

周光权 著

# 刑法公开课

(第1卷)

*OPEN COURSE OF CRIMINAL LAW*

 北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法公开课. 第1卷/周光权著. —北京: 北京大学出版社, 2019. 1  
ISBN 978-7-301-30077-0

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第261761号

- 书 名** 刑法公开课(第1卷)  
XINGFA GONGKAIKE (DI YI JUAN)
- 著作责任者** 周光权 著
- 责任编辑** 杨玉洁 王芳凯
- 标准书号** ISBN 978-7-301-30077-0
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部010-62752015 发行部010-62750672 编辑部010-62117788
- 印 刷 者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965毫米×1300毫米 16开本 23.75印张 355千字  
2019年1月第1版 2020年6月第4次印刷
- 定 价** 59.00元
-

## 总 序

自1999年8月进入清华大学法学院工作以来,在本单位、实践部门及其他高校前前后后讲授的刑法学课程数以千节计,其中有很多思考陆续整理、扩充成现在的文字呈献给大家。由于本书的主体内容来自教学活动(尤其是刑法学硕士生、博士生课程)或与教学紧密关联的科研活动,在正式出版时,遂将之命名为《刑法公开课》。

我一直认为,学术研究以及教学活动都不能停留在抽象的、一般性的讨论中,必须言之有物,因此,本公开课紧紧结合案例讨论刑法学说,以增强研究的实践价值。

对于案例分析的重要性,我国刑事法学界过去一直重视不够,人们习惯性地认为大量案件都是简单案件,可以轻而易举地加以处理;各个案件都是相互独立的,讨论个案对于理论体系的建构意义有限。由此出现了理论和实务各说各话、各行其是、“实践反对理论”的局面,二者的良性互动、共同发展很难真正实现。

在刑法学发展到一定阶段,其理论体系蔚为大观的今天,到了必须深入思考案例研讨方法,注重建立刑法学说和案件处理之间的紧密关联性的时候。其一,实务中其实有很多难题,只不过在很多时候被大而化之地简单处理了。在德日刑法学中成为讨论对象的那些“难办案件”在我国司法实务中也大量存在,研讨这些复杂案件,对于准确定罪量刑、切实保障人权具有重要意义。其二,对于绝大多数刑事案件的处理,仅仅凭感觉也可能得出一个大致不差的结论,但是,“法律人的技艺,就是论证”<sup>①</sup>。通过何种方法论,按照何种逻辑,通过何种论证得出这一结论,也至关重要。其三,回过头去看,司法上过往之所以会形成某些错案,与处理案件过程

---

<sup>①</sup> [德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂:法律人的6堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第1页。

中对刑法学说和方法论的运用不当有关,随着法治的逐步发展,对刑事案件简单处理的做法难以为继,刑法学说以及方法论的运用决定案件质量,“法律学者应更积极地从事判决研究之工作,对于有商榷余地之判决,固应详予讨论,提出自己的意见,用供实务参考”<sup>①</sup>。反过来,结合案件处理过程分析实务上的刑法运用状况,也可以检验刑法解释学以及思考方法的正确与否。其四,实务案件处理的背后存在一定的司法逻辑,对疑难案件进行探究可以管窥实务人员的刑法基本立场,反映出刑法学说对于实务的影响力,同时针对理论和实务有分歧的情形,学者可以就刑法相关理论可能存在的不足反躬自问,从而适时对理论进行修正。

《刑法公开课》正是立足于此,试图在推动刑法学说和司法实务的互动方面做一些努力。《刑法公开课》运用现代刑法学思维与方法,对我国司法机关实际处理的大量案件进行反思和评价,熔前沿刑法理论与司法实务于一炉,深入分析将刑法理论运用到司法实务的可行性及其路径,竭力缩小理论和实务之间的差距。本公开课各讲的难易程度,大致与我在清华大学法学院为刑法学研究生讲课的水准相当,绝大多数的内容可以说是在清华大学讲课的“原版再现”。

从宏观方面讲,《刑法公开课》有以下特点:

首先,始终关注通过前沿刑法理论处理司法难题这一问题。刑法学以解决各种司法难题为己任,必须面向实践建构合理的理论体系。刑法学必须进行体系性思考。如果不进行体系性处理,就如同在打扫房间卫生时缺乏计划性,结果是有的地方被打扫了很多遍,但有的地方始终很脏乱。我国每年处理上百万件案件,其中涉及大量疑难复杂案件。对这些案件如何准确处理,往往涉及犯罪论体系、未遂犯论、共同犯罪等问题,而这些问题在理论上有很大的争议。对这些问题的思考,《刑法公开课》并未回避最近十多年来刑事法学界的主要争论,且对相关问题采用了主讲人认为相对有力的学说或相对合理的结论。例如,在讨论犯罪论体系时,一开始就提到如果将三阶层犯罪论运用到我国司法实务中,其相对于犯罪构成四要件说有哪些优越性;同时,主讲人结合大量司法案例进一步揭示出在实务上分析案件时,应当采取何种可能的进路,才符合阶层理论的

---

<sup>①</sup> 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第235页。

要求。通过类似研究,就能够把过去人们视为畏途的“阶层犯罪论的中国化”问题大大向前推进,加速理论和实务的沟通进程。此外,很多实务上的“难办”案件集中在未遂犯、不能犯、共同犯罪领域,《刑法公开课》也计划进行深入浅出的分析,其中大量涉及前沿刑法理论。个别坚持“社科法学”的学者认为,“刑法教义学只能有效解决大量常规案件,对于像许霆案这样的难办案件或者其他疑难案件,脱离了政治性判断和政策考量或者脱离了整个中国政治制度运行模式的刑法教义学分析就基本失效,分析结论也显得武断”<sup>①</sup>。但是,这个说法完全不能成立。理由在于:类似于许霆案的案件,按照现在的教义学完全可以解释得很清楚(ATM机内的财产权归属、改变占有的窃取行为的确定都没有疑问,至于量刑合理化的问题,按照《刑法》第63条第2款“特殊减轻”的规定完全可以妥善解决);“社科法学”所批评的刑法教义学“靶子”并不存在,现代刑法教义学注重体系思考和问题思考的结合,将目的性思考、政策性判断、价值选择融入刑法解释和刑法理论体系中<sup>②</sup>,重视裁判结论与“国民规范意识”的接近,注重刑法学说的实践面向。<sup>③</sup>“法教义学的任务,就是通过对一个疑难案件的研究,创造出足以应对此类案件的理论观点,为司法者提供一般性规则。简言之,不断地变疑难案件为常规案件,这本来就是法教义学的‘初心’。”<sup>④</sup>《刑法公开课》所引用的现代刑法教义学涉及价值判断、重视实践运用可能性,这样的理论顾及方法论的合理性,充分考虑了司法逻辑,有助于解决某些司法难题,尽可能实现刑法学说和案件处理的“无缝衔接”,强调对具体问题的解决必须在刑法学体系性理论中找到位置,平衡好对问题的思考和对体系的思考之间的关系,以最终实现保障人权目标。

其次,始终坚守罪刑法定原则。对何种行为构成犯罪,实务上不能将判断结论建立在某种相对模糊的行为人“很坏”的感觉之上,而必须在罪刑法定原则的指导下,按照分则各罪客观构成要件的要求,通过合理的解

---

① 苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

② 参见[德]克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第2版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第15页以下。

