

中国刑法司法适用疑难问题研究丛书

总主编 陈兴良 周光权

案例刑法研究

(总论)

主编 陈兴良
副主编 周光权

版权信息

书名：案例刑法研究（总论）（上下卷）

作者：陈兴良

出版社：中国人民大学出版社

出版日期：2020-10-01

ISBN：978-7-300-28526-9

价格：238.00元

目录

CONTENTS

总序

序言

第一章 罪刑法定原则

第一节 罪刑法定与解释方法

第二节 刑法解释的立场与限度

第三节 罪刑法定与有利于被告

第四节 罪刑法定与刑法效力

第二章 犯罪概念与犯罪构成

第一节 犯罪概念与但书规定

第二节 犯罪构成与定罪方法

第三章 客观构成要件

第一节 行为主体

第二节 行为

第三节 结果

第四节 因果关系

第四章 主观构成要件

第一节 构成要件故意

第二节 过失

第三节 刑法上的认识错误

第四节 犯罪的目的和动机

第五节 无罪过事件

第五章 违法阻却事由

第一节 正当防卫

第二节 紧急避险

第六章 责任阻却事由

第一节 责任阻却事由概述

第二节 刑事责任年龄的问题

第三节 精神病人犯罪的责任阻却

第四节 又聋又哑的人或盲人的责任能力问题

第五节 醉酒的人、吸毒者的责任能力问题

第六节 违法性认识可能性的欠缺

第七节 期待可能性的欠缺

第七章 未完成形态

第一节 犯罪未完成形态概述

第二节 预备犯

第三节 未遂犯

第四节 中止犯

第八章 共同犯罪

第一节 共同犯罪的成立条件

第二节 正犯

第三节 共犯

第四节 共犯论的特殊问题

第五节 共同犯罪的量刑

第九章 单位犯罪

第一节 单位犯罪的主体

第二节 单位犯罪的行为

第三节 单位犯罪的直接责任人员

第十章 罪数与竞合

第一节 行为个数的判断

第二节 法条竞合与想象竞合

第三节 行为复数时的一罪与数罪

第十一章 刑罚的适用

第一节 量刑情节

第二节 累犯

第三节 自首

第四节 立功

第五节 数罪并罚

第六节 缓刑、减刑、假释

第七节 追诉时效

后记

总序

我国刑法理论的发展存在两个面向：第一是体系化和学术化，第二是专业化和技术化。所谓体系化和学术化，是指我国刑法理论应当进一步提升自身的学术水平，建构与我国刑法相融洽的刑法教义学体系。而所谓专业化和技术化，是指我国刑法理论应当面向司法实践，将刑法理论资源转化为解决司法实践中疑难问题的专业技术，实现刑法教义学的实践理性。如果说，前者是我国刑法理论的“上天”，那么，后者就是我国刑法理论的“入地”。只有同时从这两个面向推进我国刑法理论向前发展，才能使我国刑法理论不辱使命，成为法学中的显学。

应该说，刑法理论的体系化和学术化与专业化和技术化这两个面向并不是互相抵牾而是相互促进的关系。刑法教义学的研究成果处在刑法理论的尖端，对于刑法理论的发展具有引导功能。近年来，随着德日刑法教义学原理的引入和推行，我国刑法理论得到了长足的进步。当然，德日刑法教义学如何与我国刑法相契合，仍然存在需要进一步完善的地方。每个国家的刑法理论都和其刑法的立法与司法密切相关，具有这个国家的气质与禀赋。因此，我国不可照抄照搬德日刑法教义学的原理。当然，刑法理论本身具有跨越国境的性质，尤其是刑法的一般原理，它是从哲学、历史和伦理的深处生长出来的，反射人类精神生活，因而是值得学习和借鉴的。我国切不可闭关锁国，隔断与人类文明的精神通道。另外，刑法教义学的本土化是较为重要的，刑法理论只有植根于我国的司法实践才具有生命力。这就需要将

刑法理论与刑法司法紧密地结合起来，充分发挥刑法教义学所具有的应用价值。因此，中国刑法学者应当立足于我国的刑法立法与司法现实基础，从中汲取学术养分，并将刑法理论作用于司法实践，解决刑法适用中的疑难复杂问题。

“中国刑法司法适用疑难问题研究丛书”是中国人民大学出版社邀请我和周光权教授共同主编的一套面向司法实践的大型理论著作丛书。这套丛书的编辑宗旨是将近些年来已经在我国司法实践中采用和采纳的刑法教义学进一步推向司法实践，为司法工作人员提供刑法教义学的方法和工具，从而进一步提升我国司法工作人员解决刑法适用疑难问题的能力。收入本丛书的作品需具有较高的刑法理论水准，同时又能够解决刑法各个领域所经常遇到的疑难问题，因而是推进我国刑法司法实务能力的知识更新与理论变革之作。

本丛书以司法实践中的疑难问题为主要研究对象，除了我和周光权教授主编的《案例刑法研究（总论）》（上下卷）涉及刑法总论全部内容以外，其他作品都是专题性研究著作，对存在于刑法各个领域的疑难问题进行了深入和细致的刑法教义学研究。这也是本丛书与以往出版的刑法作品的主要区别之所在。因此，面向司法现实是本丛书的基本特色，解决刑法的司法适用问题是本丛书的根本使命。

作为刑法学者，我们当然要有对刑法理论的钻研精神，同时要有直面现实的正确态度。司法实践中每时每刻发生的各种疑难问题，都等待着我们去解决。因此，刑法司法实践才是刑法教义学理论的源泉。离开了司法实践，刑法理论就会成为无源之水、无本之木。具体来说，刑法司法适用过程中，会出现大量疑难案例，这些疑难案例正是刑法司法实务中疑难问题的载体。如何解决这些疑难案例，就成为检验刑法教义学理论的试金石。以下，我以骗取更名案为例进行说明。

