



刑法的知识转型

【学术史】

The Transformation of Criminal Theories:
An Intellectual History

陈兴良 著

刑法的知识转型

【学术史】

The Transformation of Criminal Theories:
An Intellectual History

陈兴良 著

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑法的知识转型【学术史】/陈兴良著. —北京:中国人民大学出版社, 2012.9
国家社科基金后期资助项目
ISBN 978-7-300-16385-7

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法-法学史-研究-中国 IV. ①D924.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 224377 号

国家社科基金后期资助项目

刑法的知识转型【学术史】

陈兴良 著

Xingfa de Zhishi Zhuanxing【xueshushi】

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	165 mm×238 mm 16 开本	版 次	2012 年 10 月第 1 版
印 张	35.75 插页 2	印 次	2012 年 10 月第 1 次印刷
字 数	615 000	定 价	99.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

出版说明

《刑法的知识转型【学术史】》一书是“刑法知识的当代转型”这一项目的最终成果。“刑法知识的当代转型”，对于我来说是一个核心命题，也是一个学术标签，同时又是一个科研课题。围绕着“刑法知识的当代转型”这个命题，我持续开展了长达10年的思考、论辩和写作。如今随着本书的出版终于可以告一段落，心情为之轻松。

2000年第1期《法学研究》发表了我的《社会危害性：一个反思性检讨》一文，是我对“刑法知识的当代转型”这一问题思考的肇始。这一思考是以刑法知识的去苏俄化为中心的，具有批判性、辩驳性和论证性，主要是对我国现有刑法知识的一种清理。经过一个阶段的研究，我出版了《刑法知识论》（中国人民大学出版社2007年版）一书。该书经修订增补以后，以《刑法的知识转型【方法论】》的书名再版（中国人民大学出版社2012年版）。2008年我应邀为《清华法学》撰写责任主义的论文，在无意当中写成学术史的样式，该文以《从刑事责任到责任主义——一个学术史的考察》为题，发表在《清华法学》2009年第2期。此后，不经意的创意转化为有意识的创作，完成了一系列刑法学术史考察的论文，并于2010年以《刑法知识的当代转型》为题，申请了国家社会科学基金后期资助项目并获得批准立项（批准号为10FFX002）。经过一年多的写作，终于在2011年完成了全书的写作并经过评审获得验收通过。刑法学术史的研究不同于刑法知识论的考察，它是以叙述性、梳理性和分析性为特征的，是对三十多年来（1979年起）我国刑法知识转型过程的一个描述，向上追溯到六十年前（1949年起），甚至回溯到一百年前（1911年起）。可以说，《刑法的知识转型【学术史】》是《刑法的知识转型【方法论】》一书的姊妹篇，完全可以视为同一部书的上下卷。

在本书的写作过程中，我深刻地感受到，法学知识是法治实践的衍生物，它的生成与发展与一个国家的法治实践息息相关。随着我国法律

体系的建立，以立法为中心的法治实践向以司法为中心的法治实践转变。相应地，也存在着一个以立法为取向的法学知识向以司法为取向的法学知识的转型问题。刑法学也是如此。我认为，我国面临着刑法的知识转型。这里的转型，是指形态的转变或者模式的改变。因此，转型不同于一般性的变化，也不同于发展。转型这个概念是具有特殊含义的，例如社会转型，就是指社会形态的转变，而不是一般意义上的社会发展或者社会变化。那么，知识这样一种具有观念形态的东西是否可以和社会这样一种实体一样，可以使用转型一词加以描述呢？我的回答是肯定的。知识本身具有类型性，不同的知识类型之间的差别是巨大的，从此种知识类型转变为彼种知识类型是需要跨越某种鸿沟的。在这个意义上说，知识转型也可以说是一场知识革命。就我国的刑法知识转型而言，我认为，这一转型的基本路径就是走向教义学的刑法学，即刑法知识的教义学化。我曾经提出刑法知识的去苏俄化的命题^①，现在我又提出了刑法知识的教义学化的命题。^②可以说，刑法知识的教义学化是对我国刑法知识论的进一步思考。如果说，去苏俄化是对我国刑法知识的一种批判性思考，那么，教义学化就是对我国刑法知识的一种建设性思考。

