

平乱电子资源交易平台docsriever.com入驻商家太我也



● 陈兴良 / 著

口授刑法学

(上册)

(第二版)

Oral Criminal Law



中国人民大学出版社

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家太我也



● 陈兴良 / 著

口授刑法学

(上册)

(第二版)

Oral Criminal Law

中国人民大学出版社

· 北京 ·



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





法学家高铭暄教授和王作富教授，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



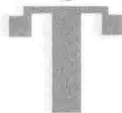


证了我国刑事法治的演进过程，也参与了我国刑法学术的发展进程。在我自己看来，我在提升我国刑法研究的学术水平与拓展我国刑法研究的理论疆域这两方面作出了努力，有所贡献。我的研究领域主要在以下五个面向：

（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之上，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





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



出版说明

《口授刑法学》在我的著作中是一部十分独特的作品，它以课堂讲授的方式呈现出刑法学的基本内容，反映了北大法学院刑法本科教学的基本状况，是一种可供参考的教学资料。

我已经出版过多种刑法教科书，例如《本体刑法学》（北京，商务印书馆，2001）和《规范刑法学》（北京，中国政法大学出版社，2003）以及主编的《刑法学》（上海，复旦大学出版社，2003）。这些刑法教科书各有特色，共同之处在于都是以书面语言表述的，更强调的是刑法理论体系的完整性。刑法教科书对于刑法教学来说是不可或缺的，但如何写作刑法教科书却各有不同见解。例如，刑法教科书是篇幅大一些好还是篇幅小一些好，就会存在分歧意见。现行刑法条文就有8万多字，用10个字解释1个字，刑法教科书就得至少有80万字。80万字，对于一门课来说篇幅是较大的。因此，也有将刑法教科书的内容尽量压缩的做法，以减轻学生的学习负担。篇幅大当然有其好处，它为学生提供足够丰富的知识信息，可以供学生自学，以弥补课堂教学之不足。但刑法教科书篇幅过大，重点不突出，并且使学生望而生畏，亦有其不足。而篇幅小也有其好处，提纲挈领，简明扼要，给学生的思考留下余地。但刑法教科书篇幅太小，难以容纳全部刑法知识，若是面面俱到则浮光掠影，难以反映刑法理论的博大精深。在这种情





况下，如何掌握刑法教科书篇幅大小的分寸确实是一个难题。我的观点是：这个问题取决于如何看待刑法教科书的功能。其实，大学教科书与中学教科书的功能是不同的：中学教科书是课堂教学之所本，每课必讲，因而教科书更要适应课堂讲授的需求，与课堂讲授相契合。但大学教科书主要是呈现一门学科的完整知识，是一种体系书，它与课堂教学具有一定的差异性。换言之，刑法教科书不能等同于刑法的课堂讲义。刑法教科书为体现刑法理论的体系性，刑法中所规定的所有罪名都要论述，但课堂上因受到教学时间的限制，却并非每个罪名都要讲解。可以说，课堂上所讲授的是刑法学理论中的精华和重点。当然，由于授课时间安排上的差别，刑法课堂教学的内容的广度与深度上都有所不同。以现今北大法学院的刑法课时而言，只能选择性地讲解刑法理论中的重点问题而不可能面面俱到。

本书是一部口授式作品，在叙述风格上是采用口语的表述，体现课堂实录的氛围。这种口授式作品的优点是具有可读性，读者可以在一种较为轻松的状态下通读，不用作过度的思考就可以理解本书的内容。我过去也当过学生，在课堂上既要听课又要做课堂笔记，精神总是处于一种紧张状态。《口授刑法学》作为课堂讲授刑法的实录，在阅读的时候将听课转换为读书，接受者更为轻松。当然，读书毕竟不能等同于听课。另外，这种口授式作品也有其缺憾，就是难以精确地表达某种精致的思想。相对于书面语言，口头语言在表达情感与诉求方面是有其所长的，但在表达理性思维成果方面又有其所短。我本人更擅长于书面表达，甚至可以通过文笔理清思路，但口头表达则略微笨拙一些，并且口头表述的创造性远逊于书面语言。换言之，口头表达的大多是已经形成书面文字的思想，真正即兴的思想火花虽然偶尔也会在口头表述时迸发，但毕竟很少，大多是重复书面文字的内容。这也是我对自己的口授式作品并不十分上心的一个理由。本书的创作是一种尝试，读者若能从本书中读出不同于刑法教科书的味道，则乃本书之幸也。尽管本书是口语的实录，但为避免口语的啰嗦，在成书时还是作了一些文字上的处理，因而与纯口语的录音存在些微的差别。

《口授刑法学》一书的整理出版，不能不提到一个人，这就是广西师范大学



出版社的赵明节先生。至今我与赵先生仍未谋面。2004年8月20日我收到赵先生的来信，因广西师范大学出版社正在编辑出版《大学名师讲课实录》，向我约稿，询问我下学期是否有合适的课程并且是否有意向，因为2004年下半年和2005年我都未给本科生开课，因而这一计划也就搁置了。直至2006年我为2005级本科生讲授刑法，才想到将全部讲授过程录音，并由助教整理出来。因为在中国人民大学出版社设立了“陈兴良刑法研究文库”，遂将《口授刑法学》一书纳入文库之中，而未能在广西师范大学出版社出版。尽管如此，对于赵明节先生的热情约稿并在客观上促成本书的出版，还是要深表谢意。

