



● 陈兴良 / 著

教义刑法学 (第三版)

Dogmatic Criminal Law

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家太我也

陈兴良刑法学

CHEN XINGLIANG CRIMINAL LAW

● 陈兴良 / 著

教义刑法学 (第三版)

Dogmatic Criminal Law

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

教义刑法学/陈兴良著. —3 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2017. 10
(陈兴良刑法学)
ISBN 978-7-300-24875-2

I. ①教… II. ①陈… III. ①刑法-法的理论 IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 199911 号

陈兴良刑法学

教义刑法学 (第三版)

陈兴良 著

Jiaoyi Xingfaxue

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)

010-62511770 (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 涿州市星河印刷有限公司

版 次 2010 年 6 月第 1 版

规 格 170mm×228mm 16 开本

2017 年 10 月第 3 版

印 张 50.75 插页 4

印 次 2017 年 10 月第 1 次印刷

字 数 720 000

定 价 198.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

总 序

一个人开始对自己的学术生涯进行总结的时候，也就是学术创造力衰竭的时候。“陈兴良刑法学”这一作品集就是对我的刑法学研究生涯的一个总结，因此也是我的学术创造力衰竭的明证。

刑法学研究是我毕生从事的事业。与刑法学的结缘，始于1978年，这年2月我以77级学生的身份入读北京大学法律学系。1978年被称为中国改革开放的元年，这一年12月召开的中国共产党十一届三中全会确定了改革开放的方针。至于说到法制的恢复重建，是以1979年7月1日刑法等7部法律通过为标志的。从1949年到1979年，在这30年的时间里我国是没有刑法，也没有民法的，更不要说行政法。1979年刑法是社会主义中国的第一部刑法，从1950年开始起草，共计33稿，至1979年仓促颁布。这部刑法的起草经历了我国与苏联的政治蜜月期，虽然此后我国与苏联在政治上决裂，但刑法仍然保留了明显的苏俄痕迹。同时，从1950年代成长起来的我国刑法学家，基本上都是接受苏俄刑法学的学术训练，他们在荒废了20年以后回到大学重新执教，恢复的是苏俄刑法学的学术传统，我们是他们的第一批正规学生。1979年7月1日通过的刑法，生效日期是1980年1月1日。而根据课程安排，我们这个年级从1979年9月开始学



习刑法这门课程。也就是说，我们是在刑法尚未生效的时候开始学习刑法的，课程一直延续到1980年7月。一年时间，学完了刑法的总则与分则。对于刑法，我们只是粗略地掌握了法条，对其中的法理则不知其然，更不用说知其所以然。至于司法实务，更是因为刑法刚开始实施，许多罪名还没有实际案例的发生，所以不甚了然。大学期间，我国学术百废待兴，刚从“文化大革命”中走出来，受到摧残最为严重的法学学科几乎是一片废墟，我们经历了这个过程。现在很难想象，我们在整个大学四年时间里，每一门课程都没有正式的教科书，我们是在没有教科书的情况下完成学业的。也正是如此，我们阅读了大量非法学的书籍，基于本人的兴趣，我更是阅读了当时在图书馆所能借阅的大量哲学著作，主要是西方17世纪以来的，包括英国、法国、德国的哲学著作，对康德、黑格尔的德国古典哲学尤其着迷。因为原来就有一定的马克思主义哲学的基础，所以我对于马克思主义来源之一的德国古典哲学理解起来较为容易。这段阅读经历，在一定程度上培养了我的哲学气质，也对我此后的刑法研究产生了重大影响，我在1980年代后期至1990年代初期的刑法哲学研究，就是这段读书经历的衍生物。我在1981年年底完成的学士论文题目是《论犯罪的本质》，这就是一个具有本体论性质的题目。从这个题目也可以看出当时我的学术偏好。但这篇论文很不成功，只是重复了马克思主义关于犯罪的阶级性等政治话语，缺乏应有的学术性。因此，论文的成绩是良好而没有达到优秀。我的本科刑法考试成绩也只是良好，当时我的兴趣并不在刑法，后来只是因为一个偶然的原因才走上刑法的学术道路。

在我1982年2月大学毕业的时候，正是社会需要人才的时候，我们班级的大部分同学被分配到最高人民法院、最高人民检察院和中央机关，也有部分同学回到各省的高级法院和检察院，还有部分同学到各个高校担任教师，从事学术研究。而我们这些较为年轻的同学则考上了硕士研究生，继续在大学学习。我考上了中国人民大学法律系（从1988年开始改称法学院）研究生，师从我国著名的刑法学家高铭喧教授和王作富教授，开始了我的刑法学习生涯。





1982年2月，我从北京大学来到中国人民大学。中国人民大学成为我接受法学教育的第二所大学。正是在这里，我接受了最为经典的带有明显苏俄痕迹的刑法学的学术训练。我的硕士论文是王作富教授指导的，题目是《论我国刑法中的正当防卫》，这是一篇贴近司法实务的论文，也是我最初的论文写作。该文答辩时是4万字，后来扩充到20余万字，于1987年以《正当防卫论》为书名在中国人民大学出版社出版，成为我的第一部个人专著。到1988年3月获得法学博士学位的时候，我娴熟地掌握了已经在中国本土化的苏俄刑法学，这成为我的刑法学的学术底色。

1984年12月，我在硕士毕业的时候就已经办理了在中国人民大学法律系留校任教的手续，因此博士学位相当于是在职攻读。当然，当时课时量较少，没有影响博士阶段的学习。1988年3月博士论文答辩获得通过，论文是高铭暄教授指导的，题目是《共同犯罪论》，有28万字。这是我第一次完成篇幅较大的论文。博士论文虽然以我国刑法关于共同犯罪的规定为基本线索，但汲取了民国时期所著、所译的作品，例如较多的是日本20世纪30、40年代的作品，试图将这些学术观点嫁接到我国刑法关于共同犯罪的理论当中。其中，以正犯与共犯二元区分为中心的理论模型就被我用来塑造我国刑法中的共同犯罪的理论形象。后来，我的博士论文被扩充到50余万字，于1992年在中国社会科学出版社出版。以上在硕士论文和博士论文基础上修改而成的两部著作，是我早期学习以苏俄刑法学为基础的刑法知识的产物，由此奠定了我的学术根基。

从1984年开始，我在中国人民大学法学院任教，从事刑法的学术研究。在中国人民大学法学院，我完成了从助教到教授的教职晋升：1984年12月任助教、1987年12月任讲师、1989年9月任副教授、1993年6月任教授、1994年任博士生导师。及至1998年1月，我回到母校——北京大学法学院任教。在大学担任教职，培养学生当然是主业。但对于研究型大学的教师来说，学术研究也是其使命之所在、声誉之所系。因此，我将相当的精力投入刑法的学术研究，见证了我国刑事法治的演进过程，也参与了我国刑法学术的发展进程。在我自己看



来，我在提升我国刑法研究的学术水平与拓展我国刑法研究的理论疆域这两方面作出了努力，有所贡献。我的研究领域主要在以下五个面向：

（一）刑法哲学

1992年由政法大学出版社出版的《刑法哲学》一书，可以说是当时篇幅最大的一部刑法著作，也是我的成名作，这一年我35岁，距离大学本科毕业正好10年。《刑法哲学》一书可以说是我对过去10年学习与研究刑法的总结之作，完成了我对以苏俄刑法学为源头的我国刑法学的理论提升与反思，并且确定了我进一步研究的学术方向。这是我国整个法学界第一部采用哲学方法研究部门法的著作，因而受到瞩目。在《刑法哲学》的基础上，我于1996年在中国方正出版社出版了《刑法的人性基础》一书，并于1998年在中国人民大学出版社出版了《刑法的价值构造》一书。以上三部著作构成了我的刑法哲学研究三部曲，成为我的刑法学术研究的一个独特面向。