法教义学（Rechtsdogmatik）首先是一种对待法律的态度。法教义学中的教义（Dogma），亦译为信条。这里的信条本来是一个宗教用语，是指宗教戒律。因此，教义学的本意是指对宗教戒律进行诠释的学问。由于宗教戒律具有神圣性，教义学只能对其加以解释而不能加以批判。教义学方法引入法学，形成法教义学，它包含对法律的信仰，摒除对法律批判的可能性，要求研究者就像对待宗教戒律一样对待法律。因此，教义一词具有先验的特征。德国学者阿尔图·考夫曼曾经引用康德的观点，认为教义学是对自身能力未先予批判的解释理性的独特过程，教义学者从未加检验就当做真实的先予的前提出发。^③由此可见，对于法教义学来说，法律是一种先在的东西，它是教义学分析的逻辑起点，并且对教义学分析具有某种约束。正如德国学者卡尔·拉伦茨指出的那样：教义学一语意味着，认识程序必须受到——于此范围内不可再置疑的——法律

① 参见陈兴良：《刑法知识的去苏俄化》，载《政法论坛》，2006（5）。

② 参见陈兴良：《刑法知识的教义学化》，载《法学研究》，2011（6）。本出版说明的部分内容出自该文。特此说明。

③ 参见〔德〕阿尔图·考夫曼、温弗里德·哈斯穆尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，北京，法律出版社，2002，第4页。

规定的约束。^①可以说,法教义学研究是一种“戴着脚镣跳舞”:不是无拘无束,而是受到法律的约束。正是在这个意义上,把法教义学的思考与基于一般社会观念的思考区别开来。尤其应当强调的是,法教义学研究是一种解释论而非立法论。我国以往的法学研究,尤其是在部门法研究中,解释论与立法论不分。刑法学研究中更是如此,随意地批评法律、指责法律成为一种学术上的时髦。我认为,法律不是不可以批评,法律本身的正当与否,也是应当理性地考察的。批评法律本身不是目的,而只不过是完善法律的一个步骤。然而,法律不能朝令夕改,它具有稳定性。因此,以立法为中心的研究,针对法律的不足提出各种立法建议,如果是在立法过程中的一种对策性研究,当然是可取的,也会对立法完善发生作用。但是,这种以立法为中心的研究本身是不具有可持续性的。无论立法建议是否被采纳,在一个立法过程完结以后,其研究的意义也就消失了。至于一个法律刚颁布就对其进行批评,或者将立法建议作为各种论著的归结点,我认为是极不可取的,甚至是无效的。因为法律刚颁布,不会因为遭受批评而立即修改。各种学术论著中的立法建议,因为人微言轻不可能进入立法机关的视野。不客气地说,这种立法论研究只不过是学者的自娱自乐罢了。当然,受立法机关的委托草拟法律建议稿,或者以法律建议稿为载体系统地表达作者的学术观点,这是应当肯定的,但这绝不是法学研究的常态。法教义学并不主张批评法律,而是致力于解释法律。通过对法律的解释,使法律容易被理解,甚至可以在一定限度内填补法律的漏洞。因此,法教义学研究并没有丧失研究者的能动性而成为法律的奴仆,而是使法律变得更完善的另一种途径。

法教义学不仅是对法律的一种态度,而且还是研究法律的一种方法。可以说,教义学是法学研究的一种独特方法。教义学在一定意义上等同于解释学,在教义学研究中必然采用法律解释的方法。正如拉伦茨指出的那样:虽然教义学不止于解释,但是没有它实在也不能想象。^②法律解释是对法律规范的含义及其使用的概念、属性等所作的说明,其根本目的在于“找法”。而法教义学具有三个方面的使命:第一,对法律概念的逻辑分析;第二,将这种分析概括成为一个体系;第三,将这种分析的结果用于司法裁判的证立。^③法

