



刑法的私塾

(之二) 上

张明楷 编著

每个周末，教授与研究生们汇聚一堂，共商学术
这个刑法的私塾，十多年来，人来人往，风雨不歇
这个私塾里讨论的一切，这个魅力无穷的刑法世界
今日首次呈现



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

内容由文川网 (www.docsriver.com) 商家beme电子书提供



有度

有度图书·015



刑法的私塾

(AM) 6

张明楷 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

内容由文川网 (www.docsriver.com) 商家beme电子书提供

说 明

2014年出版《刑法的私塾》时,内心确实忐忑不安。因为缺乏预测可能性,不知道这类出版物会不会遭人唾弃。人生总会经历林林总总的意外!或许是由于阅读起来比较轻松,甚至有置身讨论的感觉,许多读者没有对《刑法的私塾》嗤之以鼻。有鉴于此,我毫不犹豫地将近几年的周末讨论整理出来,出版《刑法的私塾》(之二)。但是,这并不意味着我对本书充满了信心,因为我不知道读者是否已经厌倦了这类出版物。

2014年之后,我依然和学生们一起在周末讨论各种案例。第一本《刑法的私塾》是由参加讨论的学生将录音转换为文字,再经过了慧敏博士精心整理,最后由我删改定稿的。与此不同的是,《刑法的私塾》(之二)的录音由相关公司的速记人员转换为文字,然后由我直接整理。速记人员记录了讨论过程中的字字句句和点点滴滴,我在记录稿上经常看到的文字是:“最后再讨论一个案件,这个案例讨论完了大家去吃饭。”“老师请客吗?”此外,有时虽然认识速记人员记录下来的每一个文字,却不知道这些文字是什么意思,因而不得不删除许多内容。但可以肯定的是,整理出来的文稿尽最大可能与当时的讨论内容相同,并非由我重新改写。

《刑法的私塾》(之二)的内容按教科书的体系安排,而没有按讨论时间安排。案例之外的纯理论性的讨论,没有纳入本书。本书的案例不同于第一本《刑法的私塾》中的案例,本书中的每个案

例按照其中的主要焦点问题置于相应标题或罪名之下。但是,在此罪名下讨论的案件未必构成此罪。例如,在过失投放危险物质罪的标题下讨论的案件,很可能仅构成过失致人死亡罪;在盗窃罪标题下讨论的案件,很可能不构成犯罪;如此等等。

与以往一样,每次讨论时一般是我描述案情、提出问题,然后就案例的焦点问题展开讨论(其间也会有学生提出需要讨论的案例)。案例并没有提前告诉参加讨论的学生,我本人有时也不知道会讨论什么案例。任何人的发言都没有事先准备,大家想说就说、想讲就讲,说得无拘无束,讲得无边无际。正因为如此,本书的内容与具有逻辑性的体系书具有重要区别,因而也存在明显的缺憾。例如,内容可能重复。因为经常会讨论类似的案例,尤其是在发言时,每隔一年就面对不同的学生,不可避免地会讲相同的内容。再如,观点可能矛盾。因为是随心所欲的发言,不可能前思后想、千思百虑,每次发言的内容可能存在冲突或者不协调。又如,结论可能错误。因为有些疑难案件一时难下结论,事后也未能深入讨论,导致案件的结论不明确或者错误。所以,真挚地恳请各位读者匡谬析疑、救弊补偏!

参加周末讨论的主要是我指导的在校硕士研究生(包括公诉人班的公诉人)与博士研究生。此外,也有已经毕业的博士生参加了周末的讨论。十分感谢参加讨论的各位同学!没有你们的参与,就没有《刑法的私塾》(之二)。还要特别感谢王钢副教授!王钢从德国获得博士学位后回清华任教以来,一直参加周末的讨论,并且发表了不少独到见解。但由于速记人员不能识别王钢的声音,只好将他归入“学生”了。

