

“十二五”国家重点图书出版规划

● 陈兴良 著

规范刑法学

(第三版) 上册

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

“十二五”国家重点图书出版规划

●陈兴良 著

规范刑法学

(第三版) 上册

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究专著系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

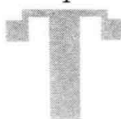


中国人民大学出版社
· 北京 ·



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，包括同事和学生，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。编辑“陈兴良刑法研究系列”，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，我则刚刚迈入法学的门槛。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



第三版出版说明

《规范刑法学》第二版自 2008 年出版以来，刑法和司法解释先后发生了重大变化，第三版根据刑法和司法解释的变动作了相应修改。这里所说的刑法变化，主要是指全国人大常委会先后于 2009 年 2 月 28 日通过了《刑法修正案（七）》和 2011 年 2 月 25 日通过了《刑法修正案（八）》。在这当中，《刑法修正案（八）》不仅对刑法分则作了修订，而且对刑法总则部分内容作了修订，是自 1997 年刑法修订以来，对刑法最为全面的一次修订。

《刑法修正案（八）》对刑法的修订，最为重要的是取消了 13 个经济犯罪的死刑。这是我国在限制死刑的立法进程中取得的实质性进展。当然，13 个死刑罪名在 68 个死刑罪名中所占比例不到五分之一，而且这 13 个死刑罪名在司法实践中本来就适用甚少，因而对死刑的司法适用并不会发生重大影响。就此而言，取消 13 个罪名的死刑似乎并不具有实质性意义，但我仍然对这一立法举措深表赞赏。我们可以把这 13 个罪名的死刑取消看作是一个转折点，死刑罪名在经历了一次次增加之后，现在终于开始向减少的方向转变，它在死刑立法进程中的标示意义不可低估。我们可以粗略地回顾我国刑法中的死刑罪名增加过程，这是一





部死刑罪名扩张史。1979 年刑法共设立了 28 个死刑罪名，其中相当一部分属于备而不用的，经常适用的普通刑事犯罪的死刑罪名还是较少的，这反映了当时立法者慎用死刑的立法指导思想。但从 1983 年“严打”开始，我国刑法中的死刑罪名开始大幅度增加。及至 1997 年刑法修订，我国刑法中的死刑罪名已经达到 71 个，足足增加了 1.5 倍。在 1997 年刑法修订中，对于死刑罪名减少还是扩张，争议是较大的。尽管大多数学者主张限制死刑，但鉴于当时的治安形势和“严打”背景，对死刑罪名采取了既不增加也不减少的态度，经过立法技术处理，修订以后的刑法共有 68 个死刑罪名。随着我国从“严打”刑事政策转变为宽严相济的刑事政策，死刑的司法限制通过最高人民法院收回死刑核准权、严格死刑的证明标准、细化死刑的实体标准等举措而取得了较为明显的进展。在这样一个背景下，《刑法修正案（八）》取消 13 个罪名的死刑，表明了死刑限制问题上的国家立场，由此开启了我国死刑罪名逐渐减少的立法进程。我国刑法中的死刑罪名，从 1979 年的 28 个到 1997 年的 68 个，大约用了 18 年时间。从 68 个死刑罪名减少到 28 个死刑罪名，我期望用不了这么长的时间。

除了 13 个罪名的死刑取消以外，《刑法修正案（八）》对刑罚结构的调整也是令人印象深刻的。应该说，1979 年刑法中的刑罚结构相对来说是合理的。但此后随着我国实行“严打”刑事政策，刑罚趋重的现象十分明显，由此导致刑罚结构失衡。这种失衡状态可以概括为以下八个字：死刑过重，生刑过轻。因此，调整死刑与生刑之间的关系就成为立法应当解决的一个问题。《刑法修正案（八）》通过设立限制死缓减刑制度，并适当延长无期徒刑的实际执行刑期，同时还有条件地提高有期徒刑在数罪并罚超过一定期限时的实际执行刑期，从而为减少死刑的适用创造了条件。例如死缓的限制减刑制度，是指对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。限制减刑仍然可以适用减刑，但其实际执行刑期比其





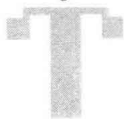
他死缓罪犯减刑后的实际执行刑期更长。根据《刑法》第 78 条的规定，限制减刑的死缓罪犯，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，其实际执行刑期不能少于 25 年，缓期执行期满后依法减为 25 年有期徒刑的，其实际执行刑期不能少于 20 年。应该说，以上修订使我国刑罚结构更加合理。

