



华南理工大学

SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY

法学文库



漢 韓仁銘



唐 歐陽詢
草書千字文

唐 李邕
李思訓碑

以刑释罪

一种刑法实质解释方法

Research on the Understanding of Crime with Consideration
of Penalty that Treated as a Substantial Interpretation Method

徐松林 / 著

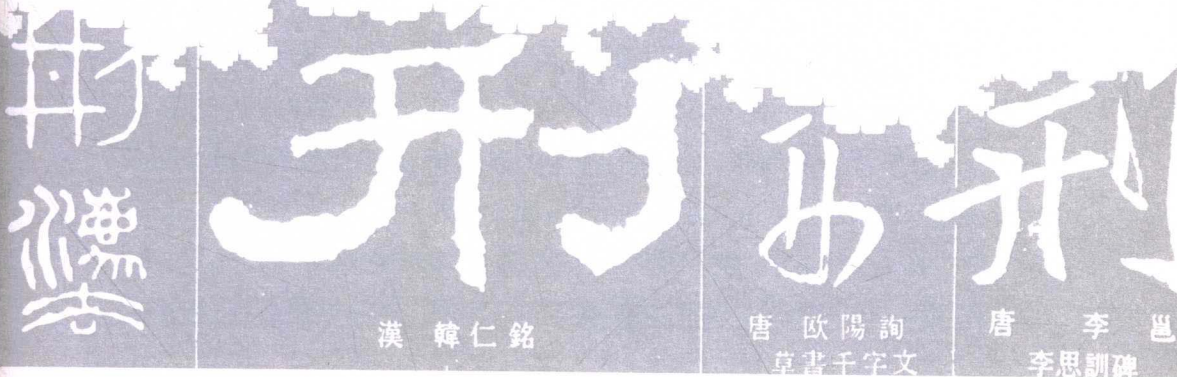


法律出版社
LAW PRESS·CHINA



华南理工大学
SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY

法学文库

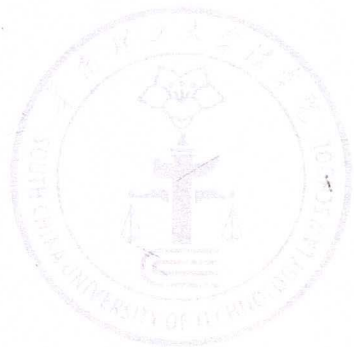


以刑释罪

一种刑法实质解释方法

Research on the Understanding of Crime with Consideration
of Penalty that Treated as a Substantial Interpretation Method

徐松林 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

以刑释罪:一种刑法实质解释方法 / 徐松林著. —

北京:法律出版社,2015.12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8858 - 7

I. ①以… II. ①徐… III. ①刑罚—研究—中国
IV. ①D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 293407 号

以刑释罪:一种刑法实质解释方法

徐松林 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 17 字数 205 千

印次 2015 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8858 - 7

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“以刑释罪”是处在刑事审判一。这种观念对本案犯罪事实的认定是至关重要的。其法律解释是“罪刑法定主义”的体现。在定罪量刑、定罪和量刑无关”这种单向定罪模式的不足，能够很好解决刑法解释与定罪量刑的关系。刑法解释是“罪刑法定主义”的体现。在定罪量刑、定罪和量刑无关”这种单向定罪模式的不足，能够很好解决刑法解释与定罪量刑的关系。刑法解释是“罪刑法定主义”的体现。在定罪量刑、定罪和量刑无关”这种单向定罪模式的不足，能够很好解决刑法解释与定罪量刑的关系。

前言

刑法解释是“罪刑法定主义”的体现。在定罪量刑、定罪和量刑无关”这种单向定罪模式的不足，能够很好解决刑法解释与定罪量刑的关系。刑法解释是“罪刑法定主义”的体现。在定罪量刑、定罪和量刑无关”这种单向定罪模式的不足，能够很好解决刑法解释与定罪量刑的关系。刑法解释是“罪刑法定主义”的体现。在定罪量刑、定罪和量刑无关”这种单向定罪模式的不足，能够很好解决刑法解释与定罪量刑的关系。

