

“十二五”国家重点图书出版规划项目



阮齐林 著

刑法学

(第三版)

XING

FA

XUE

“十二五”国家重点图书出版规划项目·新世纪法学教育丛书

刑法学

◆ 阮齐林 著

(第三版)

◆ 中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法学 / 阮齐林著. —3版. 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5620-4027-9

I. 刑… II. 阮… III. 刑法-法的理论-中国 IV. D924. 01

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第179346号

书 名 刑法学

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787mm × 1092mm 16开本 49.5印张 1260千字

2011年9月第3版 2011年9月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-4027-9/D · 3987

印 数: 0 001-3 000 定 价: 69.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010) 58908435 (编辑部) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 fada.jc@sohu.com (编辑部)

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

阮齐林 男，中国政法大学刑事司法学院教授。1957年10月出生，安徽省枞阳人，法学博士，刑法专业博士生导师。

1978年考入西南政法学院读法律本科，1982年考入中国政法大学读刑法专业硕士研究生；1985年留校任教，从事刑法教学工作。1992年10月至1994年4月由国家教委派遣赴日本东京大学进修刑法学。2000年考入北京大学攻读刑法学博士学位，2003年获法学博士学位。先后为本科生、双学士和硕士研究生讲授中国刑法、英美刑法、日本刑法、国际刑法、刑法实务等课程，为博士生开外国刑法、刑法讲座。

曾担任中国法学会刑法学研究会第五届理事会副会长兼秘书长；中国政法大学校学术委员会委员（2001~2004届）；2000年6月至2002年6月曾兼任北京市朝阳区人民检察院副检察长。现担任中国法学会刑法学研究会第六届理事，国家检察官学院兼职教授。

著述有：《毛泽东刑事法律思想初探》（中国检察出版社1991年版，与张穹合著）、《中国刑法上的量刑制度与实务》（法律出版社2003年版）、《刑法总则案例教程》（中国政法大学出版社1999年版）、《刑法案例研习教程》（高等教育出版社2005年版，与康瑛合著）。在《法学研究》、《中国法学》等期刊上发表学术论文十余篇。

出版说明

“十二五”国家重点图书出版规划项目是由国家新闻出版总署组织出版的国家级重点图书。列入该规划项目的各类选题，是经严格审查选定的，代表了当今中国图书出版的最高水平。

中国政法大学出版社作为国家一级出版社，有幸承担规划项目中系列法学教材的出版，这是一项光荣而艰巨的时代任务。

本系列教材的出版，凝结了众多知名法学家多年来的理论研究成果，全面而系统地反映了现今法学教学研究的最高水准。它以法学“基本概念、基本原理、基本知识”为主要内容，既注重本学科领域的基础理论和发展动态，又注重理论联系实际以满足读者对象的多层次需要；既追求教材的理论深度与学术价值，又追求教材在体系、风格、逻辑上的一致性。它以灵活多样的体例形式阐释教材内容，既推动了法学教材的多样化发展，又加强了教材对读者学习方法与兴趣的正确引导。它的出版也是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的职业体现。

中国政法大学出版社长期以来始终以法学教材的品质建设为首任，我们坚信“十二五”国家重点图书出版规划项目的出版，定能以其独具特色的高文化含量与创新性意识成为集权威性品牌价值于一身的优秀法学教材。

中国政法大学出版社

第三版修订说明

《刑法学》(第三版)主要在两方面进行了修订:

第一,为了跟进新动态,增补了2010年1月至2011年7月期间新的刑事立法、司法解释和权威判例。

第二,为了简明实用,压缩了一些罕见适用罪名的解说内容。因此,第三版的内容虽有更新,但篇幅却略有减少。

另外,既然言“修订”,总是要进行一些文字上的润饰、表达上的梳理、内容上的充实。总之,期望遗憾少一点,满意度高一点。

阮吉林

2011年7月2日

与初学者谈谈学习刑法学的方法（代前言）

“应试”出来的学生，眼里只有“书”没有“事”。其实，读书是读“事”。尤其是法律学说，很多书用很多文字在相同的话题上表达不同的看法，读者重在了解作者说什么事，为什么要这样说。如果读书读到的还是字词句，那就太缓慢了，艰涩枯燥，不得要领。如果读书读出了话题以及在该话题上的种种说法，那就对了。如果那话题引起了你的兴趣、那说法挑起了你的怀疑，勾着你不停地寻求正解，勾得你想发表见解，那过程就显得轻快了。看人披着法律的外衣道貌岸然地说利害攸关事，有的智慧，有的固执，有的理性，有的感性，有的保守，有的偏激，还有的和稀泥，是不是很有趣？

