

刑法思维

CASES

与案例讲习

陈璇

著

新
坐
标
法
学
教
科
书
案
例
研
习
案
例
研
习
C
A
S
E
S



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



刑法思维 与案例讲习

陈璇

陈璇
—
著

新 坐 标
法 学 教 科 书
案 例 研 习
新 坐 标
法 学 教 科 书
案 例 研 习



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法思维与案例讲习 / 陈璇著. —北京: 北京大学出版社, 2023. 4
ISBN 978-7-301-33651-9

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑法—案例—中国—教材 IV. ①D924.05

中国国家版本馆 CIP 数据核字(2023)第 004341 号

- 书 名 刑法思维与案例讲习
XINGFA SIWEI YU ANLI JIANGXI
- 著作责任者 陈 璇 著
- 责任编辑 周 希 方尔琦
- 标准书号 ISBN 978-7-301-33651-9
- 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
650 毫米×980 毫米 16 开本 27 印张 376 千字
2023 年 4 月第 1 版 2023 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价 89.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

编委会

新坐标法学教科书

主 编

李 昊 江 溯

编委会成员

陈 璇	崔国斌	丁晓东
董 坤	巩 固	何志鹏
雷 磊	刘 斌	任 重
宋华琳	杨代雄	尤陈俊
张凌寒	张 翔	朱晓喆

序

“有您这碗酒垫底，什么样的酒我全能对付”

近年来，源自德国的“鉴定式案例分析方法”在民法、刑法、行政法领域逐渐兴起。“鉴定式案例分析方法”听起来是个“洋味儿”十足的名称。但是，正像刑法理论中许多外来的概念、学说一样，我们需要关注的不是它来自哪个国家，也不是它叫什么名字，关键在于这个理论是不是能够契合当下我们的内在需要，是不是反映了理论研究和教学方面的某种内在规律。例如，“客观归责”可以说是近十多年来最炙手可热的一个舶来品。我始终认为，学术研究应当追本探原、以道御术，不能拘泥于某个学者所提出的具体学说，也不应当拘泥于“危险创设”“危险降低”“危险实现”之类令人眼花缭乱的名称本身，而应该剥开具体学说和名称的外壳，仔细看一看它的出现究竟体现出归责原理的何种发展规律——正是这种内在的规律才是真正本质和恒定的东西，才对推进我国刑法理论的发展具有指导意义，也才孕育着中国刑法学产出原创性智慧的契机。同样的道理，叫不叫“鉴定式分析方法”并不重要，关键在于把握住那些切中法学教育内在规律的“刚需”和“硬通货”。也就是，我们的案例教学究竟要达到怎样的目标？对照这种目标，传统的案例教学方法可能存在哪些缺失？为了满足案例教学的需要、契合法学教育的基本规律，鉴定式案例分析的思维又能给我们带来哪些启示和教益？

十年前，我从德国留学归来，入职中国人民大学法学院，之后很快发现，拿法律人必须具备的基本能力来衡量，我国传统的案例教学模式与实际的需求之间似乎有着不小的差距。传统案例教学采用的方式，其特点大致可以概括为：论题给定、专项训练，即将每个案例的研习重点集中在一两个问题上。这不禁让我想起，在钢琴教学中，有练习曲和乐曲之

分。练习曲的特点在于,它把某种技术要素、难点集中起来,练音阶就是练音阶,练八度就是练八度,练换把就是练换把,不掺杂多余的内容,这便于初学者有目标地重点突破。传统的案例教学就类似于练习曲,它固然有助于加深学生对于特定知识点的理解,但其最大的缺陷就在于忽视了对学生通盘发现问题能力的培养。正如正式登台演奏的乐曲无不综合了多种技术要点,演奏者只有娴熟地综合运用多种技巧才能胜任。同样的道理,实践中的疑难案件往往杂糅交织着多重问题,只有具备在短时间内全面、准确搜索问题的能力,辩护人才可能穷尽一切可能的辩点,公诉人才能找到真正有力的指控方向,法官才能作出公正的判决。鉴定式案例分析方法最值得借鉴的地方就在于,它所发展出来的从事实分段到罪刑规范的查找再到犯罪成立要件的逐一分析这一整套章法或曰程式,能够最大限度地督促分析者不放过任何一个有探讨空间的问题。

鉴定式案例分析方法的另一个优势在于它的“笨”。任何一个案件,无论它看上去怎样简单,分析者都需要穷尽一切问题和规范;任何一个结论,不论它如何浅显,分析者都必须经过严格的说理和论证,来不得半点敷衍和草率。正是这看似枯燥的一个法条一个法条的涵摄、一个要件一个要件的分析过程,才使我们能够发现那些平常容易被忽略、被遮蔽掉的问题,能够在法律写作中杜绝大而化之、不着边际的毛病,学会结合个案的丝丝细节将论证的每一环节都压实说透。在德国大学里,法科学生之所以能够较早地养成紧扣法条及判例进行说理的习惯,之所以能够较早地具备娴熟运用法律论证方法从事大篇幅专业写作的能力,与各主要部门法学科内高强度的案例分析训练是分不开的。从我本人的教学经验来看,愿意踏踏实实下这种“笨功夫”的学生,恰恰是法学论证和专业写作技能提升得最快、掌握得最扎实的。

