



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

> 论文精粹

周光权：论常识主义刑法观

发表于： 2011-08-09 19:10 点击： 343

【内容提要】刑法学发展至今貌似精巧，但理论构造似乎离生活常识越来越远，使得理论与公众的规范感觉、认同感觉之间的分歧很大。刑法研究无论走何种道路，可能都面临需要重新思考的问题：在我们的生活当中，哪些是常识性的东西，亦或哪些是生活经验上特别值得重视的东西。刑法学回归常识主义，要重视两个问题：一方面，刑法本身对社会有什么益处？或者刑法的社会功能究竟是什么？另一方面，刑法学回归常识主义，是否有可能性？亦即使刑法学和生活常识接近，或者尽量回归生活常识、尽量让公众能够去认同是否有可能？如果有可能，则其出发点或者基点是什么？常识主义刑法观对于欧陆刑法学会给予特别关注，强调跨文化的刑法趋同性，肯定了通过刑法保护社会中通行的规范关系的重要性。

【关键词】生活常识 事实判断 规范关系 犯罪论体系

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

——林东茂[1] (P12)

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

一、偏离常识主义的刑法学

(一) 刑法越来越偏离我们的生活，偏离我们的常识，变得越来越难懂。刑法中的很多判断，取决于我们的日常生活中所形成的观念或习惯性思维。弗莱彻指出：“在因果关系的感知过程中要注入习俗所具有的通常和可预期的标准。如果家庭中的烟雾报警器是极其罕见的，那么，我们就不会在一场家庭大火中，把孩子的死亡解释为没有安装烟雾报警器的后果（我们也许会把死亡解释为是在隔壁缺少一个消防站的结果）。但是，如果城市中的其他人家都安装了报警器，那么，我们会指出，孩子的死亡是由于没有安装本来能够拯救他们生命的报警器。”[2] (P37) 但是，类似的判断，在今天的刑法学中，正逐渐被条件说、相当因果关系说、远因说、近因说、预防必要性说甚至客观归责理论所替代。换言之，刑法学与生活常识渐行渐远。

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

所以，刑法学发展到现在，可能改变成为一个令人陌生的形象，使得理论与公众的规范感觉、认同感觉之间的分歧很大。(1)

(二) 在中国，刑法学在很大程度上受意识形态的影响，反映一种主流的判断，这意味着有的基本原理是说不透彻的。“这时候的所谓‘刑法学’的基本特点是，它不是规范性，而是政治性的……刑法学就自然而然地在符合目的的前提下作政策性乃至政治性的展开，而不是规范性的认识。”[3] (P5) 这样的理论也注定和基本的生活常识、生活经验是偏离的。

(三) 在中国，刑法学者之间的论争有其不同于欧陆学派之争的特点：(1) 学者自身立场的一贯性缺乏，没有统一的一个基本的逻辑。例如，某些学者对未遂犯的成立坚持客观立场，但是，涉及到共犯问题时，则改成了主观主义，很难把一种立场贯彻到底。立场的缺乏导致“学派”在中国是缺乏的，所以真正的学派建立、学派论争在中国实际上是没有的。所以，我们现在只是说，需要想尽办法去提倡这种学派之间的论争和学派的建立。(2) 现在刑法学中似乎有一种潮流，特别是主流的、通说的刑法观念，把德国、日本的这种所谓“欧陆化的刑法观点”批判为不合理的或者落后的，以至于，什么样的刑法解释方法只要跟德国、日本有关，在主流的学者或者通说看来它肯定是不合理的。所以，我们的主流学说或者通说基本上是建立在怀疑、否认这种所谓的“欧化”刑法立场的基础上的。我们对犯罪论体系的论证之争就可以让我们看到的这样的观点。坚持“四要件”的人，一定认为德、日阶层的理论不合理，把欧陆的观点认为是脱离中国的实际的、不合理的观点。被称为脱离中国实际，意味着通说认为它脱离我们中国的国情、脱离我们生活的经验。(3) 夸大中外刑法学的差异，认为我们在刑法理论上，特别是犯罪论体系上完全应该走不同的道路。此处实际上又涉及到另外一个的问题，就是我们现在的中国刑法学，可以分为哪些类型，哪些东西与笔者提及的“常识”是背离的，哪些理论充分考虑了生活常识，这是一个需要仔细辨析的问题。

最近30年的中国刑法学理论，大概有四种类型：(1) 陈兴良教授在上世纪80年代末至90年代初对刑法哲学的探讨，取得了一些令人瞩目的成果。可以说，陈兴良教授很好地完成了刑法理论的启蒙的工作，让我们的刑法学研究能够一下子绕过一些难题。(2) 在上世纪90年代中期以后，我们的刑法学能站在一个比较高的理论起点，不再纠缠于意志自由这样的哲学化命题，都与陈兴良教授很好地解决了这些问题有关。当然，刑法哲学的研究也会有它自身的问题。哲学研究高度抽象，如何将其与刑法学研究融为一体，在刑法哲学研究中注入常识主义的内容，不是一个容易解决的问题。

(2) 从苏联刑法理论改头换面后形成的、到现在为止还处于通说地位的理论。该理论的特色是，基本按照苏联刑法学的“四要件说”为核心建构犯罪论体系。但是，这样的研究中，服务于打击和惩罚之目标的成分太多，意识形态的因素掺杂在犯罪构成要件之中，犯罪客体意味着刑法所保护的、而为犯罪行为所侵害的社会主义的社会关系。学者指出：“一切犯罪客体的共同本质就在于，都是犯罪行为所侵犯，而为我国刑法所保护的社会主义社会关系。任何犯罪都是以不同的方式，在不同程度上侵犯社会主义社会关系的。”[4] (P95) 犯罪构成理论将犯罪客体置于绝对优越的地位，[5]

