

· 笔 谈 ·

刑法学研究之检讨与反思

编者按：本刊编辑部和东南大学法学院于2012年10月13—14日在江苏溧阳联合举办了“刑法学研究之检讨与反思”理论研讨会，作为“法学研究转型”系列研讨会之一。本次研讨会邀请刑法学领域的专家学者，围绕着刑法学研究中存在的问题和不足进行会诊，旨在为刑法学的未来发展指点方向。在本次研讨会上，与会学者各抒己见，争论激烈。现将与会学者的精彩发言以笔谈形式刊发，以飨读者。

关于我国刑法学研究转型的思考

陈泽宪（中国社科院国际法所研究员）

刑法学是一门历史悠久、相对成型的学科，相对于其他一些法学学科成型较早，基础比较厚实，国内外刑法学研究都是如此。因此，刑法学研究要实现根本性的突破、转型，其实非常困难。但是，这些年刑法学界还是做了许多工作，一直在为此努力，确实很有深入研讨之必要。我认为，关于当前刑法学研究如何实现更新、转型，以下几个方面较为关键：

第一，更新研究观念。刑法学研究之所以要建立完善的学科体系和完善的部门法学理论，归根结底是为了建立一个比较合理的刑法体系，使之在司法和社会实践中得到很好的贯彻、执行，实现良好的法治，并从中总结、提炼经验，解决实践中存在的刑事法问题。现在发表的刑法学著述很多，其中很多文章的内容过于抽象，从理论到理论，研究的问题也只是作者自己感兴趣和欣赏的问题，与刑事法治实践相距甚远，对法律实务部门解决立法、司法实际问题帮助不大。这也是我们在与法律实务工作者交流中经常听到的批评和抱怨。刑法学作为一门应用性很强的学科，应该把学术关注点放在刑事法治的重大理论和实践问题上，我们的问题意识必须建立在对中国社会实践比较了解、对刑事法治的重大问题的敏感与追踪之上。从这个角度来看，一些学者所研究的某些脱离刑事法治实际的问题可能往往是伪命题。

第二，开拓研究视野。有一种说法是“中国的国情，世界的眼光”，即研究中国问题，视野不能仅仅局限于中国。在当今这个全球化、信息化时代，中国已经很难与世界其他国家割裂开来，这不仅是从经济层面来说，法治层面上也是如此。比如，中国加入了很多国际公约，联合国的公约我们基本上都加入了。国际公约其实就是法律，一旦加

入,这些公约就会在不同程度上成为国内法的一部分,只不过要通过不同的方式将之转化为国内法并予以实施。在这些公约中有相当一部分涉及刑事法规范问题。如果我们研究刑法,就不能不关注这些内容。另外,这些年我们大量引介外国的刑法理论,但有些介绍的知识很可能是他们十几年前、二十几年前的理论。他们现在有了新的进展,我们要及时跟进,推介最新信息,追踪最新动向。

就近些年国内的研究状况而言,有两个主要趋势。一个趋势是研究走向细密化、精细化、专门化,这当然很有必要。另一个趋势是研究跨学科或相关学科之间的交叉性问题。比如储槐植教授一直在倡导刑事一体化研究,还有相关的犯罪学、刑事政策学研究,这就是我们所谓的“大刑法”学科研究。这也是开拓我们的研究视野的重要渠道。犯罪现象在社会发展中的不断变化也对刑事法学的理论建构提出了新的挑战。从广义上看,尽管在刑事法学领域中存在诸多分支学科,但实际上这些分支学科无论在研究视角或研究方法上既各具特色,又殊途同归。这符合社会科学发展的规律,也是最终实现控制和预防犯罪之共同目的的需要。犯罪学在刑事法学体系中的基础性地位应当得到肯定。因为,如果没有犯罪学的研究成果,尤其是在实证研究基础上形成的成果,无论是刑法学理论的完善,还是刑事政策的制定与实施都会缺乏强有力的理论支撑。在中外刑事法学理论的发展史上,犯罪学研究成果所做出的贡献令人瞩目。我国的犯罪学研究相对于传统刑法学而言起步较晚,但恰恰可以表明其研究大有前景。当然,我们不能局限于刑事法领域,还应进一步扩展到刑事法领域之外的学科。其实刑法中很多问题解决不了或解决不好,是和刑事法之外的问题相关的。比如死刑问题,这是刑法学、刑事诉讼法学、刑事政策学、犯罪学、社会学等学科都关注的,但这一问题又是和一个国家的政治体制改革、公民的人权观念觉醒以及社会变革进程密切相关的。因此,从跨学科研究或相关学科的交叉研究中,可以发现很多新的课题。我们要通过不同的社会角度和认识路径拓展我们的研究视野。

第三,创新研究知识。通过观察近些年的刑法学研究,我感到现有研究很难找到新的重大突破口,很难跳出已有的体系框架和现有知识的窠臼。这在很大程度上和知识的老化、理论的一成不变有关。因此,我们需要寻找新的知识,这既是学习的过程,也是研究的过程。这些新知识一方面从实践中来,一方面从比较研究、相互借鉴的过程中来。我们的学术研究以前比较重视英美,这些年开始重视大陆法系国家。但大陆法系国家不止德国、日本,还有其他国家,比如北欧国家和南欧国家。他们各具特色,其实和西欧国家并不一样,之间的差别有时是很大的,不能以“大陆法系”这样笼统的语言简单概括了事。这些年来,刑法学受英美法的理论影响不大,但刑事诉讼法学受到他们的很大影响。虽然英美刑法理论的体系性不强,但仍有很多闪光的思想和具体制度值得我们借鉴,而我们对此了解得并不透彻。同样,我们也不要忽略对与我国更为相近的亚洲其他国家刑事法制与刑法学的研究和借鉴。另外,创新知识不能局限于刑法学知识创新,其他刑事法学科,乃至刑事法学科之外的学科,我们都要尽可能地借鉴其研究成果。信息化的结果,使得虚拟世界与现实世界如影相随,对互联网犯罪的认识和治理,也对刑事法学研究者的知识更新提出诸多挑战。从创新知识的角度言之,更新我们的知识结构是一个十分重要的基础。

第四，改进研究方法。实证研究方法是现代社会科学研究中非常重要的研究方法，但在我国刑法学研究中很少应用。我有一个亲身经历的事例。前段时间参加某项优秀博士论文评奖活动，我作为评委审阅了一些论文。很多论文的内容确实不错，但是在研究方法上几乎没有任何突破。但有一篇论文引起了我的注意，其研究的课题是量刑规范化。其实以此为题的著述近年很多，我欣赏这篇论文是因为它采用了实证研究方法，尽管还不能算是完美的实证研究。它通过对二十几个省市法院不同数据的收集和分析，得出自己的研究结论。这篇论文能做到这一点，得益于作者所在的课题组前期参加了最高人民法院有关量刑规范化改革的一些具体工作。除了实证研究方法上的瑕疵，这篇论文还存在某些观点、论断缺乏充分论证的不足。比如，论文中有许多对法院的批评。这些批评性意见，有些提的很对也做了充分论证，有些则论证不够。这同样反映出当今学界在研究方法上存在的一个问题：重观点，重论断，轻论证。这是致命的缺陷。如果论文的观点很不错，论断也很对，但论据不扎实、论证不充分、逻辑推演不细密、说服力不强，就会使文中的观点和论断大打折扣。虽然存在上述不足，但这样的创新性研究方法还是值得大力提倡和鼓励。我也看到许多论文的标题冠之以“某某实证研究”，但仔细阅读之，却发现并未采取真正意义上的实证研究方法，而只是一般的案例分析或样本很少的粗浅归纳而已。实证研究是一种技术性、规范性、科学性很强的研究方法，需要经过专门的学习和训练才能真正掌握和熟练运用，这也是我国这方面刑法学研究成果较少的原因。因此，刑法学者特别是年轻学者应努力掌握和运用这些新的研究方法。

第五，应该大力提倡学术争鸣，鼓励学派之间的学术批评与论争。这将有利于繁荣我国的刑法学研究，改善我国刑法学研究的软环境，更好地推进我国刑法学研究的革新与转型。

法律、法学与法治

白建军（北京大学法学院教授）

有法律，有法学，就一定有法治吗？最早提出这个问题的是江平和吴敬琏两位学术大家。在犯罪与刑法领域，这个问题可以表述为：有刑法，有刑事法学，就一定有刑事法治吗？我认为不一定。就金融犯罪来说，在各国刑法中，可以说中国的金融刑法是最完备的之一。其罪名之多，罪状之细，处刑之严厉，他国难以比拟。然而，我们的金融秩序实际上如何则有目共睹。再如，2012年3月1日的《南方都市报》报道，11年前，村民杜某的女儿被杀害，嫌疑人是村民李某。该案三次审判，三次撤销，杜某为此屡屡上访。据杜某说，法官为了息访维稳曾答应把案件提高审级，但不能再上访。于是，杜某手写了一份“保证书”，保证“不再上访”，条件是法院要判凶手无期徒刑，最好判处死刑。这样的见闻不免让人有一种沉重感：我们有了越来越庞杂的刑事法律，有了越来越博大精深的刑法教义学、犯罪学理论，却不一定有真正的刑事法治。我们常被不断膨胀的法律条文和日新月异的法学词语压得喘不过气来，却发现法治离我们越来越远。对此，我的一个基本观点是，法律、法学与法治相分离的原因之一是缺乏对法律实践理

性的实证研究。如果放弃对本土立法、司法实践的经验归纳和特有问题的分析,仍然可以有像样的法律、法学,但不一定有像样的法治。

对包括刑事法学在内的人文社科知识,可以同时从两个角度进行观察。一方面,唯理主义和经验主义可以概括大部分人文社科知识的哲学传统。这一划分不仅可以帮我们理解同一学科内不同理论倾向的差异,甚至可以解释某些学科之间的分立。在知识的来源问题上,唯理主义认为知识是一种“德性之知”,是从先天的“自明之理”出发,经过逻辑推理而获得的。经验主义则认为知识是一种“见闻之知”,来源于经验而非天赋。在感性能力与理性能力的关系问题上,唯理主义者强调理性的作用,认为人不需感觉经验而仅靠理性就能直观或推演出普遍、确实而可靠的知识。与此不同,多数经验主义者更相信感性能力,不相信经验不到的现象背后还有什么本质或本源存在着。另一方面,人文社科知识还可以分为外来知识和本土知识两大传承路径。这两个角度相交织,便有四个可能的组合:外来的唯理主义传统、外来的经验主义传统、本土的唯理主义传统、本土的经验主义传统。

回顾30年来中国的刑事法学,由于先后受苏俄刑法和德日刑法的影响,在许多基本方面都可见外来唯理主义传统的特征。不能否认,新政权建立以后的30年里既无刑法又无刑事诉讼法。总结文革教训,人们充分意识到依法治国的迫切性。在这个背景下,引进外来刑法及其学说体系,是唯一正确的选择。然而,这毕竟意味着,我国刑事法不属于本土经验主义刑事法。由于这一特定历史原因,不论从哪儿引进,我国刑事法学本能地更加关注外部先进刑法制度和最新的刑法学理论,相对来说,自然容易忽视本土经验的总结、归纳。不过,拿来的制度或学说在其原产地是对当地当时特有政治、经济、文化等本土问题的回应,原本不存在法律与法治的分离问题。然而,当这些制度、学说引进到我国时,不可能连同当时当地特有的历史文化环境一揽子打包过来。从这个意义上说,引进法律、法学容易,但整体引进法治基本没有可能。这就是为什么我们现在有法律,有法学,但感觉还是缺乏法治的一个初步解释,也正是为什么我们今天的刑事法治建设特别需要强调关注本土实践理性及其实证研究的一个原因。而且,和刚刚改革开放时相比,今天我们已有30年大规模刑事立法、司法的实践经验,还说本土实践没有任何经验或理性可言,很难让人信服。可见,在犯罪与刑法领域,现在提出实践理性问题既有必要,又有可能。当今中国既非法治沙漠,又非法治天堂,因而是研究法律实践理性的最佳时机。如果错过这个时机,我们拿什么去面对后来者的责问?

第一,对实践理性的法律实证研究根植于本土立法、司法实践,是从现实问题出发、由实际效果校准的知识生产过程。例如,在定罪问题上,人们对无罪率到底该多高的问题各执己见。有人认为法院判无罪过多,不利于打击犯罪;有人则认为追求所谓零无罪率不仅不符合诉讼规律,还会造成控方私下撤案,放弃对某些案件提起公诉,反而不利于打击犯罪,而且不利于保护人权。在量刑上,人们对司法上同案不同判,立法上同罪不同罚的问题十分不满。那么,到底该怎么看无罪率问题?为什么会存在量刑不均衡、配刑不均衡的问题?这些都不能简单归结为纯刑法学或刑事诉讼法学问题,纯粹的规范法学不可能也似乎没兴趣回答这样的问题。但我们可以说,这都是刑事法治问题。因为在这些问题背后,都隐约可见某种权力导向和主观意志的影响。为了描述、解释并控制

这种影响对法治的侵蚀，我们曾以几十万刑事判决为样本，对其中的无罪判决与有罪判决进行比较研究。我们还以来自 21 个省市 77 家法院的十几万刑事判决为样本，对量刑失衡的实际规模、范围、程度和原因进行实证研究，并对法院系统推行量刑规范化改革前后的实际变化进行了检测。这些法律实证研究并不是直接传播应然法学理念，但人们从中可以看到我们的现实生活与应然的法治理念之间到底相距多远。

再如，即使刑法中已有不少证券刑法的规定，由于内幕交易、操纵市场案件的处理往往涉及金额巨大，人们还是不得不面临两难困境：如果不严厉打击证券犯罪，显然不利于资本市场的保护，但如果严格依法打击，又担心失去市场人气。在当下中国，这个领域中的法律问题、经济问题乃至政治问题搅在一起，谁都不可能不考虑刑罚适用的制度成本和实际效果问题。对此，我们曾对我国证券违法案件进行一次实证研究，结果发现，监管部门和司法机关对那种滥用多种资源优势、被害结果离散以及涉嫌刑事犯罪的证券违法案件，给予的惩戒最为严厉。反之，则处罚轻缓。此外，在一项中国犯罪率的研究中我们发现，通常犯罪率波动理应导致刑罚资源投入的消长。但 20 年来中国犯罪率虽然高速增长，重刑率却有所下降，二者之间呈负相关关系。原因之一是，法官群体对犯罪原因和客观规律的感知和自觉。为避免罪与罚之间的恶性循环，追求惩戒资源的最优化，才表现为普通犯罪率与重刑率之间的“剪刀差”。根据法律适用可能导致的社会效果反过来校准自己的司法活动，意味着法官群体对机械法条主义持保留态度，如实反映了法官群体行之有效的普遍实践。通过这些法律实证研究人们不难看到，法条不等于法治，法学概念也不等于法治。只有认真回应本土实际问题，尽可能挤压恣意擅权的空间，应然理性的法条和法学才能变身为实然理性的法治。

第二，法律实践理性是藏在大量立法、司法活动背后的相对真理和客观规律，只有通过定性与定量相结合的法律实证研究才能发现这些真理和规律。的确，作为某种主观意志的表达，法律是人写的。但人写在法律中的主观意志又是从哪里来的？写法律的人为什么会表达自己的意志？观察世界各国刑法就会发现，各国刑法在价值结构和导向上明显不同。有的国家刑法更偏重公权保护，有的则较侧重于私权保护。对此，似乎很难找到一个放之四海而皆准的万能解释。这时，如果运用实证分析的方法，将法律条文还原为事实来观察就会看到，刑法的价值取向是有规律可循的。我们曾对 50 国刑法典 13121 个独立罪刑关系进行实证研究，发现各国刑法的严厉性程度以及价值取向与人口因素、民族异质性程度、人均资源占有量、城市化进程以及国民素质等多种非法律因素有关。其中，人口因素不仅与死刑的有无、死刑数的多少相关，还影响刑法的价值取向。死刑国家的平均人口往往几倍于非死刑国家，甚至，人口数量与死罪的数量之间也呈现出统计上的正相关关系。此外，通过统计观察还发现，死刑的有无及多少，还与一个国家的人口密度、城市化程度、老龄化程度有关。进一步看，民族异质性程度也明显影响着刑法的绝对严厉性程度和价值取向。有数据显示，死刑国家的民族数量远远多于非死刑国家。就是说，死刑国家的民族异质性程度很可能大于非死刑国家。而且，刑法中突出公权保护的国家，其民族数量的平均数显著小于刑法突出私权保护的国家。这意味着，刑法的严厉性程度和价值结构还与民族异质性程度有关。再换个角度看，刑法的绝对严厉性水平在一定程度上还受经济因素尤其是人均资源占有量的影响。人均物质资源占有量

较高的国家，刑法中有死刑的概率就相对较小。人们实际上享受的物质资源越是稀缺，国家就越可能加大刑罚资源的供给。简单地说，一国的法律脱离不开当时当地法律以外社会因素的影响。真理是相对的，法治也是相对的。

从方法论上看，如果不是选用实证分析方法，我们就不可能发现这些法条背后的规律性。对实证研究来说，尽管不能简单地说样本越大越好，但大样本研究的说服力往往具有意想不到的震撼效果。一般而言，只要抽样过程符合随机性要求，样本越大，抽样误差就越小，由此所得结论偏离现实世界的可能性就越小。理论上说，当样本等于总体时，误差为零。如果只有3个样本，也能用上多元线性回归等高级统计工具，统计软件也会报告分析结果。但是，对这种结果连自己都不信，谁又好意思拿出来唬人呢？可见，问题的关键不在于定量不定量，而在于是否在乎经验真实。进一步看，样本越大，所含信息、类型就越丰富，所研究的对象就能以更多的方式展现自己。通常，人们对定量分析有一个误解，认为量化过程对现象进行压缩处理，脱水后的研究对象失去了生气，面无血色。其实，这正是小样本量化分析可能有的效果。随着样本的增大，人们可以灵活运用各种观察手段，看到事物更多的侧面。大样本用得好，可以让研究对象表情丰富，百般风情。而靠非典型的极端个案说事，展现的往往只是讲故事的人自己。

更重要的是，关注大规模、大概率、大样本的法律实践，与法治有何关系？法治的反面是专制，是人治。贝卡里亚早就说过，法治社会是人怕法的社会而不应该是人怕人的社会。而专制和人治的基本特征是，用少数人的意志去统一多数人的意志，少数人占有绝大多数权力、财富及符号等优势资源。多数人可以有绝对改善，但往往被相对剥夺。从这个意义上说，如果可以忽略大量法治事件背后的规律性，如果可以放弃对大多数人生存状态和保障条件的关注，如果不在于多次重复、反复出现的案件处理结果对千百万当事人来说到底意味着什么，如果研究视野中的盲区不是上级领导在想什么而是最大多数的法律人在干什么，那么，也许还是需要精致的法条解释或精美的法学体系去装饰甚至强化某种社会控制，但法治对这种控制来说则可能是多余的。反过来看，说出大量事件背后的规律性，说出大多数人的实际法律环境，说出案件处理对千万当事人的真实意义，说出大量法律人每天实际上在干什么，其实是对专制弊端的最有力的制衡甚至揭露。例如，并非所有人都能欣然接受上述刑法严厉性与社会因素之间关系这类研究所描述的某些事实。说刑罚资源的供给与国家提供给人们的实际物质资源稀缺程度之间呈负相关关系，岂不等于捅破了一层窗户纸。一旦对号入座，势必惹得某些立法者心中不快。可见，说出事实才是最好的批判。因此，每当看到那些自认为是法治精神传播者的人，也习惯于借助一两个极端事例阐发理想中的法治，心里总有一丝难以言说的遗憾。

第三，实践理性是立法、司法活动的经验归纳，是法律职业群体集体智慧的结晶，与法律实证研究范式“体”“用”合一。在中国刑法文化中，有几个颠扑不破、永远正确的“铁环体”句型——“既要控制犯罪，又要保护人权”、“绝不放过一个坏人，也绝不错怪一个好人”、“当宽则宽，当严则严”，等等。其中，“既要打击犯罪，又要预防犯罪”即常说的“打防结合”，也是怎么说都没错的一条真理。好像谁要是说出这其中谁主谁次来，就再也无法把“打”和“防”的“铁环”关系说圆了。然而，有实证研究发现，法官群体正在默默地打破这个铁环。我们曾以故意杀人罪、抢劫罪、交通肇事罪的10406

个裁判为样本，试图检验一个假设：影响量刑的，很可能主要不是量刑情节而是定罪情节。如果这个假设被证实，则意味着刑罚的轻重早在定罪时就已经基本确定了。量刑只不过是在已经大体确定了刑罚轻重的基础上进行适当的微调。换句话说，如果事先已经基本确定某个案件将受到多重的处罚，那么，重要的不是寻找量刑情节，而是选择适当的定罪罪名。我们的一项 Logistic 回归分析结果证实，与其说定罪情节对量刑的影响大于量刑情节，不如直接说，实害情节对量刑的影响大于人身危险性情节，是量刑活动的决定性情节。在此基础上，法官们也会适当考虑犯罪者人身危险性情节对刑罚的调节性影响，以体现刑罚的预防功能。从统计数据显示的结果看，这是法官群体的一种不约而同的“集体决定”。它不仅独立于法律条文之外，也以自己特有的方式独立于学者关于报应为主还是预防为主的理论纷争。如果不是透过大样本的实证研究，人们也许意识不到这种独立力量的客观存在。应该说，这种独立并非权力制约意义上的司法独立，而是司法者集体主体性的一种积极彰显，是司法能动性的一种具体表现。作为一种被证实的客观存在，这种可贵的独立性表明，司法实践不是在法律与事实之间进行机械的搬运，而是将法官职业群体对公平正义的理解注入社会生活、影响社会生活的普遍实践。这个意义上的司法独立精神，也是我们说的实践理性的内涵之一。再如，我国几十年来的刑法教科书中，都未能对量刑的“从重”或“从轻”的起点给出明确说明。一种似是而非的理解是从法定刑幅度的中线开始，向上为从重，向下为从轻。然而，我们曾以7万刑事案件为样本，否定了“中线说”，发现司法实践中的平均量刑水平普遍低于法定刑中线。不说别的，只将这7万刑事判决从现有量刑水平提高到法定刑中线的水平，初步估算，平均每个案件就要多判十几到几十个月不等的有期徒刑。如此下来，增加的就不仅仅是司法成本了，还可能有“维稳”成本。这样的结论显然是法官群体大规模实践活动中归纳提炼出来的“平均理性”，用这种结果去指导进一步的司法实践，才是对集体智慧的尊重，也是对司法独立的尊重。

然而一直以来，我们一方面疏于对这个意义上司法独立的关注，基本上没有意识到这种特殊的司法独立的客观存在。另一方面，又抱怨没有司法独立。当然，政治精英或学术精英理应自上而下地推行法治。可是，我们还是有必要追问，为什么放着现有司法职业群体的集体智慧和实践理性不去挖掘总结呢？为什么没有意识到这也是一种意义上的司法独立呢？不应该认为只要是“下面的”大多数就一定是需要教化的一群吧？其实从某种意义上说，法治恰恰是多数人之治，是多数人的理性之治，是多数人从其职业实践中提炼出来的合理性之治。多数人之治在某时某地也许不是最好的，但它毕竟是通向更好的必经之路。而少数人恣意之治不是法治，而是专制。因此，运用实证研究的方法，发现并证实已有的法律实践理性并逐步将其制度化、法律化，进而实实在在地推进中国法治进程，是现今法学者的历史使命。

总之，法律、法学，加上实践理性的实证研究，才约等于法治。至少，才可能通向法治。在广义刑事法学中，其实最擅长实证研究的，应该就是犯罪学了。没有实证研究，几乎都算不上是犯罪学。但现在有些犯罪学者还在忙于主张自己的学科地位，急于和刑法学撇开干系，证明自己是一门独立学科。相反，倒是刑法、刑事诉讼法、刑事司法等领域的实证研究越来越活跃，由应然理性到实然理性的范式多元化转型已见雏形。对此，

不知犯罪学研究者感觉是喜还是忧。好在，当提到有法律有法学没法治问题时，人们不会太多地怪罪犯罪学。

犯罪论体系与刑法学科建构

梁根林(北京大学法学院教授)

中国刑法学正在经历体系化、精细化、教义化与学派化的知识转型，这是我国刑法学真正走向规范科学的新起点。统计数据显示，近年来我国刑法学研究的成果数量呈现出新的井喷式增长。人们不再哀叹刑法学研究已经走到尽头，而是努力寻找新的增长点，力求实现刑法学新的知识增量，或者干脆回到刑法学研究的原点重新出发。大体上，传统刑法理论体系的维持论者基本上选择了寻找新的增长点、追求知识增量，而刑法理论体系的建构论者则主张回到刑法学的原点重新出发。

犯罪论体系的完善或重构无疑是中国刑法学研究重新出发的原点，也是刑法学科建构的核心。当下中国犯罪论体系研究进入了“春秋战国”时代，四要件犯罪构成理论一统格局已然打破，阶层犯罪论体系悄然登堂入室，两大犯罪论体系的论战此起彼伏，盛况空前。我们纠结于继承苏俄、维持改善四要件犯罪构成理论，还是师从德日、引进以构成要件该当性、违法性与有责性为核心要素的三阶层犯罪论体系。此外，还存在着效法英美、建构以犯罪本体要件与排除合法辩护为核心的双层次犯罪构成模式的参考选项。当然，也可以考虑立足本土，独立自主地建构独具中国特色的全新犯罪论体系。其实，犯罪论体系只是指导司法者适用刑法，决定是否定罪以及如何定罪的理论思维模型，同一部刑法完全可以在不同的犯罪论体系指引下得到合理而有效的适用。作为阶层犯罪论体系的追随者，我坚信，中国刑法学者完全可以就犯罪论体系的完善或建构，进行平等而充分的学术批评与争鸣，并应当有“兄弟上山，各自努力”的志气与兼容并蓄、海纳百川的胸怀，努力打造各具特色、精彩纷呈的犯罪论体系，使之成为法律职业教育与司法实务界可以自由选择的优质学术产品。

就现状而言，四要件犯罪构成理论在理论与实务中无疑仍然占据统治地位，阶层犯罪论虽然已经登堂入室，但立足未稳，尤其是司法实务似乎并不买账。究其原因，除去时间、体制、环境、沟通等外部客观因素，笔者认为，需要认真检讨、深刻反思阶层犯罪论体系引进与建构的内部问题。

1. 阶层犯罪论体系参考模型的失焦。20世纪90年代以来，中国刑法学对阶层犯罪论体系的引进与借鉴主要是效法近邻日本。近年来，则越来越多地将目光转向现代刑法学的故乡德国。日本与德国的犯罪论体系尽管同属阶层犯罪论体系，但是，两者无论在理论构造还是基本立场方面，均存在重大差异。即使在日本或德国阶层犯罪论体系内部，同样存在重大差异。日本的犯罪论体系内部至少有行为无价值论的理论体系与结果无价值论的理论体系之分野。德国刑法学在不法论上虽然超越了行为无价值与结果无价值之争，二元的不法论取得统治地位，但是在二元不法论内部仍然存在着以行为无价值为基准的二元不法论（以雅各布斯为代表）与以结果无价值为基准的二元不法论（以罗克辛