甲是某公司房产销售人员，乙通过甲购买了该公司一处房产，交付全部购房款34万元。后甲欺骗乙签订了更名申请承认书，将该房产以35万元出卖给丙，并为丙办理了房产证，而且丙实际占有了房屋。

骗取更名案的案情非常简单，只有短短几行字，基本上就能把案情说清楚。然而，对骗取更名案的分析却并不容易，涉及十分复杂的理论问题。在骗取更名案中，被害人是谁？对此其说不一：有的人认为被害人是乙，有的人认为被害人是丙。此外，在骗取更名案中，财产损失人是乙还是丙？诈骗数额是34万元还是35万元？对这些问题都存在不同意见。我们以行为分析法进行分析，就会发现骗取更名案中存在两个行为：第一个行为是甲欺骗乙签订更名申请承认书，第二个行为是甲利用更名申请承认书将房屋出卖给丙。这两个行为前后发生，并互为因果。甲在骗取乙的更名申请承认书以后，才能根据该承认书办理更名手续，将购房人由乙变更为丙，并为丙办理了房产登记。下面，我对这两个行为进行法教义学的分析。

第一个行为是甲骗取乙签署更名申请承认书，这是一种欺骗行为。从后果上看，正是这份材料使乙丧失了已经购买的房产。那么，能否据此将本案涉及的罪名认定为诈骗罪呢？诈骗行为是指虚构事实，导致他人产生认识错误，基于认识错误而交付财物。但在本案中，甲虽然实施了欺骗行为，但欺骗行为并没有使甲直接获得房产，乙也没有交付房产的意思和行为，因而，并不符合诈骗罪的直接性原则，不能将甲的行为认定为诈骗罪。那么，这份更名申请的性质是什么呢？从民法角度来说，更名申请的性质属于债权转让。在更名之前，乙和开发商之间签订房屋买卖合同，并交付购房款34万元，由此形成乙对开发商的债权。因此，更名的性质不是退房，退房属于解除房屋买卖合同。更名是在购房合同有效的前提下，改变买受人，因而属于债权转让。

第二个行为是甲利用骗取的更名申请承认书将乙的债权转让给丙，并取得35万元购房款。在更名以后，甲将乙对开发商的债权转让给了丙。丙并不是无对价取得债权，而是向甲交付了35万元。在这一债权转让过程中，开发商是无过错第三人。甲的更名虽然以乙签名的更名申请承认书为依据，但该承认书是甲骗取的，其内容并没有得到乙的许可。因此，甲是在乙不知情的情况下，处分乙的债权。在盗窃罪的客体包括债权或者其他财产性利益的情况下，这一行为具有盗窃的性质。

通过以上分析可以看出，在司法实践中对于那些多种行为交织、纠缠在一起的复杂案件，应当逐个对行为的法律性质加以判断，最后才能完成定罪的过程。而且，在对财产犯罪进行定罪的时候，还应当结合民法的知识。例如，在骗取更名案中，涉及物权与债权的区分。从上述对案情的描述来看，司法工作人员就没有区分物权和债权，例如，将乙与开发商签订房屋购买合同描述为乙购买了房产，又把甲对房屋购买合同的更名说成是将乙的房产卖给丙。这些描述，从日常生活理解来看并没有错误。然而，从法律的角度来说，乙虽然与开发商签订了房屋购买合同，但合同并未最终履行，因而乙向开发商交付34万元，只是获得了以开发商交付房产为内容的债权。而甲也只是将乙的债权转让给丙，此后通过开发商履行债权，丙才获得了房产。由此可见，以房产交付为内容的债权和物质化的房产之间是存在区别的，不可混为一谈。这一从物权与债权的区分中所得出的结论，对于分析骗取更名案具有一定的参考价值。

物权包括所有权、用益物权、担保物权等，《民法典》对此都作了规定。值得注意的是，《民法典》没有规定债，取而代之的是合同，合同是具体之债。在民法学中，债是按照合同的约定或依照法律规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。《民法典》规定了各种典型合同，其中包括借款合同，债权与债务关系一般出现在借

款合同之中。这个意义上的债比较符合生活中的债的含义。然而，《民法典》中的债，除了生活中的债，还包括其他合同所产生的债。例如，《民法典》规定的买卖合同，也是债的关系。债的关系中，享有权利的人称为债权人，履行义务的人称为债务人。刑法关于财产犯罪的规定，不仅保护物权而且保护债权。然而，我国刑法在关于财产犯罪的具体规定中，只涉及财物的概念，并没有涉及债权的概念。因此，我国刑法关于财产犯罪的规定是否保护债权，在刑法教义学中是存在争议的，这种争议主要表现为：财产性利益是否属于财产犯罪的保护法益？这里的财产性利益就是指民法中的债权。

现在我国较为通行的观点是肯定说，认为刑法中的财物不仅包括物权，而且扩大解释为包括债权。在上述案件中，在对甲的行为进行分析的时候，如果采用债权债务的概念，分析乙与开发商之间的法律关系，以及更名所带来的这种法律关系的变更，是更容易让人接受的。例如，甲的第一阶段行为，仅骗取乙的更名申请承认书，并没有实际骗取房产，而且房产尚未交付与登记，客观上也不存在骗取房产的可能性。只有第二阶段的行为实际处分了乙的债权，侵害了乙的债权，因而具有法益侵害性。因此，该行为才是构成要件行为，应当根据该行为对甲的行为进行定性。这种未经他人同意处分他人债权的行为，与盗窃罪的性质最相接近，因此，将甲的行为认定为盗窃罪是合适的。

