

# 犯罪构成的 经验与逻辑

彭文华◎著



中国政法大学出版社

## 作者简介

---

**彭文华**，男，江西省南昌市新建区人。上海政法学院刑事司法学院院长、教授、法学博士、博士后。主要研究方向为刑法学，重点领域为犯罪论体系、量刑与人工智能刑法等。社会兼职主要有中国刑法学研究会理事、中国犯罪学研究会常务理事、中国法学教育研究会理事、上海市刑法学研究会理事等。在《法学研究》《法制与社会发展》《法商研究》《法学家》《现代法学》《法学》《法律科学》《法学评论》《比较法研究》《环球法律评论》《政治与法律》等各类刊物上发表学术论文 150 余篇，近 20 篇文章被《中国社会科学文摘》《刑事法学》等转载。独著、合著、主编、副主编《犯罪既遂原理》《刑法总论》《刑法分论》等 10 余部。主持国家级、省部级项目 7 项。

# 犯罪构成的经验与逻辑

彭文华 著

中国政法大学出版社

2021·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

## 图书在版编目（C I P）数据

犯罪构成的经验与逻辑/彭文华著. —北京:中国政法大学出版社, 2021. 1  
ISBN 978-7-5620-9802-7

I. ①犯… II. ①彭… III. ①犯罪构成—研究 IV. ①D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2020) 第 271082 号

---

出 版 者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号  
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)  
编辑邮箱 zhengfadch@126.com  
承 印 北京中科印刷有限公司  
开 本 720mm×960mm 1/16  
印 张 25  
字 数 410 千字  
版 次 2021 年 1 月第 1 版  
印 次 2021 年 1 月第 1 次印刷  
定 价 129.00 元

犯罪构成理论是刑法学中犯罪论之最核心、最基础的理论。彭文华教授的大作《犯罪构成的经验与逻辑》以犯罪构成理论为研究对象，通过对中西方文化在本体论、方法论、认识论、模式论、逻辑论等方面的分析、比较，总结了一国之犯罪论体系与其文化背景、历史传统、思维模式的密切关系。根据书中的观点，作为一种法律文化，犯罪构成及其理论体系的构建必然植根于一国的文化之中，无论是平面犯罪论构成论体系还是阶层犯罪构成论体系，都有其独特的文化土壤。对两种不同犯罪构成论体系的利弊优缺点，该书进行了全面、系统、客观、深入地分析和研究。

该书由七大部分组成，由犯罪构成及其理论体系与文化的密切关联入手，详细分析、论证了中西犯罪构成的法源、中西文化本体论与中西犯罪构成本体论、中西文化方法论与中西犯罪构成方法论、中西文化认识论与中西犯罪构成认识论、中西文化模式论与中西犯罪构成模式论以及各自的优越性与局限性，并就犯罪构成的逻辑推理模式进行了深入探究。本书具有如下主要特点：

一是内容创新。该书所涉犯罪构成之本体论、方法论、认识论、模式论、逻辑论等内容，此前学界均未对之进行深入研究。例如，在论述中西文化本体论与犯罪构成本体论及其要件的内容与关系时，作者指出，中国文化本体论为“天人合一”观，体现的是用“心”思维的认知模式。中国犯罪构成在本体上强调主客观一致，深刻地影响了犯罪构成方法论、认识论和模式论。在主客观一致下的犯罪构成理论体系中，规范要素游离于犯罪构成要件之外，导致犯罪认定的形式与实质脱节。西方文化本体论为“征服自然”观，对应的是用“脑”思维的认知模式。与之相对应，西方国家犯罪构成在本体上强调主客观二分，并进一步影响犯罪构成方法论、认识论和模式论。在主客观二分下的犯罪构成理论体系中，规范要素纳入犯罪构成要件之列，完成了犯



