

——面向实务的刑法思考——

总论

秦雪娜 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

面向实务的刑法思考

总论

秦雪娜 编著

图书在版编目(CIP)数据

面向实务的刑法思考. 总论 / 秦雪娜编著. -- 北京:
中国法制出版社, 2024.8

ISBN 978-7-5216-4488-3

I. ①面… II. ①秦… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924.04

中国国家版本馆 CIP 数据核字 (2024) 第 086024 号

策划/责任编辑: 王雯汀

封面设计: 杨鑫宇

面向实务的刑法思考. 总论

MIANXIANG SHIWU DE XINGFA SIKAO. ZONGLUN

编著 / 秦雪娜

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市国英印务有限公司

开本 / 710毫米 × 1000毫米 16开

版次 / 2024年8月第1版

印张 / 37 字数 / 546千

2024年8月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-4488-3

定价: 118.00元

北京市西城区西便门西里甲16号西便门办公区

邮政编码: 100053

传真: 010-63141600

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-63141824

市场营销部电话: 010-63141612

印务部电话: 010-63141606

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系。)

撰稿人

- 秦雪娜 北京理工大学法学院副教授（第一章、第九章）
赵春玉 云南大学法学院教授（第二章）
姚培培 中南财经政法大学刑事司法学院副教授（第三章）
邓毅丞 华南师范大学法学院教授（第四章）
项佳航 北京大学法学院博士研究生（第五章）
李 淼 中国人民公安大学法学院讲师（第六章）
陈文涛 中国民航大学法学院副教授（第七章）
段 蓓 上海政法学院刑事司法学院讲师（第八章）
蒋浩天 清华大学法学院博士研究生（第十章）
刘鹿鸣 最高人民检察院检察理论研究所助理研究员（第十一章）
孟红艳 天津大学检察基础理论研究基地研究员（第十二章）

谨以此书献给所有认真工作、努力生活的人!

编者序

本书从筹划到出版，用了两年时间。认真对待的作品，出版的时刻总是让人激动。在序言部分，先跟读者介绍一下这本书的立意、框架结构以及基本立场，以便读者对本书能有一个总体的了解。

一、打破壁垒：一本通用于理论研究、实务办案、专业学习的书

学者开展理论研究，司法人员和律师办案，以及法科学生进行专业学习，在专业知识的需求上是相通的。而刑法学的专业书籍，大多只适用于部分法律群体，真正做到同时满足研究、实务和教学需求的，并不多见。经常出现的情况是，以深入的理论、精密的思辨见长的书籍，被实务界人士认为不接地气，可应用性不强；以实务情况和案例分析为主的书籍，又被理论界人士认为是平铺直叙，缺乏系统性的提炼和理论深度；至于面向学生的教材类书籍，对于理论研究而言往往深度不够，对于司法实务而言多是隔靴搔痒。抱着这样的想法，在本书的筹划阶段，编者就怀揣“野心”，要出一本能够协助学者开展深入的理论研究，能为司法人员和律师提供有用的办案指引，同时适合作为法科学生教材的刑法学书籍。

编者的目标是否实现，留给读者评判。编者只能说，我们是认真对待且尽到了努力，最后出来的效果，编者也是比较满意的。本书共设置十二章，在各章节的编排上，参考了刑法总论的传统框架，同时根据近些年理论界、实务界关注的问题做了调整，基本上能够涵盖刑法总论的重要议题。本书立意于从我国司法实务中挖掘问题意识，对实务情况的观察并非简单的现象描

述，而是紧密结合各章节的主题，深刻地剖析了我国司法实务现存的问题和症结，这使得本书能够扎实地落脚于地上，务实地解决本土的现实问题。针对实务中的症结所在，各章撰稿人以其擅长的研究领域为本，结合最新理论研究成果，通过系统而深入的论证给出了理论解决方案，这不仅使得本书真正以问题为导向，也保障了内容的理论深度、前沿性和新颖性。此外，结合典型案例分析，将我国实务中存在的问题具象地展现出来，将提出的理论方案予以现实的应用，这使得本书对实务的评析以及由此展开的理论研究更加清晰，让每一处“发现”、每一个“主意”都在个案中受到了检验。以务实为导向的钻研，大概能够贯通理论、实务和教学在需求上的共性。至于本书能否如编者所愿，成为通用于理论研究、实务办案以及专业学习的书籍，静待读者的斧正和批评。

