

ULTIMATE RIGHTEOUSNESS
CRIMINAL LAW CASE STUDIES' PURSUIT

刑案之道

正义极限

高艳东 —— 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

极限正义

刑案之道

高艳东 | 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



自序

刑事法应追求极限正义

刑事诉讼的精髓在于对正义的无限追求。刑法更是正义之王，在所有法律中，刑法追求的正义标准最高。很多法律活动实现的是一种“差不多的正义”，民事诉讼中的“两造”相争，经常被敲边鼓：“让他三尺又何妨？”行政诉讼中的大量案件也常以和解的方式结案。民事、行政诉讼更看重社会效果，只要解决了社会冲突，化解了主要矛盾，法条运用可以“睁一只眼闭一只眼”。但是，刑事法的正义差一点也不行，它是个“完美主义者”，永远追求百分之百的正义。即便现代刑事诉讼认可认罪认罚从宽、刑事和解等制度，也要严格控制其程序和标准。因此，不为正义疯狂的人，不配举起刑法定。

1. 什么是极限正义：法律逻辑+价值考量

极限正义要求司法者遵守法律逻辑，考察所有细节，实现法律价值的最大化。法官要挖掘法意，穷尽情理，综合考虑法条、文化、人性等各种因素，让判决经得起历史考验。

极限正义不是极端正义。传统刑法追求的是极端正义，是康德式的绝对主义观念。例如，在康德看来，“杀人偿命”就是绝对命令，如果一个死刑犯同意参与一项危险的实验，即使实验的成功能换来一种对人类有益的药方，也不能免除该罪犯死刑，否则正义就是被标价出卖了，正义就不再是正义了。这是一种孩童式的非黑即

白的直觉正义，“宁可同归于尽，也不共创未来”的理论具有道德高度，但缺乏竞争优势。如果一个国家长期奉行康德式正义观，就会在长期竞争中落后于务实的国家，在危急时刻更有灭族的危险。经历过黑死病、埃博拉疫情的人，估计都不会选康德做法官。如果一个死刑犯主动要求接受新型冠状病毒疫苗的试验，并因此挽救了人类，就应该将此行为解释为“对国家和社会有其他重大贡献”的立功行为，从而免除其死刑，即便这一做法并不完全符合我国减刑制度的字面含义。

极端正义贻害无穷，即便假以正义之名。正义的价值不在于“痛快”，而在于实用。刑法学者应当“一眼万年”，不仅要读懂文字中的历史，更要眺望文明的未来。刑法的正义高度，不取决于对罪犯复仇的烈度，而取决于对文明提升的高度。正义的核心不是道德正确，而是解决问题。伟大的价值观应当具有历史穿透力，而不是满足于当下的情感宣泄。

极限正义也不是机械正义。传统刑法信奉机械正义，试图用简单的“三段论”提供普遍适用的标准化定罪公式，强调同案同判。但是，世上没有两片完全相同的树叶；同样，世界上也没有两个完全相同的案件。极限正义追求细节化司法，强调千案千面、一案一议，允许法官结合历史文化、现实需要和未来发展，对法条作出与时俱进的解释，同样的术语可以因为场景不同而被赋予不同的含义。法条可以在案例中舞动，例如，利用 ATM 机的错误恶意取款，认定为盗窃、侵占和不当得利都不违背法条含义。对法官的选择起决定性作用的不是文字的逻辑，而是对人性的理解和对风险的分配。法条不是字典，社会场景赋予了法条含义。例如，对疫情期间的“危险方法”就可以作出不同于平时的扩张解释：在平时，“朝人吐痰”不是刑法中的“暴力袭击”，但在新冠病毒肆虐期间，就可以解释为“暴力袭击”；同样，扯他人口罩的行为，在正常状态下不属于危害行为，但在新型冠状病毒肺炎暴发期间的医

