


 世纪法学研究生参考书系列

刑法学的现代展开

陈兴良 周光权◎著

 中国人民大学出版社

陈兴良 周光权◎著

刑法学的现代展开

江苏工业学院图书馆
藏书章

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学的现代展开/陈兴良, 周光权著.

北京: 中国人民大学出版社, 2006

(21 世纪法学研究生参考书系列)

ISBN 7-300-07326-3

I. 刑…

II. ①陈…②周…

III. 刑法-法的理论-中国-研究生-教学参考资料

IV. D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 046117 号

21 世纪法学研究生参考书系列

刑法学的现代展开

陈兴良 周光权 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)

010-62511239 (出版部)

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 155×235mm 16 开本

版 次 2006 年 5 月第 1 版

印 张 47.75 插页 4

印 次 2006 年 5 月第 1 次印刷

字 数 797 000

定 价 49.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换





试读结束：需要全本请在线购买：www.ertongbook.com

作者简介

陈兴良，男，汉族，1957年生，浙江义乌人。1981年毕业于北京大学法律系，获法学学士学位，同年考入中国人民大学法律系，1984年获法学硕士学位，1987年获法学博士学位。1984年至1997年在中国人民大学法学院任教，先后任助教、讲师、副教授、教授，1994年被评为博士生导师。现任北京大学法学院教授、博士生导师、法学院副院长。兼任北京大学刑事法理论研究所所长、中国法学会刑法学研究会副会长、中国犯罪学研究会副会长、教育部社会科学委员会委员、国家社会科学基金项目学科评审组专家等职。主要研究领域为中国刑法和刑法哲学，主要科研成果包括：《刑法哲学》（中国政法大学出版社，1992）、《刑法的人性基础》（中国方正出版社，1996）、《刑法的价值构造》（中国人民大学出版社，1998）、《本体刑法学》（商务印书馆，2001）等个人专著11部，主编或参编刑法学著作三十余部，在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物发表论文近二百篇。有七项科研成果获国家、省部级科研成果奖。1997年入选国家教委首批跨世纪优秀人才培养计划，并获国务院政府特殊津贴；1999年当选全国杰出中青年法学家，2000年获教育部第二届“高校青年教师奖”；2004年经人事部等八部委批准，入选为新世纪百千万人才工程国家级人选；2004年入选教育部文科首批“长江学者”特聘教授。

周光权，男，汉族，1968年生，重庆市人。1992年毕业于四川大学法律系，1999年毕业于中国人民大学法学院，获法学博士学位，现为清华大学法学院教授、副院长，兼任中国法学会刑法学研究会副秘书长、北京师范大学刑事法律科学研究院兼职研究员、山东大学刑事司法与刑事政策研究中心客座研究员。主要研究领域为中国刑法学、刑法思想史体系等。主要科研成果：《刑法学的向度》（中国政法大学出版社，2004）、《法治视野中的刑法客观主义》（清华大学出版社，2002）、《刑法诸问题的新表述》（中国法制出版社，2001）、《注意义务研究》（中国政法大学出版社，1998）等个人专著5部；参编刑法学著作十余部；在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》等国内外刊物上发表论文八十余篇。2002年获第七届北京市哲学社会科学优秀成果二等奖；2003年获第三届“胡绳青年学术奖”；2004年获清华大学“学术新人奖”；2005年获第一届中国青年法律学术奖（法鼎奖）银奖。

导论	刑法学的西方经验与中国现实	/ 1
	一、问题之所在	/ 1
	二、刑法学发展的西方经验	/ 2
	三、刑法学的中国现实	/ 10
	四、未来我国刑法学发展的关键问题	/ 19

总论部分

第一章	刑法客观主义	/ 31
	一、刑法客观主义的合理性	/ 32
	二、刑法客观主义的反对派：主观主义	/ 35
	三、刑法主、客观主义在犯罪论上的对立	/ 38
	四、必须坚持刑法客观主义	/ 49
第二章	罪刑法定原则	/ 57
	一、司法体制与罪刑法定	/ 58
	二、司法理念与罪刑法定	/ 65
	三、司法技术与罪刑法定	/ 70
第三章	犯罪论体系	/ 80
	一、犯罪论体系的沿革与比较	/ 80

