

● 陈兴良 著

当代中国刑法 新视界

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究文集系列

(第二版)

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

当代中国刑法新视界/ 陈兴良著. 2 版.

北京: 中国人民大学出版社, 2007

(中国当代法学家文库·陈兴良刑法研究文集系列)

ISBN 978-7-300-08139-7

I. 当…

II. 陈…

III. 刑法-中国-文集

IV. D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 075195 号

中国当代法学家文库

陈兴良刑法研究文集系列

当代中国刑法新视界 (第二版)

陈兴良 著

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	河北涿州星河印刷有限公司				
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2007 年 6 月第 1 版		
印 张	53.5 插页 3	印 次	2007 年 6 月第 1 次印刷		
字 数	805 000	定 价	79.80 元		

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

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：

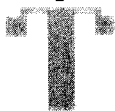
“陈兴良刑法研究专著系列”，是我个人专著的书系。自 1987 年至 2006 年，

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。

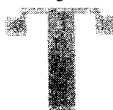
“陈兴良刑法研究主编系列”，是我主编著作的书系。在我的学术活动中，主编著作有一席之地。尤其是连续出版物《刑事法评论》，成为我主持的一个刑事法的重要论坛。在我主编的各种论著中，有些时过境迁，没有再版的必要；有些则具有较高的学术价值，因而修订以后纳入文库出版。应当指出，我主编的这些学术著作，都是与他人合作的产物，包括同事与学生，通过共同合作这些著作而建立的友谊，历久弥新，令人难以忘怀。因此，我主编的著作并非我的研究成果，而是全体合作者的共同研究成果。只不过作为主编，我对这些著作的命运负有某种使其久远地流传的责任而已。

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 50 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。当我年近五十岁的时候，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

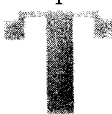
谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2006年6月11日

出版说明

《当代中国刑法新视界》是我的第二部论文集，收入我自 1995 年至 1997 年发表的论文。第一部论文集是十年学术成果的汇集，而这一部论文集则只用了三年时间，可见这是我在学术研究上突飞猛进的一个黄金季节，也是一个收获的季节。在我自己看来，这部论文集与第一部论文集相比，在思想内容上更为成熟，并逐步形成了自己的学术品格。与第一部论文集相比，本书具有以下三个特点：

一是刑法修订的研究。本书在时间上正好跨越 1997 年刑法修订，因此，本书有相当一部分内容是围绕刑法修订而展开的。在第一部论文集中，也有一部分内容是对刑法完善问题的研究，但那些内容较为虚妄，因为当时刑法修订活动还没有正式开展。而 1996 年正处于刑法修订的最后关头，刑法修订草案亦已公布。这个时期，我国刑法学界的主要注意力都集中在刑法修订上，我亦对此作了较多的研究，并多次参加研讨会，提出了各种修订意见。收入本书的《刑法修订的双重使命：价值转换与体例调整》就是我对刑法修订的基本观点。但由于 1997 年刑法修订的指导思想是“可改可不改的，不改；非改不可的，才改”，并且以刑法分则的条文编纂为其主要任务，因此，修订后的刑法与作为学者的我的想法之间存在巨大的落差。无论期望也好，失望也好，立法毕竟还是一种权力活动，非学者所用武之地。当然，修订总比不修订要好。在 1997 年刑法修订完成以后，



除了对修订后的刑法进行重新阐释，我还进行了批判性的反思。收入本书的《困惑中的超越与超越中的困惑——从价值观念和立法技术层面的思考》一文，是我和周光权博士合著的，对修订后的刑法进行了总体评判。