我自2013年春季学期开始在中国人民大学法学院为本科生开设了刑案例分析的选修课。这门课程吸收鉴定式案例分析方法的精髓,同时保留了传统案例教学方法的优长,发展出了“五步骤”的分析框架,以及地毯式全面分析与重点问题深入研讨相结合的教学模式。课程的内容是完全中国化的:一方面,所有案例素材均选自本土的典型案件;另一方面,分析模式的具体设计也适应了中国刑法的一系列特色制度,例如

共同犯罪、罪量要素等。

本书是我所撰写的第一部教学用书。与学术专著相比,本书的写作给我带来的压力似乎更大。这让我想起了《宋人轶事汇编》里记载的一桩轶事:“欧公(即欧阳修——引者注)晚年,尝自审定平生所为文,用思甚苦。其夫人止之曰:‘何自苦如此!尚畏先生嗔耶?’公笑曰:‘不畏先生嗔,却怕后生笑。’”“怕后生笑”,可谓一语中的!无论哪种形式的教学用书,均旨在为学生日常的学习、思考和训练提供一种标准的范本。而范本的建立绝非朝夕之功,不经历反复锤炼、长期积淀是无法完成的。为此,我作了两方面的努力:第一,本书的主体内容,无论是案例材料还是分析正文,抑或是方法讲授,都经历了九年课堂教学的持续打磨。其中不少案例多年来反复在使用,每一年的课堂研讨几乎都有新的发现,要么是找到了以前被忽略掉的问题,要么是变换了分析的思路,要么是对疑难点有了新的看法。我真切地感受到,九年讲授刑法案例课的过程,也是我自身分析能力和学生同步提升的过程,“教学相长”诚非虚言。第二,在本书最后定稿阶段,我专门听取了多名听过课的研究生的修改意见,并请他们对全书进行了分工校对。尽管如此,本书毕竟具有相当的探索和试验性,它无论在内容还是在形式上都有完善和提高的空间,诚挚期待和欢迎各位读者批评指正。^①

记得现代京剧《红灯记》中有一段脍炙人口的场景:李玉和即将赴宴斗鸠山,临行前李奶奶以酒送行,李玉和举起酒碗念白道:“妈,有您这碗酒垫底,什么样的酒我全能对付!”正如法学教育不可能、也无须毫无遗漏地给学生讲授每一部具体的法律一样,一门刑法案例分析课不可能、也无须穷尽刑法学所有的知识点,不可能、也无须覆盖司法实务的一切能力训练。学生走出校门后,还需要进一步在工作中学习、磨炼诸如阅卷、取证等实务操作的具体技能。但是,这门课程和本书的意义大概就在于,帮助学生练就应对一切法律问题所不可或缺的一套基本功、一种底层思维方法。只要本书能够为同学们未来的法律职业生涯送上一杯“垫底”的酒,那么其目标也就达到了。

北京大学出版社的蒋浩、杨玉洁和靳振国老师对本书出版给予了巨

^① 我的电子邮箱为:chenxuan1226@hotmail.com。

大的支持;这些年来,我曾在不同场合与张翔、车浩、江溯、吴香香、查云飞等致力于案例教学探索的同人进行过交流和切磋;2013年至今历届听课的同学在课上课下的讨论中带给了我各种意想不到的灵感;研究生储志豪、李时增、田扬、李妍彬、韩金泥、朱子龙同学协助校对了书稿。对于以上各位老师和同学,谨致以衷心的感谢。

陈 璇

二〇二二年八月十八日于北京

目 录

第一章 导论:思维方法与分析框架	001
一、从“头脑风暴”到体系性分析	001
二、“五步骤”分析方法的基本构造	006
三、特殊犯罪现象的分析模式	023
四、本书的目标、设计和使用指南	053
五、结语	057
第二章 见义勇为案	058
案情叙述	058
思路提要	058
具体分析	059
难点拓展	089
第三章 聚苯乙烯案	099
案情叙述	099
思路提要	099
具体分析	101
难点拓展	124
第四章 稻香楼宾馆案	134
案情叙述	134
思路提要	134
具体分析	136
难点拓展	161

