

刑法判例 实务评讲

PRACTICAL COMMENTS ON
JUDICIAL CASES OF CRIMINAL LAW

◆主 编 冯一文

◆副主编 孙长虎 李崇杰



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

- 浙江省优势专业案例教学系列教材
- 宁波市品牌专业案例教学系列教材

刑法判例 实务评讲

PRACTICAL COMMENTS ON
JUDICIAL CASES OF CRIMINAL LAW

◆主 编 冯一文
◆副主编 孙长虎 李崇杰

图书在版编目(CIP)数据

刑法判例实务评讲 / 冯一文主编. —杭州:
浙江大学出版社, 2015. 7
ISBN 978-7-308-14814-6

I. ①刑… II. ①冯… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 141427 号

刑法判例实务评讲

主 编 冯一文

责任编辑 余健波
封面设计 周 灵
出版发行 浙江大学出版社
(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)
(网址: <http://www.zjupress.com>)
排 版 杭州好友排版工作室
印 刷 浙江省良渚印刷厂
开 本 710mm×1000mm 1/16
印 张 16
字 数 279 千
版 印 次 2015 年 7 月第 1 版 2015 年 7 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-14814-6
定 价 45.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式: (0571) 88925591; <http://zjdxcbcs.tmall.com>

冯一文 吉林大学法学博士、中国社会科学院法学所法学博士后,宁波大学司法实务研究中心秘书长、刑事实务研究所所长、宁波仲裁委员会仲裁员、律师。曾在宁波一基层法院工作 10 年整,担任法官、研究室主任等职。在法律出版社出版法学专著 1 部,公开发表文章 20 余篇,在法院系统学术研讨会中获奖 10 多次,主持教育部、最高人民检察院等省部级课题 3 项。E-mail: fengyiwen@nbu.edu.cn,QQ: 596148950。

孙长虎 西南政法大学法学硕士,宁波市中级人民法院监察室副主任,宁波大学法学院兼职教授,最高人民法院《人民法院案例选》兼职编辑。公开发表学术论文 20 多篇,参与撰写最高人民法院重大司法调研课题 3 项、浙江省高院重点课题 5 项。

李崇杰 山东大学学士、宁波大学法律硕士,浙江海泰律师事务所律师,刑事法律事务部主任,宁波律师协会刑事专业委员会委员、秘书长,宁波市山东商会法律专业委员会主任,也是宁波大学司法实务研究中心兼职研究员。执业之余积极撰写实务论文,多次获奖,并与全国著名学者型刑辩律师徐宗新等合著了《辩护人认为》一书。

序 言

宁波大学法学院根据自身的本科生教学大纲安排,学生在大三阶段实行相对有侧重但并非严格意义上的教学分班:民事法班、刑事法班等,其中为刑事法班的学生开设了一门名为《判例刑法学》的选修课。作为选修课,《判例刑法学》是学生们均已学过《刑法学》、《刑事诉讼法学》等主干课基础上,所开设的一门刑法学的深化课。不过,针对这些已经学过刑法、刑事诉讼法的学生,再来上这门课,是否有炒冷饭的嫌疑?这门课的教学目标定位应该是什么?对此,我们鼓励教师进行教学探索。

冯一文博士自2012年底从司法实务部门转身来到法学院后,在刑事法学的教学过程中,结合自身原有对司法实务的理解,积极探索法学理论与法律实务的有效对接,取得了一定的效果。针对《判例刑法学》这一课程,冯博士充分发挥自身与宁波法律实务界比较熟悉的优势,大胆提出聘请法律实务专家给学生上课的思路。这一创新性思路得到了学院的肯定,学院还专门讨论配套教学资金予以支持。为此,在《判例刑法学》的教学过程中,我们在宁波市范围内,诚挚邀请了实务专业性强且善于表达交流的刑事法官、检察官、刑辩律师来到课堂,结合案例给学生讲学,传授刑事实务经验。每位实务专家结合自身实际,在教学大纲的大体框架范围内,主要围绕定罪量刑选择某一主题进行讲课。他们将法律实务中最为真实、鲜活的案例信手拈来,予以讲解,有效地做到理论与实践有机结合,让学生们切实领略到,生活中的法律是如何真实运行的,原来“行动中的法”与“书本上的法”是有诸多差异,甚至是天差地别的。

