

高等政法院校必修课程学习指导丛书

刑法

学习指导

10

(第三版)

丛书编写组 / 编



YZLI0890153213

以**基础**求贯通

基本概念与原理助你触类旁通

以**经验**求成功

名师阮齐林教授与你分享学习心得

以**习题**求巩固

期末考试、考研、司考真题帮你举一反三

涵盖

《刑法修正案八》

内容



中国政法大学出版社

高等政法院校必修课程学习指导丛书

刑法学习指导

(第三版)

撰稿人：刘文霞 刘艳敏 叶扬



YZLI0890163213



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法学习指导 / 刘文霞, 刘艳敏, 叶扬编. —3版. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 3
ISBN 978-7-5620-4173-3

I. 刑--- II. ①刘--- ②刘--- ③叶--- III. 刑法 - 中国 - 高等学校 - 教学参考资料
IV. D924

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第027337号

出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京华正印刷有限公司

787mm×1092mm 16开本 24.5印张 650千字
2012年3月第3版 2012年3月第1次印刷
ISBN 978-7-5620-4173-3/D·4133
印 数: 0 001-3 000 定 价: 35.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号
电 话 (010) 58908435(编辑部) 58908325(发行) 58908334(邮购)
通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088
电子信箱 fada.jc@sohu.com(编辑部)
网 址 <http://www.cuplpress.com>
(网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

第三版说明

本书作为同步学习指导,是一套简明的法学教材,形式新颖、内容精简,受众极为广泛。本书自出版以来,受到了读者的广泛好评。但时势发展,律令更替,鉴于当前形势发展的需要,本书做出积极回应——及时修订。

《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(五)》(以下简称《罪名补充规定(五)》)已于2011年5月1日开始施行,本书的部分罪名应当进行更正。2011年2月25日《刑法修正案(八)》正式通过并颁布,相应内容也应及时补充,2011年以来的司法考试及各大高校考研经典试题也应当收录其中。

本次修订本着继承原书优良之处、紧扣时代发展步伐的原则,摒弃过时理论,吸收新增内容,重点作出以下几个方面的修改:

1. 在“基础知识图解”部分,根据《罪名补充规定(五)》及时、准确地补充、确定每一项罪名,并在“主要特征”或“认定”部分作出说明。

2. 对“配套习题”、“参考答案”部分涉及《罪名补充规定(五)》、《刑法修正案(八)》的习题、答案进行全面修正、调整。

3. “重点知识讲解”一般都不涉及刑法新增内容,所以改动不大,但新增内容往往会成为来年重点,应引起重视。

4. 对2011年以来司法考试及各大高校考研试题中的典型案例予以借鉴、吸收,使读者了解最新考试动向。

此次修订,编者力求集新颖性、实用性、针对性于一体,希望也相信本书能成为广大莘莘学子学好刑法的良师益友。

编者

2012年1月

第二版说明

《高等政法院校必修课程学习指导丛书》出版至今已经一年有余,在这一年多的时间里,我国法学理论界和实务界有不少新的研究成果问世,国家也相继颁行和修订了一些重要的法律、法规和司法解释。在这期间,我们也收到了许多热心读者的邮件和电话,有些读者对本套丛书的不足之处提出了宝贵的意见和建议,有些读者对本套丛书给予了充分地肯定和赞扬,还有些读者对本套丛书的修订或再版充满了期待。面对法学研究和立法的客观形势以及广大读者的信赖和需求,我们决定对本套丛书进行全面修订。

在修订过程中,我们本着延续初版优良之处、紧扣时代发展步伐的原则,着力突出该套丛书的新颖性、实用性和针对性。修订后的丛书具有如下主要特点:

1. **新颖性。**修订后的丛书更加关注最新法学知识动态,删除了过时的表述和理论观点,代之以在学界已经形成通说的、新的理论观点;根据立法实际的变化,采纳了最新的法律、法规和司法解释;增加了初版遗漏或未予重视的部分重要知识点;更新了配套习题及相关参考答案的内容。

2. **实用性。**一套好的教辅用书应当有助于读者日常学习和应对考试。本套丛书根据法学专业最新的教学动态对基础知识图解和重点知识讲解的内容做了调整,力求突出各法学学科的重点内容;丛书的配套习题部分涵盖了法学专业学生课程考试、司法考试和研究生入学考试三类考试的题型和题目,能够帮助读者达到“一练三考”的效果。

3. **针对性。**本套丛书的结构与高等学校法学专业核心课程教材的结构相一致,对于课堂学习具有较强的针对性,便于读者随学随练,夯实基础。

希望也相信本套丛书能够成为广大学子学好法学专业知识的良师益友。不足之处,欢迎批评指正!

