

犯罪行为

暴力犯罪，是指滥用暴力危及他人的生命、健康、自由或者损毁他人财物的各种犯罪。典型与非典型

典型的暴力犯罪：

危害公共安全

侵害公民人身安全

侵犯公民人身自由、财产权、人格权

例子 抢劫罪 故意伤害罪

不典型的暴力犯罪

间接暴力。

制造危险。

轻率或过失的暴力。

不作为暴力犯罪。

偷窃 原始与进化

特定身份才能构成的偷

欺骗 加害被害不再限于二元主体

财物不再是骗局的唯一内容

不再需要虚构角色

洗钱

“黑钱”的范围

如果明知是黑钱，而：

提供资金帐户

协助将财产转换为现金或者金融票据

通过转帐或者其他结算方式协助资金转移

协助将资金汇往境外

以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的来源和性质

《修六》增加了贪腐犯罪和金融犯罪

按照第三百四十九条，如果事前通谋，而包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子，或者，为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物，则以走私、贩卖、运输、制造毒品罪的共犯论处。

犯罪性

什么是犯罪学？

第一，犯罪与秩序的关系。

第二，犯罪与惩罚权的关系。

第三，犯罪与环境的关系。

第四，犯罪与被害的关系。

犯罪学与刑法学差异

学科属性：规范学与事实学

研究方法：定性演绎与定量归纳

社会功能：临床医学与预防医学

知识构成：自给自足与对外开放

价值立场：双刃剑与中立性

研究内容：立法司法与犯罪关系

在一定秩序关系种把握犯罪性

当我们说有犯罪性时，是因为我们置身于某种关系；

当我们说没有犯罪性时，也是因为我们置身于某种关系；

这种关系就是秩序。

秩序意味着人与人之间关系的

理性——普适的道德情感

有序性——分配关系

稳定性——确定性

犯罪性是相对一定秩序的非理性、破坏性和危险性。

——比“犯罪意味着不安全”更深刻。

秩序比安全更具前提性

有秩序，才可能有安全，没有秩序，一定没有安全。

(犯罪性不等于社会危害性)

犯罪性结构

主观 客观

内容 悖德性 暴力 偷窃 欺诈

形式 恶意 敌意 原因危险 结果危险

犯罪性的主观内容：悖德性

本能直觉主义：天赋道德

加罗法洛：自然犯罪

弗洛伊德：精神分析

张守仁的“德性之知”

环境经验主义：分配秩序决定伦理秩序

权力分配秩序的破坏。财富分配秩序的破坏。

符号分配秩序的破坏。

主观形式：

恶意是针对普遍公认的基本道德情感的否定性行为指向。核心内容是其反道德性、反伦理性、悖德性、非人性。以恶意为主要特征的犯罪，为恶意犯罪。

敌意是针对现行社会关系中其他社会成员的否定性行为指向。核心内容是社会成员之间的不相容性、排斥性，对现存社会关系中其他成员的否定性和攻击性。以敌意为其主要特征的犯罪，为敌意犯罪。

区别 1、恶意具有明显的主观上的悖德性；而敌意则表现为客观上的危害性。（诅咒——恶意和敌意都很明显，但不一定实害；而中巴车司机杀死路霸的行为，主要起作用的是敌意）

2、恶意往往表现为赤裸裸的利己倾向，损人是为

了利己（贪污、盗窃、诈骗）；而故意则可能以害他为主要内容，也许利己也许并不利己。（普通杀人与自杀式袭击）

3、恶意往往表现为主动侵犯，因而具体对象是谁并不是最重要的；而故意则往往是被动适应来自环境中各种不良影响而发动的攻击，因而一般都指向明确的问题来源。（纵火与普通杀人）

4、恶意趋动下的攻击行为是一种向内的否定，即所实施的攻击行为实际上也是对自身固有良心的否定，因而通常都会导致罪责感、罪恶感的不快体验；

而故意趋动下的攻击行为是一种向外的否定，即所实施的攻击行为并不一定意味着对自我良心的否定，有时还会获得某种合理化、合道德化的解释和支持，因而并不一定导致罪责感、罪恶感的出现。

（盗亦有道）（防卫过当）

5、恶意由于是对普遍公认的道德规范的否定，因而可能发生在任何角色、身份、地位、群体的个体身上，其表现不具有明显的社会阶层特征，任何人都可能通过犯罪来宣示其恶意；

而故意则由于是人与人之间、群体与群体之间、阶级与阶级之间的对立冲突的表现，因而其表达方式往往会具有身份性、地位性、群体性特征。
（非直接利益性群体冲突）

对一个社会而言，恶意犯罪的存在是正常现象；而故意犯罪比例越高，越需要引起社会的反思，如何通过调整社会关系，而化解人们之间的敌意，预防犯罪——理性的社会，理性的犯罪反应。

客观形式

再犯的可能性很大，这就是原因危险。

过失犯罪、玩忽职守、违法发放贷款，所以是犯罪，就是因为有结果危险。

恐怖组织

暴力性。（但是，为了促进生态环境或动物权利保护而采取暴力行动，破坏实验设备，就不是恐怖主义）

政治性。是恐怖主义犯罪有别于邪教犯罪、黑社会犯罪的根本特征。（但是，战争、革命暴力、政府支持的针对别国首脑的政治暗杀等，也是政治暴力，但不是恐怖主义）

操纵性。通过象征性地打击无辜者、非军事目标，使其他具有相似社会、政治、阶级、文化属性的人群体验到强烈的恐惧，进而影响其政治反应。
反叛性。在秩序关系中处于劣势的群体针对上位统治群体的敌对立场及其破坏性和毁灭性打击行动。

动刑

动刑，是指刑罚的发动，就是国家动用刑罚手段对公民触犯刑法的行为做出反应。“无行为则无犯罪”