为代表),由此形成不同的犯罪论体系。在构成要件与违法性的关系问题上,有的出于对构成要件的罪刑法定机能的重视,而强调构成要件该当性与违法性的阶层区分;有的基于构成要件作为违法性认识或存在根据的立场,而将构成要件与违法性予以整合,用不法的上位概念统摄构成要件该当性与违法性,因而在犯罪论体系构造上形成不法与责任二阶层说、构成要件该当、违法与有责的三阶层说等不同学说。如果再考虑到行为作为犯罪基底的独立地位以及客观处罚条件的特殊意义,还有行为、不法与责任的三阶层说,行为、构成要件该当、违法与责任的四阶层说,不法、有责与客观处罚条件的二加一阶层说,构成要件该当、违法、有责与客观处罚条件的三加一阶层说,行为、不法、有责与客观处罚条件的三加一阶层说,行为、构成要件该当、违法、有责与客观处罚条件的四加一阶层说。每种不同的体系性建构中,认定犯罪必须考虑的构成要件要素、违法要素、责任要素以及客观处罚条件等,又具有不同的体系定位与功能,彼此之间的逻辑关系错综复杂,令人目不暇接、眼花缭乱,甚至无所适从。中国阶层犯罪论体系的追随者虽然就引进阶层犯罪论体系以替代四要件犯罪构成理论达成了一致,但面对如此纷繁复杂的阶层犯罪论体系方案,到底以哪一种方案为引进、借鉴的模型,显然尚未达成基本共识。这不仅妨害了阶层犯罪论体系在中国刑法学的引进,而且也在相当程度上造成了阶层犯罪论体系内部交流与沟通的障碍。

2. 学者的学习、教育与知识背景制约下的选择性借鉴。阶层犯罪论体系虽然发端于德国,但中国刑法学对阶层犯罪论体系的引进则源自日本。由于近邻的关系,中国学者较早地接触了日本刑法学的阶层犯罪论体系,我们对阶层犯罪论体系的理解与建构因而较多地受到了日本理论的影响。近年来,这一状况有所改变,随着中德刑法学交流的展开,越来越多的德国刑法教科书、专著、论文被翻译成中文,年轻的中国刑法学者源源不断地奔赴现代刑法学的故乡,学习博大精深的德国刑法学,将德国刑法理论引介到中国。德国、日本不同立场、不同风格的阶层犯罪论体系,为中国阶层犯罪论体系的建构提供了丰富的可资汲取的理论资源。但是,在建构阶层犯罪论体系的过程中,中国学者显然没有对德日浩如烟海、纷繁复杂的刑法理论进行充分的鉴别、批判、过滤、消化,存在着拿来主义或者照抄照搬的倾向,并且拘泥于学者各自的学习、教育与知识背景,存在着严重的选择性借鉴现象。我们看到,留日的学者往往倾向于引介或借鉴日本的犯罪论体系,留德的则倾向于引介或借鉴德国的犯罪论体系,师从于日本或德国某个刑法学者的则倾向于引介或借鉴该日本或德国刑法学者的学说。就弟子对先生的学说传承的角度而言,留学日本、德国的中国学者对日本、德国刑法理论的选择性借鉴本属自然,但客观上制约了相对统一的中国阶层犯罪论体系的建构。

3. 学者个人的价值选择与治学理念制约下的个性化建构。学者个人的价值选择与治学理念不同,虽然是自由而个性化的学术研究得以展开,不同的研究风格、学术立场乃至至于刑法学派得以形成的必要前提,但在客观上也会影响相对统一、形成合力的阶层犯罪论体系的建构。陈兴良教授与张明楷教授虽然同为积极推动中国阶层犯罪论体系建构的两大主将,却具有完全不同的价值选择与治学理念。陈兴良教授基于形式法治与形式理性的法治理念,更为青睐形式解释论与形式的、事实的、客观的古典三阶层犯罪论。而其“矫枉必须过正”、追求“片面的深刻”的治学态度,则决定了其犯罪论体系建构方

案对逻辑自洽性的追求胜于功能自足性的考量,因而陈兴良教授虽曾一度立足于中国刑法的规定,建构了由“罪体——罪责——罪量”组成的犯罪论体系,但是很快就全面倒向了更具体系性与逻辑性的构成要件该当、违法与有责的三阶层体系。张明楷教授基于实质法治与实质理性的法治理念,更为青睐能够实现实质正义的刑法解释论与犯罪论体系。张明楷教授的为人为学风格,则驱使他回避了一步到位建构阶层犯罪论体系的方案,而是采取步步为营、逐步蚕食的阶层犯罪论体系建构策略,因而张明楷教授的犯罪论体系建构路径,在他著名的教科书《刑法学》第2至4版中,渐次呈现为从“犯罪客观要件、犯罪主体要件、犯罪主观要件与排除犯罪的事由”,过渡为“客观(违法)构成要件与主观(责任)构成要件”,最终确定为“违法构成要件与责任”的二阶层犯罪论体系。而其之所以采纳违法与责任的二阶层体系而非构成要件该当、违法与有责的三阶层体系,又显然与他坚持实质解释论、构成要件该当是违法性的存在根据、不存在该当构成要件而又没有违法性的情况,有着直接的关系。

4. 对德国、日本刑法理论缺乏全面透彻的把握。阶层犯罪论体系强调定罪要素的科学组合、结构功能、体系性秩序,这是其优势所在。在一百多年的学术推进过程中,德国阶层犯罪论体系自古典的犯罪论体系、新古典的犯罪论体系、新古典暨目的论的犯罪论体系,到当下机能主义的犯罪论体系,经历了历史性、结构性、体系性、功能性和方法论的巨大变迁,不仅实现了刑法思维的体系化、逻辑化与规范化,而且实现了刑法知识的精细化、精致化与精确化,德国刑法学作为“最精确的法律科学”获得了世界性的声誉。平心而论,中国刑法学虽然相对较早并比较系统地引介了日本的三阶层犯罪论体系,但对更为复杂、精深、晦涩,更具哲学思辨性、文化差异性和历史脉动性的德国刑法理论的学习,其实才刚刚起步,对德国犯罪论体系内部诸要素及其相互关系、内部结构及其走向以及犯罪论体系建构的历史、文化、哲学与现实制约性的理解尚显肤浅,甚至在相当程度上还处在瞎子摸象的阶段,存在着许多主观想象、任意猜测、妄加判断甚至刻意误读的现象。没有对德国、日本的以阶层犯罪论体系为核心的全部刑法理论及其历史演进进程的全面透彻的把握,就难言中国阶层犯罪论体系的科学建构。

5. 阶层犯罪论体系的本土化关照不够。阶层犯罪论体系作为反映刑事追诉规律、指导定罪思维过程、避免司法偶然与专断、满足法益保护与人权保障双重机能、实现法治原则要求的刑法方法论,既非特定国情或特定刑法的产物,也非只能宿命地适用于特定国情或特定刑法,而是具有不拘泥于具体国别与特定刑法的普适性。但是,阶层犯罪论的具体构造、立场,则不免带有文化差异性、历史脉动性与语境制约性,阶层犯罪论体系下展开具体刑法问题的结论未必具有普适性,不宜简单照抄照搬。因此,在建构中国阶层犯罪论体系的过程中,在保持阶层犯罪论概念、体系与功能的一致性与逻辑性的前提下,如果不能结合中国刑法的具体规定以及中国当下特定语境下解决问题妥当性的需要,进行必要的本土化适应、中国化改造,就可能出现消化不良、水土不服甚至上吐下泻的后果。

在我看来,阶层犯罪论体系的本土化与中国化,首先不能不考虑引介的域外犯罪论体系与中国当下语境的适应性。在21世纪的转型中国这样一个特殊语境中,如果仍然拘泥于100年前的德国刑法学古典主义立场建构阶层犯罪论体系,无视100年来德国、日本

刑法理论对定罪要素及其相互关系理解的不断深化与超越，无视当代中国传统挑战与新型风险并存的双重威胁，所建构的阶层犯罪论体系逻辑上再自洽、体系上再完美、表述上再精致，充其量也只能是一个自我把玩、自我欣赏的益智游戏，无助于中国法治的提升与当下正义的实现。其次，阶层犯罪论体系的本土化与中国化，既要重视从认识论与方法论的一般规律以及法治原则的一般要求中寻找其正当性支持，更要善于从中国刑法的规定中寻找其合法性根据。如同德日三阶层犯罪论体系往往立足于罪刑法定主义、法益保护主义以及责任主义三大刑法基本原则论证其正当性，建构中国的三阶层犯罪论体系同样必须立足于中国刑法现有的规定寻找其合法性资源。其实，中国现行刑法第1条关于刑法目的、第2条关于刑法任务、第3条关于罪刑法定、第5条关于罪责刑相适应的规定，已经蕴含了定罪必须满足构成要件该当性、违法性与责任的阶层体系要求。只是我等阶层犯罪论体系的追随者对中国现行刑法与阶层犯罪论体系的相容性，特别是阶层犯罪论体系作为我国刑法的内生性要求，显然还未给予充分的论证，存在着脱离中国现行刑法抽象地建构阶层犯罪论体系的倾向，这在相当程度上也削弱了中国阶层犯罪论体系建构的合法性。最后，阶层犯罪论体系既是刑法方法论，又是关于本国刑法的知识体系。因此，它既是世界的，也是民族的。阶层犯罪论体系的具体建构，不能脱离本国刑法，更不能本末倒置，因为本国刑法规定不合舶来的阶层犯罪论逻辑就否定本国刑法的规定。例如，中国刑法总则规定了作为犯罪定义必要组成部分的“但书”，刑法分则构成要件中存在许多诸如“数额较大”、“严重后果”、“情节恶劣”等决定犯罪成立的罪量要素，这是中国刑法区别于德国、日本刑法的特色。中国学者建构中国的阶层犯罪论体系时，必须正视这一中国特色，正确认识其出入罪功能，适当安排其体系性位置，而不能借口“但书”与罪量不适合阶层犯罪论体系就轻言废止，或者简单地将其归入与不法和责任无关的客观处罚条件。因此，正确认识罪量要素的功能，适当安排其体系位置，是阶层犯罪论体系本土化、中国化必须回答和解决的重大问题。

犯罪论的体系更迭与学派之争

邓子滨（中国社科院法学所研究员）

《四库全书总目》政书类法令目按语说：“刑为盛世所不能废，而亦盛世所不尚。”刑（法）如此，刑法学如何？刑法学家又如何？如果说“国家不幸诗家幸”，那么刑法学家则相反，国家不幸，刑法学家亦必不幸；而盛世虽不尚刑，但刑法学家却有幸扶翼社稷，期许太平。不仅如此，从柏拉图《斐多篇》所说“只有通过刑法问题，才能进入哲学”，我们应该有信心将刑法学视为一种高尚的事业。这个事业势必蓬勃发展，但也需要节制与明确方向。蒿目时艰，我国当代刑法学的历史延长线，至多溯及六十多年前的共和国建立，此前的学术努力因“六法全书”的全面废除而中断。建国初至改革开放前，30年间刑法草案累次夭折，刑法学自也命途多舛。改革开放至今，国力趋强，法学勃兴，而且面临转型。

法律体系宣布初成后，各法学学科都在思考下一步的走向问题，并且基本一致认为重

点应当从法的供给转向法的实施。也就是，以功能设计与规范建构为路径的借鉴性立法论研究范式，有必要转向以中国场景为立足点、发现和讨论中国问题的综合研究（参见陈甦：《体系前研究到体系后研究的范式转型》，《法学研究》2011年第5期）。具体而言，应当关注百姓的真正利益，把研究兴趣转移到“活的法律”上来，从案头转向实证，从立法论转向解释论，从逻辑批评转向效果评判，从单兵作战转向讨论争鸣，直至不留情面的学术批评（参见张广兴：《中国法学研究之转型：以民法学研究为例》，《法学研究》2011年第6期）。人们意识到，西方现成的知识体系不见得能为中国复杂、独特的问题提供配套的科学、理性的答案。因此，制度运行的条件比制度本身更重要，不能简单地批判现实，而要认真客观地分析制度实践得以形成的“中国土壤”，使得法治按照中国的内在逻辑展开。

刑法学的研究也面临转型，在必要性与可能性方面，许多是与其他学科具有共性的，但也有值得特别关注的属于刑法学的特殊问题。法律体系的建成，对许多学科来说，往往意味着多年的西方法学理论借鉴的阶段性的终结，此后最为必要的是找到本土问题，“师夷长技”以解之，并借以培育新的知识增长点。而刑法学恰恰不是这样。作为法律体系重要支柱的刑法典诞生30年了，可是刑法学的西方理论借鉴不仅没有完成，而且正处在理论更迭的紧张碰撞与交锋之中。如果说法律体系也涵摄与之对应的理论体系，那么也可以说，刑法的法律体系并没有建成，新旧理论之间抵排攘斥，继续引进还任重道远。这主要表现在，源自苏俄的社会危害性理论及其统合下的四要件犯罪构成理论虽显滞胀，但体系完整深厚的德日刑法学却屡遭阻滞，隆盛公行尚待时日。

有学者倡导“没有国别的刑法学”（参见樊文：《没有国别的刑法学》，《法学研究》2010年第1期）。其实，在贝卡里亚提出罪刑法定思想以前，历史上各国的刑罚适用基本上都是无国别的，只是在李斯特—贝林体系形成之后，各国刑法及其学问才有了国别。不同的刑法知识体系体现了不同的哲学基础和立国思想，蕴含了各自固有的国家权力与国民权利的界分理念。各国刑法学不再只是一种识别和认定犯罪的工具，而是形成了以能否坚守罪刑法定原则为区分标志的不同价值体系。因此，究竟哪种知识体系更有利于我国刑法问题的解决，才是真正需要关注的。当今世界，中国已是重要参与者，甚至是主要当事人，应当有度量、有魄力接受一套趋同的刑事法治话语，用国人和世人都听得懂、看得见的方式，来解决关乎人的基本生存状态的定罪量刑问题。为此，应当权衡苏俄刑法学与德日刑法学究竟哪个更接近普适的观念和通行的规则，审大势而顺应之。

选择何种犯罪论知识体系，应考量当前刑事法治的短板在哪里，缺什么就补什么。如果承认罪刑法定原则并无深厚根基，现实贯彻也不令人满意，且屡有深文周纳、悖法入罪之举，那么，就应选择有利于限制国家刑罚权、有能力保障国民自由权的刑法及其理论。就此而言，德日刑法学显然优于苏俄刑法学。德日刑法学易于从罪刑法定原则推导出国家的刑罚边界，并且清晰界定基本概念，便于检验规范是否违背基本法理，又不妨碍运用形式有效、实质正确的方法解决浸染本土风情的那些问题，还能避免大批著述因修法而沦为故纸。当然，德日刑法学也存在学派之争与观点聚讼，所以应当借鉴最具共识性的东西。就犯罪论体系而言，应当抓住阶层性这个关键，通过事实判断先于价值判断、客观判断先于主观判断、形式判断先于实质判断、定型判断先于个别判断等规则，

“提供一个精确判断犯罪成立与否以及处罚与否的步骤，借以确保刑罚制裁制度的合理和有效”（许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社 2005 年版，第 59 页），对罪刑法定原则予以法则性确认。

从基本概念要素看，我国刑法理论大厦除了穹顶还是四要件外，主要构件都已经是德日的。但基于历史惯性与学术情感，知识转型相当困难。苏俄刑法学的维护者普遍认为，否定一个已被广泛接受的理论，肯定造成极大的混乱。四要件通说符合国情，若遽然弃用，无异于重蹈废除“旧法”、荼毒人才的覆辙。而且，言必称德日，可能遮蔽中国经验、忽视中国问题，掩盖中国学者应有的贡献。再者，德日犯罪论体系太复杂，不应引进和借鉴。这并非危言耸听。从《法学研究》近年发表的刑法学论文看，德日刑法理论探讨已相当深入，从“期待可能性理论的梳理”到“客观归责的体系性地位”，内容多样，具体而微，闳中肆外。再如盗窃罪的间接正犯与三角诈骗的界限问题，所提供的国外观点争讼计有阵营归属论、客观权限论、主观权限论、审核义务论和主观善意论等等，这些无疑都是德日刑法学的笔触。而支持四要件理论的学者没兴趣，也认为没必要探讨这些问题，因为现有体系已经可以解决 95% 以上的案件。

可是，刑法关乎每个人的生命、身体、自由、财产与名誉，应当特别精细，不能有“差不多就行”的观念。任何一个学者，都不能因为自己的观点能够解决大多数案件而感到自豪；只要意识到自己的观点还不能妥当处理部分案件，就需要完善乃至放弃自己的观点（参见张明楷：《学科内的争论与学科间的协力》，《法学研究》2011 年第 6 期）。因此，三阶层与四要件的取舍，应当取决于对司法现实的判断：究竟是定罪技术过于精细而导向教条主义，还是定罪规范及其解释过于粗糙而沦为实用主义？过去几十年已经熟练采用了四要件理论，这一理由并不具有充分的说服力。现实国情和国际环境已不同于几十年前，采用四要件并感觉它得心应手，可能正是因为我们曾有过与苏俄相近的制度背景。现在，这种历史合理性已不复存在，应当去除苏俄刑法学的遮蔽，不再耽于所谓中国话语的幻相“自我”，不再视德日刑法学为“他者”，不再纠结于“本土资源”与“嫁接移植”的厚此薄彼，应当择其善者而从之。关键在于，德日犯罪论体系的阶层逻辑，属于过滤式的认定犯罪过程，比较易于识别“非犯罪”，从而有利于限制刑罚权并有效规范整个刑事司法流程。

德日刑法学根深源阔，体系精微，充满魅力。近十年来，国内汇聚了一批年轻追随者，其影响不容小觑。可以说，德日理论已经广泛占据了各法学院的刑法课堂。当然，德日刑法学阵营内部也并非铁板一块，晚近兴起的一些理论争议，渐趋支持“走向学派之争”的预言。比如，由来已久的行为刑法与行为人刑法之争，现在仍有适宜的萌发气候。古典旧派坚持认为限制国家刑罚权是第一要务，新派则积极主张国家应充分打击犯罪、保护社会，而关于“权力 vs. 权利”的不同格局判断，在当今中国犹有合乎背景的争论舞台。一方面，刑事法治初生，罪刑法定思想亟待流播；另一方面，犯罪浪潮汹涌，刑不压罪，监狱围墙里人满为患，围墙外却不见犯罪减少。

稍事比较可知，我们今天的定罪率、监禁率真的高了一些。汉文帝时，禁网疏阔，罪疑者予民，是以刑罚大省，至于断狱四百（《资治通鉴》卷十五，汉纪七，文帝前十三年）。汉初约有 1500 万人，1 年审结 400 起刑案，而 2011 年全国一审审结刑案 84 万件，

若按13亿人口计,人均定罪率大致是汉文帝时代的24倍。这还不包括被劳教的人员。当然,古人不会想象布雷维克式的袭击,以及不久前发生在美国康州纽敦镇的枪击案。这些带有恐怖屠杀味道的犯罪,借助天生犯罪人、行为人刑法和社会安全等概念,不断强化着国家扩张刑罚权的正当性。行为刑法和行为人刑法各自的思考模式,似可类比为西医和中医的不同理念。西医治病,无论何人,同病同药;中医治病,因男女老幼体质不同,同病而不同药。所以,同罪同罚类似西医,而甄别人身危险性的同罪异罚则类似中医。从终极意义上中医优于西医,但中医的致命弊端是,太缺乏医术高明且医德高尚的“老中医”了,只好退而求其次。行为人刑法也可作如是观。

学派之争有利于理论研究的深入,这已经是刑法学者的共识。与其他学科相比,刑法学界不仅提倡学派之争的声音比较强劲,而且比较认真地践行着学术批判。学派之争好处多多,但真正形成观点的持续对垒并非易事,必须有一定规模的学术共同体,有比较长期的知识积累,有共同话语基础上的批判性思考能力。在刑法学界为数不多的批判中,批判者常常自觉或者不自觉地编造对方并不存在的缺陷,或者按照批判的需要设定对方的观点,而在自己的观点确实存在缺陷时,就避而不谈或者敷衍了事。所以,法学研究虽然是群体性事业,但我们尚未习得同他人对话与沟通的能力。要么云淡风轻,要么泥沙俱下,一切皆有可能。尽管如此,学派之争值得鼓励,不必苛责。学术争鸣的目的是使研究深入而非达成观点共识,像法庭控辩一样,偏执和偏袒是极为正常的,掩饰于对方有利的资料也是可以理解的。正是因为固执偏见,才使得人们最终发现那些可能被中立的眼光所忽视的事实。因此,“任何一位法律人士对一个观点所作的任何论证,充其量只能得到原本赞成该观点的法律人士的认可……不管持此观点的法律人士如何论证,持彼观点的法律人士的全部声音只有一个常见的字——不”(张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第四版前言)。这个“不”字具有重大意义,它意味着不懈的学术努力和层出不穷的论据展示。

在刑法学界,真正展开针锋相对、大张旗鼓的学术批判,并由此改变学界无关痛痒、名批实捧的学术生态的,应当是《中国法学》2010年第4期发表的《形式解释论再宣示》和《实质解释论再提倡》两篇文章。形式刑法观与实质刑法观的争论,与法理学中形式法治与实质法治的争论相契合。就当今中国的法治环境而言,这一争论需要力行展开,不应浮皮潦草地收场。“形式法治意味着,即使国家可以决定法律的内容,也必须遵守这些由它制定的规则,国家限制人民的权利和自由,必须有明确的法律依据。形式法律让人们预先了解国家在何种情况下将采取何种行动,这种规则是公开的和具有一般性的,并不考虑特定的时空与人的因素。这种形式一致性使得法治天然具有了遏制公权力的专横和保障个人自由的功能。”(张翔:《形式法治与法教义学》,《法学研究》2012年第6期)因此,形式刑法观与实质刑法观利弊得失之评说,还应回到对目前司法弊端的认识上。

在司法运作中,究竟是过于僵硬地理解条文,夸大被告的人权保障,以至于必须对形式主义纠偏,还是过于灵活地解释规范,滥用打击犯罪的职能,以至于必须对实质主义纠偏?从实质刑法观的基本立场看,强调的是以犯罪本质指导构成要件的解释,这便容易被权力利用,尽管这些主张的本意可能是为了克服对刑法硬性的、非人性的运用。实

务界显然欢迎实质刑法观，因为它便于入罪。或许有学者不承认这种判断，说立场决定统计。然而，不可否认的是，我国具有长期的封建传统，国家权力空前发达与强大，没有罪刑法定主义的社会基础。所以，必须从理念上加以启蒙。过早、过急地追求实质，将会使规则意识未曾完聚便消散于无形。

实质正义终归是以具体问题具体分析为导向的，它反感循规蹈矩，推崇见机行事。在中国，刻舟求剑不过是奇闻异事，而深文罗织才是司法常态。所谓世事洞明、人情练达，其实都与善于应付规则有关。“不论在哪里，只要官僚制能够插手，内容就不仅是法律规范形式的司法完善，而且还有法律规范的实质公正，因为这尤其符合理性的官僚制的内在气质。”（〔德〕马克斯·韦伯：《儒教与道教》，王容芬译，商务印书馆1995年版，第200页）面对权力的张牙舞爪和四处渗透，如果没有硬性的、明确的、形式上的法律，就不可能为学步的法治铺平道路。因此，真诚强调法的形式要件和庄严的正当程序，才是真诚的法治。当然，观念导向固然重要，具体的规则操作却时时提醒辩论双方：在犯罪成立条件的把握上，形式论者不是不要实质，实质论者也不是不要形式。许多场合争议的只是形式和实质的顺序安排问题。换言之，单有形式或者单凭实质，都不可能完成甄别罪与非罪的任务。

即便够不上学派之争，但足以成为争论话题的还有很多。比如，人们普遍承认，没有哪部法典是没有漏洞的。但承认刑法漏洞，不意味着一定要去填补它。民事法官不得借口法律没有规定而拒绝裁判，但刑法受制于罪刑法定，法官在法无明文规定时，必须拒斥有罪判决。因此，刑法漏洞必须被尊重。填补刑法漏洞，无意间冲破了无罪不罚的底线。再如，虽然不得不承认法律解释是必要的，但不宜过分倚重法律解释。一个重要理由在于，没有扎实、充分的理由令人相信法律解释优于法律本身，或者说法律解释比法律本身问题更少。由于法官可以自由选择解释规则，他们就自行建构了解释的界限和尺度。我们实在无法相信，某种解释比另一种解释，或者比它所解释的法律更加正确。又如，许多学者主张“疑问时有利被告”原则仅适用于事实疑问，不适用法律疑问。但问题似乎不那么简单，在事实和法律之间是否还有一个理论立场的选择问题？司法人员要在众多备选理论中择取一个，不同的选择意味着不同的判决。而参与学术争鸣的人也不得不在意见相左的队列中选择一个，且时常为“站错队”而痛悔不已。100年前，美国诗人罗伯特·弗罗斯特有一首名诗《我未选择的路》（The Road Not Taken），感叹自己作为一个旅行者无法同时选择两条道路。对那条没走的路，他的心中充满想象和怅惘。同样，在刑法学中，我对未采信的理论心存感激，也以本文向未选择的理论阵营表达敬意。

刑法教义学的规范化塑造

冯 军（中国人民大学法学院教授）

刑法科学主要包括两大部分，一部分是关于犯罪的经验理论，另一部分是关于犯罪的规范理论。关于犯罪的经验理论所描述的是犯罪的社会真实性，在我国、日本和德国，都把关于犯罪的这部分知识称为“犯罪学”（Kriminologie）。关于犯罪的规范理论，又有

两种不同的表现形式。一种表现形式是解释现行刑法以犯罪为主要内容的规定,在我国和日本,把关于犯罪的这部分知识称为刑法解释论,在德国则称为“刑法教义学”(Strafrechtsdogmatik);另一种表现形式是批评现行刑法中犯罪规定的合理性,指出其漏洞或者提出应当增加的内容,在我国和日本,把关于犯罪的这部分知识称为刑法立法论,在德国则称为“刑事政策学”(Kriminalpolitik),因为它涉及发现和选择关于刑法未来发展的正确政策。

犯罪学、刑法教义学和刑事政策学之间存在紧密的联系,在一定范围内甚至是相互渗透的。没有犯罪学的知识,往往很难理解刑法规定某种犯罪的合理性,也就难以正确地解释刑法的相关规定。没有刑法教义学的知识,也很难正确认识刑法的漏洞,往往会将剖精析微即能解明之处当做刑法的缺陷或者漏洞来批判。尽管如此,刑法科学作为实践科学,它的核心部分一直是刑法教义学。“刑法科学的核心部分是刑法教义学(刑法理论)。它以刑罚法规(Strafgesetz)为其基础和界限,致力于研究法条的概念性内容和构造,将法律素材体系化,并试图发现概念构造和体系化的新途径。通过解释现行法,对司法判决进行批判性检验、比较和归序,刑法教义学就作为法律和司法实践的桥梁,服务于法院稳定地、逐渐修复地适用刑法,从而在很大程度上服务于法安全和公正”(Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 5. Aufl., 1996, S. 42)。

在过去三十多年的发展中,虽然我国以高铭喧教授为代表的少数杰出刑法学家为我国的刑事立法作出了卓越贡献,也有不少刑法学者为我国的刑事立法献计献策,但是,我国刑法学者大多是在解释刑法的规定,也就是说,所从事的主要是刑法教义学的工作。陈兴良教授在《刑法知识的教义学化》一文中提出,“我国刑法知识面临着转型,这一转型的方向就是走向教义学的刑法学”,并且认为,这是“我国刑法学的发展径路”(参见陈兴良:《刑法知识的教义学化》,《法学研究》2011年第6期)。在我看来,我国刑法学并无这种转型的必要性,因为我国刑法学原本就一直行走在刑法教义学的径路上。目前,我国的刑法典已经相当完备,特别是我国的法律体系已经建立,以立法为中心的法治实践当然更要向以司法为中心的法治实践转变,这就需要我国刑法学继续在刑法教义学的径路上前行。

问题是,在我国刑法学至今的发展中,的确存在陈兴良教授在该文中所指出的“立法论与解释论相混淆,超规范与反逻辑的思维时有发生”之情形(参见陈兴良:《刑法知识的教义学化》,《法学研究》2011年第6期)。但是,这种现象的克服,并非把我国刑法学转型到刑法教义学的径路上就能实现,而是需要对我国的刑法教义学进行规范化塑造。