① 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京,商务印书馆,2003,第108页。

② 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京,商务印书馆,2003,第104页。

③ 参见〔德〕罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,北京,中国法制出版社,2002,第314页。

教义学当然是以法律文本为出发点的，需要对法律文本进行语言的、逻辑的分析。但这并不意味着法教义学仅仅是就法论法，只是在法律范围内进行思考，因而脱离司法实践，脱离社会生活。事实上，对法律的解释本身具有决疑论的性质，法律文本只有在适用中才会发生解释上的需求。例如德国刑法关于抢劫罪的规定中，采用了“使用武器”一词。纯粹从文本上来说，武器是一个内涵与外延都十分清晰的概念，似乎不会发生疑问。但后来德国发生了一起抢劫案，被告人在抢劫过程中对事主使用盐酸，因而提出了盐酸是否属于武器的问题，并展开了讨论。^① 因此，法律解释的目的在于满足司法活动对法律规则的需求。只有立足于司法实践才能完成解释法律的使命。从这个意义上说，法律解释并不是闭门造车，而是一种目的性、实用性都十分彰显的学问。教义学方法在法学研究中之所以重要，我认为是法律规范先天的不周延性、不圆满性与不明确性所决定的。任何法律都是抽象的、概括的，当它适用于个案的时候，都难免会出现法律所不及的情形。在这种情况下，法律不能为裁判提供所有规则，而只有法教义学才能承担这一职责。法教义学本身具有逻辑推理的含义，它以现有的法律规范作为逻辑推理的起点，经过司法的推理活动，使法律更加周延、更加圆满、更加明确，从而满足司法活动对规则的需求。法教义学提供的规则，当然不是法律规则，它是从现有的法律规定中推导出来的，因而对于司法活动具有实效性。法官应当受到法教义学规则的约束。例如我国《刑法》第196条第1款规定了信用卡诈骗罪，其中第（三）项行为是“冒用他人信用卡”。该条第3款规定：盗窃信用卡并使用的，依照本法第264条的规定定罪处罚。第264条是关于盗窃罪的规定，因此盗窃信用卡并使用的，应以盗窃罪论处。在上述情况中，存在两个行为：一是盗窃信用卡，二是使用盗窃的信用卡，这也就是《刑法》第196条第（三）项规定的“冒用他人信用卡”的情形。根据刑法规定，对于上述情形，应定盗窃罪。刑法规定了盗窃信用卡并使用的，定盗窃罪。那么，诈骗信用卡并使用的、抢劫信用卡并使用的、抢夺信用卡并使用的、捡拾信用卡并使用的，应当如何定罪，对此刑法并无规定。在这种情况下，应当把《刑法》第196条第3款的规定推而广之，因此得出诈骗信用卡并使用的、抢劫信用卡并使用的、抢夺信用卡并使用的、捡拾信用卡并使用的，都应当以信用卡取得行为定罪的结论。这表明，在我国刑法中信用卡作为一种财产凭证，是刑法关于侵犯财产罪的保护客体。但2008

^① 参见〔德〕考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，北京，法律出版社，2004，第74页。

