



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

2009年 国家司法考试

三校名师讲义

② | 刑法

北京三校名师学校 / 组编

阮齐林 / 编著

《《《 掌司考之命脉 传道 >>>

《《《 悟司考之战术 授业 >>>

《《《 破司考之疑点 解惑 >>>



三校名师 司法考试
www.sanxiaomingshi.com

2009年 国家司法考试

三校名师讲义

② | 刑法

北京三校名师学校 / 组编

阮齐林 / 编著

应考指引

修订说明

鉴于近年司法考试考生的情况和要求发生了较大变化,本书在内容和体例上都做了较大的改进。其宗旨突出两点:

一、与考生已有资料、知识的互补性

近年的考生一般已受过法学本科教育,手中已有刑法学教材,脑中已有系统的刑法学知识。本书修订中尽量删除与考生已有资料、知识重复的内容,着重讲解考试涉及到的而考生较为欠缺的知识,如考生对“刑法注释”的基本概念、原理较为生疏,特增加第六章附编“刑法学基础知识”,给考生补强这方面知识。

二、与考题、考点的互动性

本书修订注重从考题中提炼知识点,通过考题加强对知识点的把握。根据近年司法考试的动态,突出考点,把重要的考点提炼出来专门重点介绍,把一些基础知识、过渡性的解说置于章节的末尾,作为参考。

在突出上述“互补性”、“互动性”的同时,也给本书的“体系性”或“系统性”带来不利的影响。读者可能会因为本书与自己熟悉的教材体例不一致,而感到有所不便。另外,本书对考生应有的基础知识尽量略去,这也可能会使有的读者感到不便。为了解决这个问题,修订时在有些章节前特意加上“导言”,作些说明和铺垫。通过“导言”可以帮助读者与既有的知识体系顺利“接轨”。

三、为了简明,本书体系有较大改变,其基本构思如下:

1. 第一编,首先介绍各正条中关于“罪的内容”是构成要件,行为符合该构成要件,是成立犯罪的要件之一。故第一编是各正条及其构成要件。这样便于读者直接掌握各罪之构成要件的内容,同时也顺便告之读者,它们就是构成要件!省去读者琢磨什么是“构成要件”的苦恼。因为读者已知许多犯罪的构成要件内容了,难道还不知道什么是“构成要件”吗?!

2. 在介绍了各正条(基本)构成要件的基础上,第二编是刑法总则对各正条构成要件的修正和补充,即未完成罪、共同犯罪、单位犯罪。意在强调:未遂、中止是对各正条既遂的修正;预备、帮助、教唆是对各正条行为的修正;单位犯罪是对各正条主体范围的修正(由自然人扩大到单位)。同时也省去了读者费心琢磨什么

是“修正的构成要件”？因为已经知道哪些是修正的构成要件，它们是什么就很容易明白了。

3. 第三编是犯罪的一般构成要件。在已介绍犯罪基本的和修正的构成要件的基础上，就很容易归纳总结出犯罪一般需具备哪些要件。其一是客观要件，即行为客观上符合各基本的或修正的构成要件且具有社会危害性的实质特征。作为其反面，这样的行为若具有正当防卫等事由可排除犯罪性。其二是主观要件，具有故意或过失的心态，作为其反面，行为人若期待不可能或没有刑事责任能力，排除罪责。

4. 第四编是刑罚总论。

5. 第五编是刑法的概念、目的、原则、效力范围。

6. 附编，是有关刑法学注释刑法的基础知识，帮助读者理解刑法学者注释刑法常用的概念、方法，并方便随时查阅。

本书的篇章结构安排，特点有两个：其一是把刑法学由一般（犯罪和刑罚总论）到具体（分则各罪和刑）的传统体例颠倒过来，变成由具体到一般的解说顺序，即由各罪的构成要件·法定刑→修正的构成要件→犯罪本质·成立（客观和主观）一般要件·刑罚总论→刑法的目的、概念、形式、体系、原则、目的。其好处是更符合人的认知规律，知道了具体的罪和罚，稍加总结归纳，就知道了罪的一般特征·要件和罚的一般制度乃至刑法概念、目的、原则。其二是突出刑法学的内容，把实在的刑法内容放到前面、放到突出位置，比如各罪及其加重犯·未完成罪·共犯·罪数等。而这些往往也是刑法学中最具有可考性的内容。把刑法学中用来辅助理解刑法内容那些概念、方法、原理，放到不显要的位置，甚至单列出第六编“附编”供考生参阅。这些东西往往是刑法学中最难理解、记忆的内容。这样处理的好处是，可避免考生浪费精力。

四、为了便于考生与传统的刑法学体系接轨，这里把本书与传统体系作一对照：

第一编正条构成要件·法定刑＝刑法各论

第二编修正的构成＝刑法总论部分的未完成罪·共同犯罪·单位犯罪·一罪与数罪

第三编犯罪本质和一般要件＝刑法总论部分的犯罪概念·特征·犯罪构成论·排除犯罪性事由

第四编刑罚总论＝刑法总论部分的刑罚总论

第五编刑法概念、目的、解释、原则、效力范围＝刑法概论

附编刑法学基础知识＝构成要件·要素的分类·类型

学习方法提示

一、研习历年试题

历年试题对应试的参考价值最大,是了解考试重点和特点不可或缺的途径。看一看、做一做历年试题,一方面了解司法考试的特点,有针对性地选择复习资料、确定方法;另一方面测一测自己还有什么不足,予以弥补。

