

● 陈兴良 著

刑法适用总论

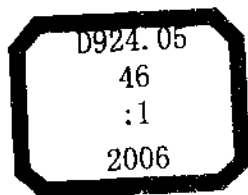
(上卷) (第二版)

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

刑法适用总论

(上卷) (第二版)

中国当代法学家文库

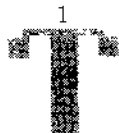
陈兴良刑法研究专著系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

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

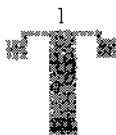
2006年6月11日



出版说明

《刑法适用总论》是完成于1997年刑法修订以后的一部学术著作，于1999年由法律出版社出版，先后重印过数次，该书于2003年获司法部法学教材与法学优秀科研成果一等奖。

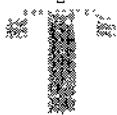
《刑法适用总论》分为上下两卷，上卷属于犯罪论的内容，下卷属于刑罚论的内容。在我个人著作中，是篇幅最大的一部著作，近120万字。这里应当指出，《刑法适用总论》与我先前出版的《刑法哲学》一书具有一定的渊源关系。关于《刑法哲学》一书，我曾经指出，它夹杂着超规范的刑法研究成果与规范的刑法研究成果，就其内容而言并没有严格区分刑法的超规范研究与规范研究。但《刑法哲学》毕竟是我的成名作，它实际上成为我学术研究的一个起点。我此后的学术研究是沿着超规范研究与规范研究这两个学术方面发展的。在刑法的超规范研究道路上，我分别出版了《刑法的人性基础》（中国方正出版社，1996）和《刑法的价值构造》（中国人民大学出版社，1998），并就此告一段落。后两书与前书并称刑法哲学研究三部曲，其实这一说法并不确切。在刑法的规范研究道路上，我出版了《刑法疏议》（中国人民公安大学出版社，1997）一书，这是一



部纯正的刑法规范研究的著作。《刑法适用总论》则是我在刑法规范研究方面的一部重要著作，它将体系性叙述与专题性论述有机地结合起来，是我以往刑法规范研究成果的集大成。正因为本书具有承前之意蕴，因而在内容上我吸纳了《刑法哲学》一书中的有关内容，上卷中包括第三章“犯罪类型（上）”和第四章“犯罪类型（下）”，下卷中包括第二章“刑罚种类”以及第三章“刑罚裁量”和第四章“刑罚执行”的部分内容。因此，《刑法适用总论》与《刑法哲学》有部分内容是重合的。正是在《刑法适用总论》的基础上，我进一步地完成了《本体刑法学》（商务印书馆，2001）和《规范刑法学》（中国政法大学出版社，2003）等刑法规范研究的著作。及至我和周光权教授合著的《刑法学的现代展开》（中国人民大学出版社，2006）一书的出版，标志着我在刑法规范研究方面所达到的学术高度。因此，将《刑法适用总论》置于我的学术谱系中，可见发现了它之于我的学术重要性。

在《刑法适用总论》一书的前言中，我曾经指出：“我国的刑事法正在向着法治方向转变，我国社会正向着现代化方向转型，我们个人也无不面临着这种生活经历上的转变与转型。”如果细心的读者看到这段话写于1998年3月14日，结合我个人的经历，就会发现我的这段话并非无的放矢而确实是有感而发。这一时期，我正从中国人民大学法学院调往北京大学法学院，在当时的社会氛围中这种工作调动会引起激烈的反应，对于我个人来说也面临着巨大的精神压力。正是在这种压力之下，我完成了《刑法适用总论》一书的写作。这对我来说，是压抑的精神的一种学术抒发，也是外界压力的一种缓解。现在，这一切对于我来说都已经烟消云散，但回首往事还是不胜感慨系之。

最后需要说明，《刑法适用总论》是我所最不满意的一个书名。我在学术创作中，总是要先为书取一个好名，这个好名也会成为我写作的动力，仿佛书就是为其名而写的。因此，我自以为所取的各个书名都还是较有品味的，唯一不满意的的就是这本书的书名。在本书的书名中，突出的是适用一词，在一个时期我似乎对其情有独钟。我曾经参加过王作富教授主编的一本刑法教科书式著作的撰稿，