院，就属于“不法侵害”。极限正义要求法官用尽力气考虑每一个细节，而不是简单地套用四要件（三阶层）的机械公式去定罪。

2. 为何追求极限正义：个人生死+人类未来

刑法追求的是没有终点的正义。对个人而言，刑法可以剥夺其最基本的权利，杀头不像割韭菜，错判一个案件，重者人头落地，轻者身陷囹圄，有人说“你办的其实不是案子，而是别人的人生”，意即在此。对制度而言，刑事判决是国家基本价值的风向标，可以形成连锁的传递效应，更可扭转时局。中华人民共和国成立初期，刘青山、张子善被判处死刑，在很多人看来，这两个人头的落地至少换来了中国官场二十年的清廉。同样，在新型冠状病毒肺炎疫情期间，“妨害传染病防治罪”等罪名的适用，起到了明显的应急作用，对控制病毒传播起到了重大作用。对人类而言，刑法调整着进化的方向。例如，强奸罪、重婚罪的设立，改变了人类的性竞争方式，把雄性原本用于性竞争的大量精力转化为了生产力，进而把人类推向了更高的文明阶段。但同时，因刑法禁止了暴力性竞争，攻击、强制让位于温和、体贴，暴力基因无法延续，而有“责任心与爱心”的暖男和奶爸成为竞争优胜者，进而使男人不断中性化。所以，刑法是一把双刃剑，用之得当可能是维护社会和平秩序的天使，用之过度则可能是灭绝人类自然能力的杀手。

刑法不仅能解决今天的冲突，还可以给未来画出蓝图。刑法的每个文字，都是文明的标准；刑法的每个条文，都是文化的产物；刑法的每个案例，都是对人性的考量。甚至，刑法的标点符号，都影响着人类未来。正因如此，刑法中的每一个字都重如千斤，例如，我国《刑法》第286条之一的“拒不履行信息网络安全管理义务罪”规定，“网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正”的，应当承担刑事责任。该罪关系到数据产业的未来，其他国家很

少规定类似罪名，因为在数字经济发展早期更需要促进政策，如果把该罪理解为单纯不作为犯，很多互联网企业都可能面临灭顶之灾。幸运的是，立法者使用了“拒不改正”这一用语，这样的规定和“不改正”有本质区别。如果条文规定的是“不改正”，意味着只要网络服务提供者接到监管部门命令而未改正，就可能构成犯罪，即单纯不作为可构成犯罪；但是，“拒不改正”则需要网络服务提供者有“拒”的积极行为，如对抗监管、将服务器架设到国外以逃避监管等。换言之，多了一个“拒”字，让该罪从单纯不作为犯罪，变成了作为犯罪，这就大大缩小了该罪的处罚范围。

3. 如何实现极限正义：上帝思维+工匠精神

处理刑法案例，要像上帝一样思考，像工匠一样雕琢。不想当上帝的法官就不是好法官。像上帝一样思考，意味着法官的眼里不能只有法条，更要看尽人间冷暖。罪刑法定只是刑法的基础，法条之外的广阔天地仍大有可为。法官切不可成为条文主义的门徒，含义明确的法条很可能维护着过时的制度。例如，20世纪80年代“温州八大王”的倒买倒卖行为，完全符合1979年《刑法》中投机倒把罪的犯罪构成；同样，21世纪初期互联网企业没有金融牌照从事金融业务，也符合非法经营罪的犯罪构成。在刑法的围墙中，人性、伦理、文化都散发着无与伦比的光芒。任何社会都有不完美的一面，但上帝要在阴影之处洒下阳光，法官也要以毕生所学，在法条允许的范围内，用判决纠正社会的不公。例如，张扣扣为母报仇杀三人，当然罪大恶极，但是，在目睹母亲死亡后的漫长时间里，没有机构对其采取心理干预等恢复性司法措施，最后其被直接判处死刑，是否会让上帝流下一滴眼泪？

用上帝的眼光审视案件，是未来法官最重要的优势。在信息时代，如果法官只是机械地适用法条，那么人工智能经过深度学习之后，对法条、司法解释和判例的理解，都会逐渐超越法官。但

是，人工智能永远不会有上帝的思维，它不会在人类的历史、社会的进步中思考判决的社会价值。例如，在处理吴英案时，人工智能很难考虑到金融垄断导致的融资困境、商人投机行为对经济的促进作用等深层社会问题。空读法条，终将一事无成。在司法考试之后，我已经无法完整背出一个刑法条文了，博士毕业后，刑法专著也越读越少，也就理解了爱因斯坦说过的“只记书本上没有的东西”。此外，人类学、社会学、心理学的著作大大加深了我对刑法的认识。在不同学科知识的交相辉映下，刑法成为述说人性的知识谱，而不是解读文字的注释学。

