,至少对我来说是如此。

我对规范刑法学研究的重新起步是以1997年刑法修订为起点的,《刑法疏议》(中国人民公安大学出版社1997年版)一书可以说是一个标志。从刑法哲学的研究,忽而回到对刑法的注释,这本身就是一种学术关注点的转移。在《刑法疏议》一书的前言中我对这种学术兴趣转移作了一段解释:

本书是我独自撰著的第一部严格意义上注释法学的著作。此前,我的学术兴趣主要在于刑法哲学,志在对刑法进行超越法律文本、超越法律语境的纯理论探讨,先后出版了《刑法哲学》、《刑法的人性基础》、《刑法的价值构造》等著作。当然,我从来不认为法学是纯法理的、无视法条的存在。我总认为,法理虽然是抽象的与较为恒久的,但它又必须有所附、有所载荷,而这一使命非法条莫属。

因此,对法条的研究是法学研究中不可忽视也不可轻视的一种研究方法,只不过它的研究旨趣迥异于法哲学的研究而已。中国是一个具有悠久的注释法学传统的国度,以《唐律疏议》为代表的、以法条注疏为形式的法学研究成果是中华法律文化传统的主要表现形式。现在,我国不仅哲学研究基础薄弱,纯正的注释法学的研究同样后劲不足。《刑法疏议》一书力图继承中国法律文化传统,以条文注释及详解的方法对刑法进行逐编逐章逐节逐条逐款逐项逐句逐词的注释,揭示条文主旨,阐述条文原意,探寻立法背景,详说立法得失。

上述论断,确实是我在写作《刑法疏议》一书时的心境的真实写照。未曾想,这一学术兴趣的转移,开启了我另一段学术生涯。此后的《本体刑法学》与《规范刑法学》的写作,都是循着这一思路而展开的规范刑法研究。在这一研究过程中,《本体刑法学》一书具有独特的意义。在方法论上,该书开辟了刑法法理学的研究领域——一种不依附于法条的刑法法理研究。在犯罪论体系上,该书构架了罪体—罪责的独到体系,在我《规范刑法学》一书中进一步地发展为罪体—罪责—罪量这样一个三位一体的犯罪论体系。尤其是,《本体刑法学》一书以一种体系性叙述的方式,对刑法知识进行了教科书式的整理。从《刑法哲学》到《本体刑法学》,对于我来说,是一个重大的学术转折。曲新久教授在评论我的这一学术转折时,采用了“回归”一词,我以为妥切的:

《本体刑法学》可以说是理论超越之后的一种朴素的回归——返璞归真,是刑法理论的一次软着陆,从批判教科书体系出发最终又回到教科书体系,不是刑法理论向教科书的简单回归,而是通过教科书体系实现刑法知识的新积累与新提升,历史可能真的在否定之否定中发展。^①

正是在否定之否定的历史循环发展过程中,我回归了规范刑法学。当然,这里的规范刑法学已经不是20世纪80年代苏俄刑法学的简单重复,而是努力重构大陆法系的刑法学术话语的一种自觉行动。正是在这一回归过程中,我收获了双重的学术成果,除规范刑法学的研究成果以外,我对刑法

^① 参见曲新久:“刑法哲学的学术意义——评陈兴良教授从《刑法哲学》到《本体刑法学》”,载《政法论坛》2002年第5期,第153~154页。

知识及方法论的考察,形成了《刑法知识论》(中国人民大学出版社2007年版)一书。尽管《本体刑法学》一书我想“为读者提供理论刑法学的独具个性但又融入学术公共话语的体系化知识全景”。^①但这种文本式的知识叙述只是一种学术个案,对于刑法学的方法论转型来说,作用是极为有限的。因此作为知识转型的一种努力,我从2000年开始致力于方法论的探讨,尤其是对我国刑法学的苏俄化特征的描述以及去苏俄化的倡导,引入大陆法系犯罪论体系的不遗余力地疾呼。尽管传统的学术力量具有巨大的历史惯性,要改变起来十分困难,但毕竟要有人站出来“不”,否则历史将永远重复、停顿而没有发展。