《口授刑法学》一书讲课历经一年，整理又是大半年时间，现在终于定稿可以交付出版了，这是令人欣慰的。

在此，我要衷心地感谢一学年来始终随堂听课并进行录音及其整理的两位助教：高洁和谢静，她们是我所带的2005级的刑法专业硕士生。没有她们的辛勤劳动，也就不会有本书的问世。在某种意义上说，她们也是本书创作的参与者。2006级刑法专业硕士生蔡桂生参与了本书的后期整理工作，对此表示感谢。我还要感谢北大电教室两位老师，辛勤地为课程录像，从而保留了课程的影像资料。最后，我还要感谢北京大学法学院2005级的本科全体同学，以及其他旁听的同学，尤其是收入本书的4篇作业的作者，他/她分别是：顾硕、任启明、刘煜暄、倪佳音。没有听众，就永远不会有舞台。同样，没有学生，也永远不会有讲台。也许我还会给本科同学讲授刑法，会给硕士生、博士生讲授刑法。但肯定没有一次授课对于我来说如此具有纪念意义，因为只有这一次授课的过程同时又是一本书的诞生过程。

是为出版说明。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2007年5月29日





第二版前言

《口授刑法学》的第一版是我2006年在北京大学法学院为2005级本科同学讲授刑法课程的录音整理稿，于2007年由中国人民大学出版社出版。转眼之间，十年过去了。在此期间，我除了为2006级本科同学讲授过一个学期的刑法分论以外，一直没有再给本科同学讲授过刑法课程。直到2016年我才有机会再次为2015级本科同学讲授刑法课程，这也是我最后一次为本科同学开设课程，因而令我难忘。利用这次开课的机会，我对《口授刑法学》一书进行了修改、补充，由此形成本书的第二版。如果说，《口授刑法学》第一版完全是课堂讲授的实录，那么，第二版是在第一版的书面内容基础上的修订，因而更具有讲义的性质。

《口授刑法学》从第一版到第二版相距十年，在这十年当中，我国的刑事立法与刑事司法都发生了重大的变化，这些内容都需要在课堂讲授中反映出来。例如，从2006年以来我国立法机关颁布了4个《刑法修正案》和4个立法解释。尤其是《刑法修正案（八）》和《刑法修正案（九）》对我国刑法进行了较大幅度的修改，无异于是一次中等程度的刑法修订，对刑法总则规范和分则规范都作了重大调整。在这当中，也包含了某些重要的制度性变革，例如死刑罪名的减少，以及限制减刑制度和终身监禁制度的设立，对我国刑罚结构的影响可谓十分巨大。除了立法发展以外，在这十年之间司法解释也大量出台，为司法机关处理案



件提供了更为充分的法律规范。值得指出的是，我国在 2010 年建立了案例指导制度，随着指导性案例（实际上相对于判例）的不断累积，它对司法实践的指导作用日益凸显，对法学教育也带来了重大的影响。刑法学属于部门法学，应用性是其学科特点，因此，在教学中也应当将指导性案例以及其他影响性案例引入课堂。这样，不仅可以使课堂教学生动活泼，而且也能够发挥案例教学法的优势，使讲授内容更加贴近司法实践。这些特点都在《口授刑法学》第二版中得到了一定程度的反映，因而使得这一版的内容更加丰富与充实。

除了刑事立法与刑事司法的发展对刑法课堂教学内容带来的变化以外，这十年来我国的刑法教义学也得到了长足的发展，因此，在课堂讲授当中无论是总则的刑法基本原理还是分则的各罪理论，都需要根据最新的学术研究成果进行更新。这里涉及学术发展与课堂教学之间的关系。就课堂教学，尤其是本科的课堂教学而言，主要是传授某一学科的基础知识，而这种学科的基础知识具有相对稳定性。但课堂教学内容又不可能一成不变，而是要在一定程度上反映该学科的理论进展。在这种情况下，法学的课堂教学内容总是需要经常性的更新。例如，在这十年当中，我对犯罪论体系的见解发生了变化。《口授刑法学》第一版中，还是把正当化事由放在罪体、罪责与罪量的体系之外进行讲授的。这种犯罪论体系的内容设计，未能将犯罪成立的积极条件与消极条件进行一体化的安排，因而难以体现犯罪论的阶层性。而在第二版中，所谓正当化事由不再置于犯罪论体系之外，而是作为罪体排除事由被纳入罪体之中。作出这种调整，使得犯罪论体系更加具有逻辑性。

课堂教学活动并不是教师的单方行为，而是教师与学生的一个互动过程，这也就是我们常说的教学相长。在为学生讲授过程中，同学的提问与讨论都会对老师的思考和研究具有启发与促进。因此，《口授刑法学》虽然是一份讲义，同时也包含着听课同学的一份贡献。在此，我要对《口授刑法学》第二版的授课对象——北京大学法学院 2015 级本科同学表示衷心感谢。

是为前言。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2017 年 9 月 12 日



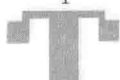
刑法总论	卷三十章
刑法分论	卷四十章
刑法原理	卷五十章
刑法案例	卷六十章
刑法问答	卷七十章
刑法研究	卷八十章

总目录

上册

上册

第一讲 刑法的为学之道	刑法总论	卷三十二章 (1)
第二讲 刑法概说	刑法分论	卷四十二章 (1)
第三讲 刑法原则	刑法原理	卷五十二章 (10)
第四讲 刑法效力	刑法案例	卷六十二章 (15)
第五讲 犯罪概说	刑法问答	卷七十二章 (20)
第六讲 犯罪论体系	刑法研究	卷八十二章 (25)
第七讲 罪 体	刑法案例	卷九十二章 (25)
第八讲 罪 责	刑法问答	卷一十三章 (31)
第九讲 罪 量	刑法研究	卷二十三章 (36)
第十讲 未完成罪	刑法案例	卷三十三章 (37)
第十一讲 共同犯罪	刑法问答	卷四十三章 (42)
第十二讲 单位犯罪		 (47)



