

# CURIOSITY

余丰泳 著

T H E C U R I O S I T Y  
O F  
T H E C R I M I N A L L A W

刑法的好奇心

# CRIMINAL

# L A W

余丰泳 著

T H E C U R I O S I T Y

OF

T H E C R I M I N A L L A W

# 刑法的好奇心

## 图书在版编目 ( CIP ) 数据

刑法的好奇心 / 余丰泳著. —北京: 中国法制出版社,  
2017. 4

ISBN 978-7-5093-8263-9

I. ①刑… II. ①余… III. ①刑法—研究  
IV. ① D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 033519 号

策划编辑 王雯汀

责任编辑 王雯汀

封面设计 宋 涛

---

### 刑法的好奇心

XINGFA DE HAOQIXIN

著者 / 余丰泳

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印张 / 8.25 字数 / 171 千

版次 / 2017 年 4 月第 1 版

2017 年 4 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8263-9

定价: 35.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码: 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66060794

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

我们天天走着一条熟路  
回到我们居住的地方；  
但是在这林里面还隐藏  
许多小路，又深邃，又生疏。

——冯至《十四行诗》

## 对于刑法，我们应当保持着对它的好奇

我们一次面也没有见过，甚至在写这个序言之前我都不知他的真实身份。

我和“80后”的余丰泳是微信好友，他几次投稿给我的法律读库，直到某天他发我一份书稿邀我作序。

我看了书稿陡然一惊：英雄出少年！

丰泳从事检察工作多年，有着丰富的公诉经验，善于办理重大复杂疑难案件，几年前他出庭应诉的案件获得过湖北省检察机关“十佳刑事抗诉庭”，2015年又在湖北省“公诉案件多媒体示证比赛”中获得第一名。当然，从书稿中还反映出他的理论功底更是十分扎实。

一说到刑法，人们在第一时间想到的，往往是冰冷的法条、残酷的刑罚。也正因为如此，刑法往往会被贴上“冷酷”“枯燥”“残忍”等诸如此类的标签。但，这一切其实都是误解，都是偏见，如果“刑法”本身可以像《我不是潘金莲》里的李雪莲一样会说话，对于这些贴在它身上的错误标签，它一定会大声地说：“我不是这样的！”

事实的确如此，如果说在所有的部门法中，非要投票选出

最有意思的那一个，我相信刑法的得票率一定是最高的。因为在刑法的世界里，你会遇到太多匪夷所思、令你大跌眼镜的案例；你需要在各种罪与非罪、此罪与彼罪间绞尽脑汁，让自己的大脑进行左右互搏，自己与自己进行一场又一场无声的辩论；你将在情与法、现实与假设间不断地揣摩、不断地思索、不断地建立、不断地打破。所有的这些，都可以用两个字来形容：“有趣”。

刑法虽然“有趣”，但这种“有趣”却又不会那么轻易地被人发现。如果你站在刑法的门前，只是简单地把刑法典拿在手里翻弄，你看到的也不过是一些生硬的概念和罪名的构成以及有关刑罚的规定，这样一来，别说“有趣”，估计你连持续阅读的欲望都会被那些条文给磨没了。所以，要想发现刑法的“有趣”，你必须要有了一样东西，那就是——对于刑法的好奇心。

好奇心是人类最好的老师。因为好奇，才会产生一探究竟的欲望，才会沉下身子、静下心来去研究那些想要知道答案的问题，才会在这个研究的过程中增长知识、拓展见识，从而获得内心的愉悦。

刑法也是如此，到底什么样的行为才是盗窃？强奸罪是否只是侵犯性权利？通奸罪的前世今生？当你把刑法中的一个罪名放入历史的视角中，就会发现这些平日学习、工作中再平常不过的名词，背后竟然有那么多不为人知的故事。

除了从历史的视角去探寻一个个罪名的渊源，我们还可以想象自己站在地球之外，让自己的目光在东西方的地域中来回比较。从东方的梁山好汉到西方的十二怒汉，从中国的侠客对

决到欧洲的骑士决斗，从手刃阎婆惜的宋江到伦敦街区的开膛手杰克，这些原本站在地球两端的人们，都会在刑法的世界中相遇，让你在這些比较中渐渐理解东西方在刑法理念中的同与不同。

对于刑法的研究，是不是永远只能在课堂之中，法庭之上？除了高大上的假发、精致的法袍、慷慨激昂的律师、正襟危坐的法官，刑法距离乡土与基层，到底有多远？刑法所追求的目的究竟是保护人权还是打击犯罪？辩诉交易到底是在维护正义还是在放纵犯罪？也许，当你从校园中走入社会，将过去的所学投入当下的实践，你就会发现自己的疑惑越来越多。刚毕业时的自己，感觉自己已经学过了很多，而如今的自己，却愈发觉得自己不懂的更多。

