

刑

# 刑法各论精释

①上

主 编·陈兴良  
副主编·周光权 车 浩

Specific Interpretation of Criminal Law



北京市优博项目

# 刑法各论精释

Specific Interpretation of Criminal Law

主 编 陈兴良

副主编 周光权 车 浩

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

周光权 劳东燕 付立庆 江 溯

林 维 方 鹏 车 浩 柏浪涛

陈兴良 王政勋

上

人民法院出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑法各论精释:全2册/陈兴良主编. —北京:人民法院出版社,2015.9  
ISBN 978-7-5109-1326-6

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04  
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 213847 号

## 刑法各论精释(上、下册)

陈兴良 主编

---

责任编辑 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550565(责任编辑) 67550558(发行部查询)  
65223677(读者服务部)

客服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

---

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 1506 千字

印 张 81.5

版 次 2015 年 9 月第 1 版 2015 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-1326-6

定 价 208.00 元(上、下册)

---

版权所有 侵权必究

## 序

《刑法各论精释》一书是在我主编出版了《刑法总论精释》以后，组织编写的一部刑法各论的专题性著作。经过参与编写者长达数年的不懈努力，我们终于完成了这一写作计划。

值此《刑法各论精释》一书即将付印之际，刑法修正案（九）恰好颁布。如果说，刑法修正案（八）重点修订的是刑法总则；那么，刑法修正案（九）重点修订的就是刑法分则：不仅对原有罪名进行了修改，而且增设了有关罪名，对于刑法分则的发展完善具有极为重要的意义。在此，谨对刑法修正案（九）涉及对刑法分则修订的主要内容进行归纳。

### （一）恐怖主义犯罪

恐怖主义犯罪是刑法打击的重点之一，尤其是近年来随着恐怖主义分子的日益猖獗，刑法关于恐怖主义犯罪的规定亟待加强与完善。2001年刑法修正案（三）对1997年刑法第一百二十条关于恐怖主义犯罪的规定已经作过修订，主要是提高了组织、领导、参加恐怖组织罪的法定刑，并且新增了刑法第一百二十条之一的资助恐怖活动罪。这次刑法修正案（九）又对我国刑法中的恐怖主义犯罪作了进一步的修改、补充。具体内容表现为：

#### 1. 增加组织、领导、参加恐怖组织罪的财产刑

刑法原第一百二十条规定的组织、领导、参加恐怖组织罪，经过刑法修正案（三）的修订，提高了该罪的法定刑，但对该罪并没有规定财产刑。考虑到恐怖主义犯罪的实施一般都要求具备一定的经济实力，因此，增设财产刑既可以作为对恐怖主义犯罪的一种经济性的惩罚，又可以剥夺犯罪分子再次进行恐怖主义犯罪的经济条件。为此，刑法修正案（九）对组织、领导恐怖活动组织的，规定了并处没收财产的处罚。对积极参加和其他参加恐怖活动组织的，规定了并处罚金的处罚。

#### 2. 扩大资助恐怖活动罪的行为类型

资助恐怖活动罪是刑法修正案（三）新增的罪名，这里的资助主要是指

提供物资上的帮助。根据资助恐怖活动犯罪的新发展，刑法修正案（九）在资助恐怖活动罪的行为中增加了资助恐怖活动培训的内容，并且将为恐怖活动组织、实施恐怖活动或者恐怖活动培训招募、运送人员亦规定为犯罪，从而使对恐怖活动的资助从单纯的资金资助扩展为培训人员等形式的资助。

### 3. 增设恐怖主义犯罪的新罪名

刑法修正案（九）根据恐怖主义犯罪的新动向，基于惩治恐怖主义犯罪的实际需要，新设了四个恐怖主义犯罪的罪名，几乎形成了局部的恐怖主义犯罪刑法，由此而严密了惩治恐怖主义犯罪的法网。刑法修正案（九）增加为实施恐怖活动而准备凶器或危险品，组织或者积极参加恐怖活动培训，与境外恐怖活动组织、人员联系，以及为实施恐怖活动进行策划或者其他准备的犯罪；增加规定以制作资料、散发资料、发布信息、当面讲授等方式或者通过音频视频、信息网络等宣扬恐怖主义、极端主义、或者煽动实施恐怖暴力活动的犯罪；增加规定利用极端主义煽动、胁迫群众破坏国家法律确立的婚姻、司法、教育、社会管理等制度实施的犯罪；增加规定持有宣扬恐怖主义、极端主义的物品、图书、音频视频资料的犯罪。增加规定拒不提供恐怖主义、极端主义犯罪证据的犯罪；增加规定以暴力、胁迫等方式强制他人在公共场所穿着、佩戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志的犯罪。从以上规定的内容来看，刑法修正案（九）将恐怖主义犯罪的预备行为规定为独立的罪名，将对恐怖主义犯罪的处罚提前，从而加大了对恐怖主义犯罪的惩治力度。刑法修正案（九）还将惩罚的触须伸向极端主义，将有关宣扬、煽动恐怖主义和极端主义的行为都规定为犯罪，进一步压缩恐怖主义和极端主义的生存空间。

#### （二）网络犯罪

随着互联网在社会生活中的重要性日益凸显，以及网络空间的形成，网络犯罪日益滋生蔓延，其社会危害性也越来越大。从1997年刑法开始，对网络犯罪的立法规定逐渐形成规模。尽管如此，刑法对网络犯罪的规定还是不能适应惩治网络犯罪的需要。在这种情况下，刑法修正案（九）对网络犯罪进行了修改、补充。刑法修正案（九）加重了网络服务提供者对信息网络安全的管理义务，规定网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：（1）致使违法信息大量传播的；（2）致使用户信息泄露，造成严重后果的；（3）致使刑事案件证据灭失，情节严重的；（4）有其他严重情节的。

此外，刑法修正案（九）还将利用信息网络发布某些犯罪信息的行为规定为犯罪。我国刑法第二百八十七条规定：“利用计算机实施金融诈骗、盗

窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。”这是所谓利用计算机犯罪，由于刑法对被利用的犯罪都有规定，因此这是一个提示性规定。按照这一规定，凡是利用计算机实施刑法所规定的传统犯罪的，都应当按照刑法相关规定论处。但目前司法实践中，存在着利用计算机发布犯罪信息现象，这些行为本来是相关犯罪的预备行为或者帮助行为，但因其采取网络形式实施，按照传统犯罪认定存在一定困难。在这种情况下，刑法修正案（九）对此作了专门规定。将利用信息网络实施下列行为之一，情节严重的规定为犯罪。这些行为是：（1）设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组的；（2）发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的；（3）为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。同时，立法机关还把明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的行为规定为犯罪。

### （三）贪污贿赂犯罪

贪污贿赂犯罪也是这次刑法修正案（九）修订的重点之一。贪污贿赂犯罪也就是我们通常所说的腐败犯罪，这是刑法严惩的重点。自从1997年以来，立法机关对贪污贿赂犯罪进行了多次修改、补充，使其不断发展完善。在此基础上，刑法修正案（九）又对贪污贿赂犯罪作了以下三个方面的修订：

#### 1. 取消贪污贿赂罪的数额规定

1997年刑法对贪污罪规定了定罪量刑的具体数额标准，这一数额标准同时适用于受贿罪。根据刑法原第三百八十三条的规定，对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：（1）个人贪污数额在10万元以上的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。（2）个人贪污数额在5万元以上不满10万元的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。（3）个人贪污数额在5000元以上不满5万元的，处一年以上七年以下有期徒刑；情节严重的，处七年以上十年以下有期徒刑。个人贪污数额在5000元以上不满1万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。（4）个人贪污数额不满5000元，情节较重的，处二年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。由此可见，刑法对于贪污罪主要是根据数额大小多寡进行定罪量刑的，这一数额标准甚至适用于受贿罪。这种在刑法典中明确规定数额的立法方式，固然使贪污受贿罪的定罪量刑标准法定化，对于统一贪污受贿罪的定罪量刑标准具有一定的

价值。但这种在立法上固化定罪量刑标准的做法也存在弊端，这就是不能使定罪量刑标准随着社会经济的发展而变动。例如，1997年的1万元、5万元、10万元的货币价值与现在等值的货币价值相比，已经不可同日而语。在这种情况下，贪污受贿罪定罪量刑的数额标准不变，无疑是在无形之中加大对贪污受贿罪的处罚力度。如果这种处罚程度在合理范围之内，当然没有问题。但经过将近20年的发展，贪污受贿罪的数额标准已经明显不合时宜。在这种情况下，刑法修正案（九）取消了具体的数额标准，改为数额较大、数额巨大和数额特别巨大，并与其他较重情节、其他严重情节和其他特别严重情节相并列。至于具体标准则留待司法解释加以明确，并随着物价水平变化而及时进行调整。我认为，这样一种规定更为科学合理。

## 2. 增设为利用影响力行贿罪

在我国刑法中，受贿罪与行贿罪之间存在对合关系。表现在立法上，每个受贿罪名都存在与之对应的行贿罪名。例如，行贿罪对应于受贿罪，对非国家工作人员行贿罪对应于非国家工作人员受贿罪，对单位行贿罪对应于单位受贿罪，等等。2009年刑法修正案（七）设立了利用影响力受贿罪，但当时并没有设立与之对应的为利用影响力行贿罪。为了弥补这一立法缺失，刑法修正案（九）增设为利用影响力行贿罪，规定：“为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其他近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处七年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯前款罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”应该说，这一规定完善了我国刑法贿赂罪的罪名体系，对于惩治行贿犯罪具有积极意义。

## 3. 增加行贿犯罪的财产刑

刑法修正案（九）加重了对行贿犯罪的处罚，除了增设为利用影响力行贿罪以外，还对其他行贿犯罪增加了财产刑。在刑法原规定中，对于行贿犯罪都没有并处罚金的规定，这次刑法修正案（九）对行贿罪、对单位行贿罪和单位行贿罪都增加了并处罚金的规定，以体现对行贿犯罪的经济惩罚。

刑法修正案（九）除了以上三个方面的集中修订的内容以外，还对侵犯人身犯罪、妨碍社会秩序犯罪等作了多处修改，其中有些修改产生了较大的社会影响。例如嫖宿幼女罪的废除，回应了社会公众对这一问题的关注。又如，对扰乱法庭秩序罪的修改，进一步规范诉讼参与人在法庭上的行为，等等。这些修改、补充虽然并未尽如人意，但还是在一定程度上推动了刑法的

发展。

刑法各论是刑法理论的重要组成部分，尤其对于司法实践具有指导意义。然而，长期以来我国刑法学界对于刑法总论的重视程度远远超过对于刑法各论的重视程度。这当然是与刑法总论所具有的学术性、体系性和逻辑性有关的，刑法总论更能够激发学者的理论冲动与研究热情。相对而言，刑法各论是以个罪为本位的，具有较强的技术性、个案性和实践性。如果只是从法条出发，进行理论性的逻辑推理，显然难以对刑法各论作出精确的阐述。刑法各论的研究要求贴近司法实践，因此也就要求对于司法实践定罪过程中的疑难问题具有相当程度的了解，并能够从法理高度对此加以回应。只有这样，才能使刑法各论的研究摆脱简单的法条解读的窘境。应该指出，随着我国刑法理论研究不断向前推进，刑法各论将会越来越受到重视。可以说，刑法各论是我国刑法的知识增长点。

考察目前我国刑法各论的研究成果，主要具有以下四种形态：一是刑法各论的教科书，或者刑法教科书中的刑法各论。这是我国刑法学界对于刑法各论研究的最为主要的成果形态。一部完整的刑法教科书不能没有各论部分，而且随着刑法分则的立法增长，刑法各论在刑法教科书中的篇幅也不断增加，远远超过了刑法总论的篇幅。应该说，有些刑法教科书中的刑法各论部分还是写得相当不错的，虽然是每罪必论，还是对刑法分则中的重点罪名进行了较为充分的理论阐述。例如，张明楷教授所著的《刑法学》一书，刑法各论部分占到了差不多一半的篇幅。对于重点罪名的阐述具有一定的理论深度。但是，囿于篇幅所限，绝大部分刑法教科书的刑法各论部分，对各罪的论述还是蜻蜓点水，浅尝辄止，一般都只是限于对刑法分则的法条诠释，而未能对司法认定中的疑难问题展开讨论。因此，刑法教科书中的刑法各论部分只能满足教学的需求，而不能满足司法实践对刑法各论的理论要求。二是刑法各论的体系性著作，对刑法各论进行具有广度与深度的论述。这类著作一般都篇幅较大，论述深度远远超过刑法教科书的刑法各论。在我国刑法学界，此类著作具有较大影响的是周道鸾、张军主编的《刑法罪名精释》（上下卷）一书，由人民法院出版社出版，目前已经出版了第四版。该书的最大特点是紧密联系司法实践，利用撰稿人所具有的最高人民法院法官的身份，对涉及刑法个罪的司法解释作了较为权威的理论说明，同时也论及一些司法实践反映较多的疑难问题。对于司法实践具有较强的针对性与指导性，因而受到实务部门的欢迎。此外，王作富教授主编的《刑法分则实务研究》（上、中、下）一书，由中国方正出版社出版，目前已经出版了第五版，也是在学术界和实务界具有较大影响的一部刑法各论的体系性著作。此外，马克昌教授主编的《百罪通论》（上下卷）一书，由北京大学出版社出版，对刑法中



的112个罪名进行了较为深入的研究，这些罪名均为刑法中常见多发的罪名。该书篇幅较大，内容丰富，吸收了关于个罪研究的成果，对于刑法理论和司法实践都具有参考价值。我曾经主编过《罪名指南》（上下卷）一书，第一版由中国政法大学出版社出版，第二版由中国人民大学出版社出版。该书对罪名的立法沿革、概念、构成特征、认定和处罚等问题都进行了细致的论述。三是个罪的专著，已经出版的此类著作基本上是对我国刑法分则的重点罪名进行的研究性著作，这些重点罪名包括盗窃罪、抢劫罪、侵占罪、故意杀人罪、强奸罪、受贿罪、贪污罪、挪用公款罪等。这类著作集中论述一个罪名，能够较为深入地论及某个罪名的各个方面，具有一定的理论深度。例如，王新教授的《反洗钱：概念与规范诠释》（中国法制出版社2012年版）一书对洗钱罪进行了具有国际视野的深入论述，达到了专著的较高水平。但是，大部分个罪性的论述著作还只是教科书对个罪论述的扩充版，未能在深度和广度上有较大的拓展。四是局部性的刑法各论著作，较为常见的是类罪的著作，即对刑法分则的某一类罪进行论述。例如，对侵犯人身权利罪、侵犯财产权利罪、危害公共安全罪、渎职罪等常见类罪的专门性论著。另外一种情形是对重点罪名的讨论。例如，王作富、刘树德的《刑法分则专题研究》（中国人民大学出版社2013年版）一书，对21个罪名进行了专章的论述，具有较大的参考价值。但是，该书论述了暴力取证罪、拒不执行判决、裁定罪、徇私舞弊不移交刑事案件罪等并不常见疑难的个罪。因此，这类著作面临的一个难题是个罪的选择，这也是本书在编写过程中不能回避的一个问题。

《刑法各论精释》一书当然属于以上所说的局部性的刑法各论著作，在选择个罪罪名的时候，颇费思量。在我看来，我国刑法分则中的数百个罪名，并非每个罪名都具有同等的重要性。事实上，大量罪名是备而不用的，还有些罪名是偶尔用之的，只有少量罪名是常用的。因此，在选择罪名的时候，第一个标准就是常用性。只有常用的罪名才值得进行专门的、充分的研究。其他非常用的罪名只要在教科书中进行简单论述即可，而没有必要浪费学术资源进行无用的研究。那么，如何判断一个罪名的常用性呢？我认为，这要根据一个罪名在刑事案件中所占的比重来确定。虽然我国没有官方正式颁布的此类文件，但通过对最高人民法院公报等权威资料的了解，还是可以对常见罪名进行排列。常见罪名还不是唯一的标准，有些常见罪名较为简单，在司法适用中没有太多的争议，也就没有必要进行专门讨论。因此，在选择罪名的时候，第二个标准就是疑难性。这里的疑难包括了两个含义：一是法律规定理解上的疑难。例如，受贿罪的“为他人谋取利益”到底如何理解？这里涉及该规定是受贿罪的客观要件还是主观要件等争议，这一争议就是由法律规定本身所带来的。二是司法认定中的疑难。也就是说，法律规定本身是

明确的，但在司法认定中出现了问题。例如，挪用公款罪的“归个人使用”，从字面上看是容易理解的，但在司法实践中，究竟如何认定这里的“归个人使用”，是否包括归他人使用，以及是否包括归单位使用等，都存在争议。只有这些存在争议的疑难罪名，才需要进行深入的法理探究。

基于常见和疑难这两个标准，本书选择了以下 25 个罪名进行专题性的论述（以下括号中所标示的是该章的撰稿人）：

1. 故意杀人罪（清华大学教授周光权）；
2. 过失致人死亡罪（清华大学教授周光权）；
3. 故意伤害罪（清华大学副教授劳东燕）；
4. 强奸罪（中国人民大学副教授付立庆）；
5. 绑架罪（中国人民大学副教授付立庆）；
6. 拐卖妇女、儿童罪（北京大学副教授江溯）；
7. 盗窃罪（北京大学副教授江溯）；
8. 抢劫罪（中国青年政治学院教授林维）；
9. 抢夺罪（中国政法大学副教授方鹏）；
10. 诈骗罪（北京大学副教授车浩）；
11. 侵占罪（中国政法大学副教授方鹏）；
12. 敲诈勒索罪（清华大学副教授劳东燕）；
13. 故意毁坏财物罪（中国地质大学副教授柏浪涛）；
14. 以危险方法危害公共安全罪（清华大学副教授劳东燕）；
15. 重大责任事故罪（北京大学教授陈兴良）；
16. 交通肇事罪（中国青年政治学院教授林维）；
17. 生产、销售伪劣产品罪（中国地质大学副教授柏浪涛）；
18. 非法经营罪（北京大学副教授车浩）；
19. 妨害公务罪（中国地质大学副教授柏浪涛）；
20. 聚众斗殴罪（中国政法大学副教授方鹏）；
21. 寻衅滋事罪（北京大学教授陈兴良）；
22. 贪污罪（清华大学教授周光权）；
23. 挪用公款罪（西北政法大学教授王政勋）；
24. 受贿罪（北京大学教授陈兴良）；
25. 玩忽职守罪（西北政法大学教授王政勋）。