在过去的岁月里,我国法学工作者在解释刑法规定时,要么仅仅简单地说明刑法条文用语的字面含义,要么在论证解释结论时提出种种“超规范”的理由。例如,有学者认为,不能对独生子女适用死刑(参见朱苏力:《从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负》,《法学》2011年第6期)。尽管这种主张可能是一个从立法上废除死刑的很好理由,但是,无论如何,不能根据这种理由现在就对独生子女不适用死刑,因为这样做完全不符合我国现行刑法的规定。更有甚者,一些刑法学者竟然把立法否定的东西又通过解释塞进刑法之中。例如,正是为了明确“情节恶劣”不是以醉酒驾驶的方式成立的危险驾

驶罪的构成要件，才与《刑法修正案（八）草案》不同，在正式公布的《刑法修正案（八）》中调整了“情节恶劣”的表述顺序（参见曲新久：《醉驾不一律入罪无需依赖于“但书”的适用》，《法学》2011年第7期）。可是，在《刑法修正案（八）》公布之后，仍然有人解释说，情节显著轻微的醉酒驾驶行为危害不大，不构成犯罪。在一种以“超规范”的理由解释刑法规定的刑法教义学中，刑法规范受到各种非规范因素的不当侵蚀，刑法规范不再成为一个自治的系统，而是变成了堆放各种任意性主张的杂物间，人们在刑法规范中填充了太多私人的东西。

规范是保障人们能够以实践的意图展开社会性交往的制度系统。刑法教义学需要以规范为依据，来解说刑法规定和建构刑法理论体系。刑法教义学者当然也需要在规范之外广泛猎取，但是，首先要巡回在规范之内，生发对于规范的感动。在对刑法教义学进行规范化塑造时，既要处理好刑法解释与刑事立法的关系，也要处理好刑法解释与刑事司法的关系。

就处理刑法解释与刑事立法的关系而言，刑法教义学者要扮演好解说者和发现者的角色。

刑事立法本质上是一种政治活动，它富有力量地采用法律的形式把各种规范权威性地确定下来。刑法教义学者往往并不比刑事立法者更聪明，并且总是不比刑事立法者更有力量。刑法是刑事立法的结果，如果人们认为刑法教义学者应当在解释刑法时服从刑事立法者，那么，刑法教义学者就主要是刑法的解说者和发现者。如果有人总是喜欢批判刑法，总是想着要去完善刑法，那么，他是不适合从事刑法教义学的，而是适合从事刑事政策学或者刑法哲学，因为发现一种更好的治理犯罪的政策往往需要哲学家的智慧。

首先，作为刑法的解说者，刑法教义学者不仅要以刑法规范为对象，而且要以法律规范为依据。刑法教义学者的任务不是揭示刑法规范的漏洞并且加以填补，而是解说刑法规范的时代必然性及其界限。在解说刑法规范时，刑法教义学者依据的应该是法律规范，而不应该是超规范的“自然存在”。谁用自然的存在本身来论证存在的合理性，谁就犯了规范论上的错误。例如，我国不少学者认为婚内强奸行为不构成强奸罪，而他们的重要理由之一竟然是“包办婚姻以及夫妻在家庭中地位不平等的现象，至今还在一些地区严重存在，以致丈夫不顾妻子的意愿而强行与之性交的现象还较多，如果一概以强奸论处，则不符合我国当前的社会状况”（参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第777页）。如果这种论证能够成立，那么，刑法就不应该规定强奸罪了，因为强奸行为也在我国当前的社会里严重存在。

其次，作为刑法的发现者，刑法教义学者要在刑法规范的整体中，敏锐地发现诸刑法规定之间的联系和区别，通过解释来揭示刑法规范整体的内部和谐。但是，我国不少刑法学者总是习惯于孤立地对待刑法条文，不能从刑法条文的整体关照中得出妥当的解释结论。例如，在解释刑法第48条规定的“罪行极其严重”时，总是有人认为“罪行极其严重”这一规定过于笼统、缺乏明确性，这种抱怨性说明根本不是刑法教义学上的解释。如果人们愿意把刑法关于死刑的规定作为一个整体来解释，就会发现刑法第121条、第239条和刑法第48条之间的紧密联系，就会得出“只有故意致人重伤、死亡或者故意杀

害他人的，或者以暴力、胁迫或者其他方法强取财物并且造成了与航空器遭受严重破坏相同程度的财产损失的，才属于极其严重的罪行”这一极为明确的结论。同样，如果人们整体地考察刑法规定，也会发现刑法第264条中规定的“携带凶器”与刑法第267条第2款中规定的“携带凶器”具有明显不同的内容，刑法第267条第2款中规定的“携带凶器”指的是“随身携带凶器”，而刑法第264条中规定的“携带凶器”指的是“随地携带凶器”。

再次，无论是作为刑法的解说者，还是作为刑法的发现者，刑法教义学者都要重视刑法规范的目的，使刑法规范发挥其社会机能。社会的机能发展了，刑法规定中的概念就会具有新的含义，把“电子邮件”解释为刑法第252条中规定的“信件”，是社会机能决定刑法解释的一个明显例证。规范的目的是保障人们展开社会性交往，如果一种解释结论阻碍了人们展开社会性交往，那么，就不值得刑法教义学采纳。例如，甲购买了乙的房屋，尽管甲知道乙是以贩养吸的吸毒者，甲仍然向乙支付了房款，乙用房款贩卖了毒品。如果有人解释说甲构成乙贩卖毒品罪的共犯，那么，就会使刑法规范丧失社会机能，这是因为，一旦刑法阻止了甲向乙支付房款，社会的正常交易活动就会紊乱。

最后，刑法教义学者要在刑法规范的基础上，建构刑法理论体系。如果刑法教义学者要以学者的身份来解说和发现刑法规范，那么，就必须建构刑法理论体系。建构学问体系，就是根据基本原理对各种具体认识进行逻辑上的整序，使其形成一种无矛盾的、内在和谐的整体构造。一个完整的刑法理论体系，“可以使得刑法知识的理解，更加稳妥与深刻，甚至对于刑法的知识发生感动”（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18页）。同时，一个完整的刑法理论体系还可以简化和更好地控制法，可以使案件的解决更加容易，它是平等地和有区别地适用法律的前提（Vgl. Claus Roxin, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., Bd. I, 1994, S. 153 ff.）。但是，刑法理论体系的建构，必须以刑法规范为基础。“在较为纯粹的刑法解释学意义上，犯罪论之体系构造必须服从并服务于刑法典的体系”（冯亚东：《刑法典对犯罪论的制约关系》，《中外法学》2012年第3期）。我国刑法典第二章在“犯罪”的标题下规定的内容包括正当防卫和紧急避险，而我国传统的犯罪论体系在犯罪成立的四要件中竟然没有关于正当防卫和紧急避险的说明，相反，德日三阶层的犯罪论体系则能够全面说明刑法典所规定的有关犯罪的内容。此外，四要件犯罪论体系也未能反映刑法典中包含的关于犯罪的基本原理，而在德日三阶层的犯罪论体系中，构成要件符合性反映着罪刑法定原理，违法性反映着利益衡量（法益保护）原理，有责性则反映着责任原理。因此，在规范化的刑法教义学中，更应该选择德日三阶层的犯罪论体系。但是，如果人们反驳说，“今日又全盘照搬德日三阶层体系，全面否定四要件体系，必然同样会涉及巨大的学习成本以及现有的广大司法人员的接受度等问题”（齐文远：《中国刑法学该转向教义主义还是实践主义》，《法学研究》2011年第6期），那么，就是在用非规范的理由拒绝三阶层犯罪论体系的采纳，不能为规范化的刑法教义学所接受。

就处理刑法解释与刑事司法的关系而言，刑法教义学者要扮演好观察者和监视者的角色。

无疑，刑法教义学者应当关注刑事司法实践，因为刑事实务工作者的实践也是一种与社会实情紧密联系的刑法解释活动。刑事实务工作者往往具有比刑法教义学者更敏锐、更全面地把握社会实情的视野，刑法教义学者不仅应该仔细观察他们的刑法解释活动，而且应该用理论的形式总结他们刑法解释活动的经验和成果。在观察和总结刑事实务工作者的刑法解释活动方面，我国老一辈的刑法教义学者作出了很好的榜样。例如，王作富教授在其著作《中国刑法研究》中就很好地介绍、分析和总结了刑事司法实践中的做法（如关于故意杀人罪的认定，他就在详细介绍7个具体案例之后，作出了深入论证。参见王作富：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1987年版，第511页以下）。如今，我国中青年刑法教义学者也遵循着这一传统，以至于在他们撰写的刑法教科书中几乎有三分之一的内容直接来源于刑事司法解释。

但是，刑法教义学者也应该是刑事司法的监视者，要用警惕的双眼注视着刑事司法的运行，要用规范化的刑法教义来批判刑事司法中个案的不当处理，要通过大量撰写刑事案件评析来为司法机关未来的合法刑事判决作出贡献。在我国当前的刑事司法活动中，存在着—味地强调化解矛盾而不坚守法治的现象。例如，在一起要求国家赔偿的案件中，刑事被告人因为证据不足被释放之后，多次到审理他的法院要求国家赔偿。法院在他不断纠缠之后，赔偿了他5万元人民币，而他要求法院赔偿的理由仅仅是“法官在审理我时敲出的法槌声刺激我产生了头疼”！后来，他又到检察院要求赔偿，理由是“你们不把我起诉到法院，我就不会听到刺激我产生头疼的法槌声”！在这一案例中，虽然人们也能看到公民权利意识的觉醒，甚至也能发现法院以人为本的情怀，但是，人们不禁要追问：“法院是否应该在坚守法治的过程中作出这种赔偿决定？”只要法槌的敲击完全符合法院关于敲击法槌的规定，法院就不应该对敲击法槌所引起的后果给予任何国家赔偿，哪怕法槌的敲击真的引起了被告人的头疼。尽管对因为证据不足而释放了的犯罪嫌疑人应该予以国家赔偿，并且给予的国家赔偿金额还应该随着国家的富强而增加，但是，使国家对犯罪嫌疑人自己由于精神脆弱而在合法的诉讼过程中遭受的损害给予国家赔偿，无论如何，不应该是法治国家的做法。在很大程度上，国家法治以公民自治为前提。克服由于合法的诉讼活动而引起损害的风险，是每一个公民自己的义务。在现代法治国家，只能依照法律来化解矛盾。特别是处在转型期的我国，正面临着各种利益的激烈争夺，一些人甚至借用公权力谋取私利。在这种情势下，每一个人都只能用“我的行为符合法律”来证明自己行为的正确。无论如何，刑事判决不能成为各种超法律的争权夺利意欲的疯狂表达。

诚然，是否应当以及如何能够使刑事司法与规范外的事物进行一定程度的联接，尚可探讨，但是，刑法教义学本质上是关于刑法规范意味的技艺，理应以规范及其社会实践机能为依据。以规范为本源，湛思规范之意蕴，精导规范之机能，使刑法解释具有无可辩驳的规范依据，排除非规范的因素影响刑法的解说及其发现，此乃刑法教义学的规范化塑造。惟籍此方法，刑法教义学才能够保证刑法规范的纯洁，并由此保障刑法领域内法治的实现。

中国刑法学的文化际遇和理论前景

周少华(东南大学法学院教授)

由于传统中国没有为我们留下多少可资继承的刑法学知识遗产,而初步具备现代刑法学知识特征的旧中国刑法学又被不假思索地革了命,在挪用苏联刑法理论体系时,我们的刑法观念启蒙和知识储备实际上都先天不足,所以,长期以来,中国刑法学的执业者们大多停留于对个别问题的零敲碎打,这种零敲碎打虽然有时也能带来自我娱乐的音响效果,但是,属于中国本土刑法学的辉煌乐章却始终未能奏响。

我的这个说法所隐喻的事实是,经过几十年的发展,中国刑法学还远未形成一种立足于中国现实、能够解决中国实际问题的完善的理论体系。由于中国刑法学赖以产生和成长的知识传统的背景本身具有复杂性,更囿于我们的跨文化知识整合能力匮乏,使得我们的刑法理论研究碎片化现象十分明显,缺乏体系性的建构和整体性的思考,大多数刑法学研究成果的知识来源混沌不明。于是,我们的刑法学园地呈现出一种“乱花渐欲迷人眼”的景象:一方面,我们远远未能走出传统的苏联模式所设下的理论迷局,另一方面,域外刑法理论的各种观念和知识又纷至沓来,在一片热闹景象的背后,我们却不大能看清中国刑法学发展的真实轨迹。可以说,中国刑法学的革命还处在“游击战争”状态,许多重要的理论问题还没有在本土化的意义上进行有效的提炼。虽然刑法学界普遍承认,借鉴于苏联的传统刑法理论体系前景黯淡,但是,对于“中国刑法学向何处去”,并没有形成共识。

不过,近几年中国刑法学也出现了一些令人欣喜的动向,其中最引人瞩目的大概是这样几道风景:(1)重新建构中国刑法学理论体系的愿望蔚然升腾,关于犯罪论体系的移植、改造或者保持的理论之争成为这种愿望最直接的表达;(2)伴随着中国法学界对法学方法论和法律方法的热切关注,刑法学界也开始了对刑法方法的探讨,这种探讨暗含着刑法学者对刑法学学科独立性的确认和追求;(3)学派之争开始被大力提倡,人们希望通过学派之争和学术批判,推动中国刑法学走向成熟。在一定程度上,这些变化或许可以表明中国刑法学者“理论自觉”的苏醒,以注释刑法学为主流的零散化、被动式的研究,正在被一种体系性思考的尝试推向一个秩序的入口,激发着人们对于未来刑法学理论秩序的期待与想象。我们甚至可以认为,中国的刑法学研究队伍正在从“游击队”组织向着“正规化军队建设”的方向迈进。

但是,在对中国刑法学的未来抱有乐观的同时,还应该看到,本土化的刑法学理论体系建设必将任重道远、路障重重。其最大的阻力既非起于传统刑法学理论体系的维护者拥有强势话语权,也非缘自中国法学界对西方刑法学知识传统的消化能力不足,而是来自于文化上的阻隔。不容回避的事实是,中国刑法学的理论建设不可能采取这样的方式:将既有的理论体系彻底推翻,然后谢绝外援、自力更生地“平地起高楼”。毕竟,现代法律的各种概念是“西方文明的荣耀之一”(John King Fairbank, *East Asia: The Great Tradition*, Boston: Houghton Mifflin, 1960, p. 84.),依照这些概念所构筑的法学体系也是西方文明的荣

耀。因此，中国刑法理论体系重建之路径选择的最大可能仍然是，“在建立刑法学的中国研究范式时，我们不可避免地要学德、日，同时也需要考虑中国的实际情况，并在个别地方超越德、日刑法学”（周光权：《中国刑法学的想象力和前景》，《政法论坛》2006年第6期）。然而，如何将建立在西方法治观念和思维方式上的现代刑法知识体系有机融入中国法治实践的现实结构中，并避免文化上的排异反应，却是我们面临的一个严峻挑战。

以犯罪论体系是否应当重构的讨论为例，重构论的推动者显然是想将此问题作为中国刑法学理论重建的一个突破口，通过对犯罪构成体系的重构，为中国刑法学理论体系的完善奠定坚实的基础。这个努力方向当然是正确的。但是，代表着刑法“先进文化”的三阶层犯罪构成体系是否就一定是我们进行自身理论重构的理想模板呢？无论作何选择，这个问题都需要被置于更深的层面和更宽的视野中来思考。

犯罪论当然是整个刑法学理论的核心，它的基本目的在于保证刑法得以正确适用。我一直把犯罪构成体系看成是认定犯罪的一种技术性标准，并认为，不同的技术设计完全可以实现相同的功能；因此，在重构犯罪论体系时，当然不必因循于德、日模式。然而，一定的技术参照是必不可少的，因为只有比较中我们才能发现不同技术标准之间的优劣，进而扬长避短，实现革新。与我国传统的平面化四要件犯罪构成体系相比，以德、日为代表的阶层化的犯罪构成体系的确能够显现出很大的理论优势，这种优势主要表现在它对犯罪评价的实用功能上。

在犯罪构成体系的比较研究中，大多数刑法学者都会指出，平面体系各要件之间的逻辑关系不清（顺序可以任意排列），从而可能导致犯罪评价的不确定性（主观判断可能优于客观判断）；而阶层化体系由于提供了构成要件符合性、违法性、有责性这样一种层层递进、不可颠倒的判断过程，因而可以有效避免刑法适用的各种危险，确保犯罪评价的确定性。这样的看法虽然大抵正确，但是，我国传统的犯罪构成体系与德、日阶层化的犯罪构成体系之间最根本的差别究竟在哪里，那最后一层窗户纸似乎仍然没有被彻底捅破。

阶层化的犯罪构成体系具有鲜明的西方思维方式的特征，这种特征是由19世纪以来的西方理性主义、自然主义（科学主义）哲学传统所赋予的。“这种自然主义，将思想性的学术工作置于自然科学的精确性理想下。根据这个理想，刑法体系要被引导到可以计量的、从经验上可以证明的现实的构成部分上去”（〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》第1卷，王世洲译，法律出版社2005年版，第123页）。加之，由刑法学的研究对象所决定，此学问被公认为是一门实践性的学问。这意味着，无论何种刑法理论体系，都必须宿命地承担起为刑法适用提供判断标准的职责。而极富理性推理能力和系统性思考方式的西方哲学传统，正好为建立一种精确、可检验、逻辑严密的刑法理论体系提供了有力的工具支持。由此观点看，现代刑法学理论体系最终在最擅长理性思考的德国走向辉煌，也就并非偶然。

中国虽然有着两千多年“刑治主义”的法制文化传统，古代刑法制度和传统律学也曾堪称发达，但是终未能形成体系化的刑法学知识传统。究其根源，与中国传统文化的基因中缺乏逻辑的、知识论的思考方法不无关系。由于缺乏逻辑的、知识论的思考方法，

中国本土式的哲学思想极少利用精密的逻辑思考方法来展开其思想（参见殷海光：《思想与方法》，上海三联书店2004年版，第345页以下）。在这样的文化土壤中，当然很难形成刑法知识的体系性建构。就像现代之前的中国虽然在实用技术方面一度是世界之冠，却没能产生科学理论一样，体系性的法律知识在传统中国的缺位，也是由“中国文化的深层结构”所决定的，因为“中国人不喜欢过分执著于抽象原理”（[美]孙隆基：《中国文化的深层结构》，广西师范大学出版社2004年版，第419页）。基于同样的原因，自“西学东渐”以来，虽然中国社会逐步实现了现代转型，改革开放至今，更有“中国特色的社会主义法律体系已经形成”的伟大成就，但是中国法学的“体系前思考”的现实状况并没有根本的改变。在法治发达的西方社会，一桩特别的刑事案件可能会引发某个新的理论的产生，而且这种新的理论会被整合到原有的体系中去，使整个刑法理论体系有所发展。比如在德国，“癖马案”催生了期待可能性理论，这一理论又带来了犯罪论体系的革新，“告密者案”甚至推动了二战以后世界范围内的法哲学的发展。如果同样的案件发生在今天的中国，法官很可能在“情理与法理”的辩证思维中大而化之地予以解决，而不可能进行理论上的提炼。不仅法官如此，中国的法学家们也鲜有这样的理论贡献。许许多多的典型案件发生了，但又都毫无例外地成了过眼烟云，这些案件除了催生出一大批速朽的法学论文和新闻报道之外，没有在刑法理论上留下任何印记。我们不仅缺少理论提炼的热情，也缺乏捕捉理论创造机遇的敏感性。或许正是因为这个原因，自苏联模式的刑法理论体系被请进中国以来，这一体系基本上没有得到有意识的发展（尤其是在体系化建设方面），“尚可够用”一直是该体系的维护者进行自我安慰的精神药剂。

既然“中国人对抽象原理缺乏热情”，我们为什么又接受了这么一种外来的刑法理论体系呢？首先当然是为了满足我们要进行自身刑事法制建设的历史之需。如果进一步追问，我们接受的为什么是苏联的而不是大陆法系的刑法理论体系？通常的解释将个中原因仅仅归结为历史政治条件，认为苏联模式具有意识形态的基础。然而，几乎没有人指出，苏联刑法理论体系之被我们欣然接受，还可以从政治以外的文化偏好上来加以解释。众所周知的事实是，苏联刑法理论体系是建立在“主客观相统一”的哲学基础上的，这一哲学基础不仅因其具有马列主义的血统而在中国社会轻易就获得政治正确，更重要的是，“主客观相统一”与中国传统哲学“天人合一”的基本观念以及作为中国文化核心的“中庸之道”在精神气质上具有高度的相似性，正是这种哲学基础上的“前生之缘”，不仅让苏联刑法理论体系在中国能够扎根，而且在中国社会的政治氛围已经大为改观的21世纪，该体系仍然具有不易撼动的地位。

有必要指明的是，就像中国在热切拥抱马列主义的过程中最终将马列主义中国化一样，历经三十多年的实践，外来的现存刑法理论体系也早已经成为中国自身法制文化的一部分，获得了很大比例的中国文化的血统。因此，今天中国刑法理论的基本样态，也完全可以在中国本土文化的坐标中来加以理解。我们会发现，中国既有的刑法学理论体系在自我建构的过程中，对待“主客观相统一”的思想原则所采取的是一种纯中国式的“大而化之”的处理方式。因此，在犯罪论体系中，我们并未根据这一思想原则进行更为具体的、技术性的建构，犯罪构成理论似乎仍然停留在形而上学的思考层面，而没有演化出与“主客观相统一”的思想原则相匹配的、具有自身内在逻辑的、精确的、可供司

法操作的技术性方案。严格地说，目前这种平面化的犯罪构成体系在本质上是非逻辑的，缺乏知识论上的贡献，也不具有方法论上的工具性特质。正是因为如此，我们才会遗憾地发现，“由于在我国刑法的犯罪构成理论中，四个构成要件之间的位阶关系没有得到确认，因而在认定犯罪的过程中，往往出现某种逻辑上的混乱”，并可能导致错误（陈兴良：《刑法知识论》，中国人民大学出版社2007年版，第129页以下）。这一事实或许可以表明，居于通说地位的犯罪构成理论的致用性十分可疑。我们会发现，在定罪过程中，虽然犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面以及与之相关的各种概念始终被作为定罪的论证修辞加以使用，但是，刑法适用活动并非总是在现存犯罪构成理论的主导下完成的，实践中的概念操作与实际的司法行动逻辑及思维方法之间常常是分离的。

与此相反，领尽风骚的德国刑法犯罪论体系所提供的思考框架，显然是技术性的，特别具有实务上的工具价值。构成要件符合性、违法性、有责性的三阶层犯罪构成体系，与法律适用的一般逻辑思考过程具有高度的关联性，从而能够为司法实务提供方法论上的指引。这或许才是阶层化的犯罪构成体系与我国平面化的犯罪构成体系之间最根本性的差异。阶层体系与平面体系对问题处理方式的不同，类似于西医与中医的差别：西医首先要借助各种仪器和检查手段查明病因病原，然后按照严格的诊疗规范对症下药；中医则依赖于不可言传的经验，一人一方，个别化地进行辨证施治。中医由于缺乏可见的证明手段和证明过程，所以它的可靠性和有效性往往不能让人放心，患者寻求保障的唯一办法就是把自己交给老中医。可见，中医的可靠性和有效性取决于人，而不是取决于原则和方法；这种不能让人放心的成分，也存在于我国平面化的犯罪构成体系当中。因此，德国刑法学家对于其教义学体系所具有的实践功能，即它在“减少审查案件的难度”、“保证法律得到平等和理性适用”以及“简化法律适用，使之具有更好的操作性”等方面的诸般优长，充满了自豪与自信，而我们却无法获得同样的学科自信。就像中医面对来自西医的科学主义的怀疑而无比纠结地全面走上了“中西医结合”的道路一样，中国刑法学的不自信也导致了我们的刑法学理论变成了各种不同刑法知识传统的大杂烩。

德国体系所具有的优长，当然得益于西方哲学传统给法学思维带来的科学锤炼，它是在西方文化的土壤中生长起来的，并脱胎于自身的法制实践。即使我们对之充满了“羡慕嫉妒恨”，也不便像汽车那样原装进口到中国来为我所用。一个世纪以来，虽然我们经历了数次文化上的革命，中国社会不但从体制上，而且从文化上具有了现代性的大部分特征，但是，以儒家思想为代表的中国传统文化“极其根深蒂固地把中国的政治、伦理体制、个人行为、社会生活以及理想的生活方式，一一加以融合和扩展出来”（殷海光：《思想与方法》，上海三联书店2004年版，第348页），包围着我们的空气中依然是中国文化的底色。一种依照西方思维构筑的学术体系，当其被用以解决中国的现实问题时，未必一如既往地有效。这主要是因为，作为犯罪的认知体系，犯罪构成理论必然要介入现实的规范生活，为法律适用提供可资利用的原则和方法是其最基本的任务，而这个过程并不是刑法理论对法律职业者的单方思维规训，实际上，法律职业者的定式思维同样会影响刑法理论体系在实践中的有效性。

所以，虽然必须承认阶层化的犯罪论体系更符合法律适用的一般逻辑思考过程，具有

很强的致用性；但是，我并不认为，这样的一套体系被借用到中国之后还能发挥出它在原生文化中所显现出来的优长，除非我们能做到让中国法官的中国脑袋完全以西方人的思维方式来处理法律问题。法律生活是整个社会生活的一部分，而社会文化却深层次地决定着人们在社会生活中的行动逻辑；也正是基于这个原因，包括刑法学在内的中国法学的理论建构不能无视中西文化差异下的个人及社会行为习惯特征——既然我们不可能对中国文化进行大换血，那就必须把法学理论体系的有效性建立在尊重现实的基础之上。

在此，我并不是想特意指明中国传统文化造就的思维方式对中国刑法学理论体系建设所具有的负面作用，更不是想以文化事实为借口抵御任何一种外来的刑法理论体系，我只是想就一定政治、社会、历史文化环境下人的思维定式对理论构造可能产生的影响作一点善意的提示。

关于中国刑法学的理论前景，如果非要提出什么结论性的意见，那么我的基本看法是：

第一，无论我们想要建构的刑法理论体系具有怎样的面貌，该体系的有效性都是需要考虑的首要问题。法律在本质上是世俗的，法学是一种世俗的学问。因之，刑法理论体系虽为一种理论体系，也不得不关照世俗的人生，甚至，还要在相当程度上就范于世俗世界的行动准则。如果我们以戴“紧箍咒”的方式将代表西方思维方式的刑法理论体系拿来自我规训，而法官在定罪处刑过程中却遵循着另一套全然不同的逻辑法则，我们的刑法理论体系建设岂不是徒劳无益？

第二，有效的刑法理论体系，必定存在多种选择可能，德、日模式固然值得借鉴，但并非中国刑法学走出困境的唯一出路。比如，犯罪论体系的改造，也完全可以采取这样的方式：在将传统犯罪构成理论的四个要件之间的逻辑关系进行定型化处理的基础上，把各种客观的要素和主观的要素都纳入到这个逻辑关系中加以系统化的处理，以增强其在犯罪评价上的确定性和可操作性。问题的关键在于，作为犯罪认知体系，犯罪论应当具有实践上的工具性价值，应当是一个能够确保法律被正确适用的可操作的体系；至于该体系的结构，则是其次的问题，尽管它并非不重要。

第三，中国本土刑法理论体系的形成过程应当是建构性的，而非选择性的。选择意味着有某种理想的模板存在，这种理想模板是给定的，其有效性并未经过实践的检验；而建构的知识体系则意味着，该体系是一个生成的世界，它来自于实践者的行为和交互作用，其有效性也是在实践中渐次生成的，并且，这种有效性是特定社会情境中的有效，是一种实效。所以，边进行刑法知识的累积（学习和借鉴），边进行实践经验的总结和提炼，逐步发展出我们自身的刑法理论体系，这或许才是中国刑法学合乎逻辑的成长道路。