强调犯罪一定是对社会关系的破坏，是对社会的一种挑战。这种研究，会在被告人权利保障方面引发一些问题，[5] (P87) 即用一些我们所讲的“大词”把刑法学自身的很多精髓，也就是刑法学能够精巧发展的很多东西掩盖起来。按照这种理论，犯罪的一定是对社会有仇的人，所以，犯罪是公然挑战整个社会秩序，所以“有毛病”的一定是犯罪人。这样一来，行为自身有什么特点，如何非常谨慎地去解释一个犯罪人的犯罪行为，怎么样精巧地建构刑法学理论，在通说强调意识形态这样的理论背景下，很多东西都被“遮蔽”了。通说的这种观点，也就是“犯罪一定是对整个社会的挑战”这种观点，粗看是没有问题的，但是，如果仔细分析则是有问题，是脱离生活常识的。在现代社会，很多犯罪的犯罪人根本没有挑战社会的意思，犯罪可能是迫不得已的，或者犯罪只是一瞬间的，比如说很多激情的犯罪，很难说犯罪人有挑战社会的这种动机，但是，他确实犯了罪。这就说明要建构惩罚的理论体系；还要考虑更细的内容，要考虑生活常识。所以，怎么看待犯罪，不将其解释为对整个社会的挑战是否可行，是不是还有另外的解释？还有一些犯罪，比如说一些经济犯罪，像金融诈骗、合同诈骗等诈骗类的犯罪，很难说有多大的挑战整个社会的意思。不应一开始就给犯罪带上挑战整个“社会主义社会关系”的大帽子，而是结合生活常识把犯罪看作是一种“事态”，一种生活事实，在此基础上，再逐步进行价值评价，这可能是刑法学研究需要做的。但是，按照以“四要件”为核心的苏联理论，难以达到这种目标。(3) 以张明楷教授为代表的“精巧解释型”研究。这种研究，在最近十多年取得了非常丰硕的成果。但是这种研究也受到通说的很多批评，认为其很多解释是建立在“欧化”的基础上，是以欧陆刑法理论为样本来分析中国的问题；某些理论就是对欧陆刑法理论的照搬；有的理论，即使不是照搬，拿到中国来，也并没有改造好，并不适合中国的国情。但是，笔者认为这种批评本身并没有十足的道理。(4) 试图在欧陆的刑法理论和中国通说之间寻找一个“中间”的道路的刑法学理论。就是说要考虑法益侵害，考虑刑法客观主义，考虑实质的判断；在考虑上述一些要素（这些要素明显是欧陆的刑法才有的观念）的基础上，再考虑中国的刑法规定，考虑中国人的规范感觉，考虑中国的法制发展水平，考虑中国整个社会的国情；基于这样的立场再来建立刑法理论。笔者认为这是最接近于常识主义的刑法观。

综上所述，在中国刑法学中，每一条道路都有它自身的特点。笔者曾经在一篇文章中谈到中国刑法学的前景问题、认为上述第四种中间路线的研究更为适合中国。[6] (P4) 需要承认，不同的道路实际上都有各自的问题，刑法

学者如果不把刑法的知识和哲学的知识综合在一起，是走不通的；通说借助于意识形态，或者说基本上是以方便于处罚这样的基调作为理论建立的起点，在这个方面是有问题的。也就是说，目前处于通说地位的理论，在一个政权建立之初，为了惩罚、巩固政权的便利，而建构一种相对容易理解的、便于司法人员适用的理论是可以的。但是，当一个政权已经非常稳固了，当“尊重人”、“保护人权”这样的东西显得很重要的时候，通说这种非常粗略的刑法观就是有很多问题的。而在精巧地解释刑法时，怎么进一步和中国国情相结合，可能是需要考虑的问题。当然，对于折中的刑法立场，如何防止其全盘照搬欧陆刑法学，如何考虑公众的常识、生活经验，也是一个很复杂的问题。

换言之，无论走何种刑法学研究的道路，可能都会面临需要重新思考的问题：我们的生活当中，哪些常识性的东西，或者哪些生活经验上特别值得重视的东西，是刑法学研究时需要仔细考虑的。实际上，这个问题不仅在中国存在，在德国、日本也是如此。有的德国学者认为，对犯罪阶层论的研究太过复杂，完全是学问上的“技巧”，对司法也没什么指导，法官也不可能按那么精巧的理论来处理案件。Jakobs和Puppe都认为犯罪阶层论没有用处，而且认为随便使用哪一种理论对于司法实务都是一样。[7]（P53）所以，德、日刑法学理论也同样有一个如何回归常识的问题。这个问题，是所有的刑法立场、刑法观需要考虑的。其实，像德国、日本把刑法理论构建得那么精巧，其弊端还是比较明显的。比如说，一旦承认客观归责理论，对犯罪客观要件，包括对行为、行为后果、行为的可归责性的判断与原来的理论相比较就变得很复杂，对构成要件的判断则更为复杂，案件的审理就会变成一个非常漫长的过程。所以，现在德国司法官员实际上也不按这个理论构架来行事。德国学者把客观归责问题弄得这么复杂，在日本也没有太多市场。其中有一个原因就是脱离通常人所理解的这种生活经验，脱离一般人的规范感觉。

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

脱离常识必然会带来的一个问题是：在刑法学中内耗严重，共识越来越少。有人会说，共识少了，说明理论争论比较繁荣，是好事情。抽象理解是这样。但是，刑法学的发展，毕竟是需要有一些共识的。因为它要运用于司法实务去处理为数众多的案件。碰到一个疑难案件，理论上当然可以有数十种观点，但是，最后一定要寻求一种相对说得通的观点，相对讲得有道理的观点。此时，存在一些起码的共识是有必要的。刑法理论如果过于脱离常识，就注定不容易形成共识。这样，就导致刑法学的整体发展受到很多限制。

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

二、回归常识主义刑法观的可能性

（一）刑法的社会功能

无论哪一派学者，都要充分关注刑法究竟在社会当中具有什么功能这一问题。对刑法功能的判断，意味着要剔除我们对刑法所寄予的不切实际的愿望，比如，过于依赖刑法来达到统治的目的，过于把刑法意识形态化，可能都使刑法承担了太多的使命。所以，对刑法的社会功能的赋予，必须要恰当，如果赋予了过多的社会功能，这样的刑法一定会偏离老百姓一般通常的规范感受。