虽然每年试题的风格有所不同,但通过了解多年试题得出的总体印象,不会有太大的偏差。

二、熟读重要的法条和司法解释

“以事实为根据、以法律为准绳”。司法考试题考查方式主要是给出案例(事实),让考生依据法律准绳解答。掌握这“准绳”自然是关键。司法解释,则是对法条适用中疑难而常见问题的解释。因为如果不难,不必解释;如果不普遍,则不必以司法解释的形式来解决。而法律适用中普遍而疑难的问题,从来都是重点、要点。

三、适当做一点练习

大家想一想应对高考、托福等考试的方法,“题海战术”不可或缺。司法考试也可沿用此战法。首先是练“真题”;其次是“假题”(模拟题)。做题时一定要注意练习题与知识点、法律点的“互动”,即一方面运用知识点解答练习题;另一方面通过练习加强对知识点的掌握。不必斤斤计较个案的结论、钻牛角尖。

四、加强刑法学基本原理的学习和运用,其中包括:

1. 刑法的目的:保护法益和人权;2. 罪刑法定原则的内容、实质与刑法的解释(法律适用);3. 犯罪的本质,即社会危害性或侵害法益;4. 犯罪客观面:行为(含不作为)、危害结果及其因果关系;5. 犯罪主观面:故意的内容(认识要素、意志要素)和本质(有违法意识);6. 主、客观面相一致,(认识错误的)法定符合说、具体符合说、违法性认识可能性必要说、期待可能性;7. 其他排除犯罪性事由;8. 共犯的成立(部分犯罪共同说)、共犯人种类(主犯从犯·胁从犯·教唆犯)、责任(一部行为全部责任)和处罚原则;9. 单位犯罪成立的条件(单位名义+单位利益);10. 分则重要法条(或罪名)中构成要素解析。给出一个刑法分则条文,要求对其关键概念(犯罪构成要素)进行解析、适用,将逐渐成为考试的重要方式。

五、注意掌握的角度

(一)总论部分的重点与分论部分的重点之间的联系

1. 法条竞合关系。如诈骗罪与其他诈骗罪的区别,盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、故意毁坏财物罪与其他包含盗窃、诈骗等相应方式的犯罪,如贪污,职务侵占,生产、销售伪劣商品等犯罪的区别。

2. 数罪并罚问题。如想象竞合、牵连、吸收关系、结果加重犯,如盗窃与破坏易燃易爆设备罪、破坏电力设备罪的竞合,伪造与诈骗行为的牵连等。这方面经常测试一些法律和司法解释的特殊规定,如拐卖妇女又强奸的,暴力抗拒缉私、缉毒的,受贿又徇私枉法的,绑架又杀害人质的,保险诈骗又杀害被保险人的,等等。

3. 共犯关系。如盗窃、诈骗与窝藏、包庇罪,掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的界限。

4. 形态关系。常见罪如盗窃、诈骗、抢劫、强奸、杀人的预备、未遂、中止、既遂问题。

一些属于“面”范围内的罪名,往往是因为与总论的点有关系而被测试。如组织偷越国(边)境罪中的数罪并罚问题。

(二)常见犯罪类型的界限

1. 盗窃、诈骗、抢劫、杀人、伤害、绑架与相关犯罪的界限。

2. 犯罪的转化。如盗窃、诈骗、抢夺使用暴力转化为抢劫;携带凶器抢夺以抢劫论;非法拘禁、虐待被监管人、刑讯逼供、聚众斗殴等致人伤残、死亡的,转化为故意杀人罪、故意伤害罪。

3. 侵犯财产罪与利用职务上便利侵犯财产罪的界限。如盗窃与职务侵占、贪污罪的界限。

4. 侵犯财产与侵犯人身交织的犯罪界限。如抢劫、绑架与杀人、伤害、敲诈勒索的界限等。

(三)从考试试题特点和题型角度掌握

1. 大的案例分析题往往是总论部分的点与分论部分的点的结合。即常见犯罪类型与共犯、形态、罪数(相竞合、牵连、转化等)、责任刑事年龄、间接故意、认识错误、累犯、自首、立功、数罪并罚结合在一起。

2. 任选题则不一定是“点”上的问题,往往测试“面”上的问题。大约出这种类型的目的之一就是检测考生的知识面。

六、适当了解司法实务和生活中的案例

如2008年试题卷四的两个刑法题,均来自实际的案例,在国企改制管理层购买国有资产时隐瞒国有资产并侵吞的,就定性为贪污,因在过户前案发,定贪污未遂。关于“裸聊”的两个案例,媒体有广泛的报道:案例一,北京家庭主妇张某在家中用视频与多人进行网络裸聊,曾被涉嫌聚众淫乱罪提起公诉,日前被撤诉,彰显法治精神。案例二,浙江衢州女子方某从事“裸聊”生意,收取费用计2.4万元。被法院以“传播淫秽物品牟利罪”判处有期徒刑6个月,缓刑1年,并处罚金5000元。这两个案例在网上随处可见。如果事先了解这样的实例,知道处理结果,就能把握答题的正确方向。法律与社会生活密切关联,适当关心一下热点案例及其处理情况,有时会有意外的收获。

