

● 陈兴良 著

# 当代中国刑法 新径路

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究文集系列

*Contemporary Chinese Jurists' Library*

 中国人民大学出版社

# 当代中国刑法 新径路

中国政法大学刑事司法学院

刑法学教研室主任 王作安

Contemporary Chinese Criminal Law: New Pathways

中国政法大学出版社

●陈兴良 著

# 当代中国刑法 新径路

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究文集系列

*Contemporary Chinese Jurists' Library*

 中国人民大学出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

当代中国刑法新径路 / 陈兴良著.

北京: 中国人民大学出版社, 2006

(中国当代法学家文库·陈兴良刑法研究文集系列)

ISBN 7-300-04738-6

I. 当…

II. 陈…

III. 刑法-中国-文集

IV. D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 132132 号

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究文集系列

**当代中国刑法新径路**

陈兴良 著

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北涿州星河印刷有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2006 年 12 月第 1 版

印 张 62 插页 3

印 次 2006 年 12 月第 1 次印刷

字 数 932 000

定 价 88.00 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《当代中国刑法新境域》，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。

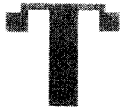
随着我国法治建设的进步，我国的刑法学理论也随之发展。作为一名刑法学





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，并且迅速地发展的一个缩影。“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，我的业师高铭暄教授、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。我们只能完成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

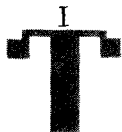
# 法律在别处？

在捷克著名作家米兰·昆德拉将法国象征主义诗人阿瑟·兰波（1854—1891）的名言“生活在别处”选作他一本小说的书名以后，一如“生命不能承受之轻”（米兰·昆德拉的另一本小说的书名），很快成为一句流行语。只有深谙生活之真谛的哲人，才会说出“生活在别处”这样的哲言。当我套用这个书名，说出“法律在别处”的时候，似乎已经是一种蹩脚的模仿。那么，法律真的在别处么？

法律是用语言来表述的，因而法律存在于语言之中、隐藏在语言之后，这是一个不言而喻的事实。但是，我们多少有些得意忘言，似乎语言只是法律的躯壳，只有透过语言我们才能得到法律之精髓，因而权利、法益、意志、人性以及正义等大词才是我们想在法律当中找到的东西，至于语言早就忘在一边了。其实，法律恰恰就是语言本身。不仅如此，法律得以存活的诉讼过程，就是一种语言的复杂游戏，一门语言的修辞艺术。法国著名哲学家利科曾经深刻地指出：诉讼的原始功能是把冲突从暴力的水平转移到语言和话语的水平。<sup>①</sup>正是通过司法活动，人类完成了从暴力到话语的转换，同时也完成了从野蛮到文明的嬗变。德

---

① 参见杜小真编：《利科北大讲演录》，5页，北京，北京大学出版社，2000。



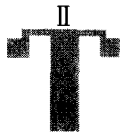


国学者考夫曼在《法律哲学》<sup>①</sup>一书中指出：语言如何建构法？德国学者考夫曼关注的是由语言构成的“法律人的世界图像”，并把它放到日常生活世界中去关照。考夫曼指出：语言可以分为日常语言和法律语言。法律语言是法律专业人士所通行的一种身份语言，它是通过立法创制的，司法领域更是法律语言的世袭领地。但是，普通人是生活在日常世界中的，他/她是以一种日常语言交往并生活在日常语言所构造的社会中的。由此可见，在日常语言所建构的日常世界与法律语言所建构的法律世界之间存在某种区隔。正因为如此，考夫曼提出了一个命题：“归责作为一种沟通过程。”这里的归责，在刑法中就是刑事责任的归咎，因而是一个定罪的问题。定罪是依照刑法规定而对现实生活中的某种法益侵害行为的评判。在这个意义上说，定罪就是法律规范对生活事实的一种裁断。我们已经熟知刑罚威吓理论，似乎公民只是被威吓的客体。考夫曼强调指出：社会共同生活的规则，并不是透过法律来告诉国家的人民。人民学会这些规则，是在日常生活的沟通里并相互间操作。<sup>②</sup>因此，当一种司法权要去干涉人们日常生活的时候，必然存在着日常语言和法律语言之间的冲突，由此提出了一个日常语言如何与法律专业语言相调和的问题。我曾经提出：犯罪分子不是根据法律规定的构成要件去犯罪的，恰恰相反，犯罪构成要件是根据现实生活中的犯罪去设置的。在这个意义上说，日常语言与法律语言之间的区隔实际上就是生活事实与法律规范之间的对应。因此，所谓沟通，也就是生活事实与法律规范之间的区隔的破除。

