法

普通高等教育**法学精品教材**

学

阶

I第五版I

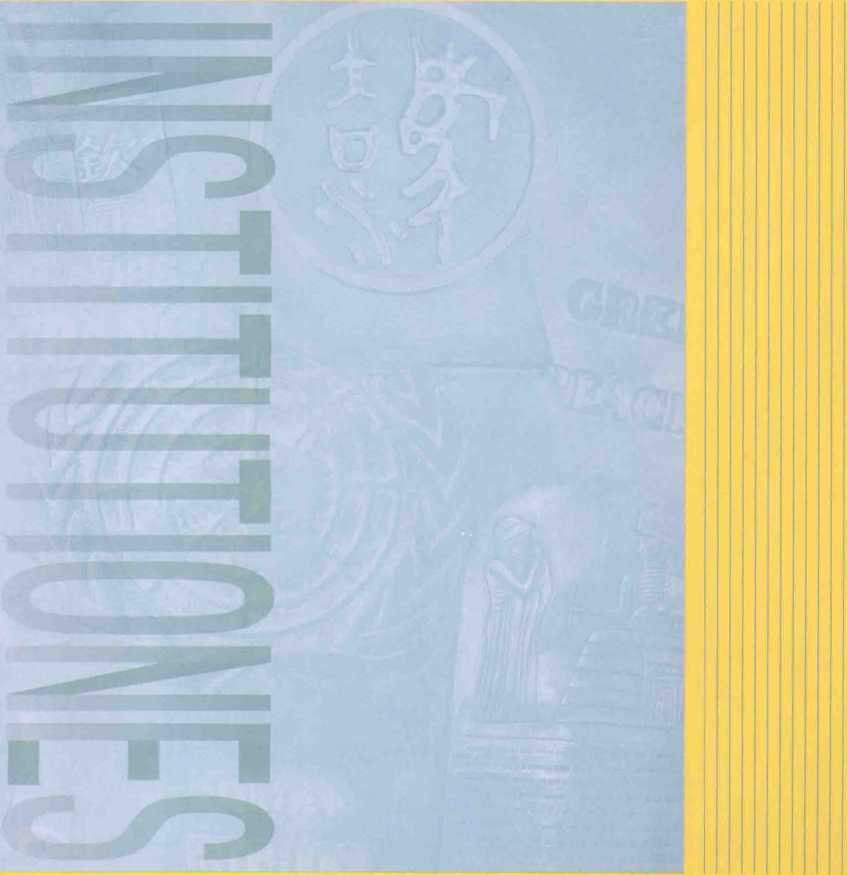
刑法学。

CRIM1NAL LAW

张明楷著

^法律出版社

LAW PRESS - CHINA



内容简介

本书是张明楷教授风格鲜明、独步学林的代表作。无论是理论体系的构建，抑 或分析问题的逻辑，都带有着强烈的法益思想和浓厚的大陆刑法理论的气息。

作者抉微发隐、深考精思，回归刑法本位，一以贯之地以刑法解释学为本体， 发掘成文法的真实含义和内在理念。第五版仍然坚持：在遵守罪刑法定原则的前 提下对构成要件进行实质的解释，在违法性方面采取结果无价值论的立场，在责 任领域采取以心理责任论为前提的规范责任论，在刑罚论领域采取以责任刑限制 预防刑的并合刑论。

第五版四十余万字的篇幅扩容中，除增加了《刑法修正案（九）》的相关内容以 及2011年6月以后公布的立法解释、司法解释外，在犯罪论、法律后果论以及罪 刑各论等方面均有较大幅度的增删与修改。此外，新版对近几年来司法实践中出 现的新问题也展开讨论。

本书通过丰富的资料实证和敏锐的论断分析，同时为法科学生和实务人士解 惑辩难。因而本书不仅适于刑法学课堂教学及自学之用，也适于司法考试及研究 生入学考试的考生系统复习和研究之用，还是实务人士不可或缺的参考书。

智识共享好书共阅

关注法争教育服务法学肺生

搜零”1法挙阶梯橄信怂众号t lawwss\_edfi,）



普通高等教育**法学精品教材**

I第五版I

刑法学@

张明楷著

法律出版社

lAWmS CrliN/i.



图书在版编目（CIP）数据

刑法学/张明楷著.一 5版.一北京：法律出版社，2016.7（2016.10重印 ISBN 978 -7 -5118 -9683 -4

I .①刑…II ■①张…III •①刑法一法的理论一中国 IV.①D924.01

中国版本图书馆CIP数据核字（2016）第146396号

刑法学

著 者张明楷 责任编辑吴昉 装帧设计乔智炜

|  |  |
| --- | --- |
| 开本787毫米x 1092毫米 1/16  版本2016年7月第5版  出版法律出版社  总发行中国法律图书有限公司  印刷北京嘉恒彩色印刷有限责任公司 | 印张83 字数1906千  印次2016年10月第4次印刷  编辑统筹法律教育出版分社  经销新华书店  责任印制沙磊 |
| 法律出版社/北京市丰台区莲花池两里7号（100073） |  |
| 电子邮件/info@ lawpress. com. cn | 销售热线/010 -63939792/9779 |
| 网址/www. lawpress. com. cn | 咨询电话/010-63939796 |
| 中国法律图书有限公司/北京市十:台区莲花池西里7号（100073） | |
| 全国各地中法图分、子公司电话： |  |
| 第一法律书店/0I0 -63939781/9782 | 西安分公司/029 -85388843 |
| 重庆公司/O23 -65382816/2908 | 上海公司/021 -62071010/1636 |
| 北京分公司/010 -62534456 | 深圳公司/0755 -83072995 |

定价J18.00元

书号:ISBN 978 -7 -5118 -9683-4

（如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换）

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E1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》（武汉大学出版社1991年版）、《刑事责任论》 （中国政法大学出版社1992年版）、《刑法的基础观念》（中国检察出版社1995年版）、 《市场经济下的经济犯罪与对策》（中国检察出版社1995年版）、《刑法学》（法律出版社 1997年第1版、2003年第2版、2007年第3版、2011年第4版）、《未遂犯论》（法律出版 社•成文堂1997年联合出版）、《刑法格言的展开》（法律出版社1999年第1版、2003 年第2版、北京大学出版社2013年第3版）、《外国刑法纲要》（清华大学出版社W99年 第1版、2007年第2版）、《刑法学（教学参考书）》（法律出版社1999年版）、《法益初 论》（中国政法大学出版社2000年第1版、2003年修汀版）、《全国律师资格考试指定用 书•刑法》（法律出版社2001年版）、《刑法的基本立场》（中国法制出版社2002年版）、 《刑法分则的解释原理》（中国人民大学出版社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》（北京大学出版社2006年第1版、2014年新 版）、《诈骗罪与金融诈骗罪研究》（清华大学出版社2006年版）、《刑法学教程》（北京大 学出版社2007年第1版、2010年第2版、2011年第3版）、《罪刑法定与刑法解释》（北 京大学出版社2009年版）、《犯罪构成体系与构成要件要素》（北京大学出版社2010年 版）、《刑法原理与实务》（北京大学出版社2010年版）、《刑法原理》（商务印书馆2011 年版）、《行为无价值论与结果无价值论》（北京大学出版社2012年版）；《刑法的私塾》 （北京大学出版社2014年版）、《责任刑与预防刑》（北京大学出版社2015年版）；译《日 本刑法典》（法律出版社1998年第I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四百余篇。

第五版前言

刑事立法活跃化的时代已经来临。我不知道这将意味着刑法解释学的蓬勃生机， 还是预示出刑法解释学的深刻危机。面对解释者各执一词、分庭抗礼时，国外的立法者 总是袖手旁观、置身事外，我国的立法者则要挺身而出、一槌定音。我不清楚立法者是 否相信自己制定的法律具有完美的内在丰富性和充足的逻辑延展力，不需要外在的填 补即可时时刻刻满足社会生活中林林总总的需求，但我确实不会相信这一点。任何个 人与团体在起草法律时都不可能彻底避免与某个无法估计的、已经生效的法条相抵牾， 不可能完全预见藏身于无尽多变的生活海洋而未曾冲上沙滩的各种现象。认为立法者 能够通过成文法条对每个案件都预先做出完整、终局之决定的想法，已被证实是一种错 觉、一丝幻想。法律的含义并非由文字固定，也不能由起草者锁定，而是需要在社会生 活事实中不断发现。不管面对如何完美的法典，解释者都不会缄口不言、沉默不语，也 不应言不由衷、语与心违。为了使法律满足一个处在永久变动中的社会的所有新的需 要，解释者在面对崭新的生活事实时，总是要不断地使法律的真实含义得以发现、得到 阐扬。立法修法有时止，释法绵绵无绝期！况且，再完备的刑法典，也难免有符号的创 伤。但是，我不会在伤口上撒盐，也不会东捱西问已经对成文刑法丧失占有权的起草 者，更不会对成文刑法吹毛求疵、洗垢求瘢。法律并不被某个人或者某些人所占有，而 是由人类杰出的智慧所拥有，并且经过漫长的过程，在辉煌的时代被界定出来，没有人 可以认为自己比法律更聪慧。所以，我只能秉持追求真理的良心，在解释法律的过程中 澄思寂虑、刮肚搜肠。

托尼•奥诺尔曾说："岁月流转，实证主义法律人和自然法学派的法律人在世界杯 的决赛上一次次相遇……有时候这边取胜，有时候那边取胜，但类似于参赛者和观众的 热情保证了输掉的一方将会复仇。”可是，我不会厚此薄彼、偏袒一方，而是要将实证主 义的法律人与自然法学派的法律人组成一支球队。不可否认，“当法官能够自由地将他 们的个人观念，诸如何谓公平、何谓同情或者什么才是应当遵循的社会正义等强加到法 律之上时，就不可能存在可靠的法律框架”。然而，“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”。尽管将制定法与自然法相融合，可能正在 剥夺我们自己自律的知识与自主的道德，但是，“如果一个法律形式主义法官遵循制定 法的平白文义，那么可能会损害制定者的意图，甚至与其背道而驰。这就是所谓的‘草 率的’或者\*机械’法学”。何况，“形式主义法官并不是真正地遵循平白文义。事实上 他们毋宁是根据自己的政策偏好来作出判决，然后用法律形式主义的语言来掩人耳 目”。顾左盼右，虑得忧失，最终还是只能将制定法与自然法融为一体。本书的这一基 本立场，过去未曾首鼠两端、辗转不决，将来不会翻然易辙、改弦更张。

当然，在融合自然法与制定法的过程中，难免将自己的前理解当作法律的真实含

**2**第五版前言

义。前理解既可能是有用的资产，也可能是危险的罪犯，这取决于前理解者的眼光。作 者管中窥豹、瓮里观天，见骥一毛，不知其状，见画一色，不知其美，不能保证在前理解中 清除了危险的罪犯。尽管自以为心中充满了正义，但不知道个人的正义是否与制度的 正义相对立，也不清楚能否通过个人的、社会的道德决定克服个人的正义与制度的正义 的对立。而且，传统观念根深蒂固，法律条文错综复杂，案件事实盘根错节，理论学说扑 朔迷离，真是一寸凝思千万绪，剪不断、理还乱，千思百虑皆不是，长夜漫漫无心眠。尽 管如此，我也没有因此而额蹙心痛、愁肠九转，也不会万念俱灰、黯然神伤。事实上，在 解释法律的过程中，常常有霍然云消雾散而欢意浃洽，往往会瞬间柳暗花明而心花怒 放。不断地摈除心结、破除陈念、消除疑问、解除难题，终归会令人眉开眼笑、欣喜若狂。

刑法典独一无二，解释者成千上万，每位解释者心中都有一个哈姆雷特。我早已知 道，在法学领域，不可只愿君心似我心，只能众生随类各得解。我没有奢望能够说服他 人，只是要求说服自己。即使本书针对相反观点提出了不同看法，也仅仅是在描述说服 自己的心路历程。倘若将刑法解释学的不同立场比作不同的河流，我也只是在说明为 什么踏入了这一条河流而没有踏入另一条河流。即便如此，我也会欣赏其他河流的粼 粼波光与滔滔波浪。虽然每一位解释者都会将自己的解释结论当作法律的真实含义， 但可以肯定的是，像绝对的必然性、绝对的正确性、最终真理、最终权威等观念都是应当 从刑法学中排除出去的幽灵。“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。”我不会相信只有一种真理，更不会认为自己掌握了真理;我清 醒地意识到，本书不是在表述四海皆准的客观真理，只是在记述百孔千创的个人主张。

法学最古老也最独特。“尽管科学能够线性地不断向前发展，但法律却做不到线性发 展。在法律这里，同样的洞见与错误总是一再地发生。”倘若说结果无价值论是错误的，那 么，本书的错误就不只是一再地发生，而是持续地存在;作者不是多次犯，而是持续犯。就 具体观点而言，不管法条是否修改，无论情势是否变更，我不能一成不变，也不会率由旧 章。只要阅读就有想法，只要思考就有变化。虽然在历时一年的修改过程中，我尽量芟柞 繁芜、补增阙略，并且思左想右、瞻前顾后，但不知道是将错的改对了，还是将对的改错了， 抑或由此错改为彼错，或者由小错改成大错。果真如此，则是“错误总是一再地发生”。但 是，我不会将错就错，也不想以讹传讹。当然，本书没有洞察洞见，只有漏洞空洞，还有陈 词滥调、浮词曲说。对于读者的析疑匡谬、补偏救弊，笔者会谢意永存、铭感不忘。

魏因斯海默说:“这个世界没有经典，只有文本，并且所有文本都是平等的。”可以肯定 的是，不管这个世界有没有经典，由于作者赐墙及肩、管窥筐举，不能学富五车、书通二酉， 经典与本书无异钩金舆羽，本书与经典实乃寸木岑楼。斯科尔斯的话倒是令人欣慰：“任 何文本，都不会因其琐屑，而被摒弃在人文研究的界域之外，再琐碎的涂鸦，如果在它的背 景中充分理解，都可能是人类表达的财富。”本书充其量只是琐碎的涂鸦，也可谓孤独的言 说。尽管如此，我还是会继续在追求法律真实含义的道路上负笈担簦、栉风沐露。我不可 能任他尘世多喧嚣，静我凡心立功名；但可以做到法不正解心不朽，再挑灯火看文章。

张明楷

2016年5月8日于清华园明理楼

第四版前言

当今社会变幻莫测。当我们还没有真正进入解释的时代时，事实上却进人了立法 的时代。“立法者三句修改的话，全部藏书就变成废纸。”这句名言委实有些夸张，还有 一点片面。其实，即使立法者像金字塔一样沉默无语、岿然不动，解释者也难以北窗高 卧、东篱自醉。法律不断演变却从未达成一致，这是一个颠扑不破的真理。任何成文法 都无法摆脱不断变化的生活，因为它原本就是为这种生活而设计的。冷冰冰的文字里， 蕴含着活生生的正义；平平淡淡的表述中，潜藏着形形色色的含义。解释者需要在不断 变化的生活里发现成文法的真实含义，从不动声色的文字中了解成文法的内在欲望；面 对任何崭新的理论学说，解释者都不应当感到惊惧不安。在东海扬尘、白衣苍狗的时 代，一个解释者不能两次对同一法条作同一解释。教条使人变得伟大、人使教条变得伟 大的现象，将一去不复返。

一位历史学家曾经说过，法律人士最主要的特征之一，就是在任何法律问题上，他 们总会站成意见相左的两队。在鸾翔凤集、云起龙骧的刑法学领域，何止两队，经常可 以见到三队、四队、五队乃至更多的队。显然，一位法律人士不可同时脚站两支队。我 深深地体会到，任何一位法律人士对一个观点所作的任何论证，充其量只能得到原本赞 成该观点的法律人士的认可，对于反对该观点的法律人士而言，一切论证都是多余的： 不管持此观点的法律人士如何论证，持彼观点的法律人士的全部声音只有一个常见的 字——不。用固执己见、故步自封来描述这种局面，并不合适；用粗暴冷酷的偏见与目 空一切的傲慢来解释这种现象，更不妥当。在人文科学的领域里，一个研究者提出种种 问题与观点，肯定并不独立于他的整个人格，因而也并不独立于他的家庭背景、成长经 历、生活状态、社会地位、阅读范围、正义感觉、法律意识等。事实上，大多数的所谓推 理，在于为继续相信自己已经相信的信条而找寻理由。解释者在采用各种解释手段之 前，就有一个达到目的的预断，任何解释手段的运用只是将文本敲打成能为自己的目的 服务的形状,并坚持认为在那种活动与文本解释之间不存在任何差别，自己的目的就是 文本的目的。易言之，在人生的每一刻，每一个人都是唯一的，无论在生理上、学术上抑 或其他任何方面。这种镶嵌在多样性里的独特性是我们的财富。尽管如此，我还是乐 意进人不属于自己的价值体系，专心阅读和耐心倾听不同的观点，汲取他人的智慧，丰 富自己的论证。当然，在此过程中，我可能只是寻章摘句、断章取义，抑或管窥蠡测、扣 槃扪烛，乃至买椟还珠、反裘负薪。

一位法学家曾经讲道，“我的态度，与实务家针对理论贡献所做的评断，亦即那种不 承认理论贡献具有权威引导功能的轻率傲慢态度，大相径庭；就我所有的教义学著作而 言，我总是乐意让它们受实务家的评断，而那些无法在实务家那边获掌声的见解，从一 开始就会被我认为是有疑义的' 以忐忑不安的心情引用这段话.是因为我不愿意看到

**2**第四版前言

法科学子当下在校园里所学习的应付考试的知识与将来在实务中所需要的应对现实的 知识几乎完全不同的痛心局面，更不情愿教科书被实务家蔑视为一堆废纸。我希望自 己的教科书能够影响那些在内心里对他人观点的确信或怀疑、对自己认识的清晰或模 糊具有感受能力的法科学生，解释他们能够想到的理论问题；也期待自己的教科书能够 接受实务的检验，解决实务家们可能遇到的现实问题。当然，获得掌声并不是目的所 在。

每个人都千方百计想见到法律。但是，每个人的自然理性都比不过富有智慧的法 律。刑法的面孔千变万化，刑法的内心千头万绪。有些问题，如果没有人问我，我知道； 如果要我回答，我不知道；有些问题，每思考一次，想法就改变一次，从而不能形成某种 甚至带有适度自信的观点。但是，我不能因此而放弃思考，也不能从此便保持沉默。时 时怀铅提椠，刻刻吮毫搦管，既是责任、使命所在，也是兴趣、习惯使然。况且，对刑法的 解释是一个无限的、不断反复、不断更新的过程，不喜欢拘俗守常、不愿意拘文牵义的 我，也只能不断更改观点、更新论证。学者的良心是追求真理、阐述真理的良心。我更 不会明知自己以前的观点谬误，却为了彰显自己的稳健而放任那种观点的流传。由此 给读者带来的困惑，当然应归责于我。倘若读者问道，“你在不同论著中的说法并不完 全相同，应当以哪个为准？”我只能援引那个众所周知的规则——新“法”优于旧“法”。

学术道路上或许有横生的荆棘，但也能遇到盛开的鲜花。对学术与教学的爱好与 热忱，长存我心，从未消减。被宣布是自由的我，并没有将刑法学作为惬意的谋生手段， 纵然啜菽饮水、身心疲惫，也安之若素、甘之若饴。无论春风拂拂、秋风嬝媲，还是赤日 炎炎、白雪皑皓，在水木清华的美丽校园，听着“楷哥”的亲切称呼，看着“K粉”的阳光 表情，在欣然自得、怡然自乐的同时，更觉得自己应当焚膏继晷、夙夜匪懈。

一直想使这部教科书成为自己的得意之作。然而，著者弩马铅刀、绵力薄材，尽管 朝乾夕惕、废寝忘食，纵然搜索枯肠、煞费苦心,结局仍然是断编残简、断烂朝报，充满了 逻辑的矛盾，充斥着符号的伤疤。好在聪慧敏捷、温文尔雅、有识无畏的几位学子，静观 默察，匡词济语，移文易义，使本书减少了一些错漏舛误。

张明楷

2011年6月1日于清华明理楼

第三版前言

《刑法学》第二版于四年前刊行，纵能从许多网站下载全文，可于不少书屋遇见盗 版，给读者以畅销书之印象，然第二版乃妥协之作，错漏百出，舛误尽显。唯有补苴调 腼，推陈出新，方能恤愧怍之情，慰忐忑之心。

本人并无“毁坏刑法学成果”和“扰乱刑法学秩序”的故意，更不"以卖弄玄虚为目 的”；大抵缘于村生泊长的经历、讨是寻非的心态、标新立异的习癖、独树一帜的幻想、好 高骛远的性情、不自量力的狂妄，本书未有蹈常袭故、循规遵矩。如第二版前言所料， "体系已面目全非，观点也改弦更张”，但根本理论与第二版并行不悖，基本方法与第二 版相差无几。

作者菲才寡学，少见鲜闻。希图兼容并包、翔集事理，但无力博稽中外、深考古今; 力图独辟蹊径、自成体系，却未有睿思卓识、宏论妙谛；试图排疑释结、解惑辩难，然不能 抽钉拔楔、清原正本。愚意管见，立等雅教;瞽言刍议，伏待斧钺。

《刑法学》确为本人之精神乐园。下笔作文，直抒个人情怀，何等愉悦！操觚染翰， 伸张人间正义，好不畅快！将事业与爱好融为一体，做人与为学合而为一，不觉身心疲 惫，唯感其乐无穷！

理当言表却难以言表的是谢意。对倾心关注本书和悉心关怀作者的各位，我会常 怀感恩之心，永存感激之情！

张明楷

2007年6月20日于清华

第二版前言

在法学繁荣发达的国度，令人敬佩的教授们，精心“经营”着自己钟情的教科书，在 那片园地里阐扬传世理念、彰显卓异才华。读着那些玉质金相、剖决如流、文从字顺的 教科书，恰似醍醐灌顶、甘露滋心。对于这些大方之家，樗栎庸材如我者，只得向若惊 叹，却不能望其项背。我从未奢望自己能凭挈瓶之知写出一部只有研精覃思、博考经籍 之后方可成就且不致误人子弟的教科书，只是因为意外事件与不可抗力（道来话长，莫 如省略），致使拙作《刑法学》第一版与读者见面。在文献汗牛充栋、教材不知凡几、学者 集苑集枯、学说见仁见智的刑法学领域，撰写一部教科书，于我而言，实有举鼎绝膑之 感;写作之时，也若有芒刺在背。好在《刑法学》首版付梓之后的反应，使我获得了些许 安慰。

名家撰述的教科书中，有两类令人叹为观止。其一为，出版二三十年后未曾也无须 修订，仍然反复印刷，学者频繁摘引，学子百读不厌。其二为，出版之后每年一次新版， 依然纸贵洛阳，学界竞相传诵，学士爱不释手。我乃平庸之辈、愚钝之人，不及前者稳 健，弗如后者敏捷，既无能力成就一部可“ 一劳永逸”的教科书，也难做到每年印行一次 新版。本书首版问世后，同仁们对其中奇谈怪论的批判以及附带对刍荛之见的认同，一 直萦绕于我心，不经意间，“本人存用”的教科书上已留下稠密的修补删改记录。于是， 我拟定以经常修订的方式，“经营”这本教科书（虽然好几家出版社约我改换书名在其处 出版，但我眼下还没有“移情别恋”的欲望）。或许若干年后，教科书的体系已面目全非， 观点也改弦更张，但我不会自动放弃和中止这本教科书的“经营”。

本来，第一版付梓后不到两年，便有同仁诚挚地建议我根据司法解释确定的罪名进 行修改，但我反复扪心自问的是：仓促修订能否给读者以新版的感觉？由于当时未能做 出肯定应答，便寻思着在多发现、多研讨一些问题后再作修订。去年在刑法学大师云集 的德国学府访问期间（2002年3月至9月），拜读了阿图尔■考夫曼“并非仅为法学研 究人所写，读者对象也包括法律外行人”的《法哲学》一书。考夫曼在“导言”中写道： “任何刑法法律人都不会借助一本五十年前，或只是十年前所写的作品（法条释义、教科 书），来解答一个案例。这种作品几乎只能作为历史文献。”（Arthur Kaufmann , Re- chtsphilosophie,C. H. Beck, 1997. S. 4.）这段话令我寝食不安：拙作《刑法学》倘若不从速 修订，是否会被人作覆瓿之用，且不符合“历史文献”的构成要件？于是，修订欲望愈为 强烈，回国之后便着手实行。

本次修订，仍以刑法的法益保护（含人权保障）目的为核心，维持刑法论——犯罪 论——刑事责任论——罪刑各论的总体系，删除了第一版的“犯罪客体要件”与“定罪” 两章，其中的必要内容纳入相应章节。犯罪论方面，立于客观主义立场，采取结果无价 值论（修改了第一版中行为无价值论的观点），并对犯罪构成要件进行实质的解释。在

**2**第二版前言

刑罚论方面，站在并合主义立场，使相对报应刑论的主张更为明确。总的来看，在体系 的思考与问题的思考之间，本书更注重了后者。与此同时，以下几点也是我修订时企望 实现的：既立足于中国当今社会的现实，又将论题置于世界刑法学之林思考；既评介中 国的理论学说，又从学派之争的视角进行分析；既解释现行法条，又阐释规范背后的理 念；既阐述刑法理论上的要害与重点，又预测和解决司法实践中可能出现与已经遇到的 难题；既发表自以为成熟的见解，又提出自己尚难回答的疑问。

作者末学肤受、学识谫陋，加之仓促付梓，校改不周，不仅企图奢望可能未遂，而且 错漏舛误定然难免。法律的解释并非真理的判断，而是价值的判断，不能被事实证伪， 难以被实践检验，所以，我不得不时常以怀疑的眼光审视自己的观点**D**本书针对许多争 议问题与通说观点发表的舐皮论骨之见，但还待国人贤达衡定。人文科学的研究，并非 一种独白的个别行为，而是需要对话与沟通，需要学术批评**D**学术批评使我获益匪浅， 因为“旁观者清”，参与讨论的学者，更易于发现对方的遗漏，更善于寻摸对方的缺陷；面 对学者的批评，我必须补救原本的观点或者创建崭新的理论。正因如此，若能博得同仁 们的不吝赐教，下次修订时得以采摭群言，将是笔者莫大的荣幸。

本书第二版得以付梓，得益于多方的协力与襄助，对于他/她们的感激之情，委实难 以言表；为免挂一漏万，恕我不一一列举他/她们的尊姓大名，但我要由衷地、真诚地道 谢:感谢传道并解惑的恩师！感谢博达却谦和的学者！感谢坦荡又精诚朋友！感谢友 善且宽厚的同事！感谢聪颖而厚实的学子！感谢勤恳和亲爱的家人！

张明楷

2003年6月于清华园

简 目

绪论/1

第一编刑法基础论

第一章刑法概说/ 15

第一节刑法的概念、渊源与分类/ 15

第二节刑法的性质、机能与目的/ 20

第三节刑法的制定、修改与根据/ 24

第四节刑法的规范、体系与解释/ 26

第二章刑法的基本原则/ 43

第一节刑法的基本原则概述/ 43

第二节罪刑法定原则/ 44

第三节法益保护原则/ 62

第四节责任主义原则/ 67

第三章刑法的适用范围/ 69

第一节刑法的空间适用范围/ 69

第二节刑法的时间适用范围/ 76

第二编犯罪论

第四章犯罪概说/ 85

第一节犯罪的一般概念/ 85

第二节犯罪的基本分类/ 92

第三节犯罪的成立条件/ 96

|  |  |
| --- | --- |
| 2简 目 |  |
| 第五章**：** | 不法/ 107 |
| 第一节 | 不法概述/ 107 |
| 第二节 | 构成要件符合性/ 129 |
| 第三节 | 违法阻却事由/ 193 |
| 第六章: | 责任/ 240 |
| 第一节 | 责任与责任要素概述/ 240 |
| 第二节 | 积极的责任要素/ 251 |
| 第三节 | 消极的责任要素/ 302 |
| 第七章**：** | 犯罪的特殊形态/ 330 |
| 第一节 | 犯罪的特殊形态概述/ 330 |
| 第二节 | 犯罪预备/ 332 |
| 第三节 | 犯罪未遂/ 337 |
| 第四节 | 不能犯/ 352 |
| 第五节 | 犯罪中止/ 360 |
| 第八章**i** | 共同犯罪/ 379 |
| 第一节 | 共同犯罪的理论前提/ 379 |
| 第二节 | 共同犯罪的基础理论/ 386 |
| 第三节 | 共同正犯/ 395 |
| 第四节 | 间接正犯/ 401 |
| 第五节 | 狭义的共犯/ 406 |
| 第六节 | 承继的共同犯罪/ 430 |
| 第七节 | 片面的共同犯罪/ 435 |
| 第八节 | 不作为的共同犯罪/ 436 |
| 第九节 | 共犯与身份/ 439 |
| 第十节 | 共犯与认识错误/ 443 |
| 第十一节共犯与犯罪形态/ 446 | |
| 第十二节共犯人的处罚原则/449 | |

第九章罪数/ 456

第一节罪数的区分/456

第二节单纯的一罪/ 462

第三节包括的一罪/ 477

第四节科刑的一罪/ 482

第五节并罚的数罪/ 491

简 目**3**

第三编法律后果论

第十章犯罪的法律后果概说/ 497

|  |  |
| --- | --- |
| 第一节  第二节  第三节 | 法律后果与刑事责任/ 497  法律后果与处罚条件/ 498  法律后果与制裁措施/ 501 |
| 第十一章  第一节  第二节  第三节 | 刑罚的观念/ 503  刑罚的概念/ 503  刑罚的目的/5()9  刑罚的功能/ 518 |
| 第十二章  第一节  第二节  第三节 | 刑罚的体系/ 521  刑罚的体系概述/ 521  主刑/ 523  附加刑/ 534 |
| 第十三章  第一节  第二节  第三节  第四节  第五节  第六节 | 刑罚的裁量/ 543  量刑概述/ 543  量刑情节/ 553  量刑制度/ 578  量刑方法/ 583  数罪并罚/ 600  缓刑/ 613 |
| 第十四章  第一节  第二节  第三节 | 刑罚的执行/ 620  刑罚执行概述/ 620  减刑/ 621  假释/ 625 |
| 第十五章  第一节  第二节  第三节  第四节 | 非刑罚的法律后果/ 631  非刑罚的法律后果概述/ 631  单纯宣告有罪/ 632  非刑罚处罚/ 632  保安处分/ 637 |

**4**简 目

第十六章

第一节

第二节

第三节

第十七章

*Ms：* -H-

第一 73 第二节 第三节

第十八章

第一节

第二节

第三节

第四节

第+九章

第一

第二节

第三节

第四节

第五节

第六节

第二+章

第一节

第二节

第三节

第四节

第五节

第六节

第七节

第八节

第九节

法律后果的消灭/ 647

法律后果的消灭概述/ 647  
时效/ 647  
赦免/ 652

第四编罪刑各论

罪刑各论概说/ 657

罪刑各论的研究对象与研究方法/ 657  
刑法分则的条文结构与基本内容/ 665  
刑法分则的注意规定与法律拟制/ 673

危害国家安全罪/679

危害国家安全罪概述/ 679

危害国家、颠覆政权的犯罪/ 680

叛变、叛逃的犯罪/ 683

间谍、资敌的犯罪/ 684

危害公共安全罪/ 687

危害公共安全罪概述/ 687

以危险方法危害公共安全的犯罪/ 690  
破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪/ 697  
实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪/ 703  
违反枪支、弹药管理规定危害公共安全的犯罪/ 710  
违反安全管理规定危害公共安全的犯罪/ 718

