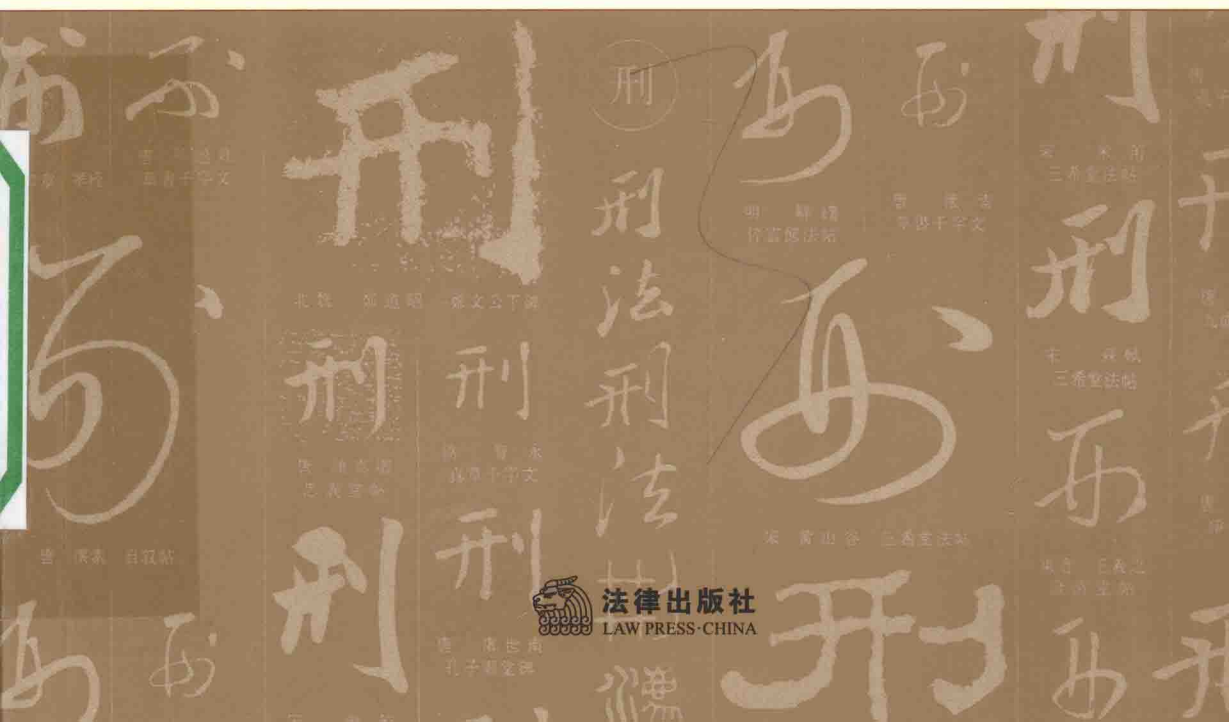


全国检察业务专家 全国优秀公诉人 全国检察理论研究人才呕心力作

通俗语言解读深奥刑法学 真实案例诠释人文刑法观

刑法观点集成 精释精解

熊红文 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

通俗语言解读深奥

文刑法观

刑法观点集成 精释精解

熊红文 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法观点集成精释精解 / 熊红文著. —北京:
法律出版社, 2015. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7008 - 7

I. ①刑… II. ①熊… III. ①刑法—法律解释—中国
IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 237862 号

©法律出版社·中国

责任编辑/许睿

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市龙大印装有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/19 字数/348 千

版本/2015 年 6 月第 1 版

印次/2015 年 6 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995 重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7008 - 7

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

首先要衷心祝贺红文的第五本个人专著即将问世！这是南昌检察理论研究的又一重大成果，也是南昌检察工作的一份新业绩。

红文这本专著是专门研究刑法的，刑法学与检察工作密切相关。我在景德镇市院任检察长五年，来南昌市院任检察长也已三年多，主持检委会讨论过很多疑难案件，感觉有很多刑法上的疑难问题在困扰司法实践，检察官开展刑法学的研究实在很有必要。

红文是位刑法学爱好者，热爱刑法学研究。早在2009年，他就在《南昌检察》创办了“探讨与争鸣”专栏，每期专栏都向大家推荐一篇经典的刑法学论文，并以自问自答的形式，从司法实践的角度对论文进行评论，以司法者的眼光对论文进行深刻剖析解读，并阐述自己的学习体会和感悟，引导读者作更深层的延伸思考。