- 第十三讲 竞合论
第十四讲 刑罚概说
第十五讲 刑罚体系
第十六讲 刑罚裁量
第十七讲 刑罚执行
第十八讲 刑罚消灭

下 册

- 第十九讲 刑法分则概述
第二十讲 故意杀人罪
第二十一讲 过失致人死亡罪
第二十二讲 故意伤害罪
第二十三讲 强奸罪
第二十四讲 抢劫罪
第二十五讲 盗窃罪
第二十六讲 诈骗罪
第二十七讲 侵占罪
第二十八讲 贪污罪
第二十九讲 挪用公款罪
第三十讲 受贿罪
第三十一讲 重大责任事故罪
第三十二讲 非法经营罪
第三十三讲 寻衅滋事罪
第三十四讲 玩忽职守罪



上册目录

第一讲 刑法的为学之道	(1)
一、法条与法理的关系	(1)
二、总则与分则的关系	(10)
三、规范与案例的关系	(15)
第二讲 刑法概说	(25)
一、刑法的概念	(25)
二、刑法的特征	(28)
三、刑法的形式	(31)
四、刑法的机能	(36)
五、刑法的解释	(39)
第三讲 刑法原则	(54)
一、罪刑法定原则	(54)





二、罪刑均衡原则	(67)
第四讲 刑法效力	(76)
一、刑法的空间效力	(76)
二、刑法的时间效力	(88)
第五讲 犯罪概说	(92)
一、犯罪：形式概念、实质概念与混合概念	(92)
二、犯罪：规范概念和事实概念	(97)
三、犯罪：刑法概念、证据法概念与程序法概念	(104)
第六讲 犯罪论体系	(112)
一、犯罪论体系概述	(112)
二、犯罪论体系的类型	(117)
三、犯罪论体系的逻辑性	(123)
四、犯罪论体系的功能	(129)
第七讲 罪 体	(135)
一、罪体概述	(135)
二、罪体构成要素	(138)
三、罪体排除事由	(195)
第八讲 罪 责	(214)
一、罪责概述	(214)
二、罪责构成要素	(216)
三、罪责排除事由	(239)



第九讲 罪 量	(259)
一、罪量概述	(259)
二、数额	(260)
三、情节	(263)
四、数额+情节	(266)
第十讲 未完成罪	(268)
一、未完成罪概述	(268)
二、犯罪预备	(281)
三、犯罪未遂	(286)
四、犯罪中止	(303)
第十一讲 共同犯罪	(308)
一、共同犯罪概述	(308)
二、共同犯罪的定罪	(314)
三、共同犯罪的处罚	(335)
四、共同犯罪的认定	(342)
第十二讲 单位犯罪	(348)
一、单位犯罪概述	(348)
二、单位犯罪的定罪	(352)
三、单位犯罪的处罚	(359)
第十三讲 竞合论	(362)
一、竞合论概述	(362)
二、法条竞合	(367)
三、想象竞合	(376)



四、实质竞合	(378)
第十四讲 刑罚概说	(382)
一、刑罚的特征	(382)
二、刑罚的功能	(394)
三、刑罚的目的	(399)
第十五讲 刑罚体系	(402)
一、刑罚体系概述	(402)
二、主刑	(404)
三、附加刑	(415)
第十六讲 刑罚裁量	(419)
一、刑罚裁量概述	(419)
二、累犯	(426)
三、自首	(429)
四、坦白	(434)
五、立功	(435)
六、数罪并罚	(436)
第十七讲 刑罚执行	(442)
一、刑罚执行概述	(442)
二、缓刑	(443)
三、减刑	(450)
四、假释	(456)





第十八讲 刑罚消灭..... (461)

 一、刑罚消灭的事由..... (461)

 二、时效..... (463)

 三、赦免..... (465)

第一讲

刑法的平等之思

刑法的平等之思，是刑法学中的一个重要问题。在刑法学中，平等原则是指法律面前人人平等，即任何人犯罪，都要受到法律的制裁，不得有例外。这一原则是刑法的基本原则之一，也是现代法治国家的基本要求。在刑法实践中，平等原则的贯彻，要求司法机关在适用法律时，必须做到事实清楚、证据确凿、定罪准确、量刑适当，不得因人而异。只有这样，才能体现刑法的公正性和权威性，维护社会的公平正义。

一、平等与法律适用的平等

平等与法律适用的平等，是刑法学中的一个重要问题。在刑法学中，平等原则是指法律面前人人平等，即任何人犯罪，都要受到法律的制裁，不得有例外。这一原则是刑法的基本原则之一，也是现代法治国家的基本要求。在刑法实践中，平等原则的贯彻，要求司法机关在适用法律时，必须做到事实清楚、证据确凿、定罪准确、量刑适当，不得因人而异。只有这样，才能体现刑法的公正性和权威性，维护社会的公平正义。

平等与法律适用的平等，是刑法学中的一个重要问题。在刑法学中，平等原则是指法律面前人人平等，即任何人犯罪，都要受到法律的制裁，不得有例外。这一原则是刑法的基本原则之一，也是现代法治国家的基本要求。在刑法实践中，平等原则的贯彻，要求司法机关在适用法律时，必须做到事实清楚、证据确凿、定罪准确、量刑适当，不得因人而异。只有这样，才能体现刑法的公正性和权威性，维护社会的公平正义。