刑法学知识论的发展走向与基本问题

劳东燕（清华大学法学院副教授）

我国传统的刑法学理论于20世纪50年代继承自前苏联的刑法学。因政治运动的影响，此种理论一度受到抑制甚至被废弃。进入20世纪80年代，传统刑法学基本处于恢复与重建的状态。传统刑法学是在法律虚无主义的背景下成长起来的，其构建本身就与当

时的政治需要联系在一起，是刻意与资本主义的刑法学划清界线的结果。这种政治型的刑法学，在很长一段时期内，使刑法问题的思考成为单纯的政治权衡与意识形态考量，刑法知识被等同于政治常识与意识形态教条，理论完全服务于政治，学术化更是无从谈起。相应地，刑法学研究习惯于以服从政治要求作为自身的首要使命，习惯于以“具体问题具体对待”为名而不作起码的体系性思考。学者们极少检讨或者反思自身的基本立场，也根本无视中国刑法学在世界范围内的“失语”。刑法学只是机械僵化的法条注读学，学者以法条注读作为自身全部的使命，“人们将其自身以及其思想、感受，托付给贫乏、死板的制定法，而成为法律机器中一块无意志的、无感情的零件”（〔德〕耶林：《法学是一门科学吗？》，李君韬译，法律出版社2010年版，第46页以下）。在传统刑法学一统天下的年代，在意识形态色彩浓厚的刑法知识论被认为理所当然的背景之下，自然也不可能出现德日刑法学中的学派之争。刑法学研究中当然是存在争论的，但它并非学派之争，而往往涉及姓社还是姓资的政治路线或意识形态之争。即使偶尔涉及学术问题，也难以展开正常的学术争鸣。文革虽已过去，但它的阴魂远未退出历史舞台，人们仍丢不开文革式的思维，动辄给对方扣上反社会主义或资本主义复辟的帽子。

进入20世纪90年代，源自前苏联的传统刑法学仍牢牢把持不容置疑的正统地位。这一时期，赵秉志教授秉承高铭暄教授的衣钵，逐渐成为传统派主要的代言人。不过，90年代的刑法学发展已不再是铁板一块，而出现隐隐的分裂。由陈兴良教授代表的从刑法之上或之外研究刑法的哲学与社会科学的路径，以及由张明楷教授代表的具有德日刑法学风格的教义学路径，成为独立于传统刑法学理论的两大暗流。中国刑法学研究中出现多套话语系统共存的现象。这些话语系统中，既包括由赵秉志教授代表的传统刑法学的话语系统（简称“传统派”），也包括由陈兴良教授代表的刑法之上或之外研究刑法的话语系统（简称“哲社派”），以及由张明楷教授代表的德日刑法教义学的话语系统（简称“德日派”）。此外，值得一提的还有储槐植教授代表的英美刑法学的话语系统（简称“英美派”）。储槐植教授带有浓厚英美色彩的刑事一体化的研究，使其在彼时的中国刑法学界独树一帜。活跃于当时的中青年刑法学者，大体都可归入前述四派。当然，与传统派相比，其他几派的力量都相当微弱，无论是成员人数还是研究成果的影响力，都不足以与传统派抗衡。

总的说来，90年代的中国刑法学已逐渐摆脱唯政治马首是瞻的局面，而开始向良性的学术化方向发展。刑法学研究中派系林立，研究进路呈现明显的分化趋势，不过，传统派仍一家独大，具有绝对的影响力。形象地说，90年代是中国刑法学的春秋时代，虽已出现诸侯割据的局面，但周天子（传统派）仍然有能力把持整个中央朝政。由于各派使用的话语系统截然不同，彼此之间并不存在共享的知识平台，因而，各派的研究大多流于自说自话的状态，彼此之间基本没有交锋，也缺乏有效的交流。

90年代中后期，一些留日或留德的学者渐次回国。这些学者的回归，使德日派的力量一下子壮大起来，并在世纪之交以后形成规模效应。经由他们的引介，德日刑法学理论逐渐为中国刑法学界所了解与熟悉，由此也开始摆脱必须借助台湾学者之解读才得以对德日刑法学理论管中窥豹的时代。一大批在德日具有重要影响力的刑法学者的论著被引入我国刑法学界，从而对国内刑法学研究的走向产生了深刻的影响。为张明楷教授带

来盛誉的、带有浓重德日刑法教义学印迹的教科书《刑法学》的初版（1997）、第2版（2003）和第3版（2007），也在这一时期推出。陈兴良教授恰恰也于此时对其学术走向做出重大调整，义无反顾地走向德日刑法学，成为德日派阵营中的主力干将，不遗余力地鼓吹和倡导德日的刑法教义学。由于群龙无首，90年代中后期活跃一时的哲社派基本瓦解了，其主要成员先后投入德日派的行列。这一时期，与德日等国的学术交流大大加强，随着深受德日刑法学影响的更为年轻一代学者的成长，德日派的势力变得空前庞大。至于英美派，由于储槐植教授的退休，以及主要成员的流失（或转入实务部门或“投诚”至德日派阵营），基本处于青黄不接的状态。值得注意的是，以白建军教授为代表的“实证派”的崛起令人瞩目，其在思想脉络上与英美派保持着紧密的联系。白建军教授以一系列实证导向的刑法学与犯罪学的研究，极具说服力地表明，方法论的更新对于刑法学研究的意义何等重大。

随着德日派的羽翼日丰，传统派一家独大的格局逐渐被打破。传统派固然门徒众多，势力盘根错节，尤其在实务界仍具有绝对支配性的影响。然而，仅就学术层面而言，由于德日派汇聚了诸多极具学术创造力的干将，包括陈兴良教授、张明楷教授、梁根林教授、黎宏教授、周光权教授、刘明祥教授、刘艳红教授等学界大腕与骨干成员，再加上70年代中后期出生的新生代学者的加盟，德日派已隐隐成为主导学界的中坚力量。传统派虽在某些领域仍保持优势，且仍有拳头产品（主要是各类综述或述评性著作）问世，但其学术影响力总体上呈衰退的趋势。

2000年以后的中国刑法学犹如战国时代，纵横兼并之后，德日派终于修成正果，成为足以与传统派抗衡的一支力量。在此过程中，德日派一方面勤练内功，另一方面也不忘将矛头一致对外，毫不留情地批判传统刑法中的主观主义倾向，高举刑法客观主义的大旗。德日派起初是拿传统刑法学中的社会危害性理论小试牛刀。以陈兴良教授为首的成员主要是在实然层面批判前苏联刑法学语境之中的社会危害性理论，而同为德日派的刘艳红教授与李立众博士等，则是在应然层面上论述社会危害性的功能，对社会危害性理论进行重新的解读与建构。在社会危害性的问题上，基本上以德日派的压倒性胜利而告终。经由这场论战，甚至连传统派的代表人物都对社会危害性理论蕴含的危险表示关注，开始正视刑事违法性与社会危害性之间的对立，并反思社会危害性概念的功能，得出了与德日派并无本质差异的结论。

在社会危害性理论的论战全面铺开不久，德日派开始将矛头对准传统派视为根基的四要件犯罪论体系。这场论战虽还在持续当中，但德日派已就如何构建犯罪论体系确立了一些重要共识。这些共识为我们勾勒出未来中国犯罪论体系的基本轮廓：（1）我国的犯罪论体系应当借鉴德日的体系，以不法与罪责为基础进行构建；（2）所构建的犯罪论体系应当具有阶层性，以加强自由保障方面的机能，并避免遗漏应当检验的要件；（3）在构建犯罪论体系时，应当认真处理事实与价值、形式与实质以及客观与主观这几对范畴，强调事实评价与价值评价的有序共存，要求先形式判断后实质判断，先客观判断再主观判断；（4）对犯罪客体、犯罪主体以及排除犯罪事由的地位应当重新界定。

围绕社会危害性与犯罪论体系的学术论战有力地推进了刑法知识论的转型。正是经由这两场论战，德日派吸引并团结了众多的支持者与同情者；也正是由于在这两场论战中

经受严格的训练与考验，德日派的诸多成员得以迅速地完成学术上的转型，成为刑法学术界的中坚力量。就当前刑法学的发展而言，德日知识论可谓成功地实现了突围，其与传统知识论的抗衡局面已经形成。刑法知识论上的这种转型，本质上是刑法知识的去苏俄化过程，它为刑法学的研究带来了全新的气象。

由此，刑法学的研究表现出以下几个特点：（1）从立法论导向转为解释论导向。以立法批判与建议为宗旨的立法论研究呈明显的疲退态势，带有浓重德日教义学色彩的解释论研究异军突起，并迅速在学术圈内获得支配性的地位。（2）从中国刑法与外国刑法的机械性对比转为有机的比较性研究。我国传统刑法理论虽也关注对外国刑法理论的研究，但基本上是把后者单纯视为“外国的”理论，二者之间缺乏必要的交融。当前的刑法学研究中，则倾向于淡化外国刑法学知识与我国刑法学知识之间的差异。张明楷教授甚至断言，不考察外国刑法学与中国刑法学的异同，就不可能真正了解中国刑法学；只了解中国刑法学，意味着并不了解任何刑法学（张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年版，第3页）。刑法学中的比较研究，落脚点已逐步回归到本国刑法的理论与实践上。对外国刑法学知识的关注，乃是根源于其或多或少的“中国性”：它或者为我国刑法中相似的问题提供一定的启示、经验或教训，或者构成认识中国问题的一面镜子。（3）从单纯的法条注读转向体系性的研究。传统刑法理论对法条的解释基本上流于单纯的、散漫的、就案论案的注读，不仅未发展出必要的解释技术与方法，也不注重理论的体系性与逻辑性。当前的刑法学研究中，体系性的思考与论证方式越来越为学界所接受，人们将更多的注意力放在得出结论的逻辑演绎过程与具体的论证过程，结论本身反而变得不再那么重要。也正是在体系性思维的支配之下，我国刑法学中逐渐出现德日意义上的学派之争的萌芽。（4）由多元的研究路径转为相对统一的研究路径。对德日刑法知识论的认同，正在促成研究进路与研究方法的统一化。从近年来的学术发展来看，法教义学的研究正日益成为刑法学研究的主流。（5）由政治型刑法学转为学术型刑法学。德日刑法知识论的崛起，一方面淡化了刑法学的意识形态色彩，另一方面也使得刑法学作为学术的独立品格有所增强，先前的政治型刑法学正逐渐为一种技术导向的学术型刑法学所取代。

刑法知识论上的转型，为我国刑法学的研究注入了新的活力，开辟了新的研究空间。不过，必须看到，当前的刑法学研究中仍然存在一些突出的问题。

其一，刑法学的研究越来越趋于技术化、细节化，风格也日趋相同，缺乏兼具思想性与深刻性的论作。对德日刑法知识论的接受，正在深刻地改变我国刑法学研究的生态。随着教义学成为刑法学研究中无可质疑的主流，刑法学的研究方法日益变得单一，与实务的联系也渐趋疏离。既有的研究基本都可归入规范分析的范畴，少见有采用其他研究方法的力作出现，尤其是实证的经验研究与刑事一体化的研究严重不足。造成此种现状的原因比较复杂。它不单纯是方法论单一的问题，而本质上与研究者的知识结构缺陷有关：对当代社会科学理论的发展缺乏基本的了解与必要的关注。对教义学的深入挖掘，大大提升了刑法学的“专业槽”门槛。这样的门槛，不仅切断了其他专业学者想要染指刑法学研究的可能性，也使得刑法学界越来越习惯于将目光聚焦于自己的一亩三分地上，迷恋并醉心于规范逻辑的抽象建构。正是这种狭隘加剧了当前刑法学研究中的技术化与

去思想化的趋势，也使得研究者对刑法实务缺乏起码的敏感。

其二，观点分歧严重，人们对刑法理论的基本走向虽有一定的认同，但共识仍相当匮乏。刑法学教义学化的过程，也是刑法理论不断趋于庞杂与繁复的过程。当前的刑法学研究中，传统的通说已被批得体无完肤，意见分歧成为常态。以犯罪论体系为例，即使在德日派阵营内部，其学术见解也存在重大分歧：既有主张完全推倒重来，直接引入阶层体系的革命论者，也有建议在借鉴阶层体系的同时根据国情做相应改造的改良论者，支持既有的四要件论（当然是建立在对之作重新解读的基础上）的保留论者的声音也不小。而持同一立场的学者，由于采取的具体策略与措施各有不同，其所青睐的犯罪论体系也呈现出巨大的差异。比如，张明楷教授力主“违法构成要件—责任要件”的两阶层论；陈兴良教授曾在不同的教科书中提出“罪体—罪责”、“罪体—罪责—罪量”、“构成要件符合性—违法性—有责性”等三套独立的体系；周光权教授主张“犯罪客观要件—犯罪主观要件—犯罪排除要件”的体系；黎宏教授支持“‘犯罪客体+犯罪的客观要件’—‘犯罪主体+犯罪的主观要件’”的体系；曲新久教授则倡导“‘客观罪行+主观罪责’—正当化事由”双层次二元结构的体系。此外，就算同是支持德日通说三阶层体系论的学者，基于对违法性与有责性的认识不同，也可能存在观点上的分歧。有的支持古典体系，有的偏好新古典体系，还有的拥护新古典暨目的论综合体系或者欣赏德国晚近出现的目的理性的犯罪论体系。支持并赞成不同体系混杂并存的学者，或许过高估计了不同犯罪论体系所具有的学术意义，而低估了此种混乱所蕴含的风险。学者们主张各不相同的犯罪论体系只会徒增内耗，加剧共识达成的难度，而共识的缺乏必然制约刑法学的整体发展。

其三，热衷于参与热点话题的探讨，而对问题本身缺乏准确的把握，经常没有弄明白真正的问题所在，就匆忙地加入论争，着急地表明自己的立场。以风险社会与刑法理论的研究为例。当前有关风险刑法的研究表面看来热闹非凡，但基本上流于意气之争，争论双方都过于关注自身立场的表白，急于给争论的对手贴标签，而忽视了风险社会的语境给刑法理论的根基带来的影响与挑战。在刑法体系经历重大变迁的背景之下，重要的或许不是急于向人表明自己的立场，而是设法先弄清楚刑法理论究竟发生了什么样的变化，“也许正在发生”一些什么，为什么会发生这样的变化，以及这些变化给刑法理论的构建带来怎样的新命题。泛泛地反对或支持风险刑法理论，并无多少意义，反而会遮蔽那些真正有价值的命题。

其四，对刑法理论的发展缺乏动态的、宏观的把握，习惯于以内部的、孤立的视角看待刑法理论的流变，忽视其与社会变迁之间的关系。相应地，在引用或评述国外某个具体的学说时容易脱离社会语境，做想当然的处理；在比较研究中则过于关注差异，而对各国刑法理论发展所呈现的共同趋势不够敏感。以德国的客观归责理论为例。国内刑法学界普遍把它当作一种新的因果关系理论。有力的观点认为，客观归责理论将因果关系的判断弄得过于复杂，并无多少价值，充其量只是用以解决个别的边缘性案件。然而，客观归责理论实际上并未提出新的因果关系判断标准，而只是发展出一套归责的分析框架，将既有的判断规则予以体系化了，它呼应于刑法领域归责判断日益复杂化的现实，是由规范成为归责判断中的施力点所引起（参见劳东燕：《风险分配与刑法归责：因果关

系理论之反思》，《政法论坛》2010年第6期）。此外，客观归责理论也不是单纯的因果关系理论，它的“制造法所不容许的风险”的部分涉及的分明是构成要件行为的实质界定，以回应在一个风险日益普遍化的社会里实行行为缺乏定型性的问题。因而，客观归责理论在德国语境中，主要是作为构成要件实质化的方法被赋予意义，但它在引入中国刑法理论时，却被想当然地重新剪辑与嫁接了。

其五，对基础概念的指涉与运用较为混乱，学术论争缺乏应有的针对性，且论争中充斥不少误读、曲解甚或虚构之处。当前的刑法学研究中，学派之争的萌发是一个令人瞩目的现象。论者围绕刑法中的一些基本范畴，包括形式解释与实质解释、结果无价值与行为无价值、法益侵害说与规范违反说以及主观主义与客观主义等，展开了具有对抗性的论战。考察这些论战可以发现，争辩双方往往对基础概念缺乏清晰的界定，在各自的论证与反驳过程中，普遍存在误读、曲解甚或虚构对方观点的现象。比如，在客观主义与主观主义之争中，论者不仅时常把行为刑法与行为人刑法意义上的客观主义与主观主义之争混同于不法论上的客观主义与主观主义之争，有时还将之与方法论意义上的主观论（行为人标准）与客观论（一般人标准）之争相提并论。再如，在法益侵害说与规范违反说之争中，规范违反说的支持者对“规范”概念的界定含混多变，而其批评者则总是赋予雅各布斯意义上的规范违反说以日本式的内容，将其中的规范解读为伦理规范。

其六，研究者对自身的研究缺乏必要的审思与检视，致使个人的基本立场缺乏内在的一致性。当前的刑法学研究中，不时地自觉检视自身基本立场的学者只是个别，绝大多数学者的研究中都或多或少地出现与自身基本立场在逻辑上相左的论述或观点。比如，宣称支持客观解释论的学者，在具体的个案解释（如遗弃罪）中却不自觉地背离所宣称的立场，而不由自主地表现出对主观解释论的偏好。又或者，同一论者一方面赞同客观解释，另一方面又明确反对目的解释。殊不知，客观解释所谓的根据时空变化的客观需要进行法解释，本身便需要赋予规范以客观的目的。试想，若是不从规范的客观目的出发展开对法条的解读，又怎么可能赋予原有的法条以新的内涵，从而达到根据时空变化的客观需要做出相应调适的效果？

刑法方法论的中国意义

周光权（清华大学法学院教授）

近年来的中国刑法学研究，在很多方面取得了重大进展。但是，从刑法方法论的角度看，某些带有共性的认识偏差也令人担忧，择其要者，大致有：（1）不少学者认为，刑法理论没有必要搞得很繁琐，体系化、精巧化的努力在中国并不需要，理论越简洁越好，能解决当前的个案，“见招拆招”或者好用就行；对于过去理论上约定俗成的说法，因为已经被广泛接受，也最好不要再去“挑毛病”；理论如果只解决极罕见问题，其意义极为有限。（2）理论和实务之间要有一一对应的关系，否则，理论探索就是不成功的。而在某些学者眼中的考虑司法实务，实际上就是要接受刑事司法上主观要件优先的做法。只要定罪量刑的结论大致差不多，论证过程、刑法方法如何并不重要。（3）对刑法解释，

一定要尊重立法原意,考虑法条的沿革;要从形式刑法观出发,在此之外的解释,即便在理论上说得通,也是值得质疑的。应该说,上述诸方面的认识或多或少地都与刑法基本立场、刑法方法论有关。第一种认识涉及刑法学的体系化思考是否重要的问题;第二种认识涉及刑法基本立场是坚持客观主义还是主观主义的问题,同时还涉及刑法理论在方法论上如何回应实践的呼吁问题;第三种认识涉及刑法的客观解释和价值判断问题。对这些问题如不好好解决,中国刑法学的发展在很大程度上会受到制约。

首先,必须充分认识刑法方法论的重要性。从刑法思想史看,没有方法论的转变就没有刑法学的整体发展。古典刑法理论之所以能够影响欧洲数百年时间,与其方法论上的转变有很大关系。例如,“近代刑法学之父”费尔巴哈的心理强制说在方法论上的独特之处就是借用了同时期的古典经济学方法论,将“经济人”、交易概念借用到刑法上就是:犯罪人是会算计的“理性人”,犯罪及惩罚都如同一场“交易”。由于刑罚是犯罪人用其行为换取的等价物,犯罪和刑罚之间就必须具有等价关系,从而保障个人自由,限制刑罚权的发动([日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第7页)。刑法学新派的很多结论(特别是龙勃罗梭的天生犯罪人论),在今天看来是有问题的。但是,其实证主义方法论上的探索以及对危险个体、刑罚目的的强调等,都令人耳目一新。此外,目前影响主要大陆法系国家的阶层式犯罪论体系的形成、发展和变化背后,受哲学思想、社会学思想以及社会思潮的深刻影响,也是方法论转变的产物:古典犯罪论体系以实证主义哲学为基础;新古典犯罪论体系深受新康德主义价值哲学的影响;目的行为论犯罪论体系则建立在现象学和本体论的基础上([德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,王世洲译,法律出版社2005年版,第123页)。因此,没有方法论的转变,没有刑法学对哲学、社会科学若干前沿思想的汲取,犯罪论体系的发展难以想象。我们今天可能易于表态赞成或者反对哪一种犯罪论体系,但是,对基于何种知识背景、方法论来做这种表态,则是经常被忽略的问题。

每一个刑事案件,都一定有其特殊的地方,处理案件的司法人员受教育背景、兴趣、生活经历不同,影响案件的其他外在因素不同,对大致相同的案件,在定性量刑上也可能存在很大差别。但是,如果差别是根本性的,刑法思维就可能存在偏差,就可能导致思维的一贯性受到动摇。要确保适用法律公平,就必须在刑法立法明确之外,有合理的刑法方法论、理论体系来确保思维的一贯性。刑法方法论运用的最大成果是形成和发展了犯罪论体系。而19世纪末发源于德国的阶层性犯罪论体系,研究行为构成犯罪的最起码的条件,以及这些条件的实质内容、判断顺序和内在相互关系,为司法人员认定犯罪提供了指引,能够最大限度地防止司法上出现错误。

刑法客观主义是基本立场,也是方法论。刑法客观主义是要确立行为违法的一般标准。这一标准是外在的,它们的适用不以行为人对其所作所为的自我判断是否正确为前提,其只关心行为而不是行为人。刑法客观主义的要求至少有三点:(1)强调客观构成要件绝对重要的观念;(2)必须先客观后主观;(3)尽可能将传统上对主观要素的判断还原为对客观要素的判断。但是,在当前中国的刑法学研究中,大量存在与刑法客观主义相抵触的论证,如对客观上没有法益侵害,但存在主观恶性的行为定罪;行为人的主观恶性和人身危险性成为决定犯罪与否的关键要素;通说的四要件理论中,主观和客观

的关系并不清晰；司法上出于处罚需要或者思维便利，习惯于从主观到客观进行检验，导致某些明显无罪的行为或“两可”案件轻易被确定为犯罪。

刑法解释是方法论中的重要内容。近年来，我国刑法学界对刑法解释尤其是文义解释的价值及其局限性、类推适用与扩张解释的界限、主观解释与客观解释的区别、目的论解释的意义等问题进行了深入探讨。可以说，对刑法解释的研究，是我国刑法方法论中最为发达的部分。但是，在这些研究中，仍然存在一些需要解决的问题：（1）存在广泛影响的观点是，刑法解释要尊重立法原意。但是，立法原意的含义是什么？是否真的存在立法原意？探寻立法原意的主观解释究竟会带来哪些负面问题？这些问题均未深入探讨。（2）有的学者把刑法解释等同于批评立法。一旦遇到依据刑法规定得出结论相对困难的情形，就批评刑法立法不合理、有漏洞的做法，在中国刑法学界较为普遍。但这是不正常的现象，刑法解释不是立法漏洞填补。只要解释方法合理，将条文的通常含义能够扩展到条文可能文义的范围，刑法处罚大多能够实现；如果按照这种解释方法，仍然得不出有罪结论，原本就应该作无罪处理。在这个意义上，刑法立法谈不上有漏洞。（3）刑法解释不是一味迁就、认同司法上的某些做法，尤其对司法解释和立法解释，刑法解释学上必须保持谨慎对待的态度。（4）刑法学上“不敢解释”的现象仍然比较严重。特别是对某些新类型犯罪，或者以前发案率较低的犯罪，有的学者总是习惯性地得出刑法没有规定，作出有罪判决会违反罪刑法定原则的结论。殊不知，只有那些合理运用刑法解释方法，或者用尽刑法解释方法仍然得不出有罪结论的，定罪才有违反罪刑法定的可能。（5）刑法解释与立法之间的关系是：一方面，刑法解释必须受法律文本的制约；另一方面，在立法上对处罚范围的表述不清晰的场合，解释上要朝着限制处罚范围的方向进行。

关于刑法学对解释方法的研究，需要考虑：在刑法解释上，必须尽可能沟通理论与实务，发现和回应实务中的难题；重视中国最高审判机关发布的疑难案例或者指导性案例，以对刑法适用解释的特色及问题有充分了解；重视国外的判例及其解释方法，从中发现刑法解释的真谛；重视解释方法的多元化，利用某种解释方法所得出的结论，如果和运用其他解释方法所得出的结论相冲突时，需要进一步检讨；要尽量防止不敢解释、放弃解释的现象，在解释方法用尽之前，不要轻易得出被告人无罪的结论。

中国通说坚持的四要件说在很大程度上只是犯罪构成要素的堆积，而缺乏体系化思考。这一研究的结局是：结论是否能够经得起实践的检验，尤其是对某些疑难案件的处理，是否不会出现偏差，饱受质疑；四要件说是否能够前后一贯地解决正当化事由、中止犯减免处罚根据、事实认识错误、共犯处罚根据、共犯从属性、犯罪竞合等问题，的确存在疑问。所以，一种犯罪成立理论如果只是勉强能够为犯罪认定提供指南，但在涉及犯罪论的其他复杂问题时就一筹莫展，难言具有体系性，自然不能说是妥当的理论。

未来的中国刑法学研究，必须要走体系化思考的道路，否则，就不能找到解决问题的路径。在此前提下，需要注意：（1）充分认识体系化思考对于司法实务的影响力。以前，中国刑法学者（尤其是赞成通说者）大多有一种误解，认为德日阶层式犯罪论体系过于复杂，其只是学者在象牙塔里建构的东西，法官不可能按照那套理论处理刑事案件。但是，真实的情况是：德日的阶层式体系也是深入司法官员的人心的，也具有实践理性，法官在实务中完全可能按照阶层体系的进路进行判决（参见冯军译：《德国波恩州法院关

于一起故意杀人未遂案的判决书》，载冯军主编：《比较刑法研究》第1卷，中国人民大学出版社2007年版，第443页以下）。对于体系化的意义以及理论与实务的关系，需要中国刑法学者重新认识。（2）体系化思考，不是某些外观上似乎没有问题，但实质上并不合理的折中说。例如，共犯从属性说是根据刑法客观主义得出的结论，独立性说则是刑法主观主义的当然结论，二者原本不可能“和平共处”。但是，在中国刑法学研究中，为数不少的学者都赞成“共犯二重性说”，并试图将其解释得比较圆满。只可惜这样的折中，事实上既不可能真正做到，也完全不能在司法实务中对共犯的定罪提供实质性帮助。（3）体系性思考，必须有助于确保刑法判断和思维上的前后一贯。例如，阶层式犯罪论体系在解决身份犯、事实认识错误、不作为犯、客观归责、期待可能性、违法性认识、共犯论诸问题上有其独特优势，能够保证立场、解释方法和结论的一致性。但是，中国通说的四要件理论是否能够很好地讨论上述问题，是一直没有得到讨论的，有的问题（例如共犯论）是四要件理论不能很好解释的，有的问题甚至是四要件理论的赞同者刻意回避的。

