

刑法的历史与逻辑

XINGFA DE LISHI YU LUOJI

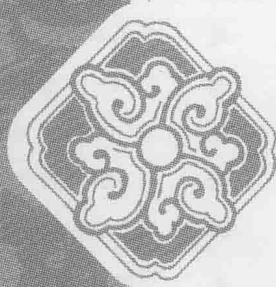
胡先锋◎著



刑法的历史与逻辑

XINGFA DE LISHI YU LUOJI

胡先鋒◎著



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，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

刑法的历史与逻辑 / 胡先锋著. —北京：中国政法大学出版社，2015.6
ISBN 978-7-5620-6067-3

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第102517号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 19.25
字 数 341千字
版 次 2015年6月第1版
印 次 2015年6月第1次印刷
定 价 43.00元

序

胡先锋老师所著的《刑法的历史与逻辑》一书要出版了。他是我1995级的一位刑法硕士生，当时他的硕士论文答辩就是我主持的。他的这本书以笔记形式写成，内容主要有他硕士研究生时期的读书笔记，有他学习刑法学20年的心得体会，有他多年进行刑法学一线教学的经验总结，有对于典型刑案的反思、评论和质疑，还有他与本科课堂历届学生就刑法学大大小小问题进行的问答和争辩，间或还有电影电视、新闻报道、掌故轶事、古代史籍、当代国史当中呈现出来的看似不起眼的刑法问题和刑法学关键点。这些问题，涉及刑法理论、刑事立法、刑事司法、刑事裁判文书、形势政策、犯罪学和刑法学教学，触及刑法学的犯罪本质、构成要件、犯罪类型、阻却事由、刑罚沿革等方面面，涵盖了刑法研究者的写作逻辑、法官裁判逻辑、教师教学逻辑等，涉及面很广，可读性比较强。作者往往是从小处入手，从细微处甄别，不经意间折射出作者心目中的刑法学的价值、宏旨和精神。作者善于使用类比和归纳的方法，一改惯常使用的演绎方法，所以，其结论能够根植于扎实的现实经验和真实的历史事实，使人耳目一新，掩卷之余，获得新知识和新启发。我以为，这种随笔式的心得记录是很难得的一种努力和坚持，也是一个刑法学者应该具备的理性态度、朴实品格和反思精神。

我一直认为，刑法研究可以有多种路径，刑法著作也允许各种写法和写作体例，本书作者的尝试值得肯定。接地气、材料新、角度新、思路新，与刑法课堂教学紧密结合，与我国当代历史进程紧密结合，其出发点是反思刑理得失，其效果是解决实际问题，其功能是批评刑事裁判、刑法教学，最终促进刑法学科发展。

2005年，当作者回到法学院从事刑法学教学和科研的时候，我正在担任法学院院长。一晃十年了，如今，作者能够给包括刑法同行和刑法学子在内的广大读者奉献出这么一本著作，我感到很欣慰。作为他昔日的老师、今日的同事，我觉得这是一段不浅的缘分，所以，写下这段文字，一是表示衷心祝贺，

二是鼓励他“眼底有诗书，胸中有道理”的学术风格，三是期待他今后有更优秀的刑法学专著面世。

是为序。

齐文远

2015年3月12日

前 言

刑法的历史充满了逻辑，同样也充满了非逻辑。在逻辑和非逻辑的交织中，刑法历史不断演进，刑事立法、刑事司法、刑法教学、刑法研究的历史不断演进。在这一演进过程之中，既有历史的必然性，也有历史的偶然性。

作为横断面的静态的刑法当代历史，就是我们每个刑法人都身处的当下的历史，每个刑法人都参与的历史，甚至每天发生的刑法教学、科研、评论都是中国当代刑法史的一部分。这个部分看似琐碎，其实也存在着逻辑与反逻辑的强烈对立与争辩，有心者只要看看新闻中的热点疑难刑案就知道了。

而刑法逻辑既是历史地形成的，是自然法规范延续传承而来的，也肯定有偶然力量、英雄人物干预的因素。特别是在媒体发达的今天，真正的刑法逻辑往往会被小人物创造，例如湖南的唐慧。这意味着，刑法的逻辑本身是动态的，是逻辑和非逻辑的共同产物。

我们要寻找出刑法历史的逻辑性和非逻辑性，还要寻找到刑法逻辑的历史必然性和历史偶然性。往大了说，刑法逻辑无非就是公平、正义、平等，这是刑法的宏观逻辑。下面主要介绍刑法的微观逻辑。

