

内容简介

本书对刑法分则的二百余个罪名进行了全面探讨。全书共分三编：第一编对个人法益的犯罪，包括侵犯公民人身权利和民主权利罪、侵犯财产罪两章。第二编对社会法益的犯罪，包括危害公共安全罪、破坏市场经济秩序罪和妨害社会管理秩序罪三章。第三编对国家法益的犯罪，包括贪污贿赂罪、渎职罪（侵害国家作用罪），以及危害国家安全罪、危害国防利益罪和军人违反职责罪（侵害国家存立罪）共五章。对每个罪名大致按照概念、保护法益（行为对象）、实行行为、主体、罪过的顺序加以讨论。

本书重点突出,详略得当,积极回应教学和司法实务的需求,对侵犯人身权利罪、侵犯财产罪以及破坏市场经济秩序罪进行详尽讨论,对发案率较低、争议不大的犯罪原则上只涉及概念和实行行为部分,注重对具体问题的解决,问题意识浓厚,实用性强。

本书适合大专院校和科研机构中从事法学研究、学习的研究者、教师、学生以及其他爱好者、兴趣者阅读。

图书在版编目(悦孕)数据

刑法各论讲义 周光权著 北京 清华大学出版社 周光权

(清华大学法学系列教材)

陽 星 苑 園 藝 基 礎 研 習 冊

I 捌...摇 II 捌...摇 III 捌法 原分则 原中国摇 IV 捌...原藏

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (9501) 第 00400 号

出 版 者：清华大学出版社

地址：北京清华大学学研大厦

漢族: 韓 賴 曾 曾 聯 壽 漢 縣 君 漢 曹 士

邮 编：510000

社总机：0510-82000000

客户服务：(0512) 8321 8321

责任编辑：方摇洁

封面设计：常雪影

版式设计：韩爱君

印 刷 者：世界知识印刷厂

发 行 者：新华书店总店北京发行所

开 本：16开 印张：10 插页：1 字数：20千字

版次: 1997年 1月第 1 版 1997年 1月第 1 次印刷

书 号：陽曆一九四九年四月出版，初版

印 数：员~缘园

定 价：源 粵 元。



目摇摇录

绪论刑法各论的意义、对象和体系·····	V
----------------------	---

第一编摇对个人法益的犯罪

第一章摇侵犯公民人身权利、民主权利罪 ·····	3
第一节摇概述·····	猿
第二节摇侵犯生命、身体的犯罪 ·····	远
第三节摇损害妇女、儿童权益的犯罪·····	员怨
第四节摇侵犯人身自由的犯罪 ·····	圆怨
第五节摇侵犯名誉的犯罪 ·····	缘怨
第六节摇侵犯民主权利的犯罪 ·····	远
第七节摇妨害婚姻家庭权利的犯罪 ·····	苑
第二章摇侵犯财产罪 ·····	85
第一节摇概述 ·····	愿
第二节摇夺取型犯罪 ·····	怨
第三节摇交付型犯罪·····	员缘
第四节摇侵占型犯罪·····	员远
第五节摇挪用型犯罪·····	员源
第六节摇毁损罪·····	员苑

第二编摇对社会法益的犯罪

第三章摇危害公共安全罪 ·····	153
第一节摇概述·····	员



第二节 以危险方法危害公共安全的犯罪	员貌
第三节 侵害特定对象的犯罪	员怨
第四节 具有恐怖性质的犯罪	员怨
第五节 涉及枪支、弹药、爆炸物、危险物质的犯罪	员园
第六节 责任事故型犯罪	员园
第四章 破坏社会主义市场经济秩序罪	212
第一节 概述	员园
第二节 生产、销售伪劣商品罪	员远
第三节 走私罪	员缘
第四节 妨害对公司、企业的管理秩序罪	员怨
第五节 破坏金融管理秩序罪	员园
第六节 金融诈骗罪	猿愿
第七节 危害税收征管罪	猿员
第八节 侵犯知识产权罪	猿源
第九节 扰乱市场秩序罪	猿远
第五章 妨害社会管理秩序罪	369
第一节 概述	猿怨
第二节 扰乱公共秩序罪	猿园
第三节 妨害司法罪	源缘
第四节 妨害国(边)境管理罪	源员
第五节 妨害文物管理罪	源苑
第六节 危害公共卫生罪	源缘
第七节 破坏环境资源保护罪	源缘
第八节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	源怨
第九节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	源源
第十节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	缘园