罪认定的形式与实质的统一。又如，作者通过对主客观一致原则指导下的苏俄犯罪构成理论体系的产生、发展的分析和研究，认为该理论体系在本体论上存在先天不足，导致移植到我国并进行本土化特色改造后留下后天不良。因此，必须将规范要素，即违法性纳入犯罪构成要件之列，确立犯罪构成作为界定具体犯罪的罪与非罪的唯一标准的地位。这些研究内容无疑具有开拓性与创新性。

二是视角创新。以往学者们对犯罪构成的研究，多半立足于具体犯罪构成要件，从司法实践入手分析利弊优缺。该书从不同文化和逻辑推演模式的角度，深刻论述不同犯罪构成理论体系之间的内在差异。例如，作者认为，中国文化在方法论上强调变通，侧重抓住事物的内在实质和机理。意合的犯罪构成对外具有开放性，行为之量决定行为定性，社会危害性及其程度是犯罪成立的充分条件。西方文化在方法论上强调规定，注重寻找普遍、严格遵循的规章制度，建立起社会生活的秩序感。形合的犯罪构成崇尚严格规定性，规范决定行为性质，使犯罪构成对外具有封闭性和稳定性。又如，作者认为，根据逻辑推演模式不同，犯罪构成论体系分为分解式犯罪构成论体系与合成式犯罪构成论体系。前者在逻辑推演上表现为由总到分，犯罪是支命题。后者在逻辑推演上表现为由分到总，犯罪是联言命题。德、日等国与我国通行的犯罪构成论体系分别属于分解式犯罪构成论体系与合成式犯罪构成论体系。不同的犯罪构成论体系具有不同的优缺点。分解式犯罪构成论体系的基本逻辑构造是，通过对犯罪观念形象分别进行事实限制与价值“褪色”，推演犯罪成立；合成式犯罪构成论体系的基本逻辑构造是，通过对行为分别进行事实概括与价值“着色”，推演犯罪成立。这样的研究视角可谓新颖独特，与从犯罪构成要件本身入手审视犯罪构成理论截然不同。

三是方法创新。以往的犯罪构成理论研究，注重立足于犯罪构成要件或者犯罪构成要件要素等，微观地考察不同犯罪构成理论体系的差异，很容易导致以点见面、见仁见智，不利于客观、全面的揭示不同犯罪构成理论的利弊。该书没有就事论事，而是立足于犯罪构成的方法论、模式论、逻辑论等，宏观地考察不同犯罪构成理论体系的认知方法、思维规律等的差异。例如，作者认为，平面犯罪构成论体系与阶层犯罪构成论体系总体上各有优劣。传统四要件平面犯罪构成理论体系将正当事由置于犯罪论体系之外解决，德、日三要件阶层犯罪构成理论体系未考虑罪量要素，均为各自最大的“硬伤”，

需要妥善解决。至于犯罪构成要件的排列次序，并不实质性影响犯罪构成理论的功能。这种方法论的创新，使人更加深入地认识和理解犯罪构成理论体系的本质特征。

创新意味着风险、探索伴随着挑战。作者基于问题意识，挖掘自己多年的理论积蓄，敢于对既有的犯罪构成理论问题提出自己的独特见解和观点，表现了作者认真求知、积极探索的精神，不仅在一定程度上充实和丰富了犯罪构成理论的研究成果，而且为司法实践准确、科学地运用犯罪构成理论解决实际问题提供了有益参考，为进一步拓展我国刑法学基础理论研究、丰富刑法学研究方法作出了积极贡献。当然，书中有的观点也还存在值得商榷之处。例如，对于不同犯罪构成理论体系在本体论、方法论、认识论以及模式论等方面的优越性与局限性，还有待进一步深入探讨。

文华教授长期以来专注于刑法基础理论研究，尤其是他在博士学位论文《犯罪构成本原论及其本土化研究——立足于文化视角所展开的比较与诠释》研究的基础上，进一步深入探讨研究，发表了一系列具有一定影响力的高水平论文。《犯罪构成的经验与逻辑》大著的问世，无疑是他严谨治学、努力攀登的见证，期待文华教授求索不辍，耕深学术，硕果累累！

