

◎ 陈兴良 著

判例刑法学

(上 卷)

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究专著系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究专著系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

正当防卫论（第二版）

共同犯罪论（第二版）

刑法的价值构造（第二版）

刑法的人性基础（第三版）

刑法适用总论（第二版）（上、下卷）

口授刑法学

刑法知识论

刑事法治论

规范刑法学（第二版）（上、下册）

判例刑法学（上、下卷）

策划编辑/郭燕红 杜宇峰
责任编辑/黄丽娟 代净 杨雪
封面设计/徐静
版式设计/赵星华

国家社会科学基金项目(06BFX057)

◎陈兴良 著

判例刑法学

(上 卷)

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



序

(一)

《判例刑法学》一书告竣，使我的心情稍感轻松。回想起本书的写作过程，甘苦自知，感慨系之。

本书的写作可以追溯到 2003 年年底，采用判例研究的形式进行法理的叙述，是我探讨刑法理论的一种尝试。我记得第一篇研究论文写于 2003 年年底，题目是《没有事前约定的事后受财行为之定性研究——从陈晓受贿案切入》，刊登在陈泽宪教授主编的《刑事法前沿》第 1 卷（中国人民公安大学出版社 2004 年 2 月版）。论文是对陈晓受贿案的一个学理探讨，由此形成判例刑法研究的基本写作模式。在 2004 年上半年，我开始了判例刑法研究系列论文的写作。当时的想法是选择 100 个判例进行研究，可谓雄心勃勃。在这期间，我差不多写了 20 篇左右的判例刑法研究论文，先后发表在有关法学刊物上。这些论文后来收入我的第 4 部论文集《当代中国刑法新径路》（中国人民大学出版社 2006 年版）。在 2006 年，我以《判例刑法研究》为题，申请了国家社会科学基金项目并获批准（批准号：06BFX057），但判例刑法研究的写作一直处于停滞状态。在此期间，我开始修订旧作、撰写新作，在中国人民大学出版社

出版了“陈兴良刑法研究系列”，无暇顾及判例刑法研究的写作。直到2008年6月，在《刑法知识论》和《刑事法治论》出版以后，开始重新拾起判例刑法研究的写作。此时，距离2004年的写作已4年之久矣。从2008年6月开始，我全身心地投入判例刑法研究的写作，及至2009年2月终于完成。

(二)

《判例刑法学》采用判例研究法，对刑法有关问题进行专题性的讨论，为刑法的判例教学提供资料。应当指出，我国目前尚未建立正式的判例制度，因此，判例一词不见于官方文献。近些年来最高人民法院一直在推行案例指导制度，例如在最高人民法院颁布的《人民法院第二个五年改革纲要》中明确提出，建立和完善案例指导制度是当前人民法院着力推进的司法改革。在上述文件中，提出了指导性案例的概念。这里所谓指导性案例，就是本书所称的判例，这是一种具有判例性质的案例。本书的判例主要从以下权威性刊物中选取：

1. 最高人民法院编：《刑事审判参考》（第1期称为“期”，第2辑至第32辑称为“辑”，从第33集起称为“集”）。《刑事审判参考》由最高人民法院刑法审判庭编写，法律出版社出版，每年6集，从1999年创刊，至2008年年底已经出版61集。《刑事审判参考》主要刊载的是对刑事司法工作具有重要指导意义的典型、疑难案例，也就是所谓指导性案例。《刑事审判参考》的编辑宗旨就是：“通过主要由最高人民法院审理的典型案件，加强对全国法院刑事审判工作的指导，以便更加准确、严格地执行国家法律、法规和司法解释，进一步提高刑事审判质量，促进依法治国方略的实施，为社会主义法制建设作出新的更大的贡献。”^①《刑事审判参考》刊载的案例，一般分为三个部分：一是基本案情，二是主要问题，三是裁判理由。“裁判理由”是判例编写者撰写的，主要是对案件定罪量刑根据的阐述，也是我主

^① 最高人民法院编：《刑事审判参考》，第1期，“发刊词”，北京，法律出版社，1999。



要研究的内容。

2. 最高人民法院编：《中华人民共和国最高人民法院公报》（以下简称《最高人民法院公报》）。《最高人民法院公报》创刊于1985年，是最高人民法院公开介绍我国审判工作和司法制度的重要官方文献，由最高人民法院办公厅主办，是最高人民法院对外公布司法解释、司法文件、裁判文书、典型案例及其他有关司法信息资料的法定刊物。《最高人民法院公报》刊登的案例是最高人民法院正式选编的各级人民法院适用法律和司法解释审理刑事、民事、行政诉讼、国家赔偿等各类案件的裁判范例，对于指导各级人民法院审理相关案件具有重要的参考和借鉴作用。^①《最高人民法院公报》刊载的案例，更接近于原始的判决书，其裁判理由也是判决书本身所具有的，未作更多的编写加工。

