

◎ 陈兴良 著

# 教义刑法学

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究专著系列

*Contemporary Chinese Jurists' Library*

 中国人民大学出版社

●陈兴良 著

# 教义刑法学

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究专著系列

*Contemporary Chinese Jurists' Library*

中国人民大学出版社  
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

教义刑法学 / 陈兴良著.  
北京: 中国人民大学出版社, 2010  
(中国当代法学家文库·陈兴良刑法研究专著系列)  
ISBN 978-7-300-12116-1

- I. ①教…  
II. ①陈…  
III. ①刑法-法的理论  
IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 079337 号



中国当代法学家文库  
陈兴良刑法研究专著系列  
**教义刑法学**  
陈兴良 著  
Jiaoyi Xingfaxue

---

出版发行	中国人民大学出版社	
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码 100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)
网 址	<a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a> <a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网)	
经 销	新华书店	
印 刷	涿州市星河印刷有限公司	
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次 2010 年 6 月第 1 版
印 张	47.5 插页 3	印 次 2010 年 6 月第 1 次印刷
字 数	685 000	定 价 99.00 元

---

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

# 总序

自 1984 年发表第一篇论文（《论我国刑法中的间接正犯》，载《法学杂志》，1984（1））、1987 年出版第一本专著（《正当防卫论》，中国人民大学出版社，1987）以来，我的学术生涯已逾 20 载。其间，发表了二百余篇论文，出版了 11 部个人专著以及 8 部论文集，此外还主编或参编刑法学论著三十余部。以上论著的水平参差不齐，既有青涩的少作，也有成熟的代表作，基本上反映了我对刑法的感悟。这些论著，出版较早的已经过去十多年了，书店难觅其踪，图书馆也不易查找，经常有读者向我打听何处有售。本想对这些论著进行系统修订以后再版，但因写作任务挤压，加上历经 1997 年刑法修订，并由于我国刑法学理论水平的提高，旧作的内容益显其旧，甚至非经重写不可。在这种情况下，畏难情绪使旧作的修订工作一再拖延。正在旧作重新出版遥遥无期之际，中国人民大学出版社建立“中国当代法学家文库”，并邀请我参加，为我出版“陈兴良刑法研究系列”，将旧作进行整理以后集中出版。这一构想，对我颇有吸引力。经过慎重考虑，将 10 年前出版的旧作，除个别以外，分为三个系列出版，这就是：（1）陈兴良刑法研究专著系列；（2）陈兴良刑法研究文集系列；（3）陈兴良刑法研究主编



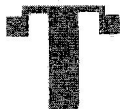


系列。现分别对这三个系列的情况略加说明：

“陈兴良刑法研究专著系列”，是我个人专著的书系。自1987年至2006年，我出版的个人专著共计11部，此次纳入文库的有《正当防卫论》、《共同犯罪论》、《刑法适用总论》、《刑法的人性基础》和《刑法的价值构造》等5部。在这些著作中，除《刑法的人性基础》和《刑法的价值构造》属于刑法哲学著作以外，其他3部中的《正当防卫论》和《共同犯罪论》是在1997年刑法修订前出版的，需要根据刑法进行修订，《刑法适用总论》也需吸收有关司法解释的内容。考虑到这些著作出版时间较早，只是反映我在10年前的学术水平，若进行大规模的修订已不可能，也无此必要。在这种情况下，我基本上保持旧作的原貌，只是对过时的刑法条文加以修订，并充实司法解释的内容。以后可能还会有更多的个人专著纳入书系。

“陈兴良刑法研究文集系列”，是我文集的书系。我的文集分为两种类型：一是综合性文集，类似于编年史，是按照论文发表的年代编辑而成的论文集，共计3部。第一部是《当代中国刑法新理念》，收入1984年至1994年的论文；第二部是《当代中国刑法新视界》，收入1995年至1997年的论文；第三部是《当代中国刑法新境界》，收入1998年至2001年的论文。现将2002年至2005年的论文加以整理，编成第四部论文集，名曰《当代中国刑法新径路》。二是专题性文集，例如《走向哲学的刑法学》和《刑法理念导读》以及新近出版的《死刑备忘录》等。这些文集以某一专题为主旨，汇集历年来对该专题的研究成果而成。这些论文集都将陆续收入文库。