前文提及，通说认为，刑法的运用是因为犯罪人仇恨社会，所以，行为的危害很大，必须要对行为人归责。但是，我们完全可以换一个视角看犯罪：犯罪只不过是社会当中的一段恶缘，刑法要处理这段恶缘。林东茂教授指出：“刑法要圆满对应恶缘的兴灭，在立法和司法上都要慎重将事，否则因缘际会卷入漩涡的人将遭灭顶”。[1]（P5）恶缘是对规范关系加以破坏的结局。犯罪是一段恶缘，意味着犯罪是对规范秩序的破坏。规范关系意味着社会当中的底线秩序。刑法的功能在于恢复社会关系当中被犯罪所破坏的规范关系、规范秩序，也就是说，社会的存在，或者说社会之所以有意义，是‘因为有规范存在，有规范对一般人的行为进行指引、设定处罚网络。如果说社会有意义是因为有规范，那么，社会就是因为规范而存在的，而不是规范因为社会而存在。在这个过程中，犯罪行为是对这个规范网络的破坏，对这个规范网络当中某一段的破坏。所以，林东茂教授讲犯罪是一段恶缘，是有道理的。社会中有这么多的规范网络相互交错，比如，作为教师，我们要遵守什么样的规范；作为一个公民，我们要遵守什么规则；作为一个和邻居相处的人，我们要遵守什么规则，这些规则组成了规范网络。由于社会中存在大量规范关系，某一个犯罪事实，就是对这个规范关系的破坏。所以，犯罪意味着是结下了一段恶缘，或者孽缘。刑法就是要了却它，要把这一段恶缘或者孽缘终结。而终结这段恶缘的最终的目的，是让人们生活得很安心，确保人们的生活有秩序。

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

在这里，刑法和民法的差别就表现出来了，民法总是考虑到怎么样去褒奖人，怎么样去使得合法的人能够得到好处。刑法是不管奖励人的。一个守法的人，本来就不应该去杀人，所以，刑法不会说这个人居然一辈子没杀人，就要奖励一下他。刑法只是在一个人做了什么坏事时惩罚他，虽然惩罚过程中尽量克制，如果有自首或者立功的情节可以宽大，但是宽大的前提仍然是刑法以冷峻的面目出现，告诉人们什么事是不得做的，如果你做了会有什么后果。所以，刑法的面目是非常恐怖的。这就很好解释一种现象：一个很温和的人，在做了检察官之后，因为总是跟《刑法》打交道的的原因，跟家里人说话时，即便不像讯问犯人，也会非常有进攻性，无论家里人说什么，他可能都要去辩驳、批评，都要说家里人不对，做了检察官之后，回家说话嗓门非常大，一定要压倒对方。这可能会让他的家里人觉得困惑，觉得一旦做了检察官，就像变了一个人一样。实际上，这是很正常的。检察官、法院的刑事法官打交道的是刑法，他们的言行举止都打上了刑法的烙印。所以，刑庭法官和民庭法官一看就是有区别的。民庭的法官总是和颜悦色的调解，而且把双方都安抚得很好。但是，刑庭的法官是不做这个工作的。再温和的刑庭法官，对待被告人也会有严厉的一面。当然，我们讲法官要客观公正，但是，刑庭的法官再公正、客观、温和，也会比民庭的法官严厉。刑庭的法官穿上法袍往法庭一坐，被告人便不敢说什么，因为他毕竟是被司法力量控制的。所以，刑法要达到这样的目的，在手段上就要通过限制自由或者以阴森森的面目出现，通过限制自由这样的手段最后保护规范关系，保护底线的秩序，这是为了让所有人生活的更安心、更有自由。

要实现刑法维护底线秩序的社会功能，有一个过程，而在这个过程中所展示出来的东西是形式的东西——对人的行动自由加以限制。例如，《刑法修正案（八）》（草案）将醉酒驾车、飙车规定为犯罪。有人会说，刑法做这样的规定，限制了自由，也侵犯了人权，很不合适。但是，像醉酒驾车、飙车这样的行为，在当前中国还是一个相对比较突出的一个问题，规定为犯罪也是可以接受的。一旦予以相关规定，就是要保护一种底线的秩序，从形式上看，当然是要限制某些人的自由。但是，从实质上看，限制少数人的自由的同时会让更多人获得自由，更多人在有秩序的状况下通行和生活，从而维护底线伦理和底线秩序。

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

（二）刑法的文化特质

提到文化这个词，很多人一定会说，不同的国家、民族，在不同的时期，有不同的文化，所以世界上没有相同的民族，也就没有相同的文化，刑法文化也是这样的。但是，如果回归常识主义的刑法观，刑法文化上的相同性是可以找到的。也就是说，我们需要认识到无论是哪一种刑法理论，无论其相互之间的文化差异有多大，但都会具有共同的特点，即对某些特别重要的利益均是予以保护的，而这种利益正是生活上的利益。不是说有多少文化就有多少特殊的利益，而是说有一些特别重要的法益，即使在不同的文化背景下，也是要保护的。毋庸置疑，文化背景不同，价值观不同，国情当然不同，刑法观就不同。但是，即使在各自完全不同的背景下，也存在某些共性，对一些特别重大的利益，所有的刑法都是要保护的。对生命、身体、财产这些利益要给予保障，这是从《汉谟拉比法典》以来我们就承认的事实，而生命、身体、财产是和我们的日常生活联系特别紧密的利益。对性犯罪、妨害风化的犯罪、伪造货币、放火等犯罪进行惩罚，是几乎所有国家刑法的题中当然之义。对生活中得到普遍承认的生活利益的维护是所有的刑法理论都无法绕开的。赫费曾经指出：“从刑法的观点看，其实根本不存在极端的外人；也几乎找不到什么样的法律文化在本质上是相异的。”[8]（P79）也就是说，在现代社会，各个国家文化的特性表现得很充分，但是，刑法文化上的相似性也是存在的，例如，跨国的犯罪，或者侵害整个世界利益的犯罪越来越多，国际毒品犯罪、恐怖活动、走私这样一些犯罪，是没有国界的。所以，在德国是走私的犯罪行为，在中国很难说就不是犯罪。所以，从刑法文化上看，没有什么非常极端的外国人。如果一个人被犯罪行为所侵害，在中国的感受是这样，在国外的感受也是相同的。所以，缩小不同国家之间这种刑法文化上的差异、消除这种差异，建立有共识的返回常识主义的刑法观，才是有可能的。这是回归常识主义的可能性当中的第二个问题。

