

“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

张明楷◎著

 中国人民大学出版社

## 作者简介

张明楷，1959年生，湖北仙桃人。1982年毕业于湖北财经学院（现中南财经政法大学）法律系。曾是日本东京大学客员研究员、日本东京都立大学客员研究教授、德国波恩大学高级访问学者和中南政法学院（现中南财经政法大学）教授。现为清华大学法学院教授、博士生导师，中国人权研究会常务理事、中国法学会理事、中国刑法学研究会副会长、中国警察法学研究会副会长。

独著《犯罪论原理》（1991年版）、《刑事责任论》（1992年版）、《刑法的基础观念》（1995年版）、《市场经济下的经济犯罪与对策》（1995年版）、《刑法学》（1997年第1版、2003年第2版、2007年第3版）、《未遂犯论》（1997年版）、《刑法格言的展开》（1999年第1版、2003年第2版）、《外国刑法纲要》（1999年第1版、2007年第2版）、《刑法学（教学参考书）》（1999年版）、《法益初论》（2000年第1版、2003年修订版）、《刑法的基本立场》（2002年版）、《刑法分则的解释原理》（2004年第1版、2011年第2版）、《全国高等教育自学考试指定教材·刑法学》（2006年版）、《诈骗罪与金融诈骗罪研究》（2006年版）、《刑法学教程》（2007年第1版、2010年第2版）、《罪刑法定与刑法解释》（2009年版）、《犯罪构成体系与构成要件要素》（2010年版）、《全国高等教育自学考试指定教材·刑法原理与实务》（2010年版）、《刑法原理》（2011年版）；译《日本刑法典》（法律出版社1998年第1版、2006年第2版）；在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物上发表学术论文400余篇。

## 序 说

刑事立法是将正义理念与将来可能发生的事实相对应，从而形成刑法规范；刑事司法是将现实发生的事实与刑法规范相对应，进而形成刑事判决。作为解释者，心中当永远充满正义，目光得不断往返于规范与事实之间。唯此，才能实现刑法的正义性、安定性与合目的性。

“法的理念作为真正的正义的最终的和永恒的形态，人在这个世界上既未彻底认识也未充分实现，但是，人的一切立法的行为都以这个理念为取向，法的理念的宏伟景象从未抛弃人们。”<sup>①</sup> 正义是制定法的基本价值，是立法者的目标；与真善美一样，正义是绝对价值，以其自身为基础，而不是派生于更高的价值。一个规范，如果以无法忍受的程度违反正义理念，它就是“制定法上的不法”；一个规范，如果根本不以实现正义为目的，它就“并非法律”。“即使名称是法，但如果其中缺少正义理念，它就没有作为法的价值，而是单纯的暴力。”<sup>②</sup> 所以，只有符合正义理念的制定法，才是真正的法律。为了使成文刑法成为正义的文字表述，刑事立法必须将正义理念与将来可能发生的生活事实相对应。“法律理念（应然）以及由其所导出的一般法律原则（例如各得其份、不得侵害任何人、须履行契约、金律、绝对命令、公平原则、责任原则、宽容原则……等）以及须加以规范的、可能的且由立法者所预见的生活事实（实然）须交互地予以分析处理，以使这二者对应。也就是说，一方面法律理念须对于生活事实开放，它须被实体化、具体化以及实证化，以便于形成概念；而另一方面所预见的生活事实须以法律理念

---

① [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，10页，北京，华夏出版社，2003。

② [日] 山田晟：《法学》，新版，72页，东京，东京大学出版会，1964。

为导向来进行典型建构及形成。”<sup>①</sup>立法者根据正义的规则设计刑法规范，正义的规则构成制定法赖以创建的实质渊源之一。制定法在应用和解释里所获得的生机勃勃的发展中，一再追溯到正义所要求的东西，从中得到滋养。如若没有那种追溯，制定法的发展是根本无法理解的。<sup>②</sup>

“在法理学思想史中，正义观念往往是同自然法概念联系在一起。”<sup>③</sup>自然法可以理解为正义的各种原则的总和。“最初，作为一种法理学学说的自然法理论，乃是一种有关制定法律的理论。法律中的旧内容应当接受这个理想的检验并通过修正以使它们符合这一理想：如果它们无法与这一理想相符合，那么就应当予以否弃。”<sup>④</sup>果真如此，则制定法依赖自然法而生存，表述了自然法的制定法才具有生命力。

基于同样的理由，解释者心中必须始终怀有一部自然法，以追求正义、追求法律真理的良心解释法律文本。<sup>⑤</sup>解释者“面对具体的个案，永远也不可能放弃个人所感觉到的正义的活生生的声音；这种声音是永远不可能被排除的。不管法是多么努力想把正义变为原则的制度，法也不可能缺少正义，相反，只有在正义里面，法才变得生机勃勃。”<sup>⑥</sup>解释者或许难以定义正义是什么，但必须懂得什么是正义的。<sup>⑦</sup>“通晓正义的诸方面，或者如果人们愿意，通晓自然法，是法律解释的一个必要的基础；解释犹如法律本身，也服务于正义，正义的各种原则表现在实

① [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，18页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

② 参见 [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，165页，北京，华夏出版社，2003。

③ [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，271页，北京，中国政法大学出版社，1999。

④ [美] 罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，8页，北京，中国法制出版社，2002。

⑤ 在大脑一片空白的情况下，依靠查阅《新华词典》、《现代汉语词典》、《辞海》等工具书“解释”法律文本的做法，完全行不通。即使通过查阅这些工具书得出了合理的结论，也实属“偶然”、纯属“巧合”。

⑥ [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，186页，北京，华夏出版社，2003。

⑦ 人们对此产生的疑问是，每个解释者都有不同的正义理念，所以，让解释者以正义理念解释刑法会造成不统一的解释结论。然而，其一，如后所述，不应当夸大一般人的正义理念的差异。其二，就解释者自身而言，心中充满正义的解释永远好于大脑一片空白的解释。其三，如果所有解释者心中都没有正义，更不可能形成所谓统一的解释结论。其四，希望解释结论统一也只是幻想而已。“法律不断演变却从未达到一致，这是一个颠扑不破的真理。它永远从生活中汲取新的原则，并总是从历史中保留那些未被剔除或未被汲取的东西。只有当法律停滞不前时，它才会达到完全一致。”（霍姆斯语，转引自明辉：《霍姆斯：法律实用主义》，88页，哈尔滨，黑龙江大学出版社，2009）。

在法的解释里。”<sup>①</sup> 尽管刑法用语可能出现失误，尽管法条表述可能产生歧义，但解释者“必须作出有利于立法者的假定”<sup>②</sup>，相信立法者不会制定非正义的法律。当解释者对法条做出的解释结论不符合正义理念时，不要抨击刑法规范违背正义理念，而应承认自己的解释结论本身不符合正义理念。当解释者对法条难以得出某种解释结论时，不必攻击刑法规范不明确，而应反省自己是否缺乏明确、具体的正义理念。所以，解释者与其在得出非正义的解释结论后批判刑法，不如合理运用解释方法得出正义的解释结论；与其怀疑刑法规范本身，不如怀疑自己的解释能力与解释结论。

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或自然法认定犯罪。否则，“尤像 18 世纪自然法所展示的，走入法的不安定性和任意性”<sup>③</sup>。因为，正义“随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”<sup>④</sup>，而“法律应当是客观的，这一点是一个法律制度的精髓”<sup>⑤</sup>。所以，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（Positiveringung）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”<sup>⑥</sup>。正因为如此，以实现民主与尊重人权（保障国民自由）为已任的罪刑法定原则，要求以成文的法律规定犯罪与刑罚（成文法主义）。

刑法学鼻祖费尔巴哈极力主张罪刑法定主义的一个重要原因，是为了克服刑法的不安定性。18 世纪后半期的德国刑事司法处于极不安定的状态。一方面，启蒙主义与启蒙时期的自然法思想的影响，已经在理

① [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，213 页，北京，华夏出版社，2003。

② 西班牙经院哲学家弗朗西斯科·苏亚雷斯（Francisco Suarez）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。

③ [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，18~19 页，北京，法律出版社，2002。

④ [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。

⑤ [英] G. D. 詹姆斯：《法律原理》，关贵森等译，50 页，北京，中国金融出版社，1990。

⑥ [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，171~172 页，北京，华夏出版社，2003。

论上与立法上表现出来；另一方面，历来的普通法理论与实务仍然流行。《加罗林纳刑事法典》在18世纪作为帝国的法律仍然成为普通刑法的基础，但启蒙主义与启蒙时期的自然法思想使得《加罗林纳刑事法典》的宗教基础发生了动摇；法官们为了避免残酷的刑罚，拒绝适用制定法，代之以作为自然法的理性为根据。于是法的安定性受到了明显损害。<sup>①</sup>正因为如此，费尔巴哈主张，法官应当受制定法严格且直接的文字规定的拘束；法官的事务应当仅仅在于对现实的个案以法律规定的文字加以比较：如果条文规定的文字是谴责，则无须顾及制定的法的意旨与精神，即应对现实个案判决有罪；反之，如果法律规定的文字是无罪，则应判决无罪。费尔巴哈还禁止人们对他起草的《巴伐利亚刑法典》进行解释，理由是权力分立的法治国的缘故。尽管如此，费尔巴哈却从未要求法官无论如何都应当遵守制定法；在服从制定法将违反法官之存在仅仅效劳于正义之时，费尔巴哈甚至认为，法官的不服从简直是一项神圣的义务。<sup>②</sup>费尔巴哈看似矛盾的观点其实并不矛盾，因为制定法吸收了自然法，自然法生活在制定法之中，自然法与制定法融为一体。

罪刑法定原则之所以派生成文法主义，是因为文字可以固定法律含义，可以反复斟酌，可以广为传播，成为立法机关表达正义理念的唯一工具。然而，在所有的符号中，文字虽然是最重要的，却也是最复杂的。几乎任何用语的意义都会由核心意义向边缘扩展，使其外延模糊；绝大部分用语都具有多种含义；法律制定以后，其所使用的文字还会不断产生新的含义；而且言不尽意的情况总是存在。尽管立法机关在制定刑法时，对许多用语进行了科学的界定，但是，“一般而言，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”<sup>③</sup>。所以，成文刑法的文字表述总是存在疑问。在这种情况下，解释者必须以善意将成文刑法规范朝着正义的方向解释，使正义的自然法展示于成文刑法之中。一方面，“没有任何一个现行的法的制度能够仅仅由自身来理解，毋宁说，它必须追溯到现行法之前的或者超过现行法

① 参见〔日〕内藤谦：《刑法における法益概念の历史的展开（一）》，载《东京都立大学法学会杂志》，1966年第6卷第2号，226页以下。

② 参见〔德〕亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，144页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

③ 〔法〕基佐：《欧洲文明史》，程洪逵、沅芷译，7页，北京，商务印书馆，1998。

的即此前存在的规则——而后者当中也包括正义的规则”<sup>①</sup>。法解释学既要以正义理念为指导，又要揭示制定法中的正义理念；不是以正义理念为指导、不揭示制定法中的正义理念的法解释学，只能称为“文字法学”。所以，解释者必须把握立法者从形形色色的行为中挑选出作为犯罪科处罚的实质的、正义的标准，使根据正义的标准应当作为犯罪处理的行为都是犯罪，使相同的行为在刑法上得到相同的至少是相似的处理。另一方面，不能离开刑法用语、法条文字去追求“正义”。法学解释的对象是成文的法律，完全脱离法律用语就是推测而不是解释。刑法通过文字规范人们（包括一般人与司法者）的行为，人们通过文字把握刑法的含义。如果脱离刑法用语追求所谓“正义”，人们在具体情况下便没有预测可能性，刑法本身也丧失安定性，国民的自由便没有保障，国民的生活便不得安宁。所以，刑法的正义，只能是刑法用语可能具有的含义内的正义。解释者所要做的，便是使文字与正义形成一体。概言之，解释者在解释刑法时，必须根据刑法规定犯罪的实质的、正义的标准，并且在刑法用语可能具有的含义内，确定犯罪的范围，使实质的、正义的标准与刑法用语的含义相对应，正确界定犯罪的内涵与外延。唯有如此，才能在实现刑法的正义性同时，实现刑法的安定性。

虽然成文刑法是正义的文字表述，但并不意味着仅仅根据文字就可以发现刑法的全部真实含义。“法律系学生在审查法律问题时，用死背下来的定义（像是伤害、文书或是财产这些概念的定义）作为开头，然后接着才了解到，这些定义并没有对于问题的解答提供更进一步的帮助。”<sup>②</sup>事实上，不管是采取主观解释论，还是采取客观解释论，都不是单纯通过法条文字揭示刑法的真正含义。有的国家刑法典（如日本刑法典）制定了上百年。百年来，无数的学者、法官、检察官、律师都在解释刑法；而且，只要该刑法没有废止，还将继续解释下去。无论是披露立法者的原意，还是揭示法条的文字含义，都不至于花费上百年甚至更长的时间。人们之所以一直在解释现行有效的刑法，是因为“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”<sup>③</sup>；活生

① 德国学者奥菲尔（Ophüls）语，转引自 [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，165页，北京，华夏出版社，2003。

② [德] Ingeborg Puppe：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，66页，台北，元照出版公司，2010。

③ [法] 基佐：《欧洲文明史》，程洪逵、沉芷译，7页，北京，商务印书馆，1998。

生的正义还需要从活生生的社会生活中发现；制定法的真实含义不只是隐藏在法条文字中，而且同样隐藏在具体的生活事实中。即使解释者单纯根据法条文字得出的结论具有正义性，也只是一般正义；而刑法的适用除了实现一般正义外，还必须在具体的个案中实现个别正义。所以，一方面，任何一种解释结论的正义性，都只是相对于特定的时空、特定的生活事实而言，生活事实的变化总是要求新的解释结论。“任何一种解释如果试图用最终的、权威性的解释取代基本文本的开放性，都会过早地吞噬文本的生命。”<sup>①</sup>解释者应当正视法律文本的开放性，懂得生活事实会不断地填充法律的含义，从而使法律具有生命力。另一方面，“规范必须与生活事实进入一种关系，它必须符合事物。这就是我们所称的‘解释’：探求规范的法律意义。然而这种意义并非如传统法学方法论所说的，仅隐藏在制定法中，隐藏在抽象而广泛的意义空洞的法律概念中，相反地，为了探求此种意义，我们必须回溯到某些直观的事物，回溯到有关的具体生活事实。没有意义，没有拟判断之生活事实的‘本质’，是根本无法探求‘法律的意义’的。因此，‘法律意义’并非固定不变的事物，它系随着生活事实而变化——尽管法律文字始终不变——，也就是随着生活本身而变化。”<sup>②</sup>所以，法律的生命不仅在于逻辑，而且在于生活。

正因如此，刑法分则条文并非界定具体犯罪的定义，而是以抽象性、一般性的用语描述具体犯罪类型。“形式、抽象性、一般性、以及概念性是对于法律的形成完全不可缺少的，否则法将没有所谓的等同对待，也将没有正义存在。如果人们在其中不保证将始终变动的生活关系的独有性及特殊性在法律的发现过程中引入，那么纯粹从法律规范演绎出来的‘正义’将会是一种‘永久的、重复相同的’僵化机械论，一种自动化——或者是电脑的——‘正义’，一种非人性的‘正义’。”<sup>③</sup>刑法分则所描述的犯罪类型是开放的，它虽然有一个固定的核心，但没有固定的界限。即使立法者当初根本没有想象到的事实，经过解释也可能完全涵摄在刑法规范中；或者相反。于是，经过解释后的刑法，不再是

① [英] 韦恩·莫里森：《法理学》，李桂林等译，555页，武汉，武汉大学出版社，2003。

② [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，89页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

③ [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。

制定时的刑法；虽然刑法的文字仍然相同，但其内容已经改变。所以，成文刑法比立法者更聪明。<sup>①</sup>

法律实证主义的典型代表 Bergbohm 认为，“法律绝不需要从外在加以填补，因为它在任何时刻都是圆满的，它的内在丰富性，它的逻辑延展力，在自己的领域中任何时刻都涵盖了法律判决的整体需要。”<sup>②</sup>但是，“我们的时代已不再有人相信这一点。谁在起草法律时就能够避免与某个无法估计的、已生效的法规相抵触？谁又可能完全预见全部的构成事实，它们藏身于无尽多变的生活海洋中，何曾有一次被全部冲上沙滩？”<sup>③</sup>“认为立法者能够透过规范对于每个案件都预先定出完整、终局之决定的想法，已被证实是一种错觉、幻象。法律必须使用到的概念，是不精确的，而法律的规定也不会是完整的。再加上，应当要被规范的现实世界也会产生变动，这些变动往往是立法者在公布法律规范时所没有料想到，甚至在大部分的情形根本就不可能预想得到。”<sup>④</sup>为了使法律满足一个处在永久运动中的社会的所有新的需要，解释者在面对某种崭新的生活事实，同时根据正义理念认为有必要对之进行刑法规制时，总是将这种生活事实与刑法规范相对应，现实的生活事实成为推动解释者反复斟酌刑法用语真实含义的最大动因。例如，1997年修订刑法时，盗窃虚拟财产的案件很少见，当时几乎没有将虚拟财产认定为“财物”；但是，随着网络的普及以及网民对虚拟财产的重视，刑法理论必须重新讨论“财物”的含义（财物一词不变，但其含义会发生变化）。当行为人携带刀具、棍棒等抢夺时，解释者会习惯于将“凶器”解释为一种器具；而当行为人携带含有 SARS 病毒的注射器抢夺时，或者当行为人带着凶猛的藏獒抢夺时，便会迫使解释者回答“含有 SARS 病毒的注射器是否属于凶器”、“藏獒是不是凶器”这样的问题。要追问立法者当初是否曾经想到过有人会携带含有 SARS 病毒的注射器抢夺、有人会带着藏獒抢夺，是不明智的。所以，当解释者将“携带凶器抢夺”作为判断案件的大前提，而面对行为人携带含有 SARS 病毒的注射器抢夺、

① 参见 [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，236～237 页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

② 转引自 [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，7 页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

③ [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健译，106 页，北京，中国大百科全书出版社，1997。

④ [德] Ingeborg Puppe：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，91 页，台北，元照出版公司，2010。

带着藏獒抢夺的事实时，必然不断地对构成要件要素（“凶器”）进行解释，不断地对现实事实进行分析。换言之，判断者的目光应不断地往返于大小前提之间，使刑法规范与生活事实交互作用，从而发现法律、做出判决。

具体地说，“法学家必须把他应当判决的、个别的具体的个案与组成实在法的法制的或多或少是抽象把握的各种规则联系起来。规则和案件是他的思维的两个界限。他的考虑从案件到规则，又从规则到案件，对二者进行比较、分析、权衡。案件通过那些可能会等着拿来应用的、可能决定着判决的规则进行分析；反之，规则则是通过某些特定的个案或者案件类型进行解释”<sup>①</sup>。换言之，在刑法解释、适用的过程中，必须对刑法规范与案例事实交互地分析处理，一方面使抽象的法律规范经由解释成为具体化的构成要件，另一方面，要将具体的案例事实经由结构化成为类型化的案情；二者的比较者就是事物的本质、规范的目的，正是在这一点上，形成构成要件与案例事实的彼此对应。即“规范成为‘符合存在的’，案件成为‘符合规范的’。并且逐步地规范变成较具体的、较接近现实的，案件变成轮廓较清楚的，成为类型”<sup>②</sup>。也就是说，一方面要将生活事实与规范相拉近，另一方面将规范与生活事实相拉近。二者是一种同时且连续发展的、由规范自我开放地向事实前进和事实自我开放地向规范前进的过程。“只有在规范与生活事实、应然与实然，彼此互相对应时，才产生实际的法律：法律是应然与实然的对应。”<sup>③</sup>

例如，构成要件的内容是故意“毁坏”公私财物，当解释者面临的案情是，甲将他人的电视机从楼上摔至楼下，导致电视机不仅物理上毁损，而且丧失其本来用途时，他可能将“毁坏”解释为：“通过对财物的全部或者一部分进行物质性破坏、毁损，以致全部或者部分不能遵从该财物的本来用途进行使用”，进而得出甲的行为符合“毁坏”这一要件的结论。但是，当解释者面临的案情是，乙故意将他人价值1万元的戒指扔入大海中时，上述“毁坏”的定义会导致乙的行为无罪。当解释

① [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，197页，北京，华夏出版社，2003。

② [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，237页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

③ [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，148页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

者认为他人戒指值得刑法保护、乙的行为值得科处刑罚时，必然重新解释“毁坏”。解释者可能将“毁坏”解释为：“对财物行使有形力，毁损财物或者损害财物的价值、效用的行为”，并且将乙的行为抽象为：对他人财物（戒指）行使有形力，导致他人丧失财物（显然不能将乙的行为抽象为“使他人戒指转移于大海中”），从而使乙的行为符合“毁坏”要件。可是，当解释者面临的案情是，丙故意将他人的鸟笼打开，使他人价值1万元的鸟飞走时，上述两种“毁坏”定义都将导致丙的行为无罪。当解释者认为他人的鸟值得刑法保护，丙的行为值得科处刑罚时，必然再次重新解释“毁坏”。解释者可能将“毁坏”解释为：“导致财物的效用减少或者丧失的一切行为”，并且将丙的行为抽象为：使他人丧失了财物的效用（显然不能将丙的行为抽象为“使美丽的小鸟回归美丽的大自然”），从而使丙的行为符合“毁坏”要件。解释者之所以反复定义“毁坏”，是因为面临着不同的生活事实；之所以并不简单地以第一个定义否认乙、丙行为的可罚性，是因为解释者认识到他人的戒指与鸟值得刑法保护。

通过事实解释规范，与将某些事实强加于规范、以某种事实限制规范大相径庭。“将熟悉与必须相混淆”是人们常犯的错误。<sup>①</sup>人们在解释具体犯罪的构成要件时，习惯于将自己熟悉的事实视为应当的事实，进而认为刑法规范所描述的事实就是自己熟悉的事实。例如，当人们熟悉了二者间的诈骗时，便习惯于认为诈骗罪的构成要件只包含二者间的诈骗，而将三角诈骗（诉讼诈骗是三角诈骗的典型形式）排除在外。当人们熟悉了秘密窃取财物的盗窃行为之后，便习惯于认为盗窃罪的构成要件不包括公开盗窃的情形。当人们熟悉了抢夺通常是乘人不备夺取他人财物之后，面对夺取有防备的被害人财物的案件时便无所适从。这显然混淆了事实与规范，而且使规范处于封闭状态。现实生活中不断出现新的犯罪，即使是传统犯罪，也不乏新的手段与方式。所以，人们所熟悉的只是部分有限的事实。而构成要件所描述的是犯罪类型，某种行为只要属于某犯罪类型，就被描述该类型的构成要件所涵摄。所以，将规范的涵摄范围限定为解释者所知的有限事实，并不合适。

规范与事实之所以能够取得一致，是由于存在一个第三者，即当为与存在之间的调和者——事物的本质。“从法律意义上说，‘事物的本

① See David Nelken, *Contrasting Criminal Justice*, England, Ashgate Publishing Ltd., 2002, p. 241.

质’这一概念并不指派别之间争论的问题，而是指限制立法者任意颁布法律、解释法律的界限。诉诸事物的本质，就是转向一种与人的愿望无关的秩序，而且，意味着保证活生生的正义精神对法律字句的胜利。因此，‘事物的本质’同样断言了自身的权利，是我们不得不予以尊重的东西。”<sup>①</sup> “‘事物本质’是一种观点，在该观点中存在与当为互相遭遇，它是现实与价值互相联系（‘对应’）的方法论上所在。因此，从事实推论至规范，或者从规范推论至事实，一直是一种有关‘事物本质’的推论。”<sup>②</sup> 之所以认为将他人的戒指扔入大海与毁坏他人财物相对应，是因为刑法规定故意毁坏财物罪的目的在于保护他人财产，保护的方式是禁止毁坏他人财物；而将他人的戒指扔入大海的行为本质，是毁坏了他人财产。如果不是从这一“事物本质”出发，毁坏他人财物的构成要件与将他人戒指扔入大海的行为，是难以相互对应的。由此可见，只有通过生活事实解释规范，才能实现刑法的合目的性。

综上所述，刑法的解释就是正义理念、刑法规范与生活事实的相互对应。这里首先遇到的疑问是，由于解释者的价值观不同，对于同样的解释结论，有人认为是正义的，有人可能认为是非正义的，可谓仁者见仁、智者见智，对此应当如何取舍？这虽然是一个难题，但并不意味着解释者无能为力。第一，对于一般的、基本的正义原则，解释者之间不会产生明显分歧。第二，“使法律之间相协调是最好的解释方法”（*Concordare leges legibus est optimus interpretandi modus.*）。因为正义被实证化，正义的核心是平等，它要求对所有的人都应用一种统一的标准，所以，对刑法分则进行体系解释，使刑法条文之间保持协调，使“相同”<sup>③</sup> 的犯罪得到相同的处理，就是正义的；否则就是非正义的。<sup>④</sup> 第三，一致的价值经验是认识正义的基础。正义“原则是从在社会生活的某些特定的、反复出现的基本境况和基本事实方面法的理念和事物本质的社会道德内涵引申出来的。只要它们与某些特定的境况有关系，并且从人类本性或者事物本质的某些特定的状况出发，它们就在它们的伦理

① 严平编选：《伽达默尔集》，邓安庆等译，195~196页，上海，上海远东出版社，2003。

② [德]亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，103页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

③ 严格地说，现实中的犯罪没有相同的，只是相似的多与少的问题。

④ 按照法条的字面含义得出不协调、非正义的解释结论，并以“刑法就是这样规定的，解释者无能为力”为由维持这种不协调、非正义的解释结论，是一种严重不负责任的态度与做法。

的基础里，即先验地包含着经验的要素。它们属于人的世界；它们的适用局限在人的这个世界上”<sup>①</sup>。解释者应当善于观察一般人的生活与心理，准确了解人类本性与事物本质。“人文科学的‘业务’是了解人类的表示。‘最重要的不是单纯地观察，毋宁是对被观察到的、有意义的人类生活表现的解释’。这点既适用于历史学家，也适用于法学家。”<sup>②</sup>第四，在解释刑法时，不仅要想象“如果自己是当初的立法者，会得出何种结论”，而且还要想象“如果自己是当今的立法者，会得出何种结论”。第五，当然，“只有自己是正义的，才能认识正义的事情”<sup>③</sup>，才能揭示刑法的正义理念。“学者的良心是追求真理、阐述真理的良心。”<sup>④</sup>只有凭着良心解释刑法，才不至于违反刑法的正义理念。

疑问还在于：如何使刑法规范与生活事实相对应？这便需要反复、合理地运用各种解释方法，准确抽象生活事实，正确理解规范与事实的本质，直至得出符合正义的结论。“相对于裁判的字义，法官在案件中有着先前判断与先前理解。法官有这些判断或理解，并不必对其责难，因为所有的理解都是从一个先前理解开始，只是我们必须把它——这是法官们所未作的——开放、反思、带进论证中，而且随时准备作修正。”<sup>⑤</sup>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，解释者不要以为自己的先前理解就是所谓立法本意，也不要以为自己的先前理解就是对法条的唯一解释结论。换言之，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、相关条文之间、生活事实之中进行检验。如果这种先前理解符合正义理念、与相关条文相协调、能够公平地处理现实案件，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；当先前理解与刑法的相关条文存在矛盾与冲突时，必须放弃它；当自己的先前理解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），也必须放弃它。放弃先前理解之后，应当

① [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，165页，北京，华夏出版社，2003。

② [德] Karl Larenz：《法学方法论》，陈爱娥译，63页，台北，五南图书出版有限公司，1996。

③ [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，9页，北京，华夏出版社，2003。

④ [日] 团藤重光：《法学的基础》，357页，东京，有斐阁，1996。

⑤ [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，58页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

寻求新的解释结论，再将新的解释结论置于正义理念之下、相关条文之间、生活事实之中进行检验，直到得出满意的结论为止。易言之，解释者必须注意到正义的诸多层次，各种不同的可能。面对有疑问的条文时，应当想到各种可能的意义，提出各种不同的假设，对各种观点进行充分的论证、反复权衡，看哪一种解释结论最符合正义理念。

要使刑法规范与生活事实相对应，就必须善于运用各种解释方法。虽然解释方法繁多，但没有一种解释方法可以将刑法所有条文都解释得符合正义，又不超出刑法用语可能具有的含义。各种解释方法的内容既不完全一致，也不完全对立。所谓“不完全一致”，是指各种解释方法本身具有差异性，甚至具有“对立”性。例如，扩大解释与限制解释，在解释技巧上明显对立。历史解释与同时代的解释，在方法上也可谓对立的：前者重视刑法制定时的历史背景；后者重视社会发展的需要。所谓“不完全对立”，是指在不同场合运用不同的解释方法，都可能达到解释目的，揭示出规范的真实含义。例如，在此条中，使用扩大解释技巧，才能实现刑法的正义；在彼条中，使用限制解释技巧，才能实现刑法的目的。如此等等。所以，解释者为了追求正义理念、实现刑法目的，必须敢于尝试罪刑法定原则所允许的各种解释方法。

要使刑法规范与生活事实相对应，就必须在刑法规范指引下准确把握生活事实的本质。事物本质是每个立法与法律发现行为中必要的“催化剂”，它能够使刑法理念、法律规范与生活事实、当为与存在之间，产生一种关联、一种对应。离开具体案件事实对刑法条文所作的解释，是没有任何意义的解释；离开可能适用的刑法规范对具体案件事实所作的归纳，只能是一种非法律人的自然主义的归纳。对于个案本质的分析，应当以刑法规范的本质为导向。对于个案事实的归纳，应当向着刑法规范开放，使个案事实经由构思而成为一个与刑法规范相对应的事实。所以，刑法的解释，并不仅仅在于解释制定法。“法律人的才能主要不在认识制定法，而正是在于有能力能够在法律的——规范的观点之下分析生活事实。”<sup>①</sup>

诚然，将案件事实归入刑法规范之下的能力，并不是天生就具备的。“每一个个案的解决都从找到可能适合这一案例的法律规范开始，也即从被认真地认为适合当前案件的法律规范开始；或者，从另一角度来看，

<sup>①</sup> [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，87页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

这一开始阶段也是一个确定该具体案件属于某一法律规范适用范围（尽管还需要作进一步审查）的过程。这一归入能力（Zuordnungvermögen），即正确地联想并准确无误地找到‘恰当的’规范的禀赋，就是一种判断力。这种判断力，如康德曾经说过的，是无法通过教导获得，而只能通过练习得到发展。这一观点正是这样一个认识的哲学基础，如果人们愿意这么说的话，即一个好的法律人不是通过单纯的教导，而是只能通过另外的实践，也即通过判断力的训练才能造就的。”<sup>①</sup>

总之，刑法的解释就是在心中充满正义的前提下，目光不断地往返于刑法规范与生活事实的过程。当然，一方面，这并不意味着判断者一定要达到有罪结论才罢休。无论如何不能通过违反罪刑法定原则与歪曲案件事实得出有罪结论。换言之，在既不违反罪刑法定原则，又不歪曲案件事实的前提下，如果犯罪构成与案件事实彼此对应，则应得出有罪的结论。另一方面，不要以为，越是能“设定”刑法漏洞，就越有学术成就。因为刑法学的任务并不是设定漏洞，相反应当合理地填补漏洞。没有人会认为，能将谋杀解释为无罪，是学术上的辉煌成就和罪刑法定主义的伟大胜利。因为罪刑法定原则的思想基础是民主主义与尊重人权主义，恣意地将根据普遍的正义标准应当作为犯罪处理的行为解释为刑法没有规定的行为，必然不利于保护法益，必然违反民主主义。

以上论述似乎表明：价值分析方法、实证分析方法、社会分析方法不一定是矛盾的；“刑法应当是什么”、“刑法是什么”、“刑法实际上是什么”不一定是冲突的；自然法学、实证主义法学、社会法学也不一定是对立的。

<sup>①</sup> [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，129～130页，北京，法律出版社，2009。

# 目 录

- 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 (上)

- 第一章 解释原理与解释方法 / 1
  - 一、解释主体 / 1
  - 二、解释目标 / 27
  - 三、解释态度 / 34
  - 四、解释方法 / 41
  - 五、解释理由 / 51
  - 六、解释技巧 / 88
- 第二章 分则与总则 / 109
  - 一、分则与总则的关系 / 109
  - 二、总则对分则的指导 / 112
  - 三、分则对总则的例外 / 150
  - 四、分则与总则的协调 / 157
- 第三章 “……的，”与“处……。” / 168
  - 一、“……的，处……。”表述罪刑规范 / 168
  - 二、“……的，”标示罪状的表述完结 / 170
  - 三、“……的，”与罪名的关系 / 175
  - 四、“……的，”与犯罪构成的关系 / 181
  - 五、“处……。”标明法定刑 / 196
- 第四章 防止漏洞与减少对立 / 209
  - 一、漏洞与包容的不可避免性 / 209
  - 二、避免不应有的漏洞 / 214
  - 三、减少不必要的对立 / 243
- 第五章 避免矛盾与保持协调 / 283
  - 一、避免矛盾与保持协调的必要性 / 283



- 二、矛盾现象的分析 /286
- 三、保持协调的方法 /311
- 第六章 保护法益与违法要件 /340**
  - 一、犯罪的实体 /340
  - 二、法益的概念 /344
  - 三、法益对违法构成要件解释的指导 /352
  - 四、法益变更对违法构成要件的影响 /375
- 第七章 客观要素与主观要素 /384**
  - 一、犯罪成立要素的分类 /384
  - 二、客观要素与主观要素的确定 /387
  - 三、主观要素明示客观要素的内容 /403
  - 四、客观要素标示主观要素的内容 /406
  - 五、客观要素与主观要素的关系 /407
- 第八章 主观的超过要素与客观的超过要素 /414**
  - 一、主观要素与客观要素的对应限度 /414
  - 二、主观的超过要素 /416
  - 三、客观的超过要素 /473
- 第九章 单一行为与复数行为 /491**
  - 一、区分意义 /491
  - 二、基本分析 /498
  - 三、争议问题 /512
  - 四、实践误区 /525



## 解释原理与解释方法

### 一、解释主体

如所周知，按解释主体对刑法的解释进行分类，可以分为立法解释、司法解释与学理解释。<sup>①</sup>但是，立法机关应否对自己制定的刑法进行解释，最高人民法院与最高人民检察院应当在什么范围内对刑法进行解释，学者们自己对刑法解释的态度以及对立法解释与司法解释应当持什么态度，都是需要讨论的问题。

#### （一）立法解释的否定

笔者一直不主张立法机关对自己制定的刑法进行解释。

法治应当是良法之治；为了实现良法之治，对立法权（包括立法程序）作适当限制是非常必要的。制定立法解释看似与制定法律不同，但由于立法解释与法律本身具有相同的效力，导致立法解释与法律本身事实上没有实质区别。然而，立法解释的程序比制定法律的程序简单得多。例如，《立法法》对法律草案发给全国人大常委会成员的日期以及随后审议的次数、审议的步骤、内容等都有严格规定，但对于立法解释草案则并无相关要求。事实上，立法解释的颁布程序比法律的颁布程序要简单得多、容易得多。显然，用一种比制定法律更为简便的程序制作与法律具有相同效力的立法解释，必然不利于实现良法之治。

法治即法的统治。法的制定者、执行者与裁判者相分离的目的，不仅在于使统治依法进行，而且在于使法具有正当性、合理性。概言之，立法权与司法权必须分立。可是，立法解释与法治原则不相符合。因为

---

<sup>①</sup> 其实，这只是一个很不周延的分类。因为作为个体的检察官与法官以及一般公民，都可能对刑法进行解释。

立法解释是立法机关在制定刑法后对刑法条文的含义所作的解释，而对刑法条文含义的解释应当属于司法权的内容。即法的裁判者根据立法机关制定的法律与案件事实做出裁判，至于立法机关制定的法律是何种含义，应当由法的裁判者做出解释，不能由法的制定者做出解释。法院所做出的任何判断，都含有对法律的解释内容，而不是只有最高人民法院的司法解释才是对刑法的解释。不管最高人民法院采取何种方式，其对刑法的解释，都是作为法的裁判者对刑法的适用。如果法的制定者同时也是法的解释者，意味着法的制定者介入了司法。

人们习惯于认为，立法解释不同于司法解释，因为根据《立法法》、《人民法院组织法》、《关于加强法律解释工作的决定》的规定，法律的规定需要进一步明确具体含义的，以及法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的，由立法解释负责。详言之，“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。”“凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。”

可是，第一，从理论上说，法律本身的含义问题与具体适用法律的问题是不可能区分的。如后所述，解释不只是对制定法意义的说明，也包括使事实与规范相对应。法官在适用刑法时，离不开对制定法意义的说明。反之，立法解释对制定法意义的说明，实际上是指向某类或者某个具体案件的。第二，从事实上看，也不可能划清二者的界限。最高人民法院与全国人大常委会就相同条文做出过解释，换言之，最高人民法院能够做出解释的，全国人大常委会也能做出解释，反之亦然。例如，关于挪用公款罪的“归个人使用”的含义、关于黑社会性质组织的特征，最高人民法院与全国人大常委会都做出过解释，而且表述方式完全相同（均以条款形式出现），只是内容存在差异。如果说法律本身的含义问题与具体适用法律的问题可以区分，最高人民法院与全国人大常委会就同一概念做出解释的现象，要么意味着最高人民法院的解释越权，要么说明全国人大常委会的解释过限。第三，从法律规定上看，同样不可能划清二者的界限。《关于加强法律解释工作的决议》第2条规定：“最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。”这本身就说明，立法解释完全可能解释应由“两高”进行解释的问题，因而表明立法机关可以就属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题，以及属于检察院检察工

作中具体应用法律、法令的问题进行解释。人们由此能够得出立法机关介入了司法的结论吧!<sup>①</sup>

法治与人治相对立。法治意味着国民生活在法的统治之下，而不是生活在人的统治之下。换言之，国民生活在成文法律的统治之下，而不是生活在立法机关的组成人员的统治之下，不是生活在人大代表的统治之下，也不是生活在立法机关的某个工作人员的统治之下，更不是生活在法律的起草者的统治之下。国民只能通过立法机关制定的成文法律规制自己的行为，而不是根据立法原意规制自己的行为。立法解释本身并不意味着人治，但与人治存在关联。如后所述，人们要求立法机关做出立法解释，常常是为了使立法机关阐述立法本意或者立法原意。可是，刑法是全国人民代表大会制定和通过的，几千名全国人大代表在对刑法投赞成票时，不可能对每一个条文都有相同的想法，因此，任何人都不可能得到全国人大代表完全一致的立法原意。于是，人们习惯于认为，只有全国人大常委会常设机关的工作人员与刑法的起草者，才知道立法原意；寻求立法原意的途径，便是询问全国人大常委会常设机关的工作人员或者刑法的起草者；追求立法原意的结局，是寻求全国人大常委会常设机关的工作人员的想法，或者寻求起草者在起草刑法时的想法。事实上也是如此。一些司法机关一旦遇到了难题，便询问全国人大常委会常设机关的工作人员或者刑法的起草者；刑法的真实含义取决于这些工作人员与起草者的解释。甚至有人把全国人大常委会常设机关的工作人员编写的刑法理论书籍，视为一种立法解释。这显然不符合法治原则，而是类似于人治。

现代法治的基础是民主。从实体上来说，法必须体现民意，必须保护人民的自由与利益。否则，就不可能有社会正当性。但是，立法解释并不符合民主原则。立法解释的主体是全国人大常委会。当下，全国人大常委会不仅可以解释自己制定的法律，而且可以解释由全国人民代表大会制定的刑法等基本法律。于是，原本由代表人民的3000多名代表制定的刑法，后来由其中的一部分人决定其含义。这不仅与宪法第62条有关全国人民代表大会有权“改变或者撤销全国人民代表大会常务委

<sup>①</sup> 不可否认，在最高人民法院与最高人民检察院均有权作司法解释的情况下，必然遇到最高人民检察院不赞成最高人民法院的司法解释（或者相反），以及双方的司法解释存在原则性分歧的情形。但这不是立法解释存在的理由，而且，对于上述情形完全可以通过其他途径合理解决。

员会不适当的决定”的规定相矛盾，而且难以使法治建立在民主之上。

只有当法律被人们信仰时，才能实现真正的法治。易言之，法律具有权威，人们对法律的规定深信不疑，法律的内容得到确证，是实现法治的重要条件。可是，立法解释的逻辑是谁制定法律谁解释法律，使得制定者之外的人不能根据文字的客观含义理解法律。但这种做法必然导致人们不信赖事先制定的法律，损害法律的权威。以广告为例。人们在日常生活中经常看到各类广告，如经营者为了销售产品、提供服务或举行某种“酬宾”活动而在报刊上刊登广告或者在电视上播放广告，广告的内容异常吸引人，可是当人们看到广告的最后一句“本广告内容的最终解释权属于经营者”或者“本次活动的最终解释权属于举办者”时，便开始怀疑广告内容的真实性，甚至断定广告内容就是虚假的。因为虽然人们根据广告的字面含义可能做出有利于消费者的解释，可最后的解释权在经营者，人们不知道经营者会如何解释。法律何尝不是如此。如果立法机关解释法律，人们便不能预测立法者将会对法律做出何种解释，因而不会确信法律。这便有损法律的权威，也限制了国民的自由，因而与法治相违背。

罪刑法定原则是刑法的生命，是法治在刑法领域的表现。它既是立法机关制定刑法、司法机关适用刑法必须遵循的原则，也是任何解释者都必须遵循的原则。从逻辑上说，既然立法解释违背法治原则，当然也违反法治在刑法领域所表现出来的罪刑法定原则。但是，我们还是有必要进一步论述立法解释是否符合罪刑法定原则。

人们主张立法解释的最大理由在于，刑法是立法机关制定的，当然由立法机关来解释是最妥当的，也是符合罪刑法定原则的。诚然，根据罪刑法定原则，只能由立法机关规定什么行为是犯罪，对犯罪科处何种刑罚。但是，罪刑法定原则，是指罪刑由“刑法”规定或确定，而不是由“立法者”、“立法机关”规定或者确定，“刑法”与“立法者”、“立法机关”并非一体；具有法律效力的是由文字表述出来的、具有外部形式的刑法，而不是存在于立法者大脑中的内心意思。“刑法”是由文字构成的，通过文字规定什么行为是犯罪，对犯罪如何科处刑罚，故罪刑法定本身就要求对刑法进行客观解释。换言之，立法机关通过文字表述立法目的与法条含义，司法机关通过文字理解立法目的与法条含义。由于存在文字的限制，所以，司法机关不能超过文字可能具有的含义适用刑法。于是，司法权受到了适当限制，保障了国民的自由。另一方面，由于白纸黑字记载了法律内容，立法机关也不能超出文字可能具有的含

义做出立法解释。这既是罪刑法定原则的内容，也是法治的重要要求。

相反，要求立法解释，则可能违背罪刑法定原则。因为人们呼吁立法解释时，常常是由于自己不能做出某种解释，觉得自己的解释超出了刑法用语可能具有的含义因而属于类推解释，违反了罪刑法定原则。换言之，要求立法机关做出某种解释，实际上是想让类推解释合法化。可是，既然是立法“解释”，也必须遵守罪刑法定原则。如果立法机关事后对成文刑法作类推解释，同样损害了国民的预测可能性，侵犯了国民的人权。即使立法机关的类推解释具有某种根据，也不应当被允许。例如，刑法第 237 条所规定的强制猥亵、侮辱妇女罪的对象仅限于“妇女”，但现实生活中出现了女性强制猥亵男性的案件。显然，司法机关只能按“妇女”一词的客观含义适用刑法第 237 条，不能认为刑法第 237 条的“妇女”包括男性在内。同样，立法机关也不能做出“刑法第 237 条的‘妇女’包括男性在内”的类推解释。即使立法机关事后拿出诸多证据，证明从刑法的起草到通过一直使用的是“他人”一词，其本意是包含男性在内，但公布刑法时使用了“妇女”一语，也不能成为做出上述类推解释的理由。再如，刑法第 243 条规定，“捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的”，构成诬告陷害罪。由于行为人的主观意图必须是使他人受“刑事”追究，故对于该条中的“事实”必须解释为犯罪事实。<sup>①</sup>当现实生活中发生行为人诬告他人触犯《治安管理处罚法》，意图使他人受行政处罚的案件时，司法机关不能将其中的“刑事追究”类推解释为“法律追究”。同样，立法机关也不能做出这种类推解释。由此可见，立法机关不能做出属于类推解释的结论；使类推解释“合法化”的立法解释，同样违反了罪刑法定原则。

另一方面，立法机关在制定立法解释时，会以为自己是在从事立法活动（事实上，也是由《立法法》对立法解释做出了较为具体的规定），进而会认为自己有权做出符合需要、符合目的的解释。结局是，立法机关可能自觉或者不自觉地做出类推解释。事实上，原本可以由最高人民法院做出司法解释的，最高人民法院因为担心属于类推解释而受到批判，往往将解释推给立法机关。立法机关则不担心自己是否违反罪刑法定原则而做出解释。其实，如果解释结论包含在法条的文字含义之内，立法解释就毫无必要。如果解释结论超出了法条用语可能具有的含义，

<sup>①</sup> 至于对这里的“犯罪事实”应当如何解释，则是另一回事。

立法机关也无权做出这种解释。概言之，立法解释实际上是让违反文字含义的意思优于符合文字含义的意思，有违反罪刑法定原则之嫌。

人们期待立法解释，是为了使立法机关做出一种最终的、权威性的解释，是为了避免各种争论。但是，这种立法解释既过早地吞噬了刑法文本的生命，又妨碍了刑法理论的发展，进而妨碍了刑事立法的发展。换言之，立法解释虽然有可能在短时间内解决部分问题，却是以缩短刑法文本的生命、削减刑法理论的繁荣为代价的。

人们主张立法解释，是以为仅仅从刑法的文字表述中就可以发现刑法的真实含义，但事实上并非如此。由于刑法的真实含义需要从具体案件中发现，要在事实与规范的对应过程中发现，而立法机关的任务是将正义理念与将来可能发生的事实相对应，从而形成法律规范，并不是将已经发生的具体事实与法律规范相对应，因而难以从具体案件事实中发现法律的真实含义。所以，立法解释并不是发现法律真实含义的良好途径。

综上所述，“在理解法律的真正含义时，最不应当去垂问的人，就是立法者本身！事实上，这正印证了霍尔姆斯勋爵（Lord Halsbury）在1902年所表达的观点：‘在对制定法的解释上，我认为，解释的最佳人选，永远不会是负责该制定法的起草之人。’”<sup>①</sup> 所以，即使在现行法律规定立法机关具有立法解释权的情形下，立法机关也不宜对刑法做出立法解释（即使做出立法解释，也不得做出类推解释）。

## （二）司法解释的限制

根据《立法法》等法律的规定，最高人民法院、最高人民检察院（以下简称“两高”）有权对法院审判工作中、检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题进行解释，解释一旦做出，即具有法律效力，下级法院与检察院必须遵守。

本书的基本态度是，“两高”应当对司法解释保持克制态度，不能动辄做出司法解释。即使不得已做出司法解释，也不能给刑法用语与条文下定义，只能采取列举式的规定（即列举对何种行为适用何种规定）。这是因为，司法解释不可避免会存在各种缺陷。<sup>②</sup>

① [比] R·C·范·卡内冈：《法官、立法者与法学教授》，薛张敏译，18页，北京，北京大学出版社，2006。

② 本书所称司法解释，不仅包括“两高”正式的司法解释，还包括“两高”单独或联合以“立案标准”、“意见”、“规定”、“座谈会纪要”名义公布的解释性规定。

1. 20世纪以来,法律的制定不再追求具体、详细,刑法分则条文并非界定具体犯罪的定义,而是以抽象性、一般性的用语描述具体犯罪类型。一方面,刑法是正义的文字表述,但正义是活生生的,为了对纷繁复杂的具体案件做出符合正义的结论,法律必须使用抽象性、一般性的概念。过于具体、死板的规定,只能实现机械化的“正义”。例如,如果盗窃罪的成立条件以数额达到1000元为绝对标准,那么,为了给亲人治病而盗窃1000元的就成立犯罪,而为了赌博盗窃999元的就不成立犯罪。这种结论似乎很“公平”,但这种“公平”不符合一般人的正义感,所实现的是机械化的“正义”,而不是刑法的正义。另一方面,刑法规定得越具体,漏洞就越多,这是显而易见的道理。“很明显,立法者难以预见到社会生活中涌现出来的大量错综复杂的、各种各样的情况。”<sup>①</sup>刑法规定越具体,就意味着外延越窄;反之,刑法规定越抽象,则外延越宽。为了权衡刑法的法益保护与人权保障的机能,刑法固然不能完全使用十分抽象的概念,但也不能走向另外一个极端,导致司法人员完全没有裁量的余地。例如,如果要求刑法对“凶器”做出具体规定,就会既导致凶器的范围过窄,也导致凶器的定义不能适应不断变化的社会生活事实。

但是,司法解释实际上在追求具体、详细,结局只能使刑法无法适应社会生活。

例如,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》,玩忽职守涉嫌下列情形之一的,应予立案:“(1)造成死亡1人以上,或者重伤3人以上,或者重伤2人、轻伤4人以上,或者重伤1人、轻伤7人以上,或者轻伤10人以上的;(2)导致20人以上严重中毒的……(9)其他致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的情形。”姑且不讨论如此高的立案标准是否合适,看看如此详尽的规定,就知道这种规定不仅给司法机关认定犯罪带来巨大负担,而且其所实现的完全是机械化的正义。以伤害为例。上述规定大体上是以1个重伤相当于3个轻伤来设定的。既然如此,为什么不规定为“重伤3人以上,或者重伤2人、轻伤3人以上,或者重伤1人、轻伤6人以上,或者轻伤9人以上”?为什么玩忽职守导致9人轻伤、3人轻微伤的,就不成立犯罪呢?如果本来有10人受伤,但其中1人因为急于出

① [法]亨利·莱维·布律尔:《法律社会学》,许钧译,63页,上海,上海人民出版社,1987。

国没有做轻伤鉴定，或者因为其他原因本人不愿意做轻伤鉴定，也不能认定为玩忽职守罪。同样，玩忽职守导致 19 人严重中毒、3 人非严重中毒的，也不成立玩忽职守罪。按照这种司法解释适用刑法不可能实现活生生的正义，在面对国民的质疑时，司法人员就只能以“司法解释就是这样规定的”来回答。另一方面，从司法实践来看，许多玩忽职守案件都只能适用上述第（9）项规定。这说明，司法解释的必要性并不大。

又如，刑法条文将“数额较大”规定为盗窃罪的构成要件要素，这一抽象或者模糊的用语，除了可以解决因地区差异而产生的对数额较大的不同要求外，还有利于司法人员妥当处理各种不同类型的盗窃案件，实现刑法的正义性。例如，与普通盗窃相比，对于盗窃他人合法占有的自己所有的财物的案件，宜适当控制处罚范围，亦即，宜适当提高数额较大（巨大、特别巨大）的要求。但司法解释并没有考虑这一点，导致有些案件不能得到妥当处理。譬如，行为人盗回被交警扣押的汽车的案件经常发生。按照刑法第 91 条第 2 款的规定，该行为属于盗窃公共财产，没有疑问成立盗窃罪。但是，由于司法解释并没有针对这种情形对数额较大、巨大、特别巨大做出特别规定，实践中出现了两种不理想的结局：一是对上述行为不以犯罪论处，二是对上述行为适用数额特别巨大的法定刑。于是，对案件的处理便不可能符合刑法的精神。再如，与普通盗窃相比，对于盗窃危险物品的案件，宜适当扩大处罚范围，亦即，宜适当降低数额较大（巨大、特别巨大）的要求。而司法解释却没有考虑这一点。比如，行为人客观上盗窃了枪支（假定价值 800 元，发现是枪支后立即上交公安机关），但主观上却不知道是枪支。对于这样的案件，不可能认定为盗窃枪支罪。然而，如果按照绝对的数额标准，也不能认定为盗窃罪。但这种结论是否符合刑法的真实含义，还值得研究。

追求具体、详细的司法解释，还可能使下级司法机关“违反刑法”追求刑法的公平正义。

例如，2004 年 8 月，被告单位某石化公司承包了中国某有限公司 ×× 销售分公司 0# 柴油的代运业务，并签订了《成品油水上运输合同》。被告单位租赁了某港口第六作业区作为中转站，为代运 0# 柴油提供服务。从 2006 年 7 月起，被告单位的法定代表人、被告人陈某决定利用为 ×× 销售分公司代运 0# 柴油的机会为本公司牟利。被告单位从其他公司购进品质、价格均低于 0# 柴油的燃料油，在中转站按一定比例先抽出 ×× 销售公司的 0# 柴油，然后掺入等量的燃料油。掺兑后的 0# 柴油按合同约定运至湖南、湖北等地，经验收合格，进入有关油

库。被告单位采取上述手段，取得××销售分公司0#柴油共26 283.57吨，案值人民币值12 588.06万元。

这个案件本来很简单，属于典型的（普通）侵占罪。亦即，将代为保管（运输）的他人所有的财物（0#柴油）据为己有。在刑法没有规定单位可以成立侵占罪的情况下，理应对自然人以侵占罪论处。但是，最高人民法院2001年1月21日《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》指出：“审理贷款诈骗犯罪案件，应当注意以下两个问题：一是单位不能构成贷款诈骗罪。根据刑法第三十条和第一百九十三条的规定，单位不构成贷款诈骗罪。对于单位实施的贷款诈骗行为，不能以贷款诈骗罪定罪处罚，也不能以贷款诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。但是，在司法实践中，对于单位十分明显地以非法占有为目的，利用签订、履行借款合同诈骗银行或其他金融机构贷款，符合刑法第二百二十四条规定的合同诈骗罪构成要件的，应当以合同诈骗罪定罪处罚。”于是，人们以本案属于单位行为为由，既不能认定被告单位成立侵占罪，也不能认定其中的自然人构成侵占罪。其实，上述座谈会纪要的观点并不妥当。<sup>①</sup>本来还有另一条处理路径，即被告单位成立第140条销售伪劣产品罪的间接正犯。因为被告单位知道××销售分公司是要销售该0#柴油，却仍然将掺杂、掺假的0#柴油提供给××销售分公司，而××销售分公司并不知道自己所销售的0#柴油掺入了燃料油，故被告单位符合间接正犯的成立条件。可是，司法解释将这条路也堵死了。最高人民法院、最高人民检察院2001年4月9日《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条第1款规定：“刑法第一百四十条规定的‘在产品中掺杂、掺假’，是指在产品中掺入杂质或者异物，致使产品质量不符合国家法律、法规或者产品明示质量标准规定的质量要求，降低、失去应有使用性能的行为。”而本案行为人掺杂、掺假后，柴油依然符合质量要求，因而不能认定被告单位成立销售伪劣产品罪。但是，将违法性与有责性如此严重的行为宣告为无罪是不合适的，于是，有关司法机关认定被告单位的行为构成合同诈骗罪。但是，本案并不符合合同诈骗罪的构成要件。不难看出，过于详尽的司法解释，会封堵符合罪刑法定原则的解决

<sup>①</sup> 详细理由参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，369页以下，北京，清华大学出版社，2006。

路径，又只能通过违反罪刑法定原则解决现实案件。

再如，在刑法第 68 条第 2 款规定了“犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚”<sup>①</sup>时，最高人民法院 1998 年 4 月 17 日《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第 7 条规定：“根据刑法第六十八条第一款的规定，犯罪分子有检举、揭发他人重大犯罪行为，经查证属实；提供侦破其他重大案件的重要线索，经查证属实；阻止他人重大犯罪活动；协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人（包括同案犯）；对国家和社会有其他重大贡献等表现的，应当认定为有重大立功表现。”“前款所称‘重大犯罪’、‘重大案件’、‘重大犯罪嫌疑人’的标准，一般是指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响等情形。”可事实表明，越是作恶多端、罪恶重大的犯罪人，越容易“立功”。因此，是否成立重大立功，不可一概而论，需要在个案中做出具体判断。然而，根据上述司法解释，必然出现这样的问题，多次抢劫杀人、导致多人死亡的主犯，只要自首后协助司法机关抓捕了可能被判处无期徒刑以上刑罚的同案犯，就应当减轻或者免除处罚。但是，这样的量刑必然违反罪刑相适应原则，也不符合预防犯罪的需要。本来，如果没有司法解释的这种僵硬规定，法官完全可能否认“协助司法机关抓捕了可能判处无期徒刑以上刑罚的同案犯”成立重大立功，进而做出合理判决。但上述司法解释的规定，迫使下级司法机关在适用“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的法定刑时，将判处死缓、无期徒刑也说成“减轻处罚”。可是，刑法第 63 条第 1 款前段规定：“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚”。上述“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”是一个法定刑，而不是多个法定刑。换言之，不能认为一个刑种就是一个法定刑，否则减轻处罚与从轻处罚就无法区分了。容易发现，过于详尽的司法解释，反而会导致下级司法机关“违反刑法”。

2. 刑法条文的含义不是固定和封闭的，而是变化和开放的。“可导致法律涵义变迁的不仅仅是占主导地位的社会伦理观念的改变。事实状态的变化也会产生这一结果。事实生活关系的变化能够影响占主导地位的正义观念，从而间接地对法律解释产生影响。然而这种变化也可以以另一种方式对法律解释产生影响。法律规范总是通过当下的生活现实实现

<sup>①</sup> 此款已被《刑法修正案（八）》删除。

具体化的。也就是说，具体的事实及其涵摄问题的存在使得一条法律规范的涵义空间只能通过与这一事实相结合才能被评价和精确化。这种情况下，‘在法律规范的适用范围内新的，事先未曾预见的事实出现’可能会引起法律概念的发展。”<sup>①</sup> 换言之，刑法是在以固定的文字表述应对变化的生活事实，刑法适用者不可能改变生活事实，只能不断发现固定的文字表述的新的含义。刑法的固定表述又是正义的文字表述，刑法适用者不能放弃正义，只能对刑法条文做出符合文理与正义的解释。活生生的正义在不同的案件中表现为不同的要求，刑法适用者面对每一个新的案件都必须通过新的解释实现正义的要求。所以，任何一种解释的正确性都是暂时的，而不是永久的。在国外，对于某个问题而言，50年前采取肯定说、30年前采取否定说、10年前采取折中说、现在重新回到肯定说或者否定说之类的现象，并不罕见。解释者每时每刻关注的问题应当是，哪一种解释“现在”是正确的。换言之，现在是合理的解释，在过去完全可能是不合理的；反之亦然。这正是刑法永远需要解释的原因。有的国家刑法制定了上百年（如日本），百年来，无数的学者、法官、检察官、律师都在解释刑法；而且，只要该刑法没有废止，还将继续解释下去。所以，一部刑法典存在一百年，就需要解释一百年；实施一千年，就需要解释一千年。概言之，法律条文的含义总是在不断变化，各种学说并非永远正确或者永远错误。任何一种解释结论的正义性，都只是相对于特定的时空、特定的生活事实而言，生活事实的变化总是要求新的解释结论。

但是，之所以产生司法解释，一个重要原因是，刑法理论对某个问题有争议，下级司法机关不知道适用哪一种理论，于是由司法解释确定一种“合理的解释”。但是，这样做的结局必然是导致刑法的含义固定化、封闭化。

例如，最高人民法院1997年11月4日《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》第1条规定：“根据刑法第二百六十四条的规定，以非法占有为目的，秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃公私财物的行为，构成盗窃罪。”将盗窃固定为“秘密窃取”便导致盗窃的含义封闭化，不能适应变化的生活事实。<sup>②</sup> 一方面，从文理解释上看，

① [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，37页，北京，法律出版社，2009。

② 当然可以认为，本规定并不是对盗窃罪的定义，只是列举，所以没有固定盗窃的含义。换言之，本条并没有将公开盗窃排除在盗窃罪之外。笔者也希望如此。遗憾的是，一些司法人员将本条当做司法解释对盗窃罪的定义，进而否认公开盗窃。

就不应当将盗窃解释为“秘密窃取”<sup>①</sup>。另一方面，在监视器无处不在的年代，仍然将“秘密”作为盗窃罪的要素，是对不断变化的生活事实的漠视与忽视。这样的规定，要么导致司法机关牵强地认定“秘密窃取”，要么导致部分盗窃行为不成立犯罪或者以其他犯罪论处。

再如，上述司法解释第12条第4项规定：“偷开机动车辆造成车辆损坏的，按照刑法第二百七十五条的规定定罪处罚。”这一解释的前提大体是，如果行为人归还所偷开的机动车则不成立盗窃罪。换言之，这一解释将非法占有目的的含义固定化为没有归还的意图。可是，在现代社会中，对非法占有目的不能再作如此僵硬的理解。例如，在2010年5月盗窃他人的司法考试指定用书（假定数额较大），在司法考试结束后归还给他人的，虽然有归还的意思与行动，但不可能妨碍盗窃罪的成立。这说明，非法占有目的已经不是传统意义上的“据为己有”的目的，而是应当根据非法占有目的要素的机能（与不可罚的盗用行为的区别以及与故意毁坏财物罪的区别）解释和认定非法占有目的。<sup>②</sup>同样，上述司法解释同条第5项关于“实施盗窃犯罪，造成公私财物损毁的，以盗窃罪从重处罚”的规定，也不能应对复杂的案件。例如，行为人盗窃的数额较大，但造成公私财物损毁的数额巨大或者情节特别严重时，仅以盗窃罪从重处罚，就明显不公平。

人们习惯于认为，司法解释有利于案件处理的统一性，亦即，如果相同案件在全国判决不相同，就极大地破坏了社会主义法制的统一性。但是，对统一性的要求常常意味着使刑法的含义固定化、封闭化。而且，对统一性的过分要求，并不妥当。

其一，就有争议的案件而言，如果没有统一的司法解释，下级司法机关的判决可能是部分正确、部分不正确。可是，一旦司法解释出现错误，就会导致全国性的错误且难以改正。例如，诉讼诈骗行为明显成立诈骗罪。在刑法没有明文规定诉讼诈骗罪的德国、日本等国，诉讼诈骗几乎没有争议地被认定为诈骗罪。<sup>③</sup>虽然该问题在我国存在不应有的争议，但在没有司法解释的情况下，至少部分地方司法机关会合理地将诉

① “盗”不必是秘密的，否则，不能解释“强盗”；盗窃中的“窃”显然不是盗窃的定语，即不是修饰盗的，或者说，窃也是盗的意思。秘密从何而来？参见张明楷：《盗窃与抢夺的界限》，载《法学家》，2006（2），119页以下。

② 参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，304页以下，北京，清华大学出版社，2006。

③ 参见张明楷：《论三角诈骗》，载《法学研究》，2004（2），93页以下。

讼诈骗行为认定为诈骗罪。但是，最高人民检察院研究室 2002 年 9 月 25 日《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》<sup>①</sup> 公布后，司法机关就几乎不能合理地将诉讼诈骗认定为诈骗罪。人们不能不思考的是，是全国统一做出错误处理好，还是部分正确处理、部分错误处理好。答案恐怕只能是后者。因为经过一段时间，在“部分正确处理”的带动下，经过各方面的评判，“错误处理”就会减少乃至消失。

其二，司法解释也不可避免自相矛盾与自我冲突的现象，因而同样存在对所谓相同案件没有相同解释的现象。例如，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 196 条第 1 款第 3 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。这一解释的前提是，机器是可以被骗的，亦即，机器可以成为各种诈骗罪中的受骗者。可是，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 电话卡而使用的，构成盗窃罪。据此，机器又是不能被骗的。同样是在机器上使用，司法解释有时解释为诈骗，有时解释为盗窃，这也没有做到所谓相同案件相同处理。<sup>②</sup>

其三，人们总是习惯于认为现实生活中有大量相同的案件。其实，“‘相同’是从来没有真正有的……在真实里，永远只有或多或少，较大的相似性及不相似性”<sup>③</sup>。也正因为如此，对于所谓相同的案件，即使在德国、日本等国，也不可能得到完全相同的处理。例如，在德国，对于利用他人的信用卡在自动取款机取款的行为，有的法院宣告无罪，有

① 该答复的内容是：“以非法占有为目的，通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为所侵害的主要是人民法院正常的审判活动，可以由人民法院依照民事诉讼法的有关规定作出处理，不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任。如果行为人伪造证据时，实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为，构成犯罪的，应当依照刑法第二百八十条第二款的规定，以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任；如果行为人有指使他人作伪证行为，构成犯罪的，应当依照刑法第三百零七条第一款的规定，以妨害作证罪追究刑事责任。”

② 参见李立众编：《刑法一本通》，7 版，193 页，北京，法律出版社，2010。

③ [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。

的法院认定为盗窃罪，有的法院认定为侵占罪。<sup>①</sup>再如，在日本，最高裁判所将基于报复动机的强制猥亵行为认定为强制罪<sup>②</sup>，但此后的东京地方裁判所却将这种行为认定为强制猥亵罪。<sup>③</sup>在我国，对于所谓相同的犯罪，更不可能得到完全相同的处理。所以，与其期待对所谓相同的案件做出相同的处理，不如追求对个案处理的妥当性。

问题还在于：我国的司法解释具有相当的稳定性，甚至比刑法本身还稳定。于是，刑法的含义完全被司法解释固定，甚至导致刑法的修改在适用上无效。

例如，我国最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部1983年9月14日《关于人民警察执行职务中实行正当防卫的具体规定》，将人民警察面临严重暴力性犯罪而采取的职务行为，作为正当防卫处理。应当承认，在没有充分展开对法令行为研究，旧刑法没有规定特殊正当防卫的情况下，或许对上述规定不会存在很大疑问。但是，在现行刑法之下，尤其是现行刑法规定了无过当防卫的情况下，仍然将人民警察制止犯罪的行为作为正当防卫处理，存在诸多疑问。<sup>④</sup>但是，该具体规定却依然有效。

又如，刑法第345条第3款前段原本规定：“以牟利为目的，在林区非法收购明知是盗伐、滥伐的林木，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”2000年11月22日，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》对此规定做出解释。但是，全国人大常委会2002年12月28日颁布的《刑法修正案（四）》删除了“以牟利为目的”和“在林区”的规定，但司法解释关于“在林区”的规定至今也没有修改。

倘若认为，上述司法解释中关于“在林区”的规定随着《刑法修正案（四）》的颁布也自行废止，因而不会影响刑法的适用，那么，司法解释中还存在明显影响刑法适用的过时规定。例如，刑法第145条原本规定：“生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、

① 参见〔日〕长井圆：《カード犯罪対策法の最先端》，111页以下，东京，日本クレジット产业协会，2000。

② 参见日本最高裁判所1970年1月29日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第24卷，第1号，1页。

③ 参见日本东京地方裁判所1987年9月16日判决，载《判例时报》第1294号，143页。

④ 参见张明楷：《论作为犯罪阻却事由的职务行为》，载《北方法学》，2007（1），54页以下。

医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，对人体健康造成严重危害的，处五年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；后果特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金，其中情节特别恶劣的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。”显然，其中的“对人体健康造成严重危害”，是犯罪成立要素。据此，2001年4月5日，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条规定：“生产、销售不符合标准的医疗器械、医用卫生材料，致人轻伤或者其他严重后果的，应认定为刑法第一百四十五条规定的‘对人体健康造成严重危害’。”“生产、销售不符合标准的医疗器械、医用卫生材料，造成感染病毒性肝炎等难以治愈的疾病、1人以上重伤、3人以上轻伤或者其他严重后果的，应认定为‘后果特别严重’。”“生产、销售不符合标准的医疗器械、医用卫生材料，致人死亡、严重残疾、感染艾滋病、3人以上重伤、10人以上轻伤或者造成其他特别严重后果的，应认定为‘情节特别恶劣’。”但是，全国人大常委会2002年12月28日颁布的《刑法修正案（四）》将刑法第145条修改为：“生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，足以严重危害人体健康的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；对人体健康造成严重危害的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；后果特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。”至为明显的是，本条不仅修改了法定刑，而且将原来的实害犯修改为危险犯，“对人体健康造成严重危害”已经由原来的犯罪成立要素变为法定刑升格条件，但司法解释至今也没有做出任何修改。

3. 刑法条文的真实含义是在生活事实中发现的，而不是单纯从文字中发现的。换言之，制定法的真实含义不只是隐藏在法条文字中，而且同样隐藏在具体的生活事实中。“法律与事实共存亡，法律并非产生于事实发生之前。谈法律而不言事实，诚属荒唐！”<sup>①</sup> 其一，“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

<sup>①</sup> 吴经熊：《法律哲学研究》，18页，北京，清华大学出版社，2005。

个看来是属于某一词的意义范围内的事物出现时，它好像就被自然而然地收纳进去了。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各种事实、各种概念都包含了进去。”<sup>①</sup> 例如，1997年修订刑法时，当时的《公司法》并未规定股东可以设立一人公司，刑法第272条的职务侵占罪中的公司，似乎不会包含一人公司。但2005年修改了《公司法》，股东可以设立一人公司，现在，我们理当承认刑法第272条中的公司包含一人公司（“公司”一词不变，但其外延在变化）。又如，1997年修订刑法时，盗窃虚拟财产的案件很少见，当时几乎没有将虚拟财产认定为“财物”；但是，随着网络的普及以及网民对虚拟财产的重视，才“有可能”（不是必然）将虚拟财产认定为“财物”（“财物”一词不变，但其含义在发生变化）。其二，如果不面对特定事实，作为法律规范的大前提的含义是不精确、不具体的。所以，“在将特定事实涵摄于某一‘大前提’之前，仍然需要借助该特定事实状态对待适用之‘大前提’加以衡量，并使之精确化”<sup>②</sup>。换言之，“对于法律规范，也即‘大前提’，应为了涵摄的需要，‘结合具体事实以特定的方式加以处理’；规范需要‘依据事实因素尽可能予以具体化’”<sup>③</sup>。其三，“若科学想要成为一种能够支配生活的力量，它就必须要与生活的诸多条件接轨，它必须要将法律带进一个更能与生活的要求相对应的形态中。”<sup>④</sup> 刑法要应对不断变化的社会生活事实，于是，社会生活事实迫使解释者发现刑法条文的真实含义。在没有发生行为人牵着藏獒抢夺的案件时，人们不会思考藏獒是否属于凶器这一问题。但是，一旦发生这样的案件时，人们必然思考这一问题，并且必须得出合理的结论。

但是，司法解释的特点刚好相反，它除了将刑法条文的含义固定化之外，还使得人们难以从社会生活中发现法律的真实含义。例如，最高人民法院2000年11月22日《关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》第6条规定：“刑法第二百六十七条第二款规定的‘携带凶器抢夺’，是指行为人随身携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个

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。

② [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，133页，北京，法律出版社，2009。

③ [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，143页，北京，法律出版社，2009。

④ [德] 鲁道夫·冯·耶林：《法学是一门科学吗？》，李君韬译，55页，北京，法律出版社，2010。

人携带的器械进行抢夺或者为了实施犯罪而携带其他器械进行抢夺的行为。”但是，这样的解释，阻碍人们从社会生活中发现凶器的真实含义。如上所述，一旦发生行为人牵着藏獒抢夺的案件，人们就只能根据司法解释，以藏獒不是器械为由，得出该行为不是携带凶器抢夺的结论。但是，这样的结论并没有揭示刑法的真实含义。

再如，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：“绑架过程中又当场劫取被害人随身携带财物的，同时触犯绑架罪和抢劫罪两罪名，应择一重罪定罪处罚。”诚然，绑架罪与抢劫罪的法定刑都比较重，对绑架过程中劫取被害人随身携带财物的，择一重罪定罪处罚，似乎没有不当之处。然而，现实案件是复杂的，人们会从许多案件中发现存在应当并罚的情形。例如，甲、乙实施暴力绑架 X 后，向 X 的亲属 Y 勒索人民币 30 万元，在 Y 答应筹钱的过程中，甲、乙对 X 实施暴力，劫取 X 随身携带的手机、现金与信用卡等财物。在本书看来，对甲、乙的行为仅以绑架罪或者抢劫罪论处并不合适。其一，绑架与抢劫属于性质不完全相同的犯罪，前者侵犯的是他人的人身自由与安全，后者侵犯的是财产与人身权利，对甲、乙的行为仅评价为一罪，不能实现全面评价。不能因为 X 已被甲、乙控制，就对后面的抢劫行为不予评价；也不能因为甲、乙后来实施了抢劫行为，而对前面的绑架行为不予评价。其二，在甲、乙绑架 X 之后，绑架罪就已经既遂，其后在绑架过程中实施的抢劫行为，另外触犯了抢劫罪。<sup>①</sup> 所以，对甲、乙实行数罪并罚并没有重复评价。如同对绑架过程中强奸妇女的行为实行并罚，并没有重复评价一样。其三，与抢劫过程中（或既遂后）实施绑架行为应当并罚相比，对绑架过程中实施抢劫行为的，也应当并罚。例如，A、B 为了劫取 Z 的财物，使用暴力将 Z 拖上面包车，然后在面包车上劫取 Z 的财物。由于 Z 身上仅有 100 余元人民币，A、B 二人觉得划不来，于是继续以暴力手段控制 Z，逼着 Z 说出亲属的电话号码，然后向 Z 的亲属打电话索要赎金。在本案中，A、B 二人的抢劫行为已经既遂，后来又实施了绑架行为，应当数罪并罚。A、B 的行为与甲、乙的行为只是顺序不同，其他方法没有差异。既然如此，对甲、乙的行为也应当并罚。其四，假定甲、乙在绑架 X 的过程中，不是抢劫财物，而是故意毁坏了 X 的

① 既然是绑架过程中实施抢劫，就意味着以新的暴力、胁迫等强制手段强取财物。

数额较大的财物，对甲、乙也应以绑架罪与故意毁坏财物罪论处。既然如此，对甲、乙在绑架过程中抢劫 X 财物的，更有理由并罚。由此可见，对绑架过程中的抢劫固定地以一罪论处的司法解释，并不一定符合刑法的真实含义。

4. 法律条文的真实含义也是协商、妥协形成的，而不是由权威机构事前固定的。详言之，法本来是稳定与进步的对立的妥协，是各种力量、各种价值观、各种立场、各种学说的妥协。根据伽达默尔的观点，“法律不仅仅受限于立法者及其意图，法律是一系列价值观的集合”<sup>①</sup>。“威格莫尔坚持认为法律绝非一种文明因素所造就的，而是无数种因素综合作用的结果，正如在任何给定的时刻，一个行星系统的特定位置是此系统内外所有因素综合作用的结果一样。由此可以使我们认识到不同文明因素间的相互作用和历史的连续性；因此，根据一种或非全体的一些因素解释法律进化，等于将结果归因于原因之一部分，而非原因之全部。科学地讲，原因之一部分不等于原因，犹言五不等于十一样，虽然五是十的一部分。因此，虽然一种观念可能如此强大，以至于在社会上确实拥有强制力，但认为依此观念即可推导出整个法律进化的看法仍然是不科学的，这是一切非清晰思维（clear-thinking）的罪恶根源。总之，一切法律制度都是无数力量综合作用的结果，‘大的、小的，相反的或一致的’<sup>②</sup>。”<sup>③</sup>

法律的解释与适用也具有商谈的特点。德国联邦最高法院指出：“解释具有商谈（Diskurs）的特点。在这过程中，即使是方法上无可争议的努力也不能提供绝对正确的，在专业眼光看来毫无疑问的断言，而只是提出一些理由，并列与这相对的另一一些理由，最后选择（其中相比较之下）较好的理由。”<sup>④</sup>“迪莫克（Demogue）说，司法工作的目的，不是逻辑综合，而是妥协。”<sup>⑤</sup>卡多佐也指出：“司法过程是一种妥协，一种矛盾与矛盾之间、确定性与不确定性之间、崇尚书面文字的拘泥字

① [挪] 斯坦因·U·拉尔森主编：《社会科学理论与方法》，任晓等译，75页，上海，上海人民出版社，2002。

② [美] 庞德：《法律史解释》，1923，34页。——原文注释

③ 吴经熊：《法律哲学研究》，282～283页，北京，清华大学出版社，2005。

④ 转引自 [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，68～69页，北京，法律出版社，2009。

⑤ [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，86～87页，北京，中国法制出版社，2002。

义与破坏规律及有序的虚无主义之间的妥协。”<sup>①</sup>对刑法条文的适用，是一个事实与规范是否相对应的具体判断过程，而不是一种抽象的说理。没有一个案件是完全相同的，因此，每个案件都需要有检察官与律师，同时由法官做出中立的判决。法官必须斟酌各种不同的观点。“法律思维不是完全以系统为中心，它更多的是以问题为中心。占据绝对优势的不是一个来自于系统中的形式的、逻辑推导（演绎），而是辩论的方法。事实上，绝大多数新的解释法律思维的学说认为法律思维是一个辩论性的，在正方和反方之间衡量的裁决理由模式。”“辩论是指，在一个多人参与的对话（讨论）中发展和权衡正当理由和反理由，以获得一个决定。”“通过这些辩论交换，法官作为中立方可以做出一个理由充分的决定。”<sup>②</sup>哈贝马斯认为，“真理不是存在于孤立的个人心中，而是存在于人与人之间的互动、交往和对话之中。”“立法和司法都是沟通理性的体现，在立法中，人们就规范的证成进行理论讨论，而在司法中，人们则就规范在具体案件中的适用进行理论讨论。”<sup>③</sup>概言之，“法律解释的证立是解释者与听者之间的对话，因而是一种交往形式。”<sup>④</sup>

但是，司法解释事先固定了刑法条文的真实含义，导致法官不是根据辩论结果裁判案件，而是根据事先的司法解释做出判决。于是，一方面，律师在法庭上的辩论意见就不会受到重视。律师也深知这一点，因此，他们将重点放在寻找对被告人有利的法规与司法解释，倘若不能找到有利于被告人的法规或司法解释，就只能听任法官判决了。另一方面，没有经过协商、妥协所形成的个案判决的妥当性就必然受到怀疑。例如，对一个案件是认定为抢劫还是认定为敲诈勒索，完全可能取决于各方的协商与妥协。再如，在确定了应当适用的法定刑之后，如何在法定刑范围内裁量具体刑罚，是不可能事先由司法解释规定的。一方面，法官必须充分考虑控方与辩方的量刑意见；另一方面，被告人在法庭上的具体表现（包括表情在内）完全可能影响量刑。所以，量刑是协商、

① [美] 本杰明·N·卡多佐：《演讲录 法律与文学》，董炯、彭冰译，31页，北京，中国法制出版社，2005。

② [德] N. 霍恩：《法律科学与法哲学导论》，罗莉译，145~146页，北京，法律出版社，2005。

③ 陈弘毅：《从哈贝马斯的哲学看现代性与现代法治》，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》，第三辑，20、27页，北京，清华大学出版社，2002。

④ [荷] 伊芙琳·T·菲特丽丝：《法律论证原理》，张其山等译，130~131页，北京，商务印书馆，2005。

妥协所形成的结果，而不能事先由司法解释决定。

5. 由于刑法用语具有一般性、抽象性，而刑法的解释则十分具体、细致，因而容易操作，于是，下级司法机关一旦遇到问题，就看司法解释如何规定，逐渐形成了刑法和其他法律的效力低于司法解释的局面。

例如，在司法解释与刑法存在冲突时，按司法解释处理，而不按刑法处理。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 6 条，将盗窃数额较大财物的累犯作为“严重情节”和将盗窃数额巨大财物的累犯作为“特别严重情节”对待，明显违反了刑法第 65 条规定对累犯只能从重处罚的规定（该解释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）。但是，下级司法机关毫不动摇地适用这一司法解释。

又如，最高人民法院 2000 年 11 月 10 日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条规定：“单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故，具有本解释第二条规定情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚。”做出这样的规定，显然是因为在当时就已经存在机动车辆所有人等指使、强令他人违章驾驶的生活事实。但生活事实不断变化，会出现司法解释不曾想到的案件。例如，2009 年 10 月 31 日深夜，甲、乙喝酒后从某 KTV 出来，甲乘坐乙驾驶的轿车至某医院大门口时，对乙提出驾驶该汽车的要求，乙明知甲饮过酒，也未问甲是否取得机动车驾驶证资格，便将车辆交给甲驾驶，并坐在副驾驶位。几分钟后，甲驾驶车辆将横穿马路的 X、Y 撞倒，致一人死亡、一人重伤。经交警鉴定，甲负事故主要责任，被害人负次要责任。甲构成交通肇事罪没有疑问，问题是，乙的行为是否成立交通肇事罪？《道路交通安全法》第 22 条规定：“机动车驾驶人应当遵守道路交通安全法律、法规的规定，按照操作规范安全驾驶、文明驾驶。”“饮酒……的，不得驾驶机动车。”“任何人不得强迫、指使、纵容驾驶人违反道路交通安全法律、法规和机动车安全驾驶要求驾驶机动车。”乙纵容甲酒后驾驶的行为无疑违反了该条规定，其纵容行为与死伤结果之间具有因果关系，且主观上具有监督过失，理当成立交通肇事罪。但有的司法人员却认为，《道路交通安全法》隶属于行政法体系，其对社会危害性的判断标准要低于隶属于刑法体系的《刑法》及相关刑事司法解释。因此，虽然刑法第 133 条是空白罪状，但不宜直接适用《道路交通安全法》的规定将某种行为作为犯罪处理。这种观点的实质是，可以直接适用刑事司法解释认定为交通肇事罪，而

不能直接适用《道路交通安全法》认定为交通肇事罪。然而，在上述司法解释做出第7条的规定时，当时的《道路交通管理条例》并没有类似上述第22条的规定，只有司法解释的规定。司法工作人员对司法解释规定的“指使、强令”违章驾驶行为构成交通肇事罪不持疑问；现在《道路交通安全法》有了禁止“指使、强令、纵容”违章驾驶行为的明文规定时，司法工作人员反而认为纵容违章驾驶行为不成立交通肇事罪（因为没有司法解释）。这种观点实际上肯定了立法机关制定的《道路交通安全法》的地位低于司法解释，真是匪夷所思！

再如，下级司法人员进行理论研究时，重点不是讨论刑法本身的概念，而经常只是讨论司法解释所使用的概念。例如，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4条规定：“对于一年内入户盗窃或者在公共场所扒窃三次以上的，应当认定为‘多次盗窃’，以盗窃罪定罪处罚。”行为人进入公园四次盗窃他人自行车（没有达到数额较大要求），有的司法机关以“司法解释中的扒窃是指窃取体积小的财物而言，对自行车的盗窃不能称为扒窃”为由，认定该行为无罪。又如，上述司法解释第5条第12项规定：“多次盗窃构成犯罪，依法应当追诉的，或者最后一次盗窃构成犯罪，前次盗窃行为在1年以内的，应当累计其盗窃数额。”下级司法人员很难理解规定的具体含义，可是，他们的重点依然是研究这一规定的具体含义，而不是研究刑法所规定的盗窃罪的构成要件。再如，刑法第388条之一规定了利用影响力受贿罪，此罪名为司法解释所确定，但法条中根本没有“影响力”的概念，然而司法人员却研究何为“影响力”<sup>①</sup>。

6. 过多的司法解释不利于发挥检察官、法官的主观能动性。现在，下级司法机关遇到了疑难案件就向上级请示，上级再向上级请示，于是，适用刑法的难题几乎全部交由“两高”处理，“两高”便以司法解释的形式解决这些难题。于是，下级司法人员缺乏研究法理的积极性。而且，即使有的司法人员具有研究的积极性，但他们的研究结论常常被周边的人士“以没有法律根据”、“没有司法解释的根据”为由而加以否定。

过多的司法解释使全国的法官、检察官只有一个思维方式。因为司法解释具有法律效力，下级法官、检察官不得不围绕司法解释思考法律

<sup>①</sup> 邹山中：《何为利用影响力受贿罪中的“影响力”》，载《检察日报》，2010-10-18，3版。

规定与案件事实，于是形成了一致的思维方式。这种局面也导致二审终审形同虚设。

过多的司法解释导致下级司法机关几乎形成了没有司法解释不办案的局面。特别是在刑法分则条文规定了数额较大、情节严重、情节恶劣的场合，如果没有司法解释对数额较大、情节严重、情节恶劣的具体规定，下级司法人员常常以没有司法解释为由，而不适用刑法的规定。不仅如此，即使司法解释对情节严重有列举性的规定，下级司法机关也只是对有明文列举的情形适用刑法的规定。例如，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14条第2项规定：“盗窃未遂，情节严重，如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的，应当定罪处罚。”这一规定明明只是举例说明了情节严重的情形，亦即，情节严重并不限于其所列举的情形，但是，下级司法机关却仅对司法解释列举的两种情形认定盗窃未遂。当然，主张多作司法解释的人们可能认为，这不是司法解释的错，而是下级司法人员的错。可是，如果没有过多的司法解释，下级司法人员也就不会依赖司法解释了。<sup>①</sup>

以上对司法解释的批判态度可能过于激烈，难以被人接受。但是，本书也并不完全否定司法解释。

其一，“两高”应当对司法解释持克制态度，不能动辄做出司法解释。可以由下级司法机关自行处理的事项，没有必要作司法解释。例如，刑法第435条规定：“违反兵役法规，逃离部队，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”本条没有限定为战时脱离部队，故非战时逃离部队，情节严重的，当然应当适用本条。最高人民法院、最高人民检察院2000年12月5日《关于对军人非战时逃离部队的行为能否定罪处罚问题的批复》指出：“军人违反兵役法规，在非战时逃离部队，情节严重的，应当依照刑法第四百三十五条第一款的规定定罪处罚。”显然，这一解释根本没有必要。即使有关部门反复请示如何理解刑法第435条，也没有必要以司法解释的形式做出解释。基于同样的理由，即使对某个事项有做出司法解释的必要，在司法解释中，也不应当解释没有必要解释的事项。例如，最高人民法院、最高人民检察院2004年12月8日做出了《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题

<sup>①</sup> 至于司法解释中的具体缺陷与问题，则随处可见，本章不展开说明。

的解释》，其中对“违法所得数额较大”、“假冒他人专利”的行为类型等做出解释具有一定的必要性。但是，其第16条的规定（“明知他人实施侵犯知识产权犯罪，而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，或者提供生产、经营场所或运输、储存、代理进出口等便利条件、帮助的，以侵犯知识产权犯罪的共犯论处”），却是完全没有必要的。因为根据刑法总则关于共同犯罪的规定，上述行为原本构成共犯。而且，一旦一个司法解释出现了有关共犯的规定，其他的司法解释也必须做出有关共犯的规定，否则，导致下级司法机关误认为凡是司法解释没有做出共犯规定的，就不能以共犯论处。

其二，“两高”应当对司法解释的内容持慎重态度，不能做出不合理的司法解释。司法解释的合理性，不是以多数人同意为标准，也不是以权威学者同意为标准，更不是以相关的国家机关同意为标准，而是以是否符合刑法条文的真实含义，是否使刑法相协调，是否使案件得到妥当处理为标准。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》规定：“刑法第一百九十六条第一款第（三）项所称‘冒用他人信用卡’，包括以下情形：……（三）窃取、收买、骗取或者以其他非法方式获取他人信用卡信息资料，并通过互联网、通讯终端等使用的。”就本规定而言，既然肯定行为人通过互联网、通讯终端等使用所窃取的他人信用卡信息资料属于冒用了他人信用卡，就必须肯定行为人窃取了他人信用卡。然而，刑法第196条第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。”既然如此，对上述行为就必须认定为盗窃罪，而不是认定为信用卡诈骗罪。或许有人认为，在上述情形下，行为人没有窃取他人信用卡，只是窃取了他人的信用卡信息资料。可是，如果这样解释，那么，通过互联网、通讯终端等使用所窃取的他人信用卡信息资料时，也就不属于冒用他人信用卡，只是冒用了他人的信用卡信息资料。概言之，不能认为，冒用他人信用卡时，其中的信用卡包括信用卡信息资料，而盗窃信用卡时，其中的信用卡必须是包含了信用卡信息资料的有体物。

其三，即使不得已做出司法解释，也不能给刑法用语与条文下定义，只能采取列举式的规定（即列举对何种行为适用何种规定）。法律中的任何定义都是危险的，也正因为如此，刑法不对某些概念下定义。既然如此，司法解释就更不能给概念下定义。以最高人民法院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》的规定

为例。其中第2条的“刑法第二百六十五条规定的‘以牟利为目的’，是指为了出售、出租、自用、转让等谋取经济利益的行为”这种定义式的规定不可取。第1条规定的“盗窃的公私财物，包括电力、煤气、天然气等”，属于列举形式，具有可取性。

其四，司法解释虽然具有法律效力，但本身并不是法律。在不断变化的当今社会，要想保持刑法的稳定性都相当困难，司法解释就不应当追求稳定性了。在媒体相当发达的今天，国民可以迅速通过多种途径了解法律与司法解释，所以，即使放弃对司法解释稳定性的追求，也不致损害国民的预测可能性。“两高”不要期待司法解释像刑法一样稳定，相反，需要及时修改已有的司法解释。

### （三）学理解释的态度

与有权解释（立法解释、司法解释）不同，刑法学者对刑法规范的解释属于不具有法律效力的学理解释。因此，做学问与办案件不完全相同。由于有权解释具有法律效力，法官、检察官不得不按照有权解释办理案件。但是，学术研究不能迷信有权解释。有权解释之所以具有法律效力，只是因为解释主体是立法机关或最高司法机关，而不是因为其解释结论必然正确。反之，学理解释之所以不具有法律效力，只是因为解释主体为理论研究人员，而不是因为其解释结论错误。事实上，学理解释更多地指导着司法实践。

既然是学理“解释”，就不能动辄批评刑法条文。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。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。在笔者看来，我国的刑法学之所以比较落后，原因之一在于解释者乐于批判刑法。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。其实，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。况且，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学者在没有得出妥当的解释结论时，会认为刑法存在缺陷；而B学者在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A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。

学理解释者在研究刑法时，不应当也没有必要动辄要求立法机关做出立法解释，要求司法机关做出司法解释。一方面，学理解释者要为立法解释、司法解释提供理论依据；而不能事先要求有权机关做出解释，然后将有权解释内容录入自己的论著。另一方面，学理解释者自己不通过研究得出解释结论，总是要求立法解释、司法解释先得出解释结论的做法，不仅可能导致立法解释与司法解释不当，造成全国的司法适用不当，而且导致刑法解释学落后。试想，如果刑法学者一旦遇到难题就要求立法机关、最高司法机关做出有权解释，学者们还研究什么呢？如果刑法学者只在论著中表述简单问题，将复杂问题都留给立法机关与最高司法机关作解释，刑法学怎么能发展呢？

可是，我们经常遇到这样的现象，当学理解释者遇到某个存有争议或者疑难问题时，就会在论著中说：“这个问题有待立法解释”，“这个问题有待司法解释”。在笔者看来，理论界一有难题就“上交”，是我国的刑法学难以深入发展的一个重要原因。

出现这种现象，可能是因为解释者采取了主观解释论，以为解释的最终目标是揭示立法原意，而立法原意只有立法者知道。其实，刑法的解释目标是揭示刑法的客观含义。立法原意或者根本不存在，或者即使存在也不必然具有现实的妥当性（立法原意存在缺陷的情况并不罕见）；立法机关由众多代表组成，各位代表对同一刑法规范的理解不可能完全相同；况且，立法原意的存在，也不意味着只能由立法者解释，因为解释自己比解释他人更难。事实上，常常是那些没有论据论证自己观点的解释者，才声称自己的解释是立法原意。可是，解释者的立法原意从何而来呢？如果来源于刑法的表述、立法的背景、客观的需要等等，则已经不属于所谓立法原意了。由此可见，采取客观解释论，才不至于动辄要求立法解释，才可能促使解释者发现刑法的客观含义。

出现上述现象，还可能是因为解释者存在误解：认为有权解释可以作类推解释与扩大解释，而学理解释不能作类推解释与扩大解释。换言之，人们要求有权解释时，总是因为自己不能做出这种解释，觉得自己的解释超出了刑法用语可能具有的含义，违反了罪刑法定原则，才要求

有权解释。可是，其一，刑法学者的解释结论只要具有合理性，符合罪刑法定原则，就可以指导司法实践，并不是任何妥当的学理解释都必须转化为有权解释。其二，理论上不能得出的结论，立法解释与司法解释也不可能得出，因为立法解释与司法解释都必须遵循罪刑法定原则。立法机关在制定刑法时可以设立法律拟制规定，即使某种行为不符合某条款的要件，也可以规定按某条款论处（如携带凶器抢夺并不符合抢劫罪的规定，但仍规定携带凶器抢夺的以抢劫罪论处）。但是，立法解释不同。解释是对现有条文的解释，而不是制定法律。所以，立法解释只能在现有条文用语可能具有的含义内进行解释，绝不能进行类推解释，否则就损害了国民的预测可能性，侵害了国民的行动自由。例如，立法机关不能做出“携带凶器盗窃的以抢劫罪论处”的解释结论；同样，立法机关也不能做出“刑法第 237 条的‘妇女’包括男子”或者“刑法第 237 条的‘妇女’等同于‘他人’”的解释（但立法机关可以将第 237 条的“妇女”修改为“他人”）。立法解释受罪刑法定原则的制约，司法解释更应受罪刑法定原则的制约。既然如此，学理解释者就没有必要动辄要求立法解释与司法解释。其三，不管是扩大解释还是限制解释，都是罪刑法定原则允许的解釋方法（或解释技巧），但由一般意义上合理的解释方法所得出的具体解释结论并不都是合理的。“不同的解释方法必须根据解释需求来确定。解释需求来自于不同的案例所应当适用的不同的规范，在具体的工作步骤依次运用于同一规范的词上。然后在此基础上总结出法律解释结果；如果得到不同的部分结果，则必须以一个统一的眼光来衡量并论证其中哪一种结果更为适合。”<sup>①</sup> 所以，一方面，类推解释是任何解释者都不能采用的方法；另一方面，其他解释方法都是学理解释与有权解释共用的解释方法。因此，学理解释不能将部分解释方法分配给有权解释，将另一部分解释方法归属于自己。

事实上，许多要求立法解释的内容，只要有学理解释即可。例如，何谓携带凶器抢夺，何谓入户抢劫，何谓财物，只需要有学理解释即可，不需要立法解释与司法解释。再以死缓为例。学理上完全可以对“故意犯罪”作限制解释，即必须是表明行为人抗拒改造、情节恶劣的故意犯罪，而不是泛指任何故意犯罪。<sup>②</sup> 但做出限制解释后，出现了另一问题：对于死缓犯人在死缓期间实施了轻微（并不表明死缓犯人抗拒

① [德] N. 霍恩：《法律科学与法哲学导论》，罗莉译，132 页，北京，法律出版社，2005。

② 参见张明楷：《刑法学者如何为削减死刑作贡献》，载《当代法学》，2005（1），3 页以下。

改造、情节恶劣)故意犯罪的,应当如何处理?人们习惯于建议通过修改刑法或者立法解释延长考验期限。其实,根据现行刑法,并不需要立法解释,更无必要修改刑法。刑法第51条前段规定:“死刑缓期执行的期间,从判决确定之日起计算。”对死缓犯人在死缓期间所犯的轻微故意犯罪与原先判处的死缓实行并罚,决定执行死缓,就自然地延长了缓期执行期间。例如,甲于2005年2月1日被宣告死缓,在考验期经过一年时,犯故意伤害(轻伤)罪。人民法院于2006年2月1日将新犯的故意伤害罪与死缓实行并罚,决定执行死缓。于是,该死缓的缓期执行期间理当从新判决确定之日(2006年2月1日)起计算,这自然地延长了死缓的缓期执行期间。

由此看来,即使没有立法解释与司法解释,学理解释也能得出相当合理的结论。由于学理解释事实上指导着司法实践,所以,学理解释者应当不负使命。学理解释对不断出现的新问题得出合理结论,正是刑法学繁荣发展的一个标志。

## 二、解释目标

在解释目标上,存在主观解释论与客观解释论的对立。主张或者强调立法解释,是为了追求立法原意或者立法本意,在解释目标上采取的是主观解释论。其逻辑理由是,刑法是立法者制定的,制定者才知道刑法的本意,刑法的解释就是要揭示刑法的本意,所以,立法者解释刑法是最妥当的。但是,主观解释论存在问题。换言之,追求立法原意是存在疑问的。

“立法原意”是什么,并不是十分明确的问题。就立法者而言,探知立法原意是一个自我认识的过程。“对于我来说,我自己是什么只能通过我自己生活的客观化而表现出来。自我认识也是一种解释,它不比其他的解释容易,的确可能比其他的解释更难,因为我只有通过给我自己的生活以符号才能理解我自己,并且这种符号是由他人反馈给我的。所有的自我认识都以符号作为中介。”<sup>①</sup>而且,立法者不是一个人,参与立法的许多人的意图并不总是一致的。正如哈里·W·琼斯(Harry W. Jones)所言:“如果‘立法意图’被期待来表示上下立法两院的全

<sup>①</sup> [法] 保罗·利科尔:《解释学与人文科学》,陶远华等译,50页,石家庄,河北人民出版社,1987。

部成员对法规术语所作的一种一致解释，那么显而易见，它只是一个纯属虚构的概念而已。”<sup>①</sup> 因为全国人民代表大会在审议通过刑法时，并不是逐条审议通过的，况且代表们对每个条文的理解不可能相同，这意味着代表们是按照各自不同的理解投下赞成票的。事实上，代表们很可能只是关注部分条文，而对许多条文漠不关心。所以，要了解全国人民代表大会的立法原意，是不可能的。现代各国立法者都较少甚至并不进行立法解释，即使在刑法理论与审判实践出现了极大分歧时，立法者也“袖手旁观”，并不轻易站出来说几句“公道话”。这既表明立法原意是难以确定的，也表明立法者允许解释者在法文可能具有的含义内进行客观解释。

立法者在制定刑法时，常常以过去已经发生的案件作为模型来表述构成要件，而难以甚至不可能想象到刑法在适用过程中发生的形形色色的案件，面对立法时未曾发生过、立法者未曾预想过的案件，立法者不可能有立法原意。正如美国联邦最高法院法官斯卡里亚（Antonin Scalia）所言：“法院所争议的解释论上的争论点中，有 99.99% 是不存在议会意图的。”<sup>②</sup> 因为在法院所争议的案件中，有 99.99% 的案件是非典型的案件，立法者在制定时未曾想到过，当然也就未曾有立法原意。例如，行为人虚开增值税专用发票，但不以骗取税款为目的，客观上也不能骗取税款的，能否依刑法第 205 条定罪？这是修订刑法之前未曾预想过的案件，立法者对这类案件的处理不可能存在原意或者本意。再如，立法者认为应当处罚盗窃罪、侵占罪与诈骗罪，于是在刑法分则第五章规定了这些犯罪。可是，如何处理这三罪之间的关系，是司法机关经常遇到的问题。但立法机关在制定刑法时不可能考虑这些犯罪之间的关系问题，因而也不可能在此问题上存在原意。在这些并不存在立法原意的场合，任何解释者声称其解释符合立法原意时，实际上是在欺骗他人。同样，在这些并不存在立法原意的场合，如果立法机关做出解释，就不可能是在揭示原本并不存在的立法原意，而只能是在刑法用语可能具有的含义内进行客观解释。

即使认为立法原意是指制定刑法时的人民群众的意志，也不能采取

① 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，516 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

② [美] A. 斯卡里亚：《法律解释における立法史の利用について》，[日] 中川太久译，载《ジュリスト》，1998（5），79 页。

主观解释论。诚然，难以否认的是，刑法是人民群众意志的反映，因此，刑法解释必然受人民群众意志的拘束。但是，这并不意味着刑法解释受制定刑法时人民群众意志的拘束，而是意味着刑法解释受解释时的人民群众意志的拘束。虽然刑法在制定时是人民群众意志的体现，但解释者的根本标准，是解释时的人民群众意志。<sup>①</sup> 例如，刑法制定于1997年，反映了当时的人民群众的意志，但不一定反映了人民群众2007年时（解释时）的意志，如果人民群众在这两个时期的意志没有发生变化，也应以解释时的人民群众的意志为标准；如果人民群众的意志发生变化，即立法当时的人民群众意志不能表现解释时的人民群众意志时，就必须通过解释来使之变更。所以，解释者要在解释中反映不断变化的人民群众意志。正因为如此，刑法理论总是不断出现新观点。由此看来，对刑法进行客观解释不仅符合罪刑法定原则的形式要求，而且符合其实质要求与思想基础。

即使立法者在制定刑法时，对某些条文存在立法原意，该立法原意也可能具有缺陷。立法原意的缺陷可能表现为两种情况：一是在制定刑法时，立法原意就可能存在缺陷；二是制定刑法时没有缺陷的立法原意，在社会发展之后显露出缺陷。因为刑法是人制定的，而不是神制定的；一般人可能出现的疏忽，在立法者那里也可能出现；刑法是立法机关制定的，但立法机关的成员并非都是刑法学家；即使都是刑法学家，刑法的缺陷也无可避免。正如德国学者雅科布斯（Grünther Jakobs）所言，法律草案的理由与议会审议时发表的意见，充其量只是若干议员意见的征表；多数议员因为欠缺专门知识或利害关系的考量而没有顾及法律规定的目的；作为制定法律的前提的状况事后会发生变化，采取主观解释论便不合适。<sup>②</sup> 换言之，在立法原意存在缺陷的情况下，如果坚持主观解释论，这些立法原意的缺陷就不能得到补正。

刑法是成文法，它通过语词表达立法精神与目的，因此，解释者应当通过立法者所使用的语词的客观意义来发现立法精神与目的。文字是传递信息的工具。从一般意义上说，除了文字以外，还有其他东西也能传递信息，如说话、红绿灯、电报代码、数学符号、化学公式、眼神、手势、动作等等。但是，成文刑法所要求的是用文字表述法律。因为文字可以固定下来，人们可以通过文字反复斟酌法律含义；文字还可以广

① 参见〔日〕渡边洋三：《法社会学と与法解释学》，109页以下，东京，岩波书店，1959。

② Grünther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Walter de Gruyter 1993, S. 76.

为传播，使全体国民通晓；更重要的是，以文字表述法律，可以防止立法机关“说话不算数”，防止司法机关“言出即法”。除了文字之外，不允许采用其他任何符号固定法律，这是罪刑法定原则的要求。既然立法者表达立法精神与目的的唯一工具是文字，文字中渗透着立法精神与目的；要把握立法精神与目的，就必须从文字中找根据。文字具有客观含义，正因为如此，立法者选择文字这种工具来表达立法精神与目的。所以，解释者必须从法文的客观含义中发现立法精神与目的，而不是随意从法文以外的现象中想象立法精神与目的。这是对刑法进行客观解释的逻辑结论。正如英国法学家詹姆斯所言：“议会的意图不是根据它的用心来判断，而是根据此用心在制定法中所作的表述来判断的。”<sup>①</sup> 所以，采取主观解释论，并不符合罪刑法定原则。

刑法一经制定与颁布，就是一种客观存在，与立法原意产生距离，这为客观解释提供了根据。“写下的‘话语’带有一系列使文本脱离说话时条件的特点，黎克尔（即利科，Paul Ricoeur——引者注）称之为‘远化’（Distantiation）。它有四种主要形态：一是听说的意义超出说话这件事；写下的是‘意义’；‘语言行为’变了。二是写下的话与原来的说话人有了距离。说话时说话人想讲的意义和说话当时讲出的话的意义时常重迭；写下的文本就不是如此；文本的意义和原有的心理的意义分离了。三是写下的话和原来的听者有了距离。原先是有限的听众，现在是不定数的未知的读者。文本脱离了‘上下文’，离开了产生它的社会历史条件。四是文本脱离了表面的‘参照’（reference 大概兼有自然科学与社会科学双方的意义，也是符号学的用语）的限制，有了与说话不同的‘参照’‘方面’（dimension，‘维’、‘元’、‘度’，因为‘参照’是‘多维’的）。”<sup>②</sup> 利科的上述观点表明，当作者创造出一个文本之后，该文本就脱离了作者的原意，按照其自足的生命存续下去。我们现在随处可见《唐诗鉴赏辞典》、《宋词鉴赏辞典》之类的书籍，读一读也会发现当代作者对唐诗、宋词的解解释相当精妙。但是，当代作者绝不是寻求唐宋代作者在创作诗词当时是什么原意，而是根据客观存在的诗词本身进行分析、解释。同样，当A对B说“B是混蛋”时，B一定是按照这句话的客观含义理解它，而不可能问A“你这句话的本意是什么”。即使A向B辩解说“我的本意是你这个人相当好”时，B也不会同意

① [英] G. D. 詹姆斯：《法律原理》，关贵森等译，50页，北京，中国金融出版社，1990。

② 金克木：《比较文化论集》，239页，北京，生活·读书·新知三联书店，1984。

A 的辩解，其他人也不会同意 A 的辩解。换言之，A 说“B 是混蛋”这句话的本意是什么，已经不是人们关心的问题；“B 是混蛋”这句话的客观含义也不会随着 A 的意志的改变而改变。基于同样的理由，刑法被立法者制定出来以后，就成了一种脱离立法者的客观存在，人们应当根据客观存在本身去理解它、解释它，而不是询问立法者当初是何种本意。

刑法具有相对的稳定性，但它同时必须适应社会发展的需要，否则便没有生命力。然而，立法原意是制定刑法当时的意图，即使承认它的存在，它也不能随时发生变化，故主观解释论不能适应社会发展的需要。“并入制定法中的意义，也可能比立法者在他们工作中所想到的一切更加丰富——即使他们想到了，人们可能并不总是强调议员们对制定法表决所说出的东西。制定法本身和它的内在内容，也不是像所有的历史经历那样是静止的（‘往事保持着永恒的寂静’），而是活生生的和可变的，并因此具有适应力……新的技术的、经济的、社会的、政治的、文化的、道德的现象，强烈要求根据现有的法律规范做出法律判断。在法律被迫迎合一些历史的立法者完全不可能了解和思考的现象和情势时，就超越了立法者。‘制定法一旦出现，就踏入社会效力领域，从那时起，制定法就从社会效力领域那里……对自己的内容作进一步的改造。’<sup>①</sup>因此，我们就处在比历史的立法者自己所作的理解‘更好地理解’制定法的境地之中。设想我们从当代，带着几十年的问题，回到与我们根本无涉的立法者的意志中，不可能是我们的使命。”<sup>②</sup> 语词的客观含义是多种多样的，在此时代，我们可以取其中的此含义；在彼时代，我们则可以取其中的彼含义。不仅如此，语词的含义还可能随着时代的发展而发展，这又使刑法能适应时代的变化。英国 1215 年的《大宪章》是当时的贵族、僧侣及市民为了抑制国王的专制、保护其既得利益而迫使英王制定的，可以说是封建契约文件。其第 29 条规定：“不得剥夺任何自由人的财产、自由及自由习惯。”这里的“自由及自由习惯”，原意是指古代的和封建的自由习惯。但是，后来由于交易的需要，英国人解释说，贸易自由也包括在“自由及自由习惯”之内，并宣称，贸易自由是英国人自古享有的权利，受到《大宪章》的保护，国王和其

① [德] 梅茨格尔：《整体刑法学杂志》59（1940），573 页。——原文注释

② [德] 卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，109～110 页，北京，法律出版社，2004。

他任何人都不得随意干涉。另一方面，其中的“自由人”也与原意不一样，被解释为所有人、任何人。结果，这条规定在都铎王朝末期成为英国人民反对封建制度的强大法律武器，使《大宪章》原本具有的封建性逐渐淡化，其宪法性日益突出。<sup>①</sup> 如果要追求原意，将原意作为解释目标，那么，《大宪章》不可能产生如此重大的作用。美国宪法之所以在200多年中保持其稳定性，而又能适应美国社会的现实，原因之一是对宪法进行客观解释。换言之，同时代的解释，使得美国宪法一直适应美国社会的不断变迁；不断的客观解释，使得美国宪法可以稳定200多年。如果采取主观解释论，美国宪法条文就不可能不发生变化，也就不可能如此稳定且适应美国现实。刑法何尝不是如此！日本现行刑法颁布于1907年，从1907年至今，日本国内的政治、经济等形势发生了翻天覆地的变化，却一直没有通过新刑法典（有过多次修改）。其中的原因之一是，高素质的司法人员能够在罪刑法定主义指导下，将现行刑法的作用发挥得淋漓尽致；其中，学者们功不可没，他们既不指责现行刑法的缺陷，也不企盼国会制定出理想的新法典，更不企盼国会做出立法解释，而是在宪法精神指导下，充分进行客观解释、目的论解释、同时代的解释，从而使这部100年前颁布的刑法典仍然适应现在的需要。最令人感叹的是，对于这部受新派刑法理论影响所制定的刑法典，日本刑法理论与审判实践通常是在旧派刑法理论指导下进行解释的。如果日本的学者与法官总是追求立法原意，不仅不能使这部刑法典适应当代的日本社会，而且意味着日本人都生活在死人的统治之下。这是不可思议的！

强调主观解释论，多多少少反映出人治的观念。依法治国，要求立法者也受其所制定的成文法的统治。“法律概念一如其他人类创造力的表征，往往本身具有生命，使得创造它们的作者反被它们左右而非左右它们。”<sup>②</sup> 但是，一旦采取主观解释论，就意味着法律概念不能左右其作者（立法者），而是作者（立法者）左右着法律概念。事实上，如前所述，由于人们不可能了解全国人民代表大会的立法原意，所以，常常将全国人大常委会常设机构中的工作人员的意思或者其他参与起草的人员的意思，理解为立法原意。于是，某种解释结论是否合适，就由参与起草的人员决定。不能不认为，这是人治的反映与表现。

① 参见程大汉：《英国法制史》，222页以下，济南，齐鲁书社，2001。

② [英]丹尼斯·罗伊德：《法律的理念》，张茂柏译，239～240页，北京，新星出版社，2005。

总之，对刑法的解释不能采取主观解释论，只能采取客观解释论。旁观者清，读者不仅能从作品中读出作者的意思，更能读出作者未曾有过而又的确存在的意思。由读者解释作品比作者解释作品更有说服力，同样，由适用者解释刑法比立法者解释刑法更有优越性。所以，以主观解释论为根据要求立法解释的观点，是难以成立的。当然，反对主观解释论，并不意味着在刑法解释的过程中不需要考察立法背景与立法沿革或立法史。但是，对立法背景或者立法沿革的考察，绝对不意味着在适用刑法时应当按照立法者当初的本意解释刑法。相反，考察立法背景与立法沿革，常常是为客观解释提供依据的。

如前所述，法律本身的含义问题与具体应用法律的问题是可能区分的。更为重要的是，法律本身的含义是在具体应用中发现和发展的，二者不可分离。虽然成文刑法是正义的文字表述，但并不意味着仅仅根据文字就可以发现刑法的全部真实含义。人们之所以一直不停地解释现行有效的刑法，是因为活生生的正义还需要从活生生的社会生活中发现；制定法的真实含义不只是隐藏在法条文字中，而且隐藏在具体的生活事实中。

正因如此，刑法分则条文并非界定具体犯罪的定义，而是以抽象性、一般性的用语描述具体犯罪类型，使刑法分则所描述的犯罪类型具有开放性。犯罪类型虽然有一个固定的核心，但没有固定的界限。即使立法者当初根本没有想象到的事实，经过解释也可能完全涵摄在刑法规范中；或者相反。于是，经过解释后的刑法，不再是制定时的刑法；虽然刑法的文字仍然相同，但其内容已经改变。所以，成文刑法比立法者更聪明。<sup>①</sup>

为了使法律满足一个处在永久运动中的社会的所有新需要，解释者在面对某种崭新的生活事实，同时根据正义理念认为有必要对之进行刑法规制时，总是将这种生活事实与刑法规范相对应，现实的生活事实成为推动解释者反复斟酌刑法用语真实含义的最大动因。当行为人携带刀具、棍棒等抢夺时，解释者会习惯于将“凶器”解释为一种器具；而当行为人携带含有 SARS 病毒的注射器抢夺时，便会迫使解释者回答“含有 SARS 病毒的注射器是否凶器”这样的问题。要追问立法者当初是否曾经想到过有人会携带含有 SARS 病毒的注射器抢夺，是不明智的。所

<sup>①</sup> 参见 [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，236～237 页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

以，当解释者将“携带凶器抢夺”作为判断案件的大前提，而面对行为人携带含有 SARS 病毒的注射器抢夺的事实时，必然不断地对构成要件要素（“凶器”）进行解释，不断地对现实事实进行分析。换言之，解释者的目光应不断地往返于大小前提之间，使刑法规范与生活事实交互作用，从而发现法律、做出判决。

### 三、解释态度

严格解释与灵活解释是既对立又统一的两种解释态度。在中世纪，就存在严格解释与灵活解释的争论。在近代的西方国家，法律解释问题首先是围绕法官的解释权与议会的立法权的关系展开的。一般来说，严格解释否认法解释的创造性，主张法解释的功能仅限于探求立法者明示或可推知的意思（在刑法学上，严格解释还可能有更特殊的含义与要求）；灵活解释则承认法解释的创造性，主张法解释的功能是根据社会发展需要灵活地阐明法文的含义。要明确对刑法的解释必须采取哪一种立场，首先必须明确严格解释是什么含义。下面就几种可能的含义进行分析。

第一，概念法学意义上的严格解释，不具有合理性。

19 世纪的欧洲大陆各国兴起了法典编纂，使概念法学在大陆法系国家占支配地位。概念法学否认法解释的创造性，法官只能机械地适用法律：法律如同自动售货机，具体案件如同硬币，只要法官将硬币（具体案件）投入自动售货机（法律），货物（结论）就自然地出来。法官对法律的适用固然也可以说是一种解释，但它只是“探究立法者明示的或可得推知的意思，并依严格的逻辑方法加以操作”<sup>①</sup>。“即使如此开明的 Paul Johann Anselm v. Feuerbach 仍然要求从他那儿所催生的 1813 年巴伐利亚刑法典（总的说来，这是第一部现代的刑法典），禁止作刑法的解释，而且理由甚至是基于法治国的缘故：权力分立！法官应该受到‘严格的、赤裸的法律语言义’的拘束，‘他的工作无非只是将现有的案件与法律文字作比较，不必考虑法律的意义与精神，当字义是诅咒时，就诅咒，是赦罪时，就赦罪’。Montesquieu 早就描绘了这种法官作为制定法奴隶的情形，甚至更极端地说：法官的判决只具有‘权力中立’的意义。法官严格地说可以从国家权力中加以排除，因为他是一个

<sup>①</sup> 杨仁寿：《法学方法论》，64 页，台北，三民书局，1987。

不被赋予自我意志的机器。法官的判决无非是‘制定法的精确复写’，因此‘他所需要的只是眼睛’，法官只是‘宣告及说出法律的嘴巴’而已，一种‘无意志的生物’，不能减弱制定法的效力与严格，因此，法官的权力‘在某种形式上等于零’。”<sup>①</sup>

概念法学固然具有一定的历史进步意义，但它不能适应社会发展的需要。社会处在不断地变动与发展之中。很明显，立法者的预见能力是有限的，所以，成文法的局限性必然是明显的。只有承认成文法的局限性，赋予法官一定的自由裁量权，让法官比较灵活地解释法律，使法解释具有一定的灵活性，才能使法律具有社会发展的适应性，目的论法学、利益法学与自由法学便相继出现。

与其他成文法一样，刑法是正义的文字表述。“不管法是多么努力想把正义变为原则的制度，法也不可能缺少正义，相反，只有在正义里面，法才变得生机勃勃。在法官的身上，实现抽象的正义制度和个人的正义的这种生动活泼的结合，因此，法官是法律生活的占主导地位的形象。在他身上，个人的正义和制度的正义的对立，通过个人的、社会道德的决定而被克服。在他的工作中，法得到完善。”<sup>②</sup> 在任何个案中，真正的法官必然追求判决结论的合理性。当对某个案件的判决结论不合法官的正义感觉时，法官要么会重新审视自己的正义感，要么会对法条做出新的解释或者对案件事实进行新的归纳，从而使个案的判决既令法官个人满意，也令社会一般人满意。所以，要求法官成为“无意志的生物”是不现实的。

刑法是制定法，是成文法。但是，对任何一个用语或者法条都可以做出两种以上的解释，任何一个用语的含义都可能随着社会的变化而变化，还有一些法条的用语本身就不一定明确。如果说法官只是“宣告及说出法律的嘴巴”，那么，在面对一个法条可以做出两种以上的解释时，法官应当宣告和说出该法条的哪一个含义呢？例如，刑法第139条之一规定：“在安全事故发生后，负有报告职责的人员不报或者谎报事故情况，贻误事故抢救，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。”就本条而言，“安全事故”是什么事故？是仅限于过失造成的安全事故，还是包括他人故意造

① [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，55页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

② [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，196页，北京，华夏出版社，2003。

成的事故，抑或包括自然事故（如地震）？哪些人属于“负有报告职责的人员”？造成事故的当事人是否属于“负有报告职责的人员”？企业的普通工人是否可能成为“负有报告职责的人员”？什么叫谎报？例如，事故已经发生，并造成10人死亡，但没有抢救的余地，负有报告职责的人向上级报告发生了安全事故，但谎称仅造成1人死亡的，是否属于谎报事故情况？如此等等，都有疑问。既然如此，判决就不可能成为“制定法的精确复写”。换言之，制定法不可能精确，判决当然不可能成为制定法的精确复写或者复印。

制定法的真实含义不是仅仅隐藏在法条文字中，而是需要从生活事实中发现。一种新的社会生活事实，必然使人们发现法律的新的含义。所以，法解释总是具有创造性，对刑法的解释也不例外。例如，刑法第417条规定：“有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员，向犯罪分子通风报信、提供便利，帮助犯罪分子逃避处罚的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”国家机关工作人员向犯罪分子通风报信，使应当受到刑罚处罚的犯罪分子没有受到刑罚处罚的，无疑符合第417条的规定。那么，国家机关工作人员甲向犯罪分子通风报信，使得原本应受到实刑处罚的犯罪分子仅受到缓刑处罚的，或者，国家机关工作人员乙向犯罪分子通风报信，使得原本应受到10年有期徒刑处罚的犯罪分子仅受到3年有期徒刑处罚的，是否符合第417条“逃避处罚”的规定呢？这不是依照逻辑规则操作就可以解决的问题，也不是按照对制定法的先前理解就可以解决的问题。

正因为如此，“那些在客观上是最具‘创造性’的法官也会感到他们仅仅是法律规范的喉舌，因为他们只是解释和适用法律规范，而不是创造它们；即使这些法官具有潜在的创造性也是如此”<sup>①</sup>。马克斯·韦伯所描述的这一事实表明，适用法律规范与创造性的解释不是矛盾的，而是一致的；甚至可以认为，没有创造性的法官只是在适用成文刑法的文字，而不是在适用真正的刑法。概言之，刑法的解释不可避免地具有创造性，这种创造性并不是指将法无明文规定的行为解释为犯罪，而是

<sup>①</sup> 转引自〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，233～234页，贵阳，贵州人民出版社，1992。这段话的另一译文是：“正如有必须再次强调的那样，客观地观察，‘有创造性的’法律事务实践者们主观上仅仅感到作为口头流传的作品——哪怕可能是潜在的——已经是适用的准则，感到自己是准则的阐释者和应用者，而不是准则的‘创造者’，这并非特别现代的东西，而恰恰曾经是他人最经常有的特征性。”（〔德〕马克斯·韦伯：《经济与社会》，下卷，林荣远译，214页，北京，商务印书馆，1997）。

必须并且善于从新的生活事实中发现刑法的真实含义。

第二，“文本论”的严格解释，不具有现实性。

“文本论”的严格解释论认为，所有的法律解释必须立基于法律文本之上。<sup>①</sup>但是，这种意义上的严格解释，没有现实意义。刑法是成文法，解释者当然必须基于刑法文本做出解释。问题在于，什么样的解释是或者不是“基于刑法文本做出的解释”？这是“文本论”的严格解释概念没有回答的问题。例如，将上述国家机关工作人员甲与乙的行为认定为帮助犯罪分子逃避处罚罪，是不是“基于刑法文本做出的解释”呢？对此问题的回答，必然因人而异。此外，基于刑法文本做出的解释，就符合了严格解释的要求吗？倘若果真如此，则“文本论”的严格解释概念并没有提出“严格”的要求。

第三，“字面论”的严格解释，不具有妥当性。

“字面论”的严格解释认为，严格解释涉及刑法文本的字面而非目的解释。<sup>②</sup>在本书看来，按照所谓刑法文本的字面含义解释刑法，意味着没有解释。例如，解释者做出“出售是指出卖”、“家庭成员是指共同生活的家庭成员”、“遗忘物就是所有人遗忘之物”、“聚众斗殴就是聚集多人进行斗殴”、“毁坏就是指砸毁、撕毁、压毁等”之类的“解释”，其实是不具有任何实际意义的解释。换言之，这种解释要么只是用另一个相同的用语替代刑法条文中的用语，要么只是同义反复。

刑法条文的字面含义是任何一般人都可能读出来的含义，但是，一般人读出来的含义，并不一定是刑法条文的真实含义。例如，在一般人看来，凡是通过欺骗行为获得他人财物的，都是“诈骗”。但是，刑法第266条所规定的诈骗，仅限于使他人产生处分财产的认识错误的欺骗行为，而不是任何欺骗行为。再如，在一般人看来，盗窃只能是秘密窃取，但是在刑法上，盗窃完全可能是公开的。<sup>③</sup>又如，在一般人看来，故意伤害致死也是故意杀人，但二者在刑法上却是两种不同的犯罪。

在某些场合，人们也很难明确法条的字面含义是什么。例如，刑法分则第五章所规定的侵犯财产罪的对象均为“财物”。那么，财物的字

① 参见 [美] 劳伦斯·索伦：《法理词汇》，王凌峰译，185页，北京，中国政法大学出版社，2010。

② 参见 [美] 劳伦斯·索伦：《法理词汇》，王凌峰译，185页，北京，中国政法大学出版社，2010。

③ 参见张明楷：《盗窃与抢夺的界限》，载《法学家》，2006（2），119页以下。

面含义是什么呢？是仅指有体物，还是包括无体物乃至财产性利益呢？这不是根据字面含义可以回答的问题。再如，刑法分则条文中大量使用了“公司”概念，在有的条文中公司是被害人，在有的条文中公司是行为人（或者公司的工作人员），那么，其中的公司是否包含一人公司呢？这也不是依靠公司的字面含义可以回答的问题。

其实，成文刑法需要应对不断变化的生活事实。于是，“法学的永久的重大任务就是要解决生活变动的要求和既定法律的字面含义之间的矛盾”<sup>①</sup>。如果既定法律的字面含义不能满足现实生活变动的要求，法官就必须寻找既定法律的用语可能具有的新的含义。例如，30年前，同性恋现象很少，同性向同性提供有偿性服务的现象也相当罕见。因此，当时人们都认为“卖淫”只限于向异性卖淫（甚至只限于妇女向男性卖淫）。但是，随着同性恋现象的增加，同性向同性提供有偿性服务的现象也不少见。于是，必须承认，组织男性向男性提供有偿性服务的行为，也成立组织卖淫罪。显然，如果认为对刑法的严格解释是指采取字面含义的解释，就意味着刑法不能适应不断变化的社会生活，因而也就使刑法丧失了存在的意义。

第四，“原意论”的严格解释，不具有可取性。

“原意论”的严格解释认为，严格解释是指某种形式的原意论，或者是原初意图原意论，或者是原初意义原意论。前者注重制定者的意图，而后者注重刑法颁布后公民理解文本的方式。<sup>②</sup>如前所述，所谓原初意图原意（即制定者的原意），是根本不存在的；即使存在，也可能具有缺陷或者不能适应不断变化的社会生活事实。所以，不应当也不可能按照制定者的原意解释刑法。另一方面，原初意义原意（原初公共意义）也只是一种虚构而已。解释者何以知道刑法的某个条文在颁布时形成了所谓原初公共意义呢？

第五，“有利于被告”意义的严格解释，不具有可行性。

台湾地区学者陶龙生指出：“所谓‘严格解释’指两种情况：在条文明晰而其文字并无疑义时，法院对其解释与适用应正确客观，取真实而平常之解释为其意义。当条文发生疑问时，则就两处或多种合理看法

① [奥] 欧根·埃利希：《法社会学原理》，舒国滢译，442页，北京，中国大百科全书出版社，2009。

② 参见 [美] 劳伦斯·索伦：《法理词汇》，王凌峰译，185页，北京，中国政法大学出版社，2010。

中，取其最有利于被告之意义而适用之，在此法则下，论理解释或扩张解释之说，似无可取之处。”<sup>①</sup> 大陆也有学者指出：“各种解释都是允许的，但最终都要服从于一个解释原则：有利于被告。”<sup>②</sup> 本书认为，严格解释并不意味着所谓法律存在疑问时做出有利于被告的解释。

首先，按照台湾地区学者陶龙生的观点，刑法就不需要解释了。一方面，法条文字没有疑问时，谁都知道按法条文字解释刑法。另一方面，法条文字有疑问时，只需要知道采用哪一种含义有利于被告，就采用哪一种含义。显而易见，现实并非如此。此外，在条文发生疑问时，虽然可能存在多种解释的可能性，但怎么可能存在多种“合理”的解释？亦即，当两种解释完全对立时，这两种解释怎么可能都合理呢？

其次，存疑时有利于被告的原则，产生于19世纪初的德国<sup>③</sup>，它只是刑事诉讼法上的证据法则，这一点在德国、日本以及英美法上没有什么争议。例如，罗克辛（C. Roxin）教授指出：“罪疑唯轻原则（即存疑时有利于被告的原则——引者注）并不适用于对法律疑问之澄清。判例（BGHSt14, 73）认为‘罪疑唯轻原则只与事实之认定有关，而不适用于法律之解释’。因此当法律问题有争议时，依一般的法律解释之原则应对被告为不利之决定时，法院亦应从此见解。”<sup>④</sup> 再如，耶赛克（H. Jescheck）魏根特（T. Weigend）教授指出：“如果对被告人的责任具有重要意义的事实得不到证明，就适用存疑时有利于被告的原则。与此相反，对法律问题而言，并不存在这样的原则（存疑从轻，存疑时有利于自由），亦即，在法律的解释具有多种可能性时，法官没有义务选择有利于被告人的解释。在对法规的解释存在疑问的场合，法院不是选择最有利于被告人的解释，而是必须选择正确的解释。”<sup>⑤</sup>

诚然，中国不同于德国。尽管如此，笔者也不赞成以国情不同为由，将存疑时有利于被告的原则适用于法律疑问之澄清。因为任何法律条文都可能疑问；即便原本没有疑问，在遇到具体案件时，也会有人

① 陶龙生：《论罪刑法定原则》，载蔡墩铭主编：《刑法总则论文选辑》（上），128页，台北，五南图书出版公司，1984。

② 邓子滨：《中国实质刑法观批判》，194页，北京，法律出版社，2009。

③ 参见〔日〕松尾浩也：《日本刑事诉讼法》，上卷，丁相顺译，新版，246页，北京，中国人民大学出版社，2005。

④ 〔德〕Claus Roxin：《德国刑事诉讼法》，吴丽琪译，145页，台北，三民书局，1998。

⑤ Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 154.

为了某一方的利益而制造疑问；如果一有疑问就做出有利于被告人的解释，刑法就会成为一纸废文；如果一有疑问就必须做出有利于被告人的解释，刑法理论就不需要展开争论，只要善于提出疑问并知道何种解释有利于被告即可。此外，如果要求刑法解释有利于被告，必然导致定罪混乱，亦即，可以根据案件的具体情况分别适用完全不同甚至相反的学说。

最后，事实表明，在法律有疑问时，要一概做出有利于被告人的解释是不可能的。例如，刑法中的“贩卖”是否仅限于购买后再出卖，这是有疑问的。在面对行为人出卖了其所拾得的500克海洛因的案件时，恐怕不能得出有利于被告人的无罪结论。再如，在一个案件事实清楚，却存在抢夺罪与抢劫罪之争时，不可能不考虑其他根据，就以认定抢夺对被告有利为由认定为抢夺罪。即便是主张形式解释论的学者，也会经常得出不利于被告人的结论。<sup>①</sup>

基于同样的理由，限制解释意义上的严格解释，也是不可行的。因为不可能对刑法的任何条文都作限制解释，从而使处罚范围得到最大限制。例如，没有解释者会对刑法第232条“故意杀人”中的“人”进行限制解释。相反，在必要时，做出扩大解释也是完全可能的。例如，对刑法第194条的印鉴作扩大解释，即“签发……与其预留印鉴不符的支票”包含“签发与其预留签名式样不符的支票”，就具有合理性。<sup>②</sup>概言之，对刑法的解释，“既可能是限缩的（限制的），也可能是扩大的（扩张的）”<sup>③</sup>。

综上所述，“‘严格解释’的意义实在是不够清晰。实际上，一旦你赋予严格解释这个理念以实质内容，那么这个标签就算不上是什么特别准确的描述，我们可以找到更好的名字来指称这种理念”<sup>④</sup>。在刑法上，严格解释不外乎就是遵守罪刑法定原则的解释。

法国刑法第11—4条明文规定“刑法应严格解释之”，但是，“刑法‘严格解释规则’并不强制刑事法官仅限于对立法者有规定的各种可能的情形适用刑法。只要所发生的情形属于法定形式范围之内，法官均可

① 参见张明楷：《实质解释论的再提倡》，载《中国法学》，2010（4），69页。

② 参见张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，180页以下，北京，北京大学出版社，2009。

③ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 150.

④ [美]劳伦斯·索伦：《法理词汇》，王凌峰译，186页，北京，中国政法大学出版社，2010。

将立法者有规定的情形扩张至法律并无规定的情形。”<sup>①</sup> 达维指出：“在法国，法官不喜欢让人感到自己是在创造法律规则。当然，实践中他们的确是在创造；法官的职能不是也不可能只是机械地适用那些众所周知的和已经确定的规则。”<sup>②</sup> 由此可见，在刑法明文规定了“应当严格解释刑法”的法国，严格解释也只是意味着不得违反罪刑法定原则。

英国学者指出：“的确，在刑法中，法治意味着在法律面前平等的观念和警察权力范围应严格限定的观念的结合。这种意义上的法治用源于19世纪自由主义的格言来表达，就是‘法无明文规定不为罪’。杰罗姆·霍尔教授指出，这句格言至少包含四个观念：第一，它意味着犯罪的种类应该由或多或少固定化了的—般规则来确定；第二，它意味着除犯有属于这些一般规则规定的罪行外，任何人都不应受到惩罚；或者，正如戴雪精当的分析那样（如果他所说的被看作仅与刑法有关，然而事实上却不是）：‘非经通常法院以通常的法律方式确定其为明显的违法，任何人都不应受惩罚……’第三，它可能意味着应该对刑事法规进行严格解释，从而使法规未包括的行为不致被确定为犯罪；第四，它还意味着刑法绝不溯及既往。”<sup>③</sup> 不难看出，英国的严格解释，也只是意味着法无明文规定不为罪。

由此看来，对刑法的严格解释，只是意味着必须遵循罪刑法定原则；在符合罪刑法定原则的前提下，当然可以进行灵活解释。在此意义上说，对刑法的解释应当采取严格解释与灵活解释相结合的态度。当然，所谓灵活解释，并不意味着可以违反罪刑法定原则做出解释。换言之，灵活解释受到罪刑法定原则的制约。

#### 四、解释方法

我国刑法理论的通说，一般将刑法解释方法分为文理解释与论理解释。“文理解释，就是对法律条文的文字，包括单词、概念、术语，从文理上所作的解释”。“论理解释，就是按照立法精神，从逻辑上所作的

- 
- ① [法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，143页，北京，中国政法大学出版社，1998。
- ② 转引自 [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，233页，贵阳，贵州人民出版社，1992。
- ③ [英] W. I. 詹宁斯：《法与宪法》，龚祥瑞、侯健译，36页，北京，生活·读书·新知三联书店，1997。

解释。论理解释又分为当然解释、扩大解释与限制解释。”<sup>①</sup> 姑且不讨论扩大解释与限制解释是否属于所谓的论理解释，但可以肯定的是，这种分类所列举的解释方法是极为有限的。例如，人们常讲的体系解释、历史解释、目的解释等，在刑法理论的通说中都没有地位。

笔者也曾按照通说的观点，将刑法解释方法区分为文理解释与论理解释，论理解释主要包括扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解释、补正解释、体系解释、历史解释、比较解释，并认为，任何解释都必须符合刑法的目的，任何解释都或多或少包含了目的解释。<sup>②</sup>

但是，上述区分并不严谨，至为明显的是将形式的分类与实质的分类相混淆。日本学者井田良教授指出，如果进行形式的分类，解释方法主要有：平义解释、当然解释、扩大解释、缩小解释、类推解释与反对解释；如若进行实质分类，解释方法主要有：文理解释、体系解释、历史解释与目的解释。<sup>③</sup> 在明确区分形式的分类与实质的分类意义上说，井田良教授的分类是合理的。

文理解释、体系解释、历史解释与目的解释，都是为了论证作为大前提的法律规范的真实含义，或者说，都是为特定的大前提的真实含义提供理由的解释方法。但是，论证大前提的真实含义，并非仅限于这四种方法。正如德国学者考夫曼所言：“论证理论重要认知之一，是由 Savigny 不断谈论且直到今日都无法超越之解释学，依该学说仅有四项封闭之‘要素’（论证之模态）：即文理的、逻辑的、历史的及体系（实证论者要求限于此四种解释），经证明洵非正确。除此上种论证外，尚有许多可作为司法判决之说理，譬如法律安定性、正义、结果评价、是非感、应用性、法律一致性……等，原则上，可论证之方法是不可限量的。”<sup>④</sup>

日本学者笹仓秀夫将解释方法分为解释的参照事项与条文的适用方法，法文自身的含义、条文之间的体系关联、立法者的意思、立法的历史背景、法律意思（即正义、事物的逻辑、解释的结果），属于解释的参照事项；平义解释（按文字字面含义适用）、宣言解释、扩张解释、

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4版，25页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。

② 参见张明楷：《刑法学》，3版，37页以下，北京，法律出版社，2007。

③ 参见〔日〕井田良：《讲义刑法学·总论》，51～52页，东京，成文堂，2008。

④ 〔德〕亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，47页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

缩小解释、反对解释、当然解释、类推、比附、反制定法的解释（变更解释或者补正解释），则属于条文的适用方法。相当清楚的是，在解释法规范时，可以同时参考法文自身的含义、条文之间的体系关联、立法者的意思、立法的历史背景等；但是，不可能同时采取平义解释、宣言解释、扩大解释、缩小解释等等。换言之，在对一个法条（或法条用语）进行解释时，解释的参照事项是可以并用的，而条文的适用方法不可能并用，只能采用其中一种方法。<sup>①</sup>

借鉴笹仓秀夫教授的观点，本书将平义解释、宣言解释、扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解释、类推解释、比附以及补正解释，称为解释技巧；将文理解释、体系解释、历史解释、比较解释、目的（论）解释等，称为解释理由。对一个刑法条文的解释，只能采用一种解释技巧，但采用哪一种解释技巧，取决于解释理由，而解释理由是可以多种多样的。例如，对刑法第 275 条的“毁坏”概念，不可能既作平义解释，又作扩大解释；也不可能既作平义解释，又作缩小解释；更不可能既作扩大解释，又作缩小解释。解释者采取其中哪一种解释技巧是需要解释理由来支撑的。不管人们是采取物理的毁坏说（物质的毁坏说），还是采取效用侵害说，抑或采取有形侵害说，都需要有解释理由。<sup>②</sup> 但是，解释理由不可能只有一种，也不可能仅限于文理解释、体系解释、历史解释与目的解释四种，除了目的解释外，也不可能要求在任何一方面都具有理由。

由于刑法实行罪刑法定原则，所以，对于上述解释理由与解释技巧还有必要进一步分析。

首先，按照本书的观点，立法者的原意不是主要的解释理由（如前所述，本书不赞成主观解释论），立法目的则是具有决定性的理由（不过需要注意的是，即使法条文字没有变化，条文的目的也可能发生变化）。另一方面，除了文理解释、体系解释、历史解释、比较解释、目的解释外，还有其他诸多解释理由，只是没有形成特定的概念而已。例如，一种观点在理论上具有可取性，但是在司法实践中根本不可能得到应用时，就难以被采纳。要求解释结论具有可行性，或者说具有可行性、可应用性的解释，可谓可行性解释或者可应用性解释，但理论上并没有形成这一概念。以非法取得死者身上财物的行为为例。如所周知，

① 参见〔日〕笹仓秀夫：《法解释讲义》，4、25页，东京，东京大学出版会，2009。

② 参见张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，207页以下，北京，北京大学出版社，2009。

盗窃罪的对象只是他人占有的财物，而侵占罪的对象则可以是脱离他人占有的财物（如遗忘物）。第一种观点认为，死者不可能成为占有主体，故上述行为不成立盗窃罪，仅成立侵占罪。第二种观点认为，应当肯定死者仍然占有其身上的财物，故上述行为成立盗窃罪。第三种观点认为，如果在他人死后不久取得其财物的是盗窃罪，如若是在他人死后很久取得其财物的是侵占罪；或者取得死者的财物可以与取得死者生前财物同等看待时，就认定为盗窃罪，否则认定为侵占罪。显然，第三种观点因为其不明确性而不具有可行性。这便成为人们批判这种观点的理由，反过来也成为支持第一种或第二种观点的理由。再如，某种解释可能具有充分的理论根据，但是，完全违背一般国民的直觉，也难以被采纳。解释结论符合一般国民的直觉（或是非感），是一种很好的解释理由，可谓直觉解释，但刑法理论基本上不使用这一概念。概言之，解释的理由是无限的，形成了特定概念的解释理由，只是常用的理由而已。

其次，平义解释、宣言解释、扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解释、类推解释、比附以及补正解释这些解释技巧中，类推解释、比附是罪刑法定原则所禁止的技巧（当然，有利于被告人时除外），于是，称某种解释为类推解释或比附，就成为人们反对该解释的理由，或者说成为该解释不能被采纳的理由。当然解释，是指在所面临的案件缺乏可以适用的法条时，通过参照各种事项，从既有的法条获得指针，对案件适用既有法条的一种解释。当然解释有两种样态，就某种行为是否允许而言，采取的是举重以明轻的判断；就某种行为是否被禁止而言，采取的是举轻以明重的判断。例如，倘若法律允许在林中骑马，那么，根据举重以明轻的原理，当然可以在林中徒步旅行。再如，如若法律规定禁止将狗带入公园，那么，根据举轻以明重的原理，当然禁止将狮子带入公园。<sup>①</sup>但是，由于刑法实行罪刑法定原则，不得直接采取当然解释认定行为构成犯罪。换言之，在适用举轻以明重的解释原理进行当然解释时，也要求案件事实符合刑法规定的构成要件，而不能简单地以案件事实严重为由以犯罪论处。亦即，当然解释的结论，也必须能为刑法用语所包含。所以，在刑法解释中，当然解释只是成为一种解释理由。例如，刑法第329条第1款规定：“抢夺、窃取国家所有的档案的，处五年以下有期徒刑或者拘役。”倘若行为人以暴力相威胁“抢劫”国有档案，应当如

<sup>①</sup> 参见〔日〕笹仓秀夫：《法解释讲义》，96页，东京，东京大学出版会，2009。

何处理？或许人们会解释道：“既然刑法只规定了抢夺，而没有规定抢劫，根据罪刑法定原则，当然应以无罪论处。”可是，既然抢夺、窃取国有档案能成立犯罪，比之更严重的抢劫档案的行为，也应当以犯罪论处。但这只是一种解释理由，根据罪刑法定原则，在刑法解释中，如果解释结论不能为刑法用语所包含，即使是当然解释的结论，也不能被采纳。从规范意义上说，抢劫行为已经在符合抢夺、窃取要求的前提下超出了抢夺、窃取的要求，既然如此，当然可以将抢劫国有档案的行为认定为抢夺、窃取国有档案罪。<sup>①</sup>换言之，在这种场合，不是说抢夺、窃取包含了抢劫，而是说抢劫行为并不缺少抢夺、窃取的要素。<sup>②</sup>这与“禁止牛马通过”时是否禁止大象通过的问题，并不相同。再如，刑法规定了聚众淫乱、组织淫秽表演等侵犯性行为秩序的犯罪，却没有规定公然猥亵罪；但刑法关于聚众淫乱、组织淫秽表演等罪的文字表述，不可能包含夫妻在公共场所发生性交行为，所以，无论如何进行当然解释，也不可能得出夫妻公然性交的行为构成犯罪的结论。不难看出，当然解释也只能成为刑法解释中的一种解释理由。此外，补正解释只是刑法典存在编辑错误时的一种解释技巧。补正解释的核心，在于纠正刑法的文字表述错误与体系安排错误，以阐明法条的真实含义，而不是将刑法没有明文规定的“犯罪”补充解释为犯罪，否则便违反了罪刑法定原则。

最后，各种解释理由也可能形成相互冲突的结论，于是出现了解释理由的位阶关系问题。“在具体个案中，当数个解释方法分别导出对立的结论时，为了要决定应采哪一种解释，方法论长久以来都在努力试着订出各种解释方法间的抽象顺位，但是并没有成功。”<sup>③</sup>本书并不认为体系解释、历史解释（沿革解释）、比较解释等解释理由具有决定性，而是认为目的解释具有决定性。但是，由于刑法实行罪刑法定原则，故文理解释也具有决定性。不过，目的解释的决定性与文理解释的决定性具有不同的含义。文理解释的决定性在于：所有的刑法解释，都要从法

- 
- ① 当然，如果以国有档案也具有财物的属性，而且抢劫罪不要求数额较大为由，主张对抢劫国有档案的行为以抢劫罪论处，也是一种思路。笔者只是以抢夺与抢劫的关系为例，说明可以通过当然解释将抢劫国有档案的行为认定为抢夺国有档案罪。至于对抢劫国有档案的行为是认定为抢劫罪，还是认定为抢夺国有档案罪，还是另外一个需要讨论的问题。
- ② 如何理解刑法第 269 条中的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，也涉及这一问题（参见本书第五章）。
- ③ [德] Ingeborg Puppe: 《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，108 页，台北，元照出版公司，2010。

条的文理解释开始，而且不能超出刑法用语可能具有的含义；凡是超出刑法用语可能具有的含义的解释，都是违反罪刑法定原则的解释（有利于被告人的类推解释除外<sup>①</sup>），即使符合刑法条文的目的，也不能被采纳。目的解释的决定性在于：在对一个法条可以做出两种以上的解释结论时，只能采纳符合法条目的的解释结论。所以，本书赞成德国学者的以下观点：“所有对于法条的解释都要从文义开始。如果一个具体个案很清楚地不能被包摄到法条之下，那么这个法条就不能直接适用于此一个案。如果目的论解释还是倾向这个法条的可适用性，那么就只可能透过类推解释的途径才能适用，只要没有禁止类推的限制。如果具体个案清楚的可被包摄到法条文义之下，但目的性衡量的结果却是反对将该法条适用于此案件，那么这个法律的适用范围就可能透过所谓的‘目的性限缩’来限制，使其不再涵盖这个案件。除此之外，在不同的解释方法之间便没有其他抽象的优先规则。”<sup>②</sup>因此，“正确的解释，必须永远同时符合法律的文言与法律的目的，仅仅满足其中一个标准是不够的”<sup>③</sup>。

台湾地区民法学者黄茂荣将文理解释、历史解释、体系解释、目的解释与合宪性解释表述为文义因素、历史因素、体系因素、目的因素与合宪性因素，并且认为，“在法律解释的过程中，这些因素各自担任不同的任务，发挥不同的功能，在互相联系与相互制约的作用下，协力完全发现法律之规范意旨（*der normative Sinn des Gesetzes*）的任务。而不是由法律适用者依其所好，或视哪一个解释因素适合于所希望之解释结果，而赋予文义、历史、体系或目的因素（或方法）以不同强度之重要性……文义因素首先确定法律解释活动的范围，接着，历史因素对此范围再进一步加以调整界定，同时并对法律的内容，即其规定意旨，作一些提示（*der Hinweis*）。紧接着体系因素与目的因素开始在该范围内进行规范意旨之内容的发现与确定工作。这个时候，合宪性因素也作了一些参与，并最终获得了解释的结果。最后，再复核一下看它是否合乎‘宪法’的要求。”<sup>④</sup>

① 恳请读者注意，罪刑法定原则允许有利于被告人的类推解释，但这并不意味着法律存在疑问时必须做出有利于被告人的解释。

② [德] Ingeborg Puppe: 《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，115~116页，台北，元照出版公司，2010。

③ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 151.

④ 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，5版，360页，北京，法律出版社，2007。

本书难以完全赞成黄茂荣教授的观点。其一，诚然，在实行罪刑法定原则的时代，对刑法的解释不可能超出刑法用语可能具有的含义，但是，用语的含义并不是事先就存在的，只是在与具体案件相关联时，用语的含义才会显现出来。换言之，用语在“休息”时是没有什么含义的，或者说其含义是不确定的，只有当用语“工作”时它才具有含义。然而，一旦联系具体案件，解释者就必然期待一种理想的法律适用后果。对理想的法律适用后果的追求，会迫使解释者发现用语可能具有的各种含义。所以，“我们对语词的每一次新使用都是在黑暗中的一次跳跃”<sup>①</sup>。反过来说，事先确定用语的含义只会机械性地适用法律。其二，虽然各种解释因素（理由或方法）的功能可能不同，但都是为了寻找解释结论的理由，然而，不可能要求任何一个解释结论都必须在任何一种解释因素方面都有理由。例如，当得出某种解释结论能在文理、体系、目的与合宪性方面找到理由时，即使在历史因素中不能找到理由，也不能否认这种解释结论的合理性与可取性。其三，合宪性因素既可能在先前起作用，也可能在最后起作用。例如，当某种解释结论明显违反宪法时，就基本上不需要讨论体系、历史等因素。其四，解释者只有达到法律目的才算完成解释任务。在此意义上说，目的解释的重要性是历史解释、体系解释难以比拟的。正如德国学者 Tipke/Lang 所言：“法律解释应取向于法律目的……是故，将文义、历史/发生、体系解释与目的解释并列是不正确的。一个文义、历史/发生、体系解释如果不回归法律目的是不合适的。文法学、起源学、体系学都只是确认法律目的之工具。”<sup>②</sup>当然，如前所述，在刑法解释领域，不能为了追求目的而超出刑法用语可能具有的含义做出解释。

本书也不赞成历史解释具有优先地位的观点。以遗弃罪的“扶养”为例。我国刑法学者在肯定“随着社会的发展，扶养也呈现出社会化的趋势”的同时指出：“对于扶养义务，存在一个如何解释的问题。根据语义解释……扶养包括家庭成员间的扶养和社会扶养机构的扶养。就此而言，由于我国刑法第 261 条并没有将扶养义务明文规定为是家庭成员间的扶养义务，因而将非家庭成员间的扶养义务，这里主要是指社会扶养机构的扶养义务解释为遗弃罪的扶养义务似乎并无不妥。但从立法沿

① 索尔·克里普克 (Saul Kripke) 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，30 页，北京，北京大学出版社，2010。

② 转引自黄茂荣：《法学方法与现代民法》，5 版，360 页，北京，法律出版社，2007。

革上来说，我国刑法中的遗弃罪从来都是家庭成员间的遗弃，而并不包括非家庭成员间的遗弃。”“至于语义解释与沿革解释之间存在矛盾，到底是选择语义解释还是选择沿革解释，这是一个值得研究的问题。自从萨维尼以来，法律解释方法一般都分为：语义解释、逻辑解释、沿革解释和目的解释。关于这四种解释方法之间是否存在位阶关系，在理论上并无定论。一般认为，虽然不能说各种解释方法之间存在着固定不变的位阶关系，但也不应认为各种解释方法杂然无序，可由解释者随意选择使用。我赞同这种观点，尤其是在两种解释方法存在冲突的情况下，应当根据一定的规则进行选择以确保解释结论的合理性。在一般情况下，语义解释当然是应当优先考虑的，在语义是单一的、确定的情况下，不能进行超出语义可能范围的解释。但在语义是非单一的、不明确的情况下，则应根据立法沿革进行历史解释以符合立法精神。在这种情况下，沿革解释具有优于语义解释的效力。对于扶养的解释也是如此，根据语义解释，扶养包括家庭成员间的扶养和非家庭成员间的扶养。那么，非家庭成员间的扶养是否包括在遗弃罪的扶养概念中呢？根据沿革解释，遗弃罪属于妨害婚姻、家庭罪，自不应包括非家庭成员间的扶养。如此解释，才是合乎法律规定的。”<sup>①</sup>法理学界的学者也指出：“在1997年修订的刑法中，遗弃罪被纳入侵犯公民人身权利、民主权利罪，扶养义务是否扩展至非亲属间的呢？从文义上解释，似无不可，但有歧义。这时应寻求历史解释，此时历史解释优于文义解释。因此对非亲属间的遗弃行为若要作为犯罪处理，需要在《刑法》中加以专门规定。”<sup>②</sup>本书不赞成上述观点。

第一，上述两种观点虽然都得出了遗弃仅限于遗弃家庭成员的结论，但只是在文理解释与历史（沿革）解释之间进行比较，没有考虑刑法规定遗弃罪的客观目的。只要认为非家庭成员也可能存在扶养问题，那么，承认非家庭成员之间的遗弃就不可能违反罪刑法定原则。接下来就需要考虑法条的目的。遗弃罪的保护法益应是被害人的生命安全。换言之，遗弃罪是对被害人的生命产生危险的犯罪。<sup>③</sup>既然如此，就应将

① 陈兴良：《非家庭成员间遗弃行为之定性研究》，载《法学评论》，2005（4），141、142页。

② 郑永流：《法律方法阶梯》，170页，北京，北京大学出版社，2008。

③ 对身体造成危险的行为是否构成遗弃罪，在国外存在争议（参见〔日〕山中敬一：《刑法各论》，2版，90页，东京，成文堂，2009），本书对此不展开讨论。

遗弃行为解释为对被害人的生命产生危险的行为；或者说应当将“拒不扶养”解释为导致被害人的生命产生危险的行为。显然，并非只有家庭成员之间的遗弃行为才能产生对被害人生命的危险，非家庭成员但负有扶养义务的其他人的遗弃行为，也可能对被害人的生命产生危险。既然如此，就不应当继续将遗弃罪限定于家庭成员之间。

第二，上述两种观点，也没有考虑同时代的解释。既然学者承认，随着社会的发展，扶养呈现出社会化的趋势，如各种养老院和福利院就成为专门的社会扶养机构，也承认我国目前非家庭成员间的遗弃以及不履行救助义务的遗弃行为是客观存在的，且有多发趋势，就应当做出同时代的解释（“现时取向解释”），使刑法条文实现保护法益的目的。“现时取向（gegenwartsbezogen）的根据在于：现时有效的法的效力之合法性并非立基于过去，而是立基于现在。今天的法律共同体任何时候都可以改变，甚至废除流传下来的法。或者，按照 Thomas Hobbes 的思想，人们也可以认为，对于当今社会而言，具有决定意义的不是曾经颁布法律的权威（Autorität），而是使法律得以继续存在的权威。这个问题换个角度来看，等于是说，如果该法律于今日始被颁布的话，那么它应该以哪一种正义观念为标准呢？如果说，存在至今的法的合法性的基础应从当今的状态中去找的话，毫无疑问，法律的解释也只能以当今（ex nunc）的状态为基础，也即应采用最符合当今占主导地位的观念的解释。”<sup>①</sup>

第三，在语义解释与沿革解释之间存在矛盾的情况下，不当一概以沿革解释优先。如上所述，如果语义解释得出符合刑法目的的结论，就应当采取这一解释。换言之，既然“根据语义解释，扶养人包括家庭成员间的扶养与非家庭成员间的扶养”，而且这样解释完全符合刑法保护被害人生命安全的目的，就应当认为遗弃罪可以发生在非家庭成员之间，而不应当产生“非家庭成员间的扶养是否包括在遗弃罪的扶养概念中”的疑问。反之，如果沿革解释不能得出符合刑法目的的结论，就不应当采取沿革解释。将遗弃限定为家庭成员之间，虽然可谓一种沿革解释，但不利于实现刑法保护法益的目的。而且，如果一概以沿革解释优先，刑法的修改就没有意义了。笔者也不赞成法理学者的前述观点（即只要解释有歧义，就必须寻求历史解释，而且历史解释结论优于文义解

① [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，36页，北京，法律出版社，2009。

释的结论)。因为在刑法学上,几乎任何概念都有歧义,如果一有歧义就寻求历史解释,刑法学就不可能发展了。我国司法实践存在的重大问题之一,恰恰在于过于重视沿革解释(过于重视某个概念在旧刑法时代的含义),忽视了刑法的修改。例如,旧刑法第160条将“侮辱妇女”规定为流氓罪的一种表现形式,而流氓罪属于扰乱公共秩序的犯罪。现行刑法第237条所规定的强制猥亵、侮辱妇女罪中也有“侮辱妇女”的表述。一方面,现行刑法所规定的侮辱妇女,要求行为人采取“暴力、胁迫或者其他方法”;这里的“其他方法”显然不是指任何方法,而必须是与暴力、胁迫一样具有强制性的方法。另一方面,现行刑法已将“侮辱妇女”规定为对妇女人身权利的犯罪。然而,有的教科书一方面认为,本罪的“其他方法,是指暴力、胁迫方法以外的使妇女不能反抗的方法,如用酒灌醉、用药物麻醉等”;同时又认为,本罪的行为包括“向妇女显露生殖器”的行为。<sup>①</sup>许多论著都将男性的单纯露阴行为归入强制猥亵、侮辱妇女罪的行为。然而,其一,这是不顾刑法对犯罪性质的重新确定,原封不动地将旧刑法流氓罪的“侮辱妇女”的行为与“其他流氓活动”照搬过来了;其二,与公然性交相比,露阴行为的危害显然轻得多;如果认为露阴行为构成强制猥亵、侮辱妇女罪,也与公然性交无罪不相适应。这正是所谓沿革解释造成的混乱局面。概言之,“一条法律规范的解释不能总是停留在其产生当时被赋予的意义之上。其在适用之时可能具有哪些合理功能的问题也应得到考虑。法律规范总是处于特定社会关系以及社会—政治观念的环境之中,并在这样的环境当中发挥其作用。其内容可以,也必须根据具体情况与这些社会关系以及社会—政治观念的变迁一起变迁。这一点尤其适用于在法律规范产生之初到其适用之时的期间内生活关系以及法律观念已经发生了深刻变化的情况……”<sup>②</sup>

总之,广义的解释方法包括解释理由与解释技巧(当然,各种解释理由与解释技巧,也依然可以称为解释方法),刑法的解释应当从用语的文义出发,并且在用语可能具有的含义内得出符合法条目的的解釋。此外的各种解释理由中,不存在一种解释理由优越于另一种解释理由的

① 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(下编),831页,北京,中国法制出版社,1999。当然,作者是否认为单纯向妇女显露生殖器的行为构成本罪,还不能肯定,但其表述至少包含了这种可能性。

② [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,38页,北京,法律出版社,2009。

规则。

## 五、解释理由

解释理由无穷无尽，以下仅就刑法解释中几种常见的解释理由进行探讨。

### （一）文理解释

作为解释理由的文理解释，是指刑法用语可能具有的含义。文理解释之所以成为解释理由，是因为在刑法解释中，用语具有提供线索与限制意义两方面的机能。提供线索的机能意味着，解释者从用语中发现了用语的含义；限制意义的机能意味着，不能做出其他解释，因而所做出的解释具有合理性。

当某个用语仅具有 A 含义时，做出符合 A 含义的解释，当然是一种理由，而且是一种重要理由。这是显而易见的道理。

当某个用语具有 A、B 两个含义，但在刑法条文中不可能是 B 含义时，得出符合 A 含义的解释结论，就是一种重要理由。例如，刑法第 241 条规定了“收买”被拐卖的妇女、儿童罪，“收买”一词具有两个含义：一是收购，二是用钱财或者其他好处笼络人，使受利用。<sup>①</sup>显然，刑法第 241 条中的“收买”不可能是第二个含义，只能做出符合第一个含义的解释。再如，刑法第 104 条第 2 款规定：“策动、胁迫、勾引、收买国家机关工作人员、武装部队人员、人民警察、民兵进行武装叛乱或者武装暴乱的，依照前款的规定从重处罚。”显然，对本款中的“收买”不可能做出符合第一个含义的解释结论，只能做出符合第二个含义的解释结论。

当某个用语具有 A、B 两个含义时，解释者做出符合 B 含义的解释（而不做出 C、D 含义的解释），也是一种理由，只不过解释者必须添加其他理由。例如，刑法第 224 条规定了合同诈骗罪，合同可以分为口头合同与书面合同，认为合同诈骗罪中的合同既包括口头合同也包括书面合同，或者认为合同诈骗罪中的合同仅限于书面合同，都可谓具有文理解释的理由。但在这种场合，仅停留在文理解释层面的结论是不可能令人信服的，任何一种观点都必须添加其他解释理由。

<sup>①</sup> 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，1252 页，北京，商务印书馆，2005。

当法条在表述某种含义时通常使用 A 用语，但在某法条中却使用了 B 用语时，即使在日常生活中，B 用语与 A 用语的含义相同或者相近，解释者对 B 用语做出不同于 A 用语的解释结论，也是一种解释理由。例如，刑法分则条文在要求行为人使用某种工具或者方法时，通常采用“以……”、“使用”等用语，但刑法第 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”。于是，对于“携带凶器抢夺”就不应解释为“使用凶器抢夺”，而只能按照“携带”的本来含义进行解释。当然，这种文理解释的理由可能缺乏说服力，因为我国刑法分则对用语的使用并不严谨，故需要其他解释理由进一步论证。例如，刑法第 240 条将“奸淫被拐卖的妇女”规定为法定刑升格的情节，而没有使用强奸一词。于是，认为本规定既包括强奸妇女，也包括征得妇女同意而与之性交（和奸）的情形，就具有文理解释的理由。但是，这一解释是否具有合理性，则需要另外讨论。因为和奸原本不是犯罪，仅因在拐卖妇女的过程中与妇女和奸，便加重法定刑，就意味着间接处罚，明显违反了罪刑法定原则。

作为解释理由的文理解释，还包含刑法条文为什么不使用某个概念，为什么添加某个概念的理由。例如，刑法第 358 条规定“组织他人卖淫或者强迫他人卖淫的”构成犯罪，该条第 1 款第 4 项将“强奸后迫使卖淫的”规定为法定刑升格条件之一。那么，对于女性使用暴力、胁迫方法强行与男子发生性交后迫使男子卖淫的案件，能否适用“强奸后迫使卖淫的”规定？持否定说的人不能轻易认为，肯定说违反了罪刑法定原则。这是因为，刑法第 236 条规定强奸罪的对象为女性，并不当然意味着刑法分则其他条文中所规定的“强奸”对象也仅限于女性。既然强迫卖淫罪包括强迫男子卖淫，既然第 358 条第 1 款第 4 项并没有表述为“强奸妇女后迫使卖淫”，就有可能认为，女性使用暴力、胁迫方法强行与男子发生性交后迫使男子卖淫的，也属于“强奸后迫使卖淫的”（不存在文理解释的障碍）。持反对观点的人会认为，在刑法中“强奸”就是指强奸妇女，将强行与男子性交的行为认定为强奸违反了罪刑法定原则。其实，强奸妇女是仅就刑法第 236 条而言（刑法第 259 条第 2 款属于注意规定，行为对象也仅限于现役军人的妻子）；肯定说只是将强行与男子性交认定为刑法第 358 条的“强奸”，而不是认定为第 236 条的“强奸”。随着性观念与生活事实的变化，“强奸”一词的内涵与外延也必然发生变化，这是不以人们的意志为转移的。不难看出，否定说是以强奸的一般含义为根据的，亦即，只要使用“强奸”一词，其对象就

是指妇女；而肯定说则是以第 358 条特意没有使用“妇女”一词为根据的。于是，没有使用某个特定概念，也成为一种解释理由。以上只是说明，肯定说具有文理解释的理由，或者说在文理解释上是成立的。因此，一方面，仅从文理解释上推翻肯定说，是没有说服力的。另一方面，也可能存在更为有力的解释理由，推翻肯定说。

由于用语具有模糊性、多义性等原因，将文理解释作为解释理由，其说服力总是有限的。亦即，只有超出用语可能具有的含义进行的解释是无效的，在其他场合，仅凭文理解释得出结论是不可靠的。换言之，文理解释只是诸多解释理由的一种，而不是全部。因此，其一，认为“如果可供选择的日常含义不止一个，应当优先考虑和采用相对比较明显的日常含义”<sup>①</sup>的观点，难以成立。一方面，哪种含义比较明显是缺乏判断标准的；另一方面，即使是比较明显的含义，也不一定是刑法用语的真实含义。其二，平义解释优先的观点（根据该观点，清晰明确地表达的法律规定不需要任何解释），也是不成立的。“看起来清晰的文义可能与同一法律的其他规定产生矛盾，也可能与以后颁布的或者更高位阶的法律的要求内容产生冲突。在‘明晰地’表达的法律规定中最终也可能包含编纂疏忽或者立法机关的评价矛盾，这些都应当在法律适用时被考虑，也许还应当被纠正。”<sup>②</sup>其三，“一切认为文义绝对优先于其他任何解释论据的解释理论的观点都是错误的。所谓的指示理论（*Andeutungstheorie*）也属于其中之一。该理论认为，在规范文义不清晰不明确的时候，只允许得出文义中有所表述的（即使是不完美的），也就是有所‘指示’的解释结果。”<sup>③</sup>

由于用语具有不确定性、多义性等原因，在进行文理解释时，首先应当考虑用语的常用含义；常用含义不明确时，或者按照常用含义得出的结论不合理时，就必须通过其他途径确定用语的真实含义。<sup>④</sup>常用含义主要包括三类：（1）用语在日常生活中的含义。刑法分则并不是完全由专业用语构成，而是大量使用了日常用语，所以，在解释分则条文时，不可避免首先考虑用语在日常生活中的含义。不过，“首先考虑”并不意味着必须采纳用语在日常生活中的含义。例如，在解释刑法第 262 条中的

① 郑永流：《法律方法阶梯》，143 页，北京，北京大学出版社，2008。

② [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，323 页，北京，法律出版社，2003。

③ [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，324～325 页，北京，法律出版社，2003。

④ 参见 [日] 笹仓秀夫：《法解释讲义》，5 页，东京，东京大学出版会，2009。

“拐骗”的含义时，解释者必须首先考虑该用语在日常生活中的含义，但是，解释者最终很可能不会采纳这种含义。（2）用语在司法实务上的含义。有些概念的含义，是在司法实务中形成的，如果不能采纳用语在日常生活中的含义，就有可能采纳其在司法实务中的含义。（3）用语在刑法上或者刑法学上的特定含义。有的用语在刑法与刑法学上有特定的含义，可谓专业术语。在这种情形下，就不能按照用语的日常含义进行解释。

当然，文理解释并非仅限于用语解释，在文理解释时，必然要考虑语法、标点符号、用语顺序等产生或决定的含义。

## （二）体系解释

一般来说，体系解释，是指根据刑法条文在整个刑法中的地位，联系相关法条的含义，阐明其规范意旨的解释方法。体系解释是一种非常重要的解释理由。

从解释论上说，首先，“整体只能通过对其各部分的理解而理解，但是对其各部分的理解又只能通过对其整体的理解”<sup>①</sup>。同样，只有将刑法作为一个整体，才能理解各个条文的含义；但对各个条文的理解，又依赖于对刑法这一整体的理解。这是因为，“一部制定法的含义并不是个别语词含义的总和。毋宁是，制定法作为一个整体总是要达成某些目的，这些目的弥漫于制定法的各个部分，并赋予其含义。要确定一部制定法的含义，必须将制定法的安排当作一个整体，因为只有作为一个整体，我们才能将制定法看作指向某些总体性目的设计的工具”<sup>②</sup>。例如，如果离开了规定“贩卖”、“倒卖”概念的条文，解释者便不能理解刑法第363条所规定的“贩卖”是否包括单纯的出卖行为。倘若将刑法使用某种概念的所有条文进行比较，则很容易确定这种概念的含义。因为“法律条文只有当它处于与它有关的所有条文的整体之中才显出其真正的含义，或它所出现的项目会明确该条文的真正含义。有时，把它与其他的条文——同一法令或同一法典的其他条款——比较，其含义也就明确了。”<sup>③</sup>例如，刑法第328条第1款规定了盗掘古文化遗址、古墓葬罪，其中第4项将“盗掘古文化遗址、古墓葬，并盗窃珍贵文物

① 金克木：《比较文化论集》，243页，北京，生活·读书·新知三联书店，1984。

② [美] 罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，206～207页，北京，法律出版社，2010。

③ [法] 亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，许钧译，70页，上海，上海人民出版社，1987。

或者造成珍贵文物严重破坏”规定为法定刑升格情节，据此，可以认为，所谓盗掘，并不要求出于非法占有目的，只要未经有权机关批准的挖掘，即为盗掘。刑法第345条第1款规定了盗伐林木罪，其罪状是“盗伐森林或者其他林木，数量较大”。那么，其中的盗伐是否意味着只要没有经过林业主管部门批准的砍伐就是盗伐呢？答案显然是否定的。因为该条第2款规定了滥伐林木罪，而滥伐林木所指的情形之一就是没有经过林业主管部门批准的砍伐。因此，盗伐林木必须是以非法占有为目的，非法砍伐他人占有的林木的行为。又如，刑法第273条前段规定：“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。”孤立地面对这一条时，解释者很难确定其中的“挪用”是否限于挪归个人使用。一旦联系刑法第384条的规定，解释者会得出结论认为，刑法第273条的“挪用”并不要求挪归个人使用。

其次，只有进行体系解释，才能妥当处理各种犯罪的构成要件之间的关系，使此罪与彼罪之间保持协调。例如，各国刑法理论与审判实践普遍认为，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—对方产生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—行为人获得或者使第三者获得财产—被害人遭受财产损失。<sup>①</sup>“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’。”<sup>②</sup>对诈骗罪的客观要件做出如此解释，显然是体系解释的结果。换言之，进行这样的解释，是为了使诈骗罪与盗窃罪尤其是盗窃罪的间接正犯相区别。<sup>③</sup>再如，对抢劫罪中的胁迫与强奸罪中的胁迫做出不同解释，是因为财产罪中有敲诈勒索罪，而对妇女的性的自己决定权的犯罪中，没有类似于敲诈勒索的犯罪。于是，强奸罪中的胁迫就必须包括类似于敲诈勒索罪中的胁迫行为。

最后，当解释者对某个用语得出某种解释结论时，常常会心存疑虑，在这种情况下，如果解释结论能够得到其他条文的印证，解释者便

① Vgl. Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Verlag Ernst und Werner Giesecking 2000, S. 458ff; [日]平野龙一：《刑法概说》，212页以下，东京，东京大学出版社，1977；[日]西田典之：《刑法各论》，5版，184页，东京，弘文堂，2010。

② [日]平野龙一：《犯罪论の诸问题（下）各论》，329页，东京，有斐阁，1982。

③ 参见张明楷：《论三角诈骗》，载《法学研究》，2004（2），93页以下。

会解消疑虑。因为“对一个本文某一部分的诠释如果为同一本文的其他部分所证实的话，它就是可以接受的；如果不能，是应舍弃。就此而言，本文的内在连续性控制着，否则便无法控制着读者的诠释活动”<sup>①</sup>。换言之，面对一些所谓不明确的规定时，可以通过明确的规定来阐释不明确的规定。明确性是罪刑法定原则的要求，但是，期待一部刑法明确到不需要解释的程度，那只是一种幻想。体系解释有利于通过明确的规定阐释不明确的规定。例如，孤立地将刑法第 363 条的“贩卖”解释为出卖时，解释者或许有些不安的感觉，因为贩卖的通常含义是买进后再卖出。但当将“贩卖”解释为出卖能够得到刑法第 155 条、第 240 条、第 347 条的印证时，不仅会消除解释者不安的感觉，而且会使解释者坚定其解释结论。又如，孤立地将刑法第 262 条规定的拐骗儿童罪中“拐骗”解释为既包括使用欺骗方法的拐骗，也包括使用强制方法的拐骗时，多少会有些疑虑（这是人们受日常生活用语的影响所致）。但是，联系刑法第 240 条对“拐卖”所做出的规定时，就会认为，上述对拐骗的解释是可以接受的。所以，遇到不明确的规定时，应当通过明确的规定来阐释不明确的规定，“不应当由于某种不明确的规定而否定明确的规定”（*Non sunt neganda clara propter quaedam obscura*）。

从实质上说，成文法是正义的文字表述。“法理念是以三个基本价值的紧张关系表现出来的，这三个基本价值是正义、合目的性与法的安定性……正义是形式的理念，无数的法规范根据正义采取其形式，即采取对万人平等对待和由法律规制的普遍性。而其内容必须由与正义不同的、因而与正义并列的、也属于法理念的原理来决定，这个原理就是合目的性。”<sup>②</sup>但实质合目的性是相对的，需要制定法律予以确定。于是产生法的安定性理念，即法是实定的，实定法本身是安定的，作为法的基础的事实必须尽可能准确无误地予以确定，不轻易变更实定法。<sup>③</sup>显然，上述作为法理念之一的正义，是指狭义的正义即平等或公平，而三

① 奥古斯丁在《论基督教义》中所述，转引自〔意〕艾科等：《诠释与过度诠释》，王宇根译，78页，北京，生活·读书·新知三联书店，1997。其中的“本文”即是人们通常所称的“文本”。

② 〔德〕拉德布鲁赫：《法学入门》，碧海纯一译，33～34页，东京，东京大学出版会，1973。

③ 参见〔德〕拉德布鲁赫：《法学入门》，碧海纯一译，36页，东京，东京大学出版会，1973。

个法理念可以用广义的正义理念来概括。<sup>①</sup>人们对于正义存在不同的理解，但大体可以肯定的是，正义的基本要求是，对于“相同”的案件必须得到相同的或者至少是相似的处理，只要这些案件按照普遍的正义标准在事实上是“相同”或者相似的。换言之，对于“相同”的事项应相同处理，对于不同的事项应不同处理，是正义的基本要求。所以，使刑法条文之间保持协调，使“相同”的犯罪得到相同的处理，就是正义的；否则就是非正义的。例如，在刑法上，如果某种解释导致严重侵害法益的行为无罪，而轻微侵害法益的行为有罪，或者解释导致重罪只能判处轻刑，轻罪反而应当判处重刑，那么，这种解释就是不协调的，因而也是不正义的。要实现刑法的正义性，就必须保持刑法的协调性，故“使法律之间相协调是最好的解释方法”（*Concordare leges legibus est optimus interpretandi modus*）；而要保持刑法的协调，就必须避免矛盾。概言之，体系解释意味着对刑法的解释不仅要避免刑法规范的矛盾，而且也要避免价值判断的矛盾。