二、我国犯罪构成理论对若干重大关系的混淆 / 88

三、改造我国犯罪成立理论的基本设想 / 97

第四章 作为义务 / 103

一、不作为犯成立条件的一般分析 / 104

二、作为义务来源的形式说 / 107

三、作为义务来源的实质说 / 111

四、若干争议问题 / 117

第五章 因果关系 / 124

一、因果关系论的适用范围 / 125

二、条件说：合理性与批评 / 127

三、相当因果关系理论与案件处理 / 132

四、客观归责理论与传统因果关系理论的关系 / 137

第六章 客观归责 / 143

一、客观归责理论的学说史 / 143

二、客观归责理论的基本内容 / 152

三、客观归责理论的借鉴意义 / 162

第七章 放 任 / 170

一、放任的含义 / 171

二、放任与轻率的区别 / 182

三、与放任有关联的其他问题 / 187

第八章 目的犯 / 192

一、目的犯的界定 / 192

二、目的犯的构造 / 197

三、目的犯的证明 / 201

第九章 违法性认识——故意说和责任说的对立 / 204

一、违法性认识的立法考察 / 205

- 二、对违法性认识是否必要的争论 / 211
- 三、关于违法性认识是故意要素的论证 / 217
- 四、将违法性认识作为责任要素的理由 / 226

第十章 注意义务 / 239

- 一、注意义务的内容 / 240
- 二、注意义务的形态 / 247
- 三、注意义务违反的判定 / 250
- 四、注意义务的限定：信赖原则和危险分配 / 252
- 五、履行注意义务结果仍可能发生时的处理 / 255

第十一章 法益侵害说 / 263

- 一、法益侵害说的合理性 / 263
- 二、法益侵害说的反对者：规范违反说 / 266
- 三、法益侵害说和规范违反说的对立 / 276
- 四、我国刑法学的立场定位 / 280

第十二章 期待可能性 / 289

- 一、期待可能性的学说史 / 289
- 二、期待可能性的理论考察 / 297
- 三、期待可能性的体系性地位 / 304

第十三章 间接正犯 / 308

- 一、引言：从一个基层法院的案例开始 / 308
- 二、间接正犯的概念 / 309
- 三、间接正犯的性质 / 313
- 四、间接正犯的界分 / 316
- 五、间接正犯的形式 / 320
- 六、间接正犯的认定 / 322
- 七、结语：以一个最高法院的案例结束 / 327

第十四章 共犯与身份 / 329

- 一、身份的概念 / 329
- 二、共犯的定罪与身份 / 332
- 三、共犯的量刑与身份 / 345

第十五章 中止自动性 / 347

- 一、问题的提出 / 347
- 二、中止自动性的判断标准 / 348
- 三、中止自动性的相关问题 / 357

第十六章 竞合论 / 365

- 一、罪数论框架的考察 / 365
- 二、法条竞合 / 373
- 三、想象竞合 / 382
- 四、实质竞合 / 384

第十七章 死 刑 / 386

- 一、死刑历史的考察 / 386
- 二、死刑消长的演变 / 392
- 三、死刑废除的条件 / 400
- 四、死刑废除的构想 / 410

第十八章 宽严相济的刑事政策 / 419

- 一、宽严相济刑事政策的确定 / 419
- 二、宽严相济刑事政策的界定 / 426
- 三、宽严相济刑事政策的根据 / 438
- 四、宽严相济刑事政策的实现 / 442