一、观念篇：目的、价值及相关学说

（一）了解刑法的目的

刑法学是一门人文学科，领悟其核心观念是入门的捷径。刑法目的就是核心观念的核心，驾驭着刑法制度、学说的方向。

在罪刑法定时代，刑法即罪与罚，给人的印象好像是从“法律”开始的，其实不然，一切都是从生活开始的。人们共同经营群体生活形成社会秩序，使其相互之间能和谐共处、共同受益。在社会中总有人要做些妨害秩序的事情，轻微的如侮辱、诽谤，严重的如烧杀淫掳。于是人们（社会）为了捍卫自身的利益而作出反应，在法律中使用刑罚禁止，这就产生了刑法。可见，刑法产生的第一动因是制止妨害社会秩序的行为、维护社会生活利益。如果问题到此为止，那就太简单了。麻烦在于：犯罪由“谁”来确认、刑罚由“谁”来执掌？表面上是国家（公共权力）以法律（公共意志）形式来确认犯罪、施加惩罚，其实是“人”。这个世界有没有圣人我们不知道，但至少我们能确信掌管刑法的人不是圣人。迄今为止的历史表明，“人类”有很多不好的表现，不仅个体之间时有侵犯，而且群体乃至国家之间也是杀伐抢掠不断，从用牙齿、石头打仗的时代一直发展到用弓箭、枪炮、飞机、导弹打仗的时代。刑法的制度史也有许多令人汗颜蒙羞的记录，罪名有时会扣在不同政见者、不同信仰者、不同情感者的头上，刑罚有时会成为统治者滥施淫威的工具。当我们把刑法冠冕堂皇的装饰层层剥去，让“人对人的制裁”裸露出来的时候，^{〔1〕}尤其是当我们想到，刑法的执掌者有时竟然很愚蠢很暴虐的时候，我们就成为怀疑主义者，不得不时刻心存戒心，提防滥用刑法之害。可见，刑法产生的第二个动因是防止国家、社会滥立罪名、滥施刑罚侵犯公民权利。这就是刑法的目的：①维护社会秩序，保护公民权益免受犯罪之害；②保障公民权利免受刑法滥用之害。

〔1〕〔日〕西原春夫著，顾肖荣等译：《刑法的根基与哲学》，法律出版社2004年版，第1~3页。

罪刑法定原则是现代刑法的基石，其理解和适用必须遵从刑法的目的。为了规范人的行为，减少犯罪活动，为了规范国家运用刑罚权的活动，防范刑罚滥用，均要求明确规定犯罪与刑罚并预先以成文法的形式公布，“广而告之”以便人民一体遵行，达到“刑期于无刑”的效果（立法预防、心理强制）。当社会以法律的名义惩治犯罪时，社会与个人的不对称力量需要在刑法适用上采取不对称的规则，以便维持两个刑法目的之间的平衡，由此决定了罪刑法定原则的内容：采用成文法、排斥习惯法；刑法只能规定“必要的”犯罪和刑罚，禁止过量、残酷的刑罚；禁止适用事后重法，但允许适用事后轻法（从旧兼从轻）；在解释方法上，要求严格遵守条文词语的普通含义解释刑法，重视文理解释的地位，禁止不利于被告人的类推解释。

这方面的话题，可看看《刑法的根基与哲学》（〔日〕西原春夫著，顾肖荣等译），《刑法学基础》（〔日〕曾根威彦著，黎宏译），《走向哲学的刑法学》（陈兴良著），《刑法理性论》（张智辉著）。另外，《人类死刑大观》（〔法〕马丁·莫内斯蒂埃著，袁筱一等译）展示的“为了惩罚和诛灭恶人而形成的极刑方式”极具感性冲击力，令人对刑法怀有戒心。

（二）了解刑法的价值及相关学说

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律，可见“犯罪·责任·刑罚”是刑法学的核心话题。罪刑法定原则只给它们解决了制度基础，没有解决某行为之所以应当被规定为犯罪并应当受罚的“内容”。每位刑法专家以及其他法律职业者，在面对既存刑法体制、学说时自然会时刻反思：什么应当作为犯罪？现行刑法中的这种、那种犯罪是不是真的都危害社会生活利益，值得处罚？什么样的方式可以作为刑罚？现行刑法中的这种、那种刑罚是不是真的合理？惩罚犯罪是为了什么？我们有没有迷失方向？这类终极标准只能从法律之外的生活中寻求。生活变化了，它们也随之改变，人们会用新标准去改善刑法制度和学说。学说阐释这些话题，从而形成了“犯罪本质论”、“刑罚目的论”、“责任本质论”。对犯罪可解析出以下要素（人·意思·行为·结果）：①人，即“犯罪的主体”；②意思，即做某事的心理态度；③行为，即人的举止；④结果，即行为对外界所生之影响。

1. 不变的话题、价值和可变的刑法学说（观点）。

（1）不变的话题：“人·意思·行为·结果”。如果上升一个层面则是：刑法目的·犯罪·刑罚·责任的本质（内容）。

（2）不变的价值：秩序·自由·安稳·公正·功利。在读书时，初学者如果能定位作者的该段文字是讨论什么话题的，就算抓住要领了；如能了解该作者在该话题上的观点和倾向（立场），就算得其要领了；如进一步了解到该作者在该话题采取该观点、价值倾向将会对刑法制度、解释甚至个案的定罪处罚产生何等的影响，那就算深得要领了。比如，“未遂”的可罚性，民事侵权以存在损害事实为构成要件，在“人·意思·行为·结果”的要素中，控制到事实上发生“结果”。如果刑法采取这种观念，则未遂没有可罚性。考虑到刑法规制的行为“性质”恶劣，所以还是要处罚未遂，这时应把犯罪根据设定在结果发生或“结果可能发生”（危险）上。