刑法需要解释。刑法规范的适用过程实质上是一个刑法解释过程。近年我国的刑事疑难案件之争多属刑法解释之争。

法解释学的发展史经过了一个从追寻原意到追问目的的漫长历程。早期的法解释学是追寻立法者原意的解释学、近代法解释学是追问立法目的的解释学、现代法解释学则是走向追寻原意与追问目的之辩证统一的解释学。

经过对法律解释理论的系统梳理，可归纳出刑法解释的七种基本方法：语义解释、体系解释、逻辑解释、历史解释、比较解释、目的解释、合宪性解释。

对七种解释方法使用时的位阶之争，产生了两种不同的刑法解释立场：形式解释立场、实质解释立场。形式解释论者高举“罪刑法定主义”的大旗，力倡刑法的形式理性、关注刑法的人权保护机能、强调刑法条文的刚性与封闭性、警惕刑法的扩张解释。实质解释论者注重“罪刑法定原则”的实质侧面，从实践理性出发，以保护法益为指导、以处罚的必要性和妥当性为尺度，强调刑法语词及条文的多义性、刑法解释不能仅固守条文的字面含义而必须符合社会发展变化的实际情况，必要时可对刑法条文进行不超出条文语义范围的适度扩张解释甚至作出不利于被告人的解释。

当前我国的刑法解释应该持实质解释立场，这不仅是由世界刑法解释论的发展趋势所决定，也是由现阶段我国刑事司法的现实需求所决定，更是由

我国刑法的犯罪构成理论之特点所决定。

“以刑释罪”便是一种带有补充性质的刑法实质解释的具体而明确的方法。

“以刑释罪”方法的要旨是:以“刑”(法定刑之轻重)作为刑法解释的重要参考标准与依据、以“罪刑均衡”原则为指导来解释犯罪的构成要件,包括解释刑法条文中的名词、概念、术语,也包括选择合适的罪名。

当刑法为某类犯罪配置的法定刑过重,而刑法条文中的名词、概念又有多重可能的含义时,刑法解释应选择其中较“狭窄”的含义,以适当缩小犯罪圈;当刑法条文为某类危害行为配置的法定刑过轻,甚至表面上没有完全对应的刑法规范、而刑法条文本身又可作多重解读时,刑法解释应当选择其中“较宽”的含义,以适度扩张处罚的范围;当刑法条文的适用结果会导致严重的罪刑失衡时,刑法解释应本着“罪刑均衡”理念重新选择更加合适的罪名。

对形式上成罪、但实质上无罪案件,通过刑法解释予以出罪;对实质上罪轻,但刑法却配置了过重法定刑案件,通过刑法解释适当缩小刑法条文的语义范围,以缩小犯罪圈,或者通过刑法解释重新选择罪刑均衡的罪名;对形式上无罪、但实质上有罪、且在刑法条文可能的语义范围内的案件,通过刑法解释予以入罪;对实质上罪重,但刑法却配置了过轻法定刑案件,通过刑法解释在刑法条文可能的语义范围内适当扩大其语义范围,以满足处罚的必要性,或者通过刑法解释重新选择法定刑较重罪名,以实现罪刑均衡。

“以刑释罪”方法强调刑法解释不能拘泥于刑法条文的字面含义,必须在坚持罪刑法定原则的前提下、从罪刑均衡的角度解释犯罪行为的构成要件,其更加注重刑罚的必要性和妥当性,从这个意义上来说,该方法持有的刑法解释立场是一种实质解释立场。

“以刑释罪”是一种带有补充性质的刑法解释方法,它只为补充现行刑法解释方法的某些不足而适用、不能取代现行的刑法解释方法。其适用范围以罪刑失衡案件为限、以“择轻适用为原则、择重适用为例外”。