是为序。

莫洪宪

2020年仲夏于珞珈山畔寓所



序 / 001

绪 论 / 001

第一章 犯罪构成法源论 / 010

第一节 大陆法系国家的犯罪构成源流 / 011

一、中世纪之前及早期的犯罪构成（约公元前 8 世纪至 9 世纪） / 011

二、中世纪中后期的犯罪构成（约 10 世纪至 16 世纪） / 015

三、文艺复兴以后的犯罪构成（约 17 世纪至 20 世纪初） / 017

四、小结 / 020

第二节 英美法系国家的犯罪构成源流 / 022

一、英国刑事法律中的犯罪构成源流 / 022

二、美国刑事法律中的犯罪构成源流 / 032

三、英美判例制度与犯罪构成 / 036

四、制定法时代的英美法系犯罪构成 / 038

五、小结 / 040

第三节 社会主义法系的犯罪构成源流 / 042

一、苏俄犯罪构成理论的发展沿革 / 042

二、小结 / 044

第二章 犯罪构成本体论 / 046

第一节 中西文化本体论与犯罪构成本体论 / 046



一、中国文化本体论：天人合一 / 047

二、西方文化本体论：征服自然 / 052

三、文化本体论与犯罪构成本体论 / 057

## 第二节 主客观一元化的犯罪构成本体论 / 060

一、主客观一元化的犯罪观的形成 / 060

二、主客观一元化与中国犯罪构成 / 062

三、主客观一元化与犯罪构成本体要素 / 069

四、规范要素在主客观一元化的犯罪构成体系中的地位 / 074

## 第三节 主客观二元化的犯罪构成本体论 / 080

一、主客观二元化的犯罪观的形成 / 080

二、主客观二元化与西方国家犯罪构成 / 085

三、主客观二元化与犯罪构成本体要素 / 091

四、规范要素在主客观二元化的犯罪构成体系中的地位 / 095

## 第三章 犯罪构成方法论 / 099

### 第一节 中西文化方法论与犯罪构成方法论 / 099

一、中国文化方法论：变通 / 099

二、西方文化方法论：规定 / 102

三、文化方法论与犯罪构成方法论 / 105

### 第二节 意合的犯罪构成 / 109

一、意合的犯罪构成之本质 / 109

二、意合的犯罪构成之基本特征 / 111

三、意合的犯罪构成之优越性 / 114

四、意合的犯罪构成之局限性 / 119

五、意合的犯罪构成与犯罪既遂形态 / 125

### 第三节 形合的犯罪构成 / 127

一、形合的犯罪构成之本质 / 127

二、形合的犯罪构成之基本特征 / 130

- 三、形合的犯罪构成之优越性 / 133
- 四、形合的犯罪构成之局限性 / 139
- 五、形合的犯罪构成与犯罪预备形态 / 144

#### 第四章 犯罪构成认识论 / 146

##### 第一节 中西文化认识论与犯罪构成认识论 / 146

- 一、中国文化认识论：直觉体悟 / 146
- 二、西方文化认识论：逻辑分析 / 151
- 三、文化认识论与犯罪构成认识论 / 156

##### 第二节 平面的犯罪构成 / 163

- 一、平面的犯罪构成的形成与发展 / 163
- 二、平面的犯罪构成之基本特征 / 165
- 三、平面的犯罪构成之优越性 / 168
- 四、平面的犯罪构成之局限性 / 174

##### 第三节 立体的犯罪构成 / 179

- 一、立体的犯罪构成的形成与发展 / 179
- 二、立体的犯罪构成之特征 / 183
- 三、立体的犯罪构成之优越性 / 184
- 四、立体的犯罪构成之局限性 / 188

#### 第五章 犯罪构成模式论 / 197

##### 第一节 中西文化模式论与犯罪构成模式论 / 197

- 一、中国文化：机体模式 / 198
- 二、西方文化：机器模式 / 201
- 三、文化模式与犯罪构成模式 / 205
- 四、犯罪构成模式与司法的公正、效率及刑事诉讼规则 / 208