破坏社会主义市场经济秩序罪/ 734

破坏社会主义市场经济秩序罪概述/ 734  
生产、销售伪劣商品罪/ 735  
走私罪/ 748

妨害对公司、企业的管理秩序罪/ 755

破坏金融管理秩序罪/ 766

金融诈骗罪/ 796

危害税收征管罪/ 811

侵犯知识产权罪/ 819

第九节 扰乱市场秩序罪/ 829

简 目**5**

第二十一章 侵犯公民人身权利、民主权利罪/ 846

第一节侵犯公民人身权利、民主权利罪概述/ 846

第二节侵犯生命、健康的犯罪/ 847

第三节侵犯性的决定权的犯罪/ 867

第四节侵犯自由的犯罪/ 882

第五节侵犯名誉、隐私的犯罪/ 916

第六节侵犯民主权利的犯罪/ 922

第七节妨害婚姻的犯罪/ 927

第二十二章侵犯财产罪/ 930

第一节侵犯财产罪概述/ 930

第二节盗窃罪与侵占罪/ 939

第三节抢劫罪与抢夺罪/ 972

第四节诈骗罪与敲诈勒索罪/ 1000

第五节职务侵占罪与挪用罪/ 1020

第六节毁坏罪与拒付报酬罪/ 1025

第二十三章妨害社会管理秩序罪/ 1030

第一节妨害社会管理秩序罪概述/ 1030

第二节扰乱公共秩序罪/ 1031

第三节妨害司法罪/ 1081

第四节妨害国（边）境管理罪/ 1110

第五节妨害文物管理罪/ 1115

第六节危害公共卫生罪/II19

第七节破坏环境资源保护罪/ 1129

第八节走私、贩卖、运输、制造毒品罪/ 1140

第九节组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪/ 1159

第十节制作、贩卖、传播淫秽物品罪/ 1165

第二十四章危害国防利益罪/ 1172

第一节危害国防利益罪概述/ 1172

第二节平时危害国防利益的犯罪/ 1173

第三节战时危害国防利益的犯罪/ 1178

第二十五章贪污贿赂罪/丨181

第一节贪污贿赂罪概述/ 1181

第二节贪污犯罪/ 1182

第三节贿赂犯罪/ 1199

**6**简 目

第二+六章渎职罪/ 1238

第一节渎职罪概述/ 1238

第二节一般国家机关工作人员的渎职罪/ 1245

第三节司法工作人员的渎职罪/ 1255

第四节特定机关工作人员的渎职罪/ 1262

第二十七章军人违反职责罪/ 1273

第一节军人违反职责罪概述/ 1273

第二节危害作战利益的犯罪/ 1274

第三节违反部队管理制度的犯罪/ 1277

第四节危害军事秘密的犯罪/ 1279

第五节危害部队物资保障的犯罪/ 1280

第六节侵犯部属、伤病军人、平民、俘虏利益的犯罪/ 1284

详 目

绪论/1

一、 刑法学与刑事法学/I

二、 刑法解释论与刑法立法论/1

三、 刑法解释学与刑法教义学/ 2

四、 刑法解释学与刑法哲学/ 3

五、 学派之争与学术发展/4

六、 理论体系与研究方法/ 9

第一编刑法基础论

第一章刑法概说/ 15

第一节刑法的概念、渊源与分类/ 15

刑法的概念/ 15 刑法的渊源/ 16 刑法的分类/ 18

第二节刑法的性质、机能与目的/20

刑法的性质/20刑法的机能/2I刑法的目的/22

第三节刑法的制定、修改与根据/ 24

刑法的制定/24刑法的修改/25刑法的根据/25

第四节刑法的规范、体系与解释/ 26

刑法规范/ 26刑法体系/ 27刑法解释/ 28

第二章刑法的基本原则/ 43

第一节刑法的基本原则概述/ 43

刑法基本原则的概念/43刑法基本原则的确定/43

第二节罪刑法定原则/ 44

罪刑法定原则的法律渊源/44罪刑法定原则的思想基础/46罪刑法定原 则的基本内容/47 罪刑法定原则的具体实现/56

第三节法益保护原则/ 62

法益的概念/62 法益保护原则的根据/63 法益保护原则的要求/64

2详 目

法益保护的限度/ 66

第四节责任主义原则/67

责任主义的含义/67 责任主义的贯彻/67

第三章刑法的适用范围/ 69

第一节刑法的空间适用范围/ 69

刑法的空间适用范围的概念/69对国内犯的适用原则/69对国外犯的适 用原则/ 72 对外国刑事判决的承认/75

第二节刑法的时间适用范围/ 76

刑法的时间适用范围的概念/76 生效时间与失效时间/76 溯及力/76 限时法/80

第二编犯罪论

第四章犯罪概说/ 85

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 第一节 | 犯罪的一般概念/ 85  犯罪的一般定义/85 | 犯罪的基本特征/ 86 |
| 第二节 | 犯罪的基本分类/ 92  犯罪的理论分类/ 92 | 犯罪的法定分类/94 |
| 第三节 | 犯罪的成立条件/ 96 |  |
|  | 犯罪成立条件概述/96 传统的犯罪构成体系/100 本书的犯罪构成体 | |
|  | 系 / 103 |  |

第五章不法/ 107

第一节不法概述/ 107

第一款违法性/ 107

违法性的意义/I07 形式的违法性与实质的违法性/】07 客观的违法性与主观的违法性/ 109结果无价值与行为无价值/ 110 可罚的违法性/ 114

第二款构成要件/ 114

构成要件的概念/114构成要件的机能/116构成要件的分类/117 构成要件的要素/ 120整体的评价要素/ 124

第三款构成要件与违法性的关系/ 126

德国、日本的理论概述/ 126本书的立场/ 127

详 目**3**

第二节构成要件符合性/ 129

第一款构成要件要素/ 129

构成要件要素概述/ 129构成要件符合性的判断/ 130

第二款行为主体/ 131

自然人/ 131 单位/ 134

第三款行为/ 140

行为的概念与特征/ 140 实行行为/ 144 不作为/ 145 持有的性质/161行为的时间、地点、状况及方法/162

第四款行为对象/ 163

行为对象的概念/163 行为对象的意义/165 行为对象与保护法益的关系/ 165

第五款结果/ 166

结果的概念与特征/166危险的性质/166 结果与构成要件类型/168 结果的种类与地位/ 172

第六款因果关系与结果归属/ 174

我国传统的因果关系理论/ 174国外的因果关系学说与客观归责理论/ 175 本书的立场/181因果关系的判断/183结果归属的判断/188

第三节违法阻却事由/ 193

第一款违法阻却事由概述/ 193

违法阻却事由的概念/ 193违法阻却事由的根据/194 主观的正当化要 素/195 违法阻却事由的分类/ 196

第二款正当防卫/ 197

正当防卫概述/197 —般正当防卫/198 特殊正当防卫/215

第三款紧急避险/ 217

紧急避险的概念与性质/217 紧急避险的条件/218 受强制的紧急避 险/222 避险过当/ 223

第四款因法益性的阙如阻却违法的事由/223

被害人承诺/223 推定的承诺/226假定的承诺/227自损行为/227 危险接受/228

第五款基于法益衡量阻却违法的事由/231

法令行为/231正当业务行为/236自救行为/236 行政许可/236 义务冲突/ 238

第六章责任/ 240

第一节责任与责任要素概述/ 240

第一款责任概述/ 240

责任的概念/240 责任的本质/241责任的基础/244

第二款责任要素概述/ 245

4详 目

责任要素的概念/245责任要素的机能/246责任要素的地位/247 责任要素的内容/248责任要素的分类/249责任要素的判断/250

第二节积极的责任要素/ 251

第一款故意/ 251

故意的慨念/251关于故意的学说/252 故意的种类/255 故意的认 定/264

第二款事实认识错误/ 268

事实认识错误概述/268具体的事实认识错误/269抽象的事实认识错 误/277 违法阻却事由的认识错误/279

第三款过失/ 280

过失概述/280 过失犯的构造/284 过失的种类/287 过失犯的认 定/292

第四款目的与动机/298

主观的超过要素概述/298目的/299 动机/301

第三节消极的责任要素/ 302

第一款责任能力/ 302

责任能力的概念/302责任能力的判断/304醉酒人的责任能力与原因 自由行为/306责任能力的程度/311责任能力与法定年龄/311

第二款违法性认识的可能性/ 317

违法性认识可能性的概念/317 违法性认识的对象/317 违法性认识 （可能性）的地位/318违法性错误的类型、判断与后果/322违法性错 误与事实错误的界限/324

第三款期待可能性/ 326

期待可能性的概念/326期待可能性的判断标准/327期待可能性的认 识错误/ 328

第七章犯罪的特殊形态/ 330

第一节犯罪的特殊形态概述/ 330

犯罪的特殊形态概说/33O犯罪形态与犯罪阶段的关系/331特殊形态与 犯罪构成的关系/331

第二节犯罪预备/ 332

犯罪预备的概念与特征/332 犯罪预备的类型/334 犯罪预备的处罚范 围/336预备犯的处罚原则/336

第三节犯罪未遂/ 337

犯罪未遂的处罚根据/337犯罪未遂的特征/339犯罪未遂的成立范围/347 犯罪未遂的类型/351未遂犯的处罚原则/352

第四节不能犯/ 352

详 目5

不能犯的概念/352不能犯的学说/352本书的观点/357幻觉犯/360 第五节犯罪中止/ 360

犯罪中止的概念/360犯罪中止的法律性质/361犯罪中止的成立条件/364 特殊类型的中止/373中止犯的处罚原则/375

第八章共同犯罪/ 379

第一节共同犯罪的理论前提/ 379

共同犯罪的基本术语/379传统理论的基本框架/379 共同犯罪的立法宗 旨/381共同犯罪的认定方法/383

第二节共同犯罪的基础理论/ 386

任意的共犯与必要的共犯/386正犯与共犯/389共同犯罪与犯罪构成/392 第三节共同正犯/ 395

共同正犯概述/395 共同正犯的类型/396过失的共同正犯/399 第四节间接正犯/ 401

间接正犯的概念/401间接正犯的类型/401亲手犯/406 第五节狭义的共犯/ 406

共犯的处罚根据/406 共犯的性质/408 教唆犯/414 帮助犯/419 教 唆犯、帮助犯与正犯的区别/426

第六节承继的共同犯罪/ 430

承继的共同犯罪的概念/430 承继的时间范围/431 承继的行为性质/431 承继的责任范围/434

第七节片面的共同犯罪/ 435

片面的共同犯罪的概念/435片面的共同犯罪的学说/435

第八节不作为的共同犯罪/ 436

不作为的共同犯罪概述/436对不作为的共犯/437不作为方式的共犯/437 共犯人的作为义务/438

第九节共犯与身份/ 439

共犯与身份概述/439无身份者与有身份者的共同犯罪/440不同身份者 的共同犯罪/441不真正身份犯的共同犯罪/442

第十节共犯与认识错误/ 443

共同犯罪的认识错误概述/443同一共犯形式内的错误/443不同共犯形 式的错误/445 共犯过剩/446

第十一节共犯与犯罪形态/ 446

共犯与犯罪形态概述/446共同犯罪的着手/447共同犯罪的中止/447 共犯关系的脱离/448

6详 目

第十二节共犯人的处罚原则/ 449

共犯人的分类/449主犯及其处罚原则/450从犯及其处罚原则/4« 胁从犯及其处罚原则/453教唆犯的处罚原则/454单位共同犯罪的处 罚原则/454

第九章罪数/ 456

第一节罪数的区分/456

区分罪数的意义/456区分罪数的标准/456罪数的种类/459 第二节单纯的一罪/ 462

单纯的一罪概述/462 继续犯/462 法条竞合/463 第三节包括的一罪/ 477

包括的一罪概述/477连续犯/478集合犯/479数额犯、多次犯与情节 犯/479 吸收一罪/480狭义的包括一罪/481

第四节科刑的一罪/ 482

科刑的一罪概述/482 想象竞合犯/482 牵连犯/490 第五节并罚的数罪/ 491

并罚的数罪概述/491貌似一罪实为数罪的情况/491同种数罪/493

第三编法律后果论

第十章犯罪的法律后果概说/ 497

第一节法律后果与刑事责任/ 497

法律后果与刑事责任的概念/497法律后果的特点/498

第二节法律后果与处罚条件/ 498

客观处罚条件/498处罚阻却事由/500

第三节法律后果与制裁措施/ 501

法律后果的实现/501法律后果的表现形式/501

第H■—章刑罚的观念/ 503

第一节刑罚的概念/ 503

刑罚与刑罚权/5O3刑罚的正当化根据/504

第二节刑罚的目的/509

刑罚目的的概念/509特殊预防/510 —般预防/512综合预防/517

详 目7

第三节刑罚的功能/ 518

刑罚功能的概念/518刑罚功能的内容/519

第十二章刑罚的体系/ 521

第一节刑罚的体系概述/ 521

刑罚体系的概念/521确立刑罚体系的思想基础/521 我国刑罚体系的特点/523

第二节主刑/ 523

管制/523 拘役/524 有期徒刑/526 无期徒刑/527 死刑/528 第三节附加刑/ 534

罚金/534 剥夺政治扠利/538 没收财产/540 驱逐出境/541

第十三章刑罚的裁量/ 543

第一节量刑概述/ 543

量刑概念/543量刑原则/544 量刑基准/546量刑根据/551 第二节量刑情节/ 553

量刑情节的概念/553量刑情节的分类/554累犯/557自首/561 坦白/567立功/567量刑情节的适用/571间接处罚的禁止/575

第\_三节量刑制度/ 578

从重与从轻处罚/578 减轻处罚/580 免除处罚/583 第四节量刑方法/ 583

量刑方法概述/583 法定刑的选择/583责任刑的裁量/586 预防刑的裁量/594 宣告刑的确定/598

第五节数罪并罚/ 600

数罪并罚的概念/600数罪并罚的原则/600数罪并罚的类型/603 第六节缓刑/ 613

缓刑的概念/613 缓刑的适用条件/614 缓刑的考验期限与考察/615 缓刑考验期满与缓刑的撤销/ 616缓刑与数罪并罚的相关问题/ 617

第十四章刑罚的执行/ 620

第一节刑罚执行概述/ 620

刑罚执行的概念/620刑罚执行的原则/621

第二节减刑/ 621

减刑的概念/621减刑的条件/622减刑的限度与幅度/623 减刑的程序与减刑后的刑期计算/ 625

**8**详 目

第三节假释/ 625

假释的概念/625假释的适用条件/627

假释的考验期限与假释的撤销/ 628假释与数罪并罚的相关问题/ 629

第十五章非刑罚的法律后果/ 631

第一节非刑罚的法律后果概述/ 631

非刑罚的法律后果的概念/631非刑罚的法律后果的意义/631

第二节单纯宣告有罪/ 632

单纯宣告有罪的概念/632单纯宣告有罪的适用/632

第三节非刑罚处罚/ 632

非刑罚处罚的前提/ 632非刑罚处罚的概念/ 635 非刑罚处罚的种类/635

第四节保安处分/ 637

保安处分的概念/637保安处分的性质/638 保安处分的一般要件/639保安处分的类型/639

第十六章法律后果的消灭/ 647

第一节法律后果的消灭概述/ 647

法律后果消灭的概念/647 法律后果消灭的事由/647

第二节时效/ 647

时效概述/647 追诉时效的期限/648 追诉期限的计算/650 第三节赦免/ 652

赦免的概念/652我国特赦的特点/653

绪 论

一、 刑法学与刑事法学

法学是一门施展才华、满足自尊、唤起激情、伸张正义的学科。刑法学也不例外。

最广义的刑法学（刑事法学）是研究有关犯罪及其法律后果（主要是刑罚）的一切问 题的学科，研究对象包括实体的刑法规范、犯罪原因与对策、刑事诉讼程序、刑罚的执行等 内容。广义的刑法学，是指解释现行刑法（刑法解释学）、阐述刑法规范的哲学基础（刑法 哲学或理论刑法学）、研究刑法历史（刑法史学）、比较不同刑法（比较刑法学）的学科。狭 义的刑法学，仅指刑法解释学。本书尝试一种中间意义的刑法学，即刑法解释学与刑法哲 学的统一体，但必要时仍然会涉及刑法史学与比较刑法学。

19世纪以前的刑法学是指刑事法学。但随着立法的发展、法学的发达，刑事法学中 的许多内容如犯罪学、监狱法学、刑事诉讼法学、刑事侦查学、比较刑法学、刑法史学等，都 逐渐演变为独立的学科，且与刑法学相并列。因此，刑法学与这些学科既有联系，也有区 别。犯罪学以犯罪原因与对策为研究对象;有关犯罪原因及其对策的经验性知识必然影 响刑法理论，但刑法学一般不直接研究犯罪原因；刑法学只是研究以刑罚、保安处分为手 段的犯罪对策，不像犯罪学那样从更广泛的范围研究犯罪对策。监狱法学是以监狱法为 研究对象的学科，主要探讨自由刑的执行;刑法学主要研究适用刑罚的前提与方法。刑事 诉讼法学以刑事诉讼法为研究对象，属于程序法学;刑法学属于实体法学。刑事诉讼法的 规定会直接或者间接影响刑法的解释，反之亦然;有些内容是刑法学与刑事诉讼法学的共 同研究课题。刑事侦查学是以犯罪侦查的策略和技术为研究对象的学科，研究如何发现 已然犯罪;刑法学研究如何认定犯罪与处罚犯罪。刑事侦查是适用刑法的前提，但刑法指 导刑事侦查。比较刑法学是对各国刑法进行比较的学科;刑法学一般以本国刑法为研究 对象，但在难以得出合理结论的情况下，也将比较各国的刑法规范、审判实务作为刑法解 释的方法。刑法史学以历史上各种类型的刑法和刑法思想为研究对象；刑法学以现行刑 法为研究对象。但为了把握现行刑法的来龙去脉，刑法学也可能采用历史解释的方法。

如上所述，本书所称刑法学，是包含刑法解释学与刑法哲学的刑法学，其具体研究对 象包括：（1）刑法本身，如刑法的概念、性质、地位、目的、原则、适用范围等；（2）刑法规范 与规定，即刑法对于犯罪及其法律后果的一般规定与具体规定；（3）刑法规范的理论基础 与根据；（4）对刑法的立法解释；（5）对刑法的司法解释，主要是指最高人民法院、最高人 民检察院（以下简称“两高”）关于具体适用刑法的司法解释；（6）刑事疑难案件；（7）刑法 适用的规律、经验与问题。

二、 刑法解释论与刑法立法论

刑法学的本体是解释论，亦即，在妥当的法哲学原理、刑事政策的指导下，基于社会生 活、联系具体案例，对刑法规范做出解释（实定刑法的解释学），发现刑法的真实含义。与

**2**刑法学（第五版）

解释论不同的是立法论。立法论的基本做法是批评现行成文刑法的缺陷，提出立法建议: 我国以往的刑法学研究的基本倾向是批判刑法，使刑法解释论与刑法立法论相混同。突 出地表现在，人们事先未能对刑法规范做出妥当解释，就指出刑法规定的缺陷，然后提出 修改刑法的建议。

将刑法学研究的重心置于批判刑法的做法，不仅偏离了刑法学的研究方向与目标，而 且存在诸多不当，为本书所不取。其实，除了数字等实在难以解释的用语以外，刑法的任 何用语都有很大的解释空间。解释者要善于通过各种途径、运用各种方法收集文本可能 具有的意义，而不能单纯质疑文本的意义。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。本书并不认为，一部刑法典只需要解释，不需要修改，而是 主张尽可能地通过解释完善刑法的内容。大体而言，刑法完善的路径为，立法机关制定法 律后，解释者根据正义理念与文字表述，并联系社会现实解释法律;在许多情况下，为了实 现社会正义，解释者不得不对法律用语做出与其字面核心含义不同的解释（当然以符合 罪刑法定原则为前提）；经过一段时间后，立法机关会采纳解释者的意见，修改法律的文 字表述，使用更能实现正义理念的文字表述;然后，解释者再根据正义理念与文字表述，联 系社会现实解释法律;再重复上面的过程。这种过程循环往复，从而使成文法更加完善， 使司法不断地追求和实现正义。所以，不要以为，只有批判法条才有利于完善成文刑法， 事实上，解释刑法本身也同样甚至更有利于完善成文刑法。刑法理论应当将重心置于刑 法的解释，而不是批判刑法。换言之，刑法学的重心是解释论，而不是立法论。〔1〕

三、刑法解释学与刑法教义学

近年来，我国刑法学界开始使用刑法教义学或刑法信条学（Strafrechtsdogmatik）的概 念。“法律教义学一词源于希腊语中的‘Dogma’，DOgma这个概念首先在哲学中使用，然 后在（基督的）神学中使用。Dogma是‘基本确信’、‘信仰规则’的意思，它不是通过理性 的证明，而是通过权威的宣言和源自信仰的接受来排除怀疑。”〔2〕换言之，“从历史上看， 法律的权威不是建立在人们对它的理性研究之上的，而是借助于政治上的强者。因此，传 统法学对法律的研究基本上是建立在一种对之深信不疑的基础上，而鲜有批判精神。一 如对圣经的解释态度，法律解释学亦被归属为一种独断型解释学……它的前提是:文献中 的意义是早已固定和清楚明了的，无需我们重新加以探究”。〔3〕法律教义学实际上追求 的是狭义的和本义的法学，它至少是三种活动的混合体：“（1 ）对现行有效法律的描述； （2）对这种法律之概念一体系的研究；（3）提出解决疑难的法律案件的建议。”〔4〕不难看 出，刑法教义学原本就是刑法解释学或者狭义的刑法学。另一方面，刑法解释学之所以将 刑法作为基本确信、信仰规则，还因为解释原本就是承认被解释对象的存在，如果对之予 以否认，就难以成为解释。

事实上，德国、日本以及其他国家的学者所撰写的刑法学教科书，就是刑法教义学的 载体，当然也是刑法解释学的载体。我们不能说这本教科书属于刑法教义学，那本教科书

〔1〕不管是撰写论著还是阅读论著.都不应当将解释论与立法论相混淆

〔2〕［德］魏德士:《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第136页。

〔3〕洪汉鼎：《诠释学——它的历史和当代发展》，人民出版社2001年版，第16页。

〔4〕［德］罗伯特•阿列克西:《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第311页。

绪论**3**

属于刑法学或者刑法解释学。不管是使用刑法教义学的概念还是使用刑法解释学的概 念，解释学永远是刑法学的本体；对个别刑法条文的批判，虽然并不排斥在刑法学教义学 之外，但只是例外。不要以为刑法教义学有别于刑法解释学，不要试图在刑法解释学之外 再建立一门刑法教义学。更不要以为，将刑法解释学更名为刑法教义学之后，我们的刑法 学就向前迈进了一大步。事实上，刑法解释学中反复使用的解释目标、解释方法、解释理 由、解释技巧、解释态度等概念，也不可能由教义目标、教义方法、教义理由、教义技巧、教 义态度等概念所取代。

四、刑法解释学与刑法哲学

刑法解释学以解释现行刑法为主要任务，刑法哲学以研究刑法关于犯罪及其法律后 果的规定的哲学基础为主要任务.不难看出，二者密切联系。离开刑法哲学的刑法解释 学，因为没有哲学基础，容易出现就事论事的解释，难以使刑法学深入发展。离开刑法解 释学的刑法哲学，因为没有涉及刑法的具体规定，容易出现空泛的议论，难以适用于司法 实践。诚所谓“没有诠释的分析是空泛的，没有分析的诠释是盲目的”。因此，只有以 法哲学为基础解释现行刑法的学科，才是真正的刑法学。本书试图以自然法学、实证主义 法学与社会法学相协调的思想，指导刑法解释学。

刑法解释学不是低层次的学问，对刑法的解释也是一种理论，刑法的适用依赖于解 释。所以，没有刑法解释学就没有发达的刑法学。一个国家的刑法学落后，主要原因就在 于没有解释好刑法D就适用刑法而言，刑法解释学比刑法哲学更为重要。既不能要求我 国的刑法学从刑法解释学向刑法哲学转变，也不能一概要求将刑法解释学提升为刑法哲 学。因为“转变”与“提升”，都意味着刑法解释最终不复存在;〔6〕事实上，刑法解释学不 仅重要，而且与刑法哲学本身没有明显的界限。

英文中的“hermeneutics”(诠释学、解释学)与“ semiotics”(符号学)的词源出自希腊 文。希腊词源本来是指阿波罗神庙中对神谕的解说,后来应用于对《圣经》的诠释，属于 语文学。此后，德国和法国将其引人哲学领域，因为哲学也离不开对于对象的解释。在 19世纪以前，诠释学本来一直研究对《圣经》等的解说，到了 19世纪初，德国神学家施莱 尔马赫(F. D. E.Schleiermacher)扩大研究范围，从对保罗书简的解说到对柏拉图对话集 的解说都进行研究，使局部解释学发展为一般性解释学。他虽然没有留下一本完整的著 作，但对解释学做出了巨大贡献。他所苦苦思索的难题是两类解释(语法的解释与技术 的解释)之间的关系。19世纪末20世纪初，德国哲学家狄尔泰(W. Dilthey)在新康德主 义的哲学气氛之下，想将解释学的问题纳人他着重历史过程的精神科学或人文科学之内 而探讨其可能性。他认为，解释学的根本作用在于:反对浪漫主义任意性与怀疑主义主观 性的不断骚扰，从理论上建立解释学的普遍有效性，历史中的一切确定性正是建立在这种 有效性的基础上。20世纪的德国哲学家、存在主义哲学的创始人海德格尔(M. Heideg- ger)及其弟子将解释学从认识论推进到本体论：解释不仅是“知”的一种方式，而且是存 在的一种形式;解释学不是对人文科学的思考，而是对人文科学据此建立的本体论基础的 说明。后来德国哲学家伽达默尔(H -G. Gadamer)在海德格尔思想的基础上进行了研

〔5〕Arthur Kaufmann,Rechtsphilosophie,C. H. Beck, 1997 ,S. 38.

〔6〕我们需要从刑法解释中抽象出刑法哲学的一般原理、规则，但做出这种抽象后，刑法解释学仍然存在。

**4**刑法学（第五版）

究,他认为，解释学要研究一切知识与我们的世界经验总体之间的关系，证实理解是存在 的基本特征;对文本的理解和解释并不仅仅是一个科学方法论问题，而是人类世界经验总 体的一部分；因此，解释学的问题超出了单纯的方法论，它是方法和真理的统一，是具有普 遍意义的本体论的问题，是哲学的最根本问题。20世纪60年代到70年代，在德国哲学 家之间，在解释学和法兰克福学派意识形态批判之间，进行了一场激烈争论，后来，法国哲 学家利科尔（P. Ricoeur）挺身而起。他认为应该将解释学当成一种本体论，但不能因此而 否定其方法论的意义；解释学成为本体论的最合适的道路是从语言的解释开始，从语义学 阶段到达反思阶段,最后达到存在阶段;语言是人类一切经验最基本的条件，要理解存在 的意义就必须先研究语言；文本一旦形成，就与特定的历史环境和作者的意图产生一定的 距离，成为一个有自律性的言语实体;理解是解释者与文本意义的同化过程。综上所述， 解释学是一步一步由语言学走向哲学乃至人类学、人文科学或社会科学的各方面的，它应 用于许许多多的领域，现在的解释学绝不只是语言学或语义学。t7〕

简述解释学的上述发展过程，旨在说明以下观点：解释学不是低层次的学问，刑法解 释学也不是低层次的学问，而是含有深层的哲学原理;刑法解释学与刑法哲学并非性质不 同的两种学问。这也是本书将刑法学理解为刑法解释学与刑法哲学的统一体的理由。

五、学派之争与学术发展

（一）旧派与新派的对立

从名称上可以知道，刑法理论上先有旧派后有新派；从常识上可以明白，没有新派时 就不会有“旧派”的名称;从事实上可以肯定，由新派学者菲利（E.Ferri）将自己的观点称 为新派，而将其之前的对立观点称为旧派。

一般来说，旧派可以分为前期旧派与后期旧派。

前期旧派是指18世纪中后期到19世纪前半期的旧派。这一时期的旧派刑法理论， 以社会契约论、自然法理论为思想基础，具体表现为否定封建刑法。因此，明确封建刑法 的特点是理解这一学派基本观点的前提。大抵可以认为,封建刑法具有以下四个特点：一 是刑法干涉到个人生活的所有领域（干涉性）；二是对何种行为处以何种刑罚，事前并无 法律的明文规定，常见恣意裁量现象（恣意性）；三是行为人、被害人的身份影响甚至决定 处罚的有无与轻重（身份性）；四是刑罚方法大部分是死刑与身体刑（残酷性）。〔8〕形成 封建刑法上述特点的最根本原因在于国家权力的集中性、庞大性与绝对性，国家是个人生 活的唯一场所，个人与国家的关系成为人类社会生活的全部内容，于是个人极为渺小，权 利惨遭剥夺。为了从根本上否定这一点，就必须使国民主权得以实现，使国家权力受到限 制。于是前期旧派学者大多推崇社会契约论J 9〕论证国家权力源于国民，从而达到限制 国家权力，实现刑法的补充性、法定性、平等性与人道性的目的。

例如，费尔巴哈（P. 1 A. v. Feuerbach）确立了刑事审判中的法治国思想。为了避免刑 法介人国民生活的各个角落，他主张通过各种手段对国家的刑罚权进行限制:一是通过法

〔7 ］以上参见金克木:《比较文化论集》，生活•读书•新知三联书店1984年版，第234页以下；车铭洲编著：《现 代西方哲学源流》，天津教育出版社1988年版，第442页以下；［法］保罗•利科尔:《解释学与人文科学》，陶 远华等译，河北人民出版社1987年版，第41页以下；等等。

〔8 ］参见［日］平野龙一:《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第5页。

〔9〕前期旧派中也有学者（如边沁）不赞成社会契约论。

绪论**5**

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；二是通过 行为进行限制，科处刑罚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， 保障个人的自由；三是通过法律与伦理的区别进行限制，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。作为刑法学家，费尔 巴哈的最大功绩在于将罪刑法定主义、法律与伦理严格区别的思想纳人刑法理论体系 之中。

再如，泷川幸辰是日本前期旧派的代表人物。他起先认为道德与法律密切联系，后来 严格地区分法律与道德、风俗。他认为，以国家强制力保障其实现的那部分就是法律;依 靠各人的内心期待其实现的那部分就是道德;过去通行事实的拘束力原封不动得到承认 的那部分就是风俗。只有违反法律的行为才可能构成犯罪，这一观点旨在限制刑法的处 罚范围，排除刑法的干涉性。泷川极力主张罪刑法定主义。他认为，罪刑法定主义虽然是 启蒙思想与自然法的人权思想的表现，但其精神是保护弱者免受强者的侵害。在社会内 部存在强者与弱者的对立时，罪刑法定主义就必须成为刑法的铁则。所谓强者与弱者的 对立,在资本主义社会就是阶级的对立;根据泷川的观点，在阶级对立的资本主义社会里， 如果不恪守罪刑法定主义这一铁则，刑法就会变成阶级压迫的手段。泷川虽然有时认为 罪刑法定主义既有保护国民的权利、自由的机能，又有保障犯人的权利、自由的机能，但他 同时主张，如若深究，罪刑法定主义的机能可归结为对犯人权利、自由的保障，刑法存在的 理由在于它是犯人的大宪章。这一观点意在限制刑法的恣意性。泷川反对严刑峻罚。他 认为，死刑是野蛮时代的产物，而不是民族的确信，死刑也不具有威慑力，任何研究都不能 证明死刑的必然性，故应当废除死刑。〔11〕

概言之，前期旧派的基本观点如下：（1）立足于个人主义、自由主义的观点，认为世界 以人为基础而存在，人的存在本身即是目的；为了个人的生存与发展，必须尽可能少地限 制个人自由，尽可能多地限制国家权力；代表国家权威与规制的刑法，也应当限制处罚范 围。（2）人都具有理性和自由意志，可以任意地将某种引诱力作为行为的动机或者不作 为行为的动机（自由意志论）。（3）刑事责任的基础是表现在外部的犯罪人的行为及其实 害（客观主义）。如果仅以行为人的主观恶意作为处罚依据，就混淆了法律与道德的区 别，从而导致刑法的干涉性，形成刑法介人国民生活的各个角落的局面；如果犯罪概念不 是客观的，就容易造成认定犯罪的困难以及法官的恣意判断，从而导致刑法的恣意性。 （4）责任是指能够就符合构成要件的不法行为对行为人进行非难或谴责。对于基于自由 意志所实施的客观不法行为，能够进行非难、追究其道义上的责任（道义责任论）。（5 ）刑 罚的正当化根据在于报应的正义性（报应刑论）。恶有恶报、善有善报，是社会信守的道 义原则。报应起先意味着一种强烈的心理反射，从神意的报应思想，演进为道德的良心报 应，后形成为法律报应。现代刑罚理论所谓的报应，是指理性化以后的法律概念，是基于 分配正义原则的作用，对于不法侵害行为给予等价责任的刑罚之意。〔山

后期旧派是在前期旧派的基础上反驳新派而形成的；新派则是基于对前期旧派理论

〔**10**〕参见［日］木村龟二：“费尔巴哈”，载［日］木村龟二编：《刑法学人门》，有斐阁1957年版，第50页以下,，

〔II］参见［日］团藤重光等编：《泷川幸辰刑法著作集》（第4卷），世界思想社1981年版，第22页、第75页以下、

第580页以下。

［12］参见苏俊雄:《刑法总论I》，作者发行1998年修正再版，第141页。

**6**刑法学（第五版）

的不满而形成的，故在此先介绍新派。刑法理论一般认为，新派的产生或者说引起学派之 争有两个方面的原因:

第一，19世纪中叶以后欧洲大陆特别是德国社会、经济的变化，主要表现为大工业都 市的发展、工人的增加、工人阶级与资产阶级的对立、抗争的激化、大众的贫困化、失业人 群的泛滥、家庭的崩溃、帝国主义战争等现象的出现，以及犯罪率上升、累犯特别是常习犯 与少年犯急剧增加。然而，德国于1870年制定、1871年施行的德意志帝国刑法典（即当 时的新刑法典），对于作为新的犯罪现象的累犯、常习犯、少年犯罪没有做出任何考虑，使 人们痛感在新的犯罪现象面前无能为力。从此，出现了对以往刑法思想即古典的刑法理 论的批判声，这是导致学派之争的现实原因。不难看出，犯罪现象的增加对社会造成的严 重威胁，必然导致社会防卫的呼声高涨，社会本位的新派刑法观便应运而生。

