

# 宪法价值视域中的涉户犯罪

——基于法教义学的体系化重构

白 斌<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**宪法上的住宅自由所保障的并非被称为“住宅”的物理性建筑结构，而是人格的精神和身体存在于其中、私密且安宁的物理空间，使其免于公权力或他人的干扰，以利于公民私生活在其中能够无阻碍地自由展开。刑法规范和刑事判决理应承担并实践宪法的精神与价值，但主流刑法理论显然忽略了住宅在国法秩序中的独立价值。为全面评价“涉户犯罪”，首先应根据“住宅作为个人私生活得以自由展开之物理空间的和平与安宁价值是否受到显著损害”这一基准，将涉户犯罪区分为“单纯形式性的涉户犯罪”和“实质性的涉户犯罪”；进而根据相应基准，构建出“实质性的涉户犯罪”的四阶层结构；在此基础上，再对除入户盗窃与入户抢劫之外的其他入户犯罪加以体系性地区别处理。

**关键词：**住宅不受侵犯 私生活 涉户犯罪

---

## 引 言

2012年9月7日上午，广东省深圳市宝安区人民法院对广受社会关注的“深圳联防队员入室强奸案”（以下称“杨喜利案”）作出第一审判决：被告人杨喜利因犯强奸罪，判处有期徒刑6年；被告人叶高峰、晏金广因犯强奸罪，分别判处有期徒刑1年6个月和有期徒刑1年。<sup>〔1〕</sup>

判决宣告之后，网络上出现了大量的批评言论。社会公众如此不平的原因在于人们直

---

<sup>\*</sup> 中央财经大学法学院讲师。

本文为国家社会科学基金后期资助项目“宪法释义学”（批准号：12FFX021）的阶段性成果，并获得高秦伟教授主持的“中央财经大学科研创新团队支持计划”项目资金资助。在研究过程中，北京大学车浩副教授、扬州大学陈玉山副教授曾阅读本文初稿，并给出了建设性的批评、修正意见，在此一并致谢。

〔1〕 本案的具体案情及详细判决内容，参见广东省深圳市宝安区人民法院（2012）深宝法刑初字第1778号刑事判决书。

觉上认为,本案事实中相当恶劣之情节——“入室强奸”——与相对较轻的量刑之间存在较为严重的不对称。不可否认,此种公众意见在相当程度上反映了改革开放以来私人住宅的法价值在观念层面上日益受到社会公众的重视。

令人稍感意外的是,对于公众的上述意见以及作为其基础的上述直觉感知,法学界,特别是刑法学界,并未予以特别的关注。公众的关注与专家集体失声的鲜明对照直接说明:就本案而言,与普通民众不同,法律专家满意于一审法院“依法”作出的判决,并不认为本案中存在“法的理论性争议”。〔2〕

基于一贯的规范主义立场,笔者认为:一方面,法律人不应放弃专业立场,彻底屈从于公众舆论的直观判断;另一方面,亦不宜基于法学的专业立场而绝对地排斥公众对司法裁判的评论性参与,对公众的意见充耳不闻。〔3〕正确的做法毋宁是,法律人应当重视公众意见,将其作为反思、矫正并完善司法裁判及其背后的教义学理论的契机。即,不再关注公众意见的赞成抑或反对的立场,而是真正重视其赞成或反对的理由,斟酌此种理由所可能具有的规范性意义。这样做不仅有助于司法者履行对于法律的忠实义务,而且更是司法者对于法律的忠实义务本身所应当具有的内容。

就杨喜利案而言,法律人自应仔细识别公众情绪化的反对背后所潜藏的深层次理由,并以规范化的学术语言将其呈现出来;进而在将其与法律人的主流立场相互对照的过程中,反思既有的刑法教义学理论可能存在的不周之处,以弥合社会现实与法律规范之间的隔阂;从而最终跳出特定个案的局限,针对类似的问题,提出一种更具一般性的、可普遍适用的、更为科学的教义学分析模型。

## 一、对住宅的忽视及其背后的主流刑法理论

杨喜利案的一审法院论证说:“被告人杨喜利无视国家法律,违背妇女意志,使用暴力手段,强行与被害人发生性关系,其行为已构成强奸罪。被告人叶高峰、晏金广受杨喜利指使,在杨喜利实施强奸犯罪行为时为其望风,应当以强奸罪的共犯追究刑事责任,亦构成强奸罪。公诉机关的指控成立。”〔4〕在量刑方面,一审法院认定了杨喜利强奸被害人的犯罪事实,甚至考虑到“被告人杨喜利曾因故意犯罪被判处有期徒刑,刑罚执行完毕后五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之故意犯罪,是累犯,应当从重处罚”,最终作出了判处主犯杨喜利有期徒刑6年的判决。

但令人意外的是,纵览本案一审法院判决书全文,除去在事实和证据部分提及犯罪行为发生于被害人“住处”,法院在判决理由的论证过程中对此一社会公众颇为在意的重要因素只字未提。判决宣告之后,公众错愕于较轻的量刑,其潜在根由无疑在于,本案犯罪行为相较于普通强奸行为具有特殊的严重情节——“入室强奸”。基于维护自身家宅安宁的普通情感诉求,公众自然一边倒地认为:相较于普通强奸行为,本案犯罪行为理应受到刑法更为严苛的评价。

〔2〕 See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 4-5.

〔3〕 参见白斌:《刑法的困境与宪法的解答——规范宪法学视野中的许霆案》,《法学研究》2009年第3期。

〔4〕 同前引〔1〕判决书。

考诸现行刑法，公众的此种立场也非全无依凭。刑法第 245 条第 1 款规定：“非法搜查他人身体、住宅，或者非法侵入他人住宅的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”据此，刑法教义学从中概括出“非法搜查罪”与“非法侵入住宅罪”这两种罪名。其中，非法侵入住宅罪是指“未经住宅主人同意，非法强行闯入他人住宅，或者经住宅主人要求其退出仍拒不退出的行为”。〔5〕其中，前者是指没有正当理由而侵入他人住宅的行为；后者则指合法或者过失地进入他人住宅后，虽经住宅权人明确要求，行为人却拒绝退出他人住宅的行为。虽然亦有论者认为，在刑法没有明文规定不退去罪的情况下，将“不退去”认定为非法侵入住宅罪的行为类型，有类推解释的嫌疑，但主流刑法理论却异常坚定地捍卫着将“不退去”评价为“侵入”的理论立场。〔6〕也就是说，抛开非法侵入住宅罪的理论细节不论，有一点是可以肯定的：刑法明确将“住宅的平稳与安宁”作为独立的法益加以保护。即，除非事先征得住宅主人明示或默示的同意，或者是司法工作人员为依法执行搜查、逮捕、拘留等任务而进入他人住宅，〔7〕行为人在无权或缺法律上正当理由的情形下，进入他人住宅或者经住宅主人要求其退出而拒不退出，均属“非法”，应受刑法处罚。

就杨喜利案而言，犯罪行为人有先有踢开店铺卷闸门、强行突入屋内的行为，后有在卧室内将被害人王某强行奸淫的行为。两个行为同时存在，缘何一审法院仅仅评价后者，却对侵害受刑法明文保护的住宅法益的行为视若无睹？一个可能的理由是：案件发生的场所乃被害人夫妻经营的临街店铺，其并非刑法学意义上的住宅，故不宜认定为侵入住宅。