七、刑法原理与生活情理具有一致性

有的试题考查的刑法原理相当深入细致,考生感到非常陌生,但却意外地发现答对并不难。例如(2008 卷二单选 4)甲以书面形式向法院咨询自己的某种经营行为是否违法,法院正式书面答复该行为合法。其实该经营行为是违反刑法的。甲是否成立犯罪?正解是“B. 甲没有违法性认识的可能性,所以不成立犯罪”。这是一个“法律认识错误”是否排除犯罪故意的问题。“违法性认识”是故意的认识内容之一,因为犯罪故意应受谴责的核心是“明知不可为而为之”。通常,行为人有(犯罪)的事实性认识,即可推定具有违法性认识,比如认识到自己窃取他人财物,杀伤他人,自然知道自己的行为是犯法的(有违法性认识)。因为达到一定年龄的人受过道德教化和法制教育,当然知道窃取、杀伤是犯法的事情。不过,如果行为人没有认识行为犯法的可能性,则可推翻这种推定,意味着行为人缺乏违法性认识而不具备犯罪故意。考生对这样复杂的理论可能并不了解,但是按常情判断可简单找到正解,甲“以书面形式向法院咨询,法院正式书面答复该行为合法”,法院答复的权威性不容置疑,令甲确信自己的行为不犯法的情况下才实施该行为,显然不具有“犯法”的故意,不成立故意犯罪。还如(2008 卷二单选 3)甲想杀害身材高大的乙,打算先用安眠药使乙昏迷,然后勒乙的脖子,致其窒息死亡。由于甲投放的安眠药较多,乙吞服安眠药后死亡。对此,下列哪一选项是正确的?正解是“C. 甲已着手实行杀人行为,应认定为故意杀人既遂”。这题涉及“构成要件事实的提前实现”,相当细致复杂。虽然甲预定的杀人计划是“先麻翻、再勒死”,但其麻翻被害人乙的预备行为提前实现了预期的构成要件结果(杀死),应当认定为故意杀人罪既遂。但是从情理上讲,甲杀害人的作案过程中出现了小小的意外(死亡结果提前发生),这种小小的意外不妨害成立故意杀人罪的既遂。因为行为人有杀害乙的意思并实施了相应的行为,最终造成死亡结果,且该死亡结果与其行为有因果关系,杀人既遂的结论最为合理。考生不一定懂“构成要件事实的提前实现”的理论,但根据常识、情理,可“自发”找到正解。可见,在遇到“疑难”问题时,遵循“法律不悖情理”往往能求得正解。其次是“平衡”,故意杀人罪既遂与“法定符合说”和“因果关系错误”不影响罪责的通说,在结论的合理性上保持一致。

刑法修正案(七)对 2009 年考试的影响

2009 年初通过的《刑法修正案(七)》对刑法作了多处修正,但对考试的影响几乎可以忽略不计。其道理是:《刑法修正案(七)》中规定了新罪的,在新罪名的司法解释出台之前不可能考,因为罪名不统一,没办法出题。因此只有其中不涉及罪名变化内容有出题的可能性。这部分内容如下:

1. 绑架罪(第 238 条)增加规定了:“情节较轻的,处 5 年以上 10 年以下有期徒刑,并处罚金。”修订的内容仅仅是降低了绑架罪的法定最低刑,由原来的 10 年

降低为5年。

2. 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(第312条),增加单位犯罪主体,今后该条之罪的主体不仅包括个人也包括单位。

3. 非法侵入计算机信息系统罪(第285条),增加两款,新规定两种犯罪行为:①侵入“国家事务、国防建设、尖端科学技术领域”之外计算机信息系统,并窃取数据、信息或非法控制的;②提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具,或者明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具的。

从考试的角度讲,因为上述新增规定,为他人提供程序、工具侵入、非法控制计算机信息系统的,是正犯行为不是帮助行为。

4. 非法经营罪(第225条)增加“非法从事资金支付结算业务的”为非法经营行为之一。

5. 偷税罪(第201条)经刑法修正案修正为:“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额10%以上的,处……

有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,5年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”

(1)细微的修正有两处:①对偷税行为的规定更为概括、简明,即:纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,逃避缴纳税款。②一万元以上改为“数额较大”,便于灵活掌握。

(2)重大的修改有一处,即对“初犯”在满足一定条件的情况下不予追究刑事责任。“初犯不追究刑事责任”的条件见上述第201条第2款。这一修订体现了宽严相济的刑事政策,且有溯及既往的效力,在考试中应予注意。

