

“十二五”国家重点图书出版规划

● 陈兴良 著

本体刑法学

(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

“十二五”国家重点图书出版规划

●陈兴良 著

本体刑法学

(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

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

本体刑法学/陈兴良著. 2 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2011. 3
(中国当代法学家文库·陈兴良刑法研究专著系列)
ISBN 978-7-300-13500-7

I. ①本… II. ①陈… III. ①刑法-本体论-研究 IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 046752 号

“十二五”国家重点图书出版规划

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究专著系列

本体刑法学 (第二版)

陈兴良 著

Benti 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 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州星河印刷有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本 **版 次** 2011 年 6 月第 1 版

印 张 49.75 插页 3 **印 次** 2011 年 6 月第 1 次印刷

字 数 777 000 **定 价** 138.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

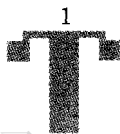


出版说明

《本体刑法学》一书 2001 年由商务印书馆出版，迄今已逾 10 年。可以说，《本体刑法学》是我的学术转型之作：从先前的刑法哲学研究而转向刑法教义学的研究。在《本体刑法学》的基础上，我先后出版了《规范刑法学》（中国政法大学出版社 2003 年第 1 版，中国人民大学出版社 2008 年第 2 版）、《口授刑法学》（中国人民大学出版社 2007 年版）、《判例刑法学》（中国人民大学出版社 2009 年版）和《教义刑法学》（中国人民大学出版社 2010 年版）等著作，由此形成我近十年来刑法理论的研究轨迹。

我记得在《本体刑法学》一书出版后不久，日本学者铃木敬夫教授来访，我赠以该书。铃木教授问我：书名中的“本体”是什么意思？我以康德的物自体与现象为喻，告诉铃木教授，本体刑法学之本体是指隐藏在法条背后的法理。因此，本体与法条是相对应的概念，本体刑法学是指以揭示隐藏在法条背后的法理为宗旨的刑法学。至今，我仍然认为这是对本体刑法学的一个正确解读。因此，本体刑法学是一种以法理为本位的刑法学，本书是一部没有法条的刑法学。可以说，从我对本体刑法学的定位来看，还在很大程度上具有刑法哲学的思辨魅影。尽管如此，《本体刑法学》一书的出版还是标志着我从刑法哲学向刑法教义学的转型。

我以为，《本体刑法学》一书之于我的刑法学研究，具有以下三重意义：





（一）研究路径的转换

我是在 20 世纪 80 年代初进入刑法学领域的。当时我国刑法理论正在学术废墟之上恢复重建，因而处于一种对法条进行简单注释的较低水平，尤其是苏俄刑法学随着我国刑法理论的发展而逐渐恢复其影响。对这种低水平的刑法理论研究现状的不满，使我产生了将哲学方法引入刑法学，从而提升为刑法哲学的学术冲动，由此开始了我的刑法哲学之旅。然而，刑法哲学是对刑法的超规范研究，从根本上说，它是一种刑法的立法论而非司法论，甚至是一种法理学而非刑法学。在这种情况下，随着 1997 年刑法修订，我从超法规研究回归法条本身，《刑法疏议》（中国人民公安大学出版社 1997 年版）是其标志。当然，《刑法疏议》还是以法条为中心的，在相当大的程度上受制于法条。在这种情况下，我试图寻找一种独立于法条的刑法法理，遂有《本体刑法学》之作。应该说，以法条为中心的刑法教义学是刑法学的主体部分，而我的刑法哲学研究只是在特殊历史背景下的一段学术经历。虽然不能说是一段弯路，但也不能说是刑法学研究的正道。我十分庆幸在刑法哲学研究告一段落以后，能够及时回归刑法教义学，实现刑法学术的“软着陆”。因此，《本体刑法学》一书在我个人的学术经历史上是具有标志意义的，回想起来令人感慨。