就“何谓住宅”的问题，刑法学界的界定基本相似，即住宅是供人开展饮食起居等日常生活而为人所占据的场所。“其范围，有院墙的以院墙为界，没有院墙的或公寓楼群，应以居室为界。”〔8〕在具体认定是否住宅时，须考量该场所是否具备一定的日常生活设施，此外则不论其建筑结构、形式如何，以及是否具有通常理解的建筑物外形；也不论被害人对此场所是否拥有所有权抑或仅仅是使用权，以及他人对该场所的占有是否合法；更不论被害人是具有长久居住的意思抑或临时暂居的意思占据该场所，以及侵入时被害人是否身处其中。

考察杨喜利案发生的场所，其具有当下颇为常见的“前店后屋”的物理格局，同时发挥如下双重功能：一方面乃被害人一家经营的家电修理店之“营业场所”，履行向陌生客户开放的营业功能，具有相当程度的公共性；另一方面兼具作为被害人一家住宅的性质，是被害人一家日常生活的地方，配置有一定的日常生活设施。此两种功能的界限在本案所涉场所中极不明显，其物理区隔标志（如卧室的门、门帘等）只具有相对的意义。然而可以肯定的是，尽管该场所在营业时间内以家电维修店的功能为主，从而作为营业场所具有一定的公共性、开放性，但在犯罪行为进入时——深夜 9 点左右，被害人一家已将卷闸门拉

〔5〕全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《中华人民共和国刑法：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2009 年版，第 502 页。

〔6〕参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社 2011 年版，第 482 页以下。相关异议可参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 812 页。

〔7〕参见前引〔5〕，全国人大常委会法制工作委员会刑法室编书，第 502 页。除此两者之外，张明楷教授还认为，紧急避险行为亦可阻却违法性，参见前引〔6〕，张明楷书，第 812 页。

〔8〕前引〔6〕，高铭喧等主编书，第 483 页。

下, 暂停其作为公共经营场所对外开放的功能, 从而完成了前述两种功能间的自然转换, 即开始将其作为单纯开展日常生活的场所——住宅——加以使用; 此时, 更遑论犯罪行为人以暴力方式强行撞开卷闸门, 甚至尾随被害人王某直入其中并不具有修理店功能的卧室。<sup>〔9〕</sup>在此情境下, 该场所的“住宅”性质乃是殆无疑义的。

既然该场所具有住宅的性质, 同时犯罪行为暴力侵入该场所不具有合法根据和正当理由, 则其行为抵触刑法第245条第1款, 构成非法侵入住宅罪自是顺理成章。如此简单的道理, 为何一审法院基本无视, 甚至不做丝毫回应? 寻根究底, 其根本的原因, 恐怕不得不归结于主流刑法理论在此问题上的一项独特观点。此一独特观点由来已久, 且居于通说地位。其核心立场是: “司法实践中, 非法侵入他人住宅往往是其他犯罪的手段行为, 如闯入他人住宅进行盗窃、抢劫、行凶等犯罪活动。这种情况下属于牵连犯, 应择一重罪处罚。”<sup>〔10〕</sup>

必须承认, 在司法实践中, 非法侵入住宅的犯罪往往以侵害住宅内的财产、身体、生命甚或其他人格利益为目的, 如非法侵入他人住宅后从事盗窃、强奸、抢劫、杀人等犯罪活动。那么, 为何在此种情形下, 要按照牵连犯处理? 张明楷教授解释说: 在此种情况下, 非法侵入他人住宅“只是为了实现另一犯罪目的, 也可以说是实施其他犯罪的必经步骤。因此, 只应按照行为人旨在实施的主要罪行定罪量刑, 不按数罪并罚处理”。<sup>〔11〕</sup>

如果将这一立场的逻辑贯彻到底, 那就果真如张明楷教授所言, 只有“那些非法侵入他人住宅, 严重妨碍了他人的居住与生活安宁, 而又不构成其他犯罪的”,<sup>〔12〕</sup>才宜以非法侵入住宅罪论处。如此, 则事实上将根本性地排除非法侵入住宅罪在司法实践中被适用的可能性, 刑法第245条第1款将形同具文。因为, 在实践中, 行为人侵入他人住宅, 却单纯以侵入住宅为最终目的者, 甚为罕见。即便真正存在这样的情况, 也往往属于刑法第13条所谓的“情节显著轻微危害不大的, 不认为是犯罪”, 从而只能根据治安管理处罚法第40条的规定给予行政处罚: 处10日以上15日以下拘留, 并处500元以上1000元以下罚款; 情节较轻的, 处5日以上10日以下拘留, 并处200元以上500元以下罚款。换言之, 因“情节并非显著轻微危害不大”而构成犯罪的绝大多数情况, 侵入住宅行为必定有其他的只有进入住宅后方能实现的犯罪目的; 在此情境下, 相对于其实际目的, 侵入住宅行为便具有了手段的意义。倘若以从一重的方式加以处罚, 则除少数的非法侵入住宅实施侮辱等轻型犯罪的场合可能以非法侵入住宅罪论处外, 绝大多数情况下会按照行为人旨在实施的法定刑较重的目的性犯罪定罪量刑。当是时, 手段性的侵入住宅行为作为犯罪存在于刑法中便可能成为意义有限的摆设。

由此不难看出, 在基础价值的层面上, 主流刑法理论承认: 刑法藉由非法侵入住宅罪保护的法益本身并不具有独立的价值, 其依附于住宅权利人的人身、财产、生命等其他更为重要的人格利益。正是在这一点上, 笔者认为, 主流刑法理论的观点暴露出了致命之处。

〔9〕 类似的分析, 参见林来梵:《剩余的断想》, 中国法制出版社2007年版, 第78页以下。

〔10〕 前引〔6〕, 高铭暄等主编书, 第483页。

〔11〕 前引〔6〕, 张明楷书, 第813页。

〔12〕 同上。

## 二、住宅在现代国法秩序中的独立价值

对住宅价值的承认与保护，最早可以追溯到罗马法，其时即有法谚云：“住宅是最安全的避难所。”然在昔日之专制时期，私人住宅经常遭受国家官吏肆意侵犯，或遭军队盘踞驻扎，而无力对抗；私人居住场所之和平与安宁甚为脆弱，时刻处于被打破的危险之中。基于对此种危险的恐惧，英国法官在普通法中通过判例确立了“每个人的住宅都是其堡垒”的信念。这一信念在1628年的《权利请愿书》中被明确予以制度化，其第6条规定：海陆军队违背居民意志，强制驻扎于其家宅，有悖于英国之法律与习惯。

美国革命承接此种精神，且在深刻反思英国殖民者及其军队肆无忌惮侵害北美人民私人住宅的基础上，于1791年通过了宪法第三修正案中特别针对军队驻扎行为的规定：“在和平时期，非经屋主同意，任何军士不得驻扎于人民之住宅；即在战时，非依法律所规定之方式，亦不得驻扎。”在第四修正案中则进一步针对其他政府官吏可能的侵害行为，宣告：“人民保障其人身、住宅、文件与财产免于无正当理由的搜查与拘捕的权利，不受侵犯。除非基于必要的情势，经宣誓或代誓宣言，并特别叙明搜查之地点、拘捕之人及收缴之物外，不得颁发相关令状。”自此之后，住宅即独立于人身自由、财产权，成为人民私生活的中心，其不受侵犯亦成为一切人权宣言所保障的对象。

