

▶ 21世纪高等院校法学系列精品教材 ◀

案例刑法学

魏 东 著



 中国人民大学出版社

▶ 21世纪高

案例刑法学

魏 东 著



中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

案例刑法学 / 魏东著. —北京: 中国人民大学出版社, 2019.9

21 世纪高等院校法学系列精品教材

ISBN 978-7-300-27384-6

I. ①案… II. ①魏… III. ①刑法-案例-中国-高等学校-教材 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 186779 号

21 世纪高等院校法学系列精品教材

案例刑法学

魏东著

Anli Xingfaxue

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)

010-62511770 (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>

经 销 新华书店

印 刷 北京溢漾印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2019 年 9 月第 1 版

印 张 21.5 插页 2

印 次 2019 年 9 月第 1 次印刷

字 数 566 000

定 价 46.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

| 作者简介 |

魏东，1966年1月生，重庆市人，法学博士，四川大学法学院刑法学科带头人、刑法教研室主任、教授、博士生导师，四川大学刑事政策研究中心主任。兼任四川省刑法学研究会副会长，四川省法治文化研究会副会长，四川省法官检察官惩戒委员会委员，中国刑法学研究会理事，国际刑法学协会中国分会理事，中华全国律师协会刑事专业委员会委员。主要研究领域：刑法学、刑事政策学。

| 前 言 |

本教材选取 120 余个（件）真实判例^①，分为 18 章进行案例刑法学研究和解释论研讨。应当说，“案例刑法学”在基本属性上是刑法学，必须以运用和研讨刑法学原理为己任，同时强调个案刑法解释与案例研究方法论特色，其尽管没有强调“整体刑法学”原理论述上的体系性和周全性，但是必须尽力突出“个案”和“类型性案件”法理阐释的理论深刻性、贯通性和语境性，而且后者恰恰更能体现出“案例刑法学”课程教学的突出特点，有利于弥补“刑法总论”课程和“刑法分论”课程的课堂教学之不足，有利于有效培育和提升法学类学生的法律实践能力，可谓价值巨大，殊值倡导。正如赵秉志教授指出，“案例分析方法，是理论联系实际的最佳途径”，并且“可以增强学习研究者运用刑法理论解决实务问题的能力”^②。因此，本书不但可以作为“案例刑法学”教材使用，而且可以作为法学爱好者、研究者和司法实务人员的重要参考书。

就案例刑法学的教学和研究而言，本教材努力追求和体现了以下三方面特色。

一、案例刑法学研究的解释性

案例刑法学研究的重要特色是刑法解释性、司法面向性与司法论的思考^③，其基于刑法解释论和一定的司法公正观立场得出的刑法解释结论及其对个案裁判结果的法理评判，有利于审验刑法教义学原理的妥当性和刑法解释论原理的阐释力，意义非凡，价值重大。以成都快递分拣员杨某窃取快递物品案（简称“成都分拣员案”）^④为例，该案出现两种不同裁判结果的现象表明，职务侵占罪案及相关案件的刑法解释适用存在较为突出的理论分歧和实务差异，需要进行刑法教义学、刑法解释论和刑法司法公正观的立体审查。从刑法解释论看，有学者指出，职务侵占行为定型的刑法解释应当坚持“综合手段说”和“业务便利肯定说”，亦即：职务侵占行为是指行为人（单位人员）利用职务上和业务上的便利条件，包括利用自己主管、管理、经营、经手单位财物的便利条件，以侵吞、窃取、骗取和其他方法将本单位财物非法占为己有的行为。^⑤从刑法司法公正观看，职务侵占罪的司法逻辑和刑法解释立场通常只能限定为基于刑法立法规定的司法公正观，而不能扩张为基于刑法立法目的（立法公正目的）的司法公正。就此而论，部分职务侵占行为和贪污行为可能因为司法解释文本规定的人罪和处罚标准较高而无法定罪或者无法重罚，这种解释结论本身因其并不违反罪刑法定原则等刑法教义学原理而具有合理性，因而其不能成为否定“综合手段说”并转而采用“侵占单一手段说”的理由。本书也认为，“成都分拣员案”二审法院改判杨某构成职务侵占但因尚未达到定罪标准而不构

① 此外还有若干教学案例。

② 赵秉志. 刑法教学案例. 北京: 法律出版社, 2007: 1 (编写说明).

③ 陈兴良. 教义刑法学. 2 版. 北京: 中国人民大学出版社, 2014: 2.

④ 该判例参见: 四川省成都市中级人民法院刑事判决书(2014)成刑终字第 293 号。

⑤ 毕志强, 肖介清. 职务侵占罪研究. 北京: 人民法院出版社, 2001: 107-144.

成犯罪这一裁判结论是正确、合理、妥当的，既符合刑法教义学原理和刑法解释论原理，也符合刑法司法公正观的特殊要求。由此可见，案例刑法学研究的解释性方法论必须把握好以下两点。

