



张明楷 编著

# 刑法的私塾

(之二) 上

每个周末，教授与研究生们汇聚一堂，共商学术  
这个刑法的私塾，十多年来，人来人往，风雨不歇  
这个私塾里讨论的一切，这个魅力无穷的刑法世界  
今日首次呈现



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 刑法的私塾

(AM) 6

张明楷 编著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 说 明

2014年出版《刑法的私塾》时,内心确实忐忑不安。因为缺乏预测可能性,不知道这类出版物会不会遭人唾弃。人生总会经历林林总总的意外!或许是由于阅读起来比较轻松,甚至有置身讨论的感觉,许多读者没有对《刑法的私塾》嗤之以鼻。有鉴于此,我毫不犹豫地将近几年的周末讨论整理出来,出版《刑法的私塾》(之二)。但是,这并不意味着我对本书充满了信心,因为我不知道读者是否已经厌倦了这类出版物。

2014年之后,我依然和学生们一起在周末讨论各种案例。第一本《刑法的私塾》是由参加讨论的学生将录音转换为文字,再经过丁慧敏博士精心整理,最后由我删改定稿的。与此不同的是,《刑法的私塾》(之二)的录音由相关公司的速记人员转换为文字,然后由我直接整理。速记人员记录了讨论过程中的字字句句和点点滴滴,我在记录稿上经常看到的文字是:“最后再讨论一个案件,这个案例讨论完了大家去吃饭。”“老师请客吗?”此外,有时虽然认识速记人员记录下来的每一个文字,却不知道这些文字是什么意思,因而不得不删除许多内容。但可以肯定的是,整理出来的文稿尽最大可能与当时的讨论内容相同,并非由我重新改写。

《刑法的私塾》(之二)的内容按教科书的体系安排,而没有按讨论时间安排。案例之外的纯理论性的讨论,没有纳入本书。本书的案例不同于第一本《刑法的私塾》中的案例,本书中的每个案

例按照其中的主要焦点问题置于相应标题或罪名之下。但是，在此罪名下讨论的案件未必构成此罪。例如，在过失投放危险物质罪的标题下讨论的案件，很可能仅构成过失致人死亡罪；在盗窃罪标题下讨论的案件，很可能不构成犯罪；如此等等。

与以往一样，每次讨论时一般是我描述案情、提出问题，然后就案例的焦点问题展开讨论（其间也会有学生提出需要讨论的案例）。案例并没有提前告诉参加讨论的学生，我本人有时也不知道会讨论什么案例。任何人的发言都没有事先准备，大家想说就说、想讲就讲，说得无拘无束，讲得无边无际。正因为如此，本书的内容与具有逻辑性的体系书具有重要区别，因而也存在明显的缺憾。例如，内容可能重复。因为经常会讨论类似的案例，尤其是在发言时，每隔一年就面对不同的学生，不可避免地会讲相同的内容。再如，观点可能矛盾。因为是随心所欲的发言，不可能前思后想、千思百虑，每次发言的内容可能存在冲突或者不协调。又如，结论可能错误。因为有些疑难案件一时难下结论，事后也未能深入讨论，导致案件的结论不明确或者错误。所以，真挚地恳请各位读者匡谬析疑、救弊补偏！

参加周末讨论的主要是我指导的在校硕士研究生（包括公诉人班的公诉人）与博士研究生。此外，也有已经毕业的博士生参加了周末的讨论。十分感谢参加讨论的各位同学！没有你们的参与，就没有《刑法的私塾》（之二）。还要特别感谢王钢副教授！王钢从德国获得博士学位后回清华任教以来，一直参加周末的讨论，并且发表了不少独到见解。但由于速记人员不能识别王钢的声音，只好将他归入“学生”了。