定罪过程，是法律对某种行为的犯罪性质的确认。就此而言，定罪是以一种法律语言在形而上的层面上展开的。但仅此是不够的，定罪作为一种归责，还必须在日常生活层面展开。否则，被告人仅仅是一个消极的司法客体，他/她没有参与到司法判决的形成过程中来，这样的有罪判决是缺乏说服力的。在此，考夫曼实际上提出了一个定罪的社会认同问题。定罪当然是一个法律的概念，因而应当具有充分的法律根据。但仅此还是不够的。刑法上的审判绝不仅仅停留在法律

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

② 参见〔德〕考夫曼著，刘幸义等译：《法律哲学》，178页，北京，法律出版社，2004。





的审判这样一个专业层面上，而如同考夫曼所言：一个在刑法上有关一个人有罪的审判仅有可能是——良知的审判。在刑法的领域中，应该主要与人类基本的价值的伤害有关。而要做到这一点，法律语言必须向日常语言屈从。

法官是定罪的主体。因此，法官必须像考夫曼所说的那样，能穿梭于两种语言——日常语言和法律语言之间。由此，引申出法官的角色定性。过度专业化与职业化的法官会透过法律概念的有色眼镜去观察行为者的世界，因而发生某种扭曲。正因如此，才有必要在职业法官之外引入非职业法官。考夫曼将非职业法官称为一个在不懂法律的外行人及受过教育的职业法官间的翻译者。职业法官必须使非职业法官了解法律，而非职业法官使职业法官了解行为人。因此，在这里，非职业法官之设置是对法官过度专业化的一种反动，其根据是技术性的而非政治性的。

我国的司法改革进程刚刚开始启动，司法职业远远没有达到专业化的程度，因此，囿于我国特定的司法语境，不能机械地照搬考夫曼的观点。尽管如此，我们还是可以从考夫曼的思想中受到启迪。在我国目前的刑事司法语境中，定罪的法治化并未完全实现，因而罪与非罪的判断在很大程度上是一种权力的操纵过程，而非法律的自治与自主的过程。在这种情况下，我们应当改变归责的单向性与封闭性，努力建构这样一种定罪机制：在这一机制中，归责是一个沟通的过程。这里的沟通意味着商谈与交流，既是日常语言与法律语言的沟通，也是司法者与被告人的沟通。通过这种沟通，使刑法上的归责正当化与合理化，真正使定罪从权力的审判成为法律的审判，最终过渡到人的审判或者良知的审判。

不仅刑法是用语言表述的，而且审判中的案件事实也是用语言表述的。德国学者卡尔·拉伦茨的《法学方法论》<sup>①</sup>一书，在论及案件事实的形成及法律判断时，提出了一个命题：“作为陈述的案件事实。”那么，作为陈述的案件事实与作为客观真实的案件事实到底是一种什么关系？显然，作为客观真实的案件事实是一种自在的、未经加工的，或者说是“裸”的案件事实。而作为陈述的案件事实

<sup>①</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨著，陈爱娥译：《法学方法论》，北京，商务印书馆，2003。