这种聘请实务专家进课堂的教学模式的意义自不待言,这种模式初步实现了法律理论与实践的有机融合。诚如奉化市人民法院何军法官在课堂上所言,“我们在大学期间学到了很多法学理论知识,这是一个较低的层次,能够将理论知识运用到实践中,将理论与实践结合起来,则是一个更高的层次。法律在实践中才能够活起来,在实践中才能更好地被理解。这就好比金庸小说《天龙八部》中的王语嫣,她把各门各派的武功秘籍全部都背得滚瓜烂熟,但是不会用到实战中,一旦遇到坏人,还是要被欺负。”这一课程的

教学探索,为学生的学习法学理论的过程中,打开了一扇认知法律实务的窗户,也为学生将来从事法律实务工作奠定了一定的认知基础,至少不会不知所措、无从下手而一脸茫然,颇有意义。正因为此,这一课程犹如一股新风扑面而来,深受学生的欢迎。

在《判例刑法学》的教学过程中,我们充分发挥宁波大学录播教室的作用,把所有课程全程录播,作为教学资料保存。先由2012刑事法班的全体同学以及部分其他班级的同学对课程内容进行初步的文字整理,然后由实务专家本人作进一步的文字修改,最后由我们按照刑事法学大体的内在逻辑系统化整理,为今后开展进一步的教学探索留存经验,树立参照系。在这里,我们要对所有的实务专家表示由衷的感谢!正是你们对自己宝贵的司法实务经验的无私分享,使得我们的学生对法律的认知更加全面,也使得我们的教学探索更加丰富多彩。同时,我们也要对各位同学在文字整理过程中的辛苦付出,表示充分肯定与感谢!

为了将这一聘请实务专家进课堂的教学新探索在更大范围内交流,也将实务专家宝贵的刑事实务经验在更大范围内分享,经与浙江大学出版社商谈,决定将这一教学成果予以出版,并定书名为《刑法判例实务评讲》。《刑法判例实务评讲》一书经过主编、副主编的辛勤付出,现正式出版,可喜可贺。

今后,宁波大学法学院还将继续深入进行教学探索,尤其是侧重理论与实践有机结合的教学模式创新。为此,我衷心希望我们的教学探索能够继续得到各位法律实务专家的热心关注与大力支持!

是为序。

张炳生 院长

2015年6月30日

第一讲	刑法解释与定罪量刑的公平性——基于朴素的公平比较观念·····	俞毅刚(1)
第二讲	量刑规范化实务研究·····	胡乾锋(12)
第三讲	减刑假释制度的若干实务问题·····	曾娇艳(26)
第四讲	未成年人犯罪案件审判实务探讨·····	房伟(42)
第五讲	由机动车相关犯罪谈法律人的思维方式·····	潘申明(58)
第六讲	严重侵犯人身权利犯罪类案的定罪与量刑·····	袁玮玮(67)
第七讲	故意杀人罪量刑因素分析——基于刑事律师视角的实务解读·····	李崇杰(80)
第八讲	非法拘禁罪、绑架罪的定罪量刑实务·····	胡乾锋(93)
第九讲	非法拘禁罪、绑架罪 案件审判实务探讨·····	王彦波(102)
第十讲	抢劫犯罪的定罪量刑和证据应用·····	黄书建(116)
第十一讲	诈骗类犯罪定罪量刑评析·····	何军(129)
第十二讲	寻衅滋事罪与故意伤害罪、故意毁坏财物罪的定性、量刑解析与区分·····	赵睿利 章琴琴(145)
第十三讲	非法行医罪与医疗事故罪的区别与认定·····	盛辉(159)
第十四讲	毒品犯罪中的十个实务问题·····	龚永茂(169)
第十五讲	受贿罪相关实务讲解·····	章晓氏(179)
第十六讲	刑事辩护的平面、立面与截面·····	张友明(188)
第十七讲	有效辩护:刑辩律师的唯一职责·····	董浩樑(221)

第一讲 刑法解释与定罪量刑的公平性

——基于朴素的公平比较观念

宁波市北仑区人民法院 俞毅刚

【导言】各位同学,今天我们有幸邀请到了宁波市北仑区人民法院刑事审判庭俞毅刚法官来讲授《刑法解释与定罪量刑的公平性——基于朴素的公平比较观念》这一主题。俞法官从事刑事审判工作10多年,审判经验极为丰富,实务理论总结也颇为到位,时常有实务调研文章、论文发表,是一名典型的专家型法官。作为曾经长达10年的同事,我对于俞法官也算知根知底。他籍贯台州三门,颇具“台州式的硬气”,在人格上属于刚正不阿、绝对秉公办案那一类的,可谓“一方水土养一方人”,一个地域的亚文化绝对是影响一个人的基本秉性与人格的。总之,俞法官是一名不仅刑事实务专业性强,而且人格上也令人佩服、敬重的法官。下面我们请俞法官开始讲座。