（3）可变的刑法学说。以未遂为例，有的采取“选择”可罚，有的采取“普遍”可罚，反映出各种刑法学说对“结果”重视的程度不同。“未遂”的可罚范围，有具

体危险说、抽象危险说和主观说。具体危险说主张，只有具有侵害结果现实可能性的未遂才应受处罚，据此对“不能犯”不应按照未遂犯处罚。抽象危险说主张，只有具有侵害结果抽象可能性的未遂才应受处罚，因此对不能犯要区分绝对不能与相对不能，以此确定犯罪性。主观说主张，有犯罪的意思和相应的行为就可罚，把犯罪的根据放到通过行为表现出的“犯罪意思”上，据此，即使迷信犯或愚昧犯也不排除可罚性，只是例外不罚。这背后可能包含着作者自认为或被认为：①以结果为中心，犯罪圈的扩大与收缩，甚至抛弃以结果为中心而推前至行为及其意思；②重视事前干预还是事后问责；③重视法规对人的指引还是保护法益的完好状态；④重视社会秩序还是个人自由。归根到底，刑法干预的合理分寸在何处？在此基础上，如果还能了解一点该作者所处的时代背景、当时的社会问题和流行思潮、个人成长经历、学术师承，那就有点专业味道了。

2. 传统学说：法益侵害→结果→行为→意思→人。传统学说认为犯罪本质是对“权利”或“法益”的侵害。凭直观可知，刑法中各种犯罪如盗窃罪、抢劫罪等有害；深入分析可知，国家通过法律把某个东西当做犯罪惩罚的根源，也是认为那东西有害。有害是犯罪的本质内容，现在看来道理很简单，几乎是不证自明的。可是，历史上就曾经发生过把持不同信仰、不同观念当做罪恶惩罚的蠢事，也曾发生过把并无大碍的行为（如人与兽性交）当做犯罪惩罚的事情。可见认识并信守犯罪应包含“有害性”内容并不简单。因为曾经发生过这类蠢事，为了将来不再发生这类蠢事，学者们力图证明犯罪必须“有害”的观念并使之成为信条，成为传统的犯罪本质观。

基于这种本质观，评价犯罪的重点在行为所生之外部影响（结果），犯罪之所以成为犯罪，在于其侵害法益的结果应予否定（结果无价值）；评价犯罪的顺序是逆向的，即由侵害法益而追及结果→行为→意思→人。当把“人·意思”划为犯罪主观要素、“行为·结果”划为客观要素时，该学说具有重视客观的倾向。刑法究竟该“事先干预”人的意志使其避免犯罪，还是在侵害法益事实发生后进行“事后问责”？该学说重视“事后问责”。犯罪的自然顺序是：人→意思→行为→结果。该说把握的犯罪界限直至行为“造成侵害或威胁法益的效果”，比较靠后。

关于责任，传统学说认为，人出于故意、过失的心理意思而实施行为、侵害法益，就应当对自己的行为及其结果承担责任。在“人·意思·行为·结果”的要素中，“意思”是将客观的行为及其结果归责于行为人的主观根据（心理责任论）。人基于道德规则即“本人必须接受自己对别人做的事情”，对自己行为及其后果承担责任（道义责任论）。刑罚的目的建立在公正基础上，让罪行受到应得惩罚（报应主义），把罪犯给别人的东西（侵害）还给罪犯或者人选择犯罪就要担当其后果（道义责任）。罪刑相适应主要是指刑罚的轻重与“意思·行为·结果”的轻重相称。此说的倾向是“对事不对人”，在“人·意思·行为·结果”的要素中，不重视“人”的因素。当时没有考察到人的因素，只是把人想象为“理性人”（自由意志）。当研究犯罪人而发现他们各色各样往往异于常人时，这种观念受到剧烈冲击。

3. 新学说：规范违反说——命令规范→人→意思→行为→结果←评价规范。新学说认为，犯罪的本质是违反规范。“规范”简单说就是规则、规矩。人的权利只有在众人（社会）循规、有序、和谐运行时，即处在“有秩序”状态中才能真正成为可享受

的利益。这种法秩序状态中的利益，即法益。权利·利益·规范·秩序·法益的关系是：人的权利是与生俱来的，如个人的生命、健康、财产权，人享用权利是利益（好处）。但是，生活在人群（社会）中，个人的权利、利益若得不到他人的尊重则没有保障，于是需要规矩（规范）来维护。若人人循规蹈矩，则个人的权利处在和谐有序的享用状态，这就是社会秩序。秩序状态下的权利享用，不再是“自在”的权益，而是“自为”的权益，即法保障的权益，称法益或法权。规范在两方面发挥作用：①对“事”提供了评判对错的标准（评价规范），衡量某人做的“某事合不合规矩”；②对“人”发出指令：请循规蹈矩（命令规范）！当某人做出不合规矩的事时，针对该“人”责问：为何不守规矩？！若该人能守规矩（可期待其不犯法）而不守，则应当对自己的违规行为受到谴责（规范责任说）。

按照规范违反说，罪责的评价重心略有变化：①偏重“结果”的观念被改变，认为刑法对犯罪的否定不单集中在结果上，也应体现在行为上（行为无价值），转向重视行为自身的反规范性；②故意、过失心理是责任根据的说法被改变，强调人拒不服从规范的态度是归责根据，故意、过失心理只是认定人的抗拒规范态度的心理事实根据；③与传统观念相比较，在“人·意思·行为·结果”的要素中，规范违反说对罪责的评价重心略微前移，违法评价推及行为、责任评价推及人的（拒绝服从规范的）态度，甚至推及人格（人格责任）。重视评价人的不合规矩的“行为”和人的不守规矩的“态度”。这既动摇了“事后问责”的传统观念，也为刑法干预人的活动往前推移提供了理论依据。