第一，案例刑法学研究的基本立场，通常应限定为法律解释论和司法公正论。案例研究通常是司法审判实践服务的，其主要研究内容是法律解释结论的合法性、客观性、正当性，促进个案司法裁判的公平合理性，以实现“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义”的法治目标，并为此积累法律解释规则和司法裁判经验，这就决定了案例研究的基本立场通常应限定为法律解释论和司法公正论。法律解释的对象包括法律规范文本和具体案情事实，通过法律解释使得法律规范文本的含义明确而具体，同时使得具体案情事实与法律规范文本含义之间的涵摄关系予以明确。针对法律规范文本的法律解释，主要是阐明法律规范文本的具体含义和立法目的，依次运用法律的文义解释方法、论理解释方法和法社会学解释方法，以求得一个符合法律规范文本的文义“射程”范围内的、符合理和司法公正要求的、具有良好法律效果和社会效果的确定的法律解释结论。就“成都分拣员案”的案例研究而言，将职务侵占行为定型的解释结论限定为（单位人员）利用职务上和业务上的便利，以侵吞、窃取、骗取和其他方法将本单位财物非法占为己有的行为，这一刑法解释结论是被限定在刑法规范文义之内的，完全符合刑法的文义解释原理，也符合基于职务侵占罪的行为定型理论和“背信+财产损失说”原理的法理阐释所得出的论理解释结论，还符合基于法社会学解释方法（即刑法的刑事政策解释方法）所得出的法社会学解释结论（即刑事政策解释结论），符合刑法司法公正的要求。

案例研究中是否可以立法论研究？本书认为，立法论研究本身也有两个层面，一个层面是立法漏洞及其填补性研究（立法完善研究），另一个层面是立法原理阐释及回顾性研究。案例研究由于绝大多数情况下是法律解释论和司法公正论研究，这就决定了案例研究中可以针对刑法解释结论进行立法原理阐释及回顾性研究，而不是立法完善研究。这也表明，案例研究的基本立场尽管通常是法律解释论和司法公正论研究，但是其并不是完全排斥立法论研究，而是要视情况而定：在绝大多数情况下是法律解释论和司法公正论研究，这时可以适当展开针对刑法解释结论进行的立法原理阐释及回顾性研究，目的是“印证”法律解释结论本身的合法性、客观性和正当性；在极少数情况下是立法完善建议研究，通过案例研究揭示立法漏洞及其填补方案（立法完善方案），目的是“完善”立法规定本身而不是“印证”法律解释结论。

第二，案例刑法学研究的学术特色，通常是问题性研究与建构性研究相结合。案例研究基于法律解释论和司法公正论的研究立场，通常需要针对具体的案情事实和法律规范文本之间的涵摄关系予以阐明，因而需要抽象概括出某种或者若干种法律解释论问题并予以明确回答，体现出问题性研究与建构性研究相结合的学术特色。以“成都分拣员案”的案例研究为例，其需要从刑法解释论上抽象概括出职务侵占罪司法认定上的两个法律解释性争议问题：一是职务侵占的行为定型，是否可以限定为基于职务和业务上的取得财物？对此疑问主要有“综合手段说”与“侵占单一手段说”之争。二是职务侵占罪的司法逻辑，是只能限定为基于刑法立法规定的司法公正还是可以扩张为基于刑法立法目的的司法公正？对此疑问有“基于刑法立法规定的司法公正说”与“基于刑法立法目的的司法公正说”之争。这是问题性研究的适例。但是仅有问题性研究（即抽象概括出法律解释论问题）还不够，还需要进一步展开建构性研究，以期给出解决问题的适当答案。因此，“成都分拣员案”的案例研究就包括了针对前述两个法律解释性争议问题所给出的明确答案，即明确提出职务侵占行为定型的刑法解释应当坚持“综合手段说”和“业务便利肯定说”，明确将职务侵占行为定型的解释结论限定为（单位人员）利用

职务上和业务上的便利，以侵吞、窃取、骗取和其他方法将本单位财物非法占为己有的行为，即明确建构职务侵占罪的解释规则和司法裁判规则，并对此予以充分的法律解释论阐释和学理论证，从而体现出案例研究的建构性特色。

当然也应注意，案例研究并不是绝对地排斥体系性研究与解构性研究，相反，有时还需要适当关照体系性研究与解构性研究，亦即对需要研究的问题及其答案有时也需要予以适当解构或者体系化，从而形成某种具体的或者体系化的裁判规则。同时，由于案例研究所涉部门法领域不同，可以区分为刑事案例研究、民事案例研究、行政案例研究、宪案例研究以及综合性案例研究（如刑民交叉案例研究）等多种类别，所以案例研究有时还需要适当关照具体的部门法哲学特征。就刑事案例研究而言，其必须充分关注刑法哲学和刑法司法公正观的特殊性。就“成都分拣员案”的案例研究而言，还涉及罪刑法定原则、刑法谦抑性原则以及职务侵占罪与盗窃罪（或诈骗罪）的法条竞合论及其处断原则的法理阐释，鲜明的部门法哲学特征及具体法理的阐释运用，无疑也是得出妥当的法律解释结论的关键因素。

二、案例刑法学研究的深刻性

越是个案、具体的法理阐释，越能检验阐释者的理论知识体系化程度和创新阐释能力。笼统地叙说刑法理论知识，其实可能仍停留于“纸上谈兵”，只有在具体个案中恰当地提出解决法律问题的具体方案，深刻阐释法理根据，创新运用法理知识，方能彰显出法律学人“英雄本色”。应当说，案例刑法学研究就应当具有这种个案法理阐释的深刻性，其深刻性主要体现在两个方面，问题意识的深刻性、法理阐释的深刻性。

