

本体刑法学

陈兴良 著



商务印书馆

本体刑法学

陈兴良 著

商务印书馆

2001年·北京

图书在版编目(CIP)数据

本体刑法学/陈兴良著. —北京:商务印书馆, 2001
ISBN 7-100-03337-3

I. 本… II. 陈… III. 刑法-法的理论 IV. D914.
01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 036095 号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

BĒN Tǐ XÍNG Fǎ XUE

本体刑法学

陈兴良 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

中国科学院印刷厂印刷

ISBN 7-100-03337-3/D·286

2001 年 8 月第 1 版

开本 850×1168 1/32

2001 年 8 月北京第 1 次印刷

印张 30

印数 4 000 册

定价: 44.00 元

本书阐述的是一种自在于法条、超然于法条的法理,它不以法条为本位而以法理为本位。法理的逻辑演绎取代了法条的规范诠释。由此,刑法法理获得了某种理论上的自足性。这个意义上的刑法学,就是本书之所谓本体刑法学。

——题记

一种叙述性的刑法学(代序)

刑法,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以凸显刑法法理。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,我们曾经是那么的耳熟能详。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,诸如刑法学论文、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—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

4 一种叙述性的刑法学(代序)

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主性。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。学术的品味,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,而只能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,但不是对通说简单的介绍,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,从而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·····	6
二、罪—责—刑结构·····	6
三、罪—责结构·····	7
第三节 刑法的体系·····	8
一、编·····	10
二、章·····	11
三、节·····	11
四、条·····	11
五、款·····	11
六、项·····	12
七、目·····	12
第四节 刑法的特征·····	13

2 目录

一、公法的特征	13
二、刑事法的特征	14
三、强行法的特征	15
第五节 刑法的分类	16
一、狭义刑法与广义刑法	16
二、普通刑法与特别刑法	16
三、单一刑法与附属刑法	17
四、国内刑法与国际刑法	18
第六节 刑法的界定	20
一、刑法与刑事诉讼法	20
二、刑法与监狱法	21
第七节 刑法的解释	22
一、刑法解释的原理	22
二、刑法解释的种类	27
三、刑法解释的方法	32
第二章 刑法机能	37
第一节 规范机能	37
一、评价机能	38
二、裁判机能	39
三、评价机能与裁判机能的统一	40
第二节 社会机能	40
一、保障机能	40
二、保护机能	44
三、保障机能与保护机能的统一	48

第三章 刑法价值	55
第一节 刑法的公正性	55
一、刑法的正当性	55
二、刑法的公平性	68
三、刑法的平等性	73
第二节 刑法的谦抑性	75
一、刑法的紧缩性	76
二、刑法的补充性	77
三、刑法的经济性	79
第三节 刑法的人道性	83
一、刑法的宽容性	83
二、刑法的轻缓性	84
三、刑法的道义性	85
第四章 刑法原则	87
第一节 罪刑法定原则	87
一、罪刑法定的价值内容	87
二、罪刑法定的立法机理	92
三、罪刑法定的司法运作	94
四、罪刑法定的现实考察	96
第二节 罪刑均衡原则	101
一、罪刑均衡的价值内容	101
二、罪刑均衡的立法确认	107
三、罪刑均衡的司法体认	112
四、罪刑均衡的现实考察	116

4 目录

第五章 刑法效力	120
第一节 刑法的空间效力	120
一、刑事管辖的一般原则	121
二、刑事管辖的特殊原则	129
三、引渡	132
第二节 刑法的时间效力	134
一、刑法的生效时间	134
二、刑法的失效时间	135
三、刑法的溯及力	135
第六章 犯罪概说	139
第一节 犯罪的概念	139
一、犯罪的形式概念	139
二、犯罪的实质概念	142
三、犯罪的形式概念与实质概念的相关考察	144
第二节 犯罪的本质	149
一、法益侵害说	149
二、社会危害性说	154
三、法益侵害说与社会危害性说的相关考察	161
第三节 犯罪的特征	164
一、实体法上的犯罪特征	164
二、证据法上的犯罪特征	167
三、程序法上的犯罪特征	168
第四节 犯罪的分类	169
一、重罪与轻罪	169