3. 最高人民法院编：《人民法院案例选》。《人民法院案例选》是最高人民法院中国应用法学研究所定期编辑的反映人民法院审判活动的一种审判业务书籍，它具有指导性、实用性、专业性、资料性和学术性。《人民法院案例选》所选的案例，都是各个时期我国各级人民法院、专门法院审结的刑事、民事、商事、行政、海事等各类案件中的大案、要案、疑案以及反映新情况、新问题的具有代表性的典型案例。每个案例包括案情、审判、评析三部分，除了如实介绍案件事实和审判情况外，着重从适用法律和运用法学理论的角度评价办案得失，突出了真实、全面、及时、说理的编辑特色，力求案例能给人以启迪，收到举一反三的效果。^②《人民法院案例选》从1992年下半年开始由人民法院出版社分辑出版，各年度出版刑事专辑以及其他专辑。《人民法院案例选》中的“评析”，是对案例涉及法理问题的补充性说明，可以视为裁判理由。

4. 国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》。《中国审判案例要览》由中国高级法官培训中心（现为国家法官学院）和中国人民大学法学院

^① 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》（2007年卷），“编辑说明”，1页，北京，人民法院出版社，2008。

^② 参见最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（2004年刑事专辑），“说明”，1页，北京，人民法院出版社，2005。



组成编审委员会共同编辑，从1992年起逐年选编一部审判案例综合本，分别收入前一年审结的案例。此后，又将选编的案例分四卷出版，即刑事审判案例卷、民事审判案例卷、商事审判案例卷、行政审判案例卷。《中国审判案例要览》在编写过程中，对案件事实、审判过程、裁判理由、处理结果等，都完全尊重办案实际，具有客观性、真实性。为了便于读者了解具体的审判过程，收入了各审级的审判组织、诉讼参与人、审结时间、诉辩双方的主张、认定的案件事实、采集的证据和适用的法律条文。为了使读者易于理解适用法律的理由和涉及的法学理论观点，由编者撰写“解说”，并对裁判的不足加以评点，有的版本还以附录形式加了少量的必要的法律名词解释。^①《中国审判案例要览》中的“解说”，同样也可以视为裁判理由。

5. 最高人民法院编：《经济犯罪审判指导与参考》。《经济犯罪审判指导与参考》由最高人民法院刑事审判第二庭主办，于2003年创刊，其办刊宗旨是：围绕经济犯罪案件审判实践中遇到的实体和程序问题，通过对人民法院最新审判的新型、疑难、典型案例进行评析和对法律及司法解释的适用进行阐释等形式，对经济犯罪案件的审判工作予以指导。其中的刑案例栏目，选择最高人民法院和地方各级人民法院最新审判的具有指导意义的典型、疑难案例，从适用法律和政策、认定事实和证据等方面进行权威评析。^②在《经济犯罪审判指导与参考》中，我第一次发现使用“判例”一词。这些判例分为基本案情、控辩意见及裁判和评析三个部分，尤其是每个判例前概括出“要旨”，对于判例中确立的规则加以归纳，对于刑事审判工作具有重要的指导意义。《经济犯罪审判指导与参考》从2003年至2005年共出版了10辑，目前已经停刊。

在《判例刑法学》中，我选取的判例绝大部分来自于《刑事审判参考》，只有个别来自其他刊物。之所以如此，是因为《刑事审判参考》的每个案例都有“裁判

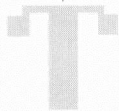
^① 参见国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》（2007年刑事审判案例卷），“前言”，2页，北京，人民法院出版社、中国人民大学出版社，2008。