第二，犯罪学的发达。19世纪30年代，凯特勒（L. A. L Quetelet）首先从统计学领域 发展了犯罪学，凯特勒在其著作中阐明了犯罪的社会原因，这对历来认为犯罪只是自由意 志的产物的古典刑法思想给予了强烈冲击。随之进人70年代，意大利学派抬头，犯罪人 类学派的创立者龙勃罗梭（C. Lombroso）首先肯定犯罪的人类学的、遗传学的原因，阐明 了犯罪是自然的必然的现象以及犯人的重要性。随后，菲利在其著作中突出了犯罪的社 会的、物理的原因；加罗法洛（B. R. Garofalo）在其著作中论证了犯罪人的危险性是犯罪的 中心要素。这些思想旨在说明犯罪的中心不是行为，而是行为者即犯罪人，强调与犯罪作 斗争的中心在于犯罪人的危险性、反社会性格，与犯罪中心主义的古典刑法相对而主张必 须研究犯罪人，并根据犯罪人的分类使犯罪对策个别化。特别是菲利，他将自己的立场称 为实证学派，主张对犯罪及其对策进行实证的、自然科学的研究，对从解释论上研究法规 范的古典理论展开了攻击。批判地继承凯特勒及意大利学派的思想，在德国进行综合性 展开的则是李斯特（F. v. Liszt），他特别重视预防犯罪人重新犯罪的刑罚目的。显然，“犯 罪学的发达”离不开科学的发展。例如，龙勃罗梭的天生犯罪人观念就受到了达尔文遗 传概念的影响，其对犯罪人的分类就有精神病学的支撑。“犯罪学的发达”背后还有实证 哲学的指导。实证哲学认为一切知识都是关于现象的知识，故一切知识、科学都应以经过 实证的事实为基础，以所观察到的事实为基础而建立的知识体系才具有科学性。正是这 种实证哲学推动了新派的形成。

新派的基本观点如下：（1）国家不只是为了保护国民利益，更要保护社会利益；个人 是社会的人，只有保护社会利益才能保护个人利益，“为了社会自卫的利益，有必要反对 古典派过分强调个人主义的做法”。〔|4〕（2）否认没有原因的自由意志，认为犯罪的产生 一定是基于某种原因（决定论）。如菲利指出：“人的任何行为均系人格与人所处的环境 相互作用的结果”，“我们不能承认自由意志。因为如果自由意志仅为我们内心存在的幻 想，则并非人类心理存在的实际功能”、-P5〕（3）认为刑事责任的基础是犯罪人的危险性 格即反复实施犯罪的危险性（主观主义）。只有消除了犯罪人的危险性格，避免其再次犯 罪，才有利于实现社会防卫。在此意义上，犯罪人的危险性格是科刑的依据，外部行为没

［13］ 参见［日］木村龟二:《刑法总论》，有斐阁1978年增补版，第30页以下：

［14］ ［意］恩里科•菲利:《犯罪社会学》，郭建安译，中国人民公安大学出版社1990年版，第103页。

［15］ ［意］菲利:《实证派犯罪学》，郭建安译.中国政法大学出版社1987年版，第9页、第15页。

绪论**7**

有任何意义。但由于现代科学研究结论表明，只有当犯罪人的内部危险性表现为外部行 为时，才能认识其内部的危险性格，即只有借助于外部行为才能发现行为人的危险性格， 在此意义上，又不得不将外部行为作为犯罪的成立条件(征表说)。(4)所谓责任，是对社 会有危险的人被社会科处作为社会防卫手段的刑罚的法律地位。换言之，由于犯罪人在 性格上具有危险性，所以处于承受社会的防卫处分的地位，这就是责任(社会责任论)。 (5)刑罚的正当化根据在于目的的正当性(目的刑论)。如李斯特将刑罚目的确定为特殊 预防，为了尽可能有效地实施这一目的，刑罚制度必须具有灵活性、可变化性与保安性。

针对新派的上述主张，旧派学者给予了强烈反击，展开了真正意义上的刑法学派之 争。德国的宾丁( K. Binding)、贝林(E. Beling)、毕克麦耶(K. v. Birkmeyer)、麦耶(M. E. Mayer)等人是这个时代的旧派代表人物。后期旧派与前期旧派具有共同点，如都承认自 由意志，都主张报应刑论。但以19世纪40年代普鲁士国家主义为背景形成的所谓黑格 尔学派，使德国旧派产生了很大变化，导致后期旧派与前期旧派存在不少差异。例如，前 期旧派严格区分法与伦理，而后期旧派则将法与伦理同等看待;前期旧派所说的自由意 志，是指对利害进行合理考虑并据此实施行为的能力，而后期旧派所说的自由意志，是一 种形而上学的、没有原因的自由意志•，前期旧派所讲的报应是以一般预防为目的的心理强 制，而后期旧派所言的报应则带有强烈的绝对报应、赎罪的报应的色彩。后期旧派具有明 显的国家主义、权威主义的倾向，但也具有自由主义的一面，如要求刑罚与责任相适应，提 倡形式的犯罪论等。因此，可以说，后期旧派以“国家自由主义”的意识观念为基础。国 家主义与自由主义乍看起来相互矛盾，但落后的资本主义国家为了发展经济，以便与先进 的资本主义国家对抗，必然一方面重视国家的作用，同时又保障个人的自由活动。于是， 国家作为最高道义姿态的一方，对国家权力的行使进行自制。〔16〕

在本书看来，旧派与新派的初始对立实际上属于刑法学与犯罪学的区别。旧派的学 说是标准的刑法学,它注重研究刑法规范，很少讨论犯罪的具体原因，也不注重犯罪人的 研究；由于刑法规定的犯罪均表现为行为，故旧派重视行为；由于刑法只是规定刑罚，到后 来才规定保安处分，所以，旧派只重视对刑罚与保安处分的研究，而不探讨其他社会对策。 新派的初始学说基本上只是犯罪学。犯罪学重视犯罪原因与犯罪对策的研究。一方面， 研究犯罪原因必然联系犯罪人，甚至要将犯罪人作为重点；另一方面,作为犯罪对策，显然 不能只考虑刑罚，而必须考虑刑罚以外的其他措施。换言之，犯罪原因分为犯人的原因与 社会的原因，刑罚针对个人原因，所以，应受刑罚处罚的不是行为而是行为人;社会政策针 对社会原因，因此，最好的社会政策就是最好的刑事政策。正如菲利所言，实证刑法学派 的“基本目标是从罪犯本身及其生活于其中的自然和社会环境方面研究犯罪的起源，以 便针对各种各样的犯罪原因采取最有效的救治措施”。〔|7〕菲利将自己的主张称为“犯罪 社会学”，其本意是以犯罪社会学为指导对刑法及刑事诉讼法进行改正，这是一种刑事政 策论。所以，新派源于犯罪学的发达。也正因为如此，新派并没有形成自己的理论体系， 他们只是基于自己的基本观点，对旧派的理论体系进行了部分修正、改造。所以，“现代

门6〕关于旧派与新派的对立，参见张明楷:《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第1 ~46页。 U7〕［意］恩里科•菲利：《犯罪社会学》，郭建安译，中国人民公安大学出版社1990年版，第1页。

**8**刑法学（第五版）

学派刑法理论的基本架构，实为旧派所建构的”。［18］

上述区别导致旧派重规范、新派重事实。旧派总是从规范出发，而规范是针对一般人

制定的；旧派同时注重对个人自由的保障，在一般性规范适用于具体的人时，为了救济人 情弱点，又要求因人而异地考察各人的知能水平能否适用一般性规范的要求。于是形成 了以下局面：旧派在解释刑法规范本身时，根据规范的特点，注重的是抽象人、一般人;但 在适用规范时，则注重考虑具体人、个别人。例如，在判断行为人能否预见危害结果的问 题上，旧派总是坚持以行为人的知能水平为标准进行判断。又如，在判断行为人是否具有 期待可能性时，旧派坚持认为，应当以行为人在当时的具体情况下能否实施适法行为为标 准。新派从事实出发，认为各个人都是不同的，有的人天生地具有犯罪的危险性，有的人 则不具有危险性。但是，新派同时注重对社会的防卫，甚至认为，不具有一般人的知能水 平的人也是对社会有害的人，于是，他们又以一般人的标准要求所有的人。结果形成了以 下局面:在解释作为其理论根基的行为人时，新派注重的是具体人、个别人;但在适用规范 时，则注重抽象人、一般人。例如，在判断行为人能否预见危害结果的问题上，新派主张以 一般人的知能水平为标准，如果一般人能够预见而行为人没有预见，行为人便存在过失。 又如，在判断行为人是否具有期待可能性时，新派认为，应当以一般人在当时的情况下能 否实施适法（合法）行为为标准，如果一般人在当时能够实施适法行为，不管行为人如何， 都应认为具有期待可能性。〔|9〕

（二）当代刑法理论的对立

大体可以肯定的是，就犯罪论而言,新派已经退出了历史舞台。当今世界在犯罪论上 的对立，主要是客观主义内部的对立，即结果无价值论与行为无价值论之间的对立。前者 认为，违法性的根据在于行为对法益的侵害及其危险结果，即结果恶才是违法性的根据。 后者主张，违法性的根据在于行为本身的样态（反伦理性、不具有社会的相当性、反规范 性、违反保护法益所必须遵守的行为规范等）以及实施行为时的心情，即行为本身恶是违 法性的根据。本书采取结果无价值论（参见第五章第一节）。

在日本的部分学者之间，对构成要件的解释存在实质的解释论与形式的解释论的对 立，在某种意义上说，存在实质的犯罪论与形式的犯罪论的对立。前者主张以犯罪的本质 为指导来解释刑法规定的构成要件;后者主张对构成要件进行形式的解释。我国近几年 在这方面也出现了对立的观点（其中部分对立只是表述不同而已）。本书采取实质的解 释论，因为构成要件是违法类型（刑法将值得科处刑罚的违法行为类型化为构成要件）， 对构成要件的解释当然要以违法的实质为指导，使符合构成要件的行为具有值得科处刑 罚的违法性，将不值得科处刑罚的行为排除在构成要件之外。实质的解释论并不是指可 以进行类推解释，而是指在符合罪刑法定原则的前提下进行实质解释。〔20〕

就刑罚论而言，新派提倡的目的刑论并没有被淘汰。换言之，当今的刑罚理论，基本 上是在报应刑的框架内，容纳了新派的刑事政策主张（相对报应刑论）。另一方面，一般

［18）［日］大塚仁:《刑法中新旧两派的理论》，日本评论新社1957年版，第II页„

CI9］关于旧派与新派的产生及其基本对立的详细内容，参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002 年版，第1 -46页。

［20］参见张明楷：“实质解释论的再提倡”，载《中国法学》2010年第4期,：

绪论**9**

预防论也在从消极的一般预防论向积极的一般预防论发展（参见第十一章第二节）。

（三）我国刑法理论的现状

我国的传统刑法理论明显受到了苏联刑法学说的影响。在犯罪论方面，虽然将“主 客观相统一”作为基本原则.但事实上比较注重主观内容，与新派的主观主义观点没有本 质差异。在刑罚论方面，目的刑论（尤其是消极的一般预防论）占主导地位。刑法理论虽 然在许多方面存在激烈争论，但还没有形成学派之争。〔21〕学派之争可以将刑法理论引向 深人，有利于刑事立法的完善与刑事司法的公正。研习刑法的人，应了解各种学说的根本 意图，领会各种观点的基本立场，把握各个学派的研究方法。

我国刑法理论缺乏理论根基的争论，因而存在具体结论与基本立场不相一致的现象， 尤其缺少真正的学术创新。这些都与缺乏学派之争具有直接关系。没有形成学派之争的 一个重要原因，是缺乏真正意义上的学术批评。学术创新是学者的共同使命，学术繁荣是 学者的共同意愿。但任何学者都必须在与现有学说进行对话和批评中进行学术研究与创 新。满足于现有的答案，不展开学术批评，就意味着现有学术成果没有问题;任何科学都 是为了解决问题，如果没有问题，科学就没有存在的必要。同样，满足于现有的答案，就不 可能有学术创新与繁荣。"一项归纳或演绎是否公平/合理，是要由专家圈子在一段时间 中决定的。在随后一轮中另一群人可能拒绝这个决定，否定检验的有效性。科学就是这 么发展的，尽管人们普遍相信演绎和归纳的运作是基于更严格、更正式规则的。”〔21 22］所以， 学术创新也好、学术繁荣也罢，都是学者们在相互批评对方的观点中实现的。既然学术创 新是学者的共同使命，学术繁荣是学者的共同意愿，既然学术创新与繁荣依赖学术批评， 那么，学术批评便成为学者的一种道义责任、学术责任。研习刑法的人，不应满足于现有 的答案，而应富有批评精神。当然，学术批评不只是批判他人观点，而是包含对自己观点 的反省。

六、理论体系与研究方法

（一）刑法学的理论体系

刑法学的理论体系，是指依据一定原则、原理所构成的刑法理论的有机统一体。刑法 学分为总论与分论（罪刑各论），前者研究刑法总则的规定，后者研究刑法分则的规定。 就刑法学分论而言，其体系既可以按分则规定的体系排列，使刑法学分论的体系与刑法分 则的体系相一致（我国的刑法教科书一般采取这种体系），也可以根据犯罪的其他分类标 准，建立新的刑法分论体系；刑法学总论的体系与刑法总则的体系虽然密切联系，却并不 完全相同。于是，关于刑法学体系的争论，从形式上说主要是刑法学总论体系的争论。

我国的刑法学总论存在如下几种体系：（1）刑法基础一犯罪一刑罚的体系；（2）刑法 基础一犯罪一刑事责任一刑罚的体系；（3）刑法基础一刑事责任一犯罪一刑罚的体系； （4）刑法基础一犯罪一刑事责任的体系。在本书看来，如果认为刑事责任是犯罪的法律 后果，那么，它就不只是犯罪与刑罚之间的一个中介，而应是具有实质内容的概念;刑罚只

［21］ 本朽作者一直提倡学派之争，但学派之争以多数学者形成了自己的基本立场与研究方法为前提，或者说以 刑法学发展到一定程度为前提，倘若学者们习惯于人云亦云，则不可能形成学派之争。反过来说，没有学 派之争，是刑法学相对落后的表现。

（22） ［挪威］斯坦因• U.拉尔森主编:《社会科学理论与方法》，任晓等译，上海人民出版社2002年版，第304页，

**10**刑法学（第五版）

是刑事责任的一种实现方式，刑事责任还有非刑罚处罚、单纯宣吿有罪的实现方式，因此， 刑事责任与刑罚不是等同概念。所以，刑法基础论一犯罪论一刑事责任论的体系，依然是 成立的。但是，由于本书在非难可能性意义上使用了“责任”概念。尽管非难可能性意义 上的“责任”与作为法律后果的“刑事责任”不是等同概念，但为了避免混淆，本书将刑法 学总论的体系表述为刑法基础论一犯罪论一法律后果论。这并不意味着作为法律后果的 刑事责任与非难可能性意义上的责任是等同含义。〔23］本书中的刑法基础论研究刑法的 概念、性质、地位、目的、原则与适用范围等问题，不涉及刑法关于犯罪及其法律后果的具 体规定。法益保护与人权保障是刑法基础论的两个核心概念。犯罪论研究犯罪概念、构 成要件、违法性（含违法阻却事由）、［24〕责任、犯罪的特殊形态、共同犯罪、罪数等问题。不 法与责任是犯罪论的两个核心概念法律后果论研究刑罚的概念、根据、目的、体系种类、 适用以及非刑罚的法律后果等。责任刑（报应刑）与预防刑（目的刑）是法律后果论的两 个核心概念。

（二）刑法学的研究方法

研究刑法学，应以辩证唯物主义与历史唯物主义为根本方法。

首先,要运用历史的、发展的观点研究刑法。刑法反映存在于文化根底的价值，是时 代文化的一面镜子。“刑法的样态是该社会的社会意识的忠实反映;关于对违法者实施 以剥夺其生命、自由、财产为内容的正式制裁的正当化，某个时代的、某个组织起来的共同 体认为什么样的行为应当受到这种正式制裁的充分的非难可能性的问题，是显示该社会 的道德态度的晴雨表。因此，刑法特别敏感地反映着社会构造上或者社会意识上的变 化。”〔25〕所以，阐释刑法条文时，既要了解制定刑法时的历史背景，也要使稳定的刑法条文 适应社会的发展变化。

其次，要运用理论联系实际的方法研究刑法。实践是刑法理论的源泉、发展动力与检 验标准,，刑法学是一门实践性相当强的应用型学科，学习刑法学就是为了适用刑法规定、 应用刑法理论，刑法理论也只有在具体运用中才能得到检验、丰富与发展。因此，要联系 中国国情、中国的刑事立法与司法实践学习刑法学**D**

研究刑法学，还需要综合运用其他一些具体方法。

注释研究法，是指对刑法条文进行文理分析、解释，使刑法的意义得以明确的方法，也 称分析研究法。刑法学的研究在很大程度上是对现行刑法条文所作的分析与解释，但这 种分析与解释又不可能脱离具体的案件事实。特别需要指出的是，对法条的注释以对法 条目的的把握为前提；如果不明确法条的目的，就只能对法条作出字面含义的解释。但 是，法条的字面含义并不等于法条的真实含义，而且语言的特点决定了法条可能具有多种 字面含义。只有以法条的目的作为导向，才能揭示法条的真实含义。

哲学研究法，是指运用法哲学原理分析刑法规范与案件事实。法哲学有各种流派，但 各种流派的观点未必是完全对立的,研究者的心中必须始终怀有一部自然法，以追求正

［23 \*〕本书一般在犯罪的法律后果的意义上使用“刑事责任”概念,在非难可能性意义上使用“责任”、•‘有责性”概

•4s

C24］符合构成要件并且违法（即没有违法阻却事由）的行为，就是不法行为，

〔25〕弗里德曼（W. Friedmann）语，较引自［日I新谷—幸:“关于丨9世纪前半期德国的犯罪与刑罚的考察”，载《大 阪市立大学法学杂志》1981年第28卷第丨号，第HO贞。

绪论II

义的良心解释刑法文本;研究者必须遵循罪刑法定原则.在成文刑法的文字可能具有的含 义内得出结论;研究者必须充分注意A己的解释结论可能产生的各种效果，避免得出落后 于时代的结论。

历史研究法，是指对刑法条文进行历史的分析与未来的展望，弄清刑法的来龙去脉， 了解刑法的发展动向的方法。刑法虽有鲜明的时代性，同时又有明显的继承性，因此，研 究以往刑法对同一问题的规定，有助于理解现行刑法的精神。刑法总是在一定的背景下 制定的，了解制定刑法的背景，有利于把握现行刑法的立法精神;刑法具有相对的稳定性， 一经制定就要在相当长的时期内实施，因此，分析国家未来的形势与发展需要，有利于使 刑法的含义适用于现在与未来。

比较研究法，是指对不同国家的刑法和不同时期的本国刑法进行比较研究，剖析优 劣，评述利弊，从而吸取精华、排除糟粕的方法。不同国家的刑法，虽然性质与内容不同或 不完全相同，但在许多规定上却有相同或相似之处，对它们进行比较研究，找出可供我国 借鉴的法律文化成果，有利于我国刑法理论的发展。对本国不同时期的刑法规定进行比 较研究，弄清刑法在不同时期有不同规定的原因，有助于我们对现行刑法的认识。当然， 不管是对不同国家刑法的比较，还是对本国不同时期刑法的比较，都应立足于本国当下的 现实，本着洋为中用、古为今用的原则，正确对待其他国家及本国过去的刑法规范与刑法 思想。对国外的刑法理论一概持排斥态度，或者盲目照搬国外的刑法理论，都不可取。

社会学研究法，是指对刑法与社会现象的关系、刑法的社会作用与效果进行考察，使 刑法理论与社会发展相协调的方法刑法不是孤立存在的，而是与其他社会现象并存，因 此，必须在各种社会现象中研究刑法学，使刑法理论与社会发展相适应。刑法具有改革与 维护社会关系的作用与效果，因此,研究刑法学就必须把握社会现状，明确哪些制度需要 改革、哪些法益需要维护，从而使刑法理论与社会发展相协调，并且促进社会的发展。概 言之，研究者必须善于观察各种社会生活事实，积极追求社会的理想状态。

案例研究法，是指运用典型刑事案例研究刑法理论的方法。刑法学的实践性相当强， 刑法理论只有在具体运用中才能得到检验、丰富和发展。运用案例研究法，是理论联系实 际的良好途径。运用典型案例研究刑法学，既可以更加牢固地掌握刑法理论，也可以检验 刑法理论的妥当性，还可以通过疑难、复杂案例发展刑法理论，因为疑难案件往往促使刑 法学者对刑法规定做出新的解释。在运用案例研究法时，不仅要以典型案例阐释刑法的 基本理论，而且要以特殊案例、罕见案例证实各种学说的利与弊，以疑难案例反思现有理 论，以新类型案例思考刑事立法趋势，从判决中抽象出一般规则。此外，还应当从具体判 决中总结刑事司法的动态，评析判决的得失。

刑法学的本体虽然是刑法解释学，但这并不意味着对成文刑法作字面解释就可以获 得刑法的真实含义。刑法本身的含义问题与具体应用刑法的问题密不可分。更为重要的 是,刑法条文的含义是在具体应用中发现和发展的。一部刑法颁布后，只要没有被废止， 就需要不断地解释。因为，虽然成文刑法是正义的文字表述，但活生生的正义还需要从活 生生的社会生活中发现;成文刑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， 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

**12**刑法学（第五版）

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。”〔26〕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。〔27〕法律的生命不 仅在于逻辑，而且在于生活。解释者不能大脑一片空白，目光不断往返于法条文字与汉语 词典之间;而应当心中永远充满正义，〔28〕目光不断往返于刑法规范与生活事实之间。

C26）［英］韦恩•莫里森:《法理学》，李桂林等译，武汉大学出版社2003年版，第555页。

〔27〕认为刑法解释学仅仅关注刑法规范与文体的观点，是对刑法解释学的重大误解。

〔28〕诚然，每个人的正义感或许是不同的。但是，不管是就个体解释者而言，还是就解释群体而言，心中充满正 义的解释必然优于大脑一片空白的解释：

〔29〕参见张明楷:《刑法分则的解释原理》（上），中国人民大学出版社2011年第2版,序说。

第一编刑法基础论

第一■章刑法概说

第一节刑法的概念、渊源与分类

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪及其法律后果（主要是刑罚）的法律规范。

在国外，既有使用“刑法”（penal law, Strafrecht, droit penal） 一词的，也有使用“犯罪 法”（criminal law,Kriminalrecht,droit criminel） —语的。有学者认为，使用“刑法”概念时 所重视的是规范的一面，使用“犯罪法”概念时所重视的是事实的一面。〔1〕但不管是“刑 法”还是“犯罪法”，其所指的法律完全相同。德国、日本等国刑法都规定了不同于刑罚的 保安处分，故采用“刑法”一词似有不适，改称“刑法与保安处分法”更为妥帖。但由于保 安处分制度形成较晚，故德国、日本等国依然仅使用“刑法”概念。我国刑法也规定了非 刑罚的法律后果与保安处分,但约定俗成的缘故，一般仅使用“刑法” 一词。又由于“刑随 罪至，罪因刑显；单称犯罪法或单称刑法，亦均足以咳括罪刑兼有之义”,〔2〕故也没有必要 将刑法改称“罪刑法”。

刑法是一门独立的法律。国外曾有学者高唱刑法是规定第二次规范的法律。他们认 为，刑法旨在对第一次规范（民法规范、行政法规范等）所保护的法益进行强有力的第二 次保护，是对不服从第一次规范的行为规定科处刑罚的第二次规范。第一次规范是为了 保护社会生活上的一定利益而规定一定禁止与命令的法律规范，立法机关认为以第一次 规范的力量难以完成保护社会生活利益的任务时，以补充第一次规范的目的所设立的规 范便是第二次规范。第二次规范具有补充第一次规范的性质。〔3〕这种观点强调刑法的 补充性，具有一定合理性，但不能据此认为刑法从属于民法、行政法等法律，不能否认刑法 是一门独立的法律首先，作为刑法规制对象的犯罪行为，已经超出了其他法律的规制范 围.犯罪行为是刑法的特有规制对象，而不是刑法与其他法律的共同规制对象。.即使民 事违法、行政违法行为中包含了犯罪行为，即使对犯罪行为也可能仅给予民事或者行政制 裁，但这并不意味着民法、行政法也规制犯罪行为，只是意味着犯罪行为会同时触犯民法、 行政法等法律，民法、行政法等法律仅仅处理了犯罪行为中违反民法、行政法的内容，而不 可能处理违反刑法的内容。其次，刑法并不是对违反其他法律的行为直接给予刑事制裁， 而是根据特定目的评价、判断对某种行为是否需要给予刑事制裁。再次，从世界范围来

［I ］参见［日］团藤重光:《刑法纲要总论》，创文社1990年第3版.第3贞、 ［2］郑健才：《刑法总则》，台北三民书局1982年修汀再版，第3页 ［3 J参见［日］宫本英修：《刑法大纲（总论）》.弘文堂1935年版，第3页

**16**刑法学（第五版）

看，刑法自古以来就作为独立的法律发挥着自己的机能。后来由于法领域的分化，才出现 由不同法律共同保护各种法益的局面。尽管如此，刑法仍然具有自己独特的性格。最后， 刑法上的概念大多有其特定含义，不一定受其他法律概念的制约。

在刑事法与民事法（广义）的分类中，刑法无疑属于刑事法。

在实体法与程序法的分类中，刑法属于实体法。刑法与属于程序法的刑事诉讼法相 互依存、相互为用；对刑事诉讼法的解释必须符合刑法精神；但刑事诉讼法在某种程度上 也制约着刑法的解释。不仅如此，有些问题还是刑法学与刑事诉讼法学共同研究的课题。

在母法与子法的分类中，刑法属于子法。刑法是“根据宪法”制定的，刑法不仅不能 与宪法相抵触，而且应当与宪法协调一致，使宪法保护的重要法益在刑法上也得到保护。 刑法的解释应以符合宪法为准则，不得做出违反宪法的解释。

在强行法与任意法的分类中，刑法属于强行法。在绝大多数情况下，只要行为构成犯 罪，便不问被害人的意志如何，依照刑法定罪量刑。〔4〕

在公法与私法的分类中，一般认为刑法属于公法。t 5 3 “因为正是在刑法中，科处刑罚 的国家以特别强烈的方式，实施着公权性质的行为。”［6 ］虽然国内外都存在刑事和解制 度，似乎存在刑法私法化的倾向，但刑事和解仅限于部分轻微刑事案件，并且仍由司法机 关主导，“和解”的内容与结局必须符合刑法规定。刑法的公法特点决定了刑事立法权与 刑事司法权都受到严格限制。于是，罪刑法定成为刑法的生命。

在固有法与继受法的分类中，我国刑法基本上属于固有法。在现代各国，任何所谓固 有法的制定都得借鉴外国立法的先进经验;任何所谓继受法都必须考虑本国实情。在此 意义上说，一般法律都是固有法与继受法的统一。我国刑法第1条的规定表明，刑法基本 上是固有法，但刑法典在一定程度上受到了外国刑法（尤其是苏联刑法）的影响，故也含 有继受法的成分。

在立法法、司法法与行政法的分类中，刑法属于司法法。一般认为，司法法的指导原 理是法的安定性，行政法的指导原理是合B的性;刑法应该以前者为指导原理，故属于司 *法法。⑴*刑法的安定性具有两种含义:第一，刑法本身的安定性，即刑法是实定的、是制 定法，习惯法不能成为刑法渊源;刑法是明确的，国民因此具有预测可能性;作为刑法的基 础的事实，必须尽可能准确无误地予以确认;刑法是处理刑事案件的法律依据，对各种案 件的处罚不受任何人恣意的左右;刑法是相当稳定的，不会轻易变更。第二，通过刑法达 成的安定性，即刑法的颁布与实施,不仅有利于国民的自由行动，而且能够预防犯罪、保护 法益，维护人们的共同生活秩序。

二、刑法的渊源

总体而言，刑法的渊源有以下几种：

1. 刑法典。刑法典是国家以刑法名称颁布的、系统规定犯罪及其法律后果的法律。

〔4〕刑法中虽然存在少量“告诉才处理”的规定，但这种规定与民法中的任意性规范具有重要区别。

〔5〕法国的法学理论认为，刑法经常针对侵犯个人权利的行为，个人因此有权求助于刑法，故刑法属于私法。可 以肯定的是，刑法的公法性质与行政法等法律的公法性质存在差异。德国法学理论习惯于将法律分为公 法、私法与刑法，但同时认为，刑法仍然属于广义的公法范畴。

〔6〕［德］迪特尔•梅迪库斯:《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第5页。

〔7〕参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第2页。

第一章刑法概说**17**

我国1979年颁布的《中华人民共和国刑法》，以及1997年经过修订颁布的《中华人民共 和国刑法》，可谓刑法典。〔8〕当人们说“刑法第x x条”或“根据《刑法》有关规定”等时， 其中的“刑法”是指刑法典。

1. 单行刑法。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的，规定某一 类犯罪及其法律后果或者刑法的某一事项的法律。〔9〕1981年6月至1995年10月，全国 人大常委会颁布了 23个单行刑法，如《惩治军人违反职责罪暂行条例》、《关于惩治走私 罪的补充规定》、《关于禁毒的决定》等。这些单行刑法要么针对旧刑法的漏洞作了增加 规定，要么针对旧刑法典的不完善作了补充规定，要么针对旧刑法典的缺陷作了修改规 定。根据现行刑法第452条的规定，《惩治军人违反职责罪暂行条例》等15个单行刑 法被废止;《关于禁毒的决定》等8个单行刑法有关犯罪与刑罚的规定失去效力，有关 行政处罚与行政措施的规定则继续有效。〔IG〕这是因为上述23个单行刑法的内容基本上 都已纳入现行刑法典。现行刑法颁布后，全国人大常委会1998年12月29日颁布的《关 于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》是现行有效的单行刑法。此外，全国 人大常委会1999年］0月30日通过的《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决 定》,2000年12月28日通过的《关于维护互联网安全的决定》,2011年10月29日通过的 《关于加强反恐怖工作有关问题的决定》，2015年8月29日通过的《关于特赦部分服刑罪 犯的决定》，也可谓单行刑法。但这些决定都没有直接规定具体的犯罪与法定刑，不是典 型的单行刑法。
2. 附属刑法，即附带规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。旧刑 法典公布后，出现了 130余个附属刑法条文，对完善刑法起到了一定作用。与国外的附属 刑法不同，旧刑法时代的附属刑法都没有直接规定犯罪的成立条件与法定刑。随着现行 刑法典的颁布与施行，这些附属刑法规范都失去了效力。现行刑法颁布后，行政法、经济 法等法律中的一些条款，只是形式上概括性地重申了刑法的相关内容（往往表述为“构成 犯罪的，依照刑法追究刑事责任”），而没有对刑法做出解释、补充、修改等实质性规定。 这些规定并非真正意义上的附属刑法。所以，只要非刑事法律中没有真正的罪刑规范，就 不存在“附属刑法”这一渊源。换言之，只有当非刑事法律中设置了真正的罪刑规范时,

〔8〕本书通常所称的刑法与刑法典，是指1997年3月修订后的《中华人民共和国刑法》；在需要比较说明等情况 下.将1979年颁布的《中华人民共和国刑法》称为旧刑法或旧刑法典，将1997年3月修订的《中华人民共和 国刑法》称为刑法、新刑法（或新刑法典）、现行刑法。

〔9〕许多教材与论著称为“单行刑事法律”，但这一概念同时包含了单行刑事诉讼法律与单行刑法;作为刑法的 渊源,使用“单行刑法”概念较为合适。

〔10〕《关于禁毒的决定》已被2007年《禁毒法》第71条明文废止。《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》与 《关于严惩组织、运送他人偷越国（边）境犯罪的补充规定》已被2009年6月全国人民代表大会常务委员 会《关于废止部分法律的决定》明文废止。《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》中有关行政处罚和行 政措施的规定已纳人2001年修订的《税收征收管理法》，《关于严惩组织、运送他人偷越国（边）境犯罪的 补充规定》中有关行政处罚的规定已纳人2005年制定的《治安管理处罚法》。《关于惩治走私、制作、贩 卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》、《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》与《关于严禁 卖淫嫖娼的决定》中有关行政处罚和行政措施的规定尚未被明文废止，但行政处罚和行政措施的根据不 是原文规定的《治安管理处罚条例》，而是2005年颁布的《治安管理处罚法》。《关于惩治破坏金融秩序 犯罪的决定》与《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》中有关行政处罚和行政措施 的规定，继续有效。

**18**刑法学（第五版）

"附属刑法”才是刑法的渊源。

此外，民族自治地方的省级人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和 刑法典的基本原则制定的变通或补充规定，也可谓刑法的渊源。但这种规定只在特定地 域适用，没有普遍效力。