年4月18日最高人民检察院《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为如何定性问题的批复》规定:拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为,属于刑法第196条第1款第(三)项规定的“冒用他人信用卡”的情形,构成犯罪的,以信用卡诈骗罪追究刑事责任。上述司法解释与上述教义学原理是相悖的,但法律与司法解释的明文规定的效力大于法教义学原理。因而,对于这种拾得他人信用卡并使用的行为,应定信用卡诈骗罪,这是一个特别规定。以上就是一个法教义学的推理过程,通过这种逻辑推理活动,拓宽了法律的外延,使法律规定更加周延。我认为,法治是规则之治,因此规则是法治的核心。无论是立法还是司法,都是以规则为中心的。立法的主要使命是为司法提供裁判规则,然而由于立法的有限性与案件的具体性,立法难以独自地完成提供全部规则的职责。而法教义学可以在现有的、有限的法律基础上,采取适当的方法,适当地扩展法律的外延。在这个意义上说,法教义学相对于立法的有形之法、有限之法而言,是无形之法,甚至是无限之法。法教义学为找法活动提供径路,是司法活动的有效工具。

法教义学不仅是对法律的一种态度和研究法律的一种方法,而且还是一个以法律为逻辑起点而形成的知识体系,它包含法律,但并不限于法律。法律是其中的基本框架与脉络,通过法教义学方法,使之形成一个有血有肉的理论体系。例如德国学者在论及刑法学的知识属性时指出:刑法学的核心内容是刑法教义学(Strafrechtsdogmatik)(刑法理论),其基础和界限源自于刑法法规,致力于研究法规的概念内容和结构,将法律素材编排成一个体系,并试图宣召概念构成和系统学的新方法。作为法律和司法实践的桥梁的刑法教义学,在对司法实践进行批判性检验、比较和总结的基础上,对现行法律进行解释,以便于法院适当地、逐渐翻新地适用刑法,从而达到在很大程度上实现法安全和法公正。^①因此,刑法学主要是指刑法教义学。刑法教义学能够把刑法规定与刑法教义有机地结合起来,从而赋予教义规则某种拘束力。德国学者在论及教义规则的拘束力时指出:它之所以具有拘束力,不是因为它是某个个人权威的命令或者良知的规训,而是因为它是在逻辑上被包含于其他效力已然被认可的规则之中。故而这样形成的一种规则整体,其融合性是其自身的保证。这一过程是一种无穷尽的相互调适、完整化与

^① 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,北京,中国法制出版社,2001,第53页。

排除的过程,以便于产生一个自我包容的体系。^①这样一种法教义学的规则具有自我生长的机能,可以弥补立法之不足。采用法教义学的方法对刑法进行研究,这种研究成果是可以直接被司法实践所采纳的,从而真正使刑法知识成为一种实践理性。

应当指出,我倡导刑法知识的教义学化,并不是排斥刑法研究的其他方法,也不是否认其他刑法知识的存在。而是说,在各种刑法知识中,刑法教义学是基础,其他刑法知识应当以刑法教义学为中心而展开。例如,德国学者罗克辛曾经采用存在(ist)与应当存在(sein sollten),也就是实然与应然的分析工具,对以上刑法知识,尤其是刑法教义学与刑事政策之间的关系进行了说明,认为刑法教义学是以已经存在的法律规定为研究对象的,它是研究刑法领域中各种法律规定和学术观点的解释、体系化和进一步发展的学科。而刑事政策学是以根据目的的要求本来应当存在的法律为研究对象的,两者之间存在根本区别。^②当然,罗克辛又主张将刑事政策思考引入刑法体系,从而打通实然与应然之间的隔阂。^③我认为,我国刑法学首先应当大力发展刑法教义学,在此基础上,再开展刑法学其他学科的研究,逐渐形成我国的整体刑法学。因此,我提出刑法知识的教义学化的命题,以此作为我国刑法学的发展径路。

刑法知识的教义学化,是针对我国刑法学目前研究中的非教义学化与教义学化程度较低的情况而提出的。这里所谓刑法学研究中的非教义学化,是指立法论与解释论的混淆,超规范与反逻辑的思维时有发生的情形。而教义学化程度较低,是指我国刑法知识尚缺乏内在统一的理论体系。苏俄的刑法学话语还占有重要的地位,各种刑法知识相互隔阂。无论是刑法总论还是刑法各论,教义学化程度都严重不足。因此,刑法知识的教义学化,可以分为刑法总论的教义学化与刑法各论的教义学化。