张明楷

2017年8月18日于清华明理楼

上册

第一堂  
构成要件  
001

第二堂  
违法性  
079

## 目 录

第三堂  
有责性  
125

第四堂  
故意犯罪形态  
159

第五堂  
共犯  
175

第七堂  
刑罚论  
239

第六堂  
罪数  
221

第十三堂  
贪污贿赂罪  
891

第十二堂  
妨害社会管理秩序罪  
791

第十一堂  
侵犯财产罪  
481

下册

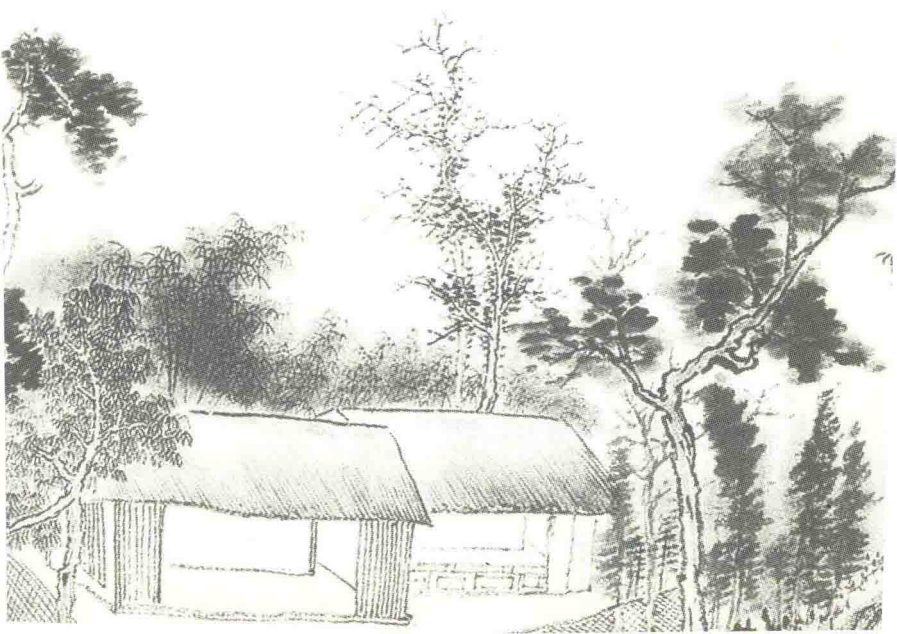
第十堂  
侵犯公民人身权利、  
民主权利罪  
385

第九堂  
破坏社会主义经济秩序罪  
319

第八堂  
危害公共安全罪  
277

# 第一堂

## 构成要件





## 构成要件与犯罪概念的关系

16岁5个月的男孩和一个13岁8个月的女孩谈恋爱。某天，女孩和妈妈吵架后就住进男孩家里，连续住了5天。有一次，两个人在床上接吻，各自脱掉了衣服，双方性器官也接触了。后来女孩说，年纪还小，算了，这样不好。男孩就没有再继续实施行为。

---

张明楷：检察机关以强奸罪起诉了，法院根据《刑法》第13条但书宣告无罪。你们怎么看？

学生：我觉得行为挺轻微，二人是恋人关系，早恋现在很普遍，女孩也同意，而且女孩说停止男孩也就停止了。这种现象越来越多，双方家长也谅解，也就没有必要追诉了。如果一旦进入刑事诉讼，可能反而对女孩的伤害更大。

张明楷：按照“两高”的司法解释，奸淫幼女的，双方性器官接触就强奸既遂了，故没有中止的余地。如果按照普通强奸罪



的既遂标准，还可以认定男孩成立强奸中止。不过，虽然强奸中止，但猥亵儿童已经既遂。在德国，就是强奸中止和猥亵儿童既遂的想象竞合，会被认定为猥亵儿童罪。在我们国家，如果对强奸罪的既遂标准采用插入说，男孩的行为就是强奸中止，但由于造成了损害结果，应当减轻处罚。当然，在这个案件中，不处罚男孩的结论或许不失正当性，但是要找到一个合适的理由。如果行为符合了构成要件，出罪却不需要任何理由，构成要件就没有意义了。