德国有学者提出，体系解释是以下述四个要求作为出发点的：（1）无矛盾的要求，即法律不会自相矛盾；（2）无赘言的要求，即法律不说多余的话；（3）完整性的要求，即法律不允许规定漏洞；（4）体系秩序的要求，即法律规定的编排都是有意义的。<sup>②</sup>

如后所述，无矛盾的要求具有特别重要的意义（参见本书第五章）。亦即，对法条的解释结论使得该法条与其他法条无矛盾、不冲突，是相当重要的理由；反之，如果一种解释结论导致法条之间相互矛盾，这种解释结论就难以被采纳。

无赘言的要求意味着解释者必须充分珍重刑法条文中的每一个用语。一般来说，刑法分则条文在提出 A 要求的同时，另外再表述 B 要求，就意味着适用该法条必须同时具备 A、B 两个要求。但是，刑法是由人起草的，起草者也会犯错误，因而完全可能出现多余的表述（参见本书第十五章）。所以，无赘言的要求是难以全面贯彻的一个要求。

完整性的要求是一项十分重要的要求。刑法的机能不只是保障自由，还有保护法益，因而并不是漏洞越多越好。所以，解释刑法分则

① 参见 [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，155 页，台北，五南图书出版有限公司，2000。

② 参见 [德] Ingeborg Puppe：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，77 页，台北，元照出版公司，2010。

时，要尽量不使刑法产生漏洞（参见本书第四章）。但是，一部刑法不可能毫无遗漏地规定各种值得科处刑罚的行为，刑法不可避免地存在断片性。由于刑法实行罪刑法定原则，故在刑法分则的解释中，完整性也只能作为次要的要求。

体系秩序的要求当然是一种重要的解释理由。例如，刑法将某种具体犯罪规定在分则的某一章，就是基于特定的考虑。因此，在解释这一具体犯罪时，就不能脱离该罪在分则中所处的位置。显然，解释者不应当脱离侵犯财产罪的性质去解释破坏生产经营罪。例如，某村自己建修了一条公路。后来，该村的一片土地被一造纸厂征用，造纸厂的进出车辆均必经该公路。由于造纸厂污染严重，村民将公路挖断，使得造纸厂停工停产。由于村民的行为并没有直接侵犯造纸厂的财产，故不可能成立破坏生产经营罪。当然，刑法分则体系的编排也不是十全十美的，故在某些场合不可避免要进行补正解释。例如，重婚罪就不是对公民人身权利、民主权利的犯罪，而是对社会法益的犯罪。所以，任何人的承诺都不应当影响重婚罪的成立。

德国还有学者对体系解释（系统解释）提出了六个类型：（1）如果某个法律章节的内容受其标题的限制，则该章节中的某项规定亦受此限制。（2）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；有疑义时某项概念的内容则与另一处的相同。（3）如果其他法律或规定中的表述含义不同，则应对讨论中的规定做出不同的解释。（4）在某项法律规范或概念存有疑义时，对其做出的解释不应使得其他的某项规定变成为多余的。（5）允许从法律所依赖的原则中得出结论。（6）解释遇到难度较大的问题时，亦可考虑外国法（比较法解释）。<sup>①</sup>

本书针对以上几点相应地发表如下看法：（1）不可否认，对刑法分则各种具体犯罪的法益确定与构成要件的解释，要受其章节标题的限制。如上所述，刑法分则第五章规定的犯罪，其法益是财产，对各种具体犯罪构成要件的解释，要受到“侵犯财产罪”的限制。但是，刑法是人制定的，也会存在归类错误。在对具体犯罪存在归类错误时，解释者必须进行补正解释。（2）在我国刑法分则中，用语的含义不可能是绝对统一的。当A、B两个条文都使用了“甲”用语，而且对两个条文中的“甲”用语必须做出不同解释时，应当承认用语的相对性。当C、D两个条文都

<sup>①</sup> 参见 [德] 伯阳：《德国公法导论》，24～25页，北京，北京大学出版社，2008。

使用了“乙”用语，只能明确“乙”用语在 C 条文中的含义，而对 D 条文中的“乙”用语存在疑问时，就需要考虑“乙”用语在 C 条文中的含义。倘若对 D 条文中的“乙”用语做出与 C 条文相同的解释，能得出合理结论，就必须做出相同解释。不过，如果具备充分理由（包括结论的合理性），也可能做出与 C 条文不同的解释。概言之，不同法条中的相同概念，也可能具有不同含义。这种形式上的反体系解释，却是真正的、实质上的体系解释。（3）一般来说，不同的用语具有不同的含义，但也不尽然。在刑法分则中，不同的用语表述相同含义的情形并不少见。这也是真正的、实质的体系解释的要求所造成的。（4）刑法的简短价值原本要求法条中没有多余的表述，但遗憾的是，我国刑法分则中的确有不少多余的表述。（5）对刑法分则的解释当然允许从刑法所依赖的原则中得出结论。不过，各项原则所处的地位可能不同，如果从其他原则中得出的结论违反罪刑法定原则，就不应被采纳。（6）比较法解释虽然是一种具有一定说服力的解释理由，但不宜将其作为体系解释的一项内容或要求。

其实，体系解释的具体要求是难以穷尽的（有关避免矛盾、防止漏洞、保持协调、总则与分则的关系等要求，本书还将以专章展开讨论）。本书认为，要做好体系解释，需要特别注重以下几点。

### 1. 合宪性解释

体系解释并非仅要求解释结论在刑法范围内具有协调性，还要求解释结论具有合宪性。符合宪法的解释本身，就是重要的解释理由。换言之，合宪性解释不只是一种解释方法，更是一种解释原则：对刑法条文的解释结论必须符合宪法；违反宪法的解释不仅是没有说服力的解释，而且是无效的解释；对于公民行使宪法所赋予的权利的行为，即使行使方式、程序不当，也不得轻易解释为犯罪；倘若对刑法的某个条文无论如何解释，都只能得出违反宪法的结论，那么该条文就是违宪的（当然，现行刑法中并没有这样的条文）。

### 2. 以刑法总则规定为指导解释刑法分则

刑法总则规定应当贯穿于刑法分则，所以，对于刑法分则的解释必须以刑法总则的规定为指导（参见本书第二章）。例如，刑法总则规定了故意犯罪及其处罚原则。刑法分则第 236 条所规定的奸淫幼女是故意犯罪，其成立以行为人明知自己的行为会发生侵害幼女的性的自己决定权的结果为前提，进而以行为人明知行为对象为幼女为前提。倘若认为奸淫幼女犯罪为严格责任犯罪，则违反罪刑法定原则。

### 3. 同类解释规则

刑法分则的许多条文在列举具体要素之后使用“等”、“其他”用

语。例如，刑法第 114 条规定：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”仅从条文的文理上说，放火、决水、爆炸等，是危险方法的例示。一方面，如果某个案件事实属于放火，解释者就不应当再思考该事实是否属于“其他方法”。另一方面，法条通过放火、决水、爆炸的例示将所谓“危险方法”的情形传达给司法工作人员。<sup>①</sup>换言之，只有与放火、决水、爆炸等相当的方法，才属于其他危险方法。这便是同类解释规则的要求。

问题在于，在刑法分则使用“等”、“其他”概念时，同类的“类”指什么？换言之，应当在什么意义上理解“等”、“其他”之前所列举的要素？对此，不能从形式上得出结论，必须根据法条的法益保护目的以及犯罪之间的关系得出合理结论。从“行为”的角度来说，大体而言，刑法分则的“等”与“其他”主要存在如下几种情形：

(1) 行为的危险性质的同类。上述刑法第 114 条中的“其他危险方法”即是如此。

(2) 行为手段强制性的同类。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。”根据同类解释规则，这里的其他方法仅限于与其前面列举的暴力、胁迫的强制作用相当的方法，而非泛指一切其他方法，否则必然扩大处罚范围，违反罪刑法定原则。显然，按照同类解释规则进行的解释，与罪刑法定原则所禁止的类推解释存在本质区别。因为同类解释是对刑法所规定的“其他”、“等”内容的具体化，而不是将法无明文规定的行为以犯罪论处。刑法第 236 条中的“其他手段”，第 121 条、第 122 条、第 263 条中的“其他方法”，都是如此。

(3) 行为类型的同类。例如，刑法第 224 条规定了合同诈骗罪，前四项列举了合同诈骗罪的具体类型，第 5 项规定的行为类型是“以其他方法骗取对方当事人财物”。于是，前 4 项之外的、凡是利用了经济合同并且符合诈骗罪构造的行为，均属于“以其他方法骗取对方当事人财物”。

(4) 行为的法益侵害性质的同类。例如，刑法第 246 条所规定的侮辱罪的构成要件是“以暴力或者其他方法公然侮辱他人”。显然，其中的“其他方法”并不限于像暴力一样具有行为手段强制性的方法，而是指其

<sup>①</sup> 参见 [德] Ingeborg Puppe: 《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，60 页，台北，元照出版公司，2010。

他毁损他人名誉的方法。因此，文字、语言、举止等毁损他人名誉的方法，都包含在内。显然，在这样的场合，只需要判断行为的法益侵害性质，而不需要对行为方式与手段做出特别限制。再如，刑法第 238 条第 1 款前段规定：“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。”拘禁之外的非法剥夺他人人身自由的行为，都包含在“其他方法”之中。又如，刑法第 162 条之二规定：“公司、企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产，实施虚假破产，严重损害债权人或者其他入利益的，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。”其中的“其他方法”没有限定，任何转移、处分财产的行为，都属于虚假破产罪的行为方法。

刑法分则对结果的规定也有“其他”之类的表述。在这种情况下，也要根据同类解释规则进行解释，而不是无限扩大结果的范围。例如，刑法第 236 条第 3 款第 5 项将“致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果”规定为强奸罪的法定刑升格条件。“其他严重后果”必须是与重伤、死亡相当的后果，而不包括轻微或者较轻的后果。例如，2010 年 3 月 1 日晚，被告人王某在某宾馆慢摇吧演唱歌曲并喝酒后，在去上厕所途中，看到醉酒的在该酒吧当服务员的被害人彭某，即尾随被害人彭某至走廊，将其抱进一空房内的沙发上，采用暴力手段，强行将被告人彭某的裤子脱下，与其发生了性关系，致使彭某怀孕。案发当晚，被告人王某即与被害人就此事进行了协商并愿意赔偿被害人 1 万元作为补偿，因为其经济困难而没有兑现。被害人彭某怀孕后第四个月进行了人工流产，手术顺利，对被害人没有造成其他严重伤害。案发后，被告人的家属于 7 月 22 日赔偿被害人彭某用于流产的医疗费用 5 000 元，于 8 月 5 日赔偿被害人彭某 1 000 元。公诉机关认为被告人王某的行为构成强奸罪，且后果严重，属于刑法第 236 条第 3 款第 5 项规定的情形，应适用“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的法定刑。在本书看来，不应当认定王某的行为造成了其他严重后果。因为强奸行为造成成年妇女怀孕的后果，与强奸行为造成重伤、死亡结果明显不具有同类性。<sup>①</sup>

① 倘若强奸导致幼女怀孕，则有可能认定为其他严重后果。因为强奸行为所导致的幼女怀孕的事实，严重侵害了幼女的身心健康。所以，强奸行为导致成年妇女怀孕和导致幼女怀孕，会使判断者得出不同的结论。当然，这只是笔者的评价，不同的学者可能得出不同的结论。

#### 4. 刑法用语的相对性

“维特根斯坦曾经说过，如果我们想要理解我们的概念，就必须在它们‘工作时’对其进行思考，而不是在它们‘闲着’或者‘休假’的时候。”<sup>①</sup> 用语一定是在特定的语境下工作，语境不同用语的含义也就发生变化。用语就是为了达到一定的目的而工作的，所以，使用该用语的目的不同，用语的含义也就不同。概言之，同一个刑法用语，可能具有不同的含义；之所以如此，其实也是体系解释的结果。显然，如果对任何一个用语，在任何场合都做出完全相同的解释，其结论必然违反罪刑法定原则的本旨。例如，对刑法分则中的“暴力”、“胁迫”不可能做出完全相同的解释，否则必然导致罪刑法定原则的实质侧面所禁止的不均衡的刑罚。再如，对于作为盗窃罪情形之一的“多次”盗窃与作为法定刑升格条件的“多次”抢劫中的“次”的认定，就不宜相同，对后者的认定应当比前者严格（参见本书第十六章）。

#### 5. 对解释结论的检验

体系解释不只是使法条文字相协调，更要求解释结论的协调。如前所述，当解释者对某个用语得出某种解释结论时，常常会心存疑虑，在这种情况下，需要得到其他条文的印证。亦即，一种心存疑虑的解释结论能够得到其他条文的印证时，大体上就可以消除疑虑；反之，如果心存疑虑的解释结论不能得到其他条文的印证，就难以采纳这种解释结论。这是因为，刑法是正义的文字表述，解释者必须将一部刑法视为具体法条协调一致的统一体，而不能视为杂乱无章的集合体。对一个法条的解释与适用，其实是对整部刑法的解释与适用。所以，解释者要善于使自己的解释结论，得到相关法条的印证。例如，故意伤害的行为得到了被害人的承诺时，阻却违法性，不应当认定为故意伤害罪。那么，重伤行为得到被害人承诺的是否阻却违法性，亦即应否认定为故意伤害罪呢？这是国内外刑法理论都激烈争论的问题。我国刑法规定了聚众斗殴罪，虽然聚众斗殴罪不是针对人身权利的犯罪，但是任何一方行为人在明知自己与对方斗殴，明知自己的身体会受到伤害时仍然与对方斗殴，就表明任何一方的行为人对伤害是有承诺的，这也是刑法不将聚众斗殴罪规定在刑法分则第四章的一个重要原因。可是，刑法第292条第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

<sup>①</sup> 哈特语，转引自〔德〕鲁道夫·冯·耶林：《法学的概念天国》，柯伟才、于庆生译，28页，北京，中国法制出版社，2009。

二百三十二条的规定定罪处罚。”这便表明，被害人对重伤、死亡的承诺是无效的。再者，被害人对杀人（生命）的承诺绝对无效，故对死亡的危险的承诺，也应当是无效的；由于重伤一般具有死亡的危险，因此，即使有死亡危险的重伤行为得到被害人的承诺，也应认定为故意伤害罪。反之，在不构成聚众斗殴罪的相互斗殴中，其中一方将另一方殴打至轻伤的，应认为承诺是有效的，不成立故意伤害罪。

#### 6. 以基本法条为中心

对刑法进行体系解释，要求使刑法条文之间相协调。但是，“使刑法条文相协调是最好的解释方法”这句话，是有前提的。亦即，对法条（尤其是对基本法条）做出了合理解释。因为一个解释结论与公认为合理的解释结论不协调时，就难以被人接受。由于刑法条文之间具有密切关系，对一个条文做出不恰当解释后，为了保持条文之间的“协调”，可能甚至必然导致对相关的另一个条文做出不合理解释。换言之，进行体系解释时，应防止因为错释一条进而错释一片的局面。与之密切相关的是，应当选择哪一个法条作为基本法条，使之成为被比照、被类比的对象，也显得特别重要。

例如，根据刑法第 226 条的规定，以暴力、威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，构成强迫交易罪。倘若将本条作为基本法条，认为凡是有交易存在的行为，都仅成立强迫交易罪，而不成立财产犯罪，那么，必然导致体系性的错误。详言之，倘若解释者认为，行为人使用严重暴力迫使他人用 1 000 元购买自己价值 2 元的圆珠笔的，仅属于强买强卖商品，仅成立强迫交易罪，那么，该解释者就会认为，只要有交易存在就不成立抢劫、敲诈勒索等罪，否则就违反了罪刑法定原则（第一种协调，如后所述，这种协调只是表面的）。反之，倘若解释者认为，强迫交易罪不是财产犯罪，其成立不以给被害人造成财产损失为条件，那么，该解释者就会认为，使用严重暴力迫使他人用 1 000 元购买自己价值 2 元的圆珠笔的行为，成立抢劫罪。即使认为该行为同时触犯了强迫交易罪，也只是一种竞合关系，而不能否认其行为成立抢劫罪（第二种协调）。不难看出，在刑法第 226 条与刑法第 263 条的关系之间，存在两种不同的协调，采取哪一种协调解释，就至关重要了。

笔者认为，在上述场合，解释者不能事先根据刑法第 226 条的字面含义，将部分抢劫、敲诈勒索行为也仅解释为强迫交易罪。换言之，解释者在解释刑法第 226 条时，应当考虑到强迫交易罪与抢劫罪、敲诈勒索罪之间的关系；应当考虑使用严重暴力迫使他人用 1 000 元购买自己

价值2元的圆珠笔的行为，是认定为抢劫罪合适，还是认定为强迫交易罪合适；还应当考虑到强迫交易罪与抢劫罪、敲诈勒索罪是一种对立关系，还是非对立关系。在笔者看来，由于强迫交易罪的保护法益是自愿、平等交易的市场秩序，并不以造成他人财产损失为要件（可以表明这一点的是，本罪以情节严重为前提，而且法定刑较轻），故对于造成他人财产损失的行为，必须再次判断其是否符合更重的财产犯罪的构成要件。即使认为造成了他人财产损失的行为符合强迫交易罪的构成要件，也不妨碍认定该行为符合财产犯罪的构成要件。换言之，即使认为，使用严重暴力迫使他人用1000元购买自己价值2元的圆珠笔的行为，成立强迫交易罪，也不妨碍将该行为认定为抢劫罪。

其实，上述“第一种协调”的解释，并不协调。比较两例就可以说明这一点。根据“第一种协调”的解释，使用严重暴力迫使他人用1000元购买自己价值2元的圆珠笔的行为，成立强迫交易罪，不成立抢劫罪；但使用严重暴力迫使他人单纯交付500元人民币的行为，因为不存在交易，只能成立抢劫罪。然而，就对被害人造成财产损失而言，后者轻于前者，可“第一种协调”解释却得出了相反结论。姑且不论抢劫罪是对个别财产的犯罪，即使认为抢劫罪是对整体财产的犯罪，也应当认为上述两种行为都成立抢劫罪。<sup>①</sup>

再如，在司法实践中，为了区分所谓诈骗罪与民事欺诈的界限，常常以是否存在交易为标准。从体系解释的角度来说，存在如何理解刑法

① 对个别财产的犯罪，是指对被害人的个别财产（如财物、债权、无体财产权等）进行侵害的犯罪。其特点是，只要使被害人丧失了特定的个别财产，即使同时使被害人获得了相应的利益，也成立犯罪。盗窃罪、侵占罪、赃物罪等都属于对个别财产的犯罪。对整体财产的犯罪，是指对被害人的财产状态整体进行侵害的犯罪。其特点是，将财产的丧失与取得作为整体进行综合评价，如果没有损害就否认犯罪的成立。德国、日本刑法所规定的背信罪（或背任罪）就属于对整体财产的犯罪。我国刑法分则第五章所规定的侵犯财产罪，均为对个别财产的犯罪。例如，甲想得到乙从国外花5000元人民币购买的一部手机，乘乙上卫生间之机，把自己的6000元放在乙的办公桌上，将乙的手机拿走。由于盗窃罪是对个别财产的犯罪，所以，甲的行为成立盗窃罪。因为刑法要保护乙对手机（个别财产）的占有与所有，而甲却违反乙的意志将乙占有的手机转移为自己占有，因而侵害了乙的财产法益。甲将6000元放在乙的办公桌上，并不影响其盗窃罪的成立。因为甲虽然损失6000元，但这是他自愿给付乙的，而乙损失手机却不是自愿的，故二者不可以相抵。简单地说，不能将赠送与盗窃相抵，不能因为甲赠送给乙6000元人民币，就否认其拿走乙的手机构成盗窃罪。概言之，不能认为，“乙不仅没有财产损失，而且多得了1000元，故甲的行为不成立盗窃罪”。相反，必须认定甲的行为使乙丧失了手机的占有与所有（财产损失），并且违反了乙的意志，因而成立盗窃罪。

第 140 条与第 266 条的关系问题。刑法第 140 条规定：“生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额五万元以上不满二十万元的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额二十万元以上不满五十万元的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额五十万元以上不满二百万元的，处七年以上有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额二百万元以上的，处十五年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。”本条所规定的生产、销售伪劣产品罪，也表现为一种交易行为。倘若解释者认为，本条规定表明，只要有交易行为存在，就不可能构成诈骗罪，那么，该解释者就会认为，诈骗罪只能是“空手套白狼”，行为人在使用欺骗手段取得他人财物的同时支付了一定对价的，只能是销售伪劣产品罪或者民事欺诈（第一种协调解释）。反之，倘若解释者认为，刑法第 140 条所规定的生产、销售伪劣产品罪与诈骗罪存在竞合关系，即使存在交易关系，也可能构成诈骗罪，那么，该解释者就会认为，诈骗罪并不限于“空手套白狼”，即使行为人在使用欺骗手段取得他人财物的同时支付了一定对价的，也不妨碍诈骗罪的成立（第二种协调解释）。例如，甲使用欺骗手段，将仅有 1 万吨储煤量的煤矿谎称为有 100 万吨储煤量的煤矿，以 700 万元的成交价出卖给乙。按照“第一种协调”解释，由于存在交易，而不是“空手套白狼”，甲的行为既不成立诈骗罪，也不成立生产、销售伪劣产品罪，仅属于民事欺诈。但按照“第二种协调”解释，甲的行为依然成立诈骗罪。

笔者认为，在上述场合，解释者不能事先根据刑法第 140 条的字面含义，将生产、销售伪劣产品罪与诈骗罪解释为对立关系，进而认为诈骗罪仅限于没有支付对价的情形。换言之，解释者在解释刑法第 140 条时，应当考虑到生产、销售伪劣产品罪与诈骗罪的关系；应当考虑对使用欺骗手段使他人遭受财产损失的行为，是认定为诈骗罪合适，还是认定为生产、销售伪劣产品罪合适；还应当考虑刑法第 140 条与第 266 条是一种对立关系，还是非对立关系。在笔者看来，由于生产、销售伪劣产品罪的保护法益为诚实交易秩序，并不以造成他人财产损失为要件，故对于造成他人财产损失的行为，必须再次判断其是否符合更重的财产犯罪的构成要件。即使认为造成了他人财产损失的行为符合生产、销售伪劣产品罪的构成要件，也不妨碍认定该行为符合财产犯罪的构成

要件。

同样，上述“第一种协调”的解释，并不协调。稍作比较就可以说明这一点。根据“第一种协调”的解释，上述甲的行为不成立任何犯罪，仅属于民事欺诈。可是，根据刑法第140条的规定，倘若行为人销售的是其他伪劣商品，“销售金额二百万元以上的，处十五年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产”。而上述甲的销售金额为700万元，却反而不构成任何犯罪。这说明，“第一种协调”解释得出的结论，并不协调。另一方面，金融诈骗罪与合同诈骗罪大多存在交易关系，倘若认为诈骗罪只能是“空手套白狼”（上述“第一种协调”的解释），就使得诈骗罪与金融诈骗罪、合同诈骗罪之间不协调。

### 7. 当然解释原理的运用

当然解释，是指刑法规定虽未明示某一事项，但依形式逻辑、规范目的及事物属性的当然道理，将该事项解释为包括在该规定的适用范围之内的解释方法。如前所述，当然解释属于一种解释技巧，但在刑法中，当然解释原理成为一种解释理由。

当然解释的解释方法，蕴含了在出罪时举重以明轻、在入罪时举轻以明重的当然道理。在适用刑法上，举重以明轻意味着，如果刑法没有将更严重的A行为规定为犯罪，那么，比A行为更轻微的B行为，就应无罪；举轻以明重意味着，如果刑法将较轻的甲行为规定为犯罪，那么，比甲行为更严重的乙行为，应当构成犯罪。显然，举重以明轻，是就出罪而言的；举轻以明重，是就入罪而言的。

举重以明轻和举轻以明重，是解释刑法时应当遵循的一项规则，这一规则的突出意义表现在，法官在解释刑法时，必须维护刑法的公平正义性；在处理案件时，必须实现案件之间的协调一致性。因此，法官不应孤立地解释任何一个刑法条文，而必须将一个刑法条文作为刑法整体下的一个部分进行解释。

举重以明轻规则的适用，要求法官确定哪些与案件相关的行为在刑法上没有被规定为犯罪；然后，将刑法没有规定为犯罪的行为，与自己所面对的案件事实进行比较，判断孰轻孰重；再不断对构成要件进行解释，将面对的案件事实排除在犯罪之外。但是，在适用举轻以明重的解释原理进行当然解释时，也要求案件事实符合刑法规定的构成要件，而不能简单地以案件事实严重为由以犯罪论处。换言之，当然解释的结论，也必须能为刑法用语所包含。否则，即使是当然解释的结论，也不

能被采纳。例如，刑法第 225 条将“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”规定为非法经营罪的一种行为类型。据此，甲未经许可经营香烟买卖业务的，构成非法经营罪。那么，乙未经许可销售假冒他人注册商标的香烟的，是否成立非法经营罪？根据举轻以明重的规则，既然未经允许经营合格香烟的成立非法经营罪，那么，未经允许经营伪劣香烟的更应成立非法经营罪。但是，在本案中，还必须论证伪劣香烟也是“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，得出这一结论并不困难。因为香烟属于专卖物品，假冒他人注册商标的香烟以及其他伪劣香烟，都属于香烟。再如，刑法第 227 条第 2 款规定了倒卖车票、船票罪，而没有规定倒卖飞机票罪，以前也曾出现过倒卖飞机票的行为。应当说，倒卖飞机票的行为对法益的侵害性更为严重，似乎可以由“举轻以明重”的解释原理来说明其构成犯罪。但是，车票、船票的概念不能包含飞机票，所以，不可能根据刑法第 227 条第 2 款的规定处罚倒卖飞机票的行为。如有可能，只应在其他刑法条文中寻找处罚根据。不难看出，对不同性质的行为，是不可能进行所谓当然解释的，否则必然违反罪刑法定原则。因为刑法分则条文对不同性质的行为使用了不同的用语，对于与刑法规定的行为性质不同的行为，不可能解释为刑法用语所包含的行为。

特别有争议的是，对真正的军警人员抢劫的，能否适用刑法第 263 条关于“冒充军警人员抢劫”的规定？从实质上说，军警人员显示其真实身份抢劫比冒充军警人员抢劫，更具有提升法定刑的理由。因为，刑法将“冒充军警人员抢劫”规定为法定刑升格的条件，主要是基于两个理由：其一，由于军警人员受过特殊训练，其制服他人的能力高于一般人，故冒充军警人员抢劫给被害人造成的恐怖心理更为严重，因而易于得逞。其二，冒充军警人员抢劫，会严重损害国家机关的形象。然而，真正的军警人员显示军警人员身份抢劫时，同样具备这两个理由。而且，非军警人员抢劫后，由于被害人及其他人事后得知行为人的真相，可以挽回国家机关的形象；而真正的军警人员抢劫，对国家机关形象的损害更为严重。既然如此，对真正的军警人员显示军警人员身份抢劫的，应当比冒充军警人员抢劫的，受到更为严厉的制裁。由此可见，根据举轻以明重的当然解释原理，对真正的军警人员抢劫适用“冒充军警人员抢劫”的规定，具有实质的合理性。法理学者也指出：“对于真军警实施抢劫行为如何量刑，通常认为，不仅应比一般人，还应比冒充军

警人员更重……真正的理由是，冒充军警人员抢劫比一般人抢劫量刑要重，是以军警人员抢劫为前提的，无军警人员抢劫便无冒充者抢劫，冒充军警人员抢劫是从军警人员抢劫发展而来，只有军警人员抢劫是犯罪，冒充军警人员抢劫才是犯罪，二者先在犯罪上具有递进关系；既然对冒充军警者抢劫量刑要重，对被冒充者抢劫量刑要更重，这又在量刑上形成递进关系，递进引起加重。”<sup>①</sup> 这一理由无疑是成立的。联系共同犯罪考虑，也可以得出相同结论。例如，某县一派出所民警王某与无业青年苏某商议以“抓嫖”为名到旅社抢劫旅客财物。是日凌晨1时许，王某穿好警服，拿起一支电警棍，并让苏某也换上一套警服并带上一副手铐，两人来到该县某镇“抓嫖”。几经踩点，王、苏二人决定对“幸福旅社”动手。二人径直进入旅社大门后，王某声称自己是警察要例行查房，并以警棍威胁，逼迫旅社服务员面向墙壁蹲下，然后从服务台抽屉内取出500元放入自己的裤袋。苏某则径直冲上二楼，也声称自己是警察，命令旅客开门接受检查，并拿出手铐相威胁，强行搜检旅客房间、旅行袋和衣物，将搜到的人民币共计1200元装入自己腰包。后经被害人报案，王某和苏某相继落网。第一种意见认为，王某和苏某都成立抢劫罪，但王某只适用基本的法定刑，苏某则适用加重的法定刑。因为苏某不是警察，其声称自己是警察而实施的抢劫行为，符合“冒充军警人员抢劫”这一抢劫罪中的法定刑升格条件；而王某是警察，刑法没有规定警察显示其真实身份抢劫也要加重处罚，因而只适用基本法定刑。第二种意见认为，王某和苏某都成立抢劫罪，并都适用加重的法定刑。<sup>②</sup> 第一种意见显然使罪重者轻判，不符合罪刑均衡的原理。第二种意见中，也可能有人认为，苏某是冒充军警人员抢劫的正犯，王某只是冒充军警人员抢劫的共犯。果真如此，对王某就应当按照冒充军警人员抢劫的从犯论处，但这种结论明显不协调。显然，只有认定王某本身就是冒充军警人员抢劫的正犯，才能得出协调、合理的结论。问题是，在适用刑法关于“冒充军警人员抢劫”的规定时，仍然必须说明，真军警人员抢劫的行为，属于或者符合“冒充军警人员抢劫”。换言之，对“冒充”的解释必须能够涵摄真军警。刑法也有条文使用了“假冒”一词，故或许可以认为，冒充不等于假冒。亦即，“冒充”包括假冒与充

① 郑永流：《法律方法阶梯》，200页，北京，北京大学出版社，2008。

② 参见张理恒：《警察伙同他人抢劫应当如何量刑》，载《检察日报》，2010-08-08，3版。

当，其实质是使被害人得知行为人为军警人员，故军警人员显示其身份抢劫的，应认定为冒充军警人员抢劫。有学者针对笔者的这一观点指出：“我国刑法中使用冒充一词的也不限于冒充军警人员抢劫一处，在《刑法》第 279 条招摇撞骗罪中，也采用了冒充一词。招摇撞骗罪是指冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的行为。张明楷教授指出冒充国家机关工作人员的身份进行招摇撞骗存在三种情况，此处的冒充为什么又不解释为假冒与充当呢？由此可见，其对同一用语的解释并不能前后一贯。事实上，在刑法中同一用语有不同解释或者不同用语有相同解释，这种现象都是存在的，对此，应当结合不同的语境加以解释。”<sup>①</sup>显然，批评者自己就回答了笔者为什么对刑法第 263 条中的“冒充”与第 279 条中的“冒充”不做相同解释的原因。既然批评者已经承认了用语的相对性，就不应当要求其他解释者对同一用语的解释必须前后一贯。笔者对不同法条中的冒充做出不同解释，正是为了实现刑法的体系性、协调性。因为，仅将刑法第 279 条中的冒充解释为假冒，就能实现该条的目的，而且不会造成不协调、不均衡的现象。但是，仅将刑法第 263 条中的冒充解释为假冒，就会造成不协调、不均衡的现象。换言之，在刑法第 279 条的语境中，不可能将冒充解释为假冒与充当，否则，就会导致完全合法的行为（如警察到达案发现场时声称自己是警察的行为）也会受到刑罚处罚，因而违反刑法的正义性；但在刑法第 263 条的语境中，则可以将冒充解释为假冒与充当，否则，得出的结论就违反了刑法的正义性。

不难看出，当然解释其实是体系解释的需要，它是一种目的性推论，而不是演绎性推论。在根据当然解释的原理试图得出某种解释结论时，必须使案件事实与刑法规范相对应。

#### 8. 对解释结论的适用后果的考察

“将对各种相互竞争的解释论据的衡量和选择交给对正义的寻求这一目标去引导，也就是说，最终确定的解释论据应当能够使得裁定之案件获得公平的处理，是符合法的基本功能，即为法律问题寻找正义之解决的……人们可以认为，在法律解释过程中，对正义结果的关注贯穿于论辩的始终。”“在各项解释可能性之间的选择应以这样的考虑为旨归，即这些不同的解释分别会产生哪些实际后果，以及这些后果当中哪些应

<sup>①</sup> 陈兴良：《形式解释论的再宣示》，载《中国法学》，2010（4），39页。

合乎正义地得到优先考虑。”<sup>①</sup> 显然，如果适用一种解释结论的后果是，违法性与有责性重的行为受到较轻的处罚，而违法性与有责性轻的行为受到较重的处罚，或者违法性与有责性重的行为被宣告无罪，而违法性与有责性轻的行为被宣告有罪，那么，这种解释结论就是不协调的、非正义的，因而是不可取的。例如，倘若认为不能将合同诈骗行为评价为诈骗罪，于是，犯普通诈骗罪为窝藏赃物而当场使用暴力的，成立抢劫罪，实施合同诈骗行为为窝藏赃物而当场使用暴力的，仅成立合同诈骗罪，这样的适用后果显然违反了刑法的公平正义性。所以，应当认为，凡是评价为诈骗罪的行为（合同诈骗行为当然可以评价为诈骗罪），都可能转化为抢劫罪。这样的解释并不意味着改变了刑法第 269 条的规定，亦即，并没有在第 269 条所规定的前提犯罪中增加合同诈骗罪。换言之，这样的解释并没有修改制定法（第 269 条），而是经由适用后果的考察进一步明确了第 269 条的真实含义。

“后果考察被看作是一种目的论的解释；因为，目的论解释的正当性并不是来自于立法者的权威，也不是来自于其从法条文本推导出结果的正确性，而是从这些结果的有益性（Nützlichkeit）导出。也就是说，在特别的程度上，后果考察必须能够用‘有益性’的标准来衡量。因此，不只是那些作为目的论解释基础的目的必须要被证明为有益且公平，还必须要避免解释的结果除了这个有益的作用外，一并带来其他会抵销（甚至超过）实现该目的之有益性的负面效果。”<sup>②</sup> 所以，法律适用后果的考察，也不只是考察法益保护的适用后果，还要考察自由保障的适用后果。

### 9. 法秩序的统一性

“‘体系’解释要将个别的法律观念放在整个法律秩序的框架当中，或者如萨维尼所说，在‘将所有法律制度和法律规范连接成为一个大统一体的内在关联’当中来考察。”<sup>③</sup> 所以，对刑法分则的解释，不仅要与宪法、刑法总则相协调，还需要顾及法秩序的统一性。例如，对于侵害财产罪的构成要件的解释，不可能完全脱离民法的相关规定。倘若某种利益在民法上并没有予以保护，就不宜作为刑法上的法益予以保护。

① [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，82、84 页，北京，法律出版社，2009。

② [德] Ingeborg Puppe：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，103 页，台北，元照出版公司，2010。

③ [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，61 页，北京，法律出版社，2009。

例如，行为人欺骗卖淫女说“发生性交后给钱”，但发生性交后，行为人没有给钱就溜走了。发生性交本身不是财物，卖淫产生的“债权”并不是值得民法保护的债权。与之相适应，不应当认定行为人的行为构成诈骗罪。再如，侵占罪的保护法益是所有权，如果不存在民法上的所有权，就不可能成立侵占罪。例如，甲基于不法原因将财物交付给乙之后，不再享有请求权。乙取得该财物的，并不成立侵占罪。

当然，在顾及法秩序的统一性时，也需要重视刑法的特殊性。刑法并不从属于民法，并且具有不同于民法的目的，故不可能在任何场合都以民法等法律为根据。例如，即使是民法上的私人财产，也可能在刑法上成为公共财产（参见刑法第91条第2款）。民法上的所有权人窃取刑法上属于公共财产的财物时，依然成立盗窃罪。

以上论述表明，单纯使得刑法条文之间的“文字含义”协调，还称不上是最好的解释方法，只有既使刑法条文之间的文字含义协调，也使案件事实得到协调处理的解释方法，才是最好的解释方法。

### （三）历史解释

历史解释，是指根据制定刑法时的历史背景以及刑法发展的源流，阐明刑法条文真实含义的解释方法。在对刑法进行解释时经常使用的资料主要有，关于草案的说明，审议结果报告，立法机关的审议意见或者有关部门的意见，起草、审议、审查、讨论草案过程中各方面的意见等。<sup>①</sup>此外，还需要考察立法时的相关背景与一般人的价值观念等。

进行历史解释，是为了通过历史参考资料寻找刑法的真实含义，而不意味着只是探讨立法原意。正如德国学者所言：“把对法律的运用生硬地限制在立法者在历史上所着眼的出发点上，是为法律所不能接受的。‘因为，法律不是僵化的字母，而是在不断发展中的有生命的精神；它要求在不突破对它原本设置的形式范围内与当前的生活变化齐头并进，积极适应新的情况而继续有效’。根据法律的意思和目的，是做扩张（ausdehnend）（=扩充）还是做限制（einschränkend）（=严格）解释，取决于具体的情况。”<sup>②</sup>因此，不可将历史解释与主观解释论混为一谈。

进行历史解释，意味着要考虑法条在制定时的含义，但是，这并不

<sup>①</sup> 参见郑永流：《法律方法阶梯》，167页，北京，北京大学出版社，2008。

<sup>②</sup> [德] 约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，25页，北京，法律出版社，2008。

意味着不得在适用时采纳新的含义。“法律文本不是为自己而存在的、在任何时候都为一切法律适用者传达相同命令的客体。法律对法院如同乐谱，它离不开法院不断更新的解释，就像乐谱离不开钢琴家一样。法律文本总是不受时间限制地传达着一种客观的、永恒的规范内容这一命题是法律形而上学的非现实主义（unrealistisch）信条。”<sup>①</sup>在适用刑法时的相关条件不同于制定刑法时的相关条件时，必须得出不同于制定刑法时的解释结论。因为刑法是人民意志的反映，不仅在制定时必须符合人民意志，在解释时也必须符合人民意志，解释者要在解释中反映不断变化的人民意志。所以，历史解释与同时代的解释是一种对立统一关系。

进行历史解释，意味着要参考法条的来龙去脉等因素得出解释结论。但是，这并不意味着对某个概念的解释必须永远采用该概念在刑法史上的意图与含义。“一部制定法无法‘摆脱不断发展的生活，它原本就是为此种生活而设计的’。”<sup>②</sup>在刑法对法条的文字或者体系地位进行了修改时，就不能仍然按照该法条原来的意图与含义解释该法条。例如，旧刑法第183条将遗弃罪规定在妨害婚姻家庭罪一章中，该条规定：“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。”据此，遗弃者与被遗弃者之间必须存在婚姻家庭关系；亦即，其中的“扶养义务”只限于具有婚姻家庭关系的配偶与亲属之间。但是，现行刑法第261条将遗弃罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章中，虽然对遗弃罪的构成要件表述没有变化，但遗弃罪的体系地位及其保护法益发生了变化。因此，不能完全按照旧刑法解释现行刑法中的遗弃罪的构成要件。质言之，对于非亲属之间的遗弃行为，也能认定为遗弃罪。再如，寻衅滋事罪原本是旧刑法中的流氓罪的一种表现形式。最高人民法院、最高人民检察院1984年11月2日《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》指出：“在刑法上，流氓罪属于妨害社会管理秩序罪。流氓罪行虽然往往使公民的人身或公私财产受到损害，但它的本质特征是公然藐视法纪，以凶残、下流的手段破坏公共秩序，包括破坏公共场所和社会公共生活的秩序。”然而，现行刑法已经取消了流氓罪，而是分别规定了聚众斗殴、寻衅滋事等罪，故不能再

① [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，78页，北京，法律出版社，2003。

② [美] 罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，207页，北京，法律出版社，2010。

将流氓动机作为寻衅滋事罪的主观要素。<sup>①</sup>

进行历史解释，并不意味着仅仅考察现行刑法制定时的历史背景，相反，在必要情况下，还可能需要考虑某个概念、某个法条的发展史，从而寻找该概念与法条的真实含义。例如，对刑法关于遗弃罪规定的解释，固然要考察遗弃罪在旧刑法中的地位。但是，如若要要进行历史解释，还必须考察遗弃罪在以往的刑法或刑法草案中的地位。例如，1950年的《中华人民共和国刑法大纲草案》就将遗弃罪规定在刑法分则第十章的“侵害生命健康与自由人格罪”中，1956年以后的刑法草案才将遗弃罪移于妨害婚姻家庭罪一章。<sup>②</sup>而现行刑法取消了妨害婚姻家庭罪一章，将遗弃罪规定在“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章。如果追溯至旧中国刑法，就会发现，遗弃罪一直属于对生命、身体的犯罪，而不是对婚姻家庭的犯罪。不可否认，我国1956年以后的刑法草案与旧刑法均受到了苏联刑法的影响，但苏联刑法也是将遗弃罪规定在“侵害生命、健康、自由和人格的犯罪”一章的。<sup>③</sup>由此看来，将遗弃罪视为对婚姻家庭的犯罪只是刑法历史长河中的一段回流。换言之，倘若要真正进行历史解释，就必须承认遗弃罪是对生命、身体的犯罪。

我们所处的社会变幻莫测，所以，历史解释的作用是有限的，或者说，作为一种解释理由的历史解释，其说服力是有限的。

#### （四）比较解释

将刑法的相关规定或外国立法与判例作为参考资料，借以阐明刑法规定的真实含义，是一种有效的解释方法（比较解释）。在我国的刑法规定与外国的刑法规定相同的情况下，将外国的刑法理论与判例的解释结论作为一种解释理由，当然具有一定的说服力。

例如，各国刑法关于财产罪的规定，并没有特别大的区别。抢劫、盗窃、诈骗、敲诈勒索、侵占、故意毁坏财物，是任何一国刑法都有规定的犯罪。于是，任何国家都面临着盗窃与诈骗、盗窃与侵占、盗窃与抢劫的关系问题。在此问题上，借鉴法学发达国家的刑法理论与法治国

① 详细理由参见张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，151页以下，北京，北京大学出版社，2009。

② 参见高铭喧、赵秉志编：《新中国刑法立法文献资料总览》（上），162页，北京，中国人民公安大学出版社，1998。

③ 参见《苏俄刑法典》，陈汉章等译，65页，北京，法律出版社，1956。

家的审判实践，显然有利于我国解决这方面的问题。

在进行比较解释时，不可忽视中外刑法在实质、内容、体例上的差异，不能只看文字上的表述与犯罪的名称，而应注重规定某种犯罪的条文在刑法体系中的地位，从而了解相同用语在不同国家的刑法中所具有的不同含义。不能因为某种行为在国外属于刑法规定的 A 罪，而我国刑法没有规定 A 罪，便得出在我国“将某种行为认定为犯罪违反罪刑法定原则”的结论。

例如，就某类犯罪而言，有的国家刑法规定得非常详细（可能有多个罪名），有的国家刑法则规定得十分简单（可能只有一个罪名）。在这种情况下，后者的一个罪名可能包含了前者的多个罪名的内容；故不能简单地认为，后者只处罚一种情形，前者处罚多种情形。例如，德国刑法第 211 条、第 212 条、第 216 条、第 220 条 a 分别规定了谋杀罪、故意杀人罪、受嘱托杀人罪、灭绝种族罪；而我国刑法仅第 232 条规定了故意杀人罪。我们显然不能认为，谋杀、受嘱托杀人以及灭绝种族的行爲，没有被我国刑法规定为犯罪，如果对其定罪量刑便违反罪刑法定原则；相反只能认为，这些行为都包含在我国刑法第 232 条规定的故意杀人罪中。再如，日本刑法第 246 条规定了诈骗罪，第 246 条之二规定了使用计算机诈骗罪，第 248 条规定了准诈骗罪<sup>①</sup>；而我国刑法没有规定后两种罪名。我们当然不能认为，使用计算机诈骗与准诈骗的行为，没有被我国刑法规定为犯罪，根据罪刑法定原则不得定罪处刑；相反只能认为，这些行为包含在我国刑法第 264 条规定的盗窃罪与第 266 条规定的诈骗罪中。由此看来，我们不能只比较文字上的表述与犯罪的名称，而应注重规定某种犯罪的条文在刑法体系中的地位，从而了解相同用语在不同国家的刑法中所具有的不同含义。

再以遗弃罪为例。反对我国刑法中的遗弃罪包括非家庭成员间的遗弃行为的学者指出：“外国刑法与我国刑法关于遗弃罪的规定是有所不同的。例如，日本刑法中遗弃的犯罪，是指将需要扶助的人置于不受保护的状态，由此使其生命、身体遭受危险的犯罪，基本上是针对被遗弃者的生命、身体的危险犯，但是，另一方面也一并具有作为遗弃者对被遗弃者的保护义务懈怠罪的性质。因此，日本刑法中的遗弃犯罪分为单纯遗弃罪、保护责任者遗弃罪、不保护罪和遗弃等致死伤罪。由此可

<sup>①</sup> 准诈骗罪，是指利用未成年人的知虑浅薄或者他人的心神耗弱，使之交付财物，或者取得财产上的不法利益或者使他人取得的行为。

见，日本刑法中的遗弃罪是十分宽泛的，既包括不履行扶养义务遗弃，又包括不履行救助义务的遗弃。确实，日本刑法关于遗弃罪的规定是值得我国立法借鉴的，但在刑法没有修改的情况下，不能根据日本刑法对遗弃罪的规定来解释我国刑法中的遗弃罪……因此，借鉴外国立法只是对立法者而言的。对于司法者来说，只能根据我国刑法定罪而不能根据外国刑法规定解释我国刑法的规定。毕竟，罪刑法定是具有国别性的。”<sup>①</sup> 笔者完全赞成“不能根据日本刑法对遗弃罪的规定来解释我国刑法中的遗弃罪”的观点，但是，需要明确我国刑法关于遗弃罪的规定与日本刑法关于遗弃罪的规定究竟存在什么区别。其实，二者的区别仅在于以下两点：其一，日本刑法规定了作为的遗弃罪，由于行为表现为作为，所以不以行为人具有保护义务为前提；其二，日本刑法规定了遗弃致死伤罪，而我国刑法没有规定。就保护责任者的不作为成立遗弃罪而言，日本刑法与我国刑法的规定只是表述不同，实质上并无区别。换言之，日本刑法所规定的保护责任者遗弃罪与我国现行刑法所规定的遗弃罪实际上是等同的，后者的范围甚至宽于前者。日本刑法第 218 条所规定的保护责任者遗弃罪的主体是“对于老年人、幼年人、身体障碍者或者病人负有保护责任”的人；我国刑法第 261 条规定的遗弃罪的主体是“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”的人。从中可以看出，我国刑法所规定的遗弃对象宽于日本刑法所规定的遗弃对象。日本刑法所规定的遗弃行为包括“遗弃，或者对其生存不进行必要保护”；我国刑法规定的遗弃行为是“拒绝扶养”。表面上看，日本刑法除规定了不作为的不保护行为外，还规定了作为形式的遗弃，而我国刑法仅规定了不作为的遗弃。其实，具有扶养义务的人，将扶养对象移置于危险场所（如将年迈的母亲置于无人扶养的他乡）的行为，完全可以评价为拒绝扶养。更为重要的是，日本刑法将遗弃罪规定在杀人罪、伤害罪之后，我国刑法也将遗弃罪规定在“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章；日本刑法没有将保护责任者遗弃罪限定在家庭成员之间，我国现行刑法也没有将遗弃罪限定在家庭成员之间。既然如此，至少就行为主体与行为对象而言，我们当然可以借鉴日本刑法关于保护责任者遗弃罪的解释。在这一点上，不存在违反罪刑法定原则的问题。

<sup>①</sup> 陈兴良：《非家庭成员间遗弃行为之定性研究》，载《法学评论》，2005（4），142～143 页。

在进行比较解释的过程中，即使发现中外刑法在体例、表述上存在差异，也不意味着因为有差异而必然得出不同的结论。换言之，不能过分夸大不同规定、不同表述对解释结论的影响。例如，是否承认公开盗窃，就与刑法是否规定了抢夺罪有一定关系。如所周知，德国、日本等国刑法并没有规定抢夺罪，而是视抢夺的不同情形分别认定为盗窃罪与抢劫罪。德国刑法理论也没有争议地认为，盗窃行为并不需要秘密窃取。<sup>①</sup> 日本刑法理论也不要求盗窃行为具有秘密性。如日本学者大塚仁指出：“‘窃取’是指单纯地盗取。即不依赖暴力、胁迫，违反占有者的意思，侵害占有者对财物的占有，将财物转移为自己或者第三者占有。虽然使用‘窃’取的用语，但并非必须秘密取得，公然侵害占有的也可以。”<sup>②</sup> 我国有人认为，德国、日本刑法理论与审判实践不要求盗窃罪具有秘密性，是因为德国、日本刑法没有规定抢夺罪；我国刑法规定了抢夺罪，所以要求盗窃罪具有秘密性。例如，有人在比较了各国刑法关于盗窃罪的规定后指出：“必须在立法上和理论上强调‘行为具有秘密性’是盗窃行为的本质特征。因此，在刑事立法上规定盗窃罪的手段时，要充分考虑到盗窃罪与其他财产犯罪的界限问题，尤其是与抢夺罪的界限问题。中国刑法典中规定有抢夺罪，因而在考虑盗窃罪的手段时，就应考虑到盗窃罪与抢夺罪的犯罪手段的联系与本质区别。从共同性上来分析，与抢劫、诈骗比较，盗窃与抢夺有一个共同特征：行为人盗取财物都违背了所有人或持有人的意思，同时未对所有人或持有人使用暴力或胁迫；而二者的本质区别，笔者认为，即在于盗窃手段具有‘行为秘密性’的本质特征，而抢夺罪的犯罪手段则不具有这种属性。”“在盗窃罪中，行为的秘密性是相对的，这种相对性表现在行为人在主观上是自认为其行为是在他人不知觉的情况下实施的，而在客观上是否被人发觉则非所问。”<sup>③</sup> 可是，这种观点存在如下疑问：

① Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, Verlag Ernst und werner Gieseking 2000, S. 310ff.

② [日]大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，191页，东京，有斐阁，2005。另参见日本大审院1925年3月1日判决，载日本《大审院刑事判决录》第21卷，309页；日本最高裁判所1957年9月5日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第11卷9号，2143页。

③ 《盗窃行为特征的认定》（原文未署名），载[http://www.criminallaw.com.cn/shiwulun-tan/steal\\_4.htm](http://www.criminallaw.com.cn/shiwulun-tan/steal_4.htm)（访问日期：2005-09-02）。

第一，将公开取得他人财物的行为一概评价为抢夺罪的观点，没有回答“为什么行为不具有秘密性，就可以被自动评价为抢夺”的问题。从字面解释的角度来看，如果说公开取得他人财物的不符合“盗窃”的字面含义，那么，公开取得他人财物的也并不当然符合“抢夺”的字面含义。换言之，主张盗窃与抢夺的区别在于秘密与公开的区别的观点，充其量可以在文理上寻找出盗窃必须秘密窃取的理由，但这一理由并不表明公开取得他人财物就当然属于“抢夺”。蔡枢衡先生曾指出：“抢夺实是强夺、剽掠或抢虏的概括，而含义不尽相同。抢者，突也。突者，猝也。夺是争取。抢夺是猝然争得。特点在于抢者出其不意或乘其不备；被抢者措手不及。取得虽非平稳，究未行使威力，显不同于强盗，亦有异于窃盗，情节在强窃之间，颇与恐吓相当，但有用智、用力之别。故其处罚亦重于窃盗而轻于强盗。”<sup>①</sup>由此可见，并非只要行为具有公开性就成立抢夺。换言之，以“平稳”的方式取得财物的，即使具有公开性，也并不当然属于抢夺。依据论理解释（如当然解释、目的解释等），也不能得出公开取得财物的行为均属于抢夺的结论。盗窃罪与抢夺罪不是A与非A的关系，所以，体系解释方法也不可能得出公开取得财物的行为构成抢夺的结论。再来考察历史解释方法可能得出的结论。旧中国1928年刑法既规定了抢夺罪，也规定了盗窃罪，其关于盗窃罪的第337条第1款规定：“意图为自己或第三人不法之所有，而取他人所有物者，为窃盗罪，处五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罚金。”其中的“取”并不限于秘密窃取。旧中国最高法院1943年上字第2181号判例指出：“抢夺罪以乘人不及抗拒，公然掠取其财物为成立要件，虽掠夺之际或不免于暴行，然与强盗罪之暴行，必须至使人不能抗拒之情形，迥然有别。”<sup>②</sup>其中的“掠取”、“掠夺”、“不免于暴行”的表述，都意味着只有某种行为能够被评价为“掠取”、“掠夺”时，才可能构成抢夺。<sup>③</sup>此外，与德国、日本刑法及其审判实践的比较，也不能得出公开取得他人财物构成抢夺罪的结论。诚然，德国、日本刑法没有

① 蔡枢衡：《中国刑法史》，145页，南宁，广西人民出版社，1983。

② 转引自林山田：《刑法各罪论》，上册，增订2版，327页，台北，作者发行，1999。

③ 旧中国最高法院1933年上字第1334号判例指出：“……抢夺罪，系指公然夺取而言。若乘人不备窃取他人所有物，并非出于公然夺取，自应构成窃盗罪。”这一判例只是说明乘人不备窃取财物的，肯定成立盗窃罪，并非否认不能评价为“夺取”的公开盗窃行为也成立盗窃罪。

规定抢夺罪，所以，公开取得他人财物的，认定为盗窃罪或抢劫罪。但这并不意味着在刑法规定了抢夺罪的我国，公开取得他人财物的，都必须认定为抢夺罪。因为在刑法规定了抢夺罪的情况下，抢夺罪是介于盗窃与抢劫之间的行为，而不是将盗窃罪中的公开盗取规定为抢夺罪；也正因为如此，在没有规定抢夺罪的德国、日本，对抢夺行为视情形分别认定为盗窃罪与抢劫罪，而非一概认定为盗窃罪。此外，盗窃与抢劫的区别不在于秘密与否（秘密抢劫也是可能的），盗窃与抢夺的区别也不在于秘密与否。

第二，将公开取得他人财物的行为一概评价为抢夺罪的观点，没有考虑以下问题：在刑法规定了抢夺罪的情况下，是将以平和手段公开取得他人财物的行为评价为抢夺罪合适，还是评价为盗窃罪合适？例如，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。”如果将公开取得他人财物的行为都评价为抢夺，那么，携带凶器却又以平和方式公开取得他人财物的，都必须认定为抢劫罪。这是人们难以接受的。例如，被害人 A 在自己家里的三楼阳台上掏钱包时，不慎使钱包掉在楼下马路上。A 立即让妻子 B 下楼取钱包，自己在阳台上看着钱包。携带管制刀具的被告人甲看见马路上的钱包欲捡起时，A 在楼上喊：“是我的钱包，请不要拿走。”甲听见 A 的喊声后，依然不慌不忙地拿走钱包。如果因为甲的行为具有公开性而认定甲的行为属于抢夺，那么，对甲便应认定为携带凶器抢夺，进而认定为抢劫罪。这恐怕不具有合理性。<sup>①</sup>即使通说以其他理由否认甲的行为成立抢劫罪，但在其他类似案件中，通说必然导致扩大抢劫罪的范围。

第三，将公开取得他人财物的行为一概评价为抢夺的观点，没有充分考虑盗窃与抢夺在对象上的差异。在我国，盗窃行为并不限于窃取有体物，而是包括窃取无体物乃至财产性利益的情形<sup>②</sup>；而抢夺罪只能夺取有体的动产，难以夺取无体物与财产性利益。如果说凡是公开取得他

① 需要指出的是，不能认定甲的行为成立侵占罪。侵占罪没有侵犯他人对财物的占有；盗窃罪与抢夺罪都是不法取得他人占有的财物的行为。从客观上说，刑法上的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。从主观上说，刑法上的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。在上例中，即使钱包掉在马路上，但由于 A 有强烈的占有意思，不能认定钱包属于遗忘物，而应认定钱包属于 A 占有的财物。

② 例如，行为人甲侵入银行电脑终端，将被害人乙的存款转入自己的账户内。即使甲尚未提取存款，也应认定为盗窃罪，但其盗窃的是存款债权。

人财物的行为都是抢夺，那么，对于行为人公开使用复制的电信设备、设施的，将电信卡公开非法充值后并公开使用的，公开利用他人公共信息网络上账号、密码上网，造成他人电信资费损失的，都认定为抢夺罪。<sup>①</sup> 这是不可思议的。

第四，将公开取得他人财物的行为一概评价为抢夺的观点，没有充分考虑主客观内容的关系问题。如果将行为人的主客观内容综合起来进行考察，可以发现以下四种情形：（1）行为在客观上是秘密窃取，行为人也认识到自己在秘密窃取。在这种情形下，主客观是完全统一的，成立盗窃罪当无疑义。（2）行为在客观上是公开取得，行为人却认为自己在秘密窃取。根据通说，这种行为仍然成立盗窃罪。但通说没有回答如下问题：为什么客观上公开取得他人财物时，也要求行为人认识到自己在秘密窃取？为什么要求行为人认识到客观上并不存在的事实？（3）行为在客观上是公开取得他人财物，行为人也认识到自己在公开取得他人财物。根据通说，这种行为成立抢夺罪。如后所述，只要取得财物的行为具有公开性就成立抢夺罪的观点，大有商榷的余地。（4）行为人在客观上是秘密取得他人财物，行为人却认为自己是在公开取得。按照通说的观点，这种情形属于客观上符合盗窃罪的特征，主观上却是抢夺罪的故意。换言之，行为人自认为自己是在抢夺他人财物时，具有抢夺罪的故意；而其客观上表现为秘密取得他人财物，符合盗窃罪的特征。果真如此，这种跨越了不同构成要件的认识错误，应当属于抽象的事实认识错误。可是，一方面，通说从来不认为这种情况属于抽象的事实认识错误，更没有运用抽象的事实认识错误的处理原则来解释这种现象。另一方面，即使按照抽象的事实认识错误来处理这种现象，只会导致案件的处理过于复杂。这不仅因为理论上对抽象的事实认识错误的处理原则存在争议，而且还因为盗窃罪与抢夺罪的法定刑基本相同，很难区分重罪与轻罪，结局必然导致处理上的混乱。

第五，将公开取得他人财物的行为一概评价为抢夺罪的观点，没有考虑从其他角度区分盗窃罪与抢夺罪的可能性。事实上，即使在刑法规

① 最高人民法院 2000 年 4 月 28 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 7 条指出：“将电信卡非法充值后使用，造成电信资费损失数额较大的，依照刑法第二百六十四条的规定，以盗窃罪定罪处罚。”该解释第 8 条指出：“盗用他人公共信息网络上账号、密码上网，造成他人电信资费损失数额较大的，依照刑法第二百六十四条的规定，以盗窃罪定罪处罚。”

定了抢夺罪的旧中国与我国现在的台湾地区，也可能认为盗窃行为不限于秘密窃取。例如，旧中国 1928 年刑法就规定了抢夺罪，但当时的刑法理论也并不一概将盗窃限定为秘密窃取。如有学者指出：“窃盗，指夺取他人财物之行为而言。所谓夺取，即丧失他人之所持有，而移入自己所持有是也。”<sup>①</sup> 再如，我国台湾地区“刑法”规定了抢夺罪，但许多学者依然认为盗窃行为不要求秘密窃取。如林山田教授指出：“窃取只要以非暴力之和平手段，违反持有人之意思，或未得持有人之同意，而取走其持有物，即足以当之，并不以系乘人不知不觉，且以秘密或隐密之方法为必要。因此，动产之所有人或持有人虽于行为人窃取时有所知觉，或行为人之窃取行为并非秘密或隐密，而系另有他人共见之情况，均无碍窃取行为之成立，而构成窃盗罪。”<sup>②</sup> 张丽卿教授在论述盗窃罪的客观构成要件时指出：“对于破坏持有的手段，并不要求必须‘秘密行之’……窃取只要是以非暴力的手段，未经持有人同意或违背持有人意思，而取走其持有物即可，行为是否秘密或公然，和持有的被破坏无关。因此，持有人虽于行为人窃取时有所知觉，窃取行为虽非秘密或隐密，乘他人对物的一时支配力松弛之际，即使在有人看见的情况下，均无碍窃取行为的成立。”<sup>③</sup> 曾淑瑜在论述盗窃罪、抢夺罪、抢劫罪的区别时也指出：“‘密行’并非界定窃盗罪及抢夺罪、强盗罪之主要不同所在，毋宁认为窃取是使用非暴力之手段，未经持有人同意或违背持有人之意思，而取走其持有物即可，行为是否秘密或公然，和持有的被破坏无关。因此，乘他人对物一时支配松弛之际，即使在有人共见之情况下，均无碍窃取行为之成立。”<sup>④</sup> 尽管台湾地区也有学者认为盗窃行为仅限于秘密窃取，但可以肯定的是，上述持盗窃行为不限于秘密窃取的学者，不可能否认盗窃与抢夺存在区别。这说明，刑法理论完全可以在秘密与否之外寻求盗窃罪与抢夺罪的界限。

第六，从沿革上看，旧中国刑法对抢夺罪规定了致人重伤、死亡的结果加重犯，这显然是因为，抢夺行为通常可能致人伤亡。如果抢夺行

① 郑爱谏：《中华民国刑法集解》，朱鸿达修正，394 页，上海，世界书局，1929。

② 林山田：《刑法各罪论》，上册，增订 2 版，277~78 页，台北，作者发行，1999。

③ 张丽卿：《窃盗与抢夺的界限》，载蔡墩铭主编：《刑法争议问题研究》，504 页，台北，五南图书出版公司，1999。

④ 曾淑瑜：《刑法分则实例研习——个人法益之保护》，198 页，台北，三民书局，2004。

为不可能致人伤亡，刑法就没有必要、也不可能规定致人伤亡的结果加重犯。例如，任何国家的刑法都没有规定盗窃致死伤罪，因为盗窃行为本身不可能致人伤亡。任何国家的刑法都规定了抢劫致死伤罪，因为抢劫行为通常可能致人伤亡。可是，抢夺罪并不等同于抢劫，即抢夺行为并不使用暴力、胁迫或者其他足以压抑被害人反抗的强制行为，既然如此，抢夺罪何以可能致人伤亡呢？这是因为，“抢夺虽未以实施强暴胁迫为其实质，然既乘人不备而掠夺之，则掠夺之际，容有害及人之身体或健康者，条文于因而致人于死或重伤者，特设加重其刑之规定，亦出于必要耳”<sup>①</sup>。与抢劫不同的是，抢劫是对人暴力等行为致人伤亡，而抢夺行为一般是对物暴力致人伤亡。因此，可以认为，抢夺行为是具有伤亡可能性的行为。当然，由于抢夺行为并不直接对人使用严重暴力，所以，只要抢夺行为具有致人伤亡的一般危险性即可，而不要求抢夺行为具有致人伤亡的较大危险性。换言之，只要夺取他人财物的行为有可能致人伤亡，即使可能性较小，也不妨碍抢夺罪的成立。那么，何种抢夺行为具有致人伤亡的可能性呢？显然，必须同时具备两个条件：其一，行为人所夺取的财物必须是被害人紧密占有的财物。直截了当地说，必须是被害人提在手上、背在肩上、装在口袋等与人的身体紧密联结在一起的财物；其二，行为人必须对财物使用了非平和的手段，即可以评价为对物暴力的强夺行为。例如，在他人手提或身背提包时，行为人突然使用强力夺取提包的，由于可能导致他人摔倒进而造成伤亡，故应认定为抢夺罪。再如，行为人使用强力夺取他人佩戴的耳环、项链等首饰的，可能致人伤亡，得认定为抢夺罪。又如，在被害人将财物安放在自行车后架或者前面篮筐中骑车行走时，行为人突然使用强力夺取财物的，因为可能导致骑车人摔倒进而造成伤亡，宜认定为抢夺罪。还如，行为人用绳子等套住被害人自行车后轮，趁被害人下车查看时，迅速拿走其放在自行车车筐中的提包的，从整体上看具有致人伤亡的可能性，可认定为抢夺罪（单纯转移他人视线，乘机取得财物的，宜认定为盗窃罪）。反之，如果仅具备上述条件之一的，宜认定为盗窃罪。由此可以得出以下结论：（1）对离开被害人身体的财物实施非法取得行为的，宜认定为盗窃罪。（2）虽然对被害人紧密占有的财物实施非法取得行为，但行为本身平和、平稳，而不能评价为对物暴力，因而不可能致

<sup>①</sup> 潘恩培：《刑法实用》（三），638页，上海，商务印书馆，1941。

人伤亡的，也宜认定为盗窃罪。（3）如果行为人所取得的并非被害人紧密占有的财物，也没有使用强力夺取财物，即使被害人在场，也不能认定为抢夺罪，而宜认定为盗窃罪。

不难看出，比较解释会得出两种相反的解释结论：其一，我们对某个法条的解释应当借鉴国外的解释。要得出这一结论，除了需要法条的规定大体相同外，还需要国情、国民的价值观等对法条解释的影响不大。其二，我们对某个法条的解释不应当借鉴国外的解释。要得出这一结论，除了因为法条的规定有较大差异外，还因为国情、国民的价值观等的不同对法条解释的影响较大。

例如，关于盗窃罪的保护法益（客体），我们是应当借鉴苏联的刑法理论（不借鉴日本等国的刑法理论），将财物的所有权作为保护法益，还是应当借鉴日本等国的刑法理论（不借鉴苏联的刑法理论），将一定的占有作为保护法益？对此，不能单纯从国家的制度性质上得出结论。如所周知，日本刑法理论对盗窃罪的保护法益存在本权说与占有说的争论，其中的本权说并不等同于所有权说。在本书看来，所有权说是计划经济的产物，各种占有说可谓市场经济的产物。因为在计划经济时代，所有权的各项权能相分离的现象并不普遍，财物的所有人一般占有着自己的财物，所以，采取所有权说不存在明显缺陷。但在市场经济下，所有权的各项权能相分离的现象极为普遍，只有以占有说为基础的学说，才能适应市场经济下财产关系复杂化的现状，才能有效地保护财产与财产秩序。我国是社会主义国家，虽然与苏联的国家性质相同，但是我国现在实行的是市场经济，而没有实行计划经济，显然有必要借鉴占有说。概言之，所有权说与占有说，不是社会主义与资本主义的对立，而是计划经济与市场经济的对立。既然如此，我们在此问题上就应当借鉴市场经济国家的刑法理论。亦即，我们应当采取占有说，而不是所有权说。因此，当自己所有的财物由他人合法占有时，行为人盗窃他人占有的该财物的，当然成立盗窃罪；盗窃他人占有的违禁品的行为，应认定为盗窃罪；盗窃他人用于违法犯罪的财物的行为，构成盗窃罪；如此等等。

#### （五）目的解释

目的解释（或目的论解释），是指根据刑法规范的目的，阐明刑法条文真实含义的解释方法。与其他的法解释一样，在解释刑法时，必须考虑刑法最终要实现何种目的，进而做出符合该目的的合理的解释。在

采用文理解释、历史解释、体系解释等解释理由不能得出唯一解释结论时，以及在采取上述解释理由提示了解释结论时，必须由目的解释来最终决定。如果说刑法解释与其他法解释有什么不同，也仅仅在于刑法的目的与其他法律的目的不同。<sup>①</sup> 在此意义上说，目的解释也未必是一种具体的解释方法，而可谓一种解释方向或解释规则。

立法活动与司法活动，都是有目的的活动。耶林（Jhering）认为，法是为了人而存在的，法的任务是为人的目的服务。他“在一部他所撰写的重要的法理学著作的序言中指出，‘本书的基本观点是，目的是全部法律的创造者，每条法律规则的产生都源于一个目的，即一种实际的动机。’他宣称，法律是根据人们欲实现某些可欲的结果的意志而有意识地制定的。他承认，法律制度中有一部分是植根于历史的，但是他否认历史法学派关于法律只是非意图的、无意识的、纯粹历史力量的产物的论点。根据他的观点，法律在很大程度上是国家为了有意识地达到某个特定目的而制定的。”<sup>②</sup> 耶林还认为，法学的最高使命，是探究法的目的。<sup>③</sup> 依此类推，目的是刑法的创造者，刑法是国家为了达到特定目的而制定的，刑法的每个条文尤其是规定具体犯罪与法定刑的分则性条文（本条）的产生，都源于一个具体目的。刑法学的最高使命，便是探究刑法目的。

考夫曼教授指出，“从哪里获得对目的的评价”是耶林的目的法学的唯一致命的弱点。<sup>④</sup> 从刑法学角度而言，刑法目的究竟是什么，什么目的具有正当性，一直存在争议。可以认为，在这个世界上，并没有彻底认识也没有充分实现刑法目的。但大体能够肯定的是，刑法的确是在特定目的指导下制定的，也是在特定目的指导下适用的，刑法目的从来没有被抛弃过。所以，考夫曼教授也认为，“在法学方法中，主要不是形式逻辑的方法，而是一种‘目的论的’方法。”<sup>⑤</sup>

庞德将耶林视为社会功利主义者，认为需要借助心理学和社会学

① 参见〔日〕町野朔：《刑法总论讲义案I》，2版，68页以下，东京，信山社，1995。

② 〔美〕E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，109页，北京，中国政法大学出版社，1999。

③ 参见〔日〕木村龟二编：《刑法学入门》，110页，东京，有斐阁，1957。

④ 参见〔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，166~167页，北京，法律出版社，2002。

⑤ 〔德〕亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，39页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

来修正耶林的目的法学。庞德指出：“实际的情形是，我们在立法和司法决策过程中并没有那么精确地根据各种各样的目的来对各种权益进行考量或评价。实际进行的调整在层出不穷的各种主张、要求和预期的压力下往往会走样，并且扰乱法律秩序。”<sup>①</sup> 在庞德看来，立法与司法并不完全是由目的决定的，偏离目的的现象总是不断地出现。但是，庞德又承认：“社会功利主义法学的不可磨灭的贡献就是它提醒我们有意识地并且明智地去做那些我们曾经下意识地莽撞从事的行为，并且使我们不断地思考法律的目的，思考这些目的在实践中被律令规则推进的程度。”<sup>②</sup> 由此看来，庞德似乎认为，耶林的“目的是全部法律的创造者”的观点不是实然，而是应然。显然，解释者是需要将实然与应然统一起来的，将刑法条文解释得符合应然要求，是最好的解释结论。“当依据目的处理规则时，‘是’与‘应当’便不可避免地融为一体；相反，倘若竭力保留‘是’与‘应当’之间的那种肤浅而僵硬的分离，将会使得我们把规则看作与其目的相分离的东西。”<sup>③</sup> 动辄声称法律的现实规定不符合法律应然要求的解释者，其实并没有对法律进行解释。

总之，“解释生来就是对目的的表述”<sup>④</sup>。“规则及其他各种形式的法一旦被创设，则应当根据其服务的目标被解释、阐述和适用。”<sup>⑤</sup>“事实上，相对于所有至今被提到的解释方法，现代的法律者甘愿置所谓的‘目的的’解释方式于一定的优先地位，这个方法是根据法律规定的目的、‘理性’(ratio)、“理由思想”来研究，并从中考虑这些规定的‘意义’。”<sup>⑥</sup> 另一方面，目的解释也有助于明确规定的意义。哈特“举例说，‘禁止带车辆进入公园’这一禁令就具有不确定性，由于‘车辆’的范围具有‘开放性结构’。这里的‘车辆’这一术语是否包括玩具车、自行车或者救护车呢？哈特的分析的明显含义是：由于法律规则是以语言来规范的，无论如何，潜在于法律规则中的不确定性都应归因于刻画

① [美] 罗斯科·庞德：《法理学》，第一卷，余履雪译，111页，北京，法律出版社，2007。

② [美] 罗斯科·庞德：《法理学》，第一卷，余履雪译，111页，北京，法律出版社，2007。

③ [美] 罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，208页，北京，法律出版社，2010。

④ 德沃金语，转引自 [英] 蒂莫西·A·O·恩迪科特：《法律中的模糊性》，程朝阳译，215页，北京，北京大学出版社，2010。

⑤ [美] 罗伯特·S·萨默斯：《美国实用工具主义法学》，柯华庆译，3页，北京，中国法制出版社，2010。

⑥ [德] 卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，85页，北京，法律出版社，2004。

它的语词意义的不确定性”<sup>①</sup>。显而易见的是，只要明确了公园设立“禁止带车辆进入公园”这一规则的目的，“车辆”的范围就相当清楚了。

我国刑法第1条规定：“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法。”第2条明确规定：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财物和劳动群众集体所有的财物，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。”尽管从立法学的角度而言，上述两条的表述还有研究的余地，但可以肯定以下几点：其一，刑法第2条关于刑法任务的规定，是刑法第1条的“为了惩罚犯罪，保护人民”的具体化；其二，第1条中的“惩罚犯罪”与第2条中的“用刑罚同一切犯罪行为作斗争”都可谓实现刑法目的、完成刑法任务的手段；其三，完成任务的过程，就是实现目的的过程；刑法第2条关于刑法任务的规定，就是关于刑法目的的规定；应当从刑法目的的角度理解刑法第2条<sup>②</sup>；其四，刑法的任务与目的是保护法益。<sup>③</sup>

刑法整体目的的变易性很小，在任何时候，都可以将刑法目的归纳为保护法益。但是，具体目的会经常变化，对具体目的的认识与确定比对整体目的的认识与确定更困难。即使人们能够有根据地肯定法益保护目的的正当性，但由于法益并不像人的生命一样是预先给定的，而是可以通过立法者创设的，所以，在有些情况下，对于具体法益的认识与确定，以及具体法益是否值得刑法保护，会产生困惑。“通常来说，在一个既定的法律部门中，需要许许多多的法官或其他官员对相关的手段—目的关系的长时间摸索，理想的、确定的目的才会浮现出来。”<sup>④</sup>于是，出现了以下现象：其一，以往没有意识到某种现实存在属于法益，现在、将来意识到该现实存在属于法益，或者相反。例如，我国立法机关

① [美] 托马斯·莫拉维茨：《作为经验的法律：法律理论与法律的内在观点》，载陈锐编译：《法律实证主义：从奥斯丁到哈特》，321～322页，北京，清华大学出版社，2010。

② 参见张明楷：《刑法的基础观念》，41页以下，北京，中国检察出版社，1995。

③ 参见张明楷：《法益初论》，修订版，269页以下，北京，中国政法大学出版社，2003。当然，主张刑法的任务是维护社会伦理秩序的人 would 认为，其中的维护社会秩序就是指“维护社会伦理秩序”。但笔者不赞成这样的解释，本书也不讨论此问题。

④ [美] 罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，211页，北京，法律出版社，2010。

一直没有意识到私文书的公共信用是一种法益，或许将来会意识到这一点。再如，以往认为政治信仰、意识形态是一种法益，现在不会认为它们属于法益。其二，以往没有意识到某种利益值得刑法保护，现在、将来可能意识到该利益值得由刑法保护，或者相反。例如，以前没有将环境资源作为法益予以保护，但现在将环境资源视为值得刑法保护的重要法益。再如，进出国（边）境的管理秩序，现在由刑法保护，将来或许会认为这种法益不值得刑法保护。其三，以往一直以为刑法的某个条文是为了此目的，后来才发现该条文是为了彼目的。例如，以往认为盗窃罪的保护法益是财产所有权，但现在发现盗窃罪的保护法益是对财物的一定的占有，而不限于财物的所有权。

基于同样的原因，还会出现以下现象：虽然法条文字没有变化，但对保护内容（法益）的解释会发生变化。换言之，即使法条表述没有发生变化，但法条目的也可能发生变化。例如，有关淫秽物品的罪刑规范、有关卖淫的罪刑规范，其法条文字不一定变化，但法条目的可能发生变化。所以，不能机械地理解“目的是全部法律的创造者”这句名言。因为刑法目的并不等于立法者的纯粹心愿和喜好，某种利益是否值得作为法益由刑法保护，不是由立法者是否喜欢该利益来决定，而是取决于诸多要素。概言之，任何一个刑法条文都是立法者在特定目的指导下形成的，但在时过境迁之后，即使法条文字没有任何变化，法条目的也可能已经改变。时过境迁之后的新的目的，是时过境迁之后的法律的真实含义的创造者。

进行目的解释时，是仅考虑整体目的还是需要考虑具体罪刑规范的目的？有人认为，目的论解释中的目的，是指某法的整体目的，非指某法条之立法趣旨或立法本旨。<sup>①</sup>台湾学者杨仁寿指出，解释法律应以贯彻法律目的为主要任务，法律目的的发现有三种情形：一是法律明定其目的；二是法律虽未明定其目的，但可从法律名称觅得其目的；三是在法律既未明定目的，也不能从法律名称觅得其目的时，必须采取逆推法，先发现个别规定或多数规定所欲实现的基本价值判断，进而加以分析、整合，探求法律目的。<sup>②</sup>这也是从整体目的的角度而言的。本书认为，目的论解释并非仅仅考虑整体目的，而是既要考虑整体目的，也要考虑具体目的。因为仅考虑整体目的，不一定能够得出妥当结论；只有

<sup>①</sup> 参见高仰止：《刑法总则之理论与实用》，112页，台北，五南图书出版公司，1986。

<sup>②</sup> 参见杨仁寿：《法学方法论》，127页，台北，三民书局，1999。

同时考虑具体目的，才能实现具体法条的目的。“立法者的思维比较从法律原理，从他所希望现实化的一般正义出发，而法官的思维则主要取向于他依据的个别衡平标准加以判决的个案。”<sup>①</sup> 例如，仅考虑法益保护目的，并不能妥当解释侵犯财产罪的构成要件；只有考虑具体目的，即考虑刑法规定侵犯财产罪的目的是保护所有权、本权还是某种占有，才能妥当地解释侵犯财产罪的构成要件。

进行目的解释，意味着考虑文字背后的真实目的。“概念没有类型是空洞的，类型没有概念是盲目的。立法之目的：完全将类型概念化，是不可能达到的，因此，在具体的法律发现中必须一再地回溯到制定法所意涵的类型，回溯到作为制定法基础的模范概念。因而‘目的论解释’的本质在于：它并非以抽象的一被定义的法律概念，而是以存于该概念背后的类型来进行操作的，亦即，它是从‘事物本质’来进行论证的……当我们把盐酸视为‘武器’时，这并非从武器的概念得出，而是从加重强盗罪的类型得出的。”<sup>②</sup>

进行目的解释，意味着解释在采用各种解释理由、使用不同解释技巧之前，就有一个达到目的的预断。“‘解释就是结论——它自己的结论。只有在已经得出结论时，才选定解释手段。所谓解释手段的作用事实上只是在于事后从文本当中为已经作出的对文本的创造性补充寻求根据。不论这一创造性补充内容如何，总是会存在这样或那样的解释手段，比如类比推理（der Schlußaus der Ähnlichkeit）或反面推理（der Umschluß），可以为它们提供根据。’换句话讲，面对案件的法官首先根据自己的法意思对该案件作出应如何裁决的一个‘预断（Vorurteil）’。这个预断引导着对法律的解释；法官以此为其判决提供根据。”<sup>③</sup> 真正的法官在采用各种解释手段之前，就在内心中存在一个符合目的的预断，这种预断源于他的司法经验、法意识、正义感等。所以，“罗蒂认为，解释者‘只是把文本敲打成能为自己的目的服务的形状而已’，并坚持认为在那种活动与文本解释之间不存在任何差别”<sup>④</sup>。由此看来，

① [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，167页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

② [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，119页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

③ [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，17~18页，北京，法律出版社，2009。

④ [英] 蒂莫西·A·O·恩迪科特：《法律中的模糊性》，程朝阳译，18页，北京，北京大学出版社，2010。

法条是铁块，法官是铁匠。

进行目的解释，意味着需要灵活运用不同的解释技巧。“法律规则应该根据其目的来解释。当法律条文字面含义的适用损害到它的目的时，那么这个规则就当经由解释排除直接适用。同样，如果法律的精神能够藉由规则适用而得以实现，则法官应当给予这个规则以扩张解释。”<sup>①</sup> 换言之，选择哪一种解释技巧，都必须由法条的目的来决定。

进行目的解释，也需要遵循罪刑法定原则。“虽然现今许多法律学者都赋予目的解释方法最高的位阶，但这应该要从以下的意义来理解：目的论解释方法体现为法律人最重要、要求最高并且也是最具创造性的行为；而不应将之理解为：目的论解释无论如何都必须贯彻，甚至当其与法条文义抵触时亦应得到贯彻。”<sup>②</sup> 换言之，为了实现法益保护目的而解释刑法分则条文时，应当注重国民自由的保障。

## 六、解释技巧

如前所述，平义解释、宣言解释、限制解释、扩大解释、类推解释、反对解释、补正解释等均属于解释技巧。对每个用语的解释，只能采用其中一种解释技巧。但是，类推解释是刑法禁止的解释方法，在此意义上说，不需要讨论类推解释。但是，类推解释与扩大解释的区别，是刑法解释学挥之不去的问题。

### （一）平义解释

平义解释一般是针对法律中的日常用语而言，即按照该用语最平白的字义进行解释。对专门的法律术语不会采取平义解释。例如，对于“战时”、“故意”等概念，只能按照刑法的解释性规定做出解释。

“平义解释并不扩大或限制字面含义，看山是山，看水是水，似无难处。”<sup>③</sup> 但是，平义也可以分为日常生活上的平义与法律上的平义，制定刑法时的平义与适用刑法时的平义。不过，对某个用语不采用日常生活上的平义，而采取法律上的平义时，或者不采取制定刑法时的平义

① [美] 劳伦斯·索伦：《法理词汇》，王凌峰译，222页，北京，中国政法大学出版社，2010。

② [德] Ingeborg Puppe：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，108页，台北，元照出版公司，2010。

③ 郑永流：《法律方法阶梯》，143页，北京，北京大学出版社，2008。

而采用适用刑法时的平义时，常常意味着对该用语进行了扩大或者限制解释。例如，刑法第138条前段规定：“明知校舍或者教育教学设施有危险，而不采取措施或者不及时报告，致使发生重大伤亡事故的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。”其中的“教育教学设施”可谓日常用语，但其外延宽泛。应当从法条的保护目的将其理解为与人身安全有关联的教育教学设施。这样的含义既可以说是法律上的平义，也可谓一种限制解释。再如，在旧刑法时代，“卖淫”只限于妇女向男性卖淫；现行刑法虽然将“妇女”修改为“他人”，但仍然使用了卖淫一词。如果注重所谓沿革解释，那么，卖淫似乎仅限于与异性发生性交。但是，“在今天其字义的外延发生了变化，‘卖淫’也可以发生于同性之间，包括组织男性向男性以及组织女性向女性卖淫的情形”<sup>①</sup>。同样，我们也可以认为，这一解释已经不是平义解释，而是一种扩大解释。

相对于其他解释技巧而言，平义解释是较为简单的。但显而易见的是，单纯对刑法分则条文做出平义解释，是不可能得出妥当结论的。在某种意义上看，如果对某个法条或者用语的平义解释结论是合理的，就意味着对该法条或者用语不需要解释。仅对法条或者用语进行平义解释，不可能揭示法条与用语的真实含义，只是一种“‘草率的’或者‘机械’法学”<sup>②</sup>。

如果单纯以解释是否符合罪刑法定原则为标准，平义解释似乎不可能违反罪刑法定原则。但是，如后所述，如果平义解释过于宽泛，应当做出限制解释而不做出限制解释，也会违反罪刑法定原则。

## （二）宣言解释

所谓宣言解释（die deklarative Interpretation），是指法文的含义不明确，或者对法文存在争议，或者以往对法文的解释不妥当时，解释者通过论理分析、体系解释、历史解释等，主体性地确定不明确的法文的含义，或者选择与以往不同的更为妥当的含义，或者对以往的解释进行修正的一种解释方法。也可以认为，宣言解释就是对法文概念的再定义、对法文含义的再选择。因此，宣言解释依然是以文理解释为前提的。<sup>③</sup>

① 郑永流：《法律方法阶梯》，150页，北京，北京大学出版社，2008。

② [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。

③ 参见[日]笹仓秀夫：《法解释讲义》，44页，东京，东京大学出版会，2009。

我国刑法学对刑法分则中许多概念的定义，形成于 20 世纪 80 年代初。当时刑法学的研究基本上处于恢复阶段，在定义概念时，没有足够的案件事实，也未能借鉴国外的定义，故许多定义是经不起推敲的。30 年过去了，原本应当对许多概念做出重新定义，但是，许多解释者对过去的定义依依不舍，甚至将过去的定义视为绝对真理，导致一些案件难以得到妥当处理。

例如，关于盗窃的定义“秘密窃取公私财物”，几十年来没有任何变化。但是，如前所述，这一定义存在缺陷，需要重新定义。

首先，通说要求盗窃具有秘密性，是为了区分盗窃与抢夺（盗窃是秘密的，抢夺是公开的）。但是，这种区别难以成立。根据通说，“‘秘密’是指行为人自认为没有被所有人、保管人发现。如果行为人已经明知被害人发觉，公然将财物取走，不构成本罪（指盗窃罪——引者注），而应认定为抢夺罪。”<sup>①</sup> 据此，只要行为人认识到自己是在秘密窃取他人财物，就属于盗窃；如果认识到自己是在公开取得他人财物，就成立抢夺；至于客观行为本身是秘密还是公开，则无关紧要。但通说存在以下问题：（1）通说在犯罪客观要件中论述盗窃罪必须表现为秘密窃取，但同时提出，只要行为人主观上“自认为”没有被所有人、占有人发觉即可，不必客观上具有秘密性，这便混淆了主观要素与客观要素的区别。（2）根据通说，在客观上同样是公开取得他人财物的行为，当行为人自认为所有人、占有人没有发觉时成立盗窃罪，当行为人认识到所有人、占有人发觉时成立抢夺罪。这种观点颠倒了认定犯罪的顺序，形成了“客观行为类型完全相同，主观认识内容不同，就构成不同犯罪”的不合理局面。（3）实践中经常发生行为人在非法取得他人财物时，根本不考虑自己的行为是否被他人发觉的案件。根据通说，便无法确定该行为的性质；或者不得不以客观行为是否秘密为标准区分盗窃与抢夺，但这与通说定义的秘密窃取相冲突。（4）由于盗窃行为客观上完全可能具有公开性，所以，通说只好将“秘密”解释为行为人“自认为”秘密。可是，通说不能说明故意的认识内容。众所周知，客观构成要件规制着故意的认识内容。一方面，凡属于构成要件客观要素的事实，都是故意的认识内容（客观的超过要素除外）。另一方面，凡不属于构成要件客观要素的事实，就不可能成为故意的认识内容。但是，通说一方面

① 赵秉志主编：《刑法新教程》，670 页，北京，中国人民大学出版社，2001。

认为，客观的盗窃行为既可以是公开的，也可以是秘密的，另一方面又要求行为人必须“自认为”没有被所有人、保管人发现；换言之，即使行为在客观上表现为公开盗窃时，行为人主观上也必须认识到秘密窃取。这便不可思议了！既然客观上可以表现为公开盗窃，主观上就可以表现为认识到自己是在公开盗窃。如果认为客观上公开盗窃时，主观上也必须认识到秘密窃取，那便意味着：行为人不必要认识到客观构成事实（不必认识到公开盗窃），但必须认识到客观构成事实之外的内容（必须认识到秘密窃取）。（5）在刑法对盗窃金融机构资金与珍贵文物规定了明显重于抢夺罪的法定刑时，根据通说，对自认为秘密地取得金融机构资金的盗窃行为的处罚，远远重于对自认为公开地取得金融机构资金的行为的处罚。可是，从非难可能性的角度来说，后者应当更为严重。这表明，要求盗窃具有秘密性会导致罪刑不均衡。

其次，通说不说明盗窃对象的属性，因而不可能区分盗窃罪与普通侵占罪（将代为保管的财物据为己有）。可以认为，盗窃与普通侵占是一种对立关系。虽然刑法仅将盗窃罪的对象规定为“公私财物”，但是，联系普通侵占、遗忘物侵占考察盗窃罪的对象时，必然认为盗窃罪的对象只能是他人占有的财物。因为盗窃意味着将他人占有的财物转移为自己或者第三者占有，对于自己占有的他人财物不可能成立盗窃罪。所以，对于刑法第270条第1款规定的“代为保管”，必须理解为受委托而占有他人的财物。只有这样解释，才使盗窃罪与普通侵占罪之间既不重叠，又无漏洞：对他人占有的财物成立盗窃罪；对自己占有的他人财物成立普通侵占罪。更为重要的是，普通侵占罪是仅侵害所有、未侵害占有的犯罪，故应当将代为保管解释为占有，从而与盗窃罪相区别。概言之，盗窃罪的对象只能是他人占有的财物，而普通侵占罪的对象必须是自己占有的他人财物。所以，一个行为不可能既成立盗窃罪，又成立普通侵占罪。不难看出，仅指出窃取的对象是公私财物，而不说明是他人占有的财物，便不可能准确认定盗窃罪。司法实践常常难以区分盗窃罪与普通侵占罪，重要原因之一是没有注重两种犯罪之间在行为对象属性上的差异。

再次，通说不说明“窃取”行为的具体内容，因而不可能区分盗窃罪与诈骗罪。盗窃罪与诈骗罪一样，都是转移占有的犯罪。但是，盗窃罪是违反被害人意志取得财物的行为，被害人不存在处分财产的认识错误与处分行为；而诈骗罪（既遂）是基于被害人有瑕疵的意志取得财物的行为，被害人存在处分财产的认识错误与处分行为。易言之，在面对

行为人企图非法取得某财物的行为时，占有该财物的被害人不可能既做出财产处分决定，又不做出财产处分决定。所以，盗窃与诈骗不可能重合或者竞合。于是，可以得出以下结论：在行为人已经取得财产的情况下，诈骗与盗窃的关键区别在于被害人是否基于认识错误而处分财产；在行为人未取得财产（未遂）的情况下，诈骗与盗窃的关键区别在于，行为是否属于足以使对方产生处分财产的认识错误的欺骗行为。显而易见，不说明窃取行为的具体内容，也不利于准确认定盗窃罪。换言之，为了合理区分盗窃罪与诈骗罪，必须说明窃取行为的具体含义。

最后，应当认为，盗窃，是指以非法占有为目的，违反被害人的意志，将他人占有的财物转移给自己或者第三者占有的行为。“以非法占有为目的”使得盗窃罪与挪用资金罪、故意毁坏财物罪相区别，后者不具有刑法意义上的非法占有目的；“违反被害人的意志”使得盗窃罪与诈骗罪（以及职务侵占罪中的骗取行为）、敲诈勒索罪相区别，因为诈骗罪与敲诈勒索罪是基于被害人有瑕疵的意志而取得财物的；“将他人占有的财物转移”使得盗窃罪与侵占罪（以及职务侵占罪中的狭义的侵占行为）相区别，因为侵占罪是将自己占有的财物或者将脱离他人占有的财物据为己有；“转移为自己或者第三者占有”使得盗窃罪与故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪相区别，后两种犯罪并不是转移财产的占有，而是毁弃财产；“将他人占有的财物转移给自己或者第三者占有”，表明了两个方面的内容：一是破坏或者排除了他人对财物的占有，二是建立了新的占有，使行为人或第三者具有类似于所有权人的地位。<sup>①</sup> 行为是否具有秘密性，并不直接决定是否不存在排除占有与建立占有的事实，故不应作为盗窃行为的要素。换言之，客观上的公开窃取行为，仍然可能实现排除他人对财物的占有和建立新的占有的效果。

再如，刑法理论长期以来将抢夺定义为“乘人不备，公然夺取”。但是，这一定义并不妥当。其一，“乘人不备”具有秘密性，事实上，将“乘人不备”称作盗窃特征的，也并不罕见。如前所述，旧中国最高法院 1933 年上字第 1334 号判例指出：“……抢夺罪，系指公然夺取而言。若乘人不备窃取他人所有物，并非出于公然夺取，自应构成窃盗罪。”<sup>②</sup> 再如，有的学者指出：“行为秘密是指‘乘人不备’，亦即，乘

<sup>①</sup> Vgl. Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, 23. Aufl., C. F. Müller 2000, S. 51.

<sup>②</sup> 转引自林山田：《刑法各罪论》，上册，增订 2 版，278 页，台北，作者发行，1999。

人不知不觉之际，以秘密或隐密的方法行之。”<sup>①</sup> 所以，不可能通过“乘人不备”一词处理抢夺与盗窃的关系。其二，既然乘人不备的夺取行为能够成立抢夺罪，那么，在被害人严加防备、行为人也知道其严加防备时夺取其财物的，更能成立抢夺罪。所以，“乘人不备”的要求是多余的。其三，或许传统定义包含以下含义：秘密窃取时，被害人一般不能立即发现；而乘人不备抢夺时，被害人一般能够立即发现，所以，传统的抢夺定义还有“公然”二字。这似乎意味着：盗窃时，秘密性的持续时间较长；抢夺时，秘密性的持续时间较短。司法实践中也存在按秘密性持续的长短区分盗窃与抢夺的做法。例如，甲与乙经预谋后，在被害人 A 驾驶轿车在马路上缓慢行驶时，甲突然窜到 A 的车前，佯装被车撞伤。待 A 下车查看时，乙乘机将轿车后座门打开，将 A 放在后座位上的提包拿走；在 A 追赶乙时，甲乘机逃跑。某检察院以盗窃罪起诉甲和乙，某人民法院以“甲乙行为的秘密性差一点”为由，认定甲乙的行为构成抢夺罪。所谓的“秘密性差一点”，大体上是指秘密性的持续时间较短。<sup>②</sup> 可是，这种区分标准的妥当性值得怀疑。例如，在公共汽车上扒窃的行为人，一般是在汽车即将到站时扒窃，待汽车到站开门时，立即下车逃走。这种行为的秘密持续时间并不长，可司法实践没有争议地认定为盗窃罪。再如，一些顺手牵羊式的盗窃，其秘密性的持续时间也非常短暂，但均被认定为盗窃罪。所以，无论如何解释有关抢夺的传统定义，都难以令人承认其合理性。既然如此，就需要对抢夺进行宣言解释，即重新定义。本书的看法是，抢夺是以非法占有为目的，当场直接夺取他人紧密占有的财物的行为。

### （三）限制解释

在法条的含义过于宽泛时，限制法文的文义，缩小法文外延的解释，是一种常用的解释技巧。

由于刑法分则条文都是典型的罪刑规范，所以，限制解释一般意味着缩小处罚范围。于是，在应当做出而不做出限制解释的情况下，也会损害国民的预测可能性。例如，刑法第 345 条规定的滥伐林木罪的行为

① 张丽卿：《窃盗与抢夺的界限》，载蔡墩铭主编：《刑法争议问题研究》，504 页，台北，五南图书出版公司，1999。

② 通说所谓的“秘密”一般是指行为人主观上自认为秘密，但本案的特点在于难以判断行为人主观上是否自认为秘密，于是只能借助于客观上是否秘密做出判断。由此看来，“秘密”有时是主观的，有时又是客观的，让人捉摸不定。

对象是“森林或者其他林木”。倘若按照字面含义将所有林木都解释在内，必然过于限制国民的自由，因而违反罪刑法定原则的本旨。正因为如此，司法解释将房前屋后、自留地种植的林木排除在本罪对象之外。<sup>①</sup>

事实上，对于刑法分则的许多用语，刑法理论都需要作限制解释。例如，刑法第 253 条之一规定：“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。”对其中的“公民个人信息”就应适当作限制解释，而不应当将姓名、性别、一般工作单位都解释为公民个人信息。

什么样的情形下，应当进行限制解释？在进行限制解释时，限制到什么范围？对此问题的回答，既考虑法条的法益保护目的，也要考虑国民的自由保障，还要考虑法条之间的协调关系等诸多因素。例如，刑法第 111 条规定了为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪，如果仅按字面含义解释“情报”，而不将其限制解释为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”，则必然造成两个方面的负面后果：一方面，导致我们不敢与境外人员交流，过于限制我们的自由。另一方面，导致刑法保护了完全不值得保护的东西。再如，如果不将刑法第 301 条第 1 款的聚众淫乱限制解释为具有一定公然性的聚众淫乱，就导致刑法介入国民的道德生活领域，使伦理秩序成为刑法所保护的法益，也不利于保障国民的自由。又如，在刑法第 264 条将“盗窃金融机构”规定了加重的法定刑时，如果不将金融机构限制解释为经营资金、有价证券与客户资金，而按字面含义将金融机构的办公用品等也包含在内，那么，就必然造成刑罚处罚不公平的局面：盗窃金融机构办公用品的处罚很重，盗窃其他机构办公用品的则处罚相对较轻。概言之，限制解释并不是随心所欲，对法条或者用语的限制解释，需要以前述文理解释、体系解释等解释理由为根据。

需要指出的是，对消极的构成要件要素和有利于被告人的减免处罚的适用条件作限制解释，可能（但不是必然）违反罪刑法定原则。例如，刑法第 389 条第 3 款规定：“因被勒索给予国家工作人员以财

<sup>①</sup> 参见最高人民法院 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 3 条、第 9 条。

物，没有获得不正当利益的，不是行贿。”倘若将其中的“被勒索”限制解释为“被严重胁迫的勒索”，或者将其中的“没有获得不正当利益”解释为“没有实际获取不正当利益，或者没有得到获取不正当利益的许诺”，就会不当扩大处罚范围，进而违反罪刑法定原则。但是，这并不意味着对轻罪的构成要件都不能作限制解释，更并不意味着对轻罪的构成要件作限制解释就违反了罪刑法定原则。而且，对轻罪的构成要件作限制解释，也不意味着原本符合轻罪构成要件的行为一定构成重罪。

#### （四）扩大解释

罪刑法定原则并不禁止扩大解释，但这并不意味着扩大解释的结论都符合罪刑法定原则。换言之，扩大解释方法本身并不违反罪刑法定原则，但其解释结论则可能与罪刑法定原则相抵触。因为不合理的扩大解释，也可能超出国民的预测可能性，侵犯国民的自由，从而违反罪刑法定原则。在此意义上说，扩大解释与类推解释的界限是相对的。换言之，违反罪刑法定原则的扩大解释，实际上是类推解释。另一方面，某些扩大解释虽然并不一定违反罪刑法定原则，但其结论也可能不具有合理性。所以，在扩大解释内部，也需要进一步区分合理的扩大解释与不合理的扩大解释。当然，由于类推解释与扩大解释之间的界限具有相对性，由于合理的扩大解释与不合理的扩大解释之间的区别具有模糊性，区分扩大解释与类推解释的界限，与衡量扩大解释是否具有合理性，也是相对的和模糊的。

关于扩大解释与类推解释的区别，我们可以列举许多：（1）从形式上说，扩大解释所得出的结论，没有超出刑法用语可能具有的含义，即在刑法文义的“射程”之内进行解释；而类推解释所得出的结论，超出了用语可能具有的含义，即在刑法文义的“射程”之外进行解释。（2）从概念的相互关系说，扩大解释时没有提升概念的阶位；类推解释是将所要解释的概念提升到更上位的概念做出的解释。例如，将刑法第236条和第237条中的“妇女”解释为“人”，进而认为妇女强奸男性、强制猥亵男性也分别成立强奸罪与强制猥亵妇女罪的解释，就是类推解释。因为“人”是“妇女”的上位概念。（3）从着重点上说，扩大解释着眼于刑法规范本身，仍然是对规范的逻辑解释；类推解释着眼于刑法规范之外的事实，是对事实的比较。（4）从论理方法上说，扩大解释是扩张性地划定刑法的某个概念，使应受处罚的行为包含在该概念中；类

类推解释则是认识到某行为不是刑法处罚的对象，而以该行为与刑法规定的相似行为具有同等的恶害性为由，而将其作为处罚对象。(5)从实质上而言，扩大解释没有超出公民预测可能性的范围；而类推解释则超出了公民预测可能性的范围。如此等等。

大体而言，人们迄今为止就区分类推解释与扩大解释所提出的标准，可以分为具体的标准与抽象的标准。上述第(1)种和第(2)种标准可谓具体的区分标准；第(3)种至第(5)种标准可谓抽象的区分标准。但是，即使采取相同的区分标准的人，也可能对同一解释持不同结论。例如，将刑法第259条的“同居”概念，解释为包括长期通奸或导致严重后果的通奸，既可能被人们认定为类推解释，也可能被人们认定为扩大解释。即使一些习以为常的解释，仔细思索后也会发现问题。尽管类推解释与扩大解释的界限模糊，我们依然要对二者做出适当区分。

本书认为，同时从罪刑法定原则的形式侧面与实质侧面出发，在判断扩大解释的结论是否违反罪刑法定原则时，应当特别注意以下问题：

第一，判断某种解释是否违反罪刑法定原则，在考虑用语可能具有的含义的同时，还必须考虑处罚的必要性。“在判断解释的容许范围时，必须衡量与语言的本来的意义（核心）的距离和处罚的必要性。”<sup>①</sup> 对一个行为的处罚必要性越高，将其解释为犯罪的可能性越大，但如果行为离刑法用语核心含义的距离越远，则解释为犯罪的可能性越小。换言之，处罚的必要性越高，做出扩大解释的可能性就越大。但是，如果行为超出了刑法用语可能具有的含义，则不管处罚的必要性有多高，也不得解释为犯罪。因为即使危害再严重的行为，如果事先没有将其可罚性告知国民，就不得对该行为定罪科刑。考虑处罚的必要性，是民主主义原理决定的；考虑用语可能具有的含义，是尊重人权主义的原理要求的。“可能具有的含义”，是指依一般语言用法，或者立法者标准的语言用法，该用语还能够指称的意义。<sup>②</sup> “用语可能具有的含义”大体分为三种情况：一是一般人都能预想到的含义（核心内部）；二是一般人都难以想到的边缘部分；三是上述二者的中间部分。如果行为符合第一种含义，应当肯定构成要件符合性；在第二种情况下原则上应否定构成要件

① [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，4版，79页，东京，东京大学出版会，2006。

② 参见[德] Karl Larenz：《法学方法论》，陈爱娥译，227页，台北，五南图书出版有限公司，1996。

件符合性<sup>①</sup>；对于第三种情况，则应通过考虑处罚的必要性、合理性来决定。<sup>②</sup>

需要特别指出的是，刑法用语可能具有的含义，并不完全等同于用语的日常含义或者口语含义；另一方面，按日常含义或者口语含义解释刑法用语，也有可能违反罪刑法定原则。德国学者罗克辛指出，对于行为人将盐酸泼洒到被害人脸上的案件，可以适用德国刑法第 224 条第 1 款第 2 项所规定的“使用武器”（或译为“使用凶器”）伤害他人。因为作为口语的“化学武器”概念是众所周知的。<sup>③</sup>但本书认为，这并不意味着按照某种用语的口语含义解释刑法，都符合罪刑法定原则。例如，在我国，“思想武器”、“精神武器”的概念十分普遍，但不能认为刑法中的“武器”包括“思想武器”与“精神武器”。再如，刑法分则有许多条文使用了“暴力”概念。现在，媒体与普通百姓经常使用“冷暴力”、“语言暴力”的概念，但至为明显的是，绝对不能认为“冷暴力”、“语言暴力”也属于刑法分则条文中的“暴力”。对于父母为了反对女儿嫁给外国人，而不和女儿讲话的案件，不可能因为父母实施了“冷暴力”而构成暴力干涉婚姻自由罪。由此可见，用语的日常含义或者口语含义并不是区分类推解释与扩大解释的基本标准。

第二，某种解释是扩大解释还是类推解释，应当根据本国的刑法及其用语进行判断，而不能根据外国刑法用语得出结论。例如，德国、日本等国刑法均规定了要求（索取）、约定与收受三种受贿方式，而我国刑法只规定了索取与收受。但我们显然不能认为约定贿赂的行为在我国不成立犯罪。相反，我们完全能够以谁提出约定为标准，将约定归入索取与收受：国家工作人员先提出约定的，属于索取；对方先提出约定的，国家工作人员属于收受。由此看来，孤立地就一个概念与外国刑法进行比较，进而得出某种解释是否是类推解释的结论，是不妥当的。

第三，判断某种解释是扩大解释还是类推解释，在考虑用语原有含义的同时，还要考虑用语的发展趋势。如果解释结论符合用语的发展趋势，一般不宜认定为类推解释。例如，信件原本是书面邮件。但是，随

① 能否在处罚的必要性很高、且没有侵犯国民的预测可能性的情况下，肯定构成要件符合性，则是需要慎重处理的问题。

② 参见 [日] 前田雅英：《罪刑法定主义と实质的构成要件解释》，载《现代刑事法》，2001（1），24 页。

③ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 150.

着网络的发达，国民普遍使用电子邮件。于是，认为刑法第 252 条所规定的破坏通信自由罪中的“信件”包括电子邮件，就成为符合用语发展趋势的解释，因而不是类推解释。再如，随着手机的普遍使用，通过手机短信发送广告的现象也十分普遍。所以，认为刑法第 222 条所规定的虚假广告罪中的“利用广告”作虚假宣传，包括利用手机短信作虚假宣传，就是符合用语发展趋势的解释，因而不是类推解释。由此可见，以前属于类推解释的，以后可能属于扩大解释乃至普通的文义解释。

第四，判断某种解释是扩大解释还是类推解释，在考虑用语的基本含义的同时，还要考虑相关法条的保护法益。保护法益不同，对构成要件的解释就不同。所以，虽然分则的两个条文对行为对象使用了相同的概念，但是，倘若两个条文所保护的法益不同，则完全可能对这种相同的概念做出不同的解释。在这种情况下，不能轻易认为其中一种解释是类推解释。例如，最高人民法院 2006 年 11 月 14 日《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第 2 条第 1 款规定：“走私各种弹药的弹头、弹壳，构成犯罪的，依照刑法第一百五十一条第一款规定，以走私弹药罪定罪处罚。”应当认为，这一解释不是类推解释。但是，如果认为持有弹头、弹壳的行为构成非法持有弹药罪，就属于类推解释。因为走私弹药罪与非法持有弹药罪的保护法益不同，故对于弹药的范围应做出不同的解释。由此可见，相对于此条文属于类推解释的，相对于彼条文可能属于扩大解释。

第五，判断某种解释是扩大解释还是类推解释，不能仅考虑某个用语在其他法律中的基本含义，还要考虑该用语在刑法中应有的含义。我国刑法分则所规定的犯罪不限于自然犯，而是广泛地包括了法定犯。法定犯大多是因为违反行政法、经济法等法律，造成严重后果或者具有严重情节而成立的。于是，法定犯的成立以行为违反行政法、经济法等法律为前提。问题是，对于刑法分则在规定法定犯时所使用的概念，是否应与行政法、经济法的相同概念作完全相同的解释？换言之，倘若对刑法分则所使用的概念，做出与行政法、经济法不同的解释，尤其扩大了行政法、经济法概念的外延时，是否属于违反罪刑法定原则的类推解释？例如，A 公司就一项重大工程招标时，意欲投标的 B 公司委托 C 公司代理投标事项。C 公司的甲为了能够使 B 公司中标，而与 A 公司中参与管理投标事项的乙串通，乙将其他投标公司的投标报价告诉给甲，甲以最低报价使 B 公司中标，导致 A 公司的重大工程遭受损失。甲与乙的行为是否成立串通投标罪？刑法第 223 条第 2 款规定：“投标

人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益的”，以串通投标罪论处。问题在于，如何理解其中的投标人与招标人？《中华人民共和国招标投标法》第8条规定：“招标人是依照本法规定提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织。”第25条规定：“投标人是响应招标、参加投标竞争的法人或者其他组织。”据此，只有A公司与B公司分别是招标人与投标人，C公司以及甲与乙都不是招标人与投标人。但是，本书认为，不能完全按照招标投标法的规定，解释刑法第223条所规定的招标人与投标人。其一，从实质上说，刑法规定串通投标罪，是为了保护招标投标竞争秩序，但并不是只有法人或者其他组织的行为才能侵害招标投标竞争秩序。上例中的甲与乙的行为严重侵害了招标投标竞争秩序。其二，从法律规定上说，刑法第231条规定：“单位犯本节第二百二十一条至第二百三十条规定之罪的，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，依照本节各该条的规定处罚。”这表明，刑法第223条所规定的串通投标罪的行为主体就是自然人。倘若按照招标投标法的规定解释刑法第223条的招标人与投标人，就意味着自然人不可能成为串通投标罪的行为主体，这便违反了刑法的规定。其三，在司法实践中，串通投标既可能是招标、投标的法人或者单位之间进行串通，也可能是主管、负责、参与招标、投标的人，为了谋取个人利益，就招投标事项进行串通。倘若将后一种情形排除在串通投标罪之外，必然不利于保护招标投标竞争秩序。基于上述理由，本书认为，应当将刑法第223条中的招标人与投标人，解释为主管、负责、参与招标、投标事项的人。这一解释虽然不符合招标投标法的规定，但符合刑法的规定。符合刑法规定的解释，不会违反罪刑法定原则。对刑法的概念没有必要完全按照其他法律的规定做出解释。因为刑法具有独立性，有其特定的目的与特定的规制对象，对刑法概念的解释应当在刑法用语可能具有的含义内，选择符合刑法目的的解释。将刑法第223条中的招标人与投标人，解释为主管、负责、参与招标、投标事项的人，也没有超出该用语可能具有的含义。由此可见，即使刑法条文使用了行政法、经济法等法律中的概念，也并不意味着必然按照行政法、经济法等法律的规定解释刑法上的概念。

第六，解释结论与刑法的相关条文内容以及刑法的整体精神相协调时，不宜认定为类推解释。反之，当扩大解释与相关条文产生冲突，与刑法的整体精神相矛盾时，很容易形成类推解释。例如，当A条文规定对某种行为按B条文所规定的犯罪处罚时，如果不是法律拟制，只是

注意规定，那么，对 A 条文所使用的用语能否做出扩大解释，要取决于 B 条文的规定。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。”“发生性关系”的通常含义是发生性交，但即使是在日常生活中，也会对该用语作扩大解释，即完全可能存在性交以外的性关系。但是，由于刑法第 236 条规定的是强奸罪，刑法第 237 条又规定了强制猥亵、侮辱妇女罪与猥亵儿童罪，故强奸罪只能限于性交行为。既然如此，对刑法第 241 条中的“发生性关系”就不能作扩大解释，只能按通常含义解释。<sup>①</sup>又如，当刑法条文一直明确将两种现象分别规定时，如果某个分则条文只是规定了一种现象，那么，原则上就不能将没有规定的另一现象解释成刑法分则条文所规定的现象，或者说不能将该分则条文的规定扩大解释为包括其没有规定的现象，否则，会被人们视为类推解释。例如，刑法第 67 条所规定的准自首的主体为“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯”，第 316 条第 1 款规定的犯罪主体为“依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人”，第 2 款规定的对象为“押解途中的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人”，第 400 条规定的是“在押的犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯”。这说明，刑法严格区分了罪犯与被告人、犯罪嫌疑人。因此，当刑法明文将犯罪主体限于“依法被关押的罪犯”时（刑法第 315 条），不能将“罪犯”解释为罪犯、被告人与犯罪嫌疑人，否则便有类推解释之嫌。但是，刑法总则与分则对“犯罪分子”与“犯罪的人”、“有罪的人”的规定，则并不限于已被法院依法判决有罪的罪犯，因而可能包括被告人与犯罪嫌疑人。这种解释不是类推解释，甚至不是扩大解释，而是刑法用语的相对性。

第七，某种解释是否违反罪刑法定原则的类推解释，不能仅从解释者的文字表述上做出判断，还要联系解释结论的合理性做出判断。换言之，有的解释理由与解释结论的文字表述，给人以违反罪刑法定原则的感觉，但实际上却不一定如此。<sup>②</sup>在不影响处罚范围的前提下，只要变换文字表述，就不会给人以违反罪刑法定原则的感觉。例如，根据刑法第 264 条规定，盗窃公私财物“数额较大”的，构成盗窃罪。根据最高

① 只有对强奸罪中的“奸”作扩大解释，才有可能相应地对刑法第 241 条第 2 款中的“发生性关系”作扩大解释。

② 当然也存在相反的情形，即解释理由与解释结论的文字表述似乎并不违反罪刑法定原则，但实际上却可能违反罪刑法定原则。

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》，盗窃公私财物价值人民币 500 元至 2 000 元以上的，为“数额较大”。但该司法解释第 6 条第 1 项同时规定：“盗窃公私财物接近‘数额较大’的起点，具有下列情形之一的，可以追究刑事责任：1. 以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的；2. 盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的；3. 造成严重后果或者具有其他恶劣情节的。”有学者针对这一司法解释指出：“这实际上是在刑法第 264 条的规定之外另立盗窃罪之罪与非罪的其他区分标准，明显属于类推解释。2002 年 7 月 15 日最高人民法院发布的《关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等司法解释中也存在这种现象。”<sup>①</sup> 诚然，倘若仅从文字表述来说，上述司法解释的确违反罪刑法定原则。因为刑法第 264 条明文规定只有盗窃公私财物“数额较大”才成立盗窃罪，但司法解释却说盗窃公私财物“接近”“数额较大”时，也成立盗窃罪。换言之，司法解释的文字表述给人们的感觉是，即使盗窃行为不符合刑法所规定的“数额较大”的要求，也构成盗窃罪。然而，在笔者看来，刑法第 264 条所规定的“数额较大”，应是一个相对的概念。首先是相对于地区而言：由于中国地域辽阔，各地经济发展不平衡，故各省、自治区、直辖市高级人民法院可根据本地区经济发展状况，并考虑社会治安状况，在上述数额幅度内，分别确定本地区执行的“数额较大”标准。其次是相对于情节而言：如果其他方面的情节严重，数额要求则应相对低一些；如果其他方面的情节轻微，数额要求则应相对高一些。所以，司法解释做出了上述规定。倘若司法解释变换文字表述，则不会给人以违反罪刑法定原则的感觉。亦即，倘若司法解释首先规定一般情形下的“数额较大”标准（假定为 500 元），再规定具有严重情节时的“数额较大”标准（假定为 300 元）<sup>②</sup>，然后规定情节较轻时的“数额较大”标准（假定为 1 000 元），那么，尽管处罚范围没有变化，但不会有违反罪刑法定原则之嫌。

① 陈志军：《刑法司法解释应坚持反对类推解释原则》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》，2006（2），38～39 页。

② 例如，在将一般情形的盗窃数额较大的起点规定为价值人民币 500 元至 2 000 元的前提下，上述司法解释第 6 条第 1 项，宜采取以下表述：“盗窃公私财物，具有下列情形之一的，‘数额较大’的起点为价值人民币 300 元至 1 000 元：1. 以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的；2. 盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的；3. 造成严重后果或者具有其他恶劣情节的。”

第八，应当通过一般人的接受程度判断某种解释是否会侵犯国民的预测可能性、是否违反罪刑法定原则。一种解释结论能否被一般人接受，常常是判断解释结论是否侵犯国民的预测可能性的重要线索。因为当解释结论被一般人接受时，就说明没有超出一般人预测可能性的范围；当一般人对某种解释结论大吃一惊时，或者说当一般人对某种解释感到特别意外时，常常表明该解释结论超出了一般人预测可能性的范围。例如，旧中国与国外刑法都将非法侵入住宅罪的构成要件规定为：“无故侵入他人住宅或者经要求退出但仍不退出。”我国的新旧刑法均只有“非法侵入他人住宅”的表述，但刑法理论千篇一律地将本罪定义为“未经允许非法进入他人住宅或者经要求退出无故拒不退出的行为”<sup>①</sup>，人们却习以为常而没有异议。但当笔者提出，非法吸收公众存款，包括“公众有权提取存款时不允许公众提取存款”时<sup>②</sup>，人们却提出了疑问。<sup>③</sup>其实，两者的解释原理完全相同。如果说将不支付存款解释为“非法吸收”存在疑问，那么，将不退去解释为“侵入”也存在问题。反之，如果将不退去解释为“侵入”是合理的，那么，将不支付存款解释为“非法吸收”也是合理的。由此看来，一种解释结论被人们接受的程度是一个重要问题。所强调的是，解释者不仅要考虑刑法学家、司法人员的接受程度，更要考虑一般人的接受程度。

犯罪可以大体上分为自然犯与法定犯。一般人容易认识自然犯的可罚性，故对有关自然犯的法条的扩大解释，不致侵害国民的预测可能性；一般人难以认识法定犯的可罚性，故对有关法定犯的法条的扩大解释，容易侵害国民的预测可能性。所以，与对有关法定犯的法条的扩大解释的允许程度与范围相比较，对有关自然犯的法条的扩大解释的允许程度与范围，可以略为缓和、宽泛。

总之，某种解释是类推解释还是扩大解释，并不是单纯的用语含义问题。换言之，某种解释是否被罪刑法定原则所禁止，要通过权衡刑法条文的目的、行为的处罚必要性、国民的预测可能性、刑法条文的协调性、解释结论与用语核心含义的距离等诸多方面得出结论。在许多情况

① 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，4版，537页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。

② 参见张明楷：《刑法学（下）》，633页，北京，法律出版社，1997。

③ 参见马克昌主编：《经济犯罪新论：破坏社会主义市场经济秩序罪研究》，321页，武汉，武汉大学出版社，1998。

下，甚至不是用语的问题，而是如何考量法条目的与行为性质，如何平衡法益保护机能与人权保障机能的问题。

至于在扩大解释内部如何区分合理的扩大解释与不合理的扩大解释，虽然原则上也可以适用上述扩大解释与类推解释的区分标准，但更重要的是需要联系具体法条与案件事实做出具体判断。

笔者曾经指出：“扩大解释与类推解释没有固定不变的界限，以前属于类推解释的，以后可能属于扩大解释，或者相反。相对于此条文属于类推解释的，相对于彼条文可能属于扩大解释。”<sup>①</sup>有学者针对笔者的上述观点指出：“如此主张‘扩大解释与类推解释没有固定不变的界限’的论断，实在令人惊讶。揣摩论者的初衷，无非是想强调要用发展的眼光、相对的眼光来看待扩张解释与类推解释的界限问题。殊不知，如此一来，就在不经意间偷换了概念，即将所讨论的‘某种解释是类推解释还是扩大解释’的问题，偷换成为‘某一用语在不同的文本中是类推解释还是扩大解释’的问题。诚然，同一用语在不同的文本中可能具有不同的含义，如果文本发生了变化（如法律条文的修改），相同的解释结论，就有可能分别属于类推解释或者扩张解释，甚至是文理解释；同样地，对不同文本中的同一用语所作的相同解释结论，也有可能分别属于类推解释或者扩张解释，甚至是文理解释。问题在于，‘某种解释是类推解释还是扩大解释’是针对特定的文本中的解释结论而言的。而此特定的情形中，用语可能具有的含义是固定的，扩张解释与类推解释的界限也是固定的。那种认为‘扩张解释与类推解释没有固定不变的界限’的论断，看似符合辩证法，但其实质却是不自觉地陷入了不可知论的泥潭，无助于厘定类推解释与扩张解释的界限。”<sup>②</sup>

首先，笔者的主张是就对同一文本的用语所作的解释而言，并不是批评者所“揣摩”的不同文本。所以，不存在批评者所称的偷换概念的问题。

其次，笔者的观点明显具有两个意思：（1）就同一文本的用语而言，以前做出某种解释属于类推解释，现在做出这种解释就可能属于扩大解释。例如，1997年制定刑法时，虚拟财产实属罕见，在当时的情况下，将虚拟财产解释为刑法上的“财物”，基本上属于类推解释。但在当下，将虚拟财产认定为刑法上的“财物”，基本上属于扩大解释。

① 张明楷：《刑法学》，3版，50页，北京，法律出版社，2007。

② 利子平：《论刑法中类推解释与扩张解释的界限》，载《法学》，2010（4），28页。

至于这种扩大解释合理与否，则是另一回事。反过来，也可能出现这样的现象：以前做出某种解释属于扩大解释，现在做出这种解释则可能属于类推解释。（2）就同一用语而言，在 A 条文中做出某种解释可能是扩大解释，而在 B 条文做出这种解释则可能是类推解释。反之亦然。前述关于“弹药”的解释就说明了这一点。

再次，即使在一个法律文本中，一个用语或者概念的含义，也会发生变化。因为法律的真实含义是从社会生活事实中发现的，尽管法条中的用语不变，但随着社会生活事实的变化，人们价值观念的变化，该用语的含义也会发生变化。认为在特定的法律文本中，“用语可能具有的含义是固定的”观点，并不成立。

最后，即使在一个法律文本中，同一个用语在不同的条文中时，因为涉及法益保护的不同、处罚范围的限制不同、与相关条文的关系不同等原因，也可能具有不同含义。刑法用语的这种相对性，也能佐证笔者的前述观点具有合理性。

#### （五）反对解释

反对解释（或反向推论、反面推论），是指据刑法条文的正面表述，推导其反面含义的解释技巧。反对解释只有在以下两种情况下才能采用：一是法条所确定的条件为法律效果的全部条件（充分必要条件）；二是法条所确定的条件为法律效果的必要条件。例如，刑法第 257 条第 1 款规定了暴力干涉婚姻自由罪的构成要件与法定刑，第 3 款规定：“第一款罪，告诉的才处理。”据此，可以得出如下反对解释的结论：没有告诉的，不得处理。再如，刑法第 241 条第 6 款规定：“收买被拐卖的妇女、儿童，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的……可以不追究刑事责任。”对此，可以得出如下反对解释的结论：收买被拐卖的妇女，阻碍其返回原居住地的，应当追究刑事责任。

反过来说，如果法条所确定的条件只是法律效果的充分条件，则不能进行反对解释。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。”对此，不能做出如下反对解释：“没有利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的，不得依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。”例如，没有利用职权而以暴力方法奸淫现役军人的妻子的，也必须依照刑法第 236 条的规定定罪处罚。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。”对此，不能做出如下反对解释：“单纯出卖妇女、儿童的，不得依照刑法第 240 条的规定定罪处罚。”因为“从‘一个特定条件对于某个特定效果系属充分’这个语句，根本不能对于这些充分条件不存在的案例导出任何的结论。对于这个效果的发生而言，除了这组充分条件外，还可能会有其他的充分条件。只有当我们确认了，对于此一法律效果的发生，除了这个基础规范（Ausgangsnorm）外，别无任何其他的充分条件存在，并且也没有类推适用基础规范的余地，那么才能进而确认该法律效果不会发生，也就是说，所谓的反面推论，不过就是一种‘拒绝类推’（die Ablehnung einer Analogie）的表示”<sup>①</sup>。

#### （六）补正解释

一般来说，补正解释，是指在刑法文字发生错误时，统观刑法全文加以补正，以阐明刑法真实含义的解释技巧。例如，刑法第 191 条第 1 款前段规定：“明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质，有下列行为之一的，没收实施以上犯罪的所得及其产生的收益，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处洗钱数额百分之五以上百分之二十以下罚金……”其中“没收”概念的使用，就是错误的。因为刑法第 64 条规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”据此，对于贪污犯罪、金融诈骗犯罪的所得，应当及时返还被害人，而不能一律上缴国库。因此，对刑法第 191 条中的“没收”应当解释为没收或者返还被害人。不言而喻，补正解释必须符合立法目的，符合刑法的整体规定。所以，一般来说，补正解释只限于根据刑法的目的与相关规定，对使用不当的用语做出与刑法整体相协调的解释。<sup>②</sup>

从广义上说，对刑法条文的补正解释，还发生在对于犯罪性质的补

① [德] Ingeborg Puppe: 《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，121~122 页，台北，元照出版公司，2010。

② 根据刑法规定的犯罪构成要件及其关联性，增加不成文的构成要件要素时，一般不认为是补正解释。例如，“非法占有目的”是盗窃罪的不成文的主观的构成要件要素，但不宜认为这是一种补正解释。

正解释上。例如，德国旧刑法将非法侵入住宅罪规定在其刑法分则第七章“对公共秩序的重罪与轻罪”中；德国现行刑法也将非法侵入住宅罪规定在其刑法分则第七章“妨害公共秩序的犯罪”中。但是，德国刑法理论的通说认为，非法侵入住宅罪的法益是住宅权，属于对个人法益的犯罪。<sup>①</sup>受德国旧刑法的影响，日本现行刑法将非法侵入住宅罪规定在对社会法益的犯罪中。但日本刑法理论几乎没有争议地认为，非法侵入住宅罪属于对个人法益的犯罪；各种教科书都是在“对自由的犯罪”中讨论非法侵入住宅罪。正如大谷实教授所言：“关于本罪（即侵入住宅罪——引者注）的特性与保护法益，立法上并不一致。过去的立法例大多将本罪视为对社会法益之罪的一种，我国旧刑法也将本罪规定在对社会法益的犯罪中。而且，从本罪在现行刑法典的位置来看，也可以认为，现行刑法的立法者是将本罪理解为对社会法益的犯罪的。这样的立法，立足于侵害住宅给家族整体或者近邻造成了不安的观点，但在现在，将侵入住宅罪理解为对个人法益之罪的一种的个人法益说，成为通说。”<sup>②</sup>显而易见的是，在将刑法典中的侵害社会法益的犯罪补正解释为侵害个人法益的犯罪时，对构成要件的解释也必然随之发生变化。类似这种对犯罪性质的补正解释，在国外（尤其是德国）并不罕见。

那么，我国是否也存在需要进行类似补正解释的情形呢？回答是肯定的。例如，刑法第323条规定：“故意破坏国家边境的界碑、界桩或者永久性测量标志的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”司法解释认为本条规定了两个犯罪，即破坏界碑、界桩罪与破坏永久性测量标志罪。由于破坏永久性测量标志罪被规定在“妨害国（边）境管理罪”一节中，且根据条文的表述，本罪的永久性测量标志，似应限于国家边境的永久性测量标志。然而，许多永久性测量标志，如水准点、地形点、天文点、导线点、炮控点等，并不位于国家边境，却值得刑法保护（在旧刑法中也受到保护），但破坏这些永久性测量标志的行为，并不会妨害国（边）境管理。因此，可以认为，本罪虽然规定在“妨害国（边）境管理罪”一节中，但并不属于妨害国（边）境管理的犯罪，永久性测量标志也不限于“国家边境的永久性测量标志”。这便是对本罪性质的补正解释。就本罪而言，对犯罪性质的补正解释的结果是扩大了本罪的处罚范围。

① 参见张明楷：《法益初论》，修订版，443页以下，北京，中国政法大学出版社，2003。

② [日]大谷实：《刑法讲义各论》，新版第2版，123~124页，东京，成文堂，2007。

仔细研究刑法分则条文就会发现，对于许多条文所规定的犯罪，都有可能作补正解释。例如，在现行刑法典中，强迫他人吸毒罪、强迫卖淫罪、引诱幼女卖淫罪、嫖宿幼女罪都属于对社会法益的犯罪，但完全有可能将这些犯罪补正解释为对个人法益的犯罪。当然，从我国解释现状来看，这些犯罪是属于对社会法益的犯罪还是对个人法益的犯罪，似乎对构成要件的解释并无直接影响。但是，就某些犯罪而言，是否对犯罪性质进行补正解释，会对构成要件直接产生重要影响。下面以诬告陷害罪和引诱未成年人聚众淫乱罪为例作简要说明。

关于诬告陷害罪的保护法益的争议，主要涉及自己诬告、得承诺的诬告、诬告虚无人以及向外国刑事司法机关诬告是否构成犯罪的的问题（参见本书第六章）。我国刑法将诬告陷害罪规定在刑法分则“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章中，换言之，刑法将诬告陷害罪规定为对个人法益的犯罪。那么，是否需要对此进行补正解释，使之成为对国家法益的犯罪（“妨害司法罪”）呢？本书目前持否定回答。首先，我国刑法第243条将诬告陷害罪的对象限定为“他人”。这意味着自己诬告不可能构成诬告陷害罪。其次，刑法第243条使用了“陷害”他人的表述，亦即，只有“陷害”他人的行为才可能成立诬告陷害罪。而“陷害”他人，意味着对个人法益的侵害。再次，旧刑法将诬告陷害罪与伪证罪均规定在“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章中。1997年修订刑法时，虽然将伪证罪从对个人法益的犯罪调整到对国家法益的犯罪（“妨害司法罪”）中，但并没有将诬告陷害罪调整到“妨害司法罪”中。这表明，现行刑法鉴于“文革”的历史教训，依然将诬告陷害罪的保护重点放在个人法益上。最后，鉴于我国的司法机关的权力还没有受到应有的限制，倘若将诬告陷害罪补正解释为妨害司法罪，不利于保障国民的人权。

总之，我国刑法所规定的诬告陷害罪，仍然是对个人法益的犯罪。如果诬告行为没有侵犯个人法益，即使妨害了刑事司法，也不能认定为诬告陷害罪。所以，自己诬告、得承诺的诬告<sup>①</sup>、诬告虚无人三种情形，因为没有侵犯他人的法益，不成立诬告陷害罪。但是，向外国刑事司法机关诬告我国公民的，虽然没有妨害我国的刑事司法，却侵犯了我

<sup>①</sup> 当然，由于对生命的承诺是无效的，故诬告他人所犯之罪应当判处死刑时，即使得到被害人承诺，也应以犯罪论处。但这种诬告行为仅成立故意杀人罪的间接正犯，而不成立诬告陷害罪。

国公民的个人法益，应认定为诬告陷害罪。

刑法第 301 条规定了聚众淫乱罪与引诱未成年人聚众淫乱罪，该条位于刑法分则第六章的第一节扰乱公共秩序罪中。可以肯定的是，聚众淫乱罪是对社会法益的犯罪。既然如此，就不能按字面含义从形式上理解聚众淫乱罪的罪状。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，一律构成本罪。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。<sup>①</sup> 因此，三个以上的成年人，基于同意所秘密实施的性行为，因为没有侵害公众对性的感情，不属于刑法规定的聚众淫乱行为。只有当三人以上的聚众淫乱行为具有某种程度的公然性，即以不特定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。问题在于，刑法第 301 条第 2 款规定的引诱未成年人聚众淫乱罪，是否属于对社会法益的犯罪？本书持否定回答。换言之，刑法理论应当将引诱未成年人聚众淫乱罪补正解释为对个人法益的犯罪，亦即，刑法规定本罪是为了保护未成年人的身心健康。因此，一方面，对本罪中的“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，也成立本罪。另一方面，本罪中的聚众淫乱活动不要求具有公然性。换言之，引诱未成年人参加秘密聚众淫乱活动的，也应以本罪论处。

刑法学中的补正解释的核心解释在于“正”，而不是在于“补”，即刑法学中的补正解释的核心，在于纠正刑法的文字表述错误与体系安排错误，以阐明法条的真实含义，而不是将刑法没有明文规定的“犯罪”补充解释为犯罪，否则便违反罪刑法定原则。

<sup>①</sup> 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。



## 第二章

# 分则与总则

### 一、分则与总则的关系

从沿革上考察，刑事立法都是先有分则性规定，后以分则性规定为基础形成总则性规定。在我国，《唐律·名例》已经明显属于刑法总则的规定。在欧洲，刑法典的总则规定，是在17世纪的意大利刑法学影响下，经过18世纪德国各州的刑法典、奥地利刑法典等而逐渐发展，直至19世纪初的法国刑法典而最终形成的。至于刑法学的总论体系，则是由费尔巴哈首先完成的。<sup>①</sup>

总则规定犯罪与刑罚（以及其他法律后果）的一般原则、原理，分则规定具体的犯罪及其法定刑。所以，总的来说，总则规定与分则规定大体上是一般与特殊、抽象与具体的关系。但严格来说，一般与特殊、抽象与具体的关系并不是对总则与分则关系的完整表述。因为总则的大部分规定并没有抽象出分则的全部内容，或者说没有全面抽象分则的规定。例如，对于分则条文规定的表明客观违法性的罪状，总则并没有也不可能做出抽象规定。同样，就许多要素而言，在总则做出一般性规定后，分则并不做出具体规定。例如，刑法分则没有一个条文规定责任年龄与责任能力。显然，总则关于责任年龄与责任能力的规定，并不是从分则规定中抽象出来的。因此，应当认为，总则是关于犯罪与刑罚的共通规定，分则原则上是关于犯罪与刑罚的具体或特别规定。<sup>②</sup> 因为总则是共通规定，所以，它一方面指导分则，另一方面也补充分则。由于分则是具体或特别规定，所以，它完全可能在总则要求之外另设特别或例

<sup>①</sup> 参见〔日〕大塚仁：《刑法各论》，4页，东京，青林书院新社，1968。

<sup>②</sup> 由于立法技术等方面的原因，我国的刑法分则事实上存在一些一般规定。如分则关于“毒品”、“淫秽物品”、“战时”等概念的解释性规定，也是可以纳入总则规定的。

外规定。所以，不能要求分则规定完全“符合”总则规定。

分则没有规定某种构成要件要素时，解释者不能简单地否定该要素，而应考察总则是否存在一般性规定。例如，刑法总则第17条对主体的责任年龄作了规定；第18条对主体的责任能力作了规定。正因为如此，当具体犯罪的成立在行为主体的责任要素方面没有特别要求时，刑法分则条文便没有、也无必要重复规定主体的责任年龄与责任能力。在这种情况下，并非不需要主体达到责任年龄和具有责任能力，而是具备刑法总则规定的责任年龄与责任能力要件即可。再如，刑法分则对大多数犯罪没有规定“故意”，在这种没有规定“故意”的场合，并不是不需行为人具有故意。因为根据刑法总则第14条、第15条的规定，如果刑法分则没有规定过失也应当负刑事责任的，当然只能由故意构成。

分则规定不同于总则的一般规定时，应当认为是分则的特别或例外规定，而不能简单地否认分则的规定。例如，刑法第241条第6款规定：“收买被拐卖的妇女、儿童，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任。”解释者不能认为，本款内容违反了总则的一般规定。事实上，该款是基于政策理由以及为了更好地保护妇女、儿童的人身自由所作的特别规定。再如，刑法第390条第2款规定：“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。”解释者不能做出如下批判：“该行为不是中止，故规定适用中止的法律效果是错误的；该行为虽可以认定为自首，但总则只是规定对犯罪较轻的自首可以免除处罚，故该规定违反总则关于自首的规定。”同样，该规定也具有刑事政策方面的特别理由。

“分则规定犯罪的具体要件，总则规定犯罪的共同要件”的说法，大体上成立。但严格来说，也并非没有疑问。因为分则并没有完整地规定各种犯罪的全部具体要件，总则也没有完整地规定各种犯罪的共同要件。人们对犯罪构成究竟有多少要件之所以存在争议，原因之一也在于此（但这并不是说总则应当规定犯罪的共同要件）。事实上，对于任何一个具体犯罪的构成要件，都需要同时根据总则与分则的规定予以确定。基于同样的理由，对于所谓犯罪构成的共同要件，也需要同时根据总则与分则的规定予以确定。

“分则规定基本的犯罪构成，总则规定修正的犯罪构成”的说法，同样需要研究。按照日本刑法理论的通说，构成要件以既遂为模式，但是，由于刑法明文规定对许多犯罪处罚未遂，于是，不得不认为既遂犯

的构成要件是基本的构成要件，而未遂犯的构成要件是修正的构成要件。<sup>①</sup>以故意杀人罪为例。其基本构成要件是致人死亡，而就未遂犯所形成的修正构成要件是只要有杀人的实行行为即可。这种说法即使在日本的犯罪论体系中也存在疑问。首先，如果说构成要件是犯罪类型，同时认为杀人既遂与杀人未遂分属不同类型的犯罪，那么，完全应当说杀人既遂罪与杀人未遂罪各自具有不同的构成要件，前一犯罪类型要求发生死亡结果（侵害犯），后一犯罪类型不要求发生死亡结果（危险犯），而不是基本构成要件与修正构成要件的问题。如果认为杀人既遂与杀人未遂属于同一犯罪类型，那么，它们的构成要件就应当相同，即死亡结果不是杀人罪的构成要件。其次，认为分则规定的是基本的构成要件，总则规定的是修正的构成要件，似乎并不完全符合立法现实。因为日本刑法总则只是规定了未遂的定义与处罚原则，而哪些犯罪处罚未遂皆由分则明文规定。当分则条文在规定了杀人罪之后接着规定“前条犯罪的未遂亦罚”时，需要根据分则条文对构成要件的规定以及保护法益来决定何谓着手、何谓未遂。在此意义上说，分则实际上也规定了犯罪未遂。最后，将构成要件分为基本的构成要件与修正的构成要件还存在其他缺陷。例如，修正的构成要件理论似乎存在一种不该存在的“但书”关系：成立故意杀人罪以发生死亡为条件，但是没有发生死亡结果的，也成立故意杀人罪。再如，“修正的构成要件”概念容易使人误认为只有未遂犯、共犯的构成要件是“正确的构成要件”<sup>②</sup>；也容易使人通过对通常的构成要件理论进行修正来处理未遂与共犯理论；更没有说明未遂犯、共犯的性质与处罚根据。<sup>③</sup>我国的立法体例也难以接受修正的构成要件理论。刑法总则规定原则上处罚犯罪未遂，如果认为分则规定的犯罪以既遂为模式，则几乎所有故意犯罪的未遂，都可能受刑罚处罚。在一些犯罪中，还可能得出与犯罪本质相违背的结论。例如，行为人多次盗窃，但分文未得。如果说刑法分则规定的犯罪构成以既遂为模式，则意味着该行为也成立盗窃既遂。在被害人没有任何财产损失的情况下，认定行为人的盗窃行为既遂，恐怕是有疑问的。另一方面，如果认为三次盗窃就是犯罪既遂，那么，很可能认为两次盗窃（未达到数额较大）时就是犯罪未遂。实际上，后者根本不成立犯罪。所以，能否说总

① 笔者没有在德国文献中见到“修正的构成要件”的概念。

② [日]平野龙一：《刑法总论Ⅱ》，307页，东京，有斐阁，1975。

③ 参见[日]前田雅英：《刑法总论讲义》，3版，101页，东京，东京大学出版会，1998。

则规定的是修正的犯罪构成，也是值得进一步研究的问题。当然，基于约定俗成的缘故，也可以继续使用基本的犯罪构成与修正的犯罪构成概念，但是需要明确这两个概念的真实含义，不能望文生义，进而产生误解。

## 二、总则对分则的指导

刑法总则存在许多一般原则、一般概念的规定。这种一般原则、一般概念的规定不仅指导总则的规定与对总则的解释、适用，而且指导分则的规定与对分则的解释、适用。所以，在解释分则时，一定要以总则的规定为指导。下面仅就几个问题进行讨论。

### （一）构成要件的解释

刑法第13条规定了犯罪的一般概念：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”不管人们如何认识犯罪的基本特征，可以肯定的是，只有严重危害社会（严重侵害法益），依照法律应当受刑罚处罚的行为，才是犯罪。还可以肯定的是，犯罪构成以犯罪概念为指导。因此，对犯罪构成及其要件的解释，应以犯罪概念为指导，具体表现为，对分则所规定的具体犯罪构成要件的解释，必须使行为的社会危害性（法益侵害性）达到应受刑罚处罚的程度，而不能离开刑法第13条的规定，对分则条文进行形式主义的解释。

如所周知，贝林（Beling）的行为构成要件论，实际上是形式的构成要件论。他认为构成要件所描述的事实具有价值中立性，于是，构成要件与违法性没有关系。构成要件要素也仅限定为客观的、记述的要素，而不包括规范的、主观的要素。贝林如此解释，源于德国旧刑法第59条第1款。该款规定：“没有认识到存在属于法定的构成要件的事实或加重刑罚的事实时，不得对该事实进行归责。”（相当于德国现行刑法第16条第1款）。贝林在定义构成要件时，是根据该规定，从“故意所必须认识的事实是什么”这一点出发的。由于故意属于主观的要素，其认识的对象只能是客观事实，因此，联系上述规定，构成要件只能包含

客观要素。换言之，作为犯罪成立条件之一的客观要素，同时也是故意犯罪的成立必须认识到的客观要素，此即构成要件。于是，主观的要素不属于构成要件。因为要求行为人认识到自己的主观认识，不仅没有意义，而且不具有合理性。正因为如此，构成要件具有故意的规制机能（故意的认识内容由客观的构成要件决定）。<sup>①</sup> 根据贝林的观点，对构成要件只能进行形式的解释。但是，如果对构成要件进行形式的解释，就必然导致在构成要件外就违法性进行伦理的判断；也可能导致实质上不值得科处刑罚的行为也被科处刑罚。<sup>②</sup> 换言之，在构成要件之外寻找违法性的基础，反而违反罪刑法定原则。“亦即，只能将引起了立法者所设定的构成要件框架内的法益侵害、危险作为处罚的积极的基础，正是罪刑法定主义的要求。”<sup>③</sup> 于是，后来的德国学者对构成要件进行实质的、机能的考察，使构成要件成为违法类型（或违法有责类型），即行为只要符合构成要件，原则上便具有实质的违法性（与责任性）。因为刑法总是将值得科处刑罚的犯罪行为类型化为构成要件，故构成要件不可能成为价值中立的概念；换言之，因为立法者认为一定类型的行为具有当罚性才制定刑罚法规，故构成要件是当罚行为的类型。既然如此，立法者在描述构成要件时，必然对符合构成要件的行为进行实质的评价。为什么德国旧刑法第 59 条第 1 款（德国现行刑法第 16 条第 1 款）规定故意必须认识到符合构成要件的事实呢？显然，只是认识到一定的事实，还不能成为作为有故意进行非难的决定因素，因为，为了存在故意而必须认识到的应是“违法的事实”。于是，构成要件不是单纯的行为类型，而是（至少是）违法行为的类型。这种观点直到现在仍然是德日等大陆法系国家刑法理论的通说。正如德国学者 Roxin 所说，所有的刑法规则都命令公民实施一定行为或者禁止公民实施一定行为；这些规定同时也对违反规则的行为进行了评价：它们至少在原则上是需要谴责的。当立法者在刑罚法规中规定了盗窃、敲诈勒索等行为时，他们并不是这么想的：“我在一个段落中描写了一个法律值得注意的行为，但我不想发表我的看法，我不肯定我所描述的行为是好的还是不好的；我的描写只是说明，这些行为不是无足轻重的，它要么是合法的，要么是违

① 参见 [日] 平野龙一：《犯罪论の诸问题（上）总论》，2～3 页，东京，有斐阁，1981。

② 参见 [日] 西田典之：《构成要件の概念》，载 [日] 西田典之、山口厚编：《刑法の争点》，3 版，14 页，东京，有斐阁，2000。

③ [日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，31～32 页，东京，有斐阁，2007。

法的。”事实上，立法者在想：“我描写的这些行为是社会无法忍受的，我要对这些行为进行谴责；所以我要通过构成要件规定这些行为并惩罚它们。”<sup>①</sup>

我国刑法分则对构成要件的规定是以总则第 13 条关于犯罪的一般规定为指导的，故应认为，分则所规定的客观构成要件都是为了使行为的法益侵害性达到应受刑罚处罚的程度。因此，解释者对分则规定的客观构成要件必须做出实质的解释。

不可否认的是，成文法的特点导致刑法分则的文字表述可能包含了不值得科处刑罚的行为，即客观上存在符合刑法的文字表述实质上却不值得处罚的现象。对于这个冲突，应当以刑法总则关于犯罪的一般概念为指导、通过实质的犯罪论来克服。详言之，由于刑法只是将值得科处刑罚的行为规定于刑法之中，故刑法所规定的行为必然是值得科处刑罚的行为。在由于语言的特点导致刑法的文字表述可能包含了不值得科处刑罚的行为时，应当对刑法做出实质的解释，使刑法所规定的行为仅限于值得科处刑罚的行为。否则，根据刑法被定罪量刑的行为，完全可能是没有侵害法益或者侵害程度轻微的行为。这违反了罪刑法定原则的民主主义的思想基础以及禁止处罚不当罚的行为的实质性要求。例如，刑法第 253 条规定：“邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的，处二年以下有期徒刑或者拘役。”我们不能认为，这一规定包含了不值得科处刑罚的一切私自开拆、隐匿或者毁弃邮件、电报的行为。例如，一名邮政工作人员出于集邮的爱好，将一封并无重要内容的信件上的邮票撕下，并将信件毁弃，但没有造成其他任何后果。如果仅从形式上考察，这一行为也符合了刑法第 253 条的文字表述，但我们不能认为该行为符合刑法第 253 条的构成要件，因为该行为不值得科处刑罚。换言之，我们只能将值得科处刑罚的私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的行为，解释为符合刑法第 253 条的罪状的行为。再如，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。”这里没有数额上的限制，如果从字面上解释，为了谋取不正当利益，给予国家工作人员一袋普通茶叶的行为，也构成行贿罪。可是，根据最高人民检察院的有关规定，行贿数额在 1 万元以上的，或者行贿数额不满 1 万元（但必须接近 1 万元且已达到该数额的 80% 以上）但具

<sup>①</sup> Claus Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Walter de Gruyter & Co. 1970, S. 171.

有为谋取非法利益而行贿、向3人以上行贿、向国家机关工作人员行贿、致使国家或者社会利益遭受重大损失的情形之一，才应予立案。<sup>①</sup> 最高人民检察院为什么做出这样的规定呢？显然是因为从字面上或形式上解释刑法第389条，会导致许多危害轻微的行贿行为乃至一般馈赠行为也构成行贿罪<sup>②</sup>；只有对罪状做出实质的解释，使其反映、说明实质的违法性，才能合理地限制处罚范围。

日本刑法学者的通常说法是，构成要件符合性是形式判断、类型判断，而违法性是实质判断、个别判断。<sup>③</sup> 我国也有学者指出：“罪刑法定原则首先考虑一个行为在刑法有没有规定，首先是看其犯罪构成要件。而在‘三阶层’理论中，一个行为是否构成犯罪也是先看其是否具有犯罪构成要件，这其实是一种形式判断，当一个行为具有构成要件该当性，实质判断是放在违法性当中进行判断的，若这个行为不具有构成要件该当性就不会再进行到违法性阶段。因此，‘三阶层’理论对犯罪论逻辑的安排本身就是使得形式判断先于实质判断的，不可能作出逆向的判断，这是由‘三阶层’理论特有的理论结构所造成的。”<sup>④</sup>

在三阶层体系的语境下，倘若仅仅从构成要件与违法性的关系，将构成要件符合性的判断称为形式判断、类型判断，将违法性的判断称为实质判断、个别判断，并在此意义上说形式判断优于实质判断，也无可非议。但是，我们不能据此误认为，构成要件符合性的判断只是一种形式判断。换言之，虽然日本学者强调从形式到实质地判断犯罪，但这并不意味着构成要件符合性的判断就是形式判断。

首先，日本刑法理论的通说认为构成要件是违法类型，既然如此，至少在没有正当化事由的情况下，构成要件就是违法性的存在根据，符合构成要件的行为就是违法行为。即使认为构成要件是违法有责类型，也能得出这一结论。例如，大谷实教授指出：“由于构成要件是违法且有责的行为类型，所以，符合构成要件的行为，原则上就具备违法性与责任。因此，其一，在违法性的层面，只要是符合构成要件的行为，就

① 最高人民检察院1999年9月16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（试行）》。

② 虽然严格地说，立案标准不同于定罪标准，但立案标准的提高，意味着定罪标准更严格。

③ 参见[日]大塚仁：《刑法概说（总论）》，4版，123页，东京，有斐阁，2008；[日]大谷实：《刑法讲义总论》，新版第3版，116页以下，东京，成文堂，2009；[日]山口厚：《犯罪论体系的意义与机能》，载《中外法学》，2010（1），25页。

④ 陈兴良：《定罪四个基本规则》，载《检察日报》，2009-11-05，3版。

应以是否存在违法阻却事由这种消极的方法来确定违法性。其二，在责任的层面，只要是符合构成要件的行为，就应以是否存在责任阻却事由这种消极的方法来确定责任。”<sup>①</sup> 既然违法性阶层的判断只是消极判断，就意味着构成要件必须为违法性提供积极根据。所以，在解释构成要件时，当然必须使符合构成要件的行为具有违法性，而且是值得科处刑罚的违法性。这并不意味着凡是具有可罚的违法性的行为，都必须被解释到构成要件中去。因为刑法并非处罚任何违法行为，而是仅处罚符合构成要件的违法行为。

其次，倘若将构成要件符合性完全演变为纯形式判断，不仅意味着构成要件丧失了违法性推定机能，而且意味着只能对构成要件进行平义解释，导致刑法各论没有实际意义。正因为如此，日本学者们无一例外地对构成要件符合性进行实质判断。例如，日本刑法第100条第1项规定：“以使依照法令被拘禁的人脱逃为目的，提供器具或者实施其他使其容易脱逃的行为的，处三年以下惩役。”据此，脱逃的帮助行为无疑构成援助脱逃罪。问题是教唆脱逃的行为是否构成援助脱逃罪？从文言上看，教唆脱逃是否属于“使其容易脱逃的行为”尚存在疑问，但不能仅从文言上形式化地得出否定结论。反对实质解释论的山中敬一教授明确表示“包含教唆脱逃的情形”<sup>②</sup>。再如，关于损坏器物罪中的“损坏”的含义，大谷实教授认为：“本罪的行为是损坏……所谓损坏，就是变更用一定材料作成的器物自身的形象或者使其灭失，也包括使人在事实或感情上不能按照该物的本来用途使用的情况在内，即使该物丧失其本来用途。如在他人的餐具里撒尿，或出于妨害利用的目的而将物隐匿，如将牌子摘下扔到空地上的行为，在违反《公共选举法》的布告上贴纸条的行为，都是损坏。”<sup>③</sup> 山中敬一教授对毁坏的解释，与大谷实教授的解释完全相同。<sup>④</sup> 不难看出，大谷实等教授并未对损坏进行形式解释。又如，日本刑法第104条规定：“隐灭、伪造或者变造有关他人刑事案件的证据，或者使用伪造、变造的证据的，处二年以下惩役或者二十万元以下罚金。”采取行为构成要件论的曾根威彦教授解释道：“隐灭，不限于物理的灭失，而是指妨碍证据的显出（如隐匿证人）以及使

① [日] 大谷实：《刑法讲义总论》，新版第3版，111页以下，东京，成文堂，2009。

② [日] 山中敬一：《刑法各论》，2版，730页，东京，成文堂，2009。

③ [日] 大谷实：《刑法讲义各论》，新版第3版，343页，东京，成文堂，2009。

④ 参见 [日] 山中敬一：《刑法各论》，2版，447页，东京，成文堂，2009。

其价值灭失、减少的一切行为。”<sup>①</sup> 大谷实教授也得出了相同结论。<sup>②</sup> 可以肯定，大谷实等教授将隐匿证人解释为隐灭证据是一种实质解释。<sup>③</sup>

在我国，反对实质解释论的学者也并非没有在构成要件阶段进行实质判断。例如，主张形式解释论的学者认为，组织男性进行同性性交易行为成立组织卖淫罪（笔者也赞成这一结论）。其理由是：“以卖淫而言，其本质含义是性交易，在一般情况下指异性之间的性交易。但在特殊情况下，将同性之间的性交易包含在卖淫的内涵之中，并不违反该词的基本含义。”<sup>④</sup> 显然，这是在对卖淫做实质解释，这种实质解释不是在违法性阶层做出的，而是在构成要件符合性阶层做出的。<sup>⑤</sup>

再次，如所周知，构成要件中有许多规范的要素。“规范的构成要件要素的判断，是一种价值判断”<sup>⑥</sup>，而不可能只是一种形式判断。

最后，倘若认为对构成要件只能进行形式判断，实质判断应当在违法性阶层进行，那么，就会出现如下问题：在违法性阶层进行实质判断的资料是什么？因为在三阶层体系中，“违法性”标题下研究的是违法阻却事由<sup>⑦</sup>，违法性判断只是消极判断，不存在专门的违法要素（违法要素都被纳入到构成要件中）。既然没有判断资料，就不可能进行违法性判断，实质判断就成为一句空话，结局必然导致将不具有可罚性的行为作为犯罪处理。另一方面，倘若形式解释论者主张，在违法性阶层进行实质判断的资料仍然是与构成要件相关的事实，那么，三阶层体系就演变成“形式构成要件→违法性（实质构成要件+违法阻却事由）→有责性”。但笔者不认为这种体系具有合理性。换言之，与其在违法性阶

① [日] 曾根威彦：《刑法各论》，3版，298页，东京，弘文堂，2001。

② 参见 [日] 大谷实：《刑法讲义各论》，新版第3版，573页，东京，成文堂，2009。

③ 需要说明的是，也许大谷实教授认为自己的上述解释依然是形式解释，但即使是中国的形式解释论者，恐怕也不认为上述解释只是一种形式解释。在此意义上说，大谷实教授所说的形式与我国学者所称的形式未必相同。所以，存在两种可能性：一是大谷实教授的形式解释论与其对构成要件作实质解释之间矛盾；二是我国的一些学者误解了大谷实教授的形式解释论。

④ 陈兴良：《判例刑法学》，上卷，47页，北京，中国人民大学出版社，2009。

⑤ 根据语义解释或者公众理解，卖淫是指“妇女出卖身体”，嫖宿是指“嫖妓（强调在一起过夜）”，嫖是指“男子玩弄女子”，妓指“妓女”（《现代汉语词典》，5版，913、1045、647页，北京，商务印书馆，2005）。显而易见，这样的解释根本不可能适用于刑法。

⑥ [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，4版，123页，东京，有斐阁，2008。

⑦ 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，81页，北京，法律出版社，2006。

层对构成要件重新进行实质判断，不如在构成要件阶层进行实质判断（当然以不违反罪刑法定原则为前提）。在三阶层体系中，由于违法性实际上是由行为符合构成要件和缺乏违法阻却事由两个判断所形成，只要缺乏违法阻却事由就具有违法性，所以，符合构成要件的行为必须具有实质的违法性。也因为如此，笔者认为构成要件具有实质内容。

既然违法（有责）类型说的三阶层体系决定了对构成要件必须进行实质解释，既然日本学者都在对构成要件进行实质解释，为什么又称构成要件符合性是形式判断，而违法性是实质判断呢？<sup>①</sup>这是因为违法性阶层的判断是更为实质的判断。亦即，在违法性阶层承认超法规的违法阻却事由，而在构成要件阶段，不可能存在超法规的构成要件符合性。所以，笔者一直认为，不管是在中国还是在外国，对构成要件的解释必然是在坚持罪刑法定原则下的实质解释（也可谓形式判断与实质判断的统一）。

在此依然不能回避何谓形式解释、形式判断的问题。倘若形式解释意味着“只能在可能的语义（及于语义的最大射程，包括语义的核心与边缘）内解释”<sup>②</sup>，那么，对法定的违法阻却事由的判断，对责任的判断，也是形式判断与实质判断的统一，而不只是实质判断。因为不按照刑法条文的规定判断正当防卫与紧急避险，不按照刑法条文的规定判断故意、过失与责任年龄、责任能力，必然导致判断的恣意性，也不一定符合罪刑法定原则。

我国主张形式解释论的学者指出：“就形式判断与实质判断之间的关系而言，先作形式判断，其后是可以再作实质判断的，形式判断不可

① 笔者没有见过德国刑法学者说构成要件符合性的判断只是形式判断。相反，德国学者认为，“符合构成要件的行为，在价值上无疑并非是中立的。”（〔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，80页，北京，法律出版社，2006）；“根据犯罪论的现状，可以认为，必须将为犯罪行为的实质的不法内容奠定基础的要素纳入构成要件。”（H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 245）。如前所述，罗克辛（C. Roxin）教授指出，所有的刑法规则都命令公民实施一定行为或者禁止公民实施一定行为；这些规定同时对违反规则的行为进行了评价：它们至少在原则上是需要谴责的（Vgl. Claus Roxin, Offener Tatbestande und Rechtspflichtmerkmale, Walter de Gruyter & Co. 1970, S. 171）。德国的刑法教科书在构成要件论中讨论行为无价值论与结果无价值论，也表明其构成要件并非只是形式，而是具有实质内容。当然，笔者也不认为，在此问题上，德国刑法理论与日本刑法理论存在分歧，而是认为，日本学者只是用不同的表述方式来阐释构成要件与违法性的关系。

② 陈兴良：《走向学派之争的刑法学》，载《法学研究》，2010（1），148页。

能取代实质判断，而能够为实质解释提供存在的空间。而先作实质判断，则其后就不可能再作形式判断，形式判断必然被实质判断所取代，实质判断的出罪功能无从发挥。”<sup>①</sup>倘若说这段话所表述的是构成要件符合性的判断与违法性判断的关系，就适用笔者以上的论述。倘若这段话仅仅就构成要件符合性的判断而言，则多少显得不公道。如上所述，在构成要件符合性阶段，不可能只是形式判断，而是必须有实质判断。如果说在构成要件符合性阶段之内，可以先形式判断后实质判断，那么，当然也可以先实质判断后形式判断。认为实质解释论只进行实质判断，是不符合事实的。即便在实行类推解释的时代，解释者遇到值得科处刑罚的案件时，也还要寻找最相类似的条文，判断行为是否与某个条文最相类似；在罪刑法定主义时代，没有人会认为，只要行为具有可罚性，就可以直接定罪量刑。因为即使先进行实质判断，也必须将其“归属于某一法条之下”，其中的“归属”当然是指行为符合法条规定的构成要件。

在形式判断与实质判断的问题上，不得不讨论可罚的违法性概念的必要性及地位。

大谷实教授指出：“在构成要件的解释时，应在进行处罚的必要性或者合理性的实质判断之前，从是否符合具有通常能力的一般人理解的见地出发，进行形式的解释……以处罚的必要性、合理性为基准的实质的判断，只要在查明符合构成要件之后，在违法性与责任阶段进行个别的、具体的判断就够了。”<sup>②</sup>换言之，大谷实教授认为，在解释构成要件时只进行形式的思考，一个行为实质上是否值得处罚，只能在违法性与有责性阶段进行。但是，这种说法是否真实，还存在疑问。

其一，如前所述，凡是违法要素都属于构成要件要素，在违法性阶层并不积极判断违法性，只是判断有无违法阻却事由。所以，所谓仅在违法性阶层进行实质判断是不真实的。况且，如前所述，大谷实教授实际上是在对构成要件进行实质的解释。

其二，正是因为违法性领域没有独立于构成要件之外的违法要素，所以，大谷实教授不得不采取可罚的违法性概念。例如，在日本，就盗窃一张报纸之类的案件而言，实质解释论否认盗窃罪的构成要件符合性；而形式解释论则认为该行为符合盗窃罪的构成要件，只是在违法性阶段以缺乏可罚的违法性为由使之无罪。可是，在构成要件要素之外，

① 陈兴良：《走向学派之争的刑法学》，载《法学研究》，2010（1），148页。

② [日]大谷实：《刑法讲义总论》，新版第3版，97~98页，东京，成文堂，2009。

并没有判断有无可罚的违法性的要素，怎么可能对行为是否可罚进行判断呢？结局是，要么在构成要件要素之外寻找可罚的违法性的根据，要么对符合构成要件的事实再次进行判断。前一种做法必然导致可罚的违法性判断的恣意性，于是大谷实教授采取了后一种做法：“违法性的判断对象是相当于（也可译为该当于——引者注）违法性要素的事实，违法性的判断基准是可罚的违法性。因此，首先，要以包含刑法法规在内的全体法秩序为基准判断违法性的有无；其次，以该行为对于法益保护以及社会伦理规范是否具有刑法上不能放置不管的质与量的违法性为基准判断可罚的违法性。”<sup>①</sup>但在笔者看来，大谷实教授提出的这种判断，至少存在两个方面的问题：一方面，主张在违法性阶层再对相当于违法性要素的事实进行重新判断，是与其提倡的犯罪论体系不相符合的。因为如前所述，大谷实教授认为，违法性层面的判断只是消极判断，而且相当于违法性要素的事实都是构成要件事实，故不可能在违法性层面对违法性要素的事实再次进行积极判断。另一方面，大谷实教授提出的可罚的违法性判断基准，只能形成因人而异、具有相当恣意性的判断。

我国刑法理论上也存在同样问题。亦即，对于不值得科处刑罚的行为，是通过实质的解释认定其不符合构成要件，还是形式地判断其符合构成要件之后，再以刑法第13条但书为根据宣告无罪？笔者采取前一种做法。例如，就邮政工作人员私拆一封并无重要内容的信件、并未造成严重后果的行为而言，实质解释论认为，只能将值得科处刑罚的法益侵害行为解释为符合违法构成要件的行为，因此，这种行为并不符合刑法第253条规定的犯罪构成要件；而形式解释论会认为其符合刑法第253条的犯罪构成要件，但通过直接引用第13条的但书宣告无罪。然而，立法者规定具体犯罪的构成要件时，是以该行为值得科处刑罚为根据的。反过来，解释者、适用者在解释和适用刑法规定的构成要件时，也必须从实质上理解，即只能将值得科处刑罚的行为解释为符合构成要件的行为。因此，对于不值得科处刑罚的行为，应以行为不符合构成要件为由宣告无罪，而不是直接以刑法第13条的但书为根据宣告无罪。虽然结论一样，但是，其一，形式解释论更具有恣意性。因为实质解释者是通过构成要件要素进行判断的，而形式解释论并非根据具体的判断资料得出结论。其二，与形式解释论相比，实质解释论更早地得出了有

<sup>①</sup> [日] 大谷实：《刑法讲义总论》，新版第3版，247页，东京，成文堂，2009。

利于被告人的无罪结论。

总之，刑法分则的解释与适用，绝不是一种极为简单的逻辑过程，即不是对某种事实以法律规范形式所作的归纳。“法律发现实质上表现为一种互动的复杂结构。这种结构包括着创造性的、辩证的，或者还有动议性的因素，任何情况下都不会仅仅只有形式逻辑的因素，法官从来都不是‘仅仅依据法律’引出其裁判，而是始终以一种确定的先入之见，即由传统和情境确定的成见来形成其判断。”所以，“一种唯理的（在广义上）法哲学必须是不仅只注重法权形式、概念和逻辑上的结构，而且还要首先关注其内容。”<sup>①</sup>

## （二）犯罪故意的要素

刑法第 14 条与第 15 条分别规定了故意犯罪与过失犯罪的定义。根据第 14 条的规定，故意是认识因素与意志因素的统一；直接故意与间接故意同属于故意，二者虽然存在差异，但本质相同。显然，在解释具体犯罪的故意形式与内容时，必须以总则第 14 条的规定为指导。例如，不可认为，“刑法分则条文规定的某些具体犯罪只能由间接故意构成，不能由直接故意构成”。因为，既然间接故意都能成立，直接故意更能成立；事实上也不存在“某种行为出于直接故意时成立此罪，出于间接故意时成立彼罪”的情况。同样，也不可轻易说：“某种犯罪只能由直接故意构成，不能由间接故意构成”。因为在刑法分则中，凡是由故意构成的犯罪，刑法分则条文均未排除间接故意；当人们说某种犯罪只能由直接故意构成时，只是根据有限事实所作的归纳，并非法律规定。即使解释者了解现实所发生的一切盗窃案件，得出了所有的盗窃犯都是出于直接故意，这也只是事实，而刑法规范并没有将间接故意排除在盗窃罪之外。如果解释者没有将间接故意排除在盗窃罪之外，那么，当将来发生了间接故意的盗窃时，才能够适用刑法关于盗窃罪的规定；倘若解释者将间接故意排除在盗窃罪之外，那么，当将来发生了间接故意的盗窃时，就难以适用刑法关于盗窃罪的规定。所以，不能以有限的事实限定规范的内容。

再如，故意是认识因素与意志因素的统一，因此，既不能用意志因素代替故意，也不能用认识因素代替故意。用“具有……目的”代替故

<sup>①</sup> [德] 阿图尔·考夫曼：《后现代法哲学》，米健译，21～22 页，北京，法律出版社，2000。

意，或者认为“认识到违反规章制度时是故意”，都不合适。前者会缩小故意的范围，后者会扩大故意的范围。因为间接故意没有追求犯罪结果的目的，用目的代替故意可能将间接故意排斥在故意之外；认识到行为违反规章制度，并不表明行为人一定认识到了危害结果发生，更不表明行为人希望或者放任危害结果发生，故“认识到违反规章制度时是故意”的观点，会将过失心理归入故意。因此，司法工作人员一定要牢记故意是认识因素与意志因素的有机统一。基于上述理由，对于所谓“双重罪过”的概念应慎重对待。如人们常说，在交通肇事罪中，行为人虽然对致人死亡的结果为过失，但其违反交通运输管理法规的行为可能是故意的；于是形成了对行为持故意、对结果持过失的所谓双重罪过。实际上，单纯认识到自己的行为违反交通运输管理法规，并不等于刑法上的故意。因为仅仅认识到自己的行为违反交通运输管理法规并可能发生交通肇事的结果时，并不表明行为人希望或者放任危害结果的发生，故意的认识因素与意志因素并没有统一于一体，故不成立刑法上的故意（充其量只是过于自信过失的一个因素）。

### （三）罪过形式的确定

根据刑法总则第14条与第15条的规定，“故意犯罪，应当负刑事责任”；“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。”从实质上说，上述两款规定表明，刑法以处罚故意犯罪为原则，以处罚过失犯罪为例外，这也是当今世界各国刑法的通例。<sup>①</sup>从形式上讲，上述两款规定说明，刑法分则（以及“其他有刑罚规定的法律”）条文仅描述客观要件、没有规定罪过形式的犯罪，只能由故意构成；只有当“法律”对处罚过失犯罪“有规定”时，才能将该犯罪确定为过失犯罪。因此，确定罪过（责任）形式的核心任务，在于判断哪些犯罪属于“法律有规定”的“过失犯罪”（其余均为故意犯罪）。如果刑法仅规定处罚故意犯罪，而理论上与实践上却认为该犯罪属于“法律有规定”的“过失犯罪”，就违反了罪刑法定主义原则，侵犯了行为人的自由。而且，在没有法律依据的情况下，对过失行为与故意犯罪适用同一法定刑，也有悖于罪刑相适应原则。

但是，我国的刑法学论著在确定具体犯罪的罪过形式时，大多没有

<sup>①</sup> 参见德国刑法第15条、法国刑法第121—3条、意大利刑法第42条、奥地利刑法第7条、西班牙刑法第12条、瑞士刑法第18条、俄罗斯刑法第24条、日本刑法第38条、韩国刑法第13条，等等。

重视刑法第15条第2款的规定，没有分析“法律有规定”的含义，也没有讨论确定罪过形式的标准与方法。例如，有的论著在论述刑法第186条规定的违法发放贷款罪的罪过形式时指出：“本罪的主观方面，可以是过失，即行为人应当预见违法发放的贷款有可能给银行造成重大损失，但由于疏忽大意而没有预见，或者已经预见但轻信可以避免；也可以是间接故意，即行为人已经预见其违法发放贷款的行为可能给银行造成重大损失，而放任损失的发生。但行为人对违法发放贷款则可能出于故意（包括直接故意与间接故意）。”<sup>①</sup>有的教科书在论述刑法第189条规定的对违法票据承兑、付款、保证罪的罪过形式时指出：“行为人在主观方面对违法票据予以承兑、付款或者保证的行为，往往出于故意，也可能出于过失，但对违法票据承兑、付款或者保证所造成的重大损失，一般出于过失，也不排除间接故意。”<sup>②</sup>不难看出，类似这样的论述，都只是在对相关行为人的心理事实进行分析与归纳，仅仅考虑了行为人通常可能出于何种心理状态实施某种犯罪的客观行为，而没有关注相关犯罪是否属于刑法第15条第2款所称的“法律有规定”的过失犯罪，也未能提出确定罪过形式的标准与方法。结局是，只要行为人事事实上可能出于过失心理状态实施刑法第186条、第189条规定的客观行为，就成立过失犯罪。于是，是否追究过失行为的刑事责任，不是取决于“法律有无规定”，而是取决于“事实上能否出于过失”。应当认为，类似的观点与做法，不符合罪刑法定原则。

有的学者提出了确定罪过形式的基本方法，即区分条文规定的犯罪是行为犯、危险犯，还是结果犯；行为犯只能是直接故意犯罪；犯罪为危险犯时则需要比较法定刑；犯罪为结果犯时应当分析结果与行为人的主观愿望是否矛盾。<sup>③</sup>但是，这种确定罪过形式的方法存在缺陷。首先，由于完全没有考虑到将某个犯罪的罪过形式确定为过失，是否属于刑法第15条第2款的“法律有规定”，因而容易违反罪刑法定原则。其次，行为犯是与结果犯相对应的概念，危险犯是与侵害犯相对应的概念，行为犯完全可能是侵害犯；是否以及应否存在过失的危险犯也存在

① 马克昌主编：《经济犯罪新论：破坏社会主义市场经济秩序罪研究》，331页，武汉，武汉大学出版社，1998。

② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4版，460页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。

③ 参见侯国云：《论新刑法典中若干新罪名罪过性质的认定》，载《法学家》，1998（3），53～54页。

争议，而且行为犯与结果犯的区分标准并不统一。<sup>①</sup>况且，危险犯与结果犯不是非此即彼的关系，危险犯与实害犯才是对应的概念。但是，故意杀人既遂是实害犯，而故意杀人未遂是危险犯，二者的罪过形式都是故意。所以，以犯罪是行为犯、危险犯、结果犯为基准确定罪过形式，既不全面，也难以得出具有说服力的结论。例如，认为行为犯只能由直接故意构成的观点，便缺乏法律根据。最后，所谓分析结果与行为人的主观愿望是否矛盾，实际上是根据部分案件事实确定刑法规定之罪的罪过形式，以“事实上能否出于过失”的归纳替代“法律有无规定”的判断。例如，该学者在分析刑法第188条规定的违规出具金融票证罪的罪过形式时指出：“行为人为他人出具信用证或者其他保函、票据、存单、资信证明的行为虽然是故意的，但他的目的决不是为了给金融机构造成损失，而是为了给对方提供一点帮助。如果他知道会造成损失，他也就不会出具此类证明了，除非他是为了与对方合谋进行诈骗。绝大多数情况下，所以会造成损失，都是由于行为人对对方产生了轻信心理，或者说，他是由于轻信对方的经济实力，才出具了此类证明，以致造成了较大的损失，因而其主观上应属于过于自信的过失……本罪在个别情况下也可以由间接故意构成。”<sup>②</sup>显然，这是基于所谓“常理”对行为人的心理事实进行的一般性分析，而不是根据刑法对故意、过失的规定做出的判断，其中的“虽然是故意的”，也不是刑法意义上的说明。诚然，我们应当从社会生活事实中发现法，但是，通过事实解释规范，并不意味着将某些事实强加于规范和以某种事实限制规范。我们不能将自己“熟悉的事实”解释为“必须的规范”，不能将自己了解的部分行为人的心理状态，声称为刑法规定的罪过形式。实际上，刑法第188条的文字表述，并没有表明其规定的犯罪既可以由过失构成，也可以由间接故意构成。

有的学者虽然注意到了刑法第15条第2款的规定，但在将某种犯罪的罪过形式确定为过失时，也没有考虑该犯罪是否属于“法律有规定”的过失犯罪；不仅只根据行为人的心理状态确定罪过形式，而且认为，刑法分则条文没有明文规定哪些犯罪属于过失犯罪，是为了“有意扩大犯罪主观方面，强调对这类犯罪的预防和打击”<sup>③</sup>。这种观点不仅导致刑法第15条第2款丧失了限制处罚过失犯罪的机能，而且有悖刑

① 参见张明楷：《刑法学》，3版，154页，北京，法律出版社，2007。

② 侯国云：《论新刑法典中若干新罪名罪过性质的认定》，载《法学家》，1998（3），56页。

③ 金泽刚：《若干个罪的罪过性质问题研究》，载《中国刑事法杂志》，1998（6），14页。

法以处罚故意犯罪为原则、以处罚过失犯罪为例外的精神。

正因为刑法理论在确定具体犯罪的罪过形式时，没有考虑刑法第15条第2款的规定，只是将行为人的心理状态归纳为法定的罪过形式，因而对同一犯罪的罪过形式出现了形形色色的观点。例如，关于刑法第337条规定的妨害动植物防疫、检疫罪（在《刑法修正案（七）》颁布之前为逃避动植物检疫罪）的罪过形式，一种观点认为，“本罪的主观方面为故意。”<sup>①</sup>另一种观点认为，本罪“主观方面由过失构成。但行为人对自己的行为违反进出境动植物检疫法的规定，是明知的，而对于行为可能引起重大动植物疫情的结果是持过失心态”<sup>②</sup>。还有一种观点指出：本罪“主观方面一般出于过失，但也可以是故意”<sup>③</sup>。对刑法第129条、第169条、第186条、第188条、第189条、第219条第2款、第250条、第284条、第330条、第331条、第332条、第334条、第339条第2款、第397条、第403条、第405条规定的犯罪，也存在类似的争议。

更为重要的是，由于刑法理论没有充分考虑刑法第15条第2款的规定，没有分析何种犯罪属于“法律有规定”的过失犯罪，导致罪刑法定原则、罪刑相适应原则未能得到充分贯彻，造成了不当扩大过失犯罪处罚范围的局面。

本书认为，罪过形式的确定，主要取决于如何理解和贯彻刑法第15条第2款的“法律有规定”这一法定的标准。与此同时，还需要牢记并落实尊重人权主义、责任主义以及刑法的谦抑性等原理。

### 1. 法定的标准

刑法第15条第2款的“法律有规定”，显然是指法律对“过失”犯罪有规定。联系国外刑法理论的相关学说<sup>④</sup>，大体而言，对“法律有规定”可能出现以下见解：

① 马克昌主编：《刑法学》，606页，北京，高等教育出版社，2003。

② 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，675页，北京，人民法院出版社，2007。

③ 杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，2版，590页，北京，北京大学出版社，1998。

④ 例如，日本刑法第38条第1项规定：“没有犯罪故意的行为，不处罚，但法律有特别规定的，不在此限。”日本刑法典分则，对于过失犯罪都有明文规定，但日本附属刑法（行政刑法）对是否处罚过失犯罪并无明文规定，而日本刑法典第8条规定：“本编（即刑法典总则）的规定也适用于其他法令规定的犯罪。”这意味着，附属刑法也只有在“有特别规定”时才处罚过失犯罪。但是，如何理解“有特别规定”，在理论上存在争议，判例也不完全一致。

第一，将“法律有规定”理解为“法律有明文的规定”，即只有当法律条文对某种犯罪使用了“过失”、“疏忽”、“失火”等明确指示过失犯罪的用语时，该犯罪才属于“法律有规定”的过失犯罪（以下简称“明文规定说”）。<sup>①</sup>

明文规定说特别忠实于罪刑法定主义，明确划定了过失犯的处罚范围。但是，我们还不能贯彻这种学说。因为我国刑法分则并没有对所有过失犯罪使用“过失”、“疏忽”等概念。例如，刑法分则关于重大飞行事故罪、交通肇事罪、重大责任事故罪的规定，没有使用“过失”、“疏忽”等概念，但无疑属于过失犯罪。再如，根据明文规定说，刑法第400条第2款所规定的“司法工作人员由于严重不负责任，致使在押的犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯脱逃，造成严重后果的”行为，也因为法条没有使用“过失”、“疏忽”等概念而成为故意犯罪。于是，本罪与该条第1款规定的私放在押人员罪属于法定刑不同的两类故意犯罪。这显然有悖罪刑相适应原则。从立法体例与立法技术考虑，分则条文也不可能将故意致使在押人员脱逃的行为分为法定刑不同的两类故意犯罪。

第二，将“法律有规定”理解为“法律有实质的规定”，即为了实现分则刑法条文的法益保护目的，只要有必要处罚过失行为，即使没有“明文规定”，也应认定为“法律有规定”（以下简称“实质规定说”）。<sup>②</sup>

实质规定说着眼于刑法的法益保护目的，试图使侵害法益的过失行为受到处罚，似乎具有合理性。因为刑法的目的是保护法益，所以，行为所侵害的法益是否具有重大性，是否需要通过处罚过失行为实现法益保护目的，是决定能否处罚过失行为的重要根据。尽管如此，本书仍然

① 日本学者木村龟二、野村稔认为，只有当法律使用了“因过失”、“因失火”等用语时，才能处罚过失犯罪，否则便违反了罪刑法定主义（参见〔日〕木村龟二：《刑法总论》，增补版，79页，东京，有斐阁，1978；〔日〕野村稔：《刑法总论》，补订版，104页，东京，成文堂，1998）。

② 日本20世纪80年代以前的判例大多采取这种观点。如日本最高裁判所1953年3月5日的判决指出，虽然没有明文规定，但根据“规制事项的本质”，也可以作为过失犯罪处罚（日本《最高裁判所刑事判例集》第7卷第3号，510页）。再如，日本最高裁判所1968年1月13日的判决指出，虽然没有明文规定，但通过合理判断“法规的旨趣、目的”等，能够得出处罚过失犯的结论时，应认为具有处罚过失犯的“特别规定”（日本《判例时报》第524号，85页）。德国的旧刑法时代，判例在缺乏法律明文规定的情况下，也常常根据法规的旨趣、目的处罚过失犯（参见〔日〕萩原滋：《罪刑法定主义と刑法解释》，258页以下，东京，成文堂，1998）。

不赞成实质规定说。根据罪刑法定原则的“法律主义”的要求，即使行为侵害了重大法益，但如若刑法没有明文将其规定为犯罪，也不得定罪处罚；根据罪刑法定原则的“禁止处罚不当罚的行为”的要求，对于轻微的法益侵害行为，不得以犯罪论处。所以，“‘法益保护’概念，如果不被严格解释，就有被滥用的危险”<sup>①</sup>。换言之，刑法只能在罪刑法定原则的框架内发挥法益保护的机能。例如，妇女（包括幼女）的性的自主权是值得特别保护的法益，但如果仅从法益保护的观念出发，就可能肯定过失强奸罪。再如，国家安全也是特别值得保护的法益，如果不考虑法条的文理，就会肯定过失非法提供国家秘密、情报罪与过失资敌罪。不难看出，仅以法益保护目的或者实质的处罚根据为由，将“法律有规定”理解为“法律有实质的规定”，必然架空罪刑法定原则，导致过失犯处罚的恣意性。

第三，将“法律有规定”理解为“法律有文理的规定”，即法条虽然没有“过失”、“疏忽”、“失火”之类的用语，但根据具体条文的文理，能够合理认为法律规定了过失犯的构成要件时，就属于“法律有规定”，因而处罚过失犯（以下简称“文理规定说”）。<sup>②</sup>

本书赞成文理规定说。一方面，以成文刑法规定犯罪与刑罚，是罪刑法定原则的基本要求。“一切法律规范都必须以‘法律语句’的语句形式表达出来。可以说，语言之外不存在法。只有通过语言，才能表达、记载、解释和发展法。”<sup>③</sup> 换言之，“一个刑罚法规的目的，必须在它实际使用的语言中去寻找，根据它明显的和清晰的含义来解释”<sup>④</sup>。所以，我们应当根据刑法条文使用的文字及其文理，确定某种犯罪是否属于“法律有规定”的过失犯罪。另一方面，“法律有规定”并不一定指明文规定。刑法要以简短的语言表述罪刑规范，当分则条文对一个方面的表述足以表明另一方面的含义时，往往省略对另一方面的明文规定。所以，“法律有规定”既包括明文的规定，还包括隐含的规定。例如，我国刑法理论既承认构成要件的法定性，也肯定不成文的构成要件

① [日] 甲斐克则：《责任原理と过失犯论》，85页，东京，成文堂，2005。

② 如日本学者福田平指出：“在有‘因过失’的规定的场合，认定为过失犯的构成要件是没有问题的，但即使没有这样的明文规定，只要在各个构成要件的解释上，能够认为该构成要件所规定的是过失犯的构成要件，就可以处罚过失犯。”（[日] 福田平：《全订刑法总论》，3版增补，124页，东京，有斐阁，2001）。

③ [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，73页，北京，法律出版社，2003。

④ Jane C. Ginsburg, *Legal Methods*, 2nd ed, Foundation Press, 2003, p. 271.