（三）刑法学的知识构造

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

思维的出发点是对生活经验、生活常识的判断。所以，犯罪论体系是从生活经验判断出发到理性判断的过程，这个是起点。如果不重视犯罪论问题上的对生活经验的判断，直接进行理性的判断，或者是意识形态的判断，这样的刑法学可能是有问题的。犯罪一定是违法和有责的行为，如果从生活经验上来讲，这是两个问题，违法是被告人该当何罪的问题；有责是拿谁来“开刀”的问题。构成要件该当性和违法性论的关系特别密切，但是，判断一个人是不是违法的，是解决一个人从生活经验上判断或者从常识上判断，究竟该当何罪的问题。接下来才是进一步的实质判断，即拿谁开刀、由谁负责这样的问题，即有责性判断。刑法的适用，一定是一个“选择性执法”的过程，社会中每一天发生的违法或者犯罪为数不杀，犯罪黑数也不计其数，所以，受到处罚的只能是其中的一部分，惩罚是有意或者无意“选择”的结果，这就需要考虑“该当何罪”和“拿谁试问”的问题。这种思考进路，首先是从生活经验出发，从事实出发，从日常生活的一般感受出发，做出判断。因此，犯罪论体系的判断，要从生活经验或者说日常生活的感受出发。犯罪论的判断是从经验的到规范的、到价值的判断，这样既符合犯罪判断的过程，也符合犯罪论的理论发展史。从这两个角度来讲，犯罪论的判断都是从生活经验、生活常识出发做出的。因而犯罪判断过程是先立足于对事实的判断。必须先考察有什么样的行为，有什么样的后果，这些外在的东西、事实的东西是什么，然后，才分析这样的行为从价值判断上看，实质上是合法的还是违法的，最后，才认定责任归属。这个过程是从经验到最后的价值判断的一个过程。刑法的理论史，特别是犯罪论的理论史，从古典主义，到“违法是客观的、责任是主观的”到“违法也可能是主观的”新古典主义，到行为是受目的支配这种目的理性，一直到最近的理论发展，都是从单纯的重视经验到逐步的重视价值判断，重视理性判断的发展史。所以，刑法学要向前发展，一定是建立在这个基础上的，不能脱离常识，如果脱离了常识，刑法学者之间的分歧就会无限扩大。因此，在刑法的知识构造里面，回归常识是有可能的。

2. 刑法理论中有很多模糊地带，需要我们去处理。司法上作出决断的过程，很多时候是对生活经验加以考虑的过程。例如，甲、乙两个人站在某招待所的阳台上，选中离阳台8米多远的树干上的废瓷瓶作为目标比赛枪法，约定谁输了谁拿出一包香烟。两个人轮流各射出子弹3发，均未打中瓷瓶，但其中某一发子弹穿过树林上空，飞向距离该阳台约133米远的人行道上的电线杆附近，导致恰好经过此处的行人丙死亡。事后，司法机关无法查清由谁发射的子弹导致被害人丙死亡，如何处理本案？(4)按照中国现在通说的理论，共同犯罪仅限于共同故意犯罪，立法上不承认共同过失，学说上也没有系统的共同过失理论，所以，对这两个人定共同过失的犯罪就多多少少有些问题；如果定各自的单独过失，则需要证明致死的那颗子弹由谁发射，从而确定谁对死亡结果负责。但是，本案不能查明共犯关系，也不能查明因果关系，是不是对两个行为人都作无罪处理？笔者认为不可作无罪处理。对本案的处理必须考虑生活常识：被害人死亡，该后果和行为人的行为有一定关联，行为人应当对此负责。所以，法院对本案最终定过失以危险方法危害公共安全罪，单纯从理论的角度看，可能还有疑问，但公众并不是不能接受这样的裁判。按林东茂教授的说法，犯罪是一段恶缘，这就需要了结。如果不对甲、乙定罪，这段恶缘还了结不了，就没有人负责。所以，像这样的案件，笔者基本认同法院判决，但是，究竟怎么去解释，可能存在问题，也就是说如果对甲、乙不定罪的话，结论和国民一般的判断是偏离的。被害人死了，而且明显是这两个人中的某一个人打死的，但是现在没有人为此负责，公众可能就接受不了。

司法判断上容易陷于两难境地，但需要法官去决断的场合还有很多，比如说对偶然防卫，司法上需要决断对这个防卫的人要么定罪要么宣告无罪。又如，牺牲他人保全自己生命的案件，理论上可能有很多处理方案，实务上也存在一个选择的问题。这个选择就是要考虑他是不是最终接近国民的规范感觉。再比如，甲是一个乡镇税务所的所长，打电话向一个公司的经理乙要钱，说如果你公司能够给我们16万元供税务所组织职工外出旅游用，这样公司原来提出的免税申请，虽然不符合条件，但是，税务所也可以给予减免，这一减免可能一年就是上百万。乙当然愿意答应，就给了甲16万。16万当中12万用于这个所里所有人外出旅游，还剩4万块钱，所长甲拿去女儿办婚礼用了。检察机关起诉乙对单位行贿，犯罪数额是12万，法院判决甲受贿4万元。这个案子可能判得有问题，就是凭最一般的生活常识经验判断也可以想象，乙行贿16万的时候，那一定会有一个受贿16万的自然人或者单位。如果说乙行贿16万，但是，又判甲受贿4万的话，那剩下12万就不知道去哪里了。因此，这个判决明显偏离一般的规范感觉。理论上讲受贿和行贿是对向犯。对向犯的场所，并不是对双方都一定要定罪，但在行为上这两个人一定是相互对合的关系，行贿的人拿出多少钱，受贿的人一定是收了多少钱。所以，在乙单位行贿罪16万的时候，就得说甲所在的单位受贿16万，再进一步判断单位所受贿的16万当中，有4万是不是被甲贪污了。只有这样这个数额才对得上。所以，刑法理论对很多问题的解释和我们司法实务中对案件的处理，就得考虑在有不同选择、方案的时候，哪一种判断最接近于最基本的常识，这样的分析才可以避免不必要