学生：理由就是《刑法》第13条啊。“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。

张明楷：《刑法》第13条这么管用吗？第13条只有在不构成犯罪的前提下才能适用；如果行为已经构成犯罪，怎么可能还适用第13条？也就是说，在肯定了构成要件符合性且没有违法阻却事由的前提下，以犯罪概念为根据否认犯罪的成立，就表明我们对构成要件的解释不是以犯罪概念为指导的，这显然是自相矛盾的。因为刑法理论认为犯罪构成是犯罪概念的具体化，既然如此，怎么可能在行为符合犯罪构成的时候又以犯罪概念为根据否认犯罪的成立呢？

学生：认定为强奸中止，同时否认猥亵儿童罪的构成要件符合性与违法性，因为幼女对前面脱衣服的行为是愿意的。

张明楷：这个承诺无效吧。幼女即使愿意，也是无效承诺。

学生：男孩也是未成年人，还不满18周岁。

张明楷：可是，16周岁以上的人对任何犯罪都要承担刑事责

任。非法侵入住宅等犯罪，以及最高刑只是拘役、管制的犯罪，他都要承担刑事责任，而猥亵儿童罪在一般情形下只要既遂就要处5年以下徒刑，凭什么就不用承担刑事责任？难道要学日本现行刑法把幼女年龄统一下调到13岁？日本的刑事责任年龄为14岁但是幼女的年龄却是13岁。

学生：男孩与女孩都同意，是否可以否定男孩有故意？

张明楷：没法否定故意，男孩知道对方是幼女，且知道自己要与幼女发生性关系。

学生：能不能用违法性认识错误来给其开脱？男孩以为有幼女的同意，就可以这样做，但法律对这种行为说NO。男孩不是对违法阻却事由前提的认识错误，而是对违法阻却事由的适用产生了认识错误。

张明楷：问题是，即使存在违法性的认识错误，这个错误是不可避免的吗？显然不能得出这样的结论吧。

学生：能不能适用《刑法》第37条，以情节较轻不需要判处刑罚为由，对男孩仅作有罪宣告，而不判处刑罚？

张明楷：按照最高人民法院的相关司法解释，是可以这样处理的。但我一直反对这种做法。道理很简单，既然没有法定的减轻处罚情节时，减轻处罚的都要报最高人民法院核准，没有法定的免除处罚情节的，怎么反而可以直接适用《刑法》第37条不给予刑罚处罚？我以前在教科书上就说过，这样的观点会导致《刑法》第37条的滥用，雷洋案就充分说明了这一点。

学生：这样说来，对男孩就必须定罪量刑了。

张明楷：如果要宣告无罪，最好的办法是否认行为符合犯罪成立条件。以抽象的理由宣告行为无罪，虽然结论可能是容易被接受的，但这样会导致犯罪成立条件丧失意义。犯罪成立条件丧失意义后，可能导致不符合犯罪成立条件的行为也成立犯罪。

学生：多年前发生过一起案件。被告人离婚后，将户口迁出了。后来打算租房住，但她的身份证丢了，去原派出所办身份证时，原派出所说户口已经迁出了不给办。被告人没有身份证寸步难行，于是被告人提供自己全部真实的身份证明信息给了制造假身份证的人，让对方给自己制造了假身份证。老师您看除了《刑法》第13条外，怎么去说明被告人无罪呢？

张明楷：伪造身份证件罪的设立是为了保护身份证件的公共信用，无权制作就不能制作，因此制作身份证的人当然构成伪造身份证罪；但是，被告人的行为可以从期待可能性角度去说明其不具备有责性。

