



刑法分则专题研究

Research on Special Topics of Specific
Provisions of Criminal Law

王作富 刘树德 著

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法分则专题研究/王作富, 刘树德著. —北京: 中国人民大学出版社, 2013. 4
ISBN 978-7-300-17353-5

I. ①刑… II. ①王…②刘… III. ①刑法-细则-专题研究-中国 IV. ①D924. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 075195 号

国家社科基金后期资助项目

刑法分则专题研究

王作富 刘树德 著

Xingfa Fenze Zhuanti Yanjiu

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	165 mm×238 mm 16 开本	版 次	2013 年 5 月第 1 版
印 张	35.25 插页 2	印 次	2013 年 5 月第 1 次印刷
字 数	535 000	定 价	98.00 元

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

作者简介

王作富（男，1928年12月生），河北省唐山市人。中国人民大学法学院资深教授，博士生导师；现兼任中国刑法学会资深顾问，最高人民检察院特邀咨询员；独著、合著、主编《中国刑法研究》、《刑法论衡》、《刑法分则专题研究》、《刑法各论》、《中国刑法适用》、《新中国刑法的理论与实践》、《刑法分则要义》、《刑法》、《刑法分则实务研究》；在《中国法学》、《法学研究》等刊物上发表论文100余篇。

刘树德（男，1970年10月生），湖南省新邵县人。最高人民法院审判员，法学博士；2000年至今，先后在最高人民法院刑一庭、刑二庭、研究室、司改办从事审判、调研和司法改革工作（2004—2006年、2012年借调中央司法体制改革领导小组办公室）；通过律师资格考试（1994年）、注册会计师资格考试（1996年）、法律职业资格考试（2003年）；独著、合著《行为犯研究》、《罪状建构论》、《空白罪状》、《牵连犯辨证》、《死刑片论》、《宪政维度的刑法思考》、《政治视域的刑法思考》、《法政界面的刑法思考》、《政治刑法学》、《实践刑法学》、《司法改革的科学观》、《司法改革：小问题与大方向》、《中国刑事案例指导规则提炼适用及说理》、《刑法分则专题研究》等；在《中国法学》、《法学研究》、《刑事法评论》等刊物发表论文50余篇。

代序：罪刑法定原则与扩大解释

——边界确定与共识寻求

1997年《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”。罪刑法定原则是我们国家民主法制建设进程的一个伟大进步，具有里程碑的意义。理论上如何科学地理解、实践中如何有效地贯彻这样一个基本原则，均是非常重要的问题。这里主要从“罪刑法定”与扩大解释的关系入手，就刑法解释的边界确立与共识寻求的问题谈些看法。

一、罪刑法定原则的司法现状

罪刑法定原则的立法确认和实现，有待于刑事立法条款的科学设置和适用过程中的具体贯彻。罪刑法定原则在司法环节的贯彻，受多方面因素的影响，例如，既受刑事立法本身的影响，也受刑事司法体制、司法环境的影响，还受司法者解释法律能力、司法理念^①、司法意识（特别是合法性意识）的影响，等等，因此应该说是一个不断探索和实现的过程。

（一）罪刑法定原则与刑事司法解释

毋庸置疑，我国目前刑事司法解释体制之下的刑事司法解释有其历史的合理性和现实的多项功能（例如，提升适用法律的统一，规范法官自由裁量权，等等），但同时也存在一些弊端与不足（例如，致使个案处理面

^① 有学者认为，罪刑法定原则的司法化，有待于司法者确立人权保障理念、刑事合理性有限的理念、刑法谦抑的理念。参见陈兴良：《罪刑法定司法化研究》，载《法律科学》，2005（4）。

临合法性与合理性的两难抉择，养成裁判者的司法“惰性”，等等)。从罪刑法定原则的合法性要求来说，少数刑事司法解释的个别条款受到理论界的追问。例如，2000年11月10日最高人民法院通过的《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第2款规定，“交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处”。有学者认为，依据《刑法》第25条的规定，共同犯罪以共同故意的存在作为成立的必要条件。而交通肇事后逃逸，只是交通肇事罪的法定加重处罚情节，而不是独立的罪名，作为公认为过失犯罪的交通肇事罪，不可能存在共同犯罪。显然，此解释的违法性是明显的。^①有学者认为，交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处的，仅限于交通肇事致1人以上重伤，行为人负全部或者主要责任，并有为逃避法律追究而逃离事故现场的情节，因而构成交通肇事罪这一种情况；在其他完全以所造成的后果作为定罪情节的场合，由于交通肇事罪属于过失犯罪，在现行刑法的规定之下，是不能理解为具有共同犯罪情形的。当然，即便在上述因为具有逃逸情节而构成交通肇事的场合，也还存在司法机关的司法解释能否超出刑法条文的规定进行解释的问题。^②还有学者在分析其不合理性的同时指出，在他人交通肇事以后，指使肇事者逃逸的，可考虑以窝藏罪论处。窝藏罪的“窝藏”完全可以扩张解释为包括提供隐藏处所在内的一切使真正的罪犯足以逃避刑事追诉的行为，指使肇事者逃逸属于无形的窝藏。^③

再如，2001年4月10日最高人民法院、最高人民检察院制定的《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第4款规定，“医疗机构或者个人，知道或者应当知道是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买、使用，对人体健康造成严重危害的，以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚”。司法解释的制定理由认为，之所以作出这一规定，主要是因为：（1）从事

① 参见李洁：《论罪刑法定的实现》，356页，北京，清华大学出版社，2006。

② 参见黎宏：《论交通肇事罪的若干问题——以最高人民法院有关司法解释为中心》，载《法律科学》，2003（4）。

③ 参见周光权：《指使交通肇事者逃逸应当以窝藏罪定性》，载《人民检察》，2005（7）下。

经营性服务的医疗机构或者个人，其购买、使用医用器材的行为属于以牟利为目的的经营行为，与销售医用器材的行为无异。(2) 产品质量法有类似规定。有学者认为，这一理由是完全不能成立的。销售医用器材与购买、使用医用器材在性质上是不能等同的，即使把购买后的使用医用器材行为理解为经营行为，经营当中包含销售的内容，这种销售是有偿提供服务，它也不能与销售医用器材等同。至于产品质量法有类似规定也不能成为作出此种刑法解释的根据，因为产品质量法只是行政法，而刑法在性质上与之完全不同。上述司法解释完全超出了可能的文义，因而属于类推解释，实际上是在类推立法。^①

还如，2002年11月4日最高人民法院通过的《关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第1款规定，“纳税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁用于记帐的发票等原始凭证的行为，应当认定为刑法第二百零一条第一款规定的伪造、变造、隐匿、擅自销毁记帐凭证的行为”；第2款规定，“具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百零一条第一款规定的‘经税务机关通知申报’：（一）纳税人、扣缴义务人已经依法办理税务登记或者扣缴税款登记的；（二）依法不需要办理税务登记的纳税人，经税务机关依法书面通知其申报的；（三）尚未依法办理税务登记、扣缴税款登记的纳税人、扣缴义务人，经税务机关依法书面通知其申报的”。此处将“原始凭证”解释到“记帐凭证”、将“纳税人、扣缴义务人已经依法办理税务登记或者扣缴税款登记的”解释为“经税务机关通知申报”，是扩张解释还是类推解释，难免也存在不同看法。

尤其是许多司法解释对部分情节“法定化”更是涉及立法权和司法解释权的界限划定。例如，(1) 1997年11月4日最高人民法院通过的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第12条规定，“……为实施其他犯罪，偷开机动车辆当犯罪工具使用后，将偷开的机动车辆送回原处或者停放到原处附近，车辆未丢失的，按照其所实施的犯罪从重处罚……实施盗窃犯罪，造成公私财物损毁的，以盗窃罪从重处罚；又构成其他犯罪的，择一重罪从重处罚……”。

(2) 1999年9月6日最高人民法院通过的《关于审理倒卖车票刑事案件有关问题的解释》第2条规定，“对于铁路职工倒卖车票或者与其他人员勾结倒卖车票；组织倒卖车票的首要分子；曾因倒卖车票受过治安处

^① 参见陈兴良：《罪刑法定司法化研究》，载《法律科学》，2005（4）。

罚两次以上或者被劳动教养一次以上，两年内又倒卖车票，构成倒卖车票的，依法从重处罚”。

(3) 2000年2月13日最高人民法院通过的《关于审理强奸案件有关问题的解释》规定，“对于行为人既实施了强奸妇女行为又实施了奸淫幼女行为的，依照刑法第二百三十六条的规定，以强奸罪从重处罚”。

(4) 2000年4月20日最高人民法院通过的《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第1款规定，“行为人购买假币后使用，构成犯罪的，依照刑法第一百七十一条的规定，以购买假币罪定罪，从重处罚”。

(5) 2000年12月4日最高人民法院通过的《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定，“国家机关工作人员组织、领导、参加黑社会性质组织的，从重处罚”。

(6) 2001年4月9日最高人民法院、最高人民检察院制定的《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第12条规定，“国家机关工作人员参与生产、销售伪劣商品犯罪的，从重处罚”。

(7) 2002年7月15日最高人民法院通过的《关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定，“抢夺公私财物达到本解释第一条第(一)项规定的‘数额较大’的标准，具有下列情形之一的，可以依照刑法第二百六十七条第一款的规定，以抢夺罪从重处罚：(一)抢夺残疾人、老年人、不满十四周岁未成年人的财物的；(二)抢夺救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济等款物的；(三)一年内抢夺三次以上的；(四)利用行驶的机动车辆抢夺的”。