##### 第二节 机体的犯罪构成 / 210

- 一、中国犯罪构成的机体性 / 210



二、机体的犯罪构成与诉讼的综合规则 / 212

三、机体的犯罪构成之优越性与局限性 / 213

### 第三节 机器的犯罪构成 / 220

一、西方犯罪构成的机器性 / 220

二、机器的犯罪构成与诉讼的可废除规则 / 222

三、机器的犯罪构成的优越性与局限性 / 223

## 第六章 犯罪构成逻辑论 / 232

### 第一节 行为理论及其逻辑构造 / 232

一、大陆法系国家行为理论及其逻辑构造 / 233

二、我国行为理论及其价值构造 / 237

### 第二节 犯罪构成要件的判断次序与体系性逻辑 / 240

一、犯罪构成要件的判断次序不能代表犯罪构成论体系的逻辑性 / 240

二、犯罪构成要件的判断次序不会影响评价结果 / 242

### 第三节 犯罪构成论体系的逻辑推演模式 / 245

一、合成式犯罪构成论体系与分解式犯罪构成论体系 / 245

二、当前我国主要犯罪构成论体系的逻辑推演模式评析 / 247

三、小结 / 250

### 第四节 不同类型的犯罪构成论体系的逻辑缺陷 / 251

一、分解式犯罪构成论体系的逻辑缺陷 / 251

二、合成式犯罪构成论体系的逻辑缺陷 / 254

### 第五节 犯罪构成论体系的逻辑构造 / 256

一、犯罪构成论体系中不同命题的逻辑属性 / 256

二、分解式犯罪构成论体系的逻辑构造 / 258

三、合成式犯罪构成论体系的逻辑构造 / 264

四、不同模式犯罪构成论体系下的行为机能 / 268

第七章 犯罪构成本土化 / 272

第一节 文化交融与法律本土化 / 272

一、跨文化交流 / 273

二、法律本土化 / 276

第二节 犯罪论体系的本土化历程 / 280

一、国外犯罪论体系的本土化历程 / 281

二、中国犯罪构成理论的本土化历程 / 301

第三节 犯罪构成本土化的中国经验 / 308

一、中国犯罪构成本土化的本体论经验 / 308

二、中国犯罪构成本土化的方法论经验 / 323

三、中国犯罪构成本土化的认识论、模式论经验 / 327

第四节 犯罪构成本土化的逻辑检视 / 332

一、平面犯罪构成论体系本土化的逻辑缺陷 / 332

二、阶层犯罪构成论体系本土化的逻辑挑战 / 342

三、不同逻辑下的概念差异 / 355

参考文献 / 374

后 记 / 387

文化有广义和狭义之分。狭义的文化通常指大多数政府今天所使用的含义，包括艺术和遗产以及出版、广播、电视、电影、录像、录音等文化产业；广义的文化是指更广泛的社会学的含义，即把它看作一套共享的标志、价值、习俗和信仰。<sup>〔1〕</sup>加拿大著名文化学者 D. 保罗·谢弗通过对各种文化概念进行比较分析，提出了文化的整体定义。他认为，文化是指一种整体含义，是一种动态的、有机的整体。<sup>〔2〕</sup>“与人们看待和解释世界、把自己组织起来、处理自身的事务、提高和丰富生活以及与在世界上定位自身等有关的有机的和动态的整体。”<sup>〔3〕</sup>在这里，D. 保罗·谢弗将文化看成是与世界观、价值观有关的整体体系，具有相对合理性。

法律的运行离不开文化的支持，其生命孕育于文化之中，与文化交融在一起。在人类社会的发展进程中，人们对外界的看法和对待社会秩序的态度，决定了社会权力的分配以及社会制度的组织形式。自私有制和国家产生后，法律就成为规范社会权力分配和保障社会制度运行不可或缺的工具。法律的运行，既离不开国家和代表国家的统治者的提倡和维护，也离不开个人、群体和社会的认可和支持。法律的实践过程，不仅需要国家强制力作后盾，同时也必须融入社会，为社会所接受。法律所体现的价值取向是否与社会价值取向一致，是法律能否获得有效推行和取得良好社会效果的保证。从法律