是一种自为的、渗入陈述者主观判断的，或者说是经过司法“格式化”的案件事实。这两种案件事实正如同康德所揭示的物自体 and 现象之间的关系。作为法官，它所接触到的永远是作为陈述的案件事实而不可能是作为客观真实的案件事实。这里我们需要追问：谁是陈述者？陈述又是如何进行的？在刑事诉讼中陈述者首先是证人和被告人，因而证人证言和被告人口供对于刑事案件的犯罪事实的塑造具有直接意义。这些陈述者都是非法律专业人士，他/她们的陈述采用的是日常语言，而证言与口供的记录者是侦查人员。这种记录虽然尽量保持陈述者的语言原貌，但在记录过程中已经开始了对原始陈述的筛选，并使陈述的日常语言向法律语言转换。拉伦茨指出：事件必须被陈述出来，并予以整理。在无限多姿多彩、始终变动不居的事件之流中，为了形成作为陈述的案件事实，总是要先作选择，选择之时，判断者已经考量到个别事实在法律上的重要性。<sup>①</sup>在这个意义上说，陈述就是一个取舍的过程。当然，从陈述的日常用语到法律用语的转换的最终完成，是法官在判决书中对案件事实的认定。这一认定是审理的结果，也是判决的前提。实际上，在案件事实的陈述中，已经隐含着判决结论。因此，法官的这种陈述远非是纯客观的陈述，而是包含着法官的“前见”的陈述。甚至，案件事实会因法官判决的需要而有所增删。在这种情况下，已经不是从案件事实中推导出裁判结论，而是为裁判需要“重构”案件事实。例如，在宋福祥间接故意不作为杀人案<sup>②</sup>中，一审法院认定的案件事实是：

1994年6月30日，被告人宋福祥酒后回到自己家中，因琐事与其妻李霞发生争吵厮打。李霞说：“三天两天吵，活着还不如死了。”被告人宋福祥说：“那你就死去。”后李霞在寻找准备自缢用的凳子时，宋喊来邻居叶宛生对李霞进行规劝。叶走后，二人又发生吵骂厮打。在李霞寻找自缢用的绳索时，宋采取放任态度，不管不问不加劝阻，致使李霞于当晚在其家门框上上吊自缢身亡。

<sup>①</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨著，陈爱娥译：《法学方法论》，160页，北京，商务印务馆，2003。

<sup>②</sup> 参见陈兴良主编：《刑事法评论》，第3卷，195页以下，北京，中国政法大学出版社，1998。



在这一案件事实的陈述中，我们发现了宋福祥与李霞之间的一段鲜活的对话。但在本案中，李霞已经自杀身亡，而死者是不会开口说话的。因此，李霞的话是经宋福祥转述的。这一案件事实的陈述，存在一个从日常语言向法律语言转变的脉络。前半段以一种生活化的语言叙述李霞自杀的起因，后半段则试图将李霞之死归责于宋福祥，因而出现了“放任”这样的法律用语，意在揭示宋福祥主观上对李霞自杀的间接故意的心理状态。根据这一案件事实，一审法院以宋福祥犯故意杀人罪，判处其有期徒刑4年。经过一审法院的审理，本案完成了从自杀到他杀（杀人）的案件性质上的转变。对于一审判决结果，宋福祥不服，其上诉称：“没有放任李霞的死，根本想不到她这次会真的自杀，她上吊我不知道。”二审法院维持了一审判决。但二审法院认定的案件事实与一审法院认定的案件事实相比，有些微妙的但却是致命的变动。以下是二审法院认定的案件事实：

1994年6月30日晚被告人宋福祥同其妻李霞生气，李要上吊，宋喊来邻居叶宛生进行劝解，叶走后二人又吵骂厮打，后李寻找自缢工具时，宋意识到李要自缢却无动于衷，放任不管。直到宋听到凳子响声时，才起身过去，但其仍未采取有效措施或呼喊近邻，而是离开现场到一里以外的父母家中去告知自己父母，待其家人赶到时李霞已无法挽救，宋实际上是放任了李霞的死亡。