4. 社会情势与刑法——“危险时代的危险刑法”。我们所处的时代充满危险，恐怖主义、种族、宗教冲突、环境污染、高速交通等，煎熬着人们脆弱的神经。或许人们期望法律采取扩张态势约束人的行为，把评价犯罪的重心由行为所生之侵害“结果”推前到“行为包含之侵害危险”，把待法益侵害结果发生后问责的刑法转变为防范法益侵害危险的刑法。“危险刑法”一语双关：一方面，刑法把犯罪界限前移至“行为之危险”，这是大量规定“危险犯”的刑法；另一方面，危险刑法可能会带来侵犯公民自由的危险。危险时代呼唤危险刑法，危险刑法包含侵犯人权的风险。这不禁又转回到刑法的目的，如何兼顾保护社会、惩治犯罪的双重目标？“投鼠忌器”是学者讨论罪责本质（标准）时不能忘记的箴言。上升到政治层面，就是个人自由主义还是家长主义的选择。

5. 刑罚目的。刑罚目的观虽然与罪责本质密切关联，但它对刑法制度具有独特的影响。报应主义的基础是公正观念，主张人因为自己的行为受惩罚、同罪同罚。预防主义的基础是功利观念，一般预防把刑法正当性放在警戒他人上，个别预防把刑法正当性放在教育、促进犯罪人悔过自新上。极端的个别预防使罪刑相适应变成刑罚与犯罪人个人改造的需要相适应。“刑罚的对象不是行为而是行为人”，表明了刑罚适用重心的变化。

6. 中国学说和制度。犯罪本质是“社会危害性”，如果继续追问：危害了什么？回答是：社会关系（客体）或法益、社会利益。关于责任，认为具有故意或过失就具有罪过责任，就应当承担相应的刑事责任，属于心理责任论。关于刑罚目的，采预防主义。

中国制裁危害行为有两个层次的法律：①《治安管理处罚法》及其他行政处罚法（规定违法行为和行政处罚）；②刑法（规定犯罪和刑罚）。这种法律结构事实上造成了中国刑法上的犯罪必须具有“严重”危害。如果窃取财物不够“数额较大”（500元以上），或故意伤害行为没有造成“轻伤结果”，适用《治安管理处罚法》给予拘留、罚款处罚，在性质上属于违法行为、行政处罚，不属于犯罪和刑罚。因为存在行政处罚这道关口，有害行为越过这道关口进入刑事处罚领域被当做犯罪处罚的，往往具有相当的严重程度。这种制度特点决定了在“人·意思·行为·结果”的要素中，犯罪界限被极端推后至“结果”。这体现在分则条文对很多犯罪特意规定程度（结果）方面要件，如“数额较大”、“情节严重”、“情节恶劣”、“销售金额5万元以上”、“偷逃应缴税额在5万元以上”、“违法所得数额巨大”，等等。受这类要件的限制，中国刑法的实际运作具有极端重视客观、结果、事后问责的特点，未遂犯、帮助犯常常实际不受刑事追究。这不等于中国不存在过分追究“危险”的危险，而是把这个问题放到了行政法领域。刑事处罚受这个特点的制约，缓刑、管制、单科罚金刑等轻缓刑罚的适用空间被极度压缩。不了解中国制度特色，在刑法领域倡导“非犯罪化”、“非监禁化”、“扩大罚金刑适用，取代短期自由刑”，就显得盲目。

7. 小结。希望大家读完上面枯燥且不严谨的文字后能得到一点印象：①人们总是尊崇这些价值：“秩序·自由·安稳·公正·功利·社会需求”，并喜好选择其中一个或数个作为“立论根据”；②据此在“刑法目的·犯罪·刑罚·责任”的话题上发表见解；③据此见解导致评价罪责的重点在犯罪的“人·意思·行为·结果”要素上发生移动；④即使细微的移动在学说上也如同地震。

关于这方面话题，不妨看看《刑法概说》（〔日〕大塚仁著，冯军译），这本教科书有助于打下坚实的刑法学基础；《刑法的精神与范畴》（曲新久著），从标题可见书的内容是谈论刑法学重要话题（范畴）的；《刑法的基本立场》（张明楷著）则会告诉你同样的话题为何有不同的说法。

二、制度篇：基本与修正、常规与非常规

（一）基本与修正

基本的犯罪构成是由分则各“罪·刑”条款确立的。

首先，分则各“罪·刑”条款确立了“犯罪行为”的种类（行为类型）。比如，《刑法》第302条规定：“盗窃、侮辱尸体的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。”据此，“盗窃、侮辱尸体”是刑法禁止的犯罪行为，其法律效果是“处3年以下有期徒刑、拘役或者管制”。遇到“盗窃、侮辱尸体”的事情（案件），此条是对该行为定罪处罚的基本法律依据。没有此条，不能认为该行为是犯罪；有此条，就可认为该行为是犯罪。处罚也受此条约束，最重不能超过3年有期徒刑。总则的许多规定，如罪刑法定原则、罪刑相适应原则，犯罪预备、未遂、中止，共同犯罪、犯罪故意、从轻处罚、减轻处罚、免除处罚等，在处理“盗窃、侮辱尸体”事情（案件）时，均需依附、围绕此条适用。比如，甲唆使乙盗窃他人尸体，乙实施盗窃他人尸体行为，对乙依此条定罪自无疑问，对于甲能否依此条定罪就存在疑问，因为甲“动口不动手”，第302条禁止并惩罚“盗窃、侮辱尸体”，但不能当然推导出禁止并惩罚其“教唆”行为。《刑法》第29条规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处

