

周光权 著

刑法公开课

(第1卷)

OPEN COURSE OF CRIMINAL LAW

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

周光权 著

刑法公开课

(第1卷)

OPEN COURSE OF CRIMINAL LAW



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法公开课. 第1卷/周光权著. —北京: 北京大学出版社, 2019. 1
ISBN 978-7-301-30077-0

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 261761 号

- 书 名 刑法公开课(第1卷)
XINGFA GONGKAIKE (DI YI JUAN)
- 著作责任者 周光权 著
- 责任编辑 杨玉洁 王芳凯
- 标准书号 ISBN 978-7-301-30077-0
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱 yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部 010-62117788
- 印 刷 者 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 965 毫米×1300 毫米 16 开本 23.75 印张 355 千字
- 2019 年 1 月第 1 版 2019 年 3 月第 2 次印刷
- 定 价 59.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

总 序

自 1999 年 8 月进入清华大学法学院工作以来,在本单位、实践部门及其他高校前前后后讲授的刑法学课程数以千节计,其中有很多思考陆续整理、扩充成现在的文字呈献给大家。由于本书的主体内容来自教学活动(尤其是刑法学硕士生、博士生课程)或与教学紧密关联的科研活动,在正式出版时,遂将之命名为《刑法公开课》。

我一直认为,学术研究以及教学活动都不能停留在抽象的、一般性的讨论中,必须言之有物,因此,本公开课紧紧结合案例讨论刑法学说,以增强研究的实践价值。

对于案例分析的重要性,我国刑事法学界过去一直重视不够,人们习惯性地认为大量案件都是简单案件,可以轻而易举地加以处理;各个案件都是相互独立的,讨论个案对于理论体系的建构意义有限。由此出现了理论和实务各说各话、各行其是、“实践反对理论”的局面,二者的良性互动、共同发展很难真正实现。

在刑法学发展到一定阶段,其理论体系蔚为大观的今天,到了必须深入思考案例研讨方法,注重建立刑法学说和案件处理之间的紧密关联性的时候。其一,实务中其实有很多难题,只不过在很多时候被大而化之地简单处理了。在德日刑法学中成为讨论对象的那些“难办案件”在我国司法实务中也大量存在,研讨这些复杂案件,对于准确定罪量刑、切实保障人权具有重要意义。其二,对于绝大多数刑事案件的处理,仅仅凭感觉也可能得出一个大致不差的结论,但是,“法律人的技艺,就是论证”^①。通过何种方法论,按照何种逻辑,通过何种论证得出这一结论,也至关重要。其三,回过头去看,司法上过往之所以会形成某些错案,与处理案件过程

^① [德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂:法律人的6堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第1页。

中对刑法学说和方法论的运用不当有关,随着法治的逐步发展,对刑事案件简单处理的做法难以为继,刑法学说以及方法论的运用决定案件质量,“法律学者应更积极地从事判决研究之工作,对于有商榷余地之判决,固应详予讨论,提出自己的意见,以供实务参考”^①。反过来,结合案件处理过程分析实务上的刑法运用状况,也可以检验刑法解释学以及思考方法的正确与否。其四,实务案件处理的背后存在一定的司法逻辑,对疑难案件进行探究可以管窥实务人员的刑法基本立场,反映出刑法学说对于实务的影响力,同时针对理论和实务有分歧的情形,学者可以就刑法相关理论可能存在的不足反躬自问,从而适时对理论进行修正。

《刑法公开课》正是立足于此,试图在推动刑法学说和司法实务的互动方面做一些努力。《刑法公开课》运用现代刑法学思维与方法,对我国司法机关实际处理的大量案件进行反思和评价,熔前沿刑法理论与司法实务于一炉,深入分析将刑法理论运用到司法实务的可行性及其路径,竭力缩小理论和实务之间的差距。本公开课各讲的难易程度,大致与我在清华大学法学院为刑法学研究生讲课的水准相当,绝大多数的内容可以说是在清华大学讲课的“原版再现”。