在本书的写作中，为了紧密联系司法实践，我们将案例分析与法理阐述结合起来，使案例成为对个罪阐述的一条红线，这也是本书的特色之一。疑难问题往往具有个案性，只有通过个案才能呈现出来。因此，在对个罪进行理论分析的基础上，通过引述个案，对司法实践对个罪的司法认定中所反映

出来的疑难问题进行专门论述，就显得十分必要。尤其是在案例指导制度建立以后，随着指导性案例的颁布，个罪认定的更为细致的规则被提炼出来，与刑法分则对个罪的规定共同形成个罪认定的法律规制，在个罪研究中日益凸显出其重要性。当然，本书对于个案分析与个罪研究的结合只是一种尝试，还有待于进一步探索。

对于重点罪名的研究一直是我的一种心愿，我对刑法分则中的某些罪名曾经进行了一些研究，例如盗窃罪、侵占罪、受贿罪等。但学术精力有限，难以独立完成一部分则性的研究专著。在这种情况下，借助于集体的力量，终于编写了这部《刑法各论精释》，也算是了却了我的一个愿望。

参与本书写作的人员都是我的学生，也是《刑法总论精释》一书的作者。他们来自各个高校，都是我国刑法学界的新生力量。我们共同努力，出版了这部个罪研究的著作，记载了一段学术生涯的难忘岁月。本书由我担任主编，周光权教授和车浩副教授作为副主编，承担了本书编写和出版的大量工作。最后，对于人民法院出版社编辑为本书的顺利出版所付出的心血也一并致以崇敬的谢意。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2015年9月18日

## 刑法各论的教义学基础（代序）

我国刑法学历来重视对总论的研究，对刑法各论的研究相对薄弱，因此，有必要提出刑法各论的法教义学化命题。刑法理论的教义学化是我国当前刑法知识转型的题中之意。刑法理论的教义学化包括刑法总论的教义学化，当然也包括刑法各论的教义学化。刑法各论的教义学化，主要是指对刑法条文的解释论研究，尤其是各种解释方法的娴熟运用，同时，在对刑法分则条文的解释中处理好刑法总论和各论的关系、刑法总则条文和分则条文的关系、分则条文的相互关系。

### 一、刑法总论和各论关系的教义学理解

众所周知，刑法总论讨论刑法的宏观理论问题（如刑法学派论争、犯罪构成的一般理论等）以及刑法总则有关犯罪、刑罚的一般原理、原则问题，内容涉及犯罪成立的一般要件以及特殊的犯罪形态（未遂、共犯），刑罚的本质、种类、适用条件等。与此相对，刑法各论则是对各个犯罪的特别构成要件及其法律效果进行具体的、个别的研究，揭示其构成要件的具体内容，并对刑罚适用的种类和分量加以认识。刑法总论与刑法各论是一般与特殊、抽象与具体、共性与个性的关系。刑法总论的严谨和发达与否决定着分则规定的适用和刑法各论理论的演绎，其所阐述的一般原理、原则对刑法各论研究各种具体犯罪问题具有指导作用，充分发挥刑法总论对刑法各论的指导作用，有助于深入开拓刑法各论的研究。此外，刑法总论对刑法各论的研究具有约束作用，刑法各论的研究不能违背刑法总论阐述的已得到普遍认可的原理、原则。

一般认为，刑法各论的研究具有以下特色：（1）仅是对刑法分则条文的解释，总体上受制于立法规定，理论创新的难度较大；（2）对各罪的研究，问题点比较分散，难以对宏观问题进行提炼；（3）各论研究与刑法总论的关联性不大。

但是，前述主张在很大程度上是一种片面认识，对刑法各论的理解还停

留在直观把握的层面，没有站在教义学的高度来理解刑法各论。因为，对立法如何进行解释，将刑法分则的适用解释得非常精巧，确保司法实务不出错，是一个非常重要的问题；对各论的研究，实际上在分别解释各罪构成要件的同时，需要对法条间相互的竞合、吸收、牵连等关系进行深入探讨揭示；刑法总论的很多理论，都与各论存在紧密关联，各论的发展能够推动总论的发展。因此，在刑法各论中，仍然涉及教义学上的诸多问题。

研究刑法各论具有重要的理论与实践意义：（1）刑法各论理论的完善对于检验刑法总论，丰富和发展刑法总论体系、提升刑法总论的整体水平具有决定性的意义。刑法总论具有抽象性、概括性，其阐述的一般原理、原则只有通过刑法各论的贯彻，才能应用于司法实践，同时对其科学性进行检验，发现其不足，促进其完善。因此，刑法各论是实践并检验刑法总论的重要途径。刑法各论直接研究、解决具体犯罪问题，其通过积累、概括一些共性问题并加以研究所形成的理论能够直接为刑法总论所吸收，从而丰富、发展刑法总论。（2）有助于掌握各种犯罪的构成要件，正确区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限，做到定罪准确，切实贯彻罪刑法定原则。（3）有助于正确量刑刑罚，确保量刑适当，使罪刑相适应原则能够落到实处，促进刑事立法与司法完善。

## 二、总则条文和分则条文关系的教学性把握

### （一）总则的“但书”规定和分则各罪之间的关系

我国刑法第十三条对犯罪的概念进行了界定。这一规定是对各种犯罪现象的理论概括，它不仅揭示了犯罪的法律特征（刑事违法性），而且阐明了犯罪的实质内容（法益侵害性），从而为区分罪与非罪的界限提供了原则标准，是一个比较完整的犯罪概念。同时，刑法第十三条在“但书”部分明确规定：“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。这是从反面强调何种行为不是犯罪。这里的“不认为是犯罪”是指情节显著轻微危害不大的，立法上不认为其构成犯罪，司法上自然就不能将其作为犯罪处理，因此，对于“但书”规定，不能理解为情节显著轻微危害不大的，是犯罪，只是不作为犯罪处理。

对于“但书”和犯罪成立条件的关系，以及“但书”的司法功能问题，需要仔细辨析。多数学者肯定甚至夸大了“但书”的功能，其中有的学者认为，“但书”规定具有重要的“出罪”功能，行为符合犯罪成立要件，仍然可以根据“但书”规定，在情节显著轻微，社会危害性不大，没有处罚必要性的场合，认定其不是犯罪。<sup>①</sup>但是，这一观点是值得商榷的。因为刑法第十

<sup>①</sup> 储槐植：《刑事一体化论要》，北京大学出版社2007年版，第101页。

三条所规定的犯罪概念，只是犯罪成立与否的指导形象，而不是认定犯罪的具体标准；“但书”的规定，也只是“出罪”的指导原则，而非排除犯罪的具体标准。行为是否成立犯罪，以行为是否符合刑法分则的罪状规定，是否具备犯罪成立条件为准。行为不能作为犯罪处罚，是因为行为不符合刑法分则的罪状规定，不具备犯罪成立条件。在行为与刑法分则的规定相一致，符合犯罪成立条件的情况下，又根据“但书”的规定排除其犯罪性，是自相矛盾的说法，没有坚持构成要件观念，弱化了犯罪成立条件的功能，可能冲击罪刑法定原则。

还有的学者认为，刑法分则所规定的构成要件是形式化的，“但书”所规定的行为，从表面上看符合刑法分则某一条文的规定，但因其情节显著轻微、危害不大，实际上不构成该条文所规定的犯罪。<sup>①</sup>但是，这种主张没有看到刑法分则关于罪状的规定是将具有处罚必要性的法益侵害行为类型化的实质，刑法分则的规定充分揭示了行为的客观危害性，凡是符合分则各罪规定的行为，都是立法者从形形色色的危害行为中挑选出来的，达到国家不能容忍程度的法益侵害性，必须动用刑罚处罚的行为，而不可能是“情节显著轻微，危害不大的行为”。根据刑法谦抑性的要求，对于情节显著轻微，危害不大的行为，没有必要由立法者作出刑法反应，所以，该行为不可能成为刑法分则所明示的构成要件行为。将构成要件形式化，认为行为符合刑法分则的罪状规定，但仍然可以根据“但书”规定“出罪”的主张，和法益侵害说以及实质的构成要件观念都不符合。

对此，认识到以下两点是比较重要的：（1）立法上是将值得用刑法处罚的行为类型化，“提炼”为犯罪构成。立法不是对琐碎生活的描述，刑法更不理睬鸡毛蒜皮之事（例如，对私自开拆他人一封信件的行为，在刑法上不能认定为违法行为，不可能符合分则构成要件）。“构成要件，是立法者将那些侵害法益的形态、程度重大，对于维持社会秩序来说不能置之不理的行为，即当罚行为，根据社会通常观念，在法律上进行抽象化、类型化，以表示成为犯罪的行为的形式要件，并把它作为可罚行为。”<sup>②</sup>而“但书”所规定的行为，从实质上看根本不符合刑法分则某一条文的规定，是不构成犯罪的行为。说到底，“但书”只不过是隶属于评价犯罪的构成要件标准说的提示性、注意性规定，不是在认定行为是否构成犯罪的犯罪成立条件理论之外另行提出“出罪”标准。（2）“但书”规定的功能是有限的。即应根据刑法规定的构成要件来认定犯罪，而不应该考虑但书规定。但书规定没有出罪功能。也就是

① 王作富：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年版，第66页。

② [日]大谷实：《刑法讲义各论》（新版第2版），黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第3页。

说，由于但书规定是对不符合分则规定的行为不具有违法性进行抽象的、总则性的提示，其不能明示行为不违法的原因，因此，不能直接将其作为无罪依据。但书的适用余地极其有限，即应限定为：行为不符合构成要件，从而情节显著轻微，不构成犯罪。所以，但书规定，总是和行为不符合构成要件联系在一起。不能认为行为符合分则所规定的构成要件时，还可以再引用但书规定宣告被告人无罪。<sup>①</sup>

## （二）总则的共犯规定和分则“拟制的正犯”之间的关系

我国刑法分则所规定的拟制的正犯，又称为“共犯行为正犯化”。在我国刑法中，存在为数不少的“共犯行为正犯化”即“拟制的正犯”的立法，使得部分原本可以作为教唆犯、帮助犯处罚的人成为直接正犯，他人与之成立共同正犯、狭义的共犯就成为可能（如资助敌罪、资助危害国家安全罪、资助恐怖活动罪、传授犯罪方法罪、容留卖淫罪、协助组织卖淫罪、教唆他人吸毒罪等）。在我国台湾地区“刑法”中，也有类似规定，如将教唆法官枉法裁判或帮助公务员收受贿赂的行为，分别规定为教唆枉法裁判罪、帮助受贿罪。

共犯从属性理论强调必须要有正犯，才能谈得上共犯。但是，在立法上，可能根据法益保护的必要性原则，对共犯从属性说进行变通，作出一些特殊规定，将共犯行为以正犯看待。归纳起来说，在我国刑法分则中，拟制正犯的立法，大致有两类：（1）规定正犯行为，同时将原本属于共犯的行为明确规定为独立的正犯行为。例如，刑法第三百五十八条第一款规定了组织卖淫罪。协助组织卖淫的行为原本属于组织卖淫罪的帮助犯，但是，立法上为了防止法官引用从犯的规定，对帮助犯处刑过轻，而在该条第四款将协助组织卖淫的行为规定为独立的罪名，协助组织卖淫行为和组织卖淫行为之间就不再共有共犯与正犯上的从属关系。又如，军人逃离部队是我国刑法规定的一种犯罪行为，煽动军人逃离部队的，刑法第三百七十三条规定了煽动军人逃离部队罪，教唆行为就不再被当作军人逃离部队罪的共犯处理。（2）不规定相应正犯，但将危害较大的共犯行为独立规定为正犯行为。例如，当事人自己毁灭证据的，不构成犯罪。无毁灭证据的正犯，当然谈不上有帮助犯。但是，刑法第三百零七条第二款特别规定了帮助毁灭、伪造证据罪，将帮助当事人毁灭、伪造证据的共犯行为视作正犯。类似的规定还有刑法第三百五十九条引诱卖淫罪。又如，在我国刑法中，吸食、注射毒品行为本身未规定为犯罪，但其教唆行为在刑法第三百五十三条以教唆他人吸毒罪单独加以规定。

拟制的正犯的规定，会产生以下法律效果：（1）某些正犯行为（如组织卖淫）如果离开某些共犯行为（如协助组织卖淫），基本上不可能完成。因

<sup>①</sup> 周光权：《刑法总论》（第2版），中国人民大学出版社2011年版，第5页。

此，将类似经验上通常会出现的共犯行为类型化地拟制为正犯行为。(2) 使部分共犯行为具备独立的不法内涵，在真正的正犯尚未着手实施危害行为前，对原本以狭义共犯的面目出现的行为也可以作为正犯处罚，从而使得处罚时点提前。(3) 对没有共同犯罪关系或者正犯不处罚的情形（例如，吸毒者无罪），也可以将教唆、帮助者作为正犯处罚，扩大了处罚范围。(4) 在某些场合，充分考虑了罪刑均衡原则。因为，有的帮助行为危害性严重，接近于相应的正犯，如不将其拟制为正犯，而作为狭义共犯看待，再援引总则从犯从轻处罚等规定，对这些人的处罚就可能过轻，从而放纵犯罪。协助组织卖淫罪就是这方面的典型例子。如果将这些危害较为严重的共犯行为直接规定为正犯，可以避免总则的规定，做到准确量刑。(5) 反映了行为无价值论的思路：被拟制为正犯的行为比其他帮助、教唆行为更容易侵害法益（例如，充当打手的协助组织卖淫行为更容易妨害社会管理秩序，资助恐怖活动组织比资助杀人犯更容易造成更大范围的人身财产损害）。因此，将类似共犯行为类型化就值得重视，将其行为样态从共犯提升为正犯是保护法益所必需的。这样的规定，也可以发挥刑法作为行为规范的功能，起到积极的一般预防的作用。如果仅仅考虑结果无价值一元论，根据该共犯行为并结合总则规定也可以达到法益保护的效果，没有必要规定拟制的共同正犯。

但是，如果拟制正犯的立法过多，也会带来一些问题：(1) 在正犯者是身份犯的场所，理论上不能将不具有特定身份的人评价为正犯。但是，非身份犯在对身份犯传授犯罪方法（如无业者对多名国家工作人员讲授监守自盗的方法）时，将传授犯罪方法这种教唆行为拟制为正犯，没有考虑正犯概念和构成要件的紧密关联性。(2) 拟制正犯的立法，采取单一正犯概念，与现代各国刑法理论中区分正犯、共犯的二元犯罪参与体系相悖。(3) 有的拟制正犯立法带有随意性，论证不充分，可能将不处罚正犯时的共犯拟制为正犯，将不重要的、不值得刑法保护的利益上升为法益，和刑法的最后手段性不相符合，反映了“刑法家长主义”的倾向。

在刑法分则规定拟制的正犯的场所，总则关于共犯的相关规定，尤其是从犯（帮助犯）的规定没有适用的余地。换言之，拟制正犯的规定排斥总则规定。例如，刑法第三百五十八条规定了协助组织卖淫罪，那么，为组织卖淫的人招募、运送人员或者有其他协助组织他人卖淫行为的，不再以组织卖淫罪的帮助犯论处，不能对协助组织卖淫的人适用总则关于共犯的相关规定。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 当然，拟制的正犯为多人（例如，有5人对娱乐场所负责人的组织卖淫行为进行协助）的，在这些拟制的正犯内部是否还需要区分主从犯，是一个有争议的问题。



### （三）总则的累犯规定与分则毒品再犯之间的关系

累犯的最初概念注重的是犯罪行为的特征。这种累犯概念，是以刑事古典学派的客观主义作为其理论基础的。此后，随着刑事实证学派的兴起，理论上开始了从犯罪行为向犯罪人的转变，由此出现了以犯罪人的人身危险性为重点的累犯概念。刑法学的通说大致认为：现代刑法上的累犯，更多地强调犯罪人的人身特征，将累犯视为人身危险性较大的一种特殊犯罪人类型。犯罪人在一定时间以内又犯性质比较严重的罪行，表明其人身危险性很大，应当对其判处较重的刑罚，才能有效地实施惩罚和改造，最终达到预防犯罪的目的。这就是刑法确立累犯制度的理由所在。

我国刑法第六十五条规定了一般累犯，是指因故意犯罪被判处有期徒刑以上刑罚且已满18周岁的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年内故意再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的情形。这里的“不满18周岁的犯罪分子”，不构成累犯包括两种情况：（1）犯前后两罪时都不满18周岁的，当然不成立累犯；（2）犯前罪时不满18周岁，犯后罪时，即使已满18周岁的，也不是累犯。如果只肯定前一种情况不成立累犯，会带来很多问题：一方面，未成年人犯前罪被判处有期徒刑后，再犯后罪时不满18周岁的情形在实践中非常少，不满18周岁不构成累犯的规定适用余地几乎没有。另一方面，对未成年人限制累犯的成立，是因为考虑到其认识、控制能力有限，从而在法律上对其宽宥。因此，不满18周岁的人不构成累犯的规定“射程”，自然包括犯前罪时不满18周岁，犯后罪时已满18周岁的情形。否则，就是对被告人量刑上的不利宣告。

与此有关的问题是：未成年人的前科是否可以作为从重处罚情节看待？对此，有三种观点：（1）前科应当作为后罪的酌定从重处罚情节看待，这符合司法惯例，也不与“不满18周岁的犯罪分子”不构成累犯的规定相抵触，因此，在起诉书、量刑建议书、判决书中都应载明前科事实。（2）未成年人犯罪的前科事实不应作为酌定从重处罚情节，因而不能在法律文书上有所反映。（3）根据刑法第一百条关于犯罪的时候不满18周岁被判处有期徒刑以下刑罚的人，免除前科报告义务的规定，未成年人犯罪被判刑五年以下的，不应作为后罪的前科，不能成为从重处罚事由。但超过五年有期徒刑的前科，可以作为酌定处罚事由。<sup>①</sup> 如果考虑到刑法对未成年人的特殊体恤，坚持量刑上的禁止不利评价原则，根据“不满18周岁的犯罪分子”不构成累犯，不能从重处罚的规定，自然可以得出未成年人犯罪的前科不能作为后罪从重

