

谢杰 刘海清 ● 著

中国刑法的规范解释

各罪问题、实践争议与理论辨析

上海人民出版社

谢杰 刘海清 ● 著

中国刑法的规范解释

各罪问题、实践争议与理论辨析

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法的规范解释:各罪问题、实践争议与理论
辨析/谢杰,刘海清著. —上海:上海人民出版社,
2018

ISBN 978-7-208-15181-9

I. ①中… II. ①谢… ②刘… III. ①刑法-法律解
释-中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 101936 号

责任编辑 秦 堃

封面设计 甘晓培

中国刑法的规范解释

——各罪问题、实践争议与理论辨析

谢 杰 刘海清 著

出 版 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号)

发 行 上海人民出版社发行中心

印 刷 常熟市新骅印刷有限公司

开 本 720×1000 1/16

印 张 45.5

插 页 4

字 数 800,000

版 次 2018 年 6 月第 1 版

印 次 2018 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-15181-9/D·3217

定 价 160.00 元

目 录

第一章 中国刑法各罪规范的功能与构造	1
一、刑法分则与刑法总则之间的规范关系	1
二、刑法分则规范的功能	8
三、刑法分则规范的价值	10
四、刑法分则规范的体系	11
五、刑法分则的法条构造	11
六、结论	22
第二章 风险刑法:公共、商品及人身安全犯罪的刑法规制	23
第一节 交通安全犯罪	25
一、危险驾驶罪	25
二、交通肇事罪	40
第二节 其他公共安全犯罪:危险犯的视角	43
一、公共安全犯罪风险预防的扩张性需求	44
二、公共安全犯罪风险的合理控制	50
三、具体危险犯	52
第三节 商品安全犯罪	53
一、食品安全标准	54
二、刑法中的“不合格产品”	55
第四节 人身安全犯罪	60
一、风险社会与出现致人死亡结果的犯罪类型	60
二、社会福利条件改善(风险弱化)背景下的遗弃罪	78
第三章 经济刑法(一):融资犯罪的刑法规制	83
第一节 融资犯罪的基本问题	84

一、非法占有目的	84
二、刑事违法性认定问题	88
第二节 非法集资犯罪	93
一、非法集资犯罪中社会公众性的界定	95
二、资产管理、财富管理、委托理财与非法吸收公众存款	96
三、私募与非法吸收公众存款	98
四、非法吸收公众存款罪与非罪的界定及其数额边界	101
五、集资诈骗罪	102
第三节 非法发行证券犯罪	105
一、擅自发行股票、公司、企业债券罪	105
二、虚假陈述犯罪: 欺诈发行股票、债券罪与违规披露、 不披露重要信息罪	109
第四节 贷款犯罪	119
一、改变贷款用途是否构成贷款诈骗犯罪	119
二、骗取贷款罪与贷款诈骗罪的规范界限	120
第五节 信用卡犯罪	120
一、妨害信用卡管理罪	121
二、信用卡诈骗罪	121
三、恶意透支型信用卡诈骗犯罪的反思	137
第四章 经济刑法(二): 资本市场犯罪的刑法规制	139
第一节 资本市场效率的刑法保护	139
一、资本市场犯罪与资本市场刑法逻辑起点	139
二、资本市场刑法规范框架	144
第二节 内幕交易犯罪	151
一、内幕交易犯罪的构成要件与刑法解释	153
二、内幕交易犯罪的司法判断规则	164
三、内幕交易犯罪司法解释疑难问题剖析	181
第三节 利用未公开信息交易犯罪	219
一、利用未公开信息交易犯罪的构成要件与刑法解释	220
二、利用未公开信息交易犯罪的司法判断规则	223