（二）理论框架的构筑

我在《刑法哲学》一书中，建构了一个刑法哲学的理论体系。这种对体系的偏好，是黑格尔式的辩证思维的影响所致，也与年轻人的自信与自负有关。这种对体系的偏好延续到《本体刑法学》一书，主要体现在试图建立罪体—罪责的犯罪构成体系。罪体与罪责，大体上相当于不法与有责。因为我在本书中明确地把罪体界定为刑法分则条文规定的、表现为客观外在事实的构成要件。这个定义，完全可以等同于贝林的构成要件。而罪责是在具备罪体之情况下行为人主观上所具有的可归责性。因此，在罪体与罪责之间建立了一种逻辑的位阶关系。当然，在这一体系中，正当化事由仍然安排在犯罪构成以外加以讨论，被视为定罪的反面。从逻辑上来说，正当化事由是违法阻碍事由或者责任排除事由，纳入罪体与罪责中加以研究，也许是更合适的。在《规范刑法学》第二版中，我将正当防卫与紧急避险作为罪体排除事由，将责任无责力、违法性认识错误与期待不可能作





为罪责排除事由分别纳入罪体与罪责中讨论，从而使正当化事由的体系性地位问题得到妥当的解决。此外，在《规范刑法学》第一版，我在罪体、罪责以外又设立了罪量这一要件。罪体与罪责是犯罪构成的本体要件，而罪量则是犯罪构成的数量要件。罪量要件是基于我国刑法的特殊规定，其类似于德日刑法学中的客观处罚条件，将之确立为犯罪构成要件之一，我认为是符合我国刑法规定的。尽管关于犯罪构成体系，我此后作了进一步的发展完善，本书第二版相应地作了结构与内容上的调整。从刑法哲学体系到本体刑法学的犯罪构成体系，是一个重大的转变，也是我的学术关注点与理论兴趣点的某种转移。现在罪体—罪责—罪量已经成为我在刑法教义学上的一种学术标识，包含某种学术创新性。但在通常情况下，我还是乐意采用构成要件该当性、违法性与有责性的三阶层体系。例如，在《教义刑法学》（中国人民大学出版社 2010 年版）一书中，我就对三阶层的犯罪论体系进行了体系性的叙述。我以为，各种理论体系只不过是知识的载体，只要知识的结构性问题得到妥当处理，其实采取何种体系表达并不十分重要。而三阶层的犯罪论体系之所以取代四要件的犯罪构成体系，并非体系的原因，而是因为四要件的犯罪构成体系没有正确设定构成要件之间的位阶关系。《本体刑法学》一书使我对犯罪构成体系产生了全新的感悟，并据此形成罪体—罪责这种具有我个人独特性的犯罪论体系。这是令我难忘的。

（三）表达方法的尝试

在《本体刑法学》一书的代序中，我提出了“一种叙述性的刑法学”的命题。这里的叙述性是指区别于论述性的一种表达方式。其实，隐含在叙述性的刑法学这一命题背后的，是对德日刑法学知识的大量吸收，从而为我国刑法学向刑法教义学的转型提供知识资源与理论能量。如前所述，我国在 20 世纪 80 年代初刑法学面临一个恢复重建的问题，而当时恢复的是 20 世纪 50 年代从苏俄引入的刑法学。此后，随着我国刑事法治的发展，尤其是学术上的对外开放，德日的与英美的刑法知识大量引入我国，由此开始酝酿我国刑法知识的重大变革。及至本书第一版写作的那个时点，即新旧世纪交替之际，刑法知识变革的条件已经成熟。正是从那个时刻开始，我国刑法学出现了一个教义学化的学术变迁过程。《本体刑法学》正是在这一历史背景下，将德日刑法知识进行本土化表述的一种