<sup>①</sup> 陈珍建等：《修（八）视野下未成年人犯罪前科可否作为后罪的从重处罚情节》，载《中国检察官》2012年第3期。

处罚的酌定情节的结论，那么，在起诉书、量刑建议书、判决书等法律文书中都不应出现未成年人犯罪的前科事实。

特别值得注意的是：虽然刑法并未在第三百五十六条规定不满 18 周岁的人不构成毒品犯罪的再犯，但是，如果考虑到刑法第六十五条已对“不满 18 周岁的犯罪分子”，不构成累犯作出了规定，那么，不满 18 周岁的人也应该不构成毒品犯罪的再犯。也就是说，为防止量刑上的禁止不利评价，不满 18 周岁的人不构成累犯的规定的“射程”应该包括不满 18 周岁的人不构成毒品犯罪的再犯的情形。有的人可能认为，不满 18 周岁的犯罪分子不构成累犯，只是法律对累犯的特殊限制性规定，不应当适用于法律并未明确规定的毒品犯罪再犯的情形。但是，从刑法解释有利于被告人的角度看，再犯和累犯都是指原来犯罪的人再犯罪的情形。如果法律对累犯作出了特殊的宽宥规定，该规定也应该同时适用于未作明确规定毒品犯罪累犯的情形。其实，这也是刑法解释上“有利于被告人的类推”应该得到允许的问题。<sup>①</sup>对刑法分则并未规定的不满 18 周岁的人是否成立毒品犯罪再犯的情况，比照最相类似的一般累犯的规定进行类推解释，得出对被告人有利的刑罚适用结论，符合罪刑法定原则，也符合禁止不利评价的要求。

### 三、分则条文及其相互关系的教学性阐释

#### （一）分则条文的表述

分则条文，是指对具体犯罪构成特征（罪状）及其法定刑的描述、规定，通常采用“……的，处……”的立法模式，是对行为规范和制裁规范的明确规定。在分则条文中，最为重要的是关于罪状的规定。

根据刑法条文对罪状表述形式的不同，罪状可以分为以下四种类型：（1）简单罪状。即对犯罪构成特征只作简单描述，实际上仅仅表示出犯罪名称的罪状。如刑法第二百三十二条规定：“故意杀人的，处……”此即简单罪状。采取简单罪状，是因为这些犯罪易于被人理解与把握，无须进行具体描述。（2）叙明罪状。即对犯罪构成特征作比较具体的描述的罪状。如刑法第二百七十六条规定：“由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的，处……”此即叙明罪状。叙明罪状易于为人理解和掌握，便于司法实践正确定罪，因此为多数刑法条文所采用。（3）引证罪状。即引用同一法律中的其他条款来说明和确定某一犯罪的构成特征的罪状。如刑法第一百一十五条第一款规定的是以危险方法危害公共安全罪的罪与刑，第二款规定：“过失犯前款罪的，处……”此即引证罪状。采

<sup>①</sup> 其实，这也是“当然解释”所应该得出的结论。

用引证罪状，主要是出于立法简明的需要。(4) 空白罪状。即在条文中指明要参照其他法律、法规的规定，来确定某一犯罪的构成特征的罪状。如刑法第一百三十九条规定：“违反消防管理法规，经消防监督机构通知采取改正措施而拒绝执行，造成严重后果的，对直接责任人员，处……”此即空白罪状。要确定消防责任事故罪的构成特征，必须参照消防管理法规。

就分则条文的适用而言，叙明罪状的适用相对不成问题。在实践中，经常发生争议的是对空白罪状的理解和适用。例如，刑法第二百二十五条规定，违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得1倍以上5倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金或者没收财产：(1) 未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；(2) 买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；(3) 未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；(4) 其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。由于实务中经常对“违反国家规定”，以及实施“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的理解发生分歧，因此，最高人民法院、最高人民检察院曾对此作出十余个司法解释。但是，在实践中仍然有很多困惑没有解决。对空白罪状的适用，至关重要的是要充分“找法”。仍然以刑法第二百二十五条规定的非法经营罪为例，对其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为的判断，在“找法”是要考虑：(1) 需要司法机关判断的行为的危害性是否与刑法第二百二十五条的其他三项非法经营行为具有类似性，从而通过类比推理适用规则，初步确定刑法第二百二十五条第(四)项的适用可能性；(2) 在有多项行政法规，且行政法规之间可能存在冲突时，要进行利益衡量，并认真听取辩护方的意见，建立协商沟通机制，进而进一步确定刑法第二百二十五条第(四)项的适用可能性；(3) 违法国家规定的经营行为，必须具有法益损害性，刑法才有介入的必要，否则，对行为可以在行政法、经济法领域进行处理。

## (二) 分则条文中行为的关联性

刑法分则条文之间，即便不存在明显的法条竞合、牵连、吸收、连续关系，但也可能存在适用上相互交错的情形。因此，分则条文的关联性问题极其复杂。限于篇幅，本文只讨论两种情形。

### 1. 受贿罪、行贿罪共犯和介绍贿赂罪的关系

受贿罪是利用职务便利，索取他人财物，或者收受他人财物为他人谋取利益的行为；行贿是为他人提供贿赂物的行为。而介绍贿赂，既包括接受行贿人的委托，向国家工作人员介绍贿赂；也包括接受国家工作人员的委托，

介绍贿赂物的提供者。至于介绍者是否以营利为目的、是否具有国家工作人员身份等，都对成立犯罪没有影响。

介绍贿赂是以行贿者或者受贿者的名义，为行贿者或者受贿者的利益，同时在两者之间进行沟通，而不是单纯地为自己的利益帮助某一方，所以其与受贿罪、行贿罪的帮助犯、教唆犯都不相同。只教唆行贿或者受贿的一方实施犯罪的，分别构成行贿罪或者受贿罪的教唆犯；先教唆他人提供贿赂然后教唆另外的人索取、收受该贿赂的，同时构成贿赂罪的教唆犯和介绍贿赂罪，应从一重罪处断。但接受行贿人的委托向国家工作人员介绍贿赂，被国家工作人员拒绝，介绍者构成行贿罪（未遂）的帮助犯；接受国家工作人员的委托向他人提出行贿建议，被对方拒绝的，也只构成受贿罪（未遂）的帮助犯，而不构成介绍贿赂罪。

## 2. 自杀关联行为

依照刑法第二百三十二条的规定，故意杀人的，构成犯罪。但是，不是直接实施刑法分则条文中规定的故意杀人行为，而是实施和自杀有关联性的行为的，是否应该受到处罚，是一个有争议的问题。

自杀关联行为包括教唆自杀、帮助自杀等。教唆自杀，是指采用引诱、怂恿、相约自杀等欺骗方法，使没有自杀决意的人产生自杀意思。帮助自杀，是指在他人已有自杀意思的情况下，使他人的自杀变得更为容易的行为。对教唆自杀的具体方法，法律并没有作明确限制，明示的、暗示的方法均可构成。唆使、诱骗自杀都属于广义的教唆自杀范畴。帮助自杀的行为手段也很多，提供自杀用的枪支、绳索、毒物，讲授自杀的方法等都可以包括在内。

教唆、帮助自杀的对象是行为者以外的自然人，即自杀决意的产生者。对教唆、帮助自杀者是否处罚，在很大程度上取决于人们对自杀这一行为性质的评价。如果认为自杀具有违法性，那么教唆、帮助他人实施违法行为就应受到刑罚处罚。有的学者认为自杀具有违法性（只是自杀者缺乏期待可能性而不被归责），因而教唆、帮助自杀应该构成犯罪。<sup>①</sup> 这种观点可能值得商榷。问题在于：（1）如果自杀行为具有违法性，就应该有法律来对其加以禁止。但我国每年数十万人自杀，为什么没有任何法律禁止，连刑法以外的行政法规对此都不管？（2）违法是对他人的法益有侵害，自杀是对自己生命的终结，谈不上对他人的利益有损害。（3）违法行为因容易被他人学习、效仿而被禁止，但自杀与个人特殊际遇有关，自杀者大多可怜而不可恨，其他人也不会无缘无故学习、模仿这种行为。在这个意义上，视自杀为违法行为的理由并不充分。因此，将教唆、帮助自杀行为作为分则所规定的故意杀人罪

<sup>①</sup> 参见张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第761页，注释8。

的边缘犯罪处理，并不具有合理性。如果认为自杀不具有违法性，对教唆自杀、帮助自杀的行为就不应该认定为犯罪。<sup>①</sup>

值得指出的是：自杀是基于本意的生命断绝，所以，教唆、帮助自杀行为侵害的对象必须是有正常理解能力的自然人。唆使、诱骗未成年人、精神病人、理解认识能力极度低弱者“自杀”的，属于故意杀人中的间接正犯，不是教唆和帮助自杀。

### （三）条文之间的竞合关系

法条竞合，是指一个行为同时符合刑法分则的数个规定，在裁判上只能适用其中的某一罪名，从而排斥其他法条适用的情形。换言之，法条竞合意味着：从形式上看，某一个行为既与刑法分则所规定的甲罪的构成要件相一致，也部分或者全部地与乙罪的构成要件相一致。但是，如果成立甲罪，就优先适用甲罪的构成要件，排斥乙罪的适用，反之亦然。所以，从实质上看，法条竞合的行为人只能成立一罪，而不能成立数罪，即法条竞合仅仅具有符合数个构成要件的外观，但因为不同构成要件具有逻辑上的排斥关系，只能根据一个构成要件对行为进行评价。

在刑法典中，大量出现法条竞合的情形，主要原因是：（1）立法通常比较抽象，而司法上的判断非常具体。在对行为的构成要件该当性进行判断时，可能出现不同犯罪构成要件之间的重叠、交叉或排斥。（2）犯罪的基本构成、加重构成规定现实地、大量地存在，使得法条之间的关系错综复杂。（3）犯罪行为在预备和实行阶段呈现预备、未遂、既遂等形态，相互关系复杂。（4）在立法上，对某些犯罪的构成要件设计与其他犯罪之间的关系梳理并不妥当，对法条关系的考虑并不是特别周密，从而引发法条竞合。所以，因为存在的数量大、相互关系复杂，法条竞合问题就是刑法分则中需要加以重视的问题。

在法条竞合中，特别值得研究的问题是：被告人利用合同实施诈骗行为，或者实施信用卡诈骗，非法得款4000元时，按照有关司法解释，合同诈骗罪的立案标准是2万元、信用卡诈骗罪的立案标准是5000元，不法取得4000元的行为不能构成合同诈骗罪、信用卡诈骗罪。但诈骗罪的立案标准是3000元，对利用合同实施诈骗或者利用信用卡诈骗，犯罪人就想获取4000元，事实上也只得4000元的行为，能否以诈骗罪论处？换言之，按照特别法条不能成立犯罪的情形，能否以一般法条定罪？类似问题，在诈骗罪和刑法分则第三章规定的各种特殊诈骗犯罪出现竞合时大量存在。

<sup>①</sup> 我国还有学者全面承认教唆、帮助自杀的可罚性，但对其理由，并未作出深入探讨。对此，请参见阮齐林：《刑法学》（第三版），中国政法大学出版社2011年版，第472页。

对此，张明楷教授认为应当按照普通法条定罪。他的主要理由是：特别法条一定是在普通法条的基础上又附加了更为严格的要求，所以，凡是要以特别条款定罪的，一定要以符合普通条款为前提，这是一个最基本的关系，如果连普通的都不符合，就不可能符合特殊主体的要求。符合金融诈骗罪、合同诈骗罪的构成要件就一定符合普通诈骗罪的构成要件的。行为人实施保险诈骗行为，只骗4000元，不够保险诈骗罪的定罪数额，就应当定诈骗罪。<sup>①</sup>

我认为，张明楷教授的观点只是从形式上看待问题，因而是值得商榷的：

(1) 立法者制定特别法条时，有特殊考虑。对这种立法上的特别考虑，在司法上必须尊重。在普通法条之外的某种特殊行为极易发生，有类型性，因而有必要从外延较大的普通法条中“剥离”出一部分行为加以规定，以对法益给予特殊保护时，立法上可能作不同于普通法条的规定。而一旦立法上作出规定，该特别法条通常是处罚比普通法条更重的条文，即属于重法。如果特别法的定罪起点高于普通法，特别法的处罚范围相对较小，也是因为立法上认为特别法条所规范的行为容易发生，或者该行为一旦实施，通常行为人取得财物的数额较大，为缩小刑罚打击面，而特别地考虑对某些行为不处罚。法条竞合的基本法理显然不是为了尽可能实现处罚，而是在行为具有处罚必要性时选择法条适用。在行为连按照特别法条都没有处罚必要性时，退而求其次，以普通法条定罪，是将没有处罚必要性的行为进行刑法处理，并不合适。

(2) 法条竞合的排斥关系并不仅仅意味着行为人在按照特别法条和普通法条都构成犯罪时，才存在这种排斥关系。这种排斥关系还意味着：在行为属于特别法条所意欲规范的行为类型时，具有排斥普通法适用的可能性。换言之，特别法条的制定目的在于替代普通法条的适用。

(3) 既然立法者已经在制定特别法条时，对某些行为不处罚是有特别的考虑的，而非完全没有考虑，就说明立法者认为，行为外观上“类型化”地符合特别法条时，需要有意缩小处罚范围。此时，应当充分认识特别法条的“特别性”、缩限性。坚持特别法条的“特别性”，也是坚持构成要件的理念。而且，在特别法条的“特别性”和普通法条的有效性相冲突时，普通法条的有效性最终应该丧失，就不再具有有效性。否则，立法上制定特别法条时缩限处罚范围的旨趣就会落空。

(4) 此时不按普通法处理，不会造成处罚上的漏洞。因为特别法条根本就不想处罚类似于利用合同诈骗4000元的行为。既然立法者已经在制定特别

<sup>①</sup> 张明楷：《刑法分则的解释原理》（第二版），中国人民大学出版社2011年版，第707页。

法条时，对某些行为不处罚是有特别预想的，而非完全没有考虑，就不存在立法漏洞的问题，也就不存在按照特别法条不能定罪，就会使得法益保护不周延的问题，和法益侵害原理并不冲突。如果一定要说处罚上有漏洞，也是在立法上有意形成的某种“漏洞”。

(5) 认为重法条优于轻法条，与法条竞合的法理相悖。法条竞合关系的法理，并不要求特别法条的处罚一定要重于普通法条。普通法条和特别法条之间不是轻法和重法的关系，而是原则法与例外法的关系，即普通法条和特别法条的效力孰优孰劣的问题。出于各种复杂的立法考虑，特别法条轻于普通法条的情况实属正常。但即便特别法条的处罚轻，其法律效力仍然优于普通法条。换言之，特别法条的存在，意味着普通法条的效力被“冻结”、被排斥，即便普通法法定最高刑要重，除法律有明确规定之外，也没有适用的余地。对此，学者指出：“特别法大都为因应时代环境之变动及国民观念之改变而制定，在法理上，亦可制定处罚较轻之特别法，以为因应。倘认为重法优于轻法，系法规竞合适用上不易之原则，势必舍弃处罚较轻之特别法而不用，则此特别法之制定，即显失其意义。”其实，在很多国家或者地区刑法中都有关于杀婴罪的规定，其属于轻罪，且和故意杀人罪之间存在法条竞合关系，杀婴罪是特别法条。如果按照重法优于轻法的规则处理，杀婴罪的规定就名存实亡。

(6) 如果适用普通法条，实际上是先考虑能否对被告人进行刑罚上的追究问题，再考虑行为的类型化问题，这是将量刑判断优先于定罪进行考虑，可能导致判断顺序上的错误，带来刑法适用方法论上的问题。

因此，对法条竞合，在无分则条文作出类似于刑法第一百四十九条第一款的特殊规定的情况下，应该坚持特别法条绝对优先适用的原则。

#### (四) 以教义学为基础，合理解释分则条文

在刑法解释学上，争论较多的是主观解释和客观解释方法孰优孰劣的问题。主观解释认为法律是有约束力的宣示，它以参与作出立法决议的人的意图为基础，因此，在解释刑法时，解释结论必须尽可能考虑立法者的意思。客观解释反对这种主张，认为成文刑法一旦确立，就进入了社会领域，解释者就必须根据社会现实的发展对“过去的”成文刑法的含义进行一定程度的改变。因此，对于刑法的任何解释都是“当下”的法律文本的客观含义的解释，而非对过去的立法者意思的解释。对刑法进行当代的、合时宜的客观解释是刑法适用时不可回避的。<sup>①</sup>“解释者应努力在法律之各种可能的语义中选择最能符合这种客观理性的语义……必须为法律寻求与社会中占主导地位的，

<sup>①</sup> 周光权：《刑法总论》（第二版），中国人民大学出版社2011年版，第38页。

有生命力的观念最能相符的语义。”<sup>①</sup>

对分则条文的解释，以及对分则条文相互关系的厘清，都必须以教义学为基础，站在客观解释的立场，结合体系解释、目的解释的方法，注重解释结论的合理性。惟其如此，才能发展、提炼出相对成熟的、系统的刑法各论理论。

对此，山口厚教授指出：“作为探究各个具体犯罪成立要件的刑法各论，应该基于对具体法条的解释，缜密详尽地开展下述工作：首先是就各个具体的犯罪构成要件，研究并确定其保护法益以及与此相对应的法益侵害结果的内容，在此基础上，再进一步明示限定处罚的根据、理由，进而明确该犯罪所固有的类型性。显然，这里就有必要显示，就具体案件事实适用相关法条的‘姿态’，为此，对具体问题的论述就必须具体并且详尽。”

本书在刑法各论的教义学理论指导下，追求解释方法的精巧化，注重解释结论的合理性，挑选了实践中问题最多、适用面最广、对司法实务影响最大的二十余个罪名进行研讨，就保护法益、行为、结果、主观要素、认定、处罚等依次进行论述，在阐释各罪构成要件的过程中，展示刑法分则解释论上的具体问题，并结合部分典型案例，将各论问题的复杂性充分展示出来，并提出解决司法难题的若干具体见解，以逐步推动刑法各论教义学的发展。