罚。……如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。”有此规定，对“教唆”他人盗窃尸体的行为才获得处罚的根据。刑法分则开列出“罪·刑”清单，只有当分则开列出“盗窃、侮辱尸体”是一种“犯罪”，该“犯罪”的“教唆”行为才具有犯罪性。对该教唆行为处罚也必须以第302条为依据。在对甲定罪判刑时，首先需引用第302条，其次引用第29条。由此可见，适用刑法条款处理具体案件时，分则各“罪·刑”条款是基本依据。于是学者就解说：分则各本条“罪·刑”条款确立的犯罪构成是“基本的犯罪构成”，总则有关确认犯罪行为的条款是“修正的犯罪构成”，如第29条“教唆他人犯罪”的行为，就是对分则各条“罪·刑”条款的修正。第302条经此修正，由惩罚“盗窃、侮辱尸体”自身扩及惩罚该行为之教唆行为。同理，总则中关于“帮助犯”、“预备犯”的规定也把第302条由惩罚“盗窃、侮辱尸体”自身扩及惩罚该罪之帮助、预备行为。

其次，分则各“罪·刑”条款确立了对“犯罪程度”处罚的基准。比如，《刑法》第302条规定：“盗窃、侮辱尸体的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。”另外，《刑法》第23条规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。”根据此条规定对“未遂犯”比照“既遂犯”处罚，显然“既遂犯”是“未遂犯”的处罚基准。那么“既遂犯”在哪里？在分则各“罪·刑”条款中！第302条就是其中之一。这意味着，第302条确立的就是一种（盗窃、侮辱尸体罪的）既遂犯，构成该条之既遂犯，直接适用该条之法定刑处罚。同理，总则关于预备犯、中止犯的规定，也是以分则各本条既遂犯为基准处罚的。

最后，犯罪的个数也是分则各“罪·刑”条款确立的。比如，《刑法》第302条“盗窃、侮辱尸体的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制”。有此规定，“盗窃、侮辱尸体”才被认为是“一个”罪，无论是实施盗窃尸体行为，还是侮辱尸体行为，还是同时对一具尸体兼施了盗窃和侮辱行为，只接受第302条一次评价，被按照“一罪”定罪处罚即可。

在刑法分则与刑法总则谁“基本”这点上，本不该发生理解上的困难。可是我发现不少初学者在理解上还会发生困难，揣测原因大概是：①学习的进程是从总则到分则，总则又有那么多“基本”的内容（其实主要是“通用”规则），先入为主，以为总则确立了基本的犯罪构成；②中外学说犯罪论结构的差异造成的。欧陆学说犯罪论主干有三块内容：“犯罪构成·违法·责任”，其“犯罪构成”是狭义的，可直接将它指向分则各“罪·刑”条款中的“罪状”，即使不懂“犯罪构成是违法有责的定型”这样抽象的定义，不清楚犯罪构成“是”什么，也至少能清楚犯罪构成“在”哪里。中国学说犯罪论主干有两块，即“犯罪概念·犯罪构成”，“犯罪构成”是犯罪要件的“总和”，是广义的。这种广义犯罪构成除了说它具有“法定性”的特征外，不能指向刑法更具体的位置。若既不懂它是什么，也不知它在哪里，就麻烦了。初学者往往会把犯罪构成“客体·客观方面·主观方面·主体”四要件当成基本的犯罪构成，其实这是犯罪构成的结构和共同内容。对犯罪构成作“基本·修正”的分类来自欧陆学说，其中“基本”的构成特指特殊的构成而非一般的构成，引入中国学说存在体系障碍。在中国学说中，这种分类究竟该放弃还是保留？学者们也很矛盾。留着它或许能帮助

学生了解一点欧陆犯罪论体系重视分则各本条特殊构成要件的思维。

不过有一点与体系无关，在处理案件、决定适用刑名时，分则各“罪·刑”条款当然是基本的。行为触犯分则某“罪·刑”条款，是成立犯罪的前提。法官审理刑事案件找到、找准可资适用的分则“罪·刑”条款是定罪处刑最基本的法律依据。

（二）常规与非常规

法律源于生活、遵循法理，因此法律制度的设置通常与“生活·法理”是一致的。以故意杀人为例，从生活观察：甲要杀死乙且将乙杀死，甲预定的犯罪目标实现了，追求的结果发生了，一件事情做完了，犯罪既遂了；从法理（刑法学说）评价：刑法设置条文保护人的“生命”，甲非法地杀死了乙，一个人的生命被终结了，法律保护的生命权益被破坏，该罪行既遂了。《刑法》第232条规定“故意杀人的，处死刑、无期徒刑……”，根据这样的法律规定，故意杀人且把人杀死的，既遂，就程度而言需不折不扣地承担罪状之后的法律效果即“处死刑、无期徒刑……”，在犯一个完整的故意杀人罪上面，“生活·法理·法律”是一致的。假如甲没有杀死乙，则是故意杀人罪的未完成情形。

法律设置与生活·法理的一致，自然与人们的观察、经验、逻辑推理一致，大约可以称其为“常规”。因此法律设置的基本的犯罪构成往往合乎常规，并与人们的经验、逻辑思维吻合。初学者往往也能据此“举一反三”，不必一一具体掌握。但是，这恰恰是初学者容易犯错误的地方。立法者出于多种多样的考虑，时有“非常规”的法律设置。