我的刑法哲学研究是在一种十分独特的学术生态环境下进行的，也是我在极度贫乏的我国刑法学中试图突破，寻求前途的一种学术能力。如前所述，当我在1980年代中期进入刑法学术界的时候，我国刑法理论还是苏俄刑法学的“拷贝”，当然也结合刚刚颁布的我国刑法进行了一些阐述。但从总体上来说，我国当时的刑法理论是十分肤浅的，这对于正处于知识饥渴阶段的我来说，是很不解渴的。1988年当我获得博士学位的时候，现有的刑法知识我已经完全掌握了。当时我国学术尚未对外开放，在一个自闭的学术环境中，我基于对拘泥于法条的低水平解释的刑法理论现状的不满，以为刑法理论的出路在于从刑法解释学提升为刑法哲学。因此，在刑法哲学的名义下，我对现有的刑法知识进行了体系化的整理，并试图探索我国刑法学的出路。在刑法哲学的三部曲中，《刑法哲学》一书是在对苏俄刑法知识的系统化叙述的基础上，以罪刑关系为中心建构了一个刑法学的理论体系，可以看作是对苏俄刑法知识的哲理化改造。如果说，《刑法哲学》一书还是以叙述刑法本身的知识为主的，那么，《刑法的人性基础》与《刑法的价值构造》两书则是对刑法的形而上的研究，实际上可以归属于法理学著作



而非刑法学著作。这是在学术境况晦暗不明的情况下，从哲学以及其他学科汲取知识，寻求刑法学的突破的一种努力。刑法哲学的研究从1990年持续到1996年，这是我从33岁到38岁这样一段生命中的黄金季节。尽管刑法哲学的研究给我带来了较高的声誉，但这只是我进入真正的刑法学研究的学术训练期。正是刑法哲学的研究使我能够把握刑法的精神与哲理，从思想的高度鸟瞰刑法学术。

（二）刑法教义学

1997年我国完成了一次大规模的刑法修订，从这时起，我将学术目光转向刑法条文本身。1997年3月，我在40岁的时候于中国人民公安大学出版社出版了《刑法疏议》一书，这是一部以法条为中心的注释性的刑法著作，是我从刑法哲学向刑法解释学的回归。《刑法疏议》一书中的“疏议”一词，是一个特定的用语，不仅仅具有解释的意思，而且具有疏通的含义。我国唐代有一部著名的著作，称为《唐律疏议》，流传千古，被认为是我国古代最为重要的律学著作。《刑法疏议》这个书名就带有明显的模仿《唐律疏议》的色彩，这也表明我试图从我国古代律学中汲取有益的知识。我国古代的律学，是一门专门的学问。律学与现在的法学还是有所不同的，法学是清末从国外移植的学术，主要是从日本，以及通过日本而吸收德国的刑法知识。因为该书是对刑法条文的逐条注释，随着时间的推移，该书的内容很快就过时了。该书成为我的著作中唯一一部没有修订再版的著作，这次也同样没有收入“陈兴良刑法学”作品集。

2001年我在商务印书馆出版了《本体刑法学》一书，这是继《刑法疏议》之后又一部关注刑法本身的著作。但《本体刑法学》完全不同于《刑法疏议》：后者是逐条逐句地注释刑法条文的著作；前者则是没有一个刑法条文，而以刑法法理为阐述客体的著作。《本体刑法学》是《刑法疏议》的后续之作，力图完成从法条到法理的提炼与升华。《本体刑法学》这个书名中的“本体”一词来自康德哲学，具有物自体之义。我将法条视为物之表象，把法理看作是隐藏在法条背后的物自体。因此，《本体刑法学》是纯粹的刑法之法理的叙述之作。这里应该





指出，在整个 1980 年代我国刑法学还是在一种与世隔绝的状态下进行学术研究的。只是从 1990 年代初开始，随着我国对外开放，与国外的学术交流也随之展开。尤其是英美、德日的刑法学译著在我国的出版，为我国刑法学者打开了一扇学术之窗。从刑法的对外学术交流来看，最初是与日本的交流，后来是与德国的交流，这些都在相当程度上为我国的刑法学研究提供了学术资源。刑法学界开始对我国传统的刑法学进行反思，由此开启了我国当代的刑法知识的转型之路。

2003 年我在中国政法大学出版社出版了《规范刑法学》一书，这是我的第一本刑法教科书，或者也可以称为刑法体系书。该书以我国的刑法条文为中心线索，完整地展开对刑法总论和刑法各论的知识铺陈，以适应课堂教学的需要。该书到目前已经出版了第三版，篇幅也做了较大规模的扩充。《规范刑法学》对于刑法总则的法理阐述是较为简单的，其重点是对刑法分则的分析。我国刑法是一部所谓统一的刑法典，所有罪名都规定在一部刑法之中，有近 500 个罪名，其他法律中都不能设立罪名。《规范刑法学》对这些罪名逐个进行了构成要件的分析。对于重点罪名分析得尤为详细，这对于正确把握这些犯罪的法律特征，具有一定的参考价值。除了刑法规定以外，我国还存在司法解释制度，即最高人民法院和最高人民检察院可以就审判与检察中涉及的法律适用问题作出解释。这种解释本身就有法律效力，可以在判决书中援引。自从刑法实施以来，最高人民法院和最高人民检察院作出了大量的司法解释，这种解释实际上成为一种准法律规范。《规范刑法学》一书中所称的“规范”，不仅包括刑法规定，而且包括司法解释。因此，《规范刑法学》尽可能地将司法解释融合到法理叙述当中，并且随着司法解释的不断颁布该书也不断进行修订。

2010 年我在中国人民大学出版社出版了《教义刑法学》一书，这是一部以三阶层的犯罪论体系为中心线索，并对比四要件的犯罪论体系，系统地叙述德日刑法知识的著作。该书所称的教义刑法学，是指教义学的刑法学。该书以教义或曰信条（Dogma）为核心意念，以三阶层的犯罪论体系为逻辑框架，在相当的深





度与广度上，体系性地叙述了刑法教义的基本原理，充分展示了以教义学为内容的刑法学的学术魅力。该书对三阶层的犯罪论体系和四要件的犯罪构成理论进行了比较研究，是对三阶层的犯罪论体系的本土化的知识转换，为引入三阶层的犯罪论体系清理地基创造条件。该书是我为推动我国当代刑法知识的转型，以德日刑法知识取代以苏俄刑法学为底色的刑法知识所做的一种学术努力。

（三）刑事法治

1998年对于我来说又是人生道路上的一个转折点，这一年1月我回到了母校——北京大学法学院任教。与此同时，从1997年到1999年我在北京市海淀区人民检察院兼职担任副检察长，这段挂职经历使我进一步了解司法实务工作，尤其是对于我国刑事诉讼程序的实际运作情况有了切身的了解，这对于我此后进行的刑事法治研究具有重要助益。这也在一定程度上使我的学术视野超出刑法学，建立了刑事一体化，即整体刑法学的观念，从而开阔了理论视域。2007年我在中国人民大学出版社出版的《刑事法治论》一书，就是这一方向的努力成果。这是一部面向法治现实之作，而且是以刑事司法实际运作为结构，贯穿了刑事司法体制改革的中心线索。该书讨论了刑事法治的一般性原理，基于刑事法治的理念，我对警察权、检察权、辩护权和审判权都进行了法理探究：寻求这些权力（利）的理性基础，描述这些权力（利）的运作机理，探讨这些权力（利）的科学设置。同时，我还对劳动教养和社区矫正这两种制度进行了研究。尤其是劳动教养，它是中国独特的一种带有一定的保安处分性质的制度。但由于保安处分的决定权被公安机关所独占，其被滥用日甚一日。我在该部分内容中明确提出了分解劳动教养，使其司法化的改革设想。

刑事法治，是我在过去20多年时间里始终关注的一个现实问题，也是基于对我国的社会现状所进行的刑事法的理论思考，为推进这个领域的法治建设所做的一份学术贡献。尽管现实与理想之间存在巨大的差距，这种差距难免使我们失望，但学术努力仍然是值得的。我国目前正处在一个法治国家建设的关键时刻，既需要改革的勇气，也需要改革的思想。