周光权

2015年9月

<sup>①</sup> [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第33页。



## 上 册

## | 目 录 |

第一章 故意杀人罪 .....	(1)
第一节 故意杀人罪的构成 .....	(1)
一、保护法益 .....	(1)
二、行为主体 .....	(4)
三、实行行为 .....	(6)
四、主观要件 .....	(7)
第二节 故意杀人罪的认定 .....	(10)
一、注意规定与法律拟制 .....	(10)
二、教唆、帮助自杀 .....	(14)
三、同意杀人 .....	(19)
四、以放火等危险方法杀人 .....	(25)
五、故意杀人罪与遗弃罪的关系 .....	(28)
六、罪数 .....	(30)
第三节 故意杀人罪的处罚 .....	(38)
一、指导意见 .....	(38)
二、实务典型问题 .....	(41)
第二章 过失致人死亡罪 .....	(52)
第一节 过失致人死亡罪的构成 .....	(52)
一、客观构成要件 .....	(52)
二、主观构成要件 .....	(58)
第二节 过失致人死亡罪的认定 .....	(69)
一、本罪与他罪的界限 .....	(69)
二、罪数问题 .....	(76)

第三章 故意伤害罪 .....	(86)
第一节 故意伤害罪的构成 .....	(86)
一、主体 .....	(86)
二、伤害行为 .....	(87)
三、行为客体 .....	(96)
四、危害结果 .....	(98)
五、故意 .....	(98)
第二节 故意伤害罪的认定 .....	(104)
一、“本法另有规定”的理解 .....	(104)
二、故意伤害罪的既遂与未遂 .....	(104)
三、故意伤害罪的罪数问题 .....	(105)
四、故意伤害中的共犯问题 .....	(107)
五、转化犯中的故意伤害 .....	(111)
六、故意伤害罪与故意杀人罪的界分 .....	(115)
七、故意伤害罪与过失致人死亡罪的界分 .....	(118)
八、故意伤害罪与虐待罪的关系 .....	(123)
九、故意伤害罪与寻衅滋事罪的关系 .....	(128)
十、故意伤害罪与组织出卖人体器官罪的关系 .....	(133)
第三节 故意伤害罪的处罚 .....	(135)
一、“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的认定 .....	(135)
二、故意伤害罪的刑罚适用 .....	(135)
第四章 强奸罪 .....	(137)
第一节 强奸罪的构成 .....	(137)
一、法益 .....	(137)
二、客观要件 .....	(138)
三、主体 .....	(143)
四、故意 .....	(147)
第二节 强奸罪的认定 .....	(147)
一、奸淫幼女型强奸罪 .....	(147)
二、强奸罪的界限划分与司法认定 .....	(150)
第三节 强奸罪的处罚 .....	(158)

<b>第五章 绑架罪</b> .....	(165)
<b>第一节 绑架罪的构成</b> .....	(165)
一、客观要件 .....	(165)
二、“绑架他人作为人质”的理解 .....	(167)
三、绑架罪的罪过 .....	(174)
<b>第二节 绑架罪的认定</b> .....	(175)
一、绑架行为完成说的理论前提及其确立 .....	(176)
二、绑架行为完成说的实践障碍及其克服 .....	(179)
<b>第三节 绑架罪的处罚</b> .....	(183)
一、绑架罪的减轻构成 .....	(183)
二、绑架罪的加重构成 .....	(192)
<b>第六章 拐卖妇女、儿童罪</b> .....	(197)
<b>第一节 拐卖妇女、儿童罪的构成</b> .....	(197)
一、行为 .....	(197)
二、客体 .....	(199)
三、主观要件 .....	(205)
<b>第二节 拐卖妇女、儿童罪的认定</b> .....	(209)
一、罪与非罪的界限 .....	(209)
二、拐卖妇女罪与诈骗罪的界限 .....	(210)
三、拐卖妇女、儿童罪与绑架罪的界限 .....	(210)
四、拐卖儿童罪与拐骗儿童罪的界限 .....	(210)
五、拐卖妇女、儿童罪的既遂与未遂 .....	(211)
六、拐卖妇女、儿童罪的共犯问题 .....	(215)
七、拐卖妇女、儿童罪的罪数 .....	(218)
<b>第三节 拐卖妇女、儿童罪的处罚</b> .....	(219)
<b>第七章 盗窃罪</b> .....	(225)
<b>第一节 盗窃罪的构成</b> .....	(225)
一、法益 .....	(225)
二、主体 .....	(227)
三、行为 .....	(231)
四、客体 .....	(244)
五、主观要件 .....	(279)

第二节 盗窃罪的认定 .....	(286)
一、着手的认定 .....	(286)
二、未遂与既遂的认定 .....	(287)
三、状态犯 .....	(291)
四、想象竞合 .....	(292)
五、法条竞合 .....	(293)
六、近亲属间盗窃的认定 .....	(294)
七、盗窃罪的共犯 .....	(297)
八、盗窃数额的计算 .....	(304)
第三节 盗窃罪的处罚 .....	(305)
<b>第八章 抢劫罪 .....</b>	<b>(307)</b>
第一节 抢劫罪的构成 .....	(307)
一、行为主体 .....	(307)
二、抢劫行为 .....	(311)
三、行为客体 .....	(325)
四、故意 .....	(331)
第二节 抢劫罪的认定 .....	(332)
一、抢劫罪的未遂与既遂 .....	(332)
二、抢劫罪的共犯问题 .....	(334)
三、抢劫罪的罪数问题 .....	(338)
四、抢劫罪的界限问题 .....	(339)
第三节 抢劫罪的处罚 .....	(346)
一、入户抢劫 .....	(346)
二、在公共交通工具上抢劫 .....	(351)
三、抢劫银行或者其他金融机构 .....	(351)
四、多次抢劫或者抢劫数额巨大 .....	(352)
五、抢劫致人重伤、死亡 .....	(353)
六、冒充军警人员抢劫 .....	(360)
七、持枪抢劫 .....	(361)
八、抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资 .....	(363)
<b>第九章 抢夺罪 .....</b>	<b>(365)</b>
第一节 抢夺罪的构成 .....	(365)

一、抢夺行为的界定 .....	(365)
二、抢夺行为的构成要素 .....	(373)
三、抢夺对象：他人紧密占有的动产 .....	(382)
四、数额较大或者多次抢夺 .....	(383)
五、抢夺的故意和非法占有目的 .....	(384)
第二节 抢夺罪的认定 .....	(385)
一、飞车抢夺行为的定性 .....	(385)
二、抢夺罪与抢劫罪的区分：对物强力还是对人暴力 .....	(392)
三、抢夺罪与盗窃罪的区分：公然还是秘密 .....	(397)
四、抢夺罪与聚众哄抢罪的关系 .....	(402)
五、法条竞合：抢夺其他特种物品 .....	(404)
第三节 抢夺罪的处罚 .....	(404)
<b>第十章 诈骗罪</b> .....	(406)
第一节 诈骗罪的构成 .....	(406)
一、欺诈行为 .....	(407)
二、错误 .....	(418)
三、财产处分 .....	(432)
四、财产损失 .....	(460)
第二节 诈骗罪的认定 .....	(476)
一、诈骗罪与民事欺诈 .....	(476)
二、诈骗罪与欺诈型盗窃罪的区分 .....	(477)
三、三角诈骗、诉讼诈骗与盗窃罪的间接正犯 .....	(482)
四、诈骗罪与信用卡诈骗罪的关系 .....	(498)
五、诈骗罪与合同诈骗罪的关系 .....	(502)
六、诈骗罪与敲诈勒索罪的关系 .....	(506)
七、诈骗罪与销售伪劣产品罪的关系 .....	(512)
八、诈骗罪的未遂与罪数 .....	(513)
第三节 诈骗罪的处罚 .....	(513)
<b>第十一章 侵占罪</b> .....	(515)
第一节 侵占罪的构成 .....	(516)
一、侵占罪的对象 .....	(516)
二、侵占行为 .....	(538)

三、侵占故意和非法占有目的 .....	(542)
第二节 侵占罪的认定 .....	(546)
一、侵占罪与职务侵占罪的关系 .....	(546)
二、侵占罪与盗窃罪的区分 .....	(555)
三、侵占罪与诈骗罪的区分 .....	(561)
第三节 侵占罪的处罚 .....	(565)
一、亲告主体的问题 .....	(565)
二、有数名亲告人的情况 .....	(566)
三、侵占罪的侦查、调查问题 .....	(567)
四、既有公诉案又有亲告案的情况 .....	(569)
第十二章 敲诈勒索罪 .....	(570)
第一节 敲诈勒索罪的构成 .....	(570)
一、恐吓行为 .....	(571)
二、行为客体 .....	(576)
三、财产处分 .....	(578)
四、故意 .....	(580)
第二节 敲诈勒索罪的认定 .....	(581)
一、权利行使与敲诈勒索的区分 .....	(581)
二、敲诈勒索罪与诈骗罪的关系 .....	(590)
三、敲诈勒索罪与抢劫罪的关系 .....	(592)
四、敲诈勒索罪与绑架罪的关系 .....	(597)
五、如何认定多次敲诈勒索 .....	(602)
六、本罪的既遂与未遂 .....	(604)
第三节 敲诈勒索罪的处罚 .....	(605)
一、量刑幅度的选择与确定 .....	(605)
二、加重情节的认定与适用 .....	(606)

## 第一章 故意杀人罪

**第二百三十二条** 故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。

---

故意杀人罪，<sup>①</sup>是指故意非法断绝他人生命的行为。本罪侵犯的法益是他人的生命权。

---

### 第一节 故意杀人罪的构成

#### 一、保护法益

本罪的保护法益是他人的生命。刑法对生命法益采取绝对保护原则，正常人/生理与心理有缺陷者、年长者/年幼者、病患者/生命力较强均受刑法的平等保护，这在世界各国宪法中都是一条通则。

本罪的行为对象是人。杀害行为必须针对生命处于存续期间的人，才能成立本罪既遂。人的生命进程存在一个始期和终期，人之生命始于出生、终于死亡，当无疑义。但是，何谓出生，何谓死亡，并非不言自明。

##### （一）人的始期

对于生命的始期，根据从胎儿转变为人的过程，历来有独立生存可能性说、阵痛开始说、部分露出说、全部露出说、独立呼吸说的争议。<sup>②</sup>

---

<sup>①</sup> 多数国家的刑法对故意杀人犯罪规定得相当烦琐，有谋杀、故杀、杀婴、毒杀、杀害尊亲属等罪名。中国刑法采取将复杂问题简单化的态度，只规定了故意杀人罪，罪名的简化是以增大法定刑幅度为代价的，立法上难以因罪配刑，所以，惩治杀人行为的罪名过少带来的风险是难以避免司法实务中量刑的畸轻畸重现象。

<sup>②</sup> 参见〔日〕大塚仁、福田平编：《刑法各论》，青林书院1996年版，第11页。

### 1. 独立生存可能性说

该说认为，一个胎儿只要开始具有在母体之外独立生存的可能性，便属于人。这种观点导致许多堕胎行为构成故意杀人罪，过于扩大故意杀人罪的处罚范围，因此只有极少数学者赞成。

### 2. 阵痛开始说

此说主张，分娩作用开始所伴随的规则阵痛出现时，就是生命的始期，此时的胎儿便属于人了。德国旧刑法与法国旧刑法规定了杀婴罪时，采取的便是此说。开始分娩时，胎儿便属于婴儿，成为杀婴罪的对象。德国和法国的现行刑法已经废除了杀婴罪。没有独立规定杀婴罪的国家，一般不会采取此说，否则就扩大了杀人罪的范围。而且，在胎儿尚处在母体内时，无法直接对其生命、身体进行伤害，不宜将其作为杀人罪的对象。

### 3. 部分露出说

这是指，胎儿的身体有一部分露出母体时，就成为人的始期。该说理由是，只要胎儿露出一部分，其他人就可能在母体之外对其直接进行伤害，因而此时的生命体值得保护。但反对意见认为：其一，胎儿一部分露出母体后，如果没有独立生存可能性，对其施加杀害或伤害行为，就认为构成故意杀人罪或故意伤害罪，并不妥当。其二，根据侵害的样态是否具有直接性来划定“人”的范围，不符合生命的本质。并且，即使胎儿没有露出母体，也可以借助工具直接实施侵害。其三，现实中存在胎儿露出一部分又缩回母体的现象，按照部分露出说，该胎儿在已经变成人后又变回胎儿，这种结论令人难以接受。<sup>①</sup> 不过，日本刑法理论和实务的主流意见倾向于部分露出说，主要理由是保护生命不宜过晚。

### 4. 全部露出说

胎儿全部露出母体才是人。这一般是各国民法上的通说，胎儿只有全部露出母体，才能作为权利主体享有各种权利。不过，民法上根据全部露出说确定人何时出生是为了赋予个人权利能力，保证其成为民事权利主体；而刑法上确定出生的起点是为了切实保护生命法益，使其能够现实地生存下来，所以，没有必要使刑法和民法保持同样的旨趣。

### 5. 独立呼吸说

胎儿全部露出母体，并且从胎盘呼吸转为利用自己的肺呼吸，才是人的始期。因为只有在此时胎儿才有在母体外生存的可能性，同时才有对其施害的可能性。但是，国外刑法理论一般认为这种观点导致对人的生命保护得过早。

<sup>①</sup> 参见〔日〕西田典之、山口厚编：《刑法的争点》，有斐阁2000年版，第124页。



在刑法上，人的生命究竟始于何时，与一个国家的医疗水平、司法状况、对婴儿的保护态度以及其他国情等都息息相关。在我国刑事司法实务中，独立呼吸说被实际采纳，这可能比较符合我国的实际情况，同时考虑了阵痛开始说、部分露出说难以把握的缺陷。但严格地讲，为了合理地保护人的生存权，有必要在现在占通说地位的独立呼吸说的基础上将人出生的时间适度提前，即承认部分露出说：婴儿在被排出母体，露出一部分时就成为人。当然，其在母体外没有独立生存可能性时，不应当成为故意杀人罪的对象。不过即使坚持独立呼吸说，溺婴行为也属于故意杀人行为。

## （二）人的终期

生命何时终结，表面上看是比较明确的。但是，死亡的界限十分模糊，目前也缺乏关于死亡时期的法律规定。

在20世纪60年代之前，世界各国医学和法律上都是把呼吸、心跳停止作为宣告人已死亡的标准（心脏死亡）。但是，最近几十年来，至少在医学上，心脏死亡标准受到很多质疑：（1）很多危重病人会出现心脏骤然停止跳动的问题，但即使心脏停止跳动，也可以通过药物和医疗设备的帮助使其复苏；（2）心脏功能可以通过人工方法（如人工心肺等器械）来维持；（3）有一部分发生严重病情的的心脏可以移植。上述现象的出现，使得根据心脏是否停止跳动来判断个人死亡与否存在困难。因此，到目前为止，有少数国家，如法国、西班牙、瑞士、日本等国在立法上已经开始承认脑死亡。例如，日本1997年通过的《关于器官移植的法律》有限度地承认脑死亡，认为具备深度昏迷、自发呼吸停止、瞳孔固定、脑干反射消失、脑波呈平直线经过连续6个小时的观察无变化的，就是脑死亡。

脑死亡，是指脑干死亡。目前，医学界公认的脑死亡标准包括：（1）患者深度昏迷；（2）自主呼吸停止，但心跳仍然存在；（3）对外界刺激无法感受，也缺乏自发运动的能力；（4）最为重要的是脑电图呈平直线。由此可见，脑死亡标准是指以脑干和脑干以上的中枢神经系统永久性地丧失功能为参照系而宣布死亡的一种标准。人体的脑组织是由大脑、小脑和脑干三部分组成的，脑干是人体的生命中枢，它控制着人体呼吸、心跳、血压等重要功能。人体其他一些部位的细胞在受到伤害后可以通过再生来恢复功能，脑细胞则不同，一旦坏死就无法再生。当一个人的脑干遭受到无法复原的伤害时，脑干就会永久性地完全丧失功能。而脑部功能的消失是无法用机器维持的，以至于呼吸、心跳最终停止。随后，身体的其他器官和组织也会因为没有呼吸和心跳而逐渐丧失功能。

从医学角度认定脑死亡，一方面具有合理性，因为对死亡已经不可逆转、没有救治必要的脑死亡者继续进行治疗，会浪费有限的医疗资源，加重死者

家属的负担；另一方面也具有可操作性，现有的技术和标准基本可以保证判断的客观性、准确性。但是，脑死亡在伦理上和法律上都饱受质疑。在伦理上，一般人难以接受自己的亲属在还有心跳、呼吸的情况下被宣告死亡；对亲属放弃治疗的行为可能受到其他人的道义谴责。在法律上，在移植内脏器官技术不断发达的今天，为摘取新鲜脏器，而不当运用脑死亡说的可能性是存在的。人们完全可能质疑医疗机构有时因为器官移植的需要滥用死亡宣告权，或出现判断误差，使脑死亡标准在实际执行中“走样”。

从我国实际出发，在目前医患关系比较紧张，医疗机构的社会公信力受到很大怀疑的社会背景下，对脑死亡标准的伦理上和法律上的担忧都是有道理的，在刑法上要求国民认同脑死亡说就不太现实。所以，在刑法上暂时还没有重新检讨人的死亡标准的问题。心脏死亡仍然应该作为刑法上判断人是否死亡的标准，其合理性在刑法上仍然是值得肯定的，因为心脏的血液循环机能、肺呼吸机能、脑干的生命维持机能相互依存，某一种机能停止，其他两项机能也会迅速停止。根据心脏死亡说，从脑死亡但心跳、呼吸仍然存在者身上取出内脏器官就应当被评价为从活人身上摘取器官，只要不具有违法阻却事由或者责任阻却事由，就不能否认犯罪的成立。当然，在经过相当长时期之后，可以考虑脑死亡与心脏死亡两种标准并行，以供患者家属选择。但至少在目前，在刑法上否定心脏死亡标准，采用脑死亡标准的必要性并不存在。