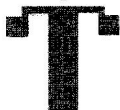
“陈兴良刑法研究主编系列”，是我主编著作的书系。在我的学术活动中，主编著作有一席之地。尤其是连续出版物《刑事法评论》，成为我主持的一个刑事法的重要论坛。在我主编的各种论著中，有些时过境迁，没有再版的必要；有些则具有较高的学术价值，因而修订以后纳入文库出版。应当指出，我主编的这些学术著作，都是与他人合作的产物，包括同事与学生，通过共同合作这些著作而建立的友谊，历久弥新，令人难以忘怀。因此，我主编的著作并非我个人的研究





成果，而是全体合作者的共同研究成果。只不过作为主编，我对这些著作的命运负有某种使其久远地流传的责任而已。

随着我国法治建设的进步，我国的刑法学理论也随之发展。作为一名刑法学家，我时刻地感觉到时代的召唤，因而愿意将毕生的精力贡献给刑法学事业。我个人的学术成长，也正是我国刑法学从沉寂到复苏，并且迅猛地发展的一个缩影。“陈兴良刑法研究系列”的编辑，是对我以往学术生涯的总结，对以往学术成果的盘点，对以往学术能力的检讨。这是一个契机，使我能够回顾过去以便更好地面对未来。苏力曾经将法学家的命运和国家的关系与文学家的命运和国家的关系加以比较，进而认为，对于文学家来说是国家不幸诗家幸，因而文学家的命运与国家的命运之间存在负相关的关系。而法学家则不然，国家不幸法学家必然不幸，因而法学家的命运与国家的命运之间存在正相关的关系。就此而言，每个法学家都期盼着国家昌盛，法治发达，如此则法学家之幸耶。当然，国家之幸只不过为法学家的成才提供了客观外在的条件，真正为国家法治作出应有的学术贡献，仍有待于法学家的个人努力。就此而言，我辈确实是幸运的，我的业师高铭喧教授、王作富教授，在20世纪50年代初受过良好的法科教育，并受苏联专家的亲炙。但从20世纪50年代中期开始我国进入一个政治动荡期，及至1966年开始“文化大革命”，法律虚无主义盛行，法学家根本没有用武之地，法学更是被打入冷宫。这个政治动荡期与社会动乱期一直延续到1978年，此后我国才进入一个平稳发展的历史新时期。1978年，我始上大学，而高、王两位教授则归队重拾刑法旧业。这一年，我初度二十，而高、王则年届五十矣。可以说，高、王是从五十岁才开始真正从事刑法学的学术活动的，我则刚刚进入法学的门槛。我和高、王两位教授相隔三十年，这是整整一代人的时空距离，也是整整一代人的学术空白。这使我们这一辈年轻人有机会在老一辈学者的指点和提携下，脱颖而出并较早地进入到刑法学的学术前沿。时代给我们提供了广阔的学术舞台，我辈赶上了法治建设的黄金季节。当我年近五十的时候，已经完成了主要的或者重要的学术创作，可以开始进行学术总结。就此而言，我辈何其幸也。





一个人的学术生命不可能长生不老，这就是所谓“生有涯而知无涯”。因而，我们应当承认在科学与学术面前，个人是渺小的，贡献是有限的。我们只能在特定历史境域中个人能力范围内所能完成的学术使命，勇于承认这一点，并且乐观地看着我们的学术作品慢慢地老去，逐渐地退出学术舞台，这不也是一种达观的学术谢幕么？对于我来说，尽管这一天还未到来，但我期盼着它的到来。这就是我在编辑“陈兴良刑法研究系列”书系时的一点感想与感慨，记之为序，且是总序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2006年6月11日

