

刑事裁判

的

指导规则与案例汇纂

XINGSHI CAIPAN DE
ZHIDAO GUIZE YU ANLI HUIZUAN

刘树德 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刑事裁判

的

指导规则与案例汇纂

XINGSHI CAIPAN DE
ZHIDAO GUIZE YU ANLI HUIZUAN

刘树德 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事裁判的指导规则与案例汇编 / 刘树德著. —北京: 法律出版社, 2014. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6660 - 8

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑事诉讼—审判—案例—研究—中国 IV. ①D925.218.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 170969 号

刑事裁判的指导规则与案例汇编
刘树德 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 聂颖 程岳
责任编辑 聂颖 程岳
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京泰山兴业印务有限责任公司
责任印制 翟国磊

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 45.75
字数 1192 千
版本 2014 年 9 月第 1 版
印次 2014 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6660 - 8

定价:128.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

即使存在“人类一思考,上帝就发笑”的警句,人们仍然不愿意放弃扮演爱反思的“动物”角色。诸多学者也一直半谦虚半自夸地在反复追问“什么是您的贡献”。我也是一个不能免俗的人,也开始不断地追问自己一系列的问题:写书的意义何在?这本书有多少新知识和新特色?等等。

就《刑事裁判的指导规则与案例汇纂》(以下简称《汇纂》)而言,我同样要面对上述这些问题,且回答必须首先让自己满意。《汇纂》的新特色体现在以下方面:

一是案例的“典型”和“丰富”。本人继续遵循以往实践刑法学的研究思路,即“从案例中发现问题,以案例来印证问题”,通过各种途径搜集大量的具有法律适用指导意义的典型案例,例如,故意杀人“情节较轻”的案例达20余个;“入户抢劫”的案例达30余个。

二是规则的“细致”和“全面”。本人基于在参与构建和完善中国特色案例指导制度工作中养成的思维和习惯,坚持“案例研究应当抽取先例性规范”的立场^①,注重对案例所承载和蕴含的法律命题的揭示和概括。例如,“持枪抢劫”是否存在犯罪预备或者预备阶段的犯罪中止;轮奸存在哪些样态及各自的犯罪停止形态如何认定;强奸致使被害人死亡的因果关系如何判断;非法经营罪兜底条款如何理解与适用,等等。

三是论证的“精确”和“务实”。因受目前所处的环境和所从事的工作的影响,本人从事的规范研究自然地就多了一份“实用性”色彩,总是力图为司法实务部门解决具体个案问题提供可行性的方案、思路或者办法。同时,本人毕竟受过十余年的严格学术训练,研究过程中自然不会忘记“说理”和“论证”。又如,该书在具体个罪研究中涉及司法实践中存在分歧和难点的问题,而非“躲在屋子里想或者编”的问题。例如,“扒窃”具体就涉及下列诸多问题:扒窃是否必须限定在公共场所以及公共场所如何认定;扒窃的对象是否限定为随身携带以及随身携带如何判断;扒窃是否存在未遂。再如,“入户抢劫”具体涉及下列问题:“户”的范围如何界定,具体包括“户”的空间、功能等属性如何把握;“入户”的“非法性”如何理解,即如何区分合法进入与非法进入,非法进入是否区分具有犯罪目的进入与不具有犯罪目的进入,具有犯罪目的进入是否区分具有侵财犯罪目的进入和不具有侵财犯罪目的进入,具有侵财犯罪目的进入是否区分具有非法占有财物目的进入和具有毁坏财物目的进入,等等。

《汇纂》意图从以下方面来助益刑法知识的变化:

一是为法官精准化思维的养成提供辅助性参考。既然“刑法保护是最高等级的法律保护”,^②作为刑法保护的重要担当者之一,法官必须从“刑法学是最精确的法学”^③的理念出发,自

① 参见解亘:“案例研究反思”,载《政法论坛》2008年第4期。

② [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学·总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,序言第1页。

③ [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学·总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,序言第1页。

觉地养成精准化思维方式和充分说理论证的裁判习惯。当然,这不是一个短期内能养成的过程,尤其是因受以下方面的影响,实现上述目标变得更为艰难:其一,深受“折中”、“调和”传统文化的影响,不喜欢深刻的“片面”;其二,实质合理性优于形式合理性的倾向,普遍存在于刑法学研究和刑事审判实践之中,例如,传统四要件犯罪论体系的核心范畴——社会危害性——就是一个注重实质合理性的范畴^①;注重形式合理性的罪刑法定原则在刑法实践中的贯彻屡遭冲击^②;其三,传统的四要件犯罪论体系已经深度渗透刑法实践,而三阶层犯罪论体系对司法实践的影响至多也就是处于“润物细无声”的阶段。从精准化思维的养成来说,三阶层犯罪论体系具有明显的优势。^③《汇纂》对若干问题的精密而细致地论证,无疑将为法官提供参考。