与被推荐的论文不同，红文的解读不是从理论到理论，更没有艰涩难懂的文字表述，而是紧密结合司法实践，运用大量实践中的第一手案例，对他的观点进行生动阐述，而且文字平实，娓娓道来，阅读起来非常轻松，又感觉深受启发，受益匪浅。可以说，这个专栏真正实现了在刑法理论与司法实践之间搭建一座桥梁。红文通过他对刑法论文的消化吸收，转化为新的思想成果，呈现给办案一线司法人员，从而被直接运用到司法实践中，提升办案质量，促进司法公正。

红文不仅在工作中勤于思考，开拓创新，更善于总结和提升。“探讨与争鸣”栏目至今已开设了28期，得到了广大干警的热烈好评和省市院领导的高度肯定，成为《南昌检察》的一个王牌栏目。在此基础上，红文从中精选部分文章，经过更加深入的拓展充实和细致的修改完善，撰写成专著，我看这是一个很好的创意。下面，我从一个读者的角度，谈谈本专著具有的五个特点：

第一，形式上的新颖性。法学期刊发表的论文浩如烟海，检察官每天阅读的时间又非常有限，怎样才能在质量参差不齐的论文堆中发现“珍珠奇宝”？红文正好想到了这一点，他把自己十几年学习刑法学中发现的精品论文推荐给大家，正

是办案一线司法人员求之不得的。而且,全书沿袭了“探讨与争鸣”栏目的独特风格,采取自问自答的形式对推荐论文作生动解读。首先,这些问题就是独具匠心的,是红文在消化吸收论文思想观点的基础上精心设计的,每个问题都暗含了推荐论文的思想精髓和理论红线,展现了推荐论文的思想精华。可以说,理解和消化了这几个问题,就理解和消化了整篇论文。同时,通过几个问题的设计,使解读内容显得逻辑严密,层次清晰,易于读者掌握领会。总之,一般的刑法专著都是采取“篇、章、节”的传统结构,先从概念阐述起,然后是意义、特征、区别、中外学说等等,结构陈旧,内容沉闷,而这本专著先以“按”的形式简要表述推荐某篇论文的推荐理由,再以自问自答的形式对推荐论文展开深入浅出的生动解读,形式非常新颖独特。

第二,观点上的纯粹性。我看一般的刑法专著都有大量的脚注、尾注,似乎引注越多就越表明作者阅读量越大,理论涵养越深。但红文这本书脚注非常少,这当然不代表他没有参阅任何刑法学论著,也不代表他没有旁征博引的能力,而是因为他把自己平常学习过的论著论文都消化吸收了,功夫用在平时,形成了较为深厚的理论积淀,写书时就显得得心应手,厚积薄发。我看很多刑法论文下面一堆的脚注,动辄引用德、日、美法学家的译著甚至外文原著,但其实有很大的水分,很多引注的论著作者根本就没有看过,引注是给自己论文“装点门面”的,试图借此抬高自己论文的学术品位。这完全是一种虚伪的矫揉造作,也反映了作者在品格上不诚信、不踏实。红文这本书就很实在,因为他写的都是自己的刑法思想观点,都是他自己在司法实践中的思考所得和真知灼见,确实没有必要大量引注。我想,不管什么论文、专著,只要作者有独到见解,能够给人启示,大可不必生搬硬凑一堆自己都没有深读过的法学名著作为引注,而且正因为是作者原汁原味的思想观点,读起来可能更加津津有味。

第三,表述上的平实性。我看很多刑法论文专著都喜欢故弄玄虚,编造出一堆艰涩难懂的专业术语,语言极尽抽象之能事,语句繁琐冗长,结构层峦叠嶂,似乎表述得越复杂显得越高深。其实,这种论文即便真的是观点很深奥,也难以被司法者所理解接受,也就没有市场,发挥不了学术价值。红文这本书的语言表述非常平实,与其说是一本刑法专著,倒更像是一部口述刑法,以“说刑法”的形式将自己的刑法思想观点娓娓道来,而且没有任何说教味,让人感觉如同与一位身边的同事友人“煮酒品刑法”,交流刑法的研究心得和司法实践的感受体会,不仅没有阅读上的负累感,反而是一种精神上的享受。