(8) 2002年9月9日最高人民法院通过的《关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定，“国家工作人员参与实施骗取出口退税犯罪活动的，依照刑法第二百零四条第一款的规定从重处罚”。

(9) 2003年5月13日最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条、第3条、第6条、第7条、第9条、第11条、第12条、第14条第1款规定中的“依法从重处罚”。

尽管学界对“情节”的定义、性质及种类等方面均存在不同的认识，但是大都肯定酌定情节和法定情节的划分。^①此种划分在某种意义上也就

^① 参见陈兴良主编：《刑事司法研究》，127页以下，北京，中国方正出版社，1996。

是刑事立法权和刑事司法权的配置分工。1997年刑法分则明文规定了若干“从重处罚”情节，具体涉及犯罪主体、犯罪时间、犯罪行为、犯罪对象、犯罪地点、犯罪结果等各个方面。正是因为这些因素具有决定行为的社会危害性或者行为人人身危险性的特殊性，所以立法者才明文规定要从重处罚。上述司法解释规定的“从重处罚”情节在客观上确实可能体现出该行为社会危害性增大或者行为人人身危险性较高，但是将本属酌定的情节统一规定为“法定”情节（虽然是以司法解释的形式）仍是有疑问的，因为最高司法机关制定的司法解释在现行立法体制下和司法实践中是具有相当于法律的效力的，裁判文书必须援引之作为依据就是例证。这样，问题的出路无非就是两条：要么修改现有关于区分法定情节与酌定情节的标志之一“法律是否明文规定”，将其改为“法律与司法解释是否明文规定”，要么确认这种做法不合适。

在我们看来，法定情节与酌定情节的划分，就是立法事项和司法事项的划分或者是立法权和司法权的划分。按照现代法治社会的公权力分配和行使原则，立法机关和司法机关应各司其职，互不越界，同时，没有被明文授予的权力也不得行使。最高司法机关不宜通过司法解释规定司法者必须执行的“法定”从重情节，但考虑到最高司法机关承负法制统一的职责，可以作出“软性”的规定，倡导司法者在具体司法时原则上应对这些情节予以从重处罚。其实，有关司法解释对“从轻处罚”的规定就值得借鉴，例如，1998年4月6日最高人民法院通过的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定，“……挪用公款数额巨大，超过三个月，案发前全部归还的，可以酌情从轻处罚……在案发前部分或者全部归还本息的，可以从轻处罚”。此处“可以”的规定，意味着司法者在具体司法时原则上要酌情从轻处罚，同时又没有将酌定的情节硬性规定为“法定”情节。

此外若干司法解释条款对刑法分则条文的罪状要件进行一定程度的修正，同样也涉及司法权和立法权的划分问题。例如，（1）1997年11月4日最高人民法院通过的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第6条规定，“……（一）盗窃公私财物接近‘数额较大’的起点，具有下列情形之一的，可以追究刑事责任：1、以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的；2、盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的；3、造成严重后果或者具有其他恶劣情节的……（三）盗窃数额达到‘数额较大’或者‘数额巨大’的起点，并具有下列情形之一的，可以分别认

定为‘其他严重情节’或者‘其他特别严重情节’：1、犯罪集团的首要分子或者共同犯罪中情节严重的主犯；2、盗窃金融机构的；3、流窜作案危害严重的；4、累犯；5、导致被害人死亡、精神失常或者其他严重后果的；6、盗窃救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗款物，造成严重后果的；7、盗窃生产资料，严重影响生产的；8、造成其他重大损失的”。该《解释》第3条明确规定，“盗窃公私财物‘数额较大’、‘数额巨大’、‘数额特别巨大’的标准如下：（一）个人盗窃公私财物价值人民币五百元至二千元以上的，为‘数额较大’；（二）个人盗窃公私财物价值人民币五千元至二万元以上的，为‘数额巨大’；（三）个人盗窃公私财物价值人民币三万元至十万元以上的，为‘数额特别巨大’。各省、自治区、直辖市高级人民法院可根据本地区经济发展状况，并考虑社会治安状况，在前款规定的数额幅度内，分别确定本地区执行的‘数额较大’、‘数额巨大’、‘数额特别巨大’的标准”。因考虑到其他影响行为社会危害性或行为人身危险性的因素，又对接近这些数额标准的行为作出上述规定，显然有别于立法者的“数额较大”或者“数额巨大”要件。其实，假若要考虑到这些因素对定罪或者量刑标准的影响，完全可以针对这些情形而适当降低“数额较大”或者“数额巨大”的具体标准，即对《刑法》第264条罪状中的“数额较大”和“数额巨大”的具体标准作出不同的规定，这样就可避免改变罪状要件的局面。

（2）2002年7月15日最高人民法院通过的《关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条规定，“抢夺公私财物，数额接近本解释第一条第（二）项、第（三）项规定的‘数额巨大’、‘数额特别巨大’的标准，并具有本解释第二条规定的情形之一的，可以分别认定为‘其他严重情节’或者‘其他特别严重情节’”。该规定也存在类似但并不完全相同的问题。既然该《解释》第1条明确规定，“……（一）抢夺公私财物价值人民币五百元至二千元以上的，为‘数额较大’；（二）抢夺公私财物价值人民币五千元至二万元以上的，为‘数额巨大’；（三）抢夺公私财物价值人民币三万元至十万元以上的，为‘数额特别巨大’”，第6条规定，“各省、自治区、直辖市高级人民法院可以根据本地区经济发展状况，并考虑社会治安状况，在本解释第一条规定的数额幅度内，分别确定本地区执行的具体标准，并报最高人民法院备案”，但又在上述规定中将接近“数额巨大”、“数额特别巨大”的有关情形“升格”解释在“其他严重情节”或者“其他特别严重情节”之内。与其考虑到上述规定中相关因

素的影响，将接近有关数额标准的情形解释为与它并列的“其他严重情节”或者“其他特别严重情节”之内，不如直接针对具有这些因素的情形另规定较低的数额标准，以贯彻逻辑的一致性。

当然，在那些不是单纯以“数额较大”或者“数额巨大”为定罪或者量刑标准的犯罪中，司法解释在确定数额标准的同时又考虑到相关因素的影响对接近数额标准的情形作出规定，就不存在上述问题，例如，2001年5月10日最高人民法院通过的《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第2款规定，“行为人非法携带本条第一款第（三）项规定的爆炸物进入公共场所或者公共交通工具，虽未达到上述数量标准，但拒不交出的，依照刑法第一百三十条的规定定罪处罚”。既然非法携带枪支、弹药、爆炸物、管制刀具、危险物品危及公共安全罪罪状规定的是“情节严重”，该《解释》第6条第1款第（三）项将非法携带一定数额标准的爆炸物规定为“情节严重”，同时第2款将非法携带小于上述数量标准但拒不交出的规定为“情节严重”，就不存在逻辑不一致的问题。

（二）罪刑法定原则与刑事裁判解释

刑事裁判解释，相对于抽象意义上的刑事司法解释而言，不具有规范性，只针对个案发生效力。从具体个案来看，无论是辩方，还是控方，抑或是裁判方，均将其作为论说理由，有的甚至三方同时在个案中援引其作为论说理由。^① 例如，“李宁组织卖淫案”中将男性之间提供性服务解释为卖淫，是否违背罪刑法定原则，辩方和司法机关就存在不同意见；“王益民等遗弃案”同样存在着是否符合罪刑法定精神的争论。

案例 1^②

原审认定：2003年1月至8月，被告人李宁以营利为目的，先后伙同刘超、冷成宝等人预谋，采取张贴广告、登报的方式招聘“公关先生”，制定管理制度，指使刘超、冷成宝对“公关先生”进行管理，在其经营的“金麒麟”、“廊桥”及“正麒”酒吧内将“公关先生”介绍给同性嫖客，由同性嫖客带至南京市“新富城”大酒店等处从事同性卖淫活动。（1）2003

^① 参见刘树德：《实践刑法学（总则）》，2页以下，北京，中国法制出版社，2010。

^② 参见李宁组织卖淫案江苏省南京市中级人民法院（2004）宁刑终第122号。

年7月中旬的一天,被告人李宁组织赵某某(另行处理)在本市“新富城”大酒店一楼桑拿浴室包间内,以人民币200元的价格与顾客李某某进行同性卖淫活动。(2)2003年7月30日,冷成宝组织骆某某(另行处理)在本市“新富城”大酒店一楼桑拿浴室包间内,以人民币200元的价格与顾客李某某进行同性卖淫活动。(3)2003年8月10日凌晨,冷成宝组织赵某某(另行处理)在本市“新富城”大酒店一楼桑拿包间内,以人民币200元的价格与顾客李某某进行同性卖淫活动。(4)2003年8月9日晚,冷成宝组织孙某某(另行处理)在本市“新富城”大酒店二楼桑拿包间内,以人民币200元的价格与顾客郭某某进行同性卖淫活动。(5)2003年8月15日,冷成宝组织蒋某某(另行处理)在本市华阳佳园华彩苑6号701室,以人民币300元的价格与顾客戴某进行同性卖淫活动。(6)2003年8月16日凌晨,冷成宝组织赵某某(另行处理)在本市“新富城”大酒店一楼桑拿包间内,以人民币200元的价格与顾客郭某某进行同性卖淫活动。(7)2003年8月17日凌晨,冷成宝组织赵某某(另行处理)在本市“新富城”大酒店二楼桑拿包间内,以人民币200元的价格与顾客嵇某某进行同性卖淫活动。