第三编 对国家法益的犯罪

第六章 侵害国家作用的犯罪 I：贪污贿赂罪	509
第一节 概述	缘怨
第二节 贪污犯罪	缘园



第三节 摇贿赂犯罪·····	缘园
第七章 摇侵害国家作用的犯罪Ⅱ：渎职罪·····	545
第一节 摇概述·····	缘缘
第二节 摇滥用职权犯罪·····	缘愿
第三节 摇玩忽职守犯罪·····	缘猿
第四节 摇徇私舞弊犯罪·····	缘圆
第八章 摇侵害国家存立的犯罪Ⅰ：危害国家安全罪·····	589
第一节 摇概述·····	缘怨
第二节 摇危害国家政权、国家统一罪·····	缘园
第三节 摇叛变、叛逃罪·····	缘愿
第四节 摇间谍、资敌罪·····	远园
第九章 摇侵害国家存立的犯罪Ⅱ：危害国防利益罪·····	605
第一节 摇概述·····	远缘
第二节 摇妨害军事行动罪·····	远远
第三节 摇侵害军事设施、场所、装备罪·····	远园
第四节 摇针对军人的犯罪·····	远苑
第十章 摇侵害国家存立的犯罪Ⅲ：军人违反职责罪·····	622
第一节 摇概述·····	远圆
第二节 摇危害作战利益罪·····	远猿
第三节 摇违反部队管理规定罪·····	远怨
第四节 摇侵犯军事秘密罪·····	远猿
第五节 摇侵害部队装备、物资罪·····	远缘
第六节 摇侵害部属、居民、俘虏利益罪·····	远愿
主要参考文献·····	642
索引·····	643



绪论刑法各论的意义、对象和体系

对行为的处罚必须以事先晓谕的法律为准,这是罪刑法定原则的基本要求。但是,一方面,成文法律可能极其抽象,难以为司法人员所准确把握。另一方面,社会形势的急剧变动可能使事前法难以回应司法实务的需要,惩罚的迫切和成文刑法的缺乏之间的矛盾随时都存在,这使得刑法解释学的意义得以凸显。刑法解释的重要方面就是对分则含义做出学理阐释,解释的合理与否决定着处罚范围的大小,与对个人的生杀予夺休戚相关,所以对刑法分则问题的解释必须慎之又慎。

本书对刑法各罪问题的讨论主要限于中国刑法分则以及刑法修正案,其核心内容是结合实际发生的犯罪现象并在罪刑法定原则的指导下解释刑法规范,使之能够更好地适用于司法实务,以维持法规范具体的妥当性、安定性和同一性。

一、刑法各论的意义

从刑法学发生史上看,刑法各论远比刑法总论的历史久远。古代刑法并无总论与各论的区分,而只对具体犯罪的构成条件以及处罚标准加以规定,刑法总论自然无立足之地。14世纪意大利刑法学者开始研究帮助犯、教唆犯、未遂、正当防卫、责任能力等问题,刑法总论的思想开始萌芽,经由15世纪德国刑法典、奥地利刑法典的逐渐发展,刑法总论的独立地位才开始确立。1804年法国刑法典对刑法总则做出完整规定后,刑法总论的研究才正式走上正轨。在理论上,刑法总论体系的完成要归功于费尔巴哈(《刑法学》),其功绩是无可否认的杰出贡献。

刑法总论是对具有法律上意义的犯罪与刑罚作一般性、概括性研究,内容涉及犯罪成立的一般要件以及特殊的犯罪形态(未遂、共犯),刑罚的本质、种类、

适用条件等。与此相对,各论则对各个犯罪的特别构成要件及其法律效果进行具体的、个别的研究,揭示个别的构成要件的具体内容,并对刑罚适用的种类和份量加以认识。对刑法各论问题的讨论必须以刑法总则的规定以及刑法学总论为指导。刑法总论是对刑法分则的抽象化、体系化,它的严谨和发达与否决定着分则规定的适用和刑法各论理论的演绎。反过来,刑法各论理论的完善对于丰富刑法总论体系、提升刑法总论的整体水平具有决定性的意义。

二、刑法各论的研究对象

刑法各论的研究对象是刑法中的分则性规定,它不仅包括刑法典中关于各罪的分则规定,也包括附属刑法、特别刑法中关于具体的、个别的犯罪的规定,它们确立了当前中国现今实际的犯罪类型。刑法各论研究的目的不仅是要能够理解这些重要的基本犯罪,更重要的在于发展具体的刑法解释论。