阮齐林

2009年元月

目 录

应考指引 / 1

第一编 分 则

第一章 侵犯人身的犯罪 / 1

第一节 重点罪名 / 1

第二节 普通罪名 / 30

第二章 侵犯财产罪 / 35

第一节 概 说 / 35

第二节 重点罪名 / 37

第三章 贪污贿赂罪 / 95

第一节 重点罪名 / 95

第二节 普通罪名 / 107

第四章 渎 职 罪 / 109

第一节 重点罪名 / 109

第二节 普通罪名 / 113

第五章 妨害司法罪 / 118

第一节 重点罪名 / 118

第二节 普通罪名 / 126

第六章 扰乱公共秩序罪 / 130

第一节 重点罪名 / 130

第二节 普通罪名 / 136

第七章 其他妨害社会管理秩序罪 / 145

第一节 妨害国(边)境管理罪 / 145

第二节 妨害文物管理罪 / 147

第三节 危害公共卫生罪 / 149

第四节 破坏环境资源保护罪 / 152

第五节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 / 155

第六节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪 / 160

第七节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪 / 163

第八章 破坏社会主义市场经济秩序罪 / 165

第一节 生产、销售伪劣商品罪 / 165

第二节 侵犯知识产权罪 / 169

第三节 扰乱市场秩序罪 / 173

第四节 危害税收征管罪 / 177

第五节 走私罪 / 182

第六节 妨害对公司、企业的管理秩序罪 / 188

第七节 破坏金融管理秩序罪 / 192

第九章 危害公共安全罪 / 202

第一节 重点罪名 / 202

第二节 普通罪名 / 212

第十章 危害国家安全罪 / 219

第一节 重点罪名 / 219

第二节 普通罪名 / 220

第十一章 危害国防利益罪和军职罪 / 222

第一节 危害国防利益罪 / 222

第二节 军人违反职责罪 / 223

第二编 总则对正条的修正形态和罪数

第一章 故意犯罪的未完成形态 / 226

第一节 概述 / 226

第二节 犯罪未遂 / 230

第三节 犯罪预备 / 236

第四节 犯罪中止 / 240

第二章 共同犯罪 / 249

第一节 共犯的成立和责任 / 249

第二节 共同犯罪人的分类和处罚原则 / 259

第三节 共犯的特殊问题 / 266

第四节 共同犯罪的形式 / 276

第三章 单位犯罪 / 279

第四章 罪数与数罪并罚 / 283

第一节 罪数的区分 / 283

第二节 实质的一罪(貌似数罪,实为一罪) / 284

第三节 处断的一罪(实际数罪,处罚的一罪) / 291

第四节 法定的一罪 / 296

第五节 法律、司法解释和理论中涉及罪数的情况 / 297

第六节 数罪并罚制度 / 302

第三编 犯罪的概念(观念)和一般要件

第一章 犯罪的客观(违法)构成要件 / 311

第一节 犯罪概念和基本特征 / 311

第二节 犯罪的本质 / 311

第三节 犯罪客观要件(要素) / 315

第二章 排除犯罪性的事由 / 334

第一节 排除犯罪性事由的概述 / 334

第二节 正当防卫 / 334

- 第三节 紧急避险 / 342
- 第四节 学说和情理上的排除犯罪性行为 / 343
- 第三章 犯罪主观(有责任)的构成要件 / 348
 - 第一节 刑法对主观责任一般要件的规定 / 348
 - 第二节 责任的本质和形式 / 348
 - 第三节 犯罪的主观要件·责任意思 / 348
- 第四章 责任的前提和排除、减轻责任的事由 / 372
 - 第一节 期待可能性 / 372
 - 第二节 刑事责任年龄 / 374
 - 第三节 身心障碍者排除、减轻刑事责任的事由 / 379
 - 第四节 一般主体与特殊主体 / 381

第四编 刑罚总论

第一章 刑罚的种类、体系和目的 / 382

- 第一节 主 刑 / 382
- 第二节 附加刑 / 385
- 第三节 刑罚的分类和体系 / 390
- 第四节 刑罚的特点、目的 / 391

第二章 刑罚的裁量(量刑) / 394

- 第一节 量刑概述 / 394
- 第二节 量刑情节 / 394
- 第三节 累 犯 / 399
- 第四节 自 首 / 401
- 第五节 立 功 / 404
- 第六节 缓 刑 / 407

第三章 刑罚的执行 / 409

- 第一节 减 刑 / 409
- 第二节 假 释 / 410

第四章 刑罚的消灭 / 415

- 第一节 追诉时效 / 415
- 第二节 赦 免 / 417

第五编 刑法的解释、原则、效力范围

第一章 刑法的解释 / 418

- 第一节 刑法的目的 / 418
- 第二节 刑法解释论的倾向 / 419
- 第三节 刑法解释的概念和种类 / 421

第二章 罪刑法定原则的内容和价值基础 / 426

第三章 刑法的空间适用范围 / 432

附录:刑法学基本知识 / 437

第一编 分 则

第一章 侵犯人身的犯罪

第一节 重点罪名

一、故意杀人罪

《刑法》第 232 条：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑；情节较轻的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。”

(一)有关第 232 条(正条)的刑法学术语的简介

1. 正条：刑法是规定犯罪及其法律效果的法律，因此，刑法分则中各个规定了具体犯罪及其法律效果的法条，被称为“正条”或“本条”。上述第 232 条就是一个正条，因为它包含有两项内容：①具体犯罪即“故意杀人的”(故意杀人罪)；②具体的法律效果，即“处死刑……”。