二是刑法基本理论的研究。自1992年出版《刑法哲学》以后，我于1994年和1996年分别完成了《刑法的人性基性》和《刑法的价值构造》两本专著。这两本专著的成果陆续在1995年至1997年之间发表，大部分都收入本书。对于刑法基本理论，我历来十分重视与强调，并且作为我本人一个主要的学术着力点。根据我的体会，刑法基本理论的研究是一个厚积薄发的过程。没有扎实、深厚的理论功底，难以揭示刑法的内在精神。德国著名刑事法学家耶赛克曾经指出：“刑法在某种意义上是我们文化状态最忠实的反映并表现着我们国家占主导地位的精神状态。”李海东认为这是一句很贴切的话，并以此印证其以下命题：“刑法在一个社会中最敏锐地体现着国家与公民的关系，以及社会的现实价值观念和社会对于源于本身的弊病的责任感与态度。”^①可以想见，如果刑法学家没有对社会的敏锐，也就不会有刑法的敏锐。我这样说，似乎过于夸大刑法学家的作用了。但这里关键是何种意义上的刑法学家。如果是尾随刑法立法与刑事司法的刑法学家，当然很难超越刑法去发现国家与公民关系的变动。只有真正以社会为使命的刑法学家，才能站在社会的立场上审视刑法，推动刑事立法与刑事司法的发展。在这个意义上，刑法学家首先应当是社会思想家。这当然是一个很高的标准，也是我所难以企及的，只不过心向往之而已。本书的理论叙述部分反映了我对刑法与社会的相关性的思考，力图在更大程度上超越刑法，也超越自我。

三是刑法犯罪的研究。我一直对刑法总论较感兴趣，对刑法各论则研究不多。但实际上，刑法犯罪集中体现了刑法的基本观念，因而是刑法理论的重要领域。在上一部文集中，我对犯罪的研究主要集中在经济犯罪上。在本书中，我对侵占罪与经济犯罪的研究，尤其是金融诈欺罪的研究，自认为还是有所突破的。在收入本书的《金融诈欺的法理分析》一文中，我着力区分了两种金融诈欺：第一

^① 李海东：《刑法原性入门（犯罪论基础）》，16页，北京，法律出版社，1998。

种是虚假陈述的金融诈骗，第二种是非法占有的金融诈骗。这两种金融诈骗，后者是传统的财产犯罪，前者则是新型的经济犯罪。我认为，对这两种金融诈骗犯罪类型的正确区分，对于立法与司法都具有现实意义。

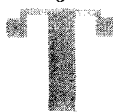
本书的写作时代距离现在已经十年了，这十年里我国刑法理论有了长足的发展，我本人的学术研究也有所进步。但回顾十年前的学术历程，尤其是参与刑法修订的日日夜夜，对于新刑法的期待之情跃然纸上。

值此《当代中国刑法新视界》再版之际，写下这些杂感，是为出版说明。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2007年4月30日



法学家的使命

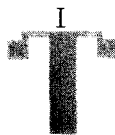
——刑法更迭与理论更新

《法学家的使命——刑法更迭与理论更新》王作富著 中国政法大学出版社 2003年12月第1版第1次印刷 32开 256页 3.00元

(代序)

经过长达 15 年的刑法修改，一部修订后的刑法终于问世了。这部刑法的实施，必然对我国社会产生深远的影响。那么，它对我国的刑法理论又会带来什么效应呢？以我之见，在刑法更迭的情况下，我国刑法理论的发展存在两种可能性：低水平的重复或者高水平的递进，可以说是忧喜共存，关键在于刑法理论工作者的理性自觉。

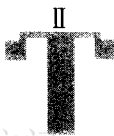
我国新时期刑法理论的复苏与发展是以 1979 年刑法的颁布为契机与标志的。刑法学是一门以刑法为研究对象的学科，它的命运是和刑法的命运息息相关的。随着刑事立法的逐渐发展完善，刑法理论研究也日趋繁荣。回顾 18 年来我国刑法理论发展的历史轨迹，我们可以清晰地看到从学习刑法、宣传刑法开始，通过对刑事立法与刑事司法的研究，刑法理论逐渐走向深入。最初是以刑法为注释对象的研究；后来是以刑法为评判对象的研究；以至后来超越刑法的研究。从注释刑法学到理论刑法学再到刑法哲学，我国刑法理论在自我超越中嬗变与递进，成为法学领域中研究力量雄厚、研究成果突出的一个学科。这种成绩的取得，是我国刑法理论工作者共同努力的结果，也是由于注释性研究发展到极致，大家不满足于此，因而寻找突破，进而从注释刑法学发展到理论刑法学。应该说，当前我国刑法理论发展势头是好的，只要加以适当引导，必将更上一个台阶。