骗取更名案比较复杂，我们可以用一个简化版的案例来说明：甲以非法占有为目的，欺骗乙，让乙把手机借给甲使用。甲拿到手机以后，假装打电话，乘乙不备，拿着手机潜逃，将乙的手机据为己有。这就是骗打手机案，在司法实践中多有发生。在此，存在两个行为：第一个是骗取手机，第二个是占有手机。在分析这个案件的时候，容易发生的错误是根据骗取手机的行为将甲的行为认定为诈骗罪。但这里的骗取手机行为之所以不能被认定为诈骗罪，就是因为不存在交付

行为，占有没有发生转移。乙将手机交给甲，只是让甲在乙的监视下使用手机，因此，手机仍然处在乙的占有之下，占有转移没有发生。只有第二个行为，才导致乙丧失对手机的占有，而该行为具有秘密窃取的性质，构成盗窃罪。我们将骗打手机案和上述骗取更名案相比较，可以发现，在骗打手机案中犯罪的对象是手机，属于物的范畴，侵害的是物权，而骗取更名案中犯罪的对象是债权。另外，骗打手机案中只有甲与乙两人，而在骗取更名案中还存在第三人，即开发商。因此，骗取更名案是更为复杂的，但这两个案件的原理基本上是相同的。

骗取更名案，可以说是一个疑难案件。对于该案仅仅凭借生活常识，是很难得出正确结论的。反之，从刑法教义学出发得出的结论，则往往是与公众常识相抵牾的。对于骗取更名案，基于生活常识容易得出诈骗罪的定罪结论。然而，生活中的欺骗不能等同于刑法中的诈骗。刑法中的诈骗罪，不仅要有欺骗行为，而且要求该欺骗行为造成他人产生认识错误，并且基于认识错误而交付或者处分财物。在骗取更名案中，虽然存在欺骗行为，但甲的欺骗行为与乙的债权灭失之间并不存在直接关联。而欺骗行为与财产损失之间存在直接关联，是构成诈骗罪的必要条件。同时，将骗取更名案认定为盗窃罪，社会公众也是不容易接受的，因为它与典型的盗窃行为之间还是存在一定差异的。然而，对于盗窃罪不能仅仅根据其表面特征，而是还要把握其本质特征，这就是未经他人同意或者许可，私下将他人财物据为己有。骗取更名案中，甲的行为符合盗窃罪的本质特征。虽然从表面来看，甲直接将房屋买卖合同的买方从乙变更为丙，从而完成了债权的转让。然而，在此过程中甲利用更名申请承认书控制了乙的债权，这是甲处分乙的债权的逻辑前提。在此基础上，才又可能发生将债权确定在丙的名下的事实。因此，甲利用骗取的更名申请承认书为其窃取乙的债权制造了条件，只有将债权转移到丙的名下，盗窃行为才最终完成。至于债权能否成为盗窃罪的保护法益，也是该案中可能会涉及的

问题，而这个问题又可以转换成财产性利益是否可以成为盗窃罪的对象的问题。在日本刑法中，财产性利益被明确规定为诈骗罪的对象，在盗窃罪的对象不包括财产性利益的情况下，可以合理地推论，财产性利益不能成为日本刑法中盗窃罪的对象。那么，我国刑法又如何看待这个问题呢？我国刑法将财产犯罪的对象都规定为财物，没有涉及财产性利益。然而，在我国司法实践中，一般都认定刑法关于财产犯罪的规定不仅保护物权，而且也保护债权。例如，盗窃借据可以被认定为盗窃罪，使用暴力迫使他人出具借据的行为可以被认定为抢劫罪。此外，关于受贿罪，刑法规定的犯罪对象是财物，但司法解释将财产性利益解释为财物。例如，2016年4月18日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第12条明确规定：贿赂犯罪中的“财物”包括货币、物品和财产性利益。财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等，以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。由此可见，我国刑法中的财物在一定意义上包括财产性利益。在这种情况下，将债权解释为财物应当没有法律上的障碍。

司法适用中的疑难问题，并不是刑法学者的主观臆想，而是从活生生的案例中呈现出来或者提炼出来的。面对疑难问题，找出解决之道，这就是刑法教义学方法。不得不指出，在相当长的一个时期里，有相当一些人还是凭经验和感觉处理刑法司法适用中的疑难问题。这里涉及司法经验和刑法理论之间的关系。刑法不仅是一门学问，而且是一门技艺。因此，司法经验的积累和应用是十分重要的。然而，某些司法适用中的疑难问题是超越经验的，换言之，按照日常经验是难以解决的。在这种情况下，就需要借助于刑法教义学的原理，因为只有这些原理才能回应司法实践的需要。而且，刑法理论本身也要面向司法实践，以问题为导向，解决实际问题。

“中国刑法司法适用疑难问题研究丛书”立足于理论，面向司法实践，因而不仅具有理论价值，而且具有现实意义。值得一提的是，参加本丛书写作的作者都是我国中青年一代刑法学者，这些青年才俊不仅具有年龄优势，而且具有知识优势。其中，有些作者除了在国内接受法学教育，还有出国留学深造的经历，有的青年学者还获得了国外的博士学位。因此，这些作者同时具有中国的问题意识和世界的学术视野，是我国刑法学界的新兴力量。他们将来对我国刑法理论发展的学术贡献是值得期待的。

值此“中国刑法司法适用疑难问题研究丛书”即将出版之际，聊缀以上数语，是为序。

陈兴良

谨识于昆明滨江俊园寓所

2020年8月20日

序言

随着我国案例指导制度的建立，案例，尤其是最高人民法院和最高人民检察院颁布的指导案例，在司法实践中发挥着越来越多的作用。在刑法理论中，尽管刑法教义学成为我国刑法知识的主体内容，但以案例为中心展开的刑法理论同样占据着重要地位。我曾经出版《判例刑法学》（上、下卷，第2版，中国人民大学出版社，2017），以案例为线索，对刑法总论和各论的基本问题与重点罪名进行了理论分析。当然，该书是围绕着案例展开的，因此不能体系性地展现刑法原理。本书则以专题为经线、以问题为纬线，较好地将案例分析和理论叙述相结合，完整地呈现刑法总论的基本原理。可以说，《案例刑法研究（总论）》一书是刑法案例类著作的升级版，对于直观和生动地掌握刑法基本理论具有重要参考价值。