③ 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),曾文科译,北京大学出版社2017年版,第4页。

④ 车浩:《刑法教义的本土形塑》,法律出版社2017年版,第33页。

释方法得出定性结论,并进行充分说理。《刑法公开课》对具体犯罪的探讨,始终将如何坚持罪刑法定原则作为不可动摇的“铁则”来把握。

再次,注重刑法方法论的运用。在处理案件时,司法人员的有力论证总是与对刑法原理的掌握,对法律解释方法的合理运用,以及对刑事政策的准确把握紧密相关,要对行为确定性,不能绕开的问题就是方法论。唯有方法论正确,才能确保相关司法裁判经得起历史的考验。就刑法方法论的运用而言,客观性思考、体系性思考、实质性思考等都非常重要。刑法上的客观判断,不仅仅是如何看待行为、结果以及因果关系的问题,也与法益概念、刑法价值判断等问题有关,甚至涉及如何协调刑法基本立场、刑法方法论和司法逻辑三者关系的问题,我国刑法学应当坚持和发展刑法客观主义,确立客观要素在犯罪论体系中的核心地位,确保客观判断优先,对行为进行分层次的、价值上的判断。刑法学上的思考,还必须是体系的思考,确定犯罪成立与否的理论必须与未遂犯论、共犯论一体地加以考虑。实务上分析案件时,也要顾及这种体系性和问题的关联性,如果坚持犯罪四个要件同时具备才成立犯罪,就会发现在共犯问题的处理上会有矛盾之处,因此,实务上也必须充分认识犯罪构成四要件说的缺陷。

最后,展示个人的刑法基本立场。主讲人主张打造具有建设性、尽可能接近和理解司法实务的“行为导向刑法观”(行为无价值二元论),并积极与“结果本位刑法观”(结果无价值论)对话,强调发挥刑法的积极一般预防功能。如何使“行为导向刑法观”指导司法实务,是主讲人需要进一步思考的问题。不过,也有必要指出,对大量案件的处理结果,主讲人的观点和“结果本位刑法观”之间并无差别,因为“行为导向刑法观”本身就重视法益侵害,只是在理论逻辑上强调造成法益侵害的过程(即行为违反规范进而造成法益侵害,从而在法益侵害之外还重视行为样态以及行为实施时的主观违法要素)。因此,“行为导向刑法观”和“结果本位刑法观”之间原本就不是对立关系,而是交叉、竞合关系,在很多时候二者是高度重合的,只不过在分析问题的出发点、进路上有细微差异。并且,这种差异在很多时候是无关紧要或可以忽略的。即便您主张或喜欢“结果本位刑法观”,阅读《刑法公开课》也不太会有“违和感”,反而有可能促使您反思建构“结果本位刑法观”这种绝对化理论的可疑之处。

在写作进路上,《刑法公开课》各讲均开门见山地列出研讨案例,然后结合刑法学说与思考方法进行深度研习,尽可能展示解释和说理过程。

《刑法公开课》的目标是:协调刑法理论的体系性、一贯性与对具体案件处理的妥当性之间的关系,通过对若干具体问题的思考来点滴推进我国刑法学的纵深发展。

主讲人目前的计划是,在最近十年内,如果时间和精力允许的话,争取将《刑法公开课》出版到四部以上。但愿这一写作计划能够实现。

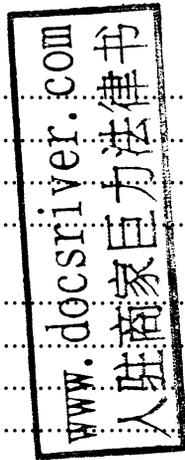
最后,需要交代的是,《刑法公开课》中所采用的案例大多是经法院判决的真实案件(只有极少数是教学案例),并对案件事实进行了提炼,为了使讨论更为深入,对个别案件的事实进行了一些改造(但会对此做相应交代);凡是能够查到裁判文书编号的案件,主讲人都尽可能注明;极个别案件可能会在不同章节中被多次提到,但侧重点有所不同,基本不会出现内容重复的现象;对司法机关在各个案件中的认定及处理结论,《刑法公开课》总体上尽可能给予“同情式的理解”,并对裁判结论的合理性作进一步阐述,但也从刑法学说的角度出发对少数案件进行了一定程度的质疑。这些分析完全是一家之言,如有不当,主讲人愿意诚恳地接受各方批评!

《刑法公开课》源起于我和蒋浩先生2015年秋在德国维尔茨堡开会间隙的一次长谈,他以一个出版家的敏锐眼光一再催促我要写作一些与实务关联度极强的作品,这正契合我当时的想法;后续的写作亦得益于他的诸多启发和催促,因此,我要对蒋浩先生表示最诚挚的敬意和谢意。

愿《刑法公开课》带给您阅读和思考上的愉悦。教学相长,您的倾听和肯定是这个课能够继续讲下去的理由和动力!

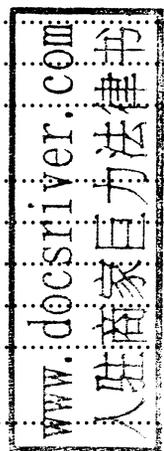
# 目 录

<b>第一讲 客观判断优先的刑法方法论</b> .....	001
一、客观判断优先的基本要求 .....	002
二、客观优先的理论支撑 .....	010
三、客观构成要件的审查与客观优先 .....	013
<b>第二讲 阶层犯罪论的实务运用</b> .....	019
一、实务上为什么需要阶层犯罪论 .....	021
二、实务上需要哪一种阶层犯罪论 .....	028
三、实务上如何运用阶层犯罪论 .....	035
<b>第三讲 客观归责论在涉财产犯罪案件中的运用</b> .....	049
一、客观归责论的实质是进行规范判断 .....	052
二、客观归责论的下位判断规则 .....	056
三、客观归责论在涉财产犯罪案件中的运用 .....	060
<b>第四讲 持续侵害与正当防卫的关系</b> .....	068
一、问题的提出 .....	070
二、持续侵害与特殊防卫权 .....	071
三、持续侵害与防卫行为明显超过必要限度 .....	077
四、结语 .....	087
<b>第五讲 正当防卫的司法异化与纠偏思路</b> .....	088
一、正当防卫司法认定上的主要误区 .....	091
二、纠偏思路 I：正当防卫的理念与司法准则 .....	101
三、纠偏思路 II：判断防卫必要性的方法论 .....	111



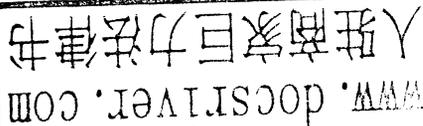
<b>第六讲 过失犯的判断逻辑——以“超速驾驶案”为例</b> .....	120
一、过失犯有不同于故意犯的构成要件 .....	123
二、传统过失犯论的“客观化”改造 .....	126
三、结果避免可能性与“超速驾驶案”的处理 .....	131
四、结语 .....	142
<b>第七讲 偶然防卫与未遂犯</b> .....	144
一、对偶然防卫的定性分歧 .....	146
二、将偶然防卫定性绝对化的思路及其不足 .....	149
三、偶然防卫应当成立犯罪未遂 .....	153
四、结论 .....	158
<b>第八讲 犯罪中止的自动性</b> .....	160
一、中止自动性的多数说及其不足 .....	161
二、刑罚的预防目的与中止自动性的规范判断 .....	166
三、中止自动性规范主观说的展开 .....	172
四、结语 .....	182
<b>第九讲 支配犯与义务犯的区分——“快播”案定罪理由之探究</b> .....	184
一、缓存行为与作为犯 .....	185
二、提供播放器行为与不作为犯 .....	192
三、对法院判决理由的评价 .....	198
四、结论 .....	205
<b>第十讲 毒品犯罪的死刑适用限制</b> .....	207
一、死刑适用的限制：一般性讨论 .....	211
二、限制毒品犯罪死刑的政策思路 .....	212
三、对毒品犯罪不宜判处死刑的情形 .....	214
<b>第十一讲 援引法定刑的适用——马乐“老鼠仓”案</b> .....	222
一、本案的争论焦点 .....	223
二、本案的抗诉主张符合法理 .....	225