〔1〕 参见 [加] D. 保罗·谢弗：《文化引导未来》，许春山、朱邦俊译，社会科学文献出版社 2008 年版，第 9 页。

〔2〕 See D. Paul Schafer, *The Cosmological of Culture: Canadian Culture Used as a Case Study for Illustrative Purposes*, World Culture Project, 1992.

〔3〕 参见 [加] D. 保罗·谢弗：《文化引导未来》，许春山、朱邦俊译，社会科学文献出版社 2008 年版，第 51 页。



的社会效果角度上讲，文化是法律的载体，法律是文化的实现。“正因为法律文化必然会构成一般文化定义的一部分，所以很难想象任何范围广泛的法律文化比较研究的方案中，竟未显示法律文化直接或间接受到更大政治、经济 and 知识背景方式的影响。”〔1〕法律文化作为文化的一个分支，是社会上层建筑中有关法律、法律思想、法律制度、法律设施等一系列法律活动及其成果的总和，是以往人类法律活动的凝结物，也是现实法律实践的一种状态和完善程度。〔2〕法律文化包括有形的立法、司法等外在因素，也包含人民对法律的认识及态度等内在因素。〔3〕

美国法律社会学家弗里德曼对法律文化有过精辟论述。弗里德曼认为，法律文化是针对法律体系的公共知识、态度和行为模式，是作为整体的文化有机相关的习俗本身，包括社会中人们保有的对于法律、法律体系及其各个组成部分的观念、态度、评价、信仰和意见等。〔4〕弗里德曼还指出了法律文化的多样性，认为每个国家、民族都有一种法律文化，每个国家或者社会都有自己的法律文化，没有任何两个是完全相似的。法律词语和法律实践作为文化的结构，不仅对那些训练有素的业内人士或者从事日常商业交易的人们来说如此，对普通人也一样。〔5〕

同为西方国家，虽然在价值观念、文化源流、意识形态等方面有共性，但差异是客观存在的。就两大法系而言，由于文化的多样性与丰富性，法律文化存在差异是自然而然的。即使在同一法系的不同国家，由于文化、价值观念上的不同，也不可能出现法律文化的完全趋同。“大陆法系国家的法律制度与法律文化的多样性和丰富性不仅体现在国家间的差异，同时也体现于同一国家在不同历史时期的变化。”〔6〕因此，我们在研究法律制度时，不应该

---

〔1〕 [意] 戴维·奈尔肯：“法律文化的困惑：评布兰肯伯格”，载 [意] D. 奈尔肯编：《比较法律文化论》，高鸿钧、沈明等译，清华大学出版社 2003 年版，第 125 页。

〔2〕 参见武树臣：“中国法律文化探索”，载北京大学法律系编：《法学论文集》，光明日报出版社 1987 年版，第 317 页。

〔3〕 参见黄源盛：《中国传统法制与思想》，五南图书出版有限公司 1998 年版，第 247 页。

〔4〕 参见 [英] 罗杰·科特雷尔：“法律文化的概念”，载 [意] D. 奈尔肯编：《比较法律文化论》，高鸿钧、沈明等译，清华大学出版社 2003 年版，第 21~22 页。

〔5〕 参见 [英] 罗杰·科特雷尔：“法律文化的概念”，载 [意] D. 奈尔肯编：《比较法律文化论》，高鸿钧、沈明等译，清华大学出版社 2003 年版，第 24 页、第 46~47 页。

〔6〕 [美] 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社 2004 年版，译者序，第 6 页。