第一，问题意识必须具有抽象化的深刻性。问题意识是前提、基础，如果问题意识上不具有抽象化的深刻性，那么将严重制约案例研究的学术“格局”不大、理论深度不够、创新贡献不足。可以说，适当地归纳提出问题是理论研究成功的一半。例如，山东于欢防卫案、江苏昆山于海明防卫案、江苏常熟何强等人聚众斗殴案的法理问题到底应该如何提炼（抽象化），是就事论事地阐释法条含义和给出案件定性处理意见，还是更加深入地检讨正当防卫的正当化根据、正当防卫和特别防卫的成立条件及法理、防卫挑拨的法理、相互挑衅与聚众斗殴的界限及法理、防卫过当的法理，就反映了论者问题意识的抽象化能力和深刻性品格。从目前国内刑法学界针对上列刑事案件展开的理论研讨看，针对正当防卫提出的理论问题十分丰富而深刻，如：正当防卫的正当化根据是什么？针对非法拘禁行为、家庭暴力与持续侵害行为可以进行正当防卫吗？针对防卫挑拨行为、尤其是相互的防卫挑拨行为（相互挑衅）可以正当防卫吗？以及正当防卫与（聚众）斗殴的界限是什么？防卫意思（或者防卫意识与防卫动机）的体系性地位是什么？以及偶然防卫应当如何定性处理？逆防卫、正当防卫的第三者效果的法理是什么？特别防卫权与正当防卫的关系论是什么？防卫过当的归责原理是什么？等等。应当说，上列理论问题的提出，远远超出了就案论案、就法条论案、就教材论案的广度和深度，许多理论问题是我国传统刑法学教科书里所没有涉及的，这些理论问题的进一步归纳抽象奠定了良好的问题意识和研究基础。本书针对山东于欢防卫案以及其他相关案例所提出的理论问题就基本涵括了上列法理问题，并且对上列问题进行了适当的体系化抽象归纳，体现了问题意识的抽象化深刻性特点。除此以外的其他各章案例刑法学研究，如职务侵占案、侵占案、盗窃案、非法拘禁案、故意杀人案、以危险方法危害公共安全案、危险驾驶案、交通肇事案、非法经营案、合同诈骗案、虚开增值税专用发票案、毒品犯罪案、涉黑犯罪案、寻衅滋事案、受贿案等，同样也都程度不同地体现了问题意识的抽象化深刻性特点，在此不作详细列举。

第二，法理阐释必须确保体系化的深刻性。有针对性地提出解决问题的理论方案和法理论

证是案例刑法学研究的关键。如果说问题意识的抽象化深刻性是前提、基础,那么体系化的深刻性法理论证就是关键、核心、重中之重。仍以山东于欢防卫案、江苏昆山于海明防卫案、江苏常熟何强等人聚众斗殴案的法理阐释为例,本书针对前述有关正当防卫理论及相关法理展开了较为深入的学术研讨,在主要借鉴吸纳德日英美刑法学正当防卫理论、运用我国传统刑法学正当防卫理论既有知识的基础上,首先,力图深入研讨正当防卫的正当化根据问题,提出了正当防卫的正当化根据之优越的利益保护原理和法确证原理“新二元论”(以区别于德国刑法学正当防卫的正当化根据二元论),对“新二元论”进行了较为适当的法理论证,并运用“新二元论”依次检讨了针对非法拘禁行为、针对没有责任或者责任减轻的攻击行为、针对防卫挑拨行为、针对轻微不法侵害行为、针对亲子或者夫妻之间的攻击行为、针对通过胁迫的勒索性攻击行为、针对不作为形式的不法侵害行为等的正当防卫问题,还运用“新二元论”检讨了正当防卫与互殴的界限问题;其次,力图深入研讨正当防卫的合法条件理论问题,在坚持我国传统刑法学正当防卫成立条件之“五条件说”的基础上,大量借鉴吸纳了德日英美刑法学正当防卫理论知识进行法理论证,如不法侵害的“开始”理论之直接面临不法侵害的紧迫危险说,不法侵害的“结束”理论之“结果形成时间说”和“有效的侵害停止时间说”相结合的“综合说”,必要限度之“合理需要说”,还在检讨防卫意识必要说与防卫意识不要说的理论争议的基础上提出了本书观点;再次,力图深入研讨防卫过当的归责原理以及特别防卫的解释适用问题,其中均尽力反映出当前国内外相关理论研究的最新成果。这里反复强调本书“力图”深入研讨正当防卫的相关理论问题并借鉴吸纳德日英美刑法学相关理论知识,其深意是希望读者明白本书所倡导和强调的一个重要态度,即案例刑法学研究中法理阐释必须确保体系化的深刻性,但是又不得不承认本书在这方面只是“力图”如此而实际上却做得并不到位,姑且算是互勉吧。

必须严肃指出,要实现我国刑法法理阐释的体系化、深刻性,我国传统刑法理论还任重道远。我国刑法理论欲实现发展创新和体系性深刻化(或者体系化深刻性),必须加强主体意识、本土化意识、开放和包容意识,尽快、大量、体系化地借鉴吸纳德日刑法理论知识和英美刑法理论知识,尽快、合理、创新性地构建具有中国特色的本土化刑法教义学原理,可以说这一重大理论工程建设已成为我国刑法学理论研究的当务之急。正如我在本书正文中论述防卫挑拨问题时所指出的那样,中国传统刑法学防卫挑拨理论相对来说显得太过于单薄,理论系统的质量和体量明显不够,在相当程度上无法为合理解决复杂多样的防卫挑拨司法实践提供必要的理论指导。而德国案例和德国理论对于我国是有启发性、借鉴性的,尽管德国正当防卫在全世界都是非常有名的“宽泛和凌厉”,但是其细密的理论构建和法理分析价值巨大。因此,当下中国刑法学借鉴吸纳德日刑法学防卫挑拨理论知识,可以逐步获得理论增量并走向成熟理性。管中窥豹,由此可见我国的整体刑法学理论知识,包括刑法论、犯罪论、刑罚论、罪刑关系论,均需要以更加开放包容的态度借鉴吸纳德日英美刑法学理论知识,切不可故步自封、停滞不前,否则难以胜任新时代的理论需要。毕竟“每个时代都必须重写它的法教义学”已然成为“法教义学共识”^①,我国刑法教义学正在蹒跚起步,兼收并蓄才能增强理论阐释力并凝聚足够的理论共识。

三、案例刑法学研究(法理阐释)的融贯性和语境性

个案的案情事实、证据状况都是既定的,换言之其语境、情境是特定的,因此针对其提出的法律问题与法理阐释必须具有融贯性和语境性。

^① 刘艳红. 中国刑法教义学化过程中的五大误区. 环球法律评论, 2018 (3).