在这种情况下，修订的刑法出台，成为对刑法理论的一次冲击。这里使用冲击一词，绝无贬意，而是指对刑法理论产生剧烈的外力作用，对刑法理论的发展具有一种推动作用。关键是我们如何借助于这一冲击力，防止低水平重复，引发高水平递进。我所担忧的是，由于修订的刑法颁布实施，大家必然把理论注意力集中到修订的刑法上来，由此又掀起一个注释研究的高潮，从而遮蔽了刑法研究的理论视野，中断了刑法哲学研究的发展进程，又开始重复从1979年刑法以来的新一轮刑法理论发展过程，因而出现低水平徘徊的态势。毫无疑问，伴随着一部新法的颁布，注释研究是十分必要的，而且法律修改也会带来一系列理论研究的新课题。尤其是随着这部刑法开始实施，在实施过程中还会提出一些问题，有待于我们从理论上加以回答。但是，我们还是必须承认，刑法理论的使命不仅于此。或者说，这种注释研究只是刑法理论中与应用性相联系具有实用价值的那一部分，是一种较低层次上的刑法理论研究。除此以外，我们还要关注刑法的基本理论，更要关注刑法的更高层次上的哲理研究，这是刑法理论成熟与发达的标志，它对于注释研究具有制约性。在《刑法疏议》一书的代跋中，我曾经说过这样的话：法律的修改，对于法学家来说既是幸事又是不幸。幸者，如果法律永不修改，法学家（应该是指注释法学家）可能会清闲、无所事事。不幸者，一部法律的修改，将使法学家积数年之研究心血而写成的法学著作顷刻之间化为废纸。幸是不幸，不幸又何尝不是幸呢？因此，幸与不幸，一事也。^①我是怀着一种悲怆的心情写下这段话的，感到我们的法学家的命运完全取决于法律，成为法律的奴仆，法云亦云，缺乏自立的根基与独立的品格。在这样的一种状态下生存的法学家，不仅是学者的不幸，理论的不幸，又何尝不是法的不幸？因为法不是神授的，它是社会生活经验的总结，是社会客观规律的概括。正如马克思指出：立法者不是在创造法律、不是在发明法律，而仅仅是在表述法律。他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。^②因此，法学家应该直面社会生活，揭示

① 参见陈兴良：《刑法疏议》，736页，北京，中国人民公安大学出版社，1997。

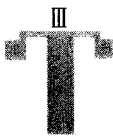
② 参见《马克思恩格斯全集》，第1卷，183页，北京，人民出版社，1956。



法的内在规律，为立法创造条件，提供理论根据。在这个意义上说，没有一支成熟的、具有自立自主精神的法学家队伍，一个国家的法律不可能发达。所以，法的注释研究虽然是需要的，但作为一个具有独立的学术品格的法学家，不当尾随立法、尾随司法，而应当超越法律，揭示那些隐藏在法的背后的规律性的东西。正是这些东西决定着立法、决定着司法，是法的本源与根基。认识到这一点，我们就具有了立足之本，就获得了一种独立的价值判断能力和一种自主的社会批判力量，从而能够对我国的法治建设起更大的作用。

我记得哲学家费希特在《论学者的使命》一书中讲过这样的话：“我的使命就是论证真理；我的生命和我的命运都微不足道；但我的影响却无限伟大。我是真理的献身者；我为它服务；我必须为它承做一切，敢说敢做，忍受痛苦。”^①我们同样可以提出法学家的使命这样一个命题，躬身自问：法学家的使命到底是什么？法是一个生生不息的过程，但其中有一些内容是较为恒久与稳定的，这就是我们称之为制度的那部分行为规则，它是法的基础，并在一定程度上决定着、制约着一个社会的结构与形态。这种法的制度构成法研究的对象，法学就是要通过对这种制度的探讨揭示出隐藏在其后的法理。法理，是法的原理，更应当视为法的真理。人们往往将真、善、美并说，哲学求真、伦理学求善、文学求美。在这个意义上，法学更靠近哲学，以求真为本。但哲学之真与法学之真又存在一定的区别，这也就是哲理与法理的区别。哲理是万物之理，是更高层次上的理。法理是万法之理，支配着法的运动与发展。相对于哲理而言，它是具体之事理，当然也就具有一般之哲理的本性。对于哲理的科学性，也就是真理性与客观性，已经差不多达成共识。对于法理的科学性，则还存在较多的怀疑。这主要是因为法是人制定的，是人为之事物，是主观的产物，是否具有以客观性为基础的科学性？我们的回答是肯定的，因为法虽然是人制定的，但法一旦制定出来就具有了相对的独立性，它遵循一定的规律而生存与嬗变。法学之所以能够成为一门科学，就在于它以揭示法理为使命，这种法理已经不是现象的东西、主观的东西，