好在，上述的种种问题，在中国法制出版社的这本《刑法的好奇心》中，都能找到答案。打开这本书，就如同坐上了阿拉伯的飞毯，在刑法的世界中肆意地飞翔，时而冲上高峰，时而穿越峡谷。那些生硬的名词概念变得生动起来；那些曾经苦思不得解的问题有了新的答案；那些过去以为已经无须争论的话题又有了可以解读的新角度。

正如“好奇心”到底是什么很难去解答一样，你也很难对《刑法的好奇心》进行归类。它既有对于刑法理论的探究，又有对刑事实务的思考；既有对刑法历史的回顾，又有不同地域间刑法问题的比较；既有教科书一般的严谨，又有推理小说一般的有趣。所以，在我看来，这样的一本书，就如同刑法本身，它内涵丰富，又不落窠臼，是一种很好的尝试，更是一次勇敢

的创新。

对于刑法，我们应当保持着对它的好奇。对于其他，又何尝不是如此。

愿读者都能在这本书中找到属于自己的快乐。

赵志刚

最高人民法院检察技术信息研究中心主任

微信公众号“法律读库”创办人



# 目 录

---

## 温故 罪名检视

---

什么是盗窃罪 I .....	003
什么是盗窃罪 II .....	011
夜盗、夜禁及其他 .....	020
通奸的罪与罚 .....	029
强奸罪的“常识” .....	038
杀人者的罪责 .....	046

## 知新 刑案远眺

---

被忽视的物证与冷知识 .....	057
苏珊娜的故事 .....	067
决斗与打架的杂谈 .....	075
从宋江的两个死罪说起 .....	083
毒药、悬案及检讨 .....	091
概率论、贝叶斯与司法证明 .....	100

## 切问 书影之余

---

跛足的法律.....	113
辩诉交易为什么胜利 .....	120
梁山是黑社会组织吗 .....	131
在颠簸中送法下乡 .....	142
十二怒汉的世界 .....	150
法庭如何获得尊崇.....	161

## 近思 刑律所及

---

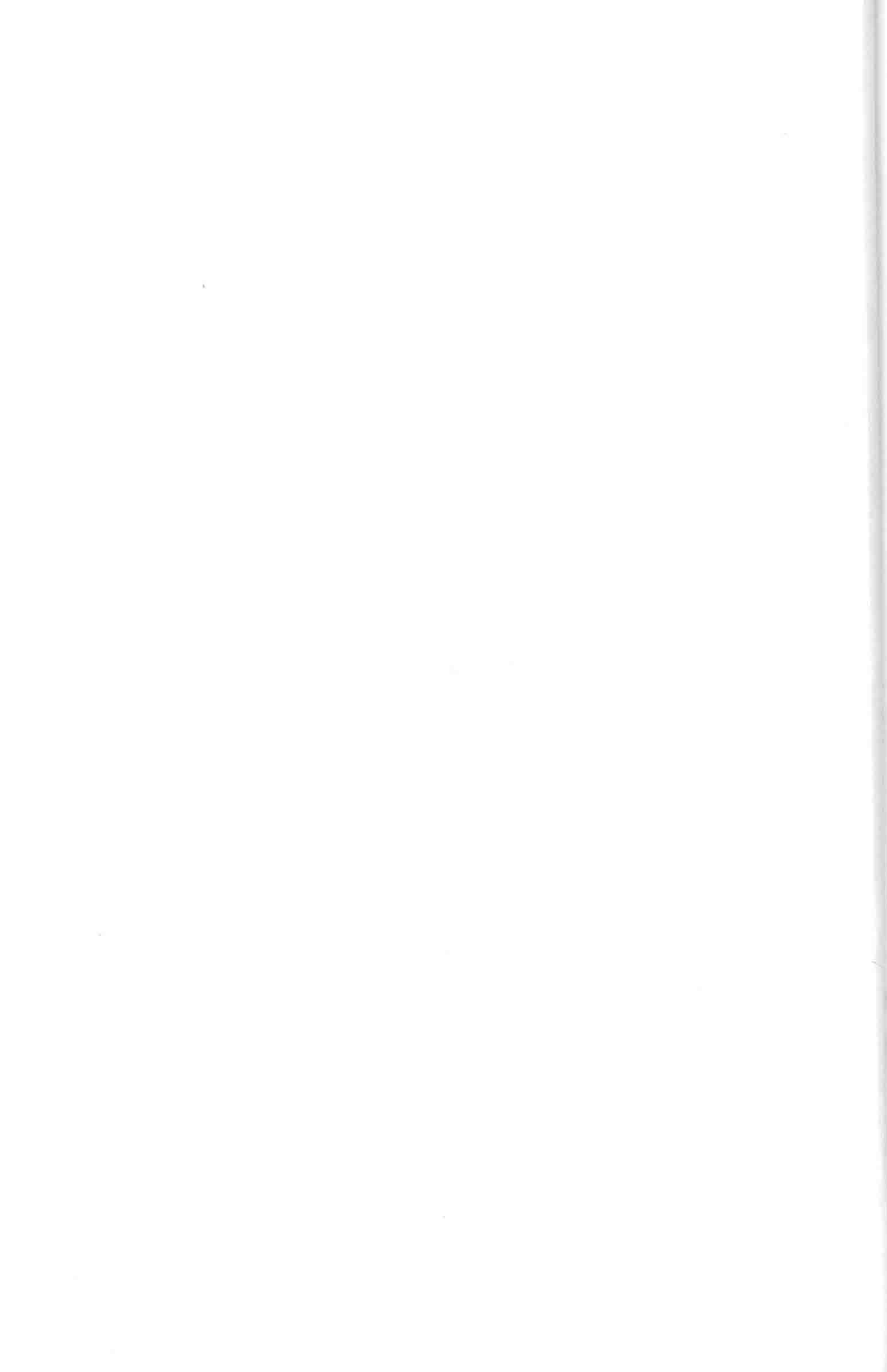
从车马伤人到危险驾驶 .....	171
声名狼藉的“口袋罪” .....	182
“确有错误”的刑事判决.....	191
非法证据排除之惑.....	207
列席中的法律监督.....	220
缚在卷宗里的审判.....	230