江苏省南京市秦淮区人民检察院指控被告人李宁犯组织卖淫罪。

被告人李宁及其辩护人认为,刑法、相关司法解释及有关辞典对同性之间的性与金钱的交易是否构成卖淫无明文规定,且该行为并不危害社会秩序和良好的社会风尚,故其行为不构成犯罪。

南京市秦淮区人民法院认为,被告人李宁以营利为目的,招募、控制多人从事卖淫活动,其行为已构成组织卖淫罪,依法应予惩处……辩护人提出的辩护意见,经查,根据我国刑法规定,组织卖淫罪是指以招募、雇佣、引诱、容留等手段,控制多人从事卖淫的行为,组织他人卖淫中的“他人”主要指女性,也包括男性。本案被告人李宁以营利为目的,经预谋以登报等方式招募“公关先生”,并组织“公关先生”从事钱与性的交易活动,虽然该交易在同性之间进行,但该行为亦为卖淫行为。被告人李宁作为组织者,其行为侵害了社会治安管理秩序和良好的社会风尚,符合组织卖淫罪的构成要件,故对该辩护意见不予采纳。依照刑法相关规定,判决如下:被告人李宁犯组织卖淫罪,判处有期徒刑8年,罚金人民币6万元。

一审宣判后,被告人李宁不服,提出上诉。

二审法院经审理查明的事实、认定的证据与一审一致。

南京市中级人民法院经审理认为,上诉人李宁以营利为目的,通过招募的手段,控制多人从事卖淫活动,其行为已构成组织卖淫罪,依法应予

惩处……针对上诉人李宁的上诉理由及辩护人提出的辩护意见，经查，上诉人李宁组织同性卖淫的行为符合组织卖淫罪的犯罪构成要件，且原审法院根据李宁的犯罪事实及情节对其在法定量刑幅度内处刑并无不当，故上诉人李宁的上诉理由及辩护人提出的上述辩护意见不予采纳。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项之规定，裁定如下：驳回上诉，维持原判。

案例 2

经审理查明：1996年至1999年8月间，被告人刘晋新、田玉莲、沙依丹·胡加基、于永枝，在乌鲁木齐市精神病福利院院长王益民的指派下，安排该院工作人员将精神病福利院的28名“三无”（无家可归、无依可靠、无生活来源）公费病人遗弃在甘肃省及新疆昌吉附近。

法院认为，被告人王益民、刘晋新、田玉莲、沙依丹·胡加基、于永枝身为福利院的工作人员，对依赖于福利院生存、求助的“无家可归、无依可靠、无生活来源”的公费病人，负有特定扶养义务，应当依据其各自的职责，积极履行监管、扶养义务，而不应将被扶养的28名病人遗弃，拒绝监管和扶养。上述被告人的行为均已触犯我国刑法中关于对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的处5年以下有期徒刑的规定，构成了遗弃罪，应予惩处。因此，对王益民等被告人分别判处刑罚。

针对此案的定性，有学者作了如下评述：法院认为我国《刑法》第261条规定的扶养义务是广义的，不仅包括亲属间的法定义务，也包括职业道德、职责所要求必须履行的扶养义务。此解释当然是基于对扶养的语义解释，但从刑法沿革上看，遗弃罪在我国1979年《刑法》中被规定为妨害婚姻家庭罪，当时的扶养是指亲属间扶养自无疑问。在1997年《刑法》中因技术上的原因将其归并侵犯公民人身权利、民主权利罪中，由此对扶养作出上述广义解释，使亲属间的遗弃罪扩展为一般遗弃罪，是大可质疑的。基于沿革解释优于语义解释的原则，仍应将遗弃罪的扶养义务理解为亲属间的扶养义务，而不应扩大为包括职业道德、职责所要求的扶养义务，否则，就有违反罪刑法定原则之虞。^①但有学者则采用语义解释的方法，认为

^① 参见陈兴良：《罪刑法定司法化研究》，载《法律科学》，2005（4）。

只有承认非家庭成员之间也存在遗弃行为，才能克服某些行为要么无罪，要么按故意杀人罪处理的不合理现象，因此，上述行为构成遗弃罪。^①

再如，就以2010年八大刑事案件^②为例，其中有些案件的处理同样存在着是否违背罪刑法定原则的争论，例如，“平顶山9·8矿难案”、“肖传国雇凶伤人案”、“马尧海等聚众淫乱案”。

显然，以上这些个案中的裁判解释之所以会存在是否符合罪刑法定原则的争论，原因同样是多方面的，既与如何理解罪刑法定原则的内容和精神有关，也与具体解释者的解释理念、立场有关，还与解释者的解释方法有关。

二、刑法解释的边界确立

罪刑法定原则被立法确认后，还能不能作扩大解释？换句话说，扩大解释是不是和罪刑法定原则相对立？如果允许作扩大解释，怎样作扩大解释才不违反罪刑法定原则，换言之，扩大解释的边界如何确立，才不是类推解释？这些问题均值得认真分析和探讨。

无论是实践个案的处理还是学术研究过程中，针对有没有超出扩大解释的范围，有没有违背罪刑法定原则之类的问题，往往是见仁见智。其中，争论的焦点往往集中于扩大解释与类推解释的区分，即扩大解释的“度”与“边界”。关于能否区分的问题，大多数认为可以作出区分，但也有学者从方法论上提出了质疑。^③至于如何区分的问题，目前比较通行的观点，就是以“可能的文义”为标准。德国学者拉伦茨把“可能的文义”理解为：依一般语言用法，或立法者标准的语言用法（这可能只在特殊情况下才存在），这个用语还能够指称的意义。^④依此标准，类推解释是将法无明文规定的情形以其具有与法律规定的类似性而将之适用这一法律规定；而扩大解释是以法律明文规定为前提的，只是刑法条文所使用的文字过于狭隘，不足以表明刑法的真实意义，于是扩张其意义，使其符合刑法

① 参见张明楷：《刑法学》，3版，649～650页，北京，法律出版社，2007。

② 其他案件还包括：赵作海死而复生冤案，文强受贿、包庇、纵容黑社会性质组织、巨额财产来源不明、强奸案，黄光裕非法经营、内幕交易、单位行贿案，董珊珊受虐致死案，黄松有受贿、贪污案。

③ 参见杜宇：《刑法上之“类推禁止”如何可能？——一个方法论上的悬疑》，载《中外法学》，2006（4）。

④ 转引自陈兴良：《罪刑法定司法化研究》，载《法律科学》，2005（4）。

的真实意义。在我们看来，此二者的界限及其区分或许可类比于《道德经》所言的“道”与“气”，似难把握但又确实存在^①，或许只能像哈贝马斯（J. Habermas）所说的那样，“通过讨论达成共识而取得一种合法化地位”^②，以最大程度地满足罪刑法定原则的要求。

允许扩大解释，确实也存在着这样一种危险性，很可能以扩大解释的名义侵犯人权，超出了罪刑法定原则。但是问题在于怎么样能够更好地进行扩大解释，不违背罪刑法定原则，而不出现以罪刑法定为名，而实质上侵犯人权，这是我们面临的相当困难的一个问题。这就要求我们正确把握扩大解释的方法。学界对扩大解释的方法，存在三种观点。第一种是主观说，认为扩大解释合理不合理要看是不是符合立法原意，也就是以立法者的原意为标准来解释法律。第二种是客观说，认为按照立法者的原意解释并不科学，因为立法者在当时立法的时候是这么考虑的，但是一旦立法完成以后，就脱离了立法者，随着时代的发展和情况的变化，原来的立法意图和目的可能已经不符合现实的需要。第三种是折中说，认为单纯的客观说不合适，单纯的主观说也存在缺陷，从而采取折中的方式，不否定任何一方面。折中说又分为两种，一种是以主观说为主，以客观说为辅，主要还是看立法者当时的立法原意，但也要结合现实的需要。另一种是以客观说为主，以主观说为辅。我们认为，采取哪一种解释方法不是法律规定的，完全是学者个人的主张。总的来说，单纯拿一种方法来解释法律，都可能遭到相应的质疑，都可能会有人用另一种方法来否定你的解释。例如，1979年刑法将遗弃罪规定在婚姻家庭罪里，很显然遗弃罪属于家庭内部的遗弃，但是法律字面上并没有写明只在家庭内部才有遗弃。1997年刑法把婚姻家庭罪的6个条款移至侵犯人身权利、民主权利罪里去了，那么现在的遗弃罪是否仍然是家庭内部的遗弃罪呢？前文提及的“王益民等遗弃案”，收容院负责人与工作人员把28个“三无”精神病人遗弃到甘肃等地，法院就以遗弃罪判了，但是学界就提出了反对意见。考虑到立法的意图，把婚姻家庭罪这6条移到侵犯人身权利、民主权利罪中，原因是这几个条文太少，刑法各类罪名至少几十条，而它只有6条，所以理解上应该认为遗弃罪仍然属于家庭内部的问题，不能够扩大到家庭之外。这可