《高等政法院校必修课程学习指导丛书》编写组

2009年8月

出版说明

《高等政法院校必修课程学习指导丛书》是一套针对国家教育部规定的法学专业必修课程策划的,以法学基础知识精解、学习方法、配套习题为主要内容的同步学习指导用书。目的在于帮助学生掌握“基本概念、基本原理、基础知识”,从某种角度讲,本丛书可以说是一套简明法学教材。

目前,全国接受不同层次法学教育的人数众多,且法学教材种类繁多、形式多样。面对各类篇幅大、内容广的法学教材,不少人学习时抓不住重点,考试时摸不着方向,确实下了工夫,却因不得要领而事倍功半。编者认为,不管使用何种教材,不管内容篇幅多大,万变不离其宗,我们只要紧紧抓住“基本概念、基本原理、基础知识”这个关键内容,其他问题就会迎刃而解。

本丛书完全从“基本概念、基本原理、基础知识”出发,总结、归纳、整理概念、原理之下的相关知识点,为在校生期末考试、研究生入学考试、国家司法考试提供知识体系保障。我们坚信,掌握了这些最基本的概念、原理和知识,就相当于掌握了教科书中最基础、最精华的部分,面对各种考试,就能应对自如,顺利过关。本丛书的特色主要包括:

1. 名师与你分享学习心得。工欲善其事,必先利其器。方法和手段对于法学学习至关重要。中国政法大学名师张晋藩、刘金国、焦洪昌、张树义、刘心稳、李永军、张今、李东方、宋朝武、阮齐林、刘玫、宣增益、杜新丽、赵威等教授亲自撰文讲述学习方法,帮你获得事半功倍的学习效果。

2. 基础知识助你触类旁通。加紧学习,抓住中心,宁精勿杂,宁专勿多。本丛书理论知识部分包括基础知识图解、重点知识讲解两部分。

基础知识图解以图表的形式归纳、总结基本概念和基本原理,条理清晰、框架鲜明,真正做到用最简洁的语言表达最完整的内容,解决学习过程中总结笔记的烦恼。

重点知识讲解针对图表中重要知识点进行深入解析,内容全面、考点突出,体现与基础知识图解的内在关联性,抓住中心,宁精宁专,避免舍本逐末。

3. 配套习题帮你举一反三。题在精不在多,因此,无论是针对期末考试的习题,还是考研、司考真题,本丛书旨在“一题一提示,一题一解析,题题设考点,题题高质量”。无论是基础记忆题,还是引申案例题,都将帮你举一反三,夯实基础。除每章的同步习题外,本丛书还将整个学科的综合测试题奉献给读者,以供自测。

本套丛书的出版,凝结了很多人的辛勤劳动。丛书编写组的作者和中国政法大学出版社的编辑为了本套丛书的出版,付出了艰辛的努力。希望这些劳动和努力可以为各位同学提供帮助。不足之处欢迎读者和同仁不吝赐教、批评指正!

《高等政法院校必修课程学习指导丛书》编写组

2007年6月

如何学好刑法

阮齐林

阮齐林，中国政法大学教授，博士生导师。中国法学会刑法研究会副会长。阮齐林教授对刑法教学有深入的研究，授课时对理论和实践的结合有独到之处，善于从基本原理切入，由浅到深，帮助学生理解难点，掌握重点，由点到面，系统掌握刑法理论知识，教学效果很好，是深受学生欢迎的法大名师。主要著作：《案例刑法总则教程》、《中华人民共和国刑法精解》、《刑法教程》、《刑法学》等。在重要学术刊物上发表论文数十篇。

“应试”出来的学生，眼里只有“书”没有“事”。其实，读书是读“事”。尤其法律学说，很多书用很多文字在相同的话题上表达不同的看法，读者重在了解作者说什么事，为什么要这样说。如果读书读到的还是字词句，那就太缓慢、太枯燥，不得要领。如果读书读出了话题以及在该话题上的种种说法，那就对了。如果话题引起了你的兴趣，说法挑起了你的怀疑，勾着你不停地寻求正解，勾得你想发表见解，那过程就显得轻快了。看人披着法律外衣诉说利害攸关事，有的智慧，有的固执，有的理性，有的感性，有的保守，有的偏激，还有的和稀泥，是不是很有趣？

一、观念篇：目的、价值、核心概念、学说

（一）了解刑法的目的

刑法学是一门人文学科，领悟其核心观念是入门的捷径。刑法的目的就是核心观念的核心，驾驭着刑法制度、学说的方向。

在罪刑法定时代，刑法即罪与罚给人的印象好像是从“法律”开始，其实不然，一切都是从生活开始。人共同经营群体生活形成社会秩序，使人能和谐共处、相互受益。在社会中总有人要做些妨害秩序的事，严重的如烧杀淫掳，轻微的如侮辱、诽谤。于是人们（社会）为了捍卫自身的利益作出反应，在法律中使用刑罚禁止，这就产生了刑法。可见，刑法产生的第一动因是制止妨害社会秩序的行为、维护社会生活利益。如果问题到此为止，那就太简单了。麻烦在于，犯罪由“谁”来确认？刑罚由“谁”来执掌？表面上是国家（公共权力）以法律（公共意志）形式来确认犯罪、施加惩罚，其实是“人”。这个世界有没有圣人我们不知道，至少掌管刑法的人是不是圣人我们不能确信。迄今为止的历史表明，“人类”有很多不好的表现，不仅个体之间时有侵犯，而且群体乃至国家之间也是杀伐抢掠不断，从用牙齿、石头打仗

的时代一直发展到用弓箭、枪炮、飞机、导弹打仗的时代。刑法的制度史也有许多令人汗颜蒙羞的记录,罪名有时会扣在不同政见者、不同信仰者、不同情感者的头上,刑罚有时会成为统治者滥施淫威的工具。当我们把刑法冠冕堂皇的装饰层层剥去,让“人对人的制裁”裸露出来的时候,^[1]尤其是当我们想到刑法的执掌者有时可能竟然很愚蠢、很暴虐的时候,我们就成为怀疑主义者,不得不时刻心存戒心、提防滥用刑法之害。可见,刑法产生的第二个动因是防止国家、社会滥立罪名、滥施刑罚侵犯公民权利。这就是刑法的目的:①维护社会秩序,保护公民权益免受犯罪之害;②保障公民权利免受刑法之害。