第四,案例上的真实性。我看很多刑法专著都很少使用案例,使用案例的也多半是教学案例,即为了教学而设计出的虚拟案例。这种教学案例大多比较雷同,而且案情不鲜活、生动,对于解决司法实践中的难题借鉴意义不大。但红文这本书中

不仅使用了大量案例,而且基本上都是他工作中接触到的真实案例,我看有很多都是市院检委会讨论过的疑难争议案件。以这些真实案件为例,说理更加生动,更具有说服力,对于解决实践问题更有借鉴价值。

第五,思想上的深刻性。红文不仅是位刑法爱好者,对刑法具有浓厚的研究兴趣,而且具有自己独特的刑法观,常常“语出惊人”,表达对刑法问题的独到见解。这本书就集中展现了红文的人文刑法观,即尊重人性、以人为本、保障人权、体现司法人道和人文关怀的刑法思想观念。在他对倡导常识主义刑法观、对刑法伦理精神的纠偏、引入期待可能性、限缩诈骗罪范围、坚守罪刑法定原则、主客观相统一原则、主张“先民后刑”定罪观念等问题的阐述中,都贯穿了他的这种人文刑法观。这种人文刑法观体现了一名司法人员对犯罪嫌疑人、被告人的体恤和关怀,赋予了刑法“人的温度”,使刑法不再冰冷无情。我想,司法人员如果都能够树立这样一种人文刑法观,就能在司法办案中让刑法贴近普通民众,为民众所感知和理解,这必然有利于树立公民的法律信仰,提升司法机关的司法公信力。

记得市院原党组成员、高新区院原检察长徐仁杰同志曾说:“听红文在检委会上的发言,简直是一种精神享受。”我想,不仅是仁杰同志有这种感受,其他委员也会有同感。每次检委会讨论案件,红文都会事先认真思考,发言层次清晰,阐述透彻,说理充分,精彩到位,展示了他较为深厚的刑法素养。更重要的是,他通过对这些案件的分析,向大家生动呈现了一种人文刑法观,这比解决一个疑难案件更具价值。

现在红文这本专著即将付梓,我希望通过这本专著,将他的人文刑法观向全国的检察官、法官们推介传播,使更多的司法人员成为刑法爱好者,并在司法办案中展现刑法的理性之光和人性之美,促进司法公正,实现习总书记提出的“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”。

南昌市人民检察院 党组书记 徐胜平
检 察 长

二〇一四年五月

I 自序

我是一名刑法爱好者,从2004年开始个人订购《人大复印报刊资料之刑事法学》,至今已经十年。但说句实在话,每期能够读懂、读透的论文不过一两篇,有的甚至一篇都看不下去。之所以这样,是因为大部分论文都晦涩难懂,看得太累。有很多论文一看题目就难以卒读,如“过度类型化思维”、“逻辑进路”、“整合形态分析”、“基本依托和意义”等,完全不解其意,再看正文,充斥着艰深晦涩的表述和文字,仿佛在看化学公式,太过抽象,让人头脑发麻。

院图书资料室有《刑事法学》、《法学》、《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》等十余种法学期刊,但几乎无人借阅。这一方面反映了大部分检察干警理论学习的进取心不是很强,但另一方面也是因为现在的刑法学论文真的很难读懂,基本上都是非常抽象的理论演绎推理和空洞论证,加上晦涩的语言,让人望而却步。正如林东茂在《一个知识论上的刑法学思考》一书中所言:“以晦涩文字传达刑法奥义,不会打坏一流心智的求知胃口吗?”这就造成理论与实践“两张皮”现象,法学家们关起门来搞研究,沉浸于法学理论的抽象空间,动辄德日刑法、英美刑法哪位学者云云,完全不顾司法人员能不能看懂,只管自得其乐,而检察官、法官们也靠着自己在学校学到的那点基础理论,动辄套用四要件论分析和认定案件,完全不顾刑法学术界有什么理论创新。

