

张明楷◎著

刑法分则的解释原理

(第二版) 下

中国人民大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法分则的解释原理 上下/张明楷著. 2版. —北京: 中国人民大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-300-13577-9

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑法-分则-法律解释-中国 IV. ①D924.305

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 062059 号

“十一五”国家重点图书出版规划
21 世纪法学研究生参考书系列
刑法分则的解释原理 (第二版) 上下
张明楷 著
Xingfa Fenze de Jieshi Yuanli

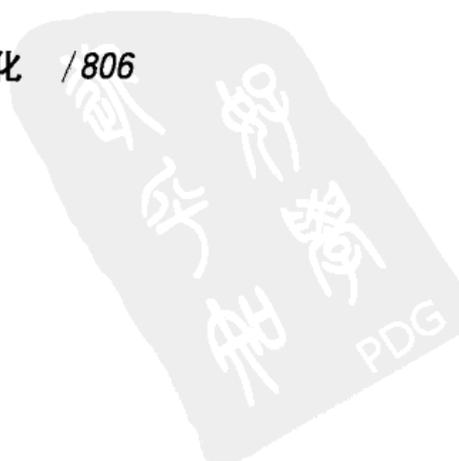
出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511398 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司	版 次	2004 年 1 月第 1 版
规 格	155 mm×235 mm 16 开本		2011 年 5 月第 2 版
印 张	54.75 插页 5	印 次	2011 年 12 月第 2 次印刷
字 数	880 000	定 价	148.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

简 目

- 第一章 解释原理与解释方法 / 1
- 第二章 分则与总则 / 109
- 第三章 “……的,” 与 “处……。” / 168
- 第四章 防止漏洞与减少对立 / 209
- 第五章 避免矛盾与保持协调 / 283
- 第六章 保护法益与违法要件 / 340
- 第七章 客观要素与主观要素 / 384
- 第八章 主观的超过要素与客观的超过要素 / 414
- 第九章 单一行为与复数行为 / 491
- 第十章 “非法” 与 “违反” / 533
- 第十一章 表述顺序与行为结构 / 565
- 第十二章 抽象的升格条件与具体的升格条件 / 587
- 第十三章 注意规定与法律拟制 / 622
- 第十四章 普通法条与特别法条 / 683
- 第十五章 并列与包容 / 740
- 第十六章 用语的统一性与用语的相对性 / 775
- 第十七章 普通用语的规范化与规范用语的普通化 / 806
- 主要参考书目 / 834
- 刑法条文索引 / 839
- 第一版后记 / 850
- 第二版后记 / 851



目 录 (下)

- 第十章 “非法”与“违反” /533
 - 一、“非法”与“违反”概述 /533
 - 二、“非法” /534
 - 三、“违反” /542
 - 四、“非法”与“违反”的并用 /561
- 第十一章 表述顺序与行为结构 /565
 - 一、表述顺序与行为结构的关系 /565
 - 二、分则条文有明文规定的情形 /568
 - 三、分则条文无明文规定的情形 /572
- 第十二章 抽象的升格条件与具体的升格条件 /587
 - 一、法定刑升格条件 /587
 - 二、抽象升格条件的内容 /589
 - 三、升格条件的认识 /604
- 第十三章 注意规定与法律拟制 /622
 - 一、注意规定的概念与特点 /622
 - 二、法律拟制的概念与特点 /631
 - 三、区分意义与区分方法 /640
 - 四、争议条文的分析 /644
 - 五、相关质疑的回应 /672
- 第十四章 普通法条与特别法条 /683
 - 一、法条竞合概述 /683
 - 二、特别关系的确定 /686
 - 三、特别关系的处理原则 /702
 - 四、特别法条的适用前提 /714



五、特别法条内容不周全的处理	/721
第十五章 并列与包容	/740
一、构成要件要素的规定方式	/740
二、并列	/742
三、包容	/758
四、疑难问题分析	/769
第十六章 用语的统一性与用语的相对性	/775
一、用语的统一性	/775
二、用语的相对性	/778
三、争议概念辨析	/796
第十七章 普通用语的规范化与规范用语的普通化	/806
一、普通用语与规范用语概述	/806
二、普通用语的规范化	/811
三、规范用语的普通化	/822
主要参考书目	/834
刑法条文索引	/839
第一版后记	/850
第二版后记	/851



“非法”与“违反”

一、“非法”与“违反”概述

我国刑法分则条文大量使用了“非法”与“违反……法规”、“违反……规定”（以下一般将后者简称为“违反”）的概念与表述。之所以如此，主要有以下几个原因：其一，立法者在使用“非法”与“违反”概念时比较“随意”，在没有必要使用“非法”、“违反”概念的条文中，也可能使用这一概念。其二，国外的刑法典是典型的固有刑法，所规定的基本上都是自然犯，违反行政管理的行政犯或法定犯都存在于附属刑法中。但我国的刑法典分则规定了大量的行政犯，而行政犯都以违反行政管理法规（本章在广义上使用此概念，包含刑法分则所称的各种法规、国家规定等，下同）为前提，于是出现了大量的“违反……法规”、“违反……规定”之类的表述。其三，制定刑法典时占支配地位的犯罪论体系，也使得“非法”与“违反”概念增加。在采取构成要件符合性、违法性、有责性体系的德国、日本等国，只要行为符合构成要件而又没有违法阻却事由，该行为就当然是违法的，因此，在刑法总则已经规定了违法阻却事由的前提下，刑法分则仅规定构成要件即可。我国的四要件犯罪论体系，没有区分违法与责任，违法由四个要件综合性地决定，但四个要件只是对犯罪的描述，而缺乏评价概念。为了不致处罚合法行为（或者为了不使司法工作人员将合法行为认定为犯罪），便不得不特别强调行为本身的非法性或违反性，导致“非法”与“违反”的概念增加。

面对大量的“非法”与“违反”的规定，解释者应当明确以下几点：

其一，虽然刑法分则条文使用“非法”与“违反”概念比较随意，但不能认为“非法”与“违反”概念都是多余的。换言之，刑法分则条

文中的“非法”与“违反”概念，既有必要的，也有多余的，还有可能是介于二者之间的。所谓“必要”，是指具有实体意义，删除后会影法条含义与犯罪认定的情形；所谓“多余”，则是指没有实体意义，即使删除也丝毫不影响法条含义与犯罪认定的情形^①；所谓介于必要与多余之间，是指具有提示作用的情形。既然如此，解释者就必须区分哪些是必要的，哪些是多余的。当“非法”与“违反”概念是必要的规定时，司法机关在办理相关案件的过程中，就必须证明行为的非法性与违反性；反之，当“非法”与“违反”的概念是多余的规定时，司法机关在办理案件时，就不必证明行为违反了什么法规。

其二，“非法”与“违反”显然不是完全等同的含义，解释者必须说明“非法”与“违反”的含义，亦即，必须说明“非法”与“违反”对于成立犯罪所具有的真实含义。

其三，不同条文中的“非法”的含义与作用并不相同，不同条文中的“违反”的含义与作用也不相同，解释者必须说明各个条文中的“非法”与“违反”的含义与作用。

其四，有的条文还同时使用了“非法”与“违反”概念，如何确定各自的含义，也是需要明确的问题。例如，刑法第344条前段规定：“违反国家规定，非法采伐、毁坏珍贵树木或者国家重点保护的其他植物的，或者非法收购、运输、加工、出售珍贵树木或者国家重点保护的其他植物及其制品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”从一般意义上说，违反国家规定的采伐行为，不可能是合法的采伐；反之，非法采伐、毁坏珍贵树木或者国家重点保护的其他植物的行为，不可能符合国家规定。那么，在这样的条文中，多余的是“违反国家规定”还是“非法”？如果“违反国家规定”是必要的、“非法”是多余的，那么，司法机关在适用本条时，就必须证明行为违反了国家的何种具体规定。如果说“非法”是必要的、“违反国家规定”是多余的，司法机关就必须明确“非法”的具体含义。

二、“非法”

刑法分则有50多个条文以“非法”限制构成要件行为（不包括以

^① “多余的”意指没有实体意义，但不排除其具有语感意义。

非法占有为目的、获取非法利益之类的表述)，其中有的条文两次以上使用“非法”概念。显然，刑法分则条文中的“非法”概念的含义与作用不可能相同。根据笔者的归纳，刑法分则条文中的“非法”大体可以细分为以下几类情形：

(一) 对违法阻却事由的提示

德国学者耶赛克 (Jescheck) 和魏根特 (Weigend) 指出：“刑罚法规与其他所有的法命题一样，不是仅包含定义，而是由构成要件 (Tatbestand) 与赋予权利或负担义务的法效果 (Rechtsfolge) 组成。在构成要件中，一定事态作为法律上的重要特征而记述下来；如果符合构成要件，便发生法效果。”^① 日本学者大塚仁指出：“刑法以诸如‘杀人的，处死刑、无期或者三年以上惩役’ (第 199 条) 这样的形式规定犯罪与刑罚的关系。即前半部分作为法律要件 (juristischer Tatbestand) 表示了一定的犯罪的要件；后半部分作为其法效果 (Rechtsfolge; Rechtserfolg)，限定了刑罚的种类与范围。”^② 不管刑法理论是采取构成要件符合性、违法性与有责性的犯罪论体系，还是采取我国传统的四要件体系，抑或采取违法构成要件、违法阻却事由、责任构成要件、责任阻却事由的体系，刑法分则条文的基本任务或主要任务，都只是描述客观 (违法) 构成要件与法律后果^③，而不可能也没有必要全面描述违法阻却事由与责任构成要件、责任阻却事由。这是因为，具备客观构成要件符合性的行为，通常都是违法的，而违法阻却事由、责任构成要件要素、责任阻却事由一般规定在刑法总则中。^④ 日本刑法第 199 条所规定的“杀人的”，就是杀人罪的构成要件。一般来说，只要杀人的，就是违法的，所以法条没有必要规定为“非法杀人的”。我国刑法第 232 条只是规定“故意杀人的，处……”，也没有规定为“故意非法杀人的，处……”，这同样是因为，凡是故意杀人的，一般都是违法的。

但是，有些行为只要经过允许或者由特定的人实施，或者在特定的条件下实施，因而没有侵害法益或者保护了更为优越的法益时，就不具

① Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 49.

② [日] 大塚仁：《刑法概说 (总论)》，4 版，5 页，东京，有斐阁，2008。

③ 本章基本上在等同意义上使用客观构成要件与违法构成要件的概念。

④ 只有针对特定犯罪的违法阻却事由、具体犯罪特殊的责任构成要件要素 (如动机) 与责任阻却事由，才会规定在相应的分则条文中。

有违法性，于是，刑法分则条文会以“非法”二字特别提示违法阻却事由的存在。这里的“非法”并不是客观构成要件要素（用“非法”概念描述违法构成要件是不可取的），而是意味着具备构成要件要素的行为，也可能并不违法。^①

例如，日本刑法第 220 条规定：“非法逮捕或者监禁他人的，处三个月以上七年以下惩役。”日本刑法理论认为，其中的“非法”并不属于构成要件要素。例如，前田雅英教授针对此条中的“非法”指出：“通说并不承认‘非法’具有特别的意义，只不过是因为逮捕、监禁行为欠缺违法性的情形较多而做出的注意规定。”^②山口厚教授指出：“法文中的‘非法’，是由于存在基于法令的逮捕、监禁属于适法行为的情况，为了确认一般的违法性要件而规定的（违法要素），其自身不是特别的构成要件要素。”^③曾根威彦教授指出：“成立逮捕监禁罪，要求行为必须是‘非法’地实施的。这是因为在社会生活中，在他人的自由行动对自己或者第三者并非理想之事的场合，逮捕监禁该他人属于适法的情形并不少见，所以，注意性地规定违法性的一般原则。在此意义上说，‘非法’是违法要素，而不是构成要件要素。”^④

我国刑法分则条文中的“非法”概念，大部分都旨在提示违法阻却事由的存在。例如，刑法第 125 条第 1 款前段规定：“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的，处三年以上十年以下有期徒刑。”由于实践中存在大量合法制造、买卖、运输、储存枪支、弹药、爆炸物，因而欠缺违法性的情形，故本条特别提示司法工作人员注意：如果行为人根据法令制造、买卖、运输、储存枪支、弹药、爆炸物，则具有违法阻却事由，不成立犯罪。^⑤

再如，刑法第 252 条规定：“隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重的，处一年以下有期徒刑或者拘役。”

① 我国的各种刑法教科书将故意杀人罪定义为“故意非法剥夺他人生命的行为”。其中的非法，只是意味着不具有执行死刑、正当防卫、在战场上杀死敌人等违法阻却事由。所以，只要杀人没有违法阻却事由，就必然是违法的，完全不需要另查明杀人行为违反了什么法律的第多少条。

② [日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4 版，89 页，东京，东京大学出版会，2007。

③ [日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，84 页，东京，有斐阁，2010。

④ [日] 曾根威彦：《刑法各论》，4 版，49 页，东京，弘文堂，2008。

⑤ 《枪支管理法》第 32 条规定：“严禁邮寄枪支，或者在邮寄的物品中夹带枪支。”所以，邮寄枪支基本上不可能存在违法阻却事由。

法条只是用“非法”限制开拆行为，而没有用“非法”限制隐匿与毁弃。这是因为开拆他人信件时，具备违法阻却事由的情形较为常见。例如，司法工作人员为了查处犯罪，必要时经过法定程序需要开拆有关人员的信件的，就阻却开拆行为的违法性。但是，司法工作人员即使为了查处犯罪，也不应当隐匿、毁弃他人信件（必要的扣留也不等于隐匿、毁弃），所以，就隐匿、毁弃他人信件而言，存在违法阻却事由的可能性小（并非完全没有），因而不需要特别提示。

一般来说，刑法分则的下列条款中的“非法”均是为了提示可能存在违法阻却事由。第111条（非法提供国家秘密或者情报）、第125条第2款（非法制造、买卖、运输、储存毒害性、放射性、传染病病原体等物质）、第126条第3项（非法销售枪支）、第128条第1款（非法持有、私藏枪支、弹药）、第130条（非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，进入公共场所或者公共交通工具）、第163条第1款（非法收受他人财物）、第176条（非法吸收公众存款）、第177条之一（非法持有他人信用卡、非法提供信用卡信息资料）、第190条（将境内的外汇非法转移到境外）、第207条（非法出售增值税专用发票）、第209条第3款（非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票）、第238条第1款（非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由）、第245条（非法搜查他人身体、住宅、非法侵入他人住宅）、第252条（非法开拆他人信件）、第253条之一第2款（非法获取上述信息）、第281条第1款（非法生产、买卖人民警察制式服装、车辆号牌等专用标志、警械）、第282条第2款（非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品）、第283条（非法生产、销售窃听、窃照等专用间谍器材）、第284条（非法使用窃听、窃照专用器材）、第333条（非法组织他人出卖血液）、第334条（非法采集、供应血液或者制作、供应血液制品）、第341条第1款（非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物，非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的）、第348条（非法持有毒品）、第351条（非法种植罂粟、大麻等毒品原植物）、第352条（非法买卖、运输、携带、持有未经灭活的罂粟等毒品原植物种子或者幼苗）、第375条第2款（非法生产、买卖武装部队制式服装）、第375条第3款（非法提供、使用武装部队车辆号牌等专用标志）、第385条第1款（非法收受他人财物）、第431条（非法获取军事秘密）。

对于上述提示违法阻却事由的“非法”，应当明确以下几点：

其一，由于上述法条中的“非法”只是提示可能存在违法阻却事由，因而是一种注意规定，即使删除这些法条中的“非法”，也不影响法条的含义。因为是否存在违法阻却事由，都是需要个案判断的；不能轻易得出“凡是分则条文没有标明‘非法’二字的犯罪，均不可能存在违法阻却事由”的结论。所以，即使有些条文没有使用“非法”概念，也不意味着不存在违法阻却事由。例如，刑法第347条在规定走私、贩卖、运输、制造毒品罪时，没有使用“非法”二字，但事实上存在合法出口或进口毒品以及合法买卖、运输、制造毒品（麻醉药品与精神药品）的情形。换言之，不管分则条文在表述罪状时是否使用“非法”一词，都需要在个案中判断有无违法阻却事由。

其二，在以“非法”提示存在违法阻却事由的法条中，只需要查明行为符合客观构成要件，并且没有违法阻却事由，就可以肯定行为是违法的。换言之，当刑法分则条文中的“非法”只是提示可能存在违法阻却事由时，不需要查明符合客观构成要件的行为是否违反了其他法律或者行政管理法规。例如，只要行为人客观上制造了枪支，而制造枪支的行为又没有取得合法批准（不具有违法阻却事由），该行为就符合非法制造枪支罪的客观构成要件，不需要查明该行为是否违反了相关的行政管理法规。

其三，在以“非法”提示可能存在违法阻却事由的法条中，“非法”显然与刑法上的违法是等同含义。亦即，在这种场合，所谓非法，实际上就是指违反刑法或者违反刑法的禁止性，其实质是指侵害或者威胁了刑法所保护的法益。

其四，在得到行政许可便阻却违法性的犯罪中，提示可能存在违法阻却事由的“非法”，与“未经许可”基本上是一个问题的两个侧面。例如，第351条规定了非法种植毒品原植物罪。其中的“非法”意味着合法种植不成立犯罪。《麻醉药品和精神药品管理条例》第4条规定：“除本条例另有规定的外，任何单位、个人不得进行麻醉药品药用原植物的种植……”第8条规定：“麻醉药品药用原植物种植企业应当根据年度种植计划，种植麻醉药品药用原植物。”“麻醉药品药用原植物种植企业应当向国务院药品监督管理部门和国务院农业主管部门定期报告种植情况。”显然，所谓合法种植，实际上是指被指令种植或者经过行政许可的种植。在这种场合，当然可以认为，得到行政许可就是违法阻却事由。

(二) 对违反法律、法规的表示

刑法分则条文虽然有“违反……法规”、“违反……规定”的表述，但是，也有个别条文以“非法”表示行为“违反……法规”、“违反……规定”。

例如，刑法第208条规定：“非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。”其中的非法购买增值税专用发票，就是指违反国家有关领购增值税专用发票的相关规定购买增值税专用发票（如不符合领购条件，但提供伪造的证明文件领购增值税专用发票）。如果行为完全符合领购条件而领购增值税专用发票的，则不成立非法购买增值税专用发票罪。

再如，刑法第439条前段规定：“非法出卖、转让军队武器装备的，处三年以上十年以下有期徒刑。”在认定本罪时，必须查明，出卖、转让军队武器装备的行为，违反了刑法以外的法律、法规。如果不能证明出卖、转让行为违反了刑法以外的法律、法规，则不能认定为本罪。因此，完全可以将本条前段表述为：“违反武器装备管理法规，出卖、转让军队武器装备的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

又如，倘若不考虑刑法第225条的项前规定，那么，其第4项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”中的“非法”，应当是指对行政管理法规的违反。因为某种经营行为是否属于第4项规定的“非法经营行为”，不是直接根据刑法判断（因为刑法并没有描述行为类型），而是根据相关的行政管理法规判断。

当“非法”意味着行为违反了行政法等管理法规时，其中的“非法”与刑法上的违法性不是等同含义。亦即，这种情形下的“非法”只是表明行为违反了行政管理法规。因此，具备这种“非法”要件的，行为并不当然违反刑法。其他需要明确的问题，参见本章三（二）的相关内容。

(三) 对行为非法性的强调

日本学者泷川幸辰、木村龟二认为，日本刑法第220条所规定的“非法”，仅具有语感上的意义，既不是构成要件要素，也不是特别的违法性要素。^①其实，我国刑法分则条文中的不少“非法”也只具有语感

^① 参见〔日〕泷川幸辰：《刑法各论》，73页，东京，日本评论社，1933；〔日〕木村龟二：《刑法各论》，62页，东京，法文社，1957。

上的意义。在笔者看来，这种语感上的意义，可谓对行为的非法性的一种强调。但其所强调的非法性，既可能是对行政管理法规的违反性，也可能是指刑法上的违法性。

例如，刑法第155条规定：下列行为，“以走私罪论处，依照本节的有关规定处罚：（一）直接向走私人非法收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的；……”其实，直接向走私人收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的行为，基本上都会违反海关法，相应地也违反了刑法，这种行为存在违法阻却事由的可能性很小（如果行为主体是查处走私的国家机关或者其工作人员，则一般不可能是直接向走私人收购，只能是直接没收）。所以，本条中的“非法”不具有实体意义，只是为了强调行为的非法性（包括海关法上的非法性与刑法上的非法性），删除“非法”概念，丝毫不会影响本条的适用。

再如，刑法192条规定的罪状是：“以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大”。以非法占有为目的，使用诈骗方法的集资行为，不可能是合法的，而且，几乎不可能存在违法阻却事由。^①一方面，“非法”一词是完全可以省略的；另一方面，添加“非法”一词，只是为了宣示集资行为的非法性质。

除此之外，刑法第238条第3款（为索取债务非法扣押、拘禁他人）、刑法第251条（国家机关工作人员非法剥夺公民的宗教信仰自由和侵犯少数民族风俗习惯）、刑法第282条第1款（以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密）、第336条第1款（未取得医生执业资格的人非法行医）中的“非法”，基本上都只是为了宣示行为的非法性，除此之外并不具有任何实体意义。正因为如此，司法机关在认定上述犯罪时，不需要查明和证明行为是否违反了某种法律、法规。

（四）已有表述的同位语

刑法分则某些条文所使用的“非法”概念，只是已有表述的同位语，充其量仅具有语感意义。这种同位语虽然也可谓对行为的非法性的强调，但它的-一个特点是，与法条已经做出的具体表述的含义完全相同。

^① 虽然可能存在责任阻却事由，但责任阻却事由的存在并不影响行为的违法性。

例如，刑法第 225 条第 3 项前段规定的罪状是：“未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务”。显然，其中的所谓“非法”就是指“未经国家有关主管部门批准”。反过来说，只要经过国家有关主管部门批准，经营证券、期货、保险业务的行为，就不可能构成非法经营罪。将上述第 3 项的规定与同条第 1 项的规定进行比较，也可以得出这样的结论。刑法第 225 条第 1 项规定的罪状是“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品”。据此，只要未经许可，经营专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品，就是违反法律、行政法规规定的行为，如果情节严重便违反了刑法。如果将本项表述为“未经许可非法经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品”，也完全符合表述习惯。但是，加入“非法”二字，并不使含义发生变化。换言之，在本条第 1 项中加入“非法”二字，也只是表明经营行为未经许可。

在“非法”属于法条已有表述的同位语时，司法机关在认定相关犯罪时，只需要证明案件具备已有表述的要素，而不需要另外查明行为的“非法”内容。就上述刑法第 225 条第 3 项而言，司法机关只需要证明经营行为未经国家有关主管部门批准，不需要另外查明其他“非法”内容。

上述第（三）、（四）种情形中的“非法”的作用与意义是极为有限的，都可谓“多余的”规定。因此，即使删除，也不会产生任何歧义，不会影响法条的适用，不会妨碍犯罪的认定。

需要说明的是，有的分则条文中的“非法”相对于不同的行为而言，所起的作用可能并不相同。

例如，刑法第 128 条第 2 款规定：“依法配备公务用枪的人员，非法出租、出借枪支的，依照前款的规定处罚。”其中的“非法”相对于出租与出借而言，其意义与作用可能是有所区别的。《枪支管理法》第 3 条规定：“国家严格管制枪支。禁止任何单位或者个人违反法律规定持有、制造（包括变造、装配）、买卖、运输、出租、出借枪支。”事实上，任何依法配备公务用枪的人员，出租枪支的行为必然是符合本罪构成要件的，而且是违反《枪支管理法》与刑法的，也几乎不可能存在违法阻却事由。所以，相对于出租而言，“非法”充其量只是宣示出租行为的非法性，并不具有实体意义，也不具有提示可能存在违法阻却事由的作用。出借公务用枪的行为虽然通常是违法的，但是，在现实生活中，可能出现这样的现象：依法配备公务用枪的人员，经过法定程序，将公务用枪暂时借给其他公务人员使用。在这种场合，要么并不违反

《枪支管理法》，因而不符合本罪的规定；要么存在违法阻却事由。所以，相对于出借而言，“非法”既可能意指行为违反了《枪支管理法》，也可能提示了行为存在违法阻却事由。

再如，刑法第345条第3款规定的罪状是：“非法收购、运输明知是盗伐、滥伐的林木”。收购盗伐、滥伐的林木，基本上都是违反森林法规定的行为，情节严重便违反刑法，存在违法阻却事由的可能性小。所以，相对于收购盗伐、滥伐的林木而言，“非法”只是对行为的非法性的强调，不具有实体意义，也不是对可能存在违法阻却事由的提示。但是，运输滥伐的林木，则并不必然违反森林法的规定，很可能存在违法阻却事由。例如，林业执法机关发现他人盗伐、滥伐林木后，没收该林木，并将林木运输至另一地点的，要么不符合本罪的客观构成要件，要么属于违法阻却事由。所以，相对于运输而言，“非法”既可能意味着行为违反森林法的规定，也可能提示存在违法阻却事由。

还需要说明的是，以上对“非法”的意义与作用的区别，虽然大体上是成立的，但却是相对的。首先，上述第（三）与第（四）的区别，是极为相对的。不同的解释者可能得出不同的解释结论，但是，这种场合的不同解释结论，并不影响对具体案件的定罪量刑。其次，上述第（一）与第（二）的区别，也可能是正面与反面的关系。例如，一方面，就某些行为而言（如第207条规定的非法出售增值税专用发票、第209条第3款规定的非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票），人们可以说，因为违反了有关出售发票的管理法规，才成立犯罪。另一方面，人们也可以说，如果出售行为符合有关出售发票的管理规定，就具备了违法阻却事由。最后，有些法条中的“非法”，归入上述（一）至（四）的任何一类或者几类都是可能的，第270条（非法占为己有）、第271条（非法占为己有）、第382条第1款与第2款（非法占有公共财物）中的“非法”，就是如此。例如，刑法第382条第1款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。”将其中的非法解释为上述四种情形中的一种或者多种，都是可能的。

三、“违反”

“违反……法规”、“违反……规定”在刑法分则的不同条文中，其含义与作用也不相同，需要具体分析。

(一) 提示存在违法阻却事由

刑法分则条文中有不少关于“违反”的规定，实际上与上述“非法”的第（一）种情形相同，只是提示存在违法阻却事由。在这样的场合，只要客观上实施了分则条文所规定的行为，就意味着行为符合客观构成要件。只要行为不具备违法阻却事由，该行为就具有刑法上的违法性，不需要另外证明行为违反了某种行政管理法规（因为刑法条文已经将行政管理法规的内容具体化为罪状内容）。

例如，刑法第 297 条规定：“违反法律规定，携带武器、管制刀具或者爆炸物参加集会、游行、示威的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”实际上，“携带武器、管制刀具或者爆炸物参加集会、游行、示威”就是《集会游行示威法》第 5 条、第 29 条禁止的内容。所以，只要携带武器、管制刀具或者爆炸物参加集会、游行、示威，就不仅违反了集会游行示威法，而且完全符合本罪的客观构成要件；只要携带行为不具备违法阻却事由，该行为就是违反刑法的。所以，本罪中的“违反法律规定”并不是构成要件要素，只是意味着可能存在违法阻却事由。与刑法第 130 条相比较，更能说明这一点。刑法第 130 条规定：“非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，进入公共场所或者公共交通工具，危及公共安全，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”携带枪支、弹药进入公共场所或者公共交通工具，与携带枪支、弹药参加集会、游行、示威，都是被行政管理法规禁止的；携带枪支、弹药参加集会，也属于携带枪支、弹药进入公共场所。因此，将刑法第 297 条的罪状表述为“非法携带武器、管制刀具或者爆炸物参加集会、游行、示威”，并不会改变本条的含义。这表明，第 297 条中的“违反法律规定”，实际上是提示可能存在违法阻却事由。

再如，第 355 条第 1 款规定的罪状是：“依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品、精神药品的人员，违反国家规定，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品”。其实，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品，就已经违反了《麻醉药品和精神药品管理条例》的相关规定。因此，其中的“违反国家规定”只是提示可能存在违法阻却事由。例如，根据《麻醉药品和精神药品管理条例》第 45 条的规定，医疗机构、戒毒机构以开展戒毒治疗为目的，使用美沙

酮或者国家确定的其他用于戒毒治疗的麻醉药品和精神药品的，就阻却行为的违法性。

又如，刑法第 285 条第 1 款规定：“违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”“侵入”本身就是指无权进入而进入，因此，侵入上述计算机信息系统的行为，已经属于违反国家规定的行为。但是，不排除存在违法阻却事由的可能性。所以，本书倾向于认为，其中的“违反国家规定”只是对可能存在违法阻却事由的提示。

当“违反”属于对可能存在违法阻却事由的提示时，只要行为符合客观构成要件，没有违法阻却事由，就具备了构成要件符合性与违法性，不需要另外证明行为违反了某种国家规定。

（二）要求行为违反行政管理法规

刑法分则条文中的“违反”规定，大多要求行为违反了某种行政管理法规。在这种场合，刑法分则条文一般没有具体、全面地描述罪状，行为是否符合客观构成要件，需要根据相关行政管理法规确定。需要说明的是，少数法条中所表述的“不符合……规定”也属于这一类。因为不符合国家规定，也意味着行为违反国家规定。

例如，刑法第 133 条规定：“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。”显然，本条只是规定了结果的具体内容，而没有规定行为的具体类型。什么行为可能成立交通肇事罪，需要根据道路交通管理法规确定。完全符合交通运输管理法规的行为，不可能成立交通肇事罪。

再如，刑法第 185 条之一第 2 款规定：“社会保障基金管理机构、住房公积金管理机构等公众资金管理机构，以及保险公司、保险资产管理公司、证券投资基金管理公司，违反国家规定运用资金的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”显然，本款并没有规定违法运用资金罪的行为内容。换言之，行为是否成立本罪，必须根据相关法律、法规确定。

除此之外，刑法第 131 条（航空人员违反规章制度）、第 132 条（铁路职工违反规章制度）、第 134 条（在生产、作业中违反有关安全管理的规定）、第 135 条（安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规

定)、第135条之一(举办大型群众性活动违反安全管理规定)、第136条(违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定)、第137条(建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定,降低工程质量标准)、第139条(违反消防管理法规)、第186条第1款(银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定发放贷款)、第331条(违反国务院卫生行政部门的有关规定)、第332条(违反国境卫生检疫规定)、第337条(违反有关动植物防疫、检疫的国家规定)、第405条(税务机关的工作人员违反法律、行政法规的规定)、第436条(违反武器装备使用规定)、第396条(国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体,违反国家规定,以单位名义将国有资产集体私分给个人)等,都要求行为违反具体的行政管理法规。

当“违反”是指要求行为违反行政管理法规时,需要明确和讨论以下几点:

其一,“违反”属于犯罪客观构成要件的具体要素。如果行为没有违反行政管理法规,该行为就不具备客观构成要件符合性。例如,没有违反有关动植物防疫、检疫的国家规定的行为,即使引起重大动植物疫情或者有引起重大动植物疫情危险的,也不可能符合妨害动植物防疫、检疫罪的客观构成要件。

其二,司法机关需要证明行为究竟违反了何种具体的行政管理法规。如果不能查明,就表明行为并不符合客观构成要件,也不可能违反刑法。显然,在行政管理法规与刑法典相分离的情况下,极大地增加了司法机关的负担。^① 尽管如此,司法机关也必须证明行为对行政管理法规的违反性。而且,司法机关在相关法律文书中,不能只是抽象地说明行为违反了什么行政管理法规,也不能直接根据司法解释认定犯罪,而

① 将大量的行政犯罪、经济犯罪规定在刑法典中,增加了空白罪状,影响了刑法的适用。虽然空白罪状并不违反罪刑法定原则,但是,由于空白罪状的表述方式是“违反……法规”、“违反……管理规定”或者“违反国家规定”,没有也不可能指明各种法规的具体条文与国家规定的具体内容,常常导致处罚范围不明确。结局是,要么不当扩大处罚范围,要么不当缩小处罚范围。例如,刑法第225条规定的非法经营罪以“违反国家规定”为前提,反过来,只要违反国家规定的经营行为情节严重,都可能构成非法经营罪。于是,非法经营罪被人们称为“口袋罪”。与之相反,对于一些明显违反国家规定构成犯罪的虚假广告行为,行政机关仅适用广告法处以罚款,而没有移送司法机关,使刑法典中的虚假广告罪形同虚设。立法机关宜在行政法、经济法等非刑事法律中,对于严重违反行政法、经济法规的行为直接规定罪状与法定刑(参见张明楷:《刑法立法的发展方向》,载《中国法学》,2006(6),76页以下)。

是必须具体说明行为违反了什么法律、法规的第多少条、多少款。当刑法分则条文所要求的是“违反国家规定”时，仅违反部门规章的行为，不成立犯罪。例如，最高人民法院、最高人民检察院 2009 年 12 月 3 日《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条规定：“违反国家规定，使用销售点终端机具（POS 机）等方法，以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金，情节严重的，应当依据刑法第二百二十五条的规定，以非法经营罪定罪处罚。”问题在于，虽然中国人民银行、中国银行业监督管理委员会颁发的相关文件^①，明确规定利用 POS 机进行信用卡套现行为是应受打击的信用卡欺诈行为，但全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，以及国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令中，并没有相关规定。下级司法机关不能回避“违反国家规定”的要求，亦即，下级司法机关不能直接根据该司法解释将利用 POS 机进行信用卡套现的行为认定为非法经营罪。

其三，只要行为违反了相关的具体行政管理法规，又符合刑法条文进一步规定的客观构成要件，该行为就具备了刑法上的违法性，如果符合责任构成要件，就应当以犯罪论处。

这类犯罪的成立，不以行政管理法规明确规定“构成犯罪的，依法追究刑事责任”为前提。换言之，只要行为违反了某种具体的行政管理法规，而且进一步符合刑法规定的构成要件，即使行政管理法规中没有“构成犯罪的，依法追究刑事责任”之类的规定，也不影响犯罪的成立。一个简单的道理是，行政管理法规中的“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的规定，是没有任何意义的多余规定，也是相当随意的规定。一方面，在某些场合，即使有这样的规定，即使这样的规定是由国家立法机关做出的，但在刑法中可能根本没有相应的犯罪构成要件与法定刑（在这种场合，不可能追究刑事责任，“构成犯罪的，依法追究刑事责任”完全是废话）。例如，国务院《个人存款账户实名制规定》第 7 条规定：“在金融机构开立个人存款账户的，金融机构应当要求其出示本人身份证件，进行核对，并登记其身份证件上的姓名和号码。代理他人在金融机构开立个人存款账户的，金融机构应当要求其出示被代理人 and 代理人

^① 参见中国人民银行、中国银行业监督管理委员会 2006 年 3 月 8 日发布的《关于防范信用卡风险有关问题的通知》（银发〔2006〕第 84 号）；中国银监会办公厅 2007 年 2 月 26 日发布的《关于加强银行卡发卡业务风险管理的通知》（银监办发〔2007〕60 号）。

的身份证件，进行核对，并登记被代理人和代理人的身份证件上的姓名和号码。”“不出示本人身份证件或者不使用本人身份证件上的姓名的，金融机构不得为其开立个人存款账户。”第9条规定：“金融机构违反本规定第七条规定……构成犯罪的，依法追究刑事责任。”可是，对违反上述第7条规定的行为，恐怕是很难认定为犯罪的。另一方面，在某些场合，即使没有这样的规定，也可能完全符合刑法所规定的构成要件（由于认定犯罪的法律根据是刑法，所以，即使行政管理法规中没有“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的规定，也没有关系）。例如，《劳动法》第95条规定：“用人单位违反本法对女职工和未成年工的保护规定，侵害其合法权益的，由劳动行政部门责令改正，处以罚款；对女职工或者未成年工造成损害的，应当承担赔偿责任。”本条没有“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的规定，但刑法第244条之一规定了雇用童工从事危重劳动罪。再如，《产品质量法》第51条规定：“生产国家明令淘汰的产品的，销售国家明令淘汰并停止销售的产品的，责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品货值金额等值以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，吊销营业执照。”本条没有“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的规定，但实施上述行为情节严重的，依然可能成立非法经营或者生产、销售伪劣产品等罪。由此可见，将行为是否构成犯罪的认定，取决于行政管理法规是否存在某种随意性规定的做法，并不合适。更为重要的理由是，当分则条文对某个犯罪规定的客观构成要件以违反行政管理法规为前提，同时设定了该罪的客观构成要件时，只要行为违反行政管理法规，同时也符合刑法规定的客观构成要件，就没有理由否认这种行为的刑事违法性；在具备有责性的条件下，就应当以犯罪论处。此外，刑法分则条文中的“违反”包括违反国务院制定的行政管理法规（参见刑法第96条），但是，国务院没有权力直接将某种行为规定为犯罪。国务院制定的行政管理法规中的“构成犯罪的，依法追究刑事责任”，只是一种原则性的规定，所表示的内容是，行政机关在处理行政违法案件的过程中，如果遇到情节严重构成犯罪的案件时，应当交由司法机关依法追究刑事责任，而不能仅由行政机关追究行政责任。这种规定所规范的对象不是司法机关，而是行政机关。^① 所以，以行政管理法规中有无“构

^① 参见张明楷：《行政刑法辨析》，载《中国社会科学》，1995（3），97页。

成犯罪的，依法追究刑事责任”的规定来决定行为是否构成犯罪，并不妥当。

认定这类犯罪的成立，也不以存在最高人民法院与最高人民检察院的司法解释为前提。换言之，即使没有司法解释明确规定违反某种行政管理法规的行为构成犯罪时，只要行为确实违反行政管理法规，且符合刑法规定的客观构成要件，并具备有责性，就应当认定为犯罪。这是因为，司法解释只是就司法实践中的一些争议较大的疑难问题做解释，而不是对任何条文都做解释。倘若认为只有司法解释明确规定的才成立犯罪，就会导致刑法分则规定的大量犯罪不能受到追究。况且，行为是否构成犯罪，其法律标准是刑法规定的犯罪成立条件，而不是司法解释规定的成立条件。

其四，对行为违反行政管理法规的认定，不能形式化，必须考虑行政管理法规的保护目的。以交通肇事罪为例。交通肇事的结果必须由违反规范保护目的的行为所引起。换言之，行为虽然违反交通运输管理法规，也发生了结果，但倘若结果的发生超出了规范保护目的，也不能认定为本罪。例如，交通运输管理法规禁止酒后驾驶的目的，是为了防止驾驶者因为饮酒而导致驾驶能力减退或者丧失进而造成交通事故。如果酒后驾驶并未导致驾驶能力减退或者丧失，而是由于车辆出现了驾驶者不能预见的刹车故障造成了交通事故时，对驾驶者不能以交通肇事罪论处。再如，禁止驾驶没有经过年检的车辆的目的，是为了防止因车辆故障导致交通事故。如果行为人驾驶没有年检的车辆，但该车并无故障，而是由于被害人横穿高速公路造成了交通事故时，对行为人也不能以交通肇事罪论处。

其五，当“违反”是指要求行为违反行政管理法规时，即使行为违反了行政管理法规，具备某种犯罪的客观构成要件要素，但仍然可能存在违法阻却事由。例如，被一群恐怖分子驾车追杀的甲，在不得已的情况下，违反交通运输管理法规超速行驶，撞坏路边财物，致使公私财产遭受重大损失的，可能成立紧急避险。

其六，争议最大因而需要进一步讨论的是，当犯罪以“违反”行政管理法规为前提时，是否要求行为人对“违反”具有认识？行为人就此存在认识错误时，是否阻却犯罪的故意？而这又取决于对行政管理法规“违反”的认识错误，是事实认识错误，还是法律认识错误。

有学者指出：“违法性认识是刑事责任的一般要素，所有犯罪的成立都需要行为人认识或可能认识到行为的违法性……在有些犯罪中，则

需要对行为人是否认识到其行为的违法性的问题进行特别的考察。这些犯罪主要有：第一，刑法条文明确规定‘违反……法规’的犯罪。例如，刑法第129条（即现行刑法第340条——引者注）规定，只有‘违反保护水产资源保护法规’的，才构成非法捕捞水产品罪。在处理这类案件时，应当查明行为人是否知道保护水产资源法规中的有关规定……”^①本书不赞成这种观点。

成立故意犯罪，并不要求行为人现实地认识到自己的行为违反刑法，更不可能要求行为人现实地认识到自己的行为违反行政管理法规。

(1) 当行为人认识到自己行为的内容、社会意义与危害结果，并希望或者放任这种结果发生时，就反映出行为人积极侵犯法益的态度；并不是只有认识到行为违反行政管理法规时，才能反映这种态度。换言之，当行为人认识到自己的行为侵害了法益时，已经表明行为人认识到行为的实质违法性，不应另要求其认识到自己的行为违反行政管理法规。

(2) 如果要求故意的成立以认识到行为违反行政管理法规为前提，那么，司法机关一方面根据行为人对行为及结果的认识与意志来区分故意与过失，另一方面又要根据对行政管理法规的违反性的认识区分故意与过失；当二者存在冲突时，便难以认定责任形式。例如，甲、乙都明知滥伐林木破坏了森林资源。根据前述观点，如果甲知道该行为违反《森林法》，便成立犯罪；如果乙以为该行为不违反《森林法》，但具有违法性认识的可能性，则属于过失滥伐林木；但本罪的成立以故意为必要，结局是乙的行为不成立犯罪。但这种结论缺乏合理性。

(3) 许多以违反行政管理法规为前提的犯罪属于过失犯罪。对过失犯要求具备违反行政管理法规的认识，也与过失犯的本质不协调。

(4) 即使是行政法学家，也不可能认识所有的行政管理法规。所以，就以违反行政管理法规为前提的犯罪而言，要求行为人认识到其行为违反行政管理法规，不仅不现实，而且明显不利于实现法益保护目的。

本书认为，任何故意犯罪与过失犯罪的成立，都不要要求行为人现实认识到自己的行为违反刑法，但要求具有违反刑法的认识可能性（违法性认识的可能性）。不过，违法性认识的可能性不是故意的要素，而是有责性的要素；实施了符合客观构成要件的违法行为的人不具有违法性认识的可能性时，不能对其进行法的非难。一方面，具有违法性认识的

^① 冯军：《论违法性的认识》，载赵秉志主编：《刑法新探索》，266～267页，北京，群众出版社，1993。

可能性时,才能产生遵从法的动机,才具有非难可能性;对于不可能知道自己的行为被法律禁止的人,不能从法律上要求他放弃该行为,因而不能追究其责任。唯有如此,才能保障行为人的行动自由。另一方面,刑法具有不完整性,且实行罪刑法定原则,侵犯法益的行为并不一定被刑法规定为犯罪。因此,即使行为人认识到自己的行为侵犯了某种法益,但合理地相信自己的行为并不被刑法所禁止时,即违法性的错误不可回避时,就不具有非难可能性。这一道理,不仅适用于故意犯,也适用于过失犯。换言之,违法性认识的可能性,是独立于故意、过失之外的,故意犯与过失犯共同的责任要素;缺乏违法性认识的可能性时,阻却责任,不成立犯罪。^①

基于同样的理由,就以违反行政管理法规为前提的犯罪而言,除了要求行为人具有违反刑法的认识可能性之外,还要求行为人对违反行政管理法规具有认识可能性(或许严格的行政责任除外)。当行为人不可能认识到自己的行为违反行政管理法规时,就不能期待其不实施该行政违反行为。既然不能期待其不实施该行政违反行为,那么,也不能期待其不实施以该行政违反为前提的犯罪行为。^②

但是,故意犯罪的成立,要求行为人认识到符合客观构成要件的事实。一方面,当刑法分则明文表述了客观构成要件要素时,行为人必须对符合客观构成要件的事实具有认识。例如,非法狩猎罪的成立,虽然不要求行为人现实地认识到自己的行为违反了狩猎法规,但要求行为人认识到自己是在禁猎区、禁猎期或者使用了禁用的工具、方法狩猎。如果行为人误记了禁猎期,以为自己是在非禁猎期狩猎的,则属于事实认识错误,不成立本罪。另一方面,当刑法分则条文仅规定“违反……法规”,而没有表述行为内容时,行为人必须认识到该法规记载的事实。例如,刑法第332条规定:“违反国境卫生检疫规定,引起检疫传染病传播或者有传播严重危险的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。”本罪的成立,不要求行为人现实地认识到自己的行为违反了国境卫生检疫规定,但是行为人对于自己违反国境卫生检疫规定的事实必须有认识。例如,当客观行为违反《国境卫生检疫法》第20条的规定,向国境卫生检疫机关隐瞒事实情况,逃避检疫,因而引起检疫传染病传播或者有传播严重危险时,行为人必须认识到自己隐瞒了事实情

^① 参见张明楷:《刑法学》,3版,266页以下,北京,法律出版社,2007。

^② 在这种情况下,行为可能成立不以行政违反为前提的其他犯罪。

况。否则，不成立妨害国境卫生检疫罪。

需要研究的是，就以违反行政管理法规为前提的过失犯罪而言，是否要求行为人现实地认识到行政违反的事实？例如，刑法第136条前段规定：“违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定，在生产、储存、运输、使用中发生重大事故，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”本罪没有争议地被确定为过失犯罪。问题是，当行为人客观上违章运输危险物品且造成严重后果，但又没有认识到自己在运输危险物品时，是否成立本罪？例如，甲与乙合伙买车做客运，甲开车、乙卖票。某日，两人载客从外地回本地时，顺便帮人拉20桶油墨（以往也曾拉过两次）。途中由于客车失控发生事故，车上的一桶油墨撞裂燃烧，导致两位乘客被烧死。但甲、乙根本不知道油墨为易燃危险品。能否认定甲、乙的行为构成危险物品肇事罪？可以肯定的是，甲、乙的行为违反了易燃性物品的管理规定，但甲、乙既没有认识到自己的行为违反了易燃性物品的管理规定，也没有认识到违反易燃性物品管理规定的事实。然而，一方面，违反危险物品管理规定的行政违反行为，既可以是“故意”，也可以是过失；另一方面，危险物品肇事罪是过失犯罪。所以，只要行为人对危险物品肇事的事实具有认识可能性即可成立本罪。换言之，甲、乙的行为成立危险物品肇事罪。^①

与此相联系的是对行政管理法规的认识错误问题。实践中经常出现这样的情形：行为人的行为原本违反行政法，但其误认为没有违反行政法，对此应如何处理？

德国帝国法院以往采取的标准是，行为人对刑罚法规的认识错误是法律的认识错误，不阻却故意的成立；对非刑罚法规的认识错误属于事实的认识错误，阻却故意的成立。日本最高裁判所在20世纪60年代以前的判例也采取了这种观点。^②“根据这一理论，当其他法规范规定了刑罚法规的具体内容时，对该其他法规范的不知一般阻却故意。例如，租税实体法规定了课税的要件，在租税刑法规定处罚偷税的场合，不知租税实体法的规定而没有认识到要纳税的人，即使认识到作为课税要件的事实本身，也不能以故意犯罪处罚。”^③以我国刑法规定的犯罪为例，如果行为人误以为行政管理法规允许任何人买卖进出口许可证，而实施

① 当然，甲的行为可能是危险物品肇事罪与交通肇事罪的想象竞合犯。

② 参见〔日〕山中敬一：《刑法总论》，2版，670页，东京，成文堂，2008。

③ 〔日〕高山佳奈子：《故意と违法性の认识》，170页，东京，有斐阁，1999。

该行为的，就是事实认识错误，不成立非法经营罪；如果行为人认识到行政管理法规不允许买卖进出口许可证，但误以为刑法并不禁止该行为而实施的，则成立非法经营罪。

本书不赞成这种学说。第一，这种学说会导致不合理结论。上例就能说明这一点。甲认识到买卖进出口许可证违反刑法，但误以为不违反行政法；乙认识到买卖进出口许可证违反行政法，但误以为不违反刑法。无论从哪一角度而言，都应当认为甲更具有非难可能性，但上述学说导致甲不成立非法经营罪、乙成立非法经营罪，因而明显不合理。第二，这种学说不能得到全面贯彻。因为刑罚法规、非刑罚法规的区别本身对故意的成立与否并不具有意义；刑法是否将其禁止内容委任于非刑罚法规，只不过是立法技术上的问题。例如，刑法分则中，有的条文像行政管理法规一样描述了行为内容，而有的条文仅表述为“违反……法规”。其实，二者并没有本质区别。后者只是为了避免作冗长的表述，采取了“空白刑法”的规定方式。显然，如果采用上述理论，就会导致明显的不公平。第三，这种学说所作的区分不具有明确性。例如，行为人误以为被司法机关扣押的财物属于自己的财物而取回的，是对刑罚法规的认识错误还是对非刑罚法规的认识错误？这是上述观点难以回答的。^①

本书认为，就以违反行政管理法规为前提的犯罪而言，行为人对符合行政管理法规规定的禁止事项的认识错误，属于事实认识错误；对禁止事项的评价错误，属于法律认识错误。事实认识错误当然影响故意的成立，但法律认识错误不影响故意的成立，而且只有在不可避免的情况下，才影响责任。例如，只要行为人认识到了自己违法发放贷款的客观事实，仍然发放贷款，就具有违法发放贷款的故意。但是，即使行为人认识到自己的行为侵犯了某种法益，但合理地相信自己的行为并不被行政管理法规与刑法所禁止时（违法性的错误不可回避时），就不具有非难可能性。^② 这一道理，不仅适用于故意犯，也适用于过失犯。至于行为人是否存在违法性错误的回避可能性，则需要通过考察行为人是否具有认识违法性的现实可能性、是否具有对其行为的法的性质进行考量的

① 参见 [日] 山中敬一：《刑法总论》，2 版，670 页，东京，成文堂，2008；[日] 高山佳奈子：《故意と违法性の认识》，170 页，东京，有斐阁，1999。

② 如若行为人不可能知道自己的行为被刑法禁止，但可能知道自己的行为被行政管理法规禁止，应认定行为人仅有行政法上的责任，不具有刑法上的责任。

具体契机、是否可以期待行为人利用向其提供的认识违法性的可能性等事项，得出合理结论。^① 回避可能性的判断基准，不是“一般人”，而是具体状况下的“行为人的个人能力”。例如，常年狩猎的人，对非法狩猎罪都具有违法性认识的可能性；但偶尔狩猎的人，对非法狩猎罪就不一定具有违法性认识的可能性。需要说明的是，行为人对行政管理法规的违反性的认识错误，与对行为的刑法违反性的认识错误，并不是等同概念。但是，在违反行政管理法规属于客观构成要件要素时，如果行政管理法规违反性的认识错误不可避免，就意味着行为人对本罪的行为不可避免，因而不应当追究行为人的刑事责任。

其七，当“违反”是指要求行为违反行政管理法规时，法条对罪状的表述就表现为空白罪状。当空白罪状（不在违反行政管理法规之外附加其他客观条件）所参照的是全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律时，不属于委任立法，也完全符合罪刑法定原则。但是，当空白罪状所参照的是国务院制定的行政管理法规时，实际上属于委任立法，亦即，将犯罪的行为类型，由行政管理法规确定。这样的规定并不违反罪刑法定原则。^②

（三）表示未经行政许可

刑法分则部分条文所规定的“违反”，实际上是指未经许可。^③ 因此，如果行为获得了许可，就不具备“违反”的要素。

例如，刑法第 288 条第 1 款规定：“违反国家规定，擅自设置、使用无线电台（站），或者擅自占用频率，经责令停止使用后拒不停止使用，干扰无线电通讯正常进行，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”其中的“违反国家规定”，就是指未经许可，并不具有其他实际意义。

又如，刑法第 437 条前段规定：“违反武器装备管理规定，擅自改变武器装备的编配用途，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”所谓“违反武器装备管理规定”，实际上是指未经有权机关的许可。如果经过有权机关的许可，改变武器装备的配编用途的，就不可能成立本罪。

还如，刑法第 442 条前段规定：“违反规定，擅自出卖、转让军队

① 参见张明楷：《刑法学》，3 版，270 页以下，北京，法律出版社，2007。

② 参见张明楷：《行政刑法辨析》，载《中国社会科学》，1995（3），106 页以下。

③ “未经许可”也意味着违反了行政管理法规，但相对而言，“未经许可”的含义更为简单明了。

房地产，情节严重的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。”其中的“违反规定”，实际上是指没有获得有权机关的许可。

在“违反”表示未经许可时，需要研究的问题是，未经许可，是客观构成要件要素，还是一种专门的违法性要素？反过来说，取得许可的行为，是不符合该罪的客观构成要件，还是违法阻却事由？这首先取决于行政许可的性质（下面联系刑法分则条文中的“未经……许可”一并讨论）。

德国的通说认为，行政许可（官方批准）既可能阻却构成要件符合性，也可能阻却违法性，但大多数行政许可阻却构成要件符合性。如果缺乏行政许可是构成要件要素，取得行政许可就阻却构成要件符合性；倘若缺乏行政许可是一种专门的违法性要素，取得行政许可便阻却违法性。进一步而言，如果取得行政许可所实施的行为，被社会评价为适当的行为，那么，行政许可就阻却构成要件符合性；如果取得行政许可所实施的行为，仍然具有不同寻常的特征，即通常属于被拒绝的举止，行政许可便属于违法阻却事由。^① 这大抵是行为无价值论的观点。可是，不考虑行为是否可能导致法益侵害结果，仅根据行为本身的样态判断行为是否适当、是否不同寻常，必定是不明确和恣意的。

我国行政法学界对于行政许可的性质，存在争议。通说认为，行政许可的本质是公民自由权利的恢复，故行政许可的前提是“法律的一般禁止”^②。果真如此，取得行政许可就都是阻却构成要件符合性的事由。但本书认为，行政许可分为两大类：其一是控制性许可。在这种场合，行为之所以需要获得行政许可，并不是因为该行为都不能实施，也不是因为该行为本身侵犯其他法益，只是因为需要行政机关在具体事件中事先审查是否违反特定的实体法的规定。因此，只要申请人的行为符合实体法的规定，就应许可。其二是特别许可。在这种场合，法律将某种行为作为具有法益侵犯性的行为予以普遍禁止，但是又允许在特别规定的例外情况下，赋予当事人从事禁止行为的自由。借助特别许可，因法律抽象规定而产生的困境和困难得以消除。^③ 换言之，在特别规定的例外

① 参见 [德] 冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论 I——犯罪论》，杨萌译，189 页以下，北京，法律出版社，2006；Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 814f; Schönke/Schröder/Lenkner, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., C. H. Beck 2001, S. 568ff.

② 罗豪才、湛中乐主编：《行政法学》，2 版，183 页以下，北京，北京大学出版社，2006。

③ 参见 [德] 哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，209 页以下，北京，法律出版社，2000。

情况下，当事人从事禁止行为实现了更为优越或者至少同等的法益。显然，在前一种场合，行政许可的作用主要是提高公信力证明和合理配置资源，取得行政许可后实施的行为，不可能符合犯罪的构成要件，因而阻却构成要件符合性；在后一种场合，行政许可的作用主要是控制危险，取得行政许可后实施的行为，仍然是一种符合客观构成要件的行为，但阻却违法性。

例如，设立商业银行、证券交易所、期货交易所等金融机构的行为，原本并未侵犯法益。但是，只有符合相应实体法所规定的设立条件，才能设立相应的金融机构，否则便侵犯了国家对金融机构的管理秩序；而设立者是否符合实体法规定的设立条件，需要由国家有关主管部门审核；符合条件者，便可获准设立金融机构（控制性许可）。所以，经过国家有关主管部门批准而设立商业银行、证券交易所、期货交易所等金融机构的行为，阻却构成要件符合性。

又如，发行彩票的行为，原本侵害了以劳动取得财产这一健全的经济生活秩序。但是，国家出于财政政策的考虑，允许特定的机关发行彩票，从而弥补国家财力的不足，实现了更为优越的利益（特别许可）。所以，经过行政许可而发行彩票的行为，是违法性阻却事由，不成立非法经营罪。换言之，发行彩票的行为是因为实现了更为优越的利益，而不具有违法性。再如，种植毒品原植物的行为，原本就具有侵害公众健康的危险。但是，国家为了保证医疗需要，特别允许一定的企业生产毒品原植物，进而保护更为优越的利益。所以，经过许可种植毒品原植物的行为，属于违法性阻却事由。

值得讨论的问题是，通过欺骗等不正当手段取得的行政许可，是否阻却构成要件符合性与违法性？

对此，德国刑法理论存在激烈争论。第一种观点认为，只有当行政许可完全符合实体法的规定，没有任何瑕疵时，才具有刑法上的效果，阻却构成要件符合性与违法性。第二种观点认为，只要是有效的行政许可，即使有瑕疵，在被撤销前，也可以阻却构成要件符合性与违法性。第三种观点认为，如果取得行政许可是滥用权利的结果，那么，这种许可在刑法上应视为无效。^①第三种观点是德国的主流观点。根据该主流观点，通过欺骗等手段获得的行政许可，是滥用权利的表现，即使该行

① 参见 [德] 冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论 I——犯罪论》，杨萌译，190 页，北京，法律出版社，2006。

政许可在行政法上可能是有效的，行为人也应当受到刑罚处罚。^①

但是，上述三种观点在我国都可能遇到困境。第一，有瑕疵的行政许可，也可能阻却犯罪的成立。例如，行为人甲在申请设立保险公司时，实施了欺骗行为，具有一定瑕疵，在取得主管部门批准后设立了保险公司。根据上述第一种观点，成立擅自设立金融机构罪。但是，既然行为人向主管机关提出了申请，且得到了批准，就不能认为行为人“擅自”设立金融机构。第二，在有瑕疵而无效的行政许可和有瑕疵但有效的行政许可之间做出区分，可能是相当困难的。第三，上述第三种观点，实际上与第一种观点的结论相同，故不为本书所取。

本书主张根据行政许可的两种类型做出区分。在特别许可的场合，未取得行政许可的行为，不仅侵犯了相应的管理秩序，而且侵犯了刑法保护的其他法益。通过欺骗等不正当手段取得了行政许可而实施的行为，因为侵犯了刑法保护的法益，应以犯罪论处。例如，通过欺骗、胁迫手段获得种植毒品原植物的许可的，并不阻却犯罪的成立，依然成立非法种植毒品原植物罪。

在控制性许可的场合，没有得到行政许可的行为，侵犯的是相应的管理秩序，而没有侵犯刑法保护的其他法益。故只要取得了行政许可，即使使用了欺骗等不正当手段，也应认为没有侵犯刑法所保护的管理秩序，因而阻却构成要件符合性。在这种情况下，行为造成其他法益侵害结果构成犯罪的，只能按其他犯罪论处。例如，凡是得到国家有关主管部门批准而发行股票或者公司、企业债券的，即使使用了欺骗手段，也不成立擅自发行股票、公司、企业债券罪。再如，凡是获得了医生执业资格的人，即使其在申请医生执业资格时使用了欺骗手段，也不成立非法行医罪。如果行为人在行医过程中过失致人死亡，只能认定为医疗事故罪或者过失致人死亡罪。

由此可见，对于控制性许可而言，从事刑事审判的法官只需要进行形式的判断，不应当进行实质的审查。换言之，行为人是否采取欺骗等不正当手段，不影响行为人取得行政许可的判断结论。鉴于司法实践的现状，有必要再举两例。

例一：刑法第322条规定的偷越国（边）境罪以“违反国（边）境管理法规”为前提。《公民出境入境管理法》没有明文规定何谓偷越国

^① Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 815.

(边)境,但根据其第9条^①以及《公民出境入境管理法实施细则》第23条的规定^②,大体可以肯定的是,除了不在出入境口岸、边防站等规定的地点出入境外,只有未持用出入境证件而出入境^③、使用伪造、涂改的出入境证件、使用无效的出入境证件或者冒用他人证件出境、入境的,才属于偷越国(边)境。显然,当甲使用欺骗手段骗取了出境证件进而出境时,其行为不属于未持有出境证件出境,不属于上述法律、法规所规定的“使用伪造、涂改的证件出境”,也不属于冒用他人证件出境。此外,甲使用欺骗手段取得的出境证件,也不能认定为无效证件。因为根据相关规定^④,在没有权威机关确认的情况下,不能将骗取的签证视为无效证件。而且,如果行为人的护照是真实合法的,只是以虚假资料骗取了签证,而没有利用该签证实施违法犯罪,就不符合宣布吊销、作废的条件。因此,行为人使用欺骗手段获得有权机关颁发的出入境证件后,进出国(边)境的,不成立偷越国(边)境罪。基于同样的理由,行为人采取欺骗手段,以旅游名义为准备出国打工的人办理护照与签证的,既不成立组织他人偷越国(边)境罪,也不成立骗取出境证件罪。因为这些犯罪以实际的被组织者或者可能的被组织者偷越国(边)境为前提,但被组织者持有有效的护照与签证进出境时,不属于偷越国(边)境。至于持旅游签证的人在国外就业,只是违反了国外法律,并没有违反中国法律。司法实践中对这类行为均以组织他人偷越国(边)境罪或者骗取出境证件罪论处,殊有不当。^⑤

例二:没有取得驾驶执照而驾驶机动车辆的,如果违反了交通运输

-
- ① 该条规定:“有下列情形之一的,边防检查机关有权阻止出境,并依法处理:(一)持用无效出境证件的;(二)持用他人出境证件的;(三)持用伪造或者涂改的出境证件的。”
- ② 该条规定:“持用伪造、涂改等无效证件或者冒用他人证件出境、入境的,除收缴证件外,处以警告或者5日以下拘留;情节严重、构成犯罪的,依照《全国人民代表大会常务委员会关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充规定》的有关条款的规定追究刑事责任。”
- ③ 未持用出入境证件而使用暴力、胁迫方法强行出入境的,也属于这一类。
- ④ 《中华人民共和国公民出境入境管理法实施细则》第22条第1款与第2款分别规定:“中华人民共和国护照或者其他出境入境证件的持有人有下列情形之一的,其护照、出境入境证件应予以吊销或者宣布作废:(一)持证人因非法进入前往国或者非法居留被送回国境内的;(二)公民持护照、证件招摇撞骗的;(三)从事危害国家安全、荣誉和利益的活动的。”“护照和其他出境入境证件的吊销和宣布作废,由原发证机关或者其上级机关作出。”
- ⑤ 参见张明楷:《骗取出境证件罪的思考》,载陈泽宪主编:《刑事法前沿》,第二卷,439页以下,北京,中国人民公安大学出版社,2005。

管理法规、造成交通事故，理当构成交通肇事罪。但是，取得驾驶执照需要具备一定的条件、通过一定的考试，如果行为人没有通过考试，而是通过“开后门”等方式从交通管理部门取得了形式上合法的驾驶执照，那么，从事刑事审判的法官就不能对此进行实质审查，不能认定其持该驾驶执照驾驶机动车辆的行为本身违反了交通管理法规。即使其造成了交通事故，也只能通过考察其是否违反了交通管理法规的其他内容进行判断，而不能从取得驾驶执照的角度上进行判断。例如，甲使用不正当手段获得驾驶执照并驾驶车辆，行人乙违章横穿高速公路时，被甲驾驶的车辆撞死的，不能认定甲的行为构成交通肇事罪。

在司法实践中经常出现的一种情形是，行为人在实施行为时，误以为得到了行政许可，但事实上没有得到行政许可，或者行政许可已被撤销或者已经失效，行为人却误以为继续有效。对此应如何处理？

如前所述，行政许可既可能阻却构成要件符合性，也可能阻却违法性。所以，当行政许可阻却构成要件符合性时，如果行为人误以为得到了行政许可，就表明行为人没有认识到符合构成要件的事实，属于事实认识错误，当然阻却故意犯罪的成立，但不排除成立过失犯罪。

当行政许可阻却违法性时，行为人误以为得到了行政许可或误以为行政许可继续有效时，属于违法性阻却事由的认识错误，即正当化事由的认识错误（假想防卫是其适例）。对此，刑法理论上存在各种观点。^①（1）消极的构成要件要素理论认为，违法性阻却事由是消极的构成要件要素，因此，关于违法性阻却事由的错误，就是构成要件的认识错误，阻却构成要件的故意。但是，现在很少有人采取这种理论。（2）严格责任说认为，正当化事由的错误是禁止的错误（违法性的错误），行为人的错误可以避免时，作为故意犯处罚，但有减轻责任的可能性；在错误不可避免时，阻却责任。根据这种学说，错误分为构成要件的错误与禁止的错误，后者与故意的成立与否没有关系，只是责任问题；违法性认识的可能性，是与故意不同的责任要素；关于违法性评价的错误与关于正当化事由的错误，都是禁止的错误，因而不影响故意的成立。但是，认为假想防卫时行为人存在构成要件的故意，难以被人接受。（3）限制责任说认为，正当化事由的错误是构成要件的错误（事实的错误），而不是禁止的错误，因而阻却故意的成立。这可谓国外的通说。（4）法律效果的限制责任论则认为，正当化事由的错误，既不是事实的错误，也

^① 参见〔日〕山口厚：《刑法总论》，2版，194～195、246页以下，东京，有斐阁，2007。

不是禁止的错误，而是一种独立的错误类型。这种错误不影响构成要件的主观故意，但影响责任故意。这种观点与我国刑法的规定不相符合。本书认为，对于正当化事由的认识错误，是一种事实错误，因而阻却故意。虽然违法性认识的可能性是与故意不同的责任要素，却不能据此得出正当化事由的错误是违法性的错误的结论。成立故意犯罪要求行为人认识到不存在违法性阻却事由，所以，如果行为人误以为存在违法性阻却事由，则不存在犯罪的故意。^① 因此，假想防卫、假想避险时，不存在犯罪故意。基于同样的理由，当行为人误以为自己的行为属于违法性阻却事由时，表明行为人没有认识到自己的行为会发生法益侵害结果，因而不具有犯罪的故意。如果行为人具有过失，且刑法处罚过失犯，则仅成立过失犯罪。

还有一种情形值得研究，即行为人没有过错，有权机关滥用职权发放行政许可的，是否阻却违法性？在这种场合，不管行政许可是阻却构成要件符合性的事由，还是阻却违法性的事由，行为人的行为都不成立犯罪。一方面，对于行为人而言，有权机关滥用职权发放的行政许可依然是有效的，因而分别阻却构成要件符合性与违法性。另一方面，由于行为人没有过错，而且得到了有权机关的行政许可，行为人没有违法性认识的可能性（甚至没有故意）。即行为人不可能认识到自己的行为是违法的，因而没有疑问地阻却责任，不成立犯罪。

（四）强调行为的非法性质

刑法分则部分条文关于“违反”的规定，只是为了强调行为的非法性质。在这种场合，既不需要查明行为是否违反了某种行政法规，也不需要查明行为是否得到了某种行政许可，只要行为人实施了条文所规定的客观行为，就可以肯定行为的违法性。

例如，刑法第 222 条规定：“广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的，处二以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”只要行为人利用广告对商品或者服务作虚假宣传，就违反了广告法等法律，情节严重的便具有刑法上的违法性，而且，这种行为几乎不可能存在违法阻却事由。所以，本条中的“违反国家规定”只是强调虚假广告行为的违法性。

^① 参见 [日] 西田典之：《刑法总论》，2 版，214 页，东京，弘文堂，2010 页。

再如，刑法第 244 条之一第 1 款前段规定：“违反劳动管理法规，雇用未满十六周岁的未成年人从事超强度体力劳动的，或者从事高空、井下作业的，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”其实，本条表述的行为内容，已经是违反劳动管理法规的行为。换言之，只要行为人雇用未满 16 周岁的未成年人从事超强度体力劳动，或者从事高空、井下作业，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，就违反了劳动管理法规，情节严重的便具有刑法上的违法性，而且基本上不存在违法阻却事由。所以，其中的“违反劳动管理法规”的规定，只是为了强调本罪行为的非法性质，并不具有实际意义。

又如，刑法第 339 条第 1 款前段规定：“违反国家规定，将境外的固体废物进境倾倒、堆放、处置的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”《固体废物污染环境防治法》第 24 条明确规定：“禁止中华人民共和国境外的固体废物进境倾倒、堆放、处置。”刑法第 339 条第 1 款已经表述了国家规定的内容。所以，“违反国家规定”只是对本罪行为非法性的强调，不具有实体意义。即使删除“违反国家规定”的表述，也不会影响法条的适用与本罪的认定。

除此之外，第 330 条（违反传染病防治法的规定）、第 338 条（违反国家规定）中的“违反”也只是为了强调行为的非法性质。

在这种场合，只要行为人实施了刑法分则条文所规定的行为（造成了相应的结果），就符合了相应犯罪的客观构成要件，不需要另外查明行为违反了何种行政管理法规。

（五）相关表述的同位语

刑法分则条文的某些“违反”规定，也可谓对应表述的同位语。

例如，刑法第 180 条第 4 款规定：“证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券、期货交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动，情节严重的，依照第一款的规定处罚。”其中的“违反规定”，就是指“从事与该信息相关的证券、期货交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动”，因而是同位语。

再如，刑法第 325 条规定的罪状是：“违反文物保护法规，将收藏的国家禁止出口的珍贵文物私自出售或者私自赠送给外国人。”本条所描述的具体行为，就是违反文物保护法规的行为。违反文物保护法规只是同位语而已。刑法第 327 条中的“违反文物保护法规”也是如此。

又如，刑法第 340 条规定的罪状是：“违反保护水产资源法规，在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品，情节严重”。其实，本条所描述的行为，就是违反保护水产资源法规的行为。刑法第 341 条第 2 款所规定的“违反狩猎法规”也是如此。

需要说明的是，上述第（四）、（五）也只是笔者在阅读法条时产生的感觉上的区分。一方面，二者或许没有区别，或者都是强调行为的非法性，或者都是同位语。另一方面，完全有可能认为，上述第（四）都是同位语，而第（五）则是强调行为的非法性。但可以肯定，即使删除上述第（四）、（五）情形中的“违反”规定，也不会导致法条含义的变化，不会对定罪量刑产生影响。

四、“非法”与“违反”的并用

刑法分则有不少条文同时使用了“非法”与“违反”的表述。就这些条文而言，一般来说，如果“非法”是具有实体意义的，“违反”则不具有实体意义；反之亦然。不过，由于一个“违反”可能对应几个行为，因而需要具体分析。

例如，刑法 126 条规定：“依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业，违反枪支管理规定，有下列行为之一的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑：（一）以非法销售为目的，超过限额或者不按照规定的品种制造、配售枪支的；（二）以非法销售为目的，制造无号、重号、假号的枪支的；（三）非法销售枪支或者在境内销售为出口制造的枪支的。”其实，本条三项所规定的行为，都是违反枪支管理规定的行为，所以，项前的“违反枪支管理规定”的表述，已经没有实体意义，只是一种对行为非法性的强调而已。

刑法第 128 条第 1 款规定：“违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”本条中的“非法”提示可能存在违法阻

却事由，因此，只要持有、私藏枪支、弹药，又没有违法阻却事由的，就成立非法持有、私藏枪支、弹药罪。于是，“违反枪支管理规定”的表述，属于多余的规定。

刑法第 225 条规定：“违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：（一）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；（二）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；（三）未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”相对于第（一）项的规定，项前的“违反国家规定”已经不具有实体意义。因为第（一）项所规定的行为，已经是违反国家规定的行为。相对于第（一）项的规定，项前的“违反国家规定”只是意味着必须根据国家规定，确定哪些物品属于专营、专卖物品或者限制买卖的物品。但是，由于项前的“国家规定”与第（一）项中的“法律、行政法规”具有等同含义，所以，相对于第（一）项的规定而言，项前的“违反国家规定”已经不具有实体意义。同样，相对于第（二）项的规定，项前的“违反国家规定”也不具有实体意义。一方面，本项所规定的行为肯定是违反国家规定的，另一方面，这种行为几乎不可能存在违法阻却事由。相对于第（三）项的规定，项前的“违反国家规定”同样不具有实体意义。因为只要未经国家有关主管部门批准，而经营证券、期货、保险业务，或者从事资金支付结算业务的，就违反行政管理法规，如果情节严重，就符合非法经营罪的客观构成要件。如果要承认项前的“违反国家规定”对第（三）项具有实体意义，那就意味着第（三）项中的“未经国家有关主管部门批准”和两处“非法”都没有实体意义。^①就第（四）项的规定而言，如果肯定项前的“违反国家规定”的实体意义，即只有当行为违反国家的行政管理法规时，才有可能成立非法经营罪，那么，第（四）项中的“非法”就没有实体意义，只是强调行为的非法

^① 因为如前所述，本条第 1 款第（三）项中的“非法”就是指“未经国家有关主管部门批准”；反之亦然。

性，提示不得将合法的经营行为认定为非法经营罪。如果认为第(四)项中的“非法”是指违反国家行政管理法规，那么，项前的“违反国家规定”就没有实体意义。不过，可以肯定的是，相对于第(一)至第(四)项的规定而言，刑法第225条项前的“违反国家规定”所具有的一个特别的意义是，单纯违反地方性法规的经营行为，无论如何都不能构成非法经营罪。

刑法第228条前段规定：“以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法转让、倒卖土地使用权价额百分之五以上百分之二十以下罚金。”就本条而言，应当肯定“违反土地管理法规”的实体意义，即只有当行为确实违反了土地管理法规的某个或某些具体规定时，才能认定为本罪。据此，本条的“非法”没有实体意义，只是对行为的非法性的一种强调而已。

刑法第253条之一第1款规定：“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员，违反国家规定，将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者非法提供给他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”相对于出售公民个人信息的行为而言，“违反国家规定”不具有实体意义，只是对行为的非法性的强调。在“提供给他人”之前添加“非法”二字，旨在提示可能存在违法阻却事由。如向司法机关提供公民个人信息以便查处犯罪，就具备违法阻却事由。所以，相对于提供公民个人信息的行为而言，“违反国家规定”不具有实体意义。

刑法第342条规定：“违反土地管理法规，非法占用耕地、林地等农用地，改变被占用土地用途，数量较大，造成耕地、林地等农用地大量毁坏的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”就本条而言，应当肯定“违反土地管理法规”的实体意义，即只有当行为确实违反了土地管理法规的某个或某些具体规定时，才能认定为本罪。据此，本条的“非法”没有实体意义，只是对行为的非法性的一种强调而已。

刑法第344条前段规定：“违反国家规定，非法采伐、毁坏珍贵树木或者国家重点保护的其他植物的，或者非法收购、运输、加工、出售珍贵树木或者国家重点保护的其他植物及其制品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”就本条而言，应当肯定“违反国家规定”的实体意义，即只有当行为确实违反了国家的某个或某些具体规定

时，才能认定为本罪。另一方面，本条的“非法”具有提示可能存在违法阻却事由的作用。

刑法第 350 条第 1 款规定：“违反国家规定，非法运输、携带醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用于制造毒品的原料或者配剂进出境的，或者违反国家规定，在境内非法买卖上述物品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；数量大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”本条的“违反国家规定”具有实体意义，即只有当行为确实违反了国家的某个或某些具体规定时，才能认定为本罪。另一方面，本条的“非法”具有提示可能存在违法阻却事由的作用。

刑法第 410 条规定：“国家机关工作人员徇私舞弊，违反土地管理法规，滥用职权，非法批准征用、占用土地，或者非法低价出让国有土地使用权，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家或者集体利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。”就本条而言，应当肯定“违反土地管理法规”的实体意义，即只有当行为确实违反了土地管理法规的某个或某些具体规定时，才能认定为本罪。据此，本条的“非法”没有实体意义，只是对行为的非法性的一种强调而已。

由此看来，刑法分则条文中的确存在一些多余的表述或者规定。正如德国学者所言：“立法者有时还是会基于任何历史上的理由说出了多余的话、制订出多余的规定。”^①对此，解释者大可不必强烈批判，只要正确说明哪些概念多余即可。换言之，虽然有法律格言云：“法律不说多余的话”，但这只是对立法的希望，而不是现实。因为刑法是人制定的，而不是神制定的。虽然体系解释要求解释者使法条的每个概念都发挥作用，不致使法条有多余的表述，但遇到多余的表述时，充其量只能正面肯定这种多余表述的语感意义或者强调作用。另一方面，既然刑法分则条文中的许多“非法”、“违反”是多余的、可以删除的规定，刑法理论在表述某种犯罪的构成要件时，就更不能随意添加“非法”、“违反”之类的要素。

① [德] Ingeborg Puppe: 《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，109 页，台北，元照出版公司，2010。

表述顺序与行为结构

一、表述顺序与行为结构的关系

刑法由文字表述，犯罪类型由文字描述。犯罪是行为，但这种行为不是自然意义上的行为，而是刑法意义上的行为。一个犯罪类型可能包含多个行为（或者说一个犯罪行为可能包含多个举动）；在刑法中，表述行为人的举动的语词都是动词；当刑法条文使用多个动词并按照一定顺序描述一个犯罪的多个行为，多个行为是必须按照法条的表述顺序形成特定的行为结构，还是只要存在多个行为即可？换言之，在一个犯罪类型具有多个行为的情况下，多个行为是否必须按照法条表述的顺序实施？在何种情形下，不按照法条的表述顺序实施行为的，不影响法条的适用；在何种情形下，不按照法条的表述顺序实施行为的，影响法条的适用？这便是本章所要讨论的“表述顺序与行为结构”问题。^①

大体而言，“表述顺序与行为结构”存在如下几种情形：

第一，行为结构必须符合条文的表述顺序，否则不能适用该条文。

例如，刑法第 269 条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”显然，只有当行为人先实施盗窃、诈骗、抢夺犯罪，然后基于特定目的实施暴力或者以暴力相威胁的行

① 刑法条文所规定的选择性罪名的行为顺序，与行为结构没有关系，因而不包含在本章所讨论的“表述顺序与行为结构”之内。例如，刑法第 125 条第 1 款规定：“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的，处三年以上十年以下有期徒刑；情节严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”非法制造、买卖、运输、邮寄、储存是犯罪的五种行为，行为人实施其一即构成犯罪，同时实施五种行为的，也成立一罪；不管行为人实施一种行为还是多数行为，都不要按照非法制造、买卖、运输、邮寄、储存的顺序实施；先实施储存行为，后实施买卖、运输等行为的，也应适用刑法第 125 条。

为，才可能适用刑法第 269 条。如果行为人先实施暴力或者以暴力相威胁的行为，后实施盗窃、抢夺等行为，则直接适用刑法第 263 条，而不能适用刑法第 269 条。

第二，行为结构不必符合条文的表述顺序，只要行为人实施了法条所规定的各种举动即可。换言之，各种举动的先后关系，并不影响行为结构与行为性质。

例如，刑法第 163 条第 1 款规定：“公司、企业的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。”行为人既可以先非法收受他人财物，然后为他人谋取利益；也可以先为他人谋取利益，然后非法收受他人财物。^①

又如，刑法第 120 条第 1、2 款分别规定：“组织、领导恐怖活动组织的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑；其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”“犯前款罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”尽管从第 2 款的表述上看，“犯前款罪”的表述在先，但根据表述的内容以及确定罪数的原理，不管是先组织、领导、参加恐怖活动组织，后实施杀人、爆炸、绑架等犯罪，还是先实施杀人、爆炸、绑架等犯罪，后组织、领导、参加恐怖活动组织，都必须数罪并罚。

再如，刑法第 241 条第 2 款与第 4 款分别规定：“收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。”“收买被拐卖的妇女、儿童，并有第二款、第三款规定的犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。”尽管第 2 款的表述有明显的先后顺序关系，但是，即使行为人先强行与被拐卖的妇女发生性关系，后收买该妇女的，也应当依照数罪并罚的规定处罚。

第三，行为顺序不是根据表述的先后确定，而是根据表述内容确定的情形。

例如，刑法第 310 第 1 款前段与第 2 款分别规定：“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，处三

^① 对此可能存在争议，下面会联系刑法第 385 条进行详细分析。不过，需要注意的是，刑法第 163 条第 1 款的表述，与刑法第 385 条第 1 款的表述存在明显区别。

年以下有期徒刑、拘役或者管制。”“犯前款罪，事前通谋的，以共同犯罪论处。”虽然从第2款的表述上看，“犯前款罪”的表述在先，但根据表述的内容以及共同犯罪的原理，必须“通谋”在前。即只有当行为人事前与被窝藏、包庇者通谋，然后实施窝藏、包庇行为的，才能认定为共犯；如果行为人先实施窝藏、包庇行为，则不可能存在“事前”通谋的问题，因而不可能以共犯论处。

但是，有一些条文的表述顺序与行为结构的关系，是值得研究的。

例如，刑法第385条第1款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。”其中，“非法收受他人财物”与“为他人谋取利益”的顺序便是需要讨论的问题。对此，完全可能存在两种不同解释：其一，国家工作人员只有先非法收受他人财物，后为他人谋取利益，才能构成受贿罪；如果在没有约定的情况下，国家工作人员先利用职务上的便利为他人谋取利益，后非法收受他人财物的，则不成立受贿罪。其二，不管国家工作人员是先非法收受他人财物，后为他人谋取利益，还是先为他人谋取利益，后非法收受他人财物，都构成受贿罪。显然，这涉及罪与非罪的问题。

再如，刑法第194条第1款将“签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，骗取财物”规定为票据诈骗罪的表现形式之一。问题是，行为人采取其他方法骗取财物后，在他人催讨货款的情形下，签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票交付他人的，是否成立票据诈骗罪？完全可能出现两种不同答案：一种答案是，必须将签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，作为骗取财物的手段行为，否则只能成立诈骗罪或者合同诈骗罪。另一答案是，不管是先骗取了财物，还是先签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，都成立票据诈骗罪。显然，这涉及此罪与彼罪的问题。

又如，刑法第399条第4款规定：“司法工作人员收受贿赂，有前三款行为的，同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”对此可能产生两种不同解释：其一，只有当司法工作人员先收受贿赂，然后实施枉法行为的，才依照处罚较重的规定定罪处罚；如果司法工作人员先实施枉法行为，然后收受贿赂的，则应当实行数罪并罚。其二，不管司法工作人员是先收受贿赂后枉法，还是先实施枉法行为后收受贿赂，都应当依照处罚较重的规定定罪量刑。刑法第229条也存在完全相同的问题。显然，这涉及一罪

与数罪的问题。

从以上论述可以看出，法条表述顺序并不完全等同于犯罪的行为顺序（行为结构），所以，刑法理论必须确立相应的规则，以确定犯罪的行为顺序与法条表述顺序的关系。

二、分则条文有明文规定的情形

在刑法分则条文的用语明确描述了行为的先后顺序的情况下，行为结构必须符合条文的表述顺序。

1. 当分则条文明文使用了“在……后”的表述时，必须严格遵循分则的规定认定犯罪。换言之，在这种情形下，只有符合法条表述的顺序，才能适用该法条。

例如，刑法第 358 条第 1 款第 4 项规定，“强奸后迫使卖淫的”，“处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”据此，行为人强奸妇女后迫使卖淫的，依然成立强迫卖淫罪，而不实行数罪并罚；但是，如果行为人迫使妇女卖淫后，又强奸该妇女的，则应当实行数罪并罚。再如，刑法第 204 条第 1 款前段与第 2 款分别规定：“以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金。”“纳税人缴纳税款后，采取前款规定的欺骗方法，骗取所缴纳的税款的，依照本法第二百零一条的规定定罪处罚；骗取税款超过所缴纳的税款部分，依照前款的规定处罚。”显然，只有先缴纳税款，后采取欺骗方法骗取所缴纳税款的，才成立逃税罪；如果先采取欺骗方法骗取出口退税，则成立骗取出口退税罪。

2. 当分则条文明文使用了“先”、“事先”等表述时，必须严格遵循分则的规定认定犯罪。亦即，只有按照法条的规定，先实施某种行为，才能适用该法条。

例如，刑法第 224 条第 3 项规定：“没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的”，构成合同诈骗罪。显然，如果行为人先采用其他方法诱骗对方当事人签订和履行合同，然后履行小额合同或者部分履行合同的，则不能适用该项规定。

3. 当刑法分则条文使用的“并”或“并且”一词，不仅表示了必须同时具备两种要素，而且能够表示行为先后顺序时，只有先实施

“并”之前的行为，后实施“并”之后的行为，才能适用该条文。

例如，刑法第 171 条第 3 款规定：“伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，依照本法第一百七十条的规定定罪从重处罚。”如果行为人先出售或者运输伪造的货币，后伪造货币的，便不能仅认定为伪造货币罪，而应实行数罪并罚。^①

但应注意的是，有的条文使用的“并”或“并且”，只是具有逻辑上的前后关系，并不绝对意味着行为上的先后关系。例如，刑法第 181 条规定：“编造并且传播影响证券、期货交易的虚假信息，扰乱证券、期货交易市场，造成严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金。”从逻辑上讲，编造在前、传播在后；但这并不意味着本罪的成立要求行为人先实施某种编造行为，然后实施传播行为。行为人完全可能直接传播虚假的信息。再如，刑法第 221 条规定：“捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”从逻辑上讲，捏造在前、散布在后；但捏造并不一定表现为独立的行为，行为人完全可能直接散布并不存在的虚伪事实（参见本书第九章）。

此外，当分则条文所使用的“并”或“并且”只是要求具备两个要素，并不表示时间先后关系时，则不要求行为结构符合表述顺序。如前所述，刑法 120 条第 1 款规定了组织、领导、参加恐怖组织罪，第 2 款规定：“犯前款罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”在许多情况下，行为人可能是因为实施了杀人、爆炸、绑架等犯罪行为，才成为恐怖组织成员。从实质上说，先实施杀人等行为，后成为恐怖活动组织成员，与先成为恐怖活动组织成员，后实施杀人等行为，在违法性与有责性方面不存在差异。所以，无论何种行为在前，都应当实行数罪并罚。

4. 当分则条文使用了“又”一词时，要求行为人先实施“又”之前的行为，后实施“又”之后的行为；如果行为颠倒前后顺序，则不能适用该条文。

例如，刑法第 296 条规定：“举行集会、游行、示威，未依照法律规定申请或者申请未获许可，或者未按照主管机关许可的起止时间、地

^① 行为人可能先伪造货币后出售，然后再继续伪造，但并不意味着出售在伪造之前；从每一个环节来看，依然是伪造在前，出售、运输在后。

点、路线进行，又拒不服从解散命令，严重破坏社会秩序的，对集会、游行、示威的负责人和直接责任人员，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”只有先举行不合法的集会、游行、示威，然后拒不服从解散命令的，才能适用刑法第 296 条。

再如，刑法第 241 条第 5 款规定：“收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照本法第二百四十条的规定定罪处罚。”据此，只有先收买被拐卖的妇女或者儿童，然后再出卖所收买的妇女、儿童的，才认定为一个拐卖妇女、儿童罪。如果行为人先出卖了妇女、儿童，然后再收买被拐卖的妇女、儿童的，即使后来收买的妇女、儿童与先前出卖的妇女、儿童是同一人，也应当实行数罪并罚，而不能仅认定为一个拐卖妇女、儿童罪。

5. 当分则条文使用了表示前因后果的“因”、“而”概念时，只有在行为结构符合前因后果的关系时，才能适用该条文。

例如，刑法第 399 条规定：“对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。”“因行贿谋取不正当利益”的规定，显然要求行贿人先行贿，然后谋取了不正当利益。据此，如果行贿人事先取得了不正当利益，然后给予国家工作人员以财物的，就不能适用“因行贿谋取不正当利益”的规定。这是因为，“因行贿谋取不正当利益”不仅使得财物与职务行为的交换关系更为明显，而且行贿行为间接地侵害了职务行为的公正性。

6. 当分则条文使用的其他表述明显具有先后顺序时，只有在行为结构符合该先后顺序时，才能认定为相应的犯罪。

例如，刑法第 263 条第 1 项将“入户抢劫”规定为抢劫罪的加重情节之一。“入户抢劫”的表述告诉人们，只有当行为人入户后实施抢劫行为的^①，才能适用“入户抢劫”的规定。抢劫后再入户的，不可能属于“入户抢劫”。基于相同的理由，“入户实施盗窃被发现，行为人为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，如果暴力或者暴力胁迫行为发生在户内，可以认定为‘入户抢劫’；如

① 当然，行为人在入户时就使用暴力、胁迫，入户后继续使用暴力、胁迫强取财物的，也属于“入户抢劫”。

果发生在户外，不能认定为‘入户抢劫’”^①。

再如，刑法第 130 条规定：“非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，进入公共场所或者公共交通工具，危及公共安全，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”从本条的表述来看，行为应当表现为：先携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，然后进入公共场所或者公共交通工具。问题是，行为人在进入公共场所或者公共交通工具后，取得枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，进而携带的，能否适用刑法第 130 条的规定？

不管是非法携带枪支、弹药进入公共场所或者公共交通工具，还是在进入公共场所或者公共交通工具后，取得枪支、弹药而继续携带，都可以认定为非法持有枪支、弹药罪。所以，就携带枪支、弹药而言，没有讨论的意义。但是，就管制刀具等危险物品而言，讨论上述问题是具有意义的。例如，甲上火车后，发现车厢里放着无人持有（如他人遗忘）的管制刀具等危险物品而携带^②，假定危及公共安全，情节严重（下同），应否适用刑法第 130 条？本书倾向于否定回答。

从刑法第 130 条的表述可以看出，本条的目的旨在使公共场所、公共交通工具不存在危及公共安全的管制刀具等危险物品，从而保证公共场所、公共交通工具的安全性。因此，本罪的行为必须表现为将管制刀具等危险物品带入公共场所或者公共交通工具。在上例中，因为没有事前的通谋，不存在共犯关系，不能认定甲的行为本身符合刑法第 130 条的规定。^③

值得进一步研究的是，倘若在上例中，甲在火车的第一节车厢发现他人遗留下的管制刀具等危险物品，然后携带该危险物品进入火车的第二、第三节车厢的，应否适用刑法第 130 条的规定？从形式上看，火车的第二、第三节车厢内原本并不存在管制刀具等危险物品，但甲携带上述物品进入火车的第二、第三节车厢，而第二、第三节车厢属于公共交通工具，

① 最高人民法院 2005 年 6 月 8 日《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第 1 条。

② 倘若甲与乙事前通谋，由乙将管制刀具等危险物品带入火车车厢，乙下车后由甲在火车上携带该危险物品，则作为共同犯罪，适用刑法第 130 条。

③ 至于甲的行为是否成立侵占罪，则是另一回事。

因此甲的行为也属于“非法携带……管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，进入……公共交通工具”，因而应当适用刑法第 130 条。但本书认为，仅此得出肯定结论并不合适，需要考虑甲携带上述物品从火车的第一车厢进入第二、第三节车厢的行为是否增加了公共危险。如果得出肯定结论（如第一节车厢没有乘客，第二、第三节车厢有乘客，或者第一节车厢的乘客很少，第二、第三节车厢的乘客很多），则应适用刑法第 130 条的规定；否则，就不应适用刑法第 130 条的规定。

三、分则条文无明文规定的情形

在许多情况下，刑法分则条文只是按一定语法顺序描述了犯罪类型，而没有使用表示先后关系的概念。在这种情况下，就需要通过论理解释，得出合理结论。

1. 当条文表述在前的用语限制了主体，即后行为由实施前行为的主体实施时，只有先实施前行为，才能适用该法条。

先以日本刑法的规定为例。日本刑法第 241 条规定：“强盗强奸女子的^①，处无期或者七年以上惩役，因而致女子死亡的，处死刑或者无期惩役。”本条规定的强盗强奸罪是典型的结合犯，但并非只要强盗与强奸结合在一起便成立本罪。只有先实施强盗行为后实施强奸行为的，才成立强盗强奸罪。因为“强盗”一词同时指明了本罪主体为强盗犯，显然，只有先实施强盗行为，才能符合“强盗”或“强盗犯”的要件。所以，行为人强奸女子后，产生强盗的故意，使用暴力等强取女子财物的，属于强奸罪与强盗罪的并合罪，而不成立强盗强奸罪。^②

我国刑法分则第 269 条的规定，也属于相同情形。“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的表述，同时指出了“为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的”的行为人（实行犯），必须是“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的人。所以，适用刑法第 269 条规定时，要求行为人先实施盗窃、诈骗或者抢夺行为。

2. 当分则条文是按照手段行为与目的行为的关系表述时，从逻辑

① 其中的“强盗”也可译为“强盗犯”，原文为“强盗が女子を強姦したとき”。

② 参见日本最高裁判所 1959 年 12 月 24 日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第 3 卷第 12 号，2114 页。

构造上看，要求先有手段行为，后有目的行为。

例如，刑法第 160 条第 1 款规定：“在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金金额百分之一以上百分之五以下罚金。”显然，发行股票或者公司、企业债券后，在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，不可能成立欺诈发行股票、债券罪。

在分则条文明确使用“手段”、“方法”等用语时，原则上应要求手段行为在前、目的行为在后。但是，有两点值得注意：

其一，在某些犯罪中，虽然从观念上说，手段行为在前，目的行为在后，但不排除手段行为与目的行为事实上合二为一的情形。例如，刑法第 237 条第 1 款规定：“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或者拘役。”在通常情况下，行为人先实施暴力、胁迫行为，压制妇女的反抗，再实施猥亵行为。但是，在不少案件中，暴力本身也可能是猥亵行为；反之某些猥亵行为本身也是暴力行为。例如，违反妇女的意志，强行将手指插入妇女阴部的，其暴力行为本身就是猥亵行为。^①再如，乘妇女站在墙边无法反抗时，突然强行与妇女接吻的，其猥亵行为本身就是暴力行为。^②对这种行为，应认定为强制猥亵、侮辱妇女罪既遂；而不能认为仅实施了暴力行为，从而认定为强制猥亵、侮辱妇女罪的未遂；更不能认为仅实施了猥亵、侮辱行为，从而否认强制猥亵、侮辱妇女罪的成立（参见本书第九章）。

强奸罪也是如此。在通常情况下，行为结构表现为先实施暴力、胁迫等手段行为，压制妇女的反抗，后实施奸淫行为。但是，也不排除合二为一的情形。例如，行为人乘被害妇女熟睡之机奸淫妇女的，并不存在先实施手段行为，后实施奸淫行为的要求。强迫交易罪、抗税罪、侮辱罪、妨害公务罪等，都是如此。