① 参见林东茂：《道冲不盈——兼谈法律本质》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，第24卷，297～316页，北京，北京大学出版社，2009。

② 转引自周光权：《罪刑法定司法化的观念障碍与立法缺陷》，载最高人民法院局域网《综合来源》，2005（4）。

以说是“主观说”，以立法者的意图作为解释的根据。但是立法者的意图在法典中并没有明文规定，关于立法者的意图是什么，我们也找不到其他根据。而法院判决的理由所采纳的立场是“客观说”。过去遗弃罪是婚姻家庭罪中的一种，现在放在侵犯人身权利罪里面，就没有任何理由认为遗弃只能发生在婚姻家庭内部。而且遗弃的概念也并不只限于家庭内部，只要有扶养的义务，你不履行这个扶养义务，就是遗弃。显然，这里就存在两种解释方法的分歧。总之，所有的解释方法都有它的作用，但也都都会引起其他学者不同的看法，进而引起一定的争论。以客观说为主，同时也考虑主观说，通过比较各种解释方法，最后看哪一种解释更有效，哪一种解释更符合具体案件的需要。

三、刑法解释的共识寻求

既然不同的解释者会对罪刑法定原则的价值取向、派生原则、具体内容等有不同的理解和认识，对刑法解释方法及其位阶作出不同的选择，那么，解释结论就难免不一致。从解释效力的角度来说，学理解释对司法者的个案处理不具有直接的约束力，只会存在间接的影响，学术立场与观点的不同是正常的现象；而司法机关的抽象司法解释与裁判者的个案解释具有直接的约束力，不同的解释结论易被认为不符合自然正义和宪法原则的要求，同案异判更是不能被现代法治社会的国民所认同。

“同案同判”是司法不断追求的永恒目标，具有相对性，因而“同案异判”现象的存在又是不可避免的。“同案异判”并非我国司法现实所独有，例如，在美国，这同样作为一个社会问题而存在。美国学者布莱克就发现，“法律的原则——规则和原理，本身并不足以预示和解释案件是如何判决的。法官和陪审团通常是根据他们的个人信念和情感来断案的，只是在实际上已经这样断案之后才到书面的法律中寻找合法理由。因此，法律现实主义有一句名言：司法裁决与法律判例之间的关系还不及这些裁决与法官的早餐更密切。无数研究都表明，法律上相同的案件——关于同样的问题，拥有同样的证据支持，常常得到不同的处理”^①。

^① [美] 唐·布莱克：《社会学视野中的司法》，郭星华等译，3~4页，北京，法律出版社，2002。

在我们看来，“同案异判”存在的原因可从多角度来加以分析：一是司法内与司法外的角度，其中“司法内”主要是指与司法本身相关的因素，例如司法者“人”的因素；审判组织设置的因素；审判权力内部运行的因素；等等。“司法外”主要是指司法系统本身以外的因素，司法受到外在因素的干扰；立法本身的因素如立法粗糙、操作性不强、裁量幅度大；等等。二是制度内与制度外的角度，其中“制度内”主要是指现行审判程序和制度方面的因素，例如事实审和法律审没有合理的分工；单一的两审终审制而非多元的审级制度；等等。“制度外”主要是指司法理念、方式、环境等非正式制度方面的原因，例如裁判文书不重视说理和论证；“重实体轻程序”的传统惯性，运动式“严打”刑事政策；等等。三是可控和不可控的角度，其中“可控”主要是指通过可行的措施能够消除或者缓解的因素，例如，量刑幅度大，可通过量刑准则的制定予以细化；审判权力运行的行政化倾向，可通过合理划分法官、合议庭、庭长、院长、审判委员会之间的审判权与审判管理权界限来加以缓解；等等。“不可控”主要是指难以通过相关措施来加以消除的因素，也即指那些本身具有某种实质合理性的因素，例如案件处理的地方化，毒品死刑适用标准在云南与上海会存在不同；贪污受贿数额在深圳与甘肃会有别；即使2001年5月10日最高人民法院通过的《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定了较为明确的量刑标准，以烟花爆竹为支柱产业或者以煤炭开采为重要税源的地方与其他不从事这些产业的地方在实践个案中也会区别对待；再如，基于价值序列更高价值的考虑而作特殊处理，从国家利益考虑，对犯同样罪的特定外国人作出不同于本国人的处理，等等。

为了最大程度地实现“同案同判”，避免不合理的“同案异判”现象的出现，就应全面地建立健全保障法律统一适用的机制。具体来说：

一是改善和充分发挥目前已有的法律统一适用机制的作用。正如有学者指出的，我国目前存在许多能够促进法律统一适用作用的机制，具体包括上诉、再审、合议制、审判委员会、审判管理中的案件签发、审判长联席会议制度^①、案件请示、案件评查、司法解释、会议纪要、案例指导、

^① 此为我国实践中存在的一项非正式制度，各地的实际做法并不一致。参见叶向阳：《试论审判长联席会议制度的运行机制及功能实现》，载《法律适用》，2008（7）。

法官培训、检察机关的建议、抗诉等等。^① 凡是那些存在或多或少的问题而影响其作用发挥的,要进行进一步的规范和完善,例如,“批复”式司法解释有必要祛除司法行政化的色彩。^② 又如,两审终审制有必要作出调整。我国实行的是四级法院体系,实践中绝大部分案件的终审由众多的中级法院承担,这显然不利于法律适用统一性要求在全国地区内的实现,因而有必要将那些涉及法律适用统一的案件由最高法院终审。^③ 而那些存在大的问题的,就要放弃或者实行根本性改造,例如,案件请示制度^④,在一定程度上就剥夺了当事人的诉权,削弱了二审终审制度的价值功能。

二是重构或者新创确保法律统一适用的制度或者机制,具体包括:

第一,建构案例指导制度。当今世界两大法系均在相互借鉴对方的做法。在英美法系国家,遵循先例(stare decisis)是判例法的根本原则。它要求法院审理案件时,必须将先前法院的判例作为审理和裁决的法律依据;对于本院和上级法院已经生效的判决所处理过的问题,如果再遇到与其相同或相似的案件,就必须作出与先例相一致的判决。富勒指出,“法官为了公平的缘故,一般总是倾向于以他们在以往的相似案件中所使用的相同做法来对新的案件进行判决。在普通法系中,法官们认为,如果以往的案件与目前需要作出判决的案件在基本事实上相似,那么,以往的案例就是应当遵循的判例。”^⑤ 在大陆法系国家,德国、日本、俄罗斯等国家或地区在部分领域内事实上赋予判例以约束力。在德国,“判例”不是正式的法律渊源,但判例被推定具有约束力或具有事实上的约束力。具体而言,德国判例的拘束力分为两种情况:一种是具有正式或强制性的约束力的判例,即联邦宪法法院的判例可以等同于法律而发挥作用;另一种是事实上的拘束力的判例,即联邦法院之外的其他法院的判例不具有正式的约束力,而遵从先例只是法院审判中依靠法官自愿保证实施的事实上的做

① 参见范明志:《消解成文法中法律统一适用之痛》,载《人民法院报》,2010-04-16。

② 参见张卫平:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改之我见》,载《商法研究》,2006(6)。

③ 有学者建议实行多元的审级制度,其中部分案件实行三审终审,并设立独立的法律审程序,即通过修改诉讼法规定法律审提起的条件(如法律审提起的事由,即具有什么样的理由才能提起法律审)、法律审提起的程序、法律审的审查、法律审的审理程序、法律审的裁判等等。参见张卫平:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改之我见》,载《商法研究》,2006(6)。

④ 有学者列举了目前案例请示制度的十大弊端,参见张卫平:《法学·蓝调》,261页以下,北京,法律出版社,2010。

⑤ 转引自房文翠:《接近正义寻求和谐:案例指导制度的法哲学之维》,载《法制与社会发展》,2007(2)。

法。另外，德国司法实践中还实行“案例背离报告制度”，即如果后续案件的裁判结果背离判例所确定的裁判规则，作出背离判决的法院就要向上报告，详细解释背离判例的原因和依据。在法国，法国民法典就禁止法官造法。“法国法中没有遵守先例原则，上级法院对于下级法院没有当然的拘束力”^①。但正如日本比较法学家大木雅夫指出的，“大陆虽然确实没有先例拘束原则，但实际上，无论是法国还是德国，下级法院都遵从上级法院的判例。否则，下级法院作出的判决就必然在上级审时被撤销。况且，在存在法官升任制度的情况下，有敢于反抗上级审之勇气的人，实属罕见”^②。在日本，《刑事诉讼法》第405条规定：对于高等裁判所的第一、二审判决具有以下事由的，可以提出上告（上告是指向最高裁判所的上诉）：（1）违反宪法的或者解释宪法有错误的；（2）作出与最高裁判所判例相反的判断的；（3）在没有最高裁判所判例的情况下，有违反大审院或者作为上告法院的高等裁判所的判例，以及本法施行后违反作为控诉法院的高等裁判所的判例。《民事诉讼法》第318条（上告受理的申请）规定：当上告的法院为最高裁判所时，最高裁判所对于原判决作出了与最高裁判所先前的判决相反的判断（在没有最高裁判所判例的情况下，有违反大审院的判例或者作为上告法院、控诉法院为高等裁判所的判例的情况），或者违反对其他法令的解释主要内容的，可以作为上告审案件受理。在俄罗斯，俄罗斯宪法法院作出判决，准许最高仲裁法院创制新的裁判规则，而非一味遵循法律规范。^③我国台湾地区“法院组织法”第25条规定：“‘最高法院’各庭审理案件，关于法律上的见解，与本庭或其他庭判决先例有异时，应由‘司法院院长’召集变更判例会议决定之。”