三、利用未公开信息交易犯罪的量刑情节认定与法定刑适用	246
第四节 市场操纵犯罪:资本市场价格机制干扰的刑法规制	263
一、市场操纵犯罪的构成要件与刑法解释	263
二、市场操纵犯罪的司法判断规则	277
三、新型市场操纵犯罪实践疑难问题剖析	289
第五章 经济刑法(三):互联网金融犯罪的刑法规制	305
第一节 互联网金融犯罪的实质、问题及规制原理	305
一、互联网金融犯罪的实质	305
二、互联网金融犯罪刑法规制结构性失衡问题	308
三、互联网金融犯罪刑法规制的基本原理	312
第二节 互联网金融犯罪的刑事法治完善措施	313
一、证券发行注册制改革与互联网金融犯罪刑事法治实践的动态调整	313
二、优化融资结构与互联网金融犯罪风险控制的制度完善	317
第三节 网络贷款犯罪	322
一、网贷的经济机理与风险	322
二、网贷与非法集资犯罪	328
第四节 “去中心化”互联网金融犯罪	330
一、“去中心化”互联网金融工具的兴起及其对经济刑法的影响	330
二、“去中心化”互联网金融工具对经济犯罪刑法规制体系的风险评估	333
三、“去中心化”互联网金融工具的经济机理解释与刑法属性辨正	343
四、“去中心化”互联网金融犯罪的刑法制度反应与货币体系反思	357
第六章 经济刑法(四):知识产权犯罪的刑法规制	370
第一节 知识产权犯罪基本问题	370
一、知识产权犯罪的法律依据	370

二、知识产权犯罪的情况与特点	373
第二节 商标权类知识产权犯罪	374
一、与注册商标“相同的商标”的认定	375
二、未售出的侵权商品的价值计算	375
三、知识产权犯罪与其他商品犯罪竞合的法律适用	376
四、商标权类知识产权犯罪与其他商品犯罪的规范界限	377
五、诱惑侦查对商标权类知识产权犯罪认定的影响	381
第三节 著作权类知识产权犯罪	381
一、侵犯著作权罪中的发行行为	381
二、侵犯著作权犯罪帮助犯的刑事责任	389
第四节 商业秘密类知识产权犯罪	397
一、商业秘密的认定	398
二、侵权行为的认定	399
三、损害结果的认定	400
第七章 经济刑法(五):走私、金融诈骗、非法经营犯罪的刑法规制 ...	402
第一节 走私犯罪	402
一、走私犯罪基本问题	402
二、走私犯罪主体认定	407
三、走私犯罪故意认定	412
四、走私犯罪停止形态认定	415
五、走私犯罪特殊类型认定问题	417
第二节 金融诈骗犯罪	424
一、金融诈骗犯罪基本问题	424
二、信用证诈骗罪	425
三、保险诈骗罪	428
第三节 非法经营罪	429
一、非法经营罪的规范构造	429
二、非法经营烟草的认定	429
三、非法经营证券的认定	431
第八章 民生刑法(一):暴力犯罪的刑法规制	437

第一节 故意杀人罪	438
一、故意杀人罪的规范构造	438
二、故意杀人罪的司法认定	438
三、雇凶杀人的问题	447
第二节 故意伤害罪	448
一、故意伤害罪的规范构造	448
二、故意伤害罪的司法认定	449
第三节 强奸罪	451
一、强奸罪的规范构造	451
二、强奸罪的司法认定	451
三、强奸罪刑法理论的比较与反思	455
第九章 民生刑法(二):财产犯罪的刑法规制	472
第一节 抢劫罪	472
一、抢劫罪的规范构造	472
二、抢劫罪的司法认定	473
第二节 盗窃罪	474
一、盗窃罪的规范构造	474
二、盗窃罪的司法认定	474
第三节 诈骗罪	477
一、诈骗罪的规范构造	477
二、诈骗罪的司法认定	478
第四节 抢夺罪	484
一、抢夺罪的规范构造	484
二、抢夺罪的司法认定	485
第十章 社会治理刑法:妨害社会管理秩序犯罪的刑法规制	486
第一节 网络犯罪	486
一、网络犯罪基本问题	486
二、危害信息网络安全犯罪	488
三、网络赌博犯罪	497
四、网络淫秽信息犯罪	504