《走向规范的刑法学》这一书名中的“规范”一词,具有双重含义,一是在规范刑法学意义上使用的“规范”一词,以此与《走向哲学的刑法学》书名中的刑法哲学相对应,表明本书是我在规范刑法学这一学术领域中的成果汇集。二是在学术规范意义上使用的“规范”一词,以此反映我对刑法知识规范化的渴望。我国传统的刑法学知识存在过多的政治化、意识形态化的遮蔽,因而容易混同于政治话语。我在《刑法哲学》一书的后记中指出的专业槽的命题,实际上是对规范的刑法知识的另一种表述。其实,建立刑法专业槽,意味着对刑法的学术性的追求,这种刑法学术性的表现就在于学术话语的建立。在《刑法理论的三个推进》一文中,我曾经指出:

以往的刑法理论中,政治意识形态垄断了话语权,这种刑法理论是一种政治话语的重复。而刑法理论的发展,就是要终结政治话语在刑法理论中的垄断地位,形成刑法理论自身的话语,这种话语是自主的、自足的、自立的,因而具有科学性。这种刑法理论话语的改变,不仅是学术关注点的转移,而且是理论叙述语言的创新,理论叙述方法的创新。^②

这段话是我在写作《本体刑法学》一书过程中生发的感想、感触与感悟,也是我对刑法知识的规范化的认识。规范化的刑法知识之生成,存在“破”与“立”两个方面。正如曲新久教授深刻地指出的那样,哲学思维方式恰恰是“破旧”之利器:

^① 参见蔡道通:“理论与学术的双重提升——评陈兴良教授《本体刑法学》”,载《法制与社会发展》2002年第1期,第158页。

^② 参见陈兴良:“刑法理论的三个推进”,载《人民法院报》2001年2月4日。

陈兴良教授运用哲学方法打破意识形态的话语垄断与霸权——现在和今后的很长一段时间内,哲学,尤其是哲学方法依然是打破意识形态话语的有力武器——为恢复知识的客观性与中立性,作出了突出贡献,《刑法哲学》的最大学术价值和意义就在于此。^①

因此,刑法哲学研究在更大程度上具有学术革命的功用,但知识建设还是有待于规范刑法学的方法。在知识建设中,我们要充分认识到刑法知识的超文化性、跨国界性的特征,引入与借鉴大陆法系的刑法知识,作为我国规范刑法知识的基本平台。在此基础上,再学习英美俄以及其他国家的刑法知识,并加以本土化的改造,这才是我国刑法学的出路。离开了整个人类的刑法知识文化的历史传承,以为能够独创一套知识体系,这是完全虚幻的,最终不可能实现。因此,刑法知识的规范化应怀着开放心态结合本土国情而达成。

是为出版说明。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2007年11月5日

^① 参见曲新久:“刑法哲学的学术意义——评陈兴良教授从《刑法哲学》到《本体刑法学》”,载《政治论坛》2002年第5期,第152页。

目 录

第一编 刑法基础研究

- 刑法教义学方法论 / 3
- 法的解释与解释的法 / 44
- 犯罪构成的体系性思考 / 58
- 犯罪论体系研究 / 87
- 构成要件的理论考察 / 110

第二编 犯罪本体研究

- “无行为则无犯罪”
——为一条刑法格言辩护 / 127
- 刑法因果关系研究 / 142
- 从归因到归责:客观归责理论研究 / 153
- 故意责任论 / 179
- 过失责任论 / 193
- 目的犯的法理探究 / 207
- 违法性认识研究 / 219
- 期待可能性研究 / 238
- 间接正犯:以中国的立法与司法为视角 / 258
- 刑法竞合论 / 274