一、刑法有哪些逻辑

第一，讲理，讲刑理，而且要透彻地讲理、认真地讲理、扎实地讲理。首先体现在刑法教学时，要训练学生的说理习惯和说理技能，也就是论辩和辩驳。对于自己的观点要千方百计地证实，对于对手的观点要千方百计地证伪，这一过程会有效提高学生们的刑法水平，促进其刑法思维。其次体现在刑事司法活动中，特别是控方和审判方一定要讲理。假若事关生杀予夺的刑法都不讲理，那么还有什么需要讲理？死要死得明白，判要判得服人，方能定分止争，冤平枉正。对于本科生来说，很难现场参与论辩，所以，阅读判决书、起诉书、辩护词等就是学习的捷径，特别是优秀的辩护词，其逻辑过程很值得学习。

第二，刑法罪刑规范的用语、词汇、构成要件等适用于具体案情的方式，

及案情可以适用某条罪刑规范及其构成要件的理由。例如小偷盗窃一个位于人行道上的窨井盖的行为，是否构成破坏交通设施罪？该刑法规范中的“交通设施”不是指所有的“交通设施”，而是指被破坏后足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险的轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志等。因此，本案中的“人行道上的窨井盖”不属于破坏交通设施罪中的“交通设施”，破坏交通设施罪这一规范就不能适用于本案。

第三，相同案件相同处理，否则必生冤狱。这样的例子比比皆是。例如，被害人紧追窃贼，窃贼无奈跳河淹死，对于紧追人论以过失致死罪还是无罪？抢夺案件的被害人爬起来紧追嫌犯，嫌犯慌乱中被汽车撞死，对于紧追人论以过失致死罪还是无罪？我以为，合法追击行为不能论以过失致死罪。问题在于，现实中的相同案件，往往出现不同判决结果，那么这些结果中必有一错。

第四，立法问题归立法解决，司法的问题靠提高司法水平、提高刑法运用能力去解决。律、例之间的互动和冲突古已有之，“臣闻有法之弊，有例之弊，法之弊易见，例之弊难革……若例者，或出于特恩，或一时权宜，或徇情亲故，或迫于势要，开创是例，揆之于法，大相牴牾”〔1〕。法，有良法恶法；例，分良例恶例。法典、司法解释、各级刑判，孰是孰非，孰优孰劣，有的假以时日自有公论，有的在当时即能分辨。倘若立法错误与不良，则需要法官秉持刑法精神，抵制错误规范，开创历史性判决。倘若罪刑规范并无瑕疵，只是适法者无能与懈怠，则需要通过整饬吏治和司法进修来改善。

第五，不可全用演绎法，应该特别重视归纳法、类比法。

首先，问题往往出在大前提和小前提上面，假如全用演绎法，结论自然会错误。特别是大前提，都是那些所谓通说或者所谓颠扑不破的权威真理，从此出发就一定得出美好的逻辑的结果？例如，因为胎儿不是刑法上的人（大前提），而某某孕妇所怀的是大月份胎儿（哪怕是八九个月的）（小前提），所以强制引产大月份胎儿不是杀人罪（结论）。这个演绎过程中，最容易受人诟病的就是大前提，即所谓通说的观点。不是杀人就算了吗？我国现行刑法只能算了（或者定一个滥用职权罪），只能进行党纪、政纪处理，而大陆法系的刑法就有堕胎罪来填补。我国不能填补，只能算了，或者强行将法条扩大解释为“大月份胎儿等活胎应该扩大解释为‘人’”。无论采用前后哪种解决方案，都是令人遗憾的，势必引发更多问题。再如，牵连犯处断原则是从一重处断（大前提），而杀人骗保是牵连犯（小前提），所以杀人骗保从一重处断（结论）。

〔1〕（清）乾隆官修：《续文献通考》（卷135·刑一），浙江古籍出版社2000年版，第4001页。

这个演绎错就错在大前提，其完整而准确的说法应该是——牵连犯处断原则在刑法原理上是从一重处断，在实定规范上既有从一重处断也有数罪并罚。不仅如此，大前提之中其实还预设了另一个大前提——牵连犯，而牵连犯这一概念本身就被一些立法例否定了。