刑法各论以阐明各个刑罚规定的含义为己任,这种法解释要以分则性规定为前提,要按照客观解释的要求,在法律的整体目的、法秩序的价值指引下,揭示条文的面字含义,对刑法分则性规定的深层意思、适用条件作符合刑法客观主义精神的探讨。中国目前的社会状况和犯罪态势与以往历史时期都不相同,也与外国的情况不同,所以,仔细研究刑法分则性规定,对于确定具体而妥当的惩罚,意义极其重大。

作为刑法各论研究对象的分则性规定,都是以假定规范的形式存在的:实施某行为的,处以某刑。条文规定貌似简短、枯燥,但是其具体内容却千变万化,一方面针对不同法益的具体危害行为千变万化,另一方面分则中规定的构成要件与时代、社会、文化的关系极其密切,符合这些构成要件的行为对于社会有实际的危害,此时,如何从保护法益的目的着手对刑法分则中犯罪构成的形式构造通过司法过程加以再次“定型化”,需要结合具体案件作相当仔细的探讨。

在对刑法分则条文进行解释时,应当注意克服两方面的倾向:一是仅从形式上解释条文词句,断然地认为行为不符合规范要件就不处罚。罪刑法定主义并不意味着要对任何一种行为都有所规定,妥善处理立法明确化和模糊化之间的紧张关系往往是立法者已经有所考虑的,所以,问题的关键在于解释刑法时对条文含义作实质合理主义的解释。二是单纯因为有惩罚的需要就扩张甚至类推解释分则条文。任意扩大惩罚范围可能会解决某些眼下的现实问题,但是同时也可能因小失大,引发法治的危机。

三、刑法各论的体系

(一) 以保护法益为基准的刑法各论体系

摇摇对犯罪从犯罪学的角度、刑法学的角度都可以作多种的划分。在讨论刑法分则时,一般以行为所侵害的法益来对犯罪进行分类。

刑法各论以保护法益为基准进行分类,刑法典也以保护法益为顺序加以编排,这样可以带来理解和运用上的便利。但是,刑法分则各个犯罪的构成要件,并不是绝对地按照保护法益来区分的,侵害法益的行为的样态也是犯罪分类时要考虑的要素。例如:盗窃、抢劫、侵占都是侵犯个人财产法益的犯罪,其保护法益都是相同的,所以刑法分则将其归于一章,但是,如果不对这些犯罪作进一步分类,就难以解释刑法将它们视作不同犯罪的理由,此时以行为方式的不同为标准进行分类就是有必要的。那么,在建构刑法各论体系时保护法益就是第一层次的分类标准,藉此可以理解各罪的本质,有助于犯罪的定型化,也能带来理解上的便利,这是结果无价值的立场。而法益侵害行为的样态、方式等就是第二层次的补充性标准,这是从行为无价值的义务违反说侧面讨论问题。

此外,要注意,许多犯罪的保护法益并不是单一化的,存在保护法益竞合的场合,例如,诬告陷害就对国家法益(司法秩序)和个人法益同时有侵害,放火罪的法益就涵盖社会法益(公共安全)和个人法益(生命、财产)两方面。对这些保护法益竞合的犯罪,应以主要法益为标准进行归类,但是也不能忽视次要法益对于认识该罪本质的意义。

(二) 法益三分说与两分说

将刑法分则体系化的方法,历来有“两分说”(侵害公法益的犯罪、侵害私法益的犯罪)和“三分说”(侵害个人法益的犯罪、侵害社会法益的犯罪、侵害国家法益的犯罪)之别。

19世纪以来的刑法理论认为个人法益是私法益,而国家、社会法益是公法益,所以,犯罪可以分为对公法益的犯罪和对私法益的犯罪两种。由于国家是社会的一种特殊形态,侵害国家法益的犯罪被侵害社会法益的犯罪所包容,这一观点在19世纪以后被广泛采用。1804年的《普鲁士普通法典》、1804年的《法国刑法典》以及1804年的《巴比伦刑法典》都对犯罪采用此种分类方法。但是,“两分说”并不妥当。理由是:(1)在刑法学领域,个人法益是否就是纯粹的私法益,还值得推敲。早在古罗马时期,人们就认为,对个人的犯罪就是对整个社会的犯罪,所以,个人法益也可以视为公法益,或者说在刑法这一公认的公法领域讨论