第一，法理阐释必须恪守融贯性。以成都孙伟铭醉驾致人死亡案为例，孙伟某的行为到底是构成交通肇事罪，还是构成以危险方法危害公共安全罪？应当承认这一疑问是客观存在的，因为，除了孙伟铭的辩护人提出将其行为定性为交通肇事罪的辩护意见外，理论界也有学者主张孙伟某的行为定性可以是交通肇事罪，而四川省和成都市两级人民法院均认定孙伟某的行为构成以危险方法危害公共安全罪，可见对这一疑问的直面正视与合理解决必须谨慎关照刑法原理尤其是刑法解释的融贯性。有学者指出，德沃金主张对法律的解释必须采取融贯性和整体性的立场^①，以融贯论作为法律真理观，以罗尔斯的“反思性均衡”作为法律解释的方法，以信念之间、信念和经验之间的融贯性作为法律解释的标准，从而为“法律唯一正解”提供哲学上的正当化根据。^② 有宪法学者指出，佩策尼克的融贯性理论要求理由之间的相互证立，德沃金的融贯性解释理论要求法官对法律的解释与体制中的价值观念相一致，法农的融贯性宪法解释理论要求不同的宪法论证尽量符合法治、政治民主性、通过尊重个人权利推动实质正义的价值要求。^③ 法理学认为，法律体系的融贯性具有重要意义，它意味着法律体系各个部分之间的相互支持与证立，这是对于法律体系的道德要求，也是法治的目标之一。^④ 可见，尽管理论界对法律解释的融贯性概念尚未给出一个大家公认的定义，但是其基本含义还是比较明确的，即法律解释的融贯性是指对法律的解释必须具有在整体法秩序上的一致性、贯通性和协调性，在各部门法之间、部门法内部各要素之间必须具有协调一致性、贯通性和相互证立性，而不至于出现法律解释过程和结论上无法解决的矛盾。就醉驾致人死亡行为的刑法解释结论而言，表面上看如前所述就可能存在违背法律解释融贯性的疑问，需要刑法解释论上“解决疑问”并论证解释结论的合法性、合理性和正当性，对此，刑法解释论上将孙伟某醉驾致人死亡的行为“解释”为故意（放任）致人死亡结果的发生，因而孙伟某的行为构成以危险方法危害公共安全罪，而将其他较多情形下醉驾致人死亡的行为“解释”为过失致人死亡结果的发生因而仅构成交通肇事罪。这种解释说理满足了刑法解释的融贯性要求，能够实现刑法解释的逻辑性自恰。当然，这种解释说理还必须充分运用刑法教义学原理，进一步说明“为什么”孙伟某醉驾致人死亡的行为是故意（心态和责任），而其他多数情形下醉驾致人死亡的行为是过失（心态和责任），有关论述请参看本书正文的相关内容。类似成都孙伟某醉驾致人死亡案一样地关涉法律解释的融贯性问题的案例还很多，如本书正文中讨论的成都分拣员案、深圳梁某机场拾金案、浙江叶某某盗窃案、眉山吴某强迫妇女“坐台”案、重庆宋某某购买毒品案、北京肖某某殴打打假人员案等，在刑法解释结论上均存在较为尖锐的分歧观点和突出的融贯性问题，从而要求我们在刑法解释说理和法理论证上均必须恪守融贯性要求。

第二，法理阐释必须契合语境性。仍以成都孙伟某醉驾致人死亡案为例，刑法解释论在关照融贯性的同时，还必须在法理上谨慎关照法理阐释的语境性。为什么孙伟某醉驾致人死亡的行为在法理上被“解释”为故意犯罪而不同于其他醉驾致人死亡的“过失”行为？正确答案就只能在法理阐释的“语境性”之中获得。语境性是从语言论意义上强调语义阐释时所限定的具体情境，在犯罪学上同“情境性”相联系，因此可以说法理阐释的语境性和情境性密切相关。孙伟某醉驾致人死亡的行为，发生在人员密集流动的闹市区（成都市区）之中，这一具体的语境性（情景性）就决定了孙伟某醉驾、严重超速行车、逆行尤其是恶劣跨越双实线逆行、连续

① 宋振保．法律解释方法的融贯运作及其规则——以最高院“指导案例 32 号”为切入点．法律科学，2016（3）：40.

② 王彬．论法律解释的融贯性——评德沃金的法律真理观．法制与社会发展，2007（5）：84.

③ 王轶．宪法解释的融贯性．当代法学，2012（1）：78.

④ 雷磊．融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化．法学家，2012（2）：1.