的偏差。

3. 刑法的理论不是精确的理论,很难做经济分析。刑法上的很多判断,必须考虑当下社会中的常理或者常情究竟是什么,而不能做经济分析,不能去“算账”。“刑法的经济分析”这样的思考进路,注定是很边缘的。刑法要对付的是最复杂的社会关系,基本不能依赖于推算,用再精确的数学公式,实际上也是算不出关于犯罪与刑罚的问题。(5)经济分析难以进入刑法学领域的理由在于:(1)个案的犯罪情节很特殊。根据罪刑相适应原则量刑要均衡,但是,在很多时候,法官的量刑只要不接近于畸重,就很难受到责难。即使是两个大致相同的案件量刑上的悬殊也在所难免。比如,贪污罪的量刑是有数字衡量的,似乎可以做经济分析。在很多地方,只要贪污十万以下的,基本上是贪污数额增加一万元刑期增加一年左右。但是,很多案件相对特殊,比如说,犯罪人是为了给父母治病,或者为了小孩上大学,正缺一万元,将其与其他贪污同样数额的罪犯一样判,就很难做到罪刑相适应。罪刑相适应只是一个一般的规定,判刑时要针对个案,作特别的考虑。此时,就一定是要去尊重生活常识。期待可能性理论之所以在19世纪被提出来以后,在很长时间内成为学者们一直讨论的问题。实际上就在于它是考虑在国家刑法权威的重压之下,怎么去照顾一些很特殊的情况:由于个案很特殊,作特殊判断的时候就需要考虑生活常识的问题。而期待可能性一旦阻却责任,被告人可能被判无罪。期待可能性不能阻却责任,是常识主义的判断。再比如,窝藏和包庇行为是妨害司法的行为,一旦实施即可定罪。但是,如果被包庇、窝藏的人是本犯的父母或者配偶,如果一定要追究窝藏包庇者的刑事责任,可能效果有限。此时,放弃追究实际上就是常识主义的考虑。如果仅仅靠经济分析,界定何种包庇、窝藏行为可以定罪量刑,那包庇、窝藏家属的行为一定可以,但是,“亲亲相隐”这样的规定,在中国古代有,在现代的某些西方国家还有,它也是不能简单地算经济账的。此外,一般认为,财产刑是可以算账的。诸如罚金,似乎一个人犯多大的罪,就应该判多重的罚金。比如生产销售伪劣产品,判处销售金额50%以上2倍以下罚金,这是《刑法》第140条的规定,但是,假设现在有一个参与生产、销售伪劣产品的被告人刚满17岁、不到18岁,他是主犯之一,即便判他罚金,他也没有办法缴纳;考虑到这种情况,法官也可能对其尽量少判罚金,即便其在共同犯罪中所起的作用较大。所以,即使是刑法中最容易算账的这一部分,用到一些特殊案件、特殊人身上的时候,也可能行不通。刑法之所以不能算账,就是因为有很多事情的处理涉及最起码的生活常识。(2)刑法当中有些问题的解释会很复杂、很困难,这样的问题又很多。对于某些问题的解释之所以很困难,还是因为我们要考虑生活常识,而不是单纯的考虑经济分析的问题。刑法上的判断,说到底善恶的判断,而不是资源配置或者社会财富的分配。(3)刑事上的追诉有时一定要不计成本。被害人的财物被盗窃,无论其价值多少,无论警方花多大的代价也要把这个案子破获,因为我们需要通过犯罪论体系,通过刑法来实现正义。社会的正义,或者有罪必罚,比投入产出的经济分析更重要。刑事诉讼法上有时候考虑司法效益,考虑投入产出。但是,在刑法上,类似的东西都是不能考虑的,我们不能去责难司法机关不应该这样投入那么多,产出那么小。刑法上的判断,是在充分尊重生活常识基础上的价值判断、规范判断。这种判断,注定不是一个很精确的判断,这种判断一定要是立足于、偏向于常识主义的判断。

所以,从知识构造的角度看,刑法是从生活常识主义、经验判断出发所做的一种理性的价值判断。在这个过程中,起点是生活常识,而且判断所得出的结论也不能过于偏离生活常识。

三、“欧化”刑法观与常识主义的关系

前文已经提到,德国犯罪论体系沿着古典主义——新古典主义——目的论犯罪论体系——新古典主义和目的论相结合的进路,一直发展到罗克辛的目的理性理论,都是以事实判断、生活经验判断为起点,逐步发展到理性主义的漫长过程。在此过程中,价值判断的成分不断加重。欧洲的刑法,或者欧美的刑法发展非常迅速,其中有很多值得我们学习的地方。笔者认为,现在我们对它们的很多批评有可能是不合适的。最值得我们重视的就是欧陆刑法观和常识主义之间的关系,以及对常识的尊重。

(一)随着国际社会世界一体化,经济上的、政治上的,特别是经济上的世界一体化进程的加快,国际犯罪增加,出于打击国际犯罪的需要,在欧美国家刑法高度趋同的趋势很明显。比如说,对于死刑,尽可能废除。在整个欧洲都废除了死刑,在美国很多州也废除了死刑。对很多新的刑罚方法(例如社区矫正)的使用,都说明刑法高度趋同。刑法高度趋同,和常识主义刑法观有什么关系?这种关系在于高度趋同建立在一个前提下,就是对人权的尊重,对人权的尊重最后可能又与其他的一些问题(例如,重视通过对规范有效性的维持来确保刑法的实现)联系在一起。人权与前文所述的规范关系,以及对法益的保护等都有非常紧密的关系,人的基本权利是建立在对某些很重要的利益独享的基础上的。这个问题在后文中还会涉及。

(二)欧陆各国文化存在差异性,但是,刑法的共性更值得重视。刑法和价值判断的联系特别紧密,虽然不同的国家文化差异性是在存在的,但是,刑法的共性也是存在的。刑法和文化传统以及价值系统的关联特别密切,刑法又是高度

趋同的，对一些特别重要的法益，即便岁月流逝，变化也很小。一个社会中稳定的规范关系的变化相应地也会很小。欧陆刑法观普遍承认这样的一个命题：“己所不欲，勿施于人”。对一个犯罪行为，一个犯罪人，之所以要进行惩罚，前提是行为人对自已的行为可能存在的明显的不妥当有认识，由此出发，我们对刑法的解释，以及要把刑法定位于保护规范关系、保护底线的秩序，实际上也是对“己所不欲，勿施于人”的承认。欧陆刑法观有这样一个基本的前提，实际上意味着不同国家的刑法观念趋同超过差异。