公益和私法益的区分意义并不是很大。(圆近代以来的政治哲学和社会理论都强调国家—社会的界分,它们的构成方式、运作模式、对个人的意义都不相同,将国家和社会纠结在一起对于抑制日益强大、难以撼动的国家“利维坦”,对于扶植市民社会、扩大个人生存空间都不利。(獭针对国家的犯罪和针对社会的犯罪明显不同,前者直接威胁政权组织体本身的存在;后者危及国家管理、保护之下个人集合体而非国家体制本身。

这样看来,“三分说”基本上是妥当的,即必须将法益相对地划分为个人法益、社会法益、国家法益。如果否定这种区分,那么,我们就只能说所有的犯罪都是侵害国家法益的犯罪,因为今天的刑法归根结底是国家刑法,是国家为维护一定范围内的法秩序所订立的行为准则。直接针对社会或个人的侵害行为最终都指向了国家,例如生产、销售有毒有害食品,对经济秩序和公共安全都有所威胁,对个人身体有危害,这种犯罪从国家的立场看如果任其蔓延也会动摇统治权威。可见,将所有犯罪都界定为侵害国家法益的行为是最稳妥的观点。但是,这样的主张无助于刑法各论体系的建构。

(三) 本书的叙述顺序

中国刑法典原则上坚持了“三分说”,其大致是按国家法益——社会法益——个人法益的顺序编排的,这充分体现了重视国家法益的思想。日本、德国刑法也采用这种立法例。

但是,在理论上分析刑法各罪时,是否必须严格按照刑法分则体系进行,是值得考虑的问题。当今世界各国较为重视个人法益,这是不争的事实,最近以来的外国刑法立法(尤其是欧洲诸国)大有将个人法益置于优先地位的趋势,这凸显了刑法解释学重视个人利益保护、尊重个人的侧面。在现行的法国刑法、俄罗斯刑法中,个人法益被置于优先地位,规定在刑法分则的第一章。刑法分则各罪的编排顺序事关法定刑配置、人权保护观念的强化等问题,所以并不是无关紧要的。个人法益优先化的做法表达了在特定时期一个国家的根本价值。这些根本价值必须要得到充分保护,不肯定这些价值就要受到惩罚。在日本刑法分则中,虽然侵害国家法益的犯罪规定在侵害社会法益、个人法益的犯罪之前(这反映了刑法制定当时的国家优先思想)^①,但是刑法教科书一般按照侵害个人法益、侵害社会法益、侵害国家法益的顺序讲述。这有两方面的考虑:一是与宪法中所强调的尊重个人原理相契合;二是侵犯个人法益(人格、财产)的犯罪在实践中发案率最高,属常见多发的典型犯罪,杀人、伤害、强奸、抢劫、盗窃等犯罪乃是犯

^① [日]平野龙一:《刑法概说》,吴树轮译,东京,东京大学出版社,1983年。

罪的常态,与个人的关系最为密切,将这些犯罪置于优先地位加以讨论,便于学生理解、掌握以及司法上的适用。

本书也持这种观点,按照对个人法益的犯罪、对社会法益的犯罪、对国家法益的犯罪的顺序对犯罪加以讨论。不过,需要说明的是,本书并未将法益分类法绝对地贯彻到底,例如妨害公务罪、妨害司法罪都是侵害国家作用的犯罪,属于典型的侵害国家法益犯罪,而不是妨害社会利益的犯罪,但为防止过分拆分刑法典,仍然将妨害公务罪、妨害司法罪放在侵犯社会法益罪中加以讨论。当然,由于中国目前出版的教科书和研究刑法分则的专著都是按照刑法典中法条的编排顺序讲述刑法各论的,而没有按照保护法益的不同加以归纳和整理,所以,本书按照个人法益、社会法益和国家法益的次序讨论刑法各论问题,乃是一种探索,是否妥当,有待检验。

为了与立法相一致,书中涉及了刑法分则规定的所有罪名,以使刑法各论的内容保持完整。但是,在全面论述的同时,尽量做到详略得当,即为了教学和司法适用的需要,将常见罪名讲清楚,对于发案率较低,实践中问题较少的罪名尽量从略。在写作本书时,基本的指导思想就是要有对“问题”的思考,而重点不是对传统的犯罪构成四要件体系的展开。对各罪构成要件的论述,尽量克服目前犯罪构成理论不尽合理所带来的弊端,就各罪的客观行为、主观故意作重点的讨论。对每一个罪名的写作没有固定体例,只是大致按照概念、保护法益(行为对象)、实行行为、主体、罪过这一顺序进行阐述;对有的罪名,还讨论了处罚的特殊问题以及认定问题。在很多犯罪的保护法益、犯罪主体、犯罪故意都不言自明的情况下,对其内容就不再涉及。



ingfagelunjiangyi

第一编

对个人法益的犯罪

第一章

侵犯公民人身权利、民主权利罪

第一节 概述

侵犯公民人身权利、民主权利罪,是指故意或者过失地侵犯他人人身权利和其他与人身权利直接有关的权利,以及非法剥夺、妨害公民自由行使管理国家事务和参与社会政治活动等各项权利的行为。