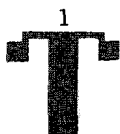


# 代 序

## 走向教义学的刑法学

《教义刑法学》是一门为刑法专业法学硕士研究生开设的刑法课程，以讲授刑法总论，尤其是犯罪论为主。本课程的预设前提是：听课的同学已经在本科阶段系统地学习过刑法，通常是一学年的刑法，包括刑法总论与刑法各论。同学们已经在本科阶段听过一次刑法课了，那么，为什么在研究生阶段还要再听一次刑法课呢？概言之，研究生的刑法课程与本科生的刑法课程之间，在内容上究竟存在什么区别呢？这里涉及本科生与研究生在培养目标上的差异，拟有必要略加说明。我认为，本科生与研究生的区别在于博与专。

本科生阶段是打基础，广泛地学习法学各学科的基本知识，因而本科生的刑法课程以讲授基础性质的刑法知识为主。而研究生阶段是攻读专业，所谓术业有专攻，因而对刑法知识要有更为专深的掌握，并且从学习向研究转变，从知识向学术转变。假设所有刑法知识的总量为 100，同时假设一名刑法教授应该掌握的刑法知识是 100%，那么，大体上而论，一名本科生应该掌握的刑法知识是 30%，一名硕士生应该掌握的刑法知识是 50%，一名博士生应该掌握的刑法知识是 70%，一名副教授（包括博士后）应该掌握的刑法知识是 90%。应当指出，







这里的“是”是“应当是”而不是“实际是”。当然，刑法知识是一个变量或者说是增量，它不是一种“死”的知识而是一种“活”的知识。

本科生以学习为主，基本上是知识的消费者，还谈不上对知识增长有所贡献。而研究生已经开始从学习转向研究，因而开始从知识的纯消费者转为偶尔的生产者。从理论上来说，学者是知识的主要生产者，尤其是博士论文对知识的增长贡献较大。因为博士生思想活跃，极具创新欲望，而有些人一旦评上教授，就丧失了学术的创新能力了。

那么，学习与研究之间存在什么差别呢？从本科生到研究生，角色如何调整？我认为，这里面有一个对于学术性的理解问题。因为研究是指从事学术研究，那么什么是“学术”呢？我们经常说，这篇论文写得差，那篇论文写得好。这里的“差”与“好”如何区别呢？我认为，这种区别就在于是否具有学术性以及学术含量的大小。

学术性是一个十分抽象的标准，我试图用文学性来加以比喻。因为文学性可能更容易理解一些。我们说中学生的作文与文学作品是有区别的，其中的区别就在于是否具有文学性。对于文学性的有无与高低，我们无法从理论上进行界定，就用鲁迅在《秋夜》一文中的第一句话来加以说明。第一句话是什么呢？第一句话是：

句1：“在我的后园可以看见墙外有两株树，一株是枣树，还有一株也是枣树。”

这是一句颇具文学性的描写。当然也有人不以为然，认为这是一句废话。那么，这句话的文学性体现在什么地方呢？我们在上面这句话的基础上，可以改写出以下两句话：

句2：“在我的后园，可以看见墙外有两株枣树。”

句3：“在我的后园，可以看见有两株树，两株都是枣树。”

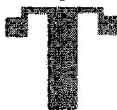
我们比较一下上述三句话之间的区别。从提供事实性信息来说，上面三句话提供的信息都是一样的：窗外有两株枣树。从这个意义上，句2最为简洁，句1



确实是一句废话。但句2的信息只限于事实性，没有任何其他人文性信息。所以句2不具有文学性，可以用于说明书之类的文体。而句3则在表述事实以外，增加了一点文学性，即单调生活的情绪溢出，“两株都是枣树”多么单调。为什么不是“一株是枣树，还有一株是桃树”呢？由此可见，作者已经不限于在表述事实，而在于通过对一个事实的描述渲染某种情绪。当然，句1在渲染情绪上远远强于句3，“两株都是枣树”是同时说出的，而“一株是枣树，还有一株也是枣树”则是先后说出。同时说出（都是）与先后说出（也是）有什么不同？当说“两株都是枣树”的时候，听这句话的人同时获得两株枣树这一信息，虽然有“都是”这一句式，稍微泄露出一丝单调情绪，但仍然接近于句2。而当说“一株是枣树”的时候，听这句话的人根据一般的心理预期，就会认为另外一株不是枣树。因此，当说出“还有一株也是枣树”的时候，有些出乎意外的效果。在这种情况下，第一句制造了一个悬念，第二句抖了一个包袱。因此，句1不仅具有了文学性，而且已经出现了戏剧性。这句话的效果在于吸引听话的人参与其间，从而引起共鸣。如果两株都是枣树，读者将无法体味那种站在后园里缓慢转移目光，逐一审视两株枣树的况味。这难道不是文学性吗？鲁迅先生不愧为大文豪。