需要说明的是，根据2007年5月1日起施行的《人体器官移植条例》的相关规定，人体器官移植包括活体器官移植。这似乎意味着该条例采取了脑死亡标准。但是，采取脑死亡标准必须以法律明文规定为根据。该条例并没有明文规定采取脑死亡标准，从相关条文中也不能直接而明确地得出其采取脑死亡标准的结论。

尸体不能成为故意杀人罪的对象。行为人误将尸体以为是活人而进行“杀害”的，应根据是否具有导致活人死亡的危险来判断。如果有这种危险（例如尸体附近有活人的存在），则构成故意杀人罪未遂，如果没有，则构成对象不能犯，作无罪处理。

此外，故意杀人罪的对象也即其他活人，是从自然存在意义上认定的。故意杀死民法上宣告死亡的人、刑法上宣告判处死刑的人，都属于故意杀人。

## 二、行为主体

本罪的主体是一般主体，即年满14周岁、有刑事责任能力的自然人。

刑法第十七条第二款规定：“已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投

毒罪的，应当负刑事责任。”其中的“故意杀人”，有人认为是指故意杀人罪这个罪名，有人认为是指故意杀人这种犯罪行为，实际上这种争议问题的角度值得商榷。如果认为其中“故意杀人”是指罪名，那么无法解释，15周岁的人在拐卖妇女时杀害妇女，也应负刑事责任？如果认为是指犯罪行为，也无法回答，没有罪名，仅根据一种行为如何给被告人定罪？一个行为是否构成犯罪，最终应落实到一个罪名上。合理的思路应当是，第十七条第二款中的“故意杀人”就是指故意杀人罪这个罪名，只要案件事实中存在符合故意杀人罪构成要件的行为，就构成故意杀人罪，14至16周岁的行为人就应为此负刑事责任。

判断一个案件事实是否符合某罪的犯罪构成，基本上是一个三段论的推理过程。大前提是法定的犯罪构成，小前提是具体的案件事实，结论是有罪或无罪。如果将案件事实作为大前提，而将法定的犯罪构成作为小前提，那就会导致“想入罪便入罪，想出罪便出罪”，违反罪刑法定原则。<sup>①</sup>

例如，在发生了单位盗窃他人财物的案件时，判断者如果不想将该行为定罪，便会如此判断：该案件是单位盗窃行为，刑法没有规定单位可以成为盗窃罪的主体，所以对该案件只能宣告无罪。这种推论显然是错误的。正确的推论是：刑法规定自然人盗窃他人财物构成盗窃罪，在单位盗窃他人财物时，必然存在有关自然人的盗窃行为，因此对有关自然人应以盗窃罪论处。

又如，已满14周岁不满16周岁的人在绑架过程中杀害人质的行为该如何处理？常见的错误判断是，该案件是已满14周岁不满16周岁的人实施的绑架案，刑法没有规定已满14周岁不满16周岁的人可以成为绑架罪的主体，所以对该案件只能宣告无罪。这种推论便是将案件事实作为大前提，将刑法规定作为小前提，得出的结论必然是错误的。正确的推论是：刑法规定已满14周岁不满16周岁的人是故意杀人罪的主体，本案中存在已满14周岁不满16周岁的人的杀人事实，因此，本案中已满14周岁不满16周岁的人构成故意杀人罪。

基于上述构成要件符合性的判断理念，已满14周岁不满16周岁的人实施下列行为，应以故意杀人罪论处：（1）行为人绑架他人时故意杀人（撕票），虽然不能以绑架罪论，但可以故意杀人罪论处。（2）行为人以故意决水、破坏交通工具或其他危害公共安全的危险方法故意杀人的，以故意杀人罪论处。（3）行为人在拐卖妇女、儿童时故意杀害妇女、儿童，虽然不能定拐卖妇女、儿童罪，但可以故意杀人罪论处。（4）行为人妨害公务时杀人的，

① 张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2009年版，第168页。

可以故意杀人罪论处。(5) 行为人非法拘禁他人, 使用暴力致人死亡, 虽然行为人对非法拘禁罪不负刑事责任, 但是根据刑法第二百三十八条第二款, 使用暴力致人死亡, 定故意杀人罪。不过应注意的是, 这里要求使用非法拘禁之外的更高暴力致人死亡, 否则, 属于非法拘禁罪(致人死亡) 这种结果加重犯, 14 至 16 周岁的人对此不负刑事责任。(6) 行为人聚众斗殴, 致人死亡的, 以故意杀人罪论处(第二百九十二条第二款)。(7) 行为人聚众“打砸抢”中致人死亡的, 以故意杀人罪论处(第二百八十九条)。

### 三、实行行为

本罪的实行行为是杀害。杀害, 是指基于故意, 在他人自然死亡以前非法断绝其生命的行为。至于具体的手段、方法和工具等, 法律并未加以限制, 例如, 电脑黑客以杀人的意思, 非法侵入医院的计算机控制系统, 将仇人借以维生的医疗器械关闭的, 也是杀人。不过, 实践中常见的杀人方法还是有形的、物理上直接作用于被害人的拳头打击、刺杀、毒杀、射杀等。利用工具、动物或者无责任能力者或无过错者的行为杀人(间接正犯)的, 也属于以有形的方法杀人。例如, 故意指导精神异常又时常陷入兴奋状态之人练习射击, 并将自制火药枪借给其使用, 致该病人开枪自毙的, 即可构成本罪。又如, 利用不知情的第三者, 将毒药送给被害人喝致其死亡的, 也构成故意杀人罪的间接正犯。

杀人行为除使用有形的方法实施以外, 还可以使用无形的、心理的方法, 例如施加精神折磨, 给予被害人强度极大的精神刺激的, 使其休克而死的, 也不否认有成立杀人行为的可能。

杀人行为既包括作为, 也包括不作为。以作为方法杀人的情况极其常见, 通常也容易判断。以不作为方式杀人, 常见的情形是: 母亲基于杀害的故意, 在婴儿从摇篮中翻出落入水坑时, 不予救助, 致其死亡; 在幼儿饥饿难忍时, 有扶养义务者基于杀害的意图不供给食物或者拒绝为其哺乳。

杀人行为必须具有引起他人死亡的现实危险性。例如, 通过迷信手段, 捏小人然后插针, 欲致他人于死地, 因为对他人的生命没有任何危险性, 所以不是杀人行为, 应作无罪处理。又如, 偷偷给他人的饮料中投放硫磺粉, 欲致人于死地, 由于对他人的生命没有任何危险性, 也不是杀人行为, 但如果对他人身体健康有损害, 属于伤害行为。相反, 如果给他人静脉里注射大量空气, 给他人饭菜里投放黄磷或氰化钾, 因为对他人生命具有现实危险性, 均属于杀人行为。

开始实施有导致构成要件结果出现的现实危险行为, 就是故意杀人罪的着手。例如, 基于杀人的意思持枪瞄准被害人, 在被害人面前举起菜刀, 安

装完定时炸弹都是着手。投毒杀人需要仔细分析。如果行为人将毒酒递给了被害人，即使被害人没喝，也是杀人的着手。如果行为人准备好毒酒，等候被害人到来，此时不属于着手，被害人到来后准备喝时才是着手。如果通过邮递方式寄送毒药，这属于隔离犯，着手的判断主要是考察邮寄物在邮寄途中对其他人有无危险，如果有，则交付寄出时属于着手，如果没有，则被害人收到邮寄物时是着手。例如，甲邮寄一盒有毒饼干给乙，乙收到时，甲才算杀人着手。又如，甲邮寄炭疽热病毒粉给乙时，由于该病毒粉在邮寄途中一旦泄漏就有传播危险，所以寄出时就是杀人着手。

实行行为着手实施，但是，被害人死亡的结果没有实际发生（例如，枪法不准、被害人从现场脱离；被害人在行为人开枪以前已经死亡；投毒剂量不够；往他人静脉中注射的空气未达到致死量等）就是本罪的未遂。

故意杀人罪既遂要求杀人行为和被害人的死亡之间有刑法上的因果关系，欠缺这种关系的，也成立故意杀人罪未遂。例如，甲欲杀害乙，用刀将乙刺成重伤，但又后悔，便开车送乙去医院。途中因为丙开车过失导致车祸，车祸导致乙死亡。由于丙所造成的车祸属于很异常的介入因素，甲的犯罪行为与乙的死亡之间没有因果关系，所以甲仅构成故意杀人罪未遂。

#### 四、主观要件

本罪在主观方面是故意，包括直接故意和间接故意。行为人首先要对被害对象是人有所认识，对自己的行为一定或者可能断绝他人的生命有预见，并追求或者放任这种结果的发生。

##### （一）认识因素

成立杀人故意，首先要明确需要行为人认识的下列要素。这也是贯彻主客观相统一原则的要求。

##### 1. 行为

成立杀人故意，要求对杀人行为本身有认识。一般而言，行为人对自己实施的行为本身当然有认识。对行为的认识还包括对行为的自然属性的认识。例如，甲为了给王某治病，误将有毒的药材拿来熬制，导致王某死亡。甲没有杀人的故意。但是，杀人过程中使用的凶器种类、凶器使用方法、打击被害人的部位、打击程度等不要求行为人认识。

##### 2. 行为对象

成立杀人故意，要求认识到对方是自然人。例如，甲开枪打猎，误将人当作猎物。甲没有杀人故意。不过，对被害人的认识，不要求认识得非常具体准确，不要求认识到被害人的姓名、年龄、身份等，只要求认识到是个自然人即可。

### 3. 危害结果

成立杀人故意，要求对人可能死亡的结果有认识。这种认识既包括认识到必然发生死亡结果，也包括认识到可能发生死亡结果。

### 4. 因果关系

因果关系只是行为与结果之间的一种联系，当确定了行为与结果的联系后，因果关系的桥梁作用便完成了。因此，因果关系本身不是犯罪构成的客观要件。也因此，因果关系不是犯罪故意所需要认识的要素。至于因果关系的具体发展样态，更不是犯罪故意所需要认识的要素。例如，甲欲开枪打死乙，乙为了躲避子弹而后退，不慎掉下悬崖摔死。首先在客观上，甲的开枪行为与乙的死亡具有因果关系。其次在主观上，甲所预想的因果历程（开枪打死）与实际发生的因果历程（失足摔死）并不一致，甲对实际发生的因果历程没有认识，但这无关紧要，不影响犯罪故意的成立。因此，甲构成故意杀人罪既遂。

### 5. 有无排除犯罪事由

如果行为人认识到自己面临不法侵害而实施反击，属于正当防卫，不具有故意杀人罪的故意。如果行为人认识的不法侵害实际上是不存在的，就属于假想防卫，如果有过失，按过失犯罪处理，如果没过失，就按意外事件处理。如果行为人认识到自己没有面临不法侵害而实施攻击，就具有故意杀人罪的故意。可见，要具有杀人故意，就要求认识到自己没有面临不法侵害，也即认识到不存在排除犯罪事由。

## （二）意志因素

杀人故意的意志因素是希望或放任他人死亡结果的发生。本罪的故意包括附条件的故意。例如，行为人决定，如果对方不满足自己的要求就杀死对方，也属于杀人的故意。被害人自杀的意思，行为人对此并不知情，而仅仅因为日常生活的原因与之打赌，被害人利用这一机会自杀的，一般属于意外事件，不能轻易认定行为人有杀人故意，从而成立本罪。行为人的动机不影响杀人故意。例如，为了大义灭亲而杀人仍属于故意杀人。

### 【案例 1-1】杨政锋故意杀人案<sup>①</sup>（间接故意杀人）

1997年6月30日上午，被告人杨政锋驾驶解放牌“151”型大卡车到礼泉县城缴纳养路费并购买汽车配件，因钱未带够，于中午12时左右从县城返回。在返回途中，为逃避交纳过桥费，便绕县城西环路行驶，至北环路十字路口时，遇见县交通局路政大队执勤人员示意停车，杨政锋驾车强行冲过。

<sup>①</sup> 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《中国刑事审判指导案例》（侵犯公民人身权利、民主权利罪），法律出版社2009年版，第32页。

执勤人员陈浩明、刘惊雷、刘劲松、邹兵建遂乘一辆三轮摩托车追赶。杨政锋便沿路曲线行驶，阻挡摩托车超越其驾驶的卡车，至泔河丁字路口时，摩托车从卡车左侧超车，杨政锋左打方向盘，占道逼车，至摩托车翻下路基熄火，杨继续驾车逃跑。此时，适逢礼泉县交警大队干警韩瑞勇驾驶一辆北方牌小汽车路过，见状随即停车。刘惊雷、刘劲松说明情况后，即乘坐韩瑞勇驾驶的小汽车继续追赶。追至礼泉县赵镇李村路段时，韩连续鸣号并打左转向灯，示意超车，当韩瑞勇所驾小车行至大卡车左侧与大卡车间前部齐平时，杨政锋又左打方向盘占道逼车，致韩瑞勇所驾驶的汽车与路旁树木相撞，韩瑞勇当场死亡，刘惊雷、刘劲松受轻伤，北方牌小汽车严重损坏。杨政锋及同车的赵建璋听到小车撞树的声音，杨政锋并从后视镜中看到小车撞在树上飞起来，遂将车向前滑行60米左右停下来。此时，乘路过车辆追来的陈浩明上前摘了杨的车牌。杨政锋趁机潜逃，后在兰州市被抓获归案。

法院认为，杨政锋作为经过正规培训取得驾驶执照的正式司机，明知自己所从事的是高度危险性作业，在驾车高速曲线行驶占道逼车可能对追赶他的车辆产生危害后果，却先后二次故意左打方向盘，限制追赶车辆的前进路线，致摩托车翻下路基，小车撞树，车毁人亡，显然对危害结果的发生持放任态度，故其行为已构成故意杀人罪。判决：被告人杨政锋犯故意杀人罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。

本案争议问题是被告人杨政锋有无杀人的故意？其行为是否构成故意杀人罪？第一种观点认为，杨政锋并没有杀人的故意，只有破坏交通工具的故意，因此构成破坏交通工具罪。第二种观点认为，杨政锋的行为如果按照刑法修正案（八）来认定，应构成危险驾驶罪。第三种观点认为，杨政锋的行为构成以危险方法危害公共安全罪。第四种观点认为，杨政锋具有杀人故意，构成故意杀人罪。

本案中，杨政锋驾驶车辆两次将方向盘左打，将追赶汽车逼向路边，造成汽车严重损坏。杨政锋的这种行为并没有破坏交通工具的故意，而是为了阻挡追赶的车辆所实施的阻拦行为，不构成破坏交通工具罪。按照刑法修正案（八），杨政锋的行为构成危险驾驶罪。危险驾驶罪的行为方式之一便是驾驶机动车辆在道路追逐竞驶。这种行为本身就会引起道路安全的危险。追逐竞驶时行为人的主观目的是什么并不重要，可以是为了与同伙寻求精神刺激，满足精神空虚，也可以是在肇事后为了逃避法律追究，也可以是为了阻拦抗拒执法人员的执法行为。只要行为在客观上属于追逐竞驶，并且主观上对此持故意态度，就构成危险驾驶罪。杨政锋的行为也构成以危险方法危害公共安全罪。杨政锋驾车强行冲关，并沿路曲线行驶，阻挡执法人员的卡车，并且持续时间较长，途中两次左打方向盘，占道逼车，将一辆摩托车翻下路基熄

火，导致一辆汽车与路旁树木相撞，执法人员当场死亡。杨政锋的这种行为严重威胁道路公共安全，而且造成重大伤亡后果，而杨政锋对此持放任态度，因此构成以危险方法危害公共安全罪。

杨政锋也构成故意杀人罪。当执法人员韩瑞勇驾驶的小汽车继续追赶，追至礼泉县赵镇李村路段时，韩连续鸣号并打左转向灯，示意超车。当韩瑞勇所驾小车行至大卡车左侧与大卡车车厢前部齐平时，杨政锋又左打方向盘占道逼车，致韩瑞勇所驾驶的汽车与路旁树木相撞，韩瑞勇当场死亡。杨政锋的这种行为造成执法人员死亡，而且杨政锋对此持有间接故意。所谓间接故意，就是明知自己的行为可能会发生危害结果，并放任这种结果发生。所谓放任，就是发生也可以、不发生也可以，对危害结果的发生持漠不关心的态度。当韩瑞勇所驾小车行至大卡车左侧与大卡车车厢前部齐平时，杨政锋明知自己如果左打方向盘占道逼车，会导致车祸发生，但是为了阻拦执法人员，放任这种结果发生，属于间接故意。

综上，被告人杨政锋触犯了危险驾驶罪、以危险方法危害公共安全罪、故意杀人罪。前两个犯罪具有吸收关系，按照以危险方法危害公共安全罪论处即可。而以危险方法危害公共安全罪和故意杀人罪是杨政锋的同一个行为触犯的两个罪名，属于想象竞合犯，择一重罪论处。在法定刑设置上，故意杀人罪重于以危险方法危害公共安全罪，因此应以故意杀人罪论处。

## 第二节 故意杀人罪的认定

### 一、注意规定与法律拟制

某些刑法分则条文具有注意规定或法律拟制的属性，对此需要仔细辨析。<sup>①</sup> 注意规定，是指在刑法已作基本规定的前提下，提示司法人员注意、以免司法人员忽略的规定。其特点是，并不改变基本规定的内容，只是对基本规定内容的重申；即使不设置该规定，遇到此类情形也应按照基本规定处理。例如，司法解释规定：携带挪用的公款潜逃的，按照贪污罪论处。该规定就是注意规定。因为携带挪用的公款潜逃的，由于具有了非法占有目的，本身就构成贪污罪。这条规定的出台只是提醒法官不要将这种情形定为挪用公款罪。即使没有这条规定，遇到携带挪用的公款潜逃的情形，也应按照贪污罪论处。

<sup>①</sup> 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》（第二版）（下），中国人民大学出版社2011年版，第622~682页。



因此，判断一项法律条文是不是注意规定的方法是，假设取消这项条文，遇到条文中的事项，处理结论是否仍应如此。如果是，表明该条文只具有提示意义，那么该条文就是注意规定。例如，刑法第二百五十三条第二款规定，邮政工作人员私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报并从中窃取财物的，按照盗窃罪论处。假设没有该款规定，遇到这类情况，仍应按照盗窃罪处罚，所以该款只具有提示作用，属于注意规定。