近年来，中国刑法学界对形式刑法观和实质刑法观有很多讨论。但是，对几乎所有的刑法问题，都需要实质地进行理解才能得出结论。刑法理论可能并不是越形式化越好。在刑法评价中，实质判断、规范判断、价值判断不可缺少，不能认为实质刑法观必然会侵犯人权。这是因为：（1）可罚的行为类型，不可能在一个刑法典中被形式地加以确定，构成要件本身就是被立法者类型化和实质地过滤了的法律判断，已非形式意义上的生活事实。因此，只要刑法解释的结局是处理结论仍然在构成要件所框定的不法类型中，就是可接受的。在这个意义上，实质刑法观是有道理的。（2）形式刑法观已经被证明存在问题并被改造。贝林、李斯特提出的古典犯罪论体系明显是一种形式刑法观，但是，在贝林、李斯特之后的各种犯罪论体系，都是在践行实质刑法观，都在推行实质判断。换言之，20世纪以来的刑法学，实际上是在客观主义内部如何处理事实（实证、经验）和价值（规范、评价）的关系问题，是在何种程度上接受价值哲学的问题。（3）客观归责理论是实质的规范判断理论，是在因果关系得以证成的基础上的归责判断，因而是一种实质判断，是尝试将法秩序的要求具体化，其本身就是实质的标准。此外，在作为义务的判断、事实认识错误的处理、身份犯的违法性、过失犯的认定，以及对正犯概念的理解、共犯与正犯的区分、对共谋共同正犯概念的承认等问题上，现代刑法理论都将实质判断推到无以复加的程度，这充分说明形式刑法观是行不通的。在这个意义上，似乎可以说，作为一种刑法立场，所谓的形式刑法观并不存在，也不存在先形式判断再实质判断的问题，刑法上与定罪有关的判断说到底全部都是实质判断。

通过上述分析，可以得出如下结论：

第一，不同国家在实体法上如何应对犯罪问题，虽有其特殊性，但是共性更多，尤其是在如何构筑体系化的理论确保思维的前后一贯、尽量不出错方面，中国刑法学亟需借鉴国外的相关研究成果。对于中国刑法学而言，特别值得注意的是：（1）欧陆刑法学理论体系内部的矛盾、漏洞或许并没有我们想象的那么大，动辄指责欧陆刑法学有漏洞不是严肃的学术态度；欧陆刑法理论和实务之间的差距，或许并没有我们想象的那么大。（2）理论“繁琐”的另一种说法是“精巧”，通过建构精巧的体系化理论来保障人权是刑法学者对社会的贡献；刑法学不能回避罕见问题，如果其对于罕见的刑法难题都能解

决得很好，对通常出现的犯罪现象更能够提供有说服力的解决方案。因此，刑法学的发展要寻求对某些问题的体系性解决，在此背景下，再重视对问题的思考。（3）欧陆学者通过何种方法论来建构系统的理论，其方法论上的优势和独特性在哪里，特别值得我们深思。中国刑法研究如欲达到相当的高度，就必须借鉴而非拒斥欧陆刑法理论，不能人为区分何种理论是“中国刑法学”、何种理论是“外国刑法学”、“比较刑法学”，其实，所有的理论，只要能够说得通，都是“中国刑法学”。

第二，刑法理论必须正视司法呼吁，刑法必须适度参与社会治理。但是，刑法理论和司法裁判之间并非一一对应关系。对于过去司法实践中一直都认同的某些做法（例如“造意者为首”；盗窃一定是秘密窃取；行为含有骗的成分的就只能成立诈骗罪；有殴打行为就是伤害等司法认知），未必不能质疑。刑法学必须立足于司法实务，具有实践品格，但又务必保持其独立性，才能在理论和实务之间寻找到最佳结合点。

第三，任何一种能够流传久远的刑法理论，都不能过于夸张，都要仔细审视并吸纳对手的长处。欧陆刑法主、客观主义学派论争在20世纪20年代末逐步走向缓和，也说明了这一点，因为各国立法都自那时起部分接受新派观点，将后期古典学派的刑罚观和新派的保安处分措施分别加以规定。今天，我们对行为无价值论和结果无价值论的讨论，也不能过于绝对化，需要考虑各自观点的合理性。

第四，中国刑法学的发展，需要经过数代学者的不懈努力，知识上的积累才能逐步体现出来，学者的代际更迭也才能充分显露出来，刑法学对司法实务的影响力也才能凸显出来。没有方法论的转变，中国刑法学在很长时期内仍然可能难以突破现有水平，上一代刑法学人和下一代学人之间的差别、每一个学者的独特贡献在哪里，也难以展示出来。在这里，学派论争对于推进学术兴盛的意义就是不能低估的。

第五，在我国未来的刑法研究中，首当其冲的是在立场上定位准确，在此基础上，才是具体方法论的合理运用。换言之，应当确立客观要素在犯罪认定中的核心地位，确保客观判断优先；建构体系化的理论；进行实质性思考，并将多元化解释方法娴熟地加以运用。

按照上述思路，刑法学就必须是立场明确、方法得当、关注实务的。未来的中国刑法学如果按照刑法客观主义立场进行体系性思考，采用实质解释方法进行建构，其面貌和今天的理论会有很大的不同。这反过来说明，在未来的相当长时期内，制约中国刑法学发展的关键问题，实际上是刑法基本立场和方法论问题。如果理论上能够对这些问题迅速做出回应，找准研究切入点，中国刑法学的长足发展应该是可以期许的。

刑法学研究现状之评价与反思

刘艳红（东南大学法学院教授）

在所有法学学科中，刑法学是体系化程度相对较高发展、也较为成熟的学科。刑法学研究学术队伍素来庞大并在继续发展壮大之中，刑法学研究成果迭出。作为显学的刑法学，在上个世纪末市场经济兴起导致民商经济法兴盛而经历了短暂式微之后，在21世纪

的今天，其发展进入了最为活跃的时期。当下中国刑法学界，老中青三代学者同时代并存，本国传统体系与西方移植理论竞相发展，刑法学派初步形成并时有论战，刑法学研究逐步具有了独立的学术品格。

改革开放至今的刑法学研究，大致可分三个阶段：

第一个阶段是1978年至1988年。1978年改革开放以后，刑法学研究逐步兴起。伴随1979年7月6日新中国第一部刑法典颁行，刑法学研究正式拉开序幕。由于建国初期受苏俄意识形态的影响，这一时期的刑法学研究以介绍、移植前苏联刑法理论为主，平面犯罪构成体系、主客观相统一原则、社会危害性理论等均是在这一时期确立；对刑法条文的解释基本停留在翻字典的水平，政治著述被作为学术论据。套用苏力“政法法学”的概念，这一阶段可称为“政法刑法学”时期。

第二个阶段是1989年至1999年。自1988年全国人大常委会提出了刑法修改初步方案后，刑法学研究进入了一个以刑法修改为中心的时期。从刑法修改前集中批判1979年刑法、提出立法建议，到刑法修改后对新条文进行释义，刑法学研究均是围绕着立法而进行，故这一阶段可称之为“立法刑法学”时期。

第三个阶段是2000年至今。现行刑法修改推动了我国刑法解释学的发展。修改后的新罪名急需解释，新确立的罪刑法定原则又划定了解释边界；这种解释活动博弈的结果是，刑法学者深刻地发现了社会危害性理论与罪刑法定原则之间的矛盾，于是，以批判社会危害性理论与我国刑法犯罪概念为契机，刑法学研究开始全面清理前苏联刑法理论。在建构刑法解释学过程中，研究国外有关刑事法律规定和现代刑事立法的发展趋势成为风潮，刑法学研究进入“脱苏入欧”时期，刑法学研究正式踏上刑法教义学发展的征程。这一阶段可称之为“规范刑法学”时期。

总体而言，改革开放三十余年来我国刑法学研究为我国刑事法治的发展作出了巨大贡献。然而，迄今为止，刑法学研究中仍存在着诸多问题值得反思。

第一，刑法学派之争初成气候但任重道远，“大词法学”之争遮蔽了学术问题之争。

在摆脱了刑法学研究第一个十年的政治化色彩，以及刑法修改前后第二个十年的“对策法学”的主要特征后，当下我国刑法学研究处在建国以来最为兴盛的阶段。放眼当今刑法学界，已形成三个领域的学派之争，即犯罪论体系平面与阶层化之争、形式与实质刑法观之争、结果与行为无价值之争。学术之争本该围绕学术问题进行，遗憾的是，参与争论的一些学者往往游离于问题之外，常常使用（反）法治、合理性、科学、人权等“大词”批判对手，使学派之争演变为“大词法学”之争。

面对阶层化主张的影响日益扩大，主张平面体系的学者认为该体系具有“合理性”或“较强的科学性”，在刑法学界依旧是“主流”理论体系，对批判者提出的问题大而化之；对于三阶层主张者认为平面体系更易入罪的看法，则以“其荒谬性自不待言，不消辩驳”化解之；面对实质刑法主张的实用主义法哲学基础，形式刑法学者则以“实用主义是经验主义，是反法治的”，将实用主义污名化，借以简单地否定对手的观点；采用大词进行批判，批判者的主张似乎获得了不证自明的合理性，令人感叹“今天的中国法学家都已经与真理共在了”，其直接后果就是导致争论难以深入展开。

“大词法学”之争遮蔽学术问题之争，导致学派之争必然远离“运用学术的方式开展

学术批判”的基本要求。对于平面体系受到的挑战，有学者主张“中国法律实务教育应统一采用一种犯罪构成理论作为其主流犯罪构成理论”，即只允许将平面体系而不得将德日等犯罪论体系编入刑法学教科书。这种主张从根本上远离了三阶层与四要件之间诸如事实与价值、客观与主观等问题之争，忘记了“无论是赞成重构或反对重构的学者，都还有大量的工作需要去完成”的事实，将学术论战引向了毫无价值的非规范性话语；而且，以统一法学实务教育作为理由“拒绝思考对方提出的问题”，实际上意图拒绝对犯罪论的探讨，这种做法将极大地阻碍我国刑法学术探索和发展。

使用大词进行论战容易上纲上线，脱离学术规范进行批评，游离于问题之外，任意给对手扣帽子。对我国平面体系受“政治意识形态的裹挟”问题，批判者认为这是“对苏俄刑法学历史的无知”，从而失去了对平面体系自身强烈的主观性进行反思的机会；将实质刑法的目的解释方法武断地定性为“变相的类推解释方法”，随后便得出实质刑法在进行类推解释的大词结论；最为极端的大词，则是对实质刑法的主张动辄以“纳粹刑法”的大帽子扣向对手，似乎以此形式刑法便获得了道义上的胜利；如此种种，不一而足。

当今刑法学界真正意义上的学派之争，恐怕只有结果无价值与行为无价值之争；二者以法益侵害说与规范违反说为各自出发点，展开从理论根据到各自内涵、责任论到刑罚论、共犯论到未遂犯论等全方位且极富针对性的论战。通过论战，不仅深化了论战者各自的基本主张，而且促进了对对手进一步思考自身学说的优势和缺陷，并为学派之争树立了标杆。在学派之争中，不应用对法治理想的渴望代替争论的具体化，不应采用“大词法学”遮蔽具体问题；动辄以大词予以定性，将导致只有结论没有论证。

第二，刑法学研究中的体系性思考极为匮乏，问题思考没有与体系思考进行链接。

在德日刑法理论推动下，当今我国众多刑法学者逐步确立了自己的学术体系；与此同时，学者们也不断推出自己的新观点以解决各种具体问题。遗憾的是，学者们的创见中常常出现自相矛盾的情形，问题思考没有贯通于所主张的理论体系之中，检验其是否具有有一致性。

比如主张三阶层的学者力主以构成要件论为逻辑起点的三阶层体系，甚至主张回到李斯特—贝林时代古典的三阶层犯罪论体系；另一方面又主张引进德国刑法中的客观归责理论，以解决我国刑法中混乱的因果关系问题。然而，客观归责论借助风险原则，早已超越了其作为构成要件理论的定位，而与违法和有责性纠缠不清，最终成为了与可罚性相当的概念，“现在德国人朗朗上口的不是三阶层，而是‘客观归责’”。古典犯罪论体系以犯罪事实为出发点，以三阶层为逻辑架构，以报应为目的，它回望过去，强调的是形式规则意识；客观归责论以价值性的危险判断为出发点，它横跨三阶层体系，以预防为目的，它面向未来，注重的是体系的价值承载。因此，主张三阶层尤其是古典体系的学者同时又主张客观归责理论，这是自相矛盾的。主张二阶层的学者在“法律不是嘲笑的对象”的观念的支持下，对于如何在二阶层体系中给刑法第13条犯罪概念合理定位的问题，却不予回答，这等于在实际上嘲笑了第13条的规定。如果能够结合二阶层自身的特性给予合理解决，对之进行体系与问题的双重思考，相信对二阶层的推行更为有利。

又如形式刑法观主张者认为法益侵害说“其实就是社会危害性理论的翻版而已”，以此批判实质刑法观。法益侵害性与社会危害性概念来源不同、法律意义属性等均为不同，

将二者划上等号，不但是对法益侵害性的误解，更是对我国社会危害性理论的拔高；果如此，我国刑法岂非早在20世纪中期就继受了德日刑法而非前苏联刑法，既然这样，为何还要对社会危害性理论进行大张旗鼓的清理？如果认为法益侵害说“带有强烈的主观判断色彩”而反对以之作为犯罪的本质，以行为人内心心情等主观色彩鲜明的内容作为违法性根据的规范违反说显然更难担此重任。显然，形式刑法观的追随者片面地以法学概念中不可避免的不够清晰的内容为由，以偏概全地对法益侵害说进行错误的定性，进而对实质刑法观展开错误的批判；而且，批判者没有全面地把握形式刑法领军人物的基本立场，以至于使形式刑法观的立论前后不一，充满矛盾。

再如，在规范刑法学的主张下提倡“敌人刑法”。规范刑法学力主以规范化的刑法学术语言搭建学术平台，以规范化的表述解释刑法条文并诠释解决刑法问题。“敌人刑法”概念主张区分犯罪人与敌人，对犯罪人的死刑应当立即废除，对敌人永远不能废除死刑；而所谓敌人，就是持续性地对社会基本规范进行破坏的人。问题是，无论“敌人刑法”将敌人作何定义，不可否认，它与规范刑法学的适用对象即犯罪人有着根本差异。“敌人”一词源于政治学，是一个政治概念，以政治概念为逻辑出发点解决刑法问题，诸如死刑的存废与适用对象等，这恰恰是以非规范性话语解决规范刑法学内部的问题，其与规范刑法学的立场有自相矛盾之嫌。如果能在规范刑法学的体系之中考虑敌人刑法的问题，也许结论的得出会更为慎重。

第三，刑法学研究方法单一，实证研究极为缺乏；现有实证研究需要回归实证。

“当代中国法学研究的另一个重大弱点是缺少经验的研究”。刑法学者热衷于对刑法条文进行逻辑演绎与规范分析，刑法解释论大行其道；学者们过分关注刑法教义学上的结论在学理上的妥当性，深深局限于刑法理论体系与概念范畴，忽视了案件调查、经验事实与统计数据等实证研究对于刑法学的意义。

刑法学是面向实践的致用之学，因此刑法学研究理应推行用事实来验证刑法解释结论的实证研究方法；离开犯罪事实与经验素材的支撑，坐以论道地批判与指责，无疑是脱离现实的无病呻吟。比如，针对承认相对刑事责任年龄人可以成为转化型抢劫罪主体的主张，如果仅从理论的层面，很容易认为这种看法违背罪刑法定原则的人权保障机能，因为该种观点主张惩罚而不是主张教育，而刑罚对少年具有多种恶害。司法实践中相对刑事责任年龄人的刑罚适用情况与效果却并非如此。以某省某法院2009年至2011年间对未成年人适用非监禁刑为样本进行研究，被判处行政处罚或是劳动教养的青少年以及非监禁刑的未成年人再犯罪率明显高于被判处监禁刑的未成年人；对未成年人适用非监禁刑看似人道，但最终是非人道的。又如，面对醉驾犯罪量刑均衡问题，常有观点指出该罪适用缓刑过多甚至是居高不下，影响其实际效果。然而，某省市醉驾入刑一年来刑罚适用情况显示，无一例适用缓刑；另有数据显示，北京的醉驾犯罪缓刑适用率仅为1%。不分具体情况一律认为醉驾犯罪缓刑适用率过高，显然是缺乏实证研究的结果。再如，对于交通过失犯，基于结果无价值论的立场抽象地将其本质定位为以结果预见义务为内容的旧过失论，看似立足于客观主义，有利于实现刑法的人权保障机能，但实际上，深入实务调查可以发现，应该根据案件的具体情况分析行为人是否有预见并避免结果发生的能力；单纯根据结果预见义务，不当地扩大了交通过失犯罪的成立范围。还如扒窃，

在就其是否应该不分数额大小一律入罪进行理论争议的同时，不妨深入到公安部门反扒窃一线，倾听他们的声音，分析实务中一律入罪或斟酌数额与其他情节有时不入罪的不同做法何者为妥。总之，对于长期采用规范与价值分析的刑法学，今后应重视采用实证研究的方法。

当前我国刑法学界已有部分学者在学术研究中使用实证方法，比如人格刑法论者深入监狱问卷调查、个别访谈、调取司法数据等，但真正意义上的实证研究还需推进。以北京大学实证法务研究所的刑法学者们的实证研究为例，这种实证研究主要限于对法院公布的案例或判决进行分析后再进行理论的归纳和总结，它是否属于真正的实证研究，还需质疑。实证研究指研究者亲自收集观察资料，为提出理论假设或检验理论假设而展开的研究，它具有鲜明的直接经验特征。如果仅仅通过公布的法规或案例数据所提供的“事实”，再进行归纳和总结，虽然其中不乏实证研究的特点，然而，这些“事实”并非经由研究者深入实践调查得来，而是经由间接经验得出，它们是从文本到文本的纸面上的实证，并非真正意义上的实证研究。只有走出书斋，深入实践考察调研之后再对事实予以分析、对材料予以归类，并由此进行妥当的推论并上升为学术理论，才是真正意义上的实证研究。

第四，刑法学研究基本局限于刑法学科内部，学科壁垒森严，与相关学科关系隔膜。

经由刑法学者倡导的刑事一体化理念深得整个刑事法学界的认可。遗憾的是，刑法学者至今在一体化的践行道路上还未起步，刑法学科自身壁垒森严，刑法学与其他邻近学科比如刑事诉讼法学、犯罪学、监狱学等的关系极为隔膜，类似于德国或我国台湾地区精通刑事实体法又精通程序法的学者基本没有，学术研究自此呈现出隔断化现象。

以刑法学与刑事诉讼法学的关系为例。分析刑法问题的刑法学者天然地局限于本学科领域内，使得问题或者不能深入或者方向有误或者结论片面。比如，在犯罪论问题上，主张三阶层的学者认为构成要件该当性、违法性与有责性是体系性的审查案件模式，它克服了平面体系重控诉轻辩护的缺点。然而，在刑事诉讼过程中，平面体系是否阻碍了辩方提出合法辩护事由而致事实难以认定？能否要求被告人对正当化事由承担一定的提供证据责任或者证明责任？没有分析刑事诉讼过程中平面体系的适用情况，没有深入考察其是否存在着不利于保护被告人辩护权等问题，得出上述结论似有仓促之嫌。又如，关于存疑时有利于被告原则的问题。仅停留在刑法学领域之内从刑法价值、条文规定等出发，就会得出有利于被告原则“不是一项普遍适用的刑事司法原则，将该原则扩大适用至刑法领域是错误的”这样极不妥当的结论；联系该原则是如何随着刑事诉讼法的发展进程而得以确立的，以及它所具有的程序与实体规则的双重特性，就会发现该原则可以在刑法领域内适当适用；它也并非仅能在事实存疑时适用，而是在事实与法律存疑时均可适用。再如，在个罪的适用上，对于醉驾犯罪，刑法学者固执于刑法学科内部，反反复复讨论刑法第13条但书可否适用于该罪。但无论得出何种结论，都无法破解醉驾犯罪作为类似于国外违警罪的立法类型与我国刑法第13条但书作为类似于国外重罪出罪条件之间的矛盾。如果转换视角，从刑事程序法的角度分析，我国醉驾犯罪仅凭血液酒精含量值单个证据定罪，鉴定意见的证明力似需质疑；借鉴国外诉讼程序的相关做法，可以尝试建构醉驾犯罪中被告人对鉴定人的对质权，以对抗国家权力机关可能发生的出入

人罪，确保控辩双方地位平等，从而通过程序法的保障最终实现罪刑法定原则处罚的妥当性。由此，不仅免去了可否适用第13条这一无谓的纠缠，而且更好地解决了实际问题。还如，对于如何实现量刑规范化，刑法学者尤为重视基准的设定，却忽视了程序法的重要作用，以至于量刑规范化演变成为量刑情节精密化。以未成年人犯罪缓刑适用为例，实践显示，庭审中公诉人很少提及是否适用缓刑，辩护人对此一般也不加辩论，法官对此只能庭外调查后方能确定，从而难以确保缓刑适用的公正性。如果将缓刑适用纳入法庭辩论之中，由控辩双方针对此问题进行辩论，就可在极大程度上保证法官准确适用缓刑；由此，通过程序法的保障，就可以充分实现量刑规范化。

在打破实体法与程序法的隔膜的同时，刑法学也应积极加强与犯罪学、监狱学等相邻学科的沟通，尽可能广泛吸收其他学科的方法和知识以推动刑法学的研究。

中国刑法学研究还存在其他问题，如刑法学研究跟风现象严重，研究中实用主义盛行，对于时代问题、热点案例、当下政策等反应积极，这样的研究虽然并非不需要，但当这类研究过多和过热时必然会影响刑法学自身基础理论的夯实；学术量化评价标准严重，学术评价体系尚需改进；犯罪论体系平面化与阶层化两大阵营的学者隔膜极深，双方未能打破成见，心平气和地就我国犯罪论体系是否需要变革等问题进行直接交流；刑法理论与实务脱节，真正能发挥理论对实务指导作用的学术成果为数尚少；刑法学术规范需要进一步建立，等等。但是，前述所及四个问题，应该说是所有问题中最突出的，因而也是最迫切需要刑法学者去克服的问题。未来中国刑法学的发展，应当在现有成就的基础上，总结过往，反思当下，扬长避短，以无愧于推动中国刑事法治进一步发展的使命。

中国刑法学的现状、传统与未来

车 浩（北京大学法学院副教授）

中国刑法学正面临着“古今中西之争”。所谓“古今中西之争”，是一种常见于人文社会科学领域的思考框架。其中有两层意思，一层说的是在时间维度上呈现出古今之争，另一层说的是在文化空间中表现为中西之争。前者能容纳中国古代的今古文之争、西哲施特劳斯提出的古今自由主义之争等等，后者可涵盖中体西用、全盘西化以及晚近的国际化与本土资源等诸多命题。这里使用古今中西这个框架，是想对发生在当下的中国刑法学界的一些重大理论争议，在宏观层面上提出一些反思性的观察。

第一个争议是犯罪论体系之争。围绕着维持现有的四要件理论还是推行三阶层体系，最近十年来，刑法学界开始了时间较为持久、火药味也较为浓烈的讨论。这其中的具体争议暂且不论，这里只想指出一点，很多学者在这个问题上自觉或不自觉地采用了一种“中西之争”的模式和立场，常常有意或无意地把四要件与三阶层之争，简化为中国刑法理论与外国刑法理论之争。其实，若承认四要件理论并非中国人原创，而是在基本结构上来自于苏俄的话，那么就会接受这样的结论：这场争论本质上是30年前接受了外国A理论的一些学者与30年后接受了外国B理论的另一一些学者之间的争论，这样看来，这不

是什么中西之争，而是发生在中国的外国刑法学理论之争。由于 A 理论与 B 理论在理论发展进化史上存在着先后之分，因此，这场争论其实是外国刑法学理论在中国战场上展开的“古今之争”。

第二个争论是形式解释论与实质解释论之争。在我看来，刑法保障人权与打击犯罪的价值权衡之间，彻底的形式解释论较为偏向前者，极端的实质解释论则更偏向后者。回顾历史，中国古代社会的统治者制定和执行刑律时的意识形态，显然不是限制权力、保障人权的观念，而是将刑律作为打击犯罪、维护社会秩序稳定的重要工具。相反，始终保持对司法权的不信任，极度地强调法律的形式明确性，保障被告人人权，这是自贝卡里亚以来的西方刑法理论的核心思想。这一点，即使在风险社会来临的今天，在一定程度上被软化甚至削弱，但其最高位阶的地位从未动摇。在这个意义上，形式解释论与实质解释论之争尽管是中国学界独有的命题，并且首先表现为解释方法之争，但影响解释者进行方法选择的，可能是其脑海中关于司法权和刑法任务的一些基本观念，而这些观念之争，本质上属于“中西之争”。

第三个争论是行为无价值与结果无价值之争。二者的主要区别在于，行为的特定方式以及行为人的主观状态，是否影响不法的判断。这个争议的原发地在德国，主战场在日本。上个世纪初期由德国学者提出的古典犯罪论体系中，不法阶段并没有主观要素，当时的主流是结果无价值；后来随着目的行为论兴起，行为无价值和结果无价值共同构成不法的观点在德国成为通说，从上个世纪 30 年代持续至今没有太大变化。与此相对，日本刑法学界在上个世纪 70 年代之前与德国同步，在不法判断中既考虑结果也考虑行为；但在 70 年代之后，不法判断中只坚持结果无价值的观点成为有力说；进入 21 世纪之后，随着风险社会等概念的提出，单一的结果无价值理论面临困境，行为无价值论又在日本重新抬头。回顾这段学术史会发现，行为无价值与结果无价值的争论，是在德日犯罪论体系内部展开的、处于不同时期的主流观点之间的争论。在这个意义上，它并不是像有些学者所描述的那样是“中西之争”，而是西方理论阵营内部的“古今之争”。

第四个争论目前虽然还没有大面积展开，但其重要性正在逐渐显现，这就是行为刑法与行为人刑法之争。从它的产生地来看，这是一个上个世纪上半叶首先在欧洲的古典旧派学者与新派学者之间发生的争论，也就是说，本来是属于西方刑法理论意义上的古今之争。但是正如今天一些学者所指出的，目前包括中国在内的很多国家都出现了犯罪浪潮上涨、刑不压罪、监禁率不断攀升但刑罚效用不断下降的困境，此外，恐怖主义和敌人刑法的问题也成为 21 世纪的重大议题，所有这些都让人感到，上个世纪上半叶新派学者所主张的行为人刑法的意义，在今天不但没有过时，反而以一种新的形态重新出现。最新的例子就是《刑法修正案（八）》关于老年人犯罪的规定，不是着眼于犯罪行为，而是着眼于行为人。至于司法实践中针对行为人的不同情形而适用宽严相济的刑事政策，更是屡见不鲜。

对各种理论纷争进行归纳，放置在古今中西之争的框架中加以考察，其意义不仅仅在于揭示知识之间的内在关联，凸显表面上看起来研究兴趣和对象迥异的各个刑法学者在刑法知识转型这一时代背景下的共同使命，更重要的是，通过考察各种争论的本质，有助于研究者在琐碎的争议中保持头脑的清明，从而减少无意义或误入歧途的论证。冯友

兰先生在《三松堂自序》中说过，“直到晚年，才发现有些问题搞错了，一直以为是中西之争的东西，原来其实是古今之争，是新旧之争。”今天刑法学界的争议现状，是否也存在这样的问题？例如，当犯罪论体系问题被定性为“中西之争”的时候，就会常常出现“不盲目追随西方而是坚持中国道路”这样具有深度内心确信的道德性表达，相反，如果淡化中西之争的前见，而将其视作学术理论在精细度、体系化的不同发展阶段的争论，这就成了一个“古今之争”的问题。

值得注意的是，无论是哪一种性质的争论，出发点都不能够脱离中国社会现实和中国刑法学理论发展的阶段。这是讨论一切问题的总根据，对这一点含糊，就会对争论的性质认识不清，就可能出现讨论越深入，越误入歧途的危险。例如，目前中国的司法现实，究竟是定罪技术过于精细甚至繁琐以至于教条化，还是过于粗糙、决断论色彩浓厚以至于实用主义盛行？对这一点的认识，涉及对犯罪论体系选择的看法。再如，目前刑事司法的弊端，究竟是过于僵硬地理解条文，夸大了被告的人权保障，以至于需要对形式主义纠偏，还是过于灵活地解释规范，滥用了打击犯罪的职能，以至于需要对实质主义纠偏？这涉及对形式解释论与实质解释论的选择。