三、刑法的分类

对刑法进行分类，有助于进一步理解刑法和适用刑法。

（一）刑法的形式分类

1. 广义刑法与狭义刑法

广义刑法，是指关于犯罪及其法律后果的所有法律规范，即包括刑法典、单行刑法与 附属刑法。狭义刑法是指刑法典。“刑法"一词有时在广义上使用，但由于我国单行刑法 少而且没有附属刑法，故通常在狭义上使用“刑法”一词。

1. 普通刑法与特别刑法

普通刑法是指具有普遍适用的性质与效力的刑法，刑法典便是普通刑法。特别刑法 是仅适用于特别人、特别时、特别地或特别事项（犯罪）的刑法。一般来说，单行刑法与附 属刑法属于特别刑法。香港、澳门、台湾地区刑法仅适用于中国的特别地，可谓中国的特 别刑法。当某种行为同时符合普通刑法与特别刑法的规定时，应根据特别法优于普通法 的原则适用特别刑法;如果某一行为同时符合两个同等效力的特别刑法的规定，则应根据 新法优于旧法的原则仅适用新的特别刑法;如果某一行为同时符合两个效力不同的特别 刑法，则应适用效力更高的特别刑法。

刑法理论还将刑法分为主刑法与辅刑法。前者是指规定犯罪及其法律后果的主要法 律即刑法典;后者是指单行刑法及分散规定于其他法律中的刑法规范J11］可见，主刑法 是指普通刑法，辅刑法是指单行刑法与附属刑法。

1. 形式刑法与实质刑法

形式刑法是从外形或名称上（形式上）便可得知其为刑法的法律，刑法典与单行刑法 即是。实质刑法是指外形或名称上不属刑法，但其内容规定了犯罪与刑罚的法律或条款， 附属刑法即是。

形式刑法的特点决定了其容易被人们知悉，且影响性强、威慑力大，因此，严重犯罪宜 规定在形式刑法中。实质刑法容易被人们忽视，故影响性弱、威慑力小，所以，实质刑法一 般仅规定轻微犯罪。

刑法理论上还有纯粹刑法与不纯粹刑法的分类。“全部皆为罪刑规定之法律，谓之 纯粹刑法”；“附带规定罪刑之法律，谓之不纯粹刑法” **cP2**〕不难看出，纯粹刑法就是形式 刑法，不纯粹刑法意指实质刑法。

1. 固有刑法与行政刑法

一般来说，规定既侵害法益又违反伦理道德的犯罪及其法律后果的刑法，是固有刑法 （或称刑事刑法）。国外通常称刑法典为固有刑法。行政刑法则是指广义的行政法律中 的罪刑条款的总称，即为了实现行政管理目的，立法者便在行政法律中设置相关命令与禁

〔II〕参见林山田：《刑法通论》（上册），作者发行2008年增订10版，第44页。

［12］郑健才:《刑法总则》，台北三民书局1982年修订再版，第6页。

第一章刑法概说**19**

令；为了保证有令必行、有禁必止，就规定违反行政法的罚则（行政罚），其中包括刑罚方 法与行政制裁方法。广义的行政刑法，是关于行政罚的法规的总称;狭义的行政刑法，则 是行政法中有关刑罚方法的法规的总称。一般所说的行政刑法，仅限于狭义的行政刑法。 行政刑法是刑法的组成部分。行政刑法具有较强的目的性、较弱的伦理性、较大的变易 性、较广的散在性、较多的交叉性、较大的依赖性等特点。U3〕国外的行政刑法基本上是指 附属刑法，但我国现阶段没有附属刑法，行政刑法的内容全部纳人到了刑法典中。尽管如 此，我们仍应意识到固有刑法与行政刑法的区别。〔|4〕

（二）刑法的性质分类

1. 权威刑法与自由刑法

权威刑法以保护国家权威为侧重点，它立于全体主义的观点，重点保护国家与全体的 法益，过于限制公民自由。自由刑法以保障公民自由为侧重点，它以自由主义为基干，重 在限制国家刑罚权的发动，以使个人自由得到保障**D**但当今社会，国家权威不应成为刑法 的保护法益，刑法应当是自由刑法，并妥善处理法益保护与自由保障的关系。

1. 侵害刑法与意志刑法

侵害刑法（或结果刑法）将刑法或刑罚的对象侧重于客观行为及其法益侵害结果;与 此相对，意志刑法（或危险刑法）将刑法或刑罚的对象侧重于犯罪人的危险的恶意。如果 是彻底的侵害刑法，则该刑法只处罚既遂犯，而不处罚未遂犯与预备犯；如果是彻底的意 志刑法，则该刑法处罚所有的预备犯与未遂犯，甚至连没有征表为行为的单纯恶意也成为 刑法的处罚对象，相反不处罚中止犯。当今刑法不仅处罚既遂犯，而且处罚部分未遂犯， 还处罚少数预备犯与中止犯。但是，对未遂犯、预备犯与中止犯的处罚，不是侧重于行为 人危险的恶意，而是侧重于行为对法益的威胁。

1. 行为刑法与行为人刑法

行为刑法以客观的违法行为及结果作为刑罚的根据，因此，刑法将行为及其结果规定 为构成要件的内容，并针对该行为及其结果规定法律后果;行为人刑法直接以犯罪人的危 险性格作为刑罚的依据，所以，刑法将行为人的特定性格规定为构成要件的内容，并在处 罚上重视行为人的性格。事实上，各国刑法基本上都是行为刑法，只有少数国家的个别刑 法条文可能表现为行为人刑法。所以，可以认为，行为刑法与行为人刑法并非对刑法 整体的分类，而是对刑法条文的分类：当刑法条文所规定的法律后果以行为为前提时，就 被认为是行为刑法;当其以行为人的性格、倾向等为前提时，则被认为是行为人刑法。我 国刑法中不存在行为人刑法。

1. 国内刑法与国际刑法

国内刑法是适用于一国领域内的刑法。国际刑法一词则有三种不同含义:一是国际 刑事法或世界刑法，是指超国家的、在整个世界范围内予以适用的刑法，世界上还不存在

**（13］** 参见张明楷：“行政刑法辨析"，载《中国社会科学》1995年第3期。

（14］ 即便是同一条文，也可能同时包含了固有刑法与行政刑法。例如，刑法第125条规定了非法储存爆炸物罪， 其中既包括为了实施恐怖活动而非法储存爆炸物的行为，也包括为了开采矿山而非法储存爆炸物的行为。 针对前者适用时，本条属于固有刑法;针对后者适用吋，本条可谓行政刑法。所以，在法定刑幅度内，对二者 应当区别对待，而不得仅根据储存数量科处刑罚，.

**（15］** 李斯特虽然提出了著名的行为人类型学，但出于法治国方面的原因，他仍然坚持行为刑法。

**20**刑法学（第五版）

这种国际刑法。二是规定违反国际公法原则（或违反人类共同利益）的犯罪及制裁的法 律。我国刑法理论一般在此意义上使用国际刑法概念。三是关于国内刑法适用范ffl的法 律，即关于国内刑法的空间效力、管辖权、外国刑事判决的效力、国际刑事司法协助的法 律。最先意义上的国际刑法，就是指这种刑法适用法。

第二节刑法的性质、机能与目的

一、刑法的性质

刑法具有区别于其他法律的特有属性，主要表现在以下几个方面：

第一，规制内容的特定性。刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范，而其他法律规 定的是一般违法行为及其法律后果。〔16〕这种特定性，是刑法得以成为特殊法律的重要原 因。

第二，制裁手段的严厉性。一般部门法对一般违法行为也适用强制方法，如赔偿损 失、警告、行政拘留等。刑法规定的法律后果主要是刑罚，刑罚是国家最严厉的强制方法。 正因为如此，“刑法很早就形成了其独特的规则。例如，在权利保护方面，由于刑法以特 别严厉的方式损及受法律管辖的主体利益，因此人们很早就认识到了提供有效法律保护 的必要性。由此，一直到今天，刑法中仍然适用各类针对科处刑罚的国家保障……而刑事 诉讼法则是规定了最强程度的法律保障的诉讼法。”〔|7〕

第三，法益保护的广泛性。一般部门法只是调整和保护某一方面的社会关系。如民 法仅调整和保护平等主体之间的财产关系与人身关系；商法仅调整和保护商事关系（商 事主体按照商事法律从事以营利为目的的营业活动所发生的财产关系）；行政法调整行 政关系以及在此基础上产生的监督行政关系；如此等等。刑法则保护人身的、经济的、财 产的、婚姻家庭的、社会秩序等许多方面的法益。可以认为，一般部门法所保护的法益，刑 法都要予以保护。

第四，处罚范围的不完整性。虽然刑法保护的法益范围相当广泛，但其处罚范围具有 不完整性。首先，由于刑法是保护法益的最后手段，所以，刑法并未将所有侵害法益的行 为规定为犯罪，而只是将其中部分严重侵害法益（包括侵害重要法益）的行为规定为犯 罪。其次，即使是严重侵害法益的行为，但由于刑事政策等方面的原因，立法者也可能不 将其规定为犯罪。最后，成文刑法总是具有局限性，一些严重侵害法益的行为也可能被遗 漏。刑法的不完整性，要求司法机关恪守罪刑法定原则。

第五，部门法律的补充性。刑法补充性的基本含义是，只有当一般部门法不能充分保 护某种法益时，才由刑法保护；只有当一般部门法还不足以抑止某种危害行为时，才由刑 法禁止。国家有许多部门法，需要保护的法益都首先由部门法来保护；如果所有的部门法 都能充分有效地保护各种法益，刑法就没有存在的余地;反之，只有当一般部门法不能充

〔**16］**木书所称一般违法行为，是指违反其他法律但没有违反刑法的行为。

［17］［德］迪特尔•梅迪库斯:《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第6页

第一章刑法概说**21**

分保护法益时，才需要刑法保护。刑法的强制方法主要是刑罚，而“刑罚如两刃之剑，用 之不得其当，则国家与个人两受其害” <?8〕所以，应当限制而不能扩张刑罚的适用，使刑 罚成为保护法益的最后手段（ultima ratio）。在能够以其他手段实现法益保护的目的时， 务必放弃刑罚。宽严相济的基本刑事政策，也指导着刑事立法与司法将刑罚处罚控制在 尽可能小的范闱内。这充分说明，刑法具有补充性，而其他法律则不具有这一特点。但应 注意的是，刑法的补充性是就刑事立法与刑事司法观念而言，而不是处理个案的具体规 则。亦即，并不是对现实中的任何具体案件都必须先考虑适用民事、行政手段，只有当适 用民事、行政手段不能得到妥当处理时，才适用刑法。相反，一旦解释者在遵循罪刑法定 原则的前提下，对刑法所规定的犯罪构成做出了合理解释，那么，对于符合犯罪构成的行 为，就应当以犯罪论处。

第六，其他法律的保障性。由于其他法律在不能充分保护法益时需要刑法保护，刑法 的制裁方法又最为严厉，这就使得刑法实际上成为其他法律的保障。换言之，其他法律调 整的社会关系和保护的法益，都依赖于刑法的保护。例如，如果刑法没有规定走私罪，海 关法就难以得到实施。再如，如若刑法没有规定拒不执行判决、裁定罪，其他法律的实施 就没有保障。这一点既是刑法与其他法律的联系所在，也是刑法与其他法律的区别之一。

刑法的上述法律性质，使其在法律体系中处于一种特殊地位。刑法与其他部门法都 是处于宪法之下的子法，但刑法与其他部门法又不是平行并列关系，刑法保障宪法与其他 部门法的实施，故刑法在法律体系中处于保障法的地位。〔19〕

二、刑法的机能

刑法第2条规定：“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，保护国有财产和劳动群众集体 所有的财产，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。”刑法任务的明确性与全面性， 是我国刑法的重要特点。

我们可以将刑法的任务概括为保护法益，保护的方法是禁止和惩罚侵犯（包括侵害 与威胁）法益的犯罪行为。惩罚与保护密切联系：不使用惩罚手段抑止犯罪行为，就不可 能保护法益;为了保护法益，必须有效地惩罚各种犯罪;惩罚是手段，保护是目的。这就要 求司法人员在适用刑法时，以保护法益为目的，决不能为惩罚而惩罚。

刑法的任务与刑法的机能具有区别。刑法的机能是指刑法现实与可能发挥的作用， 包括显在的机能与潜在的机能。一般认为，刑法具有以下二种机能：（丨）行为规制机能， 指刑法具有使对犯罪行为的规范评价得以明确的机能。其具体内容为，刑法将一定的行 为规定为犯罪并给予刑罚处罚，表明该行为是被法律禁止的、不被允许的（评价的机能）； 同时命令人们做出不实施这种犯罪行为的决定（决定的机能），据此防止犯罪的发生。 （2）法益保护机能，指刑法具有保护法益不受犯罪侵害与威胁的机能。犯罪是侵害或威 胁法益的行为，刑法禁止和惩罚犯罪，是为了保护法益并且能够保护法益。（3）人权保障 机能（或自由保障机能），指刑法具有保障公民个人的人权不受国家刑罚权不当侵害的机

〔I8〕耶林（Jhering）之语，转引自林山田：《刑罚学》，台北商务印书馆1985年版，第127页。 （19）参见张明楷：“刑法在法律体系中的地位”.载《法学研究》1994年第6期、

**22**刑法学（第五版）

能。根据罪刑法定原则，只要行为人的行为不构成刑法所规定的犯罪，他就不受刑罚处 罚，这便限制了国家对刑罚权的发动;对犯罪人也只能根据刑法的规定给予处罚，不得超 出刑法规定的范围科处刑罚，这便保障犯罪人免受不恰当的刑罚处罚。因此，刑法既是 “善良人的大宪章”，又是“犯罪人的大宪章”。〔2G〕

本书认为，刑法的机能是法益保护与人权保障，行为规制机能基本上只是法益保护机 能的反射效果。因为如下所述，刑法的目的是保护法益，所以，刑法必须禁止侵犯法益的 犯罪行为，禁止的方法是将法益侵犯行为类型化，并规定相应的法定刑。这种规定方式自 然地产生了行为规制效果。另一方面，行为规制机能与法益保护机能、人权保障机能并非 并列关系。因为规制国民的行为，是为了保护法益，而不是为了单纯地限制国民的自由。 所以，仅将刑法的机能归纳为法益保护机能与人权保障机能即可。其中，法益保护机能由 来于刑法的目的与任务（法益保护主义）；人权保障机能的实现依赖罪刑法定主义、责任 主义的贯彻，因为正是罪刑法定主义与责任主义从行为的客观面与主观面限制了刑罚权 的恣意行使。**cm**

如何认识和处理法益保护机能与人权保障机能之间的关系，是刑法理论长期探索和 争论的问题。因为法益保护机能主要依靠刑罚的宣示与适用来实现;人权保障机能则主 要依赖限制刑罚的适用而实现。可以认为，刑罚的适用与保护法益成正比，与人权保障成 反比。如何既最大限度地保护法益，又最大限度地保障自由，就成为难题。结局是，刑法 必须在法益保护机能与人权保障机能之间进行调和。但这种调和没有明确的标准，只能 根据适用刑法时的客观背景与具体情况，在充分权衡利弊的基础上，使两个机能得到充分 发挥。可以肯定的是，只能在罪刑法定的限度内发挥刑法的法益保护机能。在此意义上 说，人权保障机能优先于法益保护机能。但是，在符合罪刑法定原则的前提下，必须充分 发挥和尽量实现刑法的法益保护机能。

三、刑法的目的

立法活动与司法活动都具有目的性。将什么作为禁止对象，是由以什么为目的而禁 止来决定的。“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，即一 种实际的动机。” **f\* 21 22**〕司法活动是实现立法内容的活动,其目的与立法目的相一致。

刑法第2条的规定表明，刑法的目的是保护法益。因为各种犯罪都是侵犯法益的行 为，运用刑罚与各种犯罪行为作斗争，正是为了抑止犯罪行为,从而保护法益;刑罚的目的 是预防犯罪，之所以要预防犯罪，是因为犯罪侵犯了法益，预防犯罪是为了保护法益，这正 是刑法的目的。由此可见，刑法第2条关于刑法任务的规定，同时也是关于刑法目的的规 定。我国的大多数法律不是规定“任务"，而是规定"目的”。如《治安管理处罚法》第1条

［20J法益侵害说中的“法益”包括刑法所保护的一切法益；当人们说犯罪的本质是侵害法益、刑法的目的是保护 法益时，其中的"法益"是广义的。保护法益机能中的“法益”是指除了行为人自由以外的法益。即在讨论刑 法机能时，法益侵害说将法益概念分为两个方面:一是可能受到他人侵害的法益，二是可能受到国家刑罚权 侵害的法益（参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2003年修订版，第322页以下）。

（21） 刑法第1条规定.制定刑法是"为了惩罚犯罪,保护人民”。由于犯罪是侵犯法益的行为，所以，其中的“为了 惩罚犯罪”，实际上是为了保护法益（法益保护机能）。“保护人民"则意味着保障人民行动自由（自由保障 机能）。

［22］ 此系耶林的著名观点，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，中国政法大学 出版社1999年版，第109页。

第一章刑法概说**23**

规定：“为维护社会治安秩序，保障公共安全，保护公民、法人和其他组织的合法权益，规 范和保障公安机关及其人民警察依法履行治安管理职责，制定本法。”这是关于目的的规 定，也可理解为对任务的规定。以往的单行刑法大多规定了目的，内容均为保护法益，与 刑法第2条对刑法任务的表述相协调。因此，可以将刑法的目的概括为保护法益。〔23〕

研究刑法目的有利于促使司法人员时刻考虑自己的司法活动是否符合刑法目的，从 而有利于将刑法目的贯穿于刑事司法活动的始终。研究刑法目的有利于对刑法进行目的 论解释。不管法条的文字表述如何，都不能脱离法条的目的做出解释。换言之，法律解释 应以贯彻立法目的为根本任务，当出现了不同的解释结论时，最终起决定性作用的是目的 论解释。研究刑法目的有利于立法与司法上合理控制处罚范围，将没有侵犯法益以及侵 害程度并不严重的行为排斥在犯罪之外。

刑法目的基本上有以下三个层次：

第一个层次是刑法的整体目的，概括起来便是刑法第2条的内容，即保护法益。刑法 的整体目的与宪法相符合，对宪法目的有服从、体现和保障实现的义务。

第二个层次是刑法分则各章规定的目的，它是由分则的章名和有关规定体现的。例 如，刑法分则第二章的章名“危害公共安全罪”，表明设立该章的目的是为了保护不特定 或者多数人的生命、身体的安全以及公共生活的平稳与安宁。刑法分则各章的目的，贯穿 在该章的全部刑法条文中，对分则各章具体条文的解释与适用必须体现该章的目的。

第三个层次是各个条文的目的，是由条文的具体规定体现出来的。这里的条文主要 是指分则性条文。例如，刑法第290条第1款规定：“聚众扰乱社会秩序，情节严重，致使 工作、生产、营业和教学、科研、医疗无法进行，造成严重损失的，对首要分子，处三年以上 七年以下有期徒刑；对其他积极参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权 利。”该款的规定内容表明设立该款是为了维护工作、生产、营业和教学科研秩序。反过 来，对该款所规定之罪构成要件的确定，必须能够说明行为严重扰乱了上述秩序。应当注 意，除条文有特别规定或者因为立法缺陷导致具体犯罪存在归类错误的以外，对各个条文 目的的理解不应超出规定该条文的“章”的目的范围。例如，刑法分则第四章规定了诬告 陷害罪，该章的目的是保护公民的人身权利与民主权利，因此，自我诬告（有意虚假告发 自己犯罪）与得到被害人同意（以不被判处死刑为前提）的诬告行为由于没有侵犯其他公 民的人身、民主权利而不成立本罪。倘若将诬告陷害罪规定在“妨害司法罪”一节或者 规定为独立的一章，则自我诬告与得到被害人承诺的诬告行为由于妨害了司法活动而成 立本罪。〔25〕

上述不同层次的目的是整体与部分的关系。低层次的目的受高层次目的的制约，高 层次的目的依赖低层次目的的体现与实现。刑法的目的体系、结构与刑法文字是纲与目

〔23〕一种观点认为，刑法的目的与任务是保护刑法规范的有效性。在本书看来.规范保护只是法益保护的手段。 亦即，保护刑法规范的有效性，使刑法规范得以贯彻实施，只是为了保护法益本身。如果某个规范不具有保 护法益的效果.该规范就不具有正当性，其有效性就不值得保护。不难看出，将刑法规范的有效性作为保护 目的与任务，实际上是权威刑法的残余。

〔24〕即使认为诬告陷害罪是所谓复杂客体，包括公民的人身权利与司法机关的正常活动，自我诬告行为因为没 有侵犯公民的人身权利，也没有侵犯复杂客体。如果认为诬告陷害罪是选择客体，即只要侵犯上述两种法 益之一.即可成立本罪，那么，自我诬吿行为也可以构成诬告陷害罪。

〔25〕联系刑法分则第三章与第六章的规定，在第二、三层次之间，还可以找到一个层次。

**24**刑法学（第五版）

的关系。正确地确立了刑法的整体目的，就等于完成了刑事立法的整体构想;确立了分则 各章的目的，就等于确定了该章罪名的范围；确立了具体条文的目的，就等于确定了各种 犯罪的本质及构成要件。正确理解了刑法不同层次的目的，就找到了理解刑法文字的指 南，知晓了刑法条文的内在要义。［26〕

第三节刑法的制定、修改与根据

一、刑法的制定

清末时期，沈家本延聘日本学者冈田朝太郎担任顾问，起草了《大清新刑律草案》。 宣统二年颁布了《大清新刑律》，但因民国的建立而未及施行。民国时期颁布了三个刑法 典，即1912年的《暂行新刑律》J928年的《中华民国刑法》与1935年的《中华民国刑法》。

新中国成立之初，废除了以“六法全书”为代表的国民党政权的全部法律；同时先后 制定了一些单行刑法，如《关于严禁鸦片烟毒的通令》、《妨害国家货币治罪暂行条例》、 《惩治反革命条例》、《惩治贪污条例》等。这些单行刑法为巩固新生政权，发展国民经济 起到了重要作用。

早在1950年，中央人民政府法制委员会便着手进行刑法典的起草准备工作。从1950 年到1954年9月，法制委员会先后拟订了两个刑法草案:一个是《中华人民共和国刑法大 钢草案》，共157条，分总则与分则两部分;另一个是《中华人民共和国刑法指导原则草案 （初稿）》，共76条，分为序言和犯罪、刑罚、几种犯罪量刑的规定三章。由于制定刑法典 的条件不成熟，上述两个草案未予公布，但为后来的刑法起草起到了准备、参考对比和启 示作用。1954年宪法的颁布，推动了刑法起草工作。从此，全国人大常委会办公厅法律 室负责刑法起草工作。从1954年10月至1956年11月，法律室草拟了 13稿;此后，刑法 起草工作加紧进行，截至1957年6月已草拟了 22稿。第22稿经全国人大常委会讨论审 议，并准备作为草案公布试行，但由于“反右”斗争的开展、法律虚无主义思潮抬头，刑法 草案没有公布，刑法起草工作也停顿下来。根据毛泽东同志的指示，全国人大常委会法律 室从1962年5月开始对刑法草案第22稿进行了多次修改，到1963年10月已拟订了第 33稿，因“四清”运动与“文化大革命”的开始，刑法没能公布。

“文化大革命”结束后，国家于1978年10月重新组建刑法草案修订班子，对第33稿 进行修订。十一届三中全会的召开更加推动了刑法起草工作。随后，刑法草案在全国人 大常委会法制工作委员会全体会议和第五届全国人大常委会第八次会议上讨论审议，修 改后提交五届人大二次会议审议，最后于1979年7月1日一致通过，同年7月6日正式 公布，1980年1月1日起施行。至此，诞生了新中国的第一部刑法典——《中华人民共和 国刑法》。

从刑法典的制定过程可以看出，贯彻正确的政治路线时，法制建设得到重视，立法工 作进展顺利；以经济建设为中心时，法制建设得到重视，立法工作进展顺利；宪法的制定与

〔26〕参见黎建飞:《立法学》，重庆出版社1992年版，第62页。

第一章刑法概说**25**

实施必将推动其他法律的制定与实施;法律自身的民主性有赖于法律制定工作的民主化。

二、 刑法的修改

如前所述，旧刑法典颁行后,立法机关先后颁布了二十多个单行刑法，非刑事法律中 也有许多罪刑规范。这些单行刑法、附属刑法都是对旧刑法典的修改、补充与解释。

经过17年的实践，总的来看，1979年制定的刑法所规定的基本内容是正确的，许多 具体规定是可行的，同时也反映出一些问题。例如，有的规定（如类推制度）不符合法治 的要求;对有些犯罪的规定不够明确，难以操作;有些犯罪的罪行程度发生了变化，使得法 定刑与犯罪难以适应；出现了许多新类型的犯罪，需要加以规定。总之，为了适应保护法 益与保障人权的实际需要，有必要对旧刑法典进行修汀、补充和完善。

修订刑法的工作事实上进行了十多年。1997年修订刑法的指导思想主要有以下几 点：（1）要制定一部有中国特色的、统一的、比较完备的刑法典。基于这一考虑，所有单行 刑法均纳人新刑法;附属刑法的部分规定成为刑法分则的具体条款;对一些新类型的犯罪 也作了规定。（2）注意保持刑法的连续性与稳定性。对刑法的原有规定，如果没有原则 性问题，尽量不作修改。（3）对原来比较笼统的规定，尽量做出具体规定J27〕

刑法虽然必须具有稳定性，但这并不意味着不能修改。新刑法颁布后，出现了大量危 害严重的骗购外汇、逃汇与非法买卖外汇的行为，于是仝国人大常委会颁布了有关单行刑 法，对现行刑法作了补充规定。此后，立法机关多次以修正案的方式对现行刑法进行了修 改，其中既有新类型犯罪的增加，也有犯罪构成和法定刑的调整，还有刑罚制度的变化。

从当今各国刑事立法的发展来看，刑法已不可能像过去那样稳定。一个国家每年修 改几次刑法典的现象，并不罕见。由于我国立法机关试图以一部刑法典囊括所有的犯罪， 故今后对刑法典的修改也可能相当频繁

三、 刑法的根据

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。”这一规定指明了制定刑法的宪法根据与实践根据。

宪法是制定刑法的法律依据。宪法为国家的根本法，具有最高的法律效力，任何机 关、政党、团体、组织和个人，都必须以宪法为根本的活动准则。立法机关在制定、修订刑 法时，当然应以宪法为根本的立法准则；刑法不能与宪法相抵触，而应与宪法相协调。刑 法是根据现行宪法制定的，反映了宪法精神。宪法不仅是制定刑法的法律依据，而且是解 释刑法的法律根据，对刑法的解释也必须与宪法相协调。

我国与犯罪作斗争的具体经验及实际情况是制定刑法的实践依据。现行刑法从实际 出发，以中国基本国情为依据，没有脱离实际、超越阶段。刑法应大胆吸收和借鉴人类社 会创造的一切文明成果，包括我国优秀的法律文化遗产和国外有益的立法经验;但这种吸 收与借鉴不能脱离中国的基本国情，换言之，应当在立足于我国同犯罪作斗争的具体经验 及实际情况的基础上进行吸收与借鉴。现行刑法以中国的实际情况为依据，考虑了现代 刑事立法的趋势，但并没有肓目照搬国外立法。

〔27〕参见卫汉斌I"7年3月6日在第八届全国人民代表大会第五次会议上所作的《关于〈中华人民共和国刑法 （修订草案 ＞〉的说明》

（28）参见张明楷:“刑事立法的发展方向”，载《中国法学》2006年第4期。

**26**刑法学（第五版）

第四节刑法的规范、体系与解释

一、刑法规范

以禁止、处罚犯罪行为为内容的法律规范，就是刑法规范，也称罪刑规范。具体地说， 由国家制定与认可并由国家强制力保证实施的，禁止人们实施犯罪行为、命令人们履行义 务以免犯罪、指示司法人员如何认定犯罪和科处刑罚（包括免除刑罚处罚）的法律规范， 就是刑法规范。

刑法规范与刑法条文具有密切联系。刑法条文表达刑法规范，是刑法规范的载体和 认识来源，刑法规范是刑法条文的内容与实质。但规范与条文并非等同。由于规范的内 容是禁止做什么、允许做什么、应当做什么，故刑法总则中的许多一般性、原则性规定（如 刑法第1条、第2条），并不属于刑法规范;一个条文可能表达几个规范，几个条文可能表 达一个规范;刑法条文是直观的，而刑法规范则不是直观的。

刑法规范首先是裁判规范，即是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、对犯罪如何科处刑罚的法律规范。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的义务，违反义务者将受到法律制裁。 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。”这一规定首先表现为裁判规范，它指示司法工作人员如 何认定和处罚抢劫罪;如果司法工作人员故意作枉法裁判，就要承担徇私枉法罪的法律后 果。需要说明的是，刑法规范不仅是司法工作人员裁判行为是否构成犯罪的法律根据，而 且也是司法工作人员裁判行为是否违反刑法的法律根据。例如，13周岁的人盗窃他人数 额较大的财物。司法工作人员根据刑法规范不能宣告其行为构成犯罪（因为没有责任）， 但能根据刑法规范宣告其行为是不法行为（符合盗窃罪的构成要件并且违法）。

刑法规范也是行为规范。其中，禁止人们实施某种行为的规范称为禁止规范;命令人 们必须实施某种行为的规范称为命令规范。与此对应地存在允许规范与豁免规范。允许 规范意味着人们可以在特定情况下实施一般性（或原则上）禁止的行为，因而排除禁止规 范的适用（例如，刑法禁止杀人，但允许特殊情况下的正当防卫杀人）；豁免规范意味着人 们在特定情况下不需要按照一般性命令行事（例如，刑法要求人们履行抚养义务，但如果 自己的生命处于危险状态就不必履行该义务）。〔29〕行为规范通过“……的，处……”的描 述方式（假定条件与法律后果之间的密切关系）体现出来。一方面，刑法规范向国民一般 性地承诺了对法益的刑法保护，国民知道国家以刑法保护其法益，因而不至于时时刻刻担 心自己的法益受到侵犯。另一方面，刑法规范能够成为一般人的行为规范：其一，刑法禁 止的行为是不法行为，因而一般人可以预防、制止乃至防卫不法行为；其二,犯罪后将受到 刑事制裁，从而使一般人做出不实施犯罪行为的意思决定；其三，一般人在特殊情况下可 以按照允许规范、豁免规范行事。可见，行为规范存在于刑法规范之中，而不是独立于刑

［29］参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第22页。

第一章刑法概说**27**

法规范之外。［3（）］

刑法规范的实质是法益保护规范与人权保障规范。刑法将侵犯法益的行为类型化为 犯罪构成要件，并针对符合构成要件的违法、有责行为规定法律后果，从而形成了刑法规 范。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，正是为了实现法益保 护的目的。刑法对犯罪成立条件的规定，限制了司法工作人员的自由裁量权力，司法工作 人员只能依照刑法的规定定罪量刑，一般国民的自由与被告人的人权都得到了刑法的保 障。

刑法的总则规范与分则规范各具特色。总则规范基本上是裁判规范，分则规范当然 也是裁判规范，但大多同时是行为规范。分则规范可以分为完备刑法与空白刑法。完备 刑法的特点是，刑法条文对于犯罪的构成要件有明确、完备的规定，适用时无须参照其他 法律。空白刑法的特点是，刑法条文对于犯罪的构成要件没有做出完备规定，适用时需要 参照其他法律、法规;或者说，构成要件的具体内容委任于其他法律、法规时，就是空白刑 法。司法工作人员在适用空白刑法时，一定要参照该空白刑法所指明的相关法律、法规， 从而准确界定构成要件的内容;又由于相关法律、法规经常变化，使得相关犯罪的构成要 件内容处于经常变化的状态，因而需要及时根据相关法律、法规的变化确定有关犯罪的构 成要件内容。特别要说明的是，在适用空白刑法时，司法机关需要证明行为究竟违反了何 种具体的法律、法规。如果不能查明，就表明行为并不符合犯罪的构成要件，也不可能违 反刑法。司法机关在相关法律文书中，不能只是抽象地说明行为违反了什么法律、法规， 也不能直接根据司法解释认定犯罪，而是必须具体说明行为违反了什么法律、法规的第多 少条、多少款、多少项。当刑法分则条文所要求的是“违反国家规定”时，仅违反部门规章 的行为，不成立犯罪。

二、刑法体系

广义的刑法体系，是指刑法的各种渊源及其相互关系；狭义的刑法体系，是指刑法典 的组成和结构。在此探讨后者。

刑法典由两编组成:第一编为总则，第二编为分则，另有一条附则。总则内容是一 般规定，分则内容为具体规定；总则规定不仅适用于分则，而且适用于其他有刑罚规定的 法律（但其他法律有特别规定的除外）。编下为章。总则共五章，分别为刑法的任务、基 本原则和适用范围、犯罪、刑罚、刑罚的具体运用、其他规定;分则共十章，分别规定了十类 犯罪。章下为节，但只是总则的第二、三、四章以及分则的第三、六章之下设立节，总则的 第一、五章及分则的其他章之下没有设立节。节（章）下是条，条是表达刑法规范的基本 单位，也是刑法典的基本组成单位。刑法典的全部条文用统一的顺序号码进行编排，从第 1条至第452条统一编号，不受编、章、节划分的影响。通过修正案在刑法典中增加条文 时，在相关的条文后采取第x x条之一、之二的编号方式。条下为款。款是条的组成单 位，没有编号，其标志是另起一段。如引用某条的第二段，则称为“第x x条第2款”。但

C30］刑法规范是不是行为规范,在国外刑法理论上存在不同观点。结果无价值论重视裁判规范，行为无价值论 重视行为规范。

［31］将刑法典分为总则与分则，是在17世纪意大利刑法学的影响下，经过18世纪德国各州刑法典、奧地利刑法 典，直至H9I年和1810年的法国刑法典而最终形成的。

**28**刑法学（第五版）

许多条文只设立了一款，在这种情况下便只称作“第x x条”，而不称为“第x x条第1 款”。款（条）下是项。项是某些条或款之下设立的单位，其标志是另起一段且用括号内 的基数号码编写。如刑法第34条第1款下设有3项。

刑法条款表述法条含义，同一条（款）可能表达两个或三个意思。如刑法第29条第1 款规定：“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。教唆不满十八周 岁的人犯罪的，应当从重处罚，本款表达了两个意思，理论上称表达前一意思的为前段， 称表达后一意思的为后段。如果同一条（款）表达三个意思，则分别称为前段、中段、后 段。

刑法为成文法，故其表达理应符合语法。当同一条款的后段要对前段内容做出相反、 例外、限制或补充规定时，往往使用“但是”一词予以表示，“但是”开始的这段文字称为 “但书”（但书前的内容称为“本文”）。但书主要有以下情况：（1）对前段表示了相反关 系，如刑法第13条的但书；（2）对前段表示了例外关系，如刑法第8条的但书；（3）对前段 表示了限制关系，如刑法第73条第1、2款的但书；（4）对前段表示了补充关系，如刑法第 37条的但书。由此看来，但书对准确表达立法意图起着重要作用，解释和适用刑法时不 可忽视但书。基于同样的理由，但书的使用应当合理，该使用的不使用或者相反，则会使 刑法条款含义不清或自相矛盾。由于但书具有表示与前段相反、例外等功能，故不能轻易 指责条文的前后矛盾。例如，不能认为刑法第13条的但书与前段相矛盾。

三、刑法解释

（一）刑法解释的概念

刑法解释是指对刑法规定意义的说明。像贝卡里亚那样，要求刑法规定明确到不允 许解释的程度，〔32〕固然是最理想的，但这只是一种幻想，任何刑法都有解释的必要。

首先，刑法内容由文字表达，以普通用语为基础，这就决定了需要解释。因为任何用 语尽管核心意义明确，但总会向边缘扩展，使其外延模糊，需要通过解释界定刑法用语的 扩展边际;绝大多数用语总是具有多义性，需要通过解释明确刑法用语应取何种含义;用 语随着时代发展会产生新的含义，需要通过解释说明刑法是否接受新的含义;许多用语也 存在“言不尽意”的情况，需要通过解释揭示其未尽之意。〔33〕不仅如此，“法律也不是仅 由简单的日常用语意义取得其概念，因为法律必须在构成要件中定位、决定和评价，即法 律必须以当为作基础，故法律概念经常都会或多或少地表现出规范意义”。除了规范 的概念之外，刑法中甚至还存在纯粹的价值概念（如“恶劣”、“严重”）。只有通过解释，规 范概念与纯粹的价值概念的含义才得以明确。

其次，作为法律规范，刑法应力求简短，因此，刑法所规定的各种犯罪类型，都是对犯 罪现象进行抽象化、类型化的结果，而不可能详尽叙述各种犯罪的具体表现，但现实的案 件都是具体的，于是刑法规定与个案之间便存在距离。在这种情况下，要将刑法规定适用 于具体个案，必须解释刑法的规定。

（32］参见［意］贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1993年版，第12页以下。

〔33〕耶林曾说:“立法者应当像哲学家一样思考，但像农夫一样说话。”其实，即使像农夫一样说话，也需要解释

况且，立法者不可能像农夫一样说话。

〔34〕Arthur Kaufmann,Rechtsphilosophie,C. H. Beck, 1997 ,S. 97ff.