2. 罪状·法定刑：正条中规定罪的部分，叫“罪状”；规定刑罚效果的部分，叫“法定刑”。

3. 刑法分则：共有 350 个条文，除个别条款外，都如同上述第 232 条一样包含有具体的“罪和刑”两项内容，所以基本都是正条，也称“罪·刑”条款。

4. 罪刑法定原则主要通过分则各“正条”落实，分则中每一正条规定了一个一个的被禁止的“行为类型”及其刑罚效果，通过这样的途径，使罪和罚具体、明确。一方面告知百姓什么行为不可为，如果实施该行为，会招致什么样的惩罚；另一方面也约束国家(司法机关)，没有正条的明确规定，不得对人使用刑罚权。

5. 法益，刑法源于保护社会生活利益的需求，即立法者出于保护人们和谐共处的需要，而以刑罚手段禁止某种严重侵害社会生活利益的行为。立法者制定的第 232 条规定：“故意杀人的，处死刑……”，旨在保护人的生命不受侵犯(该条之立法目的、精神)。同时，也意味着人的生命受到刑法第 232 条之保护，“人的生命不受侵害”是刑法保护的利益，叫法益。刑法分则一个一个的正条，使每一重要的社会生活利益成为“法益”，受刑法之保护。

6. 规范，可通俗称规矩。也可以说刑法源于人类自发形成的、维系人类和谐共存至今的规矩，比如“不可杀人”的规矩。立法者发现并依据这一规矩制定第 232 条：“故意杀人的，处死刑……”，旨在维护“不可杀人”这一至关重要的规矩，同时，也使“不可杀人”的规矩不再仅仅是自发的道德、宗教规矩，而成为刑法保护的规矩，即成为法规范。从此，“杀人者可处死”，“以命抵命”，不再仅仅是民众的观念、道德准则、宗教信念，而是由国家强制力保障实施的法规范。

7. 刑法的目的，立法者为何要制定刑法惩罚故意杀人的行为？这追问到刑法第

232 条的目的。推想起来无非是:①惩罚杀人行为,保护人的生命法益或者维护不可杀人的规矩;②提防滥用惩罚,保障无辜者不被冤枉惩罚和保障杀人者不受滥罚。对目的①,很好理解,怎能听任人相杀?!对目的②,不易理解。其实目的②更重要。因为不论有没有法律,人类向来不缺乏惩治杀人者包括其他恶行的勇气,想想历史上曾经用过的凌迟、大辟、斩首等酷刑,就知道刑罚的目的不仅仅在于惩罚犯罪(恶行)保护法益免受犯罪侵害,还在于将惩罚纳入法制轨道,保障公平合理的惩罚。

8. 犯罪本质,立法者把什么行为规定为犯罪取决于创制刑法的目的。表面上看,犯罪是刑法分则 350 余个正条规定的将近 400 种应受刑罚惩罚的行为,比如故意杀人、盗窃、非法经营、偷税、伪造货币、组织卖淫、买卖公文、非法持有枪支……,其本质,即立法者之所以把该行为规定为犯罪的根源,不外是该行为侵害重要的法益或者违反了重要的规范。故意杀人行为,既是违反“不可杀人”规范的行为,也是侵害生命法益的行为,因该行为自身的反规范性(行为无价)和该行为之结果的法益侵害性(结果无价),而被正条禁止、惩罚。

9. 正犯,触犯正条的行为或行为人,叫正犯,适用正条定罪处罚。

10. 构成要件·构成要件要素:正条中罪状部分的内容,叫“构成要件”,“故意杀人的”就是第 232 条之罪(正条之罪状所描述之故意杀人罪)的构成要件,也是适用该正条之法定刑“处死刑……”之法律前提。“构成要件”的具体内容,叫“构成要件要素”。对构成要件要素最常见的划分是:①客观性要素,通常包含:行为·对象·结果·主体的自然情况等;②主观性要素,通常包含故意(或过失)·目的·动机等。

以上是刑法学解释刑法第 232 条(正条)常用的术语或重要概念,需要更进一步的了解,请参见本书“附编·刑法学基础知识”。

(二)刑法第 232 条所规定之故意杀人罪的构成要件要素

1. 行为,指足以造成死亡结果的行为。

(1)“足以造成死亡结果的行为”,其实质是对生命法益具有害或危险。

例:甲意图杀乙(人),知乙夏夜必在自家院中乘凉,便于某夜晚持枪到乙家院外,隐约见院中有一身影晃动,想必是乙,开枪射击,见黑影应声倒下且听见抽搐响动,便离去。第二日听说乙的马拴在院中被枪击毙。甲的行为是否“足以造成死亡结果”?答案:如果“足以”,甲的行为具备杀人的实质特征。这种情形应认定具有侵害生命法益的“危险”,成立故意杀人罪,属于不能犯未遂。

例(2006/二/13A 项):甲意欲使乙在跑步时被车撞死,便劝乙清晨在马路上跑步,乙果真在马路上跑步时被车撞死,是否构成故意杀人罪?答案:不是,因为该行为不足以造成死亡结果、不具有侵害生命法益的危险性。

例(2006/二 13B 项):甲意欲使乙遭雷击死亡,便劝乙雨天到树林散步,因为下雨时在树林中行走容易遭雷击。乙果真雨天在树林中散步时遭雷击身亡。是否构成故意杀人罪?答案:不是,因为该行为不足以造成死亡结果、不具有侵害生命法益的危险性。