张明楷

2017年8月18日于清华明理楼

上册

第一堂
构成要件
001

第二堂
违法性
079

目 录

第三堂
有责性
125

第四堂
故意犯罪形态
159

第五堂
共犯
175

第七堂
刑罚论
239

第六堂
罪数
221

第十三堂
贪污贿赂罪
891

第十二堂
妨害社会管理秩序罪
791

第十一堂
侵犯财产罪
481

下册

第十堂
侵犯公民人身权利、
民主权利罪
385

第九堂
破坏社会主义经济秩序罪
319

第八堂
危害公共安全罪
277

第一堂

构成要件



构成要件与犯罪概念的关系

16岁5个月的男孩和一个13岁8个月的女孩谈恋爱。某天，女孩和妈妈吵架后就住进男孩家里，连续住了5天。有一次，两个人在床上接吻，各自脱掉了衣服，双方性器官也接触了。后来女孩说，年纪还小，算了，这样不好。男孩就没有再继续实施行为。

张明楷：检察机关以强奸罪起诉了，法院根据《刑法》第13条但书宣告无罪。你们怎么看？

学生：我觉得行为挺轻微，二人是恋人关系，早恋现在很普遍，女孩也同意，而且女孩说停止男孩也就停止了。这种现象越来越多，双方家长也谅解，也就没有必要追诉了。如果一旦进入刑事诉讼，可能反而对女孩的伤害更大。

张明楷：按照“两高”的司法解释，奸淫幼女的，双方性器官接触就强奸既遂了，故没有中止的余地。如果按照普通强奸罪

的既遂标准，还可以认定男孩成立强奸中止。不过，虽然强奸中止，但猥亵儿童已经既遂。在德国，就是强奸中止和猥亵儿童既遂的想象竞合，会被认定为猥亵儿童罪。在我们国家，如果对强奸罪的既遂标准采用插入说，男孩的行为就是强奸中止，但由于造成了损害结果，应当减轻处罚。当然，在这个案件中，不处罚男孩的结论或许不失正当性，但是要找到一个合适的理由。如果行为符合了构成要件，出罪却不需要任何理由，构成要件就没有意义了。

学生：理由就是《刑法》第13条啊。“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。

张明楷：《刑法》第13条这么管用吗？第13条只有在不构成犯罪的前提下才能适用；如果行为已经构成犯罪，怎么可能还适用第13条？也就是说，在肯定了构成要件符合性且没有违法阻却事由的前提下，以犯罪概念为根据否认犯罪的成立，就表明我们对构成要件的解释不是以犯罪概念为指导的，这显然是自相矛盾的。因为刑法理论认为犯罪构成是犯罪概念的具体化，既然如此，怎么可能在行为符合犯罪构成的时候又以犯罪概念为根据否认犯罪的成立呢？

学生：认定为强奸中止，同时否认猥亵儿童罪的构成要件符合性与违法性，因为幼女对前面脱衣服的行为是愿意的。

张明楷：这个承诺无效吧。幼女即使愿意，也是无效承诺。

学生：男孩也是未成年人，还不满18周岁。

张明楷：可是，16周岁以上的人对任何犯罪都要承担刑事责

任。非法侵入住宅等犯罪，以及最高刑只是拘役、管制的犯罪，他都要承担刑事责任，而猥亵儿童罪在一般情形下只要既遂就要处5年以下徒刑，凭什么就不用承担刑事责任？难道要学日本现行刑法把幼女年龄统一下调到13岁？日本的刑事责任年龄为14岁但是幼女的年龄却是13岁。

学生：男孩与女孩都同意，是否可以否定男孩有故意？

张明楷：没法否定故意，男孩知道对方是幼女，且知道自己要与幼女发生性关系。

学生：能不能用违法性认识错误来给其开脱？男孩以为有幼女的同意，就可以这样做，但法律对这种行为说NO。男孩不是对违法阻却事由前提的认识错误，而是对违法阻却事由的适用产生了认识错误。

张明楷：问题是，即使存在违法性的认识错误，这个错误是不可避免的吗？显然不能得出这样的结论吧。

学生：能不能适用《刑法》第37条，以情节较轻不需要判处刑罚为由，对男孩仅作有罪宣告，而不判处刑罚？

张明楷：按照最高人民法院的相关司法解释，是可以这样处理的。但我一直反对这种做法。道理很简单，既然没有法定的减轻处罚情节时，减轻处罚的都要报最高人民法院核准，没有法定的免除处罚情节的，怎么反而可以直接适用《刑法》第37条不给予刑罚处罚？我以前在教科书上就说过，这样的观点会导致《刑法》第37条的滥用，雷洋案就充分说明了这一点。