第一章刑法概说**29**

再次，刑法不可避免存在缺陷，有的是文字表述的缺陷，有的是立法原意的缺陷，要克 服刑法缺陷就必须进行解释。“对法律文件的解释，有助于消除（确切地说是减少）法律 文件形式上的缺点。通过解释，可以消除对法律技术手段和方法使用错误或不当的情况， 消除法律文件文体的缺点。”〔35〕

最后，刑法具有相对稳定性，但同时又必须适应保护法益、保障人权的需要。要使稳 定的刑法适应不断发展变化的社会生活，就依赖解释。一方面，刑法条文的真实含义是在 社会生活中发现的，面对不断变化的社会生活，需要不断地对刑法条文做出解释。另一方 面，要使过去制定的刑法适应现在的社会需要，使刑法成为具有实效的法律，也需要根据 现在的社会需要解释刑法。

刑法解释的必要性说明了刑法解释的重要意义：刑法解释有助于人们正确理解刑法 规定的含义与精神;有利于刑法的正确实施;有利于克服刑法表述的某些缺陷；有利于刑 法的发展和完善。

刑法解释的必要性与重要意义说明了刑法解释是一种创造性的活动，而不是消极地、 被动地去发现立法者的原意。因此，刑法解释的目标应是存在于刑法规范中的客观意思， 而不是立法者制定刑法规范时的主观意思或立法原意。（1 ）立法原意并不十分明确,〔36〕 因为立法者不是一个人，而是一个集体。即使是一个人立法，探求立法原意也是一个自我 认识的过程，自我认识也是一种解释，它不比其他的解释容易。（2）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的案件，立法者不可能有立 法原意。（3）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，而不是根据立法者的事前或者事 后的想法发现立法精神与目的。（4）刑法一经制定，就是一种客观存在，与立法原意产生 了距离，需要根据用语的客观含义做出解释。（5）作为交流工具的语言与文字，其含义是 由听者或者读者决定的，而不是由说话者或者作者决定的。（6）刑法具有稳定性，但它同 时必须适应社会发展的需要，追求立法原意必然形成刑法的滞后性，从而影响刑法的生命 力。（7）探求立法原意,往往导致探求起草者的原意，起草者成为刑法的有效解释者，但 这容易形成人治，而不利于法治。（8）立法原意也可能存在缺陷，探求立法原意意味着维 持立法原意的缺陷；只有进行客观解释，才有利于刑法的完善。（9）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。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。（10）进行客观解释，并不 违反罪刑法定原则。因为罪刑“法”定并不等于罪刑“立法者”定;具有法律效力的是用文 字表达出来的、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。总之，应 当采取客观解释论。

刑法解释的对象是刑法规定，刑法又是以文字做出规定的，故刑法解释不能超出刑法

**（35］**［苏］C.C.阿列克谢耶夫:《法的一般理论》（下册），黄良平等译，法律出版社|99|年版.第675页。

〔36〕许多人认为，在立法初期，立法原意肯定是明确的。其实，在立法初期，充其量只是立法动机明确，以及起草

者的本意明确，而不是“立法原意明确”

**30**刑法学（第五版）

用语可能具有的含义，否则便有违反罪刑法定原则之嫌。刑法以保护法益为目的，因此， 刑法解释不能违背保护法益的目的。刑法是根据宪法制定的，所以，刑法解释不仅不能违 反宪法，而且必须自觉地以宪法为指导进行解释。合宪性解释不只是一种解释方法，更重 要的是解释原则：对刑法条文的解释结论必须符合宪法；在有数个解释可能时，应优先选 择符合宪法的解释;如果对刑法条文的解释，无论如何都得出违反宪法的结论，那么该条 文就是违宪的；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。

（二）刑法解释的效力

对刑法的解释结论并非都具有效力。非正式的刑法解释，即未经国家授权的机关、团 体、社会组织、学术机构以及公民个人对刑法所作的解释，没有法律效力,但对刑事司法乃 至立法活动具有重要参考价值，对提高公民法律意识具有重大作用。正式的刑法解释，即 由被授权的国家机关在其职权范围内所做出的解释,具有法律效力。正式的刑法解释主 要指立法解释与司法解释。

立法解释是由立法机关所作的解释，通说认为包括三种情况:一是在刑法或相关法律 中所作的解释性规定;二是在“法律的起草说明”中所作的解释;三是在刑法施行过程中， 立法机关对发生歧义的规定所作的解释。在本书看来，前两种情形不能称为立法解释。

首先，刑法或相关法律中所作的解释性规定，不宜等同于立法解释。因为，刑法中的 解释性规定本身就是刑法文本的组成部分;而立法解释是对法律文本的解释。所以，不应 将刑法中的解释性规定视为立法解释。倘若认为刑法等法律中的解释性规定都是立法解 释，那么，刑法第13条、第14条、第15条关于犯罪、故意犯罪、过失犯罪的规定，就分别成 为对“犯罪”、“故意犯罪”、“过失犯罪”的立法解释;刑法分则关于罪状的规定，在某种意 义上都是对罪名的立法解释，于是，刑法第263条、第264条、第266条分别成为对“抢劫 罪”、“盗窃罪”、"诈骗罪”的立法解释。这样，几乎整部刑法都是立法解释，但事实上并非 如此。明确解释性规定与立法解释的区别，有利于防止立法机关的类推解释。〔37〕

其次，关于刑法的起草说明与修改说明，也不是立法解释。我国关于刑法的起草说明 与修改说明，旨在使审议者了解制定、修改刑法的目的，便于立法机关通过刑法。但立法 机关所审议和通过的是刑法本身，而不是起草说明与修改说明。不可否认的是，起草说明 与修改说明中可能对某些规定做出了解释。〔38〕但是，第一，这种“解释”只是起草者的解 释,或者只是提请审议者的解释，因而仍然可谓学理解释。第二，这种解释是面向人大代 表或者人大常委会委员做出的解释，而不是面向全体国民做出的解释，也不是面向适用刑 法的法官做出的解释。刑法一经公布，听者、读者就发生了变化。听者、读者的变化，必然 导致文本含义的变化。所以，面向立法机关成员所作的说明，不一定能适用于法律指向的 一般人。第三，这种“解释”既可能得到认可，也可能得不到认可。

只有最后一种解释，即在刑法施行过程中，立法机关在刑法文本之外对发生歧义的规

〔**37**〕刑法中的解释性规定不存在类推解释的问题，但立法者不得在刑法文本之外进行类推解释。例如，立法者 不能在刑法文本之外规定“刑法第236条中的‘妇女’包括男性在内”，只能直接修改刑法第236条。

[38]如《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》的起草说明，曾经解释了“加重处罚”的含义（在法定刑 以上加重一格处罚）。

第一章刑法概说**31**

定所作的解释，是真正意义上的立法解释。现行刑法颁布后，全国人大常委会先后对刑法 第30条、第93条、第158条、第I59条、第228条、第266条、第294条、第313条、第342 条、第384条第1款、第410条中的有关规定、渎职罪的主体以及信用卡、发票、文物等概 念，以及相关法条的适用做出过立法解释。但这种立法解释，是否符合法治的要求，还值 得研究。

法治通常与人治相对立。法治即法的统治，就“统治”而言，在法的统治方法中，现实 地进行支配的仍然是人，即制定法的、执行法的与裁定法的争端的都是人，这一点与人治 没有区别。法治与人治的对立表现在:统治的主体是不是人？统治的方法是否恣意？是 根据预先制定的合理的法进行统治，还是根据不同场合的不同统治者的恣意进行统治？ 不言而喻，法治意味着统治的主体是法而不是人，统治的方法不是恣意的，而是依据事先 制定的明确的、合理的法进行的。因此，要实现法治，首先必须有预先制定的法;其次要确 保统治是依法进行的。为了确保统治依法进行，最好的方法是将法的制定者与执行者相 分离;而在发生法的争端时，最好的方法是让法的制定者、执行者之外的第三者进行裁判。 所以，法的制定者、执行者与裁判者必须分离。不仅如此，法的制定者与法的执行者、裁判 者相分离，就使得法的制定者与具体的利害关系产生一定的距离，从而使其制定的法能够 更好地代表一般人的利益。〔39〕具体地说，当法的制定者不再是法的执行者、裁判者时，法 的规则必然适用于制定法的人；制定者一旦知道法制定后适用于自己，便会尽量制定良 法。换言之，法必须适用于那些制定法的人和执行法的人，即法在适用于一般国民的同 时，也适用于立法者、执法者，法的禁止和限制都毫无例外地适用于所有的人，因此，立法 者不会对自己希望做的合理事项也予以禁止或者限制。如果立法机关过多地就刑法条文 进行立法解释，则有立法者介人司法活动之嫌。诚然，根据相关的法律规定，解释法律属 于全国人大常委会行使的职权之一，全国人大常委会对法律、法令条文本身需要进一步明 确界限的问题予以解释，最高人民法院和最高人民检察院就审判和检察工作中如何具体 应用法律的问题进行解释。但事实上，刑法条文需要明确界限的问题与具体应用法律的 问题难以甚至不可能区分。而且，呼吁立法解释的人们，常常是因为担心自己的解释违反 罪刑法定原则而向立法机关提出解释要求，这实际上是通过立法解释的方式使类推解释 “合法化”。可是，立法解释仍然是对刑法的概念、用语、条文等进行解释，同样必须遵守 罪刑法定原则。所以，本书认为，立法机关不宜做出立法解释。〔4°〕

司法解释是指国家司法机关所作的解释。根据有关规定，在我国具有普遍效力的司 法解释，只能是最高人民法院和最高人民检察院（“两高”）就审判和检察工作中如何具体 应用法律的问题所作的解释。近年来，司法解释对正确适用刑法起到了一定作用。但是， 司法解释的主体、内容、结论等如何规范化、合理化、科学化，还特别需要研究。对司法解 释的泛化现象，也值得深思。事实上，司法解释泛化也存在弊端：司法解释使刑法条文的 含义固定化，不利于发现、发展刑法的真实含义；司法解释导致二审终审制度形同虚设；司 法解释的表述方式如同成文刑法，人们仍然需要对之进行解释；司法解释也不可避免地出 现解释不当的现象,在其具有法律效力的情况下，必然导致全国性的适用法律不当；由于

C39］参见［日］髙桥和之：“立法、行政、司法的观念的再探讨”，载日本《法学家（夕二U又卜）》1998年第5期,,

**［40］**参见张明楷:“立法解释的疑问”，载《清华法学》2007年第1期。

**32**刑法学（第五版）

司法解释来源于最高司法机关，下级司法机关的判决面临着上级司法机关的监督、审查， 即使下级司法机关认为司法解释存在错误也只有遵守，于是造成司法解释的效力与权威 高于成文刑法的不正常现象;下级司法机关成为适用司法解释的机器，而没有任何主观能 动性。诚然，在当下的中国，如果没有司法解释，下级司法机关几乎不会办案。但是，“两 高”需要反思这种现状的形成原因，而不能基于这种现状颁布更多的司法解释。合适的 做法应是，最高人民法院以及高级法院开庭审理案件，制作有充分理由的判决书，以其中 的判决理由以及判决理由所形成的规则指导下级法院。颁布司法解释并不是指导下级司 法机关适用刑法的最佳选择。［4|〕“两高”应当对颁布司法解释持克制态度，不能动辄做出 司法解释，更不能在颁布司法解释与指导性案例方面进行"竞赛”；可以由下级司法机关 自行处理的事项，没有必要做司法解释。“两高”应当对司法解释的内容持慎重态度，不 能仓促地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 以权威学者的建议为标准，更不是以相关的国家机关赞成为标准，而是应当以是否符合刑 法条文的真实含义，是否有利于实现刑法的任务与目的，是否使刑法条文之间以及刑法与 其他法律之间相协调，是否使案件得到妥当处理为标准。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哪一刑法 条文）。司法解释虽然具有法律效力，但本身并不是法律。在生活事实不断变化的当今 社会，要想保持刑法的稳定性都相当困难，司法解释更不应当追求稳定性;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，也不至于损害国民的预测可能性；“两高”不应期待司法解释像刑法一样 稳定，更不能期待司法解释比刑法还稳定，相反，需要及时修订已有的司法解释。

全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第1条规定了立法解释的主体是 全国人大常委会，第2条规定了司法解释的主体是最高人民法院与最高人民检察院，第3 条接着规定：“不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题，由国务 院及主管部门进行解释。”这似乎表明行政解释对刑法的适用不直接产生效力。但是，许 多空白刑法规范所规定的犯罪又以违反“其他法律”为前提，国务院及主管部门完全可能 对“其他法律”做出解释，或者在行政法规中做出解释性规定。因此，某些行政解释以及 行政法规中的解释性规定也可能对刑法的适用产生效力。

（三）刑法解释的态度

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，法律解释问题首要是围绕法官解释权与议会立 法权的关系展开的**D** —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。

严格地说，“‘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

**［41］** 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》，中ffl人民大学出版社2011年第2版，第6页以下。

（42］ 例如，刑法第-Ml条规定了非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪,林业部发布的《陆生野生动物保护实施条 例》的相关规定,实际上对审判和检察T.作具有效力。

第一章刑法概说**33**

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”。〔43〕法国刑法第111 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”。［44〕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

特别要指出的是，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。 存疑时有利于被告的原则产生于19世纪初的德国，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（BGHStl4,73）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。”〔46〕因为任何法律条文都可能有疑问；即便原本没有疑问，在遇到具体案件时， 也会有人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；而且，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。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，就以对被告人有利为由认定为抢夺罪。

（四）刑法解释的方法

1. 解释方法概述

刑法的解释方法没有限定，任何有利于解释者得出妥当结论的方法，都可能成为刑法 解释方法。刑法解释方法与社会科学、自然科学的方法并不是对立关系；刑法学并不排斥 社会科学与自然科学的方法。

刑法理论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，联系有关情况，从逻辑上所作的解释。论理解释又分为当然解释、扩大解释与限制解 释。”［473姑且不讨论扩大解释与限制解释是否属于论理解释，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。

［43］［美］劳伦斯■索伦:《法理词汇》，王凌皞译，中国政法大学出版社2010年版，第186页。

〔44〕［法］卡斯东•斯特法尼等:《法国刑法总论精义》，罗结珍译.中国政法大学出版社1998年，第143页。

C45J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 〔46］［德］Claus Roxin:《德国刑事诉讼法》，吴丽琪译，台北三民书局1998年，第145页。

［47］参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2016年第7版，第24页。本书第三 版也采取了这种分类（张明楷:《刑法学》，法律出版社2007年第3版，第37页以下）。

**34**刑法学（第五版）

一种观点指出，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。〔48〕在明确区分形式分类与实质分类的意义上说，这种分类 具有合理性。文理解释、体系解释、历史解释与目的解释，都是为特定的大前提的真实含 义提供理由的解释方法。

还有一种观点认为，应当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、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。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J493

本书借鉴上述观点，将解释方法中的平义解释、宣言解释、扩大解释、缩小解释、反对 解释、类推解释、比附、补正解释等（即条文的适用方法），称为解释技巧;将解释方法中的 文理解释、体系解释、历史解释、比较解释、目的（论）解释等（即解释的参照事项），称为解 释理由。对一个刑法条文中的某个概念的解释，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。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。亦即，任何解释都必须具有符合刑法目的的理由，但不一定具有 体系解释、历史解释、比较解释等方面的理由。

由于刑法实行罪刑法定原则，对于上述解释理由与解释技巧有必要进一步分析。

首先，按照本书的观点，立法者的原意不是主要的解释理由（本书不赞成主观解释 论），立法目的（法条的规范目的，亦即法益保护目的）则是具有决定性的理由（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，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。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

**［48］**参见［日］井田良：《讲义刑法学•总论》，成文堂2008年，第51 ~ 52页。

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

**（50）**当然，不排除相对于不同情形的同一用语，分别采取不同的解释技巧。

第一章刑法概说**35**

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，如“法律安定性、正义、结果评价、是非感、应用性、法律一致性”等，均可作为解 释理由。〔51〕形成了特定概念的解释理由，只是常用的理由而已。

其次，在法理学者所称的平义解释、宣言解释、扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解 释、类推解释、比附以及补正解释等解释技巧中，对被吿人不利的类推解释、比附是罪刑法 定原则所禁止的技巧，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，就某种行为是否被允许而言，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（显然，当然解释是基于类比得出结论 的）。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犯 罪构成，而不能简单地以案件事实严重为由追究行为人的刑事责任。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，当然解释主要是一种解释理由 （可以包含在体系解释中）。〔52〕

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。”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，都要从法条的文理开始，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），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。换言之，“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”。〔55〕此外的各种解释理由中，不存在一种解释理由优越于另一 种解释理由的规则。

1. 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。

（1）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

［51］ 参见［德］亚图•考夫曼:《法律哲学》，刘幸义等译，台北五南图书出版有限公司2000年版，第47贞\_

（52） 罪刑法定原则并不禁止有利于被告人的类推解释„因此，在适用举重以明轻的解释原理.得出有利于被告 人的解释结论时，则不需要汽然解释的结论为刑法用语所包含E根据举重以明轻的原理得出的解择结论不 能被刑法用语所包含时，其中的举重以明轻，则既是解释理由，也是解释技巧。

［53J ［德］Ingeborg Puppe:《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，台北元照出版公司2010年版，第108页。

（54］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。

〔55〕Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. , C. H. Beck, 2006,S. 151.

**36**刑法学（第五版）

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:一方面，解释 者从中发现了用语的含义；另一方面，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。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D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。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，同样是一种解释理由。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。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。

由于用语具有模糊性、多义性等特点，将文理解释作为解释理由，其说服力总是有限 的。因此，“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”。〔56〕

（2）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”。〔力将刑法使用某种概念的所有条文进行比较，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，把它与其他的条文一同一法令或同

一法典的其他条款 比较，其含义也就明确了”。〔58〕其次，只有进行体系解释，才能

妥当处理各种犯罪之间的关系，使此罪与彼罪之间保持协调。最后，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。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，则应舍弃”。〔59〕 从实质上说,成文法是正义的文字表述。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。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。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。

要做好体系解释，需要特别注重以下几点：第一，体系解释并非仅要求解释结论在刑 法范围内具有协调性（使刑法的所有条文之间保持协调），还要求解释结论具有合宪性。 第二，必须以刑法总则规定为指导解释刑法分则。第三，遵守同类解释规则，对于刑法分

［56］［德］伯恩•魏德士:《法理学》，丁小春.吴越泽，法律出版社2003年版，第324-325页，

C57J金克木:《比较文化论集》，生活•读书•新知三联书店1984年版，第243页。

〔58〕［法］亨利•莱维•布律尔:《法律社会学》，许钧泽，上海人民出版社1987年版，第70页、

〔59〕奥古斯丁在《论基督教义》中所述，转引自［意］艾科等著:《诠释与过度诠释》，王宇根泽，生活•读书•新知 三联书店1997年版，第78页。其中的“本文”即是人们通常所称的“文本'

第一章刑法概说**37**

则条文在列举具体要素之后使用的“等”、“其他”用语，要按照所列举的内容、性质进行解 释。第四，必要时承认刑法用语的相对性。用语是为了达到一定的目的而在特定的语境 下工作的，所以，使用该用语的目的不同、语境不同，用语的含义也就不同。第五，要以基 本法条为中心，而不能以补充法条为中心做出解释。例如，不能因为刑法规定了强迫交易 罪，就认为凡是有交易的行为都不成立抢劫罪(不能以强迫交易罪为中心解释抢劫罪)。 第六，善于运用相关法条检验解释结论。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,就难以采纳这种解释结论。第七，善于运用当然解 释检验解释结论。当然解释的方法,蕴含了在出罪时举重以明轻、在人罪时举轻以明重的 当然道理。运用举重以明轻的规则吋，要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;再不断对犯罪构成进行解释，将面对的案件事实排除在犯罪之外。运用举轻以 明重的规则时，不能简单地以案件事实重于刑法规定的犯罪为由以犯罪论处，必须判断案 件事实是否符合刑法规定的犯罪成立条件。［60〕换言之，当然解释的结论，也必须能为刑 法用语所包含。第八，要善于对案件进行类比。“类比在道德和法律论证中有重要的用 途……在遵循基本的道德原则一相同的案件同等对待时,其基础就是在不同的案件之 间作比较。例如有两个类似的案件:两个人在类似的条件下做出类似的行为，褒奖其中一 个而贬损另外一个在道德上就是值得怀疑的。”〔61］对刑事案件的处理也是如此，解释者要 善于类比案件事实的相同与不同。第九，要考察解释结论的适用后果。如果适用一种解 释结论的后果会导致刑法不协调、非正义，就不能采取这种解释结论。适用后果的考察， 不只是考察法益保护，还要考察自由保障。第十，注重法秩序的统一性。“‘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。”〔62〕例如，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。当然，在顾及法秩序 的统一性时.也需要重视刑法的特殊性。

1. 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。〔63〕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，而不是探讨立法原 意，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，这并不意味着不得在适用时采纳新的含义，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 对某个概念的解释并非必须永远采用该概念在刑法史上的意图与含义。进行历史解释，

［60］参见张明楷：“刑法学中的当然解释”，载《现代法学》2012年第4期：

〔61］［美］布鲁克•诺埃尔•摩尔，理查德.帕克：《批判性思维》，朱素梅译，机械丁.业出版社2012年版，第 231 页0

〔62〕［德］齐佩利乌斯:《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第61页。

［M〕参见郑永流:《法律方法阶梯》，北京大学出版社2008年版，第167页。

**38**刑法学（第五版）

不仅包括考察现行刑法制定时的历史背景，还包括考察某个概念、某个法条的发展史，从 而寻找该概念与法条的真实含义。我们所处的社会变幻莫测，作为一种解释理由的历史 解释,其说服力相当有限。

（4） 比较解释

在解释我国刑法的规定时，将外国的相关立法、理论与判例作为参考资料，借以阐明 我国刑法规定的真实含义，是一种有效的解释方法（比较解释）。由于我国的刑法研究起 步较晚，判例积累时间不长，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，无疑具有一定的说服力。一概排除外 国刑法理论与判例的做法，不利于正确了解本国刑法理论与刑事司法,〔M〕只能使自己的 理论与做法更加封闭和落后。

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。另一方面，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。事实上，比较解释会得出两种相反的解释结论:第一，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。第二，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。

（5） 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。〔《〕在此意义上说，目的解释也未必是一种具体的解释理由，而可谓一种解释 方向或解释规则。

进行目的解释时，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;只有同时考虑具体目的，才能实现 具体法条的目的。进行目的解释，意味着考虑文字背后的真实目的。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，意味着解释者在采用各种解释理由、使用不同解释技巧之

〔64〕因为对自己的认识始于对别人的认识。不了解本国刑法理论与他国刑法理论的区别，就不可能真正了解本 国刑法。

〔65〕参见［日］町野朔：《刑法总论讲义案I》，信山社1995年第2版，第68页以下。

第一章刑法概说**39**

前，就有一个达到目的的预判，这种预判源于司法经验、法意识、正义感等。进行目的解 释，意味着需要灵活运用不同的解释技巧。换言之，选择哪一种解释技巧，都必须由法条 的目的来决定。

“犯罪是侵害法益的行为，刑罚法规是为了保护法益而存在的。刑法中的目的论解 释，就是从为了以最适当的形式保护法益而应当怎么办的见地出发解释法律条文，即以保 护法益为基准进行解释。”〔66〕但是，由于目的论解释是一种实质的解释，所以，必须注重遵 循罪刑法定原则。一方面，进行目的解释时，不得超出刑法用语可能具有的含义，不得进 行类推解释。另一方面，要适当考虑解释的一般可能性。由于扩大解释与类推解释并不 存在绝对清晰的界限，所以，还应当以解释的一般可能性对目的论解释进行制约。亦即， 对刑法的解释不只考虑该解释在特定案件中的可能性，还要考虑该解释在其他案件中的 可能性。

1. 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。

1. 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。

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，单纯对刑法条 文做出平义解释，不可能得出妥当结论。在某种意义上说，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”。［67〕主张根据普通百姓的观念决定盗窃与诈骗的区别，是一种常识性的错误。

1. 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技巧。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。〔剛

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

〔66〕［日］井田良：《讲义刑法学•总论》，有斐阁2008年版，第52 ~53页。

〔67〕［美］劳伦斯•索伦:《法理同汇》，王凌皞译，中国政法大学出版社2010年版，第223页。 〔68〕参见［日］笹仓秀夫:《法解释讲义》，东京大学出版会2009年版，第44页。

**40**刑法学（第五版）

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，故许多定义经不起推敲。三十多年过去了，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、念念不忘，甚至将过去的定义视为绝对真理、永恒原 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。可是,既然用“秘密”限定（修饰）窃取，就意味着窃取行为可以是公 开的;既然秘密窃取构成盗窃罪，公开窃取就更能构成盗窃罪；况且，上述定义没有指出 "窃取”的含义，只是盗窃的同义反复而已，并不是盗窃的定义。如果要重新解释（做出宣 言解释），就应当对盗窃做出如下定义：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。

（3）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。

什么样的情形下应当进行限制解释？进行限制解释时限制到什么范围？对此问题的 回答，既要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后果：一方面，导 致人们不敢与境外人员交流，过于限制人们的自由。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，就导致刑法介人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。

应当指出的是，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“遭受严重胁迫的勒索”，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（本书认为，只能解释为“没有实际获取不正当利益”）。但是，这并不意味着对轻罪 的犯罪构成都不能作限制解释，更不意味着对轻罪的犯罪构成作限制解释就违反了罪刑 法定原则。而且，对轻罪的犯罪构成作限制解释，也不意味着原本符合轻罪的犯罪构成的 行为一定构成重罪。

在此，有两点值得注意:第一,如果对轻罪的犯罪构成作限制解释，导致原本属于轻罪 的行为被归人重罪，则不一定符合罪刑法定原则。例如，倘若对危险驾驶作限制解释，导 致部分危险驾驶行为被认定为以危险方法危害公共安全罪，就不合适。第二，为了限制犯 罪的成立，在刑法规定的行为之前添加某种行为的，表面上限制了处罚范围，实际上可能 扩大处罚范围。例如，倘若认为“贩卖”的通常含义是出售，那么，出售之前的购买行为充 其量只是预备行为。然而，倘若将“贩卖”限制解释为购买并出售，那么，购买行为就可能 成为符合构成要件的行为，因而可能成立未遂犯。所以，解释者要注意区分形式上的限制 解释与实质上的限制解释。

第一章刑法概说**41**

1. 扩大解释

扩大解释，是指刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义窄，于是扩张字面含义， 使其符合刑法的真实含义的解释技巧。例如，将刑法第341条中“出售”，解释为“包括出 卖和以营利为目的的加工利用行为” ,〔69〕便扩大了“出售”的含义，至少是一种扩大解释。

扩大解释是对用语通常含义的扩张，不能超出用语可能具有的含义；否则，属于违反 罪刑法定原则的类推解释。应否做出扩大解释，还必须考虑处罚的必要性;对于一个行为 而言，其处罚的必要性越大，将其解释为犯罪的可能性就越大，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就越小。换言之，“解释的实质的容许范闱， 与实质的正当性(处罚的必要性)成正比，与法文通常语义的距离成反比"。

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，也可能侵犯国民的自由。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。〔71〕当然，由于类推解释与扩大解释之间的界限具有相对性，合理的扩大解释与不合 理的扩大解释之间的区别也具有模糊性。

1. 反对解释

反对解释(或反向推论、反面推论)包括两种主要类型：第一，当存在甲与乙相反的情 形时，根据刑法条文的正面表述，推导其反面含义;第二，当存在A与B两种类似的事实 时，如果刑法仅就A事实做出了规定，那么，应当就B事实得出与A相反的结论。

第一种类型的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……按照被买妇女的意愿，不阻 碍其返回原居住地的，可以从轻或者减轻处罚。”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，不得从轻与减轻处罚。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，不得依照刑法第二百四十条的规定 定罪处罚。”

第二种类型的反对解释实际上是与类推解释相反的一种解释技巧。例如，刑法第 236条仅将妇女作为强奸罪的对象。在遇到女性使用胁迫方法与男性发生性关系的案件 时，如果认定为强奸罪，就是类推解释;如果以刑法仅规定了妇女是强奸罪的对象为由，得

［69］参见最高人民法院2000年11月27日《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解 释》，当然，这种解释是否已经属于类推解释.还是值得研究的。

〔7()〕［日］前田雅英:《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第60页。

〔7!〕事实上，其他解释方法得出的结论也可能存在合理与不合理之分。

**42**刑法学(第五版)

出对男性不成立强奸罪的结论，则是反对解释。

1. 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，认为刑法第63条中的“以下”不包括本数，则是补正解 释。再如，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，并不妥当。因为根据法律的一般原理以 及刑法第64条的规定，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。所以，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与刑法的整体规定。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。