五、网络财产犯罪	513
第二节 环境犯罪	523
一、污染环境罪的违法性判断	524
二、污染环境罪的结果认定	526
三、单位污染环境犯罪中单位成员刑事责任的确定	529
第三节 毒品犯罪	531
一、走私、贩卖、运输、制造毒品罪的基本问题	531
二、刑事特情与毒品犯罪	532
三、以毒品冲抵部分价款行为的认定	538
第四节 风化犯罪	539
一、组织卖淫中“招募”的认定	540
二、组织卖淫中“雇佣”的认定	540
三、组织卖淫中“管理”的认定	541
四、组织卖淫中“控制”的认定	541
第五节 赃物犯罪	542
一、居间介绍盗窃者与被害人买卖赃物是否构成掩饰、隐瞒 犯罪所得罪	543
二、上游犯罪尚未定罪能否先行认定掩饰、隐瞒犯罪所得、 犯罪所得收益罪	545
三、单位组织实施掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益行为的 认定	548
第十一章 腐败治理刑法(一):贪污贿赂犯罪的刑法规制	551
第一节 贪污贿赂犯罪刑事立法与司法解释	551
一、刑事立法	551
二、司法解释	554
三、腐败治理刑法与司法解释频繁制定修改的反思	556
第二节 贪污贿赂犯罪定罪量刑标准的法律与经济分析	557
一、最新贪污贿赂犯罪司法解释数额标准疑难问题的刑法 解释困境	558
二、最新贪污贿赂犯罪司法解释调整数额标准的解析	563

三、最新贪污贿赂犯罪司法解释实践适用下腐败犯罪惩治效率的提升策略	570
第三节 贪污犯罪	575
一、贪污罪的规范构造	575
二、贪污罪的司法认定	575
第四节 贿赂犯罪	587
一、贿赂犯罪的对象	587
二、性贿赂	590
三、受贿犯罪的主体	593
四、受贿犯罪的职务要件	598
五、受贿犯罪的谋利	605
六、贿赂犯罪的不正当利益	610
第五节 新型受贿犯罪	615
一、以交易形式受贿问题	615
二、以干股形式受贿问题	626
三、以理财形式受贿问题	635
四、以其他形式受贿问题	640
第六节 商业贿赂犯罪	647
一、商业贿赂的范围与数额	649
二、商业贿赂犯罪“经济往来”系列条款	660
三、医疗教育领域商业贿赂犯罪	675
第十二章 腐败治理刑法(二):渎职犯罪的刑法规制	693
第一节 经济损失类渎职罪行为的认定	693
一、职责内容的定量分析	694
二、履职情况的定量分析	694
三、徇私行为的认定与处理	695
四、帮助犯罪分子逃避处罚罪中“通风报信、提供便利”的认定	696
第二节 渎职犯罪结果的认定	697
一、滥用职权违法办理户籍造成损失的认定	697

二、契税损失能否计入非法低价出让国有土地使用权罪	
经济损失数额	698
三、盈利数额能否在经济损失中予以扣除	698
四、尚未结算项目能否纳入重大损失	699
五、重大损失审计报告时间节点的把握	700
第三节 渎职犯罪因果关系的认定	701
一、因果关系量化分析的基础定位	701
二、市场介入因素对经济损失结果的影响	701
第四节 渎职犯罪法条关系的认定	703
一、渎职罪外部法条关系	703
二、渎职罪内部法条关系及应用	715

第一章 中国刑法各罪规范的功能与构造

中国刑法分则设定具体犯罪的罪状和法定刑,即各罪规范或者条文,其本质上是对犯罪行为性质与应得刑罚的界定。传统刑法理论通常认为刑法总则覆盖了绝大部分具有挑战性的刑法理论难题、具有趣味性的逻辑思辨与哲学反思,但这非常有可能是对刑法分则及其承载的疑难问题与争议性解释的偏见。^①刑法分则的问题与争议不仅复杂、精致、疑难,而且需要依托于经济、社会、心理乃至科学技术等跨学科的分析框架与知识体系,才能有效地进行规范解释,从而界定与解决具体的犯罪及其刑罚裁量问题。