总之，对社会现实和历史大势判断有误，南辕北辙的危险就难以避免。至于说，目前哪一种理论在学界或实务界属于通说，并不是什么重要的论证依据。因为如果没有现实的存在，就根本不会产生对现实的批判。要想回应改革现状者的质疑，再拿现状本身作为辩护武器，反而显示出说服力的羸弱。少数说与多数说的关系，从来就是此消彼长、变动不居的。这里更需要一种历史的眼光。在各种古今中西之争中，无论是厚古薄今还是厚今薄古，也无论是中体西用还是西体中用，都需要主张者立足中国理论现实和社会现实，放宽历史的视野，顺应理论发展的潮流和法治进步的趋势。

目前对中国刑法学传统的研究，受到两种看似定论但实为偏见的影晌和制约。一种观点认为，传统的中华法系早已崩溃，当前的刑法学理论完全属于西学，因而中国的刑法学传统应始于晚清变法修律、引入大陆法系学说之时。另一种观点主张，研究中国刑法学的发展，范围应当主要限定在建国以来尤其是1979年以来的状况。按照上述观点的理解，二十世纪以前的中国刑法问题，最多只是一种已经发生而且终结了的传统，是一个固定的批判或怀旧的对象，或者干脆就是可以束之高阁、静止的陈列品。这种对传统的理解，是把传统看作一种存在于过去某个时间段内的固定的现成之物。传统本身被认为可以切割成各个静止的小块，重要性按照时间序列来排列：与现实离得越远，对现实的意义越低。由此，在考虑中国法学向何处去以及刑法知识转型问题的时候，常常只需要检讨晚近三十年或者更早追溯到晚清就足够了。

但是，这样一种短视的、功利主义的传统观并不可取。最简单的道理是，最近发生的事情并不意味着就最重要。人可能对昨天的事情忘得彻底，但几十年前的记忆却可能影响一生。一个学科的传统也是如此：各种观点和思潮出现的时间点有先后，但回头看时，先出现的未必影响小，后出现的也未必影响大，以对现实的影响力而言，并不与时间序列成简单的正比关系。在历史的长河中，眼前的几十年可能只是一段很快就被遗忘的瞬间记忆。中国的刑法问题与文明伴生，几千年来未曾中断，因此，关于它的传统如同不可切割的流水，从秦汉流至当下，是一个永远处在制作之中没有定型的，永远向未来敞

开着无穷可能性的“尚未被规定的东西”。要想准确把握当代中国刑法学的基本面貌，要想预测未来刑法学的走向，视野不能仅仅限于晚近几十年，甚至不仅仅是晚清以来的100年，而应该一直回溯。因为“历史的规律性，有时在短时间尚不能看清，而须要在长时间内大开眼界，才看得出来”（黄仁宇：《万历十五年》，三联书店1997年版，第269页），所以，有必要在一种大历史观中放宽视界，重估中国刑法学的传统。这里有三点想法：

首先，传统本身的成分不是单一的。就整个中国思想的传统而言，从来不是由单一的或儒家或法家或道家的成分构成。刑法学传统也是如此。其中有中华法系的深远影响，留下了民国三十多年移植德日的痕迹，经历了新中国成立之后的以俄为师，中国刑法学的知识传统已经成为一个斑驳混杂、成分多元的复合体。既不能说是单一的律学，也不能说是自清末时移植而来的德日刑法学，同样不能说是1949年之后才开始发挥影响的苏俄刑法学，这里并没有一个一以贯之的、成分单一不变的刑法学传统。

其次，传统自身是一个过程。一个处在生成、定型、破裂与转化的永恒运动中的过程，一个流动于过去、现在、未来这整个时间性中的过程，而不是在过去就已经凝结成型的一种实体，因此，它不能由于论证的需要而被人为切割。传统乃是“尚未被规定的东西”，它永远处在制作之中，创造之中，永远向未来敞开着无穷的可能性或者说“可能世界”（甘阳：《古今中西之争》，三联书店2006年版，第53页）。在这个意义上，传统是现实也是未来。中国刑法学的传统，本身也正在流变更新之中。中国古代的律学也好，苏俄的四要件理论也好，德日等国的三阶层体系也好，包括晚近的各种讨论，都一直在我们目前的这个传统中演变、发展，本身都是传统的一部分，各种成分的比例和影响均在变化，共同决定着刑法学的面貌。

最后，传统是一个受制于诠释者和解读权的评价性问题。每一个学者对传统的理解可能会有不同的角度。在我眼中，中国刑法学传统包括思想与学术两个方面。

思想传统中有两条支流最为有力。一是数千年来始终在中国社会治理模式中占据支配性地位的法家思想；二是自晚清变法之后引入的法治理念。法家型法治和西方式法治的对峙，或隐或现地体现在当代中国法学研究和政法实践的各个领域。在刑法领域，往往表现为国家本位与个人本位、秩序优先与自由优先、打击犯罪优位与人权保障优位、重刑主义与刑罚轻缓化、道德补充与去道德化等多对范畴的对立。目前理论和实践中的很多争论，若一直追溯到最根本的价值立场上，既不是所谓的结果无价值与行为无价值，也不是形式刑法观与实质刑法观，这些都是中间的隔板，而不是最终那一道退无可退的墙壁。事实上，在刑法解释与适用过程中，（有意识或者无意识地）发挥支配性、终极性影响的东西，取决于法家思想与法治理念这两股思想观念在这个法律人（无论是学者还是实务人员）头脑中的纠缠、斗争和最终所占的比例份额（同样可能是时刻流变的）。纯粹、极端、彻底如一的法家主义者与法治主义者都是罕见的，但至少在某一刻、某一个案件或问题上，或者法家思想或者法治理念，在人的脑海中暂居着控制地位，支配着人们对问题的解决。

在学术传统方面，目前，源自西方的以概念塑造和体系建构为基本特征的法教义学是无可争议的主流（其实苏俄理论与德日理论都属于教义学的范畴，只不过前者浅显一

些)。但除此之外,我认为,中国古代的律学传统在今天并没有彻底消亡,而是仍然以一种特殊的方式顽强地存续。这不仅是因为律学与法教义学一样,具有从经学脱胎而来的共祖性,更重要的是,律学中以举例和具体规定而不是逻辑说理为主要解释方式的特点,不仅鲜明地表现在两高出台的司法解释和指导性案例中,而且在一些西方刑法教义学的逻辑演绎无法到达的地方,以经验总结的方式发挥着作用。刑法学中的很多问题,往往不能够依靠逻辑推演得出结论,此时便只能以案例组的、类型化的方式来举例说明。因此,如果不是以一种概念和逻辑的视角来评价律学,只要愿意转换评价角度,会对律学传统有新的认识。

这就是我对中国刑法学传统的理解。戴上这样一副眼镜,还会对当下中国刑法学的知识形态得出一些有趣的观察。例如,哪些研究成果是法家思想支配下的德日解释学,哪些研究是西方式法治理念+西方式教义学,哪些研究在思想层面的控制理念晦暗不明,哪些研究承袭了律学传统的经验总结和描述性的研究方式等等,都会收于眼底。正是由于每一个学者在不同时期的不同作品中,思想与学术中的成分和比例,常常会混杂变化且不断调整,中国刑法学的研究在整体上才成为一部各种成分斑驳混杂、相互纠缠、力量对比每时每刻都在发生流变的当代史。

关于未来中国刑法学研究的主流方向,无论怎样思考,恐怕都难以脱离社会变迁和时代更替的大背景。在20世纪上半叶的50年中,晚清变法修律,法制未稳而变动仍频(《大清现行刑律》、《大清新刑律》等颁布先后之间不过几年);民国时期更是烽火四起,动荡不已。朝纲更替和诸侯割据的时代背景,使得整个20世纪上半叶的刑法典废立频繁,既没有在时间上可长期适用的稳定性,也没有效力适用于各地的权威性和统一性。在这样的社会背景中,学者若致力于刑法条文的精雕细琢,无疑是刻舟求剑。当时的蔡枢衡之所以能在同期学者中脱颖而出,正是由于把主要精力投入在刑法思潮的研究,在宏观层面对整体性制度展开价值批判,可算是把准了社会脉象,弹出了那个时代的最强音。

但是,时移事易。20世纪下半叶的中国社会,经过了从1949年到1979年整整30年的折腾,从80年代起,开始进入了一个相对平稳的发展期。中国社会虽然仍存在各种矛盾甚至可能在某些情况下激化,但是从历史经验上看,经过60年左右的“建国适应期”,已从入口处的湍流冲荡进入逐渐开阔平稳的航道。“国家不幸诗家幸”,但是,对法律人而言,只有社会稳定,作为治国方略的法治才有可能。随着社会底线伦理的轮廓基本形成,公民的重大权利范围基本确定,1979年出台并于1997年大修后的刑法典,才可能成为并且事实上已经有效地成为维护中国社会秩序、保障公民权益的制度工具。从整体上看,中国社会在打击犯罪以及人权保障领域,已经开始进入一个以刑法典为中心、以刑法修正案、司法解释和指导性案例为补充手段进行社会治理和控制的“法典时代”。

这必然会影响到刑法学研究的重心倾斜。曾经在20世纪末期的70—90年代间非常盛行的立法论和批判性研究,当然仍有持续存在的价值,但已不太可能成为刑法学的中心议题。随着社会局势和刑法典的日趋稳定,随着知识形态上向大陆法系的复归,随着学界与司法实务界逐渐像德日等先进法治国家那样,以刑法典为沟通桥梁实现良性互动,刑法教义学和解释学在理论研究中的地位将会越来越重要。中国法院每年需处理70多万起

刑事案件，新型案件不断涌现，疑难问题急需理论支援，这些都是实践部门向学界发出的迫切呼唤。如果回避或搁置司法实践的呼唤，淡漠地应对社会舆论对重大疑难案件的关注，不能给出有针对性和解释力的观点和方案，对学者个人而言，失去的是在学术竞争中的发言权；对刑法学学科而言，将会整体性地失去引导和影响中国刑事法治变革的机会。

如何发展刑法教义学和解释学？他山之石可以攻玉，在刑法知识转型的过程中，也应当积极地引入和借鉴国外学说。但是，包括本人在内，目前学界的一些研究也开始出现过分依赖德日理论的端倪，由于观点的新颖与国外判例的积累，这类研究会在一时间内迅速受到学界和实务部门的认同。但是，长期来看，这种拿来主义很可能由于缺乏理论自我创新的根基，而在国外理论大面积引入，留学者越来越多之后，逐渐蜕变成一种比较刑法研究，从而失去其优势。更值得担忧的是，如果研究完全局限在国外已有的理论模型内部展开，往往只能依靠内部逻辑进行证明和推演，不仅存在与现行刑法具体规定衔接吃力的问题，而且缺乏进入整个中国社会现实的有效管道，使得研究者的价值立场与时代背景出现偏差时，根本无力纠偏甚至毫无察觉。

因此，在我看来，要想走出既有深厚的学术性又有中国根基的刑法理论之路，必须在学习、引进国外理论模型的同时，不断地从中国社会实践和中国法政传统中汲取思想养分。将宏观层面的思想养分，通过合适的理论管道，输送到具体条文和案件的解释之中。简单地说，就是将思想转化为解释力。将思想、价值、理念等等从宏观层面的、古今中西的天空中抓下来，通过中层的理论管道加以塑造，形成对具体问题的解释力量。一方面既要注重在源头上出思想，而且要出中国原创性的思想。这主要是通过对中国传统和实践的观察获取。另一方面，也要引进国外成熟的理论模型甚至逐渐由中国学者自己来锻造新的理论作为输送管道。否则，再好的思想，缺乏过河的桥梁，也难以到达彼岸。两者都具备了，才能够将思想和价值等东西输送到具体问题之中。我相信，朝着这样一种“将思想转化为解释力”的道路摸索下去，中国刑法学研究一定能够从旧有传统的接续中，逐渐发展出自己的特色和风格。

中国刑法学犯罪论体系之完善

阮齐林（中国政法大学刑事司法学院教授）

关于三阶层与四要件的犯罪论体系之争，不妨换个角度考虑，是继续维持犯罪概念特征论与犯罪构成论并立的二元体系？还是构建犯罪概念构成论合一体系？即使不接受三阶层体系，是否也有必要依托刑法第13条规定，把犯罪构成论纳入犯罪概念特征论之内展开，形成犯罪概念特征与犯罪构成合一的体系。

关于犯罪构成在犯罪概念特征论之外还是之内？存在二元体系和一元体系之别。翻开任意一本中国的刑法教科书，就会看到分别有“犯罪概念特征论”和“犯罪构成论”。在犯罪概念特征论中展开犯罪三个基本特征即社会危害性、刑事违法性、应受刑罚惩罚性；在犯罪构成论中展开犯罪构成四要件即犯罪客体、犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪

主体。翻开译介到中国的欧陆法系的刑法教科书，只有一个“犯罪概念要件论”即犯罪是该当构成要件、违法、有责的行为，行为成立犯罪需具备三要件即该当构成要件、违法、有责。中国教科书中犯罪概念特征论和犯罪构成论并立，是二元体系；与之相对，欧陆法系教科书中只有一个犯罪概念要件论，是一元体系。在二元体系中，犯罪构成论在犯罪概念特征论之外；而在一元体系中，犯罪构成论在犯罪概念特征论之内。

关于这个差异，有学者早已看出：“在资产阶级刑法学中，犯罪构成作为犯罪成立的一个要件被包含在犯罪概念之中，这种关系是一种整体与部分的关系。而在社会主义刑法学中，犯罪构成是独立于犯罪概念之外的但是以犯罪概念为基础的，这种关系是一种抽象与具体的关系”（马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第67页以下）。三要件论体系中犯罪论体系与犯罪概念是同化关系，犯罪基本特征与犯罪成立要件是同一的。“所以外国犯罪论体系认定犯罪只有一个规格，可以叫做犯罪成立三要件，也可以叫犯罪的三特征”，“这种统一的尺度对于维护法制的严肃性有着重要的意义”；我国犯罪理论中“犯罪的构成要件与犯罪的基本特征是相互独立的……这便在认定犯罪时确立了两套标准，容易导致混乱”；三要件论与犯罪概念特征论一体，所以是“一体论”，而四要件论在犯罪概念特征论之外，是“异体论”（参见姜伟：《犯罪构成比较研究》，《法学研究》1989年第5期）。

三阶层论的“构成要件”、四要件的“犯罪构成”虽然都源自“Tatbestand”，但含义显然不同。三阶层中构成要件只是犯罪三个要件之一，是狭义的，特指分则各本条确立之具体罪之特有（或特殊）要件。四要件论中犯罪构成则指犯罪的全部一般要件总和，是广义的，包含了犯罪全体要件的内容。

“Tatbestand”取狭义还是广义，取决于它在犯罪概念特征论之内还是之外。因为在犯罪概念之内只是犯罪（特征）要件之一，必然是狭义的；在犯罪概念特征之外独立作为犯罪成立要件的总和，势必是广义的。广义的犯罪构成概念，不会有良好的理论功能，也不会与犯罪的危害性、有责性要件形成阶层关系。

根据我国刑法第13条的规定，“……危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪”。据此，任何行为成立犯罪一般而言必须具备刑事违法性、社会危害性、有责性三个要件。

刑事违法性，指行为违反刑法或为刑法所禁止。在罪刑法定时代，这是犯罪的首要特征，体现于行为符合法定犯罪构成要件。构成要件，指刑法分则各条（刑罚法规）规定具体罪之特定要件。例如刑法第259条规定：“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，处三年以下有期徒刑或者拘役”，其中罪状描述之“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的”是第259条之破坏军婚罪构成要件。其中：（1）客观要件：与“现役军人的配偶”“同居或结婚”；（2）主观要件：对与“现役军人的配偶”“同居或结婚”客观要件具有“明知”。

构成要件（内容）一般可划分为客观要件和主观要件，前者包括身份、行为、行为对象、结果等要素；后者包括故意、过失、目的、动机等要素。对构成要件依据其他分类标准还可以划分为：记述性要件和规范性要件；积极的要件和消极的要件；成文的要件和不成文的要件等。

行为该当构成要件是成立犯罪的首要条件。例如甲与现役军人配偶乙结婚，符合刑法第259条之犯罪构成，即“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的”，表明该行为违反刑法，具有刑事违法性。如果行为没有违反刑法则不为罪，比如甲裸奔、乙吸毒、丙通奸、丁同性恋，对于甲乙丙丁的行为，查遍刑法典没有相应的构成要件，不能认定具有刑事违法性。

社会危害性指侵害刑法保护的利益。刑法第13条揭示了犯罪危害性的各方面表现：危害国家安全、公共安全、社会主义经济制度、人身权利、财产权利、社会秩序等。侵害的程度包括造成实际损害或者危险，这是犯罪的本质特征。行为没有危害性的，不能认为是犯罪。对于轻微有害行为可适用《治安管理处罚法》等行政法规制裁，因此犯罪应是具有较严重危害性的行为，“情节显著轻微危害不大的，”不认为是犯罪。行为符合构成要件通常具有社会危害性，但具有正当防卫、紧急避险、被害人同意等法定或酌定排除危害性事由的，不为罪。

有责性指行为人因其违反刑法、危害社会行为依法应受刑罚处罚。责任的本质是人应当对其违反刑法行为受到谴责。行为人有条件避免违法却选择违法，这种选择（意志）应当予以否定、责难，对行为人应当依法给予刑罚处罚。

责任要素包括刑事责任能力（刑事责任年龄和精神障碍者刑事责任能力）和刑事责任意思（故意、过失、意外事件、期待可能性）。构建犯罪论体系追求的目标是该体系能产出更优异的功能。犯罪概念要件合一至少产生两个变化：其一，构成要件成为犯罪概念之下的概念，产生理论的核心功能；其二，关于犯罪的重大观念如行为、构成要件该当性、社会危害性、刑事责任被一体把握，会产生良性互动效应。

在犯罪概念论之内作为成立犯罪要件之一的狭义的构成要件，特指刑法分则各条（刑罚法规）规定的具体犯罪的特有的构成要件，如“杀人”、“抢劫”、“虚开发票”、“传播性病”等，可以说刑法有多少条文规定多少个罪状罪名，就有多少个犯罪构成要件。这种构成要件：（1）用途特定，不再用于泛指所有的犯罪要件或要素，专门指称分则本条规定的（通过罪状描述的）犯罪行为类型，比如，引诱卖淫是犯罪行为，因为刑法第359条将其规定为犯罪即引诱卖淫罪，卖淫不是犯罪行为，因为刑法无明文规定。构成要件就特指刑法规定的这样一个一个犯罪行为类型，行为符合构成要件，就特指符合这样的犯罪行为类型。（2）内容特定，即把“危害”和“责任”这两个属于犯罪一般要件的内容剥离出去，只留下分则各条规定的特有的要件要素作为构成要件的内容。（3）赋予其独立的犯罪要件地位，形成构成要件、危害、责任三要件并立的格局。以这个特殊的构成要件概念为中心构建犯罪论体系，从而产生了诸多功能，包括：

1. 法制功能。行为具有构成要件符合性是犯罪成立首要条件，等于将刑事违法性作为犯罪成立首要条件，把罪刑法定原则落到实处，使刑法学中的犯罪真正成为法律意义上的犯罪概念。

2. 锚定功能。犯罪论中社会危害性、有责性、作为、不作为、结果、因果关系、故意、过失等一般要素，均围绕着构成要件展开。比如，构成要件故意就是对自己实施该当构成要件客观要素行为事实的明知，同一构成要件范围内事实认识错误不阻却（对危害结果的）故意；认定不真正不作为犯须具有相当性等。

3. 基准功能。犯罪行为的开始（着手）、实行、实行终了，犯罪既遂、未遂，正犯与共犯，一罪与数罪等，均是以构成要件为基准衡量、界定。比如：人实施的符合构成要件的行为，是实行行为；开始实施符合构成要件的行为，是犯罪的着手；人实施的行为完整实现了构成要件内容的，是犯罪既遂；已着手但未能完整实现构成要件内容的，是犯罪未遂；故意是对自己实施该当构成要件行为的明知；过失是对构成要件结果应当避免而没有避免；共同犯罪的分类：共同实施符合构成要件行为的，是共同正犯；参与共同犯罪但本人没有实施符合构成要件行为的，是共犯（帮助犯、教唆犯）；行为符合一个构成要件的，是一罪；符合数个构成要件的，是数罪（构成要件说）。

4. 使刑法解释论和司法适用（认定犯罪）成为一体。从刑法的解释角度，构成要件、危害、责任是犯罪的要件；从司法适用认定犯罪的角度（定罪论），人的行为符合构成要件、具有危害性、具备有责性，应当认定构成犯罪，并且使司法认定犯罪过程“立体化”或“阶层化”。行为符合构成要件是认定犯罪的首要前提，尔后是违法性实质审查，尔后是内心意思有责性的审查判断；由客观形式审查（构成要件符合性）到实质审查（危害性），再深入到主观意思的审查，呈现出由表及里、由外到内逐层深入的审查步骤。

5. 以构成要件为核心把犯罪论各部分联系为一个整体。构成要件是分则各刑罚法规规定的犯罪特有要件，是危害和责任评价的前提和对象，把罪刑法定原则与犯罪构成、刑法总则与分则、危害性和有责性评价连结到一起。在这个体系中，有关犯罪成立与否的全部内容均被纳入考虑，包括各犯罪的要素和排除犯罪的要素（如正当化事由）；排除危害事由既可以是法定的，也可以是超法规的。构成要件的基准功能不仅体现在犯罪成立论而且体现在犯罪形态论，即犯罪着手与既遂、正犯共犯分类、一罪数罪确立均以构成要件为基准。

犯罪的根本点在于危害和责任，因为一个行为之所以应当被当做犯罪处罚，根源在于该行为客观上真正危害社会（实质违法），主观上确实应当受到责难（有责）。刑法通过一个一个的条文将它们定型为一个一个的犯罪概念（构成要件）。在罪刑法定原则之下，只能处罚这些法律定型了的危害、有责行为。但是一方面，不能保证审查个案时符合法律定型（构成要件）就真正符合危害、有责的犯罪终极标准；另一方面，法律不可能穷尽规定（定型）无危害、无责任的情形，这也需要根据危害、有责的犯罪终极标准来权衡判断。犯罪概念构成一体论中，犯罪的危害、有责的实质评价与构成要件评价相互影响、相互促进，将会促进构成要件解释论和犯罪本质、刑事责任理论的发展。

构成要件符合性判断是危害性、有责性的法律定型的判断，在此基础上叠加一层具体、实质的危害性、有责性判断，形成立体或阶层递进式评价模式，较为周密。阶层递进判断不仅是判断有序，而且有判断逐层深入具体的意味。

在刑法第13条犯罪概念特征论之外，另建立犯罪构成论作为犯罪成立一般规格或要件总和，这种二元体系存在以下三点不足：（1）在理论体系上没有确立起一个概念发挥如同狭义构成要件概念那样的理论功能。犯罪概念要件一元体系中，构成要件从罪刑法定原则、犯罪的危害性、有责性要件、故意的认知内容、犯罪的着手、实行、既遂、共同犯罪成立与分类、罪数标准直至分则各条罪状的内容，皆有发挥核心作用。二元体系

缺失这样的核心概念。论及犯罪构成重要性，学界曾经流行“犯罪构成是犯罪论核心”的说法。其实，犯罪论中能有一个构成要件这样的概念真正成为犯罪论的核心概念，对犯罪论完善才是最为重要的。(2) 危害性评价与构成要件评价分离，犯罪社会危害性观念以及危害观念在解释构成要件方面的作用不能充分发挥。(3) 归责评价（罪过）与归责要素（故意、过失、责任能力、责任年龄）分离，责任观念在解释责任要素方面的作用不能充分发挥。

刑事政策研究的理论自觉

孙万怀（华东政法大学教授）

曾有刑事法学界的长者在会议中提出这样意味深长的问题：“世界上有哪个国家对于刑事政策的重视能与中国相比？”的确，当今中国的现实是：就实践而言，刑事立法和刑事司法大多以特定的刑事政策为圭臬；就理论研究而言，关于刑事政策研究的文章汗牛充栋。甚至有学者认为，“中国的刑事政策研究渐渐形成了燎原之势，如今更是达到了巅峰状态，大有超越洋人之势”（卢建平主编：《中国刑事政策研究综述》，中国检察出版社2009年版，第4页）。但与此同时，不能否认的是：一方面，实务中对刑事政策的研究大多来源于或依据于文件、会议纪要、报告甚至领导讲话，缺乏一种具有独立性的、应然性的政策思考；另一方面，理论中蔚为壮观的刑事政策研究尽管个别较为深入，但没有形成有效的交锋并向纵深发展，导致大量研究在原有水平上重复或追随现实政策改变而亦步亦趋。具体来说，刑事政策研究中存在的问题主要表现在：

第一，刑事政策研究中基础概念的模糊致使研究的范围缺乏确定性和一致性。

刑事政策的概念与范围是刑事政策研究中最基础的问题，但对其探讨长期以来存在着一个奇怪的现象：首先，刑事政策的概念因具有多层次性而显得支离破碎。什么是刑事政策？学者们的归纳大相径庭，“至今几乎所有关于刑事政策的著述，找不到两个完全相同的刑事政策定义”（储槐植：《刑事政策：犯罪学的重点研究对象和司法实践的基本指导思想》，《福建公安高等专科学校学报》1999年第5期）；“有多少个刑事政策研究者大概就有多少种刑事政策概念”（曲新久：《刑事政策的权力分析》，中国政法大学出版社2002年版，第34页）。在我国长期以来习惯于概念统一的模式中，刑事政策的概念和范围因为缺乏一个清晰的标准而导致研究日渐式微，这本身就是不正常的。其次，对刑事政策概念的归纳虽然呈现出杂陈样态，但总体上似乎并非无规可循，况且支离破碎的各种概念——无论是广义的还是狭义的——现实中不仅没有引起多少混乱，反而让大家习以为常。于是，概念的分歧似乎变成了一个没有意义的问题，莫衷一是的前提也没有影响研究主题之间的和睦。尽管有些学者对此提出了质疑，但并没有掀起多少涟漪和回响。由此导致的结果是，争议的销声匿迹使得理论的发展停滞，和睦的产生致使落伍的观念仍然大行其道。

刑事政策是一个体系，如何对待犯罪既是一个具体司法适用的问题，也是一个综合治理的问题。只不过因为每个人的研究是在其修习的专业领域内进行的，所以刑事政策的

内容必然有一个具体的出发点。在论述一个具体规范的时候，只能依据研究领域来确定其基础定义。认识到这一点，才便于将刑事政策在该领域的定位、作用界定清楚，从而为研究的深入打下基础，而不能弃之不顾。

在研究中也有个别学者对这一乱象进行了反思，并且以狭义概念作为论断基础，但是并没有产生实质影响（多因各自为战，缺乏集中关注和深究的环境）。于今而言，我国刑事政策学的研究基本上是由刑事法学者结合刑事法理论展开的，这决定了应当将研究范围限定在刑事法治专业槽的范围内。学者们的研究结论虽然不尽一致甚或南辕北辙，但一个共识性的平台是必须承认的，否则就有失学说存在的确定性和规范性。这种共识大体可以归纳为：其一，刑事政策研究必须以法学为论域来进行，而非在犯罪学、政治学甚至社会学意义上进行；其二，必须承认法具有独立于政策的价值，这是法治社会的基本要求；其三，应当承认刑法的制定是以公意为要求的，承认法的安定性、合目的性与正义的存在，而且安定性的要求应当是第一位的。