一、保护法益

本章罪侵害的法益是个人的人身权利和民主权利,以及与人身直接相关的婚姻家庭权利。

法益的个人性表明:一方面,既然权利专属于个人,那么在很多时候其可以自由决定放弃,例如自杀结束生命的行为不是犯罪。但是,放弃权利的决定不是无限制的,例如承诺他人杀害、伤害自己的,该承诺一般无效,杀害者、伤害者仍然构成犯罪。另一方面,行为对生命、身体有威胁或者损害,但是同时侵犯不特定或者多数人利益的,可能构成放火罪、投放危险物质罪、爆炸罪等,成为对公共法益的侵害。但是,在危害社会法益过程中,由于社会利益中包含着个人利益,所以犯罪行为也可能侵犯个人利益,此时存在构成侵犯个人法益犯罪的可能,例如在寻衅滋事、聚众打砸抢过程中侵犯公民人身权利时,也可能构成故意杀人、故意伤害等罪。

二、生命进程与刑法上的人

“人”是本章中多数犯罪都会涉及的范畴,例如故意杀人、过失致人死亡、故意伤害、遗弃罪等都针对人实施。

此方为试读,需要完整版请访问: www.ertongbook.com

对人可以作多重理解,哲学、自然科学上的人与刑法上的人显然有不同的含义,民法上的人往往也对人作广于刑法的理解。而即使是刑法总则中的人,其含义也与本章中所讨论的人不相同。本章中所讨论的人,必须是狭义的人,即自然人,而不能是法人。至于该自然人的个人情况如何,则在所不问。

侵害生命、身体法益的行为客体是有生命之自然人。(员)由于刑法不处罚自杀、自伤行为^①,这里的自然人必须是行为者以外的他人。(圆)胎儿不是刑法上的人,即使其受到药物杀害的,也不能成为故意杀人罪的对象。对母体中的胎儿实施伤害行为,导致其最终带伤出生的,是否构成伤害罪,需要特别讨论。(獾)杀害、伤害法人的情况难以想像,所以,法人不是本章罪中的人,对法人加以侮辱,损害其商业信誉、商品声誉的,可能构成破坏经济秩序的犯罪。(源)死者不能成为本章罪的侵害对象,对尸体进行不法处置的,可以成立盗窃、侮辱尸体罪。当然,误将尸体为活人实施杀害的,例如行为人为尽早结束赡养义务,对准被赡养人射击,但在此之前被害人已然死亡的,行为人可以构成杀人未遂。

人的生命进程存在一个始期和终期,人之生命始于出生、终于死亡,当无疑义。但是,何谓出生,何谓死亡,并非不言自明,生命“有如休止符之时点,而非时段”。^②

(一) 人的始期

对于生命的始期,历来有阵痛说、一部露出说、全部露出说、独立呼吸说的争议。阵痛说认为分娩作用开始所伴随的规则阵痛出现时,就是生命的始期。一部露出说则指生命始于婴儿的一部分与母体分离。全部露出说认为只有胎儿的身体全部从母体中露出来才是生命的始端。独立呼吸说强调胎儿利用自己的肺呼吸开始就是生命的开始。^③日本刑法理论的通说以及司法判决都赞成一部露出说,认为在胎儿身体的一部分从母体中分离出来时就存在受攻击的可能性,此时对其加以杀害或者攻击的就成立侵害生命、身体的犯罪。在规定杀婴罪的国家(如德国),一般赞成阵痛说,但其将出生时间过于提前,且存在难以判断的缺陷。全部露出说将保护个人法益的时间推后。当然,日本也有不少学者批评部分露出说而赞成全部露出说^④,以使刑法与民法上人出生