“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”,是党中央的期盼,也是司法工作的目标。为此,在刑事审判过程中,我们理应灵活运用文义解释、体系解释等各种法律解释方法,在个案的法律适用中,对犯罪行为性质作出恰当的认定,并根据不同的情节给予合适的处罚,以求定罪准确、量刑适当,切实实现每一个具体个案中的公平正义。

不过,与此同时,公平正义却又是相对、相比较的。举个简单的例子,《论语》说,“有国有家者,不患寡而患不均,不患贫而患不安”,就是一种比较的思维。在物质相对贫乏、国家工作人员月工资仅为几十元的年代,很少有人抱怨他们的收入是如此之低。人们对于现实生活的不满情绪,很大程度上来自于比较,而不是现实生活条件本身。没有比较,就没有差别,“夜郎自大”是因为不知道外面的大。民众对于法院刑事个案的裁决,或许难以单独评判是否正当合理,但他们将类似案件、类似情形甚至相同情形的处理结果进行比较,基于一种朴素的正义理念,就不难得出定罪量刑是否公平、对不

同行为人的处罚是否基本相当的相应判断。法律不外乎人情,法律条文更重要的是作为一种原则和精神而存在。一名合格的法官,需要透过法条对其精神作出准确的理解,并将法律的精神贯彻于裁判之中。因此,我们对刑法的解释以及对个案的处理,理应符合一般人通常的预期和判断,而不能超出一般人的预测可能。既然法律是人民意志的体现,法条不过是一般社会观念符合法律逻辑的文字表达,那么倾听人民群众声音,了解一般人的普遍想法和情感,以通常的道理、一般的观念去解释刑法,也必然有助于让人民群众感受司法的公正。为此,下面我主要结合刑事案例,基于比较的朴素正义观,对定罪量刑中的法律解释、法律适用进行探讨。

犯罪构成要件的确切化,是罪刑法定主义的基本条件。实务中最大的困难是,任何文字的含义本不可能有绝对的清晰,人们对于相同的文字,基于各自的生活体验,多少会有不同的认知。当一个事件发生时,还是需要我们去判断该事件是否属于现有刑法法条所规定的范围。如果认为需采用刑罚手段对行为人进行制裁,则必须在刑事违法性的判断上以考察可罚性与需罚性为前提,确保刑事不法与行政不法的合理分流,保障罪与非罪的合理界限,保障罚与刑之间的动态平衡。

一、定罪中的比较公平

我们可以从两个方面来探讨:一是罪与非罪,即出罪与入罪的问题;二是此罪与彼罪的问题。先通过举例子谈罪与非罪的问题。

(一)《刑法修正案(八)》带来的一个新问题

这里说一个生产销售假药的问题,销售两三颗假伟哥能不能定销售假药罪?我们碰到的案子是有人卖假伟哥,公安发现店铺上放了两三颗假伟哥,就把人抓走了。这种行为是不是要以销售假药入罪、定罪、判刑?刑法第141条规定,生产、销售假药的,构成生产、销售假药罪。从罪状上分析,似乎是只要行为人实施了生产、销售假药的行为,即可入罪。这其实是《刑法修正案(八)》带来的新问题。原来关于生产、销售假药入罪要求达到“足以严重危害人体健康”,是危险犯,修正案删除了这一规定,变成了行为犯。对此,某省高院刚开始一段时期的内部操作规定认为,销售一颗假伟哥也要定销售假药罪,并且不能判缓刑。这种操作的逻辑是:架上摆着一颗,肯定已经卖掉很多了,或者还藏着许多。但这种理解是否符合一般人的判断?

明显带着有罪推定的思维,是一种落后的法律思维。于是,在该省范围之内,许多法院对于销售两三颗假“伟哥”的行为以假药论处,予以刑事打击。对于这种观点和做法,一般人难免会感到困惑。