文学是以语言表达某种观点，其特点是将抽象的观点通过具象的情节刻画出来。比如，表达单相思的恋情，一个单相思的人大喊大叫“我痛苦啊，我要自杀”，这肯定不是文学。但《诗经·周风》说“关关雎鸠，在河之洲。窈窕淑女，君子好逑……求之不得……辗转反侧”的时候，文学性就出来了：辗转反侧，晚上被相思的痛苦折磨得睡不着觉，在床上翻来覆去，其相思的恋情跃然纸上。抽象的相思恋情通过辗转反侧这一具体动作活生生地表现出来。当然，因为单相思而睡不着觉，这样的表达虽然具有一定的文学性，但是比较俗气。也就是说，大多数人都会这么说，因为太通俗，因而也就太庸俗。

我们再来欣赏一首现代诗人戴望舒的诗，同样是表达相思的恋情。戴望舒流传甚广的是一首题为《雨巷》的朦胧诗，据说诗中的丁香确有其人，戴望舒还为





她自杀过，但终究就此别过，有情人未成眷属。戴望舒有这样一首诗：

烦忧

说是寂寞的秋的清愁，  
说是辽远的海的相思。  
假如有人问我的烦忧，  
我不敢说出你的名字。

我不敢说出你的名字，  
假如有人问我的烦忧。  
说是辽远的海的相思，  
说是寂寞的秋的清愁。

这首诗的好，我就不说了，大家可以去体会，尤其是这首诗所表达出来的相思之情与辗转反侧的差别应当是十分明显的吧。

还是从文学性回到学术性。在学术概念的界定当中，首先涉及科学的概念，学术与科学之间到底是什么关系呢？我以为，学术与科学具有基本相同的含义。但科学与学术又有一些细微的差别。一般在自然科学中更多地采用科学一词，而在人文哲学领域，尽管也有社会科学的提法，但社会科学之科学显然不同于自然科学之科学，尽管近代自然主义与实证主义思潮曾经侵入人文哲学领域。在人文哲学中，更多地采用的是学术一词。那么，如何界定学术呢？我以为，对于学术的把握应当注意以下四点：

第一，学术区别于政治。

学术经常与政治相对应，学术独立、学术自由就是防止政治干预学术。但学术又经常与政治有着千丝万缕的联系，它往往离不开政治，甚至学术在很多情况下是为政治服务的。应该说，学术与政治是两个不同的范畴，遵循的是不同的规则。学术是一种说理性的精神活动，而政治作为一种权力的运作，它以暴力为后盾，在专制社会里，政治往往是强词夺理的。即使是在民主政体之下，学术也不





应该沦为政治的奴婢，而应当保持与政治的一定区隔，这样才能使学术与政治各得其所。

### 第二，学术也区别于思想。

尽管学术当中包含思想，但思想性与学术性又是有所不同的。有些思想是学术，但有些思想并不是学术。孔子的《论语》是思想，但不是学术。毛泽东思想当然是思想，除《矛盾论》、《实践论》等论文具有学术性以外，大多是思想而不是学术。马克思的《资本论》则是思想与学术的完美结合，该书从社会细胞——商品切入，抽丝剥茧地展开对资本主义社会的细致剖析。在某种意义上说，思想是学术的内容，学术研究一定追求思想性。但我们也不能把学术与思想完全等同起来，而是要看到两者之间的差别，可以说，思想性只是衡量学术的一个指标，而不是唯一的指标，我们一定要尊重学术自身的规律。