学生：这样说来，对男孩就必须定罪量刑了。

张明楷：如果要宣告无罪，最好的办法是否认行为符合犯罪成立条件。以抽象的理由宣告行为无罪，虽然结论可能是容易被接受的，但这样会导致犯罪成立条件丧失意义。犯罪成立条件丧失意义后，可能导致不符合犯罪成立条件的行为也成立犯罪。

学生：多年前发生过一起案件。被告人离婚后，将户口迁出了。后来打算租房住，但她的身份证丢了，去原派出所办身份证时，原派出所说户口已经迁出了不给办。被告人没有身份证寸步难行，于是被告人提供自己全部真实的身份证明信息给了制造假身份证的人，让对方给自己制造了假身份证。老师您看除了《刑法》第13条外，怎么去说明被告人无罪呢？

张明楷：伪造身份证件罪的设立是为了保护身份证件的公共信用，无权制作就不能制作，因此制作身份证的人当然构成伪造身份证罪；但是，被告人的行为可以从期待可能性角度去说明其不具备有责性。

学生：我们讨论的这个案件能不能说男孩没有期待可能性呢？

张明楷：感觉有点勉强。按照我的观点，男孩的行为属于强奸中止，但由于造成了猥亵儿童的侵害结果，应当减轻处罚，当然可以宣告缓刑。

不 作 为

案例一

被害人向行为人借款 50 万后很久不还。某天，行为人带了三个人开车去找被害人。行至一大桥上（桥下是河，河面与桥面距离几十米）时，行为人和被害人就在桥上谈判。被害人说：“你不要逼我了，再逼我，我干脆死了算了，反正我也还不上。”行为人说：“那你要这么说，就写个遗书吧。”被害人就写了遗书：“今生还不上，来世做牛做马也还给你。”然后，被害人自己拿着这个遗书坐在大桥的栏杆上抽烟，行为人等四人就陪着被害人站着，也没有对被害人实施任何行为。十几分钟之后，被害人说了一声“我跳了”，然后就真的跳了下去，第二天发现被害人死亡了。行为人的辩解是，首先我不知道被害人真的会跳；其次，当他跳下去之后，我只是觉得他可能是逃走了。

学生：我们司法机关一直争议的是，行为人有没有杀人的故意与过失。

张明楷：首先要从客观方面开始讨论，如果首先讨论故意与过失，就意味着直接肯定了杀人罪的构成要件符合性与违法性，这显然不合适。

学生：对，还有就是被害人自我答责的问题。

张明楷：你们最后定罪了吗？

学生：定了间接故意杀人。

张明楷：哎呀，这一定就处罚很重啊。

学生：因为是行为人逼被害人跳下去的。

张明楷：哪里有逼的行为呢？

学生：就是四个人围在河边不让被害人走啊。

学生：不让被害人走也不等于逼他跳河啊。

张明楷：这个案件在德国有可能定见危不救罪。但是，在我国可能是定不了罪的。

学生：能不能定过失致人死亡罪？

张明楷：故意杀人罪是绝对不可能成立的，过失致人死亡罪也不能定。有一种可能是，如果四个人一直不让人家离开，确实符合非法拘禁罪的构成要件，倒是可以考虑非法拘禁罪。

学生：但是行为人逼他跳了啊。

学生：实际上行为人还是想要债，被害人跳下去死了他还怎么要债啊。所以很难说行为人主观上有想要被害人死亡的故意。

张明楷：又跳到故意过失那里去了。首先要判断行为人的行为是什么？被害人的死亡能否归属于行为人的行为？如果说构成过失致人死亡罪的话，过失行为是什么呢？这个案件中，根本没有致人死亡的行为嘛。既然如此，怎么能将结果归属于行为人的行为呢？