法律拟制，是将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理。例如，刑法第二百六十九条规定，犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条（抢劫罪）的规定定罪处罚。该条将盗窃、诈骗、抢夺的情形按照抢劫罪处理。如果没有该条规定，只能定盗窃罪（或诈骗罪、抢夺罪）与故意伤害罪（轻伤的话），数罪并罚。

因此，判断一项法律条文是不是法律拟制的方法是，假设取消该条文，遇到条文中的事项，处理结论是否仍会如此。如果不是，表明该条文是项特殊规定，不具有普遍适用性，那么该条文就是法律拟制。例如，刑法第二百八十九条规定，聚众“打砸抢”，毁坏或者抢走公私财物的，对首要分子，依照抢劫罪论处。假设取消该条规定，遇到聚众“打砸抢”，毁坏财物的，应定故意毁坏财物罪，而不应定抢劫罪。这表明该条规定将不属于抢劫罪的情形拟制成抢劫罪，因此属于法律拟制。

与故意杀人罪有关的分则条文有下列几条：

（1）非法拘禁罪→故意杀人罪。刑法第二百三十八条第二款规定，非法拘禁过程中，使用暴力致人死亡的，按照故意杀人罪论处。这里的“使用暴力”是指拘禁之外更高的暴力。这里的致人死亡，既包括故意所为，也包括过失所为。故意所为，定故意杀人罪，此时该款就是注意规定；过失所为，定故意杀人罪，此时该款就是法律拟制。应注意的是，行为人在构成非法拘禁罪的前提下，如果使用暴力过失致人死亡，最终只以故意杀人罪论处；如果使用暴力故意杀害被害人，则应以非法拘禁罪和故意杀人罪并罚。

（2）刑讯逼供罪、暴力取证罪→故意杀人罪。刑法第二百四十七条规定，刑讯逼供、暴力取证，致人死亡的，依照故意杀人罪论处。这里的致人死亡，既包括故意所为，也包括过失所为。故意所为，定故意杀人罪，此时该款就是注意规定；过失所为，定故意杀人罪，此时该款就是法律拟制。应注意的是，行为人在构成刑讯逼供罪或暴力取证罪的前提下，如果过失致人死亡，最终只以故意杀人罪论处；如果故意杀害被害人，则应以刑讯逼供罪（或暴力取证罪）和故意杀人罪并罚。

（3）虐待被监管人罪→故意杀人罪。刑法第二百四十八条规定，虐待被

监管人，致人死亡的，依照故意杀人罪论处。这里的致人死亡，既包括故意所为，也包括过失所为。故意所为，定故意杀人罪，此时该款就是注意规定；过失所为，定故意杀人罪，此时该款就是法律拟制。需注意的是，行为人在构成虐待被监管人罪的前提下，如果过失致人死亡，最终只以故意杀人罪论处；如果故意杀害被害人，则应以虐待被监管人罪和故意杀人罪并罚。

(4) 聚众斗殴罪→故意杀人罪。刑法第二百九十二条第二款规定，聚众斗殴，致人死亡的，依照故意杀人罪论处。这里的致人死亡，既包括故意所为，也包括过失所为。故意所为，定故意杀人罪，此时该款就是注意规定；过失所为，定故意杀人罪，此时该款就是法律拟制。需注意的是，行为人在构成聚众斗殴过程中，无论是故意杀害被害人或者过失致人死亡，都应以故意杀人罪论处。

(5) 聚众“打砸抢”→故意杀人罪。刑法第二百八十九条规定，聚众“打砸抢”，致人死亡的，依照故意杀人罪论处。其中致人死亡既包括故意所为，也包括过失所为。就故意所为而言，该条就是注意规定；就过失所为而言，该条就是法律拟制。

### 【案例1-2】王乾坤故意杀人案<sup>①</sup>（聚众斗殴致人死亡）

2006年1月26日晚8时许，葛磊与曾有恋爱关系的女青年刘丹通电话，引起刘丹男友高杰不满，并与刘丹争吵。刘丹打电话叫其朋友杨峰过来劝说高杰，杨峰叫一起吃饭的张言亮、黄靖前往。其间，葛磊再次打电话给刘丹，高杰与葛磊在电话中争吵，并相约在蚌埠市纬四路玻璃厂门口见面。葛磊随即给被告人王乾坤打电话告知此事，并乘坐出租车去接王乾坤，王乾坤从网吧叫上陈骏、丁梦龙等人，同车来到玻璃厂门口。此时，杨峰等3人与高杰、刘丹已在玻璃厂大门南侧。葛磊见状打电话给王乾坤，表示自己与高杰单打，其他人交给王乾坤等人，王表示同意。葛磊见高杰向玻璃厂大门口走来，上前拳击高杰面部，两人打在一起。杨峰往高杰跟前走去，被王乾坤拦住并打在一起，丁梦龙、陈骏与张言亮打在一起。厮打中，王乾坤持刀朝杨峰的腹、腰、腿、臀部等处连刺16刀，杨受伤倒地。随后，王乾坤向正与陈骏、丁梦龙厮打的张言亮胸背部、臀部刺5刀，向正与葛磊厮打的高杰左上腹、臀部、腿部连刺9刀。作案后，葛磊、王乾坤等人逃离现场。杨峰经抢救无效死亡。经鉴定：杨峰系被他人用单刃刺器刺伤胸腹部致肝肺破裂引起急性大出血死亡。张言亮、高杰的损伤程度为轻伤。被告人葛磊、王乾坤先后于2006年1月28日、2月4日向蚌埠市公安局禹会分局投案自首。

<sup>①</sup> 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》（2009年第1集，总第66集），法律出版社2009年版，第10页。

安徽省蚌埠市中级人民法院审理认为，被告人王乾坤、葛磊因琐事聚众斗殴，在聚众斗殴过程中被告人王乾坤持刀连刺三人，造成一人死亡、二人轻伤的严重后果，其行为构成故意杀人罪。葛磊的行为构成聚众斗殴罪。王乾坤、葛磊均系聚众斗殴的积极参加者，王乾坤在同伙不知情的情况下持刀刺被害人的行为属“实行过限”，从其持刀刺杨峰的刀数及部位，可见其主观上显有非法剥夺他人生命的故意，故应由其独自承担故意杀人的刑事责任。王乾坤在聚众斗殴过程中致两名被害人轻伤的行为，属于聚众斗殴行为。故公诉机关指控被告人王乾坤构成故意杀人罪的同时又构成故意伤害罪，以及王乾坤的辩护人提出应当以故意伤害罪对其进行处罚的辩护意见均没有法律依据，不予采信。王乾坤、葛磊都有自首情节，但其犯罪情节严重，均不予从轻处罚。判决如下：一、被告人王乾坤犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。二、被告人葛磊犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑三年。

一审宣判后，被告人王乾坤不服，提出上诉，称其行为构成故意伤害罪，原判定性错误；被害人对本案的发生有重大过错；其犯罪后自首，又系偶犯、认罪态度好，原判量刑偏重，请求二审法院予以从轻处罚。

安徽省高级人民法院经审理后认为，上诉人王乾坤、原审被告葛磊因琐事聚众斗殴，在聚众斗殴过程中，王乾坤持刀连刺三人，造成一人死亡、二人轻伤的严重后果，上诉人王乾坤的行为构成故意杀人罪，依法应予以严惩。原审被告葛磊的行为构成聚众斗殴罪，依法应予以严惩。上诉人王乾坤、原审被告葛磊在共同犯罪中均起主要作用，王乾坤、葛磊虽有投案自首情节，但其犯罪行为造成严重后果，均可不予从轻处罚。本案被害人杨峰等人为劝解刘丹和高杰之间的矛盾到现场，无证据证实被害方存在重大过错，故对王乾坤及其辩护人要求从轻处罚的上诉理由和辩护意见不予采纳。原审判决认定事实和适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，裁定驳回上诉，维持原判，并依法报请最高人民法院核准。

最高人民法院经复核后认为，被告人王乾坤受他人邀约参与聚众斗殴，持刀连续捅刺他人身体，致一人死亡、二人轻伤，依法应当以故意杀人罪定罪处罚。第一审判决和第二审裁定认定的犯罪事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，审判程序合法。鉴于被告人王乾坤作案后自动投案并如实供述犯罪事实，具有自首情节，可依法从轻处罚，对王乾坤判处死刑不当。裁定如下：（1）不核准安徽省高级人民法院（2007）皖刑终字第0020号维持第一审以故意杀人罪判处被告人王乾坤死刑的刑事裁定；（2）撤销安徽省高级人民法院（2007）皖刑终字第0020号维持第一审以故意杀人罪判处被告人王乾坤死刑的刑事裁定；（3）发回安徽省高级人民法院重新审判。

本案的焦点是如何认定聚众斗殴致人死亡以故意杀人罪论处的问题。此

类情形以故意杀人罪论处需要具备哪些条件？具体而言，聚众斗殴过程中致人死亡以故意杀人罪论处，需具备四个条件。

(1) 存在聚众斗殴的事实。聚众斗殴，是指聚集多人攻击对方身体或者相互攻击对方身体的行为。成立聚众斗殴需要多人参与，但不要求斗殴的各方都必须是三人以上。例如，一方一人或两人，另一方三人以上进行斗殴的，仍属于聚众斗殴。聚众斗殴包括各方相互攻击对方的身体，也包括多众一方单纯攻击对方身体。一人殴打并无攻击行为的多人的，不属于聚众斗殴。多人殴打一人的行为，也不属于聚众斗殴。聚众斗殴要求有首要分子，但不要求双方都有首要分子。由于聚众斗殴罪规定在扰乱公共秩序罪一节，因此没有扰乱公共秩序的聚众斗殴不属于聚众斗殴罪中的聚众斗殴。

(2) 造成他人死亡结果。致人死亡中的“人”包括对方人员死亡，也包括本方人员死亡，还包括斗殴双方之外的人死亡。斗殴行为与死亡结果应具有刑法上的因果关系。

(3) 致人死亡者对死亡结果既可以是故意，也可以是过失。如果是故意所为，就属于典型的故意杀人行为。如果是过失所为，则属于法律拟制来的故意杀人罪，也即将聚众斗殴中的过失致人死亡拟制为故意杀人罪。如果行为人对死亡结果没有预见可能性，属于意外事件导致的死亡结果，对行为人不能以故意杀人罪论处。

(4) 以故意杀人罪论处的行为主体应限定在一定范围内。该行为主体首先是直接造成死亡结果的斗殴者，其次是首要分子，这里的首要分子包括斗殴双方的首要分子。在不能查明死亡原因的情况下，不宜将所有的斗殴者均认定为故意杀人罪，仅应对首要分子以故意杀人罪论处。如果不作此限定，在一人死亡的情况下，所有积极参加者都以故意杀人罪论处，有悖于刑法谦抑主义。

本案中，被告人葛磊、王乾坤等人因为琐事纠集他人与高杰一方进行殴斗，争强斗狠。在厮打中，王乾坤持刀朝杨峰的胸、腹、腰等处连刺16刀，朝张言亮胸、背部、臀部刺5刀，朝高杰左上腹、臀部、腿部连刺9刀，造成一人死亡、二人轻伤的严重后果。王乾坤作为年满18岁的成年人，必然知道持刀捅刺他人胸、腹、腰等要害部位会造成他人死亡的结果，仍然不计后果，连续捅刺他人，放任死亡结果的发生，其主观故意已从互相斗殴转化为故意杀人，其客观行为也从一般的相互殴斗行为“升级”为持刀捅刺他人行为，并造成了一人死亡的严重后果，因此，对于王乾坤的行为不应再以聚众斗殴罪论处，而应以故意杀人罪定罪处罚。

## 二、教唆、帮助自杀

教唆自杀，是指采用引诱、怂恿、相约自杀等欺骗方法，使没有自杀决

意的人产生自杀意思。帮助自杀，是指在他人已有自杀意思的情况下，使他人的自杀变得更为容易的行为。对教唆自杀的具体方法，法律并没有作明确限制，明示的、暗示的方法均可构成。以相约自杀为名诱骗他人自杀的，也属于教唆自杀的行为。帮助自杀的行为手段也很多，提供自杀用的枪支、绳索、毒物，讲授自杀的方法，在他人上吊时帮助其踢翻脚下物体等都可以包括在内。

### （一）教唆、帮助自杀与故意杀人罪间接正犯的区别

有些行为表面上貌似“教唆或帮助”他人自杀，实际上属于故意杀人罪的间接正犯。大致而言，教唆行为与间接正犯行为的区分在于，教唆者对他人的行为没有支配力，仅仅使他人产生一定意思活动，而间接正犯者对他人的行为具有支配力。

首先，欺骗不能理解死亡意义的儿童或者精神病患者等人，唆使其自杀，属于故意杀人罪的间接正犯，不是教唆或帮助自杀。

其次，欺骗被害人，使其对生命法益产生错误认识，并唆使其自杀，属于故意杀人罪的间接正犯。例如，医生对可能治愈的病人谎称：“你得了癌症，而且到了晚期，只能活十天了，而且死得会很痛苦，还不如提早自杀算了。”病人信以为真便自杀了。医生构成故意杀人罪的间接正犯。

最后，凭借某种权势或者利用某种特殊关系，以暴力、威胁或者其他心理强制方法，促使他人自杀的，成立故意杀人罪的间接正犯。例如，组织和利用邪教组织制造、散布迷信邪说，指使、胁迫其成员或者其他人员实施自杀行为的，邪教组织成员组织、策划、煽动、教唆、帮助邪教组织人员自杀的，以故意杀人罪论处。<sup>①</sup>

### （二）教唆、帮助自杀的处罚根据

如果自杀者对死亡有正确理解能力和自由决定能力，行为人教唆其自杀，自杀者没有受骗或受胁迫而实施自杀，或者在自杀者意图自杀时，行为人帮助其自杀，此时的教唆、帮助自杀的行为便不具有间接正犯的性质，对此应否按照故意杀人罪来处理，便是理论上的难题。

在我国应否用刑罚处罚教唆、帮助自杀的行为？有些国家不处罚教唆、帮助他人自杀的行为，理由是在理论上每个人都是意志自由的人，对生命和死亡有认识能力，自杀是一个人放弃自我的主体性行为，对此应当予以理解和尊重，因此教唆者、帮助者便不应受到刑罚处罚。但是，这种观念在我国不具有适用性。我国幅员辽阔，地区发展严重不平衡，国民的文化素养和认

<sup>①</sup> 参见2001年6月4日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第九条。

识水平参差不齐，其自杀行为难以被视为一种主体意识行为。特别是当前农村人口的自杀率比城市人口的自杀率高许多，农村人的自杀大多起因于生活环境所迫、家庭矛盾、邻里纠纷等因素。对这些自杀现象，人们一般不会将其视为理性选择的结果，而是视为悲剧，会追问“谁应对此负责”。而且，生命是一切法益的源泉和基础，如果没有生命，就没有其他个人法益，就没有社会法益及国家法益。因此，从法律角度看，对生命必须提供最高的、最完整的保护。概言之，无论是从现实状况出发，还是从法理角度考虑，教唆、帮助他人自杀的行为在我国具有应受刑罚处罚性。我国司法实践一般也将教唆、帮助自杀作为情节较轻的故意杀人罪处理。

日本刑法单独规定了教唆、帮助自杀罪（参与自杀罪），处罚教唆、帮助自杀行为至少有法律依据，而我国刑法没有将教唆、帮助自杀规定为独立犯罪，用刑罚处罚之，便需要提供充分的理由，否则便有违反罪刑法定原则的嫌疑。处罚教唆、帮助自杀行为的麻烦在于，自杀者作为实行者不构成犯罪，根据共犯从属性，教唆者、帮助者也应不作犯罪处理。理论上为此提出一些解决路径，可以参考。<sup>①</sup>

### 1. 从不作为犯角度论证

教唆他人自杀且引起他人自杀时，教唆者具有救助义务（先行行为引起的义务），教唆者不救助就成立不作为的故意杀人罪。这种论证的不足是，其一，先行行为必须是对法益创设了现实危险的行为，而教唆自杀并不一定会给被教唆者的生命创设现实危险。其二，如果教唆者通过电话远距离教唆自杀，就没有履行救助义务的可能性，不构成不作为犯罪。其三，帮助他人自杀并不会产生救助义务，此时不救助也不会构成不作为犯罪。

### 2. 采取单一的正犯体系

单一的正犯体系认为所有的犯罪参与者，只要对构成要件的实现有因果贡献，无论贡献大小，一律视为正犯来处理。至于贡献的方式和大小，只是法官量刑时的考量因素而已。因此，对参与犯罪者没必要区分正犯与共犯。如果认为我国立法体例采取的是单一的正犯体系，那么我国刑法分则所规定的构成要件行为既包括实行行为，也包括教唆行为、帮助行为。刑法第二百三十二条故意杀人罪的构成要件就既包括实行行为，也包括教唆行为、帮助行为。因此，教唆、帮助他人自杀构成故意杀人罪。

从我国刑法规定了主犯与从犯看，我国刑法似乎采取了单一的正犯体系。但是，我国刑法也规定了教唆犯，分则许多条文也出现“以共犯论处”的规定。所以，仅从立法规定上看还无法判断我国立法体例是否采取了单一的正

<sup>①</sup> 参见张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第761页。

犯体系。从解释论出发，单一的正犯体系存在诸多缺陷。其一，导致构成要件定型机能丧失，也即通过对构成要件严格解释以限制处罚范围并实现罪刑法定原则的机能丧失。其二，包括教唆者、帮助者的所有参与犯罪者的未遂形态都会受到处罚，导致处罚范围不当扩大。其三，仅从因果性、引起法益侵害结果的角度来认定犯罪，只重视结果无价值，忽略了行为无价值。其四，导致真正身份犯的教唆者、帮助者也需要具备特殊身份才能成立犯罪，这又过分缩小了处罚范围。例如，依照单一的正犯体系，贪污罪的教唆犯、帮助犯都是正犯，那么就需要具有国家工作人员身份才能构成贪污罪。这显然过分缩小了贪污罪的处罚范围。概言之，从单一的正犯体系出发来论证教唆、帮助自杀的可罚性，解决了一个小问题，却带来了一堆大麻烦。