（四）刑法知识论

2000年我在《法学研究》第1期发表了《社会危害性理论：一个反思性检讨》一文，这是我对深受苏俄影响的我国刑法学反思的开始。社会危害性是苏俄刑法学中的一个核心概念，被认为是犯罪的本质特征。正是在社会危害性的基础上，建构了苏俄刑法学的理论体系。我国刑法学也承继了社会危害性理论，以及在此基础上的四要件的犯罪构成体系，由此形成我国刑法学的基本理论框架。对社会危害性理论的批判，成为我对苏俄刑法学的学术清算的切入口。2006年我在《政法论坛》第5期发表《刑法知识的去苏俄化》一文，明确地提出了去除苏俄刑法知识的命题，从知识社会学的角度展开对苏俄刑法学的批判，并对我国刑法知识的走向进行了探讨。其结论反映在我发表在《法学研究》2011年第6期的《刑法知识的教义学化》一文当中，这就是吸收德日刑法知识，建构我国的刑法教义学知识体系。在这当中，完成从苏俄的四要件到德日的三阶层的转变，可以说是当务之急。当然，我国的知识转型并没有完成，四要件的犯罪构成体系仍然占据着通说的地位，但三阶层的犯罪论体系已经开始普及，走向课堂，走向司法。围绕着以上问题的思考，我于2012年在中国人民大学出版社出版了《刑法的知识转型（学术史）》和《刑法的知识转型（方法论）》两书，为10年来我对我国刑法知识的研究画上了一个句号。刑法知识论的研究，使我从具体的刑法规范与刑法法理中抽身而出，反躬面向刑法学的方法论与学术史。这是一个刑法学的元科学问题，也是我的刑法学研究的最终归宿。

（五）判例刑法学

在我的刑法研究中还有一个独特的领域，这就是判例刑法学。我国传统的刑法学研究都是以刑法的法条为中心的，这与我国存在司法解释制度但没有判例制度具有一定的关联性。然而，判例对于法律适用的重要性是不言而喻的。因此，深入的刑法学研究必然会把理论的触须伸向判例。前些年，我国虽然没有判例制度，但最高人民法院公报以及最高人民法院刑事审判庭出版的案例选编等司法实际素材，为刑法的判例研究提供了可能性。我在法学院一直为刑法专业的硕士生



开设案例刑法研究的课程，作为刑法总论与刑法各论学习的补充，受到学生的欢迎。在这种情况下，我以最高人民法院刑事审判庭出版的有关案例为素材，进行判例刑法学的研究，于2009年在中国人民大学出版社出版了《判例刑法学》（上下卷）一书。该书从案例切入，展开法理叙述，将案例分析与法理研究融为一体，成为刑法学研究的一个新面向。

2010年中国正式建立了判例制度，这是一种具有中国特色的判例制度，称为案例指导制度。这种判例制度完全不同于德日国家的判例制度，它是以最高人民法院不定期颁布指导性案例的方式运行的。最高人民法院颁布的指导性案例在下级法院审判过程中具有参照的效力。这里的参照，既非具有完全的拘束力，又不是完全没有拘束力，而是具有较弱的拘束力。这些指导性案例虽不能在判决书中援引，但判决与指导性案例存在冲突的，可以作为上诉的理由。尽管这一案例指导制度仍然具有较强的行政性，它是以颁布的方式呈现的，而不是在审判过程中自发形成的规则秩序；但它毕竟是一种新的规则提供方式，对于我国司法实践具有重要的意义。判例制度的关键功用在于通过具体判例形成具有可操作性的司法裁判规则，因此，对于裁判规则的提炼是一项重要的工作。我作为首席专家，从2010年开始承担了《中国案例指导制度》的国家社科重大项目，并于2013年年初在北京大学出版社出版了《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》（上下卷）一书。该书在对既有的刑事指导案例进行遴选的基础上，提炼出对于刑事审判具有指导意义的裁判要旨，并对裁判要旨进行了法理阐述，以此为司法机关提供参考。

刑法学属于部门法学，它与公民权利具有密切的联系。因此，刑法学者不仅是一个法条主义者，更应该是一个社会思想家；既要有对于国家法治的理想，又要有对于公民社会的憧憬；既要有对于被害人的关爱之情，又要有对于被告人的悲悯之心。

罪刑法定主义是我所认知的刑法学的核心命题：它是刑法的出发点，同时也是刑法的归宿。在我的刑法理论研究中，罪刑法定主义占据着极为重要的位置。





中国 1979 年刑法并没有规定罪刑法定原则，反而在刑法中规定了类推制度。及至 1997 年刑法修订，废弃了类推制度，规定了罪刑法定原则，由此而使中国刑法走上了罪刑法定之路。在我国刑法规定罪刑法定原则的前后，我先后撰文对罪刑法定主义进行了法理上的深入探讨。这些论文编入《罪刑法定主义》一书，由中国法制出版社于 2010 年出版。在该书的封底，我写了这样一句题记，表达了我对罪刑法定主义的认知：“罪刑法定主义：正义之所归，法理之所至。”罪刑法定主义应当成为刑法的一种思维方式，并且贯穿于整个刑法体系。我国刑法虽然规定了罪刑法定原则，但这只是一个开端，还会经历一段罪刑法定司法化的艰难进程。在相当一个时期，我国刑法学者还要为实现罪刑法定原则而奋斗。

整体刑法学的研究也是值得提倡的。李斯特提出了整体刑法学的命题，这对于今天我国的刑法学研究仍然具有指导意义。北京大学法学院教授、我的前辈学者储槐植教授提出了刑事一体化的思想，追求刑法的内在结构合理（横向协调）与刑法运行前后制约（纵向协调）。作为一种方法论，刑事一体化强调各种刑法关系的深度融合。应该说，整体刑法学与刑事一体化都是从系统论的角度看待刑法，反对孤立地研究刑法，提倡把刑法置于整个法律体系与社会关系中进行分析。对于这样一种刑法研究的方法论，我是十分赞同的。因为刑法本身的研究领域是较为狭窄的，必须拓宽刑法的研究领域，并且加深刑法的研究层次。对于刑法，应当以教义学为中心而展开。如果说，刑法教义学是在刑法之中研究刑法，那么，还需要在刑法之上研究刑法的刑法哲学、在刑法之外研究刑法的刑法社会学、在刑法之下研究刑法的判例刑法学，等等。除了对刑法的学理研究以外，刑法学者还应当关注社会现实，关注国家法治建设。只有这样，才能使刑法学不仅是一种法教义学，而且具有经世致用的功效。

刑法是具有国别的，刑法效力是具有国界的；然而，刑法知识与刑法理论是具有普世性的，是可以跨越国界的。因此，我始终认为我国刑法学应当融入世界刑法学的知识体系中去，而不是游离于世界刑法学之外。在这种情况下，我国应





应当向德、日、英、美等法治发达国家学习先进的刑法理论。相对而言，由于历史的原因，我国借鉴的是大陆法系的法律制度，包括法律技术与思维方法。因此，吸收与汲取德日刑法知识是更为便利的。从1980年代以来中国刑法学演进的路径来看，其也是在学术上的对外开放当中发展起来的。最初是引进日本的刑法知识，后来是引进德国的刑法知识；开始是以引进刑法总论知识为主，后来逐渐引进刑法各论知识；从翻译出版刑法体系书（教科书），到后来翻译出版刑法学专著，经历了一个发展过程。这些来自德日的刑法知识对于中国刑法学的发展起到了重要的促进作用，推动了我国刑法学的发展。我国学者将这些舶来的刑法知识用于解决中国刑事立法与刑事司法中的问题，其实践功能也是十分明显的。可以说，我国刑法学正在融入德日刑法知识的体系之中。