犯罪实行行为分类

暴力/非暴力 公权/私权

某人为了杀害婆婆，在其饭菜中投放了毒鼠强，致其死亡，问题，这是投放危险物质罪，还是故意杀人罪？还是虐待致死？

结论：故意杀人，虽然方法是投放危险物质，但对象是特定的，致死是一次性的，因此是故意杀人。

盗窃的核心法律特征是秘密窃取

1、行为人自认为未被发现。

2、秘密性只是针对财物的所有者或者保管者而言的，不是相对其他人而言的。

3、秘密性要贯穿始终。如果中途被发现，采用暴力，是转化犯。

诈骗罪法律特征是欺骗十自主交付

以非法占有为目的，虚构事实、掩盖真相，骗取他人财物的行为。

某人发现三人正在盗窃，于是隐藏在一旁，等三人成功地将财物从院子里搬出装上三轮车后，大喊“捉贼”，将三人吓跑，然后将赃物拉走。

某甲发现某乙有一辆摩托车，怀疑是偷来的，便走上前去说：“这车是哪来的？”，某乙果然心虚，弃车而逃，某甲看四下无人，便将车骑走占为己有。

问题：两案区别何在，如何定性？

前一个非法占有虽然带有一定的欺骗性，但毕竟具有明显的强迫性质，因而可以理解为一种胁迫，因而是抢劫——“被害人”是不得不放弃财产的；

而后一个非法占有虽然也对“被害人”形成某种心理压力，但“被害人”的放弃是由于他自己没有仔细分析而轻信了后来者的诈骗的结果，因而是一种意义上的自愿交付。因而是诈骗。

可见，加害行为的性质与被害人的主观感受有关。

侵占罪 将代为保管的他人财物非法占为已有，数额较大，拒不退还的，处二年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金。

将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为已有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。

本条罪，告诉的才处理。

亲告罪：侮辱、诽谤、暴力干涉婚姻自由、虐待、侵占。

暴力公权犯罪称为一级罪，暴力私权犯罪称为二级罪，非暴力公权犯罪称为三级罪，非暴力私权犯罪称为四级罪。

不作为犯罪

不作为与作为相对，是行为人负有实施某种积极行为的特定义务，且能够实行而不实行的行为。所谓作为或不作为是指做了法律禁止的行为，或者不做法律要求做的行为。（不是法律没有要求的，比如前述女友指控男友不采取措施那种行为。）

不作为犯罪的构成前提是具有作为义务。

第一种作为义务来源是法律的明文规定。（抚养义务与遗弃罪）

第二种作为义务来源是职务要求。（警察不能碰见犯罪自己先跑开）

第三种作为义务来源是先行行为。

如丁某逃逸，故意杀人。

一个设问：假如司机下车后以为被害人没死，但其实已经当场死亡，该怎样认定？间接故意对象不能犯？——与直接故意的对象不能犯毕竟不同，追究没有意义。

法定类型

第一种法定不作为犯是充要不作为犯，是当且仅当一个罪名下全部构成要件行为是不作为时所成立的犯罪。（拒不救援友邻部队罪）

第二种法定不作为犯是必要不作为犯，即罪状中的不作为与作为之间互为必要条件时成立犯罪的情形。（丢失枪支不报罪，吸收客户资金不入账罪）

第三种法定的不作为犯是选择不作为犯，即罪状中的不作为与作为之间呈“或者”关系时成立犯罪的情形。（违规披露、不披露重要信息罪）

第四种法定的不作为犯是上述第二、第三种情形的混合体，可以称作混合不作为犯。（国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的，也是贪污罪。）

不作为的范围应当法定化。

“无罪过则无犯罪”

犯罪的故意就是明知自己的行为会发生危害社会的结果，而希望或者放任这一结果发生的心态度。

犯罪的过失是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免的一种心态度。

直接故意是明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心态度。

间接故意是明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且有意放任，以致发生这种结果的心态度。

疏忽大意的过失是行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的心态度。

过于自信的过失是指行为人已经预见到自己的行为可能发生危害社会的结果，但轻信可以避免，以致发生这种结果的心态度。

间接故意和过于自信的过失都对危害后果有所预见，而且，都不积极追求危害后果的发生。

重要区别是：如果出于过于自信的过失，行为人一般对危害结果的发生持反对、否定态度，而如果基于间接故意的心态度，行为人对结果的发生与否往往漠不关心态度两可，客观上行为人也没有积极利用相关条件有效避免危害结果的发生。

典型犯罪

定制犯罪

第一种定制之罪：行为不典型侵害公法益的犯罪。如：非法生产、买卖警用装备罪、偷越国（边）境罪、雇用逃离部队军人罪等。

第二种定制之罪：行为不典型身份滥用的犯罪。如：如违法发放贷款罪、吸收客户资金不入账罪，非法提供麻醉药品、精神药品罪等。

第三种定制之罪：行为不典型多条件限缩的犯罪。如：对违法票据承兑、付款、保证罪的，必须首先是银行人员，其次是在票据业务中，对违反票据法规定的票据予以承兑、付款或者保证，最后，还必须造成重大损失。