刑法总论的教义学化,主要是指建立一个合理的犯罪论体系。刑法总论是刑法学的理论基础,同时具有方法论的意义。因此,刑法知识的教义学化首先是指刑法总论的教义学化。在刑法总论中,我国目前存在四要件与三阶层的犯罪论体系之争。四要件是来自苏俄的犯罪论体系,这一体系

① 参见〔德〕赫尔曼·康特洛维茨:《为法学而斗争 法的定义》,雷磊译,北京,中国法制出版社,2011,第98页。

② 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,北京,法律出版社,2005,第117页。

③ 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,北京,中国人民大学出版社,2011,第15页以下。

是以主客观要件的统一为框架、以社会危害性为中心而建立起来的。虽然对于分析犯罪具有一定的参考价值,但四要件所具有的平面性、静止性以及犯罪成立条件之间的相互依存性,都使四要件的逻辑性受到质疑。相比较而言,三阶层所具有的递进性、动态性以及犯罪成立条件之间的位阶性,都使三阶层具有逻辑性与实用性。正如日本学者大塚仁指出的那样:三阶层犯罪论体系既符合思考、判断的逻辑性、经济性,又遵循刑事裁判中犯罪认定的具体过程。^①因此,三阶层是一种教义学化程度更高的犯罪论体系。只有在三阶层犯罪论体系的基础上,才能形成具有较高教义化程度的刑法总论知识,包括未遂犯理论、共犯理论和罪数理论等。刑法总论的教义学化,要求采用体系性的思考方法。体系性思考是以存在一个体系为前提的,没有体系,也就没有体系性思考。德国学者罗克辛说过一句令人深思的话:“体系是一个法治国刑法不可放弃的因素。”这里的体系,是指关于犯罪成立条件体系化安排。犯罪论体系提供了体系性思考的基本方法。对此,罗克辛指出:一个体系,就像我们伟大的哲学家康德所说的那样,是一个“根据各种原则组织起来的知识整体”。因此,一般犯罪原理的体系,就是试图把可受刑事惩罚的举止行为的条件,在一个逻辑顺序中,作出适用于所有犯罪的说明。对法定规则的系统化和对学术和司法判决所发现的知识进行系统化的科学,就是刑法信条学。^②这种体系性思考可以分为两个方面:一是对犯罪论体系进行的思考;二是根据犯罪论体系进行的思考。在体系性思考中,包含了对犯罪论体系本身的反思。当然,体系性思考更多的是根据一定的犯罪论体系进行的推论,它能够更为有效地解决定罪中的疑难问题。

刑法各论的教义学化,是指将教义学方法应用于对刑法个罪的分析,形成刑法各论的理论体系。应当指出,在四要件犯罪论体系的框架内,我国刑法各论研究乏善可陈,几乎成为犯罪构成四要件的机械套用,没有展示刑法各论研究的独特魅力,这充分反映了我国刑法学重刑法总论而轻刑法各论的研究现状。事实证明,成熟的刑法学理论应该是刑法总论研究与刑法各论研究比翼双飞、争奇斗艳。可以说,没有刑法总论的教义学的深入研究,刑法各论的研究会缺乏深厚的理论根基。因为刑法总论研究具有

① 参见〔日〕大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,北京,中国人民大学出版社,2003,第123~124页。