二是为刑法学的教学提供基础性素材。目前法学教育具有多层次的特点,各个层次的教材如何编写,尚处在摸索之中。尽管国内学界刑法人才辈出,刑法学研究的层次和水平也均有较快地提高,尤其是一些专著式教科书的出现,更是体现了学者们谋求刑法学体系更新和刑法知识提升的孜孜努力,但是一些老问题依然存在,例如,有些问题研究不深入,有些观点疏离于司法实践等。问题的原因是多方面的,欠缺来自司法实践一线的大量案例素材或者懒于乃至不屑于重视已经公布的案例资源,无疑是一个重要的方面。《汇纂》的典型案列无疑可以作为案例教学的第一手素材。

三是为刑法学术方法的创新提供试验性的示范。刑法学大体分为刑法哲学、教义刑法学(规范刑法学)、案例刑法学、边缘刑法学(包括政治刑法学、刑法经济学、刑法社会学、伦理刑法学等),这些分支学科各自有不同的研究方法。从目前国内情况而言,研究方法方面存在的最大问题就是没有从合适的语境和问题域出发来确定采用某种方法,而往往是在同一学科中同时夹杂采用多种不同的方法,进而得出诸多前后不一、不协调的观点,例如,在规范刑法学或者解释刑法学中对刑事立法本身进行立法学层面的批判与质疑。《汇纂》属于规范刑法学的层面,从方法论层面而言,最大的特点就是注重对案例的合理运用,即从案例中发现问题,以案例来说明问题,进而通过归纳司法规则的方式来解决并提供先例性指引。

综上,我内心有了这样的结论:《汇纂》并非是一本多余的书。不过,与之相伴的是一个“何日君才来”的疑问,这里的“君”就是类似于克劳斯·罗克幸的《德国刑法学·总论》这一“当代刑法学的最高成就”^④的,中国自己的刑法学体系教科书。这当然也是我对刑法学人的期盼!作为其中的一分子,我理当尽一份力来做些许贡献。

① 陈兴良:《刑法的知识转型(学术史)》,中国人民大学出版社2012年版,第66页以下。

② 梁根林、[德]埃里克·希尔根多夫主编:《中德刑法学者的对话——罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2013年版,第85页以下。

③ 陈兴良:《刑法的知识转型(学术史)》,中国人民大学出版社2012年版,第66页以下。

④ [德]克劳斯·罗克幸:《德国刑法学·总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,序言第1页。

具体法治的案例表达

——实践刑法学的推进

(代序)

2011年,中国特色社会主义法律体系的形成,标志着中国依法治国基本方略的落实取得重大进展,^①同时也意味着中国法治建设进入新阶段。法治建设是一项系统工程,不仅需要“法制时代”到“法治时代”的理念转变,也需要从“立法时代”到“修法时代”的立法重心转变,还需要从“立法时代”到“解释时代”的法治路径转变。立足于此种时代背景,此处就具体法治与案例表达的关联问题作些思考。

一、法治的多维表达

(一)法治的话语表达

随着国际政治、经济新秩序的变化,特别是2008年金融危机爆发以来,作为社会主义大国的中国和平崛起,世界格局的几个大极(美国、欧盟、金砖国家)之间的竞争更趋激烈。综合国力的竞争是全方位、全领域的,其中,意识形态、文明话语、科学技术等软实力竞争越来越占重要地位。近年来,随着建设社会主义法治国家基本方略的逐步推进,特别是社会主义法治理念的提出,如何建构中国特色的法治话语体系,以主动、有效应对西方在人权、法治等意识形态领域的挑战,开始成为官方和学界所关注的重大课题。例如,我国学者立足“我国法治意识形态近些年来呈现出较为复杂的局面,社会各方面对中国法治的应有形态及理想图景存在认识上分歧”这一背景,提出有必要“加强我国法治意识形态的自主化建设,即以社会主义法治理念为基础构建中国特色法治话语体系”的主张,首先归纳西方法治意识形态中“自由主义法治理论”的若干特点,并从“对法治的虚幻化认识”、“被现代社会所背弃”、“传播中搭载着西方势力的政治企图”三个方面展开分析,得出“自由主义法治理论不足为信”的结论,接着从“法治意识形态内生和外引的关系”、“人类法治发展的趋势”、“重振社会主义法系的历史责任”、“我国法治建设的实际进程”四个方面论述“我国法治意识形态自主化建设必要性”,同时提出“确立社会主义法治理念的话语权威”、“坚持实践主义的话语立场”、“倡导创新性话语思维”、“保持开放性的话语姿态”四条中国特色法治话语体系的构建原则。^②又如,有学者认为,构建当代中国法学学术话语体系是一个极为紧迫的问题,直接关系到中国法学的未来。构建当代中国法学学术话语体系,应遵循以下基本

① 按照我国学者中国法治理论“三波”的划分法,此为第二波,即以1997年之后“依法治国基本方略”的理论为标志,参见程燎原:《中国法治政体问题初探》,重庆大学出版社2012年版,代自序第2页。

② 参见顾培东:“当代中国法治话语体系的建构”,载《法学研究》2012年第3期。

原则:民族语言与时代精神的有机结合;马克思主义法学中国化与中国法制经验马克思主义化的有机结合;合理借鉴中外优秀法律遗产与立足现实的理论创新的有机结合。^①

在我看来,法治话语体系的建构过程中应注意以下几点:一是如何看待法治的地方性话语与普适性话语的关系。法治是人类社会发现的最为有效和可行的治理模式,已被越来越多的国家和地区采用。随着古代法治、近代法治、现代法治、后现代法治,资本主义国家法治、社会主义国家法治,发达国家法治,发展中国家法治,英美法系法治、大陆法系法治,英国法治、美国法治、德国法治、法国法治、中国法治的划分,与之相适应,就会存在不同的法治话语。当然,这些不同的划分属于韦伯意义上的“理想类型”,各自之间总是在凸显出特殊性的同时又存在普遍性。