林东茂教授指出，在刑法领域，“既要以生活经验为基础制定法律与解释法律，复有经验之外，作合理的价值判断”。[1]（P12）欧陆犯罪论体系正是在尊重生活常识的基础上进行价值评价和理性分析，因而取得了长足发展，很值得我们借鉴。但是，在我国刑法学界最近一两年对犯罪构成理论的论争中，通说有一个基本的前提，认为德、日的犯罪论体系都是外来的，是“他者”，和中国的实际并不相符，因而似乎不值一提。怎么看待通说的这种倾向？日本学者丸山真男指出，任何国家的学者在引进别国的思想时，都必定存在着误解。但是，“如果神经质地注目于其歪曲和变质的尺度，日本的思想也许会在某种意义上被全部描写成对原物的歪曲和误解的历史……问题不仅在于弄清是否有‘误解’，而且还在于要弄清其‘误解’是否能够解决问题，是否具有多产性”。[9]（P93）在引进国外的一些理论的问题上，日本和中国是相似的。这两个国家的近代化问题都以如何自主独立的应对西欧冲击的问题紧密相关。中国和日本一样，都要去应对西欧的很多理论对她的冲击，尤其是在思想领域。在日本近代改革初期，引进西欧的思想，是受高度的目的性支配的。就像新中国刚建立的时候大量引进苏联的思想，受很多目的性的支配，都是在一定的状况下，带着一定的问题意识，把别国的思想作为解决问题的道具来引进。这种目的性在近代化初期表现得相当显著。当时的人们努力从一定的现状中提取出一定的问题，并自觉地设法去解决这些问题，在这一过程中必然会产生新的思想。那就是说，在引进别国学者的思想过程中，开始有些混乱是正常的，甚至是有积极意义的。所以，中国刑法学的发展，建国初期是引进苏联的，而且引进之后也有一些改造。现在看来，有其成功的地方。但是苏联这套理论，要再往前发展、再精巧化，就有问题。所以，这个时候我们需要看看德国人、日本人，甚至其他欧美人，究竟怎么看问题。这并不是说苏联这套理论就完全是错的，完全要抛弃。但是，我们要尊重现在的德、日刑法学，看看别人究竟是怎么讲道理的。在引进德、日理论之初，有很多误解在所难免，而且有的误解里面蕴含着很多积极的地方、蕴含着很多很好的东西。丸山真男就提到，清末中国的思想家严复通过同时引进孟德斯鸠的思想和赫胥黎进化论，创造了一个思想，并产生了巨大的影响。但是，把18世纪法国孟德斯鸠的思想和19世纪后半期的进化论结合在一起，这本来是不恰当的，如果单纯从欧洲思想史的发展来看，那简直是逻辑上的混乱。但是，如果内在地去理解严复对当时中国现状的认识和所采取的克服、解决的办法，把西欧思想用作改变现状的手段，那么就会发现，把孟德斯鸠的思想和赫胥黎的思想同时引进并不奇怪。丸山真男还提到，日本在自由主义、民权主义引进过程中，也有类似严复的状况——我们现在认识到其重要性，但是当时，其实好多机会蕴含在这种对西方思想的歪曲当中。如果把上述问题作为思考的前提，往往只会纠缠于日本独有、固有的思想问题，所以，丸山真男的意思就是说，在日本，很难说有固有的、优秀的思想观念，那就需要去引进。在引进过程中，有可能会有问题，但也正常。理论发展的很多机会都蕴含在这里面，隐藏’在这里面。[9]（P94）而且，理论的发展要创新是很困难的，所以很多时候理论的发展蕴含在对他人的学习过程当中。在刑法学中，现在已经很难找到德国和日本学者完全没有讨论过而只有中国独有的问题，“在国外，就一个具体问题，可以讨论一、二百年，因为具体问题总是与理论根基相联系；而我国的刑法学总是很难持续地讨论某个问题。”[10]（P54）所以，借鉴欧陆刑法学研究完全是理所当然的。丸山真男也曾经认真地讨论了学术研究上的独创性问题。他指出，思想史能否有独创性，是一件很难评价的事情。关于独创性，认真研究过的人都知道，即使以欧洲的思想史作为背景，也很难发现有新出现的、全新的东西。正如人们所说的，欧洲思想史是以古希腊的思想为主题的变奏曲。也就是说，欧洲整个思想史，都是在古希腊的思想的基础上，做一些不大的变化。“所谓的思想史，大体上是古来思想不断改编的历史。也就是说，对过去的思想一读再读，读透了再给予重新解释，给之以新的光辉。不外就是这样的历史。从这个意义上看，真正的独创，也并不是什么全新的东西，当然也不是什么新奇的构思”。[9]（P110）这个观点用在刑法理论中也是合适的，也就是说，除了类似于客观归责这样的理论是独创的以外，真正的独创也不是什么全新的东西，也不是什么新奇的构想。即便是客观归责理论，与相当因果关系特别是其中的事实关系还是有关的，因而也可能只是多了一个名词，新瓶装的是旧酒。做如上分析，无非是想表明中国刑法学想要取得长足的发展，必须要有多种思路，要有比较宽广的胸怀，认识到不同的犯罪论体系都有必要存在，所以，不存在一种理论比另外一种理论要优越这样的问题。在这个意义上，需要承认的确存在可以从基本原理中推导出普遍有效命题的“没有国别的刑法学”。[11]

四、常识主义刑法观的基本原理

回归常识的刑法理论，有一些基本的原理。这个问题相对复杂，笔者目前关于此方面的思考也并不太成熟。

(一) 对犯罪的认定要慎重, 需要考虑公众基于生活经验的规范感觉。一方面, 根据罪刑法法定原则, 为防止刑罚权的恣意行使, 国家只能依据事前制定的法律才能对某种行为进行处罚, 行动的预测可能性原理是罪刑法定的当然内容。判断行为是否具有预测可能性, 只能以行为人为非裁判者的观点出发, 考虑在实施行为的当时, 根据其生活经验对该行为可能被刑法所禁止是否有所认识。如果从行为人的角度看, 根据其生活经验, 难以形成规范认同, 对行为可能受到否定性评价没有认识, 刑罚权的动用可能就存在问题。在这个意义上的刑法规范, 首先是行为规范, 其次才是裁判规范。另一方面, 对犯罪的评价要从事实出发, 再到价值评价。犯罪认定上的慎重意味着什么呢? 不能一开始就给被告人带意识形态的帽子, 认定他破坏了社会主义社会关系, 不能一下子就一棍子打死, 或者在共同犯罪中直接就认定他是主犯, 让被告人陷入万劫不复的境地。司法上要有专门的机制给被告人以辩解的机会, 要在不同的犯罪成立理论阶段、层次中允许犯罪人辩解。这就意味着犯罪论体系一定是分层的, 控诉的机制蕴含在中间, 辩护的机制也蕴含在中间。所以, 控辩能够对抗, 在理论的构造上能够为这种对抗留有空间。对此, 通说肯定会批评: 凭什么一定要有分层的理论? 这可能是更复杂的问题。对分层的理论, 笔者一再强调, 出发点从形式上看是要给被告人辩护的机会, 但是, 该理论的实质在于先有经验的判断、生活常识的判断, 或者说是先有事实的判断, 再到价值的判断、实质的判断。而我们现在所讲的“四要件”理论中, 这种判断是全部糅合在一起的, 没有先后过程之分, 当然会带来思维上的混乱。