“陈兴良刑法学”作品集将对已经出版的个人著作进行修订整理，陆续出版。我的著作初期散落在各个出版社，首先要对各个出版社的编辑在我的著作出版过程中付出的辛勤劳动，表示衷心感谢。自2006年起，我的著作列入中国人民大学出版社的“中国当代法学家文库”，出版了20余种。现在，我的个人专著以“陈兴良刑法学”的名义修订出版，作为本人学术生涯的一个总结。对于中国人民大学出版社的编辑在我的著作出版过程中的敬业、细致和认真的职业精神，表示敬意。30年来以学术为旨归，以写作为志业，虽劳人筋骨，伤人心志，亦执着以求，守职不废。这对于一个学者来说，当然是本分。然此盈彼亏，心思用于学问多，则亏欠家人亦多。因此，对于夫人蒋莺女士长久以来对我的理解与襄助，深表谢意。

自从1987年我在中国人民大学出版社出版第一本个人专著《正当防卫论》以来，正好30年过去了。这30年是我学术研究的黄金时节，在此期间，出版了数十种个人专著，主编了数十种著作以及两种连续出版物，即《刑事法评论》（40卷）和《刑事法判解》（9卷），发表了数百篇论文。收入“陈兴良刑法学”的，是我在这30年间出版的个人专著，共计以下14种，分为18卷（册），计一千余万字：



1. 《刑法哲学》
2. 《刑法的人性基础》
3. 《刑法的价值构造》
4. 《刑法的知识转型（方法论）》
5. 《刑法的知识转型（学术史）》
6. 《刑事法治论》
7. 《正当防卫论》
8. 《共同犯罪论》
9. 《刑法适用总论》（上卷）
10. 《刑法适用总论》（下卷）
11. 《规范刑法学》（上册）
12. 《规范刑法学》（下册）
13. 《判例刑法学》（上卷）
14. 《判例刑法学》（下卷）
15. 《本体刑法学》
16. 《教义刑法学》
17. 《口授刑法学》（上册）
18. 《口授刑法学》（下册）

学术是一个逐渐累积的过程，每个人都只是一门学科所形成的知识链中的一个节点。我作为从 20 世纪 80 年代开始登上我国刑法学术舞台的学者，学术生命能够延续到 21 世纪 20 年代，正好伴随着我国刑事法治的恢复重建和刑法学科的起死回生，以及刑法知识的整合转型，何其幸也。“陈兴良刑法学”所收入的这些作品在刑法学术史上，都只不过是“匆匆过客”。这些作品的当下学术意义日渐消解，而其学术史的意义日渐增加，总有一天，它们会成为刑法学术博物馆中的古董摆设，这就是历史的宿命。

在“陈兴良刑法学”作品集的编辑过程中，总有一种“人书俱老”的感叹。



我知道，这里的“书”并不是一般意义上的书，而是指书法的“书”。但在与“人”的对应意义上，无论对这里的“书”作何种理解都不重要，而对“俱老”的意识和体悟才是最为真实和深刻的。对于一个写作者来说，还有什么比亲笔所写的书，伴随着自己一天天老去，更令人激动的呢？

最后，我还要感谢中国人民大学出版社对我的厚爱。如前所述，我的第一本专著《正当防卫论》就是1987年在中国人民大学出版社出版的。从2006年开始人大出版社将“陈兴良刑法研究系列”纳入“中国当代法学家文库”，这次又专门为我出版“陈兴良刑法学”作品集。我还要感谢北京冠衡刑辩研究院院长刘卫东律师为作品集的出版慷慨解囊，提供资助。作为我指导的法律硕士，刘卫东在律师从业生涯中践行法治，成为业界翘楚。为师者，我感到十分荣幸。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017年9月1日



第三版出版说明

《教义刑法学》2010年初版，2014年出版第二版，此为第三版。本书从书名上看似一本刑法体系书，其实不然，还是以犯罪论体系为内容的专题性著作。本书是我以刑法教义学为号召的一部作品，对于教义学的研究方法的倡导之意昭然若揭。近年来，在我国法理学界存在所谓社科法学与法教义学的争论。当然，也有学者认为这是虚构的争议。^①还有学者认为社科法学与法教义学之争乃是德国法学传统和美国法学传统在中国法学界的狭路相逢，这是一场“不在场的在场”的外国法学理论通过其中国代理人的学术演练^②，如此等等。由此可见，即使是对于所谓社科法学与法教义学之争的存在本身，也都存在着不同解读，更何况是这场争议的理论意义。我还是比较赞同社科法学与法教义学之争乃是不同方法论之争、不同知识形态之争，以及不同法学流派之争的观点，不能断然否定这一争

^① 参见戴艳玲：《虚构的争议：法教义学与社科法学争论初探》，载《广西民族大学学报（哲学社会科学版）》，2016（3）。

^② 参见尤陈俊：《不在场的在场：社科法学和法教义学之争的背后》，载《光明日报》，2014-08-13，16版。

议的理论意义。当然，我认为社科法学与法教义学之争主要发生在法理学领域，而与部门法学关系不大。如果把社科法学与法教义学之争扩展到部门法学，那就有虚幻之意。之所以说社科法学与法教义学之争应当被限制在法理学领域，这是因为法理学并不以具体法条为研究对象，所以所谓法教义学是指一种法学研究的方法论，它对于部门法学的研究具有指导意义。在法理学中，是以法律价值为导向进行社科法学的研究，还是以法律适用方法论为中心从事法教义学的研究，这当然是一个值得关注的问题。毫无疑问，这里的社科法学与法教义学都是必要的，而不是互相对立的。在这个意义上说，社科法学与法教义学的对立是虚构的，这个命题是可以成立的。但在优先进行社科法学研究还是优先从事法教义学研究这个问题上，可能会存在不同观点，由此而引发社科法学与法教义学之争。因此，这种争论本身是存在的而不能说是虚构的。就部门法学而言，无疑应当以部门法教义学为主要的知识形态，而部门法学的社科法学研究知识则起到补充作用。在这个意义上说，社科法学与法教义学之争在部门法领域是虚幻的口号。当然，不能排除不同的部门法因法律发展阶段的不同，而在一个特定时期或是以社科法学研究为主，或是以法教义学研究为主，这是因不同的部门法而有所差异的。例如，某个部门法在以立法为中心任务的情况下，当然会以社科法学为主要研究方法。例如我国当前的刑事诉讼法领域，虽然法典已经颁布，但处于频繁的修订当中。尤其是在司法改革的背景下，刑事司法制度建设仍然是当务之急。在这种情况下，在刑事诉讼法研究中，以价值为导向的社科法学研究还是占主导地位，而法教义学研究则发展迟缓。反之，虽然近年来随着《刑法修正案》的不断颁布，我国刑法法律规范的修订不可谓不频繁，但学者的主要精力还是在于对刑法进行法教义学的研究，因此，刑法教义学就成为我国刑法学的主流。可以预想，《民法总则》的颁布与实施，也必将推动我国民法教义学的深入研究。因此，在部门法学中，根本就不存在所谓社科法学与法教义学之争，而只有与各个部门法立法发展状态相适应的社科法学或者法教义学的研究重点的选择。

我的前期著作，例如《刑法哲学》《刑法的人性基础》和《刑法的价值构造》





大体上属于社科法学的研究成果；而近些年来，我已经从所谓社科法学的研究中抽身而出，投身于刑法教义学的研究。这是我个人学术方向的一种调整，也是学术兴趣的一种转移。我认为，在刑法以及其他部门法学中，法教义学研究是更为重要的，也是构成该学科知识形态的主体。而社科法学在部门法学中，是对法律规范背后的价值性内容的揭示，对于推进部门法学的研究当然也是具有重要意义的，只不过在更多情况下，它只能起到辅助性的功能。

《教义刑法学》是一部采用教义学方法对犯罪论体系中的重要主题进行研究的著作，当然属于刑法教义学的范畴。本书表明我在刑法教义学领域的学术取向，因而值得称道。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017年6月5日