^② 参见最高人民法院刑事审判第二庭编：《经济犯罪审判指导与参考》，第1卷，“编辑说明”，1页，北京，人民法院出版社，2003。

理由”部分，较为充分地阐述了判决的法理根据，对某些争议问题提出了明确的意见，具有某种说理性。其他刊物中的案例除《最高人民法院公报》以外，也都有“评析”、“解说”等内容，相当于裁判理由，成为本书研究的对象。我国人民法院虽然进行了司法裁判文书改革，力求增强判决书的说理性，但从总体上来看，我国的判决书仍然只有结论而没有充分的论证。因此，只是根据判决书，无论判决书写得如何详细，都无法开展判例刑法研究。判例研究之所以区别于案例研究，是因为前者以裁判理由为研究对象，后者以案件本身为研究对象。后者是将研究者的角色定位为法官，其职责是解决案件的定罪量刑问题；而前者是使研究者充当法官之上的法官，其使命是对法官判案的思维过程与论证理据进行评判。显然，这两种研究在性质上是完全不同的。上述刊物刊载的案例，以各种形式将判决书中所没有展开的裁判理由加以陈述，从而为判例刑法研究提供了可能性。应当指出，裁判理由的撰写者，大多是各级法院的资深法官，有的是案件的承办人，也包括最高人民法院刑事审判庭的高级法官，甚至大法官。例如在本书中某些判例的裁判理由的撰写者是最高人民法院主管刑事的张军副院长。正是这些法官的辛勤劳动，为我从事判例刑法研究提供了丰富的第一手资料，这是首先需要感谢的。在本书中，涉及对裁判理由的评判，从学理上提出了一些探讨性的评论，这不是针对个人，甚至也不是针对判决，而纯粹是一种学术研究，不涉及原判决的既判力与权威性，这是在此必须声明的。

(三)

在本书的写作过程中，我是随意选取我认为具有指导价值的判例进行研究，只是到了本书快要完成的时候，才根据刑法教科书的体例进行排列，并作了若干补写，以便使本书各专题之间互相衔接，从而具有某种体系性。当然，本书的内容并非面面俱到，只是对刑法总论中的重要问题与刑法各论中的重点罪名进行探讨，以保持本书的学术性。由于《判例刑法学》一书内容较多、篇幅较大，为此《判例刑





法学》一书分为上下两卷，上卷属于刑法总论的范畴，下卷则属于刑法各论的范畴。当然，某些判例具有综合性，并且超越总论与各论，我对这些判例进行了较为全面的阐述。有些专题涉及多个判例，亦对这些判例涉及的法理相关问题进行体系性的叙述。

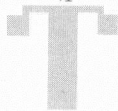
《判例刑法学》一书以判例为经，以主题为纬，采用专题研究的方式，通过对刑法理论的阐述和裁判理由的评判，交织勾勒出判例刑法学的基本面貌。本书内容主要涉及以下三个方面：

1. 刑法总论的一般理论

以往我国刑法学界关于刑法总论基本理论的研究，主要集中在对法条的理论诠释上，过于抽象，难以从司法实践中发现问题并解决问题。在判例刑法研究中，部分个案研究涉及刑法总论的一般原理，我力图从案例中提出问题，在刑法理论上加以阐述，然后将有关理论观点返回司法实践，用于解决个案中的疑难问题。这样一种从个别到抽象，然后又从抽象到个别，在一般法理与个别判例之间循环往返互相观照的研究方法，对于提升我国刑法总论研究水平具有积极作用。例如共犯问题，是一个十分复杂的刑法总论问题。但我国现有的刑法理论仍然囿于对刑法条文的解释，在司法实践中也总是机械地适用法条。在本书的“基于索债目的帮助他人绑架行为之定性研究”一节中，对共同正犯的承继性与重合性问题作了具有相当理论深度的探讨。我采用部分犯罪共同说，认为在犯罪之间具有承继性与重合性的情况下，可以成立不同罪名之间的共同正犯。这一观点破除了司法实践中根深蒂固的只能在同一犯罪之内才能成立共同犯罪的偏见。此外，关于未完成罪、竞合论等有关章节，都结合个案作了深入研究，从而在刑法总论研究领域取得了前沿性成果。

2. 刑法分则的重点罪名

以往我国刑法学界对于个罪的研究，存在就个罪论个罪的现象，未能拓展理论视野，因而相对于刑法总论一般理论研究而言，个罪研究停留在一个较低的学术水平上。在司法实践中，存在各种疑难问题，这些问题如果不能从法理上解决，就会影响我国的司法水平。在判例刑法研究中，我选择那些争议较大的判例，进行综合性的个罪研究，尤其侧重对裁判理由的分析。通过对个罪的透视，放大刑法理论的