理论研究的目的是什么?必然是用于指导实践的,不能运用于实践的理论是毫无价值的。刑法更是一门实践性极强的部门法学,司法者每天的办案实践都离不开刑法理论的指导。但现在最大问题在于,法学期刊每年发表成千上万篇刑法论文,能够为司法者读到、读懂的有多少?我看微乎其微,绝大部分论文只是成为作者评职称、评等级的资本而已。当然,其中不乏学者呕心沥血的精品力作或充满灵感智慧的心得之作,但这极少部分佳作淹没于浩如烟海的晦涩之作中,犹如狂沙淘金,很难闪现光芒。所以,我国刑法理论研究表面上一片繁荣,但或许只是一种虚幻的假象,刑法理论对司法实践的贡献极其有限。

论文在被阅读、被运用之前,只是“一个纸做的东西,它只不过是它在某处的无生命的在场表明它作为物的存在。就这样,在图书馆的书架上,在书店的橱窗里,书等着有人来把它们从其物质性和静止性中解脱出来”,“没有读者和阅读,作品是死的,像遥远的荒漠那样,对人来说它是一片死寂。”刑法论文则更是如此。刑法论文的质量与价值,目前主要看两个指数:被转载率和被引用率,但是,这两个指数主要还是反映该篇论文在学术界的影响力,即被学者们阅读和认可的程度。而在学术圈内频繁被阅读和引用,至多只是繁荣了学术,却没有服务实践。刑法理论归根结底是要用于指导司法实践的,所以,刑法论文只有被司法者阅读、读懂,才能称得上被赋予了生命力,才是有价值的,否则就是一堆废纸,要么成了学者们的“自娱自乐”,要么成了白费力气,做了无用功。

怎样让刑法论文被司法者阅读、读懂,让刑法理论被司法者入脑入心?首要之责当然在学者。“理论是灰色的,生活之树常青”,闭门造车式的刑法学研究注定是徒劳无功的,刑法学者们只有低下身段,潜入司法实践一线,看看检察官、法官们在运用什么刑法理论、秉持什么刑法理念办案,他们遇到了一些什么难题和困惑,他们到底在思考些什么,他们对刑法学研究有什么需求和建议等等,他们的刑法学研究才能够明确方向,找对症结,有针对性地攻坚克难,这样的刑法学研究才接“地气”,研究成果才会有“人气”。

除了深入司法实践,还很重要的一点,就是学者们要用司法者读得懂的、读得下去的文字,最好是读起来如坐春风的文字写刑法论文,让读者不是望而生畏,而是饶有兴致。刑法论文并不是非要用生僻的、晦涩的语言表述就代表理论多么高深莫测,并不是非要提出一堆新奇的词汇、术语或引用一堆外国刑法学家的观点就代表论文多么创新独到,恰恰相反,这种刻意“抬高”论文学术层次的做法只会使论文离司法者越来越远,将司法者拒于千里之外。真正的大家,是大象无形,大音希声的,他们的论文观点精辟,见解独到,阐述透彻,论证严密,同时,文字又朴实无华,清晰流畅,有的甚或文采飞扬,妙语连珠,让人顿开茅塞,醍醐灌顶,一方面顿悟了刑法道理,另一方面又欣赏了文采,这种刑法论文才是司法者的最爱。比如,周光权的《论常识主义刑法观》、田宏杰的《宽容与平衡:中国刑法现代化的伦理思考》、杨兴培的《检视罪刑法定原则在当前中国的命运境遇》、高艳东的《诈骗罪与集资诈骗罪的规范超越:吴英案的罪与罚》等,都是刑法论文中的妙品佳作。

我想做的,就是在刑法理论与司法实践之间构架一座互通的桥梁,一方面让刑法学者了解司法者在运用什么样的思维办案,司法者在困惑什么,有什么理论需求,一方面让司法者倾听学者的理论述说,吸收刑法学研究的理论精华,提升刑法理论素养,更新刑事司法理念,从而促使刑法理论与司法实践紧密结合,实现融会贯通,促使司法者学以致用,用以促学,用学相长。为此,2009年,我在《南昌检察》开辟了

“探讨与争鸣”专栏,每一期推荐一篇让我拍案叫好并读懂、读透的刑法学论文,说明推荐理由,然后列出四个关于论文理解和延伸的问题,紧密结合司法实践,自问自答。创设这个栏目,就是为了将我觅中的刑法精品论文与大家共享,同时,通过问题设计和解答,帮助司法者更加深刻理解论文的奥义和精髓,启发和引导司法者作延伸思考,以批判的思维学习刑法理论,以实践的眼光运用刑法理论,使刑法理论促进司法实践的科学公正,司法实践促进刑法理论的学术繁荣,达至理论与实践的完美融合。