当然，落入犯罪圈外环，只说明缺乏上述一般性入刑理由，并不等于没有任何入刑理由。

刑法修正

结构还原。即任何一个已入刑或拟入刑的行为，都应该具有暴力、偷窃、欺骗的可还原性，至少可归结为定制之罪——实现法网严密性的基本

罪过

路径。

比例控制。

7 : 2 : 1。除非另有系统性说明，刑法修正不应轻易逆向打破这个比例关系，即典型犯罪跌破70%，或外环犯罪突破8%

罪刑有序。

即刑法修正应该按照犯罪圈结构中犯罪类型之间入刑理由的强弱关系安排各类罪名的刑罚轻重。

犯罪人

犯罪行为是人实施的

动刑的对象不是犯罪性或犯罪行为，而是犯罪人。

犯罪学上，犯罪人既包括已经实施了犯罪的人，也包括很可能犯罪，也就是犯罪倾向比较明显的人。

有学者甚至认为，所谓犯罪学，其实就是研究犯罪人的学问。理解了犯罪人，才能说清楚为什么会有犯罪。

替代攻击型强奸犯

主要不是出于性要求，而是攻击倾向的表现而实施强奸行为，因此往往手段残忍，发生在行为人与妻子、女友、母亲冲突之后。

补偿型强奸犯

主要出于性欲、自尊心不强、社会关系不完整等原因而实施强奸行为，他们往往幻想能以自己杰出的性能力赢得被害人的同情。因此他们遇到反抗时往往会放弃。

混合型强奸犯

主要是在暴力和性欲相伴随的情况下强奸，被害人的反抗恰恰能引起他们的兴奋。

冲动型强奸犯

主要是由于偶然的机会诱发的强奸行为。

性滥用

是否犯罪，不在于人数多少，是否异类，而在于根据谁的价值标准，对何种行为赋予犯罪的意义和属性。

犯罪就是被定义为犯罪的行为，罪人就是一定犯罪定义所不容的人。

重要的不是研究罪行或罪人的特点，而是研究为什么把某种行为定义为犯罪，为什么某些人会被主流犯罪定义者视为局外人。

所以，“罪”和“恶”不是在任何时候都可以自由兑换的。

犯罪化

犯罪化，就是将某种行为规定为、判决为——定义为犯罪。(酒驾)

非犯罪化，就是将某种犯罪合法化处理（刘邦约法三章、投机倒把）。

犯罪化过程所反映的，主要是社会与犯罪之间评价被评价的关系，而不是认识被认识、反映被反映的关系。

认识活动取决于认识工具，评价活动与评价者自身有关。

对象化：赋予某种事物或行为以某种意义、价值和属性。

没有对象化过程，只有裸的行为，没有犯罪。

比如，关于内幕交易犯罪化的争论。

同样的行为，被不同的评价活动赋予不同的意义，就获得或者失去了犯罪的意义和属性。

可见，犯罪都是被说成是犯罪的行为。没有犯罪定义，就没有犯罪。

国家安全（分则第一章）

公共安全（分则第二章）

社会主义市场经济秩序（分则第三章）

公民人身权利、民主权利（分则第四章）

财产权利（分则第五章）

社会管理秩序（分则第六章）

国防利益（分则第七章）

公职廉洁性（分则第八、九、十章）贪污贿赂、渎职罪、军人违反职责罪。

基本理论

犯罪定义的内在根据：一种行为何以被标定为犯罪的决定性因素到底是什么？

客体本位的犯罪定义观

认为犯罪定义中的主导因素、决定性因素，是被定义的行为本身。犯罪定义的客体性，主导着犯罪定义的制定和变化。

客体理论强调被动性

犯罪行为不以立法者的意愿而转移，不随着定义者的需要而变化。不论谁是定义者，只要他尊重事实，只要他从客观的犯罪实际出发，被定义为犯罪的行为都将是一样的。

主体本位的犯罪定义观

认为主导犯罪化过程的决定性因素是犯罪定义中的主体性。关键不在于什么行为实际上是犯罪，而在于什么行为应当或者需要被称为犯罪。

主体理论强调能动性：

主体性是人的自觉、自主、能动、创造、认

识局限、利益局限。(如，钓鱼执法)

谁，根据何种标准，出于何种利益驱动，将何种行为界说为犯罪，在犯罪定义中更具前提意义。

客体理论是认识论：

犯罪定义说到底是犯罪行为的副本，是犯罪行为的客观反映。

主体理论是价值论：

犯罪定义是定义犯罪的主体赋予某些行为以犯罪的意义和属性的结果。

是主体彰显、表达、确证某种价值的工具。

客体理论理论依据

第一，犯罪定义是犯罪现象的主观反映——摹状论

第二，界说犯罪的标准只有一个——一元论 客体理论相信，的确存在着某种唯一通行、公认的行为准则和价值规范。行为准则不可能是多元的。犯罪只能是与唯一正统的规范准则相悖的行为。

加洛法罗的“自然犯罪”理论

第三，犯罪是自然产物而非人为塑造的产物——自然论。犯罪不是被塑造出来或者发明出来的，而是被认识、发现的客体。所以，客体本位的犯罪定义观又可以被称为自然主义犯罪学。

罪刑关系逻辑批判

罪为因刑为果”并不符合实际？

主体理论依据之一：能动论

标签论认为，犯罪现象的产生是一个“贴标签”的过程——立法者、司法者、社会舆论，把某些人的某些行为定义为越轨的过程。

大麻相关行为犯罪化的过程——“道德企业家”贝克尔：社会群体创造了越轨行为，其方式是制定那些一经违反就会造成越轨的准则，并把这些准则应用于特定的人，给他贴上不受欢迎者的标志。从这种观点看，越轨不是人们所从事的某种活动的特质，而是其他人将准则及制裁施加于‘触犯者’的结果。

生活世界中犯罪定义的制定、运用都是非常灵活且能动的。对某个行为到底赋予还是不赋予犯罪的意义，在很大程度上取决于定义者自身的处境、目的、观念、需要等因素。福柯把这种现象称作“权力安排的策略”。

拉里福林克两次判决使用了同样地依据，但是判决不同，体现了犯罪定义的主体性。

犯罪定义的制定过程，是各种意义资源的选择、争夺、运用与分配的过程。

主体理论依据之二：多元论

人们运用规范的热情往往大于遵守规范的热情。恰好，被用来定义犯罪的规范准则不是唯一的，人们可以根据各自需要从许多规范准则中挑选。是否犯罪，关键在于定义者选择了哪些规范，而不是被定义的行为本身。

多元论代表：《文化冲突论》两个基本假定：

第一，社会中每个群体，不论是地缘群体、阶级、阶层、权力集团、亚文化群体等等，都拥有自己的文化规范，包括道德规范、行为准则、价值观念或者法律制度。社会群体是多元的，这就使得文化规范也是多元的。