(二) 关于规范和法益的关系的问题。刑法要保护法益, 但最终要保护的是规范关系和底线的秩序, 实现社会有序化。这又回到了行为无价值论和结果无价值论的关系问题上。大谷实教授认为, 犯罪是违反社会上一般人应当遵守的伦理规范进而侵害或者危害法益的行为, 因为犯罪是侵犯了社会伦理规范, 在这个基础上进一步造成了法益侵害, 所以要对其进行处罚。[12] (P243) 法益以社会伦理规范的存在为前提, 刑法以社会伦理规范为基础, 规范和刑法的关系就特别密切。刑法要保护法益, 但也要保护规范关系, 这是二元论的观点。

笔者对此有进一步的解释: 关于规范和法益的关系问题, 笔者认为规范违反或者行为无价值的判断重于法益侵害说、结果无价值。这样的理论是最容易考虑常识主义的一种理论, 回归常识的基本刑法原理意味着在立场上是行为无价值论的。在规范和法益这两个概念之间, 法益侵害说认为后者是重要的, 是唯一的。但是, 笔者认为, 法益只是表面的现象, 规范关系的维持是最终的内涵。但是, 对此需要特别详细的论证。在现代社会中存在的不是单纯的个体, 而是利益和价值取向都不同的规范共同体和社会。实际上, 如果世界上只有一个人, 什么都好说; 有两个人时就有矛盾了; 有三个人时, 就是一个社会, 就需要规范。所以, 在现在社会存在的不是单独的个体, 而是利益和价值取向都不同的人的群体, 在这个过程中, 我们必然承认有一些东西是优先的, 是具有优越性的东西。这个具有优越性的东西不一定是法益, 而是规范关系。也就是说, 不是法益重要, 而是因为我们维护这个关系, 才说由法益所体现出来的、或者法益背后的关系重要。换句最简单的话说, 法益是重要, 但是, 必须是我们认定它重要它才重要, 而当我们要说什么东西重要的时候, 我们一定是将其放在规范关系中去理解, 法益自身的重要性才能凸显出来。前文曾经提到被告人的权利, 提到欧陆刑法的合理性问题, 被告人的权利保障和此处所讲的规范关系存在以下关联: 在一个社会当中, 有一些最底线的秩序, 最基本的规范关系, 这个规范关系的存在, 决定了人的生存状态和生存质量, 有这样的规范关系存在, 个人才能安心, 自由才能得到保障, 生存才有质量。因此, 才有被告人权利的概念, 在承认被告人权利这样的背景下, 才会说某些权益或者利益是重大的, 才会有法益这样的概念。所以, 在笔者的理论体系中, 规范关系最为重要。有人可能会说, 我们这个社会当中有一些最基本的东西, 比如生命、身体、财产、婚姻都很重要。但反过来也可以说, 这种法益, 比如生命、身体、财产、婚姻都只不过是规范关系的体现。法益, 要在规范关系中得到承认才会凸显其意义。而规范关系基本是由一些道德、伦理规范所组成。“几乎在所有地方, 人们都服从于某些具有道德性质的规则, 例如保护生命和身体、财产和婚姻”。[13] (P85) 对于法益和规范之间的关系, 可以做这样的解释: 以生命权为例, 任何人都有生命本能, 都有攻击别人的本能, 都有暴力的倾向。但是, 并不是每个人都会成为杀人犯, 只是说人人都有可能攻击别人。并不是人人都会成为罪犯, 但是, 每个人实际上确实是潜在的罪犯。为什么有这样的可能, 但是很多人并不会去杀人、不会去伤害他人呢? 因为有刑法的道德性的约束。这个道德性的约束就是, 只要你觉得生命重要, 不愿意别人侵害你, 你也不应当侵害别人。反过来, 别人也应当这样去思考问题。换言之, 任何人都不应当成为别人的刀下鬼! 那就是说, 你的生命权是受到保护的, 这是法益。这时候, 生命权应当受到保障, 看起来好像就是因为生命权是重要的。但是, 中立地看, 或者动态地看, 认定某一个东西重要是没有意义的。必须是别人认识到这个是重要的, 从而不侵犯你, 这个东西才是重要的。认为婚姻、财产、生命重要, 其实是没什么意义的。它们当然重要, 但是它们之所以重要其实是因为在特定的规范关系、特定的社会环境中, 别人认识到这个东西重要。而当别人认识到这个东西重要, 而且需要去保护的时候, 才不会使用暴力。这样的思考, 是在规范关系内部进行的。所以, 仅仅说生命权重要是不够的, 要让别人也承认、认为它重要, 这才是关键。法益概念一定生在规范关系当中, 或者在规范关系当中, 这个概念的重要性才得以体现, 才显得有意义。赫费指出: “我之所以有生命和身体的权利, 是因为所有的别人都有义务去克制他们以暴力侵犯我的能

力……并不是因为每一个人的存在都以生命和身体为一个（优先的）利益，而主要是因为：（1）利益只有在相互性中才能实现；（2）在‘相互性的体系’中，每一个人所宣称合理的作为（别人应该放弃使用暴力），只有以相对的作为（自己放弃使用暴力）为条件，才能成立”。[13]（P86）