发生多起撞击行驶中的机动车和行人并致多人死亡和重伤的系列行为，由于在“这一”具体情境（语境）下孙伟某的行为根本就不具有或者说几乎不具有避免车毁人亡危害结果发生的现实可能性，或者说孙伟某的行为在“这一”具体情境（语境）下具有发生危害结果的风险已经升高至极以至于客观上不大可能有效防范危害结果发生，依法应当解释为“故意”放任危害结果的发生（即间接故意），而不应解释为“过失”。

关于风险升高理论，周光权教授指出，“对于交通肇事罪的认定，传统上认为超速行驶就提升了法益风险，行为就具有社会危害性，从而很容易得出被告人构成过失犯罪的结论。对这种判断逻辑必须进行反思。过失犯有不同于故意犯的客观构成要件，结果避免可能性是其中的核心内容，对此，新过失论和修正的旧过失论都予以承认。风险升高理论的功能极其有限，其对行为制造了法所禁止的风险这一点进行了揭示，但不能由此得出行为人一定实现了法所禁止的风险的结论。在超速驾驶提升法益风险的场合，对结果避免可能性是否存在需要仔细判断，抽象地认为行为提升了法益风险就可以成立过失犯的主张并不合理。在处理具体案件时，对被告人即便遵守规定，结果是否仍然也无法避免的关键事实无法查明，或不能证明结果发生的概率极高的，都不能将死亡结果算到行为人头上，只能做有利于被告的认定；控方只有证明到如果行为人合乎义务地行动，结果就近乎肯定会避免时，才符合事实清楚、证据确实充分的证明要求。”^① 对此我必须指出，风险升高理论尽管通常适用于解释过失犯罪，但是，其完全可以借鉴吸纳为故意犯罪（包括间接故意犯罪和直接故意犯罪）的一种解释理论。诚如周光权所指出，“过失犯有不同于故意犯的客观构成要件，结果避免可能性是其中的核心内容”，如果说结果避免可能性不存在（或者存疑）是“客观情势”（尤其是客观环境条件）所决定的，而“抽象地认为行为提升了法益风险就可以成立过失犯的主张并不合理”；那么就可以说，如果结果避免可能性不存在或者几乎不存在是由于“行为人的行为”提升了法益风险所致，而非“客观情势”所决定的，则不但是“抽象地认为行为提升了法益风险就可以成立过失犯的主张并不合理”，更应当说抽象地否定行为人的行为“故意”放任危害结果发生而成立过失犯的主张就更不合理。由此可见，风险升高理论不但可以成为过失犯的解释理论，更应该将其改造成为故意犯（间接故意犯罪）的解释理论，将行为人的行为提升了法益风险以至于结果避免可能性不存在或者几乎不存在的，而最终导致危害结果发生的，依法认定为故意放任（间接故意犯罪）。简要归纳一下就是，这里强调法理阐释必须契合语境性，是指在具体阐释某种行为是否提升了法益风险、结果避免可能性不存在或者几乎不存在是由于客观情势所决定的还是由于行为人的行为所决定的，以及具体阐释行为定型和罪责类型为何的时候，必须谨慎审查具体语境（情境）：其一，如果结果避免可能性不存在（或者存疑）是“客观情势”（尤其是客观环境条件）所决定的，应依法认定行为人的行为不构成犯罪（包括不构成过失犯罪和故意犯罪）；其二，如果结果避免可能性不存在或者几乎不存在是由于“行为人的行为”提升了法益风险所致，而非“客观情势”所决定的，应依法认定行为人的行为构成故意犯罪；其三，如果结果避免可能性存在，“控方只有证明到如果行为人合乎义务地行动，结果就近乎肯定会避免时”，由于行为人的行为提升了法益风险而致危害结果发生的，应依法认定行为人的行为构成过失犯罪。对于上列第三种语境（情境）的行为，即一般情境下醉驾致人死亡的行为，尤其是在城市郊区或者野外情境下醉驾致人死亡的行为，由于客观上存在结果避免可能性（并且可能较大），仅仅因为行为人过于自信“轻信能够避免”而未能避免并最终导致危害结果发生的，构成作为过失犯罪的交通肇事罪。而对于上列第二种语境（情境）的行为，如孙伟某在城市闹市区严重超速、

^① 周光权．风险升高理论与存疑有利于被告原则——兼论“赵达文交通肇事案”的定性．法学，2018（8）．

恶劣跨越双实线逆行、醉驾、连续多次撞击多辆正常行驶中的机动车并致多车多人车毁人亡的行为，因为（危害）结果避免可能性不存在或者几乎不存在是由于“行为人的行为”提升了法益风险所致，而非“客观情势”所决定的，应依法认定行为人的行为构成作为故意犯罪（间接故意犯罪）的以危险方法危害公共安全罪。

可以坚定地认为，个案法理阐释的融贯性和语境性是案例刑法学研究甚至是整个刑法学理论研究中必须适当注意的重要命题，不但在醉驾致人死亡行为的刑法解释论中凸显出其重要性，而且在正当防卫案、故意杀人案、盗窃案、侵占案、职务侵占案、非法经营案、合同诈骗案、虚开增值税专用发票案、寻衅滋事案、妨害公务案等的案例刑法学研究中均有充分体现，必须予以高度重视和适当运用。

魏 东

2019年5月10日 谨记于四川大学

《 》*任课教师调查问卷

为了能更好地为您提供优秀的教材及良好的服务，也为了进一步提高我社法学教材出版的质量，希望您能协助我们完成本次小问卷，完成后您可以在我社网站中选择与您教学相关的1本教材作为今后的备选教材，我们会及时为您邮寄送达！如果您不方便邮寄，也可以申请加入我社的法学教师QQ群：83961183（申请时请注明法学教师），然后下载本问卷填写，并发往我们指定的邮箱（cruplaw@163.com）。