就当下中国法治话语的建构而言,最为主要的就是要处理好“古今”与“中西”的关系,前者主要涉及传统法治话语的继承、发展与创新的问题,后者主要涉及合理借鉴、科学吸收西方法治文明话语的问题。例如,有学者刻画^②“自由主义法治理论”的图景,同时又大量援引同属西方的法治理论对其加以反驳和质疑。这里可能会涉及“何为西方”、“何为自由主义”、“哪个西方”、“哪种自由主义”以及如何准确、全面认识“那个西方”、“那种自由主义”等系列问题。若片面地理解西方及西方理论,或者专注于某一西方国家或者某种西方理论,显然容易引发无谓的争论。

二是如何看待法治意识形态话语与整体意识形态话语的关系。法治意识形态与整体意识形态属于部分与整体、特殊与普遍、个别与一般的关系。我国是中国共产党领导的社会主义国家,始终坚持马克思主义、毛泽东思想、中国特色社会主义理论体系这一有机统一的、与时俱进的意识形态话语体系,而法治意识形态话语体系仅是其中的一个门类,具有专业性、特殊性,因此,我们在建构中国的法治话语体系过程中,既应将其置于上述整体意识形态话语体系中并作关联性思考,同时也要顾及法治话语的独特性和规律性(例如不同于政治话语)并作专门性思考。

三是如何看待法治的官方话语与学术话语的关系。从表达主体来讲,法治话语可以区分为法治的官方话语和法治的学术话语。^③这两种法治话语存在诸多方面的不同:(1)表达的主体不同,前者主要是党和国家领导人以及中央国家机关,后者主要是法学研究工作者。(2)表达的载体不同,前者主要表现为官方正式文件(规范性文件和领导人讲话),后者主要表现为学术论文和著作。(3)表达的权威性不同,前者表现为权威型统治力,后者表现为理论型说服力。(4)表达的方式不同,两者无论在语言风格、论证详略,还是内容长短、表述手法等方面均会存在差别。如同研究刑法规范中要区别立法者的“批判”视角和司法者的“解释”视角一样,建构中国法治话语体系过程中同样要区分上述两种不同话语。就当下而言,如同刑法学研究中存在着刑法研究者穿梭于立法者和司法者立场、混淆“批判话语”与“解释话语”的现象,法治话语表达中也存在着“官方话语”与“学术话语”辨析不清、相互混同的痕迹。

(二)法治的规则表达

什么是法治,法治应有哪些规诫,法治具有哪些特征和属性,法治包括哪些要素,形式法治与

^① 参见李龙:《中国特色社会主义法治理论体系纲要》,武汉大学出版社2012年版,代序言“论当代中国法学学术话语体系的构建”第1~14页。

^② 参见顾培东:“当代中国法治话语体系的建构”,载《法学研究》2012年第3期。

^③ 我国有学者未做此种区分,例如,有论者认为,我国构建法学学术话语体系经历四次尝试:1. 解放后至新中国成立初期,废除伪法统,促使国民党法学话语体系的消亡,拉开了构建以马克思主义法学学术话语体系的序幕,启动了第一次尝试;2. 第二次构建当代中国法学学术话语体系的旗手是邓小平同志和彭真同志;3. 当代中国法学学术话语体系的构建的第三次尝试和实践的旗手是江泽民同志和彭真同志;4. 构建当代中国法学学术话语体系第四次重大尝试和实践的旗手是胡锦涛同志和以他为总书记的党中央特别是中央政法委员会。参见李龙:《中国特色社会主义法治理论体系纲要》,武汉大学出版社2012年版,代序言“论当代中国法学学术话语体系的构建”第2~9页。

实质法治如何区分,专制国、法治国与文化国是何种关联等,这一系列问题已由诸多的哲学家、法学家、政治哲学家、经济学家、伦理学家、社会学家作出过不甚相同或者不尽一致的回答。从最简单意义上说,法治就是规则之治。具体来说:一是要存在一部正义的宪法。按照罗尔斯的观点,“正义的宪法应该这样构成:即在所有可行的正义安排中,它比任何其他安排更可能产生出一种正义的和有效的立法制度”。^①此正义的宪法重点要解决好以下三个问题:第一,确定好公民的基本权利清单;第二,配置好国家公权力,包括中央各机关之间的横向配置和中央与地方、上下级之间的纵向分配;第三,建立有效的宪法实施、保障机制,确保“纸面宪法”成为“活的宪政”。