学生：如果说没有作为的话，那不作为呢？不救助的行为不需要评价吗？

张明楷：如果要评价为不作为的话，首先要考虑作为义务是什么。不能跳过作为义务直接认定行为人有不作为。以前发生过一起案例，一个局长可能是官场失意，到基层考察时晚上喝了酒，科长没喝酒，一直陪着局长。科长开车载着局长回城里，高速路上局长要求下车，科长不同意，局长就自己把车门打开，科长没办法只能停车。科长在路边劝了一个多小时要局长上车，局长还是不上车。当时可能还没有手机，科长没办法就把车开回去，想找局长的老婆来劝局长。但是局长老婆不肯去，然后科长就找到另一个人，想让他帮忙回去把局长拖上车。但是回到原地怎么也找不到局长，然后再回去问局长有没有回家，发现没有回家，又回到高速路上找，发现局长已被轧死，但具体是怎么死的，根本查不清楚。

学生：科长没有把局长强拽上车的可能吧。

学生：但科长必须一直陪着局长吧。

学生：这种要求也太高了吧。

张明楷：局长精神正常，也不是小孩，为什么要求科长必须一直陪着他？科长当然知道高速路上是一个危险的地方，但不能因此就认为科长必须陪着局长。而且，如果局长想死的话，在高速路上，科长陪着也不管用，局长随时可以撞车死亡。在这个案件中，局长究竟怎么死亡的，也不可能查清，有没有可能确实是局长自己撞车死亡的呢？如果是这样的话，也要追究科长的责任

吗？实践中为了平衡各种利益，有可能定科长过失致人死亡罪，然后判处较轻的刑罚或者判处缓刑。但这样做在法理上未必说得通。你们一定要注意，类似这样的案件，一旦跳过客观方面的判断，行为人的过失就不成问题了。因为行为人肯定知道有危险，既然如此，就免不了有过失。所以，一定要先考虑客观方面的行为，以及结果能否归属于行为人的行为。在我看来，上面的两个案件，都难以将被害人的死亡结果归属于行为人的行为。

学生：老师，出租车司机的义务要不要达到保护乘车人生命的高度呢？他只收了十几块钱的车费。

张明楷：那要看具体情形吧，不能一概而论。

学生：醉酒乘客强行下车呢？

张明楷：出租车司机当然对车内乘客的安全负有一定义务。但是，如果乘客突然强行打开车门下车，出租车司机也没有作为可能性吧。如果乘客不是强行下车，而且问司机可不可以下车，司机在危险的状态下让乘客下车，乘客下车时被后面的车辆撞死的，不排除出租车司机的行为构成过失致人死亡罪或者交通肇事罪。总的来说，还是要具体分析，不能笼统地说出租车司机有罪还是无罪。

案例二

合租房里住了四个人，其中两个关系很好的女孩住一间，另有一对恋人住了一间。但这对恋人和这两个女孩关系不密切，平

时只是打个招呼而已。某天半夜，恋人中的女孩因为事情吵架，女孩要拿打火机烧被子，男朋友阻止了四次，之后男朋友就不管了，心想你想怎么着就怎么着吧，女孩又把打火机拿出来点燃了被子。刚开始燃烧的时候，男的没有扑火。之后看着火势变大了，男的立马去扑火，但怎么都不能扑灭。这对恋人眼看自己要被烧死了就跑了出来，结果另一房间的两个女孩被烧死了。

张明楷：这个案件显然涉及作为义务的问题。男的是有义务阻止女的放火，还是有义务扑灭火？抑或有义务叫醒另一房间的两个女孩？

学生：男的有义务阻止女的放火。

张明楷：为什么有义务阻止女的放火？义务来源是什么？因为是男女朋友关系吗？

学生：男的对这个房间所产生的危险应该要阻止。

张明楷：危险来源于什么地方？

学生：危险是火，火在他的房间里。

张明楷：租房子的人都有扑灭火的义务吗？

学生：当然有。

张明楷：从哪个角度去讲义务？租房子的人对这个房子本身的安全有义务吗？

学生：对另外两个女孩有义务。

张明楷：对另外两个女孩有什么义务？

学生：肯定是有义务的。这个案件对男的定了失火罪吧？

张明楷：对，定了失火罪，判了7年。

学生：女的判了多少年？

张明楷：女的被判了无期还是死缓。如果是租房子，则因为你租了房子，对这个房子本身的安全有管理义务，但不是说他有阻止他女朋友放火的义务。她女朋友是成年人，他没有义务阻止女朋友犯罪。但是，如果女朋友的犯罪是放火烧毁房子，男的当然要阻止女朋友放火。