就我国而言，近年来社会各界均呼吁建立中国特色的案例指导制度，“两会”代表和委员连续提出有关建议或者议案，学界多次召开理论研讨会，实务界不满足于既有的案例指导方式和作用^④，也开始有这方面的制

① 王名扬：《法国行政法》，19页，北京，中国政法大学出版社，1988。

② 转引自房文翠：《接近正义寻求和谐：案例指导制度的法哲学之维》，载《法制与社会发展》，2007（2）。

③ 载《人民法院报》，2010-02-26。

④ 既往的“案例公布制度”（即1985年起，最高人民法院采用《公报》的形式定期向国内外公开发布典型案例，以为下级法院在审判同类案件时“提供范例”），存在若干制度性缺陷，具体包括：已公布的案例缺乏明确的约束机制；选择案例的标准模糊、缺乏操作性；已公布的案例数量不能满足审判实践的需要；案例的遴选程序不完善；缺乏明确的清理与变更程序；缺乏相应的监督保障机制。参见丁海湖：《我国“案例公布制度”的实证考察及其启示》，载《当代法学》，2008（4）。

度出台，尤其是地方法院更为积极，以时间先后为序，具体包括：（1）河南省郑州市中原区人民法院的案例（先例）判决制度，载体为《公告》（2002年7月26日）；（2）天津市高级人民法院在民商事审判中实行判例指导制度，载体为《天津审判》（2002年10月9日）；（3）河南省郑州市中级人民法院的典型案例指导制度，载体为《指导性典型案例》（内部刊物，2003年4月30日）；（4）四川省成都市中级人民法院的裁判规则，载体为《审判委员会快报》（2003年6月19日）；（5）江苏省高级人民法院的典型案例指导制度，载体为《参阅案例》（2003年6月19日）；（6）四川省高级人民法院的典型案例发布制度，载体为《四川审判》（2004年3月26日），等等。^① 最高人民法院多年来也在开展这项制度的调研、设计论证工作，并于2010年11月15日出台了《关于案例指导工作的规定》（法发〔2010〕51号）。该《规定》对指导性案例的发布主体、指导性案例的条件、指导性案例的发布程序、指导性案例的推荐与审查、指导性案例的审议、指导性案例的效力、指导性案例的发布形式等内容作了规定。^②

第二，制定量刑指南。在英美法系国家，制定量刑指导规则与遵循先例一样均起到规范自由裁量权和确保法律适用统一的效能。美国《量刑指南》采取数量化方法，将联邦规定的罪行分为43个等级并规定了相应的刑罚，列出了监禁等级表作为指导法官量刑的参考标准，避免对相似的犯罪适用过于悬殊的刑罚。如果法官认为某一罪行需要偏离指南规定的量刑幅度加重或者减轻处罚，必须书面说明理由以备审查。英国的量刑指南没有采取统一法典形式，而是采取了一个指南解决一个重点问题的单行本模式，内容上主要以论理叙述方式重点论证量刑的具体适用原则和法官应注意的问题。目前主要有《总的原则：犯罪严重性程度》、《2003年刑事审判法新刑罚的适用原则》、《认罪的量刑减让》、《关于抢劫罪量刑指南》等。按照中央司法改革的部署，最高人民法院于2010年9月13日出台了《人民法院量刑指导意见（试行）》，并在完成试点工作后开始在全国范围内推行实施。《意见》对量刑的基本方法、常见量刑情节的适用、常见犯罪的量刑等内容作了原则性规定，为严格依法办案，统一法律适用标准，

① 参见周道鸾：《中国案例制度的历史发展》，载《法律适用》，2004（5）。

② 参见皋陶、曹守晔：《坚持能动司法理念 探索案例指导制度》，载《人民法院报》，2010-12-29。

确保量刑公正和均衡提供了依据。

第三，设置独立的法律审程序。从各国司法制度的设计来看，独立的法律审程序是一种比较有效地实现法律适用统一的制度安排。在大陆法系国家，法律审作为上诉审级中的第三级，也是裁判的最高级和终级，其作用不仅在于纠正下级裁判机关的错误裁判，还在于通过这一级审理在一定程度上实现法律适用的统一。^①目前我国四级法院审理案件的方式和承担的具体职责（事实和法律全面审）均没有根本性差别，处在顶端的高级法院和最高法院的统一法律适用的效能难以发挥。

第四，建立公开的、便利的全国案例数据系统。此种系统的建立和裁判文书的全面公开，自然为法官适用法律寻求统一提供了载体和平台，同时，当所有判决，而非只有部分判决之间形成了内在的相互支持、相互关照，当不同判决之间消除了矛盾与冲突，呈现出相容性之后，法律的预见性、规范性得到了体现，法院的公信力得到提升，司法公正才有望实现。^②

三是充分重视人（尤其是法律人）的一面，既要加强“两高”司法解释出台运行机制建设，防止出台不一致的司法解释；也要加强学界与实务界之间的互动机制建设，最大程度地寻求法解释的共识；更要加强具体司法者的职业共同体机制建设。“徒法不足以自行”，制度的运行离不开人，效果的好坏也直接与操作者密切相关。法官具有良好的、一致的法律解释理念和方法；法官的判断有独立性（此种独立性应以有相应的保障为基础），能抵御法律以外因素的干扰或者腐败；律师及检察官们的积极配合与共同的正义理念，等等，均是法律适用统一机制发挥作用的重要保证。当下尤其要通过一定的途径形成法官群体共同的知识背景、共同的思维习惯、共同的职业技能和共同的价值取向，重点在于形成法官群体的职业技能与职业思维的同质化，确保法官之间在适用法律过程中认识一致性的提升，进而促进法律适用的统一。

① 参见张卫平：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改之我见》，载《商法研究》，2006（6）。

② 参见汪世荣：《补强效力与补充规则：中国案例制度的目标定位》，载《华东政法学院学报》，2007（2）。

目 录

第一章 故意伤害罪 ·····	1
一、故意伤害罪的客体要件·····	1
二、故意伤害罪的客观要件·····	4
三、故意伤害罪的主体要件·····	11
四、故意伤害罪的主观要件·····	11
五、故意伤害罪的司法认定·····	16
第二章 非法拘禁罪 ·····	35
一、非法拘禁罪的客体要件·····	35
二、非法拘禁罪的客观要件·····	39
三、非法拘禁罪的主观要件·····	49
四、非法拘禁罪的主体要件·····	51
五、非法拘禁罪的加重要件·····	54
六、非法拘禁罪的司法认定·····	56
第三章 绑架罪 ·····	60
一、绑架罪的客体要件·····	60
二、绑架罪的客观要件·····	61
三、绑架罪的主体要件·····	69
四、绑架罪的主观要件·····	70
五、绑架罪的减轻要件·····	71
六、绑架罪的加重要件·····	74
七、绑架罪的司法认定·····	79
第四章 拐卖妇女、儿童罪 ·····	81
一、拐卖妇女、儿童罪的客体要件·····	81
二、拐卖妇女、儿童罪的客观要件·····	85
三、拐卖妇女、儿童罪的加重要件·····	89

第五章 暴力取证罪	97
一、暴力取证罪的客体要件	97
二、暴力取证罪的客观要件	98
三、暴力取证罪的司法认定	112
第六章 抢劫罪研究	113
一、抢劫罪的客体要件	113
二、抢劫罪的客观要件	114
三、抢劫罪的主观要件	130
四、抢劫罪的加重要件	131
五、抢劫罪的司法认定	138
第七章 侵占罪	151
一、侵占罪的客观要件	151
二、侵占罪的主观要件	164
三、侵占罪的司法认定	165
第八章 故意毁坏财物罪	173
一、故意毁坏财物罪的客体要件	173
二、故意毁坏财物罪的客观要件	174
三、故意毁坏财物罪的主观要件	182
四、故意毁坏财物罪的司法认定	185
第九章 以危险方法危害公共安全罪	189
一、以危险方法危害公共安全罪的“公共安全”	189
二、以危险方法危害公共安全罪的客观要件	199
第十章 交通肇事罪	209
一、交通肇事罪的客体要件	209
二、交通肇事罪的客观要件	213
三、交通肇事罪的主体要件	221
四、交通肇事罪的主观要件	223
五、交通肇事罪的加重要件	223
六、交通肇事罪的司法认定	228
第十一章 强迫交易罪	237
一、强迫交易罪的客体要件	237
二、强迫交易罪的客观要件	240
三、强迫交易罪的主观要件	249