邮寄地址：北京市海淀区中关村大街31号中国人民大学出版社411室收

邮编：100080

再次感谢您在百忙中抽出时间为我们填写这份调查问卷，您的举手之劳，将使我们获益匪浅！

基本信息及联系方式：*

姓名：_____ 性别：_____ 课程：_____

任教学校：_____ 院系（所）：_____

邮寄地址：_____ 邮编：_____

电话（办公）：_____ 手机：_____ 电子邮件：_____

调查问卷：*

1. 您认为图书的哪类特性对您使用教材最有影响力？（ ）（可多选，按重要性排序）

- A. 各级规划教材、获奖教材
- B. 知名作者教材
- C. 完善的配套资源
- D. 自编教材
- E. 行政命令

2. 在教材配套资源中，您最需要哪些？（ ）（可多选，按重要性排序）

- A. 电子教案
- B. 教学案例
- C. 教学视频
- D. 配套习题、模拟试卷

3. 您对于本书的评价如何？（ ）

- A. 该书目前仍符合教学要求，表现不错将继续采用。
- B. 该书的配套资源需要改进，才会继续使用。
- C. 该书需要在内容或实例更新再版后才能满足我的教学，才会继续使用。
- D. 该书与同类教材差距很大，不准备继续采用了。

4. 从您的教学出发，谈谈对本书的改进建议：_____

选题征集：如果您有好的选题或出版需求，欢迎您联系我们：

联系人：黄强 联系电话：010-62515955

索取样书：书名：_____

书号：_____

备注：* 为必填项。

目 录

第一章	成都快递分拣员杨某窃取快递物品案	1
	(文义解释, 论理解释, 刑事政策解释, 司法公正逻辑, 法条竞合)	
第二章	眉山吴某强迫妇女“坐台”案	19
	(罪刑法定原则, 拐卖妇女罪, 非法拘禁罪)	
第三章	山东于欢防卫案	27
	(正当防卫, 正当防卫的正当化根据, 防卫挑拨, 防卫过当)	
第四章	成都孙伟铭醉驾致人死亡案	55
	(以危险方法危害公共安全罪)	
第五章	北京庞某某飙车案	64
	(危险驾驶罪)	
第六章	杭州胡某飙车肇事案	74
	(交通肇事罪)	
第七章	内蒙古王力军收购玉米案	82
	(非法经营罪, 经济犯罪的刑法解释)	
第八章	成都张某被控合同诈骗罪	103
	(合同诈骗罪)	
第九章	宜宾何某某被控虚开增值税专用发票案	118
	(虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪, 短缩的二行为犯, 目的犯)	
第十章	宁夏邵某某杀妻案	130
	(故意杀人罪, 不纯正的不作为犯, 作为义务, 刑法“但书”, 缓刑, 死刑)	
第十一章	浙江叶文言盗窃案	162
	(盗窃罪, 保护法益, 单位盗窃, 使用盗窃, 盗窃罪的既遂标准)	
第十二章	深圳梁某机场拾金案	191
	(侵占罪)	
第十三章	湖南陈乐林拒绝警察强制传唤案	210
	(妨害公务罪)	
第十四章	四川刘汉黑社会性质组织案	215
	(组织、领导、参加黑社会性质组织罪, 包庇、纵容黑社会性质组织罪)	
第十五章	重庆宋某某购买毒品案	249
	(走私、贩卖、运输、制造毒品罪, 非法持有毒品罪, 行为犯, 既遂标准)	

第十六章	重庆李庄被控辩护人妨害作证案	272
	(辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪)	
第十七章	北京肖某某殴打打假人员案	284
	(寻衅滋事罪)	
第十八章	乐山官某收受干股案	303
	(受贿罪, 约定受贿, 犯罪既遂)	
后 记		325

目 录

第一章 成都快递分拣员杨某窃取快递物品案	1
(文义解释, 论理解释, 刑事政策解释, 司法公正逻辑, 法条竞合)	
一、引言: 判例、法理争议与基本立场	1
二、职务侵占的行为定型: 基于“综合手段说”的解释结论及其法理阐释	3
三、职务侵占罪的司法逻辑: 基于贪污罪解释论比较的法理阐释	11
四、职务侵占罪的法条关系: 基于法条竞合论的法理阐释	14
结语: 上帝的归上帝, 凯撒的归凯撒	18
第二章 眉山吴某强迫妇女“坐台”案	19
(罪刑法定原则, 拐卖妇女罪, 非法拘禁罪)	
一、罪刑法定原则下的司法立场	20
二、认识论与定罪方法问题	25
第三章 山东于欢防卫案	27
(正当防卫, 正当防卫的正当化根据, 防卫挑拨, 防卫过当)	
一、正当防卫的正当化根据论	28
二、正当防卫的合法条件	43
三、防卫过当的归责原理	50
四、特殊防卫的解释适用问题	50
第四章 成都孙伟铭醉驾致人死亡案	55
(以危险方法危害公共安全罪)	
一、驾车撞人(如醉驾与碰瓷)的危险方法	57
二、驾车在高速公路上逆行、将车辆停放在高速公路的行车道上的危险方法	58
三、抢夺行驶中的公交车方向盘、直接攻击正在开车的驾驶员的危险方法	58
四、不让瓦斯检测器报警并伪造瓦斯报表的危险方法	59
五、非法制售含有三聚氰胺毒害性物质的危险方法	59
六、以含有病菌的塑料注射器进行针刺的危险方法	60
七、盗窃交通要道上窨井盖的危险方法	60
八、大规模制售盐酸克伦特罗(瘦肉精)的危险方法	61