尝试。在本书中，我更注重的是刑法知识，这里主要是指德日的，也称大陆法系的刑法知识的归纳、吸收与借鉴，由此形成所谓本体刑法学的知识体系。在《本体刑法学》一书中，采用正文与注释并重的方法，注释篇幅与正文相当。这样一种表达方式，表明我力图对德日刑法知识进行集约化的介绍与铺陈，将其纳入我国刑法学体系。这样一种学术努力的尝试，尽管可能还存在这种或者那样的问题，但我以为还是具有学术价值的。

10年，无论是对一本书，还是对一个人，都是一段足够长的岁月。10年之后的我不同于10年前；同样，10年之后的我国刑法理论也已经发生了重大变化。而《本体刑法学》一书见证了这一变化，或者说它本身就是这一变化的一个细节、一个物证。《本体刑法学》一书在10年以后的再版，是这本书尚能在我国刑法学界幸存的证明，因而也是这本书的幸运。作为作者的我，尤其感到幸福。

谨识于北京依水庄园渡上寓所

2010年7月29日



一种叙述性的刑法学（代序）

.....

刑法学作为一门古老的学问，随着刑事立法与刑事司法的发展，尤其是随着社会文明的嬗进而常青。如果说，规范刑法学是一种以法条为本位的刑法学，旨在对法条的内容进行阐发，因而其生命力来自刑法的现实运动，那么，理论刑法学，在更高层次上的刑法哲学，就是一种以法理为本位的刑法学。法条与法理，具有密切的依存关系。尽管如此，我们还是可以从法条中剥离出法理，使法理独立于法条，使法理超越于法条。对于刑法法理的不懈追求，成为我的研究动力。在刑法哲学的层面上，我们可以从各个视角触摸并把握法理，使法理通过一定的逻辑形式加以演绎并展开。不仅如此，我们还可以通过改变话语形式来凸显刑法法理。这里，涉及一个文体的问题。

文体是每个人都要接触到的关于写作的格式，对于叙述文、论述文等各种文体，我们曾经是那么地耳熟能详。我们被告知：对于一个人物的描述与一个事件的记载，应当采用叙述文，因而小说、散文等文学作品往往被归入叙述文体；而对于一个道理的论证，则应当采用论述文，因而论文、专著等社会科学作品往往被归入论述文体。我曾经沉浸在文学之中，每每为文学作品中优美的叙述而感动。当我进入法学殿堂，初学写作的时候，叙述远离我而去，开始学会以一种论述的方式表达学术思想。在论述文中，思想火花闪现，学术观点积淀。就像一名



熟练工，操作着论述文这种文体，不断地制作出论文、专著。尽管在论述中，我明显地感到一种批判的力量、一种表达的能量，但我还是隐约地感到一种自我的失落、一种话语的单调。如果说，在文学作品中，文体的改变能够带来一场文学的革命，那么，在法学中，为什么不能对陈述的方式进行改变呢？由此，我尝试着将一种论述性的刑法学转换为一种叙述性的刑法学。论述性的刑法学是指在批评现有理论的基础上确立自己的观点的一种刑法理论表达方式，刑法学论文、专著莫不如此。叙述性的刑法学是指以陈述刑法的一般原理为特征的一种刑法理论表达方式。在刑法学中，最接近这种文体的刑法教科书是以阐述通说为使命的。当下的刑法教科书随处可见，然而大部分教科书不仅学术观点乏新，而且理论框架陈旧。在这种情况下，一种以教科书为参照系的，以叙述性为写作特征的创作欲望使我冲动，并且跃跃欲试。本书的写作就是这一想法的实践。本体刑法学意味着刑法的本体展开，这里的展开有着叙述的意蕴。在这种叙述性的刑法学的表达中，我追求以下三个风格：