二是建构一个周全的法规则体系。罗尔斯指出,“一个法律体系是一系列强制性的调整人的行为并为社会合作提供各种框架的公开规则”。^②此意义上的“法的规则”首先有层次之分,既包括法律原则,也包括法律具体规则;其次有位阶之分,既包括宪法原则,也包括法律原则,还包括行政法规、部门规章的原则;再次有次序之别,既包括权利义务配置的基础性、一次性规则(例如民法规范),也包括保障权利义务实现的保障性、二次性规则(例如刑法规范)。法的规则载体最常见的就是法律文本中的具体条款,具体包括事实前提、行为模式和法律后果三个组成部分。法律规则功能要想达到最佳状态,就必须形成以宪法为塔尖、法律、行政法规、规章等逐级衔接的协调一致、科学可行的规范体系。

三是遵循一套正当的程序。罗尔斯说,“法治要求采取形式的恰当程序:即一种合理设计的、以使用与法律体系的其他目的相容的方式来弄清一个违法行为是否发生,并在什么环境下发生的真相的程序”。^③程序(法)既是保障实体(法)实施的重要工具,同时又有自身的独立价值。程序规则体现着程序正义的同时,也保障着实体正义的实现,甚或在某些情形下矫正着实体上的不正义。

就我国当下法治而言,2011年3月《全国人大常委会工作报告》正式宣布:“一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成”。尽管中国特色社会主义道路的创新与实践永无止境,中国特色社会主义法律体系永远存在自我完善、自我修正的内在动力和要求,但总的说来,“有法可依”的问题已基本解决。这“既是我国法治建设的重要成果,同时也标志着法治发展进入新阶段”,即中国法治社会从“立法时代”向“解释时代”转型。^④徒法不足以自行,法律的生命力在于实施。正如评论指出的,“如果说中国特色社会主义法律体系在制度领域构建了一套符合中国国情、符合中国发展方向的现代化法治规范,那么实施中国特色社会主义法律体系则必须要在思想领域完成一次法治精神的革命与升华”。^⑤立足于上述三个维度来检视,我们在解决好“有法可依”这一法治前提问题之后,应着重地去解决“有法必依”环节方面的诸多问题,例如宪法的实施保障机制,法律的解释机制(包括立法解释和司法解释),同案同判的保障机制,程序正义与实体正义的平衡机制,司法裁量权的规制机制,等等。

① 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》(修订版),何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第173~174页。

② 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》(修订版),何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第185页。

③ 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》(修订版),何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第187页。

④ 参见韩大元:“发挥宪法在法律体系中统率全局作用”,载《法制日报》2012年8月6日。

⑤ “从‘法制中国’迈向‘法治中国’”,载《法制日报》2012年8月6日。

二、案例表达多维法治

(一) 案例表达法治理念

法治理念有不同的层次之分,处在最顶端的是社会主义法治理念,中间包括立法理念和司法理念,再往下还包括刑事司法理念、民事司法理念。就刑事法治而言,无论是立法还是司法,最主要的就是要坚持罪刑法定原则、罪刑平等原则和罪刑相适应原则。此处仅以罪刑相适应原则为例作些分析。按照罗尔斯的观点,“法治含有类似情况类似处理的准则”。^①1997年刑法规定的罪刑相适应原则同时适用于刑事立法、刑事司法和刑罚执行阶段,就是要求做到同样的罪受到同样的罚,不同的罪受到不同的罚。在刑事个案处理中,该原则既指导着量刑,也指导着定罪中的构成要件的解释。就后者而言,具体是指采取体系解释的方法,考虑到法定刑的配置对构成要件要素的制约功能,得出符合罪刑相适应原则的结论。例如,1997年刑法第333条第1款、第2款规定,“非法组织他人出卖血液的,处5年以下有期徒刑,并处罚金;以暴力、威胁方法强迫他人出卖血液的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处罚金”;“有前款行为,对他人造成伤害的,依照刑法第234条的规定定罪处罚”。此处的“伤害”就应解释为不包括轻伤,否则就会得出不符合罪刑相适应原则的结论。假如包括“轻伤”,那么就形成如下结论:行为人非法组织他人出卖血液但没有造成他人轻伤的,适用该条第1款规定,构成非法组织卖血罪,处5年以下有期徒刑,并处罚金;而行为人非法组织他人出卖血液导致他人轻伤的,适用此条第2款规定,构成故意伤害罪,仅在3年以下有期徒刑、拘役或者管制的法定刑幅度内处罚。

当然,需指出的是,此种“以刑制罪”^②的主张不能绝对化,例如,针对刑法第237条第1款规定的强制猥亵、侮辱妇女罪的暴力、胁迫的程度,有学者认为,暴力、胁迫的程度不应达到抢劫罪所要求的“足以压制被害人反抗的程度”,但应该比强奸罪的程度低;^③有学者认为,此罪的“暴力、胁迫或者其他方法”应与强奸罪作出相同解释^④。在我看来,此罪的暴力、威胁最低应达到“强制”的程度,最高的程度不应达到杀死。前种意见限定无疑会缩小此罪的外延。暴力、胁迫的程度即使超出强奸罪的程度的,从法律评价来看无疑也应肯定其可构成此罪,只是在触犯其他罪名的情形下,应按相关罪数形态问题进行处理。