罪刑法定原则是现代刑法的基石,其理解和适用必须遵从刑法的目的。为了规范人的行为、减少犯罪活动,为了规范国家运用刑罚权活动、防范刑罚滥用,均要求明确规定犯罪与刑罚并预先以成文法形式公布,“广而告知”以便人民一体遵行,达到“刑期于无刑”的效果(立法预防、心理强制)。当社会以法律的名义惩治犯罪时,社会与个人不对称的力量需要在刑法适用上采取不对称的规则,以便维持两个刑法目的之间的平衡,由此决定了罪刑法定原则的内容:采用成文法、排斥习惯法;刑法只能规定“必要的”犯罪和刑罚,禁止过量、残酷的刑罚;禁止适用事后重法但允许适用事后轻法(从旧兼从轻);在解释方法上,要求严格遵守以条文词语的普通含义解释刑法,重视文理解释的地位,禁止不利于被告人的类推解释。

这方面的话题,可以看看《刑法的根基与哲学》(西原春夫著,顾肖荣等译),《刑法学基础》(曾根威彦著,黎宏译),《走向哲学的刑法学》(陈兴良著),《刑法理性论》(张志辉著)。另外,《人类死刑大观》(马丁·莫内斯蒂埃著,袁筱一等译)展示的“为了惩罚和诛灭恶人而形成的极刑方式”极具感性冲击力,令人对刑法怀有戒心。

(二)了解“话题”和价值倾向

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律。可见“犯罪·责任·刑罚”是刑法学的核心话题。罪刑法定原则只给它们解决了制度基础,没有解决某行为之所以应当被规定为犯罪并应当受罚的“内容”。每位刑法专家以及其他法律职业者面对既存刑法体制、学说自然会时刻反思:什么应当作为犯罪?现行刑法中这种或那种犯罪是不是真的都危害社会生活利益、值得处罚?什么样的东西可以作为刑罚?现行刑法中这种或那种刑罚是不是真的合理?惩罚犯罪为了什么?我们有没有迷失方向?这类终极标准只能从法律之外的生活中寻求。生活变化了,它们也随之改变,人们会用新标准去改善刑法制度和学说。学说阐释这些话题形成“犯罪本质论”、“刑罚目的论”、“责任本质论”。对犯罪可解析出以下要素:“人·意思·行为·结果”。①人,即“犯罪的主体”;②意思,即做某事的心理态度;③行为,即人的举止;④结果,即行为对外界所生之影响。

1. 不变的话题、价值和可变的刑法学说(观点)。

(1)不变的话题:“人·意思·行为·结果”。如果上升一个层面则是:刑法目的·犯罪·刑罚·责任的本质(内容)。

(2)不变的价值:秩序·自由·安稳·公正·功利。

[1] [日]西原春夫著,顾肖荣等译:《刑法的根基与哲学》,法律出版社2004年版,第1~3页。

在读书时,初学者如果能定位作者该段文字是讨论什么话题的,就算抓住要领了;如果能了解该作者在该话题上的观点和倾向(立场),就算得其要领了;如果能进一步了解到该作者在该话题采取该观点、价值倾向将会对刑法制度、解释甚至个案的定罪处罚产生何等的影
响,那就算深得要领了。比如,“未遂”的可罚性,民事侵权以存在损害事实为构成要件,在“人·意思·行为·结果”的要素中,控制到事实上发生“结果”。如果刑法采取这种观念,则未遂制度就没有存在根据。考虑到刑法规制的行为“性质”恶劣,所以还是要处罚未遂,这时把犯罪根据设定在结果发生或“结果可能发生”(危险)上。对未遂,有的采取“选择”可罚,有的采取“普遍”可罚,反映出对“结果”重视的程度。“未遂”的可罚范围,有“具体危险说”、“抽象危险说”和“主观说”。具体危险说主张,只有具有侵害结果现实可能性的未遂才应处罚,据此对“不能犯”不应按照未遂犯处罚。抽象危险说主张,只有具有侵害结果抽象可能性的未遂才应处罚,因此,对不能犯要区分绝对不能与相对不能,确定犯罪性。主观说主张,有犯罪的意思和相应的行为就可罚,把犯罪的根据放到通过行为表现出的“犯罪意思”上,据此即使迷信犯或愚昧犯也不排除可罚性,只是例外不罚。这背后可能包含着作者自认为或被认为:①以结果为中心,犯罪圈的扩大与收缩,甚至抛弃结果中心推前至行为及其意思;②重视事前干预还是事后问责;③重视法规对人的指引还是保护法益的完好状态;④重视社会秩序还是个人自由。归根结底,刑法干预的合理分寸在何处?在此基础上,如果还能了解一点该作者所处的时代背景、当时的社会问题和流行思潮、个人成长经历、学术师承,那就有点专业味道了。

2. 传统学说:法益侵害→结果→行为→意思→人。传统学说认为,犯罪本质是对“权利”或“法益”的侵害。凭直观可知,刑法中各种犯罪如盗窃罪、抢劫罪等有害;深入分析可知,国家通过法律把某个东西当作犯罪惩罚的根源也是认为该东西有害。有害是犯罪的本质内容,现在看来道理很简单,几乎是不证自明的。可是,历史上就曾经发生过把持不同信仰、不同观念当作罪恶惩罚的蠢事,也曾发生过把并无大碍的行为(比如人与兽交)当作犯罪惩罚的事情。可见,认识并信守犯罪应包含“有害性”内容并不简单。学者们因为曾经发生过这类蠢事而将来不再发生这类蠢事,力图证明犯罪必须“有害”的观念并使之成为信条,成为传统的犯罪本质观。