我为该书取名为《中国刑法适用》(中国人民公安大学出版社, 1988), 该书名使该书获得了超越刑法教科书的学术影响。此后, 我就一直对适用一词抱有好感, 因而在 1998 年写作该书时毫不犹豫地使用了《刑法适用总论》的书名。“适用”一词更偏向于司法的语境, 但本书的内容还是以对刑法的法理阐述为主, 因而书名与其内容并非完全对合。我曾经一度想将书名改为《理论刑法学》, 以便与后来出版的《本体刑法学》和《规范刑法学》形成前后呼应, 自成一个系列。但犹豫之后未敢造次, 主要还是因为耽心读者误会, 以为《理论刑法学》和《刑法适用总论》是两本书而非一书之异名。既然如此, 也就不改书名, 只好对这一书名抱憾终身。

《刑法适用总论》一书纳入“陈兴良刑法研究专著系列”, 使本书又有机会以新貌面世, 这对于本书和作者来说, 都是一件幸事。当然会有这样或者那样的遗憾, 想到本书能够再生, 一切也就释然。

陈兴良

谨识于北京大学法学院科研楼 609 工作室

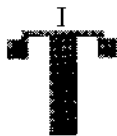
2006 年 6 月 12 日



前 言

《刑法适用总论》以专题研究的形式论述刑法的基本理论问题，是刑法修订以后，对本人刑法理论研究成果的一次总清理。

《刑法适用总论》一书分为上下两卷，上卷的内容相当于刑法学体系中的犯罪论。犯罪论是刑法学理论的重要组成部分，其中尤以犯罪构成理论突出地体现了刑法学科的专业性。当我初涉刑法这一学科的时候，犯罪构成理论就以其严谨的体系深深地吸引了我，成为我所关注与着力的一个研究领域。可惜本人学术能力有限，始终未能突破现有的犯罪构成理论体系，而只进行了一些外围的研究，例如我的硕士论文《正当防卫论》、博士论文《共同犯罪论》等。现在，本书分为10个专题反映我在犯罪论领域的研究成果，这10个专题基本上涵括了犯罪论的重大课题。本书下卷的内容相当于刑法学体系中的刑罚论。刑罚论与犯罪论相比较，是我国刑法理论研究中的一个薄弱领域。实际上，刑罚论在刑法理论中的重要性丝毫不逊于犯罪论。只是我们还没有完全领悟到刑罚哲理的精深奥秘，因而总是徘徊在外，不得其门而入。我曾主编《刑种通论》，并参与撰著《刑罚通论》等书，力图提升刑罚理论的哲理性。现在，本书分为10个专题对刑罚论的



基本理论问题进行了系统梳理，尤其是在刑罚制度上颇费笔墨，苦心耕耘，但愿有所收获。应该指出，本书这种松散型的专题研究，虽然缺乏严密的体系性，但反而具有更大的伸展余地，未尝不是科研学术成果的一种颇具特色的载体。

刑法修订带来刑法理论的更新，这是由刑法这门学科的特点所决定的。刑法学是以刑法为研究对象的，这就决定了注释研究是刑法学理论的主体部分，因而它在很大程度上受立法与司法的影响。在这个意义上，刑法的修订为刑法理论的繁荣带来了一个契机，势必推进我国刑法理论的发展。随着修订后的刑法的实施，司法实践中必然会提出一些疑难问题。根据修订后的刑法的规定，对这些疑难问题进行深入研究，将是刑法学界面临的一大任务。尤其是修订后的刑法明示了罪刑法定原则，在这种情况下，对司法机关同时也是对刑法学界提出了全面、科学地理解刑法规定的重大课题。这里的理解刑法规定，实际上是指对刑法的注释。这种注释成为阐发刑法规定的基本内容，使之适用于个案处理的一种“找法”活动，从而在一定程度上克服和缓解法律规定的有限性与案件事实的无限性之间的矛盾。