(二) 案例表达法治思维

法治的实现仰赖着一种法律思维的养成和法律共同体的形成。法律思维具有不同于政治思维、经济思维、伦理思维的特殊属性。就刑事司法而言,定罪量刑关乎公民的最重要法益,更需要一套科学严谨的思维来加以保障,以实现“精密司法”。刑事个案处理中,不同的思维会导致不同的结论。例如,在“朱建勇故意毁坏财物案”^⑤中,于被告人朱建勇2002年4月29日至5月10日,利用事先获悉的账号和密码,侵入被害人陆正辉、赵佩花夫妇在证券营业部开设的股票交易账户,然后篡改了密码,并使用陆、赵夫妇的资金和股票,采取高进低出的方法进行股票交易。5

① 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》(修订版),中国社会科学出版社2009年版,第186页。

② “以刑制罪”在刑法学界存在不同界定,参见高艳东:“从盗窃到侵占:许霆案的法理与规范分析”,载《中外法学》2008年第3期;张明楷:“许霆案的刑法学分析”,载《中外法学》2009年第1期;劳东燕:“刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的‘以刑制罪’现象”,载《政法论坛》2012年第4期。

③ 参见周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2008年版,第39页;黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第659页。

④ 参见张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2012年版,第786页。

⑤ 《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年卷,人民法院出版社2005年版。

月16日,朱建勇再次作案时被当场发现。按照股票成交平均价计算,用首次作案时该账户内的股票与资金余额,减去案发时留有的股票与资金余额,朱建勇共给陆、赵夫妇的账户造成资金损失19.7万余元。朱建勇被发现后,立即如实供述了全部事实,并赔偿了陆、赵夫妇的经济损失。一审法院在判决书中首先引用刑法第2条关于刑法任务的规定和刑法第13条关于犯罪概念的规定,最后引用刑法第275条关于故意毁坏财物罪的规定,结合案件事实分析得出如下结论,“被告人朱建勇为泄私愤,秘密侵入他人的账户操纵他人股票的进出,短短十余日间,已故意造成他人账户内的资金损失19.7万余元。这种行为,侵犯公民的私人财产所有权,扰乱社会经济秩序,社会危害性是明显的,依照刑法第275条的规定,已构成故意毁坏财物罪,应当受刑罚处罚”。正如我国学者分析指出的,上述论证方式是立足于我国传统的犯罪构成理论,首先对行为是否具有社会危害性及其这种社会危害性是否达到犯罪的程度进行一般性的判断,十分典型地反映了从总则性规定到分则性规定的定罪思维方法论。若按照德日三阶层犯罪理论体系,第一步需要判断的是其行为是否具有故意毁坏财物罪的构成要件该当性,即这种利用高进低出买卖股票的方法使被害人的股票市值降低的行为是否属于毁坏财物的行为;只有在认定其属于毁坏财物行为之后,方进一步考虑构成犯罪的其他要件要素。此种论证方式是一种以分则性构成要件为基础的思维方法。^①

在“王某职务侵占案”中,被告人王某于2008年8月以虚假的身份证、驾驶证到某服装公司应聘驾驶员,应聘后上班第一天,王某接受公司指派,驾驶公司的小轿车送公司办事员外出,即借机将该车开走,占为己有。本案在审理过程中,存在不同意见:其一认为,被告人王某主观上具有骗取被害单位小轿车的犯罪故意,客观上使用虚假身份证和驾驶证去被害单位应聘,骗取被害单位的信任,使被害单位陷入错误认识,而自愿将车辆交由其驾驶、保管,由此得以非法占有他人财物,其行为构成诈骗罪。其二认为,被告人王某虽然在应聘驾驶员职位时使用了虚假身份证和驾驶证,但他一旦成为驾驶员,就获得了实际驾驶、控制车辆的职务上的便利,并利用这种职务上的便利,将本单位的小轿车非法占为己有,数额特别巨大,其行为构成职务侵占罪。^②正如我国学者分析指出的,前种意见采用了主观先于客观的定罪思维方法,即先认定王某主观上具有诈骗故意,然后再认定其客观上具有诈骗行为;后种意见则采用客观先于主观的定罪思维方法,即先确定王某的行为是否具备职务侵占罪的构成要件,然后再认定其主观上的故意。王某第一阶段行为即虚假应聘本身不构成诈骗罪,而第二阶段行为即担任司机后利用司机的职务便利非法将单位汽车占为己有符合职务侵占罪的构成要件,因而应以职务侵占罪论处^③。

(三)案例表达法治语境

法治存在抽象法治和具体法治之分。具体法治又存在不同的侧面,既可以指某个具体国家或者地区特定时期的法治,也可以指个案所表达的实践层面的法治,前者相对于法治的普适性特征而言,后者与规范层面的法治或者理论层面的法治相对应。具体法治通过系列个案来加以呈现和反映,同时,不同语境下的法治会对法律解释理念及方法提出不同的要求。近年来,“形式解释论与实质解释论正在成为我国刑法学派之争的一个方面”,即“我国刑法学界围绕形式解释论与实质解释论展开了争论”,各自围绕形式、实质解释,形式、实质判断,形式、实质解释论,形式、实质犯罪论,形式、实质刑法观,形式、实质法治,形式、实质的罪刑法定原则,罪刑法定原则的形