基于这种本质观,评价犯罪的重点在行为所生之外部影响(结果),犯罪之所以成为犯罪,在于其侵害法益的结果应予否定(结果无价值);评价犯罪的顺序是逆向的,即由侵害法益而追及结果→行为→意思→人。当把“人·意思”划为犯罪主观要素、“行为·结果”划为客观要素时,该学说具有重视客观的倾向。刑法究竟该“事先干预”人的意志使其避免犯罪,还是在侵害法益事实发生后进行“事后问责”?该学说重视“事后问责”。犯罪的自然顺序是:人→意思→行为→结果。该说把握的犯罪界限直至行为“造成侵害或威胁法益的效果”,比较靠后。

关于责任,传统学说认为,人出于故意、过失的心理意思而实施行为侵害法益,就应当对自己的行为及其结果承担责任。在“人·意思·行为·结果”的要素中,“意思”是将客观的行为及其结果归责于行为人的主观根据(心理责任论)。人基于道德规则,“本人必须接受

自己对别人做的事情”，对自己行为及其后果承担责任（道义责任论）。刑罚的目的建立在公正基础上，让罪行受到应得惩罚（报应主义），把罪犯给别人的东西（侵害）还给罪犯。罪刑相适应主要是指刑罚的轻重与“意思·行为·结果”的轻重相称。此说的倾向是“对事不对人”，在“人·意思·行为·结果”的要素中，不重视“人”的因素。当时没有考察到人的因素，只是把人想象为“理性人”（自由意志）。当研究犯罪人，发现他们各色各样往往异于常人时，这种观念就受到剧烈冲击。

3. 新学说——规范违反说：命令规范→人→意思→行为→结果←评价规范。新学说认为，犯罪的本质是违反规范。“规范”，简单说就是规则、规矩。人的权利只有在众人（社会）循规蹈矩有序和谐运行时，即处在“有秩序”的状态中才能真正成为可享受的利益。这种法秩序状态中的利益就是法益。权利·利益·规范·秩序·法益的关系是：人的权利是与生俱来的，如生命、健康、财产权，人享用权利是利益（好处）。但是，生活在人群（社会）中，人的权利、利益若得不到他人的尊重则没有保障，于是需要规矩（规范）来维护。若人人循规蹈矩，则人的权利处在和谐有序的享用状态，这就是社会秩序。秩序状态下的权利享用，不再是“自在”的权益，而是“自为”的权益即法保障的权益，称法益或法权。规范在两方面发挥作用：①对“事”提供了评判对错的标准（评价规范），衡量某人做的“某事合不合规矩”；②对“人”发出指令：请循规蹈矩（命令规范）！当某人做出不合规矩的事时，针对该“人”责问为何不守规矩？！若该人能守规矩（有期待可能性）而不守，则应当对自己的犯规行为承担责任（规范责任说）。

按照规范说，罪责的评价重心略有变化。主要表现在：①偏重“结果”的观念被改变，认为刑法对犯罪的否定不单集中在结果上也应体现在行为上（行为无价说），转向重视行为自身的反规范性。②故意、过失心理是责任根据的说法被改变，强调人拒不服从规范的态度是归责根据，故意、过失心理只是认定人的抗拒规范态度的心理事实根据。③与传统观念相比，在“人·意思·行为·结果”的要素中，规范说对罪责的评价重心略微前移，违法评价推及行为、责任评价推及人的（拒绝服从规范的）态度，甚至推及人格（人格责任）。重视评价人的不合规矩的“行为”和人的不守规矩的“态度”。这既动摇了“事后问责”的传统观念，也为刑法干预人的活动往前推移提供了理论依据。

4. 社会情势与刑法。“危险时代的危险刑法”，我们所处的时代充满危险，恐怖主义、种族、宗教冲突、环境污染，煎熬着人们脆弱的神经。或许人们期望法律采取扩张的态势约束人的行为，把评价犯罪的重心由行为所生侵害之“结果”推前到“行为包含之危险”，把待法益侵害结果发生后问责的刑法转变为防范法益侵害危险的刑法。“危险刑法”一语双关：一方面，刑法把犯罪界限前移至“行为之危险”，这是大量规定“危险犯”的刑法；另一方面，危险犯刑法可能会带来侵犯公民自由的危险。危险时代呼唤危险刑法，危险刑法包含侵犯人权的风险。这不禁又转回到刑法的目的，如何兼顾保护社会和惩治犯罪的双重目标？“投鼠忌器”是学者讨论罪责本质（标准）不能忘记的箴言。上升到政治层面，就是个人自由主义还是家长主义的选择。

5. 刑罚目的。刑罚目的观虽然与罪责本质密切关联，但它对刑法制度具有独特的影响。

报应主义的基础是公正观念,主张因为自己的行为受惩罚、同罪同罚。预防主义的基础是功利观念,一般预防把刑法正当性放在警戒他人上,个别预防把刑法正当性放在教育、促进犯罪人悔过自新上。极端的个别预防使罪刑相适应变成刑罚与犯罪人个人改造的需要相适应。“刑罚的对象不是行为而是行为人”,表明了刑罚适用重心的变化。