第二，任何个体指引自己行为的准则，都是他所处社会群体的文化规范。每个人都有遵从自己所属群体的文化规范的倾向。既不能仅仅用所谓一般的通行的价值规范解释人的行为，也不能用所谓冲动、本能、需要、遗传等生物性因素解释人的行为。

推论 当每个人都按照自己所属群体的规范去行为时，就意味着触犯其他群体规范的可能性。于是，由文化冲突所导致的极端形式——犯罪——便在所难免。

从这个意义上说，犯罪其实是不同文化之间发生碰撞的结果。

所以，不能简单地说，犯罪是对规范的不适应、不服从。犯罪恰恰是遵从、服从某种规范，因而触犯了另一种规范的结果。

文化冲突论不仅仅是一种用来解释犯罪行为的犯罪原因理论，更是一种解释犯罪定义原因的理论——人们正是按照自己相信的犯罪定义去定义别人的行为，才有了冲突。

主体理论依据之三：冲突论

不平等的社会地位和相应的社会冲突，使得规范准则对不同阶层的社会成员而言，实际上具有不同的意义。

1949年，美国学者默顿在《社会理论与社会结构》中提出了“社会异常论”，认为犯罪是文化目标与手段之间断裂的结果。

所谓文化结构，就是指社会通行的价值目标，它规定着人们的生活目的。

所谓社会结构就是由不同的角色、身份、地位的人所组成的社会关系，也即人们之间因社会分层所形成的社会地位差别。

目标和手段的断裂

当目标和手段一致时，人们可以凭借社会提供的

合法手段去实现社会规定的价值目标。但是，如果一方面社会为人们规定了通行的价值目标，但另一方面又没有给人们提供足够的实现价值目标的手段，那么，目标与手段之间就发生了矛盾、断裂。

具体到美国社会，对下层社会成员来说，手段与目标并不一致：要么放弃通行的价值目标，安于现状；要么放弃合法手段，用非法的手段去追求通行的价值目标——手段上的不平等。

社会鼓励人们去赚大钱，但不允许每个人有同等的机会去赚大钱。于是，就在目标与手段相矛盾的个体内心中形成一种压力、紧张等内心体验。

对社会异常的个体反应方式

| 适应方式 | 文化目标 | 规范手段 |
|------|------|------|
| 遵从 | + | + |
| 改革 | + | - |
| 形式主义 | - | + |
| 退却主义 | - | - |
| 造反 | ± | ± |

“法律以其庄严的平等，禁止穷人也同样禁止富人在桥下睡觉、沿街乞讨和偷面包。”

——准则对不同地位的人而言有不同的意义：定义不可能全是客观的。

将何种行为冠名为犯罪，不可能过多地考虑被定义的行为自身的原有属性，相反，犯罪定义倒是冲突中赢得犯罪定义权的主体用来贯彻自己意志的最好工具。

罗生门 十二怒汉

各种主观性被植入或凝结到“案件事实”上。最终被认定的所谓犯罪，实际上是犯罪定义者自身的各种主体性与定义对象既有交集又有差异的复杂结果。

具体案件的定义过程，其复杂程度还不止于此。不仅犯罪现场的亲历者各有所图，就连司法者也未必就是纯粹的中立第三方。

比较犯罪定义学

应然假设：刑归因于罪——客体本位

何以见得，不是因为重刑所以才重罪呢——主体本位。

什么因素决定严厉程度不同？为什么有些刑罚更看重私权/公权？

犯罪的轻重是如何被定义的？

罪人、罪性、罪行并非刑法轻重的唯一变量。刑法有多严厉，不仅不是纯伦理学问题，甚至不是个纯法律问题。

给定的历史条件和集体经验也极大影响着罪刑关系的定义。

——不仅要知道应然，还应了解实然。

犯罪定义是主客体之间的中介物

只有在主客体之间不断调整、试错，才可能有科学、公正的犯罪定义。

一方面，不可还原。

另一方面，借助犯罪定义，主客体各自表达自己，影响对方：“黑钱”范围的几次扩大。

犯罪定义的形成、发展、变化，是主客体之间互动的载体和管道。

意义：过分夸大客体性是危险的：“当然的实质合理性”背后，定义者自身的某种局限任意性、随意性、恣意性、盲目性、情绪化便可能被掩盖起来——如“司法潜见”、“刑法偏好”。