一、刑法分则与刑法总则之间的规范关系

刑法分则研究与实践应用的第一个问题便是其与刑法总则之间的关系。刑法总则是犯罪与刑罚的一般原理,包括犯罪的基本概念与特征、犯罪构成、正当化事由、犯罪形态、量刑原则、刑罚执行等,其适用于所有犯罪行为或者至少一系列犯罪行为,^②而刑法分则是特定犯罪与刑罚的概念规定与内容描述,只适用于具体犯罪行为。可见,刑法总则与分则之间关系的逻辑起点实际上起始于刑法分则,提炼与修缮于刑法总则,两者必须共同适用于犯罪性质的认定与刑罚的配置——刑法分则是犯罪行为及其刑罚直接与最初的界定,刑法分则中的具体条文及其解释是对特定犯罪行为进行性质判断与刑罚裁量的规范基础。一系列乃至全部犯罪类型与刑罚裁量规则,经过历史实践与理论推演提炼出与犯罪和刑罚问题有关的整体性、原则性规定及其解释。一旦这些刑法总则原理被刑法典规范化,刑法分则就没有必要在相同类型的具体犯罪与刑罚的规定中进行赘述,这就意味着刑法分则将部分犯罪定义与刑罚适用的法律条件留存于刑法总则之中,交由刑法总则在定罪量刑中予以补充与调整。

^① Leo Zaibert, The Richness of the Special Part of the Criminal Law, 10 New Criminal Law Review 470, 471(2007).

^② Herbert Wechsler, Codification of Criminal Law in the United States: The Model Penal Code, 68 Columbia Law Review 1425, 1429(1968).

——刑法分则与总则之间的这种在定罪量刑理论实践中的动态关系,更为深刻地体现于复杂疑难案件的司法判断过程。

争议案例:2015年11月10日晚9时许,四川宜宾一名富豪章某在回家途中被人绑架至一居民屋内,并被胁迫参与将一名陌生女性杀害,绑匪全程录像并勒索该富豪交付巨额赎金一亿元。

对于章某是否应当以及如何追究刑事责任问题,刑法理论与实践之间存在非常巨大的争议。有学者认为,法律不能将普通人置于两难境地,如果当事人在“要么她死、要么你亡”的要挟之下被迫杀人,可以考虑适用紧急避险的理论,并且在可能的情形下,应当将被胁迫人“非罪化”。因为如果认定为故意杀人罪,则在犯罪故意层面存在疑问。主观恶性是故意杀人罪的构成要件,在面临自己与他人生命的两难选择时,法律不能强行将公民置于要么死亡、要么犯罪的两难处境之中。刑法不能用最绝对、最铁面无私的法律理性,去要求这种极端案例中的个人,更需要考虑法律的谦抑性和它的人性特点。超出了故意杀人罪的立法本意,就不能用这个罪名去追究个人的责任。也有观点认为,法律不赞同为保全自己生命牺牲他人的生命。即使是受到胁迫而杀人,也必定构成故意杀人罪,这一点在各大法系的法律中都没有任何疑问。在法律保护的所有权利之中,生命权是最重要的,并且所有人的生命等值,为保全自己而牺牲别人没有任何的合理合法性。在这一前提下,可以根据受胁迫的具体情况、主动投案自首等情节,讨论章某是否属于胁从犯,是否可以从轻处罚。章某被索要一亿元赎金,在被威胁下杀害了被害人,实际上没有信息表明章某是否受到了生命的威胁,如果是为保全较次要的金钱利益而损害了他人的生命权,即便认定可以从轻处罚,其从轻幅度都十分有限。紧急避险在法律上指的是“两害相权取其轻”,只有当要保护的利益比被牺牲的利益更重要时才能成立,但剥夺他人的生命绝不属于紧急避险。更有学者指出,此类案件难以判断,应看具体情况衡量,对章某的刑事责任判断,其关键在于有没有选择或回避杀人的余地。这种情况很难免责,但杀人罪责主要还应由绑匪承担,章某涉嫌胁从犯罪。这类案例虽不常见,但因其伦理价值的两难,争议极大,最高人民法院可考虑出台司法解释。^①