① 参见陈兴良:“犯罪论体系的去苏俄化”,载《政法论坛》2012年第4期。

② 参见许少宇:“以虚假身份应聘司机开走单位汽车如何定性”,载《检察日报》2009年10月14日。

③ 参见陈兴良:“犯罪论体系的去苏俄化”,载《政法论坛》2012年第4期。

式、实质侧面等范畴进行论辩^①。此种“理论上的对垒博弈局面”，“引发了刑法学界的兴趣”，且“对深化刑法知识和提升刑法研究水准无疑是有益的”，^②但在我看来，争论若不消除误解或者依然是各说各话，那就有可能导致“学术繁荣”与“问题未解”并存的局面。从上述诸对范畴来看，各范畴中的“形式、实质”的具体含义未必相同，^③这样过多的内容被纳入“某一学派”（“形式派”或者“实质派”），再加之双方引领者在某些前提性问题的不一致^④和双方阵营的其他学者的过度诠释或者误读，也就难免致使争论更多。反之，在双方就一些范畴达成共识的前提下，围绕刑法中的形式、实质问题展开争鸣或许会真正地促进刑法知识的增量。

对此，我们可以从法学界的另一更宏观的程序（形式）、实质正义的争论中寻求智力资源。在法学界，自季卫东教授于1993年发表长文《法律程序的意义》一文以来，程序正义及其新程序主义论在实践和理论方面均产生了深远而有意义的影响，同时，也引发了苏力、冯象等教授在内的学者的思辨、商榷、反论与驳难。2006年季卫东教授又发表长文《法律程序的形式性与实质性——以对程序理论的批判和批判理论的程序化为线索》（以下简称“季文”）^⑤，通过对1990年代初期之后欧美政法思潮的重大转折以及中国法制改革经验的综合性考察，进一步探讨了在价值观日益多元化的背景下法律程序对于公共选择以及社会秩序正统化的深远意义，同时反复推敲程序正义的本质、价值、结构、过程、功能及其与别的基本原理之间的关系，以回应学界的相关争论。在我看来，“季文”的程序（形式）、实质正义的论争在一定意义上与目前刑法中的形式、实质争论存在诸多相似之处，“季文”的以下论断具有一定的借鉴意义：（1）中国法制的道德色彩和实质正义的取向始终过于浓厚。对于法制改革而言，最重要的作业不会是加强道德论辩，而不得不反其道行之；应该增进的也不是实质性，而是形式性以及正当过程。（2）程序设计要考虑实践理性或机会理性，要为实质正义留有调整的余地；程序过于强调形式性，就无法在不同的价值和诉求的拉扯之中达成适当的动态平衡；同时，根据实质正义进行裁量、根据机会理性进行调整又必须在满足程序要件的前提条件下进行，即均要符合形式正义的要求和受到制度性框架的制约，而不能滑向主权者的决断主义。（3）程序正义是通过求同存异的办法来防止实质性价值争论的激化、维护多元化格局的制度框架、限制某种价值观（既包括少数人的偏执，也包括多数人的思想共识以及传统观念）对公共性话语空间的垄断和支配，以防止某一种信仰压倒甚至抹杀另一种信仰这样的精神暴力导致整个世界单调化的倾向。（4）在社会力量对比悬殊、制度条件尚未完备的结构中，过分强调实质性价值的结果不仅未必能堵塞程序设计的漏洞，很可能反倒为超程序的权力提供存续理由，甚至通过“不全则无”那样的连锁反应造成程序系统的瓦解。（5）与法律程

① 参见陈兴良：“形式解释解释论的再宣示”，载《中国法学》2010年第4期；另见张明楷：“实质解释论的再提倡”，载《中国法学》2010年第4期。

② 参见储槐植：“走在刑法脉动的前沿”，载《人民法院报》2010年9月10日。

③ 按照我国《现代汉语词典》的解释，“形式”是指“事物的形状、结构等”，“实质”就是“本质”。当然，由“形式”或者“实质”搭配而成的词语并不完全局限于前述的定义，例如，“形式逻辑”，就是“关于思维的形式及其规律的科学，其研究概念、判断、推理等主要思维形式，研究同一律、矛盾律、排中律等思维规律”；“形式主义”是指“注重形式不管实质的工作作风，或只看事物的现象而不分析其本质的思想方法”。参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（修订版），商务印书馆1996年版，第1410、1145页。同理，前述的诸对形式、实质范畴，若不作出严格地限定且不保持使用地严谨性，就容易造成不必要地分歧与争论。

④ 例如，陈兴良教授所主张的“社会危害性理论是一种入罪理论，它为犯罪的认定提供实质性根据”（参见陈兴良：“一篇序与一个梦”，载《法学家茶座》2010年第2期），“刑法解释的边界是指入罪的边界，这是一个逻辑前提，而不涉及出罪”等，未必得到对方的认同，或者对方未必在同一逻辑下进行论述。

⑤ 参见季卫东：“法律程序的形式性与实质性——以对程序理论的批判和批判理论的程序化为线索”，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2006年第1期。以下“季文”的引述均出自此文。