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人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。〔73〕再如，在我国现行刑法典中，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，似乎对犯 罪构成的解释并无大碍。但是，就某些犯罪而言，是否对犯罪性质进行补正解释，会对犯 罪构成直接产生重要影响。

刑法学中的补正解释的核心在于“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。

〔72〕根据刑法规定的犯罪构成及其关联性，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要素，但不应认为这是一种补正解释,，

〔73〕参见张明楷:《法益初论》，中国政法大学出版社2003年修订版，第443页以下。

第二章刑法的基本原则

第一节刑法的基本原则概述

一、 刑法基本原则的概念

刑法的基本原则，是指刑法本身所具有的，贯穿于刑法始终，必须得到普遍遵循的具 有全局性、根本性的准则。刑法的基本原则是法治的基本原则在刑法中的具体表现，是各 个部门法都必须遵循的共同准则在刑法中的特殊体现。但刑法的基本原则与法治的基本 原则、共同准则又有明显区别。

首先，刑法基本原则应是刑法所特有的原则，而不是各个部门法所共有的原则。各个 法律的特有原则与所有法律的共同原则，是个性与共性、特殊与一般的关系。既然是“刑 法”的基本原则，理当是有别于其他法律原则的原则，也是有别于所有法律共同准则的原 则。⑴

其次，刑法的基本原则必须是贯穿于刑法始终，具有全局性、根本性的准则。既然是 刑法的“基本原则”，就必须贯穿于全部刑法规范之中，并且是具有全局性、根本性的准 则。如刑法规定的对未成年人与老年人犯罪从宽处罚的原则、累犯从重处罚的原则、数罪 并罚的原则等，只是刑法的局部原则，而不是贯穿于全部刑法规范之中的全局性、根本性 准则，因而不是刑法的基本原则。

最后，刑法的基本原则必须是刑法的制定、解释与适用都必须遵循的准则。既然是 “刑法的基本原则”，就必须是得到普遍遵循的准则，即不管是刑法的制定、还是刑法的解 释与适用都必须遵循的准则。解释与适用刑法必须遵循刑法的基本原则，这是不言而喻 的;但不要因为刑法的基本原则是刑法本身规定的，就认为它不制约刑法的制定。事实 上,立法者在制定刑法时也遵循着刑法的基本原则。

二、 刑法基本原则的确定

我国现行刑法明文规定了罪刑法定、平等适用刑法、罪刑相适应原则。罪刑法定原则 将在下一节具体论述，平等适用刑法是法律面前人人平等的法律原则在刑法中的具体化, 本书不展开具体论述。罪刑相适应原则（也可谓罪刑法定原则的内容）虽然对定罪有明 显的制约作用，但更主要的是对量刑起指导作用，故本书在“刑罚的裁量”一章（第十三 章）详细讨论。现在要讨论的是，除了刑法明文规定的基本原则外，是否还存在其他基本 原则？

〔1〕不过，在特殊情况下，即使是所有法律的共同准则，立法者也可能基于某种原因将其规定为刑法的基本原 则。

**44**刑法学（第五版）

在现行刑法颁布之前，刑法理论对刑法基本原则的归纳不完全统一。有的教科书将 刑法的基本原则归纳为罪刑法定、罪刑相适应、罪责自负三个原则;〔2〕有的教科书在上述 三个原则基础上增加了惩罚与教育相结合的原则;〔3〕有的教科书指出，刑法的基本原则 是罪刑法定、罪刑相适应、主客观相一致、惩办与教育改造相结合四个原则;〔4〕有的教科 书提出，刑法的基本原则是罪刑法定、惩办与宽大相结合、公民在法律面前一律平等、罪责 自负不株连无辜四个原则;〔5〕如此等等。对刑法基本原则的概括不同，不仅反映出刑法 理论上对刑法本身的认识不同，也反映出对一些原则之间的关系认识不同，还反映出刑法 理论工作者的价值取向不完全相同。但可以肯定的是，刑法的基本原则，并不一定仅限于 刑法明文规定的原则。

国外刑法理论一般将罪刑法定原则概括为刑法的基本原则，这不仅因为各国刑法都 规定了罪刑法定原则，而且因为刑法的性质、特点决定了罪刑法定原则是刑法的根本原 则。也有一些学者将罪刑法定、法益保护与责任主义概括为刑法的基本原则，与此相适应 的是，成立犯罪要求行为符合刑法规定的构成要件（构成要件符合性）、行为侵害了法益 （违法性）、行为人对符合构成要件的违法行为具有责任（有责性）。这是因为刑法的适用 存在三大危险:其一，一旦发生引起人心冲动的案件，就产生强烈的处罚感情，而不顾刑法 有无明确规定便予以处罚；其二，由于行为人的主观恶劣，而不管行为客观上是否侵犯了 法益便予以处罚；其三，因为侵犯了法益，而不问行为人是否具有非难可能性便予以处 罚。⑷

本书认为，除了刑法明文规定的基本原则外，法益保护与责任主义也是刑法的基本原 则。如后所述（第四章），犯罪的实体是不法与责任，违法的本质是侵害法益（刑法的目的 则是保护法益），责任是就不法行为对行为人的非难。与之相对应，法益保护与责任主 义,应当成为刑法的基本原则。从刑法的规定来看，刑法总则第1条、第2条、第13条的 规定，以及刑法分则条文的具体规定,共同体现了法益保护原则。刑法总则有关故意、过 失、责任能力等规定标明了责任主义原则。

第二节罪刑法定原则

\_、罪刑法定原则的法律渊源

罪刑法定原则的基本含义是，“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”。

一般认为，从法律规定上看,罪刑法定原则的最先来源是1215年英王约翰签署的大

宪章第39条的规定，即“对于任何自由人，不依同一身份的适当的裁判或国家的法律，不 得逮捕、监禁、剥夺领地、剥夺法的保护或放逐出境，不得采取任何方法使之破产，不得施

〔2〕参见杨春洗、杨敦先主编:《中国刑法论》，北京大学出版社1994年版，第15页以下。

〔3〕参见卨铭暄主编:《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第32页以下。

〔4〕参阽苏惠渔主编:《刑法学》，中国政法大学出版社1994年版，第31页以下。

〔5〕参见何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1995年版，第30页以下。

〔6〕参见［日］平野龙一:《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第90页。

第二章刑法的基本原则**45**

加暴力，不得使其入狱。”这一规定奠定了“适当的法律程序”的思想基础。英国1628年 的《权利请愿书》、1688年的《人身保护法》也从不同角度巩固了罪刑法定主义思想。上 述思想后来在美国广为传播，美国的《权利宣言》及宪法都肯定了罪刑法定主义，并且在 某些方面使罪刑法定原则具体化、不过，现代意义上的罪刑法定原则的法律渊源是法国 1789年的《人权宣言》、1791年的《法国宪法》与1810年的《法国刑法典》。《人权宣言》第 8条规定：“在绝对必要的刑罚之外不能制定法律，不依据犯罪行为前制定且颁布并付诸 实施的法律，不得处罚任何人。”这一规定确立了罪刑法定原则的基本方向。1791年的 《法国宪法》融人了这一精神。1810年的《法国刑法典》第4条进一步规定：“没有在犯罪 行为时以明文规定刑罚的法律，对任何人不得处以违警罪、轻罪和重罪。”这个最早出现 在刑法典中的条文，使罪刑法定原则从宪法中的宣言式规定转变为刑法中的实体性规定。 受1810年《法国刑法典》的影响，大陆法系国家刑法典纷纷规定了罪刑法定原则。罪刑 法定主义推动了法治原则的形成。

德国法治国思想的源泉是启蒙时代的见解；启蒙思想家几乎无一例外地是基于封建 时代罪刑擅断、滥施刑罚、国民随时可能遭受不可预测的刑罚惩罚的事实，进而为了避免 这种现象，使国民获得自由而提出了种种假设、设想与理由。罪刑擅断与刑罚滥用给国民 造成的痛苦最为严厉;保障国民自由的前提，是实行罪刑法定，禁止罪刑擅断。没有罪刑 法定原则的形成，就不可能有现代意义的法治概念。

罪刑法定主义促进了英国现代法治的形成。戴雪所提出的第一个法治原则，便是罪 刑法定。根据戴雪的观点，没有罪刑法定原则，就不可能有法治。〔7〕奉行罪刑法定主义 几乎是19世纪所有文明国家的立国原则，实行罪刑法定原则是迈向法治的第一步，而且 是最为重要、最为关键的一步。

罪刑法定原则被写进了国际条约，得到了国际法的承认。例如，《世界人权宣言》第 II条第2款规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依国家法或国际法均不构成 刑事罪者，不得被判犯有刑事罪。刑罚不得重于犯罪适用的法律规定。”《公民权利和政 治权利国际公约》第15条第1款也作了几乎完全相同的规定。《关于战俘待遇之日内瓦 公约》第99条第1款规定:“战俘之行为，在其犯此行为时，非为当时有效之拘留国法律或 国际法所禁止者，不得因此而受审判或处刑。”从这些条约中可以清楚地认识到，规定罪 刑法定都是为了防止罪刑擅断，使国民免受不可预测的刑罚惩罚，从而保障国民的自由。 因此，这些条约在规定罪刑法定原则之前，都强调了人人有权享有生命、自由和人身安全; 任何人不得施以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的刑罚。如果没有罪刑法定原 则，国民就不可能享有人权，故罪刑法定是人权的最有力保障。

罪刑法定不仅是刑法原则，也是宪法原则。英国史学家亨利•哈兰德曾经将英国中 世纪结束之时英国社会公认的宪法基本原则概括为5条，其中的第3条是：“除非根据法 院的专门令状，不得逮捕任何臣民；被捕者必须迅速交付法庭审判。”这实际上是罪刑法 定原则。韦德对于构成英国宪政基础的法治提出了五个原则：合法性原则、裁量限制原 则、平等原则、特权禁止原则和罪刑法定原则。〔8〕魏玛宪法第116条规定：“任何行为，只

(7)参见［英］戴雪:《英宪精义》，雷宾南泽，中国法制出版社2001年版，第232页以下. 〔8〕参见陈新民：《德国公法学基础理论》(上册)，山东人民出版社2001年版，第60页。

**46**刑法学（第五版）

有当制定法事先已经规定了可罚性时，才能判处刑罚。”而这一规定，与德国1871年刑法 典第2条关于罪刑法定原则的规定的表述基本相同。德国基本法第103条第2款也明文 规定了罪刑法定原则。意大利宪法第25条第2款规定：“如果不是根据行为实施前生效 的法律，不得对任何人进行处罚。”日本宪法第31条规定：“任何人非依法律所定程序，不 得剥夺其生命或自由，或科以其他刑罚。”第39条规定：“任何人如其行为在实行时实属 合法，或经认定无罪时，不得追究其刑事上之责任。”

二、罪刑法定原则的思想基础

罪刑法定原则沿革意义上的思想渊源，是三权分立思想与心理强制说。三权分立思 想要求由立法机关制定刑法，由司法机关适用刑法;心理强制说要求事先明文规定犯罪及 其法律后果，从而促使人们做出趋利避害的选择，以免实施犯罪行为。但是，三权分立的 僵硬学说并不符合大陆法系各国的法制现状，不能说明罪刑法定原则的现实，没有为罪刑 法定主义的基本内容提供依据；心理强制说的内容并不完全符合事实。〔9〕现在一般认 为，罪刑法定原则的思想基础主要是民主主义与尊重人权主义，或者说是民主与自由。

（一） 民主主义

民主主义要求，国家的重大事务应由国民自己决定，各种法律应由国民自己制定。刑 法的处罚范围与程度直接关系着每一个人的生命、身体、自由、财产与名誉，属于特别重大 的事项。“在特别重大的问题上，公民继续保留其否决权:这属于人权与基本权利，可以 被理解为民主的创造性存在（而非像在传统自由主义中被作为对民主的提防）。”〔IG〕所 以，应当由国民决定什么行为是犯罪、对犯罪科处何种刑罚。但社会现实表明，不可能每 一个人都是直接的立法者，国民不可能直接决定犯罪与刑罚；妥当的做法是由国民选举其 代表组成立法机关，由立法机关制定刑法；由于立法机关代表国民的意志，故其制定的刑 法也反映了国民的要求。刑法一经制定，便由司法机关适用，司法机关适用刑法的过程， 也是实施国民意志的过程。这理所当然形成了罪刑法定主义中的法律主义（或成文法主 义）。由于刑法是国民意志的体现，故司法机关不能随意解释刑法,尤其不能类推解释。 又由于刑法是国民意志的体现，它要尽最大可能、最大限度地保护国民的利益，如果扩大 处罚范围，就必然侵害国民的自由。这便要求禁止处罚不当罚的行为。正义与公平是国 民的当然要求，立法机关根据国民意志制定的刑法，必须体现正义与公平。所以，刑法必 须规定与犯罪相均衡的刑罚，同时禁止残酷的刑罚；而均衡的标准是同时代的一般人的价 值观念。

（二） 尊重人权主义

为了保障人权，不致阻碍国民的自由行动，不致使国民产生不安感，就必须使国民事 先能够预测自己行为的性质与后果，必须事先明确规定犯罪与刑罚。因为当国民事先能 够根据成文刑法预测自己的行为性质时，就不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚 处罚而感到不安，也不会因为不知道自己的行为是否会受到刑罚制裁而不敢实施合法行 为，从而导致行为萎缩的效果。在此意义上，尊重人权主义与使国民具有预测可能性（预 测可能性原理）是一个含义。但是，国民对自己行为的性质与后果具有预测可能性的前

〔9〕参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2009年版，第6页以下。

〔**10**〕［美］乔治•恩德勒等主编:《经济伦理学大辞典》，李兆雄、陈泽环泽，上海人民出版社2001年版，第89页。

第二章刑法的基本原则**47**

提是事先有成文法的规定，这便是法律主义;事后法不能使国民具有预测可能性，因此，必 须禁止刑法溯及既往;如果在具有成文法的前提下实行类推解释，国民也不能预测自己的 行为是否会被类推解释为犯罪，导致自由被侵犯，故必须禁止类推解释。刑法是裁判规范 与行为规范，如果含混不清、模棱两可或者前后矛盾，法官就无法裁判，国民也因为不能预 测自己行为的性质而左右为难，由此产生了刑罚法规的明确性原则。刑法是通过限制自 由的手段来保护自由的，二者之间始终存在一个平衡问题，故刑法的处罚范围必须合理， 否则便与刑法的宗旨相矛盾。

此外，一般预防与责任主义也能为罪刑法定提供思想基础。如果刑法追求一般预防 的目的与效果，就必须在事前明确规定被禁止的行为，从而使人们不实施犯罪行为。所 以，从一般预防原理可以引申出成文法主义、刑法的明确性、禁止溯及既往等内容。根据 责任主义原理，刑罚以行为人具有非难可能性为条件;然而，只有当行为人在事前已经知 道或者至少有机会知道自己的行为被刑法所禁止时，才能讨论行为人是否具有非难可能 性。因此，责任主义要求事前明确规定被禁止的行为，也引申出罪刑法定主义的部分内 容。

三、罪刑法定原则的基本内容

（一）概述

刑法第3条规定了罪刑法定原则：“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。”这一规定具有历史的进步意义。本条 后段无疑是罪刑法定原则的表述，问题是如何理解本条前段的规定。

一种观点认为，第3条前段规定了积极的罪刑法定原则，从而使我国的罪刑法定原则 更为全面，既注重保护社会、打击犯罪，又注重保障人权，限制司法权，是罪刑法定原则的 新发展。〔|1〕另一种观点则认为，第3条前段完全是画蛇添足，应当删除。〔|2〕

前一种观点存在疑问，换言之，不应当存在所谓积极的罪刑法定原则。首先，罪刑法 定原则的产生与发展的进程表明，该原则起先旨在限制司法机关的人罪权、施刑权，〔13〕后 来又包括了限制立法机关的制刑权。然而，第3条前段的规定，并不是限制司法机关与立 法机关的入罪权、施刑权与制刑权，故与罪刑法定原则没有关联。其次，从实质上说，限制 司法机关与立法机关的人罪权、施刑权与制刑权，是为了保障行为人的自由。换言之，罪 刑法定原则旨在对适用刑法保护法益进行制约，而第3条前段的内容显然不是如此。最 后，刑法的存在本身就是为了惩罚犯罪、预防犯罪。倘若认为“法律明文规定为犯罪行为 的，依照法律定罪处刑”是罪刑法定原则的内容，这便意味着只要有刑法就存在罪刑法定 原则。这既不符合事实，也违背逻辑。

后一种观点与论证方法也有明显缺陷。既然论者认为第3条前段缺乏人权保障的意 蕴，不符合罪刑法定原则的宗旨，就不要认为第3条前段是对罪刑法定原则的规定。可 是，后一种观点一方面承认第3条前段是对积极的罪刑法定原则的规定，另一方面又否认 这种规定的合理性。这无异于先将第3条前段做出有缺陷的解释，然后再进行批判，其解

〔H〕参见何秉松主编:《刑法教科书》（上卷），中国法制出版社2000年版，第63页以下, 〔**12**〕刘艳红:“刑法的目的与犯罪论的实质化"，载《环球法律评论》2008年第1期、

〔13〕人们通常所说的“限制司法权”，就是指限制司法机关的人罪权、施刑权..

**48**刑法学（第五版）

释方法并不可取。换言之，既然解释者认为第3条前段的内容不应当成为罪刑法定原则 的内容，就不要将其解释为罪刑法定原则的内容。诚然，第3条后段是关于罪刑法定原则 的规定，但这并不意味着其前段必然是对罪刑法定原则的规定。一个条款规定两个意思 的现象十分普遍，反之，两个条款表达一个意思的现象也不罕见（其实，刑法第12条也规 定了罪刑法定原则的内容）。

在本书看来，刑法第3条后段虽然是对罪刑法定原则的规定，但其前段并不是对罪刑 法定原则的规定（不是所谓积极的罪刑法定原则），而是针对我国刑法分则的特点，为了 防止司法人员随意出罪所做的规定。易言之，第3条前段旨在突出刑法的法益保护机能 （或原则），后段则旨在突出刑法的人权保障机能。我们也不必指责第3条规定了两个不 同的内容。一方面，保护法益的机能应当受到限制，人权保障机能也不能绝对无条件地优 于法益保护机能，故刑法的法益保护机能与人权保障机能总是存在冲突，第3条要求司法 机关对二者进行调和，在充分权衡利弊的基础上，使两个机能得到充分发挥。另一方面， 总体来说，第3条旨在限制司法权，只不过前段与后段所限制的内容不同而已。总之，刑 法第3条后段是关于罪刑法定原则的规定。

一般来说，可以将罪刑法定原则的具体内容分为“形式的侧面”与“实质的侧面”。法 律主义、禁止事后法、禁止类推解释、禁止不定（期）刑，是罪刑法定原则的传统内容，被称 为'‘形式的侧面”。形式侧面的思想渊源是三权分立与心理强制说，这两个思想渊源基本 上主张议会至上，旨在限制司法权。即只要法院严格执行议会制定的法律，人们的自由就 有了保障。这正是形式法治的观点。形式侧面并未过时，相反仍然特别重要。实质的侧 面包括两个方面的内容:一是刑罚法规的明确性原则；二是刑罚法规内容的适正的原则。 后者又包含两个方面的要求:禁止处罚不当罚的行为；禁止不均衡的、残虐的刑罚。实质 的侧面主要在于限制立法权，反对恶法亦法，是实质法治的表现。实质法治不仅强调所有 人都在法律之下，而且主张以实在法之外的标准衡量和检测法律，寻求法律的实质合理 性**P4〕**罪刑法定原则的实质侧面，正是为了寻求刑法的实质合理性，旨在使刑法尊重个 人自由、实现社会公平，不仅限制司法权而且限制立法权，从而实现实质的法治。

但是，形式侧面与实质侧面的区分具有相对性。罪刑法定原则是刑法的生命，其内容 与要求会随着时代的进步而发展。在议会至上的时代，罪刑法定原则只是强调对司法权 的限制。后来人们意识到，立法机关可能不当限制国民的自由，立法权也必须受到限制。 一方面，原本旨在限制司法权的原则，现在也成为限制立法权的原则（如禁止溯及既往、 禁止类推解释）。另一方面，罪刑法定原则发展出实质的侧面，明确性原则与刑罚法规内 容适正的原则，成为罪刑法定原则中限制立法权的重要内容。现在，我们进一步意识到， 明确性并不只是限制立法权，同样限制司法权。因为如果不在刑事司法中贯彻明确性原 则，同样会侵害国民的自由，甚至在适用刑法的名义下造成后果更严重、范围更宽泛的侵 害。正因为如此，本书以下一并讨论罪刑法定原则的具体内容。

（二）法律主义 成文的罪刑法定

罪刑法定原则所要求的法律主义，是指规定犯罪及其后果的法律必须是成文的法律；

〔M〕参见高鸿钧：“现代时方法治的冲突与整合”，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》（第1辑），清华大学出版社 2000年版，第29页以下.，

第二章刑法的基本原则**49**

法官只能根据成文法律定罪量刑其具体要求是:规定犯罪及其后果的法律只能是立法 机关制定的法律，故行政机关不能制定刑法;规定犯罪及其后果的法律必须由本国通用的 文字表述;习惯法不得作为刑法的渊源;判例也不得作为刑法的渊源。这几点密切联系， 虽易于理解，也存在疑问。

1. 行政法规能否制定罚则？

不少国家的宪法规定，当法律委任行政法规制定罚则(指刑罚)时，行政法规可以在 其范围内制定罚则。根据我国宪法及有关法律规定,行政机关所制定的行政法规，不能设 立刑罚；与此同时，我国立法机关也没有委任行政机关制定刑法规范;那些类似行政刑法 规范的规定，也只能被理解为:行政执法机关遇到行政犯罪案件时，必须交由司法机关处 理。在这一点上,我国严格遵循了罪刑法定原则的要求。

1. 习惯法能否成为刑法的渊源？

本来,在一定范围内，习惯法最能体现民意。但是，在当今社会，不管是根据民主主义 还是根据预测可能性的原理，都必须排斥习惯法。习惯法形成于社会生活简单、价值单一 的时代，在社会复杂化、价值多元化的当下，习惯法作为刑法的法源已不可能；习惯法通常 缺乏明确表达，人们难以据此预测自己的行为性质与后果；习惯法通常适用于狭窄限定的 各类人和关系范畴而不是极其普遍的各阶级，因此不具有一般性；习惯法也不可能被归纳 为一套规则，使之法典化则意味着令其面目全非。**［15］ 16 17 18 19**最为关键的是，习惯法的上述特点， 决定了它难以起到限制司法权力的作用。“刑法比其他法的领域更需要法的安定性，因 为只有成文法才能保证法的安定性，故此每部现代刑法典都将刑法完全浇注为成文法的 形式。”

习惯法虽然不能成为刑法的渊源，但仍然是人们在解释犯罪构成要件和判断违法性、 有责性时必须考虑的因素。另一方面，当存在有利于行为人的习惯法，行为人以习惯法为 根据实施行为时，可能以行为人缺乏违法性认识的可能性为由，排除犯罪的成立。

1. 判例法能否、应否成为刑法的渊源？

法治在刑法领域表现为罪刑法定原则。一个没有实行罪刑法定原则的国家，不可能 是法治国家。因为法治的任何含义、价值，都可以在罪刑法定原则的思想基础、具体内容 中找到表现形式。罪刑法定原则，要求司法机关只能根据已经公布的刑法定罪量刑。但 是，在同样实行法治的国家，理论上与实践上对其中的“刑法”理解不同、要求不同。〔17〕

法学界有许多人士倡议将判例作为法源即确立判例法。如有人建议:要建立以成文 法为主、以判例为辅的具有中国特色的法律体系刑法规定了罪刑法定原则，也必然 遗漏了一些犯罪，故仍然存在这样的问题:怎样处理新出现的“犯罪行为”？有的学者主 张实行刑事判例制度来解决。［19〕显然，主张采取刑事判例法的学者，其观点的视角并不 是判例法所具有的预测可能性与对司法权力的限制，而是对成文刑法漏洞的补充。

在中国推行刑事判例法，意味着同时将成文刑法与刑事判例作为刑法法源。但难以

**(15J**参见［美］昂格尔:《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社1994年版，第44页。

**(16］** ［德］古斯塔夫•拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》，舒国滢澤，中国法制出版社2001年版，第38页。

(17］ 参见张明楷:“法治、罪刑法定与刑事判例法”，载《法学》2000年第6期,：

**(18］** 参见武树臣：“论判例在我国法制建设中的地位”，载《法学》1986年第6期

**(19］** 参见张文：“刑法学研究的几个热点问题载《法学研究》1997年第5期,，

**50**刑法学（第五版）

看出这样会使成文刑法与刑事判例形成优势互补、弊害互克的格局。相反，在两种法源同 时存在的情况下，成文刑法仍然可能被随意解释，判例法的非民主性、溯及既往等缺陷各 自独立地存在，因而同时表现出来。因为判例法充其量只能填补刑法的空白或漏洞，而不 能弥补成文刑法的其他缺陷，但判例法本身所具有的非民主性与溯及既往的缺陷，无论如 何也不能由共存的成文刑法来克服。概言之，判例法实际上是法院公然立法，只不过立法 的方式、法律表达方式不同而已。这彻底违反了民主主义原理，当然也违背了罪刑法定原 则。

现在，“两高”开始采用案例指导制度。对于“两高”发布的指导性案例，各级法院与 检察院在办理类似案件时应当参照。但是，这种做法只不过是当前盛行的司法解释的另 一种表述，而不是将判例（指导性案例）作为刑法的渊源。

（三）禁止溯及既往——事前的罪刑法定

适用事后法，使刑法溯及既往，意味着国民必须遵守行为时根本不存在的“法律”，这 令人不可思议。由于适用刑法的效果通常导致严厉的刑罚，故与其他部门法相比,刑法对 事后法的禁止极为严格。

在古代制度中，法主要基于习惯，具有静态特征；即使颁布了新的法律，也不过是习惯 法的成文化。因此，法律溯及既往并不损害国民的预测可能性。只是到了 18世纪，法律 在时间上的冲突问题才以一个崭新的和决定性的意义出现，它与国民基本权利的保护以 及国民针对权力的法律安定性等相关联。18世纪后期的宪法，均禁止立法者颁布溯及既 往的法律。1789年法国大革命的结果，导致有必要强调法律不溯及既往的观念，所以法 国1792年宪法规定:“任何法律，刑事的或民事的，均不得有追溯效力。”由此看来，法律 在时间上的承接问题，已经成为政治哲学与法哲学问题PG〕

禁止溯及既往是保障国民自由的要求。因为国民总是根据现行有效的法律计划和实 施自己的行为；在这种情况下，国民之所以是自由的，是因为能够知道现行有效的法律内 容，完全可以在法律允许的范围内自由行事。国民绝不可能预见到立法机关在其行为后 会制定何种法律，故不可能根据行为后的法律安排现在的行为。如果现在的合法行为，会 被将来的法律宣告为非法，进而给予制裁，国民就没有丝毫自由可言。正因为禁止事后法 是为了保障国民自由，所以，禁止事后法只是禁止不利于被告人的溯及既往，如果新法有 利于被告人，则可以溯及既往适用新法。更有甚者,在新法处罚较轻或者不处罚的情况 下，对原来根据旧法所作的判决也必须改判为较轻的刑罚或者宣告无罪尸|〕这是为了使 刑罚的处罚范围降低到最低限度，从而扩大国民的自由。

禁止溯及既往（禁止事后法）原则也源于法律的机能。法律一方面具有安定的机能， 另一方面又具有推动或塑造的机能。法律在保障社会生活的延续，保障国民的权利和正 当期盼的同时，能够使所建立的秩序与社会演变相适应，甚至在特定意义上来促进这种演 变。国民相信法律规范的真实性，并将其生活计划置于刑法中，实施法律所允许实施的行 为，不实施法律所禁止实施的行为；于是,法律规范起到了指引、促进或者决定人们行为的

1. 参见马沙度：《法律及正当论题导论》，黄清薇、杜慧芳译，澳门大学法学院，澳门基金会1998年版，第**173**页 以下。

〔**21**〕参见西班牙刑法第2条。

第二章刑法的基本原则**51**

作用。显然，法律规范不可能在其付诸生效之前指引、指示人们的行为。如果法律规范溯 及既往，人们对法律规范的正当期盼的失落，会导致对法律规范失去信心，进而摧毁法的 社会机能

禁止溯及既往既是司法原则.也是立法原则。因为刑法适用上的溯及既往与刑事立 法上的溯及既往都会损害国民的预测可能性、侵犯国民自由；即使新法一般优于旧法，但 旧法也是适应当时社会的法律，不可认为新法能适应以往时代的需要。

根据预测可能性的原理，下列做法违反禁止事后法的原则：（1）对行为时并未禁止的 行为科处刑罚；（2）对行为时虽有法律禁止但并未以刑罚禁止（未规定法定刑）的行为科 处刑罚；（3）事后减少犯罪构成要件或者降低犯罪成立条件而增加犯罪可能性；（4）事后 提高法定刑或者加重刑罚内容；（5）事后增加或者加重保安处分或非刑罚处罚；（6）事后 将自诉罪变更为公诉罪;（7）事后延长追诉时效;（8）改变刑事证据规则，事后允许以较少 或较简单的证据作为定罪根据。

（四）禁止类推解释——严格的罪刑法定

多数学者认为，禁止类推解释是罪刑法定原则的一个内容。类推解释，是指需要判断 的具体事实与法律规定的构成要件基本相似时，将后者的法律效果适用于前者。形式侧 面的禁止类推解释，是禁止一切类推解释。因为类推解释导致刑法的规定适用于相似的 情况，然而，只要两种现象之间存在相同之处，人们就可以说它们具有相似性。于是，任何 行为都可能与刑法规定的行为相似，都有被定罪量刑的危险。

禁止类推解释既可以由民主主义解释，也可以由预测可能性解释，还可以由责任主义 解释=刑法是由文字表述的，在解释刑法时，只能在法条文字可能具有的含义内进行解 释；同时，由于刑法本身有自己的体系，故在确定文字含义时，应当在维持刑法整体含义的 前提下进行解释。如果可以类推解释，则意味着成文刑法丧失了意义。

刑法通过其文字形成规范从而指引、指示人们的行为;或者说，国民通过刑法用语了 解刑法禁止什么行为。在了解的过程中，国民当然会想到用语可能具有的含义；因此，在 用语可能具有的含义内做出解释，就不会损害其预测可能性;如果将国民根据刑法用语所 预想不到的事项解释为刑法用语所包含的事项，就超出了国民的预测可能性，从而导致国 民实施原本不认为是犯罪的行为却受到了刑罚处罚。所以，类推解释的结论，必然导致国 民不能预测自己的行为性质后果，要么造成行为的萎缩，要么造成国民在不能预见的情况 下受刑罚处罚。

禁止类推解释原本只是从形式侧面提出的要求，意在禁止对刑法做出任何类推解释。 但是，如果同时从形式法治与实质法治出发，对类推解释应当作两个方面的补充与发展。 第一，不仅应禁止类推解释，而且应禁止一切违反民主主义、违反预测可能性的不合理解 释。解释方法无穷无尽，但可以肯定的是，类推解释从方法上来说，就是应当禁止的；对于 其他解释方法，只能从其解释理由与结论上判断是否违反罪刑法定原则。第二,类推解释 的要求经历了由禁止一切类推解释发展到只是禁止不利于被告人的类推解释的过程。之 所以允许有利于被告人的类推，是因为刑法中存在一些有利于被告人的规定；而这些规定 因为文字表述以及立法疏漏的缘故，按照其文字含义适用时会造成不公平现象。所以，允

**52**刑法学（第五版）

许有利于被告人的类推解释，正是为了克服形式侧面的缺陷，实现刑法的正义。〔22〕

（五）处罚的明确性 明确的罪刑法定

将明确性作为罪刑法定原则实质的侧面，源于美国的“因不明确而无效”的理论。美 国联邦最高法院于1914年认定法律“因不明确而无效”是一项宪法原则。〔23 \* \* \*〕此后，该理 论也得到了其他国家的确认。联邦德国巴伐利亚州的宪法法院于1952年明确宣布，处罚 违反“公共秩序”的行为的法律不具有明确性而无效。此后，德国联邦法院于1969年5月 14 0明确表述了“必须使任何人都能够预测对何种行为规定了何种刑罚”的原则曰 本的最高裁判所1975年9月10日的判决肯定了明确性原则，并且指出：“某种刑罚法规 是否因为含混、不明确而违反宪法第31条导致无效，应当根据具有通常判断能力的一般 人的理解，在具体场合能否判断某行为是否适用该法规为基准来决定。”〔25〕“明确性要求 的首要根据在于，只有当人民代表的法意志明确地表现在条文中，从而排除法官做出主观 擅断的判决时，法律保留才能发挥充分的效果。”t26〕换言之，明确性是限制国家权力、保障 国民自由的基本要求。法治的主张者们几乎无一例外地提出，明确性是一项法治原则。 但可以肯定的是，任何部门法理论都没有像刑法理论这样强调法律的明确性，在此意义上 说，罪刑法定主义的明确性要求，是对法治的明确性原则的最突出贡献。

明确性原本是针对刑事立法而言，但本书认为，处罚的明确性包括刑事立法的明确性 与刑事司法的明确性。

1. 禁止绝对不定（期）刑

法定刑必须有特定的刑种与刑度（法定刑的明确性）。如果刑法分则条文宣布禁止 某种行为，但没有对该行为规定刑罚后果，根据“没有法定的刑罚就没有犯罪”（Nullum crimen sine poena legali）的原则，该行为便不是犯罪。所以，不同时代的刑法通常都对犯 罪规定了特定的刑种与刑度。所不同的是，在一段时间内，西方一些国家的刑法（如1791 年的《法国刑法典》）规定了绝对确定的法定刑，使法官没有裁量的余地。从表面上看，刑 法规定绝对确定的法定刑，有利于保障人权。但事实上，任何一种具体的犯罪都可能具有 不同的情节、不同的罪行程度以及不同的特殊预防必要性，而绝对确定的法定刑只能以该 种犯罪的平均罪行程度为根据予以确定，故反而侵害那些情节轻微、特殊预防必要性小的 部分犯罪人的自由。所以，现代各国的刑法都规定了相对确定的法定刑。〔27〕相对确定的

**［22J**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物.没有获得不正当利益的，不是行贿 反过来说，只有当因勒索给予国家工作人员以财物，且获得了不正当利益时，才成立行贿罪。但是，刑法第 164条在规定对非国家工作人员行贿罪时,没有做出类似规定。可以肯定的是，对非国家工作人员行贿罪的 不法程度轻于行贿罪。既然如此，就没有理由认为，因被勒索给予非国家工作人员以财物，即使没有获得不 正当利益的，也成立对非国家工作人员行贿罪。要为这种实质的解释寻找法律根据，就必须类推适用刑法 第389条第3款。换言之，刑法第389条第3款的规定，应当类推适用于对非国家工作人员行贿的情形（参 见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2009年版，第丨13页以下）。

［23〕参见［日］芝原邦尔:《刑法的社会机能》，有斐阁1973年版，第157页以下。

**（24］**参见［日］川端博等:“罪刑法定主义的问题状况”，载《现代刑事法》2001年第丨I期

〔**25］**日本《最髙裁判所刑事判例集》第29卷第8号，第489页。

〔**26**〕H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. , Duncker & Humblot, 1996, S. 136.