除刑

罪刑法定 法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚

1、禁止类推 类推，是对法无明文规定的行为比照与其最相类似的罪名予以定罪处罚。是不利于被告的入罪解释。1979年刑法典。类推与扩大解释？

2、排斥习惯法 习惯法是民间法，不成文法，源自于长期共同生活的，处于同一文化圈里的多数居民的某些共同信念。

习惯法往往具有一定的区域性、原始性和不明确性。

如果依照习惯法定罪量刑，可能使被告人的权利在较大程度上处于不确定的状态，还可能导致法制的不统一。

惯性思维、逻辑错误，而不是习惯法，因而，罪刑法定解决不了这类问题。

3、禁止溯及既往 从旧兼从轻。

4、禁止绝对的不定期刑 绝对的不定期刑，就是对自由刑而言，刑法只规定科处刑罚而不规定量刑幅度，司法上法官只科处自由刑而不宣告具体的刑期。

意义：1、以立法权限制司法权，防止司法擅断对公民个人自由、安全的侵犯。2、罪刑法定还意味着对立法权的限制——法律规定要明确。

责任能力

无责任能力：绝对的免责条件，无责任能力则无犯罪，国家不能对无刑事责任能力的人发动刑罚。

法理：犯罪是自由选择的结果，责任能力意味着选择的自主性，意味着犯罪能力。惩戒一个不具备犯罪能力的人，既不人道，又无意义。责任能力包括认识能力和控制能力。

没有认识能力与不知法是两个概念。不知法不是免责条件。

控制能力就是支配自己行为的能力。

二者关系：认识能力是控制能力的前提。

责任年龄

已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。（完全刑事责任年龄段）

已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。（相对刑事责任年龄段）

已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。（从宽刑事责任年龄段）

因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。

已满七十五周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。

特殊责任能力

第十八条 精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。

间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。

尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。

醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。

第十九条 又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。

正当防卫 《中国刑法论》 P87

紧急避险 《中国刑法论》 P94

但书 “不认为是犯罪”就是绝对不起诉，不是相对不起诉。

经验定义

归纳：都是在一定前因后果中的暴力当场取财，

都没有定抢劫罪。所以——

抢劫罪，通常是指没有明显前因后果的裸的当场暴力劫取他人财物的行为。

用经验归纳修正三段论

“抢劫罪是暴力当场劫取他人财物的行为”（大前提）；

“但许多发生在一定冲突背景中的除外”（来自大样本的经验概括）；

“某被告的行为是发生在一定冲突背景中的暴力当场取财行为”（与经验概括相关的小前提）；

“所以，该被告的行为（很可能）不是抢劫罪”（结论）。

法的“经验定义”：类型化案件事实法律性质的否定性特称判断。

首先，经验概括位于三段论的大小前提之间。对小前提加以限制，让事实与规范之间的联系更加确定。

其次，经验概括是否定性特称判断。

“……行为不是抢劫罪”——“小但书”（相对无罪）。

第三，经验概括是特称判断：不是“所有”，而是“许多”

样本越大，在司法实践中越具有普遍性，借助这种经验之知对具体案件作出判断时，所冒的犯错误的风险就越小。

三段论的大前提是被人们事先放进一些东西的盒子，法律解释实际上是在“猜”盒子里曾经装有什么。

经验定义不能告诉人们，盒子里肯定有什么。至少可以通过归纳大量的除刑实践告诉人们，盒子里其实（很可能）没有什么。

秘密处分他人财产而人为抬高压低证券、期货交易价格的行为，不按操纵证券市场罪处理，而定盗窃或毁坏财物。

其实，非法处分行为与导致市场异常波动，两者既可能并存，又不必然交叉，所以，是想象竞合。最终认定，以危害较大的为准。

时效 第八十七条 犯罪经过下列期限不再追诉：

（一）法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年；

（二）法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年；

（三）法定最高刑为十年以上有期徒刑的，经

过十五年；

(四)法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

第八十八条【追诉期限的延长】在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后，逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。

被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。

第八十九条【追诉期限的计算与中断】追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算。

在追诉期限以内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。

实然：

尽管有坚硬的理论和原则，但仍有弹性的规则。比如：

纯正情节犯：定量不明确

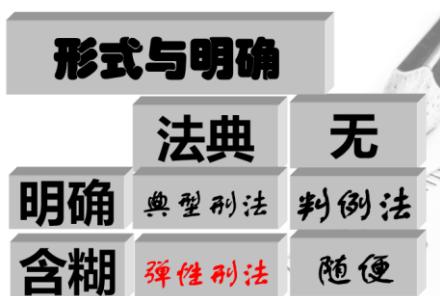
兜底犯：定性不明确

矛盾：

无论是否定罪都符合形式性要求，但定罪与否的规范根据本身都不明确。

如果想定罪，则有明文规定，如果不想要定罪，便可以说法无明文规定。

既是法无明文规定——定罪就违法；又意味着法有明文规定——不定罪也违法。



总结

上述除刑制度有何共性？

防止法外动刑

或者，防止动刑不合理

——防止惩戒资源的滥用

谁会因此而受到伤害：犯罪人？被告人？所有人？

所以，动刑的权力必须受到限制。

否则，滥刑、乱刑，还不如无刑。

第四、五、六讲分别是“犯罪人”、“犯罪化”、“除刑”。内在逻辑是给人贴上犯罪标签，难免

滥用刑罚的风险。由于刑罚不仁，所以要有除刑机制。

犯罪心理

母爱剥夺论 实施违法犯罪时手段特别恶劣。

弗洛伊德：精神分析

人格构成：本我（id），是人格中潜在、原始的本能部分。本我受快乐原则支配，要求立即满足肉体需要。

自我（ego），是人格中现实化的自我，受现实原则的支配。

最后是超我（super-ego），是人格中道德化的自我，受唯善原则的支配，类似于良心。其作用是指导自我，限制本我。

人格发展阶段

人格发展阶段：口唇期，肛门期，性器期。

第三阶段，是形成超我的关键时期。如果在这三个阶段中发展受阻，就会出现固着或倒退现象，就会出现“恋母情结”。

恋母情结实际上是个体幼年时期潜意识中存在的亲近异性亲长排斥同性亲长的一种本能的心理倾向。这种心理倾向一方面驱使个体实施异常行为（弑父弑母），另一方面又在超我的作用下使个体体验到深深的罪恶感。

于是，或者是异常倾向外化为社会不予接受的行为，或者是罪恶感导致个体对受到惩罚的追求以消除罪恶感，结果导致犯罪的发生。

危险心理

1、危险人格

反社会人格 犯罪人格 缺陷人格

2、危险心结

危险意结 马加爵案

危险知结 安徽杀妻女案（生男孩问题）

危险情节

罪人如何对付内疚

“合理化解释” 1、将被害人异类化

2、用语言美化恶行

3、“别无选择”