### 3. 将“情节较轻”特殊化

这种解决思路认为，虽然分则条文规定的一般是正犯，符合构成要件的行为一般是实行行为，但是刑法第二百三十二条所规定的“情节较轻”是例外，其中包含了教唆与帮助行为。问题是，这种解释并没有说明第二百三十二条“情节较轻”是个例外的理由。如果没有明确、充分的理由，就会导致对刑法分则中诸多“情节较轻”的随意解释。例如，第二百三十九条绑架罪中也有“情节较轻”的规定，其中是否包含教唆与帮助行为？

### 4. 采取纯粹引起说

关于共犯的处罚根据，现今主流观点是引起说（因果共犯论），认为共犯的处罚根据在于通过介入正犯的行为引起了法益侵害（构成要件该当事实）。直接引起法益侵害的是正犯，介入正犯行为间接引起法益侵害的是共犯。引起说内部有纯粹引起说、修正引起说及混合引起说。纯粹引起说认为，共犯的处罚根据在于其自身的不法（引起法益侵害的事态），也即共犯有其自身的不法性，共犯的违法性是独立的。共犯的成立不要求正犯的行为符合构成要件。按照纯粹引起说，就会得出“没有正犯的共犯”的结论。例如，C教唆D自杀，D自杀未遂。D的行为不符合故意杀人罪的构成要件，不违法，但是D的自杀行为是C引起的，所以C的教唆行为具有违法性，C构成故意杀人罪的教唆犯。

但是，纯粹引起说主张共犯具有完全的违法独立性，与事实不符。如果没有正犯实施构成要件该当事实，共犯如何引起法益侵害结果？除非将因果关系抽象为心理上的因果关系，否则是难以想象的。而且，根据纯粹引起说的逻辑，教唆他人实施正当防卫的行为也会具有违法性，构成相应犯罪的教唆犯。此外，根据纯粹引起说，在利用他人的不知情而实施犯罪的场合，幕后利用者不是间接正犯，而是教唆犯，如此混淆了间接正犯与教唆犯的界限。正因如此，纯粹引起说已经很少有人赞成了。

由于修正引起说和混合引起说不赞成“没有正犯的共犯”概念，因此仅依修正引起说和混合引起说也无法为教唆、帮助自杀提供可罚性根据。

#### 5. 主张自杀是符合构成要件且违法的行为并采取限制从属性说

我国刑法分则条文规定故意伤害罪、过失致人重伤罪的行为对象是“他人”，而故意杀人罪、过失致人死亡罪的行为对象是“人”，因而包括本人，不限于“他人”。所以，自杀行为符合故意杀人罪的构成要件，也具有违法性（因此，人们可以制止他人的自杀行为），只是由于自杀者缺乏责任（如无期待可能性），才不以故意杀人罪论处。教唆、帮助他人自杀，就是教唆、帮助他人实施符合构成要件的违法行为，根据限制从属性的原理，对教唆、帮助自杀者，以故意杀人罪的共犯论处。

上述思路的不足之处是，一方面，认为自杀属于符合构成要件的违法行为，这就意味着自杀行为具有实质的违法性，具有实际的法益侵害结果。这种观念带有强烈的父权主义，忽视个人的自我决定权，而且期待可能性的有无需要具体判断，在理论上就可能出现处罚自杀未遂的结局。另一方面，限制从属性也存在局限性。限制从属性说认为，成立共犯要求正犯具有构成要件该当性和违法性。其不足之处是，无法妥当处理教唆陷于违法性阻却事由错误的行为人的案件。例如，A对警官B谎称C实施了盗窃正在逃窜，B信以为真逮捕了C。以往的观点认为A构成非法拘禁罪的间接正犯，利用了B的不知情。然而，根据间接正犯与教唆犯的区分标准，成立间接正犯要求利用者对被利用者存在意思支配作用。<sup>①</sup>而B是否真的去实施逮捕行动，完全取决于B自身，A对此并无支配作用，因此A只能构成教唆犯。问题是，正犯在哪里？如果根据限制从属性说，由于B的行为不违法，所以不构成违法阶层的“正犯”，基于此，A也不违法。这种结论显然难以令人接受。

#### 6. 主张自杀是暂时符合构成要件的行为并采取最小从属性说

由于我国刑法第二百三十二条故意杀人罪的行为对象是“人”，没有排除“本人”，所以自杀行为从形式上符合了故意杀人罪的构成要件。但是，在违法性阶段，自杀行为属于一种自损行为。自损行为是指行为人自己侵害自己法益的行为，例如自己伤害自己身体，自己毁损自己的财物。这种行为如果没有侵犯其他法益，便没有违法性。自损行为是违法阻却事由的一种。既然自杀属于自损行为的一种，因此不具有实质的违法性。

与限制从属性说不同，最小从属性说认为，成立共犯只要求正犯具有构成要件该当性即可。前述案件中，警官B的逮捕行为具有构成要件该当性，

<sup>①</sup> [德] 克劳斯·罗克辛：《正犯与犯罪事实支配理论》，劳东燕译，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第25卷），北京大学出版社2009年版，第78页。



那么就是构成要件符合性意义上的“正犯”，教唆者 A 便构成教唆犯。<sup>①</sup> 基于这样的优点，最小从属性说又渐渐被人们重新认识，并得到许多学者的支持。例如，大谷实教授原本采用限制从属性说，但现在也转而支持最小从属性说。“共犯的成立，以正犯的行为符合构成要件，侵害或威胁法益为要件，并不一定要求正犯行为具有违法性。如教唆他人杀人，正犯作为正当防卫而将被害人杀害的场合，正犯具有实行行为，即便其违法性被阻却，但由于产生了侵害了法益的结果，所以，也能认可与其处于从属关系的共犯。但是，该教唆行为是不是值得处罚却是另外的问题。”<sup>②</sup> 前田雅英教授也认为最小从属性说具有无法否认的优点。<sup>③</sup>

概言之，共犯与正犯在违法上是连带的，但是其中的“违法”既包括仅仅符合构成要件的暂时的、形式的违法性，也包括最终的、实质的违法性。在共犯从属程度上，不要求正犯的违法性必须是最终的、实质的违法性，而可以是暂时的、形式的违法性。至于违法阻却事由的有无，则应根据阻却事由的性质对各个行为人分别进行判断。就教唆、帮助他人自杀而言，自杀者的自杀行为在形式上符合了故意杀人罪的构成要件，根据最小从属性说，教唆者、帮助者具有连带的违法性，与自杀者在构成要件符合性阶段构成故意杀人罪的“共同犯罪”（暂时的、相对化的犯罪概念）。进入违法性阶段，由于自杀者是法益主体，其自杀行为属于自损行为，具有违法阻却事由，因此不具有实质违法性；而教唆者、帮助者的行为不存在违法阻却事由，因而具有实质违法性。自杀是对生命这一根本法益的自己处分，虽然属于自损行为，但是这种自损行为决不允许其他人介入或参与。进入责任阶段，教唆者、帮助者显然具备有责性，因此构成犯罪。

### 三、同意杀人

同意杀人，这是指受被害人的嘱托，或者得到被害人的承诺而杀害被害人的行为。这种行为的特征是：（1）被害人是能够理解杀人意义的，并且对死亡有自由决定能力的人，不包括幼儿和精神病患者。如果经幼儿或精神病患者同意而杀死他们，属于普通的杀人行为。（2）被害人的嘱托或承诺是其真实意思表示。如果欺骗或胁迫被害人，促使其承诺被杀，属于普通的杀人行为。（3）嘱托或承诺必须在杀害行为之前作出。

<sup>①</sup> [日] 西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 327 页。

<sup>②</sup> [日] 大谷实：《刑法讲义总论》（新版第 2 版），黎宏译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 371 页。

<sup>③</sup> [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》（第 4 版），东京大学出版会 2006 年版，第 425 页。

### （一）处罚

同意杀人这种杀人类型构成故意杀人罪，其处罚根据较容易说明。虽然得到被害人的嘱托或承诺，但是被害人承诺构成违法阻却事由是有一定条件的。其中条件之一就是承诺放弃的法益有一定限度。例如，承诺他人对自己实施重伤，他人仍构成故意伤害罪。生命法益是一个人的最高法益，是一切法益的源泉和基础，一个人向他人表示放弃自己的生命，这种表示在效力上是无效的。他人基于被害人的表示而杀死被害人，并不能阻却违法性。

虽然同意杀人这种杀人类型应受刑罚处罚，但是实践中一般会从宽处罚。类似的，教唆、帮助他人自杀的行为一般也会得到从宽处罚。之所以从宽处罚，是考虑到被害人作为意志自由的法益主体，自愿放弃生命，法律不能表现得过于“父权主义”，而且在客观归责上被害人也负有一定责任。这些杀人类型与完全违背被害人意愿的蓄意谋杀存在区别，因此可以考虑从宽处罚。

### （二）认识错误

同意杀人这种杀人类型要求行为人认识到存在被害人的嘱托或承诺。如果行为人对此产生认识错误，则应在主客观相统一的范围内来处理。例如，甲意图谋杀乙，而乙实际上也想让甲结束自己的生命，但甲对此不知情，并杀死了乙。甲在主观上欲犯普通情节的杀人，客观上属于较轻情节的同意杀人行为，在较轻情节上主客观相统一，因此宜以“情节较轻”量刑。又如，甲收到乙的信件，乙表示让甲杀死自己。甲便向乙邮寄毒药，未料乙已经改变主意，不想结束生命，但是甲对此不知情，乙中毒死亡。甲在主观上欲犯较轻情节的同意杀人行为，客观上属于普通情节的杀人，在较轻情节上主客观相统一，因此宜以“情节较轻”量刑。

### （三）器官移植中的杀人

刑法修正案（八）增设组织出卖人体器官罪，其中第二款规定：“未经本人同意摘取其器官，或者摘取不满十八周岁的人的器官，或者强迫、欺骗他人捐献器官的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。”这表明，上述行为如果致人死亡或者具有致人死亡危险的，应当认定为故意杀人罪。这种杀人类型不属于上文同意杀人的杀人类型，而是普通类型的杀人。同意杀人的杀人类型除了处分法益是生命外，其他方面符合被害人承诺的条件，例如，被害人是能够理解杀人意义的，并且对死亡有自由决定能力的人，并且被害人的承诺是其真实意思表示。而上述器官移植中的杀人类型显然不符合这些条件，所以属于普通类型的杀人，无论从法定角度还是从酌定角度，都没有从宽处罚的根据。

### （四）相约自杀

相约自杀，是指二人以上相互约定自愿共同自杀的行为。相约自杀中既

可能存在教唆自杀,也可能存在帮助自杀,还可能存在同意杀人的情形,因此需要具体分析。当然,如果相约双方均自杀身亡,自然不存在追究刑事责任问题,如果有一方没有死亡,则需要分析其刑事责任。

第一,如果欺骗对方,谎称相约自杀,对方自杀后,自己逃离。这种情形属于欺骗他人自杀,构成故意杀人罪的间接正犯。

第二,如果一方本不想自杀,另一方教唆其自杀,并相约一起自杀,则属于教唆他人自杀。被教唆者自杀成功,教唆者自杀未遂,教唆者构成故意杀人罪,可以考虑从宽处罚。

第三,双方一起相约自杀,一方为双方的自杀提供帮助行为,例如购买安眠药等,对方服下后死亡,帮助者自杀未遂。这种情形属于帮助他人自杀,帮助者构成故意杀人罪,可以考虑从宽处罚。

第四,双方一起相约自杀,由一方杀死对方,然后再自杀。对方被杀死,自己自杀未遂。这种情形属于同意杀人的杀人类型,也即得到对方承诺而杀死对方。实施杀人者构成故意杀人罪,可以考虑从宽处罚。

### 【案例1-3】葛兵故意杀人案<sup>①</sup>（相约自杀）

被告人葛兵与被害人王某系初中同学,打工期间确立恋爱关系。后因父母反对,王某欲另行择偶。2007年3月2日,葛兵从北京回到河北省万全县某村,把王某从家中叫出,得知事情没有回转余地后,两人决定一起死。葛兵用匕首刺向王某,致王颈动脉破裂,失血性休克死亡。随后,葛兵割颈、左腕等部位自杀未遂。

一审法院以故意杀人罪判处葛兵死刑。宣判后葛兵上诉,二审裁定驳回上诉,维持原判。最高人民法院复核期间,复核法官两次到当地进行调查和调解,全面客观地了解了当地的社情民意,认为本案系恋爱纠纷引发,依法不核准死刑。

本案涉及相约自杀的问题。本案中,被告人葛兵与被害人王某双方一起相约自杀,由葛兵杀死王某,然后再自杀。王某被杀死后,葛兵自杀未遂。这种情形属于同意杀人的杀人类型,也即得到对方承诺而杀死对方。这种杀人类型不同于普通杀人类型。对行为人可以考虑从宽处罚,考虑因素主要有:(1)被害人作为意志自由的法益主体,自愿放弃生命,法律对此应给予一定的尊重。(2)从预防犯罪的必要性上看,由于此类案件的犯罪原因很特定,行为人几乎没有再犯可能性,因此没有必要处以极刑。(3)从刑事政策角度看,行为人与被害人双方属于恋人关系,双方家庭也比较熟悉,生活环境是

<sup>①</sup> 蒋安杰、徐伟:《如何保住一条命又不影响稳定》,载《法制日报》2009年8月4日第5版。

农村，是个熟人社会，适用死刑一般会产生很明显的消极后果。因此，对被告人葛兵可以考虑不适用死刑立即执行。最高人民法院依法不核准死刑的做法是妥当的。

### 【案例1-4】龙某故意杀人案<sup>①</sup>（欺骗自杀）

犯罪嫌疑人龙某（男，已婚）于2007年在淮北一家超市打工时认识被害人马某（女，已婚），两人通过相处发展为婚外恋情。2009年4月份因两人不正当关系败露，马某决定和其分手，但龙某为了继续和马某保持情人关系，便以杀死马某全家和共同自杀相威胁，马某为躲避其纠缠，曾多次求助家人并更换电话号码。2009年4月27日上午，龙某趁马某送孩子上学之际，在烈山区杨庄矿小学附近找到马某，随后打出租车将马某带至淮北矿务局大楼后水塔山山坡上一空房处，两人发生了一次性关系。事毕后，龙某要求马某以后继续保持情人关系，不然就喝“敌敌畏”共同自杀殉情，并亲手打开“敌敌畏”药瓶。马某以为其真的要共同自杀，在冲动之下喝下了毒药。龙某在马某服毒后，为掩饰事情真相，也喝了一口“敌敌畏”含在嘴中，并趁马某神志不清时吐掉，后马某死亡。直至4月27日下午3时45分，其才拨打110报警，谎称自己与女友同时喝下“敌敌畏”殉情自杀，马某已死亡，其昏迷后生还，望警方救助。接警后，相山区公安分局迅速出警赶至事发现场，将其与马某带至淮北市人民医院进行救治。至医院后，其神志清醒，拒绝医生为其灌肠。后经医院检查，其没有中毒症状。经法医鉴定，马某系服毒死亡。

犯罪嫌疑人龙某以相约自杀为借口，诱骗被害人马某喝药自杀，其自始至终根本没有自杀的意图，且故意长时间不予求助，导致马某中毒身亡。这种欺骗他人自杀的行为构成故意杀人罪，但是应属于故意杀人罪的间接正犯还是属于教唆他人自杀的杀人类型？如果属于前者，则没有从宽处罚的可能，如果属于后者，则有从宽处罚的余地。一般而言，教唆犯与间接正犯的区别在于行为人对对方有无支配力，如果有，就属于间接正犯，否则仅成立教唆犯。在本案中，龙某并没有采取暴力或强迫手段逼迫马某服毒，而是使用语言唆使。从形式上看，马某可以决定喝毒药，也可以决定不喝毒药，龙某对其并没有支配力或控制力。但是，间接正犯中的支配力并不仅仅表现在有形的物理支配，还可以表现在无形的心理支配。例如，医生将毒针递给不知情的护士，让其打给病人，就属于利用不知情的人实施的间接正犯。又如，丈夫A和妻子B吵架后离家出走，有杀人故意的邻居C告诉B：“你假装上吊，

<sup>①</sup> 王绪全：《是相约自杀还是故意杀人？——评析龙某故意杀人案》，正义网2009年12月12日发表。http://www.jcrb.com/xueshu/yajx/200912/t20091230\_297919.html.