参考文献 / 237

后 记 / 244

温故

罪名检视



## 什么是盗窃罪 I

### 1

人人都知道什么是盗窃罪，只有法学家是排除在外的。这还真不是一句打趣的话，因为大众朴素的观感，没有被严密拗口的法律概念所侵扰，对盗窃这类常见犯罪，压根不需要极力挖掘或探究，社会生活中千锤百炼出来的经验，就足够用了。糟糕的是，一旦变成法学家要面对的法律课题，反而变得没那么明显了。

起码有两个理由可以佐证。一是面对“许霆案”“梁丽案”这样一些案情十分清楚的案件，法学家们的意见从来就没有达成一致过。这跟舆论的强烈反响是两回事，后者主要是针对判决结果给出最直观的道德质疑，而法学家们溯本求源，对是否成立盗窃罪，是否成立犯罪竟然还争论得十分激烈，各执一词不愿认输。二是随处可见于法律报刊上对于某个新式侵财案件成立何罪的案例分析，盗窃总是和侵占、诈骗、抢夺甚至民事上的不当得利、侵权纠缠在一起。这些法律报刊主要是以法律

实务工作者为阅读对象的，可见理论总是灰色的。

查阅列国现行刑法，盗窃罪总是被归于侵犯财产罪的类别之下，换句话说，盗窃罪被看成是侵犯了他人财产权的罪行。不管侵犯的是私人物品还是公共财产，所有权还是占有权，也不管采取暴力还是秘密手段，总之，人们普遍的看法是财产权益受到了损害。

然而，将盗窃罪归于侵犯财产罪之下，其实是一种很现代的观点。从英美法系的盗窃罪变迁情形来看，直到18世纪，英国著名法学家布莱克斯东第一次将盗窃罪归于对私人财产的侵犯，此后这个观点才逐渐被立法和司法沿用。

从历史上来看，盗窃罪的处罚目的并不着眼于保护财产不被侵吞，而是防止秩序被毁坏。盗窃罪在原初形态中之所以被视作犯罪，是由于其外显的偷盗行为，在早期社会里，很多法律中都有对现行犯的窃贼可以杀死的规定，比如《十二铜表法》中就规定了，对现行窃贼是可以动用私刑的，法律处罚的严苛，看起来是超出现代法律中罪行相适应的精神的，但这，怕也远不是“野蛮”或“残酷”这样的词语就可以轻轻带过。事实上，早期盗窃所囊括的范围要广得多，法律并不区分贼盗、夜盗或强盗，这些行为的共性掩盖了他们之间的区别，他们都有一个类似的形象：侵入社区或者住宅，取走了不属于他们的财产，扰乱了人民的安宁感。这种外在的行为表现让人们感受到了犯罪的存在，也因此，那些“鬼鬼祟祟”“形迹可疑”才是形容盗窃犯罪恰当的词语。