小前提也有出错的。像“遗弃罪是否是继续犯”这一问题，有的教材或者习题说它是继续犯。^[1]其演绎过程是：继续犯是两个同时继续——构成要件的行为与不法状态的同时继续，遗弃罪是两个同时继续，所以遗弃罪是继续犯。这一推理乍一看没什么纰漏，但仔细一想，便觉得不妥。遗弃罪，是纯正不作为犯，遗弃行为结束了，被扶养人的法益受侵害的不法状态一般而言也就结束了。但是还有一种可能，遗弃行为尚在继续，但是不法状态可能已经结束，例如社区干部、民政部门等承担了扶养责任，给被害人吃、喝、衣服。所以，这一类型的遗弃罪就不是继续犯，于是整个遗弃罪就不能说是继续犯。这里，出错的是小前提“遗弃罪是两个同时继续”。再如，丢失枪支不报罪也是纯正不作为犯，不报告的行为结束了（丢枪的人报告了），但是枪支丢失所造成的不法状态还在继续，因为不是一报告枪支就能马上找到的，在枪支找到之前公共安全法益仍然处于被侵害状态。所以，丢失枪支不报罪也不是继续犯。因此，不是所有的不作为犯都是继续犯。继续犯之所以存在，是因为其构成要件的行为与一般的危害行为不一样，是两个同时继续，这也意味着两个同时结束——构成要件的行为与不法状态的同时结束。上述遗弃罪和丢失枪支不报罪都不是继续犯。

其次，应该重视归纳法。刑事案例指导制度的建立、运行和刑事案例集的编纂、出版是一项基础性工作，同类案件越多，所归纳出的结论的科学性就越高。我认为，这不是小儿科的玩意儿，而是人类基本的思维方法，绝对没有过时。它与“相同案件相同处理”这一刑法逻辑紧密相关。例如，醉驾是指“在道路上醉酒驾驶机动车”的行为，那么，醉酒后驾驶电动摩托车、电动三轮车、带汽油柴油发动机的自行车、三轮车等行为能否适用？醉酒后抱着冰箱冲下道路下坡路段，能否适用？只要积累足够的案例就自然能得出结论，“在道路上醉酒驾驶机动车”这一构成要件，早晚会被日益丰富的犯罪现实所倒逼而被迫作出修改。

最后，类比是一种很好的方法，包括案例的类比、用语的类比、原理理论的类比、判决理由的类比。例如，学生看不懂教材的某一段阐述，我就建议他们换一本教材看看，换一本日本的或者我国台湾地区的教材试试。我喜欢日本

[1] 律政文化组编：《刑法学配套辅导》，中国方正出版社2012年版，第99页。

学者大谷实的刑法学教材，言简意丰，不少学生读后也有同感。再如，当学生遇到不知如何处理的案件时，我建议他们看看最高法院公报登载的类似案例。还比如，同一个构成要件，为何不同刑法典的术语不完全一致？孰优孰劣？是“破坏”好还是“妨害”好？是“剥夺生命”好还是“断绝生命”好？是“国家工作人员”好还是“公务员”、“公职人员”好？是“劫狱”好还是“劫囚”好？是“传染病”、“传染花柳病”好还是“传播性病”好？是“非法拘禁”好还是“私行监禁”好？是“劫夺被押解人员罪”好还是“夺取被羁押者罪”好？是“急迫不正的侵害”好还是“正在进行的不法侵害”好？是“敲诈勒索”好还是“恐吓取财”好？

第六，重视刑事判决书的收集、阅读、对比和研究。其中包括史料中的刑法资源，例如东京审判、纽伦堡审判判决书，国会纵火案判决书，韩复榘案判决书，周佛海案判决书，等等。从旧案中获得刑法新知，从史料中反思犯罪本质。我个人的体会是，我国民国时期的刑判水准整体较高，说理也比较透彻，值得刑法学子们特别珍惜。

第七，要重视形式逻辑概念的运用，包括充分条件、必要条件、定义项、被定义项、内涵、外延、竞合、包容、交叉、并列、同一等。例如普通法条与特别法条，《刑法》第280条盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪与第375条盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪，未必就是张师所说的普通法条与特别法条的关系，因为前罪有“毁灭”行为而后罪没有，所以前罪怎么可能是“普通法条”呢？除非后罪增加“毁灭”行为，才是普通法条与特别法条的关系。目前，二者只是交叉竞合，也就是部分重合。再如法条竞合中的所谓交叉竞合，泛泛而论勉强可以，但是较真起来，未必就是。