6. 中国学说和制度。犯罪本质是“社会危害性”,如果继续追问:危害了什么?回答是社会关系(客体)或法益、社会利益。关于责任,认为具有故意或过失就具有罪过责任,应当承担相应的刑事责任,属于心理责任论。关于刑罚目的,采预防主义。

中国制裁危害行为有两个层次的法律:①“治安处罚法”之类的行政处罚;②刑法和刑罚处罚。这种法律结构事实上造成了中国刑法上的犯罪必须具有“严重”危害。如果窃取财物不够“数额较大”(500元以上),或故意伤害行为没有造成“轻伤结果”,适用《治安处罚法》给予拘留、罚款处罚,在性质上属于违法行为、行政处罚,不属于犯罪和刑罚。因为存在行政处罚这道关口,有害行为越过这道关口进入刑事处罚领域被当作犯罪处罚的,往往具有相当的严重程度。这种制度特点决定了在“人·意思·行为·结果”的要素中,犯罪界限被极端推后至“结果”。这体现在分则条文对很多犯罪特意规定程度(结果)方面的要件,如“数额较大”、“情节严重”、“情节恶劣”、“销售额5万元以上”、“偷逃应缴税额5万元以上”、“违法所得巨大”等。受这类要件的限制,中国刑法的实际运作具有极端重视客观、结果、事后问责的特点,未遂犯、帮助犯实际上常常不受刑事追究。这不等于中国不存在过分追究“危险”的危险,而是把这个问题放到了行政法领域。刑事处罚受这个特点的制约,缓刑、管制、单处罚金等轻缓刑罚的适用空间被极度压缩。不了解中国制度特色,在刑法领域倡导“非犯罪化”、“非监禁化”、“扩大罚金刑适用取代短期自由刑”,显得盲目。

7. 小结。希望读完上面枯燥且不严谨的文字后能得到一点印象:①人们总是尊崇这些价值:“秩序·自由·安稳·公正·功利·社会需求”,并喜好选择其中一个或数个作为“立论根据”;②据此在“刑法目的·犯罪·刑罚·责任”的话题上发表见解;③据此见解导致评价罪责的重点在犯罪的“人·意思·行为·结果”要素上发生移动;④即使细微的移动在学说上也如同地震。

关于这方面话题不妨看看《刑法概说》(大塚仁著,冯军译),这本教科书有助于打下坚实的刑法学基础。《刑法的精神与范畴》(曲新久著),从标题可见书的内容是谈论刑法学重要话题(范畴)的。《刑法的基本立场》(张明楷著)则会告诉你同样的话题为何有不同的说法。

二、制度篇:基本与修正、常规与非常规

(一)基本与修正

基本的犯罪构成是由分则各“罪·刑”条款确立的。

1. 分则各“罪·刑”条款确立了“犯罪行为”的种类(行为类型)。例如,《刑法》第302条规定:“盗窃、侮辱尸体的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制”。据此,“盗窃、侮辱尸体”是刑法禁止的犯罪行为,其法律效果是“处3年以下有期徒刑、拘役或者管制”。遇到“盗窃、侮辱尸体”的事情(案件),此条是对该行为定罪处罚的基本法律依据。没有此条,不能认为

该行为是犯罪;有此条,就可认为该行为是犯罪。处罚也受此条约束,最重不能超过3年有期徒刑。总则许多规定,如罪刑法定原则、罪刑相适应原则、犯罪预备、未遂、中止、共同犯罪、犯罪故意、从轻处罚、减轻处罚、免除处罚等,在处理“盗窃、侮辱尸体”事情(案件)时,均需依附、围绕此条适用。比如,甲唆使乙盗窃他人尸体,乙实施盗窃他人尸体行为,对乙依此条定罪自无疑问,对于甲能否依此条定罪呢?这就存在疑问,因为甲动口不动手,第302条禁止并惩罚“盗窃、侮辱尸体”,但不能当然推导禁止并惩罚其“教唆”行为。《刑法》总则第29条规定:“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚……如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或者减轻处罚。”有此规定,对“教唆”他人盗窃尸体的行为才获得处罚的根据。刑法分则开列出“罪·刑”清单,只有当分则开列出“盗窃、侮辱尸体”是一种“犯罪”,该“犯罪”的“教唆”行为才具有犯罪性。对该教唆行为处罚也必须以第302条为依据。在对甲定罪判刑时,首先需引用第302条,其次是第29条。由此可见,适用刑法条款处理具体案件时,分则各“罪·刑”条款是基本依据。于是学者就解说:分则各本条“罪·刑条款”确立的犯罪构成是“基本的犯罪构成”,总则有关确认犯罪行为的条款是“修正的犯罪构成”,如总则第29条“教唆他人犯罪”的行为,就是对分则各条“罪·刑条款”的修正。第302条经此修正,由惩罚“盗窃、侮辱尸体”自身扩大到惩罚该行为之教唆行为。同理,总则中关于“帮助犯”、“预备犯”的规定也把第302条由惩罚“盗窃、侮辱尸体”自身扩大到惩罚该罪之帮助、预备行为。