三、对最高人民法院再审判决的评析 .....	228
<b>第十二讲 金融管控与非法经营罪的界限 .....</b>	<b>233</b>
一、罪刑法定原则对非法经营罪认定的具体约束 .....	235
二、实质判断与非法买卖外汇的限制解释 .....	241
三、体系解释与使用 POS 机为借记卡持有人套现的定罪 .....	244
<b>第十三讲 非法转让、倒卖土地使用权罪 .....</b>	<b>253</b>
一、本罪的构成特征 .....	254
二、本罪认定的特殊问题 I :股权转让与土地使用权转让、 倒卖 .....	258
三、本罪认定的特殊问题 II :合作建房与非法转让、倒卖土地 使用权 .....	262
四、土地使用权转让行为得到有关部门认可的,不宜定罪 .....	268
<b>第十四讲 死者的占有与犯罪认定 .....</b>	<b>274</b>
一、侵占罪说 .....	276
二、盗窃罪说 .....	279
三、主讲人的见解:死者“生前占有的有限延续说” .....	281
<b>第十五讲 财产占有意思与犯罪界限 .....</b>	<b>289</b>
一、占有意思的特殊意义 .....	290
二、占有意思特别重要的情形 .....	295
三、放弃占有的表示与占有意思 .....	300
<b>第十六讲 托盘融资业务与合同诈骗罪的界限 .....</b>	<b>307</b>
一、问题的提出 .....	309
二、托盘融资业务的形式与实质 .....	311
三、托盘融资业务与合同诈骗罪的关系 .....	313
四、刑法谦抑性与合同诈骗罪的认定 .....	322
<b>第十七讲 职务侵占罪的实务难题 .....</b>	<b>324</b>
一、职务侵占罪的主体 .....	326



二、侵占行为:利用职务便利的含义 .....	329
三、侵占对象 .....	333
<b>第十八讲 制作、销售网络外挂软件的定性——从全国首例制售 “黄牛”抢购软件案谈起 .....</b>	<b>337</b>
一、对全国首例制售“黄牛”抢购软件案判决的评析 .....	339
二、提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪与其他 犯罪的关系 .....	345
三、延伸思考:规制外挂软件,法律还能够做什么? .....	350
<b>参考文献 .....</b>	<b>353</b>
一、著作 .....	353
二、论文 .....	359
<b>关键字索引 .....</b>	<b>365</b>

## 第一讲 客观判断优先的刑法方法论



### 【案例1-1 “恐怖分子手册”案】

被告人冯某自行搜集涉及炸药制造的信息,经整理形成一个电子文档,命名为《恐怖分子手册》。2009年11月26日及2010年4月19日,被告人冯某先后两次在其家中,使用“但它”的用户名,在百度文库网站上发布《恐怖分子手册》电子文档,内容包括各种炸药、燃烧剂、汽油弹、炸弹、燃烧弹等配方及制作方法。两个文档在网络上共被浏览2065次,下载116次。被告人冯某于2010年4月20日被抓获归案。

侦查机关出具的工作记录证明,承办人将冯某在网上传播的内容文档送至该市公安局刑侦总队刑科所爆炸检验室。后该部门负责人答复:文档中所涉及的各种炸药知识、制法等均具有一定的科学性、可行性,但其内容不涉密,通过正常渠道如专业图书、网络等均可进行查询。

### 【案例1-2 骗取贷款案】

为了开发房地产,甲公司名义贷款2000万元。但是,在得到贷款后,甲公司将该款用于与之有关联的乙公司开发商品房,改变了贷款用途。事后查明,甲公司提供的贷款资料多处做假,且到期无力归还欠款。但甲公司在其拥有使用权、价值3000万元的土地上设立担保,能否对甲公司骗取贷款罪追究刑事责任?

### 【案例1-3 “两头骗”案】

2015年1月17日,被告人张某、蒲某(在逃)利用蒲某身份证、假驾驶证,从临夏市某汽车租赁公司租赁一辆小轿车。次

日,两被告隐瞒租赁事实,将该车以5万元的价格抵押给高某。抵押到期后,二被告逃匿。如何认定张某、蒲某的行为性质?

各位好!

这是第一节课,我想给大家讲讲刑法思考方法的问题。

法律人的看家本领是论证。只有驾驭好这项技艺,才能对案件处理有准确判断,才能做到以理服人。要充分论证,就需要遵循一定的方法论。通过何种路径进行论证并得出结论,就显得非常重要。随着法治的进步,对刑事裁判不予说理或大而化之的粗放式处理很难继续下去,如何运用好刑法方法论就显得十分重要。可以说,刑法方法论是一个重要的标尺,用这个尺子可以检验所有的刑事案件。这里对刑法判断上客观优先方法在司法实践中的运用谈谈我的想法。

## 一、客观判断优先的基本要求

### (一) 从“庄宗良被判放火罪”谈起

各位一起看一个真实的案件。被告人庄宗良被指控连续三次放火,每次放火间隔时间半年左右,每次都没有造成人员死伤,但是被害人张某有财物被烧毁,楼上陈某家阳台上的塑钢门窗被损坏。被告人前两次放火都没有被发现,最后一次才被抓住(但没有被当场抓获)。有关的证据情况:①被告人对其罪行供认不讳,这是一个很重要的证据,他不仅自己承认了三次放火,还供述第三次放火以后将偷配的被害人家的钥匙扔到公园桥下的水中;②公安机关的同步录音录像,证明被告人没有受到刑讯逼供;③被告人指认现场;④公安机关出具的钥匙照片两张,证明侦查人员根据嫌疑人的供述,在公园桥下水中打捞出防盗门钥匙,但钥匙的实物在后来的诉讼过程中没有出现,侦查机关提请批捕时只提交了照片;⑤只有第三次放火有勘验检查笔录,因为前面两次没有勘验过现场;⑥公安消防部门出具的技术鉴定报告,证明被害人家里发生火灾,不是电线短路,而是有人放火,只能证明是有人放火;⑦被害人证实家中三次失火,前两次家里几乎全部烧毁,其怀疑是庄宗良在他的家里放火;⑧第三次放火中被烧毁的被害人家中的财物,以及被害人张某提供的家中物品损坏清单三份,证明三次失火造成18万余元的损失;⑨当天和被告人在一起的人

所提供的证言,证实被告人中间离开过一段时间,但离开之后干什么了,这些人证明不了;⑩一些邻居的证言,证实发生了三次火灾,他们都因为楼下发生了火灾而往外跑的一些情况,这可以认定为被告人的放火行为危及公共安全。