就事论事来说,这类案子是否要判刑,要看有没有达到刑罚的程度。刑事犯罪是严重的违法行为。按照我国法律规范的处罚体系,某一行为不合法就构成犯罪的设置绝对不是常态(非法持枪、贩卖毒品等严重危害社会的行为可能是例外),在合法与犯罪之间还有一般违法的过渡。因此,对一行为是否需要启动刑罚,至少需要注意与一般违法的衔接。当利用行政处罚的手段足以达到罚责相当时,就根本没必要考虑动用刑罚。我国药品管理法第74条规定,生产、销售假药的,没收违法生产、销售的药品和违法所得,并处违法生产、销售药品货值金额2倍以上5倍以下的罚款;有药品批准证明文件的予以撤销,并责令停产、停业整顿;情节严重的,吊销药品生产许可证、药品经营许可证或者医疗机构制剂许可证;构成犯罪的,依法追究刑事责任。所以,对于轻微的生产、销售假药的行为,法律的选择是给予罚款等行政处罚。不然,连销售两三颗假“伟哥”的行为都要被判刑,人们不禁要问,究竟在什么情况下才有适用行政处罚的余地?合理的解释结论只能是,不管生产、销售假药罪是不是行为犯,本着刑法谦抑的原则,只有对假“伟哥”数量明显较多的销售行为才可以认定为犯罪。好在后来该省高院也意识到自己的做法并不妥当,于是修改了内部规定,说要一百粒以上才能判刑,并且可以判缓刑。应当讲,这是一个拨“错”反正式的进步。因此,我们认为,在这里的本质是一个比较公平的问题,刑事处罚与行政处罚相比是严重的,如果行政处罚足以惩罚该行为,就没有必要启用刑事诉讼,要注意两者的衔接。

(二)关于上游犯罪与下游犯罪的轻重比较问题

刑法第312条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得罪,罪状说行为人明知是犯罪所得而予以窝藏、转移、收购、代为销售的,构成此罪。该罪作为俗称的赃物犯罪,其构成具有依附性,往往与盗窃、抢夺等多发性侵财犯罪相伴相生,不可能有掩饰、隐瞒犯罪所得罪单独存在的情形。而侵财犯罪就涉及一个数字的问题。根据浙江省的统一规定,掩饰、隐瞒犯罪所得罪对于涉案赃物价值超过4000元的,即应追究刑责,而盗窃罪是3000元、职务侵占罪是15000元,抢夺罪又少一点。问题来了,如果行为人收购的赃物是上家偷来、抢来的,且达到4000元,定罪判刑很简单,但如果行为人收购的赃物是上家职务侵占来的,价值1万元,能不能定罪?如果单纯按照赃物犯罪的标

准 4000 元,肯定是达到了,应以掩饰、隐瞒犯罪所得罪论处。还有一种情形是,上家多次盗窃,偷了三次,销赃给同一个人,三次累计 5000 元,收购人要不要构罪?还有,行为人分别向甲、乙、丙三人分别收购价值 1500 元的盗窃赃物的行为是否需要定罪处罚?或者,一个 17 岁的未成年人将家里价值 10000 元的财物偷出去,卖给行为人,行为人是不是要定罪?

总结一句话,如果上游犯罪不成立,作为下游犯罪的本罪能否成立?我们认为,没有本犯,就没有“犯罪所得”,当然也就没有了赃物犯罪。如果赃物的来源本不是犯罪所得而是一般违法所得,即便涉案赃物价值超过了 4000 元,相应的购赃等行为也不应认定为犯罪。换言之,本着上游犯罪的罪责当然要重于下游犯罪的世俗观念,赃物犯罪的定罪起点至少应高于其上游犯罪的定罪起点。就上述所举的例子,行为人购买他人利用职务便利侵占的价值 1 万元的赃物,由于侵占 1 万元财物的行为尚不构成职务侵占罪,而掩饰、隐瞒犯罪所得罪的罪状讲得很清楚,明知是犯罪所得,职务侵占 1 万元不够罪,怎么能叫犯罪所得呢?本罪的成立无从谈起。

因此,在实务中对涉案赃物是否属于“犯罪所得”未予详究、不加判别,只要超过 4000 元即作出赃物犯罪的鲁莽认定,可能会成为日后民众嘲笑的对象。偷的人肯定要比买的人罪责更重,否则偷的人不构罪,买的人却构罪,是不可想象的。因为,对“偷东西的不用判刑,买东西的却要判刑”的裁判结论,任何人都会感到讶异。退一步讲,如果这种结论成立,那么该罪的罪状为何不是明知是“违法所得”而予以窝藏、转移、收购、代为销售呢?