这个栏目创设之后,获得热烈反响,收获了领导和同事的好评。栏目之所以成功,就在于它构架了一座刑法理论与司法实践互通的桥梁,把精品的刑法论文推介给大家,并且运用更加通俗朴实的文字,结合实践真实案例,阐释我作为一名检察官读者的认识和体会,从而让大家觉得以前似乎高居学术庙堂的刑法论文其实也并不是只有法学博士才能读懂,促使大家亲切感受刑法的思辨魅力,增加学习、研究和思考刑法问题的兴致。但《南昌检察》的发行范围毕竟有限,由此,我决定从28期“探讨与争鸣”文章中精选17篇,进行更加深入的研究思考和拓展论述,撰写成书,公开出版发行,让这座桥梁走进更多刑法学者和司法者的心中,并期望此举能抛砖引玉,促进更多刑法爱好者来共同构筑刑法理论与司法实践的互通桥梁,以星星之火,成燎原之势,促成刑法学术与司法实践的共同繁荣。

只不过,这只是我写作本书的初衷和期望,这种期望是不是一种奢望,答案全在读者心中。“但问耕耘,莫问收获”,虽然写作此书付出了汗水,但写作过程对我来说已经是一种享受。如果真的能为促成刑法学术和司法实践的融会贯通尽到一点绵薄之力,我就倍感欣慰了。

熊红文

二〇一四年六月

目录

序 / 1

自序 / 1

上篇:刑法观念

中国刑法伦理精神的纠偏及对刑事司法的影响 / 3

如何理解和运用常识主义刑法观 / 20

司法实践中如何彻底贯彻罪刑法定原则 / 40

如何看待和应用不同的犯罪论体系 / 61

关于期待可能性“中国化”的思考 / 75

如何看待和处理刑民关系 / 94

诈骗犯罪与民事欺诈的界限如何把握 / 110

如何评价和运用“量刑反制定罪”方法 / 127

正当防卫司法认定的问题与出路 / 139

下篇:刑法技术

如何准确区分正犯与共犯 / 161

教唆犯在共同犯罪中作用地位的认定 / 176

复数行为中主行为的认定 / 193

犯罪故意或过失的司法判断有什么科学方法 / 209

过失犯罪中过失类型、程度与刑罚轻重的关联 / 228

区分财产犯罪有哪些认定思路 / 243

侵财犯罪的客体是所有权还是占有权 / 262

侵财犯罪非法占有目的的认定与把握 / 278

后 记 / 291

上篇

刑法观念

中国刑法伦理精神的纠偏及 对刑事司法的影响

按:2006年第2期《政法论坛》发表田宏杰教授文章《宽容与平衡:中国刑法现代化的伦理思考》,文章对中国刑法的伦理精神进行了深刻反思,并指出基于中国刑法伦理精神的缺陷,我国刑事政策选择、犯罪构成设计存在的不足,读来发人深省。

这篇文章虽然已经过去多年,但至今仍感觉振聋发聩,因为2006年至今,许霆案、梁丽拾金案、药家鑫案等诸多公众关注的案件,仍在不断暴露基于中国刑法伦理精神缺陷带给司法的消极影响。一个国家的刑法伦理精神,对这个国家的司法影响是巨大的,我国司法公信力不高,刑法没有得到民众普遍认同,或许正如文章所言,根基正在于刑法伦理精神的错位和偏离。作为一名司法者,应如何认识这个问题?

一、文章认为人性之恶只要是能为社会所容忍,刑法就应给予宽容,对此你作何评论?你认为在我国刑法立法中存在这方面的问题吗?

我看了这篇文章是觉得很震撼的,相当于给我们“洗了一次脑”,对我国刑法伦理精神有了更加清醒的认识。文章提出,人天生具有社会性,也同时具有反社会性,人的这种自爱、自卫、自私、自利就是与生俱来的天性,这并不值得指责,只要是这种反社会性没有严重伤害到他人权益或给国家、社会利益带来损害,就不能为刑法所责难。对文章的这个论点,我是非常赞同的。

在任何一个社会都有三类人:好人、坏人和不好不坏的“中人”,其中好人很少,坏人也很少,不好不坏的“中人”最多。然而,中国的儒家传统文化中,却简单地将人分为君子、小人两类,一个人要么是君子,要么就是小人。而儒家文化中对君子的道德标准要求非常高,远非一般的中人所能企及。比如,孔子曰:“君子喻于义,小人喻