例如，关于“放火”行为，《刑法》第114条规定：“放火……危害公共安全，尚未造成严重后果的，处3年以上10年以下有期徒刑”。《刑法》第115条规定：“放火……致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”按常规理解，只需用一个条文规定惩罚一种罪行，但是刑法在这里用两个“罪·刑”条款（第114条和第115条）规定对同一（放火）行为的惩处，一种罪有两个“既遂”的标准，一个是第114条的“危险”，另一个是第115条的“结果”。这导致放火罪的“未遂”存在两个既遂基准。假如甲欲放火烧毁一巨型仓库，刚刚点着即被人发觉、扑灭，究竟算是既遂还是未遂呢？若按常理推断为未遂可能会出错。其实这是制度设置问题，假如甲放火行为完整实现第114条的内容，即使尚未造成严重后果，也适用第114条处罚，自无适用总则未遂犯规定从轻、减轻的必要。

在犯罪个数上，因为制度设置的缘故也存在大量非常规情形。按常理，一个“意思·行为·结果”是一罪，刑法往往也是这样设置的，如《刑法》第232条规定之故意杀人罪。但是，法律设置要考虑法理和政策需要，可能会与常识不一致，如《刑法》第239条规定，犯绑架罪“……杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产”。假如甲绑架乙作人质，勒索到赎金之后竟然将乙杀害。按常理有绑架和故意杀人两个行为，应当成立绑架罪和故意杀人罪，但是，法律在此将自然观察的两个行为和法律上的两个罪行设置为承担一个法律效果（处死刑），只能视同一个罪行定罪处罚。刑法中常见把某罪行或某结果作为另一罪的加重情形，遇到这类加重犯，也只能从制度设置上予以掌握。

假如问题到此为止，不难解决，初学者对不合常规（或不合本人经验、逻辑）的

制度设定逐一记牢就可迎刃而解。接下去的问题是,“学者”(注意是“学者”而不是“初学者”)因为自己的观念甚至偏好不同,对制度的设置提出不同的看法(学说),比如,有学者认为,我国刑法总则对预备、未遂、中止的犯罪性作出了普遍的规定,它与分则各“罪·刑”条款组合成(预备、未遂、中止、既遂的)犯罪构成,因此没有必要区别出基本的犯罪构成和修正的犯罪构成。再比如,通说认为第114条是放火罪等罪的既遂,第115条是其结果加重犯。有学者重视犯罪的结果,认为犯罪构成的设置应当以“结果”发生为既遂基准,据此,第115条应是放火罪等罪的既遂,第114条是放火罪等罪“未遂犯在分则的特别规定”。这些说法并非没有道理,对初学者而言恐怕只有抓住本国制度设置的特点,结合刑法的基本观念,增强自己的“定力”,才能分辨出不同说法的根据和偏好。

三、提高篇:常态和非常态

生活中发生的绝大多数犯罪案件都是常态的,比如,甲为图保险金谋杀乙,使用剧毒的氰化物将乙毒杀。其动机、目的、认识、行为方式、造成的结果如此普通,以至于稍具常识的人就能作出与专家一致的判断。但是偶尔也会发生一些异常的罪案,如甲谋杀乙却把丙误认作乙(张冠李戴)将丙杀害,或本欲毒杀乙并购买“毒鼠强”(剧毒灭鼠药)投放到乙的食物中,不料该灭鼠药是假的,不可能毒杀乙,或者甲为偿还乙的债务而投保人身意外伤害险,然后乞求乙砍断自己的双腿以便获保险金赔偿。这类异常罪案极为罕见,甚至于超出常人的想象,不仅给法律提出了难题,也向学说提出了挑战。学说追求其原理的普遍适用性,能完满说明“常态”问题是理所当然的,只有同时也能完满说明“非常态”问题,才能通过学说原理性、圆满性的最终测试。正因为如此,非常态的事例尽管罕见却常常为学者津津乐道,占了学说很大的篇幅。这不是卖弄也不是猎奇,而是学说需要通过极端事例来进行检验。

学说坚持主、客观相一致的原理,并追求它普遍适用的意义。犯罪人在犯罪过程中主观认识与客观实际通常是一致的,比如例1,甲欲杀乙,并开枪击中乙致乙死亡。偶尔也会出现意想不到的情况,比如例2,甲欲杀乙,误把丙认做乙并开枪射击致丙死亡,即发生了对象认识错误。值得研究的不是例1而是例2,即所谓刑法上的认识错误的事实认识错误。考验学说价值、立场的不是例1而是例2。关于例2,甲对“丙”的死亡结果该承担故意罪责还是过失罪责?假如是故意罪责,则成立故意杀人罪的既遂,因为甲造成了一个人(丙)的死亡结果;假如是过失罪责,则成立故意杀人罪(对乙)未遂和过失致人死亡(对丙的死亡结果)的想象竞合犯,择一重罪处断,成立故意杀人罪未遂。学者都认可“主客观相一致”,例2提出的挑战是:主观与客观应当一致到何种程度?例2中甲对“乙人”有杀害故意,对“丙人”没有杀害的故意,若要求甲主观认识(欲杀“乙人”)与客观实际(杀死“丙人”)具体吻合到“乙人”还是“丙人”程度才对死亡结果承担故意罪责,叫做“具体符合”说,此说显然对确认故意罪责提出了极为严格的要求。若要求甲主观认识与客观实际吻合到“人”的程度即应对某“人”之死(不论是乙还是丙)承担故意罪责,叫做“法定符合”说,因为甲实际杀害的“丙”与“乙”虽然是两个不同的人,但他们同属于《刑法》第232条故意杀人罪之“人”,在法律上是同质的。通过解决这样的极端事例,可看出学说在坚持主客观相一致原理方面的细微差异。