第五章 北京庞某某飙车案	64
(危险驾驶罪)	
一、危险驾驶罪的司法认定	64
二、危险驾驶罪的刑罚适用问题	69
三、危险驾驶并发生严重后果时,危险驾驶罪与以危险方法危害公共安全罪之 界限的刑法解释论问题	70
第六章 杭州胡某飙车肇事案	74
(交通肇事罪)	
一、交通肇事罪的概念与犯罪构成	74
二、交通事故责任认定与交通肇事罪认定的关系	77
三、交通肇事罪与以危险方法危害公共安全罪的界限	77
四、交通肇事罪与过失致人死亡罪的竞合关系	78
五、“因逃逸致人死亡”量刑情节的解释适用	79
第七章 内蒙古王力军收购玉米案	82
(非法经营罪,经济犯罪的刑法解释)	
一、非法经营罪的解释适用	83
二、经济犯罪刑法解释的法律政策性限定	93
第八章 成都张某被控合同诈骗罪	103
(合同诈骗罪)	
一、合同诈骗罪的保护法益	104
二、合同诈骗的行为定型	105
三、合同诈骗罪的行为主体	115
四、合同诈骗罪的主观故意与非法占有目的	115
五、合同诈骗罪的刑罚适用	117
第九章 宜宾何某某被控虚开增值税专用发票案	118
(虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪, 短缩的二行为犯,目的犯)	
一、“代开”“对开”“环开”增值税专用发票的定性处理	120
二、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪与 逃税罪的界限与竞合关系	123
三、本罪与骗取出口退税罪的界限与竞合关系	124
四、个人犯罪与单位犯罪的界限区分	125
第十章 宁夏邵某某杀妻案	130
(故意杀人罪,不纯正的不作为犯,作为义务,刑法“但书”,缓刑,死刑)	
一、故意杀人罪构成要件上的刑法解释论	131
二、故意杀人罪司法认定上的刑法解释论	142

三、故意杀人罪刑罚适用上的刑法解释论	156
第十一章 浙江叶文言盗窃案	162
(盗窃罪, 保护法益, 单位盗窃, 使用盗窃, 盗窃罪的既遂标准)	
一、以盗窃罪为典型的传统侵财罪的保护法益	164
二、盗窃对象的属性与范围	178
三、单位盗窃、使用盗窃的定性处理问题	180
四、盗窃罪的既遂标准问题	183
第十二章 深圳梁某机场拾金案	191
(侵占罪)	
一、侵占罪的概念	192
二、侵占罪的构成特征	193
三、侵占罪的“告诉的才处理”问题	209
第十三章 湖南陈乐林拒绝警察强制传唤案	210
(妨害公务罪)	
一、妨害公务罪的行为定型与违法性特征	212
二、妨害公务罪的有责性类型	213
三、妨害公务罪的司法认定	214
四、妨害公务罪的刑罚处罚	214
第十四章 四川刘汉黑社会性质组织案	215
(组织、领导、参加黑社会性质组织罪, 包庇、纵容黑社会性质组织罪)	
一、涉黑犯罪中法定概念与政策性概念的立法论检讨	217
二、“黑社会性质的组织”核心特征与附随性特征的解释论阐释	224
三、涉黑犯罪中“明知”的刑法教义学重申	243
结语: “扫黑除恶”必须处理好讲政治与讲法治的关系	248
第十五章 重庆宋某某购买毒品案	249
(走私、贩卖、运输、制造毒品罪, 非法持有毒品罪, 行为犯, 既遂标准)	
一、吸毒者实施涉毒行为的定性处理	250
二、代购毒品与居间介绍毒品交易行为的定性处理	255
三、走私、贩卖、运输、制造毒品罪的既遂形态认定	260
四、毒品罪案的诉讼策略	266
第十六章 重庆李庄被控辩护人妨害作证案	272
(辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪)	
一、辩护人伪造证据、妨害作证罪的行为特征	273
二、辩护人伪造证据、妨害作证罪的犯罪形态	277
三、标准的犯罪构成与犯罪成立最低规格标准之间的逻辑关系	280

第十七章 北京肖某某殴打打假人员案	284
(寻衅滋事罪)	
一、《刑法》第 293 条第 1 款第 1 项“随意殴打他人,情节恶劣的”	286
二、《刑法》第 293 条第 1 款第 4 项“在公共场所起哄闹事, 造成公共场所秩序严重混乱的”	294
第十八章 乐山官某收受干股案	303
(受贿罪,约定受贿,犯罪既遂)	
一、受贿罪的保护法益:“职务廉洁性说”的内涵界定	303
二、约定受贿行为的定性处理	306
三、收受干股型受贿行为的定性处理	318
四、收受投资收益型受贿行为的定性处理	321
后 记	325

第一章 成都快递分拣员杨某窃取快递物品案

(文义解释, 论理解释, 刑事政策解释, 司法公正逻辑, 法条竞合)

案例

成都快递分拣员杨某窃取快递物品案^①

四川省成都市某快递公司分拣员杨某在上夜班分拣快递包裹时将自己经手分拣的一个装有价值1999元的手机的快递包裹秘密窃走并占为己有。原一审法院判决杨某构成盗窃罪, 后二审法院改判杨某构成职务侵占但因尚未达到定罪标准而不构成犯罪。

法理问题

个案研究方法, 文义解释、论理解释、刑事政策解释, 司法公正逻辑, 法条竞合

通过成都快递分拣员杨某窃取快递物品案的分析研讨, 笔者希望大家重视并且能够熟练运用个案研究方法, 尤其是其中涉及的刑法解释论、刑法公正观、法条竞合论。关于刑法解释论, 我们在本案讨论中依次运用了刑法的文义解释、论理解释、刑事政策解释, 这种刑法解释方法“三分法”及其逻辑排序可能具有重要理论意义, 值得刑法解释论关注, 希望能够引起刑法学者和刑法实务界人员的思考和重视。针对本案的解释结论, 理论界有盗窃论与侵占论之争, 实务界观点有定罪与无罪之分歧。我倾向于侵占论, 赞同人民法院针对本案所作出的无罪判决。