各论部分

第十九章 交通肇事罪 / 453

- 一、交通肇事行为 / 453
- 二、主 体 / 457

三、过 失 / 459

四、认 定 / 463

第二十章 重大责任事故罪 / 482

一、违章行为与损害后果 / 482

二、主 体 / 487

三、过 失 / 491

四、认 定 / 494

第二十一章 侵犯商业秘密罪 / 502

一、实行行为 / 503

二、侵害对象 / 508

三、损害结果 / 515

四、犯罪故意 / 522

第二十二章 故意伤害罪 / 525

一、伤害行为 / 525

二、主 体 / 531

三、伤害故意 / 531

四、认 定 / 532

第二十三章 强奸罪 / 542

一、强奸行为 / 542

二、主 体 / 547

三、故 意 / 548

四、轮 奸 / 551

五、强奸罪与强制猥亵、侮辱妇女罪的界限 / 554

第二十四章 绑架罪 / 557

一、绑架行为 / 557

二、主 体 / 561

三、故 意 / 563

- 四、认定 / 564
- 五、犯罪的特殊形态 / 570
- 六、处罚的特殊问题 / 573

第二十五章 抢劫罪 / 577

- 一、保护法益 / 577
- 二、行为 / 580
- 三、故意 / 586
- 四、认定 / 590

第二十六章 盗窃罪 / 608

- 一、窃取行为 / 608
- 二、行为对象 / 612
- 三、故意 / 617
- 四、数额 / 619
- 五、犯罪情节 / 625

第二十七章 诈骗罪 / 631

- 一、欺诈行为 / 631
- 二、诈骗对象 / 639
- 三、故意 / 640
- 四、认定 / 641

第二十八章 侵占罪 / 653

- 一、侵占行为 / 653
- 二、侵占对象 / 657
- 三、故意 / 667
- 四、数额与情节 / 668
- 五、认定 / 669

第二十九章 受贿罪 / 677

- 一、受贿行为 / 677

- 二、主 体 / 683
- 三、故 意 / 683
- 四、经济受贿 / 688
- 五、间接受贿 / 693

第三十章 滥用职权罪 / 695

- 一、保护法益 / 695
- 二、滥用职权行为 / 695
- 三、主 体 / 700
- 四、故 意 / 704
- 五、认 定 / 710

转型与变革：刑法学的一种知识论考察（代跋） / 717

- 一、古代律学传统的中断与近代刑法学的诞生 / 717
- 二、苏联刑法学的引入与我国刑法学的嬗变 / 725
- 三、德日刑法学的借鉴与我国刑法学的突围 / 731

参考文献 / 741

索 引 / 744

后 记 / 750

刑法学的西方经验与中国现实

一、问题之所在

我国刑法学在改革开放以后的二十多年间，经过学界同仁的努力，得到了很好的发展，但其利弊得失仍然需要及时总结，其中有三个问题尤其值得仔细检讨：（1）新中国刑法学发展之初，以苏联模式为学习样板，并将其作为惟一正确的理论看待，使得我们的理论视野一直较为逼仄。今天，德、日等大陆法系国家以及英美的刑法观点被大量介绍进来。现今的中国刑法学者，必须对刑法学的共性有清楚认识，要承认一种“文化际”的刑法，从而促进“跨文化的”刑法学交流。在犯罪论等刑法学根本问题上，我国刑法学没有理由拒斥已经在世界上一百多个国家产生根本性影响的德国阶层论犯罪成立体系。在比较研究的基准已然大致确立，进行有价值的而绝非简单的比较研究的时机已经具备的情况下，我们如何借助于这些知识资源对现有的刑法学理论进行系统反思？如何确立合理的犯罪论体系，防止自说自话，增加与西方刑法学理论进行对话的可能？（2）近年来，我国经济高速发展，尤其是逐步进入工业化社会，给个人利益和公共安全带来了极大风险，提出了许多新的刑法问题。有的问题西方国家曾经遇到过，但是其解决方式是否适用于我国，并非没有疑问；有的问题是西方国家也从来没有遇到的全新问题，我们应当如何对待，如何从刑法学理论上对以前缺乏思考的问题加以回应？（3）我国刑法学从“外观上”看，体系完整，对许多问题有自己的观点，但是，有深度的思考是否很多？问题意识总体上是否较强？是否提出了一些基石范畴？是否能够规范地、持续地对某些重要的基础性问题进行反复辩驳？

本文试图尽量回答上述涉及面较广的问题。笔者的思路是：先总结西方国家刑法理论发展中值得我们学习的经验；再对我国刑法学发展过

程中的种种“乱象”进行分析,指出我们可能存在问题的方方面面;最后,提出对我国刑法学理论进行合理化改造的可能路径。

在这里,有三点需要稍加说明:

第一,本文刑法学发展的西方经验所涉及的西方,不是严格的地理概念,而是一个广义的概念,包括地理上、观念上处于西方的、近代以来的国家^①,例如德国、英美国家。日本、韩国虽然是东亚国家,但是其犯罪论体系完全以德国理论为模本,所以我也将其作为“观念上”的西方国家看待。当然,本文主要以德日刑法学作为比较研究的基础。