台湾地区许玉秀先生注意到了形式逻辑的局限性，她认为还应该注重刑法特有的规范逻辑关系，“因为构成要件之间的关系是规范逻辑关系，必须从规范目的上面去理解彼此的关系，如果化约成a、b、c、d的元素，看不出各个构成要件在各自的规范目的上有如何的互相补助、互相排斥或互相重叠的关系，立法者制定每个构成要件时，都有一定的功能思考，如果适用一个构成要件即能充分发挥功能，即不必再适用其他构成要件……”〔1〕。据此她否定了“特别关系”的法条竞合关系，肯定了补充关系和吸收关系是法条竞合的两种形态。而她所说的“补充关系”，在我国现行刑法上，往往是以“特别法条”或者“特别规范”等指称，这是语境上特别需要注意的。

〔1〕 许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第779-780页。

我以为，许玉秀的上述论述是有一定价值的。但是，是否真的存在着一个“立法者”？是否真的存在着“都有一定的功能思考”？答案是否定的。所以，刑法特有的规范逻辑关系也不可能完全摆脱形式逻辑的一般规则，它依然应该回到普通形式逻辑的基本范畴和命题之中。

第八，总则的知识点永远不是抽象的，总是具体罪名的知识点。例如，既遂总是某罪的既遂，如盗窃罪的既遂、杀人罪的既遂等。又如，过失犯总是某具体罪名的过失犯，杀人罪的过失是对他人死亡的心态，过失致人重伤罪是对重伤结果的心态，等等。学生们不习惯于从思考具体的分则的行为和罪名起步，进而去学会总则的知识点。他们习惯于从总则出发，也就是从概念出发，但是由于出发后不经过分则的分析和确认，结果往往回不到总则的知识点。从概念出发，以此作为思考的逻辑起点，往往是不得要领的。而从具体犯罪出发，往往会得出别开生面的结论。当然，这只有等到总则分则融会贯通后才能做到。

第九，刑法逻辑的发展历程。从中国古代刑法到外国刑法原理，案例中、判词中体现出来的逻辑，具有很强的历史性，与一国一时代的生活背景相印证、相呼应。具有历史的眼光和思考习惯，就不会迷失于静态的条文和孤立的个案，就能超越政权更迭和社会制度变迁，更多地将目光集中于思考刑法规范的本质、运行和内在结构。可以说，刑法逻辑是历史的，而刑法历史未必是逻辑的。

第十，刑法的精确性也是其逻辑性的重要特征。在经济犯罪的数额犯、贪污犯罪、交通犯罪、人身伤害等犯罪类型中，在侦查阶段，在监控和网络安全等环节，有数字化的、可度量的证据和事实，对于认定是否犯罪以及为何种犯罪就相当有利。例如，行为入打掉他人一颗牙齿，无罪，治安处罚或者民事赔偿；打掉他人2~6颗牙齿，故意伤害罪，轻伤；打掉他人7颗以上牙齿（包括7颗），故意伤害罪，重伤。这是很精确的便于司法实务的规定，具有形式感，也富有逻辑意味。又如，销售金额5万元人民币、偷逃应缴税额5万元人民币、血液中酒精含量大于或等于80毫克/100毫升等精确数字在刑法评价中也具有积极意义。再如，对罪名与罪名之间的区别以及竞合分析得越精确，其刑法逻辑力量越强。好的刑法书往往具有外科手术刀般的锋利，起承转合之间如庖丁解牛，“合于桑林之舞，乃中经首之会”。假如总是泛泛而论，无关痛痒，不落实处，一般而言，这样的论述也就失去精确性和逻辑性。在某种程度上，贝卡里亚所憧憬的“这种精确度足以制胜迷人的诡辩、诱人的雄辩和怯懦的怀疑”^[1]仍然具有很强的真理性，只是我们目前的努力程度和刑事科学的

[1] [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第7页。

整体水准还远远没有实现刑法精确性的理想而已。我以为，并不是刑法精确性有什么不对，而是对于怎样去实现这种精确性，我们尚未找到捷径。畅想一下，假如每个被害人的肾上腺素分泌量被一个小仪器随时记录，那么罪犯实施的“盗抢”行为是构成抢劫罪、抢夺罪还是盗窃罪，判断起来就很简单。畅想一下，假如每个人的生活轨迹随时随地被仪器记录，并上传到一个处理海量数据的机房中，那么司法机关对于犯罪的追诉就从以前的“艰难地发现过去的事实”变成“原音回放”和“现场重现”。随着数字化的日益发展和技术手段的广泛运用，刑法的评价基础和评价手段都将实现跨越。当然，人权保障和隐私权保护也是必须同时予以关注的。