“以刑释罪”是处在刑事审判一线的法官们对我国刑法解释理论的一种创新。它将“刑”这一重要参考因素引入刑法解释领域,能够很好地弥补“先定罪后量刑、定罪和量刑无关”这种单向度定罪模式的不足;能够很好解决罪刑失衡案件裁判不公问题;能够引发学界对“罪刑关系”的重新思考。其理论意义及实践价值不容小觑。

目 录

第一章 绪论:该如何解释刑法	(1)
第一节 我国近年刑事个案之争	(4)
第二节 刑法需要解释	(10)
第三节 刑法解释的关键是方法和立场问题	(16)
第二章 法律解释:从追寻原意到追问目的	(21)
第一节 古代注释法学:作为技艺的法律解释	(22)
一、文法技艺	(24)
二、修辞技艺	(25)
三、逻辑论辩技艺	(25)
第二节 近代法解释学:追寻立法原意的法律解释	(26)
一、施莱尔马赫:解释的任务是避免误解	(26)
二、狄尔泰:解释的本质是重演	(28)
三、萨维尼:解释的目标是还原立法者原意	(29)
第三节 现代法解释学:追问目的的法律解释	(31)
一、自由法运动:追问法律之目的	(32)
二、解释学的复兴:从“理解”到“再造”	(38)
三、解释学的批判回归:解释是文本和立法者的	(39)

(02) 第一节 以刑释罪：一项实证研究——兼论独立刑法体系：罪刑法定原则——章正德	
(03) 第二节 以刑释罪：一种典型的刑事裁判模式：刑法本基的释罪原则——章正德	
(03) 第三节 以刑释罪：裁判模式何以必须——释罪原则——146	
(04) 第四节 以刑释罪：裁判模式何以可能——释罪原则——151	

目 录

(05) 第五节 以刑释罪“的适用范围与适用——释罪原则——154	
(06) 第六节 以罪刑法定原则为前提——释罪原则——154	
(07) 第七节 不能突破刑法条文可能的语义范围——释罪原则——156	
(08) 第八节 适用范围限定于罪刑法定原则——释罪原则——159	
(09) 第九节 以“罪刑法定原则”释罪原则——释罪原则——163	

第一章 绪论：该如何解释刑法 (1)

第一节 我国近年刑事个案之争 (4)

第二节 刑法需要解释 (10)

第三节 刑法解释的关键是方法和立场问题 (16)

第二章 法律解释：从追寻原意到追问目的 (21)

第一节 古代注释法学：作为技艺的法律解释 (22)

一、文法技艺 (24)

二、修辞技艺 (25)

三、逻辑论辩技艺 (25)

第二节 近代法解释学：追寻立法原意的法律解释 (26)

一、施莱尔马赫：解释的任务是避免误解 (26)

二、狄尔泰：解释的本质是重现 (28)

三、萨维尼：解释的目标是还原立法者原意 (29)

第三节 现代法解释学：追问目的的法律解释 (31)

一、自由法运动：追问法之目的 (32)

二、解释学的发展：从“理解”到“再造” (38)

三、解释学的批判回归：解释是本体和方法的统一 (49)

第三章 刑法解释:方法与立场之争	(62)
第一节 刑法解释的基本方法	(62)
一、语义解释	(63)
二、体系解释	(66)
三、逻辑解释	(70)
四、历史解释	(75)
五、比较解释	(76)
六、目的解释	(78)
七、合宪性解释	(81)
第二节 刑法解释的立场之争	(83)
一、如何优先选择刑法解释方法	(86)
二、如何看待刑法解释的漏洞填补功能	(87)
三、刑法解释能否作出不利于被告人的解释	(88)
四、如何理解罪刑法定原则	(91)
五、如何看待裁判者的自由裁量权	(93)
第三节 刑法实质解释立场之提倡	(94)
一、刑法实质解释立场是刑事司法的现实需求	(97)
二、实质解释立场适应我国刑法犯罪构成理论之特点	(106)
三、刑法实质解释立场是世界刑法解释论的发展趋势	(111)
第四章 以刑释罪:例证与方法	(115)
第一节 现有刑法解释方法之不足	(116)
一、案例与问题	(116)
二、现有刑法解释方法不能解决的解释难题	(120)
三、现有刑法解释方法缺陷的原因分析	(127)
第二节 以刑释罪:对现行刑法解释的一种补充	(128)
一、对法定刑轻重之考察	(128)
二、罪刑严重失衡案件要求结合“刑”来解释“罪”	(132)
三、法定刑越重罪状越窄	(135)