在共同犯罪中，通常各犯罪人的认识一致，但也有认识不一致的事例。这些认识不一致的事例考验了承担共犯罪责需主客观一致到何种程度。例3，甲、乙共谋“教训”丙，甲实际上怀有杀丙之心而乙只有伤害丙的意思，二人共同加害丙，甲、乙是否成立故意杀人罪的共犯？共犯成立标准有犯罪共同说、部分犯罪共同说、行为共同说。按犯罪共同说，甲、乙二人不成立故意杀人罪的共同犯罪；按部分犯罪共同说，则仅在故意伤害的限度内可成立共犯；按照行为共同说，则甲、乙二人成立共同犯罪。我国通说采取部分犯罪共同说。例4，甲、乙共谋盗窃丙家，甲入户盗窃，乙放哨，甲窃取5万元，出来后向乙谎称只窃得1万元，二人平分1万元。乙是对1万元还是5万元承担罪责？通说认为乙仍对5万元承担罪责，犯罪数额的误认不妨害故意罪责的承担。

认定犯罪故意，不仅要求事实认识的主客观相一致，而且也要求行为违法性认识的主客观相一致。按常理，甲盗窃乙的财物，通常不仅对此事实有认识，而且对此事实的“是非善恶性质”也有认识，即知道这被法律禁止。如果某学说把犯罪故意的否定评价重心放在“知其不可为而为之”上面，会更重视行为人有此“违法意识”，把它当做承担故意罪责的本质根据。对于甲盗窃乙的财物这样的平常事，不要求证甲知不知道盗窃“不可为”，因为具有普通辨认、控制能力的人从小受到道德教化，不言而喻知道“偷”是件“坏事”。普通人对生活中、法律上绝大多数的罪行均不言而喻“知其不可为”，所以当某人触犯刑律，通常不需说明他是否意识到行为违法就可成立犯罪故意，但不等于“违法意识”不是故意罪责的必要内容。因为现代社会法网严密，行为人可能会因为不知其行为违法（不可为）才触犯法律。比如例5，甲到非洲国家旅游从商店购买了一件象牙工艺品带回国内，他可能没有意识到这是犯法的（走私珍贵动物制品罪），惩罚他似乎不近人情或过于霸道。面对这样的极端事例，学说上就演绎出是否将违法性意识作为故意内容（要素）的必要说、不要说、有违法性意识可能性说。

主客观一致的原理在处理行为人主客观不一致（认识错误）的非常态事例中才显现出作用，学者的不同观点才显现出实质差异。同理，刑法学的其他原理、制度也是在处理其他非常态情形中得到表现。这类非常态的情形、事例如：①不能犯未遂（相对于能犯未遂）；②偶然因果关系（相对于必然因果关系）；③不作为尤其是真正不作为犯（相对于作为犯）；④想象竞合犯（相对于一行为犯一罪）；⑤间接实行（相对于直接实行）；⑥教唆未遂（相对于成功教唆）；⑦间接故意（相对于直接故意）等。如果把“单个人实行一个既遂罪”看做是分则各本条制度设置的常型，那么，犯罪预备、未遂、中止、帮助、教唆、共同犯罪、数罪、结果加重、情节加重也可以看做是特别的情形，需要特别关注。

四、实务篇：定罪与量刑、法理与情理

适用法律处理案件，不仅要通晓观念、制度、学说，还需要懂社会，了解法律职业群体的思维习惯和经验。下面我们通过一起案件简单了解法律适用情况。

甲女在乙男（单身离异）家做保姆并照看乙4岁的女儿丙。甲、乙发生了两性关系，乙许诺与同居女友丁分手并娶甲。丁因觉察甲、乙关系暧昧遂以乙的名义将甲解雇。甲不满，于某日中午将丙从学校骗至其亲属处，后打公用电话以丙的安全相要挟

向乙索要“补偿费”2万元。当日16时许,公安人员接群众举报后将甲抓获,并在甲的带领下将丙解救。甲被控犯绑架罪。

一审以非法拘禁罪判处甲有期徒刑2年,理由是甲的行为不符合绑架罪实质特征,故依据索取不受法律保护债务的司法解释,以索债(情债)型非法拘禁定罪处罚。控方坚持认为甲构成绑架罪,提起抗诉。二审认为甲绑架丙作为人质,并以此威胁乙索要“损失费”2万元,构成绑架罪。但鉴于犯罪情节轻微,判决免于刑事处罚。^[1]本案难在何处呢?首先看本案定罪处罚涉及的全部法律依据:

(1) 第239条(绑架罪)^[2]:“以勒索财物为目的绑架他人的,或者绑架他人作为人质的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;……”

(2) 第238条(非法拘禁罪):“非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的,处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利……为索取债务非法扣押、拘禁他人的,依照前两款的规定定罪处罚。”

(3) 第63条:“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚。犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”

(4) 第37条:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚,……”