第二版前言

《教义刑法学》（中国人民大学出版社 2010 年版）第一版自 2010 年出版以来，已经过去四年。随着时间的推移，我发现原作中有些表述需要纠正，有些内容需要调整，有些错别字需要改正。因此，利用修订之机，对本书进行了局部的修改，由此形成本书的第二版。《教义刑法学》一书是我近作中较为满意的一部作品，也反映了我近年来对刑法学的最新感受与领悟。从某种程度上可以说，《教义刑法学》一书是我在吸收德日刑法知识的基础上，试图将其融入我国刑法学，作为推进刑法学术发展的一种尝试。

《教义刑法学》的核心是“教义”，即德文 Dogma。对于 Dogma 一词的中文译法，王世洲教授力主翻译为“信条”，并对此进行了深入的论证。^① 王世洲教授在论证 Dogma 应当翻译为“信条”而非“教义”时认为，除了历史原因以外，一个重要理论就是：“信条”是非宗教的，而“教义”一词来自日本的转译，本身具有较为浓厚的宗教色彩。其实，“信条”与“教义”相同，也都具有宗教背

^① 参见 [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第 2 卷），王世洲主译，主译者后记，701~703 页，北京，法律出版社，2013。



景。例如，“百度知道”对“信条”的解释为：（1）宗教信仰的条文或体系；（2）可指普遍相信的任何原则或主张。^①由此可见，“信条”一词在德文中也许与宗教无关或者如同王世洲教授所说的，是平行发展的。但在汉语中，“信条”一词的宗教色彩与“教义”一样，都是十分强烈的。即使“信条”一词没有宗教色彩，我也认为“教义”一词是更为合适的。因为，教义刑法学中的教义，是对刑法法条先验地假设其正确为前提的，根据康德的话语，教义学是对自身能力未先予批判的纯粹理性的独断过程。^②而这恰恰就是一种宗教的态度。因此，刑法教义学中包含了一种对待刑法法条的宗教信仰般的学术情怀。正如冯军教授指出的：

在传统上，刑法教义学将现行刑法视为信仰的来源，现行刑法的规定既是刑法教义学者的解释对象，也是解释根据。在解释刑法时，不允许以非法律的东西为基础。对刑法教义学者而言，现行刑法就是《圣经》。因此，人民把根据现行刑法的规定对现行刑法进行阐释的学问，称为刑法教义学。^③

在刑法教义学的语境中，刑法法条是解释的对象而不是价值判断的对象。有教义的刑法学与无教义的刑法学之间的区分，恰如有宗教信仰的人与无宗教信仰的人之间的区分。以往我国的刑法学是一种没有教义的刑法学，因此，这种刑法学缺乏内在逻辑的自洽性，缺乏整体知识的体系性，缺乏基本立场的一致性。

当然，刑法教义学与刑法解释学具有性质上的相同性。刑法教义学只是与刑事政策学、犯罪学、刑罚学以及刑法沿革学之间具有区隔性，但与刑法解释学则是一词二义而已。因此，并不存在一种刑法解释学之外的刑法教义学。在这一点

^① 见 http://zhidao.baidu.com/link?url=oCW4QZBqkYpOV0KI2LwF0_WREqiNYn3bm-RWvYh4FsXsEFTx3Ro6sgeJP9bBJMji7jmlf-1REoJXh4ftvUQqh_，2014-04-18。

^② 转引自 [德] 阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，4页，北京，法律出版社，2002。

^③ 冯军：《刑法教义学的立场和方法》，载《中外法学》，2014（1）。



上，应当听取张明楷教授的忠告：

不要试图在刑法解释学之外再建立一门刑法教义学。^①

不过，我宁可将张明楷教授的这句话反过来说。这就是：

不要试图在刑法教义学之外再建立一门刑法解释学。

这就是我对刑法教义学与刑法解释学之间关系的态度。

此为第二版前言。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2014年4月18日

^① 张明楷：《也论刑法教义学的立场》，载《中外法学》，2014（2）。



代 序

走向教义学的刑法学

《教义刑法学》是一门为刑法专业法学硕士研究生开设的刑法课程，以讲授刑法总论，尤其是犯罪论为主。本课程的预设前提是：听课的同学已经在本科阶段系统地学习过刑法，通常是一学年的刑法，包括刑法总论与刑法各论。同学们已经在本科阶段听过一次刑法课了，那么，为什么在研究生阶段还要再听一次刑法课呢？概言之，研究生的刑法课程与本科生的刑法课程之间，在内容上究竟存在什么区别呢？这里涉及本科生与研究生在培养目标上的差异，故有必要略加说明。我认为，本科生与研究生的区别在于博与专。

本科生阶段是打基础，广泛地学习法学各学科的基本知识，因而本科生的刑法课程以讲授基础性质的刑法知识为主。而研究生阶段是攻读专业，所谓术业有专攻，因而对刑法知识要有更为专深的掌握，并且从学习向研究转变，从知识向学术转变。假设所有刑法知识的总量为 100，同时假设一名刑法教授应该掌握的刑法知识是 100%，那么，大体上而论，一名本科生应该掌握的刑法知识是 30%，一名硕士生应该掌握的刑法知识是 50%，一名博士生应该掌握的刑法知识是 70%，一名副教授（包括博士后）应该掌握的刑法知识是 90%。应当指出，



这里的“是”是“应当是”而不是“实际是”。当然，刑法知识是一个变量或者说增量，它不是一种“死”的知识而是一种“活”的知识。

本科生以学习为主，基本上是知识的消费者，还谈不上对知识增长有所贡献。而研究生已经开始从学习转向研究，因而开始从知识的纯消费者转为偶尔的生产者。从理论上来说，学者是知识的主要生产者，尤其是博士论文对知识的增长贡献较大，因为博士生思想活跃，极具创新欲望。而有些人一旦评上教授，就丧失了学术的创新能力了。

那么，学习与研究之间存在什么差别呢？从本科生到研究生，角色如何调整？我认为，这里面有一个对学术性的理解问题。因为研究是指从事学术研究，那么什么是“学术”呢？我们经常说，这篇论文写得差，那篇论文写得好，这里的“差”与“好”如何区别呢？我认为，这种区别就在于是否具有学术性以及学术含量的大小。

学术性是一个十分抽象的标准，我试图用文学性来加以比喻，因为文学性可能更容易理解一些。我们说中学生的作文与文学作品是有区别的，其中的区别就在于是否具有文学性。对于文学性的有无与高低，我们无法从理论上进行界定，就用鲁迅在《秋夜》一文中的第一句话来加以说明。第一句话是什么呢？第一句话是：

句1：“在我的后园可以看见墙外有两株树，一株是枣树，还有一株也是枣树。”

这是一句颇具文学性的描写。当然也有人不以为然，认为这是一句废话。那么，这句话的文学性体现在什么地方呢？我们在上面这句话的基础上，可以改写出以下两句话：

句2：“在我的后园，可以看见墙外有两株枣树。”

句3：“在我的后园，可以看见有两株树，两株都是枣树。”

我们比较一下上述三句话之间的区别。从提供事实性信息来说，上面三句话提供的信息都是一样的：窗外有两株枣树。从这个意义上，句2最为简洁，句1



确实是一句废话。但句2的信息只限于事实性，没有任何其他人文性信息，所以句2不具有文学性，可以用于说明书之类的文体。而句3则在表述事实以外，增加了一点文学性，即单调生活的情绪溢出，“两株都是枣树”多么单调。为什么不是“一株是枣树，还有一株是桃树”呢？由此可见，作者已经不限于在表述事实，而在于通过对一个事实的描述渲染某种情绪。当然，句1在渲染情绪上远远强于句3，“两株都是枣树”是同时说出的，而“一株是枣树，还有一株也是枣树”则是先后说出。同时说出（都是）与先后说出（也是）有什么不同？当说“两株都是枣树”的时候，听这句话的人同时获得两株枣树这一信息，虽然有“都是”这一句式，稍微泄露出一丝单调情绪，但仍然接近于句2。而当说“一株是枣树”的时候，听这句话的人根据一般的心理预期，就会认为另外一株不是枣树。因此，当说出“还有一株也是枣树”的时候，有些出乎意外的效果。在这种情况下，第一句制造了一个悬念，第二句抖了一个包袱。因此，句1不仅具有文学性，而且已经出现了戏剧性。这句话的效果在于吸引听者参与其间，从而引起共鸣。如果遽然说出“两株都是枣树”而不是渐次说出“一株是枣树，还有一株也是枣树”，读者将无法体味那种站在后园里缓慢转移目光，逐一审视两株枣树的况味。这难道不是文学性吗？鲁迅先生不愧为大文豪。