第一讲

刑法的为学之道

刑法的为学之道，就是如何学习刑法，也就是刑法学习方法的问题。刑法的学习方法是指在学习刑法的时候为更好地掌握刑法的基本原理而采取的方法。学习方法应当在学习过程中逐渐地摸索和积累，具有因人而异的特点，并不存在抽象的学习方法。当然，学习刑法也具有一定的规律。在此，我想就学习刑法的时候应当处理好的三大关系进行讲解。

一、法条与法理的关系

在学习刑法的时候，首先要处理好法条与法理的关系。这里的法条是指法律条文，法律条文是法律规范的基本存在方式，刑法的法条也就是刑法的规定，包括总则规定和分则规定。这里所讲的法理是指法律的基本原理，刑法的法理就是指刑法的基本原理。

在学习刑法的时候我们会遇到一个观念问题：我们是学习刑法的法条还是学习刑法的法理？在某种意义上说，我们既要学习法条，更要学习法理。正确的回答是：通过刑法法条，学习刑法法理。因此，需要正确处理法条与法理的关系。可以说，学习法条是解决“所然”的问题，而学习法理则是解决“所以然”的问题。



法条是用语言来表达的，语言是法条的载体。刑法（不包括刑法修正案）一共 452 个条文，也不过八万多字。仅仅从字面来看，只要粗通汉语，刑法八万多字都能认识。然而，认识刑法条文的文字并不等于掌握了刑法的实质内容。刑法条文所规定的内容，需要通过学习刑法来逐渐掌握。因此，学习刑法的过程就是一个了解刑法内容、明确刑法之所然的过程。

在理解法条的时候，应当注意：刑法的文字规定，具有不同于日常用语的专业内涵。例如，刑法中的洗钱罪，对于“洗钱”不能望文生义，按刑法条文的字面来理解，即把肮脏的钱币清洗干净。这里的洗钱是一个专门的刑法术语，是指隐瞒或者掩饰违法犯罪所得的来源和性质。因此，洗钱罪的基本含义是通过学习法条后才能掌握的。

在理解法条的时候，应当注意：刑法条文规定的背后，反映的是某种规则和制度。只有将刑法规定置于这样一种特定的法律语境，才能正确理解刑法条文的内容。例如，我国刑法规定了以伪造为行为特征的犯罪，这就是所谓伪造型犯罪。这里的“伪”就是假，“造”就是制作。伪造就是造假，这是伪造的基本含义。我国刑法第 280 条第 2 款规定了伪造事业单位印章罪。如果一个人私刻了一枚北京大学的印章，那么这一行为就构成了伪造事业单位印章罪。请同学们注意，在此我使用了私刻一词，是指未经批准而私自刻制。将伪造印章理解为私刻印章，是以我国单位印章管理制度为前提的。根据我国现行单位印章刻制的行政管理制，凡是单位刻制印章都要到公安机关备案、获得批准。即使是私刻本单位印章，也是违法的，当然不构成犯罪。如果是私刻其他单位印章，则违反印章管理制度，而且侵犯了被假冒单位的名称权，因此，该行为构成伪造事业单位印章罪。那么，如果甲刻制了一枚燕京大学的印章，是否构成伪造事业单位印章罪呢？答案是否定的。因为燕京大学虽然在历史上曾经存在过，但燕京大学在 20 世纪 50 年代初已经被撤销，所以，尽管甲刻制了燕京大学印章，但由于燕京大学并不是真实存在的，所以这一行为就不构成伪造事业单位印章罪。

如果我把案件稍微改变一下，假设乙私刻了一枚北京大学法律学系的印章，是否构成伪造事业单位印章罪呢？在 1999 年以前，存在北京大学法律学系，但

1999年撤系建院，成立了北京大学法学院。如果在1999年之前私刻北京大学法律学系的印章，当然构成伪造事业单位印章罪。如果在1999年之后私刻北京大学法律学系的印章，在这一印章中，虽然北京大学是真实存在的，但法律学系已经被法学院取代，并不是真实存在。在这种情况下，私刻的印章中一部分内容是真实的，另外一部分内容是虚假的。这种虚假是指印章所指向的具体单位虽然存在但已经改名，对于不知改名的人来说仍然具有一定的蒙蔽性。另外，假设丙私刻了一枚北京大学商学院的印章，北京大学没有商学院，只有经济学院和光华管理学院。在这种情况下，私刻的印章中一部分内容是真实的，但另外一部分内容是虚假的，这种虚假是指印章所指向的单位并不存在。以上两种虚假的程度还是有些细微的区分。在上述情况下，两种行为都不构成伪造事业单位印章罪。也就是说，只有私刻真实存在的事业单位的印章，才能构成伪造事业单位印章罪。

在理解法条的时候，应当注意：刑法条文是需要解释的，这种解释应当根据特定的语境有所变通。例如，相同的文字在一般情况下应当作相同的理解，这是一个解释规则。但这个规则并不是一成不变的，在某些情况下，相同的文字完全可以而且应当作不同的解释。例如，我国刑法分则在规定犯罪的时候，经常采用暴力一词。抢劫罪中存在暴力手段，而暴力干涉婚姻自由罪中也存在暴力手段。抢劫罪的法定最高刑是死刑，而暴力干涉婚姻自由罪的法定最高刑是7年有期徒刑。在这种情况下，抢劫罪的暴力与暴力干涉婚姻自由罪的暴力能作相同理解吗？显然不能。抢劫罪的暴力包括杀人，而暴力干涉婚姻自由罪的暴力只能包括轻伤和过失致人死亡。