### 第三，学术还区别于技术。

技术是一种技能，具有实用性，而学术不具有直接的实用性，属于论证的范畴。当然，法律的制定及其适用本身也具有一定的技术性，例如立法技术与司法技术等，尤其是司法技术更是十分丰富的，在法学研究中也往往以此为研究对象。但是，并不能由此否认学术与技术之间的区别。因为技术本身不具有学术性，但对技术的研究可能是具有学术性的，这两者之间并不矛盾。学术与技术的区别就在于技术仅仅是一种技艺，而学术是一种说理，是一个论证过程，更是一个知识体系。

### 第四，学术更区别于宗教。

宗教是一种信仰体系，宗教信仰一旦形成，会对人的思想形成某种禁锢，并且不容异见，不能置疑。而学术是可以批评的，当然也可以反批评。学术不是自说自话，必须能够引起讨论，可以传承。因此，现在往往把引证率作为学术评价的主要指标之一。一篇论文具有较高的引证率，无论是肯定性引证还是否定性引证，都表明这篇论文引起了较大社会反响，具有较高的学术关注度。当然，现在的自然科学还引入一个概念，称为影响因子，这是对刊物的评价，类似于我们的





核心刊物与非核心刊物的区别。在影响因子较大的刊物发表论文，这篇论文的学术影响力也会较大。如此等等。这里还应当指出，学术不同于宗教，但对宗教的研究却是一种学术。而且，在法学研究中也可以吸收对宗教的研究方法，例如把法条视为一种信条的教义学方法。

以上我们讨论了学术的一些基本特征，例如独立性、说理性、反思性等等。那么，如何做学术呢？这个问题和你如何写诗，如何作文一样，实在是不好回答。简单地说，所谓做学术就是用一些材料来证明一个观点，这个观点是论点，这些材料是论据。这个意义上的做学术，就等同于如何写论文。学术成果当然需要通过写作表达出来，但学术又不完全是写出来的，写作只不过是学术的表达形式，在写作之前必须进行学术研究，通过学术研究获得学术成果，包括思想、观点等，然后才把学术成果表达出来。因此，从事学术是指研究与表达两个方面，这两个方面同样重要。

我在《刑事法学研究丛书》的总序<sup>①</sup>中，提出了学术功底、问题意识、研究方法这样三个与学术紧密相关的问题。其中，我以为问题意识是十分重要的。做学术就是一个发现问题、思考问题、质疑问题、把握问题、解决问题的过程。我在总序中倡导小题大做。小题大做不仅是一种研究方法，也是一种写作方法。尤其是学术入门者，必须从小题大做做起。具有了相当的学术积累以后，才能有鸿篇巨制。

那么，什么是小题大做，为什么小题大做应当成为学术入门者的一种研究方法呢？我举一个例子，有位历史学的博士生要写一篇博士论文，其研究方向是古罗马社会制度。如果以《论古罗马社会制度》作为博士论文题目，那么别指望通过博士论文答辩，因为古罗马社会制度这样的题目太大了，非一篇博士论文所能容纳。后来，缩小一点，博士论文题目改为《论古罗马军事制度》，这个题目虽然小了一些，但还是不好掌握。再缩小，博士论文题目改为《论古

<sup>①</sup> 参见陈兴良：《书外说书——陈兴良序跋集 II》，35页，北京，法律出版社，2004。





罗马的军衔制度》，这个题目大小合适。军衔制度是军事制度的重要组成部分，从中可以探究古罗马军事制度的特性。经过进一步研究，再把题目缩小，最后将博士论文的题目定为《论古罗马军队的徽章》。徽章是军衔的一个标记，它比军衔制度包含的内容还要小，这才是一个真正的小题。这个小题可以大做：通过徽章的质地可以研究古罗马的制造业；通过徽章的造型可以研究古罗马的艺术；通过徽章的类型可以研究古罗马军队的等级制度，如此等等，足以以小见大。实际上，徽章只不过是一个切入点，通过它透视整个古罗马的经济制度、政治制度和军事制度。