2. 分则各“罪·刑”条款确立了对“犯罪程度”处罚的基准。例如,《刑法》第302条规定:“盗窃、侮辱尸体的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制”。另外,《刑法》总则第23条规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”根据此条规定对“未遂犯”比照“既遂犯”处罚,显然“既遂犯”是“未遂犯”的处罚基准。那么,“既遂犯”在哪里?在分则各罪·刑条款!第302条就是其中之一。这意味着,第302条确立的就是一种(盗窃、侮辱尸体罪的)既遂犯,构成该条之既遂犯直接适用该条之法定刑处罚。同理,总则关于预备犯、中止犯的规定,也是以分则各条既遂犯为基准处罚的。

3. 犯罪的个数也是分则各罪·刑条款确立的。例如,《刑法》第302条规定:“盗窃、侮辱尸体的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制”。有此规定,“盗窃、侮辱尸体”被认为是“一个”罪,无论是实施盗窃尸体行为还是侮辱尸体行为,或是同时对一具尸体兼施了盗窃和侮辱行为,只接受第302条一次评价,被按照“一罪”定罪处罚。

在刑法分则与刑法总则谁“基本”这点上,本不该发生理解上的困难。可是我发现不少初学者还会发生困难,揣测原因大概包括:①学习的进程是从总则到分则,总则又有那么多“基本”的内容(其实主要是“通用”规则),先入为主,以为总则确立了基本的犯罪构成。②中外学说犯罪论结构的差异造成的,欧陆学说犯罪论主干有三块内容:“犯罪构成·违法·责任”,其“犯罪构成”是狭义的,可直接将它指向分则各罪·刑条款中的“罪状”,即使不懂“犯罪构成是违法有责的定型”这样抽象的定义,不清楚犯罪构成“是”什么,至少能清楚犯罪构成“在”哪里。中国学说犯罪论主干有两块——“犯罪概念·犯罪构成”,“犯罪构

成”是犯罪要件的“总和”，是广义的。这种广义的犯罪构成除了说它具有“法定性”的特征外，不能指向刑法更具体的位置。若既不懂它是什么也不知它在哪里，就麻烦了。初学者往往会把犯罪构成“客体·客观方面·主观方面·主体”四要件当成基本的犯罪构成，其实这是犯罪构成的结构和共同内容。对犯罪构成作“基本·修正”的分类来自欧陆学说，其中“基本”的构成特指特殊的构成而非一般的构成，引入中国学说存在体系障碍。在中国学说中这种分类究竟该放弃还是保留？先生们也很矛盾。留着它或许能帮助学生了解一点欧陆犯罪论体系，重视分则各条特殊构成要件的思维。

不过有一点与体系无关，在处理案件、决定适用刑名时，分则各罪·刑条款当然是基本的。行为触犯分则某罪·刑条款，是成立犯罪的前提。法官审理刑事案件找到、找准可资适用的分则罪·刑条款是定罪处刑最基本的法律依据。

（二）常规与非常规

法律源于生活、遵循法理，因此法律制度的设置通常与生活·法理是一致的。以故意杀人为例，生活观察：甲要杀死乙且将乙杀死，甲预定犯罪目标实现了，追求的结果发生了，一件事情做完了，犯罪既遂了。从法理（刑法学说）评价：刑法设置条文保护人的“生命”，甲非法地杀死了乙，一个人的生命被终结了，法律保护的生命权益被破坏，该罪行既遂。法律设定：《刑法》第232条规定，故意杀人的，处死刑、无期徒刑……根据这样的法律规定，故意杀人且把人杀死的，既遂，就程度而言需不折不扣地承担罪状之后的法律效果：“处死刑、无期徒刑……”。在犯一个完整的故意杀人罪上面，生活·法理·法律是一致的。假如甲没有杀死乙，则是故意杀人罪的未完成情形。

法律设置与生活·法理的一致，自然与人们的观察、经验、逻辑推理一致，大约可以称其为“常规”。因此，法律设置的基本犯罪构成往往合乎常规并与人们的经验、逻辑思维相吻合。初学者往往也能据此“举一反三”，不必一一具体掌握。但是，这恰恰是初学者容易犯错的地方。立法者出于多种多样的考虑，时有“非常规”的法律设置。

例如，关于“放火”行为，《刑法》第114条规定，“放火……危害公共安全，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑”。《刑法》第115条规定，“放火……致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。按常规理解，只需用一个条文规定惩罚一种罪行，但是刑法在这里用两个罪·刑条款（第114、115条）规定同一（放火）行为的惩处，一种罪有两个“既遂”的标准，一个是第114条的“危险”；另一个是第115条的“结果”。这导致放火罪的“未遂”存在两个既遂基准。假如甲欲放火烧毁一巨型仓库，刚刚点着即被人发觉、扑灭，究竟算是既遂还是未遂？若按常理推断为未遂可能会出错。其实这是制度设置问题，假如甲放火行为完整实现第114条的内容即使尚未造成严重后果，适用第114条处罚，自无适用总则未遂犯规定从轻、减轻的必要。

在犯罪个数上，因为制度设置的缘故也存在大量的非常规情形。按常理，一个意思·行为·结果是一罪，刑法往往也是这样设置的，如《刑法》第232条规定之故意杀人罪。但是法律设置要考虑法理和政策需要，可能会与常识不一致，比如《刑法》第239条，犯绑架罪“……杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产”。假如甲绑架乙做人质，勒索到赎金之后竟然将乙