顺便提及的是,两高《关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条规定,掩饰、隐瞒犯罪所得涉及机动车 5 辆或者价值 50 万元以上的,属于情节严重、应处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。对于该解释中的“机动车”也应作限制解释,将价值数千元甚至数百元一辆的价值很低廉的普通摩托车也归入其中,会造成刑罚上的主次颠倒,明显有违罪责相适应的原则。

(三)关于醉酒驾驶是否一律入刑的问题

刑法第 133 条中规定,在道路上醉酒驾驶机动车的,构成危险驾驶罪。不过,对于醉酒驾驶是否一律入刑不无争议。有人认为,根据刑法第 13 条但书的规定,情节显著轻微、危害不大的可不以犯罪论处。问题在于,行为人酒后驾驶且经检测酒精含量达到 80mg/100ml 以上的,已完全符合危险驾驶罪的客观要件。按我国刑法理论的通说,犯罪构成是认定犯罪并追究刑事责任的根据,行为符合犯罪构成即意味着该行为达到了应受刑罚处罚

的程度,必然要追究刑事责任,并不存在行为虽符合犯罪构成但没有达到应受刑罚程度的情形。易言之,从成立犯罪到承担刑责、再受到处罚,在通常情况下具有顺序性和必然性,除非法律基于刑事政策等因素的考量作出明确规定,在例外的情形下导致这种顺序性、必然性被中断。例如,刑法第241条第6款规定收买被拐卖的妇女、儿童,按照被卖妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的;对被卖儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,可以不追究刑事责任;第351条第3款规定非法种植罂粟或者其他毒品原植物,在收获前自动铲除的,可以免除处罚。但是这种“不追究刑事责任”或“免除处罚”的事由在性质上已不属于定罪范畴,而只属于刑罚裁量的范畴,本质上不妨害罪名的成立。在危险驾驶中,可能醉酒后驾驶的起因、行经的路线、驾车的路程等千差万别,甚至也有救死扶伤的侠行义举。遗憾的是,凡此种均非阻却犯罪的法定事由,在符合犯罪构成的前提下据此又认定为情节显著轻微显属自相矛盾、师出无名,常人难以接受。所以,在相关法律已经取消了醉酒驾驶机动车处15日以下拘留并处罚款这一规定的情况下,职能部门提出醉驾一律刑事立案的指导思想无疑是恰当的。对于确有必要的行为人,可以选择不起诉、免除处罚等处理方式还其以公道。

有的地方认为,被鉴定为“机动车”的超标二轮电动车的醉酒驾驶也可以危险驾驶罪予以追诉(该鉴定意见是否超出了职权暂且不论),这值得讨论。实际上,目前没有任何法律、行政法规明确规定超标二轮电动车属于机动车,并且相关部门也从未将超标二轮电动车作为机动车进行管理(例如获得机动车登记证书、号牌、行驶证、投保机动车交通事故责任强制险,驾驶人还应考取机动车驾驶证),二轮电动车超标相当普遍,且极难看见二轮电动车在机动车道上行驶。在此情况下,根据生活经验和认知水平,普通民众难以认识到其驾驶的 vehicle 属于法律意义上的机动车。“山鸡就是山鸡,不可能成为凤凰”,所谓的“属于机动车”也无非表明该电动车在最高时速、车辆性能等方面接近或等同于轻型摩托车,但电动车就是电动车,将醉酒驾驶超标二轮电动车的行为认定为危险驾驶罪无疑是荒唐的。

(四)此罪彼罪与比较公平

下面谈谈此罪与彼罪的问题。在一些情况下,由于此罪与彼罪的定性差异,导致刑罚的差异性很大,量刑上可能会出现畸轻畸重的问题。此时,就需要一种基于量刑结果轻重比较的刑法平衡观。