二、结构设计：通过三个板块的安排，倒逼理论和实务双向奔赴

编者是一名法学教学科研工作者，也有参与司法实务办案的经验，以这样的双重身份观察，深感于我国刑法理论和司法实务的隔阂，这种隔阂不仅是物理上，也有情绪上的，是一种“理论瞧不上实务”“实务不屑于理论”的尴尬。因此，在策划阶段，编者就想好了本书的定位，要加强刑法学理论和我国司法实务的互动。编者精心设计了本书的结构，希望通过结构安排拉近理论和实务的距离。本书各章下设小节，每一节分“实务问题”“理论方案”“案例应用”三个板块。

关于“实务问题”板块。从实务问题出发开展理论研究，自然不存在实务和理论脱节的问题。但我国刑法学理论主要是从国外继受而来，并非发芽于我国司法实务这片土壤，这便导致我国的刑法学研究与司法实务存在差距和错位，也导致部分研究者不了解或忽视了本土司法实务的现实情况，产出的研究成果经常是自说自话。司法实务是理论生命力的来源，要想让刑法理论讲出我们听得懂的汉语，就要立足于我们自己的司法实务。出于这样的考虑，编者在各章各节设置的第一个板块就是“实务问题”，要求撰稿人围绕各章节的主题，首先去剖析我国司法实务存在哪些问题。通过这样的设置，把研究者的视野拉回到本土，立足于本土确定问题意识。

关于“理论方案”板块。编者在各章各节设置的第二个板块是“理论方案”，撰稿人在指出我国司法实务存在的问题之基础上，需要在该部分通过分析论证提出解决问题的理论方案。通过这样的衔接，让理论研究成果能够直接作用于我国司法实务的症结，从而起到加强理论和实务联通的效果。此外，过于抽象的理论研究，不适合在司法实务中适用，所以编者在设计 and 编校时，尽量让本书中的理论方案有清晰的主题性表达，尽量让各章撰稿人给出的理论方案具体化。不遮遮掩掩，不弯弯绕绕，才能解决具体问题。

关于“案例应用”板块。把一桩案例从头到尾梳理清楚，并不是一件比写论文容易的事情。很多研究者不善于具体问题的解决，想法经常是不够周全和实际的。本书将“案例应用”设置为各章各节的第三个板块，希望通过案例更加清晰地展示实务中的问题以及理论方案的效果。本书选取的案例特别考虑代表性，除司法机关发布的指导案例、公报案例、审判参考案例、典型案例外，还包括观点分歧较大、对抗性较强的案件，引起广泛关注的社会热点案件，司法说理非常翔实或是判决无罪等少见的案件，以及特别能反映实务问题的其他代表性案件。在案例中，尽量将控辩审各方的观点展示出来，以供读者直观地发现和思考问题。

三、基本思路：从本质出发推导规则，以规范性立场解决具体问题

本书注重从问题本质出发，推导认定方法和认定规则。司法实务对具体问题的处理，特别依赖具象的法律规则。而法律规则的合理性，源自抓住了法律问题的本质。此外，法律方法是探究法律规则的光明之路，不仅在理论上发挥着引领理性的作用，应用到司法实务中也有助于高效、合理地解决问题。这种回归问题本质发现法律规则、以认定方法规范问题处理的路径，是我国司法实务一直所不擅长的。所以，本书在针对司法实务中的问题构建理论方案时，特别注重从法律问题的本质入手，推衍能够扩展适用的法律方法，导出解决具体问题的法律规则。本书的开篇两章是“犯罪的认定方法”和“刑法的解释方法”，意在从犯罪行为的本质、刑法的解释原理出发，首先将共性的法律方法交代清楚。在共同犯罪、犯罪竞合、量刑规范化等章节中，同样是从共同犯罪的本质、犯罪竞合的本质、刑罚正当根据等根本性问题入

手，推导出共同犯罪的认定方法、犯罪竞合的认定方法、规范化量刑步骤等方法性内容，再在问题的处理上展开应用。

本书采用规范论思维，立足于价值判断解决具体问题。在特别强调形式依据的司法传统之下，实务人员养成了一种思维惯性，在问题的处理上多是保守地进行事实判断，较少主动地引入主体性价值思考。然而，事实判断无法洞悉问题的本质，经常将问题的解决系于偶然性的事实条件，也容易因主体对事实剪裁和解读视角的不同，陷入“公说公有理，婆说婆有理”的难分难解中。近年来受德日刑法教义学的影响，我国学界历经了一场从存在论转向规范论的觉醒，开始注重从深层次的价值判断、利益衡量的高度构建法律规则。本书吸收了规范论的研究成果，对于因果关系、不真正不作为犯、犯罪故意与过失、正当防卫的限度条件、违法性错误的可避免性、犯罪中止的自动性等容易迷失在事实判断中的刑法命题，各章撰稿人整体上采用了规范论思维，以深入的价值性思考排解事实层面的迷茫。