1799年法国宪法第76条没有特别区分军人与政府官员，而是更具一般性地规定：“每个人在法国国土上的住宅均是其庇护所，不可侵犯。在夜间，除非有火灾水患或屋内有求救呼声等急迫情形，任何人无权进入住宅。白天进入住宅则须具特殊之目的，并依法为之或持有国家机关颁发之命令。”法国1799年宪法之所以如此看重白天与黑夜的区分，并对夜间进入住宅施加更为严格的限制，大抵根源于人类对于黑夜在精神上的恐惧，以及对犯罪行为在夜色的掩蔽下往往更易实施而被害人更难防御的一般认识。

上述两种立法例——区分军人与普通政府官吏、区分日间与夜间——并未为后世各国宪法所继承和发扬，<sup>[13]</sup>其后较普遍的做法乃直接宣告“公民之住宅不受侵犯”。其典型者有1919年德国魏玛宪法第115条：“每个德国人的住宅均是其避难所，不得侵犯，其例外应依法律为之。”此后，就此种直接宣告而言，又分流为两条支脉：一种是采宪法保留的方式，即在宣告住宅不受侵犯后，宪法具体规定对其之限制应满足的条件。如德国基本法第13条第1款规定了“住宅不受侵犯”后，第2款和第3款详细规定了本项基本权利可得限制的情形与方式。另一种则采法律保留的方式，即在宣告住宅不受侵犯后，规定禁止非法侵入公民住宅，并将限制本项基本权利的条件委之于法律来具体规定。典型的代表是1977年苏联宪法第55条：“苏联公民有住宅不可侵犯的保障。没有合法理由，任何人都无权违背住户的意志进入住宅。”<sup>[14]</sup>

追随世界各文明国家宪法的成例，我国宪法在“人身自由”、“财产权”等之外，专门

[13] 日本宪法第35条虽然基本上承继了美国宪法第四修正案的规定，但没有如美国般就军人驻扎民居的问题进行特别规定。

[14] 本条苏联宪法规定的翻译采用的是《宪法分解资料》的译法。参见中国社会科学院法学研究所国家法研究室、图书资料室编：《宪法分解资料》，法律出版社1982年版，第188页。

以第39条明文规定：“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”学术界一般从中建构出“住宅自由”的范畴。在立法技术上，此条分明采用了上述第二种立法例，即法律保留的方式：将具体的限制条件与方式委之于法律来具体规定。从宪法作为公法的角度观之，宪法规定的“公民的住宅不受侵犯”指的是不受国家公权力的侵犯。即，作为基本权利的住宅不受侵犯主要被用来防御国家对公民住宅的侵犯。而根据国家保护义务理论，国家除了本身不应当侵犯公民住宅外，还负有通过立法、行政和司法活动保护公民住宅免于他人侵犯的义务。换言之，在此种理论背景下，对公民而言，住宅不受侵犯不仅具备防御权的属性，还具有保护请求权的属性，即公民有权向国家提出请求予以保护。<sup>[15]</sup> 据此，立法机关通过刑法第245条第2款禁止司法工作人员滥用职权非法搜查、非法侵入住宅，并对相应违法行为从重处罚，恰正契合于住宅不受侵犯作为防御国家公权力肆意侵害的防御权所具有的功能，这可被理解为宪法上相应基本权利的具体化。第245条第1款针对不具有国家公权力性质的主体非法搜查、非法侵入住宅设定刑事罚则，则属于国家通过立法履行其保护义务。除此之外，治安管理处罚法第40条、刑事诉讼法中关于搜查、监视居住等的规定、公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》中涉及公民住宅的规定，以及司法解释中的相关规定等等，与宪法第39条、刑法第245条一道，构成了一套完整的保护住宅免于国家公权力及第三人侵犯的规范体系。

宪法上的住宅不受侵犯与刑法上的住宅不受侵犯，尽管在针对的对象上有只针对国家和同时针对私人的差别，但在实体内容上却是一致的。不论是宪法还是刑法，在人身、财产等价值之外，不约而同地对住宅加以特别的、明确的保护，这绝不可能是误打误撞或是偶然为之。其只可能有一种解释：相对于人身、财产乃至生命，住宅具有国法秩序值得保护的独立价值。这种价值必然是独立的、不可替代的，而不会是依附于人身、财产等的可有可无的东西。换言之，作为现代文明国家宪法和法律不可或缺的保护对象，住宅——在法教义学的解释工作中——起码应当被解释为具有与人身、财产等法益同等重要性的东西。否则，很难想象作为国家根本大法的宪法，本应规定国家的根本制度和根本任务等等对于国家的性质、生存与发展具有根本重要性的内容，却用一个独立的条款来宣告保障一种不具有重要性的东西。因此，在这个问题上，无论是陈慈阳教授将住宅理解为“个人人身之延伸，也是行动自由之基础”；<sup>[16]</sup> 还是刘军宁先生认为住宅不受侵犯强调的是财产权的重要性和神圣性；<sup>[17]</sup> 抑或是肖泽晟教授将住宅不受侵犯视为由人身自由衍生出来的一种权利，认为其包含了“个人对作为住宅的房屋的所有权”、“人身安全权、休息权以及放置于住宅内的不愿为人所知的现金、首饰、先人唯一的照片等生活上的利益”；<sup>[18]</sup> 在他们将住宅的重要性依附于人身、财产等其他法益这一点上，均没有点明住宅在现代国法秩序中真正的

[15] 参见林来梵：《宪法学讲义》，法律出版社2011年版，第111页。

[16] 陈慈阳：《宪法学》，台湾元照出版公司2005年版，第503页。这种“人身自由延伸说”在学术史的脉络中最起码可以追溯到王世杰与钱端升两位教授，其所著《比较宪法》在论及居住自由时，即有“这种自由，也可说是人身自由——即居止行动的自由——的延展”的论述。参见王世杰、钱端升：《比较宪法》，商务印书馆1999年版，第87页。

[17] 参见刘军宁：《风能进，雨能进，国王不能进！》，载刘军宁等编：《自由与社群》，三联书店1998年版，第138页以下。

[18] 参见张千帆主编：《宪法学》，法律出版社2008年版，第184页。

独立价值。

从表面上看，住宅不受侵犯保障的是公民居住、生活、憩息的场所不受非法侵入和搜查，但究其实质，住宅自由的真正精神在于保护人格的精神和身体存在于其中、私密且安宁的物理空间，使其免于公权力或他人的干扰，以利于公民私生活在其中能够无阻碍地自由展开。正如林来梵教授所言，“这种权利本身所保障的客体乃是从私自治原理下的私领域中延伸出来的。为此，该权利的保障，实际上与私生活的保障、人格自律空间的保障、隐私权的保障乃至家庭的保护息息相关。”<sup>[19]</sup> 质言之，住宅在此已然并非简简单单的一种物理性建筑构造，而是承载了近代立宪主义精神的、个人及其家庭的一般私生活得以在其中自由展开的、实行私自治的物理空间。德国宪法学家黑塞曾颇为明白地指出：“说到底，住宅不可侵犯的基本权属于对人格之生活方式中最私密领域的保障”；其与“通信、通邮及通讯秘密”一道共同作为“私领域不可侵犯性的本质性构成部分”，跻身于基本法所创设之共同体的客观秩序之一部，而成为应通过主观防御权制度获得保护的一种法益。<sup>[20]</sup> 此种将住宅视为私领域之核心部分加以保障的立场，在德国居于通说地位，为学界所普遍认可。<sup>[21]</sup>