从宏观方面讲,《刑法公开课》有以下特点:

首先,始终关注通过前沿刑法理论处理司法难题这一问题。刑法学以解决各种司法难题为己任,必须面向实践建构合理的理论体系。刑法学必须进行体系性思考。如果不进行体系性处理,就如同在打扫房间卫生时缺乏计划性,结果是有的地方被打扫了很多遍,但有的地方始终很脏乱。我国每年处理上百万件案件,其中涉及大量疑难复杂案件。对这些案件如何准确处理,往往涉及犯罪论体系、未遂犯论、共同犯罪等问题,而这些问题在理论上有很大的争议。对这些问题的思考,《刑法公开课》并未回避最近十多年来刑事法学界的主要争论,且对相关问题采用了主讲人认为相对有力的学说或相对合理的结论。例如,在讨论犯罪论体系时,一开始就提到如果将三阶层犯罪论运用到我国司法实务中,其相对于犯罪构成四要件说有哪些优越性;同时,主讲人结合大量司法案例进一步揭示出在实务上分析案件时,应当采取何种可能的进路,才符合阶层理论的

^① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第235页。

要求。通过类似研究,就能够把过去人们视为畏途的“阶层犯罪论的中国化”问题大大向前推进,加速理论和实务的沟通进程。此外,很多实务上的“难办”案件集中在未遂犯、不能犯、共同犯罪领域,《刑法公开课》也计划进行深入浅出的分析,其中大量涉及前沿刑法理论。个别坚持“社科法学”的学者认为,“刑法教义学只能有效解决大量常规案件,对于像许霆案这样的难办案件或者其他疑难案件,脱离了政治性判断和政策考量或者脱离了整个中国政治制度运行模式的刑法教义学分析就基本失效,分析结论也显得武断”^①。但是,这个说法完全不能成立。理由在于:类似于许霆案的案件,按照现在的教义学完全可以解释得很清楚(ATM机内的财产权归属,改变占有的窃取行为的确定都没有疑问,至于量刑合理化的问题,按照《刑法》第63条第2款“特殊减轻”的规定完全可以妥善解决);“社科法学”所批评的刑法教义学“靶子”并不存在,现代刑法教义学注重体系思考和问题思考的结合,将目的性思考、政策性判断、价值选择融入刑法解释和刑法理论体系中^②,重视裁判结论与“国民规范意识”的接近,注重刑法学说的实践面向。^③“法教义学的任务,就是通过对一个个疑难案件的研究,创造出足以应对此类案件的理论观点,为司法者提供一般性规则。简言之,不断地变疑难案件为常规案件,这本来就是法教义学的‘初心’。”^④《刑法公开课》所引用的现代刑法教义学涉及价值判断、重视实践运用可能性,这样的理论顾及方法论的合理性,充分考虑了司法逻辑,有助于解决某些司法难题,尽可能实现刑法学说和案件处理的“无缝衔接”,强调对具体问题的解决必须在刑法学体系性理论中找到位置,平衡好对问题的思考和对体系的思考之间的关系,以最终实现保障人权目标。

其次,始终坚守罪刑法定原则。对何种行为构成犯罪,实务上不能将判断结论建立在某种相对模糊的行为人“很坏”的感觉之上,而必须在罪刑法定原则的指导下,按照分则各罪客观构成要件的要求,通过合理的解