学生：男的有救火的义务。

张明楷：这样说也是对的，因为他租了房子。可是，他也救了，但没救成功。

学生：需要看具体情况。单纯从男女朋友关系来说，他肯定没有阻止女朋友犯罪的义务。但如果在这个过程中，男的对于这个事件的升级有一些刺激行为，有可能被考虑进去，比如形成了放火的教唆。

张明楷：这个案件没有说男的刺激女朋友放火，如果刺激她放火就是作为了，不是不作为。租房的人对这个房子本身有管理义务、保护义务，问题是，那两个女孩死亡怎样办？能否说，男的只对财产损失负责？

学生：不能只对财产损失负责吧。

张明楷：那么，对另一房间的两个女孩的救助义务来源于何处？因为他是租房人？

学生：作为租房的人对于房间里面出现的危险源，应该要及时予以控制。

张明楷：如果房子是男的租下来后，再租给另外两个女孩的，男的对房间里的危险源肯定有控制义务。但如果另外两个女孩也是直接从房东那里租来的，可能就有疑问了。假如另外两个女孩知道着火的话又该如何判断呢？比如男的在扑火，两个女孩看着，结果男的和他的女朋友跑出去了，她们俩没跑出去。这个时候，男的是否构成犯罪？

学生：要看情况，合租的时候如果双方分的区域比较明显，不好说一方对另外一方管的区域有什么义务。比如我们以前跟人合租的时候，别人在家里干什么我们都不知道，基本上没有往来。

张明楷：但这个房子一烧就全部烧了，不是只烧哪一间。

学生：还有另外一个问题，如果单纯考虑发生在房屋里的危险的控制义务，比如女的放火，如果一开始放很大的火，火点着之后，男的根本没有把火扑灭的可能性，也就麻烦了。

张明楷：那就没有作为可能性了。现在是有作为可能性，因为男的是过了一会儿才扑火，早点扑的话是可能扑灭的。另外，在女朋友放火时，他还可以对她实行正当防卫。

学生：正当防卫不是作为义务。

张明楷：我的意思是通过正当防卫阻止女的放火。对男的不定罪不行吗？

学生：不定罪不合适。

张明楷：为什么不合适？

学生：如果她女朋友一开始放火放很大，根本扑不灭，对男的可以不定罪。但一开始可以扑灭而不扑，还是可以定罪的。

张明楷：问题还是在于作为义务来源于什么地方？

学生：还是从租房保护义务的角度来说。

张明楷：对房子有管理义务是说得通的，但是管理义务的具体内容或者范围是什么？

学生：房间里可能出现危及他人生命的危险源时要及时加以控制。危险源本身是火燃烧起来了，要在第一时间扑灭而没有扑灭。

张明楷：危险源是放火的人造成的。

学生：如果换个情形，别人从窗户外边将一把火扔到男的房间，男的可以不管就看着它烧吗？当然不行，男的还是有义务扑灭。

张明楷：这与本案有没有区别？

学生：没有区别吧。对于男的来说一样，就是自己房间起火了，他要把它扑灭。

张明楷：男的当然对房子有管理义务。一般来说，男的对女的放火犯罪没有阻止义务，我觉得即使是夫妻也没有阻止义务；夫妻之间没有阻止对方犯罪的义务，或者说，夫妻之间基本上只有保护义务，没有监督义务。但是，如果犯罪行为导致的是房子烧毁，男的还是要阻止。但这个时候不是从阻止犯罪的义务角度说的，而是从保护房子安全的义务角度说的。

学生：我在想，如果只是考虑对于房屋的管理义务，把案件改一下，妻子在屋里洒上了汽油，拿着火柴说我真的要点了，男的还在说我没有阻止义务，你点吧。一点以后，火马上烧起来，根本扑不灭，男的不构成犯罪吗？

张明楷：如果男的说“你点吧”，这句话肯定有心理的帮助，而且也有作为义务，是保护房屋安全的义务。但是，即使有义务但没有作为可能性时，也不成立不作为犯。但这个案件中，更重要的是男的有没有作为义务？作为义务从哪里来？他有没有阻止女的放火的义务？或者说要不要把他保护房子的义务再提前一点？