① 教唆自杀、帮助自杀、强迫一同自杀的,则有成立故意杀人罪的可能。

② 林山田:《刑法各罪论》(上),员页,台北,台湾大学法学院图书馆,员页。

③ [日]大冢仁、福田平编:《刑法各论》,员页,东京,青林书院,员页。

④ 参见[日]西田典之、山口厚编:《刑法的争点》,员页,东京,有斐阁,员页。

的观念保持一致^①。

在刑法上,人的生命究竟始于何时,与一个国家的医疗水平、司法状况、对婴儿的保护态度以及其他国情等都息息相关。在中国刑事司法中,独立呼吸说被实际采纳,这可能比较符合中国的实际情况,同时考虑到了其他学说的缺陷,例如阵痛说不好把握,胎儿可能一部露出又缩回母体,按照一部露出说就不是有生命的人,可能导致不合理的结论,所以部分露出说不便于适用。此外,部分露出说和全部露出说都没有仔细解释胎儿露出后是死体时,是否还是刑法上的人等复杂情况。

严格地讲,为了合理地保护人的生存权,有必要在现在占通说地位的独立呼吸说的基础上将人出生的时间适度提前,即有限度地承认部分露出说:婴儿在被排出母体,露出一部分时就成为人。但是,其在母体外没有独立生存可能性时,不能作为侵犯人身罪客体的人看待。这主要是考虑到在中国堕胎不是犯罪,母亲基于优生优育的考虑借助于一定技术和药物堕胎,胎儿活着出生时,其事实上无生长可能性,经过很短时间必然死亡,所以,不当成为不作为杀人罪、遗弃罪的对象。

(二) 人的终期

生命何时终结,表面上看是比较明确的。但是,死亡的界限十分模糊。极端地说,死亡往往取决于人类的价值判断。

刑法上对于死亡时期的确定一直以医学上的判断标准为根据,有脉搏终止说、呼吸停止说、三征候说、脑死亡说的区别。心脏跳动永久停止就是死亡,这是脉搏终止说的见解。呼吸停止说认为肺活动的永久停止才是死亡。三征候说,基本上是日本刑法学今天的通说,认为心脏跳动与自动呼吸永久停止、瞳孔散大以及对光反应消失等症候的出现才意味着死亡。

但是,在今天,随着现代医学水准的提高,人工脏器发达,能够取代心脏,三征候说面临挑战,所以脑死亡说的影响力逐渐增大。该说认为只有脑干死亡、脑机能不可逆地停止才是死亡^②,这样对保护一些处于特殊状态下的人的生命利益是有意义的。例如被施行器官移植术的人,其常见的生命机能反应可能已经

^① 不过,民法上根据全部露出说确定人何时出生是为了赋予个人权利能力,保证其成为民事权利主体,而刑法上确定出生的起点是为了对生命法益给予切实保护,使其能够现实的生存下来,所以,没有必要使刑法和民法保持同样的旨趣。

^② [日]平野龙一:《刑法概说》,载《刑法学》,东京,东京大学出版社,1998年。

停止,但是大脑并未死亡,应当被认为处于存活状态;对于常见的生命特征已经消失,但依靠生命维持装置保证呼吸循环机能的人,也不应当认为其生命已经终止。从理论上讲,脑死亡说的合理性是明显的:人之为人全在于其基于自己的认识、思考去实施改造世界的行动,在与这些能力直接关联的大脑如果停止活动时认为人已经死亡,并没有什么不妥。

但是,适用脑死亡说存在一定风险:事实上存在心脏依然跳动,而脑已经死亡的情形,这样生命的终期可能就被提前。普通人对脑死亡的判断标准并不了解。在移植内脏器官技术不断发达的今天,为摘取新鲜脏器,而不当运用脑死亡说的可能性是存在的。所以,只要不能确保判断的正当化、明确性,从脑死状态下取出内脏器官就评定为从活人身上摘取器官,只要不具有违法阻却事由或者责任阻却事由,就不能否认犯罪的成立。

在当前中国,采用脑死亡说立场的紧迫性、可能性都不大。事实上,呼吸停止说在实践中被广泛采用,同时三征候说也是相当有影响的主张,这些做法在今后的司法实践中还应当坚持。

三、犯罪类型

本章罪与个人利益息息相关,十分重要。多数犯罪都是实践中常见多发的典型罪名,例如杀人罪、伤害罪、强奸罪等,在讨论刑法总则中的既遂、未遂、共犯、因果关系等问题时都会提到。而恰恰是这些传统罪名,所出现的问题更多,需要仔细加以研究。

