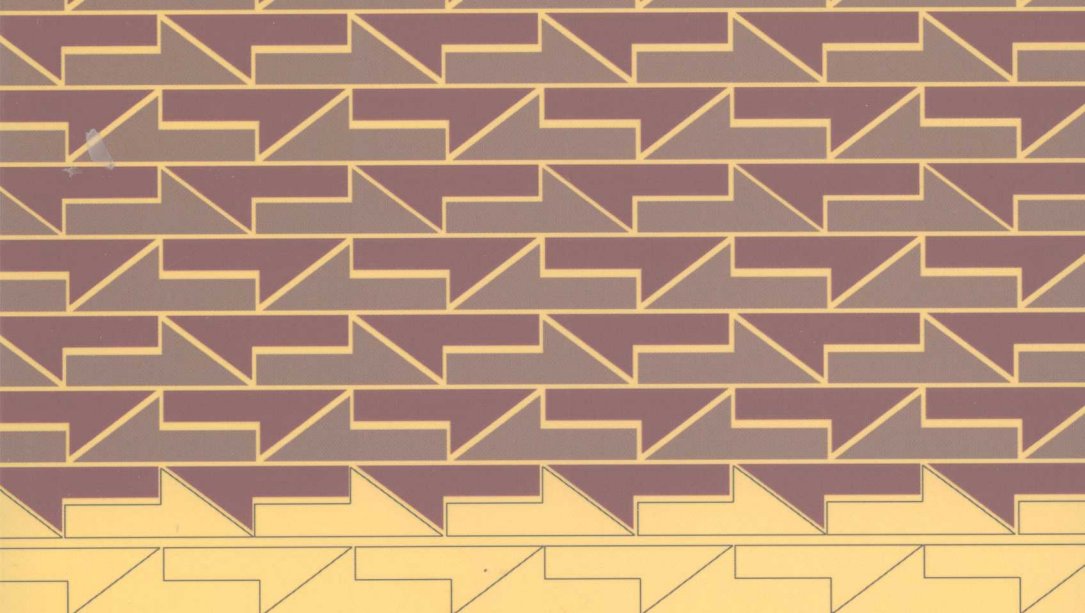


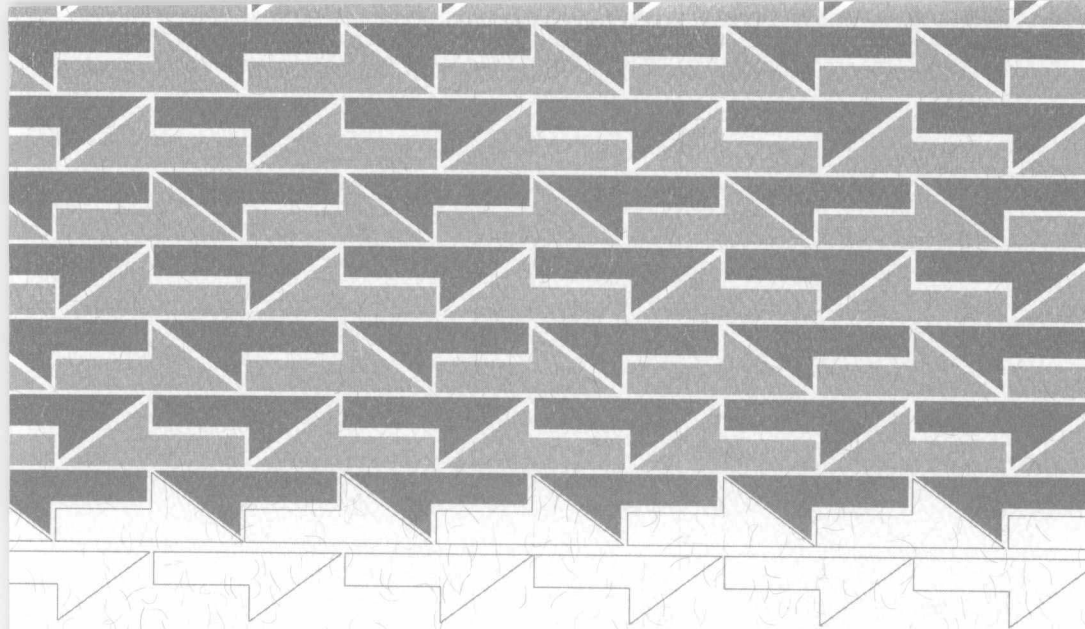


法 科 学 生 读 本

刑法案例 优秀作业选

陈兴良 / 主编

 中国人民大学出版社



法 科 学 生 读 本

刑法案例 优秀作业选

中国人民大学出版社

• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法案例优秀作业选 / 陈兴良主编.