二、刑法逻辑的相对性

不过话说回来，试图彻底贯彻上述形式逻辑、辩证逻辑于刑法推理、刑法思辨之中，无疑是天真幼稚的。刑法推理和刑事司法是在偶然与必然、逻辑与历史共振之下的产物，是讲理和不讲理共同作用的结果，书斋式的思维惯性是不能理解千姿百态的刑理刑判的。在特殊历史时期，历史本身就不是逻辑的、线性的产物，而是反逻辑的、矩阵式的产物。历史的必然性和偶然性到底谁的作用更大？我们受的教育都告诉我们是前者，而实际上我越来越相信是后者。理性，严格说来即所谓的“绝对理性”，并非历史形成的主导力量，更不是刑法历史形成的主导力量。这无疑是令人悲观的，也是令人悲伤的。所以，“绝对理性”和绝对的逻辑都只能是个理想化的东西。

刑法逻辑的相对性是指在一段时期内，一个刑法逻辑、一个法律规范似乎是具有逻辑性质的，但是这一刑法逻辑在某个时点被突破、被超越、被废弃之后，从历史长河的角度观之，它就成为反逻辑的东西。这种例证太多了。我国现行刑法中，曾经有过的违法为关系人发放贷款罪的废除（归入违法发放贷款罪之中）表明，当初设置该罪名是不合逻辑的。我国现行刑法中，足球裁判陆俊案的判决直接否定了较早的足球裁判龚建平案判决的逻辑性。意大利1931年生效、至今仍然有效的罗科刑法中，曾经有“对敌国供给粮食”一条，如今早已不见踪影。但是“在战争时对敌人之援助”一条，至今仍然耸立在意大利刑法典中，只不过现在已经翻译为“资助敌人”。^{〔1〕}意大利的立法者当初设立“对敌国供给粮食”一罪时，大概认为资助粮食不是一般的资助敌人的行为，

〔1〕 对比何勤华、魏琼编的《董康法学文集》中收录的《意大利刑法》和黄风译注的《最新意大利刑法典》可知。

有必要单列出来，这才合乎逻辑。现在终于明白了：无论资助敌人粮食的行为多么特殊，毕竟也还是“资助敌人”的行为。

刑法逻辑的相对性还包括立法对理论的反动、判决对立法的突破和理论对判决的批评，三者呈现出互不买账的三足鼎立态势，背后都是人的影子。有的历史时期，某一方面的力量过于强大，会导致刑法根基的失衡和刑法正义的坍塌。例如，在“砸烂公检法”的年代里，只有冰冷的刑事判决，根本看不到理性的刑法理论和理智的刑法立法。在政治稳定的年代里，在一次次的对话、谈判和争论中，刑法历史的痕迹逐渐清晰起来。谁都希望一个有逻辑的、有预测可能性的、荣枯均衡的刑事法律运行之流，但是谁也不能保证刑事法律运行之流不会在某一天突然越过河床四处泛滥。

刑法逻辑的相对性还突出表现在当今的刑事判决逻辑、刑事立法逻辑和刑法学理逻辑的不统一上。本来这三者应该内在协调一致，但是正如前面所说，逻辑的呈现是人力的结果，刑法逻辑是刑法人的逻辑，所以，不统一是永恒的，反逻辑是常态化的，而刑法逻辑化的建构是不间断的过程。例如，在厂矿、小区等公共交通管理范围外交通事故致人死亡的，根据司法解释，应该论以过失致死罪而不是交通肇事罪。可是，这些地点发生的肇事致人死亡案是由交警以及交管部门来认定责任，并出具交通事故责任认定报告的。况且，这些案件本来就是业务过失犯，本来就是交通肇事罪。假如按照现行有效的司法解释来处断，既加重了行为人的刑事责任，逻辑上也自相矛盾，所以，该司法解释的逻辑是错误的。学者们假如依据该司法解释进行后续的推演、论理，必然出现前后矛盾的结论。