二、自然犯与法定犯·····	171
三、侵害私法益的犯罪与侵害公法益的犯罪·····	173
四、国内犯罪与国际犯罪·····	176
第七章 犯罪构成 I:总说 ·····	179
第一节 犯罪构成的理论·····	179
一、犯罪构成的概念·····	179
二、犯罪构成的沿革·····	182
三、犯罪构成的性质·····	192
第二节 犯罪构成的体系·····	198
一、犯罪构成体系的类型·····	198
二、犯罪构成体系的比较·····	206
第三节 犯罪构成的分类·····	221
一、基本的犯罪构成与修正的犯罪构成·····	221
二、普通的犯罪构成与派生的犯罪构成·····	222
三、简单的犯罪构成与复杂的犯罪构成·····	223
四、叙述的犯罪构成与空白的犯罪构成·····	223
五、封闭的犯罪构成与开放的犯罪构成·····	224
第八章 犯罪构成 II:罪体 ·····	226
第一节 罪体概述·····	226
一、罪体的概念·····	226
二、罪体的意义·····	227
第二节 行为·····	228
一、行为理论·····	229
二、行为立论·····	235

6 目录

三、行为特征·····	240
四、行为形式之一:作为·····	245
五、行为形式之二:不作为·····	247
六、行为形式之三:持有·····	263
第三节 客体·····	265
一、客体的界定·····	265
二、客体的类型·····	268
第四节 结果·····	270
一、结果的概念·····	271
二、结果的类型·····	277
第五节 因果关系·····	278
一、因果关系的概念·····	278
二、事实上的因果关系·····	283
三、法律上的因果关系·····	289
第六节 客观附随情状·····	295
一、犯罪的时间·····	295
二、犯罪的地点·····	295
第九章 犯罪构成 III:罪责·····	296
第一节 罪责概述·····	296
一、责任的概念·····	296
二、责任的理论·····	302
三、责任的意义·····	315
第二节 责任能力·····	317
一、责任能力的概念·····	317

二、责任能力的本质·····	320
三、责任能力的地位·····	321
四、责任能力的要件·····	325
五、精神障碍者的责任能力·····	327
六、未成年人的责任能力·····	328
七、原因上的自由行为·····	328
第三节 责任形式之一:故意责任 ·····	331
一、故意的心理构造·····	332
二、故意的心理事实之一:事实性认识 ·····	335
三、故意的心理事实之二:心理性意志 ·····	338
四、故意的规范构造·····	342
五、故意的规范评价之一:违法性认识 ·····	345
六、故意的规范评价之二:违法性意志 ·····	350
第四节 责任形式之二:过失责任 ·····	351
一、过失的心理构造·····	351
二、过失的心理事实之一:认识特征 ·····	356
三、过失的心理事实之二:意志特征 ·····	362
四、过失的规范构造·····	365
五、过失的规范评价之一:违法性认识及其 可能性·····	366
六、过失的规范评价之二:信赖原则与允许 危险原则·····	368
第五节 认识错误·····	370
一、法律上的认识错误·····	371

二、事实上的认识错误·····	374
第六节 主观附随情状·····	378
一、犯罪的动机·····	379
二、犯罪的目的·····	379
第十章 定罪·····	381
第一节 定罪概述·····	381
一、定罪的概念·····	381
二、定罪的原则·····	383
三、定罪的意义·····	391
第二节 定罪情节·····	393
一、定罪情节的概念·····	393
二、情节犯·····	395
三、情节减轻犯与情节加重犯·····	398
第三节 法条竞合·····	399
一、法条竞合的概念·····	399
二、法条竞合的种类·····	401
三、法条竞合的适用原则·····	407
第四节 定罪方法·····	409
一、法的吸纳:解释方法 ·····	410
二、事实识别:确认方法和推定方法 ·····	413
三、法律规定与案件事实的耦合:演绎方法 ·····	415
第十一章 正当化事由·····	417
第一节 正当化事由概述·····	417
一、正当化事由的概念·····	417

二、正当化事由的根据·····	423
三、正当化事由的分类·····	428
第二节 正当防卫·····	432
一、防卫权·····	432
二、正当防卫的构成·····	436
第三节 紧急避险·····	453
一、避险权·····	454
二、紧急避险的构成·····	460
第十二章 犯罪形态 I:未完成罪 ·····	464
第一节 未完成罪概述·····	464
一、未完成罪的概念·····	464
二、未完成罪的构成·····	473
三、未完成罪的范围·····	477
第二节 犯罪预备·····	485
一、犯罪预备的概念·····	486
二、犯罪预备的特征·····	488
三、犯罪预备的类型·····	489
四、犯罪预备的处罚·····	490
第三节 犯罪未遂·····	491
一、犯罪未遂的概念·····	491
二、犯罪未遂的特征·····	494
三、犯罪未遂的类型·····	502
四、犯罪未遂的处罚·····	508
第四节 犯罪中止·····	508