忘记在漫漫历史长河中那不断沉积而变得厚重的民族文化、民族法治观念和  
法律意识。“不论是否情愿，在千百年的历史长河中形成的一个民族的法律观  
念或法律意识不可能在一夜之间发生质的改变，即使承认法律文化随着时代  
的变迁和社会的发展逐渐发生变化，但同时也不得不承认其变化十分缓慢。  
而且，无论如何先进的法律制度都不会如同机器一样自动运转，都离不开承  
载着特定法律文化的人来实施和适用。文化背景不同的人在实施或适用相同  
的法律制度时，完全有可能出现很大的差异。因此，在任何情况下都不能忽  
视传统法律文化的存在，忽略其对法律制度的重要影响。”〔1〕当前，国内学者  
（在刑法学领域比较明显）在谈到法律制度、法学理论建构时，比较喜欢以  
德、日为例加以论述、佐证，这种论证在许多情形下就事论事，并非具体、  
全面的分析、解决问题。事实上，仅仅从日本法秩序的结构、框架上理解日  
本社会的法意识、观念以及法律秩序，是远远不够的。“理解日本的法律秩  
序时，仅分析法律秩序的上层结构是不够的，还需要从规定法律秩序下层结  
构的‘社会结构’的相关关系中进行综合分析和探讨。”〔2〕

众所周知，日本是一个对外来文化颇为包容的国家，历史上日本从来就  
不缺乏对异国先进文化的学习、吸纳、移植。特别是在近现代，日本对西方  
法律文化的学习和移植可谓不遗余力。对此，日本学者争议颇大。以川岛武  
宜为代表的学者以日本国家法移植于西方近代法体系为前提，主张日本国民  
具备西方近代法意识是日本走向西方法治的必然选择。“日本国家法移植于  
西方近代刑法体系，国民只有具备了西方近代法意识，国家才能起到预期作  
用。但是，具有上述表征的日本人，其法意识不能与西方近代法意识进行整  
合，这一差距是导致日本法不能完全发挥作用的根本原因。所以，有必要克  
服这种法意识而形成近代法意识。”〔3〕川岛武宜的法意识论是在西方植  
入制定法规定的逻辑分析基础上进行理念性推理得出的结论，是基于西方  
人的法意识模型并以此为参照描绘日本现实的理论，虽然赢得了不少学者  
的支持，但也很快遭到集中的批判与反诘。“难道日本人不具有强烈的权  
利意识吗？难道说

---

〔1〕 华夏、赵立新、〔日〕真田芳宪：《日本的法律继受与法律文化变迁》，中国政法大学出版社2005年版，第269页。

〔2〕 华夏、赵立新、〔日〕真田芳宪：《日本的法律继受与法律文化变迁》，中国政法大学出版社2005年版，第36页。

〔3〕 〔日〕六本佳平：《日本法与日本社会》，刘银良译，中国政法大学出版社2006年版，第18页。



日本人原本就不具有权利意识吗？日本这种独有的特点难道不是西方国家所共有的吗？法的功能之所以不济，其原因并不仅仅在于国民的法意识，更在于法制度本身的缺陷。”〔1〕“不过，对川岛武宜命题的批判还是有一定道理的。在以往的法意识论中，各种论点鱼龙混杂，而且由于概念上的混乱，显示出了一种通俗化的倾向，有陷入对‘日本固有的东西’的全面否定或者全面肯定这种简单化或庸俗化的意识形态论的危险。因此，以法文化论的观点对争议的问题进行整理，在明晰概念的基础上加以继承是有必要的。”〔2〕对于川岛武宜的法意识论，至少在今天看来并没有实现，而日本对西方法律文化和制度的移植，造成了日本社会在法律意识和法制观念上出现了精英话语与大众话语的脱节，从而在日本社会形成了“纸上的法”与“活着的法”并行不悖的现象。“大量的事实证明，即使在继受西洋法已经一个多世纪后的现代日本社会，曾经被视为与继受而来的近代法水火不相容的传统法律观点和法律意识，并没有随着社会的近代化和法律的近代化而‘近代化’，反而表现出与其过渡性身份极不相称的稳定性。其共同体的、非权利义务的以及轻视法律作用的特性仍然支配着日本人的行动，使近现代日本社会的法出现传统与现代互动，‘纸面上的法’与‘活的法’同时共存的局面。”〔3〕此外，一百多年来日本在法律制度和法律秩序的建构上效法西方，并没有使日本社会的整个法律观念和意识发生根本转变。“日本人传统上轻视法律的作用、回避法律诉讼，不喜欢区别黑白等与西洋法的原则、西洋人的法律观念形同水火的观念和意识并没有发生本质性的变化。”〔4〕在川岛武宜之后的日本社会学界的一般讨论中，出现了一种对法意识理解的深层次思考，即“日本人的法意识”赖以建立的基础理论模式是否有必要现代化、西方化？传统的文化理念、法律意识是否因为其表现出的长期性与滞后性而变得不合时宜？答案自然是否定的。就连川岛武宜本人也逐渐意识到，不能完全用朝着普遍的现代的转型这一模式，来把握作为日本人固有观念的法意识问题。“川岛之后，在法学