于利”。在这种思想主导下,儒家提出“德主刑辅”、“出于礼而入于刑”,以严酷的刑罚逼迫人们以圣人礼教标准立身处世,这就导致古代不仅有斩首、满门诛绝、凌迟、五马分尸等血腥酷刑,且产生了不少“满口仁义道德,一肚子男盗女娼”的伪君子。实际上,从古至今,只有少数人才可以做到讲义不讲利,多数人都难以做到只“喻于义”而不“喻于利”。人首先是一个经济人,追求利益乃是人之本性。对于这一点,史家司马迁说得真切:“天下熙熙,皆为利来;天下攘攘,皆为利往。”简单的十六个字,道出了人性的本质:多数人总是要为利益奋斗不止的。

刑法应当立足于这样的社会现实。每个人都是环境的产物,因为每个人的成长环境不同,当然会有一小部分人超越了人类的反社会天性,拥有博爱、大爱、无私奉献、利他的品性,但这是一个人的家庭环境、个人成长经历、所受教育程度等环境因素决定和造就的,而不是通过刑法惩治和预防能实现的。也就是说,引导人性向善,引导人树立高尚的品德情操,这是文学要解决的问题,文学的使命是促进人性真善美,而刑法的使命是遏制人性之恶不超越社会底线。刑法应该做好自己分内的事,不去越俎代庖,事实上,也难以做到越俎代庖。既然刑法不可能改变社会现实,就应当从社会现实出发。刑法作为人的一种行为规范,既不能以好人的思想境界为标准,也不能以坏人的思想境界为依据,而应该是以“中人”的思想境界为基础。换言之,刑法设定罪与非罪应该以中间人的价值观念和道德水平为标准。对此,欧洲中世纪托马斯·阿奎那说过,实在法是为了芸芸众生制定的,应当适应大多数普通人的接受能力,而不应当从有德之士的接受能力出发,对只有有德之士才能戒绝的恶习,规定普通人也必须戒绝。美国当代法学家富勒也指出,法律不应当规定多数人无法做到的义务,否则,国家就会面临一种“两难”的尴尬困境:要么强人所难,强迫大多数普通人去做他们不可能做到的事情,从而公然制造司法不公;要么对大多数普通人的违法犯罪行为视而不见,从而削弱公民对法的尊重信仰。

所以说,承认和尊重人的自然本性和反社会性,这是中国刑法必须正视的问题。我国传统文化认为,人之初,性本善,即人生来是非常善良的,所以自私、贪婪都是可耻的,是一种恶,刑法就应该惩罚这种恶。多少年来,我国的传统教育和舆论宣传,都大力倡导无私奉献、舍己为公、舍己为人,大力倡导和宣传雷锋精神,树立各种道德楷模,但其实我们都清楚,有多少人能达到这种精神境界呢?现在看来,是我们把人性预想得太好了,我们可以宣传和倡导雷锋精神,但我们也必须承认,那不是我们每个人必须达到的思想境界,学习雷锋绝对不可能成为一项硬任务。对于大部分中国人来说,雷锋精神都比较遥远,只能用来仰望,特别是对于高中文化程度以下的中国人来说,能遵守法律的底线,将内心的自私、自利、贪婪压制到不主动侵犯他人、国家和社会利益的程度,就已经不错了,如果要求他们再进一步,在遭受“卡纳安德斯之板”困境时,主动舍弃自己的生命而保全他人生命,或者在遭受巨大的物质诱惑

时,路不拾遗,拾金不昧,就不现实了。他们能够舍己救人或者拾金不昧,这是一种高尚之举,应该给予褒扬,但反之,他们没有这样做,而是为了保全自己的生命不得不送给了另一个人的生命,或者将拾得的财物藏匿起来占为己有,也不值得大惊小怪,更不应当给予刑罚惩罚。