本书写作的动议可以追溯到2013年，当时最高人民法院发起编写出版一套案例教程丛书，涉及法学各个学科，多达数十本。其中，《案例刑法教程》就分为总论和各论两本。我受邀担任《案例刑法教程（总论）》的主编，周光权教授担任副主编，并与最高人民法院刑庭相关法官进行合作。然而，我和周光权教授负责的书稿在2013年就完成了，因为最高人民法院主管领导发生人事变动，该案例教程丛书的出版计划随之被搁置。一晃七年过去了，而《案例刑法教程（总论）》的电子版一直沉睡在我的电脑中，几乎完全忘却。偶然的机，我重新发现了书稿，虽然七年时间过去，刑法规定和司法解释都发生了重大变更，但本书的基本框架和知识体系还是具有价值的。在

这种情况下，我和周光权教授商量，在原稿的基础上，对本书进行重新编写。本次编写，除对全书结构进行调整以外，主要是对内容进行了较大幅度的扩容。例如，我所承担的第五章“违法阻却事由”，原标题为“正当防卫和紧急避险”，当时完成的字数是4万。近些年来，我国出现了大量的正当防卫争议案件，例如于欢案、于海明案、赵宇案等。这些案件引起社会的广泛关注，并且被收入最高人民法院和最高人民检察院的指导案例。随着这些正当防卫案例的披露，我国刑法学界对正当防卫和防卫过当进行了深入的理论研究，我本人也撰写了《正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款——以于欢故意伤害案一审判决为例的刑法教义学分析》[载《法学家》，2017（5）]和《赵宇正当防卫案的法理评析》（载《检察日报》，2019—03—02）等文，结合具体案例，对正当防卫问题进行理论研究。因此，这次在对“违法阻却事由”一章进行修改时，我增补了相关案例和理论评述，本章的篇幅从4万字增加到10万字，使本章的案例更加丰富、分析更加透彻，从而提高了学术水平和理论层次。其他章也都是如此。在这种情况下，本书的篇幅大幅增加，只能分为上下两卷出版。可以说，本书从动议到定稿，经历了一个漫长而曲折的写作过程。

本书的框架设计，是把刑法规范、司法案例和刑法理论这三者有机地结合起来，因此，将每一节的内容分为知识背景、规范依据、案例评价和深度研究四个部分。下面分别加以介绍。

1. “知识背景”

“知识背景”主要是提供对疑难案件进行分析的基本原理，从而为此后的案例评价作铺垫。因此，在知识背景中所提供的是与案例相关的基础性知识，这些知识对于相关案例的评析是不可或缺的。例如，周光权教授撰写的第八章“共同犯罪”中胁从犯部分，在“知识背景”中，主要对胁从犯的概念、特征和处罚等内容进行了介绍。这

些知识都是从我国刑法对胁从犯的规定中引申出来的，是理解胁从犯的基础知识。与之相比，周光权教授在对胁从犯的深度研究中，讨论了受胁迫作为排除犯罪事由的实质根据及其犯罪论体系地位问题。周光权教授指出：“受胁迫是国外刑法理论普遍认可的排除犯罪事由，只是其排除犯罪的根据及体系地位尚有争议。在我国，由于刑法规定了胁从犯，对受胁迫行为的研究主要集中在对胁从犯的认定上，很少将受胁迫作为一项独立的排除犯罪事由加以研究。至于受胁迫作为排除犯罪事由的实质根据及其犯罪论体系地位，更无深入细致探讨。”可以说，在共同犯罪中设立胁从犯是我国刑法的特殊规定，而在其他国家的刑法典中，都没有胁从犯的概念，只有受胁迫参加犯罪的出罪事由。在这种情况下，如果局限于我国刑法关于胁从犯的规定，事实上是难以对胁从犯进行更加深入的研究的。周光权教授穿透了我国刑法关于胁从犯的规定，对受胁迫作为排除犯罪事由的实质根据及其犯罪论体系地位进行探讨，并对受胁迫行为的四种情形，即：（1）阻却构成要件该当性的受强制行为，（2）阻却违法的受胁迫行为，（3）阻却责任的受胁迫行为，（4）胁从犯，分别进行了具体的分析和论述。这样，周光权教授就把胁从犯纳入受胁迫行为的范畴中进行讨论，这对于正确理解我国刑法中的胁从犯具有重要的理论意义。可以说，周光权教授对胁从犯的知识背景和深度研究的完美区隔，成为本书内容的一个亮点。

2. “规范依据”

“规范依据”是指法律规定，它是分析案例的基本规则根据。“规范依据”虽然只是法律规范的简单罗列，似乎没有太多的讲究，但其实要完整收集相关法律规范，还是要求作者具有较强的法律知识素养的。例如，我在职务上的正当防卫部分的“规范依据”中，除了列举我国《刑法》第20条第3款关于无过当防卫的规定，还列举了最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于人

民警察执行职务中实行正当防卫的具体规定》（1983.09.14）。这个规定出台时间较早，它对人民警察在执行职务中的正当防卫问题进行了具体规定，是我国唯一关于职务上的正当防卫的规定。虽然它不是法律法规，效力层级不是很高，但对于正确认定职务上的正当防卫具有重要规范意义。当然，有些问题属于纯理论形态，例如劳东燕教授承担的第十章“罪数与竞合”，对此刑法和其他法律并没有明文规定。在这种情况下，本书也并不强求对法律规范进行罗列。这也是一种实事求是的态度。

3. “案例评价”