司法实践中还发生过具有可比性的类似争议案例:2008年10月某天晚上10时许,女大学生王某独自行走时,一辆面包车悄悄跟在其身后,8名犯罪分子强行将其拉入车中。2008年11月8日,警方在废弃矿井内发现了这

① 张杰:《富豪被胁迫杀人是否有罪》,《河南法制报》2015年11月20日第11版。

名女大学生的尸体。尸体全身缠满铁丝。经尸检该女生前被人强暴后勒死。经侦查后发现,为敲诈钱财,一个8人犯罪团伙劫持政法工作人员夏某,强迫其与被绑架的女生王某发生性关系并用绳子勒死王某。该犯罪团伙对该过程拍照后试图敲诈夏某。案发后,该团伙8名嫌疑人被警方抓获。经过侦查和双方的口供,基本证实整个过程夏某都是被蒙着眼,强暴时也是有人按着他进行的。勒王某脖子时,夏某的脖子也被绳子套着,后面有两个人勒他。据嫌疑人交代,如果夏某不勒王某,就要勒死他。由于夏某当时眼睛被蒙,不知道王某是否死亡,认为当时可能把王某勒晕了,但结果是王某被勒致死。

第一种观点认为,夏某的行为构成犯罪,属于胁从犯,但可以免除处罚。即使被强迫做某事,也只是被强迫而已,做不做仍是自己的选择,不能因为被强迫了,就可以不假思索做任何事,歹徒的目的只是想敲诈夏某的钱财,却逼他去强奸、杀人,而夏某却真去做了,那么歹徒和夏某就是共同犯罪,只是在量刑时,夏某作为被胁迫者,可以适当从轻。夏某是受犯罪分子捆绑强制的,身不由己,但是,我们可以想象,如果犯罪分子让他强暴和勒死女生王某时,即便他自己被犯罪分子勒死,也不屈服的话,恐怕是达不到犯罪分子的目的。夏某在这一点上是有私心的,为了自己活命而没考虑他人的安危。所以,虽然受胁迫,但夏某还是犯下强奸与故意杀人的罪行,不过根据当时的处境,法律可以免除对夏某的处罚。

第二种观点认为,夏某不构成胁从犯,不应当负刑事责任。因为我国《刑法》对于共同犯罪,按照犯罪分子在犯罪中所起的作用,分为主犯、从犯、胁从犯。胁从犯是指在共同犯罪中,被胁迫参加犯罪的人。胁从犯是在暴力威胁下参加了犯罪,但他被胁迫参加犯罪时,并非完全丧失意志自由,而是具有不完全自愿的、尚有选择的自由。在刑事犯罪中,主观要件的分析是罪与非罪重要的标准,预见并能控制自己行为是最基本的两个要素。胁从犯在犯罪中,虽然受到胁迫,但其主观上还有一定程度的选择,他的身份还是犯罪分子一方成员,他并不面临实际具体的或达到危及生命的威胁,属于能预见自己行为后果,也能一定程度控制自己行为的状况,所以法律仍对胁从犯追究刑事责任。从本案来看,夏某所谓的“强暴”也好,“勒死女生”也罢,完全是在他人强迫和控制之下,客观上自身一点反抗的能力也没有,在主观上没有不实施犯罪的意志自由,他的身体完全受到外在的暴力强制,完全丧失了选择行动的自由。夏某同属被害人一方,他能预见到自己的行为是犯罪行为,但其不能控制自己的行为,他对自己的行为没有选择的余地。我国《刑法》第十六条规定:“行为在客观上虽然造成了损害结果,但是不是

出于故意或者过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不是犯罪。”控制夏某身体并强迫他实施强暴和勒死女生的8名犯罪嫌疑人,在理论上称为间接正犯,这8名嫌疑人把夏某作为犯罪工具利用,进行了强奸和杀人行为,他们应当对强奸和死亡的后果负全部的刑事责任。因此,夏某的行为是不可抗力或者紧急避险,其不负刑事责任。