我马上打电话叫 A 回来看看，吓吓他，让他以后不敢和你争吵。” B 听从 C 的意见，将搭在房梁上的绳子套在脖子上，很快吊死。C 就属于利用被害人的行为达到其故意杀人目的的间接正犯。<sup>①</sup> 本案中，龙某采取相约自杀的欺骗方式，唆使马某服毒，为掩饰事情真相，也喝了一口“敌敌畏”含在嘴中，并趁马某神志不清时吐掉。这种行为属于利用不知情的马某实现了自己杀人的目的，构成故意杀人罪的间接正犯。

### （五）安乐死

所谓安乐死，通常是指为免除患有绝症、濒临死亡的患者的痛苦，受患者嘱托而使其无痛苦的死亡。安乐死分为消极的安乐死和积极的安乐死。

消极的安乐死，是指对濒临死亡的患者，经其承诺，不采取治疗措施（包括撤除人工的生命维持装置）任其死亡的安乐死。这种安乐死没有人为地明显提前缩短人的生命，而是尊重生命现象，顺其自然地走向死亡，因此不构成故意杀人罪。

积极的安乐死，是指为了免除患者的痛苦，经其承诺，较明显地提前结束人的生命。日本理论界逐渐接受积极的安乐死是一种违法阻却事由，但要求具备严格的条件。第一，患者的死期迫在眉睫。第二，患者为难以忍耐的肉体痛苦所折磨。第三，没有其他方法可以减轻或除去患者的肉体上的痛苦。第四，患者明确表示愿意缩短其生命。只要满足上述条件，从人道主义立场出发实施安乐死，就不具有违法性。<sup>②</sup> 不过，在世界上只有个别国家对积极的安乐死实行了非犯罪化。在我国，人为地提前结束患者生命的行为，还难以得到一般国民的普遍认可。即使患者同意，这种杀人行为仍是对人生命的侵害。虽然在理论上可以提出若干适用条件，但是在我国地区发展不平衡、社会治理状况非常复杂的背景下，任何纸面上的条件、规定及程序等很有可能变相走样。而安乐死是关系人的生命的事项，人命关天，容不得在此有半点瑕疵，否则会导致一系列不堪设想的后果。因此，在我国法律尚未允许实行积极安乐死的情形下，实行积极安乐死的行为仍构成故意杀人罪，属于同意杀人这种杀人类型，可以从宽处罚，但不宜作无罪处理。

需要指出的是，实践中存在根据刑法第十三条但书规定宣告安乐死无罪的案例。<sup>③</sup> 这种做法并不妥当。刑法第十三条但书规定是指“但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。可以肯定的是，如果具体犯罪的罪状中有

<sup>①</sup> 周光权：《刑法总论》（第二版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 217 页。

<sup>②</sup> [日] 大谷实：《刑法讲义各论》（新版第 2 版），黎宏译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 21 页。

<sup>③</sup> 参见《王明成、蒲连升被控故意杀人案》，载最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（1992 年第 2 辑），人民法院出版社 1993 年版，第 7~10 页。

“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”的规定，那么基于该规定不作犯罪处理，毫无异议。问题是，如果具体罪状中没有类似规定，能否直接根据刑法总则第十三条但书规定作无罪处理？一种非常普遍的观点认为，第十三条但书规定可以直接作为出罪的适用标准。<sup>①</sup>例如，对于危险驾驶罪的案件，有观点认为，虽然醉酒驾驶符合危险驾驶罪的犯罪构成，但是如果情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。这种观点混淆了犯罪概念与犯罪构成的地位。

首先，不可否认，总则规定对分则条文具有指导作用，但是指导作用有两种。一种指导作用是具体的构成要件要素上的指导。例如，分则许多犯罪的罪状没有明确规定是故意犯罪还是过失犯罪，此时就需要结合总则第十四、十五条规定来补充确定。另一种指导作用仅仅是宏观的理念指导。例如，总则第二条是关于刑法的任务，第三条是罪刑法定原则，第四条是刑法面前人人平等原则。这些规定都是理念性指导，而不是具体构成要件的指导，不能直接对某个罪的构成要件进行修正。同理，总则第十三条是关于犯罪概念的规定，也只是理念性指导，而非具体构成要件的指导，不能基于此对具体犯罪的构成要件进行修正。可以说，认定犯罪的唯一标准是犯罪构成。犯罪概念只具有说明性质，但不具有适用标准的属性。

其次，从条文逻辑上看，第十三条但书是对前段内容的同义强调。根据刑法第十三条规定，危害行为“依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪”。这表明危害行为只有达到应受刑罚处罚的程度，才构成犯罪。“但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”只是对该规定从反面同义强调而已，并没有增添新的要素。换言之，即使删除“但书”，该条基本规定丝毫不受影响。设置“但书”的指导意义仅在于，立法者担心司法机关形式地理解“依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪”，也即对犯罪的构成要件仅进行形式解释，从而不当地扩大了处罚范围，因此需要格外强调提示，对犯罪构成的判断不能仅作形式解释，而应同时进行实质解释，也即既要作定性判断，又要作定量判断，判断违法和责任的程度是否达到应当受到刑罚处罚的程度。

最后，如果将第十三条但书作为具体犯罪的出罪标准，那么会与第三条前段规定相冲突。第三条前段规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑”。很显然，这里的“法律明文规定”是指分则具体的罪状。第三条前段规定旨在防止司法人员不严格适用分则规定，随意出罪。如果一个行为根据分则罪状，符合某罪的犯罪构成，应成立犯罪，但是又根据第十三条但书作无罪处理，这种做法显然与第三条前段规定相冲突，也违背了第三条前

<sup>①</sup> 张波：《刑法学的若干基本理论探讨》，载《现代法学》2004年第6期。

段规定的设立宗旨。

#### (六) 尊严死

尊严死,是指由于医学的进步,对植物人等也可能依靠某种装置、药物来维持其生命,撤除这些生命维持装置,停止延长生命的措施,让其有体面、有尊严地、自然而然地死亡。理论上认为,如果违背患者本人的意愿,实施纯粹的、无意义的维持其生命的措施,违反了医疗措施应为患者本人利益的初衷,因此终止医疗措施使患者自然而然死亡的做法,可以排除违法性。当然,这需要严格的条件:(1)患者的状态,从医学上看没有治愈的可能性。(2)患者生前明确表示希望实施尊严死。(3)关键阶段不能进行意思表示的话,根据事前的意思表示,或者至少根据亲近者的证言,患者在正常状态时有希望接受尊严死的意思表示。不过,这些都是理论上的探讨。就立法而言,我国并未将尊严死合法化。因此,从严格意义上来讲,尊严死仍属于同意杀人这种杀人类型,不过在量刑上可以从宽处罚。

#### 四、以放火等危险方法杀人

我国刑法学上的多数说认为,以放火、爆炸、投放危险物质等危害公共安全的方法故意杀人的,不再构成故意杀人罪,只能认定为放火等以危险方法危害公共安全的犯罪。但是,在放火等危险方法故意杀人的案件中,完全有可能存在符合故意杀人罪构成要件的事实。例如,甲为了杀乙,放火烧乙家住宅,乙被烧死,乙家住宅及邻居住宅被烧毁。这样的行为既符合放火罪的构成要件,也符合故意杀人罪的构成要件。因此,以放火、爆炸等危害公共安全的方法故意杀人的,完全可以成立放火、爆炸等罪和故意杀人罪的想象竞合犯,应择一重罪论处。从法定刑上看,虽然两罪的最高刑都是死刑,最低刑都是三年有期徒刑,但是排列顺序不同,放火、爆炸等罪是从低到高排列,故意杀人罪是从高到底排列,这种排列顺序的差异反映出故意杀人罪的刑罚重于放火、爆炸等罪。因此,当两罪想象竞合择一重论处时,应以故意杀人罪论处,如此才能确保罪刑相适应。<sup>①</sup>

#### 【案例1-5】方金青惠投毒案<sup>②</sup> (投毒杀人的认定)

方金青惠(越南籍人)于1993年从越南到中国广西做工,1994年底与广东省罗定市金鸡镇大岗管理区官塘村村民周继华结婚。方金青惠与周继华共

<sup>①</sup> 更为详尽的分析,请参见张明楷:《论以危险方法杀人案件的性质》,载《中国法学》1999年第6期。

<sup>②</sup> 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事审判指导案例》(危害国家安全罪、危害公共安全罪、侵犯财产罪、危害国防利益罪),法律出版社2009年版,第29页。

同生活一段时间后，周继华之母简梅芳对方金青惠没有生育不满。一天，周继华打方金青惠，简梅芳在一旁帮周，后方金青惠流产。方金青惠认为其流产是简梅芳殴打所致，遂产生用老鼠药毒杀简梅芳的恶念。1996年6月至8月间，方金青惠先后4次购买含有氟乙酰胺的毒鼠药，毒害简梅芳：

1996年6月19日19时许，方金青惠乘周继华不备，将毒鼠药放入周继华为其父周木新、其母简梅芳煲的中药内。但简梅芳让周木新先喝。周木新喝时，方金青惠因怕事情败露未予制止。次日凌晨1时许，周木新因中毒死亡。

1996年6月24日上午，方金青惠在家煲好瘦肉粥后，把鼠药放入碗中并添上瘦肉粥请简梅芳吃。简梅芳吃了几口，然后把粥搅混喂其孙女周木莲（3岁，简梅芳次子周荣林的女儿）吃。周木莲因中毒抢救无效死亡，简梅芳中毒受轻微伤。

1996年6月29日，方金青惠乘简梅芳不备进入简梅芳住房，将毒鼠药放入简梅芳使用的茶壶中。简梅芳及其孙子周家发、周锦昌因饮用壶内水中毒，后经医院抢救脱险。

1996年8月28日上午，方金青惠乘简梅芳不备进入简的住房，将一包毒鼠药放入简梅芳使用的一白色磁茶壶中。当天到简家聊天、做客的邻居、亲戚等10人喝了壶内的水后中毒。其中，周金南经医院抢救无效死亡，简梅芳、周家发、周锦昌、李兰花、周天社、何大呀、王世华受轻伤，何拾、黄锦受轻微伤。

广东省云浮市中级人民法院认为，被告人方金青惠因与婆婆简梅芳有矛盾而采用投毒的手段杀人，其行为已构成故意杀人罪，其犯罪行为次数多，并造成三人死亡、九人中毒受伤的严重后果，手段残忍，罪行极其严重。依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第二百三十二条和第五十七条第一款的规定，于1999年9月14日判决如下：被告人方金青惠犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。

一审宣判后，方金青惠不服，向广东省高级人民法院提出上诉。广东省高级人民法院经二审审理认为，上诉人方金青惠因与婆婆简梅芳有矛盾而产生杀人的恶念，以简梅芳为特定侵害对象，先后四次投毒鼠药毒害简梅芳，其行为已构成故意杀人罪，其对投毒行为可能造成他人伤亡的后果持放任态度，致死致伤多人，手段恶劣，后果严重，应依法严惩。原判认定事实清楚，定罪准确，量刑适当。审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项的规定，于2000年4月4日裁定如下：驳回上诉，维持原判。广东省高级人民法院依法将此案报请最高人民法院核准。

最高人民法院经复核确认：一审判决、二审裁定认定方金青惠因与婆婆



简梅芳有矛盾而产生杀人恶念，于1996年6月至8月间先后4次投放含有氟乙酰胺剧毒的毒鼠药毒杀简梅芳的事实清楚，证据确实、充分。最高人民法院认为，方金青惠因与被害人简梅芳有矛盾而多次采取向简梅芳使用的器皿内投毒的手段杀害简梅芳，并对其投毒行为造成他人伤亡的后果持放任态度，其行为已构成故意杀人罪，且情节特别恶劣，后果特别严重，应依法惩处。一审判决、二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确。审判程序合法。但对方金青惠附加剥夺政治权利终身不当，应予纠正。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十九条和《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、1979年《中华人民共和国刑法》第一百三十二条的规定，于2000年9月19日裁定如下：一、撤销广东省高级人民法院（1999）粤高法刑终字第1071号刑事裁定和广东省云浮市中级人民法院（1997）云中法刑初字第38号刑事判决中对被告人方金青惠量刑的附加部分。二、核准广东省高级人民法院（1999）粤高法刑终字第1071号维持一审以故意杀人罪判处被告人方金青惠死刑的刑事裁定。

本案的主要问题是被告人应以投放危险物质罪论处还是以故意杀人罪论处？该如何理解投放危险物质罪与故意杀人罪的关系？

两罪的主要区别在于保护法益。投放危险物质罪的保护法益是公共安全，而故意杀人罪的保护法益是人的生命。公共安全中的“公共”，是指不特定人或者多数人，也即是“公众”的意思。刑法规定危害公共安全罪的目的，是将生命、身体等个人法益抽象为社会利益并加以保护，故应重视其社会性。因此，“多数”是公共安全的核心概念。“少数”的情形应当排除在外。“不特定”人，虽然可能表现为少数，但是具有随时向“多数”发展现实可能性，会使社会多数成员遭受危险和侵害。所谓“不特定”，是指犯罪行为可能侵犯的对象和可能造成的侵害结果事先无法确定，行为人对此既无法具体预料也难以实际控制，行为造成的危险可能随时扩大。如果能确定犯罪行为只会侵害一两个人的安全，但无法确定具体是哪个人，这种情形不属于公共安全中的“不特定”。例如，甲在楼上向楼下人群中扔一炸弹，显然属于危害公共安全，但如果扔一块砖，至多会砸伤一两个人，不属于危害公共安全。又如，甲给餐厅客人们端上来一盘花生米，其中一粒注射了毒药，客人乙吃后中毒死亡，这不属于危害公共安全，但是如果甲给客人们端上来一壶茶，其中投放了毒药，客人乙饮后中毒死亡，客人丙中毒重伤，则属于危害公共安全。所谓“多数人”，一般是指三人及其以上，但也难以用具体数字表述。这里的多数人包括特定的多数人，当然这种特定是相对而言的。如果甲确定要毒死乙一家三口人，而且投毒方式不可能对其他人有危险，那么仍属于故意杀人，而不属于危害公共安全。

本案中被告人的多次投毒行为应逐一分析。(1) 1996年6月19日19时许,方金青惠将毒鼠药放入周继华为其父周木新、其母简梅芳煲的中药内。由于熬制的中药专为两位老人喝,不会危及其他人的生命安全,没有危害公共安全,所以方金青惠的这个行为不构成投放危险物质罪,而构成故意杀人罪。(2) 1996年6月24日上午,方金青惠在家煲好瘦肉粥后,把鼠药放入碗中并添上瘦肉粥请简梅芳吃。该投放了毒药的瘦肉粥是专为简梅芳吃的,也没有危害公共安全,所以方金青惠的这个行为仍构成故意杀人罪。(3) 1996年6月29日,方金青惠乘简梅芳不备进入简梅芳住房,将毒鼠药放入简梅芳使用的茶壶中。简梅芳及其孙子周家发、周锦昌因饮用壶内水中毒,后经医院抢救脱险。由于茶壶中的茶水不可能只由简梅芳一人专用,很有可能被其他人饮用,所以危害了公共安全。方金青惠的这个行为既触犯了故意杀人罪,也触犯了投放危险物质罪。(4) 1996年8月28日上午,方金青惠将一包毒鼠药放入简梅芳使用的一白色磁茶壶中。当天到简家聊天、做客的邻居、亲戚等10人喝了壶内的水后中毒。同理,由于茶壶中的茶水不可能只由简梅芳一人专用,很有可能被其他人饮用,所以危害了公共安全。方金青惠的这个行为既触犯了故意杀人罪,也触犯了投放危险物质罪。在法定刑的设置上,由于故意杀人罪要重于投放危险物质罪,所以被告人的第(3)、(4)个行为应以故意杀人罪论处。综上,被告人的四次行为都应以故意杀人罪论处。

## 五、故意杀人罪与遗弃罪的关系

遗弃罪,是指负有扶养义务的人,对年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人拒绝扶养,情节恶劣的行为。

在我国1979年刑法中,遗弃罪规定在“妨害婚姻、家庭罪”一章中,理论上因此将本罪法益解释为被害人作为家庭成员享有的受扶养权利,被遗弃的年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人只能是家庭成员。1997年修订后的刑法取消1979年刑法中的妨害婚姻、家庭罪的章罪名,将其全部归入侵犯公民人身权利、民主权利罪中。立法的改变为理论上将遗弃罪的法益解释为生命、身体的安全带来了便利。

首先,本罪的实行行为是拒绝扶养的行为。行为人必须是具有扶养义务的人。当遗弃罪规定在“妨害婚姻、家庭罪”一章时,扶养义务只能依据婚姻家庭法产生,当遗弃罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪中后,扶养义务的来源就不能依旧限定于婚姻家庭法。况且,现实生活中存在许多非家庭关系的扶养义务。例如,养老院对老人、孤儿院对孤儿都存在扶养义务。可能有人认为,这些社会福利机构的义务不能称为扶养义务,而应称为扶助义务。但是,无论扶养义务还是扶助义务,都是一种照管义务,在本质上没

有差别。而且，从文理解释上看，将扶助义务解释为扶养义务，没有超出“扶养”一词含义的射程范围，不会明显超出国民的预测可能性，应当能够为一般人所接受。单纯从婚姻家庭法上理解扶养义务实际上是一种思维惯性。

其次，从历史沿革解释，遗弃罪的扶养义务似乎应限定于家庭成员之间，但是解释的理念应当坚持客观解释，也即根据社会现实发展去寻找法律文本的含义。当历史沿革解释不符合客观解释的理念时，不应一味坚持历史沿革解释。解释罪名的法益含义时，经常会遇到由于法律修正、生活变迁而重新解释法益含义的情形。例如，旧刑法将私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪规定在渎职罪中，该罪法益必然是邮电部门的正常活动，但是新刑法将该罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪中，其法益显然已经变更为公民的通信自由权利。因此，当罪名的体系位置发生变化时，不应忽视该罪名的保护法益的变动。

最后，从现实需要看，如果将遗弃罪的扶养义务限定于家庭成员之间，就无法规制社会福利机构工作人员遗弃被扶助老人、孤儿的行为。而现实中，这样的行为呈多发趋势，刑法必须予以回应。可能有人认为，社会福利机构的遗弃行为，如果触犯其他犯罪如故意杀人罪、故意伤害罪的，则以故意杀人罪、故意伤害罪论处，如果不触犯其他犯罪，则只能作无罪处理。问题是，遗弃行为是对被扶养人的生命、身体产生危险的行为。为何家庭成员中的被扶养人生命、身体受到危险时，刑法予以救济，而社会福利机构中被扶助的老人、孤儿、残障儿童等群体的生命、身体受到危险时，刑法就不予保护？很难有充分的理由予以说明。任何人的生命、身体都应得到同等程度的保护，将社会福利机构中的被扶助人排除在遗弃罪的保护之列，是一种不平等保护法益的表现。

概言之，遗弃罪的保护法益是被扶养人的生命、身体的安全。本罪与故意杀人罪的区别在于，本罪属于抽象危险犯，故意杀人罪属于具体危险犯。之所以认为遗弃罪是抽象危险犯，是因为如果将其视作具体危险犯，就要求行为人对于死亡的具体危险有认识，由此导致杀人故意与遗弃故意无法区别，会模糊故意杀人罪和本罪的界限。换言之，遗弃无独立生活能力、无自救力者，只要使其因而陷于生存上的困难，在生命、身体健康方面存在危险的，就有构成遗弃罪的可能。遗弃行为开始时，被害人并不都立即遭遇生存上的困难，如果尚未达到抽象危险的程度，就没有必要对其给予刑罚。

在大陆法系刑法中，遗弃罪分为无义务者遗弃罪和保护者遗弃罪两种。无义务者遗弃罪的成立条件较高，单纯消极地从危急状态离去的行为不能构成该罪，必须是积极地移置被遗弃人的行为才可能成立犯罪。我国刑法中的遗弃罪实际上是有保护责任者实施的遗弃行为，对于无义务者实施的遗弃行