要素<sup>①</sup>；后者虽然是法律规定的要素，却不是“明文规定”的要素，而是经由文理解释与论理解释形成的要素。我国刑法分则的具体规定，也能说明这一点。例如，刑法第400条第1款规定了私放在押人员罪（故意犯罪），第2款虽然没有使用“过失”概念，但从其使用的“严重不负责任”的表述，要求“造成严重后果”的规定，以及较轻的法定刑来看，应认为其规定了过失犯罪。否则，就不可能说明第2款与第1款的关系。再如，刑法第412条第1款规定了商检徇私舞弊罪（故意犯罪），第2款规定：“前款所列人员严重不负责任，对应当检验的物品不检验，或者延误检验出证、错误出证，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”如果仅着眼于“对应当检验的物品不检验，或者延误检验出证”的规定，还难以将本罪确定为过失犯罪；但是，从“严重不负责任”、“错误出证”的表述、要求“致使国家利益遭受重大损失”的规定、较轻的法定刑以及第2款与第1款的关系来考察，也应认为第2款规定的是过失犯罪。

刑法条文的文理是否表明某种犯罪为过失犯罪，首先需要通过分析其用语含义得出结论。<sup>②</sup>

(1) 分则条文使用“过失”概念的，其规定的犯罪无疑属于“法律有规定”的过失犯罪。<sup>③</sup>

(2) 分则条文使用“严重不负责任”表述的，一般应确定为“法律有规定”的过失犯罪。应当承认，“严重不负责任”首先是对行为的描述，换言之，“严重不负责任”属于客观构成要件要素。但是，“严重不负责任”也明示了行为人主观上的严重疏忽或者过于自信。换言之，因为重大疏忽而没有预见危害结果就实施某种职务行为的，预见了危害结果却没有采取充分有效措施而实施某种职务行为的，其行为属于“严重不负责任”<sup>④</sup>。故意造成危害结果的行为，一般不会被描述为“严重不负责任”。所以，只要不存在其他文理冲突，就可以认为“严重不负责

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4版，55、563页以下，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。

② 这里所称的用语，仅限于刑法分则条文就基本罪状所使用的用语，不包括在加重、减轻罪状中所使用的用语。

③ 刑法第115条第2款、第119条第2款、第124条第2款、第233条、第235条、第324条第3款、第369条第2款、第398条、第432条即是。

④ 刑法第229条第3款使用的“失实”一词也能表明行为人主观上为过失，但由于该款具有“严重不负责任”的表述，故没有必要另行讨论。

任”的表述，明示了该犯罪为过失犯罪。<sup>①</sup>

(3) 分则条文使用的“发生……事故”之类的表述，虽然是对客观构成要件要素的规定，但通常也能表明该犯罪属于“法律有规定”的过失犯罪。首先，在日常用语中，“事故”一般是指过失或者意外造成的事件。人们习惯于将过失致人死亡的案件称为事故，但一般不会将故意杀人案件称为事故。其次，分则条文在使用“发生……事故”表述时，一般同时要求“致人重伤、死亡”等严重结果，这符合刑法总则第15条对过失犯罪的规定。再次，分则条文使用了“发生……事故”用语的犯罪，法定刑一般较为轻缓，这也从一个侧面说明其为过失犯罪。<sup>②</sup> 所以，只要不存在其他文理矛盾，就可以认为“发生……事故”之类的表述，明示了该犯罪为过失犯罪。<sup>③</sup>

(4) 分则条文使用的“玩忽职守”一词，首先是对行为的描述，同时也表明该犯罪属于“法律有规定”的过失犯罪。一方面，在日常生活用语中，“玩忽”的含义是不严肃认真对待、忽视、忽略，因而与过失相一致。另一方面，刑法第397条将玩忽职守与滥用职权并列规定、第425条将玩忽职守与擅离职守并列规定。由于对应的滥用职权与擅离职守属于故意犯罪<sup>④</sup>，所以，可以认为“玩忽职守”表明了该犯罪属于“法律有规定”的过失犯罪。

仅以分则条文的用语含义为根据，也可能难以确定罪过形式或者得出不同的结论。在这种情况下，需要根据条款关系进行逻辑分析。一般来说，当一个条文的第1款所规定的犯罪属于故意犯罪，而第2款规定的客观行为与第1款规定的客观行为相同或者基本相同，具有上述表明过失犯罪的用语，并明确要求发生严重结果，且法定刑轻于

① 刑法第167条、第168条（国有公司、企业人员失职罪）、第229条第3款、第335条、第399条第3款（执行判决、裁定失职罪）、第400条第2款、第406条、第408条、第409条、第412条第2款、第413条第2款、第419条所规定的犯罪，应是过失犯罪。但如前所述，第304条犯罪的罪过形式存在疑问。

② “造成严重后果”与较轻的法定刑，只是确定罪过形式时需要考虑的要素，而非表明犯罪由过失构成的用语。因为分则条文完全可能针对故意犯罪规定“造成严重后果”与较轻的法定刑。

③ 刑法第131条至139条、第408条（与“严重不负责任”重叠）、第436条属于此类。但第143条的“足以造成……事故”主要是对行为属性的规定，不是表明过失的用语。此外，第339条第2款的规定还存在疑问。

④ 虽然也有论著主张滥用职权罪一般由过失构成（参见周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，848页，北京，人民法院出版社，2007），但这种观点缺乏法律的文理根据。

第1款的法定刑时，可以从文理上认为第2款规定的犯罪属于“法律有规定”的过失犯罪。如刑法第229条第3款、第400条第2款、第412条第2款，以及第413条第3款，就属于这种情形。令人困惑的是，同一条文使用了相互冲突的用语（既有表明故意的用语，也有表明过失的用语）的情形。对此，应当根据用语之间的关系、条文的体系地位等诸多信息，判断该条文规定的犯罪是否属于法律有文理规定的过失犯罪。

例一，刑法第304条规定：“邮政工作人员严重不负责任，故意延误投递邮件，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处二年以下有期徒刑或者拘役。”其中既使用了象征过失的“严重不负责任”一语，也使用了“故意”概念，因而完全可能产生以下不同观点：其一，本条规定的是故意犯罪，据此，过失延误投递邮件的行为，不构成犯罪。其二，本条规定的是过失犯罪，刑法没有规定相应的故意犯罪。其三，本条规定的犯罪既包括故意犯罪，也包括过失犯罪。可是，如后所述，在刑法分则没有明文规定的情况下，肯定一个犯罪既可以由故意构成，也可以由过失构成，是存在重大疑问的。

刑法第304条的规定，涉及总则的“故意”与分则的“故意”的关系。仅就用语的统一性而言，分则的“故意”与总则的“故意”应是同一的，但实际上并非完全如此。分则的“故意”分为两种情形：一种情形与总则的故意含义相同。如分则第232条所规定的“故意杀人”中的“故意”，与总则的故意含义相同，要求行为人明知自己的行为会发生他人死亡的结果，并且希望或者放任这种结果发生。另一种情形仅表明行为人有意识地实施某种行为，但不一定表明行为人希望或者放任某种危害结果发生。刑法第304条中的“故意”便是如此。<sup>①</sup>但是，这并不意味着分则的“故意”与“总则”的故意相冲突，相反，刑法第304条的“故意”（只是表明了总则的“故意”的部分要素）与总则的“故意”具有一致性。如果认为刑法第304条规定的是过失犯罪，那么，分则的“故意”便与总则的“过失”相一致，这是不能令人接受的。另一方面，“延误”不一定意味着过失，除刑法第304条外，刑法第380条也有“故意延误”军事订货的规定，而该条没有“严重不负责任”的表述。

<sup>①</sup> 这样区分的实际意义在于，如果将304条规定的犯罪确定为故意犯罪，那么，仅仅有意识地延误投递邮件并不符合刑法总则的“故意”，而应进一步要求行为人对行为的结果具有希望或者放任态度。

将这两条相联系进行体系性解释，应认为刑法第 304 条规定的是故意犯罪。概言之，凡是分则条文使用了“故意”用语的，都不宜确定为过失犯罪，否则，不仅产生文理上的混乱，而且导致分则条文与总则条文的冲突。

例二，刑法第 138 条前段规定：“明知校舍或者教育教学设施有危险，而不采取措施或者不及时报告，致使发生重大伤亡事故的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。”本条既有表明过失的“发生……事故”一语，又有象征故意的“明知”一词，因而从用语上会得出不同结论。

这涉及总则的“明知”与分则的“明知”的关系。虽然刑法分则中的“明知”大多是作为总则故意中的“明知”的具体化而规定的（注意规定），但在个别情况下，分则的“明知”主要是作为总则中的过于自信的过失的具体化而规定的。刑法第 138 条便是如此。我国刑法没有采取认识主义，而是承认了过于自信的过失。过于自信的过失与间接故意的关键区别在于意志因素不同：前者反对结果发生，后者同意（放任）结果发生。虽然过于自信的过失与间接故意对构成要件事实的认识程度可能不同，但这不是二者的关键性区别。换言之，不能简单地认为，行为人“明知”构成要件事实时就是故意，“预见”构成要件事实时便是过失。所以，“明知校舍或者教育教学设施有危险”，也可能表述的是“已经预见校舍或者教学设施有危险”。从立法体例考虑，刑法不会在一组过失的责任事故犯罪中插入一项故意犯罪；而且，本罪的法定刑与刑法分则第二章规定的其他过失责任事故犯罪的法定刑相同。所以，宜认为刑法第 138 条规定的是过失犯罪。

总之，“法律有规定”是确定过失犯罪的基本前提。在根据法条文理不能得出某种犯罪属于“法律有规定”的过失犯罪的结论时，即使行为人实际上可能基于过失心理状态实施该罪的客观行为，也不能将该犯罪确定为过失犯罪。

## 2. 实质的理由

上述法定的标准，为确定罪过形式提供了重要标准。但是，人们对相同的用语可能得出不同的结论，而且单纯根据形式的标准确定罪过形式，也会导致不当扩大过失犯的处罚范围，所以，对罪过形式的确定需要更为实质的理由。概言之，只有当法律有文理规定，而且具有处罚过失犯罪的实质理由时，才属于“法律有规定”的过失犯罪；对于此外的犯罪只能确定为故意犯罪。

第一，根据尊重人权主义的原理，即使具有法律的文理解释规定，也只有当客观行为严重侵害了法益时，才能确定为过失犯罪。

在民主国家，刑法原则上只能将违反禁止规范的“作为”规定为犯罪；通过刑罚威慑强制国民履行实施积极行为的义务属于极为例外的情形。<sup>①</sup> 否则，就不当限制了国民的自由，不利于保障人权。虽然过失犯罪也可能是作为犯罪，但过失犯罪的本质是违反注意义务；对过失犯罪的广泛处罚，意味着漫无边际地以刑罚强制国民履行实施积极行为的义务，因而不符合民主国家的理念。对过失犯罪的广泛处罚，还意味着国民的行动受到严格限制，进而导致国民的行为萎缩，严重妨碍国民的自由。所以，对过失犯的处罚必须进行实质的限定。

刑法分则明确规定的过失犯罪，主要有三种类型：一是过失侵害生命、身体的犯罪，包括过失危害公共安全的犯罪，如第 115 条第 2 款、第 119 条第 2 款、第 233 条、第 235 条规定的犯罪；二是过失行为间接地侵害生命、身体的犯罪，如第 370 条第 2 款规定的过失提供不合格武器装备、军事设施罪；三是负有特定职责的国家工作人员严重违反注意义务造成严重危害后果的犯罪，如第 167 条规定的签订、履行合同失职被骗罪、第 168 条规定的国有公司、企业人员失职罪，以及刑法分则第九章规定的过失渎职罪。<sup>②</sup> 这也说明，只有当过失行为侵害了重大法益，或者行为主体因为特殊身份而严重侵害了法益时，才宜确定为过失犯罪。

基于上述考虑，本书认为，只有当过失行为直接或者间接侵害了他人生命、身体，或者国家工作人员严重违反注意义务造成法益侵害结果时，才有可能确定为过失犯罪。此外的情形，不宜确定为过失犯罪。

(1) 对于仅造成财产损失的行为，不宜确定为过失犯罪。

刑法分则第五章仅规定了故意毁坏财物罪，没有规定过失毁坏财物罪。这说明，对于仅造成财产损失的行为，不应确定为过失犯罪。即使以刑法第 115 条第 2 款的规定为根据（该条表面上肯定了过失造成重大财产损失的行为构成失火、过失爆炸等罪），也不能得出仅造成重大财产损失的行为成立过失犯罪的结论。

我国刑法理论的通说认为，危害公共安全罪，是指故意或者过失危

<sup>①</sup> 参见 [日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，80 页，东京，有斐阁，2007。

<sup>②</sup> 其他类型的过失犯罪较为罕见与特殊（如过失损毁文物罪），在缺乏明文规定的情况下，不宜将其作为参照条文。

害不特定或者多数人的生命、健康或者重大公私财产安全的行为。<sup>①</sup> 据此，仅侵害重大公私财产安全的行为，也属于危害公共安全的行为。但这种观点值得反思。其一，如果说只要行为侵害了价值重大的财产就属于危害公共安全罪，那么，一方面，盗窃银行、博物馆并取得重大价值财物的行为，就属于危害公共安全罪；另一方面，还会出现明确的不协调现象：刑法只处罚故意毁坏财物罪，而过失毁损价值重大的财产时，反而成立危害公共安全罪。这都是难以令人理解的。其二，如果说只要行为侵害了不特定或者多数人的财产就属于危害公共安全罪，那么，面向不特定或者多数人实施的集资诈骗行为，流窜犯盗窃多人财物的行为，都成立危害公共安全罪。这也是难以令人接受的。

所以，本书认为，刑法分则第二章所规定的过失危害公共安全的犯罪，都是以危害不特定或者多数人的生命、人身安全为前提的。换言之，只有当某种过失行为具有危害不特定或者多数人的生命、身体安全的性质，并造成人身伤亡或者财产损失后果的，才能认定为过失危害公共安全的犯罪。例如，失火行为单纯造成重大财产损失，而不可能危害不特定或者多数人的生命、身体安全的，不能认定为失火罪。再如，过失破坏交通工具的行为，倘若不可能危害不特定或者多数人的生命、身体的安全，就不能认定为过失损坏交通工具罪。所以，刑法第 115 条第 2 款的“使公私财产遭受重大损失”，应是以危害不特定或者多数人的生命、人身安全为前提的（从刑法第 115 条与第 114 条的关系，也能得出这一结论）。刑法第 119 条第 2 款、第 124 条第 2 款所规定的过失犯罪，也均以危害不特定或者多数人的生命、人身安全为前提。

基于以上考虑，对于刑法分则中仅将造成财产损失作为构成要件结果的犯罪，不宜确定为过失犯罪。例如，刑法第 186 条规定的违法发放贷款罪、187 条规定的吸收客户资金不入账罪、第 188 条规定的违规出具金融票证罪、第 189 条规定的对违法票据承兑、付款、保证罪等，虽然属于妨害金融管理秩序的犯罪，但也有“造成重大损失”的要求，又

<sup>①</sup> 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，4 版，375 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。有的表述为危害“不特定多数人”的生命、健康或者重大公私财产安全（参见周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3 版，59 页，北京，人民法院出版社，2007）。

由于其中的“损失”是指财产损失，而对过失造成财产损失的行为不宜以过失犯罪论处，所以，不宜将上述犯罪确定为过失犯罪。

(2) 对于过失破坏经济秩序与过失扰乱公共秩序的行为，不宜确定为过失犯罪。

真正意义上的破坏经济秩序与扰乱公共秩序的犯罪，其结果往往表现为无形的、非物质性的形态。与物质性结果相比，非物质性结果是难以认定的。例如，保险诈骗行为对保险秩序的侵害结果难以认定，但对保险诈骗行为造成的财产损失结果，则容易判断。事实上，当行为的结果表现为非物质性的形态时，司法机关只是认定行为是否符合构成要件，而不考虑是否发生了非物质性结果。这或多或少表明，即使将非物质性结果作为构成要件要素予以规定，也难以起到限制处罚范围的作用。然而，刑法第15条第1款明文规定，只有发生了危害社会的结果，才能认定为过失犯罪。可见，如果将难以认定的非物质性结果作为过失犯罪的危害结果，进而肯定过失行为导致非物质性结果时也构成过失犯罪，结局必然是，只要过失实施一定行为，不管是否发生危害结果就成立过失犯罪，这便明显违反了刑法第15条的规定，不当扩大了过失犯罪的处罚范围。

例如，刑法第284条规定：“非法使用窃听、窃照专用器材，造成严重后果的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。”有人指出：“本罪主体是为一般主体，如果是合法拥有窃听、窃照专用器材者，对于非法使用的危害后果一般是能够认识的；如果是出于好奇等动机，非法获得这类器材并非非法使用，这时行为人对造成的结果可能是出于过失。无论是持故意还是持过失的心理态度，只要造成了严重后果，都是严重扰乱公共秩序的行为，都应以本罪论处。”<sup>①</sup>但是，这种观点不仅只是从事实上分析非法使用窃听、窃照专用器材的行为能否出于过失，没有注意这种行为是否属于“法律有规定”的过失犯罪，而且也没有分析过失使用窃听、窃照专用器材的行为是否侵害了重大法益，没有考虑是否可能因为“严重后果”的范围宽泛与难以认定而扩大该罪的成立范围。本书认为，如果重视“法律有规定”的法定标准，考虑到非法使用窃听、窃照专用器材罪所侵害的法益不具有重大性，就会否认本罪可以由过失构成。

<sup>①</sup> 金泽刚：《若干个罪的罪过性质问题研究》，载《中国刑事法杂志》，1998（6），15页。

(3) 对于侵犯知识产权的行为，不宜确定为过失犯罪。

由于刑法第 219 条第 2 款的规定具有特殊性，仅根据文理解释不可能得出合理结论，所以需要特别讨论。该条第 1 款规定了侵犯商业秘密罪的三种表现形式，第 2 款规定：“明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。”一种观点认为，“在明知的情況下，实施侵犯商业秘密行为，应当是故意犯罪。在应知情況下而实施侵犯行为时又没有认识到，符合疏忽大意过失的心理状态。”<sup>①</sup>

应当认为，上述文理解释具有一定道理。因为“明知”通常是对故意的认识因素的表述；“应知”是指行为人应当知道而现实上没有知道，因而属于疏忽大意的过失。但是，侵犯商业秘密本身不是重罪，商业秘密并非重大法益；与第 219 条第 1 款规定的行为相比，第 2 款规定的行为更为轻微；而且，对过失侵犯商业秘密的行为，通过民事侵权损害赔偿的途径就足以保护被害人的权益，将其作为过失犯罪处罚，并不符合刑法严格限制过失犯处罚范围的精神。所以，将侵犯商业秘密罪确定为故意犯罪具有实质的合理性。

从文理上说，应当将本罪中的“应知”理解为，根据案件的各种证据，可以推定行为人知道他人是以不正当手段获取权利人的商业秘密，却仍然希望或者放任非法获取、使用或者披露权利人商业秘密的侵害结果发生。换言之，“应知”是一种推定的“明知”<sup>②</sup>。事实上，最高人民法院与最高人民检察院的一些司法解释，也使用“应知”或“应当知道”的概念表示推定的“明知”<sup>③</sup>。

(4) 对于非国家工作人员实施的没有侵害重大法益的行为，不宜确定为过失犯罪。

由于国家工作人员负有与一般人不同的高度的注意义务，所以，对于以国家工作人员为主体的过失侵害法益的行为，可能确定为过失犯罪。这从另一角度说明，一般人违反注意义务的过失行为，如果只是侵

① 高铭喧主编：《新编刑法学》，下册，663 页，北京，中国人民大学出版社，1998。

② 张明楷、黎宏、周光权：《刑法新问题探究》，243 页，北京，清华大学出版社，2003。

③ 最高人民法院、最高人民检察院 2001 年 4 月 9 日《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条；最高人民法院、最高人民检察院 2004 年 12 月 8 日《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 9 条；最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家工商行政管理局 1998 年 5 月 8 日《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》第 17 条；等等。

害了非重大法益，便不宜认定为过失犯罪。因此，普通业务人员没有履行注意义务，签订履行合同失职被骗的，没有被刑法规定为犯罪。基于同样的理由，当刑法分则条文所规定的犯罪主体不要求是国家工作人员，所规定的犯罪并没有侵害生命、身体等重大法益时，不宜确定为过失犯罪。前述刑法第 186 条至第 189 条规定的犯罪，也能以此为理由，将其限定为故意犯罪。<sup>①</sup>

第二，按照责任主义原理以及刑法的基本原则，将某种犯罪确定为过失犯罪时，以存在对应的故意犯罪为前提。<sup>②</sup>换言之，如果将某种犯罪确定为过失犯罪时，并无对应的故意犯罪，那么，这种确定结论就不具有妥当性。

故意与过失是两种不同的罪过形式。根据责任主义原理，不仅成立犯罪要求行为人主观上具有罪过，而且罪过的形式不同，非难可能性的程度就不同，刑罚也不同。从非难可能性程度来说，故意行为时，因为行为人认识到了符合构成要件的客观事实，应当产生反对动机放弃实施行为，但行为人不仅不放弃行为，而且希望或者放任行为的危害结果，其非难可能性严重。过失行为时，由于行为人没有认识到符合构成要件的客观事实，或者虽然认识到了符合构成要件的客观事实，但相信自己能够避免犯罪的实现而实施行为，其非难可能性较小。因此，在客观事实相同或基本相同的情况下，不应出现非难可能性小的行为构成犯罪，非难可能性大的行为反而不构成犯罪的局面。从立法上说，故意犯罪的法定刑通常远远重于对应的过失犯罪的法定刑。从量刑上说，在客观事实相同或基本相同的情况下，对过失犯罪的量刑也远远轻于故意犯罪。

因此，在刑法分则缺少对应的故意犯罪的情况下，将某种犯罪确定为过失犯罪，是存在疑问的。然而，从前面引用的我国刑法理论的现状来看，这种不可思议的现象却是普遍存在的。

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。”一种

① 即使这些犯罪的主体包括了国家工作人员，也不能以此为理由将其确定为过失犯罪。更不能认为，国家工作人员实施上述行为时，不管故意与过失，都构成犯罪；非国家工作人员实施上述行为时，只有出于故意时，才构成犯罪。因为同一犯罪不可能因为主体不同而导致对罪过形式的要求不同。

② 当然，并不要求一一对应。从我国的刑法分则体例来看，一个过失犯罪可能有几个对应的故意犯罪，一个故意犯罪也可能有几个对应的过失犯罪。

观点认为，本罪是过失犯罪。<sup>①</sup> 这便出现了如下疑问：对于丢失枪支不报告造成严重后果持故意时，应当如何处理？既然过失可以成立某种犯罪，故意更能构成犯罪。所以，主张丢失枪支不报罪属于过失犯罪的学者，必须考虑行为人出于故意时构成何罪。如果声称某种犯罪由过失构成，而根本不考虑故意行为是否符合其他犯罪的构成要件，至少会间接违反罪刑法定原则。

或许有人认为，如果行为人丢失枪支不报告，对他人利用该枪支实施杀人行为持故意态度，就可以认定为故意杀人罪。可是，丢失枪支不报告的行为，即使间接地引发了杀人案件，也不可能符合故意杀人罪的客观构成要件。因为“所谓‘杀人’行为，并不包含偶然导致死亡结果发生的一切行为，而必须是类型性地导致他人死亡的行为”<sup>②</sup>。行为人主观上认识到并希望或者放任死亡结果发生，并不意味着其行为必然是杀人行为。否则，刑法分则对客观构成要件的规定便形同虚设，罪刑法定主义也荡然无存。基于同样的理由，当行为人丢失枪支不报告，对拾得枪支的他人事后可能利用该枪支实施抢劫行为持“故意”态度时，也不能认定丢失枪支不报告的行为构成抢劫罪。因为这种行为完全不符合刑法第 263 条所规定的抢劫罪的客观构成要件；行为人不知道谁拾到枪支，也不符合片面的不作为帮助犯的成立条件。

也许有人主张，丢失枪支不报告对严重后果持故意态度的，可以认定为以危险方法危害公共安全罪。但是，这种观点也有违反罪刑法定主义之嫌。刑法第 114 条、第 115 条所规定的“其他危险方法”，仅限于与放火、决水、爆炸、投放危险物质相当的方法，而不是泛指任何具有危害公共安全性质的方法。因为刑法将本罪规定在第 114 条与第 115 条之中，根据同类解释规则，它必须与前面所列举的行为相当；根据该罪所处的地位，“其他危险方法”只是刑法第 114 条、第 115 条的“兜底”规定，而不是刑法分则第二章的“兜底”规定。换言之，对那些与放火、爆炸等危险方法不相当的行为，不管是否危害公共安全，都不宜认定为本罪。所以，丢失枪支不报告并不符合以危险方法危害公共安全罪的客观要件。

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4 版，397 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010；何秉松主编：《刑法教科书》，下卷，711 页，北京，中国法制出版社，2000。

② [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，4 版，114 页，东京，东京大学出版会，2006。

也有一种观点认为，丢失枪支不报罪，既可能是过失犯罪，也可能是间接故意犯罪。<sup>①</sup> 这种观点同样难以成立。因为在我国刑法中，间接故意与直接故意均属于故意，而且直接故意的非难可能性甚至重于间接故意的非难可能性。如果认为本罪可以由间接故意构成，不可能由直接故意构成，或者认为本罪由间接故意构成，若出于直接故意则构成其他犯罪，便明显违反刑法关于故意与过失的规定。<sup>②</sup> 此外，将过于自信的过失与间接故意作为一类罪过形式的观点（复合罪过说）<sup>③</sup>，只是一种立法建议。但解释者不应根据自己的立法设想解释现行的刑法规定，否则，对死亡结果持过于自信的过失时，也可能被认定为故意杀人罪。所以，认为某些犯罪只能由过失或者间接故意构成，而不能由直接故意构成的观点，也缺乏合理性。<sup>④</sup>

许多条文都存在类似问题。例如，刑法第 339 条第 2 款前段规定：“未经国务院有关主管部门许可，擅自进口固体废物用作原料，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。”按照文理规定说，将擅自进口固体废物罪确定为过失犯罪，具有文理的根据（“造成重大环境污染事故”）。但问题是，如果将本罪确定为过失犯罪，就意味着刑法并没有规定与之相应的故意犯罪。可以肯定，“擅自进口固体废物用作原料”的行为，既不符合以危险方法危害公共安全罪的客观构成要件，也不符合故意杀人、故意伤害等罪的构成要件。所以，只有将本罪确定为故意犯罪，才能解决这一问题。

再如，倘若将违法发放贷款罪确定为过失犯罪，就必须考虑故意违法发放贷款的行为构成何罪。事实上，在排除了共同犯罪的情形下，故意违法发放贷款的行为，不可能符合其他更为严重的故意犯罪的构成要件。既然如此，就不能将违法发放贷款罪确定为过失犯罪。

诚然，将某种犯罪确定为过失犯罪时，如果没有对应的故意犯罪，对故意实施的行为也可能以过失犯罪论处，从而消除上述不正常现象。因为故意与过失不是对立关系，而是位阶关系。因为故意责任的本质是

① 参见叶峰主编：《刑法新罪名通论》，34 页，北京，中国法制出版社，1997。

② 在现行立法体例下，不应当也不可能出现就同一客观事实，间接故意构成此罪、直接故意构成彼罪的情形。

③ 参见储槐植、杨书文：《复合罪过形式探析》，载《法学研究》，1999（1），54 页。

④ 这种观点也只是通过对行为人的心理状态进行归纳得出的结论，而不是根据刑法规定得出的结论。

认识到了构成要件事实，过失责任的本质是具有认识构成要件事实的可能性。“因此，不应将预见义务违反作为过失犯的要素。故意与过失存在大小关系或者阶段关系，两者都是为责任提供根据的心理要素。过失中并非没有任何心理状态，而是存在可能预见犯罪事实特别是法益侵害的心理状态。”<sup>①</sup> 据此，对于故意行为可能认定为过失犯罪。<sup>②</sup>

但是，我国刑法仅承认故意犯的共同犯罪。如果说丢失枪支不报罪只能由过失构成，同时对于故意行为也以过失犯论处，那么，当乙丢失枪支后准备报告，而甲反复劝说乙不报告，致使乙没有报告，进而造成严重后果的，对甲就难以认定为丢失枪支不报罪的教唆犯，但这明显不当。再如，如果说违法发放贷款罪是过失犯罪，也意味着本罪不能成立共同犯罪，这显然不符合客观现实。

诚然，刑法第 398 条、第 432 条明文将故意与过失规定为泄露国家秘密与泄露军事秘密的罪过形式，并就故意责任与过失责任规定了相同的法定刑。<sup>③</sup> 这似乎表明，刑法理论也可以像这两个条文一样，肯定同一犯罪既可以由故意构成，也可以由过失构成。但是，本书不以为然。首先，上述两个法条明文规定既处罚故意行为，也处罚过失行为，在解释论上，刑法理论不可能否定过失可以构成泄露国家秘密罪、泄露军事秘密罪；然而，在没有法律文理根据的情况下，刑法理论不能认为某种犯罪同时包括故意与过失两种罪过形式。其次，上述刑法第 398 条与第 432 条规定的犯罪，被司法解释分别确定为故意泄露国家秘密罪与过失泄露国家秘密罪、故意泄露军事秘密罪与过失泄露军事秘密罪。这意味着，一个犯罪只有一个罪过形式，而不可能同时包含故意与过失。然而，丢失枪支不报罪、违法发放贷款罪、违规出具金融票证罪等，只是一个独立罪名，如果将其罪过形式确定为故意与过失，就必须分解为两个罪名，即将丢失枪支不报罪分为故意丢失枪支不报罪与过失丢失枪支不报罪，将违法发放贷款罪分为故意违法发放贷款罪与过失违法发放贷款罪，将违规出具金融票证罪分为故意违规出具金融票证罪与过失违规出具金融票证罪。但事实上并非如

① [日] 高山佳奈子：《故意と违法性の意识》，137 页，东京，有斐阁，1999。

② 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。

③ 由于旧刑法没有明文规定处罚过失泄露国家秘密的行为，故理论上存在争议（参见王作富：《中国刑法研究》，739 页，北京，中国人民大学出版社，1988）。立法机关只是简单地在条文中增加了“故意或者过失”的规定，以避免争议，而没有分别规定法定刑。

此，在缺乏法律根据的情况下也不应当如此。最后，从立法论上而言，对客观行为与结果相同的故意犯罪与过失犯罪规定相同的法定刑，并不符合责任主义原理与罪刑相适应原则，也不利于预防犯罪。在此意义上说，刑法第398条、第432条乃至第397条，也存在立法缺陷。法谚云：“有利的应当扩充，不利的应当限制”（Favore ampliandi, odia restringenda）。具有立法缺陷的条文，不应当作为类比解释的根据，相反，应严格限制其适用范围。所以，不能以具有立法缺陷的条文为根据，将其他诸多犯罪的罪过形式解释为同时包括故意与过失。否则，便会导致立法缺陷蔓延。

第三，依循刑法的谦抑性与刑罚的目的，罪过形式的确定，不能以其他法领域规定的过错形式为标准。换言之，在其他法律针对同一事实既处罚故意行为，又处罚过失行为，刑法也处罚该事实时，不能直接以其他法律规定为依据，将刑法中的犯罪确定为过失犯罪。

由于过失犯罪的非难可能性小，预防的必要性小，而且采用民事的、行政的甚至道德的制裁，就足以防止许多过失违法行为，所以，就过失犯而言，尤其应贯彻刑法的谦抑性原则。质言之，民法、商法、经济法、行政法等规定的违法行为，并不必然也无必要全部成为刑法上的犯罪行为。基于同样的理由，其他法律领域中的过失违法行为，并不当然成为刑法上的过失犯罪。对于过失侵犯商业秘密、过失非法使用窃听、窃照专用器材等行为，给予经济法、行政法上的制裁便能充分发挥抑止效果，完全没有必要确定为刑法上的过失犯罪。

民法、商法等法律规定的法律后果的目的，主要在于赔偿被害人的损失，所以，一方面，只要行为人有过失，就应当承担赔偿责任，甚至还存在无过错责任，主观过错形式并不是特别重要的问题。所以，民法、商法、甚至经济法、行政法中的违法行为，大多可以由过失构成。但是，刑罚的目的与其他法律制裁的目的并不相同。刑罚是对犯罪人最严厉的谴责，其目的是预防犯罪；而在考量能否实现预防犯罪目的时，必然以行为人的罪过形式与内容为重心。因此，近现代刑法特别重视区分故意与过失。同一过失行为，在民法、商法、经济法等领域，可能需要承担责任，但不一定要承担刑事责任。例如，公司基于过失提供了虚假财务会计报告的，也应承担商法规定的法律后果，但不可能承担刑事责任。所以，不能直接将其他法律领域的过失违法行为，作为刑法上的过失犯罪处理。换言之，不能以其他法领域规定的过错形式为标准确定刑法上的罪过形式。

### 3. 简要的结论

综上所述，在确定具体犯罪的罪过形式时，不能以“事实上能否出于过失”的归纳取代“法律有无规定”的判断，而应当充分考虑并贯彻刑法第15条第2款“过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任”的规定。将某种犯罪确定为过失犯罪的法定标准，是“法律有规定”；“法律有规定”是指法律有文理规定。在符合了“法律有规定”的前提下，还需要考察是否存在将某种犯罪确定为过失犯罪的实质理由：根据尊重人权主义的原理，对于法益侵害并非严重的行为，不宜确定为过失犯罪；依照责任主义原理以及刑法的基本原则，不能出现某种犯罪只能由过失构成、不能由故意构成的局面，也不能出现某种犯罪只能由过失与间接故意构成、不能由直接故意构成的现象；依循刑法的谦抑性与刑罚的目的，在确定罪过形式时，不能以其他法律规定的过错形式为标准；其他法律领域中的过失违法行为，不一定属于刑法中的过失犯罪。

根据上述分析，刑法第129条、第169条、第186条、第188条、第250条、第284条、第330条、第332条、第337条、第403条、第405条规定的犯罪，以及第397条规定的滥用职权罪，因为缺乏“法律有规定”的前提，只能确定为故意犯罪。第331条、第334条第2款规定的犯罪，虽然几乎没有争议地被确定为过失犯罪<sup>①</sup>，但由于缺乏“法律有规定”的文理根据，确定为故意犯罪似乎更为合理（当然还需要进一步研究）。另一方面，刑法第138条、第219条第2款、第339条第2款规定的犯罪，虽然存在“法律有规定”的（部分）文理根据，但由于缺乏确定为过失犯罪的实质理由，也宜确定为故意犯罪。<sup>②</sup>当然，将上述犯罪确定为故意犯罪时，应当根据刑法总则关于故意犯罪的规定，合理确定其认识内容与意志内容。在某些情况下，宜将行为直接侵害法益的结果作为认识内容与意志内容；将刑法为了限制处罚范围所规定的结果，作为客观的超过要素对待（参见本书第八章）。

以上观点可能遭受的质疑是，如果将上述条文规定的犯罪确定为故

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4版，642、645页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010；马克昌主编：《刑法学》，601、603页，北京，高等教育出版社，2003；周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，660、668页，北京，人民法院出版社，2007；陈兴良：《规范刑法学》，下册，2版，889、894页，北京，中国人民大学出版社，2008。

② 以上是从解释论角度进行论述得出结论的。从立法论来考察，刑法有必要在分则及其他有刑罚规定的法律中明文规定过失犯罪的处罚范围。

意犯罪，就会排除行为人故意实施上述条文规定的行为可能构成其他严重犯罪的情形。事实上，刑法理论之所以将上述条文规定的犯罪确定为过失犯罪，常常是以故意行为可能构成其他严重犯罪为根据的。例如，有的论著在讨论对违法票据承兑、付款、保证罪的罪过形式时指出：本罪“主观方面为过失，即行为人虽然明知是违法票据而予以承兑、付款、保证，但对由此而造成的重大损失，并不希望，也不持放任的心理态度，否则构成诈骗、侵占等其他故意犯罪”<sup>①</sup>。然而，其一，在客观行为完全相同的情况下，仅因罪过形式不同而成立不同犯罪的情形，应当是比较少见的。其二，即使按照本书的观点，将上述条文规定的犯罪确定为故意犯罪，当故意实施的行为的确同时构成其他严重犯罪时，也可以按照想象竞合犯处理。例如，银行工作人员与持有伪造的票据的人员通谋为其付款的，既触犯了对违法票据付款罪，也触犯了其他故意犯罪（视性质与情节成立票据诈骗罪、贪污罪、职务侵占罪、故意毁坏财物罪等）。在这种情况下，可以从一重罪处罚，既不会导致重罪轻罚的局面，又维护了罪刑法定原则。

#### （四）犯罪未遂的认定

刑法总则第23条规定了犯罪未遂的定义与处罚原则；但总则条文只是一般性规定，在解释分则时，不可避免对故意犯罪提出具体的着手标准、既遂与未遂的区分标准，而这种标准不能与总则规定相冲突。既然未遂要求“未得逞”，就不能完全离开行为人的主观心理态度确定“未得逞”的含义。另一方面，刑法分则规定犯罪是为了保护法益，对法益的现实侵害是既遂的基本标志，因此，只能在行为对法益的现实侵害范围内考虑行为人的主观心理态度。由于未遂要求“未得逞”，故“已经着手实行犯罪”实际上意味着已经开始实施可能得逞的行为，因此，仅仅从形式上确定各种犯罪的着手，会与总则的规定相矛盾。尤其应注意的是，由于具体犯罪千差万别，法益侵害的表现形式各种各样，因而实行行为具有相对性。即某种行为相对于此犯罪而言，是实行行为，而相对于彼犯罪而言，可能是预备行为或者帮助行为。因此，解释刑法分则时，必须明确各具体条文的保护法益（具体犯罪的侵害法益），从而确定着手与既遂的标准。

<sup>①</sup> 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，299～300页，北京，人民法院出版社，2007。

例如，行为人乙向甲出售“假币”，甲便购买，但事实上，甲所购买的根本不是假币，而是冥币或者废纸。对于这样的案件，司法机关几乎均认定乙成立诈骗罪，甲成立购买假币（未遂）罪。<sup>①</sup>但是，这样的做法明显存在缺陷。甲虽然有购买假币的故意，但并没有购买假币的行为，不能将客观上购买冥币或者废纸的行为，也评价为购买假币的行为。因为在客观上完全不存在假币的案件中，没有人可能购买到假币。换言之，甲的行为是不可能得逞的行为。既然是不可能得逞的行为，就是不可能具有法益侵害危险的行为；未遂犯是危险犯，既然甲的行为不具有侵害法益的危险，就不可能成立购买假币罪的未遂犯。将甲的认定为购买假币的未遂犯，仅仅是根据其主观想法定罪，是典型的主观归罪。

再如，刑法理论的通说采取形式的客观说，认为保险诈骗罪的着手时期，应是行为人开始实施刑法分则所规定的具体犯罪构成客观要件的行为时期。由于保险诈骗罪的具体客观要件是，虚构保险标的、编造未曾发生的保险事故、夸大损失程度、制造保险事故以及骗取保险金的行为，因此，本罪是双重实行行为（复合实行行为），应以开始实施第一行为即手段行为为犯罪的着手。换言之，开始实施虚构保险标的、编造未曾发生的保险事故、夸大损失程度、制造保险事故的行为时，就是保险诈骗罪的着手。<sup>②</sup>

形式的客观说照搬了国外以往的通说，但这种学说并不符合中国的立法现实。着手实际上是实行行为的一部分，所以，着手必须具备实行行为的实质，不具备实行行为的实质的行为，不可能成为实行行为，也不存在实行的着手。实行行为的实质，是侵害法益或者具有侵害法益的紧迫危险。当国外学者认为其刑法分则规定的行为都是实行行为时，可以提出开始刑法分则所规定的实行行为为着手；但解释者应当分析本国刑法分则的规定，当本国刑法分则规定的行为并不具有实行行为的实质，事实上规定了犯罪预备行为时，就不能照搬国外的学说。

笔者一直认为，实行行为只能是具有侵害法益的紧迫危险性的行为。具体到保险诈骗罪而言，只有当行为人向保险公司索赔时，才能认为保险秩序与保险公司的财产受侵害的危险性达到了紧迫程度。因此，“到保险公司索赔的行为或者提出支付保险金的请求的行为，才是实行行为；开始实施索赔行为或者开始向保险公司提出支付保险金请求的行

① 参见沈义、陈楠、宫正：《买来一堆白纸也是犯罪》，载《检察日报》，2010-06-09，7版；李自庆：《买来假币也是“假”的》，载《检察日报》，2010-06-24，7版。

② 参见赵秉志、杨诚主编：《金融犯罪比较研究》，325页，北京，法律出版社，2002。

为，才是本罪的着手”<sup>①</sup>。

根据《保险法》第27条第2款的规定，投保人、被保险人以诈骗保险金为目的，故意造成财产损失的保险事故后，并不编造虚假的原因的，根本不可能骗取保险金。投保人、被保险人以诈骗保险金为目的，故意杀害被保险人后，并不向保险人编造虚假的原因的，不可能骗取保险金。既然如此，解释者就不能以刑法分则条文规定了“投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故”、“投保人、受益人故意造成被保险人死亡”为由，将制造保险事故的行为认定为保险诈骗罪的着手。换言之，当某种行为本身根本不可能造成法益侵害结果时，将该行为认定为实行行为，将该行为的开始认定为着手，是过于形式化的观点。而且，按照形式的客观说，保险诈骗罪几乎没有预备行为。

事实上，保险事故是产生保险补偿关系的法律事实，是保险人赔偿或者给付保险金的前提条件，如果没有发生合同约定的保险事故，就不能根据合同约定索赔。制造保险事故的行为，只是为诈骗保险金创造了前提条件；如果行为人造成保险事故后并未到保险公司索赔，保险金融秩序与保险公司的财产受侵害的危险性就比较小；只有当行为人向保险公司索赔时，才能认为保险金融秩序与保险公司的财产受侵害的危险性达到了紧迫程度。从保险索赔、理赔程序来看，如果行为人不在法定的时间内提出索赔请求，保险人不可能主动理赔。而且，根据《保险法》第26条的规定，即使发生了真实的保险事故，如果投保人、被保险人、受益人未在法定期间内行使索赔权，其请求给付保险金的权利便丧失，不可能获得保险金。既然如此，行为人只是单纯制造保险事故的行为，就不可能骗取保险金。因此，对于保险诈骗罪而言，行为人到保险公司索赔的行为或提出支付保险金的请求的行为，才是实行行为。<sup>②</sup>由此可见，形式的客观说不免在一些情况下使着手过于提前。<sup>③</sup>

形式的客观说也不能解决罪数问题。例如，投保人、受益人为了骗取

① 张明楷：《保险诈骗罪的基本问题探究》，载《法学》，2001（1），31页；张明楷：《刑法学》，2版，637页，北京，法律出版社，2003。

② 参见张明楷：《未遂犯论》，130页以下，北京，法律出版社，1997。

③ 持通说的人也意识到，通说不能说明保险诈骗罪的着手（导致着手提前，使预备行为成为实行行为）。既然如此，就应当修正、补充通说或者摒弃通说，但持通说的人却认为“这并非传统理论、通说观点滞后造成，而在于立法本身的矛盾”；即主张修改刑法以适应自己的学说（参见赵秉志主编：《犯罪停止形态适用中的疑难问题研究》，405页以下，长春，吉林人民出版社，2001）。笔者不敢苟同。

保险金而故意杀害被保险人，但还没有向保险公司索赔时，便被司法机关抓获。根据通说的观点，行为人的行为已经成立保险诈骗罪的未遂。而根据刑法第 198 条第 2 款的规定，对于这种行为应当实行并罚。于是出现了这样的现象：仅有一个杀人行为，却同时按故意杀人既遂与保险诈骗罪未遂实行并罚。这是本书难以赞成的。事实上，只有当投保人、受益人故意杀害被害人后，向保险公司索赔保险金，才能认定为数罪。因为索赔行为已经超出了故意杀人罪的范围，换言之，不能将索赔行为评价在故意杀人罪之中，只能另外评价为保险诈骗罪。有人为了维护形式的客观说，而认为形式的客观说的上述缺陷是由刑法第 198 条第 2 款的规定造成的，如果删除了该款，则不存在问题。<sup>①</sup> 其实，刑法第 198 条第 2 款没有不当之处，只要不采取形式的客观说即可。当从国外搬来的理论学说不符合中国刑法规定时，解释者没有理由要求修改中国刑法以适应该理论学说，而应根据中国刑法规定调整理论学说；解释者应当根据刑法规定做出解释结论、归纳刑法理论，而不应根据自己的先前理解评价刑法、批判刑法。

国外刑法理论与审判实践普遍认为，保险诈骗时，开始向保险人索赔为着手。例如，法国法院的判例认为，“投保人故意毁坏其已经保险的财产，在其未向保险人提出任何赔偿请求的情况下，不能构成着手实行犯罪。”<sup>②</sup> 日本刑法理论与审判实践也没有争议地认为，在诈骗保险金的场合，不以设定索赔原因为着手，则是请求保险公司支付保险金时为着手。例如，行为人为了骗取保险金而事先放火烧毁自己的房屋或使船舶沉没，或者伪装成失火或由于不可抗力而沉没，仅仅实施设定索赔原因的行为时，还不是诈骗罪的着手；只有当行为人基于上述原因向保险公司提出支付保险金的请求时，才是诈骗罪的着手。<sup>③</sup> 而且，即使就着手采取形式的客观说的日本学者（如团藤重光）也认为，为了骗取保险金而放火的，只要没有提出索赔请求，就不是诈骗罪的着手。<sup>④</sup> 英国判例也认为，只有当行为人向保险人实际索赔的，才认定为着手。例

① 参见李文燕主编：《金融诈骗犯罪研究》，389 页，北京，中国人民公安大学出版社，2002。

② [法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，236 页，北京，中国政法大学出版社，1998。

③ 参见日本大审院 1932 年 6 月 15 日判决，载日本《大审院刑事判例集》，第 11 卷，859 页；[日] 大塚仁：《刑法概说（各论）》，3 版增补版，254 页，东京，有斐阁，2005；[日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4 版，266 页，东京，东京大学出版会，2007。

④ 参见 [日] 团藤重光：《刑法纲要总论》，3 版，354 页以下，东京，创文社，1990；[日] 团藤重光：《刑法纲要各论》，3 版，613 页，东京，创文社，1990。

如，珠宝商 D 对其货物投保后，将投保的部分货物隐藏在房屋内，然后用绳子将自己捆绑后呼救，向警察声称有人破门而入后将其打昏进行了抢劫。珠宝商的保险额为 1 200 英镑。警察怀疑珠宝商的陈述，并在其房屋内发现了被其隐藏的货物。D 承认想借此骗取保险金。法官认定 D 的行为不构成未遂罪。<sup>①</sup> 国外的这些理论与实践是值得我们借鉴的。

有人针对笔者的观点，发表了以下批判意见：如果以向保险公司提出索赔请求为着手，“刑法对保险诈骗罪的设计只要规定以非法占有之目的实施骗取保险金的行为即可，没必要画蛇添足般地对五种具体行为手段作出规定，但这种理解恐怕与立法构建保险诈骗罪的罪状的意图不符。而且，以开始实施索赔行为或者开始向保险公司提出支付保险金请求的行为为本罪的着手，实际上是人为地割裂了诈骗行为的整个过程。比如，在行为人虚构一个根本不存在的保险对象与保险人订立保险合同の場合，很显然是可以认定行为人具有诈骗保险金的目的的，此时，虚构根本不存在的保险对象，本身即是对保险公司实施的欺诈行为，没有理由把处于同一诈骗犯罪过程中的后发生的欺诈行为认定为实行行为，而把先发生的欺诈行为仅认定为预备行为。‘在签订合同时虚构保险标的，只是为以后骗取保险金制造了条件，因而完全符合犯罪预备的特征’，这种看法是很不科学的。言外之意，保险诈骗罪只是骗取保险金的行为，而且保险诈骗罪除了‘骗取保险金’（依论者前文，准确的说法应当是‘向保险公司索赔’）这一实行行为之外，其他行为都只是为骗取保险金而实施的制造条件的犯罪预备行为。至于怎么骗，用什么方法骗等充其量不过是预备行为，都是不包含在诈骗犯罪的实行行为之中的。推而广之，保险诈骗罪也只有以行为人开始实施催促‘债务人’履行‘合同义务’向自己交付财物的行为为着手，在此之前实施的以虚构的单位或冒用他人名义与对方签订合同等行为都只是一种为诈骗对方财物而实施的犯罪预备行为，普通诈骗罪也只有以行为人开始实施请求对方自己交付财物的行为为着手，在此之前实施的以欺诈手段使对方陷于错误认识等行为都只是犯罪预备行为；这显然是违背欺诈犯罪的基本原理和不符合实际情况的。即使以论者所持的法益侵害说为立论根据，也难以得出保险诈骗罪只有以向保险公司索赔为实行行为的着手结论，因为行为人虚构一个根本不存在的保险标的与保险人签订保险合同即侵

① 参见 [英] J. C. 史密斯、B. 霍根：《英国刑法》，李贵方等译，352 页以下，北京，法律出版社，2000。

犯了保险制度，正如合同诈骗罪中行为人虚构单位与对方签订合同即侵犯了国家对合同的管理制度一样，至于受害人的财产利益，倒是刑法规定保险诈骗罪或合同诈骗罪所要保护的次要法益，这是以两罪的主次客体来论必然得出的结论，并不是只有受害人遭受或有遭受财产损害之急迫危害等，才可以认为法益受到了犯罪实行行为的侵害。”<sup>①</sup> 在本书看来，这些批判理由难以成立。

第一，依照本书的观点，刑法第198条第1款各项对五种行为方式的规定，大多是对保险诈骗罪的预备行为的规定，这种行为发展为“骗取保险金”时，才可能成为保险诈骗罪的实行行为。在批判者看来，为了不使刑法第198条出现画蛇添足的规定，必须将各项中规定的行为理解为实行行为。这仍然是“刑法分则条文规定的行为必然是实行行为”的观点，而且将刑法条文的字面含义等同于刑法条文的真实含义，为本书作者所不采。

第二，按照本书的观点认定着手，也不存在人为割裂诈骗行为的整个过程的问题。从犯罪预备到犯罪既遂都可谓犯罪的整个过程，按照批评者的观点，只有将预备行为视为实行行为，才没有人为割裂犯罪过程；如果从这个过程的中间认定着手就是割裂了犯罪过程。这种批判难以令人信服。

第三，以行为人虚构一个根本不存在的保险对象与保险人订立保险合同，表明行为人具有诈骗保险金的目的为由，认定该行为为保险诈骗罪的着手，是主观的未遂犯论的观点（即只要行为表明行为人具有主观危险性时，或者只要行为表明行为人具有犯罪故意时，就是着手），为本书作者所不赞成。<sup>②</sup>

第四，虚构保险标的，虽然也可谓对保险人实施了欺骗行为，但是，并非任何欺骗行为都是诈骗罪的着手，只有足以使受骗者陷入处分财产的认识错误的欺骗行为，才是诈骗罪的着手。虚构保险标的后，尚未发生保险事故、行为人不实施索赔行为的，保险人不可能陷入处分财产的认识错误。所以，虚构保险标的的行为，原本就不是保险诈骗罪中的“欺骗行为”。同样，投保人故意杀害被保险人后，如果其并不向保

① 周铭川、张泽吾：《保险诈骗行为着手的认定》，载《社会公共安全研究》，2002（6），73～74页。

② 参见张明楷：《刑法的基本立场》，208页以下，北京，中国法制出版社，2003；张明楷：《法益初论》，修订版，415页以下，北京，中国政法大学出版社，2003。

险人编造虚假的原因，保险人根本不可能陷入认识错误，更不可能处分财产。只有当投保人向保险人索赔时编造虚假的原因，才足以使保险人陷入认识错误进而处分财产（给付保险金）。由此看来，根据本书的观点，不会导致保险诈骗罪的着手与普通诈骗罪的着手不协调或自相矛盾。相反，批评者却将一般意义上的欺骗（不以使受骗者陷入处分财产的认识错误为内容）行为混同于诈骗罪中的“欺骗”（以使受骗者陷入处分财产的认识错误为内容）行为。

第五，保险诈骗罪虽然规定在刑法分则第三章，但它具有明显的财产犯罪性质。如果以侵害保险制度或者保险秩序为既遂标志，那么，行为人没有骗取保险金时，也可以认定为犯罪既遂。换言之，根据批判者的观点，由于虚构保险标的行为侵害了保险制度，所以虚构保险标的就是保险诈骗罪的既遂。这是难以被人接受的，也与刑法第198条要求“数额较大”的规定相冲突。既然既遂标志是财产损失，那么，着手的标志就应是财产损失的紧迫危险。

总之，不管何种类型的保险诈骗罪，行为人开始向保险公司人员实施索赔行为或者开始向保险公司人员提出支付保险金请求时，才是实行行为的着手。<sup>①</sup> 单纯以分则的文字表述确定着手时期，是没有以总则所规定的“着手”与“未得逞”的实质含义为指导而形成的结论。

#### （五）共同犯罪的认定

刑法总则对共同犯罪作了专门规定，刑法分则既有关于共同犯罪的例外规定，也有关于共同犯罪的注意规定。在刑法分则没有对共同犯罪做出例外规定时，必须以刑法总则关于共同犯罪的规定为指导认定共同犯罪。

例如，刑法第26条第3款规定：“对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。”根据责任主义原理，首要分子也只能对自己直接实施的、参与实施的、组织实施的、策划实施的、指挥实施的罪行承担刑事责任。刑法之所以规定犯罪集团中的首要分子对集团所犯的全部罪行负责，就是因为集团所犯的全部罪行，是由首要分子组织、策划、指挥实施的。如果集团成员所实施的罪行，在任何意义上，都不属于首要分子组织、策划、指挥实施的罪行，首要分子就不应当承担刑事责任。所以，对犯罪集团的首要分子，是按“集团”所犯的

<sup>①</sup> 参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，772页以下，北京，清华大学出版社，2006。

全部罪行处罚，不是按“全体成员”所犯的全部罪行处罚。否则，便违反了个人责任原则。上述规定与原理，对于黑社会性质组织、恐怖活动组织的首要分子同样适用，不能因为刑法分则特别规定了组织、领导、参加黑社会性质组织罪与组织、领导、参加恐怖活动组织罪，就扩大其中的首要分子承担刑事责任的范围。

又如，刑法总则第 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。”据此，故意帮助正犯实行犯罪的，就是从犯。这一规定当然适用于分则。例如，刑法第 198 条第 4 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。”这一规定只是有关共同犯罪的注意规定，而不是关于共同犯罪的例外规定与法律拟制（参见本书第十三章）。所以，一方面，其他人故意为正犯诈骗保险金提供条件的，也必须根据刑法总则第 27 条的规定，认定为共犯。另一方面，任何人为他人进行集资诈骗、贷款诈骗、票据诈骗等提供条件的，也应当认定为共犯。基于同样的理由，故意帮助他人受贿的、故意帮助他人挪用公款的，均成立共犯。

再如，刑法第 382 条第 3 款规定：“与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”这一款只是注意规定，而不是对总则的例外规定与法律拟制（参见本书第十三章）。所以，与国家工作人员相勾结伙同受贿的，当然成立受贿罪的共犯。例如，教唆国家工作人员受贿的，成立受贿罪的教唆犯。刑法总则有关共犯人的规定已经指明了这一点。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。”其中的“教唆他人犯罪”并不限于普通犯罪，而是包含了身份犯。于是可以得出以下结论：“教唆他人犯受贿罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。”

还如，刑法第 97 条规定：“本法所称首要分子，是指在犯罪集团或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。”据此，当刑法分则所规定的某种犯罪中有处罚首要分子的规定时，就表明该犯罪要么是集团犯罪，要么是聚众犯罪，否则，不可能成立该犯罪。

#### （六）刑罚制度的适用

在解释和适用刑法分则所规定的法定刑时，必须以总则规定的刑罚制度为指导。

例如，对于任何单位犯罪，都应当没有例外地适用自首的规定。从

总则与分则的关系上说，刑法总则关于自首的规定，并没有将单位犯罪排除在外。从认定自首的实质理由来说，单位犯罪的自首，也具备自首的实质根据：一方面，单位本身再犯罪的可能性减少，特殊预防的必要性减少；另一方面，使单位犯罪案件得以及时查处和审判。反之，对单位犯罪不可能适用累犯制度。因为刑法总则规定的累犯以前罪判处有期徒刑以上刑罚，后者应当判处有期徒刑以上刑罚为前提，而对单位犯罪只能处罚金，因而不可能符合累犯的成立条件。

再如，分则条文存在许多“处××年以上有期徒刑”、“处××年以下有期徒刑”的规定。显然，这里的“以上”、“以下”只能以总则规定为依据予以确定。

### 三、分则对总则的例外

总则虽然指导分则，但分则完全可能做出例外规定（即不同于总则的规定），所以，总则有时出现“本法分则另有规定的，依照规定”的表述。不仅如此，即使总则条文没有出现这种表述，也完全可能发现并承认分则的例外规定。如前所述，在这种情况下，不能认为分则的规定违反了总则。因为总则与分则的关系，决定了总则不可能将分则的全部内容纳入总则，分则必然出现一些例外规定。下面略举几例。

刑法总则第31条规定：“单位犯罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。”该条规定了单位犯罪的双罚制，但刑法分则并没有对一切犯罪实行双罚制。双罚制存在两种例外情况：一是仅处罚单位而不处罚直接负责的主管人员和其他直接责任人员。《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》第9条第2款规定：“企业事业单位犯本决定第一条罪（生产、销售伪劣产品罪——引者注）的，对单位处罚金，情节恶劣的，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照本决定第一条的规定追究刑事责任。”即单位生产、销售伪劣产品，情节并不恶劣时，只追究单位的刑事责任，不追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任（现行刑法中没有这种例外情况）。二是仅处罚直接负责的主管人员和其他直接责任人员，而不处罚单位；现行刑法存在这种情况。现行刑法分则的多处例外规定，都具有各种各样的合理根据，不能认为这种例外规定违反了总则规定。

刑法第23条第2款规定：“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者

减轻处罚。”那么，是否存在由于分则已经为未遂犯规定了独立的法定刑，因而不需要适用刑法第 23 条第 2 款的例外情形呢？这是尚有争议的问题。刑法分则有不少条文，起先规定了危险犯，后来规定了实害犯或结果加重犯。如果认为刑法分则规定的犯罪均以既遂为模式，那么，危险犯便以发生危险为既遂标准，于是不存在例外情形。但是，如果认为危险犯不以发生危险为既遂标准，则可能存在例外情形。例如，刑法第 116 条、第 117 条分别规定了破坏交通工具、破坏交通设施，“足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果”的情形。尚未造成严重后果包括造成轻微后果与没有造成任何侵害后果。如果认为，上述犯罪仍以造成了交通工具的倾覆、毁坏为既遂标准，那么，第 116 条、第 117 条规定的就是未遂犯或者其中至少包含了未遂犯；既然分则对未遂犯已经规定了独立的法定刑，那么就不能再适用总则关于未遂犯从轻、减轻处罚的规定。不过，以上两种不同观点，并不产生处理结论上的区别。再如，如果认为刑法分则规定的犯罪以既遂为模式，那么，刑法第 264 条规定的“多次盗窃”，即使行为人分文未得、被害人分文未失时，也成立犯罪既遂，因而不得适用总则关于未遂犯从轻、减轻处罚的规定。但是，如果认为盗窃罪必须以使被害人丧失对财物的控制或者行为人控制财物为既遂标准，那么，“多次盗窃”也可能成立未遂。在“多次盗窃”存在未遂的情况下，又存在是否适用总则关于未遂犯从轻、减轻处罚的规定的规定的问题。如果说仍然适用总则的规定，则分则关于“多次盗窃”的规定不是例外；如果说不适用总则规定，则分则的上述规定属于例外规定。

刑法第 27 条规定了从犯及其处罚原则，其中包括了帮助犯。但是，刑法分则也可能将帮助行为规定为独立犯罪（共犯的正犯化）。例如，刑法第 358 条第 3 款规定了协助组织卖淫罪。如果刑法没有规定本罪，对协助组织他人卖淫的，应认定为组织卖淫罪的共犯。但刑法考虑到这种行为的严重危害程度，避免将本罪主体以从犯论进而从轻、减轻或者免除处罚，从而导致刑罚畸轻现象，也为了避免将协助组织卖淫的行为当做组织卖淫罪的正犯处罚，从而导致刑罚畸重现象，便将协助组织他人卖淫的行为规定为独立犯罪。据此，对于协助组织他人卖淫的行为与组织他人卖淫的行为，不以共同犯罪论处，应当分别定罪量刑处罚。不能认为刑法第 358 条的上述规定违反总则关于共同犯罪的原理，因为分则不是总则的演绎，相反，总则是分则的抽象；另一方面，为了实现处罚的合理性，分则完全可能做出与总则不同的特别规定。例如，日本刑

法第 207 条规定：“二人以上实施暴行伤害他人的，在不能辨别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。”本来，二人以上没有意思联络而同时对他人施加暴行时，属于同时犯，只能分别作为单独犯罪，对自己的行为所造成的结果承担责任，而不能以共犯论处，适用部分实行全部责任的原则。假如不能证明伤害结果由谁的行为所引起，则二人以上均只成立暴行罪。这是对同时犯的处理原则，也是责任主义的要求。但是，这样处理或许不利于保护法益，也宽纵了犯罪人，于是日本刑法做出了上述“即使不是共同实行的，也依照共犯的规定处断”的规定。这是一种法律拟制规定，它导致不符合共同犯罪的案件，也适用共同犯罪的处罚规定。这一规定或许违反了责任主义，但不宜认为这一规定违反了总则关于共同犯罪的规定。

刑法总则第 29 条第 1 款明确规定了共犯中的教唆犯，根据该规定，教唆犯与已经实施犯罪的被教唆犯构成共同犯罪。但是，分则也可能对某种犯罪的教唆行为做出特别规定，因而导致不再适用总则关于教唆犯的处罚原则。刑法第 104 条第 1 款规定：“组织、策划、实施武装叛乱或者武装暴乱的，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者十年以上有期徒刑；对积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑；对其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”第 2 款规定：“策动、胁迫、勾引、收买国家机关工作人员、武装部队人员、人民警察、民兵进行武装叛乱或者武装暴乱的，依照前款的规定从重处罚。”这里的策动、胁迫、勾引、收买都是教唆他人实施武装叛乱或者武装暴乱的方式。基于教唆对象的特殊性，刑法将其规定为法定的从重情节，所以，不再适用刑法总则第 29 条第 1 款。同理，即使被教唆者没有实施武装叛乱与武装暴乱，对教唆者也不得适用刑法总则第 29 条第 2 款。

但应注意的是，在刑法分则规定的实行行为为煽动行为时，则并不排除对教唆行为仍然适用刑法总则关于教唆犯的规定。例如，刑法第 373 条规定：“煽动军人逃离部队或者明知是逃离部队的军人而雇用，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”煽动，应是以口头、书面或者其他方式鼓动、唆使、怂恿不特定军人擅自离开部队的行为。唆使特定的军人逃离部队的，应属于刑法第 435 条的逃离部队罪的教唆犯。有学者认为，本罪行为实际上是逃离部队罪的教唆犯，若无本

条规定，对于这种行为完全可以作为逃离部队罪的共犯论处<sup>①</sup>，但是，煽动与教唆不是等同概念，其关键区别在于对象是否特定，是否限于引起他人犯意（煽动包括使已有犯意的人强化犯意的情况）。从整体上说，煽动是比教唆更为缓和的概念。<sup>②</sup>

有些条文的规定是否属于总则的例外，还存在疑问。例如，刑法第107条规定了资助危害国家安全犯罪活动罪，其中是否包括共同犯罪，还需要研究。本书认为，所谓资助，是指向有危害国家安全行为的境内组织、个人提供经费、场所和物资；向境内组织、个人提供用于进行危害国家安全活动的经费、场所和物资。资助的具体方式没有限制；资助的时间也没有限定，在境内组织或个人实施上述特定犯罪之前、之中、之后进行资助的<sup>③</sup>，都成立本罪。如果境内外机构、组织或者个人的行为超出了资助的范围，与境内组织或者个人，共同故意组织、策划、实施刑法第102条至第105条规定的犯罪的，应以上述犯罪的共犯论处。本罪主观上要求行为人认识到境内组织或者个人即将实施、正在实施或者已经实施了上述特定的危害国家安全犯罪行为，否则不能以本罪论处。因此，不能简单地认为，刑法只是将特定共同犯罪中的帮助行为规定为独立的犯罪。换言之，本罪既包括特定共同犯罪中的部分帮助行为，又包括不符合共同犯罪成立条件的资助行为，但不包括符合共同犯罪成立条件的组织、策划、实行、煽动、教唆行为。如果认为本罪包括特定共同犯罪中的部分帮助行为，那么，它也是刑法总则关于共同犯罪规定的例外。

刑法总则关于自首的规定，在分则中是否存在例外（即分则规定的某些犯罪不可能成立自首），是值得讨论的问题。例如，对交通肇事罪能否适用总则关于自首的规定？

持否定说的学者指出：“刑法规定自首的用意在于鼓励犯罪分子在犯罪之后主动投案，以降低侦查破案的成本。那么，哪些犯罪分子需要鼓励其主动投案呢？当然是容易藏匿且不容易破案的故意犯罪。对于那些明明知道犯罪之后逃不了也不能逃（逃了就要加重处罚）的交通肇事

① 参见陈兴良：《刑法疏议》，606页，北京，中国人民公安大学出版社，1997。

② 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（总论）》，4版，315页，东京，有斐阁，2008；郑健才：《刑法总则》，修订再版，219页，台北，三民书局，1982。

③ “之后”进行资助的，似应限定为他人在实施特定犯罪之后仍有可能继续或再次实施特定犯罪的情形。

者，法律没必要再用自首制度鼓励他们主动投案，立法者更不会一方面以法定的义务强制肇事者主动报警，另一方面又以自首制度鼓励其主动报警。”<sup>①</sup>

本书不能同意这种观点。其一，姑且不论自首制定的根据何在，这种观点明显将主动报警等同于自首。然而，行为人甲肇事后，立即报警声称某地发生交通事故的，即使否认自己是肇事者，也属于主动报警，但并非自首。其二，所谓“逃不了也不能逃（逃了就要加重处罚）”，并不是客观上不能逃，只是规范意义上的不能逃。事实上，肇事后逃逸的并不少见，这也是刑法将其规定为法定刑升格情节的一个原因（倘若肇事后逃逸的很罕见，刑法就不一定将其规定为法定刑升格情节之一）。而且，否定说承认逃逸之后再自动投案的，仍然成立自首。这表明，否定说的上述观点既不符合事实，也自相矛盾。其三，上述观点认为只有“容易藏匿且不容易破案的故意犯罪”才应鼓励其投案自首，这便没有根据地限制了自首制度的适用范围，使得责任较轻的过失犯罪不成立自首，因而与责任较重的故意犯罪能够成立自首的现状明显不协调。其四，不管是故意犯罪，还是属于过失犯的交通肇事罪，都至少存在“容易藏匿且不容易破案”与“不容易藏匿且容易破案”两种情形，而上述观点所导致的结局是，是否适用自首制度，取决于是否“容易藏匿且不容易破案”。这种明显不合理的观点，实在难以被人们接受。

持否定说的学者还指出：刑法第133条“对交通肇事罪规定了三档法定刑，其中第二档专门适用于肇事后逃逸和具有恶劣情节的交通肇事罪。交通肇事后逃逸的，应适用第二档法定刑，交通肇事后不逃逸的，才适用第一档法定刑。所谓交通肇事后不逃逸，其实就是主动报警、保护现场、等候处理或者护送被害人去医院。可见，从逻辑上分析，刑法第一百三十三条的立法原意，本来就没有把肇事后主动报警的行为按自首论”<sup>②</sup>。按照这种观点，刑法第133条对逃逸加重法定刑的规定，就意味着将不逃逸的情形隐含在较轻的量刑幅度之中。

诚然，“大体上”可以说，交通肇事后逃逸的适用刑法第133条规定的第二档法定刑，不逃逸的适用第一档的法定刑。然而，上述观点实

<sup>①</sup> 侯国云：《交通肇事后报警不以自首论的法理解读》，载《人民检察》，2009（18），24页。

<sup>②</sup> 侯国云：《交通肇事后报警不以自首论的法理解读》，载《人民检察》，2009（18），24页。

实际上将不逃逸解释为自首，这明显不当。因为不逃逸并不等于自首，其间存在诸多中间形态。例如，A肇事（致一人死亡，没有其他特别严重情节）后，既没有主动报警，也没有保护现场和救助被害人，仅仅是等候在现场，事后也不如实供述自己的交通肇事罪行。按照现行司法解释<sup>①</sup>，A的行为既不是逃逸（没有逃跑），也不是自首（不符合自首条件），只能适用第一档法定刑。即使将“不逃逸”解释为“主动报警、保护现场、等候处理或者护送被害人去医院”，也不意味着这种行为是自首。例如，B肇事（致一人死亡，没有其他特别严重情节）后保护现场、抢救伤者、向公安机关报告发生了交通肇事案件，且承认自己肇事，但在警察处理完现场后逃往外地。按照本书的观点，对B既不能认定为逃逸（因为B履行了行政义务）<sup>②</sup>，也不能认定为自首，只能适用第一档法定刑。再如，C肇事（致一人死亡，没有其他特别严重情节）后保护现场、抢救伤者、向公安机关报告发生了交通肇事案件，但不承认自己肇事，并谎称自己是事故的被害人。不管如何理解刑法第133条规定的“逃逸”，C都既没有逃逸，也没有自首（没有如实供述自己的罪行），同样只能适用第一档法定刑。以上几例表明，不逃逸并不等于自首。既然如此，对于不逃逸并符合自首条件的，当然应认定为自首。例如，D肇事（致一人死亡，没有其他特别严重情节）后保护现场、抢救伤者、向公安机关报告且如实供述自己的罪行，接受审查与裁判。显然，D肇事后的行为与A、B、C肇事后的行为存在明显区别，亦即，A、B、C只是未逃逸<sup>③</sup>，D不仅未逃逸，而且符合自首条件，故对D应认定为自首。概言之，在逃逸与自首之间，存在诸多既未逃逸也未自首的情形，并非单纯的非此即彼的关系。但否定说想象得过于简单，没有考虑案件情况的复杂性。在没有全面考虑各种可能性的情况下，根据部分可能性得出的结论，不可能具有普遍的合理性。

正因为未逃逸不等于自首，所以，持否定说的另一种观点指出：“的确，履行道路交通安全法规定的前置义务与交通肇事罪中的未逃逸、不履行道路交通安全法规定的前置义务与逃逸的内容不完全吻合。未逃逸

① 最高人民法院2000年11月10日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定：“‘交通运输肇事后逃逸’，是指行为人具有本解释第二条第一款规定和第二款第（一）至（五）项规定的情形之一，在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。”

② 参见张明楷：《刑法学》，3版，543页，北京，法律出版社，2007。

③ 按照现行司法解释，对A不能认定为逃逸，但根据笔者的观点，对A应认定为逃逸。

状态确实有既不报警也不抢救伤员的情形，逃逸状态也有既报警又救人的情形。不过，未逃逸与履行义务、逃逸与不履行义务的绝大部分是重合的，不重合的只是例外，是个别。交通肇事罪中的逃逸，是可以代表没有履行道路交通安全法规定的前置义务的。因为立法上要求交通肇事后不得逃逸，并不是让肇事者留在现场什么都不干，而是要求肇事者必须报警、保护现场、抢救伤员，因此履行道路交通安全法规定的前置义务应当被认定为是未逃逸的常态。而且，从实证角度看，未逃逸但又完全不履行或者部分不履行法律规定义务的情况是极其个别的，立法者不可能以个别状态作为立法的依据。因此，未逃逸就是针对未逃逸且积极履行行政前置义务的情形，把积极作为情况排除在未逃逸之外，是仅仅局限在字面解释，没有考虑到立法者的真实意图，严重脱离社会实际和司法实践。”<sup>①</sup>

但是，第一，虽然刑法第133条对逃逸提高法定刑，意味着要求肇事者必须报警、保护现场、抢救伤员，但这并不意味着刑法第133条将自首作为肇事者的法定义务。要求犯罪人犯罪后自首，违背了期待可能性的原理，既不能解释为什么窝藏罪的主体只能是本犯以外的人，也不能解释为什么刑法不将逃逸规定为其他犯罪的法定刑升格条件。第二，未逃逸与履行行政义务的重合，不等于履行行政义务与自首的重合，更不等于逃逸与不自首的重合。换言之，即使将未逃逸理解为履行《道路交通安全法》规定的行政义务，也不能将未逃逸理解为自首，因为自首与履行行政义务的条件并不相同。所以，以未逃逸与履行行政义务的重合为由否认自首，实际上是通过偷换概念否认自首。第三，姑且不论未逃逸与履行行政义务、逃逸与不履行行政义务的绝大部分是否重合，以及不重合的是否仅为例外、极其个别<sup>②</sup>，即便如此，也没有丝毫理由否认这种例外与个别。因为是否承认这种例外与个别，事关行为人的身自由等权益，不能忽略不计。不能因为多数肇事者事后履行行政义务的行为通常（多数）符合自首条件，就否认这些多数肇事者成立自首，进而将这些符合自首条件的多数肇事者与肇事后履行行政义务却不符合自首条件的少数肇事者等同看待。所以，司法机关不应认为自首制度只能适用于少数犯罪人。相反，在刑法设立了自首制度的前提下，倘若所有

① 浙江省高级人民法院刑事审判调研组：《论交通肇事后报警不构成自首》，载《人民法院报》，2009-09-30，6版。

② 从笔者收集的案例来看，这种情形并不是“例外”，更不是“极其个别”。

的犯罪人犯罪后都自首，司法机关也必须无一例外地认定为自首。再如，《刑法修正案（七）》修改了刑法第 201 条，对逃税罪规定了有利于行为人的处罚阻却事由。可以预料，《刑法修正案（七）》颁行之后，绝大多数逃税行为都不会受刑事追究。即使所有的逃税者为了避免刑事追究，在税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，接受行政处罚，导致司法实践中几乎不可能追究逃税罪的刑事责任（亦即，导致处罚阻却事由适用于绝大多数逃税者），司法机关也不能因此限制刑法第 201 条有关处罚阻却事由规定的适用。诚然，“立法者不尊重稀罕之事”，但这是针对立法者而言，而不是针对司法者而言。在立法已经对某种事项做出规定的情况下，不管这种事项在司法上多么罕见，都必须遵守立法的规定。所以，以“立法者不可能以个别状态作为立法的依据”为由否认交通肇事后自首，并不合适。刑法理论与司法实践坚持罪刑法定原则，不承认超法规的犯罪行为，但承认超法规的违法阻却事由与责任阻却事由。这足以说明，不能否定刑法的从宽规定对少数、例外行为人的适用。那些肇事后逃逸，后来又投案自首的，也是例外、个别，但我们没有理由否认其行为成立自首。

总之，只要刑法分则没有特别规定，刑法总则的规定就必须适用于分则。所以，刑法总则规定的自首制度，应当适用于刑法分则规定的每一个犯罪。刑法第 133 条关于交通肇事罪的规定，并没有排除自首制度的适用。<sup>①</sup>

#### 四、分则与总则的协调

只要分则不存在特别或者例外规定，在解释分则时，必须始终注意并实现分则与总则的协调，对分则的解释不得违反总则的规定。下面联系几例来讨论。

##### （一）分则罪过形式与总则罪过形式的协调

刑法总则明文将故意分为直接故意与间接故意，同时将过失分为疏忽大意的过失与过于自信的过失。因此，间接故意与过于自信的过失是性质不同的两种罪过（责任）形式。而且刑法总则以处罚故意犯罪为原

<sup>①</sup> 其他详细理由，参见张明楷：《论交通肇事罪的自首》，载《清华法学》，2010（1），27 页以下。

则，以处罚过失犯罪为例外。既然如此，解释者就不能认为，分则规定的某种犯罪既可以由间接故意构成，也可以由过失构成。因为第一，除了刑法分则有明文规定之外，一种犯罪要么是故意，要么是过失，不可能既可以是故意，也可以是过失。因此，认为一个犯罪的主观要件同时包括过失与间接故意的观点，不符合刑法总则的规定。第二，既然间接故意也构成犯罪，直接故意更能构成犯罪；显然，某种犯罪只能出于间接故意而不能出于直接故意的观点，是难以被人接受的。其实，解释者只是根据自己所掌握的有限事实得出了上述结论，而没有考虑总则规定，因而混淆了事实与规范的关系。第三，如果说就同一行为而言，间接故意实施时构成此罪，直接故意实施时构成彼罪，则明显违反总则规定。因为总则条文明显将直接故意与间接故意规定为故意的两种表现形式，并没有承认它们之间的性质区别。第四，如果认为，间接故意与过于自信的过失合并为一种罪过形式具有合理性，无论正确与否，都只是一种立法论上的建议。在刑法没有接受这种建议时，不能直接根据这种建议解释刑法分则所规定的具体犯罪的罪过形式。<sup>①</sup>

## （二）分则中的明知与总则中的明知的协调

刑法总则规定犯罪故意的认识因素是“明知”自己的行为会发生危害社会的结果；刑法分则某些条文对犯罪规定了“明知”的特定内容。这两种“明知”既有联系又有区别。刑法总则上的“明知”是故意的一般构成因素，刑法分则上的“明知”是故意的特定构成因素；只有具备分则中的“明知”，才能产生总则中的“明知”；但分则中的“明知”不等于总则中的“明知”，只是总则中的“明知”的前提。<sup>②</sup>例如，刑法第312条规定的有关赃物的犯罪，以行为人明知是犯罪所得及其收益为成立条件。行为人明知是犯罪所得，然后才能明知自己行为的危害性质与危害结果；如果不明知是犯罪所得，则不可能明知自己行为的危害性质与危害结果；如果行为人明知可能是犯罪所得，则意味着行为人明知自己的行为可能是窝藏、收购、转移或代为销售犯罪所得的行为，明知自己的行为可能产生妨害司法活动的危害结果，倘若行为人放任该结果的发生，便成立间接故意。因此，当分则规定以“明知”为要件时，也

<sup>①</sup> 刑法理论普遍存在将解释论与立法论相混同的现象，这是应当克服的。因为解释论必须以现行刑法为依据，而立法论则完全可以否认现行刑法的规定；如果将二者混同，就可能造成违反罪刑法定原则的局面。

<sup>②</sup> 参见郑健才：《刑法总则》，修订再版，6页，台北，三民书局，1982。

不排除间接故意的可能性。

不管是总则中的明知还是分则中的明知，都是一种现实的认识，而不是潜在的认识，即明知是指行为人已经知道某种事实的存在或者可能存在（如明知自己窝藏的是犯罪所得或者可能是犯罪所得），而不包括应当知道某种事实的存在（不包括应当知道是犯罪所得），否则便混淆了故意与过失。但有些司法解释却将“应当知道”解释为“明知”，这是存在疑问的。例如，刑法第 145 条规定，“销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，足以严重危害人体健康的”，是犯罪行为。最高人民法院、最高人民检察院 2001 年 4 月 9 日《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条指出：“医疗机构或者个人，知道或者应当知道是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而购买、使用，对人体健康造成严重危害的，以销售不符合标准的医用器材罪定罪处罚。”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》指出：刑法第 345 条规定的非法收购、运输明知是盗伐、滥伐的林木中的“明知”，是指知道或者应当知道。如果认为将“明知”解释为“知道与应当知道”属于扩大解释，那么，就需要进一步考虑，这种解释与刑法的相关条文、整体精神是否协调。如果得出否定结论，就必须否定这种扩大解释。从刑法总则第 14 条、第 15 条关于故意犯罪与过失犯罪的规定来看，“明知”标明的是故意心理。“应当知道”，反映的是一种过失心理。从事实上看，“明知”是一种现实的认识；“应当知道”，只是具有明知的可能性，而并没有现实的认识。刑法没有明文规定过失可以构成的犯罪，只能由故意构成；换言之，当根据总则原理以及分则规定，某种犯罪要求行为人明知符合构成要件的事实时，该犯罪属于故意犯罪，过失不可能成立该罪。如果将该故意犯罪解释为包含过失犯罪，则违反罪刑法定原则。所以，将“明知”解释为“知道与应当知道”，便是将故意犯罪解释为包含故意犯罪与过失犯罪，明显违反罪刑法定原则。如果要对上述司法解释的内容进行妥当解释，则应当认为，上述司法解释所规定的“应当知道”，是指根据事实推定行为人明知。不过，根据客观事实推定行为人明知时，就可以认定行为人已经明知，即已经具有现实的认识，而不能视为“应当知道”。因为推定方法是“从被告已经实施了违禁行为的事实中，推断出被告是自觉犯罪或具有犯罪意图，如果被告未作任

何辩解，推断通常成立”<sup>①</sup>。换言之，推定是根据客观事实推断行为入心理状态，客观事实正是检验行为入心理状态的根据；通过运用证据而得出结论与通过推定而得出结论之间没有本质区别，只有一定程度上的区别。

### （三）监督过失与疏忽大意过失、过于自信过失的协调

由于业务及其他社会生活上的关系，在特定的人与人之间、人与物之间形成了一种监督与被监督关系。监督者对被监督者的行为，在事前要进行教育、指导、指示、指挥，在事中进行监督，在事后要进行检查；对自己所管理的事项，要确立安全的管理体制。进行这种监督与管理，是监督者的义务或职责。如果监督者不履行或者不正确履行自己的监督或者管理义务，导致被监督者产生过失行为引起了危害结果，或者由于没有确立安全管理体制，而导致危害结果发生，监督者主观上对该危害结果就具有监督过失。监督过失可以分为两种类型：一是因缺乏对被监督者的行为的监督所构成的狭义监督过失，二是由于没有确立安全管理体制所构成的管理过失。

在狭义监督过失中，存在着被监督者的过失行为（也可能是意外事件）。即被监督者的过失行为直接造成了危害结果的发生，但监督者对被监督者的行为负有监督义务，即有义务防止被监督者产生过失行为，却没有履行这种义务，导致了危害结果的发生。例如，在外科手术时，医生对护士的行为有监督义务，如果因护士的过失导致事故的发生，医生同样应对这种事故承担监督过失的责任。由此可见，狭义监督过失，实际上一般是二人以上的过失竞合，即被监督者的一般过失与监督者的监督过失竞合在一起导致了结果的发生。在管理过失中，行为入因为过失没有采取必要的防范措施，或者没有指示他人采取防范措施，导致了危害结果的发生，或者由于自然原因或第三者的无罪过行为导致了危害结果的发生。例如，驾校教练在教授学员进行倒桩训练时，只是上车做两次示范动作，然后便下车离开，让学员自己练习，学员导致他人死亡的，教练成立过失犯罪。<sup>②</sup>再如，工厂负责人随意决定将贵重设备堆放在露天，由于雷电起火而烧毁了设备。该负责人主观上就存

<sup>①</sup> [英] 鲁珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯：《英国刑法导论》，赵秉志等译，56页，北京，中国人民大学出版社，1991。

<sup>②</sup> 参见孟焕良、胡育萍：《杭州一驾校教练被控过失致人死亡》，载《人民法院报》，2010-06-30，3版。

在没有确立安全管理体制的管理过失。

监督过失并不是独立于疏忽大意过失与过于自信过失之外的一种过失，相反，监督过失仍然具有刑法所规定的过失的基本特征。(1) 狭义监督过失与疏忽大意的过失。在一般疏忽大意过失的情况下，行为人应当预见自己的行为可能直接造成危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，即自己的行为—危害结果。在监督过失的情况下，监督者应当预见自己不履行或者不正确履行监督义务的行为可能引起被监督者的过失行为，从而发生危害结果，因为疏忽大意而没有预见。这里存在一个中间项（被监督者的过失行为），即自己的行为—中间项—危害结果。事实上二者没有本质区别。(2) 狭义监督过失与过于自信的过失。在一般的过于自信过失的情况下，行为人往往因为轻信自己的技术、经验等而轻信能够避免结果的发生；在监督过失的情况下，监督者是轻信了被监督者不会有过失行为，这也符合过于自信过失的特征。(3) 管理过失与一般过失。在管理过失的情况下，监督人应当预见自己没有确立安全管理体制的行为，可能造成危害结果，或者可能由于自然因素或第三者的无罪过行为导致危害结果发生，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免。行为人可能轻信自己所确立的管理体制是安全的，也可能是轻信不会有自然因素与第三者的无罪过行为造成危害结果。

#### (四) 对向犯的处罚范围与总则的共同犯罪规定的协调

对向犯，是指以存在二人以上相互对向的行为为要件的犯罪。贿赂罪是其适例。刑法规定的对向犯分三种情况：一是双方的罪名与法定刑相同，如重婚罪；二是双方的罪名与法定刑都不同，如贿赂罪中的行贿与受贿；三是只处罚一方的行为，如贩卖淫秽物品牟利罪，只处罚贩卖者，不处罚购买者。<sup>①</sup> 问题是，在第三种情况下能否直接根据刑法总则的规定将购买者作为共犯处理？国外刑法理论对此存在激烈争论。

立法者意思说认为，在具有对向犯性质的 A、B 两个行为中，立法者仅将 A 行为作为犯罪类型予以规定时，当然预想到了 B 行为，既然立法者没有规定处罚 B 行为，就表明立法者认为 B 行为不可罚。如果

<sup>①</sup> 第三种情况并不是共同犯罪，称为对向“犯”并不合适，但这种犯罪以存在购买方的行为为要件，故刑法理论仍然称之为对向犯。事实上，前两种对向犯也不必然构成共同犯罪，但人们均认为它们是对向犯（参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，4 版，275 页，东京，有斐阁，2008）。

将 B 行为以教唆犯或帮助犯论处，则不符合立法意图。在立法者意思说看来，B 行为之所以不可罚，是因为其对向性的参与行为的定型性、通常性；因此，如果参与行为超出了定型性、通常性的程度，就应以教唆犯、帮助犯论处。例如，购买淫秽物品的人即使主动请求卖主出售给自己，也不构成教唆犯与帮助犯。但是，如果对方原本并不出售淫秽物品，而购买者积极地推动对方，劝导其出售淫秽物品给自己，则成立教唆犯。

实质说主张个别地、实质地说明片面的对向犯的参与行为的不可罚性。一方面，当处罚规定以保护实施参与行为的被害人为目的时，由于参与行为缺乏违法性而不可罚。例如，即使甲唆使乙杀害甲，对甲也不能认定为故意杀人罪的教唆犯，因为甲对自己不可能成立故意杀人罪。另一方面，参与者不具备有责性时不可罚。例如，犯人毁灭证据的行为，也侵犯了国家的司法作用，因而具有违法性，但刑法之所以不处罚该行为，是因为不具有期待可能性。所以，犯人教唆他人为自己毁灭证据、教唆他人窝藏自己的，也因为不具有期待可能性而不可罚。但是，这种学说难以解决上述购买淫秽物品的行为是否成立共犯的问题。

可罚的规范目的说认为，不处罚片面的对向犯的一方的参与行为，是基于犯罪论上的实质理由与处罚的必要性意义上的政策判断。持本说的学者认为，实质说所举的缺乏违法性与缺乏责任之例，并不是完全没有违法性与责任，只是缺乏可罚的违法性与可罚的责任。将参与行为排除在构成要件之外，本来是立法性的政策的当罚性判断。不处罚片面的对向犯的一方的参与行为，是因为从规范的目的出发，基于对处罚目的的考虑和刑事政策的可罚性评价的判断而不可罚。这种学说提出的基准并不明确。

其实，实质说与可罚的规范目的说，不只是在讨论必要的共犯的处罚范围问题，更多的是超出对向犯的范围讨论何种教唆行为、帮助行为不具有违法性、有责性与可罚性。本书认为，就真正意义上的片面的对向犯而言，立法者意思说基本上具有妥当性。但是，立法者意思说提供的标准不一定明确。即究竟何种“参与行为超出了定型性、通常性的程度”，有时可能难以做出形式的判断。在这种情况下，需要考虑违法性与有责性的实质标准。

司法实践中，将购买伪造的居民身份证的行为认定为伪造居民身份证罪的共犯的做法，存在疑问。这种做法的理由往往是，购买人提供了照片，预付了现金，而照片是伪造居民身份证不可缺少的要素，预付的

现金实际上是伪造居民身份证所需的成本，故购买人客观上为伪造者提供了帮助；此外行为人主观上也具有伪造居民身份证的共同故意。因此，完全具有伪造居民身份证罪的共同行为与共同故意。但是，如此片面和形式地理解共同犯罪的成立条件并不合适。在认定疑难共同犯罪案件时，一方面要考察行为是否符合共同犯罪的成立条件，另一方面还要考虑刑法的相关规定以及行为的基本性质。犯罪是有定型的，同样，部分非犯罪行为也是有定型的；如果行为符合非罪的定型，就不能认定为犯罪。应当肯定的是，刑法并不处罚购买伪造的居民身份证的行为，即刑法分则并未明文规定购买伪造的居民身份证的行为成立犯罪；相反，《居民身份证法》第17条明文规定，对“购买、出售、使用伪造、变造的居民身份证的”，只能“由公安机关处二百元以上一千元以下罚款，或者处十日以下拘留，有违法所得的，没收违法所得”。提供照片、预付现金等只是购买伪造的居民身份证不可缺少的行为，易言之，提供照片与预付现金，没有超出购买伪造的居民身份证的行为范围，既然如此，就不宜认定为犯罪。例如，购买淫秽物品的行为不成立犯罪；倘若有人贩卖淫秽物品，那么，只要购买淫秽物品者的行为没有超出购买的范围，无论如何（如预付现金、告诉住址让贩卖者送货上门等）也不能认定为贩卖淫秽物品牟利罪的共犯。否则便导致刑法的不协调，损害刑法的公平正义性。因为一般来说，伪造行为的危害程度远远重于购买行为。如伪造增值税发票的行为，最高刑为死刑，而购买伪造的增值税发票的行为，最高刑为5年有期徒刑。所以，即使刑法处罚某些购买伪造的物品的行为，其法定刑也远远低于伪造行为的法定刑。而在刑法没有规定处罚购买伪造的居民身份证的情况下，上述做法使购买行为与伪造行为相提并论，这就形成了不公平局面。所以，本书认为，对购买伪造的居民身份证的行为，不宜认定为犯罪。诚然，购买行为也具有危害性，但不能忽视罪刑法定原则。另一方面，从立法论上而言，应当由刑法规制的不是购买伪造的居民身份证的行为，而是使用伪造的居民身份证的行为。

前述最高人民法院、最高人民检察院2001年4月9日《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条的规定，在这一方面也存在疑问。既然刑法第145条规定的是生产、销售不符合标准的医用器材罪，那么，购买不符合标准的医用器材的行为，充其量只是销售的对向行为。由于刑法在规定销售行为时必然预想到了购买行为，并且没有明文将购买行为规定为犯罪，所以，也不能认为购

买行为成立生产、销售不符合标准的医用器材罪。<sup>①</sup>

基于同样的理由，当刑法分则条文对多众犯只处罚部分行为人时，对没有规定的其他人也不能根据总则的规定科处罚。多众犯是指以多数人实施向着同一目标的行为为要件的犯罪。在我国刑法中包括聚众共同犯罪与集团共同犯罪，前者如刑法第 317 条的聚众持械劫狱罪，后者如第 120 条的组织、领导、参加恐怖组织罪。其中，有的条文规定了首要分子、积极参加者及其他参加者的法定刑；有的条文只规定了首要分子与积极参加者的法定刑。在后一种情况下，不能根据总则规定处罚其他参与行为。因为多众犯涉及的人员较多，立法者规定只处罚几种参与行为，正是为了限定处罚范围；如果另外根据总则规定处罚其他参与行为，则违反了立法精神。

#### （五）共同犯罪与独立犯罪的处罚协调

刑法第 262 条之二规定：“组织未成年人进行盗窃、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。”对此，需要注意以下几个方面的协调关系：

第一，法条表述为“违反治安管理活动”，显然意味着不要求未成年人的行为符合刑法所规定的犯罪客观构成要件。如果认为，本条之所以规定为“违反治安管理活动”，是因为未成年人不具有刑法上的责任年龄与责任能力，其行为不可能构成犯罪，所以，即使未成年人客观上盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索数额较大或者巨大，只要没有达到法定年龄，就必须认定为本罪，那么，就导致共同犯罪与独立犯罪处罚的不协调。换言之，如果行为人组织未成年人进行盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等犯罪活动，则必然同时触犯盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等罪的构成要件，要么是相关犯罪集团的首要分子，要么是相关犯罪的教唆犯或者间接正犯，但从总体来说，盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索罪的法定刑重于组织未成年人进行违反治安管理活动罪的法定刑。既然如此，就不能对盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等罪的首要分子，也仅按组织未成年人进行违反治安管理活动罪予以处罚。

第二，如上所述，法条表述为“违反治安管理活动”，只是不要求

<sup>①</sup> 购买、使用不符合标准的医用器材，造成事故的，可能符合其他犯罪（如医疗事故罪）的构成要件。

未成年人的行为符合刑法所规定的犯罪客观构成要件，而不是说未成年人的行为不得符合刑法所规定的犯罪客观构成要件。这是因为，既然组织未成年人进行盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等违反治安管理活动的行为，能够成立组织未成年人进行违反治安管理活动罪，那么，即使未成年人盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索的财物数额较大，也完全符合违反治安管理活动的条件。所以，当行为人组织未成年人进行盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等活动，未成年人的盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索的财物数额较大或者巨大时，就属于一个行为同时触犯两个罪名的想象竞合犯。例如，当行为人甲组织未成年人盗窃，盗窃数额较大时，如果按盗窃罪处罚，只能适用“三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者科处罚金”的法定刑；如果认定甲的行为属于刑法第 262 条之二规定的情节严重的情形，则应依照想象竞合犯的原理，以组织未成年人进行违反治安管理活动罪论处。

第三，不排除组织未成年人进行盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等活动的行为，既触犯盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等罪，也触犯组织未成年人进行违反治安管理活动罪，并且应当数罪并罚的情形。例如，行为人既组织未成年人进行盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等违反治安管理活动，又组织未成年人进行盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等犯罪活动的，应当实行数罪并罚。

#### （六）分则的再犯与总则的累犯的协调

根据分则第 356 条的规定，因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品被判过刑，又实施毒品犯罪（刑法分则第六章第七节规定之罪）的，从重处罚。这是关于再犯从重处罚的规定。不论前罪何时受处罚，不论判处何种刑罚，不论处刑轻重，对新罪一律从重处罚。这是鉴于毒品犯罪的特殊危害所作的特殊规定。需要研究的问题是：对其中符合累犯条件的，是仅适用刑法总则关于累犯的规定，还是仅适用本规定，抑或同时适用累犯规定与本规定？

最高人民法院 2000 年 4 月 4 日印发的《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》指出：“关于同时构成再犯和累犯的被告人适用法律和量刑的问题。对依法同时构成再犯和累犯的被告人，今后一律适用刑法第三百五十六条规定的再犯条款从重处罚，不再援引刑法关于累犯的条款。”但这一观点存在疑问。本来，刑法第 356 条是鉴于毒品犯罪的严重性才做出再犯规定的，如果对符合累犯条件的也仅适用该再犯规

定，则意味着对符合累犯条件的毒品犯罪人仅以再犯论因而完全可以适用缓刑、假释规定，而其他犯罪的累犯则不得适用缓刑与假释，这显然有失公允。

最高人民法院2008年12月1日《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》指出：“对同时构成累犯和毒品再犯的被告人，应当同时引用刑法关于累犯和毒品再犯的条款从重处罚。”但是，这一规定也并非没有疑问。亦即，同时构成累犯和毒品再犯的，是否具有两个法定从重处罚情节？如果持肯定回答，显然是对一个事实进行了不利于被告人的重复评价。如果持否定回答，就意味着完全没有必要同时引用刑法总则关于累犯和分则关于毒品再犯的条款，只需要引用总则关于累犯的规定即可。因此，应当认为，对于符合累犯条件的，必须适用总则关于累犯的条款，而不再适用刑法第356条。易言之，刑法第356条应仅适用于不符合累犯条件的毒品再犯。

#### （七）法定刑升格条件与从重处罚情节的协调

刑法分则有许多条文规定了几个档次的法定刑，其中有的条文规定了法定刑升格的具体条件，有的条文只是概括地将“情节严重”或者“情节特别严重”规定为法定刑升格的条件。至于哪些情节属于严重或者特别严重，则需要法官的正确判断。但可以肯定的是，不能将法定的从重处罚情节，归入法定刑升格的情节。否则，便明显与总则规定不协调。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》指出：“盗窃数额达到‘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’：1. 犯罪集团的首要分子或者共同犯罪中情节严重的主犯；2. 盗窃金融机构的；3. 流窜作案危害严重的；4. 累犯；5. 导致被害人死亡、精神失常或者其他严重后果的；6. 盗窃救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗款物，造成严重后果的；7. 盗窃生产资料，严重影响生产的；8. 造成其他重大损失的。”但是，其中的第4项将盗窃数额较大财物的累犯作为“严重情节”和将盗窃数额巨大财物的累犯作为“特别严重情节”的做法，值得商榷。刑法第65条规定，累犯从重处罚，而非加重处罚；而上述第4项内容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。因为加重只是在法定刑以上一格判处刑罚，而上述解释导致累犯在法定刑以上几格判处。例如，根据刑法第264条和第65条的规定，对

于盗窃数额较大财物的累犯，只能在“三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金”的法定刑幅度内从重处罚；而上述司法解释第4项规定，导致对盗窃数额较大财物的累犯，在“三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”的法定刑幅度内处罚。再如，根据刑法的规定，对于盗窃数额巨大财物的累犯，应当在“三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”的法定刑幅度内从重处罚，而上述司法解释第4项规定，导致对盗窃数额巨大财物的累犯，在“十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产”的法定刑内处罚。而且，由于刑法规定累犯应当从重处罚，法官还可以在选择了高一档法定刑后再从重处罚。应当认为，这一解释违反了刑法总则的规定，应予撤销；其他类似将累犯作为法定刑升格条件的规定都应撤销。



## 第三章

### “……的，”与“处……。”

#### 一、“……的，处……。”表述罪刑规范

刑法分则各本条（规定具体犯罪与法定刑的条文）的表述方式，均为“……的，处……。”（少数条文表述为：“……的，对……，处……。”）“……的，”所表述的内容为罪状（假定条件），“处……。”所表述的内容为法定刑（法律后果）。例如，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。”其中“的，”之前的内容为罪状，“处”之后的内容为法定刑。这种规范被认为是典型的罪刑规范。

罪刑规范与刑法分则条文具有密切联系。刑法分则条文表达罪刑规范，是罪刑规范的载体，因此，罪刑规范是刑法分则条文的内容与实质。但规范与条文并非等同。由于规范的内容是禁止做什么（禁止规范）、应当做什么（规范）、允许做什么（授权规范，在刑法分则中没有针对一般人的授权规范），故刑法分则中的少数解释性条文，并不属于罪刑规范<sup>①</sup>；一个条文可能表达几个规范，几个条文可能表达一个规范；刑法分则条文是直观的，而罪刑规范不是直观的。

刑法分则条文本对罪刑规范的表述并不完整，这主要表现在，其对罪状的规定只是包含成立具体犯罪所必须具备的特有构成要件要素，而共性（或共通）的构成要件要素规定在刑法总则中，因此，只

---

<sup>①</sup> 例如，刑法第357条关于毒品的解释性规定，第367条关于淫秽物品的解释性规定，并不构成一个罪刑规范；但它们与罪刑规范仍然具有密切关系，在解释和适用有关毒品犯罪与淫秽物品犯罪的罪刑规范时，必须根据上述规定确定毒品、淫秽物品这一构成要件要素的含义。

有以总则规定为指导，才能确定具体犯罪的全部构成要件要素。上述第 221 条规定的罪状，只限于客观（违法）的构成要件要素，至于犯罪表明有责性（责任）要素，则必须根据刑法总则关于责任能力、责任年龄、故意等规定予以确定。此外，一些法定刑的具体期限，如第 221 条的有期徒刑的最低刑期与拘役的刑期，也必须根据刑法总则的规定确定。

罪刑规范首先表现为裁判（或审判）规范，即指示或命令司法工作人员如何裁定、判断行为是否构成犯罪、如何处罚犯罪的一种规范。裁判规范所指向的对象是司法工作人员，旨在限定司法权力，故司法工作人员具有遵守裁判规范义务，违反义务者将受到法律制裁。例如，前述第 221 条的规定，首先表现为裁判规范，它指示司法工作人员如何认定和处罚损害商业信誉、商品声誉罪。在刑法上，保障司法工作人员执行裁判规范的是刑法第 399 条第 1 款。根据该款规定，如果司法工作人员对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，就要承担徇私枉法罪的刑事责任。

罪刑规范虽然并不表述为“禁止……，违者，处……”，但假定条件与法律后果之间的密切关系（“……的，处……。”）也体现出行为规范。罪刑规范作为行为规范时，所指向的对象是一般人，主要表现为两个方面的作用：其一，禁止一般人实施犯罪行为，给一般人提供评价行为的标准，以期一般人不实施犯罪行为。亦即，罪刑规范主要通过“……的，处……”的规定方式明确告诉人们，犯罪后将受到刑事制裁，从而使人们做出不实施犯罪行为的意识决定。其二，告诉一般人对于什么样的行为可以防止、阻止、制止乃至防卫。可见，行为规范存在于罪刑规范之中，而不是独立于罪刑规范之外。<sup>①</sup>

罪刑规范的实质是法益保护规范。刑法的任务与目的是保护法益，因此，它将侵犯法益的行为类型化为犯罪构成，并针对符合犯罪构成的行为规定法律后果，从而形成了罪刑规范。违反罪刑规范的行为，就是侵犯法益的行为；对侵犯法益的行为宣示刑罚，对侵犯法益的犯罪行为科处刑罚，正是为了并实现着法益保护的目。

<sup>①</sup> 德国学者宾丁（Binding）认为罪刑规范只是裁判规范，而没有透过裁判规范看清其中的行为规范，并认为行为规范独立于罪刑规范之外。这种观点难以为我们接受。同样，认为法律规范只是行为规范而非裁判规范的观点，也不合理。

## 二、“……的，”标示罪状的表述完结

刑法分则各本条中的“……的，”是罪状的标志，即只要分则条文所规定的是具体犯罪与法定刑，那么，“处……”之前的“……的，”所规定的必然是罪状或假定条件。

“……的，”即分则条文中表述罪状后使用了“的”字，并且“的”后面紧接着有逗号时，表明该条文对一种罪状（或具体犯罪的一种情形）的表述已经完结；如果“……的，”后面还有其他表述，则是另一种罪状（或具体犯罪的另一种情形）的表述，而不是对前一种罪状的补充或递进要求。例如，刑法第177条之一第1款第1项对罪状的表述是“明知是伪造的信用卡而持有、运输的，或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输，数量较大的。”前一种行为类型（明知是伪造的信用卡而持有、运输）因为有“的，”这一表示罪状已经完结的标识，所以，后面的“数量较大”不是对前一行为类型的要求，只是对后一行为类型（明知是伪造的空白信用卡而持有、运输）的要求。

又如，刑法第244条之一规定：“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；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”据此，雇用童工从事危重劳动罪表现为三种情况：（1）违反劳动管理法规，雇用未满16周岁的未成年人从事超强度体力劳动；（2）违反劳动管理法规，雇用未满16周岁的未成年人在高空、井下作业；（3）违反劳动管理法规，雇用未满16周岁的未成年人在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动。问题是，“情节严重”这一构成要件，是仅就第（3）种情形而言，还是同时就第（1）、（2）、（3）种情形而言？正确的答案应是前者。因为条文在第（1）种与第（2）种情形的后面已经使用了“的，”，表明其对这两种情形的罪状的表述已经完结，“情节严重”的要求，只是针对第（3）种情形而言，而非同时针对第（1）、（2）种情形。详言之，违反劳动管理法规，雇用未满16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，即成立雇用童工从事危重劳动罪，不要求“情节严重”；而违反劳动管理法规，雇用未满16周岁的未成年人在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性

等危险环境下从事劳动的，只有“情节严重”，才成立雇用童工从事危重劳动罪。疑问在于，为什么前两种情形不要求情节严重，而后一种情形反而要求情节严重？一方面，第（1）种情形可以认定为已经造成了实害，第（2）种情形造成的危险很大，故不再要求情节严重。另一方面，“危险环境”的外延很广，如果不需要情节严重，就会不当扩大处罚范围，故第（3）种情形要求情节严重。

如果条文表述了两种以上罪状（或具体犯罪的两种以上情形，为了论述方便，这里仅表述为“两种罪状”），而在对第一种罪状的表述中没有使用“……的，”，在第二种罪状的表述后，又有补充或者递进规定时，原则上应认为，后面的补充或递进规定，同时也是第一种罪状的内容。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。”不难看出，非法集会、游行、示威罪表现为两种情况：（1）未依照法律规定申请或者申请未获许可，而举行集会、游行、示威；（2）未按照主管机关许可的起止时间、地点、路线进行集会、游行、示威。问题是，“又拒不服从解散命令，严重破坏社会秩序”这一要素是仅针对第（2）种情形而言，还是同时针对第（1）、（2）种情形而言？一种观点认为，在第（1）种情况下，只要未申请或申请未获许可而举行集会、游行、示威，便成立本罪。<sup>①</sup>如果刑法第296条在“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”后使用了“的，”，则意味着对第一种罪状已经表述完结，后面的其他表述不是对前一种罪状的补充或递进说明，因而该观点是成立的。但第296条并非如此，易言之，由于第296条对第一种罪状的表述后没有使用“的，”，不存在表明罪状表述已经完结的标志，这就需要从实质上考察：未依照法律规定申请或者申请未获许可而举行集会、游行、示威，在有权机关发出解散命令后，又服从解散命令，并未严重破坏社会秩序的行为，是否具有应受刑罚处罚程度的法益侵害性？笔者持否定回答。行为人虽然没有申请或者申请未获许可的情况下举行集会、游行、示威，

<sup>①</sup> 参见张穹主编：《修订刑法条文实用解说》，385页，北京，中国检察出版社，1997；陈兴良：《刑法疏议》，477页，北京，中国人民公安大学出版社，1997。

但在有权机关发布解散命令后解散集会、游行、示威的，根据社会的一般观念进行评价时，应当得出法益侵害性并没有达到犯罪程度的结论。况且，集会、游行、示威是宪法赋予公民的权利，对于公民行使宪法所规定的权利的行为，即使在程序等方面存在轻微违法，也不宜认定为犯罪。所以，“又拒不服从解散命令，严重破坏社会秩序”这一要素就是同时针对第（1）、（2）种情形而言。

又如，刑法第145条规定：“生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，足以严重危害人体健康的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；对人体健康造成严重危害的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；后果特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。”显而易见，本罪包括两种情况：（1）生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料；（2）销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料。问题是，“足以严重危害人体健康”的构成要件要素，是仅就第（2）种情形而言，还是同时针对上述两种情形而言？由于法条在规定第（1）种情形时，并没有使用“的，”，因而不能表明第（1）种罪状的表述已经完结；又由于销售不符合标准的医用器材的行为，对法益的侵犯并不轻于生产不符合标准的医用器材的行为，所以，“足以严重危害人体健康”既是对销售行为的要求，也是对生产行为的要求。换言之，如果生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料的行为，并不足以严重危害人体健康的，则不成立本罪。对于刑法第146条、第147条、第159条也应做出相同解释。

又如，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。”根据“的，”这一标识，本条所规定的三种行为，都只有“严重扰乱社会秩序”时，才成立犯罪。

还如，刑法第309条规定：“聚众哄闹、冲击法庭，或者殴打司法工作人员，严重扰乱法庭秩序的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或

者罚金。”由于“冲击法庭”后没有“的，”，所以，“严重扰乱法庭秩序”不仅是对殴打司法工作人员的行为构成犯罪的要求，而且也是对聚众哄闹、冲击法庭的行为构成犯罪的要求。顺便指出的是，单个人哄闹、冲击法庭的行为不可能成立本罪；但殴打司法工作人员的行为不需要以聚众方式实施。

当刑法分则条文规定了两种并列的情形，前一种情形后不仅没有使用“的，”而且没有使用逗号，相反以“或者”、“和”等词并列两种犯罪情形时，一般来说，后面所表述的构成要件要素同时针对前面的两种（以上）犯罪情形而言，而不是仅针对最后一种犯罪情形。例如，刑法第168条第1款规定：“国有公司、企业的工作人员，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。”本款规定了两种犯罪情形，一是国有公司、企业人员的失职行为；二是国有公司、企业人员的滥用职权行为。“严重不负责任”与“滥用职权”之间没有“的，”，也没有逗号，而是以“或者”一词使其并列，因此，后面表述的构成要件要素，便同时适用于前两种情况，即“造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失”，既是国有公司、企业人员失职罪的构成要件要素，也是国有公司、企业人员滥用职权罪的构成要件要素。再如，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。”非法剥夺宗教信仰自由与侵犯少数民族风俗习惯两种情形，只有分别在整体上能被评价为“情节严重”时，才成立犯罪。

明确上述解释规则，有助于正确解释分则条文规定的构成要件。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；（二）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。”根据“的，”这一判断标识，就第（一）项而言，直接向走私人非法收购国家禁止进口物品，构成走私罪的，不要求具备“数额较大”的要件；直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品的，只有符合“数额较大”的要件时，才成立走私罪。就第（二）项而言，在内海、领海、界河、界湖运输、收购、贩卖国家禁止进出口物

品，成立走私罪的，不要求具备“数额较大”与“没有合法证明”的要件；而运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品的，只有同时具备“数额较大”与“没有合法证明”的要件，才能认定为走私罪。再如，刑法第159条规定：“公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，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，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。”该款规定了两种情形，一是虚假出资，二是抽逃出资；但虚假出资后没有使用“的，”以表示罪状已经表述完结，因此，虚假出资行为，也只有“数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的”，才成立犯罪。

有必要对刑法第385条与第163条进行比较分析。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。”由于该条所规定的索取他人财物后使用了“的，”这一表示罪状已经表述完结的标识，故刑法理论一直认为，索取他人财物构成受贿的，不要求“为他人谋取利益”。应当认为，这一解释是完全合理的。但问题出在对刑法第163条的解释。刑法第163条第1款规定：“公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，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。”本条也规定了索取与收受受贿两种情形，刑法理论上有一种观点认为，本罪的索取受贿不要求为他人谋取利益。<sup>①</sup>但这种观点显然是根据刑法第385条的规定来解释刑法第163条的。然而，本条表述与第385条的表述存在重要区别，除了明文要求“数额较大”以外，主要表现在“索取他人财物”之后没有使用“的，”这一标识。既然如此，为他人谋取利益与数额较大这两个条件，便同时适用于索取他人财物与非法收受他人财物。即不管是索取他人财物，还是收受他人财物，都必须为他人谋取利益，而且索取或者收受的财物必须数额较大。因为刑事立法认为，公司、企业或者其他单位的非国家工作人员的受贿与国家工作人员的受贿，在侵害的法益性质与违法程度上存在差异，前者确实轻于后者，故对前者索取受贿的，

<sup>①</sup> 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（上），4版，368页，北京，中国方正出版社，2010。

要求为他人谋取利益，对后者索取贿赂的，不要求为他人谋取利益。

明确“的，”的功能与上述解释规则，还有利于正确认识具体犯罪的构造。易言之，我们从“……的，”所描述的内容，可以得知该犯罪是实害犯，还是危险犯；是具体的危险犯，还是抽象的危险犯；如此等等。例如，刑法第127条第1款规定：“盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物的，或者盗窃、抢夺毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的，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。”根据“的，”这一标识，我们可以得知，盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物的行为，属于抽象的危险犯，而盗窃、抢夺毒害性、放射性、传染病病原体等物质的，属于具体的危险犯；因此，当行为人盗窃、抢夺毒害性、放射性、传染病病原体等物质时，需要根据具体情况判断是否存在公共危险，从而判断行为是成立盗窃、抢夺危险物质罪还是普通盗窃罪、抢夺罪。再如，刑法第127条第2款规定：“抢劫枪支、弹药、爆炸物的，或者抢劫毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的，或者盗窃、抢夺国家机关、军警人员、民兵的枪支、弹药、爆炸物的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”根据“的，”这一判断标识，我们可以清楚地认识到，抢劫枪支、弹药、爆炸物的，属于抽象的危险犯；抢劫毒害性、放射性、传染病病原体等物质的，属于具体的危险犯；盗窃、抢夺国家机关、军警人员、民兵的枪支、弹药、爆炸物的，属于抽象的危险犯。

由于“……的，”标示罪状的表述完结，而罪状是对犯罪具体状况的描述，所以，“……的，”所描述的不只是形式，而是实质内容。<sup>①</sup>

### 三、“……的，”与罪名的关系

罪名就是犯罪名称，是对具体犯罪本质或主要特征的高度概括。由于基本罪状都对具体犯罪本质或主要特征进行了描述，故可以认为，罪名以罪状为基础，包括在罪状之中。

罪名的确定有两个含义：一是司法机关对已经发生的犯罪行为如何定罪，即对某种犯罪行为适用何种罪名。二是如何根据刑法分则的规定概括各种具体犯罪的罪名。例如，对刑法第238条的规定，是概括成非

<sup>①</sup> 本书第二章已有详述，另参见张明楷：《刑法的基本立场》，110页以下，北京，中国法制出版社，2002。

法拘禁罪，还是概括成非法剥夺人身自由罪？当然，这两个问题又具有密切联系。这里主要侧重对后一种含义进行讨论。

不管现实中发生的犯罪行为性质如何，我们都可以事先根据刑法分则的规定，概括出各种具体犯罪的罪名。如果事先概括出的具体罪名是正确的，司法机关在定罪时就应适用这种罪名，不能随意进行变更。在此意义上说，事先根据刑法的规定概括出各种具体犯罪的罪名，是司法机关正确定罪的前提之一，因而具有十分重要的意义。

罪名确定实际上包含两个方面的内容：其一，确定刑法分则的某一条款所规定的是一个罪名还是数个罪名。例如，刑法第 277 条规定的是一个犯罪（一个罪名）还是四个犯罪（四个罪名）？刑法第 415 条规定的是一个犯罪还是数个犯罪？这个意义上的罪名确定不仅直接影响一罪与数罪的区分，而且也会间接影响此罪与彼罪的认定。其二，确定每一个具体犯罪的名称。例如，刑法第 360 条第 1 款所规定的犯罪，是概括成传播性病罪合适，还是概括成性病者卖淫、嫖娼罪合适？

现行刑法颁布后，刑法理论对部分罪名的确定存在分歧。最高人民法院于 1997 年 12 月 9 日通过了《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》，最高人民检察院于 1997 年 12 月 11 日通过了《关于适用刑法分则规定的犯罪的罪名的意见》，最高人民法院与最高人民检察院 2002 年 3 月 15 日通过了《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》，2003 年 8 月 15 日公布了《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（二）》，2007 年 10 月 25 日公布了《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（三）》，2009 年 10 月 14 日公布了《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（四）》。在罪名以司法解释形式确定之后，理论上对罪名的争论已经平息。尽管如此，司法解释所确定的某些罪名，仍有商榷的余地。

首先，司法解释关于罪名数量的确定，有一些值得研究。

例一：刑法第 118 条规定：“破坏电力、燃气或者其他易燃易爆设备，危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”司法解释将本条规定的犯罪确定为两个罪名：破坏电力设备罪与破坏易燃易爆设备罪，如此确定的理由，可能是实践中破坏电力设备的犯罪比较频繁和严重。但是，在本罪中，电力设备也属于易燃易爆设备，而且是与燃气或者其他易燃易爆设备并列的、可选择对象，即只要行为人故意破坏其中一种对象并危害公共安全的，便成立本条犯罪；破坏电力设备与破坏其他易燃易爆设备，只是对象不同，而其他构成要件完全相

同。事实上，司法解释对其他具有选择性要件的犯罪，并没有确定为数个罪名。例如，对刑法第 116 条与第 117 条均分别概括为破坏交通工具罪、破坏交通设施罪，而未将其中的破坏某种特殊交通工具或某种特殊交通设施的行为，作为独立的犯罪。再者，刑法第 118 条与第 119 条对破坏电力、燃气或者其他易燃易爆设备的行为所规定的法定刑较重，即使行为人破坏了几种易燃易爆设备，也可以实现罪刑相适应。所以，司法解释将 118 条规定的罪状确定为两个罪名的合理性，还是值得怀疑的。

例二：刑法第 128 条第 2 款与第 3 款分别规定了“依法配备公务用枪的人员，非法出租、出借枪支的”的犯罪，与“依法配置枪支的人员，非法出租、出借枪支，造成严重后果的”的犯罪。司法解释将这两款规定的犯罪一并概括为非法出租、出借枪支罪。然而，这两种犯罪在构成要件上存在重要区别：就行为主体而言，前者为依法配备公务用枪的人员，后者为依法配置枪支的人员；就枪支的类型而言，前者为公务用枪，后者为配置枪支；就结果而言，前者不要求造成严重后果，后者要求造成严重后果。将类似在构成要件上存在重要区别的不同犯罪概括为一个罪名，也是值得研究的。

例三：刑法第 270 条第 1 款规定的是普通侵占，第 2 款规定的是遗忘物、埋藏物侵占，虽然法定刑相同，但两种行为类型并不相同。严格地说，普通侵占的行为主体是具有特殊身份的人，即基于委托关系占有了他人财物的人，而遗忘物、埋藏物侵占的行为主体不要求特殊身份；普通侵占的对象是基于委托而占有的他人财物，遗忘物、埋藏物侵占的对象是他人非基于本意而脱离其占有的财物；普通侵占不仅侵犯他人财产所有权，而且侵犯了委托信任关系，遗忘物、埋藏物侵占并不侵犯委托信任关系。既然如此，就不应当确定为一个罪名。事实上，在旧中国以及国外，普通侵占与遗忘物、埋藏物侵占都是两个不同的罪名。

例四：刑法第 277 条规定了四种情形：第一是阻碍国家机关工作人员依法执行职务；第二是阻碍人大代表依法执行代表职务；第三是阻碍红十字会工作人员依法履行职责；第四是阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务。其中，前三种行为均要求以暴力、威胁方法实施，但不要求造成严重后果；第四种行为不要求以暴力、威胁方法实施，但要求造成严重后果。不难看出，上述几种行为在构成要件上仍然存在区别，更为重要的是，本罪的法定刑较轻，如果对同时实施上述行为的人，仅以一罪论处，恐怕难以实现罪刑相适应。

例五：刑法第 425 条第 1 款规定：“指挥人员和值班、值勤人员擅

离职守或者玩忽职守，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑。”司法解释将本条规定的罪状概括为一个选择性罪名：擅离、玩忽军事职守罪。但是，应当认为，擅离职守属于故意行为，而玩忽职守则属于过失行为，所以，认为本条规定了两个罪名较为合适。与刑法第168条、第397条相比较，也应认为刑法第425条第1款规定了两个罪名。

从上述分析可以看出，在“……的，”中包含了几种行为、对象时，对罪名数量的确定应当综合考虑以下几个因素：（1）“……的，”所列举的几种要素是选择性行为、选择性对象，还是几种犯罪？对于选择性要件的罪状，不宜概括为数个罪名。（2）不同行为之间是否在构成要件上存在重要区别？如果存在重要区别，则宜概括为数个罪名。（3）确定为一罪，是否难以实现罪刑相适应？当“……的，”中包含了数种行为时，如果法定刑较轻，则宜确定为数个罪名。（4）“……的，”所描述的行为是一个罪过还是两个罪过？如果明显具有两种罪过形式，则应确定为两个罪名。

我国刑法理论对同种数罪是否并罚一直存在争议，司法实践上对同种数罪一般不实行并罚。在本书看来，在司法解释将异种犯罪确定为一个罪名时，只有对同种数罪实行并罚，才能避免司法解释的缺陷。如前所述，刑法第277条规定了四种行为类型，但司法解释将其确定为一个罪名（妨害公务罪），如果对该同种数罪不实行并罚，就会造成量刑的不均衡。例如，甲在一年内，以暴力方法分别阻碍国家机关工作人员、人民代表、红十字会工作人员执行职务、履行职责，还阻碍国家安全机关依法执行国家安全工作任务，造成严重后果。按照司法解释的规定，甲仅触犯了一个罪名。但是，如若采取同种数罪不并罚的做法，便明显违反罪刑相适应原则。只有实行并罚，才能克服这一缺陷。再如，甲起先依法配置枪支，并非法出租枪支，造成严重后果，情节严重；后来成为配备公务用枪的人员，并非法出租枪支，情节严重。倘若仅以一罪论处，而不实行数罪并罚，就不符合罪刑相适应原则。

其次，司法解释关于罪名名称的确定，也有一些值得商榷。<sup>①</sup>

例一：在刑法修正案（七）公布后，司法解释将刑法第163条规定

<sup>①</sup> 笔者深知，在此提出商榷意见是不会使“两高”改变相应罪名的。但是，所提出的商榷意见，或许对“两高”或刑法理论今后确定新罪名具有一定意义。此外，笔者也并不在意如何确定犯罪的名称，只是觉得犯罪名称的确定有一个最低要求：不让司法工作人员与一般人产生误解。

的犯罪确定为非国家工作人员受贿罪,旨在说明本罪不是国家工作人员受贿。但是,这样的归纳并不理想。一般公民都是非国家工作人员,但他们不能成为刑法第163条的行为主体(教唆犯、帮助犯除外)。可是,将第163条确定为非国家工作人员受贿罪,给一般人的印象是,任何非国家工作人员都可能构成本罪,但事实上并非如此。所以,将刑法第163条规定的犯罪确定为公司、企业、单位人员受贿罪,才是合适的。

例二:刑法第270条规定了普通侵占与侵占遗忘物、埋藏物,第271条规定了公司、企业或者其他单位的人员非法将本单位财物占为己有的行为,这表面上给人们的印象是,第271条规定了业务侵占罪或职务侵占罪。但是,职务侵占,应限于将自己基于职务或业务所占有的财物非法据为己有(包括使第三者所有)的行为,而刑法第271条规定的行为包括利用职务上的便利非法占有本单位财物的一切行为。如果将刑法第271条规定的“将单位财物非法占为己有”限制解释为“将代为保管的单位财物非法占为己有”,则可以使用职务侵占罪的罪名。这样解释的结果是,对公司、企业或者其他单位的人员利用职务上的便利窃取、骗取本单位财物的行为,只能认定为盗窃罪、诈骗罪。这种解释结论本身或许是可取的,但根据刑法第271条第2款的规定,国家工作人员“有前款行为的”,依照第382条、第383条规定的贪污罪定罪处罚,而贪污罪的客观行为是“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”,这似乎表明,刑法第271条第1款规定的非法占为己有的行为,也应是利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他方法非法占有单位财物的行为。可见,刑法第271条规定的行为,实际上就是公司、企业、单位人员的贪污行为,而不只是侵占行为。认为本条规定了职务侵占罪的理论,与司法实践,都同时认为本罪行为包括侵吞、窃取、骗取等行为。既然如此,将本罪概括为职务侵占罪并不能反映本罪的全貌,不如将本罪概括为公司、企业、单位人员贪污罪。

例三:刑法第339条规定:“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;造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;后果特别严重的,处十年以上有期徒刑,并处罚金。”将本罪概括为“非法处置进口的固体废物罪”也存在缺陷。因为一方面,“进境”与“进口”并不是等同概念。例如,某外国的公司将一船固体废物倾倒入中国领海内的,属于“进境”倾倒固体废物,理当成立本罪,但不能说其行为属于“非法处

置进口的固体废物”。另一方面，将本罪概括为“非法处置进口的固体废物罪”，就意味着本罪的成立必须先有进口固体废物的行为，其次必须有非法倾倒、堆放、处置的行为，但这种要求没有法律依据，也不利于处理本罪与走私废物罪的关系。所以，本书认为，宜将本罪概括为“非法进境倾倒、堆放、处置固体废物罪”。

例四：刑法第 360 条第 1 款规定：“明知自己患有梅毒、淋病等严重性病卖淫、嫖娼的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”司法解释将本罪概括为传播性病罪，也得到了理论上的赞同。但本书认为，该罪名并不妥当。（1）我国刑法将本罪规定为抽象的危险犯，而没有将本罪规定为侵害犯，但传播性病罪的罪名使本罪成为侵害犯，这便不利于构成要件的确定，使罪名与犯罪性质不相符合，而且可能人为地缩小犯罪的成立范围。例如，严重性病者卖淫、嫖娼时采取有效措施防止性病传染的，以及卖淫者与嫖娼者患同性病的，根据刑法规定仍应认定为犯罪，但很难说该行为是传播性病的行为。（2）将本罪确定为传播性病罪，便要求行为人具有传播性病的故意，希望或者放任性病的传播，事实上，成立本罪并不需要这种故意内容。（3）有些国家的刑法规定了传染性罪。例如，意大利刑法原第 554 条第 1 款规定：“明知患有梅毒，隐瞒而与他人为有传染危险之行为，并因而传染于他人者，处一年以上三年以下徒刑。”第 2 款规定：“明知患有淋病，隐瞒而为前款行为，致传染于他人并使发生严重之伤害结果者，亦同。”日本 1948 年的《性病预防法》也有类似规定。旧中国 1935 年刑法第 285 条也规定了传染性罪：“明知自己有花柳病或者麻风，隐瞒而与他人为猥亵之行为或者奸淫，致传染于他人者，处一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罚金。”显然，上述规定都是以将性病传染给他人为犯罪成立条件的，所以称为传染性罪。但我国现行刑法既没有将“导致性病传染给他人”规定为构成要件，也没有将“发生传播性病的具体危险”规定为构成要件，因此将本罪称为传播性病罪存在疑问。（4）将本罪确定为传播性病罪，不利于处理本罪与故意伤害等罪的关系。因为传播性病（尤其是已经使他人染上严重性病）的行为，很可能成立故意伤害等罪。例如，艾滋病患者以伤害甚至杀人为目的卖淫、嫖娼的，事实上导致他人重伤或者死亡的，虽可谓传播性病，但宜分别认定为故意伤害罪或故意杀人罪。（5）与上一点相联系，将本罪确定为传播性病罪，还可能导致人们认为传播其他疾病的行为不成立犯罪。例如，向特定的人传播某种严重传染病、使对方感染该病的行为，本应认定为故意

伤害罪。但由于传播性病罪罪名的存在,导致人们认为:“刑法只是规定了传播性病罪,而没有规定传播其他疾病的犯罪,故传播其他疾病的行为不成立犯罪。”但事实上并非如此。所以,本书认为将本罪的罪名概括为“性病患者卖淫、嫖娼罪”,是比较合适的。

顺便指出的是,罪名本身并不是确定和解释该犯罪具体构成要件的依据;换言之,在确定具体犯罪的构成要件时,应以刑法分则明文规定的罪状、总则条文的相关规定以及其他相关条文的内容为依据,而不能直接以罪名为依据确定具体构成要件。尤其是在所确定的罪名没有反映犯罪的本质与结构时,根据罪名确定构成要件会导致偏差。例如,如果忽视刑法第360条的规定,直接根据“传播性病罪”的罪名确定该罪的构成要件,就会要求行为人主观上具有传播性病的故意、客观上具有传播性病的具体危险甚至实害;如果直接根据刑法第360条规定的罪状确定该罪的构成要件,则不致提出这种不合理要求。

#### 四、“……的,”与犯罪构成的关系

罪状可以分为两大类,一类是对具体犯罪构成特征的描述(基本罪状),另一类是对加重或减轻法定刑的适用条件的描述(加重、减轻罪状)。例如,刑法第232条前半段规定的是基本罪状,后半段规定的“情节较轻”,就属于减轻罪状,它已不是对故意杀人罪构成特征的描述,而是对法定刑降低条件的描述。再如,刑法第236条第1款规定的是强奸罪的基本罪状,第3款规定了强奸罪的5种加重罪状,它们是法定刑升格的条件。刑法分则对任何犯罪都规定了基本罪状,但并非任何犯罪都有加重、减轻罪状。

基本罪状与构成要件具有密切联系,这主要表现在,基本罪状实际上是对具体犯罪的特有构成要件的描述。例如,刑法第338条规定的重大环境污染事故罪的基本罪状,实际上是该罪的特有构成要件。刑法第236条规定的强奸罪的基本罪状,实际上是强奸罪的特有构成要件。但是,基本罪状通常并没有完整地描述具体犯罪的全部构成要件,即便叙明罪状也是如此,较多的基本罪状只是描述具体犯罪的客观构成要件(行为主体的特殊身份由分则规定)。这是因为犯罪的故意与过失的含义在总则中已有规定,人们可以根据总则的规定以及分则所描述的客观构成要件,概括出具体犯罪的故意与过失的内容,分则只需就特定的目的进行规定;责任能力与责任年龄在刑法总则中已有规定,分则不需要再

作规定。由此可见，只有将刑法分则规定的基本罪状与总则的规定结合起来，才能确定具体犯罪的全部构成要件。

虽然基本罪状没有规定某一犯罪的全部构成要件，但如果没有刑法分则对罪状的规定，就不可能形成某一犯罪的全部构成要件。换言之，对任何具体犯罪构成要件的确定，都要以分则对基本罪状的描述为核心，然后根据总则的规定以及构成要件之间的相互关系确定具体犯罪的全部构成要件。即使分则对罪状的描述相当详细，也要联系总则规定与相关条文确定其全部构成要件。如刑法第 305 条前段规定：“在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”本条对伪证罪的特征描述得比较具体，但是否任何证人都能成为本罪主体，仍应根据刑法总则第 17 条的规定予以确定。未满 16 周岁的人可能成为证人，却不能成为伪证罪的主体。联系刑法第 306 条来考虑时，还应得出以下结论：刑事诉讼中的辩护人与诉讼代理人，教唆他人作伪证的，不成立伪证罪的教唆犯，而成立辩护人、诉讼代理人妨害作证罪。因此，在我国现行犯罪论体系之下，认为罪状与犯罪构成无关或者罪状等于犯罪构成的观点，是存在疑问的。

我国刑法理论长期以来将犯罪构成分为普通的犯罪构成与派生的犯罪构成。“普通的犯罪构成，又称独立的犯罪构成，是指刑法条文对具有通常法益侵害程度的行为所规定的犯罪构成。派生的犯罪构成，是指以普通的犯罪构成为基础，因为具有较轻或较重法益侵害程度而从普通的犯罪构成中衍生出来的犯罪构成。它包括加重的犯罪构成和减轻的犯罪构成两种情况。”<sup>①</sup> 根据这种观点，情节严重、情节特别严重这类抽象的升格条件与数额巨大、入户抢劫等具体的升格条件，都属于加重的犯罪构成（或加重的构成要件）；情节较轻则属于减轻的犯罪构成（或减轻的构成要件）。<sup>②</sup> 但是，这种通说至少存在以下三个问题：

其一，刑法理论将犯罪构成分为普通的犯罪构成与加重、减轻的犯罪构成，同时认为犯罪构成是区分罪数的基本标准。既然如此，就意味

① 陈兴良：《规范刑法学》，上册，2 版，109 页，北京，中国人民大学出版社，2008。另参见马克昌主编：《刑法学》，43 页，北京，高等教育出版社，2003。

② 本章在等同意义上使用加重的犯罪构成与加重的构成要件概念。虽然我国的犯罪构成与德国、日本的构成要件不是等同概念，但由于加重的犯罪构成实际上也只是违法性的加重，故在这一点上一般不会产生歧义。

着加重、减轻的犯罪构成不同于普通的犯罪构成，一个行为人以 A 行为实现了普通的犯罪构成，又以 B 行为实现了加重的犯罪构成时，理应认为行为触犯了两个不同的犯罪构成，成立两个不同的犯罪。既然是两个不同的犯罪，就表明触犯的是两个不同的罪名。例如，甲一次拦路抢劫，一次入户抢劫，两个行为分别符合了一个普通（抢劫罪）的犯罪构成与一个加重（抢劫罪）的犯罪构成，应当认定为两个犯罪。可事实上，刑法理论与司法解释又没有根据加重、减轻的犯罪构成确定罪名，只是根据普通的犯罪构成确定罪名。例如，刑法理论认为刑法第 263 条规定的 8 种法定刑升格的情形属于加重的犯罪构成，但又不认为刑法第 263 条在普通抢劫罪之外，另规定了 8 种加重的抢劫罪名。这是很矛盾的现象。要解决这个问题，必须重新确定分则条文的罪名。例如，将刑法第 263 条规定的犯罪确定为两个罪名：抢劫罪与加重抢劫罪；将刑法第 234 条规定的犯罪确定为故意伤害罪、重伤罪、伤害致死罪与残忍伤害罪；将刑法第 239 条规定的犯罪确定为绑架罪、绑架致死罪与绑架杀人罪。显然，这是一个牵一发动全身的问题，本书不可能在有限的篇幅内对此展开全面论述。况且，有关权力机关会以重新确定罪名过于复杂、不利于司法实践认定犯罪为由予以拒绝，因而不会通过推翻以前确定的罪名来解决这一自相矛盾的问题。理论界的一些人们也会以各种理由（如成本过高、不能照搬国外）和心态予以拒绝。

其二，如所周知，刑法第 232 条所规定的“情节较轻”，也被刑法理论称为减轻的犯罪构成。其实，这种归类并不妥当。罪刑法定原则决定了刑法必须将各种犯罪进行分类，即使是侵害相同法益的行为，为了避免构成要件过于抽象与概括，也必须尽可能进行分类，否则罪刑法定原则就不可能在任何程度上得以实现。所以，通过设定某些要素对犯罪进行分类，既是为了明确处罚范围，也是为了标明此罪与彼罪（或同一犯罪的不同行为类型）的关系（界限）。从立法技术上说，“所谓不法，是对于行为的一个负面（因此该入罪）的评价。因此构成不法之要件，必然也是能够符合此一基本性质。逻辑上不可能的是，一个概念被列为某一犯罪类型的不法要件的同时，此一要件的负面概念也被列为同一犯罪类型的不法要件”。“用一个比喻的说法：如果‘凶狠’被列为杀人罪的不法要件，那么‘仁慈’就不可能也是杀人罪的不法要件。如果在杀人罪的犯罪条文体系中，在‘凶狠’作为不法要件的同时，又出现‘仁慈’的文字，那么后者并不是在表达一个构成犯罪的要件，而是在强调

其与凶狠杀人的不法（因此影响法定刑）程度上的区别而已。”<sup>①</sup> 基于同样的理由，在我国刑法分则中，当法条已经规定了基本罪状时，“情节较轻”不可能同时成为一个犯罪的构成要件要素。所以，刑法第 232 条规定“情节较轻”，只是为了区分违法、责任程度不同的故意杀人（进而分别规定不同的法定刑），而不是所谓减轻的犯罪构成。

其三，刑法理论在使用加重犯罪构成概念的同时，也使用法定刑升格条件的概念，而且二者的外延相同。亦即，所有法定刑升格的条件，也都是加重的犯罪构成要件；反之亦然。然而，加重的犯罪构成与法定刑升格的条件，不应当是外延相同的概念。因为前者侧重的是构成要件，后者侧重的是法定刑，法定刑加重并不一定意味着构成要件发生变化。换言之，刑法理论所确定的加重、减轻的犯罪构成过于宽泛，没有区分真正的加重、减轻的犯罪构成与单纯的量刑规则（单纯的法定刑升格或者减轻条件），而是将单纯的量刑规则也纳入加重、减轻的犯罪构成。

关于加重、减轻的犯罪构成（或构成要件）与单纯的量刑规则的关系，有必要先考察德国刑法规定及其刑法理论的观点。

在德国，基本构成要件所规定的犯罪与构成要件的变异所形成的犯罪，当然属于不同的犯罪。例如，德国刑法第 212 条规定了普通的故意杀人罪（基本犯罪），德国刑法第 216 条第 1 款规定：“受被害人明确且认真的要求而杀人的，处六个月以上五年以下自由刑。”该款规定的基于要求的杀人罪（或得承诺杀人罪）可谓减轻的构成要件，但它依然以符合普通的故意杀人罪的构成要件为前提。例如，行为人必须实施了杀人行为并致人死亡，必须具有杀人故意等。再如，德国刑法第 249 条规定了普通抢劫罪，第 250 条规定的则是加重抢劫罪（加重的构成要件）。只有当行为实现了普通抢劫罪的构成要件，并且具备了加重的构成要件要素，才能适用加重的构成要件的法律后果。概言之，加重、减轻构成要件的实现，都以符合基本犯罪构成要件为前提，所以，加重、减轻构成要件并没有修改基本构成要件，只是增加或者减少了不法内容。由于基本构成要件与加重构成要件所规定的是不同的犯罪，因此，在原本存在加重构成要件事实，但行为人误认为仅存在基本构成要件事实时，就属于构成要件的事实认识错误，只能按基本犯罪处理。所以，德国刑法

<sup>①</sup> 黄荣坚：《基础刑法学》（上），3 版，485 页，台北，元照出版有限公司，2006。

第 16 条第 2 款规定：“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。”据此，当行为客观上符合德国刑法第 250 条规定的加重抢劫罪的构成要件，但行为人仅认识到了普通抢劫罪的事实时，就只能认定为普通抢劫罪。以我国刑法第 263 条的规定为例，当行为人误将军用物资当做普通财物抢劫时，不能适用抢劫军用物资的法定刑，只能认定为普通的抢劫罪。<sup>①</sup>

德国刑法与刑法理论明确区分构成要件的变异与单纯量刑规则的通例。例如，德国刑法第 242 条规定了普通盗窃罪的构成要件与法定刑，第 243 条第 1 款规定：“犯盗窃罪情节特别严重的，处三个月以上十年以下自由刑。具有下列情形之一的，通常属于情节特别严重：（1）在实施行为时侵入、翻越、用假钥匙或者其他不属于正当开启的工具进入建筑物、办公或者商业空间或者其他封闭的空间或者隐藏在该空间中；（2）从封闭的容器或者其他有防盗设备的场所盗窃物品的；（3）职业盗窃的；（4）从教堂或者其他服务于宗教活动的建筑物或者空间中盗窃被献于神职或者服务于宗教崇敬的物品；（5）盗窃处于一般可进入的收集场所中的或者被公开展览的具有科学、艺术或者历史或者用于技术发展意义的物品……”这种规定的特点是，虽然法条所列举的事例“通常”属于情节特别严重，但在具体案件中，即使存在法条所列举的通例，法官依然可能不认定为情节特别严重；反之，即使不存在法条所列举的通例，法官也可能认定为情节特别严重。由于存在法条列举的通例也不一定加重刑罚，不存在法条列举的通例也可能加重刑罚，所以，法条所列举的通例就不具有构成要件的特点，因而仅属于单纯的量刑规则的通例。<sup>②</sup>

本书的基本观点是，刑法分则条文单纯以情节（特别）严重、情节（特别）恶劣以及数额或数量（特别）巨大、首要分子、多次、违法所得数额巨大、犯罪行为孳生之物数量（数额）巨大作为升格条件时，只能视为量刑规则（当然，与德国刑法中的量刑规则存在区别）；刑法分则条文因为行为、对象等构成要件要素的特殊性使行为类型发生变化，进而导致违法性增加，并加重法定刑时，才属于加重的犯罪构成（或构

① 如果数额巨大，则适用刑法第 263 条第 4 项的规定。

② 以上参见 [德] 约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，64 页，北京，法律出版社，2008；Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 341f.