4、团体中的作恶者

5、为受害人好

犯罪规律

前犯罪学时期（1764以前）：鬼神决定论（原罪说）、自由意志论

犯罪学产生初期（1764—1876）：批判封建刑法的残酷性，“理性人”的犯罪解释论。刑法改革：轻刑化、人道主义、罪刑法定、平等、均衡

科学犯罪学时期（1876——）：轻刑化仍然没有成功控制犯罪率。于是，在达尔文主义、社会统计学，特别是孔德哲学的影响下，出现了实证犯罪学。

因果说 犯罪学就是犯罪原因学

1、犯罪的因果关系的必然性、确定性——有因必有果，有果必有因。

2、犯罪的因果关系的演绎性：犯罪原因应当是生活世界中诸多因果关系中的一种，因此，犯罪原因理论也往往是从众多公理中演绎出来的命题。

3、犯罪解释论的抽象性、思辨性。

（1）贝卡里亚的功利主义犯罪解释论、经济人假设：犯罪是人们趋利避害、驱苦求乐、得失计算的必然结果。

（2）美国学者贝克尔认为，人之所以犯罪，并不是因为他的基本动机与别人的不同，而是因为他从成本收益的分析中得出了与别人不同的结论。

贝克尔用数学模型描述犯罪的产生规律——五个基本变量：①定罪的可能性；②判定有罪后的惩罚；③从事合法与其他非法活动可得到的收入；④逃避逮捕的机会；⑤违法意愿。

缺点

1、规律也可能以事物之间的或然性关系表现出来

2、规律也可能来自大量的经验归纳

3、由演绎而来的确定的因果解释论都是无需检验的。而未经检验和证实的犯罪原因学说是危险的，如果直接转化为大规模的犯罪控制活动，后果可能是灾难性的。

概率说：随机性假定

形式有：

- 1、犯罪的出现机会分析。格卢克再犯预测法，就是一种预测拟被假释者出狱后重新犯罪可能性大小的犯罪概率研究。
- 2、犯罪属性特征的归纳。暴力犯罪都与破损家庭因素的影响有关。
- 3、犯罪相关性的观察。相关不等于因果；但因果一定相关。

比较

一个是确定的函数关系，另一个是不确定的概率关系；

一个自上而下地演绎，另一个自下而上地归纳；

一个是抽象的理论模型，另一个不仅强调建模，而且强调模型的实证检验。

总结

犯罪规律，就是犯罪现象中客观存在的本质联系，它的反复作用，使得犯罪现象中的相关联系重复出现，以至于人们可以据此预见、预防和控制犯罪。

犯罪社会学

- 1、犯罪行为是一种社会现象，是由一定社会条件造成的，其中不合理的社会制度、社会结构和社会过程所起的推动作用尤其明显。
- 2、犯罪行为模式与犯罪人的社会经济地位、种族、性别和年龄密切相关。
- 3、社会变迁与犯罪行为有关。
- 4、技术的发展及其对社会制度的影响，对犯罪的发生有重要的作用。
- 5、群体之间的相互作用对犯罪的发生有重要的影响。

环境和遗传都有作用，而且，生父母的作用大于养父母的作用。

作用

一般认为，犯罪率持续上升，应该导致刑罚资源投入的增加。

20年来，中国犯罪率平均每年增长10%以上，与之相应，也应该引发或将引发刑罚力度的提升。实际上不应一般地说犯罪问题趋于严重或者轻缓，仅根据毛犯罪率上升便加大刑罚力度，或者仅根据重罪率下降便放松犯罪控制，都可能误导刑罚适用的宽严导向。

犯罪来源

只有农村家庭恩格尔系数的影响显著。

人均GDP密切相关。

经济发展“横竖”都是犯罪率的最强解释。

结论

刑罚资源的投入不完全取决于犯罪数量的消长，而与宏观犯罪原因有关。

如果犯罪数量的增长是社会因素的结果，刑罚资源的投入不仅不会机械地相应增长，反而会受到严格控制。

——犯罪率上升了

——经济高速发展带来了相对剥夺

——重刑率不升反降

量刑

预备、未遂、中止 《中国刑法论》 P78-85

盗窃罪认定问题。

控制说：认为应当以盗窃行为人是否已经实际控制被盗财物为标准，判断盗窃罪的既遂与未遂，行为人已经实际控制盗窃所得财物的是盗窃既遂，没有实际控制所窃得财物的是盗窃未遂。

失控说：认为应当以盗窃行为人的盗窃行为是否使公私财物的权利人丧失了对被盗财物的实际有效控制作为划分盗窃既遂与未遂的标准。凡是未能使盗窃目的物脱离权利人实际有效控制的为盗窃未遂。

竞合 竞合就是一个行为同时触犯数个罪名的情形。《中国刑法论》 P113

想象竞合，又称想象的数罪，就是指一个行为同时触犯数个逻辑上没有内在关联的罪名的情形。例如，甲意图杀害乙，向乙开枪后，打死乙的同时，又打伤了丙。**从一重处断**。

法条竞合，就是指一个行为同时触犯的数个罪名之间，因法条本身的错综规定而存在逻辑上的从属或者交叉关系的情形。一般与特殊的关系。法律适用遵循特别法优于普通法原则。

基本原理 一事不数罚原则，或称不重复惩罚原则。

既体现了罪刑均衡的精神，即一罪一罚，数罪数罚，罚当其罪，也体现了刑罚谦抑的刑法精神。制度成本——惩戒也是资源，资源的滥用也会导致相反的实效（孟德斯鸠、贝卡利亚）

共同犯罪 《中国刑法论》第八章

1、单位犯罪？虽然也是多人犯罪，但不是共同犯罪。多单位犯罪可以成立单位共同犯罪。

间接正犯？如果成年人利用未成年人犯罪，是间接正犯，不是共同犯罪。

特殊主体？特殊主体才能构成的犯罪中，特殊主体与其他主体共同实施的，也是共同犯罪：男女共同强奸、国家工作人员与外人共同贪污。

单位与单位、单位与自然人之间，都可能构成共同犯罪。

2、客观条件：有共同行为。

共同作为、共同不作为（家人共同遗弃）、作为与不作为相结合（甲乙共谋，甲盗窃，乙不制止）。

3、主观条件：共同的故意

共同过失不是共同犯罪；

有人故意而有人过失，也不是共同犯罪；

数人同时故意犯罪，但互不知情，也不是。

片面共犯：甲强奸乙，丙暗中协助。

例：甲乙共谋盗窃丙，乙望风，甲入室。但甲入室后忘了盗窃，而强奸了丙——二人共同盗窃成立，甲为中止，乙为未遂。但甲单独构成强奸。如甲入室后被发现，为抗拒抓捕而使用暴力——二人构成共同盗窃，但乙不对甲的抢劫行为承担共犯责任。