第三节 以刑释罪：一项实证研究·····	(138)
一、以刑择罪：一种真实的刑事裁判模式·····	(139)
二、追问：“以刑择罪”裁判模式何以必须·····	(146)
三、审视：“以刑择罪”裁判模式何以可能·····	(151)
第四节 “以刑释罪”的适用范围与适用限制·····	(154)
一、以罪刑法定原则为前提·····	(154)
二、不能突破刑法条文可能的语义范围·····	(156)
三、适用范围限定于罪刑失衡案件·····	(159)
四、以“择轻适用为原则、择重适用为例外”·····	(163)
第五章 “以刑释罪”的理论依据·····	(165)
第一节 法定刑具有补充解释构成要件的机能·····	(165)
一、法定刑能补充解释构成要件·····	(166)
二、法定刑轻重影响对构成要件的认定与选择·····	(172)
三、刑罚对犯罪的认定具有制约作用·····	(175)
第二节 “以刑释罪”符合罪刑均衡原则的内在要求·····	(177)
一、“罪刑均衡”观念的起源与发展·····	(178)
二、罪刑均衡思想的三种形态·····	(180)
三、罪刑均衡原则的内在要求·····	(184)
第三节 “以刑释罪”的公众心理依据·····	(188)
一、社会公众的“重刑轻罪”观念·····	(188)
二、刑事法官对“刑”的感觉·····	(190)
三、“以刑制罪”理论与刑法“实质解释”·····	(191)
第六章 “以刑释罪”方法的具体运用·····	(194)
第一节 对“盗窃”概念的解释	
——以“许霆案”为例·····	(194)
一、盗窃是单方取得财物行为·····	(197)
二、利用交易相对方的错误而恶意取得财物不是盗窃·····	(198)

4 以刑释罪:一种刑法实质解释方法

三、交易行为被误解为“盗窃”的原因	(201)
第二节 对“复制发行”概念的解释	(207)
——以“网络深度链接”为例	(207)
一、搜索类视频网站侵权行为模式分析	(208)
二、网络深度链接是擅自“复制发行”他人作品的行为	(214)
三、网络深度链接行为的刑法评价	(218)
第三节 对“起哄闹事”概念的解释	(225)
——以“恶意跳桥”事件为例	(225)
一、广州市“恶意跳桥”状况、数据、案例与基本结论	(226)
二、广州市“恶意跳桥”行为严重之原因分析	(229)
三、“恶意跳桥”行为的刑法规制	(233)
结语	(245)
参考文献	(249)
第四章 以刑释罪,例证与方法	(115)
第一节 现有刑法解释方法之不足	(116)
一、案例与问题	(116)
——现有刑法解释方法不能解决的解释难题	(120)
二、现有刑法解释方法缺陷的原因	(128)
第二节 以刑释罪,对现行刑法解释的	(132)
——以“恶意跳桥”事件为例	(135)

第一章 绪论：该如何解释刑法

第一章 绪论：该如何解释刑法

问题是:该怎样解释我国《刑法》第151条“走私武器罪”中的“武器”“走私”概念?能够将具有一定致伤力的仿真枪解释为“武器”吗?“跨境网购”

[1] 《军迷少年网购仿真枪被判无期》，载《法制日报》2015年9月24日A3版。

的申报义务人是买家还是卖家?能够将买家的“跨境网购”行为解释为“走私”吗?

该案的判决再次向我们提出了一个严肃问题:该如何解释刑法?