成要件)。<sup>①</sup>

“构成要件是刑罚法规规定的行为类型，其具体内容是通过刑罚法规的解释决定的。因此，构成要件并不一定等同于刑罚法规的文言。”换言之，“并不是使行为成为犯罪的当罚的、可罚的要素，都属于构成要件要素；只有某犯罪中所固有的、类型的可罚的要素，才是构成要件要素”<sup>②</sup>。根据违法类型说的观点，只有表明违法行为类型的特征才属于构成要件要素。而情节严重、数额巨大、首要分子、多次（或者对多人实施）、犯罪行为孳生之物数量（数额）巨大、违法所得数额巨大，虽然是表明违法性加重的要素，但并不属于表明违法行为类型的特征。

第一，数额巨大（数额特别巨大；数量巨大与数量特别巨大）。例如，盗窃他人 2 000 元人民币、盗窃他人 2 万元人民币、盗窃他人 20 万元人民币的行为类型或特征是完全相同的，所不同的只是违法程度。同样，盗伐林木 5 立方米（数量较大）、盗伐林木 50 立方米（数量巨大）、盗伐林木 500 立方米（数量特别巨大）<sup>③</sup> 三种情形的行为类型完全相同，只是违法程度存在差异。<sup>④</sup> 联系刑法分则的相关规定，也能得出数额（特别）巨大仅属于量刑规则的结论。例如，刑法第 382 条规定了贪污罪的罪状（构成要件），第 383 条规定了贪污罪的处罚标准。显然，第 383 条中关于具体数额的规定，完全可能转换成数额较小、较大、巨大、特别巨大之类的规定。然而，不可能认为刑法第 383 条第 1 款第（一）至（三）项的内容属于加重的犯罪构成，相反只能认为其是关于量刑规则的规定。除了数额不影响行为类型之外，还有其他理由。例如，对受贿罪的处罚也适用刑法第 383 条的规定，倘若认为刑法第 383 条第 1 款第（一）至（三）项的内容是贪污罪的加重构成，那就意味着受贿罪的加重构成与贪污罪的加重构成是完全相同的。可是，这种结论是不成立的。但我们可以说，受贿罪与贪污罪的量刑规则是相同的。既然刑法分则中对数额（特别）巨大的具体规定属于量刑规则，那么，盗窃、诈骗等罪中的数额（特别）巨大，当然也是量刑规则。不同

① 相应地，当刑法分则条文因为行为、对象等构成要件要素的特殊性使行为类型发生变化，进而导致违法性减少，并减轻法定刑时，才属于减轻的犯罪构成。

② [日] 町野朔：《犯罪论の展开 I》，52、59 页，东京，有斐阁，1989。

③ 参见最高人民法院 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。

④ 其中的数额较大与数量较大仍然是构成要件要素。

的仅仅是，刑法对贪污罪明确规定了数额（特别）巨大的具体标准，导致法官的自由裁量权减少；而盗窃、诈骗等罪中的数额（特别）巨大的具体标准，由司法解释或者法官决定。换言之，在贪污罪中，是由立法确定数额（特别）巨大的标准，而在盗窃、诈骗等罪中，是由司法确定数额（特别）巨大的标准。在这种情形下，不可能认为前者属于量刑规则，后者属于加重构成。妥当的结论是，均属于量刑规则，只不过一个是较为具体的量刑规则，一个是较为抽象的量刑规则。

第二，情节严重（情节特别严重；情节恶劣与情节特别恶劣）。例如，刑法第152条规定：“以牟利或者传播为目的，走私淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，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；情节较轻的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”最高人民法院2000年9月26日《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第1款至第3款规定，“走私淫秽物品达到下列数量之一的，属于走私淫秽物品罪‘情节较轻’，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金：（一）走私淫秽录像带、影碟50盘（张）以上至100盘（张）的；（二）走私淫秽录音带、音碟100盘（张）以上至200盘（张）的；（三）走私淫秽扑克、书刊、画册100副（册）以上至200副（册）的；（四）走私淫秽照片、画片500张以上至1000张的；（五）走私其他淫秽物品相当于上述数量的。”“走私淫秽物品在本条第二款规定的最高数量以上不满最高数量5倍的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。”“走私淫秽物品在本条第二款规定的最高数量5倍以上，或者虽不满最高数量5倍，但具有是犯罪集团的首要分子或者使用特种车进行走私等严重情节的，属于走私淫秽物品罪‘情节严重’，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”这一司法解释表明，情节较轻、情节一般与情节严重，也只是量的变化（违法程度的变化），而不是违法行为类型的改变。所以，情节严重这类要素，并不会使违法行为类型发生变化，故不应属于加重的犯罪构成，只能视为量刑规则。<sup>①</sup>

第三，首要分子。首要分子并不是特殊主体，而是在犯罪过程中起

<sup>①</sup> 当然，作为构成要件要素的“情节严重”，则是一种整体的评价要素，而不是量刑规则（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）。

组织、策划、指挥作用的人，其行为的违法程度大于其他参与行为。换言之，在犯罪过程中，首要分子所组织、策划、指挥的犯罪与参加者具体实施的犯罪，是行为类型与性质完全相同的犯罪。所以，当刑法分则将首要分子作为法定刑升格条件时，并不意味着其违法行为类型发生了变化。

第四，多次。多次只是对行为次数的要求，而不是违法行为类型的变化。例如，多次抢劫时，每次抢劫都必须符合抢劫罪的构成要件。换言之，多次抢劫只是三次以上抢劫的集合，并没有使抢劫罪的构成要件发生变化，故不属于加重的犯罪构成。同样，对多人实施犯罪（如强奸妇女多人）时，也只是使法益侵害范围增加（也可谓“多次”的另一种表述），而不会使强奸罪的构成要件发生变化。

第五，违法所得数额巨大（特别巨大）。例如，刑法第175条第1款规定：“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；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。”假定违法所得数额较大的起点为5万元，违法所得数额巨大的起点为25万元，不管行为人高利转贷违法所得是5万元，还是25万元，其违法行为的类型没有丝毫变化。

第六，犯罪行为孳生之物数量（数额）巨大（特别巨大）。刑法第170条第1款将“伪造货币数额特别巨大”规定为法定刑升格的条件。不可否认，伪造的货币数额越大，违法性就越严重。但这种仅表明违法性程度的要素，不会使伪造货币罪的违法行为类型发生变化。

不可否认，从表面上看，“某人盗窃数额巨大未遂”的说法，似乎没有不合理之处。但是，“某人盗窃情节严重未遂”（或“某人的盗窃行为有达到情节严重的可能性，故认定为情节严重的未遂”）的说法，是不成立的。当情节严重是法定刑升格条件时，只有当案件已经现实地属于情节严重时，才能适用升格的法定刑。将“具有情节严重的可能性”或者“具有情节严重的危险”情形，认定为情节严重的未遂犯，是难以被人接受的。换言之，即使“具有情节严重的可能”的说法是成立的，也不可能适用情节严重的法定刑，再适用刑法总则关于未遂犯的规定予以处罚。所以，情节严重作为法定刑升格条件，只是量刑规则，而不可能成为加重的犯罪构成。数额（特别）巨大实际上也只是情节严重的一种表现形式。如所周知，司法解释针对情节（特别）严重所规定的情

形，首先就是数额较大或者巨大。<sup>①</sup> 既然如此，说“某人盗窃数额巨大未遂”就是难以成立的。否则，就会出现如下令人难以思议的现象：不存在情节严重未遂，但当司法解释将情节（特别）严重量化为数额（特别）巨大时，则存在数额巨大未遂；根据刑法条文的规定，原本不存在情节严重未遂，但经由司法解释便存在情节严重未遂。显然，只有将数额（特别）巨大作为量刑规则看待，才可以避免上述不当现象。基于同样的理由，“某人成为首要分子未遂”的说法，并不成立。亦即，即使在聚众犯罪或者集团犯罪中，某人具有成为首要分子的可能性，但只要他还不是首要分子，就不能适用首要分子的法定刑再适用未遂犯的规定。“某人实施了两次抢劫，属于多次抢劫的未遂”的说法，也不成立。亦即，即便行为人已经实施了两次行为，并且意欲第三次实施抢劫行为，也不可能认定多次抢劫的未遂（不能适用多次抢劫的法定刑）。显然，在行为“有违法所得数额巨大的可能”时，同样不可能适用升格的法定刑。

我国刑法分则之所以存在大量以情节严重、数额巨大、首要分子、多次、犯罪行为孳生之物数量（数额）巨大、违法所得数额巨大作为法定刑升格条件的规定，只是为了限制法官的自由裁量权。一方面，我国人口多、国土大、各地各方面的差异很大，相同的行为在不同地方所受到的否定评价程度并不相同，所以，一个犯罪的法定刑幅度不能太小。否则，一部刑法典就难以在全国普遍适用。另一方面，重刑观念不仅影响着我国的刑事司法，也影响了我国的刑事立法，导致犯罪的法定最高刑普遍较重。以上两点决定了我国刑法分则对常见犯罪、较为严重犯罪所规定的法定刑幅度必须较大（最低刑至最高刑之间的幅度较大）。为了防止法官恣意裁量刑罚，刑事立法便将一个犯罪的法定刑细分为二到三个档次，于是出现了许多将情节（特别）严重、数额（特别）巨大、首要分子、多次、犯罪行为孳生之物数量（数额）（特别）巨大、违法所得数额（特别）巨大等分别作为第二档次、第三档次的法定刑的适用标准。

① 参见最高人民法院 2000 年 9 月 26 日《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条；最高人民法院、最高检察院 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；最高人民法院、最高检察院 2010 年 3 月 2 日《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条；等等。

与各地发展平衡、没有重刑观念的一些国家的刑法相比，就可以明白这一点。例如，日本刑法第 235 条规定：“窃取他人财物的，是盗窃罪，处十年以下惩役或者五十万元以下罚金。”第 246 条第 1 项规定：“欺骗他人使之交付财物的，处十年以下惩役。”显然，这两个罪的法定刑，分别相当于我国刑法第 264 条与第 266 条所规定的前两档法定刑。日本刑法没有将“十年以下惩役”细分为两个档次，大体是因为立法者相信法官会做出公正的裁量；没有规定更重的法定刑，是因为日本没有重刑观念，或者说在日本的立法者看来，对任何严重的盗窃罪与诈骗罪，判处 10 年惩役就足够了。这反过来说明，我国刑法就盗窃罪、诈骗罪所规定的数额巨大、特别巨大、情节严重、情节特别严重，就是为了规范量刑，而没有其他特别意义，或者说并不意味着盗窃罪、诈骗罪有三个犯罪构成。再如，经过 2004 年修改后的日本刑法第 199 条规定：“杀人的，处死刑、无期或者五年以上惩役。”在 2004 年之前，该条的规定是：“杀人的，处死刑、无期或者三年以上惩役。”不难看出，该法定刑与我国刑法第 232 条规定的法定刑完全相同。但日本的立法者并没有将这一法定刑细分为两个档次的法定刑，而是完全由法官公正裁量。<sup>①</sup> 这反过来说明，我国刑法第 232 条对故意杀人罪规定两个档次的法定刑（单独规定情节较轻的法定刑），也只是为了规范量刑，而不是意味着故意杀人罪有两个犯罪构成。

区分量刑规则与加重的犯罪构成、减轻的犯罪构成具有重要意义，突出地表现在如何处理犯罪形态以及如何适用法定刑的问题上。<sup>②</sup> 我国刑法总则规定对未遂犯原则上予以处罚，虽然事实上对情节较轻的故意犯罪的未遂不会追究刑事责任，但对严重犯罪的未遂一般以犯罪论处。未遂是相对于既遂而言的，按照刑法理论的通说，刑法分则所规定的基本的犯罪构成与加重的犯罪构成，都以既遂为模式。所以，故意的基本犯存在未遂犯，故意的加重犯（如故意的结果加重

① 从立法论上而言，我国刑法第 232 条区分了普通杀人与情节较轻的杀人，似乎可以限制法官的自由裁量权。但事实上不一定如此。因为何谓情节较轻，也是需要法官自由裁量的。只有当最高人民法院限制或者规定了情节较轻的具体情形时，才对下级法官有限制作用。可是，即使我国刑法第 232 条的规定是“故意杀人的，处三年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”，最高人民法院同样可以规定对何种情形的杀人处 10 年以下有期徒刑，对何种情形的杀人处 10 年以上有期徒刑。

② 实际上还涉及一罪与数罪的区分、同种数罪与不同种数罪的区分问题，在此不展开讨论。

犯)也存在未遂犯。概言之,当行为人的行为符合加重的犯罪构成的行为类型,只是没有发生既遂结果时,就成立加重犯的未遂犯,在适用加重法定刑的同时适用未遂犯的规定。<sup>①</sup>例如,入户抢劫未遂的,适用入户抢劫的法定刑,同样适用刑法总则关于未遂犯的规定。再如,在公共场所当众强奸妇女未遂的,适用刑法第236条第3款规定的加重法定刑,同时适用刑法总则关于未遂犯的规定。但是,量刑规则是不可能存在所谓未遂的。换言之,只有当案件事实完全符合某个量刑规定时,才能按照该规定量刑。例如,假定盗窃罪的数额较大、巨大与特别巨大的起点分别为1000元、1万元与10万元,甲潜入某博物馆,意图窃取价值30万元的一幅画,虽然已经着手,但由于意志以外的原因未得逞。如果认为,刑法第264条对数额特别巨大及其法定刑的规定内容,属于加重的犯罪构成,那么,对甲理所当然地要适用数额特别巨大的法定刑,并适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定。如若认为,刑法第264条对数额特别巨大及其法定刑的规定内容,只是量刑规则,亦即,只有盗窃数额客观上达到了巨大或者特别巨大,才能适用相应的法定刑,那么,对甲就不能适用数额特别巨大的法定刑,而只能适用基本犯的法定刑(数额较大的法定刑),同时适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定。

如前所述,本书认为刑法关于情节严重、数额巨大的规定只是量刑规则,因而主张后一种做法。事实上,后一种做法才符合罪刑相适应原则。例如,A盗窃9万元既遂,B意图盗窃11万元未遂。按照上述第一种做法,对A可能判处的最低刑为3年有期徒刑,可能判处的最高刑为10年有期徒刑,而对B可能判处的最低刑为10年有期徒刑,可能判处的最高刑为无期徒刑。诚然,对B可以适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定,尽管如此,对B的处罚仍然会重于对A的处罚。然而,A的盗窃行为已经给他人财产造成了实害,B的盗窃行为只是有造成他人财产损失11万元的危险,所以,B的盗窃行为的违法程度肯定轻于A

① 当然,由于法条表述等原因,不排除个别情形存在例外或者存在争议。例如,按照本书的观点,刑法第236条第3款第4项所规定的“二人以上轮奸的”属于加重的犯罪构成,但是否存在轮奸未遂,则存在争议。再如,根据本书的观点,刑法第239条第2款规定的“杀害被绑架人”属于加重的犯罪构成,但对杀人未遂的是否适用本规定(同时适用刑法总则关于未遂犯的规定),则存在争议。参见张明楷:《绑架罪中“杀害被绑架人”研究》,载《法学评论》,2006(3),17页以下。

的盗窃行为的违法程度。<sup>①</sup>不难看出，上述第一种做法有悖罪刑相适应原则。这又说明，对于刑法分则所规定的情节严重、数额巨大，只能视为量刑规则，而不能理解为加重的犯罪构成。

再如，刑法第 217 条规定：“以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，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。”根据最高人民法院、最高人民检察院 2004 年 12 月 8 日《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条的规定，违法所得数额在 3 万元以上的，属于违法所得数额较大，非法经营数额在 5 万元以上的，属于有其他严重情节；违法所得数额在 15 万元以上的，属于违法所得数额巨大，非法经营数额在 25 万元以上的，属于有其他特别严重情节。按照本书的观点，上述违法所得数额巨大与有其他特别严重情节，并不是所谓加重的犯罪构成，只是量刑规则。所以，既不存在违法所得数额巨大情形的未遂犯，也不存在情节特别严重情形的未遂犯。换言之，只要行为的违法所得数额客观上没有达到 15 万元以上，不管行为人主观上意欲获得的违法数额是多少，都不可能适用违法所得数额巨大的法定刑。同样，只要非法经营数额客观上没有达到 25 万元以上（也没有司法解释规定的其他特别严重情节），就不可能适用有其他特别严重情节的规定。

司法实践中经常发生一个行为人有时盗窃既遂，有时盗窃未遂的案件。例如，甲一次盗窃他人价值 4 000 元的财物既遂，另一次盗窃价值 11 万元的财物未遂。这种案件在我国司法实践中均被认定为一个盗窃罪。于是，如果认为，刑法第 264 条对数额特别巨大及其法定刑的规定内容，属于加重的犯罪构成，那么，对甲理所当然地要适用数额特别巨大的法定刑，既要适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定，又将盗窃

① 也许有人认为，B 的主观恶性（或人身危险性）大于 A。但本书不赞成这种说法。主观责任是对客观违法事实的责任，不存在独立于违法事实之外的主观责任。所以，不能认为 B 的主观责任重于 A 的主观责任。换言之，A 是对 9 万元财产实害的主观责任，B 只是对 11 万元财产危险的主观责任。另一方面，不能将影响特殊预防的必要性大小的因素，与主观责任要素混为一谈。在上述假定的 A 与 B 的案件中，并没有假定特殊预防必要性大小的因素。此外，B 的主观恶性大的说法也不可能得到贯彻。例如，甲仅以盗窃数额较大财物的故意，盗窃了价值 8 000 元的财物，乙以盗窃得越多越好的故意，盗窃了价值 8 000 元的财物。没有人会认为对乙应当适用数额巨大或者特别巨大的法定刑。

4 000元财物作为从重处罚的情节。但是,这种做法明显不当。其一,明明存在盗窃4 000元财物既遂的情形,却要认定为盗窃未遂,违背了事实与常理。其二,一方面认为盗窃数额特别巨大是加重的犯罪构成,另一方面又不将甲的行为认定为两个盗窃罪(前者盗窃既遂,后者盗窃未遂),这与罪数原理相冲突。其三,在适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定的同时,又将盗窃4 000元财物作为从重处罚情节的结局是,对甲判处的刑罚明显过重,因而不符合罪刑相适应原则。如若按照本书的观点,将刑法第264条对数额特别巨大及其法定刑的规定内容,作为量刑规则,那么,对甲就应当适用数额较大的法定刑,不适用未遂犯的规定,同时将盗窃11万元未遂的事实,作为在数额较大法定刑内量刑的从重情节。从这里也可以看出将情节严重、数额(特别)巨大作为量刑规则的合理性。基于同样的理由,同一行为人诈骗数额较大既遂,诈骗数额巨大未遂的,或者同一行为人抢夺数额较大既遂,抢夺数额巨大未遂的,也应分别认定为诈骗既遂、抢夺既遂,并且只能适用数额较大的法定刑。

反过来,也不能将加重的犯罪构成理解为量刑规则。如果将加重的犯罪构成理解为量刑规则,就会导致“一旦符合加重的犯罪构成,就没有未遂”的不当结论。例如,关于抢劫罪的法定刑升格情形,一种观点认为:“对于具有第263条规定的8种情节之一的抢劫罪,属于结果加重犯和情节加重犯,只要抢劫行为具有其中任何一情节,无论财物是否抢劫到手,都应视为抢劫既遂。”<sup>①</sup>另一种观点则认为:“刑法第263条基本情节规定的一般抢劫罪,应以是否劫得财物为既遂与未遂的界限。加重情节规定的情节加重犯和结果加重犯,应该具体情况具体分析,抢劫致人重伤、死亡的,不存在未遂问题,情节加重犯则仍然存在以是否抢得财物作为区分既遂与未遂界限的标准。”<sup>②</sup>除了结果加重犯是否存在未遂的具体争议之外,上述两种不同观点实质区别在于,是将刑法第263条规定的8种加重情形理解为量刑规则,还是理解为加重的犯罪构成。显然,前一种观点基本上理解为量刑规则,后一种观点则基本上理解为加重的犯罪构成。

本书的基本观点是,刑法第263条所规定的8种情形中,第(四)项规定的“多次抢劫或者抢劫数额巨大”属于量刑规则,其他规

① 高铭喧主编:《新编中国刑法学》,下册,769页,北京,中国人民大学出版社,1999。

② 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(下编),896页,北京,中国法制出版社,1999。

定内容都属于加重的犯罪构成。所以，第（一）项至第（三）项、第（六）项至第（八）项，都存在犯罪未遂。例如，对于入户抢劫未遂的，既要适用入户抢劫的法定刑，又要适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定。在公共交通工具上抢劫未遂，冒充军警人员抢劫未遂或者持枪抢劫未遂的，也是如此。但是，对于行为人原本打算抢劫三次以上，实际上却只抢劫了一次或者两次的，以及行为人原本想抢劫数额巨大财物，实际上仅抢劫了数额较大财物或者分文未取的，只能适用普通抢劫的法定刑（“三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”）。至于第（五）项规定的抢劫致人重伤、死亡的结果加重犯问题，本书的基本看法是，这种结果加重犯也是加重的犯罪构成。一方面，行为人原本打算故意造成被害人重伤、死亡后强取财物，并已着手实行重伤、杀害行为，但由于意志以外的原因而未能致人重伤、死亡的，即使强取了数额较大的财物，也应适用加重法定刑，并适用总则关于未遂犯的处罚规定。另一方面，行为人致人重伤、死亡后未能强取财物的，严格地说，属于基本犯未遂，结果加重犯既遂。剩下的只是是否适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定的问题。本书的看法是，由于我国的法定刑较重，法官量刑也偏重，故倾向于适用未遂犯的规定。<sup>①</sup>

根据以上分析，刑法分则条文关于法定刑升格条件的规定，可以分为以下三类：（1）有的分则条文所规定的法定刑升格条件，仅属于量刑规则。如当刑法分则条文将情节严重、情节恶劣、罪行严重或者数额巨大等规定为法定刑升格条件时，它们属于量刑规则，而不属于加重的犯罪构成。（2）有的分则条文所规定的法定刑升格条件，属于加重的犯罪构成。例如，刑法第121条规定：“以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，处死刑。”本条后段规定的是加重的犯罪构成，而不只是量刑规则。再如，刑法第234条第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；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”本款规定的法定刑升格条件均为加重的犯罪构成，而不是单纯的量刑规则。（3）有的分则条文所规定的法定刑升格条件中，既包括了加重的犯罪构成，也包括了单纯的量刑规则。例如，刑法第236条第3款

<sup>①</sup> 参见张明楷：《刑法学》，3版，291页，北京，法律出版社，2007。

规定了5种法定刑升格条件：“（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。”按照本书的观点，第（一）项与第（二）项属于量刑规则，剩余三项属于加重的犯罪构成。再如，刑法第318条第1款对组织他人偷越国（边）境罪规定了7种法定刑升格条件：“（一）组织他人偷越国（边）境集团的首要分子；（二）多次组织他人偷越国（边）境或者组织他人偷越国（边）境人数众多的；（三）造成被组织人重伤、死亡的；（四）剥夺或者限制被组织人人身自由的；（五）以暴力、威胁方法抗拒检查的；（六）违法所得数额巨大的；（七）有其他特别严重情节的。”按照本书的观点，第（三）至（五）项的规定内容属于加重的犯罪构成，其他各项属于量刑规则。

综上所述，刑法分则条文所规定的抽象升格条件（情节严重、情节特别严重等），都是量刑规则；刑法分则条文所规定的具体升格条件中，一部分是量刑规则（数额巨大、数量巨大、违法所得数额巨大、首要分子、多次等），一部分是加重的犯罪构成（如入户抢劫、持枪抢劫、在公共场所当众强奸妇女等）。所以，抽象的升格条件与量刑规则不是等同概念，具体的升格条件与加重的犯罪构成也不是等同概念。

另需说明的是，当刑法分则将某种犯罪的加重或者减轻情形规定为独立的犯罪时，这种罪状又成为独立犯罪的基本罪状，因而成为对该罪特有构成要件的描述。例如，刑法第171条第1款规定了购买假币罪，而该条第2款将“银行或者其他金融机构的工作人员购买伪造的货币”的行为规定为另一独立的犯罪（金融工作人员购买假币罪），并且不要求利用职务上的便利。之所以如此，而不将该行为规定为第1款的法定刑升格的条件，是因为金融机构工作人员的主体身份，使其很容易将假币转换为真币。我们或许可以认为，刑法第171条第2款将购买假币罪的加重情形之一（金融工作人员购买假币）规定为独立的犯罪，也正因如此，上述罪状不再属于加重罪状，而成为基本罪状，因而是对构成要件的描述。再如，一般来说，基于被害人同意的杀人，属于刑法第232条规定的“情节较轻”的杀人。假设刑法分则将基于被害人同意的杀人规定为独立的犯罪，那么，条文对基于被害人同意的杀人的罪状的描述，则是对“同意杀人罪”的特有构成要件的描述，而不再是法定刑减轻的条件。

## 五、“处……。”标明法定刑

所谓法定刑，是指刑法分则各本条及其他刑事法律中的分则性规范对各种具体犯罪所规定的刑种与刑度（刑罚的幅度）。刑法总则规定了管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑五种主刑和罚金、剥夺政治权利、没收财产、驱逐出境四种附加刑。刑法分则各本条及其他刑事法律的分则性规范中的法定刑，是依照刑法总则的规定、根据具体犯罪的危害程度而确定的刑种与刑度。

法定刑与刑种不是等同概念，一个法定刑中既可能只有一个刑种，也可能包括几个刑种。例如，刑法第 232 条规定的故意杀人罪，共有两档法定刑，前一档法定刑为“死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”，其中包含了三个刑种，但应认为只是一个法定刑，而不能认为其中有三个法定刑。因此，当适用这一法定刑减轻处罚时，只能判处低于 10 年有期徒刑的刑罚。判处死缓、无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑时，不属于减轻处罚。

法定刑首先反映出国家对犯罪行为的否定评价和对犯罪人的谴责态度。犯罪是刑法所禁止的行为，刑法通过法定的刑种与刑度来禁止犯罪行为。法定刑还反映出国家对罪行（有责的违法性）程度的评价。因为具体犯罪法定刑的确定，是以通常情况下该具体罪行可能达到的最高程度和最低程度为依据的。如果国家认为某种具体罪行严重，就会规定较重的法定刑；反之，如果国家认为某种具体罪行较轻，就会规定较轻的法定刑。如果形势发生变化，对具体罪行的评价发生变化，原来的法定刑显得过重或者过轻，国家就会修改法定刑，使重新确定的法定刑与该罪行的轻重相适应。因此，国家对具体犯罪规定的法定刑，实际上是在刑事立法上实践罪刑相适应的原则。

刑事立法上的罪刑相适应，是刑事司法上的罪刑相适应的前提。这一方面表明，如果法定刑与犯罪不相适应，刑事司法上就不可能做到罪刑相适应；另一方面表明，法定刑是人民法院量刑的法律依据，即在通常情况下，人民法院只能在法定刑的范围内选择与犯罪相适应的刑种与刑度。在法律有减轻的特别规定时，人民法院的量刑可以低于法定刑，但这种减轻仍应以法定刑为依据，而不是摆脱法定刑任意减轻。

根据立法实践与刑法理论，以法定刑的刑种、刑度是否确定以及确定的程度为标准，可以将法定刑分为绝对不确定的法定刑、绝对确定的

法定刑、相对确定的法定刑与浮动法定刑。

绝对不确定的法定刑,是指在刑法条文中不规定刑种与刑度,只笼统规定对某种犯罪应予惩处。如对具体犯罪只规定“依法制裁”、“依法严惩”、“依法追究刑事责任”等,至于如何具体处刑,完全由审判机关决定。这种法定刑没有统一的量刑幅度<sup>①</sup>,实际上没有提供处刑标准,不利于贯彻罪刑相适应的原则,也不利于法制的统一。设立、承认绝对不确定的法定刑,与法治相抵触。在实行罪刑法定原则的前提下,不得认可绝对不确定的法定刑;易言之,当刑法只是规定对某种行为依法追究刑事责任,而事实上没有规定法定刑,也没有可以援引的法定刑时,对该行为不得以犯罪论处。例如,现行刑法原第339条第3款规定:“以原料利用为名,进口不能用作原料的固体废物的,依照本法第一百五十五条的规定定罪处罚。”而原第155条只是规定,“逃避海关监管将境外固体废物运输进境的”,“以走私罪论处,依照本节的有关规定处罚。”可是,在分则第三章第二节,事实上对走私固体废物的行为没有规定法定刑,也没有可以援引的法定刑,故对走私固体废物的行为并不存在量刑依据。<sup>②</sup>正因为如此,全国人大常委会2002年12月28日通过的《中华人民共和国刑法修正案(四)》对走私废物罪规定了相对确定的法定刑。所以,“依法制裁”、“依法严惩”、“依法追究刑事责任”等,并不是对法定刑的规定。严格地说,在法治社会,“绝对不确定的法定刑”概念本身就没有存在的余地。

绝对确定的法定刑,是指在条文中只规定单一的刑种与固定的刑度。例如,1951年颁布的《惩治反革命条例》第5条规定:“持械聚众叛乱的主谋者、指挥者及其他罪恶重大者处死刑”。这就是绝对确定的法定刑。由于这种法定刑缺乏灵活性,司法机关没有自由裁量的余地,难以针对案件的具体情况判处轻重适当的刑罚,不利于贯彻区别对待的政策,故我国1979年颁布的刑法典没有规定这种法定刑。此后的单行刑法也大多没有采取这种法定刑。但是,有的单行刑法少量地规定了绝对确定的法定刑。现行刑法也规定了少量的绝对确定的法定刑。例如,刑法第121条规定:“以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的,处十

① 严格地说,不能称之为法定刑。

② 一段时期内,司法解释(最高人民法院2000年9月26日《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》)试图填补这一“空白”,但这种权宜之计本身就存在疑问。因为法定刑只能由“法”定,而不能由司法解释定。

年以上有期徒刑或者无期徒刑；致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，处死刑。”应当认为，该条后段规定的是绝对确定的法定刑。但是，一方面，它只是针对劫持航空器罪中“致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏”的情形而言，并不是针对该种犯罪的所有情形；另一方面，它不是出于对法官的不信任，而是因为立法者认为对劫持航空器并发生上述结果的犯罪，应当而且只能判处死刑（另参见刑法第 239 条、第 383 条第 1 款第 2 项等）。在这个意义上说，它有别于一般意义上的绝对确定的法定刑。<sup>①</sup>

相对确定的法定刑，是指在条文中规定一定的刑种与刑度，并明确规定最高刑与最低刑。其特点是立法上有确定的刑种与刑度，司法上有具体裁量的余地。这种法定刑适应我国的实际情况，有利于法制的协调统一；适应惩罚犯罪的需要，有利于贯彻区别对待的政策；适应具体犯罪的不同情况，有利于实践罪刑相适应的原则；适应犯罪的危害程度变化，有利于刑法的相对稳定。但是，我们既不能认为法定刑的幅度越宽越好，也不能认为法定刑的幅度越窄越好。法定刑的幅度过宽，或许在正常情况下有利于实现个别正义，但不利于实现一般正义，在法官滥用裁量权的情况下，也不利于实现个别正义；法定刑的幅度过窄，或许有利于限制法官的自由裁量权，但不利于实现个别正义。人们习惯于认为中国刑法的法定刑幅度宽于其他国家刑法的，但与德国、日本等大陆法系国家的刑法相比，这一结论并无根据。换言之，德国、日本等国刑法规定的法定刑幅度事实上宽于我国的法定刑幅度。

浮动法定刑，也称浮动刑、机动刑，是指法定刑的具体期限或具体数量并非确定，而是根据一定的标准升降不居，处于一种相对不确定的游移状态。如刑法第 227 条规定，对犯倒卖车票、船票罪的，并处或单处票证价额 1 倍以上 5 倍以下罚金。浮动法定刑具有以下特点：（1）只见之于罚金刑，这显然是因为罚金刑的数额可以根据刑法规定的某种事实标准予以确定的缘故。（2）只适用于经济犯罪、财产犯罪，对其他犯罪难以甚至不可能规定浮动法定刑。（3）刑罚（罚金）的具体幅度（数量）要根据案件的一定事实确定。这是浮动法定刑与相对确定法定刑的区别。在刑法规定相对确定的法定刑时，不管案件发生与否，人们可以事先得知刑罚的具体幅度（如刑法第 162 条规定的罚金数量为 2 万元以

<sup>①</sup> 在这种情况下，如果被告人具有法定的减轻处罚情节，就必须减轻处罚。如果没有法定的减轻处罚情节，但判处死刑过重，就需要适用刑法第 63 条第 2 款的规定。

上 20 万元以下)；而刑法规定浮动法定刑时，只有查清了刑法规定的特定事实，才能得知刑罚的具体幅度（如查明了行为人虚报注册资本金额为 100 万元时，才得知罚金数额为 1 万元以上 5 万元以下）。所以，浮动法定刑不同于相对确定的法定刑。但必须肯定的是，浮动法定刑与相对确定的法定刑，在既限制司法权力、又允许司法机关根据案件的具体情况进一定的自由裁量这一实质上，具有相同点。又由于浮动法定刑中的浮动的幅度是相对确定的，在此意义上，也可以认为浮动法定刑属于相对确定的法定刑。

将罚金刑规定为浮动刑，具有以下优点：(1) 有利于体现罪刑相适应原则。决定罚金数额时，应以犯罪情节为根据，而犯罪数额是经济犯罪、财产犯罪的一个重大情节。根据犯罪数额确定罚金的幅度，在此幅度内再考虑其他情节，就能做到罪刑相适应。(2) 有利于考虑犯罪人的经济状况。罚金刑的缺陷之一在于其效果因贫富之差而完全不同，这就决定了确定罚金数额时，必须考虑犯罪人的经济状况以实现罚金刑的实质公平性。浮动的罚金刑则有利于人民法院考虑犯罪人的经济状况。(3) 能够同时适用于自然人犯罪与单位犯罪，并实现罪刑相适应。一般来说，单位犯罪的数额高于自然人犯罪数额，根据浮动刑的特点，对单位的罚金数额便高于对自然人的罚金数额。因此，在犯罪主体既可以是自然人，也可以是单位时，浮动罚金刑比数额相对确定的罚金刑（如上述第 162 条）更具有实用性与妥当性。(4) 有利于刑法的稳定。刑法的相对稳定性要求法条能够适应社会形势变化后的各种情况。各国立法者都对罚金数额的规定感到棘手，即使好不容易规定了相对确定的罚金数额，但出现通货膨胀后，原来规定的罚金数额必然显得过低，不得不修改刑法。浮动的罚金刑不存在上述问题，因而有利于刑法的稳定。

从立法上看，法定刑经历了三个阶段：一是与罪刑擅断相适应的绝对的专断刑主义（绝对不确定的法定刑）。在这里，没有法治可言。二是绝对的法定刑主义（绝对确定的法定刑）。这显然是出于对法官的不信任，是形式法治的表现。但在这种情况下，法官不能应情科处相应的刑罚，难以实现实质正义、个别正义。三是相对的法定刑主义（相对确定的法定刑，浮动法定刑）。一方面，这表现为对法官的不信任，避免法官恣意量刑；另一方面，也反映出立法的局限性，使法官实现量刑的公平与合理。这是形式法治与实质法治统一的表现。同样，禁止不定（期）刑现在也不只是对司法机关的要求，同样限制立法机关。首先，立法机关不能笼统规定“犯……罪的，处以刑罚”（不定刑）；如果出现

这样的规定，则应认为其规定的行为并不成立犯罪，因为在立法上，“没有刑罚就没有犯罪”，亦即，如果刑法没有对某种行为规定法定刑，该行为就不是犯罪。其次，立法机关不能规定“犯……罪的，处徒刑”（不定期刑）；如果出现这样的规定，则应认为其规定无效，因为该规定极不明确。基于同样的理由，法官在判决时，必须宣告具体的刑罚，而不能宣告不定（期）刑。

关于法定刑的概念及其适用，有以下几点值得说明。

第一，法定刑与处断刑不是等同概念。

在德国、日本等国，对于具体犯罪适用法定刑时，往往要对法定刑进行修正。详言之，当存在刑罚的加重或者减轻事由时，就要对法定刑本身进行加重或者减轻，从而确定处断范围。对法定刑本身进行加重与减轻后所形成的处断范围，就是处断刑。可见，这里的加重与减轻事由，是加重与减轻法定刑的事由，因而是修正法定刑的事由，而不是直接加重与减轻宣告刑的事由。之所以如此，是因为在德国、日本等国刑法中，所谓的加重、减轻刑罚，与我国的加重、从重、减轻处罚并非等同概念。我国刑法中的从重、减轻处罚，并不改变法定刑，而德国、日本刑法中的加重、减轻刑罚必须修正法定刑。例如，日本刑法规定对累犯应加重刑罚，加重的幅度是对其犯罪所规定的惩役的最高刑期的2倍以下（日本刑法第57条）。假如行为人犯甲罪，又是累犯，而甲罪的法定刑为3年以上10年以下惩役，由于应当加重刑罚，所以必须将最高刑期提高到其2倍，于是形成了3年以上20年以下惩役的处断范围。即行为人所犯甲罪的法定刑为3年以上10年以下惩役，由于累犯应加重刑罚，法官应在3年以上20年以下惩役的幅度内裁量刑罚。这个“3年以上20年以下惩役”就是处断刑。再如，根据日本刑法第68条的规定，有期惩役或者监禁减轻时，将其最高刑期与最低刑期减去二分之一。例如，犯罪人心神耗弱，应当减轻刑罚。假如其所犯之罪的法定刑为3年以上10年以下惩役，那么，减轻刑罚时，应当将该法定刑减为1年6个月以上5年以下的惩役，法官然后在该幅度内裁量刑罚，这个“1年6个月以上5年以下的惩役”就是处断刑。

显然，处断刑不是我国刑法中的概念，在刑法规定了基于法定事由可以对法定刑进行修正的国家，才有真正意义上的处断刑。但是，我国也会出现类似处断刑的现象。例如，刑法规定了数罪并罚的原则与方法，当一个人犯数罪时，会出现处断刑。甲犯A、B两罪，A罪的法定刑为3年以上10年以下有期徒刑，法官决定判处6年有期徒刑；B罪

的法定刑为2年以上7年以下有期徒刑，法官决定判处4年有期徒刑。根据数罪并罚的原则与方法，法官必须进一步在6年以上10年以下的有期徒刑的幅度内裁量需要执行的刑罚。这个“6年以上10年以下有期徒刑”，就可谓处断刑。再如，当刑法条文规定，犯A罪具有加重情节时，按照B罪定罪处罚或者适用B罪的法定刑，但B罪的法定最低刑可能低于A罪的法定最低刑。在这种情况下，对行为人的处罚不得轻于A罪的最低刑，否则便有悖刑法的正义理念。这里也会出现类似处断刑的现象（详见下述）。

第二，结果加重犯的法定刑，往往重于基本犯的法定刑与相应的过失犯的法定刑之和，因此需要正确认识和处理结果加重犯。

例如，行为人A实施一般情节的强奸罪，另过失致他人重伤。前者的法定刑为3年以上10年以下有期徒刑，后者的法定刑为3年以下有期徒刑或者拘役，A最多只能被判处13年有期徒刑。反之，如果行为人B实施强奸行为并过失导致被害妇女重伤，那么，其法定刑便是10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，B最高可能被判处死刑。再如，行为人甲实施一般情节的抢劫罪，另过失致人死亡（排除情节较轻的情形）。前者的法定刑为3年以上10年以下有期徒刑，后者的法定刑为3年以上7年以下有期徒刑，甲最多只能被判处17年有期徒刑。反之，如果行为人乙实施抢劫行为并过失导致被害人死亡，那么，其法定刑便是10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，乙最高可能被判处死刑。不仅中国刑法如此，其他国家的刑法都是如此。这种规定的理由何在，还是需要进一步研究的问题。

笔者的基本看法是，任何学说都难以圆满说明结果加重犯的加重处罚根据。所以，不能不承认，结果加重犯的加重法定刑，是结果责任在各国刑法中的残余。“不法者对不法行为产生的一切结果承担责任”（*Versanti in illicito imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*）的古老法律格言，被理论上称为Versanti原则，其含义是，行为人对其不法行为所产生的一切结果，无条件地承担责任。Versanti原则表达了结果责任、间接处罚的意思，虽然遭到了当今刑法理论的强烈批判，但是，其对各国刑事立法与刑事司法的影响仍然深远，结果加重犯便是Versanti原则的产物。正因为如此，应当严格限制结果加重犯的范围。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 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。

刑法规定了诸多结果加重犯，刑法理论一般认为，结果加重犯的成立，以行为人对加重结果至少为过失为前提。<sup>①</sup> 如果不提出这一要求，则与结果加重犯的加重法定刑不协调，而且有悖责任主义原则。但是，由于结果加重犯的法定刑相当重，不能排除行为人对加重结果持故意的情况（当然对此应具体分析，并非任何结果加重犯都可以对加重结果持故意）。例如，为了强奸妇女，而故意使用暴力导致妇女重伤的，成立强奸罪的结果加重犯；再如，最高人民法院2001年5月23日《关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》指出：“行为人为劫取财物而预谋故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人反抗而故意杀人的，以抢劫罪定罪处罚。”既然如此，当行为人对加重结果持故意也仅成立结果加重犯时，如果加重结果没有发生，则应以结果加重犯的未遂论处，否则会造成处罚的不公平，有损刑法的正义性。例如，2002年6月17日晚，被告人朱某、房甲、房乙共谋抢劫出租车司机。朱某提议，将出租车司机骗至乡村偏僻路段，先杀人再劫货，然后将尸体藏入出租车后备箱，驾车驶离作案现场后弃车。朱等三人携带水果刀、尼龙绳，租乘罗某驾驶的出租车，次日零时许，三被告人将罗某骗至偏僻处，用尼龙绳套住罗某颈部，并用水果刀刺罗的手臂及腹部，致罗不省人事；劫得罗某手机1部，人民币100余元。后将罗某推至路坡下，三人弃车逃逸。罗某苏醒后，经鉴定所受损伤为轻伤。对此，有人主张认定为故意杀人罪。<sup>②</sup> 显然，在这种观点看来，如果不认定为故意杀人罪，而认定为抢劫罪，那么，由于只是造成了轻伤，不成立结果加重犯，只能适用3年以上10年以下有期徒刑的法定刑；而单纯的杀人案件，则适用死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑的法定刑。这显然不公平。但是，如果认定为故意杀人罪，则会出现以下现象：行为人为劫取财物而预谋故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人反抗而故意杀人，因而致人死亡的，以抢劫罪定罪处罚；没有致人死亡的，以故意杀人罪论处。这也是一种不合理、不正常现象。因为同一性质的行为，除刑法条文有特别规定的以外，是否发生结果，只是既遂与未遂的区别而已，不能因为是否发生某种结果而成立不同的犯罪。为了克服上述两个方面的缺陷，必须承认某些结果加重犯存在未遂。亦即，在行

① 德国刑法第18条明文规定：“如果法律因为特别结果而规定了较重的刑罚，只有当正犯与共犯对该结果至少具有过失时，才能适用该刑罚。”

② 参见卞文斌：《为劫财而杀人一概定抢劫不妥》，载《检察日报》，2003-03-11，3版。

为人故意造成加重结果，却没有发生加重结果的情况下，应认为成立结果加重犯的未遂。不难看出，对上例中的朱某等被告人，以抢劫罪论处，同时认定为结果加重犯的未遂，适用加重的法定刑，并适用总则关于未遂犯的规定，则可以克服上述两个方面的缺陷。

第三，当刑法分则以一个独立的条文规定了某种犯罪的加重法定刑，而该种犯罪本身又具有几个不同档次的法定刑时，应当根据协调、公平的原则，决定加重法定刑的适用条件。

例如，刑法第102条至第112条规定了危害国家安全的具体犯罪，第113条第1款规定：“本章上述危害国家安全罪行中，除第一百零三条第二款、第一百零五条、第一百零七条、第一百零九条外，对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，可以判处死刑。”表面上看，对于刑法第102条、第103条第1款、第104条、第108条、第110条至第112条所规定的各种犯罪，只要对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的，都可以判处死刑。其实不然。因为这些条文所规定的犯罪，往往区分了首要分子或者罪行重大者、积极参加者与其他参加者，而且针对不同的犯罪主体规定了不同的法定刑；与首要分子或者罪行重大者的法定刑相比，积极参加者与其他参加者的法定刑都较轻。根据刑法分则规定死刑的立法例，死刑通常与无期徒刑相并列，没有任何一个犯罪的法定刑表现为“处死刑或者五年以下有期徒刑”、“处死刑或者十年以下有期徒刑”。否则，便明显造成刑罚适用的不公平、不协调、不均衡现象。因此，只有当上述可以适用死刑的条文所规定的最高法定刑为无期徒刑时，才有可能适用第113条第1款。

以刑法第104条第1款为例。该款规定：“组织、策划、实施武装叛乱或者武装暴乱的，对首要分子或者罪行重大的，处无期徒刑或者十年以上有期徒刑；对积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑；对其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”那么，武装叛乱或者武装暴乱的行为，对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣时，除对首要分子或者罪行重大者，可以判处死刑外，是否可以对积极参加者、其他参加者判处死刑呢？回答是否定的。首先，本款对积极参加者所规定的最高法定刑为10年有期徒刑，对其他参加者所规定的最高法定刑为3年有期徒刑，不管他们的行为造成了何种危害结果，不管其犯罪情节如何恶劣，都不可能对最高刑分别为10年与3年的犯罪适用死刑。只有当最高法定刑原本为无期徒刑时，才可能因为危害特别严重、情节特别恶劣而“可以判处死刑”。其次，本款实际上规

定的是必要的共犯，并且鉴于危害国家安全犯罪的严重性，为了避免司法人员对危害国家安全的犯罪分子恣意地免除刑罚处罚，针对不同的参与者规定了轻重不同的法定刑，因而不再适用总则关于从犯、胁从犯应当从轻、减轻或者免除处罚的规定；但本款对法定刑的规定与刑法总则关于从犯、胁从犯的处罚原则的规定具有一致性，即从犯、胁从犯的处罚必须轻于主犯。如果对积极参加者与其他参加者，也适用刑法第 113 条第 1 款，“可以判处死刑”，则违反了区别对待的刑法精神，违背了刑法的正义理念。因此，就刑法第 104 条而言，刑法第 113 条第 1 款“可以判处死刑”的规定，只适用于首要分子与罪行重大者。就第 103 条第 1 款而言，也是如此。

与刑法第 103 条、第 104 条不同，刑法第 108 条、第 110 条至第 112 条，根据不同情节规定了不同的法定刑。显然，当条文将犯罪分为情节较轻、情节一般（严重）、情节特别严重并规定了不同的法定刑时，只有“情节特别严重”并符合刑法第 113 条第 1 款的规定时，才可以判处死刑。如刑法第 111 条规定：“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；情节较轻的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”显然，只有当为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为，情节特别严重，又符合刑法第 113 条第 1 款的规定时，才“可以判处死刑”；对于情节较轻或者情节一般的行为，不可能适用第 113 条第 1 款。基于同样的理由，当条文将犯罪分为情节轻微与情节严重并规定了不同法定刑时，只有“情节严重”并符合刑法第 113 条第 1 款的规定时，才可以判处死刑。如刑法第 112 条规定：“战时供给敌人武器装备、军用物资资敌的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”对情节较轻的资敌行为，无论如何也不能评价为“对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣”，因而不能适用刑法第 113 条第 1 款。概言之，只有当条文原本规定的最高刑为无期徒刑时，才可能适用刑法第 113 条第 1 款的规定。

再如，刑法第 358 条第 1 款规定：“组织他人卖淫或者强迫他人卖淫的，处五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或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：（一）组织他人卖淫，情节严重的；（二）强迫不满十四周岁的幼女卖淫的；（三）强迫多人卖淫或者多次强迫他人卖淫的；（四）强奸后迫使卖淫

的；（五）造成被强迫卖淫的人重伤、死亡或者其他严重后果的。”第2款规定：“有前款所列情形之一，情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”本条第1款规定了两种情形：一是一般情节的组织卖淫、强迫卖淫行为；二是具有5种严重情节的组织卖淫、强迫卖淫行为。显然，第2款所规定的“有前款所列情形之一”，仅限于具有第1款所列的5种严重情节之一，而不包括一般情节的行为。所以，如果行为人不具有第1款列举的5种严重情节之一，无论其他情节多么严重，也不可能适用本条第2款。

又如，刑法第397条第1款与第2款分别规定：“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；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”“国家机关工作人员徇私舞弊，犯前款罪的，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。本法另有规定的，依照规定。”至为明显的是，第2款前段所称的“犯前款罪”仅指犯前款前段所规定的犯罪。亦即，行为人滥用职权或者玩忽职守的行为原本应当适用“三年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑，但由于其徇私舞弊，便“处五年以下有期徒刑或者拘役”。反之，如果行为人滥用职权或者玩忽职守的行为原本应当适用“三年以上七年以下有期徒刑”的法定刑，在其具备徇私舞弊的情节时，就不能适用“五年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑，而必须适用“五年以上十年以下有期徒刑”的法定刑。

但是，有的条款所规定的加重法定刑，则不以具有其他严重情节为前提。例如，刑法第321条第1款规定：“运送他人偷越国（边）境的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；有下列情形之一的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：（一）多次实施运送行为或者运送人数众多的；（二）所使用的船只、车辆等交通工具不具备必要的安全条件，足以造成严重后果的；（三）违法所得数额巨大的；（四）有其他特别严重情节的。”第2款规定：“在运送他人偷越国（边）境中造成被运送人重伤、死亡，或者以暴力、威胁方法抗拒检查的，处七年以上有期徒刑，并处罚金。”问题是，行为人运送他人偷越国（边）境，并不具有该条第1款所列举的4种情节，但造成被运送人重伤、死亡，或者以暴力、威胁方法抗拒检查的，能否适用该条第2款规定的法

定刑呢？本书持肯定回答。<sup>①</sup> 可以认为，第1款规定的4种情形，属于运送他人偷越国（边）境罪的情节加重犯；同样，第2款规定的两种情形，也是运送他人偷越国（边）境罪的情节加重犯。但是，由于第2款规定的两种情节加重犯的危害程度，重于第1款规定的4种情节加重犯的危害程度，故刑法规定了不同的法定刑。或许有人认为，本书的这一解释造成了刑法的“空挡”：一般情节的运送他人偷越国（边）境的行为，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；而运送他人偷越国（边）境致人重伤、死亡，或者以暴力、威胁方法抗拒检查的，处7年以上有期徒刑，并处罚金；中间不存在可以处高于5年低于7年有期徒刑的情形。其实，这种所谓的“空挡”并非缺陷。因为一般情节的运送他人偷越国（边）境与运送他人偷越国（边）境致人重伤、死亡，或者以暴力、威胁方法抗拒检查，在危害程度上存在重大差异，从前者到后者，其危害程度并不是持续性或者连续性地由低到高，而是跳跃性地由低到高。因此，对一般情节的运送他人偷越国（边）境的行为，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金，并无不当；对运送他人偷越国（边）境致人重伤、死亡，或者以暴力、威胁方法抗拒检查的，处7年以上有期徒刑，并处罚金，也无不妥。

第四，当刑法条文规定，犯A罪具有加重情节时，按照B罪定罪处罚或者适用B罪的法定刑，但B罪的法定最低刑低于A罪的法定最低刑时，对行为人的处罚不得轻于A罪的最低刑，否则便有悖刑法的正义理念。

例如，根据刑法第333条的规定，非法组织或者强迫他人出卖血液造成伤害的，应以故意伤害罪论处。第333条规定的“伤害”，从字面意义上看可能包括轻伤。但是，如果这样理解，则存在不合理现象。因为非法组织卖血罪的法定最高刑为5年有期徒刑，强迫卖血罪的法定最高刑为10年有期徒刑，而故意伤害致人轻伤的法定最高刑为3年有期徒刑；本来，立法精神是对于非法组织、强迫他人出卖血液造成伤害的，应当处以更重的刑罚，而如果认为第333条第2款中的“造成伤害”包括造成轻伤，则意味着非法组织、强迫他人出卖血液没有造成轻伤的，分别可处的最高刑为5年有期徒刑与10年有期徒刑；而造成轻伤时，反而可处的最高刑只有3年有期徒刑，这显然违反罪刑相适应原

<sup>①</sup> 如果行为人具有第1款所列举的4种情节之一，同时具有第2款所规定的情节之一，也只能适用第2款。

则，有损刑法的正义性。因此，第 333 条中的“伤害”不应当包括轻伤。

将轻伤排除在第 333 条第 2 款的“伤害”之外，可以使非法组织卖血罪与故意伤害罪的刑罚得以协调。但在强迫他人出卖血液致人重伤的情况下仍然存在问题。因为强迫卖血罪的法定刑为 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金，高于故意伤害致人重伤的法定刑（3 年以上 10 年以下有期徒刑）。如果在没有致人重伤的情况下处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金，而在致人重伤的情况下按故意伤害罪论处，只能处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，则显失公平。为了弥补这种缺陷，必须确立以下原则：当刑法特别条款的立法精神，是对轻罪中的特定行为依照某一重罪处罚，而重罪的法定最低刑轻于轻罪的法定最低刑时，虽然应当依照重罪定罪量刑，但量刑时所判处的刑罚不得低于轻罪的法定最低刑。行为人强迫他人卖血造成重伤的，根据刑法第 333 条第 2 款的明文规定，应当以故意伤害致人重伤论处，一方面应当适用故意重伤的法定刑，另一方面，所判处的刑罚又不能低于强迫卖血罪的法定最低刑，即不能低于 5 年有期徒刑；结局是，只能在 5 年以上 10 年以下有期徒刑内判处刑罚。这里的“5 年以上 10 年以下有期徒刑”显然不是强迫卖血罪的法定刑，而是故意重伤的法定刑受到强迫卖血罪最低刑限制后所形成的量刑幅度（处断刑）。

或许有人认为，对上述情况以想象竞合犯从一重处罚便可以克服缺陷，即强迫他人卖血的，只要没有造成死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，即使造成了重伤，也认定为强迫卖血罪，而不认定为故意伤害罪。但是，这种解释方法与结论明显违反了刑法第 333 条第 2 款的明文规定。不仅如此，即使对有些犯罪可以采取想象竞合犯的从一重罪论处或者法条竞合时的重法优于轻法原则，也不能判处低于轻罪法定最低刑的刑罚。例如，国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故意向境外的机构、组织、人员非法提供国家秘密。假定就行为触犯刑法第 398 条而言，不属于情节特别严重，故适用的法定刑为“三年以下有期徒刑或者拘役”；同时假定就行为触犯刑法第 111 条而言，属于情节较轻，应适用的法定刑为“五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”。显然，第 111 条的法定刑重于第 398 条的法定刑，应当选择适用第 111 条。可是，第 111 条的法定最低刑却低于第 398 条的法定最低刑。如果对上述行为适用第 111 条，而判处管制或者单处剥夺政治权利，则轻于第 398 条的法定最低刑。矛盾便出现了：本来是从一

重论处或适用重法优于轻法的原则，实际上却可能判处比轻罪更轻的刑罚。为了克服这种矛盾现象，应当确定一条规则：在行为触犯两个以上的法条因而从一重论处时，所判处的刑罚不能低于轻罪的最低法定刑。因此，就上述行为而言，虽然应当适用刑法第 111 条，但所判处的刑罚不得低于第 398 条所规定的最低刑，即不得判处管制与单处剥夺政治权利。否则便有损刑法的正义性。<sup>①</sup>

或许有人认为，重罪的法定最低刑轻于轻罪的法定最低刑，是刑事立法的缺陷，只能通过修改法定刑来解决。其实，一概要求重罪的法定最高刑与最低刑都重于轻罪的法定最高刑与最低刑，并不妥当。因为有些犯罪的性质与特点，决定了必须对其规定较宽的法定刑幅度，即这种犯罪或者会很严重，或者会较轻微；而有些犯罪的性质与特点，决定了只能对其规定较窄的法定刑幅度。正因为如此，重罪的法定最低刑轻于轻罪的法定最低刑的现象，在任何国家刑法中都不可避免。既然如此，解释者便不能不顾一切地提出修改法定刑的主张，而应确立相应的处理原则。即使就某些条文而言，必须承认立法的缺陷，但在没有修改法定刑的情况下，上述规则的确立（或者进行补正解释），也有利于克服缺陷。由此看来，面对所谓的“立法缺陷”时，解释者不应单纯等待修改刑法，而应积极地通过各种解释方法克服“立法缺陷”。

<sup>①</sup> 参见张明楷：《故意伤害罪探疑》，载《中国法学》，2001（3），117 页以下。



# 防止漏洞与减少对立

### 一、漏洞与包容的不可避免性

法律实证主义的典型代表“Bergbohm 嘲讽地说道：‘热带地区的原始法律还在假借无辜的类推之名表现出其本质；人们总是企图从事物本质来导出根本不存在的法律规范；人们所拥有的混乱而四处弥漫的衡平感情还想假借衡平之名试图瘫痪实证法’——上述这些，都是一种‘以非恣意的方式恣意地建构法律’，其实毫无存在必要。因为它们的前提要件必须是：实证法有漏洞’。然而这只不过是一种‘思想的虚妄性’，‘这个前提要件是错的：因为实证法根本没有漏洞’——任何自以为发现漏洞的地方，其实这种漏洞只有‘在从事法律的研究者中，并非在法律中：前者需要补充他的知识，而非补充他所研究的法律规范’。‘一个法律，当它几乎不包含任何规定的素材时，这是一个无漏洞而完整的存在物。谁可以不自居于法源地位而补充法律呢？法律绝不需要从外在加以填补，因为它在任何时刻都是圆满的，它的内在丰富性，它的逻辑延展力，在自己的领域中任何时刻都涵盖了法律判决的整体需要’。”<sup>①</sup>

但是，上述法律实证主义的观点是虚幻和不真实的。认为成文刑法毫无遗漏，是明显的虚构；希望成文刑法毫无遗漏，是天真的幻想。罪刑法定原则之所以成为刑法的生命，也是由来自于刑法的漏洞（不完整性）；如果刑法没有漏洞，罪刑法定原则便没有多大意义；反过来说，在罪刑法定原则之下，无论如何解释刑法分则条文，都会存在漏洞。换言之，总有一些行为，根据危害的严重程度与普遍的正义标准，应当作

---

<sup>①</sup> [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，7页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

为犯罪处理，但由于立法者难以预见到将来可能发生的一切应当作为犯罪处理的行为，导致不可能将所有应当作为犯罪处理的行为都类型化为构成要件；由于成文刑法所使用的文字具有相对确定的含义，并非可以包容一切；由于法无明文规定不为罪的罪刑法定原则不允许类推解释，导致解释者只能在刑法用语可能具有的含义内选择解释结论，因而不得不承认法律的漏洞。所以，只要实行罪刑法定原则，只要肯定刑法的渊源仅限于成文刑法，只要否认类推解释，就必然存在漏洞。

人们可以列举许多“漏洞”。例如，拐卖已满 14 周岁男子的行为（构成非法拘禁、故意伤害等罪的除外），强制猥亵已满 14 周岁男子的行为（构成侮辱、故意伤害、非法拘禁等罪的除外）；公然猥亵行为（如夫妻在公共场合发生性交），都是应当作为犯罪处理的行为（在国外刑法以及旧中国刑法中都被规定为犯罪），但在现行刑法上没有处罚根据。如果不使用类推解释方法，恐怕也没有解释者能够将这些行为解释为犯罪；但类推解释又为罪刑法定原则所禁止。

面对这样的漏洞，解释者确实无能为力。善良的人们总是希望一切应当以犯罪论处的行为在现实上都被论罪科刑，但成文刑法的局限性与罪刑法定原则使这一愿望难以实现。在依法治国的时代，解释者必须牢固树立立法无明文规定不为罪的信念，充分认识到罪刑法定原则的贯彻所形成的对法治的信仰、对其思想基础与基本理念的弘扬、对公民自由的保障所具有的重大意义。所以，“在刑法上，还有所谓刑法的片断性格（der sog. Franmentarische Charakter），也就是说，规定的无漏洞性（die Lückenlosigkeit der Regelung）在这个领域中只会是法律解释的次要目标”<sup>①</sup>。

但是，罪刑法定原则并不意味着漏洞越多越好。漏洞过多的刑法同样是罪刑法定原则的失败。因为罪刑法定原则的思想基础是民主主义与尊重人权主义，漏洞过多导致法益难以受到保护时，必然违反民主主义。漏洞过多的刑法会影响罪刑法定原则的贯彻。因为漏洞过多的刑法，导致司法工作人员产生类推定罪的欲望；特别是当刑法遗漏了危害重大的行为时，司法工作人员可能违反罪刑法定原则，以类推解释方式定罪量刑。漏洞过多的刑法同样损害刑法的正义性。因为漏洞过多意味着相同的行为不能得到相同的处理，甚至导致轻微的危害行为受到制

① [德] Ingeborg Puppe: 《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，89 页，台北，元照出版公司，2010。

裁、严重的危害行为逍遥法外。所以，在既定刑法之下，解释者必须通过罪刑法定原则所允许的合理解释方法，减少刑法上的漏洞，更要防止因为解释方法不当而不自觉地增加刑法上的漏洞。

实际上，各国刑事立法都在尽力避免漏洞的存在，但由于立法者不可能预见到应当作为犯罪处理的一切行为，所以不得不采取其他途径减少漏洞。例如，刑法常常使用一些抽象性、概括性因而涵摄力强、包容性大的用语；分则条文只是描述具体犯罪的类型，而不是给具体犯罪下定义。所以，成文刑法不具体列举可能致人伤亡的器具，而仅使用“凶器”一词；不详细规定致人死亡的各种方式，而只是使用“杀人”一语。又如，由于事物具有多重属性，犯罪现象十分复杂，为了防止过多的漏洞，刑法往往从不同侧面做出规定。于是，刑法分则的许多条文之间不可避免地存在包容关系或者交叉关系。

普通用语一般具有多义性，多义性产生于客观事物的复杂性与用语的有限性；“文化越悠久的民族，它的语言中的多义词就越丰富”<sup>①</sup>。另一方面，用语的含义总是不断发展的，单一含义的用语常常逐渐形成具有多种含义的用语。况且，一般用语的意义都会由核心意义向边缘扩展。于是，用语之间常常具有交叉或包容关系。刑法用语大多使用普通用语，这便导致同一行为可能同时符合几个条文所规定的构成要件。

不仅如此，在某种情况下，为了实现刑法的正义性，为了实现处罚的公正性，必须承认某些条文之间的包容关系。例如，甲以伤害的故意砍了乙两刀，乙说：“我以后会报复你全家的。”于是，甲又以杀人的故意砍了乙两刀。乙因一刀致命伤而死亡，剩下三刀都没有造成轻微伤。但是，无论如何也不能查明致命的一刀是前两刀中的一刀，还是后两刀中的一刀。如果否定规定故意杀人罪的法条与规定故意伤害罪的法条之间的包容关系，不承认故意杀人罪包含了故意伤害罪，那么，根据刑事诉讼法上的事实存疑时有利于被告人的原则，对甲的前两刀只能认定为故意伤害未遂（因为不能证明前两刀中的某一刀致人死亡，故不能认定为故意伤害致死），对甲的后两刀只能认定为故意杀人未遂（因为不能证明死亡是由后两刀中的某一刀造成的）。<sup>②</sup> 于是出现了两个问题：其

① 高名凯、石安石主编：《语言学概论》，114页，北京，中华书局，1987。

② 甚至有可能认定甲砍的后两刀属于不能犯。因为乙的致命伤完全可能由甲的前两刀中的某一刀造成，果真如此，则后两刀属于不可能导致死亡结果的不可罚的不能犯。于是，对甲的行为就只能以故意伤害未遂论处。但这种结论恐怕难以令人赞成。

一，乙的死亡肯定是甲的行为造成的，却只能认定甲的行为成立两个犯罪未遂，使甲不对乙的死亡负责。其二，对甲所犯的两个犯罪都必须适用刑法总则关于未遂犯的规定。或许有人认为，由于刑法总则第 23 条第 2 款规定“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”，在这种情形下，也可以对甲不予从轻、减轻处罚。但是，这样的观点实际上是在定罪时否认甲成立故意杀人既遂，在量刑时承认甲成立故意杀人既遂，依然不符合事实存疑时有利于被告人的原则。只有承认故意杀人罪与故意伤害罪之间的法条包容关系，才能妥当处理这一案件。亦即，凡是符合故意杀人罪构成要件的行为，一定也是符合故意伤害罪构成要件的行为，因为任何杀人都必然经过一个伤害过程（即使过程很短暂）。所以，司法机关不仅应当将甲的前两刀行为认定为故意伤害罪，而且可以将甲的后两刀行为认定为故意伤害罪（将故意杀人行为评价为故意伤害罪，并不违反罪刑法定原则）。于是，甲只实施了一个故意伤害行为，死亡结果就是由伤害行为造成的（至于是哪一刀造成了死亡结果，则并不重要），以故意伤害（致死）罪论处。<sup>①</sup> 这样，既肯定了乙的死亡是甲的行为造成的（没有违背客观事实，也没有违反事实存疑时有利于被告人的原则），也能够使刑罚与罪行相适应（不需要适用未遂犯的规定）。

法条之间是否存在包容关系，常常与案件事实有关。正因为如此，区分法条竞合与想象竞合成为难题。但应当肯定的是，在认定犯罪时，不可忽视案件事实相对于不同的刑法条文所具有的不同侧面与不同性质。例如，民办银行信贷员甲，与朋友乙、丙内外勾结，由乙、丙私刻某造币厂的公章，以造币厂的名义在民办银行设立账户，并用造币厂提供的企业代码等材料在民办银行申请了贷款额度。此后，甲利用负责造币厂存、贷款的职务便利，先后以造币厂的名义，欺骗民办银行负责人，向民办银行申请贷款数十次，骗得贷款数亿元人民币，与乙、丙私分。对甲的行为是应认定为职务侵占罪，还是应认定为贷款诈骗罪？要回答这一问题，关键在于如何认识案件事实。如果司法机关只是将规定职务侵占罪的刑法第 271 条作为适用根据，就会认定甲利用职务上的便利骗取了本单位财物，于是，对甲的行为就只能认定为职务侵占罪，其最高刑为 15 年有期徒刑。但是，这样的认定产生了不能为公平正义观念所容忍的现象：普通公民实施贷款诈骗时，其行为构成贷款诈骗罪，

<sup>①</sup> 参见蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，48 页，台北，元照出版公司，2008。

可能被判处无期徒刑；而银行工作人员利用职务上的便利骗取了本银行的贷款时，其对法益的侵害更为严重，反而最高只能判处 15 年有期徒刑。解释者不能认为：这是立法现实，只有通过立法来解决。事实上，只要承认甲的行为同时触犯了刑法第 193 条所规定的贷款诈骗罪，便可以克服这种现象。因为贷款诈骗虽然不以利用职务上的便利为条件，但利用职务上的便利骗取贷款的行为，也符合贷款诈骗罪的构成要件。所以，民办银行的工作人员利用职务上的便利骗取本单位的贷款时，既符合贷款诈骗罪的构成要件，也符合职务侵占罪的构成要件。于是，在这种情况下，为了实现刑法的正义理念，必须按照想象竞合犯对甲的行为以贷款诈骗罪论处。<sup>①</sup> 即对甲的行为以贷款诈骗罪论处，才能体现公平、实现正义。或许有人认为，如果这样处理，那么，金融机构工作人员实施的职务侵占行为，都可能被认定为金融诈骗罪，相对于金融机构工作人员而言，职务侵占罪在刑法中不存在了。可是，刑法关于职务侵占罪的规定，并不属于封闭的特权条款<sup>②</sup>，因此，不能认为，只要符合职务侵占罪的构成要件就不可能认定为其他犯罪。每一犯罪的构成要件都有其最低的要求，符合某罪的构成要件最低要求的行为，完全可能符合更重犯罪的构成要件。因为所谓构成要件符合性，并不是要求案件事实与构成要件一模一样，而是指案件事实并不缺少构成要件所要求的要素（包括要素之间的内在联系）。所以，当司法机关认定某行为符合强迫交易罪的构成要件时，并不意味着该行为不可能符合抢劫罪与敲诈勒索罪的构成要件。基于同样的理由，当司法机关认定某行为符合职务侵占罪的构成要件时，并不意味着该行为不可能符合贷款诈骗罪的构成要件。

不可否认，有些条文之间是一种对立关系。不管是从法条之间的关系来说，还是从案件事实来讲，就一个结果而言，一个行为不可能同时触犯具有对立关系的两个法条。但从以上的论述可以看出，解释者确立的对立关系越多，刑法的漏洞便会越多，处理结论的不公正现象也会越来越多。所以，解释者也必须通过合理的解释，尽量避免不必要的对立关系。

- 
- ① 如果认为规定职务侵占罪的法条与规定贷款诈骗罪的法条之间具有竞合关系，则应当适用重法条优于轻法条的原则，以贷款诈骗罪论处。
- ② 例如，一些国家的刑法除规定谋杀罪、故意杀人罪外，还规定了得承诺杀人罪。后一规定就属于封闭的特权条款：只要行为符合得承诺杀人罪的构成要件，即使同时符合故意杀人罪的构成要件（得承诺的杀人也必然符合故意杀人罪的构成要件），也不得认定为故意杀人罪，只能认定为得承诺杀人罪。关于得承诺杀人罪的条款，就是封闭的特权条款。

## 二、避免不应有的漏洞

封建刑法的一个重大特点是干涉性，即刑法干涉到个人生活的所有领域，包括个人的私生活。原因之一在于，法律与伦理、宗教没有分离：古代的“罪”的观念与神秘的、宗教的污秽相联系，是许多民族共同的现象；古代统治者在法律名义下强制推行宗教与伦理，是司空见惯的现象；而伦理无处不在、无处不有，于是刑法便干涉到个人生活的所有领域；国家的刑罚权没有受到限制，个人的自由与权利普遍遭受侵害。启蒙思想家们意识到，要保障国民的自由与权利，必须限制国家的刑罚权。如费尔巴哈确立了刑事审判中的法治国思想，主张从三个方面限制国家的刑罚权：第一是通过法律的限制，这便是法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚的罪刑法定原则；第二是通过行为进行限制，科处罚金应以行为为标准而不能以行为人为标准，据此保障法的安定性，保障个人自由；第三是通过法律与伦理的分离进行限制，犯罪不是违反伦理而是违反法律的行为，立法者应当尊重良心的自由，法律不是伦理的审判者。<sup>①</sup> 近现代刑法普遍接受了这一主张，从而形成了刑法的谦抑性。

刑法谦抑性具有以下三个含义：“第一是刑法的补充性。即使是有关市民安全的事项，只有在其他手段如习惯的、道德的制裁即地域社会的非正式的控制或民事的规制不充分时，才能发动刑法……第二是刑法的不完整性。如果像上述那样承认刑法的补充性，发动刑法的场合自然只能是不完整的。刑法处罚的行为不仅是单纯违法、有责的行为，而且是符合构成要件的行为，即法律特别规定为可罚的行为，也是由来自于刑法的不完整性……第三是刑法的宽容性，或者可以说是自由尊重性，即使市民安全受到侵犯，其他控制手段没有充分发挥效果，刑法也没有必要无遗漏地处罚。在现代社会，人不或多或少地侵犯他人就不能生存下去，因此，各人在某种程度上必须相互忍耐他人的侵犯。如果对所有的侵犯行为都禁止，反过来就容易阻碍个人的活动。”<sup>②</sup> 不难看出，刑法的不完整性由来自于刑法自身的特点。首先，刑法的目的是保护法益，而不是保护伦理秩序；那些虽然侵犯了伦理秩序却没有侵害法益的行为，

① 参见〔日〕木村龟二编：《刑法学入门》，50页，东京，有斐阁，1957。

② 〔日〕平野龙一编：《现代法11—现代法と刑罚》，21~22页，东京，岩波书店，1965。

不可能被刑法规定为犯罪。易言之，可以由伦理进行规制的行为，不得作为犯罪处罚。其次，刑法是其他法律的保障法，一般部门法与刑法不是平行并列的关系，当一般部门法的实施没有效果时，才动用刑法。那些完全可以由民事法等一般部门法进行规制的行为，没有必要作为犯罪处罚。再次，由于现代社会关系复杂，国民之间的交往频繁，导致人们的行为都在不同程度地侵犯他人的利益。因此，刑法只能处罚那些严重侵害法益的行为，轻微的法益侵害行为，不得作为刑法规制的对象。就是说，立法者只是将值得科处刑罚的行为规定为犯罪。最后，现代刑法都是成文法，成文法必然具有局限性，立法者在制定刑法时不可能预见应当科处刑罚的一切犯罪行为；罪刑法定原则是刑法的铁则，对于没有明文规定的行为，刑法也只能容忍。

刑法的不完整性既具有客观性，也具有合理性。但是，这并不意味着刑法的漏洞越多越好。“任何法律都必须有其根据，即根据某种明确的观点或信念，否则便无法解释和毫无意义。”<sup>①</sup> 立法者总是根据一定的标准，从社会现象中挑选出值得作为犯罪科处刑罚的行为，而不是预想到何种行为就规定何种行为。一旦挑选犯罪的标准确立，而且该标准具有合理性，为国民所认同，那么，符合该标准的行为，就应当被规定为犯罪。否则，便有悖正义的理念。因为正义的理念要求，“相同的人和相同的情形必须得到相同的或至少是相似的待遇，只要这些人和这些情形按照普遍的正义标准在事实上是相同的或相似的。”<sup>②</sup> 换言之，当刑法根据正义的标准，将 A 行为规定为犯罪时，那么，与 A “相同”的其他行为也应当被规定为犯罪。具体地说，当刑法将“行为对法益侵害的严重程度以及其他法律是否足以抑制该行为”，作为区分罪与非罪的正义标准时，只要是严重侵害法益并且其他法律不足以抑制的行为，就应当规定为犯罪，否则便有悖正义的理念，有违刑法的本质。如果刑法的漏洞过多，导致诸多根据上述正义标准应当作为犯罪科处刑罚的行为没有规定在刑法中，那么，该刑法就不是正义的法律。

同样，我们在解释刑法时，也必须根据刑法规定犯罪的实质的、正义的标准，并且在刑法用语可能具有的含义内，确定犯罪的范围。换言之，在解释刑法时，我们一方面要把握立法者从形形色色的行为中挑选

① [英] 鲍桑葵：《关于国家的哲学理论》，汪淑钧译，73页，北京，商务印书馆，1995。

② [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，286页，北京，中国政法大学出版社，1999。

出作为犯罪科处刑罚的实质的、正义的标准，另一方面要考察刑法用语可能具有的含义，使实质的、正义的标准与刑法用语的含义相对应，正确界定犯罪的内涵与外延，使根据正义的标准应当作为犯罪处理的行为都是犯罪，使相同的行为在刑法上得到相同的或至少是相似的处理。唯有如此，才能体现刑法的正义性。从解释方法来说，体系解释的一个重要出发点就是不使刑法出现漏洞。如果解释结论导致刑法存在过多的漏洞，就意味着解释者没有进行体系解释。

当然，刑法确实不可能将应当作为犯罪处理的一切行为都规定在刑法中，刑法不可能没有漏洞。当刑法确实存在漏洞而又不可能填补时，我们必须遵循罪刑法定原则。这是没有疑问的。但是，为了实现刑法的正义，我们必须尽可能地在不违反罪刑法定原则的前提下，减少和避免刑法的漏洞。不要以为，能够“证明”应当作为犯罪处理而实际上不能被作为犯罪处理的现象越多，罪刑法定原则的胜利就越辉煌。因为罪刑法定原则的思想基础是民主主义与尊重人权主义，恣意地将应当作为犯罪处理的行为解释为刑法没有规定的行为，必然不利于保护法益，必然违反民主主义。不要以为，解释结论使刑法漏洞越多就越有成就。因为刑法学的任务并不是设定漏洞，而是合理地填补漏洞。

事实上，各国的刑法解释者（包括法官与检察官）都是在遵守罪刑法定原则的前提下，尽量减少和避免刑法的漏洞。例如，虽然法国新刑法第 111—4 条明文规定“刑法应严格解释之”，但是，“刑法‘严格解释规则’并不强制刑事法官仅限于对立法者有规定的各种可能的情形适用刑法。只要所发生的情形属于法定形式范围之内，法官均可将立法者有规定的情形扩张至法律并无规定的情形。”<sup>①</sup> 在意大利，由于禁止类推解释，允许扩大解释，司法实践便“倾向于将那些看来更像类推解释的做法视为合理的扩张解释”；也就是说，“在需要维护某种法益时，只要侵犯这种法益的行为与法律规定的行为实质上相似，都可能发生这种情况；但由于禁止类推，人们应尽力地（如果说不是直接玩弄诡计的话）把一切类推性适用都往扩张解释里塞。”<sup>②</sup>

本书并不赞同类推解释，而是主张在法定形式范围之内，将值得科

① [法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，143 页，北京，中国政法大学出版社，1998。

② [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，32 页，北京，法律出版社，1998。

处刑罚的行为合理地解释为犯罪。我们可以设想和看到许多情形：假如刑法没有规定抢夺罪，人们也绝对不会将抢夺财物的行为解释为无罪，而会将其解释为盗窃罪或者抢劫罪。因为与一般盗窃行为相比，抢夺行为的可罚性有过之而无不及。一部刑法只处罚一般盗窃而不处罚抢夺，有损其正义性。正因为如此，虽然德国、日本等大多数国家刑法都没有规定抢夺罪，但没有解释者认为抢夺财物的行为不构成犯罪，相反都认为，抢夺行为通常成立盗窃罪，而利用行驶的机动车抢夺财物的行为，可以评价为使用暴力夺取财物，故应认定为抢劫罪。<sup>①</sup>我国旧刑法没有规定绑架罪，但司法实践中出现了绑架案件。没有任何解释者认为绑架行为不成立犯罪，也没有任何解释者认为对绑架行为应当类推为犯罪，而是通过对抢劫罪（有人主张对绑架行为认定为抢劫罪）、敲诈勒索罪与非法拘禁罪（有人主张对绑架行为以敲诈勒索罪与非法拘禁罪实行数罪并罚）的解释，为绑架行为寻找法律适用依据。这是因为，根据刑法规定犯罪的实质的、正义的标准，绑架行为不可能无罪。同样，旧刑法只是在反革命破坏罪中规定了劫持航空器的行为，但现实中发生过不以反革命为目的而劫持航空器的案件。可以肯定的是，没有任何解释者认为劫持航空器的行为不成立犯罪，也没有任何解释者认为对劫持航空器的行为应当类推为犯罪，而是通过对破坏交通工具罪的解释，为不以反革命为目的劫持航空器的行为寻找法律适用依据。因为将劫持航空器行为宣告无罪的做法，如同劫持航空器行为一样，不能被社会容忍。

再来比较理论上与审判上对抢劫罪与强奸罪的解释。刑法第 263 条前段规定：“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。”刑法第 236 条第 1 款规定：“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。”不难看出，就手段行为而言，刑法对抢劫罪与强奸罪使用的文字表述基本相同：都是“暴力、胁迫或者其他”方法或手段。但是，刑法理论几乎没有争议地解释道：“抢劫罪的胁迫方法，是指行为人为了使被害人不敢反抗，以便当场占有其财物，以当场实施暴力相威胁。胁迫的内容是以立即实施暴力相威胁，如有必要，胁迫随即转化为暴力。”而强奸罪的“胁迫，是指以杀害、伤害、职权、地位、揭发隐私等相威胁、恫吓，

<sup>①</sup> 参见 [日] 西田典之：《刑法各论》，5 版，166 页，东京，弘文堂，2010；[日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4 版，231 页，东京，东京大学出版会，2007。

对被害人进行精神强制的手段，意图使其不敢反抗。”<sup>①</sup>显然，强奸罪中的“胁迫”的外延比抢劫罪中的“胁迫”的外延宽得多，同样，强奸罪中的“其他手段”的外延也比抢劫罪中的“其他方法”的外延广得多。但是，没有人认为这种解释存在缺陷。本书也认为，在强奸罪中的胁迫、其他方法（手段）的外延应当宽于抢劫罪中的胁迫、其他方法这一点上，上述解释完全具有合理性。这是因为，刑法在規定抢劫罪的同时，规定了敲诈勒索、盗窃等罪；由于抢劫罪重于敲诈勒索罪与盗窃罪，所以，抢劫罪的成立标准高于敲诈勒索罪、盗窃罪，于是，必须限定抢劫罪的手段范围；但刑法除规定强奸罪之外，没有规定一种类似于敲诈勒索的侵犯妇女性的自己决定权的犯罪，也没有规定一种类似于盗窃的侵犯妇女性的自己决定权的犯罪，而该行为又值得科处刑罚（乘妇女熟睡时取得其财物的，成立盗窃罪，不成立抢劫罪；乘妇女熟睡时与之性交的，只能认定为强奸罪，刑法没有规定所谓的“偷奸罪”），所以，强奸罪中的“胁迫”、“其他手段”的外延必须宽于抢劫罪中的“胁迫”、“其他方法”。如果像解释抢劫罪那样解释强奸罪，就必然形成刑法的漏洞。

行文至此，大体上可以得出以下结论：为了实现刑法的正义，必须尽量减少乃至避免漏洞，即减少和避免应当作为犯罪处理却不作为犯罪处理的现象。

我国的刑法理论与司法实践中，存在着夸大刑法漏洞的现象，因而形成了一些不应有的漏洞。所谓不应有的漏洞，是指按照规定犯罪的正义标准应当作为犯罪处理，根据刑法用语可能具有的含义也构成犯罪，但却被人们解释为无罪的现象。之所以形成不应有的漏洞，在很大程度上是由解释方法运用不当所致。下面选择若干现象进行分析。

#### （一）因为判断方法不当而造成不应有的漏洞

例如，刑法第193条规定了贷款诈骗罪，但没有规定单位可以成为本罪的主体。于是出现了这样的问题：单位贷款诈骗的，应当如何处理？最高人民法院2001年1月21日《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》指出：“单位不能构成贷款诈骗罪。根据刑法第三十条和第一百九十三条的规定，单位不构成贷款诈骗罪。对于单位实施的贷款诈骗行为，不能以贷款诈骗罪定罪处罚，也不能以贷款诈骗罪追究直接

<sup>①</sup> 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4版，558、522页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。

负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。但是，在司法实践中，对于单位十分明显地以非法占有为目的，利用签订、履行借款合同诈骗银行或其他金融机构贷款，符合刑法第二百二十四条规定的合同诈骗罪构成要件的，应当以合同诈骗罪定罪处罚。”也有人认为，单位贷款诈骗的，不成立任何犯罪（以下简称无罪论）。<sup>①</sup>于是，刑法在此存在一个“漏洞”。但可以肯定的是，立法者在制定第193条时，当然预想到了单位可能实施贷款诈骗行为，因为单位贷款比个人贷款更为容易，因而单位的贷款诈骗行为会多于个人贷款诈骗行为。根据规定犯罪的实质的、正义的标准，对所谓单位贷款诈骗的行为不可能认定为无罪。所以，对单位贷款诈骗不以犯罪论处，是一个不应有的漏洞。而这个“漏洞”的形成，是因为无罪论者采取了不当的判断方法。

详言之，无罪论者采取了以下判断方式：首先将行为人为了单位利益而骗取贷款的行为概括为单位贷款诈骗，然后说刑法没有规定单位可以成立贷款诈骗罪的主体，因而单位贷款诈骗无罪（结论）。

无罪论的解释方式的一个特点是：将单位实施了贷款诈骗的事实作为大前提，将法律规定作为小前提，然后再得出无罪的结论。然而，这种判断方式存在重大疑问。“从形式逻辑规则的观点来看，对法律案件的决定是根据三段论法做出的，其中法律规范是大前提，案件的情况是小前提，案件的决定是结论。把案件的决定看作是按照三段论法的规则得出的结论，对于彻底确立法制原则具有重要的意义，法制的实质就在于使所有主体的行为符合法律规范的要求。而在法的适用方面，只有当适用法的机关准确地和正确地把法律规范适用于一定的具体情况，即按照三段论法的规则决定法律案件时，才能出现这种相符合的情况。”<sup>②</sup>因此，我们在判断构成要件符合性时，应当以法定的构成要件为大前提，以具体的事实为小前提，从而得出结论。就判断所谓单位贷款诈骗的行为是否成立犯罪而言，应当采取以下方法：首先确定贷款诈骗罪的构成要件，然后，判断案件事实是否符合贷款诈骗罪的构成要件，再得出行为是否构成犯罪的结论。采取这样的判断方式，无罪论便不成立了：贷

① 参见孙军工主编：《金融诈骗罪》，59页，北京，中国人民公安大学出版社，1999。

② [苏] C. C. 阿列克谢耶夫：《法的一般理论》，下册，黄良平、丁文琪译，729页，北京，法律出版社，1991。另参见 [德] Karl Larenz：《法学方法论》，陈爱娥译，168页以下，台北，五南图书出版公司，1996；[日] 团藤重光：《法学の基础》，213页以下，东京，有斐阁，1996；[美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，491页以下，北京，中国政法大学出版社，1999；等等。

款诈骗罪的构成要件是：客观行为是以编造引进资金、项目等虚假理由，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大；行为主体是已满 16 周岁，具有辨认、控制能力的自然人；主观上必须具有故意，而且以非法占有为目的，而非法占有目的包括使行为人或第三者（包括单位）非法占有的目的。再来看所谓单位贷款诈骗的事实：行为人肯定实施了采取各种欺诈手段骗取金融机构数额较大贷款的行为；决策者与直接责任者也达到了法定年龄，具有辨认、控制能力；主观上同样具有故意，非法占有的目的表现为使第三者非法占有贷款。将这些事实（小前提）与贷款诈骗罪的构成要件（大前提）进行对比，必然得出行为构成贷款诈骗罪的结论（只是不能追究单位的刑事责任，只能追究自然人的刑事责任）。

无罪论者不仅在判断方式上存在缺陷，而且有违反罪刑法定原则之嫌。因为根据罪刑法定原则，必须先考虑刑法的规定，即先有大前提，然后才审视现实中的某种行为是否构成犯罪，这样便限制了司法权力。表现为司法机关总是被动的，只有发现某种行为符合刑法规定时才适用刑法；如果事先随意确定各种行为的性质，再拿来与刑法相对照，必然不利于限制司法权力，因而与罪刑法定原则的精神相抵触。人们不难发现，无罪论者的上述判断方法完全可以做到为所欲为：“想入罪便入罪，想出罪即出罪”。例如，当判断者想将某种行为认定为抢劫罪时，他便可以进行如下推理：该行为是抢劫行为，我国刑法规定了抢劫罪，所以对该行为应当以抢劫罪定罪处刑；又如，当判断者欲将某种行为认定为受贿罪时，他就能够进行如下推理：该行为是受贿行为，我国刑法规定了受贿罪，所以对该行为应当以受贿罪论处。反之亦然。例如，当判断者不想将某抢劫行为认定为抢劫罪时，他便可以进行如下推理：该行为是一种强制行为，我国刑法没有规定强制罪，所以对该行为不得定罪处刑；当判断者不愿将溺婴行为认定为故意杀人罪时，他就能够进行如下推理：该行为属于溺婴行为，我国刑法没有规定溺婴罪，所以对该行为不得定罪处刑。或许读者认为本书在随心所欲地任意编造。其实不然，事实上，这种现象已经随处可见。例如，有的学者认为，单位盗窃时，对单位中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员不得以盗窃罪论处。其判断仍然是：该行为属于单位盗窃行为，应以单位犯罪论处，但刑法没有规定单位可以成为盗窃罪的主体，故该行为无罪。<sup>①</sup> 不难发

① 参见陈兴良主编：《刑事法判解》，第 1 卷，35 页以下，北京，法律出版社，1999。

现，倘若人们将刑法规范由小前提回到大前提，则会得出相反结论。

由此看来，当人们自觉或者不自觉地将三段论中的大前提与小前提倒置时，所造成的混乱是相当严重的。无论是司法人员办案还是刑法学者著书，都不应当出现这样的现象；否则便无法治可言。

## （二）因为对案件归纳不当而造成不应有的漏洞

与上一点相联系，不考虑案件事实可能适用的法条，径直对案件事实做自然主义的归纳，或者将案件事实固定化，是形成不应有漏洞的原因之一。<sup>①</sup>

例如，对于将伪造的、变造的国库券等国家有价证券出售给知情的对方的行为应当如何处理？首先，应当肯定，这种行为完全不符合诈骗罪的构造（行为人没有实施欺骗行为，购买者没有产生认识错误），因而不可能构成有价证券诈骗罪。有人指出：“关于出售、购买伪造的货币，刑法规定了专门的罪名，而对出售、购买伪造的有价证券，刑法则无明文规定。在司法实践中，有人提出此种行为应以非法经营罪论处。这种看法……也不十分妥当。非法经营罪虽然是从1979年刑法规定的投机倒把罪中派生出来的，但绝不能将非法经营罪理解为投机倒把罪在1997年刑法中的翻版，成为无所不包的‘口袋罪’。非法经营罪的行为对象是法律、法规规定限制买卖的物品以及买卖进出口许可证等，侵害的对象是市场管理秩序，不包括伪造、变造的物品。所以，在刑法增设出售、购买伪造的有价证券罪之前，对这种行为不宜作为犯罪处理，必要时可作行政、经济处罚。”<sup>②</sup> 本书虽然不赞成将出卖伪造、变造的国家有价证券的行为认定为非法经营罪，但也不同意将这种行为宣告无罪的观点。

认为无罪的观点，一方面没有周全地考虑对于倒卖伪造的有价证券的行为，可能适用的刑法条文，另一方面将案件事实固定化为倒卖伪造的有价证券。其实，国库券虽然在刑法第178条、第197条中属于有价证券，但这并不意味着在任何案件中都必须将国库券评价为有价证券。从刑法的公平正义角度来考虑，既然倒卖伪造的有价票证是犯罪，倒卖伪造的国库券的行为就不能无罪。解释者完全可以将倒卖伪造的国库券的行为，归纳为倒卖伪造的有价票证。人们可能难以接受这样的观点，

<sup>①</sup> 第（二）与上述第（一）没有本质不同，只是侧重点不同。

<sup>②</sup> 王晨：《诈骗犯罪研究》，243页，北京，人民法院出版社，2003。

因为刑法第 227 条所规定的倒卖伪造的有价票证并不包括伪造的有价证券，或者说有价证券与有价票证是两个完全不同的概念。其实，在刑法中，有价证券与有价票证的区分是相对的。就伪造和使用伪造的国家有价证券进行诈骗而言，其中的有价证券不包括有价票证；但就倒卖伪造的有价票证而言，其中的有价票证完全应当包括有价证券。这是因为：在刑法上，根据当然解释的原理，虽然有价票证不能被评价为有价证券（有价票证缺乏有价证券的特征），但是有价证券完全可能被评价为有价票证。换言之，有价证券除具备有价票证的特征外，还具备有价票证并不具备的其他特征；既然有价证券不是缺少有价票证的特征，而且多于有价票证的特征，当然可以将有价证券评价为有价票证。人们之所以认为“有价证券与有价票证是两个不同概念”，或者认为“伪造的国家有价证券不属于伪造的有价票证”，都是因为没有考虑到国库券既是有价证券也是有价票证，而且在事前就固定了事实性质（认为国库券永远都是有价证券）。

再如，从 2008 年 8 月开始，被告人都某组织韦某、李某、杨某等三名妇女在四川省简阳市某大街招揽嫖客，然后带至都某事先布置好的出租房内从事卖淫嫖娼活动，都某则趁机潜入室内用假币调换嫖客衣服内的现金。被告人都某用此手段组织上述卖淫妇女多次进行卖淫活动，调换嫖客真币 5 000 余元，被告人都某与上述卖淫妇女将赃款平分。2009 年 3 月 24 日，公安机关将都某抓获归案，在其驾驶的川 AU2763 奥拓车内查获假人民币 171 张共计 15 000 元。四川省简阳市人民检察院指控被告人都某组织卖淫罪、持有假币罪。<sup>①</sup>

不起诉盗窃罪的理由显然是，被告人都某的行为是以假币换取真币，但刑法第 171 条第 2 款仅将金融机构工作人员利用职务上的便利以假币换取真币的行为规定为犯罪，而没有将一般主体以假币换取真币的行为规定为犯罪；都某不是金融机构工作人员，也不可能利用金融机构工作人员的职务之便换取真币，故其行为不成立犯罪。这样的推理便导致刑法多了一个漏洞：对一般主体以假币换取真币的行为不能依法定罪量刑。诚然，对都某的行为不可能适用刑法第 171 条第 2 款的规定定罪量刑。但是，只要司法人员大脑中想着盗窃罪的构成要件，就会发现，都某的行为明显属于违反被害人意志，将他人占有的现金转移给自己占

<sup>①</sup> 参见庄志全、胡培俊：《组织卖淫调换假币 自作聪明终究露馅》，载《检察日报》，2009-11-08，2 版。笔者事后了解到，人民法院也仅宣告了组织卖淫罪与持有假币罪的成立。

有的盗窃行为，完全符合盗窃罪的构成要件。至于向被害人的衣服口袋装入假币，只是掩盖盗窃事实的行为而已，根本不影响盗窃罪的成立。所以，刑法在此问题上根本不存在漏洞。退一步说，即使删除刑法第171条第2款的规定，对于金融机构工作人员利用职务上的便利以假币换取真币的行为，也能适用职务侵占、贪污等罪的规定，而不会有漏洞。

以上论述表明，案件事实总是具有多个侧面、多重属性，解释者要对案件事实进行妥当归纳，就必须找到可能适用的刑法条文。一方面，只能在相关条文所规定的构成要件指导下，规范地归纳案件事实，而不能离开可能适用的刑法条文以自然主义的观点归纳案件事实。例如，行为人甲将幼女乙带到宾馆过了一夜，征得乙同意与之发生性交，事后给了乙800元人民币。面对这样的案件，解释者首先会想到刑法关于奸淫幼女类型的强奸罪的规定与嫖宿幼女罪的规定，进一步判断甲的行为构成何罪。甲在法庭上所作的“我的行为是一夜情，刑法没有将一夜情规定为犯罪”的辩解，不可能被任何人接受。再如，一家五口人生活贫困，于是五人共谋盗窃。面对这一案件，解释者无疑想到的就是盗窃罪的法律规范，判断五人的行为是否符合盗窃罪的构成要件。律师在法庭上所作的“本案属于家庭盗窃，刑法没有规定家庭可以成为盗窃罪主体”的辩护，不可能被法官采纳。<sup>①</sup>又如，甲是某国家机关的科长，为了被提升为处长，而向有决定权的领导乙提供了10万元人民币，乙收到后立即上交给纪委，并说明了真相。倘若有人不以有关行贿罪的法律规范为指导，将案件事实归纳为“甲为了进步而奉献了10万元人民币”，那么，甲的行为无论如何也不是行贿罪。还如，A将B的鱼池闸门打开，让B喂养的鱼游进大河。假如有人不以有关故意毁坏财物罪的刑法规范为指导，将案件事实归纳为“A使活鱼游入大河”，那么，A的行为无论如何也不构成故意毁坏财物罪。同样，将许霆案归纳为“恶意取款”，将诉讼诈骗归纳为“恶意诉讼”后，都会不当地得出无罪的

① 将为了单位利益而骗取贷款的行为概括为单位贷款诈骗进而主张其中的自然人不成立贷款诈骗罪的学者或许会说，刑法没有规定家庭犯罪，当然不可以将某种案件事实归纳为家庭盗窃，但是刑法规定了单位犯罪，故完全可以将为了单位利益而骗取贷款的行为概括为单位贷款诈骗。诚然，刑法规定了单位犯罪，但是，犯罪都是具体的，而不是抽象的。刑法分则仅规定了具体的单位犯罪，其中并没有所谓的“单位贷款诈骗”。既然如此，解释者就不能以“单位贷款诈骗”的概念归纳案件事实。一言以蔽之，不能以刑法分则中并不存在的概念归纳案件事实。

结论。只有根据盗窃罪、诈骗罪的构成要件归纳许霆案与诉讼诈骗的事实，才能使案件依法得到妥当处理。概言之，如若不以刑法规范为指导归纳案件事实，任何行为都不可能构成犯罪。所以，必须在一定的法律规范指导下归纳和评价案件事实。据以指导的法律规范不同，对案件事实得出的结论就不同。另一方面，即使是相对“固定”的事实，适用的法条不同，对该事实所下的结论就不同。在按照 A 法条规定的构成要件归纳案件事实得出无罪结论之后，还要再次按照 B、C 法条规定的构成要件归纳案件事实。如上所述，当行为人伪造国库券时，解释者要将国库券认定为有价证券，但当行为人倒卖伪造的国库券时，解释者必须将国库券认定为有价票证。再如，当行为人故意将国家秘密文件交付给境外机构、组织、人员时，解释者应当将其行为评价为为境外非法“提供”国家秘密；但是，当行为人过失将国家秘密文件交付给境外机构、组织、人员，因而不符合刑法第 111 条规定的主观要件时，解释者就必须想到另一法条（刑法第 398 条），将其行为评价为过失“泄露”国家秘密，而不能得出“为境外非法提供国家秘密罪只能出于故意，由于行为人出于过失，所以不构成犯罪”的结论。

### （三）因为比较方法不当而造成不应有的漏洞

国家工作人员要求、暗示请托人向第三者提供贿赂的现象，在现实生活中并非罕见。例如，丙有求于国家工作人员甲的职务行为，甲则要求或暗示丙向乙提供财物，乙欣然接收；或者甲利用职务上的便利为丙谋取了利益，事后丙欲向甲提供作为职务行为的不正当报酬的财物时，甲便要求或暗示丙将财物提供给乙，乙没有拒绝。甲的行为是否成立受贿罪？无罪论者不乏其人，于是，形成了一个漏洞：对国家工作人员要求、暗示请托人向第三者提供贿赂的行为，不能以犯罪论处。

首先应当明确的是，上述行为是否值得科处刑罚。关于受贿罪的立法形式，一直存在两种立场：起源于罗马法的立场是，受贿罪的保护法益是职务行为的不可收买性（Unentgeltlichkeit Amtshandlung）。起源于日耳曼法的立场是，受贿罪的保护法益是职务行为的纯洁性（Reinheit der Amtshandlung）或公正性、职务行为的不可侵犯性。<sup>①</sup> 职务行为的不可收买性与职务行为的纯洁性、公正性密切联系：防止权力滥用、保障权力公正行使的最起码、最基本的措施，就是防止权力与其他

<sup>①</sup> 参见 [日] 大塚仁：《刑法各论》，下卷，678 页，东京，青林书院新社，1968。

利益的相互交换；古今中外的客观事实不可置疑地告诉人们，职务行为的纯洁性、公正性首先取决于职务行为的不可收买性。现实与常识告诉人们，国家工作人员要求、暗示请托人向第三者提供财物时，该第三者必定与国家工作人员具有某种亲密关系：要么国家工作人员需要报答第三者或者需要满足第三者的需求，要么第三者在接受财物后将所接受的财物私下转交给国家工作人员，要么第三者会采取其他方式报答国家工作人员。说到底，国家工作人员仍然是为了自己的利益而要求、暗示请托人向第三者提供财物。同样，请托人也必然认识到第三者与国家工作人员的密切关系，否则，也不会向第三者提供财物；现实生活中，一些请托人在有求于国家工作人员的职务行为却又无法接触国家工作人员时，想方设法通过与国家工作人员有密切关系的人牵线搭桥，进而实现行贿的事实，也充分说明了这一点；请托人以及其他知情者都清楚地认识到，在国家工作人员要求、暗示向第三者提供财物的情况下，向第三者提供财物当然是满足国家工作人员的要求或欲望的一个途径，因而也是收买国家工作人员职务行为的一种方式。既然如此，我们就应当肯定这种行为侵犯了国家工作人员职务行为的不可收买性，进而也侵犯了职务行为的纯洁性、公正性，理当以受贿罪论处。

那么，无罪论者是如何解释刑法以致使上述行为无罪的呢？众所周知，关于使请托人向第三者提供财物构成犯罪的刑事立法，大体上有三种体例：一是对受贿罪的构成要件规定得比较简洁，没有明文指出使请托人向第三者提供财物是否构成受贿罪。如我国台湾地区“刑法”第121条第1款规定：“公务员或仲裁人对于职务上之行为，要求、期约或收受贿赂或其他不正利益者，处七年以下有期徒刑，得并科五千元以下罚金。”二是以德国刑法为代表，所规定的受贿罪构成要件包含了使请托人向第三者提供利益的情况。如其第331条第1款规定：“公务员或者对公共职务特别负有义务的人员就其职务活动为自己或者第三者要求、约定或者接受利益的，处三年以下自由刑或者罚金。”第332条第1款规定：“公务员或者对公共职务特别负有义务的人员就其已经从事或者将要从事的职务行为和因此侵害了或者可能侵害其职务义务，作为回报，为自己或者第三者要求、约定或者接受利益的，处六个月以上五年以下自由刑。在较轻的严重情形中处三年以下自由刑或者罚金。”三是以日本刑法为代表，将使请托人向第三者提供贿赂规定为独立的罪名，其第197条之二规定：“公务员就其职务上的事项，接受请托，使请托人向第三者提供贿赂，或者要求、约定向第三者提供贿赂的，处五

年以下惩役。”无罪论者的理由往往是：我国实行罪刑法定原则，对于刑法没有明文规定的行为不得定罪处刑；日本、德国刑法明文将该行为规定为犯罪，而我国刑法对此没有明文规定，所以，在我国不得对该行为定罪处刑。显然，这种过于简单的比较解释造成了不应有的漏洞。

如前所述，解释刑法不可缺少比较方法，尤其是在刑法条文表述相同或者相似、条文适用背景相同或者相似的情况下，参考外国的刑法学说与审判实践解释本国的刑法规范，可能得出发人深省的结论。但是，在进行比较解释时，不可忽视中外刑法在实质、内容、体例上的差异。例如，就某类犯罪而言，有的国家刑法规定得非常详细（可能有多个罪名），有的国家刑法则规定得十分简单（可能只有一个罪名）。在这种情况下，后者的一个罪名可能包含了前者的多个罪名的内容；而不能简单地认为，后者只处罚一种情形，前者处罚多种情形。例如，法国刑法第 221—1 条、第 221—3 条、第 221—5 条分别规定了故意杀人罪、谋杀罪、毒杀罪；而我国刑法仅第 232 条规定了故意杀人罪。我们显然不能认为，谋杀、毒杀行为，没有被我国刑法规定为犯罪，因而不得定罪处刑；相反只能认为，谋杀与毒杀行为都包含在我国刑法第 232 条规定的故意杀人罪中。再如，日本刑法第 246 条规定了诈骗罪，第 246 条之二规定了使用计算机诈骗罪，第 248 条规定了准诈骗罪<sup>①</sup>；而我国刑法没有规定后两种罪名。我们当然不能认为，使用计算机诈骗与准诈骗的行为，没有被我国刑法规定为犯罪，因而不得定罪处刑；相反只能认为，这些行为包含在我国刑法第 266 条规定的诈骗罪或第 264 条规定的盗窃罪中。由此看来，我们不能只看文字上的表述与犯罪的名称，而应注重规定某种犯罪的条文在刑法体系中的地位，从而了解相同的用语在不同国家的刑法中可能具有不同的含义。<sup>②</sup>而无罪论者在进行比较解释时，恰恰忽视了这一点。

我国现行刑法根据主体的差异规定了几种不同的受贿犯罪，而没有根据行为的不同类型规定不同的受贿罪。与外国刑法进行比较之际，必须对此予以充分注意。例如，日本刑法第 197 条之三明文规定了事后受

① 准诈骗罪，是指利用未成年人的知虑浅薄或者他人的心神耗弱，使之交付财物，或者取得财产上的不法利益或者使他人取得的行为。

② 如上所述，在德国，故意杀人罪是指除谋杀罪、得承诺杀人罪、灭绝种族罪以外的故意杀人罪；在中国，故意杀人罪则包括一切故意杀人的行为。同样，在日本与中国，“诈骗罪”的外延也不完全相同。

贿罪<sup>①</sup>，我国刑法没有设置该罪名，然而也不能由此错误地推论：某行为属于事后受贿，我国刑法没有规定事后受贿罪，所以不得对该行为定罪处罚。相反，现实的妥当做法是：“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人事先约定，在其离退休后收受请托人财物，构成犯罪的，以受贿罪定罪处罚。”<sup>②</sup>

诚然，我国刑法并没有规定使请托人向第三者提供贿赂罪，但是，从客观上说，刑法所规定的收受他人财物，包括直接收受与间接受受；对方提供给第三者的财物，仍然是国家工作人员（所许诺的）职务行为的不正当报酬，因而具有贿赂性质；对方之所以提供给第三者，是因为有求于国家工作人员的职务行为或者因为国家工作人员已经为其实施了职务行为，这表明国家工作人员利用了职务上的便利。从主观上说，刑法所规定的受贿罪也并没有要求行为人具有接受贿赂据为己有的意图；退一步言，即使认为受贿罪要求行为人主观上具有不法占有贿赂的目的，但刑法从来没有将非法占有目的限定为本人占有的目的，而是包含了使第三者非法占有的目的，这是因为，“行为人是为了本人非法占有还是为了第三者非法占有，对法益的侵犯程度并不产生影响”<sup>③</sup>。凡此种种，都证明国家工作人员使请托人向第三者提供财物的行为，完全符合受贿罪的构成要件。了解台湾学者的观点，更会增强我们做出这种解释的信心。如前所述，台湾地区“刑法”并没有明文规定使请托人向第三者提供贿赂罪，但学者们所作的解释则使该行为成立受贿罪。如林山田教授明确指出：“行为人之收受亦不以直接收受为限，即使为间接受受，亦可构成本罪之收受行为。”<sup>④</sup> 这便包括了使请托人向第三者提供贿赂的情况。陈朴生教授更为具体地指出：“日本刑法第一百九十七条之二并规定公务员或仲裁人关于其职务受请托，使交付于第三者，或要求期约其交付者，亦成受贿罪。本法虽无此项规定；但第一百二十一条第一项（该项规定了普通受贿罪——引者注）并无意图为自己或第三人不法所有之限制。故该条所称要求期约或收受贿赂或其他不正利益，并不以直接受贿为必要：即使对于第三人为交付者，亦包括在内。惟第三

① 该条第2款规定：“曾任公务员的人，就其在职时接受请托在职务上曾实施不正当行为，或者不实施适当行为，收受、要求或者约定贿赂的，处五年以下惩役。”

② 最高人民法院2000年7月13日《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》。

③ 张明楷：《法益初论》，386页，北京，中国政法大学出版社，2000。

④ 林山田：《刑法各罪论》，下册，增订2版，51页，作者发行，1999。

人如系知情者，则应依共犯之例或收受赃物等罪论处。”<sup>①</sup>

由上可见，国家工作人员使请托人向第三者提供贿赂的，成立受贿罪，刑法就此并无漏洞。一种观点认为，上述行为不符合受贿罪的构成要件，这一漏洞要通过立法来填补，而且事实上由《刑法修正案（七）》所规定的利用影响力受贿罪填补了这一漏洞。<sup>②</sup>但本书认为，刑法第385条所规定的受贿罪，并没有将索取贿赂限制为索取给自己，所以，对于国家工作人员要求请托人向第三者提供贿赂的行为，完全应当直接认定为受贿罪。而且，这不属于扩大解释，如同行为人违反被害人的意志，将被害人的财物转移给第三者也成立盗窃罪一样。况且，《刑法修正案（七）》所规定的利用影响力受贿罪与国家工作人员要求请托人向第三者提供贿赂的行为，不只是“些微不同”，而是根本不同。<sup>③</sup>

（四）因为没有做出同时代的解释而造成不应有的漏洞

例如，我国刑法理论与审判实践上一直将盗窃解释为“秘密窃取公私财物”。诚然，窃取行为虽然通常具有秘密性，其原本含义也是秘密窃取，在财产关系、财产的存在状态相当简单的时代，做出这种解释不会存在许多问题。但是，随着经济的发展、社会关系的复杂化，在财产关系与财产的存在状态也表现得十分复杂的时代，如果仍然将盗窃限定为秘密窃取，则必然存在处罚上的空隙，造成不公正现象。例如，甲与乙共谋盗窃乙所在工厂的旧铝缸体。某星期日，甲与乙开车到工厂，因大门已锁上，乙叫值班员丙开门，甲乙开车进去装旧铝缸体时，丙说：“这是我的班，你们不能装，领导知道会扣我的奖金。”乙说：“没事，都是旧的。”丙表示：“反正我也认识你们，你们爱装不装。明天跟领导汇报。”甲乙运走了价值4000余元的旧铝缸体。丙事后向领导作了汇报。甲、乙的行为不可能成立其他财产罪，只能认定为盗窃罪。但如果固守“秘密窃取”的解释，则会导致这种行为无罪。或许有人主张这种行为成立抢夺罪，可是，行为人没有实施任何表现为对物暴力的“抢夺”行为。换言之，认定为抢夺反而不符合罪刑法定原则。更为重要的

① 陈朴生：《刑法各论》，6版，24页，台北，正中书局，1978。

② 参见邓子滨：《中国实质刑法观批判》，163页，北京，法律出版社，2009。

③ 附带指出的是，即便某个《刑法修正案》明文增加了某种犯罪，也并不意味着所增加的行为原本无罪。《刑法修正案》将原本构成犯罪的行为独立出来规定的现象，并不罕见。在这种情况下，不能认为刑法是在填补漏洞。例如，《刑法修正案（七）》第4条所增加的组织、领导传销活动罪，原本就构成非法经营、集资诈骗等罪；第5条增加的“非法从事资金支付结算业务”，原本也属于非法经营罪的其他类型。

是，即使按照通说的抢夺定义判断，本案甲、乙的行为也不符合通说所要求的“乘人不备”的条件，因而不成立抢夺罪。概言之，在到处都是摄像头、监视器的时代，我们需要做出同时代的解释，使刑法适应不断变化的社会生活事实。事实上，司法实践中出现了许多类似现象：违反占有者的意思，公然将他人占有的数额较大的财物转移为自己或者第三者占有，但又不符合抢劫、抢夺、诈骗、敲诈勒索、聚众哄抢等财产罪的构成要件。唯有对盗窃概念进行同时代的解释，才不至于形成不应有的漏洞，从而实现刑法的法益保护目的。

刑法具有稳定性，但同时必须适应社会发展的需要，否则它便没有生命力。为了使固定的文字表述适应不断变化的社会现实，就需要对刑法规范进行客观的解释、同时代的解释，而不只是探索所谓立法原意、立法本意。在社会抚养机构越来越多的时代，探讨没有社会抚养机构时代的立法本意，进而将该立法本意作为当今立法的意图，明显不合适。

刑法分则的每个条文都是有目的的，但是，“制定的目的可能会发生变化”<sup>①</sup>。即使法条表述没有变化，但社会生活事实的变化，可能使法条目的发生变化；法条目的的变化，必然导致法条用语的含义发生变化。

当然，并不是说“最好的解释必然是那种使得制定法‘与时俱进’的解释。相反，被时代所抛弃是很多制定法不可避免的宿命”<sup>②</sup>。问题在于，是只有抛弃现有的制定法、重新制定新的法律，才能适应变化的社会生活事实，还是只需要对现有的制定法进行新的解释？本书的看法是，只要对现有的制定法进行同时代的解释能适应变化的社会生活事实，而且这种解释没有超出制定法用语可能具有的含义，亦即并不违反罪刑法定原则，就没有必要重新制定新的法律。

同时代的解释也不只是具有“入罪”的一面，同样具有“出罪”的一面。例如，猥亵概念便随着时代的变化而变化。换言之，随着人们的性道德观念和社会的性风尚的变化，猥亵行为的外延会发生变化。强制猥亵行为是损害妇女性的羞耻心的行为，但人们的性的羞耻感情是会发生变化的，这种变化必然影响强制猥亵行为范围的变化。例如，30年前，男女自愿公然接吻或者搂抱的行为，必然遭到社会大众的谴责，如果自愿接吻或者搂抱的行为被他人发现，当事人定然产生羞耻感。但现

① [美] 罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，207页，北京，法律出版社，2010。

② [美] 罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，207页，北京，法律出版社，2010。

在，这种现象已经随处可见，在大学校园里，一些男女学生也敢于在守旧的老师面前公然搂抱、接吻。所以，原本属于猥亵行为的，经过同时代的解释，已经不再是猥亵行为了。正如日本学者町野朔所说：“强制猥亵罪中的猥亵概念，和淫秽文书罪中的淫秽概念一样，不免随着时代的变化而变化。M. E. Mayer 曾经认为，行为人用手挽着身穿紧身上衣的妇女的腰部的行为构成强制猥亵罪，但现在的日本已经没有人这样认为了。”<sup>①</sup>

（五）因为忽视用语在不同法律中的不同含义而造成不应有的漏洞

刑法第 247 条前段规定：“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。”按照刑事诉讼法的规定，证人不包括被害人，证人证言不包括被害人陈述。但是，实践中存在司法工作人员对被害人使用暴力逼取被害人陈述的现象。不会有人认为，对被害人使用暴力逼取被害人陈述的行为，其法益侵害程度轻于使用暴力逼取证人证言的行为。但如果完全按照刑事诉讼法解释第 247 条的“证人”，将被害人排除在刑法第 247 条的“证人”之外，将“被害人陈述”排除在第 247 条的“证人证言”之外，则会导致刑法的漏洞。然而，刑法第 247 条的目的，与刑事诉讼法区分证人与被害人的目的完全不同，既然如此，就不应当完全按照刑事诉讼法的规定解释刑法上的证人。事实上，认为刑法上的证人包括被害人也不属于类推解释，因为被害人的陈述与证人证言一样，都是证据的一种；人们在日常生活中也时常将被害人陈述视为广义的证人证言。<sup>②</sup>诚然，如果刑法第 247 条明文表述为“使用暴力逼取证人证言或者被害人陈述”，是比较理想的。但是，一方面，刑法分则条文不是对具体犯罪的描述，而是将具体犯罪进行抽象后做出的类型化表达，过于细化的规定，反而增加刑法的漏洞。另一方面，司法机关对于眼前的真实案件，必须依据现行刑法处理，不可能等到修改刑法后再处理。

再如，刑法第 194 条所规定的票据诈骗罪的行为类型之一是“签发……与其预留印鉴不符的支票，骗取财物”。一般来说，所谓“签发与其预留印鉴不符的支票”，是指票据签发人在其签发的支票上加盖与

① [日] 町野朔：《犯罪各论の现在》，284 页，东京，有斐阁，1996。

② 不应强求刑法用语必须与刑事诉讼法的用语一致。刑事诉讼法第 48 条第 2 款规定：“生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。”但是，当司法工作人员使用暴力向这些人逼取证言时，恐怕无可争议地成立暴力取证罪。

其预留于银行或者其他金融机构处的印鉴不一致的财务公章或者支票签发人的名章。但是,《票据法》第82条规定:“开立支票存款账户,申请人应当预留其本名的签名式样和印鉴。”于是,支票的签章可能只是签名,也可能是签名加盖章。因此,行为人完全可能通过签发与其预留签名式样不符的支票骗取财物,而且这种行为和签发与其预留印鉴不符的支票骗取财物,性质完全相同。如果以该行为不符合刑法第194条的规定为由,宣告无罪,明显不合适。本书认为,没有必要完全按照票据法的规定解释刑法条文中的印鉴,应当认为刑法上的印鉴包含了票据法所规定的狭义的印鉴与签名式样。这样的解释也没有超出刑法用语可能具有的含义。印,除具有印章的含义外,还有痕迹与相互符合之意,手印、指印等即是痕迹之意;而印证、心心相印则是相互符合之意;现实生活中也存在签名章;鉴则是审察之意。所谓预留印鉴,实际上就是出票人事先在银行留下的某种痕迹,由银行审察某种支票是否由出票人所签发。所以,预留签名式样与预留印章底样所起的作用完全相同,一般国民也不会认为二者存在实质差异。将签发与其签名式样不符的支票归入“签发与其预留印鉴不符的支票”的行为类型,不会侵害国民的预测可能性。

(六) 因为没有做出当然解释而造成不应有的漏洞

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。”刑法理论一般认为,拐骗儿童罪的行为,表现为采用蒙骗、利诱或其他方法,使不满14周岁的未成年人脱离家庭或者监护人。问题是,使用盗窃、抢夺甚至抢劫的方法,将儿童偷走、抢走的行为是否成立本罪?无罪论者也不乏其人。其理由是,刑法所规定的是“拐骗”,而盗窃儿童、抢夺儿童或者对监护人实施暴力、胁迫等方法抢走儿童的行为,不属于拐骗,因此不成立拐骗儿童罪。然而,与骗走儿童相比,盗窃、抢夺、抢儿童的行为,更具有可罚性;于是,刑法存在漏洞。所以,无罪论者不得不主张,刑法应当增加关于盗窃、抢夺、抢儿童罪的规定。

但是,就性质相同的行为进行举轻以明重的解释,是实现刑法的协调进而实现刑法正义的有效解释方法。同样是使儿童脱离家庭或者监护人的行为,既然使用平和的方法成立犯罪,那么,使用暴力、胁迫等非平和的方法,更应成立犯罪。再者,联系刑法第240条考虑,“拐”并不限于欺骗、利诱等方法,而是包括暴力、胁迫等强制方法。换言之,

刑法第 240 条规定的拐卖妇女、儿童罪中的“拐卖”，包括“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”，这表明，“拐”并不限于平和方式。既然如此，刑法第 262 条中的“拐骗”也不应限于平和方式，而是包含暴力、胁迫等方式。<sup>①</sup> 其实，根据人们的日常用法，也可以将抢劫、抢夺、窃取儿童的行为解释为拐骗儿童。例如，一名农村妇女下地干活时，将两岁的女儿带到田边。行为人乘妇女没有注意时，将其女儿强行抱走。农村妇女在报案时会说自己的女儿被“拐”走了。所以，将抢劫、抢夺、窃取儿童的行为解释为拐骗儿童，是没有超刑法用语可能具有的含义的当然解释。

#### （七）因为进行不合理的限制解释而造成不应有的漏洞

刑法分则规定了各种类型的伪造罪，如伪造货币、伪造金融票证、伪造有价证券、伪造股票或者公司债券、伪造增值税专用发票、伪造车票或者船票、伪造国家机关公文、证件、印章、伪造武装部队公文、证件、印章等等。刑法理论一般将伪造解释为，没有制作权的人仿照真实的样本制造货币、金融票证、有价证券等。这样一来，许多应当作为犯罪处理的行为便没有处理依据。

例如，在他人并没有向银行提供存款的情况下，银行工作人员为他人开具银行存单。根据通行的解释，银行工作人员的行为不属于伪造金融票证，于是没有定罪的法律依据。其实，通说对伪造的解释只限于有形伪造（不合理的限制解释），而忽略了无形伪造，后者是指具有制作权的人，制作内容虚假的文书等行为。银行工作人员制作内容虚假的金融票证的行为，便属于无形伪造。事实上，认为伪造包括有形伪造与无形伪造，并不是一种扩大解释，而是平义解释。从本质上看，无形伪造的危害程度可能比有形伪造的危害程度更严重，因为无形伪造具有真实的形式，导致人们（包括金融机构的工作人员与一般人）更难识别其虚假性。

再如，伪造货币罪，包括伪造境外货币的行为。没有疑问的是，行为人仿照真实的货币进行伪造的行为，当然成立伪造货币罪。值得研究的是另一种情况，即自行设计制作足以使一般人误认为是货币的假货币，如根据人民币的一般形状、基本特征等自行设计制作出面值为 200 元的假货币。在这种情况下，不存在与伪造的货币相当的真货币。对

<sup>①</sup> 或许也可以将“拐骗”解释为“拐走”与“骗走”。

此，能否认定为伪造货币罪？根据通行的限制解释，该行为不成立伪造货币罪。<sup>①</sup>但这种通说可能人为地缩小了伪造货币罪的成立范围。事实上，行为人完全可能设计制作一种外观上足以使一般人误认为是货币的假货币，特别是可能设计出所谓外国货币以侵犯货币的公共信用，因此，不能排除后一种情况也是伪造货币。<sup>②</sup>

又如，关于变造货币的解释，刑法理论的通行表述是：“以真货币为基础，采用挖补、揭层、涂改、拼接等手段，改变货币的真实形态、色彩、文字、数目等，使其升值，且数额较大的行为。”<sup>③</sup>要求变造货币的行为必须使货币“升值”（增加面额）就是一种不合理的限制解释。诚然，在司法实践中，很少出现将50元人民币变造为10元人民币的案件。但是，这只是事实，不能将事实强加于规范，或者说不能以有限的事实限制规范的含义。况且，司法实践中已经出现不增加货币面额的变造货币的案件。例如，将1967年、1964年制造的面值1分的硬币，变造为具有收藏价值的1961年制造的面值1分的硬币。根据上述定义，这种行为不成立变造货币罪，于是形成了处罚漏洞。再如，行为人减少金币的含量（将金币周边的黄金剥离下来），但没有使金币的面值减少。从任何角度来看，该行为都没有使金币升值，但应当属于变造货币。<sup>④</sup>所以，对变造货币不能作上述限制解释。<sup>⑤</sup>

#### （八）因为进行形式的解释而造成不应有的漏洞

例如，刑法第271条第1款规定：“公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处

① 参见周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，242页，北京，人民法院出版社，2007。

② 最高人民法院2010年10月11日《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第2条第1款规定：“仿照真货币的图案、形状、色彩等特征非法制造假币，冒充真币的行为，应当认定为刑法第一百七十条规定的‘伪造货币’。”笔者并不认为这一解释否定了本书的见解。其一，所谓自行设计的假币，也一定仿照了真货币的图案、形状、色彩等特征，否则不可能足以使一般人误认为是真货币。其二，司法解释的这一规定，只是列举了伪造货币的行为，而不是对“伪造货币”的定义。

③ 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，251页，北京，人民法院出版社，2007。另参见陈兴良：《规范刑法学》，上册，2版，560页，北京，中国人民大学出版社，2008。

④ 正因为如此，最高人民法院2010年10月11日《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第2条第2款规定：“对真货币采用剪贴、挖补、揭层、涂改、移位、重印等方法加工处理，改变真币形态、价值的行为，应当认定为刑法第一百七十三条规定的‘变造货币’。”

⑤ 顺便指出的是，上述定义非常形式化。根据这种定义，行为人将日元涂改成欧元的，也仅成立变造货币罪。其实，这种行为已经使货币发生了本质变化，应当认定为伪造货币罪。

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。”第 270 条也有“非法占为己有”的表述。司法实践中常常对其中的“非法占为己有”进行形式的解释，即只有当实行犯本人将本单位财物转移为“本人”所有时，才成立职务侵占罪，于是形成了处罚上的空隙。例如，甲为某公司出纳，其朋友乙意欲购房缺乏现金，甲得知后，将公司现金转出 50 万元给某房地产公司，然后想方设法平账（本案中，乙缺乏成立共犯的行为与故意）。如果对“非法占为己有”进行形式的解释，一定要求甲将本单位的 50 万现金转移为甲本人所有，则甲的行为难以成立职务侵占罪。可是，这种解释结论没有任何合理性可言。

与盗窃、诈骗等取得罪一样，职务侵占罪主观上都要求有非法占有的目的，客观上都要求有非法占有的行为。之所以如此，一方面是为了与非罪相区别，例如，利用职务上的便利，暂时盗用本单位财物的行为，不成立职务侵占罪；另一方面是为了使职务侵占罪与挪用公款罪、故意毁坏财物罪相区别，例如，单纯挪用本单位公款的，不成立职务侵占罪；单纯毁坏本单位财物的，也不成立职务侵占罪。反过来说，只要行为性质是剥夺单位的财产，而且采用的手段是利用职务上的便利转移财产的占有，而不是毁坏财产，就具备了职务侵占罪的本质特征。不难发现，行为人将财物转移为自己占有时，符合上述本质特征；同样，行为人将财物转移为第三者占有时，也符合上述本质特征，因为将财物转移给第三者占有时，也永久性地剥夺了单位的财产。不可能认为，只有实行犯本人取得了财产，单位财产才遭受侵害，如果是第三者取得财产，单位财产便没有遭受侵犯；也不可能认为，只有实行犯本人取得了财产，单位财产才受刑法保护，如果是第三者取得财产，单位财产便只受民法保护而不受刑法保护；同样不能认为，只有实行犯本人取得财产，才具有主观罪过性，如果第三者取得财产，实行者便没有主观罪过性，因为是否具有主观罪过性，不在于行为人是否获取利益，而在于行为人是否明知自己的行为会侵害单位的财产，并且希望或者放任这种结果发生。所以，对刑法第 271 条的“非法占为己有”，不能从形式上理解为实行犯本人占为己有，而应解释为行为人一方（己方）占有。显然，只要将本单位财产转移为行为人本人、行为人的亲友、行为人的公司、与行为人具有某种关系的其他个人或公司等不法占有，而不是仍然由本单位所有，就应属于“非法占为己有”。这或许被认为是扩大解释，但本书认为，这种扩大解释并没有违反罪刑法定原则。另一方面，行为

人非法将单位财物转移为他人所有时，实际上是行为人非法处分了单位财物。既然行为人非法以所有人自居处分单位财物，当然也能认定行为人“非法占为己有”。

进行这样的解释后，我们就会发现，即使行为人将本单位财产转移给自己的公司等单位的，也同样成立职务侵占罪。例如，A注册了自己的甲公司（股东为A及其妻子B），同时任乙公司（乙公司的股东与甲公司的股东不同）的总经理。甲公司与丙公司具有经济往来关系，当甲公司已经获取巨额利润但应支付丙公司20万元时，A利用职务上的便利，指使乙公司财会人员从乙公司支付20万元给丙公司。如果形式上理解“非法占为己有”，A的行为似乎不成立职务侵占罪。但是，A的行为同样剥夺了乙公司20万元的财产，而且实际上将该财产转移给甲公司所有，并不是毁坏该财产。所以，A的行为仍然具备职务侵占罪的本质特征。不难发现，即使甲公司的股东除A之外，不是其妻子，而是其朋友C，上述性质也依然没有丝毫变化。由此可见，只要单位财产被转移为他人（包括单位）所有，而不管谁取得财产，都侵害了单位的财产。或者说，只要有人取得了财产，便侵害了单位的财产，至于何人取得财产，与单位财产遭受侵害没有关系。

#### （九）因为进行孤立的解释而造成不应有的漏洞

例如，被告人李某携带海洛因3000余克，至被告人于某住处，要求于某为其藏匿毒品。于某同意后，将这些毒品藏匿于自己家里的卫生间的天花板上。公安机关查获后，只能认定李某属于非法持有毒品，而不能认定其行为成立走私、贩卖、运输、制造毒品罪。<sup>①</sup>有人认为，于某的行为既不成立窝藏毒品罪与窝藏赃物罪，也不成立非法持有毒品罪，即不构成犯罪。于是，刑法分则存在漏洞：对于某的行为应当作为犯罪处理，但没有法律依据。

诚然，于某的行为不成立窝藏毒品罪，因为根据刑法第349条的规定，只有为走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子窝藏毒品的，才成立窝藏毒品罪，而李某只是非法持有毒品。于某的行为也不成立窝藏赃物罪，因为窝藏赃物罪的对象是他人“犯罪所得的赃物”，而相对于非法持有毒品而言，本案中的海洛因属于组成犯罪行为之物。但这并不意味着于某的行为不成立犯罪，而是成立非法持有毒品罪的共犯。持有是

<sup>①</sup> 参见肖裕国：《为持有毒品者窝藏毒品应定何罪》，载《检察日报》，2003-05-23，3版。

一种事实上的支配，行为人与物之间存在一种事实上的支配与被支配的关系。所谓持有毒品，也就是行为人对毒品的事实上的支配。持有具体表现为直接占有、携有、藏有或者以其他方法支配毒品；换言之，窝藏毒品也是持有毒品的一种方式。持有不要求物理上的握有，不要求行为人时时刻刻将毒品握在手中、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。持有并不要求行为人是毒品的“所有者”、“占有者”；即使属于他人“所有”、“占有”的毒品，但事实上置于行为人支配之下时，行为人即持有毒品；行为人是否知道“所有者”、“占有者”，不影响持有的成立。因此，于某窝藏毒品时，也属于持有毒品。持有并不要求直接持有，即介入第三者时，也不影响持有的成立。如行为人认为自己管理毒品不安全，将毒品委托给第三者保管时，行为人与第三者均持有该毒品。第三者为直接持有，行为人为间接持有。持有不要求单独持有，二人以上共同持有毒品的，也成立本罪；持有也不要求具有排他性，完全可以由二人以上重叠持有。所以，李某将海洛因交给于某保管时，李某与于某共同持有海洛因，因而构成非法持有毒品罪的共犯。

无罪论者（以及认为构成窝藏赃物罪的人）的观点得以产生，是因为对刑法用语进行了孤立的解释，将持有与窝藏视为两个完全不同的概念。其实，窝藏是持有的一种表现形式，因为窝藏毒品也是对毒品的一种事实上的支配。不能因为刑法分则的某个条文规定了窝藏毒品行为，便一概将窝藏排除在持有概念之外。刑法分则是一个体系，对刑法分则的任何一个用语，都必须置于刑法分则的整体中进行体系解释；当窝藏毒品的行为符合刑法分则条文所规定的窝藏毒品罪的构成要件时<sup>①</sup>，可能不需要认定为非法持有毒品罪；但当窝藏毒品的行为不符合窝藏毒品罪的构成要件时，则完全符合非法持有毒品罪的构成要件。孤立地解释持有与窝藏必然会导致刑法分则存在漏洞。例如，解释者显然不能因为刑法分则中存在“储存”概念，就认为储存假币、储存毒品的行为不成立犯罪。事实上，储存也是持有的一种表现形式，储存假币或毒品的行为，依然成立持有假币罪或非法持有毒品罪。

（十）因为做出片面的解释而造成不应有的漏洞

例如，刑法第 266 条规定了诈骗罪，但对诈骗罪构成要件的规定非

<sup>①</sup> 刑法第 349 条所规定的窝藏毒品罪，究竟是将走私、贩卖、运输、制造毒品罪的帮助犯规定为独立的犯罪，还是仅限于事后窝藏行为，是需要进一步研究的问题。

常简短。刑法理论与司法实践常常对诈骗罪进行比较片面的解释，即诈骗罪必须是行为人实施虚构事实、隐瞒真相的行为，使被害人因为受骗而“自愿地”交付财物给行为人。这一解释至少在两个方面表现出片面性：其一，要求受骗人同时是被害人，于是导致三角诈骗（典型的是诉讼诈骗）不能构成诈骗罪；其二，要求被害人“交付”财物，从而导致使对方免除债务的行为不能构成诈骗罪，即导致行为人积极财产增加时才成立诈骗罪，而消极财产减少时则不成立诈骗罪。于是，刑法关于诈骗罪的规定也存在漏洞。

事实上，诈骗罪（既遂）的基本构造为：行为人以非法占有为目的实施欺骗行为—对方产生错误认识（或继续维持认识错误）—对方基于错误认识处分财产—行为人取得财产—被害人遭受财产上的损害。其中的“对方”不一定是被害人；易言之，欺骗行为的对方只要求是具有处分财产的权限或者处于可以处分财产地位的人，不要求一定是财物的所有人或占有人。“对方”因为陷入错误而处分财产，而不只是单纯地交付财产；处分财产表现为直接交付财产，或者承诺行为人取得财产，或者承诺转移财产性利益，或者承诺免除行为人的债务。所谓行为人获得财产，包括两种情况：一是积极财产的增加，如将被害人的财物转移为行为人所有；二是消极财产的减少，如使对方免除或者减少行为人的债务。后者还包括使用欺诈方法使自己不缴纳应当缴纳的费用（但法律有特别规定的除外），如伪造或者租用武装部队车辆号牌，骗免养路费、通行费等各种规费，数额较大的，成立诈骗罪。做出这样的解释后，上述所谓的漏洞便不存在了。

以三角诈骗为例。根据上述解释，在诈骗罪中，被害人与被骗人既可以是同一人，也可以不是同一人。例如，乙上班后，其保姆丙在家做家务。被告人甲敲门后欺骗保姆说：“你们家的主人让我上门取他的西服去干洗。”丙信以为真，将乙的西服交给甲。乙回家后才知保姆被骗。丙为被骗人，但不是被害人；乙是被害人，但没有被骗。这种财产处分人与被害人不同一的情况称为三角诈骗。相信没有人否认甲的行为成立诈骗罪。诉讼诈骗是典型的三角诈骗。行为人以提起民事诉讼为手段，提供虚假的陈述、出示虚假的证据，使法院做出有利于自己的判决，从而获得财产的行为，成立诈骗罪。在诉讼诈骗中，法院的法官是被骗人，而不是被害人；但法院的法官具有做出财产处分的权力，因而是财产处分人。所应指出的是，在三角诈骗中，虽然被骗人与被害人可以不是同一人，但被骗人与财产处分人必须是同一人。因为如果被骗人与财

产处分人不是同一人，就缺乏“基于错误而处分财产”这一诈骗罪的本质要素。不难看出，三角诈骗与普通诈骗没有任何实质区别。然而，最高人民检察院法律政策研究室2002年9月25日《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》指出：“以非法占有为目的，通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为所侵害的主要是人民法院正常的审判活动，可以由人民法院依照民事诉讼法的有关规定作出处理，不宜以诈骗罪追究行为人的刑事责任。如果行为人伪造证据时，实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为，构成犯罪的，应当依照刑法第二百八十条第二款的规定，以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任；如果行为人有指使他人作伪证行为，构成犯罪的，应当依照刑法第三百零七条第一款的规定，以妨害作证罪追究刑事责任。”这一答复完全忽视了诉讼诈骗行为对被害人财产的侵害<sup>①</sup>，也误解了诈骗罪的构造，人为地造成了刑法的漏洞，应当废止。

再以骗免债务为例。并非只有被害人“交付”财物给行为人时，行为人才成立诈骗罪；行为人使用欺诈方法，使对方产生认识错误，对方基于认识错误免除行为人的债务的，同样成立诈骗罪。例如，最高人民法院2002年4月10日《关于审理非法生产、买卖武装部队车辆号牌等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》指出，使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌，骗免养路费、通行费等各种规费，数额较大的，依照诈骗罪的规定定罪处罚。这一解释具有合理性。基于同样的理由，行为人借用武装部队车辆号牌，骗免养路费、通行费等各种规费，数额较大的，也应成立诈骗罪。因为行为人借用武装部队车辆号牌的行为，使收费人员误以为不应收取行为人的养路费、通行费等，从而免除行为人的缴纳义务，即免除行为人的债务。收费人员免除规费的行为，也是一种处分行为；这种由行为人的欺诈行为所产生的处分行为，既导致行为人的消极财产减少，也导致有关部门遭受财产上的损失。没有理由否认行为人的行为成立诈骗罪。经过《刑法修正案（七）》修改后的刑法第375条第3款规定：“伪造、盗窃、买卖或者非法提供、使用武装部队车辆号牌等专用标志，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期

① 这一答复本末倒置。民事审判本来就是为了保护当事人的财产的，但这种解释却只保护民事审判本身，而不保护民事审判所要保护的当事人的财产。

徒刑，并处罚金。”本款所规定的“使用”不以获得财产性利益为条件，故本款规定并不是对上述司法解释的否定。换言之，行为人使用武装部队车辆号牌等专用标志骗免养路费、通行费等各种规费，数额较大的，成立诈骗罪与非法使用武装部队专用标志罪的想象竞合犯。

(十一) 因为误解犯罪的结构而造成不应有的漏洞

SARS 是一种严重的传染病，在 2003 年引起了全社会的关注。法律界所关注的是，故意使特定他人感染 SARS 病毒而生病的，如何处理？<sup>①</sup> 有人认为，刑法第 360 条只规定了传播性病罪，而没有规定传播 SARS 的行为构成犯罪。于是，形成了一个漏洞：故意使特定他人感染 SARS 的行为，依照现行刑法无法处理。依照这一观点，故意使特定他人感染霍乱、鼠疫的，也因为刑法只规定了传播性病罪，而无法处理。刑法果真存在这样的漏洞吗？

如前所述，虽然理论上与司法解释将刑法第 360 条第 1 款规定的犯罪概括为传播性病罪，但罪名本身并不是确定和解释该犯罪具体构成要件的依据。该款规定的犯罪为抽象的危险犯，具有严重性病的人卖淫、嫖娼的，即成立本罪；既不需要卖淫嫖娼的行为引起传播性病的具体危险与实害结果，也不需要行为人具有传播性病的故意。如果正确理解了刑法第 360 条第 1 款所规定的犯罪的基本结构，也就可以正确区分所谓传播性病罪与故意伤害罪、故意杀人罪的关系。即行为人具有传播性病的故意，实施卖淫、嫖娼或者其他传播性病的行为，导致他人感染性病的，应认定为故意伤害罪；对于故意使他人感染艾滋病的，还可能认定为故意杀人罪。<sup>②</sup> 因为这种行为完全超出了刑法第 360 条第 1 款规定的构成要件，而且完全符合故意伤害罪（故意杀人罪）的构成要件。基于同样的理由，行为人采用任何方式使特定他人感染 SARS 的，都应认定为故意伤害罪甚至故意杀人罪。<sup>③</sup> 同样，行为人以使他人感染疾病的故意，采取任何方式使他人感染该疾病的，也应认定为故意伤害罪甚至故意杀人罪。这里不存在处理上的漏洞，立法机关完全没有必要再增加一

① 根据最高人民法院、最高人民检察院 2003 年 5 月 14 日《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，故意传播突发传染病病原体，危害公共安全的，构成以危险方法危害公共安全罪。

② 德国的审判实践便是如此。

③ 令笔者百思不得其解的是，既然采用有形或者无形方法，使他人患精神病（成为精神病人）的，构成伤害罪，为什么采取传染的方式使他人患严重传染病的，反而就无罪呢？

个所谓的传播 SARS 罪。

（十二）因为误解刑法与其他法律的关系而造成不应有的漏洞

在刑法理论与司法实践中，经常出现“某行为属于民法上的不当得利，因而不成立刑法上的犯罪”的说法与做法。换言之，在刑事案件事实属于民法上的不当得利时，一些人习惯于以“该行为属于民法上的不当得利”为由，得出不成立财产犯罪的结论。但是，这种观念与做法并不可取。

调整和处理财产关系，是民法的重要内容。任何故意或者过失（乃至无过错地）侵犯他人财产的行为，不管其是否触犯了刑法，都可谓违反了民法，成为需要承担民事责任的行为。但是，刑法仅将部分值得科处刑罚的侵犯财产的行为类型化为财产犯罪，这些被类型化为财产犯罪的行为，并不因为被刑法禁止后，而不再成为民事违法行为。换言之，财产犯罪都具有双重性质，一是违反了刑法，二是违反了民法。所以，侵犯财产的行为，只有不触犯刑法时，才仅依照民法处理。刑法并没有规定不当得利罪，所以，民法上的不当得利不可能一概成为刑法上的犯罪行为。但是，民法上的不当得利行为，也可能触犯刑法上的侵占、盗窃等罪。如同不能因为杀人、伤害行为是民法上的侵权行为而否认其构成刑法上的犯罪一样，也不能因为某种行为在民法上是不当得利，而否认其构成刑法上的财产犯罪。

如果认为，只要某种案件事实符合其他法律的规定，就不得再适用刑法，那么，刑法必然成为一纸空文。例如，遇到杀人、伤害等案件时，人们都可以说：“这在民法上属于侵权行为”，事实上，民法理论也经常将杀人、伤害案件作为侵权案例讨论。但是，法官绝不能以此为由，否认杀人、伤害行为构成刑法上的故意杀人罪、故意伤害罪。因为杀人行为、伤害行为既是民法上的侵权行为，也是刑法上的犯罪行为。遇到抽逃巨额出资的案件时，人们都可以说“这是违反公司法的行为”。可是，检察官与法官依然不能以此为由，否认该案件成立刑法上的抽逃出资罪。因为抽逃巨额出资的行为，既是公司法上的违法行为，也是刑法上的犯罪行为。所以，以案件事实符合其他法律为由否认其符合刑法规定的构成要件，并不妥当。基于同样的理由，以案件事实属于不当得利为由否认其构成刑法上的财产犯罪，明显不当。

或许有人认为，如果将民法上的不当得利认定为刑法上的财产犯罪，就混淆了民事违法与刑事违法的界限。其实，所谓民事违法与刑事

犯罪的界限，基本上是一个假命题。例如，人们经常讨论诈骗罪与民事欺诈的界限，认为存在区分二者的标准。可是，诈骗罪与民事欺诈的关系，如同男人与人的关系、汽车与财物的关系。二者之间不是界限问题，基本上是特别与普通的关系问题。既然是男人，就必然是人；既然是汽车，就一定是财物。所谓诈骗罪与民事欺诈的界限，实际上只能是诈骗罪与不构成诈骗罪的民事欺诈的界限。于是，问题便在于：以什么为标准将民事欺诈中构成诈骗罪的行为挑选出来以犯罪论处？显然，凡是符合了诈骗罪构成要件的行为，就成立诈骗罪。检察官与法官通常不必再追问该行为在民法上是否属于民事欺诈。财产犯罪与不当得利，大体上是一种交叉关系，在部分场合也是特别关系（如拾得他人财产拒不返还的，都是不当得利，但只有其中一部分构成侵占罪）；所谓财产犯罪与不当得利的界限，也只能是财产犯罪与不构成财产犯罪的不当得利的界限。而认定财产犯罪的标准，是看行为是否符合财产犯罪的构成要件。所以，凡是符合财产犯罪构成要件的行为，就成立财产犯罪，而不必追问该行为在民法上是否属于不当得利。

如上所述，不管案件事实是否属于民法上的不当得利，只要其与刑法规定的犯罪构成相符合，就能够适用刑法。所以，司法工作人员必须把应当判决的具体个案与规定犯罪构成要件的刑法规范联系起来；要从案件到规范，又从规范到案件，对二者进行比较、分析、判断。对于案件事实，要以可能适用的刑法规范为指导进行分析；反之，对于刑法规范，要通过特定个案或者案件类型进行解释。如果司法工作人员不能妥当解释侵占罪的构成要件，就会将侵占事实认定为其他犯罪或者宣告无罪。

例如，“甲有某套猫熊金币，借给乙观赏，乙擅自将之让售于善意之丙，取得价金。”这在民法上属于非给付不当得利中的侵害他人权益不当得利的情形。<sup>①</sup>但这种行为在刑法上构成第270条第1款规定的侵占罪（以下简称普通侵占罪）。普通侵占罪，是指将代为保管的他人财物非法据为己有，数额较大，拒不退还的行为。行为对象是自己代为保管的他人财物。“代为保管”是指受委托而占有，即基于委托关系对他人财物具有事实上或者法律上支配力的状态，包括事实上的占有与法律上的占有。事实上的占有，与盗窃罪对象——“他人占有的财物”中的

<sup>①</sup> 参见王泽鉴：《债法原理2 不当得利》，24、30页，北京，中国政法大学出版社，2002。

占有含义相同。<sup>①</sup> 只要行为人对财物具有事实上的支配即可，不要求事实上握有该财物。因此，事实上的支配（或占有）不同于民法上的占有，只要根据社会的一般观念可以评价为行为人占有，即使在民法上不认为是占有，也可能成为本罪的对象。法律上的占有，是指行为人虽然没有事实上占有财物，但在法律上对财物具有支配力。在上述案例中，乙征得甲的同意事实上占有了甲的金币，已经符合了“代为保管的他人财物”的对象要件；乙将金币出卖给不知情的丙，取得价金，表明其已经将金币据为己有；乙具有侵占罪的故意与非法占有目的，自不待言。综上所述，只要乙侵占的财物达到法定的数额标准，就成立普通侵占罪。

再如，2006年3月15日11时许，褚某在某超市捡到失主章某遗失在该超市的取包牌之后，拿着取包牌从超市的保管人员那里将章某存在寄存处的一只皮包取出，包内有价值人民币1.03万余元的笔记本电脑一台。当天下午，褚某被公安人员抓获后即承认占有该包的事实。对此存在三种处理结论：民法上的不当得利、遗忘物侵占罪与诈骗罪。<sup>②</sup> 首先，褚某的行为虽然在民法上是不当得利，但如前所述，只要该行为触犯了刑法，就不能仅按不当得利处理。其次，主张褚某的行为构成遗忘物侵占罪的观点，难以成立。虽然超市的取包牌没有任何个人的标记，但取得取包牌并不等于取得了笔记本电脑；褚某是在捡得取包牌后另实施其他违法行为，才取得笔记本电脑的。再次，褚某是通过欺骗保管人员（假冒存包人）而取得章某的笔记本电脑的，该欺骗行为是盗窃罪的间接正犯还是诈骗罪（三角诈骗），则是需要研究的问题。在受骗人（财产处分人，案例中的管理人员）与被害人（章某）不同一的情况下，要认定为三角诈骗，前提是受骗人具有处分（交付）被害人财产的权限或处于可以处分被害人财产的地位。换言之，盗窃罪的间接正犯与三角诈骗的关键区别在于：被骗人是否具有处分被害人财产的权限或地位。对此，需要综合以下因素判断：受骗人是否是被害人财物的占有辅助

① 就“代为保管”中的事实上的占有而言，只有这样解释，才使盗窃罪与侵占罪之间既不重叠，又无漏洞：对他人占有的财物成立盗窃罪；对自己占有的财物成立侵占罪。如果将代为保管解释得比占有宽，就意味着一部分代为保管与他人占有相重叠，导致盗窃罪与侵占罪难以区分；如果将代为保管解释得比占有窄，就意味着盗窃罪与侵占罪之间存在漏洞。更为重要的是，侵占罪是仅侵害所有、没有侵害占有的犯罪，故应当将代为保管解释为占有（普通用语的规范化）。

② 参见李义欣、沈兆堂：《拾得取包牌在超市冒领皮包该定何罪》，载《检察日报》，2006-07-21，3版。

者，是否属于被害人阵营，受骗人转移财产的行为（排除被骗的因素）是否得到社会一般观念的认可，如此等等。在本例中，认为管理人员具有处分被害人财产的权限，进而认定褚某的行为构成诈骗罪，是有道理的。据此，民法上的不当得利，完全能够成立刑法上的财产犯罪。即使认为褚某的行为成立盗窃罪的间接正犯，也说明民法上的不当得利可以成立刑法上的财产犯罪。

总之，违反其他法律的行为，并不当然排除犯罪的成立。所以，不能以行为属于不当得利、侵权行为等为由，否认行为成立刑法上的犯罪。

### 三、减少不必要的对立

由于犯罪错综复杂，为了避免处罚空隙，刑法不得不从不同侧面、以不同方式规定各种类型的犯罪。因此，部分条文规定的犯罪之间具有相似性，一些条文之间形成了包容关系与交叉关系。另一方面，由于行为人并非按照刑法规定的构成要件实施犯罪，一个行为可能具有多重属性，侵犯多个法益，因而触犯多个罪名。于是，刑法理论与司法实践特别希望在此罪与彼罪之间找出所谓关键区别或者区分标志；“此罪与彼罪的界限”成为刑法教科书不可或缺的内容，成为司法实践经常讨论的话题。但是，在绝大多数情况下，寻找犯罪之间的界限，实际上是使犯罪之间形成对立关系，既非明智之举，也非有效之策。在本书看来，与其重视和增加犯罪之间的对立，莫如注重犯罪之间的竞合，减少犯罪之间的对立。

#### （一）犯罪之间的关系

综合国内外学者的归纳，刑法规定的具体犯罪类型之间的关系（恳请读者注意，法条关系并不等于法条竞合关系），主要存在如下情形：（1）排他关系（或对立关系、异质关系）：即肯定行为成立甲罪，就必然否定行为成立乙罪；反之亦然。如后所述，盗窃与诈骗的关系便是如此。因为盗窃罪是违反他人的意志取得他人财物，而诈骗罪是使他人产生认识错误取得他人财物。针对一个结果而言，一个行为不可能既成立盗窃罪，也成立诈骗罪。（2）同一关系：即符合甲罪构成要件的行为，必然同时符合乙罪的构成要件，反之亦然。显然，这意味着两个法条规定的犯罪类型完全相同，因而一般不可能存在于同一刑法体系内，但可

能存在于国际刑法中。(3) 中立关系：即肯定行为成立甲罪时，既可能肯定也可能否定行为成立乙罪。换言之，两个犯罪类型原本不同，但既不是对立关系，也不是并存关系，二者的联系取决于案件事实。故意毁坏财物罪与故意伤害罪、盗窃罪与故意杀人罪的关系便是如此。(4) 交叉关系：即甲犯罪类型中的一部分属于乙犯罪类型，但甲犯罪类型中的另一部分并不属于乙犯罪类型；反之亦然。在我国刑法分则中很难发现这种典型的交叉关系。(5) 特别关系（或包摄关系）：即肯定行为成立此罪，就必然肯定行为同时成立彼罪。在这种场合，由于特别关系实际上是广义概念与狭义概念、上位概念与下位概念的关系，所以，狭义概念、下位概念排除广义概念、上位概念。例如，就合同诈骗罪与诈骗罪而言，合同诈骗是狭义概念、下位概念，一旦行为构成合同诈骗罪，就不再认定为诈骗罪。但可以肯定的是，触犯合同诈骗罪的行为，必然触犯诈骗罪。<sup>①</sup> (6) 补充关系：即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，或者少于、低于基本法条的要求，或者存在消极要素的规定。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。”日本刑法理论认为，该规定属于明示的补充规定。<sup>②</sup> 据此，我国刑法分则也存在这种补充关系的犯罪。例如，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：……。”该规定属于明示的补充规定。只要走私行为符合第 151 条、第 152 条与第 347 条规定的构成要件，就不得依照第 153 条论处，不过，如后所述，这种补充关系实质上是特别关系（参见本书第十四章）。

显然，在上述 (2) 同一关系的场合，不存在犯罪之间的区别问题。在 (3) 中立关系的场合，如果明确了各自的构成要件，没有必要论述二者之间的区别（例如，没有人讨论盗窃罪与故意杀人罪的区别）。在

① 贝林提出了排他、中立与特别三种关系 (Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Mohr 1906, S. 285ff); 库拉克提出了异质、同一、包摄、交叉四种关系 (U. Krug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW., Bd. 68, 1956, S. 403ff)。

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

(4) 交叉关系的场合，同样只需要说明各自的构成要件，论述二者之间的区别也属多余。因为两罪之间原本存在交叉，刑法理论只需说明一个行为符合甲罪与乙罪相交叉部分的构成要件时的处理原则。就没有交叉的部分而言，两罪之间可能是异质、中立等关系。在(5)特别关系的场合，并非普通犯罪与特别犯罪的区别，而是一旦行为符合特别法条，原则上就应以特殊法条定罪处罚的问题。<sup>①</sup>不难看出，讨论诈骗罪与金融诈骗罪、诈骗罪与合同诈骗罪之间的区别，是不明智的。因为一个行为在符合了诈骗罪构成要件的前提下，一旦符合了金融诈骗罪、合同诈骗罪的构成要件，就应认定为金融诈骗罪、合同诈骗罪，不涉及二者的区别问题。如果讨论二者之间存在区别，就意味着讨论人与男人的区别、人与儿童的区别、财物与汽车的区别。在(6)补充关系的场合，似乎存在所谓区别或界限问题。例如，刑法第153条规定的走私普通货物、物品罪与第152条规定的走私废物罪之间的区别，在于走私的对象不同。但是，如果过于强调这一点，会使二者之间产生排他关系，进而形成不应有的难题。例如，在不能确定行为人走私的物品是否属于废物时，根据存疑时有利于被告的原则，只能适用刑法第153条。所以，就刑法第153条与第152条的关系而言，主要不是如何区分两者之间的界限问题，而是需要确立“一旦符合刑法第152条，就不得适用第153条”的原则。<sup>②</sup>

由上可见，仅在排他关系或对立关系的场合，刑法理论才需要讨论此罪与彼罪的区别或界限。因为在对立关系的场合，不管是从构成要件而言，还是从案件事实而言，一种行为要么成立此罪，要么成立彼罪，而不可能同时触犯此罪与彼罪，因而需要讨论行为究竟成立何罪。具体而言，对立关系基本上存在于以下情形（需要讨论犯罪之间的区别或界限的情形）。

1. 在刑法根据不同实行行为区分不同犯罪的场合，仅当行为具有相互排斥的性质时，行为的区别成为此罪与彼罪之间的基本界限。<sup>③</sup>

例如，盗窃与诈骗之间具有相互排斥的性质。因为盗窃罪是违反被害人意志取得财物的行为，被害人不存在财产处分行为（也不存在处分

① 在少数情况下，也可能适用重法优于轻法的原则（参见刑法第149条第2款）。

② 下文会进一步说明：讨论上述关系中的此罪与彼罪的界限缺乏意义。

③ 当刑法分则条文根据行为的特定条件、状况分别规定为不同的犯罪时，也是如此。不过，这种情形很罕见。

财产的认识错误)；而诈骗罪是基于被害人有瑕疵的意志取得财物的行为，被害人存在财产处分行为（存在处分财产的认识错误）。

司法实践中，经常遇到难以区分盗窃与诈骗的案件。究其原因，在于没有明确盗窃与诈骗是相互排斥的行为。人们习惯于简单地认为，盗窃罪是秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃的行为；诈骗罪是虚构事实、隐瞒真相骗取数额较大公私财物的行为。于是，只要行为人实施了“骗”的行为，并取得了财物，便触犯了诈骗罪。这样，诈骗罪与盗窃罪产生了交叉。另一方面，为了合理地认定犯罪，刑法理论上提出了一些并不合理的区分标准。如主要手段是“骗”的，成立诈骗罪；主要手段是“偷”的，成立盗窃罪。或者说，根据起决定性作用的是偷还是骗，来区分盗窃与诈骗。<sup>①</sup>但类似的说法，并没有为合理区分盗窃罪与诈骗罪提供标准。例如，A为了非法占有商店的西服，而假装试穿西服，然后向营业员声称照镜子，待营业员接待其他顾客时，逃之夭夭。A取得西服的手段主要是“骗”还是“偷”呢？这是难以回答的问题。再如，B将被害人约在某餐厅吃饭时，声称借用被害人的手机。被害人将手机递给B后，B假装拨打电话，并谎称信号不好，一边与“电话中的对方”通话，一边往餐厅外走，然后乘机逃走。许多法院将B的行为认定为诈骗罪，大概也是因为B主要实施了“骗”的行为。可是，认定B的行为主要是“骗”是存在疑问的。

其实，针对一个财产损失而言，一个行为不可能同时既属于盗窃，也属于诈骗。易言之，在面对行为人企图非法取得某财产的行为时，占有某财产的被害人不可能既做出财产处分决定，又不做出财产处分决定。所以，盗窃与诈骗不可能重合或者竞合。另一方面，如果认为盗窃与诈骗之间存在竞合关系，那么，“这个看法会陷入困境。因为，不在构成要件上清楚的区分窃盗与诈欺，必然要面对竞合论处理上的难局。如果认为同时是窃盗与诈欺，那么，究竟是法条竞合，还是想象竞合？假如认为是法条竞合，要用什么标准决定哪一个法条必须优先适用？倘若认为是想象竞合，又该如何圆说：被破坏的法益只有一个？”<sup>②</sup>稍有不当，就会违背刑法的正义理念。所以，日本学者平野龙一正确地指出：“交付行为的有无，划定了诈骗罪与盗窃罪的界限。被害人交付财

<sup>①</sup> 参见陈兴良主编：《刑事法判解》，第1卷，69页，北京，法律出版社，1999。

<sup>②</sup> 林东茂：《一个知识论上的刑法学思考》，增订3版，143页，北京，中国人民大学出版社，2009。

物时是诈骗罪而不是盗窃罪；被害人没有交付财物时，即行为人夺取财物时是盗窃罪。诈骗罪与盗窃罪处于这样一种相互排斥的关系，不存在同一行为同时成立诈骗罪与盗窃罪，二者处于观念竞合关系的情况。”<sup>①</sup>于是，可以得出以下结论：在行为人已经取得财产的情况下，诈骗与盗窃的关键区别在于被害人是否基于认识错误而处分财产。显然，上述A、B的行为均不成立诈骗罪，因为被害人并没有基于认识错误处分财产。从没有处分能力的幼儿、高度精神病患者那里取得财产的，因为不符合欺骗特点，被害人也无处分意识与处分行为，故不成立诈骗罪，只构成盗窃罪。机器不可能被骗，因此，向自动售货机中投入类似硬币的金属片，从而取得售货机内的商品的行为，不构成诈骗罪，只能成立盗窃罪。利用他人信用卡从自动取款机取得财物的，也成立盗窃罪。基于同样的理由，在行为人未取得财产（未遂）的情况下，诈骗与盗窃的关键区别在于，行为是否属于足以使对方产生处分财产的认识错误的欺骗行为。

但是，在大多数场合，不同罪名的犯罪行为之间，并不是相互排斥的，而可能是相互包容的。在这种情况下，就不能简单地说：“甲罪的行为只能是X行为，乙罪的行为只能是Y行为。”其中，最典型的是以下两种情形：

其一，就低程度行为的甲罪与高程度行为的乙罪之间的关系而言，不应当说：“甲罪只能是低程度的行为，不能是高程度的行为。”这是因为，既然低程度行为能够成立甲罪，那么，高程度的行为更能成立甲罪。而应当说：“成立甲罪，只要行为达到低程度即可。如果行为达到高程度，则另触犯乙罪（重罪）。”

例如，不应当简单地说：“抢劫罪是以足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫手段强取财物，敲诈勒索罪只能是以没有达到足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫取得财物。”因为这种说法明显不当：（1）既然以没有达到足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫取得财物的行为，能够成立敲诈勒索罪，那么，以达到了足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫取得财物的行为，更能成立敲诈勒索罪。（2）在A以抢劫故意实施达到足以压制他人反抗程度的暴力，B以敲诈勒索故意实施没有达到足以压制他人反抗程度的暴力，共同对X实施犯罪时，按照“抢劫罪是以足

<sup>①</sup> [日] 平野龙一：《犯罪论的诸问题（下）各论》，330页，东京，有斐阁，1982。

以压制他人反抗程度的暴力、胁迫手段强取财物，敲诈勒索罪只能是以没有达到足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫取得财物”的说法，A与B不成立共犯，因为二者只有相互对立的行为，而没有共同行为。这显然不妥当。(3)按照“敲诈勒索罪只能是以没有达到足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫取得财物”的说法，当司法机关不能确定行为是否达到了足以压制他人反抗的程度时，只能宣布行为无罪。因为在这种情况下，根据存疑时有利于被告的原则，既不能认定行为人以足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫手段强取财物，因而不能认定为抢劫罪；也不能认定行为人以没有达到足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫取得财物，故而不能认定为敲诈勒索罪。但这显然不合适。所以，在讨论敲诈勒索罪与抢劫罪的关系时，应当说：“敲诈勒索罪的成立，不要求暴力、胁迫手段达到足以压制他人反抗的程度；如果暴力、胁迫手段达到足以压制他人反抗的程度，则以抢劫罪论处。”

再如，遗弃与不作为的故意杀人的关系也是如此。虽然不能将遗弃行为评价为不作为的故意杀人，但不作为的故意杀人行为，完全符合遗弃罪的构成要件。因为遗弃罪是给被害人生命、身体造成危险的犯罪，不作为的故意杀人是剥夺被害人生命的犯罪；二者并非相互排斥的关系，而是低程度行为与高程度行为的关系。

同样，非法拘禁行为与绑架行为并不是相互排斥的，虽然不能将非法拘禁评价为绑架，但可以将绑架评价为非法拘禁。明确这一点，对于犯罪的认定具有意义。例如，15周岁的A绑架X后，使用暴力致使X死亡，但A既没有杀人故意，也没有伤害故意。对此应如何处理？由于绑架可以评价为非法拘禁，根据刑法第238条的规定，非法拘禁使用暴力致人死亡的，应以故意杀人罪论处，故对A应以故意杀人罪论处。倘若认为非法拘禁行为与绑架行为是相互排斥的关系，则对A的行为只能宣告无罪（因为根据刑法第17条第2款的规定，甲既不对绑架负责，也不对过失致人死亡负责）。本书难以赞成这种观点。<sup>①</sup>

其二，就单一行为的甲罪与复合行为的乙罪之间的关系而言，不当说：“成立甲罪只能是单一行为，不能是复合行为。”因为就甲罪而言，既然单一行为能够成立犯罪，那么，包含了单一行为的复合行为更能成立犯罪。而应当说：“成立甲罪，只需要单一行为即可。如果行为

<sup>①</sup> 这涉及刑法第238条第2款后段的规定是注意规定还是法律拟制的问题，参见本书第十三章。

人实施了复合行为，则另触犯乙罪（重罪）。”

例如，关于盗窃罪、抢夺罪与抢劫罪的关系，不应当说：“成立盗窃罪，只能是窃取财物的行为，不能包含有暴力行为。”也不应当说：“成立抢夺罪，只能是对物暴力行为，不能包含对人暴力行为。”一方面，在行为人盗窃数额较大财物，为了窝藏赃物而当场使用暴力，但暴力行为没有达到足以压制他人反抗的程度时，不能认定为事后抢劫（刑法第269条），依然只能认定为盗窃罪。倘若坚持“盗窃罪、抢夺罪不能包含有暴力行为”的说法，便意味着只要行为人实施了暴力就不成立盗窃罪、抢夺罪，于是不可避免产生不当结论（导致盗窃、抢夺时实施了暴力但不构成抢劫罪的行为不成立犯罪）。另一方面，行为人完全可能在不触犯抢劫罪的前提下，使用对人暴力抢夺财物。例如，A伺机夺取他人财物，手持小竹竿，看见X手握钱包在路上行走时，突然用竹竿轻轻敲打X的手背，X本能的反应导致其钱包掉在地上。A拾起钱包后迅速逃离。如果认为抢夺行为不得包含对人暴力，对A的行为就不能认定为抢夺罪<sup>①</sup>；要么认定为抢劫罪，要么宣告无罪。这显然不妥当。

2. 在刑法根据不同对象区分不同犯罪的场合，仅当不能对同一对象作出双重评价或者对象非此即彼而不能亦此亦彼时，对象的区别才成立两罪之间的基本界限。

例如，不能将人评价为野生动物，也不能将野生动物评价为人；在二者之间，一个活体要么是人，要么是野生动物，不可能既是人也是野生动物。所以，故意杀人罪与非法杀害珍贵、濒危野生动物罪的基本界限在于对象不同。即使行为人以杀害珍贵、濒危野生动物的故意开枪，但杀死人的，也不能评价为杀害珍贵、濒危野生动物既遂。因为虽然在某种意义上说“人也是动物”，但人不是“野生”的。窃取国有档案罪与盗窃枪支、弹药罪之间的关系，也是如此。

不过，当刑法条文虽然针对普通对象规定了此罪，针对特殊对象规定了彼罪，但对同一对象能够做出双重评价，一个对象亦此亦彼时，此时的对象就不是此罪与彼罪的关键区别。

例如，不应当说：“盗窃罪与盗窃枪支罪的关键区别在于：前者盗窃的对象只能是普通财物，后者盗窃的对象只能是枪支。”理由如下：

<sup>①</sup> 如果认为A的行为构成盗窃罪，也表明案件事实中存在暴力行为时，并不妨碍盗窃罪的成立。其实，职务侵占等罪，都有可能包含暴力行为。

(1) 枪支也是财物，在许多国家，盗窃枪支的行为都构成盗窃罪。  
(2) 倘若说盗窃枪支的行为不可能构成盗窃罪，便会产生处罚空隙。例如，A以盗窃普通财物的故意，窃取了他人的提包。可是提包中并没有普通财物，只有两支手枪，但两支手枪的价值达到了数额较大的标准。如若认为盗窃罪的对象不能是枪支，便只能得出如下结论：A针对普通财物成立盗窃未遂，针对枪支成立过失盗窃枪支。结局是，盗窃未遂一般不受处罚，过失盗窃枪支的不成立犯罪。于是，A的行为不成立犯罪，或者充其量认为A的盗窃未遂情节严重，以盗窃未遂处理。然而，既然A以盗窃的故意，窃取了可以评价为财物的枪支，认定为无罪或者盗窃未遂，就不妥当。换言之，既然枪支可以评价为财物（盗窃枪支罪的对象可以评价为盗窃罪的对象），那么，对A的行为就应当以盗窃既遂论处。由此表明，刑法理论在论述盗窃罪的构成要件时应当说：“盗窃罪的对象是财物，但是，如果故意盗窃了枪支，则应以盗窃枪支罪论处。”而不应当说：“盗窃罪的对象只能是普通财物，如果盗窃枪支的，不成立盗窃罪。”盗窃罪与窃取国有档案、盗伐林木等罪的关系，抢劫罪与抢劫枪支罪，抢夺罪与抢夺枪支罪的关系，都是如此。

再如，虽然从构成要件上说，走私普通货物、物品罪与走私淫秽物品罪的对象不同，但不能认为二者是对立关系。不应当说：“走私普通货物、物品罪的对象只能是普通货物、物品，如果走私淫秽物品，就不成立走私普通货物、物品罪。”因为这样的说法，会导致许多案件得不到妥当处理。例如，根据这种说法，对于甲误将淫秽物品当做普通物品走私入境的案件，就不能以犯罪论处。于是出现了以下奇怪现象：即使甲客观上走私普通物品，主观上仅有走私普通物品的故意时，也成立走私普通物品罪；而当甲客观上走私了淫秽物品，主观上也有走私普通物品的故意时，反而不成立任何犯罪。不能不认为，这种说法有悖刑法的公平正义性。因此，应当说：“走私普通货物、物品罪的对象是没有特别要求的货物、物品，如果行为人故意走私淫秽物品，则应以走私淫秽物品罪论处。”据此，对于甲误将淫秽物品当做普通物品走私入境的案件，依然可以认定为走私普通物品罪。或许有人认为，走私普通物品罪以“偷逃应缴税额”达到一定标准为条件，因此，走私普通物品罪的对象只能是应当缴纳税款的物品，而淫秽物品等违禁品是不应当缴纳税款的物品，故对甲的行为不能认定为走私普通物品罪。本书不以为然。因为即使“违禁品”入境，也需要缴纳税款，只是按普通物品计算税款而已。例如，乙误将枪支当做普通物品走私入境，此时，应按正常进口枪

支计算应缴税款，只要达到刑法第 153 条规定的数额标准，就应认定为走私普通物品罪。丙误将珍稀植物制品当做普通植物走私入境的，应当按普通植物计算应缴税款。基于同样的理由，甲误将淫秽影片、光盘、书籍当做普通物品走私入境时，应按进口普通影片、光盘、书籍计算应缴税款<sup>①</sup>，只要达到刑法第 153 条规定的数额标准，就应认定为走私普通物品罪。

3. 当刑法单纯根据特定结果规定了不同的犯罪时，是否发生了特定结果，成为区分此罪与彼罪的标准。

例如，根据刑法第 247 条的规定，刑讯逼供致人伤残、死亡的，应分别以故意伤害罪、故意杀人罪论处。该规定属于法律拟制，而非注意规定。即只要刑讯逼供致人伤残、死亡的，即使其没有伤害、杀人的故意，也应认定为故意伤害罪、故意杀人罪。因此，刑讯逼供没有致人伤残、死亡的，应认定为刑讯逼供，不能认定为故意伤害、故意杀人罪。

显然，将特定结果发生与否作为区分此罪与彼罪的基本界限，基本上仅限于法律拟制的场合。在其他情形下，特定结果发生与否难以成为此罪与彼罪的基本界限。

例如，死亡结果并不是故意杀人罪与故意伤害罪之间的基本界限，因为故意杀人也可能没有发生死亡的结果，故意伤害也可能发生了死亡结果（故意伤害致死）。

又如，不能根据行为是否造成了轻伤结果来区分寻衅滋事罪与故意伤害罪。换言之，不能认为，“凡是造成轻伤以上结果的都不成立寻衅滋事罪，没有造成轻伤以上结果的才成立寻衅滋事罪。”这是因为，既然没有造成轻伤的行为都能构成寻衅滋事罪，造成轻伤以上结果的行为更能成立寻衅滋事罪。再者，倘若采纳这种区分标准，那么，当部分鉴定结论认定行为造成了轻伤，部分鉴定结论认为行为造成了轻微伤时，司法机关就束手无策。

再如，关于故意伤害罪与妨害公务罪的关系，不应当说：“如果妨害公务导致国家机关工作人员轻伤或者轻微伤的，成立妨害公务罪；如果妨害公务行为导致国家机关工作人员重伤的，成立故意伤害罪。”尽管这样的表述，在一般情况下不会产生疑问，但至少存在如下两个问

<sup>①</sup> 例如，丁故意走私淫秽影片，在海关将淫秽影片申报为普通影片。海关信以为真，按普通影片征收税款。即使事后查明丁走私的是淫秽影片，也不可能认为海关先前征收税款是错误的，更不应当认为海关必须将所征收的税款退还给了丁。

题：（1）如果几份鉴定结论不一致，一部分鉴定结论认定被害人为轻伤，另一部分鉴定结论认定被害人为重伤时，就会增加定罪的疑问。（2）既然造成轻伤与轻微伤的行为能够成立妨害公务罪，造成重伤的行为更能成立妨害公务罪。所以，是否造成重伤，不是妨害公务罪与故意伤害罪的基本界限。换言之，以暴力妨害公务造成国家机关工作人员重伤的，虽然是如何适用法律（认定为故意伤害罪还是妨害公务罪）的问题，但不是两罪之间的界限问题。

大体而言，抽象危险犯与具体危险犯、具体危险犯与实害犯、轻实害犯与重实害犯之间的关系，都是如此。例如，刑法理论在说明抽象危险犯（甲罪）与具体危险犯（乙罪）的关系时，不能说：“甲罪只能发生抽象的危险，乙罪要求发生具体的危险。”而应当说：“甲罪只要求发生抽象的危险，如果行为发生了具体的危险，则触犯了乙罪（重罪）。”再如，刑法理论在说明具体危险犯（甲罪）与实害犯（乙罪）的关系时，不能说：“甲罪只能发生具体的危险，乙罪要求发生实害结果。”而应当说：“甲罪只要求发生具体的危险，如果行为造成实害结果，则触犯了乙罪（重罪）。”

4. 在刑法单纯根据身份的不同规定了不同犯罪的场合，仅当身份具有排他性，而且是区分此罪与彼罪的唯一标准时，身份的有无才成为此罪与彼罪的基本界限。

例如，国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的，成立刑法第 167 条规定的签订、履行合同失职被骗罪；国家机关工作人员实施上述行为、造成上述结果的，成立刑法第 406 条规定的国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪。

但是，当刑法并不单纯根据身份规定不同的犯罪，而是同时根据其他要素规定了不同犯罪时，身份对于区分此罪与彼罪仅具有相对的意义。

例如，根据刑法第 271 条第 1 款的规定，职务侵占罪的行为主体是公司、企业或者其他单位的人员。刑法理论可以指出，一般公民不能成为职务侵占罪的行为主体（正犯）；但不应当说：“职务侵占罪的行为主体必须是非国有的公司、企业或者其他单位的工作人员。”也不应当说：“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，不能成为职务侵占罪的行为主体。”因为，虽然国家工作人员利

用职务上的便利侵占公共财物的，应认定为贪污罪，但刑法并非仅以身份为标准区分贪污罪与职务侵占罪。一方面，国家机关、国有公司、企业、事业单位中并未从事公务的非国家工作人员，可以成为职务侵占罪的行为主体。另一方面，国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取了非公共财物的，依然成立职务侵占罪，而不是贪污罪。所以，刑法理论应当说：“职务侵占罪的行为主体是公司、企业或者其他单位的人员。但是，国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取公共财物的，则以贪污罪论处。”

## （二）现行理论的缺陷

我国刑法理论（包括笔者以往的观点）与司法实践一直注重犯罪之间的界限，而且习惯于找出此罪与彼罪之间的关键区别，实际上旨在使此罪与彼罪形成对立关系。但仔细考察各种观点提出的界限或区别，发现其中存在不少缺陷。

### 1. 区分标准缺乏法律根据

众所周知，犯罪构成具有法定性，只有刑法规定的要素，才是构成要件要素。虽然存在不成文的构成要件要素，但是，肯定不成文的构成要件要素，必须具有法律根据（如刑法用语之间的关系、条文之间的关系等）。

可是，我国刑法理论与司法实践中，出现了在论述甲罪的构成要件时，不承认 X 要素为构成要件要素，而在论述甲罪与乙罪的区别时，却明确提出或者暗示甲罪具有 X 要素的现象。然而，这种为区分甲罪与乙罪的界限所提出的要素，没有任何法律根据。

例如，刑法理论与司法实践在论述故意伤害罪的构成要件时，一般会指出，故意伤害罪的成立不需要出于特定动机。言下之意，出于任何动机故意伤害他人的，都成立故意伤害罪。可是，当实践中发生了行为人随意殴打他人致人轻伤的案件时，刑法理论与司法实践为了说明随意殴打类型的寻衅滋事罪与故意伤害罪的界限，便会说：“寻衅滋事罪出于流氓动机，而故意伤害罪并非出于流氓动机。”言下之意，如果行为人出于流氓动机，便不成立故意伤害罪，仅成立寻衅滋事罪。<sup>①</sup> 这便存在以下问题：（1）既然成立故意伤害罪并不要求出于特定动机，那就表明，出于任何动机故意伤害他人的，都不能排除在故意伤害罪之外。可

<sup>①</sup> 参见李希慧主编：《妨害社会管理秩序罪新论》，164页，武汉，武汉大学出版社，2001。

是，为什么在区分故意伤害罪与寻衅滋事罪时，要把出于流氓动机的故意伤害排除在故意伤害罪之外呢？（2）即使基于可以理解的动机（如激愤）故意伤害他人的，也能成立故意伤害罪，为什么基于流氓动机的故意伤害行为，反而不成立故意伤害罪呢？（3）主张寻衅滋事罪必须出于流氓动机的刑法理论同时认为，如果寻衅滋事行为致人重伤、死亡的，不能认定为寻衅滋事罪，而应认定为故意伤害罪或者故意杀人罪。<sup>①</sup> 这表明，故意杀人、故意伤害（重伤）罪，也是可以出于流氓动机的。可是，为什么同属于故意伤害罪中的故意轻伤，不能出于流氓动机，而故意造成重伤因而构成故意伤害罪的，却又可以出于流氓动机呢？之所以出现这些难以甚至不能回答的问题，显然是因为刑法理论与司法实践所提出的作为区分标准的“流氓动机”，缺乏法律根据。

再如，关于强拿硬要类型的寻衅滋事罪与敲诈勒索罪的区别，刑法理论与司法实践上提出两个区别：（1）强拿硬要是出于流氓动机，而不是为了非法占有他人财物；而敲诈勒索是以非法占有为目的，不是出于流氓动机。（2）强拿硬要构成寻衅滋事罪的，只能是获得数额较小的财物，而不能是获得数额较大的财物；而敲诈勒索必须以获得数额较大为前提。<sup>②</sup> 可是，这两个区分没有任何法律根据。其一，行为人因无钱给母亲治病而敲诈勒索他人数额较大财物的，也能够成立敲诈勒索罪；出于流氓动机敲诈勒索数额较大财物的，更能够成立敲诈勒索罪。其二，既然没有取得数额较大财物的强拿硬要行为都能构成寻衅滋事罪，取得数额较大财物的强拿硬要行为更能成立寻衅滋事罪（是否同时成立其他犯罪，则是另一回事）。

不难看出，为了区分此罪与彼罪，而在法定构成要件之外添加要素的做法，既不能得出合理结论，也有违反罪刑法定原则之嫌。

## 2. 区分标准曲解构成要件

与上一点相联系，刑法理论提出的一些区分此罪与彼罪的标准，虽然可能使此罪与彼罪的区分较为容易，似乎具有某些实用价值，却曲解了构成要件内容。

例一：关于故意杀人罪与放火、爆炸、投放危险物质等罪的关系，

<sup>①</sup> 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），4版，1248～1249页，北京，中国方正出版社，2010。

<sup>②</sup> 参见耿梅玲：《居某的行为是寻衅滋事还是敲诈勒索》，载<http://www.chinacourt.org/html/article/200403/09/106674.shtml>（访问日期：2007-11-22）。

刑法理论公认的区分标准是，如果行为危害公共安全，就不成立故意杀人罪。<sup>①</sup>于是形成了以下局面：杀一人的是故意杀人，杀多人的就不是故意杀人。显然，在通说看来，故意杀人罪的构成要件中作为行为对象的“人”只能是个别的人，不能是不特定与多数人。然而，令人百思不得其解的是，为什么杀多人的，反而不成立故意杀人罪？认为刑法第232条只是禁止杀一两个人的行为的根据何在呢？<sup>②</sup>在本书看来，将故意杀人罪的构成要件限制为杀一两个人的观点，既没有法律根据，也对故意杀人罪的构成要件作了不适当的限定。

例二：刑法第263条并没有规定抢劫罪必须“当场”强取财物，但刑法理论为了区分抢劫罪与敲诈勒索罪的界限，对抢劫罪提出了“两个当场”的要求（当场实施暴力、胁迫，当场强取财物）。<sup>③</sup>其实，强取财物的“当场”性，不应成为抢劫罪的构成要件要素。“强取财物意味着，行为人以暴力、胁迫等强制手段压制被害人的反抗，与夺取财产之间必须存在因果关系。一方面，只要能够肯定上述因果关系，就应认定为抢劫（既遂），故并不限于‘当场’取得财物。例如，明知被害人当时身无分文，但使用严重暴力，压制其反抗，迫使对方次日交付财物的，应认定为抢劫罪（视对方次日是否交付成立抢劫既遂与未遂）。另一方面，如果不能肯定上述因果关系，即使当场取得财物，也不能认定为强取财物。例如，实施的暴力、胁迫等行为虽然足以抑制反抗，但实际上没有抑制对方的反抗，对方基于怜悯心而交付财物的，只成立抢劫未遂。”<sup>④</sup>所以，将“当场”强取财物作为抢劫罪的构成要件，实际上

- 
- ① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4版，513页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。
- ② 参见张明楷：《论以危险方法杀人案件的性质》，载《中国法学》，1999（6），105页以下。倘若认为危害公共安全的故意杀人行为同时触犯了危害公共安全罪与故意杀人罪，也应以故意杀人罪论处（故意杀人罪的法定刑重于放火、爆炸等罪的法定刑）。
- ③ 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4版，556页以下，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010；马克昌主编：《刑法学》，522页，北京，高等教育出版社，2003；周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，496页，北京，人民法院出版社，2007；张明楷：《刑法学》，2版，753页，北京，法律出版社，2003；等等。
- ④ 张明楷：《刑法学》，3版，711页，北京，法律出版社，2007。德国刑法不仅规定了抢劫罪（德国刑法第249条），而且规定了抢劫性勒索罪（德国刑法第255条），故在德国，成立抢劫罪会要求当场强取财物。日本刑法没有规定抢劫性勒索罪，故抢劫罪的成立不要求当场强取财物（参见〔日〕西田典之：《刑法各论》，5版，167页以下，东京，弘文堂，2010）。

是对抢劫罪构成要件的曲解。

例三：为了区分盗窃罪与抢夺罪的界限，刑法理论普遍将盗窃限定为“秘密窃取”，又不对“抢夺”进行合理限制。于是“秘密”与“公开”成为盗窃罪与抢夺罪的区分标准，或者说公开盗窃的行为一概成立抢夺罪。然而，如前所述（参见本书第一章），盗窃与抢夺也未必是对立关系，抢夺行为必然符合了盗窃罪的构成要件。另一方面，公开的窃取行为（没有表现为对物暴力），则并不符合抢夺罪的构成要件。

例四：为了区分强奸罪与强制猥亵、侮辱妇女罪（以及奸淫幼女与猥亵儿童罪），刑法理论提出，猥亵行为只能是性交以外的行为的观点。<sup>①</sup>但这种观点人为地缩小了猥亵罪的构成要件和处罚范围。诚然，如果强行与妇女或者幼女发生性交的行为，成立强奸罪，但这并不意味着性交行为不是猥亵行为。例如，猥亵幼男的行为就包括性交行为，即已满16周岁的妇女与幼男发生性交的，构成猥亵儿童罪。<sup>②</sup>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<sup>③</sup>，不正当的性交也应当是最淫乱、最下流的行为。换言之，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，才导致对强奸行为不认定为强制猥亵妇女罪；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。从实践上看，如果一概认为猥亵行为必须是性交以外的行为，那么，妇女对幼男实施性交以外的行为构成猥亵儿童罪，而与幼男发生性交的反而不构成犯罪，这明显导致刑法的不协调（参见本章第十六章）。

在本书看来，之所以出现曲解构成要件的现象，重要原因之一是，人们为了区分此罪与彼罪的界限，将自己所知道的某种犯罪的通常事实，当做刑法规定的构成要件。换言之，人们在区分此罪与彼罪的界限时，习惯于将自己熟悉的事实视为刑法规定的构成要件。于是，由于盗窃通常是秘密窃取，人们便将“秘密”窃取当做盗窃罪的构成要件；因

① 参见高铭喧主编：《新编中国刑法学》，下册，704页，北京，中国人民大学出版社，1998。

② 旧中国司法院1932年院字第718号解释便认定，妇女诱令未满16岁男子与其相奸的行为，构成猥亵儿童罪（参见林山田：《刑法特论》，上册，681页，台北，三民书局，1978）。至于幼男本人具有奸淫的意图时，妇女的行为能否构成猥亵儿童罪，则另当别论。

③ 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，1421页，北京，商务印书馆，2005。

为猥亵通常表现为性交以外的行为方式，人们便将猥亵限定为性交以外的行为。由此看来，解释者必须时刻警惕自己不要犯“将熟悉与必须相混淆”的错误。

### 3. 区分标准没有现实意义

仔细阅读司法解释与刑法理论关于区分此罪与彼罪的表述，发现许多区分标准并无现实意义。例如，人们在提出区分标准时，常常说：“甲罪的行为一般（主要）表现为 X，乙罪的行为一般（主要）表现为 Y。”可是，当案件中的行为并不“一般（主要）”而比较特殊时，这种区分标准便没有意义。又如，人们在提出区分标准时，往往说：“甲罪只能是 X，而乙罪既可以是 X，也可以是 Y。”可是，当案件事实是 X 时，究竟是成立甲罪还是成立乙罪，便不明确。下面略举几例具体说明。

例一：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：“寻衅滋事罪是严重扰乱社会秩序的犯罪，行为人实施寻衅滋事的行为时，客观上也可能表现为强拿硬要公私财物的特征。这种强拿硬要的行为与抢劫罪的区别在于：前者行为人主观上还具有逞强好胜和通过强拿硬要来填补其精神空虚等目的，后者行为人一般只具有非法占有他人财物的目的；前者行为人客观上一般不以严重侵犯他人人身权利的方法强拿硬要财物，而后者行为人则以暴力、胁迫等方式作为劫取他人财物的手段。司法实践中，对于未成年人使用或威胁使用轻微暴力强抢少量财物的行为，一般不宜以抢劫罪定罪处罚。其行为符合寻衅滋事罪特征的，可以寻衅滋事罪定罪处罚。”其中多处使用“一般”的表述，就表明该意见所提出的区分标准并非适用于所有案件。例如，以非法占有为目的抢劫他人财物的人，完全可能具有逞强好胜和填补其精神空虚等动机。<sup>①</sup>再如，既然强拿硬要成立寻衅滋事罪不要求采用严重侵犯他人人身权利的方法，那么，以严重侵犯他人人身权利的方法强拿硬要财物的，更可能构成寻衅滋事罪。所以，上述区分标准并不具有现实意义。

例二：有的教科书在论述寻衅滋事罪与聚众哄抢罪的区别时指出：“由于寻衅滋事罪的表现形式之一是‘强拿硬要或者占用公私财物’，这就意味着本罪与聚众哄抢罪有共同之处。但二者的显著区别在于：

① 成立抢劫罪要求有故意与非法占有目的，但对动机并无任何限定；逞强好胜和填补精神空虚的动机与非法占有目的并不相互排斥。

(1) 侵害客体不同。本罪侵犯的客体是复杂客体，不仅侵犯了公共秩序，同时也侵犯了公私财产与公民人身权；而聚众哄抢罪侵犯的只是公私财产所有权。(2) 犯罪客观方面不完全相同。本罪中的‘强拿硬要或者任意占用公私财物’只是本罪的表现形式之一，此外本罪还有其他表现形式；而聚众哄抢罪只有‘聚众哄抢’一种形式。(3) 对犯罪主体要求不同。本罪主体为一般主体，凡参与寻衅滋事者，均可成为犯罪主体；而聚众哄抢罪的主体则限于实施聚众哄抢行为的首要分子和其他积极参与者。(4) 行为人的故意内容不同。本罪行为人常常是出于卖弄淫威、逗乐开心等目的与动机而实施犯罪；而聚众哄抢罪的行为人通常是出于非法占有公私财物的目的而实施犯罪。”<sup>①</sup> 上述区分标准虽然具有法条文字表述的根据，但没有考虑到一个案件事实完全可能具有双重内容与性质。例如，当行为人聚集多人在公共场所哄抢他人财物时，上述第(1)个区别便丧失了意义；同样，当行为人聚集多人哄抢他人财物时，上述第(2)个区别也丧失了作用；当公安机关查获了案件的首要分子与积极参与者时，上述第(3)个区别丧失了价值；当行为人不仅具有非法占有财物的目的，而且具有卖弄淫威、逗乐开心等动机时，上述第(4)个区别也丧失了机能。不难看出，上述四个区别对于处理疑难案件不起作用。

例三：有的教科书在论述敲诈勒索罪与抢劫罪的区别时指出：“两罪的区别主要是：(1) 威胁实施的方法不同。本罪的威胁既可以是当着被害人的面，也可以通过书信或第三者转达；而抢劫的胁迫必须是面对被害人直接实施。(2) 威胁内容不同。本罪的威胁内容比较广泛，除以实施暴力相威胁外，还可以毁坏名誉、破坏财产等相威胁，而且威胁的不利行为，也不以违法为必要条件；而抢劫罪威胁的内容以实施暴力为限，如以杀害、伤害相威胁。(3) 威胁的程度不同。本罪的威胁和要挟，主要是以以后将实施暴力或其他对被害人不利的行动相威胁（但包括要求承诺于指定的时间、地点交付财物，否则将当场实现威胁的内容），被害人在威胁面前尚有选择的余地；而抢劫罪的威胁是以当场实施暴力相威胁，被害人在威胁面前无选择的余地。(4) 索取利益的性质不同。本罪取得的可以是动产或不动产，也可以是财产性的利益；而抢劫罪获取的一般只能是动产。(5) 获取利益的时间不同。本罪既可以在

<sup>①</sup> 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，4版，609页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。

当场取得，而绝大多数情况下是在事后取得财物；而抢劫罪只能是在当场取得。”<sup>①</sup> 不可否认，上述区分标准在“一般”案件中具有意义，可是，在“一般”案件中原本就不存在区分此罪与彼罪的困难，恰恰是在疑难案件中难以区分此罪与彼罪，而上述标准在疑难案件中便丧失了意义。其一，既然敲诈勒索罪也可以直接威胁被害人，那么，当案件事实为行为人直接威胁被害人时，上述第（1）个区别就没有意义。其二，既然敲诈勒索可以实施暴力相威胁，那么，当行为人以暴力相威胁时，上述第（2）个区别就没有作用。其三，既然威胁行为使被害人尚有选择余地时，能够成立敲诈勒索罪，那么，威胁行为导致被害人没有选择余地时，更能成立敲诈勒索罪。只不过是是否另成立抢劫罪的问题。换言之，只是敲诈勒索罪与抢劫罪的竞合问题。于是，上述第（3）个区别缺乏价值。况且，其中的“主要是”以及特殊情况下又可以“当场实现威胁内容”的表述，不能解决“非主要”的案件。其四，既然敲诈勒索取得的可以是动产，而抢劫罪获取的一般只能是动产，那么，一方面，当行为人获得的是动产时，上述第（4）个区别便没有意义。另一方面，既然抢劫罪获取的“一般”只能是动产，那么，当特殊情况下行为人抢劫了动产以外的财产时，也可能成立抢劫罪。上述第（4）个区别也没有意义。其五，既然敲诈勒索罪可以在当场取得财物，抢劫罪只能是当场取得财物，那么，当行为人当场取得财物时，上述第（5）个区别就形同虚设。概言之，在疑难案件中，上述5个区分标准都难以发挥作用。

例四：关于重大环境污染事故罪与（过失）投放危险物质罪的界限，笔者曾指出：“（1）本罪行为是通过污染环境进而造成公私财产的重大损失与人身伤亡结果；而后者是直接造成人身伤亡等结果。（2）本罪是向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物；后者一般是将毒害性、放射性、传染病病原体等物质，投放于供不特定或者多数人饮食的食品或者饮料中，供人、畜等使用的河流、池塘、水井中或者不特定人、多数人通行的场所。（3）本罪应是排放、倾倒或者处置因产品的生产、加工等而产生的危险废物；后者并无此要求。”<sup>②</sup> 但是，这些区别没有丝

① 马克昌主编：《刑法学》，529页，北京，高等教育出版社，2003。另参见张明楷：《刑法学（下）》，771页以下，北京，法律出版社，1997。

② 张明楷：《刑法学》，3版，818页，北京，法律出版社，2007。

毫价值。首先，行为人向供人、畜饮用的水体投放危险废物，既导致环境污染，也造成人畜伤亡时，上述第（1）、（2）个区别没有任何作用。其次，既然（过失）投放危险物质罪对投放的危险物质没有要求，就表明可以是投放因产品的生产、加工等而产生的危险废物。所以，上述第（3）个区别也缺乏意义。

#### 4. 区分标准增加认定难度

笔者还注意到，刑法理论与司法实践有时提出的标准，不仅没有使得犯罪之间的界限更加明确，反而增加了认定犯罪的难度。

例一：关于目的犯与非目的犯的区别，刑法理论不仅指出此罪必须具有何种目的，而且还指出彼罪必须不具有何种目的。于是，导致认定犯罪的困难。

例如，刑法第 240 条规定的拐卖妇女、儿童罪，要求“以出卖为目的”。由于拐卖妇女儿童的行为包括以出卖为目的收买妇女、儿童的行为，于是，刑法理论普遍认为，收买被拐卖的妇女、儿童罪的行为人必须“不以出卖为目的”<sup>①</sup>。但这样要求是存在疑问的。因为如果明确要求行为人不以出卖为目的，那么，在不能查明收买者是否具有出卖目的时，根据存疑时有利于被告人的原则，一方面不能认定收买者具有出卖目的，故不能认定为拐卖妇女、儿童罪；另一方面不能认定行为人“不以出卖为目的”，也不能认定为收买被拐卖的妇女、儿童罪。这显然不合适。只有并不要求本罪的行为人“不以出卖为目的”时，上述行为才成立本罪。所以，没有必要强调行为人“不以出卖为目的”；只需说明：如果具有出卖目的，便成立拐卖妇女、儿童罪。刑法第 241 条在收买被拐卖的妇女、儿童罪时，没有要求“不以出卖为目的”，正是为了解决这一问题<sup>②</sup>，而我们却没有发现成文刑法的奥妙之处！

再如，关于非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪、骗取贷款罪与贷款

① 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4 版，534 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010；陈兴良：《规范刑法学》，下册，2 版，704 页，北京，中国人民大学出版社，2008；张明楷：《刑法学》，2 版，893 页，北京，法律出版社，2003；等等。

② 刑法第 363 条规定的传播淫秽物品牟利罪要求“以牟利为目的”，于是，刑法理论普遍认为，刑法第 364 条规定的传播淫秽物品罪必须“不以牟利为目的”（参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4 版，678 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010；陈兴良：《规范刑法学》，下册，2 版，959 页，北京，中国人民大学出版社，2008；张明楷：《刑法学》，2 版，708 页，北京，法律出版社，2003）。基于同样的理由，这种要求也不妥当。

诈骗罪、挪用公款罪与贪污罪、挪用资金罪与职务侵占罪的界限，刑法理论不仅指出上述对应犯罪的后者具有非法占有目的，而且还说对应犯罪的前者“具有归还的意图”。诚然，从逻辑上说，行为人如果没有非法占有目的，就具有归还的意图。在此意义上说，刑法理论并无不当之处。可是，作为定罪根据的不是自然事实与逻辑事实，而是法律事实。在许多情况下，司法机关虽然不能证明行为人具有非法占有目的，但也不能证明行为人具有归还意图。根据刑法理论的观点，对行为人便不能以任何犯罪论处。这显然不合适。事实上，只要不能查明行为人具有非法占有目的，就可以认定为非法吸收公众存款、骗取贷款罪、挪用公款、挪用资金罪。因此，在论述非法吸收公众存款、骗取贷款、挪用公款、挪用资金等罪的主观构成要件时，只需说明：“本罪的责任形式为故意，不要求具有特定目的。如果行为人具有非法占有目的，则按照相应的金融诈骗罪或者其他犯罪论处。例如，以非法占有为目的，非法吸收公众存款的，成立集资诈骗罪；以非法占有为目的，骗取银行贷款的，成立贷款诈骗罪。”

例二：关于动机犯与非动机犯的区别，刑法理论不仅没有根据地要求此罪必须具有何种动机，而且还指出彼罪必须不具有何种动机。于是，导致定罪的困难和处罚的失衡。

寻衅滋事罪与故意伤害、敲诈勒索、故意毁坏财物、聚众扰乱社会秩序等罪的界限，一直成为困扰司法机关的问题。之所以如此，是因为刑法理论与司法机关总是希望在寻衅滋事罪与故意伤害、敲诈勒索、故意毁坏财物等罪之间划出明确的界限；而要划出明确的界限，就必须提出明确的区分标准。于是提出，寻衅滋事罪必须出于流氓动机，而其他犯罪不得出于流氓动机。例如，有论著指出：“犯寻衅滋事罪有时也会造成交通堵塞、公共场所混乱，甚至会造成国家机关、企业、事业单位、人民团体停工、停产，学校停课等后果，在形式上与聚众扰乱社会秩序罪、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪基本相同。它们之间的主要区别在于：本罪的行为人多是无事生非，肆意挑起事端，具有耍个人威风，寻求精神刺激的动机；而聚众扰乱社会秩序罪、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪，行为人往往是要达到某种个人目的，用聚众闹事的方式要挟政府，施加压力，没有寻衅滋事的动机。”<sup>①</sup>然而，一方面，行为人要达到某种个人目的，与其耍个人威风，寻求精神刺激的动机，

<sup>①</sup> 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释》，3版，570页，北京，人民法院出版社，2007。

完全可能并存；另一方面，司法机关可能难以查明行为人出于何种目的与动机。可是，上述观点要求司法机关做难以做到的事情，不利于司法机关认定犯罪。

如前所述，以是否出于流氓动机，区分故意伤害罪与寻衅滋事罪，几乎成为刑法理论的通说。于是，出现了以下现象：行为原本造成他人伤害，但由于行为人出于所谓流氓动机，便认定为寻衅滋事罪。这便无缘无故地给故意伤害罪添加了一个消极要素：成立故意伤害罪不得出于流氓动机。更为重要的是，当不能查明行为人主观上是否出于流氓动机时，便产生了定罪的困难。例如，A同一些人在酒店里喝酒，因为声音过大，被人说了几句。于是，A打电话给B，声称自己被人欺负，叫B带刀过来。B带刀过来交给A，A用刀砍伤了被害人（轻伤）。人们习惯于首先讨论A与B是否出于流氓动机，然后区分寻衅滋事罪与故意伤害罪。然而，在这类案件中，几乎不可能对A、B是否出于流氓动机得出令人信服的结论。

### （三）解决问题的途径

由上可见，刑法理论与司法实践迄今为止为区分此罪与彼罪所付出的努力，未必是有效的。有鉴于此，本书认为，刑法理论应当改变方向，寻求正确适用刑法、准确定罪量刑的有效途径。

#### 1. 不必重视犯罪之间的区分标准

笔者接触司法实践所形成的感觉是，在一般案件中，即使刑法理论没有提出明确的区分标准，司法机关都能合理区分此罪与彼罪；在特殊案件中，即使按照刑法理论提出的区分标准，司法机关依然不能妥当区分此罪与彼罪。联系前述分析，或许可以得出以下几个结论：

其一，刑法理论关于此罪与彼罪的区分标准的论述，基本上都是多余的，故不必讨论所谓此罪与彼罪的界限（如前所述，或许对立关系的场合除外）。即使认为此罪与彼罪之间存在区别，其区别也是构成要件的区别，而不可能是构成要件之外的区别。因为构成要件之外的区别，对于区分犯罪没有任何意义。既然刑法理论已经论述了此罪与彼罪各自的构成要件，就没有必要再讨论此罪与彼罪的界限。这与教授分辨学生是同样的道理。教授们在辨认学生时，只要记住甲、乙、丙、丁学生的特征，就能分辨学生，而不是在记住了甲、乙、丙、丁各学生的特征后，还要记住甲与乙有何区别、乙与丙有何界限、丙与丁有何差异。另一方面，刑法理论在论述一个犯罪的构成要件时，应当且必然对构成要

件要素作完整的说明，而不应当将一部分要素放在“构成要件”中论述，将另一部分要素放在“此罪与彼罪的界限”中论述。难怪见不到国外刑法教科书讨论此罪与彼罪的界限！

其二，许多犯罪之间，原本是不可能划清界限的，故没有必要也不应当讨论犯罪之间的界限。一方面，法条规定的绝大多数犯罪之间，根本不是排他关系。另一方面，案件事实原本具有多重属性，而非单一性质。例如，关于生产、销售有毒、有害食品罪与投放危险物质罪，笔者曾提出二者之间的区别：“（1）二者的行为方式不同：前者表现为生产、销售了掺入有毒、有害的非食品原料的食品；后者表现为在食品、河流、水井乃至公共场所等地投放毒害性、放射性等危险物质。（2）行为发生的条件不同：前者是在客观的生产、经营活动中实施其行为；后者一般与生产、经营活动没有关系。（3）处罚根据不同：本罪是抽象的危险犯；后者是具体的危险犯。”<sup>①</sup> 其实，上述区别（尤其是前两个区别）是没有任何意义的，二者之间原本就没有明确界限，当然也不可能划清界限。

其三，越是所谓界限模糊的犯罪，越不宜讨论此罪与彼罪的界限。因为越是界限模糊，越表明两罪之间的关系复杂、难以区分。强行区分的结局，至少会曲解其中之一的构成要件，或者将非构成要件要素作为区分标准，结局必然损害构成要件的法定性。

例如，交通肇事罪与以危险方法危害公共安全罪并不是对立关系。

首先，从客观方面来说，二者不是对立关系。只要行为违反交通运输管理法规，造成了伤亡实害结果，行为人对伤亡实害结果具有过失，就成立交通肇事罪；但是，倘若行为人违反交通运输管理法规的驾驶行为，产生了与放火、爆炸、投放危险物质相当的具体的公共危险，且行为人对具体的公共危险具有故意，就不能仅认定为交通肇事罪，而应认定为以危险方法危害公共安全罪。所以，以危险方法危害公共安全罪的成立，并不是对交通肇事罪的否定。

其次，从主观方面来说，二者也不是对立关系，并非出于故意的就是以危险方法危害公共安全罪，出于过失的就是交通肇事罪。故意和过失处于一种位阶关系，即在不清楚一个行为是出于故意还是出于过失（至少有过失）时，根据存疑时有利于被告人的原则，能够认定为过失

<sup>①</sup> 张明楷：《刑法学》，3版，557页，北京，法律出版社，2007。

犯罪。这并不是说，故意概念中包含了过失的要素，一个放任结果发生的人，不可能轻信可以避免结果的发生；一个明知结果发生的人，不可能没有预见结果的发生。但不能据此否认故意与过失之间的规范性位阶关系，亦即，与过失相比，对故意的要求更多。<sup>①</sup> 不管是认为故意犯比过失犯的违法性重，还是认为故意犯比过失犯的责任重，都只是表明二者是一种阶段关系或位阶关系，而不能表明它们是对立关系。因为从违法角度来说，结果回避可能性是故意与过失的共同要件，从责任角度来说，他行为可能性是故意与过失的共同前提（或基础）。换言之，回避可能性是故意与过失的基础概念。“故意概念与过失概念在刑法上的意义是确立入罪的要件，从此一目的来看，一个较低回避可能性的主观状态（过失）可以跨过入罪的门槛，一个高回避可能性的主观状态（故意）当然也可以跨过入罪的门槛。”<sup>②</sup> 所以，故意与过失之间的关系，是回避可能性的高低度关系，是责任的高低度关系，也是刑罚意义的高低度关系，因而是一种位阶关系。<sup>③</sup>

基于上述理由，可以得出如下结论：（1）行为人实施危险驾驶行为，对具体的公共危险与伤亡的实害结果仅有过失时，可能同时触犯交通肇事罪与过失以危险方法危害公共安全罪，形成竞合关系。例如，行为人应当预见到刹车存在缺陷，仍然以危险的高速度驾驶车辆的，属于一个行为同时触犯交通肇事罪与过失以危险方法危害公共安全罪，一般宜认定为交通肇事罪。（2）行为人实施危险驾驶行为，客观上存在与放火、爆炸、投放危险物质相当的具体的公共危险，行为人对具体的公共危险具有认识和希望或放任态度，但对已经发生的伤亡实害结果仅有过失的，应当认定为以危险方法危害公共安全罪。概言之，任何危险驾驶行为，凡是造成伤亡实害结果的，只要不是意外事件，首先成立交通肇事罪；但是，在此前提下，还需要做出进一步的判断：其一，行为是否已经产生了与放火、爆炸、投放危险物质相当的具体的公共危险，行为人对具体的公共危险是否具有故意，如得出肯定结论，就应认定为以危险方法危害公共安全罪；其二，在行为产生了与放火、爆炸、投放危险物质相当的具体的公共危险且发生了伤亡实害结果的前提下，如果行为人对伤亡实害结果持过失，则是过失的结果加重犯，适用刑法第 115 条

① Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 1091.