这种现象是各个法系早期时的共同特征，如我们熟悉的那

句政治格言：“王者之政，莫急于盗贼。”《法经》虽然失遗，这句话却留了下来。这不仅是《法经》将《盗》立为六篇之首的缘故，也是此后中华法系各个朝代律法的通常做法。此处的“盗贼”不是今天所使用的语义中的“盗贼”。大体上来讲，“盗”不仅包括现代意义上的偷盗，也指涉强盗、抢劫；“贼”也不是小偷的同义词，指的是危害国家政权的人，乱臣贼子说的就是那些谋反的人们。将“盗”与“贼”同流合污成为一个固定搭配或词语，实际上说明了“盗”之危险不亚于“贼”。或者，以小观大，也可以把“盗”看成是较弱意义上的“贼”。国家的安全原本就植根于社区、村落、集镇，小块地方的安宁，才能聚集起大国的祥和。

这样看来，对于以往的起诉书或判决书中类似用“窜至”“逃窜”等词语描述的盗窃犯罪事实，似乎有了新解。不错，法律裁判力求客观、公正，正行进在脱离道德评判的道路上，也因此，这样的字眼总是要受到学者批判，认为这些词语是对嫌疑人、被告人的人格贬斥。这样的批评是有道理的，因为我们被“运动”的次数太多了，“扣帽子”都快成为某些人的本能了，法律文书也不免未洗脱掉全部来自专政化治理的色彩。也有另一种可能，或许这些词语的着重之处在于对犯罪的形象描述，正是这些向外展露的行为让我们看到了犯罪的发生。这未免不是代表了对诸如盗窃这类犯罪的古老又朴素的普遍看法的残迹，好比亿万年前宇宙大爆炸之后残留的微波背景辐射，那不是天线上的鸽子粪造成的。

奇怪的地方在于，罗马法中对于现行盗窃犯和事后人赃俱

获者的处罚是不同的，对前者的处罚异常严酷，夜间抓获更可以不经审判当场处死。而对于后者，大多是以金钱赔偿方式了结。《出埃及记》中可以合法杀死的盗贼是掘地为盗者，这也属于现行犯。这也进一步佐证了展现盗窃罪的内核是那些惊扰安宁的行为，而非盗走财物的数额大小。在现代法律中，这两者不仅都囊括进了盗窃罪的范畴内，而且情况恰恰相反，前者中的大多数很可能只够得上未遂，依法还是从轻发落的正当理由。这两种截然不同的分类体系，分属于法律的孩提时代和成熟时期。这是盗窃罪历史中一处陡然的转弯，法律有时候像一股乱流，我们不知道它是什么时候逆流的。

## 2

英美法系中对盗窃罪的第一个制定法定义，来自于1916年英国的盗窃法案（*Larceny Act 1916*），根据该法案，盗窃罪是指，未经所有者同意，欺骗并且没有善意的权利请求，以永久剥夺所有者权利的故意，获得并取走任何能够被盗走的物品的行为。这时候的立法也已经是很现代了，回溯那些更早时期的案例，对盗窃罪来说，普通法传统中尤其重视“侵入性地获取”这样一个重要特征，“没有侵入就没有盗窃”。这种“侵入”更多地传达了行为可被立即识别的观点，目击者看到之后，就会立即联想到犯罪的发生，真切感到社会秩序正受到威胁。

“侵入”在一种情况下会被否定：行为人在占有了原主的财产之后予以侵吞的行为，不构成盗窃，即“占有豁免原则”。随



着经济社会的发展，对财物的占有和实际控制之间的裂缝已经越来越大，但在更早的时候，这两者的一致性非常高。因此，在这种情况下取走他人财物，并没有“侵入”发生，也就不需要承担刑事责任。

最典型的情况是，承运人将托运人的包裹予以出售或据为己有不构成盗窃。因为在这种情况下，承运人合法地占有了要承运的整个包裹。占有豁免原则的经典解释是，造成的损害属于私人，可以通过补偿方式弥补，法律不过多地入侵私人领域，尊重个人之间的意思自治，所以才予以豁免。

假若承运人将包裹打开，取走里面的物品呢？这种情况下，则一直存有争议，依据占有豁免原则，这仍然不构成盗窃。但1473年星座法院的一个案例突破了这个原则，从此形成了一个新的“打开缄封”规则。这个案件的事实一目了然：一个商人和承运人谈好价钱，要将几包染料送到南安普顿，承运人接收货物后，私自运到了另一个地方，打开封包取走了染料。承运人最终被判决犯有盗窃罪。取走的是整个包裹，还是里面的物品，竟然构成罪与非罪的分界线？看起来，法律在鼓励承运人不要打开包装，直接出售货物。从直觉上看，这的确是匪夷所思的。另外一个矛盾在于仆人拿走主人家的物品，在普通法上则一直是构成盗窃罪。仆人在替主人管理家什时，为何又不享有占有豁免呢？

回答这样的问题，的确是让人捉襟见肘。犯罪是社会经验的凝结，立法的提炼并不与之时时合拍，法律尽管在不断变更，却并不是一以贯之，可以画出一条明朗的路线。不过，一个牵