理论与司法实务的隔阂是必然还是偶然，我说不好。即使是必然，我们也誓要打破绝对；如果只是偶然，我们就要努力消除引发这种偶然的个性化因素。本书抱着这样的初衷，试图填补我国理论与司法实务的隔阂。填补这种隔阂的方式，一是从我国刑事司法实务的现实情况出发寻找问题意识；二是将前沿的刑法理论成果实际作用于本土问题的解决；三是通过我国司法实务中的典型案例体现问题所在，同时让理论研究成果在个案中受到检验。这种试图串联本土问题、前沿理论以及典型案例的思路，总是想法简单，做起来很难。编者只能说，我以及各位撰稿人是尽力而为，如果能对理论和实务的融合起到万分之一的作用，也深感安慰。

秦雪娜

2024年8月15日于燕保大学城

目 录

CONTENTS

第一章	
犯罪的认定方法	
第一节	犯罪认定方法与“没有行为的案件” / 004
第二节	犯罪认定方法与“不同层次的犯罪” / 010
第三节	犯罪认定方法与犯罪阻却事由的发展 / 020
第四节	犯罪认定方法与疑难案件的问题聚焦 / 030
第二章	
刑法的解释方法	
第一节	刑法的解释目标 / 042
第二节	刑法的文义解释 / 051
第三节	刑法的体系解释 / 062
第四节	刑法的历史解释 / 072
第五节	刑法的目的解释 / 083
第三章	
因果关系的认定	
第一节	实行行为的认定与因果关系 / 095
第二节	刑法上因果关系的判断标准 / 103
第三节	被害人拒绝治疗情形下的因果关系 / 112
第四节	介入第三人行为情形下的因果关系 / 122
第五节	被害人特殊体质情形下的因果关系 / 128

第四章

不真正不作为犯的认定

- 第一节 不真正不作为犯的作为义务来源 / 137
- 第二节 不真正不作为犯的排他性问题 / 148
- 第三节 不真正不作为犯的结果回避可能性问题 / 158
- 第四节 不真正不作为犯与作为犯的竞合 / 167

第五章

犯罪故意与过失的认定

- 第一节 犯罪故意的认识对象 / 179
- 第二节 “明知”的判断标准 / 190
- 第三节 注意义务的来源与边界 / 199
- 第四节 “应当注意且能够注意”的认定 / 207
- 第五节 过失犯中远因溯责的判断要点 / 218

第六章

正当防卫的界限

- 第一节 不法侵害“紧迫性”的判断 / 235
- 第二节 事后反击的不同处理方案 / 244
- 第三节 防卫行为的必要性与防卫过当 / 254
- 第四节 互殴与正当防卫的界分 / 263
- 第五节 警察防卫权的行使 / 271

第七章

违法性错误的应对

- 第一节 违法性错误的体系地位 / 284
- 第二节 违法性错误可避免性的判断规则 / 299
- 第三节 法定犯中违法性错误与事实错误的区分 / 313

第八章	
犯罪停止形态的重要问题	<ul style="list-style-type: none"> 第一节 犯罪着手的认定 / 327 第二节 犯罪中止自动性的认定 / 337 第三节 数额犯的未遂问题 / 346 第四节 犯罪得逞与否的判断 / 356
第九章	
共同犯罪的重要问题	<ul style="list-style-type: none"> 第一节 共同犯罪的本质与认定方法 / 367 第二节 共同犯罪与实行过限 / 380 第三节 片面共犯与意思联络 / 387 第四节 承继的共同犯罪 / 393 第五节 共犯关系的脱离 / 399 第六节 犯罪参与类型 / 407
第十章	
犯罪竞合的重要问题	<ul style="list-style-type: none"> 第一节 犯罪竞合的认定方法 / 424 第二节 法条竞合的识别与处理原则 / 442 第三节 想象竞合的本质与法律效果 / 462 第四节 吸收犯与牵连犯的限制适用 / 475
第十一章	
量刑的规范化	<ul style="list-style-type: none"> 第一节 量刑步骤的规范建构 / 494 第二节 罪行严重程度判断 / 503 第三节 死刑立即执行的适用 / 514 第四节 民意影响量刑的路径 / 525