我国刑法第280条第3款规定了伪造居民身份证罪。这里的伪造能否沿用前面的伪造的含义，必须是伪造真实的人的身份证呢？例如李四是一个真实的人，张三伪造李四的身份证，被伪造者是真实存在的，这当然可以构成伪造居民身份证罪。但如果伪造一个子虚乌有、根本不存在的人的身份证，例如伪造一张孙悟空的身份证，能否构成伪造居民身份证罪？如果按照伪造事业单位印章罪中对伪造的理解，在这种情况下被伪造者并非真实存在，那就不能构成伪造犯罪。但对伪造居民身份证罪中的伪造，不能沿袭上述理解。伪造居民身份证罪中的伪造，



既包括伪造真实存在的人的身份证，也包括伪造并非真实存在的人的身份证，还包括对本人的身份证有关内容进行篡改。在司法实践中，伪造居民身份证案件，主要是伪造并不存在的人的身份证，由此获得虚假的身份。可见，刑法规定的相同用语，在不同的法律语境中可能会有不同的含义。

伪造居民身份证罪中的伪造显然具有不同于伪造事业单位印章罪中的伪造的特殊含义。前者更看重的是对被伪造单位的名称权的侵犯，而后者更关注的是对公安机关的身份证制作权的侵犯。如果侵犯了公安机关的身份证制作权，即使身份证的内容是真实的，也可能构成伪造身份证罪。例如，在某年研究生入学考试中，一名报考清华大学的硕士研究生的女生本来有一张真实的身份证，由于使用时间较久，字迹有些模糊，担心监考老师会误认为该身份证是假的而不让她参加考试，该女生就花了100元钱让他人制作了一张身份证，身份证的内容都是真实的。该女生在参加考试的时候，被监考老师发现这是一张私自制作的身份证，就取消了她的考试资格。取消的规范根据是：使用伪造的证件、证明文件及其他材料参加的，应当取消考试资格。监考老师认为该女生的行为属于伪造证件。该女生辩解说这个身份证的内容是真实的，但这一辩解没有被采信，该女生当场被阻挡在考场门外，与入学考试失之交臂。这种身份证是形式虚假、内容真实，即“假的真身份证”。在逻辑上还可能存在“真的假身份证”，例如到公安机关去申领身份证，申报的个人信息是虚假的，但身份证是由公安机关颁发的。这种身份证是形式真实、内容虚假，即“真的假身份证”。在刑法理论上，把前者称为形式伪造，将后者称为实质伪造。于是，伪造就有形式伪造与内容伪造之分。制作形式虚假、内容真实的身份证能否构成伪造居民身份证罪？答案是肯定的。然而，对于制作形式真实、内容虚假的身份证能否构成伪造居民身份证罪，在刑法理论上是存在争议的。这里存在对法条的理解问题：法条所要规范的到底是什么行为？这就直接关系到一种行为能否被认定为犯罪。如果认为伪造居民身份证罪所要保护的是公安机关对身份证的制作权，则不能认为这种制作形式真实、内容虚假的身份证构成伪造居民身份证罪。这就是法条的所然问题。法条的含义到底是什么？这是需要通过学习刑法首先来解决的。

我们说法条是一种语言，是用语言来表达的，但语言是一种形式，语言是有内容的，语言是在表达一种立法意图，而立法意图才是法条的真实内容。立法意图是通过语言来表达的，因此，我们学习法条并不是学习语言本身，而是通过语言了解立法者在制定法条时所想要表达的真实意图。这里就存在着言和意的关系问题。言即语言，意即意图。法条是一种言，立法意图是一种意，这种立法意图是一种主观的、精神的东西，是无形的。这种意图必须要通过语言表达出来，这就需要通过语言来掌握立法的意图。如果不通过语言这种载体我们就无从了解某种立法意图。所以法律总是有载体的：在大陆法系国家法条就是一种基本载体，在英美法系国家判例也是一种载体。无论是法条还是判例，总是用语言来表达，这就是成文法的问题，法律必须成文。当然在成文法之前，也有一个习惯法的时代，那时，法律不是用语言表达出来，而是用习惯或其他方式表达的。但是在现代任何一个法治国家，法律必须成文，尤其是刑法，涉及犯罪与刑罚，必须要用文字明确地记载下来，使每个公民都能够理解。这是现代法治的基本要求，即罪刑法定主义。但立法者在用某种语言表达立法意图的时候，可能表达得好，也可能表达得不好。也就是说立法意图的表达本身存在一个立法技术问题。立法者应当通过语言十分明确地把自己的意图传递给社会公众，但立法者的立法技术并不总是完美无缺的，因此，立法者制定的法条，就反映立法意图而言，有时表达得好，有时表达得不好。在表达不好的情况下，就会出现言不达意甚至言与意违的情况，即想表达的意思与语言的意思不相符合，甚至恰好相反，这样就会造成误解。就如一个人想表扬另一个人，但被表扬者听了以后以为是在批评他；或者想批评一个人，但被批评者听了以后以为是在表扬他。这种情形就是一个人的语言与他所想要表达的意思正好相反。这种现象是客观存在的。

这是从表达者的角度来说的。另外，从法条接受者的角度来说，同样有一个立场问题，法条接受者可能曲解法律。法律本来这样规定，但由于规定不是那么妥切，接受者就基于自己的需要，对立法意图进行歪曲。这就要求立法者在表达某种立法意图的时候，要做到非常明确、不容曲解。例如1996年刑事诉讼法规定，律师在侦查阶段可以为犯罪嫌疑人提供法律援助，可以会见犯罪嫌疑人。但