① 苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

② 参见〔德〕克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第15页以下。

③ 参见〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第4页。

④ 车浩:《刑法教义的本土形塑》,法律出版社2017年版,第33页。

释方法得出定性结论,并进行充分说理。《刑法公开课》对具体犯罪的探讨,始终将如何坚持罪刑法定原则作为不可动摇的“铁则”来把握。

再次,注重刑法方法论的运用。在处理案件时,司法人员的有力论证总是与对刑法原理的掌握,对法律解释方法的合理运用,以及对刑事政策的准确把握紧密相关,要对行为确定性,不能绕开的问题就是方法论。唯有方法论正确,才能确保相关司法裁判经得起历史的考验。就刑法方法论的运用而言,客观性思考、体系性思考、实质性思考等都非常重要。刑法上的客观判断,不仅仅是如何看待行为、结果以及因果关系的问题,也与法益概念、刑法价值判断等问题有关,甚至涉及如何协调刑法基本立场、刑法方法论和司法逻辑三者关系的问题,我国刑法学应当坚持和发展刑法客观主义,确立客观要素在犯罪论体系中的核心地位,确保客观判断优先,对行为进行分层次的、价值上的判断。刑法学上的思考,还必须是体系的思考,确定犯罪成立与否的理论必须与未遂犯论、共犯论一体地加以考虑。实务上分析案件时,也要顾及这种体系性和问题的关联性,如果坚持犯罪四个要件同时具备才成立犯罪,就会发现在共犯问题的处理上会有矛盾之处,因此,实务上也必须充分认识犯罪构成四要件说的缺陷。

最后,展示个人的刑法基本立场。主讲人主张打造具有建设性、尽可能接近和理解司法实务的“行为导向刑法观”(行为无价值二元论),并积极与“结果本位刑法观”(结果无价值论)对话,强调发挥刑法的积极一般预防功能。如何使“行为导向刑法观”指导司法实务,是主讲人需要进一步思考的问题。不过,也有必要指出,对大量案件的处理结果,主讲人的观点和“结果本位刑法观”之间并无差别,因为“行为导向刑法观”原本就重视法益侵害,只是在理论逻辑上强调造成法益侵害的过程(即行为违反规范进而造成法益侵害,从而在法益侵害之外还重视行为样态以及行为实施时的主观违法要素)。因此,“行为导向刑法观”和“结果本位刑法观”之间原本就不是对立关系,而是交叉、竞合关系,在很多时候二者是高度重合的,只不过在分析问题的出发点、进路上有细微差异。并且,这种差异在很多时候是无关紧要或可以忽略的。即便您主张或喜欢“结果本位刑法观”,阅读《刑法公开课》也不太会有“违和感”,反而有可能促使您反思建构“结果本位刑法观”这种绝对化理论的可疑之处。

在写作进路上,《刑法公开课》各讲均开门见山地列出研讨案例,然后结合刑法学说与思考方法进行深度研习,尽可能展示解释和说理过程。

《刑法公开课》的目标是：协调刑法理论的体系性、一贯性与对具体案件处理的妥当性之间的关系，通过对若干具体问题的思考来点滴推进我国刑法学的纵深发展。

主讲人目前的计划是，在最近十年内，如果时间和精力允许的话，争取将《刑法公开课》出版到四部以上。但愿这一写作计划能够实现。

最后，需要交代的是，《刑法公开课》中所采用的案例大多是经法院判决的真实案件（只有极少数是教学案例），并对案件事实进行了提炼，为了使讨论更为深入，对个别案件的事实进行了一些改造（但会对此做相应交代）；凡是能够查到裁判文书编号的案件，主讲人都尽可能注明；极个别案件可能会在不同章节中被多次提到，但侧重点有所不同，基本不会出现内容重复的现象；对司法机关在各个案件中的认定及处理结论，《刑法公开课》总体上尽可能给予“同情式的理解”，并对裁判结论的合理性作进一步阐述，但也从刑法学说的角度出发对少数案件进行了一定程度的质疑。这些分析完全是一家之言，如有不当，主讲人愿意诚恳地接受各方批评！

《刑法公开课》源起于我和蒋浩先生 2015 年秋在德国维尔茨堡开会间隙的一次长谈，他以一个出版家的敏锐眼光一再催促我要写作一些与实务关联度极强的作品，这正契合我当时的想法；后续的写作亦得益于他的诸多启发和催促，因此，我要对蒋浩先生表示最诚挚的敬意和谢意。