第二,写作本文的真正目的,是在一定程度上理性地表达对现存的我国刑法理论的不满,指出问题的所在。既然发现问题最为重要,那么,解决问题就不是本文的重点。关于我国刑法理论合理化建构的问题,其实需要更多的人在将来共同进行长期的讨论,本文对此问题的观点是否正确倒是其次的问题。

第三,提出刑法学的西方经验这个问题,不是说外国刑法学理论就是绝对正确的,也并不是像一般人所理解的那样,是强迫我国刑法学屈从于西方的文化霸权和话语霸权。问题的关键在于:我国以苏联刑法学为模本所建构的理论体系的确存在“先天营养不良”、刑法学研究方法比较单一且极不规范、体系性思考只有二十多年的历史、问题意识明显不强的缺陷。面对西方国家通过一百多年系统研究所确立的刑法理论,我们必须保持敬畏感,必须表现出一种谦虚(而非谦卑)的态度。我们需要从中国的视角出发,吸纳世界的经验来建构刑法学体系。

二、刑法学发展的西方经验

(一) 通过法官而非最高法院解释刑法,对于刑法学发展意义重大

在适用刑法处理各种案件过程中,法官个人对含义不明或者理解上有分歧的规定进行解释,可以在充分考虑各种方案的合理性的基础上,从容选择最佳方案,可以确保解释结论和案件之间有直接关联性,这是

^① 伯尔曼教授也是如此理解“西方”概念。参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,4页,北京,中国大百科全书出版社,1993。

法官解释刑法的好处。

法院解释刑法，即通过最高裁判机构制定全国通行的司法解释，貌似可以满足“统一司法”的目标，但是其初衷是否能够实现，大可质疑。因为：(1) 司法解释既然要统一全国的司法活动，就必然具有抽象性、普遍性，这种解释就具有立法的性质，导致司法权和立法权关系混淆，司法解释随时有冲击罪刑法定原则的可能。(2) 司法解释必然缺乏针对性，仍然需要进一步解释。(3) 司法解释的存在会抑制法官自身探索刑法学真谛的冲动，使得法官的独立裁判显得多余。(4) 司法解释会使理论探讨的价值大打折扣，对于刑法学理论的发展并无好处。

例如，A 为委托 B 向 C 行贿，而向 B 提供金钱，但 B 并未转交该金钱，而任意消费，对 B 应当如何处理？对于这种基于“不法原因给付”的情形是否成立侵占罪的问题，实践中歧见纷纭。按照我们的习惯性思路，完全可以通过最高法院制定一个司法解释。

但是，司法解释的结论是惟一的，它也只能考虑最为通常的情况。由此以来，司法解释就只能在否定说和肯定说中选择一种。否定说认为，对于不法给付，法律没有保护的必要，所以一方面委托人已经对委托之物失去了所有权；另一方面，受托人对委托人而言不负返还义务。强制其成为侵占罪的行为主体，破坏了法制的统一性。此外，侵占罪还有破坏委托信任关系的一面，而不法委托人的委托与受托人的收受之间，并不存在一种法律上的委托信任关系。肯定说则认为，交付人虽有不法行为，对其给付之物纵然未能依法请求返还，但取得持有之受托人并不因此而取得所有权，受托人变占有为所有，自然可以成为本罪的行为主体。所以，对刑法上有无犯罪性的讨论，应当离开民法是否保护这一前提。^① 根据肯定说或者否定说制定司法解释，处理侵占不法原因给付物的行为，当然会使案件处理变得比较简单。但是，“一刀切”的解释结论是否绝对化，是否使得刑法解释学在侵占罪上的发展丧失机缘，是一个问题。

外国法院在遇到类似难题时，不会求助于司法解释，而是通过法官对案件的区别处理来形成有深度的刑法解释。例如，韩国法院对于侵占不法原因给付物的情况，通常根据否定说，判决被告人无罪。但是，例外的情况也是存在的。例如，被告人金某在自己经营的卖淫馆里，和卖淫者曹某约定，被告人领取曹某从嫖客处收到费用的 1/2。但后来金某

^① 参见 [日] 山中敬一：《刑法各论 I》，381 页，东京，成文堂，2004。