C27］我国刑法分则采用了相对确定的法定刑，但对部分犯罪没有规定相对确定的罚金数额，这一点并不完全符 合罪刑法定原则的要求。

第二章刑法的基本原则**53**

法定刑，一方面限制了法官自由裁量的权力，另一方面也有利于实现罪刑相适应原则，因 而符合法治的要求。

法官不仅应当以相对确定刑为依据裁量刑罚，而且必须做出具体的裁量，即必须宣告 具体的刑罚（宣告刑的明确性），而不能宣告不定期刑。

1. 犯罪构成的明确性

犯罪构成（犯罪成立条件）的明确性，"表示这样一种基本要求:规定犯罪的法律条文 必须清楚明确，使人能确切了解违法行为的内容，准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范 围，以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象”。［28］

如果犯罪构成不明确，就不具有预测可能性的功能，国民在行为前仍然不明白其行为 是否构成犯罪，于是造成国民行动萎缩的效果，因而限制了国民的自由。而且，随着社会 的复杂化，法定犯（行政犯）日益增多，不明确的犯罪构成对国民预测可能性的侵害便越 来越严重。不仅如此，不明确的犯罪构成还为国家机关恣意侵犯国民的自由找到了形式 上的法律根据，所以，不明确的犯罪构成更容易侵犯国民自由，因而违反法治原则。在此 意义上说，“没有法律就没有刑罚的原则的真正危险并非来自于类推，而是来自于不确定 的刑法规定”

不过，犯罪构成的明确性只是一种相对的要求，要求刑法明确到无须解释的程度只是 一种幻想。事实上，“法律使用明确的概念的情形，而且真正明确的，不需要解释、也根本 不能解释的只是数字概念（18岁）”。％］即使是数字概念，也存在如何起算的问题。解释 刑法就是为了使刑法明确，所以，实现刑法的明确性是刑事立法、刑事司法与刑法理论的 共同任务。

1. 刑事司法的明确性

（1）司法解释与指导性案例的明确性

在国外，“法院所做的一切就叫判决;立法机关所做的就是立法”J”〕但我国法院所 做的一切并非都是判决。最高人民法院并不是以自己的判决指导下级法院，而是往返于 立法与司法之间，既要直接适用刑法，又要对立法机关制定的刑法进行解释。最高人民检 察院也不例外。换言之，我国最高司法机关一直以司法解释指导下级司法机关。司法解 释事实上成为司法机关制定的法律。司法解释不同于判决，而是规范性文件，甚至采用了 与刑法条文一样的表述方式，并且具有法律效力。所以，从裁判规范的角度来说，如果司 法解释不明确，必然会使下级刑事司法机关产生困惑。从行为规范的角度来说，国民可能 通过阅读司法解释了解相关行为性质，从而决定是否实施相关行为。所以，如果司法解释 不明确，也可能导致国民无所适从。既然如此，司法解释就必须具有明确性。司法解释不 得导致司法人员对其内容朝着相反的方向理解，不得导致司法人员难以或者不能确定其 基本含义，不得导致司法人员无法确定其用语的涵摄范围。基于同样的理由，指导性案例 的裁判要点与裁判理由也必须一致并且明确。

'28］［意］杜里奥•帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林泽，法律出版社1998年版，第24页。

〔**29**〕H. Welzel, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. , Walter de Gruyter & Co. , 1969, S.23.

〔30］ Arthur Kaufmann,Rechtsphilosophie,C. H. Beck, 1997. S. 70.

（31］［美］邓肯•肯尼迪：《判决的批判》，王家国译，法律出版社2012年版，第4页。

**54**刑法学（第五版）

（2）判决书与起诉书的明确性

刑法虽然具有行为规范的一面，但刑法不是针对一般人制定的。“在对真实没有偏 见的观点看来，我们不能说法律是对市民发布的，如果真要如此，那么就要完全不一样的 去形塑法律，它必须更具体，并且要具有民俗性的，它必须是用日常语言的说法来表达出 来，他不应该是用非常有限的表述方式来规定的。而且，它必须被说明被教授。”［32〕事实 上，一般人并不直接阅读刑法条文,而是通过起诉书、判决书（包括刑事裁定书）了解刑法 内容。“法律不是靠明确的条文来表现，而是在一个个案件的判决中清晰地展示出 来/〕这虽然是普通法规则，但同样适用于成文法。日本学者指出：“法就是观念上已经 固定的存在，对其正确理解的判决是法的具体化。”〔34〕德国学者也认为，“大部分的法律都 是经过不断的司法裁判过程才具体化，才获得最后清晰的形象，然后才能适用于个案，许 多法条事实上是借裁判才成为现行法的一部分”。〔35〕刑法只有运用到现实生活中才具有 意义。判决书、起诉书是对刑法的活生生的解读，解读得越明确，刑法的内容就越容易被 一般人理解，刑法就越能发挥一般预防的作用。所以，判决书与起诉书不仅需要具有合法 性、合理性，而且还必须具有明确性i36］判决书必须实现事实描述的明确性、适用法条的 明确性与裁判说理的明确性;起诉书必须做到指控事实明确与适用法条明确。〔37］

（六）处罚的适正性——适正的罪刑法定

1 +禁止处罚不当罚的行为

犯罪构成要件的明确性，不意味着处罚范围的合理性。倘若刑法规定：“除本人住宅 以外,在有三人以上的场所吸烟的，处一年以下有期徒刑。”我们虽不能否认其明确性，但 它并没有实现刑罚法规内容的适正性要求。犯罪与刑罚确实由立法机关规定，但是，这并 不意味着立法机关可以随心所欲地确定犯罪的范围。禁止处罚不当罚的行为，就是指刑 罚法规只能将具有处罚根据或者说值得科处刑罚的行为规定为犯罪，从而限制立法权，进 而限制司法权。本来，立法机关不将应当科处刑罚的行为规定为犯罪也是错误的，但由于 人们对立法机关的不信任导致所担心的是立法对自由的侵犯，再加上将应当科处刑罚的 行为不规定为犯罪的情况比较罕见，所以，刑法理论通常强调的是禁止处罚不当罚的行 为。

法治并不意味着一切琐细之事均由法律处理，更不意味着琐细之事由刑法处理。法 律排斥过剩的、矛盾的和不适当的规定。现代社会越来越复杂，人际交往越来越频繁，如 果人们的一举一动都由法律来制约，必然造成法律条文过剩、自相矛盾和不适当。就法律 体系而言，国家有许许多多的部门法，如果每一个部门法都能在其领域内充分地保护法 益，刑法则没有存在的余地;反之，只有在部门法不能充分保护法益时才需要刑法。这既 造成了刑法保护的法益范围的广泛性，也导致了刑法的补充性，使刑法成为其他法律的保

（32J ［德］亚图•考夫曼:《法律哲学》，刘幸义等译，台北五南图书出版公司20⑻年版，第119页。

〔33 \* \*〕［美］安东尼•刘易斯:《言论的边界》，徐爽泽，法律出版社2010年版，第3页。

〔M］［日］平野龙一:"刑法解释中的判例与学说”，黎宏译，载《国家检察官学院学报》2015年第1期。

〔35〕［德］卡尔•拉伦茨:《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第20页。

〔36〕德国联邦宪法法院禁止判决做出一个使构成要件界限变得模糊不清或者不明确的解释。Vgl. ,C. Roxin, Strafrecht Allgenmeiner Teil, Band I，4. Aufl. , C. H. Beck, 2006,S. 176.

［37］参见张明楷•.“明确性原则在刑事司法中的贯彻”，载《吉林大学社会科学学报》2015年第4期。

第二章刑法的基本原则**55**

障。因此，刑法不可能理会琐细之事。就刑法特征而言，刑法所规定的法律后果，在具有 积极作用的同时，也存在明显的消极作用，如果适用范围过宽，则不仅削弱积极效果，而且 有害于国家与国民。所以，能够不使用刑罚，而以其他手段也能达到保护法益的目的时， 则务必放弃刑罚手段。况且，适用刑法的代价十分昂贵，对违法行为尽量适用其他法律， 对国家与个人都会利多弊少。

刑法虽然保护和扩大自由，但它必须通过限制自由的手段来保护和扩大自由。如果 仅从限制自由的手段来考虑，每一部法律都是一种罪恶，因为每一部法律都是对自由的限 制。刑法理会的事项过于宽泛的结局，必然是过大地限制国民的自由，会造成国民的激 愤。刑罚的威慑力大于其他法律后果，国民希望重大的违法行为由刑罚来处罚，于是形成 了刑罚的信用。但如果处处适用刑罚，就会降低刑罚的信用。国家要运用各种手段管理 社会，国家的威信来源于处理各种事项的妥当性；而处理各种事项的妥当性既取决于目的 的正当性，也取决于手段的正当性。如果对各种事项不分轻重地动用刑法，就会损伤国家 的威信。所以，控制刑法的处罚范围，不只是刑法理论问题，而且是刑事政策问题。

但是，不能走向另一极端，以为刑法的处罚范围越窄越好。肓目实行“非犯罪化”，并 不具有合理性。国外刑法规定的处罚范围相当广，特别是行政刑法的处罚范围几乎漫无 边际，故有实行"非犯罪化”的必要。根据中国的现实情况，现行刑法与其后的刑法修正 案增加了许多新的犯罪。这种有限的犯罪化具有实质的合理性。（1）行为是否侵害法益 以及侵害的程度，总是随着社会的变化而变化。由于形势的变化，当某种行为对法益的侵 害性已经达到了值得科处刑罚的程度时,就需要将其规定为犯罪；反之，就需要将其非犯 罪化。据此,犯罪化与非犯罪化都应以行为性质、客观危害的变化为根据，没有一个国家 一直实行非犯罪化,也没有一个国家一直实行犯罪化。（2）现行刑法与其后的刑法修正 案虽然增加了许多犯罪，但是，一方面，所增加的犯罪都是严重侵害法益的行为；另一方 面，由于立法经验不足，对许多犯罪没有类型化，只是作了异常具体的规定；如果稍作类型 化，许多新罪都可以合并为一种犯罪行为。（3）即使现行刑法与后来的刑法修正案增加 了一些犯罪，但也还有许多应当和值得科处刑罚的行为未能规定为犯罪，如背任罪（背信 罪）、强制罪、胁迫罪等典型的刑事犯罪，在现行刑法中也未见诸于条文。此外，我国刑法 中还存在不少无效的犯罪化，亦即，刑法虽然增设了不少新罪，但由于各种原因，其中的部 分新罪几乎没有在刑事司法出现。

2.禁止不均衡的、残虐的刑罚

禁止不均衡的刑罚，是罪刑法定原则的重要内容。〔38〕罪刑均衡的朴素表现是以眼还 眼、以牙还牙，但这种表现不能被普遍化。在目前，“所要求的并不是某一犯罪和对这种 犯罪的惩罚之间的那种完美适应的关系。而是对不同犯罪的惩罚应当在罚与罪的标度或 标准上‘相当’于相应的犯罪的恶或严重性”。〔39〕而且，禁止不均衡的刑罚，旨在禁止轻 罪重判。由于刑罚的轻重既取决于罪行的轻重,也取决于预防的必要性大小，故重罪也可 能被轻判。

要禁止不均衡的刑罚，就必然反对残虐的刑罚。残虐的刑罚，是指以不必要的精神、

**［38］** 虽然我国现行刑法将罪刑相适应原则独立于罪刑法定原则之外，但后者事实上可以包含前者。

（39） ［英］哈特:《惩罚与责任》，王勇等译，华夏出版社1989年版，第155页。

**56**刑法学（第五版）

肉体的痛苦为内容，在人道上被认为是残酷的刑罚。既然是不必要的和残酷的，那么，它 相对于任何犯罪而言都必然是不均衡的。刑罚处罚程度由重到轻，是历史发展的进步表 现与必然结果;轻刑化是历史发展的必然趋势。

然而，这并不意味着应该或者可以超越时代实行轻刑化。使犯罪人受剥夺性痛苦是 刑罚的惩罚性质与内在属性。恶有恶报、善有善报的朴素正义观念决定了没有痛苦内容 的措施在任何时代都不可能成为刑罚。对于刑罚的痛苦程度，应以本国国民的物质、精神 生活水平以及社会的平均价值观念为标准进行衡量。

四、罪刑法定原则的具体实现

罪刑法定原则的法定化，并不等同于罪刑法定原则的现实化。要展现罪刑法定原则 的思想基础、实现罪刑法定原则的基本内容，还需要刑法理论工作者与司法工作人员付出 巨大努力。另一方面，也不能因为刑法规定了罪刑法定原则，而不敢解释刑法。下面就四 个问题略作说明。

（一）罪刑法定与实质解释

实质解释，主要是针对构成要件的解释而言，对其基本内容（或要求）可归纳为如下 三点:第一，对构成要件的解释必须以法条的保护法益为指导，而不能仅停留在法条的字 面含义上。换言之，解释一个犯罪的构成要件，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构成要件的具体内容。第二，犯罪的实体是不法与责任， 构成要件是违法类型。所以，对构成要件的解释，必须使行为的违法性达到值得科处刑罚 的程度，必须将符合构成要件的字面含义、实质上不具有可罚性的行为排除于构成要件之 外。第三，当某种行为并不处于刑法用语的核心含义之内，但具有处罚的必要性与合理性 时,应当在符合罪刑法定原则的前提下，对刑法用语作扩大解释。质言之，在遵循罪刑法 定原则的前提下，可以做出不利于被告人的扩大解释，从而实现处罚的妥当性。

一些人习惯于认为，实质解释就是类推解释，违反了罪刑法定原则。其实，实质解释 论并非主张超出构成要件的范围进行实质的考虑。在实行罪刑法定主义的时代，恐怕没 有人会主张罪刑擅断。断言实质解释违反罪刑法定原则，或许出于偏见，也许基于误解。

罪刑法定原则意味着法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚。因此，不属于刑法 明文规定的行为，即便其法益侵害再严重，也不可能科处刑罚。这便涉及刑法漏洞问题。 可以肯定的是，真正的刑法漏洞是不可能通过解释来填补的。换言之，即使某个行为值得 科处刑罚，但只要刑法没有明文规定，就必须得出无罪结论。不管是形式解释论者还是实 质解释论者，在这一点上不会有区别。问题在于，如何判断是否存在真正的漏洞？可否通 过类推解释以外的解释方法填补虚假的漏洞？在本书看来，只有通过类推方法才能填补 的漏洞，才是真正的漏洞。没有疑问的是，刑法不可能没有漏洞；可以肯定的是，这种漏洞 只能由立法机关通过修改刑法来填补。例如，刑法没有规定公然猥亵罪，倘若认为公然猥 亵行为值得科处刑罚，就必须修改刑法增加此罪。

但是，为了实现刑法的正义，必须在不违反罪刑法定原则的前提下，尽可能减少和避 免刑法的漏洞。换言之，应当在法定形式范围之内，将值得科处刑罚的行为合理地解释为

〔40〕例如，在国民根本没有机动车的年代，不可能想象将“禁止驾驶”作为刑罚方法;但在国民普遍拥有机动车的 当下，立法机关则可以考虑将"禁止驾驶”作为刑罚方法（附加刑）。

第二章刑法的基本原则**57**

犯罪。在本书看来，可以通过类推解释以外的各种解释方法来填补的“漏洞”，都不是真 正的漏洞。例如，组织男性向不特定男性提供有偿性服务的行为，当然属于组织他人卖 淫，不能认为刑法有漏洞。因为对刑法必须做出同时代的解释，否则就意味着活人必须生 活在死人的统治下，这是不可思议的。再如，刑法第247条将以暴力“逼取证人证言”的 行为规定为犯罪。问题是，对使用暴力逼取被害人陈述的行为，能否适用本规定？形式解 释论者认为，应当由立法填补漏洞更好。可是，一方面，此条并无真正的漏洞，完全可以通 过扩大解释，将被害人解释为证人、将被害人陈述解释为证人证言来解决。〔41〕解释者不 必在心中想象出一部理想的、完备的刑法典;不要以为，只要刑法制定得好,就可以凭借平 义解释处理所有案件，于是以自己心中想象的那部理想的、完备的刑法典为依据处理现实 案件。因为不可能存在一部完美的刑法典,在实行依法治国的时代，解释者只能将现行有 效的刑法典作为法律依据处理现实案件。

还有人认为，实质解释就是单纯根据行为的社会危害性认定犯罪，因而违反罪刑法定 原则。其实，实质的解释主要是就刑法规定的构成要件进行实质解释，而不是单纯对案件 事实进行实质判断;如果缺乏构成要件的规定，或者说，如果刑法没有对某种行为设置构 成要件，当然不可能通过实质解释将其认定为犯罪。不仅如此，实质解释（第一、二点内 容）还会将一些符合构成要件字面含义的行为排除在犯罪之外。

不可否认，从逻辑上说，与形式解释论相比，实质解释论的第S点内容，似乎容易扩大 处罚范围。因为构成要件大多表现为积极表述的构成要件，故对构成要件作扩大解释，一 般会得出对行为人不利的结论。但是，作为一种解释方法，扩大解释本身并不被罪刑法定 原则所禁止。至于如何区分类推解释与扩大解释，则是刑法学永恒的课题。只要没有超 出刑法用语可能具有的含义，只要行为具有处罚的合理性与必要性，即使是不利于被告人 的扩大解释结论，也是可以采纳的。反之，扩大解释、平义解释的结论也并非都是合理的； 在某些场合，不作限制解释就会得出不合理结论。此外，扩大处罚范围，并不等于违反罪 刑法定原则。一方面，是否违反罪刑法定原则，要根据是否类推解释、是否适用事后法等 具体内容予以确定；只要某种行为属于符合构成要件的不法且有责的行为，将其认定为犯 罪，就不会违反罪刑法定原则。另一方面，处罚范围并非越窄越好，而是越合适越好；只有 不当扩大处罚范围，才会违反罪刑法定原则。

就某个具体条文或具体案件而言,经常出现有罪与无罪、重罪与轻罪的争论，这是很 正常的现象。对构成要件的解释或判断存在分歧时，争论各方应就争议的具体焦点本身 展开讨论。不深入讨论条文与案件的具体焦点问题，仅抽象地从是否违反罪刑法定原则、 是否滥用权力、是否破坏法治的角度进行讨论，就不可能得出合理结论。例如，能否将养 老院、孤儿院管理者遗弃老人、孤儿的行为认定为遗弃罪，需要就遗弃罪的法益、“扶养义 务”的来源、“拒不扶养”的含义等具体问题展开讨论。在争论具体问题时，主张无罪、罪 轻的人不能简单地用“违反罪刑法定原则”反对主张有罪、罪重的观点。

（二）罪刑法定与类推解释

一般认为，罪刑法定原则并不禁止扩大解释，但如何厘定扩大解释与类推解释的界 限，则是一 **t**难题。（1）从用语含义上说，扩大解释所得出的结论，没有超出刑法用语可

**[41]**不应强求刑法用语必须与刑事诉讼法的用语一致。

**58**刑法学（第五版）

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。“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。〔42〕（2）从概念 的相互关系说，扩大解释时没有提升概念的阶位；而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。［43〕（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，将其作为处罚对象。（5）从实质上而言，一般而言，扩大解释的 结论在公民预测可能性之内；类推解释则超出了公民预测可能性的范围。

尽管如此，类推解释与扩大解释的界限仍然是不确定的。同一种解释，有人觉得是类 推解释，有人则认为是扩大解释。本书的基本观点如下：（1）某种解释是否属于类推解 释,在考虑用语可能具有的含义的同时，还要考虑处罚的必要性。处罚的必要性越大，将 其解释为犯罪的可能性就越大，这种解释被认定为类推解释的可能性就越小。当然，无论 如何不能超出刑法用语可能具有的含义。（2）某种解释是否属于类推解释，在考虑用语 在该条文中可能具有的含义的同时，还要考虑该用语与相关条文的关系。解释结论与刑 法的相关条文的内容以及刑法的整体精神相协调时,一般不宜认定为类推解释。（3）某 种解释是否属于类推解释，在考虑一般人能否接受该解释的同时，还要考虑犯罪的类型。 例如，对有关自然犯的法条的解释的扩大程度与范围可以略为缓和、宽泛;对于有关法定 犯的法条的解释则相反。（4）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。（5）某种解释是否属于 类推解释，在考虑本国刑法规定的同时，还要考虑本国刑法规定与外国刑法规定的区别。 例如，德国、日本刑法严格区分了财物与财产性利益，将财产性利益解释为财物无疑属于 类推解释。但在我国，刑法未作此区分，故有可能将财产性利益解释为财物。换言之，不 能以德国、日本刑法中的财物不包括财产性利益为由，主张我国刑法中的财物也不包括财 产性利益。（6）某种解释是否属于类推解释，在考虑用语现有含义的同时,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，将电 子邮件解释为刑法第252条与第253条中的“信件”、“邮件”，就不是类推解释。（7）判断 某种解释是扩大解释还是类推，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。但是，不 能轻易认为，只要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，就属于违

**［42］**参见［德］Karl Larenz:《法学方法论》，陈爱娥译，台北五南图书出版公司1996年版，第227页。

〔《〕例如，妇女与男士均属于“人"，所以，“人”是妇女与男士的上位概念。所以，如果将刑法第236条和第237 条中的“妇女”解释为“他人”，就提升了 "妇女”概念的阶位，属于类推解释。

第二章刑法的基本原则**59**

反罪刑法定原则的类推解释。（8）判断某种解释是扩大解释还是类推解释，不仅要考虑 用语可能具有的含义，而且要考虑一般国民的接受程度，某种解释结论让一般国民感到 特别意外时，常常表明该解释结论超出了国民的预测可能性，可能属于类推解释。但是， 也不能认为，凡是国民接受的解释就不是类推解释。例如，国民普遍使用“语言暴力”、 “冷暴力”概念，但是，如果认为刑法分则中的“暴力”包括“语言暴力”与“冷暴力”，则必 然是类推解释。由此可见，不能一概以概念的日常口语含义作为区分扩大解释与类推解 释的标准。

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。此外，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。

司法工作人员一方面要善于解释刑法，不能因为刑法规定了罪刑法定原则，就仅对刑 法条文作字面解释;另一方面也要杜绝类推思维。当前，类推思维主要表现为整体思维， 即不具体分析某种行为是否符合刑法规定的犯罪构成，而仅从整体上考察该行为的危害 程度进而判断是否成立犯罪。这是缺乏罪刑法定主义观念的表现。

（三）罪刑法定与判断方法

定罪不是一个标准的三段论的推理过程。第一，在三段论的推理过程中，大前提是固 定的，但在定罪时，作为法律规范的大前提的含义并不固定不变，因为法律的基本含义是 在社会生活中不断发现的，是通过审理案件发现的。第二，在三段论的推理过程中，小前 提也是清楚明白的，但在定罪时，作为小前提的案件事实，具有多个侧面、多重属性，对之 可以做出多种归纳与判断。第三，在三段论的推理过程中，结论是最后形成的，但在定罪 时，往往会出现先有结论（预判），后寻找大前提（所谓三段论的倒置）的情况。

但是，大体而言，定罪也是一个三段论的推理过程。“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。把案件的决定看做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。”〔44〕因 此，我们在判断犯罪构成符合性时，应当以法定的犯罪构成为大前提，以具体的事实为小 前提，从而得出正确结论。具体地说，法官必须把应当判决的、具体的个案与规定犯罪构 成、法定刑升格条件的刑法规范联系起来；刑法规范与案件事实是法官思维的两个界限； 法官要从案件到规范，从规范到案件,对二者进行比较、分析、权衡。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

〔44〕［苏］C.C.阿列克谢耶夫:《法的一般理论》（下册）.黄良平，丁文琪译，法律出版社1991年版，第729页。

**60**刑法学（第五版）

上，形成犯罪构成与案例事实的彼此对应。也就是说，一方面要将案件事实向刑法规范拉 近，另一方面要将刑法规范向案件事实拉近。

根据罪刑法定原则，必须先有大前提，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。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，再将其与刑法规定相对照，则可以做到“想 人罪便入罪，想出罪即出罪”，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。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。

刑法理论上也曾出现过这种现象。例如，在发生了所谓单位盗窃的案件时，人们常 说:这是单位盗窃，但刑法没有规定单位可以成为盗窃罪的主体，只能宣告无罪。于是认 为有罪结论违反罪刑法定原则。其实，这种逻辑推理并不成立。正确的做法是，在遇到所 谓单位盗窃的案件时，首先明确盗窃罪的犯罪构成，然后判断案件事实是否符合该犯罪构 成，再得出是否构成犯罪的结论。如果按照这个顺序判断，所谓单位盗窃的案件事实就完 全符合盗窃罪的犯罪构成，对其中的有关自然人，应以盗窃罪追究刑事责任。〔45〕

再如，不少人将利用诉讼程序骗取他人财物的行为归纳为恶意诉讼，然后以刑法没有 规定恶意诉讼罪为由，得出该行为不构成诈骗罪的结论。于是认为，相反观点违反罪刑法 定原则。然而，正确的做法应当是,在遇到这类案件时，首先明确诈骗罪的犯罪构成，然后 判断这种行为是否符合该犯罪构成，再得出是否构成诈骗罪的结论。如果按照这个顺序 判断，这类案件就完全符合诈骗罪的犯罪构成，并不违反罪刑法定原则。

又如,将已满14周岁不满16周岁的人在绑架过程中故意杀人的行为认定为故意杀 人罪，并不违反罪刑法定原则。绑架过程中的故意杀人行为完全符合刑法第232条规定 的故意杀人罪的犯罪构成，认定其行为构成故意杀人罪，并不缺少任何构成事实，相反舍 弃了过剩的绑架部分。而且在判断已满M周岁不满16周岁的人是否负刑事责任时，首 先要将刑法第17条第2款规定的8种犯罪的犯罪构成作为大前提，然后将他们实施的具 体行为作为小前提，再得出是否构成犯罪的结论3当已满14周岁不满16周岁的人单独 或者共同绑架他人并故意杀害他人时，司法机关应当将故意杀人罪的犯罪构成作为大前 提，然后将这一事实作为小前提,再得出结论。这样的判断结论必然是成立故意杀人罪， 而且不违反罪刑法定原则。

接下来需要说明的是，三段论的倒置并不违反罪刑法定原则。“在探求的过程中，法 学家也经常会从答案出发。这就是推理的倒置。”“在实践中，一旦事实得到确证，法律规

〔《〕盗窃罪中的非法占有目的，并不限于以行为人本人非法占有为目的，而是包括以使第三者非法占有为目的, 其中的“第三者”当然包含单位。

第二章刑法的基本原则**61**

则的适用通常是差不多自动的。司法三段论也就决定着解决方案。当事实和法律因素不 确定时，法官就常常会从他直觉地认为公平的解决方案出发，只是到了司法决定的形式起 草阶段才使用三段论推理。我们可以称之为倒置的三段论，‘上升式的’或‘逆退式的’三 段论。此时法官就会运用其选择前提的自由，以使制作出能够证明已定结论的三段 论。”〔46〕换言之，司法工作人员面对案件时，即使先得出有罪结论（也可谓一种假设、一种 预判），再寻找适用的刑法条文，并且使案件事实与刑法条文规定的犯罪构成相对应，也 完全符合罪刑法定原则。这是因为，三段论的大前提和小前提往往并不表现为既定的因 素，而是需要认真探索、发现。在探索的过程中，司法人员必然从事实出发来寻找恰当的 规则，然后又回到具体案件中来检验二者是否一致。换言之，“法官首先凭直觉找到结 果，然后形成这一结果的逻辑理由。这本身就是一种心理现象，并不奇怪。法律秩序意在 促进和法官经由其职业活动十分熟悉的所有目标，可能已成为其本身天性的一部分。他 成功地找到了一个理性结果，而没有事先向自己表明所有的论点，这些论点可以通过演绎 推理，就结果给出理由或使结果合法化”。〔47〕例如,就众所周知的许霆案而言，〔48〕法学家 与法官都完全可能在知道案件事实真相之后，先凭借自己经过训练的直觉得出其行为构 成盗窃罪的结论（或假设），然后再论证案件事实与盗窃罪的犯罪构成的符合性。甚至可 能出现这样的现象:法学家与法官在找到适用的刑法条文之前，凭直觉认为许霆的行为肯 定构成犯罪，至于构成什么犯罪，需要对相关法条所规定的犯罪构成进行再探索、再发现， 从而使案件事实与特定的犯罪构成相符合。这些做法都很正常，并不违反罪刑法定原则。 当然，倘若在查清事实之后，先得出有罪结论（或假定），后来没有寻找到可能适用的刑法 条文，却依然定罪处刑，则违反了罪刑法定原则。同样，如果为了维护有罪结论，而歪曲法 条的规范意义或者歪曲事实，也是违反罪刑法定原则的。

（四）罪刑法定与择一认定

择一认定，是指虽然不能确信被告人实施了某一特定犯罪行为，但能够确信被告人肯 定实施了另一处罚较轻的犯罪行为时，可以认定另一犯罪的成立。例如，警察在被告人的 住处查获一辆被盗的车辆。已经确定，被告人如果不是自己盗窃了该车，就必然是故意窝 藏他人犯罪所得。倘若赞成择一认定，则应认定被告人构成赃物犯罪。再如，被害人被违 章车辆撞死,现场留下了肇事车辆的油漆，也有人记住了肇事车辆的车牌号，警察找到了 该车，但该车被车主擦掉了车上的血迹，修补了车上的痕迹，并将车辆涂上了其他颜色的 油漆。虽然可以肯定该车为肇事车辆,但车主拒不承认自己驾驶了该车，也拒不说明谁驾 驶了该车。显然，如果车主没有触犯交通肇事罪，就触犯了帮助毁灭证据罪。如果赞成择 一认定，则应认定车主的行为构成帮助毁灭证据罪。

择一认定是否违反罪刑法定原则，在国外刑法理论上存在争议。禁止说认为，罪刑法 定原则要求对犯罪构成要件符合性进行个别的、具体的、独立的判断，而不是综合的判断；

**（46J** ［法］雅克•盖斯旦、吉勒•古博:《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版，第41页。

（47］ ［挪威］斯坦因• U.拉尔森主编:《社会科学理论与方法》，任晓等译，上海人民出版社2002年版，第304页，

（48］ 2006年4月21日晚10时，许霆来到天河区黄埔大道某银行的ATM机取款取出1000元后，许霆发现银行 卡账户里只被扣了 1元，于是连续取款5.4万元。当晚,许霆问到住处.将此事告诉了同伴郭某某..两人随 即再次前往ATM机提款，之后反复操作多次。经警方查实,许霆先后取款171笔，合计17.5万元;郭某某取 款1.8万元。事后，二人携赃款潜逃。

**62**刑法学（第五版）

在择一认定的场合，并没有证明行为人的行为究竟符合何罪的构成要件;所以，择一认定 的做法违反了罪刑法定原则。允许说则认为，既然已经证明行为人实施了其中一罪，排除 了无罪的可能性，就可以按照轻罪处罚。〔49〕本书赞成允许说.罪刑法定原则的宗旨在于 禁止将法无明文规定的行为认定为犯罪，但在择一认定的场合，已经排除了无罪的可能 性，只是涉及认定为轻罪还是重罪的问题。按照存疑时有利于被告人的原则，应当认定为 轻罪。换言之，认定为轻罪并没有加重被告人的刑罚负担，相反可能减轻了被告人的刑罚 负担。

当然，进行择一认定是有条件的：（1 ）必须充分证实被告人肯定实施了两种行为之 一，即被告人的行为要么构成此罪，要么构成彼罪，二者处于非此即彼的关系。（2）与上 一点相联系，能够排除对较轻犯罪的合理怀疑，或者说,只存在对二者做出选择的可能性。 如果具有无罪的可能性，则不能做出择一的有罪判决、例如，行为人持有他人被盗的物 品。在没有其他证据的情况下，不能择一认定为赃物犯罪。因为既然没有其他证据，就表 明有三种可能性:一是盗窃了他人财物;二是明知是赃物而窝藏;三是不明知是赃物而购 买或者收受了赃物。如果合理排除了第三种可能，而不能确定是第一种可能还是第二 种可能，则应择一认定为赃物犯罪；如果不能合理排除第三种可能，则只能宣告无罪。 （3）在允许择一认定的情况下，应当适用处刑较轻的法条，而不能择一重罪论处

第三节法益保护原则

一、法益的概念

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,〔5Q〕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 保护的对象，还是一般法或所有法都保护的对象？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，国家与社会能否成为法益的主体？

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 律的最高标淮”。〔51 ］ （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

〔**49**〕Vgl. ,H. Jescheck/T. Weigend,Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. ,Duncker & Humblot, 1996, S. 143ff .