故而，住宅不受侵犯既区别于选择住宅地点的居住自由或者对于所居住之建筑物的所有权——财产权，也有别于身处住宅之中的人的人身、财产或者生命等权益。虽然在专制时代，国家运用公权力侵犯公民人身自由之时，往往伴随着肆意侵入住宅的行为，故而从历史角度言之，保护住宅不受侵犯客观上会起到保护住宅中的人的人身、财产甚至生命的效果；但这并不意味着：如果住宅在被侵入时其中既没有人也没有财产，那么该侵入行为便不构成对法益的侵害。因为，即使保守如刑法学者，也承认侵入居住者暂时不生活于其中的住宅，或者所侵入的住宅家徒四壁、一贫如洗，也不妨碍构成非法侵入住宅罪。<sup>[22]</sup> 质言之，侵入住宅并置身于其中，这本身便意味着一种法益的侵害、一种危险状态的存在：对他人私生活最为私密的核心部分的侵入和破坏。

与此种私生活的侵入和破坏相伴随的，还有人的安全感的丧失。当个人在勾心斗角、危险重重且竞争激烈的外部社会结束了一天的劳作，拖着疲惫的身躯返（退）回这个私自治的物理空间时，其就变身为对这个社会最不具有攻击性和危险性的存在，同时也成为最脆弱的存在。住宅此时就真正成为前述罗马法谚所谓的“避难所”：不论其客观上是否的确是坚固的物理堡垒，但在每个人的心里，住宅都是其最安全的“避难所”。人们躲在属于自己的真正私人性的空间，即便它位于这个世界上最不起眼的角落里，或享受自己的劳动成果，或静静地修养生息、为明天的工作养精蓄锐。在自己的住宅中，每个人都抛去虚伪，自由地呈现自己真实的喜怒哀乐。在立宪主义的视野下，这种自由的、真实的私人状态恰恰具有最为重要的价值，需要受到国家绝对的保护。这种对于私生活的心理上的安全感，自然成为“住宅不受侵犯”最为核心的内涵之一。住宅的那道有形或无形的“门”由此构成人们的社会安全感在心理防线上的最后一道“闸门”。而伴随着对住宅的肆意侵入，那道

[19] 前引〔9〕，林来梵书，第77页以下。

[20] Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999, S. 165.

[21] Vgl. Volker Epping, Grundrechte, 4. Aufl., Springer, 2010, S. 289 ff.

[22] 参见前引〔6〕，张明楷书，第811页。

最后的“闸门”也应声倒地。从此，这个社会再没有安全之地。

正是由于住宅不受侵犯所真正保障者并非被称为“住宅”的那种物理性建筑结构，而是后者所承载的“公民的私生活得以在其中无妨碍地自由展开的物理空间”的价值，所以，在认定特定空间是否属于法上的“住宅”时，便不宜完全取决于该物理空间是否具有典型意义上的外在建筑格局，是否配备有特定的生活设施，而是要考虑该对象是否承担着特定个人得以在其中自由展开其私生活的物理空间功能。进而，在认定是否构成对住宅的侵入时，也未必一定要如张明楷教授所认为的，只有行为人身体的全部进入住宅时才是侵入既遂。<sup>[23]</sup>换言之，住宅的侵犯方式并不必限于身体的物理性“进入”，在此电子化的高科技时代，以声、光、电、气或望远镜窥视、窃听、录影等方式而“实质地”影响住宅内私生活的私密、平稳与安宁，即为已足。<sup>[24]</sup>

总之，相对于住宅中的人身、财产、生命等等，住宅在国法秩序中具有独立价值。在此意义上，侵入住宅本身已然构成对权利最为严重的危害，自不必非要等到侵入者实施其他侵害财产或人身的犯罪后，方才认为有实质性的法益侵害存在。

住宅的此种独立价值及其重要性，事实上很早以来便为各文明国家所普遍认可，这种认可通过法所允许的对侵入住宅行为的正当防卫强度表现出来。倘情势紧急，受害人来不及请求公权力救济，各国普遍承认公民有自力救济的权利。但在不同的情势下，法所允许的自力救济强度是不同的，从中我们可以窥见法对诸种价值及法益的重要性的阶层性评价。

早在罗马时代，对于在夜间无故私闯他人住宅者，屋主若予以击毙，无需承担刑事责任。<sup>[25]</sup>美国历史学家埃克奇研究指出：“在古代，无论是《十二表法》，还是7世纪中叶的《罗萨尔法令》或者1283年《布法西法令》，早期的法典都认同如下这一基本原则：各种夜晚刑事案件中只有一种行为能得到宽大处理，即杀死闯入民宅的人。”<sup>[26]</sup>及至现代，英美各国法律制度均不同程度地沿承了此种精神，实践中最为人所熟知的当推发生于美国的两大著名案例：1925年的“史威特案（Sweet Trials）”<sup>[27]</sup>与1992年的“日本留学生服部刚丈射杀事件（Yoshihiro Hattori Case）”。<sup>[28]</sup>二者均确证了住宅不受侵犯以及公民对侵犯自己住宅的行为有权行使高强度防卫的法律准则，此即所谓“堡垒法则（Castle Doctrine, Castle Law）”。该法则的内容是：针对非法侵入私人住宅和暴力攻击其中人身的情形，所有人、租住人、受托管理人等没有退让的义务，而是有权使用致命武力来捍卫其“堡垒”的安全。<sup>[29]</sup>故此法则又被称为“住居防卫法则（Defense of Habitation Law）”。

对于住宅独立价值的保护，我国古代很早就有立法明文规定。汉代《贼律》规定：“无

[23] 参见前引〔6〕，张明楷书，第812页。

[24] 参见陈新民：《宪法学释论》，作者2005年自版，第230页。

[25] 同上书，第229页。

[26] [美]埃克奇：《黑夜史》，路旦俊、赵奇译，湖南文艺出版社2006年版，第79页以下。转引自胡文辉：《传统中国的“私宅不受侵犯”观》，《南方周末》2007年5月17日。本节中诸多历史资料线索受到胡文辉文章的指引，特此说明，以致谢忱。

[27] 本案因大律师丹诺为辩护律师而广为人知。通俗的案情介绍，参见[美]斯通：《辩护大师丹诺》，张宝钧、张浩译，北京十月文艺出版社1999年版，第633页以下。

[28] 本案为中国学界所熟知，可能主要归功于旅美学者林达的介绍。较为通俗的案情介绍，参见林达：《历史深处的忧虑》，三联书店1997年版，第161页以下，第171页以下。

[29] See Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 7<sup>th</sup> ed., West Group, 1999, p. 209.