刑法逻辑实质是在刑法规范的运行过程中完成的，其中，全是人的力量。正是在这个意义上，刑法逻辑显得尤其复杂和多样。

三、刑法学理逻辑的相对性

刑法逻辑的相对性表现在学理范围内，就是所谓刑法学理逻辑的相对性，它是指对于刑法学学术见解和学术观点要冷静分析，不要盲从，不要死于言下。例如所谓拟制犯罪、拟制规范、拟制规定、虚拟规定，像刑讯逼供致人死亡的拟制为杀人罪的观点，其实还是值得商榷的。在我看来，这是注意规定，是本来的杀人罪。理由如下：

第一，刑讯逼供致人死亡是以逼取证据为目的的不确定故意的犯罪，一旦出现死亡结果，且该死亡结果也在行为人主观预计范围之内，以杀人罪论处并不冤枉行为人。财杀、情杀、仇杀都是特殊目的的杀人罪，刑讯逼供致人死亡就是以逼取供词为目的的杀人罪。

第二，刑讯逼供的残酷刑罚，例如军统时期的“炒排骨”、“开水烫”、“电刑”，行为本身就会引起被害人死亡，行为人也已经认识到自己的残酷刑讯行为会导致他人死亡，而放任该死亡结果的出现，这完全符合间接故意杀人罪的构成要件。即使是当前的一些刑讯逼供案，例如使用警棍殴打嫌疑人、使用溺水方法残害嫌疑人，造成死亡结果的，也完全符合间接故意杀人罪的构成要件。另外有一部分刑讯逼供行为，如果立法者认为仅以刑讯逼供罪论处过轻，可以考虑增设酷刑罪。

第三，目前的司法实践中，不排除有些性质轻微的刑讯手段，例如冻、饿、晒、烤等，同样会造成死亡结果。此时应该根据主观要件的认定标准，论以过失致死罪，或者意外事件。

第四，“刑讯逼供致人死亡”这个刑法规范，至少有很大一部分是注意规定，是本来的故意杀人罪。还有少量是过失致死罪或者意外事件的死亡拟制而来的故意杀人罪。

第五，审讯而用刑，今日观之，是古老的恶行。早至秦代就有合法的“治掠”（即笞掠）；唐律名之为“拷掠”、“拷讯”、“拷囚”，允许如法的“拷掠”；宋代有“枷讯”；清代名目更多，拶指、夹棍、压膝、问板，现代也未完全绝迹。所以，“刑讯”作为一个专有名词出现在刑法典和刑法史中之后，逐渐掩盖了它的杀人罪或者伤害罪或者暴行罪的本来属性，而逐渐演变成一个新的犯罪类型，成为一个相对独立的刑法学范畴。这难道是一种进步和文明的表现？我以为，从封建时代允许如法的“拷掠”到今天禁止一切形式的“拷掠”，是历史的巨大进步。但是，我们的观念之中残余的是——刑讯逼供还不至于等价于杀人罪、伤害罪，把它作为一个新类型，把它与杀人罪、伤害罪隔离开——这是历史进步未完成的表现。^{〔1〕}当汉语的词汇特别是动词汇日益丰富、刑法罪名日益丰富的时候，我们不能忘记犯罪类型的早期面貌和今日模样，不能以为毫无合法性可言的刑讯逼供行为已经脱离了杀人、伤害、暴行。有鉴于此，我以为，刑讯逼供没有致死的，对行为人一般应该论以杀人罪未遂或者杀人罪中止，或者根据其故意内容和行为性质论以伤害罪未遂或者伤害罪

〔1〕 1937年一则判例中认为刑讯就是伤害，这个观点颇值得重视：上诉人等因某甲否认窃鸡，加以刑讯后拘禁于拘留所内，嗣见其伤重垂毙，即以棕绳套其颈部，挂于拘留所栅栏横木上，假装自缢，旋即气绝毙命。是上诉人等最初犯意仅在殴打某甲，使其承认偷鸡，刑讯完毕伤害行为即已终了，迨发觉伤势沉重，恐其身死受累，复另起杀意，将其假装自缢，以卸责任。其伤害行为与杀人行为，显系各别起意，自应并合处罚。参见《“最高法院”判例要旨》，[判例字号] 26年上字第730号。