近年来,不断有类似刑事判决见诸报端。许霆案、吴英案、曾成杰案、天价过路费案等,一个又一个罪刑失衡的刑事判决刺激着公众的神经,也引发全民热议。

网络的普及给了民众参与案件讨论的机会,也激发了民众参与的热情。一个热点刑事案件往往引起社会公众、学者、律师、司法人员等不同群体广泛而持续的讨论,这种全民参与谈论司法个案的景象恐怕是刑事案件所独有,其他类型案件如民商事案件、经济纠纷案件、行政案件则难得出现这种全民围观的景象。

“关注就是力量、围观改变中国”,^[1]个案推动中国法治进程。

刑事热点案件引发全民围观,一方面,社会公众通过个案学习法律、学者通过个案阐释法律、法律执业者通过个案解说裁判理由与依据,这对我国法治的普及是好事;但另一方面,我们又往往看到,社会公众、法律学者、司法执业者对个案的解读又经常出现意见分歧,有时甚至呈现出尖锐的对立:司法人员诉诸法条、刑法学者诉诸法律精神、社会公众则诉诸常识和基本法情感。

争议能使案件讨论走向深入,但如果意见持续分歧而找不到达成共识的方法和路径,则社会便会撕裂,法律人共同体也会走向分裂。这两年,分裂的苗头已然显现:一方面,司法人员抱怨社会公众“不懂法”“是一群只知道泄愤的法盲”,^[2]社会公众对法律学者的专业意见也往往表现出不信任,戏之

[1] 盛大林:“关注就是力量、围观改变中国”,载《新京报》2010年11月11日A02版。

[2] 李秀婷:“网民群体分析”,载《南方日报》2011年5月6日A08版。

为“临时性强奸”^{〔1〕}“弹钢琴杀人”……^{〔2〕}另外,法律人群体中学者、律师和检察官、法官也意见对立严重、冲突时有发生,如“广西北海案”^{〔3〕}“贵阳小河案”^{〔4〕}中的群体性对抗,等等。

〔1〕 2009年6月10日晚,浙江南浔两名协警带刚参加完高考的女子陈某出来吃饭庆祝。饭后,两名协警将严重醉酒的陈某带到宾馆房间休息,趁陈某意识不清、无力反抗之机,二人先后与她发生了性关系。南浔法院考虑到两协警事前并未预谋、商量强奸陈某,而是“临时起意”,且事后主动自首并取得被害人谅解,酌情从轻判处两被告人各有期徒刑3年。判决后,有网友在天涯社区发帖《“临时性强奸”,祝贺又一新名词诞生》,帖子在一周内点击量近千万次,从此,“临时性强奸”成为公众嘲讽法院判决的网络热词。(何龙:“从‘临时性强奸’到‘保护性拆除’”,载《羊城晚报》2012年2月16日A02版)

〔2〕 2010年10月20日深夜,西安音乐学院大三学生药家鑫驾车途中将一女工撞倒,药下车后见女工未死,慌乱中用随身携带的工具刀连捅女工8刀致其死亡。2011年4月,中国人民公安大学教授李玫瑾在中央电视台《新闻1+1》节目中说,药家鑫因为从小被父亲强制扼在钢琴前不停地练钢琴,弹琴本身成了一种委屈、痛苦、愤怒等情绪的发泄行为,当他遇到类似刺激时,会条件反射似地重复弹琴行为,药家鑫连捅8刀的杀人行为实际上类似于因巨大恐惧而弹琴、砸琴行为。此言一出,舆论哗然,从此,“弹钢琴杀人”成为网民讽刺专家意见的网络词语。(路琰:“李玫瑾:解读弹钢琴杀人法”,载《环球人物》2011年第4期)