第三种观点认为,夏某属于“被挟持者”,其被迫行为不负刑事责任因为从我国《刑法》对胁从犯的规定看,胁从犯首先是罪犯,其在犯罪中,虽然受到犯罪分子胁迫,但其主观上还有一定程度的选择,也能在一定程度上控制自己的行为,他并不面临实际具体的或者达到危及生命的威胁,属于能预见自己行为后果的人,所以法律仍对胁从犯追究刑事责任。而“被挟持者”是犯罪分子用暴力强迫其服从的人,也就是说“被挟持者”在犯罪过程中一切行为都必须按照犯罪分子的要求做,不能像胁从犯那样能在一定程度上控制自己的行为。所以,其犯罪行为应全部算在挟持者的身上。

第四种观点认为,夏某是间接正犯,不构成犯罪。根据我国相关法律的规定,间接正犯又可以称为间接实行犯,是指把他人作为工具利用的情况。利用者与被利用者不成立共同犯罪。夏某受到犯罪分子的胁迫,虽然对王某实施了强奸和杀人行为,但从主观上没有强奸和杀人的故意或者过失,客观上他的行为完全是在他人强迫和控制之下,没有选择的余地,是被犯罪分子作为工具实施强奸和杀人的行为。我国《刑法》第十六条规定:“行为在客观上虽然造成了损害结果,但是不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不是犯罪。”在这种情况下,被胁迫者只不过是胁迫者利用的工具,胁迫者构成间接实行犯,而被胁迫者不构成犯罪。夏某只是一个工具而已,其他歹徒才是杀人和强奸罪真正应当归责的主体。依据刑法期待性原理,夏某应是无罪的。法律赋予夏某的义务不等同于警察,因此在夏某所受环境限制下要求夏某履行义务显然对夏某要求过于苛刻。夏某在“法律不强人所难”的原理下不宜定为犯罪,在这里亦不适用紧急避险原则。^①

上述理论分歧与实践争议的根本原因在于我国刑法并没有对于此类胁迫情境下实施符合刑法分则规定的构成要件行为设置完整的规范评价框架。基于胁迫实施法律规定的犯罪行为,这一刑法问题最为合理的规范定位应当是作为正当化事由的胁迫抗辩。但在我国刑法总则的规定中,只有正当防卫与紧急避险这两种排除犯罪性事由,显然均无法适用于胁迫的情

① 孙燕:《受人胁迫强奸杀人如何定罪》,《河南法制报》2009年9月2日第13版。

境。胁从犯是从共犯的角度分配刑事责任,不能起到阻却犯罪性质的功能,而基于胁迫实施犯罪行为往往在很多情况下是应当排除犯罪性质的。笔者认为,在我国刑法总则与分则的规范框架下解决胁迫抗辩问题,可以通过刑法总则立法完善与刑法分则解释规则优化的路径进行处理。

其一,在刑法总则中增设胁迫抗辩这一正当化事由。刑法总则可以规定:“行为人基于非其本人过错而受到严重的人身或者生命威胁,实施符合本法分则规定的犯罪行为,造成的损害并未超过其遭受威胁可能导致的损害的,是受胁迫犯罪。受胁迫实施犯罪行为的,不承担刑事责任,但故意杀人、强奸、绑架等极其严重的暴力犯罪行为除外。”

其二,在刑法分则中可以通过司法解释、判例解释等形式丰富与完善故意杀人、故意伤害、强奸、绑架等个罪的刑法解释,从犯罪主观故意的角度排除受胁迫犯罪者的犯罪故意,并设置外部的客观平衡条件与例外情形。受胁迫的本质实际上就是在部分极端情况下丧失意志自由,胁迫的力量超过了行为人自由意志足以抵抗的程度。在这种意志状态下实施的符合客观构成要件的犯罪行为实际上不符合犯罪故意要件,因为行为人放弃抵抗胁迫力量实施犯罪行为根据正常的社会标准看来具有合理性,可以从主观责任的角度排除犯罪性质。同时,受胁迫实施犯罪所造成的损害不应当超过受胁迫者本人所面临的损害风险。同理,故意杀人、强奸、绑架等极其严重的暴力犯罪行为不适用胁迫抗辩。

那么,在生命利益冲突的情境下出现极端的符合刑法分则相关犯罪构成要件的行为,如何从期待可能性的角度进行解释呢?