序相关的实质性价值基本上都可以通过程序价值,程序内在的价值中立的价值,包括与严格的形式要件、合理性的实质判断以及正当手段有关的各种基本规范的范畴本身来体现,而不必另行求诸其他外在的、先验的、超越性的价值根据;相反,甚至还有必要把其他不同层面的实质性价值尽量都转化为可以用法律语言表达的形式,以便纳入程序之中进行可比较性和可沟通性的处理,从而有利于在多元化背景下达成更广泛的共识。

就刑法中的形式、实质的关系处理而言,面临着程序(形式)、实质正义所处的同样的环境,例如“实事求是”的刑事法指导思想、“社会危害性理论”、“重实体、轻程序”的刑事法传统,这些均具有较浓的“实质”色彩;面临着同样的问题,例如法官的素养有待提高(包括专业素养和道德素养等)、外在的司法环境有待改善(非程序的干预或者违法干预)、网络社会中对个案的“媒体审判”有待积极应对^①等,因而我们需要类似的思路来处理类似的问题。尤其是要立足于我国法治所处的特定时空与外围的其他系统,如政治系统、人文系统、道德系统等独特性,审慎地选择契合当下时空的刑事法解释立场。正如我国学者指出的,在我国处于前法治或者法治初期阶段,刑法最重要的任务仍然在于如何保障公民的自由;同时,在充满各种挑战的风险社会和信息社会,刑法又必须关注如何保护公民的安全。如何在自由和安全之间保持适当的平衡,不仅是立法者和司法者的任务,更是刑法理论研究者义不容辞的使命。^②无疑,无论司法者的裁判解释还是学者的学理解释,当下最好的刑事法解释立场与方法就是最契合当下中国法治语境的那种立场和方法。

三、实践刑法学的推进

近年来,部分学者对既有刑法学知识形态进行总结和反思,并先后提出了其是“无声的刑法学”、“无史化的刑法学”^③、“缺乏学派之争的刑法学”^④、“缺乏教义学的刑法学”^⑤。显然,这些命题的提出存在一个大的背景,就是德日三阶层犯罪论体系的引入,引发了刑法学知识的转型,并形成与对传统的四要件犯罪构成理论体系并存的局面。如果说,学界围绕这些命题的论争与展开,更多地具有理论色彩的话,同时,另一个侧面的反思则集中在既有刑法学知识的疏离实践、缺乏实践理性品格方面^⑥。就后者而言,此种状况出现了改变的迹象,例如,个人专著式教科书开始“在叙述过程中,穿插有大量的司法解释和案例分析”;^⑦个别学者出版了判例教义学专著^⑧,并领衔对司法规则进行编纂^⑨;个别学者结合案例进行专题研究^⑩;等等。笔者较早地关注此问

① 近年来,随着刑事司法系列敏感或者媒体关注的个案的出现,例如许霆盗窃 ATM 机案、邓玉娇防卫过当案、梁丽侵占案、孙伟铭等系列醉驾案,刑事法界提出了“以刑制罪”的思维模式和司法操作的主张(参见《政治与法律》2010 年第 7 期的“主题研讨——‘以刑制罪’思维模式辨析”)。在我看来,这一问题的争鸣同样涉及刑法中的形式、实质的关系处理。

② 参见储槐植、江溯:《美国刑法》(第 4 版),北京大学出版社 2012 年版,第 16 页。

③ 参见周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,清华大学出版社 2002 年版,第 2 页。

④ 参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社 2002 年版,第 47 页。

⑤ 参见陈兴良:“刑法教义学方法论”,载《法学研究》2005 年第 2 期。

⑥ 参见齐文远:“中国刑法学应当注重塑造实践理性品格”,载《刑事法前沿》(陈泽宪主编),中国人民公安大学出版社 2012 年版,第 226 ~ 232 页。

⑦ 参见黎宏:《刑法学》,法律出版社 2012 年版,自序第Ⅲ页。

⑧ 参见陈兴良:《判例刑法学》,中国人民大学出版社 2010 年版。

⑨ 参见陈兴良等主编:《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》,北京大学出版社 2012 年版。

⑩ 参见金泽刚:《抢劫加重犯的理论与实践》,法律出版社 2012 年版。

题并一直将其作为学术重心,利用身处最高司法机关工作的便利条件,收集了大量实践案例,不仅对特定罪名或者专题进行研究^①,同时对最高司法机关相关刊物的案例进行汇总式评析^②,还在前期学术累积的基础上提出“实践刑法学”的设想,并开始了初步的尝试^③。如果说刑法处在“地方性与普适性”并存的发展状态,^④那么,塑造实践理性品格无疑会更多地凸显“地方性”,也可以说,只有丰富了“地方性”知识,方能真正地形成“有独立声音的中国刑法学”,而非“重复别人声音的中国刑法学”。正是为实现上述目标尽绵薄之力,本人此次对裁判规则的提炼及指导案例的汇纂无疑是对实践刑法学的推进与最终建成的又一次努力跋涉。

① 参见刘树德:《绑架罪案解》,法律出版社2003年版;《抢夺罪案解》,法律出版社2003年版;《挪用公款罪案解》,人民法院出版社2005年版;《敲诈勒索罪案解》,人民法院出版社2005年版;《“口袋罪”的司法命运——非法经营的罪与罚》,北京大学出版社2011年版;《牵连犯辨证》,中国人民公安大学2005年版,等等。