法律刚颁布的时候，公安机关对这一规定存在抵触，认为律师介入妨碍了对刑事案件侦查，因此不安排会见，甚至出现了律师到法院起诉看守所的案件，指称看守所违法，法律规定安排会见而不安排。在这种情况下，中央六部委（中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部）专门颁布了一个文件，明确规定，律师提出会见犯罪嫌疑人的要求，公安机关应当在48小时内安排会见。对于这个规定大家认为内容已经十分明确：48小时内安排会见就是指让律师在48小时内会见到犯罪嫌疑人。但公安机关理解为在48小时内作出会见的安排，至于会见到犯罪嫌疑人可能是一个月以后。因此，公安机关认为48小时是限制安排时间而不是限制会见时间的。我认为这完全是一种曲解。应该说六部委文件已经规定得如此清楚了，为何还会出现这种曲解？如果法律的用语改变一下，要求公安机关在接到律师的会见要求后应当安排在48小时之内会见，就不容易曲解了。可见言和意的关系问题是一个极为复杂的问题，法律要规定得尽可能清楚，否则，受法律规范或者限制的人就会想方设法曲解法律。

如果说法条的言和意的关系是一个所然的问题，那么法理就是一个所以然的问题。我们不仅应当知道法条之所然，而且应当知道法条之所以然，法条为什么要作这样的规定。这就上升到法理的层次。法条之所然只是表面的、现象的东西，而法条之所以然才是一个本质的东西，是需要透过法条之表象而深刻把握的。因此，只知道法条的内容还是不够的，还要知道法条背后的法理，而正确地掌握法理恰恰能够帮助我们正确地理解法条的内容。

我在前面所说的伪造犯罪，为什么伪造事业单位印章罪中的伪造要求被伪造单位真实存在，而伪造居民身份证罪中的伪造却不要求被伪造者真实存在？为什么同是伪造一词在不同的法条中需要作不同的理解？这就涉及刑法保护法益的问题，这就是法理。之所以两罪中的伪造一词应作不同理解，就是因为两罪侵害的法益是不同的。伪造事业单位印章罪侵害的法益是被伪造单位的信誉，因此只有当被伪造单位真实存在的情形下，该单位的信誉才会被侵害。如果被伪造单位是虚构的，也就不存在该单位的信誉受到侵害的问题。而伪造居民身份证罪侵犯的法益是居民身份证管理制度，只有公安机关才有权制作居民身份证，因此，只要





非法制作居民身份证，不管被伪造者是否真实存在，都不影响伪造居民身份证罪的成立。从这两种犯罪所侵害的法益不同这一逻辑前提出发，我们就可以就同是伪造犯罪为什么会对伪造一词作两种不同的理解这一问题作出科学合理的解释，这就是所以然的问题。

法理是法条之理，是法律之理，它和一般的哲理是有区分的，不能将法理等同于哲理。法理与法条有着密切联系，它是隐藏在法条之中或者存在于法条背后的原理。当然，法理与哲理是特殊与一般的关系，法理实际是一般的哲理在法律当中的运用，是从哲理当中引申出来的。二者尽管不同，但哲理对于法理是具有指导意义的。例如因果关系问题在哲学上是一个重要范畴，在刑法中为了将某一结果归属于某一人的行为，也需要讨论行为与结果之间的因果关系。但刑法中的因果关系和哲学上的因果关系还是有所不同的，不能将两者混为一谈。以往我国刑法学界在讨论因果关系的时候，存在着机械地套用哲学因果关系原理的现象。这是错误的。现在，随着德日因果关系理论和客观归责学说被引入我国，我国刑法学界越来越强调刑法因果关系的特殊性。

就法理和法条的关系而言，一方面，法理具有对法条的依附性；另一方面，法理又具有对法条的相对独立性。相对于法理来说，法条是变动的，法律总是处在不断的废、改、立这样一个变动的过程当中。相对于法条的变动性，法理具有相对的稳定性。因此，如果我们学习刑法，只是会背诵刑法条文，而没有掌握刑法条文背后的刑法法理，那么，刑法修改以后，我们又要重新学习刑法。这样学习刑法，就是劳而无功。这里存在一个法学教育何以可能的问题。法律教育之所以可能，就是因为存在法理。如果法学只是法条之学，如果学习法律只是背诵法律条文，那么正如那句格言所说：“立法者三句修改的话，全部法律藏书就会变为废纸”。如果法学只是对法律的解释，完全依附于法律，没有自己独立的理论品格，那么立法者三句修改法律的话，全部的法学著作都会变为废纸。法律教育之所以可能，就是要通过法条传授法理。我们掌握了法理就能够举一反三，以不变应万变。这里的法理，我认为，实际就是某种法律的思维方法。

学习刑法，更根本的是要掌握刑法的思维方法。刑法的思维方法当然是法律





的一般思维方法在刑法中的具体运用。因为刑法也是法，刑法的思维方法和其他法律的思维方法在很大程度上具有相似性；但另外一方面，刑法的思维方法又具有它的特殊性，对许多法律问题的分析，刑法的思维方法与民法的思维方法是不同的。因此，我们既要掌握刑法思维方法的一般性，又要掌握刑法思维方法的特殊性。这就是学习法理的重要性。当然我们强调学习法理，并不是脱离法条学习法理，而是通过法条来学习法理。正是法理使得法学成为一门科学，独立于立法者和司法者。