学者要像工匠一样雕琢法条，法条是被解释者抛光的。法条是昨天的，生活是当下的，两者之间总有鸿沟，这就需要学者逢山开路、遇水搭桥。例如，立法者设立了破坏计算机信息系统罪，但智能手机替代了计算机后，如何把手机解释为“计算机”，就需要根据功能论字斟句酌。同样，特斯拉生产了电动车，这要重新解释破坏交通工具罪中的“汽车”。需要注意，汽车和电动车有本质区别，根据《现代汉语词典》（第7版），汽车是“用内燃机做发动机”的交通工具。我国司法人员不假思索地把电动车归为汽车，是一种粗糙正义的体现。

4. 如何追求极限正义：把案例当成艺术品

案例是检验正义的唯一标准。再精美的教义学，如果没有在案例中绽放，都只是镜花水月。再卑微的看客，只要推动了案例的正义，都是人间天使。正是本着追求极限正义的学术本能，我长期跟踪研究了很多热点案例，并得出了与通说或判决不同的结论，主要是为了提醒法官，任何案例都应当在穷尽所有可能之后才能下判。刑案并非只有“认定事实清楚，适用法律正确”这一种正义的颜色，一个伟大的判决不能只考虑一种正义观。

很多文字中流淌着我的泪水。法律的深处是情理，一个对案件

不动情的人，就没有机会去追寻一种超越时空的正义。我习惯在深夜写作，夜深人静的时候没有世俗喧嚣和人间烟火，只有良知在黑夜中闪闪发光。分析这些案例时，我常常在不同角色间穿越。有时我会化身被告人，跪求法官的悲悯；有时我会成为被害人，诉说自己的悲凉；有时我会扮演法官，寻找正义的光芒。当然，更多的时候，我还是愿意做一个法律江湖的侠客，白衣如雪，仗剑天涯，手中无法典，心中有正义，虽千万人吾往矣，对法条寸土必争、一字不让，为正义殚精竭虑、死而后已。

每一个案例都是昨天的故事，但是，每一个判决都是明天的路标。你在读这些文字的时候，会感受到一个极限正义教徒的执着。法之大者，非黑非白，无善无恶。我相信你看到的不是辨析正邪的学说，而是仰望上帝的目光和兼济苍生的刀笔。

目 录

第一章 邱兴华案：精神病人的刑事责任	001
一、迷惑与被迷惑：精神病鉴定背后的法治 诉求与学者寄托	003
二、喧宾夺主：刑事责任能力中的精神病态 无须求助于医生	008
三、混淆前提：幻觉和妄想不能否定非决定 行为的责任能力	014
四、行为过程是判断刑事责任能力最可靠的根据	017
五、超常规的行为方式折射出更强的控制能力， 而非精神病态的证明	023
六、拒绝鉴定申请是副作用最小的合法选择	026
七、结语：立法者的法治，司法者的个案	030
第二章 快播案：不作为犯的刑事责任	031
一、引言：不纯正不作为犯有无边界？	033
二、在行为可罚性上，不作为 ≠ 作为	034
三、集体主义 vs 个人主义：不纯正不作为犯的法理	039

四、法益保护 vs 行为危险：中国重罪的蓝本是作为	044
五、我国刑法应严控不纯正不作为犯的范围	053
六、传播淫秽物品牟利罪应排除不作为	057
七、不纯正不作为犯的出路	064
八、结论：不要让德日教义学迷住正义的双眼	067
第三章 肖志军案：薄情者的刑事责任	068
一、对肖志军定罪的客观要件：不作为与因果 关系之考察	070
二、从抽象危险性到具体危险性：肖志军拒签 前后对危险性认识程度的飞跃	077
三、肖志军的罪过内容分析：间接故意而非有认识过失	080
四、罪名选择：肖志军属于故意杀人罪而非遗弃罪	087
五、破解对肖志军的宽恕因素：期待可能性与 刑法价值导向	088
六、结语：爱她，就请保护她	091
第四章 小偷猛踩刹车案：慌张者的刑事责任	092
一、问题根源：以危险方法危害公共安全罪立法时 对罪刑法定原则遵守的先天不足	094
二、从“性质”上限定危险相当性：具有致人重伤、 死亡的性质才是以危险方法危害公共安全罪中 危险性的实质	096
三、从“程度”上限定危险相当性：具体危险犯 的认定标准更严格	103