故入人室宅庐舍其时格杀之无罪。”<sup>[30]</sup>此条开保护私人住宅免于侵犯的先河。另据考古学家陈公柔先生对居延汉简的研究，汉代在《捕律》中甚至有“禁吏毋夜入人庐舍捕人。犯者，其室殴伤之，以毋故入人室律从事”的规定。<sup>[31]</sup>这就表明，汉代法律不仅保护私人住宅免于其他私人的侵犯，还进一步针对政府官吏，禁止其夜间闯入民宅。就这一点而言，汉律颇契合于现代立宪主义的精神。其后，唐明诸代律法均承其旨意，而有类似的规定。《唐律疏议》贼律条：“诸夜无故入人家者，笞四十。主人登时杀者，勿论。”并加“疏”议曰：“家者，谓当家宅院之内。”<sup>[32]</sup>此后的《宋刑统》、《大明律》、《大清律例》均有类似条款，在表述方面也是大同小异。

由以上陈述可知，无论东西方，相对于在具有相当公共性的场合实施的犯罪，那种已然侵入作为私人防御之最终堡垒的住宅中的犯罪，具有更为严重的社会危害性，值得予以更为严厉的责难。在各种侵入私人住宅的犯罪行为中，“深更半夜”侵入住宅者无疑又是其中侵害法益最为严重者。反映到正当防卫的强度上，就体现为：对于深夜闯入住宅实施犯罪的行为，法所允许的正当防卫自应处于最高的强度。即便犯罪行为人已停止其对财产或人身、生命的侵害，也因其不法地处于他人住宅中的状态并未终止，而不能说其已然完全停止了不法侵害，即不法状态仍在延续。在此状态下，住宅权人对其实施防卫自然不能说是不当的。

### 三、涉户犯罪在我国刑法中的体系化建构

1949年新中国成立之后，以社会主义及其公有制为主导的政治经济结构得以确立。在错误的极左思想的影响下，“兴公灭私”的观念在全社会全面普及，传统的公私边界几乎被破坏殆尽，反映在人们的住宅格局上，便直接体现为筒子楼、大杂院式的群居模式。此种居住格局明显不利于清晰界分私人私生活的边界范围。1954年宪法虽明文规定了“公民的住宅不受侵犯”，却由于其整体实效性的欠缺而只具有宣示性的意义。相应地，在受刑法保护的诸种法益中，“住宅”也因其不太重要而长期未入刑法学界的“法眼”。一直到1979年我国第一部正式的刑法典中，才在第144条规定了非法侵入住宅罪。除此之外，没有其他关于“户内犯罪”、“入户犯罪”的条款。

随着改革开放和社会主义市场经济体制的逐步建立，“私”的正当性重新确立，公与私之间的适当区分逐步恢复，筒子楼、大杂院式的居住模式慢慢退出了历史舞台。相应地，以私人所有或占有的在物理上具有封闭性和独立性的住宅为典范的居住格局占据了主流地位，隐私利益与生活安宁跻身为重要的社会利益。在此种社会背景下，在国家法律规范的层面赋予“住宅”以独立的法地位便具有了颇为迫切的必要性。1982年颁布的现行宪法第39条郑重宣告：“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”

承接宪法的规范精神，我国刑法亦在多处规定了对住宅（户）的保障。除第245条规

[30]（清）沈家本：《历代刑法考》，邓经元、骈宇骞点校，中华书局1985年版，第1865页。

[31] 参见陈公柔：《居延出土汉律散简释义》，《燕京学报》新9期，北京大学出版社2000年版，第74页。

[32] 《唐律疏议》卷十八《贼盗》“夜无故入人家”条。

定的非法侵入住宅罪之外,刑法还明确规定了对入户抢劫和入户盗窃的加重处罚。而对于非法侵入他人住宅实施其他犯罪(其他未明定的入户犯罪)的情况,我国刑法学界通说认为属于牵连犯,应从一重处断。<sup>[33]</sup>为表达便利计,本文将所有与住宅相关的犯罪行为统称为“涉户犯罪”。

既有的主流刑法理论在分析、评价涉户犯罪时明显存在如下两大缺陷:

其一,没有对“入户”犯罪与“户内”犯罪的定性及其规范评价做必要的区分。有学者认为,入户犯罪与户内犯罪的差别只在于犯意产生的时间早晚,但这不属于本质区别,二者的危害程度是一样的。正如论者就“入户抢劫”与“户内抢劫”所论述的,在司法实践中,“只要查明是在户内实施的抢劫行为,就应认定为‘入户抢劫’,完全没有必要再用一个特定的目的对‘入户’加以限定。”<sup>[34]</sup>但这种论点存在重大瑕疵,因为很明显,实践中存在着发生在“户内”但不构成“入户”的犯罪活动。比如,在合法进入住宅后,临时起意实施犯罪的场合,显然不同于为了实施犯罪而非法侵入住宅的案件,在规范评价上自然也应有所差别。主流刑法理论似乎对此并没有进行仔细的分辨。<sup>[35]</sup>

其二,由于没有认识到住宅相对于其中的人身、财产等法益的独立价值,一直以来,主流刑法理论在评价涉户犯罪的过程中,并未将相关犯罪对住宅法益的侵害状况作为重要的考量因素,而是简单地将对住宅法益的侵害吸纳到人身、财产、生命等法益中,“从一重罪处断”了事。此种理论立场反映到刑事司法实践中,便是前文所示法院在判决理由的论证过程中对犯罪行为发生于住宅中这一在国法秩序中本来异常重要的因素毫不在意。

然而,仔细审视上述两大缺陷,便会发现,二者之间实际上存在紧密的内在联系。质言之,正是由于长期以来没有认识到住宅在国法秩序中的独立价值,才最终导致了对“户内犯罪”应从重处罚的忽略,进而也阻碍了学界对入户盗窃和入户抢劫之外的其他入户犯罪是否有必要加重或者从重处罚的问题开展细密筛查。

针对此种理论现状,特别是在前文阐明了住宅在国法秩序中的独立价值的基础上,笔者以为,刑法教义学有必要针对所有涉户犯罪作阶层式的体系化构建。

首先,有必要根据住宅作为个人私生活得以自由展开之物理空间的和平与安宁价值是否受到显著影响这一基准,将涉户犯罪区分为“单纯形式性的涉户犯罪”和“实质性的涉户犯罪”。前者系指:在实施相关犯罪的过程中,虽然犯罪行为表面上与住宅有关,但住宅作为个人私生活得以自由展开之物理空间的和平与安宁价值并未受到显著影响的情况。倘如此,则宜直接按照其所侵害的法益类型和侵害的程度定罪处罚,而没有必要对住宅法益被影响进行单独评价。此类判断之关键在于,需要具体视特定犯罪与住宅安宁的密切关联程度而定。如行为人在户内实施诈骗,使受害人产生错误认识,并基于此错误认识处分财产,从而遭受损害。此种犯罪行为与住宅和平安宁并无直接联系,发生于户内也不会使相应的人身与财产遭受更大危险,故理应直接按照诈骗罪定罪处罚,也无从重处罚的必要。

[33] 参见前引〔6〕,高铭暄等主编书,第483页。少数说主张将这种情况认定为想象竞合犯,参见前引〔6〕,张明楷书,第439页以下。

[34] 参见侯国云、么惠君:《“入户抢劫”与“在户内抢劫”区别何在?》,《人民检察》2005年第21期。

[35] 但张明楷教授最近刊文指出,单纯的“户内抢劫”,即合法入户后实施抢劫行为的,因为没有使违法性加重,所以不能认定为“入户抢劫”。参见张明楷:《论入户抢劫》,《现代法学》2013年第5期。