在二审法院认定的案件事实中，有“宋听到凳子响声”这一细节，以表明宋福祥明确地知道李霞正在上吊但未加阻止，从而坐实了宋福祥间接故意的主观心理状态，以回应宋福祥提出的“她上吊我不知道”这一上诉理由。而这一细节是一审法院所未认定的，是一审法院遗漏了还是二审法院添加所致，不得而知。只有一点我们知道，李霞自杀时只有宋福祥一个人在场，法官不在现场并没有目睹李霞自杀。因此，案件真相是通过宋福祥之口陈述的，宋福祥是原始陈述人，而本案进入司法程序后，警察、检察官、律师都是间接陈述人，而法官是最终陈述人。在这一从日常语言向法律语言的翻译过程中，案件事实完成了从自在事实向自为事实的转换。这一转换形成了以下这样一个悖论：案件事实的陈述过程既是一个真相的发现过程，又是一个真相的丧失过程。我们的裁判者永远不要以为自



已是案件真相的最终获得者，一句“事实清楚、证据确实”的判词就自以为真理在握。我们需要不断地反躬自问：案件事实果真如此么？

在法学研究中，对于社会正义之类的宏大叙事曾经引起学人的持续关注，它引导我们走进社会正义的丛林，同时也使我们与法律渐行渐远。因此，法律并不在别处，我们需要这样提醒自己，法律就是语言。

（本文原载赵秉志主编：《刑法评论》，第7卷，北京，法律出版社，2005）

# 目 录

.....

## 第一编 刑事法治研究

- 1 面向 21 世纪的刑事司法理念..... (3)
- 2 入罪与出罪：罪刑法定司法化的双重考察..... (18)
- 3 罪刑法定司法化研究..... (24)
- 4 限权与分权：刑事法治视野中的警察权..... (46)
- 5 为辩护权辩护：刑事法治视野中的辩护权..... (72)
- 6 刑事法治视野中的刑事政策 ..... (113)
- 7 严打利弊之议 ..... (147)
- 8 刘涌案改判的法律思考 ..... (154)
- 9 法官职业化：根据与标志 ..... (167)
- 10 国际刑事司法准则与中国刑事司法改革..... (175)

## 第二编 刑法原理研究

- 11 部门法理学之提倡..... (185)
- 12 刑法教义学方法论..... (188)



|    |                                       |       |
|----|---------------------------------------|-------|
| 13 | 新旧刑法比较研究·····                         | (236) |
| 14 | 犯罪论体系：比较、阐述与讨论·····                   | (291) |
| 15 | 犯罪构成：法与理之间的对应与紧张关系·····               | (356) |
| 16 | 论犯罪构成要件的位阶关系·····                     | (361) |
| 17 | 作为犯罪构成要件的罪量要素<br>——立足于中国刑法的探讨·····    | (369) |
| 18 | 目的犯的法理探究·····                         | (380) |
| 19 | 违法性认识研究·····                          | (394) |
| 20 | 紧急避险的法理分析·····                        | (416) |
| 21 | 间接正犯：以中国的立法与司法为视角·····                | (424) |
| 22 | 论共犯与身份·····                           | (443) |
| 23 | 单位犯罪：以规范为视野的分析·····                   | (464) |
| 24 | 从“枪下留人”到“法下留人”<br>——董伟死刑案引发的法理思考····· | (482) |
| 25 | 死刑存废之应然与实然·····                       | (498) |
| 26 | 关于死刑的通信·····                          | (504) |
| 27 | 中国死刑的当代命运·····                        | (528) |
| 28 | 司法解释功过之议·····                         | (565) |
| 29 | 知识产权刑事司法解释之法理分析·····                  | (571) |
| 30 | 奸淫幼女构成犯罪应以明知为前提<br>——为一个司法解释辩护·····   | (582) |
| 31 | “应当知道”的刑法界说·····                      | (608) |
| 32 | 金融诈骗犯罪的法律适用问题·····                    | (616) |
| 33 | 关于黑社会性质犯罪的理性思考·····                   | (637) |

### 第三编 刑法判例研究

|    |                      |       |
|----|----------------------|-------|
| 34 | 判例教学法：以法系为背景的研究····· | (649) |
|----|----------------------|-------|