北京: 中国人民大学出版社, 2008. 10

(法科学生读本)

ISBN 978-7-300-09879-1

I. 刑…

II. 陈…

III. 刑法-案例-分析-中国

IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 165166 号

法科学生读本

刑法案例优秀作业选

陈兴良 主编

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) 010-62511398 (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 河北三河市新世纪印务有限公司

规 格 148 mm×210 mm 32 开本 版 次 2008 年 11 月第 1 版

印 张 10.25 印 次 2008 年 11 月第 1 次印刷

字 数 180 000 定 价 28.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

序

我在北大法学院从事本科刑法教学过程中，总是想在法条与思想、法理与文采之间保持某种张力，使学生不至于在刑法的学习当中，思想被法条所束缚，文采被法理所窒息。因此，每学期布置两次平时作业，恰好是给学生一个能够自由抒发思想、充分张扬文采的“放风”的机会。每当看到学生以一种十分认真的态度对待平时作业，并有一些带着稚气的佳作问世，由衷地感到欣慰，一种呵护之情油然而生。这些作品，虽然不是严谨的论文，也没有深邃的思想，但如同清晨点缀着露珠的花朵，自有其吸引人的地方。在这种情况下，就有了一种将其中佼佼者编辑以后加以出版的念头。就在这个时候，中国人民大学出版社推出了“法科学生读本”这一面向法科学生的读物。我想，法科学生自己写的东西也应该纳入法科学生的阅读范围，使他/她们能够互相沟通、互相参照。在这种情况下，征得出版社的同意，将《刑法案例优秀作业选》一书纳入丛书，作为主编者，我为之庆幸。

收入本书的是学生对案例分析的作业。我选择的两个案例，均是疑难案例。如若没有较深的理论功底，是难以对这些案例进行法理分析的。通过这种案例分析的训练，可以使同学们将课堂上与书本上所学的关于犯罪构成的理论，实际用于对具体案例的分析，这也是一种法律思维的训练和法律技能的训练。因此，这些作业既是对同学们刑法学习情况的一种检阅，也反映了北大法学院刑法教学的现状。

在本书中，我的两位助教文姬（博士生）和蔡桂生（硕士生）对每份作业都做了简要的点评，可以作为对作业评价的一种参考。

此外，书中也收入了我对这两个案例的分析短文，作为参考的答案。

刑法是一个重要的部门法。对于法科学生来说，刑法的学习是十分重要的。可以说，在整个法律体系中，刑法都具有独特的地位。其思维方法也具有独特性。经过刑法的学习，掌握刑法要义，更重要的是掌握刑法思维方法，对于将来从事法律职业必将受益无穷。随着民商法等部门法的壮大，刑法发展规模相对较小，在学科教育中刑法的教学时数也一再削减。在这种情况下，更要求我们刑法教学人员通过刑法讲授，吸引学生，使同学们感受到刑法的魅力。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年8月7日

目 录

上编 变性后重婚行为之定性

案情及参考答案

陈兴良	2
1. 论变性重婚案	
王天时	5
2. 宽容与不容	
张梦媛	19
3. 法律漏洞中潜伏的争议	
——丈夫变性后与他人结婚是否构成重婚	
施东沂	35
4. 圣殿背后的怪力角逐	
——变性婚姻引发的法律博弈	
袁 嘉	56
5. 已婚者变性后再婚行为之定性研究	
——从一则案例谈起	
李 晶	70
6. 法律罅隙的探讨	
——丈夫变性手术后与他人结婚是否构成重婚	
金 秋	83
7. 变性人重婚问题探析	
——从一个重婚罪案例说起	
万里鹏	93