〔3〕 2009年广西北海发生“11·7杀人抛尸”案,杨在新等4名律师受托为该案被告人出庭辩护。杨在新等4名律师经过调查取证,认为该案证据不足、提出了无罪辩护意见;经律师申请出庭作证的3名证人也证明各位被告人没有作案时间;庭审中,几位被告人同时翻供。律师的取证与辩护使案件审理陷入僵局。2011年1月28日,北海市检察院书面建议北海市公安局启动对该案中证人涉嫌包庇及辩护律师涉嫌伪证的调查。2011年3月,该案3名证人被抓;2011年6月,该案4名辩护律师被抓。2011年6月27日,知名律师杨金柱、陈光武等数十位律师组成“北海伪证案律师团”,到北海声援杨在新等被抓律师并与当地公、检、法机关“死磕”。由该案引发,国内律师中的“死磕派律师”开始出现并抱团办案。该案引发了法学界对我国《刑法》第306条“辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪”(俗称“律师伪证罪”)恰当与否的激烈争论,也使得同属“法律人”的律师与司法人员呈分裂之势。(参见文道:“北海律师妨害作证案始末”,载《民主与法制时报》2011年8月15日报)

〔4〕 2010年7月12日,贵州省高级人民法院以“部分事实不清”为由,撤销贵阳市中级人民法院关于黎庆洪黑社会性质组织罪的一审判决、将案件发回重审。案件被发回后,贵阳市人民检察院申请撤诉,贵阳市中院裁定准予撤诉。但检察院撤诉后,公安机关并未放人,而是启动了对黎庆洪等人的重新侦查程序。2011年8月26日,案件被重新提起公诉,案件被告人由17人增至57人、罪名由8个增至27个,但案件却降格为由贵阳市小河区人民检察院起诉、由贵阳市小河区人民法院审理。经该案原辩护律师召集,全国88名律师组成了庞大的“贵阳小河案律师团”为该案重审被告人进行辩护。律师团从该案管辖、回避、非法证据排除到黑社会性质组织罪的认定等各方面与当地公、检、法人员进行激烈对抗。该案引发全国性关注:最高检、最高法、司法部、全国律协派员坐镇小河观摩庭审,全国媒体也云集小河对案件进行报道。该案被律师界称为“中国法制史上的标志性战役”。(参见解家玺:《贵阳小河案——中国法制史上的标志性战役》,载 <http://club.kdnet.net/dispbbs.asp?boardid=1&id=8458628>,2015年6月1日访问)

第一节 我国近年刑事个案之争

近年来,笔者一直关注并参与我国刑事热点案件的讨论,也一直在有意识地研究一个问题:刑事个案之争,到底在争论什么?是案件事实不清、证据不足,还是对刑法条文的理解出现了分歧?

通过对这些年我国争议较大的刑事案件进行系统梳理,笔者发现,我国近年的刑事疑难案件之争,固然有个别案件争论属于案件事实与证据问题,但绝大多数争议属于对法条的理解问题,即对刑法的某个条文该如何理解?争议个案属于刑法条文规定的情形吗?

也就是说,我国近年的刑事热点案件之争,更多涉及的是法律适用问题,而不是案件的事实和证据问题。^[1]

如果以争议涉及的法律适用问题为标准进行分类,大致来说,我国近年的刑事案件之争可以分为以下四类:

第一类:对刑法条文中某个名词概念的理解出现分歧

刑法条文是由名词、概念组成的语句,概念是条文中的基本元素。某个名词、概念的含义在我们日常语言中似乎是确定的,但一涉及具体刑事案件,其含义该如何理解往往就产生争议。

如2008年引发全民热议的“许霆柜员机盗窃案”,争议的一个焦点问题就是:对刑法中的“盗窃”概念该如何理解?许霆的行为是“盗窃”吗?按通常理解,盗窃就是“偷”,是以非法占有为目的、秘密窃取公私财物的行为;盗窃因其私密性,一定是盗窃者单方取得财物的行为,也就是说,盗窃过程中盗窃者与被盗者双方没有互动,更不可能存在盗窃者向被盗者提出请求、被盗者