其二，当分则条文所表述的行为手段或行为方式，只是对行为内容（特征）的描述，而不是与目的行为相对应的概念时，不能要求所谓手段行为在前、目的行为在后。例如，刑法第 219 条第 1 款第 1 项规定：

① 参见日本大审院 1918 年 8 月 20 日判决，载日本《大审院刑事判决录》第 24 辑，1203 页。

② 参见日本东京高等裁判所 1957 年 1 月 22 日判决，载日本《高等裁判所刑事判例集》第 10 卷第 1 号，10 页。

“以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的”构成侵犯商业秘密罪。显然，盗窃、利诱等不正当手段，并不是与目的行为相对应的手段行为，而是行为本身的内容。再如，刑法第 382 条第 1 款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。”人们不可能要求行为人先实施侵吞、窃取、骗取行为，后实施非法占有公共财物的行为，因为侵吞、窃取、骗取本身就是非法占有公共财物的行为内容。破坏集会、游行、示威罪也是如此。刑法第 298 条规定：“扰乱、冲击或者以其他方法破坏依法举行的集会、游行、示威，造成公共秩序混乱的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”成立本罪，并不是要求先实施扰乱、冲击等行为，再实施破坏行为，因为扰乱、冲击等就是破坏行为。对刑法第 340 条所规定的犯罪也应做相同解释。

3. 当分则条文是按照前提行为与后续行为的关系表述时，必须先有前提行为，再有后续行为，否则不可能适用该法条。

例如，刑法第 129 条规定：“依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”显然，只有先丢失枪支，然后不及时报告，才可能成立丢失枪支不报罪。不可能出现先不及时报告，后丢失枪支的情形。

4. 当分则条文描述的犯罪类型，具有特定的行为构造时，应当按照行为构造确定行为的先后顺序；如果某种行为不符合行为构造的顺序，则不属于该犯罪类型。

例如，刑法第 175 条第 1 款前段规定：“以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。”高利转贷罪的行为构造，决定了行为人必须先套取金融机构信贷资金，然后将套取的资金转贷给他人。如果行为人先将自有资金借贷给他人，事后向金融机构借贷资金的，就不可能构成高利转贷罪。

再如，前述刑法第 194 条第 1 款关于“签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，骗取财物”的规定。例如，1999 年 6 月，被告人季某以惠春公司的名义与瑞协公司签订了关于嘉士伯罐装啤酒的购销协议，约定由瑞协公司向惠春公司供应啤酒，惠春公司指定徐某为收货人，每 40 天为一付款期。同年 6 月至 8 月，瑞协公司供应啤酒 4 000 余箱，价值人民币近 29 万元，由徐某签收。同年 7 月底，瑞协公司要求惠春公司支付货款，季某指使财务人员开具了一张出票日期为 1999 年

8月10日，金额为人民币10万元的支票交给对方。同年8月11日，季某又开具了一张金额为人民币12万元的支票交给瑞协公司。同月19日，两张支票均因存款不足而遭银行退票。瑞协公司与惠春公司联系时，惠春公司已搬离其办公地点，季某亦下落不明。一种观点认为，季某先骗取货物再签发空头支票支付货款的行为，是在诈骗行为已经完成之后，为掩盖诈骗事实、拖延时间以便逃离而签发空头支票，而不是以空头支票骗取财物，故只能认定为（合同）诈骗罪，而不能认定为票据诈骗罪。另一种观点认为，无论是先采取签发空头支票支付货款再骗取财物，还是先骗取货物后再签发空头支票支付货款，均属于“签发空头支票……骗取财物”，应认定为票据诈骗罪。^①

本书认为，就送货后立即付款的情形而言，如果销售人送货后，购买人并不付款，销售人就不会最终交付货物，在这种情况下，行为人（购买人）在对方送货后立即签发空头支票的，宜认定为票据诈骗罪。但是，就送货后相隔一定时期才付款的情形而言，行为人在对方送货后相隔一段时间才签发空头支票的，不宜认定为票据诈骗罪，而应认定为（合同）诈骗罪。就季某骗取啤酒这种狭义财物的行为性质而言，本书倾向于认为，不成立票据诈骗罪。

第一，票据诈骗罪是诈骗罪的特殊类型，以符合普通诈骗罪的构造为前提。既然是诈骗罪，就必须因为欺骗行为而骗取财物。刑法正是因为票据诈骗罪所具有的特殊欺骗性质而将其规定为独立的罪名。但季某并不是通过签发空头支票骗取啤酒，换言之，签发空头支票与骗取啤酒之间并没有因果关系。所以，不能认定季某“签发空头支票……骗取财物”。换言之，季某是通过隐瞒不付款的心理事实骗取了啤酒，而不是通过签发空头支票骗取了啤酒。

第二，季某实际上是在（合同）诈骗行为既遂之后，才签发空头支票。这种事后签发空白支票的行为，是为了掩盖诈骗事实、拖延时间以便逃离，不能决定事前取得啤酒的犯罪行为性质。如果认为季某完成诈骗犯罪的行为是在其签发空头支票之后，进而将季某骗取啤酒的行为认定为票据诈骗罪，则意味着季某骗得啤酒后还不成立诈骗既遂。果真如此，则所有骗取财物的人，只要没有不返还财物的言行举止，都不成立诈骗犯罪或者仅成诈骗未遂，这恐怕难以被人接受。

^① 参见韩晋萍：《季某票据诈骗、合同诈骗罪——骗取货物后以空头支票付款的行为如何定罪》，载《刑事审判参考》（总第15辑），21页以下，北京，法律出版社，2001。

第三，即使季某在骗取啤酒前“承诺”以支票形式支付货款，主观上也可能打算事后以空头支票搪塞对方，但这种“承诺”与主观心理并不等于行为人已经实施了签发空头支票的行为。所以，对于季某骗取啤酒的行为，只能根据骗取财物的原因行为性质认定为（合同）诈骗罪。

第四，虽然在某种意义上说，季某的行为整体似乎属于“签发空头支票……骗取财物”，亦即，行为人先“承诺”以支票形式支付货款，骗取货物后签发空头支票交付对方的，似乎整体上属于票据诈骗（这样考虑显然是因为行为人先“承诺”以支票形式支付货款），但在司法实践中，完全可能存在另外两种情形：一是行为人先通过其他各种欺骗手段取得货物，并不打算签发空头支票，只是由于债权人索债紧迫，才签发空头支票交付对方。二是行为人先虚假“承诺”以支票形式支付货款，但取得货物后根本不签发任何支票，而是以其他方式摆脱对方。在前一种情形下，行为人签发空头支票并不是其骗取财物的原因；在后一种情形下，不可能因为行为人“承诺”以支票形式支付货款便认定为票据诈骗罪。既然如此，对于先“承诺”以支票形式支付货款，骗取货物后签发空头支票交付对方的行为，就难以认定为票据诈骗罪。所以，也不能从整体上认定季某的行为构成票据诈骗罪。

当然，购买人在取得货物后，负有支付货款的义务。如果购买人事后签发空头支票旨在使他人误认为自己清偿了债务，并且导致他人不再向自己索取债务的，则属于骗取财产性利益，符合票据诈骗罪的构成要件。但是，一方面，在取得货物后以支票付款的场合，债权完全实现、债务完全清偿的标志并不是销售方取得支票（交付支票并不等同于支付货款），而是销售方从银行提取支票记载的款项或者将支票记载的款项转入自己账户。由于空头支票必然被银行退回，行为人签发空头支票的行为本身不可能使对方误认为自己清偿了债务。当支票被银行退回后，销售方依然存在债权，购买方依然负有债务。所以，交付空头支票并不意味着使对方免除了自己的债务，而且对方也没有处分债权（缺乏诈骗罪中的处分行为），故不能认定行为人骗取了财产性利益。季某骗取财物后逃之夭夭，也说明他并没有骗取财产性利益。所以，不宜认定季某因签发空头支票骗取了财产性利益。另一方面，被害人的财产损失表现为啤酒的丧失而非债权的丧失，结局是，对季某的行为只能认定为（合同）诈骗罪。

诚然，行为人在收到货物的当时签发空头支票与在收到货物后相隔一段时间签发空头支票，似乎没有本质区别，应做相同处理。但是，在

实行罪刑法定原则的时代，各种行为构成何种犯罪，必须以行为完全符合犯罪构成为前提。换言之，只能在犯罪构成内进行实质的解释，而不能超出犯罪构成做出实质的解释。在约定货到立即付款的场合，行为人（购买人）签发空头支票的，可以评价为被害人因为获得支票而处分财产，行为人通过签发空头支票骗取财物，因而可以认定为票据诈骗罪；而在约定货到后相隔一段时期付款的场合，行为人（购买人）签发空头支票的，不能认为被害人因为获得支票而处分财产，难以评价为行为人通过签发空头支票骗取财物，故不宜认定为票据诈骗罪。^①

由上可见，刑法第 194 条第 1 款的“签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，骗取财物”，实际上是按票据诈骗罪的特定行为结构做出的规定，因而不可能颠倒前后关系。

在上述情况下，法条实际上是按行为构造形成表述顺序的。但有些分则条文，并没有按照行为构造描述犯罪类型，于是产生了争议。

例如，刑法第 193 条规定了五种贷款诈骗行为：“（一）编造引进资金、项目等虚假理由的；（二）使用虚假的经济合同的；（三）使用虚假的证明文件的；（四）使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的；（五）以其他方法诈骗贷款的。”从文字表述上看，第 193 条并没有明确规定贷款诈骗罪的行为构造，而且存在“以其他方法诈骗贷款”的表述，于是，是否要求行为人“先实施欺骗行为，后取得贷款”，就成为问题；更直截了当的问题是，行为人事先合法取得贷款，事后采取欺骗手段不归还贷款的，是否成立贷款诈骗罪？

司法实践中经常发生所谓事后产生非法占有目的的案件。例如，行为人向银行申请贷款时具有归还本息的意图，没有实施欺骗行为，但在取得银行贷款之后，由于某种原因产生非法占有目的，不再归还本息。为了使这样的行为受到刑事追究，一些人提出了“事后故意”或者“事后非法占有目的”等概念。例如，有人针对贷款诈骗罪指出：“在某些情况下，也会发生‘事后故意’的情形……是指行为人在签订合同时并未抱有骗财的目的，而必存履行合同营利的期望。但在签订合同取得对方款物后，由于客观情况变化，已无法履行合同，于是萌发了侵吞财物的故意，有能力归还而不归还，并采取欺诈手段蒙蔽对方，以达到占有的目的……在事后故意的贷款欺诈中，行为人非法转移、隐瞒、侵吞金

① 以上只是本书的初步看法，值得进一步研究。此外，签发空头支票使他人免除自己债务的行为，是否构成（票据）诈骗罪，还涉及如何理解和认定处分意识与处分行为的问题。

融机构财产，具有非法侵占金融机构财产的直接故意，而且，在贷款尚未归还以前，有关贷款的抵押物或归还贷款的行为人财产仍是贷款的物质表现形式，还属于贷款范围，故行为人具有非法占有贷款的犯罪目的。行为人事后转移、隐瞒、侵吞金融机构财产的行为也是一种虚构事实、隐瞒真相行为，是诈骗犯罪的种种客观表现行为之一。更何况刑法规定贷款诈骗罪时设计了“以其他方法诈骗贷款”的弹性条款，其立法之目的就是要赋予法官一定的自由裁量权，以便同千变万化的贷款诈骗犯罪作斗争。”^①但这种观点值得研究。

首先，上述意义的“事后故意”、“事后目的”显然是指在取得被害人财产后产生故意与非法占有目的。但是，根据“行为与责任同时存在”原则，罪过是行为人对自己实施的危害行为与危害结果所持的心理态度，罪过必须表现在一定的行为中；罪过只能是行为时的心理态度，罪过的有无以及罪过的形式与内容都应以行为时为基准进行判断。同样，犯罪目的只能是行为时的目的，目的的有无以及目的的内容都应以行为时为基准进行判断。如果以行为前或者行为后的心理状态为根据认定行为人具有刑法所要求的“目的”，便导致刑法对目的的规定丧失了意义，从而擅自取消了法定的构成要件要素。基于同样的理由，行为人向银行申请贷款时具有归还本息的意图，但在取得银行贷款之后产生非法占有目的，不再归还本息的，也不成立贷款诈骗罪。^②

其次，应当根据诈骗罪的基本构造理解刑法第193条。众所周知，诈骗罪（既遂）在客观上必须表现为一个特定的行为发展过程：行为人实施欺骗行为—对方陷入或者继续维持认识错误—对方基于认识错误处分（或交付）财产—行为人取得或者使第三者取得财产—被害人遭受财产损失。^③贷款诈骗罪是诈骗罪的特殊类型，而不是诈骗罪的补充类型，所以，贷款诈骗罪的基本构造表现为：行为人实施欺骗行为—金融机构工作人员陷入认识错误—基于认识错误发放贷款—行为人取得贷款

① 游伟主编：《刑法理论与司法问题研究》，370～371页，上海，上海文艺出版社，2001。

② 如果行为人事后采取欺骗手段使债权人免除债务的，可能成立普通诈骗罪或合同诈骗罪。但在这种情况下，由于行为人骗取的是财产性利益，而非集资款与贷款，故仍然不能认定为集资诈骗罪与贷款诈骗罪。

③ 参见[日]平野龙一：《刑法概说》，212页以下，东京，东京大学出版会，1977；[日]西田典之：《刑法各论》，5版，184页以下，东京，弘文堂，2010；[韩]吴昌植编译：《韩国侵犯财产罪判例》，99页以下，北京，清华大学出版社，2004。财产损失是否是既遂要素，还存在争议。

或者使第三者取得贷款—金融机构遭受财产损失。对于刑法第 193 条规定的“以其他方法诈骗贷款”，应当根据诈骗罪的基本构造以及同类规则进行解释。刑法第 193 条第 1 至 4 项规定了各种欺骗方法，所以，“以其他方法诈骗贷款”只是意味着行为人使用了刑法第 193 条第 1 至 4 项规定之外的欺骗方法，而不能将行为人单纯不归还贷款的行为解释为“以其他方法诈骗贷款”。因为采取某种方法不归还已经取得的贷款的行为，并不符合贷款诈骗罪的构成。

还有一种观点认为，如果行为人在取得贷款之后产生非法占有目的，不构成贷款诈骗罪，但可按照合同诈骗罪论处。^①

这一观点的合理性在于，于一定程度上维护行为与责任同时存在的原则。主张合法取得贷款后产生非法占有目的构成合同诈骗罪，依据之一是刑法第 224 条第 4 项，“收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的”，是合同诈骗罪的表现形式之一；依据之二是，合同诈骗罪的非法占有目的可以产生于合同履行阶段。合法取得贷款后产生非法占有目的不归还本息的，正好符合上述两点。但本书认为，这种观点存在疑问。

首先，刑法第 224 条第 4 项的规定，应当联系项前规定理解，项前规定为“以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大”。所以，只有当“收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的”行为，具有非法占有目的，同时符合“骗取对方当事人财物”的要件时，才能成立合同诈骗罪。可是，当行为人与对方签订合同时没有非法占有目的，并没有使对方陷入认识错误时，即使在收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的，也不能认定为骗取对方当事人财物。换言之，刑法第 224 条第 4 项所规定的情形，“仅限于行为人在收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产之前便存在非法占有目的，而且对方之所以给付货物、货款、预付款或者担保财产，是由于行为人的诈骗行为所致。行为人收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产之后，才产生非法占有目的，但仅仅是逃匿，而没有采取虚构事实、隐瞒真相的手段使对方免除其债务的，难以认定为合同诈骗罪。”^② 所以，行为人合法取得贷款后，才产生非法占有目的而拒不还本付息的，并不

① 参见刘航、刘远：《论贷款诈骗罪的认定》，载《河北法学》，2002（5），81 页以下。

② 张明楷：《刑法学》，3 版，628 页，北京，法律出版社，2007。

符合合同诈骗罪的构成要件。

其次，对于刑法第 224 条第 4 项的规定，应当联系诈骗罪的基本构造来理解。刑法第 224 条关于合同诈骗罪的规定，与刑法第 266 条关于普通诈骗罪的规定，是特别法条与普通法条的关系，特别法条的适用以行为符合普通法条为前提。而诈骗罪的基本构造决定了行为人在实施欺骗行为时就必须具有非法占有目的，所以，合同诈骗罪的成立也以行为人实施合同诈骗行为时具有非法占有目的为前提。既然行为人是在合法取得贷款后才产生非法占有目的，那么，既不能认定行为人有合同诈骗行为，也不能认定行为人在取得财产（贷款）时具有非法占有目的。所以，不能认定为合同诈骗罪。

再次，对于刑法第 224 条第 4 项规定的适用，也应贯彻行为与责任同时存在的原则。如上所述，在行为人合法取得贷款后才产生非法占有目的的案件中，行为人于行为时并无贷款诈骗的故意与非法占有目的，根据行为与责任同时存在的原则，不能认定为贷款诈骗罪。同样，在认定合同诈骗罪时，也要贯彻行为与责任同时存在的原则。由于行为人在合法取得贷款后才产生非法占有目的，这表明行为人于行为时也无合同诈骗的故意与非法占有目的。当然也不成立合同诈骗罪。

最后，虽然合同诈骗罪的非法占有目的，可以产生于履行合同的过程中，但即便如此，根据上述分析，成立合同诈骗罪，也要求非法占有目的存在于欺骗行为之时、存在于诈骗既遂之前。在已经合法取得他人财物之后，即使产生了不履行债务的意图，也不可能导致先前的合法取得行为转化为合同诈骗罪中的“取得财产”。

由上可见，即使在刑法分则条文没有明确表述各种诈骗罪的行为顺序时，也应根据诈骗罪的基本构造认定犯罪，只有先实施欺骗行为，后基于被害人瑕疵的意志取得财产的，才能认定为诈骗罪。如果行为人事先合法取得他人财物，事后实施欺骗行为，没有进一步骗取财产的，则不可能构成诈骗罪。

5. 犯罪行为的先后顺序并不影响犯罪行为的性质时，则行为结构与法条表述顺序没有必然联系。换言之，从行为性质判断，如果前后行为的颠倒不影响行为性质的，不要求按表述顺序实施行为。

例如，刑法第 385 条第 1 款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。”国家工作人员与对方约定，在前者为对方谋取利益后收受对方财物的，无疑具备为他人谋取利益的条件。问题是，国家工作人员事

先为他人谋取利益时没有受贿的故意，而事后明知他人交付的财物是对自己职务行为的不正当报酬而予以收受的（所谓事后受财），是否成立受贿罪？本书持肯定回答。

关于受贿罪的法益，存在形形色色的学说。但本书认为，将职务行为的不可收买性作为受贿罪的法益，最有说服力。正如日本学者平野龙一所言：“国家的作用即公务，必须得到公平地执行。公务大多是通过裁量来执行的，但这种裁量不能只是为了某个人的利益。如果为了某个人的利益而进行裁量，此外的人在不能得到利益这个意义上便受到了损害。在公务员作为其裁量行为的对价而收受利益，进行这种不公平的裁量时，所导致的危险就特别大。因此，规定贿赂罪就是为了禁止将公务作为利益的对价来执行。说贿赂罪的保护法益是公务的不可收买性，正是这个意思。此外，不正当执行公务时，成为加重刑罚或者扩张处罚范围的理由，但这是次要的。处罚贿赂罪的基本理由，在于上述不可收买性。”^①

古今中外的客观事实告诉人们，职务行为的合法、公正性首先取决于职务行为的不可收买性，如果职务行为可以与财物相互交换，那么，职务行为必然只是为提供财物的人服务，从而损害其他人的利益，进而导致公民丧失对职务行为公正性和国家机关本身的信赖。所以，为了保护职务行为的合法性、公正性，首先必须保证职务行为的不可收买性。如果国家工作人员的行为在侵犯职务行为的不可收买性的同时，进一步侵犯了职务行为的公正性，则说明其行为的法益侵害性更为严重。正因为如此，德国、意大利、瑞士、日本等国刑法都将职务行为的不可收买性作为法益，同时对侵犯了职务行为的公正性的行为提高法定刑。^②

不可收买性至少具有两个方面的内容：一是职务行为的不可收买性本身（职务行为与财物的不可交换性）；二是公民对职务行为不可收买性的信赖。所以，刑法对受贿罪的构成要件描述，必须说明受贿行为侵犯了这种法益。而行为是否侵犯了这种法益，关键在于国家工作人员索取或者收受的财物，是否与其已经实施的、正在实施的、将来实施的或者许诺实施的职务行为之间具有对价关系，即国家工作人员所索取或者收受的财物，是否是其职务行为（包括已经实施的、正在实施的、将来实施的或者许诺实施的）的不正当报酬。显而易见的是，只要国家工

① [日]平野龙一：《刑法概说》，294页以下，东京，东京大学出版会，1977。

② 参见[日]大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，627页，东京，有斐阁，1996。

作人员就其职务行为索取或者收受的财物，不是其依法应当取得的利益，就是其职务行为的不正当报酬，因而侵犯了受贿罪的法益。同样明了的是，对价关系的存在，并不取决于双方的事前约定。即使事前没有任何约定，也可能肯定职务行为与财物之间的对价关系。更为清楚的是，对价关系的存在，也不取决于索取或者收受财物的时间。不管是事先索取或者收受财物，还是事后索取或者收受财物，只要是就职务行为索取或者收受财物的，就可以认定存在对价关系。

概言之，就行为性质而言，收受财物是“事前”还是“事后”，并不影响行为的性质。即使是将受贿罪的本质理解为权钱交易关系，也没有必要限定为事前受财。因为事后受财也会存在权钱交易关系。换言之，事前有约定的事后受财与事前没有约定的事后受财只是形式不同，实质上没有任何区别。从财物性质上看，二者都是国家工作人员职务行为的不正当报酬，财物与职务行为形成了对价关系；从实质上看，有约定，也只是说明行为人就自己的职务行为约定、收受不正当利益，当然侵犯了职务行为的无（不正当）报酬性；没有约定，但事后明知他人提供的财物是对自己以前的职务行为的不正当报酬时，该财物仍然是职务行为的不正当报酬，仍然侵犯了受贿罪的法益。不仅如此，在事前受财的情况下，国家工作人员可能只是许诺了实施职务行为为他人谋取利益；在事后受财的情况下，国家工作人员客观上已经通过职务行为为他人谋取了利益。应当认为，后者的权钱交换性质更为明显。如果将前者论以犯罪，后者不以罪论，则难以为国民接受。

在旧中国与德国、日本、韩国等国刑法中，受贿行为表现为要求、约定与收受。三者之间没有实质区别，只是既遂与未遂的标准不同。所以，就事先约定的事后受贿的情形而言，只要有约定就既遂，而不需要事后受财。因为“约定”本身就侵害了职务行为的不可收买性。而事前没有约定的事后收受，则只有在收受财物之后，才能认定为受贿既遂。因为国家工作人员事前为他人谋取利益的行为本身，不可能侵害职务行为的不可收买性，但事后收受财物的行为，则表明职务行为可以与财物交换，因而侵害了职务行为与财物的不可交换性。这说明，在行为人已经为他人谋取了利益并事后收受了财物的情况下，事前有无约定，并不是本质问题。只有在没有收受财物的情况下，约定才成立衡量职务行为的不可收买性是否受到侵害的根据。

在事后受财的情况下，国家工作人员事先为他人谋取利益时，并没有出卖职务行为的意思；他人既已获得利益，不存在需要收买国家工作

人员职务行为的问题，其交付财物并非旨在收买国家工作人员职务行为，而是出于单纯的酬谢。对此，如何说明事后受财行为侵犯了职务行为的不可收买性？本书认为，对于受贿罪的法益——职务行为的不可收买性不能作狭义理解，更不能从一般意义的交换关系上理解。如前所述，职务行为的不可收买性，既包含职务行为与财物的不可交换性，也包含公民对职务行为不可收买性的信赖。后者当然包括对过去的、现在的以及将来的职务行为的信赖。国家工作人员就已经实施的职务行为获得不正当报酬，不仅清楚地表明国家工作人员的职务行为与财物产生了交换关系（现实地侵害了职务行为与财物的不可交换性），而且也侵害了国民对国家工作人员职务行为不可收买性的信赖。不仅如此，即使认为受贿罪的保护法益是职务行为的公正性，也能肯定事后受财的行为成立受贿罪。在国家工作人员事先利用职务行为为他人谋利、事后收受他人财物的情况下，国民不仅怀疑该职务行为的公正性，而且怀疑该国家工作人员现在实施的以及将来实施的职务行为的公正性。由于事后收受的财物与过去的职务行为存在对价关系，是过去职务行为的不正当报酬，所以，不仅导致人们对过去职务行为的公正性是否受侵害产生疑问，同时，也侵害了社会一般人对于其现在的职务行为公正性以及将来的职务行为公正性的信赖。^①可见，事后受贿行为不仅侵害了职务行为的不可收买性，而且侵害了职务行为的公正性，应当以受贿罪论处。

基于同样的理由，刑法第 163 条所规定的公司、企业人员受贿罪，也不要求先收受财物，后为他人谋取利益。换言之，公司、企业人员先利用职务上的便利为他人谋取利益，后收受财物的，也成立公司、企业人员受贿罪。刑法第 388 条所规定的斡旋受贿也是如此。国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，然后索取请托人财物或者收受请托人财物的，或者在他人向国家工作人员请托时，国家工作人员先索取请托人财物或者收受请托人财物，然后利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益的，都应以受贿罪论处。

再如，刑法第 388 条之一第 1 款前段规定：“国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，通过该国家工作人员职务

^① 参见 [日] 西田典之：《刑法各论》，5 版，474 页，东京，弘文堂，2010。

上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物，数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”在本书看来，所谓利用影响力受贿，并不是请托人的财物与非国家工作人员的影响力的交换，而是请托人的财物与国家工作人员的职务的间接交换。所以，国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，先通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，然后索取请托人财物或者收受请托人财物的，或者先索取请托人财物或者收受请托人财物，然后通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益的，都成立利用影响力受贿。^①

6. 在必要的情况下，应联系条文规定的性质（注意规定还是特别规定）、立法理由（从立法论而言是否具有妥当性）、条文之间的关系（如何解释才与其他法条相协调）以及法定刑（如果处理才能做到罪刑相适应）等事项进行综合判断。

例如，刑法第 399 条第 4 款规定：“司法工作人员受贿，有前三款行为的，同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”据此，司法工作人员先受贿，然后实施徇私枉法等行为的，不实行并罚。问题是，司法工作人员先实施徇私枉法等行为，后受贿的，是适用第 399 条第 4 款，从一重罪处罚，还是应当实行数罪并罚？

首先应当肯定的是，受贿罪中的“为他人谋取利益”的最低要求是只要许诺为他人谋取利益即可，而且包含一定的虚假许诺，所以，客观上的为他人谋取利益的行为，是超出受贿罪构成要件之外的行为。换言之，国家工作人员收受财物，客观上实施了为他人谋取利益的行为，并

① 值得指出的是，行为人先索取请托人财物或者收受请托人财物，但后来并没有通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，或者虽然对相关国家工作人员提出了请求，但国家工作人员没有承诺的，就不成立利用影响力受贿。因为在这种场合，并不存在国家工作人员的职务与财物的交换性。

且后一行为也构成犯罪的，完全符合两个犯罪的构成要件。因此，国家工作人员索取、收受财物之前或者之后，实施了不正当的职务行为，构成其他犯罪的，应当实行数罪并罚。^① 例如，国有公司中从事公务的人员收受他人贿赂后，私自将公司的公款挪用给他人使用的，成立受贿罪与挪用公款罪。因为该行为不仅侵犯了职务行为的不可收买性，而且侵犯了公款的占有权与使用权。正因为如此，最高人民法院 1998 年 4 月 29 日《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条规定：“因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。挪用公款进行非法活动构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”

其次要指出的是，全国人大常委会 1988 年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 5 条第 2 款规定：“因受贿而进行违法活动构成其他罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”但现行刑法不仅没有在受贿罪的相关条款中设立这样的规定，而且做出了第 399 条第 4 款的规定。于是，人们对因受贿而进行违法活动构成其他罪的应否并罚产生了疑问。但应当认为，刑法第 399 条第 4 款是基于特殊原因所作的一种特别规定，而非注意规定。即“立法者考虑到，在收受贿赂的情况下，国家司法工作人员渎职的可能性会大大增加，这种现象具有普遍性，对这类行为如果在处罚上不明确规定一个标准，实践中一般会对其数罪并罚，所以对贪赃就可能枉法的场合，特别规定从一重罪处罚”^②。换言之，收受贿赂成为司法工作人员徇私枉法、枉法裁判的重大诱因，所以，通常是收受贿赂在前，徇私枉法等行为在后。认定为一罪，也可以被人接受。而在基于其他动机犯徇私枉法等罪之后收受贿赂的，则不是具有普遍性的较为例外的情形，因而应当实行并罚。所以，刑法第 399 条第 4 款属于对先收受贿赂后徇私枉法的情形实行从一重处断的特别规定。但是，特别规定只能在特殊场合适用，而不能普遍适用。而且，从立法论上而言，这一规定并不理想，因而应限制其适用范围。所以，一方面，除刑法第 399 条第 4 款规定的情形之外，对国家工作人员收受他人财物为他人谋取利益的行为构成犯罪的，应当以数罪论处，实行并罚。另一方面，该款只是规定，因收受贿赂而犯徇私枉法、民事、行政枉法裁判等

① 即使承认牵连犯的概念，这种情形也不属于牵连犯。因为收受贿赂并不是枉法行为的手段行为，枉法行为也不是收受贿赂的结果行为。

② 张明楷、黎宏、周光权：《刑法新问题探究》，402 页，北京，清华大学出版社，2003。

罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。因此，如果司法工作人员事先犯徇私枉法、民事、行政枉法裁判等罪，事后收受财物的，应当实行数罪并罚。

基于同样的理由，中介组织人员提供虚假证明文件之后，索取或者非法收受他人财物的，不能适用刑法第 229 条第 2 款的规定，而应实行数罪并罚。

由上可见，轻信文理解释是不可取的，仅有文理解释是不够的。一方面，论理解释必须顾及文理解释的结论。只有当文理解释可能得出多种结论或者难以得出结论时，才需要通过论理解释得出妥当结论。当文理解释的结论具有唯一性时，不能通过论理解释否定文理解释的结论。另一方面，如果仅仅采取文理解释的结论，可能导致完全按照法条的表述顺序要求行为结构，但果真如此，就会导致许多犯罪的行为结构与犯罪性质不相符合（如刑法第 385 条），导致一罪与数罪的混淆（如刑法第 399 条第 4 款）。我国刑法解释学落后的原因之一，是习惯于完全按照法条的字面含义解释法律，将法条的字面含义等同于法律的真实含义。其实，语言是不准确的，常常包含一些可能被误解的因素。况且，法条的含义并非仅从用语中发现。所以，理解条文的字面含义，并不意味着理解了刑法的真实含义。解释者应当善于从社会生活中发现刑法条文的真实含义。“意图使法律内容免于与事实之间经常进行的创造性活动”^①，是形式主义的做法，也是过于懒惰的表现。

^① [美] 罗伯特·S·萨默斯：《美国实用工具主义法学》，柯华庆译，135 页，北京，中国法制出版社，2010。

抽象的升格条件与具体的升格条件

一、法定刑升格条件

我国刑法分则的多数条文，对一个犯罪都规定了两个以上的法定刑；法定刑升格的条件，被称为升格条件或者法定刑加重条件。

总的来说，升格条件可以分为具体的升格条件与抽象的升格条件。例如，刑法第 263 条规定：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：（一）入户抢劫的；（二）在公共交通工具上抢劫的；（三）抢劫银行或者其他金融机构的；（四）多次抢劫或者抢劫数额巨大的；（五）抢劫致人重伤、死亡的；（六）冒充军警人员抢劫的；（七）持枪抢劫的；（八）抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。”其中的（一）至（八）项升格条件，就是具体的升格条件。再如，刑法第 282 条第 1 款规定：“以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”其中的“情节严重”就是抽象的升格条件。

我国刑法分则在规定抽象升格条件时一般使用的是“情节（特别）严重”、“情节（特别）恶劣”的表述。作为升格条件的情节严重、情节恶劣，与作为犯罪成立条件的整体的评价要素的情节严重、情节恶劣，具有不同的意义与作用。

分析我国刑法分则的条文就会发现，当条文对罪状的一般性描述，不足以使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度时，就会增加某个要素（或者对某个要素提出特别要求），从而使客观构成要件所征表的违法性达到值得科处刑罚的程度。例如，一般干涉婚姻自由的行为，具有法益侵害性，但还没有达到值得科处刑罚的程度，于是刑法条文规定，以暴

力干涉婚姻自由的，才以犯罪论处。这是通过增加行为手段的要素，使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度。再如，在中国，并不是对任何盗窃、诈骗行为都以犯罪论处，于是刑法对盗窃罪增加了“数额较大”、“多次盗窃”的要素，对诈骗罪增加了“数额较大”的要素，从而使符合盗窃罪、诈骗罪客观构成要件的行为的违法性达到值得科处刑罚的程度。但是，在现实生活中，有许多侵害法益的行为，虽然在一般情况下其违法性没有达到值得科处刑罚的程度，却又难以通过增加某个特定的要素使违法性达到值得科处刑罚的程度，或者难以预见具备哪些要素时，行为的违法性能够达到值得科处刑罚的程度，或者虽能预见但不能做简短表述。于是刑法条文作了一个整体性的规定，情节严重、情节恶劣，就以犯罪论处。亦即，当行为符合了客观构成要件中的基本要素后，并不意味着行为的违法性达到了值得科处刑罚的程度，在此基础上，还需要对行为进行整体评价。笔者将这类情节严重、情节恶劣称为整体的评价要素。^①

例如，刑法第246条第1款规定：“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”显然，并不是任何侮辱、诽谤行为的违法性都达到了值得科处刑罚的程度。在认定行为是否构成侮辱、诽谤罪时，首先要考察行为人是否实施了侮辱、诽谤行为。其次要通过侮辱、诽谤的整体行为进行判断，得出情节是否严重的结论；如果得出否定结论，则不必进一步判断其他方面；只有得出了肯定结论时，才需要进一步判断其他方面。所以，情节严重这种整体的评价要素，也是一种构成要件要素。^②

显然，作为抽象升格条件的情节严重与作为构成要件要素的情节严重，明显不同。前者是在行为已经构成犯罪的条件下的情节严重；后者则是构成犯罪的条件。换言之，当情节严重属于抽象的升格条件时，情节是否严重所影响的是能否适用加重的法定刑；当情节严重属于

① 参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，238页以下，北京，北京大学出版社，2010。

② 除了“情节严重”之外，还有“情节恶劣”的概念。例如，刑法第261条规定：“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”本书认为，“情节恶劣”与“情节严重”没有实质区别，所以，本书关于“情节严重”的论述也适用于“情节恶劣”。为了论述上的简便，下面一般仅以“情节严重”为例进行讨论。

整体的评价要素时，情节是否严重所影响的是犯罪是否成立。^①

二、抽象升格条件的内容

对分则条文所规定的具体升格条件，本书不可能逐一展开论述。但对于抽象升格条件的内容，有必要深入研究。

如前所述，在刑法分则条文将“情节严重”、“情节特别严重”、“情节恶劣”、“情节特别恶劣”作为法定刑升格条件时，本书称之为抽象的升格条件。这种抽象的升格条件，都属于量刑规则的内容。

作为法定刑升格条件的“情节严重”，与作为构成要件的“情节严重”具有本质区别。但应注意的是，在分则条文将“情节严重”规定为构成要件的情况下，往往将“情节特别严重”作为法定刑升格的条件。例如，刑法第 273 条规定：“挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”其中的“情节严重”为构成要件要素，“情节特别严重”才是法定刑升格的条件。于是，“情节特别严重”既可能是基本犯基础之上的法定刑升格条件，也可能是法定刑升格之后的进一步升格的条件。例如，刑法第 431 条第 1 款规定：“以窃取、刺探、收买方法，非法获取军事秘密的，处五年以下有期徒刑；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑。”其中的“情节严重”是基本犯基础之上的法定刑升格条件，而“情节特别严重”则是法定刑升格之后的进一步升格条件。可以肯定的是，刑法分则的“情节特别严重”都是法定刑升格的条件，而“情节严重”则既可能是法定刑升格的条件，也可能是构成要件要素，需要具体区分。

作为法定刑升格条件的“情节严重”，以行为完全符合犯罪构成为前提。如果行为本身并不完全符合犯罪构成，则不能认定为导致法定刑升格的“情节严重”。例如，刑法第 384 条第 1 款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用

^① 为了表述的方便，本章所说的作为法定刑升格的“情节严重”通常包含作为法定刑升格条件的“情节特别严重”；所称数额巨大，一般包含了数额特别巨大。但也有例外，需要读者识别。

公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。”适用“情节严重”的法定刑的前提是，行为完全符合挪用公款的三种情形之一。或许有人认为，由于本条规定的第三种情形是“挪用公款数额较大、超过三个月未还”，所以，挪用公款数额巨大的，没有超过三个月也成立挪用公款罪，而且挪用公款数额巨大，属于“情节严重”。本书不赞成这种观点。本条中的“情节严重”明显属于法定刑升格的条件，就第三种情形而言，挪用公款数额巨大、在三个月之内归还的，并不符合挪用公款罪的构成要件，因而也不符合法定刑升格的条件。认为第三种情形只有在挪用公款数额较大时，才需要超过三个月未还，而挪用公款数额巨大时，不需要超过三个月未还的观点，会导致法定构成要件要素的任意取消，有违反罪刑法定原则之嫌；也导致原本不成立基本犯的行为，却可能成立加重犯，有违背基本犯与加重犯的关系之嫌。

例如，刑法第 155 条第 2 项规定：“在内海、领海、界河、界湖运输、收购、贩卖国家禁止进出口物品的，或者运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的”，以走私罪论处。解释者不能认为，如果运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品的数额巨大，就不需要“没有合法证明”的要件。再如，刑法第 273 条规定：“挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”显然不能认为，如果“情节特别严重”，就不需要具备“致使国家和人民群众利益遭受重大损害”的要件了。因为成立挪用特定款物罪，同时以“情节严重”和“致使国家和人民群众利益遭受重大损害”为要件；如果没有造成重大损害，就不可能成立本罪，更不可能适用“情节特别严重”的法定刑。否则，意味着加重犯不以基本犯为前提，这是难以令人赞同的。

诚然，刑法条文对构成要件的描述以及刑法理论对构成要件的解释，只要使构成要件所反映的法益侵害达到应受刑罚处罚的程度即可，而不得在此基础上附加其他条件。刑法之所以规定“挪用公款数额较大、超过三个月未还”才构成犯罪，是因为挪用公款数额较大，在三个月之内归还的行为，不具有应受刑罚处罚程度的法益侵害性。或许可以

认为，挪用公款数额巨大的，即使在三个月之内归还，也值得科处刑罚。但是，刑法第 384 条在“挪用公款数额较大、超过三个月未还的”之后，并没有“或者挪用公款数额巨大的”表述。这便意味着，挪用公款罪不存在着第四种情形（即单纯的挪用公款数额巨大，没有时间限制，也不要求用于非法活动与营利活动）。如果将第 384 条中的“情节严重”解释为包括挪用公款数额巨大并在三个月之内归还的情形，则意味着解释者在作为法定刑升格条件的“情节严重”中，加入了刑法并无明文规定的挪用公款的第四种情形，也使犯罪构成要件与法定刑升格的条件合二为一，造成明显不协调的局面，因而其合理性值得怀疑。^①

有的条文所规定的“情节特别严重”是针对前一档罪状的何种情形而言，也是值得研究的。例如，刑法第 390 条第 1 款规定：“对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。”首先，大体可以肯定的是，根据“的，”这一标识，应当认为，“使国家利益遭受重大损失”不以“因行贿谋取不正当利益”为前提。换言之，行贿人虽然没有谋取不正当利益，但使国家利益遭受重大损失的，也应适用第二档法定刑。其次，需要讨论的是，第三档的“情节特别严重”是仅指“因行贿谋取不正当利益，情节特别严重”，还是同时包括“使国家利益遭受重大损失，情节特别严重”？本书倾向于后一种回答。从本条的表述结构上看，情节特别严重是在第二档法定刑基础上的提升，理当包括适用第二档法定刑的两种情形。从与其他法条的比较来看，许多法条在重大损失之上还有特别重大损失的表述，由于本条没有特别重大损失的表述，故应认为，本条中的情节特别严重包含了使国家利益遭受特别重大损失的情形。从实质上看，对因行贿而使国家利益遭受特别重大损失，或者因行贿使国家利益遭受重大损失，并有其他特别严重情节的，需要适用本条第三档法定刑。但需要说明的是，适用情节特别严重的法定刑，以符合第二档法定刑的适用条件为前提。

① 同样，刑法第 272 条也只是规定了挪用资金罪的三种行为方式，而不能认为规定了五种行为方式。换言之，第 272 条中的“挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的”，不是两种独立的挪用资金罪的行为方式，而是以符合前三种行为方式为前提的法定刑升格条件。

毋庸置疑，如果刑法分则条文能够具体描述法定刑升格的条件，而不使用“情节严重”概念，是更为理想的。事实上，与旧刑法相比，现行刑法的许多条文都对法定刑升格条件作了具体描述。例如，旧刑法第150条第1款规定：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑。”第2款规定：“犯前款罪，情节严重的或者致人重伤、死亡的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，可以并处没收财产。”法定刑升格条件中，除描述了“致人重伤、死亡”之外，其他的被纳入“情节严重”之中。而现行刑法第263条则明确规定了8种法定刑升格情节。再如，旧刑法第141条规定：“拐卖人口的，处五年以下有期徒刑；情节严重的，处五年以上有期徒刑。”而现行刑法第240条第1款明确规定了8种法定刑升格情节。

但是，要求所有规定法定刑升格情形的条文，都具体描述法定刑升格条件，不具有现实性。

首先，“立法者的远见是有限的”^①。任何立法者都不可能预见到法定刑应当升格的所有情形，因此，如果必须具体描述法定刑升格条件，必然导致遗漏；而遗漏的结局必然导致不公平现象，有损国民的法感情。如上所述，现行刑法对抢劫罪的法定刑升格条件作了详细描述，将应当判处“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的情形明确限定为8种。这一方面限制了司法工作人员的权力，有利于保障被告人的自由；另一方面也具有明确性，有利于行为人的预测。但是，其遗漏也非常明显。例如，其第（三）规定了“抢劫银行或者其他金融机构”，却没有规定抢劫珍贵文物。从分则的许多条文都可以看出，国家对珍贵文物是实行重点保护的，既然如此，对抢劫珍贵文物与抢劫金融机构也应同等对待。但刑法第263条却没有将抢劫珍贵文物作为法定刑升格的情形。或许可以将抢劫珍贵文物作为“抢劫数额巨大”来处理。但是，还可以发现其他遗漏。使用枪支以外的杀伤力很强的武器抢劫了数额较大的财物，并且导致多人受轻伤的，按照现行刑法，只能判处10年以下有期徒刑。不能不认为处理的结论会导致不协调。由此看来，详细描述法定刑升格的条件，会导致遗漏，进而会导致处罚的不公平。

其次，即使立法者能够预见所有法定刑升格的情形，但如果以大量

① [美] 罗伯特·S·萨默斯：《美国实用工具主义法学》，柯华庆译，135页，北京，中国法制出版社，2010。

文字进行描述，也会有损刑法典的简短价值。“法律是欲以极少数的条文，网罗极复杂的社会事实，为便于适用和遵守起见，条文固应力求其少，文字尤应力求其短，以免卷帙浩繁，人民有无所适从之叹。”^① 另一方面，法典使用的文字越多，需要解释的对象越多，形成的问题也越多。概言之，如果要求刑法分则条文具具体描述所有法定刑升格的条件，刑法典将不再是法典，而是记述社会生活事实的鸿篇巨制。

所以，刑法分则的做法是，当不可能预见所有法定刑升格的情形，或者虽然能够预见但需要作冗长的记述时，往往放弃具体描述，而以“情节严重”或者“情节特别严重”概括法定刑升格的所有情形。在此意义上说，将“情节严重”规定为法定刑升格的条件，实在是一种不得已的立法例。

或许有人会提出疑问：许多国家的刑法并不将“情节严重”、“情节特别严重”作为法定刑升格的条件，而能够做到具体描述，我国刑法分则为什么不能做到这一点？其实，回答这一问题并不困难。

第一，国外刑法的法定刑整体上并不严厉，而我国刑法的法定刑整体上比较重，因此，就许多犯罪而言，在我国刑法分则中需要规定由轻到重的不同法定刑，而国外刑法可能只需要规定一个幅度的法定刑。如前所述，日本刑法第 235 条对盗窃罪规定的法定刑是“十年以下惩役或者五十万元以下罚金”。显然，不管盗窃何种财物，也无论盗窃的数额多大，最高只能判处 10 年惩役，人们并不认为该法定刑轻。可是，如果我国刑法规定盗窃罪的最高法定刑为 10 年有期徒刑，现阶段则不可能被国民接受。但是，如果仅对盗窃罪规定一个过高的法定刑，也不符合盗窃现状，导致较轻的盗窃罪也被处以较重的刑罚，同样不能被国民接受。于是，刑法第 264 条不得不规定几个不同档次的法定刑。而一旦规定几个档次的法定刑，就不得不将“情节严重”、“情节特别严重”作为法定刑升格的条件。再如，日本刑法第 246 条对诈骗罪规定的法定刑是“十年以下惩役”。同样，不管行为人骗取何种财物，也无论骗取的数额多大，最高只能判处 10 年惩役，人们也认为这种法定刑体现了公平正义。可是，如果我国刑法规定诈骗罪的最高法定刑为 10 年有期徒刑，现阶段也不可能被国民接受。由于诈骗行为可能骗取不同价值的财物，情节也存在差异，分则条文不得不就诈骗罪规定不同档次的法定

① 林纪东：《法学通论》，89 页，台北，远东图书公司，1953。

刑，进而不得不将“情节严重”、“情节特别严重”作为法定刑升格的条件。

第二，国外已经形成了可以信赖法官合理裁量刑罚的司法体制，因此，对许多犯罪只规定一个较大幅度的法定刑，无须分为基本犯的法定刑与加重犯（升格）的法定刑，因而无须描述法定刑升格的条件。而我国还没有形成上述司法体制，如果对犯罪只规定一个较大幅度的法定刑，则会导致法官的恣意裁量；所以，不得不根据情节分为不同档次的法定刑。例如，日本刑法第199条规定：“杀人的，处死刑、无期或者五年以上惩役。”如果这种幅度的法定刑出现在中国刑法分则中，必然因为其导致法官的恣意裁量而遭受批判。由于没有形成可以信赖法官合理裁量刑罚的司法体制，立法机关不得不想方设法从法条上限制法官的自由裁量权，结局往往是根据一个犯罪的不同情节规定不同的法定刑，于是出现“情节严重”、“情节较轻”之类的法定刑适用条件。

第三，在我国刑法分则中属于一个犯罪的，在国外刑法分则中可能被规定为几个犯罪；于是在我国刑法分则中对同一犯罪所规定的不同法定刑的适用条件，在国外刑法分则中可能属于几个犯罪的罪状，结局是，国外刑法中减少了法定刑升格条件的规定。例如，我国刑法分则仅规定了一个盗窃罪，由于盗窃罪从数额到其他情节存在诸多差异，不得不以法定刑升格的方式做出规定，因而不可避免使用“情节严重”、“情节特别严重”等概念。而德国刑法除规定了普通盗窃罪及其特别严重情形之外，还规定了携带凶器盗窃罪、结伙盗窃罪、侵入住宅盗窃罪、严重的结伙盗窃罪，并且对这些犯罪的罪状作了记述性规定，因而减少了法定刑升格条件的规定。

第四，我国国民的价值观与发达国家国民的价值观还存在差异，一些在国外受到重视的情节在我国也会受到重视，但一些在国外并不受到重视的情节，我国还不得不予以重视。例如，财产犯罪中的数额、行为人所盗窃的是金融机构还是非金融机构等，在国外并不一定受到重视（当然，国外也并非不考虑犯罪数额，但绝对没有像我国这样重视），而我国刑法分则还得予以重视；为了避免挂一漏万，又只好使用“情节严重”、“情节特别严重”等概念。例如，日本刑法仅将致人负伤或者死亡作为抢劫罪的结果加重犯予以规定，而我国刑法分则大量地考虑了抢劫的其他情节。再如，日本刑法仅将致人死伤作为强奸罪的结果加重犯予以规定，而我国刑法分则大量考虑了强奸的其他情节。

此外，在国外刑法中也能见到将“情节严重”或“情节特别严重”规定为法定刑升格（有的属于加重类型）的情形。例如，德国刑法第212条规定：“非谋杀而故意杀人的，处五年以上自由刑。情节特别严重的，处终身自由刑。”所不同的是，德国刑法常常采取了例示法（Regelbeispiele），即在规定情节特别严重时，同时列举一些通常属于情节特别严重的情形（参见德国刑法第243条）。由于是例示法，所以，没有列举的某些情形，也可能被认定为情节特别严重。在少数情况下，即使案件具备法条所列举的情形，法官也可能基于实质的理由认定其不属于情节特别严重。另一方面，对于不同于例示法而详尽描述具体情节的体例，德国学者也并不赞成。如考夫曼教授指出：“类型无法被‘定义’，只能被‘描述’。因此，对立法者而言有两种极端情况：或者整个放弃类型而只给予该类型一个名称。例如，我们在德国刑法第一百八十五条所看到的，该条仅简单规定：‘侮辱’将如此如此处罚。此方式将使法律的运用上获得较大的弹性，但相对地也换来法律的不安定性。——或者试着尽可能精细地（‘列举地’）描述类型。——例如德国刑法第二百五十条加重强盗罪之规定。^①此种方式具有较大法律安定性之优点，但也造成谨慎拘泥以及与实际生活脱节的结果——耗费大而收获小（事倍功半）。”^②

综上所述，在我国现阶段，将“情节严重”、“情节特别严重”规定为法定刑升格的条件，还不可能避免。但从刑法分则条文不难看出，刑法分则条文对法定刑升格的表述存在两种极端情况：其一是放弃描述具体情节，而以“情节严重”或“情节特别严重”概括。这种方式将使刑法的适用获得较大弹性，不致遗漏应当导致法定刑升格的情节，从而实现刑法的正义，但相对地也造成法律的不安定性。其二是尝试着尽可能精细地（“列举地”）描述各种具体情节。如前述刑法第263条。此种方式的优点在于，使刑法具有较大的安定性，但正如考夫曼教授上面所分析的那样，造成了与实际生活不相符合的结果。所以，在前述两种方式之间取中庸之道，采用德国刑法中经常运用的“例示法”，由司法工作人员根据例示的情形判断其他没有例示的情形是否属于“情节严重”或者“情节特别严重”，是比较理想的

① 该条详细地规定了各种加重强盗的情节，但不属于例示法。

② [德]亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，117页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

立法例。与这种例示法本质上完全相同的方式是：具体描述几种法定刑升格方式后，最后设置一项“具有其他严重情节”或者“具有其他特别严重情节”的规定。

我国刑法分则有一些条文对法定刑升格条件采取了列举具体情节再设立“兜底规定”的方式。例如，刑法第318条第1款前6项规定了6种具体的升格条件，第（七）项规定了“有其他特别严重情节的”。第（七）项的规定，使得法定刑升格的情形不会被遗漏；（一）至（六）项的规定，一方面使得司法工作人员能够明确范围，另一方面也为第（七）项的认定提供了例示，从而使司法工作人员能够合理地确定“其他特别严重情节”的范围。刑法第170条、第321条的规定也是如此。

刑法分则还有一些条文虽然表面上只有局部的“兜底规定”，但由于既有具体描述，又将“情节严重”或“情节恶劣”作为法定刑升格的条件，也有利于克服前述两种极端方式的弊端。例如，刑法第236条第1款与第2款分别规定了普通强奸与奸淫幼女的罪状与法定刑，第3款规定：“强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：（一）强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；（二）强奸妇女、奸淫幼女多人的；（三）在公共场所当众强奸妇女的；（四）二人以上轮奸的；（五）致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。”由于该规定的第（一）项将“情节恶劣”规定为法定刑升格的条件，第（五）项设有“造成其他严重后果的”规定，故不致形成遗漏。例如，上述第（三）项只规定了“在公共场所当众强奸妇女的”情形，而刑法第236条明显是将强奸妇女与奸淫幼女并列规定的，即“强奸妇女”的概念中不包含“奸淫幼女”，于是在公共场所当场奸淫幼女的行为，就不能包含在第（三）项中。但由于有第（一）项的概括规定，我们至少可以通过与第（三）项的比较，将在公共场所当众奸淫幼女的行为，认定为第（一）项的“情节恶劣”。再如，实践中发生了这样的案件：行为人奸淫幼女的行为本身情节并不恶劣，但其行为导致11岁的幼女怀孕并产下一婴儿，由此引起的对幼女身心健康的损害后果可想而知。倘若需要对行为人判处10年以上有期徒刑，则可以认为，刑法第236条第（五）项所规定的“造成其他严重后果”，包括这种情形。

可以肯定，将“情节严重”、“情节特别严重”作为法定刑升格的条件，虽然具有合理性，但增加了法官的判断难度。一些法官不敢对情节

是否严重下结论，便要求最高司法机关做出司法解释。诚然，“情节严重”、“情节特别严重”是一种规范的概念，需要法官的价值判断。但是，如前所述，这并不是意味着法官可以恣意判断，而是应当根据一般人的价值观念做出判断，所以，法官需要了解一般国民的价值观念，了解一般国民的法感情。

事实上，对“情节严重”、“情节特别严重”的判断并非十分困难。首先应当确定的是“情节”的内容，其次根据一般人的价值观念判断是否“严重”或“特别严重”。从具体方法来说，对刑法分则相关条文就法定刑升格条件的详细规定进行归纳整理，就可以使“情节严重”、“情节特别严重”的判断明确化。例如，刑法分则的许多条文将致人重伤或者死亡、导致其他严重后果、犯罪的首要分子、残酷的手段、特定的犯罪对象、多次实施犯罪或者对多人实施犯罪等作为法定刑升格的条件，因此，当刑法分则条文概括性地将“情节严重”或“情节特别严重”作为法定刑升格条件时，法官也应当从上述几个方面来判断情节是否严重、是否特别严重。例如，与抢劫罪的法定刑升格条件类比，抢夺造成严重后果的，入户抢夺的，多次抢夺的，抢夺军用物资、抢险、救灾、救济物资的，也应认定为情节严重。

问题是，“情节严重”中的情节，究竟是指什么情节？能否认为，任何一个方面的情节严重，都属于情节严重？本书持否定回答。作为法定刑升格条件的情节严重，只限于表明违法性的情节严重。换言之，“情节严重”中的情节，并不是指任何情节，只能是指客观方面的表明法益侵害程度的情节，包括对同一法益更为严重的侵害、行为侵害了另一法益以及违法类型加重等情形（如后所述，只有当行为人对客观违法具备有责性时，才能令行为人对该客观违法承担责任）。

我国的传统刑法理论一直认为，社会危害性是犯罪的本质特征，而社会危害性是由客观危害与主观恶性组成，所以，一个行为的社会危害性是否严重，不仅取决于客观危害的大小，而且也取决于主观恶性的大小。于是，客观危害与主观恶性都是为犯罪奠定基础的概念，二者可以相加。当一个行为的客观危害比较小，但主观恶性较大时，其社会危害性便达到了值得科处刑罚的程度；反之亦然。由于情节严重本身是一个综合性的概念，刑法分则条文将情节严重作为综合性的构成要件要素时，就是为了使行为的社会危害性达到值得科处刑罚的程度。所以，情节严重中的情节，就不限于客观方面的情节，同时也包含了主观方面的情节。但是，这种观点存在疑问。

犯罪的实体是违法与责任；违法与责任不是相加关系，而是阶层关系或者限制关系。^① 所以，一方面，行为虽然符合客观构成要件，具有违法性，但只要行为人对违法行为没有非难可能性，其行为就不构成犯罪；另一方面，即便行为人具有非难可能性，也不意味着其对全部违法行为及其所有结果均承担责任，只是对其中有责任的违法行为及其结果承担责任。例如，在故意伤害致人死亡的场合，倘若行为人只是对伤害结果有故意，而对致死结果并无过失，便只能认定为普通的故意伤害罪，而不能认定为故意伤害致死。再如，行为人盗窃他人价值千元左右的自行车（假定达到数额较大的起点），根本不知道该车的龙头把手内藏有万余元（数额巨大）。由于行为人对数额巨大并无责任，故只能适用数额较大的法定刑，不能适用数额巨大的法定刑。所以，责任要素虽然也为非难可能性提供根据，但同时起着限制责任范围的重要作用。

由于行为人只应对能够归责于他的违法行为及其结果承担责任，所以，应当得出以下三个结论：其一，如果行为本身的违法性没有达到值得科处刑罚的程度，那么，即便其主观上再值得谴责，也不应当认定为犯罪。其二，责任是对违法行为及其结果的责任，它必须与违法行为及其结果相关联，并无在内容上独立于违法性之外的责任（不存在无违法的责任）。例如，单纯的动机卑鄙，无论如何都不能作为定罪根据。其三，基于同样的理由，当客观违法程度并没有加重或提高时，就不存在加重的责任。

对情节严重也只能如此理解。亦即，只有当行为人对客观的侵害法益的严重情节具有非难可能性时，才能将该严重情节归责于他。既然如此，就不存在一种单纯的主观方面的情节严重。例如，单纯的动机卑鄙，就不属于情节严重。质言之，作为法定刑升格的情节严重中的情节，也只能是表明客观的法益侵害的情节。如后所述，根据责任主义的要求，在故意犯罪中，要求行为人对表明情节严重的前提事实具有认识；在过失犯罪中，要求行为人对表明情节严重的前提事实具有认识可能性。换言之，作为法定刑升格的情节严重，首先必须是表明法益侵害的客观情节；其次在故意犯的场合，要求行为人对该客观情节具有故意，在过失犯的场合，要求行为人对该客观情节具有

^① 参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，33页以下，北京，北京大学出版社，2010。

过失。

特别需要说明的是，不能将影响特殊预防必要性大小的因素，作为法定刑升格的情节。这涉及责任刑与预防刑的关系问题。

根据处理责任刑与预防刑关系的点的理论，与责任相适应的刑罚只能是正确确定的某个特定的刑罚（点），而不存在幅度；不能认为在某种幅度内的刑罚都是等价的制裁、正当的报应；与责任相适应的刑罚常常是一种唯一的存在，即使人们不能确定地把握这个点，但也不能否认这个点的存在。根据点的理论，在确定了与责任相适应的具体刑罚（点）之后，只能在这个点以下考虑预防犯罪的需要。^① 点的理论的具体内容可归纳如下：（1）客观上存在与责任相适应的确定的刑罚（点），法官主观上也能够认识到这种确定的刑罚；（2）刑罚与责任相适应，是指刑罚不能超出责任刑的点；（3）法官只能在点之下考虑预防犯罪的需要；（4）在具有减轻处罚情节的场合，法官能够在点之下低于法定刑考虑预防犯罪的需要。

并合主义为点的理论提供了充分根据。报应刑论与目的刑论都可以从一个角度说明刑罚的正当化根据，但并合主义并不是二者的简单相加，而是辩证的结合。^② 因为报应刑论与目的刑论各有利弊，并合主义要求二者优势互补、弊害互克。目的刑论往往导致刑罚过重，报应刑论正好给刑罚划定了上限，使得刑罚不得超出报应的范围；但报应刑论导致从预防角度而言不需要判处刑罚时也必须科处刑罚、特殊预防必要性小时也可能判处严厉刑罚，目的刑论正好解决了这一问题：如果没有预防犯罪的效果或者从预防犯罪的角度而言不需要判处刑罚，就不应当判处刑罚，这为免除刑罚处罚找到了根据；如果预防的必要性小，就可以判处较轻的刑罚。显然，在责任刑（点）之下考虑预防犯罪的需要，正是并合主义在量刑上的具体表现。

点的理论是消极的责任主义在量刑中的具体表现。在我国，不能违反责任主义，不得将被告人作为工具这样的观念，显得尤为重要。“由责任确定上限，是最重要的规制原理。从如何规制法官在量刑中的裁量的观点来看，支持有可能暗中摆脱这一规制的理论，是不理想的。围绕责任的实体的争论，虽然是观念性的，但重要的是必须从实际上的观点

① 参见〔日〕城下裕二：《量刑基準の研究》，83页以下，东京，成文堂，1995。

② H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 85.

决定以哪一种立场为前提更能够实现合理的量刑这一问题。”^① 责任主义的核心是保障行为人的自由与权利。采取点的理论，意味着法官在考虑预防必要性大小之前，必须确定责任刑这个点。即使确定这个点比较困难，所确定的点也可能并不十分精确，但这个点的确定，可以限制法官对预防刑的考虑，防止法官量刑的恣意性，从而保障行为人的权利。

点的理论可以防止不必要的重刑。如所周知，目的刑论（一般预防论与特殊预防论中的威慑刑论）常常过分强调刑罚的威吓功能，然而，“过份强调刑罚的威吓功能，而把‘重典’当作刑事政策的万灵丹，误信杀一可儆百，并期杀一奸之罪而得止境内之邪，造成严刑峻法之局。这在表面上似乎颇具刑事政策的目的性，可是事实上却无抗制犯罪之功能，这是古今中外均有过的现象。在欧洲各国的刑罚史上，也曾出现过这种过份强调一般预防的刑事政策，而造成在刑事立法与刑事司法上，均有超越罪责程度相称的刑罚主张。”^② 积极的一般预防论同样导致重刑。^③ 点的确定，划定了与责任相适应的刑罚上限，使得法官不能超出上限裁量刑罚，从而避免了不必要的重刑。^④

不难看出，影响特殊预防必要性大小的因素，只是在选择了法定刑，并且确定了责任刑的点之后才考虑的因素，而不是在选择法定刑时就需要考虑的因素。显然，作为法定刑升格条件的情节严重，是选择法定刑所需要考虑的，故不能将影响特殊预防必要性大小的因素（如动机卑鄙等）作为情节严重的内容。基于同样的理由，影响一般预防必要性大小的因素，也不能纳入法定刑升格条件予以考虑。

对“情节严重”、“情节特别严重”的判断与认定，不得违反刑法精神。下面联系司法解释分析几种情况。

第一，有的司法解释规定，累犯属于法定刑升格条件中的“情节严重”、“情节特别严重”，这明显违反了责任主义与刑法总则关于累犯的规定。例如，最高人民法院 1997 年 11 月 4 日通过的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条第 3 项规定：“盗窃

① [日] 本庄武：《刑罰論からみた量刑基準（1）》，《一橋法学》2002 年第 1 卷第 1 号，195~196 页。

② 林山田：《刑罚学》，2 版，70 页，台北，商务印书馆，1983。

③ 参见 [日] 城下裕二：《量刑基準の研究》，132 页，东京，成文堂，1995。

④ 关于责任刑与预防刑的关系，参见张明楷：《责任主义与量刑原则》，载《法学研究》，2010（5），128 页以下。

数额达到‘数额较大’或者‘数额巨大’的起点，并具有下列情形之一的，可以分别认定为‘其他严重情节’或者‘其他特别严重情节’：……4. 累犯……”。可是，累犯虽然是法定刑的从重处罚情节，但它只是预防刑情节，亦即，只能在责任刑的点之下影响量刑。可是，上述解释却直接使累犯成为法定刑升格的条件。这便明显违反了责任主义。不仅如此，这种解释还明显违反了刑法第 65 条关于累犯“从重”处罚的规定，导致对盗窃罪的累犯提高法定刑，比加重处罚有过之而无不及。

第二，有的司法解释规定，受过刑事处罚或行政处罚后再犯同种罪的属于法定刑升格条件中的“情节严重”、“情节特别严重”，这也明显违反了刑法精神。例如，最高人民法院、最高人民检察院 1999 年 10 月 9 日《关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》指出：“刑法第三百条第二款规定的组织和利用邪教组织蒙骗他人，致人死亡，是指组织和利用邪教组织制造、散布迷信邪说，蒙骗其成员或者其他人员实施绝食、自残、自虐等行为，或者阻止病人进行正常治疗，致人死亡的情形。具有下列情形之一的，属于‘情节特别严重’：（一）造成 3 人以上死亡的；（二）造成死亡人数不满 3 人，但造成多人重伤的；（三）曾因邪教活动受过刑事或者行政处罚，又组织和利用邪教组织蒙骗他人，致人死亡的；（四）造成其他特别严重后果的。”根据刑法第 300 条的规定，组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信蒙骗他人，致人死亡的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑；情节特别严重的，处 7 年以上有期徒刑。以前“曾因邪教活动受过刑事或者行政处罚”的情形，不仅包括了累犯，而且包括了不构成累犯的情形。根据刑法总则第 65 条的规定，累犯只能从重处罚；而司法解释的上述第（三）项不仅导致累犯加重处罚，而且导致不构成累犯的再犯、甚至连再犯也不成立的情形也加重处罚，而加重幅度不止一格，这也严重违反了刑法精神，应予撤销。再如，最高人民法院 2000 年 5 月 12 日《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条将“2 年内因非法经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务行为受过行政处罚 2 次以上的”作为法定刑升格情节。显然，此处规定的也是影响特殊预防的情节，将其作为法定刑升格情节，明显不当。

第三，有的司法解释对自然人犯罪与单位犯罪规定了不同的条件，即单位犯罪的“情节严重”、“情节特别严重”不同于自然人犯罪的“情节严重”、“情节特别严重”，这也存在疑问。例如，刑法第 217 条规定：

以营利为目的，侵犯他人著作权，“违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”刑法第 225 规定：实施非法经营行为，“扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。”这两个犯罪的主体既可以是自然人也可以是单位。最高人民法院 1998 年 12 月 11 日通过的《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》不仅针对自然人与单位规定了不同的定罪条件，同时也规定了不同的加重条件。如其第 2 条规定：“以营利为目的，实施刑法第二百一十七条所列侵犯著作权行为之一，个人违法所得数额在二十万元以上，单位违法所得数额在一百万元以上的，属于‘违法所得数额巨大’；具有下列情形之一的，属于‘有其他特别严重情节’：（一）个人非法经营数额在一百万元以上，单位非法经营数额在五百万元以上的；（二）造成其他特别严重后果的。”该解释的第 11 条、第 12 条、第 13 条指出：违反国家规定，出版、印刷、复制、发行扰乱市场秩序的非法出版物，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。个人实施该行为，“具有下列情形之一的，属于非法经营行为‘情节特别严重’：（一）经营数额在十五万元至三十万元以上的；（二）违法所得数额在五万元至十万元以上的；（三）经营报纸一万五千份或者期刊一万五千本或者图书五千册或者音像制品、电子出版物一千五百张（盒）以上的。”单位实施该行为，“具有下列情形之一的，属于非法经营行为‘情节特别严重’：（一）经营数额在五十万元至一百万元以上的；（二）违法所得数额在十五万元至三十万元以上的；（三）经营报纸五万份或者期刊五万本或者图书一万五千册或者音像制品、电子出版物五千张（盒）以上的。”类似于这样的解释，都大有商榷的余地。

当刑法规定的某种犯罪既可以由自然人构成，也可以由单位构成时，其加重罪状既是针对自然人而言，也是针对单位而言。但当刑法没有针对自然人与单位规定不同的加重条件时，解释者没有理由根据主体的不同规定不同的加重条件。犯罪的本质是侵犯法益，而不是行为人获得利益。因为惩罚恶就是保护善，即惩罚恶是为了保护恶行所侵犯的利益。刑法之所以禁止犯罪，就是因为犯罪侵犯了法益。我们通常说社会危害性是犯罪的本质特征，而根据刑法第 13 条的规定，所谓社会危害

性，实际上就是行为对法益的侵犯性。^① 法律不禁止任何人获得利益，但是，“任何人不得因自身的不法获得利益”（*Commodum ex injuria suanemo habere debet*）。因为不法行为是侵犯他人法益的行为，所以，任何人不得实施侵犯法益的行为，行为侵犯法益的本质成为法律禁止的根据。既然刑法的目的是保护法益，犯罪的本质是侵犯法益，那么，犯罪人主观上对利益的追求、客观上所获得的利益，就不是重要问题。定罪与量刑，从根本上考虑的是行为对法益的侵犯程度，而不是行为人是否获得利益以及获得利益的多少。集资诈骗罪之所以重于非法吸收存款罪，从表面上看是因为，前者的行为人出于非法占有的目的，而后者的行为人没有该目的；但实质上是因为，前者不仅侵犯了金融秩序，而且侵害了他人的财物，后者只是侵犯了金融秩序，前者对法益的侵害重于后者。因此，即使在某些情况下刑法对行为人主观上追求利益的目的与结果做出了规定，我们也要领会其背后的实质是对法益侵犯性的要求。上述司法解释之所以对自然人与单位规定不同的加重条件，其背后所考虑的无非有两点：其一，由于是单位集体实施的，单位获取的利益远远高于自然人获取的利益时，才能认定为情节特别严重或者数额特别巨大。其二，单位犯罪后所获得的利益不是归个人，而是归单位。然而，首先，不管是单位集体侵犯著作权还是自然人侵犯著作权，不管是单位集体非法经营还是自然人非法经营，对市场经济秩序的破坏程度没有任何不同。其次，单位犯罪所获取的利益归谁所有，对于被害人而言没有差异。由此可以得出以下结论，在某一犯罪的主体既可以是单位也可以是自然人，且法定的构成要件与法定刑升格条件相同的情况下，绝对不可以因单位与自然人的区别而对构成要件与升格条件做出不同解释。

联系刑法分则的相关规定，也应当得出这样的结论。例如，刑法第140条规定的生产、销售伪劣产品罪的主体既可以是自然人，也可以是单位，但对销售金额的要求都是“五万元以上”，法定刑升格的条件也没有因为主体的不同而有所变化。再如，刑法第153条规定的走私普通货物、物品罪的主体既可以是自然人也可以是单位，但对偷逃应缴税数额的要求都是“五万元以上”，没有因为自然人与单位的不同而做出不同数额的规定，法定刑升格的条件也没有因为主体的不同而有所变化。

① 将刑法第2条与第13条进行比较对照，也可以发现刑法的目的与犯罪的本质正相对：犯罪的本质是侵犯合法权益，刑法的目的是保护合法权益。

又如,刑法第 201 条规定的逃税罪的主体既可以是自然人也可以是单位,法定刑升格的条件都是逃税“数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上”(在《刑法修正案(七)》之前,均为“占应纳税额的百分之三十以上并且偷税数额在十万元以上”),也没有因自然人与单位的不同而规定不同的数额与比例。刑法分则的许多条文虽然规定自然人与单位均可成为犯罪主体,也没有规定不同的构成要件与升格条件,只是没有像第 140 条、第 153 条、第 201 条那样对数额作统一规定。在这种情况下,刑法理论与司法机关也不能因为主体的不同而做出不同解释,相反应坚持统一标准,这正是犯罪的本质所决定的。

三、升格条件的认识

(一) 问题所在

如前所述,以法定刑升格的内容为标准,可以将升格条件分为抽象的升格条件与具体的升格条件。抽象的升格条件(情节严重、情节特别严重等)只是量刑规则,而不是加重的犯罪构成。但这并不意味着具体的升格条件都是加重的犯罪构成,例如,刑法第 236 条规定的“多次抢劫”、“数额特别巨大”虽然是具体的升格条件,但仍然只是量刑规则(参见本书第三章)。适用升格的法定刑,除了要求行为客观上符合升格条件外,是否还要求行为人对升格的客观事实具有认识或者认识可能性,就是本小节所要讨论的问题。

法定刑升格条件中的“致人重伤、死亡”,明显属于结果加重犯。就结果加重犯而言,刑法理论已经没有争议地认为,行为人对加重结果至少必须具有过失,否则不成立结果加重犯。^①问题是,有关结果加重犯的这一理论,是否适用于所有的法定刑升格条件?详言之,在我国刑事立法与司法实践中,关于行为人法定刑升格条件的认识,有以下情形值得特别研究:(1)哪些条件是适用加重法定刑时不需要认识的内容?例如,适用刑法第 318 条第 1 款第 1 项时,是否要求行为人认识到自己是首要分子?(2)在刑法条文将人身伤亡、公共危害以外的数额巨大或者特别巨大的财产损失(也可谓加重结果,以下简称加重财产损失)作为法定刑升格条件时,是套用结果加重犯的原理,认为只要行为人对

^① 参见张明楷:《严格限制结果加重犯的范围与刑罚》,载《法学研究》,2005(1),82页以下。

此加重财产损失具有过失即可，还是要求行为人具有故意？例如，行为人误将价值百万元的财物当做价值几千元的财物而窃取时，如何选择法定刑（是适用数额较大的规定，还是适用数额特别巨大的规定）？（3）对加重结果以外的具体的法定刑升格条件（以下简称为具体升格条件），是否需要认识？例如，行为人客观上抢劫了抢险物资，但主观上没有认识到自己抢劫的对象为抢险物资时，能否适用刑法第 263 条第 8 项的规定？换言之，行为人误将抢险物资当做普通财物予以抢劫的，能否适用抢劫抢险物资的加重法定刑？（4）对抽象的法定刑升格条件（以下简称为抽象升格条件），是否需要认识？亦即，当刑法条文对“情节严重”、“情节特别严重”规定了加重法定刑时，是否仅当行为人认识到情节严重、情节特别严重时，才能适用加重法定刑？（5）行为人在一个法条所列举或规定的不同的法定刑升格条件之间发生认识错误时，应当如何处理？例如，行为人误将抢险物资当做军用物资抢劫的，或者误将军用物资当做金融机构资金抢劫的，应当如何处理？

在进入下文之前，先作如下交待：（1）本章仅讨论故意犯罪的法定刑升格条件的认识，不涉及过失犯罪的法定刑升格条件；（2）法定刑升格条件为重伤、死亡的典型的结果加重犯，也不在本章讨论之列；（3）虽然法定刑升格条件可以分为量刑规则与加重的犯罪构成，但如后所述，由于对量刑规则中的客观事实也需要有认识，所以在此一并讨论；（4）为了避免混淆与表述方便，下文在论述严重财产损失时，一般使用“数额（特别）巨大”的表述，在抽象升格条件时，一般采用“情节（特别）严重”的表述。

（二）不需要认识的内容

根据责任主义原理，故意犯的成立，要求行为人对客观构成要件的事实具有认识。国外刑法理论公认，就致人伤亡的结果加重犯而言，行为人对加重结果不必认识，但需要具有认识可能性。^① 例如，故意伤害致死罪的成立，以行为人认识到伤害事实为前提，虽然不要求行为人认识到死亡结果，但对死亡结果必须具有预见可能性。倘若行为人认识到死亡结果，就成立故意杀人罪，而非故意伤害致死罪；倘若行为人对死亡结果没有预见可能性，就只能认定为普通故意伤害罪。但是，我国刑

① 参见 [日] 西田典之：《刑法总论》，2 版，216 页，东京，弘文堂，2010；Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 331f.

法规定的法定刑升格条件不等于结果加重犯。所以，除了致人伤亡的结果加重犯外，哪些法定刑升格条件是不需要认识的内容，就成为需要讨论的问题。

笔者通过对刑法分则的法定刑升格条件的归纳，认为以下几种法定刑升格条件属于不需要认识的内容：

1. 首要分子

当分则条文将某种犯罪的首要分子作为法定刑升格条件时，不要求行为人对自己是首要分子具有认识，只要行为事实上属于首要分子即可。例如，行为人甲原本在伪造货币犯罪集团中起组织、策划、指挥作用，但他误以为自己还不是首要分子，只是一般成员。甲的这种认识错误，不是事实认识错误，而是对自己在犯罪集团中的地位的评价错误。这种错误也不是违法性的认识错误（因为甲并非误以为自己的行为不违法），所以，不影响甲的责任。概言之，对于甲依然应按照“伪造货币集团的首要分子”适用升格的法定刑。倘若认为只有当行为人认识到自己是犯罪集团的首要分子时，才能适用升格的法定刑，便意味着刑罚的轻重仅仅取决于行为人对自己在共同犯罪中的地位的主观评价，这便违背了法的客观性。

不要求行为人认识到自己是首要分子，并不违反责任主义。因为首要分子只是刑法与法官对行为人所实施的犯罪行为、在集团中所处的地位进行综合评价所使用的一个规范概念。法官要认定某行为人是犯罪集团的首要分子，就必须以该行为人实施了组织、策划、指挥行为为根据。另一方面，根据责任主义，首要分子也必须对自己实施的违法事实具有故意。例如，对行为人适用“伪造货币集团的首要分子”的法定刑时，要求行为人在组织、策划、指挥伪造货币的犯罪行为时，认识到基本构成要件的事实（明知自己在和他人共同实施伪造货币的行为）。^①在司法实践中，对此，一般不会产生疑问。换言之，只要行为人在犯罪集团中实施了组织、策划、指挥犯罪的行为，基本上会无一例外地按照“伪造货币集团的首要分子”选择法定刑。

2. 多次

刑法将多次抢劫、多次聚众斗殴、多次盗掘古文化遗址、古墓葬、多次组织、运送他人偷越国（边）境、多次强迫他人卖淫作为法定刑升

^① 在行为人认识到自己实施了组织、策划、指挥行为时，即使他并不认为自己是首要分子，或许能够认定他对首要分子具有了外行人的认识。但是，行为人对自己在集团中地位的错误认识，是不可能影响其责任的。

格条件。根据刑法理论的通说与司法实践，多次是指三次以上。于是产生了这样的问题，行为人在第三次犯罪（如抢劫）时，误以为自己只是第二次犯罪（如抢劫）的，对其是否适用多次的法定刑？

如果说，只有当行为人对“多次”本身具有认识时，才能适用加重的法定刑，就必然出现以下局面：倘若甲清楚地记得自己曾经实施过两次抢劫行为，进而认识到自己现在已经是第三次抢劫行为，那么，他便具备相应的主观要素，进而适用加重法定刑；倘若乙不记得（忘记）自己已经实施过两次抢劫行为，进而误认为自己现在是第二次实施抢劫行为，那么，他便不具备相应的主观要素，所以不适用加重法定刑。大概没有人会赞成这一结论。因为这一结论意味着记忆力的强弱可以直接决定加重法定刑的适用与否：记忆力强的，可能适用加重法定刑；记忆力弱的，可能不适用加重法定刑。如果要得出甲、乙都成立多次抢劫因而都适用加重法定刑的结论，就只能认为，虽然要求行为人每次抢劫时都必须具有“抢劫”的故意，认识到抢劫罪构成要件的事实，但不要求行为人认识到“多次”抢劫。

适用多次的法定刑时，不需要行为人认识到多次，并不违反责任主义原则。因为多次是对各次犯罪行为的累加或者集合，只要求行为人三次以上实施相同犯罪行为即可，而且不以符合连续犯的条件为前提。与认定同种数罪时，只需要行为人对每次犯罪具有故意一样，认定多次犯罪时，也只需要行为人对每次犯罪具有故意，而不要求行为人后一次犯罪时都必须认识到自己前一次、前几次实施过相同的犯罪。

3. 作为犯罪行为孳生之物或者报酬的违法所得数额（特别）巨大 广义的违法所得数额，包括以下两种情形：

一种违法所得数额，是指取得型财产罪（包括部分经济犯罪，如金融诈骗罪）中，将他人的财物转移给自己或第三者占有、所有的数额。这种违法所得数额与被害人的财产损失完全一致。此时的违法所得数额（特别）巨大，直接意味着被害人财产损失数额（特别）巨大（加重财产损失）。换言之，这种违法所得是对行为对象的取得。如后所述，这是需要认识的内容。例如，只有当行为人明知所盗窃财物肯定或者可能数额（特别）巨大时，才能适用数额（特别）巨大的法定刑。不过，严格地说，此时不是对违法所得数额的认识，而是对行为对象与行为结果的认识。

另一种违法所得数额是指犯罪行为孳生之物、犯罪行为的报酬等数额。刑法第 170 条第 1 款规定的“伪造货币数额特别巨大”，第 318 条第 1 款所规定的组织他人偷越国（边）境“违法所得数额巨大”，便属

于这种情形。在这种场合，只要行为人客观上伪造的货币数额特别巨大，或者组织他人偷越国（边）境违法所得数额巨大，就应适用加重的法定刑。因为与行为对象不同，犯罪行为孳生之物与犯罪行为的报酬，都不是构成要件要素。即使刑法分则条文将这种违法所得数额（特别）巨大作为基本法定刑的适用条件（参见刑法第 218 条），那也只是为了限制处罚范围，因而不要求行为人对违法所得数额（特别）巨大本身具有认识。在刑法分则条文将这种违法所得数额（特别）巨大作为法定刑升格条件时，更不需要行为人认识。换言之，在这种场合，只要行为人认识到自己实施了使其违法所得数额（特别）巨大的行为即可。例如，只要行为人对伪造货币具有故意，只要其行为客观上伪造了数额特别巨大的假币，即使他没有认识到自己伪造了数额特别巨大的假币，也应对其适用伪造货币数额特别巨大的法定刑。

（三）对抽象升格条件的认识

我国刑法所规定的抽象升格条件，似乎处于加重构成要件与量刑规则之间，但事实上作为量刑规则更为合适。根据我国刑法的规定，只要能够认定某种行为属于情节（特别）严重，就必须适用相应的加重法定刑；不允许认定某种行为情节（特别）严重，却不适用相应的加重法定刑。这与德国刑法中的量刑规则的通例存在明显区别。另一方面，我国的司法解释就某种犯罪的抽象升格条件所列举之例，与德国刑法中的量刑规则的通例更相似。

关于情节（特别）严重这一抽象升格条件的认识，存在两个方面的问题：首先，对被评价为严重（特别）情节的事实即“情节”，行为人是否必须具有认识？其次，行为人是否必须认识到情节“（特别）严重”？换言之，原本属于情节（特别）严重，但行为人误以为情节一般或者情节较轻时，能否适用情节（特别）严重的法定刑？

首先，由于是抽象升格条件，因而可能包含性质不同的各种具体内容，故不可一概而论，需要根据具体案件的事实分清不同情形处理：

第一，如上所述，当具体案件中属于（特别）严重情节的事实，是首要分子、多次、犯罪行为孳生之物或者犯罪行为的报酬数额（特别）巨大时，不需要认识。亦即，只要客观上存在（特别）严重情节，就应适用加重的法定刑。例如，刑法第 341 条规定：“……非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑

刑，并处罚金；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。”最高人民法院 2000 年 11 月 27 日《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定：“非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物制品具有下列情形之一的，属于‘情节特别严重’：（一）价值在二十万元以上的；（二）非法获利十万元以上的；（三）具有其他特别严重情节的。”当行为人实施本罪行为客观上非法获利 10 万元以上时，即使其误以为自己仅获利 2 万元，也应适用情节特别严重的规定。

第二，当具体案件中属于（特别）严重情节的事实，是致人重伤或者死亡时，完全应当按结果加重犯的原理处理，即只要行为人对致人重伤、死亡的事实具有过失即可。例如，刑法第 267 条第 1 款规定：“抢夺公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”根据笔者的观点，抢夺致人死亡的，应属于抢夺情节特别严重。在这种场合，只要行为人对死亡结果具有预见可能性即可。

第三，当具体案件中属于（特别）严重情节的事实，是对财产造成的严重损失时，应适用后述关于数额（特别）巨大的理论，即只有当行为人对加重财产损失具有认识时，才能适用加重的法定刑。

第四，当具体案件中属于（特别）严重情节的事实，是加重结果以外的其他客观事实时，需要行为人有认识。例如，根据最高人民法院 1996 年 12 月 24 日《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》的规定，“诈骗数额在 10 万元以上，又具有下列情形之一的，应认定为‘情节特别严重’：……（3）诈骗法人、其他组织或者个人急需的生产资料，严重影响生产或者造成其他严重损失的；（4）诈骗救灾、抢险、防汛、优抚、救济、医疗款物，造成严重后果的”。倘若行为人客观上诈骗了他人急需的生产资料或者救灾、抢险、防汛、优抚、救济、医疗款物，但行为人误以为自己只是诈骗了普通财物的，就不应当适用情节特别严重的法定刑。亦即，只有当行为人对该客观事实具有认识时，才能适用加重的法定刑。

概言之，当刑法分则条文将情节（特别）严重作为法定刑升格条件时，就故意犯罪而言，只有当行为人认识到了情节严重的前提事实时，才能适用升格的法定刑（就过失犯而言，则要求行为人对情节严重的前

提事实具有认识的可能性)。^①

其次，当行为人认识到了属于（特别）严重情节的客观事实，但同时认为该情节并不（特别）严重时，应当如何处理？这便要讨论这种“认识错误”是构成要件的认识错误还是违法性的认识错误，抑或是没有任何意义的错误。

刑法理论一般认为，认识错误包括事实的错误与违法性的错误，前者影响故意的成立；后者只有在不可避免时，才影响责任。从事实的错误到违法性的错误之间，大致存在五种情形：（1）自然的物理的事实错误，如将人误认为狗而杀害的情形。这是最明显的事实错误，不成立杀人故意。（2）社会意义的错误，如行为人本来在贩卖淫秽物品，但误以为其贩卖的不是淫秽物品。这种错误也属于事实的错误。由于对事项的社会意义的认识，只要有行为人所属的外行人领域的平行评价就足够了，所以，只有在对这样的平行评价存在错误时（以为其他人都认为该物品不属于淫秽物品时），才是社会意义的错误。（3）规范的事实的错误，是指对由民法、行政法等提供意义的事实的错误（大体上是社会意义的错误的一种）。例如，对盗窃罪的构成要件中的“公私”财物这一要素，如果不进行法的性质的理解就不可能得出正确结论。行为人的所有物在国家机关管理之下时，根据法律规定属于公共财物，行为人误以为是自己的财物而取回的，究竟是事实的错误还是违法性的错误，还存在争议。（4）规范的评价的错误，即行为人对其行为的违法评价存在错误的情形，是典型的违法性的错误。（5）法的概念的错误（涵摄的错

① 我国有学者将情节严重等作为独立的罪量要素，并且认为，罪量要素不是故意的认识对象。理由如下：“罪量要素之所以不能归入客观要件，除了在罪量要素中不单纯是客观性要素而且还包括主观性要素以外，还有一个重要的理由：客观要件是行为人认识的对象，因而对于判断犯罪故意或者犯罪过失具有重要意义。如果将罪量要素当作是客观要件，如果行为人对此没有认识就不能成立犯罪故意而属于犯罪过失，由此而使罪过形式的判断上造成混乱。例如我国刑法第397条规定的滥用职权罪与玩忽职守罪在构成要件中都包含‘致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失’这一构成要素……这一构成要素对于滥用职权罪来说，并非是犯罪结果而是独立的罪量要素。没有出现这一构成要素，仍然属于滥用职权行为，但只是刑法不予以处罚而已。只有当具备了这一构成要素，刑法才加以处罚。因此，这一构成要素是表明滥用职权行为的法益侵害程度的数量因素。由于这一构成要素不属于罪体，因而不属于行为人主观认识的内容，对于确定行为的故意或者过失没有关系，而应当根据对于行为的故意或者过失来确定其罪过形式。正因为如此，滥用职权罪的责任形式是故意而非过失。”（陈兴良：《规范刑法学》，上册，2版，194～195页，北京，中国人民大学出版社，2008）。笔者不赞成这种观点（参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，248页以下，北京，北京大学出版社，2010）。

误)。例如，行为人将他人的笼中小鸟放出，但误以为其行为不属于“毁坏财物”。这种情形不影响毁坏财物罪的故意。再如，误以为共同占有的物不是“他人的财物”而出卖的，也不影响盗窃罪的成立。^①

首先，行为人的犯罪行为本身情节（特别）严重，但行为人误以为情节并不（特别）严重的情形，显然既不是自然的物理的事实错误，也不是社会意义的错误，同样也不是规范的事实错误。概言之，不能认为上述错误属于事实的认识错误。倘若将这种错误认定为构成要件的错误，那么，对于这种情形的处罚轻重，就完全取决于行为人主观上的（不合理）评价，这会严重损害刑法的正义性与安定性。其次，行为人误以为情节并不（特别）严重的错误，是在具有违法性认识（可能性）的前提下产生的认识错误。既然如此，这种错误就不再是违法性的认识错误，而是一种单纯的评价错误。但这种评价错误，并非上述第（4）种规范的评价错误，而是对事实的评价错误，充其量属于涵摄的错误，甚至是没有任何意义的认识错误，因而不影响加重法定刑的适用。

（四）对数额（特别）巨大的认识

在取得型财产罪以及部分取得型经济犯罪中，行为人取得的财物数额（特别）巨大（即加重财产损失），是法定刑升格条件。适用加重法定刑时，是否要求行为人认识到数额（特别）巨大，就成为需要研究的问题。例如，甲侵入普通家庭实施盗窃行为时，没有发现贵重物品，估计被害人床头柜上的手表价值1 000元左右，便将其盗走。其实，该手表价值12万元。能否认定甲盗窃了数额特别巨大的财物，进而适用“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”的法定刑？

结果加重犯的成立要求行为人对加重结果至少有过失，已成为各国刑法理论的通说，并已被一些国家立法化（参见德国刑法第18条）。因为责任主义是不可动摇的原则，所以，对于行为人没有过失所造成的加重结果当然不能追究刑事责任，如同对意外事件不能追究刑事责任一样。即使认为刑法分则所规定的结果加重犯，都限于基本行为通常可能导致加重结果的情形，也不排除行为人在特殊情况下不能预见加重结果的发生。所以，司法机关仍需具体判断行为人是否对加重结果有过失。

倘若套用结果加重犯的模式，认为数额（特别）巨大是一种加重结果，行为人对加重结果具有过失即可成立结果加重犯，进而认为只要行

^① 参见〔日〕山中敬一：《刑法总论》，2版，665页以下，东京，成文堂，2008。

为人有盗窃数额较大财物的故意，对数额（特别）巨大不需要有认识，只要有认识的可能性即可，就会认为上例中的甲具备法定刑升格的条件，进而适用“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”的法定刑。但笔者持相反态度。

诚然，可以认为，盗窃数额（特别）巨大财物，也是一种结果加重犯。但是，这种结果加重犯不同于只要求对加重结果有过失的结果加重犯。如所周知，在国外的刑事立法中，结果加重犯中的加重结果，仅限于致人伤亡。因而可以说，在国外刑法理论与刑事立法中，对加重结果至少有过失的原则，是就致人伤亡的结果加重犯而言的。由于过失致人伤亡本身是犯罪，所以，在加重结果表现为人身伤亡的场合，仅要求行为人对该结果具有过失，不会违反责任主义。然而，当加重结果是加重财产损失时，就不能简单套用以伤亡结果为内容的结果加重犯的模式。

首先，刑法的目的是保护法益，刑法分则条文都是为了保护特定的法益，其中有的只保护单一的法益，有的保护两三种法益。犯罪结果是对法益的具体侵害事实。如果某种事实并不表现为对刑法所保护的法益的侵害，就不能说明违法性的程度，不能作为犯罪结果。但是，某种事实是否属于罪刑规范所阻止的犯罪结果，还必须结合有责性进行具体判断。例如，罪刑规范阻止故意造成的财产损害结果（设立了故意毁坏财物罪）；但并不阻止过失造成的财产损害（没有设立过失毁坏财物罪；具有公共危险与职务过失的除外，下同）。既然如此，就不能将过失造成的财产损失作为刑法上的加重结果。

其次，将罪刑规范并不阻止的结果作为法定刑升格的加重结果，违反了罪刑法定原则。罪刑法定原则不仅支配定罪，而且支配量刑。根据罪刑法定原则，过失造成财产损失的行为，属于法无明文规定不处罚的行为；不管是对过失造成财产损失的行为单独定罪处罚，还是在处罚其他犯罪时附带对过失造成财产损失的行为科处罚，都违反了罪刑法定原则。

最后，如果将过失造成财产损失作为加重结果或者法定刑加重的情节，则形成了间接处罚。^① 即某种行为及结果原本不是刑罚处罚的对象，但由于该行为及其结果存在于某一犯罪中，导致对该行为及结果实施刑罚处罚。详言之，过失盗窃财物的行为，原本并不成立犯罪，不受

^① 参见〔德〕布诺伊：《量刑における行为の非构成要件の結果の考虑》，载《东洋法学》，1996（2），229页以下。

刑罚处罚。如果因为甲在故意盗窃数额较大财物时，过失盗窃了数额（特别）巨大财物进而选择加重的法定刑，便间接地处罚了过失盗窃财物的行为。假定上述甲的盗窃行为，原本只应判处3年有期徒刑，但法官以其客观上盗窃了数额特别巨大财物为根据，选择加重的法定刑，判处甲13年有期徒刑。这意味着过失盗窃的行为受到了10年有期徒刑的处罚。然而，过失盗窃行为原本在刑法上不受刑罚处罚，这便形成了间接处罚。显然，间接处罚违反罪刑法定原则，应予禁止。

在本书看来，当刑法将严重财产损失作为法定刑升格条件时，如果基本犯是故意，那么，行为人对该犯罪的加重结果也应限于故意。上例中的甲虽然客观上盗窃了数额特别巨大的财物，但不能适用盗窃数额特别巨大的法定刑。因为甲由于认识错误导致没有认识到所盗财物数额特别巨大时，即使其应当预见到数额特别巨大，也不能认定为故意盗窃了数额特别巨大的财物，充其量认为行为人对加重结果有过失。但是，由于刑法并不处罚过失盗窃行为，所以，不能令行为人对数额特别巨大承担责任。因为过失造成的财产损失并不具有可罚性，如果将过失造成财产重大损失的情形也认定为结果加重犯，让行为人对没有预见的数额特别巨大的结果承担刑事责任，就属于间接处罚，违反了罪刑法定原则。

与基本犯相比较，也能说明这一点。当行为人没有认识到所盗财物数额较大时，不成立盗窃罪。例如，当行为人合理地以为行为对象是一床破棉絮而盗走，因不知道也未发现棉絮中藏有3000元现金，进而将棉絮以5元钱卖给他人时，不能认定行为人构成盗窃罪。在这种场合，虽然其行为符合盗窃罪的客观构成要件，但其主观上不存在“盗窃罪”的故意，只有违反治安管理的故意，因而不具备盗窃罪的非难可能性。^① 基于同样的理由，当行为人没有认识到所盗财物数额（特别）巨大时，就不能适用数额（特别）巨大的法定刑。因为责任主义的机能不仅体现在定罪中，而且体现在量刑中。亦即，刑罚的程度必须控制在责任的范围内，刑罚的程度不能超过责任的上限；作为量刑根据的事实必须是可归责于行为人的事实。^②

① 参见张明楷：《论盗窃故意的认识内容》，载《法学》，2004（1），62页以下。

② 当然，行为人对数额较大或者数额（特别）巨大的认识，不必是绝对肯定的认识，只要有未必的认识即可；不必是精确的认识，只要有大概的认识即可。此外，行为人抱着“能偷多少就偷多少，偷到多少算多少”的心态盗窃财物时，完全可以按照其窃取的财物数额定罪量刑。

（五）对具体升格条件的认识

除了致人重伤、死亡等结果加重犯之外，刑法分则条文对某些犯罪还规定了法定刑升格的其他具体条件（本小节所讨论的具体升格条件，仅限于其中的加重构成要件，不包括数额巨大、违法所得数额巨大的量刑规则，也不包括前述不需要认识的升格条件或量刑规则）。于是，在适用相应的加重法定刑时，是否以行为人对具体升格条件的认识为前提，就成为重要问题。例如，适用入户抢劫的规定时，是否要求行为人认识到自己所进入的是“户”？再如，行为人误将抢险物资当做普通财物进行抢劫时，是否适用加重的法定刑？

在德国，即使是刑法分则中的量刑规则的通例，有时又是被当做构成要件要素对待的。最为典型的是，在行为人对法条所列举的通例发生认识错误时，按照构成要件的错误来处理。例如，当行为人误将服务于宗教崇敬的物品当做具有艺术意义的物品而盗窃时，或者误将服务于宗教崇敬的物品当做普通物品而盗窃时，就作为构成要件的错误来处理。^① 换言之，就故意犯而言，即使量刑规则的通例不是加重构成要件，行为人也必须对此具有认识。这是对责任主义的坚持与贯彻。

不承认量刑规则的通例属于构成要件，但在行为人发生认识错误时，又按照构成要件的错误来处理，这似乎缺乏理论上的一致性。于是，德国有学者认为量刑规则的通例仍属于构成要件。^② 但在本书看来，即使认为量刑规则的通例不属于构成要件，对于就通例产生认识错误的情形，也可以而且应当按照构成要件的错误来处理。这是因为，既然适用加重法定刑时，需要行为人对量刑规则的通例具有认识，那么，当行为人发生认识错误时，就必须根据认识错误理论进行处理。显然，在这种情形下，关于处理构成要件的错误的原理，完全适用于有关量刑规则的通例的认识错误。换言之，即使刑法理论试图对有关量刑规则的通例的认识错误形成一种独立的原理，该原理与处理构成要件的认识错误的原理，不会存在任何区别，而会完全一致。因为任何有关认识错误的理论，都是在责任主义指导下形成的。

借鉴德国的刑法理论，我国刑法分则条文所规定的某些具体升格条

① Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 342.

② Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Walter de Gruyter 1993, S. 178.

件（如入户抢劫，抢劫军用物资等），其实是加重的构成要件（或者加重的犯罪构成）。易言之，对这类法定刑升格条件所形成的罪状原本应概括为独立罪名。例如，对于刑法第 263 条所规定的抢劫罪，要么可以概括为 2 个罪名，即抢劫罪与加重抢劫罪，要么可以概括为更多的罪名，即抢劫罪与入户抢劫罪、持枪抢劫罪等罪名。再如，对于刑法第 318 条所规定的罪名，也可以作相应的概括。据此，可以得出如下结论：我国刑法分则所规定的法定刑的具体升格条件，有一部分加重的构成要件（量刑规则除外）；在适用加重构成要件的加重法定刑时，就故意犯而言，以行为人认识到具体升格条件为前提。否则，便违反了责任主义。

德国有一种观点认为，就量刑规则的通例而言，也应采取结果加重犯的模式，亦即，只要行为人对基本犯罪有故意，对法定刑升格条件有认识可能性就可以了。^① 本书认为，当刑法把致人重伤、死亡以外的事实作为法定刑的具体升格条件时，明显不能套用结果加重犯的模式，即不能认为，只要行为人具有实施基本犯罪的故意，对具体升格条件缺乏认识时，也可以适用加重的法定刑。例如，当行为人将抢险物资当做普通财物实施抢劫行为时，即使行为人应当预见到是抢险物资，但只要事实上没有认识到是抢险物资，就不能适用抢劫抢险物资的规定。理由如下：

第一，如上所述，在我国刑法分则中，有一部分具体升格条件实际上是加重的客观构成要件，而不是量刑规则的通例。故意犯中的加重的客观构成要件，也是行为人必须认识到的内容；否则，行为人对该加重事实就没有故意。退一步而言，即使将我国刑法分则中的具体升格条件视为量刑规则，对升格法定刑的适用，也以行为人认识到符合量刑规则的客观事实为前提（前述不需要认识的事实除外）。

第二，具体升格条件基本上都是客观要素，即所描述的是行为的客观内容（我国刑法所规定的升格条件也可能存在主观要素，但此时不涉及故意的认识内容问题，故不在讨论之列）。这些要素为加重的违法性提供根据。根据责任主义原理，只有当行为人对违法事实具有非难可能性时，才能承担责任。基于同样的理由，只有当行为人对加重的违法事实具有非难可能性时，才能承担加重的责任。就故意犯而言，只有当行

① 德国学者 Zipf 就采取了这种观点。Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 507.

为人对违法事实或者加重的违法事实具有认识时，才具有故意犯或故意的加重犯的非难可能性。所以，即便将具体升格条件视为量刑规则的前提事实，行为人也必须对此有认识（在过失的场合，需要有认识的可能性）。例如，就德国刑法第 243 条第 1 款所列举的情节特别严重的情形以及加重的法定刑而言，倘若行为人客观上盗窃了具有艺术意义的物品，但其主观上对该特定对象并无认识，仅仅认识到是普通财物时，就不能适用该款所规定的加重的法定刑，否则便违反了责任主义原理。同样，在我国，在刑法将“盗窃珍贵文物，情节严重”规定为法定刑升格条件时，即使行为人误将珍贵文物当做普通财物实施盗窃行为，且客观上情节严重，也不能适用“盗窃珍贵文物，情节严重”的法定刑。

第三，对客观上触犯重罪，但行为人仅有犯轻罪的故意时，以轻罪论处，不仅是责任主义的要求，也是我国的历史传统。《唐律·名例律》规定：“其本应重而犯时不知者依凡论，本应轻者听从本。”这里的“本”实际上是指犯罪客观事实。据此，犯罪的客观事实构成重罪，但行为人没有认识到重罪的客观事实时，以一般犯罪即轻罪论处；如果犯罪的客观事实是轻罪，则不问行为人认识到的是轻罪事实还是重罪事实，都依轻罪论处。这一符合责任主义的规定，出现在当今许多国家的刑法中。例如，日本刑法第 38 条第 2 项规定：“实施了本应属于重罪的行为，但行为时不知属于重罪的事实的，不得以重罪处断。”德国刑法第 16 条第 1 款与第 2 款分别规定：“行为人在实施行为时没有认识属于法律的构成要件的情况的，不是故意地行动。因为过失的实施的可罚性，不受影响。”“行为人在实施行为时错误地以为是较轻的法律的构成要件，可以因为故意的实施只受到该较轻的法律的处罚。”即使认为上述规定属于对构成要件的事实认识错误的处理规定，但由于这种规定是有利于被告人的规定，当然也可以类推适用于对量刑规则产生认识错误的情形。我国现行刑法虽然没有这样的规定，但是，根据刑法第 14 条、第 15 条与第 16 条所反映的责任主义原理，对行为人不知重罪的情形，不能依重罪论处。

第四，之所以不能套用结果加重犯的模式，还因为结果加重犯本身就是结果责任的残余。况且，结果加重犯只要求对加重结果有过失这一原理，产生于德国、日本，而德国、日本刑法基本上仅将致人伤亡规定为结果加重犯，过失造成伤亡结果的行为本身就是犯罪行为，所以，对加重结果只要有过失即可。在我国刑法分则中，具体升格条件大多是伤亡结果之外的客观事实，而单纯过失造成这种客观事实的行为，原本不

一定成立犯罪。所以，不能套用结果加重犯的模式处理具体升格条件的认识。

总之，只有当行为人对具体升格条件具有认识时，才能适用与具体升格条件相应的加重法定刑。虽然客观上符合具体升格条件，但行为人对具体升格条件没有认识的，只能适用基本犯罪的法定刑。所以，当行为人误以为自己是进入商店抢劫，但事实上是进入住宅抢劫的，不能适用入户抢劫的规定，只能认定为普通抢劫；当行为人误将军用物资或者抢险、救灾、救济物资当做普通财物实施抢劫时，不应适用抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的规定，只能适用普通抢劫的法定刑。

（六）对事实认识错误的处理

行为人没有认识到作为法定刑升格条件的加重事实时，是一种事实认识错误。根据前述第（五）部分的分析，这种事实认识错误，对适用加重的法定刑产生影响，即不得适用加重法定刑。

在此所要讨论的是，行为人在一个法条所列举或规定的不同的法定刑升格条件之间发生认识错误时，应当如何处理？这种错误既可能发生在具体升格条件的情形，也可能发生在抽象升格条件的情形。前者如，刑法第 263 条规定了 8 种具体升格条件。行为人误将抢险物资当做军用物资抢劫的，或者误将军用物资当做金融机构资金抢劫的，应当如何处理？后者如，刑法第 266 条将情节特别严重规定了法定刑升格条件，最高人民法院 1996 年 12 月 24 日《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》规定：“诈骗数额在 10 万元以上，又具有下列情形之一的，应认定为‘情节特别严重’：……（3）诈骗法人、其他组织或者个人急需的生产资料，严重影响生产或者造成其他严重损失的；（4）诈骗救灾、抢险、防汛、优抚、救济、医疗款物，造成严重后果的……”行为人误将抢险物资当做生产资料而骗取，数额在 10 万元以上，造成严重后果的，能否适用“情节特别严重”的法定刑？

笔者通过对刑法分则所规定的法定刑升格条件的归纳，发现这类认识错误主要是对象认识错误，难以发生打击错误与因果关系的错误。例如，很难想象行为人原本打算抢劫金融机构，但因为方法错误而抢劫了军用物资。所以，下面仅以对象错误为中心展开讨论。

刑法理论将事实错误分为具体的事实认识错误与抽象的事实认识错误。显而易见的是，如果本来是不同的罪名，但我们将其确定为一个罪名，换言之，倘若原本是不同的构成要件，而我们将其确定为一个构成

要件,就会导致将原本属于抽象的事实认识错误的情形,当做具体的事实认识错误处理,这会导致对被告人不利的处罚,违反责任主义原理。反之,如果本来属于同一犯罪,但我们将其确定为两个不同罪名,就会导致将原本属于具体的事实认识错误的情形,当做抽象的事实认识错误处理,这会形成处罚空隙,损害刑法的法益保护机能。但在刑法理论的通说与司法解释没有将加重构成要件确定为独立罪名,实际上又可以将加重构成要件确定为独立罪名的情况下,只好既从同一构成要件内的错误,又从不同构成要件间的错误来考虑。

首先,如果对象错误属于同一构成要件内的错误,不管是根据法定符合说,还是根据具体符合说,这种错误都不影响犯罪既遂的成立。

如前所述,倘若将刑法第 263 条所规定的 8 种加重情形概括为一个罪名即加重抢劫罪,则可以认为,抢险物资、军用物资、金融机构等均属于一个加重犯罪的可供选择的对象。在此意义上说,行为人误将抢险物资当做军用物资抢劫的,或者误将军用物资当做金融机构资金抢劫的,就属于同一构成要件内的对象错误。但是,这种认识错误并不等同于典型的同一构成要件内的对象错误,而是属于选择性构成要件要素之间的认识错误。例如,行为人甲误将 A 当做 B 杀害时,是典型的同一构成要件内的对象错误。因为 A 与 B 都是故意杀人罪中的“人”,就此而言没有任何区别。但是,抢险物资与军用物资毕竟不是相同的对象,而是只要抢劫其中一种物资即可适用加重法定刑。所以,行为人误将抢险物资当做军用物资抢劫的,或者误将军用物资当做金融机构资金抢劫的,属于选择性构成要件要素之间的认识错误。

为了解决这一问题,有必要讨论,在基本犯中,行为人就同一条文所列举的可供选择的对象要素发生认识错误时,是否影响定罪?例如,刑法第 127 条第 1 款规定:“盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物的”,“处三年以上十年以下有期徒刑”。本条所规定的枪支、弹药、爆炸物三种对象明显属于选择要素,即只要盗窃或者抢夺其中之一便成立犯罪,同时盗窃、抢夺三种对象物的,也只成立一罪。假如行为人本欲盗窃枪支,但实际上盗窃了弹药的,是否影响犯罪成立?

笔者持否定回答。亦即,在上述情况下,行为人的行为成立盗窃弹药罪(既遂);既不能认定为盗窃枪支未遂,也不应宣告无罪。理由是:其一,枪支、弹药、爆炸物是第 127 条并列规定的三种可以选择的对象,而不是根据不同对象规定为不同犯罪,说明针对不同对象所实施的行为都是同一犯罪行为;既然是同一犯罪行为,没有超出同一构成要件

的范围，根据法定符合说，这种错误便不影响犯罪的成立。其二，盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪属于抽象的危险犯（但同条规定的盗窃、抢夺危险物质罪属于具体的危险犯），当行为人以盗窃弹药的故意实施了盗窃弹药的行为时，当然具有抽象的公共危险；但当行为人以盗窃枪支的具体故意，实施了盗窃弹药的行为时，其行为所具有的抽象的公共危险性质没有任何变化。因为行为是否具有公共危险并不取决于行为人的主观认识，而是取决于客观事实。既然如此，行为人的上述错误便并不影响其行为的性质。当行为是具体危险犯与实害犯时，也应得出相同的结论。例如，刑法第 127 条规定的盗窃、抢夺危险物质罪，其对象包含毒害性、放射性、传染病病原体等物质，但必须“危害公共安全”。当行为人出于抢夺毒害性物质的故意，实际上抢夺了放射性物质，并且危害公共安全时，也应认定为抢夺危险物质罪。因为所谓抢夺毒害性物质的故意，在刑法上属于抢夺危险物质的故意；客观上抢夺放射性物质的行为，在刑法上属于抢夺危险物质的行为。有责性与既遂的违法性相对应时，没有理由认定为犯罪未遂，更没有理由宣告无罪。其三，如果认为上述认识错误影响犯罪的成立，便会给司法实践造成极大的困惑：那些盗窃了枪支、弹药、爆炸物的行为人，都可以声称只是为了盗窃另一种对象，从而导致其行为只成立犯罪未遂甚至被宣告无罪，而司法机关对行为人主观上究竟为了盗窃哪一种对象确实难以证明，这便不合理地放纵犯罪。

基于同样的理由，在同一犯罪的法定刑升格条件中包含了选择性要素时，行为人在选择性要素之间发生的认识错误，与典型的同一构成要件内的错误没有区别，不影响加重法定刑的适用。其一，在将刑法第 263 条所规定的 8 种情形视为一个加重抢劫罪的前提下，抢险物资、军用物资、金融机构等，实际上是刑法第 263 条规定的可以选择的对象，说明针对不同对象所实施的行为都是同一加重抢劫行为，故没有超过同一构成要件的范围。根据法定符合说，这种错误不对犯罪的认定与法定刑的适用产生影响。其二，从规范意义上说，行为人认识到是抢险物资而抢劫该物资，与行为人误以为是军用物资而实际上抢劫了抢险物资，在客观违法性与主观有责性方面，没有任何差别。既然如此，对这两种情形，就应当作相同处理。换言之，在行为人误将抢险物资当做军用物资抢劫的情况下，倘若认定为抢劫军用物资未遂，违反了对相同的情形应作相同处理的正义原则。其三，基于刑事政策的理由，为了防止处罚空隙，也不应承认上述认识错误具有意义。

再如，刑法第 328 条第 1 款规定了如下法定刑升格条件：“（一）盗掘确定为全国重点文物保护单位和省级文物保护单位的古文化遗址、古墓葬的；（二）盗掘古文化遗址、古墓葬集团的首要分子；（三）多次盗掘古文化遗址、古墓葬的；（四）盗掘古文化遗址、古墓葬，并盗窃珍贵文物或者造成珍贵文物严重破坏的。”当行为人误将全国重点文物保护单位的古文化遗址当做省级文物保护单位的古文化遗址实施盗掘行为时，这种认识错误不具有任何意义。

其次，如果将刑法第 263 条所规定的 8 种加重情形，视为 8 种以上不同的加重构成要件，分别成立 8 种以上不同的加重抢劫罪，则可以认为，行为人误将抢险物资当做军用物资抢劫的，或者误将军用物资当做金融机构资金抢劫的，就属于不同构成要件间的对象错误，即属于抽象的事实认识错误。

根据法定符合说，只要行为人所认识的事实与现实的事实处于同一构成要件内，就可以认定故意，因此，抽象的事实错误原则上阻却故意。但是，抽象的事实错误并不都阻却故意，而是在一定范围内承认抽象的事实错误并不重要（即不阻却故意的成立）。围绕这一范围，国外刑法理论上存在分歧。^① 本书不可能分析各种学说的利弊，只是提出以下看法：应当在具有归责可能性的范围内认定犯罪和适用法定刑。亦即，不能仅根据行为人的故意内容或仅根据行为的客观事实认定犯罪和适用法定刑，而应在故意内容与客观事实相符合的范围内认定犯罪和适用法定刑。所谓“故意内容与客观事实相符合”是归责意义上的相符合，因而是实质意义上的相符合。换言之，只要行为人主观上所认识的犯罪与客观上所实现的犯罪，在保护法益、构成要件的行为方面是相同的，就应认为其“故意内容与客观事实相符合”。其一，有责性是为了解决主观归责的问题，即在客观地决定了行为性质及其结果后，判断能否将行为及结果归咎于行为人。基于同样的理由，适用加重法定刑时，要求行为人对符合升格条件的事实具有认识，是为了将加重的违法事实归责于行为人，所以，并不是所谓主观与客观的简单与机械的对应。质言之，抢劫军用物资的故意，能够成为客观上抢劫抢险物资的主观归责理由，故应认定行为人对抢劫抢险物资承担责任。其二，抢劫军用物资与抢劫抢险物资所侵害的法益相同，而且构成要件的行为相同，所以，

^① 参见张明楷：《外国刑法纲要》，2 版，228 页以下，北京，清华大学出版社，2007。

二者具有实质的重合。既然如此，行为人主观上的认识错误，就不再具有实质意义。

总之，在行为人误将抢险物资当做军用物资，或者误将军用物资当做金融机构资金抢劫时，不管是将其作为同一构成要件内的具体的对象错误，还是作为不同构成要件间的抽象的对象错误，都不影响加重法定刑的适用。



注意规定与法律拟制

一、注意规定的概念与特点

注意规定是在刑法已作基本规定的前提下，提示司法工作人员注意，以免司法工作人员忽略的规定。它有两个基本特征：

其一，注意规定的设置，并不改变基本规定的内容，只是对相关规定内容的重申；即使不设置或者删除注意规定，也存在相应的法律适用根据（按基本规定处理）。换言之，注意规定都是可以删除的规定。例如，刑法第 285 条与第 286 条分别规定了几种计算机犯罪；第 287 条规定：“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法的有关规定定罪处罚。”此条即属注意规定。一方面，它旨在引起司法工作人员的注意，对上述利用计算机实施的各种犯罪，应当依照有关金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款等罪的规定（基本规定）定罪处罚；不能因为刑法规定了几种计算机犯罪，便对利用计算机实施的金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款等罪也以计算机犯罪论处；另一方面，即使没有这一规定，对上述利用计算机实施的各种犯罪，也应当依照刑法的相关基本规定定罪处罚。可见，注意规定并没有对基本规定做出任何修正与补充。具体而言，刑法第 287 条的规定，并没有对金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密等罪的构成要件增设特别内容或者减少某种要素。

其二，注意规定只具有提示性，其表述的内容与基本规定的内容完全相同，因而不会导致将原本不符合相关基本规定的行为也按基本规定论处。换言之，如果注意规定指出：“对 A 行为应当依甲罪论处”，那么，只有当 A 行为完全符合甲罪的全部构成要件时，才能将 A 行为认定为甲罪。例如，刑法第 163 条前两款规定了非国家工作人员受贿罪，第 3 款规定：“国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和

国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前两款行为的，依照本法第三百八十五条、第三百八十六条的规定定罪处罚。”显然，只有当该款所列举的国家工作人员的行为完全符合刑法第 385 条所规定的受贿罪的全部构成要件时，才能以受贿罪论处；如果国家工作人员的行为本身不符合刑法第 385 条的规定，便不得认定为受贿罪。所以，第 163 条第 3 款属于注意规定，它不会导致将原本不符合受贿罪要件的行为也认定为受贿罪。

根据上述两个特征，刑法第 156 条、第 183 条、第 184 条、第 185 条、第 198 条第 4 款、第 242 条第 1 款、第 248 条第 2 款、第 272 条第 2 款等均属注意规定。下面仅选择其中有必要说明的条文进行分析。

刑法第 156 条规定：“与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、帐号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的，以走私罪的共犯论处。”类似的规定还有不少。如第 310 条规定：“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇……事前通谋的，以共同犯罪论处。”第 349 条第 3 款规定，实施包庇毒品犯罪分子，或者窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃的行为，“事先通谋的，以走私、贩卖、运输、制造毒品罪的共犯论处”。第 350 条第 2 款规定，明知他人制造毒品而为其提供制毒物品的，以制造毒品罪的共犯论处。这些规定都属于注意规定，因为这些行为完全符合刑法总则所规定的共同犯罪的成立条件；即使没有设立这些注意规定，对上述行为也应按照共同犯罪论处。同理，对于刑法没有设立注意规定，但符合共同犯罪成立条件的行为，也应认定为共同犯罪。例如，刑法第 312 条规定了掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，却没有就事前通谋的情形设立注意规定；但是，根据刑法总则关于共同犯罪的规定，事前通谋，事后窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得或者犯罪所得收益的，也应按事前所通谋的、实行犯所犯之罪的共犯论处。例如，甲与乙事前通谋实施盗窃，乙事后窝藏甲所盗窃的财物的，对乙应按照盗窃罪的共犯论处，而不能以刑法第 312 条没有设立类似第 310 条的注意规定为由，将乙的行为认定为掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

值得说明的是第 198 条第 4 款。该款规定：“保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。”由于该款仅列举了部分主体可以构成保险诈骗的共犯，于是，司法机关的一种做法是，如果提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的行为人是该款列举之外的人，就不以保险诈

骗的共犯论处。

例如，2005年8月23日，被告人何某某将自己出资购买的一辆少林牌SLG6660CE型号的中型客车，以来凤客运公司为车辆所有人办理了登记手续，同时何某某与来凤客运公司双方签订了《客运车辆参与营运经营合同书》。2005年11月10日，来凤客运公司出资在中国人民财产保险股份有限公司来凤支公司（以下简称来凤保险公司）为上述车辆办理了道路客运承运人责任险和一般机动车保险，投保人、被保险人、受益人均为来凤客运公司。2006年5月22日，因何某某的驾驶证没有年检，来凤县公安局交警大队书面通知来凤客运公司，何某某驾驶证已被注销。2006年5月23日，何某某临时雇请持有B型驾驶证的吴某某（已判刑）代为驾驶上述车辆进行营运。中午11时许，车辆行至湖北省利川境内248省道30KM+950M处时发生交通事故，造成3人重伤、7人轻伤，并导致车辆严重损毁。事故发生后，何某某即赶往利川，向利川办理此案的交警和来凤保险公司工作人员谎称其本人是肇事司机。何某某事后即向来凤客运公司执行经理李军等人如实汇报了肇事车辆驾驶员是吴某某而非本人的真相。同年5月29日，来凤客运公司召开董事会做出决定，为减少公司损失，对外称何某某为肇事司机，并指定保卫科兼稽查科科长蒋某代表公司与何某某共同处理该次事故。为顺利获得保险公司的赔偿款，何某某经人介绍认识了钱某，并如实向钱某介绍了车辆肇事人及车辆投保的情况，钱某表示愿意帮忙取得保险赔款。事后，何某某、钱某与蒋某一同专程前往利川县处理交通事故。其间，何某某、钱某与蒋某指使在医院接受治疗的伤者向利川县交警大队作伪证，谎称肇事车辆驾驶员是何某某。2006年6月23日，利川市公安局交通警察大队做出了利公交警字（一般）第2006093号交通事故认定书，认定何某某驾驶该客车造成交通事故。此后，何某某、钱某又对来凤保险公司负责理赔的工作人员龚某某、付某某各行贿2000元，并伪造何某某驾驶证已年审的复印件，据此办理了该事故的理赔手续，何某某从来凤保险公司共领取保险赔款205258.15元。何某某于2007年5月8日主动向来凤县公安局投案自首。

来凤县人民检察院于2007年10月24日以保险诈骗罪起诉何某某与钱某，来凤县人民法院于2007年12月10日做出一审判决。一审判决认为，来凤客运公司的行为完全符合保险诈骗罪的单位犯罪的构成要件，应为单位犯罪；何某某系来凤客运公司实施保险诈骗行为的直接责任人员，其行为构成保险诈骗罪，由于其案发后自首，判处有期徒刑3

年；“被告人钱某虽然帮助被告人何某某实施了部分保险诈骗行为，但由于她既非鄂 Q41040 客车保险的投保人、被保险人、受益人，也非鄂 Q41040 客车保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人。因此，被告人钱某不具备保险诈骗罪的犯罪主体条件，且其也没有与来凤客运公司形成共同犯罪的意思联络，其行为不构成犯罪。”

2007 年 12 月 20 日，来凤县人民检察院提起抗诉，认为根据刑法总则关于共同犯罪的规定，对钱某应以保险诈骗罪的共犯论处。恩施土家族苗族自治州中级人民法院 2008 年 4 月 10 日做出终审裁定指出：“刑法分则已明确规定了保险诈骗罪的犯罪主体和共犯的主体。原审被告人钱某在本案中不是投保人、被保险人，也不是受益人，不能成为保险诈骗罪的犯罪主体。而刑法第一百九十八条第四款关于保险诈骗的共犯主体的规定，仅限于保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人，且有故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的行为。而被告人钱某却非上述任何一种人，按罪刑法定原则，原审被告人虽然帮助被告人何某某实施了部分保险诈骗行为，但因被告人钱某不具备保险诈骗的犯罪主体条件，法无明文规定不为罪，原判宣告无罪正确。”

显然，一、二审法院均将刑法第 198 条第 4 款理解为后述法律拟制了，因而存在明显缺陷。刑法第 29 条第 1 款前段规定：“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。”这表明，只要被教唆的人犯被教唆的罪，教唆犯与被教唆犯就构成共犯。就保险诈骗罪的教唆犯而言，可以得出以下结论：“教唆他人犯保险诈骗罪的，应当按照他在保险诈骗罪中所起的作用处罚。”刑法第 27 条第 1 款规定：“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。”单个犯罪无所谓主从犯，从犯只能存在于共同犯罪之中；这证明，起帮助作用的人，也与被帮助的人成立共犯。当然，帮助犯也可能是胁从犯，但刑法第 28 条的规定说明，胁从犯也只存在于共犯之中。这三条足以表达以下含义：一般主体教唆、帮助特殊主体实施以特殊身份为构成要件的犯罪的，以共犯论处。进一步而言，即使没有刑法第 198 条第 4 款规定，对于一般公民与投保人、被保险人、受益人相勾结、伙同实施保险诈骗的，也应当根据刑法总则的规定，以保险诈骗罪的共犯论处。因此，刑法第 198 条第 4 款只是重申了刑法总则关于共犯的规定，或者说只是将刑法总则关于共犯的规定具体化于保险诈骗罪的规定中，而没有增加新的内容，只能视为注意规定。如果将刑法第 198 条第 4 款理解为后述法律拟制，就存在以下两个明显的缺陷：其一，其他行为（如教唆保险诈骗，或者实施

“提供虚假的证明文件”之外的帮助行为）即使符合刑法总则规定的共犯成立条件的，也不能以保险诈骗罪的共犯论处；因而可能认为，一般人教唆或者帮助他人实施保险诈骗行为的，不成立保险诈骗罪的共犯。其二，在类似的条文中（如关于金融诈骗罪的其他条文）没有设立与本款类似规定的，即使行为人故意提供虚假证明文件，为他人诈骗提供条件的，不得以共犯论处；因而可能认为，为他人提供虚假证明文件，为他人诈骗银行贷款提供条件的，不得以贷款诈骗罪的共犯论处；因为刑法第198条对共犯有明文规定，而第193条没有明文规定。显然，只有将刑法第198条第4款理解为注意规定，才能克服上述缺陷，并得出如下合理结论：其一，除了保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗保险金提供条件之外，其他行为只要符合刑法总则规定的共犯成立条件，即应以保险诈骗罪的共犯论处；其二，即使在有关金融诈骗罪的其他条文中没有与本款类似的规定，也应当根据刑法总则关于共犯成立条件的规定，认定是否成立共犯。不难看出，上述一、二审法院的判决与裁定明显错误。

刑法第184条第1款规定：“银行或者其他金融机构的工作人员在金融业务活动中索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，或者违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照本法第一百六十三条的规定定罪处罚。”第2款规定：“国有金融机构工作人员和国有金融机构委派到非国有金融机构从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十五条、第三百八十六条的规定定罪处罚。”本条属于注意规定，并没有修正或者补充刑法第163条与第385条规定的构成要件。因此，第一，由于刑法第163条要求索取或者收受的财物“数额较大”，故银行或者其他金融机构的工作人员在金融业务活动中索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，或者违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，只有达到“数额较大”，才成立公司、企业人员受贿罪。第二，如前所述（参见本书第三章），刑法第163条所规定的非国家工作人员受贿罪，要求索取贿赂与收受财物，数额较大，而且都必须为他人谋取利益，但刑法第385条所规定的受贿罪，只要利用职务上的便利索取贿赂便构成犯罪，不要求为他人谋取利益，也不要求数额较大，只有收受他人财物的行为必须为他人谋取利益，但也不要求数额较大。因此，国有金融机构工作人员和国有金融机构委派到非国有金融机构从事公务的人员，利用职务上的便利索取他人财物的，就构成受贿罪，不要求其为他人谋取

利益。

刑法第 185 条第 1 款规定：“商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，挪用本单位或者客户资金的，依照本法第二百七十二条的规定定罪处罚。”第 2 款规定：“国有商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他国有金融机构的工作人员和国有商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他国有金融机构委派到前款规定中的非国有机构从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十四条的规定定罪处罚。”本条也属于注意规定，因此，第 1 款规定的主体所实施的行为完全符合刑法第 272 条所规定的挪用资金罪的构成要件时，才成立挪用资金罪；第 2 款规定的主体所实施的行为完全符合刑法第 384 条所规定的挪用公款罪的构成要件时，才成立挪用公款罪。基于同样的理由，上述两类主体的“挪用”行为，包括三种情况：挪用本单位或者客户资金归个人使用（或者借贷给他人），进行非法活动；挪用本单位或者客户资金数额较大、进行营利活动；挪用本单位或者客户资金数额较大、超过三个月未还。

刑法第 248 条第 1 款规定了虐待被监管人罪，第 2 款规定：“监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人的，依照前款的规定处罚。”本书认为，本规定也属于注意规定。因为根据刑法总则关于共同犯罪的规定以及共同犯罪的原理，监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人的，宜认定为虐待被监管人罪的间接正犯^①；即使没有本条第 2 款的规定，对该行为也应认定为虐待被监管人罪。因为本款属于注意规定，所以还应当得出以下两点结论：第一，由于本条第 1 款将“情节严重”作为整体评价要素，因此，监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人，情节严重的，才成立本罪。第二，由于第 1 款规定“致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚”，因此，监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人，因而致人伤残、死亡的，对监管人员也应以故

① 因为考虑到监管场所的特殊性以及监管人员与被监管人员之间的支配关系，应当认定监管人员的指使行为支配了犯罪事实，故不能仅应认定为教唆犯。此外，如果司法工作人员不仅指使被监管人殴打或者体罚其他被监管人，而且直接殴打或者体罚被监管人，则成立直接正犯。

意伤害罪、故意杀人罪定罪并从重处罚。

在刑法分则中，除了某些条款本身属于注意规定外，还存在条款的部分内容属于注意规定的情况。最典型的是刑法分则条文关于“明知”的规定。

刑法分则有多个条文规定了“明知”的要素。例如，刑法第310条要求行为人“明知是犯罪的人”，第312条要求行为人“明知是犯罪所得及其产生的收益”。刑法分则中规定这种“明知”要素的共有20余个条文。这些条文所规定的明知内容，即行为人主观上必须明知的内容，都是犯罪的客观构成要件要素。

分则关于“明知”的规定，都属于注意规定，即提醒司法工作人员注意的规定。即使分则没有“明知”的规定，也应根据总则关于故意的规定，要求故意犯罪的行为人必须明知犯罪的客观构成要件要素（客观的超过要素除外）。因为根据责任主义的原理，成立犯罪不仅要求符合违法构成要件，而且要求行为人对所实施的违法事实具有非难可能性。就故意犯罪而言，行为人必须明知符合犯罪的客观构成要件要素的事实，并且希望或者放任危害结果的发生。易言之，对于属于犯罪的客观构成要件要素的事实，行为人必须有认识，否则便阻却故意。这一原理在大陆法系国家得到了普遍承认。大陆法系国家的刑法理论与审判实践认为，客观构成要件具有规制故意的机能，反过来说，客观构成要件显示了故意的认识内容与意志内容，即故意的认识内容与意志内容就是符合客观构成要件的要素。因此，成立故意犯罪时，行为人对犯罪客观构成要件中的所有要素必须有认识（客观的处罚条件除外），否则不成立故意犯罪。正因为如此，大陆法系国家的刑法，通常不在分则中规定“明知”要素，因为根据故意的原理，凡是构成要件的客观要素，行为人主观上都必须有认识。

例如，日本刑法第256条第1项规定：“无偿收受盗窃的物品或者其他财产犯罪行为所得之物的，处三年以下惩役。”第2项规定：“搬运、保管或者有偿收受前项规定之物，或者就该物的有偿处分进行斡旋的，处十年以下惩役及五十万元以下罚金。”该条表面上并没有要求行为人“明知是财产犯罪所得的赃物”，但日本刑法理论与审判实践没有争议地认为，行为人必须明知是财产犯罪所得的赃物。如大谷实教授指出：就赃物犯罪的各犯罪类型，“行为人必须认识到是赃物（知情）。只要是未必的认识就够了，只要认识到对象物是某种财产犯罪所得的财物

就可以了，不要求认识到本犯者、被害者是谁。”^① 前田雅英教授指出：“既然赃物罪是故意犯，那么，要求必须认识到赃物就是理所当然的。”^② 德国刑法第 259 条规定：“行为人为了使自已或者第三者获利，购买或者使自已或者第三者得到、销售或者帮助销售他人盗窃的或者其他通过对他人的财产所实施的违法行为所获得的物品的，处五年以下自由刑或者罚金。”该条也没有“明知是违法行为所获得的物品”之类的规定，但德国的刑法理论与审判实践没有争议地认为，行为人主观上必须明知是他人盗窃或者其他对财产的违法所得的财物。^③

再如，日本刑法第 103 条规定：“藏匿已犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的人或者拘禁中的脱逃人，或者使其隐避的，处二年以下惩役或者二十万元以下罚金。”本条也没有“明知是犯罪的人”之类的规定，但日本刑法理论与审判实践都认为，行为人必须明知所藏匿的对象是犯罪的人。^④

我国的刑法分则较多地采用了“明知”的规定，由于即使没有“明知”的规定，故意犯罪的成立也要求行为人明知犯罪构成的客观要素，因此，刑法分则关于“明知”的规定都属于注意规定。基于这一理由，即使刑法分则没有明文规定“明知”要素，对于犯罪的客观构成要件要素，故意犯罪的行为人主观上也必须明知。例如，刑法第 171 条第 1 款前段规定：“出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金。”表面上看，运输假币时，才需要“明知是伪造的货币”；出售、购买假币时，则不需要明知是伪造的货币。但事实上并非如此。在本罪中，行为对象即假币是特定的，属于犯罪的

-
- ① [日] 大谷实：《刑法讲义各论》，新版第 2 版，333 页，东京，成文堂，2007。
- ② [日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4 版，348 页，东京，东京大学出版会，2006。相同的观点参见 [日] 西田典之：《刑法各论》，5 版，267 页，东京，弘文堂，2010；[日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，344 页，东京，有斐阁，2010；日本最高裁判所 1948 年 3 月 16 日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第 2 卷第 3 号，227 页；日本最高裁判所 1975 年 6 月 12 日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第 29 卷第 6 号，365 页。
- ③ Vgl. Arzt/Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2000, S. 676ff.
- ④ 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（各论）》，3 版增补版，596 页，东京，有斐阁，2005；[日] 大谷实：《刑法讲义各论》，新版第 2 版，569 页，东京，成文堂，2007；[日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，581 页，东京，有斐阁，2010；日本最高裁判所 1953 年 9 月 30 日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第 8 卷第 9 号，1575 页。

客观构成要件要素，行为人对此必须有认识；如果不明知是假币而出售或者购买，就不可能明知自己的行为会发生损害货币的公共信用的危害结果，就不会存在犯罪故意。刑法第 171 条之所以这样规定，是因为在运输时不明知是假币的可能性较大，所以，为了提醒司法工作人员注意，特别写明“明知是伪造的货币而运输”。而出售、购买假币时，一般表现为以大量假币换取少量真货币，或者以少量真货币换取大量假币，行为人通常明知是假币，所以没有必要特别提醒。尽管如此，司法工作人员仍然要查明行为人在出售、购买假币时，是否明知是伪造的货币。例如，一位企业家的儿子将要自费赴美国留学，需要一定数量的美元。由于在银行兑换的美元有限，该企业家便在银行外购买美元，但他花 100 万元人民币购买的却是面值 13 万元的假美元。由于行为人根本不知其购买的是伪造的货币，故不可能将其行为认定为购买假币罪。所以，尽管刑法第 171 条未要求出售、购买伪造的货币时必须“明知是伪造的货币”，但根据刑法总则关于故意的规定，仍然需要行为人明知是伪造的货币。

我们再来比较刑法分则的两个条文。刑法第 143 条前段规定：“生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”。第 144 条前段规定：“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处五年以下有期徒刑，并处罚金”。如果离开刑法总则的规定，可能得出这样的结论：销售不符合卫生标准的食品时，不需要“明知是不符合卫生标准的食品”；而销售有毒、有害食品时，必须“明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品”。显然，没有人会赞成这种结论。因为上述两种犯罪都是故意犯罪，就销售行为而言，都要求行为人明知自己行为的特定对象，即前者要求行为人明知自己所销售的是不符合卫生标准的食品，后者要求行为人明知自己销售的是有毒、有害的食品。所以，即使刑法第 144 条采取与第 143 条相同的规定方式，也要求销售者明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品。

基于同样的理由，即使刑法第 310 条没有规定“明知是犯罪的人”，但由于窝藏、包庇罪属于故意犯罪，也要求行为人明知是犯罪的人。即使第 312 条对赃物犯罪没有规定“明知是犯罪所得及其产生的收益”，根据总则关于故意的规定，由于本罪不能由过失构成，也要求行为人明知是犯罪所得及其产生的收益。据此，即使刑法分则关于奸淫幼女或者

嫖宿幼女的规定没有写明“明知是幼女”，但由于幼女是特定的犯罪对象，属于客观构成要件要素，行为人必须明知是幼女，否则不成立犯罪。^① 同样，盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪的成立，要求行为人明知自己所盗窃、抢夺的是枪支、弹药、爆炸物；故意杀人罪的成立，要求行为人明知自己所杀的是人。放火罪的成立，要求行为人明知自己的行为会发生危害公共安全的结果，如此等等。切不可分则条文没有明文要求“明知”为由，而认为奸淫幼女、嫖宿幼女等犯罪属于所谓“严格责任”的犯罪。

二、法律拟制的概念与特点

与注意规定不同，法律拟制（或法定拟制）的特点是，导致将原本不同的行为按照相同的行为处理（包括将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理）。正如德国学者所言：“法学上的拟制是：有意地将明知为不同者，等同视之……法定拟制的目标通常在于：将针对一构成要件（T1）所作的规定，适用于另一构成要件（T2）。则其与隐藏的指示参照并无不同。不采取‘T1的法效果亦用于T2’的规定方式，法律拟制：T2系T1的一种事例。因为法律并不在于陈述事实，其毋宁包含适用规定，因此，立法者并非主张，T2事实上与T1相同，或事实上为T1的一种事例，毋宁仍是规定，对T2应赋予与T1相同的法效果。为达到此目标，他指示法律适用者：就将T2‘视为’T1的一个事例。反之，假使法律不拟制将T1的法效果适用于T2，则即使T2实际上是T1的一个事例，立法者仍可将T2视为并非T1的事例。”^② 换言之，在法律拟制的场合，

① 最高人民法院2003年1月17日《关于行为人不明知是不满14周岁的幼女，双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》指出：“行为人明知是不满14周岁的幼女而与其发生性关系，不论幼女是否自愿，均应依照刑法第二百三十六条第二款的规定，以强奸罪定罪处罚；行为人确实不知对方是不满14周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认为是犯罪。”该批复的后段并不意味着“行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，造成严重后果，情节严重的，以强奸罪论处。”而宜理解为：“行为人确实不知对方是不满十四周岁的幼女，双方自愿发生性关系，造成严重后果的，按照后果的性质与行为人的罪过，以相应的犯罪（如故意伤害罪、过失致人重伤罪等）论处。”

② [德] Karl Larenz: 《法学方法论》，陈爱娥译，160页，台北，五南图书出版公司，1996。

尽管立法者明知 T2 与 T1 在事实上并不完全相同，但出于某种目的仍然对 T2 赋予与 T1 相同的法律效果，从而指示法律适用者，将 T2 视为 T1 的一个事例，对 T2 适用 T1 的法律规定。

例如，刑法第 269 条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”此即法律拟制。因为该条规定的行为（T2）与刑法第 263 条所规定的抢劫罪（T1）原本存在重大区别，或者说该行为（T2）原本并不符合刑法第 263 条（相关规定）的构成要件（T1），但第 269 条对该行为（T2）赋予与抢劫罪（T1）相同的法律效果；如果没有第 269 条的规定，对上述行为就不能以抢劫罪论处，而只能对前一阶段的行为分别认定为盗窃、诈骗、抢夺罪，对后一阶段的行为视性质与情节认定为故意杀人罪、故意伤害罪，或者仅视为一种量刑情节。再如，刑法第 267 条第 2 款规定：“携带凶器抢夺的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”携带凶器抢夺（T2）与刑法第 263 条规定的抢劫罪（T1）在事实上并不完全相同，或者说，携带凶器抢夺的行为原本并不符合抢劫罪的构成要件，但立法者赋予该行为（T2）与抢劫罪（T1）相同的法律效果。如果没有刑法第 267 条第 2 款的法律拟制，对于单纯携带凶器抢夺的行为，只能认定为抢夺罪，而不能认定为抢劫罪。由此可见，法律拟制可谓一种特别规定。^① 其特别之处在于：即使某种行为原本不符合刑法的相关规定，但在刑法明文规定的特殊条件下也必须按相关规定论处。

如后所述，法律拟制仅适用于刑法明文规定的情形，而不具有普遍意义；对于类似情形，如果没有法律拟制规定，就不得比照拟制规定处理。例如，刑法没有明文规定携带凶器盗窃的以抢劫罪论处，因此，不得将携带凶器抢夺以抢劫罪论处的规定，类推于携带凶器盗窃的情形。

刑法之所以设置法律拟制，主要是基于两个方面的理由：其一，形式上的（外在的）理由是基于法律经济性的考虑，避免重复。亦即，“在法律理论中，吾人通常把法律拟制称为隐藏的指示，藉由规定，对案件 T 适用 T1 法律效果；在此，立法者是基于法律经济性的缘故，以

^① 拟制规定只是特别规定的一种情形，即特别规定还有其他种类，如在法条竞合时原则上不适用普通规定而适用特别规定。

避免重复。”^① 其二，实质上的（内在的）理由是基于两种行为对法益侵害的相同性或相似性。“亦即，拟制，是在 B 实际上不同于 A，但基于某种重要的构成要件要素的相似性（本质的相似性），而将 B 视为 A。因此，拟制的根本在于意识到 B 与 A 的不同，同时意识到 A、B 之间的本质的类似性的重要性。”^② 例如，刑法第 267 条第 2 款与第 269 条两个法律拟制的设立，一方面避免了重复规定抢劫罪的法定刑；另一方面是因为（如后所述）携带凶器抢夺、事后抢劫的行为与抢劫罪的行为，在法益侵害上具有相同性或相似性。“拟制可以有实用性，只有当其表达了一种真实，一种类似的真实。Esser 正确地说到，拟制并非歪曲现实的意思，相反地，‘拟制是无意识的表达一种经由构成要件内在的类似性，所引发之……相同价值的必要性’。”^③ 因此，立法者绝非可以无限制地设立拟制规定。例如，立法者不可以将非法侵入住宅的行为拟制为盗窃罪，不可以将非法搜查的行为拟制为抢劫罪，因为各自的前者与后者对法益的侵害存在重大差异。

上述设置法律拟制的外在理由与内在理由，使得法律拟制是刑法分则中难以避免的一种现象。正因为如此，法律拟制也见于其他国家的刑法。例如，日本刑法第 238 条规定：“盗窃犯在窃取财物后为防止财物的返还，或者为逃避逮捕或者隐灭罪迹，而实施暴行或者胁迫的，以强盗论。”这是典型的法律拟制。德国刑法第 252 条、韩国刑法第 335 条也有类似规定。再如，日本刑法第 207 条规定：“二人以上实施暴行伤害他人的，在不能辨认各人暴行所造成的伤害的轻重或者不能辨认何人造成了伤害时，即使不是共同实行的，也依照共犯的规定处断。”这是典型的法律拟制：将不是共犯的情形依照共犯论处。又如，韩国刑法第 38 章明文区分了财物与财产上的利益，其中，盗窃罪（韩国刑法第 329 条）的对象仅限于财物，但该章第 346 条规定：“本章之罪中，可以控制的动力，视为财物。”亦即，可以控制的动力原本不是财物，但由于其与财物具有本质的相似性，所以将其视为财物。日本刑法第 245 条也有类似规定。

① [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”》，吴从周译，57～59 页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

② [日] 笹仓秀夫：《法哲学讲义》，419 页，东京，东京大学出版社，2002。

③ [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”》，吴从周译，55～57 页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

“拟制的本质是一种类推：在一个已证明为重要的观点之下，对不同事物相同处理，或者我们也可以说，是一个以某种关系为标准的相同性中（关系相同性，关系统一性），对不同事物相同处理。”^①显然，说法律拟制是类推，只是一种立法上的类推，完全不同于司法上的类推适用与类推解释。司法上的类推适用或者类推解释，尽管可能存在实质的合理性，但缺乏法律根据，因而缺乏形式的合理性。例如，将携带（没有使用与显示）凶器敲诈勒索的行为，以抢劫罪论处，也可能具有实质的合理性，但缺乏法律根据。如后所述，将携带凶器抢夺的行为以抢劫罪论处，既具有实质的合理性，也具有形式的合理性。此外，法律拟制一经刑法规定，就必须无例外地适用；而（旧刑法时代）司法上的类推，只是针对特定的案例适用。^②由于法律拟制规定是刑法规定的一部分，而不是立法解释，故不能认为法律拟制本身违反了罪刑法定原则。^③

法律拟制不同于司法拟制（作为法院判决理由的拟制）。例如，刑法条文并没有规定“任何人都知道刑法”。在面对行为人确实不可能知道自己的行为违反了刑法，进而实施了违反刑法的行为的案件时，倘若法官以“任何人都知道刑法”为由，依然认定行为人有罪，那么，其中的“任何人都知道刑法”就可谓一种司法拟制。^④至于这种司法拟制是否妥当，则是需要具体分析，不能因为刑法上存在法律拟制，就对所有的司法拟制持肯定态度。例如，“任何人都知道刑法”的司法拟制就不具有合理性。依据这一拟制，即使不具有违法性认识可能性的人，也要承担刑事责任，这便违反了责任主义原理。因此，“供作法院理由手段的拟制其与法定拟制应作不同的评价。理由与法条不同，它要主张的是正确性（适切的认识）；它不是在从事规定，而是希望有说服力。在法院判决的说理脉络中，拟制意指：假定案件事实中存在着一种足以发生法效果的构成要件要素，虽然其（应该）确悉，事实并非如此。长久以来，司法裁判经常运用拟制的意思表示此种说理方式，例如当它想免

① [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”》，吴从周译，59页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

② 参见 [日] 笹仓秀夫：《法解释讲义》，127页，东京，东京大学出版会，2009。

③ 立法机关可以在刑法中作出法律拟制之类的立法上的类推规定，但不可以在刑法之外作出类推解释。例如，立法机关不能作出“刑法第237条中的‘妇女’包括男性在内”的立法解释。司法解释更不可以作出类推解释。

④ 在本书中，司法机关对刑法上的法律拟制规定的适用，不是所谓的司法拟制。

除责任时。于此，拟制掩盖了决定性的理由；将说理贬抑为表象说理。因此，它是法院所应避免的”^①。

只有在查清案件事实时，才可能适用刑法中的法律拟制规定，故法律拟制不同于司法上的推定。司法上的推定是对事实尤其是对主观事实的一种认定方法，而且都是可以反驳的，而法律拟制是刑法中的一种特别规定，是不可以反驳的。例如，当司法机关根据案件具体事实推定行为人“明知”自己收购的是犯罪所得时，行为人完全可能举证证明自己并不明知是犯罪所得。但是，当行为人携带凶器抢夺的事实得到证明，法院对其以抢劫罪论处时，行为人就不能以没有抢劫故意等为由，否认抢劫罪的成立。

刑法分则有不少条文明显属于法律拟制，下面选择几个条文进行分析。

刑法第 196 条第 1 款规定了信用卡诈骗罪，该罪包括使用伪造的信用卡、使用作废的信用卡、冒用他人的信用卡与恶意透支行为。第 3 款规定：“盗窃信用卡并使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。”首先要肯定的是，本款所规定的“信用卡”仅限于他人的真实有效的信用卡，即行为人所盗窃并使用的信用卡，必须是他人真实有效的信用卡。如果明知是伪造或作废的信用卡而盗窃并对自然人使用的，应认定为信用卡诈骗罪（使用伪造的信用卡、使用作废的信用卡）。“使用”不仅包括盗窃者本人使用，还应包括盗窃者利用不知情的第三者使用。例如，行为人甲盗窃信用卡后，指使 12 周岁的乙使用。由于乙不具有规范意识，甲成立刑法第 196 条第 3 款规定的盗窃罪的间接正犯。再如，A 盗窃信用卡后欺骗 B，谎称自己是该卡的合法持有人，令 B 信以为真使用该信用卡。由于 B 不知情，A 利用了没有故意的 B 的行为，仍然是刑法第 196 条第 3 款规定的盗窃罪的间接正犯。

由于我国刑法一般没有将信用卡本身评价为财物，盗窃了他人真实有效的信用卡但并不使用的行为，目前还难以成立盗窃罪（入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃除外），也不能构成信用卡诈骗罪。^② 只有盗窃并使用了信用卡，才可能认定为盗窃罪。正因为如此，最高人民法院

① [德] Karl Larenz: 《法学方法论》，陈爱娥译，162 页，台北，五南图书出版公司，1996。

② 在国外，盗窃他人信用卡本身便成立盗窃罪，如果冒用他人的信用卡（在自动取款机上使用的除外），则又成立诈骗罪。只是有人主张成立数罪，有人主张成立牵连犯。

1997年11月4日通过的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第10条规定：“盗窃信用卡并使用的，以盗窃罪定罪处罚。其盗窃数额应当根据行为人盗窃信用卡后使用的数额认定。”

一种观点认为，盗窃信用卡并使用的，构成牵连犯，应从一重罪处断。^①在这种观点看来，盗窃信用卡是手段行为，其本身即构成盗窃罪，而使用信用卡是目的行为，触犯另一罪名，所以，应以牵连犯从一重罪处断。本书不赞成这种观点。因为如果行为人仅盗窃信用卡但不使用，那么，被害人就不会遭受财产损失，故不能认定行为人盗窃了信用卡所记载的财产；信用卡本身作为有体物，其价值也不可能达到“数额较大”的标准，故不能认定盗窃信用卡本身的行为构成盗窃罪。既然盗窃信用卡本身并不构成盗窃罪，也不触犯其他罪名，就难以成立牵连犯。基于同样的理由，本书更不赞成对盗窃信用卡并使用的行为实行数罪并罚的观点。^②

还有一种观点认为，刑法第196条第3款规定的是结合犯，“即刑法将盗窃罪与信用卡诈骗罪规定在一个条文里，明确规定以盗窃罪定罪处罚的情况。尽管在这种情况下，行为人的盗窃信用卡行为和冒用他人信用卡行为具有相当密切的关系，因为行为人盗窃后的冒用行为，完全可以视为盗窃行为的延续，是对盗窃信用卡后的一个价值实现过程。但是，我们也不应该否定，这种情况仍然符合‘独立性’和‘结合性’（或称‘法定性’）这两个构成结合犯所必须具备的要件，因而将其视为结合犯是完全正确的。”^③本书不赞成这种观点。第一，盗窃信用卡但未使用的行为，不可能给他人财产造成损失，因此不可能构成盗窃罪，既然如此，盗窃信用卡并使用，就不是盗窃罪与另一犯罪的结合。第二，使用所盗窃的信用卡并不一概构成信用卡诈骗罪。因为在自动取款机上使用的行为，原本属于盗窃行为，而非冒用他人信用卡。所以，盗窃信用卡并使用，不是盗窃罪与信用卡诈骗罪的结合。

行为人盗窃他人信用卡后在自动取款机上使用的，理所当然成立盗窃罪。换言之，即使没有刑法第196条第3款的规定，对于盗窃信用卡并在自动取款机上使用的行为，也应认定为盗窃罪。因为这种行为并不

① 参见高铭暄主编：《新型经济犯罪研究》，955页以下，北京，中国方正出版社，2000；刘远：《金融诈骗罪研究》，319页以下，北京，中国检察出版社，2002。

② 参见周仰虎、于英君：《论信用卡犯罪的立法完善》，载《法学》，1996（9），22页以下。

③ 刘宪权：《信用卡诈骗罪的司法认定》，载《政法论坛》，2003（6），89页。

符合诈骗罪与信用卡诈骗罪的基本构造，相反，完全符合盗窃罪的构成要件。即使在规定了计算机诈骗罪的德国、日本，对使用他人名义的银行卡在自动取款机上取款的行为，也认定为盗窃罪。例如，1984年10月28日，被告人X从同事没有上锁的抽屉中取出A的银行卡与密码，连续5天从不同的自动取款机取出600马克。德国Kulmbach区法院认定被告人的行为构成盗窃罪。判决理由是，从机能与作用来看，银行的自动取款机与投入硬币便可购买香烟、饮料的自动售货机没有区别。后者是只有投入规定的硬币才能取得商品，前者是插入银行卡并输入特定密码才能取出现金。银行绝不可能同意任意的第三者使用他人的银行卡与密码从自动取款机中取出现金。被告人X使用A的银行卡与密码从自动取款机中取出现金，属于违反自动取款机设置者的意志，从封闭容器中取得他人财物的行为。^① 在德国，类似的判决并不少见。在日本，使用他人的银行卡，从自动取款机中取得现金的行为，几乎没有争议地被认定为盗窃罪。^② 在没有规定计算机诈骗罪的我国，对于使用他人信用卡从自动取款机取款的，更应认定为盗窃罪。因此，就盗窃他人信用卡并从自动取款机中取款的情形而言，刑法第196条第3款的规定属于注意规定，而非法律拟制。由于注意规定的内容属“理所当然”，所以，即使没有刑法第196条第3款的规定，对于盗窃他人信用卡后从自动取款机中取款的行为，也应认定为盗窃罪。因此，捡拾、骗取、夺取或者以其他方法取得他人信用卡后，在自动取款机中取款的，都完全符合盗窃罪的构成要件；而不能以这类行为不属于“盗窃信用卡并使用”为由，否认盗窃罪的成立。

行为人盗窃他人信用卡后并对自然人使用的行为（在银行柜台或者特约商户使用，不包括在自动取款机上使用的行为），就使用信用卡而言，应属于冒用他人信用卡，理应成立信用卡诈骗罪。但是，刑法第196条第3款明文规定对盗窃信用卡并使用的，应按盗窃罪定罪处罚；或者说，该款规定将部分信用卡诈骗行为认定为盗窃罪。就此而言，该规定属于法律拟制，而非注意规定。即盗窃信用卡并对自然人使用的行为，原本符合信用卡诈骗罪的构成要件，但刑法仍然赋予其盗窃罪的法律后果。设立该法律拟制的理由主要是：行为人通常是在盗窃现金等财

① AG Kulmbach, NJW 1985, 2282. 参见 [日] 长井圆：《カード犯罪対策法の最先端》，119页，东京，日本クレジット产业协会，2000。

② 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，191页，东京，有斐阁，2005。

物的时候同时盗窃信用卡；如果行为人并不使用所盗窃的信用卡，则被害人记载于信用卡上的财产不会受到损失，故不宜将记载于信用卡上的财产数额认定为盗窃数额；但是，如果行为人使用所盗窃的信用卡，则将所使用的数额与所盗窃的其他财物累计为盗窃数额。正因为本款属于法律拟制，而且这种拟制规定也便于司法机关处理盗窃信用卡的案件，所以，不能认为本款规定与第1款相矛盾。正因为本款属于法律拟制，而非注意规定，因此，不能将本规定“推而广之”。例如，行为人骗得他人信用卡之后又对自然人使用的，不能认定为诈骗罪，而应认定为信用卡诈骗罪；行为人拾得他人信用卡并对自然人使用的，不能认定为侵占罪，也应认定为信用卡诈骗罪；盗窃信用卡并对自然人使用且“透支”的，应按盗窃罪与信用卡诈骗罪（属于“冒用他人信用卡”而非“恶意透支”）实行数罪并罚（因为“透支”部分侵犯了新的法益）。^①

总之，盗窃他人信用卡后在机器上使用，没有欺骗他人的，原本应当认定为盗窃罪。换言之，即使没有刑法第196条第3款的规定，对这种行为也应认定为盗窃罪。在此意义说，第196条第3款属于注意规定。盗窃他人信用卡后对自然人使用的，因为欺骗了他人，原本应当认定为信用卡诈骗罪，但第196条第3款将其拟制为盗窃罪。就此而言，第196条第3款属于法律拟制。但需要说明的是，如果认为，对于盗窃他人信用卡后在机器上使用的案件，直接根据刑法第264条定罪量刑，而不需要引用刑法第196条第3款，那么，就可以仅将第196条第3款理解为法律拟制。反之，如果认为，对于盗窃他人信用卡后在机器上使用的案件，需要同时引用刑法第264条与第196条第3款，则第196条第3款相对于这种情形属于注意规定。这不是本质性的问题，只要明确其问题所在即可。不过，本书倾向于采取前一种观点，亦即，对于盗窃他人信用卡后在机器上使用的案件，直接根据刑法第264条定罪量刑即可。再如，对于国有企业的工作人员贪污、挪用公款的案件，直接根据刑法第382条、第383条、第384条定罪量刑即可，不需要引用刑法第271条第2款、第272条第2款的注意规定。

刑法第289条规定：“聚众‘打砸抢’，致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。毁坏或者抢走公私财物的，除判令退赔外，对首要分子，依照本法第二百六十三条的规

^① 当然，如果是一次使用行为同时触犯信用卡诈骗罪与盗窃罪的，则可能成立想象竞合犯。

定定罪处罚。”首先，对于聚众“打砸抢”，致人伤残、死亡的行为，应理解为法律拟制，即聚众“打砸抢”致人伤残或者死亡的，即使没有伤害或者杀人的故意，也应认定为故意伤害罪或者故意杀人罪。或许有人认为，聚众“打砸抢”的行为人都至少具有伤害的故意，因而对以故意伤害罪论处的情形而言，属于注意规定。但笔者认为难以得出这种结论。事实上，聚众“打砸抢”的行为人完全可能在砸毁财物的过程中过失致人伤残，但对此也应认定为故意伤害罪，因而仍然属于法律拟制。至于行为人具有伤害与杀人的故意，进而实施伤害与杀人行为，致人伤残、死亡的，可以直接认定为故意伤害罪与故意杀人罪，不需要引用第289条。其次，在聚众“打砸抢”过程中毁坏公私财物的行为，依照抢劫罪定罪处罚，则属于法律拟制。因为毁坏行为与抢劫行为在客观行为与主观故意方面都存在重大差别，换言之，毁坏行为原本并不符合抢劫罪的构成要件，但刑法第289条却赋予其抢劫罪的法律后果，这是典型的法律拟制。再次，对于在聚众“打砸抢”过程中抢夺他人财物的首要分子，应以抢劫罪论处，这也属于法律拟制。因为在“打砸抢”过程中仍然可能发生抢夺行为，虽然抢夺行为并不符合抢劫罪的构成要件，但刑法第289条依然规定对其以抢劫罪论处。最后需要说明的是，一方面，对于在聚众“打砸抢”过程中抢劫公私财物的首要分子，理所当然以抢劫罪定罪处罚，不需要引用刑法第289条；另一方面，即使是在聚众“打砸抢”过程中抢劫公私财物的积极参与者或者一般参与者，也应当以抢劫罪论处，而且只需直接引用刑法第263条即可，不必引用第289条。概言之，在聚众“打砸抢”过程中抢劫他人财物的行为成立抢劫罪，不属于法律拟制。

刑法第362条规定：“旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信，情节严重的，依照本法第三百一十条的规定定罪处罚。”显然，本条中的“在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时”的表述表明，本条所规定的卖淫、嫖娼活动并不限于已经构成犯罪的卖淫、嫖娼活动；“为违法犯罪分子通风报信”的用语表明，行为人所窝藏、包庇的不一定是犯罪分子，而是包括了并不构成犯罪的一般违法人员。而刑法第310条规定：“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”据此，行为人所窝藏或者包庇的必须是“犯罪的人”。虽然刑法理论上对“犯罪的人”存在不同观点

（参见本书第十七章），但应当认为，首先，“犯罪的人”应从一般意义上理解，而不能从“无罪推定”的角度做出解释，易言之，虽然包括严格意义上的“罪犯”，但不是仅指已经被法院做出有罪判决的人。其次，已被公安、司法机关依法作为犯罪嫌疑人、被告人而成为侦查、起诉对象的人，即使事后被法院认定无罪的，也属于“犯罪的人”。再次，即使暂时没有被司法机关作为犯罪嫌疑人，但确实实施了犯罪行为，因而将被公安、司法机关作为犯罪嫌疑人、被告人而成为侦查、起诉对象的人，同样属于“犯罪的人”。概言之，窝藏、包庇罪不包括对一般违法分子的窝藏、包庇。显而易见，刑法第 362 条规定的情形，并不一概符合刑法第 310 条规定的构成要件，但第 362 条仍然将并不符合窝藏、包庇罪构成要件的行为赋予了窝藏、包庇罪的法律后果，因而属于法律拟制。

三、区分意义与区分方法

区分注意规定与法律拟制的基本意义，在于明确该规定是否修正或补充了相关基本规定，是否导致将不同的行为等同视之。换言之，将某种规定视为法律拟制还是注意规定，会导致适用条件的不同，因而形成不同的认定结论。例如，刑法第 247 条前段规定了刑讯逼供罪与暴力取证罪；后段规定：“致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。”如果认为本规定属于注意规定，那么，对刑讯逼供或暴力取证行为，以故意杀人罪定罪处罚的条件是，除了要求该行为致人死亡外，还要求行为人主观上具有杀人的故意（如后所述，本书不赞成此观点）。如果认为本规定属于法律拟制，那么，只要刑讯逼供或者暴力取证行为致人死亡的，不管行为人主观上是否有杀人故意^①，都必须认定为故意杀人罪；换言之，尽管该行为原本不符合故意杀人罪的成立条件，但法律仍然赋予其故意杀人罪的法律效果。再如，刑法第 382 条第 3 款规定，与国家工作人员、受委托管理、经营国有资产的人员“勾结，伙同贪污的，以共犯论处”。倘若认为该款属于法律拟制，则意味着一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪时，原本并不成立共同犯罪；因此，对于一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪

^① 当然，根据责任主义的要求，行为人对死亡结果必须有预见可能性（存在过失）。

的，只要没有这种拟制规定，就不得认定为共犯（如后所述，本书不赞成此观点）；如果说该款只是注意规定，则意味着一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪时，根据总则规定原本构成共同犯罪；所以，不管分则条文中有无这一注意规定，对一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪的，均应认定为共犯。

区分注意规定与法律拟制的另一意义在于，注意规定的内容属“理所当然”，因而可以“推而广之”；而法律拟制的内容并非“理所当然”，只是立法者基于特别理由才将并不符合某种规定的情形（行为）赋予该规定的法律效果，因而对法律拟制的内容不能“推而广之”。例如，刑法第 312 条规定，“明知是犯罪所得及其产生的收益”而窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，才成立赃物犯罪，而在该赃物犯罪中，犯罪所得及其产生的收益属于特定的犯罪对象，由此可以“推而广之”：凡是特定的犯罪对象，都是故意的认识内容，行为人对此必须有认识，否则不成立故意犯罪。之所以能够“推而广之”，是因为注意规定本身只是提醒司法工作人员注意的规定，注意规定之外存在着作为注意规定的基础的相关规定；在此意义上说，人们不是将注意规定推而广之，而是根据作为注意规定的基础的相关规定所作的解释。“明知是犯罪所得及其产生的收益”这一注意规定，是源于刑法第 14 条关于故意犯罪的规定；而第 14 条关于故意犯罪的规定，适用于所有的故意犯罪；所以，人们根据第 14 条的规定，也完全可以得出“故意的成立要求行为人认识到符合犯罪的客观构成要件的事实”的结论。而法律拟制则只能适用于具有拟制规定的情形，不得适用于没有拟制规定的情形。例如，刑法第 269 条只是规定，对于犯盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪，出于特定目的，当场使用暴力或者以暴力相威胁的，赋予抢劫罪的法律效果；因此，对于犯敲诈勒索罪，出于特定目的，当场使用暴力或者以暴力相威胁的，不得比照刑法第 269 条认定为抢劫罪。

区分注意规定与法律拟制，还有一个重要意义：对于注意规定，应当按照基本规定做出解释；对于法律拟制，应当按照该拟制规定所使用的用语的客观含义进行解释。例如，如果认为刑法第 267 条第 2 款属于注意规定，那么，只能按照刑法第 263 条规定的抢劫罪的构成要件解释“携带凶器抢夺”（如要求使用凶器——暴力；显示凶器——胁迫）；如果认为刑法第 267 条第 2 款属于法律拟制，则只能根据“携带凶器抢夺”的客观含义做出解释（不要求使用与显示凶器）。又如，刑法第 241 条第 2 款规定：“收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依

照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。”本款显然属于注意规定，所以，对其中的“强行与其发生性关系”应当完全按照第236条“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女”来解释，而不能做出与刑法第236条含义不同的扩大的或者缩小的解释。再如，刑法第289条的规定属于法律拟制，司法工作人员应按该条用语的客观含义进行解释和适用。因聚众“打砸抢”毁坏公私财物的，对首要分子应以抢劫罪定罪处罚。但“毁坏”公私财物，显然是指行为导致公私财物的使用价值丧失或者减少，既不可能是以非法占有为目的毁坏财物，也不可能将这里的“毁坏”公私财物解释为以非法占有为目的转移公私财物。因此，不可能按照抢劫罪的客观构成要件或者主观要件解释刑法第289条的“毁坏”公私财物。

与旧刑法相比，现行刑法既增加了法律拟制，也增加了注意规定。如何区分法律拟制与注意规定，是解释刑法分则面临的重大课题，反过来也影响刑法总则的适用。虽然概括出区分注意规定与法律拟制的一般规则并非易事，但通过综合考察以下几个方面，大体上是可以得出正确结论的。

第一，是否存在设立注意规定的必要性？如果有必要做出注意规定的，可能是注意规定；如果根本没有必要做出注意规定的，所作的规定可能是法律拟制。例如，刑法第198条第4款规定的行为，原本符合保险诈骗的共同犯罪的成立条件，但立法者为了防止司法工作人员将为保险诈骗提供虚假证明文件的行为认定为提供虚假证明文件罪，所以设立注意规定，提醒司法工作人员将该行为认定为保险诈骗罪的共犯。再如，刑法第267条第2款规定，对携带凶器抢夺的，应认定为抢劫罪。如果认为本款属于注意规定，则意味着立法机关为了防止司法工作人员将持凶器抢夺的行为认定为其他罪，所以特别提醒司法工作人员对持凶器抢夺的行为认定为抢劫罪。显然，不会有人认为存在设立注意规定的必要性。因为在赤手空拳也能成立抢劫罪的情况下，刑法不需要提醒人们注意“使用凶器能成立抢劫罪”。据此，可以认为，该款不属于注意规定。

所应注意的是，现行刑法增加的一些注意规定事实上或许没有必要，完全可以删除，但不能仅以缺乏做出注意规定的必要性为由，而将其解释为法律拟制。例如，或许我们可以认为，刑法第156条关于走私罪共犯的注意规定完全没有设立的必要性，因而完全可以删除，但我们依然应肯定其为注意规定。

第二，是否存在做出法律拟制的理由？由于法律拟制的特点是将T2的行为赋予T1的法律效果，故需要考虑：将不符合T1构成要件的T2，赋予T1的法律效果，是否具有合理理由？如果不具有拟制的理由，则宜解释为注意规定；反之，则应解释为法律拟制。例如，刑法第259条第2款规定：“利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的，依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。”如果认为本条属于法律拟制，即只要利用职权、从属关系奸淫现役军人的妻子，即使不符合强奸罪的构成要件，也应以强奸罪论处，那么，其理由何在？但解释者恐怕找不出理由；即使牵强地找出“现役军人的妻子需要特殊保护”的理由，该理由也会因为不具有合理性（违反法律面前人人平等的原则）而不能得到认可。所以，本规定属于注意规定。因此，只有当行为完全符合刑法第236条规定的强奸罪的构成要件时，才能适用刑法第236条。换言之，行为人以暴力、胁迫或者其他手段，违反现役军人妻子的意志，强行与之发生性交，迫使现役军人妻子长期忍辱从奸的，应认定为强奸罪。行为人虽然利用了职权或者从属关系，而没有进行胁迫的，不能认定为强奸罪。再如，前述刑法第196条第3款，将盗窃他人信用卡后并对自然人使用的行为赋予盗窃罪的法律效果，具有合理根据，因而应解释为法律拟制。

当然，对于公认的法律拟制，也会有人否认其合理性。例如，否认刑法第267条第2款的合理性的，不乏其人。但如果否认者所得出的结论只是取消该规定，而不是将该规定解释为注意规定，则意味着将该规定解释为注意规定更不具有合理性，故仍应肯定该规定为法律拟制。

第三，某条款的内容与基本条款的内容是否相同？如果相同，原则上应解释为注意规定；否则，具有解释为法律拟制的可能性。例如，刑法第183条第1款所表述的内容，与刑法第271条所规定的职务侵占罪的罪状内容相同，故应认为，该款属于注意规定。第183条第2款表述的内容，与刑法第382条所规定的贪污罪的罪状内容相同，故能认定，该款属于注意规定。再如，刑法第269条所规定的罪状，与刑法第263条所规定的抢劫罪的罪状内容存在区别，但仍然对前者赋予了后者的法律效果，因而第269条属于法律拟制。同样，刑法第267条第2款的“携带凶器抢夺”这一罪状，与刑法第263条规定的抢劫罪的罪状内容存在区别，但仍然对前者赋予了后者的法律效果，因而属于法律拟制。

第四，解释为法律拟制时，其规定的行为与基本条款规定的犯罪行为

为，在法益侵害上是否存在重大区别？法律拟制虽然是将两种不同的行为赋予相同的法律效果，但之所以能够做出拟制规定，是因为这两种行为在法益侵害上没有明显区别，或者说二者对法益的侵害程度大体相同。否则，法律拟制本身便缺乏合理性，因而被解释为注意规定可能更为妥当。例如，刑法第300条第3款规定：“组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信奸淫妇女、诈骗财物的，分别依照本法第二百三十六条、第二百六十六条的规定定罪处罚。”如果将本款解释为法律拟制，即只要行为人组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信与妇女发生性交，即使没有采取暴力、胁迫或者其他强制手段，没有违背妇女意志，也应以强奸罪定罪处罚，那么，就会发现，这种行为与强奸罪的法益侵害性存在重大区别，即上述行为只是侵犯了社会管理秩序，而强奸罪侵犯的是妇女的性行为自主权。因此，宜将上述规定解释为注意规定，即组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信奸淫妇女的行为，只有完全符合强奸罪的构成要件时，才能以强奸罪定罪处罚。

第五，条款是否具有特殊内容？注意规定常常只具有提示性，或者虽有具体内容但没有在基本规定之外增添特殊内容；而法律拟制则增添了特殊内容。例如，刑法第287条规定：“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。”该条只是提示性规定，显然属于注意规定。刑法第184条第1款规定：“银行或者其他金融机构的工作人员在金融业务活动中索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，或者违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照本法第一百六十三条的规定定罪处罚。”该规定虽有具体内容，但并未在刑法第163条规定的内容之外增添任何特殊内容，也属于注意规定。相反，刑法第267条第2款、第269条、第289条，都在刑法第263条所规定的抢劫罪的罪状之外增添了特殊内容，使原本不符合抢劫罪构成要件的行为也成立抢劫罪，因而属于法律拟制。

总之，要通过体系解释、目的论解释等多种解释方法，正确区分注意规定与法律拟制。

四、争议条文的分析

一些条文的规定究竟是注意规定，还是法律拟制，还存在疑问。下面就若干条文进行辨析。

(一) 第 238 条第 2 款

刑法第 238 条第 1 款规定了非法拘禁罪的基本罪状及其法定刑，第 2 款规定：“犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡的，处十年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。”前段的致人重伤与致人死亡，显然是非法拘禁罪的结果加重犯，不要求行为人对他人的重伤、死亡具有故意，只要有预见可能性（过失）即可。问题是，后段的规定（使用暴力致人伤残的以故意伤害罪论处、使用暴力致人死亡的以故意杀人罪论处）是法律拟制还是注意规定？本书认为，正确的答案是前者而不是后者。

首先，如果认为本规定属于注意规定，则并不存在这种必要性。因为行为人在非法拘禁过程中，故意实施杀人行为的（为了论述方便，下面仅以致人死亡为例），司法机关不可能错误地认定为其他犯罪。其次，存在将本规定解释为法律拟制的理由。现行刑法重视对公民人身自由的保护，但非法拘禁却是常发犯罪，对非法拘禁罪笼统规定过高的法定刑也不合适，于是条文分不同情况规定不同的法定刑，其中，将使用暴力致人死亡的，规定以故意杀人罪论处。再次，行为人非法拘禁他人后，又使用暴力致他人死亡的，其法益侵害性质与故意杀人罪的性质相同，具有法律拟制的实质依据。最后，该规定的内容与规定故意杀人罪的第 232 条在内容上存在区别：一方面，本规定没有像第 232 条那样写明“故意杀人”，另一方面，本规定要求“使用暴力”并“致人死亡”，只有解释为法律拟制，才使本规定具有意义。

正因为本规定属于法律拟制，所以，这里的“暴力”应限于超出了非法拘禁范围的暴力；非法拘禁行为本身也可能表现为暴力，但作为非法拘禁行为内容的暴力导致他人伤残、死亡的，不属于“使用暴力致人伤残、死亡”；只有当非法拘禁行为以外的暴力致人伤残、死亡时，才能认定为故意伤害罪或者故意杀人罪。

正因为本规定属于法律拟制，所以，不要求行为人对致人伤残、死亡具有故意。亦即，只要超过非法拘禁的暴力致人伤残、死亡，就应当认定为故意伤害罪、故意杀人罪。当然，根据责任主义的原理，要求行为人对伤残、死亡具有预见可能性（过失）。

正因为本规定属于法律拟制，所以，对于在非法拘禁过程中，产生伤害、杀人故意，进而伤害、杀害他人的，必须认定为数罪，而不能适

用刑法第 238 条第 2 款后段的规定。例如，2008 年 11 月 10 日晚 23 时，许×洛及协助其坐庄的林某等人在石狮市某酒店赌博，许×洛共赢了 16 万元。11 日凌晨 2 时许，许×水、黄某等人怀疑许×洛诈赌，将许×洛、许×明、林某三人控制在该酒店，对三人进行殴打，并强行将许×洛、许×明、林某三人挟持到另一酒店的七楼客房内分别进行看管关押。其间，许×水和黄某等人先后使用拳脚、棍棒、电击棍等工具对许×洛等三人进行殴打、威胁，逼迫许×洛等人承认诈赌。在拘禁期间，许×水故意使用开水将许×洛的手脚和林某的身上多处烫伤，致使许×洛左手广泛严重烫伤致左手功能丧失（五级伤残）。某人民法院判决认定许×水的行为构成故意伤害罪与非法拘禁罪，实行数罪并罚，却同时引用刑法第 234 条与第 238 条第 1 款与第 2 款。本书认为，人民法院将许×水的行为认定为数罪是正确的，但同时引用刑法第 238 条第 2 款则不妥当。许×水在非法拘禁过程中，实施了伤害行为，并明显具有伤害的故意，完全应当直接根据刑法第 234 条认定为故意伤害罪，并与非法拘禁罪并罚。如果引用刑法第 238 条第 2 款，就只能认定为故意伤害罪。

或许有人认为，对本案的许×水只能认定为故意伤害罪，因为刑法第 238 条第 2 款后段明文规定“使用暴力致人伤残……的，依照本法第二百三十四条……的规定定罪处罚”。许×水在非法拘禁过程中，使用暴力致人伤残，故依照故意伤害罪的规定定罪处罚。本书不同意这种观点。一方面，这种观点将刑法第 238 条第 2 款后段理解为注意规定，认为只有当行为人在非法拘禁的过程中使用暴力致人伤残且具有伤害故意时，才能认定为故意伤害罪。但如前所述，这种注意规定的必要性是不存在的。另一方面，这种观点实际上又在罪数问题上将刑法第 238 条第 2 款理解为法律拟制。详言之，对于上述许×水的行为，原本应当认定为非法拘禁罪与故意伤害罪，但上述观点却认为只能认定为一个故意伤害罪。这便将完全符合两个罪的构成要件的典型数罪拟制为一罪。但是，这种拟制缺乏合理性。一方面，倘若许×水仅仅伤害而不拘禁被害人许×洛，毫无疑问成立故意伤害罪。另一方面，倘若许×水仅仅拘禁而不伤害许×洛，也无可争议地成立非法拘禁罪。而且，刑法第 238 条第 2 款的规定旨在严厉禁止在非法拘禁中致人伤残或者死亡。但上述观点却导致的结局是，在非法拘禁过程中故意伤害致人伤残的，反而仅成立故意伤害罪。人们不禁要问：刑法第 238 条第 2 款为什么将典型的数罪拟制为一罪？显然，做出这种法律拟制的解释，是缺乏实质理由的。任何解释者都不应当以一句“法律就是这样规定的”为由，维持法律条

文的不协调、不公平局面。

总之，为了维护罪刑之间的协调与均衡，必须承认刑法第 238 条第 2 款后段是法律拟制，其拟制内容是，将不具有伤害与杀人故意但客观上致人伤残、死亡的行为拟制为故意伤害罪与故意杀人罪。一方面，不能认为刑法第 238 条第 2 款后段的规定属于注意规定，认为只有非法拘禁的行为人具有伤害、杀人故意时，才能对致人伤残、死亡的行为认定为故意伤害罪、故意杀人罪。另一方面，不能将刑法第 238 条第 2 款后段的规定，解释为将数罪按一罪论处的拟制规定。

（二）第 241 条第 5 款

刑法第 241 条规定了收买被拐卖的妇女、儿童罪，第 5 款规定：“收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照本法第二百四十条的规定定罪处罚。”显然，其中的“收买”是指不具有（或者未查明）出卖目的的收买。既然如此，收买被拐卖的妇女、儿童后，又出卖所收买的妇女、儿童的，理当成立数罪。如果说刑法第 241 条第 5 款是注意规定，就意味着对上述行为依然应认定为数罪；如果说该规定是法律拟制，就意味着必须将上述数罪以一罪论处。本书倾向于后一结论。实质的根据将在后面说明，这里仅从形式上陈述几点理由。

首先，根据刑法第 240 条的规定，出卖妇女、儿童的行为只要符合其他要件的，必然成立拐卖妇女、儿童罪，对此没有做出注意规定的必要。

其次，刑法第 241 条第 4 款规定了数罪并罚的情形，在此之后设立的第 5 款，不应当是指数罪并罚的情形。换言之，如果对收买被拐卖的妇女、儿童后又出卖的行为实行数罪并罚，就会在第 4 款一并规定，而不会单设第 5 款规定。

再次，刑法第 241 条第 5 款不是仅表述为“收买被拐卖的妇女、儿童后出卖”，而是表述为“收买被拐买的妇女、儿童又出卖”，这就意味着由“又”字所并列的两个行为，是适用法律后果的前提条件，亦即，收买并出卖的，以拐卖妇女、儿童罪论处。

最后，人们可能会思考这样的问题：如果对收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的行为认定为一罪，那么，应当使用罪数理论中的哪一个概念指称这种行为？本书的看法是，由于刑法第 241 条第 5 款的规定，是将数罪拟制为一罪，这种拟制不可以“推而广之”，所以，没有相应的概念，也并不是缺陷。

（三）第 247 条、第 248 条

刑法第 247 条规定：“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑

讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。”第248条第1款规定：“监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员对被监管人进行殴打或者体罚虐待，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。”这两个条款的后半部分相同——“致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。”它们究竟是注意规定还是法律拟制，不仅在理论上存在不同看法，而且司法实践中的处理结论也不完全相同。以刑讯逼供致人死亡为例，有的司法机关认定为故意伤害（致死）罪，有的认定为故意杀人罪，有的甚至仍然认定为刑讯逼供罪。这显然是因为没有对上述规定的性质形成共识所致。

本书认为，上述规定属于法律拟制，而非注意规定。因此，只要刑讯逼供行为、暴力取证行为、虐待被监管人的行为，致人伤残、死亡的，即使没有伤害的故意与杀人的故意，也应认定为故意伤害罪、故意杀人罪（以有预见可能性为前提，下同）。详言之，在致人伤残的场合，即使行为人没有伤害的故意，也要认定为故意伤害罪；在致人死亡的场合，即使行为人没有杀人的故意，或者仅具有伤害的故意，也要认定为故意杀人罪。

第一，不存在做出注意规定（即只有当司法工作人员以伤害、杀人的故意致人伤残、死亡时，才认定为故意伤害罪、故意杀人罪）的必要性。换言之，刑法根本没有必要提醒法官注意：如果司法工作人员在刑讯逼供、暴力取证的过程中，故意伤害他人或者故意杀害他人的，应认定为故意伤害罪、故意杀人罪。否则，刑法分则对任何暴力犯罪都必须设立这样的注意规定，但事实上并非如此。

第二，存在将本规定解释为法律拟制的理由。现行刑法重视对公民人身自由的保护，但刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人都是常发犯罪，对它们规定过高的法定刑也不合适。于是，立法者采取了现行的立法例：在通常情况下，规定较低的法定刑；如果致人伤残、死亡，则以故意伤害罪、故意杀人罪论处。一方面要禁止刑讯逼供等行为，另一方面更要防止刑讯逼供等行为致人伤残或者死亡。

第三，如果解释为注意规定，要求行为人具有伤害甚至杀人的故意，则不合情理。有人在论述刑讯逼供罪与暴力取证罪时指出：“这两种犯罪

都是故意犯罪，并且具有逼取犯罪嫌疑人、被告人口供或者逼取证人证言的目的……‘致人伤残、死亡’，是指司法工作人员在刑讯逼供的逼取证人证言过程中，故意使用肉刑、变相肉刑或者使用暴力致使犯罪嫌疑人、被告人、证人身体健康受到严重伤害、残疾或者死亡。”^①但这种说法存在明显的矛盾。既然行为人主观上是为了逼取口供或者证言，就不可能具有杀人的故意。换言之，杀害他人后怎么还能逼出口供或证言？既然有杀人的故意，还逼取口供干什么？所以，要求刑讯逼供、暴力取证致人死亡时具有杀人的故意，是不合适的。概言之，不能认为司法工作人员在刑讯逼供、暴力逼取证人证言过程中具有杀人故意。或许有人认为，司法工作人员在刑讯逼供、暴力逼取证人证言过程中完全可能具有伤害故意，故就致人伤残而言，属于注意规定。但是，在同一规定中，将致人伤残视为注意规定，将致人死亡视为法律拟制，是存在疑问的。

第四，刑法理论上的更多观点，是将刑法第 247 条后段的规定理解为所谓转化犯。亦即，刑讯逼供、暴力取证致人伤残、死亡，是指由刑讯逼供罪、暴力取证罪转化为故意伤害罪、故意杀人罪。^②但是，这种观点实际上是将数罪拟制为一罪。例如，如果说行为人在实施了刑讯逼供或者暴力取证行为之后，产生了伤害故意或杀人故意，进而实施了伤害行为或者杀人行为的，原本是数罪，但根据转化犯的观点，刑法第 247 条后段规定对这种数罪仅以一罪论处。然而，不管从哪个角度来说，都不存在将数罪拟制为一罪的理由。任何解释者对任何问题得出解释结论，都需要理由，不能认为只要刑法分则条文中出现了“论处”概念，就属于所谓转化犯。在本书看来，行为人在实施刑讯逼供或者暴力取证行为的过程中或者之后，产生伤害故意或杀人故意，进而实施了伤害行为或者杀人行为的，或者在取得口供、证言之后故意伤害或者故意杀害被害人的，更应以刑讯逼供罪、暴力取证罪与故意伤害罪、故意杀人罪实行并罚，对后者应直接适用刑法第 232 条，而不得适用第 247 条。例如，朱某与郭某均为警察，二人在审查犯罪嫌疑人申某的盗窃行为时，急于索取申某的口供，首先将申某铐在院内一棵桐树上长达 2 小时。其后，将申从桐树上解下，带到郭的住宅进行讯问。因申不交代盗

① 全国人大常委会法制工作委员会刑法室：《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》，505～506 页，北京，北京大学出版社，2009。

② 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），4 版，935 页，北京，中国方正出版社，2010。

窃事实，朱极为气愤，再三喝令申如实交代，并令申跪下，给申戴上背铐（第一阶段）。与此同时，二人还用约60厘米长、直径约2厘米的竹棍打申的胸部，刑讯长达30余分钟。申由于受刑不过，一头栽倒在地，经医院抢救无效死亡（第二阶段）。经鉴定，申系某外力作用致使颈椎第四、五椎体骨折，颈髓三、四、五、六硬脊膜外血肿，高位截瘫，继发肺部感染，呼吸衰竭而死亡。一种观点认为，“这种情形构成想象竞合犯，行为人的行为同时符合刑讯逼供罪与过失致人死亡（或故意伤害罪的加重犯）两个犯罪构成，按照想象竞合犯的处断原则应从一重罪即‘过失致人死亡罪’（或故意伤害罪的加重条款）定罪量刑。”^①在司法实践中，一般也将这类案件认定为故意伤害（致死）罪。可是，如果仅将朱某、郭某的行为认定为故意伤害罪，实际上意味着将数罪认定为一罪。在本案中，第一阶段的行为就已经构成刑讯逼供罪；第二阶段的行为虽然也是出于逼取口供的动机，但其行为明显属于伤害行为，并且具有伤害的故意。即使否认刑法第247条属于法律拟制，对此，也应直接适用刑法第247条前段与刑法第234条第2款的规定，实行数罪并罚，而不必引用刑法第247条后段的规定。根据本书的观点，由于刑法第247条后段的规定属于法律拟制，在刑讯逼供致人死亡的情况下，即使行为人仅具有伤害的故意，也应拟制为故意杀人罪。所以，对朱某与郭某的行为应以非法拘禁罪或刑讯逼供罪（第一阶段）与故意杀人罪（第二阶段）实行数罪并罚。

第五，行为人实施刑讯逼供、暴力取证、体罚虐待被监管人的行为，并致人伤残或者死亡的，在法益侵害上与故意伤害罪、故意杀人罪没有明显差异，故将本规定解释为法律拟制，具有实质的合理性。从责任层面来说，法律拟制并没有肯定严格责任，只是将过失拟制为故意。过失与故意的非难可能性虽然存在区别，但二者只是两种不同的责任形式。概言之，法律拟制并没有违反责任主义。

第六，本规定与第234条、第232条在内容上存在区别，即没有像第234条、第232条那样写明“故意伤害”、“故意杀人”，只有解释为法律拟制，才使本规定具有意义。

（四）第253条第2款

刑法第253条第1款规定：“邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁

^① 王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），4版，936页，北京，中国方正出版社，2010。

弃邮件、电报的，处二以下有期徒刑或者拘役。”第2款规定：“犯前款罪而窃取财物的，依照本法第二百六十四条的规定定罪从重处罚。”概言之，邮政工作人员在私自开拆或者隐匿、毁弃邮件的过程中，窃取财物的，应认定为盗窃罪。

旧刑法将本罪规定在渎职罪中（第191条），并规定邮政工作人员犯本罪而窃取财物的，以贪污罪从重处罚。显然，旧刑法第191条第2款的规定属于注意规定。因为邮政工作人员符合贪污罪主体的条件；私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪属于渎职罪，故行为人必须利用职务上的便利（即使没有写明也应如此解释），邮政工作人员窃取财物的行为当然也利用了职务上的便利；旧刑法第81条第2款也规定：“在国家、人民公社、合作社、合营企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论”，所以，邮政工作人员私自开拆、隐匿、毁弃邮件而窃取财物的行为，完全符合贪污罪的构成要件。即使旧刑法第191条没有第2款的规定，对该行为也应认定为贪污罪。所以，旧刑法第191条第2款的规定属于注意规定。

但现行刑法将私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪，规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章中，而且条文中没有明文规定必须“利用职务上的便利”，同时将旧刑法中的“依照……贪污罪从重处罚”改为依照盗窃罪定罪处罚。如果认为，邮政工作人员私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报并窃取财物的行为，根本不符合贪污罪的构成要件，那么，刑法第253条第2款的规定，当然属于注意规定。如果认为，邮政工作人员私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报并窃取财物的行为，原本符合贪污罪的构成要件，那么，刑法第253条第2款的规定，当然属于法律拟制。所以，问题的关键在于：如何理解私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪的性质（要害在于是否需要利用职务上的便利）以及邮件的性质（由谁占有）。对此，解释者可以设想许多答案：

第一，本罪需要利用职务上的便利，尽管行为人的行为完全符合贪污罪的构成要件，但刑法依然规定以盗窃罪论处。所以，第2款属于法律拟制，即将贪污行为赋予盗窃罪的法律后果。

第二，本罪不需要利用职务上的便利，只需要利用工作的方便条件，但不排除行为人利用职务上的便利；行为人窃取财物的行为没有利用职务上的便利时，符合盗窃罪的构成要件，此时，第2款属于注意规定；行为人窃取财物的行为利用了职务上的便利时，符合贪污罪的构成要件，但第2款规定只能认定为盗窃罪，此时，第2款属于法律拟制。

第三，本罪不需要利用职务上的便利，只需要利用工作的方便条件，但不排除行为人利用职务上的便利；行为人窃取财物的行为没有利用职务上的便利时，符合盗窃罪的构成要件，此时，第2款属于注意规定；行为人窃取财物的行为利用了职务上的便利时，符合贪污罪的构成要件时，应当认定为贪污罪，否则会造成处罚的不公平，所以，第2款属于注意规定。

第四，由于邮件属于封缄物，封缄物的内容仍由寄送人占有，但封缄物整体由邮政工作人员占有，所以，邮政工作人员私自开拆、毁弃他人邮件，从而窃取封缄物的内容的，属于窃取他人占有的财物，成立盗窃罪，此时，第2款属于注意规定；但是，如果行为人侵占了封缄物整体，则是利用职务上的便利将自己占有的公共财物转移为自己所有的财物（或者说，只要行为人利用职务上的便利占有了封缄物整体，就应认为其利用职务上的便利窃取了内容物，而此内容物属于公共财物），本应成立贪污罪，但第2款规定以盗窃罪论处，此时，第2款属于法律拟制。

第五，由于邮件属于封缄物，封缄物的内容仍由寄送人占有，但封缄物整体由邮政工作人员占有，所以，邮政工作人员私自开拆、毁弃他人邮件，从而窃取封缄物的内容的，属于窃取他人占有的财物，当然成立盗窃罪，于是，第2款属于注意规定；但是，如果行为人侵占了隐匿封缄物整体，则是利用职务上的便利将自己占有的公共财物转移为自己所有的财物（或者说，只要行为人利用职务上的便利占有了封缄物整体，就应认为其利用职务上的便利窃取了内容物，而此内容物属于公共财物），不适用第2款的规定，应当成立贪污罪，否则造成处罚的不公平，也与相关规定有矛盾，所以，第2款属于注意规定。