愿《刑法公开课》带给您阅读和思考上的愉悦。教学相长，您的倾听和肯定是这个课能够继续讲下去的理由和动力！

目 录

第一讲 客观判断优先的刑法方法论	001
一、客观判断优先的基本要求	002
二、客观优先的理论支撑	010
三、客观构成要件的审查与客观优先	013
第二讲 阶层犯罪论的实务运用	019
一、实务上为什么需要阶层犯罪论	021
二、实务上需要哪一种阶层犯罪论	028
三、实务上如何运用阶层犯罪论	035
第三讲 客观归责论在涉财产犯罪案件中的运用	049
一、客观归责论的实质是进行规范判断	052
二、客观归责论的下位判断规则	056
三、客观归责论在涉财产犯罪案件中的运用	060
第四讲 持续侵害与正当防卫的关系	068
一、问题的提出	070
二、持续侵害与特殊防卫权	071
三、持续侵害与防卫行为明显超过必要限度	077
四、结语	087
第五讲 正当防卫的司法异化与纠偏思路	088
一、正当防卫司法认定上的主要误区	091
二、纠偏思路Ⅰ：正当防卫的理念与司法准则	101
三、纠偏思路Ⅱ：判断防卫必要性的方法论	111

第六讲 过失犯的判断逻辑——以“超速驾驶案”为例	120
一、过失犯有不同于故意犯的构成要件	123
二、传统过失犯论的“客观化”改造	126
三、结果避免可能性与“超速驾驶案”的处理	131
四、结语	142
第七讲 偶然防卫与未遂犯	144
一、对偶然防卫的定性分歧	146
二、将偶然防卫定性绝对化的思路及其不足	149
三、偶然防卫应当成立犯罪未遂	153
四、结论	158
第八讲 犯罪中止的自动性	160
一、中止自动性的多数说及其不足	161
二、刑罚的预防目的与中止自动性的规范判断	166
三、中止自动性规范主观说的展开	172
四、结语	182
第九讲 支配犯与义务犯的区分——“快播”案定罪理由之探究	184
一、缓存行为与作为犯	185
二、提供播放器行为与不作为犯	192
三、对法院判决理由的评价	198
四、结论	205
第十讲 毒品犯罪的死刑适用限制	207
一、死刑适用的限制：一般性讨论	211
二、限制毒品犯罪死刑的政策思路	212
三、对毒品犯罪不宜判处死刑的情形	214
第十一讲 援引法定刑的适用——马乐“老鼠仓”案	222
一、本案的争论焦点	223
二、本案的抗诉主张符合法理	225

三、对最高人民法院再审判决的评析	228
第十二讲 金融管控与非法经营罪的界限	233
一、罪刑法定原则对非法经营罪认定的具体约束	235
二、实质判断与非法买卖外汇的限制解释	241
三、体系解释与使用 POS 机为借记卡持有人套现的定罪	244
第十三讲 非法转让、倒卖土地使用权罪	253
一、本罪的构成特征	254
二、本罪认定的特殊问题 I :股权转让与土地使用权转让、 倒卖	258
三、本罪认定的特殊问题 II :合作建房与非法转让、倒卖土地 使用权	262
四、土地使用权转让行为得到有关部门认可的,不宜定罪	268
第十四讲 死者的占有与犯罪认定	274
一、侵占罪说	276
二、盗窃罪说	279
三、主讲人的见解:死者“生前占有的有限延续说”	281
第十五讲 财产占有意思与犯罪界限	289
一、占有意思的特殊意义	290
二、占有意思特别重要的情形	295
三、放弃占有的表示与占有意思	300
第十六讲 托盘融资业务与合同诈骗罪的界限	307
一、问题的提出	309
二、托盘融资业务的形式与实质	311
三、托盘融资业务与合同诈骗罪的关系	313
四、刑法谦抑性与合同诈骗罪的认定	322
第十七讲 职务侵占罪的实务难题	324
一、职务侵占罪的主体	326

二、侵占行为:利用职务便利的含义	329
三、侵占对象	333

第十八讲 制作、销售网络外挂软件的定性——从全国首例制售

“黄牛”抢购软件案谈起	337
一、对全国首例制售“黄牛”抢购软件案判决的评析	339
二、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪与其他 犯罪的关系	345
三、延伸思考:规制外挂软件,法律还能够做什么?	350