② 参见刘树德:《阅读公报——刑事准判例学理链接》,人民法院出版社2004年版;刘树德、喻海松:《规则如何提炼——中国刑事案例指导制度的实践》,法律出版社2006年版;刘树德、喻海松:《中国刑事案例指导规则提炼适用及说理》,法律出版社2009年版;刘树德:《刑事指导案例汇览》,中国法制出版社2010年版。

③ 参见刘树德:《实践刑法学》系列,中国法制出版社2009年版。

④ 参见储槐植、江溯:《美国刑法》(第4版),北京大学出版社2012年版,第16页。

总目录

具体法治的案例表达——实践刑法学的推进(代序) / 1

第一章 刑事裁判摘要——以《最高人民法院公报》为中心 / 1

第二章 危害公共安全罪的死刑适用标准 / 36

第三章 违规披露、不披露重要信息罪 / 66

第四章 隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪 / 76

第五章 非国家工作人员受贿罪 / 84

第六章 非法经营同类营业罪 / 94

第七章 签订、履行合同失职被骗罪 / 102

第八章 逃税罪 / 110

第九章 骗取出口退税罪 / 126

第十章 虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪 / 132

第十一章 非法经营罪 / 140

第十二章 故意杀人罪 / 210

第十三章 故意伤害罪 / 248

第十四章 强奸罪 / 258

第十五章 强制猥亵、侮辱妇女罪 / 300

第十六章 绑架罪 / 312

第十七章 侵犯通信自由罪 / 363

第十八章 抢劫罪 / 376

第十九章 盗窃罪 / 496

第二十章 诈骗罪 / 541

第二十一章 投放虚假危险物质罪 / 566

第二十二章 伪证罪 / 574

第二十三章 辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪 / 583

第二十四章 妨害作证罪 / 594

第二十五章 帮助毁灭、伪造证据罪 / 601

第二十六章 窝藏、包庇罪 / 608

第二十七章 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪 / 613

第二十八章 盗掘古文化遗址、古墓葬罪 / 620

第二十九章 抢夺、窃取国有档案罪 / 631

第三十章 放纵走私罪 / 641

第三十一章 帮助犯罪分子逃避处罚罪 / 649

代跋:刑法知识转型的实践之维 / 665

案例索引 / 692

后 记 / 711

目 录

CONTENTS

具体法治的案例表达——实践刑法学的推进(代序) / 1

第一章 刑事裁判摘要——以《最高人民法院公报》为中心 / 1

一、“裁判摘要”的面相 / 1

二、“裁判摘要”的规诫 / 6

三、“裁判摘要”的建言 / 13

附:《公报》案例“裁判摘要”汇集 / 17

第二章 危害公共安全罪的死刑适用标准 / 36

一、放火罪的死刑适用标准 / 41

二、爆炸罪的死刑适用标准 / 45

三、投放危险物质罪的死刑标准 / 47

四、以危险方法危害公共安全罪的死刑适用标准 / 49

五、非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的死刑适用标准 / 57

六、其他危害公共安全罪的死刑标准 / 62

第三章 违规披露、不披露重要信息罪 / 66

一、违规披露、不披露重要信息罪的行为要件 / 66

二、违规披露、不披露重要信息罪的主体要件 / 74

第四章 隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪 / 76

一、隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪的行为要件 / 76

二、隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪的主体要件 / 81

第五章 非国家工作人员受贿罪 / 84

一、非国家工作人员受贿罪的行为要件 / 84

二、非国家工作人员受贿罪的主体要件 / 89

三、非国家工作人员受贿罪的主观要件 / 90

四、非国家工作人员受贿罪的未完成形态 / 91

五、非国家工作人员受贿罪的共犯形态 / 92

第六章 非法经营同类营业罪 / 94

一、非法经营同类营业罪的行为要件 / 94

二、非法经营同类营业罪的主体要件 / 95

三、非法经营同类营业罪的罪数 / 96

第七章 签订、履行合同失职被骗罪 / 102

一、签订、履行合同失职被骗罪的行为要件 / 102

二、签订、履行合同失职被骗罪的主体要件 / 107

三、签订、履行合同失职被骗罪的罪数 / 108

第八章 逃税罪 / 110

一、逃税罪的行为要件 / 110

二、逃税罪的主体要件 / 116

三、逃税罪的主观要件 / 122

四、逃税罪的罪数 / 124

第九章 骗取出口退税罪 / 126

一、骗取出口退税罪的行为要件 / 126

二、骗取出口退税罪的罪数 / 130

第十章 虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪 / 132

一、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的行为要件 / 132

二、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的主观要件 / 136

三、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的罪数 / 139

第十一章 非法经营罪 / 140

一、非法经营罪侵犯的法益 / 140

二、非法经营罪的行为要件 / 142

三、非法经营罪的主观要件 / 182

四、非法经营罪的加重要件 / 192

五、非法经营罪的罪数 / 197

第十二章 故意杀人罪 / 210

一、故意杀人罪的对象要件 / 210

二、故意杀人罪的行为要件 / 210

三、故意杀人罪的主观要件 / 220

四、故意杀人罪的减轻要件 / 222