② 黄荣坚：《基础刑法学（上）》，3版，483~484页，台北，元照出版有限公司，2006。

③ 参见张明楷：《论表面的构成要件要素》，载《中国法学》，2009（2），95~96页。

第1款；如果行为人对伤亡实害结果有故意，则是结果犯（也可能被人们认定为故意的结果加重犯），依然适用刑法第115条第1款；不过，对二者的量刑是应当有区别的。

再如，刑法第338条规定的严重污染环境罪（违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质）与第114条、第115条规定的投放危险物质罪（投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质）之间，不可能存在对立关系。在认定相关案件时，只要明确各自的构成要件即可；不要试图在二者之间“划清界限”；也不要试图论证：符合重大环境污染事故罪的行为就必然不符合投放危险物质罪。换言之，必须承认一个行为可能同时触犯上述两个罪名的情形。对此，只能按照想象竞合犯的原理处理。

又如，刑法第224条之一规定的组织、领导传销活动罪与集资诈骗罪也不是对立关系。可以肯定的是，以传销为名骗取财物的行为，完全可能构成更重的诈骗犯罪（主要是集资诈骗罪）。一方面，不法分子在集资诈骗的过程中采用传销的模式诱骗他人钱财的案件并不少见。另一方面，在传销过程中，以销售林地、墓地等名义，以高利率、高回报为诱饵吸引社会公众投资，将非法募集的资金据为己有的案件也并不陌生。所以，符合组织、领导传销活动罪构成要件的行为，也可能完全符合集资诈骗罪的构成要件。如果认为二者是对立关系，就必然导致以传销形式实施的集资诈骗行为，反而会受到更轻的处罚。这便有悖刑法的正义性。<sup>①</sup>

## 2. 正确判断构成要件的符合性

犯罪构成要件是成立犯罪的法律标准。既然是构成要件，就表明是成立犯罪的最低要求（或者是成立既遂犯罪的最低要求），所以，不能在最低要求之外，另提出最高的限制条件。在此前提下，初步判断案件事实可能触犯的罪名，既可能由重罪到轻罪做出判断，也可能由轻罪到重罪做出判断。

刑法以保护法益为目的，将值得科处刑罚的法益侵害行为，类型化为构成要件。所以，一方面，刑法理论应当以法益保护为指导，准确理解、正确解释各种犯罪的构成要件。只要行为所侵害的法益处于刑法条文的保护范围内，只要行为、结果等事实处于刑法条文的用语可能具有

<sup>①</sup> 参见张明楷：《传销犯罪的基本问题》，载《政治与法律》，2009（9），27页以下。

的含义内，就应当将该行为解释为符合构成要件的行为。另一方面，刑法所规定的各种犯罪的构成要件，只是表述了成立（既遂）犯罪所必须具备的最低要求，所以，刑法理论只需要表述这种最低要求的内容。道理很明显：当刑法条文规定：实施 X 行为，造成财产损失“数额较大”，成立犯罪时，刑法理论不可说：“实施 X 行为，要求造成的财产损失为数额较大；如果造成的财产损失数额巨大，就不成立本罪。”画蛇添足的做法，不仅没有任何实际意义，而且形成歪曲刑法的局面。

认定犯罪的过程，是将案件事实与构成要件进行符合性判断的过程，需要把握三个关键：一是对构成要件的解释，二是对案件事实的认定，三是对案件事实与构成要件的符合性的判断。如果法官不能妥当解释抢劫罪的构成要件，就会将抢劫事实认定为其他犯罪；同样，纵使法官妥当地解释了抢劫罪的构成要件，但如若将抢劫事实认定为抢夺或者盗窃，也会导致将抢劫事实认定为其他犯罪。其实，在案件发生之前，或者说即使没有发生任何案件，学者与司法工作人员都可能事先对犯罪构成要件做出一般性解释。但是，案件事实是在案件发生后才能认定的，而案件事实总是千差万别，从不同的侧面可以得出不同的结论。许多案件之所以定性不准，是因为人们对案件事实认定有误。因此，对案件事实的认定，成为适用刑法的关键之一。在某种意义上说，“法律人的才能主要不在认识制定法，而正是在于有能力能够在法律的——规范的观点之下分析生活事实”<sup>①</sup>。

一方面，法官必须把应当判决的、具体的个案与规定犯罪构成要件、法定刑升格条件的刑法规范联系起来。对于案件事实，要以可能适用的刑法规范为指导进行分析；反之，对于刑法规范，要通过特定个案或者案件类型进行解释；刑法规范与案件事实的比较者就是事物的本质、规范的目的，正是在这一点上，形成构成要件与案例事实的彼此对应。<sup>②</sup> 另一方面，一个案件发生后，司法机关工作人员自然或者通常会想到该案件可能触犯的罪名，必然首先判断案件事实是否符合其中最重

① [德] 亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，87页，台北，学林文化事业有限公司，1999。

② 参见 [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，237页，台北，五南图书出版有限公司，2000；[德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，196页，北京，华夏出版社，2003；[法] 雅克·盖斯坦、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏等译，40页，北京，法律出版社，2004。

犯罪的构成要件，如得出肯定结论，而且案件只有一个行为，则不会再作其他判断；如果得出否定结论，则会继续判断案件事实是否符合较轻犯罪的构成要件。

例如，对于以暴力、胁迫手段强取他人财物的一个行为，是构成抢劫罪、敲诈勒索罪还是强拿硬要类型的寻衅滋事罪的判断，宜遵守如下路径：首先判断案件事实是否符合抢劫罪的构成要件；如若符合，则不必对是否构成敲诈勒索罪与寻衅滋事罪另作判断。如若不符合，则再判断是否符合敲诈勒索罪的构成要件；如仍得出否定结论，还需判断是否符合寻衅滋事罪的构成要件。例如，2002年12月29日，马某用机动三轮车拉木材（属乱砍滥伐木材），被林站工作人员发现，被罚款300元。马某怀疑系村民曹某举报所致，于第二天纠集数人殴打曹某，并向曹某索要500元钱，补偿损失。曹某无钱，被继续殴打，无奈借钱300元，交给马某后，马某才带人离去。临走时，马某威胁曹某不许报案。显然，如果本案马某的暴力、威胁行为没有达到足以压制他人反抗的程度，则不能认定为抢劫罪。又由于马某敲诈勒索的数额没有达到数额较大标准，也不成立敲诈勒索罪。但是，可以将马某的行为评价为强拿硬要情节恶劣，故应认定为寻衅滋事罪。<sup>①</sup>

有时，人们可能根据自己的先前理解，先判断案件事实符合了轻罪的构成要件。在这种情形下，判断者还需要反省自己的先前理解，检验判断的合理性，进一步判断案件事实是否可能符合重罪的构成要件。例如，A对正在执行逮捕的公安人员X和Y实施暴力，导致X身受重伤、Y受轻微伤。司法工作人员的第一印象可能是，A的行为符合妨害公务罪的构成要件。但是，司法工作人员不能认为这是唯一正确的、终局性的判断，还需要考虑A的行为有无可能构成其他重罪。诚然，A的行为的确符合妨害公务罪的构成要件。可是，A的行为也符合故意伤害罪（重伤）的构成要件。与妨害公务罪相比，故意伤害罪（重伤）是重罪。所以，应认定A的行为构成故意伤害罪。

明确构成要件的最低要求，不限定构成要件的最高要求，往返于轻罪与重罪之间做出判断，不仅可以防止将轻罪事实判断为重罪和将重罪事实判断为轻罪（无罪），从而使案件得到合理的处理，还有利于防止形成不应有的漏洞，并贯彻存疑时有利于被告的刑事诉讼原则。

<sup>①</sup> 在行为人强拿硬要数额较大财物，以敲诈勒索罪论处，只能适用“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”的法定刑时，如若行为同时构成寻衅滋事罪，则宜以寻衅滋事罪论处。

例如，倘若认为“侵害性的羞耻心、侵害性的决定权的行为属于猥亵行为”（提出了构成要件的最低要求），同时提出“猥亵行为不得是性交行为”（限定了构成要件的最高要求），就会产生如下问题：（1）对于成年妇女与幼男发生性交的，不能认定为猥亵儿童罪。这显然不合理。反之，只提出猥亵行为的最低要求，而不做出“不得是性交行为”的最高限制，则可以将成年妇女与幼男发生性交的行为认定为猥亵儿童罪。（2）当不能证明成年妇女是否与幼男发生性交时，便无法定罪。这显然不合适。因为既然成年妇女仅对幼男实施性交以外的猥亵行为都能成立猥亵儿童罪，更何况可能实施了性交行为的场合。反之，只提出猥亵行为的最低要求，而不做出“不得是性交行为”的最高限制，则可以认定成年妇女至少对幼男实施了性交以外的猥亵行为，因而能认定为猥亵儿童罪。（3）当不能证明男子强制实施的行为是否属于与妇女发生性交的行为时，便无法定罪。这也不合适。反之，只提出猥亵行为的最低要求，就可以将男子的该行为认定为强制猥亵妇女罪。

再如，关于故意杀人罪与故意伤害罪的关系，存在对立理论与单一理论。对立理论认为，杀人与伤害是两个相互排斥的概念，杀人故意排除伤害故意，故杀人不包含伤害。单一理论认为，杀人故意必然同时包含伤害故意。<sup>①</sup>在我国，两种理论会就以下问题产生分歧：（1）在不能查明行为人是杀人故意、还是伤害故意时，根据对立理论只能宣告无罪，而根据单一理论可以认定为故意伤害罪。（2）在A以杀人故意、B以伤害故意共同攻击X时，根据对立理论不构成共同犯罪，根据单一理论在故意伤害罪的范围内成立共同犯罪。显然，不能采取对立理论，而应采取单一理论。根据单一理论，故意杀人罪同时触犯了故意伤害罪，由于故意杀人罪重于故意伤害罪，故应以故意杀人罪论处。所以，不能说：“故意伤害罪不得造成他人死亡。”也不能说：“故意杀人罪的行为人不具有伤害意图”。

### 3. 充分运用想象竞合与法条竞合的法理

刑法虽然具有不完整性，但刑法所规定的犯罪之间不可能都具有绝对明确的界限。大部分犯罪之间并不是非此即彼的关系，一个案件事实完全可能亦此亦彼。换言之，由于用语具有多义性、边缘模糊性等特征，使得一个案件事实符合多个构成要件的现象极为普遍。在这种情况

<sup>①</sup> Vgl. R. Schmidt/S. Seidel, Strafgesetzbuch Besonderer Teil I, 4. Aufl., Verlag Rolf Schmidt 2000, S. 109.

下，刑法理论与司法实践不应为了区分两罪之间的界限而随意添加构成要件要素，相反，应当承认一个案件事实可能触犯多个罪名。一方面，即使是从法条关系上看毫不相干的两个犯罪，也可能由一个行为同时触犯，从而成立想象竞合犯。根据公认的处罚原则，对于想象竞合犯，应当从一重罪论处。另一方面，为了准确适用刑法条文，还必须注重法条竞合关系。

### (1) 盗窃罪与故意杀人罪的关系

盗窃罪与故意杀人罪似乎毫不相干，但二者完全可能竞合。例如，A 与严重心脏病患者 X 外出，A 明知 X 的心脏病发作后如不及时吃救心丸，就会死亡，但 A 在 X 的心脏病随时可能发作的情形下，盗窃了 X 随身携带的进口救心丸（价值达到数额较大标准），导致 X 在心脏病发作时，因为没有救心丸而死亡。A 仅实施了一个行为，但该行为既触犯了盗窃罪，也触犯了故意杀人罪，宜从一重罪（故意杀人罪）论处。倘若随意确定盗窃与杀人的界限，认为“盗窃行为不可能致人死亡，杀人行为不可能造成他人财产损失”，就极有可能否认 A 的行为触犯盗窃罪或故意杀人罪，其结论必然不当。

### (2) 诬告陷害罪与故意杀人罪的关系

诬告陷害罪与故意杀人罪好像并无关联，但二者也完全可能竞合。从立法论上而言，规定诬告反坐与对诬告陷害规定相对确定的法定刑，各有利弊。旧刑法实际上规定了诬告反坐。在这种情况下，行为人诬告他人故意杀人的，对行为人参照故意杀人罪的法定刑处罚。这在某种程度上，有利于做到罪刑相适应。但是，这种做法违反了罪刑法定原则，也没有考虑诬告行为本身的情节与危险程度。即使行为人诬告他人犯轻罪，但采取了恶劣手段，且给刑事司法造成重大损害时，也只能按轻罪论处。但是，刑法对诬告陷害罪规定相对确定法定刑也存在缺陷。例如，以恶劣手段诬告他人故意杀人的，也只能判处三年以下有期徒刑，这便难以实现罪刑相适应。妥当运用想象竞合犯的理论，则可以克服这一缺陷。例如，如果诬告陷害行为导致他人被错判死刑的，应以诬告陷害罪与故意杀人罪（间接正犯）的想象竞合犯论处。

### (3) 徇私枉法罪与故意杀人罪的关系

徇私枉法罪与故意杀人罪表面上也没有联系，但二者同样可以竞合。例如，法官 A 明知 X 犯故意伤害罪，但因为徇私情，通过伪造证据等手段而以故意杀人罪判处 X 死刑，导致 X 被执行死刑。A 的行为同时触犯了徇私枉法罪与故意杀人罪（间接正犯），应以故意杀人罪

论处。

#### （4）嫖宿幼女罪与奸淫幼女类型的强奸罪的关系

2007年10月至2008年6月，被告人袁荣会指使、教唆未成年人刘某某、袁某某采取威胁手段，先后强行将3名幼女、7名少女多次带到袁荣会家中，由袁荣会联系被告人冯支洋等7人嫖宿。其中，被告人冯支洋嫖宿幼女2人3次；陈村嫖宿幼女1人2次；母明忠嫖宿幼女2人2次；冯勇、李守明、黄永亮、陈孟然分别嫖宿幼女1人1次（以下简称贵州习水案）。这一案件引起了社会舆论的广泛关注，一些人主张对冯某等人的行为认定为奸淫幼女类型的强奸罪（以下简称为奸淫幼女罪）<sup>①</sup>，一些人则主张对冯支洋等人的行为认定为嫖宿幼女罪。

倘若刑法没有在奸淫幼女罪之外另规定嫖宿幼女罪，对贵州习水案就不可能产生任何争议，亦即，对嫖宿幼女的几名被告人会没有疑问地认定为奸淫幼女罪。从立法论上来说，或许可以认为，增设嫖宿幼女罪并没有太大的必要性，而且可能带来一些问题（如已满14周岁不满16周岁的人嫖宿幼女的，应否以强奸罪追究刑事责任）。所以，在贵州习水嫖宿幼女案发生之前，就有人主张废除嫖宿幼女罪。<sup>②</sup>

但是，刑法学的本体是解释学而不是立法学，在刑法既规定了奸淫幼女罪，也规定了嫖宿幼女罪的立法例之下，刑法学必须对贵州习水案提出妥当的解决方案。显而易见的是，贵州习水案争论背后的法律问题，是如何认识和处理嫖宿幼女罪与奸淫幼女罪的关系。

嫖宿幼女罪，是指嫖宿不满14周岁的幼女的行为。一般来说，这是在幼女主动、自愿或者基于某种原因正在从事卖淫活动的情况下，行为人明知卖淫者为不满14周岁的幼女，而以交付金钱或者其他财物为代价，与卖淫幼女发生性交或者实施类似性交的行为（由于本书讨论的是嫖宿幼女罪与奸淫幼女罪的关系，所以，本书以下所称的“嫖宿幼女”仅限于与卖淫幼女发生性交的行为）。如果幼女并没有从事卖淫活动，行为人使用强迫、利诱等手段与之发生性交的，则成立奸淫幼女罪。

那么，刑法在奸淫幼女罪之外另规定嫖宿幼女罪，是否意味着嫖宿幼女的行为不符合奸淫幼女罪的构成要件呢？答案是否定的。

① 最高人民法院与最高人民检察院的司法解释，已经取消了奸淫幼女罪的罪名。本书只是为了避免混淆与表述方便，将奸淫幼女类型的强奸罪称为奸淫幼女罪。

② 参见安翔：《奸淫幼女罪相关问题探讨》，载《法学评论》，2002（4），95页以下。

奸淫幼女罪，是指与不满 14 周岁的幼女发生性交的行为。由于幼女身心发育不成熟，缺乏辨别是非的能力，不理解性行为的后果与意义，也没有抗拒能力，因此，不论行为人采用什么手段，也不问幼女是否愿意，只要与幼女发生性交，就侵害了其性的自己决定权，成立奸淫幼女罪。奸淫幼女罪的成立，以行为人明知对方是或者可能是幼女为前提。

既然在法律上认为幼女的承诺或者同意是无效的，既然嫖宿幼女的行为表现为与卖淫的幼女发生性交，那就意味着以性交为内容的嫖宿幼女的行为也完全符合奸淫幼女罪的构成要件。首先，奸淫幼女罪的对象仅限于幼女，至于幼女的性格、品质如何，并不影响奸淫幼女罪的成立；换言之，卖淫幼女并没有被排除在奸淫幼女罪的对象之外。其次，与卖淫的幼女发生性交的嫖宿行为侵害了幼女的性的自己决定权（因为幼女的同意无效），客观上完全符合奸淫幼女罪的构成要件，具备奸淫幼女罪的违法性。再次，嫖宿幼女罪的成立以明知对方为不满 14 周岁的幼女为前提，所以，嫖宿幼女时，行为人已经明知自己是在与不满 14 周岁的幼女发生性交，因而具备了奸淫幼女罪的故意。既然如此，就完全可以得出如下结论：嫖宿幼女的行为同时完全符合奸淫幼女罪的构成要件。

正是因为嫖宿幼女的行为完全符合奸淫幼女罪的构成要件，人们才认为刑法规定嫖宿幼女罪是多余的，因而是可以取消的，事实上在现行刑法颁布之前，对嫖宿幼女的行为就以奸淫幼女罪论处。那么，现行刑法为什么在奸淫幼女罪之外另增设嫖宿幼女罪，而且其法定刑高于普通的奸淫幼女罪呢？本书的回答是：在幼女已经处于卖淫状态时，嫖宿者会更加胆大妄为、肆无忌惮，对幼女实施的性侵犯行为会更恶劣、性侵犯时间会更长，因而导致行为造成的结果会更严重；又由于幼女已经处于卖淫状态，导致对嫖宿行为进行一般预防的必要性增大，为了实现一般预防的效果，刑法对嫖宿幼女罪规定了高于普通的奸淫幼女罪的法定刑。

虽然从构成要件上进行分析的结论是，嫖宿幼女的行为完全符合奸淫幼女罪的构成要件，但人们习惯于认为，既然刑法在规定了奸淫幼女罪之后，另规定了嫖宿幼女罪，就表明刑法已经将嫖宿幼女的行为从奸淫幼女罪中独立出来了，因此嫖宿幼女的行为不再符合奸淫幼女罪的构成要件，对嫖宿幼女的行为不能再以奸淫幼女罪论处。本书不赞成这种观点。

首先，如前所述，即使刑法分则在规定了奸淫幼女罪之后，另规定了嫖宿幼女罪，也不意味着刑法已经完全将嫖宿幼女行为从奸淫幼女罪中独立出来了。事实上，不管刑法是否规定嫖宿幼女罪，奸淫幼女罪的构成要件并不会发生变化。其次，上述观点实际上彻底否认了法条竞合现象。法条竞合现象中最普遍的现象是特别关系，即刑法在普通法条之外另设立特别法条，由于符合特别法条的行为完全符合了普通法条，所以刑法上有特别法条优于普通法条的处理原则。例如，刑法分则在普通诈骗罪之外，另特别规定了金融诈骗罪与合同诈骗罪，几乎没有人认为金融诈骗罪与合同诈骗罪不再符合普通诈骗罪的构成要件，相反认为金融诈骗行为与合同诈骗行为，同时触犯了特别法条与普通法条，并进一步主张以特别法条论处。最后，既然嫖宿幼女的行为完全符合奸淫幼女罪的构成要件，就不能以刑法特别规定了嫖宿幼女罪为由，否认对嫖宿幼女的行为以奸淫幼女罪论处。因为犯罪构成具有个别化机能，行为实现的犯罪构成不同，成立的犯罪就不同。但一个行为完全可能同时实现两个犯罪构成，在这种情况下，需要根据相关规则对案件做出妥当的处理。在嫖宿幼女的行为同时符合了两个犯罪构成的情况下，不能简单地认为对嫖宿幼女的行为只能以嫖宿幼女罪论处。

承认此罪与彼罪之间的包容关系，更利于认定犯罪。既然嫖宿幼女的行为同时符合奸淫幼女罪的构成要件，就不应使二者之间处于对立关系或排斥关系，相反，应认为二者之间具有包容关系乃至部分同一关系。质言之，完全可以认为刑法分则对奸淫幼女规定了三种类型：一是普通的奸淫幼女罪，其法定刑为3年以上10年以下有期徒刑；二是嫖宿幼女类型的奸淫幼女，其法定刑为5年以上有期徒刑；三是奸淫幼女的情节加重犯，其法定刑为10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。<sup>①</sup>相应地，对与幼女发生性交的案件，也应分为三种情形处理：其一，与幼女发生性交，既不属于嫖宿幼女，也不具备奸淫幼女的加重情节的，认定为奸淫幼女罪，处3年以上10年以下有期徒刑；其二，与卖淫幼女发生性交（属于嫖宿幼女），不具备刑法第236条第3款规定的加重情节的，认定为嫖宿幼女罪，处5年以上有期徒刑；其三，与幼女发生性交，不管是否属于嫖宿幼女，只要具备刑法第236条第3款规定的加重情节之一的，应认定为奸淫幼女罪，处10年以上有期徒刑、无期徒

<sup>①</sup> 根据本书的观点，已满14周岁不满16周岁的人嫖宿幼女的，成立奸淫幼女罪。当然，如果情节轻微、尚未造成严重后果的，则不宜追究刑事责任。

刑或者死刑。换言之，即使是嫖宿幼女，只要具备刑法第 236 条第 3 款所规定的加重情节之一，就不能仅认定为嫖宿幼女罪，而应认定为具有加重情节的奸淫幼女罪。以下三点可以为上述结论提供理论依据。

第一，倘若认为嫖宿幼女的一个行为，同时触犯了嫖宿幼女罪与奸淫幼女罪，属于想象竞合犯，那么，按照从一重罪论处的原则，能够得出上述结论。

肯定嫖宿幼女的行为成立想象竞合犯，也并非没有理论根据。按照刑法理论的通说，法条竞合时存在一个法益侵害事实，想象竞合时存在数个法益侵害事实。<sup>①</sup> 嫖宿幼女一个行为既侵犯了幼女的性的自己决定权，也侵犯了社会管理秩序，存在两个法益侵害事实，属于想象竞合犯，因而应从一重罪论处。

第二，如若认为嫖宿幼女罪与奸淫幼女罪是法条竞合关系，也可以得出上述结论。

一方面，如果认为嫖宿幼女的行为不仅包括性交行为，而且包括类似性交的行为，而奸淫幼女仅限于与幼女发生性交的行为，那么，嫖宿幼女罪与奸淫幼女罪可谓交叉关系（奸淫幼女的不一定是嫖宿幼女，反之亦然）。对于交叉关系，应当采取重法条优于轻法条的原则。

另一方面，假若认为，嫖宿幼女与奸淫幼女的客观行为完全相同，那么，嫖宿幼女罪与奸淫幼女罪就是特别关系。在此又可以分为两种情形：其一，如果说，规定嫖宿幼女罪的第 360 条第 2 款仅与刑法第 236 条第 2 款具有特别关系<sup>②</sup>，那么，根据特别法条优于普通法条的原则，当嫖宿幼女的行为不具备刑法第 236 条第 3 款规定的情形时，对嫖宿幼女的行为就只能认定为嫖宿幼女罪，而不是认定为奸淫幼女罪。其二，如果说，规定嫖宿幼女罪的第 360 条第 2 款与刑法第 236 条第 2 款、第 3 款同时具有特别关系，那么，当嫖宿行为具备刑法第 236 条第 3 款规定的法定刑升格情节时，就应适用重法优于轻法的原则，即按照行为所触犯的法条中法定刑最重的法条定罪量刑。按照本书的观点，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；如果行为触犯的是不同的法律，则应当严格适用特殊法条优于普通法条的原则。其二，同一法律的特别法条的法定刑，

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

② 在 2010 年 9 月 19 日下午清华大学法学院的一次刑法专业博士生综合面试时，劳东燕副教授明确提出了这种观点。

明显低于普通法条规定的法定刑，而且，根据案件的情况，适用特殊法条不符合罪刑相适应原则。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，必须适用特殊法条。亦即，当刑法条文规定了“本法另有规定，依照规定”时，禁止适用普通法条，或者虽然没有这样的规定，但从刑事立法精神来看，明显只能适用特别法条时，禁止适用普通法条。当嫖宿幼女行为具备刑法第 236 条第 3 款的加重情节之一时，便符合适用重法优于轻法的条件。因为刑法第 360 条第 2 款这一特别条款规定的法定刑，明显低于刑法第 236 条第 3 款这一普通条款规定的法定刑，而且，根据案件的情况，适用第 360 条第 2 款明显不符合罪刑相适应原则；刑法第 236 条没有禁止适用普通条款，或者说没有指明必须适用特别条款（没有“本法另有规定的，依照规定”的规定）。

综合上述法条关系及其处理原则，可以得出以下结论：当嫖宿幼女的行为不具有刑法第 236 条第 3 款规定的法定刑升格情节时，对于嫖宿幼女的行为就应认定为嫖宿幼女罪，而不应认定为奸淫幼女罪；具有刑法第 236 条第 3 款规定的法定刑升格情节时，则认定为奸淫幼女罪。

第三，从刑法第 360 条第 2 款没有规定加重法定刑的角度来考虑，也能得出上述结论。

如前所述，刑法第 360 条第 2 款对嫖宿幼女罪所规定的法定刑高于普通的奸淫幼女罪的法定刑，而且这一规定具有合理根据。那么，刑法第 360 条第 2 款为什么没有像刑法第 236 条第 3 款那样，对嫖宿幼女罪规定加重法定刑呢？笔者的回答是，因为只要嫖宿幼女的行为具备刑法第 236 条第 3 款规定的法定刑升格情节之一，就应当认定为奸淫幼女罪，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，所以，刑法第 360 条第 2 款不必规定加重的法定刑。

基于以上观点与理由，对以下嫖宿幼女的行为应认定为奸淫幼女罪，按照刑法第 236 条第 3 款的规定定罪量刑：嫖宿幼女情节恶劣的；嫖宿幼女多人的；在公共场所当众嫖宿幼女的；二人以上共同轮流嫖宿幼女的；嫖宿幼女致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。所以，对贵州习水案究竟应当如何处理，取决于被告人是否具备上述加重情节。根据法院审理查明的事实，贵州习水案中嫖宿幼女的被告人并不具备上述 5 种情形之一，故对其以嫖宿幼女罪论处是合适的。

从以上的论述也可以看出，试图从构成要件上区分嫖宿幼女罪与奸淫幼女罪的界限，从而使二者形成对立关系的做法（如以被害人是否承诺为标准），不仅毫无益处（导致罪刑不均衡），而且徒增困惑。例一：使

两罪对立的观点不利于处理事实认识错误的案件。例如，甲住入某酒店后，本来想奸淫幼女，但实际上却是嫖宿幼女。亦即，行为人主观上具有奸淫幼女的故意，但客观上实施的是嫖宿幼女的行为。如果认为嫖宿幼女罪与奸淫幼女罪是对立关系，就必须得出甲客观上没有奸淫幼女的结论。根据客观的未遂犯论，甲的行为便不成立犯罪；即使根据主观的未遂犯论，甲的行为也只是奸淫幼女的未遂犯。但这种结论不可能得到人们的认同。使两者对立的观点，也不能处理相反的认识错误（行为人原本想嫖宿幼女，但客观上却是奸淫幼女）。例二：使两罪对立的观点不利于处理共同犯罪案件。例如，乙入住某酒店后，让 X 帮助找一名卖淫的幼女供其嫖宿，X 却找了一名并非卖淫的幼女 Y 送到乙的房间，乙与 Y 发生了性交。如果认为嫖宿幼女罪与奸淫幼女罪是对立关系，那么，二者之间并没有重合之处，于是，不管是采取犯罪共同说，还是采取行为共同说，乙与 X 都不可能成立共同犯罪。但这种结论不可能得到人们的支持。例三：使两罪对立的观点不利于处理事实不清的案件。例如，丙入住某酒店后，与一名幼女发生了性交，事后还给了幼女一块手表。事后不能查明，该幼女是否属于卖淫的幼女。如果认为嫖宿幼女罪与奸淫幼女罪是对立关系，根据事实上存疑有利于被告人的原则，就既不能认定为嫖宿幼女罪（因为不能证明该幼女为卖淫女），也不能认定为奸淫幼女罪（因为不能证明该幼女是普通幼女）。但这种结论不可能得到人们的赞成。

在刑法学领域，解释者不能只是想着普通案件，相反必须时刻思考特殊案件，只有将特殊案件作为常态案件展开研究，才能得出令人信服结论。

#### （5）抽逃出资罪与职务侵占等罪的关系

如何看待抽逃出资与职务侵占等罪的关系，是司法实践中经常遇到的问题。因为出资人出资后，资金属于公司所有，抽逃出资意味着非法占有公司所有的资金。对此存在许多思路：第一，抽逃出资经过了其他股东同意的，成立抽逃出资罪，否则成立职务侵占等罪；第二，具有归还出资的意思的，成立抽逃出资罪（但存在与挪用资金罪的关系问题）；否则成立职务侵占等罪；第三，经过其他股东同意且具有归还意思的，成立抽逃出资罪，否则成立职务侵占等罪；第四，在公司成立前抽逃出资的，成立抽逃出资罪，在公司成立后抽逃出资的，成立职务侵占等罪；第五，凡属于公司法中的抽逃出资的行为，均认定为抽逃出资罪，不管其是否触犯职务侵占等罪；第六，规定抽逃出资罪的法条与规定职务侵占罪的法条，是特别法条与普通法条的关系，对抽逃出资行为适用

特别法条，以抽逃出资罪论处；第七，实施抽逃出资罪行为触犯职务侵占等罪的，属于想象竞合犯，从一重罪论处；如此等等。显然，前六种思路都会导致两罪之间的区分缺乏合理性，只有采取第七种思路，才有利于公平地处理案件。

#### （6）寻衅滋事罪与相关犯罪的关系

寻衅滋事罪，与故意伤害、敲诈勒索、故意毁坏财物等罪的界限，一直成为困扰司法机关的问题。之所以如此，是因为刑法理论与司法机关一直希望在寻衅滋事罪与故意伤害、敲诈勒索、故意毁坏财物等罪之间划出明确的界限；而要划出明确的界限，就必须提出明确的区分标准。其中，是否出于流氓动机被认为是区分寻衅滋事罪与相关犯罪的关键标准。其实，解释者不应对寻衅滋事罪提出“出于流氓动机”的要求；更不能对故意伤害、敲诈勒索、故意毁坏财物等罪提出“不得出于流氓动机”的要求。那么，应当如何处理寻衅滋事罪与其他罪的关系呢？显然，应注意此罪与彼罪的想象竞合，并根据想象竞合犯的处罚原则，从一重罪处罚。

##### 第一，随意殴打类型的寻衅滋事罪与故意伤害罪的关系。

如前所述，随意殴打他人致人轻伤的行为，完全可能既符合故意伤害罪的构成要件，也符合寻衅滋事罪的构成要件。对此，按想象竞合犯从一重罪论处即可。所以，刑法理论只需说明，成立故意伤害罪不需要出于特定动机。另一方面，不应为了强调寻衅滋事与故意伤害罪的区别，而主张凡是造成轻伤以上结果的都不成立寻衅滋事罪，因为既然没有造成轻伤的行为都能构成寻衅滋事罪，造成轻伤以上结果的行为更能成立寻衅滋事罪。刑法理论只需要说明，随意殴打他人构成寻衅滋事罪的，不以造成轻伤结果为前提。

例如，马某与王某在小公共汽车上因买票问题与售票员肖先生发生口角。两人将肖先生拳打脚踢后仍不解气，下车后购买了3把西瓜刀，纠集另一同伙一起持刀找到正在打电话的肖先生，将其砍成轻伤，造成经济损失4700多元。第一种意见认为，马某的行为仅仅是一种寻衅滋事的行为。他随意殴打肖先生，致其轻伤，符合寻衅滋事罪的特征。第二种意见认为，马某的行为已构成故意伤害罪。因为马某殴打的对象明确，并非针对不特定多数人。<sup>①</sup>两种观点都是就寻衅滋事罪与故意伤害罪的区别而言的，前者抓住随意性的特征，后者抓住并非针对不特定多

<sup>①</sup> 参见陈实、蒲延红：《从本案看寻衅滋事罪的界定》，载<http://www.chinacourt.org/html/article/200310/21/86319.shtml>（访问日期：2007-10-11）。

数人的事实，但都难以说服对方。其实，马某的行为既符合寻衅滋事罪的特征，也符合故意伤害罪的构成要件，作为想象竞合犯，从一重罪论处即可。

第二，辱骂他人类型的寻衅滋事罪与侮辱等罪的关系。

辱骂他人造成严重结果，完全可能既符合侮辱罪或者其他犯罪的构成要件，也符合寻衅滋事罪的构成要件。同样，侮辱罪的成立不要求出于特定动机，故出于流氓动机侮辱他人的，也可以成立侮辱罪。反之，不具有流氓动机而辱骂他人，情节严重的，也可能成立寻衅滋事罪。所以，当辱骂他人情节严重的行为，同时触犯寻衅滋事罪与侮辱罪时，按照想象竞合犯的原则从一重罪即可，不必在两者之间寻找所谓关键区别。

例如，2003年8、9月份，涉嫌强奸犯罪的嫌疑人张某在某县看守所第四监舍羁押期间，强迫同监舍的李某吃屎、喝尿、舔刘某屁股，逼迫李某头朝下倒立在厕所里张开嘴，让同监舍的人往其嘴里撒尿，玩“倒栽葱”游戏，并让同监舍的人用小绳拴住了李某生殖器拉着转圆圈，戏称“放羊娃”；且多次随意用蘸水的鞋底殴打李某和同监舍其他人员。对本案有三种不同的意见。第一种意见认为，张某在看守所的行为只构成侮辱罪，理由是看守所不属于公共场所，且张某殴打同舍人员的目的是为了强迫同舍其他人受其侮辱，故属牵连犯，只应定侮辱罪。第二种意见认为，张某在看守所的行为构成侮辱罪和破坏监管秩序罪。因为破坏监管秩序罪指依法被关押的罪犯，有法定破坏监管秩序的情形之一，情节严重的行为。第三种意见认为其在看守所的行为构成侮辱罪和寻衅滋事罪。<sup>①</sup>倘若不是看重寻衅滋事罪与相关犯罪之间的似是而非的区别，而是注重判断行为符合何种犯罪的构成要件，是容易得出合理结论的。其一，张某虽然以暴力手段侮辱李某，但并没有辱骂他人，所以，该行为触犯了侮辱罪，但并没有触犯辱骂他人类型的寻衅滋事罪。其二，张某多次随意用蘸水的鞋底殴打李某和同监舍其他人员的行为，既触犯了寻衅滋事罪，也触犯了破坏监管秩序罪。由于寻衅滋事罪的法定刑重于破坏监管秩序罪的法定刑，故对该行为应以寻衅滋事罪论处。其三，以暴力手段侮辱李某的行为，与多次随意用蘸水的鞋底殴打李某和同监舍其他人员的行为，明显属于两个性质不同的行为，应当实行数罪并罚。

<sup>①</sup> 李新春：《是寻衅滋事罪、侮辱罪还是破坏监管秩序罪》，载<http://www.jcrb.com/zyw/n561/ca359627.htm>（访问日期：2007-10-11）。

结局是，对于张某的行为应以侮辱罪与寻衅滋事罪实行数罪并罚。

第三，强拿硬要类型的寻衅滋事罪与敲诈勒索、抢劫罪的关系。

如前所述，强拿硬要数额较大财物的行为，完全可能既符合敲诈勒索罪的构成要件，也符合寻衅滋事罪的构成要件。对此，宜按想象竞合犯从一重罪论处。不必为了强调寻衅滋事罪与敲诈勒索罪的区别，而主张敲诈勒索罪不得出于流氓动机。

对于寻衅滋事罪与抢劫罪的关系，也应当作上述理解。例如，苏某与同伴杨某酒后来来到一加油站内，由杨某持刀在站长室门口“放哨”，苏某闯入站长室内，无故殴打站长李先生，致李站长轻微伤。当苏某强行拿走李站长手机时，同伴杨某通知他警察即将赶到，苏某将手机还给了李站长，并一直等到警察出现。第一种意见认为，苏某、杨某的行为已构成抢劫罪。因为苏某殴打李站长，以暴力手段夺取李站长的手机，只因警察及时赶到，才没能得逞，所以，应是抢劫未遂。第二种意见认为，苏某、杨某的行为应定性为寻衅滋事罪。苏某犯罪的动机不在谋财而在滋事，寻求的并非财物而是刺激。<sup>①</sup>可是，苏某明明强行拿走李站长的手机，手机就是财物，怎么能认为苏某“不在谋财”、“寻求的并非财物”呢？如果苏某、杨某的暴力行为达到了足以压制他人反抗的程度，当然符合抢劫罪的构成要件。但是，符合抢劫罪的构成要件的行为，也完全可能符合强拿硬要类型的寻衅滋事罪的构成要件。所以，应当认为，苏某、杨某的行为同时符合抢劫罪与寻衅滋事罪的构成要件，宜从一重罪论处。

总之，对于以暴力、胁迫手段强取他人财物的，首先判断是否符合抢劫罪的构成要件；如若不符合，再判断是否符合敲诈勒索罪的构成要件；如仍得出否定结论，还需判断是否符合寻衅滋事罪的构成要件。

第四，强拿硬要、任意占用类型的寻衅滋事罪与聚众哄抢罪的关系。

行为人不以聚众方式强拿硬要、任意占用他人财物的，当然不可能成立聚众哄抢罪；反之，行为人以聚众方式强拿硬要、任意占用他人财物的，完全可能同时符合寻衅滋事罪与聚众哄抢罪的构成要件，因而以想象竞合犯从一重罪论处。

第五，任意损毁财物类型的寻衅滋事罪与故意毁坏财物罪的关系。

<sup>①</sup> 参见陈实、蒲延红：《从本案看寻衅滋事罪的界定》，载 <http://www.chinacourt.org/html/article/200310/21/86319.shtml>（访问日期：2007-10-11）。

任意损毁公私财物的行为，既可能构成故意毁坏财物罪，也可能构成寻衅滋事罪。不能认为，“任意”损毁公私财物的，不成立故意毁坏财物罪；因为成立故意毁坏财物罪，并不以“非任意”为要件。也不能认为，任意损毁公私财物数额较大的，不成立寻衅滋事罪；因为任意损毁数额较小财物的行为可能成立寻衅滋事罪，任意损毁数额较大财物的，更能成立寻衅滋事罪。所以，当任意损毁公私财物的行为，同时触犯上述两罪时，司法机关的任务不是在两罪之间找出区别，而是以想象竞合犯从一重罪论处。

例如，在公路收费站，乙驾驶的汽车与甲驾驶的汽车抢道，甲即大发雷霆，过了收费站便将乙的汽车拦下，并用随车携带的工具砸碎乙车的挡风玻璃，造成严重损失（达到故意毁坏财物罪的数额标准）。倘若以甲的行为是否指向特定的人与物、主观上是否出于耍威风、逞意气的动机为标准，区分甲的行为是构成故意毁坏财物罪还是构成寻衅滋事罪，是缺乏说服力的。本书认为，应认定甲的行为同时触犯上述两罪，宜从一重罪论处。

第六，起哄闹事类型的寻衅滋事罪与聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的关系。

在公共场所起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的行为，既可能构成寻衅滋事罪，也可能成立聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪。虽然可以认为，是否聚众是该两罪之间的重要区别，可是，起哄闹事类型的寻衅滋事罪，既可以一个人单独实施，也可能以聚众方式共同实施。当行为人以聚众方式在公共场所起哄闹事，造成公共秩序严重混乱时，“是否聚众”便不再是两罪之间的区别。所以，司法机关面对具体案件时，依然要首先判断行为是否符合聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪的构成要件，再判断行为是否符合寻衅滋事罪的构成要件。如只能对其中之一得出肯定结论，则以该罪论处；如对两者都得出肯定结论，则从一重罪论处。

#### （7）盗窃罪与盗伐林木罪的关系

盗窃罪与特殊的盗窃罪（如盗窃枪支罪、盗伐林木罪）等并不是对立关系，而是包容关系，因为枪支、林木等完全可以评价为财物。于是，在某些情况下，对客观上盗窃枪支或者盗窃林木的行为，也完全可以认定为盗窃罪。

一般认为，规定盗伐林木罪的第 345 条第 1 款与规定盗窃罪的第 264 条之间，是特别法条与普通法条的关系（特别关系）。在通常情况下，对于盗伐林木的行为，应适用特别法条优于普通法条的原则，以盗

伐林木罪论处。这是容易理解和被人接受的。

但是，在特别关系的场合，如果符合特定条件（参见本书第十四章），也可能适用重法条优于轻法条的原则。本书认为，严重的盗伐林木案件具备适用重法条优于轻法条原则的条件。

第一，刑法在同一法律即刑法典中规定了盗伐林木罪与盗窃罪，而不是在其他特别刑法中规定了盗伐林木罪。换言之，盗伐林木的行为，触犯的是同一法律的普通法条与特别法条。

第二，刑法第 264 条对一般盗窃罪所规定的最高刑为无期徒刑，对盗窃金融机构与盗窃珍贵文物所规定的最高刑为死刑，而刑法第 345 条对盗伐林木罪所规定的最高刑为 15 年有期徒刑。那么，盗伐林木罪的违法性与有责性是否一概轻于盗窃罪的违法性与有责性呢？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，而且侵犯了森林资源。所以，总的来说，盗伐林木罪的违法性与有责性重于盗窃罪的违法性与有责性。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，否则就会违反刑法的基本原则。

第三，刑法第 264 条并不存在“本法另有规定的，依照规定”的规定。这表明，刑法并不禁止对盗伐林木的行为适用刑法第 264 条认定为盗窃罪。

既然严重的盗伐林木案件符合重法条优于轻法条原则的适用条件，在必要时，对于盗伐林木案件就应认定为盗窃罪。与盗窃已被砍伐的树木相比，也能得出这一结论。例如，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 9 条规定：“将国家、集体、他人所有并已经伐倒的树木窃为己有，以及偷砍他人房前屋后、自留地种植的零星树木，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。”倘若对严重的盗伐林木案件不适用重法条优于轻法条的原则，就必然出现以下不合理局面：其一，盗窃已被伐倒的他人树木，数额特别巨大的，“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”；而盗窃未被伐倒的生长中的他人树木，数量特别巨大的，只能“处七年以上有期徒刑，并处罚金”。其二，盗窃他人房前屋后、自留地的生态功能小的零星树木，数额特别巨大的，“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”；而盗窃他人林地的生态功能大的林木，数量特别巨大的，只能“处七年以上有期徒刑，并处罚金”。这两种局面明显违反了刑法的

正义性。显然，只有在必要时适用重法条优于轻法条的原则，才能实现刑法的正义性。

或许有人认为，笔者的上述观点违反了罪刑法定原则，因为既然刑法规定了盗伐林木罪，对于盗伐林木的行为就不能认定为盗窃罪。其实不然。其一，盗伐林木的行为完全符合盗窃罪的构成要件。因为林木也是财物，而且是他人占有的财物，盗伐行为意味着将他人占有的财物转移为自己或者第三者所有，完全符合盗窃罪的构成要件。显然也不能因为盗伐林木的行为另侵害了森林资源，而否认盗伐林木的行为侵犯了财产。其二，如上所述，刑法第 264 条以及第 345 条都没有禁止对盗伐林木的行为，在必要时适用盗窃罪的规定定罪处罚。其三，相对于刑法第 264 条而言，第 345 条虽然是特别条款，但不是因为盗伐林木的违法性与有责性轻而设立的封闭的特权条款，即并不意味着凡是符合盗伐林木罪构成要件的行为都必须绝对适用刑法第 345 条。所以，对严重的盗伐林木案件适用重法条以盗窃罪论处，既符合罪刑相适应原则，也符合罪刑法定原则。

可能有人认为，刑法对盗伐林木罪的法定刑规定过轻，或者对盗窃罪的法定刑规定过重，这是立法问题，只能通过修改刑法来解决，而不能通过适用重法条优于轻法条的原则来解决。可是，既然重法条优于轻法条是处理法条关系的原则之一，那么，只要案件符合重法条优于轻法条原则的适用条件，就没有理由排除适用该原则。另一方面，在能够通过解释使案件得到妥当处理时，就不存在所谓立法问题。

盗伐林木罪能否转化为抢劫罪，也取决于如何理解盗窃罪与盗伐林木罪的关系。

一种观点认为，“从严格的罪刑法定主义的立场而言，我国刑法第 269 条规定的‘犯盗窃、诈骗、抢夺罪’，自然只限于侵犯财产罪一章所规定的普通盗窃、诈骗、抢夺罪，因为其他特殊类型的盗窃、诈骗、抢夺既然刑法规定了单独的罪名和法定刑，就有别于普通盗窃、诈骗、抢夺的犯罪，在刑法没有明文规定的条件下，认为实施这类犯罪也可能转化为抢劫罪，这同样是违反罪刑法定主义的。”<sup>①</sup> 据此，犯盗伐林木罪的不可能转化为抢劫罪。

另一种观点则认为，“肯定财产罪性质的特殊盗窃、诈骗、抢夺罪

<sup>①</sup> 刘明祥：《财产罪比较研究》，147 页，北京，中国政法大学出版社，2001。

包含在刑法第 269 条的前提条件之中并不违背罪刑法定原则……根据刑法第 269 条‘犯盗窃、诈骗、抢夺罪’的规定，并不能得出该前提条件仅限于第 264、266、267 条的普通盗窃、诈骗、抢夺罪的结论。如果刑法第 269 条明确规定了‘犯第 264 条的盗窃罪、第 266 条的诈骗罪、第 267 条的抢夺罪’，那么，严格根据罪刑法定原则，其他条文的盗窃、诈骗、抢夺罪就不能适用刑法第 269 条，但是，第 269 条没有这样规定。”<sup>①</sup> 据此，犯盗伐林木罪的可能转化为抢劫罪。

在本书看来，两种观点的问题都表现为将案件事实固定化。前一种观点的基本理由可取，但导致了不合理的局面。例如，与盗窃已被伐倒的林木以及盗伐农民房前屋后的树木的行为可以转化为抢劫罪相比，更应当肯定盗伐林木的行为可以转化为抢劫罪。后一种观点的结论可取，但基本理由有疑问。本书认为，刑法第 269 条所规定的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”应当限定为犯第 264 条的盗窃罪、第 266 条的诈骗罪、第 267 条的抢夺罪。这样解释不存在违反罪刑法定原则的问题。同样，承认盗伐林木的行为可以转化为抢劫（即适用刑法第 269 条），并不意味着也不需要将刑法第 269 条所规定的“犯盗窃罪”扩大到（或类推到）“犯盗伐林木罪”，而是说，盗伐林木的行为完全符合刑法第 264 条规定的盗窃罪的构成要件，因此，可以将其评价为盗窃罪；在盗伐林木的行为人为了窝藏赃物、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时，司法机关可以将事实评价为行为人在犯盗窃罪时，为了窝藏赃物、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，因而应当适用刑法第 269 条的规定，以抢劫罪论处。这样解释，既得出了合理结论，也不违反罪刑法定原则。

由此可见，刑法理论不应当认为盗窃罪与盗伐林木罪是对立关系，尤其不能为了区分二者，而做出“盗窃罪的对象必须是林木以外的财物”的解释结论。

总之，刑法理论与司法实践需要以犯罪的保护法益为指导，正确解释各种犯罪的构成要件，减少犯罪之间的对立关系，合理归纳案件事实，妥当判断案件事实符合哪种或哪些犯罪的构成要件，并善于运用想象竞合犯与法条竞合的原理，认定相关犯罪。

<sup>①</sup> 刘艳红：《转化型抢劫罪前提条件范围的实质解释》，载赵秉志主编：《刑法论丛》，第 13 卷，407 页，北京，法律出版社，2008。

# 避免矛盾与保持协调

### 一、避免矛盾与保持协调的必要性

按照体系解释的要求，解释者在解释一个刑法条文时，必须根据该条文在整个刑法中的地位，联系相关法条的含义，阐明其规范意旨。体系解释的重要目的之一在于避免断章取义，避免自相矛盾，以便刑法整体协调。此外，刑法是存在于法律体系中的一个整体，它不仅要与宪法协调，而且本身也要协调，当然还要与其他法律相协调。只有使刑法条文之间没有矛盾，保持协调，才能实现刑法的正义性。正因为如此，“法律解释的古典规则早就指出，对规范的解释应尽可能避免使规范之间出现冲突”<sup>①</sup>。

本章所称的避免矛盾与保持协调二者之间，并没有明确的界限。一般而言，如果避免了刑法条文之间的相互矛盾，就基本上能够实现刑法条文之间的协调。但严格地说，避免矛盾只是保持协调的最低限度要求，解释者应当在避免矛盾的前提下，进一步追求协调性。首先，刑罚总是与定罪联系在一起，定罪不同，适用的法定刑就不同。对两个案件的处理是否协调，主要是以处罚程度是否均衡为标准做出判断的。不管两个犯罪行为的性质是否相同，只要将原本应当判处较轻刑罚的犯罪判处了较重的刑罚，或者将原本应当判处较重刑罚的犯罪判处了较轻的刑罚，社会的一般观念就会认为二者是矛盾的、不协调的。其次，即使A罪与B罪的法定刑相同，刑法也不允许将A罪认定为B罪，将B罪认定为A罪，这既是罪刑法定原则决定的，也是刑法的公平正义性决定的。例如，诈骗罪的数额较大与盗窃罪的数额较大的法定刑相同。对于

---

<sup>①</sup> [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，57页，北京，法律出版社，2009。

以借打手机为由乘机溜走而将他人手机据为己有的案件，有的地方认定为盗窃，有的地方认定为诈骗，于是出现了不协调的现象：其一，如果手机价值为1 000余元，那么，认定为盗窃罪就达到了数额较大的标准；认定为诈骗就没有达到数额较大的标准，于是导致相同的行为有的受处罚，有的不受处罚。其二，倘若手机价值为3 000余元，虽然达到了诈骗罪的数额较大的标准，但如果认定为盗窃罪，其量刑就会比诈骗罪重。这也造成了不协调现象。

不言而喻，只有避免矛盾、保持协调，才能实现刑法的平等正义。如果法官有时将此案件当做a处理，有时将此案件当做非a处理，就必然损害刑法的正义性。同样，如果同一地区的法官在同一时期，对于罪行相同、特殊预防与一般预防必要性相同的案件，量刑差别明显，就必然损害刑法的平等性。

显而易见，只有避免矛盾、保持协调，才能保障国民的预测可能性。“没有人能够在同一个情况中，执行a又同时不执行a。”<sup>①</sup>也不能要求人们在同一种情形下，既选择a也选择非a。

当法条字面上出现所谓矛盾或者不协调的表述时，解释者就必须通过各种解释方法排除矛盾，实现法条之间的协调。“在各种排除矛盾的方法中，最简单的方法就是去确认这两个相互矛盾的语句里，哪个语句应当排除另一个语句。”<sup>②</sup>还可能出现这样的现象：在此种背景下，由A语句排除B语句；在另一种背景下，由B语句排除A语句。如后所述，在一般情形下，采用特别法条优于普通法条的原则，在特别情形下，采取重法条优于轻法条的原则，就是为了排除刑法适用效果的不协调（参见本书第十四章）。当然，更多的情形需要具体分析，得出协调的结论。

避免矛盾与保持协调，是体系解释的最主要的要求。换言之，法律的无矛盾性，应当无例外地贯彻到刑法分则的解释中。也正因为如此，国外刑法学者对此予以高度重视。例如，日本刑法第199条所规定的杀人罪的法定刑为“死刑、无期或者五年以上惩役”，日本刑法第181条规定的强奸致死罪的法定刑为“无期或者五年以上惩役”。问题是，行为人在强奸妇女时对死亡具有故意的应当如何处理？日本的判例采取的

① [德] Ingeborg Puppe: 《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，78页，台北，元照出版公司，2010。

② [德] Ingeborg Puppe: 《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，78页，台北，元照出版公司，2010。

观点是，对这种情形应当认定为强奸致死罪与杀人罪的想象竞合犯。<sup>①</sup>但山口厚教授认为，最高裁判所的观点导致对死亡结果进行了双重评价，这是不理想的；更为重要的是，将上述情形认定为强奸罪与杀人罪的想象竞合犯，也不会产生刑罚不均衡的问题。既然如此，就应当认定为强奸罪与杀人罪的想象竞合犯。<sup>②</sup>但是，日本刑法第 240 条对抢劫致死罪所规定的法定刑为“死刑或者无期惩役”。于是，又产生了如下问题：抢劫致死时，行为人对死亡具有故意的应当如何处理？判例与通说均认为仅成立抢劫致死罪，而不再认为是杀人罪与抢劫致死罪的想象竞合犯。<sup>③</sup>山口厚教授指出：“肯定杀人罪与抢劫致死罪的成立，就对死亡进行了双重评价，但如果仅肯定杀人罪与抢劫罪的成立，那么，刑罚就会比对死亡结果仅有过失的场合（抢劫致死罪）还要轻，有失均衡，因此，判例、通说的见解是妥当的。”<sup>④</sup>由此可以归纳如下：根据日本刑法理论的通说，强奸犯对死亡有故意的，成立强奸罪与杀人罪的想象竞合犯；抢劫犯对死亡有故意的，不成立抢劫罪与杀人罪的想象竞合犯，也不成立抢劫致死罪与杀人罪的想象竞合犯，而仅认定为抢劫致死罪。在认定是否成立想象竞合犯的问题上，日本刑法理论的通说似乎不一致，但是，是否认定想象竞合犯的成立，正是为了使犯罪得到均衡的处理。不难看出，避免实质上的、处罚上的矛盾，才是最有意义的。

如上所述，避免矛盾与保持协调，没有明显的界限。不过，本章所称的矛盾，除了解释结论的不协调之外，还包括了解释理由的自相矛盾。诚然，解释理由的自相矛盾（不讲逻辑），也可能是为了使案件得到协调处理。但是，在刑法解释学上，不应当允许自相矛盾的解释理由。“因为，

① 参见日本最高裁判所 1956 年 10 月 25 日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第 10 卷第 10 号，1455 页。

② 参见 [日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，116 页，东京，有斐阁，2010。这也是日本刑法理论的通说，另参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（各论）》，3 版增补版，104 页，东京，有斐阁，2005；[日] 大谷实：《刑法讲义各论》，新版第 2 版，122 页，东京，成文堂，2007；[日] 西田典之：《刑法各论》，5 版，94 页，东京，弘文堂，2010。

③ 参见日本最高裁判所 1957 年 8 月 1 日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第 11 卷第 8 号，2065 页；[日] 团藤重光：《刑法纲要（各论）》，3 版，595 页，东京，创文社，1990；[日] 平野龙一：《刑法概说》，211 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，235 页，东京，成文堂，2007；[日] 西田典之：《刑法各论》，5 版，181 页，东京，弘文堂，2010；[日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4 版，255 页，东京，东京大学出版会，1996。

④ [日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，237 页，东京，有斐阁，2010。

‘从矛盾中可以导出一切’是一个逻辑上的基本认识。对此认知，在逻辑上有个最简单的说明提供给那些好奇的读者：假设，在一个语句体系中‘a’和它的否定（也就是‘非 a’）都被承认为正确的。现在我们拿一个任意的语句‘x’，我们可以用语句‘a’与语句‘非 a’来证明语句 x 是正确的。如果语句‘a’是正确的，那么语句‘a 或 x’就也是正确的。因为在二者择一（非此即彼）的逻辑（Alternative）中，只要其中一个组成语句为真（=正确），这个择一语句便为真。但如果语句‘非 a’为真，那么语句‘a’就是伪（=假、不正确）。如果语句‘a’为伪，但语句‘a 或 x’为真，那么语句‘x’就必须为真。我们不应该只把这当作一个实务上不具意义的逻辑游戏。因为，如果推导的过程更长、更加错综复杂，就绝对有可能发生从矛盾中推出某些事物的结果。”<sup>①</sup>

## 二、矛盾现象的分析

不可否认，几乎没有一个解释者愿意使自己的解释结论与解释理由自相矛盾。但是，认识自己比认识别人更难。在不少情况下，人们要么不自觉地得出了自相矛盾的解释结论，或者采取了自相矛盾的解释理由，但自己并没有认识到；要么认识到解释结论自相矛盾，但将责任推给立法者，认为立法者制造了矛盾，于是与自己无关。前一种情形的存在，证实了学术批判的重要性。每一位解释者都要善于在相互的学术批判中，反省自己的解释理由与解释结论，进而提高自己的解释能力，校正自己的解释结论。后一种情形存在，表明解释者没有处理好立法与解释的关系。“制定法时常十分含糊，不承认这一事实是愚蠢的。”<sup>②</sup> 同样，制定法的表述有时看上去也不协调，不承认这一事实也是愚蠢的。但是，解释的目的之一就是去除制定法中不协调的现象，亦即，通过解释使得制定法十分协调。换言之，即使立法者制造了矛盾，但只要有可能解释得没有矛盾，就必须做出没有矛盾的解释（当然，这种解释不能违反罪刑法定原则）。

下面按照具体犯罪在分则中的先后顺序，对刑法理论与司法解释出现的自相矛盾、不协调现象略作分析。

<sup>①</sup> [德] Ingeborg Puppe: 《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，78 页，台北，元照出版公司，2010。

<sup>②</sup> [美] 罗伯特·萨默斯：《大师学述：富勒》，马驰译，210 页，北京，法律出版社，2010。

(一) 第 124 条

刑法第 124 条第 1 款与第 2 款分别规定：“破坏广播电视设施、公用电信设施，危害公共安全的，处三年以上七年以下有期徒刑；造成严重后果的，处七年以上有期徒刑。”“过失犯前款罪的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”

单纯从文字表述与形式逻辑关系上理解上述两款的规定，就会得出如下结论：过失损坏广播电视设施、公用电信设施尚未造成严重后果的也成立犯罪。但如果这样解释，则会导致诸多矛盾现象：

第一，与刑法总则第 15 条关于过失犯的规定相矛盾。因为刑法第 15 条明确规定，只有当过失行为“以致”危害社会的实害结果发生时，才成立过失犯罪。而第 124 条第 1 款前段的“危害公共安全”显然是就行为性质与具体危险而言，并不要求造成严重的实害结果。如果认为过失损坏广播电视设施、公用电信设施，尚未造成严重后果的也构成过失犯罪，就明显与刑法第 15 条相矛盾。

第二，与过失损坏交通工具、交通设施等犯罪相冲突。破坏交通工具、破坏交通设施、破坏电力设备、破坏易燃易爆设备等罪的法益侵害性，重于破坏广播电视设施、公用电信设施罪，法定刑就能说明这一点。相应地，过失损坏交通工具、过失损坏交通设施、过失损坏电力设备、过失损坏易燃易爆设备等罪的法益侵害性，也重于过失损坏广播电视设施、公用电信设施罪。但是，过失损坏交通工具、过失损坏交通设施、过失损坏电力设备、过失损坏易燃易爆设备等罪的成立，以行为“造成严重后果”为前提（参见刑法第 119 条）；如果认为过失损坏广播电视设施、公用电信设施罪的成立，不以造成严重后果为前提，就导致其与上述几种过失犯罪不协调。显然，在这种场合，不能否认过失损坏交通工具、过失损坏交通设施、过失损坏电力设备、过失损坏易燃易爆设备等罪的成立，以行为“造成严重后果”为前提，因为这是刑法第 119 条的明确规定。既然如此，就只能以该明确规定为根据，解释刑法第 124 条不明确的规定。

第三，与故意破坏广播电视设施、公用电信设施尚未造成严重后果的处罚不协调。在我国刑法分则中，对故意犯的处罚明显重于相应的过失犯。但是，如果认为过失损坏广播电视设施、公用电信设施尚未造成严重后果的也成立犯罪，就意味着在本条中，对过失犯的处罚与对故意犯的处罚完全相同。这便造成了过失犯与故意犯的处罚不协调。

但是，最高人民法院 2004 年 12 月 30 日《关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的解释》就没有处理好刑法第 124 条两款之间的关系。该解释第 1 条规定：“采用截断通信线路、损毁通信设备或者删除、修改、增加电信网计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序等手段，故意破坏正在使用的公用电信设施，具有下列情形之一的，属于刑法第一百二十四条规定的‘危害公共安全’，依照刑法第一百二十四条第一款规定，以破坏公用电信设施罪处 3 年以上 7 年以下有期徒刑：（一）造成火警、匪警、医疗急救、交通事故报警、救灾、抢险、防汛等通信中断或者严重障碍，并因此贻误救助、救治、救灾、抢险等，致使人员死亡 1 人、重伤 3 人以上或者造成财产损失 30 万元以上的；（二）造成 2 000 以上不满 1 万用户通信中断 1 小时以上，或者 1 万以上用户通信中断不满 1 小时的；（三）在一个本地网范围内，网间通信全阻、关口局至某一局向全部中断或网间某一业务全部中断不满 2 小时或者直接影响范围不满 5 万（用户×小时）的；（四）造成网间通信严重障碍，一日内累计 2 小时以上不满 12 小时的；（五）其他危害公共安全的情形。”显然，这一解释是将第 124 条第 1 款中的用来表示危险犯的“危害公共安全”的概念，当做用于表示实害犯的概念了。对第 1 款的“危害公共安全”设立如此高的定罪标准，旨在使相应的过失行为也受到处罚。但是，这样的规定虽然使过失犯的处罚获得了一定的合理性，却使故意犯罪的成立范围不当缩小，现在的司法实践已经表明，这样的解释已经行不通了。

其实，与刑法第 114 条至第 119 条相比较，就知道刑法第 124 条第 1 款前段所表示的是尚未造成严重后果的情形。唯一不同的是，刑法第 114 条、第 116 条至第 118 条使用了“尚未造成严重后果”的表述。但是，“尚未造成严重后果”只是表面的构成要件要素，而不是真正的要素。

不管采取何种犯罪论体系，构成要件都必须具有实质作用。如果采取违法类型说，表明违法性的要素，就成为构成要件要素；如果采取违法有责类型说，则表明违法性的要素与表明有责性的要素都是构成要件要素。但是，倘若仔细研究刑法关于构成要件要素的规定，就会发现，刑法明文规定的某些要素并不是为违法性、有责性提供根据，只是为了区分相关犯罪（包括同一犯罪的不同处罚标准）的界限。这种构成要件要素称为“表面的构成要件要素”或“虚假的构成要件要素”，也可以称为分界要素。从实体法的角度而言，表面的构成要件要素不是成立犯罪必须具备的要素；从诉讼法的角度而言，表面的构成要件要素是不需

要证明的要素。刑法第 114 条、第 116 条至第 118 条中的“尚未造成严重后果”显然不是为违法性、有责性提供根据的要素，更非表明“倘若造成严重后果”便不构成犯罪之意，仅仅在于说明其规定的违法程度分别轻于第 115 条、第 119 条规定的违法程度（故法定刑有区别），因而属于表面的构成要件要素。相比之下，刑法第 124 条第 1 款的表述更为合适、可取。例如，行为人甲故意投放危险物质，且足以危害公共安全，虽然客观上发生了他人死亡的结果，但不能查明该死亡结果是否由甲的行为所引起，根据存疑时有利于被告人的原则，不能适用刑法第 115 条。那么，能否直接适用刑法第 114 条呢？倘若认为，适用刑法第 114 条的前提是“尚未造成严重后果”，在不能证明行为“尚未造成严重后果”时，对甲的行为就不适用该条。可是，这样的结论不可能得到认可。其实，刑法第 114 条中的“尚未造成严重后果”并不是为违法性、有责性提供根据的要素，只是为了根据罪行轻重规定不同法定刑所设定的分界要素，因而属于表面的构成要件要素。换言之，只要行为属于投放危险物质，且足以危害公共安全，就能够适用刑法第 114 条。据此，对本案中的甲可以直接适用刑法第 114 条定罪量刑。基于同样的理由，对刑法分则第二章中的其他条款所规定的“尚未造成严重后果”，都应解释为表面的构成要件要素；从另一角度说，应解释为“不需要造成严重后果”。在法条规定“不需要造成严重后果”也成立犯罪时，造成严重后果的案件，当然也符合了“不需要造成严重后果”的规定。所以，“尚未造成严重后果”的规定，其实是没有实际意义的。这是因为，既然刑法第 115 条规定了造成严重后果的犯罪的法定刑，那么，即使第 114 条没有使用“尚未造成严重后果”的表述，也当然是指不能认定为造成了严重后果的情形。既然刑法第 119 条规定了造成严重后果犯罪的法定刑，那么，即使刑法第 116 条至第 118 条不使用“尚未造成严重后果”的表述，也必然是指不需要造成严重后果的情形。显而易见，刑法第 124 条第 1 款前段没有使用“尚未造成严重后果”的表述，是更为合理、可取的。亦即，即使客观上发生了严重后果，但不能认定该严重后果由行为人的行为造成时，也无可争议地适用第 1 款前段的规定。<sup>①</sup>

既然如此，解释者就应当认为，刑法第 124 条第 1 款后段所规定的是造成严重后果的情形，那么，前段当然就是指不需要造成严重后果的

<sup>①</sup> 详细论述参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，255 页以下，北京，北京大学出版社，2010。

情形；刑法第 124 条第 2 款规定的“过失犯前款罪”仅指过失犯前款后段造成严重后果的犯罪。这种解释只是一种限制解释，不仅完全符合罪刑法定原则，而且实现了刑法的协调。

从以上论述可以看出，对刑法分则条文的解释是需要讲逻辑的，但是这并不意味着根据形式逻辑得出的结论当然是合理的、协调的。解释需要从文理出发，但是必须得出符合刑法分则条文目的的结论。这也并不意味着结论的合理性一概重于逻辑的合理性，就上例而言，进行限制解释后，在逻辑上与结论上都是合理的。另一方面，在遇到根据形式逻辑得出不当结论的场合，解释者不能以“刑法规定原本如此，解释者无能为力”为由，维持不协调、不正义的局面。这是一种不负责任的态度。

## （二）第 196 条

刑法第 196 条规定了信用卡诈骗罪。争论问题之一是，行为人拾得他人信用卡之后在 ATM 机上取款的行为，是否成立信用卡诈骗罪？质言之，机器能否成为各种诈骗罪中的受骗者？

在本书看来，规定信用卡诈骗罪的第 196 条与规定普通诈骗罪的第 266 条是特别法条与普通法条的关系，信用卡诈骗罪是普通诈骗罪的特别类型。但有学者指出：“以信用卡诈骗罪是诈骗罪的一种特别类型为根据，完全用传统诈骗罪的概念来解释信用卡诈骗罪是行不通的。”<sup>①</sup>根据这种观点，由于信用卡诈骗罪不必具备使人受骗、使人处分财产的要素，所以，规定信用卡诈骗罪的第 196 条应是规定诈骗罪的第 266 条的补充条款。但是，这种观点存在矛盾。

根据上述观点，相对于刑法第 266 条关于诈骗罪的规定而言，规定信用卡诈骗罪的第 196 条就不是特别规定，而成为补充规定。因此，用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为，虽然不具有诈骗罪的“因受欺骗而处分财产”的本质要素，也成立信用卡诈骗罪。然而，倘若刑法第 196 条是刑法第 266 条的补充规定，根据法条适用的规则（在法条之间具有补充关系时，应当适用基本规定，而非适用补充规定），某种行为既符合刑法第 196 条的规定（补充规定），又符合刑法第 266 条的规定（基本规定）时（如用拾得的信用卡在商店购物），就不应适用补充规定

<sup>①</sup> 刘明祥：《用拾得的信用卡在 ATM 机上取款行为之定性》，载《清华法学》，2007（4），27 页。

(第 196 条), 而应适用基本规定 (第 266 条)。可是, 其一, 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 条明显将有关金融诈骗罪的条款视为特别规定, 故不得将刑法第 196 条理解为补充规定。其二, 相信提出观点的学者也不会主张对用拾得的信用卡在商店购物的行为以普通诈骗罪论处。既然如此, 上述否认刑法第 196 条是特别规定, 主张其为补充规定的观点, 就出现了自相矛盾的现象。其三, 倘若认为用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的成立信用卡诈骗罪; 而用拾得的信用卡在特约商户购物的, 虽然完全符合基本法条 (刑法第 266 条) 的规定, 也认定为信用卡诈骗罪, 那就意味着相对于刑法第 266 条而言, 第 196 条既是补充条款, 也是特别条款。这显然是不可思议的, 因为特别关系与补充关系适用的原则不同 (相反)。

既然不能承认刑法第 196 条与刑法第 266 条是补充关系, 就应当认为二者是特别关系。但是, 特别法条的适用, 以行为符合普通法条为前提。因为特别法条规定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。<sup>①</sup> 笔者注意到, 提出上述观点的学者并不否认刑法第 266 条的诈骗罪需要欺骗自然人、使受骗人基于认识错误处分财产的要素, 只是认为刑法第 196 条的信用卡诈骗罪不需要具备这些要素。可是, 既然信用卡诈骗罪不是普通诈骗罪的补充类型, 而是特别类型, 信用卡诈骗罪的成立就必须以符合普通诈骗罪的构成要件为前提。亦即, 信用卡诈骗罪的成立也要求欺骗自然人、使受骗人基于认识错误处分财产。用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的行为, 并不符合普通诈骗罪的构成要件, 当然也就不可能进一步符合特别条款规定的信用卡诈骗罪的构成要件。

不能不提的是相关司法解释的矛盾。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。”

<sup>①</sup> 参见陈志辉:《刑法上的法条竞合》, 43 页, 作者发行, 1998; [日] 虫明满:《包括一罪の研究》, 60 页以下, 东京, 成文堂, 1992。

但是，最高人民法院 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。”前一司法解释承认机器可以被骗，而后一司法解释则不承认机器可以被骗。因为如果认为机器可以被骗，那么，使用非法制造的电话卡拨打电话的，应当以诈骗罪追究刑事责任。可见，在机器能否被骗问题上，最高人民法院的司法解释是自相矛盾的。在本书看来，前一司法解释是存在缺陷的。

根据本书的观点（即传统诈骗罪观念），用拾得的信用卡在 ATM 机上取款的，是盗窃罪；用拾得的信用卡在银行柜台取款或者特约商户购物的，因为欺骗了自然人，成立信用卡诈骗罪。结论之间没有任何矛盾，也没有任何漏洞。

### （三）第 237 条

刑法第 236 条规定了强奸罪（包括奸淫幼女），第 237 条规定了强制猥亵、侮辱妇女罪与猥亵儿童罪（包括猥亵男童，但没有使用“侮辱”概念）。

其一，区分猥亵、侮辱会导致矛盾。

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。”<sup>①</sup>本书不赞成这种观点，如后所述，剪开妇女裙、裤，使其露丑，强迫妇女为自己手淫，扒光妇女衣服示众等行为，本身就是典型的猥亵行为（参见本书第十五章），刑法第 237 条第 1 款虽然将猥亵与侮辱并列，但其第 3 款却只规定

<sup>①</sup> 高铭暄主编：《新编中国刑法学》，下册，702～703 页，北京，中国人民大学出版社，1998。还有其他一些教科书也持这样的观点。参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下编），831 页，北京，中国法制出版社，1999；赵秉志主编：《新刑法教程》，606 页，北京，中国人民大学出版社，1997。

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：（1）猥亵儿童的是犯罪行为，但侮辱儿童的不是犯罪行为。这显然有矛盾。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。（2）猥亵儿童的行为成立猥亵儿童罪，侮辱儿童的行为成立第 246 条的侮辱罪。这显然不协调。因为儿童也有性的不可侵犯权，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协调现象。

或许有人认为，刑法第 237 条第 1 款中的猥亵与侮辱是相互区别的概念，但第 3 款中的猥亵则包含了侮辱（亦即，在第 3 款中不承认猥亵与侮辱的区别）。这样就可以避免上述矛盾现象。但是，一方面，既然在第 3 款不承认猥亵与侮辱的区别，就没有必要在第 1 款中承认区别。另一方面，承认猥亵与侮辱的区别，反而导致难以认定犯罪。

为了避免这种有矛盾、不协调的局面，必须承认刑法第 237 条第 1 款的猥亵行为与侮辱行为没有区别。换言之，猥亵是更规范的表述，只使用猥亵一词即可。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（参见本书第十五章）。

其二，将猥亵行为限定为性交以外的行为会导致矛盾。

有的教科书在论述猥亵儿童罪的客观要件时指出：“犯罪的客观方面，表现为对儿童实行猥亵行为。所谓‘猥亵’，是指奸淫行为以外的，为寻求刺激而对他人实行的淫秽性的行为。猥亵儿童，主要表现为抠摸幼女生殖器、让儿童为自己手淫、鸡奸儿童、脱光幼女衣服进行搂抱、玩弄，等等。”<sup>①</sup> 根据这一观点，女性将男童阴茎握在手中，含在口中的，或者插入肛门的，成立猥亵儿童罪，但是，女性将男童阴茎插入其阴道的，反而不成立猥亵儿童罪。这明显自相矛盾。

所以，不能将猥亵限定为奸淫行为以外的行为，相反必须承认猥亵

<sup>①</sup> 高铭暄主编：《新编中国刑法学》，下册，704 页，北京，中国人民大学出版社，1998。

行为针对不同对象的不同含义。质言之，必须承认妇女与男童性交的，成立猥亵儿童罪。因为性交是最猥亵的行为，只是由于刑法特别规定了奸淫幼女的犯罪，才对奸淫幼女的行为不适用猥亵儿童罪的规定，但这并不意味着性交行为不是猥亵行为。基于同样的理由，倘若刑法规定了公然猥亵罪，那么，夫妻、情人等在公开场所性交的，也成立公然猥亵罪。

以上论述表明，为了使犯罪之间保持区别与界限，人为地提出一些区别标准，反而会导致犯罪之间的不协调。另一方面，即使讨论犯罪之间的区别与界限，也不能以偏概全，例如，不能为了强调强奸罪与强制猥亵妇女罪、猥亵幼女的区别，而忽视强奸罪与猥亵幼男的关系。

#### （四）第 264 条

刑法第 264 条规定的是盗窃罪，其与抢夺罪的关系，是需要明确的问题。

刑法理论一直认为，盗窃是指秘密窃取公私财物。但是，其中就存在矛盾。例如，有的学者在论述盗窃罪的罪体（即客观构成要件）时指出：“盗窃罪在客观上是以秘密方式实施的……秘密应当从以下 3 个方面加以理解：1) 特定性……2) 主观性。盗窃罪之所谓秘密，是指行为人自以为采取了一种背着财物的所有人或保管人的行为。因此，这种秘密性具有主观性。在某些情况下，行为人在众目睽睽之下扒窃，自以为别人没有发现，是在秘密窃取，但实际上已在他人注视之下。这时，行为人仍然可以被视为是在秘密窃取。”<sup>①</sup>可是，既然说盗窃罪在“客观上”要求以秘密方式实施，又将秘密解释为“自以为”秘密即可，就是自相矛盾的。尤其是赞成德国、日本的三阶层体系的学者，必须承认客观构成要件对故意的规制机能，绝对不可以得出“盗窃罪客观上可以是公开的，但要求盗窃犯‘自以为’是秘密的”结论。换言之，如果要求盗窃犯主观上必须“自以为”秘密窃取，就应当在主观要件中说明这一点，从而使“自以为秘密”成为主观的超过要素。

诚然，要求盗窃必须秘密窃取是为了与抢夺罪相区别。但是，将公开盗窃一概认定为抢夺是不合适的。从立法沿革上看，以往的刑法都对抢夺罪规定了致人伤亡的结果加重犯。1928 年刑法第 343 条规定：“意图为自己或第三人不法之所有而抢夺他人所有物者，处六月以上五年以下有期徒刑。因而致人于死或重伤者，比照故意伤害罪从重处断。”

<sup>①</sup> 陈兴良：《规范刑法学》，下册，2 版，746～747 页，北京，中国人民大学出版社，2008。

1935年刑法第325条规定：“意图为自己或第三人不法之所有，而抢夺他人之动产者，处六月以上五年以下有期徒刑。因而致人于死者，处无期徒刑或者七年以上有期徒刑。致重伤者，处三年以上十年以下有期徒刑。”台湾地区现行“刑法”第325条的规定也是如此。规定了抢夺罪的还有泰国刑法，其第336条规定：“当场夺取他人财物的是抢夺罪，处五年以下有期徒刑，并处一万铢以下罚金。抢夺致使他人身心伤害的，处二年至七年有期徒刑，并处四千至一万四千铢罚金。抢夺致使他人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处六千至二万铢罚金。抢夺致使他人死亡的，处五年至十五年有期徒刑，并处一万至三万铢罚金。”刑法为什么对抢夺罪规定了致人伤亡的结果加重犯，而没有对盗窃罪规定致人伤亡的结果加重犯？这显然是因为，抢夺行为通常可能致人伤亡。如果抢夺行为不可能致人伤亡，刑法就没有必要、也不可能规定致人伤亡的结果加重犯。例如，没有任何国家的刑法规定了盗窃致死伤罪，因为盗窃行为本身不可能致人伤亡。任何国家的刑法都规定了抢劫致死伤罪，因为抢劫行为通常可能致人伤亡。可是，抢夺罪并不等同于抢劫，即抢夺行为并不使用暴力、胁迫或者其他足以压抑被害人反抗的强制行为，既然如此，抢夺罪何以可能致人伤亡呢？这是因为抢夺是一种对物暴力行为。换言之，抢夺是介于盗窃与抢劫之间的行为。盗窃行为本身不可能致人伤亡，抢劫罪的暴力、胁迫等手段行为以及强取财物的行为可能致人伤亡。所以，要求介于盗窃与抢劫之间的抢夺行为，具有致人伤亡的可能性，也在情理之中。但与抢劫不同的是，抢劫是对人暴力等行为致人伤亡，而抢夺行为是对物暴力致人伤亡。

我国现行刑法虽然没有对抢夺罪规定致人伤亡的结果加重犯，但规定了情节严重与情节特别严重的情形，在本书看来，其中的“情节特别严重”包含致人重伤、死亡的情形。最高人民法院2002年7月16日《关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条规定：“实施抢夺公私财物行为，构成抢夺罪，同时造成被害人重伤、死亡等后果，构成过失致人重伤罪、过失致人死亡罪等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”<sup>①</sup>但这一解释未必妥当。例如，根据刑法规定，倘若行为人在抢夺数额巨大财物的同时具有其他特别严重情节，便应处10年以上有期徒刑或者无期徒刑；可是，根据司法解释，如若行为人

<sup>①</sup> 笔者也曾引用该司法解释，参见张明楷：《刑法学》，2版，759页，北京，法律出版社，2003。

在抢夺数额巨大财物的同时过失造成被害人死亡的，仅依处罚较重的规定定罪处罚，由于抢夺数额巨大财物的法定刑重于过失致人死亡罪，于是只能按照抢夺罪判处3年以上10年以下有期徒刑。这显然不协调。再如，根据刑法规定，单纯抢夺数额巨大财物的，便应处3年以上10年以下有期徒刑；可是，根据司法解释，如若行为人在抢夺数额较大财物的同时过失造成被害人死亡的，仅依处罚较重的规定定罪处罚，由于过失致人死亡罪的法定刑重于抢夺数额较大财物的法定刑，于是只能按照过失致人死亡罪判处3年以上7年以下有期徒刑。这显然有矛盾。<sup>①</sup>反之，如果认为抢夺罪中的“情节特别严重”包含抢夺行为过失致人重伤、死亡的情形，则有利于实现罪刑均衡。换言之，现行刑法关于抢夺罪的情节加重的规定，事实上也包括了抢夺行为致人伤亡的情形。所以，依然可以认为，抢夺行为是具有伤亡可能性的行为。

总之，盗窃与抢夺的关系，既不是单纯客观上的“秘密”与“公开”的区别，也不是单纯主观上的“自以为秘密”与“自以为公开”的区别。盗窃是违反被害人的意志，将他人占有的财物转移为自己或者第三者占有的行为；抢夺则是一种针对他人紧密占有的财物所实施的对他物暴力行为（因此可能致人伤亡）（参见本书第一章）。解释者不能固守先前理解，而应使刑法相协调。

#### （五）第269条

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。”只有“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的，才可能进而成立事后抢劫。那么，能否将部分普通抢劫评价为盗窃，使其也可以“转化为”事后抢劫？或许不少人认为笔者的以上问题很荒唐，因为盗窃与抢劫是性质不同的犯罪，既然刑法第269条并没有规定普通抢劫可以转化为事后抢劫，怎么能认为普通抢劫还可以转化为事后抢劫呢？<sup>②</sup>

但是，日本刑法理论的确讨论此问题。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。”一种观点认为，日本的事后

① 倘若认为司法解释所称的“依照处罚较重的规定定罪处罚”，是指抢夺致人死亡的行为同时触犯了情节特别严重的抢夺罪与过失致人死亡罪，进而从一重罪处罚，就意味着对致人死亡的结果进行了重复评价。

② 这或许是我国刑法理论从来不讨论此问题的原因。

强盗罪中的盗窃犯“不包含强盗犯。强盗犯人为了逃避逮捕等目的实施暴行造成他人伤害的，另成立伤害罪”<sup>①</sup>。另一种观点则认为，“由于可以认为强盗罪包含了盗窃罪，所以，没有必要做出这样限定的理解。”<sup>②</sup>

其实，只要对相关案件进行比较，权衡定罪量刑是否协调，就可以得出肯定结论。例如，甲傍晚侵入某大厦的办公室，窃取现金 5 000 元后，刚出办公室门即被大楼保安抓获。为抗拒抓捕，甲当场使用暴力，导致保安重伤。甲的行为无疑符合刑法第 269 条的规定，成立事后抢劫；根据刑法第 263 条的规定，对其适用的法定刑为“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。乙傍晚侵入某大厦的办公室，原本打算盗窃，但发现办公室的职员还在加班，便使用暴力导致职员昏迷（事后鉴定为轻伤），抢劫 5 000 元现金。乙刚出办公室门即被大楼保安抓获，为抗拒抓捕，对保安使用暴力，导致保安重伤。倘若认为，不能将乙先前的普通抢劫评价为盗窃，因而不能对乙适用刑法第 269 条，就意味着乙的行为成立普通抢劫与故意伤害两个罪；数罪并罚的结局是，对乙可能判处的刑罚为 3 年以上 20 年以下有期徒刑。可是，任何人都不会认为，乙行为的法益侵害性与有责性轻于甲。既然如此，就不能使乙承担较甲更轻的刑事责任。人们习惯于说，乙的处罚轻于甲的处罚是法律问题，不是解释问题。但本书认为，这是解释问题而不是法律问题。只要妥当地理解盗窃的含义（放弃“秘密窃取”的要求吧！），只要认为盗窃与抢劫不是对立关系而是包容关系，亦即抢劫中包含了盗窃<sup>③</sup>，就能将乙的行为评价为事后抢劫，进而适用“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的法定刑，从而实现刑法的公平正义。<sup>④</sup>

由此可见，不仅考虑刑法所规定的构成要件之间的包容关系，而且注重案件事实的不同侧面，对于实现刑法的协调，具有重要意义。

#### （六）第 280 条第 3 款

刑法第 280 条规定了伪造、变造、买卖、盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章的犯罪，第 3 款规定了伪造、变造居民身份证罪。居民

① [日] 大谷实：《刑法各论讲义》，新版第 2 版，229～230 页，东京，成文堂，2007。

② [日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，227 页，东京，有斐阁，2010。

③ 笔者并不是将刑法所规定的抢劫等同于盗窃，更不会认为盗窃也符合抢劫罪的构成要件，只是认为抢劫行为并不缺乏盗窃罪的构成要件（当然数额除外）。

④ 甚至还有可能将乙先前的暴力致职员轻伤的行为，另评价为故意伤害罪，对故意伤害罪与事后抢劫实行并罚。这样的做法既实现了全面评价，也没有重复评价。

身份证原本属于国家机关证件，但是，由于现实生活中一般不会发生出卖自己的真实身份证或者购买他人真实身份证的现象，单纯盗窃、抢夺、毁灭身份证的行为也不值得科处刑罚，所以，刑法第 280 条第 3 款将居民身份证从第 1 款的国家机关证件中独立出来，从而缩小处罚范围。

但是，许多地方的司法机关将行为人购买伪造的居民身份证的行为，认定为伪造居民身份证罪的共犯。这种做法的理由往往是，购买人提供了照片，预付了现金，而照片是伪造居民身份证不可缺少的要素，预付的现金实际上是伪造居民身份证所需的成本，故购买人客观上为伪造者提供了帮助；此外行为人主观上也具有伪造居民身份证的共同故意。因此，完全具有伪造居民身份证罪的共同行为与共同故意。

然而，如此片面和形式地理解共同犯罪的成立条件并不合适。在认定疑难共同犯罪案件时，一方面要考察行为是否符合共同犯罪的成立条件，另一方面还要考虑刑法的相关规定以及行为的基本性质。刑法没有明文规定购买居民身份证的行为构成犯罪，而提供照片与预付现金，没有超出“购买”伪造的居民身份证的行为范围，既然如此，就不宜认定为犯罪。上述做法也导致刑法条文之间的不协调。因为一般来说，伪造行为的危害程度远远重于购买行为。如伪造增值税专用发票罪的法定刑，远远高于购买伪造的增值税专用发票罪的法定刑。概言之，即使刑法处罚某些购买伪造的物品的行为，其法定刑也远远低于伪造行为的法定刑。而在刑法没有规定处罚购买伪造居民身份证的情况下，上述做法使购买行为与伪造行为相提并论，这就形成了不协调现象。

由上可见，对于购买伪造居民身份证的行为，不能以伪造居民身份证罪的共犯论处。唯有如此，才能维护罪刑法定原则，实现刑法的协调。不难看出，对共同犯罪的认定不能形式化，需要考虑拟认定的共同犯罪与其他犯罪的协调关系。

#### （七）第 303 条

司法实践中存在这样的现象，行为人诱使他人参与赌博，但实际上，行为人事先设置了骗局，使被诱骗者误以为自己是赌博输方，而将财物交付给行为人或第三者。对这种行为应如何处理，在我国司法实践中还没有达成一致。

最高人民法院 1995 年 11 月 6 日《关于对设置圈套诱骗他人参赌又向索还钱财的受骗者施以暴力或暴力威胁的行为应如何定罪问题的批复》指出：“行为人设置圈套诱骗他人参赌获取钱财，属赌博行为，

构成犯罪的，应当以赌博罪定罪处罚。参赌者识破骗局要求退还所输钱财，设赌者又使用暴力或者以暴力相威胁，拒绝退还的，应以赌博罪从重处罚；致参赌者伤害或者死亡的，应以赌博罪和故意伤害罪或者故意杀人罪，依法实行数罪并罚。”这个解释实际上是将赌博诈骗认定为赌博罪<sup>①</sup>，但这个解释结论存在疑问，并且与相关的司法解释相冲突。

赌博，是指就偶然的输赢以财物进行赌事或者博戏的行为。换言之，赌博的输赢必须取决于偶然事实，如果对于一方当事人而言，胜败

① 此外，根据1991年3月12日最高人民法院研究室《关于设置圈套诱骗他人参赌获取钱财的案件应如何定罪问题的电话答复》，对于行为人以营利为目的，设置圈套，诱骗他人参赌的行为，需要追究刑事责任的，应以赌博罪论处。有学者指出：“上述两个解释仅是指出，对于以营利为目的、设置圈套诱骗他人参赌的行为（俗称‘诱赌行为’），应以赌博罪论处；至于在赌博过程中采取欺诈手段赢取他人财物的行为（俗称‘赌博骗局’），对此应如何定性，上述两个解释并未给出明确意见。”（李立众：《刑法一本通》，7版，310页，北京，法律出版社，2010）。在本书看来，虽然可以认为1991年的解释对赌博诈骗并未给出明确意见，但1995年的司法解释明显将赌博诈骗认定为赌博罪。其中的“参赌者识破骗局要求退还所输钱财”就表明行为人不只是诱赌，而且设置了赌博骗局。当然，如果说上述两个司法解释都不否认设置赌博骗局的行为成立诈骗罪，则皆大欢喜。但是，从笔者了解的实际情况来看，下级司法机关并没有这样理解。略举二例。例一：2007年3月的一天，被告人周长江在其家中使用由程序控制的麻将机操纵输赢，骗取被害人杨某某现金65000元。河南省许昌市魏都区人民检察院指控原审被告周长江犯赌博罪，魏都区人民法院经审理认为，被告人周长江以营利为目的，设置圈套诈骗他人参赌，其行为已构成赌博罪，判处有期徒刑六个月。河南省许昌市中级人民法院（2009）许中刑二终字第201号判决维持原判（<http://vip.chinalawinfo.com/case/Display.asp?Gid=117709883&Keyword=赌博>，访问日期：2010-12-30）。例二：海南省人民检察院海南分院指控：在2000年7月至2001年3月间，被告人罗中军、林海、田厚林及同伙“高”（另案处理），采取“压翻规”手法，骗取他人财物，其中被告人罗中军、林海参与作案11次，骗取财物价值人民币236175元，被告人田厚林参与作案5次，骗取财物价值人民币73120元。公诉机关据此认为，被告人罗中军、林海、田厚林无视国法，以非法占有为目的，骗取他人财物，数额特别巨大，其行为均已触犯刑法第266条规定，构成诈骗罪。海南省海南中级人民法院指出：“经审理查明，被告人罗中军、林海、田厚林及同伙“高”商量好到文昌市文城镇设置圈套，采用“压翻规”赌博手法，引诱他人参赌，获取财物。”“被告人罗中军、林海、田厚林无视国法，以营利为目的，以赌博为业，引诱他人参赌，其中被告人罗中军、林海参与引诱他人参赌11次，获取人民币217800元、金戒指10枚、手机1部、手表1块；被告人田厚林参与引诱他人参赌5次，获取人民币70900元、金戒指2枚，其行为均已触犯《中华人民共和国刑法》第三百零三条之规定，构成赌博罪。公诉机关指控三被告人的行为触犯《中华人民共和国刑法》第二百六十六条之规定，构成诈骗罪不当，应予纠正。”于是，认定各被告人的行为构成赌博罪（<http://vip.chinalawinfo.com/case/Display.asp?Gid=117447661&Keyword=赌博>，访问日期：2010-12-30）。类似的判决并不少见。

的结果已经确定，则不能称为赌博。赌博诈骗，是一种形似赌博的行为，输赢原本没有偶然性，但行为人伪装具有偶然性，诱使对方参与赌博，从而不法取得对方财物的行为。这种行为已经不属于赌博行为，完全不符合赌博的要件，所以，不应认定为赌博罪。

上述司法解释之所以不将赌博诈骗认定为诈骗罪，主要原因可能是，受骗者参与“赌博”的行为也是非法的，不能将其视为被害人。据此，行为人实施欺骗行为，使他人产生认识错误并基于不法原因给付财物的，不成立诈骗罪。但这种观点并不可取。事实上，行为人以非法占有为目的实施欺骗行为，使他人产生认识错误，并基于不法原因给付财物的案件，完全符合诈骗罪的构成要件。

众所周知，诈骗罪（既遂）在客观上表现为一个特定发展过程：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。旧中国的判例指出：“诈欺取财罪之构成要件，在行为者欺罔他人，使其陷于错误，而为交付，从而取得本人或第三者所持之财物是也。故本罪之成立，要以加害者有不法而取得财物之意思，实施诈欺行为，被害者因此行为致表意有所错误，而其结果为财产上之处分受其损害，若取得之财物不由于被害者交付之决意，不得认为本罪之完成。”<sup>①</sup> 英美刑法理论也认为，成立诈骗财物罪，除了主观上必须故意或者轻率地实施欺骗行为，不诚实地取得财物并怀有永久性剥夺他人财产的意图之外，客观上必须存在欺骗行为，欺骗行为必须作用了人的大脑，行为人或者第三者取得了财物（结果），欺骗行为与被禁止的结果之间必须存在因果关系。<sup>②</sup>

当行为人实施欺骗行为使受骗者陷入认识错误后，受骗者也可能同时基于不法动机而处分财产。例如，行为人将头痛粉冒充毒品予以出卖。一方面，受骗者如果知道是头痛粉，就不会购买，因此，受骗者将头痛粉误认为是毒品而购买，是因为行为人的欺骗行为。另一方面，购买毒品的行为本身也是非法的，所以，受骗者交付财物购买“毒品”也

① 大理院 1913 年上字第 34 号，转引自褚剑鸿：《刑法分则释论》，2 次增订版，1239 页，台北，商务印书馆，1995。

② See Janet Dine & James Gobert, *Cases & Materials on Criminal Law*, 2nd ed., Blackstone Press Limited, 1998, pp. 391~393; Richard Card, *Criminal Law*, 14th ed., Butterworths, 1998, pp. 303~316.

是基于不法原因。再如，女方原本没有卖淫的意思，却声称向男子卖淫，使男子向其交付费用，但女方收取费用后逃之夭夭。男子之所以交付费用，是因为女方实施了欺骗行为；但男方嫖娼本身是非法的，故其交付费用“嫖娼”便属基于不法原因。于是，产生了以下问题：受骗者基于不法原因进行财产处分的，是否存在财产损失，应否认定行为人的行为构成诈骗罪？

德国的判例认为，行为人使用欺骗手段，使对方陷入错误并基于不法原因给付财产的，不影响诈骗罪的成立。例如，行为人将没有效能的、原价为 30 至 40 芬尼<sup>①</sup>的堕胎药诈称为具有效能的堕胎药，以 10 马克的价格卖给某孕妇。由于堕胎在德国是犯罪行为，故孕妇购买堕胎药品而支付金钱的行为，属于不法原因给付。德国帝国法院 1910 年的判决认定本案被告人的行为成立诈骗罪。

在法国，行为人使用欺骗手段使他人基于不法原因给付财物的，既不承认“受骗者没有财产损害因而不成立诈骗罪”的主张，也不接受“欺骗行为没有达到刑法所要求的欺骗行为的程度”的观点，而是认定为诈骗罪。<sup>②</sup>

日本的审判实践也持肯定态度。如日本大审院的判决指出：“虽然在民法上不能请求其返还，但并不因此而妨碍诈骗罪的成立。因为既然以欺骗手段使他人陷入错误而交付财物，那么，其行为就不法地侵害了他人财产权。”<sup>③</sup> 日本最高裁判所将赌博诈欺认定为诈骗罪，因而表明了肯定态度。<sup>④</sup> 日本刑法理论的通说同样持肯定态度。肯定的理由大体如下：第一，在不法原因给付的场合，“由于所交付的财物、财产性利益本身不具有不法性，所以，认定诈骗罪的成立也不是不可能的”<sup>⑤</sup>。第二，在不法原因给付的场合，“如果对方不受欺骗就不会交付财物，所以，可以认为受骗者基于欺骗者的行为而作出了不法原因给付，能够认定诈骗罪的成立”<sup>⑥</sup>。第三，在基于不法原因给付的场合，虽然给付

① 芬尼是德国以前的辅币单位，等于百分之一马克。

② 参见 [日] 浅田和茂：《恒光彻〈不法原因给付の法理と詐欺罪、横領罪の成否〉》，载《法律时报》第 65 卷第 13 号，259 页。

③ 日本大审院 1910 年 5 月 23 日判决，载日本《大审院刑事判决录》第 16 辑，906 页。

④ 参见日本最高裁判所 1935 年 11 月 28 日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第 14 卷，1246 页。

⑤ [日] 平野龙一：《刑法概说》，220 页，东京，东京大学出版会，1977。

⑥ [日] 大塚仁：《刑法概说（各论）》，3 版增补版，253 页，东京，有斐阁，2005。

者“没有民法上的返还请求权，但在刑法上值得保护”<sup>①</sup>。第四，在这种场合，“由于不法的原因只是存在于受益者，所以，应适用（日本）民法第708条但书的规定，承认给付者具有返还请求权，因此可以认定诈骗罪的成立”<sup>②</sup>。即通过否认给付者的行为属于不法原因给付，肯定行为人的行为成立诈骗罪。第五，财产损失不是诈骗罪的独立要件，所以，财产转移本身就具有法益侵害性；既然不法原因给付时基于认识错误转移了财产，当然成立诈骗罪。<sup>③</sup>

我国台湾地区学者也指出：“交付之原因，出于不法之事实，双方对此均有认识，但交付者为此不法原因之交付，由于受行为人之欺骗，在行为人仍属以诈术使人交付财物，无碍其诈欺罪之成立。如甲骗乙可代购咖啡，甲（应为乙——引者注）信以为真，给付款项，甲诈取而去，自应成立诈欺罪。如以伪品冒充真咖啡，出售诈财亦同。”<sup>④</sup>

本书赞成肯定说。主要理由如下：第一，“在诈骗不法原因给付物的情况下，由于诈骗行为在前，被害人的不法原因给付在后，没有行为人的诈骗行为被害人就不会处分财产，故被害人的财产损害是由行为人的诈骗行为造成，这就说明行为人侵犯了他人财产，当然成立诈骗罪。”<sup>⑤</sup>第二，虽然从为了实现不法目的而言，被害人处分财产属于基于不法原因给付；但是，被害人处分财产的更重要原因是行为人的欺骗行为。正是因给付财产的主要原因是行为人的欺骗行为，所以，应当认定被害人具有财产损失。第三，虽然一般来说，基于不法原因给付财物后，给付者没有返还请求权<sup>⑥</sup>，但是，在给付之前，被害人所给付的财

① [日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，190页，东京，东京大学出版会，2007。

② [日] 西田典之：《刑法各论》，5版，206页，东京，弘文堂，2010。

③ 参见 [日] 山口厚：《刑法各论》，2版，273页，东京，有斐阁，2010。

④ 褚剑鸿：《刑法分则释论》，2次增订版，1234页，台北，商务印书馆，1995。

⑤ 张明楷：《法益初论》，修订版，606页，北京，中国政法大学出版社，2003。

⑥ 基于不法原因给付财产后，是绝对没有返还请求权还是存在例外，在我国民法上似乎没有定论。在国外也存在不同观点。法律格言云：“任何人不得援用自己的背德行为”。关于这一格言的适用基准，理论上存在不同学说。第一种学说认为，应当区别违法原因与不道德原因。如果基于违法原因给付，就不得请求返还；如果基于不道德的原因给付，就可以请求返还。第二种学说认为，应当以维持现状对公共秩序是否有利来决定是否返还。如果维持现状对公共秩序有利，就不得请求返还；如果维持现状对公共秩序不利，则可以请求返还。第三种学说认为，应当以双方当事人的背德性的程度来决定是否返还。如果给付者一方的背德性大或者与对方相等，则不得请求返还；如果给付者一方的背德性小，则可以请求返还（参见 [日] 浅田和茂：《恒光彻〈不法原因给付の法理と诈欺罪、横領罪の成否〉》，载《法律时报》，第65卷第13号，258页）。

产并不具有违法性。第四，诈骗罪表现为基于被害人有瑕疵的意思而取得财物，至于被害人交付财产的动机，则不影响诈骗罪的成立。严格地说，在诈骗罪中，所谓基于不法原因给付，只是基于“不法动机”给付。<sup>①</sup>亦即，在行为人实施欺骗行为的过程中，被害人客观上并没有实施不法行为，只是主观上存在不法的动机而已。例如，行为人诱使被害人参与自己设置的诈赌骗局时，虽然被害人误以为自己在参与赌博，但其客观上并没有参与赌博，因为如前所述，这种行为并不符合赌博的要件。既然如此，就不能认为被害人客观上实施了不法行为，更不能认为被害人将财产作为不法工具（如不能将被害人给付的财物作为赌资），因而不能否认被害人存在财产损失。再如，行为人将普通光盘冒充淫秽光盘出卖给被害人时，被害人客观上并没有购买淫秽光盘，不存在任何意义上的不法行为，只是存在不良的动机而言。显然，不能因为被害人的主观动机不良，就否认行为人的行为成立诈骗罪。第五，从刑事政策的角度来考虑，如果对被害人基于不法原因给付财产不承认财产损失，进而否认行为人的行为构成诈骗罪，那么，不仅不利于预防诈骗犯罪，而且给诈骗犯人指明了逃避刑事制裁的方向与手段。

最高人民检察院 1991 年 4 月 2 日《关于贩卖假毒品案件如何定性问题的批复》指出：“贩卖假毒品的犯罪案件，应根据不同情况区别处理：明知是假毒品而以毒品进行贩卖的，应当以诈骗罪追究被告人的刑事责任；……。”最高人民法院 1994 年 12 月 20 日《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》第 17 条也规定：“明知是假毒品而冒充毒品贩卖的，以诈骗罪定罪处罚。”由于非法持有毒品、吸食毒品、贩卖毒品都是非法的，所以为了购买毒品而支付财物的行为，属于基于不法原因给付。显然，这两个司法解释表明，行为人实施欺骗行为，使他人产生认识错误并基于不法原因交付财物的，成立诈骗罪。这表明，前述最高人民法院关于赌博诈骗的司法解释与这两个司法解释是相互矛盾的。

总之，即使被害人误以为自己参与赌博，因为“输”而交付财物属于不法原因给付，也应认为对方的行为成立诈骗罪。因为诈骗罪的成立并不要求对方的财产处分行为出于特定动机，而且行为人的欺骗行为对被害人设置了不法动机；如果没有行为人的诈骗行为，被害人不可能产

<sup>①</sup> 严格地说，不法动机的说法是不成立的，因为动机本身并不存在违法与否的问题。在此意义上说，所谓诈骗罪中被害人基于不法原因给付，只是基于不良动机给付。

生认识错误，也不可能处分自己的财产。因此，行为人的行为完全符合诈骗罪的构成要件。如果该行为人的其他赌博行为已构成赌博罪，则应将赌博罪与诈骗罪实行并罚。基于同样的理由，受骗者当场发现被骗事实后要求退还所输钱财，设置圈套的人当场使用暴力或者以暴力相威胁的，则完全符合刑法第 269 条的规定，应认定为抢劫罪。

附带指出的是，在基于不法原因给付的情况下，肯定诈骗罪的成立，而否认侵占罪的成立，并不是自相矛盾的。根据笔者的观点，侵占不法原因给付物的行为，不成立侵占罪。例如，甲欲向国家工作人员行贿，而将财物委托给乙转交，但乙将该财物据为己有，乙的行为是否构成侵占罪？刑法理论上存在不同学说：肯定说认为，虽然甲在民法上没有返还请求权，但并没有因此丧失财物的所有权，相对于乙而言，该财物仍然属于“自己占有的他人财物”；刑法与民法的目的不同，即使上述委托关系在民法上不受保护，也不影响侵占罪的成立。否定说认为，甲对该财物没有权利请求返还，故可以认为该财物所有权已经不属于甲，因此，乙没有将“他人财物”据为己有；如果将乙的行为认定为犯罪，则破坏了法秩序的统一性，违反了刑法的谦抑性；侵占罪不只是侵犯财产，还有破坏委托信任关系的一面，而甲的委托与乙的收受之间，并不存在一种法律上的委托信任关系。折中说主张分清不法原因给付与不法原因委托，前者是基于不法原因终局性地转移财物；后者只是基于不法原因将财物暂时委托给他人。将不法原因给付物据为己有的，不成立犯罪；但将不法原因委托物据为己有的，则成立侵占罪。<sup>①</sup> 本书赞成否定说。因为甲毕竟没有财物返还请求权，不能认定乙侵占了甲的财物；另一方面，由于财物由乙占有，也不能认为该财产已经属于国家财产。此外，采取肯定说，还可能促进贿赂等不法行为。当然，这并不意味着乙取得财物是合法的，由于该财物事实上具有非法性质，应当予以没收。<sup>②</sup> 不难看出，诈骗不法原因给付物与侵占不法原因给付物存在本质区别：前者的被害人只有不法动机，后者的被害人则有不法行为；前者的行为人是在给付人原本没有给付意思的情况下，通过欺骗手段使其给付；后者的行为人是在给付人主动基于不法原因给付之后，将给付物据为己有。换言之，前者的给付人之所以丧失财产，是由于行为人的欺

① 参见 [日] 平泽修：《不法原因给付と詐欺、横領罪》，载 [日] 阿部纯二等编：《刑法基本讲座》，第 5 卷，244 页以下，东京，法学书院，1993。

② 参见张明楷：《刑法学》，3 版，742 页以下，北京，法律出版社，2007。

骗行为所致，故应将财产损失归因于行为人的欺骗行为；后者的给付人之所以丧失财产，是给付人自己基于不法原因所致，而且其给付行为导致其丧失返还请求权，故不能归因于行为人的侵占行为。

(八) 第 307 条第 2 款

刑法第 307 条第 2 款规定：“帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”显然，行为人毁灭自己作为当事人案件的证据的，不成立本罪。

当事人教唆第三者为当事人毁灭、伪造证据的，第三者接受教唆实施了毁灭、伪造证据行为的，第三者当然成立帮助毁灭、伪造证据罪。问题是，犯罪人教唆第三者为犯罪人毁灭、伪造证据的，犯罪人是否成立本罪的教唆犯？德国刑法明文采取肯定说（参见德国刑法第 257 条），但在没有明文规定的国家，便存在激烈争论。肯定说存在三种观点：（1）以共犯从属性为根据的学说：既然被教唆的第三者成立帮助毁灭、伪造证据罪，那么，根据共犯从属性说，犯罪人当然成立本罪的教唆犯。但是，共犯从属性只是意味着教唆犯的成立至少要求被教唆者实施实行行为，并不意味着只要被教唆者有实行行为，教唆者就一定成立教唆犯。（2）以期待可能性为根据的学说：犯罪人本身的毁灭、伪造证据的行为因为缺乏期待可能性而不可罚，但是教唆他人犯帮助毁灭、伪造证据罪的行为，则使他人陷入了犯罪，而不缺乏期待可能性。但是，既然犯罪人本身毁灭、伪造证据的行为缺乏期待可能性，那么，让他人帮助毁灭、伪造证据也是缺乏期待可能性的。诚然，犯罪人使他人陷入了犯罪，但是，不能因此肯定行为人具有期待可能性。（3）以滥用自己防御权以及法益侵害性的危险增高为根据的学说：犯罪人本身的毁灭、伪造证据行为不可罚，是因为这种行为属于刑事诉讼法中被告人的防御自由范围内的行为，而教唆他人毁灭、伪造证据的行为，已经超出了防御自由的范围；而且，犯罪人本身的毁灭、伪造证据的行为与教唆他人毁灭、伪造证据的行为，对刑事司法作用的侵害性存在差异。但是，犯罪人本身的毁灭、伪造证据的行为，实际上也引起了侦查等司法活动的混乱，教唆他人毁灭、伪造证据的行为不一定增加了违法性。

否定说也存在三种观点：（1）以共犯独立性为根据的学说：犯罪人本身实施的毁灭、伪造证据的实行行为不可罚，而教唆行为也是实行行为，犯罪人教唆他人帮助毁灭、伪造证据的行为，也是犯罪人实施的毁灭、伪造证据的实行行为，故不可罚。但是，共犯独立性说已经被完全

否认，故现在已没有人赞成这种观点。(2) 以不存在期待可能性为根据的学说：既然不能期待犯罪人不毁灭、伪造证据（正犯行为），那么，对于犯罪人而言，作为更轻的犯罪形式的教唆犯，也是没有期待可能性的。但是，上述肯定说中的第（2）、（3）种观点，以自己的理由对此学说进行了批判。(3) 以必要的共犯的观点为根据的学说：帮助毁灭、伪造证据罪实际上属于必要的共犯，但刑法不处罚犯罪的当事人，犯罪人教唆他人帮助自己毁灭、伪造证据的，也属于定型的不受处罚的范围。但是，这种观点缺乏实质的理由。<sup>①</sup>

应当认为，上述否定说中的第（2）种观点具有合理性。教唆犯是比正犯更轻的一种参与形式，当犯罪人并不成立正犯的情况下，理所当然也不应成立教唆犯。但是，联系我国刑法第 307 条第 1 款的规定，却又存在疑问。即当事人以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的，成立妨害作证罪。换言之，当事人指使他人作伪证的，成立妨害作证罪。依此类推，似乎当事人教唆他人为自己毁灭、伪造证据的，也应认定为犯罪。否则，有可能存在自相矛盾之嫌。尽管如此，本书依然认为，当事人教唆他人为自己毁灭、伪造证据的，不成立犯罪。首先，就对司法活动的客观公正性的妨害而言，犯罪人毁灭、伪造证据与他人帮助犯罪人毁灭、伪造证据，并没有实质区别。既然犯罪人直接毁灭、伪造证据不成立犯罪，那么，教唆他人为自己毁灭、伪造证据的，更不应成立犯罪。从期待可能性的角度而言，如果认为犯罪人直接毁灭、伪造证据的行为，缺乏期待可能性，那么，犯罪人教唆他人为自己毁灭、伪造证据的，也缺乏期待可能性。其次，与毁灭、伪造证据的行为相比，阻止证人作证和指使证人作伪证的行为，更为直接地妨害了司法活动的客观公正性。所以，刑法第 307 条第 2 款以“情节严重”为要件，而第 1 款并不以“情节严重”为要件。因此，当事人阻止他人作证或者指使他人作伪证的行为构成犯罪，与当事人教唆他人为自己毁灭、伪造证据的行为不构成犯罪，完全是协调的。即就严重妨害司法的犯罪而言，当事人的教唆作伪证的行为成立犯罪；就相对轻微的犯罪而言，当事人教唆他人毁灭、伪造证据的行为不成立犯罪，具有实质的合理性。

① 以上参见东京リ-ガルマインド：《刑法Ⅲ・各论》，3版，448页以下，东京，东京リ-ガルマインド，2006。

## (九) 第 314 条

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。”

对于行为人转移、变卖已被司法机关扣押的在民法上属于自己所有的财产的行为，许多司法机关一概认定为非法处置扣押的财产罪。这种做法形成两个方面的不协调。其一，根据刑法第 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。”既然财产已经被司法机关依法扣押，就表明该财产属于公共财产；既然属于公共财产，行为人擅自转移、变卖的，就侵犯了公共财产；而侵犯财产罪的法定刑一般重于非法处置查封、扣押、冻结的财产罪，因此，在符合侵犯财产罪构成要件的情况下，应当认定为侵犯财产罪。而司法机关的做法造成了不协调的局面：行为人转移、变卖国家机关管理的其他私人财产的，成立较重的侵犯财产罪；而行为人转移、变卖司法机关扣押的财产的，虽然其行为性质更为严重，却反而成立较轻的非法处置扣押的财产罪。其二，如果行为人转移、变卖的是司法机关扣押的财产的，成立非法处置扣押的财产罪；如果行为人转移、变卖的是公安机关或者其他国家机关（如城管部门）扣押的财产的，成立侵犯财产罪。这也明显不协调。之所以如此，是因为没有正确理解刑法第 314 条与刑法关于侵犯财产罪的相关规定之间的关系。

本书的观点是，行为人（包括财产的原所有人）以非法占有为目的，采取非法变卖等方式取得被扣押的财产，或者故意毁坏该财产的，实际上也符合侵犯财产罪的构成要件。由于侵犯财产罪的法定刑重于非法处置扣押的财产罪的法定刑，故实施非法处置扣押的财产，同时符合侵犯财产罪的构成要件的，属于想象竞合犯，应从一重罪论处。

有学者指出：“窃取被司法机关扣押的本人财物，如果不以非法占有为目的，则是非法处置扣押的财产罪；如果以非法占有为目的，则是非法处置扣押的财产罪的想象竞合。这里的是否具有非法占有目的，应根据事后是否具有索赔行为确定。”<sup>①</sup>但是，这种观点存在疑问。其一，这种观点实际上将刑法第 91 条第 2 款视为注意规定，使刑法第 91 条第

<sup>①</sup> 陈兴良：《判例刑法学》，下卷，297 页，北京，中国人民大学出版社，2009。

2款仅对所有权人以外的行为人起作用。可是，即使没有第91条第2款的规定，对于第三者窃取、骗取国家机关、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的，都成立侵犯财产罪。将第91条第2款理解为注意规定是没有意义的。反之，应当将第91条第2款理解为法律拟制，亦即，即使是行为人所有的财产，但只要处于国家机关等管理、使用、运输过程中，就属于公共财产；即使所有者窃取、骗取该财物的，也成立盗窃罪、诈骗罪。其二，根据行为与责任同时存在的原理，不管是将目的理解为违法要素，还是将目的理解为责任要素，目的必须与行为同时存在。以行为人事后是否具有索赔行为来确定先前的行为是否成立侵犯财产罪，并不合适。持上述观点的学者或许认为，事后索赔只是一种判断资料，而不是指事后才产生非法占有目的。可是，既然事后索赔只是判断资料，那么，非法占有目的的判断资料显然不能仅限于事后索赔。质言之，以行为时的判断资料为基础判断行为人是否具有非法占有目的，更为准确、更加合适。其三，在行为人窃取了属于以公共财产论的财产后，盗窃罪已经既遂。行为人事后再索赔的，实际上另成立诈骗罪。因为行为人实施了两个行为，所针对的是两个对象。前者所针对的是国家机关占有、且以公共财产论的财物；后者所针对的是国家机关占有且所有的金钱。因此，上述观点实际上是将事后有无诈骗行为当做前面的行为是否成立盗窃罪的根据，难以被接受。其四，上述观点在字面含义上理解非法占有目的，而没有根据非法占有目的的机能得出解释结论，难以得到赞同。非法占有目的并不等于非法所有目的，非法占有目的的机能是使盗窃行为与不可罚的盗用行为、毁坏行为相区别。为了与不可罚的盗用行为相区别，非法占有目的必须具有排除权利人的意思；为了与毁坏财产罪相区别，非法占有目的必须包括利用意思。在转移、变卖司法机关扣押的财产案件中，所有权人窃取被扣押的财产的，明显具有排除权利人的意思，也具有利用意思，当然具有非法占有目的（参见本书第八章）。

#### （十）第385条

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。”据此，国家工作人员利用职务上的便利索取他人财物构成受贿罪的，就不要求为他人谋取利益，非法收受财物构成受贿罪的才要求为他人谋取利益。

首先，“为他人谋取利益”是主观要素还是客观要素？如果说是主观要素，那么，那些客观上非法收受他人财物，主观上也打算为请托人谋取利益的，就成立受贿罪；而那些客观上非法收受他人财物，尽管声称为请托人谋取利益，但并没有谋取利益的主观想法的，就不具备为他人谋取利益的主观要素，因而不成立受贿罪。这种观点明显不协调，而且只能起到鼓励国家工作人员只收钱不办事的作用。只有解释为客观要素，才能避免这种不协调。

其次，“为他人谋取利益”是指要有为他人谋取利益的客观行为与结果，还是只要有为他人谋取利益的许诺即可？如果采取前一种解释，就必然出现不协调现象。例如，有两个人各自找到两个户籍警察，都要求把农村户口转为城市户口，而且都符合法律规定，可是两个警察都不给请托人转户口。于是，找甲警察的人送给甲2万元，找乙警察的人也送给乙2万元，甲帮助对方转了户口，但乙嫌钱少仍然不帮对方转户口，此时案发。如果采取前一种解释，“为他人谋取利益”必须是有行为有结果，则甲成立受贿罪，乙因为没有为他人谋取利益，不成立受贿罪。可是，按照一般人的观念，乙比甲更“坏”，收了钱还不给人家办该办的事，结果他反而无罪了。这肯定不公平。所以，不能像以往那样，将为他人谋取利益解释为要有具体行为与结果。

本书认为，为他人谋取利益，是客观构成要件要素。但为他人谋取利益只要是一种许诺即可。当然，如果超出了许诺要求，已经为他人谋取了利益，更成立犯罪。这种许诺既可以是明示的，也可以是暗示的。明示意味着给他人以国家工作人员的职务行为可以收买的印象，此时已经侵害了受贿罪的法益。因为受贿罪保护职务行为的不可收买性，如果行为给人们的印象是，职务行为可以收买，就侵害了受贿罪的法益，构成犯罪。暗示的时候也是如此。对方有求于国家工作人员的职务行为时，国家工作人员虽然没有明说“我给你办”，但是在对方有求于他时收受财物的，本身就是一个默示的承诺。这种不予拒绝的行为给对方传递了如下信息：“国家工作人员会给我办事的，要不然他会拒绝。”所以，只要没有拒绝接受财物，就是暗示为他人谋取利益；对方也会认为，国家工作人员的职务行为可以收买，同样侵犯了职务行为的不可收买性，所以，也要作犯罪处理。于是，利用职务上的便利的含义，就是财物与职务有关，既不是要求利用职务上的便利收受财物，也不是要求利用职务便利为他人谋取利益。国外刑法、旧中国刑法规定，公务员索取、约定、收受与职务有关的贿赂的，成立受贿罪；或者规定，公务员

就职务行为索取、约定、收受贿赂的，成立受贿罪。所以，不能按字面含义理解利用职务上的便利。严格地说，是行贿一方要利用国家工作人员的职务上的便利。了解了利用职务上的便利在不同犯罪中的不同含义后，就会发现，受贿罪中的利用职务上的便利并不是要求为他人谋取利益，而是指收受的贿赂与职务有关联：如果甲没有某种职务，对方就不会把财物送给甲；国家工作人员在收受财物时也认识到，对方之所以交付财物给自己，是想利用自己的职务。不少人主张，“为他人谋取利益”这句话纯属多余，应当删掉。从立法学上来说，笔者也主张删掉这句话，但既然这句话仍然存在，就要把它解释得合情合理。

### （十一）第 399 条

刑法分则有十几个条文规定了“徇私”，下面主要以刑法第 399 条为例展开说明。

关于徇私的性质，刑法理论上存在不同观点。其中一种观点认为，徇私既是客观的构成要件要素，也是主观的构成要件要素（所谓“动机与行为说”）。如有人指出：“徇私是作为许多渎职罪的罪状特征加以规定的。这种特征与具体的违反职责、弄权渎职行为不是一种选择关系，而是在具有徇私情节的渎职罪中，把徇私作为不可或缺的罪状特征加以规定的，也就是说，是把徇私作为某种犯罪客观方面的法定构成要件。”同时认为：“徇私在主观方面，表现为行为人实施具体的渎职行为的犯罪动机，并且是构成该种犯罪的法定构成要件，也就是说，犯罪动机成为主观方面的法定要件。”<sup>①</sup>

但是，这种观点至少存在两个疑问：首先，既然将徇私作为客观的构成要件要素，就不能同时将其作为主观的构成要件要素。因为在故意犯罪中，除客观的超过要素外，客观的构成要件要素都是需要行为人认识的要素。例如，追诉无罪的人或者包庇有罪的人使之不受追诉，是徇私枉法罪的客观行为（客观要素）。因此，司法工作人员要成立徇私枉法罪，就必须明知是无罪的人而使他受追诉，或者明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉。虽然客观的构成要件要素是故意的认识内容，但不能认为客观的构成要件要素同时属于主观的构成要件要素。其次，既然认为徇私不是故意的内容，而是犯罪的动机，那么，就不能要求有与徇私相对应的客观事实。所以，认为徇私既是客观的构成要件要素，又

<sup>①</sup> 李文生：《关于渎职罪徇私问题的探讨》，载《中国刑事法杂志》，2002（4），44、48页。

是主观的超过要素（犯罪的动机），存在自相矛盾之嫌。

本书认为，徇私属于犯罪动机。渎职罪的主体是国家机关工作人员，其基本特征之一是从事公务，而公务的特征之一是具有裁量性，单纯的机械性事务不可能成为公务。有些裁量性事务，需要国家机关工作人员具有较高的法律素质、政策水平、技术能力，这种事务容易出现差错；有的裁量性事务，对国家机关工作人员的法律素质、政策水平、技术能力的要求则相对低一些，这种事务一般不会出现差错。分析刑法分则关于渎职罪的规定就可以清楚地看出，凡是规定了徇私要件的渎职罪，其职责内容都是需要国家机关工作人员具有较高的法律素质、政策水平、技术能力的裁量性事务；刑法之所以将徇私规定为主观的构成要件要素，显然是为了将国家机关工作人员因为法律素质、政策水平、技术能力不高而出现差错的情形排除在渎职罪之外。换言之，当国家机关工作人员不是因为法律素质、政策水平、技术能力不高造成差错，而是基于徇私的内心起因违背职责时，便以渎职罪论处。所以，将徇私解释为犯罪的动机，是比较符合刑法规定与现实情况的（参见本书第八章）。

### 三、保持协调的方法

为了得出协调的解释结论，解释者必须具有合理的解释理念，并掌握体系解释的基本理念与基本方法。

#### （一）基本理念

第一，解释者必须心中永远充满正义理念。刑事立法是将正义理念与将来可能发生的事实相对应，从而形成刑法规范。法官（包括解释者）是将现实的案件事实与刑法规范相对应，从而形成判决（解释结论）。只有时时刻刻想着正义，才会时时刻刻追问自己的解释与判决是否公平、合理。法官在对任何条文得出解释结论后，要不断追问：这样解释合理吗？公平吗？法官在打算做出某种判决时，也要反复追问：这样判决公平吗？正义吗？不以正义理念为指导，只是通过查阅《现代汉语词典》等工具书得出的解释结论必然使刑法不协调，所做出的判决极有可能不公平。即使偶尔得出了公平的结论，那也只是一种巧合而已。诚然，每个解释者的正义感可能存在差异，但是，对任何一个解释者而言，心中充满正义所得出的解释结论，总比大脑一片空白所得出的解释结论要好。

第二，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、相关条文之间、生活事实之中进行检验。如果这种先前理解符合正义理念、与相关条文相协调、能够公平地处理现实案件，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；当自己的先前理解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。放弃先前理解之后，应当寻求新的解释结论，再将新的解释结论置于正义理念之下、相关条文之间、生活事实之中进行检验，直到得出满意的结论为止。易言之，法官必须注意到正义的诸多层次，各种不同的可能。面对有疑问的条文时，应当想到各种可能的意义，提出各种不同的假设，对各种观点进行充分的论证、反复权衡，看哪一种解释结论最符合正义理念。

第三，解释者必须尽可能熟悉所有的刑法条文以及其他法律中与刑法相关的条文，并且正确认识各条文之间的相互关系。有的条文之间看似没有什么关系，实际上存在密切关系。熟悉所有的刑法条文，不仅有利于使不明确的概念得以明确，而且可以使条文之间保持协调，从而实现刑法的正义性。例如，在认定引诱未成年人聚众淫乱罪时，要想到刑法还规定了猥亵儿童罪，从而判断对案件事实应当适用哪一法条。易言之，引诱未成年人聚众淫乱的行为完全可能属于聚众猥亵儿童。在这种情况下，就应当以猥亵儿童罪论处，而不能仅认定为引诱未成年人聚众淫乱罪。又如，在面对行为人投放危险物质的案件时，只有同时想到刑法第114条、第115条、第144条、第232条、第338条等可能适用的法条，才能做到正确地适用刑法，实现刑法的协调性。

第四，解释者要善于通过对刑法用语的解释，实现刑法的协调性。例如，当刑法在不同条文使用了同一概念，但对同一概念做出相同解释会导致刑法不协调时，应当承认刑法用语的相对性。同一个刑法用语，可能具有不同的含义；之所以如此，其实也是体系解释的结果。如果对任何一个用语，在任何场合都做出完全相同的解释，其结论必然违反罪刑法定原则的本旨。例如，如果因为暴力抢劫致人死亡成立抢劫罪，便认为暴力妨害公务致人死亡的也仅成立妨害公务罪，就必然导致处罚的不均衡。对同一用语做完全同一的解释，表面上看是体系解释的要求，实际上却并非如此。再如，如果平义解释得出的结论导致法条之间不协调，就要善于使用扩大解释或者缩小解释技巧。

第五，不仅要使刑法条文之间保持协调，而且要使刑法与宪法及其

他法律相协调。就刑法与宪法的协调而言，应当特别注重以下几点：其一，对于刑法的解释，不能得出与宪法规定及其精神相冲突的解释结论；其二，对于宪法要求保护的法益，刑法应当保护；其三，对于公民行使宪法权利的行为，不要仅因违反程序规定便认定为犯罪，只有当不当行使权利的行为所产生的危害非常严重和高度现实时，才宜认定为犯罪，否则必然违反宪法精神。刑法虽然是独立的法律，其目的与民法等不同，但是，由于刑法与民法等法律处于同一法律体系中，所以，解释刑法时，应当考虑其他法律的规定，使刑法与相关法律保持协调关系。例如，刘某为了谋取不正当利益，意欲向国家工作人员张某行贿。刘某将 30 万元送至张某家时，张某不在家，刘某便将钱交给张某的妻子 A，并说明了真相。张某回家后，A 将收钱事实告知张某，张某大怒，痛骂 A 不该收钱，并责令其次日将钱退回。A 答应退钱，但事实上，A 次日以自己名义将 30 万元存入银行。A 的行为是否构成侵占罪？在回答这一问题时，不能不考虑刑法与民法的关系。首先，根据民法有关不法原因给付的原理，刘某对 30 万元已经没有返还请求权；侵占罪所保护的法益不是占有而是所有权，既然如此，A 的行为便没有侵犯刘某的所有权。其次，由于国家并没有现实没收该 30 万元，故 A 的行为也没有侵犯国家的财产所有权。或许有人认为，由于该 30 万元应当由国家没收，或者说国家有权没收该 30 万元，故 A 的行为侵犯了国家的财产所有权。但是，一方面，在国家没有现实没收的情况下，国家并不享有所有权，故 A 的行为没有侵犯国家的财产所有权。另一方面，如果认为 A 的行为侵犯了国家的财产所有权，那么，那些以赌博为业但不将所赢财产交归国有的行为人，都构成赌博罪与侵占罪，因为他们没有将国家应当没收的财产交给国家。这显然是不能令人接受的。最后，A 的行为也没有侵犯张某的财产所有权，因为张某并没有接受 30 万元的贿赂。既然如此，就不能认定 A 的行为构成侵占罪，否则便与民法不协调。

## （二）基本方法

如前所述，避免矛盾、保持协调，是需要具体犯罪具体解决的。下面从几个方面进行举例说明避免矛盾、保持协调的基本方法（或者需要考虑的基本要素）。

### 1. 法益的考量

犯罪的本质是侵害法益，刑法分则每个条文都有自己的法益保护目的。解释者应当根据不同犯罪所侵犯的法益，或者说根据刑法条文所要

保护的法益，确定犯罪构成要件的内容，使刑法分则条文之间保持协调。

例如，招摇撞骗罪与诈骗罪所侵犯的法益不同，前者侵犯的是国家机关的威信及其正常活动<sup>①</sup>；后者侵犯的是财产，因此两者的构成要件不同：招摇撞骗罪必须是冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗；而诈骗罪的行为可以是虚构事实、隐瞒真相的任何手段。招摇撞骗罪不要求客观上骗取财物，也不要求以非法占有为目的；而诈骗罪（既遂）要求客观上骗取财物，并要求以非法占有为目的。因此，笔者认为，虽然在冒充国家机关工作人员招摇撞骗的过程中，偶然骗取少量财物的，不影响招摇撞骗罪的认定，但只要冒充国家机关工作人员骗取财物的行为符合了诈骗罪的构成要件，就应认定为想象竞合犯，从一重罪处罚，而不能仅认定为招摇撞骗罪。因为冒充国家机关工作人员骗取数额较大以上财物的行为，侵犯了两个法益（国家机关的威信及其正常活动与他人财产），而招摇撞骗罪的保护法益仅仅是国家机关的威信及其正常活动，诈骗罪的保护法益仅仅是他人财产；两个法条原本没有包容与交叉关系，一个行为并不必然同时触犯两个法条。所以，不管从实质上考虑，还是从形式上判断，冒充国家机关工作人员骗取数额较大以上财物的行为都属于想象竞合犯。

一种观点指出：“招摇撞骗罪与诈骗罪之间有法条竞合关系，如果冒充国家机关工作人员主要是为了骗取财物，而且数额特别巨大，则其侵犯的客体已主要不是国家机关的威信，而是财产权利，而且对这种行为，按照招摇撞骗罪处理会失之过轻，所以应依照诈骗罪论处。”<sup>②</sup>亦即，“在招摇撞骗骗取数额较大的公私财物的情况下，本罪与诈骗罪之间存在法条竞合关系，应按照重法优于轻法的原则适用法条”<sup>③</sup>。但是，规定诈骗罪的刑法第 266 条指出：“本法另有规定的，依照规定。”这意味着只能采取特别法条优于普通法条的原则，即诈骗行为符合其他条文规定的，应依照其他条文规定处理。如果采取重法优于轻法的原则，便违反刑法第 266 条的规定。然而，诈骗罪的法定最高刑为无期徒刑，而招摇撞骗罪的法定最高刑为 10 年有期徒刑，如果对冒充国家机关工作人员骗取财物的行为均以招摇撞骗罪论处，则会造成明显的罪刑不均衡

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4 版，592 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。

② 周光权：《刑法各论》，357 页，北京，中国人民大学出版社，2008。

③ 陈兴良：《刑法疏议》，457 页，北京，中国人民公安大学出版社，1997。

现象。例如，冒充国家机关工作人员骗取他人 500 万元现金的，成立招摇撞骗罪，最高处 10 年有期徒刑；而冒充国家机关工作人员的亲属骗取他人 500 万元现金的，成立诈骗罪，最高处无期徒刑。这明显不协调。显然，只有将冒充国家机关工作人员骗取数额较大以上财物的行为作为想象竞合犯处理，才有利于正确处理招摇撞骗罪与诈骗罪的关系，有利于公平处理相关案件，也不至于违反刑法规定。

有的论著针对笔者的观点提出了批判性意见。该论著首先分析了想象竞合犯与法条竞合的区别，认为区分想象竞合犯与法条竞合的关键在于，想象竞合犯所触犯的规定不同种罪名的数个法条之间，不存在重合或交叉关系；法条竞合所涉及的规定不同种罪名的数个法条之间，必然存在重合或交叉关系。想象竞合犯中规定不同种罪名的数个法条发生关联，是以行为人实施特定的犯罪行为为前提或中介；法条竞合所涉及的规定不同种罪名的法条的重合或交叉，并不以犯罪行为实际发生为转移。进而得出结论：“《刑法》第 279 条关于招摇撞骗的规定与《刑法》第 266 条关于诈骗罪的规定，存在着交叉关系，即行为人以冒充国家机关工作人员的手段诈骗他人财物数额较大的行为既触犯了《刑法》第 279 条又触犯了第 266 条，而这种交叉不是由特定的具体发生的犯罪行为所引起的，是由于刑法的直接规定所引起的，因此，我们认为，招摇撞骗罪与诈骗罪的关系不是想象竞合犯，而是法条竞合关系。”<sup>①</sup> 其实，刑法第 279 条与第 266 条是否存在法条竞合关系，取决于如何解释招摇撞骗罪：如果认为骗取数额较大以上财物不是招摇撞骗罪的构成要件内容，则二者之间没有法条竞合关系；如果认为骗取数额较大财物本身就是招摇撞骗罪的构成要件内容，则二者之间存在法条竞合关系。既然如此，关键便在于：认为骗取数额较大财物属于招摇撞骗罪的构成要件内容是否合适。笔者持否定回答。

首先，刑法规定诈骗罪是为了保护财产，所以，不管行为人采取何种方法骗取财产，除另有规定的以外，都应以诈骗罪论处；因此，冒充国家机关工作人员骗取数额较大财物的，也成立诈骗罪。其次，刑法在诈骗罪之外另规定招摇撞骗罪，是为了保护国家机关的威信及其正常活动；而冒充国家机关工作人员骗取财产的行为，不仅侵犯了国家机关的威信及其正常活动，而且侵犯了更为重要的法益即财产，不应认为这种

<sup>①</sup> 王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），4 版，1168 页，北京，中国方正出版社，2010。

行为仅符合招摇撞骗罪的构成要件。持上述观点的论著还指出：“从《刑法》第 279 条规定的招摇撞骗罪的罪状中，无法将骗取财物排除出去，而为了处理招摇撞骗罪与诈骗罪的关系将招摇撞骗行为限制解释为不包括骗取财物情况的观点，未免牵强。”<sup>①</sup> 实际上，招摇撞骗罪的法益决定了骗取财物不是招摇撞骗罪的构成要件内容。而主张骗取数额较大以上财物本身属于招摇撞骗罪的构成要件内容的观点，似乎只是注重了条文中的“骗”字，而忽视了本罪的法益。又次，从文理解释的角度而言，“招摇撞骗”一词是不需宾语的，亦即，行为人冒充国家机关工作人员到处炫耀，即使没有任何人相信其是国家机关工作人员的，也不妨碍招摇撞骗罪的成立。再次，冒充国家机关工作人员骗取数额较大以上财物这种特定的具体事实，才引起了一个行为符合两个犯罪的构成要件的现象，这刚好符合想象竞合犯的基本特征。认为“这种交叉不是由特定的具体发生的犯罪行为所引起的，是由于刑法的直接规定所引起的”观点，也是难以成立的。最后，更为重要的理由是，如前所述，如果认为骗取数额较大以上财物是招摇撞骗罪的构成要件内容，则因为刑法第 266 条明文规定了特别法条优于普通法条的适用原则，会导致处罚上的不协调。对此，持上述观点的论著指出：“至于《刑法》第 266 条所规定的‘本法另有规定的，依照规定’，我们认为，首先，对这一规定立法者的原意在于将合同诈骗罪、金融诈骗罪与诈骗罪区别开来，并不是对招摇撞骗罪与诈骗罪关系的规定，之所以出现招摇撞骗罪与诈骗罪在处理上的矛盾，其实质是立法技术问题……在招摇撞骗骗取数额较大财物的情况下，招摇撞骗罪与诈骗罪之间存在法条竞合的关系，应按照重法优于轻法的原则处理。”<sup>②</sup> 可问题是，是否存在“立法者的原意”？我们如何知道“立法者的原意”？既然认为骗取数额较大以上财物属于招摇撞骗罪的构成要件内容，为什么又认为刑法第 266 条的“本法另有规定”仅指合同诈骗罪、金融诈骗罪的规定，而不包括招摇撞骗罪的规定？我们通过何种信息得知了这一“立法者的原意”？我们可不可以说，刑法第 266 条的“本法另有规定”的原意是仅包括金融诈骗罪的规定，而不包括合同诈骗罪的规定？或者可不可以认为，刑法第 266 条的“本法另有规定”的原意是仅包括合同诈骗罪的规定，而不包括金融诈骗罪的规定？

① 王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），4 版，1168 页，北京，中国方正出版社，2010。

② 王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），4 版，1168 页，北京，中国方正出版社，2010。

抑或可不可以认为，刑法第 266 条的“本法另有规定”的原意是仅包括招摇撞骗罪的规定，而不包括合同诈骗罪、金融诈骗罪的规定？答案大概不可能是肯定的。实际上，只要人们将骗取数额较大以上财物解释为招摇撞骗罪的构成要件内容，第 279 条关于招摇撞骗的规定就属于刑法第 266 条的“本法另有规定”；否则，刑法第 266 条以及类似条文中的“本法另有规定”，便没有明确的界限，从而导致刑法适用的恣意性。

事实上，只要认为骗取数额较大以上财物不是招摇撞骗罪的构成要件内容，一切问题都迎刃而解了：首先，这样解释不会存在漏洞，冒充国家机关工作人员骗取数额较大以上财物的，成立招摇撞骗罪与诈骗罪的想象竞合犯，从一重罪论处；同样，冒充国家机关工作人员为境外刺探国家秘密的，成立招摇撞骗罪与为境外刺探国家秘密罪的想象竞合犯，从一重罪论处；冒充国家机关工作人员实施其他招摇撞骗行为，没有触犯其他罪名的，或者招摇撞骗所取得的财物数额没有达到较大的，仅成立招摇撞骗罪。其次，这样解释避免同样的行为因为骗取的财物数额不同，而适用不同条文的局面。亦即，避免了定罪不协调的现象。再次，这样解释还有利于处理与刑法第 269 条的关系（冒充国家机关工作人员骗取财物的，也能“转化为”抢劫罪）。最后，这样解释避免了对刑法第 266 条的“本法另有规定”做出不合理的限制解释，也避免了违反刑法第 266 条。

## 2. 法定刑的考量

对于侵犯相同法益的犯罪，应在符合刑法用语含义的前提下，将轻重不同的罪行归入法定刑不同的罪状（构成要件），尤其不能将轻罪行归入重罪的构成要件。

罪状说明罪行的轻重。例如，对于“故意杀人”这一罪状，人们不看其法定刑，也知道其为重罪；对于“邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报”这一罪状，人们不看其法定刑，也知道其为轻罪。但是，有些罪状所表示的罪行轻重并非那么明显，这一方面是因为人们对该罪状所包含的行为没有全面认识，另一方面是因为不同的人对于该行为可能做出不同的评价。在这种情况下，通过法定刑便可以认识其对应罪行的轻重：法定刑重的，其对应的罪行便重；反之亦然。解释者在解释侵犯相同法益的犯罪的构成要件时，应注意将轻罪行归入轻罪的构成要件，将重罪行归入重罪的构成要件；尤其不能将轻罪行归入重罪的构成要件。否则，便会造成不公平现象，有损刑法的正义。

例一：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

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。”旧刑法没有规定帮助毁灭、伪造证据罪，故以往的刑法理论对“作假证明”进行了扩大解释，认为消灭罪迹与毁灭罪证的行为构成包庇罪。<sup>①</sup>这一解释在旧刑法时代具有合理性。因为消灭罪迹与毁灭罪证的行为严重妨害了司法活动，具有可罚性。但在现行刑法增设了帮助毁灭、伪造证据罪（第307条）之后，就不能认为包庇罪包括帮助湮灭罪迹和毁灭罪证的行为。因为这样解释的结局是，帮助犯罪人湮灭罪迹和毁灭罪证的行为，既符合包庇罪的构成要件，又符合帮助毁灭证据罪的构成要件。于是刑法第310条与第307条之间又产生了法条竞合关系，增加了刑法适用的困难。本书认为，既然现行刑法已经将帮助毁灭、伪造证据的行为规定为独立的犯罪，就不能将这种行为解释为包庇罪的表现形式。因此，包庇罪应仅限于作假证明包庇犯罪的人，帮助犯罪人毁灭或者伪造证据的行为不成立包庇罪，仅成立帮助毁灭、伪造证据罪。

例二：绑架罪的法定刑很重，即使刑法修正案（七）降低了绑架罪的法定刑，其法定最低刑依然高于故意杀人罪的法定最低刑。最高人民法院2000年7月13日《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》规定：“行为人为索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务，非法扣押、拘禁他人的，依照刑法第二百三十八条的规定定罪处罚。”其目的之一也是为了限制绑架罪的适用。除此之外，对于绑架罪的手段与目的也必须作适当限定。一方面，对于没有使用暴力、胁迫与麻醉方法的，或者虽然使用了暴力、胁迫方法但没有达到压制他人反抗程度的行为，不能认定为绑架罪。另一方面，如果行为人扣押人质，索取微不足道的财物或提出其他轻微不法要求的，不应认定为绑架罪。“比如行为人借岳母造访之机，扣住岳母，要求妻子早日从娘家返回”<sup>②</sup>，只能认定为非法拘禁罪，不应认定为绑架罪。基于同样的理由，不能将使用轻微暴力取得财物的行为解释为抢劫罪，也不能将使用严重暴力取得财物的行为仅评价为敲诈勒索罪。

例三：非法持有、私藏枪支、弹药罪与非法储存枪支、弹药罪的法定刑相差很大，所以，最高人民法院2001年5月15日《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》规定，非法储存，是指明知是他人非法制造、买卖、运输、邮

<sup>①</sup> 参见高铭暄主编：《中国刑法学》，551页，北京，中国人民大学出版社，1989。

<sup>②</sup> 阮齐林：《刑法学》，562页，北京，中国政法大学出版社，2008。

寄的枪支、弹药、爆炸物而为其存放的行为，从而将单纯持有枪支、弹药的行为排除在非法储存枪支、弹药罪之外，其解释宗旨是值得肯定的。<sup>①</sup>

例四：非法持有毒品罪与运输毒品罪的关系。根据我国刑法的规定，吸食毒品与购买毒品的行为本身不成立犯罪。但是，如果行为人持有一定数量的毒品，即使为了吸食，也可能成立非法持有毒品罪。在司法实践中经常发生的案件是，吸食毒品的人从外地购买毒品后，在乘坐交通工具返回居住地的途中，其毒品被查获。司法机关对此一般以运输毒品罪论处。这便使没有贩卖危险的持有行为，受到与贩卖毒品相同的刑罚处罚，明显不均衡。所以，本书认为，对于为了自己吸食、注射而将毒品从此地带往彼地的，不应认定为运输毒品。换言之，只有与走私、贩卖、制造具有关联性的行为，才宜认定为运输毒品。

以上所举几例都是侧重于对客观构成要件的解释而言的，在行为符合了几个犯罪构成要件如何确定罪名时，也需要考虑法定刑，从而保持处罚的协调。以下以强制猥亵、侮辱妇女致人重伤、死亡为例予以说明。

从理论上说，强制猥亵、侮辱妇女完全可能导致妇女重伤、死亡。因为本罪是以暴力、胁迫或者其他强制手段实施的，猥亵、侮辱行为本身也可能就是暴力行为；既然是暴力行为，当然可能导致被害人重伤乃至死亡。从司法实践上看，也确实存在强制猥亵、侮辱致人重伤、死亡的现象。例如，赵某（男）强制猥亵 15 岁的李某（女）案，赵某先用镰刀割李某的阴毛，后又强迫李某拔自己的阴毛，然后将树枝插入李的阴道，导致李某大出血，后经法医鉴定为重伤。那么，在刑法没有明文规定强制猥亵、侮辱妇女罪与猥亵儿童罪的结果加重犯的情况下，对强制猥亵、侮辱妇女以及猥亵儿童致其重伤或者死亡的，应当如何处理呢？<sup>②</sup>

将强制猥亵、侮辱妇女致其重伤、死亡的行为仍认定为强制猥亵、侮辱妇女罪，除了“聚众或者在公共场所当众”实施的以外，就只能根据刑法第 237 条第 1 款的规定，在“五年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑内量刑。这显然不合适。一方面，对如此严重的犯罪，只判处 5 年以下有期徒刑或者拘役，明显与罪刑相适应原则相抵触。另一方面也与其他犯罪不协调。例如，从中国的国情与公民的观念来看，对妇女的强

① 此外，根据笔者的观点，对于非法保存、控制大量枪支、弹药、爆炸物的行为，即使与非法制造、买卖、运输、邮寄没有关联，也应认定为储存。

② 猥亵儿童的行为也完全可能致儿童重伤或者死亡，为了论述的方便，下述仅以强制猥亵、侮辱妇女为例进行说明。所得出的结论仍然适用于猥亵儿童致其重伤或死亡的情形。

制猥亵行为明显重于对妇女的非法拘禁行为。两罪之间的法定刑差异也说明了这一点。<sup>①</sup>但是，根据刑法第238条第2款的规定，非法拘禁致人重伤的，处3年以上10以下有期徒刑；致人死亡的，处10年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照刑法第234条、第232条关于故意伤害罪、故意杀人罪的规定定罪处罚。如果对强制猥亵、侮辱妇女致人重伤、死亡的仍然定强制猥亵、侮辱妇女罪，就显然与非法拘禁罪不协调。再如，将本罪与体罚虐待被监管人员相比，也会产生同样的现象。可见，在刑法没有规定强制猥亵、侮辱妇女罪的结果加重犯的情况下，对强制猥亵、侮辱妇女致人重伤、死亡的行为，不能一概认定为强制猥亵、侮辱妇女罪。

将强制猥亵、侮辱妇女致人重伤、死亡的认定为数罪，也不合适。认定为数罪时，无非是本罪与过失重伤罪、过失致人死亡罪并罚，或者本罪与故意伤害罪或故意杀人罪并罚。首先，如后所述，既然行为人主观上是强制猥亵、侮辱妇女的故意，就说明他没有杀人的故意；如果实施强制猥亵、侮辱妇女的行为后，为灭口或报复而杀人，则理当是两罪，但这不属于本章所讨论的现象。其次，致人重伤、死亡的行为要么是暴力行为所致，要么是猥亵、侮辱行为本身所致，而前者是法定手段行为，后者是法定的目的行为，即都属于强制猥亵、侮辱妇女罪的构成要件的行为。在只有一个行为的情况下，将强制猥亵、侮辱妇女致人重伤、死亡的行为理解为想象竞合犯也好、理解为牵连犯也好<sup>②</sup>，都只能以一罪论处。虽然由于刑法没有规定这种结果加重犯，我们现在也不能轻易说这就是结果加重犯（因为结果加重犯以法律的明文规定为前提），但从事实上来看，其性质与结果加重犯相似；而从结果加重犯的角度，也不能将其认定为数罪。再者，即使将本罪与过失致人重伤、过失致人死亡实行并罚，在许多场合也未必能做到罪刑相适应。

① 强制猥亵、侮辱妇女罪的基本法定刑为5年以下有期徒刑或者拘役，而非法拘禁罪的基本法定刑为3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

② 严格地说，当某罪的法定的手段行为或者目的行为触犯其他罪名时，不可能成立牵连犯。例如，抢劫的暴力行为致人死亡时，不能称为牵连犯；强奸的暴力或者奸淫行为本身致人死亡时，也不可能称为牵连犯。此外，虽然有人主张对于牵连犯应当实行并罚，但刑法理论的通说认为，在刑法没有明文规定的情况下，应从一重处罚。再者，即使主张牵连犯应当并罚，也应仅限于非法定的手段行为或者结果行为触犯其他罪名的情形。如果在法定的手段行为或结果行为触犯其他罪名的情况下，也实行并罚，则任何一罪都有成立数罪的可能性。况且，法定的手段行为与结果行为触犯其他罪名时，一般应分别理解为法条竞合或想象竞合。

在强制猥亵妇女致人死亡的情况下，认定为故意杀人罪也不合适。因为既然行为人是出于强制猥亵、侮辱妇女的故意实施本罪行为，就表明行为人不可能有杀人的故意，对于没有杀人故意而导致他人死亡的行为，当然不能认定为故意杀人罪。如果行为人以杀人的故意致妇女死亡后，然后再实施猥亵、侮辱行为的，则另构成侮辱尸体罪。但这已经不属于强制猥亵、侮辱妇女致人死亡的情形了。与强奸罪相比较也能说明这一点。既然行为人出于强奸的故意，就表明行为人没有杀人的故意；如果行为人杀害妇女后又奸尸的，则构成故意杀人罪与侮辱尸体罪，但这已经不属于强奸致人死亡了。强制猥亵、侮辱妇女罪的构造与强奸罪的构造可谓相同，故在此问题上也完全相同。

本书认为，对于强制猥亵、侮辱妇女致人重伤、死亡的，应当视为一个行为触犯了两个罪名，即成立强制猥亵、侮辱妇女罪与故意伤害罪的想象竞合犯。首先，如前所述，强制猥亵、侮辱致人伤亡，要么是其中的暴力行为致人重伤、死亡，要么是猥亵、侮辱行为本身致人重伤、死亡。既然行为人的客观行为已经导致他人重伤或者死亡，就表明行为本身已经具有了伤害的性质，或者至少包含了伤害的内容，符合了故意伤害罪的客观构成要件。其次，行为人在实施暴力、猥亵或侮辱行为时，主观上一般具有伤害的故意，即行为人明知自己的行为会发生他人伤害的结果，并且希望或者放任这种结果发生。当然，在司法实践中，行为人对伤害的结果可能主要是间接故意，但间接故意在造成了相应危害结果的情况下，当然应追究刑事责任。再次，在刑法没有规定强制猥亵、侮辱妇女罪的结果加重犯的情况下，强制猥亵、侮辱妇女致人重伤或者死亡的行为，便成为想象竞合犯。行为人只实施了一个强制猥亵、侮辱妇女的行为；该行为具有双重属性：既是强制猥亵、侮辱行为，又是伤害行为；该行为造成了双重结果：既侵害了妇女的性的自己决定权，又伤害了妇女的身体健康；因此一个行为触犯了两个罪名——强制猥亵、侮辱妇女罪与故意伤害罪。<sup>①</sup> 对于想象竞合犯，当然是从一重处

① 如果刑法第 237 条规定了强制猥亵、侮辱致人重伤、死亡的结果加重犯，则可以认为强制猥亵、侮辱妇女致人重伤、死亡时，是本罪与故意伤害、过失致人重伤罪、过失致人死亡罪的法条竞合。由于第 237 条没有这种结果加重犯的规定，故应认为，第 237 条只是保护妇女的性的自己决定权。当强制行为或者猥亵、侮辱行为导致妇女重伤或者死亡时，既在形式上符合了想象竞合犯中的一个行为触犯两个罪名的要求，也在实质上符合了想象竞合犯的一行为侵害了数个法益的要求，故认定为想象竞合犯较为合适。

罚。<sup>①</sup>最后，将强制猥亵、侮辱妇女致人重伤、死亡的行为认定为想象竞合犯从一重论处，能够做到罪与刑的协调，以及本罪与相关犯罪之间的协调。特别值得说明的是，不能因为刑法没有规定强制猥亵、侮辱妇女致死伤的结果加重犯，便将这种行为一概认定为强奸（未遂）或者奸淫幼女致人死伤。这样处理，不仅违反罪刑法定原则与犯罪构成原理，而且当猥亵对象为幼男时，无法协调处理。

根据上述理由，我们可以得出以下具体结论：第一，不管是否聚众或者是否在公共场所强制猥亵、侮辱妇女或者猥亵儿童，只要造成妇女、儿童死亡的，就应认定为故意伤害罪，适用故意伤害致死的法定刑；因为故意伤害致死的法定刑重于强制猥亵、侮辱妇女罪与猥亵儿童罪的加重法定刑。第二，非聚众并且在非公共场所强制猥亵、侮辱妇女或者猥亵儿童，致妇女、儿童重伤的，由于故意伤害致人重伤的法定刑重于强制猥亵、侮辱妇女罪、猥亵儿童罪的基本法定刑，理当以故意伤害罪论处。第三，聚众或者在公共场所强制猥亵、侮辱妇女或者猥亵儿童，致妇女、儿童重伤的，仍认定为强制猥亵、侮辱妇女或猥亵儿童罪，因为该罪的加重法定刑重于故意重伤的法定刑。这些结论看上去似乎不一致，但这是想象竞合犯的处理原则以及强制猥亵、侮辱妇女罪与故意伤害罪具有几个不同幅度的法定刑所导致的，实质上并无不合理之处。

### 3. 犯罪结构的考量

在解释刑法分则规定的犯罪构成要件时，应当根据犯罪的结构或者构造，妥当处理相关犯罪之间的关系，使犯罪之间保持协调。

刑法分则的许多条文，只是简单地表述了罪状，而对犯罪的结构或构造没有叙明。解释者应当通过正确把握相关犯罪之间的关系，揭示犯罪的结构。完全按条文字面的汉语含义解释刑法条文的做法，实不足取。诚然，罪刑法定，法由文字、用语表述，但文字、用语不等于法；千万不可使刑法学成为文字法学，解释者应通过各种途径揭示法的真义。

---

<sup>①</sup> 对于想象竞合犯从一重处罚，可以从刑法分则的一些规定中找到根据。如刑法第329条规定，对于抢夺、窃取、擅自出卖、转让国家所有的档案，同时又构成刑法规定的其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。由于档案具有多重属性，故抢夺、窃取、擅自出卖、转让档案的行为可能触犯多个罪名。这便是一个行为触犯数个罪名；刑法规定对此从一重论处。

例如，各种诈骗罪的构造是相同的：行为人以非法占有为目的实施欺骗行为—对方产生错误认识（或者继续维持认识错误）—对方基于错误认识处分财产—行为人取得财产—被害人遭受财产上的损害。而贪污罪、职务侵占罪中的狭义的侵占或者侵吞，并不要求欺骗他人，而是将自己基于职权或者职务占有的财物转变为自己或者第三者所有的财物。只有认识到这两类犯罪的结构不同，才能协调处理所谓内外勾结的案件。

以金融诈骗罪与贪污罪、职务侵占罪的关系为例。金融诈骗罪必须是使用欺骗手段，使具有财产处分权限或者地位的人陷入认识错误进而处分财产。所以，如果一般主体与金融机构中具有财产处分权限或者地位的工作人员相勾结，非法占有金融机构财产的，由于一般人没有欺骗财产处分者，财产处分者没有陷入认识错误，因而不可能成立金融诈骗罪。只能根据金融机构工作人员的身份与财产性质，分别认定为贪污罪或者职务侵占罪。

例如，甲为国有银行某支行行长，乙为该行信贷员，甲、乙与一般公民丙、丁内外勾结，由丙、丁编造引进资金、项目等虚假理由，向甲、乙所在银行多次申请贷款。丙、丁取得“贷款”后与甲、乙私分，造成银行300余万元损失。从形式上看，丙、丁具有非法占有目的，采取了“编造引进资金、项目等虚假理由”的贷款诈骗手段，也获取了银行的贷款，似乎完全符合贷款诈骗罪的构成要件。其实不然。因为甲具有处分金融机构财产的权限，但他并没有受欺骗，没有陷入处分财产的认识错误，而是与丙、丁通谋将银行财产进行非法转移；甲、乙将银行资金以“贷款”形式转移给丙、丁，并不是贷款诈骗罪中的处分行为，而是贪污的一种形式。所以，只能认定甲、乙、丙、丁成立贪污罪的共犯。同样，如果甲、乙所在银行为民办银行，甲、乙不属于国家工作人员，则甲、乙、丙、丁的行为成立职务侵占罪的共犯，也不成立贷款诈骗罪。

再如，某民办银行工作人员A与其朋友B串通后，由B持一张伪造的支票（票面金额2万元）到A所在的银行柜台提现，A为该伪造的支票付款，然后二人分赃。事后，A谎称付款当时没有发现是伪造的支票。A虽然只是银行的一般工作人员，但由于A直接将银行现金交付给B，所以，B的行为不可能成立票据诈骗罪。虽然A事后欺骗了银行管理人员，但是，这是在已经造成财产损失后为隐瞒真相所实施的欺骗行为，而不是为了取得财产所实施的使他人陷入处分财产的认识错误

的欺骗行为，故B的行为不属于票据诈骗行为。另一方面，由于A与B基于相互串通而非法占有银行财产，所以B根本不存在票据诈骗行为。显然，A、B只成立职务侵占罪的共犯。

不难看出，在行为不符合诈骗罪的构造，因而不可能认定为金融诈骗罪的情况下，即使有金融机构工作人员的参与，也不可能就金融诈骗罪成立共同犯罪。由此看来，仅以一般主体的行为外观为依据，不考察整体行为是否符合金融诈骗罪的构造，便认定为金融诈骗罪的共犯或者认定为金融诈骗罪与其他犯罪的竞合的做法，是存在疑问的。

可是，司法实践中存在不少仅以一般主体的行为外观为依据，将贪污罪、职务侵占罪的共犯认定为金融诈骗罪的情形。究其原因，主要有二：一是断章取义地理解刑法规定，没有将相关条文的项中规定与项前规定结合起来理解，更没有将金融诈骗罪作为诈骗罪的特殊表现形式予以认定。例如，只要行为人使用虚假的证明文件取得贷款，不管有无受骗者，不管受骗者是谁，都认定为贷款诈骗罪。再如，只要行为人使用伪造、变造、作废的汇票、本票、支票，也不管有无受骗者，不管受骗者是否基于认识错误处分财产，都认定为票据诈骗罪。只要行为人使用作废的信用证，不管其是否与银行工作人员勾结，不管银行工作人员是否具有财产处分权限，都认定为信用证诈骗罪。由此看来，司法机关应当体系性地阅读刑法，完整地理解刑法条文，正确把握金融诈骗罪的构造。二是为了判处重刑（尤其是为了判处死刑）而将职务侵占罪认定为金融诈骗罪。例如，对于一般主体与非国有金融机构中具有处分权限的工作人员相勾结，使用伪造的票据，造成数额特别巨大财产损失的案件，司法机关工作人员可能明知行为人的行为构成职务侵占罪，但由于职务侵占罪的最高刑为15年有期徒刑，为了判处死刑而认定为票据诈骗罪。显然，应当杜绝这种现象。因为这种“量刑定罪”的做法，不仅违反罪刑法定原则，而且构成故意杀人、徇私枉法等罪，应当追究相关司法工作人员的刑事责任。

#### 4. 犯罪形态的考量

在某些情况下，对一个行为既可能认定为此罪的未遂或者预备，也可能认定为彼罪的既遂。对此，必须权衡犯罪形态对定罪与量刑的影响，做出协调的解释。

例如，刑法第177条之一规定：“有下列情形之一，妨害信用卡管理的，处三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；数量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，并处二万元以上二十万元以下罚金：（一）明知是伪造的信用卡而持有、运输的，或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输，数量较大的；（二）非法持有他人信用卡，数量较大的；（三）使用虚假的身份证明骗领信用卡的；（四）出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领的信用卡的。”根据刑法第196条第3款的规定，盗窃信用卡并使用的，以盗窃罪论处。盗窃罪的第一档法定刑为“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、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》规定，非法持有他人信用卡50张以上的，应当认定为刑法第177条之一第1款规定的“数量巨大”。甲盗窃他人提包后，发现其中有50余张信用卡，但没有其他财物，此后一直持有这些信用卡。对此应考虑以下问题：（1）如果说信用卡本身就是财物，50多张信用卡的工本费共1000余元（达到盗窃罪数额较大的起点），则甲的行为成立盗窃罪（对象为信用卡本身），非法持有信用卡的行为（妨害信用卡管理罪）与盗窃罪成立吸收关系，根据从一重罪论处的原则，应认定为妨害信用卡管理罪。（2）如果说信用卡本身不是财物，或者虽然是财物，但数额没有达到较大标准，也必须认定为妨害信用卡管理罪。（3）如果行为人原本认识到被害人提包中有许多信用卡，打算盗窃信用卡再使用，但事实上没有使用，也必须认定为妨害信用卡管理罪，既不能认定为盗窃未遂，也不能认定为盗窃预备。（4）如果行为人使用了部分信用卡，就必须对盗窃罪与妨害信用卡管理罪实行并罚。因为即使不使用信用卡也成立妨害信用卡管理罪，而使用所盗窃的信用卡的行为，另触犯了盗窃罪，二者之间不存在以一罪论处的根据与理由。

再如，行为人为了实施金融诈骗行为，先伪造、变造金融票证，后使用该伪造、变造的金融票证骗取财物的，应当如何处理？这是刑法理论激烈争论的问题。本书的基本观点是，对这种行为从一重罪论处，而不实行并罚。但对“从一重罪论处”要确定一个基本原则与一个补充原则。<sup>①</sup>

基本原则是：在行为所触犯的罪名之间，依照较重的法定刑定罪；在法定刑相同的情况下，根据情节较重的犯罪定罪。

<sup>①</sup> 关于各种观点的争论以及笔者观点的详细论证，参见张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，460页以下，北京，清华大学出版社，2006。

一方面，虽然票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、信用卡诈骗罪的法定刑并不低于甚至高于伪造、变造金融票证罪的法定刑，但由于各种犯罪都具有多个法定刑幅度，所以，在认定这类犯罪时，必须按照具体案件所应当适用的法定刑比较法定刑的轻重，从而实现从一重处罚。例如，甲伪造汇票情节严重，根据刑法第 177 条的规定，应当适用“五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金”的法定刑，但其使用伪造的汇票骗取的财物只是“数额较大”，故就票据诈骗罪而言，根据刑法第 194 条的规定，只能适用“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。因此，对甲的行为应认定为伪造金融票证罪。再如，乙伪造信用证情节特别严重，应当适用“十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产”的法定刑；其使用伪造的信用证骗取了数额特别巨大的财物，并且给国家和人民利益造成特别重大损失，根据刑法第 199 条的规定，应当适用“无期徒刑或者死刑，并处没收财产”的法定刑。因此，对乙的行为宜认定为信用证诈骗罪。

另一方面，在决定所应适用的法定刑时，不能只考虑金融诈骗的数额，同时要考虑其他情节。因为刑法对金融诈骗罪所规定的法定刑，并非以诈骗数额作为选择法定刑与量刑的唯一标准，而是同时考虑了其他情节。例如，刑法第 194 条至第 196 条，都将“数额巨大或者有其他严重情节”规定为一种法定刑升格的情节；将“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”规定为更重的法定刑升格情节。所以，不能仅以骗取的财产数额为根据决定法定刑的选择。

问题是，在对于行为所触犯的两个罪名所应选择的法定刑完全相同时，应当如何处理？例如，A 伪造信用卡情节特别严重，根据刑法第 177 条的规定，应当适用“十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产”的法定刑；同时，A 使用伪造的信用卡骗取了数额特别巨大的财物，根据刑法第 196 条的规定，也应适用“十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产”的法定刑。在这种情况下，需要进一步根据量刑情节比较罪行的轻重。完全可能出现这样的情况：A 的行为刚刚达到信用卡诈骗罪的数额特别巨大的起点，所以，根据信用卡诈骗罪的法定刑，只宜判处 10 年有期徒刑；但是，A 伪造信用卡的行为不仅情节特别严重，而且重于其他情节特别严重的情形（即属于情节特别严重中的较重

情形), 根据伪造金融票证罪的法定刑, 宜判处 15 年有期徒刑或者无期徒刑。显然, 在这种情况下, 认定为伪造金融票证罪, 判处 15 年有期徒刑或者无期徒刑是合适的, 而不能认定为信用卡诈骗罪判处 10 年有期徒刑。正因为这样处理具有合理性, 所以, 有的国家的刑法对此做出了明文规定。例如, 日本刑法第 54 条规定了牵连犯: “作为犯罪的手段或者结果的行为触犯其他罪名的, 按照其最重的刑罚处罚。” 而日本刑法第 10 条就刑罚的轻重所做的规定指出: “两个以上的死刑, 或者最高刑期、最高数额及最低刑期、最低数额相同的同种类的刑罚, 按照犯罪情节决定其轻重。” 易言之, 在牵连犯触犯的两个犯罪的法定刑完全相同时, 并不是按照目的行为定罪, 而是按照情节轻重定罪: 如果手段行为情节重, 就按手段行为触犯的罪名定罪; 如果目的行为情节重, 就按目的行为触犯的罪名定罪。