此外，如果对封缄物的占有持不同看法，还可能得出其他解释结论。从刑法的正义性考察，上述第三种和第五种解释具有合理性。

（五）第265条

刑法第264条规定了盗窃罪，第265条规定：“以牟利为目的，盗接他人通信线路、复制他人电信码号或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。”本条规定的对象可谓无体物。如果说本条属于法律拟制，那便意味着，盗窃无体物的行为原本不符合盗窃罪的构成要件，只因刑法做出拟制规定，将该行为赋予盗窃罪的法律效果；但盗窃第265条规定之外的其他无体物的，因为没有法律拟制规定，所以不得认定为盗窃罪。如果说本条属

于注意规定，那便意味着，盗窃罪的对象原本包括无体物，本条只是提醒司法工作人员注意而已，因此，行为人盗窃其他无体物的，也成立盗窃罪。这是国外刑法理论长期争论的问题。

众所周知，德国、日本等国的民法，都明文将“物”或“财物”限定为有体物，而刑法一般没有对“物”与“财物”做出解释性规定；可在20世纪初，德国、法国、日本都相继发生窃电案件，在当时电费昂贵的情况下，是否将窃电行为以盗窃罪论处，成为人们关注的话题。法国与日本都将窃电行为认定为盗窃罪，但德国法院却认为电不属于刑法上的财物，如果将窃电行为认定为盗窃罪，则属于违反罪刑法定主义的类推解释，因而拒绝将窃电行为认定为犯罪。于是，德国刑法后来在财产犯罪中将消耗他人电能规定为独立的犯罪，而日本刑法分则则在規定盗窃与抢劫罪的第36章设置“就本章犯罪，电气也视为财物”的规定（第245条），该规定同时适用于诈骗罪、背任罪、恐吓罪与侵占罪。于是，问题暴露出来了：日本刑法第245条是注意规定还是法律拟制？如果是前者，行为人盗窃、抢劫、诈骗、侵占电气之外的无体物的，也成立相应的犯罪；如果是后者，行为人盗窃、抢劫、诈骗、侵占电气之外的无体物的，便不成立任何犯罪。问题的实质当然是，电以外的无体物是否值得作为财物予以刑法上的保护？

团藤重光、福田平、大塚仁等学者，根据日本大审院在旧刑法时代就电气盗窃所作的有罪判决^①，认为刑法上作为盗窃对象的财物，没有限定为有体物的必然性，只要有可动性与管理可能性就可以了。因此，电气、热等能源都可以成为盗窃罪的对象。日本刑法第245条的规定属于注意规定，即除了电气之外，盗窃其他无体物的行为，也成立盗窃罪。^②

但是，现在日本的权威学者们都主张有体物说，即认为日本刑法第245条属于法律拟制或例外规定。如西田典之教授指出，诚然，如果对财物概念做目的论解释，也不可否认管理可能性说具有合理性。但是，基于以下理由，应当认为这种见解不妥当：第一是第245条的文言。该规定是因为在上述电气盗窃案件以后仍然存在有力的反对说而设置的，“电气

① 参见日本大审院1903年5月12日判决，载日本《大审院刑事判决录》第9辑，874页。

② 参见〔日〕团藤重光：《刑法纲要各论》，3版，548页，东京，创文社，1990；〔日〕福田平：《全订刑法各论》，3版，214页，东京，有斐阁，1996；〔日〕大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，172页，东京，有斐阁，2005。

视为财物”的表述，是以电气不是财物为前提的。第二，管理可能性说的界限极不明确，违反了罪刑法定主义。根据该说，只有管理可能性是财物的要件，因此，不仅对电气、热、水力、放射线、牛马的牵引力这样的能源的不正当利用构成盗窃罪，而且擅自观看戏剧、无票乘车、擅自使用电话，进而侵害债权、不当取得情报等行为都成立盗窃罪，因为剧场、电车、电话、债权、情报等，都具有物理的或者事务的管理可能性。但是，这样的解释结论与日本现行刑法不处罚盗窃利益的立场相违背。正因为如此，管理可能性说不得不进行各种限定，但各种限定也不具有合理性。因此，日本刑法第 245 条不是注意规定、而是法律拟制，无体物中，只有电气才能成为财产罪对象，其他无体物不能成为财产罪对象。^①

联系我国的立法体例与司法实践，本书倾向于将我国刑法第 265 条解释为注意规定，因此，盗窃无体物的，也可能成立盗窃罪。首先，刑法第 265 条并没有采取像日本刑法第 245 条那样的表述方式，即并非规定“电信码号视为财物”。其次，日本刑法在规规定抢劫罪、诈骗罪、敲诈勒索罪时，明确将财物与财产上的利益作为对象，但盗窃罪仅限于财物而不包括财产上的利益，即不处罚盗窃利益行为。如果将刑法没有明文规定的无体物作为盗窃罪的对象，就有可能导致处罚盗窃利益，因而违反罪刑法定原则。但我国刑法并没有将无体物排除在侵犯财产罪的对象之外；随着社会的发展，许多无体物的经济价值越来越明显，无体物虽然无体，但可以对之进行管理，也可以成为所有权的对象，故应成为侵犯财产罪的对象。不仅如此，我国刑法也没有严格将财产上的利益排除在“财物”概念之外，因而在某些犯罪中，作为对象的“财物”仍有可能包含财产上的利益。因为财产性利益也应受到刑法保护，故在某些情况下能够成为侵犯财产罪的对象。例如，欺骗债权人，使之免除自己债务的，应以诈骗罪论处。事实上，在许多情况下，侵犯财产罪不仅侵犯了作为具体财物的所有权，而且侵犯了财物所孳生或具有的经济利益，这也说明了刑法上的财物不限于有体物，而应包括有体物、无体物

① 参见 [日] 西田典之：《刑法各论》，5 版，137～138 页，东京，弘文堂，2010。另参见 [日] 平野龙一：《刑法概说》，200 页，东京，东京大学出版会，1977；[日] 大谷实：《刑法讲义各论》，新版第 2 版，175 页，东京，成文堂，2007；[日] 町野朔：《刑法各论の现在》，96 页，东京，有斐阁，1996；[日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，173 页，东京，有斐阁，2010；等等。

乃至财产性利益。商标权、专利权、著作权、商业秘密等实际上是无形财产，但由于侵犯这些权利的犯罪主要是一种不正当竞争犯罪，故刑法没有将其规定为侵犯财产罪的对象。倘若商标权、专利权等无形财产没有被刑法规定为侵犯知识产权罪的对象，它们仍然可能成为侵犯财产罪的对象。所以，将无体物乃至将财产上的利益解释为侵犯财产罪的对象，并不违反罪刑法定原则（当然，这并不意味着无体物与财产上的利益可以成为任何财产犯罪的对象）。最后，我国司法实践事实上也将无体物作为盗窃罪的对象。如司法解释认为“盗窃的公私财物，包括电力”^①。在司法实践中（即使在旧刑法时代），对盗打电话的行为一直以盗窃罪论处；而盗打电话所取得的只是财产性利益。^②

既然我国刑法中的“财物”包含无体物甚至在某些情况下包含财产上的利益，既然无体物也可能被盗窃，因而也需要刑法保护，那么，刑法第 265 条就不是法律拟制，而是注意规定。因此，对于实践中所发生的盗窃其他无体物的行为，理当认定为盗窃罪，而不能以法无明文规定为由宣告无罪。

（六）第 267 条第 2 款

刑法第 267 条第 2 款规定：“携带凶器抢夺的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚”。如果认为本款属于注意规定，则只有当携带凶器抢夺的行为完全符合抢劫罪的构成要件时，才能将该行为认定为抢劫罪。如果认为本款属于法律拟制，则只要行为符合“携带凶器抢夺”的规定，就应认定为抢劫罪。

本书认为，本规定属于法律拟制，而非注意规定。即只要行为人携带凶器抢夺的，就以抢劫罪论处，而不要求行为人使用暴力、胁迫或者其他方法。首先，虽然刑法同时规定了抢劫罪与抢夺罪，但对于这两个犯罪的区别，在理论上没有特别的争议，在实践上不存在难以分辨的现象，刑法完全没有必要设置注意规定。其次，刑法所规定的是“携带”凶器抢夺，携带凶器与使用凶器具有明显区别；易言之，携带凶器抢夺原本并不符合刑法第 263 条规定的抢劫罪的构成要件。如果没有刑法第 267 条第 2 款的规定，司法机关对携带凶器抢夺的行为，只能认定为抢夺罪。在这种情况下，刑法仍然规定对携带凶器抢夺的行为以抢劫罪论

① 最高人民法院 1997 年 11 月 4 日《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条。

② 参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，13 页以下，北京，清华大学出版社，2006。

处，就说明本款属于法律拟制，而非注意规定。之所以设立该规定，是因为抢夺行为虽然是一种突然的对物暴力，但被害人当场就会发现被抢夺的事实，而且在通常情况下会要求行为人返还自己的财物；而行为人携带凶器抢夺的行为，客观上为自己抗拒抓捕、窝藏赃物创造了便利条件，再加上行为人主观上具有使用凶器的意识，使用凶器的盖然性非常高，从而导致其行为的危害程度与抢劫罪没有实质区别。联系盗窃罪来考虑，也能说明这一点。刑法修订草案曾规定，对于携带凶器盗窃的，以抢劫罪论处，但这一方案遭到了反对并被删除。因为即使行为人携带凶器盗窃，甚至具有及时使用凶器的意识，但由于盗窃行为通常是秘密的，较少遭受被害人的反抗，较少面临被害人夺回财物的状态，故使用凶器的可能性小。既然如此，将携带凶器盗窃的行为认定为抢劫罪就不具有合理性。可见，主观上具有使用凶器的意识，客观上使用凶器的盖然性高，因而导致携带凶器抢夺的行为与抢劫罪的危害程度没有明显差异。但是，携带凶器抢夺的行为，并不符合刑法第 263 条所规定的抢劫罪的构成要件，故需要设置第 267 条第 2 款的规定。再者，这种规定可以解决一些疑难问题。例如，行为人为了抢劫而携带凶器，但在现场只实施了抢夺行为，这便存在如下问题：是只认定为抢夺罪，还是认定为抢劫（预备）罪与抢夺罪的竞合，抑或数罪？对此，德国刑法的解决方法是将携带凶器盗窃的行为规定为独立的犯罪，并规定了较普通盗窃罪高的法定刑（参见德国刑法第 244 条）。德国刑法没有规定抢夺罪，对于抢夺行为通常以盗窃罪处理。^① 但行为人或者其他参与人在实施盗窃时携带凶器或者其他危险工具的，或者携带其他工具，意图以暴力或者暴力威胁阻止或制服被害人反抗的，成立携带凶器盗窃罪。这一规定便解决了上述问题。^② 我国刑法规定将携带凶器抢夺的行为以抢劫罪论处，也可以解决上述问题，只是解决方式不完全相同而已。

由于刑法第 267 条第 2 款属于法律拟制，故只能按照“携带凶器抢夺”的文字表述解释其含义，确定其构成要件，而不能按照抢劫罪的规定解释该款规定的内容。

所谓“携带”，是指在从事日常生活的住宅或者居室以外的场所，

① 但对少数抢夺行为也可能认定为抢劫罪。例如，行为人使用行驶中的机动车抢夺他人财物的，一般被认定为抢劫罪。

② 我国台湾地区“刑法”将携带凶器抢夺规定为抢夺罪的加重情节，也不失为一种解决方法。

将某种物品带在身上或者置于身边附近，将其置于现实的支配之下的行为。携带是持有的一种表现形式。持有只要求是一种事实上的支配，而不要求行为人可以时时刻刻地现实上予以支配；携带则是一种现实上的支配，行为人随时可以使用自己所携带的物品。手持凶器、怀中藏着凶器、将凶器置于衣服口袋、将凶器置于随身的手提包等容器中的行为无疑属于携带凶器。此外，使随从者实施这些行为的，也属于携带凶器。例如，甲使乙手持凶器与自己同行，即使由甲亲手抢夺丙的财物，也应认定甲的行为是携带凶器抢夺。^① 携带行为通常可能出现两种情况：一是行为人事先准备好了凶器，出门后便一直携带，然后伺机抢夺；二是行为人在抢夺之前于现场或现场附近获得凶器（如捡起路边的铁棒等），然后乘机抢夺。

本书认为，携带凶器应具有随时可能使用或当场能够及时使用的特点，即具有随时使用的可能性。但是，不要求行为人显示凶器（将凶器暴露在身体外部），也不要求行为人向被害人暗示自己携带着凶器。因为从用语来看，“携带”（物品）一词并不具有显示、暗示物品的含义；从构成要件符合性方面来看，显示或者暗示自己携带凶器进行抢夺的行为，本身就on能完全符合普通抢劫罪的构成要件；从实质上看，这种行为比当场扬言进行暴力威胁的抢劫行为，在危害程度上有过之而无不及。如果将携带凶器抢夺限定为必须显示或者暗示自己携带着凶器而抢夺，刑法第 267 条第 2 款就丧失了法律拟制的意义。再者，抢夺行为通常表现为乘人不备而夺取财物，既然是“乘人不备”，通常也就没有显示或者暗示凶器的现象。基于同样的理由，携带凶器更不要求行为人使用所携带的凶器。如果行为人使用所携带的凶器强取他人财物，则完全符合抢劫罪的构成要件，应直接适用刑法第 263 条的规定；行为人在携带凶器而又没有使用凶器的情况下抢夺他人财物的，才应适用第 267 条第 2 款的规定。所谓没有使用凶器，应包括两种情况：一是没有针对被害人使用凶器实施暴力；二是没有使用凶器进行胁迫。如果行为人携带凶器并直接针对财物使用凶器进而抢夺的，则仍应适用刑法第 267 条第 2 款。例如，行为人携带管制刀具尾随他人，乘他人不注意时，使用管制刀具将他人背着背包带划断，取得他人背包及其中财物的，应适用刑法第 267 条第 2 款，而不能直接适用刑法第 263 条的规定。

^① 以乙在现场为前提，但不以乙与甲具有共同故意为前提。

携带凶器抢夺以行为人具有使用凶器的意识为必要。由于性质上的凶器属于违禁品，故携带者通常具有使用的意识，不会产生认定上的困难。而用法上的凶器是可能用于杀伤他人的物品，如果行为人已经使用所携带的菜刀、铁棒、石块等杀伤他人或者威胁他人，这些物品肯定属于凶器。^①但如上所述，在携带凶器抢夺的场合，行为人并没有使用所携带的物品；要认定行为人所携带的物品属于凶器，还得从主观方面加以认定，即要求行为人具有准备使用的意识。准备使用的意识应当包括两种情况：一是行为人在抢夺前为了使用而携带该物品。二是行为人出于其他目的携带可能用于杀伤他人的物品，在现场意识到自己所携带的是凶器进而实施抢夺行为。反之，如果行为人并不是为了违法犯罪而携带某种物品，实施抢夺时也没有准备使用的意识，则不宜适用刑法第267条第2款。

（七）第292条第2款

刑法第292条规定了聚众斗殴罪，第2款规定：“聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。”这一规定的性质也需要研究。

江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅2002年10月25日《关于办理涉枪涉爆、聚众斗殴案件具体应用法律若干问题的意见》指出：“聚众斗殴致人重伤、死亡的，在适用《刑法》第234条和第232条时，要结合案件具体情况，对照故意伤害和故意杀人两个罪名的具体犯罪构成来认定，不能简单地以结果定罪。行为人具有杀人故意，实施了杀人行为，即使仅造成被害人重伤的，也可以依照《刑法》第232条定罪处罚；行为人仅具有伤害故意，造成被害人死亡的，应依照《刑法》第234条定罪处罚。行为人对杀人和伤害后果均有预见，并持放任态度的，也可以结果定罪。”^②这一意见显然是将刑法第292条第2款理解为注意规定。

笔者倾向于认为，本款属于法律拟制。因为“斗殴”一词明显不包含杀人的情形（能否包含重伤的故意，也还值得研究），当人们用相互斗殴形容某种事态时，显然不是指相互残杀。换言之，既然是“斗殴”，

① 性质上的凶器，是指枪支、管制刀具等本身用于杀伤他人的器具。用法上的凶器，是指从使用的方法来看，可能用于杀伤他人的器具。如家庭使用的菜刀，用于切菜时不是凶器，但用于或将要用于杀伤他人时则是凶器。

② 转引自游伟主编：《华东刑事司法评论》，第四卷，323页，北京，法律出版社，2003。

行为人主观上便没有杀人的故意，客观上也不得是杀人行为；如果行为人具有杀人的故意与行为，就理当直接适用刑法第 232 条，刑法第 292 条便完全没有设置第 2 款的必要。第 292 条第 2 款的文言，明显属于法律拟制的表述，即只要聚众斗殴致人重伤、死亡，就应认定为故意伤害罪、故意杀人罪。聚众斗殴致人重伤、死亡的法益侵害性，与故意伤害、故意杀人罪的法益侵害性相同，因而具有将其解释为法律拟制的实质根据。刑法第 292 条第 1 款的情节加重犯中，并没有规定聚众斗殴致人重伤、死亡的结果加重犯。如果认为本款属于注意规定，那么，便形成了一个不公平“空挡”：聚众斗殴中故意杀人的，按故意杀人罪论处；聚众斗殴行为人过失造成死亡结果的，由于不符合第 292 条第 1 款的情节加重犯的条件，只能适用基本犯的法定刑（3 年以下有期徒刑、拘役或者管制）；虽然能够同时认定该行为触犯了过失致人死亡罪，但由于只有一个行为，结局只能按触犯的重罪（过失致人死亡罪）定罪处罚。这便形成明显的不公平现象：多次聚众斗殴、持械聚众斗殴等行为，即使没有造成人员轻伤，也应判处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，而聚众斗殴致人死亡时，只要对死亡没有故意，反而只能按过失致人死亡罪论处，最高刑为 7 年有期徒刑。或许人们可以提出一个补救办法：对聚众斗殴致人重伤、死亡的，以故意伤害（重伤、致死）罪论处，分别适用 3 年以上 10 年以下有期徒刑与 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，这便没有不公平的现象。这样解释的结局，在处刑上与将第 292 条第 2 款解释为法律拟制的结局是相同的，但是，这显然与刑法分则条文对暴力犯罪的情节加重犯规定中都包含致人重伤、死亡的立法例不协调。依本书之见，刑法第 292 条第 1 款之所以没有在情节加重犯中规定致人重伤、死亡的情形，就是考虑到有第 2 款的拟制规定。

当然，鉴于聚众斗殴的特殊性，根据首要分子承担刑事责任的原则，只应对直接造成重伤、死亡的斗殴者和首要分子认定为故意伤害罪、故意杀人罪，对其他积极参与者依然认定为聚众斗殴罪；在不能查明死亡原因的情况下，也不宜将所有的斗殴者均认定为故意伤害罪、故意杀人罪，但对首要分子可以故意伤害罪、故意杀人罪论处。诚然，这样的限制或许缺乏明文的法律根据，因为刑法第 292 条对首要分子与积极参加者规定了完全相同的法定刑。但是，一方面，从刑法总则第 26 条规定的精神来看，首要分子与积极参加者承担责任的范围并不完全相同，前者的责任范围宽于后者的责任范围。所以，做出上述限制也具有实质的法律理由。另一方面，如果不作上述限制，那么，在一人死亡的

情况下，斗殴双方的所有积极参加者都成立故意杀人罪，这有悖于刑法的谦抑性。

（八）第 382 条第 2 款

接下来要讨论的是，刑法第 382 条第 2 款是属于注意规定还是拟制规定。该款规定：“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。”如果说本款属于注意规定，意味着受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，原本就属于国家工作人员，因此，这些人员利用职务上的便利挪用所管理、经营的国有资金的，应认定为挪用公款罪；如果说本款属于法律拟制，则意味着受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，原本不属于国家工作人员，之所以对其行为以贪污罪论处，是法律的拟制，即将原本并不属于贪污罪的行为赋予贪污罪的法律效果。

最高人民法院 2000 年 2 月 16 日《关于对受委托管理、经营国有财产人员挪用国有资金行为如何定罪问题的批复》指出：“对于受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用国有资金归个人使用构成犯罪的，应当依照刑法第二百七十二第一款的规定定罪处罚。”显然，该《批复》认为刑法第 382 条第 2 款属于法律拟制，由于第 384 条没有类似的拟制规定，所以对上述挪用国有资金的行为，以挪用资金罪论处。

本书认为，刑法第 382 条第 2 款属于注意规定。其中的关键是如何理解刑法第 93 条关于国家工作人员的规定，以及如何认定“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员”的性质。

按照上述《批复》的含义，受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的人员，可以分为两类：一类是受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的国家工作人员；另一类是受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的非国家工作人员。据此，是否是国家工作人员，与行为人是否“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产”没有关系。但笔

者不同意这一观点。

《批复》与相关规定存在不协调之处。例如，全国人大常委会 2002 年 12 月 28 日《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》规定：“在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，在代表国家机关行使职权时，有渎职行为，构成犯罪的，依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任。”应当认为，该规定实际上是对“国家机关工作人员”的解释。根据这一解释精神，只要是行使国家机关职权的人员，就属于国家机关工作人员。而国家工作人员的范围宽于国家机关工作人员，联系刑法第 93 条的规定来考虑，国有公司、企业中管理、经营国有资产的人属于国家工作人员；同样，受国有公司、企业等国有单位委托管理、经营国有资产的人员，也应属于国家工作人员。

事实上，最高人民法院与最高人民检察院的其他司法解释也坚持了这一立场。例如，最高人民法院 2000 年 9 月 19 日《关于未被公安机关正式录用的人员、狱医能否构成失职致使在押人员脱逃罪主体问题的批复》指出：“对于未被公安机关正式录用，受委托履行监管职责的人员，由于严重不负责任，致使在押人员脱逃，造成严重后果的，应当依照刑法第四百条第二款的规定定罪处罚。不负监管职责的狱医，不构成失职致使在押人员脱逃罪的主体。但是受委派承担了监管职责的狱医，由于严重不负责任，致使在押人员脱逃，造成严重后果的，应当依照刑法第四百条第二款的规定定罪处罚。”再如，最高人民检察院 2001 年 3 月 2 日《关于工人等非监管机关在编监管人员私放在押人员和失职致使在押人员脱逃行为适用法律问题的解释》指出：“工人等非监管机关在编监管人员在被监管机关聘用受委托履行监管职责的过程中私放在押人员的，应当依照刑法第四百条第一款的规定，以私放在押人员罪追究刑事责任；由于严重不负责任，致使在押人员脱逃，造成严重后果的，应当依照刑法第四百条第二款的规定，以失职致使在押人员脱逃罪追究刑事责任。”这两个司法解释表明，只要行为人所从事的事务原本属于国家机关工作人员从事的事务，那么，就属于国家机关工作人员。基于同样的理由，只要行为人所从事的事务原本属于国家工作人员从事的事务，那么，就属于国家工作人员。管理、经营国有资产，原本属于国家工作人员的事务，当行为人受委托行使管理、经营国有资产的权力时，他便

属于国家工作人员。既然如此，刑法第 382 条第 2 款所规定的“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员”当然属于国家工作人员，立法者只是担心司法机关将他们的贪污行为认定为职务侵占罪，所以做出了注意规定。

或许是因为刑法第 382 条第 2 款使用了“受……委托”的表述，而没有像刑法第 93 条第 2 款那样使用“委派”一词，《批复》将第 382 条第 2 款解释为法律拟制。但是，试图区分“被委派”与“受委托”，进而区分是否是国家工作人员，并非一条理想途径。因为，一方面，在现行体制下，难以甚至不可能对“被委派”与“受委托”做出区分。例如，倘若将上述最高人民法院 2000 年 9 月 19 日《关于未被公安机关正式录用的人员、狱医能否构成失职致使在押人员脱逃罪主体问题的批复》的前一句中的“受委托”改为“被委派”，将后一句中的“受委派”改为“受委托”，也不会使含义发生变化。再如，最高人民检察院 2000 年 4 月 24 日《关于以暴力、威胁方法阻碍事业编制人员依法执行行政执法职务是否可对侵害人以妨害公务罪论处的批复》指出：“对于以暴力、威胁方法阻碍国有事业单位人员依照法律、行政法规的规定执行行政执法职务的，或者以暴力、威胁方法阻碍国家机关中受委托从事行政执法活动的事业编制人员执行行政执法职务的，可以对侵害人以妨害公务罪追究刑事责任。”据此，受委托从事行政执法职务的人，也是国家机关工作人员。倘若将其中的“受委托”改为“被委派”，也不会存在疑问。这说明，从字面上或形式上纠缠“受委派”与“受委托”的区别是不明智的。另一方面，根据刑法第 93 条的精神以及上述立法解释与司法解释的规定，行为人是否是国家工作人员，不是取决于形式上是“被委派”还是“受委托”，而是取决于实质上是否“依法从事公务”。由于刑法第 93 条对国家工作人员做出了扩张的解释性规定，所以，不能将公务限定为国家机关事务、行使国家权力的事务、行政管理事务等等，否则便与刑法第 93 条将国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员规定为国家工作人员相冲突。“依照法律”中的“法律”是指广义的法律，而限于狭义的法律，依照法律实质上就是依法的含义；它是指行为人的任用、地位、职务、公务行为等具有法律上的根据。“从事公务”，是指从事国家机关、公共机构或者其他法定的公共团体的事务。公务关系到多数人或不特定人的利益，所以，仅与特定个别人或者少数人相关的事务，不叫公务；公务是具有裁量性、判断性、决定性的事务，因此，单纯的机械性、体力性的活动，不是公务；公务是由国家机关或

者其他法定的公共机构或者公共团体（如国有企业、事业单位、人民团体等）组织或者安排的事务，显然，公民自发从事的公益性活动，不属于公务。如果这样来考虑，那么，受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，就属于依照法律从事公务的人员，因而符合刑法第 93 条规定的国家工作人员的条件，其利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国家财物的，完全符合贪污罪的构成要件。所以，第 382 条第 2 款并没有将不符合贪污罪构成要件的行为赋予贪污罪的法律效果，因而不属于法律拟制。

由于第 382 条第 2 款属于注意规定，所以，对于相同主体实施的其他犯罪，即使对此没有设立注意规定，也应认定为国家工作人员犯罪。例如，受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，挪用国有资金的，应认定为挪用公款罪，而不能认定为挪用资金罪。受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，应认定为受贿罪。

（九）第 382 条第 3 款

全国人大常委会 1988 年 1 月 21 日《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》分别就贪污罪、受贿罪的共犯作了明确规定。其第 1 条第 2 款指出：“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员相勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”第 4 条第 2 款写道：“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员相勾结，伙同受贿的，以共犯论处。”不言而喻，两处的“以共犯论处”意指以贪污罪的共犯论处和以受贿罪的共犯论处。可是，1997 年修订后的现行刑法只是保留了贪污罪的共犯规定，删除了关于受贿罪共犯的表述。于是有人认为，“修订后的刑法已取消内外勾结的受贿罪共犯，修订后的刑法施行后，对非国家工作人员勾结国家工作人员，伙同受贿的，不能以受贿罪共犯追究其刑事责任。”^① 这种观点（以下简称否定说）在司法实践中造成的消极后果已经发展到令人惊讶的严重程度^②，

① 王发强：《内外勾结的受贿罪共犯是否已被取消》，载《人民法院报》，1998-08-13，3 版。

② 例如，有的法院对于检察机关起诉的联防队员与警察共同刑讯逼供致人死亡的案件，也只认定警察的行为构成犯罪，而将联防队员作无罪处理。理由是，刑法第 247 条没有像第 382 条第 3 款那样的规定。

正本清源实属当务之急。不难发现，此处的关键在于如何理解刑法第382条第3款的性质，即澄清该款属注意规定还是属法律拟制。

如前所述，区分法律拟制与注意规定的基本意义，在于明确该规定是否修正或补充了基本规定，是否导致将不同的行为等同视之。如果说刑法第382条第3款属于法律拟制，则意味着一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪时，原本并不成立共同犯罪；因此，对于一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪的，只要没有这种拟制规定，就不得认定为共犯；由于规定受贿罪的第385条没有设置这样的拟制规定，故一般主体与国家工作人员相勾结伙同受贿的，不得以受贿罪的共犯论处；否定说便是由此形成的。但是，如果说该款只是注意规定，则意味着一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪时，根据总则规定原本构成共同犯罪；所以，不管分则条文中有无这一注意规定，对一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪的，均应认定为共犯；故一般主体与国家工作人员相勾结伙同受贿的，应以受贿罪的共犯论处。

本书以为，刑法第382条第3款属于注意规定，而非法律拟制。要形成这一结论，就得证明刑法总则已经存在意义相同的相关规定。换言之，必须证明，根据刑法总则关于共同犯罪的规定，完全可以得出“一般主体与特殊主体共同故意实施以特殊身份为要件的犯罪的，应认定为共犯”的结论。首先，刑法在总则中设立共犯规定的原因之一，就是刑法分则所规定的主体均为实行犯，所以，刑法分则所规定的国家工作人员等特殊主体仅就实行犯而言；至于教唆犯与帮助犯，则完全不需要特殊身份。其次，虽然我国刑法没有像日本刑法第65条那样就身份犯的共犯做出规定^①，但我国刑法有关共犯人的规定已经指明了这一点。例如，刑法第29条第1款前段规定：“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。”这表明，只要被教唆的人犯被教唆的罪，教唆犯与被教唆犯就构成共犯。刑法第27条第1款规定：“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。”单个犯罪无所谓主从犯，从犯只能存在于共同犯罪之中；这证明，起帮助作用的人，也与被帮助的人成立共犯。当然，帮助犯也可能是胁从犯，但第28条的规定说明，胁从犯也只存在于共犯之中。这三条足以表达以下含义：一般主体教唆、帮助特殊主体实施以特殊身份为构成要件的犯罪的，以共犯论处。进一步

① 日本刑法第65条第1款规定：“对于因犯罪人身份而构成的犯罪行为进行加功的人，虽不具有这种身份的，也是共犯。”

而言，即使没有刑法第 382 条第 3 款规定，对于一般公民与国家工作人员相勾结、伙同贪污的，也应当根据刑法总则的规定，以贪污罪的共犯论处。因此，刑法第 382 条第 3 款只是重申了刑法总则关于共犯的规定，或者说只是将刑法总则关于共犯的规定具体化于贪污罪的规定中，而没有增加新的内容，只能视为注意规定。最后，如果将刑法第 382 条第 3 款理解为法律拟制，那么，一般主体与特殊主体共同故意实施以特殊身份为要件的犯罪时，除贪污罪之外，一概不成立共犯；这样，刑法总则关于共同犯罪的规定几近一纸废文；总则也不能起到指导分则的作用。例如，一般公民教唆国家机关工作人员叛逃的，一般公民教唆、帮助司法工作人员刑讯逼供的，一般公民帮助在押人员脱逃的，一般公民教唆国家工作人员挪用公款的，均不成立共犯^①，而且通常只能宣告无罪。但这些结论无论如何不能得到国民的赞同。

现在必须回答的问题是，为什么现行刑法在贪污罪中保留注意规定，却删除受贿罪中的注意规定？对此也不难解释。因为贪污罪包含了利用职务之便的盗窃、骗取、侵占等行为，而一般主体与国家工作人员相勾结、伙同贪污时，一般主体的行为也符合盗窃罪、诈骗罪、侵占罪的构成要件；刑法第 382 条第 3 款的注意规定，是为了防止司法机关将贪污共犯认定为盗窃、诈骗、侵占等罪。刑法就受贿罪取消注意规定，是因为基本上不存在将受贿共犯认定为其他犯罪的问题；刑法对其他特殊主体的犯罪没有设置类似的注意规定，也是因为基本上不存在类似问题，因而没有提醒的必要。刑法具有简短的价值，没有必要、也不可能、更不应当随处设立注意规定，只有在立法者担心司法机关可能存在误解或者容易疏忽的情况下，才做出注意规定。由于教唆或者帮助受贿的行为不可能构成其他犯罪，不会引起误会，故立法者删除了原有的注意规定。

（十）第 385 条第 2 款

在分析刑法第 385 条第 2 款之前，先简单讨论修改前的刑法第 163 条第 2 款。^② 修改前的刑法第 163 条第 1 款将“利用职务上的便利”规定为公司、企业人员受贿罪的构成要件，但修改前的刑法第 163 条第 2

① 或许有人认为，因为有司法解释，所以一般公民（包括使用人）与国家工作人员构成挪用公款罪的共犯。可是，司法解释也受罪刑法定原则的约束；在学理解释上违反罪刑法定原则的结论，在司法解释上也必定违反罪刑法定原则。

② 本条于 2006 年 6 月 29 日被《刑法修正案（六）》修改。

款只是规定：“公司、企业的工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。”没有明文将“利用职务上的便利”规定为构成要件要素。于是，出现了这样的争论：公司、企业的工作人员在经济往来中，收受回扣，但没有利用职务上的便利的行为，是否成立非国家工作人员受贿罪？这也涉及刑法第163条第2款的规定是注意规定还是法律拟制的问题。

本书的看法是，刑法第163条第2款属于注意规定，亦即，在经济往来中，收受回扣的行为，只有利用了职务上的便利，才成立非国家工作人员受贿罪。因此，第一，即使第163条没有第2款的规定，对于公司、企业工作人员收受回扣的行为，也应认定为非国家工作人员受贿罪。第二，由于是注意规定，而不是对第163条第1款的特别规定与法律拟制，不是将不符合非国家工作人员受贿罪构成要件的行为拟制规定为非国家工作人员受贿罪，因此，收受回扣构成非国家工作人员受贿罪的，也必须以利用职务上的便利为前提。由于《刑法修正案（六）》对第163条第2款做出了修改，使得该款的法律性质更为明确。修改后的第163条第2款规定：“公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。”据此，收受回扣构成公司、企业、单位人员受贿罪的，必须以利用职务上的便利为前提。

但是，《刑法修正案（六）》并没有修改第385条第2款。该款规定：“国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。”该款似乎没有明文要求“利用职务上的便利”，于是存在相同的问题：国家工作人员在经济往来中，收受回扣，但没有利用职务上的便利的，是否成立受贿罪？这也涉及刑法第385条第2款是注意规定还是法律拟制的问题。或许有人认为，立法机关仅修改第163条第2款，而不修改第385条第2款，就表明后者是法律拟制。但本书认为，国家工作人员收受回扣归个人所有构成受贿罪，仍以利用职务上的便利为前提。换言之，刑法第385条第2款属于注意规定，而非法律拟制。理由如下：

第一，“国家工作人员在经济往来中”的表述，已经表明了必须利用职务上的便利。因为国家工作人员在商店为个人购买消费品或者为个人签订经济合同时，其国家工作人员的身份不具有任何意义，与普通公民为个人购买消费品或者签订经济合同没有任何区别，不能称之为“国家工作人员在经济往来中”。“国家工作人员在经济往来中”，意味着国

家工作人员基于其职务在经济往来中从事职务行为，这本身就包含了利用职务上的便利的含义。

第二，受贿罪的实质是侵害职务（行为）的不可收买性，而与职务（行为）没有任何关系的行为，不可能侵害职务（行为）的不可收买性。所谓贿赂，也是指职务（行为）的不正当报酬。所以，如果国家工作人员没有利用职务上的便利，就意味着其行为与职务没有任何关联，当然不可能侵害职务（行为）的不可收买性，因而不可能具备受贿罪的本质。所以，只有当国家工作人员收受回扣的行为利用了职务上的便利时，才可能具备受贿罪的本质，进而成立受贿罪。诚然，法律拟制可以将不同视为相同，但是，法律拟制并不是随意地将不相同视为相同。刑法之所以设置法律拟制，主要是基于两个方面的原因：形式上的理由是基于法律经济性的考虑，避免重复；实质上的理由是基于两种行为对法益侵害的相同性或相似性（危害的相当性）。因此，立法者绝非可以无限制地设立拟制规定。例如，立法者不可以将非法侵入住宅的行为拟制为盗窃罪，不可以将非法搜查的行为拟制为抢劫罪，因为各自的前者与后者对法益的侵害存在重大差异。基于同样的理由，立法者不可能将与职务没有任何关系的行为拟制为职务犯罪。所以，只有利用了职务上的便利，才可能构成受贿犯罪。

（十一）第 389 条第 2 款

经过《刑法修正案（六）》修改后的刑法第 164 条第 1 款规定：“为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”刑法第 389 条第 1 款规定：“为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，是行贿罪。”这表明，行贿罪以“为谋取不正当利益”为要件。但刑法第 389 条第 2 款规定：“在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论处。”问题是，刑法第 389 条第 2 款的规定是注意规定，还是法律拟制？这涉及的问题是，在经济往来中违反国家规定给予国家工作人员以财物，或者违反国家规定给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费，因而构成行贿罪的，是否以“为谋取不正当利益”为要件？如果认为该款是法律拟制，那么，对上述问题会做出否定回答（不以“为谋取不正当利益”为要件）；如果认为该款是注意规定，则对上述回答会得

出肯定结论（以“为谋取不正当利益”为要件）。这还牵涉到另一问题：在经济往来中，违反国家规定，给予公司、企业或者其他单位的人员以回扣的，是否成立对非国家工作人员行贿罪？如果认为刑法第 389 条第 2 款属于法律拟制，那么，由于拟制规定不能类比适用，又由于刑法第 164 条没有设立拟制规定，故在经济往来中，给予公司、企业或者其他单位人员以回扣的，不成立犯罪；如果认为刑法第 389 条第 2 款属于注意规定，那么，即使刑法第 164 条没有设置注意规定，对于在经济往来中，给予公司、企业或者其他单位人员以回扣的，只要符合刑法第 164 条第 1 款规定的构成要件，也应认定为对非国家工作人员行贿罪。

本书的看法是，刑法第 389 条第 2 款属于注意规定，而非拟制规定。

首先，虽然国外刑法以及旧中国刑法都没有将“为谋取不正当利益”作为行贿犯罪的主观要素，但我国现行刑法考虑到许多制度不健全、国民普遍“办事难”的具体情况，也为了缩小处罚范围，将“为谋取不正当利益”规定为行贿犯罪的主观要素。可是，发生在经济往来中的行贿，其法益侵害性并不必然大于（甚至很可能小于）发生在其他领域的行贿的法益侵害性。既然发生在其他领域的行贿犯罪需要以“为谋取不正当利益”为主观要素，就没有理由对发生在经济往来中的行贿犯罪取消“为谋取不正当利益”的主观要素。例如，与为了不当获取官职而行贿相比，在经济往来中给予回扣的行为的法益侵害性要小得多。既然如此，就应要求发生在经济往来中的行贿犯罪以“为谋取不正当利益”为主观要素。

其次，刑法第 391 条规定：“为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”对本条进行文理解释，可以得出“为谋取不正当利益”，既是“给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物”进而构成对单位行贿罪的主观要素，又是“在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费”进而构成对单位行贿罪的主观要素。难以认为，第 391 条罪状的前半部分是关于对单位行贿罪的典型构成要件的规定，后半部分是关于对单位行贿罪的法律拟制规定。这也能够间接说明刑法第 389 条第 2 款只是注意规定，而非法律拟制。

由于刑法第 389 条第 2 款只是注意规定，而注意规定并不改变基本规定（如刑法第 389 条第 1 款）的内容，只是对相关规定内容的重申，

即使不设置注意规定，也存在相应的法律适用根据（按基本规定处理），所以，可以得出以下两个结论：其一，在经济往来中，违反国家规定给予国家工作人员以财物，或者违反国家规定给予国家工作人员各种名义的回扣、手续费，因而构成行贿罪的，以“为谋取不正当利益”为要件。其二，为谋取不正当利益，在经济往来中，违反国家规定给予公司、企业或者其他单位人员以财物，或者违反国家规定给予公司、企业或者其他单位的人员以各种名义的回扣、手续费的，应认定为对非国家工作人员行贿罪。

或许人们认为，要求行贿犯罪以“为谋取不正当利益”为主观要素，不利于惩处商业贿赂犯罪与发生在其他领域的贿赂犯罪。诚然，如果从立法论上考虑，本书也认为可以不将“为谋取不正当利益”作为行贿犯罪的主观要素。换言之，即使为了谋取正当利益而行贿的，也宜认定为行贿罪。但是，作为解释论，在刑法明文规定将“为谋取不正当利益”作为主观要素的情况下，不能任意删除该要素，而应通过合理的解释得出妥当的结论。

首先，“为谋取不正当利益”只是一种主观要素，不要求行贿人现实上已经获得了不正当利益。换言之，“为谋取不正当利益”是一种主观的超过要素，不要求有与之相对应的客观事实。

其次，不正当利益包括非法利益，但不限于非法利益。“非法”与“不正当”并非等同概念。违反政策规定的利益、违反行业规定的利益、违反公众普遍认可的道德的利益，都可谓不正当利益，但不一定是非法利益。既然刑法使用了“不正当”利益的概念，又没有理由进一步缩小行贿犯罪的处罚范围，就不应当将“不正当利益”限制解释为“非法利益”^①。换言之，基于实质的合理性，在需要做出扩张解释的时候，解释者不应当作限制解释。

再次，不正当利益不仅包括目的不正当的利益，而且包括手段（程序）不正当的利益。换言之，通过不正当手段（程序）谋取所谓正当利益的，也属于“为谋取不正当利益”。因为任何正当利益都只能通过正

^① 最高人民法院、最高人民检察院1999年3月4日《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》第2条指出：“‘谋取不正当利益’是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件。”但是，这一规定过于缩小了“不正当利益”的范围。

当手段获得,用不正当手段获取的利益,就丧失了正当利益的性质。当然,这里的不正当手段,是指行贿以外的不正当手段,而不是将行贿本身作为不正当手段,否则刑法规定的“为谋取不正当利益”就没有任何意义了。例如,获得某种项目或资格需要经过一个月的公示,行为人具备获得该项目或者资格的条件,但为了尽快获得该项目或者资格,要求国家工作人员不经过公示给予其项目或者资格,进而向国家工作人员行贿的,就应认定为手段不正当的利益,构成行贿罪。

最后,对不正当利益应当进行具体的判断,而非抽象的判断。在一般意义上说,卖方出售商品或者劳务,都是正当的;但不能据此认为,卖方给买方回扣都是为了谋取正当利益,因而不构成行贿犯罪。相反,应当进行具体判断。例如,乙要为本公司购买50台电脑,与商店店主甲商谈。甲既不想降低价格,又希望乙购买本商店的电脑,便向乙支付回扣。如果进行抽象的判断,会认为甲是为了谋取正当利益而给付回扣,不构成对非国家工作人员行贿罪。但是,在乙可能不购买甲的电脑、可能以较低的价格购买其他商店的电脑的情况下,甲以较高的价格使乙决定购买本商店的电脑,就是一种不正当利益,应认定为对非国家工作人员行贿罪。再如,行贿人虽然符合晋级、晋升的条件,但为了使自已优于他人晋级、晋升而给予国家工作人员以财物的,也属于“为谋取不正当利益”,应认定为行贿罪。

(十二) 第394条

刑法第394条规定:“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,依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。”对本规定性质的解释不同,会影响相关案件的处理。

既然国家工作人员是在国内公务活动或者对外交往中“接受礼物”,就说明该行为本身并不具有非法性。如果国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,则应直接依照刑法第385条以受贿罪论处,完全没有必要适用第394条。所以,第394条并非将原本符合受贿罪构成要件的行为赋予贪污罪的法律效果,因而不是法律拟制。

国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物,意味着国家工作人员基于职权、职务行为而占有了礼物;依照国家规定,国家工作人员在上述场合虽然可以甚至应当接受礼物但应当交公时,就表明国

家工作人员实际上基于职权或者职务行为占有了公共财物；行为人“不交公”，意味着客观上侵吞了公共财物，主观上具有贪污的故意与非法占有目的。因此，该行为完全符合贪污罪的构成要件。既然如此，第394条便属于注意规定，因为它并没有将不符合贪污罪构成要件的行为赋予贪污罪的法律效果，只是为了使司法机关合理区分贪污罪与受贿罪，而做出了注意规定。

或许有人认为，行为人“不交公”的行为并没有利用职务上的便利，故不符合贪污罪的构成要件，因而第394条仍然属于法律拟制。其实，“利用职务上的便利”不仅在不同犯罪中具有不同的含义，而且针对同一犯罪的不同行为方式具有不同要求。以贪污为例，如果以诈骗方式非法占有公共财物，那么，由于公共财物原本由他人占有，所以，国家工作人员的骗取行为本身必须利用职务上的便利；但是，如果以侵吞（侵占）方式非法占有公共财物，那么，由于公共财物原本已由国家工作人员占有，所以，利用职务上的便利只是意味着，国家工作人员基于职权或者职务行为占有了公共财物，然后将公共财物的合法占有转变为不法所有；就将合法占有转变为不法所有的行为来说，不存在利用职务之便的问题。与国外的立法相比较，也能得出这一结论。如日本刑法没有规定贪污罪（公务员基于职务上的便利窃取、骗取财物的，仍然成立盗窃罪、诈骗罪），但规定了业务侵占罪（仅相当于我国刑法中的贪污罪与职务侵占罪中的“侵吞”行为），即“侵占在业务上由自己占有的他人的财物”的行为（日本刑法第253条）。详言之，基于业务而占有了他人的财物时，不管后来处分他人财物的行为，是否属于业务行为，都不影响业务侵占罪的成立。同样，在我国，国家工作人员基于职权、职务行为占有了本应依法交公的礼物而不交公时，就属于侵占了在职权上、职务上占有的公共财物，仅此便完全符合了“利用职务上的便利”的要件。例如，某国有公司的会计甲，外出收取了公司应得的款项后，产生非法占有的目的而携款潜逃。甲的潜逃本身与职务并没有关联，但不能否认其行为成立贪污罪，因为甲基于职务占有了国有公司的财产，因而其侵吞行为符合利用职务之便的条件。换言之，就侵吞行为而言，利用职务上便利的行为仅表现为国家工作人员基于职权、职务而占有了公共财物。

由于第394条属于注意规定，所以，对于类似的侵占行为，也应直接根据相应的法条定罪处罚。例如，非国有公司、企业或者其他单位的人员，基于职务、业务占有了应当交还单位的财物而不交还单位的，应

当认定为职务侵占罪，不得以分则第五章没有类似第 394 条的规定为由而宣告无罪。

五、相关质疑的回应

不少人对刑法中的法律拟制持怀疑乃至批评意见，下面作些回应。

批评法律拟制的最重要理由之一是，法律拟制违反了主客观相统一的原则。例如，刑讯逼供致人死亡的，在没有杀人故意时，也应认定为故意杀人罪。再如，行为人携带凶器抢夺的，原本没有抢劫的故意，但刑法第 267 条第 2 款却规定以抢劫罪论处。这便违反了主客观相统一的原则。^①

其实，所谓的主客观相统一原则，并不意味着犯罪人的主观与客观必须完全一致。事实上，在犯罪未遂、事实认识错误的场合，主观内容与客观事实都不一致，但并不一定影响犯罪的成立。例如，在故意杀人未遂时，并没有发生行为人所希望的死亡结果，主客观并不一致，但并不影响故意杀人罪的成立。再如，行为人误将甲当做乙杀害时，主客观并不一致，但依然成立故意杀人既遂。还如，目的犯的目的只是主观的超过要素，并不存在与之对应的客观事实，但不影响目的犯的成立。我国的主客观相统一的原则，实际上是国外刑法理论上的责任主义原则。即只有当行为人对其符合客观构成要件的违法行为具有可谴责性（非难可能性）时，才能追究行为人的责任。换言之，当司法机关能够将造成了危害结果的、符合构成要件的违法行为归结为行为人的“作品”时，才能追究行为人的责任。但这并不意味着行为人在任何犯罪中都必须认识到自己行为在法律上的性质与意义，只要行为人认识到了法律所规定的构成要件的客观事实，就表明其应对该客观事实负责。例如，当客观构成要件是行为人犯盗窃、诈骗、抢夺罪，而当场使用暴力或者以暴力相威胁时，主观上对上述违法事实具有故意，并且具有为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭证据的目的时，就具备了相应的有责性。当刑法规定对上述行为以抢劫罪论处时，只要行为人具备上述条件，就应当以抢劫罪论处。上述行为人主观上虽然没有“抢劫”的故意，但对其行为认定

^① 参见利子平、詹红星：《“转化型故意杀人罪”立法之质疑》，载《法学》，2006（5），110页以下；周东平、武胜：《我国历代刑法中的法定拟制综论》，载《当代法学》，2010（5），46页以下。

为抢劫罪，并没有违反所谓的主客观相统一原则。再如，当客观构成要件是“携带凶器抢夺”时，只要行为人认识到自己携带了凶器，认识到自己在抢夺他人财物，以及具备相应的意志因素时，就具备了相应的有责性。当刑法规定“携带凶器抢夺的，以抢劫罪论处”时，只要行为人具备上述认识因素与意志因素，就应当以抢劫罪论处。这里完全不存在所谓客观归罪的问题。认为上述法律拟制违反主客观相统一原则的观点，实际上是以普通抢劫的故意来要求“携带凶器抢夺”，反而对主观方面提出了多余的要求。基于同样的理由，当刑法第 238 条第 2 款后段规定非法拘禁使用暴力致人死亡应认定为故意杀人罪时，只要行为人认识到自己非法拘禁了他人，并认识到自己对他人使用了暴力，并对致人死亡具有预见可能性，就具备了适用刑法第 238 条第 2 款后段的条件。

如前所述，刑法第 269 条所规定的准抢劫，是标准的法律拟制。但人们从来没有批评该条违反主客观相统一原则。再如，刑法第 91 条第 2 款规定：“在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。”这也是典型的法律拟制，人们也从来没有对此提出批评意见。这是因为，从旧刑法开始，就有这样的规定（参见旧刑法第 153 条与第 81 条），人们对之相当熟悉。当现行刑法增加了一些法律拟制规定，人们对之不熟悉时，就难以接受，便以各种理由提出批评意见。于是，熟悉的成为正当的，不熟悉的成为不正当的。这是一种很不正常的现象。

批评法律拟制的其他理由有：法律拟制背离了刑法机能，违反了罪刑法定原则，使犯罪构成虚置。^①但本书认为，这些批判均不成立。首先，刑法的机能是法益保护与保障人权，刑法分则中的法律拟制，都是以两种行为对法益侵害的相同性或相似性为前提的。刑法分则仅将携带凶器抢夺的拟制为抢劫罪，而不将携带凶器盗窃的拟制为抢劫罪，就说明了这一点。退一步说，即使不设置拟制规定，刑法也必然处罚携带凶器抢夺的行为，而且对其处罚应当重于普通抢夺。所以，认为法律拟制规定只重视法益保护机能而忽视人权保障机能的观点，难以成立。其次，设置法律拟制，既不违反罪刑法定原则的形式侧面，也不违反罪刑法定原则的实质侧面。一方面，法律拟制并不违反明确性的要求；另一方面，法律拟制并不是将不值得科处刑罚的行为规定为犯罪；此外，由

^① 参见周东平、武胜：《我国历代刑法中的法定拟制综论》，载《当代法学》，2010（5），47 页以下。

于法律拟制都是以两种行为对法益侵害的相同性或相似性为前提，也并不违反罪刑均衡的原则。最后，法律拟制是一种特别规定，不可“推而广之”。换言之，法律拟制只是将特定的不同视为相同，基本条款所规定的犯罪构成并不发生变化。例如，尽管刑法分则第 267 条第 2 款与第 269 条设立了两种以抢劫罪论处的法律拟制规定，但刑法第 263 条本身所规定的犯罪构成并没有发生变化。再如，尽管刑法第 238 条、第 247 条等设置了以故意杀人罪论处的法律拟制规定，但刑法第 232 条所规定的犯罪构成并没有变化，也不存在所谓抢劫罪、故意杀人罪犯罪构成的虚置。

在笔者看来，批评法律拟制的观点，实际上是对法律拟制的整体否认。其实，法律拟制是不可避免的，批评者在很大程度上是不习惯于法律拟制的规定方式。倘若刑法第 263 条的规定是：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，或者携带凶器抢夺公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑”，人们可能就没有批评意见了。其实，这只是立法体例的区别，而不存在实质的差异。

至于理论上对一些具体的法律拟制提出的批评意见，也值得商榷。

例如，刑法第 196 条第 3 款明文规定，对盗窃信用卡并使用的以盗窃罪论处，刑法理论最集中的批评意见是：对于盗窃信用卡并使用的行为，应以信用卡诈骗罪论处，而不能以盗窃罪论处。本书对各种批评意见持否定态度，下面逐一进行分析。

第一，有的学者指出：“信用卡只是一种信用凭证，本身并无多少财产价值，如果有，也只是制造一张信用卡的成本价值，但这种价值不是信用卡功能本身的价值体现，也不是行为人追求的价值。如果只盗窃信用卡并不使用，并不能构成盗窃罪。通过持卡人的挂失手续，行为人所窃取的信用卡便成为废卡一张，其先前的盗窃行为对其非法占有财物失去决定性作用，因此，以盗窃罪定罪不能正确恰当地反映该行为的性质。”^①

本书认为，上述理由（本书赞成上述理由）并不能得出上述结论（本书不赞成上述结论）。正是由于信用卡本身并不构成刑法上的数额较大的财物，所以，刑法没有规定盗窃信用卡的行为构成盗窃罪，而是规定“盗窃信用卡并使用”的行为构成盗窃罪。换言之，刑法规定对盗窃

^① 李文燕主编：《金融诈骗犯罪研究》，304 页，北京，中国人民公安大学出版社，2002。

信用卡并使用的行为以盗窃罪论处，并非仅仅因为行为人盗窃了信用卡，更重要的是因为行为人使用了信用卡。或者说，将盗窃信用卡并使用的行为认定为盗窃罪，并非仅因为行为人盗窃了信用卡，因而并非仅评价了盗窃信用卡的行为，而是因为盗窃并使用了信用卡，所以同时评价了盗窃信用卡并使用的行为。

第二，在刑法规定信用卡诈骗罪之前，最高人民法院于1986年11月3日对上海市高级人民法院就王平盗窃信用卡骗取财物如何定性问题的请示所作的答复指出：“被告人盗窃信用卡后又仿冒卡主签名进行购物、消费的行为，是将信用卡本身所含有的不确定价值转化为具体财物的过程，是盗窃行为的继续，因此不另定诈骗罪，应以盗窃一罪定性。”有的学者指出，此后，全国人大常委会在1995年的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》中采纳了上述答复的意见，规定“盗窃信用卡并使用的，依照刑法关于盗窃罪的规定处罚”；1997年刑法完全吸收了上述决定的内容。但是，盗窃信用卡后使用所盗信用卡的行为，并不是盗窃罪的“不可罚的事后行为”，与盗窃后销赃的性质并不相同。“退一步讲，在盗窃信用卡并使用的情形中，即令盗窃信用卡本身构成犯罪，但其侵犯的利益只限于财产权，而由于其后的‘使用’行为构成了对信用卡管理秩序的伤害，就是说，后来的使用行为‘已破坏了另一新的法益’，在这种情况下，后来的使用行为（实质上是诈骗行为）无法包括在前行为的评价中。”^①

刑法第196条第3款的规定，与最高人民法院的上述答复是否存在某种关联，本书不敢妄加评论。但本书认为，在刑法没有规定对盗窃信用卡并使用的以盗窃罪论处的1986年，最高人民法院的上述答复是存在疑问的。因为刑法第196条第3款的规定具有法律拟制的性质，如果没有这一拟制规定，对盗窃信用卡仿冒持卡人签名进行购物、消费的，只能认定为诈骗罪。因为盗窃信用卡的行为本身并不构成犯罪，所以，使用信用卡的行为并不是盗窃罪的不可罚的事后行为，更不是所谓盗窃犯罪的继续。但是，刑法第196条第3款的规定，具有法律拟制的性质。该款规定并不意味着刑法将使用信用卡的行为视为盗窃信用卡的不可罚的事后行为。所以，上述批评仍然存在疑问。换言之，解释者不应将刑法第196条第3款作为不可罚的事后行为来理解，然后对之进行

① 赵秉志、许成磊：《盗窃信用卡并使用行为的定性分析与司法适用》，载《浙江社会科学》，2000（6），44页。

批评，而应将其作为法律拟制来认识。

最高人民法院的上述答复与最高人民法院关于盗窃印鉴齐全的支票、记名的活期存折按票面数额计算盗窃数额的规定，完全一致：都将盗窃信用卡与盗窃印鉴齐全的支票、活期存折的行为本身认定为盗窃罪。但如前所述，单纯盗窃信用卡、单纯盗窃印鉴齐全的支票与单纯盗窃活期存折的行为，不可能造成他人财产损失，因而不应以财产罪论处。对自然人使用所盗窃的信用卡、印鉴齐全的支票、活期存折，则是冒用他人信用卡、冒用他人的支票（即使盗窃空白支票后使用的，也属于冒用他人支票）与冒用他人活期存折（冒领他人存款）的行为，原本分别成立信用卡诈骗罪、票据诈骗罪、普通诈骗罪。但由于刑法就盗窃并使用信用卡作出了以盗窃罪论处的拟制规定，对后两种行为没有作出以盗窃罪论处的拟制规定，故对后两种情形依然分别以票据诈骗罪、诈骗罪论处。

第三，有的学者指出，将盗窃信用卡并使用的行为以盗窃罪论处，存在无法解决的实践问题：“一方面，在处理该类犯罪的未遂时，将会面临以下问题：在盗窃信用卡后的使用过程中，由于行为人意志以外的原因而未得逞，即未能骗得财物的，应构成犯罪未遂，但属于何种性质的未遂？依‘盗窃罪’说，显然系盗窃未遂，但这与常理相悖。盗窃行为已经结束，未遂的只是其后使用过程中的诈骗行为。而若按‘信用卡诈骗罪’定罪，上述问题则迎刃而解。另一方面，在法律评价上，对盗窃信用卡并使用以盗窃罪定罪容易使人认为该种犯罪仅仅侵犯了公私财产的所有权，而没有侵犯信用卡管理秩序，但事实是，由于行为人使用盗窃的信用卡行为严重地侵犯了信用卡管理秩序。而若以信用卡诈骗罪定罪，则可以完整地评价该行为的性质，即不仅侵犯了公私财产所有权，而且侵犯了信用卡管理秩序。”^①

其实，这种批判不是以刑法第196条第3款具有拟制规定为前提的。行为人盗窃信用卡并不使用的，不构成犯罪；使用信用卡未遂的，根据拟制规定，当然认定为盗窃未遂。但这并不意味着使用前的盗窃信用卡行为未遂，而是指被拟制为盗窃罪的行为未遂。由于盗窃信用卡的行为不成立犯罪，盗窃信用卡行为的完成，不等同于“盗窃信用卡并使用”行为的完成，故不存在与常理相悖的问题。刑法将金融诈骗罪作为

^① 李文燕主编：《金融诈骗犯罪研究》，306～307页，北京，中国人民公安大学出版社，2002。

独立的一节，而非规定在“破坏金融管理秩序”一节中，表明刑法重视金融诈骗罪的财产性质。刑法第196条第3款的拟制规定，并没有否认盗窃并使用信用卡的行为对信用卡管理秩序的侵犯。

第四，理论上批判刑法第196条第3款的最主要理由在于，盗窃信用卡并使用的行为，完全符合信用卡诈骗罪的性质与构造，即刑法第196条第1款将冒用他人信用卡规定为信用卡诈骗罪的一种行为类型，而使用盗窃所得的信用卡完全符合冒用他人信用卡的条件，故应认定为信用卡诈骗罪。^①

这一理由显然建立在刑法第196条第3款只是注意规定不是法律拟制的基础上。如果认为刑法第196条第3款只是注意规定，那么，第3款的规定与第1款的规定就明显矛盾。但如前所述，第3款的规定具有法律拟制的性质。设立该法律拟制的理由主要是：（1）行为人通常是在盗窃现金等财物的同时盗窃信用卡；如果行为人并不使用所盗窃的信用卡，则被害人记载于信用卡上的财产不会遭受损失，故不宜将记载于信用卡上的财产数额认定为盗窃数额；但是，如果行为人使用所盗窃的信用卡，则将所使用的数额与所盗窃的其他财物累计为盗窃数额。（2）行为人盗窃信用卡后既可能在自动取款机上使用，也可能在银行柜台或者特约商户使用，前者属于盗窃性质，后者属于诈骗性质。而将盗窃信用卡并使用的行为以盗窃罪论处，则可以简化案件的处理，避免案件处理过于复杂。（3）盗窃信用卡并使用的行为与盗窃行为的社会危害性相当，故对这种行为以盗窃罪论处，具备法律拟制的实质理由。正因为本款具有法律拟制的性质，而且这种拟制规定也便于司法机关处理盗窃信用卡的案件，所以，不能认为第3款规定与第1款相互矛盾；也不能以第3款与第1款相互矛盾为由，否认第3款的规定。如同不能认为刑法第267条第2款、第269条与刑法第263条有矛盾为由，否认刑法第267条第2款、第269条一样。

再如，刑法第241条第5款规定：“收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照本法第二百四十条的规定定罪处罚。”如前所述，这是将数

^① 参见李文燕主编：《金融诈骗犯罪研究》，308页，北京，中国人民公安大学出版社，2002；梁华仁、郭亚：《信用卡诈骗罪若干问题研究》，载《政法论坛》，2004（1），134页；赵秉志、许成磊：《盗窃信用卡并使用行为的定性分析与司法适用》，载《浙江社会科学》，2000（6），45页；金瑞锋：《疑难信用卡诈骗行为定性研究》，载赵秉志主编：《刑法评论》（5），42页，北京，法律出版社，2004；等等。

罪拟制为一罪的规定。一种观点指出：“依照该款拟制的分析可知，该款所描述的犯罪类型，并不要求行为人在收买被拐卖的妇女、儿童时存在拐卖、儿童罪的‘以出卖为目的’的主观要素，而且后来单纯出卖行为便已经构成拐卖妇女、儿童罪，该款的行为类型实质上是典型的数罪形式。但是立法者却以拐卖妇女、儿童罪将该类型视为单一犯罪，并以拐卖妇女、儿童罪处罚。显然，立法者是在明知该类型行为存在数罪的主观要素情况下，仍将其拟制为拐卖妇女、儿童罪的一罪的主观罪过，这是对主客观相统一原则的公然违背。对于收买妇女、儿童罪而言，这种做法显然是无视犯罪人主观罪过而客观归罪的表现。”^①

但是，这样的批评难以令人信服。首先，将数罪拟制为一罪，并不只是所谓将数个主观罪过拟制为一个主观罪过，而是因为将特定的数罪当做一罪处理更为合适。如前所述，所谓的主客观相统一原则，也只是意味着既不能客观归罪，也不能主观归罪，在将收买被拐卖的妇女、儿童后又出卖的行为拟制为拐卖妇女、儿童罪时，既不存在客观归罪，也不存在主观归罪的问题。因为行为人既有收买行为与拐卖行为，也具有收买故意与拐卖故意、出卖目的。其次，相对于收买妇女、儿童罪而言，更不存在所谓的客观归罪。因为即使行为人仅仅出卖妇女、儿童，也成立拐卖妇女、儿童罪，对行为人单纯收买后又出卖的行为，仅认定为拐卖妇女、儿童罪，并没有对收买妇女、儿童的行为独立定罪，就无所谓客观归罪了。最后，更为重要的是，与拐卖妇女、儿童罪相比，将收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的行为以拐卖妇女、儿童罪一罪论处，具有实质的合理性。刑法第240条规定：“拐卖妇女、儿童是指以出卖为目的，有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一的。”据此，当行为人以出卖为目的收买妇女、儿童后又出卖的，也仅成立拐卖妇女、儿童罪。与此相比，不以出卖为目的收买妇女、儿童后又出卖的行为，在违法性与有责性方面，并不重于前者。既然前者仅成立一罪，对后者以数罪论处，反而造成罪刑不均衡。概言之，对不以出卖为目的收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的行为拟制为一罪，只是拟制为拐卖妇女、儿童罪，并不是拟制为“以出卖为目的收买、出卖被拐卖的妇女、儿童”，不存在批评者所称的违反主客观相统一原则的问题。

将刑法学研究的重心置于批判刑法，不仅偏离了刑法学的研究方向

^① 周东平、武胜：《我国历代刑法中的法定拟制综论》，载《当代法学》，2010（5），48页。

与目标，而且存在诸多不当。首先，批判刑法本身的做法，不利于维护刑法的权威性。其次，即使在批判刑法的基础上，提出了良好的立法建议，也不能及时解决司法实践中面临的现实问题。例如，刑法没有规定单位可以成为贷款诈骗罪的主体，现实中确实存在单位实施的贷款诈骗行为。如果只是批判刑法第 193 条，仅建议将单位规定为贷款诈骗罪的主体，依然不能解决现实中存在的单位实施的贷款诈骗案件。况且，修改刑法的成本过高，远不如解释刑法简便。最后，批判刑法不利于提高刑法解释能力与水平。人们在针对刑法的文字表述难以得出满意结论时，并没有通过各种解释方法寻求满意的结论，而是以批判刑法、建议修改刑法完成自己的学术任务。

从方法论上来说，批判拟制规定的做法也存在缺陷。例如，倘若解释认为盗窃信用卡后使用的，应当认定为信用卡诈骗罪，而不应当认定为盗窃罪，就必须将刑法第 196 条第 3 款的规定解释为注意规定。亦即，刑法第 196 条第 3 款所称的“盗窃信用卡并使用”是指盗窃信用卡并在机器上使用，而不包括对自然人使用（这种限制解释并不违反罪刑法定原则）。于是，盗窃信用卡后在自动取款机中取款的，成立盗窃罪（机器不能成为诈骗罪中的受骗者），盗窃信用卡后对自然人使用的（如在银行柜台或者特约商户使用的），仍然认定为信用卡诈骗罪。再如，倘若认为对于收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的行为应当认定为数罪，就必须想方设法论证刑法第 241 条第 5 款也是注意规定（仅对收买后的出卖行为以拐卖妇女、儿童罪论处，对先前的收买行为依然认定为收买被拐卖的妇女、儿童罪），而不是法律拟制。同样，如果解释者认为，不应当将“携带凶器抢夺”的行为认定为抢劫罪，就应当尽其所能将刑法第 267 条第 2 款解释为注意规定（本书不同意这种观点），进而将“携带”解释为使用或者显示所携带的凶器（这种限制解释并不违反罪刑法定原则）。反对法律拟制的解释者，不应当采取先承认其是法律拟制，后对之进行批判的做法。换言之，任何解释者都不能在没有考虑有多种解释的可能性时，就仅凭第一印象或者第一感觉，对法条进行字面解释，并将字面解释结论当做唯一的解释结论，在自己都不接受自己得出的解释结论时，又批评刑法条文（这是刑法学界相当普遍却又很不正常的现象）。概言之，任何解释者都不能先凭字面含义得出自己不满意的解释结论，然后再批判刑法条文。

习惯于批判刑法的原因很多。联系刑法学方法来说，一方面，是因为解释者没有以善意解释刑法，没有做出有利于立法者的假定。刑事立

法是将正义理念与将来可能发生的生活事实相对应，从而形成刑法规范。撇开技术细节，当今立法者不可能设立不合理、不妥当的刑法规范。所以，解释者要以善意解释刑法，而不能像批评家一样，总是用批判的眼光对待刑法。另一方面，是因为解释者缺乏解释能力，不能圆满地解释刑法，导致解释结论存在缺陷，因而只好批判刑法。其实，除了数字等实在难以解释的用语以外，其他法律用语都有很大的解释空间。所谓的刑法缺陷，大体上都是解释者解释出来的，而不是刑法本身就存在的。就一个条文来说，A学者因为没有得出妥当的解释结论时，会认为刑法存在缺陷；而B学者得出了妥当的解释结论时，会认为刑法没有缺陷。这表明，并非任何人都认为同一条文存在缺陷。再者，即使人们一时不能得出妥当的解释结论，也不能匆忙地认为“刑法不妥当”，而应在反复研究之后得出结论。

人们习惯于批判刑法，还可能因为没有处理好刑法解释学与刑事立法学的关系，没有处理好解释刑法与完善刑法的关系。其实，并非只有批判刑法，才有利于立法完善，解释刑法同样有利于刑法完善。换言之，妥当地解释刑法也可能促使刑法的修改。例如，日本福冈县《青少年保护育成条例》第10条第1项禁止与未满18周岁的少女发生“淫乱行为”（法律后果为刑罚处罚）。“淫乱行为”的字面含义并不明确，不少人建议日本最高裁判所宣告该条例违宪。但是，日本最高裁判所的寺田法官认为，对该条进行限制解释，可以克服其过于宽泛和不明确的缺陷，他进而指出：“不宣布法律违宪，通过带有条件的解释就可以对法的运用进行一定的控制，进而，还可以促进法的修改。”^①

人们习惯于批判刑法，还因为缺少对刑法的起码忠诚。正如学者所言：“批评法律之风强劲，‘某法的缺陷及完善’文体盛行，几成偏执。想来思去，其中的缘由大可琢磨。简单的揣测——我们其实没有对法律的起码忠诚——我们其实在心理不偏好法治，但公然地反对法治已成笑柄，于是心里压抑的这点利弊多就换了种方式发泄出来——以‘完善’为由头倾诉对法律的不满：这样一来也是在自降法学研究的水准——只能在非常感性的层面去表达我们对法律的理解，这其实是一种非常‘外在的立场’。说法律应该如何，伦理学比我们更擅长；说法律实际上如何实施，社会学更精致。那么，什么是法律人可能的贡献？简单的也许

^① 转引自〔日〕山本祐司：《最高裁物语：日本司法50年》，孙占坤、祁玫译，440页，北京，北京大学出版社，2005。

就是正确的，简单的也许就是最好的——法律人关注的是通过法律解决个案，批评法律不是法律人可能的贡献。”^①

大陆法系国家的立法与司法经验充分表明，成文法的完善在很大程度上依赖于刑法的解释。例如，颁布于1907年的日本刑法典第108条规定：“放火烧毁现供人居住或者现有人在内的建筑物、火车、电车、船舰或者矿井的，处死刑、无期或者五年以上惩役。”在1995年以前，其第109条一直规定：“放火烧毁现非供人居住或者现无人在内的建筑物、船舰或者矿井的，处二年以上有期徒刑。”显然，联系第108条考虑，第109条使用“或者”一词显属不当，因为现非供人居住的建筑物等可能现有人在内，因而符合第108条；现无人在内的建筑物等可能现供人居住，因而也符合第108条；只有烧毁现非供人居住并且现无人在内的建筑物、船舰或者矿井，才不符合第108条而应适用第109条。所以，日本的解释者一直将第109条的“或者”解释为“而且”或者“并且”^②。这是一种补正解释，这种解释后来于1995年被日本国会采纳，即1995年日本刑法第109条中的“或者”被修改为“而且”。

我国也存在通过解释促进立法完善的现象。例如，旧刑法与《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》都没有明确规定斡旋受贿的犯罪类型。在理论上介绍了日本刑法中的斡旋受贿罪、社会生活中出现了需要由刑法规制的斡旋受贿案件后，最高人民法院、最高人民检察院1989年11月6日《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》指出：“国家工作人员不是直接利用本人职权，而是利用本人职权或地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取利益，而本人从中向请托人索取或者非法收受财物的，应以受贿论处。”这一解释内容后来被纳入现行刑法第388条，使斡旋受贿成为受贿罪的一种类型。类似通过解释促使刑法完善的情形并不罕见。

大体而言，刑法完善的路径为，立法机关制定法律后，解释者根据正义理念与文字表述，并联系社会现实解释法律；在许多情况下，为了实现社会正义，解释者不得不对法律用语做出与其字面含义不同的解释（对刑法的解释当然要符合罪刑法定原则）；经过一段时间后，立法机关会采纳解释者的意见，修改法律的文字表述，使用更能实现正义理念的文字表述；然后，解释者再根据正义理念与文字表述，联系社会现实解

① 刘连泰：《批评法律的“偏执”》，载《人民法院报》，2010-10-01，7版。

② [日]平野龙一：《刑法概说》，247页，东京，东京大学出版会，1977。

释法律；再重复上面的过程。这种过程循环往复，从而使成文法更加完善，使司法不断地追求和实现正义。诚所谓“解释紧随法典之后，修正紧随解释之后，这一工作无休无止”^①。所以，不要以为，只有批判法条才有利于完善成文刑法，事实上，解释刑法本身也同样甚至更有利于完善成文刑法。刑法理论应当将重点置于对刑法的解释，而不是对刑法的批判。

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，74页，北京，中国法制出版社，2002。

普通法条与特别法条

一、法条竞合概述

刑法分则的许多条文之间存在着普通法条（普通规定）与特别法条（特别规定）的关系；这种关系导致法条之间形成竞合关系。刑法理论一般认为，普通法条与特别法条的关系，是法条竞合的一种表现形式。所以，要正确认识和处理普通法条与特别法条的关系，首先必须明确什么是法条竞合。

如所周知，法条竞合（法条单一），是指一个行为同时符合了数个法条规定的犯罪构成要件，但从数个法条之间的逻辑关系来看，只能适用其中一个法条，当然排除适用其他法条的情况。换言之，法条竞合是指法条之间具有竞合（重合）关系，而不是犯罪的竞合。^①显然，法条竞合关系不同于法条关系。只有当两个法条之间存在包容关系（如特别关系）或者交叉关系时，才能认定为法条竞合关系。^②

现实社会中的犯罪现象千姿百态，有的犯罪行为是另一犯罪行为的一部分，有的犯罪行为的一部分也是另一犯罪行为的一部分。错综复杂的犯罪现象，反映在刑事立法上便是错综复杂的规定。在刑法上，此一法条规定的犯罪，可能是另一法条规定的犯罪的一部分；或者此一法条规定的犯罪的一部分，可能是另一法条规定的犯罪的一部分。这就导致一个犯罪行为可能同时符合数个法条规定的犯罪构成。例如，军人故意泄露国家军事秘密的行为，既符合刑法第 398 条的故意泄露国家秘密罪的构成要件，又符合刑法第 432 条的故意泄露军事秘密罪的构成要件。在这种情况下，并不存在两个违法事实，行为符合数个法条规定的犯罪

① 参见 [日] 团藤重光：《刑法纲要（总论）》，3 版，456 页，东京，创文社，1990。

② 参见 [日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，366 页，东京，有斐阁，2007。

构成是由刑法错综复杂的规定所致，故不可能同时适用数个法条，只能适用其中一个法条。

一个犯罪行为同时符合数个法条规定的犯罪构成的现象，不仅客观存在，而且具有刑法上的根据。例如，刑法第 235 条规定：“过失伤害他人致人重伤的，处三年以下有期徒刑或者拘役。本法另有规定的，依照规定。”该规定表明，如果某种行为虽然符合过失致人重伤罪的构成要件，但又符合其他法条规定的犯罪构成要件的，则应依其他法条论处，不再适用刑法第 235 条。这里所谓的“另有规定”就是特别规定，所谓“依照规定”即依照特别规定论处。这不仅肯定了法条竞合的存在，而且肯定了法条竞合时只能适用其中一个法条。

法条竞合的主要或基本表现形式，是普通法条与特别法条的关系。从形成原因上看，普通法条与特别法条的竞合表现为以下情况：（1）因犯罪主体的特殊性而设立特别法条，形成普通法条与特别法条的竞合。如军人战时造谣惑众，动摇军心的行为，既符合刑法第 433 条的战时造谣惑众罪的犯罪构成要件，又符合刑法第 378 条的战时造谣扰乱军心罪的犯罪构成要件。（2）因犯罪对象的特殊性而设立特殊法条，形成普通法条与特别法条的竞合。如与现役军人配偶结婚的行为，既符合刑法第 258 条的重婚罪的犯罪构成要件，又符合刑法第 259 条的破坏军婚罪的犯罪构成要件。（3）因犯罪目的的特殊性而设立特别法条，形成普通法条与特别法条的竞合。如以牟利为目的传播淫秽物品的行为，既符合刑法第 363 条第 1 款规定的传播淫秽物品牟利罪的犯罪构成要件，又符合第 364 条规定的传播淫秽物品罪的犯罪构成要件。（4）因犯罪手段的特殊性而设立特别法条，形成普通法条与特别法条的竞合。如冒用他人名义签订合同骗取财物的行为，既符合刑法第 224 条规定的合同诈骗罪的犯罪构成要件，又符合刑法第 266 条规定的诈骗罪的犯罪构成要件。（5）因危害结果的特殊性而设立特别法条，形成普通法条与特别法条的竞合。如交通肇事致人死亡的，既符合刑法第 233 条规定的过失致人死亡罪的犯罪构成要件，又符合刑法第 133 条规定的交通肇事罪的犯罪构成要件。（6）同时因手段、对象等特殊性而设立特别法条，形成普通法条与特别法条的竞合。如以特定手段诈骗贷款的行为，既符合刑法第 266 条规定的诈骗罪的犯罪构成要件，又符合第 193 条规定的贷款诈骗罪的犯罪构成要件。

从法律上看，法条竞合表现为两种情况：（1）一个行为同时符合相

异法律中的普通刑法与特别刑法。“相异法律”指仅从形式上而言不是一个法律文件，但实质上都是刑法。(2) 一个行为同时触犯同一法律的普通法条与特别法条。如前述第(1)至(6)种情况。^①

如果两个条文所规定的构成要件处于相互对立或矛盾的关系，则不可能属于法条竞合。例如，规定盗窃罪的第264条与规定诈骗罪的第266条是一种对立关系，针对一个法益侵害结果而言，某个行为不可能既触犯刑法第264条，又触犯第266条。国内有学者将“势不两立”的对立关系（如盗窃罪与侵占罪）归入择一关系，进而作为法条竞合的一种情形。^②但这种观点存在疑问。首先，就普通侵占（刑法第270条第1款）与盗窃罪（第264条）的关系而言。前者是将自己占有的他人财物据为己有，后者是将他人占有的财物转移为自己或者第三者占有，二者属于对立关系，不可能存在法条竞合。如果行为人将自己与他人共同占有的财物据为己有，则因为侵害了他人对财物的占有，成立盗窃罪^③，也不是法条竞合。其次，就遗忘物、埋藏物侵占（刑法第270条第2款）与盗窃罪的关系而言。如果认为“遗忘”、“埋藏”是真正的构成要件要素，那么，二者之间也必然是对立关系，因为一个财物不可能既是他人占有的财物，又是脱离了他人占有的遗忘物。如若认为“遗忘”、“埋藏”是表面的构成要件要素^④，因而不需要具备的要素，那么，二者之间就是一种包容关系，亦即刑法第270条第2款的构成要件包含了刑法第264条的内容，后者是特别法条。概言之，当两个法条所规定的犯罪属于对立关系时，不可能存在法条竞合关系。正因为如此，德国的刑法理论已经完全不承认所谓择一关系。因为，“择一关系存在于两个构成要件描述相互矛盾的行为，如同盗窃（第242条）与侵占（第246条）那样相互排斥的场合。而法条单一——不可罚的事前行为与不可罚的事后行为是另一回事——时，至少以构成要件的行为部分重叠为前提，因此，基于逻辑的理由，就已经将择一关系排除在法条单一的下位类型之外”^⑤。日本的刑法理论也基本上不承

① 如后所述，对法条竞合还可能作其他分类。

② 参见周光权：《法条竞合的特殊关系研究》，载《中国法学》，2010（3），161页。

③ 参见〔日〕西田典之：《刑法各论》，5版，144页，东京，弘文堂，2010。

④ 参见张明楷：《论表面的构成要件要素》，载《中国法学》，2009（4），92页以下。

⑤ Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 734.

认择一关系。^①

基于同样的理由，如果两个条文处于中立关系时，也不可能属于法条竞合。例如，规定盗窃罪的第 264 条与规定故意杀人罪的第 232 条是一种中立关系，二者不存在法条竞合。当一个行为同时触犯盗窃罪与故意杀人罪时，只能认定为想象竞合，而不能认定为法条竞合。

二、特别关系的确定

要确定条文之间存在特别关系，除了必须明确法条竞合与想象竞合的区别外，还必须明确特别关系与交叉关系、补充关系、吸收关系、包容关系之间的关系。

（一）法条竞合与想象竞合

法条竞合与想象竞合的区分标准，是我国刑法理论尚未完全解决的问题。

一般认为，法条竞合时，不管现实案情如何，两个条文都具有竞合关系。或者说，是否具有法条竞合关系，并不取决于案件事实，而是取决于法条之间是否存在包容与交叉关系；想象竞合则取决于案件事实，亦即，现实行为触犯了两个不同的法条，不同法条之间不一定具有包容与交叉关系。^② 在本书看来，这一区分标准是成立的。例如，规定诈骗罪的第 266 条与规定票据诈骗罪的第 194 条，均使用了“诈骗”这一动词，且诈骗的对象均为“财物”，据此就能确定二者之间具有法条竞合关系。反之，规定破坏电力设备罪的第 118 条、第 119 条，与规定盗窃罪的第 264 条，就不存在法条竞合关系。因为前者使用的动词是“破坏”，只要使电力设备丧失或者减少效用，就属于破坏，而不要求转移电力设备的占有；后者使用的动词是“盗窃”，要求转移财物的占有，而不要求使财物本身丧失或者减少效用。因此，一个行为能否同时触犯刑法第 118 条与第 264 条取决于案件事实。亦即，如果行为人仅仅毁坏

^① 参见 [日] 平野龙一：《刑法总论Ⅱ》，412 页，东京，有斐阁，1975；[日] 西田典之：《刑法总论》，2 版，414 页，东京，弘文堂，2010；[日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，4 版，498 页，东京，东京大学出版会，2006；[日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，524 页，东京，有斐阁，2008。

^② 参见张小虎：《想象竞合犯的理论探究》，载《法律科学》，2005（4），79 页；吴振兴：《罪数形态论》，173 页，北京，中国检察出版社，1996。

电力设备，就不可能同时触犯刑法第 264 条。只有当行为人将电力设备转移给自己或者第三者占有，同时使电力设备丧失或者减少效用时，才同时触犯刑法第 118 条与第 264 条。所以，后一种情形，就不是法条竞合，而是想象竞合。再如，规定交通肇事罪的第 133 条与规定过失致人死亡罪的第 233 条之间，具有部分包容关系。详言之，刑法第 133 条中的“致人……死亡”与刑法第 233 条是法条竞合关系。在这种场合，依然应当认为是特别关系：前者是特别法条，后者是普通法条。那么，规定故意杀人罪的第 232 条与规定故意伤害罪的第 234 条是否具有法条竞合关系呢？根据“对立理论”，杀人故意排除伤害故意，杀人行为并不包含伤害行为，故二者之间没有竞合关系；但根据“单一理论”，杀人故意必然同时包含伤害身体的故意，身体伤害是发生死亡的必经状态，于是杀人行为完全包含了伤害行为，规定杀人罪与伤害罪的条文之间也具有法条竞合关系。^①显然，应当肯定后者的合理性，换言之，故意杀人罪与故意伤害罪之间是一种包容关系（特别关系）。

对于上述区分标准，或许可以采取另一种表述：触犯一个法条（如特别法条、重法条等）便必然触犯另一法条（如普通法条、轻法条）时，属于法条竞合（当然，触犯普通法条时并不必然触犯特别法条）；触犯一个法条并不必然触犯另一法条，而是由于客观事实触犯了另一法条时，属于想象竞合犯。例如，军人故意泄露军事秘密触犯刑法第 432 条时，必然触犯第 398 条，因而这两个法条之间具有竞合关系。再如，行为人交通肇事致人死亡因而触犯第 133 条时，必然触犯第 233 条；行为人交通肇事致人重伤因而触犯刑法第 133 条时，必然触犯刑法第 235 条。所以，刑法第 133 条分别与第 233 条、第 235 条之间具有法条竞合关系。而且，第 133 条是特别法条，第 233 条、第 235 条是普通法条。如果认为交通肇事致人死亡属于想象竞合犯，适用从一重罪论处的原则，可能导致在一些情况下违反刑法的明文规定。例如，甲违反交通运输管理法规，导致一人死亡，不具有法定刑升格的情节，根据刑法第 133 条，其适用的法定刑为“三年以下有期徒刑或者拘役”；如果将该行为适用过失致人死亡罪的规定，又不属于“情节较轻”的情形，因而应当适用“三年以上七年以下有期徒刑”的法定刑。如果认为甲的行为属于想象竞合犯，那么，就应以过失致人死亡罪论处。但这一结论，明

^① Vgl. Volkey Krey, Strafrecht Besonderer Teil, Band I, 11. Aufl., Kohlhammer 1998, S. 114ff.

显违反了刑法第 233 条的“本法另有规定的，依照规定”的规定。所以，不应认为交通肇事致人伤亡属于想象竞合犯，而应承认刑法第 133 条与第 233 条、第 235 条之间具有法条竞合关系。同样，任何故意杀人行为，都必然同时触犯故意伤害罪（杀人未遂时，既可能是故意伤害既遂，也可能是故意伤害未遂）。于是，刑法第 232 条是特别法条，第 234 条是普通法条。

从实质上说，法条竞合时，只有一个法益侵害事实；想象竞合时，则有数个法益侵害事实。^① 换言之，法条竞合时，虽然行为同时违反了数个罪刑规范，但仅侵害了其中一个罪刑规范的保护法益，因为规范之间存在包容与交叉关系；想象竞合时，行为因为侵害了数个罪刑规范的保护法益，因而触犯了数个罪刑规范。据此，行为人开一枪导致一人死亡、一人重伤时，属于想象竞合。因为该行为侵害了生命与身体健康两个法益。行为人开一枪导致两人死亡时，也是想象竞合。因为生命为个人专属法益，两人死亡意味着存在两个法益侵害事实。但如果刑法规定了杀害尊亲属罪，则规定故意杀人罪的法条与规定杀害尊亲属罪的法条，具有法条竞合关系。需要说明的是，由于刑法规定的某些犯罪所保护的是双重法益（复杂客体），因此，所谓“只有一个法益侵害事实”，是指行为仅侵害了一个犯罪的保护法益；所谓“有数个法益侵害事实”，是指行为侵害了两个以上犯罪的保护法益。例如，票据诈骗行为既侵害了财产，也侵害了金融管理秩序，但其侵害的法益，并没有超出票据诈骗罪的保护法益，故“只有一个法益侵害事实”，其与诈骗罪属于法条竞合，而不是想象竞合。再如，抢劫行为既侵犯了人身也侵犯了财产，虽然同时触犯盗窃罪，但其侵害的法益没有超出抢劫罪的保护法益，其与盗窃罪属于法条竞合。^② 反之，在他人心脏病发作时，故意盗走他人的救心丸（假定数额较大），致人死亡的，则属于想象竞合。因为故意杀人罪的保护法益是生命，而不是财产；盗窃罪的保护法益是财产，而不是生命。而上述行为侵害了两个犯罪的保护法益，故不是法条竞合，而是想象竞合。

不过，我国刑法分则对于犯罪的分类并不是十分准确的，而且特别条款的设置过多，导致原本属于侵害同一法益的行为，可能成为侵害不

① 参见 [日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，366、379 页，东京，有斐阁，2007。

② 参见 [日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，367 页，东京，有斐阁，2007。

同法益的行为。对此，应当合理地确定相关犯罪的保护法益，妥当处理法条竞合与想象竞合的关系。例如，贪污罪与职务侵占罪被规定在刑法分则中的不同章节，导致人们认为贪污罪不是财产犯罪。但事实上并非如此。换言之，贪污罪与职务侵占罪都是财产犯罪，所以，二者之间存在法条竞合关系。因为任何符合贪污罪构成要件的行为，也必然符合职务侵占罪的构成要件。再如，刑法第 277 条规定了妨害公务罪，第 368 条规定了阻碍军人执行职务罪，但不应认为二者的保护法益完全不同^①，相反，应认为二者的保护法益相同，进而承认二者之间具有法条竞合关系。

“一行为违反了数条相互之间不能通过法条竞合排除的刑法规定，就构成想象竞合或者一罪。”^② 所以，大体上可以肯定的是，法条竞合现象的减少会导致想象竞合现象的增加；反之，想象竞合的限缩会导致法条竞合现象的增加。法条竞合处理原则的目的，主要是为了防止对行为的重复评价，而想象竞合处理原则的目的，主要是为了防止对行为的双重处罚。严格地说，法条竞合时，不能认定行为触犯了数个罪名，只能认定行为触犯了所应适用的法条的罪名；而想象竞合时，应当认为行为触犯了数个罪名，只是按照一个重罪（定罪）处罚而已。正因为如此，法条竞合时仍属单纯一罪（或本来的一罪），而想象竞合则为科刑上一罪。^③ 单纯一罪与科刑上一罪的区别，意味着在排除其他因素的情况下，想象竞合的法益侵害应当重于法条竞合的情形。上述以行为侵害一个法益还是数个法益为标准区分法条竞合与想象竞合的观点，正是考虑了法条竞合与想象竞合的实质区别。

不过，法条竞合与想象竞合是否存在交叉关系，也是值得研究的问题，这也取决于如何认识法条竞合的类型（如是否承认吸收关系）。但是，除了封闭的特权条款外（特别条款规定了减轻的法定刑，且具有减轻根据），即使难以区分法条竞合与想象竞合，也基本上不会产生处罚

① 不应认为，前者的保护法益是军事机关以外的国家机关工作人员的公务，后者的保护法益是国防利益。即使认为后者的保护法益是军事机关工作人员的公务，也不能认为前者的保护法益仅限于军事机关以外的国家机关工作人员的公务。否则，二者就是完全不相干的独立法条，因而不可能存在竞合关系。

② [德] 冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论 I——犯罪论》，杨萌译，442 页，北京，法律出版社，2006。

③ 参见 [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，4 版，497、505 页，东京，东京大学出版会，2006；[日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，523、532 页，东京，有斐阁，2008。

上的差异。其一，在应当适用的法条（如特别法条）是重法条时，按重法条处理与按特别法条处理的结局是完全相同的。其二，当两个法条规定的法定刑相同时，“从一重罪处罚”也丧失了意义。

（二）特别关系与交叉关系

山口厚教授将法条竞合区分为包摄关系（特别关系、补充关系）与交叉关系（择一关系）。其中的交叉关系或者择一关系，并不是所谓对立关系，而是指一个法条规定的构成要件与另一法条规定的构成要件存在交叉关系的情形。例如，日本刑法第 224 条规定：“略取或者诱拐未成年人的，处三个月以上七年以下惩役。”第 225 条规定：“以营利、猥亵、结婚或者对生命、身体的加害为目的，略取或者诱拐他人的，处一年以上十年以下惩役。”于是，当行为人以营利、猥亵等目的略取、诱拐未成年人时，略取、诱拐未成年人罪与营利目的等略取、诱拐罪就相竞合，这便是典型的交叉关系。对这种交叉关系的竞合，适用重法条优于轻法条的原则。^①换言之，交叉关系的确不同于特别关系。

我国有学者指出，当行为人冒充国家机关工作人员招摇撞骗，骗得财物时，就成立交互关系（外延上的交叉关系）。据此，刑法第 266 条与第 279 条存在交叉关系，适用原则是重法优于轻法。^②但是，刑法第 266 条设置了“本法另有规定的，依照规定”的规定。如果对冒充国家机关工作人员骗取财物的行为认定为诈骗罪（重法），就违反了刑法第 266 条的规定。于是，持这种观点的学者指出：“可以将‘本法另有规定的，依照规定’理解为对诈骗罪的特别法与普通法的法条竞合的法律适用原则的规定，而不适用于诈骗罪中的择一关系的法条竞合。对于择一关系的法条竞合，可以径直采用重法优于轻法的原则。”^③这一解释或许是成立的。但是，做出如此解释的根据，还存在疑问。在本书看来，与其这样解释，不如承认冒充国家机关工作人员骗得财物的行为是想象竞合犯。因为刑法第 279 条的保护法益是国家机关的威信与正常活动，而第 266 条的保护法益是财产，当一个行为因为侵害了两个法条保护的不同法益进而触犯两个罪名时，完全符合想象竞合的成立条件。这样处理，既维持了处罚的协调性，也不至于违反刑法第 266 条的规定。

① 参见 [日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，368 页，东京，有斐阁，2007。

② 参见陈兴良：《规范刑法学》，上册，2 版，277～279 页，北京，中国人民大学出版社，2008。

③ 陈兴良：《判例刑法学》，上卷，510 页，北京，中国人民大学出版社，2009。

持上述观点的学者还指出，拐卖儿童罪与拐骗儿童罪是内涵上的交叉关系，前者是基本法，后者是补充法，适用基本法优于补充法的原则。^①但在本书看来，完全可以认为，拐骗儿童罪是普通法条，拐卖儿童罪是特别法条。因为特别关系的基本特征是，某个法条（特别法条）在另一法条（普通法条）规定的基础上增加了特别要素。“在特别关系的场合，存在从属关系这种逻辑上的依存关系。因为符合特别犯罪的构成要件的所有行为，都必然同时符合一般犯罪的构成要件，但反过来说就不妥当了。”^②凡是符合拐卖儿童罪构成要件的行为，必然符合了拐骗儿童罪的构成要件，反之则不然。因为拐卖儿童罪的规定实际上是在拐骗儿童罪的基础上增加了出卖目的这一主观要素。所以，二者之间也是典型的特别关系。

在我国刑法分则中很难找到山口厚教授所说的典型的交叉关系（倘若存在，便适用重法优于轻法的原则）。笔者曾经认为，刑法第130条规定的非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪与第297条规定的非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会、游行、示威罪，具有交叉关系^③，但事实上并非如此。再如，刑法第263条规定了8种加重抢劫的情形，行为人持枪抢劫银行、持枪入户抢劫、持枪在公共交通工具上抢劫时，属于山口厚教授所称的交叉关系，但由于上述情形发生于同一条款内，故不存在法条竞合问题。^④规定重婚罪的第258条与规定破坏军婚罪的第259条，并不属于交叉关系，而是特别关系。如前所述，第133条与第233条也是特别关系。

有的学者将贪污罪与挪用公款罪、职务侵占罪与挪用资金罪、非法拘禁罪与绑架罪、结果加重犯和过失致人死亡罪之间的关系，归入不同法条对构成要件的描述彼此矛盾、势不两立的择一关系（显然，这种择一关系与上述山口厚教授所讲的择一关系不是等同概念）。^⑤笔者对此不敢苟同。在本书看来，上述关系均为特别关系。

① 参见陈兴良：《教义刑法学》，700页以下，北京，中国人民大学出版社，2010。

② Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 734.