教唆 《中国刑法论》 P106-107

第二十九条 教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。

如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。（犯其他的罪，也是教唆未遂）

传授犯罪和教唆犯罪 P107 最后一段

自首 《中国刑法论》 P170

第六十七条 犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。

犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。

从重从轻从哪里开始

实然——罪刑未必均衡

理论建构：

报应还是预防？按劳还是按需？

一体之罪：报应为主（实害），预防为辅（人身危险性）

操作化：

罪量（罪的严重性）；刑量（刑的严厉性）。

结论 罪量大小对刑量轻重只有大约 28% 的解释力。——罪刑均衡只是部分地贯彻。

被害人

1941年，德国的亨蒂希在《论犯罪人与被害人的相互关系》一文中首次提出了被害者学的概念和基本理论，用被害要因解释犯罪。

认为被害人塑造和造就了犯罪人，贫穷而无知的移民造就了骗子。

斯德哥尔摩症候群又称为人质情结、人质综合症，是一种心理学现象，是指犯罪的被害者对于加害者产生情感、同情加害者，认同加害者的某些观点和想法，甚至反过来帮助加害者的一种情结。这些情感被认为是不理性的、滥用同理心。

被害关系

被迫被害的犯罪，就是指将被害人置于被迫型互动关系中的犯罪。在被迫型互动中，被害人是在完全不情愿的情况下直面加害行为，这种被害是在最大程度上对犯罪侵害的消极服从。

缺席被害的犯罪，就是指在被害人处于缺席状态时实施的犯罪。在缺席型互动中，被害人不在场的情况下受到侵害，这种被害是在较大程度上对犯罪侵害的消极服从。

交易被害的犯罪，就是指与被害人进行面对面或其他各种形式的沟通、交往、交换中实施的犯罪。在交易型互动中，被害人是在面对面与加害人进行交易的情况下受到侵害，因而是被害人有机会但没有有效运用自身判断力的情况下“自愿”向加害人交付利益而遭受的侵害，是在一定程度上对犯罪侵害的“积极”服从。

严重程度递减

“无被害犯罪”？商业贿赂。没有直接的被害人，不等于没有任何意义上的间接的被害人。

金融犯罪

滥用金融工具破坏金融秩序的犯罪，或者说是发生在金融法律关系中的刑事犯罪。

集暴力、偷窃、欺诈于一身，是一种综合性犯罪。

危害：连索性、扩散性。

金融安全是不同于国土安全的另一种国家安全。

特点：行业性（有被害死角数量多、得逞率高），高暗数（家贼数量多、积极发现比例低），间接性（复杂骗局得逞率高），道德冒险（银行成为保险公司）。

总结如果说传统犯罪中，加害一方的主导作用比较明显的话，那么，现代社会的犯罪中，被害一方的作用愈加凸显。

网络金融犯罪

第一类：网络非法集资

其罪名主要包括非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪。

第二类：网络财产犯罪

蚂蚁金服事件：贷款诈骗，因为A违背B的意思，签定的借贷合同是无效的，B不会因此背上偿还贷款的负担，受害人应该是蚂蚁金服。

第三类：网络信息系统类犯罪

提供具有模拟用户登录并可以获取用户状态的扫号软件，获得邮箱、淘宝、支付宝账号密码并售卖的，以提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪定罪

利用信息网络传播非法获取计算机信息系统数据的方法或者非法控制计算机信息系统的方法，以传授犯罪方法罪定罪。

风险互动

罪行中心

在行为中心主义看来，犯罪即罪行，罪行本身就是刑法评价的对象。

贝卡里亚就认为，犯罪就是危害社会的客观行为和结果，不论犯罪原因研究还是犯罪的法律评价，都围绕着犯罪行为进行，而不以行为人为转移。在法律面前，只有以行为作为评价的对象，才可能实现社会地位不同的人因同样的行为得到同等的对待。

理论假定

1、环境决定论

行为主义心理学认为人和动物之间的联系大于区别，因此应观察刺激与反应之间的关系。

“挫折攻击理论”认为，侵犯行为往往是对挫折的反应，挫折常常导致侵犯行为。

受挫后是否会引起攻击行为，取决于四个因素：第一，受挫折驱力的强弱；第二，受挫折驱力的范围；第三，以前所遭受挫折的频率；第四，随着攻击反应而可能受到惩罚的程度。

2、正常人假定

将犯罪人视为正常人、普通人。犯罪人只是犯了罪的人，而非必然做坏事的坏人。

按照这种假定，犯了罪的人并非出于所谓犯罪素质，犯罪人和非犯罪人之间没什么本质区别，每个人都可能犯罪。

只有假定人人都可能犯罪，才有理由通过法律调整人的行为预期，以防止人人都可能实施的行为。

老费尔巴哈的心理强制说：人人都有避苦求乐、趋利避害的功利倾向。如果人预见到犯罪带来的快乐大于可能导致的痛苦，人们就会实施犯罪行为。相反，人们就不去犯罪。

经济学上的“理性人假定”——波斯纳认为：“当犯罪的收益大于犯罪成本时候，一个人才去实施犯罪。”

3、效果论

认为评价根据是犯罪行为本身及其社会效果。所以，罪行中心论又可以称为客观主义。

与此相对的是极端动机论。（用白糖当成砒霜杀人，有无责任？）

只有重效果轻动机，刑法评价才能聚焦到“做了什么？”而不是“谁做了什么？”