对于本案,检察机关决定批准逮捕庄宗良。批捕的最主要证据在于:一是被告人供认不讳;二是“因相关证据不全,当地价格认证中心未受理对本案被害人家被烧毁财物的价值鉴定委托,但根据被害人张某出具的三份损坏清单初步证明他家的损失是18万余元”;三是钥匙的照片。根据这三个主要证据,承办人认为被告人的放火行为造成了重大损失,数额是18万元,造成公私财产重大损失,又有其他的辅助证据,由此检察机关认为对被告人应当判处10年以上有期徒刑,应适用《刑事诉讼法》第81条第3款关于重罪逮捕的规定,所以就批捕了。到了起诉环节,公诉部门改变了有关损失数额的指控:“被告人庄宗良为泄私愤,在2014年6月20日、10月1日和2015年4月29日19时许,三次在被害人张某家中放火,造成被害人张某家中物品全部被烧毁,损失价值达到15万余元。三次火势均蔓延到该居民楼501室陈某家中,致使陈某家中阳台上的塑钢窗子、推拉门、空调室外机等物品损坏。”山东省泗水县人民法院后来对本案作出了有罪判决,但损失数额已大幅度缩水:“因被告人庄宗良行为致使被害人造成了经济损失,经泗水县公安局刑警大队委托泗水县价格中心认定,被烧毁物品被烧毁时的损失价值为32125元。被害人家第二次被放火时装修损失为60000元,致使陈某家阳台上的塑钢窗子、推拉门、空调室外机等物品损坏。”<sup>①</sup>据此,法院以放火罪对被告人庄宗良判处有期徒刑10年。虽然一审宣判后,被告人没有上诉,检察机关也未抗诉,判决发生法律效力,但是,对这个案件适用重罪逮捕的规定以及在有罪判决中认定放火造成被害人9万多元的损失,都并不是没有疑问。被害人的损失究竟是多大,侦查机关、公诉部门和审判机关都没有得出无可争议的结论,尤其在批捕环节对损失的认定明显存在问题,因为侦查机关证明财产损失的重大证据是被害人自己拿来的一个财产损失清单。刑事案件中被害人夸大损失的情况是完全有可能存在的(这也并不违背人之常情)。即使被害人夸大,三次放火每次间隔半年,被害人能否记得清楚,也是一

① 山东省泗水县人民法院(2015)泗刑初字第152号刑事附带民事判决书。

个问题。另外，被告人自己供述其扔掉的钥匙，是不是审查批捕时只看照片就可以了？这些都很有疑问。

本案审查逮捕承办人的分析思路是：第一，发生了犯罪事实，有一系列的证据，证明有犯罪事实。很重要的一个证据就是被告人始终是供认的，另外还有一些辅助证据来证明。第二，已经足以危害公共安全。被告人放火以后，楼上邻居的塑钢窗被烧坏，而且楼上的这些邻居一发现放火了，就赶紧往外跑，被告人的行为造成了公众恐慌。因此，其行为已经危害到了公共安全。第三，能定位到具体的行为人庄某，被告人人口供稳定，没有遭受刑讯逼供，而且供述的细节也能够被证实。由此得出结论，被告人三次放火行为给被害人家造成的损失为18万余元，而放火罪造成公私财产重大损失的标准实务上通常掌握在5万元以上，所以被告人可能被判处10年有期徒刑以上刑罚，其完全符合逮捕条件，有社会危险性，因而予以批捕。

但是，本案存在三个关键疑问：①对被告人的第一次和第二次放火行为，只是有一些间接证据予以证实。侦查机关鉴定排除雷击、排除电线短路。但是，有没有第三人放火？根据现有这些证据并不能完全排除这种可能性。②承办人认为，张某出具的家中失火的损失清单证明其损失是18万，这个证据可以证明行为对公共安全的严重危害程度。但这个证据未必经得起推敲。③根据行为人的供述，侦查人员从公园的桥下找到了钥匙，并进行比对。但是，在案证据只有钥匙照片，其证据效力究竟有多大？

对这起案件，检察机关以被告人造成被害人损失18万元批捕，后以被害事实是15万元起诉（未向法院提交钥匙照片这一证据），法院认定被害人的经济损失为9万余元，司法结论越到最后对犯罪数额的认定越少。但仔细看看法院判决认定的损失数额也还能提出一些问题。这就涉及刑法判断上的客观优先视角或客观性思考方法。

按照客观优先的思考逻辑，以被害人提供的损失清单作为证据明显存在疑问，因为被害人可能夸大受损害的情况。根据存疑有利于被告的原则，这一指控达不到定罪量刑证据确实充分的这种程度。即便法院审判后最终认定的损失数额为9万多元，也还值得质疑。法院判决认为，被告人的行为致使被害人遭受经济损失，经价格认证中心认定损失为32125元，此外，被害人家遭受第二次放火后的装修费用为6万元，这两个

数字相加就是被害人的损失。这一认定存在的问题是:被告人真正被抓时是第三次放火,这次放火的证据是相对充分的,第二次放火却没有其他确实充分的证据,全靠被告人自己供述哪一天骑自行车到被害人家里放火,现场根本没有勘验,只是说排除雷电和电线短路。退一步讲,即便可以认定三次都是被告人放火,那么第二次装修款6万多元能不能作为被害人的损失?这又是个疑问,因为装修款和真正的损失之间不对应的情况完全可能存在。墙面有损坏,原来很破旧,现在装修得很豪华的,以及装修很一般,但施工方“狮子大开口”要更多装修费的,这些可能性都存在。以装修款作为定罪量刑的标准,缺乏客观性。如果第二次放火后被害人的装修款作为损失数额存疑,仅以争议较少的物价评估的3万多元为准,对被告人就只能在3年以上10年以下的范围内量刑。所以,这个案子从批捕到起诉到最后的审判环节,有很多问题没有搞清楚,按客观性思考的思路,被害人的损失究竟是多大并未判断准确。如果客观的损害在案件里有很多疑问,就会导致案件的定性出现很多问题。

## (二) 客观优先对司法实务的基本要求

要讨论客观判断优先这一问题,就需要从客观要素的重要性谈起。客观要素是外在的,不易变化,司法上就难以对由此形成的犯罪客观侧面视而不见。

客观判断优先对司法活动的基本要求是:

(1)客观构成要件比主观构成要件更为重要。客观构成要件的任务是具体描述刑法所要类型化地加以禁止的行为举止,以确定行为的可罚性。任何行为要成立犯罪,就应当和刑法分则罪状描述的典型事实相一致。准确定罪,首先是准确判断犯罪客观要件及其要素,因此,重视客观要素,就是肯定客观构成要件。而正是基于客观构成要件绝对重要的观念,司法上才能将犯罪行为区别于民事侵权和行政违法,进而能够进行违法和有责的判断。因此,要贯彻客观要件比主观要件更为重要的理念,就必须强制性地要求实务上注重收集足以证明犯罪客观事实的证据,一旦事实存疑,就必须作出有利于被告人的处理,而不是先取得口供,通过其证明行为人的主观恶性,然后再去收集其他证据,进行所谓的“先供后证”。

客观要件比主观要件重要的实务要求是:一方面,对于客观上没有法益侵害(危险)的行为,刑法不处罚。行为没有造成法益侵害,就对社会无害;惩罚侵害法益的行为,才能实现刑法目的;惩罚侵害法益的行为,才能

防止司法上的惩罚冲动。另一方面,对客观上危害程度较轻的行为,应当在民事领域解决,不应当构成犯罪。

(2)必须讲究司法逻辑或判断顺序——先客观后主观、先违法后责任。对行为性质、行为人责任必须分为两个不同层次判断。对犯罪成立与否的判断,是人间最为复杂的思维活动。一个合理的刑法理论,必须能够认识到:①违法和责任的内涵不同。对违法行为性质的判断,是在刑法上表明——此一行为是错误的,不值得其他人学习,在刑法上要绝对禁止;对行为人责任的判断,是指受主观支配的行为才是有害的,也才能谴责个人。②对行为违法性的客观判断,和对行为人责任的判断必须分层次进行。③必须做到客观违法判断在前,主观责任判断在后,确保刑法客观主义得到贯彻。