在我国《刑法》中,有的罪名存在违背伦理精神的问题。比如窝藏罪,这是一个典型的道德罪,一直饱受诟病,但立法机关丝毫没有废除的意思。我国封建法典尚且包含了亲亲相隐的伦理精神,我国现代刑法却视为“糟粕”而去除,实在是刑法的历史倒退。人是有情感需求的,亲情、爱情、友情都是每个人生活中不可或缺的情感,保护自己的亲友、爱人不受到伤害,是人的自然本性。所以,当一个犯罪人穷途末路,满怀信赖地投靠亲友,法律能期待他的亲友将其拒之门外或举报他吗?我国《刑法》却逼迫他们必须这么残忍无情。我身为一名检察官,也曾问过自己,假如是自己的亲兄弟犯罪了,潜藏到我家来,我能将他拒之门外或者举报他吗?我知道窝藏他的法律后果,但我要将他拒之门外或亲手将他交给警察,我也很难做到。可见,一位检察官都很纠结的事,刑法怎么能逼迫所有的公民都做到呢?刑法规定窝藏罪的价值当然是保障司法秩序,但是,正如美国法官所说的,公民已经通过纳税养活了警察,怎么捉拿犯罪人就应当是警察的责任,怎么能用刑法去逼迫公民协助警察抓人呢?窝藏罪的规定固然一定程度上保障了司法秩序,但却撕裂了亲情、爱情、友情,破坏了亲友、爱人间的信赖关系,给人感觉在司法的“淫威”面前,没有人是值得信任的,这种对社会伦理情感造成的巨大破坏,代价远远高于因窝藏罪节省的司法资源。事实上,在很多犯罪中窝藏罪都是常见的伴生犯罪,刑法的规定并没有阻碍人们保护自己的亲友、爱人,可见,刑法的这一罪名不仅没有产生预防犯罪的威慑效果,反而尽显法律的无情和冰冷。

我在《环球》上看过一篇文章《在美国,做好事也很“窘”》,文章说,作者有一次在大街上看到小偷偷东西,便上前将小偷喝住,并抱住对方扭打起来。随后警察赶到,将小偷擒拿。作者正等着警察表扬她,没想到警察却批评她,说“往后碰上这种事情,你只管打电话报警,千万不要跟对方揪打。要知道,一般犯罪分子都会有凶器甚至枪支的,这是多么危险的事!”被盗的失主也责怪她,说“你值得跟小偷打吗?假如出事了,法律也会连累到我的。”后来,一位美国法官告诉她,美国的法律规定,公民无须见义勇为,公民作为纳税人,通过纳税养活了警察,警察有义务保护公民财产,制止犯罪的风险,应当由警察去承担。文章中提到的这件事,让我想起我国居然有人建议设立见危不救罪,相比美国的法律,这种建议就显得更加荒唐了。美国法律从公民个人安危考虑,丝毫不主张公民冒个人风险去见义勇为,而在中国,如果见



危不救却构成犯罪,这岂非笑话?当然,在不危及自身安全的情况下,对他人危难理应出手相救,但这仍然属于道德层面的问题,提升公民道德素养不是刑法的使命。早在十九世纪五六十年代,西方国家就对通奸、堕胎、见危不救、淫秽犯罪等妨害社会风化的道德罪实现了非犯罪化,而我国现在如果设立见危不救罪,岂不是走回他们的老路,这不是历史的倒退吗?

可见,刑法中的罪名一旦违背基本的社会伦理精神,绝大部分公民都成为了潜在的犯罪人,这样的罪名不仅没有威慑力量,反而有损法律的威信,得不到公民发自内心的尊崇。

当然,有的罪名并不是刑法立法的问题,而是司法者在对刑法法条的理解上,没有从遵从人的自然本性的角度去正确把握立法精神。比如侵占罪中“将他人的遗忘物”非法占为己有的情形,是否包括遗失物?学界有人认为遗忘物与遗失物并无本质区别,当然包括遗失物,实践中也有如此认定的案例。但我认为答案应当是否定的,主要理由是:

首先,从立法技术上分析,刑法为什么把侵占遗忘物与侵占埋藏物、侵占代为保管的他人财物这两种情形放在同一个罪名中规定,并给予相同的刑罚?因为在立法机关看来,这三种情形的社会危害性程度与体现的行为人主观恶性程度是相差无几的,或者说这三种情形在罪质上是一样的。而侵占遗忘物事实上也确实危害比较大,行为人主观恶性比较深,因为遗忘物只是他人一时疏忽而忘记带走的物品,会在比较短的时间内发现并向遗忘物品处询问、查找,只要没有人恶意非法占有,物品是完全可以找回的,而遗失物则是他人将物品不慎丢失在某个地方,失主根本记不清在何处丢失,自然也无从查找,无法找回。所以,“遗忘物”与“遗失物”虽然只有一字之差,但含义相距甚远,遗忘物重在“忘”字,强调只是一时忘记,遗失物重在“失”字,强调丢失、失去。换言之,遗忘物是完全可以找回的,如忘在出租车后座上、咖啡厅椅子上、银行大厅桌子上等,只要没有人恶意拿走,失主回头就能找回,或者管理人员发现后会帮助代为保管(如果物主尚未离开咖啡厅、银行等场所,只是去结账、办理手续或上洗手间等暂时离开物品,即物品仍然没有脱离物主的控制范围,则物品不属于遗忘物,行为人将物品拿走的行为应认定为盗窃),而遗失物是几乎不可能找回的,如丢在人流如织的大马路上、人潮汹涌的火车站、人来人往的城市广场等,失主不可能记清丢失的具体地点,记起来也几乎不可能找回。刘明祥教授曾在《论侵占遗忘物、埋藏物》一文(载2001年第1期《国家检察官学院学报》)中提出:“遗忘物是持有者因疏忽未带走而遗留在他人能有效管理之场所的财物。遗失物则是不慎丢失在无人管理之场所或有很多人进出、管理人不能有效控制之公共场所的财物”,也就是说,区分遗忘物和遗失物不是以持有人主观上能否记起物品所在地点为

标准,而是看这个地方是否属于他人能够有效管理的场所,这样界定遗忘物或遗失物就有一个客观标准。所以说,对侵占罪中“遗忘物”的理解,要从比照“代为保管的他人财物”和“埋藏物”的角度去把握,代为保管物和埋藏物都是明确的有主物,只是物主对物品暂时脱离占有或者控制,行为人将其非法占为己有显然是侵犯了他人财产权,可给予刑罚处罚,那么,明知是他人的遗忘物而非法占为己有,且拒不交出的,与非法占有代为保管物与埋藏物的性质是一样的,也是侵犯了他人财产权,且主观恶性比较大,可给予刑罚处罚。而捡到他人遗失物后占为己有的行为则与非法占有代为保管物、埋藏物行为的性质不可同日而语,体现的社会危害性与行为人主观恶性有明显差异,不应纳入刑罚范围。

其次,从立法伦理精神的角度分析,为什么也能得出侵占罪中“遗忘物”不包含遗失物呢?因为从遵从人的自然本性角度看,捡到他人遗失物而不交出是人的自然本性,拾金不昧只是应当提倡的一种道德追求,而不应该是法定义务,将捡到他人遗失物后占为己有的行为认定为犯罪,显得过于严苛,违背常情。我上面提到的《在美国,做好事也很“窘”》一文中说,作者有一次在旧金山捡到2000美元油票,失主招领后,非要给她200美元酬谢,她执意不收,说这是应该做的,失主向她解释后她才知道,原来,当地法规规定,失主必须向捡拾东西的人按照失物价值的10%给付报酬。美国地方法规规定拾金不昧应该得到失主的报酬,这是很符合人性的,因为人的本性是自私、自利、自爱的,捡到他人遗失物后要想归还失主,必然占用行为人的时间和精力,失主支付报酬是情理之中的事。所以说,人的本性都是自私、贪婪的,捡到他人遗失物,当然地想占为己有,拒不归还还是情理之中的事,怎么能规定为犯罪呢?我国虽然一直倡导拾金不昧的美德,但可能绝大多数中国人是做不到拾金不昧的,既然绝大多数公民都做不到的事情,刑法又怎么可能非要逼着公民去做到呢?这样的刑法不是太强人所难了吗?所以从这一点上分析,我国《刑法》规定的侵占罪中“遗忘物”也是不当包含遗失物的。

二、你认为司法实践中存在违背刑法应有的伦理精神处理的案件吗?你对这类案件作何评论?

除了我国《刑法》立法中存在违背刑法伦理精神的罪名,以及实践中存在从违背伦理精神的角度对法条作出误读外,在具体案件的认定处理上,有的案件也是违背刑法应有的伦理精神的。下面仅以公众关注的许霆案和梁丽拾金案为例。

先说许霆案。2013年,许霆案迎来“第三季”,许霆提出申诉,且法院已经受理。