四、对“危险方法”的定罪出路·····	114
五、结语：“危险方法”不能包治百病·····	116
第五章 三鹿奶粉案：造假者的刑事责任·····	117
一、判解省审：被民愤掩盖的治罪谬误·····	119
二、抽象考察：刑事责任的合理档次·····	122
三、规范论证：涉案罪名的准确判定·····	137
四、刑法应然：价值立场的正确回归·····	164
五、结语：身份、责任与可罚性的对应关系·····	166
第六章 组织刷单案：刷单炒信者的刑事责任·····	167
一、组织刷单的定性争议·····	169
二、社会危害性判断：互联网公害、行政法失灵·····	170
三、组织刷单违反“国家规定”·····	175
四、组织刷单可以适用《网络诽谤解释》·····	179
五、死与生：工业与信息时代非法经营罪的不同命运·····	181
六、结语：互联网是中国刑法学换道超车的机会·····	183
第七章 许霆案：占便宜者的刑事责任·····	185
一、引言：许霆案中的法治信息与专业要求·····	187
二、许霆案偏差的根源：形式犯罪论固有的罪名 优于刑事责任的思维·····	188
三、价值判断中谁主沉浮：回归法的正当性来审视 官民分歧·····	193

四、从危害性看是轻罪重罚：寻找决定财产罪法定刑的根据	198
五、罪刑法定与犯罪类型说：许霆的行为方式不属于“盗窃类型”	202
六、实行行为辨析：“插真卡输密码”无评价意义	206
七、实行行为的基准：“从出款口拿钱”只能评价为侵占行为	213
八、取款机出错的性质分析：智能型机器出错与人出错无异	218
九、结语：聪明的法官不嘲笑民意	224
第八章 吴英案：投机商人的刑事责任	225
一、引言：一个女孩如何触痛了大众的神经	227
二、从口袋罪状到后盾罪名：诈骗罪的教义扩张与法理限缩	228
三、诈骗的层级化标准：生活、市场、投资与投机领域各行其是	239
四、吴英案中出资行为的归类：少数为投资、多数系投机	250
五、集资诈骗罪的应然解释：二次限缩与规范判断	257
六、诈骗何以致死：危害评价与政策选择	264
七、结语：惜香怜玉、精细司法	274
第九章 恶意注册账号案：黑产者的刑事责任	276
一、入罪必要性：打击恶意注册=控制网络犯罪	279

二、恶意注册的法律定性：从共犯到独立定罪	281
三、破坏生产经营罪中的“其他方法”包括欺骗手段	287
四、破坏生产经营罪中的“破坏”等于“妨害”	293
五、破坏生产经营罪中的“生产经营”可以包容“业务” ...	297
六、结语：法律可以穿越时代	300
后记 仰望法门	301

第一章

邱兴华案：精神病人的刑事责任

案情：善良限制了我的想象力

邱兴华系陕西省石泉县农民，曾三次因盗窃被拘留。2006年六七月期间，邱兴华与其妻何冉凤到陕西省汉阴县铁瓦殿道观抽签还愿，与道观管理人员发生矛盾，争执中邱兴华认为道观住持熊万成有调戏他妻子的行为，因此产生杀人灭殿的恶念。2006年7月14日晚，邱兴华趁管理人员和香客熟睡之机，持斧头、弯刀，将道观内的管理人员和香客等10人杀死，最小的被害人仅12岁。邱兴华杀人后，将道观住持熊万成的心剖出，切成丝，下锅炒熟放在一个盘子里，里面还有他的一颗眼珠。作案后邱兴华烧殿潜逃，在潜逃中，以做生意为名骗取湖北省随州市曾都区万福店农场魏岗村民魏义凯的信任，2006年7月31日吃完晚饭后趁其家人休息之机，用斧头砍杀魏义凯及其妻女共三人（一死两重伤），抢得人民币1302元。2006年10月19日，陕西省安康市中级人民法院一审以故意杀人罪和抢劫罪数罪并罚，判处邱兴华死刑，剥夺政治权利终身。邱兴华以有精神病史为由上诉，2006年12月28日，陕西省高级人民法院驳回上诉，维持一审死刑判决。