杀害,按常理有绑架和故意杀人两个行为,应当成立绑架罪和故意杀人罪。但是,法律在此将自然观察的两个行为和法律上的两个罪行设置为承担一个法律效果(处死刑),只能视同一个罪行定罪处罚。刑法中常见把某罪行或某结果作为另一罪的加重情形,遇到这类加重犯,也只能从制度设置上掌握。

假如问题到此为止,不难解决,初学者对不合常规(或不合本人经验、逻辑)的制度设定逐一记牢就可迎刃而解。接下去的问题是“学者”(注意是“学者”而不是“初学者”)因为自己的观念甚至偏好不同,对制度的设置提出不同的看法(学说)。比如,有学者认为,我国刑法总则对预备、未遂、中止的犯罪性作出了普遍的规定,它与分则各罪·刑条款组合成(预备、未遂、中止、既遂的)犯罪构成,因此没有必要区别出基本的犯罪构成和修正的犯罪构成。再如,通说认为第114条是放火罪等罪的既遂,第115条是其结果加重犯。有学者重视犯罪的结果,认为犯罪构成的设置应当以“结果”发生为既遂基准,据此,第115条应是放火罪等罪的既遂,第114条是放火罪等罪“未遂犯在分则的特别规定”。这些说法并非没有道理,对初学者而言恐怕只有抓住本国制度设置的特点,结合刑法的基本观念,增强自己的“定力”,分辨出不同说法的根据和偏好。

三、提高篇:常态和非常态

生活中发生的99%以上的犯罪案件都是常态的,如甲为图保险金谋杀乙,使用剧毒的氰化物将乙毒杀。其动机、目的、认识、行为方式、造成的结果如此普通,以至于稍具常识的人就能作出与专家一致的判断。但是,偶尔也会发生一些异常的罪案,比如,甲谋杀乙却把丙误认作乙(张冠李戴)将丙杀害,或本欲毒杀乙并购买“毒鼠强”(剧毒灭鼠药)投放到乙的食物中,不料该灭鼠药是假的,不可能毒杀乙。或者甲为偿还乙的债务而投保人身意外伤害险,然后乞求乙砍断自己的双腿以便获保险金偿债。这类异常罪案极为罕见,甚至超出常人的想象,不仅给法律提出难题,也给学说提出挑战。学说追求其原理的普遍适用性,能完满说明“常态”问题是理所当然的,同时也能完满说明“非常态”问题才能通过学说原理性、圆满性最终测试。正因为如此,非常态的事例尽管罕见,却常常为学者所津津乐道,占了学说很大的篇幅。这不是卖弄也不是猎奇,而是学说需要通过极端事例的检验。

学说坚持主、客观相一致的原理,并追求它普遍适用的意义。犯罪人在犯罪过程中主观认识与客观实际通常是一致的,比如,例①甲欲杀乙,并开枪击中乙致乙死亡。偶尔也会出现意想不到的情况,比如,例②甲欲杀乙,误把丙认作乙并开枪射击致丙死亡,即发生了对象认识错误。值得研究的不是例①而是例②即所谓刑法上的认识错误中的事实认识错误。考验学说价值、立场的不在例①而在例②。关于例②,甲对“丙”的死亡结果该承担故意罪责还是过失罪责?假如是故意罪责,则成立故意杀人罪的既遂,因为甲造成了一个人(丙)的死亡结果;假如是过失罪责,则成立故意杀人罪(对乙)未遂和过失致人死亡(对丙的死亡结果)的想象竞合犯,择一重罪处断,成立故意杀人罪未遂。学者都认可“主客观相一致”,例②提出的挑战是:主观与客观应当一致到何种程度?例②中甲对“乙”有杀害故意,对“丙”没有杀害的故意,若要求甲主观认识(欲杀“乙”)与客观实际(杀死“丙”)具体吻合到“乙”还是“丙”的程度才对死亡结果承担故意罪责,叫“具体符合”说,此说显然对确认故意罪责提出

了极为严格的要求。若要求甲主观认识与客观实际吻合到“人”的程度即应对某“人”之死(不论是乙还是丙)承担故意罪责,叫做“法定符合”说。因为甲实际杀害的“丙”与“乙”虽然是两个不同的人,但他们同属于《刑法》第232条故意杀人罪之“人”,在法律上是同质的。解决这样极端的事例,可以看出学说在坚持主客观相一致原理方面的细微差异。

在共同犯罪中通常各犯罪人的认识一致,同时,也有认识不一致的事例。这些认识不一致的事例考验承担共犯罪责需主客观一致到何种程度。例③,甲乙共谋“教训”丙,甲其实怀有杀丙之心而乙只有伤害丙的意思,二人共同加害丙,甲乙是否成立故意杀人罪的共犯?共犯成立标准有犯罪共同说、行为共同说、部分犯罪共同说。按犯罪共同说,甲乙二人不成立故意杀人罪的共同犯罪,按部分犯罪共同说则仅在故意伤害的限度内可成立共犯;按照行为共同说则甲乙二人成立共同犯罪。我国通说采取部分犯罪共同说。例④,甲乙共谋盗窃丙家,甲入户盗窃,乙放哨,甲窃取5万元,出来后向乙谎称只窃得1万元,二人平分1万元。乙是对1万元还是5万元承担罪责?通说认为乙仍对5万元承担罪责,犯罪数额的误认不妨害承担故意罪责。