学术是一个累积的过程，不仅每一代人承继前人的学术研究成果，并在此基础上添砖加瓦，有所贡献，而且，每一个人自身的学术成长，也无不是渐进累积式发展的。我们不可能超越历史，也不可能超越自我。因为我们的现在就是历史，我们的自在就是自我，而只能随着历史与自我一起发展。学术的这种累积性，促使我们一步一个脚印地将学术水平向上提升，将学术境界向前推进。并且，我们还应当在高屋建瓴地进行前瞻性的学术构造时，时时进行回顾式的检讨与总结。一项厚实的学术成果，也许来自某一瞬间的一个闪念。我们抓住它，就像吹肥皂泡一样，越吹越大，直至破灭为止。肥皂泡在没有破灭之前飞走，是多么地可惜。因此，我们不能对每一个学术问题都浅尝辄止，而是应当抓住一个问题，全力以赴，调动一切学术资源，不断地耕耘。这样，才能有所收获。学术问题，正是在这种全神贯注的努力之中，从思想的一个闪念，由点及面、由小到大地发展起来。这是我写作本书的一点感悟，写在这里，留作纪念。



本书的写作距离刑法的修订正好一周年，这一周年对于刑法学界以及我本人来说，都是紧张繁忙的一年。物是人非，令人难以忘怀。在繁忙之余，我们沉静下来，重新整理我们的学术，重新清理我们的思绪，确实是很有必要的。我国的刑事法正在向着法治方向转变，我国社会正向着现代化方向转型，我们个人也无不面临着这种生活经历上的转变与转型。这是一个变革的时代，一个变法的时代，一个变动的时代。赫拉克利特曾经有一句名言：“人不能两次踏进同一条河流。”这种历时性的经验使我们不再重复自我，而是重塑自我，永远向往将来。

陈兴良

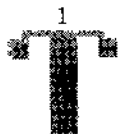
1998年3月14日

谨识于北京海淀塔院迎春园寓所



目 录

第 一 章	刑法基本原则..... (1)
	第一节 罪刑法定原则..... (1)
	第二节 罪刑平等原则..... (34)
	第三节 罪刑均衡原则..... (45)
第 二 章	犯罪概说..... (67)
	第一节 犯罪概述..... (67)
	第二节 犯罪构成概述..... (101)
	第三节 犯罪构成要件..... (115)
第 三 章	犯罪类型 (上)..... (123)
	第一节 故意犯罪..... (123)
	第二节 过失犯罪..... (152)
	第三节 犯罪的动机和目的..... (181)
第 四 章	犯罪类型 (下)..... (208)
	第一节 作为犯罪..... (208)



	第二节 不作为犯罪·····	(229)
	第三节 犯罪的时间和地点·····	(263)
第 五 章	正当防卫·····	(268)
	第一节 正当防卫概述·····	(268)
	第二节 正当防卫的构成·····	(288)
	第三节 防卫过当·····	(309)
	第四节 防卫不当·····	(316)
	第五节 无过当之防卫·····	(332)
第 六 章	未完成罪·····	(341)
	第一节 未完成罪概述·····	(341)
	第二节 犯罪预备·····	(357)
	第三节 犯罪未遂·····	(369)
	第四节 犯罪中止·····	(394)
第 七 章	共同犯罪·····	(405)
	第一节 共同犯罪概述·····	(405)
	第二节 共同犯罪的定罪·····	(420)
	第三节 共同犯罪的形式·····	(439)
	第四节 共同犯罪的认定·····	(450)
	第五节 共同犯罪的处罚·····	(467)
第 八 章	单位犯罪·····	(506)
	第一节 单位犯罪概述·····	(506)
	第二节 单位犯罪的特征·····	(527)
	第三节 单位犯罪的共犯认定·····	(551)
	第四节 单位犯罪的处罚·····	(560)
第 九 章	罪数形态·····	(566)
	第一节 罪数概说·····	(566)