争点：天生犯罪人 or 精神病人

在邱兴华案（以下简称“邱案”）中，精神病专家在媒

体上频频预测邱兴华可能是精神病人。曾担任广西壮族自治区司法精神病鉴定组组长的刘锡伟教授认为：“仅就我能掌握的资料，这些情况已经非常明显。我相信很多专业人员都看得出来，但他们不说。我咨询过北京一位权威的精神病学专家，他完全同意我的看法。”^①刘锡伟教授还专门与北京大学心理学教授王效道在北大就邱兴华是否有精神病问题开了一个研讨会。法律人则紧随其后把该案升级，以隐含诸多法治期待的声音呼吁对邱兴华进行精神病鉴定。《南方周末》等报刊以《试看邱兴华案的天下之“大魁”》《我不是为邱兴华一人奔走》《邱兴华案对中国司法改革的影响》等组文的形式，把邱案从具体的精神病问题提升到法治标本的高度。邱兴华是变态的杀人犯，还是可怜的精神病人，是该案的争议焦点。

提要：法官是法律世界的国王，但医生不是

在邱兴华案中，由精神病专家所引发的学者诉求迷人而宏大。不过，即便学者们表达的法治理想是正确的，却在实质上与邱案无关。刑法的知识体系将证明这些诉求在方向上是错误的，因为，在刑法上邱兴华可以被法官不经鉴定直接认定为完全刑事责任能力者。所以精神病鉴定的宽严与法治进步并没有关系，学者们不能还没有仔细研读法条就作出感性判断。法治理想不能凌驾于作为法治基础的知识体系之上。刑法中的精神病态本质上是一个法律概念，是法官的领地，是否需要参考医生意见，取决于法官的专业水准和知识信心。精神病专家仅是法官并非必须使用的“助手”，过度放大精神病鉴定的刑法意义是反客为主。专家的确有技术优势，但在精神病态的判断上，精神病专家应当受到严格限制。

^① 柴会群：《我不是为邱兴华一人奔走》，载《南方周末》2006年11月30日，第A3版。



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

邱兴华案尘埃落定，陕西省高级人民法院拒绝对其进行精神病鉴定的申请，维持对邱兴华的死刑判决，以一种公众预期的方式为该案画上了句号。在这个日新月异的年代，邱案很快就成为过眼烟云。不过，案件的终结恰是反思与总结的开始，因邱兴华案写下一点文字，也算用学术的方式记录中国法治进程中的点滴故事。

一、迷惑与被迷惑：精神病鉴定背后的法治诉求与学者寄托

（一）始于专家迷惑：从专业争议到法治诉求

在任何一个国度，连环杀人或杀害多人的命案，都会引起社会恐慌和法律秩序的颤动，我国亦然。发生在社会转型时期的多起恶性杀人案件，如马加爵案、王斌余案、邱兴华案、贵州某县长被灭门案等，都给扼腕叹息的公众留下了挥之不去的血色记忆。每个案件都可进行多种解读，法律人关注的是，在类似案件中，精神病态问题如何从微弱的提醒逐渐成为焦点争议。

在马加爵案中，“马加爵是否存在精神疾病成为辩论的焦点”^①。在邱兴华案中，很多精神病专家都认为邱兴华属于精神病人，如中国司法精神病鉴定领域泰斗、中华医学院医疗事故鉴定专家杨德森教授指出：“我一生鉴定过很多人，都没有见过这种。普通的杀人案必定有杀人动机，邱兴华杀了道长还可以解释为怀疑其与妻子有染，但他把和自己完全没有关系的香客杀死，没有任何的犯罪动机，根本没法解释。美国出现过许多杀人狂，但他们杀人人都有一定动机，而且邱兴华杀人后把人的心切成丝炒熟了吃，手段残忍到这种程度，完全超出了正常人的行为范畴，已经不能用变态人

^① 田雨、刘娟：《为了生命的尊严——马加爵故意杀人案审判纪实》，载《法制日报》2004年4月26日，第6版。