[1] 这很好理解,因为如果案件基本事实不清、证据不足,法院一般不会做出判决,经法院判决、媒体公布的案件,一般来说,案件基本事实和证据不会有大的瑕疵。

者按盗窃者的请求给付财物的情形。但“许霆案”恰恰就是:许霆利用自己的实名工资卡在柜员机上公开取款,许霆向交易相对人(柜员机)提出给付请求,交易相对人(柜员机)确认请求后按请求数额给付金钱款。如果这种行为属于盗窃,那么,顾客在商店发现营业员不会算账(常多找钱给顾客)而经常找此营业员购物也是“盗窃”,但这种“盗窃”行为已完全超出了我们对“偷”“盗”概念的通常理解范围。

如2009年引起全民围观的“吴英集资诈骗案”,争议的焦点问题是:吴英的行为是“集资诈骗”吗?刑法中的“集资诈骗”概念该如何解释?按一般理解,集资诈骗也是诈骗,只不过是行为人用集资作为幌子来实施诈骗而已。集资诈骗的主要特征是编造谎言向不特定人群非法集资、然后骗取此集资款不予归还。但“吴英案”似乎与此不完全相符:首先,吴英是向特定亲友集资(集资对象共11人);其次,吴英虽然挥霍了部分集资款、但主要款项还是投资了实体经济;最后,吴英虽然当时不能按时归还集资款,但其资产若非被低价处置,增值后的财产是有可能归还集资款的。吴英案讨论的真正意义在于:作为犯罪的“集资诈骗”与普通的“民事欺诈”“商业欺诈”如何区分?其实质仍然是对刑法中的“诈骗”概念应该如何解释的问题。

再如2013年曾引起广泛讨论的广东佛山“沐足店老板娘组织按摩技师‘打飞机’推油卖淫案”。案件争议的问题是:按摩技师为客人提供“推油”“打飞机”等手淫服务是否属于刑法中的卖淫行为?组织按摩技师提供此类服务是否为“组织卖淫”?按通常理解,“卖淫”是指妇女以获取金钱为目的与不特定男性进行性交行为,但案件中的女技师只是为男性客人进行手淫、并无性交行为,这是否属于“卖淫”呢?也就是说,刑法中的“卖淫”是否包括无性交行为的“手淫”“口淫”“波推”“足推”等色情服务行为呢?还有,同性间的“卖淫”(男性向男性、女性向女性)以及男性向女性的“卖淫”是否属于刑法中的“卖淫”,组织员工提供这样的服务是否构成刑法中的“组织卖淫罪”?

我国刑法中诸如此类有争议的名词、概念还有许多,如“逃逸”“拐卖”“奸淫”“抢夺”“关系密切人”“公共场所”“起哄闹事”“劳动报酬”,等等。

第二类:对刑法条文中某个语句的理解出现争议

语句是构成刑法条文的基本单位,刑法条文通常由一个语句或多个语句组合而成,如果说名词、概念是构成刑法条文的细胞与元素,那么,语句则是构成刑法条文的单位与组织。名词、概念只有在语句中才能被理解,同理,只有语句的含义是清晰的,刑法条文的含义才是清晰的。

语句的含义通常容易理解,但如果将语句适用于“千奇百怪”的刑事案件,则往往会出现理解上的不一致。

如我国《刑法》第133条规定的交通肇事罪,其一般法定刑为3年以下有期徒刑或拘役,属于刑法中的“轻罪”,但如果肇事者“逃逸”,则法定刑升格为“3至7年”,如果“逃逸致人死亡”,则法定刑升格为“7至15年”。因此,是否属于“逃逸致人死亡”,对被告人量刑至关重要。按通常理解,“逃逸致人死亡”是指因肇事的驾驶人员逃逸使得受害人不能得到及时救治而死亡,逃逸和死亡之间有因果关系。但在实践中,有司机肇事后逃逸,被害人被路人发现后送到医院,但没有马上死亡而是治疗数日或数月后死亡,是否为“逃逸致人死亡”?有司机肇事后逃逸,在逃逸的过程中,车辆再次碾压到被害人,致使被害人当场死亡,是否属于“逃逸致人死亡”?肇事司机在逃逸的过程中又将其他过路人撞到死亡,是否属于“逃逸致人死亡”?