第十二章
法秩序统一性原理

- 第一节 法秩序统一性的基本理念 / 537
- 第二节 刑事违法性与前置法的关系 / 548
- 第三节 刑法固有违法性的判断 / 555
- 第四节 法秩序统一性与不法原因给付 / 566

后 记 / 577

第一章

犯罪的认定方法

犯罪行为的认定方法，是刑法学的基础内容，也是刑事司法实务的工具。

无论是司法人员，还是法科学生，在判断行为是否成立犯罪时，必然要用到犯罪行为的认定方法，不管他们对此有无意识。

关于犯罪行为的认定方法，我国刑法理论和司法实务经历了从统一到分野的发展历程。过去，受苏联刑法学的影响，我们接受了四要件犯罪论体系，学界和实务对此也是统一的。在长期的、平和的氛围里，四要件体系在我国司法实务中根深蒂固。随着欧陆刑法学的引入，我国学界发生了一场深刻的理论觉醒，四要件体系的地位受到了冲击。学人开始认识到，犯罪认定方法不仅仅是断案的辅助性工具，还关乎刑法的基本立场，涉及犯罪行为的本质原理，可以带动刑法理论的纵深发展，也能对刑事诉讼模式产生影响，并且联结着具体案件处理的合理性。德日的阶层式犯罪构成体系，闪耀着人权和正义的光辉，带着理性和逻辑之美，赢得了我国学界的认可和支持。^①即便坚持四要件体系的学者，也认同四要件自身要作出改进，通过贯彻客观优先的递进观念，对犯罪概念作出不同层次的理解，^②认同要深入探讨犯罪构成的阶层性问题。^③可见，对犯罪认定方法进行体系性的改进，在我国学界是有共识的。只是，司法实务习惯了传统的四要件模式，未能做到与转型后的刑法理论同频。借助媒体的发展，很多典型案件进入了大众视野，四要件体系在案件处理上的短板，也更多地暴露出来。通过提升犯罪认定方法的体系性来提高案件处理的效率和合理性，成为司法实务的现实需求。

以下将从犯罪认定方法与“没有行为的案件”、犯罪认定方法与“不同层

① 参见陈兴良：《犯罪构成论：从四要件到三阶层一个学术史的考察》，载《中外法学》2010年第1期，第49页以下。

② 参见黎宏：《我国犯罪构成体系不必重构》，载《法学研究》2006年第1期，第46—50页。

③ 参见《刑法学》编写组编：《刑法学》（上册·总论）（第2版），高等教育出版社2023年版，第105页。

次的犯罪”、犯罪认定方法与犯罪阻却事由的发展，以及犯罪认定方法与疑难案件的问题聚焦等角度，对我国实务中犯罪认定方法改进的必要性以及改进方案展开分析。

第一节 犯罪认定方法与“没有行为的案件”

借助媒体的曝光，很多典型的案例进入了公众的视野。“刑民倒挂”，也作为一个新鲜的词语，跳入了学者的认知。这在理论的世界中，是不可思议的，即民法上都不需要承担法律责任的案件，却被以犯罪行为进行追诉，走入了刑事诉讼程序，出现了“没有行为”的刑事案件。让人不可思议的现象背后，反映出司法人员在犯罪认定方法上的问题，即过于重视主观方面的犯罪构成要件，忽视了对客观方面的构成要件的检验，这是四要件体系没有建立主客观构成要件的认定顺序所产生的结果。随着先客观、后主观的基本立场逐渐扩大影响，仍在坚持四要件体系的学者，也开始主张对四要件进行改进，接受了客观优先的逻辑理念。为避免超越容忍范围的“刑民倒挂”现象，避免在案件的处理上违背常识常情常理，司法实务也要在犯罪构成体系的改良上下功夫，至少建立起客观优先的认定秩序。这当然不能直接决定案件处理的对与错，但可以加强对客观构成要件是否符合的甄别，降低过于弹性化的主观因素的干扰，减小错案的发生概率。



实务问题

一、仍未形成先客观、后主观的顺位秩序

关于犯罪行为的成立，现代刑法普遍要求具备体现不法性和有责性的各种主客观构成要件，这是以人权保障为根基的罪刑法定原则、法益保护原则以及责任主义原则的基本要求。因此，无论采取何种犯罪认定方法，都需要考虑如何对各种犯罪构成要件进行体系上的安排。四要件体系的安排思路是