参考文献

一、著作	353
二、论文	359

关键字索引

365

第一讲 客观判断优先的刑法方法论

【案例1-1 “恐怖分子手册”案】

被告人冯某自行搜集涉及炸药制造的信息,经整理形成一个电子文档,命名为《恐怖分子手册》。2009年11月26日及2010年4月19日,被告人冯某先后两次在其家中,使用“但它”的用户名,在百度文库网站上发布《恐怖分子手册》电子文档,内容包括各种炸药、燃烧剂、汽油弹、炸弹、燃烧弹等配方及制作方法。两个文档在网络上共被浏览2 065次,下载116次。被告人冯某于2010年4月20日被抓获归案。

侦查机关出具的工作记录证明,承办人将冯某在网上传播的内容文档送至该市公安局刑侦总队刑科所爆炸检验室。后该部门负责人答复:文档中所涉及的各种炸药知识、制法等均具有一定的科学性、可行性,但其内容不涉密,通过正常渠道如专业图书、网络等均可进行查询。

【案例1-2 骗取贷款案】

为了开发房地产,甲公司以购买设备的名义贷款2 000万元。但是,在得到贷款后,甲公司将该款用于与之有关联的乙公司开发商品房,改变了贷款用途。事后查明,甲公司提供的贷款资料多处做假,且到期无力归还欠款。但甲公司在其拥有使用权、价值3 000万元的土地上设立担保,能否对甲公司以骗取贷款罪追究刑事责任?

【案例1-3 “两头骗”案】

2015年1月17日,被告人张某、蒲某(在逃)利用蒲某身份证、假驾驶证,从临夏市某汽车租赁公司租赁一辆小轿车。次

日,两被告隐瞒租赁事实,将该车以5万元的价格抵押给高某。抵押到期后,二被告逃匿。如何认定张某、蒲某的行为性质?

各位好!

这是第一节课,我想给大家讲讲刑法思考方法的问题。

法律人的看家本领是论证。只有驾驭好这项技艺,才能对案件处理有准确判断,才能做到以理服人。要充分论证,就需要遵循一定的方法论。通过何种路径进行论证并得出结论,就显得非常重要。随着法治的进步,对刑事裁判不予说理或大而化之的粗放式处理很难继续下去,如何运用好刑法方法论就显得十分重要。可以说,刑法方法论是一个重要的标尺,用这个尺子可以检验所有的刑事案件。这里对刑法判断上客观优先方法在司法实践中的运用谈谈我的想法。

一、客观判断优先的基本要求

(一) 从“庄宗良被判放火罪”谈起

各位一起看一个真实的案件。被告人庄宗良被指控连续三次放火,每次放火间隔时间半年左右,每次都没有造成人员死伤,但是被害人张某有财物被烧毁,楼上陈某家阳台上的塑钢门窗被损坏。被告人前两次放火都没有被发现,最后一次才被抓住(但没有被当场抓获)。有关的证据情况:①被告人对其罪行供认不讳,这是一个很重要的证据,他不仅自己承认了三次放火,还供述第三次放火以后将偷配的被害人家的钥匙扔到公园桥下的水中;②公安机关的同步录音录像,证明被告人没有受到刑讯逼供;③被告人指认现场;④公安机关出具的钥匙照片两张,证明侦查人员根据嫌疑人的供述,在公园桥下水中打捞出防盗门钥匙,但钥匙的实物在后来的诉讼过程中没有出现,侦查机关提请批捕时只提交了照片;⑤只有第三次放火有勘验检查笔录,因为前面两次没有勘验过现场;⑥公安消防部门出具的技术鉴定报告,证明被害人家里发生火灾,不是电线短路,而是有人放火,只能证明是有人放火;⑦被害人证实家中三次失火,前两次家里几乎全部烧毁,其怀疑是庄宗良在他的家里放火;⑧第三次放火中被烧毁的被害人家中的财物,以及被害人张某提供的家中物品损坏清单三份,证明三次失火造成18万余元的损失;⑨当天和被告人在一起的人