法理不仅解决法律之所以然的问题，而且从某种程度上来说，还解决应然的问题。法理具有对法条的依附性，同时又具有相对独立性。解决法律之所以然问题的法理，更大程度上具有对法条的依附性，它是建立在法条之所然的基础之上的；而具有相对独立性的法理，则在更大程度上超越法条。这里面涉及实然和应然的范畴。我们不仅要理解法条之实然，这里的实然包括所然与所以然，而且要掌握法条之应然，这里的应然超越实然。这种对对应然性的追求具有某种反思性、批判性，它与实然的描述性是不一样的。实然主要是一种描述，把内容的真实状况反映出来；应然则不满足于对法条内容的客观反映，而且要对法条内容进行价值的评判。这个法律规定得好或者不好，是一种应然性的考察，解决法律应该是怎么样的问题。

法律应该怎么样与法律实际怎么样是两个不同层次的问题。我们首先要掌握法律实际是怎么样的，然后进一步提升，反思法律应当是怎么样的。解决法律之实然的问题主要是规范刑法学的任务，解决法条之应然的问题主要是理论刑法学甚至刑法哲学的任务，涉及某种价值的评判。实然的立场与应然的立场当然是有所不同的，在刑法的语境中，应当将两者明确地加以区分。在我国刑法研究中，存在着实然的立场与应然的立场的语境混乱。例如，在《刑法修正案（六）》设立破产诈骗罪不久，某位学者写了一篇关于破产诈骗罪的论文，在阐述破产诈骗罪的成立条件以后，以论文的主要篇幅讨论破产诈骗罪立法规定的不足。这种做法在我看来并不妥当。一般来说，在某个法律颁布之初，学者的主要使命是解释这个法律规定的内容，为这个法律的适用提供理论指导。在法律适用了一段时间



以后，学者对司法实践经验进行总结归纳并作出理论的回应。如果具备条件，应当进行实证性的研究。只有经过相当长的时间以后，法律适用中暴露出越来越多的问题，学者才会对法律规定的不足进行探讨，为此后的法律修改创造条件。在破产诈骗罪刚刚设立，司法实践中还没有出现一个破产诈骗案例的情况下，撰写论文大谈立法不足是毫无意义的，因为：法律刚颁布，不可能马上修改。何况，在法律未及适用的情况下，法律的所谓不足只能是一种主观杜撰，而不是现实的反映。在此，存在一个法学论文面向的读者问题：我们的法学论文到底是写给谁看的？一般来说，主要是写给司法者看的，为司法活动提供理论资源。我们不是不可以批评法律，问题是这些批评法律的话应当向立法者去说，向法官说有什么用？这和法官没有关系。法官的使命是适用法律，某个法律制定得好法官要执行，制定得不好法官也要执行，法官的使命就是司法。法官不能说法律制定得好我执行，法律制定得不好我就不执行。这显然不行。只有在修改法律的时候才需要研究法律的不足。法律刚制定不可能马上修改，这些批评法律的话语是没有意义的。因此，我们应该更多地关心法律的实然问题，至于法律的应然问题，只有在特殊情况下才具有探讨的价值。

学习刑法，尤其是初学刑法，我认为，应当以规范刑法学的知识为内容、为主线，适当辅之以理论刑法学的内容。也就是说，我们首先要掌握刑法条文的基本内容，并且能够对刑法条文的内容进行所以然分析。这是我们首要的使命。在此基础上，适当地给同学们灌输刑法价值性的东西、理念性的东西，尤其是进行刑法思维方法的训练，使大家能够从应然的角度来对刑法作一个超法规的审视。这两者要适当地结合，但必须以规范刑法的知识讲授为主。如果本末倒置，还未掌握刑法的具体内容，上来就批评刑法典这里有问题、那里有问题，这可能会造成同学们的思想混乱。

这里有一个如何正确对待法条的问题。在认识上，一方面，我们要反对法律教条主义，也就是光会死记硬背法条，仅知法条之所然，而不知法条之所以然，更不知道法条之应然，这种法律教条主义的学习方法我们是应当反对的；另一方面，我们也应当反对法律虚无主义甚至以指责法律为能事：某个法律这里规定得

不好、那里规定得不好。这种做法同样是错误的。正确处理法条与法理这两者之间的关系应做到：既要正确理解法条的基本内容，掌握法条之所然和所以然，又要能够超越法条，从价值角度对法条进行评判。这两者分寸的拿捏，我认为是非常重要的。关键的问题是，我们要把两种立场、两种语境加以明确的界定，而不要发生语境的混乱。也就是说，当我站在司法的立场上来理解刑法时，刑法就不是被指责、被嘲笑的对象，而是被信仰、被崇拜的对象。对于司法来说，法律就是至高无上的。就像我前面所说，法律制定得好法官要执行，法律制定得不好法官也要执行，这就是一种司法的立场。在这种立场下，就不能随便批评法律，我们首先要建立这样一种立场。但是，我们又不能固守这样的立场，如果在另外一个场合，需要对法律的优劣进行考察，进行更高层次的价值评判，那么我们就应当对法律规定进行反思——哪里规定得好、哪里规定得不好，以便将来如何规定得更好；甚至对整个刑法制度、整个刑事司法体制进行反思——如何推动刑法的改革，推动刑事司法体制的改革。这是一个立法的层次、一个应然的语境。司法的立场与立法的立场，这两者的语境是有所不同的。我们站在什么立场上首先必须明确，而不能发生错位。上面谈到的那篇论文指出破产诈骗罪的各种不足，应该在立法者召开破产诈骗罪的法律论证会时向立法者去说。可见，立法语境与司法语境的错位是最致命的。