③ 参见张明楷：《犯罪之间的界限与竞合》，载《中国法学》，2008（4），88页。

④ 如果认为刑法第344条所规定的“非法采伐”珍贵树木不限于盗伐，那么，盗伐珍贵树木时，也似乎能形成交叉关系（非法采伐珍贵树木与盗伐林木的交叉）。如果认为“非法采伐”就是盗伐，则盗伐珍贵树木时并不形成交叉关系。

⑤ 参见周光权：《法条竞合的特殊关系研究》，载《中国法学》，2010（3），161页。

首先，贪污公款的行为必然符合挪用公款罪的构成要件，或者说，贪污公款的行为比挪用公款罪的构成要件多出了“非法占有目的”。二者在构成要件上是多与少的关系，即贪污罪的主观构成要件要素多于挪用公款罪，二者不是对立关系，而是包容关系。职务侵占与挪用资金也是如此。

其次，绑架行为意味着以实力支配被绑架人，既然如此，当然也属于非法拘禁。^① 刑法第 238 条第 3 款的规定也表明二者不是对立关系。亦即，行为人为了勒索财物而扣押、拘禁他人时，当然成立绑架罪；但是，当行为人为了索取债务而扣押、拘禁他人时则成立非法拘禁罪。因此，不能认为非法拘禁罪与绑架罪是对立关系。

最后，结果加重犯中的过失致人死亡与刑法第 233 条的过失致人死亡罪，明显是一种特别关系。因为结果加重犯中的过失致人死亡，是在具备了刑法第 233 条规定的构成要件的基础上，另具备了相应条款规定的特别要素。

在本书看来，上述学者可能没有对“两个法条的内容相互排斥”与“两个法条的适用相互排斥”进行合理区分。在法条竞合时，从适用结局来说，必然是适用一个法条排斥另一法条。但这并不意味着两个法条的内容是相互排斥的。例如，对一个非法扣押、拘禁他人的行为，如果适用绑架罪的规定，就必然排斥适用非法拘禁罪的规定，反之亦然。但这并不意味着刑法第 238 条与第 239 条所规定的内容是相互排斥的。

（三）特别关系与补充关系

一般认为，补充法条的特点在于，为了避免基本法条对法益保护的疏漏，有必要补充规定某些行为成立犯罪。补充法条所规定的构成要件要素，少于或者低于基本法条的要求，或者存在消极要素的规定。“因此，如果已经实施了真正的或者更严重的侵害并应受到处罚，则不再适用补充性的法条。”^② 例如，日本刑法理论公认，相对于伤害罪的规定而言，暴行罪是一种补充规定。因为伤害罪以造成伤害结果为要件，而暴行罪不仅减少了伤害结果的要件，而且不得发生伤害结果（如日本刑法第 208 条对暴行罪所规定的构成要件为“实施暴行而没有伤害他人

① 既然是绑架，必然使用了暴力、胁迫等强制行为，故实际上也达到了非法拘禁罪的立案标准。

② [德] 冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦：《刑法总论 I——犯罪论》，杨萌译，437 页，北京，法律出版社，2006。

的”)。显然,如果暴行导致他人伤害,则不能认定为暴行罪,而应认定为伤害罪。这便是国外刑法理论所说的“基本法优于补充法”的原则。^①在这种情况下,暴行罪的成立显然不可能以行为符合伤害罪的构成要件为前提。这种默示的补充关系,究竟是否属于法条竞合,还存疑问。因为既然行为符合暴行罪的构成要件时,并不符合伤害罪的构成要件;刑法又明文将造成他人伤害的情形排除在暴行罪之外,那么,二者就是一种相互排斥的关系,而没有竞合之处。再如,平野龙一教授指出:日本“刑法第155条规定了伪造公文书罪,第159条规定了‘伪造他人的文书’。由于第159条并没有特别明示‘公文书以外的文书’,而在用语上包含了公文书,故法条产生了竞合。但第159条是对第155条的补充,仅适用于公文书以外的文书即私文书。这就是默示的补充关系”^②。但是,这种观点难以成立。首先,如果说日本刑法第159条所称的“伪造他人的文书”仅限于私文书,那么,其与第155条就是既相互排斥又相互衔接的关系。亦即,行为人所伪造的文书,要么属于公文书,要么属于私文书,一个行为不可能同时符合日本刑法第155条与第159条,因而不可能存在法条竞合关系。如果说刑法第159条规定的“伪造他人的文书”并不限于私文书,那就意味着刑法第155条是特别规定,亦即,第155条是将第159条规定的“伪造他人的文书”中的公文书抽出来予以特别规定的,因而是特别关系。

再以我国刑法第114条与第115条为例。一般认为,两个条文之间具有竞合关系,前者为补充法,后者为基本法。其实,二者的关系并不是简单的基本法与补充法的关系。

首先,当行为人实施了放火、爆炸等危害公共安全的行为,造成不特定或者多数人的伤亡实害结果,并且对该结果具有认识并且持希望或者放任态度时,应当适用刑法第115条第1款。^③这种情形属于普通的结果犯。与结果犯相对应,刑法第114条规定的便是未遂犯。因为第114条与第115条第1款是以是否造成严重伤亡实害结果作为区分标准的,所以,是否造成严重伤亡实害结果,成为区别适用这两个条文的基

① 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,新版第3版,481页,东京,成文堂,2009。

② [日]平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,412页,东京,有斐阁,1975。另参见[日]山口厚:《刑法总论》,2版,367页,东京,有斐阁,2007。

③ 当然,该行为是否另触犯刑法第232条、第234条,以及对一个同时触犯第115条与第234条的行为应当如何认识和处理,则是另一问题。

本标准。例如，即使行为人以希望或者放任不特定或者多数人伤亡的故意，实施了放火、爆炸等危害公共安全的行为，但只要没有造成严重伤亡实害结果，就只能适用第 114 条（不再适用刑法总则第 23 条关于未遂犯的规定）；并不是适用第 115 条第 1 款，同时适用刑法总则第 23 条关于未遂犯的规定。所以，与普通的结果犯相对应，第 114 条便是对第 115 条第 1 款的未遂犯的特别规定（也可谓对未遂犯的既遂犯化）。在这种情形下，虽然国外有学者认为二者是补充关系（即既遂犯的法条是基本法条，未遂犯的法条是补充法条）^①，但是，在我国，由于立法体例不同于外国（我国刑法分则条文并没有独立规定未遂犯），犯罪既遂与未遂的关系，不应当是法条竞合的关系。在一个犯罪从着手到既遂并无间断的情形下，根本没有必要考虑法条竞合的问题；在第一次着手后未得逞，第二次又着手并既遂的情况下，则是包括的一罪（虽然有数个单纯一罪，但仍然只按一罪论处）。^②

其次，当行为人只是对具体的公共危险具有故意，对发生的伤亡实害结果仅具有过失（并不希望或者放任实害结果发生）时，属于典型的结果加重犯。如所周知，结果加重犯，是指法律规定的—个犯罪行为（基本犯罪），由于发生了严重结果而加重其法定刑的情况。不言而喻，第 115 条第 1 款规定的犯罪，完全具备结果加重犯的特征。从表面上看，第 115 条第 1 款虽然没有像第 114 条那样要求“危害公共安全”，但适用第 115 条第 1 款显然以“危害公共安全”（发生具体的公共危险）为前提。否则，第 115 条第 1 款就不属于危害公共安全的犯罪了。既然适用第 115 条第 1 款以发生具体的公共危险（基本结果）为前提，就表明第 115 条第 1 款是因为发生了伤亡实害结果（加重结果）而提高了法定刑。所以，第 115 条第 1 款的规定包含了结果加重犯。^③ 与结果加重犯相对应，刑法第 114 条又是对基本犯的规定。换言之，即使行为人主观上只是希望或者放任具体的公共危险的发生，但只要行为人对实际发

① Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 735; [德] 约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，479 页，北京，法律出版社，2008；[日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，4 版，498 页，东京，东京大学出版会，2006。

② 参见 [日] 平野龙一：《刑法总论 II》，412 页，东京，有斐阁，1975；[日] 西田典之：《刑法总论》，2 版，414 页，东京，弘文堂，2010；[日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，368 页，东京，有斐阁，2007。

③ 参见张明楷：《危险驾驶的刑事责任》，载《吉林大学社会科学学报》，2009（6），24 页以下。

生的实害结果具有过失，就必须适用刑法第 115 条第 1 款。^①“特别关系总是存在于基本的构成要件与其结果加重和特殊的变异之间。”^②所以，从基本犯罪与结果加重犯的关系来说，第 114 条与第 115 条是特别关系。

最后，虽然第 115 条以“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”为要件，第 114 条以“尚未造成严重后果”为适用前提，表面上看二者既相互衔接，又相互排斥；其间既无遗漏，也无重叠交叉，但事实上并非如此。因为“尚未造成严重后果”只是表面的构成要件要素，两个法条之间并不存在相互排斥的关系。^③因此，在行为人实施了放火等危险行为，客观上也存在一人死亡的事实，却不能证明被害人的死亡由放火行为造成时，也能适用第 114 条。显然，凡是符合第 115 条的行为必然符合第 114 条，第 115 条只是在第 114 条规定的基础上增加了加重结果的要素。所以，在这个意义上说，第 115 条是特别法条，第 114 条是普通法条。

国外刑法理论认为，除了默示的补充关系外，还存在一种明示的补充关系。如日本刑法第 108 条规定了对现住建筑物等放火罪，第 109 条规定了对非现住建筑物等放火罪，第 110 条规定：“放火烧毁前两条规定以外之物，因而发生公共危险的，处一年以上十年以下惩役。”该规定属于明示的补充规定。在这种情况下，同样适用基本法优于补充法的原则。^④以我国刑法为例，刑法第 151 条、第 152 条与第 347 条规定了各种走私罪，第 153 条规定：“走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：……。”该规定是明示的补充规定。只要走私行为符合第 151 条、第 152 条与第 347 条的规定，就不得依照第 153 条论

① 倘若既承认过失的结果加重犯，又承认故意的结果加重犯，也可以认为，刑法第 114 条规定的是基本犯，第 115 条规定的是结果加重犯。亦即，一方面，当行为人对具体的公共危险（基本结果）具有故意，对所发生的伤亡实害结果（加重结果）具有过失时，是过失的结果加重犯，理当适用刑法第 115 条第 1 款；另一方面，当行为人不仅对具体的公共危险（基本结果）具有故意，而且对所发生的伤亡实害结果（加重结果）具有故意时，是故意的结果加重犯，也应适用刑法第 115 条第 1 款。

② Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts; Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 733.

③ 参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，355 页以下，北京，北京大学出版社，2010。

④ 参见 [日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，367 页，东京，有斐阁，2007。

处，而且不以符合第 153 条的偷逃应缴税额为前提。显然，如果认为构成走私普通货物、物品罪必须是“本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品”，那么，第 153 条与第 151 条、第 152 条、第 347 条之间就既相互衔接也相互排斥，一个行为不可能同时触犯两个法条，因而不存在法条竞合关系。换言之，要承认法条竞合意义上的补充关系，就必须承认“本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外”这一表述内容属于表面的构成要件要素。例如，虽然黄金、白银等贵重金属属于刑法第 151 条规定的货物、物品，但这并不意味着走私贵重金属的行为不可能构成刑法第 153 条规定的犯罪。相反，走私贵重金属入境的，以及误将贵重金属当做普通金属走私出境的，都构成刑法第 153 条规定的犯罪。然而，如果认为走私武器、弹药等特殊的走私罪，以符合走私普通货物、物品罪的基本构成要件为前提，那么，二者之间完全是特别法条与普通法条的关系，而不是所谓补充关系。而且，从原理上说，基本法条的法定刑必然重于补充法条的法定刑，可是，我国刑法第 153 条规定的法定刑明显重于刑法第 152 条的法定刑。所以，将第 153 条作为补充法条，也不符合补充关系的原理。^①

即使认为存在与特别关系相并列的补充关系，对二者也只是观察的角度不同。正如柯耀程教授所言：“补充关系的形成，系指截阻规范与基准规范的关系，亦属规范内部之静态关系，此种关系的观察，应为由下而上的观察方向，从此一观点而言，补充关系的观察方面，正好与特别关系形成反向关系，二者则形成规范彼此间静态观察的双向关系。”^②以前述第 153 条与第 151 条、第 152 条、第 347 条的关系为例，如果以第 151 条、第 152 条、第 347 条为基准条款观察，那么，第 153 条为补充法条；反之，如果以第 153 条为基准条款观察，则第 151 条、第 152 条、第 347 条是特别法条。显然，不能因为观察角度不同，就适用不同的原则；即使适用不同的原则，处理的结局也必须相同。在本书看来，将上述关系视为特别关系即可。即使认为在这种场合应当适用基本法优

① 国外也有学者否认补充关系（参见〔日〕西田典之：《刑法总论》，2 版，414 页，东京，弘文堂，2010）。

② 柯耀程：《刑法竞合论》，142 页，北京，中国人民大学出版社，2008。山口厚教授也认为，“补充关系是特别关系的一种”（〔日〕山口厚：《刑法总论》，2 版，366 页，东京，有斐阁，2007）。

于补充法的原则，其与适用特别法条优于普通法条的原则所得出的结论，也是相同的。

（四）特别关系与吸收关系

法条竞合中是否存在吸收关系，是争论最激烈的问题之一。^①

简单地说，一个法条吸收另一法条时，二者之间便具有吸收关系。但是，关于吸收关系的举例，的确五花八门。

例一：团藤重光教授承认吸收关系，其所举之例是，在杀人刺坏了衣服时，只适用杀人罪的规定，毁损器物的事实被吸收性地评价在杀人罪中。^②

但这样的情形，并不是法条竞合。故意杀人罪与故意毁坏财物罪，明显是两个中立的法条，二者之间不存在竞合关系。所以，井田良教授指出：“这样的事实，属于通过一个刑罚法规的罚条评价使事实被包括性地包含在内的情形，倒不如说，应当将其作为包括一罪的一种（吸收一罪）来把握。”^③ 平野龙一、西田典之、前田雅英、山口厚等教授均认为这种情形属于包括的一罪。^④ 有学者认为，“这种情形虽然是包括的一罪，但应当理解为法条竞合的附随犯中的吸收关系。”^⑤ 然而，包括的一罪以存在数个法益侵害为前提，而法条竞合并不存在数个法益侵害事实，所以，肯定上述附随犯既是包括的一罪，也是法条竞合关系，并不合适。正因为包括的一罪以存在数个法益为前提，所以，上述附随犯也可以被评价为想象竞合犯。因为毕竟是一个行为因为侵害两个法益而触犯了两个罪名。

例二：西田典之教授承认吸收关系，他指出：“存在一方的构成要件吸收另一方因而仅成立一罪的情形。例如，抢劫罪（第236条）以暴行、胁迫作手段，成立抢劫罪时，就不另成立暴行罪（第208条）、胁迫罪（第222条）。因为暴行、胁迫手段作为抢劫罪构成要件的一部分

① 参见[德]约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，479页，北京，法律出版社，2008。

② 参见[日]团藤重光：《刑法纲要（总论）》，3版，457页，东京，创文社，1990。

③ [日]井田良：《讲义刑法学·总论》，525页，东京，有斐阁，2008。

④ 参见[日]平野龙一：《刑法总论Ⅱ》，411页，东京，有斐阁，1975；[日]西田典之：《刑法总论》，2版，414页，东京，弘文堂，2010；[日]前田雅英：《刑法总论讲义》，4版，500页，东京，东京大学出版会，2006；[日]山口厚：《刑法总论》，2版，373页，东京，有斐阁，2007。

⑤ [日]山中敬一：《刑法总论》，2版，986页，东京，成文堂，2008。

被吸收处罚（吸收关系）。”^①

但是，更多的学者认为，上述抢劫罪与暴行罪、胁迫罪的关系是特别关系。如山口厚教授在论述特别关系时指出：在特别关系中，“如果从加重类型或者减轻类型中除去加重要素或者减轻要素，就能认定为基本类型。在抢劫罪（第236条第1项）这样的结合犯中，抢劫罪与暴行罪（第208条）、胁迫罪（第222条）以及盗窃罪（第235条）的关系，同样可以说是特别关系。”^②在本书看来，这种吸收关系应当归入特别关系，因为抢劫罪与暴行罪、胁迫罪之间，以及抢劫罪与盗窃罪之间，是一种比较典型的包容关系。换言之，抢劫罪的构成要件要素多于暴行罪、胁迫罪，也多于盗窃罪；凡是符合抢劫罪构成要件的行为，也必须符合暴行罪、胁迫罪与盗窃罪的构成要件。正因为如此，平野龙一教授指出：“吸收关系可以说是一种特别关系或者补充关系。”^③

例三：德国主流观点所承认的吸收关系之例是，入室盗窃与非法侵入住宅形成吸收关系，因为非法侵入住宅是盗窃的一个单纯的伴随行为。但行为所触犯的两个罪名之间，并不存在逻辑上的必然性，只是在通常情况下，行为触犯重罪名时会同时触犯另一轻罪名。^④

在本书看来，德国主流观点之所以将上例作为法条竞合的吸收关系，是因为德国现行刑法中并没有牵连犯的概念。在日本的刑法理论与判例中，上例则是典型的牵连犯。^⑤在我国，倘若认为牵连犯是可以取消的概念，则可以将其归入想象竞合犯。

至于预备犯、未遂犯与既遂犯的关系，正犯与狭义的共犯（教唆犯与帮助犯）的关系，并不是所谓法条竞合中的吸收关系，而是包括的一罪。^⑥顺便指出的是，包括的一罪中的吸收一罪，与法条竞合中的所谓吸收关系，并不是一回事。

我国刑法理论一般使用吸收犯的概念，并将吸收犯作为处断上的一罪对待。“吸收犯，是指数个犯罪行为，其中一个犯罪行为吸收其他的

① [日] 西田典之：《刑法总论》，2版，413~414页，东京，弘文堂，2010。

② [日] 山口厚：《刑法总论》，2版，367页，东京，有斐阁，2007。

③ [日] 平野龙一：《刑法总论II》，411页，东京，有斐阁，1975。

④ 参见[德] 约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，480页，北京，法律出版社，2008。

⑤ 参见[日] 山口厚：《刑法总论》，2版，381页，东京，有斐阁，2007；[日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，535页，东京，有斐阁，2008。

⑥ 参见[日] 山口厚：《刑法总论》，2版，371页以下，东京，有斐阁，2007。

犯罪行为，仅成立吸收的犯罪行为一个罪名的犯罪形态。例如，非法制造枪支、弹药，事后藏于家中……吸收关系有哪几种，在刑法理论上意见颇不一致，但大多认为有如下三种：第一，重行为吸收轻行为。这里所说的行为的轻重，主要是根据行为的性质来区分的，重行为在行为的性质上较轻行为严重，前后的行为有轻有重时，轻行为应为重行为所吸收……第二，实行行为吸收预备行为。第三，主行为吸收从行为……在我国对共同犯罪分类的情况下，主犯或教唆犯的行为是主行为，从犯的行为是从行为。据此，先教唆他人，后又帮助他人犯罪，帮助行为为教唆行为所吸收，应以教唆犯罪处断，而依该罪的主犯量刑。”^①

近来有学者指出：“这种作为处断的一罪处理的所谓吸收犯，实际上是法条竞合犯，其包括两种类型：（1）行为形态的吸收：既遂吸收未遂、预备。在立法上为了充分保护法益，在构成要件的设计上，就会针对不同行为阶段和不同犯罪方式分别作出规定，由此形成法条上的重叠现象。但是，只要出现犯罪既遂结局的，犯罪未遂、预备的处罚规定就不再考虑。与此相关的问题是：行为实施之后，出现实害结果的，危险犯被实害犯所吸收。（2）参与上的吸收：正犯行为吸收（狭义的）共犯行为。教唆后实行的，教唆后帮助的，或者帮助一段时间后参与实行的，当行为作为正犯受到处罚时，其狭义的共犯行为就不是一个独立的犯罪。只有当其行为无法按正犯进行处罚时，教唆、帮助的构成要件才有适用的余地。将上述两大类传统上作为吸收犯看待的行为认定为具有吸收关系，作为法条竞合的一种类型看待……取消吸收犯概念，应该是没有问题的。”^②

本书持与此相反的主张。亦即，可以否认法条竞合的吸收关系，将吸收犯作为包括的一罪处理。（1）所谓实行行为吸收预备行为，并不具有意义。因为某种行为的预备行为发展为实行行为后，会出现两种结局：要么预备行为对定罪没有独立意义，要么预备行为仍然是独立的犯罪。例如，准备杀人工具后实行了杀人行为，即使没有吸收犯的概念，也只能认定为一个杀人罪。更为重要的是，对杀人预备与杀人既遂所适用的分则条文是同一的，而一个法条不可能存在竞合问题。又如，行为人非法侵入他人住宅后实施杀人的实行行为，非法侵入他人住宅的行为

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4版，212~213页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。

② 周光权：《法条竞合的特殊关系研究》，载《中国法学》，2010（3），160~161页。

虽然触犯了另一罪名，但即使行为人没有实施杀人的实行行为，对该行为也应认定为故意杀人的预备行为，而不宜仅认定为非法侵入他人住宅罪，故非法侵入他人住宅是杀人行为的一部分；由于侵入住宅杀人的行为具有一行为触犯数罪名的特点，故成立想象竞合犯，而不是吸收犯。如果承认牵连犯的概念，也可以认为非法侵入住宅杀人的，属于手段行为触犯了其他罪名，因而成立牵连犯。再如，为了非法吸收公众存款而先伪造金融机构经营许可证的，应实行数罪并罚。可见，不管是哪一种情况，都不存在实行行为吸收预备行为的现象，也不存在法条竞合中的吸收关系。（2）所谓既遂犯吸收未遂犯，如前所述，在着手后没有间断地到达既遂的场合，没有必要考虑罪数问题；在着手后有间断，后来又实行犯罪导致既遂的，则是包括的一罪（或同种数罪），而不是法条竞合中的吸收关系。对于同一犯罪的未遂与既遂所适用的分则条文是同一的，因而缺乏成立法条竞合的基本前提。（3）所谓主行为吸收从行为，也难以成立。在正犯、教唆犯与帮助犯的分类上，共犯的竞合也不是法条竞合，而是包括的一罪。^① 特别是在正犯行为、教唆行为、帮助行为触犯同一罪名时，适用的是同一法条，不可能存在法条竞合关系。况且，在我国，共犯人是主犯还是从犯、胁从犯，需要根据其在共同犯罪中所起的作用认定，而这种作用大小必须综合考察，故不存在吸收问题。换言之，共犯人的所有行为，都是认定其属于主犯、从犯还是胁从犯的事实根据，不存在一部分行为吸收另一部分行为的问题。而且，在罪数理论中论述吸收犯，是为了区分一罪与数罪，所谓主犯吸收从犯、胁从犯，只是为了确定行为人属于哪一类共犯人，并不涉及罪数问题。

总之，法条竞合中并不存在吸收关系，理论上所称的吸收关系，要么属于特别关系，要么属于包括的一罪（吸收犯），还可能属于想象竞合犯。

（五）特别关系与包容关系

我国有学者认为，法条竞合关系除了特别关系、补充关系、吸收关系与择一关系外，还包括狭义的包容关系。亦即，“某一刑法分则规定的甲罪（重罪）和乙罪（轻罪），并不存在规范意义上的普通法条与特别法条的关系。但是，甲罪的构成要件比乙罪的构成要件具有完全性

^① 参见 [日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，528 页，东京，有斐阁，2008。

时，完全法排斥、拒绝不完全法……我国刑法分则所规定的包容关系包括以下情形：放火等以危险方法危害公共安全的犯罪，在导致被害人死亡时，包容故意杀人、故意伤害罪（当然这只是通说的观点，对此，还值得进一步研究），绑架罪包容故意杀人罪、过失致人死亡罪，拐卖妇女罪与组织强迫卖淫罪包容强奸罪，拐卖妇女罪包容引诱、强迫卖淫罪，组织卖淫罪包容强迫卖淫罪，抢劫罪包容故意杀人罪、故意伤害罪，组织运送他人偷越国边境罪以及走私、贩卖、运输、制造毒品罪包容妨害公务罪。”^① 本书不赞成这一观点。

大体而言，包容关系、交叉关系是从两个法条的外延关系上所作的归纳，特别关系、补充关系等则是从两个法条的内涵关系上所作的归纳。所以，特别关系与包容关系并不是同一层次的关系。按照前述山口厚教授的观点，包容关系可以进一步区分为特别关系与补充关系。按照笔者的观点，包容关系就是特别关系。换言之，只要承认两个法条之间具有包容关系，即使是所谓狭义的包容关系，也只能是特别关系。事实上，该学者所列举的包容关系，均可以归纳为特别关系，而不是与特别关系不同的包容关系。例如，就故意杀人与绑架杀人而言，关于绑架杀人的规定当然是特别法条；就拐卖妇女与强迫卖淫而言，有关“强迫被拐卖的妇女卖淫”的规定也属于特别法条；如此等等。况且，上述观点也存在自相矛盾之处。如前所述，持上述观点的学者认为，结果加重犯的过失致人死亡与刑法第 233 条的过失致人死亡罪是势不两立的择一关系。据此，绑架致人死亡与过失致人死亡罪就是择一关系。但该学者在这里又说绑架罪包容过失致人死亡罪，二者之间又成立包容关系。于是，绑架致人死亡与过失致人死亡罪既对立又包容，这显然难以令人接受。

综上所述，从实质上看，法条竞合的类型，基本上或者主要是特别关系。与一个普通法条相对应的，可能不止一个特别法条，而是多个特别法条。对立关系（部分学者所称的择一关系）时，并不存在法条竞合关系；补充关系，充其量只是特别关系的另一种表述；吸收关系要么属于吸收犯或想象竞合犯，要么没有存在的余地；所谓包容关系，也只是特殊关系的外在表现。至于是否存在交叉关系，的确值得进一步研究，即使存在，也只能采取重法优于轻法的原则。

^① 周光权：《法条竞合的特殊关系研究》，载《中国法学》，2010（3），162页。

三、特别关系的处理原则

普通法条与特殊法条竞合时，只能适用一个法条，但适用哪一法条，则必须确立一定的原则。

首先，一个行为同时符合相异法律之间的普通刑法与特别刑法规定的犯罪构成时，应严格依照特别法优于普通法的原则论处。

在上述情况下，之所以严格依照特别法优于普通法的原则论处，是由特别刑法与普通刑法的关系决定的。普通刑法，是在一般范围内普遍适用的刑法。特别刑法，是在特定范围内适用的刑法，特别刑法的效力，或者仅及于具有特定身份的人，或者仅及于特定地域，或者仅及于特定犯罪。国家在普通刑法之外又制定特别刑法，是为了惩治特定犯罪，保护特定的法益。其用意是将特定犯罪依特别刑法论处，从而对特定的法益予以特殊保护。所以，行为符合特别刑法的规定时，应适用特别刑法，而不适用普通刑法。否则，特别刑法就丧失了应有意义。

需要说明的是，“通说所谓特别法优于普通法，意思不可能是特别法所规定的任何犯罪都优先于刑法所规定的犯罪而被适用。因为不管是‘刑法’或单行刑法，本身都有错综复杂的犯罪类型以及构成要件的规定，如果欠缺个别条文之间的保护法益上的关联，则根本欠缺任何仅能论以一罪的法理基础，并且也不是立法意旨所在”^①。换言之，即使就不同文本的特别刑法与普通刑法而言，也只是在个别条文之间存在竞合关系时，才适用特别刑法优于普通刑法的原则。

其次，一个行为同时符合同一法律的普通条款与特别条款规定的犯罪构成时，应依具体情况与法律规定，分别适用特别法（条）优于普通法（条）、重法（条）优于轻法（条）的原则。

同一法律内部条文之间，也可能存在普通法条与特别法条的关系。这种情况既会发生在普通刑法之内，也会发生在特别刑法之内。普通法条是指在一般场合普遍适用的刑法条文（款）；特别法条是指在普通法条基础上附加特定条件、在特别场合适用的法条（款）。定罪量刑时应视具体情况与法律规定采取不同原则。

当一个行为同时触犯同一法律的普通法条与特别法条时，在通常情

^① 黄荣坚：《基础刑法学》（下），3版，595页，北京，中国人民大学出版社，2009。

况下，应依照特别法条优于普通法条的原则论处。这也是因为，立法者在普通法条之外又设特别法条，是为了对特定犯罪给予特定处罚，或因为某种犯罪特别突出而予以特别规定。因此，行为符合特别法条时，应按特别法条的规定论处。

当一个行为同时触犯同一法律的普通法条与特别法条时，在特殊情况下，应适用重法条优于轻法条的原则，即按照行为所触犯的法条中法定刑最重的法条定罪量刑。这里的“特殊情况”是指以下两种情况：

第一，法律明文规定按重罪定罪量刑。例如，刑法分则第三章第一节第149条第2款规定：“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第一百四十一条至第一百四十八条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”该节第140条规定的是生产、销售一般伪劣产品的行为，第141条至第148条规定的是生产、销售特定伪劣产品的行为。因此，第140条是普通法条，第141条至第148条是特别法条。行为既符合特别法条又符合普通法条的规定时，原则上依照特别法条的规定定罪量刑；但如果普通法条处罚较重时，则按照普通法条的规定定罪量刑。

第二，法律虽然没有明文规定按普通法条规定定罪量刑，但对此也没作禁止性规定，而且按特别法条定罪明显不能做到罪刑相适应时，按照重法条优于轻法条的原则定罪量刑。从我国刑法的规定来看，许多特别法条规定的犯罪并不轻，但其法定刑轻于普通法条的法定刑，如果绝对地采取特别法条优于普通法条的原则定罪量刑，就会造成罪刑不均衡的现象。在这种情况下，只要刑法没有禁止适用重法条，或者说只要刑法没有指明适用轻法条，为了贯彻罪刑相适应的基本原则，就应按照重法条优于轻法条的原则定罪量刑。

根据以上分析，适用重法条优于轻法条的原则必须符合以下三个条件：其一，行为触犯的是同一法律的普通法条与特别法条，否则，应严格适用特别法条优于普通法条的原则。其二，同一法律的特别法条规定的法定刑，明显低于普通法条规定的法定刑，并缺乏法定刑减轻的根据，而且，根据案件的情况，适用特别法条明显违反罪刑相适应原则。其三，刑法没有禁止适用普通法条，或者说没有指明必须适用特别法条。否则，必须适用特别法条。即当刑法条文规定了“本法另有规定的，依照规定”时，禁止适用普通法条，或者虽然没有这样的规定，但从立法精神来看，明显只能适用特别法条时，禁止适用普通法条。后者如，军人实施违反军人职责罪的行为，同时触犯普通法条时，只能适用

刑法分则第十章的法条，不得适用普通法条。

例如，刑法第 192 条至第 197 条所规定的各种金融诈骗罪的法定刑，均不轻于甚至重于普通诈骗罪的法定刑，但保险诈骗罪的法定刑却轻于普通诈骗罪的法定刑。这里首先需要研究的一个问题是，对于保险诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，能否适用重法优于轻法的原则以普通诈骗罪论处？

刑法第 266 条针对数额特别巨大或者有其他特别严重情节的普通诈骗，规定了“十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产”的法定刑；从某种意义上说，保险诈骗罪因为侵犯了双重法益，其法定刑应当更重，但刑法第 198 条针对数额特别巨大或者有其他特别严重情节的保险诈骗，规定了“十年以上有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金或者没收财产”的法定刑。这会使人觉得法定刑不均衡，因而在保险诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节时，产生适用重法优于轻法原则的欲望。但是，本书认为，即使存在这种不均衡，相对于普通诈骗罪而言，也只能适用特别法优于普通法的原则，即对保险诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，不能认定为普通诈骗罪（如下所述，能否认定为合同诈骗罪，则另当别论）。

首先，虽然刑法第 198 条规定的法定刑轻于第 266 条规定的法定刑，但由于刑法第 266 条存在“本法另有规定的，依照规定”的规定，所以，如果在上述情况下仍然适用第 266 条，便明显违反了第 266 条的规定。刑法第 266 条中的“本法另有规定的，依照规定”的规定对相关犯罪的定罪具有实质意义，即行为虽然符合第 266 条，但同时符合其他规定的，不得依照第 266 条定罪，而应适用其他规定。换言之，在刑法明文规定不得适用 266 条的情况下，如果仍然适用 266 条的规定，实质上是对罪刑法定原则的违反。因为罪刑法定原则除了具有禁止对法无明文规定的行为定罪量刑的基本内容外，还包括禁止对法有明文规定的行为恣意定罪量刑的内容。例如，故意伤害罪虽然是刑法明文规定的犯罪，但不能因为法有明文规定，就可以将故意伤害行为认定为故意杀人罪或者过失致人死亡罪。否则，也违反了罪刑法定原则。所以，不能因为保险诈骗已属法有规定的行为，便违反刑法第 266 条的规定将其认定为普通诈骗罪。或许有人认为，由于保险诈骗罪原本符合刑法第 266 条，所以，对其以普通诈骗罪论处并没有违反刑法第 266 条。其实，所谓没有违反刑法第 266 条，只是没有违反刑法第 266 条关于罪状与法定刑的规定，但违反了刑法第 266 条的“本法另有规定的，依照规定”的规定。

其次，成文刑法是正义的文字表述，正义首先要求对“相同”案件应当相同地处理，对不同案件应当不同地处理；在刑法上，对于更重的罪不能判处更轻的刑罚，否则，刑法就丧失了正义性。所以，使刑法相协调是最好的解释方法。在此意义上说，对保险诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，适用刑法第 266 条，使之受到相应的刑罚处罚，符合刑法的正义性要求。但是，在实行法治的时代，在刑法规定了罪刑法定原则的时代，刑法的正义性只能是罪刑法定原则之下的正义性，而不能在罪刑法定原则之外追求正义性。例如，现实生活中存在一些行为的法益侵害性与非难可能性严重，而刑法却没有将其规定为犯罪的情形（如公然猥亵、拐卖已满 14 周岁的男性公民、强制猥亵男性公民等）；在某种意义上说，对这种行为不以犯罪论处，也有悖于刑法的正义性。但是，在经济发展的复杂社会与重视人权的法治时代，不可能直接根据正义理念定罪量刑；不能以刑法存在漏洞（因而不正义）为由，对法无明文规定的行为定罪量刑。否则，就会导致法的不安定性和任意性。因为，正义“随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”^①，活生生的正义必须具体化、实证化。换言之，“在论述自然法时，永远不可能是谈论一个完整的、随时随地（hic et nunc）都可以应用的制度，而是仅仅涉及正义的一些原则。但是，这些原则需要进行某种具体化，才能应用于某些特定的生活情景。这种必要的改造由实证化（Positivierung）来完成，实证化把那些原则变为具体的、切实可行的法的规则”^②。正因为如此，以实现民主与尊重人权（保障国民自由）为己任的罪刑法定原则，要求以成文的法律规定犯罪与刑罚（成文法主义）；对于法无明文规定的行为，不能以追求刑法的正义性为由而追究行为人的刑事责任。同样，对于法有明文规定的行为，也只能在符合罪刑法定原则的前提下，追求刑法的正义性。既然刑法禁止对保险诈骗行为适用普通诈骗的法条，司法工作人员只能在不适用普通诈骗罪法条的前提下，追求刑法的正义性。

最后，虽然从立法论上来说，人们或许可以建议提高保险诈骗罪的法定刑或者降低普通诈骗罪的法定刑，换言之，尽管人们可能批判刑法对保险诈骗罪与普通诈骗罪规定的法定刑不协调，但是，从法益侵害程

① [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，252 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

② [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，171~172 页，北京，华夏出版社，2003。

度以及被害人学的角度来考察，也不一定有充分理由否定刑法规定的合理性。更为重要的是，在刑法没有修改的情况下，必须严格遵守刑法的明文规定并解决现实问题。

那么，对于保险诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节，适用刑法第 198 条导致罪刑不均衡时，能否以合同诈骗罪论处呢？本书持肯定回答。

首先，如果认为刑法 192 条至第 198 条与刑法第 224 条之间不存在特别法条与普通法条的关系，对于利用保险合同诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，宜认定为想象竞合犯（也可能认定为牵连犯），以合同诈骗罪论处。

可以肯定的是，难以认为刑法第 192 条至第 198 条与刑法第 224 条之间均存在特别法条与普通法条的关系。因为如后所述，特别法条的适用以行为符合普通法条为前提，但金融诈骗罪的成立并不以行为符合合同诈骗罪的构成要件为前提，否则便会不当缩小金融诈骗罪的成立范围。例如，票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用卡诈骗罪等，均不一定利用经济合同。换言之，票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用卡诈骗罪，并不一定符合合同诈骗罪的构成要件。所以，如果认为利用保险合同诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，不属于法条竞合，而属于想象竞合犯（或者认定为牵连犯），则应从一重罪处断，以合同诈骗罪论处。

其次，即使认为刑法第 198 条与刑法第 224 条之间存在特别法条与普通法条的关系，对于利用保险合同诈骗数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，也可能适用重法优于轻法的原则，以合同诈骗罪论处。

保险诈骗行为都利用了保险合同，在此意义上说，保险诈骗行为都触犯了保险诈骗罪与合同诈骗罪（以其他方法骗取对方当事人财物），人们可能认为规定合同诈骗罪的第 224 条与规定保险诈骗罪的第 198 条，存在普通法条与特别法条的关系。在这种前提下，如果一概适用特别法条优于普通法条的原则，会出现不合理现象：利用保险合同诈骗保险金的，无论数额多少、情节多么严重，最高只能判处 15 年有期徒刑；而利用其他经济合同骗取财物的，最高可能判处无期徒刑。因此，本书认为，即使认为刑法第 198 条与刑法第 224 条之间存在特别法条与普通法条的关系，在符合适用重法条优于轻法条原则条件的前提下，宜适用该原则，以实现罪刑相适应原则。其一，利用保险合同骗取保险金的行为，触犯的是同一法律的普通法条与特别法条；其二，同一法律的特别

法条规定的法定刑，明显低于普通法条规定的法定刑，并缺乏法定刑减轻的根据，而且，根据案件的情况，适用特别法条不符合罪刑相适应原则；其三，刑法第 224 条没有禁止适用普通法条，即没有像刑法第 266 条那样明文规定必须适用特别法条。既然如此，就可以适用重法条优于轻法条的原则。

或许有人认为，本书的上述观点自相矛盾。笔者不以为然。刑法第 266 条存在“本法另有规定的，依照规定”的规定，而刑法第 224 条没有类似规定。这表明，刑法第 192 条至第 198 条与第 266 条是特别法条与普通法条的关系，凡是符合特别诈骗罪的法条，且刑法禁止适用普通法条的，不得适用普通诈骗罪的法条；而刑法第 192 条至第 198 条与刑法第 224 条，不一定存在特别法条与普通法条的关系，而且即使认为存在特别法条与普通法条的关系，但由于刑法并未禁止适用普通条款，故可能适用处刑较重的合同诈骗罪的法条。

有学者对上述特殊情况下的重法优于轻法的原则提出了批评，核心理由是：“法条竞合概念意味着只要存在特别关系，特别法条的适用优先性是不可动摇的，而无须过问特别法条的轻重。”重法优于轻法原则的适用，“是对重刑主义观念的迷恋，有悖于法条竞合的法理”^①。“立法者本来就是基于罪刑相适应的考虑，认为普通条款的惩罚尺度不合适，才专门设立特别条款，在这种情况下，如果说司法者可以故意搁置和架空某一个他自己认为‘罪刑不相适应’的特别条款并转而适用普通条款，那么立法权与司法权之间的权限划分以及立法对司法的限制就荡然无存了。这显然是与现代法治的基本共识完全背离，除非重新定位司法权，否则在法无明文规定的情形下主张‘按特别条款定罪不能做到罪刑相适应’，难以在现代法治理念的基础性框架中获得认同。”“如果仅仅根据司法解释或者解释者个人对于‘罪刑是否相适应’的感受，就将这一例外性的法律规定（指刑法第 149 条第 2 款关于重法优于轻法的规定——引者注）不受约束地扩展适用至其他条文，则明显是在重刑思维下把公民个人的自由权和立法者的决定权一股脑留给了司法者，以解释之名行立法之实，这一步走得如此之远，是比类推更隐蔽也更严重的对罪刑法定原则的破坏，对此应该拒绝。”^②在本书看来，以上批评都是以刑法分则对特别法条的设置完全合理为前提的。但在我国，事实上并非如此。

① 周光权：《法条竞合的特殊关系研究》，载《中国法学》，2010（3），163、168页。

② 车浩：《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系》，载《法学研究》，2010（2），141、142页。

在国外的刑事立法中，特别关系存在两种类型：一是基本类型与加重类型（如侵占罪与业务上侵占罪），二是基本类型与减轻类型（如故意杀人罪与同意杀人罪）。^① 不仅如此，加重类型必然是违法加重或者责任加重乃至二者均加重；减轻类型也必然是违法减轻或者责任减轻乃至二者均减轻。所以，在德国、日本，当法条竞合关系表现为特别关系时，没有必要、也不可能适用重法优于轻法的原则，因为立法完全是按照罪刑相适应原则设置特别法条的。

但是，我国刑法分则设置特别法条基本上是没有“章法”的，至少存在如下情形：

第一，特别法条设置的法定刑与普通法条设置的法定刑完全相同（基本类型与同等类型的竞合）。例如，刑法第 375 条第 1 款规定的伪造、变造、买卖、盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章犯罪的法定刑，与第 280 条第 1 款规定的伪造、变造、买卖、盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章犯罪的法定刑完全相同（而且前者还遗漏了毁灭行为）。再如，第 368 条所规定的阻碍军人执行职务罪的法定刑，与第 277 条所规定的妨害公务罪的法定刑完全相同。对此，适用特别法条并不存在疑问。不过，从立法论上而言，第 375 条第 1 款与第 368 条的规定是完全没有必要的。

第二，特别法条设置的法定刑重于普通法条设置的法定刑，并且具有加重的根据（基本类型与加重类型的竞合）。对此，严格适用特别法条也不存在疑问。例如，与第 364 条规定的传播淫秽物品罪相比，第 363 条规定的传播淫秽物品牟利罪明显具有加重根据（要么认为牟利目的导致违法性加重，要么认为牟利目的导致有责性加重）。所以，当行为符合刑法第 363 条规定的传播淫秽物品牟利罪的构成要件时，不能适用第 364 条。在此种场合，特别法条优于普通法条与重法优于轻法，实际上是重合的。

第三，特别法条设置的法定刑轻于普通法条设置的法定刑，并且具有减轻的根据（基本类型与减轻类型的竞合）。我国刑法分则基本上不存在像德国、日本等国刑法分则所规定的典型的基本类型与减轻类型的特别关系的犯罪，大体可以称得上基本类型与减轻类型的特别关系如：（1）刑法第 232 条后段（情节较轻的故意杀人）与刑法第 234 条第 2 款中段（故意伤害致死）。情节较轻的故意杀人必然触犯故意伤害致死，但由

^① 参见 [日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，366 页，东京，有斐阁，2007；[日] 山中敬一：《刑法总论》，2 版，982 页，东京，成文堂，2008。

于情节较轻的故意杀人一定具有违法或者责任减轻的理由，故只能适用刑法第 232 条后段的规定。(2) 刑法第 280 条第 1 款后段与第 3 款的后段。居民身份证也是国家机关证件，但刑法对其作了特别规定。伪造、变造国家机关证件情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，而伪造、变造居民身份证情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。这是因为，居民身份证只对证明居民身份起作用，伪造、变造居民身份证行为的违法性轻于伪造、变造国家机关其他证件的行为。在这种情况下，当然不能适用重法优于轻法的原则。(3) 刑法第 418 条规定：“国家机关工作人员在招收公务员、学生工作中徇私舞弊，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”由于这种行为的法益侵害性轻于普通滥用职权罪，故其法定刑轻于普通滥用职权罪的法定刑。此外，勉强可以称得上基本类型与减轻类型的特别关系，还必须联系刑法总则关于中止犯的规定才能确定。例如，故意杀人罪与故意伤害罪是包容关系，前者包含了后者，但规定故意杀人罪的法条是特别法条（其构成要件要素多于故意伤害罪）。当行为人故意杀人致人重伤乃至严重残疾后，中止杀人行为的，既是故意杀人罪的中止，也是故意伤害罪的既遂。在这种场合，认定为故意杀人罪的中止犯，也可能导致刑罚轻于故意伤害罪既遂。即使如此，也不能适用故意伤害罪的规定。因为对中止犯的减免规定是具有特别理由的（除违法性、有责性减少外，还具有刑事政策的理由）。

第四，特别法条设置的法定刑轻于普通法条设置的法定刑，但是不具有减轻的根据，相反只具有加重的理由（表面上是基本类型与减轻类型的竞合，实质上是基本类型与加重类型的竞合）。以诈骗罪与保险诈骗罪为例。按照刑法理论公认的说法，诈骗罪仅侵犯了财产，而保险诈骗罪不仅侵犯了财产，而且侵犯了金融管理秩序。既然如此，设置有关保险诈骗罪的特别规定时，理当规定重于诈骗罪的法定刑，但刑法第 198 条并非如此，而是对保险诈骗罪规定了轻于普通诈骗罪的法定刑。尽管如此，笔者也不主张适用普通法条，因为刑法第 266 条明文禁止适用普通法条。但是，在刑法条文没有明文禁止适用普通法条时，当然要通过适用普通法条，克服刑法条文的缺陷。^①

又如，刑法第 264 条所规定的普通盗窃罪的法定最高刑为无期徒刑，但是，刑法第 345 条对盗伐林木罪所规定的最高刑为 15 年有期徒

^① 笔者并不是要批判刑事立法，而是基于刑事立法的现实，提出合理处理法条竞合的原则，以弥补刑事立法的缺陷。

刑。那么，盗伐林木罪的违法性与有责性是否轻于盗窃罪呢？显然不是。盗窃罪仅侵犯了财产；盗伐林木罪不仅侵犯了财产，而且破坏了森林资源。基于这一基本区别，还可以得出以下结论：盗窃罪仅导致现实的被害人遭受财产损失，而盗伐林木罪不仅导致现实的被害人遭受财产损失，而且导致子孙后代的生态环境恶化。不难看出，在相同条件下，就对财产法益的侵害而言，盗伐林木罪并不轻于盗窃罪。此外，就盗窃罪而言，即使行为已经既遂，也可能通过各种途径挽回损失，恢复原状；但盗伐林木后，树死不能复生，不能恢复原状。总之，盗伐林木罪的违法性与有责性重于盗窃罪。本来，刑法将盗伐林木罪从盗窃罪中独立出来，是为了对森林资源进行特殊保护，但由于盗伐林木罪的法定刑轻于盗窃罪的法定刑，导致有必要对严重的盗伐林木案件适用重法条优于轻法条的原则。在这种情况下，照搬国外禁止重法优于轻法的做法，是不合适的。因为如前所述，国外刑法不存在违法与责任加重，而法定刑反而较轻的立法现象。换言之，在德国、日本等国的刑事立法中，“立法者本来就是基于罪刑相适应的考虑，认为普通条款的惩罚尺度不合适，才专门设立特别条款”，但在中国的刑事立法中，并非如此。例如，在面对行为人盗伐了价值100万元的林木时，解释者没有理由说对盗伐林木罪适用盗窃罪（普通条款）的“惩罚尺度不合适”。换言之，没有根据认为立法者主张对盗窃价值100万元的普通财物处以无期徒刑是罪刑相适应的，而对盗伐价值100万元的林木处以无期徒刑是罪刑不相适应的。

其实，主张“特别法条的适用优先性是不可动摇的，而无须过问特别法条的轻重”，要么只不过是一种简单的、过于形式的法律实证主义的观点；要么将责任推给立法者：即使特别规定的设置有缺陷，那也是立法造成的，只能由立法机关修改刑法来解决问题。然而，其一，“我们的读者肯定能够预料现实主义者或工具主义者将会怎样批评法律形式主义。如果一个法律形式主义法官遵循制定法的平白文义，那么可能会损害制法者的意图，甚至与其背道而驰。这就是所谓‘草率的’或者‘机械’法学。此外，一些现实主义者认为法律形式主义实际上是在瞒天过海。形式主义法官并不是真正地遵循平白文义。事实上我们毋宁是根据自己的政策偏好来作出判决，然后用法律形式主义的语言来掩人耳目”^①。其二，还是耶林说得好：“在我眼里，那种完全不顾其裁判所带

^① [德] 劳伦斯·索伦：《法理词汇》，王凌峰译，223页，北京，中国政法大学出版社，2010。

来之结果，并且将责任完全推给立法者，而仅对法典的条文进行机械式适用的法官，其实不能被称为法官；他只是司法机器中一个无感情、死板的齿轮。法官不应该是这样的。在我眼里，正义的理想，并非要法官扑灭心中的法感，也不是要他在那种错误的忠诚观念下，放弃所有对制定法做出评断的机会。过去曾经有一个时期，人们把扑灭法官心中的独立思考与感受、完全无主体性以及将自身主体性完全托付给制定法这些现象，看作正义理念的胜利。诸位先生们，这个时代已经被我们抛诸脑后。因为，我们发觉到，在所有的生活关系里，死板的规则并不能取代人类；世界并不是被抽象的规则统治，而是被人格统治。”^① 将国外根据其合理的刑事立法体例所确定的禁止重法优于轻法的原则，完全适用于中国的刑法，而不考虑适用的结果如何，不是我们这个时代应有的做法。

按照上述批评者的说法，当解释者或者法官将盗伐价值 100 万元的林木的行为认定为盗窃罪而不以盗伐林木罪论处时，就是“故意搁置和架空某一个他自己认为‘罪刑不相适应’的特别条款并转而适用普通条款”。然而，在法官通常对盗窃价值 100 万元的普通财物处以无期徒刑，对盗伐价值 100 万元的林木仅处以 15 年有期徒刑时，后者的罪刑不相适应可谓有目共睹，不管他是学法的还是不学法的，不管他是参与立法的还是没有参与立法的，只要稍微有点正义感，都不会认为后者的处罚是适当的。当然，或许有人认为，在这种情形下，是法官对盗窃 100 万元判处无期徒刑不合适，只能判处 10 年有期徒刑，于是，对盗伐价值 100 万元的林木仅处以 15 年有期徒刑就是罪刑相适应的。可是，既然盗窃罪的最高刑是无期徒刑，就一定存在应当适用无期徒刑的盗窃案件。笔者只好以盗窃价值 1 000 万元的普通财物为例了。对于这种盗窃行为判处无期徒刑恐怕没有人会提出疑问。既然如此，对于盗伐价值 1 000 万元的林木，判处 15 年有期徒刑就是不合适的。再如，最高人民法院 2000 年 11 月 22 日《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 15 条规定：“非法实施采种、采脂、挖笋、掘根、剥树皮等行为，牟取经济利益数额较大的，依照刑法第二百六十四条的规定，以盗窃罪定罪处罚。同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”假定行为人甲只是对 A 类林木实施采种、采脂、剥树

^① [德] 鲁道夫·冯·耶林：《法学是一门科学吗？》，李君韬译，81 页，北京，法律出版社，2010。

皮等行为，获取经济利益 100 万元，对此应认定为盗窃罪，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑。乙是盗伐 A 类林木，获取经济利益 100 万元，按照批评者的观点，就只能处 7 年以上有期徒刑。这是明显的不公平、不协调。还如，行为人甲盗伐普通林木，数量特别巨大时，根据刑法第 345 条第 1 款的规定，最高处 15 年有期徒刑。倘若认为行为人盗伐国家保护的珍贵树木，数量特别巨大时，也只能适用刑法第 344 条的规定，以非法采伐国家重点保护植物罪论处，最高只能处 7 年有期徒刑，也是典型的不公平、不均衡。所以，将众所周知的典型的罪刑不相适应说成是解释者或者法官“他自己认为罪刑不相适应”，“解释者个人对于罪刑是否相适应的感受”，进而提出批评意见，也是不合适的。

在适用重法优于轻法的原则时，并不存在违反罪刑法定原则的问题。一方面，就“罪”的法定而言，在法条竞合的场合，行为原本构成犯罪，只是适用哪一法条的问题。换言之，“法条竞合，不是构成要件符合性判断的问题，而是犯罪成立后的刑罚法规（法条）的适用问题”^①。另一方面，就“刑”的法定而言，刑法并没有规定在特别关系的场合，只能适用特别法条优于普通法条的原则。没有疑问的是，当刑法分则条文明确规定了“本法另有规定的，依照规定”时，必须按照特别法条优于普通法条的原则处理。但是，当普通法条并没有规定“本法另有规定的，依照规定”时，当然可能按普通法条处理。任何解释者都不应当将自己确立的规则，说成是刑法规定的原则，进而宣称相反观点违反了刑法原则。相反，既然刑法分则的许多普通法条（如第 264 条等）并没有规定“本法另有规定的，依照规定”，就表明即使行为符合特别法条时，也可能适用普通法条。否则，刑法会在总则中规定特别法条优于普通法条的原则，或者在分则的所有普通法条中均规定“本法另有规定的，依照规定”。此外，任何原则都会有例外。在人们看来，刑法第 149 条第 2 款的规定可谓一个例外原则（实际上是针对刑法分则的 8 个特别法条规定了重法优于轻法的原则，其数量明显多于分则中的“本法另有规定的，依照规定”的规定），但是，特别法条优于普通法条这一原则的例外情形，不可能仅存在于刑法第 149 条第 2 款的规定之中。基于同样的理由，法官在有条件地适用重法优于轻法的原则时，也不存在法官创制法律的问题。因为如上所述，禁止适用重法优于轻法的

① [日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，524 页，东京，有斐阁，2008。

原则，并不是刑法明文规定的原则；法官适用重法优于轻法的原则，并不是创制一个新的法律规定，而是公平正义地适用刑法的结果。

公平正义意味着对“相同”的事项应相同对待，对不同的事项应不同对待。这也正是实质法治的要求。罗尔斯提出的法治原则是：法律的可行性、类似的案件类似地处理、罪刑法定、规定自然正义的准则。他指出：“法治也包含这样的准则，即对类似的案件用类似的方法来处理。如果不遵守这个准则，人们就不能按照规章来管理自己的行动。”^① 同样，对“相同”的犯罪应科处相同的刑罚，对不同的犯罪应科处不同的刑罚。这便要求对不同的犯罪设定、科处与之相应的刑罚。“如果一项罪行与对之设定的刑罚之间存在着实质性的不一致，那么就会违背一般人的正义感。”^② 同样，一项判决与所判之罪之间存在实质性的不一致，也会违背一般人的正义感。因此，罪刑相均衡是公平正义的表现，体现了实质法治的要求。

有条件或者例外地适用重法优于轻法，与所谓重刑主义完全是两回事。当对 A 犯罪行为适用较重的法定刑具有合理性时，如果 B 犯罪行为的违法性与有责性重于 A 罪，就没有理由对 B 罪适用较轻的法定刑。相反，只要能够找到对 B 罪判处较重刑罚的法律依据与理由，就应当适用判处较重刑罚的法条。这不是什么重刑主义，是基本的公平正义理念和实现公平正义理念的基本方法。

如前所述，笔者对重法优于轻法原则的适用，明确提出了三个条件，而不主张无限制地适用刑法第 149 条第 2 款规定的例外规则。所以，认为笔者“将这一例外性的法律规定不受约束地扩展适用至其他条文”，是难以被人接受的。

再回头来看德国、日本关于法条竞合的分类与处理原则。德国的通说认为，法条竞合分为特别关系、补充关系与吸收关系，但对吸收关系的争议很大。^③ 如前所述，日本以往的通说认为，法条竞合关系包括特别关系、补充关系、择一关系与吸收关系，但择一关系基本上已被否认。对上述特别关系、补充关系与吸收关系分别采取特别法条优于普通

① [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，谢延光译，259 页，上海，上海译文出版社，1991。

② [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，287 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

③ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 735ff.

法条、基本法条优于补充法条、吸收法优于被吸收法的原则。其中，后两个适用原则，与重法优于轻法的适用原则是完全相同（重合）的；因为在德国、日本，基本法条的法定刑必然重于补充法条的法定刑，吸收法的法定刑也必然重于被吸收法的法定刑。特别关系仅存在两种类型：基本类型与加重类型，基本类型与减轻类型。就前者而言，适用特别法条优于普通法条的原则，与适用重法优于轻法的原则是完全相同的；与重法优于轻法不同的唯一情形是，当特别法条因为违法减轻或者责任减轻乃至二者均减轻时，必须适用特别法条。这是因为立法上具备减轻理由才如此。概言之，除了特别关系中的封闭的特权条款之外，从实际处理结局来说，法条竞合时均适用的是重法优于轻法。显然，在我国，当特别法条的法定刑轻于普通法条，而又根本不存在违法减轻与责任减轻的理由时，就不应当照搬德国、日本对封闭的特权条款的适用原则。

总之，在特别关系中，有条件地适用重法优于轻法的原则，既不违反罪刑法定原则，也不违反刑法的其他原则，相反符合罪刑相适应原则。

四、特别法条的适用前提

一般来说，特别法条的适用，以行为符合普通法条为前提。因为特别法条的要素不仅完全包含普通法条的要素，而且通过特别要素的增加，或者概念要素的特殊化，缩小了犯罪构成要件。特别法条的构成要件是较狭义的“种”，普通法条的构成要件是较广义的“属”；前者是下位概念，后者是上位概念。因此，特别法条的构成要件的实现，必然包含普通法条的构成要件的实现。^①

（一）完全包容关系

当特别法条与普通法条表现为完全包容关系时，特别法条的适用以行为完全符合普通法条为前提。所谓特别法条与普通法条的完全包容，是指特别法条所规定的犯罪行为，原本完全包含在普通法条规定的犯罪之中，特别法条只是将普通法条中的某一方面或者某几个方面的因素进行特别限定，导致适用特别法条的条件比适用普通法条的条件更为严格，因而特别法条的适用范围比普通法条的适应范围更为窄小。如规定

^① 参见陈志辉：《刑法上的法条竞合》，43页，作者发行，1998。

金融诈骗罪、合同诈骗罪的条文与规定诈骗罪的条文，就属于完全包容关系。在这种情况下，特别法条往往只是重点描述其需要特别限定的要素，而不注重描述一般要素，故可能导致误解：似乎不符合普通法条的行为，也能符合特别法条。其实不然，只有在符合普通法条所规定的构成要件的基本要素的前提下（例如，普通法条对数额的要求应当除外），才可能进一步符合特别法条。

例如，刑法第196条规定了信用卡诈骗罪，其中包括使用伪造的信用卡、使用作废的信用卡、冒用他人的信用卡和恶意透支行为。问题是，信用卡诈骗罪中的使用伪造的、作废的信用卡、冒用他人的信用卡与恶意透支行为，是否包括在自动取款机上的使用、冒用与透支行为？众所周知，诈骗罪（既遂）客观上必须表现为一个特定的行为发展过程：行为人实施欺骗行为—对方产生或者继续陷于认识错误—对方基于认识错误处分（或交付）财产—行为人获得或者使第三者获得财产—被害人遭受财产损失。^①“通说认为，交付行为的存在是必要的；交付行为这一要素，是‘没有记述的构成要件要素’。”^②他人基于认识错误而处分财产，是诈骗罪与盗窃罪的关键区分；如果放弃他人基于认识错误而处分财产这一要素，将无法区分诈骗罪（既遂）与盗窃罪（尤其是盗窃的间接正犯）。因为，首先，并非只要行为人实施了欺骗行为进而取得了财产就成立诈骗罪，因为盗窃犯也可能实施欺骗行为。其次，并非只要行为人使用欺骗手段，导致对方将财产“转移”给自己或者第三人，就成立诈骗罪，因为盗窃罪也有间接正犯，盗窃犯完全可能使用欺骗手段利用不具有处分财产权限或地位的人取得财产。因此，诈骗罪与盗窃罪的关键区别在于：受骗人是否基于认识错误处分（交付）财产。受骗人虽然产生了认识错误，但并未因此而处分财产的，行为人的行为不成立诈骗罪；受骗人虽然产生了认识错误，但倘若不具有处分财产的权限或者地位时，其帮助转移财产的行为不属于诈骗罪中的处分行为，行为人的行为也不成立诈骗罪。

但是，机器是不能被骗的（机器不能成为诈骗罪中的受骗者），即

① Vgl. Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Verlag Ernst und Werner Gieseking 2000, S. 458ff; [日]平野龙一：《刑法概说》，212页以下，东京，东京大学出版会，1977；[日]西田典之：《刑法各论》，5版，184页以下，东京，弘文堂，2010；[日]山口厚：《刑法各论》，2版，250页，东京，有斐阁，2010。虽然不同学者的表述并不完全相同，但整体构造是基本相同的。

② [日]平野龙一：《犯罪论的诸问题（下）各论》，329页，东京，有斐阁，1982。

机器因为没有意识而不会产生认识错误，更不会基于认识错误处分财产。计算机等出现程序错误时，也并不是计算机本身出现了认识错误。因此，所谓向机器行骗的行为，不可能成立诈骗罪，只能成立盗窃罪或者其他相关犯罪。既然是信用卡“诈骗”罪，那么，就应当有因为受骗（认识错误）而处分财产的人，而机器不可能被骗，所以，刑法第196条中的“使用”、“冒用”应限定为对“人”使用、冒用。换言之，利用信用卡从自动取款机上非法取得财物的，不宜认定为“诈骗”，认定为盗窃罪可能更为合适。例如，将类似硬币的金属片投入自动售货机中，从而取得自动售货机中的商品的行为，不可能成立诈骗罪，只能成立盗窃罪。同样，将他人的信用卡插入自动取款机中提取现金的，也只成立盗窃罪。^① 如果将使用他人信用卡在自动取款机上提取现金的行为认定为诈骗罪，那就意味着，即使行为不具有诈骗罪的“因受欺骗而处分财产”的本质要素，也成立信用卡诈骗罪，这便使金融诈骗罪丧失了特别诈骗罪的性质。果真如此，相对于刑法第266条关于诈骗罪的规定而言，刑法关于金融诈骗罪的规定就不是特别规定，而成为补充规定。当刑法关于金融诈骗罪的规定成为普通诈骗罪的补充规定时，根据法条适用的规则，如果某种行为既符合金融诈骗罪的规定（补充规定），又符合刑法第266条的规定（基本规定），就不应适用补充规定（第192条至第198条），而应适用基本规定（第266条），但这本身就违反了刑法第266条关于“本法另有规定的，依照规定”的规定。换言之，由于刑法第266条明显将金融诈骗罪视为特别规定，所以，只有当某种行为在符合了普通规定的前提下，进一步具备特别规定所要求的特别要件时，才可能适用特别规定。在自动取款机上的使用、冒用他人信用卡或者透支的行为，并不符合普通诈骗罪的构成要件，因而也不可能符合金融诈骗罪的构成要件，只能认定为盗窃罪。

似是而非的观点是，在机器中使用他人的信用卡时，实际上是欺骗了机器背后的自然人，因而符合信用卡诈骗罪的构成要件。然而，其

① 即使将自动取款机视为人的意思的延伸或者人的代理，进而将该行为认定为诈骗罪，也不妥当。因为诈骗罪的成立要求行为人欺骗自然人，即使认为自动取款机是自然人的意思的延伸或者自然人的代理，它也不是自然人。概言之，认为机器已经具有了“人”的诸多特征的观点，难以成立，更不能纳入到刑法之中。例如，倘若将自动取款机当人看待，那么，将自动取款机砸坏后取走其中现金的行为，就成立抢劫罪了。因为行为人对机器“人”实施了暴力，使机器“人”丧失保护现金的能力，进而取走了现金。恐怕没有人会赞成这样的结论。

一，成立各种诈骗罪，要求行为人对受骗者实施了欺骗行为，而能够受骗的必须是自然人。因此，欺骗行为必然针对自然人实施。然而，在机器中使用他人信用卡的行为，并没有针对自然人实施欺骗行为。如前所述，对机器则不存在欺骗行为。其二，在犯罪既遂的情况下，盗窃罪是违反被害人意志取得财物，诈骗罪是基于被害人有瑕疵的意思而取得财物。当行为人在机器中使用他人信用卡取得现金时，不管是真正的持卡人还是银行管理者，都不存在瑕疵的意思。换言之，行为人是违反持卡人与银行管理者的意志取得财物的，因而应当认定为盗窃罪。^①

最高人民检察院 2008 年 4 月 18 日《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机（ATM 机）上使用的行为如何定性问题的批复》指出：“拾得他人信用卡并在自动柜员机（ATM 机）上使用的行为，属于刑法第一百九十六条第一款第（三）项规定的‘冒用他人信用卡’的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任。”本书认为，这一解释不符合信用卡诈骗罪与诈骗罪关系的基本原理。而且，这一解释与最高人民检察院的相关解释也自相矛盾。最高人民检察院 2003 年 4 月 2 日《关于非法制作、出售、使用 IC 电话卡行为如何适用法律问题的答复》明确指出：“明知是非法制作的 IC 电话卡而使用或者购买并使用，造成电信资费损失数额较大的，应当依照刑法第二百六十四条的规定，以盗窃罪追究刑事责任。”按照前一司法解释的逻辑，行为人使用非法制作的 IC 电话卡在机器上打电话的，应当成立诈骗罪。显然，正确的是后一司法解释，错误的是前一司法解释。

再如，恶意透支是信用卡诈骗罪的一种表现形式，既然如此，只有当恶意透支完全符合普通诈骗罪的构成要件时，才有可能进一步符合信用卡诈骗罪的构成要件。但我国的司法实践并没有注重这一点，导致将部分盗窃或者无罪的行为，也认定为信用卡诈骗罪。

从司法实践上看，“恶意透支”主要表现为两种情形：一是持信用卡从银行透支，二是持信用卡从特约商户购买商品、消费时透支。前者又可以分为从银行柜台通过银行职员恶意透支和通过自动取款机“透支”。于是，从银行柜台通过职员恶意透支的，被害人无疑是银行，而且完全符合诈骗罪的构造；同样，持卡人在特约商户通过商户职工恶意

^① 详细理由参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，86 页以下，北京，清华大学出版社，2006。

透支的，虽然对谁是被害人存在争议，但也符合诈骗罪的构造。^① 需要讨论的是，“透支”是仅限于通过自然人（银行工作人员或特约商户职员）透支，还是包括从自动取款机上透支？换言之，从自动取款机上“透支”后经发卡银行催收后仍不归还的，是否构成信用卡诈骗罪？

持卡人完全可能在自动取款机上恶意透支，经催收后仍不归还。从非法占有目的产生的时间来看，大体上又存在两种情形：一是在领取信用卡时，就有恶意透支的意图，然后在自动取款机上恶意透支，经发卡银行催收后仍不归还；二是在领取信用卡时，不具有恶意透支的意图，在使用过程中产生非法占有目的，在自动取款机上恶意透支，经发卡银行催收后仍不归还。由于信用卡诈骗罪是普通诈骗罪的特殊类型，信用卡诈骗罪的受骗者与处分人只能是自然人，而不能是自动取款机，因此，产生了如下问题：在上述两种情形下，认定持卡人的行为构成信用卡诈骗罪，是否符合诈骗罪的构造？

首先，就第一种情形而言，行为人虽然使用自己的真实身份证明申领信用卡，但行为人隐瞒了恶意透支（透支后拒不归还）的意图，使发卡银行职员误以为行为人会正当使用信用卡（误以为行为人不会以非法占有目的恶意透支），于是进行了概括性的财产处分（使行为人能够在一定限额内进行透支）。所以，行为人的行为依然符合诈骗罪的构造。又由于该行为符合恶意透支的构成要件，故成立恶意透支型信用卡诈骗罪。

其次，就第二种情形而言，行为人申领信用卡时，没有实施任何欺骗行为，只是后来产生了非法占有目的，从自动取款机上恶意透支，并经发卡银行催收后仍不归还。如果不考虑诈骗罪的构造，这种行为也完全符合刑法第196条第2款的文字表述。但是，刑法的某个条款的文字表述并不等同于刑法的真实含义。在这种情形下，刑法理论必须研究谁是受骗者与财产处分人，被害对象是财物还是财产性利益。如果行为根本不符合诈骗罪的构造，就不能认定为信用卡诈骗罪。在第二种情形下，行为人从自动取款机中提款时，没有欺骗任何自然人，也没有任何自然人实施财产处分行为，换言之，行为人取得自动取款机的现金，并不是基于受骗者的处分行为，故行为人没有骗取财物。当发卡银行催收时，只要行为人仍不归还，发卡银行就不可能因为行为人的欺骗、逃避

^① 参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，684页以下，北京，清华大学出版社，2006。

行为而免除行为人的债务，换言之，行为人也没有骗取财产性利益。所以，难以认定上述情形符合诈骗罪的基本构造。

本书认为，按照信用卡使用规则与诚实信用原则，只有当行为人具有归还意图时，其从自动取款机上透支的行为，才不违反发卡银行的意志；如果行为人以非法占有目的（不具有归还意图），从自动取款机上透支的行为，则违反了发卡银行的意志。自动取款机中的现金由银行占有，而非由持卡人占有；持卡人仅对存款金额享有债权，而不对银行现金享有物权。持卡人对信用卡的持有，只表明其具有自动取款机中提款的“形式的”权限，而要将银行现金的所有权转移给持卡人，还需要“实质的”权限即银行的同意。但银行对于不具有归还意思的持卡人，不可能具有转移现金所有权的意思。^①而且，由于持卡人对“透支”部分，并不享有法律上的占有，所以，行为人以非法占有为目的，违反被害人的意志，采取平和方式从自动取款机中提款的，属于将银行占有的财物非法转移为自己占有，因而完全符合盗窃罪的构成要件。换言之，以非法占有为目的，利用自己的信用卡从自动取款机上透支，与利用自己的钥匙打开他人的仓库窃取他人财物，没有区别。

或许有人认为本书观点将简单问题复杂化了，换言之，只要从字面上理解刑法第196条第2款，本书关于恶意透支的讨论纯属多余。但本书认为，不深究刑法文字表述背后的实质、不深思特别法条与普通法条的关系、不深思各种犯罪之间（如诈骗罪与盗窃罪）的实质区别，正是我国刑法学研究的缺陷之一。因为仅从法条的字面含义得出的结论，既难以避免法条的冲突，也难以实现刑法的正义。况且，刑法规定了罪刑法定原则，某种行为究竟构成何种犯罪，必须以行为完全符合犯罪构成为前提。如果以非法占有为目的，利用自己的信用卡在自动取款机上透支的行为不符合信用卡诈骗罪的构成要件，就不能以简化处理为由，将该行为认定为信用卡诈骗罪。否则，便违反了罪刑法定原则。

又如，刑法第224条规定：“有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金

① LG Karlsruhe, NJW 1986, 948. 参见 [日] 长井圆：《カード犯罪対策法の最先端》，190页以下，东京，日本クレジット产业协会，2000。

或者没收财产：（一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；（二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；（三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；（四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；（五）以其他方法骗取对方当事人财物的。”问题是，行为人在收到对方货物、货款、预付款或者担保财产后，才产生非法占有他人财物的故意，进而逃匿的，是否成立合同诈骗罪？既然是“骗取对方当事人财物”，就意味着在对方当事人交付财物前，行为人便以非法占有为目的实施了欺诈行为，否则不可能成立诈骗罪。换言之，在诈骗罪中，对方之所以交付财物，是因为产生了认识错误；而之所以产生认识错误，是因为行为人实施了欺诈行为。例如，甲确实为了借用乙的汽车，而向乙提出借车的请求，在乙将汽车借给甲之后，甲在还车前产生非法占有目的，开车前往外地隐匿的，不可能成立诈骗罪，只能成立侵占罪。反之，如果 A 出于诈骗的故意向 B 借车，在“借”到 B 的汽车之后，开车前往外地隐匿的，则成立诈骗罪。基于同样的理由，行为人在收到对方货物、货款、预付款或者担保财产后，才产生非法占有他人财物的故意，进而逃匿的，不符合诈骗罪的构成要件；而符合诈骗罪的构成要件，是成立合同诈骗罪的前提；既然该行为不成立诈骗罪，当然也不可能成立合同诈骗罪。但是，诈骗罪也可能表现为实施欺诈行为，使对方产生认识错误，对方基于认识错误而免除行为人的债务，从而使行为人或者第三者取得利益。因此，行为人收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产之后，产生非法占有的目的，并采取虚构事实、隐瞒真相的手段使对方免除其债务的，符合诈骗罪的构成要件。如果使对方免除其债务的欺骗行为利用了合同，则可能构成合同诈骗罪。

（二）部分包容关系

当特别法条与普通法条表现为部分包容关系时，就包容部分而言，特别法条的适用仍然以行为符合普通法条为前提。例如，重婚罪表现为“有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的”行为（刑法第 258 条）；而破坏军婚罪则表现为“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的”行为（刑法第 259 条）。就与现役军人配偶结婚而言，两个条文之间存在包容关系，第 259 条属于特别法条，第 258 条属于普通法条。显然，只有符合第 258 条“明知他人有配偶而与之结婚”的构成

要件，才可能进一步符合“明知是现役军人的配偶而与之结婚”的构成要件。但是，就没有包容的部分而言，“特别法条”的适用不必以行为符合普通法条为前提。但在这种情况下，事实上已经不存在特别法条与普通法条的关系了。例如，明知是现役军人的配偶而与之同居的，并不包含在重婚罪的构成要件之内，因而不存在特别法条与普通法条的关系。相反，“明知是现役军人的配偶而与之同居”充其量是为了法益保护的疏漏而制定的补充规定（相对于重婚罪而言），因此，该规定的适用，并不以行为符合重婚罪的构成要件为前提。

又如，规定交通肇事罪的第133条与规定过失致人死亡罪的第233条之间具有特别法条与普通法条的关系，但这只是就交通肇事过失致人死亡的情形而言，换言之，二者只具有部分包容关系。当违反交通运输管理法规的行为致人死亡时，只有完全符合了过失致人死亡罪的构成要件，同时进一步符合交通肇事罪的构成要件时，才可能适用第133条。如果违反交通运输管理法规的行为致人死亡，但行为人并无过失，因而并不完全符合过失致人死亡罪的构成要件时，也就不可能成立交通肇事罪。

不过，由于刑法分则的许多条文将“数额较大”规定为构成要件要素，导致有些特别法条的适用并不以具备普通法条的“数额较大”的构成要件要素为前提。但是，即使在这种情况下，特别法条的适用，也要求行为具备普通法条所规定的构成要件的基本要素。例如，一般认为，刑法第140条与第141条至第148条之间是普通法条与特别法条的关系，但是，特别法条的适用，并不以行为具备“销售金额五万元以上”为前提。但除此之外，第141条至第148条规定的行为，实际上也符合第140条的构成要件。

五、特别法条内容不周全的处理

特别法条内容不周全，是指特别法条将普通法条中的某种行为予以特别规定时，由于某种原因，其内容相对于普通法条而言，存在缺失。例如，特别法条所规定的行为方式少于普通法条所规定的行为方式，或者特别法条所规定的行为对象少于普通法条所规定的行为对象，如此等等。

特别法条内容不周全的原因，既可能是立法者的疏漏所致，也可能是立法者有意为之，还可能出于其他原因。此外，还存在因司法解释不

当而造成的特别法条内容不周全的情形。对此，应区分不同情形，确立不同的处理原则。下面联系具体条文进行分析。

（一）第一种情形

当立法者并非为了限制处罚范围，而是因为特别法条的地位等原因导致特别法条内容不周全时，对不符合特别法条却符合普通法条的行为，应按普通法条处理。因为特别法条并非必须规定所有的“特别情形”，相反，完全可能只规定某一种特别情形，既然如此，对其他没有规定的情形，理当适用普通法条，而不能以特别法条没有规定为由，认定为无罪。

例如，刑法第 398 条第 1 款规定：“国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故意或者过失泄露国家秘密，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”本条属于普通法条或普通规定。而规定军人违反职责罪的刑法分则第十章的第 432 条第 1 款规定：“违反保守国家秘密法规，故意或者过失泄露军事秘密，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。”本条属于特别法条或特别规定。特别法条的特别之处表现在两点：第一，主体是现役军人，而非其他人员；第二，行为人故意或者过失所泄露的是国家军事秘密，而非其他国家秘密。换言之，行为是否属于刑法分则第十章所规定的军人违反职责罪，取决于两个条件：一是行为人是否现役军人，二是行为是否危害国家军事利益。显然，刑法第 432 条第 1 款的设立，并不是为了限制处罚范围，只是为了加重处罚现役军人泄露军事秘密的行为（其法定刑高于故意、过失泄露国家秘密犯罪的法定刑）。

完全可能出现这样的案件：现役军人泄露的国家秘密并非军事秘密。在这种情况下，主体虽然具有特殊性，似乎属于一种“特别情形”，但该行为并没有危害国家军事利益，因而不符合刑法第 432 条第 1 款的规定。但是，解释者不能认为，现役军人只有泄露国家军事秘密时才成立犯罪，泄露其他国家秘密时不构成犯罪。因为现役军人泄露军事秘密以外的其他国家秘密，与其他国家机关工作人员泄露国家秘密没有任何本质区别。因此，对于现役军人泄露其他国家秘密的行为，应适用刑法第 398 条第 1 款规定。

同样可能出现这样的案件：非现役军人泄露国家军事秘密。在这种情况下，虽然对象具有特殊性，似乎属于一种“特别情形”，但该行为

的主体并不是现役军人，因此不符合刑法第 432 条第 1 款的规定。但是，解释者不能认为，该行为不构成犯罪。因为非现役军人泄露国家军事秘密，与非现役军人泄露其他国家秘密没有任何本质区别。因此，对于非现役军人泄露国家军事秘密的行为，根据刑法第 398 条第 2 款的规定，也应适用刑法第 398 条第 1 款规定。

再如，刑法第 397 条规定了一般国家机关工作人员的滥用职权罪与玩忽职守罪。刑法第 416 条第 1 款与第 2 款分别规定：“对被拐卖、绑架的妇女、儿童负有解救职责的国家机关工作人员，接到被拐卖、绑架的妇女、儿童及其家属的解救要求或者接到其他人的举报，而对被拐卖、绑架的妇女、儿童不进行解救，造成严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役。”“负有解救职责的国家机关工作人员利用职务阻碍解救的，处二年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处二年以下有期徒刑或者拘役。”显然，对被非法拘禁的被害人、对被拐骗的儿童负有解救职责的国家机关工作人员，接到相关解救要求或者接到举报，而不进行解救，造成严重后果的，或者利用职务阻碍解救的行为，并不符合刑法第 416 条的构成要件，但不能认为该行为不成立犯罪，而应根据性质与情节，适用刑法第 397 条的规定，以玩忽职守罪或滥用职权罪论处。

又如，刑法第 196 条规定了信用卡诈骗罪，其表现形式之一是恶意透支，刑法所规定的恶意透支，“是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。”问题是，行为人以非法占有为目的，超过规定限额透支后潜逃，但没有经过发卡银行催收的行为，应如何处理？例如，甲于某日在本地办理了一张信用卡，存入 2 000 元人民币，并由其堂兄乙作担保人。次日，甲取出信用卡中的 2 000 元之后，便前往外地。甲利用在外地取款时只要每次不超过 500 元便不需发卡行同意的规定，以每次取款 500 元的方式，通过银行职员取出 3 万余元，后逃往另处。发卡行得知后，因无法与甲取得联系而不能向其催收，便与乙联系，但乙也无法与甲取得联系。后甲在外地被抓获。由于刑法第 196 条明文将“经发卡银行催收后仍不归还”作为恶意透支的构成要件要素，故上述行为不可能成立信用卡诈骗罪。但不能由此得出甲的行为不成立犯罪的结论。因为甲明显具有骗取发卡银行财产的故意，而且实施了骗取发卡银行财产的行为，完全符合刑法第 266 条所规定的构成要件，应以诈骗罪论处。

或许有人认为，刑法第 266 条规定了“本法另有规定的，依照规定”，而恶意透支是刑法另有规定的，既然甲的行为属于刑法另有规定

的行为，却又不符合另有规定的构成要件，只能宣告无罪。笔者不以为然。所谓“本法另有规定的，依照规定”，是指当行为完全符合本法另有的特别规定时，依照特别规定处理；而当行为并不完全符合另有的特别规定时，当然应适用普通规定。

（二）第二种情形

当立法者由于疏漏导致特别法条内容不周全时，对特别法条没有规定的行为仍应按普通法条处理。即普通法条完整地规定了某种犯罪行为，而特别法条只是规定了普通法条中的部分犯罪行为；普通法条已经规定而特别法条没有规定的行为，并非不值得科处刑罚，而是由于表述疏漏等原因造成特别法条处罚上的空隙；对特别法条没有规定而完全符合普通法条规定的行为，必须适用普通法条。

例如，刑法第 280 条第 1 款规定：“伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”显然，不管认为该款规定了几个罪名，但可以肯定的是，它规定了 6 种行为，即伪造、变造、买卖、盗窃、抢夺与毁灭，还规定了 3 种对象，即国家机关的公文、证件、印章。^①这一条款属于普通条款。

刑法第 375 条第 1 款规定：“伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”应当肯定的是，武装部队公文、证件、印章也属于国家机关的公文、证件、印章；如果没有刑法第 375 条第 1 款的规定，对伪造、变造、买卖、盗窃、抢夺、毁灭武装部队公文、证件、印章的行为，应适用刑法第 280 条第 1 款。因此，可以得出以下结论：刑法第 375 条第 1 款与刑法第 280 条第 1 款，是特别法条与普通法条的关系；对符合刑法第 375 条第 1 款的行为，不得适用刑法第 280 条第 1 款。

但问题是，刑法第 280 条第 1 款规定了 6 种行为，而刑法第 375 条第 1 款只规定了 5 种行为，即没有规定毁灭武装部队的公文、证件、印章的行为，那么，对于毁灭武装部队公文、证件、印章的行为，应当如何处理呢？

① 行为人实施伪造行为时，所伪造的国家机关公文、证件、印章并非犯罪对象，这里只是为了论述上的方便而一并使用行为对象这一概念。应当认为，行为人伪造国家机关公文、证件、印章时，真正的以及应当由国家机关制作的公文、证件、印章才是行为对象。

或许有人认为，既然刑法第 375 条第 1 款特别从刑法第 280 条第 1 款中抽出妨害武装部队的公文、证件、印章的行为予以规定，那就表明，对妨害武装部队公文、证件、印章的行为，只能适用第 375 条第 1 款；既然第 375 条第 1 款没有规定毁灭武装部队的公文、证件、印章构成犯罪，那么，对于该行为就不得以犯罪论处，而不管立法者是疏漏所致，还是有意为之。但本书不赞成这一解释结论。

虽然刑法第 375 条第 1 款所规定的法定刑，与刑法第 280 条第 1 款所规定的法定刑完全相同，但可以肯定，刑法第 375 条第 1 款的设立是为了特别保护武装部队的公文、证件、印章的公共信用。因为在一般意义上说，与对其他国家机关的公文、证件、印章的公共信用的保护必要性相比，对武装部队的公文、证件、印章的公共信用更加具有保护必要性。从另一角度来说，在情节相同的情况下，毁灭武装部队公文、证件、印章行为的法益侵害性与主观罪过性，并不轻于毁灭其他国家机关公文、证件、印章的法益侵害性与主观罪过性。既然如此，就没有理由只处罚毁灭其他国家机关的公文、证件、印章的行为，而不处罚毁灭武装部队公文、证件、印章的行为。但由于刑法第 375 条第 1 款并没有规定毁灭行为，故对毁灭武装部队公文、证件、印章的行为，只能适用刑法第 280 条第 1 款，以毁灭国家机关公文、证件、印章罪论处。

这一解释可谓补正解释。人们完全可以认为，立法者由于疏漏而没有规定毁灭武装部队公文、证件、印章的行为。但是，如前所述（参见本章第一章），对于立法的疏漏，完全可以在不违反罪刑法定原则的前提下进行补正解释。

这一解释并不违反罪刑法定原则。如果刑法第 280 条第 1 款与刑法第 375 条第 1 款都没有规定毁灭行为，而将毁灭公文、证件、印章的行为解释为盗窃或者抢夺行为，进而以犯罪论处，则属于类推解释，违反罪刑法定原则。可立法现状是，虽然刑法第 375 条第 1 款没有规定毁灭行为，但刑法第 280 条第 1 款规定了毁灭行为；而且武装部队的公文、证件、印章完全属于国家机关的公文、证件、印章。既然如此，毁灭武装部队公文、证件、印章的行为就完全符合刑法第 280 条第 1 款的构成要件，不仅不存在类推解释问题，而且也不属于扩大解释。从实质上说，对毁灭武装部队的公文、证件、印章的行为适用刑法第 280 条第 1 款，也不会损害国民的预测可能性。这是因为，一方面，毁灭武装部队公文、证件、印章的行为可谓自然犯，一般人都能认识该行为的危害性；另一方面，人们在阅读刑法第 280 条第 1 款时，都不会认为国家机

关的公文、证件、印章不包括武装部队的公文、证件、印章。虽然人们在阅读刑法第 375 条第 1 款时，不会认为毁灭武装部队的公文、证件、印章是犯罪，但人们是在体系性地阅读刑法，而不是断章取义地阅读刑法。

笔者注意到，按照本书的解释结论，可能出现罪数上的不合理现象。由于司法解释将刑法第 280 条第 1 款的规定概括为两个罪名，即伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪与盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪，因此，甲盗窃国家机关的此公文，又毁灭国家机关的彼公文的，仅成立一罪——盗窃、毁灭国家机关公文罪，而乙盗窃武装部队此公文，又毁灭武装部队彼公文的，则成立两罪——盗窃武装部队公文罪与毁灭国家机关公文罪。这是否会造成不公平现象？

诚然，如果没有立法上的疏漏，即倘若刑法第 375 条规定了毁灭武装部队公文、证件、印章这一值得科处刑罚的行为，那么，上述乙的行为也仅成立一罪；现在，立法上的疏漏则导致乙的行为成立数罪。这似乎不合理。但本书认为，这种不合理现象是可以得以解释和克服的。首先，事实上，普通法条与特别法条的区别，导致了这种现象的普遍存在。例如，A 第一次骗取金融机构的贷款，第二次进行信用卡诈骗，第三次使用通常诈骗方法骗取对方财物。如果刑法没有金融诈骗罪的规定，A 的行为仅成立一个诈骗罪；金融诈骗罪的规定，导致 A 成立数罪（贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪与诈骗罪）。但解释者不能以此为由否认刑法规定金融诈骗罪的合理性（至于以其他理由为根据而否认金融诈骗罪规定的合理性，则是另外一回事）。再如，如果没有刑法第 280 条第 3 款，那么，B 伪造国家机关证件，同时伪造居民身份证的行为，仅成立伪造国家机关证件一个犯罪；而第 280 条第 3 款的设立，导致 B 的行为成立两罪——伪造国家机关证件罪与伪造居民身份证罪。同样，解释者也不能以此为由否认第 280 条第 3 款的合理性。又如，如果没有刑法第 375 条的规定，那么，C 伪造国家机关印章，同时伪造武装部队印章的行为，仅成立伪造国家机关印章一个犯罪；而第 375 条的设立，导致 C 的行为成立两罪——伪造国家机关印章罪与伪造武装部队印章罪。同理，解释者不宜以此为据否认第 375 条的合理性。其次，如前所述，特别法条的设立，并不意味着将犯罪的各种特别情形都做出特别规定，完全可能仅就某一特别情形做出特别规定。因此，特别规定不周全的情形大量存在。最后，由于刑法第 280 条第 1 款与第 375 条都分别就一般情节与严重情节规定了不同的法定刑，故即使将上述乙的行为认定为数

罪，也不致造成处罚过重的局面。因为乙的行为虽然成立二罪，但分别都只属于情节一般，而甲的行为虽然仅成立一罪，但可能属于情节严重，故在处罚结局上，甲与乙所受的处罚不会存在明显差别。

当然，不能否认的是，如果刑法第 375 条没有遗漏“毁灭”行为，则不至于出现上述问题。但在出现遗漏的情况下，为了避免不应有的处罚空隙，将毁灭武装部队的公文、证件、印章的行为认定为毁灭国家机关公文、证件、印章罪，是完全必要的。另一方面，解释者肯定上述乙的行为触犯数个罪名，但同时以某种理由为根据主张仅以一罪论处，也是可能的。但这并不否认对毁灭武装部队公文、证件、印章的行为以毁灭国家机关公文、证件、印章罪论处的解释结论。

再举一个相关之例。刑法第 280 条第 1 款规定了伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，而刑法第 225 条第 2 项将“买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的”行为规定为非法经营罪的一种表现形式。不难看出，上述许可证、证明与批准文件，大都属于国家机关公文、证件，其中也含有国家机关印章。应当认为，第 225 条第 2 项与刑法第 280 条第 1 款存在特别法条与普通法条的关系，因为前者仅限于买卖特定的几种公文、证件，而且要求是一种“经营行为”，并且“扰乱市场秩序，情节严重”。但第 225 条第 2 项的规定，显然不存在所谓遗漏了伪造、变造行为与其他公文、证件的问题，而是在与保护法益的关联上，仅规定买卖（经营）有关的特定许可证、证明、批准文件的行为成立非法经营罪。尽管如此，仍然存在两个问题：第一，某甲买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的行为，虽然不符合非法经营罪所要求的“经营”行为的要件，或者不符合“扰乱市场秩序，情节严重”的要件，但符合买卖国家机关公文、证件、印章罪时，能否适用第 280 条第 1 款，以买卖国家机关公文、证件、印章罪论处？本书持肯定回答。因为某甲的行为虽然并不符合非法经营罪的构成要件（特别规定），但完全符合买卖国家机关公文、证件、印章罪的构成要件（普通规定），既然如此，就没有理由不以犯罪论处。同时，由于非法经营罪的法定刑高于买卖国家机关公文、证件、印章罪的法定刑，对不符合非法经营罪的构成要件的行为，按照较轻的买卖国家机关公文、证件、印章罪论处，也完全符合公平正义理念。第二，某乙买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的行为，符合非法经营罪的

“经营行为”与“扰乱市场秩序，情节严重”的要件，同时又买卖其他国家机关公文、证件、印章的，是否应当数罪并罚？结论也是肯定的。诚然，如果第225条没有第2项的规定，某乙的行为仅成立一罪——买卖国家机关公文、证件、印章罪；由于第225条第2项的设立，使某乙的行为成立两罪——非法经营罪与买卖国家机关公文、证件、印章罪。但是，解释者不能认为第225条第2项不具有合理性。

（三）第三种情形

在刑事立法为了限制处罚范围而使特别规定不周全时，对不符合特别法条的行为不得依普通法条处理。即普通法条的规定比较完整，但为了避免扩大处罚范围，或者为了限制处罚范围，刑法分则条文将普通法条所规定的部分行为做出了特别限制规定，导致符合普通法条的部分行为不成立犯罪。在这种情况下，对不符合特别法条规定的行为，不得依普通法条论处。

例如，前述刑法第280条第1款规定了伪造、变造、买卖、盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的犯罪，其第3款又规定：“伪造、变造居民身份证的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”本来，居民身份证属于国家机关制作的证件，因而属于国家机关证件。如果没有第280条第3款，对于伪造、变造居民身份证的行为，应当适用第280条第1款，以伪造、变造国家机关证件罪论处。但由于刑法第280条第3款特别规定了伪造、变造居民身份证的行为，故对该行为不得适用第280条第1款。

问题是，对于买卖居民身份证的行为，能否认定为买卖国家机关证件罪？对盗窃、抢夺、毁灭居民身份证的行为，能否认定为盗窃、抢夺、毁灭国家机关证件罪？本书持否定回答。刑法第280条第3款之所以将居民身份证从第1款的国家机关证件中独立出来，仅规定伪造与变造行为成立犯罪，而且其法定刑低于伪造、变造国家机关证件罪的法定刑，说明在立法者看来，买卖、盗窃、抢夺、毁灭居民身份证的行为，不构成犯罪。因为在司法实践中，一般不会有人实施出售、购买真正的居民身份证的行为，对于单纯盗窃、抢夺、毁灭居民身份证的行为，也不值得科处刑罚。所以，立法者设立第280条第3款，就是为了限制处罚范围，防止将不值得科处刑罚的行为以犯罪论处。既然如此，对买卖、盗窃、抢夺、毁灭居民身份证的行为，又以刑法第280条第1款规

定的买卖国家机关证件罪、盗窃、抢夺、毁灭国家机关证件罪论处，便有违反立法精神之嫌。^①

（四）第四种情形

刑法本身并不存在特别法条不周全的现象，但司法解释导致特别法条不周全时，在司法解释具有法律效力的情况下，对相关行为可以适用普通法条。

刑法第 345 条对盗伐林木罪设立了“数量较大”的要件；刑法第 264 条对盗窃罪的成立也要求“数额较大”。根据最高人民法院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 4 条的规定，“盗伐林木‘数量较大’，以二至五立方米或者幼树一百株至二百株为起点”。根据最高人民法院 1997 年 11 月 4 日通过的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，“个人盗窃公私财物价值人民币五百元至二千元以上的，为‘数额较大’。”于是，出现了这样的问题：行为人盗伐林木没有达到盗伐林木罪中的“数量较大”的标准，但所盗树木的价值达到了盗窃罪的“数额较大”的标准时，应当如何处理？