所提供的证言,证实被告人中间离开过一段时间,但离开之后干什么了,这些人证明不了;^⑩一些邻居的证言,证实发生了三次火灾,他们都因为楼下发生了火灾而往外跑的一些情况,这可以认定为被告人的放火行为危及公共安全。

对于本案,检察机关决定批准逮捕庄宗良。批捕的最主要证据在于:一是被告人供认不讳;二是“因相关证据不全,当地价格认证中心未受理对本案被害人家被烧毁财物的价值鉴定委托,但根据被害人张某出具的三份损坏清单初步证明他家的损失是18万余元”;三是钥匙的照片。根据这三个主要证据,承办人认为被告人的放火行为造成了重大损失,数额是18万元,造成公私财产重大损失,又有其他的辅助证据,由此检察机关认为对被告人应当判处10年以上有期徒刑,应适用《刑事诉讼法》第81条第3款关于重罪逮捕的规定,所以就批捕了。到了起诉环节,公诉部门改变了有关损失数额的指控:“被告人庄宗良为泄私愤,在2014年6月20日、10月1日和2015年4月29日19时许,三次在被害人张某家中放火,造成被害人张某家中物品全部被烧毁,损失价值达到15万余元。三次火势均蔓延到该居民楼501室陈某家中,致使陈某家中阳台上的塑钢窗子、推拉门、空调室外机等物品损坏。”山东省泗水县人民法院后来对本案作出了有罪判决,但损失数额已大幅度缩水:“因被告人庄宗良行为致使被害人造成了经济损失,经泗水县公安局刑警大队委托泗水县价格中心认定,被烧毁物品被烧毁时的损失价值为32125元。被害人家第二次被放火时装修损失为60000元,致使陈某家阳台上的塑钢窗子、推拉门、空调室外机等物品损坏。”^⑪据此,法院以放火罪对被告人庄宗良判处有期徒刑10年。虽然一审宣判后,被告人没有上诉,检察机关也未抗诉,判决发生法律效力,但是,对这个案件适用重罪逮捕的规定以及在有罪判决中认定放火造成被害人9万多元的损失,都并不是没有疑问。被害人的损失究竟是多大,侦查机关、公诉部门和审判机关都没有得出无可争议的结论,尤其在批捕环节对损失的认定明显存在问题,因为侦查机关证明财产损失的重大证据是被害人自己拿来的一个财产损失清单。刑事案件中被害人夸大损失的情况是完全有可能存在的(这也并不违背人之常情)。即使被害人不夸大,三次放火每次间隔半年,被害人能否记得清楚,也是一

^⑩ 山东省泗水县人民法院(2015)泗刑初字第152号刑事附带民事判决书。

个问题。另外,被告人自己供述其扔掉的钥匙,是不是审查批捕时只看照片就可以了?这些都很有疑问。

本案审查逮捕承办人的分析思路是:第一,发生了犯罪事实,有一系列的证据,证明有犯罪事实。很重要的一个证据就是被告人始终是供认的,另外还有一些辅助证据来证明。第二,已经足以危害公共安全。被告人放火以后,楼上邻居的塑钢窗被烧坏,而且楼上的这些邻居一发现放火了,就赶紧往外跑,被告人的行为造成了公众恐慌。因此,其行为已经危害到了公共安全。第三,能定位到具体的行为人庄某,被告人口供稳定,没有遭受刑讯逼供,而且供述的细节也能够被证实。由此得出结论,被告人三次放火行为给被害人人家造成的损失为18万余元,而放火罪造成公私财产重大损失的标准实务上通常掌握在5万元以上,所以被告人可能被判处10年有期徒刑以上刑罚,其完全符合逮捕条件,有社会危险性,因而予以批捕。

但是,本案存在三个关键疑问:①对被告人的第一次和第二次放火行为,只是有一些间接证据予以证实。侦查机关鉴定排除雷击、排除电线短路。但是,有没有第三人放火?根据现有这些证据并不能完全排除这种可能性。②承办人认为,张某出具的家中失火的损失清单证明其损失是18万,这个证据可以证明行为对公共安全的严重危害程度。但这个证据未必经得起推敲。③根据行为人的供述,侦查人员从公园的桥下找到了钥匙,并进行比对。但是,在案证据只有钥匙照片,其证据效力究竟有多大?