^① [德] 费希特：《论学者的使命》，41页，北京，商务印书馆，1980。



而是本质的东西、客观的东西。因此，法学之追求法理，是对法的真理性的追求。法学不满足于合法性，还要对这种合法性进行合理性的拷问与审视，将合法性奠基于合理性之上，用合理性来界定与匡正合法性。由此，合法性就具有了超越世俗的、表象的法的意蕴，上升到对法的良恶的考察。世上之法，有良法，亦有恶法；有合法之法，亦有非法之法。对于法的良恶，应当有一个区分的标准，这个标准就是法的合理性，也就是法理的标准。从这个意义上来说，法理虽然来自于法，但却又高于法，是万法之法。发现、揭示乃至掌握这种万法之法，也就是法理，使法学家不是以一种谦卑的、战战兢兢的姿态面对世俗的实在法，而是掌握了一种批判的武器，要使实在法去符合客观的法，在使实在法合理化上贡献一份力量，这难道不是法学家的使命吗？

面临刑法更迭，我国刑法理论又面临一个发展的契机，我们所期望的，是通过推进刑法学科的基础理论研究，使刑法理论在高水平上更新，而不是在低水平上重复。例如，修订后的刑法规定了罪刑法定、罪刑平等、罪刑均衡三大原则，使我国刑法在民主化与科学化的发展进程上迈出了重要的一步。在这种情况下，我们应当从法理的角度揭示这些刑法基本原则所蕴含着的博大精深的社会政治内容。在这方面，我们的任务是艰巨的，任重而道远。刑法的更迭，表明我国刑法立法走在了整个法制发展的前面。作为刑法理论工作者，我们有责任也有信心进一步繁荣刑法理论研究，推动刑法理论的更新，使刑法理论也走在法学的前面，为建设社会主义法治国家作出我们应有的贡献。

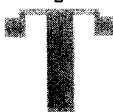
（本文原载《法学研究》，1997（5））

1. 刑法的价值构造	(3)
2. 刑法机能二元论	(16)
3. 法律多元: 理念、价值及其当代意义 ——尤其从刑事角度的思考	(37)
4. 刑法价值序说 ——《刑法的价值构造》序	(55)
5. 刑法公正论	(60)
6. 刑法谦抑的价值蕴含	(97)
7. 刑法谦抑的法理考察	(127)
8. 刑法人道论	(159)
9. 论人权及其刑法保障	(189)
10. 刑法的社会保护机能及理论基础	(230)
11. 罪刑法定的当代命运	(245)
12. 罪刑均衡的理论建构	(309)
13. 罪刑均衡的价值蕴含	(320)

14. 罪刑均衡的中国命运	(334)
15. 犯罪价值论	(347)
16. 刑罚存在论	(372)
17. 刑种设置的法理分析	(382)
18. 刑事矫正论	(394)
19. 罪犯处遇的法理分析	(406)
20. 法律解释的基本理念	(419)
21. 法的解释与解释的法	(432)
22. 犯罪存在的个体解释	(448)
23. 腐败的成因及其抗制	(459)

第二编 刑事立法

24. 立法理念论	(475)
25. 从政治刑法到市民刑法 ——二元社会建构中的刑法修改	(489)
26. 刑事立法公正论	(535)
27. 罪刑均衡的立法确认	(549)
28. 刑法修改的双重使命：价值转换与体例调整	(563)
29. 刑法修改的理论思考	(580)
30. 困惑中的超越与超越中的困惑 ——从价值观念角度和立法技术层面的思考	(587)
31. 历史的误读与逻辑的误导 ——评关于共同犯罪的修订	(673)
32. 修订后的刑法之罪名分析	(701)
33. 武装掩护走私之为独立罪名论	(714)
34. 刑法附则论	(719)
35. 内地与香港之间刑事管辖的冲突与协调	(725)



第三编 刑事司法

36. 刑事司法公正论	(739)
37. 罪刑均衡的司法体认	(749)
38. 论量刑情节	(758)
39. 金融犯罪论	(767)
40. 金融诈骗的法理分析	(787)
41. 侵占罪与贪污罪之比较	(800)
42. 刑法司法解释的限度 ——兼论司法法之存在及其合理性	(814)
代跋 让刑法学与人文科学相融合 ——访刑法学专家陈兴良	(832)
后记	(835)

第一编

刑法理论