或许有人认为, 在上述情况下, 认定 A 的行为构成信用卡诈骗罪并从重处罚, 也可以保持罪刑协调关系。可是, 第一, 与将伪造信用卡的行为作为信用卡诈骗罪的从重情节, 从而判处 15 年有期徒刑或者无期徒刑相比, 以伪造信用卡本身的情节为根据判处 15 年有期徒刑或者无期徒刑, 更具有合理性。第二, 完全可能存在这样的情形: 虽然依照伪造、变造金融票证罪所确定的法定刑与依照金融诈骗罪所确定的法定刑相同, 但后者反而存在未遂等从轻、减轻甚至免除处罚的情节, 如果依目的行为触犯的罪名定罪, 必然不能实现罪刑相适应。例如, 甲利用自己伪造、变造的支票实施票据诈骗行为时, 自动放弃票据诈骗行为。假如对甲触犯的两个罪名应适用相同的法定刑, 那么, 如果按目的行为定罪, 意味着必须认定甲的行为构成票据诈骗罪中止; 而对于中止犯没有造成损害的, 应当免除处罚。这显然不利于实现罪刑相适应。<sup>①</sup>

补充原则是: 如果根据较重法定刑确定的罪名具有法定减免情节, 则应具体权衡根据不同罪名所应判处的具体刑罚的轻重, 按处罚较重的罪名定罪。

例一: 伪造金融票证后并使用伪造的金融票证进行诈骗, 但由于犯

<sup>①</sup> 或许有人认为, 在这种情况下, 由于甲伪造了支票, 所以应认定其行为造成了损害。可是, 其一, 既然认定甲的行为成立票据诈骗罪, 在其没有骗取财物的情况下, 难以认定其行为造成了损害。其二, 即使认定甲的行为造成了损害, 但根据刑法规定也应当减轻处罚。显然, 只有认定为伪造金融票证罪, 才能避免不合理现象。

罪人意志以外的原因而未得逞，应如何处理的问题？例如，1998年10月18日，被告人王某在某县城市信用社存款130元，至同年11月25日已分两次支取125元，存折上余额为5元。1999年6月29日，王某在自己家中将存折余额涂改为10805元。同年7月1日上午10时许，王某持涂改后的存折到本县城关一发廊按摩嫖娼，结账时无现金支付，便同发廊老板、卖淫女三人乘三轮车到城关信用社取款，信用社工作人员发现存折被涂改后即报警，公安人员遂将王某抓获。从本案的情节来看，如果认定为变造金融票证罪，应适用的法定刑为“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”；如果认定为金融凭证诈骗罪，应适用法定刑为“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”。显然，后一法定刑重于前一法定刑（主刑相同，附加刑不同），于是有人认为，对王某的行为应按金融凭证诈骗罪（未遂）处罚。<sup>①</sup>

可是，如果认定王某的行为成立金融凭证诈骗罪，那么，由于王某因意志以外的原因未得逞，就必须适用刑法总则关于未遂犯的规定。不难看出，虽然变造金融票证罪的第一档法定刑轻于金融凭证诈骗罪的第一档法定刑，但如果在变造金融票证罪既遂与金融凭证诈骗罪未遂之间进行比较，应当肯定，在主刑相同的情况下，对既遂的量刑理当重于对未遂的量刑。换言之，就应当判处的具体刑罚而言，变造金融票证罪既遂的刑罚重于金融凭证诈骗罪未遂的刑罚。既然如此，对王某以变造金融票证罪论处更为合适。否则会形成这样的局面：如果王某没有持变造的存折取款，便以变造金融票证罪的既遂论处，王某也不具有任何法定的从轻、减轻处罚情节；倘若王某持变造的存折取款，由于意志以外的原因而未得逞，便以金融凭证诈骗罪未遂论处，王某因而具有法定的从

① 在讨论本案时，有人认为王某的行为属于牵连犯，同时指出：“刑法第一百九十四条第二款已规定，使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证的，以金融凭证诈骗罪处罚。这里所说的使用伪造、变造金融凭证，当然包括使用本人伪造、变造金融凭证的情况在内。尽管伪造、变造的行为也可单独构成伪造、变造金融票证罪，但刑法第一百九十四条第二款的规定，已从立法上排除了伪造、变造金融凭证罪的适用。”（祝铭山主编：《典型案例与法律适用（刑事类）·破坏金融管理秩序罪》，99~100页，北京，中国法制出版社，2004）可是，一方面，如果认为使用伪造、变造金融凭证，当然包括使用本人伪造、变造金融凭证的情况在内，那么，就不能认定王某的行为属于牵连犯。另一方面，如果认定王某的行为属于牵连犯，就存在以手段行为定罪的可能性，而不能认为从立法上排除了伪造、变造金融票证罪的适用。

轻、减轻处罚情节。这似乎存在明显的不协调现象。<sup>①</sup>

例二：伪造金融票证后并使用伪造的金融票证进行诈骗，但由于犯罪人自动放弃而没有造成财产损失的，应如何处理的问题？例如，刘某于2004年1月19日，将自己金额为1万元的定期存单，涂改为11万元的定期存单，然后持该变造的存单到银行柜台取款。刘某将存单递给银行职员陈某后，陈某将存单放在桌上后对刘某说：“请等一下，我接一个电话后来给您办。”刘某便说：“那你将存单给我吧！”陈某将存单递给刘某后，刘某将该存单撕毁。次日，刘某以存单丢失为由，向银行挂失。刘某在陈某并未发现存单变造的情况下要回并撕毁存单的行为，显然符合犯罪中止的成立条件。从本案的情节来看，如果认定为变造金融票证罪，应适用的法定刑为“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”；如果认定为金融凭证诈骗罪，可能适用“五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金”的法定刑。<sup>②</sup> 根据前述“从一重处罚”的基本原则，对刘某的行为似应认定为金融凭证诈骗罪。

但是，如果将刘某的行为认定为金融凭证诈骗罪，则意味着对刘某应当免于刑罚处罚。因为就金融凭证诈骗罪而言，刘某的行为完全符合犯罪中止的条件，而且没有造成任何损害。既然如此，就应免于刑罚处罚。可是，这样处理有损刑法的公平正义性：如果刘某没有使用其变造的存单，便成立变造金融票证罪既遂，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”；当刘某使用其变造的存单进而中止时，则成立金融凭证诈骗罪的中止犯，并免于刑罚处罚。这恐怕是一般人难以接受的。在这种情况下，应适用前述补充原则。即具体地考察：如果认定为变造金融票证罪，对刘某应当判处何种刑罚；如果认定为金融凭证诈骗罪，对刘某应当判处何种刑罚。这样考察的结局是，认定为变造金融票证罪重，而非认定为金融凭证诈骗罪重。所以，对刘某的行为应认定为变造金融票证罪既遂。

- ① 也许有人认为，由于对于未遂犯只是“可以”从轻或者减轻处罚，所以，对王某的行为以金融凭证诈骗罪未遂处罚，也可以不从轻、减轻处罚，因而结局上仍然是协调的。但是，“可以”表明了刑法的倾向性意见，如果一方面认定为金融凭证诈骗罪的未遂犯，另一方面以金融凭证诈骗罪以外的事实否认“可以”从轻或者减轻处罚，便缺乏合理性。
- ② 根据最高人民法院2001年1月21日《全国法院审理金融犯罪案件座谈会纪要》以及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》，刘某的行为属于诈骗“数额巨大”财物。

## 5. 共犯与正犯关系的考量

对于某种具体犯罪构成要件做出解释时，应充分注意该罪的实行行为与其他犯罪的教唆行为、帮助行为的区别，避免矛盾的解释结论。

一般认为，刑法分则所规定的行为为实行行为<sup>①</sup>，但根据刑法总则的规定，教唆行为与帮助行为也成立犯罪。实行行为、教唆行为、帮助行为都具有相对性，即某种行为相对于此罪而言是帮助行为，但相对于彼罪而言则可能是实行行为；或者某种行为相对于此罪而言是教唆行为，但相对于彼罪而言则是实行行为，如此等等。例如，提供虚假证明文件的行为，相对于提供虚假证明文件罪而言，属于实行行为；但如果行为人明知他人实施保险诈骗行为而为其提供虚假证明文件时，该行为则是保险诈骗罪的帮助行为。因此，在解释某种具体犯罪的构成要件时，要注意该罪的实行行为与其他犯罪的教唆行为、帮助行为的区别。下面以介绍贿赂罪为例进行讨论。

刑法理论通说就介绍贿赂罪所设之例为：“介绍贿赂通常表现为以下两种形式：其一，受行贿人之托，为其物色行贿对象，疏通行贿渠道，引荐受贿人，转达行贿的信息，为行贿人转交贿赂物，向受贿人传达行贿人的要求。其二，按照受贿人的意图，为其寻找索贿对象，转告索贿人的要求等。”<sup>②</sup> 闭目思索之后，一系列问题浮现在眼前：能否说前一种行为属于行贿罪的帮助行为呢？难道不能认定后一行为是受贿罪的帮助行为吗？如果回答“能”，那么，它们又为什么会成为介绍贿赂罪的实行行为呢？立法者是否将行贿罪与受贿罪的帮助行为独立出来作为介绍贿赂罪，而不再分别以行贿罪、受贿罪的共犯论处呢？果真如此，这种立法的根据何在呢？如果不是，则意味着在介绍贿赂罪之外，仍然存在行贿罪、受贿罪的帮助犯，那么，如何认识二者的关系呢？<sup>③</sup>

首先必须证实的是，上述通说所列举的第一种行为属于行贿罪的帮助行为，第二种行为则构成受贿罪的帮助行为。从共犯原理来看，行为人受行贿人之托所实施的上述行为，是促成行贿得以实现的行为，其主观上也当然认识到自己是在帮助行贿人实施行贿行为。这完全符合行贿

① 这一说法或许总体上是成立的，但还存在若干疑问。

② 高铭喧主编：《新编中国刑法学》，996页，北京，中国人民大学出版社，1998；赵秉志主编：《刑法新教程》，845页，北京，中国人民大学出版社，2001。

③ 教唆行贿或受贿的行为，应分别以行贿罪或受贿罪论处，不会与介绍贿赂罪混淆（参见高铭喧主编：《刑法学》，569页，北京，法律出版社，1984）。故以下仅讨论行贿、受贿的帮助行为与介绍贿赂罪的区别。

罪的共同犯罪的成立条件。同样，行为人按照受贿人的意图所实施的上述行为，是促成受贿得以实现的行为，其主观上也必然认识到自己是在帮助受贿人实施受贿行为。这完全符合受贿罪的共同犯罪的成立条件。或许人们会说，上述行为毕竟属于一种“介绍”行为。但本书依然认为，对向犯中的介绍行为同样属于共犯行为。从法律规定而言，刑法有的条款明文将介绍或类似介绍的行为规定为共犯行为（还可能是共犯中的实行行为）。例如，刑法第 240 条将接送、中转妇女、儿童的行为规定为拐卖妇女、儿童行为；换言之，在他人拐骗、贩卖妇女、儿童的过程中，行为人明知事实真相而接送、中转妇女、儿童的，与拐骗者、贩卖者成立拐卖妇女、儿童罪的共犯。再如，根据刑法第 205 条的规定，介绍他人虚开增值税专用发票的，也属于虚开增值税专用发票的行为；易言之，行为人介绍他人虚开增值税专用发票时，便与实际上虚开增值税专用发票的人构成该罪的共犯。从司法实践来看，对向犯中的介绍、居间等行为历来被认定为共犯行为。例如，“居间介绍买卖毒品的，无论是否获利，均以贩卖毒品罪的共犯论处”<sup>①</sup>。又如，“介绍买卖枪支、弹药、爆炸物的，以买卖枪支、弹药、爆炸物罪的共犯论处”<sup>②</sup>。这些都表明，通说所列举的介绍贿赂的行为，实际上是行贿的帮助行为或者受贿的帮助行为。此外，刑法第 392 条第 1 款明文规定的罪状是“向国家工作人员介绍贿赂”，故按照国家工作人员的意图，“为其寻找索贿对象，转告索贿人的要求”等行为，也似乎并不属于“向国家工作人员介绍贿赂”。

其次应当说明的是，行贿罪的帮助行为与受贿罪的帮助行为，不应独立成为介绍贿赂罪。一方面，我们无论如何也不能发现将上述帮助行为规定为独立犯罪的任何理由；另一方面，教唆行为与帮助行为都是共犯行为，为什么教唆行贿与教唆受贿分别成立行贿罪与受贿罪，而帮助行为却独立成罪呢？我们也难以发现其中的道理。或许有人联系协助组织卖淫罪来反驳这一观点，但本书以为，这种反驳难以成立。现行刑法第 358 条第 3 款所规定的协助组织卖淫罪，确实将组织卖淫罪的帮助行为设置为独立犯罪了；但该规定源于 1991 年的《关于严禁卖淫嫖娼

① 最高人民法院 1994 年 12 月 20 日《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》。

② 最高人民法院 2001 年 5 月 15 日《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》。

的决定》，而在卖淫嫖娼绝迹几十年后的当时，组织卖淫嫖娼的行为，被视为极为严重的犯罪行为，所以立法机关欲对该行为重拳出击；但如果将协助组织卖淫的行为认定为组织卖淫罪的从犯，司法机关仍然可能根据刑法总则的规定，对协助组织卖淫的行为以从犯论处，进而从轻、减轻处罚甚至免除处罚；于是，立法机关对协助组织卖淫的行为规定了独立的、较重的法定刑。可见，只有当立法者为了重处（或轻处）某种犯罪的共犯行为时，才可能将其规定为独立的犯罪。但对于刑法第 392 条所规定的介绍贿赂罪，则不能做出这种解释。如果说帮助行贿与帮助受贿的罪行严重，需要将其独立成罪予以重处，则不符合立法现状。因为与帮助行为相比，教唆行为更需要重处，可是，刑法并没有将教唆行贿与教唆受贿规定为独立犯罪。而且刑法第 392 条规定，介绍贿赂情节严重才成立犯罪，法定最高刑也仅为 3 年有期徒刑，此外还将追诉前主动交待规定为减免情节。如果说需要轻处行贿、受贿的帮助行为，也不符合客观现实。修订刑法时面临着严峻的贪污贿赂现象，立法机关正是为了严厉打击贪污贿赂犯罪，才将“贪污贿赂罪”独立成章的，不可能为了轻处行贿、受贿的帮助行为，而将其独立成罪。但将行贿、受贿的帮助行为解释成为介绍贿赂罪的实行行为，不仅会导致重罪轻判，还会不当地导致罪数的混淆。例如，甲一方面帮助乙行贿给 A，另一方面帮助丙向 B 索取、收受贿赂。如果将帮助行贿、受贿的行为认定为介绍贿赂罪，则甲只是犯了同种数罪，且通常不并罚；如果说帮助行贿、受贿的行为分别成立行贿罪与受贿罪的共犯，则甲触犯了两个不同的罪名，应当实行数罪并罚。显然，上述通说可能导致数罪不并罚。所以，从罪刑均衡的角度而言，行贿、受贿的帮助行为不可能独立成为介绍贿赂罪的实行行为。此外，将行贿、受贿的帮助行为解释为介绍贿赂罪也会导致刑法的不协调。因为刑法第 163 条、第 164 条分别规定了公司、企业人员受贿罪与对公司、企业人员行贿罪，但没有规定向公司、企业人员介绍贿赂罪；如果行贿、受贿的帮助行为成立介绍贿赂罪而不成立行贿、受贿罪的共犯，那么，对向公司、企业人员介绍贿赂的行为便可能不成立犯罪。这种导致刑法不协调的解释结论，是不宜保留的。因为使法律相冲突、相矛盾的解释结论是最糟的解释结论。

刑法理论与司法实践习惯于讨论此罪与彼罪的区别。按照这种做法，区分行贿、受贿的帮助行为与介绍贿赂罪的标准是什么？

一种可能是，以行为人是否获得利益为标准：帮助受贿并参与分赃（实际分得受贿款物）的，成立受贿罪的共犯；帮助行贿并为了谋取自

己的不正当利益的，成立行贿罪的共犯；帮助受贿但没有分赃、帮助行贿却不是为了谋取自己的不正当利益的，成立介绍贿赂罪。但从犯罪的本质来考察，便不难发现，这种做法不可取。

刑法第 2 条的规定，清楚地说明刑法的目的是保护法益，也说明犯罪的本质是侵害法益。因为惩罚恶就是保护善，即惩罚恶行就是为了保护恶行所侵害的利益。刑法第 13 条的规定也直接表明犯罪的本质是侵害法益，刑法之所以禁止犯罪，正是因为犯罪侵害了法益。既然刑法的目的是保护法益，犯罪的本质是侵害法益，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本质问题、也非重要问题。即定罪与量刑，从根本上考虑的是行为对法益的侵害程度（损人），而不是行为人获取利益的有无与多少（利己）。因为损人与利己并非绝对的对应关系，有的行为既损人又利己，有的行为只损人不利己，有的行为只利己不损人。由于犯罪的本质是侵害法益，所以，在犯罪人事实上没有获得利益，被害人的法益却遭受侵害的情况下，我们首先要考虑的是法益受侵害的事实。或许有人认为，刑法的一些条文规定了某些犯罪的成立要求行为人主观上出于追求利益的目的或者客观上已经获得一定利益，因而说明仍需考虑行为人主观上对利益的追求与客观上所获的利益。但是，本书认为，刑法做出这些规定是为了使构成要件所反映的、行为对法益的侵害性达到犯罪程度，或者是为了区分此罪与彼罪。例如，高利转贷罪，刑法要求行为人主观上“以转贷牟利为目的”，客观上“违法所得数额较大”。这是因为，一方面，如果主观上不是“以转贷牟利为目的”，客观上就不可能实施套取金融机构信贷资金高利转贷他人的行为，也就不可能侵犯金融秩序。另一方面，如果客观上不是“违法所得数额较大”，就表明行为人套取的信贷资金数额不大而且转贷利率不高，故对金融秩序的侵犯性没有达到犯罪程度。可见，即使在行为侵害了法益又获得了利益的情况下，我们的着眼点仍然在行为对法益的侵害性上。如果不是这样考虑，而是自觉或者不自觉地认为，犯罪的本质在于行为人获得利益、刑法的目的在于禁止行为人获得利益，那么，必然不断出现以往所出现过的那种将科技人员利用业余时间为企业排忧解难因而获得适当报酬的行为认定为受贿罪的现象，也会在其他许多方面出现偏差。所以，以行为人是否分得贿赂款物为标准来区分介绍贿赂罪与受贿罪的共犯，是歪曲犯罪本质的表现。

退一步考虑。就行贿而言，虽然刑法第 389 条将“为谋取不正当利益”规定为行贿罪的主观要件，但可以肯定的是，“为谋取不正当利益”

是驱使行为人实施行贿行为的动因；同样可以断定的是，行为人具有“为他人谋取不正当利益”的心态时，也会驱使其实施行贿的帮助行为。从论理上解释，为自己谋取不正当利益而行贿与为他人谋取不正当利益而行贿，对国家工作人员职务行为的不可收买性的侵害程度，没有任何区别。从文理上解释，刑法并没有将“为谋取不正当利益”限定为“为自己谋取不正当利益”；故“为谋取不正当利益”当然包含为自己谋取不正当利益与为他人谋取不正当利益。因此，当甲出于为自己谋取不正当利益的目的，乙出于为甲谋取不正当利益的目的，而共同实施行贿行为时，乙与甲当然成立行贿罪的共犯，而不能因为乙没有为自己谋取不正当利益的意图，将其认定为介绍贿赂罪。就受贿而言，虽然刑法第385条规定了其客观行为是索取或者收受他人财物，但可以肯定的是，索取、收受他人财物是归自己占有还是归第三者占有，都表现为一种权钱交易，二者对国家工作人员职务行为的不可收买性的侵害程度，不存在差异。同样，刑法并没有要求行为人必须为自己索取、收受他人财物。因此，当A为了索取财物归自己占有，B为了索取财物归A占有而帮助A实施索取贿赂的行为时，B便与A成立受贿罪的共犯，而不能因为B没有为自己索取财物的意图，而将其认定介绍贿赂罪。

另一种可能是，以非国家工作人员是否参与了国家工作人员利用职务便利为他人谋取利益来区分受贿罪的共犯与介绍贿赂罪。这一区分标准也值得研究。

可以肯定的是，非国家工作人员与国家工作人员相勾结，参与了国家工作人员利用职务便利为他人谋取利益的行为时，当然成立受贿罪的共犯。但不能由此得出相反的结论，即不能认为，非国家工作人员没有参与国家工作人员利用职务便利为他人谋取利益的行为便属于介绍贿赂罪。刑法理论上就如何理解受贿罪中的“为他人谋取利益”，展开过激烈争论。但现在比较一致的看法是，为他人谋取利益只是受贿人的一种许诺，而不要求客观上有为他人谋取利益的行为与结果<sup>①</sup>；许诺既可以是明示的，也可以是暗示的；当他人主动行贿并提出为其谋取利益的要求后，国家工作人员虽然没有明确答复实现其要求，但又不予拒绝时，就应当认为是一种暗示的许诺。因为在此情形中，他人已经认识到国家工作人员的职务行为可以收买，因而国家工作人员职务行为的不可收买

<sup>①</sup> 当然，如果已有为他人谋取利益的外部行为与结果，则无疑实现了“为他人谋取利益”的要件。

性遭受了侵害。许诺既可以是直接对行贿人做出的，也可以是通过第三者对行贿人做出的。因为不管是直接许诺还是间接许诺，都呈现出一种以权换利的交易关系。许诺既可以是真实的，也可以是虚假的。所谓虚假许诺，是指国家工作人员具有为他人谋取利益的职务条件，在他人有求于自己的职务行为时，虽然并不打算为他人谋利益，却又谎称为他人谋取利益。<sup>①</sup>既然“为他人谋取利益”只要表现为许诺即可，而不要求有为他人谋取利益的实际行为与结果，那么，在国家工作人员即使没有为他人谋取利益的实际行为与结果也成立受贿罪的情况下，将是否参与了国家工作人员利用职务便利为他人谋取利益作为区分受贿罪的共犯与介绍贿赂罪的标准，就必然不当地缩小了受贿罪共犯的成立范围。

那么，可否以行为人所处的立场来区分介绍贿赂罪与行贿、受贿罪的共犯行为呢？即能否说仅站在行贿人一方为其实施帮助行为的，便是行贿罪的共犯；仅站在受贿人一方为其实施受贿的帮助行为的，就是受贿罪的共犯；同时站在双方立场或者中间立场的，则成立介绍贿赂罪呢？本书不得不给予否定回答。因为就法益侵害的程度而言，同时站在双方立场的行为（所谓站在中间立场实际上也是站在双方立场），比只站在一方立场的行为更为严重；将这种法益侵害更为严重的犯罪反而认定为较轻的介绍贿赂罪，有损刑法的正义性。这是无论如何都必须舍弃的观点。同样，也不能认为，当行贿与受贿既遂时，在行贿者与受贿者之间的勾通、撮合行为，成立行贿或者受贿的共犯；当行贿与受贿未遂时，在行贿者与受贿者之间的勾通、撮合行为，成立介绍贿赂罪。因为共犯的成立并不以犯罪既遂为前提，行贿与受贿的既遂与未遂，不应影响勾通、撮合行为的性质。

或许有人认为，既然法律上的介绍贿赂与行贿、受贿罪共犯的区别存在疑问，那么就必须朝有利于被告人的方向解释，即凡是可能成立介绍贿赂罪的，均不得认定为行贿罪、受贿罪的共犯。但本书不能同意该观点。因为如前所述，“存疑时有利于被告”之原则只与事实之认定有关，而不适用于法律之解释；不能因为难以从法律上区分介绍贿赂罪与行贿罪、受贿罪的共犯，便一概以轻罪论处。

总之，通过构成要件与法定刑的考察，可以得出如下结论，对于帮助行贿或帮助受贿的行为，不应当认定为介绍贿赂。易言之，根据刑法

<sup>①</sup> 参见张明楷：《论受贿罪的客观要件》，载《中国法学》，1995（1），79页以下。

分则关于行贿罪、受贿罪的规定以及刑法总则关于共同犯罪成立条件的规定，凡是行贿罪、受贿罪的帮助行为，都是行贿罪、受贿罪的共犯行为，理当分别认定为行贿罪与受贿罪，而不得以介绍贿赂罪论处。如果某行为同时对行贿、受贿起帮助作用，则属于一行为触犯数罪名，应从一个重处罚<sup>①</sup>，也不宜以介绍贿赂罪论处。即使认为一个行为可能同时触犯行贿罪的帮助犯、受贿罪的帮助犯与介绍贿赂罪，也应当以行贿罪的帮助犯或者受贿罪的帮助犯论处。

那么，对哪些行为仅以介绍贿赂罪论处呢？这的确是难以回答的问题。根据刑法的规定，只有情节严重的介绍贿赂行为，才成立本罪。而刑法之所以要求情节严重，显然是因为介绍贿赂行为本身对法益的侵犯性还没有达到应当追究刑事责任的程度；否则立法者不会设置“情节严重”的规定。<sup>②</sup>既然如此，介绍贿赂行为本身应当仅限于相对轻微的行为。依笔者之浅见，所谓“向国家工作人员介绍贿赂”，是指行为人明知某人欲通过行贿谋求国家工作人员的职务行为，而向国家工作人员提供该信息<sup>③</sup>；在此基础上，情节严重的才成立介绍贿赂罪。

顺便指出的是，读者不难发现，上述观点导致介绍贿赂罪的成立范围极为窄小甚至取消，这或许是一个当然结论。众所周知，德国、日本等大陆法系国家刑法以及旧中国刑法，均不见介绍贿赂罪的规定。我国新旧刑法均规定的介绍贿赂罪，源于《苏俄刑法典》。但是，在苏俄时代，关于介绍贿赂罪的成立范围的确呈由宽到窄的局面<sup>④</sup>；1996年的《俄罗斯联邦刑法典》则取消了介绍贿赂罪的规定。其解释的变化与立法的变迁值得我们思考。从立法论上而言，介绍贿赂罪没有存在的必要。即介绍贿赂可以分别视为行贿或受贿的教唆犯、帮助犯，没有必要规定为独立的罪名。从刑法没有规定向公司、企业人员介绍贿赂罪来看，将介绍贿赂的行为分别认定为行贿、受贿的共犯也无不当之处。

## 6. 案件事实的考量

即使刑法的文字表述达到了完全明确的程度，法律也不是仅从法文

① 有学者认为，如果行为同时对行贿与受贿都起帮助作用，则视对哪一方所起的作用大，而分别认定为行贿罪或者受贿罪的共犯（参见刘明祥：《简析全国人大〈补充规定〉对贿赂罪的修改》，载《法学》，1988（6），22页以下），但本书对这种观点持怀疑态度。

② 参见张明楷：《构成要件体系与构成要件要素》，238页以下，北京，北京大学出版社，2010。

③ 从下面可以看出，这是笔者勉强做出的解释，在解释论上需要进一步研究。

④ 参见[苏]沃尔仁金：《贿赂中介之定罪问题》，载《中外法学》，1981（3），27页以下。

中发现的，司法人员还必须从生活中发现法律。换言之，刑法条文的许多含义，并不是人们根据文字表述就可以充分揭示出来的。解释者要通过社会生活事实不断地发现法律、揭示条文的意义，实现刑法的协调。

例如，不能习惯于认为对公法益的侵害重于对私法益的侵害。对诉讼诈骗如何处理，在很大程度上取决于如何评价诉讼诈骗事实。如果认为“诉讼诈骗主要侵犯了司法活动而非财产”，就会否认诉讼诈骗行为构成诈骗罪。但是，一方面，这种评价违背事实。诉讼诈骗明显通过欺骗法官，使法官处分了被害人的财产，进而导致被害人的财产遭受损失，故不能得出诉讼诈骗主要侵犯了司法活动的结论。这种评价明显认为公法益一概优于私法益，但这种观点已落后于时代。另一方面，上述观点导致矛盾现象：行为人通过欺骗代理人，进而骗取被害人财产的，成立诈骗罪，而行为人通过欺骗法官，进而骗取被害人财产的，成立更轻的犯罪或者不成立犯罪。这明显不当。

再如，当一个案件事实不仅符合法条规定的构成要件要素，而且超出了该法条规定的要求，但也没有其他可适用的法条时，就应当适用该法条。例如，刑法第 280 条第 1 款规定了抢夺国家机关公文、证件、印章罪。倘若行为人以暴力相威胁“抢劫”国家机关公文、证件印章时，应当如何处理？或许人们会解释道：“既然刑法只规定了抢夺，而没有规定抢劫，根据罪刑法定原则，当然应以无罪论处。”可是，从规范意义上说，抢劫行为已经在符合抢夺要件的前提下超出了抢夺的要求，既然如此，当然可以将抢劫国家机关公文、证件、印章的行为认定为抢夺国家机关公文、证件、印章罪。<sup>①</sup> 否则，就导致明显的不协调。

再如，通过事实比较，能够确定某种解释结论导致所处罚的犯罪的违法性明显轻于不可能受处罚的行为时，就不应当接受这种解释结论。例如，刑法第 140 条前段规定：“生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额五万元以上不满二十万元的，处二以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金。”问题是，对于销售金额没有达到 5 万元的，是否以犯罪未遂论处？

肯定说认为：“行为人生产、销售伪劣商品，实际销售金额 5 万元

① 当然，如果以国家机关公文、证件、印章也具有财物的属性、抢劫罪不以数额较大为起点为由，主张对抢劫国家机关公文、证件、印章的行为以抢劫罪论处，也是一种思路。但是，在某些情况下，将国家机关公文、证件评价为财物，可能存在疑问。

以上的，构成生产、销售伪劣产品罪，属于既遂。生产者已经生产出了伪劣产品或正在生产伪劣产品，或者销售者已经购进了伪劣产品正在销售，销售金额可达到5万元以上，即经营数额在5万元以上，但实际销售金额尚不足5万元即被查获的，应以犯罪未遂论，而不能认为不构成犯罪……因为，依据我国刑法总则的规定，刑法分则所有的故意犯罪都存在着既遂与未遂的区分。对于生产、销售伪劣产品的行为人来说，将金额5万元以上伪劣商品销售到市场上去，就是其所造成的危害结果，而这一结果是行为人所极力希望的、追求的，行为人放任而不是追求这一结果发生的情况是根本不存在的。如果认为仅生产了伪劣产品但尚未销售，就不是犯罪，只有将伪劣商品销售出去才是犯罪，那末生产伪劣产品罪就不可能是一个独立的罪名了，立法者也没必要将生产伪劣产品的行为与销售伪劣产品的行为并列规定为犯罪，而只规定销售伪劣产品罪就可以了。”<sup>①</sup> 在肯定说看来，只要生产者生产了伪劣产品、销售者购入了伪劣产品，如果将来销售后的金额可能达到5万元，即使并没有销售的也构成本罪未遂。这种观点显然认为，销售金额是犯罪既遂条件，没有达到法定销售金额的便是犯罪未遂。

最高人民法院、最高人民检察院2001年4月9日《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》指出：“伪劣产品尚未销售，货值金额达到刑法第一百四十条规定的销售金额3倍以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚。”这一解释既不同于否定说，也不完全同意肯定说，而是多少在肯定说与否定说之间有所折中。这一解释的思路大体是：“销售金额5万元以上”不是犯罪成立要件，只是犯罪既遂条件；但并非任何犯罪的未遂都应处罚，只有情节严重的未遂才处罚<sup>②</sup>；伪劣产品尚未销售，但货值金额达到刑法第140条规定的销售金额3倍以上的，应认为情节严重，宜追究刑事责任。

采取否定说有诸多理由，换言之，有许多理由可以推翻上述肯定说与折中说<sup>③</sup>，但事实的比较最具有说服力。例如，甲已经销售了4.8万元的伪劣产品，没有储存伪劣产品；乙储存了5万以上或者15万元以

① 何秉松主编：《刑法教科书》，下卷，742～743页，北京，中国法制出版社，2000。

② 参见最高人民法院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》中关于盗窃未遂的规定；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》中关于诈骗未遂的规定。

③ 参见张明楷：《刑法第140条“销售金额”的展开》，载《清华法律评论》，第二辑，177页以下，北京，清华大学出版社，1999。

上的伪劣产品，但是没有销售。从法益侵害的角度来说，甲的行为肯定重于乙的行为。<sup>①</sup>可是，甲的行为无论如何都不可能成立犯罪（也不可能成立未遂犯）。既然如此，就不应当将乙的行为认定为犯罪。

总之，避免矛盾、保持协调是体系解释的最重要要求之一。解释者得出了有矛盾、不协调的解释结论时，不要以为刑法本身或者刑法与其他法律有矛盾、不协调，而要知道是自己的解释使得刑法有矛盾、不协调；所以，责任在自己而不是在刑法与其他法律本身。换言之，当解释者得出了有矛盾、不协调的解释结论时，首先应当怀疑自己的解释理念、能力与方法，然后重新解释刑法，直至得出协调的、正义的解释结论为止。

---

① 仅生产或者仅购入伪劣产品的行为，还没有将伪劣产品推向市场，因此，一方面没有破坏市场竞争秩序，另一方面也没有侵犯消费者的合法权益。我们可以这样考虑：如果一个生产者只是生产伪劣产品，一个销售者只是购入伪劣产品，而不销售所购入的伪劣产品，那么，只会给自己带来各种损失，因为没有参与市场竞争而不可能破坏市场竞争秩序，由于没有将伪劣产品销售给消费者而不可能侵犯消费者的合法权益。不难看出，侵犯市场竞争秩序与消费者合法权益的行为，不在于单纯生产伪劣产品，也不在于单纯购入伪劣产品，而在于销售伪劣产品。这也正是刑法将销售金额规定为构成要件要素的重要理由。大体可以肯定的是，生产者生产伪劣产品、销售者购入伪劣产品，在主观上都是为了销售。但是，仅有主观上的销售故意，客观上没有销售行为的，既不可能破坏市场竞争秩序，也不可能侵犯消费者的合法权益。因此，主观上的销售故意并不能等于也不能代替客观上的销售行为。

# 保护法益与违法要件

### 一、犯罪的实体

从实质的观点进行考察，只有具备以下两个条件，才能认定为犯罪：其一，发生了违法事实（违法性）；其二，能够就违法事实进行非难（有责性）。<sup>①</sup>

“虽然从形式上说，刑法上的违法性，是指对刑法规范（评价规范）的违反，但是，由于违法性是刑法规范做出否定评价的事态的属性、评价，故其内容便由刑法的目的来决定。将什么行为作为禁止对象，是由以什么为目的而禁止来决定的。在此意义上说，对实质违法性概念、违法性的实质的理解，由来自于对刑法的任务或目的的理解。”<sup>②</sup> 刑法的目的与任务是保护法益，所以刑法禁止侵犯法益的行为与结果。换言之，刑法只能将侵害或者威胁了法益的行为规定为犯罪。这种法益侵犯性，就是实质的违法性。因为刑法禁止侵犯法益的行为，所以，即使行为人主观上没有故意与过失，侵犯法益的行为也是被刑法所禁止的，不能认为刑法允许精神病患者杀人，也不能认为刑法允许不满 14 周岁的人抢劫。况且，认为客观上侵犯法益的行为不具有社会危害性，也不符合事实。例如，甲在没有故意与过失的情况下，将国家绝密泄露给境外敌对组织的，无疑具有法益侵害性。再如，乙在没有故意与过失的情况下，导致他人死亡的，肯定具有法益侵害性。刑法不处罚这种行为，不是因为该行为没有法益侵害性，而是因为行为人不具有非难可能性。

概言之，“犯罪行为必须是有社会侵害性的行为这个基本前提……”

① 参见 [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，4 版，36 页以下，东京，东京大学出版会，2006。

② [日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，101 页，东京，有斐阁，2007。

是在我们现代刑法所奠基的启蒙时代中所努力挣到的，并且因而有其较浓厚的历史根源，而作为今天各国的国家宪法，同时这种基本前提，尽管受到一些质疑和漠视，演变成法益保护理论已有两个世纪之久。作为刑事不法领域内所有目的论的论证基础，社会侵害原则或法益保护原则仍然是不可或缺的”<sup>①</sup>。

但是，仅有侵害法益的违法行为，还不足以成立犯罪。根据国民可以接受的观点，只有在可以就违法行为对行为人进行非难时，才能将这种行为规定为（认定为）犯罪。换言之，只有当行为人对所实施的违法行为具备有责性，应当受到谴责时，这种行为才是犯罪。或者说，只有当能够将违法行为及其结果归责于行为人时，才能认定该行为成立犯罪。这是刑法的人权保障机能决定的。国民的自由以其具有预测可能性为前提。如果不管国民在行为时如何小心谨慎，只要发生法益侵害结果就受到刑罚处罚，那么，国民就没有任何自由可言。换言之，只有当国民在具有实施其他行为的可能性的同时，故意或者过失造成了法益侵害（危险）结果，才能以犯罪论处。这一要求从主观面保障了国民的预测可能性，进而保障了国民的自由。所以，非难可能性（责任）是犯罪的另一特征。<sup>②</sup>

“从两个价值层面，应该可以适当地对现行法加以重组：即行为特别明显的（刑法所特有的）客观无价值和行为人对行为的个别责任，这两个基本价值，可以各引申出两个次价值：只有当第一，行为无论如何是被禁止的，第二，行为在所认可的形式下是不被期待的（亦即当一个值得保护的法益受到严重的侵害，而且对于具体的侵害而言，刑法的保护是有效的、必要的并且相当的），方才有刑法特有的无价值（刑法的不法）可言；而个别的罪责，首先在行为对于个别的行为人而言，无论如何都是可以避免的（等于可以责备于他）为前提，其次以行为动机具有适格的无价值（等于有刑罚的必要性）为必要。刑法体系根本的基础因而是由价值标准所构成的，也就是由刑法的不法和罪责所构成的，而二者都属于适格的无价值。”<sup>③</sup>

将违法与责任作为犯罪的支柱，也符合我国刑法关于犯罪概念的规

① [德] 许迺曼：《刑事不法之体系》，载许玉秀、陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，201页，台北，春风煦日论坛，2006。

② 请注意，这里的“责任”是犯罪的成立条件，与作为法律后果的“刑事责任”不是等同的含义。

③ [德] 许迺曼：《刑法体系思想导论》，载许玉秀、陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，293页，台北，春风煦日论坛，2006。

定。刑法第13条规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”虽然刑法理论一直都认为刑法的这一规定表明犯罪具有三个基本特征，即社会危害性、刑事违法性与应受刑罚处罚性，但在笔者看来，完全可以对刑法第13条作另外的或许更合理的解释。首先，刑法的目的是保护法益，所以，刑法要禁止危害社会的行为即法益侵害行为。这是法益保护主义决定的，是对一般人（包括国家、社会）的合理性。其次，并不是任何危害社会的行为都要受刑罚处罚，联系刑法的相关规定，只有具备以下三个条件，才能受刑罚处罚：其一，根据罪刑法定原则，危害社会的行为必须被法律类型化为构成要件，亦即刑法分则或其他刑罚法规明文规定处罚这种行为（对危害社会的行为规定了法定刑）。没有被类型化为构成要件的行为，即使危害了社会，也不应当受刑罚处罚。这是“依照法律应当受刑罚处罚”的第一层意思。其二，根据刑法的谦抑性，危害社会的行为不是情节显著轻微危害不大的行为，换言之，根据刑法第13条的规定，情节显著轻微危害不大的行为，依法不受刑罚处罚。这是“依照法律应当受刑罚处罚”的第二层意思。其三，根据责任主义，仅有危害社会的行为还不能受刑罚处罚，只有根据刑法的相关规定，当行为人对危害社会的行为与结果具有故意（刑法第14条）或者过失（刑法第15条），行为人达到责任年龄（刑法第17条）、具有责任能力（第18条），并且具有期待可能性时（刑法第16条），才能受刑罚处罚。这是“依照法律应当受刑罚处罚”的第三层意思。概言之，根据刑法第13条以及相关规定的规定，严重的法益侵害性与有责性，是犯罪的实体。

总之，思考刑法概念时，必须以刑法目的为出发点，由于刑法的目的是保护法益，所以，以刑法目的为出发点，意味着对于被害人（包括国家、社会与个人）的合理性；同时要考虑到对于行为人的合理性。<sup>①</sup>正因为如此，“今日的现代社会所具有的刑法目标大都一致，所以在是否要区分不法与罪责这个根本问题上没有正当理由作出不同抉择：当我

<sup>①</sup> 参见[德]许迺曼：《千禧年后的德国刑法学》，载许玉秀、陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑法论文选辑》，173页，台北，春风煦日论坛，2006。

们将这些目标看做是法益保护而这系藉由一般预防、合理的报应或是由罪责原则正当化的特别预防时，必定有两种不同的评价观点产生：其一、由社会损害性产生与强调被害人观点的行为非价；其二、强调行为人观点的个人可避免性，亦即可非难性。”<sup>①</sup>

由于犯罪的实体是违法与责任<sup>②</sup>，所以，刑法理论必须进一步说明，具备哪些要件或者要素，行为才具有违法性；具有哪些要件或者要素，行为才具备有责性。那些表明行为的违法性所不可缺少的要件（要素），就是违法（构成）要件（要素），那些表明行为的有责性所不可缺少的要件，就是责任要件（要素）。

在我国，如果保留犯罪构成概念，并且认为犯罪构成是认定犯罪的唯一依据，那么，犯罪构成就必然包括表明违法性的要素与表明有责性的要素。故意、过失是表明违法性的要素，还是表明有责性的要素，是行为无价值论与结果无价值论的分歧所在。结果无价值论认为，刑法在防止过度干预、采取自由主义原则的同时，要将违反刑法目的的事态作为禁止的对象。刑法的目的或任务是保护法益，所以，引起法益侵害及其危险（结果无价值），就是刑法禁止的对象，违法性的实质就是引起结果无价值。<sup>③</sup> 由于行为是否引起了结果无价值是一种客观事实，所以，主观要素原则上不影响违法性的判断。本书的基本观点是，犯罪构成是违法有责类型，犯罪构成必须包括表明违法性的要素与表明有责性的要素；行为、结果等客观要素，当然是违法要素；行为主体本身与特殊身份，也是违法要素<sup>④</sup>；但故意、过失这种主观要素不是表明违法性的要素，而是表明有责性的要素；责任年龄、责任能力以及违法性认识的可能性，也是责任要素；期待可能性是责任要素。目的、动机是表明违法性的要素，还是表明有责性的要素，是结果无价值论的内部争论问题之一，在国内外都存在争议，本书对此不展开系统讨论。

由于责任是对违法的责任，所以，一方面，不存在独立于违法事实之外的责任，另一方面，如果认定了违法事实，就必须围绕违法事实判

① [德]许迺曼：《区分不法与罪责的功能》，载许玉秀、陈志辉编：《不移不感献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，429页，台北，春风煦日论坛，2006。

② 详细理由参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，49页以下，北京，北京大学出版社，2010。

③ 参见[日]山口厚：《刑法总论》，2版，101页，东京，有斐阁，2007。

④ 虽然可能存在责任身份，但可以肯定的是，刑法分则条文所规定的绝大多数特殊身份都是违法身份（表明违法性的要素）。

断责任。例如，责任能力，是对行为人所实施的特定违法事实的认识与辨认、控制能力，故意、过失是对行为人所实施特定的客观违法事实的故意与过失，如此等等。由此可见，只有明确了具体犯罪的违法要件，才能明确责任要件的具体内容。也正因为如此，刑法分则条文所规定的基本上是表明违法性的要素，责任要件由总则规定。基于同样的理由，对刑法分则的解释，主要是对违法要件的解释。

既然刑法的任务是保护法益，而违法的本质是侵害法益，那么，对违法（构成）要件或客观构成要件的解释理所当然必须以法益概念为指导。<sup>①</sup>

## 二、法益的概念

### （一）法益的含义

尽管可以将法益概念简略地定义为法所保护的利益，但学者们为法益概念做出了许多定义<sup>②</sup>，定义的分歧主要表现在以下几个方面：法益是前实定法的概念还是实定法的概念？即在实定法将法益予以保护之前，是否已经存在法益或法益的内容？法益是刑法保护的對象，还是一般法或所有法都保护的對象？法益是观念的东西（或精神的东西）还是感觉的东西（或物质的东西）？法益的内容是状态还是利益？法益的主体是谁？即除了个人之外，国家与社会是否是法益的主体？

本书认为，界定法益概念必须遵循下列原则：（1）法益必须与利益相关联。利益是能够满足人们需要的东西，当某种状态所反映的是人们所需求的一种秩序时，它便是利益。所有的法律，都是为着社会上的某种利益而生；离开利益，就不存在法的观念；“说法是利益的规律，和说法是正义的规律，不相抵触。利益是法所规律的目的，而正义则是法所规律的最高标准”<sup>③</sup>。（2）法益必须与法相关联，某种利益尽管能够满足主体的需要，但当它并不受法保护时，无论如何也不能称之为法益。所谓前实定法的法益概念，也只是意味着法益的内容即利益本身在实定法之前就已经存在，法对这种利益予以确认并加以保护，就使之成

① 本章在等同意义上使用“违法要件”、“客观构成要件”、“违法构成要件”、“构成要件”的概念。

② 参见张明楷：《法益初论》，修订版，6页以下，北京，中国政法大学出版社，2003。

③ [日]美浓部达吉：《法之本质》，林纪东译，43页，台北，商务印书馆，1993。

为或上升为法益。(3) 法益作为犯罪所侵害或者威胁的利益, 必须具有可侵害性。所谓侵害或者侵害的危险, 都必须是一种事实的或因果的现象, 故价值本身不是法益。(4) 法益必须与人相关联。刑法目的是为了人的利益, 故只有人的利益才能称为法益, 只有人的利益才值得刑法保护。(5) 法益必须与宪法相关联。刑法将什么作为利益予以保护, 必须符合宪法的原则; 宪法要求刑法保护的利益, 应当成为刑法上的法益。根据上述界定法益的原则, 本书认为, 法益, 是指根据宪法的基本原则, 由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。其中由刑法所保护的人的生活利益, 就是刑法上的法益。

从受侵犯的角度而言, 法益被称为被害法益, 即犯罪所侵害或者威胁的利益。从受保护的角度而言, 法益被称为保护法益, 即法所保护的利益, 或者被称为保护客体。显然, 将二者联系起来就会发现, 法益实际上是我国刑法理论上所说的犯罪客体。我国刑法理论的通说认为, 犯罪客体是刑法所保护的, 而为犯罪行为所侵犯的(社会主义)社会关系(社会关系说)。诚然, 刑法所保护的利益, 都可以用社会关系来概括, 但不免有些牵强。如刑法规定破坏环境资源保护罪, 是为了保护生态环境与自然资源, 用法益来概括就比用社会关系来表述更为合适。由于社会关系的内容是权利与义务关系, 故社会关系说容易演变为“犯罪客体是刑法所保护的利益”, 因而不能说明许多犯罪。事实上刑法总则第2条与第13条都说明了刑法的任务是保护法益, 犯罪的本质是侵犯法益, 将犯罪客体理解为法益具有法律根据。刑法分则没有一个章节将社会关系作为犯罪客体, 相反明文将权利、秩序、利益等作为犯罪客体, 用法益来概括它们是合理的。

## (二) 法益的机能

法益的机能, 是指法益在现实上已经或正在起到的, 以及应当起到的作用。法益具有以下几个方面的机能。<sup>①</sup>

### 1. 法益的刑事政策机能

法益的刑事政策机能, 是指法益概念在刑事立法上的机能或指导刑事立法的机能。这种机能主要表现在以下几个方面: (1) 使刑事立法具有合目的性的机能。立法是一种有目的的活动, 刑法的目的便是刑事立法的目的, 它指导立法者确定犯罪的性质、范围与种类, 是立法者规定

<sup>①</sup> 参见张明楷:《法益初论》, 修订版, 196页以下, 北京, 中国政法大学出版社, 2003。

犯罪与刑事责任的意义所在。刑事立法以保护法益为目的，才使其具有合理性：一方面，刑法不会无缘无故地处罚那些没有侵犯法益的行为，从而使行为人的自由最大限度地受到法律的保障，人们在互不侵犯法益的前提下生存和发展；另一方面，由于刑法所处罚的是侵犯法益的行为，故法益受到了保护，这便有利于法益主体的生存与发展。（2）使刑法的处罚范围具有合理性的机能。刑法的适用关系到每个人的生命、身体、自由、名誉与财产，如果刑法的处罚范围过于宽泛，则会使较多人的利益受到剥夺；但是，如果刑法的处罚范围过于狭窄，则意味着许多法益得不到刑法的保护，二者均违反刑法的目的。因此，将哪些行为列入刑法的处罚范围，需要公认的、公平的标准。在现实生活中，并不是受到任何否定评价的行为都应当受到刑法的处罚。对于某种行为，人们或者会根据伦理规范予以否认，或者会根据一般生活习惯进行谴责。但是，在伦理或生活习惯上受到否定评价的行为，不一定是侵犯法益的行为，因而不一定在法律上受到否定评价。一个人在内心里想奸淫妇女时，便在伦理上受到否定评价，却因为没有侵犯法益而不成其为刑法的评价对象。所以，法益概念不仅使社会危害性概念具体化，而且使刑法的处罚范围限定在侵犯法益的行为。进一步而言，并不是一切侵犯法益的行为都应当受到刑法的处罚，只有当法益受到严重侵犯时，或者说只有当其他措施不足以保护法益、值得用刑法来保护时，才发动刑法。（3）使刑法的处罚界限具有明确性的机能。之所以如此，是因为法益具有清晰的内涵与外延。利益具有客观性，法益是一种客观存在，是生活利益，而不是价值观或者其他纯观念现象或纯思维现象；法益是否受到侵犯，可以根据客观因果法则进行认定。

## 2. 法益的违法性评价机能

法益的违法性评价机能，是指法益概念对于评价实质的违法性所起的作用。这一机能主要表现在以下两个方面：（1）法益概念揭示违法性的实质。根据法益侵害说，只有当行为侵害或者威胁了法益，才可能具有实质的违法性。即行为是否具有实质的违法性，是根据法益是否受到了侵害或者威胁来评价的，而不是根据行为本身是否违反伦理来决定的。（2）法益概念揭示违法阻却事由的实质。在许多情况下，侵犯法益的行为同时是为了、事实上也保护了另一法益，这就需要判断该行为是否具有实质的违法性，而判断的基本标准就是法益的比较衡量，即侵犯法益的行为是否救济了另一同等或者更高价值的法益，乃判断是否存在违法阻却事由的基本标准。由于刑法不可能毫无遗漏地规定各种违法阻

却事由，故在判断是否存在超法规的违法阻却事由（法律没有明文规定的违法阻却事由，如义务冲突、推定的承诺等）时，或者说在确定超法规的排除违法的事由的实质理由时，起作用的是法益概念。

### 3. 法益的解释论机能

法益的解释论机能，是指法益具有作为违法构成要件解释目标的机能。即对违法构成要件的解释结论，必须使符合这种违法构成要件的行为确实侵犯了刑法规定该犯罪所要保护的法益，从而使刑法规定该犯罪、设立该条文的目的得以实现。解释的方法无穷无尽，但最终起决定性作用的是目的论解释，因为目的是全部法律的创造者，每条法律规则的产生都源于一种目的。刑法的目的是保护法益，所以法益成为刑法解释的重要工具。对此，有如下几点值得注意。（1）法益的确定与犯罪的违法构成要件的关系。由于法益具有解释论的机能，故对某个刑法规范所要保护的法益内容理解不同，就必然对犯罪的违法构成要件理解不同，进而导致处罚范围的宽窄不同。“例如，刑法规定盗窃罪，是为了保护所有权及其他本权，还是为了保护占有，这是有争议的。如果认为刑法规定本罪是为了保护所有权及其他本权，则所有权者从盗窃犯那里窃回自己财物的，不成立盗窃罪；但是，如果认为刑法规定本罪是为了保护占有，则所有权者从盗窃犯那里窃回自己财物的行为，也侵害了盗窃犯的占有，因而成立盗窃罪。于是，论定刑法的各条文将什么作为保护法益，是刑法各论的构成要件解释中的重要部分。”<sup>①</sup> 所以，一方面，刑法理论必须探讨分则各条文的目的，即制定该条是为了保护何种法益；另一方面，必须根据所确定的法益内容来解释犯罪的违法构成要件。（2）法益的变更对违法构成要件的影响。刑法以前规定某种犯罪可能是为了保护彼法益，但现行刑法规定该犯罪则是为了保护此法益。在这种情况下，应当根据新的法益解释犯罪的违法构成要件。例如，旧刑法将私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪规定在渎职罪中，而现行刑法将其规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪中。这表明，刑法规定本罪的目的，已由原来的保护邮政部门的职能变更为保护公民的通信自由权利。所以，不能继续按照原来的规定解释本罪的违法构成要件。

### 4. 法益的分类机能

法益的分类机能，是指法益具有作为犯罪分类标准的机能。例如，

<sup>①</sup> [日] 平野龙一：《刑法概说》，40页，东京，东京大学出版社，1977。

刑法分则根据法益将犯罪分为十类。刑法上还可以进一步根据法益主体，将十类犯罪分为对个人法益的犯罪与对超个人法益的犯罪。再如，根据法益受侵犯的形态，可以将犯罪分为侵害犯与危险犯。前者是以侵害一定法益作为处罚根据的犯罪，后者是以发生法益侵害的危险作为处罚根据的犯罪。

### 5. 法益的其他机能

除了上述机能之外，法益还具有其他机能。（1）法益影响行为人事事实认识错误的处理。例如，甲原本打算诬告 A，但由于误写了被诬陷人的姓名、年龄、性别、地址等，实际上诬告了 B（打击错误或行为差误）。如果认为诬告陷害罪侵害的是个人法益（个人的人身权利），同时采取具体符合说，那么，甲的行为对 A 成立诬告陷害未遂，对 B 成立过失诬告陷害（因而不成立犯罪）；如果采取法定符合说，则甲的行为仍然成立诬告陷害既遂。但是，倘若认为诬告陷害罪侵犯的是国家法益（即刑事司法的作用），那么，不管是采取具体符合说还是采取法定符合说，上述甲的行为均成立诬告陷害既遂。（2）法益影响故意犯罪形态的认定。例如，乙出于贩卖的目的购买了大量毒品，但由于意志以外的原因，没有出卖给任何人。如果认为贩卖毒品罪侵犯的是国家对毒品的管制，则可以认为，乙购买毒品的行为本身便侵害了国家对毒品的管制，因而成立贩卖毒品罪的既遂；倘若认为贩卖毒品罪侵犯的是公众健康，则由于乙尚未将毒品卖给他人，因而只成立贩卖毒品罪的未遂或者预备（参见本书第九章）。（3）法益影响犯罪结构的认定。例如，关于绑架罪的结构，理论上存在争议。继续犯说认为，本罪的法益主要是被害人的自由，所以，当对被害人自由的侵害处于继续状态时，犯罪就在继续，因而是继续犯。状态犯说认为，本罪的法益是监护权以及人与人之间的保护关系，所以，本罪属于状态犯。继续犯或者状态犯说认为，本罪的保护法益原则上是被害人的自由，因而本罪原则上是继续犯；但是当行为人所略取或诱拐的是没有行动自由的婴幼儿或严重的精神病患者时，由于其保护法益是人身保护关系，故应认为是状态犯。（4）法益影响犯罪类型（危险犯与实害犯）的确定。例如，倘若认为伪证罪的保护法益是刑事诉讼过程中的证明过程的纯洁性，那么，本罪就是实害犯；假若认为伪证罪的保护法益是刑事司法的客观公正性，那么，本罪就是危险犯。又如，如若认为受贿罪的保护法益是职务行为的不可收买性，本罪就是实害犯；如若认为受贿罪的保护法益是职务行为的公正性，本罪就是危险犯。再如，假若认为盗窃枪支、弹药罪的保护法益是他人对枪

支、弹药的占有，本罪（既遂时）就是实害犯；假若认为盗窃枪支、弹药罪的保护法益是公共安全，本罪就是危险犯。（5）法益影响罪数的认定。例如，丙伪造货币后使用所伪造的货币。如果认为伪造货币罪的法益与使用假币罪的法益完全相同——都是国家的货币管理制度，那么，由于丙的行为只侵犯了一个法益，故仅认定为伪造货币罪即可。如果认为伪造货币罪与使用假币罪的法益并不完全相同，即前者侵犯的是货币的公共信用与国家的货币发行权，后者侵犯的是货币的公共信用与他人的财物等，那么，由于丙的行为侵犯了不同的法益，并且具有不同的行为，因而应当认定为伪造货币罪与使用假币罪，实行数罪并罚。（6）法益还影响犯罪数额的认定。例如，丁盗窃了被害人 A 的一辆摩托车（价值 4 000 元）后借给 B 使用，由于 B 违章驾驶，摩托车被警察 C 扣押。B 将真相告知丁后，丁将扣押的摩托车窃回。如果认为盗窃罪的法益是所有权整体，则丁的盗窃数额为 4 000 元；如果认为盗窃罪的法益是财物的占有，则丁的行为不仅侵害了摩托车所有者 A 的占有，而且侵犯了警察的占有，因此其盗窃数额为 8 000 元（也可谓同种数罪）。

### （三）法益的确定

由于刑法的目的是保护法益、犯罪的本质是侵犯法益，法益对于犯罪构成要件的解释具有指导作用，所以在解释某种犯罪的构成要件时，首先必须明确刑法规定该罪是为了保护何种法益。但是，“与行为客体不同，刑法条文大多没有明示保护客体，因而需要通过解释推导出保护客体”<sup>①</sup>。换言之，解释者必须确定刑法分则各本条的保护法益。这里所说的“法益的确定”，是指确定具体罪刑规范的保护法益。例如，刑法第 234 条有关故意伤害罪的规定，是为了保护什么法益？这是需要确定的。因为关于刑法保护的法益的总体内容，可以从刑法第 2 条与第 13 条的相关规定中得以明确；关于刑法分则各章所保护的法益内容，也可以从刑法分则各章的章名中得以明确；而刑法分则具体条文所保护的法益内容，一般没有明文规定，故需要确定。

确定法益的内容，实际上是确定刑法目的的内容。确定刑法分则具体条文的保护法益的内容，就是确定规定该具体犯罪的刑法条文的目的。例如，刑法第 288 条规定：“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

① [日] 平野龙一：《刑法概说》，40 页，东京，东京大学出版会，1977。

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。”如果确定了本条的保护法益为无线电通讯的正常进行，那么，刑法第 288 条的目的，就在于保护无线电通讯的正常进行。

确定法益内容，应以刑法规定为依据。基本方法如下：

#### 1. 根据具体犯罪所属的类罪确定法益内容

各种具体的犯罪，总是隶属于某一类罪，而刑法对类罪的同类法益内容都作了明确或提示性规定，明确了具体犯罪所属的类罪，便可以通过同类法益的内容，大体上明确分则具体条文所要保护的法益内容。例如，刑法分则第四章是为了保护公民的各种人身权利与民主权利，故本章具体条文的保护法益，必须在各种人身权利与民主权利中予以确定。例如，强制猥亵、侮辱妇女罪，属于侵犯人身权利的犯罪，刑法规定本罪的保护法益应是妇女的性的自己决定权，而不是社会管理秩序。

当刑法规定某种犯罪是为了保护多种法益时，应当根据其所属类罪的同类法益内容，确定刑法条文的主要目的，而不能本末倒置。例如，规定在刑法分则第二章的犯罪，都是危害公共安全的犯罪。因此，凡属于这一类罪中的具体犯罪，不仅其侵犯的法益都是特定领域的公共安全，而且在侵犯多种法益的情况下，其主要内容也是特定领域的公共安全。例如，由于刑法第 123 条将暴力危及飞行安全罪规定在危害公共安全罪一章，故该条的主要目的首先是保护飞行安全，其次才是航空器上的人员的人身权利。不过，也有可能需要进行补正解释的情形。例如，刑法将金融诈骗罪规定在分则的第三章，使人们认为金融诈骗罪的主要法益是金融管理秩序，但刑法分则第三章又没有将金融诈骗罪规定在“破坏金融管理秩序罪”一节，况且金融诈骗罪主要侵犯的是财产。所以，应当认为，金融诈骗罪的主要法益依然是财产；与之相应，金融诈骗罪的既遂与未遂的区分，不是以行为是否侵害了金融管理秩序为标准，而是以是否骗取了他人财产为标准。再如，刑法分则将“妨害司法罪”规定在第六章即妨害社会管理秩序罪一章中，然而，妨害司法罪显然属于对国家法益的犯罪。所以，应当从国家法益的角度，而不是从社会管理秩序的角度确定妨害司法罪的法益。

由于具体犯罪隶属于类罪，因此，对具体犯罪的法益内容的确定，不得超出同类法益的范围。例如，刑法将盗窃、侮辱尸体罪规定在刑法分则第六章的第一节即扰乱公共秩序罪中，因此，不能超出类罪的法益范围，认为本罪的保护法益为死者的人格、名誉。当然，成文法也可能

存在缺陷，需要进行补正解释。当法条有特别规定，或者有充分理由表明刑法对具体犯罪的归类存在错误时，就不能按照类罪确定该具体犯罪的法益。例如，德国、日本刑法都将非法侵入住宅的犯罪归入对公法益的犯罪，但刑法理论有充分理由表明该罪是对个人法益的犯罪，并将该罪的法益确定为居住权或者居住安宁等。我国刑法分则似乎存在类似情形。例如，刑法分则将重婚罪归入侵犯公民人身权利、民主权利罪，但难以在人身权利、民主权利的范围内容确定重婚罪的法益。

## 2. 依据刑法对具体犯罪的规定确定法益内容

刑法分则条文对具体犯罪的规定，或明或暗、或直接或间接地揭示了其保护的法益内容，因此，要善于依据刑法对具体犯罪的规定以及各种规定之间的关系，确定分则条文的保护法益。

(1) 通过刑法条文对保护法益的明确规定确定具体犯罪的客体要件。有的条文明确规定了保护法益，在这种情况下，应根据明文规定确定法益内容。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。”该条明文规定了保护法益为公民的通信自由权利，我们不得擅自确定为其他内容。刑法第 253 条规定了邮政工作人员私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报的犯罪，虽然没有指明法益内容，但从与刑法第 252 条的关系来看，其法益内容也应是公民的通信自由权利。

(2) 通过刑法条文规定的行为特征确定法益。犯罪是侵犯法益的行为，因此，可以通过行为特征确定法益内容。例如，从刑法第 223 条所描述的“投标人相互串通投标报价”，“投标人与招标人串通投标”的行为特征就可以看出，串通投标罪所保护的法益是平等竞争的市场秩序。

(3) 通过刑法条文规定的结果特征确定法益。由于对法益的侵害表现为结果，故可以通过对结果内容的规定确定法益内容。例如，刑法第 309 条规定：“聚众哄闹、冲击法庭，或者殴打司法工作人员，严重扰乱法庭秩序的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”这里的“严重扰乱法庭秩序”是作为构成要件结果规定的，也说明刑法规定本罪是为了维护法庭秩序。

(4) 通过刑法条文规定的行为对象特征确定法益。一般来说，犯罪行为要通过作用于行为对象来侵犯法益，而行为对象本身又是体现法益的，故可以通过刑法对行为对象特征的规定确定法益内容。例如，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。”显而易见，本罪的法益是商业信誉、商品声誉。再如，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。”由于报复陷害的对象仅限于控告人、申诉人、批评人与举报人，这说明本罪侵犯的是民主权利，即控告权、申诉权、批评建议权与举报权。

(5) 通过刑法条文规定的犯罪所违反的法规内容确定法益。任何法律、法令都以保护法益为目的，刑法条文指明的某种犯罪所违反的法规，也以保护法益为目的，因此，通过该法规所保护的法益，可以确定分则条文的保护法益。例如，刑法第 322 条规定：“违反国（边）境管理法规，偷越国（边）境，情节严重的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”国（边）境管理法规的目的是保护国家对国（边）境的正常管理秩序，因此，刑法规定本罪是为了保护国家对出入国（边）境的正常管理秩序。

(6) 通过刑法条文规定的犯罪孳生之物、供犯罪行为使用之物、犯罪行为组成之物的性质确定法益。例如，毒品是危害公众健康的物品，刑法规定制造毒品罪所要保护的法益就是公众健康。对于制作、复制、出版淫秽物品的犯罪而言，淫秽物品为犯罪孳生之物；对于传播淫秽物品的犯罪而言，淫秽物品是供犯罪行为使用之物；淫秽物品“是指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品”（刑法第 367 条）；淫秽物品危害的是性的秩序、风俗<sup>①</sup>，故刑法规定该罪的保护法益就是性的秩序、风俗。

在确定具体犯罪的法益时，还必须善于使用各种解释方法，认真分析条文之间的相互关系，注重刑法分则条文之间的协调性。

### 三、法益对违法构成要件解释的指导

由于犯罪的本质是侵害法益，故对违法构成要件进行实质的解释，

<sup>①</sup> 参见 [日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，504 页，东京，有斐阁，2010。平野龙一教授认为，淫秽物品犯罪侵犯的是人们的性的感情，亦即侵犯的是不想看到具有性的意义的物品的人的“不看的自由”与未成年人的身心健康（参见 [日] 平野龙一：《刑法概说》，268 页，东京，东京大学出版会，1977）。据此，将淫秽物品出卖给想看到的成年人，就不成立贩卖淫秽物品罪。即使在日本，这种观点基本上只是一种立法论。

意味着发挥法益作为违法构成要件解释目标的机能。亦即，对某种犯罪的违法构成要件的解释结论，必须使符合这种犯罪的违法构成要件的行为确实侵犯了刑法规定该犯罪所要保护的法益，从而使刑法规定该犯罪、设立该条文的目的得以实现。换言之，解释一个犯罪的违法构成要件，首先必须明确该犯罪的保护法益，然后在刑法用语可能具有的含义内确定违法构成要件的具体内容。

任何一个用语都可能有两种以上的含义，对任何一个法条都可能作两种以上的解释，如果没有解释方向与目的，就不可能对违法构成要件作解释。刑法的目的是保护法益，刑法分则将严重侵犯法益的行为规定为犯罪；规定的方式是将严重侵犯法益的行为具体化、类型化为违法构成要件，使符合犯罪的违法构成的行为确实属于严重侵犯法益的行为；否则，立法者的意图不但会落空，而且会使意欲保护的法益受到侵害。既然如此，刑法理论与司法实践在解释犯罪的违法构成要件时，就必须以保护法益为指导，对犯罪的违法构成要件作实质的解释，从而实现刑法的目的。

对具体犯罪的违法构成要件的解释是刑法解释的重要内容。刑法解释方法奥妙无穷，但任何解释都必须从文理出发，达到刑法分则条文的目的。目的论解释，就是指根据刑法规范的目的，阐明刑法条文含义的解释方法；质言之，是根据保护法益及其内容解释刑法。任何解释都或多或少地包含了目的论解释；当不同的解释方法得出多种结论或者不能得出妥当结论时，就必须以目的论解释为最高准则（当然应受罪刑法定原则的制约）。

之所以由目的论解释起最终决定作用，显然是因为目的是全部法律的创造者，每条法律规则的产生都源于一种目的（耶林的观点）。<sup>①</sup> 同样，每个刑法分则条文（本条）的产生都源于一种目的，然后在此目的下设计条文（规定构成要件与法定刑）。正如台湾学者林山田所说：“一切犯罪之构成要件系针对一个或数个法益，构架而成。因此，在所有之构成要件中，总可找出其与某种法益的关系。换言之，即刑法分则所规定之条款，均有特定法益为其保护客体。因之，法益可谓所有客观之构成要件要素与主观之构成要件要素所描述之中心概念。准此，法益也就

<sup>①</sup> 参见 [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，109页，北京，中国政法大学出版社，1999。

成为刑法解释之重要工具。”<sup>①</sup> 既然条文是在保护某种法益的目的下制定的，既然犯罪构成要件是在保护特定法益的目的下设计的，那么，对构成要件的解释理所当然必须以法益内容为指导。下面联系一些分则条文，说明法益概念的解释论机能，尤其说明法益内容对犯罪的违法构成要件的影响。

（一）公共危险罪的保护法益对确定该罪违法构成要件的指导机能

放火、决水、爆炸、投放危险物质等属于公共危险罪。在刑法理论上，由于对公共危险的理解不同，因而对公共危险罪的法益也存在不同观点：第一种观点认为，公共危险罪的法益是不特定人的生命、身体或者财产的安全；第二种观点认为，公共危险罪的法益是多数人的生命、身体或者财产的安全；第三种观点认为，公共危险罪的法益是不特定并且多数人的生命、身体或者财产的安全；第四种观点认为，公共危险罪的法益是不特定或者多数人的生命、身体或财产的安全。<sup>②</sup> 我国刑法理论大多采取上述第三种观点，认为公共安全是指不特定多数人生命、健康、重大公私财物以及公共生产、生活的安全。

但是，“不特定多数人”的表述意味着特定的多数人的生命、身体等安全，以及不特定人的生命、身体等安全，都不是公共安全。根据这一观点，针对特定的多数人投放危险物质的行为，也不成立投放危险物质罪。这似乎缩小了危害公共安全罪的范围，事实上也与司法实践不相符合。例如，有些违反交通规则造成事故的行为只是危害了特定多数人生命、身体的安全，或者只是危害了不特定人的生命、身体的安全，但司法机关仍然将其认定为交通肇事罪。针对特定多数人投放危险物质的行为，也被认定为投放危险物质罪。

所以，应当认为，危害公共安全罪的保护法益是不特定或者多数人的生命、身体等安全。因为危害公共安全罪，是以对公众的生命、身体等造成侵害或者危险为内容的犯罪，故应注重行为对“公众”利益的侵犯；刑法规定危害公共安全罪的目的，是将生命、身体等个人的法益抽象为社会利益作为保护对象的，故应当重视其社会性。“公众”与“社会性”要求重视量的“多数”。换言之，“多数”是公共安全这一概念的核心。“少数”的场合应当被排斥在外。但是，如果是“不特定的”，则

<sup>①</sup> 林山田：《刑法特论》，上册，6页，台北，三民书局，1978。

<sup>②</sup> 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，358页，东京，有斐阁，2005。

意味着随时有向“多数”发展的现实可能性，会使社会一般成员感到危险、可能使多数人遭受侵害。因此，不特定或者多数人的生命、身体等安全，就是公共安全。

所谓“不特定”，是指犯罪行为可能侵犯的对象和可能造成的结果事先无法确定，行为人对此既无法具体预料也难以实际控制，行为的危险或行为造成的危害结果可能随时扩大或增加。“不特定”并不是“谁碰到谁倒霉”的意思。例如，楼下有许多行人，行为人抱着“砸着谁谁倒霉”的心理从高楼的窗户扔出一块砖头，砸中一位行人的，不能认为该行为侵害了不特定人的生命、身体安全，亦即，不能认定为危害公共安全罪。所谓“多数人”，则难以用具体数字表述，行为使较多的人（即使是特定的多数人）感受到生命、身体等受到威胁时，应认为危害了公共安全。“安全”是指不特定或者多数人的生命、健康等不受不法侵害与威胁而存续的状态。只要行为危害了不特定或者多数人的生命、健康等安全，就属于危害公共安全。因此，针对特定的多数人投放危险物质的行为，成立投放危险物质罪；投放危险物质的行为，虽然只是导致个别人遭受侵害，但可能导致更多的人遭受危险时，也成立投放危险物质罪。

问题是，单纯的财产安全，是否属于公共安全？我国刑法理论均将重大公私财产的安全作为公共安全的内容，但这种观点值得反思。其一，如果说只要行为侵害了价值重大的财产就属于危害公共安全罪，那么，一方面，盗窃银行、博物馆并取得重大价值财物的行为，构成危害公共安全罪；另一方面，还会出现明显的不协调现象：刑法只处罚故意毁坏财物罪，而过失毁损价值重大的财产时，反而成立危害公共安全罪。这都难以令人理解。其二，倘若说只要行为侵害了不特定或者多数人的财产就属于危害公共安全罪，那么，面向不特定或者多数人实施的集资诈骗行为，流窜犯盗窃多人财物的行为，都成立危害公共安全罪。这也难以令人接受。事实上，刑法第115条规定的“使公私财产遭受重大损失”，是以危害不特定或者多数人的生命、身体安全为前提的。<sup>①</sup>反对笔者观点的学者指出：“是否构成危害公共安全罪，还取决于行为人的行为方式。银行、博物馆的财产不仅不属于公众重大财物，而且盗窃等行为方式并不属于刑法分则第二章所规定的行为方式。所以，将公众重大财产纳入公共安全的范围，并非意味着‘只要是取得’重大财产

<sup>①</sup> 从刑法第115条与第114条的关系，也能得出这一结论。

的行为就属于危害公共安全罪，而是以危险方式‘危害’公众之重大财产的方能构成危害公共安全罪。”<sup>①</sup>可是，行为是否危害公共安全，并不是仅取决于行为方式本身，更重要的是取决于行为所侵害的法益是不是属于公共安全。如果认为公众的重大财产安全就是公共安全，那么，盗窃、骗取公众重大财产的行为，就成为“危害”公共安全的行为。按照上述反对意见，盗窃、骗取公众重大财产的行为，在本质上危害了公共安全，只不过刑法分则没有将其规定为危害公共安全罪，但笔者难以赞成这样的结论。刑法还规定了以危险方法危害公共安全罪，诚然，其中的危险方法仅限于与放火、爆炸等相当的方法。可是，如果将公众的重大财产本身作为公共安全，依然可能得出集资诈骗行为成立以危险方法危害公共安全罪的结论。例如，按照持反对意见学者的观点，行为人甲对公众的重大财产（假定价值1亿元）放火时，即使不可能造成生命、身体的危险，也成立放火罪。既然如此，行为人乙实施集资诈骗行为，骗取几百人总共几十亿元资金，就造成的财产损失而言，集资诈骗在手段上或行为方式上比放火有过之而无不及，因而可以成立以危险方法危害公共安全罪。但是，恐怕没有人会赞成这种结论。

再如，刑法第116条规定：“破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”交通工具发生倾覆危险时，交通工具中乃至附近的人的生命、身体就处于危险之中。问题是，如何理解其中“毁坏危险”？按照本书的观点，仅仅使交通工具本身发生毁坏危险，而不可能导致人的生命、身体的安全遭受危险的行为，不可能成立破坏交通工具罪。换言之，由于破坏交通工具罪是危害公共安全的犯罪，所以，本罪中的“毁坏危险”仅限于足以危害人身安全的毁坏危险。亦即，只有当交通工具的毁坏危险导致人的生命、身体的安全遭受危险时，才成立破坏交通工具罪。

还需要讨论的是，除了不特定或者多数人的生命、身体之外，公共安全还应包括什么内容？显然，规定在危害公共安全罪中的犯罪，并不都是侵害、威胁生命、身体的犯罪。例如，刑法第124条规定的破坏广播电视设施、公用电信设施罪及对应的过失犯罪，通常并不直接侵害和威胁人的生命、身体，而是扰乱了公共生活的平稳与安宁。在当今社

<sup>①</sup> 曲新久：《论刑法中的“公共安全”》，载《人民检察》，2010（9），20页。

会，如果某种行为使得多数人不能观看电视、不能使用电话，就会使公共生活陷入混乱。刑法第 124 的规定，就是为了保护公众生活的平稳与安宁。刑法第 114 条、第 115 条所规定的犯罪，也包括对公共生活的平稳与安宁的保护。反对将“公共生活的平稳与安宁”作为公共安全内容的学者指出：“对于司法实践中发生的破坏广播电视设施行为来说，没有危害而且也不可能威胁公众生命、身体健康，而只是危害重大财产安全的，若是财产属于公众，那么行为就具有公共危险性，应当以破坏广播电视设施罪论处。反之，若是属于个人财产法益，应当归入故意毁坏财物罪，过失者，不构成犯罪。”<sup>①</sup>可是，这种观点基本上废除了破坏广播电视设施罪。其一，破坏广播电视设施的行为，一般不可能危害公众的生命、身体安全；其二，广播电视设施虽然一般是公共财产，但难以认定为公众的重大财产，而且，破坏广播电视设施的行为，通常不可能危害重大财产安全。在笔者看来，刑法第 124 条的法定刑之所以明显轻于刑法第 114 条至第 119 条的法定刑，就是因为其侵犯的是公众生活的平稳与安宁，而不要求侵犯公众的生命、身体安全。

## （二）非法拘禁罪的保护法益对确定该罪违法构成要件的指导机能

非法拘禁罪，是指故意非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的行为。可以肯定的是，本罪的法益是人的身体活动的自由。问题是，刑法规定本罪是仅保护现实的自由（限定说），还是既保护现实的自由也保护可能的自由（无限定说）？例如，行为人甲将已入睡的乙反锁在房间，待其醒来前又将锁打开的，是否成立本罪？换言之，非法拘禁罪的成立是否以被害人认识到自己的自由被剥夺为前提？根据限定说，只有当乙提前醒来，而门依然被反锁时，才可能成立非法拘禁罪；根据无限定说，不管乙是否提前醒来，甲的行为都成立非法拘禁罪。

在以诡计实施拘禁行为的案件中，限定说与无限定说的结论会存在区别。例如，电梯司机 A 为了拘禁 B，在 B 进入电梯后，将电梯的电源切断，然后欺骗 B 说“停电了”。B 虽然误以为停电了，但他仍然意识到自己被关在电梯中；B 实际上并非同意关闭在电梯中，只是认为没有办法。换言之，B 意识到了自己被拘禁的事实。所以，不管是根据限定说还是无限定说，A 的行为都属于非法拘禁。相反，甲隐瞒强奸的意

<sup>①</sup> 曲新久：《论刑法中的“公共安全”》，载《人民检察》，2010（9），22 页。

图，欺骗乙女说：“我把你送回家。”然后使乙女乘坐自己的车进而行驶时，根据无限定说，甲的行为触犯非法拘禁罪；但根据限定说，由于乙女以为自己是在回家的路上，而没有意识到自己被拘禁的事实，因而甲的行为没有触犯非法拘禁罪。<sup>①</sup>

本书采取限定说，即只有当行为侵犯了他人的现实自由时，才宜认定为非法拘禁罪。因为首先，由于非法拘禁罪所保护的是人的身体活动自由，故只要在被害人意欲现实地进行身体活动时进行刑法上的保护就够了；在被害人还没有意欲现实地进行身体活动时，没有必要提前进行刑法上的保护。其次，非法拘禁罪不是对人身自由的危险犯，而是侵害犯，上述甲的行为只具有侵害乙的身体活动的危险，而没有现实地侵害其身体活动自由，故不能成立非法拘禁罪。再次，由于非法拘禁罪是侵犯个人法益的犯罪，而且该法益可以由个人处分，故应当以违反被害人的意志为前提。诚然，上述甲的行为可以说违反了被害人的“推定的意志”，但这种“推定的意志”不是被害人具体的意志，只是一般人视角中的抽象意志；如果将违反这种抽象意志的行为认定为非法拘禁罪，则过于扩大非法拘禁罪的处罚范围。<sup>②</sup>因此，根据限定说，如果某人没有认识到自己被剥夺自由，就表明行为没有妨害其意思活动，因而没有侵犯其人身自由；换言之，本罪的对象必须认识到自己被剥夺自由的事实。

### （三）绑架罪的保护法益对确定该罪违法构成要件的指导机能

如前所述，根据刑法第239条的规定，以及绑架罪与相关犯罪的关系，绑架罪，是指利用被绑架人的近亲属或者其他人对被绑架人安危的忧虑，以勒索财物或满足其他不法要求为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持或以实力控制他人的行为。绑架行为使用了暴力、胁迫等强制手段，因而严重侵犯了被绑架人在本来的生活场所的安全与行动自由。问题是，就“以勒索财物为目的绑架他人”而言，财产是否绑架罪的保护法益？

如果认为，刑法规定绑架罪不仅是为了保护被害人的人身自由，而且同时保护被害人的近亲属或其他人的财产，换言之，只有当行为同时侵犯了他人的人身自由与财产时才成立绑架罪，那么，绑架罪的客观构

<sup>①</sup> 参见〔日〕西田典之：《刑法各论》，5版，72页，东京，弘文堂，2010。

<sup>②</sup> 参见〔日〕前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，88页，东京，东京大学出版会，2007。

成要件就必须同时具备两个方面的要素：一是绑架他人，二是向被绑架人的近亲属或者其他入勒索财物。因为只有当行为人绑架他人后，已经向被绑架人的近亲属或其他人实施了勒索财物的行为时，才侵犯了他人的财物；如果没有实施勒索行为，只是主观上具有勒索的目的，还不能认为其行为侵犯了他人财产（否则，凡是主观上想盗窃他人财产的，都侵犯了他人财产，这是不可思议的）。反之，如果认为，刑法规定绑架罪就是为了保护被害人的自由，勒索财物只是目的，规定该目的主要是为了与非法拘禁罪相区别，那么，绑架罪的客观构成要件便不包含勒索财物的要素，只要有绑架行为本身即可。

在本书看来，刑法分则将绑架罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章，以及将勒索财物仅规定为目的，说明刑法规定本罪是为了保护公民的人身权利。因此，本罪的客观构成要件是以暴力、胁迫或者麻醉方法将他人置于自己或者第三者的实力支配下，而不要求客观上实施勒索财物的行为。正因为如此，行为人以勒索财物的目的将他人绑架后，即使后来产生怜悯之情，没有实施勒索行为的，也成立绑架罪的既遂，而非成立绑架中止或未遂。这里要说明的是，行为必须侵犯何种法益与行为实际上侵犯了何种法益不是等同问题。绑架罪的成立要求行为侵犯被害人的人身权利，但这并不意味着绑架行为客观上只能侵犯人身权利，事实上，绑架行为完全可能现实地侵犯他人生命与财产。所以，刑法条文的法益保护范围与现实行为所侵犯的法益不可等同，不能以行为现实侵犯的法益为根据解释刑法条文的法益保护范围。

接下来需要讨论的是，作为绑架罪保护法益的人身权利究竟指什么？这一问题的回答，涉及许多具体问题的处理。第一，在被害人没有监护人的情况下，是否成立本罪？第二，监护人能否成为本罪的主体？第三，经过监护人同意的，是否成立本罪？第四，征得被绑架者本人同意，但违反监护人意志，使被害人脱离监护人监护的，是否成立本罪？

第一种观点认为，本罪的保护法益是被绑架者的自由。理由是，绑架罪所预想的自由概念，不是现实的自由概念，而是抽象的自由概念。所以，只要对被害人设定了不法的实力支配，就具有本罪的违法性。<sup>①</sup>这一观点对上述前三个问题都持肯定回答，但对第四个问题持否定回答（当然，如果对象为未成年人，则由于其承诺无效，依然成立绑架罪）。根据这一观点，绑架婴幼儿或处于无意识状态的人，就不一定构成绑架

① 参见 [日] 内田文昭：《刑法各论》，2版，127页，东京，青林书院新社，1984。

罪。因为被绑架者的自由以意思决定自由为前提，而这些人不一定有意思决定能力。但是，我国刑法第239条明确将婴幼儿规定为绑架罪的对象，故这一观点与我国刑法的规定不相符合，也不利于保护未成年人的法益。

第二种观点认为，本罪的保护法益是对被绑架者的监护权或者人与人之间的保护关系。理由是，将自由作为本罪的法益，不仅缺乏明确性，而且导致不能意识到自由的婴幼儿不能成为本罪的对象。只有将监护权与亲权作为本罪法益，才能解决这一问题。<sup>①</sup>这一观点对上述前三个问题都持否定回答，却对第四个问题持肯定回答。显然，这一观点虽然考虑到了对婴幼儿及精神病患者法益的保护，但走向了另一极端，既没有充分考虑到绑架正常成年人的犯罪情况，也没有考虑到监护人也可以成为本罪行为主体的情况。

第三种观点认为，本罪的法益原则上是被绑架者的自由，但当被绑架者为未成年人或精神病患者时，也包括被害人与监护人之间的人身保护关系（监护关系）。<sup>②</sup>持这一观点的人，对上述第一个问题持肯定回答，但对上述第二至四个问题，却存在争议。但是，将抽象的监护权作为保护法益并不妥当。发生绑架事件时，不免使监护人产生精神上的痛苦，与子女被杀害父母也会产生精神上的痛苦一样，不能认为监护人产生了精神痛苦就是对本罪法益的侵害。

第四种观点认为，本罪的法益是被绑架者的行动自由以及被绑架者身体的安全。理由是，本罪以使被绑架者脱离原本的生活环境（并不意味着必须转移场所）、将其置于不法的实力支配内为本质，故其保护法益是人的自由；婴儿也能成为本罪的对象，但在这种场合，由于监护状态的改变，侵害了婴儿的生存与生活的安全。监护权并没有与保护未成年人相区别的独立意义，将侵害监护权的正当行使的行为理解为侵害被拐取者的安全即可。<sup>③</sup>本书赞成这一观点，在被绑架人没有监护人的情况下，绑架行为当然成立绑架罪；绑架婴儿的行为，虽然没有侵犯其行动自由，但使婴儿脱离了本来的生活状态，侵害了其身体安全；父母绑

① 参见[日]吉田敏雄：《行动の自由の保护——逮捕監禁罪、略取誘拐罪》，载[日]阿部纯二等编：《刑法基本讲座》，第6卷，83页，东京，法学书院，1993。

② 参见[日]团藤重光：《刑法纲要（各论）》，3版，476页，东京，创文社，1990；[日]大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，82页，东京，有斐阁，2005。

③ 参见[日]平野龙一：《刑法概说》，176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，91页，东京，成文堂，2007。

架未成年子女的行为，也侵害了子女在本来的生活状态下的身体安全与行动自由；即使经过监护人同意，但如果绑架行为对被绑架者的自由或身体安全造成侵害的，也成立绑架罪；至于征得被绑架者本人同意，但违反监护人意志，使被害人脱离监护人监护的案件，如果本人的同意是有效的，被告人的行为不成立绑架罪；如果本人的同意是无效的，则被告人的行为成立绑架罪。

#### （四）诬告陷害罪的保护法益对确定该罪违法构成要件的指导机能

关于诬告陷害罪的法益，显然只能在以下几种观点中进行选择：一是人身权利说，即刑法规定诬告陷害罪是为了保护被诬陷人的人身权利（个人法益说）<sup>①</sup>；据此，诬告陷害行为必须具有侵犯他人人身权利的性质，否则不成立该罪。二是司法（审判）作用说，即刑法规定诬告陷害罪是为了保护国家的司法作用，尤其是审判作用或司法机关的正常活动（国家法益说）<sup>②</sup>；据此，即使诬告行为没有侵犯他人的人身权利，但只要妨害了客观公正的司法活动本身，就成立该罪。三是择一说，即刑法规定诬告陷害罪既是为了保护公民的人身权利，也是为了保护司法作用<sup>③</sup>；据此，只要诬告陷害行为具有其中一种性质，就成立该罪。择一说中也存在侧重点的不同，即有的将国家法益放在首位，有的将个人法益放在首位，有的认为二者没有主次之分、轻重之分。四是并合说，即只有既侵犯公民的人身权利，又侵害司法机关的正常活动的行为，才能成立诬告陷害罪。<sup>④</sup>

与上述分歧直接相关的问题是，没有侵犯他人人身权利的诬告行为是否构成诬告陷害罪？有三种典型情况：第一，甲得到被害人承诺的诬告行为是否构成诬告陷害罪？第二，乙诬告虚无人的行为是否构成犯罪？第三，丙向外国司法机关诬告中国公民的，是否成立诬告陷害罪？根据人身权利说，甲与乙的行为不成立犯罪，因为这两种行为要么实际上没有侵犯被害人的人身权利，要么不可能侵犯他人的人身权利；丙的行为构成犯罪，因为丙的行为依然侵犯了中国公民的人身权利。根据司法作用说，甲与乙的行为构成诬告陷害罪，虽然没有侵犯人身权利，但客观上妨害了国家的司法作用；丙的行为不成立诬告陷害罪，因为丙的

① 参见〔日〕平野龙一：《刑法概说》，290页，东京，东京大学出版社，1977。

② 参见〔日〕团藤重光：《刑法纲要各论》，3版，108页，东京，创文社，1990。

③ 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，613页，东京，有斐阁，2005。

④ 德国、日本刑法都将诬告罪规定为独立的一章，而没有归入其他章节中。

行为并没有侵犯我国司法机关的正常活动。<sup>①</sup> 根据择一说，甲、乙、丙的行为都构成诬告陷害罪，因为甲、乙的行为侵犯了司法机关的正常活动，丙的行为侵犯了他人的人身权利。根据并合说，甲、乙、丙的行为均不成立诬告陷害罪，因为三人的行为都只是侵犯了其中一种法益。

我国刑法将诬告陷害罪置于侵犯公民人身权利、民主权利罪一章中，这说明刑法规定本罪是为了保护公民的人身权利；刑法没有将本罪规定在刑法分则第六章第二节的“妨害司法罪”中，说明立法者规定本罪不是为了保护司法活动。因此，我们应当采取人身权利说，而不能采取司法作用说、择一说与并合说。或许有人认为，任何诬告陷害行为都必然侵犯司法活动，因为刑法规定本罪必然保护司法作用。但这只是客观事实（况且肯定会有例外），而不是法律规定。对此，可以联想伪证罪来考虑。伪证罪在旧刑法中属于侵犯人身权利、民主权利的犯罪，但其构成要件中却包含了“隐匿罪证”的情况；而隐匿罪证的行为并没有侵犯他人的人身权利，只不过妨害了司法活动。为了克服这种保护法益与构成要件内容不协调的现象，现行刑法将伪证罪调整到分则第六章第二节的妨害司法罪中。妨害司法罪的法益是司法活动，伪证行为根本没有侵犯他人的人身权利，但妨害了司法活动时，也成立伪证罪。可是，现行刑法并没有将诬告陷害罪调整到妨害司法罪中，仍然将人身权利作为该罪的法益，故我们必须坚持人身权利说的立场。据此，基于被害人承诺的诬告行为以及诬告虚无人的行为，不属于刑法所规定的诬告陷害行为。

日本学者主张司法作用说或者择一说有两个原因：第一，日本刑法分则明显是按对国家法益的犯罪、对社会法益的犯罪、对个人法益的犯罪这一顺序来排列各章的，其第 21 章所规定的诬告罪与第 20 章的伪证罪均被视为对国家法益的犯罪；日本刑法理论对此也没有任何争议。于是，诬告罪成为对司法作用的犯罪。第二，日本刑法分则对犯罪分类后，并没有明确规定各类罪的法益内容。诬告罪是独立的一章，章名就叫“诬告罪”。既然立法没有限定法益内容，就给解释者留下了较大的空间，于是择一说具有存在的理由。我国刑法的规定方式与日本刑法不

<sup>①</sup> 如果认为诬告陷害罪的法益是国家的司法作用，那么，自我诬告（诬告自己犯罪）行为也侵害了该法益。但由于我国刑法明文限定为诬告陷害“他人”，故不管采取何种观点，自我诬告在我国都不可能成立犯罪。

同，故难以采取司法作用说与择一说。<sup>①</sup>

#### （五）寻衅滋事罪的保护法益对确定该罪违法构成要件的指导作用

可以肯定的是，刑法规定寻衅滋事罪，旨在保护公共秩序或社会秩序。一方面，刑法将寻衅滋事罪规定在刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”的第一节“扰乱公共秩序罪”中。另一方面，刑法第293条项前规定，“破坏社会秩序”的行为才成立寻衅滋事罪。

但是，公共秩序与社会秩序是十分抽象的概念，将寻衅滋事罪的保护法益概括为公共秩序或者社会秩序，不仅不利于解释本罪的客观构成要件，而且有损于罪刑法定原则的贯彻。因为分则条文都是为了保护具体的法益，而非保护抽象的法益；对保护法益的抽象程度越高，其所包含的内容就越宽泛，受刑罚处罚的范围就越广，从而具有将不值得科处刑罚的行为解释为犯罪的危险。换言之，保护法益的抽象化，必然导致对构成要件的解释缺乏实质的限制，从而使构成要件丧失应有的机能；导致不值得科处刑罚的行为，也被认为侵犯了过于抽象的法益，进而以犯罪论处。

不可否认的是，在确定具体犯罪的保护法益时，应当以该罪在刑法典中的顺序与地位、宪法的旨趣、罪刑法定主义的理论为根据。但与此同时，必须考虑在判断犯罪的成立与否时，能否根据确定的保护法益，对具体案件得出妥当的结论。<sup>②</sup>

显然，要对前述作为保护法益的“公共秩序”或者“社会秩序”做出更为具体的表述，并无现实意义。详言之，即使人们将作为寻衅滋事罪保护法益的“公共秩序”解释为公共场所的秩序，将“秩序”进一步解释为有序性、稳定性、连续性，也几乎无济于事。所以，本书主张根据寻衅滋事罪的具体类型确定其具体的保护法益。一方面，法益是人的生活利益。“社会法益只是个人法益的集合，是以个人法益为其标准所推论出来的。个人的一切法益都是得到法律的承认和受法律保护的，而社会法益的保护是受到限制的……因此，只有当某种社会利益与个人法益具有同质的关系、能够分解成为个人法益（即系个人法益的多数之集合）、

① 或许有人会问，为什么诬告陷害罪的法益不是人身权利与司法活动的择一，而只能是人身权利？这是因为，人身权利与司法活动不属于同一类罪的法益，刑法是将诬告陷害罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪之中的，如果将妨害了司法活动但没有侵犯人身权利的诬告行为认定为犯罪，就意味着本罪不是侵犯人身权利的犯罪。这便违反了立法宗旨。

② 参见〔日〕前田雅英：《财产犯论の现代的课题——“保护法益的具体化”》，载〔日〕西田典之等编：《现代社会型犯罪の诸问题》，294页，东京，劲草书房，2004。

是促进人类发展的条件且具有重要价值和保护必要时，才能成为刑法所保护的社会法益。”<sup>①</sup>换言之，保护社会法益的目的也是为了保护个人的法益；社会法益必须能够还原为个人法益时，才值得刑法保护。所以，有必要联系个人法益确定寻衅滋事罪的保护法益。另一方面，刑法第 293 条规定的具体行为类型，明显包含了对个人法益的保护，故应当联系刑法第 293 条所规定的具体行为类型确定本罪的保护法益。质言之，由于寻衅滋事罪存在四种类型，所以，需要具体考察各种类型的个人法益。

就“随意殴打他人”类型而言，其保护法益显然是个人的身体安全（身体的不可侵犯性）。既然刑法禁止随意殴打他人，而殴打意味着对他人身体安全的侵犯，那么，本罪的法益当然包含个人的身体安全。但是，联系“破坏社会秩序”的规定来考虑，禁止“随意殴打他人”的规定所欲保护的法益，应是社会一般交往中的个人的身体安全，或者说是与公共秩序相关联的个人的身体安全。否则，难以说明寻衅滋事罪在刑法分则中的顺序与地位。正因为如此，行为人随意殴打家庭成员的，或者基于特殊原因殴打特定个人的，没有侵犯该法益，不可能成立寻衅滋事罪。

就“追逐、拦截、辱骂、恐吓他人”类型而言，其保护法益应当是个人的行动自由（包括意思活动自由）与名誉。因为追逐、拦截、恐吓行为明显侵犯的是他人的行动自由，而辱骂行为侵犯的是他人的名誉。但是，联系“破坏社会秩序”的规定分析，禁止“追逐、拦截、辱骂、恐吓他人”的规定所欲保护的法益，也应是一般人在公共生活、公共活动中的行动自由与名誉。所以，在没有多人在场的情况下，辱骂特定个人的，不属于寻衅滋事罪中的辱骂他人。

就“强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物”的类型而言，由于其行为对象是公私财物，故其保护法益应是公私财产。但是，联系“破坏社会秩序”的规定考察，刑法禁止这类行为所欲保护的法益，不只是单纯的财产<sup>②</sup>，而是包括与财产有关的社会生活的安宁或平稳。例如，行为人多次使用轻微暴力或者胁迫手段，在自由市场任意损毁他人小商品，导致他人被迫放弃商品经营（情节严重）的，成立寻衅滋事罪。在这种情况下，任意损毁行为实际上侵犯了他人社会生活的平稳，而这种

① 张明楷：《法益初论》，修订版，243页，北京，中国政法大学出版社，2003。

② 更不能认为本罪是为了保护数额不大的财产，否则，就不能说明刑法为什么对侵犯财产罪要求数额较大。换言之，如果刑法保护数额较小的财产，那么，就不会在侵犯财产罪中设置数额较大的条件。

社会生活与财产密切相关。因此，行为人侵入他人住宅损毁他人财物的，或者已婚子女强拿硬要父母财物的，不成立寻衅滋事罪。

就“在公共场所起哄闹事”类型而言，联系“破坏社会秩序”的规定，其保护法益显然是不特定人或者多数人在公共场所从事自由活动的安全与顺利。

（六）骗取出境证件罪的保护法益对确定该罪违法构成要件的指导作用

规定骗取出境证件罪的刑法第 319 条，属于刑法分则第六章第三节，该节的标题为“妨害国（边）境管理罪”。所以，应当认为，本条的保护法益是国家的出境管理秩序。出境，包括中国公民与外国公民的出境；出境管理秩序，是指中国公民与外国公民按照中国的出境管理法规规定的条件、程序、方式出境的有序性、稳定性。从现实来看，出境管理秩序所要防止的主要是两类现象：一是不经过规定的出境口岸、边防站等地点出境，二是不使用有效的出境证件出境。换言之，如果所有中国公民与外国公民都在规定的出境口岸、边防站持有效证件出境，那么，出境管理秩序就完全正常，没有受到任何侵犯。

由于具体犯罪隶属于类罪，因此，对具体犯罪的法益内容的确定，不应超出同类法益的范围（存在立法分类错误时除外）。我们不能超出妨害国（边）境管理秩序的范围来确定刑法第 319 条的保护法益或目的。

刑法第 319 条的目的不在于保护入境管理秩序。因为刑法第 319 条规定的基本行为是“骗取护照、签证等出境证件”，而不包括入境证件。所以，外国人骗取中国签证进入中国境内的，不成立本罪。

刑法第 319 条的目的不在于保护取得护照、签证的正当方式与秩序。因为根据刑法第 319 条的规定，单纯骗取护照、签证等出境证件的行为并不构成犯罪，只有“为组织他人偷越国（边）境使用”而骗取出境证件的，才构成犯罪。“为组织他人偷越国（边）境使用”的规定，不仅是为了限制处罚范围，而且表明本条的目的在于防止组织他人偷越国（边）境。与刑法其他条文略加比较便能得出这一结论。例如，刑法第 280 条规定了伪造、变造、买卖、盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章的犯罪，但并没有规定骗取国家机关公文、证件罪。<sup>①</sup> 例如，某公民已领有一张身份证，但谎称该身份证丢失，又骗领一张身份

<sup>①</sup> 这里的“骗取”是指与刑法第 319 条的“骗取”意义相当的骗取，而不是指非法转移占有的骗取。

证的，并不成立任何犯罪。从刑法协调的角度来看，骗取出境证件的行为本身也不应当成立犯罪。况且，与护照、签证相比，国家机关的许多公文、证件更具重要性。既然如此，就不能认为刑法第 319 条的规定是为了保护取得护照、签证的正当方式与秩序。

刑法第 319 条的目的不在于保证中国公民在境外不实施违法犯罪行为，换言之，中国公民出境后在境外是否实施违法犯罪行为，不是本条所要解决的问题，而应适用刑法关于管辖的规定以及行为所触犯的相关法条。根据刑法关于管辖原则的规定，中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯刑法规定之罪的，有条件地适用中国刑法。例如，中国公民甲持有效证件在规定地点出境，在国外犯故意杀人罪的，在适用中国刑法时，也只是适用刑法第 232 条，认定为故意杀人罪，与刑法第 319 条没有关系。如果中国公民出境后在外国实施某种违法行为，但并不违反中国法律，则是相关外国法所要解决的问题。例如，中国公民持护照和旅游签证到达韩国后，在韩国非法就业的，只能由韩国根据其法律处罚。刑法第 319 条也与此无关。

刑法第 319 条的目的不在于保护国家声誉。不可否认的是，中国公民在国外的言行举止，会在一定程度上影响中国的国家声誉。但是，第一，国家声誉并不是主要靠国民在国外的表现来赢得，而是靠国家的综合实力赢得。第二，即使是合法出境的中国公民也可能在外国实施违法犯罪行为，反之，即使非法出境的中国公民也并非都在外国实施违法犯罪行为。所以，公民如何出境，与国家声誉没有任何必然联系。

总之，一个分则条文不可能保护所有的法益。但司法实践中存在将刑法第 319 条的保护法益的范围无限扩大的倾向，导致犯罪构成要件丧失罪刑法定主义的机能，需要反思。

首先，骗取出境证件罪属于目的犯。刑法第 319 条所规定的“为组织他人偷越国（边）境使用”，并不只是单纯限制处罚范围，更重要的是为了限定骗取出境证件行为的性质。即只有“为组织他人偷越国（边）境使用”而骗取出境证件的，才属于刑法第 319 条的骗取出境证件罪。换言之，并不是任何骗取出境证件的行为都符合刑法第 319 条的构成要件。

其次，根据刑法第 318 条的表述以及刑法与出入境管理法规的关系，认定某人的行为成立组织他人偷越国（边）境罪，必须具备一个当然的前提：被组织者的出入境行为属于偷越国（边）境。当然，虽并不

要求被组织者的行为构成偷越国（边）境罪，但其行为至少属于违反出入境管理法的偷越国（边）境的行为。如果被组织者的出入境行为不属于偷越国（边）境，就不可能认定组织者的行为构成组织他人偷越国（边）境罪。刑法第 321 条规定的运送他人偷越国（边）境罪也是如此。如果被运送者的出入境行为不具有偷越国（边）境的性质，那么，运送者的行为也不成立运送他人偷越国（边）境罪。基于同样的理由，骗取出境证件罪也存在着这样的前提。不过，由于行为人所骗取的出境证件既可能用于自己组织他人偷越国（边）境，也可能用于第三者组织他人偷越国（边）境；既可能已被实际使用，也可能未被实际使用，所以，其前提略显复杂。但可以肯定的是，仍以现实的或可能的被组织者的行为具有偷越国（边）境性质为前提。

再次，应当合理认定偷越（国）边境的行为。《中华人民共和国公民出境入境管理法》没有明文规定何谓偷越国（边）境，但根据其第 9 条<sup>①</sup>以及《中华人民共和国公民出境入境管理法实施细则》第 23 条的规定<sup>②</sup>，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，只有未持有出入境证件而出入境<sup>③</sup>、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，当甲使用欺骗手段为乙骗取了出境证件时，乙使用该证件出境的行为不属于未持有出境证件出境，不属于使用伪造、涂改的证件出境，也不属于冒用他人证件出境。所以，焦点在于，乙使用甲以欺骗手段取得的出境证件出境的，是否属于使用无效证件出境？本书持否定回答。（1）根据同类解释规则，无效证件的范围并非无边无际，而是必须与伪造、涂改（变造）的出境证件相当的证件。使用欺骗手段取得的出境证件（尤其是签证），其形式上完全真实，不能与伪造、涂改的出境证件相提并论。过期的出境证件、已经被宣布吊销、作废的出境证件，才是与伪造、涂改的出境证件相当的无效出境证件。（2）在行为人通过一定程序取得了出境证件后，即使是采取弄虚作

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）持有无效出境证件的；（二）持有他人出境证件的；（三）持有伪造或者涂改的出境证件的。”

② 该条规定：“持有伪造、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 未持有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。

假的手段取得的出境证件，也只有经过相应权威机构的确认，才能宣布为无效证件。《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、出境证件予以吊销或者宣布作废：（一）持证入因非法进入前往国或者非法居留被送回国内的；（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。”可见，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，上述规定只是说明，行为人使用中国颁发的出境证件实施违法犯罪后，宣布其证件作废；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。况且，行为人使用虚假材料骗取的签证，是外国签署的证件，如果外国的权威机构没有宣布为无效证件，那么，即使行为人使用虚假材料骗取的，中国的有关机关也不得认定为无效签证。在外国权威机构没有宣布某签证无效、作废的情况下，行为人持此签证出境的，不构成偷越国（边）境。司法实践中经常出现这样的现象：边防检查人员发现出境人员为农民模样，但其持有的则是经贸往来性质的签证，于是怀疑出境人员系采取虚假材料骗取了签证，然后将该签证交相关国家的驻华使领馆人员核对，由后者宣布签证无效。但在此之前，显然不能认定出境人员使用了无效出境证件，不能将出境人员的行为认定为偷越国（边）境。只有在外国权威机关宣布该签证无效、作废后，行为人仍然使用该签证出境的，才能认定为偷越国（边）境。（3）对出境所要求的出境证件，进行形式的判断即可，而没有必要进行实质的判断。诚然，刑法常常需要进行实质判断，但这只是发生在行政法、民法的目的与刑法目的不同，而且在行政法、民法设置了法律拟制规定的场合。例如，对于交通管理部门根据法律拟制规定认定的交通事故责任，刑法应当进行实质判断<sup>①</sup>；对于民法根据法律拟制

<sup>①</sup> 例如，《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》第92条规定：“发生交通事故后当事人逃逸的，逃逸的当事人承担全部责任。但是，有证据证明对方当事人也有过错的，可以减轻责任。当事人故意破坏、伪造现场、毁灭证据的，承担全部责任。”这一规定属于法律拟制。据此，即使汽车司机没有违反交通法规，完全由于被害人的过错造成了事故，但只要司机破坏了现场，就承担全部责任。但刑法必须进行实质判断，因为道路交通安全法上的责任与刑法上的责任并不等同，确定责任的目的也不相同。如果将道路交通安全法的责任直接确定为刑法上的责任，则违反刑法的目的。

规定认定的占有、所有关系，刑法要进行实质判断。<sup>①</sup>但是，刑法关于妨害国（边）境管理秩序犯罪的规定的目的，与出入境管理法的目的相同，而且出入境管理法不存在法律拟制规定。所以，在刑法上没有必要对出境证件进行实质判断。联系其他犯罪也可以说明这一点。例如，没有取得驾驶执照而驾驶机动车辆的，违反了交通管理法规，如果造成交通事故，则构成交通肇事罪。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，刑法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方式进行判断。再如非法行医罪，其行为主体必须是未取得医生执业资格的人。同样，取得医生执业资格需要具备一定的条件、经过一定的考试。如果行为人未能通过考试，但通过“开后门”或其他欺骗方式从卫生主管部门取得了医生执业资格，并从事行医活动，就不能认定其为非法行医；即使其造成了就诊人伤亡的结果，也只能视性质与情节认定为医疗事故罪或者过失致人重伤、过失致人死亡罪。不仅如此，对出境证件进行实质判断也几乎不可能。因为在我国，公民取得护照并不需要特别条件，出境的关键证件便是签证。但签证由外国相关机构颁发，所以，即使是出入境管理机构，也不可能将每一个人的签证交由外国相关机构确认。事实上，只要形式上真实，就认定为有效的出境证件。（4）从现实情况来看，由于签证种类繁多、签证手续过于复杂，人们为顺利取得签证，又为了减少麻烦，或多或少会使用某种欺骗手段。如果将这类采用一定欺骗手段取得签证并出境的行为认定为偷越国（边）境，必然造成打击面过宽的局面，不符合我国的刑事政策。此外，出境行为是否属于偷越国（边）境，不能以边防检查机关人员客观上是否阻止行为人出境为标准。第一，根据《中华人民共和国公民出境入境管理法》第9条的规定，边防检查机关对于持有无效出境证件的、持有他人出境证件的、持有伪造或者涂改的出境证件的，有权阻止出境。根据《中华人民共和国公民出境入境管理法实施细则》第14条的规定，

<sup>①</sup> 如某机关因为缺乏单位购车指标，便以其职工甲的名义购买汽车，并以甲的名义登记购买的汽车。但甲将汽车开往外地出卖。民法上或许认为汽车属于甲所有，但在刑法上仍应认定甲的行为成立盗窃罪或（职务）侵占罪等。

边防检查机关对于未持有出境证件和拒绝交验证件的人员，有权阻止出境。对于此外的情形，边防检查机关人员不宜随意阻止出境。第二，不能排除边防检查机关人员滥用职权随意阻止出境或者因为观念陈旧而宽泛地阻止出境的现象。如果以边防检查机关人员客观上是否阻止行为人为标准，那么，偷越国（边）境便没有明确界限，而且与依法治国的基本精神完全冲突。

基于以上分析，就以下两类常见案件可以得出不构成骗取出境证件罪的结论。（1）使用以劳务输出、经贸往来或者其他名义骗取的签证出境的，不属于使用无效出境证件的行为，不应认定为偷越国（边）境。既然如此，以劳务输出、经贸往来或者其他名义骗取出境证件的行为，就不可能属于“为组织他人偷越国（边）境使用”，因而不成立骗取出境证件罪。<sup>①</sup> 例如，赵某为某公司经理，为了营利，超出经营范围为他人办理签证。赵某制作虚假公司文书，证明7名出境人员为其公司人员，并出具财产（担保）证明，为7名出境人员办理旅游签证，使7名人员得以出境。由于持该签证出境的行为并不构成偷越国（边）境，骗取出境证件的行为也不属于“为组织他人偷越国（边）境使用”，所以，该行为不成立骗取出境证件罪。但由于行为人只是（无形）伪造公司文书，而伪造公司文书的行为并不构成任何犯罪，所以，对该行为只能宣告无罪。如果将该行为以骗取出境证件罪论处，则违反罪刑法定原则。（2）通过伪造中小学校印章、中小学生的成绩单等，为中小學生去国外就读骗取签证。对于这种行为只能认定为伪造事业单位印章罪，而不能认定为骗取出境证件罪。再如，有的行为人通过伪造（包括有形伪造与无形伪造）国家机关公文、证件，骗取出境证件，但并不是“为组织他人偷越国（边）境使用”的，只能认定为伪造国家机关公文、证件罪，而不能认定为骗取出境证件罪。

（七）破坏永久性测量标志罪的保护法益对确定该罪违法构成要件的指导机能

刑法分则第六章第三节规定的是妨害国（边）境管理罪，其中的最后一条即第323条规定：“故意破坏国家边境的界碑、界桩或者永久性

① 其实，即使使用无效证件出境的，也不必然属于偷越国（边）境。因为刑法第320条的目的，也是为了防止偷越国（边）境和组织偷越国（边）境的行为，但该条只是将为他人提供伪造、变造的护照、签证等出入境证件规定为犯罪，而没有将为他人提供无效的护照、签证等出入境证件规定为犯罪。

测量标志的，处三年以下有期徒刑或者拘役”。司法解释与刑法理论认为本条规定了两个罪名：破坏界碑、界桩罪与破坏永久性测量标志罪。由于本罪被规定在“妨害国（边）境管理罪”一节中，另根据条文的表述（条文中的“国家边境的”定语既可能只是限定“界碑、界桩”，也可能同时限定“永久性测量标志”），根据法益确定的一般原则与方法，破坏永久性测量标志罪的法益应当是对国家边境永久性测量标志的管理秩序。果真如此，则作为本罪对象的永久性测量标志，仅应限于国家边境的永久性测量标志。然而，许多永久性测量标志，如水准点、地形点、天文点、导线点、炮控点等，并不位于国家边境，却值得刑法保护（在旧刑法中也受到保护），但破坏这些永久性测量标志的行为，并不会妨害国（边）境管理。因此，也可能认为，本罪虽然规定在“妨害国（边）境管理罪”一节中，但并不属于妨害国（边）境管理的犯罪<sup>①</sup>，即本罪的法益是国家对永久性测量标志的管理秩序。因此，作为本罪对象的永久性测量标志也不限于“国家边境的永久性测量标志”，而是包括境内的永久性测量标志。<sup>②</sup>

#### （八）毒品犯罪的保护法益对确定该罪违法构成要件的指导机能

我国刑法理论的通说认为，毒品犯罪的保护法益是国家对毒品的管理制度。<sup>③</sup>但这种观点值得研究。

第一，大多数教科书都没有进一步解释“国家对毒品的管理制度”的具体内容。然而，这种抽象的表述并不能揭示刑法分则规定毒品犯罪的目的。有的论著指出：“所谓国家对毒品的管理制度，是指国家颁布的一系列法律、法规，对麻醉药品、精神药品进行严格管理……国家通

① 这样的解释也不是没有可能的。因为立法总是存在缺陷的，因此，只要为了实现刑法的正义所作的补正解释没有违反罪刑法定原则，不与刑法的相关条文产生冲突与矛盾，那么，就是可以接受的。例如，德国刑法将侵犯住居罪规定在“对公共秩序的犯罪行为”中，但德国刑法理论几乎没有争议地将本罪归入侵犯个人法益的犯罪进行讨论（Vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil/1, 25. Aufl., C. F. Mueller 2001, S. 145; Volker Krey, Strafrecht Besonderer Teil, 11. Aufl., Kohlhammer 1998, S. 431.）。日本刑法也将侵犯住居罪置于侵犯社会法益的犯罪之中，但刑法理论一直将其归入侵犯个人法益的犯罪（参见〔日〕西田典之：《刑法各论》，5版，95页，东京，弘文堂，2010；〔日〕前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，134页，东京，东京大学出版会，2007；〔日〕山口厚：《刑法各论》，2版，116页，东京，有斐阁，2010）。

② 这一解释是否有违反罪刑法定原则之嫌，还值得进一步研究。

③ 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4版，661页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010；马克昌主编：《刑法学》，618页，北京，高等教育出版社，2003。

过这些法律和行政法规对麻醉药品、精神药品进行管理，便形成了国家对毒品的管理制度。”<sup>①</sup> 还有论著指出：“走私毒品罪直接侵害国家对毒品进出口的管制；贩卖毒品罪直接侵害国家对毒品购销活动的管制；运输毒品罪直接侵害国家对毒品运输活动的管制；制造毒品罪直接侵害国家对毒品制造活动的管制；非法提供毒品罪直接侵害国家对毒品供应活动的管制；等等。”<sup>②</sup> 但是，这些对“国家对毒品的管理制度”的进一步描述，并没有现实意义。而且，说毒品犯罪“侵害了国家对毒品的管理制度”，只是说明了走私、出售、制造、运输毒品的行为，如果并没有违反国家的相关规定，而是经过法律、法规允许的，就不成立犯罪。但这并不是保护法益问题，而是有无违法阻却事由的问题。

第二，将“国家对毒品的管理制度”确定为毒品犯罪的保护法益，不能说明毒品犯罪的处罚范围。例如，国家禁止吸食、注射毒品，因此，吸食、注射、购买毒品的行为也侵犯了国家对毒品的管理制度，但是，该行为并不成立犯罪。这足以说明，将毒品犯罪的法益确定为国家对毒品的管理制度，既与刑法的规定相冲突，也自相矛盾：一方面说国家对毒品的管理制度是刑法保护的法益；另一方面侵害国家对毒品的管理制度的行为（如吸毒、注射、购买毒品）又不成立犯罪。

第三，将“国家对毒品的管理制度”确定为毒品犯罪的保护法益，不能对毒品犯罪的违法构成要件起到指导作用。例如，对贩卖毒品罪中的“贩卖”的解释，就需要以本罪的保护法益为指导。如果离开本罪的保护法益，就既可能将“贩卖”解释为先购入后出售，也可能将单纯的购买行为解释为“贩卖”。然而，“国家对毒品的管理制度”这一内容，对“贩卖”的解释并不能起到指导作用。

第四，将“国家对毒品的管理制度”确定为毒品犯罪的保护法益，不能说明各种具体毒品犯罪在违法程度上的差异。例如，贩卖毒品的行为与非法种植毒品原植物的行为，在违反“国家对毒品的管理制度”方面，不存在任何差异。可是，这两种行为的法益侵害程度明显不相同。

第五，将“国家对毒品的管理制度”确定为毒品犯罪的保护法益，导致对某些毒品犯罪既遂的认定过于提前。从逻辑上说，只要与毒品相关的行为是刑法与其他相关法律、法规禁止的行为，都必然已经违反了国家对毒品的管理制度，于是，任何违反国家对毒品的管理制度的行为，都是既

① 赵长青主编：《中国毒品问题研究》，262页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

② 欧阳涛、陈泽宪主编：《毒品犯罪及对策》，38页，北京，群众出版社，1992。

遂。一方面，毒品犯罪的既遂标准提前，即完全可能将毒品犯罪的未遂认定为既遂；另一方面，毒品犯罪的着手标准提前，即处于预备阶段的行为也完全可能被认定为实行行为。司法实践中将为了出售而购买毒品的行为认定为贩卖的实行行为乃至贩卖毒品的既遂，就是如此（参见本书第九章）。

还有一种观点认为，毒品犯罪的本质是导致“二次犯罪”危险，换言之，刑法之所以处罚毒品犯罪，是因为毒品犯罪行为可能引发其他诸多犯罪。如有人对毒品犯罪诱发犯罪的路径与模式作了如下描述：“首先，诱发吸毒品者为获得毒资进行犯罪。其次，加强犯罪倾向。再次，贩毒的巨额利润刺激更多的人从事犯罪。最后，经常使一些国家机关工作人员尤其是司法工作人员被拉拢而进行共同犯罪。”<sup>①</sup> 据此，刑法处罚毒品犯罪就是为了防止这些“二次犯罪”<sup>②</sup>。

但是，首先，毒品犯罪行为与所谓因毒品而发生的其他犯罪之间是否具有确定的因果关系，还存在疑问。事实上，毒品与二次犯罪之间，并不具有必然性与通常性。其次，即使认为存在确定的因果关系，这种观点也仅适用于部分情形。再次，在我国，事实上，对许多犯罪并不处罚未遂犯，既然如此，将有可能导致自己或者他人二次犯罪危险的行为当做犯罪处理，就明显不协调。最后，更为重要的是，这种观点完全不能对毒品犯罪的违法构成要件起到任何指导作用。例如，在确定贩毒品罪中的贩卖的含义以及确定贩卖毒品罪的既遂标准时，是否需要考虑贩卖毒品可能引发二次犯罪？如果出售毒品的行为没有引发二次犯罪的危险性时，是否认定为贩卖毒品罪？如果毒品已经出售给他人时，是否只有当他人具有二次犯罪的危险时，才认定出售者的行为成立贩卖毒品既遂？

任何国家都对毒品实行严格的管制，管制的直接目的似乎是不使毒品泛滥，在此意义上说，毒品的不可泛滥性是一种法益。<sup>③</sup> 然而，必须

① 赵秉志、于志刚：《毒品犯罪》，47～48页，北京，中国人民公安大学出版社，2003。

② 或许有人认为，以上内容只是对毒品犯罪的危害性的描述，而不是对毒品犯罪保护法益的描述。然而，二者实际上是同一性质的问题。一个犯罪的具体危害内容，与刑法分则条文规定该罪的目的是完全对应的。例如，杀人罪的危害在于侵害了人的生命，而刑法第232条的保护法益就是人的生命。同样，如果说毒品犯罪的危害是导致他人犯罪，那么，这一表述就意味着刑法规定毒品犯罪的目的是为了防止他人犯罪。

③ 德国学者 C. Roxin 指出：“贩卖毒品的可罚性的正当化根据在于，如果不处罚贩卖毒品的行为，就不可能控制毒品的泛滥，而且毒品对无答责能力的服用者特别是未成年人会产生严重危险。”（Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., C. H. Beck 1997, S. 18）

追问的是，国家为什么不允许毒品泛滥？显然是因为毒品危害公众的健康。所以，本书认为，毒品犯罪的保护法益是公众健康。<sup>①</sup> 因为毒品不仅能使人形成瘾癖，而且足以危害人的身体健康；接触毒品的人，可能吸食、注射毒品，其身体健康受到侵害的危险性很大。也正因为如此，刑法不仅处罚已经侵害了公众健康的毒品犯罪行为，而且针对毒品对公众的健康进行提前保护。所以，毒品犯罪是“以公众的健康为保护法益的抽象危险犯”<sup>②</sup>。需要说明的是，作为毒品犯罪的保护法益的公众健康，并不是指特定个人的身体健康，而是作为社会法益的公众健康。换言之，毒品犯罪不是对个人法益的犯罪，而是对超个人法益的犯罪。<sup>③</sup> 此外，需要说明的是，刑法第 349 条规定包庇毒品犯罪分子罪与窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪，不仅是为了保护公众健康，而且是为了保护司法活动。

在解释毒品犯罪的违法构成要件时，要以公众健康这一超个人法益为指导。例如，由于本罪的法益是公众健康，而不是特定个人的健康，也不只是吸食、注射者的健康，所以，即使吸食、注射毒品的人明知毒品对自己有害而购买，也不阻却贩卖毒品行为的违法性。再如，将为了出售而购买毒品的行为认定为贩卖毒品的实行行为乃至既遂，就是不合适的。因为这种行为还没有形成对公众健康的危险。又如，将为了自己吸食而从外地购买毒品后带回居住地的行为认定为运输毒品的做法，也

- 
- ① 由于毒品犯罪的保护法益是公共的健康，非法种植毒品原植物与贩卖毒品对法益的侵害程度就明显不同，因而两种犯罪的法定刑相差很大。亦即，与非法种植毒品原植物的行为对公众健康的侵害较为间接相比，贩卖毒品对公众健康的侵害更为直接。
- ② [日] 大谷实：《刑法讲义各论》，新版第 2 版，402 页，东京，成文堂，2007。这也是日本刑法理论的通说，例如，西田典之教授指出：刑法禁止毒品犯罪，“是为了保护不特定、多数人的健康。”（[日] 西田典之：《刑法各论》，5 版，315 页，东京，弘文堂，2010）；前田雅英教授与山口厚教授分别将毒品犯罪归入“对国民健康的犯罪”、“对公众健康的犯罪”（[日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4 版，402 页，东京，东京大学出版会，2007；[日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，413 页，东京，有斐阁，2010）。
- ③ 如果将毒品犯罪的保护法益确定为特定个人的健康，那么，“凡第一次购买毒品之成年人，或是未上瘾之人，会被评价为对于自己行为具有自我决定能力且足以对自己行为自我负责之人。因此，其施用毒品行为，乃是一种在自由状态下自我决定之行为，不能说是受到贩卖者之危害。就如同消费者明知槟榔有致癌可能，仍决定购买并食用，或明知不当服用安眠药，会对人体形成损害，仍决定购买安眠药并不当服用之情形一样。如果购买槟榔与安眠药之人，是心智成熟的成年人，则其食用槟榔或服用安眠药真的因此而受到健康损害，也只是消费者个人自我决定的问题，而不能说是受到槟榔或安眠药贩卖者的危害。因此，从‘被害人自我负责性’的观点来看，贩卖者提供毒品之行为，会因被害人自己决定自陷毒品危害，而排除其客观归责性……这种见解，不管在理论上或实际上都存在诸多问题”。（王皇玉：《论贩卖毒品罪》，载《政大法学评论》，第 84 期（2005），17～18 页。）

是不妥当的。因为这种行为只是以行为人自己为被害对象的。<sup>①</sup>

#### 四、法益变更对违法构成要件的影响

“法益没有自然法的永恒效力，而是跟随宪法基础和社会关系的变迁而变化。”<sup>②</sup> 有的利益原本值得刑法保护，但立法者可能没有认识到；反之亦然。有的法条原本旨在保护此法益，但社会关系的变迁使得该法条保护彼法益。有的法条的表述虽然没有变化，但该法条在分则体系中的变化，必然也使得其保护法益产生变更。现行刑法将少数具体犯罪作了类的调整，从而使这些具体犯罪的保护法益发生了变化。在这种情况下，刑法理论必须根据刑法规定重新确定保护法益内容，进而对犯罪构成要件做出新的解释。

##### （一）旧刑法第 160 条流氓罪中的“侮辱妇女”行为的法益变更

旧刑法第 160 条规定的流氓罪，“属于妨害社会管理秩序罪。流氓罪行虽然往往使公民的人身或公私财产受到损害，但它的本质特征是公然藐视法纪，以凶残、下流的手段破坏公共秩序，包括破坏公共场所和社会公共生活的秩序。”因此，其中的“侮辱妇女”的行为包括下列情形：“1. 追逐、堵截妇女造成恶劣影响，或者结伙、持械追逐、堵截妇女的；2. 在公共场所多次偷剪妇女的发辫、衣服，向妇女身上泼洒腐蚀物，涂抹污物，或者在侮辱妇女时造成轻伤的；3. 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，屡教不改的；4. 用淫秽行为或暴力、胁迫的手段，侮辱、猥亵妇女多人，或人数虽少，后果严重的，以及在公共场所公开猥亵妇女引起公愤的。”<sup>③</sup> 由于流氓罪侵犯的法益是公共秩序，故其中侮辱妇女的对象常常也是不特定的。<sup>④</sup>

现行刑法对流氓罪进行了分解，将流氓罪的各种行为按其行为性质与保护法益规定在不同的章节中。其中，现行刑法第 237 条第 1 款规定的强制猥亵、侮辱妇女罪中的“侮辱妇女”的行为就是从旧刑法的流氓

① 当然，如果数量较大则可以认定为非法持有毒品罪。

② [德] 克劳斯·罗克信：《刑法的任务不是法益保护吗？》，樊文译，载陈兴良主编：《刑事法评论》，第 19 卷，164 页，北京，北京大学出版社，2007。

③ 最高人民法院、最高人民检察院 1984 年 11 月 2 日《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》。

④ 参见高铭喧主编：《中国刑法学》，561 页，北京，中国人民大学出版社，1989。

罪中分解出来的。但由于现行刑法已将本罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章之中，这表明本罪的法益已经不是公共秩序，而是妇女的性行为自主权（或自己决定权）；换言之，虽然破坏了社会公共场所秩序或社会公共生活秩序，但并没有侵犯妇女性的自己决定权的行为，不属于强制猥亵、侮辱妇女罪的行为。正因为强制猥亵、侮辱妇女罪侵犯的是妇女性的自己决定权，所以，只有当行为人以暴力、胁迫或者其他强制方法实施猥亵、侮辱行为时，才成立强制猥亵、侮辱妇女罪。显然，在现行刑法做出修订之后，仍然将属于旧刑法第160条中的“侮辱妇女”的所有行为乃至其他流氓行为全部强加于现行刑法第237条的强制猥亵、侮辱妇女罪的行为之中，是不合适的。

但是，许多教科书与论著却忽视新旧刑法中“侮辱妇女”行为的性质差异即法益的区别，仍然将旧刑法第160条的“侮辱妇女”的行为内容搬入现行刑法第237条的“侮辱妇女”规定之中。例如，有的教科书指出：“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。”<sup>①</sup>但是，“在公共场所用淫秽下流语言调戏妇女”，虽然是破坏公共秩序的行为，但由于只是使用下流语言调戏妇女，不属于刑法第237条规定的侵犯妇女的性行为自主权的强制侮辱行为；“向妇女显露生殖器”是比较典型的公然猥亵行为，不具有强制性，也不属于侵犯妇女性的自己决定权的行为。<sup>②</sup>将这些行为归入刑法第237条的强制侮辱妇女罪，显然是没有考虑保护法益的变化，也不当扩大了强制猥亵、侮辱妇女罪的处罚范围。

再如，有人在论述强制猥亵、侮辱妇女罪与侮辱罪的区别时指出：“侮辱罪针对的是特定的妇女。而强制猥亵、侮辱妇女罪侮辱的对象具

① 高铭暄主编：《新编中国刑法学》，下册，702页，北京，中国人民大学出版社，1998。还有其他一些教科书也持类似观点。例如高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下编），831页，北京，中国法制出版社，1999；赵秉志主编：《刑法新教程》，629页，北京，中国人民大学出版社，2001。

② 如果在显露生殖器的同时，以暴力、胁迫等方法强迫妇女观看，则侵犯了妇女的性行为自主权，应以强制猥亵、侮辱妇女罪论处。

有不特定性、随意性，行为人往往并不认识被侮辱的妇女。”<sup>①</sup> 旧刑法中的流氓罪的法益是公共秩序，所以，理论上要求行为人侮辱的对象必须是不特定的；但现行刑法规定的强制猥亵、侮辱妇女罪的法益是妇女的性行为自主权，行为人针对特定妇女实施强制猥亵、侮辱行为时，也完全可能侵犯其性行为自主权，故要求本罪必须针对不特定对象，是缺乏道理的。实际上，强制猥亵、侮辱妇女罪与侮辱罪的区别并不在于对象的特定与否，而是在于侵犯的法益不同。第 246 条规定的侮辱罪是为了保护公民的人格、名誉，第 237 条规定的强制猥亵、侮辱妇女罪是为了保护妇女的性行为自主权。不管行为人出于什么动机与目的，不管行为发生在何种场合，不管对象是否特定，强行剥光妇女衣裤等行为都属于强制猥亵、侮辱妇女的行为，而不只是第 246 条的侮辱行为。另一方面，强制猥亵、侮辱妇女的行为，如果同时侵害了妇女的名誉，则宜认定为想象竞合犯，从一重罪论处。

## （二）遗弃罪的法益变更

关于遗弃罪的法益，有必要从国外的立法例与刑法理论开始讨论。

德国刑法将遗弃罪规定在“侵犯他人生命的犯罪”一章中，并将遗弃行为分为两种：一是不作为的遗弃，二是作为的移置，即将他人移置于无援状态下。具有保护责任的人，其遗弃行为既可以是不作为的遗弃，也可以是作为的移置；没有保护责任的人，只有在实施移置这种作为时，才成立遗弃罪。<sup>②</sup> 但不管是哪一种遗弃，都不要要求行为人与被害人属于同一家庭成员。之所以不这样要求，是因为德国刑法将遗弃罪视为对生命的犯罪，即刑法规定本罪是为了保护生命法益。这种遗弃罪与杀人罪的区别在于：前者是给被害人的生命造成危险的犯罪（如造成实害则属于结果加重犯）；后者是现实地剥夺被害人生命的犯罪。

日本刑法将遗弃罪规定在堕胎罪之后，将其作为对生命、身体的犯罪，换言之，遗弃罪是使他人的生命、身体处于危险状态的犯罪，刑法规定本罪是为了保护生命与身体法益。遗弃罪分为单纯遗弃罪与保护责任者遗弃罪。其中，单纯遗弃罪，是指将因年老、年幼、身体障碍或者疾病而需要扶助的人移置于危险场所的行为。由于行为表现为作为，故不要求行为人负有特定的作为义务，更不要要求行为人与被害人之间具有

<sup>①</sup> 欧阳涛主编：《易混淆罪与非罪、罪与罪的界限》，208页，北京，中国人民公安大学出版社，1999。

<sup>②</sup> 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，58页，东京，有斐阁，2005。

亲属关系。例如，将生活上需要扶助的任何人移置于危险场所的行为，都构成遗弃罪。<sup>①</sup> 保护责任者遗弃罪，是指对老年人、幼年人、身体障碍者或者病人负有保护责任的人，遗弃上述人员或者不给予其生存所必要的保护的行为，包括积极移置、消极离去以及单纯不保护的行为。<sup>②</sup> 保护责任者遗弃罪的主体虽为特殊主体，但也不限于与被害人具有亲属关系的人。易言之，保护责任者的范围，不是根据亲属关系确定的，而是根据不作为犯罪的义务来源确定的。例如，汽车司机撞人后，便成为保护责任者，其逃逸行为可能构成保护责任者遗弃罪。<sup>③</sup>

我国旧刑法将遗弃罪规定在“妨害婚姻家庭罪”一章中，其法益便是“被害人在家庭中受扶养的权利”<sup>④</sup>，“被害人在家庭中的平等权利”<sup>⑤</sup>，“家庭成员之间互相扶养的权利义务关系”<sup>⑥</sup>，如此等等。因此，作为遗弃罪对象（或被害人）的“年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人”，显然只能是家庭成员；另一方面，作为遗弃罪主体的“负有扶养义务”的人，也就限于因婚姻家庭关系而负有扶养义务的人；“拒绝扶养”也被狭义地限定为没有尽婚姻法或亲属法等规定的扶养义务。

现行刑法将旧刑法中的妨害婚姻家庭罪全部转移至侵犯公民人身权利、民主权利罪。本书不想探讨起草者进行这种转移的主观动机，而是想得出如下结论：既然遗弃罪已经归属于侵犯公民人身权利、民主权利罪，那么，就不能像旧刑法时代那样，认为其法益是家庭成员间的权利义务关系等，而应认为其法益是生命、身体的安全。一方面，犯罪所处章节的改变导致了同类法益的改变；另一方面，刑法关于本罪构成要件的表述并不能说明其是对婚姻家庭关系的犯罪。或许起草者以及立法者并没有这样的想法，继续认为遗弃罪的法益是婚姻家庭关系。但是，刑法是成文法，它通过文字（包括语词、体例、标点等）表达立法意图，因此，解释者应当通过立法者所使用的文字的客观含义来发现立法意图。文字是传递信息的工具。从一般意义上说，除文字外，还有其他许多传递信息的方法，但罪刑法定原则的成文法主义所要求的是用文字将

① 参见〔日〕西田典之：《刑法各论》，5版，31页，东京，弘文堂，2010。

② 参见〔日〕前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，75页，东京，东京大学出版会，2007。

③ 参见日本最高裁判所1959年7月24日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第13卷第8号，1163页。

④ 高铭喧主编：《中国刑法学》，593页，北京，中国人民大学出版社，1989。

⑤ 林准主编：《中国刑法教程》，修订版，550页，北京，人民法院出版社，1994。

⑥ 王作富主编：《中国刑法适用》，539页，北京，中国人民公安大学出版社，1987。

罪刑固定下来。所以，立法者表达立法意图的唯一工具是文字，文字中渗透着立法意图；文字又是具有客观含义的，故解释者必须从法文的客观含义中发现立法意图，而不是随意从法文以外的现象中想象立法意图。正如英国法学家詹姆斯所言：“议会的意图不是根据它的用心来判断的，而是根据此用心在制定法中所作的表述来判断的。”<sup>①</sup> 根据这种客观解释论的观点，再考虑遗弃罪的规定在刑法体系中的地位，得出“遗弃罪是对生命、身体的犯罪”、“其法益是生命、身体的安全”的结论，应当没有多大疑问。<sup>②</sup>

如果上述观点得以成立，那么，对遗弃罪的违法构成要件就必须重新解释。首先，必须对“拒绝扶养”做出符合法益的解释。扶养实际上是指扶助没有独立生活能力的人，使其能够像人一样生存下去。因此，除了提供生存所必需的条件外，在其生命、身体处于危险状态的情况下，必须给予救助，更不能将其置于危险境地。所以，“拒绝扶养”应意味着使他人生命、身体产生危险，以及在他人生命、身体处于危险状态时不予救助。即使将扶养的内容解释为“除了向受扶养人提供物质的即经济的供给外，对生活不能自理的还应包括必需的生活上的照顾”<sup>③</sup>，但是根据举重以明轻的解释方法<sup>④</sup>，将他人生命、身体置于危险境地，或者不救助他人生命、身体的行为，也应属于“拒绝扶养”的遗弃行为。因此，本书认为，江任天教授在二十多年前就提出的以下观点至今仍然具有重要的实践意义与理论价值：“把刑法第 183 条（即现行刑法第 261 条——引者注）所指的‘拒绝扶养’，狭义地解释为消极行为，不但不尽符合汉语的固有含义，而且脱离现实生活和司法实践。无论从法理、文理或者情理的角度说，都应该对此作广义的解释，即包括消极地不给予被害人必要的生活照应的不作为和积极地移置被害人于孤立无

① [英] G. D. 詹姆斯：《法律原理》，关贵森等译，50 页，北京，中国金融出版社，1990。

② 实际上，在旧刑法时代就有学者得出了本罪法益是生命、身体安全的结论。如江任天教授曾指出：遗弃罪的“客观方面的法律特征，主要是行为人负有扶养义务而‘拒绝扶养’，使他人陷于危险状态”；“遗弃罪的主观方面，只能是行为人明知自己对被害人负有扶养义务，并且意识到由于自己的弃置行为，会使对方的生命、健康陷于危险状态，而又希望或者放任这种状态发生。”（江任天：《弃婴行为定性问题探疑》，载《中南政法学院学报》，1986（3），7、8 页。）

③ 高铭喧主编：《中国刑法学》，593 页，北京，中国人民大学出版社，1989。

④ 举重以明轻与举轻以明重，属于解释原则或解释方法，不同于类推适用（参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》，第 8 册，7 页以下，北京，中国政法大学出版社，1997）。

援的场所、造成场所隔离或者逃离被害人的行为。”<sup>①</sup>

其次，对遗弃罪的行为主体与对象的解释也必须随着法益的变化而变化，即遗弃罪的行为主体与对象不需要是同一家庭成员。就实施作为的移置行为而言，遗弃罪的主体是一般主体；但由于刑法第 261 条的明文规定，现在还不能断定任何一般主体的积极移置行为本身都构成遗弃罪。就实施不作为的单纯不保护行为而言，只要是对他人的生命、身体负有扶助、救助义务的人即可。事实上，刑法第 261 条规定的遗弃罪的主体也是“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”的人。而哪些人具有扶养义务，不能仅根据婚姻法等来确定，而应根据不作为义务来源的理论与实践（如法律规定的义务、职务或业务要求履行的义务、法律行为导致的义务、先前行为导致的义务等）来确定。基于同样的理由，遗弃罪的对象也不限于家庭成员。

例如，1996 年至 1999 年 8 月间，被告人刘晋新、田玉莲、沙依丹·胡加基、于永枝，在乌鲁木齐精神病福利院院长王益民的指派下，安排该院工作人员将精神病福利院的 28 名“三无”公费病人遗弃在甘肃省及新疆昌吉附近。经四病区科主任被告人刘晋新的认可和护士长田玉莲的参与，送走“三无”公费病人 4 次，病人 19 名。被遗弃的“三无”公费病人中，只有杜建新已安全回到家中，其他 27 名被遗弃的病人都下落不明。乌鲁木齐新市区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第 261 条的规定，对被告人的行为以遗弃罪论处。这一判决值得肯定。<sup>②</sup>

再如，甲驾车过失撞倒他人后，在旁人的要求下，拦下一辆出租车，请求出租车司机乙协助将被害人送往医院抢救。去医院途中，甲谎称买烟送给医生而乘机逃走。乙见甲逃走，在行驶的途中将被害人拖下出租车，没有送往医院，被害人因失血过多而死亡。认定乙的行为构成故意杀人罪是非常牵强的，那么，其行为是否成立遗弃罪呢？本书倾向于得出肯定结论。首先，乙的自愿接受行为与职业内容使其负有将被害人送往医院的作为义务，即具有救助被害人生命的义务；特别是在甲逃走后，被害人的生命完全依赖于乙的救助行为，导致乙的救助义务程度更高。其次，乙能够救助而拒不救助，并且将被害人弃置路边，从而使被害人的生命从一种危险状态转变为更加危险的状态，进而造成了

<sup>①</sup> 江任天：《弃婴行为定性问题探疑》，载《中南政法学院学报》，1986（3），8页。

<sup>②</sup> 参见张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，151页以下，北京，北京大学出版社，2009。

死亡结果。再次，行为人主观上对自己的行为与结果具有不救助的故意心理状态。因此，乙的行为成立遗弃罪。

### （三）私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪的法益变更

旧刑法第 191 条将私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪规定在渎职罪中，因此，其法益必然是“邮电部门的正常活动”<sup>①</sup>，“国家邮电事业单位的正常活动”<sup>②</sup>，“国家邮电部门的职能”<sup>③</sup>。但是，现行刑法第 253 条将本罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪中，其法益显然变更为“公民的通信自由权利”<sup>④</sup>，而不再是邮电部门的职能。<sup>⑤</sup>

旧刑法将本罪规定在渎职罪中，目的是保护国家邮电部门的职能这一法益，因此，即使旧刑法的条文中没有写明“利用职务上的便利”，但由于其法益是国家邮电部门的职能，本罪的行为必须是邮电工作人员利用职务上的便利实施的，或者是滥用职权或不正当履行职责而实施的，否则不成其为渎职，不会妨害邮电部门的职能。现行刑法将本罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪中之后，法益是公民的通信自由权利，而不再是邮政部门的职能，那么，是否仍然要求邮政工作人员利用职务上的便利实施开拆、隐匿、毁弃邮件、电报的行为呢？邮政工作人员没有利用职务上的便利实施的上述行为是否侵犯了公民的通信自由权利呢？这又涉及本罪与破坏通信自由罪的关系问题，即邮政工作人员没有利用职务上的便利而开拆、隐匿、毁弃邮件、电报的，成立什么罪？

现在，主张本罪法益是“公民通信自由权利”的学者仍然认为，“犯罪的客观方面，表现为邮政工作人员私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报的行为。上述行为是邮政工作人员利用职务上的便利而实施的，亦即属于违背职责的行为。”<sup>⑥</sup> 这便值得进一步研究。在本书看来，根据现行刑法的规定，本罪与一般公民实施的破坏通信自由罪的法益相同，而是否利用“职务上”的便利，与是否侵犯公民的通信自由没有必然联

① 高铭暄主编：《中国刑法学》，625 页，北京，中国人民大学出版社，1989。

② 林准主编：《中国刑法教程》，修订版，589 页，北京，人民法院出版社，1984。

③ 何秉松主编：《刑法教科书》，866 页，北京，中国法制出版社，1995。

④ 高铭暄主编：《新编中国刑法学》，下册，740 页，北京，中国人民大学出版社，1998；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下编），868 页，北京，中国法制出版社，1999。

⑤ 现行刑法颁行后，仍然有人认为本罪的客体是国家邮电部门的职能（参见何秉松主编：《刑法教科书》，下卷，888 页，北京，中国法制出版社，2000），显然不当。

⑥ 高铭暄主编：《新编中国刑法学》，下册，740 页，北京，中国人民大学出版社，1998；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下编），868 页，北京，中国法制出版社，1999。

系，即邮政工作人员私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报的行为与其职务无关时，也严重侵犯了公民的通信自由权利。但刑法考虑到邮政工作人员的工作环境，认为邮政工作人员破坏通信自由的行为，相对于一般公民实施的破坏通信自由罪而言，法益侵害更为严重，故本罪的法定刑重于破坏通信自由罪的法定刑。换言之，本罪中的邮政工作人员，虽然是违法身份，但并不要求邮政工作人员像报复陷害、职务侵占等典型的职务犯罪那样利用职务上的便利，只要邮政工作人员利用工作的方便条件或者利用工作的环境、机会私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报的，就应以本罪论处。例如，在邮局仅负责邮政汇款事务的邮政工作人员，利用工作的机会私自开拆、隐匿、毁弃与邮政汇款没有关系的邮件、电报的，也应认定为本罪。

可以证明上述观点的还有第 253 条第 2 款。旧刑法第 191 条第 2 款规定，邮政工作人员犯本罪而窃取财物的，依照贪污罪的规定定罪从重处罚。因为在国家机关、国有企业、事业单位、人民团体管理、使用或运输中的私人财产，以公共财产论；行为人属于国家工作人员，又利用了职务上的便利，以贪污罪定罪并从重处罚，是理所当然的。但现行刑法第 253 条规定，邮政工作人员犯本罪而窃取财物的，依照盗窃罪定罪从重处罚。而现行刑法第 91 条也规定了“在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或运输中的私人财产，以公共财产论”，邮政工作人员一般也是国家工作人员（非国有性质企业的邮政部门的工作人员除外），如果要求本罪客观上必须利用职务上的便利，那就意味着刑法第 253 条第 2 款将邮政工作人员的部分贪污行为规定为盗窃罪，这就没有任何道理了。只有认为本罪不需要利用职务上的便利，才能肯定刑法第 253 条第 2 款的合理性：因为邮政工作人员犯本罪而窃取财物的，包括没有利用职务上便利的情况，不能一概认定为贪污罪，而应认定为盗窃罪。

#### （四）私藏枪支、弹药罪的法益变更

旧刑法第 163 条规定：“违反枪支管理规定，私藏枪支、弹药，拒不交出的，处二以下有期徒刑或者拘役。”私藏枪支、弹药罪在旧刑法中属于妨害社会管理秩序罪。但现行刑法将非法持有、私藏枪支、弹药罪规定在危害公共安全罪中。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。”据此，私藏

枪支、弹药罪是抽象的公共危险犯。

当私藏枪支、弹药罪属于妨害社会管理秩序罪时，不需要判断私藏枪支、弹药的行为是否具有公共危险，因而枪支、弹药的范围就可能相对宽泛一些。但是，当私藏枪支、弹药罪属于危害公共安全罪时，即使是抽象的公共危险犯，也需要以一般的社会生活经验为根据判断行为是否具有公共危险，所以，枪支、弹药的范围就可能相对窄小一些。例如，倘若私藏弹药罪属于妨害社会管理秩序的犯罪，那么，单纯私藏弹药的弹壳的行为，也可能成立私藏弹药罪。但是，当私藏弹药罪属于危害公共安全的犯罪时，单纯私藏弹药的弹壳的行为，就不应当成立私藏弹药罪；至于私藏报废或者无法组装并使用的各种弹药的弹头、弹壳的行为，就更不成立私藏弹药罪了。

当然，有一些犯罪的法益变更并不是真正意义上的变更，而是因为旧刑法的分类存在缺陷，现行刑法做出了正确分类。例如，虽然旧刑法将伪证罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪中，但伪证罪包括“隐藏罪证”的情形，而这种伪证行为并没有侵犯公民的人身权利与民主权利，而是妨害了司法。正因为如此，现行刑法将伪证罪规定在妨害司法罪中。刑法理论不可以按照旧刑法的分类解释现行刑法中的伪证罪的违法构成要件。



# 客观要素与主观要素

### 一、犯罪成立要素的分类

所谓犯罪成立要素，就是指成立犯罪所必须具备的全部要素。不管采取什么样的犯罪论体系，就故意杀人、故意伤害、盗窃等具体犯罪而言，具体要素并没有什么不同，只是具体要素所处的地位、所起的作用不同。

如所周知，根据我国刑法理论的传统观点，犯罪成立要素分为表明犯罪客体的要素（如对象）、客观方面的要素（如行为、结果、因果关系）、主体要素（责任年龄与责任能力）与主观方面的要素（故意、过失、目的与动机）。在采取构成要件符合性、违法性与有责性的三阶层体系中，行为（包括行为本身以及行为的状况与条件<sup>①</sup>）、行为对象（行为客体）、结果、因果关系<sup>②</sup>等都是为违法性提供根据的构成要件要素。责任能力、责任年龄、违法性认识的可能性、期待可能性则属于责任要素。至于故意、过失、目的、内心倾向等是属于表明违法性的构成要件要素，还是责任要素，抑或既是违法要素也是责任要素，还存在争议。

无论如何，对于犯罪成立要素，可以根据不同标准进行不同的分类。

首先，由于犯罪的实体是违法与责任，故可以将犯罪成立要素区分

- 
- ① 有的构成要件要求行为在一定的状况或条件下实施，这种构成要件所要求的行为的状况或条件，也是构成要件的要素。例如，德国刑法第 111 条第 1 款规定：“公然在集会中或者通过散布文书，煽动他人违法者，与教唆犯的处罚相同。”这里的“在集会中”就属于行为的状况，是构成要件的要素。
- ② 因果关系本身是不是构成要件要素，在国内外都存在争议。

为违法要素（表明行为具有法益侵害性的要素）与责任要素（表明行为具备非难可能性的要素）。

传统的格言是，违法是客观的，责任是主观的。因此，大体而言，行为、结果等客观要素属于表明违法性的要素；与此相对，故意、过失以及责任能力、责任年龄等则是责任要素。但是，有三点值得注意：

第一，国外一些学者认为故意、过失既是违法要素，又是责任要素；在三阶层体系中，如果这些学者对构成要件采取违法类型说，则故意、过失既是违法要素，又是责任要素。本书不赞成这种观点。在本书看来，故意、过失是类型化的责任要素，是两种不同的责任类型。即使将故意、过失纳入到三阶层的构成要件中，它们也是责任要素，而不是违法构成要件要素。

第二，许多学者认为，违法性的判断对象并不仅限于客观的要素，目的、内心倾向等也是违法性的判断对象，因而承认所谓主观的违法要素。于是，目的、内心倾向等被认为是主观的违法要素（因为有些犯罪不考虑这些要素，就不能认定其为违法）。例如，日本刑法第 148 条第 1 项规定：“以行使为目的，伪造或者变造通用的货币、纸币或者银行券的，处无期或者三年以上惩役。”许多学者认为，由于“行使的目的”为侵害伪造货币罪的保护法益——货币的公共信用之危险奠定了基础，因而属于违法要素（因而作为违法要素纳入构成要件）。<sup>①</sup>这是值得进一步研究的问题，本书难以对此展开充分讨论。但应当说明的是，即使认为目的、内心倾向是主观的违法要素，它们也不可能成为故意的认识对象。换言之，在目的犯中，只要行为人内心具有法定的某种目的即可，而不要求行为人认识到自己具有某种目的。

第三，适法行为的期待可能性，被一些学者当做客观要素<sup>②</sup>，但它属于责任要素，而不是违法要素。在此意义上说，客观要素与作为违法类型的构成要件要素、主观要素与责任要素，并不是等同的概念。成为问题的是，在三阶层体系中，当某种客观的责任要素被刑法分则条文纳入构成要件予以规定时，如何认识其性质？例如，刑法第 307 条第 2 款

① 参见 [日] 平野龙一：《刑法概说》，43 页，东京，东京大学出版会，1977；[日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，95 页，东京，有斐阁，2007；[日] 井田良：《讲义刑法学·总论》，96 页，东京，成文堂，2008。

② 其实，严格地说，期待可能性的有无不等于某种客观要素的存在与否，而是根据客观的附随情况对行为人心理的影响做出的规范判断。

规定：“帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”言下之意，当事人自己毁灭、伪造证据的，不构成犯罪，因为既不能期待当事人保护证据，也不能期待当事人不伪造证据。于是，国外有学者认为，构成要件是违法有责类型，构成要件中不仅包括违法要素，而且包含责任要素，构成要件中的客观的责任要素也是故意的认识内容。倘若行为人误将当事人的证据当做自己的犯罪证据而予以毁灭，就应当否认其具有犯罪的故意，因而不成立毁灭证据罪。<sup>①</sup>持相反观点的学者则认为，将毁灭证据罪中的证据限定为自己以外的当事人的证据，虽然是考虑到责任（期待可能性）而纳入构成要件的，但是，一旦纳入构成要件，就是作为违法类型的构成要件要素，而不是责任要素。这是因为，如果完全将“当事人”的证据作为责任要素，那么，行为人是否毁灭了当事人的证据，就不是客观事实问题，而只是行为人是否认识到自己毁灭的是“当事人”的证据问题。于是，当行为人客观上毁灭了自己犯罪的证据，但主观上却误以为毁灭的是其他“当事人”的证据时，就不能认为责任减少，反而应当认定为毁灭证据罪。这显然不合适。<sup>②</sup>在笔者看来，在采取德国、日本的三阶层或者两阶层体系时，即使刑法分则条文是基于期待可能性的考虑，将某种客观要素纳入构成要件的，也宜认为这种要素是作为违法类型的构成要件要素。换言之，当行为人客观上毁灭的是自己犯罪的证据时，首先要否认其行为符合构成要件，而不是待认定其行为具有构成要件符合性、违法性之后，才（再）否认其行为没有责任。在上述情况下，既然否认了构成要件符合性，也就否定了刑法上的违法性。这是因为，刑法不可能禁止一切法益侵害行为，在将罪刑法定主义作为刑法基本原则的前提下，刑法所禁止的只能是符合客观构成要件的违法行为。故可以说，刑法并不禁止行为人毁灭、伪造自己犯罪的证据。诚然，当犯罪人毁灭自己的犯罪证据时，第三者也是可以为了保护证据而实施防卫行为的。但是，在这种情况下，应当认为防卫人并不是针对刑事违法行为的防卫，而是针对一般违法行为（参见《治安管理处罚法》第60条）的防卫。

其次，可以将犯罪成立要素区分为客观要素与主观要素。

作为行为的外观、客观方面的要素，就是客观要素，如行为的客观面、行为主体、行为对象、结果、行为的状况。作为行为人的内心、主

<sup>①</sup> 参见 [日] 西田典之：《刑法总论》，2版，72～73页，东京，弘文堂，2010。

<sup>②</sup> 参见 [日] 山口厚：《刑法总论》，2版，33页，东京，有斐阁，2007。

观方面的要素，就是主观要素。故意、过失、目的等属于这一类。这种分类也是具有意义的。因为故意的认识对象只能是客观的要素，而不可能是主观的要素。也正因为如此，在三阶层体系中，主张构成要件是违法有责类型的学者，以及将故意纳入作为违法类型的构成要件的学者，都会将构成要件要素分为客观的构成要件要素与主观的构成要件要素，前者规制故意的认识内容（故意规制机能），后者使犯罪个别化（个别化机能）。<sup>①</sup>

由于客观要素与主观要素的分类仍然具有意义，所以本章对此展开讨论。

## 二、客观要素与主观要素的确定

行为、结果、行为对象等属于客观要素，对此不可能存在争议。故意、过失、目的与动机属于主观要素，也不会存在疑问。我国传统刑法理论一般将行为主体、主体的责任年龄、责任能力、特殊身份归入主观方面（主观要素）。但在本书看来，这种分类是存在疑问的。

行为主体本身与主体的特殊身份，是一种客观的、外在的要素，也是表明违法性的要素。因为法是人类共同体的规范，只能对人的行为做出违法与否的评价。特殊身份基本上都是表明法益侵害的要素。例如，在排除共犯的情形下，如果行为人没有国家工作人员的特殊身份，其索取、收受他人财物的行为不可能侵犯受贿罪的保护法益（职务行为的不可收买性）。所以，行为主体本身与特殊身份既是客观要素，也是表明违法性的要素，而不应当归入主观要素。

严格地说，责任能力与责任年龄属于责任要素。诚然责任能力与责任年龄也是客观的，不以任何人的意志为转移的。但是，在三阶层体系中，没有争议的是，责任能力与责任年龄只是责任的要素或者前提，不可能成为违法构成要件要素。即使主张构成要件是违法有责类型的学者，也只是为了使构成要件具有个别化机能，而仅将故意、过失纳入构成要件，从而使故意杀人罪、故意伤害致死罪与过失致人死亡罪的构成要件不同。但责任能力与责任年龄不可能影响犯罪类型，因而不可能纳入构成要件。

<sup>①</sup> 关于构成要件要素的其他分类，参见张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，117页以下，北京，北京大学出版社，2010。

这里所涉及的一个问题是：故意的成立需要认识到哪些因素？故意的成立必须对属于犯罪构成客观要件的事实具有认识（当然也有例外，本书承认客观的超过要素，参见本书第八章），但不要求对属于主观要件的事实具有认识（例如，不可能要求行为人认识到“自己已经明知自己的行为会发生危害社会的结果”）。一方面，主体的特殊身份实际上是故意的成立所必须认识的要素。例如，行为人没有认识到自己是严重性病患者时，不可能成立传播性病罪；行为人具有合理根据地认为自己取得了医生执业资格时，不可能成立非法行医罪。既然如此，就不能因为主体要件中有一个“主”字，就将其归入主观要素。另一方面，虽然责任能力与责任年龄也是客观的，但没有必要、也不应当将其归入客观要素。因为成立故意犯罪时，并不要求行为人认识到自己具有责任能力和达到责任年龄。一个精神正常的人在实施抢劫罪时，即使误以为自己是无责任能力的精神病患者，也不影响其行为成立抢劫罪；一个年满16周岁的人在实施盗窃行为时，即便误以为自己只有15周岁，也不影响其行为构成盗窃罪。如果将责任能力与责任年龄归入客观的构成要件要素，就会得出相反的不当结论，因而不可取。

由此可以发现，将行为主体本身必须具备的所有条件归入一个主体要件所面临的困境：如果认为行为主体是主观要件，则意味着主体的要素不是故意必须认识的内容，但事实上并非如此（如前所述，特殊身份是需要主体认识的<sup>①</sup>）；如果说主体是客观要件，则意味着主体的全部要素都是故意必须认识的内容，可事实上也非如此（故意的成立并不需要主体认识到自己的责任年龄与责任能力）。

可以肯定的是，刑法分则条文对罪状的描述，主要限于客观要素，但也有不少条文在描述客观要素的同时，以各种不同方式标明了主观要素。这里先就标明主观要素的表述作一番概述，并就争议的规定作一番讨论。

“故意”。在刑法分则条文中，“故意”显然是对主观要素的表述。如刑法第232条的“故意”杀人、第234条的“故意”伤害他人身体，是对主观要素的表述。但故意的具体内容，得根据总则关于故意的一般规定以及分则关于具体犯罪的客观要素的描述予以确定。如故意杀人罪

<sup>①</sup> 行为主体（人）本身虽然是客观要素，但没有必要要求行为主体在实施犯罪时必须认识到自己是人；另一方面，即使提出这一要求，任何行为主体在实施犯罪时也必然认识到了自己是人。

的主观要素是：明知自己的行为会发生他人死亡的危害结果，并且希望或者放任这种结果发生。

“过失”。在刑法分则条文中，“过失”同样也是对主观要素的表述。如刑法第 233 条的“过失”致人死亡、第 235 条的“过失”致人重伤，是对主观要素的表述。对过失的具体内容，得根据总则关于过失的一般规定以及分则关于具体犯罪的客观要素的描述予以确定。如过失致人死亡罪的主观要素应当是：应当预见自己的行为可能发生致人死亡的危害结果，因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免。

“以……为目的”。刑法分则条文规定了“以非法占有为目的”、“以营利为目的”、“以牟利为目的”、“以牟利或者传播为目的”、“以转贷牟利为目的”、“以勒索财物为目的”和“以出卖为目的”。“以……为目的”标明的是一种主观要素，但它不是故意的内容，不是直接故意的意志因素，而是故意内容之外的主观要素。从目的与刑法规定的关系来看，目的犯中的目的表现为两种情形：一是刑法分则明文规定的目的，如刑法第 152 条、第 175 条、第 192 条、第 193 条等；二是刑法分则虽无明文规定（也可谓有意的省略），但根据条文对客观要件的表述以及条文之间的关系，而为成立犯罪所必须具备的目的，如刑法第 194 条至第 198 条规定的几种金融诈骗罪，条文本身虽未标明“以非法占有为目的”，但根据金融诈骗罪的特征，该目的实际上属于主观要素。据此，大体上可以得出如下结论：当某些具体犯罪具有完全相同的性质（只是因为对象不同或者手段不同而被规定为不同的犯罪，如各种金融诈骗罪），刑法只是对其中的部分犯罪明文规定了特定主观要素时，其他犯罪也必须具备该特定主观要素；当普通条款要求特定的主观要素，特别条款只是增加了其他构成要件要素的规定时，即使特别条款没有明文规定特定的主观要素，普通条款所要求的特定的主观要素也是特别条款应有的内容。

“意图”。“意图”标明的是犯罪的主观要素。如刑法第 243 条第 1 款前段规定：“捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”再如，刑法第 305 条前段规定：“在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”“意图……”与“以……为目的”似乎表达的是同一含义，二者没有明显区别。例如，即使将刑法第 243 条第 1 款前段的罪状改写为“以使他人受刑事追究为

目的，捏造事实诬告陷害他人，情节严重”，也不会影响其含义。

“明知”。“明知”肯定是对主观要素的表述，只是其表述的是故意还是过失，尚存疑问。一般来说，“明知”标明了故意的心理状态，但也不尽然。例如，刑法第138条前段规定：“明知校舍或者教育教学设施有危险，而不采取措施或者不及时报告，致使发生重大伤亡事故的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。”但刑法理论一般认为，本罪主观上只能由过失构成。

“为……”。刑法分则有许多“为……”的规定（而不是“为了……”）。至于“为……”所标明的究竟是主观要素还是客观要素，则需要具体分析。大致有以下几种情况：

第一，明显属于主观要素的情形。

刑法第191条第1款规定的洗钱罪的罪状包括：“明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质，有下列行为之一的，……。”这里的“为掩饰、隐瞒其来源和性质”明显属于主观要素，因为客观行为是在本款的各项中规定的。

刑法第319条前段规定：“以劳务输出、经贸往来或者其他名义，弄虚作假，骗取护照、签证等出境证件，为组织他人偷越国（边）境使用的，处三年以下有期徒刑，并处罚金。”“为组织他人偷越国（边）境使用”，应属于主观要素。因此，如果行为人出于为组织他人偷越国（边）境的目的，采取上述手段骗取了护照、签证等出境证件的，即使实际上还没有用于组织他人偷越国（边）境，也成立本罪。反之，如果行为人不是为了组织他人偷越国（边）境使用，而以劳务输出、经贸往来或者其他名义，弄虚作假，骗取了护照、签证等出境证件的，则不成立本罪。

第二，明显属于客观要素的情形。

刑法第198条第4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。”其中的“为他人诈骗提供条件”是客观要素。虽然行为人也必须同时认识到自己的行为是为他人诈骗提供了条件，但这并不意味着“为他人诈骗提供条件”本身是主观要素；而且主观要素与客观要素的关系，决定了客观要素是故意所必须认识的内容（客观的超过要素除外）。

刑法第 320 条前段规定：“为他人提供伪造、变造的护照、签证等出入境证件，或者出售护照、签证等出入境证件的，处五年以下有期徒刑，并处罚金。”刑法第 350 条第 1 款规定了走私制毒物品罪与非法买卖制毒物品罪，其第 2 款规定：“明知他人制造毒品而为其提供前款规定的物品的，以制造毒品罪的共犯论处。”第 363 条第 2 款前段规定：“为他人提供书号，出版淫秽书刊的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”这些条文中的“为……”都是客观要素。

第三，既可能是主观要素也可能是客观要素的情形。

刑法第 111 条前段规定：“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的，处五年以上十年以下有期徒刑。”类似的规定还有刑法第 431 条第 2 款：“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”为了论述上的方便，仅以第 111 条的规定为例。需要讨论的问题是，“为境外的机构、组织、人员”是主观要素还是客观要素？显然不可一概而论。首先，相对于窃取、刺探、收买国家秘密或者情报的行为而言，“为境外的机构、组织、人员”属于主观要素，即行为人为了向境外的机构、组织、人员提供国家秘密或者情报，而实施窃取、刺探、收买国家秘密或者情报的行为时，便成立本罪。如果行为人在实施窃取、刺探、收买国家秘密或者情报的行为时，并没有为了向境外的机构、组织、人员提供国家秘密或情报的目的，则不成立刑法第 111 条规定的犯罪；如果窃取、刺探、收买的是国家秘密，成立刑法第 282 条规定的非法获取国家秘密罪；如果窃取、刺探、收买的是其他情报，视情报的性质与内容，成立其他犯罪或者不构成犯罪。例如，窃取的情报属于商业秘密的，可能成立刑法第 219 条规定的侵犯商业秘密罪；窃取的情报属于国家所有的档案的，可能成立窃取国有档案罪。其次，相对于非法提供国家秘密或者情报而言，“为境外的机构、组织、人员”属于客观要素。即只有当行为人将国家秘密提供给境外机构、组织或者人员时，才成立刑法第 111 条规定的为境外非法提供国家秘密罪。因此，即使行为人在窃取、刺探、收买国家秘密时，并没有非法提供给境外的机构、组织、人员的目的，但在窃取、刺探、收买国家秘密后，明知对方为境外的机构、组织、人员而非法向其提供国家秘密的，也成立刑法第 111 条规定的为境外非法提供国家秘密罪。显然，如果仅将“为境外的机构、组织、人员”解释为主观要素，便会导致上述行为无罪或者仅认定为故意泄露国家秘密罪，这便不利于保护国家安全。

第四，是主观要素还是客观要素具有争议的情形。

刑法第 385 条规定：“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。”这一规定源于全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》。传统观点认为，为他人谋取利益是受贿罪的客观要件要素，如果国家工作人员收受财物但事实上并没有为他人谋取利益，则不构成受贿罪。同时认为，为他人谋取的利益是否实现，不影响受贿罪的成立。<sup>①</sup> 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》也指出：“非法收受他人财物，同时具有‘为他人谋取利益’的，才能构成受贿罪。为他人谋取的利益是否正当，为他人谋取的利益是否实现，不影响受贿罪的成立。”由于这种至少要求国家工作人员已经实施了为他人谋取利益的客观行为才构成受贿罪的观点存在诸多不当之处<sup>②</sup>，故产生了“为他人谋取利益不是客观要素而是主观要素”的观点。例如，在旧刑法时代，有的学者认为：“为他人谋取利益，只是行贿人与受贿人之间货币与权力互相交换达成的一种默契。就行贿人来说，是对受贿人的一种要求；就受贿人来说，是对行贿人的一种许诺或答应。因此，为他人谋取利益只是受贿人的一种心理态度，属于主观要件的范畴，而不像通行观点所说的那样是受贿罪的客观要件。”有的学者指出：“‘为他人谋取利益’应当理解为是行为人的意图，是一种心理态度，属于受贿罪的主观要件，这样解释才与刑法理论和司法实践相符合……从司法实践上说，审理这类案件，都是根据两高《解答》，不论为他人谋取利益是否实现，均按受贿罪（既遂）论处，这实际上是将它作为受贿罪的主观要件看待。”<sup>③</sup> 现行刑法颁布之后，也有学者指出：“受贿罪是法定的目的犯。根据我国刑法的规定，索取财物构成犯罪的不以为他人谋取利益为要件，而收受财物构成的受贿罪则以为他人谋取利益为要件。这里的为他人谋取利益，并非是要件的客观行为，而是超过的主观要素。因此，只要行为人主观上具有为他人谋取利益的目的即已构成本罪，而非一定要付诸实施。”<sup>④</sup>

① 参见林准主编：《中国刑法教程》，640～641 页，北京，人民法院出版社，1989。

② 参见张明楷：《论受贿罪的客观要件》，载《中国法学》，1995（1），74 页以下。

③ 喻伟主编：《刑法学专题研究》，508 页，武汉，武汉大学出版社，1992。

④ 陈兴良：《规范刑法学》，下册，2 版，1007 页，北京，中国人民大学出版社，2008。

从合理界定受贿罪的处罚范围来看，主观要件说确实具有可取之处，但这种观点也存在疑问。其一，刑法第 385 条中的“为他人谋取利益”，不符合主观要素的表述体例。<sup>①</sup>其二，根据主观要素说，国家工作人员主观上必须确实具有为他人谋取利益的意图或目的时，才成立受贿罪；如果只是虚假表示为他人谋取利益，而事实上并没有这种意图或目的时，则不构成受贿罪，这显然又不当缩小了受贿罪的处罚范围。因为国家工作人员在他人有求于自己的职务行为之际，收受财物并虚假表示为他人谋取利益时，也侵害了国家工作人员职务行为的不可收买性，应当以受贿罪论处。其三，持主观要素说的学者认为：“为他人谋取利益，只是行贿人与受贿人之间货币与权力互相交换达成的一种默契。就行贿人来说，是对受贿人的一种要求；就受贿人来说，是对行贿人的一种许诺或答应。”这是完全成立的，但不能由此得出为他人谋取利益是主观要素的结论，因为许诺或者答应本身，仍然是一种行为，而不只是一种心理状态。况且，口是心非的现象（口头许诺为他人谋取利益时，内心里可能完全没有这种想法）也是大量存在的。其四，认为受贿罪的成立不要求已经付诸实施为他人谋取利益的行为和实现为他人谋取利益的结果，也是完全正确的，但也不能据此否认他人谋取利益是客观要件。因为只要许诺为他人谋取利益，就使财物与国家工作人员的职务之间形成了不正当的对价关系，从而侵犯了职务或职务行为的不可收买性。但如上所述，许诺本身就是一种客观行为。而且，即使在收受财物时作虚假许诺，也成立受贿罪。最后，不论为他人谋取利益是否实现均按受贿罪论处的司法解释与司法实践的做法，并不能说明为他人谋取利益是主观要素。因为司法解释与司法实践只是表明，为他人谋取利益是指受贿人为他人谋取利益的行为，而不要求事实上有人得到利益的结果。因此，为他人谋取利益的行为仍然是客观要素，而不是主观要素。易言之，为他人谋取利益只是受贿人的一种许诺，而不要求客观上有为他人谋取利益的行为与结果；许诺既可以是明示的，也可以是默示的；当他人主动行贿并提出为自己谋取利益的要求后，国家工作人员虽无明确答复，但不予拒绝时，就应当认定为默示的许诺；至于国家工作人员已经准备或者开始为他人谋取利益，或者使他人得到部分或者全部

<sup>①</sup> 在刑法分则中，一般来说，“为……”表述在行为之前时，是一种目的，但表述在某种行为之后，就难以认为是目的。当然，既是主观要素也是客观要素的情形除外。

利益的，则当然符合“为他人谋取利益”的客观要件。

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。”一般认为，其中的“为谋取不正当利益”属于主观要素。但是，果真如此解释，当行为人已经获取不正当利益后，为了不正当地酬谢国家工作人员，而给予国家工作人员以财物时，则不成立行贿罪。看来，这仍然是需要研究的问题。从司法实践来看，行为人给予国家工作人员以财物的行为，主要表现为以下几种情况：一是为了利用国家工作人员的职务行为（包括通过国家工作人员予以利用，亦即向斡旋受贿者行贿的情形），主动给予国家工作人员以财物。二是在有求于国家工作人员的职务行为时，由于国家工作人员的索取而给予国家工作人员以财物。<sup>①</sup>三是与国家工作人员约定，以满足自己的要求为条件给予国家工作人员以财物。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。”四是在国家工作人员利用职务上的便利为自己谋利益时或者为自己谋取利益之后，给予国家工作人员以财物，作为职务行为的不正当报酬。将“为谋取不正当利益”解释为主观要素，可以将前三种行为认定为受贿罪，却将第四种行为排除在行贿罪之外；如果将“为谋取不正当利益”解释为既可能是主观要素，也可能是客观要素，那么，第四种行为也可能构成行贿罪。所以，实质的问题在于：第四种行为是否具有值得科处刑罚的法益侵害性。本书倾向于肯定回答。司法实践中，对于获取了不正当利益的人，事后向国家工作人员行贿的，也会以行贿罪论处。例如，2009 年 9 月的一天，被告人许某受他人委托替他人办理房屋所有权证过户手续，为少缴纳契税及相关滞纳金等费用，找到时任平顶山市房产管理局政策法规科科长兼平顶山市房地产权产籍监理所负责人、党支部书记的吴某某，吴某某利用其职权和地位所形成的便利条件，给相关人员打招呼，为他人谋取不正当利益。事后，许某向吴某某行贿人民币 6 万元。河南省郟县人民法院（2010）郟刑初字第 9 号刑事判决书认定被告人许某犯行贿罪，判处有期徒刑 2 年，缓刑 2 年。