在刑法观念上,在分析任何刑事案件时,其实都应该首先去考察“这件事情做得怎么样”,再去考虑“行为人主观上有没有过错,能不能谴责行为人”。这是分层次判断的思路,也是刑法客观主义的具体运用。在实务上,如果肯定主观优先,总是习惯于从犯罪故意、犯罪意思出发,再去寻找证据来证明犯罪事实,就与证据裁判原则相悖,且容易形成冤假错案。①但是,在我国司法实务中,主观和客观的关系并不清晰。司法上未满足处罚需要或者出于思维上的便利,有时习惯于从行为的主观推导出客观,导致某些“两可”案件甚至是明显无罪的行为被轻易地确定为犯罪,也使得刑讯逼供屡禁不止。在这里,刑法客观主义给我们的启示是:在处理案件时,不能仅仅对被告人是否有罪作出笼统判断、综合判断,不能靠“被告人一看就不像好人,肯定有罪”这种不可靠的感觉,思维上要有逻辑,有层次,对客观要素、违法要件的判断必须处于绝对优势地位。②

(3)要斟酌审查传统上某些一直被作为主观要素、责任要素看待的东西,能否提前到客观构成要件环节加以判断。即先确定客观的“结果归属”,再判断故意,从而限定故意犯的成立范围。过去传统理论上按照认识错误尤其是因果关系错误处理的问题,很多都是客观上结果能否“算到”行为人头上的问题,和主观要素无关,如果在客观构成要件判断上就可以先行排除对结果的主观归属的,根本不需要再去确认故意的有无。

① 参见陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2012年版,第31页。

② 参见周光权:《刑法方法论与司法逻辑》,载《现代法学》2012年第5期。

此外,对过失犯的认定,未必非得迟至有责性阶段才能进行判断,要考虑能否将判断提早到客观构成要件符合性阶段判断。对于过失犯,传统刑法观的思考重心在于,行为人主观上是否有违反注意义务从而具有过失责任。现代客观主义刑法观需要考虑在客观上行为是否违反行为规范,进而制造和实现某种危险。如果行为带来的危险是被允许的,结果就不能“算到”行为人头上,也就不需要进一步考虑有无责任过失的问题,从而大幅度限制过失犯的定罪范围。

### (三) 客观优先的内在合理性

#### 1. 一般性思考

客观优先具有内在合理性,具体表现在以下三个方面:

(1) 能够有效落实罪刑法定原则。刑法分则主要是针对客观行为和结果的规定,所以坚持客观性思考,能够使得刑法分则的规定落到实处。如果实务上走向客观性思考的反面,从个人的危险性出发思考定罪和处罚,犯罪行为仅仅成为佐证犯罪意识的工具,司法权的行使就会成为恣意。但是,实务上有一些案件的处理其实是从主观优先的逻辑出发的,比如说《刑法修正案(九)》规定了编造、故意传播虚假信息罪(《刑法》第291条之一第2款),将编造虚假的警情、灾情等行为入罪。但是,在此之前有的地方就把传播虚假灾情的行为,定为“传播虚假恐怖信息罪”。这明显是违反罪刑法定原则的,因为虚假灾情和恐怖信息不可能是相同的事物,法院的判决只能属于类推。实务上的判决过于偏重被告人的主观恶性,因为其性格或人格危险,一定要处理他,所以,客观要件的制约就可以抛开不顾。但实际上要考虑这种行为的客观危害,以及刑法分则上对这种客观危害究竟是什么态度。

(2) 客观要件相对稳定,容易检验,不易变化,而主观要件不可靠。在前述“庄宗良被判放火罪”一案中,被告人虽然对前面两次放火都供认,但如果其突然翻供,矢口否认前两次放火是他干的,法官是否还能够对其毫无阻碍地认定就是一个问题。

(3) 从客观到主观的思考逻辑能够反向制约司法恣意。司法上总是有个惯性思维:从主观到客观。所以,实践中才会有一些刑讯逼供或者不合法的侦查行为,总是想取得被告人的口供,把他的动机先问出来,然后让他交代基于这样的动机,实施了什么样的行为。顺着主观优先的思路走下去,这是司法实践中习以为常的。但是,要把案件办成铁案,就要反

向制约这种司法冲动,从客观到主观的思考顺序就是最重要的。

## 2. 客观优先有助于防止错案

特别值得讨论的是:客观优先对于防止错案有重大指导意义。在聂树斌案<sup>①</sup>再审判决中,最高法院针对原审判决列举出了9大疑点:被告人被抓获后,其前5天的讯问笔录缺失;有罪供述真实性存疑且不能排除指供、诱供可能;作案时间存疑;作案工具存疑;被害人死亡时间和死亡原因的证据不确实不充分,等等。<sup>②</sup>这就是说,该案完全没有达到定罪的最低要求,被告人的危害行为及其后果等客观要件无法确定。正是因为当初办理该案的司法人员不懂得或故意不理睬定罪的底限要求,最终酿成大错。最高法院的再审判决,无异于对之前司法行为的强烈谴责。

错案屡禁不绝,令人痛心疾首! 错误定罪一旦被发现,被告人的抗议、被害方的不满、媒体的追踪报道、随后发生的国家赔偿、公众对司法公正的怀疑都可能接踵而至。司法人员、司法机关都会由此付出惨痛代价,法律也会因此而蒙羞。因此,对于防止错案的重要性无论如何强调都不过分。对于错案的防止,目前通常的研究,主要是从程序法、证据法以及司法改革的角度切入。主讲人认为,这不失为一条重要的进路。

但是,仅仅从与程序运作相关联的视角出发对防止冤假错案问题进行思考,可能还远远不够,还应当考虑实体法上的切入点——转变刑法观,为防止错案提供实体法支撑,以建立防止错案的长效机制,使实体法为错案防止做出其独特贡献。理由在于:

(1) 错案的最大特征是对案件事实,尤其是对证明被告人行为、后果

---

<sup>①</sup> 1995年4月25日,聂树斌因故意杀人、强奸妇女被判处死刑,两天后被执行死刑。2014年12月12日,最高人民法院指令山东省高级人民法院复查河北省高级人民法院终审的聂树斌故意杀人、强奸妇女一案。2016年12月2日,最高人民法院第二巡回法庭对原审被告人聂树斌故意杀人、强奸妇女再审案公开宣判,认为原审判决缺乏能够锁定聂树斌作案的客观证据,聂树斌作案时间不能确认,作案工具花上衣的来源不能确认,被害人死亡时间和死亡原因不能确认;聂树斌被抓获之后前5天讯问笔录缺失,案发之后前50天内多名重要证人询问笔录缺失,重要原始书证考勤表缺失;聂树斌有罪供述的真实性、合法性存疑,有罪供述与在卷其他证据供证一致的真实性、可靠性存疑,本案是否另有他人作案存疑;原判决以定案的证据没有形成完整锁链,没有达到证据确实、充分的法定证明标准,也没有达到基本事实清楚、基本证据确凿的定罪要求。原审认定聂树斌犯故意杀人罪、强奸妇女罪的事实不清、证据不足,不能认定聂树斌有罪,从而宣告撤销原审判决,改判聂树斌无罪。关于本案再审的详细判决理由,参见最高人民法院(2016)最高刑再3号刑事判决书。

<sup>②</sup> 参见滑璇:《这个“无罪”太不容易了:聂树斌案再审改判追记》,载《南方周末》2016年12月8日,A6版。

的客观事实的认定、对客观证据的判断存在偏差,最终导致适用法律不当。正确的刑法方法论能够为犯罪客观事实的认定提供指导,避免司法人员因为怀疑被告人的人格或人品就启动刑事追诉程序。实体法研究的缺席,必然会使对错案的防止没有依托,办案如同“摸六合彩”。只有形成正确的方法论,在办案过程中,上紧不办错案这根弦,平常不办“小错案”,“勿以恶小而为之”,关键时刻才能不办“大错案”,形成防止冤错案件的长效机制,构筑防止冤假错案的大堤。