8. 刑谦抑, 法有情

——同性恋重婚案分析

郑莹莹 108

9. “他”“她”之间

黄若微 126

10. 公平区人民法院刑事判决书

蒋道娟 143

下编 抢劫性勒索行为之定性

案情及参考答案

陈兴良 158

1. 徘徊于此罪与彼罪之间

——对“非典型”暴力取财犯罪行为的认定

梁 日 163

2. 比较视野中的规范分析

——以辨别相似罪名之方法对疑难案例的规范性分析

张 瑞 181

3. 模型的运用

石 晶 201

4. 从规范到事实

刘 月 211

5. 不畏浮云遮望眼

——“强行借款”行为的定罪分析

郑莹莹 230

6. 法网恢恢 疏而不漏	
——马某抢劫案的案例分析	
武 斌	246
7. 刑法精细化	
——罪刑法定的现实回应	
汪闻超	255
8. 理性在事实中的延伸	
——由马某案剥出罪与罪的界限	
张 晟	267
9. 犯罪并非对于刑法条文的演绎	
——以暴力胁迫方式向他人“借款”行为的定性分析	
周 淳	284
10. 微观与宏观的考量	
冯 雷	302

来言志述及酬案

史书

上 编

变性后重婚行为之定性

案情及参考答案

陈兴良

秦女士与丈夫陈某于1993年10月20日结婚，共同生活到2002年5月，某日，陈某突然失踪，经多方寻找仍无下落。2004年春节，秦女士在街头偶遇陈某，让她大吃一惊的是陈某穿着女人衣服，还化了妆。秦女士问他跟谁跑了。陈某却抱歉一笑，让秦女士不要等他了，说他已经做了变性手术，现已结婚嫁人。秦女士才知道陈某自幼患易性癖，进行变性手术后向原籍公安机关重新办理了女性身份证明，并与他人结婚。

问题：丈夫做了变性手术后与他人结婚是否构成重婚罪？

本案是一个较为离奇的案件，出现的几率极小。但它毕竟在我们的现实生活中出现了，由此而形成对法律的挑战。

在本案的处理过程中，存在两种不同意见：第一种意见认为，陈某不构成重婚罪。因为我国法律不认可同性结婚，所以婚姻关系一方“变性”这个事实足以导致原婚姻关系的终止，应当与当事人一方“死亡”的法律效力等同，无须再履行离婚的法定程序。所以，陈某变性后与秦女士的婚姻关系自动解除，又和他人结婚，不构成重婚罪。第二种意见认为，即使是变性，由夫变成妻，也违反了我国《婚姻法》

和《刑法》的相关规定，违反了一夫一妻制度，符合重婚罪的构成要件，构成重婚罪。这两种意见可以说是针锋相对的，我们面临着到底是赞同第一种观点还是赞同第二种观点的立场选择。而这种选择又关乎陈某的罪与非罪，确实应当慎重。

对本案分析可以从对重婚一词的分析开始。所谓重婚，是指已有配偶又与他人结婚。因此，重婚之所谓“重”，是指一身而兼有双重的婚姻关系。就此而言，陈某的行为似乎符合重婚的特征：陈某与秦女士已有婚姻关系，变性以后在未与秦女士办理离婚手续的情况下又与他人结婚。在此，显然存在双重婚姻关系。如此说来，似乎陈某构成重婚罪。但我们进一步追问，重婚罪的本质是什么，即它所侵害的客体是什么？对此，在婚姻法上有明文规定，重婚罪违反的是一夫一妻制。何谓一夫一妻制？一夫一妻制就是以一男一女结为夫妻的婚姻形式，是我国《婚姻法》的一项基本原则。违反一夫一妻制的行为表现为一夫多妻或者一妻多夫。但在本案中，虽然存在双重婚姻关系，但未出现一夫多妻或者一妻多夫的情形。对于陈某来说，前有一妻，后有一夫。陈某在变性以后，事实上已经放弃原有与秦女士的婚姻关系，又以女性的身份另嫁他人，这种行为从本质上来说并没有违反一夫一妻制。因此，我认为陈某的行为不构成重婚罪。

陈某的变性，致使其生物学上的性别发生了变化，在公安机关办理女性身份证以后，社会身份也发生了变化。在这种情况下，陈某不可能与秦女士继续保持原先的婚姻关系，这可以说是一种事实上的离婚。事实婚，过去只是指事实结婚，但事实上的离婚也是可能的。在陈某变性以后，正确的做法是应当先通过法定离婚程序解除与秦女士的婚姻关系，然后再与他人结婚，但陈某采取逃避的方法，并且未征得秦女士同意便做变性手术，又与

他人结婚，这对秦女士的人身权利确实是一种侵害，但并不符合重婚罪的本质特征。主张陈某应当定罪的意见认为，法律并没有把重婚罪特别规定为一夫多妻或者一妻多夫，为人夫而变人妻者同样是有配偶者，不能说在变性手术之前有配偶，而变性手术之后就没有配偶了。我认为，法律上的婚姻关系确实不会因为变性而自动解除，但法律只是一种形式，在变性以后婚姻赖以存在的生理基础已经不复存在，原有的婚姻关系实际上已经濒临灭亡。