《刑法修正案（八）》对刑法的修订，体现了宽严相济的刑事政策，既有从宽的修订，也有从严的修订。从宽的修订包括对审判时年满 75 周岁的老年人不适用死刑，以及老年人故意犯罪可以从轻或者减轻处罚，符合缓刑条件的应当适用缓刑等恤老的立法规定。从严的修订包括将特殊累犯的犯罪从危害国家安全犯罪扩大到恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪等。同时，还有一些制度性创新，例如《刑法修正案（八）》创立了禁止令制度，判处管制和适用缓刑，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。禁止令在我国刑法中是首次规定，它对于有效地管理非监禁刑的服刑罪犯具有重要意义。

《规范刑法学》是一部以刑法规范为本位、为中心线索的刑法体系书。随着刑法及司法解释的变动，本书的相关内容也要加以修改。因此，本书第三版根据《刑法修正案（七）》和《刑法修正案（八）》以及司法解释^①，对相关内容作了修改补充，以便使本书的内容与时俱进。

《规范刑法学》第三版的修订始于 2012 年。随着司法解释的陆续颁布，修订工作一再延宕。经过一年多的努力，修订甫告完成。在修订过程中，中国人民大学出版社的策划编辑方明精心安排，辛劳联络，使本书得以顺利出版。最后，我还要衷心感谢内子蒋莺女士对我从事学术研究的竭诚襄助，伴我枯守寂寞，始终如一。今年是我们结婚三十周年的珍珠婚纪念之年，也是内子蒋莺女士的荣休之初年。可以说，本书以及我的其他著作无不包含其心血，其亦为这些学术成果

^① 本书收录的司法解释截止到 2012 年年底。





第三版出版说明

孕育与诞生的见证人。特此铭记，以志不忘。

是为出版说明。

陈兴良

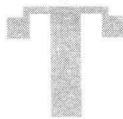
谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2013年1月4日



第二版出版说明

《规范刑法学》（中国政法大学出版社，2003）是我继《本体刑法学》（商务印书馆，2001）以后出版的第二本刑法体系书。如果从完整性上来说，《本体刑法学》只包括刑法总论的内容，《规范刑法学》则包括刑法总论与刑法分论的内容，因此《规范刑法学》是更为完整的刑法体系书。在此，我采用了刑法体系书一词，回避使用刑法教科书的概念，也许是因为教科书一词在我国学界声誉不好的缘故。一般而言，某一学科的教科书是该学科知识的体系性叙述，因而可以说是一种体系书。但体系书却未必一定都是教科书，教科书在学科知识的叙述上更多地考虑教学需要，而且往往具有在章后附思考题之类的形式要件。当然，有时候教科书与体系书也是难以区分的，教授所写的体系书往往都被认为是教科书。尤其是在被指定作为教材的情况下，体系书发挥着教科书的功能。之所以在这里讨论体系书与教科书之间的区分，是因为《规范刑法学》确实是以教科书的名义出版的，曾经作为教材使用。可以说，《规范刑法学》是具有教科书性质的刑法体系书。当然，在课堂上讲授的时候，并不是对教科书的照本宣科，而是根据教学安排讲授有关重点内容。在课堂上讲授之所





本，也可以说是讲义，讲义与教科书又不完全相同。我不太习惯准备一套十分翔实的讲义，一般是按照教科书讲授主要内容。在课堂上讲授的内容与教科书的内容当然是有所不同的：在教科书中应当照顾到知识体系的完整性，某一知识点，无论是在课堂上讲还是不讲，都要在教科书中加以叙述。但在课堂上讲授的时候，由于课时有限，只能进行重要内容的讲授。尤其是刑法分则规定的罪名达数百个之多，逐个讲授既不可能也无必要。在这种情况下，就要有选择性地重点讲授。我的《口授刑法学》（中国人民大学出版社，2007）一书，就是课堂讲授实录，从中可以看出教科书与实际讲授之间的重大差别。