先看一个真实的例子,关于绑架罪还是拐骗儿童罪的案子。案情如下:一对男女找过对象,并曾同居。后来女的提出分手,离开宁波去了广州。男

的心里很难受,但又不知道女的在广州具体哪个地方,于是想了个办法,就是趁女的哥哥不在家时将其才四岁的外甥抱走,并带到一个亲戚家养着。然后,打电话给女的说,小孩在我这里,你来宁波和我见一面,小孩就还给你。后来,男的在女的假装与其会面时被抓。公诉机关认为男的构成绑架罪,把小孩作为人质、提出不法要求,符合刑法 239 条规定的绑架罪的构成要件。从形式上看,我觉得倒也是符合的,被告人偷盗婴幼儿可以作为绑架的一种形式,也提出了不法要求。但承办法官认为不构成绑架罪。因为如果成立绑架罪,按照当时刑法,一审判决至少有期徒刑 10 年,《刑法修正案(七)》新增加了情节较轻的可以判处 5 年以上有期徒刑之规定。承办法官在收到这个案子时的第一直觉是:10 年以上有期徒刑太重了。被告人对小孩没有虐待,第一时间告诉家属小孩在我手上,并且答应女的只要见个面就还给你,判 10 年太重了。最后,法院定的是拐骗儿童罪,拐骗儿童与偷盗婴幼儿又有差距,小孩子没有这种防拐骗的意志力和自觉力。怎么解释呢?我们认为,一则“偷盗”也是“拐”的一种;二则需要对“绑架他人作为人质”中所内含的不法要求作限制解释,行为人提出诉求的内容应该都是比较重大的。除了勒索钱财之外,也可以要求释放人犯,比如说有家人让司法机关关进去了,要求将家人放掉;还可以包括政治要求,如威胁要求进行某项改革,属于政治犯的范畴。总之,必须是一些很重大的诉求提出来,才能判处有期徒刑 10 年以上。刑法分则中,开档刑期有期徒刑 10 年以上的,只有绑架罪一个,也是刑法中最重的一个罪,而故意杀人、抢劫、强奸都只是 3 年有期徒刑开档。我们认为,罪责越重,对于罪状的解释也应该越严格。与此类似的是,在一些时候,敲诈勒索与抢劫的“暴力”认定之区分,也有难度。我们总体上有一个感觉,动不动就要把行为归到抢劫,这是不合适的,正如张明楷教授提出的:抢劫的“暴力”要足以抑制被害人的反抗,才能定抢劫,因为量刑开档是 3 年。这就是对罪状进行限制性的解释。因此,我们不能随便一看表面上符合了犯罪成立条件,就把一个行为归到那么重的一个罪中去。这是一个很朴素的想法,是否妥当大家可以探讨。最后,这个案子法院判决后,检察院也没有提起抗诉。

好,现在看第二个案例,涉及抢夺和盗窃的区分问题,也涉及盗窃能否是公然盗窃的理解。盗窃、抢夺怎么区别?刑法第 264 条对于什么是盗窃没有讲,属于空白罪状。通常认为,盗窃是以非法占有为目的,秘密窃取他人财物的行为,而抢夺则是趁人不备,公然夺取他人财物。什么是窃取?认为窃取是指行为人使用非暴力胁迫手段,违反财产占有人的意志,将财物转

移为自己或第三者占有的观点,目前仍饱受非议。但是,将公然窃取排除在盗窃之外的解释结论,似乎经不起司法实务的考验。

这个案子发生在北仑小港。一个小偷三更半夜撬门进到一个六十多岁的老太太家里偷东西,老太太一看有人在翻抽屉,又不敢去抓,就喊了一声“小偷”。小偷一看被发现了,看到老太太站在卧室门口,就把抽屉带钱全部带走了,共有7000多元钱。后小偷被报警抓住。公安和检察院对案件定性有不同的看法,公安认为是抢夺,检察院诉过来是盗窃。大家怎么看?首先,我们可以倒过来想,这种行为要不要判刑?肯定有刑事处罚的必要性。按照《刑法修正案(八)》的规定,入户盗窃就够入罪了,但之前没有入户盗窃这一说。那么,究竟是盗窃还是抢夺?若说是抢夺,被告人说我没抢过,没有对物实施有形力,这个物在被害人的控制之下,并且一直是在被害人的身边。秘密窃取是在不为人知,后来又解释为自以为不被发现情况下拿走财物。张明楷教授有不同看法,他认为盗窃是以平和手段来改变对物的占有,但现在通说还是秘密窃取,不为人知。我们反过来说,如果小偷带了刀怎么办?如果是抢夺的话,携带凶器抢夺就是抢劫,到人家家里抢劫就是入户抢劫,开档刑期是有期徒刑10年。如果老太太没叫出声,看着小偷偷走了东西,那是盗窃,7000元钱能判多久呢?至多被处以3年有期徒刑。所以说,在这里,小偷的命运是由老太太决定的,老太太叫一声10年有期徒刑,不叫至多被处以3年有期徒刑。两者比较,行为人实施了同样的行为,只因被害人的一声叫喊,即会产生7年以上刑期的差距。这是否合适?肯定不合适。不带偏见的正常人都会得出显失公平、不可思议的认识,行为人要判多少刑期应该根据他的行为本身以及他的主观恶性来认定,案外人是行为人左右不了的。反过来说,这个案子定抢夺也有问题。从抢夺的字义本身来说,一般都是对他人控制下的财物进行一种暴力的侵犯,本案中不存在。抽屉及里边的钱算不算被控制呢?也可以算老太太控制,整个房子的财物都是她控制的,这个叫物的占有。这种案子如果定盗窃罪,则有一个障碍,是不是秘密窃取?显然不是,这是公然盗窃,所以,张明楷教授“公然盗窃也是盗窃”的观点是正确的。