梳理刑法分则中的罪名，可以发现，这种虽在“户内”实施却对住宅和平安宁并无侵害的犯罪，除诈骗罪之外，还有很多。其中的典型当推分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第一节“生产、销售伪劣商品罪”中的相关犯罪。即便到他人住宅内销售伪劣产品、假药、劣药、不符合卫生标准的食品、有毒有害食品、不符合标准的医用器材、不符合安全标准的产品、伪劣农药兽药化肥种子、不符合卫生标准的化妆品等，其侵害的法益仍然主要是社会主义市场经济秩序乃至特定主体的人身健康。其与住宅相关这一点并未使其对上述法益的侵害更为严重，也未显著影响住宅的安宁与和平。因此，属于“单纯形式性的涉户犯罪”，没有必要对涉户情节做单独评价。与此相类似，分则中还规定了非法吸收公众存款罪，非法销售间谍专用器材罪，非法行医罪，非法进行节育手术罪，诱骗投资者买卖证券、期货合约罪，销售假冒注册商标的商品罪，销售侵权复制品罪，招摇撞骗罪，传授犯罪方法罪等犯罪行为，即便其具有在“户内”实施的情节，也不会显著干扰住宅中私生活的和平与安宁，故均属“单纯形式性的涉户犯罪”。

所谓“实质性的涉户犯罪”，则是指在实施相关犯罪的过程中，住宅作为个人私生活得以自由展开之物理空间的和平与安宁价值实际上受到显著损害的情形。在此情形下，基于实践前述宪法价值的需要，对住宅法益被侵害的情况自然应当予以特别关注，并在对整体犯罪做规范评价时体现出来。

由此，针对“实质性的涉户犯罪”，在刑法教义学体系化的层面上，宜开展细致的类型划分工作，即建构出从合法进入住宅后实施其他犯罪（户内犯罪），到单纯非法侵入住宅（非法侵入住宅罪），再到非法侵入住宅前本无实施其他犯罪的意图、进入后却临时起意实施其他犯罪（非法侵入住宅+户内犯罪），最后到为了实施其他犯罪而侵入住宅（入户犯罪）等四个层次的实质性涉户犯罪类型，并分别设计其各自妥当的评价方式。

第一层次的户内犯罪侧重于突出如下情况：虽然行为人进入住宅的行为经过住宅权人的同意，其本来亦欠缺实施犯罪的意图，然在合法进入住宅后，临时起意而实施犯罪。此即合法进入住宅与户内犯罪的结合。比如，某甲被邀请参加某乙在住宅中举办的生日聚会，期间临时起意，盗窃某乙的珍贵首饰，即其适例。此种类型的犯罪行为并无非法侵入住宅的情节，故按其进入住宅后所实施的犯罪行为定罪处罚。唯虑及该行为发生于住宅内，权利人对其中的人身、财产等的安全性期待较高、戒备心较低，故相较于发生在户外的同样行为，住宅法益所受侵害更为显著，故宜在相应犯罪的量刑空间内从重处罚。此种处断方式亦直接契合了宪法对住宅的和平与安宁予以特别保护的意旨。

第二层次的非法侵入住宅罪强调的是未经住宅权人同意而侵入其住宅，或经要求退出而拒不退出。结合刑法第13条“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”的规定，要构成非法侵入住宅罪必须满足如下条件：行为情节和社会危害程度都应达到适宜以刑罚处罚的严重程度，即“严重妨碍了他人的居住与生活安宁”，但“又不构成其他犯罪”。<sup>[36]</sup> 质言之，倘若非法侵入住宅的行为属于“情节显著轻微危害不大”的情况，则不构成犯罪，最多只能根据治安管理处罚法第40条的规定给予行政处罚。然而，对于究竟情节达到何种严重程度方属于严重妨碍了他人的居住与生活安宁以至于构成本罪，刑法第245条以及相应的

[36] 参见前引[6]，张明楷书，第813页。

司法解释均未给出明确的答案。一个有益的思路是借鉴司法解释对于同条非法搜查罪的立案标准的规定。最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》中详细规定:“国家机关工作人员涉嫌利用职权非法搜查,具有下列情形之一的,应予立案:1. 非法搜查他人身体、住宅,手段恶劣的;2. 非法搜查引起被搜查人精神失常、自杀或者造成财物严重损坏的;3. 司法工作人员对明知是与涉嫌犯罪无关的人身、场所非法搜查的;4. 3次以上或者对3人(户)以上进行非法搜查的。”《最高人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》也对达到非法搜查罪立案标准的情形加以说明:“1. 非法搜查他人身体、住宅,并实施殴打、侮辱等行为的;2. 非法搜查,情节严重,导致被搜查人或者其近亲属自杀、自残造成重伤、死亡,或者精神失常的;3. 非法搜查,造成财物严重损坏的;4. 非法搜查3人(户)次以上的;5. 司法工作人员对明知是与涉嫌犯罪无关的人身、住宅非法搜查的;6. 其他非法搜查应予追究刑事责任的情形。”考虑到立法者将非法搜查罪与非法侵入住宅罪纳入同一条中合并规定,自然是预设了二者在犯罪类型、事实情节、社会危害程度、规范评价等方面存在近似性,所以,在逻辑上,在认定非法侵入住宅罪时,无疑可以参考上述非法搜查罪的罪与非罪界定标准,进而以类似的方式罗列典型情节如下:1. 非法侵入他人住宅,手段恶劣的;2. 非法侵入住宅引起住宅权人精神失常、自杀或者造成财物严重损坏的;3. 3次以上或者对3处以上住宅进行非法侵入的;4. 非法侵入他人住宅,并实施殴打、侮辱等行为的;5. 其他应予追究刑事责任的情形。

实质性涉户犯罪的第三种类型相对比较简单:行为人在非法侵入住宅时本不具有实施所谓目的性犯罪行为的犯意,而是在进入后临时起意实施了其他犯罪。此即非法侵入住宅与户内其他犯罪的结合。其中,明显存在两个独立的故意要素,二者在客观上不具有手段与目的的牵连关系,理应单独评价、分别量刑,进而以数罪并罚的方式解决。惟需特别注意者,乃在于:对其中的“户内犯罪”,由于住宅法益受到实质侵害,故此时仍应比照没有户内情节的该种犯罪行为予以更为严苛的处罚,即在相应犯罪的量刑空间内从重处罚,之后再和非法侵入住宅罪并罚。就杨喜利案而言,根据被告人杨喜利的供述,其伙同其他两个行为人一起去被害人的修理店,原本是“准备去找‘海婆’(被害人)要她欠我的钱”;到了那里,和被害人说了几句话之后,“我就想和她发生性关系。海婆不肯,我就将她拖进里面的房间,将她身上的衣服脱下来强奸了她”。<sup>[37]</sup>倘此供述经确认为真,则被告的犯罪行为自然属于涉户犯罪的第三种类型——侵入住宅时并无强奸的犯意,而是在进入住宅后临时起意实施强奸——故理应先分别评价非法侵入住宅行为与强奸行为(对户内强奸应从重处罚),然后数罪并罚。