《规范刑法学》一书出版至今已经过去近 5 年，在这期间刑法与司法解释又向前发展了，本书的修订工作迫在眉睫。就《规范刑法学》一书而言，刑法总论部分相对较为简单，刑法分论则是写作的重点。从全书的篇幅上来说，刑法总论只占 1/3，刑法分论则占 2/3。在这次修订当中，根据《刑法修正案》和司法解释，对刑法分论的内容进行了修改、补充，使之更加充实。虽然对刑法分论的修订是重点，但这次修订时对犯罪构成体系作了重大调整，这对于我来说是具有重要意义的。在《本体刑法学》一书中，我构造了罪体与罪责的犯罪构成体系：罪体相当于犯罪构成的客观要件，罪责相当于犯罪构成的主观要件。这一体系基本上保留了与我国现存的犯罪构成体系中犯罪客观方面和犯罪主观方面相对应的这种结构，只是取消了犯罪客体与犯罪主体。犯罪客体实际上是分解为保护客体与行为客体，行为客体被纳入罪体，保护客体则不再作为一个具体要件，而是作为犯罪的一般原理在犯罪概念中讨论，这就是所谓法益的问题。至于犯罪主体则分为行为主体与责任能力，行为主体被纳入罪体，责任能力则作为责任要素加以确立。在《规范刑法学》一书中，除罪体与罪责之外，又加上罪量这一犯罪构成的数量要件，使之更加符合我国刑法的规定。但在上述犯罪构成体系中，存在一个难以在逻辑上自洽的问题，就是在犯罪构成之外讨论正当防卫、紧急避险等正当化事由。这种安排是从特拉伊宁那里继承下来的，也是我国现存的犯罪构成体系与大陆法系犯罪论体系之间在内容安排





上的重大区别之一。在犯罪构成之外讨论正当化事由带来的根本性缺陷是：犯罪构成尚不能完全解决是否构成犯罪的問題，即使符合犯罪构成也可能因为具备正当化事由而不构成犯罪。正当化事由是建立在是否具有法益侵害的实质判断基础之上的，只有将这一实质判断纳入犯罪构成，并且是在形式判断之后再作这种具有出罪功能的实质判断，才能使犯罪构成真正成为区分罪与非罪的法律标准。在这种情况下，我对犯罪构成体系的内容作了重新安排。从总体框架上，保留罪体、罪责和罪量这三个要件。罪体区分为两个层次：第一层次是罪体构成要素，第二层次是罪体排除事由。这样，就将正当化事由作为罪体排除事由纳入罪体中讨论。在一般情况下，具备罪体构成要素即可推定具备罪体的要件。在例外的情况下，具备罪体排除事由则可以否认罪体的成立。罪责也分为两个层次：第一层次是罪责构成要素，第二层次是罪责排除事由。罪责排除事由是从反面论及归责要素，包括责任无能力、违法性认识错误和期待不可能。在《本体刑法学》和《规范刑法学》两书中，这些问题都是作为归责要素加以正面讨论的。但作为归责要素容易给人以错觉，似乎每一种犯罪都要考察其存在与否，这样就使故意与过失等定型性的罪责要素的推定机能受到抑制。而且，这里存在一个总则规定与分则规定的区分，实际上也就是总论原理与分论原理的分工问题。对此，日本著名刑法学家小野清一郎指出：

这些被称为违法阻却原因和责任阻却原因的，也是被类型地、抽象地规定的东西，而且它们属于刑法总则部分，是比刑法分则的构成要件更进一步抽象的东西。因此，在具体适用它们的时候，不能形式地、字面上地适用，仍然必须考虑它们的实体，具体地、妥当地适用。至于它们的实体，说到底还是行为的违法性和行为人的道义责任，违法阻却原因无非是在行为没有违法性的场合，责任阻却原因无非是在行为人没有道义责任的场合，将其予以类型化的规定，或者说是从消极方面对违法性和道义性予以规定的法律定型而已。就此而言，刑法分则的构成要件是可罚性不法的积极构成要件；相反，违法阻却原因和责任阻却原因，





可以说是总则性的、一般的消极要件。^①

我认为，小野清一郎教授对违法阻却事由和责任阻却事由的体系性地位的理解是十分正确的。事实上，关于违法性阻却事由和责任阻却事由只是在刑法总论中讨论，在刑法分论对个罪构成要件的讨论中，只讨论罪体构成要素和罪责构成要素，不再涉及罪体排除事由和罪责排除事由。通过以上调整，将使罪体、罪责、罪量的犯罪构成体系更为合理。