学生：我们讨论的这个案件能不能说男孩没有期待可能性呢？

张明楷：感觉有点勉强。按照我的观点，男孩的行为属于强奸中止，但由于造成了猥亵儿童的侵害结果，应当减轻处罚，当然可以宣告缓刑。

## 不 作 为

### 案例一

被害人向行为人借款 50 万后很久不还。某天，行为人带了三个人开车去找被害人。行至一大桥上（桥下是河，河面与桥面距离几十米）时，行为人和被害人就在桥上谈判。被害人说：“你不要逼我了，再逼我，我干脆死了算了，反正我也还不上。”行为人说：“那你要这么说，就写个遗书吧。”被害人就写了遗书：“今生还不上，来世做牛做马也还给你。”然后，被害人自己拿着这个遗书坐在大桥的栏杆上抽烟，行为人等四人就陪着被害人站着，也没有对被害人实施任何行为。十几分钟之后，被害人说了一声“我跳了”，然后就真的跳了下去，第二天发现被害人死亡了。行为人的辩解是，首先我不知道被害人真的会跳；其次，当他跳下去之后，我只是觉得他可能是逃走了。

---

学生：我们司法机关一直争议的是，行为人有没有杀人的故意与过失。

张明楷：首先要从客观方面开始讨论，如果首先讨论故意与过失，就意味着直接肯定了杀人罪的构成要件符合性与违法性，这显然不合适。

学生：对，还有就是被害人自我答责的问题。

张明楷：你们最后定罪了吗？

学生：定了间接故意杀人。

张明楷：哎呀，这一定就处罚很重啊。

学生：因为是行为人逼被害人跳下去的。

张明楷：哪里有逼的行为呢？

学生：就是四个人围在河边不让被害人走啊。

学生：不让被害人走也不等于逼他跳河啊。

张明楷：这个案件在德国有可能定见危不救罪。但是，在我国可能是定不了罪的。

学生：能不能定过失致人死亡罪？

张明楷：故意杀人罪是绝对不可能成立的，过失致人死亡罪也不能定。有一种可能是，如果四个人一直不让人家离开，确实符合非法拘禁罪的构成要件，倒是可以考虑非法拘禁罪。

学生：但是行为人逼他跳了啊。

学生：实际上行为人还是想要债，被害人跳下去死了他还怎么要债啊。所以很难说行为人主观上有想要被害人死亡的故意。

张明楷：又跳到故意过失那里去了。首先要判断行为人的行为是什么？被害人的死亡能否归属于行为人的行为？如果说构成过失致人死亡罪的话，过失行为是什么呢？这个案件中，根本没有致人死亡的行为嘛。既然如此，怎么能将结果归属于行为人的行为呢？

学生：如果说没有作为的话，那不作为呢？不救助的行为不需要评价吗？

张明楷：如果要评价为不作为的话，首先要考虑作为义务是什么。不能跳过作为义务直接认定行为人有不作为。以前发生过一起案例，一个局长可能是官场失意，到基层考察时晚上喝了酒，科长没喝酒，一直陪着局长。科长开车载着局长回城里，高速路上局长要求下车，科长不同意，局长就自己把车门打开，科长没办法只能停车。科长在路边劝了一个多小时要局长上车，局长还是不上车。当时可能还没有手机，科长没办法就把车开回去，想找局长的老婆来劝局长。但是局长老婆不肯去，然后科长就找到另一个人，想让他帮忙回去把局长拖上车。但是回到原地怎么也找不到局长，然后再回去问局长有没有回家，发现没有回家，又回到高速路上找，发现局长已被轧死，但具体是怎么死的，根本查不清楚。

学生：科长没有把局长强拽上车的可能吧。

学生：但科长必须一直陪着局长吧。

学生：这种要求也太高了吧。

张明楷：局长精神正常，也不是小孩，为什么要求科长必须一直陪着他？科长当然知道高速路上是一个危险的地方，但不能因此就认为科长必须陪着局长。而且，如果局长想死的话，在高速路上，科长陪着也不管用，局长随时可以撞车死亡。在这个案件中，局长究竟怎么死亡的，也不可能查清，有没有可能确实是局长自己撞车死亡的呢？如果是这样的话，也要追究科长的责任