中止^[1]；刑讯逼供致人死亡的，应该论以杀人罪既遂。

第六，消解乃至废除现行刑法的刑讯逼供罪未必是激进的主张。刑讯逼供罪相对于杀人罪、伤害罪等最古老的自然犯，其历史短暂得多，相对而言算得上是个法定犯。但是如今，妇孺皆知的刑讯逼供罪恐怕已经成了一个自然犯。假如我们把晚出的刑讯逼供罪这一“自然犯”上溯到它的源头，这一罪名还有必要存在下去吗？刑讯逼供罪已经属于我国现代犯罪类型，但是即便如此，它也尚未超越杀人罪、伤害罪等古代犯罪类型。

《日本刑法典》中无刑讯逼供罪，只是在渎职罪一章中有“特别公务员暴行、凌辱、虐待”的规定，即：“执行或者辅助执行审判、检察或者警察职务的人员，在执行其职务之际，对被告人、犯罪嫌疑人或者其他入实行暴行、凌辱或者虐待行为的，处7年以下惩役或者监禁。依照法令对被拘禁的人进行看守、护送的人员，对被拘禁的人实行暴行、凌辱或者虐待行为的，与前项同。”^[2]这其实不同于我国的刑讯逼供罪，因为这一法条既不是“以逼取口供为目的”的目的犯，也不是伤害行为，而是暴行行为。略有不同的是，1999年的《越南刑法典》^[3]中的逼供罪是“使用各种违法手段强迫犯罪嫌疑人违背事实作口供”，这已经超越了现行刑法的以暴力为其本质的刑讯逼供罪，属于一种新的犯罪类型。总之，把刑讯逼供作为一种犯罪类型，在各个立法例中至少并不多见。

第七，1950年的《捷克斯洛伐克共和国刑法典》^[4]中，斗殴、使人有感染花柳病的危险、见危不救，紧接杀人、堕胎和伤害之后。我并不认为斗殴、使人有感染花柳病的危险、见危不救是独立的三个犯罪类型。这三者没有超越杀人、堕胎和伤害的范围，只是对现实中犯罪现象的抽象概括，还远远算不上独立的犯罪类型。

四、刑法逻辑的依归与理想的刑法

无论运用形式逻辑还是辩证逻辑来解释刑法、实践刑法，都必然存在逻辑起点和逻辑终点的问题，也就是刑法逻辑的依归问题。通俗地说，就是刑法的平

[1] 当然也可能是暴行罪（既遂），只是当前的实定刑法规范中并无暴行罪，我们暂时只能从杀人罪或者伤害罪角度来解释。

[2] 张明楷译：《日本刑法典》，法律出版社2006年版，第72页。

[3] 米良译：《越南刑法典》，中国人民公安大学出版社2005年版，第135页。

[4] 中央人民政府法制委员会编译室译：《捷克斯洛伐克共和国刑法典》，法律出版社1956年版，第92~93页。

等、正义、公平、自由，这是无数时代、无数人民共同的刑法理想和人权目标。从某个角度说，除去那些民族性、政治性极强的刑法规范，确实存在着跨文化刑法。^{〔1〕}这从演绎式的哲学分析可知，从各国刑法典的归纳式的比较亦可知。

当形式逻辑的解释结论与刑法的平等、正义、公平、自由等宏观价值产生矛盾时，应该以后者为准，此时需要运用辩证逻辑甚至诡辩来达到善良的目的。当辩证逻辑的解释结论与刑法的平等、正义、公平、自由等宏观价值产生矛盾时，也应该以后者为准，此时需要运用形式逻辑方法来达到善良的目的。还是以“人”为例：少女杀婴，是否构成杀人罪？我的想法是，当婴儿刚刚出生，脐带刚断时，将其杀死，不宜论以杀人罪，可根据独立呼吸说否定其构成杀人罪，这是以辩证逻辑为准，彰显的是刑法的自由价值和刑法的人权保障机能（自由保障机能）。当婴儿已经成活三五日，此时杀死，可以论以杀人罪。但是每个类似案件背后都有一个悲哀的年轻母亲，其情可悯，轻罚即可，这是以形式逻辑为准，彰显的是刑法的公平价值和刑法的社会保护机能。面对此类案件，1939年的一个判例可以拿来借鉴：“上诉人扼死其所生女孩，已在出生后之第五日，自与刑法所定母于甫生产后，杀其子女之情形不合。”^{〔2〕}