一是体系性叙述。体系是一定规模的事物的存在状态，复杂的事物无不是一种体系性存在。这里的体系，在某种意义上也可以理解为系统。在学术著作中，不仅要求观点的正确性，而且追求体系的完美性。刑法论著都是根据一定的体系设计铺陈而成的，这种体系是思想观点的体系。我在这里所说的体系性叙述，并不是在这个意义上而言的，应当是指本体刑法学的学科体系。作为本体刑法学的体系性叙述，我将竭力构筑一个合理的体系，并尽可能全面地展示这一体系的逻辑结构。在这种情况下，我更为关注的是刑法学基本原理的陈述，而主要不是对某一问题的深入把握。为避免这种体系性叙述可能造成的理论肤浅，我以注释的方式，尽可能地提供相关的背景材料，以便检索。因此，正文以一种流畅的陈述进行体系性叙述，注释则类似于这种陈述的“旁白”，增加这种体系性叙述的厚实度。在这种体系性的叙述中，我感到一种思想的流淌，而不是观点的交锋，从而获得了一份心灵的平静。

二是法理性叙述。这里的法理是相对于法条而言的，法理虽然依附于法律，但又往往具有自身的独立品格，我是始终这么认为的。因此，在刑法学中，我倡导一种超规范的研究，力图阐述一种自在于法条的法理，创作一本没有刑法条文





的刑法专著。当然，我并不是否认规范刑法学的价值。事实上，规范刑法学作为一种刑法教义学（legal dogmatics），对于刑法的适用具有重要意义。我主要是从刑法理论多元化的立场出发，倡导对刑法的超规范阐述。如果把规范刑法学称为司法刑法学，那么，在一定意义上，可以把对刑法超规范阐述的刑法学称为立法刑法学。在此，我所创作的就是这样一本没有刑法条文的刑法教科书，即不以法条为本位而以法理为本位的刑法教科书。在这种以法理为本位的刑法教科书中，刑法的学科体系超越刑法的条文体系，刑法的逻辑演绎取代刑法的规范注释。因此，这种刑法法理不再以刑法法条为依托，而是获得了理论上的自足性。以往在刑法教科书中刑法法条所占据的核心地位被刑法理论取代，刑法法理自身的内在规律成为一以贯之的主线。

三是私人性叙述。这里的私人性叙述，是指具有个性化的理论陈述。学术的品位，在很大程度上取决于个性。没有个性的学术，千篇一律，千人一貌，缺乏生动性。因此，独特的理论品格始终为我所孜孜以求。俗语曰：谎言重复一千遍也会变成真理。那么，真理重复一千遍又会如何呢？当然不至于变成谎言，但肯定会变成常识，甚至变成陈词滥调。由此可见，重复是应当竭力避免的，即使是真理也不能重复。重复的反面是创新，创新才是真理的长生之道。这种创新，不可能出现在人云亦云之中，而只是出现在个性化的探索之后。因此，本体刑法学的私人性叙述，意味着虽然是在陈述以通说为主的刑法原理，但不是对通说的简单介绍，而是经过本人精心咀嚼和细心品味所陈述出来的，并且这种陈述的方式是具有个性的。当然，这种私人性叙述不是脱离学术语境的自说自话式的私语，而是以浓重的理论氛围为背景的，并尽量使这种私人性叙述加入公共话语。只有这样，才能丰富刑法理论的公共话语。

一种叙述性的刑法学，是我为本书设定的逻辑格调。也许这种格调是怪诞的，我还是想努力追求，以在思想内容与表述方法上实现自我超越。

陈兴良

1999年5月28日



目 录

.....

第一章 刑法概说	1
第一节 刑法的概念	1
一、犯罪	2
二、刑罚	3
三、罪刑关系	4
第二节 刑法的结构	5
一、罪—刑结构	5
二、罪—责—刑结构	5
三、罪—责结构	6
第三节 刑法的体系	7
一、编	8
二、章	9
三、节	9
四、条	9