本章罪包括针对生命、身体的杀人伤害等故意犯和过失犯;针对性自由、性羞耻心的强奸、强制猥亵等犯罪;针对身体、行动自由的非法拘禁、绑架、拐卖、拐骗等罪;侵犯公民私生活平稳的非法进入住宅、侵犯通信自由等犯罪;妨害婚姻家庭权利的暴力干涉婚姻自由、重婚、破坏军人婚姻等犯罪;以及针对公民个人政治、宗教自由和民主权利的若干犯罪。

第二节 侵犯生命、身体的犯罪

一、故意杀人罪

刑法第二百三十二条故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。

（一）概念

故意杀人罪^① ,是指故意非法断绝他人生命的行为。

（二）保护法益

本罪侵害的法益是他人的生命。个人生命的价值在现代文明社会具有不可替代的性质 ,所以 ,刑法对生命法益采取绝对保护原则 ,正常人或者生理有缺陷者、年长者或者年幼者、病患者或者生命力较强均受刑法的平等保护 ,这在世界各国宪法中都是一条通则。

本罪的行为对象是人。这里的人是自然人 ,不包括法人。同时由于刑法并不承认自杀是犯罪 ,所以这里的人应当是行为者以外的人。

（三）杀害行为

本罪在客观方面表现为杀害行为。

杀害 ,是指基于故意 ,在他人自然死亡以前非法断绝其生命的行为。至于具体的手段、方法和工具等 ,法律并未加以限制 ,例如电脑黑客故意非法侵入医院的计算机控制系统 ,将重病患者借以维生的医疗器械关闭的 ,也是杀人。不过 ,实践中常见的杀人方法还是有形的、物理上直接作用于被害人的拳头打击、刺杀、毒杀、射杀等。利用工具、动物或者无责任能力者或无过错者的行为杀人 (间接正犯)的 ,也属于以有形的方法杀人。例如故意指导精神异常又时常陷入兴奋状态之人练习射击 ,并将自制火药枪借给其使用 ,致该病人开枪自毙的 ,即可构成本罪。

杀人行为除使用有形的方法实施以外 ,还可以使用无形的、心理的方法 ,例如施加精神折磨 ,给予被害人强度极大的精神刺激的 ,使其休克而死的 ,也不否认有成立杀人行为的可能。

杀人行为既包括作为 ,也包括不作为。以作为方法杀人的情况极其常见 ,通常也容易判断。以不作为方式杀人 ,常见的情形是 :母亲基于杀害的故意 ,在婴儿从摇篮中翻出落入水坑时 ,不予救助 ,致其死亡 ;在幼儿饥饿难忍时 ,有扶养义务者基于杀害的意图不供给食物或者拒绝为其授乳。

需要注意的是 ,实践中 ,不作为杀人问题有时较为复杂。例如丈夫与妻子发生的激烈口角之争 ,在妻子言明要上吊自杀时 ,丈夫完全不予理会 ,关上门离去 ,

^① 多数国家的刑法对故意杀人犯罪规定得相当繁琐 ,有谋杀、故杀、杀婴、毒杀、杀害尊亲属等罪名。中国刑法采取将复杂问题简单化的态度 ,只规定了故意杀人罪 ,罪名的简化是以增大法定刑幅度为代价的 ,立法上难以因罪配刑。所以 ,惩治杀人行为的罪名过少带来的风险是难以避免司法实务中量刑的畸轻畸重现象。

妻子果真上吊自杀的,是否能够确定丈夫犯有故意杀人罪?又如昔日的男女恋人中的男方不愿再维系恋爱关系,女方为此携带毒药去男方住处,声明如果男方与其断交,就死在男方处。但是,其男友完全不为其所动,女友见恢复恋爱关系无望即决意自杀,男方关上门离去,女方最终死亡的,男友是否成立不作为的故意杀人罪?

上述情形,如果按照作为义务的“形式的四分说”^①,作为被告人的丈夫、恋人中的男方都很难说有作为义务。根据婚姻家庭法的要求,夫妻之间有互相扶助的义务,但是这种义务应当限于物质上的共享和精神上的抚慰。而民事上的相互扶助义务是否就直接意味着丈夫在发现妻子处于危境时就必须给予救助,仍然是很有争议的问题。