如我国《刑法》第263条规定的抢劫罪,如果出现“入户抢劫”“在公共交通工具上抢劫”“持枪抢劫”等8种情形,则法定最低刑10年、最高刑为死刑。实践中,有小偷在公共汽车上盗窃被发现而与被害人厮打,尽管盗窃未遂,但法院认为属于“在公共交通工具上抢劫”而判处小偷有期徒刑10年;有人在火车上打了被害人一耳光、抢走被害人一包烟和17元人民币,被法院认定为“在公共交通工具上抢劫”而被判处有期徒刑10年;^[1]有人因读小学的孩子

[1] 2003年3月4日,被告人寇平在火车上向素不相识的被害人余泽东索要香烟,被害人不予理睬,被告人打了被害人一耳光后,强行对被害人搜身、搜出一包香烟及17元人民币占为己有。福州铁路运输法院一审以抢劫罪判处被告人有期徒刑10年。[参见游伟:《华东刑事法评论》(第7卷),法律出版社2004年版,第11页]

在学校被别的孩子欺负而到别的孩子家打闹并强行抢走一台手提电脑而被法院认定为“入户抢劫”,判处有期徒刑10年^[1]……这些判例中,法院对刑法语句“在公共交通工具上抢劫”“入户抢劫”的理解是否正确?如果正确,为什么法院的判决社会公众难以接受?如果不正确,那么,对这样的刑法条文该如何解释呢?

我国刑法条文中诸如此类有争议之处甚多:行贿类犯罪中的“为谋取不正当利益”、财产类犯罪中的“以非法占有为目的”、经营类犯罪中的“违反国家规定”“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”、寻衅滋事罪类犯罪中的“随意殴打他人”“在公共场所起哄闹事”,等等。

第三类:对此罪还是彼罪的理解产生争议

犯罪行为是客观的,但对犯罪行为的评价却是主观的。对同一个行为,往往因评价者所持立场、观点、方法的不同而不同。

如媒体广为报道的“医学副教授精液强奸案”:广西某大学附属医院副教授马林(没有医师执业资格),用自制的掺有自己精液的“独家秘方”(一种混合药膏)按摩妇女阴部用以治疗妇女盆腔炎。妇女彭某控告马林在未作说明、未与自己商量、趁自己躺在按摩床上昏昏欲睡之机强行将涂有精液的按摩棒插入自己阴道。该案检察院以“强制猥亵妇女罪”起诉,一审法院以“强奸罪”判处马林有期徒刑4年,二审法院改以“强制猥亵妇女罪”判处马林有期徒刑3年。^[2]

如媒体追踪报道的“原铁道部运输局局长张曙光的情人罗菲受贿案”:在张曙光的授意下,广州中车铁路机车车辆销售租赁有限公司法定代表人杨建

[1] 2006年5月8日,刘利民读小学二年级的孩子小刘在学校与同班学生小邹打架,小刘眼镜被小邹打坏、鼻子被打出血,但只是皮外伤,在派出所主持下,学校赔偿3000元、小邹家长一次性赔偿1000元。一个月后,刘利民觉得赔偿过少,再次打电话索要8000元,小邹家不予理睬。2006年6月12日,刘利民趁小邹家长上班之机,踹开小邹家房门,踢倒小邹爷爷,强行拿走小邹家价值约11000元的手机与手提电脑。法院一审以抢劫罪判处刘利民有期徒刑10年。(参见[2006]穗云法刑初字第01126号刑事判决书)

[2] 董柳:“医学副教授用精液治疗患者:强奸改判猥亵”,载《羊城晚报》2013年5月19日A7版。笔者曾参与该案的研讨(参见<http://3g.k.sohu.com/t/n4201031>)。