五、款	10
六、项	10
七、目	11
第四节 刑法的特征	11
一、公法的特征	11
二、刑事法的特征	12
三、强行法的特征	13
第五节 刑法的分类	13
一、狭义刑法与广义刑法	13
二、普通刑法与特别刑法	14
三、单一刑法与附属刑法	15
四、国内刑法与国际刑法	15
第六节 刑法的界定	17
一、刑法与刑事诉讼法	17
二、刑法与监狱法	18
第七节 刑法的解释	18
一、刑法解释的原理	19
二、刑法解释的种类	22
三、刑法解释的方法	26
 第二章 刑法机能	 30
第一节 规范机能	30
一、评价机能	31
二、裁判机能	32
三、评价机能与裁判机能的统一	32





第二节 社会机能	33
一、保障机能	33
二、保护机能	35
三、保障机能与保护机能的统一	38
第三章 刑法价值	44
第一节 刑法的公正性	44
一、刑法的正当性	45
二、刑法的公平性	54
三、刑法的平等性	58
第二节 刑法的谦抑性	60
一、刑法的紧缩性	60
二、刑法的补充性	61
三、刑法的经济性	63
第三节 刑法的人道性	66
一、刑法的宽容性	66
二、刑法的轻缓性	67
三、刑法的道义性	68
第四章 刑法原则	69
第一节 罪刑法定原则	69
一、罪刑法定的价值内容	69
二、罪刑法定的立法机理	73
三、罪刑法定的司法运作	75
四、罪刑法定的现实考察	76





第二节 罪刑均衡原则	80
一、罪刑均衡的价值内容	80
二、罪刑均衡的立法确认	84
三、罪刑均衡的司法体认	88
四、罪刑均衡的现实考察	92
 第五章 刑法效力	94
第一节 刑法的空间效力	94
一、刑事管辖的一般原则	95
二、刑事管辖的特殊原则	101
三、引渡	104
第二节 刑法的时间效力	105
一、刑法的生效时间	105
二、刑法的失效时间	106
三、刑法的溯及力	106
 第六章 犯罪概说	109
第一节 犯罪的概念	109
一、犯罪的形式概念	109
二、犯罪的实质概念	111
三、犯罪的形式概念与实质概念的相关考察	113
第二节 犯罪的本质	117
一、法益侵害说	118
二、社会危害性说	122
三、法益侵害说与社会危害性说的相关考察	127





第三节 犯罪的特征	129
一、实体法上的犯罪特征	129
二、证据法上的犯罪特征	131
三、程序法上的犯罪特征	132
第四节 犯罪的分类	133
一、重罪与轻罪	134
二、自然犯与法定犯	135
三、侵害私法益的犯罪与侵害公法益的犯罪	136
四、国内犯罪与国际犯罪	139
 第七章 犯罪构成 I: 总说	141
第一节 犯罪构成的理论	141
一、犯罪构成的概念	141
二、犯罪构成的沿革	144
三、犯罪构成的性质	152
第二节 犯罪构成的体系	156
一、犯罪构成体系的类型	157
二、犯罪构成体系的比较	163
三、犯罪构成体系的辩驳	174
第三节 犯罪构成的分类	177
一、基本的犯罪构成与修正的犯罪构成	177
二、普通的犯罪构成与派生的犯罪构成	179
三、简单的犯罪构成与复杂的犯罪构成	179
四、叙述的犯罪构成与空白的犯罪构成	180
五、封闭的犯罪构成与开放的犯罪构成	180





第八章 犯罪构成Ⅱ：罪体	182
第一节 罪体概述	182
一、罪体的概念	182
二、罪体的内容	184
三、罪体的意义	185
第二节 罪体构成要素	185
一、主体	185
二、行为	187
三、客体	214
四、结果	218
五、因果关系	224
六、客观附随情状	236
第三节 罪体排除事由	237
一、罪体排除事由概述	237
二、罪体排除事由Ⅰ：正当防卫	248
三、罪体排除事由Ⅱ：紧急避险	264
第九章 犯罪构成Ⅲ：罪责	272
第一节 罪责概述	272
一、罪责的概念	272
二、罪责的内容	274
三、责任的理论	274
第二节 罪责构成要素	289
一、故意	289
二、过失	297
三、主观附随情状	308