博士论文的题目大小，往往可以反映一个国家的学术研究的深入程度。我在1988年答辩通过的博士论文，题目是《共同犯罪论》（第2版，中国人民大学出版社2006年版），属于刑法教科书的一级标题，因为当时我国关于共同犯罪的研究刚刚起步，处于较低的水平，因此以此为题还是可行的。近年来对于共同犯罪的研究不断深入，这从博士论文的选题也可以清晰地看出来。例如，2007年出版了《论共犯与身份》（阎二鹏著，中国检察出版社2007年版）的博士论文，属于刑法教科书的二级标题。2008年出版了《共犯的处罚根据》（杨金彪著，中国人民公安大学出版社2008年版）的博士论文，属于刑法教科书的三级标题。2009年出版了《诱惑侦查论》（金星著，法律出版社2009年版）的博士论文，诱惑侦查也称为陷阱理论，一般在教唆犯中论及，因而属于刑法教科书的四级标题。

小题大做当然是有难度的，关键是能否以小见大，如果不能以小见大，而是以小见小，那么就是小题小作而不是小题大做。做学问难在入门，而入门又难在选题，只有选好一个具有研究价值的问题，才有学术可言。这里还应当指出，我们现在的博士论文基本上都不是论文，不具备论文的基本要素，主要是指没有命题与论证，也就是缺乏论文的“骨髓”与“皮囊”<sup>①</sup>。现在的博士论文更多的是

---

<sup>①</sup> 刘南平：《法学博士论文的“骨髓”和“皮囊”：兼谈我国法学研究流弊》，载《中外法学》，2000（1）。





当做专著，甚至是教科书来写的，其学术性大打折扣。

我们这门课程讲授的是刑法教义，可以说是教义学的刑法学，简称为教义刑法学。刑法教义是我们主要讲授的内容，这里的教义性就意味着刑法的学术性。只有掌握了刑法的教义学，才能踏入刑法学的理论殿堂，慢慢走上刑法的学术研究之路。因此，可以把我们这堂课的中心思想归纳为以下这句话：

走向教义学的刑法学。



# 目 录

.....

<b>第 1 章</b>	<b>刑法方法论</b> .....	(1)
	一、立法论的思考与司法论的思考 .....	(1)
	二、体系性的思考与问题性的思考 .....	(13)
	三、类型性的思考与个别性的思考 .....	(19)
<b>第 2 章</b>	<b>罪刑法定主义</b> .....	(29)
	一、罪刑法定主义的价值蕴含 .....	(29)
	二、罪刑法定主义的派生原则 .....	(36)
	三、罪刑法定主义的中国命运 .....	(46)
<b>第 3 章</b>	<b>行为论</b> .....	(62)
	一、行为论概述 .....	(62)
	二、行为的理论 .....	(74)
	三、行为的构造 .....	(85)
<b>第 4 章</b>	<b>犯罪论体系</b> .....	(101)
	一、三阶层的犯罪论体系 .....	(101)
	二、四要件的犯罪构成体系 .....	(116)







---

	三、犯罪成立条件的逻辑关系 .....	(135)
<b>第 5 章</b>	<b>构成要件论 .....</b>	<b>(147)</b>
	一、构成要件概述 .....	(147)
	二、构成要件的性质 .....	(156)
	三、构成要件的类型 .....	(169)
<b>第 6 章</b>	<b>实行行为论 .....</b>	<b>(187)</b>
	一、实行行为概述 .....	(187)
	二、间接正犯的实行行为 .....	(193)
	三、原因上自由行为的实行行为 .....	(204)
	四、过失的实行行为 .....	(210)
<b>第 7 章</b>	<b>不作为论 .....</b>	<b>(222)</b>
	一、不作为概述 .....	(222)
	二、作为义务 .....	(238)
	三、不作为的类型 .....	(258)
<b>第 8 章</b>	<b>客观归责论 .....</b>	<b>(267)</b>
	一、从归因到归责 .....	(267)
	二、客观归责的体系性地位 .....	(278)
	三、客观归责的基本规则 .....	(297)
<b>第 9 章</b>	<b>违法性论 .....</b>	<b>(311)</b>
	一、违法性概述 .....	(311)
	二、客观违法性与主观违法性 .....	(321)
	三、行为无价值论与结果无价值论 .....	(327)
	四、可罚的违法性 .....	(340)
<b>第 10 章</b>	<b>违法阻却论 .....</b>	<b>(346)</b>
	一、违法阻却概述 .....	(346)
	二、法定的违法阻却事由 .....	(355)