“案例评价”是本书的主体内容，占据了较大篇幅。在本书的写作过程中，面对海量的案例，如何选择具有代表性的案例进行评介，是本书作者首先面临的一个问题。根据主编的构想，收入本书的案例应当具有典型性和疑难性，因为只有这种案例才具有分析价值和参考意义。因此，我们要求尽可能收入最高人民法院和最高人民检察院的指导案例，因为这些指导案例是最高人民法院、最高人民检察院通过严格的程序遴选的结果，在法律适用和要旨提炼方面都堪称样板。在本书相关章节中，只要是与本书主题相关的最高人民法院、最高人民检察院指导案例，都已经入选。这也成为本书的一个特色。当然，最高人民法院、最高人民检察院发布的刑法案例数量还有限，未能覆盖刑法总论的所有知识点，因此，本书除了尽可能选择指导案例，还从《最高人民法院公报》、《刑事审判参考》和《人民法院案例选》等权威刊物刊登的案例中选择了具有评介意义的案例。这些案例虽然不如指导案例那样权威，但也经过了层层筛选，具有一定的疑难、复杂性。对这些案例进行评介，可以完整而体系地展示刑法总论的知识。例如，李飞故意杀人案是最高人民法院指导案例第12号，它对于死刑适用具有重要指导意义。方鹏副教授将其选入本书的第十一章第一节“量刑情节”中，涉及的知识点是酌定情节的认定，包括民间矛盾、

亲属协助抓捕等。虽然李飞故意杀人案涉及死刑适用的多个面向，但方鹏副教授侧重于对该案的酌定量刑情节的考察，指出：“该案（指李飞故意杀人案——引者注）确定了酌定量刑情节（本案中仅有累犯这一个情节系法定量刑情节），在从宽情节方面，将民间矛盾引发、被告人亲属协助抓捕、积极赔偿都确定为酌定量刑情节；在从严情节方面，将手段残忍、被害人亲属不予谅解确定为酌定量刑情节。可见，司法实务中酌定量刑情节的范围，特别是死刑案件中酌定量刑情节的范围，非常宽泛。被告人亲属协助抓捕，属于与犯罪人本人无关的情节，也属酌定量刑情节。”虽然这些论述是对李飞故意杀人案的裁判要旨的解说，但它超越了个案，具有对同类案件的指导意义。本书收入的案例数以百计，生动地呈现了司法实践中的刑法适用情况。作者对案例进行梳理和评析，并上升到刑法理论高度，从而完成了从个案到法理的惊险跳跃。

4. “深度研究”

“深度研究”是本书具有特色的内容之一，也是本书不同于其他案例类书籍的特点。一般来说，案例类书籍以案例评析为主要内容，虽然具有生动性和直观性，但容易被人诟病的是理论失之于浅显，学术性不被人所看重。因此，对于学者来说，案例类书籍不是体现一个学者水平的代表性著作，偶尔为之，却不受重视。当然，案例类书籍在司法实践中是受欢迎的。在设计本书的时候，我们力图打破读者对案例类书籍缺乏较强的学术性的传统观念，试图在学术研究方面有所着力。因此，本书的“深度研究”是重要看点，也是本书作者所下功夫最深之处。在本书第四章“主观构成要件”中，付立庆教授结合具体案例对故意和过失进行了理论阐述，具有学术深度。例如过于自信的过失和间接故意在司法实践中如何区分，始终是一个疑案问题。付立庆教授在深度研究中，从以下三个方面进行了论述：（1）被告人的供述与主观罪过形式认定的关系；（2）信赖原则与被害人的自我答

责；（3）事实的清楚与模糊。最后，付立庆教授还对过于自信的过失与间接故意的界分规则作了总结性陈述：“在两者的区别上，一方面要始终围绕前述的三点区别，另一方面又要结合案件的具体情况具体分析，如果实在不能明确区分究竟属于间接故意还是过于自信的过失的场合，按照存疑时有利于被告的原则，只能按照过失处理。”这些刑法理论的论述，对于在司法实践中正确区分过于自信的过失与间接故意具有指导意义。

本书是集体创作的产物。作为主编，我和副主编周光权教授共同负责本书的编写，催促写作进度，并对全书的框架结构进行设计和调整，最后统稿和定稿，共同完成了主编工作。参与写作的撰稿人来自北京大学、清华大学、中国人民大学的著名院校法学院的刑法学科。在七年前本书启动的时候，他们还是我国刑法学界崭露头角的年轻学者，现在他们都已经成长为我国刑法学界的中坚力量。正是他们的辛勤写作，才有本书的问世。尤其是柏浪涛副教授，作为本书编写的联系人，为促成本书的出版作出了重要贡献。其本人的任职单位也从6年前的中国地质大学转为华东师范大学，完成了从北京到上海的地域转换。此外，本书在动议初期，得到最高人民法院各级领导和法官的大力支持，对此深表谢意。原以为本书能以最高人民法院组织编写的案例丛书的形式出版，没想到以现在这种方式单独出版。据我所知，在这套构想的案例丛书中，只有本书最终获得出版。这是本书的幸运，也是全书作者共同努力的结果。

在本书即将在中国人民大学出版社付梓印行之际，对本书编写过程的曲折经历和内容略作叙述，是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2020年6月27日

第一章 罪刑法定原则

第一节 罪刑法定与解释方法

知识背景

罪刑法定原则是现代法治国家最重要的刑法基石，是刑事政策不可逾越的藩篱。在现代社会，罪刑法定原则“已经突破了一个国家的国民意识形态的范围，成为世界性的信条和准则”^[1]。各国或将之规定于刑法，或将之作为保障人权的表现在宪法上宣布；在国际人权公约中也经常能见到罪刑法定原则的身影。^[2]我国《刑法》第3条规定，法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。该条被无异议地视作罪刑法定原则的文字表达。