学生：肯定要提前。

张明楷：提前的话，就意味着不是说男的有阻止女的放火的义务，而是男的有保护房子免受火灾的义务。

学生：那也就没有必要区分阻止女的放火的义务和灭火的义务。

张明楷：在这个案件中进行区分或许意义不大，因为男的原本可以阻止，也可以及时扑灭。但在其他案件中，两个义务的作用

为可能性会存在区别。因为男的租这个房子，别人对这个房子放火时就是对房子产生了危险，男的当然要阻止。这里还是讲对房子的管理义务，而不是阻止女的犯罪的义务。前面讲的有人从外面将火把扔进房子里时，男的有义务扑灭，也是这个意思。

学生：假如一个外来第三人钻进了这两个恋人的房间里，放了一把火，意图把房子里的所有人都烧死，但两个恋人直接跑出去了，也没有阻止他放火，结果隔壁的两个女生被烧死了。这时候要定这对恋人的不作为犯罪，理由是他们对于房子有管理义务。

张明楷：这时候要考虑作为可能性吧。

学生：假如四个人合租一套房，突然跑进来一条疯狗，咬了两个女孩，那个男的没有管，会怎么样处理？

张明楷：刚才我们讨论的基本结论是，男的对所租的房子有管理义务，放火意味着烧毁房子，男的就义务防止火灾的发生。但是疯狗进来不是咬房子的，所以，疯狂进到房间与火把扔到房子是不一样的。我换一种情形，假如那个女的说，这样吵架不如死了算了，把房间煤气打开了，女的执意留在房间不走，男的自己离开了房间。另外一个房间的两个女的死亡了。这个案件该怎么处理？

学生：说男的无罪有点接受不了。男的还是对房子的安全有管理义务。

张明楷：房子没被火烧，而且男的出门时并不是自己特意关上门，门是自动关上的。如果说这个男的没义务救人，会发现不

对劲。如果房子烧掉了，人没死，由于男的对房子有管理义务，男的构成不作为犯罪。现在是房子没事人死了，男的反而不构成犯罪，显得房子的价值比人珍贵。问题出在哪里？

学生：另一房间的两个女的虽然和两个恋人没有什么来往，但他们四人事实上是一个生活共同体。他们有共同的客厅、洗手间、厨房，煤气来自厨房，是他们共同的生活区域。

张明楷：有共同生活区域就一定成了生活共同体吗？生活共同体不是讲住在一块，肯定要在生活上有相互的帮助、相互照应等等，才能叫生活共同体。

学生：两个恋人能不能说是共同生活体？

张明楷：一起生活的恋人可以说是生活共同体。我刚才讲的不是说恋人不是生活共同体，而是说恋人和另外两个女孩不是一个生活共同体。

学生：所谓对于房间危险源的控制，并不是说只是为了保护财产，而是说这个危险源在你房间里你就要控制，不管危险源是损害人的生命还是损害财物。

张明楷：所以，还是前面说的对房间的管理义务的内容与范围究竟如何确定的问题。如果说男的对自己房间的危害人或者财产的危险源都有控制义务，男的没有及时灭火，就会构成不作为犯罪。问题是如此宽泛是否合适？我再改一下案情。如果另外房间的两个女的吵架，其中一个女的打开煤气后逃走了，这个房间的男的把女朋友带跑了，另外一个女的煤气中毒身亡。男的要成立不作为犯罪吗？

学生：要看在谁的控制领域内。

张明楷：谈不上在谁的控制领域内，四个人都能打开煤气。这时候跑掉了的这对恋人也成立犯罪吗？

学生：不成立犯罪吧。

学生：男的女朋友点燃被子，和您说的另一房间的女孩打开煤气是不一样的。

张明楷：对，是不一样，问题是哪里不一样。分析案件时，要善于找类似或者稍微有点差别的案件来比较。在讨论不作为犯罪时，要考察作为义务究竟来源于什么地方。危险源存在于房间时，不管是人造成的或是自然力造成的，住在这个房子里的人都有义务消除吗？