(2)不可否认,在实践中,从事后来看,有的人是办了错案,但其在办案当时的内心出发点上似乎没有问题,即出于对眼前这个被高度怀疑的人即“罪犯”的痛恨,进而是在“认认真真”办错案,好像是出于“公心”;另外,有的并没有刑讯逼供的案件,或者没有地方干预的案件,最终也被办成了错案。对这些错案为何会形成,如果结合刑法基本立场、刑法方法论进行反思,或许对于未来的错案防止具有特殊价值。

(3)刑法基本立场以及相应的方法论,对于司法人员现场司法直觉和职业养成至关重要。司法人员如果按照一定的刑法观、方法论处理案件,只要不是乱作为,只要能够把住程序正义的底线,即便是遇到某些类似于聂树斌案的极端案件,也都能够遵循正确的方法论去分析、处理,能够形成独立见解,就能够有效防范错案。因此,从实体法的角度研讨错案,有助于形成正确的刑法适用方法论,以和程序法、司法制度上的研究相配合,形成合力,以有效减少错案。因此,刑法观的转变,着眼于长远,至关重要。

从实体法的角度切入,可以认为:聂树斌等案当初之所以被办得如此粗糙,与司法人员心目中存在刑法主观主义、习惯于从行为人及其主观恶性切入这一“魔鬼”存在一定关系。如果不彻底消除主观主义刑法的影响,在未来出现其他错案的土壤就始终存在。要有效防止错案,最为重要的一条是要坚持刑法上的客观性思考,因为只有在这一方法论的指导下,司法人员才能形成相应的刑法方法论,从而打出防范错案方面程序法和实体法协调一致的“组合拳”。司法人员只有在日常办案中很好地贯彻上述客观主义思路,重视客观构成要件及相应证据,形成正确的刑法适用方法论,才不会过于依赖于口供。在出现考验司法公正的棘手案件时,才不会先主观后客观,才能够确保不办错案。

讲到这里,有必要做一个小结。就防止错案而言:一方面,刑法客观

主义的基本逻辑是强调客观要件比主观要件更为重要,同时,在犯罪认定上要遵循先客观后主观、先违法后责任的思考进路。按照客观主义刑法观,在没有客观行为,或行为不可能造成危害,以及没有证据证明犯罪的客观要件时,仅仅因为对个人危险性或性格、人格的怀疑就启动司法程序,乃至采用刑讯逼供的方式取得非法证据,在定罪标准上降格以求,都是错误的做法。另一方面,刑法客观主义所提供的防止冤错案件的思路,与刑事诉讼法的主旨、司法规律相一致,也与现代法治的基本要求、人权保障目标相一致,刑法客观主义的方法论与防止冤错案件的其他理念、机制、方法之间具有内在一致性,是相辅相成的关系。就实现刑事法治,防止冤假错案重演而言,在当下提倡刑法判断上的客观优先具有重大现实意义。

## 二、客观优先的理论支撑

### (一) 刑法客观主义与客观优先

客观优先的思考方法背后的理论支撑是刑法客观主义。对此,前面已经有所涉及,但鉴于这一问题事关重大,在这里还有必要进一步展开。

刑法客观主义和主观主义是两种对立的观点。刑法客观主义认为,刑事责任的前提是表现在外部的犯罪人的行为。其理论特色在于:①犯罪是对社会有害的行为。如果行为没有对社会造成表现于外、可以实际把握的实害或者危险时,不能将其作为犯罪处理(行为主义、现实主义)。②刑法上只能将客观行为及其后果(危险),而非行为人的主观意思作为处罚根据,否则,就可能造成侦查上的逼供信,也容易使法官作出恣意判断,从而回到封建刑法司法专横、擅断的老路上。其实,无论被告人的个人内心如何邪恶,在其没有外在的表现时,国家刑罚权不能启动。按照这一逻辑,在【案例1-1“恐怖分子手册”案】中,被告人所传播的信息通过公开的书籍或网站可以收集、查询,爆炸物的制造方法具有中立性(可以用于合法的矿山开采等)时,就不能认为其传授了一般人所不知道的犯罪方法,其并未实施具有客观社会危害性的行为,难以认定其构成该罪。

与上述立场针锋相对的是刑法主观主义,其主张犯罪人的主观恶性、罪犯人格等才是刑事责任的基础。刑法主观主义由此重视行为人概念(行为人主义),提出“应当受到处罚的不是行为而是行为人”的命题。刑

法主观主义大大降低了行为在犯罪论中的地位,即行为对于违法性判断并不具有决定意义,其只有在“表征”或展示犯罪人这一“危险个体”的意义上才有存在必要性。如果把刑法主观主义贯彻到底,势必会得出行为人的危险性格、内心的邪恶程度是惩罚对象的结论。刑法主观主义的基本理论构架在于:一方面,从人的危险性出发,来思考定罪尤其是处罚问题;另一方面,行为仅仅是佐证犯罪意思的符号,行为概念以及其他客观要素的重要性、独特性大幅度下降。

刑法主观主义从对人的主观要素的审查出发,探求其内心的邪恶推动行为发展的过程。这一思考方法对司法人员来讲,用起来最为便利,因此,其对刑事司法有广泛影响。受主观主义刑法观影响的刑事司法程序必然呈现以下特征:①司法人员容易陷入“反正犯罪嫌疑人、被告人有罪,办案程序合法与否、规范与否并不重要”的错误观念;②重视能够揭示行为人危险性格的口供;③在办案过程中,一旦物证、书证和口供有冲突,司法上倾向于认为揭示个人危险性的口供比客观证据还重要。

简单地说,刑法客观主义认为,之所以要动用刑罚,是因为行为人客观上做砸了“某件事情”;刑法主观主义则认为,是“某个人”太坏了,所以要惩罚。因此,刑法客观主义紧紧盯住的是客观“事态”(行为、后果)——至于这件事情是谁干的,在违法与否的层面并不重要(谁干的,都是不法),行为、后果等概念对于定罪至关重要;刑法主观主义关心的是“人”——干这件事情的人特别危险,所以一定要惩罚他,主观要件、个人危险性等概念的重要性由此得到凸显。<sup>①</sup>

刑法客观主义起源于18世纪中叶,是理性主义、近代法治思想取代宗教蒙昧主义、司法擅断立场的产物。今天我们耳熟能详的贝卡利亚、费尔巴哈、康德以及黑格尔等法学家、思想家都为论证刑法客观主义贡献了力量。<sup>②</sup> 刑法客观主义与法治立场相一致:①其使得判断有依托,判断标准明确,判断结论相对可靠;②司法机关的惩罚冲动受到抑制,司法擅断的可能性大为降低;③个人对抗司法权的恣意行使时,有能力、有“说法”、有依据。

刑法客观主义因为相对保守、消极,在保卫社会方面有一些不足,因

---

① 参见周光权:《法治视野中的刑法客观主义》(第2版),法律出版社2013年版,第57页以下。

② 参见[日]大塚仁:《刑法における新・舊両派の理論》,日本评论新社1957年版,第66页以下。

此,在19世纪后期受到质疑,刑法主观主义出现。但是,主观主义是一种相对“危险”的理论,对“危险个体”的甄别、控制随时都可能出现重大错误,因此,在20世纪初,刑法主观主义大幅度走下坡路,其兴盛时期不超过50年。从20世纪20年代至今近百年的时间里,世界各国的刑法学发展潮流从总体上看走的都是客观主义的路子。这一点,在大陆法系国家(特别是德国、日本、韩国等)表现得特别充分。