从历史上看，首倡罪刑法定原则的经典作家都是要求法官严格地依照法律规定判案，甚至由此否认法官具有解释法律的权力，认为法官只能机械地按照三段论进行推理。^[3]但实际上，法律规定本身不可能是自明的，因为法律经常利用的日常用语与数理逻辑及科学性语言不同，它并不是外延明确的概念，而是多少具有弹性的表达方式，后者的可能意义在一定的波段宽度之间摇摆不定，视该当的情况、指涉的事物、言语的脉络、在句中的位置以及用语的强调，而可能有不同的意涵。即使是较为明确的概念，仍然经常包含一些本身欠缺明确界

限的要素。^[4]在这个意义上，不仅有疑义的文字需要解释后才能适用，甚至任何法律规定都要经过解释才能适用，有时一个含义似乎十分明确的概念在遇到具体案件时会文义含混不清而需要解释。^[5]今天人们已经充分认识到，对于刑法适用而言，由于刑法用语的模糊性和歧义性、概念术语的不确定性、刑法内在价值的隐藏性以及刑法规定相对于生活变化的稳定性和滞后性等等原因，刑法解释是不可或缺的。绝对的罪刑法定主义只是一种不可能实现的理想，而在相对罪刑法定主义的原则下，刑法解释有其存在的必要性和正当性，也是法官适用法律的基本前提和主要使命。

在罪刑法定原则的视野中，如何展开刑法解释，首先涉及一个解释方法的问题。关于法律解释方法的种类，众说纷纭。迄今为止，最无争议的四种刑法解释方法分别是：文义解释、历史解释、体系解释和目的解释。所谓文义解释，是指从刑法条文的字面意义和逻辑构造来说明法条含义的方法；所谓历史解释，是根据制定刑法时的历史背景以及刑法发展的源流，阐明法条含义的解释方法^[6]；所谓体系解释，是指将法条放在整个刑法乃至整个法律体系之中，联系上下文和前后文的语境来说明法条含义的方法；所谓目的解释，是指根据刑法规范的目的，阐明法条真实含义的解释方法。在司法实践中，合理运用这四种刑法解释方法，妥善处理各种解释方法之间的关系，对于维护罪刑法定原则和实现法官的使命，具有重要意义。

规范依据

《刑法》（2017年修正）第3条：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”

案例评价

[案例1—1]魏某、王某故意杀人、抢劫、脱逃、窝藏案^[7]（罪刑法定与文义解释）

1. 基本案情

王某（男）与魏某（女）系恋爱关系。1998年10月30日下午，魏某见王某驾驶摩托车载着许某，即上前责问王某与许某是何关系，并谩骂许某，引起争执、斗殴，后被人劝阻。为此，魏某心怀怨恨。次日上午7时许，魏某途经许某的水果摊位时，又与许某发生口角。魏某即返回自己的发廊，取了一把双刃尖刀插于腰间，再次来到许某的摊位，与许某争执、扭打。扭打中，魏某拔出尖刀刺向许某右颈部，致许某倒地；又朝许某左大腿外侧刺一刀，后被在场群众拉开。魏某逃离现场，于当日到派出所投案，被羁押于Z县看守所。许某被人送往医院，经抢救无效死亡。经鉴定，许某系颈部右侧刺伤，创腔经右锁骨上窝切断右锁骨下动脉，进入右胸腔，刺破右肺上叶，造成血气胸而死亡。

1998年11月，魏某因计划外怀孕，自愿在Z县计划生育服务站人工流产。

王某曾因犯罪在福建省Z县看守所服刑，对看守所的情况比较熟悉。魏某因涉嫌犯故意杀人罪被逮捕羁押在Z县看守所后，王某产生从看守所将魏某“救”出的念头，并为此购买了铁管、螺丝刀、手电筒、假警服、鞭炮等作案工具。1999年1月17日下午4时许，王某乘车到Z县S镇S村其表兄郑某家并告知郑某晚上要到Z县看守所“救”出魏某。晚饭后，王某在郑某家换上假警服、戴上假警帽，携铁管、螺丝刀、鞭炮等，骑自行车离开郑某家。当晚11时许，王某进入看守所，

将值班室窗户护栏拉弯入内，用螺丝刀撬开办公桌抽屉，盗出监房钥匙，又将看守所北面围墙用铁管撬开一个大洞。进入监舍后，王某用钥匙打开8号女监房，将正在睡觉的魏某叫出。魏某穿好衣服与王某一起走到监房外走道上，王某叫魏某往前走，魏某听出是王某的声音，便问：“怎么是你？”王某说：“来救你！”二人从看守所围墙洞口钻出后，骑自行车逃跑。次日凌晨1时许，王某、魏某来到郑某家，要郑某帮助找柴油三轮车。郑某带王某到本村陈某家附近，后由王某自己去叫开陈某家门，郑某返回家中睡觉。随后，王某以100元的价格包乘陈某的柴油三轮车连夜赶到邻县S县县城，在一旅社住下。早上6时50分，公安干警在S县旧县检查站将一辆开往浙江龙泉的班车拦下，查获了王某、魏某。郑某亦于当日被刑事拘留。另查明，1999年1月1日凌晨1时许，王某伙同颜某携带作案工具潜入Z县Y县邮电支局，将值班员许某捆绑、打伤后，劫取保险柜一个，内有现金32元、总面值79.65元的邮票和空白支票等。

福建省南平市人民检察院以被告人魏某犯故意杀人罪、聚众持械劫狱罪，被告人王某犯聚众持械劫狱罪、抢劫罪，被告人郑某犯聚众持械劫狱罪，向福建省南平市中级人民法院提起公诉。

福建省南平市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》（1997年修订）第232条、第263条、第310条第1款、第316条第1款、第57条第1款、第49条、第69条第1款、第25条第1款的规定，于1999年7月2日判决如下：（1）被告人魏某犯故意杀人罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身；犯脱逃罪，判处有期徒刑2年。决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身。（2）被告人王某犯窝藏罪，判处有期徒刑10年；犯抢劫罪，判处有期徒刑8年，并处罚金人民币2000元。决定执行有期徒刑18年，并处罚金人民币2000元。（3）被告人郑某犯窝藏罪，判处有期徒刑1年。