一个人，之所以有生命，或者他的生命显得特别重要，是因为所有的他人都要克制他们以暴力来侵犯被害人的冲动。在此意义上，在规范关系中这个法益才重要。财产也是一样的。假设有个人拥有一只名牌手表，价值一万元，天天戴着它，自己感觉它很重要，因为只是自己知道它是价值较高的财物，但是，静止地看，这个手表本身对别人、对刑法来讲，都是没有意义的。只有别人认识到这个东西重要，它的价值才能有意义。所以，家财万贯对别人来说没有什么意义，如果没有人来偷、没有人来抢，刑法根本就不管。刑法要干预的是，在规范关系当中，他人的财产是不能动的，任何人都应当尊重他人的财产。这就是说，某种法益是不是很重要，完全是相对的，必须放在规范关系中去阐释——你不能侵害我，你不能对我使用暴力，你必须克制你的暴力冲动，否则就会对整规范关系产生影响，进而侵害法益。所以，我们现在所讨论和重视的法益概念，是静止的概念，可能对一个人的世界或者两个人的世界是有意义的。但是，我们现在都生活在共同体之中。“共同体是一种个人联合体，或者是含有合作和冲突诸因素的关系结构”。[14]（P48）一旦这个世界上有了三个以上的人，并结成共同体时候，传统的、静态的法益概念就或许存在问题。这是笔者所理解的法益和规范之间关系。在这个意义上，犯罪是对规范的违反，违反的本质在于行为的无价值，以此为立足点的刑法学，才是最接近于常识主义、接近于公众认同的理论。

为什么行为无价值论很接近常识呢？(6)那就是说，犯罪行为一定不是孤立的行为，不是真空状态下的行为，而是社会当中对社会有害的行为。而认定犯罪行为对社会有害的时候，一定是对某个东西的破坏。而对某个东西的破坏，最后的落脚点是一个实体或者这个实体的权益被破坏。但作为实体的法益一定要在社会规范联系中去保护、在人与人之间的相互关系中去理解，它才会有意义。也就是在这个意义上，许玉秀才认为：“法益论其实也是规范论……法益本身也是一定规范目的下的产物，社会的同一性可以随不同时空而变异，在整个20世纪的时空下，刑法规范不过是将提供个人发展生命的资源评价为法益，评价为证明社会同一性的方法，如果将保护法益说成是规范效用的隐喻，其实是相同的意思。”[7]（P26）

（三）刑法具有文化意义上的普遍性，它来自于对生活常识的承认，这意味着我们要学习欧化的某些刑法理论。对于生活常识的承认，要求犯罪论的建立从事实的判断到规范判断，从生活经验的判断到价值的判断；对犯罪论中很多问题的处理需要考虑公众的生活常识。例如，对于因果关系的错误，即便行为人对于因果流程存在认识错误，但只要结果“保持在根据普遍的生活经验可以预见的范围之内……所设想的和实际发生的因果经过之间的不一致便属于‘非本质性的’”。[15]（P149）

在刑罚论中，报应是满足了人最朴素的愿望，是最起码的生活常识。但是，报应的要素里面，要受积极的一般预防理论的约束。也就是说，刑罚论里面应当有积极的、一般预防的因素来调解报应的东西，也就是一体论的，或者是折中的刑罚论。在这个意义上的刑法学，无论其多发达，都是接近于或者充分考虑了常识的理论。

基于上述三点可以得出的结论就是：回归常识的中国刑法学，一定是考虑国情、中国独特文化的理论。这样的刑法理论很可能是一个折中的理论，也就是笔者所主张的是二元的行为无价值理论。[16]（P123）笔者认为，这是适合于中国当前实际的理论。坚持这种理论实际上就是在中国确立了刑法的基本立场。学派的形成和刑法学回归常识是一个相辅相成的过程。由此，在刑法学的核心问题即犯罪论体系的论证上，犯罪论体系要阶层化、精致化，以事实和经验的判断为思维起点，最终要形成价值判断，由此建立起精巧的刑法解释体系。坚持二元的行为无价值论，也需要适度考虑欧陆刑法传统，在借鉴过程中，特别思考规范关系和法益的轻重问题，思考规范和法益的关联性，并最终规范关系为本，建构接近于常识的理论体系，由此就会形成与中国当下社会发展态势相契合的理论体系。

注释与参考文献：

(1)参见周光权：《论刑法的公众认同》，《中国法学》2003年第1期。

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

(3)此后，也有学者认为，犯罪主体是犯罪构成“四要件说”中首当其冲要考虑的构成要件（参见赵秉志、吴振兴主编：《刑法学通论》，高等教育出版社1993年版，第88页以下），但对通说权威的细微挑战似乎最后也没有获得成功。

(4)更为详尽的案情，请参见最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选：1992年至1996年合订本》（刑事卷），人民法院出版社1997年版，第46页以下。

(5)在这个意义上，所谓的电脑量刑乃至电脑辅助量刑是否有存在的必要，就很值得商榷。

(6)当然，“对社会一般人观念的关注和对公民法感情的尊重，并不是行为无价值论和社会相当性独有的‘专利’，而是以合理解决实际问题为己任的刑法解释本身不可或缺的要素。”陈璇：《刑法中社会相当性理论研究》，法律出版社2010年版，第97页。

[1]林东茂．一个知识论上的刑法学思考[M]．北京：中国人民大学出版社，2009．

[2][美]乔治·P·弗莱彻．刑法的基本概念[M]．蔡爱惠等译．北京：中国政法大学出版社，2004．

[3]李海东．刑法原理入门：犯罪论基础[M]．北京：法律出版社，1998．

[4]王作富．中国刑法研究[M]．北京：中国人民大学出版社，1988．

[5]周光权．犯罪论体系的改造[M]．北京：中国法制出版社，2009．

[6]周光权．中国法学知识的形态与反思（二）中国刑法学的想象力与前景[J]．政法论坛，2006，（5）．

[7]许玉秀．当代刑法思潮[M]．北京：中国民主法制出版社，2005．

[8][德]赫费．文化际的刑法II[J]．蔡庆桦，孙善豪译．二十一世纪，2000，（2）．

[9][日]丸山真男．日本的思想[M]．区建英，刘岳兵译．北京：生活·读书·新知三联书店，2009．

[10]张明楷．刑法的基本立场[M]．北京：中国法制出版社，2002．

[11]樊文．刑事法前沿问题——没有国别的刑法学[J]．法学研究，2010，（1）．

[12][日]大谷实．刑法讲义总论（新版第2版）[M]东京：成文堂，2007．

[13][德]赫费．文化际的刑法I[J]．蔡庆桦，孙善豪译．二十一世纪，2000，（1）．

[14][德]奥特弗利德·赫费．政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础[M]．庞学铨，李张林译．上海：上海译文出版社，1998．

[15][德]约翰内斯·韦塞尔斯．德国刑法总论[M]．李昌珂译．北京：法律出版社，2008．

[16]周光权．违法性判断的基准与行为无价值论——兼论当代中国刑法学的立场问题[J]．中国社会科学，2008，（4）．

原载于《法制与社会发展》2011年第1期