## (二) 客观优先在中国的实践及其阻碍

刑法客观主义和主观主义的对立处处都存在。再比如,对于批准逮捕的条件,《刑事诉讼法》第79条第2款规定,对可能判处徒刑以上刑罚,曾经故意犯罪的人,应当批准逮捕。主讲人认为,这一规定带有浓厚的刑法主观主义色彩。因为被告人再犯的后罪,虽然可能被判处徒刑以上刑罚,但可能是很轻的一个罪。例如,盗窃财物1500元属于情节很轻的盗窃,但是,如果查明被告人多年前因强奸罪被判了刑,按照《刑事诉讼法》第79条第2款的规定也必须批捕被告人。如果要坚持客观主义立场,审查逮捕时针对的是他现在这个罪够不够批捕条件。如果再回过头去看这个人原来干过什么事,就等于是特别重视这个人的危险性,从个人危险性出发。国外也有学者认为,类似做法违反了禁止重复评价原则,行为人先前犯下的强奸罪已经被定罪判刑了,现在处理被告人其他的行为时,又把之前的强奸罪翻出来再评价一遍,这明显是不合适的。如果这个被告人前后两个行为所触犯的罪名都是一样的,那还好说一些,前面犯盗窃被判刑了,这次又偷了1500元,所以要批捕他,这多少有点道理。但是,前面是个强奸罪,和后面的盗窃没有任何关系。从主观恶性上来看,两者也没有关系,因为不能说被告人是盗窃惯窃。但是,按照我国立法对其也是要批捕的。可见,要彻底告别刑法主观主义是很难的。

改革开放以后,我国的刑法立法在总体上考虑了刑法客观主义的合理性,坚持了客观主义立场,同时吸纳了刑法主观主义的合理因素(例如,规定犯罪中止、自首、立功、累犯等)。但是,无论在我国刑法学还是司法实务中,都还有大量和刑法客观主义相抵触的地方,这使得错案形成有土壤。特别是在少数案件中在客观的行为、损害并不存在时,司法人员以对特定对象人格、品性的怀疑作为启动程序的决定性因素,加之在“命案必破”的考核指标之下,极易将行为人的主观“恶”作为定罪处罚根据,刑法主观主义成为推动个别司法人员实施刑讯逼供的内心起因,由此可能导

致错案。因为立足于主观主义的司法运作,一定会将个人的主观恶性、危险性格等作为思考问题的中心,进而从主观要素出发去思考犯罪构成。要探究人的内心,获取被告人口供当然是最为便捷的途径。这种刑法观一旦和“只要能够破案,手段如何在所不问”的传统错误司法思维相结合,极易产生刑讯逼供或其他不规范的司法行为。对于司法实务中错误理念及做法,张明楷教授提出了批评:“从认定犯罪的方法而言,当行为人的行为造成被害人死亡时,司法人员总是首先习惯于讯问被告人(或嫌疑人)当时是想杀人还是想伤害。而当被告人回答只想伤害,客观上又存在杀人的可能性时,司法人员总是想方设法让被告人承认自己当时想杀人,甚至刑讯逼供,进而还会造成冤假错案。事实上,司法机关应当先根据客观行为及其所造成的结果,确定行为的性质,然后再考察行为人是否具有与之相符合的主观心理状态;而不是相反。”<sup>①</sup>因此,主观判断优先的错误观念在实践中贻害无穷。在这方面,国外有一些事例值得我们思考。美国在20世纪40年代末有一个好莱坞明星伊丽莎白·肖特,她不是一线演员,但因为性格豪放、社交能力很强,结识了很多人。但是,有一天她突然被杀了。这个案子一直没有侦破。此后多年,大约有500人主动投案说自己是真凶,最后警方费了很多工夫才排除了这些人的犯罪嫌疑。1996年,美国某州有一个小女孩被杀了,真凶也一直没有找到,10多年以后她的老师投案,承认这事是自己干的,警方后来发现他不在场,DNA也和现场遗留物不符合,最后把他的犯罪嫌疑排除了。这些人之所以出面认罪,可能是出于引人注目、与名人和轰动性事件挂钩的病态需求,有的人还可能是为了让自己平淡的生活起一点波澜。<sup>②</sup>对这些案件,如果司法上戴着有色眼镜看人,对送上门来的嫌疑人特别重视其口供及其所流露出来的杀人动机等主观要素,办错案的风险就会大幅度增加。司法判断上只有坚持客观性思考,才能排除这些嫌疑人的犯罪主体地位。

### 三、客观构成要件的审查与客观优先

接下来需要讲如何进行客观优先的判断,其重视的无非是两点:一是

① 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第189页。

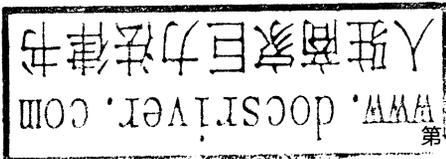
② 参见韩松落:《认罪者》,载《读者》2010年第3期。

法益侵害后果的判断,因为很多案件一发生,都有一个损害,所以就需要先判断损害;二是法益侵害行为的判断。法益侵害后果和行为的判断,都是刑法里最核心的命题。

### (一) 客观的损害有没有

首先要判断有没有法益侵害。对于不会造成法益侵害的行为,刑法不加以处罚,因为只有惩罚造成损害的行为,刑法保护法益的目的才能达到。

例如,在骗取贷款案件中损害是否客观存在,是很值得讨论的。在【案例1-2 骗取贷款案】中,对被告人是否构成骗取贷款罪有争议。有人主张,《刑法》第175条所规定的骗取贷款罪是行为犯,甲公司有欺骗银行然后取得贷款的行为就应当构成骗取贷款罪。但是,现行理论上的多数观点以及部分法院的见解是,骗取贷款罪所要保护的是金融机构的信贷资金安全,而非银行的贷款发放自由决定权。如果认为一旦贷款资料有假,即便有足额担保也认定贷款申请人构成骗取贷款罪的话,等于是说申请人在任何时候、在任何贷款资料上都不能欺骗银行,只要行为人多多少少欺骗了银行,就侵犯了银行发放贷款的自由决定权,就构成犯罪。但是,这一观点会使得金融机构作为合同主体无须承担任何风险,其与市场经济的理念不符。其实,如果申请人提供了足额、真实的担保,很难说银行金融资金安全存在风险。这个风险如果不存在的话,被告人的行为在客观上造成法益侵害的危险就不存在,对被告人做无罪处理就是可以考虑的,银行应该自己去法院提起贷款合同纠纷的民事诉讼,申请法院执行担保物。这种案件为什么会发生?大多是因为银行觉得去拍卖土地使用权太麻烦,所以干脆报案。类似地,还有一些案件也是贷款资料有假,但是,银行职员对此知情。在极个别案件里,被告人申请贷款的资料提交到银行后,银行的职员在上面修改相关数据(例如,调高企业往年的利润率),使申请人“符合”贷款条件,有的情况下还要求申请人回去把该公司相应的报表等一整套资料都做相应修改。像这样的案件,显然定不了被告人骗取贷款,因为被告人连欺骗银行的行为都没有。既然银行职员参与其中,银行就完全谈不上被骗。但是,实践中有好多案件,最后因为银行贷款收不回来就报案走刑事程序。主讲人认为,如果贯彻客观性思考方法,对这些案件都应该做无罪处理。当然,做无罪处理的案件有限定,即担保是足额和真实的,这是底线。如果这个能够保证,那就很难定贷款