这里,再简单谈谈一个我认为是值得探讨的最高人民法院司法解释的问题。根据刑法的规定,国家工作人员利用职务便利将单位存于银行公款的利息占为己有的,依法构成贪污。但是,国家工作人员利用职务便利挪用公款私存银行并将公款的利息占为己有的,按照《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第2条的规定,属于挪用公款进

行营利活动,所获取的利息不计入挪用公款的数额。假设,甲侵占公款利息12万元,乙挪用公款400万元并侵占公款利息12万元,并在侦查阶段(或更早)退还公款,那么对于甲应以贪污罪判处10年以上有期徒刑,而对乙只能以挪用公款罪处5~10年有期徒刑。两者相比,其结论显然难以令人接受。同样侵占12万元公款利息,同时挪用巨额公款的反而比没有挪用的要轻,这是什么道理?所以,从处罚结果的量刑公正性的比较看,将挪用公款存入银行并侵占利息的行为,一律解释为构成挪用公款罪并不适当。

二、量刑中的比较公平

下面讲第二个方面的问题,关于量刑中的比较公平问题。

刑罚的具体运用,包括量刑、自首和立功、数罪并罚、缓刑等诸多方面。单就量刑本身来说,依据犯罪的性质、情节选择相应的法定刑幅度并宣告一个具体的刑期,一般不会产生问题。值得重视的是,刑法经过修正后已经同时规定减轻处罚“应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚”,较之以往“应当在法定刑以下判处刑罚”的规定更为明确、全面。故对贩卖海洛因等毒品50克以上本应并处没收财产的行为减轻处罚的,应适用下一量刑幅度并处罚金,不得再并处没收财产;对集资诈骗罪等数个量刑幅度规定了相同罚金额度的,减轻处罚后不得处以少于最低额的罚金。问题是,减轻处罚是否只能“在下一个量刑幅度内”判处刑罚而不能再降格判处?例如,国家工作人员甲与非国家工作人员乙、丙共同侵占公共财物10万元,乙由于系从犯被减轻处罚判处5年有期徒刑。后到案的丙也是与乙作用相当的从犯,但同时有自首情节,如对其仍处以5年以上有期徒刑,必然会导致刑罚的失衡。因此,应当将“在下一个量刑幅度内”判处刑罚的适用前提解释为只有一个减轻处罚情节的情形,具有数个减轻处罚情节的原则上不应受到该规定的限制。

量刑是否适当,实质上更能影响人民群众对司法是否公正的观感。明显失衡的量刑,直接伤害人民群众对法律的感情和信仰。“罪责越重,刑罚越重”,这是放之四海而皆准的真理。我们针对个案准备作出宣告刑时,在确认刑期“合法”的同时,必须考虑在形式合法的前提下自己的决定是否实质合理。例如,刑法第236条第2款规定,奸淫不满14周岁的幼女的,以强奸论,在3年以上10年以下有期徒刑幅度内从重处罚。照此规定,以暴力、

胁迫等手段奸淫幼女的,判处4年有期徒刑亦为“合法”。但是,刑法第360条第2款规定,嫖宿不满14周岁的幼女的,处5年以上有期徒刑,并处罚金。依通常的逻辑思维,对违背少女意志强行与之发生性关系的,其行为性质、社会危害性均较嫖宿少女更为恶劣,如不处以5年以上的有期徒刑,会明显导致刑罚的不协调,也就没有公平正义可言。同理,对于行为人强迫他人卖血并对他人造成伤害按照故意伤害罪处罚的,仍应处5年以上的有期徒刑;对于采用破坏性手段盗窃数额巨大的公私财物并造成数额巨大的其他财物损毁的,即使盗窃犯罪属于犯罪未遂,亦不得减轻处罚,否则其涵括的故意毁坏财物罪的罪责得不到应有的评价。