文学是以语言表达某种观点，其特点是将抽象的观点通过具象的情节刻画出来。比如，表达单相思的恋情，一个单相思的人大喊大叫“我痛苦啊，我要自杀”，这肯定不是文学；但《诗经·国风·周南》说“关关雉鸣，在河之洲。窈窕淑女，君子好逑……求之不得……辗转反侧”的时候，文学性就出来了：辗转反侧，晚上被相思的痛苦折磨得睡不着觉，在床上翻来覆去，其相思的恋情跃然纸上。抽象的相思恋情通过辗转反侧这一具体动作活生生地表现出来。当然，因为单相思而睡不着觉，这样的表达虽然具有一定的文学性，但是比较俗气。也就是说，大多数人都会这么说，因为太通俗，因而也就太庸俗。

我们再来欣赏一首现代诗人戴望舒的诗，同样是表达相思的恋情。戴望舒流传甚广的是一首题为《雨巷》的朦胧诗，据说诗中的丁香确有其人，戴望舒还为





她自杀过，但终究就此别过，有情人未成眷属。戴望舒有这样一首诗：

烦忧

说是寂寞的秋的清愁，
说是辽远的海的相思。
假如有人问我的烦忧，
我不敢说出你的名字。

我不敢说出你的名字，
假如有人问我的烦忧。
说是辽远的海的相思，
说是寂寞的秋的清愁。

这首诗的好，我就不说了，大家可以去体会，尤其是这首诗所表达出来的相思之情与辗转反侧的差别应当是十分明显的吧。

还是从文学性回到学术性。在学术概念的界定当中，首先涉及科学的概念，学术与科学之间到底是什么关系呢？我以为，学术与科学具有基本相同的含义，但科学与学术又有一些细微的差别。一般在自然科学中更多地采用科学一词，而在人文哲学领域，尽管也有社会科学的提法，但社会科学之科学显然不同于自然科学之科学，尽管近代自然主义与实证主义思潮曾经侵入人文哲学领域。在人文哲学中，更多地采用的是学术一词。那么，如何界定学术呢？我以为，对于学术的把握应当注意以下四点：

第一，学术区别于政治。

学术经常与政治相对应，学术独立、学术自由就是防止政治干预学术。但学术又经常与政治有着千丝万缕的联系，它往往离不开政治，甚至学术在很多情况下是为政治服务的。应该说，学术与政治是两个不同的范畴，遵循的是不同的规则。学术是一种说理性的精神活动，而政治作为一种权力的运作，它以暴力为后盾，在专制社会里，政治往往是强词夺理的。即使是在民主政体之下，学术也不





应该沦为政治的奴婢，而应当保持与政治的一定区隔，这样才能使学术与政治各得其所。

第二，学术也区别于思想。

尽管学术当中包含思想，但思想性与学术性又是有所不同的。有些思想是学术，但有些思想并不是学术。孔子的《论语》是思想，但不是学术。毛泽东思想当然是思想，除《矛盾论》、《实践论》等论文具有学术性以外，大多是思想而不是学术。马克思的《资本论》则是思想与学术的完美结合，该书从社会细胞——商品切入，抽丝剥茧地展开对资本主义社会的细致剖析。在某种意义上说，思想是学术的内容，学术研究一定追求思想性。但我们也不能把学术与思想完全等同起来，而是要看到两者之间的差别，可以说，思想性只是衡量学术的一个指标，而不是唯一的指标，我们一定要尊重学术自身的规律。

第三，学术还区别于技术。

技术是一种技能，具有实用性，而学术不具有直接的实用性，属于论证的范畴。当然，法律的制定及适用本身也具有一定的技术性，例如立法技术与司法技术等，尤其是司法技术更是十分丰富的，在法学研究中也往往以此为研究对象。但是，并不能由此否认学术与技术之间的区别。因为技术本身不具有学术性，但对技术的研究可能是具有学术性的，这两者之间并不矛盾。学术与技术的区别就在于技术仅仅是一种技艺，而学术是一种说理，是一个论证过程，更是一个知识体系。

第四，学术更区别于宗教。

宗教是一种信仰体系，宗教信仰一旦形成，会对人的思想形成某种禁锢，并且不容异见，不能置疑。而学术是可以批评的，当然也可以反批评。学术不是自说自话，必须能够引起讨论，可以传承。因此，现在往往把引证率作为学术评价的主要指标之一。一篇论文具有较高的引证率，无论是肯定性引证还是否定性引证，都表明这篇论文引起了较大社会反响，具有较高的学术关注度。当然，现在的自然科学还引入一个概念，称为影响因子，这是对刊物的评价，类似于我们的





核心刊物与非核心期刊的区别。在影响因子较大的刊物发表论文，这篇论文的学术影响力也会较大。如此等等。这里还应当指出，学术不同于宗教，但对宗教的研究却是一种学术；而且，在法学研究中可以吸收对宗教的研究方法，例如把法条视为一种信条的教义学方法。

以上我们讨论了学术的一些基本特征，例如独立性、说理性、反思性等。那么，如何做学术呢？这个问题和你如何写诗、如何作文一样，实在是不好回答。简单地说，所谓做学术就是用一些材料来证明一个观点，这个观点是论点，这些材料是论据。这个意义上的做学术，就等同于如何写论文。学术成果当然需要通过写作表达出来，但学术又不完全是写出来的，写作只不过是学术的表达形式，在写作之前必须进行学术研究，通过学术研究获得学术成果，包括思想、观点等，然后才把学术成果表达出来。因此，从事学术是指研究与表达两个方面，这两个方面同样重要。

我在《刑事法学研究丛书》的总序^①中，提出了学术功底、问题意识、研究方法这样三个与学术紧密相关的问题，其中，我以为问题意识是十分重要的。做学术就是一个发现问题、思考问题、质疑问题、把握问题、解决问题的过程。我在总序中倡导小题大做。小题大做不仅是一种研究方法，也是一种写作方法。尤其是学术入门者，必须从小题大做做起。具有相当的学术积累以后，才能有鸿篇巨制。

那么，什么是小题大做？为什么小题大做应当成为学术入门者的一种研究方法呢？我举一个例子，有位历史学的博士生要写一篇博士论文，其研究方向是古罗马社会制度。如果以“论古罗马社会制度”为博士论文题目，那么别指望通过博士论文答辩，因为古罗马社会制度这样的题目太大了，非一篇博士论文所能容纳。后来，缩小一点，博士论文题目改为“论古罗马军事制度”，这个题目虽然小了一些，但还是不好掌握。再缩小，博士论文题目改为“论古罗

^① 参见陈兴良：《书外说书——陈兴良序跋集 II》，35页，北京，法律出版社，2004。





马的军衔制度”，这个题目大小合适：军衔制度是军事制度的重要组成部分，从中可以探究古罗马军事制度的特性。经过进一步研究，再把题目缩小，最后将博士论文的题目定为“论古罗马军队的徽章”。而徽章是军衔的一个标记，它比军衔制度包含的内容还要小，这才是一个真正的小题。这个小题可以大做：通过徽章的质地可以研究古罗马的制造业；通过徽章的造型可以研究古罗马的艺术；通过徽章的类型可以研究古罗马军队的等级制度，如此等等，足以以小见大。实际上，徽章只不过是一个切入点，通过它透视整个古罗马的经济制度、政治制度和军事制度。