② 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,北京,法律出版社,2005,第132页。

方法论的意义，它在很大程度上制约着刑法各论的研究。反之，没有刑法各论的教义学的充分研究，刑法总论的研究也难以可持续地推进。因为刑法各论研究具有解释论的功能，它在相当程度上能够反哺刑法总论的研究。因此，刑法总论与刑法各论之间的关系可以说是唇齿相依，要么两强，要么两弱。我国刑法学研究存在重刑法总论轻刑法各论的现象，然而脱离了刑法各论的深入研究，刑法总论也不可能独善其身。在刑法总论中，我国四要件的犯罪论体系虽然独具特色，但在刑法各论中，四要件的犯罪论体系恰恰成了个罪研究的桎梏，因为机械套用犯罪构成的四要件成为我国刑法各论的独特景致。我国刑法学对个罪的研究，不仅在犯罪构成上套用四要件，而且在此罪与彼罪的区分上也套用四要件。事实已经证明，我国简单套用犯罪构成四要件的个罪研究难以满足司法实践对刑法各论的理论需求。在此，存在一个刑法各论的教义学化的问题。刑法理论的教义学化是我国当前刑法知识转型的必然要求。刑法理论的教义学化不仅是指刑法总论的教义学化，而且也包括刑法各论的教义学化。在我国刑法学研究中，刑法各论的教义学化尤其缺乏。这里的教义学化是指对刑法条文的解释论研究，尤其是各种解释方法的娴熟运用。对刑法各论的解释方法，这种以具体法条为中心展开的教义学研究，使刑法各论成为一种知识的展示与智力的竞争，从而极大地提升了刑法各论的学术性，这是我们所要追求的刑法各论研究的境界。在我国当前的刑法各论研究中，更多的是经验型的论述，还不能上升到教义学的程度。例如对于抢劫罪与敲诈勒索罪的区分，强调两个当场，即当场使用暴力、当场取得财物，而未能从两罪的性质上加以区分。又如，对于侵占罪与盗窃罪的区分，不能仅从侵占与盗窃的文字含义入手，而在于行为时财物所处的状态：行为人在非法占有财物时，该财物处于行为人占有状态，则构成侵占罪；行为人在非法占有财物时，该财物处于他人占有状态，则构成盗窃罪。^①但是，仅此还只是停留在较低的教义学水平，上升到更高的教义学程度，就必须以占有转移为中心，将侵占罪与盗窃罪的区分置于整个财产犯罪的体系中进行考察。在刑法教义学上，根据财产是否转移可以区分为占有转移的财产犯罪与非占有转移的财产犯罪。占有转移的财产犯罪指对于处于他人占有之中的财物通过非法方式予以占有的财产犯罪。盗窃罪、诈骗罪等均属此类财产犯罪。它们之间的区别在于占有转移的方式。非占有转移的财产犯罪是指对于处于本人占有之中的财物非法据为己有的财产犯罪。侵占罪属于此

^① 参见董玉庭：《盗窃罪与侵占罪界限研究》，载《人民检察》，2001（4）。

类财产犯罪，它不需要实施占有转移行为。通过是否存在占有转移而把盗窃罪与侵占罪加以区别，不仅更为直观而且更为准确。因此，刑法各论的教义学化，对于提升我国刑法研究水平具有重要意义。

刑法学术史的研究本身并不是一种刑法的教义学研究，而是刑法学的一种元科学的研究，它对于厘清刑法学的理论地基，明确刑法学的发展路径具有十分重要的作用。我认为，刑法学的研究既要埋头拉车，又要抬头看路。只有这样，才能使我国的刑法学研究在一条正确的道路上前行。

陈兴良

2011年11月19日谨识于

北京海淀锦秋知春寓所

为刑法学写史

(代序)

一个没有自己历史的学科，注定是一个不成熟的学科。我国学者周光权教授曾经把刑法学称为“无史的刑法学”，这不能不说是我国刑法学的悲哀。结束我国刑法学“无史”的历史，这应当是我们这一代刑法学人责无旁贷的使命。正是在这种使命的感召下，我开始了刑法学术史的研究，开辟了一块学术处女地。