例如，刘某和肖某二人经过预谋，于 2003 年 2 月至 3 月间，雇用人员和车辆分三次从某县一山林中挖走集体所有的黑油松 18 棵出售，价值 5 700 元。该油松不属珍贵林木，但已经在山林中生长了 40 多年。被挖掘的油松属于山林，但数量不够 2 立方米，也不符合“幼树 100 棵”的标准。对此，至少可能出现四种方案：第一，认为司法解释不当，应予废止。换言之，司法解释对盗伐林木罪的数量标准的要求不应当高于对盗窃罪的数额要求。第二，宣告刘某和肖某的行为不构成犯罪。理由可能是，既然刑法规定了盗伐林木罪的构成要件，现实行为也属于盗伐林木，在行为没有达到盗伐林木罪的数量标准的情况下，当然只能宣告无罪。第三，以盗伐林木罪的未遂处罚。因为在行为人实际上没有盗伐数量较大的林木时，也可能以犯罪未遂处罚。第四，对上述行为以盗窃罪论处。那么，究竟应当采取何种方案呢？

第一种方案虽然可谓上策，但在上述司法解释仍然有效、未被修正的情况下，这一方案不能解决现实发生的案件。第二种方案似乎旨在维护罪刑法定原则，但是，难以被本书采纳。首先，从整体上说，盗伐林木实际上是比普通盗窃更为严重的犯罪，不管是从法益侵害的角度来考

^① 对这种行为也不应认定为伪造居民身份证罪的共犯。

察，还是从刑法的规定方式来考虑，都可以得出这一结论。既然如此，对于盗窃普通财物数额较大的以盗窃罪论处，而对于盗伐林木且林木价值达到数额较大的，反而不以犯罪论处，便有悖于刑法的公平正义性。其次，或许有人以“只能在罪刑法定原则的前提下追求刑法的正义性”来反驳此处的观点。但是，如前所述，既然盗伐林木的行为完全符合盗窃罪的构成要件，就不能以违反罪刑法定原则为由，对这种行为宣告无罪。再次，或许有人认为，在刑法将盗伐林木罪从盗窃罪中抽出来作为独立犯罪规定之后，凡是属于刑法规定的盗伐林木行为，都只能适用刑法关于盗伐林木罪的规定，而不能适用刑法关于盗窃罪的规定，否则便违反了特别法条优于普通法条的原则。其实不然。适用特别法条优于普通法条的原则，是以行为同时符合特别法条与普通法条规定的犯罪构成要件为前提的。亦即，只有当行为既符合盗伐林木罪的构成要件，也符合盗窃罪的构成要件时，才存在适用特别法条优于普通法条原则的问题。可是，由于司法解释具有法律效力，又由于司法解释导致某些案件中盗伐的林木价值达到盗窃罪数额较大的要求但没有达到盗伐林木罪数量较大的要求，所以，上述刘某和肖某的行为并不符合盗伐林木罪的构成要件，不属于特别法条（第345条）规定的情形，因而缺乏适用特别法条优于普通法条原则的前提。换言之，虽不符合盗伐林木罪的构成要件，但符合盗窃罪构成要件的行为，不存在法条竞合问题，只能成立盗窃罪。最后，刑法规定盗伐林木罪并不是为了限制盗窃罪的处罚范围，所以，不能以限制处罚范围为由对上述刘某和肖某的行为宣告无罪。

第三种方案具有部分合理性。在行为人实施盗伐林木行为，但没有达到此罪数量较大起点的情况下，以盗伐林木罪的未遂定罪处罚，是一种可行方案。可是，行为人实施盗伐林木行为没有达到此罪数量较大的情形，并非都属于犯罪未遂。从司法实践来看，大体可以分为两种情形：一是行为人主观上打算（包括概括故意等情形）、客观上也足以盗伐数量较大甚至巨大的林木，但由于意志以外的原因未得逞。例如，A打算盗伐10立方米林木，但由于意志以外的原因只盗伐了1立方米的林木。二是行为人主观上没有打算、客观上也没有盗伐数量较大的林木。例如，B主观上打算盗伐他人1.5立方米的林木，客观上也是如此。虽然在前一种情形下，可以认为A的行为属于（盗伐林木）犯罪未遂；但在后一种情形下，则不能认定B由于意志以外的原因而未得逞，即不能认定B的行为属于（盗伐林木）犯罪未遂。所以，虽然对于A的行为可能以盗伐林木罪的未遂定罪量刑，但对于B的行为却不可能

以盗伐林木罪的未遂定罪量刑。由此可见，第三种方案仍然存在缺陷。

第四种方案，即对于盗伐林木行为没有达到此罪的数量标准，但达到了盗窃罪的数额标准的，以盗窃罪论处。^① 本书采取这一方案。因为这种方案可以克服前三种方案的缺陷，也能够避免处罚漏洞，还能实现刑法的公平正义性。据此，对于刘某与肖某的行为应认定为盗窃罪。^②

再如，刑法第 266 条要求诈骗数额较大；刑法第 192 条、第 194 条、第 196 条至第 198 条关于金融诈骗罪的规定，也要求数额较大；第 195 条虽然没有要求数额较大，但从刑法的谦抑性以及司法实践经验来看，事实上也要求数额较大。但是，根据最高人民法院 1996 年 12 月 24 日《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》的规定，个人诈骗公私财物 2 000 元以上的，属于数额较大；而该解释同时规定，贷款诈骗、保险诈骗，以 1 万元为数额较大的起点；票据诈骗、金融凭证、信用卡诈骗，以 5 000 元为数额较大的起点。^③ 此外，而根据最高人民检察院、公安部 2010 年 5 月 17 日《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》的规定，关于数额较大的起点，集资诈骗为 10 万元，贷款诈骗、票据诈骗、金融凭证诈骗、有价证券诈骗、保险诈骗均为 1 万元，信用卡诈骗为 5 000 元（但恶意透支的为 1 万元），合同诈骗为 2 万元。于是，出现了这样的问题：对于贷款诈骗、保险诈骗数额为 8 000 元的，票据诈骗、金融凭证诈骗、信用卡诈骗、合同诈骗数额 4 000 元的，应当如何处理？

对此，同样至少可能出现四种方案：第一，最高人民法院的司法解释明显不当，应予废止。换言之，司法解释对金融诈骗数额较大的要求不应当高于普通诈骗罪的要求。第二，对上述行为宣告无罪。理由可能是，既然刑法规定了金融诈骗罪的构成要件，现实行为也属于金融诈

-
- ① 对于行为人主观上打算、客观上也足以盗伐数量较大甚至巨大的林木，但由于意志以外的原因未达到盗伐林木罪的数量标准，也未达到盗窃罪数额标准的，可以认定为盗伐林木（未遂）罪。
- ② 基于同样的理由，当本犯盗伐林木的行为没有达到盗伐林木罪的数量标准，但达到了盗窃罪的数额较大要求，行为人故意非法收购、运输该盗伐林木，虽然不符合刑法第 345 条第 3 款规定的构成要件，但符合刑法第 312 条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得罪构成要件的，应适用刑法第 312 条定罪量刑。
- ③ 2001 年 1 月 21 日《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》指出：“金融诈骗的数额不仅是定罪的重要标准，也是量刑的主要依据。在没有新的司法解释之前，可参照 1996 年《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》的规定执行。”

骗，在行为没有达到金融诈骗罪的数额的情况下，当然只能宣告无罪。第三，以金融诈骗罪的未遂处罚。因为在行为人实际上没有取得数额较大财物时，也可能以犯罪未遂处罚。第四，对上述行为以普通诈骗罪或合同诈骗罪论处。那么，究竟应如何解决此问题？

第一种方案虽然可谓上策，但在上述司法解释还没有废止和修正的情况下，这一方案不能解决现实发生的案件。而且上述司法解释废止或者修正后，也就不存在本问题了。

第二种方案似乎旨在维护罪刑法定原则，但是，本书难以赞成。

首先，从整体上说，金融诈骗实际上是比普通诈骗更为严重的犯罪，不管是从法益侵害的角度来考察，还是从刑法的规定方式来考虑，都可以得出这一结论。如果对于采取其他方法骗取 2 000 元以上的以诈骗罪论处，而对于骗取贷款或者保险金，或者使用伪造的金融票据、信用卡等诈骗 2 000 元以上没有达到 5 000 元的，反而不以犯罪论处，这显然有悖于刑法的公平正义性。

其次，或许有人以本书前述“只能在罪刑法定原则的前提下追求刑法正义性”来反驳此处的观点。但是，如前所述，由于金融诈骗罪以符合普通诈骗罪的构成要件为前提，所以，只要金融诈骗数额达到 2 000 元以上，就至少符合了普通诈骗罪的构成要件。既然如此，就不能以违反罪刑法定原则为由，对这种行为宣告无罪。

再次，或许有人认为，在刑法将金融诈骗罪从诈骗罪中抽出来作为独立犯罪规定之后，凡是属于刑法规定的金融诈骗行为，都只能适用刑法关于金融诈骗罪的规定，而不能适用刑法关于普通诈骗罪的规定，否则便违反了特别法条优于普通法条的原则。其实不然。不可否认，金融诈骗罪原本属于普通诈骗罪，在刑法将其从诈骗罪中抽出来作为独立犯罪规定之后，对金融诈骗罪不能认定为普通诈骗罪。但是，这是以行为构成金融诈骗罪或者符合金融诈骗罪的构成要件为前提的。刑法第 266 条所说的“本法另有规定的，依照规定”，也是指行为符合“另有规定”时，才依照另有规定。可是，由于司法解释具有法律效力，又由于司法解释导致金融诈骗数额不满 5 000 元的不成立金融诈骗罪，所以，金融诈骗数额不满 5 000 元的行为，因为并不符合金融诈骗罪的构成要件，因而不属于第 266 条的“本法另有规定”的情形。既然如此，对虽不符合金融诈骗罪的构成要件，但符合其他犯罪构成要件的行为，依然可能适用相关规定定罪处罚。

最后，刑法规定金融诈骗罪并不是为了限制诈骗罪的处罚范围。刑

法将金融诈骗罪从普通诈骗罪中独立出来予以规定，与刑法第 280 第 3 款将伪造、变造居民身份证罪从伪造、变造国家机关证件、印章罪中独立出来做出规定，属于两种不同性质的规定。后者是为了限制处罚范围，即不处罚买卖、盗窃、抢夺、毁灭居民身份证的行为；前者不是为了限制处罚范围，而是为了对特定的诈骗行为给予更严厉的制裁。既然如此，就不能以限制处罚范围为由对上述行为宣告无罪。

第三种方案具有部分合理性。在行为人实施金融诈骗行为，但没有达到数额较大起点的情况下，以金融诈骗罪的未遂定罪处罚，是一种可行方案。对于刑法分则所规定的各种不以危害结果作为构成要件的故意犯罪，在什么情形下可以处罚未遂犯，需要进行实质性考虑：对于犯罪性质严重的未遂，如故意杀人未遂、抢劫未遂、放火未遂等等，应当以犯罪未遂论处；犯罪性质一般的未遂，如盗窃未遂、诈骗未遂等等，只有情节严重时，才能以犯罪未遂论处；犯罪性质轻微的未遂，不以犯罪论处。^①此外，最高人民法院 1996 年 12 月 24 日《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》指出：“已经着手实行诈骗行为，只是由于行为人意志以外的原因而未获取财物的，是诈骗未遂。诈骗未遂，情节严重的，也应当定罪并依法处罚。”既然未获取财物的，都可能以诈骗的未遂犯定罪处罚，在获取财物的数额未达到司法解释的规定标准的情况下，更有理由定罪处罚。再者，从整体上说，金融诈骗行为的法益侵害性重于普通诈骗行为，所以，对实施金融诈骗行为但未达到数额较大起点的行为，以金融诈骗罪的未遂定罪处罚，具有合理性。

但是，行为人实施金融诈骗行为没有达到数额较大的情形，并非都属于犯罪未遂。从司法实践来看，大体可以分为两种情形：一是行为人主观上打算（包括概括故意等情形）、客观上也足以骗取数额较大甚至巨大的财物，但由于意志以外的原因未得逞。例如，A 打算骗取 10 万元保险金，但由于意志以外的原因没有骗取保险金或者只骗取了 4 000 元保险金。二是行为人主观上没有打算骗取金融诈骗罪所要求的数额较大的财物，故未能骗取数额较大财物。例如，B 打算冒用他人信用卡购买价值 4 000 元的商品，然后将信用卡归还他人。显然，在前一种情形下，我们可以认为 A 的行为属于犯罪未遂；但在后一种情形下，则不能认定 B 由于意志以外的原因而未得逞，即不能认定 B 的行为属于犯

① 参见张明楷：《刑法第 140 条“销售金额”的展开》，载《清华法律评论》，第 2 辑，188 页，北京，清华大学出版社，1999。

罪未遂。所以，虽然对于 A 的行为可能以保险诈骗罪的未遂定罪量刑，但对于 B 的行为却不可能以信用卡诈骗罪的未遂定罪量刑。由此可见，第三种方案仍然存在缺陷。

第四种方案，即对于金融诈骗行为没有达到相应金融诈骗罪规定的数额标准的，以普通诈骗罪论处。这种方案虽然可以克服第三种方案中的缺陷，但是，又会出现新的问题，即金融诈骗的未遂均成立普通诈骗罪，既遂与未遂具有区分此罪与彼罪的功能；这多少有点类似于故意杀人既遂的成立故意杀人罪，故意杀人未遂的成立故意伤害罪的不当情形。此外，果真如此，还会出现以下局面：普通诈骗罪可能处罚犯罪未遂，而金融诈骗罪则不可能处罚犯罪未遂。这似乎不合适。因为如前所述，从整体上说，金融诈骗罪的法益侵害性重于普通诈骗罪，既然普通诈骗罪都可能处罚犯罪未遂，那么，金融诈骗罪也应可能处罚犯罪未遂。

基于上述分析，本书倾向于以下方案：行为人实施金融诈骗行为时，主观上打算（包括概括故意等情形）、客观上也足以骗取数额较大甚至巨大的财物，但由于意志以外的原因未得逞的，宜以相应金融诈骗罪的未遂犯定罪处罚。如对于前述打算骗取 10 万元保险金的 A，宜以保险诈骗罪的未遂犯定罪处罚。行为人实施金融诈骗行为时，主观上没有打算骗取金融诈骗罪所要求的数额较大的财物，客观上所骗取的财产数额没有达到相应金融诈骗罪的定罪标准，但达到了普通诈骗罪的数额标准的，应认定为普通诈骗罪。如对于前述仅打算冒用他人信用卡购买价值 4 000 元的商品的 B，应认定为普通诈骗罪。

表面上看，上述方案自相矛盾。其实不然。因为上述第一种情形符合金融诈骗的未遂犯的成立条件，第二种情形不符合金融诈骗的未遂犯的成立条件；既然如此，对于第二种情形便不能认定为金融诈骗的未遂犯。另一方面，第二种情形又完全符合普通诈骗罪的构成要件，当然应认定为普通诈骗罪，这不仅不存在类推解释问题，而且也不属于扩大解释。此外，从法定刑与量刑情节的角度考察，上述方案也符合罪刑相适应原则。例如，甲打算冒用他人信用卡骗取 10 万元财产，但由于意志以外的原因仅骗取了 4 000 元财产。根据本书的方案，对甲应认定为信用卡诈骗罪的未遂，适用“五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金”的法定刑^①，同时适用刑法总则第 23 条关于未遂犯可以从轻或者减轻处罚的规定。在这种情形下，对甲可能判处的最

^① 笔者不主张适用数额巨大的法定刑。

高刑为 5 年有期徒刑。乙打算冒用他人信用卡购买价值 4 000 元的商品，然后将信用卡归还他人。根据本书的方案，对乙应认定为普通诈骗罪，适用“三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金”的法定刑。在这种情形下，对乙可能判处的最高刑为 3 年有期徒刑。由于乙的行为的法益侵害性与有责性轻于甲的行为，故上述处理正好实现了罪刑相适应原则。^①

针对笔者的上述观点，有学者提出了如下批评意见：“对于行为人而言，根据特别法条不构成犯罪，是法律对他人特殊‘优惠’。对此，耶塞克指出：‘如果行为人因第一次的构成要件而应当享受特权，被排除的构成要件仍然不得适用……在此等情况下，被排除的犯罪的刑罚不得被重新恢复，因为否则的话行为人将会受到比适用第一次的刑法规定更为严厉的刑罚。’^② 行为按照特别法条不能构成犯罪时，排斥普通法条的适用，从根本上来讲就是行为没有达到需要动用刑法意义上的法益侵害程度。特别法条对于其所规范的行为已经有所选择，这就意味着在立法之初，对于普通法条可能对哪些行为进行追究，对哪些行为不能再进行追究已经有所考虑。特别法条构成要件的类型化规定对于评价客体所做的选择，当然排斥普通法条的适用。既然普通法条的适用效力因为特别法条不再存在，按照特别法条不能成立犯罪的情形，当然不能以一般法条定罪。”“特别法条根本就不想处罚类似于利用合同诈骗 4 000 元的行为。既然立法者已经在制定特别法条时对某些行为不处罚是有特别预想的，而非完全没有考虑，就不存在立法漏洞的问题，也就不存在按照特别法条不能定罪，就会使得法益保护不周延的问题，和法益侵害原理并不冲突。”^③ 在本书看来，上述批评意见的合理性是值得怀疑的。

第一，上述批评意见以德国刑法关于封闭的特权条款的适用原则为标准，批判笔者所提出的不属于封闭的特权条款的特别关系的适用原则，这是不合适的。例如，德国刑法第 211 条规定了谋杀罪，第 212 条规定了故意杀人罪，第 216 条规定了得承诺杀人罪。其中，第 212 条是普通法条，第 211 条与第 216 条是特别法条，由于得承诺杀人具有减轻理由，所以，即使得承诺杀人的行为完全符合故意杀人罪的构成要件，

① 即使对甲减轻处罚，也能在大体上实现罪刑相适应原则。

② [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，900 页，北京，中国法制出版社，2001——原文注（注释体例有变化）。

③ 周光权：《法条竞合的特殊关系研究》，载《中国法学》，2010（3），166、167 页。

也不得认定为故意杀人罪，只能认定为得承诺杀人罪。第 216 条便是封闭的特权条款。批评者所引用的耶赛克教授的论述，就是指这种情形。但是，笔者前面所讨论的金融诈骗罪与合同诈骗罪的关系，以及金融诈骗罪与诈骗罪的关系中，并不存在所谓封闭的特权条款。换言之，不能认为，刑法规定金融诈骗罪就是为了给部分诈骗犯罪人享受减轻或者免除处罚的特权。

第二，上述批评意见混淆了立法规定与司法解释的关系。笔者发表上述看法时所针对的是，由于司法解释确立了不合理的定罪标准，导致特别法条不周延的情形，而不是特别法条为了限制处罚范围而故意做出不周延规定的情形。例如，关于金融诈骗罪的法条与合同诈骗罪的法条，都将数额较大作为构成要件要素（第 195 条规定的信用证诈骗罪除外），从立法来说，并不存在刑法分则本身要求金融诈骗罪、合同诈骗罪的数额必须高于普通诈骗罪的数额标准的规定。所以，批评者所提出的“特别法条根本就不想处罚类似于利用合同诈骗 4 000 元的行为”的说法，并不成立。换言之，只能认为司法解释不想将合同诈骗 4 000 元的行为认定为合同诈骗罪。按理说，司法解释确立的高标准是不合适的。因为金融诈骗罪侵害的法益重于诈骗罪侵害的法益，应当对前者确定更低的数额标准。然而，司法解释又是具有法律效力的，为了实现刑法的公平正义，不得不将没有达到金融诈骗罪、合同诈骗罪的数额起点但达到了诈骗罪数额起点的行为，按照诈骗罪论处。批评者指出：“如果特别法的定罪起点高于普通法，特别法的处罚范围相对较小，也是因为立法上认为特别法条所规范的行为容易发生，或者该行为一旦实施，通常行为人取得财物的数额较大，为缩小刑罚打击面，而特别地考虑对某些行为不处罚。”^①但这种说法存在两个疑问：其一，在刑法规定的特别法条的定罪起点与普通法条的定罪起点均为“数额较大”的前提下，将司法解释确定的特别法条的较高定罪起点说成是“立法上”确定的，意味着将司法解释提升为立法规定，这是不合适的。其二，批评者的上述理由也难以成立。“容易发生”不是缩小刑罚处罚范围的理由。盗窃罪是最容易发生的，事实上也是发案最多的，可是司法解释确定的数额起点反而低于诈骗罪。普通诈骗比金融诈骗更容易发生，但司法解释却没有对普通诈骗罪确定更高的数额标准。“一旦实施，通常行为人

^① 周光权：《法条竞合的特殊关系研究》，载《中国法学》，2010（3），165页。

取得财物的数额较大”更不是缩小刑罚处罚范围的理由。信用证诈骗罪一旦实施，通常行为人取得财物的数额巨大乃至特别巨大，事实上比保险诈骗等危害更大，但刑法第 195 条反而没有要求数额较大。况且，在比较犯罪的轻重时，不能只是在同一行为类型的内部比较，还需要将刑法处罚的其他行为进行比较。将金融诈骗、合同诈骗与普通诈骗进行比较时，没有丝毫理由认为金融诈骗、合同诈骗 4 000 元的行为，轻于普通诈骗 2 000 元的行为。

第三，上述批评意见混淆了“不符合特别法条”与“根据特别法条不值得处罚”两种现象。在特别法条属于加重法条的情况下，不符合特别法条的行为，也可能符合普通法条。例如，在德国，不符合谋杀罪构成要件的行为，完全可能符合故意杀人罪的构成要件。在我国，不符合传播淫秽物品牟利罪构成要件的行为，也可能符合传播淫秽物品罪的构成要件。所以，不能一般认为，不符合特别法条的行为，都是不值得处罚的行为。在特别法条属于减轻法条的情况下，不符合特别法条的行为，既可能是值得处罚的行为，也可能是不值得处罚的行为。例如，在德国，不符合得承诺杀人罪构成要件的行为（如被害人并无承诺），也可能符合故意杀人罪的构成要件。再如，如前所述，买卖居民身份证的行为，不符合刑法第 280 条第 3 款规定的构成要件，不值得处罚。持上述批评意见的学者认为，金融诈骗 4 000 元、合同诈骗 4 000 元，是符合金融诈骗罪、合同诈骗罪的行为类型但不完全符合特别法条的情形，于是进一步认为，它们是根据特别法条不值得处罚的情形。但本书认为，上述情形只是不符合特别法条的情形，但不属于不值得处罚的情形。况且，根据特别法条不值得处罚并不等同根据普通法条不值得处罚。例如，国家机关工作人员接到被非法拘禁的人或者其亲属的解救要求或者接到他人的举报时，不进行解救，造成严重后果的行为，不符合刑法第 416 条的规定（特别法条），但这种行为并不属于“根据特别法条不值得处罚”的行为，相反，必须适用普通法条（刑法第 397 条）。再如，林业主管部门工作人员以违法发放林木采伐许可证以外的行为方式，导致森林遭受严重破坏的，虽然不符合 407 条的特别规定，但这种行为也不属于“根据特别法条不值得处罚”的行为，同样应适用刑法第 397 条。

第四，上述批评意见基本上是用抽象的“立法者的特别考虑”取代了对刑法规范的实质解释。可是，为什么立法者认为普通诈骗 2 000 元时，法益侵害达到了值得处罚的程度，而保险诈骗 8 000 元、合同诈骗

4 000 元时，法益侵害反而没有达到值得科处刑罚的程度呢？换言之，立法者根据什么认为保险诈骗 8 000 元、合同诈骗 4 000 元就不值得处罚呢？无论是站在行为无价值的立场考虑违法性程度，还是站在结果无价值论的立场考虑违法性程度，都不可能得出上述结论，更不可能将上述结论当做立法者的特别考虑。

第五，上述批评意见对构成要件符合性的判断方法也存在疑问。对事实进行归纳时，必须以可能适用的构成要件为指导，而不能凭借以往的经验或者观念事先给案件事实下结论。例如，当行为人以假币换取他人真币时，不能认为唯一的结论就是“以假币换取货币”，相反，完全可能是盗窃、诈骗或者使用假币。换言之，当行为人不是金融机构工作人员时，就不能认为该行为不可罚；相反，要判断该行为是否符合盗窃罪、诈骗罪、使用假币罪的构成要件。遇到行为人在特约商户冒用他人信用卡时，不能认为唯一结论就是“信用卡诈骗”。因为当冒用他人信用卡的行为没有骗取数额较大财产时，该行为就不符合信用卡诈骗罪的构成要件。于是，必须进一步考察这种行为可能符合何种犯罪的构成要件。当解释者能够得出该行为符合诈骗罪的全部构成要件的结论时，就没有理由不以诈骗罪论处。换言之，在对一个事实可能适用多个法条时，不能因为排除了一个法条的适用可能性，就得出无罪的结论。只有排除了所有法条的适用可能性，才能得出无罪的结论。

此外，持上述批评意见的学者为了说明对保险诈骗 8 000 元、合同诈骗 4 000 元的行为不得按普通诈骗罪论处，还特别指出：“《刑法》第 266 条‘本法另有规定’是指：本法对‘是否’处罚的‘定型性’另有规定，而非仅仅包括本法对‘需要’处罚的特别行为有规定之‘另有规定’。那么，刑法分则对某些作为特别类型来看待的行为，只要是在‘定型性’上‘另有规定’，那么，在决定是否按照该特殊类型来加以处罚时，需要考虑本法是否‘另有规定’，在行为在类型上属于该特别规定，但尚未达到追究标准（定罪门槛）时，不对该行为进行追究，也需要考虑该‘另有规定’。”^①但是，其一，这一说法只是为了避免其观点与刑法第 266 条中的“本法另有规定”相冲突而做出的解释，因而不可能成为“对保险诈骗 8 000 元、合同诈骗 4 000 元的行为不得按普通诈骗罪论处”观点的理由。其二，这一解释也难以成立。在本书看来，“本法另有规定的，依照规定”，显然是指符合另有规定时，按另有规定

^① 周光权：《法条竞合的特殊关系研究》，载《中国法学》，2010（3），168~169页。

定罪处罚。换言之，“依照规定”并不包含“依照规定不定罪处罚”的意思。因为刑法分则条文所表述的是典型的罪刑规范，“另有规定”并不是关于不构成犯罪的规定，而是另有的关于罪状与法定刑的规定。其三，在构成要件要素中，哪些要素是定型性要素，哪些不是定型性要素，也是值得研究的问题。例如，刑法第 397 条第 2 款也有“本法另有规定的，依照规定”的表述，那么，国家机关工作人员接到被非法拘禁的人或者其亲属的解救要求时或者接到他人的举报时，而不进行解救，造成严重后果的行为，是否符合刑法第 416 条的定型性呢？对其回答恐怕因人而异。再如，刑法第 111 条所规定的为境外的机构、组织、人员非法提供国家秘密，相对于刑法第 398 条规定的故意泄露国家秘密罪与过失泄露国家秘密罪而言，也可谓特别条款。当行为人过失向境外人员非法提供国家秘密时，恐怕也符合了刑法第 111 条的定型性。然而，倘若不对该行为适用刑法第 398 条（普通法条），以符合了本法另有规定的定型却又不完全符合另有规定的构成要件为由宣告无罪，就明显不妥当了。



第十五章

并列与包容

一、构成要件要素的规定方式

我国刑法理论一般将犯罪构成分为单一的犯罪构成与复杂的犯罪构成。

刑法分则条文的罪状部分，所描述的是各种具体犯罪的构成要件要素。一些分则条文所描述的构成要件要素具有单一性，如客观（违法）构成要件的内容仅含单一的主体、单一的行为、单一的对象、单一的结果等要素；责任要件的内容是单一的故意（当然包括直接故意与间接故意）、单一的目的；如此等等。在这种情况下，各个要素都是成立犯罪所不可缺少的。与复杂的犯罪构成相比，这种单一的犯罪构成容易被司法机关理解和适用，也易于区分一罪与数罪。

但是，由于犯罪的复杂性与语言的局限性，为了尽可能全面描述复杂的犯罪类型，而不致产生遗漏，刑法分则条文常常规定了复杂的犯罪构成。比较典型的一种情况是，分则条文就某一构成要件规定了两种以上可供选择的构成要件要素，如规定两种以上的主体、两种以上的行为、两种以上的对象、两种以上的结果、两种以上的目的等等。在这种情况下，只要具体事实符合其中之一，便成立犯罪，如刑法第352条规定：“非法买卖、运输、携带、持有未经灭活的罂粟等毒品原植物种子或者幼苗，数量较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”不难看出，就对象而言，只要是未经灭活的毒品原植物种子或者幼苗即可，不要求同时具备两种对象；但是，这两种对象又没有一个上位概念，立法者只好逐一列举，从而形成并列关系。就行为而言，只要行为人实施了非法买卖、非法运输、非法携带、非法持有行为之一，且数量较大的，便成立犯罪。同样，也没有一个概念可以恰如其分地包含买卖、运输、携带、持有四种行为，法条也只能逐一列举这四

种行为。就这样的条文而言，立法者似乎可以将其分解为若干条文，使条文所规定的犯罪构成均为单一的犯罪构成，从而使各个构成要件要素都只具有单一性。如将刑法第 352 条分解为非法买卖毒品原植物种子罪、非法买卖毒品原植物幼苗罪、非法运输毒品原植物种子罪、非法运输毒品原植物幼苗罪等等。但果真如此，刑法分则将会浩如烟海，司法者与一般人都会无所适从；行为触犯的罪名也必然增加，导致刑罚处罚过于严厉。所以，规定选择的构成要件要素便无可避免。

除了构成要件要素的并列之外，还有一个犯罪的几种行为类型的并列、几种不同犯罪的罪状的并列等情形。所谓“几种行为类型的并列”，是指一个分则条文就一个犯罪规定了两种以上的行为类型，只要行为符合其中一种行为类型，就成立犯罪的情况。例如，刑法第 272 条第 1 款前段规定：“公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”这一规定描述了挪用资金罪的三种行为类型。只要符合其中一种行为类型并具备其他构成要件要素，便成立挪用资金罪。所谓“几种不同犯罪的罪状的并列”，是指一个分则条文规定了两种以上的犯罪的罪状。例如，刑法第 317 条第 2 款规定：“暴动越狱或者聚众持械劫狱的首要分子和积极参加的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节特别严重的，处死刑；其他参加的，处三年以上十年以下有期徒刑。”刑法理论与司法解释认为本条规定了两个罪名，即暴动越狱罪与聚众持械劫狱罪。这是两个犯罪的罪状的并列，其中各自的罪状都表现为单一（简单）的犯罪构成。又如，刑法第 341 条第 1 款前段规定：“非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的，或者非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”刑法理论与司法解释认为本款规定了两个罪名：非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪与非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪。这是两个犯罪的罪状并列，其中各自的罪状中都有选择的构成要件要素的并列。在这种情况下，符合不同的罪状便成立不同的犯罪。^①

^① 事实上，罪状的规定方式还有其他表现形式，这里只是列举了本章所要讨论的情形。

仔细考察上述所谓的并列关系后便会发现，虽然大部分都可以用并列一词来概括，但有一些用语，从形式上看被条文并列在一起，但实际上又必须区分为不同情形：有的条文所并列规定的要素，是需要同时具备才成立犯罪（既遂）的；有的条文所并列规定的要素之间，具有选择关系，只要行为具备其中一个要素即可成立该罪；有的条文所并列规定的多个要素之间同时存在上述两种情形；有的条文所并列规定的要素之间可能是一种包容关系。显然，对一些规定必然是有争议的。例如，刑法第 254 条规定：“国家机关工作人员滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的，处二年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处二年以上七年以下有期徒刑。”其中的“滥用职权”与“假公济私”是必须同时具备的要素，还是仅具备其中之一即可？对其回答，可能因人而异。

此外，某些法条虽然并列使用了不同的表述，但二者完全可能是同位语，亦即，两个用语所描述的只是一个要素或者说所表达的只是一个意思。本章也将在最后一部分附带说明。

二、并列

（一）一个构成要件的几种要素的并列

刑法分则条文主要规定客观（违法）构成要件，其中主要表现为对行为主体、行为、对象、结果的规定。许多条文并列规定了几种行为、几种对象^①，行为人同时针对多种对象实施多种行为的，也仅以一罪论处（具有成立同种数罪的可能性）。例如，行为人既破坏汽车，又破坏电车，并且都足以使汽车、电车发生倾覆、毁坏危险的，仅以破坏交通工具罪论处。这种情形属于同种数罪，存在并罚的可能性。也有的条文规定了两种选择的目的要素，如刑法第 152 条规定的走私淫秽物品罪，只要具有牟利目的或者传播目的即可。刑法分则条文对要素的并列规定，主要分为两种情况：

一种情况是几种单一的行为、几种单一的对象、几种单一的目的的并列。例如，刑法第 125 条第 1 款前段规定：“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

^① 规定几种结果的条文不多见。当然，这取决于对结果的认识。

本款并列规定了五种行为和三种对象。^①显然，这些行为与对象都不要同时具备，只要具备其中的一个行为与一个对象，即可成立犯罪：非法制造枪支的，便成立犯罪；非法买卖弹药的，成立犯罪；非法运输爆炸物的，也成立犯罪。

另一种情况是，所并列规定的几种要素，并非单纯的行为或者单纯的对象，而是不同内容的情节或事实。例如，刑法第158条第1款规定：“申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金。”显然，本条除规定了基本行为之外，出于限制处罚范围的目的，并列规定了虚报注册资本数额巨大、后果严重与其他严重情节三种要素；虽然规定这三种要素都是为了使行为的违法性达到应受刑罚处罚的程度，但三种要素的性质并不完全相同：虚报注册资本数额巨大，属于行为本身的内容，而后果严重显然是结果要素，其他严重情节包含了虚报手段、行为的次数等多种要素。

问题是，在后一种情况下，如何判断这些要素是只要具备其中之一即可，还是必须同时具备？以刑法第158条第1款的规定为例。人们可能做出不同解释：第一种解释是，虚报注册资本数额巨大是必须具备的要素，此外还必须后果严重或者有其他严重情节。亦即，在虚报注册资本数额巨大的前提下，后果严重与其他严重情节只要具备其中之一即可。第二种解释是，构成本罪的要件是，要么虚报注册资本数额巨大且后果严重，要么具有其他严重情节。第三种解释是，虚报注册资本数额巨大、后果严重与其他严重情节，是三个并列的选择要素，只要具备其中之一即可。显然，应当采取第三种解释。从实质上说，本条是为了限制处罚范围才并列规定了三种情节，但应认为，在行为人使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记的前提下，只要具备上述三种情节之一，便值得科处刑罚。上述第一、二种解释则过于限定了处罚范围。从解释规则来说，“或者”以及顿号一般都表示选择关系，而不是表示递进关系。据此，对刑法第159条、第160条中的类似规定，也应做出相同的解释。上述第二种解

① 非法制造枪支、弹药、爆炸物时，所制造的枪支、弹药、爆炸物并非犯罪对象，而是犯罪行为孳生之物，这里只是为了论述方便，而统称为对象。

释不符合文法解释规则。

由此可见，区分刑法分则条文形式上所并列的几种要素是选择要素还是同时具备的要素时，一方面，要从实质上考察，具备其中之一时，其行为对法益的侵犯性是否达到了值得科处刑罚的程度。如果具备其中一个要素，其行为便值得科处刑罚时，就应解释为选择要素；反之，则应解释为同时具备的要素。对此，可将分则条文规定的犯罪与相似的犯罪进行比较，通过考察该要素的性质与地位等予以确定。另一方面，也要从文理上分析。当分则条文在两个要素之间使用“或者”一词时，它所表明的是选择关系。当分则条文在两个要素之间使用“并且”一词时，一般不可能将其解释为选择要素。^①不过，刑法条文在两个要素或者罪状之间使用“和”字时，并不一定表明同时具备的关系，而是需要其他根据与理由做出判断。例如，刑法第256条规定：“在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者剥夺政治权利。”其中的三个“和”字，都不是表示同时具备的关系，而是表示选择关系。再如，全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第1条第1款所规定的“使用伪造、变造的海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据”，“重复使用海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据”，其中的“和”也应理解为“或者”。不仅如此，即使是两种犯罪的罪状并列，分则条文也可能使用“和”字，但表示的却只是一种选择关系。例如，刑法第251条规定：“国家机关工作人员非法剥夺公民的宗教信仰自由和侵犯少数民族风俗习惯，情节严重的，处二年以下有期徒刑或者拘役。”类似于这样的现象并不少见。显然，不注重刑法文字是不合适的，但不顾及刑法理念、刑法体系与刑法适用效果的“文字法学”也是不可取的。

在分则条文就一个构成要件规定了两个以上的选择要素时，有几个问题需要讨论。

第一，当分则条文并列规定了几种对象，同时具有“数额较大”、“数量较大”等要求时，是只能根据不同对象分别计算，还是可以将针

^① 不过，如前（本书第九章）所述，由“并”、“并且”连接的两个动词虽然不可能是选择要素，但也不一定意味着是两个必须具备的要素。

对不同对象实施的数额或数量予以累计? 例如, 刑法第 348 条中段规定: “非法持有鸦片二百克以上不满一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不满五十克或者其他毒品数量较大的, 处三年以下有期徒刑、拘役或者管制, 并处罚金。” 根据最高人民法院 2000 年 6 月 6 日《关于审理毒品案件定罪量刑标准有关问题的解释》, 非法持有下列毒品, 应当认定为刑法第 348 条规定的“其他毒品数量较大”: (1) 苯丙胺类毒品(甲基苯丙胺除外) 20 克以上不满 100 克; (2) 大麻油 1 千克以上不满 5 千克, 大麻脂 2 千克以上不满 10 千克, 大麻叶及大麻烟 30 千克以上不满 150 千克; (3) 可卡因 10 克以上不满 50 克; (4) 吗啡 20 克以上不满 100 克; (5) 度冷丁(杜冷丁) 50 克以上不满 250 克(针剂 100mg/支规格的 500 支以上不满 2 500 支, 50mg/支规格的 1 000 支以上不满 5 000 支; 片剂 25mg/片规格的 2 000 片以上不满 1 万片, 50mg/片规格的 1 000 片以上不满 5 000 片); (6) 盐酸二氢埃托啡 2 毫克以上不满 10 毫克(针剂或者片剂 20 μ g/支、片规格的 100 支、片以上不满 500 支、片); (7) 咖啡因 50 千克以上不满 200 千克; (8) 罂粟壳 50 千克以上不满 200 千克; (9) 上述毒品以外的其他毒品数量较大的。行为人所持有的某种毒品数量达到上述法定或司法解释规定的要求时, 当然成立非法持有毒品罪。问题是, 行为人所持有的每种毒品都没有达到定罪标准, 但累计数量达到定罪标准时, 能否以累计数量达到定罪标准为由认定为犯罪?

本书倾向于肯定回答。例一, A 非法持有海洛因 5 克, 甲基苯丙胺 5 克。对此, 应认定为非法持有毒品罪。例二, B 非法持有鸦片 100 克, 海洛因 5 克。对此, 也应认定为非法持有毒品罪。例三, C 非法持有海洛因 5 克, 吗啡 10 克。对此, 同样应认定为非法持有毒品罪。理由如下: 首先, 分则条文只是并列规定一个犯罪的几种选择性的行为对象, 而不是根据不同对象规定为不同犯罪时, 说明针对不同对象所实施的行为都是同一犯罪行为; 既然是同一犯罪行为, 就必须累计该行为对象的相关数量。其次, 分则条文规定了选择性的几种毒品, 而要求非法持有的数量较大时, 只是为了限制处罚范围, 将非法持有数量较小的行为排除在犯罪之外。而行为人同时持有几种毒品, 累计达到较大数量时, 就不能排除在犯罪之外。否则, 便违反立法精神。再次, 如果只能分别计算不能累计, 就会造成定罪的不均衡, 因而导致刑法的不公正。例如, A 非法持有海洛因 10 克, 即成立非法持有毒品罪; B 非法持有海洛因 8 克、甲基苯丙胺 8 克, 其非法持有的毒品数量更多, 违法性更重, 只是

因为不能累计，反而不成立犯罪，便明显不公平。最后，如果只能分别计算不能累计，就会造成大量遗漏：只要行为人对每种毒品的持有数量没有达到法定或司法解释规定的要求，不管累计多少，都不成立犯罪。这便给犯罪人造成可乘之机，甚至给犯罪人指明了“方向”。

不仅如此，不管是定罪还是量刑，在适用刑法第 348 条时，都应当根据刑法规定的毒品种类与数量进行必要的换算。例如，刑法第 348 条前段规定：“非法持有鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。”这意味着 50 克海洛因相当于 1 000 克鸦片，反之亦然。当行为人非法持有 500 克鸦片和 25 克海洛因时，就可以适用上述规定。有疑问的是，在这种场合，在寻找法律根据时，是适用刑法第 348 条所规定的“非法持有鸦片一千克以上”，还是“非法持有海洛因五十克以上”，抑或是“其他毒品数量大”？本书的看法是，适用前两者的任何一项均可。当司法人员适用“非法持有鸦片一千克以上”的规定时，意味着其将 25 克海洛因评价为 500 克鸦片；反之，当司法人员适用“非法持有海洛因五十克以上”的规定时，意味着其将 500 克鸦片评价为 25 克海洛因。由于“其他毒品”应是指鸦片、海洛因与甲基苯丙胺之外的毒品，不宜适用“其他毒品数量大”的规定。概言之，在这种场合，严格地说，不是对法条的解释问题，而是对事实的判断与评价问题。在刑法分则条文将 1 000 克鸦片与 50 克海洛因等同规定时，司法人员对之也应当等同评价。

第二，行为人就同一条文所列举的可供选择的对象要素发生认识错误时，是否影响定罪？例如，刑法第 127 条第 1 款规定：“盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物的，……处三年以上十年以下有期徒刑；情节严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”本条所规定的枪支、弹药、爆炸物三种对象明显属于选择要素，即只要盗窃或者抢夺其中之一便成立犯罪；既盗窃三种对象物，又抢夺三种对象物的，则是同种数罪。假如行为人本欲盗窃枪支，但实际上盗窃了弹药的，是否影响犯罪成立？

本书持否定回答，即在上述情况下，行为人的行为成立盗窃弹药罪（既遂）；既不能认定为盗窃枪支未遂，也不应宣告无罪。理由如下：首先，枪支、弹药、爆炸物是第 127 条并列规定的三种可以选择的对象，分则条文并没有根据不同对象规定为不同犯罪，这说明针对不同对象所实施的行为都是同一犯罪行为；既然是同一犯罪行为，没有超出同一构

成要件的范围，根据法定符合说，这种错误便不影响犯罪的成立。即使采取具体符合说，这种对象错误对认定犯罪也不产生任何影响。其次，盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪属于抽象的危险犯（但同条规定的盗窃、抢夺危险物质罪属于具体的危险犯），当行为人以盗窃弹药的故意实施了盗窃弹药的行为时，当然具有抽象的公共危险；但当行为人以盗窃枪支的具体故意，实施了盗窃弹药的行为时，其行为所具有的抽象的公共危险性质没有任何变化。因为行为是否具有公共危险并不取决于行为人的主观认识，而是取决于客观事实。既然如此，行为人的上述错误便并不影响其行为的性质。当行为是具体危险犯时，也应得出相同的结论。例如，刑法第127条规定的盗窃、抢夺危险物质罪，其对象包含毒害性、放射性、传染病病原体等物质，但必须“危害公共安全”。当行为人出于抢夺毒害性物质的故意，实际上抢夺了放射性物质，并且危害公共安全时，也应认定为抢夺危险物质罪。因为所谓抢夺毒害性物质的故意，在刑法上属于抢夺危险物质的故意；客观上抢夺放射性物质的行为，在刑法上属于抢夺危险物质的行为。没有理由认定为犯罪未遂，更没有理由宣告无罪。再次，故意不是确定行为性质的要素，而是表明能否将违法事实归责于行为人的责任要素。当枪支与弹药的客观属性在刑法上完全相同时，行为人盗窃枪支的故意，就可以成为对其客观上盗窃弹药的违法事实进行主观归责的理由。最后，如果上述认识错误影响犯罪的成立，便会给司法实践造成极大的困惑：那些盗窃了枪支、弹药、爆炸物的行为人，都可以声称只是为了盗窃另一种对象，司法机关对行为人主观上究竟为了盗窃哪一种对象确实难以证明，从而导致其行为只成立犯罪未遂甚至被宣告无罪，这便会不合理地放纵犯罪。

第三，当行为人的一个犯罪行为针对部分对象得逞时，是认定为犯罪既遂还是犯罪未遂？例如，行为人本来打算在一次盗窃活动中同时窃取枪支与弹药，但由于意志以外的原因只盗窃了枪支，是犯罪既遂还是犯罪未遂？答案应是前者而非后者。因为犯罪既遂并不是完全以行为人的主观内容是否实现为标准，而是应在法益侵害的范围内（行为的逻辑结果的范围内）考虑其主观内容是否实现。如果完全按照行为人的主观内容是否实现来判断既遂与未遂，那么，犯罪人主观内容越复杂、所意欲实现的事实越多（罪过性越大），便越难以既遂。这有悖犯罪的法益侵害本质与刑法的法益保护目的。由于枪支、弹药只是一个犯罪的选择对象，而不是必须同时具备的要素，所以，只要行为人盗窃了其中一种对象，便成立犯罪既遂。如果窃取了枪支，便成立盗窃枪支罪既遂。否

则，便会造成极为不公平的现象。例如，甲原本只想盗窃枪支，因为实际上窃取了枪支，而认定为犯罪既遂；乙不仅想盗窃枪支，并且想盗窃弹药，但由于实际上只窃取了枪支，却没有窃取弹药，反而认定为盗窃枪支、弹药罪的未遂。这是不能被国民接受的解释结论。

与此相联系的是，行为人实施了同种数罪，其针对部分对象实施的犯罪已经既遂，针对其他对象实施的犯罪未得逞时，应当如何处理？例如，甲一次盗窃枪支既遂，另一次盗窃弹药未遂，如何确定犯罪的形态？这个在国外刑法理论与审判实践上不成问题的问题，在我国还需要讨论。在国外，甲的行为成立数罪，其中一个犯罪是既遂，另一个犯罪是未遂。但在我国，对同种数罪的认识，总是与是否并罚联系在一起。例如，对甲是以一个盗窃枪支、弹药罪论，还是以两个犯罪（盗窃枪支罪与盗窃弹药罪）实行并罚？在这个问题上，存在三种不同观点：并罚说主张，对同种数罪一概实行并罚。一罚说主张，对同种数罪一概不并罚，而应作为一罪的从重情节或法定刑升格的情节处罚即可。折中说主张，对同种数罪能否并罚不能一概而论，而应以罪刑相适应原则为标准，决定是否并罚。^① 根据并罚说，甲的犯罪形态很容易解释，即盗窃枪支罪为既遂，盗窃弹药罪为未遂。当折中说主张对甲的行为应当并罚时，就甲的犯罪形态而言，所得出的结论与并罚说相同。所以，问题在于对甲的行为不实行并罚，仅以一罪论处时，是认定为犯罪既遂，还是认定为犯罪未遂？

本书认为，由于枪支、弹药都是一个犯罪的选择要素，而不是不同犯罪的对象，所以，上述甲的行为在性质上等同于一次盗窃枪支既遂、另一次盗窃枪支未遂的情形。如果根据某种事由与理由，将甲的两次行为认定为同种数罪且实行并罚，则属于一个盗窃枪支（既遂）罪与一个盗窃弹药（未遂）罪，而不能认定为一个盗窃枪支、弹药（未遂）罪。如果基于某种原因与道理，认定甲的两次行为仅成立一个（“情节严重”的）犯罪，就应当认定为盗窃枪支罪既遂（当然，判决书中宜说明盗窃弹药未得逞的事实），难以从整体上认定为盗窃枪支、弹药罪既遂，也不宜从整体上认定为盗窃枪支、弹药（未遂）罪。倘若不同的对象有一个共同的上位概念，罪名也使用了上位概念，并认定为一罪的，则可以直接认定为该罪的既遂。例如，乙一次盗窃毒害性物质既遂，另一次盗

^① 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，4版，319页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。

窃放射性物质未遂，都危害公共安全的，如果认定为一罪，则应认定为盗窃危险物质罪既遂。

显然，上述结论并非完美无缺，原因在于我国的刑事立法体例与刑法理论将行为是否成立数罪与是否并罚捆绑在一起。如果将对罪数的评价与是否并罚进行适当的分离，即虽然评价为数罪却不并罚，则不至于存在上述问题。事实上，“科刑上的一罪”、“处断上的一罪”等概念，原本就是指行为成立数个罪名，但处罚上仅作为一罪的情况，这便意味着被评价为数罪的行为，不一定被科处数个刑罚。^①

第四，两个以上的行为人具有意思联系，但各自针对不同的对象实施其行为的，是否成立共犯？例如，甲与乙具有意思联络（有共谋），由甲盗窃枪支（既遂），由乙盗窃弹药（既遂），二者是否成立共犯？答案是肯定的。在这种情况下，甲与乙成立盗窃枪支、弹药罪的共同正犯，并且均对盗窃枪支、弹药罪承担既遂的责任。因为在刑法分则中，盗窃枪支与盗窃弹药属于同一犯罪的两种不同表现形式，当甲与乙具有意思联络而分别盗窃枪支与弹药时，只是在实施同一犯罪内的分工不同而已。在甲、乙有共谋的情况下，甲对乙盗窃弹药的行为与结果具有心理的因果性，乙对甲盗窃枪支的行为与结果具有心理的因果性，所以，甲不仅要对自己盗窃枪支的违法事实负责，还要对乙盗窃弹药的违法事实负责；同样，乙不仅要对自己的盗窃弹药的违法事实负责，还要对甲盗窃枪支的违法事实负责。因此，对甲与乙均应认定为盗窃枪支、弹药罪既遂。倘若甲与乙均未遂，那么，甲与乙均承担盗窃枪支、弹药未遂的责任。如若甲盗窃枪支既遂，乙盗窃弹药未遂，在各自对自己的违法事实负责的同时，甲也要对乙盗窃弹药未遂的违法事实负责，乙也要对甲盗窃枪支既遂的违法事实负责。

（二）一个犯罪的几种行为类型的并列

一个分则条文可能并列规定两种以上行为类型。如前述第 272 条并列规定了挪用资金罪的三种行为类型；只要行为符合其中一种行为类型，便成立挪用资金罪。

面对行为类型的并列规定时，首先必须明确哪些要素是所有行为类型的共有要素，哪些要素只是其中某种行为类型的特有要素。例如，就

^① 参见 [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，4 版，494 页以下，东京，东京大学出版会，2006。

刑法第 272 条而言，“公司、企业或者其他单位的工作人员”是三种行为类型的共有主体要素；“利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”也是三种行为类型的共有客观要素。这在理论上大体上没有争议。^①但是，有些条文则值得研究。

例如，刑法第 288 条第 1 款规定：“违反国家规定，擅自设置、使用无线电台（站），或者擅自占用频率，经责令停止使用后拒不停止使用，干扰无线电通讯正常进行，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”本款规定了两种行为，“违反国家规定”，显然是两种行为类型的共有要素，问题是，“经责令停止使用后拒不停止使用，干扰无线电通讯正常进行，造成严重后果”，只是后一行为类型的必备要素，还是两种行为类型的必备要素。不同的解释者会得出不同结论，也需要根据上述解释方法予以确定。再如，刑法第 391 条第 1 款规定：“为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”显然，向单位行贿表现为两种行为方式，一是给单位以财物，二是在经济往来中给单位以回扣、手续费。前一种方式肯定要求行为人“为谋取不正当利益”；那么，后一种方式是否要求行为人“为谋取不正当利益”呢？人们完全可能得出不同的解释结论。第 389 条与第 393 条的规定，也存在完全相同的问题。

面对这样的问题时，解释者应当考虑诸多因素：例如，根据犯罪的性质与法条的目的，不具备该要素的行为是否具有应受刑罚处罚的法益侵害性？再如，不具备该要素的行为与该条所描述的具备该要素的另一行为类型相比，在法益侵害程度上是否存在明显差异？又如，如何解释才能符合法条的客观含义？还有，所得出的解释结论是否与相关法条相协调？如此等等。联系刑法第 391 条来考虑。首先，根据我国刑法限制处罚范围的精神，行为人为了正当利益，在经济往来中，违反国家规定，给予单位以回扣、手续费的行为，还不值得科处刑罚。其次，行为人为了正当利益，在经济往来中，违反国家规定，给予单位以回扣、手续费的行为，其法益侵害性明显轻于为谋取不正当利益而给予单位以财物的行为。再次，由于“为谋取不正当利益”表述在两种行贿方式之

^① 其实，在挪用资金罪中，“归个人使用或者借贷给他人”究竟只是第一种行为类型的要素，还是三种行为类型的共有要素，并非没有研究的余地。

前，从表述习惯来看，可以认为给予回扣、手续费的行为，也应当“为谋取不正当利益”；假如将法条的表述顺序颠倒过来，即将该条表述为“在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，或者为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，处三年以下有期徒刑或者拘役”，那么，给予回扣、手续费的行为则不需要“为谋取不正当利益”。根据相同的解释原理与方法，第288条中的“经责令停止使用后拒不停止使用，干扰无线电通讯正常进行，造成严重后果”，应是两种行为类型的共有客观要素。

实践中经常出现这样的问题：即行为人实施了几种行为类型中的行为，但其行为并不完全符合并列规定的某一行为类型，对此能否综合起来考察，认定其行为构成犯罪？

例如，刑法第384条第1款前段规定：“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役。”显然，本款并列规定了三种行为类型：一是挪用公款进行非法活动，不要求数额较大；但为了限制处罚范围，如下所述，司法解释仍然规定了数额起点；二是挪用公款进行营利活动，要求数额较大；三是挪用公款进行其他活动，也要求数额较大。根据最高人民法院1998年4月6日《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》规定，“挪用公款归个人使用，进行非法活动的”，以挪用公款5000元至1万元为追究刑事责任的数额起点；挪用公款归个人使用，“数额较大、进行营利活动的”，或者“数额较大、超过3个月未还的”，以挪用公款1万元至3万元为“数额较大”的起点。概言之，刑法分则条文根据公款用于非法活动、营利活动与其他活动的不同用途，规定了不同的定罪标准，司法解释也针对不同用途规定了不同的定罪数额标准。

于是出现了以下问题：行为人多次挪用公款，分别用于非法活动、营利活动与其他活动，但用于某项活动的公款数额未达到该项的定罪标准，或者分别来看，用于各项用途的公款数额都没有达到各项的定罪标准，但挪用公款的总数额达到某项定罪标准的，应当如何处理？例如，假定挪用公款进行非法活动以5000元为定罪标准，挪用公款进行营利活动或者其他活动以1万元为定罪标准；甲挪用公款4000元用于非法活动，挪用公款5000元进行营利活动，挪用公款6000元进行其他活动。甲的行为是否成立挪用公款罪？

类似的现象可以列举许多。显然，这种情况与前述对选择要素的并列规定存在区别。因为在分则条文规定了几种行为类型的情况下，只有行为符合其中一种或数种行为类型时，才可能认定为犯罪。如果对行为进行评价的结局是并不符合其中的任何一种行为类型，则不可能认定为犯罪，否则，便有违反罪刑法定原则之嫌。所以，本书认为，应根据法益保护目的、法定的构成要件以及举轻以明重的解释方法进行认定和处理。

例一：A挪用公款4 000元用于非法活动，挪用公款5 000元进行营利活动，挪用公款6 000元进行其他活动，而且均超过三个月未还。对此，应认定A挪用公款15 000元进行其他活动，成立挪用公款罪。^①因为挪用公款进行非法活动或者营利活动的法益侵害性，重于挪用公款进行其他活动的法益侵害性，将前者的数额计算入后者的数额，实际上有利于被告人；而且前者挪用公款后超过三个月未还，也符合挪用公款进行其他活动的时间要件。换言之，在上述案件中，司法人员完全可以不考虑A挪用公款4 000元进行非法活动的“非法”性质，也可以不考虑A挪用公款5 000元进行营利活动的“营利”性质，而是将这两项挪用行为均评价为进行不以非法与营利为前提的其他活动。于是，A的行为完全符合“挪用公款数额较大、超过三个月未还的”的行为类型。显然，这样的评价并不违反罪刑法定原则，也没有歪曲事实本身。

例二：B挪用公款4 000元进行赌博、走私等非法活动，挪用公款8 000元进行营利活动。对此，应认定挪用公款12 000元进行营利活动，成立挪用公款罪。因为挪用公款进行非法活动与营利活动都没有时间要求，而挪用公款进行非法活动的法益侵害性，重于挪用公款进行营利活动，故将挪用公款进行非法活动的数额计算入挪用公款进行营利活动的数额，并不违反罪刑法定原则。换言之，非法活动一般是可以评价为营利活动的。例如，挪用公款4 000元赌博、走私、生产伪劣产品等，均可以评价为挪用公款进行营利活动。^②

- ① 刑法理论一般认为，“挪用公款归个人使用，数额较大，超过三个月未还”，是指“将公款用于非法活动与营利活动以外的其他活动”。这是就某种行为完全符合该行为类型而言。根据举轻以明重的解释规则，解释者完全可能基于某种原因，将挪用公款用于非法活动与营利活动评价为挪用公款进行其他活动。
- ② 如果非法活动不可能评价为营利活动时，当然不能将挪用公款进行非法活动评价为挪用公款进行营利活动。然而，这种情形是比较罕见的。对于行为人挪用公款举行重婚的婚礼活动的行为，不可能评价为挪用公款进行营利活动。

例三：C挪用公款4 000元用于非法活动，三个月内归还；挪用公款5 000元进行营利活动，三个月内归还；挪用公款6 000元进行其他活动，超过三个月未还。对此，难以认定为挪用公款罪。因为，首先，不应将挪用公款进行营利活动与进行其他活动的数额计入挪用公款进行非法活动的数额，亦即，不能将轻行为的数额计入重行为的数额，所以，不能认定为挪用公款进行非法活动。其次，虽然可以将挪用公款进行非法活动的数额计入挪用公款进行营利活动的数额，但二者的总和并未达到定罪标准，故不成立挪用公款进行营利活动。最后，虽然可以将挪用公款进行非法活动与进行营利活动计入挪用公款进行其他活动，但挪用公款进行其他活动必须超过三个月未还；如果挪用公款进行非法活动与进行营利活动，但在三个月内归还公款，则不符合挪用公款进行其他活动的时间要件。结局是，对C的行为不能以挪用公款罪论处。由此看来，不能认为，只要各项活动的累计数额达到任何一项定罪的数量标准，就以该数额为准定罪处罚。

与此相关的问题是，如果行为人的其中一项挪用行为达到了司法解释所规定的定罪标准，而其他两项没有达到定罪标准，虽然可以认定成立挪用公款罪，但如何计算挪用公款的数额？对此，应当根据情况具体分析。下面假设若干情况进行讨论。例一：A挪用公款1万元进行非法活动，挪用公款8 000元进行营利活动。对此，只能认定为挪用公款进行非法活动，而且挪用公款数额为1万元，而不能认定为挪用公款18 000元进行非法活动，因为其中的8 000元并未用于非法活动。当然，量刑时应当考虑挪用公款8 000元进行营利活动的事实。例二：B挪用公款4 000元进行非法活动，挪用公款1万元进行营利活动。对此，只能认定为挪用公款进行营利活动，但由于挪用公款进行非法活动对法益的侵害性重于挪用公款进行营利活动，故可以认定B挪用公款14 000元进行营利活动。例三：C挪用公款4 000元进行非法活动，并超过三个月未还，又挪用公款1万元进行其他活动。基于同样的理由，也应认定C挪用公款14 000元进行其他活动。例四：D挪用公款4 000元进行非法活动，并在三个月内归还，又挪用公款1万元进行其他活动。对此，只能认定D挪用公款1万元进行其他活动，挪用公款4 000元进行非法活动的行为只能作为量刑情节。例五：E挪用公款5 000元进行营利活动，又挪用公款1万元进行其他活动，且均超过三个月未还。对此，应认定E挪用公款15 000元进行其他活动。例六，F挪用公款5 000元进行营利活动，并在三个月内归还，又挪用公款1万元进行其

他活动，超过三个月未还。对此，只能认定 F 挪用公款 1 万元进行其他活动，挪用公款 5 000 元进行营利活动的行为只能作为量刑情节。总之，对于类似情形，只能根据“举轻以明重”的原理进行认定。即重行为的数额可以计算在轻行为的数额之中，但轻行为的数额不能计算在重行为的数额之中；三个月之内归还的数额不能计算在“超过三个月未还”的挪用数额中。对于挪用资金罪，也应当作相同的处理。

（三）几种犯罪的罪状的并列

在我国的刑法分则中，一个条文规定几个犯罪的现象并不少见。在这种情况下，只有当行为完全符合不同犯罪的全部构成要件时，才可能成立犯罪。当行为人实施了同一条文所规定的不同行为，但并不符合不同犯罪的构成要件，不同犯罪之间又没有重合内容时，不能将行为人所实施的不同行为相加为一个犯罪行为。

例如，刑法第 246 条规定了侮辱罪与诽谤罪，二者均以情节严重为前提。甲对乙实施了侮辱行为，但情节并不严重；甲另外对乙也实施了诽谤行为，但情节也不严重。对此，能否评价为其中一个行为情节严重，而以犯罪论处？本书持否定回答。侮辱罪与诽谤罪虽然都是侵害他人名誉的犯罪，但前者是使用暴力、语言、文字、动作等方法侵害他人名誉，后者是散布捏造的事实侵害他人名誉。二者在行为内容上没有重合之处，亦即，侮辱行为不能评价为诽谤行为，诽谤行为也不能评价为侮辱行为。所以，对上述甲的行为既不能以侮辱罪论处，也不能以诽谤罪论处。

再如，刑法第 251 条规定了非法剥夺公民宗教信仰罪与侵犯少数民族风俗习惯罪，二者均以情节严重为前提。倘若国家机关工作人员甲既实施了非法剥夺公民宗教信仰自由的行为，也实施了侵犯少数民族风俗习惯的行为，但二者的情节都没有达到严重程度，就不能以犯罪论处。

但是，当同一条文并列规定的罪状（乃至不同条文规定的罪状）存在重合内容时，则可以在重合的限度内将重行为评价为轻行为。

例如，刑法第 398 条第 1 款规定：“国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故意或者过失泄露国家秘密，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”刑法理论与司法解释认为本款规定了两个罪名：故意泄露国家秘密罪与过失泄露国家秘密罪。根据最高人民法院 2006 年 7 月 26 日《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》，故意泄露机密级国家秘密 2

项（件）以上的，或者故意泄露秘密级国家秘密 3 项（件）以上的，应以故意泄露国家秘密罪立案（实际上为定罪标准，下同）；过失泄露机密级国家秘密 3 项（件）以上的，或者过失泄露秘密级国家秘密 4 项（件）以上的，应以过失泄露国家秘密罪立案。假定国家机关工作人员甲故意泄露机密级国家秘密 1 项（件），过失泄露机密级国家秘密 2 项（件），国家机关工作人员乙故意泄露秘密级国家秘密 2 项（件），过失泄露秘密级国家秘密 3 项（件），对甲、乙的行为能否以过失泄露国家秘密罪论处？本书持肯定回答。因为过失与故意不是对立关系，而是位阶关系，换言之，故意完全符合过失的要件。^①既然如此，就可以将甲故意泄露机密级国家秘密 1 项（件）的事实，评价为过失泄露机密级国家秘密 1 项（件），于是，甲总共过失泄露机密级国家秘密 3 项（件），因而构成过失泄露国家秘密罪。基于同样的理由，乙也成立过失泄露国家秘密罪。

再如，刑法第 345 条第 1 款前段规定：“盗伐森林或者其他林木，数量较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”同条第 2 款前段规定：“违反森林法的规定，滥伐森林或者其他林木，数量较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”最高人民法院 2000 年 11 月 22 日《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 4 条规定：“盗伐林木‘数量较大’，以二至五立方米或者幼树一百至二百株为起点”。第 6 条规定：“滥伐林木‘数量较大’，以十至二十立方米或者幼树五百至一千株为起点”。假定以上述规定中的最低起点为标准，行为人盗伐 1 立方米的林木，滥伐 9 立方米的林木时，能否认定为滥伐林木罪。没有争议的是，盗伐林木罪与滥伐林木罪是两个不同的犯罪，但是，任何盗伐林木的行为必然是滥伐林木的行为，或者说，盗伐林木的行为完全符合滥伐林木的构成要件。所以，可以将盗伐林木的行为评价为滥伐林木的行为，故对上述行为可以认定为滥伐林木罪。反之则不然。因为滥伐林木的行为完全不符合盗伐林木的构成要件，故对上述行为不可能认定为盗伐林木罪。

显然，对两个犯罪的构成要件行为是否具有重合内容存在不同看法时，就会影响对案件事实的判断。

^① 参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，259 页以下，北京，北京大学出版社，2010。

刑法第 397 条第 1 款前段规定：“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”根据最高人民检察院 2006 年 7 月 26 日《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》的规定，滥用职权，造成个人财产直接经济损失 10 万元以上，或者直接经济损失不满 10 万元，但间接经济损失 50 万元以上的；或者造成公共财产或者法人、其他组织财产直接经济损失 20 万元以上，或者直接经济损失不满 20 万元，但间接经济损失 100 万元以上的；或者虽未达到上述两项数额标准，但两项合计直接经济损失 20 万元以上，或者合计直接经济损失不满 20 万元，但合计间接经济损失 100 万元以上的，应当追诉；玩忽职守，造成个人财产直接经济损失 15 万元以上，或者直接经济损失不满 15 万元，但间接经济损失 75 万元以上的；或者造成公共财产或者法人、其他组织财产直接经济损失 30 万元以上，或者直接经济损失不满 30 万元，但间接经济损失 150 万元以上的；或者虽未达到上述两项数额标准，但两项合计直接经济损失 30 万元以上，或者合计直接经济损失不满 30 万元，但合计间接经济损失 150 万元以上的，应当追诉。假如某国家机关工作人员甲，一次滥用职权行为，造成个人财产直接经济损失 8 万元，一次玩忽职守行为，造成个人财产直接经济损失 12 万元。那么，能否认定甲的行为成立滥用职权罪或者玩忽职守罪？这取决于如何认识滥用职权罪与玩忽职守罪的行为内容，以及如何认识故意与过失的关系。

一种观点认为：“玩忽职守罪与滥用职权罪在犯罪主体、犯罪客体、罪过的性质、犯罪结果、加重情节等方面是相同的。二者的主要区别是渎职的客观行为方式不同：玩忽职守主要表现为以不作为的方式不履行职责或者怠于履行职责；滥用职权罪主要表现为以作为的方式超越权限处理无权处理的事务或者不顾职责的程序和宗旨随心所欲地处理事务。”^①按照这种观点，上述甲的行为不成立犯罪。因为既不可能将作为评价为不作为，也不可能将不作为评价为作为，甲的作为不符合滥用职权罪的成立条件，不作为也不符合玩忽职守罪的成立条件。但是，这种观点否认了不作为的滥用职权与作为的玩忽职守，这恐怕不符合司法现状。在现实生活中，至少存在作为方式的玩忽职守行为。所谓“怠于履行职责”就可能属于作为形式。从理论上说，没有遵守规则的行为并

^① 阮齐林：《刑法学》，814～815 页，北京，中国政法大学出版社，2008。

不必然表现为不作为。例如，没有遵守交通规则而造成交通事故的行为，并不都是不作为。基于同样的理由，没有履行职责的行为，也并不必然表现为不作为。

另一种观点认为：“二者在主观和客观方面都存在区别：一是主观方面不同。滥用职权罪只能由故意构成，一般是出于不正当动机，玩忽职守罪只能由过失构成，主观上存在严重的不负责任。二是客观方面不同。滥用职权罪的行为方式表现为国家机关工作人员超越职权，违法决定、处理其无权决定、处理的事项，或者违反规定处理公务；玩忽职守罪的行为方式表现为，严重不负责任，不履行或者不认真履行自己的工作职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。”^① 换言之，滥用职权罪的行为实际上是职权之外的行为，而玩忽职守罪的行为是没有或者不认真履行职权之内的职责的行为。既然如此，二者就形成了对立关系，而没有重合部分。换言之，滥用职权行为不可能评价为玩忽职守行为，反之亦然。于是，上述甲的行为不可能成立犯罪。这种观点具有一定的合理性，但是，在现实生活中，能否妥当区分超越职权与严重不负责任，恐怕还存在疑问。例如，根据最高人民法院、最高人民检察院 2007 年 2 月 28 日《关于办理危害矿山生产安全刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 9 条的规定，国家机关工作人员对不符合矿山法定安全生产条件的事项予以批准或者验收通过，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，依照刑法第 397 条的规定定罪处罚。那么，上述行为究竟是超越了职权，还是没有认真履行职权呢？显然，从不当批准而批准的角度来说，是超越了职权；从批准了不符合矿山法定安全生产条件的事项来说，则属于没有认真履行职权，亦即，如果认真履行职权，就不会批准该事项。

还有一种观点指出：玩忽职守罪与滥用职权罪“规定在《刑法》同一条款中，并且主体相同，在行为的表现方式上，都是既可由作为构成，也可由不作为构成。区分二者的关键在于罪过不同：本罪（指玩忽职守罪——引者注）是过失犯罪，而滥用职权罪是故意犯罪”^②。由于故意与过失是位阶关系，而不是对立关系，亦即，可以将故意评价为过失，而不能将过失评价为故意。因此，对上述甲的行为可以评价为玩忽职守罪，但不能认定为滥用职权罪。

① 王作富主编：《刑法分则实务研究》（下），4 版，1879 页，北京，中国方正出版社，2010。

② 刘艳红主编：《刑法学各论》，2 版，356 页，北京，北京大学出版社，2006。

三、包容

有的条文所表述的罪状或规定的要素，表面上看是一种并列关系，分则条文甚至使用“或者”一词表示了选择关系，但实际上，条文所并列规定的几种罪状或者要素之间，是一种包容关系^①，即其中一种行为包含了另一种行为。在这种情况下，关键在于理解包容的要素，即只要理解了包容的要素，被包容的要素便迎刃而解了。下面联系几个条文进行讨论。

（一）第128条

刑法第128条第1款规定：“违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”表面上看，刑法是将非法持有与私藏并列规定的，司法解释与刑法理论也将本罪概括为非法持有、私藏枪支、弹药罪，言下之意，只要实施持有或者私藏行为之一，即可成立本罪。实际上，私藏只是持有的一种表现形式，或者说持有概念包含了私藏概念。

如前所述（参见本书第四章），持有是以行为人对物的实力支配关系为内容的行为，换言之，人对物的实力支配即是持有。所谓持有枪支、弹药，也就是行为人对枪支、弹药的事实上的支配。持有具体表现为直接占有、携带、藏有或者以其他方法支配枪支、弹药。持有不要求物理上的握有，不要求行为人时时刻刻将枪支、弹药握在手中、放在身上和装在口袋里，只要行为人认识到它的存在，能够对之进行管理或者支配，就是持有。持有时并不要求行为人是枪支、弹药的“所有者”、“占有者”；即使属于他人“所有”、“占有”的枪支、弹药，但事实上置于行为人支配之下时，行为人即持有枪支、弹药；行为人是否知道“所有者”、“占有者”，不影响持有的成立。持有是一种持续行为，只有当枪支、弹药在一定时间内由行为人支配时，才构成持有；至于时间的长短，则并不影响持有的成立，只是一种量刑情节，但如果时间过短，不足以说明行为人事事实上支配着枪支、弹药时，则不能认为是持有。

^① 这里的包容关系，是就同一条款所规定的两个要素（或两种情形）的关系而言，显然不同于法条竞合中（法条之间）的包容关系。

由于持有是对特定物品的实力支配、控制，又由于私藏也是指未经批准而私自藏匿枪支、弹药，所以，非法持有的概念完全可以包含私藏的概念。从相关条文的规定中也可以明确这一点。例如，刑法第 172 条规定了持有假币罪。如果行为人私自将假币藏匿于某处，司法机关肯定认定其行为成立持有假币罪。因为这种私藏是持有的一种表现形式。再如，刑法第 348 条规定了非法持有毒品罪。如果行为人私自将一定数量的毒品藏匿于某处，并且不能证明其用于走私、贩卖、运输等，司法机关无疑会将其认定为非法持有毒品罪。既然如此，刑法第 128 条第 1 款为什么将非法持有与私藏相并列，而不是只使用非法持有概念呢？这显然是修订刑法的指导思想与修订方式所致。1997 年修订刑法的指导思想，一是要制定一部有中国特色的、统一的、比较完备的刑法典；二是注意保持刑法的连续性与稳定性，可改可不改的尽量不改；三是对原来比较笼统的规定，尽量修改为具体规定。^① 旧刑法第 163 条规定了私藏枪支、弹药罪（其罪状为“违反枪支管理规定，私藏枪支、弹药，拒不交出的”），但是，其一，私藏概念的外延比较窄小，似乎要求具有秘密性，因而不能涵盖应当作为犯罪处理的其他行为。例如，公开非法携带枪支也是非法持有枪支的一种表现形式，但难以认定为“私藏”。其二，“拒不交出”的要件过于苛刻，导致该罪可能形同虚设。根据旧刑法的规定，似乎不管行为人私藏枪支多长时间，只要其交出，便不成立犯罪。这显然不利于保护法益。于是，现行刑法对旧刑法第 163 条进行了修改：一是因为私藏概念的外延比较窄小，所以，加上持有概念，二是删除了旧刑法第 163 条中的“拒不交出”的要素。本来，在使用了非法持有概念之后，可以删除私藏概念，但立法机关为了保持刑法的连续性，也为了避免有人误认为旧刑法第 163 条所规定的私藏枪支、弹药行为不再是犯罪，所以，在增加了“非法持有”一语的同时，仍然保留了“私藏”概念。

最高人民法院 2001 年 5 月 10 日通过的《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条第 2 款、第 3 款分别规定：“刑法第一百二十八条第一款规定的‘非法持有’，是指不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员，违反枪支管理法律、法规的规定，擅自持有枪支、弹药的行为。”“刑法第一百二十八条第一款规定的‘私藏’，是指依法配备、配置枪支、弹药

^① 参见王汉斌 1997 年 3 月 6 日在第八届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法（修订草案）〉的说明》。

的人员，在配备、配置枪支、弹药的条件消除后，违反枪支管理法律、法规的规定，私自藏匿所配备、配置的枪支、弹药且拒不交出的行为。”这样区分非法持有与私藏，或许有利于司法机关适用刑法第 128 条，也不至于形成处罚上的空隙，未尝不可。但应注意的是，其一，这种解释不可推而广之，尤其不能认为持有与私藏是两个截然不同的概念，否则，在法条仅使用了持有概念而没有使用私藏概念时，会造成处罚的不协调、不公平。其二，该解释仍然要求私藏枪支时具备“拒不交出”的要件，这似乎缺乏法律依据。因为私藏也是对枪支、弹药事实上的控制，既然非法持有时不要求拒不交出，也便没有理由要求持有的表现形式之一的私藏枪支、弹药必须具备拒不交出的条件。

刑法第 352 条也存在类似问题。该条规定的行为是“非法买卖、运输、携带、持有”未经灭活的毒品原植物种子或者幼苗。其实，携带是持有的一种表现形式。^①在此意义上说，携带用语是多余的，但在刑法条文使用了这一多余的概念时，解释者必须明确它与持有的关系：持有包含携带。即使在本条中，可以试图对持有作限制解释，使其不包含携带，但解释者千万不可在其他条文中也得出持有不包含携带的解释结论，否则便会造成处罚上的不协调与不公平。例如，刑法第 282 条第 2 款规定：“非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品，拒不说明来源与用途的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”行为人非法携带属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品，拒不说明来源与用途的，也应成立本罪。如果认为携带不属于持有，得出上述行为人为人无罪结论，则会形成处罚的空隙，导致处罚的不协调与不公平^②，也不利于保护法益。

（二）第 237 条

刑法第 237 条规定了强制猥亵、侮辱妇女罪。虽然该条形式上并列规定了两种行为：一是强制猥亵妇女，二是强制侮辱妇女，但也可以认为猥亵概念包含了侮辱概念。

在我国刑法分则中，猥亵妇女是指针对妇女实施的，伤害妇女的性

① 参见 [日] 香城敏磨：《兴奋剂取缔法》，载 [日] 平野龙一等编：《注解特别刑法 5—II》，2 版，147 页，东京，青林书院，1992。

② 与乙将属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品藏于家中的行为相比，甲将属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品随身随带的行为，更容易泄露国家秘密。在均拒不说明来源与用途的情形下，没有理由仅处罚前者，而不处罚后者。

的羞耻心（或性的自己决定权）的行为。“针对妇女实施”主要包括几种情况：一是直接对妇女实施猥亵行为，或者迫使妇女容忍行为人或第三人对之实施猥亵行为（如强行鸡奸妇女，强行抠摸妇女阴部，强行捏摸妇女乳房，强行脱光妇女衣裤，强行与妇女接吻、搂抱等）；二是迫使妇女对行为人或者第三者实施猥亵行为（如强迫妇女为行为人或者第三者手淫）；三是强迫妇女自行实施猥亵行为（如当场强迫妇女本人手淫、当场强迫妇女捏摸自己的乳房等）；四是强迫妇女观看他人的猥亵行为（如强迫妇女观看男性的鸡奸活动，强迫妇女观看男性阴部等）。“伤害妇女的性的羞耻心”实际上是指导致妇女产生了性的羞耻心。人类社会的发展，使人们产生了性的羞耻感情，形成了（广义的）性行为非公开化、性行为非强制性等原则。违反这些原则的猥亵行为使被害妇女产生性方面的耻辱感，侵害了妇女的性的自己决定权。

刑法第 237 条的侮辱行为显然与猥亵行为是性质相同的行为：它们都是针对妇女实施的，侵犯妇女的性的自己决定权的行为；如果性质不同，刑法就不会将它们作为一个犯罪规定在同一款中。现在的问题是，可否从形式上或行为方式上对二者做出区分？答案也是否定的。因为猥亵行为包括了伤害妇女的性的羞耻心、侵害妇女的性的自己决定权的一切行为，而侮辱行为无论如何也不可能超出这一范围；任何针对妇女实施的与猥亵行为性质相同的侮辱行为，都必然伤害妇女的性的羞耻心、侵害妇女的性的自己决定权。

由于刑法第 237 条从形式上将猥亵与侮辱行为并列规定，于是不少学者试图对二者进行区别。如有的教科书写道：“猥亵妇女，是指对妇女实施奸淫行为以外的，能够满足性欲和性刺激的有伤风化的淫秽行为，例如，搂抱、接吻、捏摸乳房、抠摸下身，等等。侮辱妇女，是指对妇女实施猥亵行为以外的、损害妇女人格、尊严的淫秽下流的、伤风败俗的行为，例如，在公共场所用淫秽下流语言调戏妇女；剪开妇女裙、裤，使其露丑；向妇女显露生殖器；强迫妇女为自己手淫；扒光妇女衣服示众，等等。猥亵行为必然是行为人的身体直接接触妇女的身体，通过对妇女身体的接触达到性心理的满足。而侮辱行为，则不一定以自己的身体接触妇女的身体，来满足精神上的性刺激，这是二者在形式上的一点区别。”^① 但这一观点存在以下疑问：第一，刑法第 237 条

① 高铭喧主编：《新编中国刑法学》，下册，702 页，北京，中国人民大学出版社，1998。

的侮辱妇女行为，也必须是以暴力、胁迫或者其他强制方法实施的，而该观点将“在公共场所用淫秽下流语言调戏妇女”等不具有强制性的行为包括在内，显然有违反罪刑法定原则之嫌。第二，露阴行为完全属于公然猥亵行为，也不具有强制性。^①一方面，刑法并没有规定公然猥亵罪；另一方面，在规定了公然猥亵罪的国家，在公共场所的露阴行为，也是标准的猥亵行为（但不属于强制猥亵行为），而不认为它是猥亵行为以外的侮辱行为。第三，该观点认为侮辱行为“不一定”接触妇女的身体，这个留有余地的表述表明侮辱行为也可能接触妇女的身体，事实上，该观点已经将“强迫妇女为自己手淫”这种接触身体的行为解释为侮辱行为。既然如此，二者实际上从形式上也难以区分。第四，该观点强调侮辱行为“损害妇女人格、尊严”，希望由此区分猥亵与侮辱行为。事实上，强制猥亵妇女罪在侵犯妇女的性的自己决定权的同时，也侵害其人格与尊严，因此，这种区别也不可能存在。

有的论著指出：“‘强制猥亵妇女’，是指违背妇女意愿，以抠摸、搂抱、鸡奸、手淫等下流手段，猥亵妇女的行为。‘强制侮辱妇女’，是指在公共场所故意向妇女显露生殖器或者用生殖器顶擦妇女身体，追逐、堵截妇女，偷剪妇女发辫、衣服，向妇女身上泼腐蚀物、涂抹污物等手段，侮辱妇女的行为。”^②但是，其一，如上所述，在公共场所故意向妇女显露生殖器的行为，只要没有强行让妇女观看的，就没有任何强制性，不可能属于“强制侮辱妇女”。其二，强制侮辱妇女与强制猥亵妇女属于性质完全相同的行为，亦即，都是侵害妇女性的自己决定权的行为，而追逐、堵截妇女，偷剪妇女发辫、衣服，向妇女身上泼洒腐蚀物、涂抹污物等行为，并不均属于侵害妇女性的自己决定权的行为。^③持上述观点的论著同时指出：本罪“主观方面由直接故意构成，并且具有性刺激或者性满足的目的”^④。可是，追逐、堵截妇女，偷剪妇女发辫、衣服，向妇女身上泼洒腐蚀物、涂抹污物的行为，并不能实现其性刺激或者性满足的目的。即使行为人性取向异常，但该行为客观

① 当然，在露阴的同时，以暴力、胁迫等方式强制妇女观看的，当然成立强制猥亵、侮辱妇女罪。对儿童露阴的，成立猥亵儿童罪。

② 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，431页，北京，人民法院出版社，2007。相同观点参见陈兴良：《规范刑法学》，下册，2版，693页，北京，中国人民大学出版社，2008。

③ 向妇女身上泼腐蚀物，导致妇女乳房、阴部等裸露的行为，才属于强制猥亵、侮辱行为。

④ 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，431页，北京，人民法院出版社，2007。

上也不是侵害妇女性的自己决定权的行为。其三，上述观点实际上是将旧刑法流氓罪中的侮辱妇女行为纳入到现行刑法中的强制侮辱妇女的行为。然而，一方面，旧刑法规定的流氓罪属于扰乱公共秩序的犯罪，而现行刑法规定的强制侮辱妇女罪属于侵犯人身权利的犯罪，故旧刑法中的侮辱妇女的行为，并不均属于现行刑法中的强制侮辱妇女行为。另一方面，旧刑法规定的侮辱妇女不以强制为条件，而现行刑法规定的强制侮辱妇女罪以强制为条件，故不能将非强制行为认定为强制行为。

还有论著指出：“猥亵妇女，主要是指为满足、发泄、刺激性欲而行为人利用自己或他人的身体或其他工具，直接接触妇女的身体，明显带性行为色彩而又不属于奸淫的行为。如行为人强行搂抱、亲吻、抠摸妇女肉体等行为，而侮辱妇女，则是行为人以淫秽语言、下流动作损害妇女人格、尊严，伤害妇女的性羞耻心的行为。如以下流语言辱骂、调戏妇女，向妇女身上抛洒污物、向妇女显露生殖器等。”^①但是，这种观点不仅将非强制行为纳入强制行为^②，而且将刑法第 246 条规定的侮辱罪中针对妇女实施的侵害妇女人格、名誉的行为也纳入强制侮辱的部分。诚然，强制猥亵、侮辱妇女，侵害妇女性的自己决定权的行为，都同时侵害了妇女的人格、名誉，但是，侵害妇女的人格、名誉的行为并不一定侵害妇女性的自己决定权。

刑法第 237 条虽然将猥亵与侮辱并列，但其第 3 款却只规定了猥亵儿童一种行为。如果认为必须区分猥亵行为与侮辱行为，必然造成以下两种结局之一：其一，猥亵儿童的是犯罪行为，但侮辱儿童的不是犯罪行为。这显然不合理。因为刑法对儿童的合法权益都是给予特殊保护的，就本罪而言，不仅在客观上不要求实施采用暴力、胁迫等强制手段，而且应当从重处罚。既然侮辱妇女的行为是犯罪，那么，侮辱儿童的行为也必然是犯罪。其二，猥亵儿童的行为成立猥亵儿童罪，侮辱儿童的成立第 246 条的侮辱罪。这显然不妥当。因为儿童也有性的自己决定权（或不可侵犯权），而不是只有人格、名誉权，而且儿童的性的不可侵犯权这一法益高于其人格权、名誉权的法益，将侵犯儿童性的不可侵犯权的侮辱行为均归入刑法第 246 条规定的侵犯人格、名誉的行为，必然造成刑法保护的不均衡现象。为了避免这种不合理、不妥当的局

① 王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），4 版，858 页，北京，中国方正出版社，2010。

② 以下流语言辱骂、调戏妇女，单纯向妇女显露生殖器的行为，并不属于以暴力、胁迫等方法强制侮辱妇女。

面，必须承认刑法第 237 条的猥亵行为与侮辱行为没有区别，或者认为猥亵行为包含了侮辱行为。

虽然从表面上看，强制猥亵、侮辱妇女罪是一个选择性罪名，可以分解为强制猥亵妇女罪与强制侮辱妇女罪，但没有必要因此而强行区分猥亵与侮辱。从刑法理论上讲，猥亵行为是一个外延甚广的概念，凡是与性有关的，损害普通人的性的羞耻心，侵犯他人的性的自由决定权的行为均包括在内，而不论行为人的行为是否接触被害人的身体。大陆法系国家的刑法理论认为，猥亵行为既可能表现为接触被害人的身体，也可能表现为不接触被害人的身体。如日本学者前田雅英指出：“猥亵行为不以接触被害人的身体为必要，使人裸体而拍摄其照片的行为也包括在内。”^① 山口厚教授指出：“使人裸体而拍摄其照片的行为，使男性与之性交的行为等，属于猥亵行为。”^② 英美法系国家的判例与刑法理论也认为，猥亵行为既可能接触妇女身体，也可能不接触妇女身体。^③ 从司法实践来看，区分猥亵与侮辱也是不可能的。如强行扒光妇女衣裤的行为，既可谓强制猥亵行为，也可谓侮辱行为。既然如此，就没有必要硬性区分这两种行为。

或许有人要问，既然刑法第 237 条中的猥亵与侮辱的性质、内涵与外延完全相同，为什么刑法将二者并列起来规定，而不是只规定其中之一呢？回答这个问题也并不困难。可以这样认为，现行刑法第 237 条中的侮辱妇女是从旧刑法第 160 条流氓罪中的侮辱妇女移过来的^④，旧刑法中的流氓罪由于被认为是“口袋罪”，故被分解为若干罪名，如聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、聚众淫乱罪等，其中的侮辱妇女就移至现行刑法第 237 条。本来，新刑法第 237 条第 1 款仅规定强制猥亵行为就足够了，之所以仍然保留旧刑法第 160 条的“侮辱妇女”的表述，一方面是为了保持刑法的连续性；另一方面是为了防止人们的误解，以免人们认为旧刑法第 160 条中的侮辱妇女均不再是犯罪行为。再者，将强制侮辱妇女的行为纳入刑法分则第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪之后，如果仍然仅使用“侮辱妇女”一词，也会导致人们误认为，现行刑法第

① [日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4 版，120 页，东京，东京大学出版会，2007。

② [日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，107 页，东京，有斐阁，2010。

③ See Smith & Hogan, *Criminal Law*, 4th ed., p. 416, Butterworths, 1978.