四、强迫交易罪的司法认定	250
第十二章 非法经营罪	255
一、非法经营罪的客体要件	255
二、非法经营罪的客观要件	257
三、非法经营罪的主观要件	284
四、非法经营罪的加重要件	289
五、非法经营罪的司法认定	290
第十三章 聚众斗殴罪	298
一、聚众斗殴罪的客观要件	298
二、聚众斗殴罪的主观要件	299
三、聚众斗殴罪的加重要件	305
四、聚众斗殴罪的转化形态	306
五、聚众斗殴罪的未完成形态	311
第十四章 寻衅滋事罪	315
一、寻衅滋事罪的客体要件	315
二、寻衅滋事罪的客观要件	318
三、寻衅滋事罪的主观要件	325
四、寻衅滋事罪与他罪的界分	326
第十五章 拒不执行判决、裁定罪	333
一、拒不执行判决、裁定罪的客观要件	333
二、拒不执行判决、裁定罪的主体要件	345
三、拒不执行判决、裁定罪的司法认定	349
第十六章 贪污罪	353
一、贪污罪的客体要件	353
二、贪污罪的客观要件	354
三、贪污罪的主体要件	364
四、贪污罪的主观要件	384
五、贪污罪的司法认定	385
第十七章 受贿罪	393
一、受贿罪的客体要件	393
二、受贿罪的客观要件	397
三、受贿罪的主体要件	423
四、受贿罪的主观要件	430

五、受贿罪的司法认定·····	436
第十八章 挪用公款罪·····	446
一、挪用公款罪的客体要件·····	446
二、挪用公款罪的客观要件·····	447
三、挪用公款罪的主体要件·····	465
四、挪用公款罪的主观要件·····	467
五、挪用公款罪的司法认定·····	469
第十九章 滥用职权罪·····	478
一、滥用职权罪的客观要件·····	478
二、滥用职权罪的主体要件·····	485
三、滥用职权罪的主观要件·····	487
第二十章 玩忽职守罪·····	493
一、玩忽职守罪的客观要件·····	493
二、玩忽职守罪的主观要件·····	497
三、玩忽职守罪的司法认定·····	502
第二十一章 徇私舞弊不移交刑事案件罪·····	512
一、徇私舞弊不移交刑事案件罪的客观要件·····	512
二、徇私舞弊不移交刑事案件罪的主体要件·····	518
三、徇私舞弊不移交刑事案件罪的主观要件·····	524
四、徇私舞弊不移交刑事案件罪的司法认定·····	528
案例索引·····	531
主要参考书目·····	536

第一章 故意伤害罪

《刑法》第 234 条规定：“故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。”

一、故意伤害罪的客体要件

本罪的客体是他人的健康权利，这是我国刑法学界的通说。《刑法》第 234 条规定，故意伤害罪是“故意伤害他人身体”的行为。但是，人和身体不仅是本罪侵害的对象，而且是故意杀人罪侵害的对象，那么，怎样通过对本罪的客体的界定来区分伤害罪与非伤害罪的界限，在国内外学者中都有不同观点。我国刑法理论一般认为，本罪侵犯的直接客体是他人的健康权利，意即行为人通过其实施的伤害行为所追求或者放任发生的结果，就是给他人身体健康造成损害。这是本罪的本质所在。即使因其伤害行为引起死亡，仍不能改变这一本质特征。

什么是健康？世界卫生组织章程中规定，“健康不仅是没有疾病，而且是个体在身体上、精神上和社会上的完满状态”^①。这是一种广义的健康概念，作为卫生组织以使每个人都能达到这样完满的状态作为追求的目标，无疑是最高的理想。但是，我们认为，在刑法上所谓伤害他人身体健康，应指使他人的生理健康遭受实质的损害，其具体表现为两个方面：一是破坏他人身体组织的完整性，以致健康受到伤害，例如，砍掉手

^① 转引自徐毅刚主编：《道路交通事故处理通论》，199 页，北京，警官教育出版社，1997。

指、割掉耳朵、刺破肝脏等；二是虽然不破坏身体组织的完整性，但使身体某一器官机能受到损害或者丧失，例如视力、听力降低或丧失，精神错乱等。

但是，苏联有的学者认为，伤害罪的客体是侵犯他人身体的不可侵犯性，有的行为虽然未造成身体的实质损害，但也会侵犯身体的不可侵犯性，构成故意伤害罪。^①我国台湾的刑法学者也有持这种观点的，认为一种行为已侵害身体固有之完整状态，纵无生理机能之损伤，也应视为轻伤，例如，以暴力强制剔除他人之毛发，被害人之生理机能虽未因之受到损害，但毛发已失，身体之完整性已经受损，故应视为轻伤。^②也有的说，“若行为人有不正之动机，而为伤害，伤害之结果，客观上认为与正常存在大相异趣者，非不可以律以伤害之罪”^③。但是，多数认为剔除毛发之类不能视为伤害。我们认为，多数人的意见是正确的。毛发虽然是身体的组成部分，但是，即使是强制剔除他人的毛发，可能对他人的心理、精神产生一定影响，尤其是对特殊职业人士，例如歌唱家、时装模特等，可能影响更大，但这不是对身体健康的损害，构成其他罪的（例如侮辱罪），按其他罪处理，不能定故意伤害罪。

损害他人健康是否包括“精神损害”，也值得研究。有的认为，伤害包括肉体伤害和精神伤害。^④我们认为，问题在于什么是精神伤害。在外国，有的学者在研究损害赔偿问题时，谈到伤害有三种：（1）对肉体或器官的伤害；（2）精神病学意义上的精神伤害（一般叫做“神经上打击”）；（3）单纯精神上的伤害，即感情上伤害。对于前两种伤害，被害人要求行为人赔偿是无疑义的，对于第三种伤害可否要求行为人赔偿则复杂得多。在19世纪英国的审判中，一般认为，医学无法识别精神伤害；到了20世纪，有的则认为，“医学能够令人满意地证实精神伤害的存在、它的严重程度及其后果”^⑤。由此可见，作为民事赔偿责任问题提出“精神伤害”问题，是可以的。

① 参见[苏]B. B. 沃利霍夫：《关于伤害他人身体的刑事责任的几个基本问题》，载《政法译丛》，1958（4）。

② 参见林山田：《刑法特论》（上），104页，台北，三民书局股份有限公司，1980。

③ 陈焕生：《刑法分则实用》，258页，台湾汉苑出版社，1979。

④ 参见喻伟主编：《新编刑法刑事诉讼法应用辞典》，181页，武汉，武汉大学出版社，1991。

⑤ [澳]F. A. 特林德：《故意施加的单纯精神上的伤害》，李建华译，载《法学译丛》，1988（1）。

但是，在刑法上，则应当把思想心理范畴的精神伤害与生理范畴的神经伤害区别开。单纯思想心理范畴的精神伤害，由于在实质上并未损害身体健康，因而不能构成故意伤害罪，这完全是由本罪的客体性质所决定的。扩大客体的范围，就意味着扩大惩罚面，导致混淆不同性质行为的界限，有违立法精神。而生理范畴的精神伤害则就另当别论了。道理很简单，人体的神经是与人体各器官的机能活动密不可分的物质。神经受到伤害会直接引起身体的病变。如果行为人采取长期精神刺激的方法，故意造成他人精神错乱，成为精神病患者，对行为人当然应以故意伤害罪论处。

故意伤害罪是侵犯他人健康权利的犯罪，自伤身体一般不构成犯罪；但是，出于犯罪目的自伤身体，刑法有规定的除外。例如，战士在战时为逃避战斗而自伤身体的，构成《刑法》第434条规定的战时自伤身体罪。

应被害人要求或承诺而伤害被害人身体，是否构成故意伤害罪？包括我国在内的各国刑法一般都对此未作明文规定。有的国家只是规定经被害人同意或承诺而杀死被害人的，应依法治罪。但是，我国台湾地区“刑法”规定，受嘱托或者承诺而伤害被害人，致人重伤的，应追究刑事责任。我们认为，这样规定是合理的。这一立法可以借鉴。因为人的生命权利固然是个人最重要的人身权利，是人享受生活和行使其他权利的客观基础，国家法律对其给予全面保护是必要的。但是，健康权利的保护也十分重要，没有健康的身体，人的生命价值也必然受到损害。因此，在刑法上禁止任何人借口被害人同意而对其造成严重伤害，同样是必要的。

虽然我国大陆刑法没有对被害人同意作出专门规定，但是，从国家保护公民的健康权利、维护社会关系稳定、预防伤害案件发生的基本方针、政策考虑，也绝不能说上述行为是合法的。

案例 1—1

经审理查明：被告人房某（男，22岁）因涉嫌犯罪被公安机关收审期间，与同室被收审人高某相识。一日上午，高因害怕被判刑后被原单位除名，又怕妻子与其离婚，企图用自伤的办法争取保外就医。高对房说：“你把我的胳膊砸断吧。”房表示不敢。高说：“我自己不怕，你还怕什么”，“我叫你往断砸，到时没你的事。”说完叫丁某（同室被收审人）和房某二人把放风场的推拉门推开，高将胳膊横伸在门框上，房、丁推动门扇撞击两下，然后向看守人员报告，谎称床板断裂致伤胳膊，经医生检

查，胳膊未断。同日下午，高又让同室被收审人员张某到厕所撬下两块砖头，一块横在地上，高左手腕放在砖头上，垫着自己的鞋垫，让房拿另一块砖头砸一下，过了几分钟，高感觉拇指还能动，估计未砸断，又把左手腕放在铁床沿上，房又砸了一下，造成左尺骨茎骨骨折。