吗？实践中为了平衡各种利益，有可能定科长过失致人死亡罪，然后判处较轻的刑罚或者判处缓刑。但这样做在法理上未必说得通。你们一定要注意，类似这样的案件，一旦跳过客观方面的判断，行为人的过失就不成问题了。因为行为人肯定知道有危险，既然如此，就免不了有过失。所以，一定要先考虑客观方面的行为，以及结果能否归属于行为人的行为。在我看来，上面的两个案件，都难以将被害人的死亡结果归属于行为人的行为。

学生：老师，出租车司机的义务要不要达到保护乘车人生命的高度呢？他只收了十几块钱的车费。

张明楷：那要看具体情形吧，不能一概而论。

学生：醉酒乘客强行下车呢？

张明楷：出租车司机当然对车内乘客的安全负有一定义务。但是，如果乘客突然强行打开车门下车，出租车司机也没有作为可能性吧。如果乘客不是强行下车，而且问司机可不可以下车，司机在危险的状态下让乘客下车，乘客下车时被后面的车辆撞死的，不排除出租车司机的行为构成过失致人死亡罪或者交通肇事罪。总的来说，还是要具体分析，不能笼统地说出租车司机有罪还是无罪。

## 案例二

合租房里住了四个人，其中两个关系很好的女孩住一间，另有一对恋人住了一间。但这对恋人和这两个女孩关系不密切，平



时只是打个招呼而已。某天半夜，恋人中的女孩因为事情吵架，女孩要拿打火机烧被子，男朋友阻止了四次，之后男朋友就不管了，心想你想怎么着就怎么着吧，女孩又把打火机拿出来点燃了被子。刚开始燃烧的时候，男的没有扑火。之后看着火势变大了，男的立马去扑火，但怎么都不能扑灭。这对恋人眼看自己要被烧死了就跑了出来，结果另一房间的两个女孩被烧死了。

---

**张明楷：**这个案件显然涉及作为义务的问题。男的是有义务阻止女的放火，还是有义务扑灭火？抑或有义务叫醒另一房间的两个女孩？

**学生：**男的有义务阻止女的放火。

**张明楷：**为什么有义务阻止女的放火？义务来源是什么？因为是男女朋友关系吗？

**学生：**男的对这个房间所产生的危险应该要阻止。

**张明楷：**危险来源于什么地方？

**学生：**危险是火，火在他的房间里。

**张明楷：**租房子的人都有扑灭火的义务吗？

**学生：**当然有。

**张明楷：**从哪个角度去讲义务？租房子的人对这个房子本身的安全有义务吗？

学生：对另外两个女孩有义务。

张明楷：对另外两个女孩有什么义务？

学生：肯定是有义务的。这个案件对男的定了失火罪吧？

张明楷：对，定了失火罪，判了7年。

学生：女的判了多少年？

张明楷：女的被判了无期还是死缓。如果是租房子，则因为你租了房子，对这个房子本身的安全有管理义务，但不是说他有阻止他女朋友放火的义务。她女朋友是成年人，他没有义务阻止女朋友犯罪。但是，如果女朋友的犯罪是放火烧毁房子，男的当然要阻止女朋友放火。

学生：男的有救火的义务。

张明楷：这样说也是对的，因为他租了房子。可是，他也救了，但没救成功。

学生：需要看具体情况。单纯从男女朋友关系来说，他肯定没有阻止女朋友犯罪的义务。但如果在这个过程中，男的对于这个事件的升级有一些刺激行为，有可能被考虑进去，比如形成了放火的教唆。

张明楷：这个案件没有说男的刺激女朋友放火，如果刺激她放火就是作为了，不是不作为。租房的人对这个房子本身有管理义务、保护义务，问题是，那两个女孩死亡怎样办？能否说，男的只对财产损失负责？