对这起案件,检察机关以被告人造成被害人损失18万元批捕,后以被害事实是15万元起诉(未向法庭提交钥匙照片这一证据),法院认定被害人的经济损失为9万余元,司法结论越到最后对犯罪数额的认定越少。但仔细看看法院判决认定的损失数额也还能提出一些问题。这就涉及刑法判断上的客观优先视角或客观性思考方法。

按照客观优先的思考逻辑,以被害人提供的损失清单作为证据明显存在疑问,因为被害人可能夸大受损害的情况。根据存疑有利于被告的原则,这一指控达不到定罪量刑证据确实充分的这种程度。即便法院审判后最终认定的损失数额为9万多元,也还值得质疑。法院判决认为,被告人的行为致使被害人遭受经济损失,经价格认证中心认定损失为32125元,此外,被害人人家遭受第二次放火后的装修费用为6万元,这两个

数字相加就是被害人的损失。这一认定存在的问题是:被告人真正被抓时是第三次放火,这次放火的证据是相对充分的,第二次放火却没有其他确实充分的证据,全靠被告人自己供述哪一天骑自行车到被害人家里放火,现场根本没有勘验,只是说排除雷电和电线短路。退一步讲,即便可以认定三次都是被告人放火,那么第二次装修款6万多元能不能作为被害人的损失?这又是个疑问,因为装修款和真正的损失之间不对应的情况完全可能存在。墙面有损坏,原来很破旧,现在装修得很豪华的,以及装修很一般,但施工方“狮子大开口”要更多装修费的,这些可能性都存在。以装修款作为定罪量刑的标准,缺乏客观性。如果第二次放火后被害人的装修款作为损失数额存疑,仅以争议较少的物价评估的3万多元为准,对被告人就只能在3年以上10年以下的范围内量刑。所以,这个案子从批捕到起诉到最后的审判环节,有很多问题没有搞清楚,按客观性思考的思路,被害人的损失究竟是多大并未判断准确。如果客观的损害在案件里有很多疑问,就会导致案件的定性出现很多问题。

(二) 客观优先对司法实务的基本要求

要讨论客观判断优先这一问题,就需要从客观要素的重要性谈起。客观要素是外在的,不易变化,司法上就难以对由此形成的犯罪客观侧面视而不见。

客观判断优先对司法活动的基本要求是:

(1)客观构成要件比主观构成要件更为重要。客观构成要件的任务是具体描述刑法所要类型化地加以禁止的行为举止,以确定行为的可罚性。任何行为要成立犯罪,就应当和刑法分则罪状描述的典型事实相一致。准确定罪,首先是准确判断犯罪客观要件及其要素,因此,重视客观要素,就是肯定客观构成要件。而正是基于客观构成要件绝对重要的观念,司法上才能将犯罪行为区别于民事侵权和行政违法,进而能够进行违法和有责的判断。因此,要贯彻客观要件比主观要件更为重要的理念,就必须强制性地要求实务上注重收集足以证明犯罪客观事实的证据,一旦事实存疑,就必须作出有利于被告人的处理,而不是先取得口供,通过其证明行为人的主观恶性,然后再去收集其他证据,进行所谓的“先供后证”。

客观要件比主观要件重要的实务要求是:一方面,对于客观上没有法益侵害(危险)的行为,刑法不处罚。行为没有造成法益侵害,就对社会无害;惩罚侵害法益的行为,才能实现刑法目的;惩罚侵害法益的行为,才能