与第一种和第三种犯罪类型的临时起意不同,第四层次的“入户犯罪”则强调行为人有计划、有预谋地进入住宅实施犯罪,即便在外观上行为人进入住宅乃基于权利人的同意。<sup>[38]</sup>比如,行为人以维修水电的名义骗开房门,进入屋内实施抢劫,与为了实施抢劫而破门而入,在犯罪论的层面并无二致,均属“入户抢劫”。此即非法侵入住宅作为实施其他犯罪之手段的情况。基于对住宅独立价值的普遍肯认,世界各地均在其刑法中将某些入户犯罪视

[37] 参见前引[1]判决书中“杨喜利在公安机关的供述和辩解”部分。

[38] 实际上,实施目的性犯罪行为的犯意究竟何时产生,是在侵入住宅前就早有预谋,抑或侵入住宅后才临时起意,在行为外观上没有显著标志。司法实践中,大约主要依赖犯罪行为人的供述。

为“特别严重之情形”，相较于普通的侵害人身、财产等法益的犯罪，往往对其予以更为严苛的评价。如法国刑法除在第226—4条和第432—8条规定了妨害住宅不受侵犯的犯罪，亦于第311—4条第6项、第322—3条第5项等分别将侵入住宅实施犯罪列为各相应犯罪的严重情形，加重处罚；甚至在总则部分的第132—73条、第132—74条明示，“破门而入”与“翻墙越栏”将引起刑罚的加重。<sup>[39]</sup>德国刑法除在第123条规定了破坏住宅安宁的犯罪，亦在第244条第1款第3项将“为实施盗窃侵入、爬越他人住宅，用假钥匙或其他不属于正当开启的工具进入他人住宅或藏匿于该住宅的”，视为特别严重的情形；第306a条第1款第1项则将对住宅的放火认定为比普通放火罪更为严重的犯罪加以处罚。<sup>[40]</sup>俄罗斯刑法在第139条第2款规定了对使用暴力或以使用暴力相威胁从而违背居住人意志非法进入住宅的加重处罚，并在第158条第3款、第161条第2款、第162条第3款分别规定了对侵入住宅盗窃、抢劫、抢夺的加重处罚。<sup>[41]</sup>我国台湾刑法除在第306条规定了侵入住居罪，亦在第321条将“于夜间侵入住宅或有人居住之建筑物、船舰或隐匿其内而犯之者”列为“加重窃盗罪”的情形；特别需要重视的是其于第222条将“侵入住宅或有人居住之建筑物、船舰或隐匿其内犯之者”列为“加重强制性交罪”的情形之一，处7年以上有期徒刑的刑罚。

我国刑法亦沿承了类似思路。其第263条规定：普通抢劫罪，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；入户抢劫的，则处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。即，不论抢劫数额及其他情节如何，仅就是否存在“入户抢劫”之情形一项，在起刑点上——3年或10年——即有巨大差别。第264条关于盗窃罪的规定亦有类似的结构：普通的小偷小摸不构成犯罪，但如果是入户盗窃，则不论盗窃数额大小，均构成盗窃罪，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。质言之，相对于一般抢劫或盗窃犯罪，无论是入户抢劫，抑或是入户盗窃，刑法均明定加重处罚。

惟疑问在于：对于除入户抢劫与入户盗窃以外的其他入户犯罪，在刑法未予明定的情况下，刑法教义学应当怎样评价？

正如前文已述，主流刑法理论在这一问题上持以牵连犯从一重处断的观点。然而，遵照此一处罚原则，前述宪法所确认的住宅不受侵犯的独立价值便无从体现。必须明确，住宅本身便是独立于人身、财产等的非常重要的法益，刑法绝不能漠视行为人对住宅的非法侵犯，不能完全用对侵犯人身、财产的犯罪行为的评价代替或包容对侵入住宅行为的评价。刑法对入户盗窃和入户抢劫加大处罚力度，其正当性分明在于住宅不受侵犯这一宪法根基。从体系解释的角度看，这一价值立场也应渗透于所有以非法侵入住宅作为实现另一犯罪之手段或步骤的情形，亦即必须同时关注目的性犯罪行为与侵入住宅行为，对二者做综合评价。日本刑法学家大塚仁教授也注意到了这一点，他曾指出，“以侵入住居为手段所犯的其他犯罪，应当受到另外的评价，必须看到对住居的侵害本身所具有的意义。”<sup>[42]</sup>

同时要注意到，在被害人方面，作为手段的侵入住宅行为与作为目的的其他犯罪行为

[39] 参见《法国新刑法典》，罗结珍译，中国法制出版社2005年版，第45页，第91页，第107页，第124页以及第150页。

[40] StGB § 123, § 244, § 306a.

[41] 参见《俄罗斯联邦刑法典》，黄道秀译，中国法制出版社2004年版，第78页，第81页，第82页。

[42] [日]大塚仁：《刑法概说（各论）》，冯军译，中国人民大学出版社2009年版，第134页。

之间也存在重大差别。质言之，二者并非必然重合，而是往往具有包含与被包含的关系。大约只有在个人独居的情况下，侵入住宅的被害人与入户后实施的其他犯罪的被害人可能是同一的。但在多个人以家庭、朋友、合租等形式共同居住的多数情况下，以侵入住宅为手段而实施的目的地性犯罪的被害人只是住宅自由之诸多主体中的一个或一部分，而侵入住宅则无疑侵害了所有主体的合法权益，且不论在侵入当时其是否身在住宅之中。此种情况倘依主流学说按照牵连犯甚或想象竞合犯处理，则与目的地性犯罪的被害人同住的主体，其权益基本上被忽视，无由获得救济。就杨喜利案而言，本案事实上存在两个被害人这一情由不容忽视。作为强奸犯罪受害人王某的丈夫，杨某自己可能也没有意识到，在刑法上，其并非置身事外者，而是被害人之一。其遭受侵害的法益，便是其私人住宅的安宁。作为住宅的居住者之一，作为丈夫的杨某对其私人住宅安宁法益的享有独立于其妻王某：即便进入住宅者获得了王某的有效承诺，也并不必然推定其同样获得了杨某的承诺。正如大塚仁教授所指出的，“各居住者处在像夫妻或成人的家庭成员一样平等的地位时，有效的承诺就需要符合其全体成员的意思及推定的意思。”<sup>〔43〕</sup> 本案中，在杨喜利侵入住宅时，不论杨某是否身在屋内，其并未获得——也无法推定其获得——后者的承诺是无疑的。就其对杨某的侵害而言，也应以非法侵入住宅罪加以独立判断，而不宜完全被“整合”入对其妻子的法益侵害之中。