除了犯罪构成体系的调整以外，本书第二版还对以下两章的内容作了较大的调整，甚至是重写。本书第一版的第九章（第二版为第五章）定罪，是较为独特的一章，因为我国刑法教科书一般只有量刑与行刑这两章而无定罪专章，或是将犯罪构成基本原理作为定罪内容。但在我看来，犯罪构成是定罪的标准，主要是静态地叙述犯罪成立的条件，它不能取代定罪的研究，因为定罪理论是动态地叙述犯罪认定的原则和方法。因此，我以为在刑法教科书体例中保留定罪专章还是必要的，也可与量刑、行刑诸章形成对应。在本书第一版的定罪一章中，除概述以外，共设两节分别讨论定罪原则和法条竞合。在本书第二版的定罪一章中，由于法条竞合移至刑法竞合论（罪数）一章中讨论，定罪原则也作了调整。本书第一版中确定的定罪原则是主观与客观相统一原则，但这一原则只是在存在论的意义上论及，并且只是宣示定罪需要同时具备客观要件与主观要件，而未针对两者的关系作出科学界定。为此，我认为在清理主客观相统一原则的基础上，应倡导法益原则和责任原则。法益原则是对客观要素实质审查的原则，将法益侵害作为不法的判断根据，由此限制刑罚的发动。责任原则是对主观要素实质审查的原则，由此形成主观归责的根据。^②基于以上设想，本书第二版的定罪原则调整为法益原则、责任原则与当罚原则，以此取代主观与客观相统一原则。与此同时，在定罪一章中增加了定罪方法和定罪过程这两节，以使本章的内容更为充实。此

① [日] 小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，41页，北京，中国人民公安大学出版社，2004。

② 参见陈兴良：《刑法知识论》，294页，北京，中国人民大学出版社，2007。



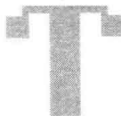


外，由于定罪的内容对于犯罪论具有绪论的性质，因而将其顺序安排在犯罪构成理论之前。

除定罪一章以外，对罪数一章也几乎重写。本书第一版第十四章是单复数罪，也就是传统的罪数论。在该章中，主要讨论了单纯的一罪、法定的一罪、处断的一罪，以及继续犯、接继犯、徐行犯、转化犯、惯犯、结果加重犯、结合犯、想象竞合犯、连续犯、牵连犯和吸收犯等 11 种罪数形态。但在这 11 种罪数形态中，相当一部分罪数形态是以同种数罪并罚为前提的。例如接续犯、徐行犯、惯犯、连续犯等，为限制同种数罪并罚而在刑法理论上设立了上述概念。以连续犯为例，它是德国刑法理论创制的一个概念。这个概念旨在补充“自然意义的行为个体”的观察，而对于实际上包含一系列重复出现且侵害同一法益性质的行为，因其主观上具有“概括故意”，所以在法律评价的观点上，认其具有“结果不法的单一性”。此种法律创设的概念，不免受到“是否仅将‘同种犯罪数量的累积’予以单元化，从而将‘数罪并罚’的适用加以缩限”的批评。因此，将连续犯的行为在法律上视为“准单一行为”的见解，从刑事政策的观点来说，尚存有争议。^①由此可见，连续犯系特定法律语境之中的概念，脱离了这一语境就丧失了其存在的正确性与必要性。我国刑法中的数罪并罚，在法条上对数罪的概念没有限制，从逻辑上来说既包括异种数罪，也应包括同种数罪，但在司法实践中同种数罪从来都是作为一罪处理而不并罚。在这种情况下，诸如连续犯等以同种数罪并罚为前提而创设的法律概念，在我国司法语境中实际上是没有任何意义的。基于以上考虑，本书第二版将罪数论改为刑法竞合论，以竞合为中心线索讨论对于罪数认定具有实际价值的法条竞合、想象竞合和实质竞合。

应当指出，我国目前的刑法理论，从体系到概念均来自大陆法系，先前是来自苏俄，现在则更多的来自德日。我始终认为，法律有国界，法理无国界。当然，在引入他国法理的时候，我们应当充分关注法理与法律之间的相关性。不可

^① 参见苏俊雄：《刑法总论Ⅲ》，78 页，台北，1990。





否认，法理对于法律具有一定的依附性。因此，当我们引入他国法理的时候，我们应当对我国法律与他国法律进行某种比较法的研究，考察某种法理在我国的适用是否存在法律上的障碍。如果存在法律上的障碍，则这种法理就是不适合在中国法律语境下应用。只有这样，我们才能正确地对待引自他国的法理，并为我所用。

《规范刑法学》一书出版以后，成为我个人最具代表性的刑法教科书，并获得司法部法学教材与法学优秀科研成果一等奖（2005年），这是值得欣慰的。随着时间的推移，我国刑法不断修订，司法解释也大量颁行，在这种情况下，本书的内容日益陈旧，因而本书的修订也就愈发显得必要与迫切。《规范刑法学》一书的修订断断续续地进行了一年多，直到2007年年末，甫告完成，了却心愿。本书的修订先后得到我的学生江溯、付强和文姬的大力协助，在此深表谢意。《规范刑法学》第一版是在中国政法大学出版社出版的，因为我在中国人民大学出版社设立了文库，因而第二版移至该社出版，特此说明。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2007年12月13日