从陈某的行为是否构成重婚罪，我们可以看到存在两种刑法解释方法之争拗：形式解释论与实质解释论。主张陈某有罪的意见显然是持一种形式解释论，仅仅从重婚的字面上理解重婚罪，从而得出陈某构成重婚罪的结论。而主张陈某无罪的意见则是持一种实质解释论，对于重婚不能仅从表面上看是否存在双重婚姻关系，而是要看重婚罪的实质是对一夫一妻制的违反，陈某的行为恰恰不具有这一重婚罪的本质特征。在刑法适用解释中，如何正确处理形式解释与实质解释的关系，确实是一个十分复杂的问题。我个人认为，在犯罪认定中首先应当进行的是形式判断，如果在形式上不符合某一犯罪的构成要件，则根本不构成犯罪。但形式上具备犯罪的外在特征，仍然不一定构成犯罪。因为，形式判断只是犯罪认定的第一步，接下来还要进行实质判断。如果虽然形式上符合某一犯罪的外在特征，但实质上不具备某一犯罪所要求的法益侵害性，仍然不能构成犯罪。根据这样一种定罪的思维方法，我认为陈某的行为形式上存在双重婚姻，但实质上并没有违反一夫一妻制，因而不构成重婚罪。

1. 论变性重婚案

王天时*

置身法的世界犹如漫步密林深处，上下纵横，错综复杂，尤其需要注意的是，随着人们思想认识、科学技术水平、社会伦理价值观念等多方面的发展变化，现实中的法也随之而变化着。而在此变化的过程中，法的发展往往犹如开垦荒地一样，需要对一些未曾有过共同认识的问题作出开拓性的认定。在本案所涉及的变性手术后的婚姻关系争端，正是目前婚姻法、刑法的前沿问题，变性手术本身就是近年来随着外科医学技术发展才出现的，在法律实践中，有很多与之相关的问题和争议。

出于上述的原因，在本案的分析过程中，我采取递进式的结构。首先，对犯罪构成作出一般性的分析，表明对争议问题的态度；其次，对本案分析具有重要意义的身份认定问题，作出独立的、更深层的分析；再次，对本案的更核心和更本质的问题，即如何进行法律解释，作特别的分析；最后，则记录了有关本案中涉及的同性婚姻这一前沿问题的思考。

* 作者系北京大学法学院 2006 级本科生。

一、犯罪构成分析

重婚罪在我国《刑法》见于第 258 条规定：“有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，处二以下有期徒刑或者拘役。”而结合本案具体情况可以看出，案件主要涉及“有配偶又与他人结婚”这一条款的内容。

就犯罪构成理论而言，区别本案中陈某行为罪与非罪的关键问题主要涉及两个方面，即如何认识罪体的行为事实和罪责的心理事实。

（一）罪体

1. 主体

对于本案中陈某的主体认定是案件的争议核心之一。主体可以分为一般主体和特殊主体。所谓一般主体，即刑法对行为人没有身份上特殊要求的主体，可以说所有自然人都是一般主体；所谓特殊主体，即刑法对行为人具有身份上特殊要求的主体。在本案中，重婚罪对主体是有明确身份要求的，即陈某必须满足与秦女士的婚姻关系尚未解除的条件，也就是说陈某必须具有已婚的身份。一种观点认为，陈某自变性手术后，其婚姻关系就自然解除，不具备所谓已婚的身份，不能成为重婚罪的主体；另一种观点则认为，陈某的婚姻关系未经登记不得解除，其主体身份尚存。

我认为，陈某在进行变性手术前尚未与秦女士解除婚姻关系，失踪时间也远不足以认定为死亡（也不足以认定为失踪，但即使认定为失踪，据法定情形也不能认为陈秦二人的婚姻关系无效，故此处不予讨论），虽然其在手术后又前往原籍所在地注册新的身份，仍然不能就此单方解除需要双方合意才能解除的婚姻关系，