④ 这也是前述部分学者将旧刑法流氓罪中的侮辱妇女的行为解释为现行刑法中的强制侮辱妇女行为的主要原因。

237 条第 1 款的犯罪内容就是旧刑法第 160 条中的侮辱妇女的内容，然而，二者的性质已经发生了变化，即由原来的破坏公共秩序犯罪转变为对人身权利的犯罪，所以，刑法不得不在“侮辱妇女”之前增加“强制猥亵”的规定。如果不考虑刑法的连续性，现行刑法完全可以仅规定内涵明确、外延全面的“强制猥亵”一语，而不必并列使用“侮辱妇女”一词。

（三）第 239 条

刑法第 239 条规定：“以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。”明确“以勒索财物为目的绑架他人”与“绑架他人作为人质”的关系，具有十分重要的意义。笔者在此先提出结论：“以勒索财物为目的绑架他人”属于“绑架他人作为人质”的一种常见情形，即后者包含了前者。

上述第 239 条的规定源于《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》，而该决定所规定的绑架罪只限于“以勒索财物为目的绑架他人”的行为。显然，这一规定并不全面，会造成处罚上的空隙。例如，为了实现其他不法目的而绑架他人的（如为了使监狱提前释放罪犯，而绑架监狱长的亲属），无疑值得科处刑罚，而且其可罚性程度与以勒索财物为目的绑架他人没有差异。所以，现行刑法增加了“绑架他人作为人质”的行为。其实，“以勒索财物为目的绑架他人”也是绑架他人作为人质，只要规定“绑架他人作为人质”，就可以涵盖一切绑架行为，但现行刑法为了保持连续性，为了避免人们的误会，除保留原来的表述外，另增加了“绑架他人作为人质”的规定。

既然是“绑架他人作为人质”，那么，绑架行为的基本含义就是，行为人绑架他人作为人质，旨在使被绑架人的近亲属或者其他相关人员满足其不法要求；如果行为人“绑架”被害人，旨在使被绑架人本人满足其不法要求，就不属于将“他人作为人质”。基于这一解释结论，“以勒索财物为目的绑架他人”，也应限于行为人绑架他人作为人质，旨在使被绑架人的近亲属或者其他相关人员满足其不法的财产要求；如果行为人“绑架”被害人后，向被害人本人索取财物，则不属于绑架罪，而是抢劫罪。

可是，在司法实践中，却存在望文生义，导致将抢劫等行为认定为

绑架罪的现象。例如，被告人殷香勇、李文金、陈华伙同代开友、“三平”、“华仔”（均另案处理）等人，经商量策划后，携带刀具，于2004年4月4日上午9时许，驾驶一辆金杯牌面包车，窜到增城市新塘镇碧桂园凤凰城路段，采取持刀威胁的手段，将湖南籍被害人王某城、蒋某升连同其二人驾驶的昌河牌小型面包车，劫持到广州市奥林匹克体育中心附近的草地处。其间，被告人殷香勇、陈华与“华仔”，采取威胁、搜身的手段，强行抢去两被害人的人民币300多元、搜豹牌K880型、TCL牌蒙欧宝型手机各1台（共计价值2000多元），并向两被害人勒索人民币3000元。在勒索期间，被公安人员当场抓获。广东省增城市人民法院一审判决认为，殷香勇、李文金、陈华无视国家法律，以勒索钱财为目的，共同绑架他人，其行为已构成绑架罪。广东省广州市中级人民法院（2004）穗中法刑一终字第318号判决也指出：“上诉人李文金、陈华、原审被告人殷香勇无视国家法律，以勒索钱财为目的，结伙绑架他人，其行为已构成绑架罪。”^①其实，本案被告人的行为仅成立抢劫罪，而非绑架罪。因为被告人并没有将被害人作为“人质”的行为与故意，也没有利用第三者对被害人安危的忧虑的心理态度，而是直接向被害人强取财物。即使要求抢劫罪必须当场使用暴力与当场取得财物（本书认为，抢劫罪并不以当场取得财物为条件），本案被告人的行为也完全符合所谓“两个当场”的条件。上述判决导致的局面是，凡是以非法占有为目的，使用暴力、胁迫等手段，使被害人转移场所的，均成立绑架罪。然而，一方面，即使转移场所，也可能仅成立抢劫罪；另一方面，即使没有转移场所也可能成立绑架罪。

再如，2003年12月3日9时许，被告人成朝杰、陆启耀为谋取不法利益，纠集被告人罗志彪、吴海波、徐英华、李云华、“武生”、“阿飞”、“朗巷”、“阿辉”等人，带备猎枪、刀具等作案凶器，驾驶摩托车前去被害人潘志文开设的赌场“踩场”。在三水区西南镇南岸综合市场前，他们遇到潘志文。被告人陆启耀、罗志彪和徐英华冲向潘志文，并将其追至南岸市场内，被告人成朝杰、吴海波和“阿辉”亦上前接应。被告人陆启耀持猎枪，被告人罗志彪和徐英华持柴刀，挟持潘志文坐上被告人吴海波驾驶的摩托车，并由“阿辉”持刀在后挟持，离开现场。当行至三水区西南镇金本洲边路段时，潘志文反抗逃脱。期间，“阿辉”

^① 载<http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=117547427>（访问日期：2010-01-05）。

持刀割伤潘志文的左手无名指。经法医鉴定，被害人潘志文的损伤程度为轻微伤。作案中使用的猎枪经鉴定，属以火药为动力发射枪弹的非军用枪支。证明被告人具有谋取非法利益的目的证据是：（1）被害人潘志文的陈述，证实其于2003年12月3日9时许，在西南镇南岸综合市场被几名男子持枪支、刀具劫持上摩托车，后行至金本洲边路段时反抗逃脱，他认为事情起因是其拒绝了被告人要其给付金钱的要求；（2）被告人陆启耀、成朝杰、罗志彪、吴海波的供述及辩解，证实事发当日去找被害人潘志文的目的是索要非法利益。原判认为，被告人成朝杰、陆启耀、罗志彪、吴海波无视国家法律，绑架他人作为人质，其行为已经触犯刑法第239条第1款，构成绑架罪。广东省佛山市中级人民法院（2005）佛刑一终字第63号维持原判。^①可是，在本案中，没有任何证据证明被告人具有将被害人当做“人质”的行为与故意，也没有任何证据证明被告人具有利用第三者对被害人安危的忧虑的心理态度。在本案中，只能认定被告人打算将被害人带到另一地点直接向被害人索要财物，因而只能认定为抢劫罪。

司法实践中，还存在将没有把被害人作为人质，而是将被害人直接杀害后再向亲属勒索财物的行为认定为绑架罪的现象。例如，2009年6月中旬，被告人李振杰窜到被害人陈锦涛就读的米龙小学附近，观察被害人陈锦涛的行踪。6月17日17时许，被告人李振杰以抓鸟、偷摘荔枝为名将被害人陈锦涛骗至广州市白云区太和镇禾龙水库北面的山上，乘被害人陈锦涛不备，采用捂口、勒颈等方法致被害人陈锦涛不能抵抗，当发现被害人陈锦涛还能动时，被告人李振杰又持刀朝被害人陈锦涛的颈、腹部捅刺，致被害人陈锦涛死亡（经法医鉴定：被害人陈锦涛系因颈部被扁平锐器刺伤，造成左颈动静脉破裂及右颈动静脉离断，导致失血性休克死亡）。次日上午11时许，被告人李振杰利用IC卡打电话到被害人陈锦涛的家中，向被害人陈锦涛的家人索要赎金人民币50万元。6月19日14时20分，当被告人李振杰到广州市天河区林和路景星酒店一公用电话亭，再次打电话向被害人陈锦涛的家人索要赎金时，被公安人员当场抓获。广东省广州市中级人民法院（2009）穗中法刑一初字第369号作出如下判决：被告人李振杰犯绑架罪，判处死刑，剥夺

^① 载<http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=117476465>（访问日期：2010-01-05）。

政治权利终身，并处没收个人全部财产。^① 在本书看来，被告人的行为成立两个犯罪：一是故意杀人罪，二是敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合犯。首先，被告人虽然向陈锦涛的家属谎称自己将陈锦涛作为人质，但其在客观上并没有将陈锦涛作为人质（死亡的人不可能成为人质）。换言之，被告人只是将陈锦涛骗到山上，此后也没有采用暴力等手段将陈锦涛置于被告人的实力控制之下，而是直接杀害陈锦涛。概言之，针对陈锦涛而言，被告人只有杀人行为，而没有绑架行为。其次，在杀害陈锦涛之后，被告人向其家属索要财物，既符合敲诈勒索罪的构成要件（使家属产生恐惧心理，进而处分财物），也符合诈骗罪的构成要件（如果家属知道真相，就不会交付财物）。最后，即使被告人内心里想的是“绑架”，向司法机关交待时也使用了“绑架”的概念，但外行人所使用的绑架概念，并不等于刑法上的绑架概念。司法工作人员应当善于在普通用语与规范概念之间穿梭（参见本书第十七章）。

（四）其他条文

刑法第 238 条第 1 款规定：“非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。”虽然司法解释与刑法理论将本条所规定的犯罪概括为非法拘禁罪，但从本条的表述就可以清楚地看出，“非法拘禁”只是一种例示，或者说，“非法拘禁”是“非法剥夺他人人身自由”的一种表现形式，故“非法剥夺他人人身自由”可以包含“非法拘禁”。正因为如此，司法人员应当以“非法剥夺他人人身自由”为核心理解非法拘禁罪的构成要件。同条第 3 款规定：“为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款的规定处罚。”其中的“扣押”也只是“拘禁”的一种表现形式，没有必要也不应当将“扣押”解释为“拘禁”之外的一种行为。

刑法第 253 条之一第 1 款规定：“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员，违反国家规定，将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者非法提供给他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”“出售”是“非法提供”的一种表现形式，因此，不管行为人是否获得对

^① 载 <http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=117734569>（访问日期：2010-01-05）。

价，以及不管能否查明行为人是否获得对价，均可以认定为本罪。与刑法第 177 条之一的规定相比，也能得出这一结论。刑法第 177 条之一第 1 款规定了妨害信用卡管理罪，同条第 2 款规定：“窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料的，依照前款规定处罚。”其中的“非法提供”无疑包容了有偿提供（出售）与无偿提供。所以，“非法提供”完全能够包含“出售”。

刑法第 314 条规定：“隐藏、转移、变卖、故意毁损已被司法机关查封、扣押、冻结的财产，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。”其中的“转移”是“隐藏”的一种表现形式，所以，只要行为使司法机关查封、扣押、冻结的财产不能或者难以被发现，即使不能查明行为人是否转移了财物，都可以认定为“隐藏”。类似条文是刑法第 349 条第 1 款：“……为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”可以认为，“窝藏”一词能够包含“转移”与“隐瞒”，因此，在司法实践中，完全没有必要硬性对本罪中的三个概念进行区分。

刑法第 315 条规定：“依法被关押的罪犯，有下列破坏监管秩序行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑：……（四）殴打、体罚或者指使他人殴打、体罚其他被监管人的。”其中的“殴打”是“体罚”的一种表现形式，即使法条仅使用“体罚”一词，殴打行为也能被包含在内。

由此看来，难以期待刑法条文中的每个概念都有特定的含义。

四、疑难问题分析

有的要素，究竟是一种可供选择的要素，还是必须同时具备的要素（或递进的要素），抑或只是对另一个要素的相同表述（同位语），还存在争议。下面选择几例讨论。

刑法第 162 条规定：“公司、企业进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人或者其他利益的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。”问题是，本条规定了两种行为方式还是三种行为方式？换言之，其中的“隐匿财产”与“对资产负债表或者财产清单作虚伪记载”是什么关系？一种观点认为，后者是前者的表现形式，

即只有行为人采取对资产负债表或者财产清单作虚伪记载进而形成了隐匿财产的状态时，才能成立本罪；如果采取其他的方法隐藏财产（如采取直接转移手段隐匿财产）的，则不成立本罪。^①但本书不同意这一解释结论。首先，本罪是在公司、企业进行清算时，通过使公司、企业财产减少乃至完全丧失的行为，损害债权人或者其他入利益的行为；隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载，以及在未清偿债务前分配公司、企业财产，都是使公司、企业财产减少乃至完全丧失的行为。但是，行为人完全可能通过对资产负债表或者财产清单作虚伪记载以外的方式隐匿财产，如将公司小金库的大量现金隐藏于难以被清算人员发现的地点（机构），将指定银行账户上的资金转移于其他金融机构等等，这些行为也会严重损害债权人或者其他入的利益，具有值得科处刑罚的法益侵害性。如果将“对资产负债表或者财产清单作虚伪记载”解释为“隐匿财产”的一种表现形式，则不当地缩小了处罚范围。其次，从刑法的表述来看，“作虚假记载”也不是“隐匿财产”的手段，因为分则条文一般都是将手段行为表述在前，将目的行为表述在后。

刑法第254条规定：“国家机关工作人员滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的，处二年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处二年以上七年以下有期徒刑。”其中的“滥用职权”与“假公济私”是必须同时具备的要素，还是仅具备其中之一即可？这需要对两个概念进行合理分析得出结论。在本书看来，本罪中的“滥用职权”与刑法第397条所规定的“滥用职权”，并不是等同含义。本罪中的“滥用职权”显然是针对他人实施的行为，其实质是妨害控告人、申诉人、批评人、举报人行使权利，或者使控告人、申诉人、批评人、举报人实施没有义务实施的行为。换言之，本罪中的“滥用职权”类似于日本刑法规定的滥用职权罪。山口厚教授指出：“滥用职权，是指公务员就属于其一般的职务权限的事项，假借行使职权，而实施实质的、具体的违法、不当的行为。其中存在两种类型：（1）尽管是私人的行为，却假装职务行为而实施（假装职务型）；（2）尽管不符合职务行为的要件，却仍然实施（遂行职务型）。”^②由此看来，“假公济私”也只是“滥用职权”的一种表现形式，而不是独立于“滥用职

^① 参见郎胜主编：《〈中华人民共和国刑法〉解释》，191～192页，北京，群众出版社，1997。

^② [日]山口厚：《刑法各论》，2版，607页，东京，有斐阁，2010。

权”之外的一种行为类型。

刑法第 270 条第 1 款与第 2 款分别规定：“将代为保管的他人财物非法占为己有，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己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。”侵占罪中“非法占为己有”与“拒不退还”、“拒不交出”是什么关系，是需要进一步研究的问题。通说认为，非法占为己有之后，经他人要求而退还、交出的，就不成立犯罪；易言之，只有在非法占为己有之后，又经要求退还而拒不退还、拒不交出的，才成立侵占罪（为了论述的方便，下面仅以拒不退还为例）。但这样的解释会导致诸多问题：如果必须“经要求退还而拒不退还”，则侵占罪的条文几乎形同虚设^①；与其他财产犯罪不同，是否退赃成为侵占罪的罪与非罪的界限。

本书认为，“非法占为己有”与“拒不退还”表达的是一个含义：将自己占有的他人财物变为自己所有的财物。（1）就现金以外的财物而言。倘若行为人已经非法占为己有，如将自己代为保管的财物出卖、赠与、消费、抵偿债务等时，就充分表明他拒不退还。反之，行为人拒不退还时，也表明他“非法占为己有”。而且，当行为人将自己占有的他人财物变为自己所有的财物时，就已经表明他“拒不退还”。当然，行为人没有以所有人自居处分财产，仍然保管着财物时，只要所有人或其他权利人未要求归还，即使超过了归还期限，也难以认定为“非法占为己有”，因而不宜认定为侵占罪。但如果所有人或其他权利人要求行为人归还而行为人拒不归还的，即使没有进行财产处分，也表明其“非法占为己有”。所以，“拒不退还”只是对“非法占为己有”的强调，或者说只是对认定行为人是否“非法占为己有”的一种补充说明。持相反观点的论著指出：“只有非法占为己有并拒不退还，达到数额较大的，才能以侵占罪论处……侵占行为的特点，是以行为人合法持有他人财物为

① 正因为如此，国外刑法对侵占罪的规定，也都没有“拒不退还”之类的特殊要求。如德国刑法第 246 条规定：“行为人使自己或者第三者违法侵占他人动产的，如其行为没有在其他规定中以更重的刑罚加以威慑，处三年以下自由刑或者罚金。”再如，日本刑法第 252 条规定：“侵占自己占有的他人的财物的，处五年以下惩役。”而且通说认为，不法所有意思的发现行为就是侵占行为，即只要某种行为表明行为人意欲不法所有自己占有的他人财物，便构成侵占罪的既遂（参见 [日] 团藤重光：《刑法纲要各论》，3 版，631 页，东京，创文社，1990）。

前提，即其实施侵占行为之时，他人财物已处在其控制之中，因此，有时行为人是否实施了侵占行为，不通过行为人的拒不退还行为，是难以确定的，这时拒不退还行为与非法占有行为紧密结合，实难分开。例如，甲代乙保管一件珍贵文物，数月之后，甲思想发生变化，决意不再退还，打算乙若来索取，就谎称被盗窃。在乙来索取之前，是否可以认为甲已经将该件文物非法占为己有？显然难以认定，只有当乙索取时，甲谎称被盗，拒不退还，才能认定甲实施了非法占有的行为。但是，如果甲已经将文物卖掉，非法所得据为己有，即其对他人的财物实施了处分行为，应认定其实施了非法占为己有的行为。但是，如果在乙索取时，其并不拒绝退还，而是设法将原物找回，退还乙，对甲不能以侵占罪论处。在这个意义上说，拒不退还是构成侵占罪的要件之一。”^①然而，这种观点存在疑问。首先，在甲只是“决意不再退还”时，根本没有非法占为己有的行为，当然不能认定为侵占罪。但这是因为不存在非法占为己有行为而不成立侵占罪，而不是因为没有拒不退还才不成立侵占罪。其次，当甲已经变卖了乙的文物时，就应当以侵占罪论处。因为甲已经将乙的文物非法占为己有，既侵害了乙的财产（具有违法性），也具备有责性。不应当再提出过高的要求，否则不利于保护法益。最后，上述观点导致甲是否成立犯罪取决于偶然事实，而且导致处罚的不协调。例如，倘若甲轻易将原物找回，就不成立侵占罪；倘若甲想方设法也未能将原物找回，就不可能退还原物，因而成立侵占罪。这明显不合适。（2）就现金而言。由于现金只要转移占有便转移所有（封缄物中的现金除外），所以，乙将现金存放于甲处时，即使甲使用了该现金，也因为不属于“他人财物”而不直接成立普通侵占；只有当乙要求甲退还而甲不退还时，才能认定为普通侵占。在这种情况下，“拒不退还”似乎与“非法占为己有”相并列，其实也不尽然。因为当乙向甲索要现金，甲如数归还时，根本无法认定甲已经“非法占为己有”；只有当甲拒不退还时，才能认定“非法占为己有”。所以，“拒不退还”依然只是对“非法占为己有”的强调，而不是与“非法占为己有”相并列的独立要素。

对“拒不退还”得出上述解释结论的实质根据是，行为人将自己占有的他人财物变为不法所有（如已经出卖、赠与他人等）后，即使后来

^① 王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），4版，1115页，北京，中国方正出版社，2010。

赔偿了被害人损失（退还）的，也具有值得科处相应刑罚的法益侵害性。一方面，刑法将“数额较大”规定为构成要件要素，从司法实践来看，该“数额较大”的起点远远超过了盗窃罪“数额较大”的起点^①；将自己占有的数额较大财产变为不法所有的行为，已经严重侵犯了他人的财产。另一方面，刑法对侵占罪规定了较轻的法定刑，如果在法定刑较低的情况下，对法益侵害性作过高的要求，会造成刑法的不协调。此外，刑法将本罪规定为告诉才处理的犯罪，对“拒不退还”得出上述解释结论，不至于不当扩大处罚范围。一种观点认为：“如果行为人在合法所有者明确提出交还主张之前，已经处理了该财物，事后也承认并答应赔偿的，则不能以犯罪论处。”^②然而，在行为人已经将自己占有的他人财物变为不法所有后，只要承认或者答应赔偿（不要求行为人客观上退还财物）就不成立侵占罪，这明显不利于保护被害人的财产。

刑法第306条第1款规定：“在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”从文字表述上看，其中的“威胁、引诱证人违背事实改变证言”与“威胁、引诱证人作伪证”是并列关系，但能否得出这一结论，还需要分析。一般来说，所谓“威胁、引诱证人违背事实改变证言”，是指证人以前的证言符合事实，后来，行为人让证人推翻以前的证言，重新作出与以前不同的证言。既然如此，就意味着新的证言是“伪证”，因此，依然属于威胁、引诱证人作伪证。在此意义上说，“威胁、引诱证人作伪证”完全可以包含“威胁、引诱证人违背事实改变证言”。但问题是，当证人先前已经作出符合事实的证言，后者只是单纯推翻以前的证言，而并没有形成或者难以评价为“伪证”时，应当如何处理？例如，经由行为人的威胁、引诱，证人后来只是说“我以前说的不算数”，当司法工作人员讯问事实真相时，证人只是说“我不知道”。在这种情况下，行为人的威胁、引诱行为是否成立本罪？答案可能是肯定的，因为即使证人只是说“我以前说的不算数”、“我不知道”，也符合“违背事实改变证言”的特征。在此意义上说，“威胁、引诱证人作伪证”并不能完全包含“威胁、引诱证人违背事实改变证言”。

① 如北京市司法机关掌握的定罪数额标准是，盗窃罪为1000元，侵占罪为1万元。

② 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，523页，北京，人民法院出版社，2007。

刑法第 310 条第 1 款规定：“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”其中的“为犯罪的人提供隐藏处所、财物”与“帮助其逃匿”不是手段行为与目的行为的关系，而属于并列关系。换言之，帮助犯罪的人逃匿的方法行为，不限于为犯罪的人提供隐藏处所或者财物。窝藏行为的特点是妨害公安、司法机关发现犯罪的人，或者说使公安、司法机关不能或者难以发现犯罪的人，因此，除提供隐藏处所、财物外，向犯罪的人通报侦查或追捕的动静、向犯罪的人提供化装的用具、向犯罪的人指示逃跑的路线等等，也属于帮助其逃匿的行为。^①

① 根据最高人民法院 1989 年 7 月 3 日《关于取保候审的被告人逃匿如何追究保证人责任问题的批复》，根据案件事实，取保候审的被告人确系犯罪分子，如保证人与被告人串通，协助被告人逃匿，视其情节，已构成犯罪的，可根据刑法规定的窝藏罪，追究保证人的刑事责任。

用语的统一性与用语的相对性

一、用语的统一性

用语的统一性，一般是指同一个用语，在同一部刑法典中具有完全相同的含义，因此应当做出同一解释。例如，在刑法典的任何条文中，“幼女”都应被解释为不满 14 周岁的女性；在任何条文中，“盗窃”都是指违反占有人的意志，将他人占有的对象（如财物、枪支等）转移为自己或第三者（包括单位）占有。

不过，用语的统一性，充其量只是就特定的用语而言。国外有学者指出：“法定解释的一个重要原则是，特定的措辞在特定的整部的法律中有着相同的意思，相应的就是如果措辞上出现差异，其意思也会有所不同。”^①问题是，何谓“特定的措辞”？前述“盗窃”、“幼女”可谓特定的措辞，对此可能没有争议。此外，凡是刑法条文做出了解释性规定的用语或者刑法条文明文解释过的用语，均应属于“特定的措辞”，如“故意”、“过失”、“犯罪未遂”、“犯罪中止”、“公共财产”、“司法工作人员”、“淫秽物品”、“毒品”等。从我国的刑法规定来说，经由刑法条文解释过的特定措辞，其含义在整部刑法中应当是相同的。例如，刑法第 91 条第 1 款在解释“公共财产”时，所作的表述是“本法所称公共财产，是指……”，而且没有“本法另有规定的除外”之类的表述，这意味着对刑法任何条文中的“公共财产”都应当按照刑法第 91 条的规定理解和适用。基于同样的理由，刑法第 91 条第 2 款的规定（“在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。”）也应当适用于整部刑法。据此，如果甲窃

^① [加拿大] 罗杰·赛勒：《法律制度与法律渊源》，项焱译，15 页，武汉，武汉大学出版社，2010。

取由国家机关等管理、使用、运输中的 X 私人所有（民法意义上）的财产，就应认定为盗窃公共财产，而不能认定为盗窃私人财产。如果甲盗窃由国家机关等管理、使用、运输中的甲私人所有的财产，也应认定为盗窃公共财产，而不能认为甲没有盗窃财产。即使主张甲的行为不成立盗窃罪（本书反对这种观点，主张甲的行为成立盗窃罪），也只能在其他方面寻找理由，而不能以甲取回的是自己的财产为由而认定甲的行为不成立盗窃罪。同样，如果某种过失犯罪的成立以造成公共财产损失 30 万元为前提，甲的过失行为导致公共财产损失了 30 万元，而其中有 10 万元的财产是国家机关等管理、使用却是甲私人所有（民法意义上）的财产。对此，也应认定甲的行为造成了公共财产损失 30 万元。即使主张甲的行为不成立过失犯罪，也只能在其他方面寻找理由，而不能以甲仅造成了 20 万元的公共财产损失为由宣告甲的行为不成立犯罪。

刑法除了以“本法所称”的形式解释特定的措辞之外，还有一个条文以“本章所称”的形式解释了特定的措辞。刑法第 451 条规定：“本章所称战时，是指国家宣布进入战争状态、部队受领作战任务或者遭敌突然袭击时。”“部队执行戒严任务或者处置突发性暴力事件时，以战时论。”表面上看，关于“战时”的上述定义，仅适用于刑法分则第十章。但本书不以为然，相反，上述“战时”的定义应当适用于整部刑法（在某些意义上说，也可谓对“本章所称”的补正解释，亦即，将“本章所称”补正解释为“本法所称”）。刑法分则第七章也有不少条文使用了“战时”的概念，其含义也应当按照第 451 条的规定确定。^①

一般性的用语，基本上不可能在刑法中具有统一性。刑法不可能全部使用“特定的措辞”，相反会大量使用一般性的用语（普通用语），如销售、出卖、出售、贩卖等等。在这样的场合，不能认为用语不同含义就不同。换言之，就一般性用语而言，措辞不同也可能含义相同；反之，措辞相同也可能含义不同。所以，任何解释者都不应当期待一般性用语的统一性。

① 如所周知，1997 年修订刑法时，起初并没有“危害国防利益罪”，只有“军人违反职责罪”一章中有“战时”的概念，故第 451 条使用“本章所称”的表述。后来增加了“危害国防利益罪”一章，其中多处使用了“战时”概念，但起草者疏忽了第 451 条的表述。对此，一方面，解释者不宜认为，既然刑法第 451 条只是对第十章中的“战时”的解释，故第七章中的“战时”另有其他含义；另一方面，解释者也没有必要批判刑事立法，只要做出“第 451 条关于战时的解释也适用于刑法分则第七章”的解释即可（或者做出补正解释即可）。

用语的统一性，也是相对的。亦即，除了前述刑法明文以“本法所称”的形式做出解释的特定措辞以外，对同一用语可能只在几个相关条文中做出相同解释，而不一定在刑法分则的所有条文中都采用同一含义。例如，刑法第 236 条与第 237 条分别规定了强奸罪与强制猥亵、侮辱妇女罪，两个条文对手段行为的表述相同，前者为“以暴力、胁迫或者其他手段”，后者为“以暴力、胁迫或者其他方法”。实际上，两个条文中的“手段”与“方法”的含义完全相同。对于强制猥亵、侮辱妇女罪中的“暴力、胁迫或者其他方法”，应当与强奸罪中的“暴力、胁迫或者其他手段”做出相同的解释。首先，两罪的性质相同。即不管是强制猥亵、侮辱妇女罪还是强奸罪，其侵犯的法益都是妇女性的自己决定权（或性的不可侵犯的权利）。其次，两罪手段行为的性质相同。即都是由于行为违背妇女意志，而采取强制手段征服妇女意志，迫使被害妇女忍辱屈从。再次，目的行为的形式差异也非本质性的。即由于犯罪的性质相同、手段行为的性质相同，也导致其目的行为的性质相同，只是外表形式不同。从国外立法例也可以看出这一点。如德国刑法将强制猥亵与强奸罪规定在一个条文（第 177 条）中，法定刑也完全相同，即以暴力、通过对身体或者生命具有现实危险的威胁，或者利用被害人无保护地任其摆布的状态，使被害人忍受行为人或者第三者对其实施性行为，或者对行为人或者第三者实施性行为的，构成犯罪；其中的性行为不仅包括性交行为，而且包括猥亵行为。规定抢劫罪的第 263 条也使用了“以暴力、胁迫或者其他方法”的表述，但是，对抢劫罪中的“以暴力、胁迫或者其他方法”所作的解释结论，就不可能等同于强制猥亵、侮辱妇女罪中的“以暴力、胁迫或者其他方法”的基本含义。

此外，刑法分则还存在这样的现象，即本来可以使用一个统一的概念，但不同的条文却使用了不同的用语。例如，就有偿转让的行为而言，有的条文使用“出卖”一词（如第 329 条、第 439 条），有的条文使用“出售”一词（如第 169 条、第 171 条），有的条文使用“销售”一词（如第 140 条至第 148 条、第 166 条），有的条文使用“贩卖”一词（如第 155 条、第 347 条）；再如，就使人产生恐惧心理的行为而言，有的条文使用“胁迫”一词（如第 121 条、第 263 条），有的条文使用“威胁”一语（第 226 条、第 277 条）。或许有人会认为，既然含义相同，刑法分则就必须使用统一的用语。但是，刑法也必须遵从语词的通常使用习惯，因此，刑法分则条文也应根据动宾搭配的习惯使用不同的语词。例如，刑法对产品、商品的有偿转让行

为，常常使用“销售”概念，而对通常不允许买卖的物品，则常常使用“倒卖”、“贩卖”概念。所以，要求刑法对含义相同的现象使用完全相同的用语，并不合适。

问题是，在什么情况下，解释者应当对同一用语做出同一解释？这是一个难以回答的问题。总的来说，如果将同一用语做同一解释，能够实现刑法的正义理念，保证刑法的安定性，并且符合社会的需要，就应当做出同一解释；反之，则必须承认刑法用语的相对性。一般来说，刑法分则条文中的名词，常常容易实现其统一性（但并不绝对），但动词则难以实现其统一性。

二、用语的相对性

“如果法律在不同的地方采用相同的概念与规定，则应认为这些概念与规定实际上是一致的。”^①这是许多解释者的期待，但事实上不可能如此。如前所述（参见本书第一章），为了使刑法的正义理念得以实现，为了使刑法协调，解释者经常使用体系解释的方法。但是，体系解释并不等于对同一用语做出完全统一的解释。^②我们不难发现，有时解释者必须维护用语的统一性，有时又必须承认用语的相对性。二者并不矛盾，相反，都是进行体系解释、实现刑法正义的重要解释方法。

刑法用语的相对性，是指一个相同的刑法用语，在不同条文或者在同一条文的不同款项中，具有不同的含义（或者必须解释为不同含义）。之所以对同一用语在不同场合做出不同解释，是为了实现刑法的正义理念，使值得科处刑罚的行为置于刑法规制之内，使不值得科处刑罚的行为置于刑法规制之外；使“相同”的行为得到相同处理，不同的行为受到不同处理。例如，对刑法第236条规定的强奸罪中的“胁迫”与第263条规定的抢劫罪中的“胁迫”，必须做出不同解释，如果像抢劫罪中的胁迫那样解释强奸罪中的胁迫，那么，许多以胁迫手段（如以揭发隐私相要挟）违背妇女意志而实施的强奸行为，就不可能成立强奸罪，使值得科处刑罚的行为置于刑法规制之外，因而不利于保护妇女的性的自己决定权。反之，如果像强奸罪中的胁迫那样解释抢劫罪中的胁迫，

① [德] 伯阳：《德国公法导论》，24～25页，北京，北京大学出版社，2008。

② 以为体系解释就是要求同一用语在刑法中只具有一个固定含义，反而不是真正的体系解释。

则必然导致敲诈勒索与抢劫行为受到相同的处罚，造成轻重不同的行为得到相同的处理，违反公平正义理念。再如，刑法第 240 条规定了拐卖妇女、儿童罪的罪状与法定刑。当条文将妇女与儿童并列规定时，一般认为妇女是指已满 14 周岁的女性（对刑法第 236 条与第 237 条中的“妇女”也应当如此解释），而儿童是指不满 14 周岁的男女。可是，该条第 1 款第 3 项只是规定对“奸淫被拐卖的妇女的”适用提高的法定刑。如果坚持用语的统一性，认为该项的“妇女”不包括幼女，则必然造成不公平现象：奸淫被拐卖的已满 14 周岁的妇女与奸淫被拐卖的不满 14 周岁的幼女处罚不同，前者的处罚重于后者（即使对后者实行并罚也会轻于前者）。这显然不合适。为了避免这种不公平现象，必须将该款第 3 项中的“妇女”与本条中的其他地方使用的“妇女”一词做出不同解释：即该项中的“妇女”包括幼女。^①

更有甚者，即使某个用语仅在一个条文中被使用了一次，但该用语也可能针对不同的行为或者对象具有不同的意义（虽然不是严格意义上的用语相对性）。例如，刑法第 252 条规定：“隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件，侵犯公民通信自由权利，情节严重的，处一年以下有期徒刑或者拘役。”本罪的对象为“信件”。信件是特定人向特定人转达意思、表达感情、记载事实的文书（包括电子邮件）。^② 相对于隐匿、毁弃行为而言，“信件”包括明信片，但相对于非法开拆行为而言，“信件”不可能包括明信片。换言之，不可能针对明信片实施非法开拆行为。再如，刑法第 280 条第 1 款前段规定：“伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”在本条中，“国家机关的公文、证件、印章”只出现了一次，但它们相对于伪造、变造、买卖与盗窃、抢夺、毁灭时，具有不同的意义。例如，相对于盗窃、抢夺、毁灭而言，必须是真实的国家机关的公文、证件、印章；如果行为人毁灭了伪造的国家机关公文、证件、印章，即使其误以为是真实的国家机关公文、证件、印

① 或许存在另一解释结论，即拐卖妇女的行为人奸淫被拐卖的妇女的，根据刑法第 240 条的规定，仅认定为拐卖妇女罪，并适用加重的法定刑；但拐卖幼女的行为人奸淫被拐卖的幼女的，认定为拐卖儿童罪与强奸罪（奸淫幼女），实行数罪并罚。但这样处理的结局，必然导致二者处罚的不均衡，有悖刑法的正义性。

② 根据全国人大常委会 2000 年 12 月 28 日《关于维护互联网安全的决定》，非法截获、篡改、删除他人电子邮件或者其他数据资料，侵犯公民通信自由和通信秘密构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。

章，也不应认定为毁灭国家机关印章罪。^① 相对于变造而言，“国家机关的公文、证件、印章”也应当是真实的国家机关公文、证件、印章；对伪造的国家机关公文、证件、印章再进行变造的，不可能成立变造国家机关公文、证件、印章罪（触犯其他罪名的，是另一回事）。但相对于伪造而言，“国家机关的公文、证件、印章”是指应当由国家机关制作的公文、证件、印章。例如，行为人伪造“中华人民共和国工业部”、“中华人民共和国商业部”等并不存在的印章并使用的，仍然成立伪造国家机关印章罪。因为刑法规定本罪是为了保护国家机关印章的公共信用，而“中华人民共和国工业部”、“中华人民共和国商业部”的印章所显示的是国家机关，故上述行为客观上侵犯了国家机关印章的公共信用，宜认定为伪造国家机关印章罪。相对于买卖而言，则不仅包括真实的国家机关的公文、证件、印章，而且包括伪造、变造的国家机关的公文、证件、印章。例如，行为人明知是伪造的车辆年检证而购买并出售给他人，由于行为人与伪造者并不成立共犯，其行为又严重侵害了公文、证件、印章的公共信用，故宜认定为买卖国家机关证件罪。全国人大常委会 1998 年 12 月 29 日《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 2 条也规定，买卖伪造、变造的海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据或者国家机关的其他公文、证件、印章的，依照刑法第 280 条的规定定罪处罚。如果将刑法第 280 条第 1 款中的“国家机关的公文、证件、印章”做出同一的解释，而否认其相对性，就不可能使处罚范围合理化，从而有损刑法的正义性。

由此看来，为了实现刑法的正义理念，为了维护刑法的协调，对同一用语在不同场合或者针对不同行为、对象做出不同解释是完全必要的。亚图·考夫曼教授指出：“某个字在法律秩序中，并非都是同一意义。例如‘建筑物’这个字，在加重窃盗罪（刑法第 243 条）及加重放火罪（刑法第 306 条）中的意义并不完全相同：在加重窃盗罪，因其系侵入一个特别安宁的领域，故无门窗的建筑物并不符合构成要件，相反的，这种建筑就符合刑法第 306 条，因其规定之目的在保护人命……正如 Wittgenstein 所指出的一般：法律概念的意义，取决于法律关系所

^① 根据通说，对这种行为仍应认定为毁灭国家机关印章罪（对象不能犯未遂），但笔者不赞成这种观点（参见张明楷：《刑法的基本立场》，236 页以下，北京，中国法制出版社，2002）。

需的内涵。但若因此而认为，这是‘相对的法律概念’，则是误会。正确的用字是‘关系的’，因为法律概念的意义，如上述，以其所碰到的关系来决定。”^① 本书所称的刑法用语的相对性，也只是意味着同一用语在不同法条中或者在不同关系中具有不同的含义，而不是指某个刑法用语的含义是不确定的，也不是指某个刑法用语的含义是相对的，更不是指在具体的法条中对某个刑法用语可以随意做出几种不同解释。换言之，“胁迫”这个用语的含义在抢劫罪中应当是确定的，在强奸罪中也应当是确定的，但是，在抢劫罪与强奸罪中的含义并不是相同的（仅仅在此意义上的“用语的相对性”）。亦即，如果不将“胁迫”置于具体的法条或者具体的关系之中，其含义就是不确定的，一旦联系抢劫罪解释“胁迫”，就必须根据抢劫罪的保护法益以及抢劫罪与其他财产罪的关系得出解释结论；同样，一旦联系强奸罪解释“胁迫”，也必须根据强奸罪的保护法益以及强奸罪的立法现状等得出解释结论。于是，针对特定的犯罪或者特定的关系而言，刑法用语不存在所谓相对性，可是，从抽象的角度来看，人们的确可以发现同一用语在不同法条中的含义不同。但这种不同含义，不是由用语本身决定的，而是由用语所处的法条的保护法益、上下法条的关系等相关事项决定的。所谓用语是由“碰到的关系来决定”，也可谓由语境决定。“语言在语境中具有生命”^②，语境不同，用语的含义就不会相同。在某楼失火时大声喊“着火了”，与在电影院无中生有地大声喊“着火了”，所起的作用完全不同：前者可能挽救许多人的生命；后者不仅严重扰乱公共场所秩序，而且可能引起踩踏事故导致许多人丧失生命。在面对刑法第 241 条所规定的“收买被拐卖的妇女、儿童”罪状时，不会有人认为其中的收买是指“用金钱或者其他好处笼络被拐卖的妇女、儿童”，一定会理解为将被拐卖的妇女、儿童当做商品予以购买。再如，在面对刑法第 440 条规定的“违抗命令，遗弃武器装备”的罪状时，不会有人认为其中的遗弃是指有扶养能力而拒绝扶养，必然会理解为抛弃。由此可见，相同的用语在不同的语境中就会具有不同的含义。显然，解释者必须合理解释每个用语在其所处的法条中的含义，而不能试图将一个用语的定义适用于所有法条，更不能

① [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，97～98 页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

② 大卫·格雷·卡尔森语，转引自 [英] 蒂莫西·A·O·恩迪科特：《法律中的模糊性》，程朝阳译，22 页，北京，北京大学出版社，2010。

因为刑法用语的相对性而批判刑法本身或者批判立法者。

导致刑法用语相对性的原因 (或者说导致在不同场合对同一用语做出不同解释的原因) 主要有以下几点:

(一) 用语的多义性、有限性导致刑法用语的相对性

所有的用语都与它周围的用语产生联系, 绝大多数用语本身都可能具有多种含义, 有的用语本身具有广义与狭义之分, 因此, 大多数用语不是仅具有一种含义。“语言的不单一性是没有办法排除的, 虽然人们一直尝试去发展一种单意的人工语言, 但是矛盾的是, 这些语言往往因为它的单一性, 而无法去沟通及描述生命。因为这种人工语言, 是要表现出不同的人之间以及不同的经验的。(日常) 语言的非单一性, 也因此不能仅当做一种缺点来看, 当然, 由于缺乏精确性, 也因此隐藏了一种危险, 也不是说它会将事物模糊化, 或者伪造。但是单一性的及精确性的代价是, 使语言僵化, 并因此将它简化为一个小小数目的符号。(日常) 语言的不单一性, 保证了一种流动性, 它的动态性, 以及它能够涵盖的多面性。简单地说也就是说它的活泼性, 以及具有历史性。”“虽然法律语言的企图是抽象概念化的, 精确、单义的, 是一个面向的, 他也就在理性的范畴层面上移动。但是一个在严格意义下, 单义的法律语言, 仅在最高的抽象化时可以达到, 而此时将以排除任何的真实性关系为要件。一个这样的法律不需要解释, 因为它而言没有什么要说明的。它因此将可任意的被操纵, 也因此就没有法律安定性的保障。任何人如果认真看待法律安定性, 则必须去面对语言跟计算间的相对应游戏。而这种相对的游戏规则就是: 虽然语言包含了它的计算, 但逻辑的计算, 在此却将语言排除。一个与真实相关联的语言, 一法律语言也是一是不应该以单一性为主。在它的两个面向中, 应该开启他的永远历史性, 隐喻性及概念性的辩证, 表示出人类历史性的影响: 自我实现及自我异化的辩证。”^① 刑法要通过文字表述正义, 这些文字不可能完全脱离它的一般含义, 即使是规范用语, 也不能与普通用语相距过远。所以, 刑法用语不可避免地具有多义性。当刑法用语具有多义性时, 解释者必须根据正义理念、上下条文的关系, 来选择用语的确定含义。另一方面, 任何一种语言, 其用语总是有限的, 人们也不能随意创造用语。

^① [德] 亚图·考夫曼:《法律哲学》, 刘幸义等译, 117、123页, 台北, 五南图书出版有限公司, 2000。

刑法大多在有限的一般用语中选择用语。于是，在没有其他用语能够表述其本来含义时，就只好使用同一用语的不同含义。而且，刑法用语必须简练，不可能为了避免用语的多义性而使用冗长的表述。例如，刑法第263条与第277条都使用了“暴力”一词，但两处的含义并不完全相同。不可能期待立法者在第277条中使用其他用语而不使用暴力一词，也不可能要求立法者分别对第277条中的暴力与第263条中的暴力做出更为具体的描述。因此，阐明相同用语的不同含义，或者说具体地解释每个用语在其所处法条中的含义，就成为解释者的任务。所以，“单义性法律语言的理想是不能去达到的，它也是不值得去追求，因为法律语言，也必须是一种活生生的、两个面相化的语言。否则，它将无法有一个向日常语言、市民的语言的延伸线”^①。下面就几个常用概念略作说明。

“暴力”是刑法分则条文使用最多的概念之一。国外学者常常将暴力分为四类：最广义的暴力，是指不法行使有形力量的一切情况，包括对人暴力与对物暴力；广义的暴力，是指不法对人行使有形力或物理力，但不要求直接对人的身体行使，即使是对物行使有形力，但因此对人的身体以强烈的物理影响时，也构成广义的暴力；狭义的暴力，是指不法对人的身体行使有形力或物理力，这种暴力也不要求物理上接触被害人的身体；最狭义的暴力，是指对人行使有形力量并达到足以压制对方反抗的程度。^②不难看出，这四种暴力的分类标准并不是唯一的，前三种暴力是以暴力对象为标准所作的分类，而最狭义的暴力是根据暴力程度做出的分类，所谓最狭义的暴力就是比较严重的狭义的暴力；事实上，广义的暴力也可能足以压制被害人的反抗。如果按照这种分类来考虑，那么，刑法分则不同条文所规定的暴力就应当具有不同的含义（或者说，在不同犯罪中，对暴力的程度、对象等要求不同）。

首先，抗税、强迫交易等罪中的暴力，应当是最广义的暴力。例

① [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，124页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

② 参见[日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，45页，东京，东京大学出版会，2007。需要说明的是，日语所使用的是“暴行”一词。至于“暴行”与“暴力”是否等同，还值得研究。如山口厚教授在论述日本刑法中的暴行罪时指出：“暴行，是指对人行使物理力。不仅包括所谓暴力的行使，而且包括声音、光、热、冷气等的作用。”（[日] 山口厚：《刑法各论》，2版，43页，东京，有斐阁，2010）。据此，暴行是比暴力更为宽泛的概念，换言之，暴力只是暴行的一种（另参见[日] 井田良：《刑法各论》，36页，东京，弘文堂，2007）。

如，行为人对履行税收职责的税务人员的人身不法行使有形力，使其不能正常履行职责，或者冲击、打砸税务机关，使税务机关不能从事正常的税收活动，达到拒绝缴纳税款目的的，均应认定为抗税罪。

其次，暴力危及飞行安全、妨害公务等罪中的暴力，应当是广义的暴力，即行为人必须针对飞行中的航空器上的人员，或者正在执行职务的国家机关工作人员不法行使有形力，但不要求直接针对上述人员的身体实施有形力。

再次，抢劫、劫持航空器等罪中的暴力，应是指最狭义的暴力，只有对他人不法行使有形力，并达到足以抑制其反抗的程度，才可能成立抢劫罪、劫持航空器罪。

最后，需要讨论的是强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪中的暴力。我国刑法理论一般没有对之做出限定，果真如此，这两个犯罪中的暴力，便是广义的暴力，即只要针对被害妇女不法实施有形力或者物理力，便可成为这两个犯罪中的暴力。但是，这种观点是否有利于区分罪与非罪，还值得研究。^①可以肯定的是，如果是单纯的对物暴力，不应认定为这两个罪的暴力。不直接针对人的身体而只是对人产生物理影响的，如在被害人的耳边敲大鼓，或者拿着木棒等在被害人身边晃动但并不接触被害人的身体等行为，难以成为这两个罪要求的暴力（当然有可能成为两罪要求的胁迫行为）。强奸罪与强制猥亵、侮辱妇女罪，都是违反被害妇女意志的行为，所以，只有当有形力的行使足以压制被害妇女的反抗时（或者使被害妇女明显难以反抗时），才能认定为这两个罪的暴力。以强制猥亵、侮辱妇女罪为例。暴力必须针对被害妇女实施，如用手抓住被害人的衣领或者头发等将其拉往一定地点进而实施猥亵、侮辱行为的，即成立本罪；暴力不要求已经接触被害人的身体，如向被害人砸石块而没有砸中的，将刀刺向被害人而没有刺中的，都没有疑问地构成暴力；暴力只要足以压制被害妇女的反抗即可，而不要求已经造成伤害或者有伤害的危险性；也就是说，即使只能造成被害妇女暂时肉体痛苦的暴力，或者单纯使被害人不能反抗的暴力（如抓住被害人的双手，

① 日本等国刑法理论与审判实践要求强奸罪、强制猥亵罪中的暴力必须达到使被害人明显难以反抗的程度（参见〔日〕前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，119、123页，东京，东京大学出版会，2007；〔日〕山口厚：《刑法各论》，2版，107、110页，东京，有斐阁，2010；日本最高裁判所1949年5月10日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第3卷第6号，711页）。

迫使其忍受猥亵行为),也可能成立强制猥亵、侮辱妇女罪。但是,轻微的、不足以压制被害妇女反抗的暴力应当排除在本罪之外,否则,难以与妇女同意的猥亵行为相区别。例如,行为人甲与被害人乙相识,甲一直暗恋乙,某日晚,甲打电话将乙邀到某公园外,甲向乙诉说恋情,而乙则说:“明天小孩考试,我要早点回家。”但甲继续诉说,并将乙拉到公园墙边,与乙接吻后让乙回家。甲虽然有拉乙的动作,也确实违背了乙的意志,即使认为拉乙的动作属于暴力,但由于这种暴力过于轻微,没有达到足以压制被害妇女反抗的程度,故不宜认定为强制猥亵、侮辱妇女罪。或许有人说,如果乙反抗,甲会进一步使用更为严重的暴力。但这只是一种无根据的猜测,显然不能以这种猜测为根据定罪量刑。

对于“暴力”概念,还可以按照其造成的结果分为如下几种情况:致人死亡的暴力、致人重伤的暴力、致人轻伤的暴力、致人轻微伤的暴力与单纯暴力(即只是造成肉体的暂时痛苦而没有造成任何伤害的暴力)。显然,某个条文所规定的暴力,其造成的结果可以包含哪种程度,需要具体分析。总的来说,要考虑法定刑的轻重,行为本身的性质(不仅要考虑手段行为,而且必须考虑目的行为侵犯了何种法益及其侵犯程度),以及责任形式等。例如,妨害公务罪的法定最高刑仅为3年有期徒刑,所以,不可能认为其中的暴力必须是造成致人重伤或者死亡的暴力。换言之,如果对国家机关工作人员实施暴力并致人重伤或者死亡,就不可能仅认定为妨害公务罪,而是必须认定为故意伤害、故意杀人等罪。抢劫罪中的暴力则包含故意造成死亡的暴力。行为人为了强取被害人的财物而当场故意杀害被害人的,成立抢劫罪(致人死亡的结果加重犯)。强奸罪中的暴力可以是故意致人重伤的暴力,亦即,行为人故意使用暴力导致妇女重伤,然后实施奸淫行为的,也成立强奸罪(致人重伤的结果加重犯)。故意致妇女重伤然后强制猥亵、侮辱妇女的,当然成立强制猥亵、侮辱妇女罪,只不过需要根据是否聚众以及行为是否发生在公共场所,决定是以强制猥亵、侮辱妇女罪论处,还是以故意伤害罪论处(参见本书第四章)。^①从客观上说,强奸罪与强制猥亵、侮辱妇女罪的暴力也可能是致人死亡的暴力。但是,其一,如果行为人先故意杀害妇女,然后再实施奸淫或者其他侮辱行为的,即使行为人在杀害妇女时具有奸淫的意图,也不应认定为强奸罪与强制猥亵、侮辱妇女

^① 参见张明楷:《试论强制猥亵、侮辱妇女罪》,载《法律应用研究》,2001年第5辑,45页以下,北京,中国法制出版社,2001。

罪，而应认定为故意杀人罪与侮辱尸体罪（当然以符合本罪的构成要件为前提，下同），实行并罚。其二，如果行为人为了强奸或者猥亵妇女而以杀人的故意对妇女实施足以致人死亡的暴力，在妇女死亡后奸尸或者对尸体实施其他侮辱行为，那么，前行为是故意杀人罪与强奸未遂或者强制猥亵妇女未遂的想象竞合犯，后行为成立侮辱尸体罪，实行并罚。其三，如果行为人为了强奸或者猥亵妇女而以杀人的故意对妇女实施足以致人死亡的暴力，在妇女昏迷期间奸淫或者猥亵妇女，不管妇女事后是否死亡，都应认定为故意杀人罪与强奸罪或者强制猥亵妇女罪的想象竞合犯。^①

“胁迫”（威胁）也是分则条文经常使用的概念，而且通常与暴力并列使用。胁迫，是指以使他人产生恐惧心理为目的，以恶害相通告的行为。按照日本学者的分类，广义的胁迫，是指以使他人产生恐惧心理为目的，以恶害相通告的一切行为；恶害的内容、性质，通告的方法没有限制，也不问对方是否产生了恐惧心理。狭义的胁迫，主要是指限定了所通告的恶害内容的胁迫，不要求达到足以抑制对方反抗的程度。最狭义的胁迫，则是指胁迫程度足以抑制对方反抗的行为。^② 按照这种分类，妨害公务罪、强迫交易罪中的威胁应在广义上理解；劫持航空器、抢劫、强奸等罪中的胁迫，应是最狭义的胁迫。^③ 有人鉴于劫持航空器犯罪的危险性，而对其中的胁迫做出非常宽泛的解释（广义的胁迫）。理由是：“凡是使人心生畏惧为目的的劫机行为，无论行为人以何种胁迫他人，也不论其以直接或间接的方式胁迫，都有可能对人产生威胁和阻吓，引起他人内心之恐惧，从而对航空器及其内的机组人员的人身和财产安全产生危险性。”^④ 但是，一方面，轻微的暴力、胁迫不足以劫持航空器，也可能成立其他犯罪（如暴力危及飞行安全罪）；另一方面，劫持航空器罪的法定刑很重，不宜包括轻微胁迫行为。例如，乘机人在座位上向空姐说：“如果你们不飞往伊拉克，我就打断你的腿。”对此显然不能认定为劫持航空器罪。就强奸罪而言，我国刑法理论与司法实践

① 上述“其三”的处罚似乎与“其二”的处罚不均衡，其实不然。这是因为“其三”中是强奸既遂、强制猥亵妇女既遂与故意杀人罪的竞合，而“其二”中是强奸未遂、强制猥亵妇女未遂与故意杀人罪的竞合，由于故意杀人罪的法定刑高于强奸罪与强制猥亵妇女罪，导致“其三”与“其二”对强奸、强制猥亵妇女的既遂与未遂的区别评价未能起作用。

② 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，68～69页，东京，有斐阁，2005。

③ 我国刑法分则似乎没有明文规定狭义的胁迫。

④ 刘艳红：《走向实质的刑法解释》，112页，北京，北京大学出版社，2009。

的基本态度也是不问胁迫的大小强弱程度。但是，如果不对胁迫的程度作限制，就难以区分强奸与通奸的界限。例如。当考生感觉可能不及格，而要求考官关照时，考官说“如果不和我发生性关系，就不让你及格”的，不能认定为胁迫手段；男子对女子说“如果不和我做爱，今后再也不理你了”的，不能认定为胁迫行为；男子对女子说“我是警察”，进而要求发生性关系时，也不能认定为胁迫行为。

“伪造”概念的使用率在刑法分则中很高（10多个具体罪名中含有“伪造”概念）。在国外刑法与刑法理论中，伪造这一概念具有不同含义。例如，就与伪造文书相关联而言，伪造具有四种不同含义：最广义的伪造，是指伪造、变造文书、制作虚假文书以及行使伪造、变造或制作的虚假文书的一切行为。广义的伪造，是指伪造、变造文书与制作虚假文书的行为，即只是不包含最广义的伪造中的行使行为。这个意义上的伪造包括有形伪造与无形伪造。有形伪造，是指制作不真正的文书，即没有制作权限的人制作他人名义的文书；无形伪造，是指制作虚假文书，即具有制作权限的人，制作违反真实内容的文书。其中的有形伪造也包括了有形变造，无形伪造包括了无形变造。狭义的伪造，是仅指广义伪造中的有形伪造，即没有制作权限的人伪造或者变造他人名义的文书的行为。最狭义的伪造，则是指不包括变造有形伪造行为。^①

我国刑法分则中，没有上述最广义的伪造概念，但存在上述广义的、狭义的与最狭义的伪造概念。可是，我国刑法理论与司法实践在理解伪造概念时，常常只是将伪造限定为有形伪造，而无意中将无形伪造排除在外。这便不恰当地限制了处罚范围。换言之，在我国刑法分则中，伪造的概念可能出现以下几种情况：

第一，包括有形伪造与有形变造、无形伪造与无形变造。这往往是因为刑法分则条文仅使用了伪造一词，根据刑法理念、处罚的必要性，而不得不将该伪造解释为包括了有形变造与无形变造的情况。例如，刑法第227条第1款规定：“伪造或者倒卖伪造的车票、船票、邮票或者其他有价票证，数额较大的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处票证价额一倍以上五倍以下罚金；数额巨大的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处票证价额一倍以上五倍以下罚金。”本条仅使用了“伪造”概念，而没有将“变造”与伪造相并列。但是，许多变造

① 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，444～445页，东京，有斐阁，2005。

有价票证的行为，也严重侵害了有价票证的公共信用，值得科处刑罚。所以，最高人民法院 2000 年 12 月 5 日《关于对变造、倒卖变造邮票行为如何适用法律问题的解释》指出：“对变造或者倒卖变造的邮票数额较大的，应当依照刑法第二百二十七条第一款的规定定罪处罚。”据此，伪造、倒卖伪造的有价票证罪中的伪造，包含了变造；而且在本书看来，本条的“伪造”不仅包括有形伪造与变造，而且包括无形伪造与变造。例如，具有邮票制作权限的人，制作虚假的邮票或者对真正的邮票进行加工，数额较大的，也应以犯罪论处。需要说明的是，上述司法解释的结论不是扩大解释，更不是类推解释，只是选择了伪造概念中的广义含义。

第二，包括有形伪造与无形伪造。在刑法分则条文并列规定了伪造与变造概念，或者就同一对象在不同条文中规定了伪造行为与变造行为时，其中的伪造便不可能包含变造，但却包含了有形伪造与无形伪造。例如，刑法第 177 条规定了伪造、变造金融票证罪，其中的伪造虽然不包括变造，但包括无形伪造。例如，银行的储蓄工作人员具有制作存单的权限。但是，只有存在储蓄事实时，才能制作相应数额的存单。如果该工作人员在没有储蓄事实的情况下制作存单，则属于伪造存单，成立伪造金融票证罪。再如，刑法第 280 条规定了伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，其中的伪造也包括有形伪造与无形伪造。即具有制作权的国家机关工作人员，制作内容虚假的国家机关公文，是无形伪造，应以伪造国家机关公文罪论处。由于行为人是国家机关工作人员，其制作的公文的虚假性难以被识破（特别当其盖有真实的印章时）；与此同时，由于该虚假公文出自国家机关工作人员之手，不仅导致国家机关公文的公共信用丧失殆尽，而且引起人们对国家机关本身的不信任。在此意义上说，无形伪造的法益侵害性重于有形伪造的法益侵害性，因而更值得科处刑罚。但是，就特定的公文而言，如果刑法特别规定了无形伪造，那么，刑法第 280 条的伪造便不包括对该特定公文的无形伪造。

第三，包括无形伪造与无形变造。例如，刑法第 412 条第 1 款规定：“国家商检部门、商检机构的工作人员徇私舞弊，伪造检验结果的，处五年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处五年以上十年以下有期徒刑。”刑法第 413 条第 1 款规定：“动植物检疫机关的检疫人员徇私舞弊，伪造检疫结果的，处五年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处五年以上十年以下有期徒刑。”这两个条文所规定的“伪造”，

仅限于无形伪造与无形变造。首先，不符合上述主体要件的人，单独伪造商品检验结果或者检疫结果的，不成立商检徇私舞弊罪与动植物检疫徇私舞弊罪，而应成立伪造国家机关公文、印章罪。其次，国家商检部门、商检机构的工作人员是具有制作商品检验结论的人员，其伪造检验结果的行为，便是无形伪造；同样，动植物检疫机关的检疫人员，也是具有制作检疫结论的人员，其伪造检验结果的行为，也属于无形伪造。最后，当具备上述主体要件的甲工作人员制作了真实正确的商品检验文书、检疫文书后，具备上述主体要件的乙工作人员，对该文书进行加工，使其内容具有虚假性的，则属于无形变造，也应适用上述规定，认定为犯罪。

至于我国刑法分则中是否存在最狭义的有形伪造，还是需要研究的问题。

“恐怖”一词，在不同的法条中也具有不同的含义。刑法第 120 条第 1 款规定：“组织、领导恐怖活动组织的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑；其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”其中的“恐怖”是指通过暴力手段制造无差别、无选择的人身伤亡与财产损失的现象。刑法第 291 条之一规定：“投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，或者编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处五年以上有期徒刑。”显然，对其中的“恐怖”，就不能做出与第 120 条相同的解释。在日常用语中，人们经常会说“这个消息令人恐怖”、“这种事情太恐怖了”。第 291 条之一的“恐怖”信息，就是指令多人恐惧的信息。但这种信息，并不限于第 120 条中的恐怖活动的信息。例如，甲编造并散布基地组织将在某地实施恐怖活动的虚假信息，严重扰乱社会秩序。对此，当然应适用刑法第 291 条之一。再如，乙编造并散布 A 将在某晚对某大型商场实施爆炸行为的虚假信息，严重扰乱社会秩序。即使所编造的 A 是虚构的或者并不是所谓恐怖活动组织成员，对乙的行为也应适用刑法第 291 条之一的规定。同样，丙编造并散布某地某时将发生地震的虚假信息时，即使地震与恐怖活动组织没有丝毫关系，也应依照刑法第 291 条之一定罪量刑。

（二）犯罪的复杂性、刑法错综复杂的规定导致刑法用语的相对性

上述刑法用语的多义性或许只是表面现象，许多刑法用语之所以产

生广义、狭义之分，常常是因为犯罪现象的复杂性与刑法分则错综复杂的规定。例如，有时刑法分则条文对犯罪类型化得非常具体，有时却类型化得较为抽象；有时刑法分则条文针对不同的对象使用了相同的概念；如此等等。为了使值得科处刑罚的行为都置于刑法的规制之下，以免形成不公平的遗漏；为了使刑法整体协调，以免自相矛盾，不得不对相同用语做出不同的解释。

例如，如前所述，对抢劫罪与强奸罪中的“暴力、胁迫或者其他方法（手段）”做出不同解释的实质性根据在于，刑法对财产罪的类型化比较具体，规定了敲诈勒索罪，而对强奸罪的类型化比较抽象，没有规定类似于敲诈勒索的强奸罪，解释者不得不将类似于敲诈勒索的强制性交行为解释为强奸罪，这便需要对“暴力、胁迫或者其他方法（手段）”做出不同解释。

又如，就有关枪支、弹药的犯罪而言，刑法分则分别规定了非法储存枪支、弹药罪与非法持有枪支、弹药罪；但就货币犯罪与毒品犯罪而言，刑法分则只规定了持有假币罪与非法持有毒品罪，而没有规定储存假币罪与非法储存毒品罪。显然，为了实现处罚的合理性，解释者必须对不同犯罪中的“持有”概念做出外延不同的解释。亦即，对非法储存枪支、弹药的行为，不适用非法持有枪支、弹药罪的规定；而非法储存假币与非法储存毒品的行为，依然要认定为持有假币罪与非法持有毒品罪。

再如，“非法提供”一词在不同法条的含义也不完全相同。刑法第111条所规定的罪状是“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报”。其中的“非法提供”既包括有偿提供，也包括无偿提供。刑法第177条之一所规定的罪状是“窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料”，其中的“非法提供”也是既包括有偿提供，也包括无偿提供。刑法第253条之一规定的罪状是：“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员，违反国家规定，将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者非法提供给他人，情节严重。”虽然出售也是非法提供的一种表现形式，但刑法条文鉴于出售行为较为普遍的现象特别将“出售”从“非法提供”中抽出来，使得“非法提供”看上去仅具有无偿提供的意思。^①显然，这是本条的复杂规定所致。换言之，本条也完全可以仅规

^① 本书不愿意将本条中的出售与非法提供解释为对立关系，因为在不能查明行为人是否有偿提供时，虽然不能认定为出售，但完全可能认定为非法提供。

定为“非法提供他人”，从而使“非法提供”也包含有偿提供与无偿提供。又如，刑法第355条第1款规定：“依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品、精神药品的人员，违反国家规定，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。向走私、贩卖毒品的犯罪分子或者以牟利为目的，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品的，依照本法第三百四十七条的规定定罪处罚。”显然，其中前一个“提供”仅要求行为人无偿提供（亦即不要求行为人具有牟利目的），而后一个“提供”要求行为人具有牟利目的或者明知他人（走私、贩卖毒品的犯罪分子）具有牟利目的的。之所以形成这种局面，是因为贩卖毒品罪的违法性与有责性重于非法提供麻醉药品、精神药品罪。

（三）解释的目的性、限制或扩大解释的必要性导致刑法用语的相对性

刑法不可能随意创造用语，即使立法者意识到在不同场合应当使用不同的用语，但由于用语有限，不得不使用相同的用语。但是，如果从刑法的目的出发，为了同时实现刑法的法益保护机能与自由保障机能，产生了对同一用语有时必须作限制解释，有时必须作扩大解释，有时只需作字面解释的现象。这便导致了刑法用语的相对性。

例如，刑法第301条第1款规定：“聚众进行淫乱活动的，对首要分子或者多次参加的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”第2款规定：“引诱未成年人参加聚众淫乱活动的，依照前款的规定从重处罚。”第1款的“聚众进行淫乱活动”，也可谓“进行聚众淫乱活动”，那么，能否对第1款的聚众进行淫乱活动与第2款的“聚众淫乱活动”作完全相同的解释呢？回答是否定的。一般来说，聚众淫乱，是指纠集三人以上群奸群宿（聚众奸宿）或进行其他淫乱活动。淫乱行为除了指自然性交以外，还包括其他寻求刺激、兴奋、满足性欲的行为，如聚众从事手淫、口淫、鸡奸等行为。参与聚众淫乱的人可以是自愿的，而不必是被强迫的。如果以暴力、胁迫或者其他强制方法强迫妇女参加聚众淫乱活动，则视行为性质与具体情况认定为强奸罪与强制猥亵妇女罪，或者实行数罪并罚。但是，为了合理地限定处罚范围，对第1款的聚众淫乱活动不能按字面含义进行形式主义的解释。虽然刑法理论没有争议地将“众”解释为三人以上，但不能认为三人以上聚集起来实施淫乱活

动的，一律构成聚众淫乱罪。刑法规定本罪并不只是因为该行为违反了伦理秩序，而是因为这种行为侵害了公众对性的感情。^① 因此，三个以上的成年人，基于相互同意秘密实施的性行为，因为没有侵害公众对性的感情，故不属于刑法规定的聚众淫乱行为。只有当三人以上以不特定人或者多数人可能认识到的方式实施淫乱行为时，才宜以本罪论处。^② 换言之，我国刑法所规定的聚众淫乱罪，只是公然猥亵的一种表现形式，需要具有一定的公然性。^③ 如果认为只要三人以上在一起实施所谓淫乱活动的就成立聚众淫乱罪，那么，许多共同生活的重婚者（如一个丈夫三个妻子共同生活）也都会同时触犯聚众淫乱罪，但这种结论难以被人接受。由此可见，对第1款的聚众淫乱活动进行限制解释是完全必要的。但是，对第2款的聚众淫乱活动则不能做出这种限制解释。所谓引诱未成年人参加聚众淫乱活动，是指勾引、诱惑本来无意参加聚众淫乱的未成年人参加聚众淫乱活动。由于刑法规定本罪是为了保护未成年人的身心健康，所以，一方面，对这里的“参加”应作广义解释，不要求引诱未成年人实际从事淫乱活动，引诱未成年人观看他人从事淫乱活动的，也应认定为本罪。另一方面，引诱未成年人参加秘密的聚众淫乱活动的行为，也严重侵害了其身心健康，应以本罪论处。因此，第2款中的聚众淫乱活动不要求具有公然性。

再如，刑法分则多个条文使用了“未成年人”概念，一般来说，不

-
- ① 参见[日]平野龙一：《刑法概说》，268页以下，东京，东京大学出版会，1977。该表述是否妥切，尚待进一步研究。
- ② 司法实践中将不具有公然性的淫乱行为认定为聚众淫乱罪的做法值得反思。例如，1999年5月16日晚被告人刘剑锋和周林、梁嵩、曾禹海与女青年陈某某在钦州城区永福大道的夜市摊饮啤酒至晚上12时许，期间，被告人刘剑锋提议带陈某某去搞性关系，问是否可以到周林家，周林说到他家楼顶天台可以，被告人刘剑锋、梁嵩、曾禹海、陈某某表示赞同。被告人刘剑锋即和周林、梁嵩、曾禹海、陈某某到苗莆钦南区林业局集资楼周林住处楼顶，周林回家拿来席子、毡，被告人刘剑锋即同陈某某发生性关系，之后曾禹海、梁嵩、周林分别与陈某某发生性关系一次。广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院（1999）钦南刑初字第181号判决认定各被告人的行为构成聚众淫乱罪，广西壮族自治区钦州市中级人民法院（1999）钦刑一终字第100号判决维持原判（载<http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=117671926>，访问日期：2010-01-06）。本书认为，上述被告人的行为只是单纯违反伦理，而没有侵害法益，不成立聚众淫乱罪。根据本书的观点，2010年南京某高校副教授马某组织的“换妻案”，因为不具有公然性，也不成立聚众淫乱罪。
- ③ 对二人在公共场所自愿发生性交或者裸露身体，或者一人故意在公共场所裸露身体，使众人共见共闻、能见能闻的行为，如何处理，还是需要展开讨论的问题。本书看法是，这种公然猥亵行为并没有被我国刑法规定为犯罪，只能宣告无罪。

满 18 周岁的人为未成年人。但是，刑法分则的部分条文为了限制处罚范围，而做出了不同的规定。(1) 刑法第 262 条规定：“拐骗不满十四周岁的未成年人，脱离家庭或者监护人的，处五年以下有期徒刑或者拘役。”刑法第 262 条之一规定：“以暴力、胁迫手段组织残疾人或者不满十四周岁的未成年人乞讨的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”在立法者看来，拐骗已满 14 周岁的未成年人脱离家庭或者监护人，或者组织已满 14 周岁的未成年人乞讨的行为不值得科处刑罚。^① (2) 刑法第 244 条之一前段规定：“违反劳动管理法规，雇用未满十六周岁的未成年人从事超强度体力劳动的，或者从事高空、井下作业的，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”由于已满 16 周岁就可以被雇用从事劳动，故刑法规定雇用不满 16 周岁的未成年人从事危重劳动的行为成立犯罪。(3) 刑法第 364 条第 4 款规定：“向不满十八周岁的未成年人传播淫秽物品的，从重处罚。”不满 18 周岁的人缺乏自制力，为了保护其身心健康，所以，刑法规定向不满 18 周岁的人传播淫秽物品的，需要从重处罚。

那么，当刑法分则条文仅使用了“未成年人”概念，而没有明确限定年龄时，如何确定其中的具体年龄呢？一方面，解释者要联系具体刑法条文的目的进行判断，另一方面，要与已有具体年龄规定的法条进行比较，从而得出合理结论。如上所述，刑法第 301 条第 1 款规定了聚众淫乱罪，第 2 款规定：“引诱未成年人参加聚众淫乱活动的，依照前款的规定从重处罚。”不满 18 周岁的人缺乏自制力，刑法特别注重保护其身心健康，与刑法第 364 条第 4 款的规定相比较，就可以肯定第 301 条第 2 款中的未成年人应当是指不满 18 周岁的未成年人。再如，刑法第 347 条第 6 款规定：“利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。”第 353 条第 3 款规定：“引诱、教唆、欺骗或者强迫未成年人吸食、注射毒品的，从重处罚。”基于不满 18 周岁的人缺乏自制力的事实，出于保护其身心健康的目的，对这两个法条中的未成年人，也应解释为不满 18 周岁的未成年人。

值得研究的是第 262 条之二的规定。该条规定：“组织未成年人进

① 如果成立其他犯罪（如拐卖妇女罪、非法拘禁罪等），则是另一回事。

行盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等违反治安管理活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”对本条中的未成年人的解释与共同犯罪有一定联系。本书的看法是，只要行为人组织不满 18 周岁的人实施违反治安管理活动，就成立组织未成年人进行违反治安管理活动罪。如果行为人组织已满 16 周岁不满 18 周岁的人实施盗窃、诈骗等行为，数额较大的，则在触犯本罪的同时，另触犯了盗窃罪、诈骗罪，但由于只有一个行为，应当从一重罪处罚（不排除在能认定有两个行为时实行数罪并罚的情形）。

又如，刑法分则多次使用了“多次”的概念，其中，分则第五章就有“多次盗窃”与“多次抢劫”的规定。那么，对这两处的“多次”应否作相同的解释？答案是否定的。最高人民法院 2005 年 6 月 8 日《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》指出：“刑法第二百六十三条第（四）项中的‘多次抢劫’是指抢劫 3 次以上。对于‘多次’的认定，应以行为人实施的每一次抢劫行为均已构成犯罪为前提，综合考虑犯罪故意的产生、犯罪行为实施的时间、地点等因素，客观分析、认定。对于行为人基于一个犯意实施犯罪的，如在同一地点同时对在场的多人实施抢劫的；或基于同一犯意在同一地点实施连续抢劫犯罪的，如在同一地点连续地对途经此地的多人进行抢劫的；或在一次犯罪中对一栋居民楼房中的几户居民连续实施入户抢劫的，一般应认定为一次犯罪。”这一解释明显对多次抢劫持限制态度，是值得肯定的。因为多次抢劫是法定刑升格的条件，其最低刑为 10 年有期徒刑，最高刑为死刑，如果不作限制解释，就明显导致刑罚畸重。但是，对于多次盗窃，却不能做出如此限制的解釋。因为盗窃罪的成立原则上限制为数额较大，明显过于缩小了刑罚处罚范围。反过来说，刑法第 264 条规定多次盗窃是为了扩大盗窃罪的处罚范围。既然如此，对多次盗窃就不能再作限制解释。例如，不应当要求行为人实施的每一次盗窃行为均已构成盗窃罪。再如，对于基于一个犯意连续在一定场所三次盗窃的，或者对一栋居民楼房中的几户居民连续实施入户盗窃的，都应当认定为多次盗窃。

再如，刑法分则多处使用了“买卖”一词。在有的法条中，买卖包括购买、出卖或者既购买又出卖，但是，在有的法条中，买卖必须是一种经营行为。这需要根据法条的法益保护目的予以确定。

刑法第 125 条第 1 款前段规定：“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的，处三年以上十年以下有期徒刑。”由于枪

支、弹药、爆炸物属于危险物品，刑法第 125 条的规定旨在保护公共安全（抽象的危险犯），而不管是单纯购买还是单纯出卖枪支、弹药、爆炸物，都具有危害公共安全的抽象危险，所以，本条中的买卖包括购买、出卖，以及既购买又出卖。

刑法第 280 条第 1 款前段规定：“伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”本规定是为了保护国家机关公文、证件、印章的公共信用，其规定的犯罪为抽象的危险犯，不管是单纯购买还是单纯出卖国家机关的公文、证件、印章，都侵害了国家机关公文、证件、印章的公共信用。所以，本条中的买卖包括购买、出卖以及既购买又出卖。对于刑法 125 条第 2 款、第 182 条、第 281 条、第 350 条、第 352 条、第 375 条中的买卖，均应做出这种解释。

但是，刑法第 225 条前两项中的买卖，必须解释为经营行为。亦即，“未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品”，显然是指非法经营专营、专卖或者其他限制买卖的物品。对此，当无争议。“买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件”，也是指经营进出口许可证、进出口原产地证明、经营许可证或者批准文件的买卖业务。这是因为，刑法第 225 条项前规定的内容是“违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重”。因此，本条各项所规定的行为也必须是非法经营行为，而经营行为是一种反复、多次、继续实行的行为。质言之，刑法所规定的以“经营”活动为内容的犯罪，其实是一种职业犯或者营业犯，要求行为人具有反复、多次实施的意思，偶尔实施一次行为的，不能称为经营行为。那么，对于偶尔单纯购买或者单纯出卖进出口许可证、进出口原产地证明或者其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，而不属于经营行为的如何处理呢？本书的答案是适用刑法第 280 条的规定，以买卖国家机关公文、证件、印章罪论处。而且，这样的处理能够实现刑法的公平正义。因为非法经营罪的法定刑高于买卖国家机关公文、证件、印章罪的法定刑，对不符合非法经营罪的构成要件的行为，按照较轻的买卖国家机关公文、证件、印章罪论处，也是合适的。

全国人大常委会 1998 年 12 月 29 日《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 4 条规定：“在国家规定的交易场所以外非法买卖外汇，扰乱市场秩序，情节严重的，依照刑法第二百二十五条

的规定定罪处罚。”本书认为，本规定属于注意规定，而非法律拟制。换言之，只有当非法买卖外汇的行为符合刑法第225条第3项或第4项的规定时，才能认定为非法经营罪。如上所述，刑法第225条所规定的是非法“经营”行为，因此，必须将上述决定中的“买卖外汇”解释为经营外汇的行为。据此，偶尔非法购买外汇或者偶尔出卖外汇的行为，不成立非法经营罪。就此而言，黄光裕案的判决是值得商榷的。黄光裕于2007年9月至11月间，违反国家规定，采用人民币结算在境内、港币结算在境外的非法外汇交易方式，将人民币8亿元直接或通过北京恒益祥商业咨询有限公司转入深圳市盛丰源实业有限公司等单位，通过郑晓微等人私自兑购并在香港得到港币8.22亿余元。2010年5月18日，北京市第二中级人民法院以黄光裕犯非法经营罪判处其有期徒刑8年，并处没收个人部分财产人民币2亿元。北京市高级人民法院经审理，对本案作出二审裁定维持原判。^①但是，黄光裕的上述行为并不是“经营”外汇的行为，因而并不符合非法经营罪的构成要件。

此外，由于刑法颁布后社会形势的变化，也会导致刑法用语的相对性。即在立法当时，某个刑法用语的含义本来是特定的，不具有相对性，但随着社会形势的变化，使得该刑法用语产生相对性。^②

经过上述具体分析可以发现，承认刑法用语的相对性，并非破坏了刑法的体系性、协调性，相反是为了实现刑法的体系性与协调性；对刑法用语作相对解释，并非与体系解释相对立，相反是体系解释的一个具体表现。

三、争议概念辨析

哪些用语应当保持其统一性，哪些用语应当承认其相对性，这是不能一概而论的；换言之，很难断定对哪些用语应当维护其统一性，对哪些用语必须肯定其相对性。如前所述，完全可能出现这样的现象：某一用语，在某几个条文中应当维护其统一性，但在另外的条文中，则必须承认其相对性。所以，解释者需要根据刑法的正义理念以及用语可能具有的含义进行具体分析。下面联系几个用语进行讨论。

^① 参见李京华、杨维汉：《黄光裕一审被判14年罚金6亿元》，载《人民法院报》，2010-05-19，3版；李京华：《黄光裕案终审维持一审判决》，载《人民法院报》，2010-08-31，3版。

^② 参见张明楷：《刑法的基础观念》，239~240页，北京，中国检察出版社，1995。

“猥亵”是一个规范概念。刑法第 237 条规定了强制猥亵妇女罪与猥亵儿童罪，对猥亵概念的解释，直接决定某些行为的性质。例如，实践中不时地发生成年妇女以暴力或者胁迫手段，迫使不满 14 周岁的幼男与其发生性交的案件。例如，某日，13 岁的少年吴某应 35 岁的婶婶宋某要求“帮忙看屋”。当晚，吴在宋的逼迫和诱导下与之发生了性关系。此后，宋某采取威胁和“贿赂”的手法，变本加厉地摧残吴某，半年之内就逼迫吴与其发生性关系 60 多次。原本活泼的吴某性格开始变得抑郁，脾气也变得异常暴躁，心理上产生了极度的恐惧。随着吴某一天天长，他开始选择逃避。然而，宋某步步相逼。为使吴某乖乖地顺从自己，宋某警告吴某说要将此事公之于众，致使吴某最终被迫弃学。如果按照我国刑法理论的通说，认为猥亵行为只能是性交以外的行为，那么，宋某的行为并不成立犯罪。但可以肯定的是，宋某的行为对被害人身心健康的侵害远远超出了性交以外的猥亵行为对其身心健康的侵害程度，如果不以犯罪论处，则严重损害刑法的正义性。与成年男子鸡奸幼男的行为无可争议地成立猥亵儿童罪相比，对成年妇女宋某与幼男发生性交的行为，也必须科处刑罚。或许有人以法无明文规定不为罪为由说明认定宋某无罪的合理性。可是，法治应当是良法之治，当代罪刑法定主义中的“法”应当是良法、正义的法，而不包含恶法、非正义的法。解释者“必须作出有利于立法者的假定”^①，相信立法者不会制定不公平、非正义的刑法。换言之，解释者应当抱着正义感，以一般人认同的法理念对刑法用语做出解释，在面临规范用语、抽象概念时，更应如此。当然，这并不意味着解释者可以脱离刑法用语本身可能具有的含义进行解释，既然罪刑法定原则中的“法”仅限于成文刑法，解释者就不可能无视刑法用语。大部分刑法用语都具有多种含义，其可能具有的含义也会比较宽泛，而解释者总是对刑法用语（尤其是并不陌生的用语）存在先前理解，但是，解释者不可固守先前理解，而应当将自己的先前理解置于正义理念之下、现实事实之中、相关条文之间进行检验。如果这种先前理解符合正义理念、能够公平地处理现实案件、与相关条文相协调，便可以坚持这种先前理解。但是，当自己的先前理解有悖正义理念（或违背普通的正义标准）时，必须放弃它；当自己的先前理解

① 西班牙经院哲学家弗朗斯科·休雷斯 (Francisco Suarez) 之语，转引自 [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，337 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

不能公平地处理现实案件时（按先前理解处理案件不能被一般人接受时），必须放弃它；当先前理解与刑法的相关条文存在矛盾与冲突时，也必须放弃它。放弃先前理解之后，应当寻求新的解释结论（寻求新的解释结论的方法与途径相当多，如了解该用语可能具有哪些含义、该用语与相关用语的关系、国外刑法的规定与审判实践，明确如何解释才能实现刑法的目的、体现刑法的精神^①），再将新的解释结论置于正义理念之下、现实事实之中、相关条文之间进行检验，直到得出满意的结论为止。当我们没有考虑许多应当考虑的内容，将猥亵解释为性交以外的行为时，我们不可以断定这一解释结论是正当的、天经地义的；当我们发现这一解释结论的适用导致出现不公平现象，导致处理结果不符合普遍的正义标准时，我们不可以断定是由于刑法的文字表述存在缺陷，进而批评刑法。我们应当明确自己是刑法的解释者，而刑法应当被假定、推定为良法、正义的法。如果遇到解释结论不合理，我们首先应当想到的是自己的解释不合理，而不是刑法的规定不合理；一旦想到自己的解释不合理，就必然寻求新的解释。

当解释者发现将猥亵行为解释为性交以外的行为，不能公平地处理成年妇女与幼男发生性交的案件时，解释者首先应当想到的是，成年妇女与幼男发生性交的行为是否也属于猥亵行为，即解释者面对这一案件时，首先必须思考的是，能否将性交行为也解释为猥亵行为。解释者出现了这种解释欲望后，必然要进行多方面的论证。

首先，从理论上讲，将与幼男发生性交的行为解释为猥亵行为，符合罪刑法定原则。即使对猥亵概念不作规范性解释，而按照汉语词义理解为淫乱、下流的语言或动作，那么，不正当的性交应当是最淫乱、最下流的行为。从规范意义上来理解，“强奸行为也是强制猥亵行为的一种，但由于刑法特别规定了强奸罪，理所当然认为强奸行为不属于强制

① 在许多情况下，往往是先以正义理念为指导，从刑法目的出发，认为某种结论合适，然后再审视这一结论是否与刑法的文字表述相符合。“康德早就注意到，我们的思考总是以初步的判断为导向展开的；这种初步判断为理性的运用提供了目标和方向：‘初步的判断是十分必要的，它是所有的思考和调查过程中的理性（Verstand）的运用都不可缺少的；因为它在研究过程中对理性起引导作用，为理性提供不同的工具。当我们思考某一对象时，我们定然总是作出初步的判断，似乎对我们通过思考将要认识到的（最终的）认识（Erkenntnis）已经有所感觉。’人们也可以把这种初步的判断称为预见（Antizipationen），‘因为早在人们对某一事物得出确定判断之前，已经对其有所预见’（antizipieren）。”（〔德〕齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，21页，北京，法律出版社，2009。）

猥亵罪的行为”^①。也就是说，猥亵行为本来是包括强奸行为的，只是由于刑法对强奸罪有特别规定，所以才导致猥亵行为不包括强奸；但在刑法没有对其他不正当性交行为做出特别规定的情况下，其他不正当性交行为当然应包括在猥亵概念之中。在此意义上说，关于猥亵罪的规定与关于强奸罪的规定，实际上是普通法条与特别法条的关系；特别法条没有规定的行为，就可能属于普通法条规定的行为。

其次，从实践上看，将妇女与幼男发生性交的行为解释为猥亵儿童的行为，可以使司法机关公平地处理案件；不会导致妇女对幼男实施性交以外的行为构成猥亵儿童罪，而妇女与幼男发生性交的行为反而不构成犯罪的尴尬局面。

再次，参考旧中国的审判实践，会发现妇女与幼男发生性交的行为属于猥亵儿童。如旧中国司法院 1932 年院字第 718 号解释认定，妇女诱令未满 16 岁男子与其相奸的行为，构成猥亵儿童罪。

最后，参考一些国家和地区的刑法与审判实践，也会发现猥亵行为并不限于性交以外的行为。例如，一些国家和地区的刑法，实际上已经淡化了强奸与强制猥亵的界限。例如，德国刑法将奸淫幼女、猥亵儿童规定于第 176 条，将强奸与强制猥亵规定在第 177 条。澳大利亚刑法第 268.14 条所规定的强奸罪是指未经他人同意而对他人实施性插入的行为。“性插入是指：(a) 将某人身体的任何部分或由某人操纵的任何物体插入（任何程度地）他人的生殖器或肛门；或 (b) 将某人的阴茎插入（任何程度地）他人的口中；或 (c) (a) 项和 (b) 项所定义的性插入行为的继续。”我国台湾地区“刑法”第 221 条规定了强制性交罪，被害人并不限于妇女，而是包括男性；其第 10 条所做的解释性规定为：“称性交者，谓下列性侵入行为：一、以性器进入他人之性器、肛门或口腔之行为。二、以性器以外之其他身体部位或器物进入他人之性器、肛门之行为。”显然，澳大利亚的强奸罪与我国台湾地区的强制性交罪已经包含了我们所称的部分强制猥亵行为。另一方面，德国的审判实践认为，猥亵行为是在性方面与正常的、健康的、全体的平均感情相矛盾的行为；日本的审判实践认为，猥亵行为是无益地兴奋或者刺激性欲，而且有损普通人在性方面的正常羞耻心，违反良好的性道德观念的行为。这些关于猥亵概念的规定与解释，都没有将性交行为排除在猥亵行

① [日]大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，99页，东京，有斐阁，2005。

为之外。了解这些国家的刑事立法与审判实践，便会使我们坚定“猥亵概念不排除性交行为”的解释结论。

于是，猥亵概念具有相对性，即在不同的猥亵罪中，猥亵行为的范围并不相同。例如，强行与妇女性交或者与幼女性交的，不再认定为强制猥亵妇女罪与猥亵儿童罪，而是认定为强奸罪。但是，已满16周岁的妇女与幼男性交的，构成猥亵儿童罪。同样，假如公然猥亵被刑法规定为犯罪，那么，其中的猥亵行为也包括性交。如男女自愿在公共场所发生性交的，没有争议地属于公然猥亵。另一方面，强制猥亵妇女的行为，包括强行与妇女接吻、搂抱的行为，但男女自愿在公共场所公开接吻、搂抱的，则不可能构成公然猥亵。

为什么会出现上述猥亵行为相对性的局面呢？首先，刑法的复杂规定造成了猥亵概念的相对性。刑法基于社会现实，对妇女、幼女进行略为特殊的保护。刑法规定了以女性为对象的强奸罪（包括奸淫幼女），如果强行与妇女性交或者奸淫幼女，则构成强奸罪。所以，对强行与妇女性交的行为以及与幼女性交的行为，不再认定为强制猥亵妇女罪与猥亵儿童罪。但是，这并不意味着性交不属于猥亵行为。只能说，性交是最猥亵的行为，所以，刑法对部分性交行为做出了特别规定。如所周知，妇女以胁迫手段迫使成年男子与其性交的现象尽管少见然而确实存在，至于妇女以幼男作为性行为对象的现象，虽然并不多见但的确存在。后者的行为肯定重于前者，对于前者目前只能认定为无罪（构成伤害罪等除外）^①，而对于后者宣告无罪则明显不当。一方面，儿童本身就是刑法的特殊保护对象；另一方面，后者比前者的法益侵害性严重得多。因此，在刑法没有规定奸淫儿童罪而是规定了奸淫幼女的情况下，对与幼男性交的行为必须解释为猥亵儿童的行为。^②其次，不同的猥亵行为所侵犯的法益不同，因而对猥亵行为的要求不同。强制猥亵妇女罪侵犯的是妇女性的不可侵犯权（性的自己决定权），猥亵儿童罪侵犯的是儿童的性的不可侵犯权（由于其缺乏承诺能力，故其承诺无效），都是对个人法益的犯罪，而公然猥亵行为侵犯的是社会法益。因此，侵犯

① 妇女以胁迫手段迫使男性与其发生性交的行为，在日本等国没有争议地被认定为强制猥亵罪（参见〔日〕西田典之：《刑法各论》，5版，88页，东京，弘文堂，2010）。

② 德国刑法第176条规定了“对儿童的性行为”，并将“与儿童发生性交的行为”规定为“情节重大”情形之一。于是，对儿童的性行为包括了奸淫幼女以及与幼男发生性交的行为。我国最高人民法院也曾经核准将鸡奸幼男的行为类推为奸淫幼女罪。虽然在旧刑法时代这种类推存在问题，但说明对儿童实施的各种性行为都是危害极为严重的行为。

了他人性的不可侵犯权的行为（如强行与妇女接吻），属于强制猥亵；没有侵犯他人性的不可侵犯的权利的行为（如男女自愿在公共场所发生性交），属于公然猥亵。后一种行为显然没有侵犯个人权利，只是侵犯了社会法益，故不可能成为强制猥亵行为。反之，如果男女自愿在公共场所接吻，则不可能成立公然猥亵。因为在现代社会，人们对男女自愿公然接吻已经习以为常，故这种行为不会侵犯社会法益。

“侮辱”是日常生活中经常使用的概念，刑法也在几处使用了该概念。如刑法第 237 条的强制侮辱妇女，刑法第 246 条的侮辱，刑法第 302 条的侮辱尸体。可以肯定，第 246 条的侮辱与第 302 条的侮辱具有各自的含义，不可能统一理解。第 246 条中的侮辱，一般是指以暴力或者其他方式公然毁损他人名誉的行为。所谓毁损他人名誉，是指对他人予以轻蔑的价值判断的表示，表示的方法包括暴力、言词、文字与举止。暴力侮辱，是指通过暴力行为表示出对他人予以轻蔑的价值判断。如使用强力逼迫他人做难堪的动作；强行将粪便塞入他人口中等。言词侮辱，是指使用言词表示出对他人予以轻蔑的价值判断，如对被害人进行戏弄、诋毁、谩骂，使其当众出丑。文字侮辱，是指通过书写、张贴、传阅毁损他人名誉的大字报、小字报、漫画、标语等，以表示出对他人予以轻蔑的价值判断。举止（动作）侮辱，是指使用暴力以外的动作对他人表示轻蔑的价值判断。“例如：与人握手后，随即取出纸巾擦拭，作嫌恶状。”^① 刑法第 302 条的侮辱尸体，是指直接对尸体实施凌辱行为，如损毁尸体，分割尸体，奸污女尸，抠摸尸体阴部，使尸体裸露，将尸体扔至公共场所等。以言词、文字等方式侮辱死者名誉的，不成立侮辱尸体罪。

问题是，刑法第 237 条的强制侮辱妇女与刑法第 246 条的侮辱是否具有统一性，即对二者应否作相同解释？刑法理论与司法实践存在这样的现象：对这两个条文中的侮辱行为本身做完全相同的解释，即都是贬低他人人格、毁损他人名誉的行为；区别只是主观方面不同：刑法第 237 条的强制侮辱妇女必须出于寻求性的刺激、兴奋、满足的动机或目的，如果不具有该动机或目的，则成立刑法第 246 条的侮辱罪。例如，三名被告人参加朋友的婚礼时，因故与伴娘陈某发生争执。为了报复陈某，三名被告人以拿伴娘的衣服换取新郎的香烟、红鸡蛋为名，深夜进

^① 林东茂：《刑法综览》，修订版，268 页，北京，中国人民大学出版社，2009。

入陈某睡觉的房间，不顾陈某的强烈反抗，强行脱掉陈某的内衣，使陈某全身裸露。某法院认定被告人的行为构成刑法第 246 条的侮辱罪。^①理由显然在于被告人不具有寻求性的刺激、兴奋、满足的动机或目的。但这种观点难以成立。

首先，行为是否侵犯妇女的性的自己决定权，并不取决于行为人主观上是否具有寻求性的刺激、兴奋、满足的动机或目的。可以认为，强奸罪、强制猥亵、侮辱妇女罪，都侵犯了妇女的名誉，换言之，对妇女的性的自己决定权的侵犯，也是对妇女名誉的侵犯，但针对妇女而言，性的自己决定权的法益性质重于其他方面的名誉，于是刑法对侵犯妇女的性的自己决定权的行为作了特别规定。因此，凡是使用暴力、胁迫等强制手段损害妇女的性的羞耻心，侵犯妇女的性的自己决定权的行为，就成立强制猥亵、侮辱妇女罪，而不再认定为刑法第 246 条的侮辱罪。易言之，除强奸罪（包括奸淫幼女）之外，对侵犯妇女的性的自己决定权的行为，均应适用刑法第 237 条的规定。

其次，刑法第 237 条中的侮辱与猥亵是意义等同的概念。人们试图以是否接触被害人的身体区分猥亵与侮辱，可是，不管是大陆法系国家，还是英美法系国家，审判实践与刑法理论都认为，猥亵行为既可能接触妇女身体，也可能不接触妇女身体。从司法实践来看，区分猥亵与侮辱也是不可能的。如强行扒光妇女衣裤的行为，既可谓强制猥亵行为，也可谓侮辱行为。我们完全可以将刑法第 237 条中的猥亵与侮辱视为同位语。换言之，刑法第 237 条的侮辱与刑法第 246 条的侮辱不是等同含义。^②

“占有”也是刑法分则频繁使用的概念，但我国刑法理论与司法实践没有认真分辨占有在不同场合的不同含义。

其一，在转移占有的财产性犯罪（如盗窃罪、抢劫罪、抢夺罪、诈骗罪等，在此不包含职务侵占罪中的狭义的侵占与挪用资金罪）中，要求行为人将他人占有的财物转移给自己或者第三者占有（行为人不可能盗窃、抢劫、抢夺、诈骗自己已经占有的财物）。对于他人占有的财物中的“占有”，是指事实上的支配，应当根据社会的一般观念作出判

① 参见滕之：《闹新房侮辱他人 犯了法管制二年》，载《检察日报》，2003-05-24，2版。

② 关于刑法第 237 条的侮辱的具体含义，本书第十五章已有详细讨论，故这里不再赘述。

断。^① 然而，刑法分则第五章关于盗窃等罪的规定，并没有使用“他人占有的财物”这一表述，而是使用了“公私财物”的概念。传统观点将其中的“公财物”与公共财产相等同，将其中的“私财物”与私人财产相等同。这是由于没有准确理解财产罪的保护法益所致。本书认为，诈骗、盗窃等财产罪的法益首先是财产所有权及其他本权，其次是需要通过法定程序恢复应有状态的占有；但在相对于本权者的情况下，如果这种占有不存在与本权者相对抗的合理理由，相对于本权者恢复权利的行为而言，则不是财产罪的法益。这里的“财产所有权”可以根据民法的规定来确定，即包括财产的占有权、使用权、收益权与处分权，而且将其作为整体来理解和把握。这里的“本权”包括合法占有财物的权利（如他物权）以及债权；在合法占有财物的情况下，占有者虽然享有占有的权利，却没有其他权利尤其没有处分权，否则就是享有所有权了。“需要通过法定程序恢复应有状态”既包括根据法律与事实，通过法定程序恢复原状，也包括通过法定程序形成合法状态。^② 前者如甲骗取了乙的财物后，在不符合自救行为条件的情况下，需要通过法定程序将甲所骗取的财物返还给乙；甲对所骗财物的占有，就是需要通过法定程序恢复原状的占有。后者如 A 骗取了他人占有的淫秽物品，由于对淫秽物品不存在返还与收归国有的问题，故需要通过法定程序销毁淫秽物品；A 对淫秽物品的占有，就是需要通过法定程序形成合法状态（即通过法定程序形成没有淫秽物品的状态）。^③ 所以，对于刑法分则第五章所规定的转移占有的财产罪中的“公私财物”只要理解为他人占有的财物即可。

其二，对转移占有的财产罪中的转移给自己或者第三者占有中的“占有”，也只能理解为事实上的支配，而不要求行为人客观上将他人占有的财物转移给自己所有。这是因为，一方面，当他人占有的财物由他人占有时，行为人不可能非法将他人财物转移给自己所有。换言之，即使行为人客观上非法占有了他人财物，该财物依然由他人所有。因为

-
- ① 德国刑法典与刑法理论未使用民法上的占有（Besitz）概念，而使用了支配（Gewahrsam）概念。我国刑法理论受日本刑法理论的影响，一般使用占有概念，但这里的占有与民法上的占有不是完全等同的概念。
- ② 该用语不一定合适，旨在与恢复原状概念相区别，相信读者能够通过下面的事例予以理解。
- ③ 详细理由参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，43 页以下，北京，清华大学出版社，2006。

“所有”比“占有”更为观念化，除了违禁品之外，几乎不存在所谓的非法所有。另一方面，即使是自己所有但由他人合法占有的财物，也可能成为财产罪的对象。所以，如果将转移给自己或者第三者占有中的“占有”解释为所有，就不能对此做出合理解释。

其三，有的条文使用的“占有”概念，相对于不同的行为而言具有不同的含义。例如，刑法第382条第1款、第2款分别规定：“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。”“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。”⁽¹⁾相对于侵吞（即狭义的侵占）而言，所谓非法占有公共财物，是指将自己基于职务所占有的公共财物非法据为己有。换言之，在侵吞的场合，贪污对象是行为人自己占有的公共财物。⁽²⁾对于行为人已经占有的财物，不可能再窃取。所以，相对于窃取而言，非法占有公共财物，意味着利用职务上的便利，将他人占有的财物转移给自己或者第三者占有。⁽³⁾基于同样的理由，相对于骗取而言，非法占有公共财物，意味着利用职务上的便利，并使用欺骗手段，使他人将其占有的公共财物交付给行为人或者第三者占有。

其四，刑法分则多个条文使用了“非法占有目的”的概念。可以肯定的是，非法占有目的中的占有与客观构成要件要素中的非法占有不是等同概念。如前所述（参见第八章），非法占有目的包括排除意思与利用意思，是一种主观的超过要素，并不要求与之相对应的客观事实。例如，排除意思意味着行为人将他人的财物作为自己的所有物进行支配，但如前所述，他人的财物在法律上不可能成为行为人所有的财物，所以，客观上不存在对应的事实。再如，利用意思是指行为人具有遵从财物可能具有的用法进行利用、处分的意思，但并不要求行为人客观上已经利用或者处分了财物。所以，非法占有目的与财产罪中的客观方面的非法占有他人财物或者公共财物，不是等同的含义。反过来说，如果认为非法占有目的就是指行为人主观上具有非法将他人占有的财物转移为自己或者第三者占有的目的，就意味着非法占有目的不是主观的超过要素，只是对客观事实的认识。但这属于故意的认识内容，而不是超出故意认识内容之外的主观要素。司法实践常常将财产罪中的非法占有目的与故意相混淆，原因也在这里。

其五，刑法分则第五章的财产罪中的非法占有目的，与刑法分则第

192 条、第 193 条、条 196 条所规定的“以非法占有为目的”也不是完全等同的概念。就刑法分则第五章的财产罪而言，虽然在司法实践中，大多数的行为人都具有永久性的排除意思，但非法占有目的并不要求行为人具有永久性的排除意思（参见本章第八章）。可是，集资诈骗罪、贷款诈骗罪、恶意透支型信用卡诈骗罪的排除意思具有特殊性。例如，刑法第 193 条明文规定贷款诈骗罪必须“以非法占有为目的”，但任何贷款行为都导致行为人占有了金融机构的贷款，如果只是占有金融机构的贷款，而不具有永久性的排除意思，就不可能成立贷款诈骗罪。换言之，倘若行为人使用欺骗手段从银行骗取贷款，具有一时性的排除意思与利用意思，但具有归还本息的意思，就不能认定为贷款诈骗罪，只能认定为刑法第 175 条之一规定的骗取贷款罪。