在学习刑法当中，首先需要正确地处理好法条与法理的关系，使法条与法理两者能够和谐相处。只有这样才能把刑法真正掌握好，将来无论是从事刑法的专门研究还是从事刑事司法活动，我想，都是会有帮助的。

二、总则与分则的关系

在学习刑法的过程中，除了要处理好法条与法理的关系外，还要注意处理好刑法总则与分则的关系。刑法可以分为总则与分则，与此相对应，刑法学也可以分为总论与分论。总论是对刑法总则进行研究的基本理论体系，分论是对刑法分则进行研究的基本理论体系。这学期我们学习刑法总论（简称刑总），主要是学

习刑法总则的基本原理；下学期学习刑法分论（简称刑分），也就是学习刑法分则的基本原理。但在学习刑法之前，首先对刑法的总则与分则两者之间的关系要有一个基本的了解。

刑法总则是对犯罪和刑罚的一般内容的规定，是一般性的规定；刑法分则是对具体犯罪及其法定刑的规定。刑法总则和分则的关系就是一般与特殊的关系。从刑事立法史的角度考察，真正确立总则和分则分立的刑法体例的是1810年《法国刑法典》，这是刑事立法漫长演变的结果，在这个意义上说，1810年《法国刑法典》是刑事立法史上的里程碑。

从刑法规定来看，存在着从个别规定到一般规定的发展过程。刑法是最古老的法律，犯罪产生以后就出现了刑法。最初的刑法规范表现为个别性规定，一般性规定是立法发达以后的产物。这种个别性规定反映为一事一立法。例如1975年在我国湖北省云梦县的睡虎地秦墓挖掘出了大量的秦代竹简（简称秦简），秦简反映了秦朝法律的制度，其中也包括大量刑法的规定。我们可以从秦简中看到秦朝的法律是如何规定的，秦简中有这样的记载：“盗采人桑叶，臧（赃）不盈一钱，可（何）论？贲繇（徭）三旬。”意思是：偷采他人的桑叶，赃值不到一钱，如何论处？答曰：罚服徭役一月。对偷采桑叶行为专门作出规定，可见规定之细琐。如果偷采桑叶行为需要专门规定，那么偷伐树木行为势必也要作专门规定。由此可见古代刑事立法的烦琐和细碎。

不仅我国古代刑法存在大量这种个别性的立法，而且外国古代刑法同样存在大量这种个别性的立法。例如，《萨利克法典》是法兰克人征服罗马高卢以后建立法兰克王国时期，用拉丁文写成的第一部成文法。《萨利克法典》中有这样两个法律条文：一是若有人偷窃一头小猪而被破获，罚款120银币，折合3金币。二是如有人偷窃一头公牛或带犊的母牛，应罚款1400银币，折合35金币。如果刑法都是这样规定的话，那我们现在刑法中的一个盗窃罪的内容就需要几百个、几千个法律条文才能容纳。

为什么最初的立法是这种个别性的立法呢？这主要和人类的逻辑思维能力有关。当时人类缺乏抽象概括能力，故对各种犯罪现象只能作出个别性规定。

随着人类逻辑思维能力的提高，在刑法中出现了一般性规定，表现为某些抽象的罪名。例如，“盗”这个概念，在我国春秋时期已经出现。当时魏国的李悝撰写了《法经》一书，开篇第一句就是“王者之政莫急于盗贼”。这里就有“盗”的说法，但还不是一个内容明确的罪名。我国晋代著名法学家张斐在注解《晋律》的时候，对“盗”作出了这样的界定：“取非其物谓之盗”。在“盗”的这一定义中，首先把“盗”理解为“取非其物”，这是对盗的行为特征的描述。偷采桑叶的动作是“采”，偷小猪的动作是“赶”。不管是什么动作，都是“取非其物”，也就是拿了不是自己的东西，侵犯了他人的财产所有权，这就是“盗”的行为。然后界定“物”这个概念，这是对“盗”的行为客体的规定。“物”一词把各种各样具有财产价值的财物都包含进来，既包括树叶、树木等植物，也包括牛、羊等动物。“物”的概念舍弃了具体物的外在特征和现象形态，达到了一种高度概括的程度。中国古代在《晋律》中出现了“盗”这样一般性的罪名，这是漫长的立法经验逐渐积累所能达到的极高境界。

我国古代的《唐律》又对“盗”作了进一步的区分。《唐律》将“盗”分为公取与窃取。根据《唐律疏议》的解释，公取、窃取皆为盗。明代律学家雷梦麟在其所著的《读律琐言》一书中，对公取与窃取作了这样的解释：“公取者，欺事主之不敌，公然而取之，盖强盗、抢夺之谓也。窃取者，畏他人有知，潜形隐面而取之，盖窃盗、掏摸之谓也。二者虽其所取不同，皆非其有而取之，故皆为盗也。”公取就是自恃强力公然使用暴力取得，窃取是潜行隐面而私下取之。这里的公取实际上就相当于我们现在所说的抢劫与抢夺，在犯罪学上称公然犯，属于以公然方式实施的犯罪；与公取相对应的是窃取，现在刑法上称盗窃，我国古代刑法称为窃盗。窃盗是秘密窃取，在犯罪学上称秘行犯，与公然犯相对应，是通过隐蔽的方法取得他人财物。公然犯与秘行犯这两种犯罪在行为方式是有所不同的。

类型化的财产犯罪罪名出现后，可以容纳各种各样的侵犯他人所有权的财产犯罪。而刑法分则性规定的发达，为刑法总则性规定的出现奠定了基础。《唐律》共分 12 编，第一编就是《名例律》，它相当于又不完全等同于现代的刑法总则。