---

〔1〕〔日〕六本佳平：《日本法与日本社会》，刘银良译，中国政法大学出版社2006年版，第18~19页。

〔2〕〔日〕六本佳平：《日本法与日本社会》，刘银良译，中国政法大学出版社2006年版，第19页。

〔3〕华夏、赵立新、〔日〕真田芳宪：《日本的法律继受与法律文化变迁》，中国政法大学出版社2005年版，第250页。

〔4〕华夏、赵立新、〔日〕真田芳宪：《日本的法律继受与法律文化变迁》，中国政法大学出版社2005年版，第10~11页。

以外的社会学的一般讨论中，围绕着如何理解日本的不同于西方的产业发展模式的问题，从主张进入现代的入口不止一个的多元发展论，到后来提出与理想的对立日本模式才更适合产业发展的日本社会论，逐渐摆脱了现代化的论调，与此同时，在方法论上，也从把意识视为在根本上是社会的从属变量的发展史观，转换到尤其受到结构人类学的影响，把意识作为社会的不变项，认为它会在适应现实环境的变化而发生着转变的社会中留下其固有痕迹的立场上来。”〔1〕

确实，源远流长的本土法意识，作为文化的组成部分，是不可能通过人为设置的制度和秩序就可以轻易改变的，文化中包含的法律意识在某种程度上决定了法律秩序运作方式的一些根本信息，如果我们设想构建的某种不同于既存文化观念、法律意识的法律制度、秩序和理论体系，一旦脱离本土文化，必将成为空中楼阁，中看不中用。因此，在法律制度构建和法学研究领域，即使变革也不能脱离本土文化，本土文化始终是我们构建新的法律秩序和法学理论的一面镜子，只有这样的变革才是现实的、可靠的。“站在把意识视为社会深层的文化、是社会的不变项的立场上看，正因为文化具有强烈的自主性，才能避免受到作为下层结构的社会、经济发展阶段或者功能性要求等因素所决定的命运。……在这一意义上，强调固有的法文化，乍一看似乎是受了决定论影响，但它却包含了我们这个社会并不必然是现在这样，‘还可以是其他社会形态’的可能性，在这一点上，它反而有可能对现状进行彻底的变革。”〔2〕

## 二

刑法基于其特殊身份和性质，在相当长的一段历史时期成为人类法律活动的重要依靠。无论是在历史上还是在今天，刑法都被认为是与社会伦理秩序和价值观念联系最为紧密的部门法之一，乃至在西方产生了刑法是维护社会伦理的法律，还是保护法益的法律的争议。〔3〕“每个法事实上是一个体

---

〔1〕〔日〕棚濑孝雄：《现代日本的法和秩序》，易平译，中国政法大学出版社2002年版，第18~19页。

〔2〕〔日〕棚濑孝雄：《现代日本的法和秩序》，易平译，中国政法大学出版社2002年版，第24~25页。

〔3〕参见张明楷编：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第31页以下。