一审宣判后，王某、郑某服判。魏某不服，上诉于福建省高级人民法院。魏某上诉称：其系无意刺中许某颈部和左大腿，无脱逃故意，且有自首情节，请求从轻处罚。

福建省高级人民法院于1999年9月2日裁定驳回上诉、维持原判。

2. 涉案问题

单独持械将在押犯劫出的行为如何认定？

3. 裁判理由

法院认为：非在押人员可以与在押人员构成脱逃罪的共犯。魏某在王某的策划、安排和直接劫夺下，从看守所逃离，严重侵犯了司法监管秩序。其行为已构成脱逃罪。王某为使魏某从看守所逃离，采用破坏监管设施的手段，为魏某脱逃创造条件，并伪装成看守所干警将魏某从看守所带出，使魏某逃离了司法监管，因而构成脱逃罪的共犯。此外，王某将魏某从看守所劫出后，又提供钱财，包租他人三轮车，与其一起逃往外地，又构成窝藏罪。

4. 评析意见

本案中的关键问题在于：王某在郑某的帮助下，将魏某从看守所劫出的行为，究竟应认定为聚众持械劫狱罪，还是脱逃罪的共犯，抑或窝藏罪？这里涉及在罪刑法定的框架内，对法律规定作出正确理解。首先，从文义解释的角度来看，本案中的行为不构成聚众持械劫狱罪。《刑法》第317条第2款规定的聚众持械劫狱罪，是指聚集多人，有组织、有计划地持械劫夺被依法关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人的行为。本罪侵犯的法益是司法机关对在押犯的监管秩序和制度，其犯罪对象只能是被依法关押的罪犯、被告人或犯罪嫌疑人。该条款当中明确规定本罪的行为方式为“聚众持械劫狱”。这里就涉及

“聚众”的解释。从文义解释的角度看，“聚众”至少须在三人以上。也就是说，聚众持械劫狱罪是必要的共同犯罪。本案中，王某采用破坏监管设施的手段将魏某从看守所劫出，郑某明知王某到看守所“解救”魏某，而提供自行车，帮助联系三轮车使之逃跑，再加上被劫出的魏某，表面上似乎符合聚众持械劫狱罪的构成特征，但实际上，在王某劫狱之前，郑某虽然知道王某要将魏某劫出，但是并未对劫狱行为提供任何有实质意义的帮助，也未随着王某去劫狱，只是在劫狱之后为王某和魏某的逃匿提供了协助，因此，郑某不是劫狱行为的共犯。此外，魏某在王某进入看守所之前，并未与王某之间形成劫狱的共谋，见到王某后随其离开，也未采取任何手段危及监管人员的安全或破坏监管设施，因此，魏某也不是劫狱行为的共犯。这样看来，本案中的劫狱行为实际上是由王某一人完成的。而聚众持械劫狱罪要求的是聚众一起劫狱，而非仅仅在劫狱前后出现了多人。因此，按照对“聚众”进行文义解释的结论，本案中不具备“聚众”这一构成要件要素，“根据罪刑法定原则，不能以聚众持械劫狱罪定罪处罚”^[8]。

其次，根据文义解释，本案也不符合劫夺被押解人员罪的构成要件。《刑法》第316条第2款规定，“劫夺押解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人的……”。这说明本罪的劫夺对象只能处在押解途中。本案中魏某是被关押在看守所的犯罪嫌疑人，不属于处在押解途中的犯罪嫌疑人，因此，“依照罪刑法定原则，在立法没有对此作出修改以前，不能扩大劫夺被押解人员罪的犯罪对象范围”^[9]。综上，法院在本案中排除了聚众持械劫狱罪和劫夺被押解人员罪的适用，依据文义解释的方法贯彻了罪刑法定原则。这是值得肯定的。

[案例1—2] 李某盗伐林木案^[10]（罪刑法定与文义解释）

1. 基本案情

2010年8月底9月初的一天，李某在未经行政主管部门批准许可的情况下，向从事苗圃生意的王某兴谎称其已与交通局的领导打好招呼，可以处理无锡市滨湖区锡南路葛埭社区路段两侧的香樟树，并让王某帮忙卖掉其中10棵。王某兴遂联系到买家苏州市W苗圃场经营者周某。2010年9月20日，周某安排人员至上述路段挖走香樟树共计10棵，其中胸径40厘米的1棵、38厘米的2棵、28厘米的7棵，林木蓄积量共计5.1475立方米，价值共计35496元。

当日，李某在上述挖树现场遇从事苗圃生意的陆某，陆某得知李某系得到相关领导同意后处理香樟树，即向李某提出购买部分香樟树，李某表示同意。陆某又与范某、王某兵商定将上述路段的香樟树卖与范、王二人。2010年9月22日，范某、王某兵各自带领工人在上述路段挖树时被公安人员当场查获。案发时，范某、王某兵已开挖香樟树17棵，其中胸径30厘米的2棵、29厘米的6棵、28厘米的3棵、27厘米的5棵、26厘米的1棵，上述林木蓄积量共计6.901立方米，价值共计53250元。案发后，王某兴退赔被害单位3.2万元。

法院认为：被告人李某以非法占有为目的，通过欺骗方式利用他人盗挖国家所有的行道树，其行为构成盗窃罪。公诉机关指控李某犯盗伐林木罪的事实清楚，证据确实充分，但指控的罪名不当，应予改正。李某的犯罪行为发生在2011年4月30日以前，依照《中华人民共和国刑法》第12条第1款之规定，应当适用《刑法修正案（八）》颁布前《中华人民共和国刑法》的相关条款。李某在实施其中一次犯罪过程中因意志以外的原因而未得逞，系犯罪未遂，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚。李某归案后认罪态度较好，可酌情从轻处罚。遂依法判决如下：被告人李某犯盗窃罪，判处有期徒刑4年，并处罚金5000元。