应当指出，刑法学的学术史与以往在我国刑法学研究所广泛采用的学术综述方法是有所不同的。20世纪80年代，我国刑法学开始恢复重建，资料极度匮乏。在这种情况下，我国著名刑法学家高铭喧教授大力倡导在刑法学研究中引入学术综述的研究方法，我亦参与其间。1986年由河南人民出版社出版的《新中国刑法学研究综述（一九四九——一九八五）》一书，就是刑法学学术综述的成果，也是我国法学界学术综述的首开风气之作。该书的特点是在对1949年中华人民共和国成立以来刑法学研究的所有资料进行研究整理和概括的基础上，对刑法学研究中的争论问题、重要问题逐个进行综述。这种综述的方法，对于学术成果的积累和展示具有积极意义。当然，学术综述也有其不足之处，主要表现在它只是理论资料的简单概括和初步归纳，尚谈不上对其进行深入的学术研究。而且，综述的目的在于为刑法学的研究提供资料，而不是对这些资料所反映出来的学术演变规律加以考察。并且，学术综述要求一种中立的立场，尽量客观地反映刑法学的研究现状。而学术史是对刑法学的研究成果进行知识社会学的考察，它虽然也注重理论资料，但它不满足于对理论资料的归纳，而是以理论资料为基础，力图勾画出刑法学的流变过程，强调写作者个人的独特视角和独到见解，这是一种具有个性的学术研究。因此，刑法学的学术史的写作，具有以下三个特征：

首先是资料的占有。学术史是一种历史，如何呈现这种历史呢？只有通过大量的资料，这些资料是历史的见证，也就是历史本身，通过它，才

能真实地还原历史。因此，在刑法学的学术史的写作中，首先需要解决的问题就是如何处理资料。从时间的维度来看，资料的堆积呈现出一个形状，就是离现在越远，资料越是稀少；离现在越近，资料越是丰富。但是，对于资料的处理来说，稀少有稀少的难处，丰富有丰富的难处。资料稀少，则历史的空白越大，写作者对于资料的选择余地也就越少。这种情况下，对于历史线索的梳理难度也就较大。而资料丰富，则资料难以取舍，可能会面对浩如烟海的资料无从下手。因此，我们面对历史资料，无论是稀少还是丰富，都要有一种为我所用的姿态，不被资料所遮蔽。从我国刑法学研究来看，在相当一个时期，由于法律虚无主义的影响，研究为之中断，资料几乎无从寻觅，即使有的话，也是一些不具有学术价值的资料。对此，我们应当从这些资料中发掘的并不是学术，而恰恰是学术是如何遭受破坏的。

其次是知识的考古。学术史并不是资料堆砌而成的，资料仅仅是学术史分析的客体。因此，在学术史的研究中，我们要进行知识的考古。知识考古这个概念是法国著名学者福柯发明的，知识考古并不是简单地重复历史，而是认识历史的内在逻辑，揭示历史的发展轨迹。对于刑法学也是如此。刑法学并不是一种自足的知识形态，而是在很大程度上受到当时的占据主导地位的社会意识形态所决定的，尤其是受到一个国家的刑事法治进程的制约。德国著名刑法学家耶赛克曾经指出，刑法是人类精神生活的一个点。因此，只有从人类的精神生活出发，才能深刻地把握刑法。例如，对于刑法机能的认识，从专政工具到人权保障的转变，就不仅仅是一个词语的变换，在其背后折射出法治理念，乃至社会治理方式的重大转变。又如，我国刑法从20世纪50年代开始，经历了一个刑法知识的苏俄化的过程，使清末以来逐渐形成的德日刑法学的传统为之中断。20世纪80年代的刑法学术重建，实际上是恢复了苏俄刑法知识，并使之成为我国主导的刑法理论。而在20世纪90年代以后，随着德日刑法知识的传入，其影响越来越大，我国的刑法知识开始了一个从苏俄化到德日化的逐渐但却有力的演变过程。对此，我们不能仅仅从知识传播和学术流变的角度来理解，而是要从法治建设的实际需求和对外开放的基本国策这一历史背景出发，才能获得正确的解读。