本案的难点在于:从法理讲,甲扣押丙作人质勒索2万元,符合第239条之“以勒索财物为目的绑架他人”的犯罪构成,理应承担该条“处10年以上有期徒刑……”的法律效果。如果适用第239条处罚,同时又不适用第63、37条,法院对甲必须至少判处10年有期徒刑、并处罚金或没收财产。^[3]从情理讲,对本案甲判处10年有期徒刑实在太重,违背朴实的公平感,不合情理。一审法院为回避判刑10年,认定构成非法拘禁罪,判刑2年。遭抗诉后,二审法院改判绑架罪,但同样想回避判刑10年。二审法院找不到对甲可以适用第63条“减轻处罚”的事由,干脆依据第37条“免于刑事处罚”。本案起诉、审判中定罪量刑的曲折变化,反映出法理与情理的较量并且情理始终支配着案件处理结果。

不过,法院的判决是否正确,哪级法院的判决更合理,则是个令人难以确定回答的问题。如本案甲的行为到底是否符合绑架罪?涉及绑架罪构成要件的解释。一审判决认定不符合其“实质特征”,意思是仅仅“形似”。理由大概是绑架罪法定最低刑为10年以上有期徒刑,立法配置如此重刑,考虑适用的情形应当是那些以勒索巨额财产为目的严重威胁人质安全的行为。本案这种恩怨儿戏似的“绑架”,实则不是立法者意欲惩治的绑架罪。这种理解存在一个法律漏洞,因为照这种理解就没有“犯罪情节轻微”的绑架罪了,这等于否定了第37条普遍适用的效力。起诉方和二审法院不接受一审判决的实质解释。二审判决认定甲构成绑架罪,但认定“犯罪情节轻微”,这也不是没有疑问的。首先,本案甲的绑架行为能否认定“情节轻微”就存在斟酌余地,一审判决不得不转定非法拘禁罪,恐怕就是感到没把握。轻微不轻微是个弹性的概念,但是其效果“免于刑事处罚”却是硬性的。一审法官可能认为对本案甲判2年有期徒刑比免于刑事处罚更为妥当,所以回避了第37条的

[1] 臧德胜:“挟持他人子女向他人索要‘补偿费’的行为是否构成绑架罪——被告人李新朵绑架案法律适用问题探讨”,载《审判前沿》(总第11集),法律出版社2005年版。

[2] 本条已被2009年2月28日通过的《刑法修正案(七)》第6条修正,该处所举案例是为了说明刑法修订前刑法规定与现实情理的冲突与衡平。

[3] 这种说法被《刑法修正案(七)》第6条修正后,就显得不那么准确了。

适用。其次，按照二审法官判决的思路，对本案这类绑架案件，要么处刑10年，要么免于刑事处罚，留下10年徒刑的巨大落差，怎能避免量刑畸轻畸重的结果？^{〔1〕} 本案甲假如具有法定减轻情节比如自首，有一个平缓过渡的法律依据，会不会就减轻处罚而避免免于刑事处罚呢？如果这样，对被告人而言多一个法定减轻情节反倒成了坏事，得到一个减轻处罚的机会反倒因此失去免于刑事处罚的机会。与其这样，接受一审判决对绑架的“实质”解释未必不是一种可以考虑的选择。再如，处理本案各司法机关似乎都认为对甲处刑10年畸重，不近情理。但是这种认识是否符合立法精神呢？也值得推敲。刑法规定绑架罪法定最低刑为10年徒刑，立法者就是有意借此表明对绑架行为厉行禁止的态度，对本案甲的理解、宽容是否符合立法意图？可见对具体案件的处理，对具体条文的解释、适用，可能会存在多种观点、意见。

初学者须注意，千万不要成为怀疑主义者，即使是各方对这样疑难的案件存在分歧，但是有两个基本前提：①合情，洞察人情世故，符合人们普通的公平感；②合法，必须拿出定案的法律依据，如一审判决根据司法解释：“对于绑架人质索取赌债、高利贷等不受法律保护的债务的行为以非法拘禁罪论处”，对本案按照索债型非法拘禁定罪处罚。二审判决认定被告人绑架行为符合第37条“犯罪情节轻微”的条件，免于刑事处罚。另外，刑法理论和司法实务在适用刑法处理案件已经积累了丰富的经验，需要去虚心学习掌握。关于实务方面，不妨看看《刑法分则的解释原理》（张明楷著），希望大家从这本书中能了解刑法目的等观念、价值，不同的说法如何具体影响到刑法的解释、适用。此外，最高司法机关发布的司法解释或准司法解释，凝聚了中国司法人员的经验和智慧，是了解中国司法实务的必经途径，如《审理盗窃案解释》、《审理抢劫案解释》、《审理抢劫抢夺刑案意见》、《办理走私刑案意见》、《审理金融犯罪案座谈会纪要》、《审理经济犯罪案座谈会纪要》等。判例是推动学说、制度发展的主要源泉。建议读者看看刑法案例书，其中法学院校出的案例教程一类的教材，较为系统、平易。司法实务部门判例选集较新较深入，比如《刑事审判参考》、《人民法院案例选》。

阮吉林
2008年8月

〔1〕 应当注意的是，根据《刑法修正案（七）》第6条，绑架罪的法定刑增加了“情节较轻的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金”的规定，这一修订将有效避免司法实务中对绑架罪量刑畸轻畸重的现状。