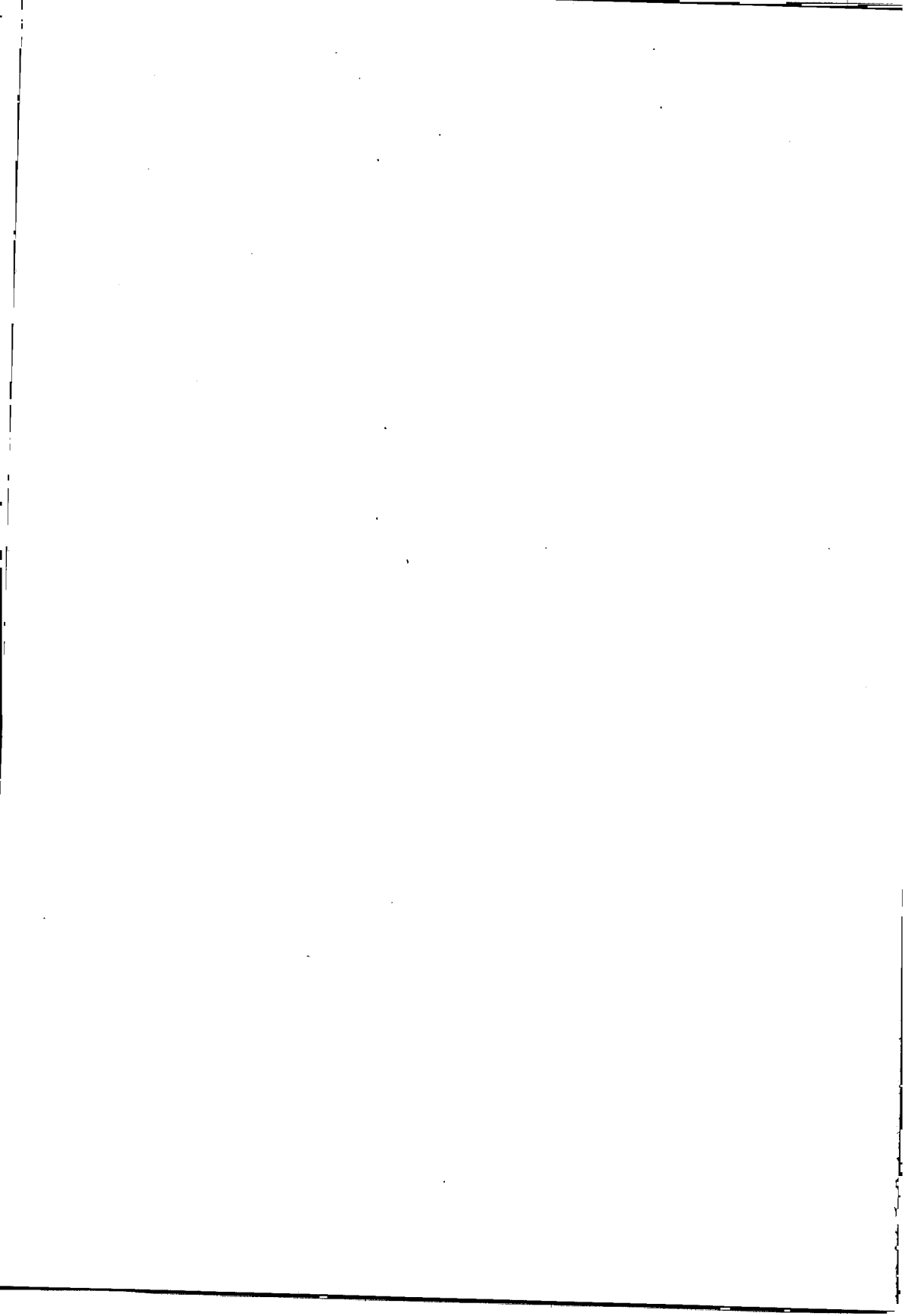
第三编 刑罚本体研究

- 从威吓到忠诚:一般预防的话语转换 / 295
- 死刑的当代命运 / 314
- 宽严相济刑事政策研究 / 346

Part 1

第一編

刑法基本研究



刑法教义学方法论

罪刑法定原则下的刑法适用,在很大程度上依赖于对法律的正确解释以及在此基础之上的逻辑推理。因此,只有娴熟地掌握法律解释技术和法律推理技术才能适应罪刑法定语境下的刑法适用的实际需求。为满足这一需求,在刑法理论上应当加强法教义学方法的研究。我国目前刑法的学术水平之所以低,主要是由于法教义学方法研究之阙如。本文拟从法学方法论的视角出发,对刑法教义学的一般原理加以探讨与检视。

一、法学方法论探寻

正确的法律理念,

是否已为人所知,

这实在大可质疑:

以我全部的意念看,

似乎事实一直不然。

这就是说:

两可之事,

难以为科学之事。

这是德国作家弗里德里希·冯·洛高(Friedrich Vor Logau, 1604 ~ 1655)的诗句,德国著名法学家拉德布鲁赫在《法学导论》一书中引用了这些诗句。诗句反映了洛高从法律理念的主观性出发从而否认法律的科学性的思想,由此也必然导出法学的虚无性的结论。这种虚无性,在以下这句格言中得以充分彰显:“立法者三句修改的话,全部藏书就会变成废纸。”显然,拉德布鲁赫是不同意这种观点的,但拉德布鲁赫还是承认对法律科学性的这种怀疑,毕竟还没有沉寂,对法学方法的研究也愈来愈多。请注意拉德布

鲁赫的以下这段话：“就像因自我观察而受折磨的人多数是病人一样，有理由去为本身的方法论费心忙碌的科学，也常常成为病态的科学，健康的人和健康的科学并不如此操心去知晓自身。”^①从这段话中我们可以引申出以下三层含义：（1）一门学科的科学性问题，主要取决于方法论，因而对该学科的科学性拷问就成为对方法论的探究。（2）病态的科学与健康科学的区分（这里的科学均应指学科，而病态与健康是一种拟人化的比喻），实则指幼稚与成熟的区分。按照拉德布鲁赫的观点，越是幼稚的学科，越为该学科的方法论所困扰。（3）显然，在拉德布鲁赫看来，法学就是这样一门幼稚的学科，因而法学方法论仍然是一个未解的问题。从拉德布鲁赫的以上论述，我们引申出了法学方法论问题，并且已经获得了方法论之于法学学科的重要性的警示。

那么，什么是法学方法论，或者说法学有自己独特的方法论吗？对这个问题的回答取决于对法学的理解。如果是广义的法学，则法史学、法社会学和法哲学均包括在内。显然，法史学是把法作为一种历史现象加以研究的，其所采用的是史学方法论；法社会学是把法作为一种社会现象加以研究的，其所采用的是社会学方法论；法哲学则是对法的形而上的研究，其所采用的是哲学方法论。如果再扩大一些，法经济学采用经济学方法论，法人类学采用人类学方法论，如此等等。在这个意义上说，法学是没有自己的方法论的，法只不过是一种研究客体，只要是以法为研究客体的学问均属法学。但当我们把法学界定为一门规范学科，即以法规范为研究客体，则法学自有其独特的方法论。因此，只有在狭义上的法学，即规范法学的意义上，我们才有可能确立法学方法论。

方法论始终是一个与各学科的生存相关联的问题，因而存在各学科的方法论研究，例如经济学方法论^②、伦理学方法论^③以及社会学方法论^④等。尤其值得一提的是迪尔凯姆的《社会学研究方法论》一书，可以说是社会学的奠基之作。正是从方法论上，迪尔凯姆确立社会学的独立学科地位。法学方法论也是一个研究的热点问题，存在大量研究法学方法论的著作。

① [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第169页。

② [爱尔兰]托马斯·A·博伊兰、帕斯卡尔·F·奥戈尔曼：《经济学方法论新论》，夏业良主译，经济科学出版社2002年版。

③ 王海明：《伦理学方法》，商务印书馆2004年版。

④ [法]迪尔凯姆：《社会学研究方法论》，胡伟译，华夏出版社1988年版。该书商务印书馆1995年版书名译为：《社会学方法的准则》，狄玉明译。

那么,本文所讨论的法学方法论是指法学研究中采用的方法论还是以法律方法作为研究客体的一种理论呢?我认为,这个问题是首先应当予以澄清的。为阐明这个问题,下面,我仅以具有代表性的三本以法学方法论为书名的著作为例,考察目前在法学界对于法学方法论的理解:

1. 德国学者卡尔·拉伦茨的《法学方法论》。^①拉伦茨将法学界定为:以某个特定的、在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。因此,法学是以法规范为中心而展开的,法学方法论是与法适用相联系的,尤其是法以语言为其载体,因而法学方法论探讨的是理解法之意义关联的特殊方式,一般的诠释学即为法学方法论的基础。^②由此可见,拉伦茨十分强调诠释学,并在此基础上形成一种法教义学方法论。