再如，对于色情物品、淫秽物品的认定标准及其犯罪化问题，在保守与极其保守的国家，开放和非常开放的国家，每个国家的标准都不一样。这就要求在认定时，保障成人的性自由和保护社会整体性风尚的健全应该适当平衡，而破坏儿童性法益的所有行为必须受到严厉打击。

当我们展望刑法的未来模样时，每个个体心中的理想都会赋予那些刑法规范，这就是所谓应然的刑法以及应然的刑法规范。这些个体有的是专业人士，有的是极普通的人，但是只有凝聚他们所有智慧的刑法规范，才是好的刑法规范。对于国民整体、一个政治实体、一个国家来说，也应该有一个理想的刑法及其规范，这就是“垂范久远”的刑法及其规范。这是每个个体以及每个国家都逃避不了的“从哪里来到哪里去”的古老问题。刑法规范“从哪里来”，解决的是现存的实然的刑法规范存在的合理性、合法性问题；刑法规范“到哪里去”，观察的是现存的规范存在的不合理性、不合法性问题，解决的是如何制定更好的刑法规范，如何制定应然规范的问题。我们始终走在“从哪里来到哪里去”的路途之上，无法停歇追求刑法规范尽善尽美的脚步，无法停下追寻公

〔1〕 [德] 奥特弗里德·赫费：“存在跨文化刑法吗？——一种哲学尝试”，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2000年第2期。

〔2〕 《“最高法院”判例要旨》，[判例字号] 28年上字第2240号。

平自由正义的脚步。

五、几则说明

1. 本书的“第一种教材”、“第二种教材”、“第三种教材”、“第四种教材”分别指的是：齐文远、刘艺兵主编的《刑法学》，人民法院出版社2003年版；齐文远主编的《刑法学》，北京大学出版社2007年版；张明楷所著的《刑法学》，法律出版社2003年版；高铭暄、马克昌主编的《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2005年版。

2. 本书的现行刑法指的是我国大陆地区现行刑法，“台刑”指的是我国台湾地区现行“刑法”，“日刑”指的是日本刑法典，“德刑”指的是德国刑法典，“意刑”指的是意大利刑法典，“印刑”指的是印度刑法典，“法刑”指的是法国刑法典，“西刑”指的是西班牙刑法典，“捷刑”指的是捷克斯洛伐克共和国刑法典，“越刑”指的是越南刑法典，“保刑”指的是保加利亚人民共和国刑法典，“俄刑”指的是俄罗斯刑法典或者苏联刑法典。

3. 本书引用我国台湾地区“刑法”法条、案例、判例较多，是因为民国时期的刑法也罢，目前台湾地区的“刑法”也罢，都是中国刑法的组成部分和珍贵资源，也是值得我国大陆地区现行刑法借鉴、移植和参照的，尤其是在刑法的技术分析和刑法判例指导制度上。我坚信，两岸统一大势所趋，两岸刑法分久必合。

4. 本书中的“朱师”指的是我的老师朱继良教授，“吴师”指的是我的老师吴安清教授，“齐师”指的是我的老师齐文远教授，“张师”指的是我的老师张明楷教授。书中引述这四位业师的观点较多，但是惠我的何止他们？那些素未谋面的学者也是我的老师。

5. 本书由228则或长或短的札记组成，按照时间顺序分为10辑。多数是点到为止，少数则敷衍而为长文，总之是力戒学术八股。每一篇开头的时问大致是初次思考该问题的时间，但是其内容实际上经过了多次修改、增删。所以，这个时间可能仅仅对于我个人有意义，删去也完全可以。

胡先锋
2015年3月



目 录

C
O
N
T
E
N
T

序 / 1

前 言 / 3

第一辑 (1993 ~ 1998 年)

- 辅导员以就业机会索取学生 1000 元 / 1
- 在政法学院盗窃《刑法学通论》 / 2
- 我的七位老师 / 2
- 行使伪造变造或登载不实之文书罪 / 6
- 盗窃罪的法益 / 7
- 林山田与“一〇〇行动联盟” / 8
- 盗窃罪的既遂 / 8
- 对经济刑法有兴趣 / 9
- 摇摆不定的硕士论文选题 / 10
- “误信自己之物为他人之物而窃取” / 10
- 我的硕士论文答辩 / 11
- 销售盗版法学书构成销售侵权复制品罪 / 12
- 1981 年特别法庭判决书的瑕疵 / 13
- “收捕谋叛以上，不容先闻而矫制”与紧急避险 / 14