第二，刑事法治过程被当作刑事政策的作用过程，理论的解读性特征明显。

由于在传统的刑事政策研究中，在政策与法律的博弈过程中，政策总是占据上风，立法成为政策的现实化体现，所以刑法也自然和政策形成了一种竞合关系。这种惯性至今仍未被阻遏，也没有进行深刻的反思。例如，学者们普遍认为：“刑事政策的分系统是指刑事惩罚政策和社会预防政策。刑事惩罚政策是指国家机关运用刑事法律与违法犯罪作斗争的一切手段、方法和措施，包括刑事立法政策、刑事司法政策和刑事执行政策。刑事立法政策是指在刑事立法中的策略、方针和原则，是刑事立法的灵魂。刑事司法政策是指导刑事司法实践的具体指导思想和策略原则。刑事执行政策是指导刑事执行实践的具体指导思想和策略原则”（严励：《广义刑事政策视角下的刑事政策横向解构分析》，《北方法学》2011年第3期）。“刑事政策不仅包括刑事立法政策，还包括刑事司法政策、刑事执行政策和刑事社会政策”（刘仁文：《论刑事政策的概念与范围》，《中国人民公安大学学报》2005年第1期）。“在国际化、全球化的21世纪，借鉴、移植现代法治国家先进的刑法制度，确认和内化国际刑法体系的罪刑规范与刑法制度，使我国刑法与法治先进国家的刑法以及国际刑法接轨，应当成为我国刑事立法政策考量的重点”（梁根林：《刑事政策：立场与范畴》，法律出版社2000年版，第261页以下）。刑事法学界达成了一种理论共识：刑事政策的价值不仅体现在刑法适用过程中，更体现在整个立法过程中。问题在于上述理论共识实际上是法治前时代的一种共识。但是，在强大的思维惯性面前，没有被很好地反思。

“我国的刑事政策学与大陆法系国家的刑事政策学相比较，在内容上存在重大差别。这主要是因为政策这个词，在我国政治生活中广泛使用，并通常是指党的政策。这种政策往往是指政党为实现一定历史时期的路线和任务而规定的行动准则。而我国当前的刑事政策学基本上就是对这些现存的刑事政策的注释与解说。在这种情况下，所谓刑事政策学充其量不过是现行刑事政策之解释，而不能成其为一门独立的理论学科”（陈兴良：《刑法的人性基础》，中国方正出版社1996年版，第373页）。这样的看法虽然是早期的，但由于当前对理论研究基础的忽视，仍显得非常有见地。不仅于此，也有一些年轻学者在著述中表达了类似的想法，但整体而言，由于追求依法治国的过程中，支撑政策的背

景和构造发生变化，传统逻辑沿袭的概念在现实中只会是歧路亡羊，渐行渐远。所延续的常规的政策范围的划定并没有撑起一个新的学科，而是为非法治因素的卷土重来所利用。

长期以来，我国一系列刑事政策的运作过程几乎如出一辙，重复着同样的路，而学术研究总体上也在循环中往复。于今，尽管法治基础得到了巩固，法治的水平也提高了，但仔细分析可以发现，随着宽严相济的刑事政策经历了从司法走向立法进而逐步贯彻到刑事的各个领域的过程，依稀给我们似曾相识的感觉——最初的“严打”政策就是一个僭越立法的政策。

在2006年中国共产党第十六届六中全会《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中首次提出宽严相济政策的时候，是被作为司法政策来对待的，而且司法实践中一直以此为圭臬。从最高人民法院2010年2月发布的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中的“依法”要求，也说明了该政策的司法内涵。然而，由于刑事政策的基础概念没有被很好地厘定，加之学术研究长期以来呈现出被动解读现实的倾向，学界普遍认为宽严相济是一个整体性的政策。而缺乏学术严谨性的领导讲话又被视为政策的标杆，于是，在传统政策思维惯性的支配之下，宽严相济的刑事司法政策开始渐渐蜕变为整个国家刑事法治的指南。相应地，这一政策成为指导现实立法的依据和说明立法合理性的依据。《刑法修正案（八）》草案说明以及修正案本身就是一个典型例证。从形式上看，这似乎有利于政策的一体化和指导的一体化，实质上却使得政策与法律的关系又一次失衡。而理论不仅没有进行有效的警示，反而有助推之势。

第三，现实中的改进是自发的，需要理论自觉，更亟待理论与实践的相反相成。

反思建国以来刑法与刑事政策的定位，可以看到刑事政策研究还停留在一个散在的阶段，但法治发展过程中，现实在尝试完成自发性的转变，有时实践的自我修复甚至超越了理论的发展，只不过现实的前进更多因自发而易产生徘徊。

中国正在建构法治社会，这既是一个剧烈转型的过程，又是一个重新审视政策和法律关系的过程。政策凌驾于法律之上的年代已若明日黄花，然而，理论的庇护所似乎在风雨飘摇中仍岿然不动。当我们仍然抱残守缺的时候，当我们还固守过去的理论基座的时候，旧的政策思维可以继续披着正当性的外衣出没于法律的街头巷尾。在我们仍习惯于对法律的实质做出习惯性解释的时候，对政策的研究必然难以跳出以前的窠臼。

现实的发展已经证明了政策的权威性与规范的权威性是近乎于此消彼长的关系。从当代刑法学研究的进路来看，刑事法治的价值在于保障人权，而权力基于维护自身秩序的需要，必然致力于对犯罪进行最为有效的控制。由于与法律的价值目标存在着分离的倾向，刑事政策的发展与刑法的发展也必然体现为博弈和消长的过程。譬如，在某些特殊时期，当政策的力量被发挥到极致的时候，法制就名存实亡，法律及其对权力的制约特征就完全被否定，刑事法规完全演变为一种斗争的手段。尽管刑罚不可或缺甚至被极度强化，但是其实质已经脱离了刑法的初衷。“刑事政策与刑法的关系是一种复杂的关系，这是各国的通例。然而这种关系在中国表现的尤为复杂，也尤为紧张”（卢建平主编：《中国刑事政策研究综述》，中国检察出版社2009年版，第13页）。这也注定了刑事政策学研究的一个重心就是审视刑事政策和刑事法制的关系问题。

在1997年刑法以前,由于罪刑法定原则并未被立法承认,合法性的问题或者说违法性的问题并没有作为刑法中最为重要的问题为理论界所重视。刑事司法乃至刑事立法一度被看作是政策的运用过程。1979年刑法生效之后,随着“严打”刑事政策的逐步推开,不仅在司法领域贯彻,刑法立法也开始贯穿这一思想,这在早期的单行刑法(如《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》、《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》等)中有淋漓尽致的体现。此时,虽然法典化的脚步已经迈开,但政策与法律的关系尚未理清,理论也缺乏前瞻性,法律的制定和实施仍然深深浸淫在政策之中。政策有时甚至可以替代法律,在更多的时候,理论上认为政策和法律在某种意义上是一体的——法律行为是政策的体现,政策是法律行为的指导。现在此看法仍然较为普遍。

但这并不意味着现实没有进步,随着刑事政策学研究的深入,学者们普遍对“严打”政策存在的问题进行质疑和反思,不仅撰文而且在多种场合进行抨击和反思,这客观上推动了政策的自我反省。实际上,在“严打”后期,“依法”严打成为基本的要求,这是对“改法”严打的政策错误的一种自发纠正,藉此实践完成了“严打”政策从整体的政策向单纯的刑事司法政策的回归。但是刑事政策学的研究并未就此形成理论自觉,没有对刑事政策与刑事法制的关系进行及时的总结和深化,而是专注于对新的政策正当化的解读。在失去了批判的对象后,不经意间忽略了批判武器的更新。

第四,另一种理论风险——刑事政策与法治化的结合。

在刑事法治领域,现实风险的产生是因为刑事法治活动被逐渐收编到政策的旗帜之下。譬如,对于《刑法修正案(八)》,甚至许多观点将其特点归结为凸显刑事立法的刑事政策化。认为刑事政策的政治性、灵活性和易变性较强,不具备法的规范性、统一性和稳定性,不适当地过分强调刑事政策在刑事司法实践中的作用,虽然有可能获得一时一地能动司法之功效,但是从长远计则不利于法治国家的建设。刑法是刑事政策不可逾越的藩篱。将行之有效的刑事政策内容上升为刑事立法、直接体现在刑法条文之中,有利于发挥法的规范性、统一性和稳定性作用,将有利于推动刑事法治的历史进程。这些看法可以被归结为“刑事法治政策化”。

据此,立法的制定被界定为刑事政策贯彻的结果。现实的许多研究确实也是由此推演的,研究成果普遍认为刑法中从宽的规定都是以宽济严的体现,从严的规定都是以严济宽的体现。由此,所有的法律规定都可以说是刑事政策的表达,制定法律的根据也就可以被归结为刑事政策,令人感到匪夷所思。这样的结果是,权力与人权保障之间的对抗性似乎消弭无形,刑法的人权保障功能与防卫社会功能似乎就再也没有冲突了。权力的标准似乎成为普适性的标准。逻辑关系被倒错——政策具备了法律的安定性和正当性,法律则具备了政策的主动性和功利性。

法律与政策合体的解读方式实际上是一种倒退,这种倒退的结果就是刑事立法对政策的过度回应。实际上早在“严打”时期,理论界就关注到了政策的主导对法律的安定性带来的风险和倾向,力图寻找一个折衷的合适的限定,在防止政策违背罪刑法定原则、违背法治原则的同时,又可以发挥政策的主动性,于是另外一个概念——“刑事政策法治化”应运而生。在2003年12月北京大学法学院举行的“刑事政策与刑事一体化”学术论坛上,刑事政策法治化的问题就成为一个焦点话题。陈兴良教授认为我国的刑事政策

法治化已成为一个必须选择。近几年来，随着刑法不断修正引发的认识分歧，刑事政策法治化的问题被不断重提，并且认为刑事政策法治化是依法治国的必然要求，应把刑事政策限定在刑法的框架内，推动刑事政策法治化，促进刑事政策内容和形式的合法化。这样的结论看似将政策规范化了，有利于防止政策过度扩张，实则隐含着另一种风险——一旦处置不当将导致政策入法，产生与“刑事法治政策化”同样的后果：刑事立法中充斥着政策的身影。这种回应性虽然具有一定的合理性，出发点也不无道理，但如果刑事立法过度地关注政策，就会表现为一种泛法治主义的现实立法。

笔者认为，应当对刑事政策与刑事法制的关系进行反思，应该正视法律与政策之间的紧张关系，做出理性的选择，而不是试图弥补两者之间的差别，进而取消某一方的独立存在。刑事政策正是因为主动性、灵活性、便捷性才具有存在的价值，法律则是因为安定性、被动性、克制性才彰显其特点。所以，无论是“刑事法治政策化”还是“刑事政策法治化”都不可行，刑事政策遵循合法性要求是必须的，尤其是在刑事司法领域，政策是难以法治化的，合法性要求才是最有力的规则约束。

我国社会在相当长的一个时期仍处于社会主义初级阶段，这就决定了处于不断发展之中的现行刑法也需要不断完善、不断周延，刑法具有明显的过渡性特征，稳定的因素被削减也是正常的，但并不意味着这可以成为刑事政策法治化的依据。二者并不具有因果性，法律的变革是基于社会关系正当性的内在需求，而内在需求并不必然等同于政策需求，尽管有时内在需求和政策需求存在吻合。法律不应成为权力主导的政策直接作用的结果。

总体而言，我国当前的刑事法治打上了深刻的政策烙印，刑事政策学的研究成果十分丰富，研究的方向和内容也精彩纷呈，其中不乏一些力作和有洞察力的观点。但于此同时也应看到，由于习惯于追随政策的步调，缺乏独立的体系和主旨，介入的门槛比较低，所以成果参差不齐，研究方法大多比较陈旧。相对于刑事法学研究的现状进行分析，因为缺乏基础样本的共同性和针对犯罪问题的直接性，尽管刑事政策学的研究成果众多，但显得比较散在，如何做到从政策中突围和在理论中自觉是每一个研究者应当思考的问题。

为重构刑罚学说寻求新方法

王利荣（西南政法大学法学院教授）

犯罪与刑罚是刑法理论的两大基本问题，犯罪论与刑罚论的发展轨迹却呈现巨大差异。打开任何一本刑法教科书，论及犯罪基本标准、防卫避险过当、未完成形态及共犯等形态下犯罪特殊标准的篇幅，占有绝对的分量，而且定型犯罪的理论板块间关联紧密。由于背靠学说体系，与之并行的问题性思考的结论不断得到学界充实和补正，犯罪论经刑法学人的共同努力趋于精细。相比之下，刑法教科书只是简要介绍刑罚根据、刑罚结构与类型、量刑与行刑基本规则。与之并行的研究长期陷入报应与预防的巨大漩涡，近年对刑罚结构与类型的合理调整的话题走到了超法规的层面，刑事执行学说更是自立门户，真正对接定罪的研究多半剩下对照文本讨论若干法定情节的适用，而且由于缺乏体系性关联，有价值的片断性的量刑研究呈现“孤岛效应”。对此，马克昌教授的评价是：

刑罚论不像犯罪论那样学说林立、理论深邃。另有批评更是直接：“中国刑法理论中，犯罪论与刑罚论发展不平衡，犯罪论呈‘金鸡独立’式，刑罚论相对薄弱”（蒋熙辉：《权利发展与刑法改革》，《法制与社会发展》2005年第5期）。审判专家的看法与之相似：“长期以来刑罚基本理论研究一直是刑法学研究的薄弱环节”（刘家琛：《当代刑罚价值研究》序言，法律出版社2003年版，第1页）。更准确地说，刑罚论体系有所分离也许是假性薄弱，因为围绕刑罚结构调整的政策研究和刑事执行学说另有天地；刑罚论的薄弱也不首先是教义学说不够厚实，因为犯罪论与刑罚论共守的是一套基本价值；而是判罚规则模糊，量刑理论不成体系。

近年来，犯罪论与刑罚论愈强愈弱现象还在加剧。一方面，刑法学界围绕结果无价值与行为无价值、形式解释与实质解释展开的思想交锋，促使规范思维归入教义学说；围绕犯罪四要件说和三阶层说展开的争辩，还在不断严谨犯罪论逻辑构造。另一方面，司法部门将量刑学说连同刑法学术群体一并撇开，自行制订、试行量刑实体性指南。这虽不说明司法选择就是正确的，却暴露出量刑理论研究严重滞后。值得关注的是，即便在学界批评和质疑量刑指导意见的声音中，合理判罚的理论方案仍然不够清晰。

刑罚论的薄弱不宜简单归结为我国刑法学者对犯罪论的偏爱，因为定性犯罪和确定犯罪法律后果同等重要是不言自明的道理。目前活跃在规范刑法学领域的学者中，周光权教授很早就关注法定刑配置和量刑基准的构建。他主要采取司法对策分析方法，探讨量刑规律。张明楷教授近年也开始关注量刑基准、加重构成与量刑规则的关系等问题的研究，他遵循规范思维路数，旨在厘正报应与预防关系，廓清定罪与量刑界限。而且后者以精细字义为由否定了前者使用的（目前理论和实践通用的）量刑基准概念。公允地说，以上理论拨正并非实质观念之争，而是方法运用上存在差别。因为前者谈及对应犯罪事实的刑罚常量，是试图破解罪量与刑量均衡的难题。后者在厘正概念基础上将讨论拉回原则层面，话题至多延展到对情节的定性分析，这反而会削弱量刑的实践面向。毕竟经细致梳理刑罚正当性的学说演化，鉴于德日国家刑法修成的正果，以责任（报应）为基础顾及犯罪人再社会化的原则立场，容易达成共识，当下最需要的还是沉入实践，为相关度量模型的建立与评估提供理论基础。

于是一个更值得关注的问题浮现出来：刑罚论的薄弱是否暴露出规范思维分析方法的不足？如果结论是肯定的，那么采取何种方法才能真正沉到量刑理论的应用层面？

量刑性质不同于定罪性质，量刑方法当然不同于定罪方法。换言之，即便一套贯通教义的逻辑体系足够透彻解说什么是犯罪，也不表明它就胜任合理量刑的基本需求。

首先，如果说定罪是按照犯罪模型抽象定性行为，属规范思维范畴，那么接续定罪而回溯具体犯罪形态和展开关联因素求得的宣告刑，如同德国学者恩吉施喻裁量条款于“法律者的法”（〔德〕卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第137页以下），是经验思维的产物。既然判罚者逐步还原那些因定罪归纳而省略的细节，才不致遗漏或者重复评价与可罚行为相关联的事实，研究者理应随其回到司法场景，把脉判罚状态，细致总结情节适用的规则。

其次，当下驻足于刑罚领域的学者大多拥有犯罪学、刑事政策学研究背景。白建军教授的《罪刑均衡实证研究》、张小虎教授的《刑罚论的比较与建构》等著述，已经产生相

当的影响力。王恩海、姜涛等人的博士论文也主要从政策学角度切入量刑研究。从客观上看,无论基于什么缘故展开量刑话题,这些学者拥有刑事政策学、法社会学意识,他们相对规范思维更为发散的思维,促使其采用综合分析方法展开具体罪刑关系的讨论,同时敏锐觉察舆论、政府意愿、公众情绪与判罚的复杂影响,细致分析对策。在他们看来,理论讨论的问题是从事实中生长出来的问题,并非概念推演,因而受体系性约束的程度较小。这在定罪问题上犯忌的。进入一个须予认真算计又难以有精密标准的领域,一个尚未完成体系建构的司法阶段,抓住那些关键环节逐一求证方案,却是连结孤岛形成主脉的重要步骤。

须予说明的是,与政策导向相反,经验分析原理是由观察分析得出结论,强调现实的度量是思维的基础,因而更具田野气息或者说临床性质。前文提到的司法对策分析,由于从深入法官思维层面探讨对策,当属经验思维;白建军教授对国内十余万个刑事判决样本的研究,运用的是经验实证方法;近年有学者力主以“类型化归纳”弥补概念分析之不足,论者所谓接近性描述实质是基于生活、社会和司法经验的描述,而且可以肯定,类型化思考在量刑阶段更具运用前景(杜宇:《再论刑法上之“类型化”思维——一种基于“方法论”的扩展性思考》,《法制与社会发展》2005年第6期)。此外,目前量刑著述中有一部分出自实务专家之手,比如蒋明《量刑情节研究》、汤建国《量刑均衡方法》、朱平《量刑规则实证分析》等,他们在说明选题时几乎都提到量刑理论乏力的问题,言语间透出一丝自信在于他们相对熟悉司法规律。这里且不论其研究进展,这种现象至少说明:只要展开量刑的话题,经验始终在场。

再次,量刑须有三个关键步骤:一般犯罪形态对应的刑量、应否提取和甄别情节性质、情节影响刑罚的作用力度。这些答案都不能从规范中推导出来,却可以获知于法律人能运用法律规则的活动。对在大幅度或多层级的法定刑空间求证宣告刑,立法指导是弱意义的,经验约定对应常见犯罪形态的刑罚常量(量刑基准),更能服务于实现相似情形下此罪与彼罪刑罚的均衡,并形成情节适用的基点。情节对常量的调整具有个案性,因而具有经验性。情节应否提取不仅背靠以往经验结论,还须置于个案判断,亦具经验性。

有意思的是,尽管在经验的世界,罪刑均衡难以精密言说和裁量带有主观色彩,在程序控制之下,经验贯通原则和定型技术规则,却并未令判罚难以预测。相反,刑法架构由此整体改观。一个实例是,在德国,由于重视对刑种适用和刑量分配的经验总结,量刑法名义上属于实体刑法,理论上却发育成相当独立的法律部门([德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,王世洲译,法律出版社2005年版,第6页)。理论与实践的良性互动结出了规范之果。循着判罚过程,发现、整合司法创见,还会整体改观理论格局。另一实例是,在美国,量刑理论强调通过数据和实例发现量刑规律,总结和验证规则,它紧随行刑理论走出规范刑法学,归入刑事司法学说体系。

可见,无论是根据量刑规律,考量德美等法治国家量刑理论发展归宿,还是就目前研究群体的知识背景判断,本着刑法原则,运用经验分析方法,更能在往返规范与事实中发现个案的法律,同时增厚刑罚理论。

量刑经验是司法群体在特定历史条件下经长期刑事审判实践形成的专业知识和实践智慧。由于经验的有效性、简约性和可检验性,刑法学界无人否定其重要作用。只是,当

学说化成叙事性分析,经验隐于判决书中;经叙事性分析抽象原理,经验隐于学说深处。因此在部分学人潜意识中,经验只是表层化知识和零散技艺,经验之作只是对判罚的复写,至多算匠人之作。事实上,经验论本身是重要的哲学范畴,在刑法价值基石上,经验性知识的条理化建构起量刑学说。

在量刑领域,经验分析方法主要指类型化归纳与定量模型的结合。它的三个面向是:借重于类型化思考有序评价个案事实;运用定量建构模型,形成常见犯罪刑罚常量及变化曲线,指导量刑;研判典型案例,整合司法创见,形成量刑规则。

首先,延展、深化量刑原则涵义,准确归类不同事实和解释其适用根据,受益于类型化思考的深入。因为归类必然引出以下悬案:(1)累犯的从重处罚根据一直被认为是其人身危险性程度更大,这明显与责任原则相冲突。曾受制裁的人此次犯罪决意更大,才是从重处罚的正当根据。(2)量刑通说中,被害人挑衅一向被视为用刑宽恕的理由,将其驳正为轻罚犯罪人的正当事由,能够突破旧有学理(魏汉涛:《挑衅原则及其给我国的启示》,《法商研究》2011年第3期)。(3)将报复证人、威胁被害人的行为归属预防情节,从重处罚缺乏根据,视其为经主行为吸收的责任性情节,即收理论补白之效。

遵循认识规律排序量刑事实,形成法律评价阶梯,也受益于类型化归纳方法的运用。按照认识规律,量化评价事实应由一般到特殊、由客观到主观、由行为到行为人因素,因而从复杂案件事实中分离和归纳这些事实,是有序评价的基础。同时这种归纳方法保留了事实的影像,便于司法甄别与选择,因而能够避免重复或遗漏评价事实。

其次,针对结果犯、行为犯和危险犯等类型确定刑罚常量,借重的是经验估量和统计方法。与严格的经验实证主义不同,确定某一犯罪常用刑量只能是经验估值,尽管没人说得清楚强奸罪常用刑量是五年而非五年零一天,它处于法定刑中间值偏轻位置且经得起均衡的拷问,即为司法长期沿用。在省市级法院管辖内同罪名在同一法定刑幅度内的判罚数据中,取众数确定行为犯或危险犯的常用刑量,或者根据结果程度取众数确定呈阶梯分布的常见刑量,同样具有可行性,这种历史约定可以避免无由编造。而且就犯罪配刑而言,轻重相举是最有效的推理图式。如果常用犯罪常用刑量有所确立,以不同罪名法定刑空间重合为由,从某犯罪常用刑量等推导同类客体罪名的常用刑量,甚至推导不同类客体犯罪附加情节适用的应然刑量,符合量刑规律。这里,受益于统计方法与类比推理方法的结合,刑罚界域因规则体系性覆盖而变得清晰。

再次,裁量情节的作用力度带有主观性。因此量刑精确制导的理论主张不现实也不可行。提供案例指导,贴近个案实践,全面细致揭示判罚信度不高的深层原因,同时借重于控辩质证、判罚说理等程序控制,定格和放大判罚难以说理的节点,最终能够促使法官谨言慎行。近年来,在行为人是否判处死刑立即执行、判处无期还是有期徒刑、是否缓刑等敏感问题上,诸如许霆案、药家鑫案以及职务犯罪案件的判罚,频发社会批评。但如果程序排除了个人作祟,法官言之成理,他们基于内心确信的判罚,应当受到尊重。

经验理性具有甄别实践做法、提炼和加工规则的特质,因而区别于“以吏为师”,它不仅承担清理司法潜规则的任务,还是政策导向和检测实证成果的工具。

首先,展开自变量和因变量真实连结,解读经验。现实表明,只要没有说理压力,判罚压制的特性盖过理性表达,以责任决定刑罚上限的原则极易沦为重刑理由,近年一些

招致普遍批评的用刑过重的案例就是按数额抽屉式量刑的结果。我国法官不缺乏衡情度理的意识，随着那些被规范思维竭力隔离的关联与动机、结果、赔偿情节一同涌入量刑阶段，判罚可能暗藏偏好和随意。透过一系列有组织犯罪案件的处罚，为避免甄别财产性质的麻烦，法庭超出罪刑均衡要求判处巨额罚金或没收全部财产的弊端，一并显现出来。值得注意的是，即使是在法律明确要求判罚说理之后，老道的法律人仍可能剑走偏锋，即编织理由潜行于制定法之外。对此，刑法理论越是贴近司法索要判罚理由，以上问题就暴露得越充分；量刑思维越是细致，就越能跳出靠惯性或粗识判罚的套路。

其次，理性审视量刑改革方向和立法缺陷。近年，像李洁教授那样以“有多少个案就有多少情节”为由质疑规范量刑取向的文章不多见（李洁：《论量刑规范化应当缓行——以我国现行刑法立法模式为前提的研究》，《吉林大学社会科学学报》2011年第1期）。尽管量刑文本在清晰步骤方面取得进展，以《量刑指导意见（试行）》作为量刑改革重大举措，却带来了经验源流被截断的巨大风险，而且硬性量化情节作用不当限制法官裁量权，背离了量刑规律。至于《刑法修正案（八）》通过限制减轻力度限制裁量权，也缺乏说服力，毕竟允许法官运用情节免刑、缓刑，没有理由限制其越等减罚。为此，如何将量刑文本拉回经验记载的层面，将具体判罚拉回合理的心理价位，双双考验着法官的智慧和理论回应的能力。

再次，凭借经验避免低级错误，挤出数据统计和调查分析中的水分。目前无论采取加权平均测评法、指数确定法，还是积分量化法，我国刑罚领域的定量模型建构和运用都处于起步阶段。研究者在提出假设、创设调查问卷与测量工具，借助系统软件分析验证假设的过程中，有无因利益预设立场，方案设计是否合理，过程能否得以控制，实验数据、图表与结论有无逻辑关联，均须检验。对此，法律人以法价值和法规范为基础，以获知个案结论及理由为目标，深度描述刑法的地方性及历史性，根据原理审视研究步骤，或运用相同方法另取样本检验结论，能够保证结论的真实、有用和相对准确，避免被数字和实例“忽悠”。

应当看到，经验分析成为我国刑罚研究的主要方法，意味着学术范式的整体转换。作为一种方法论上的探索，定量分析非大多数法学学者所擅长，破壁于传统学说的学者不得不重整自己的知识结构，这本身不是一件轻松的事情。而且真正搭建起量刑理论的平台，不仅须有足够数量的学者坚守于此，还需有不同知识背景的新生代学人的进入。在官方没有系统开放判罚数据，实证条件不够具备的情形下，这一研究群体还须努力建立共有的话语体系。不过，“风起于青萍之末”，经学界艰辛努力，相信刑罚论最终能由理论边缘向中心进发，名至实归地并列于犯罪论。

中国刑法学的去政治化

欧阳本祺（东南大学法学院副教授）

从1979年刑法典颁布至今的三十多年，我国刑法学的舞台上演绎了一台台纵横捭阖、风云变幻的历史剧。对这段历史可以进行断代史的研究，但通史的研究可以更加清楚地

揭示我国刑法学的前世今生与未来走向。几十年来,我国刑法学的发展当然是多角度全方位的,但其中有一条线索特别明显,那就是刑法学的去政治化。刑法学去政治化的起点是对我国政法一体化刑法学的反思与批判。陈兴良教授把政法一体化刑法学的特征概括为:政治话语取代学术话语、政治判断取代规范判断、政治逻辑取代法律逻辑,其本质就是政治权力和政治意识形态直接干预司法判断和理论建构。刑法学的去政治化,就是刑法学逐渐摆脱政治话语和意识形态而获得独立发展。这条刑法学去政治化的道路并非一般人想象的那样理所当然与一帆风顺,而是充满了妥协、曲折与奋进。