例(2006/二 13C 项):甲对乙有仇,意图致乙死亡。甲仿照乙的模样捏小面人,写上乙的姓名,在小面人身上扎针并诅咒 49 天。到第 50 天,乙因车祸身亡。甲的行为不可能致人死亡,所以不构成故意杀人罪。答案:这说法正确。这种事情的现代版则是某公司制造法国总统萨科奇的“巫毒娃娃”,被认为是有幽默感的玩具,不必禁止。

例:甲意图杀乙(人),误把山坡上乙菜地中吓唬麻雀的稻草人认作乙(人)开枪射击。甲把稻草人错当“真人”实施的“杀害”是否是杀人行为?这涉及犯罪本质的把握。要点:该行为是否有侵害生命法益的可能性。如果认为有,则应按照不能犯未遂处罚;如果没有,因缺乏法益侵害性而不处罚。有还是没有,恐怕是见仁见智的问题吧!

①把真人活生生杀死→②潜入谋杀目标家中把热被窝中布娃娃当真人射杀→③把山上的稻草人当真人射杀→④捏小面人企图把真人咒杀→⑤有幽默感的“巫毒娃娃”,对生命侵害到何种程度是刑法第232条意义的“杀人”?上述之①的情形有罪,之④、⑤的情形无罪已是定说。焦点在②、③之间。比较精细的说法是,若发生在深山野地里,认为绝对没有侵害生命危险,无罪;若发生在乙家的庭院中,大概认为有侵害生命的危险,有罪。类似争议如把男人错当女人、把死人错当活人“强奸”的场合;在把假枪当真枪盗窃、抢劫的场合,在把一文不值的东西当财物盗窃、抢劫的场合(对象不能犯),在错用不能伤害人的方式杀伤真人的场合,在错用不能侵害他人财产方式侵害他人的场合(工具不能犯),有没有罪?总是存在争议。人们把握的分寸总是存在细微的差异。这种争议、差异,与人们的犯罪本质观密切相关。为什么要在这样的问题上斤斤计较?因为涉及罪与非罪,涉及犯罪的根本观念能否一以贯之。

(2)不作为如果与杀人行为相当的,可成立故意杀人罪,是不纯正不作为犯。

例:某夫妇生下个畸形儿,不想让他留在人间,但又不忍心下手杀害(如果亲自把孩子溺死或者掐死则属于作为犯)。于是就把孩子放在家中,不予照料喂养,任其死亡。对于结束孩子的生命而言(即法律禁止的杀人行为而言),该夫妇没有采取积极的作为去实施,如溺死或者掐死,因此属于不作为。但是这种行为对于一个没有独立生存能力的婴儿而言,与使用溺死或者掐死的方式(作为)直接将其杀害具有相当性,应当认为构成故意杀人罪。这属于不纯正的不作为犯。

相反,如果那对夫妇是将婴儿放到路边,希望好心人抱走,因遇到意外而发生死亡结果的,其不作为行为(不履行抚养义务)与故意杀人行为不相当,不是不作为的杀人行为,但可能构成遗弃罪。

例(2008延考/二/52):丙重男轻女,认为女儿不能延续香火,将年仅1岁的女儿抱到火车站,放在长椅上后匆匆离开。因为天冷,等警察发现女孩将其送到医院时,女孩已经死亡。正确说法是:A丙是不作为;B丙的不作为造成死亡结果与故意杀人行为不相当,或不具有等值性;C丙不构成故意杀人罪;D丙可成立遗弃罪(纯正不作为犯)。答案:ABCD。

例(2006/二/4):甲警察接到报案:有歹徒正在杀人。甲立即前往现场,但只是站在现场观看,没有采取任何措施,竟然目睹歹徒将人杀害。甲没有履行救助义务,该当何罪?答案:应成立渎职罪。因为该“见死不救”行为与故意杀人行为不具有等价性,不成立故意杀人罪。

(3)间接正犯。利用被害人之手“自杀”的,是故意杀人罪的间接正犯。帮助、教唆、逼迫、欺骗、引诱他人“自杀”是否属于杀人行为?答案:情况复杂,不可一概而论。如果实质上是故意利用被害人之手将被害人杀害的,成立故意杀人罪。

例:甲男乙女恋爱并发展到同居,一方面他们的婚事遭到双方父母的强烈反对;另一方面甲男另结识丙女想抛弃乙女。甲男以双双殉情为由,写下遗书,找来毒药,“相约自杀”。甲男在乙女当面将毒药掺到酒中,一人一杯,并率先喝下,乙女见状随后喝

下中毒死亡。其实,甲男做了手脚,没有喝下毒酒。这种诱骗他人自杀的情形,大体可认为是杀人的间接正犯。

例(2006/二/56C项):甲因对女儿乙的恋爱对象丙不满意,阻止乙、丙正常交往,乙对此十分不满,并偷偷与丙登记结婚,甲获知后对乙进行打骂,逼其离婚。乙、丙不从,遂相约自杀而亡。答案:甲的行为与杀人行为不相当,不成立故意杀人罪。