申请人有罪。换言之,即便申请人实施了一些欺骗手段,如在贷款资料中做假,如果其不会给银行带来重大损失的危险,不应将其视为本罪的欺骗手段。

除了经济犯罪以外,传统上一些侵犯人身的犯罪能否认定,也与损害后果有关联。以“放飞鸽案”为例,甲、乙两个妇女合谋去骗别人的钱。到另外一个地方后,甲找到一个过去从事过拐卖人口行为的丙,说“能否帮忙把我表妹卖出去,给你5万元”。人贩子丙后来真的就把乙卖掉了。拿到钱的甲跑了,参与诈骗的乙后来也跑了。甲乙都是诈骗罪共犯,这是没有疑问的。但是,特别值得讨论的就是人贩子丙的责任,针对这一起事实,要不要定其拐卖妇女罪?实践中,一般都觉得对丙定罪没问题。因为他过去确实是人贩子,这次又把乙拐卖了。但是,按照客观性的思考,在这个案件里,并没有真正的“被拐卖的妇女”,刑法要保护的那个妇女从来就不存在。而拐卖妇女罪是侵犯人身权利罪,没有被害人时,谈不上谁的人身自由被侵害,从客观上看在本案中需要动用刑法来保护的妇女权益不存在。因此,本案似应对甲、乙定诈骗罪;对人贩子丙不定罪;收买妇女乙的人是诈骗罪的被害人,对其也不宜定收买被拐卖的妇女罪。

还有一类犯罪即虚开增值税专用发票罪的处罚范围限缩问题,也值得探讨。对这类案件,实践中定罪的有很多。大多数案件定得都没有问题,但是有少数案件存在争议。例如,甲公司是一个外贸公司,有一些外贸业务是其他人介绍来的,为此,外贸公司就需要向这些介绍人、代理人支付佣金,代理人很多都是自然人,都是个体户,甲公司把佣金给他们以后,对方开不出发票,所以代理公司一年下来就有很大的账目缺口,付出去很多钱,但是没有对应的发票回来。公司负责人后来就安排财务人员去找点发票来把账目做平,但是,明确要求财务人员不能去抵扣。最后,外贸公司虚开回来一些增值税专用发票。但是,查来查去确实发现该公司没有去抵扣。对这样的被告人就不应该定虚开增值税专用发票罪,因为国家的税收征管秩序并没有受到损失。再比如,A、B两公司有100万元的交易,B、C两公司有120万元的交易。B因为暂时开不出发票而让C为A公司开100万元的增值税发票。从形式上看,A和实际给其发票的C公司没有交易,中间的公司和开具发票的公司有交易,A和中间那个B公司有交易。而开具回来的发票面额,恰好对应A和B公司这100万元的交易额,一分钱也没多,像这样的案件,如果死抠法条,说B公司和C公司

参与交易了，A公司和C公司是没有交易的，所以还是属于没有交易而虚开发票，似乎就可以定罪。但这个案件确实不好对A、B两公司定罪，其理由也是国家的税收损失客观上不存在。另外，司法实务上也认可，如果虚开增值税专用发票是为了显示、夸大公司实力，去取得上市资格或签订合同，但没有抵扣税款的，原则上不定罪。因此，从形式上看存在虚开的行为，但最终没有使国家税收征管受到损害的，犯罪难以成立。

## （二）客观损害有多大

客观损害的判断在很多案件中都是很复杂的问题。在“庄宗良被判放火罪”一案中，法益侵害究竟是多大，侦查机关、批捕部门、公诉部门、法院每个环节的说法都不一样。这说明客观的危害究竟有多大，需要在我们办案时仔细判断。例如，在“余某被控受贿罪”一案中，被告人余某系负责消防验收的国家工作人员，他被指控利用职务便利收受他人现金5万元，此外，他还利用职务便利为房地产开发商谋取利益，后以优惠价格购房获利80万元。受贿案件的法益侵害究竟有多大，衡量标准主要是被告人最终收受财物的价值。但是，在这个案件中，针对购房差价的指控最终被法院否定，其理由包括：①被告人负责消防验收的时候没有和开发商共谋过，检察机关指控事前共谋、事后收受利益的证据不存在。②开发商的优惠针对不特定人，来买房的所有人基本都能享受这个优惠。③律师收集的证据表明，同样楼层同样朝向的房屋，有人买的比被告人更便宜。因为有证据证明没有职权的人以更便宜的价格买到了房子，就不能推断被告人购房时一定利用了他的职权。④被告人在当地“限购”以后一次性付款，符合优惠条件。法院基于这四点理由否定了检察机关针对80万元购房差价的指控，只对被告人受贿5万元的行为予以定罪量刑。

## （三）客观上谁的法益受损

谁的利益受损害，有时候也很复杂。例如，对发案率很高的租赁汽车“两头骗”的案件，法院的判决可以说五花八门。但多数法院对被告人只定一个合同诈骗，即只针对汽车租赁公司被骗的事实对被告人定罪，对【案例1-3：“两头骗”案】的处理就是如此<sup>①</sup>，对于将这一车辆作为抵押物再去欺骗不知情的人，使之出借款项的行为，不再另行认定合同诈骗

<sup>①</sup> 参见甘肃省临夏县人民法院(2017)甘2921刑初56号刑事判决书。

罪,因为多数司法机关认为被告人的前后两个行为都围绕这一辆汽车实施,所以,只定一个合同诈骗罪即为已足,通常只针对骗取财物数额高的那个行为定罪。仅有少数案件对被告人的前后两个行为定出两个合同诈骗罪。究竟如何处理合适,关键是要看谁的利益受损害?

主讲人认为,对这种案件实际上可以考虑定数罪,也只有定数罪才能同时保护数个被害人,他们才能分别去主张其财物被行为人所诈骗。这是客观性思考重视法益保护的应有之义,如果只定前面针对汽车租赁公司的诈骗,对后面那个借款人的财产利益就不能有效保护,实际上最后一被害人也一定会主张自己受骗,因为行为人如果不使用假的行驶证、假的车辆所有权证书,他人不可能接受这辆汽车作为抵押物,不可能由此借钱给被告人。只有把前后两个诈骗犯罪都认定,才能说利益保护是全面的,才能使最后的处理结论和谁的利益受害这个观念相统一。

再比如,在“一物二卖”的场合,甲将商品房卖给乙,收取100万,但这时还办不了过户手续。一段时间后,甲的这个房子可以办过户了,但他在为乙过户之前,又见钱眼开,把这个房屋过户给了丙,收了丙120万。那么,在本案中谁是受害者?这种案件要确定谁是受害者取决于证据细节。如果甲一开始就想自己的房子现在办不了手续,所以就想尽量多骗几家,到最后能过户了,过户给谁就算谁的,被告人针对前面的买家的行为都构成诈骗犯罪。但是,在本案中,甲和乙签合同时就告知对方房子现在还办不下来房产证,一旦可以办手续了马上办理,就不好说甲有骗乙的犯罪故意。他再卖房子给丙的时候,也没有诈骗的故意,而是有交易的意思;最后这个房子又过户给丙了,丙不是诈骗罪的被害人。这样甲针对乙的诈骗定不了,针对丙的诈骗也定不了。但是,可以认为,针对被害人乙,甲的行为成立侵占罪,因为根据二人之间达成的买卖合同,房子应该归属于乙,甲把代为保管的他人财物非法地处分给第三人,符合侵占罪的构成要件。

#### (四) 客观上通过何种行为侵害法益

这里以“调包诈骗”进行分析。在“乐某等诈骗案”中,法院认定,2010年3月18日,乐某、朱某甲、朱某乙等人驾驶租来的汽车到达陕西省镇坪县,当天吃饭时三人合谋实施调包诈骗,由朱某乙负责开车,乐某和朱某甲诈骗。次日,三人从镇坪到平利广佛镇的路上准备了泥土,并联系明某某一同诈骗,让明某某在车内帮助调包。三人到达广佛镇广佛村踩