一、引言: 判例、法理争议与基本立场

四川省成都市某快递公司分拣员杨某在上夜班分拣快递包裹时将自己经手分拣的一个装有价值1999元的手机的快递包裹秘密窃走并占为己有的行为(简称“成都分拣员案”), 原一审法院判决杨某构成盗窃罪, 二审法院改判杨某构成职务侵占行为但因尚未达到定罪标准而不构成犯罪。^② 此案的两种审判结论比较典型, 较突出地展现了职务侵占罪的理论分歧和实务差异。

从刑法解释论上看, 职务侵占罪司法认定上的争议问题主要有两点: 其一, 职务侵占的行为定型, 是否可以限定为基于职务和业务上的取得财物? 对此疑问主要有“综合手段说”与“侵占单一手段说”之争。其二, 职务侵占罪的司法逻辑, 是只能限定为基于刑法立法规定的司法公正还是可以扩张为基于刑法立法目的的司法公正? 对此疑问有“基于刑法立法规定的司法公正说”与“基于刑法立法目的的司法公正说”之争。此两点理论争议应当说具有典型意义, 不但涉及基础性的法理价值, 而且有利于厘清贪污罪的相关法理疑难, 因而很有必要加以深入的法理检讨。

^① 案例来源: 四川省成都市中级人民法院(2014)成刑终字第293号刑事判决书。

^② 同^①。

而根据《刑法》第271条规定,职务侵占罪的客观方面是指公司、企业或者其他单位的人员,“利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有”,数额较大的行为。亦即:职务侵占的行为定型是“利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有”。

关于职务侵占的行为定型,目前理论界存在较大争议,主要有以下一些看法:(1)基于职务和业务上的取得财物说(简称“综合手段说”或者“全面肯定说”)。该说认为,职务侵占行为是指行为人(单位人员)利用职务上和业务上的便利条件,包括利用自己主管、管理、经营、经手单位财物的便利条件,以侵吞、窃取、骗取和其他方法将本单位财物非法占为己有的行为。^①(2)侵占单一手段说。该说认为,职务侵占行为是指行为人(单位人员)利用职务上的便利侵占本单位财物的行为。根据侵占单一手段说,“职务侵占罪的行为手段只包含侵占,不包含盗窃、诈骗等,分拣员利用职务便利窃取邮包,只能成立盗窃罪”^②。值得注意的是,侵占单一手段说内部还存在细微差异,有的侵占单一手段说者主张“利用职务上的便利”可以作广义的理解,即包括行为人(单位人员)利用职务上和业务上(劳务上)的便利(即广义的侵占单一手段说)^③;有的单一侵占手段说者则主张“利用职务上的便利”只能作狭义的理解,即只包括行为人(单位人员)利用职务上的便利,但是不能包括利用“业务上(劳务上)”的便利(即狭义的侵占单一手段说),因而行为人(单位人员)“利用暂时接触、经手邮包的便利条件窃取”单位财物的行为应定性为盗窃罪。^④

可见,职务侵占(行为定型)的既有解释结论的争议,尽管可以简要概括为“综合手段说”与“侵占单一手段说”之争,但是其具体内容主要涉及“利用职务上的便利”和“将本单位财物非法占为己有”的解释性争议。

其中职务侵占罪中“利用职务上的便利”的解释结论,有的主张广义的理解,认为其包括行为人(单位人员)利用职务上和业务上(劳务上)的便利,此可谓“业务便利肯定说”、广义说^⑤;有的主张只能作狭义的理解,即认为其只包括行为人(单位人员)利用职务上的便利,但是不能包括利用“业务上(劳务上)”的便利,此可谓“业务便利否定说”、狭义说。^⑥对此,笔者认为“业务便利肯定说”、广义说更为符合法理,即应当将职务侵占罪中“利用职务上的便利”的解释结论限定为包括行为人(单位人员)利用职务上和业务上(劳务上)的便利,其合理性可以从文义解释、体系解释、历史解释、目的解释等各种解释方法获得确认。

正如有学者指出^⑦,就职务侵占罪的职务而言,它与一般意义上所指“职务”的相同之处在于它也是对“特定职位”的称谓,但是它与国家机关工作人员“职务”确有其不同之处,作为非国家机关的公司、企业或者其他单位的“单位人员”,其“职务”是指其工作职责、工作任务甚至劳务,它“都是代表所在单位行使主管、管理、经手本单位财物的权利”。因此,职务侵占罪中“利用职务上的便利”,是指利用根据法律法规、单位章程以及单位有关负责人赋予的特定权力与权利之便利条件,包括直接利用本人职务上的便利、直接利用本人和他人各自职权的合力便利、利用职务上的管理与被管理的制约关系之便利、利用单位其他工作人员的职权之便利等多种情形。

① 毕志强,肖介清.职务侵占罪研究.北京:人民法院出版社,2001:107-144.

② 苏云,张理恒.快递公司分拣员窃取邮包行为定性分析——以杨某窃取邮包二审无罪案展开//魏东.刑法解释:第2卷.北京:法律出版社,2016:246-264.

③ 黎宏.刑法学.北京:法律出版社,2012:764;同②.

④ 同②.

⑤ 黎宏.刑法学.北京:法律出版社,2012:764;同②.

⑥ 同②.

⑦ 同① 107-118.