例(2006/二 56D项):甲结婚以后,对丈夫与其前妻所生之子乙十分不满,采取冻饿等方式进行虐待,后又发展到打骂,致乙多处伤口腐烂,乙因未能获得及时救治而不幸身亡。答案:甲的行为与杀人不相当,不成立故意杀人罪。

2. 对象:“他人”。

(1)指有“生命的自然人”。生命的开始,采“独立呼吸说”,即以胎儿脱离母体能够独立呼吸作为生命起始的标志。因此,堕胎不是杀人,为他人非法堕胎的属于非法进行节育手术的犯罪行为。其他故意造成孕妇流产、胎儿死亡的行为,也不具有杀人的性质,只能作为对孕妇的损害结果考虑,如对孕妇实施伤害、强奸等犯罪而导致胎儿流产死亡的,作为伤害、强奸的加重结果或者情节。生命的结束,通常以生命不可逆转为标准,一般以心脏停止跳动或呼吸停止为标志。

(2)“他人”是指杀人者以外的人,这意味着杀人行为不包括自杀。自杀在伦理上固然不可取,但是在法律上不是犯罪行为。鉴于生命法益的重要性,结束他人生命的行为,即使经被害人同意也不排除犯罪性。所以“安乐死”属于非法剥夺生命的行为。医生为了减缓病人的痛苦而给予适量麻醉、镇静药物的,或者对于抢救无望的病人停止抢救的,或者给脑死亡的病人撤除维持装置的,虽然可能加快了病人的死亡进程,但这属于符合医疗常规的行为,不属于非法的“安乐死”。

3. 结果:人死亡。

发生了死亡结果且与杀人行为有因果关系的,是既遂。没有造成死亡结果的,是故意杀人罪未遂。实施了足以造成死亡结果的行为,但死亡结果与杀人行为没有因果关系的,也是未遂罪。

例(2008/二/52B项):乙以杀人故意瞄准李某的头部开枪,但打中了李某的胸部(未打中心脏)。由于李某是血友病患者,最后流血不止而死亡。乙的行为与李某的死亡之间有因果关系,成立故意杀人罪既遂。

例(2008/二 52D项):乙基于杀害的意思用刀砍程某,程某受伤后被送到医院,程某伤势不重但医生的治疗存在重大失误,导致程某死亡。乙的行为和程某的死亡之间没有因果关系,成立故意杀人罪未遂。

4. 故意杀人罪是故意犯,杀人的故意是本条之罪的主观性(构成要件)要素。故意内容:①认识要素:明知自己以非自然死亡的方式结束他人生命;行为人有认识到杀人行为违法的可能性。②意志要素:希望或放任他人死亡结果的发生。

例(2006/二/13D项):甲以为杀害妻子乙后,乙可以升天,在此念头支配下将乙杀死。后经法医鉴定,甲具有辨认与控制能力。但由于甲的行为出于愚昧无知,所以不构成故意杀人罪。答案:此说法错误。因为杀人故意的认识内容,只需要认识到“以非自然死亡的方式结束他人生命”的事实,就符合故意杀人罪的构成要件的故意。不问出于何种缘由、动机,甲因愚昧无知、迷信或者出于善良动机而杀乙,这都不是杀人故意必要的内容。

事实认识错误。具有“以非自然死亡的方式结束他人生命”，即具备本罪的认识要素，发生具体对象的认识错误，按法定符合说不阻却对死亡结果承担故意罪责。

例：甲意图杀乙（人），误把丙（人）认作乙（人）杀害，属于具体对象认识错误，没有超出本罪对象“有生命的自然人”范围，属于（杀人）同一构成要件范围内对象的错误，甲的此种认识错误不阻却对因错误而造成的结果（丙死）成立犯罪故意。甲是故意杀人既遂而不是故意杀人未遂或过失致人死亡。

违法性认识错误。有正常辨认、控制能力的人都知道“不可杀人”，因此，违法性认识错误不是杀人可接受的辩解理由。根据有剥夺他人生命的事实认识足以推定有违法性意识。

行为性质认识错误。对方不是不法侵害，行为人误认为是不法侵害而实施了自认为正当防卫的行为，造成他人死伤的，是所谓“假想防卫”，属于行为性质认识错误，通常不认为具有杀人故意，但不排除过失罪责。

防卫过当。因防卫过当而致人死亡的，一般认为没有违法性意识，不成立故意杀人罪。通说的理由是，在实施防卫的场合，行为人是为了制止不法侵害而对他人实施“暴力”，而这种制止不法侵害的意图似乎不能被认为是犯罪意图，所以该意图下的暴力致人死伤，一般认为不是故意犯罪致人死伤。如果存在过失的，可承担过失责任。

例（2008 延考/二/54）：丙遭受不法侵害，情急之下失手将不法侵害人打死，法院认为丙防卫过当，应当负刑事责任，是否可能认定为过失致人死亡罪？答案：可能。不过防卫过当的个案差异很大，不排除认定为故意犯罪的可能性。

二、故意伤害罪

《刑法》第 234 条：“故意伤害他人身体的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制。

犯前款罪，致人重伤的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。”

1. 伤害行为，足以损害他人健康的行为。通常是暴力攻击人身，也包括其他损害健康的行为，如使用病菌、化学、放射性物质损害人体健康的，强迫卖血损害人体健康的，超量抽取血液损害人体健康的。