陈某仍然具有已婚身份,具备重婚罪的主体要求。在下文关于身份认定问题的部分,将会更加详细地叙述如此认定其身份的理由。

2. 客体

在行为客体方面,陈某再次结婚行为的客体即行为指向的应该是秦女士和因不知情而又与陈某结婚的丈夫。

3. 行为

在行为方面,陈某在进行变性手术后与他人结婚的行为实属纯正的作为行为,即违反刑法对于重婚罪的禁止性规定的行为。陈某的行为也充分体现了犯罪行为的体素、心素与实行性。

(二) 罪责

在罪责的心理事实方面,本案中具有一定不明确性的内容主要涉及故意中认识因素与主观的附随情状中动机的问题。

1. 认识因素

在故意的认识因素内容中,尤其不明确的问题是陈某对自己的身份认识上的不确定,即主体认识不明确的问题。在变性手术后,陈某认为手术行为和结果足以改变其作为已婚丈夫的身份。

在对行为的认识上,从案件情况可以看出陈某对其再次结婚行为的性质无明确认识,对其自然属性和社会属性均无认识。

由于对行为认识的不足,导致了其客体认识上的不足,认为其行为对秦女士没有指向性。

2. 动机

在动机问题上,动机的产生最终应归因于陈某自幼就有的易性癖(关于其行为的动机,案情梗概中存在未曾言明之处,故不作为犯罪构成分析的重点),其动机具有很大的强度。

二、身份认定问题

主体身份认定问题的争议，决定了陈某能否构成重婚罪特殊主体以及对本案作出合理分析所不能回避的问题，也可以说是揭开本案迷雾的最有效工具。

在关于本案的各种争论中，存在两种截然不同的认识。其中一种观点认为陈某重婚罪不能成立。主要理由在于：陈某在变性手术后，事实上其身份已发生了根本变化，这种不可抗拒的变化必然导致原来身为夫妇双方的陈秦二人处于同性的状态；我国《婚姻法》不承认同性婚姻，所以陈某与秦女士的婚姻关系也自动解除，陈某已经不具备重婚罪要求的已婚身份，不能成为犯罪的主体，其行为也当然无法构成犯罪。

这不禁让我们对几个问题产生疑惑，陈某的身份在变性手术后是否发生改变？如果有改变，是一种怎样的改变？这种改变是否足以使其与秦女士的婚姻关系解除？

众所周知，变性手术对一个人的身份有着至关重要的影响，它能够直接改变一个人的性别，而性别作为一种与生俱来的自然属性，有着特殊的意义。性别这种特殊身份在很多法律关系中具有重大的影响，特别是在婚姻关系中，一个人的性别可以说起着基石的作用，没有这样一个牢不可破的基石，婚姻关系就不能维持稳固，在我国也根本无法实现（在一些承认同性婚姻的国家，则不存在这一问题，在后文中我将加以详述）。陈某的变性手术事实上改变了陈某的身份，使其性别发生了本质改变，但是法律意义上，陈某的身份，特别是已婚的身份，是否能够得到改变，尚有待探讨。

(一) 陈某的行为不满足法定婚姻解除的条件，已婚身份不能消灭

众所周知，解除婚姻这种特殊的法律关系，法律明确规定了三种途径：双方合意离婚的情况，双方必须到婚姻登记机关申请离婚，婚姻登记机关查明双方确属自愿离婚并对子女、财产问题已有适当处理时，准予离婚；婚姻双方中任何一方要求离婚的情况，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼，经调解无效，查明双方感情确已破裂，满足法定的若干离婚条件时，准予离婚；婚姻双方中任何一方经认定死亡后，可认定婚姻关系解除。

陈某的行为显然不符合解除婚姻关系的任何一种情况。在不符合离婚的法定途径（双方合意、单方诉讼、一方死亡），甚至在一方不知情的情况下，婚姻关系显然是不能够解除的。如果承认这种解除婚姻关系的方式无疑将给《婚姻法》的实施带来巨大的障碍，对我国婚姻制度造成巨大的冲击，甚至会造成同样法律相似情形下不同等施用带来的不公正，而破坏法律所维护的比较正义。

针对上述问题，一种解释认为：陈某经过变性手术后，其性别发生了本质改变，实际上已经同死亡产生相同的效力。陈某改变性别后与秦女士失去联系，能否如上述观点所认为的产生与死亡相同的效力呢？

《婚姻法》所确立的婚姻一方死亡则婚姻关系解除的规则，可以认为是针对婚姻双方中一方由于死亡而没有履行婚姻关系中的各种权利义务关系的能力的情况。这种不具备完成婚姻关系所确定的权利义务关系的情况，与陈某变性的情形具有一定的相似之处，但是我认为，法律之所以只规定了死亡能够解除婚姻关系的