	第二节	继续犯	(582)
	第三节	想象竞合犯	(589)
	第四节	转化犯	(598)
	第五节	结果加重犯	(603)
	第六节	惯 犯	(611)
	第七节	结合犯	(615)
	第八节	连续犯	(620)
	第九节	牵连犯	(627)
	第十节	吸收犯	(635)
第 十 章		法条竞合	(639)
	第一节	法条竞合概述	(639)
	第二节	法条竞合的特征	(649)
	第三节	法条竞合的本质	(658)
	第四节	法条竞合的种类	(669)
	第五节	法条竞合的适用原则	(715)
	第六节	法条竞合的立法完善	(722)
索 引			(727)



第一章

刑法基本原则

刑法基本原则，是指在刑法的创制与适用中应当严格遵循的准则。刑法基本原则虽然涉及一些理论上的问题，但它对于刑事立法与刑事司法都具有重要的指导意义。本章拟根据我国刑法的规定，从理论与实践两个方面加以探讨。

第一节 罪刑法定原则

一、罪刑法定原则的历史沿革

法无明文规定不为罪（*nullum crimen sine lege*）和法无明文规定不处罚（*nulla poena sine lege*）是罪刑法定的基本含义。这个命题虽然是用拉丁文表示的，但并不意味着在古罗马法中就实行罪刑法定原则。不过，根据有关学者的考证，在古罗马法中有类似的原则，称为“适用刑罚必须根据法律实体”。但由于当时犯罪的构成要件并不明确，因此谈不上严格意义的罪刑法定。

罪刑法定的早期思想渊源，一般认为是 1215 年英王约翰（John，1167—



1216) 签署的大宪章 (Magna Charta) 第 39 条, 它确定了“适当的法律程序” (Due process of law) 的法的基本思想。该条规定: “凡是自由民除经其贵族依法判决或遵照国内法律之规定外, 不得加以扣留、监禁、没收其财产、褫夺其法律保护权, 或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”

罪刑法定的思想, 在 17、18 世纪启蒙思想家的著作中得到了更加系统与全面的阐述, 由此而形成了一种思想潮流, 与封建社会的罪刑擅断相抗衡。例如, 英国哲学家洛克指出: “处在政府之下的人们的自由, 应有长期有效的规则作为生活的准绳, 这种规则为社会一切成员所共同遵守, 并为社会所建立的立法机关所制定。”^① 那么, 这些规则应该采取什么形式呢? 洛克认为: “制定的、固定的、大家了解的、经一般人同意采纳和准许的法律, 才是是非善恶的尺度。”^② 因此, 洛克虽然没有提及罪刑法定这个概念, 但洛克关于以固定的规则作为生活的准绳与是非善恶的尺度的思想, 无疑蕴含着罪刑法定的精神。法国著名启蒙思想家孟德斯鸠也有类似的论述, 指出: “专制国家是无所谓法律的, 法官本身就是法律; 法律明确时, 法官遵守法律; 法律不明确时, 法官则探求法律的精神。在共和国里, 政制的性质要求法官以法律的文字为依据; 否则, 在有关一个公民的财产、荣誉或生命的案件中, 就有可能对法律作有害于该公民的解释了。”^③ 较为明确地阐述罪刑法定原则的是意大利著名刑法学家贝卡里亚, 贝氏指出: “只有法律才能为犯罪规定刑罚, 只有代表根据社会契约而联合起来的整个社会的立法者才拥有这一权威。任何司法官员 (他是社会的一部分) 都不能自命公正地对该社会的另一成员科处刑罚。超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。因此, 任何一个司法官员都不得以热忱或公共福利为借口, 以增加对犯罪公民的既定刑罚。”^④ 贝卡里亚对封建社会的罪刑擅断进行了猛烈的抨击, 表达了

① [英] 洛克: 《政府论》下篇, 16 页, 北京, 商务印书馆, 1961。

② [英] 洛克: 《政府论》下篇, 16 页, 北京, 商务印书馆, 1961。

③ [法] 孟德斯鸠: 《论法的精神》, 下册, 197 页, 北京, 商务印书馆, 1961。

④ [意] 贝卡里亚: 《论犯罪与刑罚》, 11 页, 北京, 中国大百科全书出版社, 1993。