一审宣判后，李某未上诉，公诉机关亦未提出抗诉，判决已经发生法律效力。

2. 涉案问题

盗挖行为能否被评价为盗伐林木罪中的“盗伐”？

3. 裁判理由

法院认为：采挖行为与采伐行为是本质上不同的两类行为。被告人李某为了达到转手香樟树获利的目的，让人盗挖后出售，属于“盗挖”而非“盗伐”。盗伐林木罪被列在《刑法》“妨害社会管理秩序”章中的“破坏环境资源保护”一节，是鉴于活体树木对人类的特殊贡献。盗伐行为造成的破坏不可逆转、无法恢复，所以其最终必然破坏生态环境。而本案被告人的盗挖行为虽然未经绿化行政主管部门审批，在一定程度上违反了有关城市绿化管理制度，但毕竟未终结树木生命，尚未对生态环境造成无法挽救的后果，因此其行为的危害主要体现在侵害了树木所有人的财产所有权。综上，法院认为被告人的盗挖行为不构成盗伐林木罪。

4. 评析意见

本案判决认定李某的行为不构成盗伐林木罪，不是因为认为行道树不属于林木，而是因为认为被告人李某所实施的行为是盗挖而不是盗伐。在裁判说理中，法官对此作了详尽的解释：盗伐行为与盗挖行为之间，存在着行为方式、行为后果、行为本质等诸多差异。在行为方式上，“伐”是用刀、斧、锯等把东西断开。伐木，就是用锯、斧等工具把树木弄断。“伐”的行为实施后，树木主干与其赖以生存的根部分离，根部留存于土壤中。而“挖”是用工具或手从物体的表面向里用力，取出其一部分或其中包藏的东西的意思。挖木，就是用

锄、铲、锹等工具把树木及其树根的主要部分从泥土中取出，将树整体与泥土分离。在行为后果方面，“伐”后树木必然死亡，而“挖”后栽种的树木会被移走。在行为本质上，“伐”的行为直接导致活立木的死亡，行为实施当场就对森林资源和生态环境造成破坏，而“挖”的行为并不会直接造成林木死亡，故“伐”与“挖”对林木资源和生态环境造成的影响存在本质的区别。应当说，上述对“盗伐”与“盗挖”的区分是非常到位的。通常而言，“伐木”意味着把用工具把树木砍伐弄断，追求或者放任树木的死亡，而“挖树”，特别是出于获利目的将树木从一处移植至另一处或转卖给他人，恰恰是要避免树木的死亡，因而不会把树木砍伐弄断。所以，从文义解释来看，“盗挖”行为不在带有砍伐折断树木含义的“盗伐”的通常含义的射程之内，因而李某的行为不符合盗伐林木罪的构成要件。

[案例1—3]凌某、刘某贩卖、制造毒品案^[11]（罪刑法定与文义解释）

1. 基本案情

2008年12月，刘某、凌某与“阿发”（在逃）共谋加工“咖啡”贩卖牟利，由“阿发”提供配方，刘某、凌某提供加工“咖啡”的毒品原料和加工场所。刘某、凌某先后租用Z市百合星城二期5号楼SD房间、H市华洪大厦16楼B室、东方巴比伦605房间、海燕宾馆1306房间和1401房间存放毒品和加工“咖啡”。刘某指使同案犯周某在华洪大厦16楼B室，按配方将“摇头丸”“Y仔”碾成粉末并与“K粉”混合后送到东方巴比伦605房间，由“阿发”雇用的同案犯马某航、马某、黄某（均另案处理，已判刑）加入袋装“雀巢”咖啡内，并用封口机封口，以每包人民币80元的价格贩卖给附近的娱乐场所和吸毒人员。

法院认为：凌某、刘某明知是毒品，而伙同他人贩卖，并制造毒品“咖啡”，其行为构成贩卖、制造毒品罪。一审宣判后，被告人凌

某、刘某不服，提起上诉。二审驳回上诉、维持原判。最高人民法院经复核认为，刘某、凌某等人将“摇头丸”“Y仔”“K粉”混合后加入袋装“雀巢”咖啡内贩卖，不属于制造毒品，仍属于贩卖毒品的行为，不应当认定为制造毒品罪。

2. 涉案问题

在毒品中添加非毒品物质的行为能否认定为制造毒品罪？

3. 裁判理由

刘某等人把毒品“麻古”“摇头丸”“Y仔”等混合的行为，不是为了制造出一类新毒品，也没有制造出新毒品，其目的是混合后加入咖啡中以便于贩卖，因此不属于制造毒品。

4. 评析意见

在本案中，刘某、凌某等人将“摇头丸”、“Y仔”与“K粉”混合后加入袋装“雀巢”咖啡内贩卖，主观上并不是为了制造出一种新类型的毒品，而是想通过这种混合的形式达到掩人耳目的目的。其主观目的是贩卖毒品。这一点并没有疑问。问题是：这种行为在客观上能否被认定为“制造”？对此存在两种不同意见。一审和二审法院都认为构成制造毒品罪。但是最高人民法院否定了这种观点。《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）第4条中规定，“制造毒品不仅包括非法用毒品原植物直接提炼和用化学方法加工、配制毒品的行为，也包括以改变毒品成分和效用为目的，用混合等物理方法加工、配制毒品的行为，如将甲基苯丙胺或者其他苯丙胺类毒品与其他毒品混合成麻古或者摇头丸”。最高人民法院复核后认为，《纪要》提到的以物理方法制造毒品有明确的指向，即制造“麻古”“摇头丸”等成分相对固定、毒品性能有所变化的新型毒