最后是角色的定位。刑法学的学术史在我国还不是一种专门的学问，甚至过去它还不被我们所关注。因此，当我们开始进行学术史考察的时候，我们其实都具有两种身份：一种是刑法学的研究者，另一种是刑法学研究的研究者。作为刑法学的研究者，我们本身就是刑法学的学术史的研究

究客体，我们其实是当代的刑法学的学术史的一个个案，是刑法学术流变的见证者，甚至我们是这一学术史的创造者。这样一种角色，对于刑法学的学术史研究来说，是利弊互见的。其利在于，我们熟悉这段历史，就如同熟悉我们自己，这就为学术史的研究提供了资料搜集与线索梳理上的便利。然而，熟知并不等于真知。过于熟悉恰恰可能成为我们客观地观察刑法学的历史的一种障碍，甚至形成某种偏见，这是必须避免的。当我们从事刑法学的学术史的考察时，其角色与刑法学研究者是有所不同的，我们是在对刑法学的研究进行某种研究。在这种情况下，我们应当具有一种超然的姿态，审视刑法学的研究，包括我们自己的研究。当然，这样一种客观立场的确立，并不是说在刑法学的学术史的考察中，应当完全去我，将个人的感受置于度外。而恰恰是要把自己对刑法学的学术发展的一些见解融合到对资料的处理当中去。这样，才能使刑法学的学术史具有个性，而不至于成为一种冷冰冰的文字。

刑法学的学术史是一个全新的研究领域，这对我来说是学术能力的挑战与考验。对于任何事物的考察，都有历史与逻辑这两个维度。相对来说，逻辑是容易把握一些的，而历史则是较为困难的。历史的研究，受到史料、史观等各种因素的制约，在某种意义上说，真实地呈现历史甚至比创造历史还难，当然这是极而言之。历史是一面镜子，它可以让我们认识自己。对于刑法学来说，也是如此。刑法学要想成为一种自觉的理论，就必须采取一种反思的态度，回归历史。学术史的研究不是为了将我们的目光吸引到过去，而是要使我们面对将来。我国的刑法学面临着一个重大的知识转型，只有完成这一转型，我国刑法学才能在一个新的起点向前发展，才能在一个新的平台向上提升。我曾经采用“向死而生”这样一个大词来描述我国刑法学的曲折历史，这绝不是危言耸听，而是我的切身感受。刑法关涉公民的权利与自由，甚至关涉国家与民族的命运。国家兴，则刑法兴；国家亡，则刑法亡。因此，刑法的兴亡，刑法学的兴亡，是与国家兴亡、民族兴亡密切相关的。在这个意义上说，刑法学的学术史是我们国家与民族的历史的一个缩影。只有在这个高度，我们才能获得某种历史感，并将这种历史感注入刑法学的学术史。

目 录

第一章 刑法学：向死而生	1
一、清末民初：刑法学的艰难草创.....	1
二、共和国的前 30 年：刑法学的由生而死	8
三、共和国的后 30 年：刑法学的起死回生.....	16
四、历史反思：刑法学的知识转型	27
第二章 行为论的正本清源	33
一、行为论的体系性地位	33
二、行为论：从存在论到价值论	40
三、行为论与构成要件论的关联	47
四、行为论与实行行为论的界分	55
第三章 犯罪论体系：从四要件到三阶层	66
一、犯罪论体系的传播前史	66
二、犯罪论体系的苏俄模式	71
三、四要件体系的本土生根	77
四、三阶层体系的重新面对	90
五、犯罪论体系的理论辩驳	99
第四章 犯罪客体的去魅	113
一、行为客体的旧貌.....	113
二、犯罪客体的新颜.....	117
三、犯罪客体的反思.....	123
四、行为客体的复归.....	130
第五章 犯罪主体的消解	136
一、犯罪主体的辨析.....	136
二、犯罪主体的质疑.....	141
三、犯罪主体的分解.....	149
四、特殊主体的归位.....	154