20世纪80年代中国刑法学的主要任务就是批判极左错误,恢复刑法学的自主地位。而要在当时高度重视政治意识形态的传统和氛围中确立刑法学的独立地位,势必要从政治意识形态上进行论证。于是,主流的法学话语展现了一种今天看来很奇特的现象,即运用具有高度政治意识形态的话语批判极左的政治话语,竭力为法律或法学争夺一个更为自由开放的社会空间和学术空间。例如,高铭暄教授的文章《一部闪耀着毛泽东思想光辉的刑法》(《法学研究》1979年第3期)就是借助领袖话语进行学术表达、尝试学术回归的成功范例,也是那个时代一种独特的历史叙事。再如,张文教授在否定犯罪客体的构成要件属性时,借助的就是对马克思经典语录的重新解读。

20世纪90年代我国刑法学的去政治化表现为两条路径:一条是以陈兴良教授为代表的刑法学哲学化路径,另一条是以张明楷教授为代表的刑法学规范化路径。彼时,刑法哲学化的道路更加光彩夺目,从1992年到1999年,陈兴良教授出版了“刑法哲学三部曲”以及一部自选集《走向哲学的刑法学》。陈兴良教授之所以倡导走向哲学的刑法学,是有当时的历史背景的。当时主流的注释刑法学只是机械地对法条进行注释,是一种单纯的关于法条的知识,当涉及法条背后的价值内容时,采用的是一种政治话语;在这种刑法理论中,政治意识形态垄断了话语权,刑法理论是政治话语的重复。陈兴良教授对这样一种学术状况深表忧虑,力主引入哲学的思辨,把注释刑法学提升为理论刑法学。在当时比较刑法学相当薄弱,学术资源严重不足的背景下,哲学方法也许是刑法学去政治化的有力武器。法律面前人人平等、罪刑法定、无罪推定等法治原则的重新确定,均与哲学启蒙和哲学方法的恢复直接相关。可以说,陈兴良教授刑法哲学的最大学术价值和意义就在于,运用哲学方法打破政治意识形态话语对刑法学的垄断与霸权,恢复了刑法知识的客观性与中立性。

在陈兴良教授大张旗鼓地为刑法学的哲学化而“明修栈道”的同时,张明楷教授正在为刑法学的规范化而“暗度陈仓”。张明楷教授推行刑法学去政治化的路径是,逐步地用一个个规范化的学术范畴来取代刑法学中的政治话语,以实现刑法学脱胎换骨的改造。例如,我国两部刑法典都规定了刑法的任务,这一迥异于大陆法系的立法被称为社会主义刑法的政治标签。传统刑法学把我国刑法的任务概括为“惩罚犯罪、保护人民”。惩罚犯罪是从“打击敌人”这一政治话语中转化而来的。而保护人民中的“人民”也是与“敌人”相对应的一个政治概念,这里的“人民”并非指一个一个的具体公民,而是一个抽象的整体概念,可以直接转化为国家、社会、制度、专政等概念,因此保护人民是指保护社会、保卫国家、维护专政等,而不具有保障人权的意义。这样,在“敌人、人民”二元对立的话语框架中,刑法学被纳入了政治的话语体系中。张明楷教授巧妙地

把“刑法任务”转化为“刑法目的”。在《刑法的基础观念》（中国检察出版社1995年版）一书中，张明楷教授首次提出“刑法目的”概念（在此之前，我国刑法学只有刑罚目的而无刑法目的），认为刑法条文形式上是对刑法任务的规定，实质上是关于刑法目的的规定，并肯定刑法的目的是保护法益。这样一来，惩罚犯罪、保护人民的刑法任务观被“和平演变”为保护法益的刑法目的观，刑法学的政治话语不经意间被学术话语取代，社会主义特有的政治标签被置换成了大陆法系影响广泛的法益侵害说这一学术旗帜。

当然，20世纪90年代中国刑法学的去政治化还是自发的、孤立的。陈兴良教授之所以用刑法哲学作为“破旧”之利器，张明楷教授之所以用法益理论作为“立新”的工具，均与各自的学术兴趣具有一定的偶然关联性。进入21世纪以来中国刑法学的去政治化已经从自发走向自觉，从孤立走向广泛。所谓从自发走向自觉，表现为对一些传统刑法理论进行反思性检讨和批判性清理，明确提出刑法知识去政治化的口号。所谓从孤立走向广泛，一方面是指去政治化的领域不限于刑法知识的某一个或几个具体问题，而是扩大到整个刑法学体系，从内容到方法；另一方面是指去政治化的口号得到越来越多的学者认同。这个时期刑法学去政治化的趋势突出表现在以下几个方面：一是对传统刑法学中的犯罪本质特征——社会危害性理论——进行猛烈攻击。陈兴良教授主张将社会危害性概念逐出注释刑法学领域，张明楷教授虽然不反对社会危害性概念本身，但也主张祛除社会危害性概念中的政治色彩，赋予其新的内涵——法益侵害性。二是在刑法知识去苏俄化的旗帜下，集中火力批判我国传统的四要件犯罪构成体系，力主引进德日阶层体系。近10年来，陈教授直接批判四要件体系，倡导三阶层体系的重要文章，至少在13篇以上。这些文章对四要件体系从不同角度进行了批判，其理论出发点在于：我国四要件体系移自前苏联，而前苏联在创立四要件体系时深受政治形势与意识形态之害，工具性较强，理论性先天不足。张明楷教授从其第3版《刑法学》开始就完全放弃了我国传统的犯罪构成体系，而采用德日的阶层体系。三是刑法知识的教义学化。近几年来陈兴良教授大力倡导刑法知识的教义学化，从而与张明楷教授的研究方向形成了合流。刑法教义学的根本属性是学术性，而学术只有脱离政治才有生命力。因此，倡导刑法知识的教义学化，就是倡导刑法学独立于政治话语，形成逻辑清晰、体系严谨的刑法知识体系。

上面的分析显示，去政治化在我国刑法学的发展道路上留下了深刻的痕迹。反对刑法学去政治化是对我国刑法学发展历史的无视，但过分放大刑法学去政治化，完全否定政治对刑法学的影响也不现实。因此，正确理解和把握我国刑法学去政治化，至关重要。

第一，中国刑法学的去政治化是指祛除刑法学的政治意识形态之魅，并非意味着刑法学不受政治哲学的影响。政治意识形态不同于政治哲学：意识形态是谋求部分团体利益的社会调解思想，政治哲学则要求普遍、客观与理性地了解政治实体；意识形态重在特定团体之利用，政治哲学重在探求政治事务及秩序之真相；意识形态立足于毫无疑问的假设与拒绝质疑的基础上，政治哲学则维持开放与自我批判之态度；意识形态往往陷入政治斗争之中并为其所驾驭，政治哲学则与日常的政治斗争保持批判的距离。我国刑法学要获得自由的学术空间，必须涤荡意识形态的支配。但刑法学的发展与政治哲学并不抵牾，实际上，刑法学乃至整个法学无不深受政治哲学的影响。19世纪以前的法学更多的是政治哲学的副产品，资产阶级启蒙时代的自然法思想，与其说是法学理论，还不如

说是政治哲学。19世纪以来,法学虽然独立于政治哲学,但仍然处处显示政治哲学的烙印。例如,刑法客观主义反映了自由主义的政治观,刑法主观主义反映了社会连带主义的政治观。我国现阶段的行为无价值论与结果无价值论之争,也反映了整体主义与个人主义两种不同的政治哲学观。

第二,中国刑法学的去政治化不等于去苏俄化。近年来,我国一些重量级刑法学者主张刑法学去苏俄化而践行德日化,并把去苏俄化理解为去政治化。但是,去苏俄化的提法并不恰当,更不能把中国刑法学的去政治化当作是去苏俄化。从方法上看,去苏俄化的提法是一种矫枉过正的感性否定,而非理性的批判。这一提法虽然有助于我们从苏俄刑法学的迷梦中惊醒,认识到苏俄及我国传统刑法学的缺陷,但刑法学的发展不能靠感性的召唤,而应该依赖理性的选择。在去政治化的幌子下,一只手全面毁掉苏俄以及我国传统的刑法学,另一只手又全盘接受德日刑法学,会使我们感觉到一种意识形态取代了另一种意识形态。从历史上看,前苏联的解体并不意味着其刑法学理论一无是处,相反,其核心内容在俄罗斯得到继承和发扬。遥想当年罗马帝国虽然分裂了,罗马法却为欧洲普遍接受。从内容上看,判断四要件体系与三阶层体系合理性的标准不是它的出身:不能认为四要件体系来自苏俄就是政治性的,三阶层体系源于德日就是学术性的。即使认为三阶层体系优于四要件体系,其根据也在于理论本身。中国刑法学去政治化不是去苏俄化,苏俄刑法学的合理内核不应被轻易抛弃,否则会降低刑法学去政治化这一命题的可信度,并招致更多的反对。

第三,社会系统理论有助于我们领悟刑法学去政治化的真相。建国伊始,我国社会分化为统治阶级与被统治阶级,阶级斗争在相当长的时期内一直存在。为了有效维持阶级统治,政治权力扩张到社会生活的各个角落,政治权力支配法律制度形成政法一体化,政治权力支配经济运行形成计划经济。在这种阶层分化的社会中,法律依附于政治,刑法学成为政治斗争的工具。但现阶段我国社会已经从阶层分化走向了功能分化,两个对立的阶层已经不存在,整个社会分化为不同的社会次系统,这些次系统各自履行其特定的社会功能,所以称为功能系统,例如政治系统、法律系统、经济系统、道德系统等等。在一个现代功能分化的社会里,不再是专断的政治权力决定和裁决一切,而是政治权力归于政治系统,按照“统治/反对”的二元编码进行运作,法律系统按照“法/不法”的二元编码运作,经济系统按照“有钱/无钱”的二元编码运作,道德系统按照“义/不义”的二元编码运作。各个功能系统在运作上都具有封闭性,不能交叉混合,否则整个社会系统就会崩溃。就像货币不能购买权力、合法或道义一样,权力也不能置换为货币、合法或道义。

我国刑法学的去政治化正是在这种法律系统独立于政治系统的背景下发生的。法律系统与政治系统的区别主要在两个方面:法律系统以稳定规范性期待为其功能,政治系统则以作出具有集体拘束性的决定为其功能;法律系统的构成要素是以“法/不法”为编码的沟通,政治系统的构成要素是以“统治/反对”为编码的沟通。刑法学的去政治化旨在将两对不同的编码区分开来,不能认为“统治”意味着“合法”,“反对”就是“不法”。在此意义上,认为“犯罪的本质是孤立的个人反对统治关系的斗争”的传统观点,实际上是用政治系统的编码取代了法律系统编码,用政治思维取代了法律思维。而把犯罪的

本质理解为规范违反或者法益侵害，则是法律系统自我的封闭运作。当然，法律系统运作层面上的封闭性并不否认其在认知层面上对政治系统的开放性，只不过，政治系统不能再直接对法律系统发出指令并要求法律系统给予答复。政治系统与经济系统、道德系统一样只是法律系统的环境，法律系统通过对外部环境的认知而产生相关信息，并运用该信息进行自我生产，以维持法律系统的独立运作。例如，打死坏人、敌人在道德上或者政治上也许是可以接受的，但是在现代功能分化的社会中，不能把这种合理化的要求直接输入法律系统变成无罪判决；法律系统通过创制新的规范（如制定惩治盗匪特别条例）或发展新的理论（如提出敌人刑法观）来保持对政治系统等环境的开放。

第四，中国刑法学的去政治化与渐行刑事政策化并不矛盾，甚至可以说渐行刑事政策化是刑法学去政治化的内在要求与逻辑结果。去政治化是排除政治权力和意识形态对刑法学的直接干涉，保持法律系统对政治系统的独立性，但预防和控制犯罪的政治目的总会千方百计地影响刑法系统。在政法一体化结构中，预防控制犯罪的政治目的直接通过政治权力或意识形态支配刑法系统。在去政治化以后，政治权力和意识形态这一通道被切断了，那么，预防控制犯罪的政治目的通过什么途径进入刑法系统呢？为了解决这一问题，刑事政策（学）应运而生。刑事政策（学）的实质在于把预防控制犯罪的政治目的从政治系统中切割出来，独立以后的政治目的以刑事政策之名自我演化发展，并通过不同方式影响刑法系统。这一论断有充分的历史依据。费尔巴哈主张刑法系统独立于政治系统，并创立刑事政策作为政治与刑法的缓冲区。在费尔巴哈那里，刑事政策与作为其母体的政治系统之间还保持藕断丝连的关系，刑事政策既政治又不政治，而且刑事政策对刑法系统的影响只限于立法——通过影响刑事立法来达到预防和控制犯罪的目的。费尔巴哈提出刑事政策的范畴，基本解决了19世纪刑法系统独立于政治系统的难题：实证刑法以纯法律的方式孵化于作为立法科学的刑事政策，刑法学则成为一门对刑法典独立论述的刑法解释学。李斯特比费尔巴哈走得更远。一方面，透过目的思想赋予刑事政策以独立且充分的理论内涵，进一步切断了刑事政策与政治系统的联系，使刑事政策脱离了其诞生根源的政治问题范畴，而变为如何适用刑罚有效对抗犯罪的政策问题，这一转变深深地影响了20世纪以后刑事法的发展。另一方面，李斯特不仅肯定刑事政策对立法的影响，而且更加重视刑事政策对刑罚的影响。罗克辛继承了李斯特的目的刑思想，刑事政策与政治系统曾经密切的关系不再被讨论，但与李斯特不同的是，罗克辛认为刑事政策不仅影响刑罚学，也影响着犯罪论的刑法教义学。

可见，刑事政策正是在刑法学和刑法系统去政治化的背景下才横空出世并获得了生存和发展的历史舞台。我国学界没有认识到刑事政策发展与刑法学去政治化之间的这种内在逻辑，因而出现一些理论误区。例如，我国学界一边承认刑事政策起源于费尔巴哈，一边又认为我国古代早就存在成熟的刑事政策。实际上，我国古代只有刑事政治——政治权力直接干预刑事司法追求预防效果，而没有刑事政策（刑事政策以刑法系统独立于政治权力为前提）。再如，我国学界涌动着一股“把刑事政策发展为刑事政治”的暗流，这种观点以为刑事政策学的发展之路在于把刑事政策“提升”为刑事政治（参见卢建平：《刑事政策与刑法变革》，中国人民公安大学出版社2011年版，第55页以下）。这实在是个误解，把刑事政策“提升”为刑事政治，不是刑事政策学的发展之路，而是灭亡之路；

刑事政策学只有在独立于刑事政治以后才能获得自身的发展空间。当然,在我国刑法学去政治化以后,如何重新建构刑事政策对刑法学的影响(即刑法学的刑事政策化),是一个需要深入研究的重大课题。

刑法研究面向教义学发展的维度与定位

李川(东南大学法学院副教授)

随着学术分工进一步精细化和学科自主意识的形成,刑法学研究需要形成与发展体现学科特有的知识论和方法论的研究模式,而刑法教义学的提倡正是这种学科自立化趋势的典型体现。刑法教义学研究强调以规范实证研究方法为前提,主要以规范内体系性和类型性的思考方式展开对刑法的解释研究,因此排除了刑法规范之外的价值判断和其他社会实证考量等非刑法规范方法,强调了刑法学科研究内容的独特性,从而对刑法学在方法论上的学科自立和知识论上的自治体系建构具有基础意义。与之相印证的是刑法学理论发达的国家如德日等国其教义学研究必居于学科研究的主体地位。而在我国刑法学研究去苏俄化和走向自主化的背景下,刑法学目前存在发展学科特有的研究方法和知识体系的需要,因此通过发展教义学研究形成独立的研究框架和自主的学科领域不仅是长期的理论发展趋势,也是迫切的现实需求。

然而刑法教义学研究目前面对的一个迫切问题是其具体指涉的模糊性和多维化,这一点如不能有效厘清,则会通过影响教义学研究的发展和定位进而影响刑法学科的独立发展。如果将刑法教义学概括理解为以规范实证进路研究刑法规范的具体模式,会发现至少存在三个维度上从狭窄到宽泛的不同规范研究立场。首先,以尊重刑事立法为前提的评注教义学研究。这种研究以包括刑事实定法甚至条文式司法解释在内的各种刑事法规范为基础,对其语词、逻辑和结构进行具体解释和适用研究。这种研究不仅不排斥而且大量采用规则未明确规定的刑事法原理对规范进行解释与适用,但前提是必须在刑法规范所规定的范围之内,不能以刑事法原理否定甚至批判刑法规范本身。如交通肇事后,机动车乘车人指使、教唆肇事人逃逸的,有理论认为乘车人与肇事人明知可能发生他人死亡的后果,具有共同的犯罪故意,乘车人应负故意杀人罪的刑事责任;也有理论认为乘车人缺乏肇事这一基本前提,不应认定其构成犯罪。但评注教义学的观点会认为应按照现行司法解释,此种情形只能构成交通肇事罪中逃逸致人死亡的加重情形。教义学研究的提倡者陈兴良教授就赞同这种研究方法,认为司法解释与教义学理论相悖时,前者的效力大于后者,规则必须成为教义学研究不可动摇的前提。在我国大量的个罪研究采取此种进路,力图在刑法规范范围内运用体系性思考对个罪进行详尽注释。其次,知识建构意义上的原理教义学研究。这种研究着眼于刑事法理论体系的整体建构与逻辑自治,虽然源自对刑法规范的一般性归纳,但已具备独立于规范的自主地位和学说立场,可以形成对现行刑法规范的审视与批判,从而具有立法评价和指引机能。如出于对抽象危险犯应尽量限制适用的原理,可以提出现行的醉酒驾驶犯罪不应直接规定为抽象危险犯,而应在罪状中明定具体危险判断的要求。然而与同样评价、引导立法却包罗万象的刑事

政策学不同，原理教义学仍然坚守刑法独特的实证规范理论体系而不诉诸规范外的价值评判和社会实证研究。最后，相对较为宽泛的允许援引规范领域外因素如价值评判和实证要素的开放教义学研究。这种研究认为教义学主旨仍然是对刑法领域问题的研究，应以刑法独特的规范实证研究为基本立场，但作为社会科学整体的一部分，刑法学科领域的原理研究有时需借助其他社会科学理论比如哲学上的价值研判和社会实证研究予以说明。

注释教义学是着眼于司法适用机能从而强调立法至上和注释法律的纯粹规范实证研究传统，正是凯尔森纯粹法学观念的典型体现：通过强调立法与司法的二分，从而区别刑事政策学与刑法教义学研究的不同领域，将刑事政策相关的价值和社会实证评判因素从教义学研究中剔除出去，实现刑法的学科自立。然而这种刑法学注释化的自立倾向是以牺牲刑法理论研究对立法的能动机能为代价的，不能说对立法的审视和批判就完全是刑法规范之外的一般价值问题和社会政策问题；用纯粹刑事技术逻辑演进产生的刑法理论标准对立法的检视，仍然是刑法学所特有的学科内部问题。如从罪刑法定的原则出发，可以反思出以危险方法危害公共安全罪由于其内涵的抽象性极可能导致适用的模糊性，从而司法机关可能不恰当地扩张入罪界限，威胁刑法的安定性。这仍然是从规范研究意义上做出的对立法的反思。因此，注释教义学相较于原理教义学存在过于关注司法的洁癖。而原理教义学虽然能更好地强调刑法原理的体系性和独立性，但其与价值评判及社会实证因素的一般性切割仍然过于绝对。虽然一般意义上原理教义学所代表的规范实证研究同社会实证及价值哲学研究可以区别开来，从而价值因素和社会实证因素可以一般性地排除在规范研究之外，但在刑法规范内部的具体问题上，这种切割难以彻底实现。

一是技术化的纯粹规范研究面对具体问题时可能需借助价值判断。由于规范研究尽量不考虑刑法规范背后的价值意义和哲学原理，因而体现出浓厚的技术化倾向。但当规范内分析手段穷尽仍无法有效解决实践问题时，具体问题的判断就可能需援引价值评判和分析。这是由于一方面具体刑事案件的发生背景是各种不断冲突的价值判断语境，而刑事法规范的弹性本身就为这种价值语境判断留出了一定的选择空间。另一方面刑法的规范理论本身存在争论，而许多争论背后即是由于价值判断而存在差别，如果不考虑具体语境下的价值判断问题，就无法在冲突的规范理论中进行抉择。如对于被害人承诺的安乐死案件行为人是否构成故意杀人罪问题，虽然相关刑法理论在此问题上技术性地提出了被害人承诺或刑法家长主义等规范原理但存在结论冲突，得被害人承诺的安乐死实施者是否入罪就最终体现出在人的自主决定权和生命权之间的价值衡量判断问题。选取哪种规范原理和问题结论取决于上述价值判断。

二是规范研究有时也需借助社会实证研究背景。刑事司法实践中许多具体难题的解决并非完全取决于规范研究的演绎和自洽，而不得不考虑社会规范和社会政策的背景和影响。因为刑事司法活动亦是一种社会活动，在具体案件的适用中不可能完全脱离社会实证境况。而刑事立法原理的政策分析进路并非仅是前规范意义上的一般立法指引，也是对具体刑法问题发生重要影响的规范内问题的判断标准。这是由于一方面案例发生的具体背景不可能脱离社会实证语境而独立存在，另一方面不同规范理论的合理性选择标准也需要在社会实践中进行分析和判断。比如过失犯中注意义务规范的标准需考量所处社

会的规范标准, 行为人标准中的“行为人”也会随着社会时空条件的不同而需要具体分析。

三是在知识论上脱离其生发背景的纯粹规范研究理论的借鉴存在教条主义的危险。由于纯粹规范研究的封闭性, 在借鉴对我国有较大影响的德日刑法理论时更多考量的是规范内的合体系性和规范逻辑的比较整合, 但较少考量其刑法理论的发展历史背景和形成机制, 从而很难从我国本土社会背景和价值取向的角度审视横向借鉴之学说是否具有本土适用性, 是否能够解决中国问题。

因此, 倡导一种以规范研究为本位, 同时关注刑法规范之上的价值问题和规范之下的社会实证的开放式教义学研究有其必要性。当然这并非简单倡导一种大杂烩式的泛化整合, 应是一种体现社会科学研究完整逻辑的研究模式, 即刑法教义学研究并非因刑法学研究的独特而自闭, 而是考虑到刑法作为社会现实的一部分, 应该为刑法价值判断和社会实证分析预留必要的接轨空间。但目前刑法学研究中社会实证主义、刑法哲学主义和刑法教义主义进路大多各取所需, 各自研究、缺乏沟通, 从而相对割裂了本应相互借鉴、逻辑一体的刑法学研究范式, 也进一步加剧了规范刑法学研究的封闭性。

可见, 问题并非在于研究范式的进一步翻新、挖掘而在于如何在现有的规范研究方法基础上实现进一步的合理性整合。刑法学研究需要特殊情况下借助规范外标准进行有限诠释, 允许在注释或原理教义研究方法力有不逮时, 在研究中纳入必要的其他社会科学方法和理论成果, 将刑法规范的内部体系性解释与外部的哲学或社会学对刑法问题的诠释结合起来, 并依靠外部诠释标准对规范成果进行检验和论证。即倡导一种以规范研究为基础, 但允许规范外诠释和验证的开放教义学研究。相较于纯粹教义学研究, 开放教义学范式具有的独特性体现在:

首先, 就方法论层面而言, 开放教义学范式是在教义学的规范研究和法律解释方法的基础上, 鼓励相关社会科学研究方法的引入与交叉。单纯的规范教义学研究在知识论上具有独立于价值哲学研究和社会实证研究的整体自洽性, 从而可以不考虑价值判断和社会实证问题而独立存在。然而现实是价值规范和社会政策不仅可以作为抽象性基础对刑法规范产生整体影响, 更在具体规范问题判断中处处渗透, 导致许多具体刑法规范问题其实更具有价值判断和社会政策考量的内核, 而无法仅靠刑法规范的逻辑自洽就可以解决。因此在方法论上, 一方面, 鉴于教义学范式对刑法独立性的重要地位, 引入其他社会科学方法必须在教义学方法之分析运用仍不足以解决刑法问题时方能引入。作为一种学科独立的努力, 刑法学的研究必须首先信任规范教义学的研究方法。当通过刑法解释的方法和体系思考的方式能够将刑法问题有效解决时, 无需引入其他社会科学研究方法。另一方面, 纯粹教义学的规范分析方法只是一种理论努力而非现实, 教义学方法力有不逮时, 需引入其他研究方法, 包括作为价值判断的哲学研究方法和作为社会政策的实证研究, 都是对具体刑法规范问题具有有效机能的研究方法。

其次, 在知识论层面上, 引入其他社会科学研究方法和理论成果, 可以进一步完善刑法教义学知识体系。一方面刑法教义学研究亦是学派纷争的舞台, 而各种学说论证其合理性的标准在教义学体系内主要存在于其学说的逻辑严谨性和合体系性。然而当逻辑和体系的出发点本身就有所差别的情形下, 学说争论有可能沦为就理论而理论的鸡同鸭讲

或者对同一逻辑的语词阐述差别；不同刑法学说可能由于规范之外的哲学基础的差别存在天然的沟通论证障碍，其论说逻辑甚至可能并非处在同一论争平台上。此时除非回溯超越刑法教义学层次的哲学或者社会本源分歧来审视教义学的这些争论，否则难以形成良性的学派之争。而且越是基础的教义学理论，越可能存在此种问题。如关于刑罚正当理由的报应论与特殊预防论体现了哲学意义上的自由意志论和决定论的哲学理论差异，这种差异其实只是从行为视角出发的刑罚与从行为人视角出发的刑罚两个不同角度的认识差异，并非不可调和的矛盾体。现行刑罚规范体现了二者的统一性。另一方面，就刑法学说史和学派理论研究而言，开放教义学范式更强调还原为纯粹法学和规范分析所切割的刑法理论原貌，还原刑法学说的哲学理论根基和社会背景谱系，防止刑法理论借鉴的断章取义。

最后，就理论检验机能层面而言，相较于传统教义学进路在规范体系内部寻求逻辑和体系合理性验证标准，开放教义学范式还强调需寻求规范建构之外的合理性评价标准，即内部合法性和外部合理性标准对理论验证而言同等重要。因此从符合社科研究规律的角度出发，刑法的开放教义学研究应比纯规范研究更具备问题意识，在刑法规范研究时遵循从具体问题出发，提炼问题进行教义学分析，再回到问题验证的完整逻辑。解决刑事事实问题是刑法规范研究的重要意义和机能。开放教义学范式通过对问题进行归纳研究而生发的具体理论成果，必须回到社会实证领域中对问题解决的有效性进行验证，方能确证规范研究的机能。刑法规范研究中经常出现的与之相悖的现象之一是不考虑研究成果的实证检验，仅就纯粹规范原理中择取最符合整体规范逻辑的理论论证后即截止，而就此种理论的效用缺乏具体的检验。这恰恰忽视了社会科学逻辑链条中最重要的一步：是否具有经验合理性是验证社会科学理论合理性的关键一环。如需评价、检验我国《刑法修正案（八）》新规定的醉酒驾驶行为入罪的合理有效性，除了从刑法规范体系中的危险犯理论对此进行检视之外，还可以回到社会实证领域通过对比规定前后的醉酒驾驶比率和醉酒驾驶肇事率等实证数据来检验该犯罪规定的社会效果。

刑法教义学研究范式体现了凯尔森式的刑法学作为独立学科所具有的自觉与自信，是刑法学形成学科传统和独立话语体系的重要基础。然而纯粹教义学研究所体现的技术化倾向和脱离社会实证的危险不容忽视，因此应在刑法教义学具体研究中坚持规范研究本位前提下以其他哲学研究和社会研究进行补充，采用开放教义学的范式建构兼顾规范体系内外合理性的刑法学研究。