2. 台湾学者杨仁寿的《法学方法论》。^③杨仁寿认为法学之任务在于研究司法活动。法律之解释及适用,虽均属司法活动,唯二者并不相同。前者端在发现或形成一般法律规范,以为裁判之大前提;而后者则以所发现或形成之一般法律规范为大前提,以事实认定为小前提,运用演绎的逻辑方式,导出结论,亦即一般所谓裁判。^④因此,在杨仁寿看来,法学方法论主要研究解释方法和裁判方法。解释方法论研究的意义在于保证对法规范的正确理解,而裁判方法论研究的意义就在于保证裁判结论的正当性。

3. 我国学者胡玉鸿的《法学方法论导论》。^⑤胡玉鸿将法学理解为一种人学,认为法学是以人为本的学问,它关注的是人类的实际法律生活以及人在社会生活中所面临的法律问题。由此出发,胡玉鸿认为法学方法论分为三个层次:一是法学研究的总体方法,即哲学研究方法;二是法学研究的一般方法,主要是就法学方法论与政治学方法论、经济学方法论相通的部分进行分析,以借鉴其他学科研究方法的长处;三是法学研究的特殊方法。^⑥在这个意义上,胡玉鸿实际上是将法学方法论视为一种法学理论形态。

通过对上述三本法学方法论著作内容的一个简单对比,我们发现了对于法学方法论在理解上的巨大差异。拉伦茨和杨仁寿基本上是将法学方法论理解为法规范及其适用的方法,包括法律解释方法、法律适用方法等,对这

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版。

② [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第121页。

③ 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版。

④ 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第17页。

⑤ 胡玉鸿:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版。

⑥ 胡玉鸿:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版,第133~134页。

些方法的研究谓之法学方法论。而胡玉鸿则把法学方法论理解为法学研究或者法学理论的方法,并且其所理解的法也并非法规范,而是所谓法律现象。由此可见,此法学方法论非彼方法论也。那么,为什么会出现这种在法学方法论理解上的巨大差异呢?我认为,主要还是在于用语上的混乱。我国学者郑永流对此进行了详尽的考察,认为应当区分法学方法与法律方法。法学方法,即法学研究方法,这种法学方法关注的核心是“何谓正确之法”这一法哲学的第一个基本命题,有关法学方法的学说便是法学方法论。而法律方法是应用法律的方法,其中狭义上的法律方法的内容为法律解释,广义上的法律方法则包括法律推理方法等。^①根据这样一种界定,本文讨论的应当是法律方法而非法学方法,这种法律方法正是法教义学方法。法律方法本身是十分丰富的,它是一个开放性的概念,并且存在于司法过程中。我国学者陈金钊认为,法律方法包括以下各种方法:法律发现、法律推理、法律解释、漏洞补充、法律论证、价值衡量。^②我个人赞同将法学方法与法律方法加以区分,对于部门法来说,需要深入研究的是法律方法。本文也是在法律方法的意义上使用“法学方法论”一词的。论及法学方法论,似乎首先要对“方法”加以界定。“方法”其实是一种思维方式,法律方法也就是法律思维方式。在某种意义上说,法律方法问题也就是一个法哲学问题。正是在这个意义上,论及法律方法,我们不能不满怀崇敬地提及德国著名学者考夫曼的名著《法律哲学》,该书提供给我们一种对法律方法的哲学“共思”,对于整个法律适用都具有方法论的指导意义。当然,由于各个部门法的性质有所不同,在通行的法律方法的采用上也会有所不同。例如,在罪刑法定原则制约下的刑法,像法律漏洞补充这样的法律方法一般是不能采用的。即使是广泛适用的法律解释方法,也要求严格解释,禁止类推解释等,对此必须予以充分关注。

二、法教义学及其方法论

法教义学或称为法律教义学(Rechtsdogmatik),这是一个在我国法学界并不多见的术语,常见于大陆法系的法学著作之中。拉伦茨把法学直接等同于法教义学,当然是在狭义上的法学即法规范学的意义上作如是界定。

^① 郑永流:“法学方法抑或法律方法?”,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(六),中国政法大学出版社2003年版,第24页以下。

^② 陈金钊:“法律方法引论”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第2卷),山东人民出版社2003年版,第152页以下。