普通用语的规范化与规范用语的普通化

一、普通用语与规范用语概述

法律由语言表述。“我们换句话可以说，法律是透过语言被带出来的。”^① 罪刑法定原则要求实行成文法主义，因为文字不仅可以表述理念，还可以固定下来，反复斟酌，广为传播。“法律语言最好是确切的、简洁的、冷峻的和不为每一种激情行为（Imponiergehabe，不同于经济学者、社会学者和心理学者，法律者拥有权力，他们可以放弃语言思索性表情）左右的。最好的法律文本是出色的文学作品，它们用精确合适的语词模塑出一种世界经验，并帮助我们通过同样精确得富有美学意义的语言模式，把人类共同生活调控到有秩序的轨道上。”^② 为了准确地描述犯罪行为的类型和表达刑法的正义理念，又为了实现刑法的明确性与简洁性，刑法条文通常在使用普通用语的同时，不得不使用规范用语。^③

明确性是罪刑法定主义的派生原则之一。因为明确性是限制国家权力、保障国民自由的基本要求。首先，不明确的刑法不具有预测可能性的功能，国民在行为前仍然不知道其行为的法律性质，这必然造成国民

① [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，111页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

② [德] 阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，293页，北京，法律出版社，2002。

③ 本章是在广义上使用“规范用语”这一词的，即除了描述规范的构成要件要素使用的用语之外，还包括难以从普通意义上理解的专业用语。此外，普通用语这一概念也具有相对性。具体而言，本章实际上将用语分为三类：一是规范用语或刑法专业用语，二是刑法中的普通用语（仅相对于规范用语而言），三是日常生活用语。有时也会将前两者合称为法律用语。

行动萎缩的效果，因而限制了国民的自由。正如罗尔斯所说：“如果由于一些法规的含糊不清而使无法律即不构成犯罪这一准则遭到了破坏，那么我们可以自由去做的事也同样是含糊不清的。我们的自由权的界限是不确定的。就这一点来说，自由权由于对它的实施的合理担心而受到了限制。”^① 而且随着社会的复杂化，法定犯（行政犯）越来越多，不明确的刑罚法规对国民预测可能性的损害便越来越严重。其次，不明确的刑法还为国家机关恣意侵犯国民的自由找到了形式上的法律根据，所以，不明确的刑法比没有刑法更容易侵犯国民自由，因而违反法治原则。在此意义上说，“无法无刑原则（Grundsatz nulla poena sine lege）的真正危险并非来自于类推，而是来自于不确定的刑法规定”^②。正如弗莱纳所言：“那些对犯罪的定义模糊而不确定的刑法典，可以被当局用来给每一个批评者标上国家或宪法秩序的敌人的污名，并把他拘禁起来，因而这种刑法典是与法治背道而驰的，并将侵害法律的确定性和表达自由等人权。”^③ 所以，不明确的法律是非正义的法律。^④ 最后，“明确性要求的根据在于，只有当人民代表的法意志被清楚地规定于条文中，使得法官不可能作出主观擅断的判决，法之保留（der Gesetzvorbehalt）方能发挥其效力”^⑤。换言之，不明确的刑法意味着有意或者无意地抹杀民意。法治的主张者们几乎无一例外地提出，明确性是一项法治原则。但可以肯定的是，任何部门法理论都没有像刑法理论这样强调法律的明确性。明确性决定了刑法必须尽可能使用普通用语。因为普通用语源于生活，比规范用语更为直观、更为具体，因而容易被人理解；普通用语被人们长期使用，在特定的语境下较少出现含糊不清的现象；人们在阅读一部作品时，总是首先根据用语的普通意义进行理解。

刑法不仅是裁判规范，也是行为规范；刑法不仅要让法官知道什么

-
- ① [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，谢延光译，261页，上海，上海译文出版社，1991。
- ② Welzel之语，转引自[德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，169页，北京，中国法制出版社，2001。
- ③ [瑞士] 托马斯·弗莱纳：《人权是什么？》，谢鹏程译，103页，北京，中国社会科学出版社，1999。
- ④ 正因为不明确的刑法常常导致处罚不当罚的行为，所以，国外不少学者将处罚的合理性归入明确性；但明确性与处罚的合理性的含义并非完全重叠：不明确虽然通常导致处罚不当罚的行为，但也可能导致没有处罚应当处罚的行为。
- ⑤ [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，169页，北京，中国法制出版社，2001。

是犯罪，而且也应让一般人知道什么是犯罪。Maria Theresia 在匈牙利规定，必须给立法机关一个“愚笨的人”，如果这个人没有办法理解法律草案，那么，就必须重新改写该草案。^① 这样的要求确实过分。但是，如果一部刑法的基本内容不能被一般人理解，一般人便不能按照刑法规范评价行为和做出意思决定，刑法就难以发挥行为规范的作用。作为行为规范，刑法是针对一般人的、普遍反复适用的法律规范；要使一般人理解刑法，就应尽可能使用一般人使用的用语。因为“语言是在人与人之间的范围内发展。一个小孩一出生，就学习与他父母、朋友及老师……等等般使用句子来作同样的想象。而这个过程在后来，就会向不同的方向发展。而透过这种方式，便存在一种关于字所指摄的内涵的使用的共同经验。字因此取得一种‘平均的意义’，因此，立场就可以被交换。只有立基于这种语言的相互主观性，以及观点的变换关系，如社会学家所说的，人类间才有共同的世界”^②。人类通过语言成为共同体，语言也依靠共同体而存在；人类不仅通过语言取得与他人沟通的能力，而且也学会了共同体中的共同生活规则；国民对于合法与违法的想象，大多也是通过日常用语而被给定的。所以，普通用语的使用，有利于国民的理解，因而有利于发挥刑法的机能。不仅如此，即使某些专业用语或许完全能够被一般人所理解，但当其含义与普通用语完全相同时，使用普通用语更能发挥刑法的规制机能。例如，与“非法剥夺他人生命”相比，“杀人”更能为一般人所理解，因而更能发挥其规范作用。所以，耶林（Rudolf v. Jhering）说：“立法者应该像哲学家一样思考，但像农夫般的说话。”^③

然而，要让一部刑法的内容完全由普通用语表述，几乎是不可能的。首先，刑法及其条文具有特定目的，所规制的对象具有特定范围，换言之，每个条文都具有特定的规范意义。当普通用语与刑法所要表达的规范意义没有距离时，毫无疑问应当选择普通用语。但是，当普通用语与刑法所要表达的规范意义存在距离时，立法者不得使用规范用语。例如，“白粉”、“鸦片烟”与刑法对毒品犯罪的规制对象不一致，

① 参见 [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，120 页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

② [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，116 页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

③ 转引自 [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，110~111 页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

所以，刑法必须使用“毒品”概念。“黄色书籍”、“三级片”等用语，与刑法对淫秽物品的规制范围不一致，所以，刑法要使用“淫秽物品”一词，而不使用普通用语。其次，刑法具有简短价值，对于犯罪类型的描述，不能过于冗长。在使用普通用语可能导致冗长表述时，立法者会使用规范用语。如后所述，刑法第310条中的“犯罪的人”实际上包含应当由司法机关控制的多种人，如果使用普通用语描述多种人，则会导致条文冗长，有损刑法的简短价值。再次，刑法也是裁判规范，刑法用语不仅要传递信息，还必须具有操作的功能。在使用普通用语不便于裁判者操作的场合，不得不使用规范用语。最后，刑法是普遍适用的规范，而不是仅适用于个案的命令。“形式、抽象性、一般性以及概念性是对于法律的形成不可缺少的，否则将没有所谓的等同对待，也将没有正义存在。”^①

由上可见，刑法不得不既使用普通用语，又使用规范用语或专业用语。但普通用语与规范用语的区别并不是绝对的，随着规范用语的长期使用，一般人准确把握规范用语，并将规范用语用于日常生活之后，规范用语与普通用语便没有明确界限了。例如，“贿赂”一词原本是规范用语，现在也成了普通用语。人们也难以断定“伤害”一词是普通用语，还是规范用语。事实上，规范用语不能任意地远离普通用语，否则，便难以表达社会规范。例如，虽然刑法上的“故意”概念与日常生活中的“故意”概念存在距离，但日常生活用语中的“故意”最接近刑法上的“故意”；“过失”以及其他规范概念都是如此。

由于普通用语与规范用语的区分并不严格，立法者使用普通用语时也是用以指称特定的规则对象，因而具有特定的目的，所以，即使面对普通用语，解释者也可能需要揭示其规范意义。例如，刑法第388条之一规定的利用影响力受贿罪的行为主体是“国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人”以及“离职的国家工作人员或者其他近亲属以及其他与其关系密切的人”。其中的“关系密切的人”可谓普通用语，但是，需要联系利用影响力受贿罪的行为性质与特点，对“关系密切的人”做出规范意义的解释。同样，即使是规范用语，解释者也应当以普通含义为底线，不能超出国民的预测可能性。所以，解释者应当善于穿梭于普通用语与规范用语之间，揭示刑法用语的真实

^① [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，122页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

含义。

虽然可以将刑法用语分为普通用语与规范用语，但是，刑法中的普通用语仍然与一般国民的日常生活用语存在差异。^① 这种差异不仅表现在用语的不同一，而且表现在意义的不同一。如刑法中的“盗窃”^② 与日常生活用语中的“偷”、“拿”、“偷盗”；刑法中的“公共财物”与日常生活用语中的“公家的钱”、“公家的东西”、“单位的東西”；刑法中的“伤害他人身体”与日常生活用语中“打伤人”；刑法中的“毒品”与日常生活用语中的“白粉”；如此等等。由此可以认为，刑法中的普通用语，相对于一般国民的日常用语而言，仍然可谓专业用语。换言之，刑法的普通用语多少具有专业术语的成分，因而与一般国民的日常生活用语存在区别。“法律的专业语言，不是一种科学语言，因为它的语法及语意不是建立在一种清楚的规则上。基本上，它甚至也不是一种专业语言，而是一种法律人之间的身分语言……也就是说，日常语言与法律的专业语言，是两个面向。但是有不同的重点。其中一种是较可以看得到的，而另外一种是为较抽象的。一种是具有图像式的形态，而另一种呢，则是一种符号式的观念。一种的内容是丰富的，也因此具有较大的讯息价值，另外一种在形式上较为严格，也因此具有一种较大的操作价值。”^③

由于刑法中的普通用语、规范用语与一般国民的日常生活用语并不同一，所以，为了判断犯罪构成（尤其是主观要素）符合性，专业法官必须了解刑法的专业用语与一般国民的日常生活用语的关系，明确对于同一事物、同一事物的本质，法律专业上与日常生活上各自使用何种语言，从而使得生活事实的日常世界与刑法规范世界相互拉近，而不至于毫无关系地相互割裂，使成文刑法真正成为生活中的法，而不至于使刑法脱离社会生活。

① 在不同国家，法律用语与日常生活用语的差异程度会有所不同。如德国刑法用语与日常生活用语的差异较大，而瑞士刑法用语与日常生活用语的差异较小。日本刑法在1995年以前，使用的是片假名，其用语与日常生活用语相差较大；1995年将片假名改为平假名，并且使刑法表述“平易化”，使刑法用语与日常生活用语的差距缩小。

② “盗窃”究竟是普通用语还是规范用语，可能难以下结论。

③ [德]亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，115～116页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

二、普通用语的规范化

本书所谓的普通用语的规范化，主要是指解释者必须揭示普通用语的规范意义，而不能完全按照字面解释普通用语的含义，形成“文字法学”。普通用语的规范意义，除了应当以用语本身所具有的客观含义为依据外，还需要根据刑法所描述的犯罪类型的本质以及刑法规范的目的予以确定，从而使用语的规范意义与犯罪的本质、规范的目的相对应。诚然，对刑法中的普通用语的解释，必须按照其普通意义进行解释。但是，普通用语的普通意义，只是规范意义的底线，而不一定与规范意义等同。在这个意义上说，刑法中的普通用语也都是规范用语，都应在规范意义上进行解释。例如，刑法规定故意杀人罪，是为了保护人的生命，因为故意杀人罪的本质是侵害人的生命。所以，解释者应当将“人”限定为自然人，而不包括法人与其他动物。由于刑法平等保护一切人的生命，所以，只要是“人”，不管其年龄、性别、地位、智力状况，都属于刑法第 232 条中的“人”^①。再如，杀人与伤害，在日常生活中可能仅指两种有联系但却相互排斥的现象，但在刑法上，应当承认杀人包含了伤害（即任何故意杀人行为都同时触犯了故意伤害罪），否则，既不能解决难以查明行为人是否具有杀人故意的案件，也不利于解决故意杀人犯与故意伤害犯的共同犯罪问题。

如前所述，尽管刑法条文应当尽可能使用普通用语，但当普通用语不能准确表达其规范意义时，就应使用规范用语。可是，刑法条文完全可能出现这样的现象：本来应当使用规范用语，但刑法条文仍然使用了普通用语。在这种情况下，解释者必须使普通用语规范化，在规范意义上理解普通用语。下面选择几例来说明。

（一）“代为保管”

刑法第 270 条第 1 款将普通侵占罪的对象表述为代为“保管”的他

① 故意杀人罪中的“人”是否包括本人，是值得研究的问题。诚然，自杀行为本身不构成犯罪，但自杀是因为不违法才不构成犯罪，还是因为缺乏期待可能性因而没有责任才不构成犯罪？如果是前者，那么，教唆、帮助自杀的行为，就难以成立故意杀人罪的教唆犯与帮助犯；如果是后者，那么，由于共同犯罪只是违法形态，教唆、帮助自杀的行为，依然成立故意杀人罪的教唆犯与帮助犯。有趣的是，刑法第 232 条规定的罪状是“故意杀人的”（没有规定为“故意杀他人的”）；而刑法第 234 条规定的罪状是“故意伤害他人身体的”（没有规定为“故意伤害人的身体的”）。

人财物。代为“保管”是一个普通用语，但如果不将该用语规范化，就会导致侵占罪与盗窃罪的混淆。

众所周知，侵占只能是将自己占有（包括事实上占有与法律上占有）的财物转变为自己所有的财物，而盗窃只能是将他人事实上占有的财物转移为自己或者第三者占有的财物。对于自己占有的财物，不可能成立盗窃罪；但对自己所有却由他人占有的财物，仍然可能成立盗窃罪。^①这是普通侵占罪与盗窃罪的关键区别。排除认识错误的情形，就事实上占有的财物而言，普通侵占罪与盗窃罪便形成这种相互排斥的关系，即只要行为成立盗窃罪，便不可能成立普通侵占罪；反之亦然。因此，只要正确理解了盗窃罪中的他人事实上的“占有”，也就能够合理确定普通侵占罪中的代为“保管”的规范意义。

盗窃罪的对象必须是他人占有的财物。从客观上说，占有是指事实上的支配，不仅包括物理支配范围内的支配，而且包括社会观念上可以推知财物的支配人的状态。首先，只要是在他人的事实支配领域内的财物，即使他人没有现实地握有或监视，也属于他人占有。例如，他人住宅内、车内的财物，即使他人完全忘记其存在，也属于他人占有的财物。再如，游人向公园水池内投掷的硬币，属于公园管理者占有的财物。其次，虽然处于他人支配领域之外，但存在可以推知由他人事实上支配的状态时，也属于他人占有的财物。例如，他人门前停放的自行车，即使没有上锁，也应认为由他人占有。再如，挂在他人门上、窗户上的任何财物，都由他人占有。再次，主人饲养的、具有回到原处能力或习性的宠物，不管宠物处于何处，都应认定为饲主占有。最后，即使原占有者丧失了占有，但当该财物转移为建筑物的管理者或者第三者占有时，也应认定为他人占有的财物。例如，旅客遗忘在旅馆房间的财物，属于旅馆管理者占有，而非遗忘物。^②此外，他人持续支配、管理的财物，即使暂时由行为人握持，但根据社会一般观念，也会认定为他人占有。例如，旅馆房间里的睡衣、拖鞋等，由旅馆主人占有；即使行为人将睡衣穿在身上，该睡衣也由旅馆主人占有，而不是由行为人占有。行为人将睡衣穿走据为己有的，属于盗窃而非侵占。同样，商店里的衣服，顾客在试穿时，也由店主或店员占有，而不是由顾客占有。同样，在特定场所，所有人在场的，原则上应认定为所有人占有。例如，

① 对于自己在法律上占有、而事实上没有占有的财物，既可以实施盗窃，也可以实施侵占。

② 参见〔日〕西田典之：《刑法各论》，5版，141页，东京，弘文堂，2010。

乙提着自己的包去甲家做客时，应当认定该包由乙占有，而不是甲占有；即使乙与甲一起到户外散步聊天、短暂离开甲家，乙放置在甲家的包也由乙占有。另外，明显属于他人支配、管理的财物，即使他人短暂遗忘或者短暂离开，但只要财物处于他人支配力所能涉及的范围，也应认定为他人占有。从主观上说，占有只要求他人对其事实上支配的财物具有概括的、抽象的支配意识，既包括明确的支配意识，也包括潜在的支配意识。占有意思对事实的支配的认定起补充作用。例如，处于不特定人通行的道路上的钱包，一般来说属于脱离他人占有的财物；但如果他人不慎从阳台上将钱包掉在该道路上后，一直看守着该钱包时，该钱包仍然由他人占有。从主体上说，占有必须是他人占有，而不是无主物，也不是行为人自己占有。

既然盗窃罪的对象必须是他人占有的财物，那么，普通侵占罪中的代为“保管”，也就应当理解为代为“占有”了他人财物，即应当按照上述“占有”的含义来理解代为“保管”，而不能从通常意义上理解保管，否则，就会导致刑法用语丧失规范意义，从而难以理解构成要件，不能区分此罪与彼罪。^①

例一：金某夫妇去外地参加儿子的婚礼，临行前委托其同事李某帮助照看住宅。李某在金某家书房内翻阅杂志时，发现书中夹有1万元现金。于是，李某将1万元现金拿走，并伪造金某家“被盗”的现场。金某夫妇从外地回来后，李某对金某夫妇谎称家里被盗。金某夫妇发现夹在杂志中的1万元“被盗”，遂向公安机关报案。有人认为李某的行为不成立盗窃罪。其理由之一便是，金某外出时，其家里的任何财产均由李某看管，即李某控制了金某家的财物。^②显然，如果从字面上理解代为“保管”，很容易得出李某正在代为保管金某夫妇财产的结论，于是其行为不成立盗窃罪。但如果将代为“保管”理解为刑法规范意义上的“占有”，那么，不管金某夫妇身在何处，根据社会的一般观念，其住宅内的财产都属于其占有，尽管金某夫妇委托李某照看住宅，但李某充其量只是金某夫妇财产的占有辅助者，因此，李某的行为完全符合盗窃罪的特征。

① 当然也可以认为，由于刑法第270条第1款使用了“保管”一词，所以，完全可以将盗窃罪的对象表述为他人保管的财物。但这只是形式上的区别，换言之，即使认为盗窃罪的对象是他人保管的财物，对其中的保管也必须理解为事实上的支配。

② 参见戴耀青：《照看房子伸贼手 谎称被盗定何罪》，载《检察日报》，2003-07-10，3版。

例二：甲与乙以拍广告为名，开车将 A 等三人骗出。下车时，A 等三人应甲、乙要求，将提包等放在车上。然后，甲以拍远景为由，将 A 等三人骗至河堤下。甲、乙见 A 等三人已看不到汽车，便开车逃走，然后瓜分了 A 等三人价值 2 000 余元的财物。A 等三人虽然应甲、乙的要求将自己的提包放在甲的车上，但仍然占有着自己的提包，换言之，甲、乙并没有因此而占有 A 等三人的提包。所以，甲、乙的行为性质是，违反 A 等三人的意志，以平和方式，将 A 等三人的财物转移为自己占有，因而成立盗窃罪。^① 如果从普通意义上理解代为“保管”，便可能以 A 等三人将提包置于甲的车内为依据，认定为甲、乙代为“保管” A 等三人的财物，进而认定甲与乙的行为成立侵占罪。

例三：2009 年 9 月末，行政机关做出决定让某歌厅停业整顿，歌厅的服务员均被辞退。当时，歌厅业主朱某见歌厅服务员李某因家住外地在本地无处居住，遂配了一把歌厅钥匙给李某，允许李某在停业整顿期间免费居住在歌厅（朱某并未让李某看管空闲的歌厅，李某也未主动提出负责看管歌厅）。李某因没有收入来源，便两次将歌厅包厢内的 4 台电脑液晶显示器取走卖给他人。在本案中，虽然李某居住在歌厅，但他并没有占有歌厅里的财物。即使朱某让李某看管歌厅里的财物，李某也只是占有的辅助者。因此，对李某的行为应认定为盗窃罪，而不能认定为侵占罪。

例四：汤某系郭某雇用的司机。2008 年 3 月 25 日 14 时许，汤某驾车送郭某至某建筑工地。郭某下车办事，将皮包留在车内。汤某趁此机会擅自将车开走逃至外省，同时非法占有郭某皮包内的人民币 4 万元。该车系郭某财物，价值 5 万元。对此案形成了三种观点：第一种观点认为，汤某的行为构成盗窃罪；第二种观点认为，汤某对汽车构成侵占

① 或许有人认为，甲、乙二人的行为应成立抢夺罪。其实不然。对于没有使用暴力、胁迫、诈骗、敲诈等手段而取得他人财物的公开盗窃行为，任何人都不会否认其可罚性。但是，如果将盗窃限定为秘密窃取，那么，必然将公开盗窃归入抢夺。然而，如果合理地界定“抢夺”，在“抢夺”一词可能具有的含义内对其进行规范意义的解释，那么，必然将公开盗窃归入盗窃。因为“抢夺”必须是一种对物暴力行为，之所以要有对物暴力行为，是因为财物由被害人紧密占有。而在本案中，提包并非由 A 等被害人紧密占有，甲与乙开走汽车的行为，也不符合对物暴力的要件。所以，对甲、乙的行为不能认定为抢夺罪。或许有人认为，甲、乙二人的行为应成立诈骗罪。其实不然。因为诈骗罪要求行为人使用欺骗手段，使对方产生认识错误，并基于认识错误处分财产，从而使行为人或者第三者获得财产。虽然本案中的甲与乙实施了欺骗行为，A 等三人也确实产生了认识错误，但他们并没有因为认识错误而处分财产。因此，甲与乙不可能成立诈骗罪。

罪，对4万元现金构成盗窃罪；第三种观点认为，汤某的行为构成侵占罪。^① 本书赞成第一种观点。首先，就4万元而言，汤某并没有占有，只是占有的辅助者。在日常生活中，雇主下车办事而将提包等放在车内的现象相当普遍，在这种情况下，不能认为雇员（司机）占有了雇主的提包。即使雇主明确对司机说“我的提包放在车内，你帮我看管一下”，司机也只是占有的辅助者。所以，汤某对郭某的4万元现金成立盗窃罪。其次，对于汽车这样的财物，不能简单地认为谁在驾驶就由谁占有。郭某是汽车的所有人，随时可以任意支配汽车（不需要经过汤某的同意），所以，应当认为郭某同时也是汽车的占有者。如果说汤某占有着汽车，就意味着郭某不能随时任意支配其汽车，亦即，不能违反汤某的意志支配其汽车，这显然不合适。所以，不能认定汽车由汤某占有。因此，对于汽车而言，也应认定汤某的行为成立盗窃罪。

刑法第270条中“代为”保管是一个普通用语，其规范意义是受委托占有他人财物。不管是事实上的支配还是法律上的支配，都应以财物的所有人与行为人之间存在委托关系为前提，委托关系发生的原因多种多样，如租赁、担保、借用、委任、寄存等等。委托关系的成立不一定要以成文的合同为根据；根据日常生活规则，事实上存在委托关系即可。因此，对于虽然由行为人占有，但行为人并不是受委托而占有的财物，不可能成立普通侵占罪。例如，甲从银行提取存款时，银行职员乙由于失误而多给了甲1万元。甲明知乙多给了1万元，但仍然将该款拿走。甲虽然占有了银行所有的1万元现金，但由于不是因为受委托而占有，故不可能成立普通侵占罪（如后所述，可能成立遗忘物侵占罪）。因为在任何意义上都不可能认定甲受委托保管了这1万元。再如，邮政工作人员误将收件人为乙的包裹投放到了甲的住宅内，甲虽然占有了该包裹，但并非基于任何委托而占有，也不成立普通侵占罪。^② 如果将“代为”保管作普通意义的解释，也可能不当地得出甲代为保管了他人财物的结论。

（二）“遗忘物”

对于刑法第270条中的“遗忘物”概念，也必须从规范意义上理解，而不能按照普通意义解释。首先需要研究的问题是：它与遗失物之间是

① 参见陈为钢、李铭顺、胥白：《被雇用司机擅自开走汽车并占有车内钱款如何定性》，载《检察日报》，2009-02-18，3版。

② 参见〔日〕平野龙一：《刑法概说》，222页，东京，东京大学出版会，1977。

否存在区别？一种观点认为，遗忘物与遗失物存在区别，前者是财物的所有人或持有人将所持财物放在某处，因疏忽忘记拿走；后者是指失主丢失的财物。具体区别为：（1）前者一经回忆一般都能知道财物所在位置，也较容易找回；后者一般不知失落何处，也不易找回。（2）前者一般尚未完全脱离物主的控制范围；而后者则完全脱离了物主的控制。（3）前者一般脱离物主的时间较短；后者一般脱离物主的时间较长。据此，侵占所谓遗失物的行为不构成侵占罪。^① 本书认为，不应区分遗忘物与遗失物，换言之，刑法上的遗忘物概念包含遗失物。上述观点的第（1）个区别，导致行为是否成立犯罪取决于被害人记忆力的强弱，或者说，导致记忆力不好的被害人的财物不能得到刑法的保护，其合理性值得怀疑；而且当被害人起先不知失落何处，后经回忆知道财物所在位置时，行为人的行为又由无罪变为有罪，这也不合适。上述观点的第（2）（3）个区别，有将被害人占有的财物与遗忘物相混淆之嫌，因为根据社会的一般观念，当财物尚未脱离被害人的控制范围或者脱离时间较短时，应属于被害人占有的财物，而非遗忘物。事实上，区别遗忘物与遗失物是相当困难甚至不可能的。即使可以明确区分二者，从实质上说，对侵占遗失物数额较大的行为，也值得以刑法进行规制。其次，对遗忘物也不能完全作通常字面意义的理解，而宜理解为“非基于他人本意而失去控制，偶然（即不是基于委托关系）由行为人占有或者占有人不明的财物”。因此，他人因为认识错误而交付给行为人的金钱，邮局误投的邮件，楼下飘落的衣物，河流中的漂流物等，只要他人没有放弃所有权的，均属于遗忘物。那种只要被害人“忘了”就是遗忘物的观点，会导致定罪的偏差。

例如，日本曾发生过这样的案件：被害人为了乘车而排队，将照相机放在排队的地方，随着队列的移动而移动照相机，但一时忘了移动，待进入到检票口附近后，才注意到自己忘了拿照相机。其间经过了约5分钟，被害人与照相机的距离约20米。日本最高裁判所认定，此时照相机仍由被害人占有。^② 日本学者也都同意这一判决结论。^③

① 参见高铭暄主编：《刑法专论》（下编），751页，北京，高等教育出版社，2002；阮齐林：《刑法学》，627页，北京，中国政法大学出版社，2008。

② 参见日本最高裁判所1957年11月8日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第11卷第12号，3061页。

③ 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，184页，东京，有斐阁，2005；〔日〕西田典之：《刑法各论》，5版，142页，东京，弘文堂，2010；〔日〕前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，206页，东京，东京大学出版会，2007。

再如，乙搬家后尚未退房，让好友甲为其打扫室内卫生。甲在打扫卧室时，从地上拾到一张工商银行的牡丹灵通卡。甲未将此卡交给乙，并于4日后到某工商银行的自动取款机上分3次取出2000余元（甲以前陪同乙取款时知道了密码）。乙曾问甲是否见过此卡，甲称未见过。后乙报案，查获甲。乙虽然搬家，但因为未退房而继续控制着该房屋，既然如此，该房屋内的一切财物（包括牡丹灵通卡）仍然由乙占有，故甲的行为成立盗窃罪（盗窃信用卡并使用）。如果以乙“忘了”为由，认定甲是侵占信用卡并使用，则是没有从规范意义上理解“遗忘物”所致。

又如，甲、乙一起到丙家聊天，乙的手机从口袋滑落至沙发上，乙先于甲离开丙家后，丙发现了乙的手机，于是丙将手机放在茶几上。甲后来离开丙家时，将乙的手机拿走。如果简单地判断乙是否遗忘（或者遗失）了自己的手机，答案显然是肯定的。但是，当丙发现了乙的手机并将其放在茶几上之后，根据社会的一般观念，该手机由丙占有，而不再是遗忘物。所以，甲拿走该手机的行为，已经不是侵占遗忘物，而是盗窃丙所占有的财物。

值得讨论的是，对乘客“遗忘”在小型出租车内财物（暂时不考虑数额要求），应当如何评价？这是司法实践中经常发生的案件，但刑法理论上却没有展开充分讨论。本书的基本看法如下：（1）在乘客刚下车时，即使乘客遗忘了放在车内的行李，在短暂的时间内，只要出租车尚未离开，就应认定为乘客占有。司机在乘客刚下车后，发现车内留有行李而迅速逃离的，应当认定为盗窃罪。基于同样的理由，在前乘客刚下车后乘客立即上车的情形下，后乘客立即将前乘客遗忘在出租车座位上的行李据为己有的，也成立盗窃罪。（2）前乘客遗忘在出租车后备箱的行李，如果脱离了前乘客的占有，就当然转移给司机占有。对此当无疑问。所以，司机事后据为己有的，成立侵占罪。如果后乘客也将自己的行李放在后备箱，在下车时同时将前乘客的行李一并取走的，成立盗窃罪。（3）前乘客遗忘在出租车座位上的行李，如果脱离了前乘客的占有，就当然转移给司机占有。因为出租车虽然是任何人都可以乘坐的车辆，但出租车本身由司机占有。既然如此，出租车内的财物也当然由司机占有。即使司机没有意识到前乘客将行李遗忘在出租车的座位上，由于财物处于司机的支配范围内，根据社会的一般观念，也应认定司机事实上支配了前乘客的行李。所以，如果后乘客将前乘客的行李转移为自己占有的，应认定为盗窃罪；如果司机将前乘客的财物据为己有的，成

立侵占罪。

（三）“贩卖”

刑法分则共有4种犯罪包括贩卖行为：走私罪、拐卖妇女、儿童罪、贩卖毒品罪、贩卖淫秽物品罪。在一般意义上说，贩卖与出卖存在区别，出卖是单纯的有偿销售行为（买进后再卖出的行为，当然也符合出卖的条件），而贩卖则包含买进与卖出两个环节。根据目前通用的词典的解释，“贩”或者是指贩卖商品的人，或者是指购买。因此，“贩卖”是指买进后再卖出以获取利益的行为。^①在此意义上说，贩卖与倒卖是同义语。例如，刑法第227条、第228条与第326条分别规定了倒卖伪造的有价票证、倒卖车票、船票、倒卖土地使用权、倒卖文物的行为，这几个条文中的倒卖都应是买进后再卖出的行为。但是，如果从刑法条文的目的、相关犯罪的本质来考虑，对“贩卖”则不能一概做出这种解释。

例如，刑法第363条第1款前段规定：“以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”有的论著在解释“贩卖”时指出：“贩卖行为包括买进和卖出两个环节。这是‘贩卖’一词的当然含义。在许多刑法论著中，作者都只把贩卖理解为‘卖出’的过程……按照这种观点，下列行为都应当视为贩卖淫秽物品：第一，行为人将自己制造、复制的淫秽物品出卖；第二，行为人无偿地从他人那里取得淫秽物品然后出卖；第三，行为人从他人那里买进淫秽物品然后出卖。我们认为，这种观点有失偏颇。因为贩卖一词从词意来看，它必须是一个先买进后卖出，以获取利润的过程，在这个过程中，买进和卖出成为了一个整体，缺少任何一个环节都不能认为是‘贩卖’。任何法律用语都应当按照其语词的含义来理解，不应该任意扩大或缩小，否则就极易造成认识上的混乱。如果仅把贩卖理解成出卖，那我们的刑法典就不如直接规定成‘出卖’了。所以我们认为，上述三种行为中，只有第三种行为才是真正的贩卖淫秽物品的行为，其余的两种应当认定为传播淫秽物品牟利罪的行为。”^②但是，本书认为，在刑法分则中，“贩卖”都不是当然地必须具备买进

① 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，5版，382页，北京，商务印书馆，2005。

② 王作富主编：《刑法分则实务研究》（下），1615～1616页，北京，中国方正出版社，2001。

与卖出两个环节。事实上，我国刑法分则中的“贩卖”一词，只能被规范地解释为出卖或者出售、销售，而不能要求买进后再卖出（当然，该行为也符合“贩卖”的条件），否则便不当地缩小了处罚范围。

首先，从“贩卖”的一般含义来说，“卖”显然是指出卖，但“贩”并不仅有买进的含义，而是具有多种含义：一是指贩卖货物的人，如《管子·八观》：“悦商贩而不务本货，则民偷处而不事积聚。”二是买货出卖，如《史记·平准书》：“贩物求利。”三是卖出，如《荀子·王霸》：“农分田而耕，贾分货而贩”。四是买进，如《史记·吕不韦列传》：“往来贩贱卖贵，家累千金。”^①

其次，对分则条文所使用的“贩卖”一词，必须根据不同条文的表述及其描述的犯罪类型进行解释。概言之，对有的分则条文所使用的“贩卖”一语，只能解释为出卖或者出售，而不可能按通常含义解释为买进后再卖出。例如，刑法第155条第2项规定，“在内海、领海、界河、界湖运输、收购、贩卖国家禁止进出口物品的，或者运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的”，以走私罪论处。一方面，对其中的“贩卖”只能解释为出卖。因为“贩卖”之前列举了“收购”行为。另一方面，行为人将自己原本就合法持有的、但禁止进出口的物品或者国家限制进出口的货物、物品（如禁止或者限制出口的名贵中药材），在内海、领海、界河、界湖出卖的，也应以走私罪论处。既然如此，就不能认为，贩卖必须是先收购后出卖。再如，刑法第240条规定了拐卖妇女、儿童罪，而其第2款规定：“拐卖妇女、儿童是指以出卖为目的，有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一的。”显然，对这里的“贩卖”只能解释为出卖，因为“贩卖”之前列举了“收买”行为。即使解释者认为，第155条、第240条错误地使用了“贩卖”一词，但是，为了合理地界定处罚范围，并使刑法具有体系性，也不得不从规范意义上将“贩卖”解释为出卖。再如，刑法第347条第1款规定：“走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚。”这里的“贩卖”只要求单纯出卖，而不要求先买进毒品后再卖出毒品。例如，行为人接受他人赠与的毒品后出卖的，捡拾毒品后又出卖的，将父辈、祖辈遗留下来的毒品予以出卖的，都只能认定为贩卖毒品罪，既不可能

^① 陈复华主编：《古代汉语词典》，387页，北京，商务印书馆，1998。

宣告无罪，也不可能认定为其他犯罪。^①

最后，诚如上述论者所言，在许多条文中，刑法与其使用“贩卖”一词，不如使用“出卖”一语，但是，既然刑法使用了“贩卖”一词，而又需要将其解释为出卖时，解释者便没有理由拒绝这种解释结论。从上面几个条文中的“贩卖”的解释也可以看出，即使认为将“贩卖”解释为出售属于扩大解释，也不能认为是任意的，而是以刑法的正义理念、处罚的必要性等为依据的。将单纯出卖淫秽物品的行为解释为传播淫秽物品牟利罪或许是成立的，也不至于形成处罚上的空隙，但在司法解释对贩卖与传播行为规定了不同的定罪标准的情况下^②，将单纯贩卖淫秽物品的行为认定为传播淫秽物品罪反而会造成混乱。由上可见，我们应当将“贩卖”这一普通用语，规范化地解释为有偿转让或者出卖，而不能按其普通含义进行解释。

（四）“窝藏”

“窝藏”一语，也被刑法分则条文多次使用。如果仅仅按照“窝藏”一语的普通意义，将其解释为隐藏、藏匿、私藏等等，必然不符合立法精神。例如，刑法第269条的“窝藏赃物”，如果解释为犯盗窃、诈骗、抢夺罪的人，为藏匿赃物而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，以抢劫罪论处，则会导致这一类型的准抢劫罪不复存在。因为犯盗窃、诈骗、抢夺罪的人，被他人发现后，难以有机会藏匿赃物。所以，只有在规范意义上将“为窝藏赃物”解释为“行为人为了保护已经取得的赃物不被追回”，才能使准抢劫罪的处罚范围合理化。^③相反，对于刑法第312条中的“窝藏”犯罪所得及其收益，则应解释为使公安、司法机关不能或者难以发现犯罪所得及其收益的一切行为。

-
- ① 参见最高人民检察院1988年8月12日《关于向他人出卖父辈、祖辈遗留下来的鸦片以及其他毒品如何适用法律的批复》。
- ② 最高人民法院1998年12月17日《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定，以牟利为目的，贩卖淫秽影碟、软件、录像带100至200张（盒）以上，淫秽音碟、录音带200至400张（盒）以上，淫秽扑克、书刊、画册200至400副（册）以上，淫秽照片、画片1000至2000张以上的，以贩卖淫秽物品牟利罪论处；以牟利为目的，向他人传播淫秽物品达200至500人次以上，或者组织播放淫秽影像达10至20场次以上的，以传播淫秽物品牟利罪论处。
- ③ 正因为如此，日本刑法第238条规定：“盗窃犯在窃取财物后为防止财物的返还，或者为逃避逮捕或者隐灭罪迹，而实施暴行或者胁迫的，以强盗论。”

（五）其他普通用语

普通用语需要规范化的现象相当多。解释者应当以普通用语的普通含义作为底线，在此范围内揭示出符合刑法理念与目的的规范意义。

例如，刑法第 135 条之一前段规定：“举办大型群众性活动违反安全管理规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。”对于其中的“群众性活动”这一普通用语，就不能限定为“只有普通老百姓（没有加入共产党、共青团组织的人）参加的活动”，也不能限定为“由没有担任领导职务的人参加的活动”。由于本罪属于危害公共安全的犯罪，所以，只要是不特定人或者多数人参加的活动，就属于本条的“群众性活动”。

再如，刑法第 144 条前段规定：“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处五年以下有期徒刑，并处罚金。”“食品”是一个很普通的概念，在普通用语中，“食品”是指“商店出售的经过加工制作的食物”，“食物”是指“可以充饥的东西”^①。但是，在对刑法第 144 条中的“食品”进行解释时，不能直接采用这种普通用语的普通含义，而必须联系本条的保护法益对食品进行规范的解释。（1）“食品”不一定要是商店出售的。例如，行为人将自己制造的有毒、有害食品直接予以销售的，成立销售有毒、有害食品罪。（2）“食品”也不要是经过加工制作的。例如，行为人将自己打捞的有毒鱼虾拿到市场上出卖，没有经过任何加工的，也可能成立销售有毒食品罪。（3）“食品”完全可能是活着的动物。按照普通用语的普通含义，活猪不是“食品”，但是，对于刑法第 144 条中的“食品”不能作这样的解释。换言之，在刑法上，活猪等将来可能被人们食用的动物，都是“食品”。例如，最高人民法院、最高人民检察院 2002 年 8 月 16 日《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条规定：“使用盐酸克仑特罗（Clenbuterol Hydrochloride，俗称“瘦肉精”——引者注）等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品或者含有该类药品的饲料养殖供人食用的动物，或者销售明知是

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，5 版，1239 页，北京，商务印书馆，2005。

使用该类药品或者含有该类药品的饲料养殖的供人食用的动物的，依照刑法第一百四十四条的规定，以生产、销售有毒、有害食品罪追究刑事责任。”应当肯定这一解释的合理性，于是，活猪也是“食品”。基于同样的理由，其他可能被食用的鲜活动物，也都是“食品”。(4)“食品”还包括不适合人食用的物品。例如，将工业用酒精勾兑成散装白酒出售给他人的，将工业用猪油冒充食用油出售给他人的，也成立销售有毒食品罪。

三、规范用语的普通化

本书所谓的规范用语的普通化，具有两个方面的含义：其一，在某些情况下，对规范用语只能从普通意义上理解，而不能从严格的规范意义上理解；或者说，对某些规范用语只能当做普通用语来解释。其二，在判断规范的构成要件符合性时，必须使规范用语的规范意义与该用语指称的对象在一般人心目中的普通意义进行沟通（所谓外行人领域的平行评价）。下面分别说明。

如前所述，刑法不可避免地使用规范用语。但是，一方面，规范用语的使用可能只是为了表述的简短，因此，反而需要将该规范用语作普通意义的解释。另一方面，“一般词语的通用的意义几乎总比显然更严格、更精确的科学定义有更多的正确性。词的通常含义来自普通见识，而普通见识是人类的特征。一个词的通常的意义是在逐渐发展的，在事实的不断出现中形成的。因此，当一个看来是属于某一词的意义范围内的物时，它好像就被自然地收纳进去了。这个词语的词义会逐渐伸展、逐渐扩张，直到人们根据事物本身的性质将应归入这个词名下的种种事实、种种概念都包含了进去……另一方面，当一个词的意义根据科学来决定时，这个决定、这件由一个人或少数人作的工作是在人们想到的某个特殊事实的影响下发生的。因此，一般而论，科学的定义要比词语的通俗意义狭隘得多，因而实际上也不精确得多、不真实得多。”^①所以，当规范用语的意义不精确、不真实时，必须回到普通意义上进行解释。

例如，刑法第310条规定，明知是“犯罪的人”而为其提供隐藏处

① [法]基佐：《欧洲文明史》，程洪逵、沅芷译，7页，北京，商务印书馆，1998。

所、财物，帮助其逃匿的行为或者作假证明包庇的，成立窝藏、包庇罪。问题是，如何理解这里的“犯罪的人”？

关于“犯罪的人”^①，日本刑法理论上存在不同观点：第一种观点认为，“犯罪的人”是指真正的犯罪人，即从审判结局来看，必须是被判决有罪的人。第二种观点认为，只要作为犯罪嫌疑人被列为立案侦查对象即为“犯罪的人”。第三种观点认为，客观上看犯罪的嫌疑浓厚的人就是“犯罪的人”^②。本书认为，第一种观点是从规范意义上解释“犯罪的人”这一规范用语的，但是其结论明显不当，不利于保护司法活动；第三种观点过于模糊；所以，日本学者一般认为第二种观点比较适中。

在我国，一般认为，刑法第310条中的“犯罪的人”包括犯罪嫌疑人、刑事被告人与罪犯。^③这虽然不是严格地在规范意义上所做的解释，但由于不敢远离“犯罪的人”的规范意义，事实上导致解释结论存在缺陷。在本书看来，对“犯罪的人”应从一般意义上理解，而不能从“无罪推定”规范意义上做出解释。刑事诉讼法第12条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”从规范意义上说，只有当某人被人民法院依法判决有罪，并且该判决发生法律效力时，他才是“犯罪的人”。但是，这种解释只是形式上与无罪推定原则“相符合”，却有悖刑法第310条的法益保护目的，也与窝藏、包庇罪的本质相背离，进而不当地缩小了处罚范围。因为刑法规定本罪，是为了保护刑事侦查、起诉、审判活动的正常、顺利进行，如果将“犯罪的人”限定为真正的已决犯，那么，只有从监狱等脱逃的已决犯，才可能成为本罪中的“犯罪的人”，所谓“作假证明包庇”也几乎不存在了。那些在判决前窝藏、包庇犯罪嫌疑人、被告人的行为，即使严重妨害了刑事司法活动，也不能受到制裁，刑事司法活动就得不到保障。所以，不可能在规范意义上解释“犯罪的人”。既然如此，便只能在普通意义上解释“犯罪的人”。在一般人看来，或者说在普通意义上，只要是实施了刑法所禁止的行为，可能或者已经被人民法院宣告有罪的人，都是“有罪的

① 日本刑法第103条规定：“藏匿已犯应当判处罚金以上刑罚之罪的人或者拘禁中的脱逃人，或者使其隐避的，处二年以下惩役或者二十万元以下罚金。”

② [日]西田典之：《刑法各论》，5版，442~443页，东京，弘文堂，2010。

③ 参见刘家琛主编：《新刑法条文释义》（下），1358页，北京，人民法院出版社，1997；周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，607页，北京，人民法院出版社，2007。

人”。例如，当甲故意杀害了乙时，即使没有被司法机关发现，知道真相的一般人都会认为甲是“犯罪的人”。所以，不仅真正的已决犯属于“犯罪的人”，已被公安、司法机关依法作为犯罪嫌疑人、被告人而成为侦查、起诉对象的人，也属于“犯罪的人”；同样，即使暂时没有被司法机关作为犯罪嫌疑人（因为只有立案后才能称为刑事诉讼上的犯罪嫌疑人），但确已实施了犯罪行为，因而将被公安、司法机关作为犯罪嫌疑人、被告人而成为侦查、起诉对象的人，也属于“犯罪的人”。

经过上述解释，我们或许能够发现，刑法第310条的“犯罪的人”原本就是普通用语，而不是规范用语，因此只能在普通意义上解释，而不能在规范意义上解释。解释者之所以将“犯罪的人”与刑事诉讼法第12条联系起来，首先考虑“犯罪的人”的规范意义，进而再做“补正解释”或“扩大解释”，甚至攻击“犯罪的人”这一用语，乃因为解释者是懂得“犯罪的人”的规范意义的人，并且习惯于将“犯罪的人”理解为专业的规范用语，没有将日常用语世界与刑法专业语言世界相联系，未能穿梭于两种语言——普通人的语言与法律的语言——之间，从而形成了先曲解“犯罪的人”的含义，再进行“补正解释”或者“扩张解释”的不正常现象。其实，如果将刑法第310条中的“犯罪的人”交给非法学专业的一般人去解释，他们得出的解释结论可能比法学家更为准确、合理。

试图对“犯罪的人”进行规范意义的解释，而又发现解释不通的人，可能批评刑法第310条使用的“犯罪的人”一词不当，进而建议将“犯罪的人”修改为“罪犯、刑事被告人、犯罪嫌疑人”。这三个概念都仅具有单一的含义，其范围也相当明确，似乎非常合适。其实不然。法律的发现是一个不断地将规范与事实进行拉近的过程，即“一方面将生活中的事实与规范相拉近，另一方面则将规范与生活的事实相拉近。但是这不能够被理解为在其中是一种分裂式的行动，是一种归纳与演绎先后为之的事实。它事实上是一种同时且‘连续发展’出来的由事实自我开放的向规范前进，而规范向事实前进。”^①唯有如此，才能实现刑法的正义、安定性与合目的性的理念。成文刑法比立法者更聪明，从刑法中读出来的含义，并不一定是立法者事先投入进去的；根据成文刑法处理的案件，并不一定是立法者事先想到了的。如果考虑到案件的复杂

^① [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，125页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

性，考虑到刑法不仅在实现一般正义，而且要实现个别正义，我们就会发现，使用“犯罪的人”一词比使用“罪犯、刑事被告人、犯罪嫌疑人”更好。因为当行为人所窝藏、包庇的人虽然是被告人、犯罪嫌疑人，但事后证明被窝藏、包庇的人根本不成立犯罪时，法官具有实现个别正义的余地，即认为行为人并没有窝藏、包庇“犯罪的人”而不以窝藏、包庇罪论处。如果使用前一表述（“罪犯、刑事被告人、犯罪嫌疑人”），法官就没有实现个别正义的余地。^① 因为“无罪的人”的概念并不与刑事被告人、犯罪嫌疑人相排斥。所以，考夫曼说：“单一概念（指仅具有单一含义的概念——引者注）是从未在一个真实的判决中出现的——它甚至不应该是这样的，否则它没有办法满足它的功能，也就是将在法律理念中的张力——平等、法律安定性、衡平加以调和。”^② 另一方面，如果采用前一表述，前述已经实施了犯罪行为，因而将被公安、司法机关作为犯罪嫌疑人、被告人而成为侦查、起诉对象的人，便被不合理地排除在“犯罪的人”之外。由此看来，任何一个解释者，在面对所谓的立法缺陷时，都要反复地扪心自问：是立法者的立法缺陷还是解释者的解释缺陷？甚至一旦发现所谓的立法缺陷时，要首先并持续地怀疑自己的解释缺陷。

刑法第 399 条也存在类似问题。其中的“有罪的人”也不能绝对从规范意义上理解，否则会令人啼笑皆非。某派出所所长徇私枉法，对有充分、确实证据证明犯有抢劫罪的三名嫌疑人故意包庇不使其受追诉。当检察院将派出所所长以徇私枉法罪起诉至法院时，某法院宣告该派出

① 当然，笔者并不认为窝藏、包庇事后证明无罪的犯罪嫌疑人与刑事被告人的，一概不成立犯罪。只是说，在有必要将上述行为宣告无罪时，“犯罪的人”一词可以成为法律依据，而犯罪嫌疑人、刑事被告人的用语则难以起到这样的作用。例如，双胞胎兄弟中的李某大对被害人陈某实施了伤害行为，此时，李某大的双胞胎弟弟李某小也在现场。接到报警电话后，警察迅速到达现场，此时被害人陈某与在场的一些人，因为没有分清李某大与李某小，而指认李某小对陈某实施伤害行为。在现场的王某能分清李某大与李某小，并且告诉警察是李某大实施了伤害行为。但警察相信被害人与其他人所说，将李某小作为嫌疑人带到公安局，并且对李某小采取刑事拘留的强制措施。李某小逃脱出看守所之后找到王某，希望王某证明其清白。王某让李某小住在自己家中，并继续向公安机关反映事实真相。面对这一案件的法官，不应当认定王某的行为构成窝藏罪。光明正大的理由是，王某并没有窝藏“有罪的人”。倘若将刑法第 310 条中的“犯罪的人”修改为“罪犯、刑事被告人与犯罪嫌疑人”，那么，李某小就是犯罪嫌疑人，王某也知道其是犯罪嫌疑人，于是，便缺乏否定王某构成窝藏罪的理由。

② [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，124 页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

所所长无罪。理由是：“刑法第 399 条要求‘对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉’，而根据刑事诉讼法第 12 条的规定，未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪；三名嫌疑人未经人民法院判决，所以不属于‘有罪的人’；既然如此，派出所所长的行为便不符合刑法第 399 条所规定的构成要件。”看上去天衣无缝的逻辑推理，其实大错特错。如果排除了法官徇私枉法的可能，我们或者可以说法官没有将规范用语普通化，或者说法官将普通用语进行严格规范意义的解释。与刑法第 310 条的“犯罪的人”一样，如果说第 399 条“有罪的人”是规范用语，那么，就必须将其普通化，即按照该用语的普通含义进行解释；如果说“有罪的人”是普通用语，在此便不能进行严格规范意义的解释。同样，批评立法者使用“有罪的人”一词，或者建议修改成其他用语，都是没有必要甚至是不当的。

刑法第 353 条第 1 款前段规定：“引诱、教唆、欺骗他人吸食、注射毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”法律专业出身并且熟悉刑法总则关于教唆犯规定的人，常常以为本条用语有误：因为“教唆”是指故意唆使他人犯罪，而吸食、注射毒品本身并非犯罪，故“教唆”一词使用不当。其实，这里的“教唆”与“引诱”、“欺骗”一样，都是普通用语，刑法条文将三者并列，只是为了涵盖强迫以外的引起他人吸食、注射毒品的一切行为。法律专业人士应当拥有自己的法律规范世界，但不能忘记生活事实的日常世界；可以三句话不离本行，但不能将一切普通用语专业化。换言之，法律专业人士遇到法律专业术语时，多少会有亲切感，甚至因为自己懂得该术语而产生自豪感，但是，不能见到与专业术语相同的文字，便以专业术语进行解释。

一些公安、司法人员习惯于问被告：“你知道你的行为是什么性质吗？”当被告答：“我的行为是偷”或者“我的行为是抢”时，公安、司法人员似乎仍不满意，因为他们期待被告人以法律用语做出“我的行为构成盗窃罪”或者“我的行为构成抢劫罪”之类的回答。这种不必要的问与答之所以频繁出现，是因为一些公安、司法人员缺乏日常生活用语与法律用语的沟通。

一般来说，由记述或者描述概念所表述的构成要件要素，就是记述的构成要件要素；案件事实是否符合这些要素的判断，只需要一般的认识活动与基本的对比判断就可以得出结论。由价值关系的概念或评价概念所表述的构成要件要素，就是规范的构成要件要素。在规范的构成要件要素的场合，立法者不能或者难以对侵害法益的事实做出具体的客观

描述，必须借助价值关系的概念或评价概念，使构成要件成为违法行为类型。法官不仅需要判断案件事实是否符合构成要件，而且需要以特定的违法性为导向，以某种规范为前提理解构成要件要素和评价案件事实。

例如，刑法第 320 条所规定的提供伪造、变造的出入境证件罪的客观要件为“为他人提供伪造、变造的护照、签证等出入境证件”。对这里的“提供”、“伪造、变造”、“护照、签证等出入境证件”的理解，以及对客观事实是否符合这些要素，都只需要一般的认识活动与基本的对比判断就可以得出结论，因而属于记述的构成要件要素。再如，刑法第 347 条所规定的贩卖毒品罪的构成要件要素是“贩卖毒品”，对“贩卖”、“毒品”的理解，以及对客观事实是否符合这些要素的判断，都只需要一般的认识活动与基本的对比判断就可以得出结论，而且，只要得出肯定结论，就一定存在特定的法益侵害，故“贩卖”、“毒品”属于记述的构成要件要素。反之，刑法第 363 条规定的贩卖淫秽物品牟利罪中的“淫秽”物品，只有经过法官的规范评价才能认定。一方面，法官必须以特定的违法性为导向理解“淫秽”；另一方面，法官必须按照社会的一般观念判断某种物品是否属于淫秽物品。可以认为，在记述的构成要件要素的场合，立法者已经对其描述的事实作出了评价；在规范的构成要件要素的场合，立法者只是提供了评价的导向，或者说只是赋予了价值的形式，而具体的评价需要法官根据一定的标准完成。

应当承认的是，规范的构成要件要素与记述的构成要件要素的区分具有相对性，二者并不存在绝对明确的界限。例如，故意杀人罪中的杀“人”、盗窃罪中的“财物”，一直被认为是记述的构成要件要素，但随着脑死亡概念的产生，已经脑死亡但心脏还在跳动的 A 是不是“人”；随着财产关系的复杂化，何种价值、何种形式的物才是盗窃罪中的“财物”，也在一定程度上需要解释者与司法人员的评价的、规范的理解。^①正因为如此，沃尔夫（E. Wolf）认为，即使是纯粹的描述性概念，其边缘地带也是规范性的；构成要件是价值要素与存在要素的组合，完全是一种规范的形象。换言之，所有的构成要件要素都具有规范的性质，故所有的构成要件要素都是规范的要素。^②

表述规范的构成要件要素的用语既可能是日常用语（普通用语），

① 参见 [日] 町野朔：《刑法总论讲义案 I》，2 版，115 页，东京，信山社，1995。

② E. Wolf, Die Typen der Tatbestandsmaessigkeit, Ferdinand Hirt In Breslau 1931, S. 51ff.

也可能是法律用语，如“危险”可谓日常用语，但其表述的是规范的构成要件要素。反之，法律用语也可能是对客观事实的记述。所以，日常用语与法律用语的区别，并非记述的要素与规范的要素的区别。

规范的要素与一般条款（或概括条款）具有关联性。一般条款，是指像“违背良知”、“违背善良风俗”之类的，用以表达一般性内容，以便尽可能涵盖较多的构成事实的概念。一般条款具有高度的抽象性，因而被认为具有相当的不明确性，在适用上需要法官进行具体化。大体而言，一般条款都属于规范的要素^①，但规范的要素并非均属一般条款。

对规范的构成要件要素的区分，应当有利于法官理解与判断规范的构成要件要素，有利于法官判断行为人对规范的构成要件要素的认识。关于规范的构成要件要素的分类，国外刑法理论存在不同观点。^② 基于这种区分目的以及我国刑法分则的规定，本书倾向于将规范的构成要件要素分为以下三类：

一是法律的评价要素，即必须根据相关的法律、法规作出评价的要素，如第 277 条中的“依法”、第 306 条中的“辩护人”、“诉讼代理人”、第 435 条中的“滥伐”、许多条文中的“国家工作人员”、“司法工作人员”、“公私”财产、“不符合……标准”等。法官在判断案件事实是否符合构成要件要素时，必须以相关的法律、法规作为评价依据。其中的法律、法规，主要是指其他法律、法规的关联性规定（也可能包括刑法中的解释性规定）。例如，判断行为主体是否是国家工作人员时，需要以刑法第 93 条以及相关法律（如公务员法）的规定为依据；判断行为是否妨碍国家机关工作人员“依法”执行公务时，必须以国家机关工作人员执行职务所依据的相关法律、法规规定的职务要件为依据；判断行为是否属于“滥伐”林木，应当以森林法为根据作出判断。一般来说，法律的评价要素，是规范的构成要件要素中较为容易判断和认定的要素。

二是经验法则的评价要素，即需要根据经验法则作出评价的要素。

① 也有少数学者认为，一般条款未必属于规范的构成要件要素，如“造成他人生命危险”的规定属于一般条款，虽然需要判断“危险”的有无，但与价值判断无关，所以不是规范的构成要件要素（Vgl. Theodor Lenckner, Wertaussfuellungsbeduerftige Begriffe im Strafrecht und der Satz “nullum crimen sine lege”, JuS 1968, S. 250）。但本书认为，“危险”、“危险性”等属于规范的构成要件要素。

② 参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，195 页以下，北京，北京大学出版社，2010。

刑法第 114 条中的“危险方法”、“危害”公共安全、第 116 条中的“危险”、第 137 条中的“降低”等属于这一类。这类规范的构成要件要素，需要以一定的事实为根据，同时以生活经验、因果法则为标准作出评价，而不是以一般人的感觉、观念为标准进行评价。例如，行为是否具有公共危险，不是根据一般人的感觉进行判断，而是根据经验法则作出评价。由于经验法则不是成文的，故对于经验法则的评价要素的判断与认定，难于法律的评价要素。

三是社会的评价要素，即需要根据社会的一般观念或社会意义作出评价的要素。刑法第 234 条中的“特别残忍”、第 237 条中的“猥亵”、第 263 条中的“淫秽物品”、第 245 条中的“住宅”、第 280 条中的“公文”、“证件”、第 166 条的“明显高于”、“明显低于”，以及许多法条中的“较大”、“巨大”、“严重”、“特别严重”、“恶劣”、“特别恶劣”等，都属于这一类。显然，社会的评价要素，是规范的构成要件要素中最难以判断和认定的要素。

对于规范的构成要件要素，必须以特定的违法性为导向进行判断。此外，还必须根据规范的构成要件要素的不同类型，分别以相应的规范为逻辑前提进行判断。(1) 对于法律的评价要素，法官必须将相关的法律、法规的规定作为逻辑前提，从而判断案件事实与规范的构成要件要素的符合性。例如，甲以暴力妨碍警察逮捕他人的行为，是否成立妨害公务罪？这涉及警察的行为是否具有合法性的问题，必须以刑事诉讼法的相关规定为根据，判断警察的行为是否“依法”执行逮捕。(2) 对于经验法则的评价要素，法官必须按照经验法则进行评价。但经验法则是无法穷尽的，而且经验法则是具体的，不是抽象的，法官只能就案件具体事实，以相应的经验法则为标准做出判断。例如，行为是否“降低”了工程质量标准，需要根据工程建设的经验法则进行判断。再如，行为是否具有公共危险，需要根据生活经验法则进行判断。(3) 对于社会的评价要素，法官要根据社会的一般观念或社会意义进行判断。这是最难以判断的一类要素。首先必须肯定的是，“规范的构成要件要素的确定，虽然在终局上由裁判官判断，但不可忽视的是，裁判官应当将证人、鉴定人等的判断作为资料，代表一般市民对之进行‘确认’，决不是通过裁判官自己的恣意判断来‘创设’它”^①。易言之，在社会的评价要素的场合，“法官受法律的约束在于，立法者不允许法官作出完全个人主

① [日] 内田文昭：《刑法概要》，上卷，162 页，东京，青林书院，1995。

观的评价,而是以存在法官应当遵从的一般的社会—伦理的评价为前提”^①。例如,何谓“淫秽”物品,法官不能根据自己的个人观念进行判断,而应根据社会的一般观念进行判断。再如,行为人是否侵入了“住宅”,要根据被害人当地的居住情景和一般人对住宅的观念进行判断。

故意的成立,并不只是要求行为人认识到单纯的客观事实。换言之,在故意犯罪中,行为人对自己行为的认识,并不只是对外部行为的物理性质的认识,而是对行为的社会意义的认识。例如,行为人向他人头部开枪时,只有认识到该行为是“杀人”行为时,才能评价为“明知自己行为的内容与社会意义”。换言之,对行为内容与社会意义的认识,实际上是对刑法所欲禁止的实体的认识。只有对行为的社会意义具有认识,才能说明行为人具有非难可能性。

就符合记述的构成要件要素的事实而言,行为人在认识到单纯事实的同时,就能认识行为的社会意义,进而认识行为的实质违法性乃至形式违法性。例如,行为人在认识到自己向他人胸部开枪时(单纯事实的认识),必然认识到这是杀人行为(社会意义的认识),进而认识到杀人行为是侵害他人生命的恶的行为(实质的违法性的认识),甚至认识到其行为是符合刑法第232条的行为(形式违法性的认识)。概言之,“一个谋杀犯,当他杀死被害人时,他也自然了解谋杀的(原型),虽然他对于法律上谋杀的定义,完全不认识。”^②但是,就符合规范的构成要件要素的事实而言,行为人在认识到单纯事实的同时,却不一定能够认识到行为的社会意义,因而不一定认识到行为的实质违法性。例如,行为人认识到自己在贩卖某种书画(单纯事实的认识),却不一定认识到自己贩卖的是淫秽物品(社会意义的认识),因而不一定认识到行为的法益侵犯性。^③再如,行为人认识到自己毁灭了印有文字的纸张,却不一定认识到自己毁灭了国家机关公文。这是因为规范的构成要件要素是需要根据法律法规、经验法则或者一般人的价值观念做出判断的要素;但行为人可能没有认识到作为逻辑前提的法律法规,行为人的价值观可

① Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 130.

② [德]亚图·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,117~118页,台北,五南图书出版有限公司,2000。

③ 参见[日]前田雅英:《刑法总论讲义》,4版,230页以下,东京,东京大学出版会,2006。

能不同于法律、法规的价值取向或者不同于一般人，行为人可能没有认识到作为判断基础的事实，因而得出了不同结论。

就规范的要素而言，一方面，由于对单纯事实的认识不等于对事实的社会意义的认识，所以，如果行为人仅认识到了单纯的事实，还不能肯定其认识到了规范的要素。另一方面，由于表述规范的构成要件要素的是规范性概念，所以，行为人完全可能没有认识到规范性概念的法律意义。例如，行为人可能不认识刑法所规定的“淫秽”二字，也不理解刑法上的“淫秽”概念的规范意义。所以，倘若只有当行为人认识到了“淫秽”概念的规范意义时，才认定其认识到行为的社会意义，才以故意犯罪论处，就会不当缩小处罚范围。换言之，就故意犯罪而言，不能要求行为人像法学家或者法官那样理解规范的要素。^①于是，外国学者提出了后述“外行人领域的平行评价”的理论。不过，这一理论针对的主要是社会的评价要素。

本书认为，就法律的评价要素而言，只要行为人认识到作为评价基础的事实，一般就能够认定行为人认识到了规范的要素。例如，只要行为人认识到自己的财产处于国家机关管理、使用、运输中，就应认定行为人认识到了该财产属于公共财产（参见刑法第91条第2款）。又如，只要行为人认识到警察持逮捕证逮捕嫌疑人，就可以认定行为人认识到了警察在“依法”执行职务。再如，不真正不作为犯中的作为义务，属于规范的构成要件要素。行为人认识到了自己的作为义务，才成立不作为犯罪。但是，只要行为人对产生作为义务的事实（根据）具有认识，就应认定其对作为义务有认识。譬如，只要甲明知自己的幼女掉入河中，就可以认定其对作为义务具有认识，其能够救助却不救助的行为成立故意犯罪。如果甲误以为掉入河中的是与自己无关的乙的幼女，因而没有救助的，则因为缺乏规范的构成要件要素的认识，而不成立故意犯罪。另一方面，只要甲明知自己的幼女掉入河中，即使其误以为自己没有救助义务的，也应认为其对作为义务具有认识，应肯定故意的成立。

就经验法则的评价要素而言，只要行为人认识到了作为判断基础或者判断资料的事实，原则上就应当认定行为人认识到了符合规范的构成要件要素的事实。例如，只要行为人认识到了自己的行为会使大量的对

^① 否则，只有具备良好的法律知识的人才能成立故意犯罪，这显然不合适。

象物燃烧，或者认识到火势会蔓延到其他对象物，就能肯定行为人认识到自己的行为会“危害公共安全”。再如，只要行为人认识到自己所破坏的是正在使用中的公共汽车的关键部位（如刹车等），就可以肯定其认识到了自己的行为“足以使汽车发生倾覆、毁坏危险”。同样，只要行为人认识到自己破坏的是正在使用中的轨道上的枕木，就可以认定其明知自己的行为“足以使火车发生倾覆、毁坏危险”，因而具有破坏交通设施罪的故意。

问题在于社会的评价要素。德国学者麦茨格（Mezger）在宾丁（Binding）之后发展和完善的“行为人所属的外行人领域的平行评价”理论，一直得到普遍承认和适用。该理论认为，在规范的构成要件要素的场合，不要求行为人了解规范概念的法律定义，只要行为人以自己的认识水平理解了具体化在规范概念中的立法者的评价即可。^① 换言之，对行为的社会意义的认识，不要求以刑法上的规范概念进行认识，只要认识到规范概念所指示的与犯罪性相关的意义即可；还可以说，只要行为人的认识内容与规范概念的实质相当即可。^② 据此，当一般人将刑法上的淫秽物品理解为不能公开的黄色物品时，只要行为人认识到自己所贩卖的是一般人所指不能公开的黄色物品，那么，行为人就具有贩卖淫秽物品的故意。也有学者认为，在这种场合，法官对于行为人的语言必须“理念化”，对于法律的语言必须“一般化”，或者说，法官必须使行为人的日常语言世界与刑法的专业语言世界相联系，穿梭于民众的语言与法律的语言之间，从而进行判断。^③ 例如，当一般人使用“毛片”表述淫秽光盘时，只要行为人认识到自己所贩卖的是“毛片”，就可以肯定行为人认识到了自己所贩卖的是淫秽光盘，因而成立故意犯罪。^④

① Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 295.

② 参见〔日〕町野朔：《刑法总论讲义案I》，2版，225页，东京，信山社，1995。

③ Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, C. H. Beck 1997. S. 129ff.

④ 笔者在检察机关兼职期间阅卷时曾看到警察与嫌疑人的如下问答：问：“你身上有几张光盘？”答：“有四张。”问：“光盘叫什么名字？”答：“日本版的《黑色天使》。”问：“光盘是从哪里来的？”答：“是我以前给某某送的货，那天他退给我，同时还有十几张质量差的光盘。”问：“你知道是淫秽光盘吗？”答：“不知道，只知道是三级片。”问：“你还有什么要补充的？”答：“没有了”。显然，在本案中，不管是律师还是法官，都不得以行为人没有认识到自己所贩卖的是淫秽物品为由，而认为其没有贩卖淫秽物品的故意。

在本书看来，在行为人不明知“淫秽”的法律概念，不确定其贩卖的是“淫秽”物品，但认为其贩卖的是黄色物品、下流物品、“毛片”，客观上贩卖的确实是淫秽物品时，可以适用“外行人领域的平行评价”理论，认定行为人认识到了自己贩卖的是淫秽物品。上述解释已经能够说明这一点。再如，当行为人不明知刑法第237条的“猥亵”的规范意义，却认识到自己实施的是“占妇女便宜”的行为时，也能认定行为人具有猥亵妇女的故意。但是，还存在另外的情形：行为人不认为其贩卖的是淫秽物品，也不认为其贩卖的是黄色物品、下流物品，甚至认为是具有科学价值的艺术作品，但认识到一般人可能将其贩卖的物品评价为淫秽物品，客观上贩卖的确实是淫秽物品时，难以用“外行人领域的平行评价”理论进行归责。本书认为，在这种情况下，由于规范的构成要件要素（社会的评价要素）需要根据一般人的价值观念或者社会意义进行精神的理解，所以，应根据行为人在实施其行为时所认识到的一般人的评价结论，判断行为人是否具有故意。换言之，即使行为人自认为其贩卖的不是淫秽物品，也不是黄色物品、下流物品，甚至认为是具有科学价值的艺术作品，但只要行为人认识到了一般人会认为其贩卖的为淫秽物品，且事实上也是淫秽物品，就可以认定行为人认识到了自己所贩卖的是淫秽物品，进而成立故意犯罪。

由此可见，在司法实践中，司法人员不能按照行为人使用的用语归纳、判断案件事实，需要对行为人使用的用语进行规范性判断。例如，何某意图强奸一名女生，便使用暴力扼住女生的脖子，将其按倒在地。女生强烈反抗，何某用小刀将女生杀死，事后奸尸。何某对此作了如下供述：“……那女生流了很多血，我的双手和小刀上也有很多血，那女生再也不动了，没有气了。我怕她家人寻找，就将她拖入荔枝园，看见她的上衣已经卷起，双乳露出，我就想既然她已经死了，不做白不做，于是我就将她强奸。后来我将她的尸体拖到荆棘丛中，用干草盖住，逃离现场。”显而易见，何某对自己的奸尸行为是用“强奸”一词来归纳的。但是，司法人员不能据此也认为，何某的奸尸行为属于强奸罪的一部分。如果进行规范性的判断，就会认为何某的行为触犯了三个罪名：强奸（未遂）罪、故意杀人罪与侮辱尸体罪。

主要参考书目

1. 高铭暄，马克昌主编．刑法学．北京：中国法制出版社，1999
2. 林山田．刑法各罪论．增订2版．台北：作者发行，1999
3. 何秉松主编．刑法教科书．北京：中国法制出版社，2000
4. 张明楷．刑法的基本立场．北京：中国法制出版社，2002
5. 马克昌主编．刑法学．北京：高等教育出版社，2003
6. 张明楷．法益初论．北京：中国政法大学出版社，2003
7. 吴经熊．法律哲学研究．北京：清华大学出版社，2005
8. 张明楷．诈骗罪与金融诈骗罪研究．北京：清华大学出版社，2006
9. 黄茂荣．法学方法与现代民法．5版．北京：法律出版社，2007
10. 张明楷．刑法学．3版．北京：法律出版社，2007
11. 周道鸾，张军主编．刑法罪名精释．3版．北京：人民法院出版社，2007
12. 陈兴良．规范刑法学．2版．北京：中国人民大学出版社，2008
13. 阮齐林．刑法学．北京：中国政法大学出版社，2008
14. 郑永流．法律方法阶梯．北京：北京大学出版社，2008
15. 曲新久．刑法学．2版．北京：中国政法大学出版社，2009
16. 高铭暄，马克昌主编．刑法学．4版．北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2010
17. 王作富主编．刑法分则实务研究．4版．北京：中国方正出版社，2010
18. 张明楷．罪刑法定与刑法解释．北京：北京大学出版社，2010
19. 张明楷．犯罪构成体系与构成要件要素．北京：北京大学出版

社, 2010

20. [德] Karl Larenz. 法学方法论. 陈爱娥译. 台北: 五南图书出版有限公司, 1996

21. [德] 拉德布鲁赫. 法学导论. 米健译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997

22. [德] 亚图·考夫曼. 类推与“事物本质”——兼论类型理论. 吴从周译. 台北: 学林文化事业有限公司, 1999

23. [德] 亚图·考夫曼. 法律哲学. 刘幸义等译. 台北: 五南图书出版有限公司, 2000

24. [德] 阿图尔·考夫曼, 温弗里德·哈斯默尔主编. 当代法哲学和法律理论导论. 郑永流译. 北京: 法律出版社, 2002

25. [德] H. 科殷. 法哲学. 林荣远译. 北京: 华夏出版社, 2003

26. [德] 伯恩·魏德士. 法理学. 丁小春, 吴越译. 北京: 法律出版社, 2003

27. [德] 卡尔·恩吉施. 法律思维导论. 郑永流译. 北京: 法律出版社, 2004

28. [德] N. 霍恩. 法律科学与法哲学导论. 罗莉译. 北京: 法律出版社, 2005

29. [德] 伯阳. 德国公法导论. 北京: 北京大学出版社, 2008

30. [德] 约翰内斯·韦塞尔斯. 德国刑法总论. 李昌珂译. 北京: 法律出版社, 2008

31. [德] 鲁道夫·冯·耶林. 法学的概念天国. 柯伟才, 于庆生译. 北京: 中国法制出版社, 2009

32. [德] 鲁道夫·冯·耶林. 法学是一门科学吗? 李君韬译. 北京: 法律出版社, 2010

33. [德] 齐佩利乌斯. 法学方法论. 金振豹译. 北京: 法律出版社, 2009

34. [德] Ingeborg Puppe. 法学思维小学堂. 蔡圣伟译. 台北: 元照出版公司, 2010

35. [日] 渡边洋三. 法社会学与法解释学. 东京: 岩波书店, 1959

36. [日] 山田晟. 法学. 新版. 东京: 东京大学出版会, 1964

37. [日] 平野龙一. 刑法概说. 东京: 东京大学出版会, 1977

38. [日] 平野龙一. 犯罪论的诸问题(下)各论. 东京: 有斐

阁, 1982

39. [日] 团藤重光. 刑法纲要各论. 3版, 东京: 创文社, 1990

40. [日] 阿部纯二等编. 刑法基本讲座. 第3卷至第6卷. 东京: 法学书院, 1993~1994

41. [日] 团藤重光. 法学の基础. 东京: 有斐阁, 1996

42. [日] 町野朔. 犯罪各论の现在. 东京: 有斐阁, 1996

43. [日] 大塚仁. 刑法概说(各论). 3版增补版. 东京: 有斐阁, 2005

44. [日] 大谷实. 刑法讲义各论. 新版2版. 东京: 成文堂, 2007

45. [日] 前田雅英. 刑法各论讲义. 4版. 东京: 东京大学出版会, 2007

46. [日] 井田良. 讲义刑法学·总论. 东京: 成文堂, 2008

47. [日] 笹仓秀夫. 法解释讲义. 东京: 东京大学出版会, 2009

48. [日] 山中敬一. 刑法各论. 2版. 东京: 成文堂, 2009

49. [日] 西田典之. 刑法各论. 5版. 东京: 弘文堂, 2010

50. [日] 山口厚. 刑法各论. 2版. 东京: 有斐阁, 2010

51. [法] 保罗·利科尔. 解释学与人文科学. 陶远华等译. 石家庄: 河北人民出版社, 1987

52. [法] 亨利·莱维·布律尔. 法律社会学. 许钧译. 上海: 上海人民出版社, 1987

53. [法] 基佐. 欧洲文明史. 程洪逵, 沅芷译. 北京: 商务印书馆, 1998

54. [法] 卡斯东·斯特法尼等. 法国刑法总论精义. 罗结珍译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998

55. [意] 杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理. 陈忠林译. 北京: 法律出版社, 1998

56. [意] 艾科等. 诠释与过度诠释. 王宇根译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1997

57. [美] E. 博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999

58. [美] 本杰明·N·卡多佐. 法律的成长 法律科学的悖论. 董炯, 彭冰译. 北京: 中国法制出版社, 2002

59. [美] 罗斯科·庞德. 法律史解释. 邓正来译. 北京: 中国法

制出版社, 2002

60. [美] 劳伦斯·索伦. 法理词汇. 王凌皞译. 北京: 中国政法大学出版社, 2010

61. [美] 罗伯特·萨默斯. 大师学述: 富勒. 马驰译. 北京: 法律出版社, 2010

62. [美] 罗伯特·S·萨默斯. 美国实用工具主义法学. 柯华庆译. 北京: 中国法制出版社, 2010

63. [英] G. D. 詹姆斯. 法律原理. 关贵森等译. 北京: 中国金融出版社, 1990

64. [英] 韦恩·莫里森. 法理学. 李桂林等译. 武汉: 武汉大学出版社, 2003

65. [英] 丹尼斯·罗伊德. 法律的理念. 张茂柏译. 北京: 新星出版社, 2005

66. [英] 蒂莫西·A·O·恩迪科特. 法律中的模糊性. 程朝阳译. 北京: 北京大学出版社, 2010

67. [奥] 欧根·埃利希. 法社会学原理. 舒国滢译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2009

68. [比] 范·卡内冈. 法官、立法者与法学教授. 薛张敏敏译. 北京: 北京大学出版社, 2006

69. [挪] 斯坦因·U·拉尔森主编. 社会科学理论与方法. 任晓等译. 上海: 上海人民出版社, 2002

70. [荷] 伊芙琳·T·菲特丽丝. 法律论证原理. 张其山等译. 北京: 商务印书馆, 2005

71. Smith & Hogan, *Criminal Law*, 4th ed., Butterworths, 1978

72. Grünther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1993

73. H. Jescheck/T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996

74. Card, Cross and Jones, *Criminal Law*, 14th ed, Butterworths, 1998

75. Volker Krey, *Strafrecht Besonderer Teil*, 11. Aufl., Kohlhammer, 1998

76. Arzt/Weber, *Strafrecht Besonderer Teil*, Verlag Ernst und werner Giesecking, 2000

77. Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil/1, 25. Aufl., C. F. Mueller, 2001

78. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006



刑法条文索引

- 第2条 85, 333, 345, 349, 602
第3条 478
第13条 112, 114, 120, 333, 342, 345, 349, 602
第14条 110, 121, 122, 159, 342, 474, 482-484, 486, 487, 616, 641
第15条 110, 121-125, 129, 134, 141, 159, 287, 342, 474, 486, 616
第17条 110, 182, 248, 342
第18条 110, 342
第22条 516
第23条 142, 150, 151, 212, 694, 734
第26条 148, 659
第27条 149, 151, 625, 664
第28条 625, 664
第29条 149, 152, 625, 664
第31条 150
第51条 27
第63条 10, 198, 519
第64条 105
第65条 20, 166, 601
第67条 100
第68条 10
第91条 8, 71, 307, 308, 382, 446, 673, 775, 831

- 第 93 条 660-663, 828
第 96 条 547
第 97 条 149, 522
第 102 条 153, 203
第 103 条 203, 204
第 104 条 51, 152, 203, 204
第 105 条 153
第 107 条 153
第 108 条 203, 204
第 110 条 203, 204
第 111 条 94, 204, 207, 208, 224, 391, 537, 739, 790
第 112 条 203, 204
第 113 条 203, 204
第 114 条 60, 133, 137, 265, 288, 289, 312, 357, 399, 507, 693-695, 829
第 115 条 128, 132, 133, 137, 264, 265, 289, 312, 355, 357, 693-695
第 116 条 151, 177, 288, 289, 356, 829
第 117 条 151, 177
第 118 条 176, 177, 288, 289, 686, 687
第 119 条 128, 132, 133, 177, 287-289, 357, 686
第 120 条 164, 566, 789
第 121 条 60, 194, 197, 225, 777
第 122 条 60
第 123 条 350
第 124 条 128, 133, 286-290, 356, 357, 399
第 125 条 468, 536, 537, 565, 742, 794, 795
第 126 条 537
第 127 条 175, 618, 619, 746, 747
第 128 条 177, 382, 485, 537, 541, 561, 758-760
第 129 条 125, 136, 141, 473, 475, 479, 482-484, 549, 574
第 130 条 537, 543, 571, 572, 691
第 131 条 129, 511, 544
第 132 条 544

- 第 133 条 20, 154-157, 511, 524, 544, 684, 687, 688, 691, 721
 第 134 条 511, 544
 第 135 条 544
 第 135 条之一 544, 821
 第 136 条 511, 545, 551
 第 137 条 524, 545, 829
 第 138 条 89, 131, 141, 390
 第 139 条 129, 524, 545
 第 139 条之一 35
 第 140 条 9, 64-66, 337, 338, 603, 604, 703, 721, 733, 777
 第 141 条 592, 703, 721
 第 143 条 129, 630
 第 144 条 312, 630, 821
 第 145 条 14, 15, 159, 163, 172
 第 146 条 172
 第 147 条 172
 第 148 条 703, 721, 777
 第 149 条 245, 703, 707, 712, 713
 第 151 条 244, 504, 695, 696
 第 152 条 187, 244, 245, 389, 421, 695, 696, 742
 第 153 条 244, 245, 251, 603, 604, 673, 695, 696
 第 154 条 524
 第 155 条 56, 173, 197, 540, 590, 693, 777, 819
 第 156 条 623, 642
 第 158 条 743
 第 159 条 172, 174, 693, 743
 第 160 条 50, 375, 376, 504, 573, 743, 764, 765
 第 161 条 498
 第 162 条 198, 199, 769
 第 162 条之二 61
 第 163 条 174, 178, 179, 332, 382, 537, 566, 583, 622, 623,
 626, 644, 665, 666, 759
 第 164 条 332, 667, 668
 第 166 条 777, 829

- 第167条 128, 132, 252
 第168条 128, 132, 173, 178, 474, 522
 第169条 125, 141, 522, 777
 第170条 188, 596, 607
 第171条 195, 222, 223, 499, 569, 629, 630, 777
 第172条 759
 第175条 188, 389, 418, 574
 第175条之一 805
 第176条 400, 452, 453, 537, 799
 第177条 326, 421, 777, 788, 799
 第177条之一 170, 324, 325, 537, 769, 790
 第178条 221
 第180条 560
 第182条 795
 第183条 72, 379, 504, 623, 643
 第184条 623, 626, 644
 第185条 623, 627
 第185条之一 544
 第186条 123, 125, 133, 136, 141, 474, 482, 545
 第187条 474
 第188条 124, 125, 133, 141
 第189条 123, 125, 133, 136, 474
 第190条 537
 第191条 105, 381, 382, 390, 405, 651
 第192条 389, 398, 704, 706, 707, 716, 731, 804
 第193条 213, 218, 219, 389, 577-579, 626, 679, 684, 805
 第194条 40, 230, 231, 326, 389, 567, 574, 577, 686, 731
 第196条 13, 23, 290, 291, 325, 326, 494, 496, 498, 635-638,
 643, 674-677, 679, 715, 716, 718, 719, 723, 731
 第198条 145, 147-149, 389, 390, 492-494, 496, 504, 623, 625,
 626, 642, 704, 706, 707, 709, 716, 731
 第199条 326, 535
 第201条 157, 604
 第202条 512

- 第 204 条 568
 第 205 条 28, 331
 第 207 条 537
 第 208 条 539, 697, 698
 第 209 条 537, 542
 第 217 条 192, 513, 515, 516, 601
 第 218 条 513-516, 608
 第 219 条 125, 135, 141, 391, 494, 495, 573
 第 221 条 168, 169, 351, 499-501, 569, 799
 第 222 条 98, 559, 697, 698
 第 223 条 98, 99, 351
 第 224 条 51, 60, 476, 495, 496, 568, 579, 580, 684, 706,
 707, 719
 第 224 条之一 265, 394-398
 第 225 条 67, 458, 539, 541, 545, 562, 563, 690, 727, 728,
 795, 796
 第 226 条 63, 777
 第 227 条 67, 198, 222, 787, 818
 第 228 条 563, 818
 第 229 条 128, 130, 567, 586
 第 231 条 99
 第 232 条 40, 74, 130, 181, 183, 184, 190, 195, 196, 226, 255,
 312, 320, 366, 373, 388, 410, 535, 645, 649,
 650, 658, 659, 674, 686-688, 693, 708, 709,
 811, 830
 第 233 条 128, 132, 389, 684, 687, 688, 691, 692, 701, 721
 第 234 条 183, 194, 320, 349, 388, 646, 650, 658, 687, 688,
 708, 829
 第 235 条 128, 132, 389, 684, 687, 688, 698
 第 236 条 52, 59-61, 95, 100, 104, 181, 191, 194, 217, 272-274,
 292, 412, 505, 596, 604, 642, 643, 697, 698, 777-779
 第 237 条 5, 26, 50, 60, 95, 100, 292, 293, 319, 321, 375,
 376, 455, 457, 505, 573, 634, 760, 761, 763,
 764, 777, 779, 797, 801, 802, 829, 833

- 第 238 条 61, 175, 248, 296, 320, 467, 537, 540, 644, 646,
647, 673, 674, 692, 768
- 第 239 条 183, 191, 198, 358, 360, 405, 421, 516, 517, 519,
692, 765, 767
- 第 240 条 52, 56, 105, 231, 232, 260, 331, 405, 420, 421,
592, 647, 678, 779, 819
- 第 241 条 51, 100, 104, 110, 260, 566, 570, 641, 647, 677,
679, 781
- 第 242 条 623, 685
- 第 243 条 5, 107, 185, 389, 404, 488, 489, 502, 780
- 第 244 条之一 170, 547, 560, 793
- 第 245 条 653, 829
- 第 246 条 60, 190, 293, 377, 454, 455, 457, 503, 588, 685,
754, 763, 801, 802
- 第 247 条 230, 251, 640, 647, 649, 650, 663, 674
- 第 248 条 74, 226, 623, 627, 647, 648
- 第 250 条 125, 141, 184
- 第 251 条 173, 540, 744, 754
- 第 252 条 98, 351, 536, 537, 779
- 第 253 条 114, 120, 351, 381, 382, 650, 651
- 第 253 条之一 94, 537, 563, 768, 790
- 第 254 条 352, 742, 770
- 第 257 条 104
- 第 258 条 684, 720
- 第 259 条 52, 96, 104, 643, 684, 720
- 第 261 条 47, 72, 75, 379, 380, 588
- 第 262 条 53, 56, 231, 232, 793
- 第 262 条之一 793
- 第 262 条之二 164, 165, 793
- 第 263 条 60, 63, 67, 69, 137, 183, 185, 193, 217, 255,
297, 424, 505, 566, 570, 587, 592, 595, 605,
615, 617-620, 632, 639, 641, 643, 644, 655-657,
674, 677, 691, 777, 778, 783, 829
- 第 264 条 74, 94, 100, 101, 151, 166, 190-193, 226, 279-

- 282, 294, 415, 593, 638, 652, 685-687, 709,
712, 729, 794
- 第265条 448, 495, 496, 652, 654, 655
- 第266条 37, 65, 74, 190, 226, 236, 282, 290, 291, 299,
314-317, 398, 580, 617, 684-686, 690, 704, 705,
707, 709, 716, 723, 731, 732, 738
- 第267条 52, 78, 282, 609, 632, 633, 641-644, 655-658, 672,
674, 677, 679
- 第269条 70, 249, 281, 282, 296, 297, 304, 317, 421, 565,
566, 572, 632, 633, 641, 643, 644, 673, 674,
677, 820
- 第270条 91, 177, 179, 234, 241, 542, 685, 771, 811,
813, 815
- 第271条 179, 212, 233, 252, 542, 638, 643
- 第272条 16, 591, 623, 627, 638, 741, 749, 750
- 第273条 55, 589, 590
- 第275条 43, 441
- 第276条 464
- 第277条 176-178, 507, 689, 708, 777, 783, 828
- 第279条 69, 315-317, 690
- 第280条 297, 298, 337, 365, 708, 709, 724-728, 737, 779,
780, 788, 795, 829
- 第281条 537, 795
- 第282条 391, 507, 537, 540, 587, 760
- 第283条 476, 537
- 第284条 125, 134, 141, 537
- 第285条 180, 544, 622
- 第286条 622
- 第287条 622, 644
- 第288条 349, 350, 401, 513, 553, 750, 751
- 第289条 638, 639, 642, 644
- 第291条之一 172, 401, 503, 789
- 第292条 62, 520, 521, 658, 659
- 第293条 363, 364

- 第 296 条 171, 569, 570
第 297 条 543, 691
第 298 条 507, 574
第 300 条 601, 644
第 301 条 94, 108, 791, 793
第 302 条 801
第 303 条 298
第 304 条 128, 130, 131
第 305 条 182, 389, 405
第 306 条 182, 773, 780, 828
第 307 条 305, 306, 318, 385, 507
第 309 条 172, 351, 402
第 310 条 317, 318, 623, 628, 630, 639, 640, 774, 809,
822-826
第 312 条 158, 403, 505, 623, 628, 630, 641, 731, 820
第 314 条 306, 307, 769
第 315 条 100, 769
第 316 条 100
第 317 条 164, 741
第 318 条 195, 366, 596, 604, 607, 615
第 319 条 365, 366, 390
第 320 条 370, 391, 827
第 321 条 205, 367, 596
第 322 条 352, 556
第 323 条 106, 370
第 325 条 295, 561
第 326 条 818
第 328 条 54, 504, 505, 620
第 329 条 44, 321, 777
第 330 条 125, 141, 474, 483, 560
第 331 条 125, 141, 225, 474, 545
第 332 条 125, 141, 225, 474, 545, 550
第 333 条 206, 207, 507, 537
第 334 条 125, 141, 474, 537



- 第 335 条 129
 第 336 条 295, 540
 第 337 条 77, 125, 141, 474, 545
 第 338 条 181, 265, 312, 474, 560
 第 339 条 125, 129, 138, 179, 197, 474, 482, 560
 第 340 条 549, 561, 574
 第 341 条 537, 561, 608, 741
 第 342 条 563
 第 343 条 294
 第 344 条 534, 563, 691, 712
 第 345 条 14, 55, 93, 159, 280, 281, 511, 542, 709, 712, 729-731, 755
 第 347 条 56, 244, 498, 519, 529, 538, 695, 696, 777, 793, 819, 827
 第 348 条 537, 745, 746, 759
 第 349 条 235, 236, 374, 623, 769
 第 350 条 391, 564, 623, 795
 第 351 条 537, 538
 第 352 条 537, 740, 741, 760, 795
 第 353 条 793, 826
 第 355 条 543, 791
 第 356 条 165, 166
 第 357 条 168
 第 358 条 52, 53, 151, 204, 331, 568
 第 360 条 176, 180, 181, 239, 273, 274
 第 362 条 639, 640
 第 363 条 54, 56, 260, 391, 418, 684, 708, 818, 827
 第 364 条 260, 684, 708, 793
 第 367 条 168, 352
 第 368 条 689, 708
 第 370 条 404
 第 373 条 152
 第 375 条 238, 537, 708, 724-727, 795
 第 378 条 684

- 第380条 130
- 第382条 149, 179, 186, 542, 574, 638, 640, 643, 660, 662-665, 804
- 第383条 179, 186, 198, 638
- 第384条 55, 589, 591, 627, 638, 660, 751
- 第385条 174, 228, 308, 334, 392, 393, 508, 530, 531, 537, 566, 567, 580, 586, 623, 626, 664-666, 670
- 第388条 583, 681
- 第388条之一 21, 583, 809
- 第389条 94, 114, 115, 333, 394, 667, 668, 750
- 第390条 110, 591
- 第391条 668, 750
- 第392条 331, 332
- 第393条 750
- 第394条 670-672
- 第396条 511, 545
- 第397条 125, 129, 140, 141, 178, 205, 480, 482, 483, 522, 609, 723, 737, 739, 756, 757, 770
- 第398条 128, 139, 140, 207, 208, 224, 683, 687, 722, 723, 739, 754
- 第399条 128, 169, 310, 462, 463, 465, 523, 567, 570, 584-586, 825, 826
- 第400条 100, 126, 128, 130, 465
- 第401条 465, 522, 523
- 第402条 522, 523
- 第403条 125, 141, 474, 522, 523
- 第405条 125, 141, 462, 465, 474, 522, 525, 545
- 第406条 128, 252, 474
- 第407条 466
- 第408条 129
- 第410条 465, 522, 564
- 第412条 128, 130, 522, 788
- 第413条 128, 130, 522, 788
- 第414条 465, 522, 523

- 第 415 条 176, 466
第 416 条 466, 723, 737, 739
第 418 条 465, 522, 525, 709
第 425 条 129, 177, 178
第 431 条 391, 537, 589
第 432 条 128, 139, 140, 683, 687, 722, 723
第 433 条 684
第 435 条 22, 152, 828
第 436 条 129, 545
第 437 条 553
第 439 条 539, 777
第 442 条 553
第 451 条 776



第一版后记

本书没有系统论述具体犯罪的构成要件与法律后果，只是归纳出刑法分则解释中的 13 个问题（关系）展开讨论；本来还有一些问题可以写、需要写、也很想写，但由于诸多原因，只好到此为止。13 个问题大体按从宏观到微观的顺序排列，但相互之间不一定有缜密的逻辑联系，各章也都具有相对的独立性。

本书虽然是在“序说”所述的解释理念指导下撰写的，但仍然有愧于《刑法分则的解释原理》这一书名；本书虽然通过归纳刑法分则的规定得出了一些结论，但都缺乏体系性与深刻性。概言之，从解释原理、解释方法到具体论述、具体结论，都需要读者的热心批评与耐心指教。

张明楷

2003 年 9 月 6 日于清华园



第二版后记

本书第二版增加了四章（第五章、第九至十一章），基本上重写了五章（第一章、第四章、第六章、第十二章、第十四章），大量地修改了其他各章。尽管对书稿进行了反复斟酌和不断修改，但仍然难以防止漏洞和避免矛盾，因为笔者的思维能力和写作水平委实有限。特别期待各位读者的热心批评和珍贵指教！特别感谢几位学生（丁慧敏、王永茜、王静、曾文科、何畏）的耐心校对和宝贵建议！

张明楷

2011年1月26日于清华园