例：《刑法》第 333 条（非法组织卖血罪、强迫卖血罪）第 2 款规定，非法组织他人出卖血液或强迫他人出卖血液，对他人造成伤害的，依照本法第 234 条（故意伤害罪）的规定定罪处罚。

2. 故意内容：损害他人健康，包括对致人轻伤、重伤结果的故意。但不包括对死亡结果的故意。如果对死亡结果有故意，则成立故意杀人罪。

3. 结果，有 2 种情况：轻伤、重伤。

（1）轻伤的意义。① 追诉的前提。法院受理伤害案要求提供轻伤以上的伤情鉴定，等于从程序上排除了伤害未遂的可罚性。不过，学说认为，对伤害未遂的（结果未达轻伤的），不应排除定罪处罚的可能性。明显有重伤意图并实施了相应的行为，只是由于意志以外的原因没有造成轻伤以上结果的，如使用毒物损害他人健康，因为意志以外的原因未能造成轻伤以上结果的，不排除追究刑事责任。② 既遂的标志。造成轻伤结果，成立既遂。

（2）重伤的意义。① 法定刑较重；② 属于严重破坏社会秩序的犯罪，可以附加剥夺

政治权利;③已满 14 周岁的人应当对故意重伤行为负刑事责任。

(3)死亡结果的意义:故意伤害罪的结果加重犯。

4. 故意伤害罪与故意杀人罪的区别。

(1)要点是故意的内容不同。故意杀人罪之故意的内容是非法剥夺他人生命;而故意伤害罪之故意的内容限于损害他人的健康,没有剥夺他人生命的故意。因此,意图杀人而未致死的,依然是故意杀人罪(未遂);而意图伤害他人过失致人死亡的,即使发生了死亡结果,依然是故意伤害罪(致人死亡)。

例:甲、乙打架,甲觉得吃亏了,就拿出了随身携带的水果刀跟在乙后面追,追上以后就朝对方大腿上扎了一刀。结果这一刀偏偏就扎在了股动脉上,乙大出血死亡。甲是故意伤害罪还是故意杀人罪呢?从行为方式上看,甲确实只有伤害的故意,表现在甲不是打击致命的部位,在他人身后追赶时,比较顺手的部位是上半身,可是甲扎的是下半身非要害部位。使用的也是普通的水果刀,不是致命的工具。再考虑得多一点,从起因上,就是普通的打架。因此只能认为甲有伤害故意,不能由此认定具有杀人的故意。即使导致死亡结果,也是故意伤害罪。

例:甲苦苦追求乙女不成,萌生杀意。在家写了绝命书,发誓与乙女“阳间不成阴间成”,然后带了刀子、绳子、农药,跑到乙女家。甲喊出乙女的父亲(乙女父亲强烈反对二人恋爱),用刀子向他胸部猛扎,被害人倒地后,甲又拿石头朝其脑袋上砸。这时因为乙女家人和邻居很快赶来,行为人不得不慌张跑掉。甲逃走后,先上吊自杀,绳断未遂;继而又喝农药,还是没死;最后被抓获归案。被害人因抢救及时,没有死。这种情况是故意杀人罪未遂还是故意伤害罪?从整个案情来看,可证实甲故意的内容是剥夺他人生命,意念坚决、明确,但是由于意志以外的原因没有造成死亡结果,故意杀人未遂。

例:大约在 70 年代,甲屡次申请加入共青团不成,产生报复厂团委书记的念头。他用一支鸟枪,装上 1/3 的弹药,然后到团委书记住的平房窗台底下。工厂的平房很小,他把枪架在窗台上,离书记很近,就 3 米左右,朝书记开了一枪,打中臀部。大小小小的一共有 50 多个沙粒,最大的沙粒有小拇指指尖那么大,小的如芝麻。书记经治疗后很快痊愈出院。本案是故意杀人还是故意伤害?从手段上看,甲使用致命工具枪支,但是,仅仅根据手段来判断是杀人还是伤害是不全面的。从案情看,行为人确实只有伤害的意思,没有杀人的意思。这主要表现在:①装弹量较小,仅仅是容量的 1/3;②打击非要害部位。甲距离被害人很近,实际打的却是下半身的臀部,而不是上半身或者其他致命部位。说明甲非常节制,只想伤害,而不想杀人。因此是故意伤害罪。

(2)动机不明时,对故意内容的推定。有时,行为人与他人会因为细小的或偶然的事由发生冲突而暴力致人死亡。

例:甲乙酒后在歌厅门口与素不相识的丙相撞,由争吵发展到打斗,甲拔出随身携带的管制刀具朝丙胸腹部刺一刀,刺破心脏导致丙死亡。

按情理,因为这点细小或偶然事由实在没有必要“置人于死地”,可是甲就是因此而致丙死亡,常人匪夷所思。遇到这种动机不明或突发事件偶然触发的命案,该如何判断甲的意思或行为性质成为实务中认定杀人与伤害的难点。认定的基本分寸是:行为人携带凶器,动辄行凶,不计后果,使用致命的工具、打击致命部位致人死亡的,一般能认识到会造成“死亡”或“伤害”的结果,且放任其发生,足以认定行为人对“死亡”和