第五章 孩子与赎金案	168
案情叙述	168
单一行为说的分析方案	169
思路提要	169
具体分析	171
复合行为说的分析方案	203
思路提要	203
具体分析	205
重点复习	239
第六章 毕业季的四套西服案	240
案情叙述	240
思路提要	241
具体分析	243
重点复习	272
第七章 地铁站的行李箱案	273
案情叙述	273
思路提要	274
具体分析	275
难点拓展	305
第八章 面包车与银行卡案	318
案情叙述	318
思路提要	319
具体分析	321
难点拓展	346
第九章 “K粉”案	353
案情叙述	353
思路提要	354
具体分析	357
重点复习	402

知识点索引	403
分析框架索引	409
主要参考文献	411
附录 刑法案例分析课规划	419

第一章 导论：思维方法与分析框架

一、从“头脑风暴”到体系性分析

当一名法科大学生花费了大概一年的时间,系统地修过刑法总论和刑法各论的课程之后,对刑法典的重点法条以及刑法学的基本概念和原理都已经有了大体的了解。刑法教义学的体系建构、概念创设和学说展开,一方面具有科学探索的价值,另一方面又具有重大的实践意义;其终极目的是能以现行刑法规范为依据,为刑事案件的合理分析和裁判提供可靠的思维支撑。因此,案例分析是法科教育中最为重要的基本功或曰“童子功”之一。

在正式进入讲授鉴定式案例分析方法的学习之前,我想先给听课的同学做一个测试。请大家先就以下这个案例,自行展开分析。

【路见不平拔刀相助】

某日 18 时许,丙驾驶摩托车载着乙经过某地,见一名过路妇女 X 佩戴着金项链。两人互相使了一个眼色,丙开着摩托车冲上前,乙趁 X 不备将其佩戴的金项链(价值 7000 元)夺走,然后逃窜。X 大声呼救,甲闻讯立即驾驶汽车追赶。两车的车速均超过了该路段的最高限速。追至一立交桥上时,此时立交桥上只有零星的车辆驶过。甲多次喝令乙、丙停车,乙、丙非但不听,反而为了摆脱甲的追赶在立交桥上高速蛇形行驶。在此情况下,甲加速向前,与乙、丙的摩托车并行(相距约 75 厘米),试图将他们逼停。相持约 20 秒后,摩托车失去平衡,先后与右侧立交桥护栏和甲的汽车发生碰撞,最后侧翻,导致乙跌落桥下死亡、丙摔落桥面造成左小腿骨折等多处损伤;丙在治疗中

小腿截肢,经法医鉴定为二级伤残。^①

从分析结论上看,自然会有无罪说和有罪说两派,但我更关心的是得出结论的论证过程。从以往课堂讨论的情况来看,主张无罪说的同学大致提出了如下三种代表性见解:(1)甲并没有将乙、丙二人置于死地的故意,他只想帮物主把金项链夺回,而且死伤结果也是被害人自己危险行驶造成的,与甲的行为无因果关系;(2)甲的行为是见义勇为,如果要把这种行为当作犯罪处理,那以后就没有人在他人遇到歹徒袭击时敢于出手相助了;(3)甲的行为成立正当防卫。支持有罪说的同学提出的如下三点理由:(1)甲明知自己的行为会使对方发生侧翻事故,而仍采用这种近逼的方法,存在杀人和伤害的故意;(2)因为乙、丙二人的抢夺已经既遂,不法侵害已经结束,所以甲无权进行正当防卫,其致对方死伤的行为成立犯罪;(3)虽然可以认为不法侵害尚未结束,但甲的防卫行为导致一死一重伤的严重损害结果,已经明显超过了必要限度,故他仍须承担刑事责任。

尽管同学们基本上能够找到案件中存在的争议点,但大多还停留在“东一榔头西一棒”的“头脑风暴”阶段,即缺乏清晰的思考方向与路径,不知以何处作为切入点展开分析。于是,就很容易仅凭自己的第一直觉,想到哪儿就从哪儿入手,哪里熟悉就从哪里入手。这样的分析方法至少存在以下问题:

第一,顾此失彼,遗漏要点。案例分析的第一个原则是考察的全面性,即要求分析者首先必须能够将案件所涉及的问题涓滴不漏地挖掘出来。但杂乱无序的思维方法往往只顾及分析者自己熟悉或者一眼容易看到的问题,自然无法保证案例分析的全面与周密。在我看来,目前我国通行的刑法案例教学方法恰恰忽视了对学生发现问题能力的培养。市面上传统的案例教程,大多是按照刑法总论和各论教科书的篇章体例来对案例进行编排分类的,并且每个案例后又有提示性的问题。这种方法的优势在于能够引导学生对案例中的某个争议问题展开深入思索。但其存在的最大问

^① 案情改编自“张德军故意伤害案”,载中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第51集),法律出版社2006年版,第1—4页。