根据相关司法解释的规定,各省高级人民法院、人民检察院可以根据本地区经济发展状况并考虑社会治安状况,在一定数额幅度内确定本地区执行的盗窃“数额巨大”等的具体数额标准报批。如果甲省与乙省盗窃数额巨大的起点分别是4万元、6万元,对于张三在甲省盗窃5万元财物,却因在乙省犯有抢劫等重罪而致全案被乙省法院管辖的案件,对其盗窃行为是否仍应认定为数额巨大并处3年以上的有期徒刑?不少人认为,应依乙省的标准不能再认定为盗窃数额巨大。依循普通人的看法,这种理解值得商榷。首先,甲省与乙省4万元、6万元的数额起点经批准后,两者既属于地方标准,在本质上又已转化为全国性的标准。亦即,从国家层面看,在甲省盗窃4万元财物与在乙省盗窃6万元财物的行为危害性相当,值得等同保护。其次,犯罪行为对于法益的侵害程度,应从犯罪地而不是受审地的角度去评判。在最高司法机关以及被害人看来,张三的盗窃行为既遂后,其盗窃数额巨大财物的客观事实即已定型,该事实不会因具体审理案件的法院的不同而产生影响。否则,内地的刑事案件由于数额起点较低,若经指定管辖概由沿海地区的法院审理,必然要大量宣告无罪,这是不可思议的。再者,张三的同案犯李四因同一事实在甲省受审被判处有期徒刑3年6个月,张三却适用乙省标准认定为数额较大而被降格判处有期徒刑2年6个月,这是人们所熟知的同案同判吗?显然,乙省法院在审理本案时应该有换位思考意识,而不能被狭隘的地域观念蒙住了双眼。

依刑法第69条的规定,对于犯有数罪的,除判处死刑和无期徒刑外,应在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上酌情决定宣告刑。于是,有的法院曾据此作出被告人犯抢劫罪判处有期徒刑5年并处罚金,犯强奸罪判处有期徒刑3年,决定执行有期徒刑5年并处罚金的终审判决。由于刑法规定“以上”包括本数,故不能说该判决不合法。但该判决根本没让被告人对其强奸

犯罪付出一丁点的代价,强奸案的被害人也根本没有得到丝毫的慰藉。民众有足够的理由质问,是不是说在有的情况下可以白白强奸?是不是要告诉世人,你抢劫了一次后,不妨再去强奸一次?司法是不是只给被告人以温情,给被害人的却是二次伤害?法律需要理解而不是阅读,法官应该基于司法良知,努力准确地把握法律并将法律解释得没有漏洞。针对实践中屡有发生的数罪情形,我们应该对法条进行补正解释,认为并罚中的“以上”并不包括本数。

需要指出的是,刑法规定行为人在服刑期间被发现犯有漏罪的,也应予并罚,但有的司法机关习惯于在发现漏罪后,等到被告人的原判刑罚执行完毕后再对其采取强制措施。于是有人就认为,由于原判刑罚已经执行完毕,不能再将漏罪予以并罚。这就有疑问了,刑法第71条中并没有“虽然在原判执行完毕以前发现了漏罪,但在刑罚执行完毕后才启动诉讼程序的不得并罚”的例外规定,为何要人为设置障碍剥夺被告人在总和刑期以下判处刑罚的有利机会?司法机关发现了漏罪但延宕侦查的不利后果怎能转移给被告人承担?不难发现,此种做法是荒谬的。同时,应予注意的是,对于刑法没有明确要求数罪并罚的牵连犯,依刑法理论是从一重罪处罚还是从一重罪从重处罚?即使在法律上处断为一罪,我们在判决中仍应对客观上侵犯多个法益的行为作出全面的评价。对于伪造公司印章而挪用数额巨大的公司资金等的行为,原则上不应考虑只处以重罪相应量刑幅度内的起点刑,其道义不言而喻。对于在缓刑考验期内犯新罪被撤销缓刑,但数罪并罚后宣告刑仍在3年以下的被告人,能否对其再次适用缓刑?有的法院居然认为可以。问题在于,刑法规定缓刑犯在缓刑考验期内违反监管规定情节严重的都应撤销缓刑执行原判刑罚,难道重新犯罪不比违反监管规定严重吗?

我国刑罚的种类除了有期徒刑等主刑,还有罚金等附加刑。如前所述,刑罚需要注重与行政处罚的衔接协调,对于附加刑尤其是罚金的数额上也是一样。《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的解释》第2条规定,刑法没有规定罚金数额标准的,罚金的最低数额不能少于1000元。但这并不意味着判处罚金数额在1000元以上即为适当。以典型的行政犯如危险驾驶为例,道路交通安全法第91条规定饮酒后驾驶机动车的,处暂扣6个月机动车驾驶证,并处1000元以上2000元以下罚款;饮酒后驾驶营运机动车的,处15日拘留,并处5000元罚款。基于刑事处罚实质上应当不轻于行政处罚的基本原则,对犯罪科处的罚金数额应不轻于对同源违法行为所处的行政罚款数额。我们不难得出如下结论:对醉酒驾驶机动车判处的罚金应