我国刑法犯罪构成逻辑结构显著区别于大陆法系刑法“构成要件该当性—违法性—有责性”的层进型模式,期待可能性着实难以在我国刑法中确定规范上的体系性地位。即使在对期待可能性研究极为深入的德国与日本刑法中,期待可能性的体系性地位仍然存在极大争议。理论的困惑导致实践的迷茫。刑事司法实务中频繁出现的刑法规范与道德情感的冲突,不断提醒着我们去深思期待可能性的实用价值。

类似的案例在实践中均有发生:昆明市人民检察院对两名受到生命胁迫而实施故意杀人的女性犯罪嫌疑人作出了相对不起诉的处理决定,引起了各方争议——犯罪嫌疑人袁某、周某图谋以胁迫卖淫女作案的方法,来达到控制卖淫女为其牟利之目的。2007年3月20日晚,袁某、周某驾车先后将卖淫女何某、李某、方某以嫖宿为名从发廊骗出拉至乡下的农田边。袁某、周某告诉何某、李某、方某,三人中必须要死一人,袁某拿出三张扑克牌给何某、李某、方某抽,说抽到黑桃K的人要死。结果,方某抽到了黑桃K,

何某、李某在被逼迫下,先由周某握住何某、李某的手刺杀方某,再由两人分别刺杀方某。为了保留“杀人证据”,达到日后控制两人的目的,袁某用手机对杀人过程进行了拍摄。次日中午,何某、李某从袁某的租住处逃出后向公安机关报案。23日中午,民警将袁某、周某抓获。2008年3月5日,昆明市人民检察院对两名参与故意杀人犯罪的女性犯罪嫌疑人作出了相对不起诉的处理决定。^①

刑法理论与实务部门必须再一次近似痛苦地面对情法冲突下的刑法适用难题。期待可能性究竟能否在生命利益冲突的情况下进行权衡?在刑法规范的框架内,法益权衡下的期待可能性的一般性规则表现为:(1)程序性利益与实体性利益冲突的情况下,减免行为人实施程序合法行为的期待可能性;(2)人格身份利益与财产利益冲突的情况下,减免行为人实施符合财产利益保护要求行为的期待可能性;(3)人格身份利益与生命利益冲突的情况下,减免行为人实施符合人格身份利益保护要求行为的期待可能性。然而,一旦涉及处于危险共同体状态下的不同主体生命利益的权衡问题,期待可能性理论仿佛走到了终点,一如其在犯罪论体系内难以寻求定位那般困顿与迷茫。

经典的英国判例(救生艇在海上漂泊,幸存者面临饿死的危险,部分幸存者杀死濒临死亡的年轻男孩,靠着他的血和肉维持生命,最后等到了援救的船只)与受迫杀人案一样,都反映出行为人在与他人形成共同危险关系的环境下,刑法实际上无法期待行为人不通过剥夺他人脆弱的生命的方法以挽救自己同样犹如风中孤烛的生命。只不过英国经典判例中生命危险来源是不可抗力,而受迫杀人案中危险来源是歹徒置行为人于死地的暴力胁迫。如果要求行为人以“英雄主义”的态度面对本人生命与他人生命的利益冲突,宁可自己死亡也不去杀害别人,刑法规范显然与人性及本能脱节。但如果肯定行为人在生命利益冲突的危险共同体状态下没有或者弱化了实施合法行为的期待可能性,就等于承认生命在某种特定情况下是允许量化或者进行一定有价值倾向的评价的。这显然又与法律面前人人平等相悖,同样也是无人性和不人道的。

生命利益的不可权衡性原理能否在共同危险关系中予以合理缩减?在行为人无法用其他手段保护多数人生命的情况下,刑法规范能否不予禁止其实施减小生命数量损失的行为?

在当前的受迫杀人案中,被害人方某抽到黑桃K,在凶残的歹徒及其

^① 王海天:《办案人员:罪可确定 情有可原》,《检察日报》2008年4月16日第3版。