所以,在司法实践中,事实上已经突破了“形式的四分说”的约束,而形成了对作为义务的“实质”解释思路,即从维护社会共同体的内部秩序出发,将结果防止的法义务视为从刑法的保护义务中演绎出来的东西。作为义务根据的实质判断主要考虑:(员)合法权益是否存在现实的危险或者不作为行为人自己的先行行为是否创造了危险?(圆)是否因为与被害人之间存在特殊关系而被社会期待履行保护义务?(獭)行为人的不作为是否对结果的发生具有绝对的支配作用,换言之,在当时的情境下,是否存在其他防止危害结果发生的可能?同时考虑这三点的作为义务根据学说,可以称为“实质的义务根据说”。对作为义务发生根据的实质解说,阐明了司法实务上惩罚不作为犯的实质根据,使得司法活动的结论具有相对合理性。按照这一观点,对作为恋人男友见死不救的,不宜定罪。而对丈夫见死不救的,由于其存在实质的作为义务,如果不进行处理,并不符合刑法保护法益的目的。

开始实施有导致构成要件结果出现的现实危险的行为,就是故意杀人罪的着手。例如基于杀人的意思瞄准被害人的头部、在被害人的面前举起菜刀的时点就是着手。但是,在使用有毒物质杀人的情况下,对于着手的判断可能有值得注意的问题:行为人直接向被害人交付毒物,被害人随时有食用的可能,原则上交付之时就是杀人行为的着手,犯罪人通过不知情的第三人向被害人传送毒物,乃是间接正犯的情形,此时的着手不是以被害人实际领受毒物时为准,而应当以行为人将毒物委托给不知情的第三人之时作为“着手”时刻的起算点,因为实行

^① 中国刑法学中的通说认为,作为义务的根据是法律的规定、职务和业务的要求、先行行为、契约等法律行为的要求四种。按照这一标准认定不作为犯,一般不会出现犯罪范围过广的危险,对于维系刑法和道德的分界线,确保只将受道德谴责的范围中极其有限的部分确认为犯罪行为具有一定意义。

行为是犯罪人自身的行为,犯罪人交出毒物,不知情的人就有随时将毒物交给被害人的可能,即被委托利用者的行为只是利用者(犯罪人)行为的自然延伸,被害人死亡的现实危险就随时有可能出现。

实行行为着手实施,但是被害人死亡的结果没有实际发生(例如枪法不准、被害人从现场脱离,被害人在行为人开枪以前已经死亡,投毒杀人时药品的剂量不够,往他人静脉中注射的空气未达到致死量等)就是本罪的未遂。此外,故意杀人罪既遂还要求杀人行为和被害人的死亡之间有刑法上的因果关系,欠缺这种关系的,也可能成立故意杀人罪未遂。

(四) 主体

本罪的主体是一般主体,即年满18周岁、有刑事责任能力的自然人。

(五) 故意

本罪在主观方面是故意,包括直接故意和间接故意。行为人首先要对被害对象是有所认识,对自己的行为一定或者可能断绝他人的生命有预见,并追求或者放任这种结果的发生。

实行行为和死亡结果之间详细的因果联系不要求行为人认识,杀人过程中使用的凶器种类、凶器使用方法、打击被害人的部位、打击程度等也不要求行为人认识,行为人的动机不影响定罪。

被害人有自杀的意思,行为人对此并不知情,而仅仅因为日常生活的原因与之打赌,被害人利用这一机会自杀的,一般属于意外事件,不能轻易认定行为人有杀人故意,从而成立本罪。

在行为人主观上有认识错误的情况下,是否对杀人故意的存在有影响,值得研究。在客体错误的情形下,由于人的生命法益都是同价值的,只要行为人基于杀人故意实施杀人行为,不管被害者是谁都对犯罪成立没有影响,所以误把乙当甲杀害的仍然成立故意杀人罪。在方法错误的情况下,按照具体符合说,阻却本罪故意。按照法定的符合说,不能阻却本罪故意。但是法定符合说更为合理,在试图杀害甲而子弹命中乙导致其死亡的情况下,只要行为人本于杀害的意思而实施杀人的实行行为,从而导致他人死亡的,即使其杀害的结果与行为人的目的不相一致,也是对他人生命法益的侵害,行为人对自己的行为可能造成死亡后果不是毫无认识,杀害行为和死亡结果之间的因果关系非常明确,所以行为人构成故意杀人既遂,而不能按(对甲的)故意杀人未遂罪和(对乙的)过失致人死亡罪处理。在因果关系错误的情况下,不应当认为阻却杀人的故意。为杀人而用麻绳勒他人颈项致其呼吸骤停,行为人以为被害人已死亡,将其俯身置于沙滩上,后被害人吸入沙粒窒息死亡的,行为人有杀害他人的意思并实施了相应行为,按