总之，按照行为中心主义，犯罪不仅看上去是一种行为，更重要的是，必须将犯罪设定为行为——犯罪应当是行为，应然犯罪学。

罪人中心论

1、把犯罪还原为人性问题，从人自身的内在属性出发解释犯罪。（性善、性恶、白板说）——犯罪就是恶人做恶事，惩罚的对象必须锁定在恶人身上。

2、特殊人假定：不论是后天习得还是先天固有，犯罪人与非犯罪人之间存在着根本区别。即使一个人尚未实施犯罪，只要具备犯罪特质，他迟早会犯罪。犯罪预防的重点不在于改造社会环境，不在于改变某些人群的处境，而在于对付某类特殊人群。

3、第三，评价根据问题上，罪人中心论不认为评价根据是外化的行为及其效果，而坚持认为行为人内在的人身危险性、主观恶性、未然的犯罪倾向才是否定评价的根据。（反社会人格、异常遗传物质、变态的精神状态、潜意识中的攻击性倾向、特殊的生存环境、危险的行为方式）

比较

- 1、罪行中心主义着眼于犯罪应当是什么，而罪人中心主义则着眼于犯罪实际上是什么。
- 2、前者强调惩罚已然的犯罪，后者强调教育改造犯罪人，预防未然的犯罪。
- 3、都相信单向解释论：“犯罪原因→犯罪或犯

罪人→被害”。（单向论将行为或行为人从特定时空条件下的加害-被害关系中剥离出来，孤立地描述犯罪形态。）

4、犯罪是一定加害-被害关系中的行为或者行为人。

推论 加害-被害关系才应当得到足够的关注。

风险互动理论 比“罪行”、“罪人”都更加符合、接近犯罪的实际。

风险互动才是犯罪学的基本分析单位和犯罪性 2、的客观载体。

1、风险互动普遍存在。

(1) 犯罪不仅意味着恶害，更意味着恶害所处其中的关系，意味着不同的互动关系对所处其中的加害、被害双方的不同影响。

(2) 互动的类型

冲突性的和非冲突性的互动；（抢劫与诈骗）

同等社会地位之间的互动与不同社会地位之间的互动；（富翁与富翁、乞丐与乞丐、富翁与乞丐）

围绕人身权益的互动与围绕财产权益的互动；（杀人与盗窃）

直接互动与间接互动；（恐怖主义的非军事目标、三角诈骗）

积极互动与消极互动；（防卫挑拨、警察圈套、露富对抢劫的诱发性影响）

(3) 没有被害不等于没有互动

“特殊人假定”和“好人期待”都不科学。交往如果失控，就会有犯罪。

2、互动关系也是对犯罪的一种解释

互动论着眼于犯罪的双向结构：犯罪被害被作为犯罪原因的一部分看待

“犯罪原因(包括犯罪被害)←→犯罪或犯罪人”是互动中心论的基本模型。

被害人不是绝对消极被动的客体，被害并不等于被动。

犯罪也是来自被害人方面某种影响的产物。

3、互动使犯罪人更加能动。

加害人会积极分析环境、重新解读加害被害关系。

赛克斯等美国学者在《中和技术：一种少年犯罪理论》中提出，罪恶感的消除是合理化解释的结果，即所谓中和技术论，又称抵消论。

4、互动关系是社会反应的重要依据。

怎样理解犯罪，就会怎样对付犯罪。

总结

罪行中心论的必然逻辑结果是打击惩治犯罪；
罪人中心论的必然逻辑结果是教育、矫治犯罪人；
互动中心论的必然逻辑结果就是，在法制的范围内公平合理地调整加害被害关系。
可见，“消灭犯罪”是不可能的。刑法、法律、社会控制所做的，只是合理地评价、调整加害-被害关系。

刑法立场

中立性：刑法既不是仅仅站在被害人一边打击犯罪惩治犯罪人，也不是仅仅站在被告人一边禁止法官滥刑，而是在加害受到惩罚的同时，也使被害得到某种评价。

刑罚既是对加害的惩戒，同时又是对被害的评价；
刑法是平衡器——“沙滩效应”

任何价值上的倾斜，都是非理性的表现。

而刑法规范的理性化是社会理性化的基本标志
——一个社会有多理性，要看其刑法规范有多理性。

相对公正

首先，要在加害人与被害人的相对关系中讨论公正问题，不能忽略被害人因素。

第二，公正与否也是一种主观感受，是相对于人们的主观感觉而言是否公正。

公正与否是评价而非认知。

如果某个制度或某个案件的处理结果，独立于加害-被害双方的社会公众都认为不公正，完全脱离公众所能理解的范围，就很难说它是公正的。

第三，要在特定历史、文化、社会背景中讨论公正问题，不能超越时空抽象地说公正与否。

第四，公正还是个定量的概念。

相对公正其实就是关系公正。

——关系犯罪学的逻辑结果。

用刑

指协调刑法与其他社会控制力量共同作用对付犯罪的过程。

意味着 案件处理不仅要看是否合法，以及是否符合犯罪的客观规律，还要受许多关系的制约。尽可能平衡各种关系，才能真正实现刑事正义。

死刑

刑法第四十八条：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”

死与不死的界限——是否“罪行极其严重”

缓与不缓的界限——是否“必须立即执行”

犯罪人的生命能否被用来换取社会秩序？

生命就是生命，犯罪人生命的贬值，同样意味着抽象的生命权的贬值。

既然生命在法律中可能贬值，在现实或者潜在的加害人那里为什么不会贬值呢？

慎用

死刑执行

首先，死刑犯有无执行方式的选择权？

其次，如何对待死刑犯的健康权？

第三，死刑犯是否有权捐赠遗体或者人体器官？

第四，死刑执行中止状态下的死刑犯是否当然重获生命权？

第五，死刑犯是否有权怀孕？

假设检验：如果裁判中立，则，有被害过错的案件中的罪犯平均刑量就应该显著低于无被害过错案件 成立
——同时体现了对犯罪的惩戒和对被害过错的隐性评价

基本理论：法条主义与现实主义的关系。

——法律不制造社会不公，也不要放大社会不公。