本案处理过程中，司法机关内部对房某是否构成故意伤害罪产生分歧。其一认为，房某不构成犯罪，主要理由是，房某没有伤害高某的目的，他只是应高某的要求帮助其实现保外就医的目的，伤是高某自愿造成的。其二认为，房某构成故意伤害罪，理由是房某虽是应高某的要求，但他用砖头砸高的手臂是故意的，对其后果是明知并且希望其发生的，符合故意伤害罪的特征。最后，检察院以故意伤害罪起诉，法院以同罪作了有罪判决。我们认为，法院的判决是正确的。当然，考虑到案件发生的具体情节，对被告人处刑应当适当从宽。

二、故意伤害罪的客观要件

本罪的客观方面表现为伤害他人身体健康的行为。关于本罪的客观方面，应当注意掌握以下三个方面：

（一）伤害行为的认定

伤害行为是使他人身体健康受到或者足以受到损害的行为。伤害的方法，法律未加限定，一般多是采用徒手或使用工具实施攻击性的强烈的打击、猛刺、猛砍、猛砸等等。有的也可以利用动物（狗、毒蛇等）伤害他人。行为的方式，一般是作为。虽然理论上不否定，行为人有义务防止或阻止他人身体受伤害，却故意不加防止或阻止，以致造成伤害结果，可以构成故意伤害罪，但是，在实践中难见这种案例。用投毒方法伤害他人，同时危害公共安全的，应当以投放危险物质罪论处。

在刑法上，伤害行为不仅可以构成故意伤害罪，而且可以作为其他严重犯罪（如抢劫罪、强奸罪等）的犯罪方法。《刑法》第234条第2款规定：“本法另有规定的，依照规定。”这主要是指犯其他罪而故意伤害，该罪的处刑重于故意伤害罪的情况。如果犯较轻的罪（如暴力干涉婚姻自由罪），而故意伤害被害人，其犯罪手段触犯故意伤害罪的，则应按重的罪

即故意伤害罪处罚。

2005年8月28日全国人大常委会通过,2012年10月26日修正的《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)第43条规定:“殴打他人的,或者故意伤害他人身体的,处五日以上十日以下拘留,并处二百元以上五百元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款。有下列情形之一的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上一千元以下罚款:(一)结伙殴打、伤害他人的;(二)殴打、伤害残疾人、孕妇、不满十四周岁的人或者六十周岁以上的人的;(三)多次殴打、伤害他人或者一次殴打、伤害多人的。”“殴打他人的”,给以拘留或者罚款处罚。而伤害行为也往往表现为殴打的形式,例如用拳击、用木棍打。因此,有的说“殴打也是一种伤害行为”^①,因为殴打可以造成伤害,所以构成故意伤害罪。

我们认为,上述说法反映了一部分客观事实,然而严格来说并不十分确切。首先,殴打的概念外延广泛,并不一定都能造成伤害结果,因此不能笼统地说殴打就是伤害,父亲打孩子一巴掌就是伤害。其次,从主观与客观相统一的观点看,故意伤害行为是指行为人希望或者放任其行为给他人造成伤害结果,而作为治安管理处罚对象的殴打行为,行为人一般并不希望或者放任伤害结果,至少不希望或者放任造成较重的伤害结果。否则,就应当认为不是一般的殴打行为,而是故意伤害行为,造成严重程度伤害结果的,构成故意伤害罪。而且,上述法律条文也是把殴打与伤害相并列规定的,因此,不宜混淆两个概念的界限。最后,按照上述法律规定,殴打他人没有造成伤害或者只造成轻微伤,达不到伤害罪的程度,一般只给以治安管理处罚。但是,伤害结果的严重程度并不是上述殴打与伤害的唯一区别。意图把他人打成重伤而未遂的,应按故意伤害罪而不能按上述殴打行为处理。由此可见,把殴打与伤害看成一回事,二者仅仅是结果程度不同,是不够确切的。

在外国刑法中,有些国家除规定伤害罪外,还规定有殴打他人罪或暴行罪,例如,《意大利刑法典》第581条规定,“殴打他人的,如果行为未造成身体的或者精神的病患,经被害人告诉的”,构成殴打罪。韩国《刑法》第260条规定,“对于他人之身体为暴行而未至伤害者”,构成暴行罪。日本刑法未规定殴打罪,但有的学者主张,“不单单使人一时疼痛,

^① 甘雨沛等主编:《犯罪与刑罚新论》,593页,北京,北京大学出版社,1991。

造成长时间持续疼痛，也属于伤害的概念”^①。在日本也曾有使人疼痛 10 日不愈构成伤害罪的判例，但是，把只造成肌肉疼痛视为伤害的观点，为大多数国家的立法和理论所不取。有的学者指出，对于伤害罪来说，只有那些在客观上能反映出来，并且专家也能判定出来的人体上的变化，才算是伤害。^② 我们赞同这种观点。

上面指出，对于一般殴打与伤害，应当结合行为的主观与客观事实加以区别，而不仅仅是看后果轻重。但是，在实践中如何区分却是比较复杂的，在具体案件的认定上往往会产生分歧。问题的复杂性就在于，故意打人的是否不问发生打人的具体情况，肯定有伤害的故意？在司法实践中，对于一拳、一脚致人死亡的案件，往往不作全面分析就以故意伤害致死论处，混淆了故意伤害罪与过失致人死亡罪的界限。

案例 1—2

经审理查明：被告人李泽安（男，30 岁）因盗窃被收审。收审期间，一日下午吃晚饭后，室内打敌敌畏灭蚊，李拿着饭碗和板凳出门时，靠门框站着的徐顺东用肚子一挺，将李碰着，李即骂徐：“你狗×的想死！”，徐对骂：“狗×的敢过来，老子揍你！”李将饭碗和板凳放下，走到徐面前，徐朝李右眼打了一拳后退回室内，李追上去，二人扭打起来，李朝徐胸猛击一拳，徐便倒地，在送医院途中死亡。经法医鉴定，死因是：胸部受暴力作用，引起反射性心跳停止。

某地区中级人民法院以故意伤害（致死）罪，判处李泽安无期徒刑。李上诉，高级人民法院审理后认为，李与徐二人素不相识，在收审期间为琐事争吵至动武，李在挨打后出于气愤反击，并不具有伤害对方的故意。在一般情况下，这种行为是不会造成实质性伤害的。被害人因被打后引起反射性心跳停止而死亡，不能证明李有伤害的故意，但其应当预见有此可能性，故决定撤销原判决，依照 1979 年刑法改定过失杀人罪，判处 10 年有期徒刑。

我们认为，终审判决是正确的。

① [日] 木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，625 页，上海，上海翻译出版公司，1991。

② 参见 [苏联] B. B. 沃利霍夫：《关于伤害他人身体的刑事责任的几个基本问题》，载《政法译丛》，1958（4）。

在理论上有的人提出，“如果怀有恶意（报复、怨恨、嫉妒、泄愤）而故意打人，他的行为就是伤害行为，并且在主观上也具有伤害的故意”^①。这种说法即使在多数情况下是符合实际的，然而仍然使人感到有些简单化、绝对化，照此办理案件，容易导致混淆故意伤害罪与过失致人死亡罪甚至与意外事件的界限。上面所讲的“李泽安案件”就是很好的证明。而且什么是恶意与善意，出于“善意”是否不构成犯罪？在具体案件中有时也成为问题。例如，有的父母因未成年子女品行不端，采取粗暴的毒打方法进行管教，希望其改过，结果造成严重伤害，这是善意还是恶意？是否因为其愿望是好的就不可能定故意伤害罪？

案例 1—3

夫妇王某和刘某有一个八九岁的儿子。儿子经常逃学，屡教不改。一日又逃学，很晚才回到家里，其父母十分气恼，于是扒下其裤子，让他趴在板凳上，用绳捆住，然后用双股塑胶电线拧起来，对其身体下部轮番猛抽，打得鲜血淋漓，直到孩子头低下去，不再出声才住手。结果其子因受伤严重，疼痛性休克死亡。

对此是否构成故意伤害，认识不一。有的认为，父母打孩子是恨铁不成钢，只是教育方法不当，不会有伤害孩子的意图。我们认为，这种说法有一定道理，在大多数情况下，也是符合做父母的心理的。但是，面前的事实是，用双股塑胶电线猛抽孩子身体下部，造成伤害（虽不一定是重伤）的结果，是不难想见的，而且已经鲜血淋漓，伤已造成，并未住手，怎么能说没有伤害的故意呢？与其说他们不想伤害孩子，倒不如说他们在多次批评教育无效果的情况下，不惜让孩子受点伤，使他记住这“血的教训”，更符合实际。

要认定是否是故意伤害行为，一般应当注意考虑以下事实：（1）使用的是何工具和手段，分析其是否在一般情况下足以造成伤害。拳打脚踢，在多数情况下是殴打的常用手段，但也不能仅以此就断定行为人没有伤害的故意。（2）打击的力量大小，打击有无节制。如打击力量不大，只是由于其他偶然因素的影响而发生伤害结果，一般难以证明行为人有伤害的故意。（3）打击的部位，是否为较容易产生伤害结果的部位。（4）与被

^① 甘雨沛等主编：《犯罪与刑罚新论》，611页，北京，北京大学出版社，1991。

害人的关系如何，分析有无产生伤害意图的思想基础。(5) 查清伤害结果是否确实是行为人打击的结果，即搞清行为人的打击行为与伤害结果的因果关系。

综上所述，认定是否故意伤害，关键是查明行为人有无伤害的故意，至于采取什么手段，行为方式是作为或是不作为，都不影响故意伤害罪的成立。但是，有些特殊的手段能否构成故意伤害罪，值得研究。