应用效果。例如，许霆案是在我国社会上曾经引起广泛争议的一个案件。我在“利用柜员机故障恶意取款行为之定性研究”一节中，从刑法专业与规范分析的视角对许霆案的定罪结论加以评判，强调对待许霆案的理性态度。在该节中，我运用民法上的不当得利理论、侵占罪、诈骗罪与盗窃罪等刑法分则理论，对许霆利用取款机的故障恶意取款的法律原理作了较为深入的分析，对于同类案件的处理具有参照意义。刑法分则理论是刑法总论原理在个罪中的运用，但又有其理论特点。以往我国刑法学界在一定程度上存在轻视个罪研究的偏见，极大地妨碍了我国刑法理论的发展。事实说明，只有具备发达的刑法分则理论，才能形成成熟的刑法总论原理，而刑法分则理论的发展又离不开个罪的深入研究。

3. 司法过程的思维方法

我国当前正在进行刑法知识转型，其中重要的内容之一，就是犯罪构成理论的改造。我国司法机关在犯罪认定活动中究竟应如何运用犯罪构成理论？在犯罪构成理论运用中都存在哪些问题？对于这些问题的揭示，具有重要的理论意义与现实意义。在本书对个案的研究中，我将司法过程的思维方法纳入研究视野，对有关定罪的方法论问题进行法理探究。例如，在“合法贷款后采用欺诈手段拒不还贷行为之定性研究”一节中，通过分析法官的裁判理由没有从客观上不具备贷款诈骗行为而是从主观上不具有非法占有贷款目的方面，寻找被告人不构成贷款诈骗罪的根据，引申出一个值得思考的问题：犯罪构成各个要件之间的关系应当如何界定？进一步地引申，我们应当采用何种犯罪构成体系？对于这些关涉刑法方法论的重大理论问题，在该节中都作了较为深入的探讨，尤其是比较了我国目前的四要件的犯罪构成体系和大陆法系的三阶层的犯罪论体系，强调犯罪构成各要件之间在逻辑关系上应当具有递进性。这一研究结论，对于完善我国的犯罪构成理论具有方法论上的示范功能。

判例刑法研究是刑法理论研究的一种新思路，它无论是对于我国刑法理论研究水平的提升，还是对于司法实践的指导意义，都是应当充分予以肯定的。我认为，在从文本刑法学到实践刑法学的转变过程中，判例刑法研究是一座必经的桥梁。从某种意义上说，判例刑法学是在今后相当长的一个时期内，我国刑法学的一个知识增长点。



(四)

《判例刑法学》一书的写作，前后历经数年，或有中断。随着法律与司法解释的出台，我对相关内容作了必要的增补。在本书的写作过程中，我的学生车浩、蔡桂生和邓德华等同学给我提供了各种帮助，使本书的写作得以顺利完成，对此我深表谢意。此外，我近年来一直在北京大学法学院为法学硕士和法律硕士开设“判例刑法学”的课程，在讲课过程中曾经与同学们就本书中的某些判例进行过讨论。因此，我还要对听课的同学表示深切的谢意。

储槐植教授曾经对刑法研究提出了以下见解：在刑法之上研究刑法——刑法的哲学研究，在刑法之外研究刑法——刑法的社会学研究、刑法的经济学研究等，在刑法之中研究刑法——刑法的规范研究。在此基础上，我还要加上一个刑法研究的向度：在刑法之下研究刑法——刑法的判例研究。在过去20年里，前10年我在刑法的哲学研究领域完成了《刑法哲学》（中国政法大学出版社1992年版、2003年修订3版）、《刑法的人性基础》（中国方正出版社1996年版、中国人民大学出版社2006年第3版）和《刑法的价值构造》（中国人民大学出版社1998年版、2006年第2版）三部著作，称为刑法哲学三部曲；后10年我在刑法的规范研究和判例研究领域完成了《本体刑法学》（商务印书馆2001年版）、《规范刑法学》（中国政法大学出版社2003年版、中国人民大学出版社2008年第2版）和《判例刑法学》（中国人民大学出版社2009年版）三部著作，可以称为刑法体系书三部曲。通过上述研究，使我能够立体地、全方位地认知刑法、感悟刑法，为刑法知识的转型与刑法视阈的拓展而有所贡献，这是足以令吾辈欣慰的。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2009年2月27日



总目录

上 卷

- 绪 论 判例教学法：以法系为背景的研究
- 第 1 章 刑法解释
- 第 2 章 罪 体
- 第 3 章 罪 责
- 第 4 章 未完成罪
- 第 5 章 共同犯罪
- 第 6 章 单位犯罪
- 第 7 章 竞合论
- 第 8 章 刑罚裁量
- 第 9 章 刑罚适用
- 附录 I 案名索引
- 附录 II 主题索引
- 附录 III 案名与主题复合索引