进而言之，在理论上，如若对除入户抢劫和入户盗窃之外的所有其他入户犯罪均按照作为目的的犯罪定罪处罚，将导致入户抢劫（或盗窃）与其他入户犯罪在处刑方面的重大不平衡。以入户强奸为例。在我国的司法实践中，频繁发生行为人在非法侵入住宅后同时实施抢劫和强奸的情况。依据刑法，该类行为构成抢劫罪和强奸罪是无疑的。然而，由于存在刑法第263条对入户抢劫加重处罚的规定，审判机关往往对其中的抢劫罪和强奸罪在量刑方面进行“歧视性”的差别对待：即便行为人仅仅抢劫了价值极低的财物，但因为具有“入户”的加重情节，所以处刑都在10年以上；而随后的强奸行为，虽然也发生在户内，但基本没有量刑超过5年有期徒刑的例子。稍具理性和常识的人都可以判断，后者在人身危险性和社会危害性方面起码不输于前者。即便从立法者原意的角度着眼，这一点也可以成立：刑法第236条规定的一般强奸罪的量刑空间是3年以上10年以下有期徒刑，这和第263条规定的一般抢劫罪的量刑空间基本相同，只是少了“并处罚金”一项。质言之，在立法者眼中，强奸罪和抢劫罪在社会危害性程度方面是大体相当的。然而，这种相当性却在对入户抢劫和入户强奸处刑之际被完全抛弃了，而这正是对入户强奸按照牵连犯处理所带来的不良后果之一。

总而言之，在作为手段的侵入住宅行为与作为目的的其他法益侵害行为之间，存在着非常复杂的勾连交错，简单的择一重罪处罚显然不能满足全面、充分评价的需要。由刑法明确规定入户盗窃与入户抢劫应加重处罚，可以明显地看出立法者认识到了住宅的独立价值以及侵入住宅犯罪的危险性。而此既不应被理解为除此之外的所有其他入户犯罪，均应抛开侵入住宅的情节而仅依目的地性犯罪行为定罪处罚；也不宜被扩张地解释为所有其他入户犯罪均应加重量刑，倘如此则明显太过严苛，根据罪刑法定原则，亦于法无据。

〔43〕 前引〔42〕，大塚仁书，第144页以下。

在此情形下，既要保障住宅作为公民私生活自由展开之物理空间的宪法地位，突出住宅所具有的独立于人身、财产等其他法益的重要、独立价值，又要顾全刑法的文字表述及其内涵的安定性，以便对整体的犯罪做全面、妥帖的评价，即有必要在刑法教义学层面对多样化的入户犯罪做如下区别对待：

1. 凡目的性犯罪在刑法中有“情节恶劣”或“情节严重”即加重处罚的规定的，且住宅作为个人私生活得以自由展开之物理空间的和平与安宁价值受到显著损害者，宜将非法侵入住宅（入户）解释为恶劣或严重的情节之一，对相应的入户犯罪加重处罚。比如，刑法第236条第3款明定：强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。则就入户强奸而言，其构成此款所谓的恶劣情节，故应较普通强奸犯罪加重处罚，以十年有期徒刑为起刑点。除入户强奸外，应做类似处理的还有入户侮辱、诽谤犯罪，入户抢夺犯罪，聚众入户哄抢犯罪（聚众哄抢罪），入户毁坏财物犯罪（故意毁坏财物罪），入户寻衅滋事犯罪，入户侵犯通信自由犯罪，入户窃取公民个人信息犯罪（非法获取公民个人信息罪）等等。

与此相对应，作为目的的犯罪在刑法中有“情节较轻”即减轻、免除处罚的规定的，且住宅法益受到显著影响，则宜将非法侵入住宅情节的存在解释为不属于“情节较轻”，不予减轻或免除处罚。比如，刑法第232条规定：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”据此，就入户杀人而言，非法侵入住宅情节的存在，即排除了“情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑”的适用，而直接在“死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”当中择刑判断。与此相类似的犯罪主要是入户绑架犯罪。

2. 凡目的性犯罪在刑法中没有“情节恶劣”或“情节严重”即加重处罚的规定的，但住宅作为个人私生活得以自由展开之物理空间的和平与安宁价值受到显著损害者，宜按照数罪并罚处理，即以并罚的方式实现全面评价的效果。在此，为与前述其他层次涉户犯罪的规范评价保持理论逻辑的一致，因目的性犯罪行为发生在户内，故应与“户内犯罪”等同评价，即在相应犯罪的量刑空间内从重处罚；之后再和作为手段的非法侵入住宅罪并罚。如此，一方面可契合于宪法第39条的规范意旨；另一方面也避免了刑法理论的内在矛盾，实现体系的严整条理和逻辑一贯。可置于此一类型中的犯罪行为包括入户故意伤害犯罪，入户强制猥亵、侮辱妇女犯罪，入户猥亵儿童犯罪，入户拐骗儿童犯罪，入户暴力取证犯罪，入户盗窃、侮辱尸体犯罪，入户放火、爆炸、投放危险物质犯罪（以分别构成放火罪、爆炸罪、投放危险物质罪为前提）等等。

## 结 语

不论读者诸君是否意识到，作为宪法与刑法的交叉研究，本文所从事的是对刑法规范的合宪性解释，即对刑法规范做合乎宪法规范与精神的解释。合宪性解释，不论是限定解释，还是扩大解释，其直接意图在于通过对法律条文的解释，完成对法律规范内涵的合理化，避免其落入违宪无效的境地。其一方面有助于维护现行法秩序的安定性，避免整体法秩序的频繁变动；另一方面也有助于在法律制度中贯彻宪法规范的原则与精神，从而实现

整体国法秩序在精神价值层面的统一和融贯。

作为宪法规范的具体化，刑法规范承担着实践宪法中基本权利之核心价值的重任。故而，刑法教义学就特定刑法规范开展解释时，不应局限于从刑法文本与规范框架中寻找依据，也应重视从宪法教义学的高度，着眼于从宪法规范与基本价值的层面为刑法解释寻找理论资源，而不宜对后者完全视而不见，甚或作出有违立宪主义精神的判断。此条基准无论对于刑事立法，亦或刑事司法裁判活动，都是适用的。进而，在注意到相应核心价值（法益）时，只要是实质上的数罪，尽管在处罪上可能按一罪处理，但相关的因素应在判决书中一一列明，以示思虑周全、反复衡量的苦心。

---

---

**Abstract:** The Inviolability of Residence which is described by the Article 39 of the Constitution is to protect not the architecture of the house, but the private and peaceful material space in which a person resides, free from the invasion of the public power and other people, and to leave the person operates his own private life freely. As the concretion of the constitutional norms, criminal legal norms and their judicial judgments should bear and exercise the spirit and value of constitution. The judgment in question, based on the theory of implicated offender, has chosen the offense of rape, but neglected the normative value of residence protected by the state legal system, which is independent of the property and personal body in it. This processing mode also fails to recognize the systematic arrangement of residence in the Criminal Law, and fails to recognize the difference between the Crimes Committed in the Residence and the Crimes Committed after Illegal Invasion into the Residence.

In order to evaluate comprehensively the Residence-related Crimes, first of all, it is appropriate to differentiate between Mere Formative Residence-related Crimes and Substantial Residence-related Crimes, based on the consideration whether the constitutional value of residence has been considerably damaged. Secondly, it is necessary to construct a Four-Step System of Substantial Residence-related Crimes, based on two standards, that is, the legality of entering the residence and the deliberation of the crimes committed after getting into the residence. On the basis of the above works, except for Theft and Robbery, it is proper for the judgment to treat the Crimes Committed after Illegal Invasion into the Residence differently, according to the different contextual articulation in the provisions of the Criminal Law, such as “if the circumstances are serious” or “if the circumstances are minor”.

**Key Words:** inviolability of residence, private life, residence-related crimes

---

---