博士论文的题目大小，往往可以反映一个国家的学术研究的深入程度。我在1988年答辩通过的博士论文，题目是《共同犯罪论》（第2版，中国人民大学出版社，2006），属于刑法教科书的一级标题，因为当时我国关于共同犯罪的研究刚刚起步，处于较低的水平，因此以此为题还是可行的。近年来对于共同犯罪的研究不断深入，这从博士论文的选题也可以清晰地看出来。例如，2007年出版了《论共犯与身份》（阎二鹏著，中国检察出版社，2007）的博士论文，属于刑法教科书的二级标题。2008年出版了《共犯的处罚根据》（杨金彪著，中国人民公安大学出版社，2008）的博士论文，属于刑法教科书的三级标题。2009年出版了《诱惑侦查论》（金星著，法律出版社，2009）的博士论文，诱惑侦查也称为陷阱理论，一般在教唆犯中论及，因而属于刑法教科书的四级标题。

小题大做当然是有难度的，关键是能否以小见大，如果不能以小见大，而是以小见小，那么就是小题小作而不是小题大做。做学问难在入门，而入门又难在选题，只有选好一个具有研究价值的问题，才有学术可言。这里还应当指出，我们现在的博士论文基本上都不是论文，不具备论文的基本要素，主要是没有命题与论证，也就是缺乏论文的“骨髓”与“皮囊”^①。现在的博士论文更多的是当

^① 刘南平：《法学博士论文的“骨髓”和“皮囊”：兼谈我国法学研究流弊》，载《中外法学》，2000（1）。





做专著甚至是教科书来写的，其学术性大打折扣。

我们这门课程讲授的是刑法教义，可以说是教义学的刑法学，简称为教义刑法学。刑法教义是我们主要讲授的内容，这里的教义性就意味着刑法的学术性。只有掌握了刑法的教义学，才能踏入刑法学的理论殿堂，慢慢走上刑法的学术研究之路。因此，可以把我们这堂课的中心思想归纳为以下这句话：

走向教义学的刑法学。



目 录

第 1 章	刑法方法论	(1)
	一、立法论的思考与司法论的思考	(1)
	二、体系性的思考与问题性的思考	(13)
	三、类型性的思考与个别性的思考	(19)
第 2 章	罪刑法定主义	(29)
	一、罪刑法定主义的价值蕴含	(29)
	二、罪刑法定主义的派生原则	(36)
	三、罪刑法定主义的中国命运	(46)
第 3 章	行为论	(67)
	一、行为论概述	(67)
	二、行为的理论	(79)
	三、行为的构造	(90)
第 4 章	犯罪论体系	(106)
	一、三阶层的犯罪论体系	(106)
	二、四要件的犯罪构成体系	(121)



	三、犯罪成立条件的逻辑关系	(140)
第 5 章	构成要件论	(153)
	一、构成要件概述	(153)
	二、构成要件的性质	(162)
	三、构成要件的类型	(175)
第 6 章	实行行为论	(204)
	一、实行行为概述	(204)
	二、间接正犯的实行行为	(210)
	三、原因上自由行为的实行行为	(221)
	四、过失的实行行为	(227)
第 7 章	不作为论	(239)
	一、不作为概述	(239)
	二、作为义务	(255)
	三、不作为的类型	(275)
第 8 章	客观归责论	(284)
	一、从归因到归责	(284)
	二、客观归责的体系性地位	(297)
	三、客观归责的基本规则	(316)
第 9 章	违法性论	(335)
	一、违法性概述	(335)
	二、客观违法性与主观违法性	(345)
	三、行为无价值论与结果无价值论	(351)
	四、可罚的违法性	(364)
第 10 章	违法阻却论	(370)
	一、违法阻却概述	(370)
	二、法定的违法阻却事由	(379)





	三、超法规的违法阻却事由	(399)
第 11 章	有责性论	(416)
	一、有责性概述	(416)
	二、道义责任论与社会责任论	(427)
	三、行为责任论、性格责任论与人格责任论	(437)
	四、心理责任论、规范责任论与实质责任论	(442)
第 12 章	故意论	(450)
	一、故意概述	(450)
	二、故意的构造	(456)
	三、明知	(465)
	四、意欲	(480)
	五、构成要件错误	(489)
第 13 章	过失论	(501)
	一、过失概述	(502)
	二、过失的构造	(506)
	三、疏忽	(517)
	四、轻率	(526)
	五、监督过失	(529)
第 14 章	违法性认识论	(538)
	一、违法性认识与构成要件认识的区分	(538)
	二、违法性认识之违法性的界定	(548)
	三、违法性认识必要说与不要说之争	(559)
	四、违法性认识的体系性地位	(573)
第 15 章	期待可能性论	(580)
	一、期待可能性的学说史	(580)
	二、期待可能性的体系性地位	(594)





	三、期待可能性的司法适用	(607)
第16章	未遂犯论	(618)
	一、未遂犯概述	(618)
	二、着手	(626)
	三、未得逞	(634)
	四、意志以外的原因	(641)
	五、不能犯	(645)
第17章	共犯论	(659)
	一、共犯与正犯的区分	(659)
	二、共犯与正犯的关系	(671)
	三、共犯的处罚根据	(683)
	四、共犯的司法认定	(692)
第18章	竞合论	(703)
	一、从罪数论到竞合论	(703)
	二、法条竞合	(715)
	三、想象竞合	(735)
	四、实质竞合	(740)
附录 I	参阅书目	(742)
附录 II	案例索引	(752)
附录 III	名词索引	(755)
后 记	(774)



第 1 章

刑法方法论

法学教育，主要是一种法学方法论的训练，或者说通过传授法学知识所进行的方法论的训练。其中，法学知识是鱼，法学方法是渔；授人以鱼，不如授人以渔。对此，美国著名法官卡多佐曾经告诫法学院的学生：你们学到的更为主要的东西是以法律方式思考问题的能力……对司法过程借以运行的方法和技术的理解力。^①此言甚是。刑法学也是如此，同时又具有自身的特殊性。在某种意义上可以说，刑法总论，尤其是犯罪论，实质上就是刑法方法的载体；刑法各论则是将刑法方法运用于各罪的一种应用性训练。因此，我们学习刑法，首先应当掌握刑法方法论。本章拟对刑法方法论中的一些基本问题进行探讨，侧重于刑法的思维方法。

一、立法论的思考与司法论的思考

韦伯在《以学术为志业》一文中，对法学作了以下描述：

^① 参见 [美] 卡多佐：《法律的生长》，刘培峰译，155 页，贵阳，贵州人民出版社，2003。



根据法学思想的原则，人们制定了精确的法典，它部分地受到逻辑力量的限制，部分地受到传统中既定法律规范的限制，当某些合法的规则和某些解释方法被认为有约束性时，法律思考就出现了。是否应当有法，以及人们是否应当恰当建立这些法律规范——这些问题是法学回答不了的。它只能声称：如果人们希望有这种结果，根据我们的法律思想规范，这种规范是达到这一目的合适手段。^①

韦伯的上述论断，提出了一个基本的法学思维方法论问题：关于法律的思维与根据法律的思维。这个问题，对于法学的学术研究具有重大意义，在刑法学中也是如此。因此，我们首先讨论刑法方法论之一：立法论的思考与司法论的思考。

立法论的思考是指关于法律（about law）的思考，而司法论的思考是指根据法律（by law）的思考。在上述两种思维过程中，法律所处的地位是不同的：在立法论中，法律是思考的客体；而在司法论中，法律是思考的根据。当然，韦伯所说的法学，是指司法论，即法教义学。因为韦伯说那些是否应当有法，以及人们是否应当恰当遵守这些法律规范等问题，法学是回答不了的。这些问题都是关于法律思考，属于法哲学的范畴，是对法的形而上的思考。