除此之外，有些条文的部分表述究竟是对客观要素的描述，还是对主观要素的描述，难以确定。特别值得研究的是刑法第 224 条之一中的

<sup>①</sup> 但根据刑法第 389 条第 3 款的规定，因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。

“骗取财物”。

刑法第 224 条之一规定：“组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销活动的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。”其中的“骗取财物”究竟是不是构成要件要素，以及属于何种类型的构成要件要素，在理论上存在争议。

一种观点认为：“所谓骗取财物，是说由于传销行为属于非法，所以通过传销活动取得的返利、报酬等任何财产，均属于骗取财物。至于传销活动的组织、领导者实际上是否骗取了财物，不影响本罪的构成。也就是说，组织、领导传销活动不以骗取财物为必要。所以，‘骗取财物’属于本罪可有可无的概念。但是，参加传销活动实际骗取财物的，原则上属于认定组织、领导传销活动的重要事实。”<sup>①</sup>这一观点实际上认为，“骗取财物”并不是组织、领导传销活动罪的要素。但是，这种解释的合理性存在疑问。在分则条文明确规定了“骗取财物”的情况下，解释者既不能直接宣布其为多余的要素，也不能直接删除该要素；而且，否认“骗取财物”是组织、领导传销活动罪的要素，意味着减少犯罪的成立条件，是对行为人不利的解释，需要特别慎重。诚然，对于刑法分则所规定的又实属多余的要素，可以通过解释得出合理结论。所谓“将多余的解释掉”，并不是直接否认刑法分则条文规定的要素，而是通过解释对该要素作缓和的要求，从而得出符合刑法目的的解释结论。这样，既维持了该要素是构成要件要素的法律规定，坚持了罪刑法定原则，又使处罚范围合理、得当，实现了刑法的正义性。正是基于这样的考虑，本书认为，“骗取财物”仍然属于法定的要素。

有人在论述组织、领导传销活动罪的主观要件时指出：“本罪的主观方面只能是故意，过失不构成本罪，并且行为人主观上有通过传销活动骗取财物、非法集资或者其他方面的目的。虽然《刑法修正案（七）》在界定传销时使用了‘骗取财物’的表述，但是从实际发生的传销活动看，‘骗取财物’并不是传销活动的唯一目的，因此不能将组织、领导

<sup>①</sup> 曲新久：《刑法学》，2版，378页，北京，中国政法大学出版社，2009。

传销活动罪的目的仅限于诈骗财物。”<sup>①</sup> 这种观点也值得商榷。诚然，将“骗取财物”解释为传销活动的目的，具有一定的合理性。但是，既然认为刑法条文已经将本罪的目的限定为骗取财物，就不能认为本罪还包括其他目的，否则就违反了罪刑法定原则。即使现实中的传销活动的目的不限于骗取财物，但这只是客观事实，而不是刑法规范。<sup>②</sup>

还有人指出：“骗取财物——这是传销活动的最本质特征。传销活动的一切最终目的，都是为了骗取钱财。”<sup>③</sup> 这种观点实际上将组织、领导传销活动罪的处罚对象理解为骗取财物，据此，只有当行为人客观上骗取了财物时，才能成立组织、领导传销活动罪。但如下所述，这种观点存在缺陷。

本书认为，“骗取财物”是对诈骗型传销组织（或者活动）的描述，亦即，只有当行为人组织、领导的传销活动具有“骗取财物”的性质时，才成立组织、领导传销活动罪（如果行为人组织、领导的是提供商品与服务的传销组织，则不可能成立组织、领导传销活动罪）。作为显示诈骗型传销组织（或者活动）特征的“骗取财物”这一要素，并不要求现实地客观化。因为刑法第 224 条之一的处罚对象是对诈骗型传销组织进行组织、领导的行为。

首先，《关于〈中华人民共和国刑法修正案（七）〉（草案）的说明》指出：“当前以‘拉人头’、收取‘入门费’等方式组织传销的违法犯罪活动，严重扰乱社会秩序，影响社会稳定，危害严重。目前在司法实践中，对这类案件主要是根据实施传销行为的不同情况，分别按照非法经营罪、诈骗罪、集资诈骗罪等犯罪追究刑事责任的。为更有利于打击组织传销的犯罪，应当在刑法中对组织、领导传销组织的犯罪做出专门规定。”不难看出，《刑法修正案（七）》的宗旨就是处罚组织、领导诈骗型传销活动的行为。

其次，笔者注意到，2008 年 8 月 25 日的《刑法修正案（七）“草案”》第 4 条规定：“组织、领导实施传销行为的组织，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处三年以上

① 赵秉志主编：《刑法修正案最新理解适用》，75 页，北京，中国法制出版社，2009。

② 组织、领导他人实施传销活动，提供商品或者服务，不具备骗取财物的性质时，应认定为非法经营罪，而不能认定为组织、领导传销活动罪（参见张明楷：《传销犯罪的基本问题》，载《政治与法律》，2009（9），27 页以下）。

③ 黄太云：《〈刑法修正案（七）〉解读》，载《人民检察》，2009（6），12 页。

七年以下有期徒刑，并处罚金。”“犯前款罪又有其他犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。”但2008年12月22日的《刑法修正案（七）“草案”》第4条将组织、领导的对象由“传销组织”改变为“传销活动”，看似导致了传销立法模式的变化，但在现行规定之下，依然能够认为刑法第224条之一所处罚的是对诈骗型传销组织进行组织、领导的行为。一方面，传销活动与传销组织具有密切的直接关联，因为实施传销活动的主体，必然是一个传销的网络组织。一两个人不可能实施传销活动，传销活动越多，传销组织便越大，反之亦然。所以，将组织、领导诈骗型传销活动，理解为组织、领导诈骗型传销组织不存在障碍。另一方面，诈骗型传销活动，事实上没有传销活动，只是一个以传销为名的组织而已。因此，组织、领导诈骗型传销活动其实就是组织、领导诈骗型传销组织。

再次，从逻辑上讲，将刑法第224条之一规定的组织、领导传销活动罪的处罚对象，解释为组织、领导诈骗型传销组织，不至于不当缩小刑法对传销活动的处罚范围。例如，倘若按照字面含义，认为只有被组织者、被领导者客观上已经实施了诈骗型传销活动时，组织者、领导者才成立组织、领导传销活动罪，那么，对非法设立诈骗型传销组织的行为充其量只能作为组织、领导传销活动罪的预备犯加以处理，而不能将其作为实行行为予以处罚，这与我国严惩传销犯罪的立法宗旨不相符合。<sup>①</sup>反之，如若将刑法第224条之一理解为对诈骗型传销组织的组织、领导行为的处罚，非法设立诈骗型传销组织的行为便成为组织、领导传销活动罪的实行行为，从而有利于禁止传销组织。

最后，如果将组织、领导传销活动罪中的“骗取财物”解释为必须现实化的客观要素，就会造成处罚的不协调。反之，只要认为“骗取财物”不是必须现实化的客观要素，那么，如果行为人确实骗取了财物，则另触犯了集资诈骗罪或者普通诈骗罪，属于想象竞合犯，从一重罪论处。唯此，才能实现刑法的正义性。其一，集资诈骗罪的法定最高刑为死刑，普通诈骗罪的法定最高刑为无期徒刑，而组织、领导传销活动罪的法定最高刑为15年有期徒刑。如果认为只有客观上骗取财物，才成立组织、领导传销活动罪，就意味着组织、领导传销活动罪，是广义诈骗罪中的一个类型。于是，以其他方式实施的诈骗行为或者集资诈骗的

<sup>①</sup> 参见袁彬：《传销犯罪独立成罪的合理性及模式》，载《中国刑事法杂志》，2009（3），53页。

行为，成立诈骗罪或者集资诈骗罪，而以传销方式集资诈骗的行为仅成立组织、领导传销活动罪，这便明显违反刑法的公平正义性。况且，在传销活动日益猖獗、需要严厉禁止的当下，立法机关不可能反其道而行之，对利用传销方式的集资诈骗行为规定较轻的法定刑。其二，如果将组织、领导传销活动罪中的“骗取财物”解释为必须现实化的客观要素，就意味着刑法第 224 条之一与规定集资诈骗罪的第 192 条、规定普通诈骗罪的第 266 条是特别关系，进而对以传销方式实施诈骗的案件适用特别法条以组织、领导传销活动罪论处。一方面，倘若认为刑法第 192 条是普通法条，刑法第 224 条之一是特别法条，根据特别法条优于普通法条的原则，对以传销方式非法集资诈骗的案件，就应认定为组织、领导传销活动罪。如上所述，这明显违反了刑法的公平正义性。那么，能否认为刑法第 224 条之一是普通条款、第 192 条是特别条款，进而适用刑法第 192 条呢？回答也是否定的。因为刑法第 192 条所规定的集资诈骗罪并无手段限制，而刑法第 224 条之一将诈骗的手段限制为传销方式，故不可能认为刑法第 192 条是刑法第 224 条之一的特别条款。<sup>①</sup>概言之，如果认为以传销方式集资诈骗的行为同时触犯集资诈骗罪与组织、领导传销活动罪，又要得出维护刑法的公平正义性的结论，就必须认为刑法第 224 条之一与刑法第 192 条之间不具有特别关系。既然如此，就不能将“骗取财物”解释为必须现实化的客观要素，不能认为刑法第 224 条之一的处罚对象是诈骗行为。另一方面，诈骗型传销活动，也可能符合普通诈骗罪的构成要件。如果认为刑法第 224 条之一处罚的是特别的诈骗行为，亦即刑法第 224 条之一与刑法第 266 条是特别关系，那么，根据特别关系的处理原则以及刑法第 266 条“本法另有规定的，依照规定”的规定，对以传销方式诈骗他人财物的案件就只能认定为组织、领导传销活动罪，而不可能从一重罪处罚。可是，普通诈骗罪的最高法定刑为无期徒刑，组织、领导传销活动罪的最高法定刑为 15 年有期徒刑，这便损害了刑法的公平正义性。易言之，如果认为以传销方式诈骗的行为同时触犯诈骗罪与组织、领导传销活动罪，又要得出维护刑法的公平正义性的结论，也必须认为刑法第 224 条之一与刑法第

<sup>①</sup> 倘若认为刑法第 224 条之一与刑法第 192 条是特别法条与普通法条的关系，但适用重法优于轻法的原则，对以传销方式非法集资的行为仍然以集资诈骗罪论处，也不失为一个思路。但是，这一思路不能解决传销行为同时触犯普通诈骗罪的问题。况且，将组织、领导传销活动罪解释为特殊诈骗罪，不符合立法宗旨。

266 条之间不具有特别关系。既然如此，就不能将“骗取财物”解释为必须现实化的客观要素。

如前所述，分则条文主要描述的是客观要素。客观要素包括行为、结果、对象等多种要素。当解释者确定了哪些要素是客观要素后，在很多情况下，还要进一步判断是何种类型的客观要素。一般来说，分则条文中哪些是对行为（性质）的描述，哪些是对结果与对象的描述，是容易辨别的。但是，也存在值得讨论的现象，主要表现在某个描述究竟是对行为性质的描述（要求），还是对结果的描述？如果是对结果的描述，那么，是对危险结果的描述，还是对实害结果的描述？这涉及犯罪的结构，尤其是涉及犯罪是危险犯还是实害犯的问题，因而直接影响犯罪的成立与否。下面就若干条文进行分析。

刑法第 114 条规定：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”其中的“危害公共安全”应是对行为性质与危险结果（具体的危险犯）的描述，而不是对实害结果的描述。首先，从立法沿革来看，修改前的第 114 条规定：“放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法破坏工厂、矿场、油田、港口、河流、水源、仓库、住宅、森林、农场、谷场、牧场、重要管道、公共建筑物或者其他公私财产，危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”显然，其中的“破坏……”属于对行为本身的描述，“危害公共安全”则是对行为性质与危险结果的要求。因为放火、投毒等行为，并不一定危害公共安全。例如，放火烧毁数额较大的公私财物，但不会危害公共安全的，便不认定为放火罪。本条虽然被修改，但修改的内容只是将“投毒”具体化，而不是将“危害公共安全”由行为性质与危险结果变为实害结果。其次，本条在“危害公共安全”的表述后另规定了“尚未造成严重后果”，后者显然是指严重的实害结果。如果说“危害公共安全”本身属于对实害结果的规定，而后面又有“尚未造成严重后果”的描述，这多少有些不协调乃至自相矛盾。只有将“危害公共安全”解释为行为性质与危险结果，才既符合本罪的本质特征，也符合法条的文字表述。据此，只要放火等行为具有危害公共安全的具体危险，即使没有造成任何实害结果，也成立放火等罪。

刑法第 124 条第 1 款规定：“破坏广播电视设施、公用电信设施，危害公共安全的，处三年以上七年以下有期徒刑；造成严重后果的，处七年以上有期徒刑。”其中的“危害公共安全”也是对行为性质与危险

结果的描述，而不是对实害结果的描述。换言之，只要破坏广播电视设施、公用电信设施的行为，具有危害公共安全的具体危险，就成立本罪。最高人民法院2004年12月30日《关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定：“采用截断通信线路、损毁通信设备或者删除、修改、增加电信网计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序等手段，故意破坏正在使用的公用电信设施，具有下列情形之一的，属于刑法第一百二十四条规定的‘危害公共安全’，依照刑法第一百二十四条第一款规定，以破坏公用电信设施罪处3年以上7年以下有期徒刑：（一）造成火警、匪警、医疗急救、交通事故报警、救灾、抢险、防汛等通信中断或者严重障碍，并因此贻误救助、救治、救灾、抢险等，致使人员死亡1人、重伤3人以上或者造成财产损失30万元以上的；（二）造成2000以上不满1万用户通信中断1小时以上，或者1万以上用户通信中断不满1小时的；（三）在一个本地网范围内，网间通信全阻、关口局至某一局向全部中断或网间某一业务全部中断不满2小时或者直接影响范围不满5万（用户×小时）的；（四）造成网间通信严重障碍，一日内累计2小时以上不满12小时的；（五）其他危害公共安全的情形。”显然，这一规定将本条中的“危害公共安全”解释为对实害结果的描述，明显不当缩小了处罚范围，因而不可取（参见本书第五章）。

刑法第176条第1款前段规定：“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处三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“扰乱金融秩序”是对行为性质的要求，还是对结果的要求？本书认为，“扰乱金融秩序”主要是对行为性质的要求，即吸收存款的行为如果不具有扰乱金融秩序的性质，则不成立本罪。当然，如果行为已经造成了扰乱金融秩序的结果，则表明行为具有扰乱金融秩序的性质，理当成立犯罪。司法实践也说明了这一点。即根据司法实践，具有下列情形之一的，可以本罪论处：（1）个人非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在20万元以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款，数额在100万元以上的；（2）个人非法吸收或者变相吸收公众存款对象30人以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款对象150人以上的；（3）个人非法吸收或者变相吸收公众存款，给存款人造成直接经济损失数额在10万元以上的，单位非法吸收或者变相吸收公众存款，给存款人造成直接经济损失数额50万

元以上的；(4) 造成恶劣社会影响或者其他严重后果的。<sup>①</sup> 这就表明，“扰乱金融秩序”不是指对实害结果的描述，否则不能说明为何上述(1)、(2)两种情形也成立本罪。

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“干扰无线电通讯正常进行”，应是对行为性质与危险结果的表述。一方面，本款在“干扰无线电通讯正常进行”之后，还有“造成严重后果”的描述，而后果显然是严重的实害结果，这可以从一个侧面说明“干扰无线电通讯正常进行”是行为性质与危险结果。另一方面，擅自设置、使用无线电台（站）、擅自占用频率的行为，并不都具有干扰无线电通讯正常进行的性质，故刑法有必要从行为性质上做出规定，从而合理限定处罚范围。

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。”其中的“严重扰乱社会秩序”不仅表明行为的性质，而且也是对实害结果的要求。正因为如此，所谓“投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质”，也必须是让一般人乍看上去类似于爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质<sup>②</sup>；否则，以通常方式投放垃圾的行为，也可能被认定为本罪，这便使本罪的处罚范围漫无边际了。同样，所谓“编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息”，也应是编造并使用各种方法让人们知道爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，否则，在日记本上编造恐怖信息的行为，也可能成立犯罪，这同样不当地扩大了处罚范围。不仅如此，只有当上述行为造成了严重扰乱社会秩序的实害结果时（如引起了公众的严重恐慌，导致公安机关花费大量人力、物力排除虚假物质或者消除影响等），才宜认定为犯罪。可能有人质疑：如果将“严重扰乱社会秩序”解释为实害结

<sup>①</sup> 参见最高人民法院 2010 年 12 月 13 日《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条；最高人民检察院、公安部 2010 年 5 月 7 日《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第 28 条。

<sup>②</sup> 可见，“虚假的”也必须在某种程度或者某种意义上是“真实的”。

果，那么，它与作为法定刑升格条件的“造成严重后果”，岂不相冲突？本书认为，虽然两处都使用了“严重”的概念，但可以将后者解释为更为严重的实害结果。根据本书的观点，单纯使特定人员产生恐惧心理的胁迫行为，没有严重扰乱社会秩序的，不能认定为本罪。可是，司法实践并没有对此予以重视，不当扩大了本罪的范围。例如，2010年5月7日14时30分许，翟某驾驶一辆浙江牌号的红色酷派轿车，违章停放在常德路，执勤交警上前要求翟某将车立即驶离该交通路口，并告知他“如不配合，将会把该车辆拖走”。翟某随后对该交警表示，如将他的车子拖走，自己便马上把车子炸掉。某法院以编造虚假恐怖信息罪，判处翟某有期徒刑1年，缓刑1年。<sup>①</sup> 其实，翟某只是阻止警察拖车的胁迫行为，被胁迫的警察没有产生恐惧心理，其他人更没有、也不可能产生恐惧心理。换言之，翟某并没有编造恐怖信息，其行为也根本没有产生“严重扰乱社会秩序”的结果，将其行为认定为编造虚假恐怖信息罪，并不妥当。不仅如此，即使某种行为使警察产生了恐惧心理，也不意味着造成了“严重扰乱社会秩序”的结果。例如，被告人季某先用手机给上级机关打了一个举报电话，称“本村党支部书记陈某有贪污受贿行为”，随后他又说：“如果不处理，就用手中的60千克炸药炸毁附近的一座铁路大桥”。接到季某的举报电话后，警方和相关部门动用大量警力和侦查设备，在接到电话5个小时内查找到季某，查明所谓的“紧急险情”是季某一时无聊自编自导的闹剧。某法院以编造虚假恐怖信息罪，判处季某有期徒刑1年。<sup>②</sup> 其实，季某的行为只是对上级机关的胁迫行为，而不是编造虚假恐怖信息的行为。亦即，如果上级机关不查处陈某的贪污受贿事实，季某便用手中的60千克炸药炸毁附近的一座铁路大桥。季某并没有声称自己已经将60千克炸药安放在附近的一座铁路大桥上，因而并没有编造虚假恐怖信息，其行为更没有造成公共秩序的混乱（警方和相关部门动用大量警力和侦查设备的事实，不能被评价为“严重扰乱社会秩序”的结果），不应当认定为犯罪。

刑法第309条规定：“聚众哄闹、冲击法庭，或者殴打司法工作人

① 参见《失恋“瘾君子”扬言炸汽车 编造虚假恐怖信息罪获刑1年》（原文未署名），载 [http://www.dayoo.com/roll/201008/05/10000307\\_103139704.htm](http://www.dayoo.com/roll/201008/05/10000307_103139704.htm)（访问日期：2010-11-01）。

② 参见范春生、吴姗：《男子编造虚假恐怖信息被判刑1年》，载 <http://news.eastday.com/s/20090530/u1a4404520.html>（访问日期：2010-11-01）。

员，严重扰乱法庭秩序的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”其中的“严重扰乱法庭秩序”不仅表明行为的性质，而且也是对结果的要求。正因为如此，一方面，其中的“聚众哄闹、冲击法庭”，不是指聚众哄闹、冲击作为人民法院派出机构的“××人民法庭”（构成犯罪的，应认定为聚众扰乱社会秩序罪或聚众冲击国家机关罪），而是指开庭审理案件的“法庭”。其中的“殴打司法工作人员”只能是殴打开庭审理案件的各司法工作人员。另一方面，只有当聚众哄闹、冲击法庭或者殴打司法工作人员的行为，造成了法庭秩序被扰乱的结果时（如被迫中断审理等），才成立犯罪。

### 三、主观要素明示客观要素的内容

虽然分则条文对罪状的描述主要限于客观要素，但在不少条文中，立法者常常出于各种原因，作为注意规定或者基于特殊理由而描述了主观要素。如前述“故意”、“意图”、“明知”、“以……为目的”等等。表面上看，它们只是关于主观要素的规定，其实，这些主观要素往往同时标明了客观要素。

如后（本书第八章）所述，主观要素分为两种情况：一是与客观要素内容相对应的主观要素（如故意、过失）；二是超出客观要素内容的主观要素（如“以……为目的”），这种主观要素不需要有与之完全相对应的客观要素。在这两种情况下，分则条文所规定的主观要素都可以明示部分客观要素的内容。但有三种情况必须加以区别：

第一，分则条文规定的主观要素明示了客观要素，而且只有具备该客观要素时，才成立犯罪。分则条文所规定的“明知……”大体上都属于这种情况。

例如，刑法第312条第1款规定：“明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”显然，“明知是犯罪所得及其产生的收益”是对主观要素的规定，但这一规定实际上也标明了客观要素，即行为人客观上窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的必须是他人“犯罪所得及其产生的收益”。否则，不可能成立赃物犯罪。在这种情况下，由于“明知是犯罪所得及其产生的收益”属于注意规定，因此，如果没有必要设立注意规定，那么，刑法第

312 条第 1 款便应表述为：“窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”德国、日本等国家的刑法也都是这样规定的。<sup>①</sup>这也说明“犯罪所得及其产生的收益”不仅是行为人必须明知的内容，而且是客观要素。再如，刑法第 370 条前段规定：“明知是不合格的武器装备、军事设施而提供给武装部队的，处五年以下有期徒刑或者拘役。”“明知是不合格的武器装备、军事设施”虽然是主观要素，但它表明，行为人客观上提供给武装部队的必须是不合格的武器装备、军事设施；如果行为人客观上给武装部队提供了合格的武器装备、军事设施，即使其认为是不合格的武器装备、军事设施，也不可能成立本罪。

对于类似的条文，不能简单地认为，“明知……”只是主观要素，与客观要素没有关系。例如，不能认为，只要行为人明知是犯罪所得及其所得的收益，即使客观上“窝藏”、“转移”的是合法所得，“收购”或“代为销售”的是可以任意买卖的商品，也构成赃物犯罪的既遂或者未遂。或者说，不能认为，只要行为人主观上明知是犯罪所得及其产生的收益（不管该明知是否符合事实），不管行为人客观上窝藏、转移、收购、代为销售了什么物品，都成立犯罪。

第二，分则条文规定的主观要素明示了客观要素，只要求存在与主观要素相对应的部分事实，而不要求客观要素与主观因素全部相对应。

例如，刑法第 243 条所规定的诬告陷害罪的罪状为“捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重”。其中的“意图使他人受刑事追究”虽然是主观要素，但这一规定表明，行为人所捏造的事实，必须是犯罪事实，因为只有捏造犯罪事实，才可能使他人受刑事追究；如果行为人捏造的是违反《治安管理处罚法》的一般违法事实，则不可能构成本罪。即使行为人交待其具有使他人受刑事追究的意图，但客观上捏造的为一般违法事实，明显不可能据此追究他人的刑事责任

<sup>①</sup> 德国刑法第 159 条第 1 款规定：“行为人为了使自己或者第三者获利，购买或者使自己或者第三者得到、销售或者帮助销售他人盗窃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。”日本刑法第 256 条规定：“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。”“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。”这并不意味着在德国、日本不要求行为人认识是犯罪所得的赃物。由于赃物是客观要素，而赃物罪为故意犯罪，故行为人必须明知是犯罪所得的赃物。

时，也不应以诬告陷害罪论处。但是，不要求他人已经受到刑事追究（不要求客观要素与主观要素完全相对应）。概言之，“意图使他人受刑事追究”，一方面要求行为人捏造了足以使他人受刑事追究的犯罪事实，另一方面又不要求发生使他人受刑事追究的结果。

再如，刑法第 305 条规定：“在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的，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。”其中的“意图陷害他人或者隐匿罪证”是对主观要素的描述，但它同时表明了“与案件有重要关系的情节”的含义与范围，即只有当作虚假证明、鉴定、记录、翻译的行为，具有陷害他人或者隐匿有罪证据的危险性时，才成立伪证罪。但是，成立本罪，不要求客观上已经实现了陷害他人或者隐匿罪证的意图。

同样，刑法第 191 条中的“为掩饰、隐瞒其来源和性质”属于主观要素，但它明示了洗钱行为的本质，即只有当行为具有掩饰、隐瞒上游犯罪的违法所得及其产生的收益的来源和性质时，才属于刑法所规定的洗钱行为。

第三，“以……为目的”等属于主观的超过要素，不需要有与之相对应的客观事实。

例如，当分则条文要求“以牟利为目的”时，不要求行为客观上已经牟利，即使行为导致行为人的财产损失，也不影响犯罪的成立。再如，刑法第 239 条规定的“以勒索财物为目的绑架他人”意味着，只要行为人出于该目的绑架他人，即构成绑架罪，不要求行为人已经实施了勒索财物的行为，更不要求行为人已经取得了财物。同样，第 240 条规定的“以出卖为目的”，并不要求拐卖妇女、儿童的行为已经出卖了妇女、儿童；换言之，以出卖为目的拐骗、绑架、收买、接送、中转妇女、儿童的，都成立拐卖妇女、儿童罪的既遂；当然，贩卖妇女、儿童的，也不另成立其他犯罪。

或许有人认为，刑法分则中的“以非法占有为目的”要求客观上存在与之相对应的事实。其实不然。在取得型财产罪（包括金融诈骗罪）中，作为主观要素的非法占有目的中的“占有”，与客观上对他人财物的“占有”，并不是等同含义。对客观上占有他人财物的认识，只是故意的认识内容，而不是“以非法占有为目的”的内容（参见本书第八章）。

#### 四、客观要素标示主观要素的内容

客观构成要件具有故意的规制机能，亦即，成立故意犯罪，要求行为人认识到符合客观构成要件的事实。<sup>①</sup>这是责任主义的要求。所以，德国现行刑法第16条第1款规定：“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，不是故意行为。因为过失而实施的可罚性，不受影响。”由于德国刑法理论现在的通说认为，作为犯罪要素的构成要件，不仅包括客观构成要件，而且包括故意、过失等主观构成要件，但故意的成立只要求认识到属于构成要件的客观情况，而不可能要求行为人认识到自己的主观情况；不仅如此，部分客观情况（如客观的处罚条件、结果加重犯中的加重结果）也不需要行为人认识。因此，德国刑法第16条中的“构成要件”是仅指成立故意所要求认识到的客观的构成要件。这个意义上的构成要件称为错误构成要件（Irrtumstatbestand）或法律构成要件（gesetzlichen Tatbestand）。<sup>②</sup>这个构成要件是从体系构成要件中分离出来的一部分；正是这个意义上的构成要件具有故意规制机能，即故意的成立，必须认识到属于法定的客观构成要件的事实。

根据总则与分则的关系，对于具体犯罪的责任形式，应当根据刑法总则关于故意犯罪与过失犯罪的规定予以具体化。由于犯罪构成的客观要素，都是故意犯罪的行为人必须认识到的内容（如后所述，客观的超过要素除外。例如，结果加重犯的加重结果也不是必须认识到的内容，只要有认识的可能性即可），因此，分则条文对客观要素的描述，便同时标明了故意犯罪的认识内容。基于同样的理由，分则对结果的描述，同时也标明了故意犯罪的意志内容。例如，当分则规定的客观要素为“杀人”时，那么，其故意的认识内容与意志内容应是，明知自己的杀人行为会发生他人死亡的危害结果，并且希望或者放任他人死亡。再如，当分则规定的客观要素是“非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物”时，行为人主观上必须认识到自己所猎捕、杀害的是国

① 参见〔日〕平野龙一：《犯罪论的诸问题（上）总论》，2~3页，东京，有斐阁，1981。

② 因为认识错误与故意的认识因素是一个问题的两个方面，即认识错误实际上表现为行为人的认识内容与客观事实不相一致。正因为如此，国外刑法理论一般在故意论中讨论认识错误问题。

家重点保护的珍贵、濒危野生动物；否则不成立本罪。因此，在我国的现行犯罪论体系之下，应当说：客观（违法）构成要件具有规制故意的机能。

## 五、客观要素与主观要素的关系

所谓的“主客观相统一”，是我国刑法理论一直主张并为司法实践所接受的一项原则。但是，客观要素与主观要素究竟是什么关系，仍然是需要进一步研究的问题。

我国刑法理论上的常见说法是：“故意、过失支配行为人实施特定的犯罪行为”；“危害行为是在故意、过失心理支配下实施的”；“在一个罪过支配下实施的数个举动属于一个行为”。这种观念导致由故意、过失的内容决定行为性质，进而导致从主观到客观认定犯罪。最能说明这一点的是，我国刑法理论在不能犯与未遂犯的区分问题上，采取了抽象的危险说乃至主观的危险说。例如，行为人本想用砒霜杀人，但使用了砂糖。我国刑法理论的通说认为，该行为成立杀人未遂。有的教科书指出：“行为人出于犯罪的目的，但其使用的手段或者精心选择的作案工具却无法实施犯罪的意图。在这类认识错误的案件中，因为行为人既有犯罪的故意，又有犯罪的行为，自然应当以故意犯罪定罪。但由于手段（工具）认识错误，不可能（事实上也没有）产生危害社会的结果，所以，也应从未遂认定。”<sup>①</sup>可是，既然现实的行为不可能产生危害社会的结果，我们就不能认定它是杀人行为。换言之，既然客观上不存在“杀”人，就不能认定其行为成立故意杀人罪。再如，当行为人在荒无人烟的野外，持枪射击其“仇人”，而事实上射击的是稻草人时，我国的传统刑法理论根本没有判断该行为是否符合杀“人”的要件，只是因为行为人具有杀人的故意，便认定其行为也是杀人行为。根据这一理论，只要行为人想杀人，即使杀了一只老鼠，也成立故意杀人未遂；只要行为人想毁灭国家机关公文，即使客观上毁灭了一份伪造的国家机关公文，也成立毁灭国家机关公文未遂。尽管传统刑法理论对此已习以为常，但本书认为这种现象并不正常。因为这种观点与做法实际上以主观要素的有无取代了客观要素存在与否的判断。

<sup>①</sup> 陈明华主编：《刑法学》，146～147页，北京，中国政法大学出版社，1999。

司法实践对一些具体案件的分析也习惯于从主观到客观，导致案件难以得到妥当处理。例如，2008年8月的一天晚10时许，徐某预谋抢包，尾随被害人白某到一小胡同。白某发现有人尾随，觉得势头不对，便将随身携带的挎包扔到路边。徐某将包捡起，取出内装的1500余元现金和价值728元的手机，后又追上被害人进行殴打、威胁，最后逃离现场。一种观点指出：“徐某的行为构成抢劫罪，可从两个方面来分析。首先，徐某在主观上有抢被害人挎包的故意……其次，徐某的行为符合抢劫罪的行为特征。抢劫罪是指以暴力、胁迫手段或者其他方法抢劫公私财物的行为。徐某的行为虽不是一种典型的抢劫行为，但其在晚上10点这一特定的时间和僻静的小胡同这一特定的地点，以尾随被害人这一特殊的行为方式，给被害人的心理造成了极大的压力，迫使被害人将包扔弃；当徐某将包捡起而据为己有时，被害人在心理压力之下仍不敢反抗，这符合抢劫罪中以胁迫方法抢劫的行为特征。”<sup>①</sup> 还有一种观点指出：“如认定徐某确有抢劫故意，徐某在作案中未及表现作案手段，不应成为认定抢劫罪的障碍……手段因为人的实施才会发生。徐某的尾随使被害人感受到威胁，是因为环境特殊而不是徐某的尾随自然起作用。此案情况不是徐某以尾随表达了胁迫，而是特殊环境下被害人的特定反应使徐某胁迫手段的实施失去必要。”<sup>②</sup> 上述观点都是先肯定了徐某具有抢劫故意，再想方设法说明徐某实施了抢劫行为。既然承认“特殊环境下被害人的特定反应使徐某胁迫手段的实施失去必要”，就不能认定徐某已经实施了胁迫行为。另一方面，尾随他人的行为，无论如何也不是抢劫行为。徐某事后殴打了被害人，不可能成为其强取财物的原因。反过来，只要从客观到主观认定犯罪，就不可能认定徐某抢劫既遂，也不能认定徐某抢劫未遂，充其量只能认定徐某抢劫预备。

之所以如此，一个很重要的原因是，我国传统的刑法理论没有正确处理客观要素与主观要素的关系。这主要表现为两个方面：其一，由于传统刑法理论认为犯罪的本质特征是社会危害性，而社会危害性是主客观相统一的，所有的要素都是说明行为的社会危害性，所以，各种要素都具有等价关系，即各个要素处于平面关系：行为要么符合全部构成要

① 《关于〈本案应如何定性〉一文讨论的读者与专家意见》（王勇），载《人民法院报》，2009-08-05，6版。

② 《关于〈本案应如何定性〉一文讨论的读者与专家意见》（任卫华），载《人民法院报》，2009-08-05，6版。

件，因而成立犯罪；要么一个要件也不符合，根本不成立犯罪。因此，要件的排列顺序似乎也并不重要，从客观到主观者有之，从主观到客观者有之，主客观要素混杂者有之，这便没有防止人们首先判断主观要件符合性。事实上也是如此。在许多情况下，人们是先考虑主观要件后考虑客观要件的，甚至在主客观相统一的大旗下，行主观归罪之实。其二，由于社会危害性是主客观相统一的，各种要素都是说明社会危害性的，所以，客观要素与主观要素是一种相加关系。换言之，客观要素与主观要素相加所表明的社会危害性达到一定严重程度就成立犯罪。于是，主观要素特别严重时，即使客观要素并不具备，也可能因为相加起来达到了一定严重程度，进而以犯罪论处。

德国、日本的犯罪成立条件为构成要件符合性、违法性与有责性，这是一种阶层型（或阶梯型甚至立体型）体系，对行为是否成立犯罪的判断，是由形式（外部）到实质（内部）、由抽象（一般）到具体（个别）、由定型到非定型、由客观到主观的逐层递进判断。构成要件符合性是形式的判断（如前所述，构成要件并不只是形式，相反具有实质内容——参见本书第二章）、一般的判断、定型的判断；违法性是实质的判断、具体的判断、非定型的判断、客观的判断；有责性是个别的判断、内部的判断、主观的判断。根据阶层的体系，判断顺序绝对不可颠倒。在阶层的体系中，不可能先考虑故意、过失，后判断行为性质。一方面，行为性质不是由故意、过失决定，而是由行为本身决定。近距离向被害人胸部开枪的行为，无论如何都会被认定为杀人行为；用手掌拍大腿的行为，无论如何都不可能成为杀人行为。另一方面，主观要素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，这便是故意、过失等主观要素所要解决的问题。所以，阶层的体系不可能容忍由主观到客观认定犯罪的做法。

阶层的体系使违法性与有责性处于不同层面，大体形成了“违法是客观的、责任是主观的”定式，这种似乎不可能被我国刑法理论接受的观点，实际上有许多优点。根据法益侵害说，13周岁的人杀了人，也是没有合法根据地剥夺了他人的生命，他人的生命不会因为行为人只有13周岁而不受刑法保护，所以，应当肯定13周岁的人没有合法根据的杀人行为，也具有违法性（法益侵害性）。之所以不追究其刑事责任，是因为其缺乏有责性。我国平面的犯罪构成体系，使犯罪构成符合性与违法性几乎等同起来，即凡是符合犯罪构成的行为，就具有刑事违法

性；反之，则不具有刑事违法性。由于犯罪构成是主客观统一的，所以，刑事违法性也是主客观统一的。于是，13 周岁的人杀人也并不违反刑法。可是人们也不可能得出“13 周岁的人杀人具有合法性”的结论；同样，认为刑法放任 13 周岁的人杀人，也是不成立的。就具体层面而言，面临对 13 周岁的人或者精神病人的杀人、抢劫等行为能否进行正当防卫的问题时，无论如何都难以得出自圆其说的结论。

我国现行的四要件犯罪构成理论注重了犯罪的整体性。诚然，不可否认的是，犯罪原本就是一个整体，但整体性地认定犯罪必然导致恣意性，所以需要建立防止认定犯罪的恣意性的犯罪论体系。“可以确保法的安定性，做到认定容易，且排除恣意性的犯罪论体系应如何构成呢？首先，必须有某种程度分析的思考。‘直观地判断是否犯罪（整体的考察法）’是危险的，无论如何都会使判断者的恣意性很大。”<sup>①</sup> 将犯罪分为违法与责任进行判断，既符合犯罪的实体，也有利于防止认定犯罪的恣意性。

首先，判断案件事实是否成立犯罪，必须先从客观上判断行为是否正当，亦即是否被刑法所禁止，其实质是行为是否侵害了法益。如果行为没有侵害法益，或者在侵害一种法益的同时保护了更为优越或者同等的法益，就意味着行为是正当的，不需要考察行为人是否具有非难可能性。例如，当 A 的行为根本不可能导致人死亡时，就不需要判断 A 主观上有所谓“杀人故意”。再如，甲的行为虽然导致乙的胳膊受伤，但正因为乙的胳膊受伤，才避免了乙杀害丙的结果。此时，由于甲的行为所保护的法益优越于其造成的损害，因而没有侵害法益，其行为在刑法上具有正当性，所以不需要判断甲主观上有所谓“伤害故意”。只有行为客观上侵害了法益，不具有正当性时，才需要进一步考察能否将违法事实归责于行为人，亦即判断行为人是否具有非难可能性。所以，一方面，客观要素的判断必须先于主观要素的判断；另一方面，对其中任何一方的判断都不能替代对另一方的判断。

例如，刑法第 232 条规定的故意杀人罪，其客观要素为“杀人”。某种行为是不是杀人行为，不能仅根据行为人是否陈述其具有杀人意图来判断，而应根据客观事实进行判断。杀人是非法剥夺他人生命的行为，也可以说是致人死亡的行为，所以，行为是否具有导致他人死亡的

<sup>①</sup> [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，4 版，39 页，东京，东京大学出版会，2006。

现实危险性，是判断行为是否属于“杀人”的客观标准。对于客观上不可能致人死亡的行为，无论如何也不应将其认定为杀人行为。例如，本想将砒霜投入他人食物内，但由于认识错误而将食盐投入他人食物内。然而，使人食用食盐的行为无论如何也不能造成他人死亡的结果，因此，该行为并不属于分则所规定的杀人行为，因而不需要考察行为人是否具有“杀人故意”。概言之，该行为不成立故意杀人未遂。人们认为该行为成立杀人未遂，是因为仅考虑了行为人的主观心理状态——行为人确实想杀人。但行为人在“想杀人”的心理支配下实施的行为，并不一定是杀人行为。例如，希望他人死亡而求神拜佛的，不可能成立故意杀人罪。之所以如此，不是因为该行为人愚昧无知（愚昧无知不是无罪的理由），而是因为该行为不可能发生致人死亡的结果。同样，在面对行为人将食盐投入他人食物内的“案件”时，首先要判断该行为是否具有侵害法益的危险。判断结论显然是没有侵害法益的危险，既然如此，就不需要判断行为人是否有责。

所谓杀人罪与伤害罪的区别，也是如此。流行的说法是，“杀人罪与伤害罪的关键区别在于故意内容不同”。这一说法隐含的观点是，即使客观上不可能导致他人死亡，只能导致伤害，但只要行为人具有杀人故意，也要认定为故意杀人罪。这显然难以令人信服。其实，杀人罪与伤害罪的区别首先在于客观行为不同：杀人罪的行为是具有导致他人死亡的紧迫危险的行为，而伤害行为则是具有导致他人身体受到伤害的紧迫危险的行为。当客观行为不属于类型性的足以致人死亡的行为时，即使行为人自己承认想杀人，也不得认定为故意杀人罪。例如，行为人使用木棒殴打他人大腿，造成他人骨折。即使行为人供述想杀害被害人，也只能认定为故意伤害罪。另一方面，故意杀人致人死亡、故意伤害致死与过失致人死亡，在客观上都是“杀人”。在故意伤害致死的场合，认为其客观行为不是杀人只是伤害的观点，是不成立的。既然被害人已经死亡，就足以表明客观行为是杀人。任何人都不能否认致人死亡的行为是一种“杀人”行为。之所以出现定罪上的区别，只是因为责任不同。例如，在发生了被害人死亡的结果，并已经得出行为人的客观行为导致了死亡的结论的场合，首先要肯定该客观行为是杀人行为。接下来要判断的是行为人是否认识到自己的客观行为会发生他人死亡的结果，并且希望或者放任这种结果发生，如果得出肯定结论，就认定为故意杀人罪，不再进行其他判断。如果得出否定结论，就判断行为人是否认识到自己的客观行为会发生伤害他人身体的结果，希望或者放任伤害结果

的发生，并对死亡结果具有过失，如果得出肯定结论，就认定为故意伤害（致死）罪。如果得出否定结论，就判断行为人对死亡结果是否具有过失，如果得出肯定结论，就认定为过失致人死亡罪。如果得出否定结论，就只能认定为意外事件。

又如，甲欺骗乙说：“我已经绑架了丙的儿子丁，你向丙打电话，让他交付10万元赎金，否则将他儿子丁杀掉。”乙信以为真，便向丙打电话。绑架罪是持续犯，如果甲确实绑架了丁，乙向丙打勒索电话，则乙是承继的共犯，可能与甲构成绑架罪的共犯。但甲并没有绑架丁，乙却具有中途参与绑架的故意，但不能认为乙依然构成绑架罪的未遂。甲只具有敲诈勒索的故意，乙虽然具有绑架的故意，但由于客观上不存在任何绑架事实，没有任何人的人身自由与安全受到侵害或威胁，不可能认定为绑架罪。解释者不可认为，由于乙具有绑架的故意，所以，其勒索财物的行为便具有绑架的性质。因为绑架罪是侵犯人身自由与安全的犯罪，在没有任何人的人身自由与安全受到侵犯的情况下，不可能存在绑架行为。由此看来，所谓主观故意决定行为性质的观点，并不是放之四海而皆准的真理。

再如，如果行为人客观上与已满14周岁的少女发生性交，并征求其同意，即使行为人误以为对方不满14周岁，也不可能成立强奸罪。因为其客观行为并不具备刑法第236条规定的客观要素（从普通强奸的角度来说，不具备暴力、胁迫与其他强制手段的要素；从奸淫幼女的角度来说，不具备特定的对象要素）。

其次，“犯罪并不是像水在化学上由氢气与氧气组成一样意义的由几个要素组成”<sup>①</sup>。客观要素所要解决的问题是，行为是否被刑法所禁止，从实质上说，行为是否造成了法益侵害及其危险；主观要素所要解决的问题是，能否将某种违法事实归责于行为人，能将何种范围的违法事实归责于行为人。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。所以，表明违法性的客观要素与表明责任的主观要素不是相加关系，而是阶层关系或者限制关系。

例如，甲杀害他人的客观行为及其结果，表明其行为是违法的，但

<sup>①</sup> [日] 平野龙一：《刑法总论I》，87页，东京，有斐阁，1972。

倘若甲没有故意与过失，则不能将杀人的行为及其结果归责于他，因而不能追究其责任。基于同样的理由，行为人奸淫幼女、嫖宿幼女时，其犯罪的成立要求行为人认识到对方为幼女。如果行为人有合理根据确信对方不是幼女，并且在双方自愿的前提下发生性交，那么，其行为便不成立强奸罪（奸淫幼女）与嫖宿幼女罪。

再如，所谓盗窃，是指违反他人意志，将他人占有的财物转移给自己或者第三者占有的行为。如果是自己占有的财物或者没有人占有的财物，即使是他人所有的财物，也不可能成为盗窃罪的对象。同样，诈骗罪、抢劫罪、抢夺罪、敲诈勒索罪的对象都必须是他人占有的财物，而不可能是自己占有的他人财物。因此，即使行为人客观上将他人占有的财物转移给自己占有，但如果行为人误以为该财物是自己占有的财物，就不能以盗窃罪论处。

又如，乙将他人的自行车盗走，但不知道龙头把手内藏有两根金条。乙的客观违法行为虽然导致被害人的自行车与金条的损失，但由于乙没有认识到金条的存在，不能令其对金条承担责任。

总之，对构成要件的解释，首先要区分表明违法性的客观要素与表明有责性的主观要素；认定犯罪时，必须首先判断客观要素符合性，亦即判断行为是否违反刑法；在行为违反了刑法的基础上，进一步判断行为人是否具备表明有责性的主观要素；客观要素与主观要素不是相加关系，而是阶层关系或者限制关系。



# 主观的超过要素与客观的超过要素

### 一、主观要素与客观要素的对应限度

不管是从刑法规定的角度来看，还是从现实犯罪的角度来看，主观要素与客观要素都不是完全对应的。

事实上，有的主观要素没有现实化时，并不影响犯罪的成立，只是影响犯罪的量刑。例如，直接故意是认识因素与意志因素的统一，当意志因素没有实现时（如希望发生的死亡结果没有发生），可能成立未遂犯。从刑法规范上看，有些主观要素并不需要外在化、现实化（不需要客观上实现主观要素的内容），最为典型的就主观的超过要素。如目的犯中的目的，属于主观要素，但并不需要客观上实现其目的。行为人以牟利或者传播为目的走私淫秽物品时，只要具有走私淫秽物品的故意，客观上实施了走私淫秽物品的行为，即使客观上没有实现牟利与传播的目的，甚至因为被罚款等而导致亏损，也不影响走私淫秽物品罪的成立。这种不要求存在与之相对应的客观事实的主观要素，称为主观的超过要素。<sup>①</sup>

---

① 未遂犯中的意志因素也可谓主观的超过要素。因为杀人未遂时，行为人虽然对死亡结果具有希望或者放任的态度，但死亡结果并没有发生，所以，故意的意志因素便成了超出客观要素范围的要素，因而也被一些学者称为主观的超过要素（参见〔日〕平野龙一：《刑法总论Ⅱ》，124页，东京，有斐阁，1975；〔日〕山口厚：《刑法总论》，2版，95～96页，东京，有斐阁，2007）。但是，即使将未遂犯中的故意的意志因素视为主观的超过要素，它也与目的犯中的目的这一主观的超过要素具有明显区别。前者仍然是故意的构成因素，后者则是故意内容之外的因素。另一方面，如后所述，短缩的二行为犯也存在未遂犯，例如，以勒索财物为目的着手实施绑架行为，但由于意志以外的原因未能将他人置于行为人或第三者实力支配下。在这种情况下，既存在绑架罪故意的意志因素，也具有故意内容之外的目的，所以，不能因为故意的意志因素没有实现，就将该意志因素视为目的犯的目的。

反过来说，部分故意犯罪的成立，也不要求行为人完全认识到所有的客观要素。换言之，有些客观要素并不需要行为人认识。在德国、日本刑法理论体系中，哪些属于故意必须认识的客观构成要件要素，哪些不属于故意必须认识的客观处罚条件，是相当清楚明了的。但在我国传统的四要件理论体系中，由于犯罪构成是成立犯罪的唯一法律依据，成立犯罪所必需的一切要素都被纳入犯罪构成。于是，相当于德国、日本刑法中的客观处罚条件的要素，在我国也成为犯罪构成要件的客观要素。这便增加了解决问题的难度。下面先联系“数额较大”与“多次盗窃”略作说明。

根据刑法第264条的规定，盗窃罪客观方面表现为两种情形：一是盗窃公私财物数额较大，二是多次盗窃。前者不要求多次盗窃，后者不要求数额较大。于是，存在这样的问题：是否要求行为人认识到所盗窃的财物数额较大？是否要求行为人认识到自己已是多次盗窃？

例如，甲流窜外地时，盗走准备外出打工的乙的一床破棉絮。甲不知道也未发现棉絮中藏有3000元现金，便将棉絮以5元钱卖给当地农民丙。乙报案后，公安机关抓获甲，并从丙处追回棉絮，因丙也没有发现棉絮中的现金，故将棉絮内的现金如数追回。甲的行为是否构成盗窃罪？我们还可以假设，如果棉絮内有3万元现金，而且未能追回，甲的行为是否构成盗窃罪？按理说，对于上述真实的案件与假设的情形，应当得出相同的结论，即如果真实案件中的甲不构成盗窃罪，假设情形中的甲也不成立盗窃罪；反之亦然。“天价”葡萄案也提出了相同问题。北京农林科学院林业果树研究所投资40万元，历经10年培育研制葡萄新品种，一共种植110株，每株分别编号跟踪研究，品名暂定P-6-2，特点是个大皮薄汁甜无籽，9月份为果实成熟期，对该品种的鉴定、验收定在2003年9月。但4名男子于2003年8月6日晚翻墙进入该研究所内，偷摘了其中20株果实，导致整个研究链断裂。4名男子没有认识到该葡萄的“价值”，其行为成立盗窃罪吗？这个问题在其他国家完全不成问题。因为其他国家的司法实践上虽然并不处罚盗窃价值微薄的财物的行为，但由于刑法并不要求盗窃“数额较大”，所以，尽管只有盗窃价值较小财物的故意，但客观上盗窃了数额较大的财物时，无疑成立盗窃罪。

我国刑法要求盗窃“数额较大”，“数额较大”又属于客观要素。而且，在我国的法律体系中，盗窃数额是否较大，是决定盗窃行为是否具有值得科处刑罚程度的违法性的重要因素。而盗窃罪为故意犯罪，必须

认识到客观要素；责任是对自己所实施的违法行为的责任。如果盗窃者没有认识到影响违法性程度的重要客观要素，就不能令其对该违法事实承担责任。所以，成立盗窃罪，要求行为人认识到自己会盗窃“数额较大”的财物。因此，上述甲的行为、假设情形中的甲的行为，以及“天价”葡萄案中的4名男子的行为并不成立盗窃罪。

与数额较大相比，多次盗窃更是存在疑问。根据最高人民法院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》，“对于一年内入户盗窃或者在公共场所扒窃三次以上的，应当认定为‘多次盗窃’，以盗窃罪定罪处罚。”<sup>①</sup>例如，A与B各自已经在公众场所实施了两次扒窃行为，后来在一年内又都分别于公共场所实施扒窃行为。如果说“多次”盗窃是构成要件的客观要素，行为人必须认识到“多次”这一要素，那么，就必然出现以下局面：倘若A记得自己曾经实施了两次扒窃行为，进而认识到自己已经是一年内第三次在公共场所扒窃，那么，他便具备相应的主观要素，因此成立盗窃罪；倘若B不记得（忘记）自己已经实施过两次扒窃行为，进而误认为自己是第一次或第二次在公共场所实施扒窃行为，那么，他便不具备相应的主观要素，所以不成立盗窃罪。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是否成立犯罪：记忆力强的，可能构成犯罪；记忆力弱的，可能不成立犯罪。如果要得出A、B都成立盗窃罪的结论，那么，就只能认为，虽然要求行为人具有“盗窃”的故意，要求行为人在每次盗窃时都认识到自己在实施盗窃行为，但不要求行为人认识到“多次”盗窃。由此看来，并不是任何客观要素都是故意的认识内容，换言之，不得不承认客观的超过要素。

## 二、主观的超过要素

众所周知，在大陆法系国家刑法理论中占通说地位的犯罪论体系是

① 这一解释虽然较为明确，但有形式化、绝对化之嫌。本书认为，是否构成“多次盗窃”，首先要考虑行为是否可能盗窃数额较大的财物，行为人是否具有犯盗窃罪的主观故意；其次要综合考虑行为的时间、对象、方式，以及已经窃取的财物数额等。例如，行为人以窃取数额较大财物为目的，多次盗窃的财物接近数额较大的标准，即使超过一年，也宜认定为盗窃罪。再如，在夜不闭户的乡村，即使行为人三次以上入户小偷小摸，也不宜认定为盗窃罪。又如，每次只在超市盗窃一支圆珠笔，没有取得数额较大的意图，即使短期内三次以上盗窃的，也不能认定为盗窃罪。

构成要件符合性、违法性与有责性（也称责任）。其中的构成要件符合性所要求的是行为必须符合刑法所规定的犯罪轮廓或者框架；违法性所要求的是行为必须违反刑法，根据结果无价值论的观点，违法的实质是对法益的侵害与威胁；有责性所要求的是行为人必须对违法事实具有非难可能性。起初由贝林倡导的构成要件理论认为，构成要件只包含客观的、记述的要素，而不包括主观的、规范的要素（行为构成要件论），而且构成要件与违法性没有直接联系。但后来的不少学者认为，有些行为如果离开了行为人的主观要素，便不能判断其是否符合构成要件；再者，刑法分则有不少条文明文规定了主观要素。于是，德国刑法学者 August Hegler 提出，目的犯中的目的虽然只要存在于行为人的内心即可，但它不是责任要素，而是构成要件要素与违法要素。例如，根据德国刑法的规定，伪造货币罪必须出于“行使的目的”，因此，如果行为人不是出于行使的目的伪造货币的，其行为便不符合伪造货币罪的构成要件，不具有违法性。麦茨格（Mezger）进一步认为，除了目的犯以外，倾向犯中的行为人的内心倾向、表现犯中的行为人的心理过程或状态，都是构成要件要素，也是违法要素。<sup>①</sup>

在大陆法系国家刑法理论中，主观要素与构成要件的客观要素之间的关系成为比较复杂的问题。但可以肯定的是，在既遂的故意犯中，故意的内容与构成要件客观要素的内容是一致的，换言之，构成要件的客观要素规制着故意的内容。如就故意杀人既遂而言，其客观要素是杀人行为致人死亡，与此相对应，故意内容是认识到自己的行为会致人死亡，并且希望或者放任这种死亡结果发生。但是，目的犯中的目的、倾向犯中的内心倾向、表现犯中的内心经过（心理过程），则不要求存在与之相对应的客观事实，只要存在于行为人的内心即可。例如，德国、日本刑法规定的伪造货币罪都要求行为人主观上“以行使为目的”，但客观上又不要求行为人已经行使了所伪造的货币，因此，“以行使为目的”就是超过构成要件客观要素范围的主观要素，德国学者 A. Hegler 将它称为超过的内心倾向（*überschiessende Innentendenz*）<sup>②</sup>，也称为主

① 以上参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，4 版，134～135 页，东京，有斐阁，2008。

② 少数学者认为，之所以称为超过的内心倾向，是因为它超出了故意的认识范围（参见 [日] 大谷实：《刑法讲义总论》，4 版，150 页，东京，成文堂，1994）。实际上，由于故意的认识内容是构成要件的客观要素，故超出了故意的认识范围的内容，也就是超出了构成要件客观要素范围的内容。

观的超过要素。除了目的犯以外，德国、日本刑法理论中还存在倾向犯与表现犯两个概念，倾向犯中的内心倾向、表现犯中的内心经过等内心态度，也是主观的超过要素。

此外，我国刑法理论普遍使用犯罪动机的概念，刑法分则事实上也规定了动机犯。动机犯也是一种主观的超过要素。

### （一）目的犯

#### 1. 目的犯概说

刑法上的目的犯（Absichtsdelikte），是指以特定目的作为主观要素的犯罪。例如，刑法第363条规定的制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，必须“以牟利为目的”，因而属于目的犯。其中的特定目的，不是指直接故意的意志因素，而是故意的认识因素与意志因素之外的，对某种结果、利益、状态、行为等的内在意向；它是比直接故意的意志因素更为复杂、深远的心理态度；其内容也不一定是观念上的危害结果。<sup>①</sup>

从目的与行为的关系考察，目的犯的目的表现为两种情形：一种是只要实施符合构成要件的行为就可以（但非必然）实现的目的。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。”只要行为人的行为实现了本罪的客观构成要件，就能实现牟利目的。<sup>②</sup>另一种是实施符合构成要件的行为后，还需要行为人或第三者实施其他行为才能实现的目的。如

① 刑法分则所规定的各种“目的”是否含义相同，以及目的犯与意图犯是否等同含义，都是需要研究的问题。本书暂且在等同意上使用这些概念。在德国，由于刑法总则没有规定故意的含义，刑法学者通常根据刑法分则的描述概括故意的种类。一般认为，故意分为意图（Absicht）、直接故意（direkter Vorsatz; dolus directus）与间接故意（bedingter Vorsatz; dolus eventualis），其中的意图主要强调的是意志因素，即行为人努力促使结果发生；直接故意主要强调认识要素，即行为人确信结果会发生；间接故意也主要强调认识因素，即行为人认为结果可能发生（但对意志因素存在争议）（K. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Verlag Vahlen 2000, S. 90ff.）。于是，目的犯的目的（Absicht，也可译为意图）与故意是什么关系，就成为因不明确而有争议的问题。我国刑法总则明文规定了故意的含义与种类，因此，容易理顺目的与故意的关系。虽然在一般意义上说，直接故意的意志因素也是一种目的，但它明显区别于目的犯中的目的；目的犯中的目的是故意内容之外的一种主观要素，而不是故意的一种形式。

② 需要说明的是，刑法第175条所规定的目的似乎难以称为主观的超过要素。因为主观的超过要素不需要客观化，但刑法第175条将“违法所得数额较大”作为客观构成要件内容，而这一内容是与牟利目的相对应的。

走私淫秽物品罪，实施了符合构成要件的走私淫秽物品的行为，还不能直接实现牟利或者传播的目的，只有在走私行为完成之后实施其他相关行为，才能实现牟利或者传播目的。德国刑法理论称前者为断绝的结果犯、后者为短缩的二行为犯或者不完全的二行为犯<sup>①</sup>；日本有学者称前者为直接目的犯、后者为间接目的犯。<sup>②</sup>

短缩的二行为犯的基本特点是，“完整”的犯罪行为原本由两个行为组成，但刑法规定，只要行为人以实施第二个行为为目的实施了第一个行为（即短缩的二行为犯的实行行为）<sup>③</sup>，就以犯罪（既遂）论处，而不要求行为人客观上实施第二个行为；与此同时，如果行为人不以实施第二个行为为目的，即使客观上实施了第一个行为，也不成立犯罪（或者仅成立其他犯罪）。在此意义上说，短缩的二行为犯实际上是将二行为犯或复行为犯缩短为一行为犯或单行为犯。<sup>④</sup>也可以说，短缩的二行为犯，是刑法将并未完成的二行为犯，作为追求第二个行为的目的犯予以规定的，因而也可以称为以第二个行为（后行为）为目的的犯罪。如上述走私淫秽物品罪，由于单纯的走私淫秽物品的行为不能实现牟利与传播目的，所以，只有在实施了走私淫秽物品的行为后，进一步实施第二个行为即贩卖、传播等行为，才能实现牟利或者传播目的。但刑法不要求行为人或第三者实施贩卖、传播等行为，只要行为人出于牟利、传播目的实施了走私淫秽物品行为，即成立走私淫秽物品罪。另一方面，如果行为人不具有牟利、传播目的，即使客观上走私了淫秽物品，主观上具有走私淫秽物品的故意，也不成立走私淫秽物品罪。

虽然可以将目的犯分为断绝的结果犯与短缩的二行为犯，但完全可能出现以下情形，即同一目的犯中既包括断绝的结果犯，也含有短缩的二行为犯。换言之，由于一个犯罪可能包含多种行为，同一目的相对于此行为而言，属于断绝的结果犯；相对于彼行为而言，成为短缩的二行为犯。例如，赌博罪必须以营利为目的，而其行为包括聚众赌博与以赌博为业的行为。虽然赌博行为可以直接营利，但聚众赌博的行为并不能

① Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 318; H. Jescheck/ T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996. S. 319.

② 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，4版，135页，东京，有斐阁，2008。

③ 本书以下所称“第一个行为”均指短缩的二行为犯的实行行为。“第二个行为”则是指短缩的二行为犯的目的内容，而非短缩的二行为犯的构成要件的实行行为。

④ 这里的一（单）行为犯，同与结果犯相对应的行为犯不是等同含义。

够直接营利。所以，以营利为目的，相对于不同的行为具有不同的意义：相对于以赌博为业的行为，是指直接通过赌博行为赢得他人财物的意图；而聚众赌博时的以营利为目的，是指以服务费、手续费等名义，从赌博者处获取作为聚集赌博的代价的不法财产利益的意思<sup>①</sup>；但二者都不需要行为人实际上取得了利益。因此，在赌博罪中，以赌博为业的行为，属于断绝的结果犯；聚众赌博行为，属于短缩的二行为犯。再如，刑法第240条第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”行为。显然，拐卖妇女、儿童中的贩卖行为，是断绝的结果犯；而拐骗、绑架、收买等行为则属于短缩的二行为犯。

如前所述，断绝的结果犯（直接目的犯）中的目的与短缩的二行为犯（间接目的犯）中的目的，均只要存在于行为人的内心即可，不要求有与之相对应的客观事实。但是，“在直接目的犯中，要求行为人将目的的内容作为确定的东西加以认识；与此相反，在间接目的犯中，一般只要有未必的认识就够了”<sup>②</sup>。换言之，在短缩的二行为犯の場合，不需要目的是确定的，只要知道或许有谁实施实现目的的行为就够了。<sup>③</sup>例如，如果认为伪造货币罪必须出于行使的目的，那么，不需要行使伪造的货币的目的是确定的，只要行为人知道或许有谁行使伪造的货币这种未必的意思即可。<sup>④</sup>再如，违规制造枪支罪，行为人以非法销售为目的，制造无号、重号、假号的枪支时，不要求具有确定的非法销售目的，只要知道可能有谁非法销售所制造的无号、重号、假号的枪支这种未必的意思即可。

目的犯中的目的，不以实行犯本人实现为限；为了他人实现目的时，也不妨碍目的犯的成立。易言之，实现目的的人既可以是实行犯本人，也可以是第三者。例如，为了使第三者占有而窃取他人财物的，也成立盗窃罪。再如，行为人走私淫秽物品时，不问走私者是意图亲自传播淫秽物品，还是意图以他人为媒介或者由他人传播淫秽物品，都不影响走私淫秽物品罪的成立。不仅如此，即使行为人事前并没有与他人通

① 参见日本最高裁判所1959年6月18日判决，载日本《最高裁判所刑事判例集》第3卷第7号，1094页。

② [日]大塚仁：《刑法概说（总论）》，4版，135页，东京，有斐阁，2008。

③ Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 30. Aufl., C. F. Müller 1996. S. 72.

④ 参见[日]大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，414页，东京，有斐阁，2005。

谋，只是打算在走私后交由他人传播，也不影响该罪的成立。

目的犯可以分为明文的目的犯与不成文的目的犯。前者是指刑法分则条文明文将目的规定为主观要素的犯罪。分则条文最典型的表述是“以……为目的”，如第126条第1、2项、第152条、第239条前段（以勒索财物为目的绑架他人的，以下所称绑架罪一般限于这一情形）、第240条等。此外还有“为……”与“意图……”的表述方式，如刑法第269条。<sup>①</sup>不成文的目的犯，是指刑法分则条文虽然没有明文将某种目的规定为主观要素（可谓有意的省略），但根据犯罪的特点、条文对客观要件的表述以及条文之间的关系，该犯罪的成立必须以实施第二个行为为目的的情况。例如，刑法第177条规定的伪造、变造金融票证罪，虽然刑法并没有将本罪规定为目的犯，但将使用或者行使的目的作为本罪的主观要素，是比较合适的。当然有的犯罪存在争议。如伪造货币罪，德国、日本等诸多国家的刑法都明文规定必须“以行使为目的”，但我国刑法没有明文规定。如果认为我国刑法中的伪造货币罪也应“以行使为目的”，那么，伪造货币罪则属于目的犯。

目的究竟是违法要素还是责任要素，是国外刑法理论存在争议的问题，本书难以展开讨论。但可以肯定的是，目的犯中的目的具有两个方面的机能：一是区分罪与非罪的机能，例如，没有非法占有目的的一般盗用行为，不可能成立盗窃罪。二是区分此罪与彼罪的机能，倘若不以勒索财物或者满足其他不法要求为目的，将他人置于自己或者第三者实力支配下的行为，就不构成绑架罪，只成立非法拘禁罪。再如，拐骗儿童的行为，如果不具有出卖目的，就不成立拐卖儿童罪，只成立较轻的拐骗儿童罪。因此，如果某种目的不具有上述任何一个方面的机能，就不能将其视为主观要素。在确定不成文的目的犯时，必须牢记这一点。因为将不具有上述机能之一的要素列入主观要素，要么导致犯罪的处罚范围不当，要么导致犯罪之间的关系不明。

① 一般来说，“意图……”也可谓对目的犯的表述方式，诬告陷害罪与伪证罪也是目的犯。但是，短缩的二行为犯的目的，必须是由行为人或第三者实施第二个行为才能实现的目的。因此，如果认为这里的第三者应是大体上或观念上属于行为人一方的第三者，而不包括查处犯罪的司法机关，那么，由于行为人实施诬告陷害罪与伪证罪的目的，需要司法机关的行为才能实现，而不是由行为人或属于行为人一方的第三者的第二个行为实现，便不能归入短缩的二行为犯。反之，如若认为这里的第三者没有任何限制，包括查处犯罪的司法机关，则诬告陷害罪与伪证罪仍然属于目的犯。显然，倘若维持目的犯的分类，就宜采取后一种观点。

## 2. 目的犯的存在范围

我国刑法理论的通说认为，目的犯只能由直接故意构成；易言之，如果刑法将某罪规定为目的犯，那么，该罪就不可能由间接故意构成。但是，这种观点存在疑问。本书认为，目的犯可以由间接故意构成。

从规范层面而言，刑法总则规定的故意犯罪包括直接故意犯罪与间接故意犯罪，因此，只要刑法分则所规定的犯罪为故意犯罪，那么，就既可以由直接故意构成，也可以由间接故意构成。目的犯在刑法分则中都属于故意犯罪，当然也可以由间接故意构成。或许有人认为，当刑法将某种犯罪规定为目的犯时，就已经表明该罪为直接故意犯罪。本书认为，这种观点缺乏合理根据。首先，一方面，在一个国家，旧刑法可能将某种犯罪规定为目的犯，而现行刑法却取消目的犯的规定，或者相反；另一方面，就同一犯罪而言，有的国家刑法规定为目的犯，有的国家刑法没有规定为目的犯。但在上述场合，故意的内容与形式相同，换言之，不可能因为刑法将其规定为目的犯，就使间接故意犯罪排除在外。其次，刑法将某种犯罪规定为目的犯时，只是将不具有特定目的的行为排除在犯罪之外，而不是将间接故意行为排除在犯罪之外。因为，一方面，在我国刑法上，直接故意与间接故意的非难可能性是同一等级的，因而是同一种责任形式，刑法分则没有理由将某种犯罪限定为直接故意；另一方面，即使刑法分则意欲将间接故意排除在犯罪之外，也不会通过规定目的犯的方式来达到这一目的，因为目的与故意的机能并不完全等同。所以，当刑法将某种犯罪规定为目的犯时，只要行为人在具有故意（不管是直接故意还是间接故意）的前提下，另具有特定目的即可，而不表明只能由直接故意构成。例如，立法者通过牟利或者传播目的限制走私淫秽物品罪的处罚范围，因此，即使行为人具有直接故意，但如果缺乏牟利或者传播目的，也不成立走私淫秽物品罪；反之，即使行为人具有间接故意，但如果具有牟利或者传播目的，也应当以走私淫秽物品罪论处。

从心理事实来说，当行为人所放任的结果与行为人所追求的目的不具有同一性时，即二者分别为不同的内容时，完全可能并不矛盾地存在于行为人的主观心理中。短缩的二行为犯的重要特点在于：第一个行为的结果与行为人实施第二行为的目的并不相同，因此，对第一个行为的结果的放任与对第二个行为的目的完全可以并存。刑法理论公认，间接故意犯罪的发生情形之一是，行为人为了实现另一犯罪目的，而放任此种犯罪结果的发生。之所以如此，是因为行为人的目的与其所放任的结果并非同一。这便可以佐证本书的观点。即当目的犯的目的与其结果并不同时，行为

人完全可能在具有特定目的的同时，对结果持放任态度。例如，就违规制造枪支罪而言，行为人在具有非法销售目的的同时，完全可能对行为危害公共安全的结果持放任态度。将目的犯限定于直接故意犯罪，既可能是因为将目的犯中的目的内容狭窄地限定为犯罪结果，也可能是由于自觉或者不自觉地将目的犯的目的与直接故意的意志因素相混同。即使在断绝的结果犯中，行为的法益侵害结果与其目的也不是同一的，因而行为人完全可能在具有某种目的的同时，对法益侵害结果持放任态度。

借鉴国外的学说与实务，也可以得出短缩的二行为犯可以出于间接故意的结论。在国外，“‘意图’与‘未必的故意’通常可以两立”<sup>①</sup>或者“意图并不意味着确定的故意，可以是未必的故意”<sup>②</sup>的观念可谓通说。不仅如此，即使是断绝的结果犯，刑法理论也没有将间接故意排除在外。例如，日本刑法第161条之二第1款规定：“以使他人的事务处理出现错误为目的，不正当制作该处理事务使用的有关权利、义务或者证明事实的电磁记录的，处五年以下惩役或者五十万元以下罚金。”日本刑法理论认为，只要行为人主观上认识并认容自己制作电磁记录的行为违反了电磁记录制作权人的本来意图，并具有使他人的事务处理出现错误的目的即可。<sup>③</sup>其中的“认容”包含了间接故意。再如，日本《爆炸物取缔罚则》第2条规定：“以前条目的（即以妨害治安或者危害人的身体、财产为目的——引者注），制造、输入、持有或者定购爆炸物或者可能供爆炸物使用的器具的，处三年以上十年以下惩役或者监禁。”日本最高裁判所1991年2月1日的判决指出：“《爆炸物取缔罚则》第1条至第3条所规定的‘以危害人的身体为目的’，只要求对危害身体的结果具有未必的认识、容认就够了，不应对上述结果的发生具有确定的认识或者意图为必要。这样的理解是合适的。”<sup>④</sup>不难看出，日本《爆炸物取缔罚则》第2条所规定的是短缩的二行为犯；而该判决明文指出，行为人对于结果可以持认容态度（即只要认同、容忍即可），不要求有意图（希望）心态。这一判例承认对目的内容本身就可以是未必的故意。既然如此，当目的内容与结果不一致时，行为人对结果更可能是未必的故意。

① [日]内田文昭：《故意と意图・目的》，载[日]阿部纯二、板仓宏等编：《刑法基本讲座》，第2卷，166页，东京，法学书院，1994。

② D. Oehler, Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 163ff.

③ 参见[日]大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，491页，东京，有斐阁，2005。

④ 日本《最高裁判所刑事判例集》第45卷第2号，1页。

“将熟悉与必须相混淆”是人们常犯的错误。人们见到目的犯一般出于直接故意时，便习惯于认为目的犯的成立只限于直接故意。这显然混淆了事实与规范，而且使规范处于封闭状态，进而使规范丧失生命力。况且，人们所熟悉的只是部分有限的事实，将规范的涵摄范围限定为解释者所知的有限事实，并不合适。质言之，以解释者自己所掌握或者推测的部分事实为根据，将目的犯限定为直接故意犯罪，并不妥当。

### 3. 非法占有目的

在我国刑法中，主观的超过要素主要表现为目的犯中的目的，其中，（广义的）财产犯罪中的“以非法占有为目的”是最值得研究的问题。

财产罪分为取得罪（如盗窃罪、诈骗罪等）与毁弃罪；在刑法没有明文规定盗窃、诈骗罪等取得罪以非法占有目的为主观要素的国家，刑法理论对于非法占有目的是否财产罪的主观要素的问题，一直争论不休；在肯定了非法占有目的是财产罪的主观要素的前提下，如何理解非法占有目的的内容，也是各执己见。我国的情形正是如此。本章主要以盗窃罪、诈骗罪为例展开讨论。

#### （1）非法占有目的的必要性

关于盗窃罪、诈骗罪的目的，存在两种不同立法例。一种立法例明确规定盗窃、诈骗罪必须具有非法占有目的。例如，德国刑法第 242 条规定，盗窃罪必须具有“以使自己或者第三者违法地占有的意图”，第 263 条明文规定，诈骗罪必须“意图使自己或第三者获得不法财产利益”；瑞士刑法第 139 条第 1 款规定，盗窃罪必须“意图使自己或他人非法获利”，第 146 条规定，诈骗罪必须“以为使自己或他人非法获利为目的”。德国、瑞士刑法对其他取得型财产罪也规定了非法占有目的。据此，非法占有目的是财产罪的主观的超过要素。另一种立法例则没有明文规定财产罪必须出于某种特定目的，如日本刑法。这种立法例也不意味着非法占有目的绝对不是财产罪的主观要素，但由于缺乏明确规定，必然引起解释论上的争论。我国刑法分则第五章没有对财产罪规定非法占有目的，介绍日本刑法理论的争论以及审判实践的做法，对于我国的学术研究与审判实践具有借鉴意义。

非法占有目的必要说认为，成立盗窃、诈骗等取得罪要求行为人在故意之外另具有非法占有目的。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 非法占有目的的原文为“不法領得の意思”。

一方面，盗窃、诈骗等罪属于取得罪，其主观要件除了盗窃、诈骗故意外，还要求有非法占有的意思。毁弃罪是单纯导致对财物不能利用的犯罪，取得罪则是获取财物的利用可能性的犯罪，所以，后者的实行行为必须出于利用财物的目的。这个意义上的非法占有目的，具有区分取得罪与毁弃罪的机能，而且能够说明二者的法定刑差异。另一方面，行为对法益的侵害达到了值得科处刑罚的程度时，才能成立犯罪；而暂时使用他人财物的行为（如盗用行为、骗用行为）对法益的侵害还没有达到值得科处刑罚的程度，所以，非法占有目的具有限制处罚范围的机能（区分取得罪与非罪行为的机能）。正因为如此，非法占有目的成为取得罪的主观要素。<sup>①</sup>

非法占有目的不要说认为，只要行为人具有盗窃、诈骗等罪的故意即可，不必另具有非法占有目的。

大塚仁教授指出，要求盗窃罪具有非法占有目的，是想以行为人是否具有该目的为标准来区分盗窃罪与毁坏财物罪、不可罚的盗用行为的界限。但是，无论在哪一方面，都不具有充分理由。首先，关于盗窃罪与毁坏财物罪的区别。既然以非法占有目的实施盗窃行为的构成盗窃罪、以毁坏财物的意思实施毁坏行为的构成毁坏财物罪，那么，在行为人以毁坏的意思夺取了他人财物时，理当成立毁坏财物罪；但是，果真如此，对于行为人以毁坏的意思取得了他人财物后却没有毁坏财物的行为，就难以处理。由于毁坏财物罪以开始实施具体的毁坏行为为着手，因此，既然行为人只是夺取了财物而没有实施毁坏行为，就不能作为犯罪处罚，这便不利于保护被害人的财产。此外，根据非法占有目的的必要说，对于行为人当初以毁坏财物的意思夺取了他人财物，其后遵从财物的经济用途进行利用、处分的，也难以处理。由于行为人不具有盗窃的意思，故不能认定为盗窃罪；由于缺乏委托信任关系，也不成立侵占罪。其次，关于盗窃罪与不可罚的盗用行为的区别。诚然，暂时擅自使用他人财物的行为，只要几乎没有夺取他人财物的物体与价值，就不具有可罚性。但是，这种行为之所以不构成盗窃罪，并非因为行为人缺乏非法占有目的，而是因为行为本身不能被认定为盗窃行为。例如，擅自借用他人桌上的小刀削铅笔，或者随意骑着他人停放在广场角落的自行车绕广场一周的行为，虽然都遵从财物的经济用途进行了利用，并且在

① 参见〔日〕中森喜彦：《不法领得の意思》，载〔日〕阿部纯二等编：《刑法基本讲座》，第5卷，87页，东京，法学书院，1993。

行为时具有像所有人那样予以利用的意思，但仅此还不能认为行为人取得了财物的占有，不属于可罚的盗窃行为。所以，不依赖非法占有目的，也能区分盗窃罪与不可罚的盗用行为。大塚仁教授进一步指出，如果对盗窃罪、诈骗罪的法益采取本权说，那么就会要求非法占有目的；如果采取占有说，则不会要求非法占有目的；虽然盗窃罪的法益最终是所有权及其他本权，但是，相应合理的占有也是盗窃罪的保护法益，既然行为人认识到其行为侵害了他人对财物相应合理的占有而实施盗窃行为，原则上便成立盗窃罪，而不需要非法占有目的。<sup>①</sup>

曾根威彦教授也采取非法占有目的不要说。他指出，非法占有目的的必要说，以行为人不具有非法占有目的（排除意思）为由，为盗用行为的不可罚性奠定了基础。但是，以没有被客观事实证明的单纯的意思来决定犯罪的成立与否是存在问题的。盗窃行为的不可罚性，应根据不存在排除权利者或其危险的客观事实，从客观违法性的见地来提供依据。非法占有目的的必要说，以是否具有非法占有目的（利用意思）来区分盗窃罪与毁坏财物罪，并认为有无非法占有目的能够说明盗窃罪与毁坏财物罪的法定刑差异（前者重、后者轻）。但是，仅仅根据没有被客观事实证明的内心动机、意思，决定法定刑的差异并不妥当；盗窃罪法定刑重的根据，是随着对象的占有的转移，利益也转移、行为人取得不正当利益这种客观事实。<sup>②</sup>

针对非法占有目的不要说的观点，非法占有目的的必要说进行了反驳。首先，如果不要求非法占有目的，仅从客观行为上区分盗窃罪与毁坏财物罪，那么，只有在客观上没有夺取财物的占有而直接毁坏财物时，才成立毁坏财物罪；夺取了财物后予以隐匿、毁弃的，都成立盗窃罪。这显然不合理。而且，在这一点上，非法占有目的不要说，不能说明盗窃罪、诈骗罪与毁坏财物罪的法定刑差异。至于行为人以毁坏的意思取得了他人财物后却没有毁坏财物的，当然成立毁坏财物罪；同样，行为人起初以毁坏财物的意思夺取了他人财物，其后遵从财物的经济用途进行利用、处分的，理当成立侵占脱离占有物罪。其次，如果不要求非法占有目的，仅从行为本身区分盗窃罪与不可罚的盗用行为，是相当困难的。因为盗窃罪是状态犯，盗用行为的可罚性要根据夺取占有时的

① 参见〔日〕大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，197页以下，东京，有斐阁，2005。

② 参见〔日〕曾根威彦：《刑法各论》，4版，118页以下，东京，弘文堂，2008。

情况进行判断，即使是对事后的客观利用程度是否具有可罚的违法性的判断，也必须考虑行为人夺取占有时的利用意思。所以，有必要将非法占有目的作为主观要件。最后，本权说与非法占有目的必要说、占有说与非法占有目的不要说并不具有必然联系。即使采取本权说，也可以认为只要侵害了占有就侵害了权利人对财物的使用、收益、处分等本权机能，因而不要求非法占有目的；反之，即使采取占有说，也可能对处罚范围做出特别限定，进而要求非法占有目的。<sup>①</sup>

如后所述，日本的判例一贯坚持非法占有目的必要说的立场，只不过在不同时期对非法占有目的的内容要求不同。

我国刑法没有明文规定盗窃、诈骗等财产罪必须出于非法占有目的，但本书认为，成立盗窃、诈骗等财产罪以非法占有目的为要件。

第一，犯罪构成虽然具有法定性，但这绝不意味着任何构成要件要素都必须有刑法的明文规定。有的要素明显属于必须具备的要素，刑法可能省略规定；有的要素通过对部分要素的描述或相关条文的规定即可明确，无须刑法的规定。正因为如此，构成要件要素分为成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素。基于同样的道理，目的犯可以分为成文的目的犯（或明文的目的犯）与不成文的目的犯。所以，不能以刑法没有明文规定非法占有目的为由，否认非法占有目的是盗窃、诈骗等财产罪的主观要素。

第二，问题是，在刑法没有明文规定目的要素的情况下，如何确定某种目的是否是构成要件要素。在本书看来，根据构成要件要素的实质与机能，如果某种要素对于说明行为的法益侵害性与非难可能性具有重要意义，需要通过该要素来区分罪与非罪、此罪与彼罪，那么，该要素就应当成为构成要件要素。

应当肯定的是，非法占有目的具有区分罪与非罪的机能。非法占有目的不要说认为，盗用等一时使用他人财物的行为，是因为还不能被认定为取得了财物的占有，所以不属于可罚的盗窃行为，而非因为行为人没有非法占有目的才不成立盗窃罪。换言之，根据非法占有目的不要说，只有考虑了行为人夺得财物后对权利人利用财物的妨害程度，才能认定是否属于可罚的盗窃行为，但这不仅导致对盗窃行为难以认定，而且导致盗窃既遂的标准不明确。因此，唯有通过判断非法占有目的的有

<sup>①</sup> 参见〔日〕西田典之：《刑法各论》，5版，155页，东京，弘文堂，2010。

无，才能划清不可罚的盗用行为与盗窃罪的界限。

还应肯定的是，非法占有目的具有区分此罪与彼罪的机能。没有非法占有目的，就不可能区分盗窃罪、诈骗罪与故意毁坏财物罪的界限。例如，甲进入位于六楼（最高层）的被害人乙家，搬出彩色电视机后，从五楼与六楼之间的过道窗户将电视机扔至楼下毁坏。倘若甲是因为乙家的窗户小、无法从窗户扔至楼下，特意搬至过道扔至楼下的，当然成立故意毁坏财物罪；如若甲因发现乙正在上楼，为避免乙发现自己盗窃行为而将电视机扔至楼下的，则应认定为盗窃罪。如果没有非法占有目的这一要素，就难以区分该行为是盗窃还是故意毁坏财物。再如，A将B杀害后，为了不使司法机关发现B的身份，而将B身上的所有财物、证件等取出后，抛弃在离杀人现场较远的场所。显然，由于A缺乏非法占有目的，只能认定为故意毁坏财物罪。如果不考虑非法占有目的，将上述行为认定为盗窃或侵占罪，就明显不妥当。

第三，将非法占有目的作为主观要素，并不意味着仅从主观方面区分盗窃、诈骗罪与非罪、故意毁坏财物罪的界限；相反，正是为了从主客观两个方面区分盗窃、诈骗罪与不可罚的盗用或骗用行为、故意毁坏财物罪的界限。而且，非法占有目的不要说，基本上只是从客观方面（是否转移财物）区分盗窃、诈骗罪与不可罚的盗用或骗用行为、故意毁坏财物罪的界限，这便难以达到区分目的。例如，根据非法占有目的不要说，行为人以毁坏的意思窃取、骗取他人财物后，并未毁坏财物，而是使用该财物的，成立盗窃罪、诈骗罪。但是，这种观点实际上是以事后的利用行为与意思肯定盗窃罪、诈骗罪的成立，不符合行为与责任同时存在的原理。因为盗窃罪、诈骗罪是状态犯，只能根据行为时的情况判断行为性质，而不能单纯根据行为后的状态判断行为性质；既然要根据行为时的情况判断行为性质，就需要判断行为时的意思。再如，根据非法占有目的不要说，只有在不转移占有的情况下，才可能成立故意毁坏财物罪，这也不当地缩小了故意毁坏财物罪的范围。

第四，规定金融诈骗罪、合同诈骗罪的法条与规定普通诈骗罪的法条是特别法条与普通法条的关系，换言之，金融诈骗罪、合同诈骗罪原本成立普通诈骗罪。<sup>①</sup>但是，现行刑法明文将“以非法占有为目的”规定为部分金融诈骗罪与合同诈骗罪的主观要件。这从另一个角度说明了普通诈骗罪也需要“以非法占有为目的”；盗窃罪、抢夺罪、抢劫罪与

① 事实上，许多国家的刑法（如日本、韩国）并没有规定金融诈骗罪与合同诈骗罪。

诈骗罪都是将他人占有的财产转移为自己占有的行为，所以，都要求非法占有目的。

第五，将非法占有目的视为不成文的主观要素，与对盗窃、诈骗等罪的保护法益持限定的占有说并不矛盾。换言之，并非只有主张财产罪的法益是财产所有权时，才能主张非法占有目的是主观要素。其实，持本权说的学者可能不将非法占有目的作为主观要素，持占有说的学者也可能将非法占有目的作为主观要素。之所以如此，是因为保护法益问题与被害人方面的情况相关，非法占有目的与行为人方面的情况相关，两者属于不同的领域。

## (2) 非法占有目的的基本含义

在肯定了非法占有目的属于盗窃、诈骗等财产罪的主观要素的前提下，需要进一步研究非法占有目的的基本含义。

关于非法占有目的的基本含义，日本刑法理论上存在不同学说。

第一说认为，非法占有目的，是指排除权利人，将他人财物作为自己的所有物（排除意思），并遵从财物的（经济）用途，对之进行利用或者处分的目的（利用意思）。例如，大谷实教授认为，排除意思是主观的违法要素，利用意思则是责任要素。一方面，既然财产罪的本质是侵犯所有权及其他本权，那么，作为其主观要素，仅有侵害的意思还不够，还必须具有像所有人那样进行支配的意思；盗用行为不具有这种意思，故不成立盗窃罪。另一方面，盗窃罪与毁坏财物罪在侵害他人对财物的占有方面具有相同点，但刑法之所以对盗窃罪处罚更重，是因为基于利用意思夺取财物的责任比基于毁坏、隐匿财物的意思而夺取财物的责任更重。所谓利用意思，是指享受财物所具有的某种效用的意思。<sup>①</sup>

第二说认为，非法占有目的，是指将自己作为财物的所有人进行支配的目的（仅有排除意思即可）。因为盗窃、诈骗等罪的本质是侵犯财产，使自己或者第三者成为财物的所有权人。例如，团藤重光教授认为，盗窃罪的本质是侵犯所有权，所以，非法占有目的的内容应是作为所有人进行支配的意思。就毁坏财物罪与取得罪的区别而言，只要是所有人，就有破坏、隐匿的自由，所以，只要有毁坏、隐匿的意思，就可以说具有非法占有的意思。就与盗用行为的区别而言，一时使用的意思

<sup>①</sup> 参见 [日] 大谷实：《刑法讲义各论》，新版第 2 版，188 页以下，东京，成文堂，2007。

还不能被评价为作为所有人进行支配的意思，但具有消费目的物的价值的意义时，可以肯定非法占有目的；因为如果不是所有人就不能消费财物的价值，所以，如果具有消费财物的价值的意义，就具有作为所有人进行支配的意思。<sup>①</sup>再如，福田平教授指出：“如果像判例那样，要求非法占有目的具有遵从财物的经济用途进行利用、处分的意思，那么，以毁弃、隐匿的意思夺取他人财物的人，其后没有实施毁弃、隐匿行为的，就不得不认为不可罚，但这样的结论并不妥当。另一方面，将他人的财物像自己的所有物那样进行利用、处分，也包含没有遵从财物的经济用途的处分行为，如单纯废弃的行为，所以，像判例那样限定为遵从财物的经济用途的利用、处分是没有理由的。因此，如果行为人具有作为自己的所有物进行支配的意思时，具有遵从财物的经济用途利用、处分他人的财物的意思的，当然具有非法占有目的，单纯以放弃、破坏、隐匿的意思夺取的，也可谓具有非法占有目的。”<sup>②</sup>

第三说认为，非法占有目的，是指遵从财物的（经济）用途进行利用的意图（仅有利用意思即可）。因为盗窃、诈骗等罪不是单纯地转移财物的占有，而是以转移占有后积极地利用财物为目的。如前田雅英教授指出，对占有的侵害只有达到值得科处刑罚的程度时，才具有构成要件符合性；一时使用他人财物的行为的可罚性，由对权利人利用的实际侵害程度来决定；所以，非法占有目的并不要求有“作为所有人进行支配的意思”。但是，仅从客观面还不能区分毁坏行为与盗窃、诈骗行为，所以，需要具有遵从财物的本性进行利用的意思。此外，遵从财物的本来的用途进行利用、处分的意思，并不影响违法性，取得罪与毁弃罪对他人财产的法益侵害性没有差异，甚至可以说毁弃罪的法益侵害性更严重。尽管如此，取得罪的法定刑依然重于毁弃罪，这是因为对于国民来说，取得罪是具有诱惑性的、容易实施的行为，需要严厉禁止。但是，在这种场合，不需要具有经济上得利的意思，只要具有符合财物的本性的利用意思即可。<sup>③</sup>

上述三种观点涉及的第一个实际问题是：盗窃、诈骗罪等与毁坏财物罪应如何区别？例一，以毁坏他人财物的意图取出财物，随后毁坏该

① 参见〔日〕团藤重光：《刑法纲要各论》，3版，563页，东京，创文社，1990。

② 〔日〕福田平：《刑法各论》，全订第3版增补，230～231页，东京，有斐阁，2002。

③ 参见〔日〕前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，197页以下，东京，东京大学出版会，2007。显然，前田雅英教授实际上是将排除意思归入到盗窃、诈骗罪的故意内容。

财物的，第一说主张成立毁坏财物罪，第二说主张成立盗窃罪，第三说主张成立毁坏财物罪。例二，以毁坏他人财物的意图取出财物，但其后并没有毁坏财物，而是单纯放置的，第一说主张成立毁坏财物罪，第二说主张成立盗窃罪，第三说主张成立毁坏财物罪。例三，以毁坏他人财物的意图取出财物，但其后产生非法占有目的，利用该财物的，第一说主张成立毁坏财物罪与侵占脱离占有物罪，第二说主张成立盗窃罪，第三说主张成立侵占脱离占有物罪。显然，对非法占有目的的理解不同，盗窃、诈骗与毁坏财物罪的界限就不同。

上述三种观点涉及的第二个实际问题是：对盗用、骗用他人财物的应如何处理？按理说，三种学说会得出不同结论；但从学说的实际运用来看，持各种学说的人，并不认为任何盗用行为、骗用行为都不成立犯罪，或者说，都可能认为一定的盗用行为、骗用行为具有非法占有目的，进而认定为盗窃罪、诈骗罪。例如，以使用后返还的意思，将他人的自行车使用了5分钟后返还原处的，各种学说都不认为成立盗窃罪，只是理由不尽相同；反之，以使用后返还的意思，将他人的自行车使用了一天，次日才归还的，各种学说都认为构成盗窃罪。再如，对于以使用后抛弃的意思擅自使用他人汽车的，各种学说也都主张成立盗窃罪，因为“使用后抛弃”的意思中既包含了排除意思（抛弃），也包含了利用意思（使用）。

日本的判例主张，非法占有目的的内容是“排除权利人，将他人的财物作为自己的所有物，并遵从其经济用途进行利用、处分的意思”<sup>①</sup>。据此，非法占有目的由排除意思与利用意思构成。关于排除意思，日本的判例起先基本上以行为人是否具有返还意思为基准进行判断。例如，单纯为了一时使用而将他人财物转移为自己占有的，不成立盗窃罪。<sup>②</sup>但是，对于以使用后抛弃的意思夺取他人船只的，认定为具有非法占有目的。<sup>③</sup>后来，即使行为人具有返还意思，也可能被认定具有非法占有目的。例如，行为人从某日上午7时至次日下午1时擅自使用他人汽车然后返还的<sup>④</sup>，行为人为了搬运赃物多次于夜间使用他人汽车次日早晨

① 日本大审院 1915 年 5 月 21 日判决，载《大审院刑事判决录》第 21 辑，663 页。

② 参见日本大审院 1920 年 2 月 4 日判决，载《大审院刑事判决录》第 26 辑，26 页。

③ 参见日本最高裁判所 1951 年 7 月 13 日判决，载《最高裁判所刑事判例集》第 5 卷第 8 号，1 437 页。

④ 参见日本东京高等裁判所 1958 年 3 月 4 日判决，载《高等裁判所刑事判例集》第 11 卷第 2 号，67 页。

返还的<sup>①</sup>，行为人擅自使用他人汽车约4小时，因无证驾驶被检举的<sup>②</sup>，出于复印目的将秘密资料拿出，复印后返还原处的（其间约2小时）<sup>③</sup>，都被认定有非法占有目的。关于利用意思，日本的判例起先要求行为人具有“遵从财物的经济用途进行使用、处分的意思”；但在难以认定遵从了财物的经济用途进行利用、处分的意思时，只要求具有“遵从财物的本来用途进行使用、处分的意思”，如为了投虚假选票，而将投票用纸取出的，被认定具有非法占有目的<sup>④</sup>；不仅如此，行为人具有“享受财物所产生的某种效用的意思”时，也认定具有利用意思，如为了捆木材而切割电线的，被认定具有非法占有目的。<sup>⑤</sup>不难看出，日本的审判实践虽然坚持非法占有目的的必要说，并且认为非法占有目的包括排除意思与利用意思，但对其内容存在缓和化的倾向。

德国刑法明文要求盗窃罪、诈骗罪具有非法占有目的。德国刑法理论认为，非法占有目的包括两个要素：一是排除占有（*Enteignung*），主要是指行为人意图获取财物本身或其经济价值，而持续性地排斥或破坏他人对财物的支配关系（消极要素）。如果在取得他人财物时具有返还的意思，则缺乏排除占有的意思，不成立盗窃、诈骗罪；但是，如果行为人打算在使用后将财物抛弃，则具有排除占有的意思。二是建立占有（*Aneignung*），主要是指行为人意图使自己或第三者具有类似所有人的地位，而将所取得之财物作为自己或第三者所有之财产（积极要素）。<sup>⑥</sup>另外，德国刑法规定了盗用交通工具罪（第248条b）。这似乎表明如果仅有利用意思而没有排除意思，就不具有非法占有目的；果真如此，则与日本刑法理论的第二说大体相当。但是，如果行为人具有取得财物的价值的意义时，仍然被认为具有非法占有目的。例如，非法取得他人的推理小说，读完后返还他人的，被认定为取得（消费）了财物

- 
- ① 参见日本最高裁判所1968年9月17日判决，载《判例时报》第534号，85页。
- ② 参见日本最高裁判所1980年10月30日判决，载《最高裁判所刑事判例集》第34卷第5号，357页。
- ③ 参见日本东京地方裁判所1980年2月14日判决，载《刑事裁判月报》第12卷第1、2合并号，47页。
- ④ 参见日本最高裁判所1958年4月17日判决，载《最高裁判所刑事判例集》第12卷第6号，1079页。
- ⑤ 参见日本最高裁判所1960年9月9日判决，载《最高裁判所刑事判例集》第14卷第11号，1457页；日本东京地方裁判所1987年10月6日判决，载《判例时报》第1259号，137页。
- ⑥ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, 23. Aufl., C. f. Müller 2000, S. 51f.

的价值。因此，即便使用他人机械后返还的，但由于消耗了电池、汽油等，或者使用他人汽车后返还的，但由于消耗了轮胎、汽油等，也有可能认定为具有非法占有目的。<sup>①</sup>

英国普通法一直将“永久性剥夺他人财产的意图”作为盗窃、诈骗罪的主观要件。但是，一方面，英国刑法并不要求行为人具有获利意思(lucri causa)，即使以毁坏的意思夺取或骗取他人财物的，依然成立盗窃或诈骗罪。例如，被告人的朋友因为盗窃他人的马而受到追诉，被告人以毁灭罪证的目的，将他人的马牵出后使之摔死于矿井的，被认定为盗窃罪。因为就盗窃罪的主观要件而言，只要行为人具有不诚实地完全剥夺所有人的财物的意思就够了，而不要求具有获利的意思。另一方面，由于英国刑法明文要求盗窃、诈骗罪具有“永久性剥夺他人财产的意图”，所以，暂时的盗用行为、骗用行为不构成盗窃、诈骗罪。例如，擅自将他人的马牵走后放置在30英里以外的场所的，虽然成立其他罪，却不成立盗窃罪。但是，在英国的判例上，以下三种虽不具有永久性剥夺他人财产的意图的行为，仍然被认定为盗窃或诈骗罪：一是为了索要金钱等而夺取他人财物的，成立盗窃或诈骗罪。这是指为了使财物的所有人买回或者给予报酬而取得所有人财物的情形。例如，将所有人的马牵走后，要求所有人给付金钱，否则不归还马的，成立盗窃罪。再如，在被害人家里做工的人，将被害人掉在院里的贵重金属拿回自己家，要求被害人给付金钱才返还的，成立盗窃罪。二是以质押目的暂时使用他人财物的，被认定为盗窃罪。三是以消费财物的价值的意义暂时使用他人财物的，也被认定为盗窃罪。<sup>②</sup>

英国《1968年窃盗法》第15条第1款明文规定，诈骗罪必须具有“永久性剥夺他人财产的意图”。但是，一方面，该法第6条第1款规定，行为人虽然不具有使他人永久性丧失财产的意图而取得属于他人的财产，但如果行为人不顾及他人的权利，具有将该财产作为自己的财产进行处置的意思的，视为具有永久性剥夺他人财产的意图。第6条第2款规定，合法或者非法地占有或支配他人财产的人，在不能履行归还义务的情况下，为了自己而未经他人许可放弃该财产的，属于将他人财产作为自己

① 参见〔日〕木村光江：《主观的犯罪要素の研究》，250页，东京，东京大学出版会，1992。

② 参见〔日〕木村光江：《主观的犯罪要素の研究》，198页以下，东京，东京大学出版会，1992。

的财产进行处置。显然，前述三种虽不具有永久性剥夺他人财产的意图，但仍然被判例认定为盗窃罪或诈骗罪的情形，在制定法上被视为具有永久性剥夺他人财产的意图。另一方面，该法第12条又规定了未经授权而使用他人的机动车辆或其他运输工具罪。据此，盗用、骗用行为原则上不认为具有永久性剥夺他人财产的意图，因而不成立盗窃罪、诈骗罪。

由此看来，英国刑法与判例似乎与上述日本的第二说相同，即行为人具有将他人的财产作为自己的财产进行支配的意思时，便具备盗窃、诈骗罪的主观要素（非法占有目的）。

通过上述分析，大体可以得出以下结论：第一，日本、德国、英国刑法注重保护被害人的财产，不仅保护财物本身，而且保护财物的价值。第二，不具有非法占有目的，仅具有毁坏意图的，原则上只成立毁坏财物罪，而不成立盗窃、诈骗罪。第三，如果刑法规定了使用盗窃罪，那么，刑法理论与审判实践便将非法占有目的解释为将他人的财产作为自己的财产进行支配的意图，即原则上只要具有排除意思即可；如果刑法没有规定使用盗窃罪，那么，刑法理论与审判实践便要求同时具有排除意思与利用意思。虽然在此问题上存在争论，但有些学者所主张的排除意思实际上包含了利用意思；而且不同观点对某些案件得出的结论完全可能相同。

由于非法占有目的是盗窃故意、诈骗故意之外的主观要素，所以，其内容不能包含在盗窃故意、诈骗故意之内；否则，就没有必要在故意之外另要求非法占有目的。因此，必须处理好非法占有目的与盗窃、诈骗故意内容的关系。

根据刑法总则关于故意的规定以及盗窃罪、诈骗罪的特点，盗窃罪、诈骗罪的故意内容为，明知自己的盗窃行为、诈骗行为会发生侵害公私财产的危害结果，并且希望或者放任这种结果的发生。由于盗窃罪、诈骗罪都是转移财产占有的犯罪，所以，“侵害公私财产的危害结果”也可以被解释为转移公私财产的危害结果，所谓“转移”实质上就是剥夺了公私财产的占有。在此意义上，可以将“侵害公私财产的危害结果”解释为“剥夺公私财产的危害结果”。

由此可见，在我国，如果认为非法占有目的仅指“永久性剥夺公私财产的意图”<sup>①</sup>，就会出现以下几个方面的问题：

第一，剥夺公私财产的意图可以包含在盗窃罪、诈骗罪故意的意志

<sup>①</sup> “剥夺”并不当然包含转移占有的意思。例如，“剥夺政治权利”并不意味着将犯罪人的政治权利转移给他人，只是单纯地使犯罪人丧失政治权利。

因素中；既然如此，就没有必要将非法占有目的作为独立的主观要素。所以，一方面将非法占有目的作为故意之外的主观要素，另一方面将非法占有目的解释为“永久性剥夺公私财产的意图”有叠床架屋之嫌。<sup>①</sup>

第二，如果将“永久性剥夺公私财产的意图”这种对危害结果的希望态度作为非法占有目的的内容，就有可能导致盗窃罪、诈骗罪只能由直接故意构成，排除了间接故意构成盗窃罪、诈骗罪的可能性。这是笔者所不赞成的。

第三，将“永久性剥夺公私财产的意图”作为非法占有目的的内容，就绝对将值得处罚的盗用行为、骗用行为排除在盗窃罪、诈骗罪之外。但如后所述，这并不妥当。

第四，将“永久性剥夺他人财产的意图”作为盗窃罪、诈骗罪的主观要素，虽然可谓英美的普通法与制定法一直主张，但是，该观念不利于区分盗窃、诈骗等取得罪与毁坏财物罪的界限。如英国刑法学者指出：“《1968年窃盗法》第1条第2款规定：‘据为己有行为是否出于获利目的而为，或者是为窃贼自己的利益而为，并非重要。’因此，按照旧有法律假设，如果D取走P的信件并将它们扔到厕所或者使P的马掉进矿井，他构成窃盗罪，尽管存在着他仅是意图使P遭受损失，而不是为其本人或任何其他他人获得利益这一事实。有人可能认为，这些例子可以更妥当也更为适当地留给刑法的其他部门——例如对财产的刑事损害——加以解决。但是存在着这样的判例，即没有可以按照其他法律据以起诉的诸如对该物的损害或者毁坏场合。例如，D取走P的钻石并将其扔进池塘。该钻石未受损害地躺在池塘里，刑事损害的起诉就不能被提起。因此，D构成窃盗罪的结论看上去显然是正确的。”<sup>②</sup>然而，英国学者的这种观点难以被我们接受。因为一方面，如同前述日本刑法理论中仅要求排除意思的第二说一样，这种观点导致只有在丝毫不移动他人财物的前提下予以毁坏的，才成立故意毁坏财产罪，这明显不当缩小了故意毁坏财物罪的范围，也不能说明盗窃罪、诈骗罪的法定刑重于故意毁坏财物罪的根据。另一方面，在我国以及其他大陆法系国家，所谓

① 在此意义上说，如果将“永久性剥夺公私财产的意思”作为盗窃、诈骗罪等取得罪的意志因素，而不另要求非法占有目的，倒是协调一致的。但是，如后所述，这又存在其他缺陷与问题。

② [英] J.C. 史密斯、B. 霍根：《英国刑法》，李贵方等译，603页，北京，法律出版社，2000。

将他人钻石扔进池塘的行为，完全属于毁坏财物的行为，因为该行为导致他人丧失钻石的使用价值。所以，不应当将“毁坏”作不当的限制解释，然后将毁坏财物的行为归入盗窃或诈骗，进而将非法占有目的仅解释为“永久性剥夺他人财产的意思”。

正因为如此，日本刑法理论与判例所要求的“排除意思”并不只是排除权利人对其财物的支配，还具有将他人财物作为自己的所有物进行支配的意思；同样，德国刑法理论除了要求“排除占有”的意思外，还要求“建立占有”的意思。这样至少可以克服将“永久性剥夺他人财产的意图”作为非法占有目的的前两个缺陷：其一，由于行为人不仅具有排除权利人的意思，还具有将他人财物作为自己的所有物进行支配的意思，故“将他人财物作为自己的所有物进行支配”的意思已经超出了盗窃罪、诈骗罪的意志因素，换言之，日本刑法理论与判例所要求的“排除意思”以及德国刑法理论中的“建立占有”，不只是对盗窃罪、诈骗罪结果的希望，而是更进一步、更深层次的要素，所以，有必要将其作为主观的超过要素。其二，由于日本理论与判例所要求的“排除意思”与德国理论中“建立占有”的意图，已不属于对结果的希望，所以，盗窃罪、诈骗罪依然可以由间接故意构成。

但是，仅有“将他人财物作为自己的所有物进行支配的意思”仍然不能合理地区分盗窃罪、诈骗罪与故意毁坏财物罪的界限。因为只有财物的所有人才有权毁坏其财物，所以，行为人故意毁坏他人财物时，也可谓“将他人财物作为自己的所有物进行支配”。果真如此，凡是稍微转移了占有，然后毁坏财物的，都成立盗窃、诈骗等罪，而不成立故意毁坏财物罪。例如，谎称观看他人的钻石戒指，接过他人的钻石戒指后立即扔入海中的，不成立故意毁坏财物罪，而成立盗窃罪。这显然不合适。不仅如此，仅将非法占有目的解释为“将他人财物作为自己的所有物进行支配”，也不能说明为什么盗窃罪、诈骗罪的法定刑重于故意毁坏财物罪。因为盗窃罪、诈骗罪与故意毁坏财物罪一样，都具有“永久性剥夺他人财产的意思”，法益侵害程度相同。所以，要说明盗窃罪、诈骗罪与故意毁坏财物罪的法定刑区别，必须在其他方面寻找根据。日本学者西田典之指出：“就法益侵害而言，尽管可以说没有恢复可能性的毁坏财物罪更大；但盗窃罪的处罚之所以重于毁坏财物罪，是因为利用财物的动机、目的值得更严厉的非难；而且，从一般预防的见地考虑，抑止的必要性更大。果真如此，即使同样是侵害占有的行为，也必须由行为人是具有取得利用可能性的目的，还是具有妨害利用的目的这

种主观要素，来区分盗窃罪与毁坏财物罪。因此，这个意义上的非法占有目的是主观的责任要素。”<sup>①</sup> 易言之，只有将利用意思纳入非法占有目的的内容，才能说明为什么盗窃、诈骗等取得罪的法定刑重于故意毁坏财物罪的法定刑。

基于上述理由，本书认为，非法占有目的，是指排除权利人，将他人的财物作为自己的所有物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。即非法占有目的由“排除意思”与“利用意思”构成，前者重视的是法的侧面，后者重视的是经济的侧面，二者的机能不同。前者的机能主要在使盗窃罪、诈骗罪与一时使用他人财物的不可罚的盗用行为、骗用行为相区别；后者的机能主要在使盗窃罪、诈骗罪与故意毁坏财物罪相区别。

### （3）非法占有目的的具体内容

如上所述，非法占有目的包括排除意思与利用意思，但由于二者的机能不同，需要分别探讨。

#### A. 排除意思

排除意思的主要机能是，将不值得科处刑罚的盗用、骗用行为排除在犯罪之外。所以，难以事先形式地确定排除意思的含义，然后据此区分盗窃罪、诈骗罪与盗用、骗用行为的界限，而应根据刑法目的、刑事政策等从实质上区分不值得科处刑罚的盗用、骗用行为的界限，再确定排除意思的含义。

可以肯定的是，对占有、所有的轻微侵害，不值得科处刑罚。但是，对占有、所有的侵害是否轻微，并非仅取决于行为对他人财产的剥夺时间。例如，即使永久性剥夺他人价值微薄的财产，也没有科处刑罚的必要。反之，“对于极为重视使用权的财物，即便出于短时间的擅自使用的意思，也能成立盗窃”<sup>②</sup>。而且，不容忽视的是，财产是权利人实现经济目的与社会目的的手段，是被权利人利用以达致其目的的工具。所以，所谓对财产的保护，更重要的是对权利人利用财产的保护；而权利人对财产利用，并不只是利用物体本身，更要利用物体的价值。因此，一时使用的行为是否具有可罚性，不仅要考虑行为人有无返还的意思、使用的时间长短，更要考虑财物的重大性、对被害人的利用可能性的妨害程度等。例如，A 谎称使用几小时而骗得 B 的轿车，但使

① [日] 西田典之：《刑法各论》，5 版，155～156 页，东京，弘文堂，2010。

② [日] 大谷实：《刑法各论》，黎宏译，144 页，北京，法律出版社，2003。

用几个月后才归还。即使有充分证据表明，A 绝无永久剥夺 B 对轿车的所有权之意，也应认定 A 的行为构成诈骗罪。因为 A 的行为不仅侵犯了 B 对自己财物的占有，而且实际上在几个月内排除了权利人 B 对车辆的支配，将 B 的车辆作为自己的所有物一样占有、使用。所以，说到底，排除意思是达到了可罚程度的妨害他人利用财产的意思，或者说，排除意思是引起可罚的法益侵害（妨害利用）的意思。

根据日本学者山口厚的观点，对以下三种情形应认定具有排除意思：第一，行为人虽然只有一时使用的意思，但没有返还的意思，相反，具有在使用后毁弃、放置的意思而窃取、骗取财物的，由于具有持续性地侵害他人对财物的利用可能性的意思，应认定存在排除意思，成立盗窃罪、诈骗罪。例如，行为人盗用他人轿车，开到目的地后，将轿车抛弃在目的地的，存在排除意思，构成盗窃罪。第二，行为人虽然具有返还的意思，但具有侵害相当程度的利用可能性的意思时，由于存在可罚的法益侵害的危险，应肯定排除意思的存在，认定为盗窃罪、诈骗罪。对此，需要通过考察被害人的利用可能性与必要性的程度、预定的妨害被害人利用的时间、财物的价值等来判断是否具有可罚性。例如，行为人在 2011 年司法考试前窃取他人正在使用的 2011 年司法考试指导用书（假定数额较大），即使具有归还的意思，且在 2011 年司法考试结束后归还的，也有必要认定为盗窃罪。第三，行为人虽然具有返还的意思，而且对被害人的利用可能性的侵害相对轻微，但具有消耗财物中的价值的意思时，由于对作为所有权内容的利益造成了重大侵害，应认定具有排除意思，成立盗窃罪、诈骗罪。例如，行为人为了伪装退货、取得商品对价，而从超市拿出商品的，应认定具有排除意思。再如，骗取他人的手机，以便短时内让被害人用金钱赎回的，存在排除意思。<sup>①</sup>

显然，上述第一种情形的排除意思，表现为排除权利人对其财物本身的占有的意思；如果权利人不能占有自己的财物，就不可能利用、处分自己的财物，所以，这种情形下的排除意思是达到了可罚程度的妨害他人利用财产的意思。第二种排除意思，表现为排除权利人对其财物的利用可能性的意思；由于财物是被权利人利用以达致其目的的工具，对财产的保护更重要的是对权利人利用财产的保护，所以，这种情形下的排除意思也是达到了可罚程度的妨害他人利用财产的意思。第三种排除

<sup>①</sup> 参见 [日] 山口厚：《问题探究 刑法各论》，118 页以下，东京，有斐阁，1999。

意思，表现为排除权利人对其财物的价值的占有与利用的意思；由于权利人占有财物是为了利用财物的价值，对财物的保护实质上是为了保护权利人对财物价值的享有，所以，这种情形下的排除意思同样是达到了可罚程度的妨害他人利用财产的意思。

下面三起案例，对于理解财产罪的非法占有目的具有意义。

案例一：被告人王某从2003年起驾驶用黑色胶布改动过号牌的摩托车在市区多次进行飞车抢夺。一日，王某在驾驶摩托车时与一小汽车发生碰撞，交警接到报案进行现场勘察时，发现摩托车车牌被人用黑色胶布改过，正欲作进一步检查，坐在警车后排正准备签事故调解书的王某，见状立即走到驾驶座上，开动警车逃跑，后因车速过快翻倒，遂弃车而逃。一种意见认为，王某主观故意是为了逃跑，其抢夺警车只是为了逃到某个地点，不让警察抓获自己。客观上虽然符合抢夺的特征，但目的并不是为了占有警车，所以不具备“以非法占有为目的”的主观要件。另一种意见认为，王某偷开警车逃跑，为自己所用，避免了当场被交警抓获，其获得的实际上也是一种非法的“利益”，对这种自用的处置方法，也应认定为非法占有的一种表现形式。<sup>①</sup>

根据本书的观点，王某具有非法占有目的。即使王某只具有一时使用警车的意图，但由于他是为了逃避警察的处罚，故不可能具有归还警车的意图；即使王某并不永久性使用警车，也会在一时使用后毁弃或者放置警车。由于王某具有持续性地侵害警察对警车的利用可能性的意思，所以应认定存在排除意思，视行为性质成立抢夺罪或盗窃罪。

案例二：某日，方某在汽车客运站看见几辆出租车停在候客区，其中有一辆桑塔纳出租车上空无一人，钥匙还插在启动锁孔上。方某迅速打开车门坐在驾驶座上，启动马达。正与另一辆出租车司机聊天的车主张某听到自己的出租车发动机的声音，立即跑到驾驶室门边，一边呵斥方某熄火下车，一边抢握方向盘和争夺汽车钥匙，阻止方某开车。方某加大油门，强行把汽车开走。张某四处寻找未果后报警。10小时后，方某因开车操作不当，撞上立交桥下的一根水泥大柱。车子在事故中断成两截，不能再使用。事后，方某对警察说他开走他人的车辆是用来“玩一玩”，不想长期占有。第一种意见认为，方某不经过车主同意把汽

<sup>①</sup> 参见邓国华：《为逃跑夺警车如何定性》，载《检察日报》，2004-09-15，3版。

车开走，侵占他人汽车的使用权，主观目的是“玩一玩”，没有非法占有目的，而且汽车不经过转户手续就不能享有所有权，因此，方某的行为不构成犯罪。第二种观点虽然肯定方某实施了盗窃行为，但仍主张对方某的行为以故意毁坏财物罪论处。第三种观点认为，方某趁车主不备，溜进车内启动汽车，在车主发现后上前制止的时候，公然强行将汽车开走，缺乏归还汽车的意思，相反具有永久占有的意思，即具有非法占有他人汽车的主观目的，构成抢夺罪。<sup>①</sup>

显然，前两种观点都否认了方某具有非法占有目的，其中，第二种观点将不可罚的事后行为作为独立的犯罪行为处罚，将基本犯罪行为搁置一边，存在明显的缺陷。第三种观点虽然肯定了方某具有非法占有目的，但前提是否认方某的归还意思，肯定其具有永久占有的意思。在本书看来，即使方某只是想开车“玩一玩”，具有归还的意思，也不能否认其非法占有目的。因为出租车司机对于出租车的利用必要性相当大，即使方某预定归还，但其预定归还的时间（即使用时间）不会少于10小时，而且其行为导致出租车毁坏，故应当认定方某具有侵害被害人相当程度的利用可能性的意思，即具有排除意思。

案例三：何某在某市经营小商店，被告人刘某以无偿帮助何某卖电话卡为名，从何某处拿走面值100元的17908 IP卡100张。刘某将卡拿回家后，用刀片将卡上的密码条割开，记下密码后将封条恢复原状。刘某将其中80张17908 IP卡内的话费共计8000元转入其正在使用的IP卡内，然后将该80张17908 IP卡退回给何某，声称只卖了20张卡（将20张卡的销售款交付何某，该20张卡的密码封条刮割痕迹明显，未拿去退还）。何某将刘某退回的卡陆续售出，买卡人发现所购IP卡为空额后找何某退货。何某报案后，公安机关将刘某抓获。

从形式上看，刘某将80张IP卡返还给了何某，即刘某将其骗得的IP卡返还给了何某，似乎没有非法排除何某对作为有体物的IP卡本身的所有，但是，刘某具有消耗IP卡中的价值的行为，事实上也消耗了IP卡中的价值，对作为所有权内容的利益造成了重大侵害，应肯定其存在排除意思，认定为诈骗罪。

通过上述理论讨论与案例分析可以看出，虽然在司法实践中，大多数财产犯的行为人具有永久性的排除意思，但非法占有目的不以永久性

<sup>①</sup> 参见蒙旗：《强行开走他人汽车造成车毁如何定性》，载《检察日报》，2004-09-14，3版。

的排除意思为必要。诚然，就行为人消耗财物中的价值而言，可以认为具有永久性剥夺他人财物的价值的意义，但是，在许多情况下，之所以认定行为构成财产罪，并不一定是因为行为人消耗了财物的价值，而是因为行为人取得了财物本身。然而，即使一时性地取得财物的行为，也可能造成了值得科处刑罚的法益侵害。所以，不能一概要求行为人具有永久性的排除意思。<sup>①</sup>

在此，有必要对有关司法解释进行分析。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 12 条第 4 项指出：“为练习开车、游乐等目的，多次偷开机动车辆，并将机动车辆丢失的，以盗窃罪定罪处罚；在偷开机动车辆过程中发生交通肇事构成犯罪，又构成其他罪的，应当以交通肇事罪和其他罪实行数罪并罚；偷开机动车辆造成车辆损坏的，按照刑法第二百七十五条的规定定罪处罚；偶尔偷开机动车辆，情节轻微的，可以不认为是犯罪。”在本书看来，这一解释存在疑问。

第一，对于为练习开车、游乐等目的，多次偷开机动车辆，并将机动车辆丢失的，认定行为人具有排除意思与利用意思，不存在疑问。在这种情况下，如果行为人具有使用后抛弃机动车辆的意思，应认为具有持续性地侵害他人对财物的利用可能性的意思，所以存在排除意思。如果行为人具有归还意思，只是过失导致机动车辆“丢失”，则因为行为人具有侵害相当程度的利用可能性的意思，应认定存在排除意思，具有非法占有目的。<sup>②</sup>

第二，对于在偷开机动车辆过程中发生交通肇事构成犯罪，又构成其他罪的情形，如果司法解释所称“应当以交通肇事罪和其他罪实行数罪并罚”，是指以交通肇事罪与盗窃罪并罚，则不存在疑问；如果司法解释所称“应当以交通肇事罪和其他罪实行数罪并罚”，是指以交通肇事罪与盗窃罪之外的其他犯罪并罚，则存在疑问。因为偷开机动车辆发生交通事故的行为，表明行为人同时具有排除意思与利用意思，不能排除盗窃罪的成立。

第三，对于偷开机动车辆造成车辆损坏的，一般按照刑法第 275 条

① 不过，在—时性地取得他人财物的行为不具有刑事违法性等情况下，通常只有具有永久性或持续性的排除意思时，才能认定行为人具有非法占有目的。

② 偷开汽车的行为人，利用意思相当明显，关键在于是否具有排除意思；如得出肯定结论，则存在盗窃罪的非法占有目的。

的规定以故意毁坏财物罪处罚，也存在疑问。当偷开机动车辆造成车辆毁坏的行为人，具有持续性地侵害他人对财物的利用可能性的意思，或者具有侵害相当程度的利用可能性的意思时，就具有排除意思，应当以盗窃罪论处。所以，肯定上述第一种情形成立盗窃罪，而将第三种情形认定为故意毁坏财物罪，有不协调甚至自相矛盾之嫌。

第四，“偶尔偷开机动车辆，情节轻微的，可以不认为是犯罪”的结论，大体是成立的。但应注意的是，需要通过考察被害人的利用可能性与必要性的程度、预定的妨害被害人利用的时间、机动车辆的价值等来判断情节是否轻微。此外，上述司法解释第12条第3项还规定：“为实施其他犯罪，偷开机动车辆当犯罪工具使用后，将偷开的机动车辆送回原处或者停放到原处附近，车辆未丢失的，按照其所实施的犯罪从重处罚。”但是，根据前述分析，并不能绝对排除这种情形成立盗窃罪。因为如果偷开机动车的行为，严重妨害了被害人对车辆的重要利用，仍应肯定行为人具有排除意思，值得以盗窃罪论处。

总之，对于骗开、偷开他人机动车辆的行为，应以是否严重妨碍被害人对机动车辆的利用可能性、是否严重消耗他人机动车辆的价值为核心，根据各种事实，全面判断行为人是否具有排除意思，而不能仅根据是否归还原处来判断非法占有目的。当然，对偷开、骗开他人机动车辆的行为构成盗窃罪、诈骗罪的，在量刑时应与通常的盗窃、诈骗机动车辆的行为相区别。换言之，就偷开、骗开他人机动车辆的案件而言，不能将机动车辆本身的财产价值作为盗窃、诈骗数额，只能将行为人偷开、骗开他人机动车辆所消耗、毁坏的价值作为盗窃、诈骗数额。

#### B. 利用意思

如前所述，如果不要求利用意思，那么，以毁坏的意思取得财物的，也成立盗窃罪、诈骗罪，导致故意毁坏财物罪仅限于没有转移占有的场合（即仅限于在占有者的占有之下毁坏财物的场合），这不仅过于缩小了故意毁坏财物罪的范围，而且不能说明盗窃罪重于故意毁坏财物罪的实质根据。

日本审判实践针对不同案件，曾将利用意思表述为“遵从财物的经济用途进行利用、处分的意思”、“遵从财物的本来用途进行利用、处分的意思”、“享受财物所产生的某种效用的意思”。应当说，前两种表述导致利用意思的范围过窄。在日本刑法理论上，有的学者认为，利用意

思是指“享受财物自身具有的利益或效用的意思”<sup>①</sup>，或者“享受财物产生的某种效用的意思”<sup>②</sup>；有的学者认为，利用意思是指除单纯毁坏、隐匿意思以外的利用、处分的意思。<sup>③</sup>这两个表述不存在实质差异，都旨在将单纯毁坏、隐匿意思排除在外。

本书认为，利用意思，是指遵从财物可能具有的用法进行利用、处分的意思。这种意思已经超出了“单纯取得财物的利用可能性的意思”，是更为实质的意思。基于这种意思取得他人财物时，由于其法益侵害行为是基于强力的动机，所以责任更重。因此，盗窃罪、诈骗罪的法定刑高于故意毁坏财物罪的法定刑。<sup>④</sup>

首先，利用意思不限于遵从财物的经济用途进行利用、处分的意思。例如，男性基于癖好窃取女士内衣的，虽然不是基于遵从内衣的经济用途进行利用、处分的意思，但不排除行为人具有利用意思，仍然成立盗窃罪。

其次，利用意思不限于遵从财物的本来用途进行利用、处分的意思。例如，为了燃柴取暖而窃取他人家具的，仍然具有利用意思。再如，骗取他人钢材作为废品卖给废品回收公司的，存在利用意思，依然成立诈骗罪。

再次，一般来说，凡是以单纯毁坏、隐匿意思以外的意思而取得他人财物的，都可能评价为具有遵从财物可能具有的用法进行利用、处分的意思。例如，骗取他人的名画用于自己观赏的，具有利用意思，构成诈骗罪。但是，如果在具有毁坏、隐匿的意思的同时还具有其他动机，而该动机不能评价为具有遵从财物可能具有的用法进行利用、处分的意思时，不能认定具有利用意思。例如，杀人犯甲在杀害乙后，为了防止司法机关发现被害人的身份，而将乙随身携带的钱包、证件等取走后扔入海中。虽然甲取走乙财物的行为不只是单纯地毁坏、隐匿，而是具有防止司法机关发现被害人身份的意思，但该意思不能被评价为遵从财物可能具有的用法进行利用、处分的意思，所以，甲不具有利用意思，不成立盗窃罪、侵占罪。反之，如果在具有毁坏、隐匿的意思的同时还具有其他动机，而且该动机能够评价为遵从财物可能具有的用法进行利

① [日] 西田典之：《刑法各论》，5版，156页，东京，弘文堂，2010。

② [日] 山口厚：《刑法各论》，2版，202页，东京，有斐阁，2010。

③ 参见 [日] 大谷实：《刑法讲义各论》，新版第2版，189页，东京，成文堂，2007。

④ 参见 [日] 山口厚：《刑法各论》，2版，203页，东京，有斐阁，2010。

用、处分的意思时，则宜认定具有利用意思。例如，“丙取走与自己珍藏之高价邮票相同而属于丁所有之邮票，并加以毁弃，而使自己所有之邮票成为世界上惟一之邮票，以提高其交易价格等”<sup>①</sup>。由于丙不只是单纯毁坏他人邮票，而且具有利用他人邮票价值的意，应肯定其具有利用意思。

最后，以毁坏的意思取得他人财物后，没有毁坏财物而是单纯予以放置的，成立故意毁坏财物罪，因为该行为导致被害人丧失了财物的效用。以毁坏的意思取得他人财物后，又利用该财物的，则成立侵占罪。<sup>②</sup>

由上可见，如果行为人具有直接获得利益、享受利益的意思，即使利用了财物的例外用途，也应认定具有利用意思；反之，典型地取得了财物的效用时，即使没有获取利益的意思，也具有利用意思。<sup>③</sup> 因此，非法占有目的，并不一定意味着必须具有“增加自己的财产总量”的意思。换言之，虽然非法占有既包括积极利益的增加，也包括消极利益的减少，但并非仅限于这两种情形，而是包括遵从财物可能具有的用法进行利用、处分的意思的所有情形，或者说包括取得、享受财物可能具有的利益或效用的一切情形。

#### （4）非法占有目的的其他问题

第一，关于非法占有的对象，德国刑法理论在盗窃罪问题上存在物质理论（物体理论）（Substanztheorie）、价值理论（Werttheorie；Sachwerttheorie）与结合理论（Vereinigungstheorie）之争。物质理论认为，非法占有目的，是指行为人具有将他人的财物本身（物质、物体）非法予以占有的意思。价值理论认为，非法占有目的，是指行为人具有非法占有他人财物的价值的意。结合理论认为，只要行为人具有非法占有他人的财物本身或者财物的价值的意，就具有非法占有目的。显然，结合理论实际上是择一理论。<sup>④</sup> 根据物质理论，行为人取走他人财物后，将依附于财物的经济价值抽出后将该物返还的，不成立盗窃罪，这显然不合适。根据价值理论，取得缺乏经济价值的财物的行为，不成

① 林山田：《刑法各罪论》，上册，增订2版，292页，作者发行，1999。

② 参见〔日〕山口厚：《刑法各论》，2版，203页，东京，有斐阁，2010。

③ 参见〔日〕前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，200页，东京，东京大学出版会，2007。

④ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 21. Aufl., C. H. Beck 1995, S. 983f; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, 23. Aufl., C. f. Müller 2000, S. 45f.

立盗窃罪，这在德国也不妥当。所以，结合理论成为德国刑法理论与审判实践的通说。

在我国，盗窃、诈骗等财产罪的对象，实际上既包括普通财物，也包括财产性利益<sup>①</sup>，所以，非法占有目的中的占有对象既包括财物本身，也包括财产性利益。其中的财物，不仅包括财物本身，也包括附着于财物的经济价值（附着于财物的经济价值有时也可能被评价为财产性利益）。例如，行为人使用欺骗手段骗取被害人的购物卡后，使用该购物卡购买商品归自己所有，然后将购物卡还给被害人的，就购物卡的经济价值具有非法占有目的，成立诈骗罪。

第二，非法占有的目的，既包括以使行为人自己非法占有为目的，也包括以使第三者（包括单位）非法占有为目的。例如，行为人为了单位非法占有而盗窃、诈骗他人财物的，也成立盗窃罪、诈骗罪。因为以使第三者非法占有为目的实施的盗窃、诈骗等行为，同样侵犯了他人的财产；以使第三者非法占有为目的，并不意味着毁坏、隐匿财产，仍然能够被评价为具有遵从财物可能具有的用法进行利用、处分的意思；以使第三者非法占有为目的，仍然说明行为人具有利欲动机、非难可能性重于故意毁坏财物罪。<sup>②</sup>正因为如此，凡是明文规定了非法占有目的的刑法，都将第三者规定为非法占有的主体。如前述德国刑法第 242 条、第 263 条、瑞士刑法第 139 条、第 146 条都是如此。同样，即使刑法没有规定非法占有目的的国家，刑法理论或者将使第三者取得财物作为盗窃、诈骗的故意内容，或者将使第三者取得财物作为非法占有目的的内容。如日本学者大塚仁教授认为，非法占有目的不是诈骗罪的主观要素，但他认为，诈骗罪的故意，“是对欺骗他人使之陷入错误、使其通过财产处分行为交付财物、自己或第三者取得财物的占有存在认识、认容”<sup>③</sup>。

第三，对于非法占有目的中的“非法”，应根据财产罪的保护法益进行理解：只要是侵害财产罪所保护的法益的，就可以认定为非法，进而认定行为人的占有目的具有非法性。因此，一般来说，行为人没有占有他人财产的合法根据，或者说没有使他人转移财产给行为人或第三者的合法根据，却具有占有他人财产的目的的，就属于非法占有目的。这

① 参见张明楷：《财产性利益是诈骗罪的对象》，载《法律科学》，2005（3），72页以下。

② 当然，对其中的“第三者”是否需要一定的限制，是值得进一步研究的问题。

③ [日]大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，275页，东京，有斐阁，2005。

里的合法根据，通常是指符合财产法的根据。例如，如果行为人没有使受骗人向自己或第三者转移财产的民法根据或者民法上的权利，那么，就可以认定行为人占有目的非法性。再如，行为人虽然对某种财物享有所有权，但如果对方具有合法占有的权利时，行为人窃取该财物的，侵犯了盗窃罪的保护法益，行为人的占有目的也具有非法性。

但是，在此问题上，不可忽视刑法对所有权的拟制规定。即根据民法的规定，行为人对某种财产享有所有权，但根据刑法的规定，行为人对财产的所有权已经转移给他人或者单位。例如，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。”据此，A将邮件交付邮局投递之后，该邮件在邮局的运输过程中，民法依然认为该邮件的所有权属于A，邮局只是占有了邮件；但根据刑法的拟制规定，该邮件已经属于公共财产，而非A的私人财产。如果A窃取该邮件的，依然具有非法占有目的。再如，B所有的卡车因为违章被国家机关扣押，国家机关依法作出罚款决定，B只有缴纳罚款后才能将卡车取回。根据民法的规定，卡车在国家机关扣押期间，依然属于B所有；但根据刑法的拟制规定，该卡车属国家机关的公共财产，而非B所有。同样，如果B采取欺骗手段从国家机关骗回卡车，也存在非法占有目的。

即使不存在刑法的拟制规定，对非法占有目的也应做出符合社会现实的解释。因为在现代社会，所有权已经不再绝对化，而是受到公法的限制。例如，即使自己所有的刀具，也不能在民用飞机上随身携带。即使自己所有的房屋，也不能用于开设赌场。在上例中，当B的卡车被国家机关依法扣押后，虽然B在民法上依然对卡车享有所有权，即使在刑法上也承认B对其卡车享有所有权，但B对卡车所有权的行使受到了合法限制。详言之，B只有缴纳罚款后，国家机关才能解除对其所有权行使的限制。B如果不缴纳罚款，就不可能像民法上的所有权人那样行使所有权。显然，B要想将对卡车的所有恢复至不受限制的状态，就必须缴纳罚款。换言之，缴纳罚款后索回卡车，才能合法地恢复对卡车行使不受限制的所有权。如果通过欺骗等非法手段索回卡车，则意味着非法地恢复了对卡车行使不受限制的所有权。这种意图，也属于非法占有目的。概言之，非法占有目的，并不局限于从他人占有非法转移为自己占有的目的，还应包括从自己受公法限制的所有非法转移为不受公法限制的所有的目的。

第四，行为人直接消费公私财物的，也应认定具有非法占有目的。

例如，甲在职期间，连续使用公款私自出境 10 余次，共花掉公款 20 余万元。甲出境前既未向有关部门请假，也未同任何负责人商量。又如，乙在任职期间，私自在娱乐场所消费后，利用职务上的便利报销，总计数额为 50 余万元。甲、乙主观上是否具有非法占有的目的，是认定其行为是否构成贪污罪的关键。本书认为，非法占有目的包括以直接消费公私财物为目的，换言之，直接消费公私财物的行为，也是以非法占有为目的的行为。

如上所述，非法占有目的的机能，一方面是为了将暂时盗用行为排除在外，另一方面是与故意毁坏财物罪相区别。国家工作人员利用职务上的便利，将公款拿回家后，存入自己的存折，然后购买住房的行为，既具有排除意思，也具有利用意思，完全可以认定为具有非法占有的目的。基于同样的道理，国家工作人员利用职务上的便利，使用公款私自出境旅游或者消费的行为，既具有排除意思，也遵从了财物的经济用途，理应认定为具有非法占有的目的。唯一的区别在于：前者在贪污行为与消费行为（遵从财物的经济用途所实施的行为）之间存在时间上的间隔；后者在贪污行为与消费行为之间没有时间上的间隔。但有无这种时间上的间隔以及间隔的长短，与有无非法占有目的不存在关联。事实上，刑法理论与司法实践也没有重视这种时间上的间隔，因为国家工作人员为了购买私房而利用职务之便将公款直接划拨给出卖人的行为，在刑法理论与司法实践上没有争议地被认定为贪污罪。由此看来，人们可能重视的是消费方式：将 50 万元公款用于吃喝或者娱乐的，公款已不存在，行为人不可能继续利用已经吃掉、玩掉的公款；而将 50 万元用于购买私房的，公款转化为私房，行为人还可以继续利用私房。换言之，虽然“损公”是相同的，但前者只是短时利己，后者却是长期利己。然而，所谓长期利己（如公款购买私房）时，司法机关容易追回赃物，从而挽回损失；所谓短时利己（立即挥霍公款）时，司法机关难以追回赃物，难以挽回损失。这能成为区分有无非法占有目的的标准吗？当然不能！

贪污罪的法益包括公共财产<sup>①</sup>，而行为是否侵犯了公共财产，关键在于行为人的行为是否使有关单位丧失公共财产。很明显，国家工作人员利用职务上的便利直接消费公款的行为，导致单位丧失公共财产。不

<sup>①</sup> 虽然现行刑法将贪污罪与贿赂罪规定在同一章，但不可否认贪污罪的基本性质仍然是侵犯公共财产。

仅如此,与非直接消费公款的行为相比,直接消费公款的行为更严重地侵犯了公共财产。例如,将50万元公款吃掉、玩掉的行为,不仅使单位损失50万元财产,而且使50万元公款难以甚至不可能收回;而在将50万元贪污后存入私人存折的情况下,司法机关可能迅速追回。既然如此,就没有理由不追究那些私自直接消费公款者的刑事责任。《南方周末》的《百姓茶坊》栏目发表了一篇针对上述案例的短文,文中指出:“所有贪污行为都有一个共性:公务人员利用职务之便,化公为私。不管这些公款以何种形式存在,像那些‘老抠’们埋在私家后花园里也好,或者拿来买金钱龟煲汤也好,它的本质是一样的。可是在很多人尤其在某些为官者的脑袋里,只要没把公家的钱放到自家兜里,就不算贪污;凡是吃了的,花了的,不管以何名目,即使包了‘小姐’,也只是个‘思想’问题、‘作风’问题,绝不是个法律问题。这种观念和孔乙己‘窃书不为偷’的理论多少有点相似。在这种观念的指导下,有些人大肆挥霍,使得国有资产大量流失,国家财政日益吃紧,干群关系十分紧张。”<sup>①</sup>在这种观念的指导下,司法机关对这种形式的贪污视而不见,刑法保护公共财产的机能大为降低。由上可见,从保护法益的观点来看,非法占有的目的包含直接消费公私财物的目的。

根据刑法第265条的规定,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、复制的电信设备而使用的,以盗窃罪追究刑事责任。显然,这种形式的盗窃都可谓直接消费。行为人盗接他人通信线路、复制他人电信码号后如果不使用的,不可能给他人造成财产损失,不会构成盗窃罪;只有使用该通信线路、电信码号,才会给他人造成财产损失,这种使用行为实际上也是以非法占有为目的<sup>②</sup>,但明显是以直接消费为目的。例如,被告人辛某偷接上从其住处窗外经过的居民翟某和任某的电话线,在5日内多次拨打某信息台有奖电话,造成被害人电话费损失近5000元,后被查获。<sup>③</sup>辛某的行为完全符合刑法第265条的规定,构成盗窃罪。但辛某主观上不是为了出售、出租、转让,而是为了自用,这种自用目的与非法占有目的没有任何区别,而这

① 刘学兵:《肯定是贪污》,载《南方周末》,1999-09-24,11版。

② 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2条规定:“刑法第二百六十五条规定的‘以牟利为目的’,是指为了出售、出租、自用、转让等谋取经济利益的行为。”这便将非法占有为目的包括在内。

③ 参见孔凡清:《给“公款”以“国民待遇”》,载《检察日报》,1999-05-22,3版。

种非法占有目的完全是直接消费。这说明，刑法规定的非法占有目的包括直接消费他人财物的目的。

根据司法实践经验，也可以得出相同结论。例如，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》针对盗窃罪的对象规定：“盗窃的公私财物，包括电力、煤气、天然气等。”司法实践中将窃电行为认定为盗窃罪的也不乏其例。但窃电者通常不是将他人的电能装入自己的某种设备中储存起来，而且直接使用所盗窃的电力，也可以说直接消耗了电能，但没有人否认窃电者具有非法占有的目的。既然如此，将直接消费公款的行为认定为具有非法占有的目的，也不应当产生任何疑问。

由此看来，对于那些私自公款吃喝、公款旅游、公款包小姐、公款嫖娼等行为，都可以认定为具有非法占有公款的目的，符合贪污罪的其他构成要件的，都应当认定为贪污罪。当然，上述观点不可避免地受到“太天真”、“太幼稚”、“完全脱离现实”、“不具有现实意义”之类的诘难。但是笔者认为，正是由于刑法理论与司法实践没有正确理解非法占有目的的内涵，没有贯彻刑法保护法益的目的，才导致那些使用公款直接消费的行为逃避了刑法的制裁。在公民普遍强烈要求严惩腐败的社会里，需要上述“天真”的观念。

#### 4. 不成文的目的犯的范围

上面讨论了刑法规定的以非法占有为目的的含义。现在的问题是，在刑法分则没有明文规定主观目的的情况下，能否在解释论上（包括刑法的适用）将某种目的确定为主观要素？对此，显然不能笼统地做出回答，而应具体分析。

如前所述，我国刑法没有明文将非法占有目的规定为盗窃、诈骗等取得罪的主观要素，但刑法理论的通说与司法实践均认为，成立盗窃、诈骗等取得罪，要求行为人具有非法占有目的。然而，我国的刑法理论与司法实践却扩大了目的犯的范围，对于许多故意犯罪，在刑法没有明文规定的情况下，动辄加上“以……为目的”。从处罚范围来说，随意添加目的因素既可能导致不当扩大处罚范围，也可能由于某种原因缩小处罚范围。从处罚实质来说，由于目的是主观因素，随意添加目的因素往往是为了在故意之外说明行为的反伦理性、行为无价值性，因而有悖于刑法的法益保护目的。

例如，强奸罪没有疑问只能由故意构成，但我国以往的刑法理论却

特别加上了“具有奸淫的目的”<sup>①</sup>。如果正确地表述了强奸罪的故意内容，是否加上“具有奸淫的目的”或许无关紧要。即如果将强奸罪的故意内容表述为“明知自己使用暴力、胁迫或者其他方法强行与妇女发生性交的行为违背妇女意志，会发生侵犯妇女性行为自主权的结果，并且希望或者放任这种结果发生”，实质上就包括了强行奸淫的目的。但是，由于刑法理论一直没有完整地表述强奸罪的故意，因而司法实践中仅以行为人主观上是否具有奸淫目的来认定强奸罪。但“奸淫目的”是外延较广的概念，行为人意欲通奸、未婚男子意欲与未婚女子发生性交的，都可谓“具有奸淫目的”，于是扩大了强奸罪的处罚范围。

例如，被告人李某（男，已婚）与邻居王某（女，已婚）关系较好。某日晚，天降大雨，李某喊王某收稻草，一进房，值打雷闪电，映现王某身穿裤衩、背心熟睡。李顿起淫心，脱下裤子坐在床沿，扒拉一下王的肩膀，并叫王的名字。王醒来后拉开电灯，看到李没有穿衣裤，便说：“二哥，这是干什么？”李说：“二哥馋着呢！”王坐起后斥责说：“你不算人，叫人怎么说出口？”李“一看不行”，赶快穿上裤子说：“你不同意就算了，二哥没出息，你别往外边说。”随即回家。某法院认定李某犯有强奸（未遂）罪，判处有期徒刑4年。理由是，李某具有奸淫的目的，只是由于意志以外的原因而未遂。实际上，李某是与王某“商量”，说通了就发生性关系，说不通就算了；他只有通奸的意图，而没有强奸的故意；扒拉王某肩膀是为了与她商量，决非强奸的暴力行为。由此看来，在没有完整表述强奸罪故意内容的情况下，加上“具有奸淫的目的”这一要素，会导致司法机关将某些主观上只有通奸或者与妇女发生不正当性行为的意图，在拥抱、拉扯过程中，妇女表示不同意后立即停止的行为，也当做强奸未遂来处罚，因而扩大处罚范围。

另一方面，要求强奸罪主观上“具有奸淫的目的”也可能在某些情况下缩小处罚范围。因为我国刑法理论一直认为，只有直接故意具有犯罪目的，间接故意不具有犯罪目的<sup>②</sup>；结局是，凡是要求“具有……目

① 高铭喧主编：《刑法学》（修订本），2版，441页，北京，法律出版社，1984。但现在的教科书一般改变了这种说法，有的只说：“明知妇女不同意与其发生性行为，而强行与其发生性行为。”（高铭喧主编：《新编中国刑法学》，下册，698页，北京，中国人民大学出版社，1998；高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（下编），826页，北京，中国法制出版社，1999）。

② 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（上编），221页以下，北京，中国法制出版社，1999。

的”的犯罪都只能由直接故意构成，而不能由间接故意构成。据此，强奸罪不可能由间接故意构成。可见，随意加上“以……为目的”，又将目的犯没有例外地限定为直接故意，就可能不当地缩小犯罪的成立范围。

事实上，要求强奸罪主观上“具有奸淫的目的”的观点，所注重的不是行为是否侵犯了妇女的性的自己决定权，而是行为人是否具有不正当目的。然而，只要行为人具有强奸的故意，客观上实施了强奸行为，不管行为人主观上出于何种动机与目的，都侵犯了妇女的性的自己决定权，应以强奸罪论处。例如，有的行为人是为了发泄性欲而强奸妇女，有的行为人是为了报复被害人或其亲属而强奸妇女，有的行为人是为了与妇女结婚，造成既成事实而强奸妇女，这些都不影响强奸行为的性质。

## （二）倾向犯

所谓倾向犯，是指行为必须表现出行为人的特定内心倾向的犯罪，只有当这种内心倾向被发现时，才能认为其行为具有构成要件符合性。<sup>①</sup>典型的倾向犯便是各种猥亵罪<sup>②</sup>，即只有当行为人实施的行为表现出行为人具有刺激或者满足性欲的内心倾向时<sup>③</sup>，该行为才符合猥亵罪的构成要件，才具有违法性。如果外表上属于猥亵行为，但行为人并没有刺激或者满足性欲的目的，则不符合猥亵罪的构成要件。麦茨格（Mezger）关于倾向犯的这种观点不仅被德国刑法理论与审判实践普遍采纳，而且也被日本学者与法官广为接受。但猥亵罪究竟是否属于倾向犯，即猥亵罪的成立在主观上除了要求行为人具有故意外，还应否要求行为人主观上必须出于刺激或者满足性欲的内心倾向，仍然是一个值得研究的问题。

我国旧刑法没有规定猥亵罪，现行刑法颁布后，许多论著实际上认为强制猥亵、侮辱妇女罪主观上必须出于刺激或者满足性欲的内心倾向。如有的教材指出：强制猥亵、侮辱妇女罪的动机是通过猥亵行为“寻求性的满足和下流无耻的精神刺激”<sup>④</sup>；有的教材指出：本罪“主观

① 显然，倾向犯并不是说行为人具有某种犯罪的倾向时就是犯罪，也不是说犯罪的倾向本身是处罚的根据，而是说除了故意之外，行为反映出特定内心倾向时，才构成犯罪。或许这个概念容易引起误会，但已约定俗成，不必计较用语本身。

② 猥亵罪的概念一般包括强制猥亵罪、猥亵儿童罪与公然猥亵罪。从笔者所掌握的资料来看，还没有学者提出其他某种犯罪属于倾向犯。

③ 这里的刺激或者满足性欲不仅包括刺激或者满足行为人的性欲，还包括刺激或者满足第三者的性欲。

④ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下编），832页，北京，中国法制出版社，1999；高铭暄主编：《新编中国刑法学》，下册，703页，北京，中国人民大学出版社，1998。

方面由直接故意构成，并且具有性刺激和性满足的目的。”<sup>①</sup> 尽管两者分别将性刺激与性满足表述为强制猥亵罪的动机与目的，但具体内容与麦茨格（Mezger）所要求的内心倾向没有实质区别。

但是，这种要求猥亵罪出于刺激或者满足性欲的内心倾向的传统观点，还值得商榷。

我们先来看看日本的一个判例以及学者们对这个判例的批评。被告人以为自己的妻子甲女因为乙女（23岁）的诱导逃往东京方向，便于某日晚8时许来到乙女的住宅，对乙女说：“你真会骗我呀！我是不顾一切来报复你的。还有硫酸。我要将硫酸泼洒到你脸上，让你丑陋。”大约对乙女持续进行了近两个小时的胁迫。乙女请求被告人宽恕，但被告人为了采用拍摄乙女的裸体照片的方法进行报复，迫使畏惧中的乙女“裸体站立5分钟”，然后拍下了乙女的裸体照片。日本钏路地方裁判所1967年7月7日的判决认为，强制猥亵罪的法益是对方的性的自由，不要求本罪必须出于兴奋、刺激或者满足性欲的倾向，行为人出于报复目的实施强制猥亵行为的也成立本罪，于是判处被告人1年的有期惩役。被告人上诉后，札幌高等裁判所于同年12月26日作出判决，认定被告人的行为侵害了被害人的性自由，成立强制猥亵罪，维持了原判。但被告人上告到最高裁判所后，最高裁判所于1970年1月29日作出判决，撤销原判，发回重审。最高裁判所指出：“成立刑法第176条前段的强制猥亵罪，要求其行为是在刺激、兴奋或者满足犯人的性欲这种性的意图支配下实施的；当胁迫妇女赤身裸体拍摄照片的行为，是出于报复、侮辱<sup>②</sup>或者虐待妇女的目的时，构成强要罪<sup>③</sup>或者其他犯罪，而不构成强制猥亵罪。”<sup>④</sup>

① 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。

② 这里的“侮辱”是指侮辱人格、名誉的情况，即与我国刑法第237条规定的“侮辱”不是一个含义。

③ 强要罪亦称强制罪，是指使用暴力，使他人实施没有义务实施的行为，或者妨害他人行使权利的行为。

④ 日本《最高裁判所刑事判例集》第24卷第1号，1页。最高裁判所的上述判决虽然是多数法官的意见，但并非所有法官的观点，入江法官便持反对意见。他认为，成立强制猥亵罪，“只要求行为人认识到属于猥亵行为的事实而实施……猥亵行为是损害普通人的性的羞耻心、违反善良的性道义观念的行为；某种行为是否属于猥亵行为，应当客观地依照社会一般观念，即站在普通人的立场，观察该行为本身，来作出决定……刑法第176条的强制猥亵罪并不以出于兴奋、刺激、满足行为人（犯人）性欲的目的为必要。即使出于报复、侮辱、虐待的动机或者目的，也不妨害本罪的成立”。（见同判决所附的反对意见）。

这一判决虽然得到了佐伯千仞、大塚仁等人的赞同<sup>①</sup>，但遭到了平野龙一、内藤谦、町野朔、前田雅英等许多学者的反对。平野龙一认为，强制猥亵罪的法益是个人的性的自由，故只要行为人认识到自己实施的猥亵行为侵害了被害人的性的自由即可；即使并非出于刺激或者满足性欲的倾向，也完全可能侵害被害人的性的自由。<sup>②</sup>内藤谦指出：“强制猥亵罪以被害人的性的自由作为保护法益，因此，既然行为人实施了上述一定的客观行为（指上述判决所认定的行为——引者注），并且认识到该行为（具有故意），即使是仅出于报复、侮辱、虐待的目的，也应认为成立该罪。”<sup>③</sup>町野朔提出：“既然行为人实施了明显侵害被害人的性的羞耻心的行为，侵害了性的自由这种保护法益，只要行为人对这种行为存在故意就成立强制猥亵罪。除此之外，没有任何理由要求行为人具有特别的心理。”<sup>④</sup>前田雅英写道：“除了要求认识到客观的构成要件要素以外，还要求有内心的倾向，就限定了处罚范围。但是，刑法第176条并没有以目的犯的目的的形式规定‘猥亵倾向’。在行为人实施了足以使被害人产生性的羞耻心的客观行为，并且充分认识到了这一点的场合，在具有强制猥亵罪的法益侵害性、责任非难的同时，也满足了可罚性。行为是否侵害被害人的性的自由、感情，与行为人的主观没有关系，是客观地决定的。即使缺乏使责任升高的猥亵倾向，也没有理由否认其构成要件符合性。”<sup>⑤</sup>现在可以肯定的是，否认猥亵罪是倾向犯以及否认倾向犯概念的观点，在日本已成为通说。因此，后来的判例也否认了前述最高裁判所的观点。如行为人为了取得胁迫他人的把柄，迫使他人脱光衣服进而拍摄他人的裸体照片。东京地方裁判所1987年9月16日的判决，认定该行为成立强制猥亵罪。<sup>⑥</sup>

要求强制猥亵、侮辱妇女罪主观上具有刺激或者满足性欲的内心倾向，或许有两个好处：一是有利于区分猥亵行为与正当行为的界限。例如，男性医生出于治疗的必要，为妇女检查身体的行为，因为不是出于刺激或者满足性欲的内心倾向，故不成立强制猥亵、侮辱妇女罪。二是

① 参见〔日〕佐伯千仞：《刑法讲义（总论）》，4订版，187页，东京，有斐阁，1984；大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，100页，东京，有斐阁，2005。

② 参见〔日〕平野龙一：《犯罪论的诸问题（下）》，307页以下，东京，有斐阁，1982。

③ 〔日〕内藤谦：《刑法讲义总论（上）》，219页，东京，有斐阁，1983。

④ 〔日〕町野朔：《刑法总论讲义案I》，2版，187页，东京，信山社，1995。

⑤ 〔日〕前田雅英：《刑法各论讲义》，4版，121页，东京，东京大学出版会，2007。

⑥ 参见日本《判例タイムズ》，1987（670），255页。

有利于区分强制猥亵、侮辱妇女罪与刑法第 246 条规定的侮辱罪的界限。即如果是出于性的刺激或者满足的倾向强制侮辱妇女的，则构成强制猥亵、侮辱妇女罪；如果单纯出于毁损名誉的意图，则构成刑法第 246 条的侮辱罪。尽管如此，本书仍然认为，强制猥亵、侮辱妇女罪与猥亵儿童罪的成立并不需要行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向或目的（为了论述的方便，仅以强制猥亵、侮辱妇女为例）。

不要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，是因为即使没有这种倾向的行为也严重侵犯了妇女的性的自己决定权。刑法规定本罪是为了保护妇女的性的自己决定权，而不是保护公共秩序。刑法将该罪规定在分则第四章中就充分说明了这一点。但行为是否侵犯了妇女的性的自己决定权，首先取决于行为性质。易言之，根据刑法的规定，如果故意对妇女实施了强制猥亵行为，就侵犯了妇女的性的自己决定权。由于刑法对于猥亵行为的具体内容不可能做出详细规定，故什么是猥亵行为，只能根据社会的一般观念进行判断。在一定的社会条件下，如果某种行为使妇女产生了性的羞耻心，并且违反社会善良的性行为（广义）准则，就应当认为这种行为侵犯了妇女的性的自己决定权。至于行为人主观上是否出于刺激或者满足性欲的倾向，则不能左右其客观行为是否侵犯了妇女的性的自己决定权。以强奸罪为例。行为人实施强奸行为，大体上都是为了刺激或者满足性欲，但根据刑法的规定，刺激或者满足性欲的目的，也不是强奸罪的主观要件。如有的行为人出于报复目的强奸妇女；有人为了报复他人，教唆第三者强奸妇女。这两种行为显然均构成强奸罪。因为行为人客观上实施了强奸或者教唆强奸的行为，主观上认识到强奸行为违背妇女意志，并决意强奸或者教唆强奸，实质上也侵犯了妇女的性的自己决定权。这说明，即使不是出于刺激或者满足性欲的倾向或目的，也完全可能侵犯妇女的性的自己决定权，因而构成强奸罪。强制猥亵、侮辱妇女罪也是如此。前述日本的判例所认定的事实，无疑损害了被害人的性的羞耻心，侵犯了其性的自己决定权。既然如此，就没有理由否认其构成强制猥亵、侮辱妇女罪。况且，从规范意义上理解，“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猥亵罪的行为”<sup>①</sup>。也就是说，猥亵行为包括强奸行为，只是由于刑法对强奸罪有特别规定，所以，对强奸行为

① [日] 大塚仁：《刑法概说（各论）》，3版增补版，99页，东京，有斐阁，2005。

不再以强制猥亵罪论处。在此意义上说，关于强制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。特别法条的适用以符合普通法条为前提，既然强奸罪并不要求刺激、满足性欲的内心倾向，反过来说明强制猥亵妇女罪也不要求刺激、满足性欲的内心倾向。

不要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，也完全可以从客观上区分是否是猥亵行为，因而完全可以区分罪与非罪。“例如，是治疗行为还是猥亵行为，从外形上看就可以区别。如果完全是治疗行为，即使具有猥亵目的，也不应当处罚。反之，只要是明显损害性的羞耻心的行为，并且是对之有认识而实施行为，即使缺乏猥亵目的，也值得处罚。”<sup>①</sup> 对于医生出于治疗的必要并征得妇女的同意而检查妇女身体的行为，不可能认定为强制猥亵、侮辱妇女罪；即使医生在检查妇女身体时具有刺激或者满足性欲的目的，也不可能将这种行为认定为强制猥亵、侮辱妇女罪。

不要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，也完全可以合理处理强制猥亵、侮辱妇女罪与侮辱罪的关系。对妇女的性的自己决定权的侵犯，也是对妇女人格与名誉的侵犯，但针对妇女而言，性的自己决定权的法益性质显然重于其他方面的人格与名誉，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，对侵犯妇女的性的自己决定权的强制猥亵、侮辱行为，不能仅认定为刑法第 246 条的侮辱行为。易言之，除强奸罪（包括普通强奸与奸淫幼女）之外，侵犯妇女的性的自己决定权的行为，就属于刑法第 237 条规定的猥亵行为，应认定为强制猥亵妇女罪。据此，不管出于什么动机与目的，不管在什么场所，强行剥光妇女衣裤的行为，都属于强制猥亵、侮辱妇女罪。<sup>②</sup> 例如，被告人杨某（男，37 岁，农民）一日与侄子杨某某（16 岁）在村口小河沟内捕鱼。同村妇女吕某在沟旁捞肥泥，杨某认为吕某的行为妨碍其捕鱼，便张口谩骂吕某。吕某十分气愤，便故意将淤泥溅在杨某及其侄子身上。杨某见状，便跑到岸边，揪住吕某上衣，并向吕某阴部猛击几拳。杨某见吕某骂声不止，随即从厕所里捞起大粪，涂在吕某嘴、脸及头发上。吕某边哭边骂，杨某威胁说：“再骂扒下你的裤子，拔下你的阴毛。”说着，唤来他家豢养的大公狗，杨某扒下吕某的裤子，叫

① [日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4 版，121 页，东京，东京大学出版会，2007。

② 对当众剥光男性公民衣裤的行为，理所当然只能认定为侮辱罪。因为刑法没有规定侵犯男子的性的自己决定权的犯罪，即刑法没有将强制猥亵男子的行为规定为独立的犯罪。

狗扑在吕某的下身上，使其当众赤裸下身。吕某事后感到无脸见人，欲自杀未成。有人认为，杨某的行为构成侮辱罪，而不构成强制猥亵、侮辱妇女罪。理由主要是，杨某主观上没有追求性满足和性刺激的目的，行为所针对的是特定的妇女。<sup>①</sup> 根据本书的观点，杨某的行为构成强制猥亵、侮辱妇女罪。首先，同单纯侵犯人格、名誉的侮辱罪相比，杨某的行为更为严重，即除侵犯了吕某的人格、名誉外，更重要的是侵害了吕某的性的自己决定权，仅以侮辱罪论处显然会违反罪刑相适应原则。其次，根据这种观点，在本案中，因为杨某不是出于性的满足或者刺激，而是为了报复便认定为侮辱罪；如果杨某出于性的满足或者刺激便认定为强制猥亵、侮辱妇女罪。但是，出于性的满足或者刺激这一内心倾向所表现出来的非难可能性，并不必然重于出于报复心理所反映出来非难可能性。再次，与主观因素相比，客观因素无疑容易认定。在根据客观因素完全可以合理处理强制猥亵、侮辱妇女罪与侮辱罪的关系，并且区分结果完全合理的情况下，理当以客观因素为标准进行处理。换言之，与其根据行为人是否具有性的满足与刺激目的来区分强制猥亵、侮辱妇女罪与侮辱罪的界限，不如根据行为是否侵害了妇女的性的自己决定权这一本质的、客观的标准来处理二者的关系。最后，强制猥亵、侮辱妇女罪是侵犯妇女性的自己决定权的犯罪，而不是破坏公共秩序的犯罪，故要求本罪必须针对不特定对象，是缺乏理由的。

不要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，不会导致客观归罪。强制猥亵、侮辱妇女罪是故意犯罪，这是没有疑问的，但其故意内容应当根据客观违法构成要件的内容以及刑法关于故意的一般规定来确定。强制猥亵、侮辱妇女罪的客观违法构成要件，是以暴力、胁迫或者其他手段针对妇女实施损害其性的羞耻心、侵犯其性的自己决定权的行为。因此，如果行为人在实施该客观行为时，认识到被害人是妇女，认识到自己的行为是损害妇女的性的羞耻心、侵犯其性的自己决定权的行为，并且希望或者放任对妇女的性的自己决定权的侵害，就具有了本罪的故意。<sup>②</sup> 刺激或者满足性欲的内心倾向是一种“主观的超过要素”，

① 参见欧阳涛等主编：《易混淆罪与非罪、罪与罪的界限》，207页以下，北京，中国人民公安大学出版社，1999。

② 对于前述日本判例认定的事实，没有任何人否认行为人主观上具有强制猥亵的故意，日本最高裁判所否认成立本罪，并不是因为行为人没有强制猥亵的故意，而是因为缺乏刺激或者满足性欲的倾向。

这种要素不是故意本身的内容，而是故意之外的一种主观内容，因此，不要求刺激或者满足性欲的内心倾向，并不等于不要求有犯罪故意。

要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，会导致不当缩小或者扩大处罚范围。例如，前述日本判例所认定的事实，如果发生在我国，也没有人否认其有严重的危害性。在日本，即使要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，对该行为也可以认定为强要罪（或强制罪）。在我国，如果做出同样的要求，则因为没有规定强要罪，而导致该行为无罪。<sup>①</sup> 这样缩小处罚范围，必然不利于保护法益，不能够得到人民群众的认同。另一方面，正如日本学者前田雅英所言：“必须注意的是，一旦承认倾向犯，有时反而会导致扩大处罚范围。例如，在征得患者的同意而进行医学上绝对必要的治疗时，如果医生以猥亵的内心倾向实施治疗行为，就有构成强制猥亵罪的危险。”<sup>②</sup>

要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，会导致本罪与刑法第 246 条的侮辱罪的处罚不均衡，而且有违反罪刑相适应原则之嫌。例如，甲为了羞辱损毁妇女的名誉，而当众剥光妇女衣裤。乙为了刺激或者满足性欲，而在没有第三者在场的情况下剥光妇女的衣裤。显然甲的行为对妇女法益的侵害远远重于乙的行为，对甲的处罚应当重于对乙的处罚。但如果认为强制猥亵、侮辱妇女罪是倾向犯，那么，由于甲主观上没有刺激或者满足性欲的倾向，只能认定为侮辱罪（以被害人告诉为前提），在“三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”的法定刑内量刑。由于乙具有特定的内心倾向，被认定为强制猥亵、侮辱妇女罪，在“五年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑内量刑。<sup>③</sup> 这是何等不均衡！不能不认为这违反了罪刑相适应原则。如果不要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，则甲的行为与乙的行为都构成强制猥亵、侮辱妇女罪，对于甲的行为适用刑法第 237 条第 2 款，在“五年以上有期徒刑”的法定刑内量刑，对于乙的行为适用同条第 1 款，在

① 由于该行为不具有公然性，故也不可能认定为侮辱罪。

② [日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，4 版，121 页，东京，东京大学出版会，2007。

③ 事实上，我国刑法理论上出现了这种不协调的观点。如有的教科书指出，为了“寻求性刺激和下流无耻的精神刺激”而“剪开妇女裙、裤”“使其露丑”的行为，属于强制猥亵、侮辱妇女罪；而“为了羞辱被害人，而当众强行剥光其衣服示众”的行为，则构成侮辱罪。参见高铭喧主编：《新编中国刑法学》，下册，702、724 页，北京，中国人民大学出版社，1998；高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（下编），831、852 页，北京，中国法制出版社，1999。

“五年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑内量刑。这便使得对甲、乙的处罚协调，符合罪刑相适应的原则。

要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，是过于重视主观因素的表现。我国的刑法采取了客观主义态度。立足于客观主义的刑法，有利于发挥刑法的机能，有利于实现刑法的正义、合目的性与法的安定性的理念，有利于合理保护社会利益与个人利益，有利于合理对待犯罪化与非犯罪化，有利于合理区分刑法与道德，有利于合理处理刑事立法与刑事司法的关系。因此，刑法理论与司法实践应当将客观要素置于比主观要素更为重要的地位，在评价行为的违法性时，应采取客观的立场（客观的违法性论）；在区分此罪与彼罪时，应首先着眼于客观要素。具体到强制猥亵、侮辱妇女罪而言，行为是否侵害了妇女的性的自己决定权，要从客观行为着眼，看是否属于强制猥亵行为。至于行为是构成强制猥亵、侮辱妇女罪还是侮辱罪，也要从客观行为是否侵犯了妇女的性的自己决定权入手。至于行为人是否具有实施强制猥亵行为的故意，则是有无责任的问题。要求强制猥亵、侮辱妇女罪主观上必须出于刺激或者满足性欲的倾向的观点，实质上过于重视了主观侧面，过高地估计了主观内容所起的作用。过于重视主观因素的结果，常常是不考虑行为是否侵犯了法益，而只考虑行为人主观上有没有恶性。要求强制猥亵、侮辱妇女罪主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，便忽视了行为是否侵犯了妇女的性的自己决定权，而只是考虑行为人主观上是否具有某种特定的恶性。我们不可低估这种观点的缺陷。

要求行为人主观上出于刺激或者满足性欲的倾向，可能是来源于对客观事实的归纳。但是刑法学是规范学而不是事实学，什么样的因素是构成要件，只能根据刑法的规定来确定<sup>①</sup>，而不能根据已经发生的事实来确定，也不能根据所谓“人之常情”来确定。例如，从事实上看，从事非法经营的行为人一般都以营利为目的，但刑法第 225 条并没有将营利目的作为非法经营罪的主观要素。所以，在认定非法经营罪时，不能将“以营利为目的”作为非法经营罪的主观要素。强制猥亵、侮辱妇女

① 有一些因素刑法也没有明文规定，但刑法理论根据刑法条文的关系、刑法所规定的客观行为的性质认为其为构成要件的现象是存在的，也是合理的。如前所述，刑法并没有规定盗窃罪必须具有非法占有目的。但盗窃一词本身就意味着行为人主观上具有非法占有目的；如果没有非法占有目的，就不可能与不可罚的盗用行为相区别，也不可能与毁坏财物的行为相区别。

罪也是如此。刑法并没有将“出于刺激或者满足性欲的倾向”规定为主观要件；如前所述，从犯罪本质来看，不具有这种倾向的行为也侵犯了妇女的性的自己决定权；从相关条文以及从本罪与其他犯罪的关系来看，不要求这种内心倾向也不会导致罪与非罪、此罪与彼罪区分上的困难。在刑法没有明文规定这种内心倾向，事实上也没有必要具有这种内心倾向的情况下，当然不能将其解释为主观要素。即使绝大多数行为人主观上都有刺激或者满足性欲的倾向，但这也只是事实现象，而不是法律规定。况且，实践中完全可能出现非出于刺激或者满足性欲的内心倾向的强制猥亵行为。前述日本的案例就充分证实了这一点。我国也出现过类似的案件。例如，被告人韩某（男）与被害人吕某（女）系邻居。1983年春和1984年夏，吕家盖新房时，两家曾因宅基地问题发生过口角，韩某即产生对吕某进行报复之念。1984年8月13日晚11时许，韩趁吕的丈夫不在家，从吕家的西屋窗孔钻入室内，进入吕睡觉的东屋，乘吕熟睡之机，用被子蒙住吕的头部，对吕实施拧大腿、抠阴部等猥亵行为。吕醒后叫骂，吕的孩子亦被惊醒大声哭叫。韩又将吕家箱子上的一个铝制汤匙塞入吕的阴道后逃跑。本案在当时以流氓罪论处，并没有以侮辱罪论处。<sup>①</sup>又如，2010年3月上旬的一个晚上，被告人张某、孙某经事先预谋，在南京市建邺区的某KTV四楼办公室内，以语言威胁，迫使被害人秦某脱光衣服，由张某用相机为其拍裸体照片，并以此裸照威胁秦某交出某KTV离职员工韩某的下落。同年4月2日晚，被告人张某伙同孙某、王某（另案处理）等人，至南京市建邺区某宾馆，强行挟持被害人韩某上汽车并进行殴打，后将韩某带至某KTV四楼办公室内。孙某以暴力、言语相威胁，迫使韩某脱光衣服，由张某用相机拍摄韩某的裸体照片，并以此裸体照片要挟韩某承诺继续在某KTV工作。南京市建邺区（2010）建刑初字第145号判决指出：“被告人张某、孙某以暴力、胁迫的方法强制侮辱妇女，其行为已构成强制侮辱妇女罪。南京市建邺区人民检察院指控被告人张某、孙某犯强制侮辱妇女罪，事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立，予以采纳。被告人张某、孙某共同实施强制侮辱妇女的行为，系共同犯罪。”由此可见，司法机关已经按照刑法的规定，不再将“出于刺激或者满足性欲的

<sup>①</sup> 参见王运声主编：《刑事犯罪案例丛书（流氓罪）》，312页，北京，中国检察出版社，1993。

倾向”作为强制猥亵、侮辱妇女罪的主观要素。

以上分析表明，不把握法益侵害的犯罪本质与责任的实质含义，随意添加主观的超过要素，会造成诸多混乱现象。

需要说明的是，以上分析旨在说明我国刑法规定的强制猥亵、侮辱妇女罪、猥亵儿童罪不是倾向犯。如前所述，笔者并不否认目的犯；如后所述，笔者也不否认动机犯。但是，即使承认目的犯与动机犯的概念，或者即使认为倾向犯是目的犯或者动机犯的一种，强制猥亵、侮辱妇女罪与猥亵儿童罪也不是目的犯、动机犯。或许有人认为，既然承认内心倾向是一种目的或者动机，就意味着仍然可以使用倾向犯的概念。但是，由于刑法理论上的倾向犯基本上限于各种猥亵罪，所以，只要否认了各种猥亵罪是倾向犯，倾向犯的概念就没有存在余地。

### （三）表现犯

所谓表现犯，是指行为反映了行为人的内部的、心理的经过或者状态的犯罪；对这种犯罪的认定，必须将外部的事实与行为人的主观心理过程进行比较，否则不可能判断其构成要件符合性与违法性。伪证罪被认为是表现犯的适例。在判断证言是否“虚假”时，必须采取主观说，即证人应当将自己的记忆与实际体验原封不动地予以陈述，对证人证言的真实性、可靠性的判断是法官的任务。因此，按照自己的记忆与实际体验陈述的，即使与客观事实不相符合，也不是虚假的；反之，不按照自己的记忆与实际体验陈述的，即使与客观事实相符合，也是虚假的。<sup>①</sup> 例如，乙于某日晚 10 时实施杀人行为，目击证人甲看错了手表，在内心中形成了“某人于晚上 9 时杀人”的记忆。甲接受乙的亲属的贿赂后，在向法庭作证时，违反自己的记忆，向法官声称自己于晚上 10 点看见有人杀人，旨在使乙有不在场证据。甲的证言虽然完全符合客观事实，但主观说依然认为甲的行为成立伪证罪。

可是，主观说难以被人接受。因为证言是否虚假，应以证人陈述的内容与客观事实是否相符合为标准进行判断。只有违背客观事实的证言，才可能妨害司法活动。如果联系主观方面考虑，虚假应是违反证人的记忆与实际体验且不符合客观事实的陈述。如果违反证人的记忆与实际体验但符合客观事实，就不可能妨害司法活动，不能认定为伪证罪；如果符合证人的记忆与实际体验但与客观事实不相符合，则行为人没有

<sup>①</sup> 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（各论）》，3 版增补版，608 页，东京，有斐阁，2005。

伪证罪的故意，不可能成立伪证罪。例如，行为人将耳闻的事实陈述为目睹的事实，如果所陈述的事实与客观事实相符合，则不宜认定为虚假陈述；反之，行为人将耳闻的事实陈述为目睹的事实，且所陈述的事实与客观事实不相符合，则应认定为虚假陈述。因此，伪证罪不是表现犯；表现犯的概念也没有存在的必要。

#### （四）动机犯

##### 1. 动机犯概说

动机（犯罪动机），是指刺激、促使犯罪人实施犯罪行为的内心起因或思想活动，它回答犯罪人基于何种心理原因实施犯罪行为，故动机的作用是发动犯罪行为，说明实施犯罪行为对行为人的心理愿望具有什么意义。产生犯罪动机需要具备两个条件：一是行为人内在的需要和愿望；二是外界的诱因与刺激。

传统观点认为，只有直接故意犯罪具有动机。其实，哪些犯罪存在动机，取决于对动机的认识。如果认为动机是犯罪性动机，或者说是刺激犯罪人实施犯罪行为以达到犯罪目的的内心起因，似乎只有直接故意犯罪才存在犯罪的动机。如果认为动机不是犯罪性动机，只是事后回答行为人基于何种心理原因实施了犯罪行为，则除了疏忽大意的不作为犯罪（忘却犯）以外，其他犯罪都有动机。因为不管是故意犯罪还是过失犯罪（忘却犯除外），行为人都不会无缘无故地实施行为，相反都会有实施行为的心理动因；这些动因也能说明行为人非难可能性的大小。例如，汽车司机超速行驶致人死亡时，一定有超速行驶的内心起因；对于为了逃避法律责任而超速行驶，与为了将危重病人送往医院而超速行驶，其量刑结果必然不同，这是因为这种内心起因的不同能够说明行为人非难可能性程度。如果不将这种内心起因归入动机，则需要有另外的概念；而人们在否认其为动机的同时，并没有提出另外的概念，这会导致司法实践上忽视内心起因对量刑的影响。因此，本书认为，没有必要人为地限定动机存在的范围，可以对动机作后一种理解。

动机有两个主要机能：其一，特定的动机是部分犯罪的主观要素。例如，“贪生怕死”动机是投降罪的主观要素。以特定动机作为主观要素的犯罪，就是动机犯。其二，动机内容影响量刑。需要说明的是，如果动机被规定为成立犯罪所必须具备的主观要素（即所谓主观的构成要件要素），那么，不管认为动机是违法要素还是责任要素，它都不可能独立地作为责任刑的情节。对此当没有疑问。问题是，当动机不是主观

要素时，这种动机是影响责任刑的情节，还是影响预防刑的情节？如果将犯罪的动机确定为责任刑的情节，那么，在动机卑鄙的情况下，就会导致责任刑的上限提高，因而导致刑罚较重；反之，如果将犯罪的动机确定为特殊预防刑的情节，那么，即使动机卑鄙，也不会导致责任刑的上限提高，因而导致刑罚较为缓和。从这一点考虑，将主观的构成要件要素之外的犯罪动机（不是成立犯罪所需要的特定动机）作为特殊预防刑的情节来考虑是合适的。因为动机内容不同，特殊预防的必要性大小就不同。<sup>①</sup>那么，为什么刑法理论是在犯罪论中讨论犯罪动机，而不是在刑罚论中讨论动机？其实，在某种意义上说，犯罪论也是为刑罚论服务的，讨论违法与责任，就是讨论预防什么和如何才能实现预防的问题。所以，在犯罪论中讨论预防刑的情节，并不存在不当之处。另一方面，我国的犯罪论中所讨论的犯罪动机，其实是作为主观要素的动机，而在刑罚论部分（酌定量刑情节中）讨论的动机，其实是从特殊预防角度展开讨论的。

## 2. 徇私动机

刑法分则共有十多个条文使用了“徇私舞弊”一语（其中第405条使用两次），另有一个条文（第399条）规定了“徇私”与“徇情”概念。对徇私的地位、性质、内容、判断等问题的认识，从司法实践层面而言，直接涉及罪与非罪、此罪与彼罪、一罪与数罪问题；从刑法理论角度而言，直接关乎解释理念、方法以及对构成要件要素的认识等问题。

关于徇私的性质，刑法理论上存在不同观点。

第一种观点认为，徇私既是客观的构成要件要素，也是主观的构成要件要素（所谓“动机与行为说”）。如有人指出：“徇私是作为许多渎职罪的罪状特征加以规定的。这种特征与具体的违反职责、弄权渎职行为不是一种选择关系，而是在具有徇私情节的渎职罪中，把徇私作为不可或缺的罪状特征加以规定的，也就是说，是把徇私作为某种犯罪客观方面的法定构成要件。”同时认为：“徇私在主观方面，表现为行为人实施具体的渎职行为的犯罪动机，并且是构成该种犯罪的法定构成要件，也就是说，犯罪动机成为主观方面的法定要件。”<sup>②</sup>

但是，这种观点至少存在三个疑问：首先，既然将徇私作为客观的构成要件要素，就不能同时将其作为主观的构成要件要素。因为在故意

<sup>①</sup> 参见张明楷：《责任主义与量刑原理》，载《法学研究》，2010（5），128页以下。

<sup>②</sup> 李文生：《关于渎职罪徇私问题的探讨》，载《中国刑事法杂志》，2002（4），44、48页。

犯罪中，除客观的超过要素外，客观的构成要件要素都是需要行为人认识的要素。例如，追诉无罪的人或者包庇有罪的人使之不受追诉，是徇私枉法罪的客观行为（客观要素）。因此，司法工作人员要成立徇私枉法罪，就必须明知是无罪的人而使他受追诉，或者明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉。虽然客观的构成要件要素是故意的认识内容，但不能认为客观的构成要件要素同时属于主观的构成要件要素。其次，既然认为徇私不是故意的内容，而是犯罪的动机，那么，就不能要求有与徇私相对应的客观事实。所以，认为徇私既是客观的构成要件要素，又是主观的超过要素（犯罪的动机），存在自相矛盾之嫌。最后，将徇私作为客观的构成要件要素，必然存在下述第二种观点的缺陷。

第二种观点认为，徇私是客观的构成要件要素（所谓“行为说”）。如有人在论述徇私枉法罪的客观要件时指出：“徇私枉法罪客观方面的特征有两点：一是徇私的行为，即司法工作人员利用职务上的便利，为谋取私利或者其他个人目的而实施的行为。二是枉法的行为，即司法工作人员故意歪曲事实、违反法律，出入人罪的行为。”<sup>①</sup>

显然，这种观点也存在缺陷。首先，如果认为徇私是客观行为，获取财物或财产性利益又是徇私的重要内容，那么，凡是将徇私规定为构成要件要素的渎职罪，都可能包含了受贿罪，于是必然出现轻罪包含重罪内容的局面。这是不能令人接受的。例如，依照这种观点，司法工作人员犯徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪，就当然包含了受贿行为；不仅不能对受贿罪与徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪实行并罚，而且不能认定为牵连犯，因为当受贿完全包含于徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪的客观行为之中后，就意味着行为人收受贿赂并徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行的行为，属于一个犯罪行为，充其量只能认定为想象竞合犯。这是难以令人赞成的。即使引用刑法第399条第4款，也不能说明这种观点的合理性。因为，如果将徇私解释为客观的构成要件要素使之包含受贿等客观行为，那么，刑法第399条第4款就不仅成为多余的规定，而且缺乏理由。换言之，按照行为说，受贿行为完全包含在徇私枉法罪之中，所以，司法工作人员收受贿赂枉法追诉、枉法裁判的，当然只能认定为徇私枉法罪或民事、行政枉法裁判罪，而不可能依照较重的规定定罪处罚。其次，从刑法分则关于渎职罪

<sup>①</sup> 王福生：《浅谈徇私枉法罪客观方面的认定》，载《人民检察》，2001（3），51页。

的规定可以看出，徇私并非表明行为的客观违法性（法益侵害性）的要素，因而不宜将其归入客观的构成要件要素。例如，只要税务机关工作人员客观上违反税法规定不征或者少征税款，即使并非基于徇私，也导致国家税收遭受损失，也侵害了税务机关工作人员职务行为的客观公正性。再如，只要国家商检部门、商检机构的工作人员伪造检验结果，即使并非基于徇私，也侵害了商检部门、商检机构工作人员职务行为的客观公正性以及公众对该客观公正性的信赖，侵害了商检报告的公共信用。既然如此，就不能将并非说明客观违法性的要素归入客观的构成要件要素。再次，如果将徇私理解为客观的构成要件要素，那么，由于徇私的表现形式不能穷尽，结局必然导致构成要件丧失定型性。最后，刑法是成文法，不能脱离文字表述解释刑法。根据汉语的通常含义，徇私显然是一种主观内容而非客观事实。当根据文字含义得出的结论具有合理性时，就不能推翻这一合理结论。

第三种观点认为，徇私是犯罪目的（所谓“目的说”）。如有人在分析徇私枉法罪的主观要件时指出：“本罪主观方面是直接故意，其目的是徇私或者徇情。”<sup>①</sup>

诚然，目的与动机常常难以区分。某种主观想法，从一个角度而言属于目的，从另一角度而言属于动机，或许严格区分动机与目的并不现实。而且，刑法中也存在将动机表述为目的的条文。如刑法第276条规定：“由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的，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。”“由于”显然表示的是起因，“泄愤报复”也属于动机的内容。不难看出，该条将动机表述为目的。在此意义上说，目的说并无不当；对目的说的批判有吹毛求疵之嫌。但是，首先，在我国刑法理论中，将目的犯限定为直接故意犯罪（只有直接故意才有犯罪目的）的观点根深蒂固，如果将徇私作为犯罪目的，便容易形成“以徇私为要件的渎职罪均属于直接故意犯罪”的结论。可事实上，以徇私为要件的渎职罪，也可能出于间接故意；司法实践中，以间接故意实施徇私枉法等渎职罪的实例屡见不鲜<sup>②</sup>；刑法分则条文以及总则条文，也没有否认间接故意可以构成以徇私为要件的渎职罪。其次，从具体层面来分析：如果认为徇私属于直接目的（即只要行

① 刘生荣主编：《施刑范典》，1243页，北京，中国方正出版社，1999。

② 参见高兵：《徇私枉法罪疑难问题分析》，载《人民检察》，2003（1），14页。

为人实施渎职行为就可以实现徇私目的), 则并不符合事实。例如, 司法工作人员对不符合减刑条件的罪犯予以减刑的行为, 并不能直接实现徇私目的。如果认为徇私属于间接目的(即短缩的二行为犯), 也不符合事实。因为以徇私为要件的渎职罪, 并不属于将二行为犯或复行为犯缩短为一行为犯或单行为犯的情形。<sup>①</sup>

第四种观点认为, 徇私属于犯罪动机(所谓“动机说”)。如有人在论述徇私枉法罪时指出:“‘徇私’就是构成徇私枉法罪主观方面的必备的犯罪动机要件。”<sup>②</sup> 本书原则上赞成这一观点。

渎职罪的主体是国家机关工作人员, 其基本特征之一是从事公务, 而公务的特征之一是具有裁量性, 单纯的机械性事务不可能成为公务。有些裁量性事务, 需要国家机关工作人员具有较高的法律素质、政策水平、技术能力, 这种事务容易出现差错; 有的裁量性事务, 对国家机关工作人员的法律素质、政策水平、技术能力的要求则相对低一些, 这种事务一般不会出现差错。分析刑法分则关于渎职罪的规定就可以清楚地看出, 凡是规定了徇私要件的渎职罪, 其职责内容都是需要国家机关工作人员具有较高的法律素质、政策水平、技术能力的裁量性事务; 刑法之所以将徇私规定为主观的构成要件要素, 显然是为了将国家机关工作人员因为法律素质、政策水平、技术能力不高而出现差错的情形排除在渎职罪之外。

例如, 刑法第 399 条第 1 款要求徇私, 是因为有罪、无罪往往界限不清、事实不明, 为了避免将司法工作人员因法律素质不高而把有罪认定为无罪或者相反的情形认定为徇私枉法罪, 刑法条文将徇私规定为要件。<sup>③</sup> 刑法第 400 条第 1 款规定的私放在押人员罪不要求徇私, 是因为谁是在押人员、具备什么条件与程序可以释放在押人员, 是非常清楚的事情, 不会出现因法律素质、政策水平、技术能力不高而私放罪犯的现象, 所以, 不必以徇私作为要件。刑法第 401 条至第 405 条以及第 410 条至第 414 条、第 418 条规定的各种渎职罪, 之所以以徇私为要件, 也是因为相关职责的履行需要国家机关工作人员具有较高的法律素质、政

① 参见张明楷:《论短缩的二行为犯》,载《中国法学》,2004(3),147页以下。

② 牛克乾、阎芳:《试论徇私枉法罪中“徇私”的理解与认定》,载《政治与法律》,2003(3),127页。

③ 或许有人以刑法第 399 条第 2 款没有规定徇私为由反驳本书的观点;其实,刑法第 399 条第 2 款因为有“情节严重”的规定,所以,不需要通过徇私要件排除不构成犯罪的情形。

策水平、技术能力，必须将因法律素质、政策水平、技术能力不高而出现差错的情形排除于犯罪之外。第407条规定的违法发放林木采伐许可证罪不要求徇私，是因为有关林木采伐的规定相当明确，不会出现因法律素质、政策水平不高而错误发放林木采伐许可证的情形。第415条规定的犯罪之所以不以徇私为要件，是因为负责办理护照、签证以及其他出入境证件的国家机关工作人员或者边防、海关等国家机关工作人员，能够轻易判断他人是否偷越国（边）境，不会出现因法律素质、政策水平、技术能力不高而导致差错的情形。第416条规定的渎职罪也不以徇私为要件，这是因为，既然负有解救职责的国家机关工作人员接到了被拐卖、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后，依然不解救，就不可能是法律素质、政策水平、技术能力低造成的。

从上面的分析可以看出，刑法分则条文要求部分渎职罪出于徇私动机，是为了将因为法律素质、政策水平、技术能力不高而造成差错的情形，排除在渎职罪之外；换言之，当国家机关工作人员不是因为法律素质、政策水平、技术能力不高造成差错，而是基于徇私的内心起因违背职责时，便以渎职罪论处。所以，将徇私解释为犯罪的动机，是比较符合刑法规定与现实情况的。

现在的问题是，能否认为犯罪的动机属于主观的构成要件要素？有人指出：“‘犯罪动机不能成为犯罪构成要件’，是刑事立法的基本要求和刑法理论的基本命题。”<sup>①</sup>但是，这种解释观念与方法存在疑问。

长期以来，我国的刑法学只是注重演绎，习惯于用各种既定的理论命题判断刑事立法合理与否（甚至用旧刑法时代形成的各种理论命题判断现行刑法的得失），而不斟酌理论命题是否符合现行刑事立法；习惯于用各种既定的理论命题推演案件结论，而不考虑结论的妥当性。可是，首先，这种始终将既定理论命题作为大前提判断一切的做法，难以取得创新成果；但没有创新就没有发展，这或许是我国刑法学比较落后的重要原因。其次，这种做法导致研究者自觉或者不自觉地将某种理论命题作为不可动摇的真理；而“相信只有一种真理而且自己掌握着这个真理，这是世界上一切罪恶的最深刻的根源”<sup>②</sup>。我们应当意识到，刑事立法的发展、社会生活事实的变化，必然导致刑法理论的变化；以固

① 陈建清：《试论徇私枉法罪》，载《山东法学》，1999（1），38页。

② [德] M. 玻恩：《我的一生和我的观点》，李宝恒译，97页，北京，商务印书馆，1979。

定不变的理论为依据，要求刑事立法与社会生活事实适应固定不变的理论，是本末倒置的做法。

归纳方法更有利于刑法理论的创新与发展。刑法理论的许多概念，都是国外学者通过对其刑事立法进行归纳形成的。例如，将构成要件要素分为记述的构成要件要素与规范的构成要件要素、成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素，都是对刑法条文进行归纳的结论。再如，德国刑法理论起先根据刑法分则的规定，总结出目的、内心倾向、特定的心理过程三种主观的超过要素，形成了目的犯、倾向犯、表现犯概念。但学者们并不以此为终结性真理，而是通过对现行刑法条文的归纳，又得出“不纯正的心情要素”也是主观的构成要件要素的结论。<sup>①</sup>我国的刑法理论研究应当重视归纳方法的运用，既要重视对社会生活事实与判例的归纳，也要重视对刑法规定的归纳。当刑法分则条文明文将某种动机规定为主观的构成要件要素时，刑法理论既不能熟视无睹，也不能牵强地将其解释为犯罪目的或归入故意内容，更不能否认该动机属于构成要件要素。

以上是以刑法明文规定的“徇私”动机展开的讨论。但是，在司法实践中，却存在着对职务犯罪随意要求徇私动机的现象。

例如，新旧刑法都规定了非法拘禁罪，现行刑法第238条第4款还特别规定，国家工作人员利用职权犯非法拘禁罪的，从重处罚。从理论上讲，没有任何人对非法拘禁罪提出主观的超过要素，但在司法实践上，对国家工作人员利用职权犯非法拘禁罪的，如果不是出于某种卑鄙的个人动机，往往难以认定为非法拘禁罪。超期羁押便是如此。<sup>②</sup>超期羁押，一般是指在刑事诉讼中，有关办案机关与办案人员依法对犯罪嫌疑人、被告人采取刑事拘留、逮捕强制措施后，羁押时间超过刑事诉讼法规定期限的行为。超期羁押的非法性至为明显。暂时撇开宪法、刑法而论，超期羁押行为最明显、最直接地违反了刑事诉讼法关于拘留、逮捕期限的规定。当国家机关以适用法律的名义，利用国家机器剥夺公民的人身自由时，其对公民人身权利侵害的普遍性、严厉性，远远超过普通公民的侵害行为。从人身自由被剥夺的程度来看，被超期羁押的犯罪嫌疑人、被告人均被关押于戒备森严的看守所，其人身自由被彻底剥

① Vgl. Hans-Heinrich Jescheck /Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 320.