1. 以冷嘲热讽、指桑骂槐、装神弄鬼等精神刺激和惊吓的手段，故意使他人精神痛苦，导致其患病，甚至精神失常，能否构成故意伤害罪？我们认为，关键是有无有力的证据证明行为人有以这种特殊手段伤害他人的故意，以及伤害结果与其行为具有直接因果关系。如果都能证明，虽然这样的案件很少见，但是，只要上述事实能够证实，应当认为是可以构成故意伤害罪的。台湾法学家也有这样主张的。^①

2. 有传染病的人，故意把病菌传染给他人，结果使他人患病，是否构成故意伤害罪？这同样涉及证据问题。传染源是多方面、多渠道的，任何人都可能在许多场合下接触病菌，患上传染病。因此，某人患上传染病，要证明是由某人传染的，可能并非易事。但是，如果有充足的证据证明，行为人确有以此方式损害他人健康的故意，并且其行为与他人患上传染病有直接因果关系，也是可以构成故意伤害罪的。

(二) 伤害结果的认定

故意伤害罪，是故意损害他人健康的行为。但是，这种行为不仅可能造成程度不同的伤害结果，有的还可能出乎行为人意料造成死亡。因此，为了贯彻罪刑相适应原则，各国刑法典一般都根据伤害行为对人体损伤的严重程度不同，分别规定不同的处罚。例如，《法国刑法典》规定，暴力致人死亡的，处 15 年徒刑（第 222—7 条）；暴力致人完全丧失劳动能力超过 8 天的，处 3 年监禁，并科 30 万法郎罚金（第 222—11 条）；暴力致人身体毁伤或永久性残疾的，处 10 年监禁并科 100 万法郎罚金（第 222—9 条）。我国《刑法》第 234 条区分为三种结果：(1) 一般伤害（轻伤）；(2) 重伤；(3) 伤害致死。可见，处理伤害案件，正确认定伤害的结果，对于定罪量刑是有重要意义的。

我国 1979 年刑法颁行以后，由于缺乏具体标准，司法机关认定伤害

^① 参见赵琛：《刑法分则实用》（下册），635 页，台湾梅川印刷公司，1979。

程度相当困难，人们的认识不尽一致，影响案件的处理。现在，有关部门制定、发布了《人体重伤鉴定标准》和《人体轻伤鉴定标准》，为司法机关处理伤害案件提供了具体的、科学的依据。根据上述规定，所谓重伤，是指“使人肢体残废、毁人容貌、丧失听觉、丧失视觉、丧失其他器官功能或其他对于人体健康有重大伤害的损伤”。所谓轻伤，是指“物理、化学及生物等各种外界因素作用于人体，造成组织、器官结构的一定程度的损害或部分功能障碍，尚未构成重伤又不属于轻微伤害的损伤”。司法机关处理案件，应当根据司法鉴定人员依据上述标准鉴定的结论，分别进行处理。

认定伤害结果是重伤或者是轻伤，应当以何时的伤势为准？这是一个既重要又具有一定复杂性的问题。致伤的情况是比较复杂、多样的。有的伤害当场未显示严重症状，事后伤情逐渐恶化，成为重伤。有的伤害当场显示有严重症状，但经过治疗在判决前已基本恢复了健康。通行的观点是，伤情的认定一般应当以伤害当时的伤势为主，结合审判时的治疗和恢复情况综合认定。例如，当场扎伤他人，致胃、肠穿孔大出血，即使经过手术治疗痊愈，也应定为重伤。认定是否重伤，应当看伤害行为给被害人身体健康造成实际损害的程度，不能因为抢救及时或医术高超而最终恢复健康，就否认致人重伤。对于当时造成的伤害结果，显示为非重伤，但是，事后发展为重伤的，是否应当以重伤论处，则必须注意分析伤害行为与重伤结果的因果关系。如果重伤是突发性的伤害行为自然发展的直接结果，即该伤害行为是重伤的决定性原因，应当以重伤论处。如果行为人只造成轻伤，事后由于其他力量介入，例如，甲打伤乙的小腿致轻伤，后因护理不当致乙伤口感染、溃烂，导致截肢，甲的伤害行为与截肢不存在直接的、必然的因果关系，甲不能对此重伤后果负责。

故意伤害罪是结果犯，即以造成伤害结果为犯罪既遂的标准。至于伤害结果是当场产生或者是日后产生（如造成精神分裂症），伤害行为与伤害结果产生相隔时间的长短，都不影响行为人对伤害结果的责任。但是，重要的是，伤害行为与该伤害结果之间是否存在直接的、必然的因果关系。

（三）因果关系的认定

刑法理论认为，在刑事案件中，被告人只能对自己的行为（包括自己

与他人的共同行为)所产生的危害结果承担刑事责任,即必须查明被告人的行为与所要追究的危害结果有因果关系,才能令其负刑事责任,否则不能把该危害结果归罪于他。但是,实践证明,在处理伤害案件中,特别是伤害致死的案件,查明因果关系往往是相当复杂的,原因是被害人伤害或死亡的结果,往往是被告人的危害行为与多种客观条件相结合的结果。有的危害行为可以明显看出其致伤、致死力,施加于任何人都会产生同样结果,例如,用尖刀刺破肝脏、开枪射穿大腿,其因果关系毋庸置疑;有的危害行为只对特定的人才产生致伤、致死的结果,例如,对严重心脏病、高血压患者胸部或者头部猛击一拳引起疾病发作而死亡,不能以被害人自身有病作辩解而否认打击行为与死亡有因果关系。当然,行为人是否故意伤害,还要结合案件具体情况进行分析认定。尤其复杂的案件是,被告人的打击行为与被害人的伤害或死亡有联系,但不是伤害或死亡的决定性原因,有的至多只是一个诱因,能否认定被告人构成故意伤害或伤害致死,往往产生分歧。

案例 1—4

经审理查明:有一天,李家丢失两只小狗,被告人李某(男,23岁)母亲王某到外边找狗,途中与本村妇女施某发生争吵。王回家后告诉被告人李某。后来李某去生产队办事,途中见到施某正在骂自己的母亲,于是上前劝她不要骂了,但施不听劝告,因此,施与李又争吵起来。在争吵中,施抱住李的腿不放,李为了挣脱她,就用力往前走,施却死抱住不放,拖了一米多远被过路人劝开了。但施还不服气,又上前抱住李的腿,同时用唾沫吐李。在这种情况下,李打了施两耳光,又用脚在施的背上蹬了两脚,经人劝解走开了。施某回到家里,第二天死亡。尸检证明:(1)死者有表皮擦伤,是在地上拖的。(2)内脏没有暴力损伤,肯定不是暴力致死。又经解剖证明:死者患过腹膜炎,内脏有粘连现象,现在正患有肺门淋巴结核。死因是在厮打过程中,因疼痛刺激,精神激动,体力活动过度,导致心力衰竭死亡。

某县法院判决认定,被告人李某犯有故意伤害致死罪。被告人上诉后,二审法院经审理认定,一审法院定性不准,改定过失伤害致人死亡罪。但是,高级法院却认为一审判决是正确的。

我们认为,本案被告人不构成故意伤害罪,死亡结果也不是伤害致

死。理由是：(1) 被告人在与施某争吵中，本无伤害施的意图，只是在欲走不能的情况下，打了施两耳光，在其背上蹬了两脚，都足以证明其没有伤害施的意图，实属一般的殴打行为。(2) 鉴定结论证明，被告人的殴打没有造成任何内脏损伤，施因心力衰竭死亡，被告人的行为不是决定性的原因。

三、故意伤害罪的主体要件

本罪的主体是一般主体，即年满 16 周岁的人对故意伤害罪负刑事责任。已满 14 周岁不满 16 周岁的人，只对故意伤害致人重伤或者死亡负刑事责任。假如此年龄段的少年参与其他暴力犯罪，例如非法拘禁罪、聚众斗殴罪等，在犯罪过程中，该少年使用暴力致他人重伤，是否应负刑事责任？我们认为，回答应当是肯定的。因为按照《刑法》第 17 条的规定，上述少年对上述非法拘禁等罪不负刑事责任，但是《刑法》第 238 条、第 292 条明文规定，在上述犯罪过程中致人重伤的，应按故意伤害罪定罪处罚。上述少年实施了故意伤害行为致人重伤，当然应当以故意伤害罪论处。

四、故意伤害罪的主观要件

本罪的主观方面，是故意犯罪，即明知自己的行为会造成他人身体伤害的结果，并且希望或者放任伤害结果发生，亦即可以是直接故意，也可以是间接故意。出于何种动机，不影响本罪之构成。

认定故意伤害罪，行为人必须有伤害他人的故意，这是构成本罪的主观要件，是确定无疑的。但是，司法实践充分证明，在许多致人伤害的案件中，要查明行为人有无伤害的故意是相当复杂的，在具体案件处理时，往往引起争论。对此，必须坚持实事求是的原则，根据案件的具体事实，例如行为人采取的手段、使用工具的性质、打击的力度和部位、行为人与被害人的关系、发生案件的原因、行为人的一贯表现等等，参照一般人在这类事态中可能具有的心态，综合分析，作出结论。对于行为人的殴打行为引起伤害，甚至引起死亡，不能证明其具有伤害或者杀人的故意，但对