在刑法学中，可以分为立法论与司法论，而司法论也称为解释论。以此为标准，可以将刑法学分为立法的刑法学与司法的刑法学，前者是广义上的刑法学，后者是狭义上的刑法学。日本大谷实教授十分形象地把刑法解释学称为临床医学，而基础刑法学则是基础医学。当然，大谷实教授并没有进一步指出刑法解释学与基础刑法学的区别。^②而且，我国台湾地区学者黄荣坚教授把自己的刑法体系书称为《基础刑法学》，而这恰恰是一部刑法解释学的著作。

我认为，刑法解释学与基础刑法学的区别，主要在于思维方法上的差异，即

① [德] 马克斯·韦伯：《社会科学方法论》，杨富斌译，19～20页，北京，华夏出版社，1999。

② 参见 [日] 大谷实：《刑法讲义总论》，新版2版，黎宏译，11～12页，北京，中国人民大学出版社，2008。

刑法解释学采用司法论思考方法，即根据法律的思考，而基础刑法学是采用立法论思考方法，即关于法律的思考。上述区分，究其根源来自休谟及康德的自为与当为、实然与应然、事实与价值的二元区分论。根据休谟的观点，“是”与“不是”是一种事实判断，是一个存在论的问题；而“应当”与“不应当”是一种价值判断，是一个价值论的问题，两者应当严格加以区分，即，从“是”与“不是”的关系中不能推论出“应当”与“不应当”的关系。康德接受了休谟的这一思想，从中引申出事实科学与规范科学的区分：事实科学探讨的是自然法则，而规范科学探讨的是道德法则。自然法则是一个“是”与“不是”的问题，服从于实然律；道德法则是一个“应当”与“不应当”的问题，服从于应然律。可以说，立法论的思考是一个“应当”与“不应当”的问题，而司法论的思考是一个“是”与“不是”的问题。前者是对法的正当性与合理性的评判，而后者则是以法律为逻辑起点的推理。应该说，这两种思考方法的规则是不同的，但我们往往混淆，即使是受过专业训练的法律工作者对于这两者都会混为一谈，更何况社会公众。

案例 1-1 贵州习水嫖宿幼女案

2007年10月至2008年6月，被告人袁荣会（女，无业）指示、教唆未成年人刘某某、袁某某采取威胁手段，先后强行将3名幼女、7名少女多次带到袁荣会家中，由袁荣会联系被告人冯支洋等7人嫖宿。

对于该案，检察机关以嫖宿幼女罪对冯支洋等人起诉，在媒体上被披露以后，引起轩然大波，许多网民认为对冯支洋等人的行为不应当定嫖宿幼女罪，而应当定奸淫幼女罪，因为奸淫幼女罪重于嫖宿幼女罪。甚至个别律师也主张定奸淫幼女罪。该案几经波折，于2009年7月24日作出了终审判决，认定被告人冯支洋等人的行为构成嫖宿幼女罪，分别判处7年至14年不等的有期徒刑。

在判决之后，我受邀就该判决撰写了一篇两千余字的短文加以法理的阐述，





意在疏导民意。我是从立法论与司法论相区别的角度切入的，因为社会公众并不关注法律是怎么规定的，而只是用自己朴素的感情对判决作出评价，因而其结论有时会出现偏颇。对此，需要引入立法论与司法论的不同视角，为法院作一些解脱。我的短文刊登在2009年7月27日的《贵州日报》上，全文如下：

贵州习水嫖宿幼女案，经过法院审理，日前作出了一审判决：被告人袁荣会犯强迫卖淫罪，被判处无期徒刑；被告人冯支洋等7人（其中5人系公职人员）犯嫖宿幼女罪，被判处7年至14年不等的有期徒刑。上述判决未能对有关公职人员以强奸罪论处，也许与公众对本案判决结果的期许之间存在一定的落差。引起我关注的问题在于：这种落差是如何产生的？我以为这里存在一个司法的逻辑与个案的公正之间的关系问题，值得从法理上加以探究。

在贵州习水嫖宿幼女案被媒体披露以后，对于有关公职人员通过金钱交易与幼女发生性关系的行为到底应当如何定罪——是定嫖宿幼女罪还是定强奸罪，从一开始就指向了嫖宿幼女罪的立法合理性问题。换言之，从司法的逻辑来看，有关公职人员的行为具有嫖宿幼女的性质，这一点是不可否认的。我国刑法对以性交易为特征的卖淫行为与一般的性行为作了法律上的区分：对于采用暴力、威胁或者其他手段强迫妇女卖淫的，虽然其行为具有迫使妇女违背意志与他人发生性交的性质，但并不定强奸罪的教唆犯；对于明知妇女被强迫卖淫而与之嫖宿的行为，也不以强奸罪论处。同时，刑法第三百五十八条还把强迫不满14周岁的幼女卖淫，规定为强迫卖淫罪的加重处罚事由之一，而不是作为以奸淫幼女构成强奸罪的教唆犯。与之对应，刑法第三百五十九条第二款又规定了引诱幼女卖淫罪，将引诱幼女卖淫的行为同引诱幼女与行为人或者其他特定人发生性交的行为加以区分：前者构成引诱幼女卖淫罪，后者构成强奸罪。此外，刑法第三百六十条第二款规定了嫖宿幼女罪，这里的嫖宿幼女是指明知对方是不满14周岁的幼女而进行嫖宿的行为。在我国刑法中，在一般情况下卖淫嫖娼行为并不构成犯罪，只有在明知自己患有梅毒、淋病等严重性病的情况下卖淫嫖娼的，才构成传





播性病罪。另外，就是嫖宿幼女的行为构成嫖宿幼女罪。嫖宿幼女可以分为三种情形：一是幼女主动卖淫。这种情况极为罕见。二是幼女被引诱而卖淫。行为人明知是被引诱卖淫的幼女而与之嫖宿的，构成嫖宿幼女罪。三是幼女被强迫卖淫。行为人虽然明知幼女被强迫卖淫，但只要没有实施当场的强迫行为，换言之，幼女同意行为人嫖宿的，也构成嫖宿幼女罪。当然，如果在特定场合卖淫的妇女或者幼女不同意，行为人使用暴力、胁迫或者其他手段强行与之发生性交的，则构成强奸罪。

在本案中，被告人袁荣会授意袁某某、刘某某采用威胁等手段迫使多名幼女、少女卖淫，其行为构成强迫卖淫罪。而被告人冯支洋等7人在袁荣会的安排下，对幼女进行嫖宿并支付了对价。从判决认定的事实来看，尚无证据证明冯支洋等人具有当场的强迫行为，因而其行为属于嫖宿幼女。法院对冯支洋等人以嫖宿幼女罪论处，是司法逻辑演绎的必然结论。

现在的问题是：在刑法中把嫖宿幼女（包括强迫、引诱幼女卖淫）的行为从强奸罪及其共犯中分离出来，另设罪名，并且规定了较轻的法定刑，这一立法本身是否具有合理性？这实际上是一个立法论的问题，对此当然是可以展开讨论的。应当指出，在1991年9月4日全国人民代表大会常务委员会通过的《关于严禁卖淫嫖娼的决定》第五条第二款曾经规定：“嫖宿不满十四岁的幼女的，依照刑法关于强奸罪的规定处罚。”根据这一规定，嫖宿不满14周岁的幼女，应以强奸罪论处。但在1997年刑法修订中，考虑到在嫖宿幼女的情况下，幼女具有卖淫的目的，因而单设嫖宿幼女罪。在这种情况下，嫖宿幼女罪的行为不再以强奸罪论处，而是构成嫖宿幼女罪。无论这一修改是否合理，司法机关只能按照修改后的刑法规定处理嫖宿幼女案件，这是罪刑法定原则的应有之义。

司法是以现行法的存在为前提的逻辑演绎，它不能质疑法律，更不能指责法律，而只能将既定的法律适用于个案。如果司法不以法律为依归，而是以司法者的意志为处理个案的依据，定罪量刑出入于法律之外，那么刑事法治必将荡然无存，公民个人的权利与自由也必将因司法权的滥用而遭受侵害。在这个意义上，