认定犯罪故意,不仅要求事实认识的主客观相一致,也要求行为违法性认识的主客观相一致。按常理,甲盗窃乙的财物,通常不仅对此事实有认识,而且对此事实的“是非善恶性质”也有认识,即知道这是被法律所禁止的。如果某学说把犯罪故意的否定评价重心放在“知其不可为而为之”上面,会更重视行为人有此“违法意识”,把它当作承担故意罪责的本质根据。对于甲盗窃乙的财物这样的平常事,不要求证甲知不知道盗窃“不可为”,因为具有普通辨认控制能力的人从小受到道德教化,不言而喻知道“偷”是件“坏事”。普通人对生活中、法律上99%以上的罪行均不言而喻“知其不可为”,所以,当某人触犯刑律通常不需说明他是否意识到行为违法就可成立犯罪故意。但不等于“违法意识”不是故意罪责的必要内容。因为现代社会法网严密,行为人可能会因为不知其行为违法(不可为)才触犯法律。比如,例⑤甲到非洲国家旅游从商店购买了一件象牙工艺品带回国内,他可能没有意识到这是犯法的(购买或走私珍稀濒危野生动物制品罪),惩罚他似乎不近人情或过于霸道。面对这样的极端事例,学说上就演绎出违法性意识作为故意内容(要素)的“必要说”、“不要说”、“有违法性意识可能性说”。

主客观一致的原理在处理行为人主客观不一致(认识错误)的非常态事例中才显现出作用,学者的不同观点才显现出实质差异。同理,刑法学的其他原理、制度也是在处理其他非常态情形中得到表现。这类非常态的情形、事例包括:①不能犯未遂(相对于能犯未遂);②偶然因果关系(相对于必然因果关系);③不作为尤其是不真正不作为犯(相对于作为犯);④想象竞合犯(相对于一行为犯一罪);⑤间接实行(相对于直接实行);⑥教唆未遂(相对于成功教唆);⑦间接故意(相对于直接故意)等。如果把“单个人实行一个既遂罪”看做是分则各条制度设置的常型,那么,犯罪预备、未遂、中止、帮助、教唆、共同犯罪、数罪、结果加重、情形加重也可以看做是特别的情形,需要特别关注。

四、实务篇

适用法律处理案件,不仅要通晓观念、制度、学说,还需要懂社会,了解法律职业群体的

思维习惯和经验。

从一个判例^[1]说起。甲女在乙男(单身离异)家做保姆并照看乙4岁女儿丙。甲乙发生了两性关系,乙许诺与同居女友丁分手娶甲。丁因觉察甲乙关系暧昧遂以乙的名义将甲解雇。甲不满,于某日中午将丙从学校骗至其亲属处,后打公用电话以丙的安全相要挟向乙索要“补偿费”2万元。当日16时许,公安人员接群众举报后将甲抓获,并在甲的带领下将丙解救。甲被控绑架罪。

一审以非法拘禁罪判处甲有期徒刑2年,理由是甲的行为不符合绑架罪的实质特征,故依据索取不受法律保护的债务的司法解释,以索债型非法拘禁定罪处罚。控方坚持认为甲构成绑架罪,提起抗诉。二审认为甲绑架丙作为人质,并以此威胁乙索要“损失费”2万元,构成绑架罪。但鉴于犯罪情节轻微,判决免予刑事处罚。^[2]

本案难在何处呢?首先看本案定罪处罚涉及的全部法律依据:

(1)分则第239条(绑架罪):“以勒索财物为目的绑架他人的,或者绑架他人作为人质的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产……。”

(2)分则第238条(非法拘禁罪):非法拘禁他人的,“处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利……为索取债务非法扣押、拘禁他人的,依照前两款的规定处罚”。

(3)总则第63条:“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚。犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”

(4)总则第37条:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免予刑事处罚……。”

本案的难处在于:从法理讲,甲扣押丙做人质勒索2万元,符合第239条之“以勒索财物为目的绑架他人”的犯罪构成,理应承担该条的法律效果“处10年以上有期徒刑……”。如果适用第239条处罚,同时又不适用第63、37条,法院对甲必须至少判处10年有期徒刑,并处罚金。从情理讲,对本案甲判处10年有期徒刑实在太重,违背朴实的公平感,不合情理。一审法院为回避判刑10年,认定构成非法拘禁罪,判刑2年。遭抗诉后,二审法院改判绑架罪,但同样想回避判刑10年。二审法院找不到对甲可以适用第63条“减轻处罚”的事由,干脆依据第37条“免予刑事处罚”。本案起诉、审判中定罪量刑的曲折变化,反映出法理与情理的较量,并且情理始终支配着案件的处理结果。

不过,法院的判决是否正确?哪一审法院的判决更合理?这是个令人难以确信回答的问题。如本案甲的行为到底是否符合绑架罪?涉及到绑架罪构成要件的解释。一审判决认定不符合其“实质特征”,意思是仅仅“形似”。理由大概是绑架罪法定最低刑为10年以上有期徒刑,立法配置如此重刑,考虑适用的情形应当是那些以勒索巨额财产为目的严重威胁人质安全的行为。本案这种恩怨儿戏似的“绑架”,实则不是立法者意欲惩治的绑架罪。这种理解存在一个法律漏洞,因为照这种理解就没有“犯罪情节轻微”的绑架罪了,这等于否定

[1] 李新朵绑架案,一审判决号:(2003)朝刑初字第473号刑事判决。

[2] 臧德胜:“挟持他人子女向他人索要‘补偿费’的行为是否构成绑架罪——被告人李新朵绑架案法律适用问题探讨”,载《审判前沿》2005年第1辑。