题却在于,容易将学生对案例的思考范围仅仅局限在标题或者提示性问题所指向的某一个或某几个知识点上。换言之,传统的刑法案例教学基本上停留在“举例子说法理”的阶段,它能够加深学生对单个知识点或者单个法律条文的理解,但却很难教授学生在面对一个包含了错综复杂的法律关系、牵扯诸多规范的案件时,如何去庖丁解牛、抽丝剥茧。打个比方,传统的案例教学法就好比让初学游泳者把着泳池边上的扶手逐一练习换气、蹬腿等分解动作,它可以使学习者的每个动作变得标准和到位,却不能保证他进入江河湖海后游弋自如、闲庭信步。无论是法官、检察官还是律师、学者,法律职业者所面临的考验恰恰就在于,当一个完全陌生的现实案件摆在面前的时候,既不会再有提示性问题的指引,也很难指望总是有一众人等可供集思广益、共同研讨。因此,练就独立地搜寻和发掘案件中隐藏的全部问题的能力,就成为案例分析教学首要的目标。

第二,叠床架屋,浪费精力。案例分析的第二个原则是思维的经济性,即要求分析者在全面搜寻问题的基础上,应当使分析的过程尽量简洁、高效。这便要求案例分析必须遵循一定的思维次序和步骤,对某些问题的检验必须以另一些问题得到肯定回答为前提。换言之,如果前提性的问题已被否定,则后续的分析自然没有必要再展开。例如,一旦确定行为在客观上毫无法益侵害的危险,那就可以直接得出行为人无罪的结论,无须再去分析他在主观上是否有故意或者过失;又如,对正当防卫、紧急避险等正当化事由展开检验,是以行为符合法定犯罪构成要件为前提的。可是,在一个毫无章法的案例分析中,由于没有按照逻辑顺序对问题进行排列,故势必造成多头检验,造成精力和时间上不必要的消耗。以上述案件为例,如果可以认定甲对被害人的死伤结果既无故意也无过失,那就可以得出其行为无罪的结论,根本无须再去考察他是否成立正当防卫。

1997年《刑法》全面修订后的二十多年间,我国刑法理论的重心逐渐从批判刑法转移到解释刑法、从刑事立法学转向刑法教义学。法教义学“为法律规范适用于个案时不可避免的评价余地给出智识上可检验、公开和合理的操作标准”^①,从而天然契合于现代法治所追求的法的安

^① 参见雷磊:《法教义学与法治:法教义学的治理意义》,载《法学研究》2018年第5期,第66页。

定性和可预测性这一价值目标。只有逻辑严密、层次清晰的案例分析方法,才能最终有效地发挥法教义学的这项法治国机能,即最大限度地确保案件处理的透明性与可检验性,最大限度地保证判决结论的可信度。不可否认,与自然科学不同,法学无法不食人间烟火、不谙人情世故,无法与某一社会时期的价值观念相绝缘,而所谓“正义的感情预先得出了结论,而法律则只在事后为其提供理由和界限”^①,即先有结论后找理由的现象也在所难免。但是,正如卢曼(Luhmann)的系统论思想所指出的,法律系统需要按照自己的符码进行运作,作为系统外环境的经济、政治、社会等考量,只有被“转译”为系统内部结构可识别的符码之后,才能对系统产生影响。^②也唯有如此,方可实现法律系统稳定规范预期的目标。同理,正是严格体系化的案例分析方法的存在,才能迫使裁判者必须将得出结论的理由一一拿到法学的台面上来接受检验,“是骡子是马拉出来遛遛”,从而最大限度消除暗箱操作的嫌疑。无论有多少价值观念掺入其中,也无论解释者意图得出何种结论,相关的论据都必须纳入法教义学论证的话语和程序之中,都必须接受法教义学论证的筛查和拷问。例如,在探讨上述案件的过程中,有人认为甲无罪的实质理由在于,从贯彻社会主义核心价值观的角度出发,如果在本案中对见义勇为者判处了刑罚,则不利于弘扬社会正气、不利于鼓励公民之间互相协助。不过,这并不是从规范,而是从政策或者社会效果的角度提出的论据。因此,持该理念的解釋者必须结合《刑法》的规定,使自己的意见能够融入法教义学的论证思维之中,转化为法教义学的概念话语,并在层层の学理推演过程中获得证立。

当前,我国正在推进强化裁判文书说理性的改革。^③一国法律职业者的说理水平,与法学教育对法律论证能力的培养状况直接相关。试想,当大学法科的案例教学都拿不出一套规范严格的分析程序时,我们怎么能祈求公众相信法院对案件的处理是透明公正、有理有据的呢?当

^① Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1997, S. 64.

^② 参见陆宇峰:《“自创生”系统论法学——一种理解现代法律的新思路》,载《政法论坛》2014年第4期,第155页。

^③ 中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确提出了“增强法律文书说理性,推动公开法院生效裁判文书”的总体要求。