学生：发生火灾时都不能先走，都要先灭火。

张明楷：刚才说的另外房间的两个女孩吵架，如果其中一个放火，这个男的带着女朋友跑了，结果另外房间的一个女的被烧死了，三个人都要负故意杀人罪的刑事责任吗？

学生：看她在哪儿放火？

张明楷：这个可以自己设定，比如在自己房间放火、在共用客厅放火，或者打开厨房煤气放火等等。

学生：一个女的开了煤气，同住一个房间的另外一个女的有优先管理的义务。

张明楷：那个女孩睡着了呢？在我刚才设想的这个案件中，

不管另一房间的女孩和谁有矛盾，反正她把煤气打开自己就跑了，这对恋人知道后也跑了，睡着的女孩没人救就死了，这对恋人要对死亡负责吗？我估计不会吧！

学生：应当不会。

张明楷：德国刑法中，会让恋人负责吗？

学生：我觉得肯定会。

张明楷：定故意杀人罪？

学生：是不是故意杀人罪是另外一回事。

张明楷：如果是定见危不救罪，则是另一回事了。问题是我国刑法没有这个罪。

学生：首先考虑这对恋人是否有作为义务，如果有作为义务就是以不作为的方式参与他人犯罪。我觉得在德国应该会认为有作为义务，除非打开煤气的这个女的五大三粗，根本无法期待其他人与她做斗争。

张明楷：难怪德国要有客观归责理论，就是因为他们定罪定得太宽了。我觉得在中国不会定罪。

学生：在德国定什么罪？故意杀人罪？

学生：定故意杀人罪太重了。

学生：可以定故意杀人罪的帮助犯。

张明楷：在德国还不一定能定帮助犯，因为不作为的犯罪可能是正犯。

学生：那是罗克辛的观点，不是所有人都认为不作为犯都是正犯。

张明楷：我觉得罗克辛教授实在不该这么说，这么说明显跟他自己的基本理论相冲突。他那么强调法益保护，却偏要弄一个义务犯出来，我感觉明显不协调。

学生：到底应该怎么定？

张明楷：虽然可以说，四个人合租一套房子时，每个人都对房间里存在的危险源具有控制义务，而不管危险源是源自自然力还是其他人。但是，危险源的内容还是要考虑的，或者说对房间的保护义务的范围是要考虑的。我认为，其中一人打开煤气逃走，另外两人也逃走，一人死亡的，单纯逃走的两人不应当承担不作为犯罪的刑事责任。疯狗进来后，生活共同体之间有保护义务；非生活共同体之间没有保护义务。但是，如果是其中一人放火，则其他人都应当有灭火的义务。在我们讨论的真实案件中，当男的女朋友放火时，男的就应当有义务防止火灾发生，在女的点火后，男的应当及时灭火。男的或许以为不会燃烧起来，或者以为女朋友会自己扑灭，所以，火势大了才开始扑火，结果来不及了。法院认定他构成过失犯罪，还是有道理的。

学生：假如有严重患者跑到这个房间求助时，就倒在房间里了，另一房间的两个女孩在睡觉不知道，只有这个男的和他的女朋友知道，他们有没有作为义务？如果不救助的话，应该怎么定？

张明楷：按照我的观点，这个可以根据自己的支配领域来确

定作为义务。当法益在自己的支配领域内发生危险时，处于支配地位的人有保护义务。至于是成立故意杀人罪还是遗弃罪，则需要根据具体案情进行判断。

学生：要不要考虑排他的支配地位？

张明楷：在刚才这个案件中，男的他女朋友当然处于排他的支配地位。而且我认为，只有发生在自己支配领域的危险，才需要排他的支配地位，其他情形产生的作为义务不需要排他的支配地位。

学生：德国以前就有这种案件，四个工人安装缆车，最后那个缆车安装完以后要把钩子挂上，四个人都没挂，结果缆车第二天运营的时候就掉下来了。

张明楷：在这种情况下，不需要有排他的支配地位。四个人应该是典型的过失的共同正犯。

学生：我们前面讨论的案件也一样，这对恋人对于发生在自己房子上的火灾，都有控制的义务，不能说男的可以控制，女的就不用管了，女的可以控制，男的就不用管。否则，大家就都没罪了。

张明楷：还是我前面讲的，男的不是有阻止女朋友犯罪的义务，而是有防止火灾发生的义务。反过来说，是因为有防止火灾发生的义务，所以，女朋友点火时男的要阻止，女朋友点燃后男的要扑灭。

学生：我们大学生或者研究生宿舍里，一人放火，其他室友
内容由文川网（www.docsriver.com）商家beme电子书提供