② 倘若认为超期羁押的行为成立滥用职权罪，则如后所述，在滥用职权罪的认定方面也存在类似问题。

夺。从时间上看，超期羁押的期限少则几个月，多则几年，有的甚至十几年、二十几年。这两点足以说明超期羁押行为的法益侵害程度。不仅如此，在许多情况下，超期羁押的危害性比司法机关将无罪错判为有罪的危害性有过之而无不及。在无罪错判为有罪的情况下，被错判的人能够预测自己何时可以获得自由，因而他总是抱有重获自由的希望；他还可以通过立功等表现，获得减刑或者假释。而超期羁押至何时为止，被羁押者根本无法预测，或者说，他根本不知道自己何时可以获得自由。被羁押者的自由依赖于有关机关与办案人员将案件查明，但事实上，各种证据随着时间的流逝而失散、湮灭，他获得自由的可能会越来越小、希望越来越渺茫。既然刑事立法、刑事司法与刑法理论皆认为司法工作人员故意将无罪错判为有罪具有严重的危害性，并因此追究刑事责任，那么，就没有理由否认超期羁押的违法性与有责性。旧中国 1935 年刑法第 125 条规定：“有追诉或处罚犯罪职务之公务员，为下列行为之一者，处一年以上七年以下有期徒刑：一、滥用职权为逮捕或羁押者……因而致人于死者，处无期徒刑或七年以上有期徒刑，致重伤者，处三年以上七年以下有期徒刑。”1936 年最高法院上字第 3652 号指出：“刑法第一百二十五条第一项第一款之滥权羁押罪，不仅指羁押之始具有滥用职权之违法情形，即先以合法原因羁押，而其后原因消灭，复以不法意思继续关押者，仍属滥权羁押，不能解免前项罪责。”<sup>①</sup>这一判旨明确指出，超期羁押构成滥用职权羁押罪。连旧中国都能做到的有利于保障公民人身自由的事情，新中国没有理由做不到，更没有理由不做到。

可是，长期以来，对超期羁押行为未能追究刑事责任；这反过来又成为超期羁押现象严重的原因，造成恶性循环。之所以未能追究超期羁押的刑事责任，原因也是林林总总，如对超期羁押的危害性认识不足，犯罪主体不易确定，超期羁押太普遍因而担心打击面过大，如此等等。但其中的一个重要原因是，人们习惯于认为，超期羁押不是为了谋取私利，而是为了打击犯罪即为公，所以不宜追究刑事责任。显然，在决定行为是否成立犯罪时，这种观念主要考虑的是行为人主观上是利他动机还是利己动机，出于利他动机超期羁押的，不成立犯罪；出于利己动机非法关押他人的，是自私自利的表现，可能成立犯罪。然而，根据刑法的目的与非法拘禁罪的构成要件，出于打击犯罪的动机而超期羁押的行

<sup>①</sup> 转引自许玉秀主编：《学林分科六法：刑法》，263 页，台北，学林文化事业有限公司，2001。

为，也是犯罪行为。因为不管行为人是出于打击犯罪的动机超期羁押，还是出于报复等个人目的关押他人，其行为本身对被害人人身自由的侵害程度没有任何改变。我们不能说，如果行为出于打击犯罪的动机，其行为对被害人人身自由的侵害程度就轻微得多；反之，则严重得多。不仅如此，从法益侵害程度上考虑，利用国家机器剥夺公民人身自由的行为，比普通公民剥夺他人人身自由的行为，有过之而无不及。诚然，行为人的主观内容影响其非难可能性的程度，但是动机只是导致行为人实施犯罪的主观原因，它只能从一个侧面说明行为人的非难可能性。为公的动机不可能使行为的法益侵害性减少，也不可能导致非法拘禁罪的责任缺失。据此，可以得出以下结论：在刑法没有规定动机是犯罪构成要件的情况下，动机的内容不影响行为对法益的侵犯性质与程度，也不导致有责性的缺失，因而不影响定罪；即使善良的动机、利他的动机也不例外。

现行刑法与旧刑法都规定了刑讯逼供罪，但都没有对本罪规定主观的超过要素，具体地说都没有要求行为人出于利己的动机。然而事实上却存在这样的做法：如果刑讯逼供行为出于尽快破案等良好动机，则不认定为犯罪；只有当行为人出于报复等卑鄙动机时，才追究刑事责任。对这种做法稍作分析就会发现，它主要考虑行为人主观上是利他动机还是利己动机，出于利他动机实施刑讯逼供时，由于行为人没有获取私利的意图，所以无罪；出于利己动机时，则是自私自利的表现，所以有罪。显然，它没有站在法益主体的角度考虑问题，没有从保护法益的角度得出结论。如果坚持贯彻法益侵害说，不难发现出于利他动机的刑讯逼供行为也是犯罪行为。因为不管行为人是出于利他动机还是利己动机，刑讯逼供行为对被害人人身权利的侵犯没有任何改变。我们不能说，行为人出于利他动机时，其刑讯逼供行为对被害人人身权利的侵犯程度就轻微得多；反之，则严重得多。由此可见，刑讯逼供罪的成立，并不以具有特定的动机为前提。

旧刑法没有规定滥用职权罪，导致部分滥用职权的行为以玩忽职守罪论处、部分滥用职权的行为没有受到刑法的制裁，于是人们呼吁增设滥用职权罪，现行刑法也增设了此罪。但是，现行刑法施行以来，却有许多滥用职权行为没有受到刑事责任追究。请看下列诸例<sup>①</sup>：公安人员

<sup>①</sup> 这些案例是笔者根据有关报道概括的，其中有的案例涉及数罪名，但只要涉及滥用职权罪的，笔者都列入其中，旨在说明司法实践中存在着擅自在主观要件中增添主观的超过要素的现象。

为了完成罚款任务，非法关押妇女，强迫没有卖淫的妇女承认卖淫事实，交待嫖娼者姓名，导致妇女自杀身亡或重伤；本地司法人员动用武器阻止外地法官执行案件，导致发生法律效力判决长期不能执行；司法人员利用职权、徇私舞弊，管辖不该由本地管辖的案件；检察人员在收费站逃费冲岗后，又以“妨害公务”为名强行带走收费站工作人员，并围攻在场记者；乡政府领导决定乱收费、乱摊派，致使一个乡的农民一年之内多上交几百万元，在农民提起行政诉讼状告乡政府后，又强迫农民撤诉；有关领导乱设建设基金，并且自立名目，加价征收各种建设基金，然后挪用建设基金用于非建设基金项目；某市领导强迫市民购买本地生产的商品（如香烟）或产品（如小麦），并以商品折抵工资，给市民造成重大损失；有关单位截留税款、罚没收入，用于建楼堂馆所，致使国家利益遭受重大损失；有的地方党政领导组织下级实行地区封锁，遇到外地化肥等产品进入该地，动辄打人砸车，给对方造成重大损失……

应当认为，上述行为都符合滥用职权罪的构成要件。然而，对于类似上述符合滥用职权罪构成要件的行为，司法机关都没有追究行为人滥用职权罪的刑事责任。主要原因之一是，这些滥用职权的人主观上都是出于利他（单位乃至国家）动机，而不是出于利己动机。换言之，在司法实践中，利己动机基本上成为滥用职权罪的不成文的构成要件要素。显而易见，这种做法违反刑法保护法益的目的，不利于遏止滥用职权行为，不利于建设法治国家。

随意添加不成文的主观要素，是重视主观而忽视客观的表现，也可谓是主观主义刑法理论的表现。

### 3. 流氓动机

旧刑法规定了流氓罪，寻衅滋事是流氓罪的表现形式一，现行刑法将寻衅滋事规定为独立的犯罪类型。

最高人民法院、最高人民检察院 1984 年 11 月 2 日《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》指出：“在刑法上，流氓罪属于妨害社会管理秩序罪。流氓罪行虽然往往使公民的人身或公私财产受到损害，但它的本质特征是公然藐视法纪，以凶残、下流的手段破坏公共秩序，包括破坏公共场所的和社会公共生活的秩序。”由于寻衅滋事罪是从流氓罪中分解出来的，故上述司法解释的内容依然影响了人们对现行刑法中的寻衅滋事罪的解释。例如，有学者指出：“寻衅滋事罪的罪责形式是故意，这里的故意，是指明知是寻衅滋事行为而有意识实

施的主观心理状态。应当指出，寻衅滋事罪在主观上必须具有寻求精神刺激、填补精神空虚的流氓目的。”<sup>①</sup>有的教科书指出：“本罪的主观方面为故意。本罪的犯罪目的与动机较为复杂，有的是以惹是生非来获得精神刺激，有的是用寻衅滋事开心取乐，有的是为了证明自己的‘能力’和‘胆量’等等。”<sup>②</sup>还有论著提出：“本罪的本质特征是，公然藐视国家法纪和社会公德，故意用寻衅滋事，破坏社会秩序的行为，来寻求精神刺激，填补精神上的空虚……行为人具有寻求精神刺激、发泄不良情绪、耍威风、取乐等流氓动机，并在此动机的支配下实施了寻衅滋事行为，表明了行为人主观上具有公然向社会公德挑战向社会成员应共同遵守的社会秩序挑战的故意……行为人在流氓动机的支配下，实施寻衅滋事行为，达到某种精神上的满足，这种通过寻衅滋事行为所要达到的精神满足，就是本罪的犯罪目的。”<sup>③</sup>笔者也曾指出：“主观上的流氓动机与客观上的无事生非，是本罪的基本特征，也是本罪与故意伤害罪、抢劫罪、敲诈勒索罪、故意毁坏财物罪的关键区别。”<sup>④</sup>但现在看来，这种观点值得反思。

要求寻衅滋事罪主观上具有流氓动机，或许有利于区分寻衅滋事罪与非罪、相关犯罪的界限。尽管如此，本书仍然认为，成立寻衅滋事罪并不需要行为人主观上出于流氓动机。

第一，所谓“流氓动机”或者“寻求精神刺激”是没有具体意义，难以被人认识的心理状态，具有说不清、道不明的内容，将其作为寻衅滋事罪的主观要素，并不具有限定犯罪范围的意义。凡是随意殴打他人的，都可以判断为出于流氓动机。凡是强拿硬要公私财物的，也都可以评价为寻求精神刺激。所以，将流氓动机作为寻衅滋事罪的主观要素，不能像人们所想象的那样起到区分罪与非罪、此罪与彼罪的作用。况且，要求寻衅滋事罪出于流氓动机，是旧刑法时代的观念（因为旧刑法将寻衅滋事规定为流氓罪的一种表现形式）。可是，现行刑法并没有流氓罪，解释者大脑中也不应再有流氓罪的观念，故不应将流氓动机作为

① 陈兴良：《规范刑法学》，下册，2版，823页，中国人民大学出版社，2008。

② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4版，607页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010。

③ 王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），4版，1247页，北京，中国方正出版社，2010。

④ 张明楷：《刑法学》，2版，812页，北京，法律出版社，2003。

寻衅滋事罪的主观要素。<sup>①</sup>

第二，之所以认为“流氓动机”不是寻衅滋事的主观要素，是因为即使没有这种流氓动机的行为也可能严重侵犯寻衅滋事罪的保护法益。因为行为是否侵犯了公共秩序与他人的身体安全、行动自由、名誉以及财产，并不取决于行为人主观上是否有流氓动机。在公共场所，出于流氓动机殴打他人，与出于报复动机殴打他人，对于他人身体安全与公共场所秩序的侵犯没有任何区别。出于流氓动机强拿硬要，与因为饥饿而强拿硬要，对他人财产与社会生活安宁的侵害没有任何区别。既然不是出于流氓动机的行为，也完全可能侵犯寻衅滋事罪的保护法益，那么，要求行为人出于流氓动机，就是多余的。

第三，不将流氓动机作为寻衅滋事罪的主观要素，也完全可以从客观上区分是否寻衅滋事行为，因而完全可以区分罪与非罪、此罪与彼罪。例如，故意造成他人轻伤的，就是伤害行为；多次殴打他人没有造成伤害的行为，就不是伤害行为，而是随意殴打他人的行为。随意殴打他人造成伤害的，就是寻衅滋事罪与故意伤害罪的想象竞合犯。以足以压制他人反抗的暴力、胁迫手段取得他人财物的，是抢劫行为；以轻微暴力强行索要他人少量财物的，是强拿硬要行为；如此等等。

第四，不要求行为人主观上出于流氓动机，并不意味着不要求行为人主观上具有故意，因而不会导致客观归罪。寻衅滋事罪是故意犯罪，这是没有疑问的，但其故意内容应当根据客观构成要件的内容以及刑法关于故意的一般规定来确定。倘若以寻衅滋事罪的客观构成要件内容为根据，就不可能将流氓动机作为故意内容。所以，流氓动机是一种“主观的超过要素”，这种要素不是故意本身的内容，而是故意之外的一种主观内容，因此，不要求流氓动机，并不等于不要求有犯罪故意，不会因此而导致客观归罪。

第五，要求行为人主观上出于流氓动机，导致一些具体案件不能得出妥当结论。<sup>②</sup>

总之，在现行刑法之下，不能凭空要求寻衅滋事罪出于流氓动机。随意添加动机是当前刑法理论与司法实践的重大缺陷之一，值得

① 虽然不可否认，寻衅滋事罪是从旧刑法的流氓罪中分解出来的，但这并不意味着仍然应按流氓罪的观念解释寻衅滋事罪。倘若永远按照旧刑法解释现行刑法，就意味着现行刑法对旧刑法的修改毫无意义。换言之，如果沿革解释优先，必然导致刑法的修改丧失意义。

② 参见张明楷：《寻衅滋事罪探究（下篇）》，载《政治与法律》，2008（2），122页以下。

反思。<sup>①</sup>

### 三、客观的超过要素

客观的超过要素，是笔者制造的一个概念。近几年来，虽然有学者赞成这一概念，但也有不少学者反对这一概念。这一概念的提出，原本是以四要件体系为背景或前提的。倘若采用以违法与责任为支柱的三阶层或者两阶层体系，这一概念是否具有存在的余地，是值得进一步讨论的问题。

#### （一）问题的提出

责任主义并不意味着故意犯罪的行为人必须认识到所有的客观要素。事实上，有些客观要素并不需要行为人认识。在德国、日本刑法理论体系中，哪些属于故意必须认识的客观构成要件要素，哪些不属于故意必须认识的客观处罚条件，是相当清楚明了的。但在我国，由于犯罪构成是成立犯罪的唯一法律依据，成立犯罪所必需的一切要素都被纳入犯罪构成。于是，相当于德国、日本刑法中的客观处罚条件的要素，在我国也成为犯罪构成要件的客观要素。这便增加了解决问题的难度。

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。”据此，本罪的客观要件包含三个要素：一是丢失了公务用枪；二是不及时报告；三是造成了严重后果。显然，行为人主观上必须认识到公务用枪已经丢失，认识到应当及时报告而不及时报告。那么，对造成严重后果是否需要认识呢？是否必须具有希望或放任严重后果发生的心理态度呢？概括起来说，丢失枪支不报罪在主观上是故意还是过失呢？人们的

① 最高人民法院2006年1月11日《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定：“已满十六周岁不满十八周岁的人出于以大欺小、以强凌弱或者寻求精神刺激，随意殴打其他未成年人、多次对其他未成年人强拿硬要或者任意损毁公私财物，扰乱学校及其他公共场所秩序，情节严重的，以寻衅滋事罪定罪处罚。”显然，这样的规定，并不是定义寻衅滋事罪，也不是限制寻衅滋事罪的成立条件，只是列举可能成立寻衅滋事罪的情形。换言之，这一规定并没有将出于其他动机随意殴打其他未成年人、多次对其他未成年人强拿硬要或者任意损毁公私财物，扰乱学校及其他公共场所秩序，情节严重的行为，排除在寻衅滋事罪之外。

回答并不统一，有人主张是故意<sup>①</sup>，有人主张是过失<sup>②</sup>，还有人认为既可能是过失，也可能是间接故意。<sup>③</sup> 认为是故意的人主要考虑的是不及时报告的行为，认为是过失的人主要考虑的是造成严重后果的事实。但是，行为与结果都是故意的认识内容，如果只考虑其中一点，显然不能得出适当结论。然而，果真统一考虑行为人对行为与结果的认识时，就会发现难以得出适当结论，这正是形成争论的原因。此外，在刑法没有明文规定的情况下，认为一个具体犯罪既可以是过失也可能是故意的观点，也存在不妥之处。因为根据刑法第14条与第15条的规定，如果认定某种犯罪出于故意，那么，当刑法没有明文规定过失可以构成该罪时，就不能认为该罪的主观要件包含过失，否则便违反罪刑法定原则与责任主义；一个犯罪既可以出于故意也可以出于过失的观点，导致在刑法没有明文规定的情况下，故意犯罪与过失犯罪的法定刑相同，也有悖罪刑相适应原则。此外，认为“刑法分则条文规定的某些具体犯罪只能由间接故意构成，不能由直接故意构成”的观点，也值得商榷。因为直接故意与间接故意虽然存在区别，但二者在法律上的地位却是相同的；既然间接故意都能成立，直接故意更能成立；事实上也不存在“某种行为出于直接故意时成立此罪、出于间接故意时成立彼罪”的情况。因此，必须进一步探讨主观故意与客观要素的关系。

又如，修改前的刑法第186条第1款与第2款分别规定的违法向关系人发放贷款罪与违法发放贷款罪，行为人就行为而言显然是故意的；但就结果而言，认定为故意似乎不妥当。于是有人认为本罪由故意构成<sup>④</sup>；有人认为本罪由过失构成<sup>⑤</sup>；有人认为本罪既可以是过失，也可以是间接故意<sup>⑥</sup>；有人认为本罪对行为是故意的，对结果是过失的。<sup>⑦</sup>

① 参见张穹主编：《刑法适用手册》，498页，北京，中国人民公安大学出版社，1997。

② 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，4版，397页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010；邓又天主编：《中华人民共和国刑法释义与司法适用》，189页，北京，中国人民公安大学出版社，1997；何秉松主编：《刑法教科书》，下卷，711页，北京，中国法制出版社，2000。

③ 参见叶峰主编：《刑法新罪名通论》，34页，北京，中国法制出版社，1997。

④ 参见陈兴良：《刑法疏议》，325页，北京，中国人民公安大学出版社，1997；周振想：《刑法学教程》，421页，北京，中国人民公安大学出版社，1997。

⑤ 参见刘家琛主编：《新罪通论》，238页，北京，人民法院出版社，1996。

⑥ 参见张穹主编：《修订刑法条文实用解说》，244页，北京，中国检察出版社，1997；杜安全主编：《新刑法教程》，445页，西安，西北大学出版社，1997。

⑦ 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，522页，北京，中国人民大学出版社，1997。

其他许多条文都存在类似问题。<sup>①</sup> 这些条文所规定的犯罪的共同点是，行为人明显出于故意实施犯罪行为，但对于刑法明文要求发生的结果却不是出于故意，而且法定刑一般比较低。如何认识这些犯罪的各种客观要件的性质以及主观故意的内容，成为目前亟待解决的难题。

## （二）思考的过程

笔者提出客观的超过要素概念，由来自于主观的超过要素与客观的处罚条件概念的启示。

### 1. “主观的超过要素”概念的启示

如前所述，刑法理论没有争议地认为存在超出客观要素的主观要素，那么，有无可能存在超出故意认识内容的客观要素呢？大陆法系国家刑法理论以及我国的刑法理论几乎公认，成立故意伤害（致死）罪，虽然要求客观上发生死亡结果，却不要求行为人主观上对死亡有认识。于是，死亡结果成为超出故意认识内容的客观要素。问题是，能否在结果加重犯之外，也承认这种超出故意认识内容的客观要素（客观的超过要素）呢？例如，能否认为刑法第 129 条所规定的“造成严重后果”也是一种客观的超过要素，因而不需要行为人认识呢？进而将丢失枪支不报罪确定为故意犯罪呢？

### 2. “客观处罚条件”概念的启示

众所周知，德国、日本三阶层体系，只是一个通行的一般性的提法。在一些情况下，行为具有构成要件符合性、违法性与有责性时，并不能据此处罚行为人，还要求具备刑法所规定的一定的处罚条件。换言之，虽然成立犯罪时，原则上就可能对行为人发动刑罚权，但在例外情况下，刑罚权的发动，不仅取决于犯罪事实，而且取决于刑法所规定的其他外部事由或者客观条件。这种事由或条件称为客观处罚条件（objektive Bedingung der Strafbarkeit；condizione obiettiva di punibilita，也称为客观的可罚条件或处罚条件）。<sup>②</sup> 例如，德国刑法第 283 条前 5 款规定了破产罪的罪状与法定刑，第 6 款规定：“行为人仅于停止支付或就其财产宣告破产程序或宣告破产之申请由于程序欠缺而被驳回时，始加以处罚。”据此，行为符合该条前 5 款的规定时，便构成犯罪，但只有符合第 6 款时，才能处罚。第 6 款所规定的便是客观处罚条件。再

<sup>①</sup> 如刑法第 168 条、第 187 条、第 189 条、第 330 条、第 331 条、第 332 条、第 334 条、第 337 条、第 338 条、第 339 条、第 403 条、第 405 条、第 406 条等。

<sup>②</sup> 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，4 版，515～516 页，东京，有斐阁，2008。

如，日本刑法第 197 条第 2 款规定：“将要成为公务员或仲裁人的人，就其将来担任的职务，接受请托，收受、要求或者约定贿赂，事后成为公务员或者仲裁人的，处五年以下惩役。”据此，将要成为公务员或仲裁人的人，只要就其将来所担任的职务，接受请托，收受、要求或者约定贿赂的，就成立事前受贿罪。但是，只有在行为人事后成为公务员或仲裁人时，才能处罚。“事后成为公务员或者仲裁人”就是客观处罚条件。<sup>①</sup>

大陆法系国家刑法理论起先承认的这些客观处罚条件，与行为本身没有直接关系，通常是第三者行为的结果<sup>②</sup>，因此，与行为人的故意内容没有任何关系。后来，这种客观处罚条件的内容或范围似乎扩大了。德国近数十年来的刑法改革，运用了不少客观处罚条件。这种立法现象受到了学者们的称赞。特别是一些行为的结果也被认为是客观处罚条件。例如，德国刑法第 227 条规定：“互殴，或因数人共同攻击，致人于死或重伤（第 224 条）时，参加互殴或攻击者，若其参加并非完全无过失时，处三年以下自由刑或者并科罚金。”德国刑法理论认为，其中的“致人于死或重伤”就是客观处罚条件，行为人对此不必有故意。即行为人互殴或数人共同攻击时，原本就构成犯罪，但刑法规定只有在致人死亡或重伤时才处罚，而致人死亡或者重伤却与行为人的互殴故意无关。我国台湾地区“刑法”第 283 条前段规定：“聚众斗殴，致人于死或重伤者，在场助势而非出于正当防卫之人，处三年以下有期徒刑。”林东茂教授解释说：“在场助势，是抽象的危险行为，因为，当发生群殴之时，如有人在旁鼓舞，很有可能使实际参加斗殴者，愈演愈烈，不知所止。这一种助势的危险行为，原则上已具备了应刑罚性，但是，如果一律加以处罚，又可能株连甚广，于是立法者基于刑事政策的考量，安排了‘客观可罚条件’（致人于死或重伤），只有客观可罚条件出现，助势的危险行为，才有刑罚的必要性。”<sup>③</sup>

在一些故意犯罪中，将某些客观要素作为客观处罚条件来对待，从而不要求行为人对这种客观处罚条件具有认识与放任（包括希望）态

① 参见 [日] 曾根威彦：《处罚条件》，载 [日] 阿部纯二、板仓宏等编：《刑法基本讲座》，第 2 卷，320 页，东京，法学书院，1994。

② 如德国刑法第 283 条中的“驳回”申请是由法院决定的，日本刑法第 197 条第 2 款中的“成为公务员或仲裁人”是由他人任命的。

③ 林东茂：《危险犯的法律性质》，载《台大法学论丛》，第 24 卷第 1 期，302 页。

度，就解决了将其作为构成要件而要求行为人具有故意所带来的问题。<sup>①</sup> 但是，刑法理论对这种解决方法存在激烈争议。

最有争议的是客观处罚条件的性质与地位问题。第一种观点即传统观点认为，客观处罚条件与行为人的故意无关，不是构成要件要素，也不影响行为的违法性与有责性，只是立法者基于刑事政策的考虑而设立的发动刑罚权的条件；行为人不具备客观处罚条件时，其行为仍然成立犯罪，只是不能适用刑罚而已。于是，客观处罚条件就是刑罚论所研究的问题，而不是犯罪论的课题。<sup>②</sup> 但是，这种观点的根基是人的违法观、行为无价值论，而且确实忽视了客观处罚条件对违法性的影响。<sup>③</sup> 第二种观点便认为，影响违法性的客观处罚条件应属于违法性要素，因而应是构成要件要素；只有不影响违法性的要素，才是客观处罚条件。如平野龙一指出：“能否说这些条件（指客观处罚条件——引者注）与违法性完全没有关系，还有疑问。例如，在事前受贿的场合，可以说，已经收受贿赂的人成为公务员时，人们对公务的公正性的怀疑就进一步增强。因此，将所谓的处罚条件，区分为作为单纯条件的真正处罚条件或外部的处罚条件和与违法性有关的不真正处罚条件或客观的处罚条件，要求对后者至少有过失，则是适当的。”<sup>④</sup> 德国刑法学者 Jescheck/Weigend 也将客观处罚条件分为纯正的客观处罚条件与不纯正的客观处罚条件。<sup>⑤</sup> 另一位德国学者 Claus Roxin 则认为，刑法之外，基于利益衡量，立法者所设的限制实体可罚性的要件，才是真正的客观处罚条件。<sup>⑥</sup> 第三种观点认为，所有的客观处罚条件都是构成要件，事实上根本不承认客观处罚条件，如德国的 Bemmman、Jakobs、Arthur Kaufmann 等刑法学者认为所谓的客观处罚条件，都是构成要件。<sup>⑦</sup> 日本也有相当多的学者认为客观处罚条件应还原为构成要件。如内藤谦教授指

① 需要指出的是，客观处罚条件概念的提出，虽然事实上解决了这一问题，但起先提出这一概念并非为了解决这一问题，而是因为客观处罚条件与行为无关、与违法性无关。

② 参见 [日] 大塚仁：《刑法概说（总论）》，4 版，515 页，东京，有斐阁，2008。

③ 参见 [日] 曾根威彦：《处罚条件》，载 [日] 阿部纯二、板仓宏等编：《刑法基本讲座》，第 2 卷，321 页，东京，法学书院，1994。

④ [日] 平野龙一：《刑法总论 I》，163 页，东京，有斐阁，1972。

⑤ Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 554.

⑥ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 1042ff.

⑦ 参见林东茂：《危险犯的法律性质》，载《台大法学论丛》，第 24 卷第 1 期，301 页。

出，不能认为客观处罚条件与犯罪的成立无关，因为刑罚是对犯罪的制裁，根据与成立犯罪无关的政策理由承认左右刑罚权的发生的事由显然存在疑问。因此，所谓的客观处罚条件实际上是使违法性的程度增高的要素，因而是构成要件的要素。<sup>①</sup> 曾根威彦教授则认为，客观处罚条件并非与行为无关，相反是行为的一种结果，客观处罚条件是因果进程中的中间结果，犯罪结果则是因果进程中的最终结果，因为“危险”是一种结果，而客观处罚条件都是使行为的危险性增大的要素，因而其本身也是一种结果，应当还原为构成要件的要素。<sup>②</sup> 第四种观点认为，客观处罚条件也是犯罪成立的外部条件，所以，犯罪成立条件便是构成要件符合性、违法性、有责性与客观处罚条件。<sup>③</sup>

大体上可以肯定的是，多数观点都认为，客观处罚条件不是故意的认识与意志内容，之所以形成了如此激烈的争论，主要是因为对客观处罚条件的实质作用存在分歧。有人认为客观处罚条件影响违法性；有人认为不影响违法性。

显而易见，在我国传统的四要件体系下，不能照搬大陆法系国家刑法理论的传统观点（即前述第一种观点），即不能在犯罪构成之外承认客观处罚条件。因为这样做会导致对四要件体系的致命性打击。首先，四要件体系的理论已经公认，犯罪构成是成立犯罪所必须具备的一切主客观要件的总和，行为符合犯罪构成就成立犯罪，故可以说，行为符合犯罪构成是认定犯罪的唯一依据。而我国刑法第3条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”既然如此，就不能在犯罪构成之外承认所谓客观处罚条件，否则，就会出现矛盾的格局：一方面，犯罪构成是成立犯罪必须具备的一切主客观要件的总和，行为符合犯罪构成就构成犯罪，应当追究刑事责任；另一方面，在某些情况下，行为符合犯罪构成还不能追究刑事责任，这不利于法治建设。其次，四要件体系的理论已经承认，犯罪构成是说明行为的社会危害性的，因此，对说明社会危害性不起作用的因素不可能成为构成要件；反过来说，影响行为的社会危害性、决定行为是否成立犯罪的因素，理所当然是构成要件。所以，如果

① 参见 [日] 内藤谦：《刑法讲义总论》（上），215 页，东京，有斐阁，1983。

② 参见 [日] 曾根威彦：《处罚条件》，载 [日] 阿部纯二、板仓宏等编：《刑法基本讲座》，第 2 卷，321 页，东京，法学书院，1994。

③ 参见 [日] 庄子邦雄：《刑法总论》，752 页，东京，青林书院新社，1969。

刑法将某种客观因素规定为成立犯罪或追究刑事责任所必须具备的条件，那么，就应当承认这种因素是犯罪构成的要件，而不能将其作为犯罪构成以外的客观处罚条件来对待。易言之，不应将说明行为的社会危害性而为成立犯罪所必须具备的要素，区分为犯罪构成要件要素与客观处罚条件。因此，将客观处罚条件作为犯罪成立要件以外的因素的体系或观点，不可能被传统的四要件体系所接受。

但是，不管怎么说，在与故意的认识、意志内容无关的意义上承认客观处罚条件这种事由，对于解决我们前面提出的问题给予了一个启示。即我们可否考虑承认，有些因素虽然是成立犯罪必须具备的客观构成要件要素，但它们超出了行为人的主观故意内容，而不需要行为人对之具有认识与放任（包括希望）态度。直截了当地说，我们可以借鉴前述第三种观点，认为客观处罚条件就是构成要件要素，但同时认为它们不是故意的认识内容。于是，犯罪客观要件中，有些要素属于故意的认识与意志内容，要求行为人对之具有认识与放任或希望的态度；有些要素则超出了故意的认识与意志内容，不要求行为人对之具有认识与放任或希望的态度。

联系前述主观的超过要素概念来考虑，笔者所得到的启示是，既然存在主观的超过要素，那么，可否存在客观的超过要素呢？前述客观的处罚条件是否属于客观的超过要素呢？

### 3. “客观的超过要素”概念的提出

客观构成要件的描述，必须使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度；如果在一般情况下还没有达到这种程度，刑法条文就强调某个或者某些具体内容，使总体上达到这一程度。责任构成要件的描述，也必须使责任达到可罚的程度。前述客观处罚条件与主观的超过要素，都在这方面起着作用，因而，应当认为它们属于犯罪构成要件的内容。然而，即使是构成要件要素，也不意味着必须在主观上或客观上存在着完全与之相对应的内容。主观的超过要素概念，表明有些主观要素不需要存在与之相对应的客观事实；同样，有些客观构成要件要素也可能不需要存在与之相应的主观内容，这便是笔者要提倡的“客观的超过要素”概念。

例如，刑法第129条规定的丢失枪支不报罪，在客观上要求丢失公务用枪，不及时报告，并造成严重后果。就丢失枪支而言，通常表现为过失，但也包括没有过失而丢失枪支的情况（如被盗、被抢的某些情

况)。因此，丢失枪支虽然是成立本罪的前提<sup>①</sup>，但不能要求行为人对丢失枪支本身具有故意或过失。丢失枪支事实上就是与故意无关的客观要素，属于客观的超过要素。<sup>②</sup> 不过，成立丢失枪支不报罪，要求行为人认识到公务用枪已经丢失，否则不产生应当及时报告的问题，换言之，不及时报告的前提是行为人认识到公务用枪已经丢失。就不及时报告而言，显然是故意的，即明知丢失枪支后应立即报告，但故意不及时报告。依法配备公务用枪的人员，在认识到枪支丢失的情况下故意不及时报告，就具有危害公共安全的危险，因为枪支的杀伤性大，丢失后会造严重后果。但刑事立法认为，单纯的不及时报告行为的法益侵害性，还没有达到应受刑罚处罚的程度，为了限制处罚范围，便在客观上要求“造成严重后果”。从司法实践上看，这种严重后果，虽然不排除直接后果的可能性（如造成周围公民的极度恐惧感与不安感），但通常表现为枪支落入不法分子之手后，成为不法分子的作案工具，而造成严重后果（间接危害结果）。事实上，只要行为人丢失枪支后不及时报告，因而造成严重后果的，不管行为人是否希望或者放任严重后果的发生（可以肯定，行为人能够预见严重后果发生的可能性），都应当追究行为人的刑事责任。因此，本罪中的“造成严重后果”虽然是构成要件要素，但不需要行为人对严重后果具有认识与希望或放任态度。“造成严重后果”便成为超出故意内容的客观要素，属于“客观的超过要素”。

再如，刑法第 397 条规定的滥用职权罪。滥用职权，是指不法行使职务上的权限的行为，即就形式上属于国家机关工作人员一般职务权限的事项，以不当目的或者以不法方法，实施违反职务行为宗旨的活动。根据笔者的观点，本罪为故意犯罪，故意的内容为：行为人明知自己滥用职权的行为会发生破坏国家机关的正常活动，损害公众对国家机关工作人员职务活动的合法性、客观公正性的信赖的危害结果，并且希望或者放任这种结果发生。“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的结果，虽然是本罪的构成要件要素，但宜作为客观的超过要素，不要求行为人希望或者放任这种结果发生。有人认为，滥用职权罪的主观心

① “丢失枪支”也可谓本罪的一个客观要素（如果行为人没有丢失枪支，但误以为枪支已经丢失而不报的，不可能成立丢失枪支不报罪），但“丢失枪支”是否属于本罪的“行为”，或者是否属于本罪“实行行为”的一部分，是值得研究的另一问题。

② 对此应无争议，因为“丢失”枪支完全可能是意外的。但本书所要讨论的主要是部分危害结果是否是客观的超过要素的问题。

理状态只能是间接故意；有人认为，滥用职权罪的主观心理状态既可以是过失，也可以是间接故意；还有人认为，滥用职权罪的主观心理状态只能是过失，核心理由是，认为本罪的心理状态为故意，进而认为行为人对“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的结果持希望或者放任的态度，要么不符合实际，要么对这种行为应当认定为危害公共安全等罪。<sup>①</sup> 本书认为，如果说滥用职权只能出于间接故意，那就意味着对出于直接故意的滥用职权行为以其他犯罪论处，这有悖直接故意与间接故意的统一性；基于同样的理由，本书不赞成本罪的主观内容既可以是过失，也可以是间接故意的观点；如果说滥用职权只能出于过失，那么，就意味着没有故意的滥用职权罪，这并不符合事实，也不符合刑法将滥用职权罪作为与玩忽职守罪相对应的故意犯罪的精神。也应当承认，要求滥用职权的行为人主观上对“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的结果持希望或者放任的态度，同样不合适。所以，一方面承认本罪是故意犯罪，另一方面将上述结果视为客观的超过要素，不要求行为人认识（但应有认识的可能性）、希望与放任，则可以避免理论与实践上的困惑。

本书认为，客观的超过要素仍然是犯罪构成要件的要素，不是构成要件之外的客观处罚条件。

就一般意义而言，客观的超过要素既可能存在于故意犯罪，也可能存在于过失犯罪。但是客观的超过要素的主要特点是，不需要行为人对之具有认识与放任或希望态度，因此，就故意犯罪提倡客观的超过要素的概念才具有意义。过失犯罪时，行为人对客观要素本身可能就没有认识，即使有认识也没有希望或者放任发生的意志因素，因此，在过失犯罪中提倡客观的处罚条件没有多大意义（就我国刑法与刑法理论而言，尤其如此）。

客观的超过要素虽然不是故意的认识与意志内容，但应否要求行为人对之具有认识的可能性，则是值得研究的。如前所述，在国外刑法理论中，有人主张行为人对客观处罚条件至少应有认识的可能性，本书赞成这种观点。即在故意犯罪中，虽然客观的超过要素不是故意的认识与意志内容，但当客观的超过要素的内容是法益侵害结果以及影响行为违法性的其他客观因素时，行为人至少对之具有预见可能性。如同结果加

① 参见张智辉：《论滥用职权罪的罪过形式》，赵秉志主编：《刑法评论》，第1卷，142页以下，北京，法律出版社，2002。

重犯一样，行为人对基本犯罪具有故意而造成了加重结果时，不要求行为人对加重结果具有故意，但必须对之具有预见可能性，否则也不能令行为人对加重结果承担刑事责任。

我国刑法第14条规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”据此，故意是认识因素与意志因素的统一，行为人对危害结果没有希望或放任发生的态度时，理应不成立故意犯罪。易言之，单纯的所谓对行为的“故意”，并不符合刑法第14条关于故意犯罪的规定，只有对危害结果具有希望或者放任的心理态度时，才可能成立故意犯罪。考虑到刑法的这一规定，本书认为，内容表现为危害结果的客观的超过要素，只应存在于有双重危害结果的犯罪中。本书所考虑到的主要有以下几种情况：第一，犯罪行为既有物质性结果也有非物质性结果时，可能只要求行为人认识到其中的一种结果，而另一种结果是客观的超过要素。例如，修改前的刑法第186条规定的犯罪，银行或者其他金融机构的工作人员违反法律、行政法规规定，向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件，或者向关系人以外的其他人发放贷款的行为本身，就是对金融秩序的破坏，属于非物质性结果，行为人对此至少具有放任态度。<sup>①</sup>但刑法还分别要求行为“造成较大损失”与“造成重大损失”的物质性结果，这种物质性结果便是客观的超过要素，不需要行为人对之持放任或者希望态度，但对这种物质性结果的预见可能性则是完全可以肯定的。前述刑法第397条规定的滥用职权罪也是如此。第二，犯罪行为既存在无具体对象的危害结果，又存在针对具体对象的危害结果时，后者可能是客观的超过要素。例如，刑法第339条第2款规定的擅自进口固体废物罪，行为人未经国务院有关主管部门许可，擅自进口固体废物用作原料的行为本身，就破坏了环境资源保护，行为人对此具有故意，但刑法还要求“致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康”。这种针对具体对象的危害结果，实际上是客观的超过要素，不需要行为人对此具有希望或者放任的态度，只要有预见可能性即可。第三，犯罪行为存在直接危害结果与间接危害结果时，间接危害结果可能是客观的超过要素。刑法第129条规定的丢失枪支不

<sup>①</sup> 实质上，认定行为人具有希望的态度也不过分，因为非法发放贷款的行为必然发生破坏金融秩序的结果。

报罪，一般来说，行为人丢失枪支不报行为的直接结果，是导致有权知道的有关国家机关不能及时知道枪支丢失，使枪支继续处于失控状态，间接后果便是他人利用行为人所丢失的枪支造成严重后果。行为人明知自己丢失枪支不及时报告的行为，必然导致有权知道的有关国家机关不能及时知道枪支丢失，使枪支继续处于失控状态，并且希望或者放任这种结果发生，因而符合刑法第 14 条关于故意的规定。显然，上述三种情况可能存在交叉现象。

由于本书提倡的客观的超过要素主要是指部分危害结果，导致的结论是对这些危害结果作为客观的超过要素不需要认识与希望或放任态度，因此，只能就法定刑较轻的故意犯罪承认内容为危害结果的客观的超过要素；对于法定刑较重的故意犯罪，不能将危害结果作为客观的超过要素。通常是在下列情况下承认内容为危害结果的客观的超过要素：行为人明显故意实施犯罪行为，刑法又要求发生某种危害结果才成立犯罪，而该结果往往相当严重，但刑法规定的法定刑较低，如果认为其对该严重后果必须出于故意，则既不能区分此罪与彼罪，也不能做到罪刑相适应<sup>①</sup>；而承认此时的危害结果是客观的超过要素，则不会产生这样的问题。

#### 4. 三阶层或者两阶层体系下的客观的超过要素

如前所述，客观的超过要素概念，是在传统的四要件体系的语境下提出来的。笔者现在思考的问题是，在采取以违法与责任为支柱的犯罪论体系的语境下，客观的超过要素概念，是否具有存在的必要呢？换言之，能否将三阶层体系中的客观处罚条件，纳入构成要件，作为客观的超过要素呢？笔者对此持肯定回答。

首先，不管是德国、日本刑法中的客观处罚条件，还是我国刑法中笔者所称的客观的超过要素，虽然都是限制处罚范围的要素，但同时也是表明法益侵害性的要素，因而是违法要素。例如，我国刑法第 129 条所规定的“造成严重后果”，刑法第 397 条所规定的“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”，都是表明法益侵害性的要素。客观构成要件是违法类型，表明违法性的要素，理当归入构成要件，成为构成

<sup>①</sup> 例如，刑法第 330 条规定的妨害传染病防治罪，行为人都是出于故意实施妨害传染病防治的行为，并且具有危害公共卫生的危险，但法定刑较低：引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；造成特别严重后果的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。一般认为，本罪由故意构成，但如果要求行为人对引起甲类传染病的传播持希望或者放任态度，那么，就难以协调本罪与危害公共安全罪的关系。

要件要素。

其次，即便在三阶层体系中，也存在并非客观处罚条件，却是不需要认识的客观要素。例如，在故意伤害致死罪中，致死的结果就是此罪的客观要素，但它不是故意的认识内容，只要行为人具有认识的可能性即可。国外一些刑法教科书在论述故意的认识内容时，也特别提出结果加重犯的加重结果与客观处罚条件是不需要认识的内容。<sup>①</sup>换言之，在三阶层体系中，原本已经存在客观的超过要素。既然如此，将表明行为违法性的客观处罚条件纳入构成要件，使之成为客观的超过要素，就未尝不可。

### （三）必要的说明

行文至此，有必要再作几点说明。以下说明是对可能出现和已经出现的疑问、批判的回答。

第一，承认客观的超过要素，是否违反了责任主义？有学者指出：“就刑法第 129 条所规定的丢失枪支不报罪而言，‘造成严重后果’是丢失枪支不报行为所引起的结果，是该罪的客观构成要件……既然说上述情况是成立该罪所必不可少的客观构成要件，怎么能将其排除在行为人的认识范围之外呢？按照这种理解，岂不是只要客观上存在上述要素，行为人就必须对其承担责任，从而直接违反刑法第 14 条的规定和刑法学当中的责任原则，并最终落入和近代主观责任原则相冲突的、要求人们对偶然发生的结果也要承担刑事责任的偶然责任的窠臼吗？”<sup>②</sup>诚然，责任主义必须得到贯彻，结果责任或偶然责任应当废止。但是，承认客观的超过要素，并不等于主张结果责任。首先，从前述笔者所列举的一些犯罪来看，如违法发放贷款的人、丢失枪支不及时报告的人、擅自进口固体废物的人，他们都认识到了自己行为的危害性质。其次，行为人主观上对客观的超过要素以外的某种危害结果显然具有希望或者放任发生的态度。例如，上述犯罪的行为人对金融秩序的破坏、有权知道的主管机关不能及时知道枪支丢失进而使枪支继续处于失控状态、环境资源保护的破坏等危害结果，都具有希望或者放任发生的态度。最后，刑法规定过失犯罪并不违反责任主义，而笔者要求行为人对作为客观的超过要素的危害结果具有预见可能性。相对于这些犯罪的较低法定刑而言，没有理由认为承认客观的超过要素是结果责任的表现。再以“多次盗

<sup>①</sup> 参见 [日] 西田典之：《刑法总论》，2 版，216 页，东京，弘文堂，2010；[日] 山口厚：《刑法总论》，2 版，188 页，东京，有斐阁，2007。

<sup>②</sup> 黎宏：《刑法总论问题思考》，194～195 页，北京，中国人民大学出版社，2007。

窃”为例。认定多次盗窃时，不需要行为人认识到多次，并不违反责任主义原则。因为多次是对各次盗窃行为的累加，只要求行为人三次以上实施盗窃行为即可，而且不以符合连续犯的条件为前提。与认定同种故意数罪时，只需要行为人对每次犯罪具有故意一样，认定多次盗窃时，也只需要行为人对每次盗窃具有故意，而不要求行为人后一次盗窃时都必须认识到自己前一次、前几次实施过盗窃行为。

第二，既然要求行为人对客观的超过要素具有预见可能性，为什么不直接肯定这些犯罪是过失犯罪？众所周知，过失包括疏忽大意的过失与过于自信的过失，特别是在过于自信过失的情况下，行为人可能认识到了自己行为的危害性质，也认识到了危害结果，但因过于自信而导致危害结果。在这个意义上说，本书前面列举的一些犯罪，似乎都可以直接认定为过失犯罪，而不必认定为故意犯罪。但是，将本书所列举的需要用客观的超过要素概念来处理的犯罪，都认定为过失犯罪并不合适。例如，将丢失枪支不及时报告、违法发放贷款、擅自进口固体废物的行为，认定为过失犯罪，总有难以被人接受的感觉。再如，刑法第128条第3款规定的犯罪，依法配置枪支的人员，非法出租、出借枪支的行为，显然是故意行为，但刑法要求造成严重后果，而这种严重后果通常表现为租用人、借用人的行为造成严重后果，如果要求出租、出借的行为人对这种结果持希望或者放任态度，则明显不妥当；但因此而认为本罪只能由过失构成，即因为对严重后果是过失，所以整个犯罪也是过失，也明显不合理。特别值得一提的是，虽然故意犯罪不必有与之相对应的过失犯罪，但任何过失犯罪都必须有与之相对应的故意犯罪。道理很简单：既然某种过失行为都是犯罪，那么，与之相对应的故意行为更应是犯罪。然而，如果将上述犯罪解释为过失犯罪，便没有与之相对应的故意犯罪，这是非常不合适的。例如，当人们将丢失枪支不报罪解释为过失犯罪时，所考虑到的是，行为人对造成严重后果不具有希望或者放任的态度；但是，假如行为人丢失枪支后不及时报告，而且有证据证明行为人确实希望或者放任他人利用自己所丢失的枪支造成严重后果时，我们既不能认定该行为不成立犯罪，也不能认定该行为成立其他更为严重的犯罪，而只能认定为丢失枪支不报罪。<sup>①</sup> 所以，用一概认定为

<sup>①</sup> 但是，如果我们要求行为人希望或者放任他人利用其所丢失的枪支造成严重后果，也不合适。

过失犯罪的方法来处理，不能令人满意。使用客观的超过要素概念，从而将上述犯罪均解释为故意犯罪，则不会存在上述问题。还需要说明的是，即便承认故意与过失不是对立关系，只是位阶关系，也不宜将丢失枪支不报罪确定为过失犯罪。其中的一个重要原因是，我国刑法只承认故意的共同犯罪，而不承认过失的共同犯罪。但是，丢失枪支不报罪完全可能存在共同犯罪。例如，警察甲与警察乙一起出差，途中，甲丢失了枪支，打算立即报告。但乙劝甲说：“如果报告你就当不了警察了，你不要报告；你需要用枪时，可以使用我的枪。”经乙反复劝说，甲没有及时报告，最终导致发生严重结果。如果将丢失枪支不报罪确定为过失犯罪，同时认为故意包含了过失，也可以对甲的行为认定为丢失枪支不报罪。然而，一旦将丢失枪支不报罪确定为过失犯罪，就意味着乙与甲不成立共同犯罪。可是，如果不将乙作为丢失枪支不报罪的教唆犯处罚，则明显不合适。所以，将丢失枪支不报罪确定为故意犯罪，才是合适的。

第三，反对客观的超过要素概念的学者还指出：“在我国刑法对于刑法分则中所规定的具体犯罪到底是故意犯还是过失犯，基本上没有明确规定的情况下，其判断，主要还是看行为人对于可能发生的结果有没有预见。有预见而不制止的场合，就是故意；在没有预见的场合，当然也谈不上制止了，也就无所谓过失。而行为人对于可能发生的结果有没有预见，主要是看法条对于行为人违反规范态度的描述以及对其违反规范态度的评价（主要标志是法定刑的轻重高低）。如就丢失枪支不报罪而言，法条对于行为人违反规范态度的描述是，在行为人明知枪支是一种危险物品，失控的话可能会造成严重危害社会的结果的情况下，仍然‘不及时报告’，这显然是体现了行为人明知故犯、故意而为的态度，因此，属于故意犯罪形态。”<sup>①</sup> 笔者对此存在疑问。其一，上述反对意见从解释论上以刑法第14条为根据批判笔者的观点，后来却从立法论上批判笔者的观点，认为只要预见了结果就是故意，这恐怕存在方法论上的问题。笔者是根据刑法的规定，为了确定刑法分则所规定的相关犯罪的责任形式，同时遵从刑法第14条、第15条关于故意犯罪、过失犯罪的规定，从解释论上提出的“客观的超过要素”概念，而非从立法论上提出该概念。因此，从立法论上批判“客观的超过要素”概念的做法，难以为笔者所接受。学者们或许可以从立法论上主张将间接故意与过于

<sup>①</sup> 黎宏：《刑法总论问题思考》，200页，北京，中国人民大学出版社，2007。

自信的过失合二为一，形成一种新类型的责任形式，从而解决丢失枪支不报罪的罪过形式问题。但是，这一方法也是立法论的主张，而不是解释论。而且，这种观点似乎不能解决前述“多次盗窃”的认识内容。其二，预见到枪支落入他人之手会造成严重危害社会的结果，并不意味着行为人的主观心理符合刑法第14条的规定。例如，发现枪支丢失后，为了不丧失警察身份，动员亲朋好友在丢失枪支的地方到处寻找。但因为没有找到，拾得枪支的人利用枪支实施了杀人行为。在这种情况下，虽然不能否认行为人对“有权知道的有关机关不能及时知道枪支丢失，枪支继续处于失控状态”的结果持希望或者放任态度，但难以认为，此时的行为人希望或者放任发生他人死亡的严重危害结果。

第四，承认客观的超过要素，是否会导致所谓对行为的故意、对结果的过失的现象？笔者并不赞成仅仅根据对行为的认识、意志态度与仅仅根据对结果的认识、意志态度来区分故意、过失的观点，一直主张对故意与过失作完整的理解。<sup>①</sup> 从前述论述仍然可以看出，本书只是在双重危害结果的犯罪中，才承认以部分危害结果为内容的客观的超过要素，因此，行为人对危害行为的性质的认识，以及对双重危害结果中的一个层次的危害结果具有认识与放任或希望态度，就表明其故意仍然是认识因素与意志因素的统一，表明不是只根据行为人对行为有无认识来区分故意与过失。另一方面，将部分危害结果作为客观的超过要素，并主张行为人对之有预见可能性，也并不意味着这是一个完整的过失，这与结果加重犯要求行为人对加重结果有预见可能性是一个道理。

第五，承认客观的超过要素是否与结果加重犯要求对加重结果有预见可能性相矛盾？回答是否定的，相反，本书正是以结果加重犯概念为中介提倡上述观点的。在我国，结果加重犯不是独立罪名，例如，抢劫致人重伤、死亡时，也认定为抢劫罪。但根据责任主义原则，行为人必须对加重结果具有预见可能性，否则对加重结果不承担责任。而在本书所主张的需要使用客观的超过要素概念的犯罪中，也要求行为人对作为客观的超过要素的危害结果具有预见可能性，这正与结果加重犯要求对加重结果有预见可能性相一致。不仅如此，结果加重犯是因为加重结果而加重法定刑，而本书所主张的都是基于刑事政策的理由，将危害结果作为限制处罚范围的条件的情况。这更说明了本书的观点与结果加重犯

<sup>①</sup> 参见张明楷：《犯罪论原理》，270页，武汉，武汉大学出版社，1991。

的理论没有冲突之处。诚然，在结果加重犯の場合，行为人对基本犯罪具有故意；而在丢失枪支不报罪中，丢失枪支不报本身并不是一种基本犯罪，因而似乎没有犯罪故意。但是，倘若将丢失枪支不报罪中的严重危害结果作为客观的超过要素，那么，对丢失枪支不报的行为以及导致的有权知道的有关机关不能及时知道，枪支继续处于失控状态的后果的认识与希望或放任态度，就理所当然地成为本罪的故意内容。

第六，有学者引入国外的内在的客观处罚条件与外在的客观处罚条件的概念，进而否认客观的超过要素概念的必要性（因为客观的超过要素实际上是内在的客观处罚条件）。提出这种观点的学者指出：“在通常の場合，对于具体犯罪的判断，并不需要考虑是否存在内在的客观处罚条件这一要素。在行为具备通常意义上的不法和责任时，犯罪成立要件就全部具备。只是在例外的情形下，立法者规定了通常意义上的不法要件之外的条件时，需要判断这种条件是否与危害行为及其结果有较为密切的关联性，是否属于足以影响违法性的要件，是否对其应该作为违法要素看待。这种常规的违法要素之外的附加要件，如果是取决于某些客观的条件是否成就，该要件就是内在的客观处罚条件。”丢失枪支不报罪中的造成严重后果，就属于内在的客观处罚条件。“对于内在的客观处罚条件，就要求行为人认识。但行为人只需要对于结果有‘极有可能发生’的高度模糊性认识、预见。这种认识和预见可能远远低于对故意犯罪中典型的违法性要素的认识、预见，而只是对法益侵害（危险）的‘未必’的预见——客观处罚条件的发生多多少少是有可能的。但即便发生这样的结果，行为人也无所谓、可以接受、可以容忍。”外在的客观处罚条件“完全是基于刑事政策所作出的规定，对不法和责任均无影响，不要求行为人对其有认识、预见”。例如，刑法第243条第3款“不是有意诬陷，而是错告，或者检举失实的”，不成立诬告陷害罪的规定，就是典型的外在的客观处罚条件。<sup>①</sup>笔者只能在与本章相关的范围内发表如下看法：（1）如前所述，笔者要求行为人对客观的超过要素具有认识可能性，而上述学者则认为行为人必须对内在的客观处罚条件具有未必的预见。问题是，未必的预见在我国刑法中是何种责任形式？刑法仅规定了故意与过失两种责任形式，在刑法规定的责任形式之外提出一种责任形式，并不合适。倘若认为，未必的预见就是间接故意，那

<sup>①</sup> 参见周光权：《论内在的客观处罚条件》，载《法学研究》，2010（6），122、125、132页。

么，这种内在的客观处罚条件与真正的违法要素就不应当存在区别。如若认为，未必的预见就是有认识的过失，那么，就没有理由将无认识的过失（应当预见）排除在外，因为二者在刑法上的地位相同。（2）按照笔者的观点，结果加重犯中的加重结果，也属于客观的超过要素，行为人只要对加重结果有预见可能即可。但上述学者的观点不能解决结果加重犯的问题。（3）刑法第 243 条第 3 款所规定的内容，并不是客观处罚条件，只是一种注意规定，旨在将客观上属于诬告但没有诬告故意的行为排除在诬告陷害罪之外。况且，从该款规定的内容来看，就不是“客观”处罚条件，而是“主观”内容。（4）所谓基于刑事政策做出的规定，要么就是为了扩大处罚范围的规定，要么就是为了缩小处罚范围的规定。但不管是哪一种规定，要么是放宽违法、责任要件的要求，要么是对违法、责任要件作严格要求，难以存在一种所谓与不法、责任无关而仅与刑事政策有关的客观处罚条件。

第七，如何确定客观的超过要素？即哪些犯罪中的哪些客观要件是超过故意的认识与意志内容的要素？对此，上面实际上已有若干说明，下面再作进一步概括：（1）该客观要素虽然是成立犯罪不可缺少的要件，但刑法所规定的行为本身就是违法的，具有一定程度的法益侵害性，刑法只是为了控制处罚范围，才要求具有该客观要素，即该客观要素必须具有限制处罚范围的性质。（2）该客观要素在构成要件中不是唯一的客观要件要素，而是诸多客观要件要素之一。如果该客观要素在犯罪构成中是唯一的客观要件要素，就不可能属于客观的超过要素。在将危害结果确定为客观的超过要素时，该危害结果不是行为必然发生的结果，只是该行为可能发生的结果，而且还必须存在其他危害结果。（3）如果将某种犯罪的危害结果确定为客观的超过要素，该犯罪的法定刑必须较低，明显轻于对危害结果具有故意心理的犯罪。（4）将该客观要素确定为客观的超过要素时，不影响行为人主观故意的完整内容；也就是说，即使行为人对客观的超过要素没有认识与放任、希望的态度，也要对违法构成要件的其他内容（包括其他方面的危害结果）具有认识与放任、希望的态度。（5）该犯罪事实只要求对客观的超过要素（危害结果）具有预见可能性，但又不能肯定该犯罪是过失犯罪，或肯定该犯罪为过失犯罪并不符合过失的观念。总之，应当以极为慎重的态度确定客观的超过要素的内容与范围，以防止客观归罪。

第八，作为客观的超过要素的危害结果，大体分为三种类型：其一，危害结果不能直接客观归责于行为人的实行行为，但分则条文将该

危害结果的发生作为限制处罚范围的条件。丢失枪支不报罪中的严重后果就属于这一类。在这一类型中，自然不需要行为人对严重后果具有故意，但根据责任主义的要求，行为人对该结果必须具有预见可能性。其二，危害结果能够客观归责于行为人的实行行为，但分则条文将该危害结果的发生作为成立犯罪的客观要件。妨害传染病防治罪中的“引起甲类传染病传播或者有传播危险”大体属于这一类。其三，危害结果能够直接客观归责于行为人的实行行为，分则条文将该危害结果的发生作为法定刑升格的条件。故意伤害致死等结果加重犯中的致人重伤、死亡就属于这一类。在这一类型中，不需要行为人对加重结果具有故意，但要求有预见可能性。

第九，客观的超过要素除了部分危害结果外，还可能有哪些内容？客观的超过要素概念是根据客观处罚条件概念与主观的超过要素概念提出来的，因此，客观的超过要素不可能只限于危害结果，事实上，应当尽量限制将危害结果作为客观的超过要素。现行刑法中，除了可以将部分危害结果视为客观的超过要素外，其他内容的客观的超过要素（如关于行为程度、次数的要素等）并不罕见。例如，就“多次盗窃”而言，只要行为人对每次盗窃有故意即可，不要求认识到“多次”。

第十，前述对大陆法系国家刑法理论中的“客观的处罚条件”、“主观的超过要素”概念的考察，只是反映了笔者提出“客观的超过要素”概念的心路历程，请读者不要误认为笔者是在将国外刑法理论中的“客观的处罚条件”概念未加梳理地照搬于我国刑法理论中。



# 单一行为与复数行为

### 一、区分意义

实行行为是刑法上最重要的概念之一，在刑法中具有各种各样的机能：（1）通常认为，刑法分则所规定的行为是实行行为（如下所述，当然存在例外），如故意杀人罪的实行行为就是“杀人”行为，盗窃罪的实行行为就是“盗窃公私财物”的行为。刑法分则主要通过行为的描述规定各种犯罪的客观构成要件。因此，实行行为是使各种犯罪构成具有自身特色的最主要的构成要件要素。实行行为不同，犯罪的性质就不相同。（2）如果已经着手实行犯罪，则不再属于犯罪预备，即使未得逞也应以未遂犯处罚（以未遂犯具有可罚性为前提）。实行行为是否终了，也影响犯罪形态的认定。（3）因果关系论所要判断的是能否将某种结果归属于某种实行行为，即因果关系是实行行为与结果之间的引起与被引起的关系，而不是预备行为与结果之间的因果关系。（4）在共同犯罪中，实施实行行为的人属于实行犯（正犯），没有实施实行行为的人属于狭义的共犯（教唆犯与帮助犯）。<sup>①</sup>除此之外，实行行为的数量对区分罪数也具有不可低估的意义。例如，倘若只有一个行为，即使侵犯了数个法益，也只能以一罪论处（想象竞合犯）。

与之相应，明确刑法分则的某个条文对某一犯罪所要求的实行行为，是单一行为还是复数行为（所谓复行为犯），也具有相同的重要性。例如，如果分则条文规定的是复数实行行为，而行为人仅实施了其中一

---

<sup>①</sup> 以上参见〔日〕前田雅英：《刑法总论讲义》，4版，114页以下，东京，东京大学出版会，2006。

个行为，一般就能够认定该犯罪已经着手实行<sup>①</sup>，但不可能认定为既遂犯。再如，如果二人以上参与的是分则条文规定为复数行为的犯罪，那么，只要行为人参与其中一个行为，就可能成立共同正犯。譬如，甲以抢劫故意对丙实施暴力且压制了丙的反抗，乙知道真相后与甲共同强取财物的，应当认定为抢劫罪的共同正犯。又如，如果分则条文规定的是单一行为，而行为人实施的是复数行为，那么，就有可能成立更重的犯罪或者构成数罪。例如，故意伤害的实行行为是单一行为。如果行为人不仅实施了故意伤害行为，而且非法取得了他人财物，那么，就要根据相关犯罪的构成要件，判断行为人的行为是成立更重的抢劫罪，还是同时成立故意伤害罪与盗窃、侵占等侵犯财产罪。

在讨论刑法分则条文所规定的实行行为是单一行为还是复数行为之前，有必要先明确刑法分则条文规定的行为是否均为实行行为。笔者的基本观点是，我国刑法分则条文规定的行为，并非均为实行行为。

例如，刑法第198条第1款规定：“有下列情形之一，进行保险诈骗活动，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处一万元以上十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金；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，并处二万元以上二十万元以下罚金或者没收财产：（一）投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的；（二）投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金的；（三）投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金的；（四）投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；（五）投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的。”刑法理论的通说认为，行为人开始实施刑法分则第198条第1款所规定的犯

① 其实，对于复行为犯着手的认定，并不存在绝对统一的标准。因为着手不只是形式的判断，而且需要实质的考察，亦即，只有造成了法益侵害的紧迫危险时，才能认定为着手。另一方面，虽然刑法总则规定原则上处罚未遂犯，但事实上并非如此。换言之，就某些犯罪而言，即使认为其行为已经着手实行，也不意味着要将该行为当做未遂犯处罚。例如，刑法第175条前段规定：“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。”可以认为，本罪是复行为犯，前行为是套取金融机构贷款，后行为是高利转贷他人。应当认为，套取金融机构贷款时，就是本罪的着手。但是，如果没有高利转贷他人，就不可能符合违法所得数额较大的条件，因而基本上不可能认定为本罪的未遂犯。

罪构成客观要件的行为时期，为保险诈骗罪的着手时期。由于保险诈骗罪的客观要件是，虚构保险标的、编造未曾发生的保险事故、夸大损失程度、制造保险事故以及骗取保险金的行为，因此，本罪是双重实行行为（复合实行行为），应以开始实施第一行为即手段行为为犯罪的着手。换言之，开始实施虚构保险标的、编造未曾发生的保险事故、夸大损失程度、制造保险事故的行为时，就是保险诈骗罪的着手。<sup>①</sup>

但是，本书难以同意这样的观点。（1）根据《保险法》第27条第2款的规定，投保人、被保险人以诈骗保险金为目的，故意造成财产损失的保险事故后，并不编造虚假的原因的，根本不可能骗取保险金。投保人以诈骗保险金为目的，故意杀害被保险人后，并不向保险人编造虚假的原因的，也不可能骗取保险金。既然如此，“投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故”、“投保人、受益人故意造成被保险人死亡”的行为，就不是保险诈骗罪的实行行为。（2）保险事故是产生保险补偿关系的法律事实，是保险人赔偿或者给付保险金的前提条件，如果没有发生合同约定的保险事故，就不能根据合同约定索赔。制造保险事故的行为，只是为诈骗保险金创造了前提条件，不能成为保险诈骗罪的实行行为。（3）与制造保险事故的行为相比，行为人与保险人签订保险合同时虚构保险标的的行为，离结果发生的距离更远。因为行为人与保险人签订保险合同虚构保险标的后，倘若未发生保险事故，就根本不可能取得保险金。所以，签订保险合同时虚构保险标的的行为，也不是保险诈骗罪的实行行为。（4）如果认为刑法第198条第1款规定的均为实行行为，也难以解决罪数问题。例如，投保人、受益人为了骗取保险金而故意杀害被保险人，但还没有向保险公司索赔时，便被司法机关查获。根据通说的观点，行为人的行为已经成立保险诈骗罪的未遂。而根据刑法第198条第2款的规定，对于这种行为应当实行并罚。于是出现了这样的现象：仅有一个杀人行为，却同时按故意杀人既遂与保险诈骗罪未遂实行并罚。这是本书难以赞成的。事实上，只有当投保人、受益人故意杀害被害人后，向保险公司索赔保险金，才能认定为数罪。因为索赔行为已经超出了故意杀人罪的范围，换言之，不能将索赔行为评价在故意杀人罪之中，只能另外评价为保险诈骗罪。有人认为，这一缺陷是由刑法第198条第2款的规定造成的，如果删除了该款，就不存在问

<sup>①</sup> 参见赵秉志、杨诚主编：《金融犯罪比较研究》，325页，北京，法律出版社，2002。

题了。<sup>①</sup> 其实，刑法第 198 条第 2 款没有不当之处，只要承认刑法第 198 条第 1 款规定了预备行为即可。总之，在本书看来，刑法第 198 条第 1 款各项对五种行为方式的规定，大多是对保险诈骗罪的预备行为的规定，这种行为发展为“骗取保险金”时，才可能成为保险诈骗罪的实行行为（参见本书第二章）。

其实，中国刑法分则有不少条文在表述客观构成要件时，规定了预备行为的内容。

刑法第 142 条规定：“生产、销售劣药，对人体健康造成严重危害的”，构成生产、销售劣药罪。可是，单纯生产劣药而不销售的行为，不可能给人体健康造成严重危害。所以，难以认为生产劣药的行为就是本罪的实行行为。

刑法第 196 条第 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。”在我国，由于盗窃罪的成立以窃取的财物数额较大为前提，盗窃信用卡只是意味着取得了作为有体物的信用卡本身，并不意味着窃取了信用卡记载的现金，所以，一般来说，盗窃信用卡的行为本身并不构成犯罪。正因为如此，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 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。”显然，“盗窃信用卡”虽然是刑法分则条文规定的行为，但并不是盗窃罪的实行行为。

刑法第 219 条第 1 款规定：“有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（一）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；（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。”显然，成立侵犯商业秘密罪要求“给商业秘密的权利人造成重大损失”，但是，倘若行为人只是以不正当手段获取了权利人的商业秘密，既没有披露，也没有使用或者允许他人使用，权利人依然可以继续使用该商业

<sup>①</sup> 参见李文燕主编：《金融诈骗犯罪研究》，389 页，北京，中国人民公安大学出版社，2002。

秘密，那么，该行为就不可能给权利人造成重大损失。<sup>①</sup>因此，刑法第219条第1款第1项规定的“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”以及第2款规定的“获取……他人的商业秘密”并非可以导致重大损失的行为。易言之，只有当获取商业秘密的行为人使用、允许他人使用或者披露该商业秘密时，才可能导致权利人遭受重大损失。所以，单纯获取商业秘密的行为，并不是侵犯商业秘密罪的实行行为。真正的实行行为是，“行为人使用、允许他人使用或者披露商业秘密”。

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；……：（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。”显然，不能认为“以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的”行为，以及“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”行为，均为合同诈骗罪的实行行为。换言之，刑法第224条规定的行为包含了预备行为。

刑法第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。”应当认为，只有使用盗接的通信线路或者使用复制的电信码号时，才能认定为实施了盗窃罪的实行行为。单纯盗接他人通信线路、复制他人电信码号的行为，只是盗窃的预备行为。

总之，我国刑法分则的不少条文在规定实行行为的同时，描述了预备行为。那么，能否将这些预备行为视为潜在的实行行为呢？

日本有学者主张，对行为的危险性进行事前的判断，对作为结果的危险采取事后判断，经由事前判断认为有危险的行为，是潜在的实行行为；但是，只有在通过事后判断认为发生了具体的危险时，才能进行事

<sup>①</sup> 由于被害人依然能够使用其商业秘密，故不能将商业秘密的研发成本或者商业秘密本身的价值认定为权利人的损失数额。

后的溯及的评价，潜在的实行行为便转化为真正的实行行为。<sup>①</sup> 如果适用这种理论，或许可以认为，上述条文中被笔者评价为预备行为的行为，属于潜在的实行行为，一旦行为产生了具体的危险，就将预备行为或潜在的实行行为溯及评价为实行行为。于是，刑法分则规定的均为实行行为。但是，倘若适用这种理论，不仅可能意味着刑法中不再有预备行为，导致所有的预备行为都是潜在的实行行为，而且可能使真正的实行行为丧失意义。以保险诈骗罪中的投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的情形为例。并不是只要投保人故意虚构保险标的，事后就会在一定时期发生使保险人遭受财产损失的具体危险；只有在发生保险事故后，投保人向保险人索赔时，保险人才具有遭受财产损失的具体危险。但这种具体危险不是虚构保险标的的行为造成的，而是索赔行为造成的。既然如此，只要将索赔行为认定为实行行为即可，而不应当将虚构保险标的的行为认定为实行行为。况且，上述有关潜在的实行行为的理论，并不是为了将预备行为追溯为实行行为，而是为了限定实行的着手时期。所以，中国刑法分则条文中规定的预备行为，也不是潜在的实行行为。

与此相关联，还有一条或许可行的路径：认可上述刑法第 198 条、第 196 条第 3 款、第 224 条、第 265 条等条文所规定的行为都是实行行为，但同时承认实行行为与着手的分离，亦即，开始实施分则规定的实行行为并不等于着手，只有当行为具备未遂犯的客观处罚根据（产生了侵害法益的具体危险）时，才是实行的着手。例如，投保人与保险人签订保险合同时故意虚构保险标的的行为，属于实行行为，但是，只有当投保人向保险人索赔时（只有索赔才会产生侵害法益的具体危险），才是保险诈骗罪的着手。再如，根据刑法第 196 条第 3 款的规定，盗窃他人信用卡的行为就是实行行为，但是，只有当行为人开始使用盗窃的信用卡时，才是盗窃罪的着手。又如，承认以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同就是合同诈骗罪的实行行为，但是，只有当行为发展到即将使他人遭受财产损失时，才是合同诈骗罪的着手。

关于实行行为与实行的着手或者着手实行之间的关系，日本刑法理论有以下几种观点：第一种观点认为，实行行为=实行的着手=未遂犯的成立。据此，只要着手，就意味着有实行行为（也可以说，只要有实

<sup>①</sup> 参见 [日] 山中敬一：《刑法总论》，2 版，713 页以下，东京，成文堂，2008。

行行为,就意味着有着手),因而成立未遂犯。第二种观点认为,实行行为=实行的着手,但是实行行为与未遂犯的成立相分离。故此,虽然有着手就有实行行为,或者有实行行为就有着手,但是成立未遂犯还需要具备“紧迫的危险”这一不成文的要素。第三种观点认为,实行的着手=未遂犯的成立,但是实行行为与实行的着手相分离。因此,有实行行为不等于有实行的着手。<sup>①</sup>如果从未遂犯的处罚根据上考虑,笔者也赞成第三种观点。因为“实行的着手时期,应当是产生结果发生的危险的时期。所以,实行的着手是划定未遂犯的处罚时期的时间性概念”<sup>②</sup>。于是,“实行的着手既可能置前于实行行为,也可能置后于实行行为”<sup>③</sup>。例如,盗窃罪的实行行为是将他人占有的财物转移给自己或者第三者占有,但是,行为人进入他人住宅后开始物色财物时,就会被认定为盗窃罪的着手,这是实行的着手置前于实行行为的情形(物色财物在转移财物之前)。又如,行为人从甲地邮局寄送毒药给乙地的被害人。在甲地寄送毒药的行为虽然是杀人罪的实行行为,但只有当毒药寄送到被害人时才有可能认定为故意杀人罪的着手(到达在寄送行为之后)。

但麻烦的是,日本对预备犯的处罚以刑法分则明文规定为限,我国刑法并非如此。即使认为投保人与保险人签订保险合同时故意虚构保险标的的行为,就是实行行为,在行为人后来并未向保险人索赔就被发现时,对该行为也只能认定为预备犯。于是,虽然行为人实施了刑法分则所规定的实行行为,也仅成立预备犯。预备犯的行为就既包括了预备行为,也包括了部分实行行为。这便造成了概念的混乱。另一方面,预备犯之所以包括部分实行行为(如投保人与保险人签订保险合同时故意虚构保险标的的行为),显然是因为这部分“实行行为”实质上只是预备行为。既然如此,不如直接承认刑法分则的某些条文规定了预备行为。

基于以上考虑,本书暂且维持以下观点:应当承认我国刑法分则的部分条文规定了预备行为,但不同于独立的预备罪,而是在描述实行行为的同时,也描述了部分预备行为。所以,不能认为分则条文规定的行为均为实行行为。本章所称的复数行为,是指复数实行行为。所以,当

① 参见金光旭:《日本刑法中的实行行为概念》,载于改之、周长军主编:《刑法与道德的视界交融》,136页以下,北京,中国人民公安大学出版社,2009。

② [日]西田典之:《刑法总论》,2版,301页,东京,弘文堂,2010。

③ 金光旭:《日本刑法中的实行行为概念》,载于改之、周长军主编:《刑法与道德的视界交融》,138页,北京,中国人民公安大学出版社,2009。

刑法分则条文就某罪规定的两个行为是预备行为与实行行为时，不能认为该罪的实行行为是复数行为。

问题是，如何判断刑法分则的某个条文对某一犯罪所规定（要求）的实行行为，是单一行为还是复数行为？

诚然，通过法条用语、表述方式等形式标准得出结论是可能的。但是，单纯根据形式标准得出的结论不一定是妥当的。因为语言总是模糊的，有时难以准确地表述刑法的真实含义。所以，需要进行符合刑法真实含义的实质判断。

## 二、基本分析

刑法分则条文的表述，大体上为区分某种犯罪的实行行为是单一行为还是复数行为提供了线索。例一：如果刑法分则条文在两个行为（动词）之间使用“或者”一词，就表明本罪的实行行为不是复数行为，只是选择性行为。例如，刑法第161条规定：“依法负有信息披露义务的公司、企业向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露，严重损害股东或者其他人员利益，或者有其他严重情节的，对其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，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金。”显然，只要行为人实施“或者”前后的行为之一，即可成立本罪。例二：如果分则条文在行为之间使用了顿号，就表明本罪不是复数行为，而是选择性行为。例如，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。”本罪的行为显然不是复数行为。但是，也存在难以得出合理结论的情形，下面仅就刑法分则使用的相关用语进行分析。

### （一）“并”

从语法角度来说，当刑法分则条文在两个实行行为（动词）之间使用了“并”或者“并且”时，一般而言，该罪的成立（既遂）要求复数行为。但是，在刑法分则条文中，这种情形很少见。

例如，刑法第196条第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。”据此，单纯盗窃信用卡的，不能适用该款规定认定为盗窃罪；同样，单纯使用他人信用卡的，也不能适

用该款认定为盗窃罪。<sup>①</sup>但是，本书认为，不能认为本款规定的是复数实行行为，因为盗窃信用卡的行为并不是盗窃罪的实行行为，只能视为预备行为。

再如，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。”如果行为人单纯伪造货币或者单纯出售或者运输伪造的货币，就不可能适用刑法第171条第3款。但是，本款所规定的并不是独立的罪名，只是对包括一罪的处罚规定。<sup>②</sup>

反过来的情形反而值得研究。亦即，即使刑法分则条文在两个行为（动词）之间使用了“并”或者“并且”一词，也不一定意味着该罪是复数行为。

例如，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，处二以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”单纯从字面含义来看，损害商业信誉、商品声誉罪的实行行为是复数行为：捏造虚伪事实与散布虚伪事实；似乎单纯散布虚伪事实的行为，不可能成立损害商业信誉、商品声誉罪；也有学者明确指出本罪属于复行为犯。<sup>③</sup>但本书不赞成这种结论。

第一，刑法的目的是保护法益，故犯罪的本质是侵害法益；没有侵害法益的行为不可能构成犯罪，当然也不可能成其为实行行为。不仅如此，即使某种行为具有侵害法益的危险性，但这种危险性非常微小时，刑法也不可能将其规定为犯罪，这种行为也不可能成其为实行行为。正如前田雅英教授所言：“所谓‘杀人’行为，并不包含偶然导致死亡结果发生的一切行为，而必须是类型性地导致他人死亡的行为。例如，希望他人死于新干线事故而使他人勉强乘坐新干线，即使碰巧实际上发生

① 按照笔者的观点，拾得、骗取他人信用卡后，从自动取款机中取款的，直接成立盗窃罪，不应适用刑法第196条第3款的规定。

② 根据日本学者前田雅英的观点，包括的一罪分类四个类型：其一，一个行为产生的数个结果属于同一构成要件内的情形，如一个盗窃行为窃取了数人所有的财物；其二，一个行为产生的数个结果属于不同构成要件的情形，如砍杀他人导致衣服毁坏（附随犯）；其三，实施同一构成要件内的数个行为的情形，如索要贿赂后收受贿赂（狭义的包括的一罪）；其四，实施不同构成要件的数个行为但仅以一罪论处的情形（吸收一罪）（参见〔日〕前田雅英：《刑法总论讲义》，4版，499页以下，东京，东京大学出版会，2006）。

③ 参见陆诗忠：《复行为犯之基本问题初论》，载《现代法学》，2007（6），171页。

事故而死亡，也不能说使他人乘坐新干线的行为是‘杀人’行为。只是意欲、意图发生结果，还不能说实行了杀人罪。”<sup>①</sup>换言之，实行行为并不意味着只是形式上符合刑法分则条文所规定的构成要件的行为，而是“具有发生结果的一定程度以上的危险性的行为”<sup>②</sup>。或者说，实行行为只能是发生了危险结果（或者紧迫的危险）的行为。但是，单纯捏造虚伪事实的行为本身并不具有法益侵害的紧迫危险。例如，甲在纸条上写着“A啤酒厂的啤酒罐里有一具尸体，大家不要买A啤酒厂的啤酒”，然后放入抽屉。这种行为不可能侵害他人的商业信誉与商品声誉。既然如此，就不可能成为实行行为。

第二，具有侵害法益危险或者能够造成法益侵害的是散布虚伪的损害他人的商业信誉、商品声誉事实的行为。例如，甲某日在地上捡了一张纸条，上面写着：“A啤酒厂的啤酒罐里有一具尸体”，甲明知这是虚假的，但仍然向社会公众大声宣读该纸条（即散布虚假事实），导致A啤酒厂遭受重大损失。不难看出，单纯散布虚伪事实就能够侵害他人的商业信誉与商品声誉，使他人遭受重大损失。对这种行为不以本罪论处，明显不当。这也说明，捏造虚伪事实本身，并不具有重要意义。

第三，即使就单个人实施本罪而言，通过比较所谓“捏造并散布”这种复数行为与“散布虚伪事实”这一单一行为，也会发现二者没有任何区别。例如，甲事先在纸条上写着“A啤酒厂的啤酒罐里有一具尸体，大家不要买A啤酒厂的啤酒”，然后在大庭广众中宣读的，无疑成立本罪。乙事先并没有在纸条上写着这句话，而是直接在大庭广众之中大声喊叫“A啤酒厂的啤酒罐里有一具尸体，大家不要买A啤酒厂的啤酒”的，不可能无罪。然而，如果说甲是捏造并散布虚伪事实的话，乙则是散布捏造的事实，二者完全相同。可是，无论从什么角度考虑，用什么标准判断，乙实施的只有一个行为，而不是两个行为。既然如此，就表明刑法第221条并没有规定复数行为。人们可能会说，乙不仅散布了虚伪事实，而且也捏造了虚伪事实。但是，这只是极为表面的区别。因为如前所述，单纯的捏造行为根本不是侵害和威胁法益的行为，所以，就损害商业信誉、商品声誉罪的成立条件而言，要求散布者必须实施一种没有侵害或者威胁法益的行为，是不合适的。

第四，不可否认的是，从文理上说，要将刑法第221条中的“捏

① [日]前田雅英：《刑法总论讲义》，4版，114页，东京，东京大学出版会，2006。

② [日]前田雅英：《刑法的基础·总论》，92页以下，东京，有斐阁，1993。

造”解释为修饰“虚伪事实”的形容词，是相当困难甚至是不可能的。然而，语言是不准确的，其含义也可能是不确定的。在这种场合，需要通过考察用语的语境与目的揭示用语的真实含义。一方面，某个事实是否属于“捏造”，是需要对方或第三者判断的，没有向对方或第三者传达的事实，也难以被判断为捏造。所以，捏造本身就包含了向外部传达的意思。另一方面，在笔者看来，刑法第 221 条使用“捏造并散布虚伪事实”这种极为重复的表述，实际上只是为了防止将误以为是真实事实而散布的行为认定为犯罪，亦即，是为了防止处罚没有犯罪故意的行为。

倘若坚持认为损害商业信誉、商品声誉罪的实行行为是复数行为（即捏造虚伪事实并散布），就会产生诸多消极后果。

第一，如果说损害商业信誉、商品声誉罪的实行行为是复数行为，就意味着捏造行为是实行行为的一部分，于是，开始实施捏造行为时就是着手，这是难以被人接受的。根据这种观点，甲在纸条上写完“A 啤酒厂的啤酒罐里有一具尸体，大家不要买 A 啤酒厂的啤酒”这句话，然后放入抽屉，就已经着手实施了刑法分则所规定的实行行为，即使没有散布，也可能成立犯罪未遂。这明显不当。而且，这种观点会导致在日记本上写日记、在私人电脑上写文章的行为，都有可能成为犯罪的实行行为。但是，我们必须吸取“文革”的历史教训，对于这种没有散布虚伪事实的行为，绝对不能以犯罪论处。与对其他复行为犯的认定相比较，也会发现将损害商业信誉、商品声誉罪视为复行为犯的观点存在疑问。例如，就单个人犯罪而言，如果行为人仅实施了抢劫罪中的暴力行为，即使没有强取财物，也成立抢劫未遂。如果认为损害商业信誉、商品声誉罪是复行为犯，那么，只要实施了捏造行为就成立本罪的未遂，但这一观点并不成立。这从另一角度说明，损害商业信誉、商品声誉罪不是复行为犯。

第二，或许有人认为，如果行为人以散布为目的开始实施捏造行为，就是本罪的预备行为。但这种说法也存在问题：一方面，既然认为捏造行为是实行行为，就不能认为为了散布而捏造是预备行为。如同暴力、胁迫是抢劫行为的实行行为的一部分一样，不能认为为了强取财物而实施暴力、胁迫的行为只是抢劫罪的预备行为。另一方面，即使将捏造行为认定为犯罪预备行为，也不利于保障国民自由。因为这种观点导致的结局是，写日记、在私人电脑上写文章，都可能成为犯罪的预备行为。由此看来，将单一行为解释成复数行为，并不一定有利于保障国民

的自由。

第三，认为损害商业信誉、商品声誉罪的实行行为是复数行为的观点，不利于保护法益。在网络发达的时代，有时可能根本查不出虚伪事实的捏造者，而只能查明虚伪事实的散布者。例如，2008年3月，被告人甲开办了一个家教信息网站，因为删帖结识了另一名被告人乙。2008年8月，乙花钱指使被告人甲，让甲在网上发布一些攻击其竞争对手——某高新技术开发有限公司产品的帖子，而且越多越好。于是，甲将严重损害某高新技术开发有限公司的商业信誉与商品声誉的帖子发到了20多个网站上，造成该公司120余万元的经济损失。但是，司法机关无法查清这些帖子内容的具体来源，换言之，不能查明谁编写了帖子的具体内容。倘若认为只有查明了虚伪事实的捏造者才能认定犯罪，则本案的几名行为人的行为均不成立犯罪，这显然不利于保护法益。

基于同样的理由，对第181条第1款规定的编造并传播证券、期货交易虚假信息罪的实行行为也应作相同解释。该款规定：“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。”虽然法条使用了“并且”一词，但笔者认为，本条中的编造并不是实行行为的一部分，由此得出的结论是：一方面，单纯编造影响证券、期货交易的虚假信息的行为，并不是本罪的实行行为，不成立未遂犯。另一方面，明知是他人编造的影响证券、期货交易的虚假信息而传播的，即构成本罪。“编造并且传播”的规定，只是为了将没有故意的传播行为排除在犯罪之外。

刑法分则还有几个条文虽然没有使用“并”与“并且”一词，但可能给人们的印象是省略了“并”与“并且”，因而需要分析。

刑法第243条第1款规定：“捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”本条没有“并”的表述，但人们可能认为，本条罪状的第一句实际上是“捏造事实并诬告陷害他人”，于是，诬告陷害罪在客观上也有两个行为，一个捏造事实，二是诬告陷害。刑法理论上也有学者认为诬告陷害罪是复行为犯。<sup>①</sup>其实，本罪只要求一个单一行为，即向公安、司法机关作虚假告发。例如，甲

<sup>①</sup> 参见陆诗忠：《复行为犯之基本问题初论》，载《现代法学》，2007（6），171页。

事先在纸条上写着“某 A 于 2010 年 10 月 24 日盗窃某公司笔记本电脑一台”，装入信封后，递交给公安人员，该行为无疑属于诬告陷害（不考虑情节是否严重的要求）。乙事先并没有在纸条上写上这句话，却直接向公安人员说“某 A 于 2010 年 10 月 24 日盗窃某公司笔记本电脑一台”的，不可能被排除在诬告陷害之外（乙的诬告行为就包含了捏造事实的内容）。同样，丙在地上捡了一张写着“某 A 于 2010 年 10 月 24 日盗窃某公司笔记本电脑一台”的纸条，明知纸条的内容是虚假的，仍然将该纸条交给公安机关的，依然属于诬告陷害。

刑法第 246 条第 1 款规定的诽谤罪的罪状是“捏造事实诽谤他人，情节严重”。这一规定可能给人们的印象是，诽谤罪必须是“捏造事实并诽谤他人，情节严重”。其实，诽谤罪也不是由复数行为构成，亦即，不意味着行为人必须先捏造、后诽谤。一方面，单纯捏造损害他人名誉的事实，不可能成为本罪的实行行为；另一方面，明知是损害他人名誉的虚假事实而散布的，也属于诽谤。

反过来说，当刑法分则条文仅使用了捏造、编造等动词时，必须对此做出合理解释，揭示出真正的实行行为。例如，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，对本条中段所规定的“编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息”，不能作形式的理解，而是要作实质的判断。例如，甲在私人电脑上输入或者在笔记本上书写“某大型商场将于某年某月某日晚 8 时发生特大爆炸事件”的文字时，不可能成立编造虚假恐怖信息罪，只有将这种虚假恐怖信息传达给他人时，才可能成立本罪。否则，将意味着写日记之类的行为也成立犯罪。换言之，虽然本条规定的“编造”行为侧重于捏造虚假恐怖信息，“传播”行为侧重于散布虚假恐怖信息，但仅有捏造事实的行为不可能成立本罪。那么，法条为什么分别规定编造与传播行为呢？本书的回答是，在行为人编造虚假恐怖信息的场合，即使只向特定人或者少数人传达所编造的虚假恐怖信息，也有可能成立编造虚假恐怖信息罪；故意传播虚假恐怖信息罪，则要求行为人故意向不特定人或者多数人传达虚假恐怖信息。例如，甲在某大型商场突然大声喊叫“商场即将发生特大爆炸事故”时，认定为故意传播虚假恐怖信息罪即可，没有必要认定为编造、故意传播虚假恐怖信息罪。

再如，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。”在本罪中，并不是只要编造就成立本罪，而是要求发布了编造的内容虚假的招股说明书、认股书或者债券募集办法。发布之前，在招股说明书、认股书或者债券募集办法中填写虚假内容的，并不构成本罪的着手。

又如，刑法第183条第1款规定：“保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，依照本法第二百七十一条的规定定罪处罚。”这里的编造显然不是在私人电脑或者日记本上编造，而是向受骗者（处分人）提交虚假理赔文书。

还如，刑法第198条第1款第2项所规定的“投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金的”行为，也是指向保险公司提出虚假的索赔原因或损失程度，而不是指单纯的编写、捏造行为。

## （二）“和”与“及其”

在汉语中，“和”虽然一般表示并列，但有时仅表示“或者”。所以，不能将“和”一概理解为复数行为的文理根据。由于刑法分则条文并没有在动词之间使用“和”一词，故只能对类似条文略作说明。

例如，刑法第151条第2款前段规定：“走私国家禁止出口的文物、黄金、白银和其他贵重金属或者国家禁止进出口的珍贵动物及其制品的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”其中的“和”表达的是“或者”的意思，也可以说，“和”所表示的意思中包括了“或者”。

再如，刑法第328条第1款第1项规定的行为是“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”；同条第2款规定：“盗掘国家保护的具有科学价值的古人类化石和古脊椎动物化石的，依照前款的规定处罚。”两款中的“和”表达的都是“或者”的含义。详言之，对于盗掘确定为全国重点文物保护单位的古文化遗址、古墓葬的，或者盗掘确定为省级文物保护单位的古文化遗址、古墓葬的，或者既盗掘确定为全国重点文物保护单位的古文化遗址、古墓葬

葬，又盗掘确定为省级文物保护单位的古文化遗址、古墓葬的，都应当适用刑法第 328 条第 1 款第 1 项的规定；对于盗掘国家保护的具有科学价值的古人类化石的，或者盗掘国家保护的具有科学价值的古脊椎动物化石的，或者既盗掘国家保护的具有科学价值的古人类化石，又盗掘国家保护的具有科学价值的古脊椎动物化石的，均应适用刑法第 328 条第 2 款的规定。

在刑法分则条文中，“及其”与“和”基本上起着相同作用。

刑法第 312 条第 1 款前段规定：“明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。”行为人故意掩饰、隐瞒他人犯罪所得的，或者故意掩饰、隐瞒他人犯罪所得产生的收益的，或者既故意掩饰、隐瞒他人犯罪所得，又故意掩饰、隐瞒他人犯罪所得产生的收益的，都符合本条规定的构成要件。

### （三）“以……方法”与“以……手段”

在刑法分则条文中，“以……方法”与“以……手段”的描述，存在两种情形：其一，表明犯罪的实行行为是复数行为；其二，只是描述实行行为的具体方式，而不意味着其所规定的犯罪为复数行为。

例如，刑法第 263 条前段规定：“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。”刑法理论几乎没有争议地认为，抢劫罪的实行行为是复数行为，即暴力、胁迫等是手段行为，强取财物是目的行为。之所以如此，是因为抢劫罪的成立，不仅要求取得财物的行为违反了被害人意志，而且要求行为人造成压制被害人反抗的状态，进而取得财物（特定的因果关系的发展过程）；单纯利用他人不能反抗的状态而取得财物的行为，仅成立盗窃罪。正因为如此，日本学者一般认为抢劫罪是结合犯<sup>①</sup>，而结合犯是典型的复行为犯。

但是，即使规定方式与抢劫罪相同的犯罪，也可能不是复行为犯。

例如，刑法第 236 条第 1 款规定：“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。”第 237 条第 1 款规定：“以

<sup>①</sup> 参见 [日] 前田雅英：《刑法总论讲义》，4 版，496 页，东京，东京大学出版会，2006；[日] 山中敬一：《刑法总论》，2 版，718 页，东京，成文堂，2008。当然，这种结合犯，并不是手段行为与目的行为的单纯结合，而是要求手段行为压制了被害人的反抗进而实现目的行为（参见 [日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，216 页，东京，有斐阁，2010）。

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。”这两个条文的规定方式与抢劫罪相同，现实发生的某些强奸案件与强制猥亵妇女案件，也可能确实表现为两个行为，即先实施暴力、胁迫等行为，再实施奸淫或者猥亵行为。但是，如果进行体系性的解释，就会发现，强奸罪与强制猥亵妇女罪的成立，既包括行为人压制被害人的反抗后实施目的行为的情形（复数行为），也包括利用被害人不能反抗的状态所实施的奸淫行为与猥亵行为。因为强奸罪与强制猥亵妇女罪，所要求的是行为人违反被害人的意志实施奸淫或者猥亵行为，而不要求特定的因果关系的发展过程。在后一种情形下，显然不是复数行为。例如，乘妇女熟睡而实施奸淫行为的，没有争议地成立强奸罪。再如，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道的，其暴力行为本身就是猥亵行为。<sup>①</sup>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。<sup>②</sup>又如，强行剥光妇女衣裤，或者乘妇女不注意时突然触摸妇女阴部，或者在妇女难以脱身的场所直接强行用生殖器顶擦妇女臀部等行为，既是暴力行为，也是猥亵行为。在这种情况下，应认定为强制猥亵妇女罪既遂，而不能认为行为人仅实施了暴力行为，从而认定为强制猥亵、侮辱妇女罪的未遂，更不能认为行为人仅实施了猥亵行为，从而否认强制猥亵妇女罪的成立。<sup>③</sup>在强奸行为与强制猥亵妇女行为表现为单一行为时，只有开始实施该单一行为时，才可能进入着手阶段。单一行为之前的行为不是实行行为，因而不能在单一行为之前认定着手。例如，就乘妇女熟睡而实施奸淫行为的强奸案而言，行为人进入房间等行为并不是强奸罪的着手，开始实施奸淫行为时才是强奸罪的着手。

其实，刑法分则条文关于“以……方法”、“以……手段”的规定，大多都是对行为本身的描述，而不表明犯罪具有复数行为。

- 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 卷，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。
- ③ 在日本，个别学者认为，当暴力行为本身就是猥亵行为时，不成立强制猥亵罪，只成立强制罪（参见 [日] 中义胜：《刑法各论》，85 页，东京，有斐阁，1975）。但是，通说认为这种行为成立强制猥亵罪（参见 [日] 曾根威彦：《刑法各论》，4 版，65 页，东京，弘文堂，2008；[日] 山口厚：《刑法各论》，2 版，107 页，东京，有斐阁，2010；等等）。

例如，刑法第 277 条第 1 款规定：“以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”当国家机关工作人员正在依法执行职务时，行为人对之实施暴力、胁迫的，就成立妨害公务罪。也正因为如此，旧中国与国外刑法对妨害公务罪的罪状采取的表述是：“在公务员依法执行职务时，对其实施暴力或者胁迫”<sup>①</sup>。

再如，刑法第 114 条规定：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”“以其他方法危害公共安全”并不意味着本条所规定的犯罪行为是复数行为，而是旨在说明，放火、决水、爆炸等都是危险方法，以危险方法危害公共安全罪中的危险方法，必须是与放火、决水、爆炸等相当的危险方法。

又如，刑法第 282 条第 1 款规定的“以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密”，第 298 条规定的“扰乱、冲击或者以其他方法破坏依法举行的集会、游行、示威”，第 307 条 1 款规定的“以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证”，第 333 条 1 款后段规定的“以暴力、威胁方法强迫他人出卖血液”等，都不表明相关犯罪的行为是复数行为，而是对相关犯罪行为的具体描述。

之所以如此，是因为作为人的身体活动的行为，离不开一定的方法或手段。方法事实上是对身体活动内容的描述，方法不同，行为也就不同。例如，以暴力、胁迫等方法压制被害人反抗而强取财物的，是抢劫行为；以恶害相通告导致被害人产生恐怖心理进而交付财物的，是敲诈勒索行为；以欺骗方法使对方产生认识错误进而交付财物的，是诈骗行为。因此，抢劫、敲诈勒索与诈骗行为之间的关键区别可谓方法不同。不仅如此，在某种意义上说，方法或手段与行为甚至是同义语。例如，刑法第 114 条将放火、决水、爆炸、投放危险物质称为危险方法，我们也可以说它们是危险行为。当某些犯罪的成立要求特定的方法或手段时，是对行为本身的要求，而不是对行为之外的其他要素的要求。由此可见，犯罪的方法或手段与行为不可分离。现在的论著一般都将从

<sup>①</sup> 旧中国 1935 年刑法第 135 条、1928 年刑法第 142 条、日本刑法第 95 条、德国刑法第 113 条、奥地利刑法第 270 条、韩国刑法第 136 条。

行为概念中剥离出来<sup>①</sup>，于是，行为便成为空洞的概念，行为本身也就不存在了。

#### （四）“利用职务上的便利”

刑法分则中有大量条文使用了“利用职务上的便利”的表述，许多论著将“利用职务上的便利”视为独立的一个行为，其实并非如此。下面以受贿罪为例展开讨论。

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。”那么，利用职务上的便利的真正含义究竟是什么呢？这可能要分别就索取贿赂与收受贿赂来讨论。

索取贿赂时，不需要为他人谋取利益。所以，在索取贿赂时，意味着利用了职务上的便利。但问题是，这是指索取贿赂行为本身必须是一种职务行为，还是说国家工作人员就职务或职务行为索取贿赂？显然是后者而不是前者。在司法实践中，索取贿赂一般表现为，国家工作人员在他人有求于自己的职务行为时，利用他人的困境或者需求，要求、索要乃至勒索财物；如果他人不交付财物，就不满足他人的要求。例如，乙请求国家工作人员甲通过职务行为使自己承揽一项建筑工程，甲向乙提出交付财物的要求。显然，要求对方交付财物的行为本身，就是索取贿赂。这是一种非常明显的以权换利的行为，国家工作人员所索取的财物，是其职务行为的不正当报酬，即财物与其职务行为的对价关系非常明显，因此，刑法规定索取贿赂的从重处罚。但是，如果他人请托的事项与国家工作人员的职务行为没有关系时，利用他人困境或者需求，要求、索要或者勒索财物的，则不成立受贿罪。例如，中学校长抓住小偷后，小偷请求校长不报送司法机关，校长乘机要求小偷交付 5 000 元给自己，否则报送司法机关。将盗窃犯人报送司法机关不是中学校长的职务行为，因此，校长的行为不成立受贿罪，只成立敲诈勒索罪。由上可见，利用职务上的便利索取贿赂时，只是要求基于职务而索取贿赂，并不意味着利用职务上的便利本身是一个实行行为。

因收受财物而构成受贿罪的，要求国家工作人员为他人谋取利益。于是出现了这样的问题：利用职务上的便利干什么？是利用职务上的便

<sup>①</sup> 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，4 版，89 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2010；马克昌主编：《刑法学》，77 页，北京，高等教育出版社，2003；曲新久：《刑法学》，2 版，94 页，北京，中国政法大学出版社，2009。

利接收财物（指单纯接收财物的行为）？还是利用职务上的便利为他人谋取利益？抑或接收财物与为他人谋取利益都要求利用职务上的便利？刑法理论一直不探讨这一问题，司法解释也只是说明利用职务上的便利本身是什么含义。<sup>①</sup> 这样一来，就更难理解利用职务上的便利了。

如果说利用职务上的便利，是指利用职务上的便利接收财物，则难以理解，也不利于受贿罪的认定。因为并非只有利用职务上的便利才能接收财物。例如，甲向乙交付财物，要求乙为其子女安排工作，乙接收了财物。我们无论如何也看不出乙接收财物的行为本身利用了职务上的便利。实践中存在公务人员的家属帮助接收财物的现象，这更清楚地说明了接收财物本身无须利用职务上的便利。如果说利用职务上的便利，是指利用职务为他人谋取利益，也难以令人赞同。因为为他人谋取利益只要是一种许诺即可，而许诺本身不需要利用职务上的便利。基于上述理由，我们也可以得出以下结论：不能要求国家工作人员同时利用职务上的便利接收财物和为他人谋取利益。

那么，能否说在收受贿赂的情况下利用职务上的便利不是构成要件要素呢？回答也是否定的。众所周知，收受贿赂主要表现为三种情况：一是行贿人事前主动交付财物，以期国家工作人员为其谋取利益，国家工作人员收受财物；二是国家工作人员在实施某种职务行为的过程中，行贿人主动交付财物，国家工作人员收受财物；三是国家工作人员实施了某种职务行为之后，行贿人主动交付财物，国家工作人员收受财物。三种情况的共同点是，国家工作人员接收财物并许诺为行贿人谋取利益，或者正在或已经实施了某种职务行为，使财物成为其（所许诺的）职务行为的不正当报酬。司法实践中，往往需要注意区分收受贿赂与接受赠与的界限，区分二者的关键在于是否利用了职务上的便利。人们虽然从许多方面提出了区分的标准，但其核心标准应当是：交付财物者是

① 如最高人民法院、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：“受贿罪中的‘利用职务上的便利’，是指利用职权或者与职务有关的便利条件。”最高人民检察院 1999 年 9 月 16 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（试行）》指出：“‘利用职务上的便利’，是指利用本人职务范围内的权力，即自己职务上主管、负责或者承办某项公共事务的职权及其所形成的便利条件。”最高人民法院 2003 年 11 月 13 日《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》指出：“刑法第三百八十五条第一款规定的‘利用职务上的便利’既包括利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权，也包括利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。”

否有求于收受财物者的职务行为；所交付的财物是否是职务行为的不正当报酬。这表明，收受贿赂时，利用职务上的便利也表现为：国家工作人员许诺实施、正在或者已经实施（包括放弃实施）职务行为，而收受行贿人交付的财物，该财物成为其（所许诺的）职务行为的不正当报酬。由此可见，利用职务上的便利收受贿赂，只是意味着国家工作人员所收受的财物与其职务行为具有关联性（财物是职务行为或所许诺的职务行为的不正当报酬），而不意味着利用职务上的便利本身是一个实行行为。

总之，不管是在索取型受贿罪中，还是在收受型受贿罪中，利用职务上的便利本身都不是一个独立的行为。诚然，在不同的犯罪中，“利用职务上的便利”的含义并不完全相同，但都不意味着相关犯罪属于复数行为。例如，就贪污罪而言，利用职务上的便利盗窃或者骗取，意味着盗窃与骗取行为是基于行为人主管、管理、经手公共财物的职权；利用职务上的便利侵吞，意味着行为人将基于职务占有的公共财物据为己有或者使第三者所有。但这些行为都不表明贪污罪是复数行为。概言之，利用职务上的便利，只是对特定实行行为的一种描述，也可谓实行行为的特定方式，因而不是一种独立的实行行为。

#### （五）“违反国家规定”

如后所述，刑法分则条文中的“违反国家规定”、“违反……法规”所表达的含义并不完全相同（参见本书第十章）。在此需要讨论的是，“违反国家规定”之类的要求，是否意味着必须存在复数行为？

如所周知，“违反国家规定”、“违反……法规”是空白罪状的表述方式。亦即，分则条文没有具体描述某一犯罪的全部构成要件，但指明了必须参照的其他法律、法令。从它没有具体描述犯罪的全部构成要件来说，是空白罪状；从它指明了必须参照的法律、法令而言，是参见罪状。不过，我国的刑法分则中没有典型的空白罪状<sup>①</sup>，因为在我国被认为是空白罪状的条文，在指明了参照法规的同时，也描述了部分构成要件要素。从与行为的关系来说，我国刑法分则所规定的“违反国家规定”、“违反……法规”分为两种情形：

其一，法条既有“违反国家规定”、“违反……法规”的表述，又有对行为的描述。在这种场合，“违反国家规定”、“违反……法规”并不

<sup>①</sup> 典型的空白罪状只是规定“违反……法规的，处……刑。”如日本刑法第94条规定：“在外国交战之际，违反有关局外中立之命令的，处三年以下监禁或者五十万元以下罚金。”

是一个独立行为，只是对行为具体内容的要求。例如，刑法第 345 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。”本罪的行为是滥伐森林或者其他林木，至于所谓“滥伐”则需要以森林法为根据进行判断。所以，“违反森林法的规定”不是一个独立的行为，而是对“滥伐”行为的界定。所以，滥伐林木罪不是复行为犯。

再如，刑法第 396 条第 1 款前段规定：“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，数额较大的，对其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，并处或者单处罚金。”私分国有资产罪不是由“违反国家规定”与“以单位名义将国有资产集体私分给个人”两个行为组成。行为是否违反国家规定，是判断是否“私分”的法律标准。如果行为符合国家规定，就不可能属于本罪的“私分”行为。所以，私分国有资产罪也不是复行为犯。

一种观点认为，“走私罪的违反海关法规和逃避海关监管的行为”，“是并列的实行行为”<sup>①</sup>。其实，违反海关法规并不是走私罪中的一个实行行为，只是判断行为是否属于走私的法律依据。符合海关法规的行为，不可能成为走私行为。<sup>②</sup> 所以，走私罪也并非复行为犯。

其二，法条有“违反……法规”和对结果的表述，没有对行为的描述。在这种场合，应当肯定“违反……法规”是一种独立的行为。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。”显然，成立危险物品肇事罪，既要求有违反爆炸性等物品管理规定的行为，也要求发生重大事故、造成严重后果。因此，应当认为“违反爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定”是对行为的要求。但是，由于法条并没有另外规定某种行为，故本罪依然不属于复行为犯。类似的法条还有刑法第 131 条至第 133 条、第 134 条第 1 款。

概言之，不能因为法条中有“违反国家规定”、“违反……法规”的表述，就认定该法条所规定的犯罪为复行为犯。

① 马克昌主编：《犯罪通论》，3 版，445 页，武汉，武汉大学出版社，1999。

② 参见王明辉：《复行为犯研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，第 4 卷，329 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

### 三、争议问题

有些犯罪的行为究竟是单一行为还是复数行为，在刑法理论上存在争议。下面就部分争议问题略作分析。

#### （一）抗税罪

抗税罪是单一行为还是复数行为，涉及作为与不作为能否结合为一个犯罪的问题。本书持肯定回答。

抗税是逃避纳税义务的行为。在此意义上说，抗税行为包括了不作为。但是，抗税罪并非单纯的不履行纳税义务，还要求行为人实施了“抗”税的行为。根据刑法第202条规定，以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，是抗税。而上述手段行为只能表现为作为，故抗税行为同时包含了作为与不作为，因而是复行为犯。一种观点认为：“抗税罪的实行行为应是单一的，论者所说的‘暴力、威胁行为’只不过是拒不缴纳税款的行为的表现形式，暴力、威胁行为并不具有独立的意义。”<sup>①</sup>但是，一方面，暴力、威胁方法本身并不等于拒不缴纳税款；另一方面，拒不缴纳税款并不必然表现为以暴力、威胁方法拒不缴纳。只有表现为作为的暴力、威胁与表现为不作为的拒不缴纳税款相结合时，才成立抗税罪。有的学者否认作为与不作为结合的现象，认为作为是违反禁止性义务法规，不作为是违反命令性义务法规；凡是不应为而为的，就是作为；凡应为而不为的，就是不作为，不管其有无身体的积极活动；所以，作为与不作为是一种对立关系，一个犯罪行为不可能同时包含作为与不作为。<sup>②</sup>诚然，作为表现为违反禁止性规范，不作为表现为违反命令性规范，如果说违法行为仅仅表现为违反禁止性规范与命令性规范，作为与不作为确实也是对立关系。但是，（1）这种对立关系只是就一般意义而言，绝不意味着在一个犯罪中要么是作为要么是不作为；客观构成要件完全可能要求行为人以违反禁止性规范的行为方式（作为）实现不履行义务的效果（不作为）。（2）上述对立关系事实上是就单一行为而言（如就暴力而言，其所违反的是禁止性规范；就不纳税而言，其所违反的是命令性规范），但许多犯罪包括了复数行为（在法律上仍然是

<sup>①</sup> 陆诗忠：《复行为犯之基本问题初论》，载《现代法学》，2007（6），171页。

<sup>②</sup> 参见陈兴良：《本体刑法学》，259页以下，北京，商务印书馆，2001。

一个犯罪),而复数行为中完全可能同时包含了作为与不作为。(3)如果将抗税罪视为单纯的不作为,容易导致司法机关忽视对“暴力、胁迫方法”的认定,从而扩大处罚范围。所以,本书承认作为与不作为的结合。因此,复行为犯中的行为,可以一个是作为,另一个是不作为。

与抗税罪有点类似但却不同的是扰乱无线电通讯管理秩序罪。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。”一种观点认为,“该罪的实行行为由‘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’的行为与‘经责令停止使用后拒不停止使用’的行为两部分构成,前者是作为,后者是不作为。”<sup>①</sup>这样的解释具有一定的合理性。不过,由于“拒不停止使用”是作为与不作为的竞合(从不执行停止使用的命令的角度而言,是不作为;从继续使用的角度而言,是作为,但二者不是结合关系,而是竞合关系),也可能将本罪解释为作为的持续犯,亦即,不管是“擅自设置、使用无线电台(站),或者擅自占用频率”,还是“拒不停止使用”,都是一种持续的作为。

## (二) 侵犯知识产权罪中的复制发行

侵犯知识产权罪的客观构成要件一般比较明确,争议较大的是对侵犯著作权罪中的“复制发行”的理解与认定。刑法第217条第1项与第3项分别将下列两种行为规定为侵犯著作权罪:“未经著作权人许可,复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的”;“未经录音录像制作者许可,复制发行其制作的录音录像的”。其中的“复制发行”是指“复制或者发行”,还是仅限于“复制并发行”?这又涉及侵犯著作权罪与刑法第218条规定的销售侵权制品罪的关系,亦即,贩卖盗版商品违法数额巨大的,是适用刑法第217条处7年以下有期徒刑,还是适用刑法第218条处3年以下有期徒刑?

一种观点认为,“复制行为与发行行为是紧密联系在一起。发行行为是复制的后续行为。复制行为与发行行为必须同时具备才符合本罪复制发行他人作品这一类型的行为典型特征。”<sup>②</sup>据此,仅有复制行为

① 陆诗忠:《复行为犯之基本问题初论》,载《现代法学》,2007(6),171页。

② 姜伟主编:《知识产权刑事保护研究》,239~242页,北京,法律出版社,2004。

或者仅有发行行为的，不能成立侵犯著作权罪。但是，这种观点不当缩小了处罚范围，不利于保护著作权。还有一种观点认为，“复制与发行必须同时具备才能构成侵犯著作权罪的既遂，如果只有复制行为而无发行行为或者只有发行行为而无复制行为均不构成本罪之既遂。”<sup>①</sup> 据此，仅有复制行为或者仅有发行行为的，只能成立侵犯著作权罪的未遂犯。但是，侵犯著作权罪的成立以违法所得数额较大或者具有其他严重情节为前提，在司法实践中，几乎不存在处罚侵犯著作权罪的未遂犯的做法。

最高人民法院、最高人民检察院 2007 年 4 月 5 日《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第 2 条第 1、2 款规定：“刑法第二百一十七条侵犯著作权罪中的‘复制发行’，包括复制、发行或者既复制又发行的行为。”“侵权产品的持有人通过广告、征订等方式推销侵权产品的，属于刑法第二百一十七条规定的‘发行’。”司法解释的这一观点，得到了多数人的赞成。<sup>②</sup>

但是，有学者指出，《著作权法》第 10 条第（6）项规定：发行权是以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利。这意味着“以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件”就是著作权意义上的“发行”，而不论“出售或者赠与”是否为第一次，也不论是总经销还是分销。出版社首次将作品印刷成册出售固然是“发行”，书店从出版社购入书籍后再公开销售也是“发行”。这批书籍如被阅读后流入旧书摊，书摊将这批二手书籍公开销售仍然是“发行”。正因为如此，出版社未经作品作者许可擅自出版该作品是对其“发行权”的侵犯，而书店销售这批未经许可出版的书籍仍然是侵犯“发行权”的行为。而司法解释既可能导致刑法第 218 条没有存在的余地，也可能导致对同一行为形成不同的处罚。<sup>③</sup>

正因为如此，有人将《刑法》第 217 条中的“复制发行”解释为单纯的“复制”，即复制行为构成侵犯知识产权罪，发行行为成立销售侵

① 聂洪勇：《知识产权的刑法保护》，122 页，北京，中国方正出版社，2000。

② 参见高铭暄、王俊平：《侵犯著作权认定若干问题研究》，载《中国刑事法杂志》，2007（3），6 页；陈兴良：《规范刑法学》，下册，2 版，648 页，北京，中国人民大学出版社，2008。

③ 参见王迁：《论著作权意义上的“发行”——兼评两高对〈刑法〉“复制发行”的两次司法解释》，载《知识产权》，2008（1），66 页以下。

权复制品罪。<sup>①</sup>但是，将法条中的“复制发行”限制解释为单纯的“复制”，恐怕不符合文理解释的逻辑。

对于刑法第 217 条中的“发行”，或许没有必要按照《著作权法》的规定解释，只要按照日常用语含义解释即可。在日常用语中，“发行”往往意味“第一次”印制和批量销售作品或其他特定商品，或者是指“总发行”。换言之，可以认为，刑法第 217 条中的“发行”，既包括首次发行或者总发行，也包括批量销售或者大规模销售（但不限于第一次销售），而将刑法第 218 条中的销售理解为零售。这样解释既符合“发行”在日常用语中的含义，也能协调刑法第 217 条与第 218 条的关系，使两罪的处罚相均衡。此外，《著作权法》将网络传播权规定为一种独立的权利，而不属于发行权。倘若根据《著作权法》解释“发行”，那么，对于未经著作权人许可，通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，就不能以侵犯著作权罪论处，这便不当缩小了处罚范围，不利于保护著作权。<sup>②</sup>

但是，这样理解也存在三个方面的问题：（1）成立刑法第 217 条的侵犯著作权罪以违法所得数额较大为前提，成立刑法第 218 条的销售侵权复制品罪，以违法所得数额巨大为前提，将后者限定为零售，其违法所得数额一般难以达到数额巨大，有可能导致第 218 条几乎没有被适用的余地。（2）刑法第 217 条第 4 项所规定的行为是“制作、出售假冒他人署名的美术作品”，这里使用的是“出售”一词，而没有使用“发行”概念。如果按字面含义解释这里的“出售”，那么，其与刑法第 218 条的“销售”就是完全等同的含义，导致对销售假冒他人美术作品的行为不可能适用刑法第 218 条。本书的初步看法是，对于刑法第 217 条第 4 项中的“出售”，也可以限制解释为首次发行、总发行以及批量销售或者大规模销售，从而使两个条文相协调。（3）如果将刑法第 217 条中的

<sup>①</sup> 参见赵永红：《知识产权犯罪研究》，297～298 页，北京，中国法制出版社，2004。

<sup>②</sup> 最高人民法院、最高人民检察院 2004 年 12 月 8 日《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 11 条第 3 款规定：“通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，应当视为刑法第二百一十七条规定的‘复制发行’。”最高人民法院、最高人民检察院 2005 年 10 月 13 日《关于办理侵犯著作权刑事案件中涉及录音录像制品有关问题的批复》指出：“未经录音录像制作者许可，通过信息网络传播其制作的录音录像制品的行为，应当视为刑法第二百一十七条第（三）项规定的‘复制发行’。”

发行与出售解释为首次发行、总发行以及批量销售或者大规模销售，那么，对于行为人既批量销售、大规模销售，又零售的案件，似乎应当分别适用刑法第 217 条与第 218 条，实行数罪并罚。但是，最高人民法院、最高人民检察院 2004 年 12 月 8 日《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 14 条规定：“实施刑法第二百一十七条规定的侵犯著作权犯罪，又销售该侵权复制品，构成犯罪的，应当依照刑法第二百一十七条的规定，以侵犯著作权罪定罪处罚。”或许可以认为，在一段时间内，既批量销售、大规模销售，又零售的行为，属于包括一罪，从一重罪论处即可。<sup>①</sup>

### （三）绑架罪

刑法第 239 条第 1 款前段规定：“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。”一种观点认为，“只有把绑架罪的客观方面解释为复合行为，这样才既可与抢劫罪相衡平，也可在犯罪系列中找到绑架之罪质、罪量的实在位置；即绑架罪一经实施（包括劫持人质与勒索他人两个行为），不仅严重侵害公民多人的人身权利（除严重危及被绑架者的人身安全外，还同时给被勒索者造成持续的巨大精神强制和压迫），而且严重威胁公民的合法财产权利，这是单纯的故意杀人罪或者抢劫罪在社会危害性程度上都有所不及的，因而才是绑架罪之罪质、罪量的适当归宿……如果将绑架罪的客观方面界定为单一行为，以劫持人质为标准认定本罪的既遂形态，则明显存在过度压缩本罪之未完成形态的存在空间，容易造成罪刑失衡的问题。”<sup>②</sup>

尽管上述观点具有一定的实质合理性，但仍然难以被人接受。第一，绑架罪并不是侵犯财产的犯罪，而是侵犯人身权利的犯罪，因此，将侵犯财产的勒索行为纳入绑架罪，并不符合本罪的本质。以勒索财物为目的的绑架，只不过是绑架罪的一种常见情形，所以刑法第 239 条将其从“绑架他人作为人质”中独立出来。如同犯罪预备行为中准备工具是制造条件的常见情形，刑法第 22 条将准备工具从制造条件中独立出来一样。第二，要求绑架行为“同时给被勒索者造成持续的巨大精神强制和压迫”，也是对绑架罪的过多要求。因为绑架罪不同于国外的胁迫

<sup>①</sup> 当然，也可能存在另一解释路径，亦即，将刑法第 217 条的“发行”解释为销售，使刑法第 218 条成为废条，没有适用的余地。这样的解释，或许更有利于保护著作权。

<sup>②</sup> 黄祥青：《绑架罪的既遂标准及认定思路》，载《人民法院报》，2008-02-20，6 版。

罪，其侵犯的法益并不包括意思决定自由。第三，即使在《刑法修正案（七）》颁布之前，绑架罪的法定刑过高，也可以通过其他途径限制绑架罪的成立范围，而不宜通过改变绑架罪的构造来限制绑架罪的成立范围。第四，根据复行为说的观点，在甲以暴力手段绑架了丙之后，乙知道真相帮助甲向丙的亲属索要财物的，即使后来没有参与以实力支配被绑架人的行为，也可能认定为绑架罪的共同正犯。这种结论恐怕存在疑问。由此也可以看出，复行为说的观点本来是想限制绑架罪的处罚程度，但在共同犯罪中，却适得其反。第五，上述观点明显不符合刑法第239条的规定，或者说缺乏刑法上的文理根据。因为刑法第239条明确将勒索财物作为行为人的目的，而没有要求该目的现实化。

本书认为，根据刑法第239条的规定，绑架罪并非复数行为，而是典型的短缩的二行为犯。

首先，短缩的二行为犯的基本特点是，“完整”的犯罪行为原本由两个行为组成，但刑法规定，只要行为人以实施第二个行为为目的实施了第一个行为（即短缩的二行为犯的实行行为）<sup>①</sup>，就以犯罪（既遂）论处，而不要求行为人客观上实施第二个行为；与此同时，如果行为人不以实施第二个行为为目的，即使客观上实施了第一个行为，也不成立犯罪（或者仅成立其他犯罪）。在此意义上说，短缩的二行为犯实际上是将二行为犯或复行为犯缩短为一行为犯或单行为犯。<sup>②</sup>也可以说，短缩的二行为犯，是刑法将并未完成的二行为犯，作为追求第二个行为的目的犯予以规定的，因而也可以称为以第二个行为（后行为）为目的的犯罪。如走私淫秽物品罪，由于单纯的走私淫秽物品的行为不能实现牟利与传播目的，所以，只有在实施了走私淫秽物品的行为后，进一步实施第二个行为即贩卖、传播等行为，才能实现牟利或者传播目的。但刑法不要求行为人或第三者实施贩卖、传播等行为，只要行为人出于牟利、传播目的实施了走私淫秽物品行为，即成立走私淫秽物品罪。另一方面，如果行为人不具有牟利、传播目的，即使客观上走私了淫秽物品，主观上具有走私淫秽物品的故意，也不成立走私淫秽物品罪。由于短缩的二行为犯，只需要以实现第二个行为为目的，而不要求现实地实施第二个行为（换言之，目的所指向的第二个行为本身并不是构成要件

① 以下所称“第一个行为”均指短缩的二行为犯的实行行为。“第二个行为”则是指短缩的二行为犯的目的内容，而非短缩的二行为犯的构成要件的实行行为。

② 这里的一（单）行为犯，同与结果犯相对应的行为犯不是等同含义。

的内容)，所以，目的没有实现时，仍然成立犯罪既遂。

其次，短缩的二行为犯的结果是第一个行为所造成的结果，而不是第二个行为所造成的结果。所以，绑架罪的结果是使他人的人身自由受侵害，而不要求使第三者的财产受损害。因此，根据犯罪结果发生说，即使勒索财物的目的没有实现，但如果发生了侵害人身自由的结果，也成立绑架既遂。例如，行为人以勒索财物为目的绑架他人，将他人置于行为人或者第三者的实力支配下时，便属于绑架既遂。即使行为人还没有开始向被绑架人的亲属等人实施勒索财物的行为，或者虽然实施了勒索行为但还没有取得赎金，也不影响既遂的成立。因为刑法将绑架罪规定为侵犯人身权利的犯罪，其保护法益是人身自由与身体安全（择一关系），所以，当绑架行为已经侵害了被绑架人的人身自由时，就成立既遂，而不是未遂或者其他形态。<sup>①</sup> 不仅如此，即使将本罪规定在财产犯罪中，其既遂标准也是如此。例如，我国台湾地区“刑法”将掳人勒赎（即以勒索财物为目的的绑架）罪规定为侵犯财产罪；尽管如此，也不以取得财物为既遂标准。如台湾地区学者林山田指出：“既遂与未遂之区别乃以被掳者已否丧失行动自由，而处于行为人之实力支配之状态为标准。行为人若出于勒赎之意图，已将被掳人架离其原来处所，而移置于其实力支配下，则为本罪之既遂。至于被掳人之亲属是否依照行为人之勒赎指示而交付财物，则为本罪之既遂无关。换言之，即掳人既遂，本罪即属既遂，至于行为人之勒赎意图是否得逞，则非所问。因此，例如行为人已将被掳者架掳离开原来处所，但因疏于看守致使被掳者得以乘机脱逃，或掳人后竟为被掳者之亲属所寻获，而将被掳人救回等，均为掳人既遂而应负本罪既遂之刑责。相反地，行为人已着手掳人行为，但尚未将被掳者架离其原本处所，例如行为人绑架时，被害人全力抗拒而未被架走，则成立本罪之未遂。”<sup>②</sup>

由于短缩的二行为犯的第一个行为的完成导致法益受侵害便成立犯罪既遂，所以，行为人放弃实施第二个行为的，不成立犯罪中止；由于行为人意志以外的原因没有实施第二个行为的，不成立犯罪未遂。例如，某日，谢某与洪某等四人将小学生钟某绑架，然后打电话给钟某的

① 诚然，我国刑法对绑架罪规定了过高的法定刑，但只能通过限定绑架行为、绑架目的等内容限制绑架罪的成立范围，以实现罪刑相适应，而不宜将刑法明文规定的勒索目的作为客观要素对待。

② 林山田：《刑法各罪论》，上册，增订2版，466～467页，作者发行，1999。

父亲，索要人民币 30 万元。两天后，被告人未领取到赎金，觉得无法勒索到财物，便将钟某送至路边村庄释放，并给了他 10 元钱做路费，钟某被群众发现后送回家中。有人认为，本案应成立绑架中止。<sup>①</sup> 其实不然。尽管行为人完全出于自愿释放被害人，但其绑架行为在释放前已经既遂。如同行为人在非法拘禁过程中自动释放他人一样，由于释放前的非法拘禁行为已经侵害了被害人的人身自由，构成非法拘禁罪既遂，所以，后来的释放行为不可能成立犯罪中止。类似的绑架案之所以被一些司法机关认定为犯罪中止，一方面是因为一些司法机关误将绑架罪视为财产犯罪，将取得财产视为犯罪既遂的标准；另一方面是因为绑架罪的法定刑过高，试图通过认定为犯罪中止以实现罪刑相适应。前者是对绑架罪性质的误解，显属不当。后者的确是因为我国刑法没有将释放被害人规定为减轻处罚情节所致。许多国家和地区的刑法对绑架罪规定了释放减轻处罚的规定。例如，日本刑法第 228 条之二规定，犯绑架罪，“在提起公诉前，将被略取或被诱拐的人解放至安全场所的，减轻刑罚。”我国台湾地区“刑法”第 347 条第 5 款规定，犯掳人勒赎罪，“未经取赎而释放被害人者，得减轻其刑。”但即使存在类似规定时，对于既遂后主动释放被绑架人的，也不是认定为犯罪中止，只是适用特别的减轻刑罚规定。我国刑法没有类似规定，这或许是一个缺陷，但不能因此将绑架既遂后主动释放被害人的行为认定为犯罪中止。如果判处法定最低刑仍然过重的，只能根据刑法第 63 条规定的程序减轻处罚。

值得进一步讨论的是，能否认为刑法第 239 条第 1 款所规定的“以勒索财物为目的绑架他人”是短缩的二行为犯，因而是单一行为，而“绑架他人作为人质”的情形属于复行为犯？笔者仍持否定回答。首先，全国人大常委会 1991 年 9 月 4 日《关于惩治拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》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，现行刑法增加了“绑架他人作为人质”的行为。其实，前者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，避免人们的误会，除保留原来的规定外，另增加了“绑架他人作为人质”。“以勒索财物为目的绑架他人”也属于“绑架他人作为人质”，而且是“绑架他人作为人质”的典型。既然“以勒索财物为目的绑架他人”是单一行为犯，那么，

<sup>①</sup> 参见赖泽明、曾延陵：《犯罪既遂、未遂还是中止》，载《人民法院报》，2001-07-09，3 版。

“绑架他人作为人质”也应当是单一行为犯。换言之，既然“勒索财物”只是目的，那么，“作为人质”也只是目的。其次，不可否认，当行为人使用暴力、胁迫或者麻醉手段实力支配被害人后，如果不向第三者提出非法要求，很难认定行为人将被害人作为“人质”。但是，行为人主观上是否具有勒索财物的目的，与是否具有提出其他不法要求的目的，在性质上是相同的，都是需要司法工作人员判断的。不能以“作为人质”难以判断为由，将主观目的的“作为人质”变为客观行为。

#### （四）招摇撞骗罪

不少学者认为，招摇撞骗罪是复行为犯。例如，有的学者指出：“招摇撞骗罪的假冒国家工作人员身份和诈骗行为”，“是并列的实行行为”<sup>①</sup>。有的学者认为招摇撞骗罪属于递进式复行为犯，亦即，招摇撞骗罪属于数个要素行为前后连接，逐步推进，最终形成对法益的侵害的复行为犯。<sup>②</sup>

本书不赞成上述观点。首先，招摇撞骗是一个实行行为，冒充国家机关工作人员，是对招摇撞骗行为的限定。在司法实践中，存在许多冒充国家机关工作人员亲属招摇撞骗的案件，也存在不少冒充导演、公司总经理等身份招摇撞骗的案件，刑法只是将冒充国家机关工作人员身份的招摇撞骗行为规定为犯罪。所以，冒充国家机关工作人员招摇撞骗，实际上是以冒充国家机关工作人员的方式招摇撞骗。其次，冒充国家机关工作人员本身就是招摇撞骗行为的表现形式。就招摇撞骗罪而言，如果行为人没有冒充国家机关工作人员，也便不存在招摇撞骗的实行行为。换言之，在招摇撞骗罪中，招摇撞骗行为表现为在他人面前冒充国家机关工作人员。最后，招摇撞骗并不以诈骗他人财物为前提，也不以骗取其他利益为要件，只要使他人误以为行为人是国家机关工作人员，便属于招摇撞骗行为。而使他人误以为行为人是国家机关工作人员，就是冒充国家机关工作人员的招摇撞骗行为造成的。所以，招摇撞骗罪并不是复行为犯。换言之，只要行为人在他人面前冒充国家机关工作人员，即使没有骗取任何利益，也符合招摇撞骗罪的客观构成要件，而且成立犯罪既遂。亦即，不可能因为招摇撞骗的行为人没有骗取财物或者其他利益，而认定为招摇撞骗未遂。

① 马克昌主编：《犯罪通论》，3版，445页，武汉，武汉大学出版社，1999。

② 参见陆诗忠：《复行为犯之基本问题初论》，载《现代法学》，2007（6），171页。

### （五）聚众斗殴罪

刑法第 292 条第 1 款前段规定：“聚众斗殴的，对首要分子和其他积极参加的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”一种观点认为，聚众斗殴包括两个行为：一是纠集众人的行为，二是结伙斗殴的行为。<sup>①</sup>但本书认为，聚众斗殴罪不是复行为犯，而是单一行为犯。

第一，不能从自然主义的角度，而应从规范的角度认识刑法分则所规定的行为。在聚众斗殴罪中，聚众是指斗殴的方式。“聚众斗殴”的表述只是意味着，二人之间的相互斗殴，或者一人与二人之间的相互斗殴行为，不成立聚众斗殴罪。因为聚众斗殴罪是扰乱公共秩序的犯罪，不是侵犯人身权利的犯罪。所以，人数较少的斗殴不具备扰乱公共秩序的罪质。正因为聚众是斗殴的方式，意味着多人聚集在一起斗殴，所以，并不要求在斗殴之前具有聚众的行为。换言之，临时突然起意斗殴的，完全可能成立聚众斗殴罪。即使在斗殴之前，有的行为人实施了纠集他人的行为，这种纠集他人的行为也只是聚众斗殴罪的预备行为，如同购买凶器只是杀人罪的预备行为一样。

第二，刑法第 292 条不仅处罚首要分子，而且处罚其他积极参加者。如果说首要分子有可能实施聚众行为，那么，其他积极参加者显然是指仅积极实施了斗殴行为的人（否则便成为首要分子）。如果说聚众斗殴是复行为犯，就难以说明积极参加者也成立聚众斗殴罪的处罚根据。换言之，如果认为聚众斗殴罪包括纠集众人与结伙斗殴两个行为，那么，积极参加者的斗殴行为并不完全符合聚众斗殴罪的构成要件。但这种结论既不符合刑法第 292 条的规定，也难以被人接受。

第三，或许有人认为，聚众斗殴罪的构成要件是以首要分子为核心确定的，首要分子实施了聚众与斗殴的行为，因而是复行为犯；其他积极参加者虽然只参与部分实行行为（斗殴），但也是共同正犯，故积极参加者具备处罚根据。然而，刑法第 292 条所规定的客观构成要件就是“聚众斗殴”，这一要件不是仅针对首要分子的规定，同时也是针对积极参加者的规定。换言之，在聚众斗殴罪中，首要分子与积极参加者的客观构成要件是完全相同的（正因为如此，法定刑也是相同的）。

第四，即使就首要分子而言，也不能要求其实施了复数行为。其

① 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（中），4 版，1235 页以下，北京，中国方正出版社，2010。

一，当众人基于其他原因已经聚众在一起的场合，完全可能因为突发因素而聚众斗殴。在这种场合，不存在也不应当要求有纠集众人的行为。其二，在聚众斗殴罪中，首要分子是指起组织、策划、指挥作用的犯罪分子（参见刑法第97条）。即使是首要分子，也可能只是策划、指挥斗殴行为，而不实施纠集众人的行为。其三，纠集他人斗殴的首要分子，完全可能不直接参与斗殴行为。如果认定聚众斗殴罪是复行为犯，也影响对这部分首要分子的认定。

第五，如果说聚众斗殴罪是复数行为，就会意味着纠集他人就是聚众斗殴罪的着手甚至既遂，这便不当扩大了本罪的处罚范围。

第六，或许有人认为，聚众斗殴罪是复行为犯，但这种复行为犯既不是要求首要分子一人实施了复行为，也不是要求积极参加者一人实施了复行为犯，而是可以由不同的人分别实施了聚众行为与斗殴行为。然而，上述第四、五点理由完全可以反驳这种观点。

基于同样的理由，聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪、聚众哄抢罪、聚众扰乱社会秩序罪、聚众冲击国家机关罪、聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪、聚众淫乱罪、聚众持械劫狱罪等，也不是复行为犯，而是单一行为犯。

#### （六）舞弊型的渎职罪

刑法分则第九章所规定的渎职罪中，多处使用了“舞弊”一词。<sup>①</sup>如果说“舞弊”是一个独立的实行行为，那么，许多具体的渎职罪就是复行为犯。例如，刑法第402条规定：“行政执法人员徇私舞弊，对依法应当移交司法机关追究刑事责任的不移交，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑。”如若认为“舞弊”是独立的实行行为，那么，本罪就有两个实行行为：一是舞弊，二是对依法应当移交司法机关追究刑事责任的不移交。

根据本书的观点，舞弊作为一种客观的构成要件要素，在渎职罪中分为两种情形：

第一种情形是，刑法分则条文规定了渎职行为的具体内容，舞弊只是渎职行为的同位语，并不具有超出具体渎职行为之外的特别含义。换言之，舞弊只是对具体渎职行为的一种归纳与概括（绝大多数条文中的

<sup>①</sup> 具体条文为：第168条、第169条、第374条、第397条、第401条、第402条、第403条、第404条、第405条、第410条、第411条、第412条、第413条、第414条、第418条。

“舞弊”属于这种情形)。例如,就刑法第401条而言,“对不符合减刑、假释、暂予监外执行条件的罪犯,予以减刑、假释或者暂予监外执行”,就是舞弊行为;并不是指在上述渎职行为之外,另有舞弊行为。再如,就刑法第402条而言,只要行政执法人员“对依法应当移交司法机关追究刑事责任的不移交”,就应认定为舞弊。如行政执法人员长期将卷宗材料锁在保险柜里而不移送司法机关的,就属于舞弊;并非只有伪造了虚假材料或者销毁了真实材料才属于舞弊。<sup>①</sup>同样,就刑法第403条而言,国家有关主管部门的国家机关工作人员,“滥用职权,对不符合法律规定条件的公司设立、登记申请或者股票、债券发行、上市申请,予以批准或者登记”,就属于舞弊行为;不可能在此之外另要求行为人实施其他舞弊行为。<sup>②</sup>

对此,可以与刑法第399条第1款的徇私枉法、徇情枉法进行比较。可以肯定的是,只要司法工作人员“对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉,或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判”,就应认定为枉法;绝对不可能在上述行为之外另要求有其他枉法行为。第一种情形的徇私舞弊中的“舞弊”,相当于徇私枉法中的“枉法”。所以,动植物检疫机关的检疫人员,“伪造检疫结果”就是弄虚作假的舞弊行为,不可能在此之外另要求有舞弊行为。

显而易见,在上述情形下,要求行为人除实施具体的渎职行为之外,另实施其他舞弊行为的观点,不仅会不当缩小渎职罪的处罚范围,而且会导致将数罪认定为一罪、将处断上的一罪认定为单纯一罪。以刑法第414条为例。如果在不履行法律规定的追究职责之外,另要求有其他“舞弊”行为(如伪造国家机关公文、证件、帮助当事人毁灭证据等),必然意味着放纵制售伪劣商品犯罪行为罪包含了伪造国家机关公文、证件、帮助毁灭证据等犯罪行为,从而导致将数罪当一罪处理。

不难看出,在上述情形下,要求行为人除实施具体的渎职行为之外,另实施其他舞弊行为的观点,反映出“汉语字面含义法学”的特点:解释者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。这是我国刑法解释学落后的根源之一。解释者应懂

① 至于不移交刑事案件的行为是否符合“情节严重”的规定,则是另一回事。换言之,不可认为,只有在不移交刑事案件之外另有其他舞弊行为,才属于情节严重。

② 在这种情形中,也可以说“舞弊”只具有语感上的意义。

得：语言是模糊的、不准确的，常常包含一些可能被误解的因素。刑法大多使用普通用语，同样容易产生歧义；即使刑法用语核心意义清楚，但向边缘扩展时，会导致外延模糊；至于如何确定外延，并不能从用语本身找到答案。许多刑法用语本身具有多义性，从用语本身无法确定应当采用哪一种或哪几种含义。语言中总是有一些多余的表达，并非字字是真理。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。解释者应知道：非正义的解释结论并不是刑事立法本身得出的，而是解释者得出的；所以，解释者应当反思自己的解释方法与观念，而不是批判刑事立法。事实上，在上述情形下，正是因为解释者没有将“舞弊”解释为同位语，而是解释为渎职行为之外的另一舞弊行为，才形成了不合理的解释结论，进而将该不合理结论归咎于刑法本身，批判刑法条文不应将“舞弊”规定为客观的构成要件要素。类似这种先从字面含义出发解释刑法条文、得出不正义的结论，再批判刑法条文不合理的现象，以及研究某法条的结局必然是批判该法条的现象，并不正常；刑法学界应尽力、尽快避免这种现象。

其实，刑法条文中的同位语现象并不罕见。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。”其中的“发生重大事故”并不具有特别的含义，也可谓同位语，即只要违反交通管理法规，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，就应认定为发生重大事故；也可以说，“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”，是对“发生重大事故”的解释性规定；并非在造成上述结果之外，另要求发生重大事故。<sup>①</sup>再如，刑法第 154 条规定：“下列走私行为，根据本节规定构成犯罪的，依照本法第一百五十三条的规定定罪处罚：（一）未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，在境内销售牟利的；（二）未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将特定减税、免税进口的货物、物品，在境内销售牟利的。”本条两项中的“擅自”并不具有特别的含义，只是同位语。易言之，凡是“未经海关许可并且

<sup>①</sup> 有的条文只规定造成事故，而不规定结果（如刑法第 137 条）；有的条文只规定结果，而不规定造成事故（如刑法第 139 条），也说明了这一点。

未补缴应缴税额”就属于“擅自”；如果行为符合了“未经海关许可并且未补缴应缴税额”的条件，就不可能要求行为另符合“擅自”要素。

第二种情形是，刑法分则条文没有规定具体的渎职行为，舞弊成为具有特定含义的、具体的渎职行为。属于这种情形的有刑法第405条与第418条。第405条规定：“税务机关的工作人员违反法律、行政法规的规定，在办理发售发票、抵扣税款、出口退税工作中，徇私舞弊，致使国家利益遭受重大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处五年以上有期徒刑。”“其他国家机关工作人员违反国家规定，在提供出口货物报关单、出口收汇核销单等出口退税凭证的工作中，徇私舞弊，致使国家利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。”显然，其中的舞弊具有特定的、具体的内容，即不应发售发票而发售发票，不应抵扣税款的抵扣税款，不应退税的予以退税，如此等等。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。”同样，这里的舞弊具有特定的、具体的内容，即明知不合格而招收，或者故意拒绝招收应当招收的合格人员等，而不是其他表述的同位语。

#### 四、实践误区

刑法理论与司法实践在单一行为与复数行为的认识与处理方面，存在一些疑问，值得进一步研究。

##### （一）将独立的犯罪行为视为前一行为的后续行为

在刑法理论与司法实践中，“某行为是某行为的延伸”等说法相当普遍，但这种说法对定罪产生了不利影响。以盗窃或者捡拾他人存单后从银行骗取存款的案件为例。鲍某系某企业职工。一日，鲍某与同事程某、林某到隔壁办公室打扫卫生，程某发现办公桌底下有一张存折，鲍某随即捡拾该存折，接着鲍某去另一办公室接电话。接完电话在上厕所的路上，鲍某掏出存折，方知是同事王某的活期存折，存额为15 000元。回到办公室后，鲍某将存折锁在自己的抽屉里，没有声张。当天下午，王某找到鲍某问其是否见到她丢失的存折时，鲍某称，在接电话时，把存折扔到桌子上，不知被谁拿走了。几天后，鲍某持此存折到储蓄所提出现金15 000元，并到另一储蓄所将提出的款项存入自己的名下。关于鲍某的行为性质，存在三种不同的意见：第一种意见认为，鲍

某的行为是不当得利，应由民法来调整。理由是：存折落在地上是由于所有人保管不善造成的，与鲍某无关。第二种意见认为，鲍某的行为构成盗窃罪。理由是：鲍某是以捡取的方式掩盖了秘密窃取的本质，秘密窃取是针对财物所有人、保管人而言的，只要行为人采取自认为不会被财物所有人、保管人发觉的方法，暗中将财物取走即成立秘密窃取。第三种意见认为，鲍某的行为既不属于不当得利，也不构成盗窃罪，而应成立侵占罪。<sup>①</sup> 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 5 条规定：盗窃“活期存折、已到期的定期存折……按票面数额和案发时应得的利息……计算。”上述第二种观点与司法解释的基本理由是，盗窃存折的行为是主行为，骗取存款的行为是后续行为，或者是盗窃行为的延伸。但上述观点与司法解释存在疑问。

本书认为，不管行为人通过何种非法途径取得了他人的银行存折，其使用他人银行存折通过银行职员骗取存款的，均应认定为诈骗罪，而非盗窃罪。第一，存折本身的经济价值并没有达到数额较大的程度，所以，不可能对存折本身成立盗窃、侵占等罪。第二，如果只是盗窃存折而并不持存折提取存款，被害人不会遭受实际的财产损失。换言之，造成财产损失的行为不是盗窃、侵占存折行为本身，而是后来的取款行为。因此，应根据取款行为的性质确定行为的性质，而不能根据取得存折的行为性质认定为盗窃、侵占等罪。第三，中国人民银行《关于执行〈储蓄管理条例〉的若干规定》第 38 条规定：“储蓄机构发现有伪造、涂改存单和冒领存款者，应扣留存单（折），并报有关部门进行处理。”盗窃或者拾取他人存折后向银行职员申请支取存款的行为，必然属于欺骗银行职员的冒领行为；如果银行职员发现属于冒领行为，必然扣留存折而不会支付存款；银行职员之所以支付存款，是因为行为人的冒领行为导致银行职员误认为其征得了存款人的同意，或者误以为行为人就是存款人。所以，银行职员支付存款的行为，是基于认识错误将存款人的存款处分给行为人。与此同时，银行职员又具有根据存折支付存款的权限与地位，因此，行为人盗窃或者拾取他人可以即时兑现的活期存折、已经到期的定期存折而冒领存款，导致他人遭受财产损失的，成立诈骗罪。同样，行为人骗取、拾取、抢夺、敲诈勒索他人存折或者银行存单

<sup>①</sup> 参见缪军：《捡拾他人存折拒不交出并提款如何定性？》，载 <http://www.jcrb.com/zyw/n85/ca52816.htm>（访问日期：2005-04-03）。

后，通过银行职员骗取存款的，均应认定为诈骗罪。<sup>①</sup>显然，在类似案件中，将后面的诈骗行为视为前一行为的延伸，就使得盗窃行为包含了诈骗行为，明显不当。

再如，上述《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第5条规定：“被盗物品的数额，按照下列方法计算：……（二）有价支付凭证、有价证券、有价票证，按下列方法计算：1. 不记名、不挂失的有价支付凭证、有价证券、有价票证，不论能否即时兑现，均按票面数额和案发时应得的孳息、奖金或者奖品等可得收益一并计算……”据此，对于盗窃印鉴齐全可以即时兑现的支票的行为，应当认定为盗窃罪。但这种做法至少存在以下问题：其一，只要支票可以挂失，单纯盗窃支票的行为，不能造成他人财产损失。换言之，在盗窃并使用支票的场合，造成财产损失的行为是后来的使用行为，而非先前的盗窃行为。所以，将该行为认定为盗窃罪有本末倒置之嫌。其二，将这种行为认定为盗窃罪，会造成不协调现象。根据司法解释，如果是已填写金额并能即时兑现的支票，按票面数额计算盗窃数额；如果票面价值未定，但已经兑现的，按实际兑现的财物价值计算；尚未兑现的，可作为定罪量刑的情节。这意味着，盗窃印鉴齐全可以即时兑现的支票后根本没有使用（即没有造成财产损失时）的行为人，因为按票面价值计算，可能比已经使用支票（造成财产损失）的行为人受到更严重的处罚。这违反了刑法的公平正义性。其三，根据司法解释处理也不现实。例如，行为人在盗窃其他财物的同时盗窃了某公司金额为100万元的支票，但并不使用该支票。按照该司法解释，对于行为人应以盗窃价值100万元既遂处理。这既不现实，也会违反罪刑相适应原则。其实，行为人盗窃可以即时兑现的记名支票或者不记名支票的，无论在挂失之前或者之后使用，均应认定为票据诈骗罪。因为记名支票记载了收款人名称，所以，行为人盗窃印鉴齐全的记名支票后使用的，属于冒用他人支票，当然成立票据诈骗罪。即使是使用盗窃的不记名支票，也是通过隐瞒真相获得财物，因而成立票据诈骗罪。

由此看来，在认定（广义的）财产犯罪时，首先要确定被害人，并确定被害结果的内容，然后判断什么行为造成了被害结果，再判断该行为是何种性质。不能想当然地认为前面的行为就是主行为，后面的行为

<sup>①</sup> 当然，如果盗窃、拾取存折后在自动取款机上取款的，则成立盗窃罪。

就是从行为，也不能动辄认为后行为是前一行为的延伸，或者动辄认为后行为是前行为的一部分。

再如，司法实践中经常发生行为人以汽车作质押骗取借款，然后又盗回汽车的案件。例如，2009年6月，犯罪嫌疑人吕某购买了一辆标致407轿车，总价60万元，其中30万元由吕某用现金支付，另外30万元通过中国银行抵押贷款，按揭每月还款5700元，机动车登记证书抵押在中国银行。（1）2009年10月，吕某利用伪造的机动车登记证书，隐瞒了车辆抵押给银行的事实，将该车“质押”给被害人高某，从高某处以借款为名取得人民币21.6万元，并出具了借条，约定“10日内还款，自愿将车辆作为抵押物”。2009年12月，吕某利用自己手上的另一把该车钥匙偷偷将车开走。（2）2009年12月28日，吕某又以同样的方法将上述车辆“质押”给被害人蒋某，获得30万元，并签订了借款合同，约定“借期10天，如到期未还款，本人自愿将标致407苏AUX758作为赔偿”。2010年1月4日，吕某私自将该车开走。2010年1月18日，吕某在驾驶该车时被警方连人带车抓获。在办案过程中，司法工作人员存在以下几种意见：第一种意见认为，吕某的行为构成盗窃罪一罪，因为借款的时候吕某的行为并不构成诈骗，此时被害人也并没有损失，因为车是质押给被害人的，被害人实际占有了车辆，可以通过拍卖质押物等实现债权。被害人借款给吕某也不是基于错误认识交付财物。行为人后来将车辆秘密开走，相当于窃取了被害人在车辆中享有的相当于借款数额的财产权益，因此，应认定为一个盗窃罪。至于盗窃数额，有人认为是汽车本身的价值，有人认为是借款数额。第二种意见认为，吕某的行为仅构成诈骗罪。吕某隐瞒了车辆已经在银行设定抵押的事实，用伪造的车辆登记证，向被害人“借款”，实际上并没有任何返还的意思，具有非法占有被害人借款的目的。被害人在陷于错误认识的情况下，“自愿”将财物交付给行为人。至于行为人后来将车辆秘密开走，只是其全部诈骗行为的一个环节，改变财产占有关系的实质性行为是前面的欺骗行为。所以，应认定为一个诈骗罪。第三种意见认为，吕某的行为构成盗窃罪和诈骗罪，应当数罪并罚。吕某前面隐瞒了抵押的事实，使被害人陷于错误认识，而“借款”给被害人，此时，诈骗罪已经实施完毕。吕某后来又在被害人不知情的情况下，将车辆秘密开走，构成盗窃罪，应当数罪并罚。

本书认为，吕某的行为触犯两个罪名：前面的行为是使他人产生认识错误，处分了现金，自己取得了现金的诈骗行为；后面的行为是违反

被害人意志，将他人合法占有的车辆转移为自己占有的盗窃行为。而且，对于吕某的诈骗行为与盗窃行为，应当实行数罪并罚。因为吕某的两个行为侵犯了两个法益：一是他人对现金的占有与所有；二是他人对汽车的合法占有（汽车虽然由吕某所有，但由他人合法占有时，就能够成为财产罪的法益）。上述第一种观点，将诈骗罪理解为对整体财产的犯罪，这是不合适的。因为在我国，诈骗罪只是对个别财产的犯罪。上述第二种观点，则将盗窃作为诈骗罪的一个环节，事实上使诈骗行为成为复数行为，明显不当。

### （二）在法定的实行行为之前添加实行行为

司法实践中出现了这样的现象：刑法分则条文原本规定的是单一行为，司法机关却在此单一行为之前添加另一行为，使单一行为成为复数行为。表面上看，增加构成要件要素会限制处罚范围，但实际上却是明显扩大了处罚范围，甚至违反罪刑法定原则。

例一：刑法第 347 条仅规定了贩卖毒品罪，而没有规定购买毒品罪。易言之，单纯购买毒品的行为并不属于刑法的规制对象。那么，“贩卖”毒品是否意味着必须先购买毒品再出卖毒品呢？显然不能对贩卖做出这种要求。例如，行为人拾得一千克海洛因后出卖给他人的，肯定成立贩卖毒品罪。再如，出卖祖辈留下的鸦片的，也成立贩卖毒品罪。既然如此，贩卖毒品就是指出卖毒品。但刑法理论与司法实践普遍认为，贩卖包括出卖以及为了出卖而购买。于是，为了出卖而购买的行为成为贩卖毒品罪的实行行为。可是，购买毒品的行为原本不成立犯罪（购买后非法持有达到法定数额的，成立非法持有毒品罪，则是另一回事），现在却成为贩卖毒品罪的实行行为，甚至以贩卖毒品的既遂犯论处。这种观点与做法明显有违反罪刑法定原则之嫌。还需要指出的是，由于我国的传统刑法理论与司法实践在不能犯问题上采取了主观主义的立场，故在贩卖毒罪的认定方面会出现更为严重的问题。例如，甲误将面粉当做毒品出卖。传统刑法理论与司法实践认为甲的行为成立贩卖毒品罪的未遂犯。倘若乙为了贩卖毒品而购买了甲出售的面粉，传统刑法理论与司法实践也会认为乙的成立贩卖毒品罪的未遂犯。可是，在根本没有毒品（完全不具有侵害公众健康的危险）的情况下，认定甲、乙成立贩卖毒品罪的未遂犯，明显是主观归罪的做法。

例二：开设赌场罪其实也只是单一行为，即经营赌场的行为。但是，司法实践中的一种做法是，对于内地人员以营利为目的，承包或者

参股经营澳门赌场或者境外其他赌场，组织、招揽内地人员赴他们承包或者参股的赌场赌博的行为，也按照我国刑法以开设赌场罪追究刑事责任。其基本理由是，开设赌场行为属于复合行为，包括在内地发生的组织、招揽参赌人员等行为。可是，单纯组织、招揽他人前往境外赌博的行为，并不是开设赌场罪的实行行为。即使从客观上看，在境外开设赌场的人员常常在内地招揽赌徒，这也只是事实，而不能将客观事实强加于刑法规范。当刑法分则条文仅将开设赌场作为犯罪的实行行为时，不能将招揽赌徒的行为作为本罪的实行行为。另一方面，如果将招揽赌徒的行为作为开设赌场罪的实行行为，那么，那些在境内开设了赌场，但没有组织、招揽赌徒的，其行为就并不完全符合开设赌场罪的构成要件。但这种结论既违反刑法规定，也难以被人接受。

不可否认，一般来说，在法定的构成要件要素之外添加要素，会缩小犯罪的成立范围，因为要素越多外延越窄。但是，当添加犯罪的实行行为，表现为使实行行为向预备行为延伸时，就不是限制处罚范围，而是扩大处罚范围。这是因为，在法定的实行行为之前添加一个实行行为，就意味着将预备行为或者某种附随行为，认定为犯罪的实行行为，结局必然会扩大犯罪的处罚范围，进而违反罪刑法定原则。

### （三）在法定的实行行为之后添加实行行为

再以受贿罪为例。根据刑法第 385 条第 1 款的规定，受贿罪包括两种行为类型：一是索取贿赂，二是收受贿赂。但是，在司法实践中，对于单纯利用职务上的便利索要贿赂，而没有现实取得贿赂的行为，一般都没有认定为受贿罪，或者仅认定为受贿未遂。原因在于，司法实践上将索取贿赂类型的受贿罪理解为索取并收受贿赂，使索取贿赂类型的受贿罪成为复行为犯。之所以如此添加实行行为，实际上是因为司法实践将受贿罪当做财产犯罪对待了。

其实，受贿罪的保护法益不是他人的财物，而是国家工作人员职务行为的不可收买性，也可以说是国家工作人员职务行为与财物的不可交换性。国家工作人员职务行为的宗旨是为国民服务，具体表现在保护和促进各种法益；由于国家工作人员的职务行为已经取得了相应的报酬，故不能直接从公民或者其他单位那里收受职务行为的报酬，否则属于不正当的报酬。国家工作人员理所当然要合法、公正地实施职务行为。但权力总是会被滥用，没有权力的人也会期待掌握权力的人为自己滥用权力；一旦滥用权力，将权力与其他利益相交换，权力就会带来各种利

益；因此，防止权力滥用、保障公正行使权力的最起码、最基本的措施，就是防止权力与其他利益的相互交换。古今中外的客观事实表明，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，如果职务行为可以收买，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。因此，为了保护职务行为的合法、公正性，首先必须保证职务行为的不可收买性。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；二是国民对职务行为不可收买性的信赖。具体到受贿罪而言，职务行为的不可收买性，是指职务行为与财物的不可交换性，或者说职务行为的无不正当报酬性。如果国家工作人员因为其职务或职务行为获得了不正当报酬，便侵害了受贿罪的法益。公民对职务行为不可收买性的信赖，是一项重要的法益。因为这种信赖是国民公平正义观念的具体表现，它使得国民进一步信赖国家工作人员的职务行为，信赖国家机关（在我国还应包括国有企业、事业单位、人民团体，下同）本身，从而保证国家机关正常活动的开展，促进国家机关实现其活动宗旨。如果职务行为可以收买，或者国民认为职务行为可以与财物相互交换、职务行为可以获得不正当报酬，则意味着国民不会信赖国家工作人员的职务行为，进而不信赖国家机关本身；这不仅会导致国家机关权威性降低，各项正常活动难以展开，而且导致政以贿成、官以利鬻，腐败成风、贿赂盛行。因此，国民对职务行为不可收买性的信赖是值得刑法保护的重要法益。

由于受贿罪的保护法益是国家工作人员职务行为的不可收买性，所以，在索要贿赂的情况下，即使行为人没有现实取得贿赂，但其索要行为已经侵害了职务行为的不可收买性。换言之，就索取贿赂而言，应当以实施了索要行为作为受贿既遂标准，而不应在索要行为之后添加现实取得贿赂这一所谓实行行为。或许有人认为，我国刑法第 385 条所规定的“索取”就是指索要并取得，因此，只有收受了贿赂才能成立受贿罪既遂。但是，其一，这种观点是离开受贿罪的保护法益得出的结论。对构成要件的解释必须以保护法益为指导，只要承认受贿罪的保护法益是职务行为的不可收买性，或者持另一种观点认为受贿罪的保护法益是职务行为的公正性，就不可能在索要行为之外另要求现实取得贿赂的行为。其二，如果将“索取”解释为索要并取得，那么，“索取”行为就成为多余的规定。这是因为，单纯收受（取得）贿赂就成立贿赂罪，既然如此，立法者就不可能在收受（取得）类型之前增加一种索要并收受

的行为类型。换言之，既然 A 行为独立构成受贿罪，立法者就不可能增加一种 B+A 类型的受贿罪；如果 B 行为具有可罚性，就只能是在将 A 行为规定为受贿类型的同时，将 B 行为规定为另一种受贿类型。

不难看出，在法定的实行行为之后不当添加实行行为，必然使犯罪的既遂标准推迟，因而不利于实现刑法的法益保护目的。