C50］参见张明楷:《法益初论》，中国政法大学出版社2003年修汀版，第6页以下。

（51）［日1美浓部达吉:《法之本质》，林纪东译，台北商务印书馆1993年版，第43页。

第二章刑法的基本原则**63**

着法益的内容即利益本身在实定法之前就已经存在，法对这种利益的确认并加以保护，就 使之成为或上升为法益。（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，都必然是一种事实的或因果的现象，故价值观本身不是法益。 （4）法益必须与人相关联。刑法目的是为了保护人的利益，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。所谓“人的生活利益”，不仅包括个人的生命、身体、自由、名誉、财产等利 益，而且包括建立在保护个人的利益基础之上因而可以还原为个人利益的国家利益与社 会利益D

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，法益实际上是我国传统刑法理论上所说的犯罪客体。传统刑法理论 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，一方面，社会关系说容易演变 为“犯罪客体是刑法所保护的权利”，因而不能说明许多犯罪;另一方面，社会关系说容易 使人误以为犯罪的本质是违反义务，刑法是维护义务的手段，个人成为国家、民族、社会共 同体发展的工具，因而十分危险。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、法益保护原则的根据

如上所述，我国刑法总则第2条与第13条明确将法益保护作为刑法的任务与目的。

刑罚以预防犯罪为目的,犯罪的性质决定了刑法保护范围。在刑法学说史上，曾经有 社会伦理主义与法益保护主义之争。前者认为，犯罪的本质是违反社会伦理，刑法的目的 就是保护伦理;后者认为，犯罪的本质是侵犯法益，刑法的目的就是保护法益。现在，社会 伦理主义已经衰退。在多元的价值观并存的现代国家，不可能确定唯一正确的伦理;法的 任务只是保障具有不同价值观的人共同生活所不可缺少的前提条件，只要将对维持国民 共同生活具有价值的、特定的、客观上可以把握的利益或状态（法益）作为保护目标即可。 在伦理上国家并不具有优越于个人的权威，国家只能为了保护国民个人利益而存在，国家 通过预防犯罪所达成的目的也只能是保护现实的法益。

现在，刑法理论上存在法益保护主义与规范保护主义之争。后者认为，犯罪的本质是 对法规范的否定,刑法的目的是保护法规范的效力。显然，这种观点以超越的权威（神、 国王、国家或者法本身）的存在为前提，如果没有超越的权威，将保护法规范的效力作为 目的就不可能是正当的。此外，规范保护主义大体上主要是话语的转移，只有借助于法益 保护才能说明法规范的合理性。例如，只有借助法益保护，通过证明某种行为严重侵犯了

**64**刑法学（第五版）

国民的生活利益，才能使其犯罪化具有合理根据。又如，如果采取规范保护主义，对刑法 条文尤其是分则的法条，只能进行字面含义的解释，或者只能采取法实证主义的解释；只 有借助法益保护，才能进行合目的的解释。再如，在当今变幻莫测的时代，规范保护主义 难以根据社会生活事实的变化重新确定法条的目的。因为只要刑法没有修改，法规范效 力就是固定不变的；如果认为法规范效力会发生变化，就必须借助于法益保护。［52〕

折中的观点认为，法益保护与规范保护并非排斥关系，而是分属不同层次。刑法规范 既是裁判规范也是行为规范，行为规范的作用在于保护法益。法益概念不仅具有指导构 成要件解释的方法论机能，而且也是检验刑罚法规是否正当的根据。客观上符合构成要 件的行为，未必违反了行为规范，客观上不完全符合构成要件的行为，也未必没有违反行 为规范。刑罚只能通过维护行为规范的效力、强化国民对规范的依赖的方法，间接实现法 益保护。因此，刑法的目的在于保障行为规范的效力，而行为规范的目的则在于保护法 益。〔53〕在本书看来，这种观点是将手段当作了低层次的目的。诚然，保障行为规范的效 力与保护法益并不是相互排斥的，但至为明显的是，刑法是通过约束国民的行为防止法益 受到侵犯的，而不是为了单纯地约朿国民的行为。从适用效果来说，法规范的效力得以维 护是适用刑法的当然效果,但不是刑法的目的。

不可否认，对于已经受到侵害的法益，刑法不可能对之进行保护。但是,一方面，刑法 目的不是一个单纯的追求意向，而是与处罚根据密切相关的概念。认为刑法目的是保护 法益，意味着只有侵犯法益的不法行为才具备处罚根据。另一方面，对侵害法益的行为科 处刑罚，既是为了预防行为人再次侵犯法益，也是为了预防其他人侵犯法益。诚然，法益 概念并非绝对明确，但是，使用法益来表示刑法所保护的内容和犯罪所侵害的内容，比使 用其他概念要理想得多。

三、法益保护原则的要求

（一）法益保护原则对刑事立法的要求

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，是立法者规定犯罪及其法律后果的意义之所在。法益保护原则要求 刑事立法必须以保护法益为目的。

一方面，刑法必须将严重侵犯法益或者侵犯重大法益的行为规定为犯罪，尽可能地保 护法益。如果发现严重侵犯法益或者侵犯重大法益的行为没有被规定为犯罪，立法机关 就应当及时修改刑法，将这种行为规定为犯罪。在某种法益以前不值得刑法保护,而现在 值得刑法保护时,立法机关也应当适时增设新的犯罪类型。

另一方面,刑法只能将侵犯法益的行为规定为犯罪。联系我国的现状，以下几点值得 说明:（1）不能将单纯违反伦理的行为规定为犯罪。刑罚是一种重大的痛苦，并非维持社 会伦理的适当手段;将维持社会伦理作为刑法的任务，不仅是对刑法的过分要求，而且容 易在法的名义上强制他人服从自己的价值观;刑法只能将违反他人意志、给他人法益造成 了重大侵害或者危险的行为规定为犯罪。例如，兽奸行为没有侵犯他人法益，虽然会受到 伦理上的谴责，但不应当犯罪化。（2）对于没有被害人或者自己是被害人，也没有侵犯可

**（52）**参见张明楷＜也论刑法教义学的立场”，载《中外法学》2014年第2期。

〔53〕参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔：“法益保护与规范效力的保障"，陈璇译，载《中外法学》2015年第2期。

第二章刑法的基本原则**65**

以还原为个人法益的国家或者社会法益（超个人法益）的行为，不得规定为犯罪。例如， 同性恋行为、吸食毒品的行为没有侵害他人法益，也没有侵犯超个人法益,不得规定为犯 罪行为。（3）对于参与有处分权的自我损害行为，不能规定为犯罪。例如，不应当将向吸 食、注射毒品的人提供吸食、注射工具的行为规定为犯罪。因为吸食、注射毒品只是一种 伤害身体的自损行为，没有侵犯他人的法益。既然如此，为其提供工具的行为，也没有侵 犯任何法益。（4）对于单纯有损某个国家机关的权威性，但并没有侵犯相关法益的行为， 不得规定为犯罪。例如，未获林业主管部门批准砍伐自己所有的已经枯死的树木的行为， 虽然可能损害了林业主管部门的权威性，但没有侵犯其他法益,不得规定为犯罪行为。特 别需要注意的是，如果发现刑法分则规定了不以保护法益为目的的犯罪，或者某个分则条 文所保护的法益现在不值得刑法保护，立法机关也应当尽快修改刑法，删除这类条文。

（二）法益保护原则对刑事司法的要求

由于刑法的目的是保护法益，所以，刑事司法必须贯彻这一目的。（1 ）对犯罪构成要 件的解释结论，必须以法条的保护法益为指导，而不能仅停留在法条的字面含义上。换言 之，解释一个犯罪的构成要件，首先必须明确该犯罪的保护法益，然后在刑法用语可能具 有的含义内确定构成要件的具体内容,使符合该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。既不能按照 伦理标准认定犯罪（例如，对于交换配偶的行为、成年人基于合意秘密实施的集体性行 为，不得认定为犯罪），也不能将符合刑法条文字面含义但没有侵犯法益的行为认定为犯 罪。例如，动物园管理者未征得主管部门同意，将发情老虎送往外地交配的行为，并未破 坏野生动物资源，不得认定为非法运输珍贵野生动物罪；未经批准砍伐干枯的松木，以便 种植活树苗的行为，没有破坏森林资源，不得认定为滥伐林木罪；出售已经枯死的樟树的 行为，没有破坏珍贵植物资源，不得认定为非法出售国家重点保护植物罪；如此等等。

（2） 侵犯法益的行为同时保护了另一法益时，需要通过法益的比较衡量，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，判断行为是否存在正当化事由。此外，如果 法益主体放弃了自己可以自由处置的法益，就不能将侵害该“法益”的行为，认定为违法 行为。例如，二人相互斗殴，其中一方或者双方造成对方轻伤的，不能认定为犯罪。

（3） 以具体法条的保护法益是否受到侵害为标准判断犯罪的既遂与未遂。一方面，不具 有侵害法益的危险的行为，不得认定为犯罪未遂。例如，在荒山野外误将稻草人当做仇人 开枪的，因为没有致人死亡的危险性，不成立故意杀人未遂。另一方面，认定犯罪既遂的 实质标准，原则上也只能是某种法益是否受到侵害（在危险犯的场合，则是行为是否造成 了法定的危险）。（4）共同犯罪实际上是二人以上共同造成法益侵害，因此，必须将共同 犯罪视为一种特殊的不法形态。二人以上共同造成法益侵害结果或者危险结果时，必须 将结果归属于二人以上的行为。此外，刑事司法还必须以法益为基本标准或者辅助标准， 认定罪数、犯罪数额等。

由于具体犯罪的法益对刑事司法具有重要指导作用，所以，司法工作人员在解释某种 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。这里所说的“法 益的确定”，是指具体罪刑规范的保护法益的确定。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， 从刑法第2条与第13条的相关规定中，可以得到明确；关于刑法分则各章所保护的法益

**66**刑法学（第五版）

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。

只有确定了具体犯罪的具体的、含有实际内容的法益，才能充分发挥法益的机能。如 果只是抽象地确定具体犯罪的法益，则不具有现实意义。例如，将各种走私罪的法益确定 为“对外贸易管制”，将各种毒品犯罪的法益确定为“国家对毒品的管制”就没有任何意 义;将各种渎职罪的法益确定为“国家机关的正常管理活动”也没有实际作用。

确定法益内容，应以刑法规定为依据，既要考虑具体犯罪所属的类罪，也要以刑法对 具体犯罪的规定为根据。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。所以， 规定在本章的强制猥亵、侮辱罪的保护法益应是他人性的自主决定权，而不是社会管理秩 序;规定在本章的诬告陷害罪的保护法益应是公民的人身权利，而不是司法机关的正常活 动。再如，刑法条文对行为特征、结果、行为对象、行为所违反的法规内容、犯罪孳生之物、 供犯罪行为使用之物、犯罪行为组成之物的描述，都能或多或少说明该罪的保护法益，司 法工作人员应据此合理确定具体犯罪的保护法益。此外，司法工作人员还必须善于使用 各种解释方法，认真分析条文之间的相互关系，注重刑法的协调性。〔54〕

四、法益保护的限度

虽然刑法的目的与任务是保护法益，但是，这并不意味着对任何侵犯法益的行为都必 须规定或者认定为犯罪。严格地说，只能采取谦抑的法益保护原则。

首先，从刑事立法上说，侵犯法益的行为，只有具备下列条件的才能规定为犯罪： （1）这种行为不管从哪个角度而言,对法益的侵犯性都非常严重，而且大多数人主张以刑 法进行规制；（2）适用其他制裁方法不足以抑制这种行为，不足以保护法益；（3）运用刑法 处罚这种行为，不会导致禁止对社会有利的行为，不会使国民的自由受到不合理的限制；

（4）对这种行为能够在刑法上进行客观的认定和公平的处理；（5）运用刑法处罚这种行为 能够获得预防或抑制该行为的效果。反过来说，以下几点值得注意：（1）对于国民行使宪 法权利的行为，不要仅因违反程序规定便以犯罪论处；只有在不当行使权利的行为对法益 的侵犯非常严重和高度现实时，才宜以犯罪论处，否则必然违反宪法精神。（2）对于低度 的、并不紧迫的危险行为，不宜规定为犯罪。（3）对于国民容忍或认可的行为，即使由于 社会发展变迁使得该行为具有侵害法益的性质，也不宜轻易规定为犯罪。（4）对于极为 稀罕的行为，即使法益侵害较为严重，也没有必要规定为犯罪。因为法律是普遍适用的规 范，故不得以稀罕之事为据制定法律。

其次,从刑事司法上说，只有当侵犯法益的行为符合刑法分则所规定的构成要件时， 司法机关才能认定这种行为违反了刑法。不仅如此，司法机关还应当对构成要件进行实 质解释，亦即，对构成要件的解释,必须使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度。例如， 刑法第245条第1款规定:“非法搜查他人身体、住宅，或者非法侵人他人住宅的，处三年 以下有期徒刑或者拘役。”《治安管理处罚法》第40条规定:对“非法侵人他人住宅或者非 法搜查他人身体的”，处拘留与罚款。显然，并不是任何非法侵人他人住宅或者非法搜查 他人身体的行为，都值得科处刑罚。所以，应当根据实质的合理性解释刑法第245条规定

〔54〕参见张明楷:《刑法分则的解释原理》（上），中国人民大学出版社20H年第2版，第349页以下。

第二章刑法的基本原则**67**

的构成要件，将不值得科处刑罚的非法侵人住宅与非法搜查行为排除在刑法第245条的 构成要件之外。

第四节责任主义原则

\_、责任主义的含义

广义的责任主义包括主观责任与个人责任两个原则。众所周知，在近代以前，实行的 是客观责任（结果责任）与团体责任。前者是指，只要造成客观危害，就要追究责任;后者 是指，只要构成犯罪，不仅追究责任者本人的责任，还要追究与犯罪人有关的人的责任。 与此相对，责任主义中的主观责任，是指只有当行为人对所实施的违法行为与结果具有责 任能力以及故意、过失、违法性认识的可能性与期待可能性时，才能对行为人进行非难。 个人责任是指，只能就行为人实施的个人的行为对行为人进行非难。这二者又是密切联 系的，其中的关键是主观责任。一般所称的责任主义,是就主观责任而言。

“有责任就有刑罚”所表述的是积极的责任主义；“没有责任就没有刑罚”所表达的是 消极的责任主义。当今刑法理论的通说采取的是消极的责任主义，亦即，只有当行为人对 侵害法益的行为与结果具有非难可能性（有责性或者责任）时，才能将其行为认定为犯 罪；而且量刑不得超出非难可能性的范围与程度。所以，责任主义是定罪与量刑都必须遵 循的原则。

一方面，在成立犯罪的层面上，消极的责任主义意味着责任是犯罪的成立条件，没有 责任就没有犯罪；责任要素的设定，只能限定犯罪的成立范围，而不会扩张犯罪的成立范 围。例如，没有故意与过失的行为，即使造成了严重的法益侵害，也不可能成立犯罪（参 见第六章第一节）。

另一方面，在量刑基准的层面上，消极的责任主义意味着责任是刑罚的上限（点的理 论），亦即，责任主义禁止刑罚超过责任程度。即使行为人所实施的犯罪的一般预防必要 性与特殊预防必要性很大，也不得超过责任的上限量刑（参见第十三章第一节）。〔55〕

二、责任主义的贯彻

由于我国刑法明文将故意、过失与责任能力规定为责任要素，所以，没有故意、过失的 行为，以及没有责任能力的人所实施的行为，不可能成立犯罪。因此，司法机关不能为了 处罚行为人，而将没有故意、过失的行为认定为有故意、过失的行为，也不能将没有责任能 力的人认定为有责任能力的人。

随着风险社会概念的流传，出现了要求实行严格责任的呼声（凡是参与风险行为的 人，即使没有故意与过失，也要承担责任）。但是，“从道德上说，惩罚一些意外造成社会

（55）还有一种整体的宏观层面上的消极的责任主义（对必罚主义的否定）：一方面，没有责任就不成立犯罪，不得 科处刑罚。另一方面，即使有责任，但从一般预防、特殊预防的观点来看，适合给予其他制裁时，就应当控制 刑罚的适用（参见［日］西田典之:《新版共犯与身份》，成文堂2003年版，第284页）。

**68**刑法学（第五版）

危害而不是基于自己意志造成了社会危害的人是不正当的”。〔56 57〕因为这种做法只是将行 为人当做工具，而没有尊重行为人的人格，国民也没有自由可言。即使在英美，严格责任 也遭到了反对。例如，美国学者指出："严格责任对于有可能在许多不同活动中发生的行 为来说是不合理的。它不符合刑法的谴责原则。它使人们不敢从事有价值的社会活动， 而且，其他较不严厉的措施在提供严格责任所能带来的安全上也是行之有效的。”〔57〕事实 上，在美国，“现代很多刑法学者都不很看好摒弃犯罪心理要件的主张”；“《模范刑法典》 ‘对刑法中的严格责任进行了直接攻击’ ”。〔58〕严格责任本来就是英美普通法中违反责 任主义的现象，它们与风险社会原本没有直接关联,换言之，在进人风险社会之前，就存在 严格责任。法人刑事责任同样与风险社会没有直接关联。所以，那些认为风险社会客观 上导致了严格责任的描述（即使描述者可能持反对态度），都是不成立的。

责任主义的贯彻还需要正确认识和处理如下问题：（1）除了刑法明文规定的故意、过 失与责任能力（含法定年龄）之外，还有哪些要素应当成为责任要素？本书认为,违法性 认识的可能性与期待可能性，属于责任要素。或者说，缺乏违法性认识的可能性与期待可 能性，是责任阻却事由。虽然没有违法性认识的可能性和缺乏期待可能性的情形并不多 见，但司法机关应当重视这两个责任要素。不能以刑法没有规定这两个责任要素为由，将 其排除在责任要素之外。（2）在单位犯罪的情况下，只能对具有责任的直接负责的主管 人员与其他直接责任人员给予刑罚处罚，而不能处罚没有责任的主管人员与参与人员。 换言之，不能因为某个单位的行为构成犯罪，就直接处罚法定代理人或者实际控制人；只 能处罚策划、决定、指示单位犯罪的责任人与直接实施者。（3）司法机关应当确保对结果 加重犯的认定与处理符合责任主义。亦即，只有当行为人对加重结果至少具有过失时 （某些犯罪要求对加重结果有故意），才能认定为结果加重犯；否则，行为人只能承担基本 犯罪的责任。例如，即使行为人以伤害的故意造成了他人死亡，但如果行为人对死亡结果 没有预见可能性，就不能认定为故意伤害致死，只能认定为故意致人重伤。（4）刑法理论 需要进一步探讨原因自由行为的处罚根据，确保对原因自由行为的处罚不违反责任主义。

（5）妥当地确定刑法分则条文所规定的具体犯罪的责任形式，如果分则条文中没有处罚 过失的文理根据，就只能将该犯罪确定为故意犯罪。（6）对于升格法定刑的适用，也必须 贯彻责任主义原则。亦即,只有当行为人对符合法定刑升格条件的客观事实具有责任时, 才能适用升格的法定刑。例如，行为人客观上盗窃了数额特别巨大的财物，但如果其仅认 识到自己盗窃的是数额较大的财物时，就不能适用数额特别巨大的法定刑，只能适用数额 较大的法定刑。再如，行为人客观上抢劫了军用物资，但如果其没有认识到自己抢劫的是 军用物资时，就不能适用抢劫军用物资的法定刑，只能适用普通抢劫罪的法定刑。

（56］ ［美］约书亚■德雷斯勒:《美国刑法精解》，王秀梅等译，北京大学出版社2009年版，第110页。

（57） ［美］迈克尔• D.贝勒斯:《法律的原则 个规范的分析》，张文显等译，中国大百科全书出版社1996年

版，第353页。

〔58〕［美］约书亚•德雷斯勒:《美国刑法精解》，王秀梅等译，北京大学出版社2009年版，第135页、第138页。

第三章刑法的适用范围

第一节刑法的空间适用范围

一、 刑法的空间适用范围的概念

刑法的空间适用范围（空间效力），所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用 的问题。一国刑法不仅能适用于本国领域内的行为，而且在一定条件下能适用于本国领 域外的行为。决定刑法在空间上的适用范围的刑法原则，是刑法适用法的重要内容。

刑法在国外的适用受到国际法的制约。在尊重国家主权和遵从国际法的今天，不承 认一个国家对发生在任何地方的任何犯罪都有行使刑罚权的权力，特别不允许为了行使 刑罚权而侵害他国主权。刑法适用法历来被认为是国际刑法，刑法在空间上的适用范围， 必须服从国际法的原则。

上述制约刑法在空间上的适用范围的国际法原则，就是国家自己保护与国际协同。 当行为与本国具有场所的、人的、物的关系，侵犯了本国或其国民的利益时，就有适用本国 刑法的权力。另一方面，防止犯罪和保障犯罪人的权利，是现代国际社会所共同关心的事 项，是各国在刑事司法活动中相互协力所追求的目标。基于国际协同原则的要求，在一定 条件下，一国对于与本国没有直接关系的国际犯罪，也可能行使管辖权。〔1〕

刑法在空间上的适用范围,涉及对国内犯（发生在本国领域内的犯罪）与国外犯（发 生在本国领域外的犯罪）的效力，属地管辖原则与属人管辖原则是两个基本原则，其他原 则都是对这两个原则的补充与发展。

二、 对国内犯的适用原则

刑法对国内犯的基本适用原则是属地管辖。即一个国家对其领域内的人，不问其国 籍,都有进行规制以维护本国法秩序的权力。据此，一个国家对于发生在本国领域内的犯 罪，不管行为人是谁，都适用本国刑法。属地管辖原则以国家主权和国家刑罚权为根据， 有利于维护国家主权、尊严与秩序，有利于刑罚效果的实现、诉讼程序的进行。

刑法第6条第1款规定：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的 以外，都适用本法。”这是对属地管辖原则的规定。“领域”，是指我国国境以内的全部区 域,包括领陆（国境线以内的陆地以及陆地以下的底土）、领水（内水、领海及其领水的水 床及底土）和领空（领陆、领水之上的空气空间）。〔2〕“法律有特别规定”而不适用“本法” 事实上包括三类情形:不适用中国刑法（广义刑法）的情形；不适用大陆（内地）刑法的情

〔I〕参见［日］町野朔:《刑法总论讲义案I》，信山社1995年第2版，第91页以下。 （2］在钓鱼岛犯罪的，应当适用我国刑法。

**70**刑法学（第五版）

形;不适用刑法典（即《中华人民共和国刑法》）部分条文的情形。

不适用中国刑法的情形，是指对于享有外交特权和豁免权的外国人不适用中国刑法。

刑法第11条规定:“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。” 这意味着即使上述人在我国领域内犯罪，也不适用我国刑法。对于这样的规定，国外刑法 理论有两种观点:一种观点认为，对上述人不适用本国刑法，是属地管辖原则的例外;〔3〕 另一种观点认为，对上述人不适用本国刑法，是因为存在诉讼障碍或犯罪阻却事由，如果 这种障碍与事由消失，则仍可适用本国刑法。〔4〕尽管说法不同，但刑法适用的结局并不 存在很大差异，后一观点似乎更加维护了本国主权。

不适用大陆刑法（包括刑法典及其他仅在大陆适用的特别刑法）的情形，是指对于香 港、澳门和台湾地区不适用大陆刑法。由于众所周知的原因，大陆刑法的效力还不能及于 港、澳、台地区。尽管我国已恢复对香港、澳门行使主权，但根据《香港特别行政区基本 法》与《澳门特别行政区基本法》的有关规定,大陆刑法对香港、澳门没有适用效力。按照 “一国两制”的基本构想，大陆刑法对祖国统一后的台湾地区也将没有适用效力。由于香 港、澳门、台湾地区是中国的一部分，故香港、澳门、台湾地区的刑法,也是中国的广义刑法 的一部分，即中国的区域刑法或地方刑法。在此意义上说，香港、澳门、台湾地区仍然适用 的是中国刑法。香港、澳门居民既在香港、澳门犯有罪行，又在大陆犯有罪行的，按理对前 者应适用香港、澳门刑法，对后者应适用大陆刑法;但为了避免双重审讯，经协商后，由最 先受理的法院行使管辖权较为合适。从长远来看，需要在内地与特别行政区之间，建立一 种合理有效的罪犯移交制度。

不适用中国刑法典部分条文的第一种情况是，特别刑法与刑法典的部分条文出现法 条竞合时，根据特别法优于普通法的原则，不适用刑法典，而适用特别刑法。由于刑法典 之外仅有少量特别刑法,所以，现在几乎见不到这种情形。

不适用中国刑法典部分条文的第二种情况是刑法第90条规定的情况。该条规定： “民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当 地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请 全国人民代表大会常务委员会批准施行。”首先，少数民族地区只能就不能适用刑法典 （事实上包括单行刑法与附属刑法）的部分情况制定变通或者补充规定，不能自行制定刑 法典,故刑法典在总体上仍然对少数民族地区具有适用效力。其次,少数民族地区的自治 区或者省的人民代表大会制定的变通或者补充规定，必须与当地的政治、经济、文化的特 点相适应，并符合刑法典的基本原则。〔5〕最后，变通或者补充规定必须报请全国人大常 委会批准后，方能施行。

由上可见，真正属于属地管辖原则例外的，只有上述“不适用中国刑法”一种情况。 “不适用大陆刑法”的情况，不是属地管辖原则的例外，只是一种事实上的限制；“不适用 中国刑法典部分条文”的情况，也不是属地管辖原则的例外，而是适用刑法典的例外。

一般认为，挂有本国国旗的船舶与航空器，属于本国领土,不管其航行或停放于何处，

〔3〕参见［日］团藤重光:《刑法纲要总论》，创文社1990年第3版，第516贞。

L 4〕参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第84页。

〔5〕例如，新疆维吾尔族自治区立法机关可以针对新疆的恐怖犯罪现状制定变通或者补充规定。

第三章刑法的适用范围**71**

对在船舶与航空器内的犯罪，都适用旗国的刑法，这便是旗国主义，是属地管辖原则的补 充。刑法第6条第2款规定:“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本 法。”其中的“中华人民共和国船舶或者航空器”，不仅包括标示了中华人民共和国国旗的 船舶、航空器，还应包括标示了中华人民共和国国徽等表明中华人民共和国所有的标志的 船舶、航空器，以及没有悬挂任何国家的国旗、国徽等标志但事实上属于中华人民共和国 国家、法人或者国民所有的船舶、航空器。［6 ］

采取属地管辖原则要求对犯罪地加以确定，即以什么因素为标准确定犯罪发生在本 国领域内，对此有以下几种观点与立法例:（D行为地说。犯罪是行为，故行为发生在本 国领域内才认为是在本国领域内犯罪。此说未考虑结果发生地，不利于保护本国利 益。（2）结果地说。犯罪的实质是侵害或威胁法益，故该种结果发生在本国领域内才能 认为是在本国领域内犯罪。〔8〕此说未考虑行为地，也不利于保护本国利益。（3）中间地 说。中间地，是指在从犯罪的实行行为到结果发生之间的通过地中，对结果发生的危险起 增加作用的场所。例如，甲以杀害中国境内的乙为目的，从国外寄送毒药到中国，乙在中 国饮用此毒药受伤后，前往美国死亡。由于在中国发生了伤害结果，所以，能够适用中国 刑法。由此可见，所谓中间地，实际上是指结果发生地的一部分或者危险结果发生地。〔9〕 中间地说只不过是结果地说的补充，而不可能是独立的确定犯罪地的学说。（4）遍在说。 即行为实施地与结果发生地都是犯罪地，行为或结果有一项发生在本国领域内，就适用本 国刑法。

我国刑法采取了遍在说。刑法第6条第3款规定:“犯罪的行为或者结果有一项发生 在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”据此，行为与结 果均发生在我国领域内的，适用我国刑法;仅行为发生在我国领域内或仅结果发生在我国 领域内的（包括前述中间地），也适用我国刑法。不仅如此，只有一部分行为或者只有一 部分结果发生在我国领域内时，也应认为是在我国领域内犯罪。因为行为或者结果的其 中任何一部分发生在我国领域内，就侵犯了我国国家或国民的利益；为了维护国家主权与 国民的利益，应认为可以适用我国刑法。如果要求行为的全部或者结果的全部发生在我 国领域内才认为是在我国领域内犯罪，则不利于维护国家主权与国民的利益;而且，如果 每个国家都采取这种做法，势必造成管辖上的空隙，导致部分犯罪人逃避法律制裁。

根据遍在说，在预备犯的场合，预备行为实施地就是犯罪地在未遂犯场合，行为 地与行为人希望、放任结果发生之地、可能发生结果之地（危险地），都是犯罪地;在共同

**［6**〕对于位于公海上的石油钻井台，应与船舶适用同样的原则。对于发生在国际列车上的犯罪，一般按照我国 与相关国家签订的管辖协定确定管辖，如果没有协定，则应按照刑法第6条的精神处理。例如，列车行驶 在我国境内时发生的犯罪，属于在我国领域内犯罪，适用我国刑法。至于发生在本国驻外使馆、领馆的犯 罪，则不可一概而论，需要考虑犯罪的主体身份、犯罪性质等因素，并按照相关协定解决刑法适用问题,，例 如，对于我国公民侵人外国驻华使馆实施的犯罪，应当适用我国刑法。

〔**7**〕参见法国《刑事程序法典》第693条。

〔8〕参见［日］町野朔：《刑法总论讲义案丨》，信山社1995年第2版，第97页。

［9］需要注意的是，刑法理论现在所称的中间地，已经不是指单纯的通过地。例如，位于A国的甲，为了杀害C 国的乙，而向乙邮寄毒药，运送该毒药的飞机经过了 B国领空或者在B国机场停留过几小时。在这种情况 下，B国不是中间地，因而不能适用B国刑法

U0］行为人在我国领域内实施预备行为，但实行行为与结果发生在国外，而该实行行为与结果在国外不受处罚 的.我国只能处罚该预备行为（以预备行为值得处罚为前提）

**72**刑法学（第五版）

犯罪场合，共同犯罪行为（如正犯行为、教唆行为、帮助行为）有一部分发生在本国领域内 或者共同犯罪结果有一部分发生在本国领域内，就认为是在本国领域内犯罪。需要研究 的问题是，共犯（教唆或者帮助）行为发生在我国，正犯行为发生在国外，但对正犯行为不 能适用我国刑法时（如美国人甲在韩国杀害了日本人乙，中国人丙在国内对甲实施了教 唆或者帮助行为），对教唆与帮助行为能否适用我国刑法？本书持肯定回答。根据我国 刑法，甲的正犯行为成立犯罪（只是不能适用我国刑法），所以，依照我国刑法处罚丙的教 唆或者帮助行为，并不违反共犯从属性的原理。如果采用共犯独立性说，对丙的行为同样 应适用我国刑法。但是，如果正犯行为在国外并不构成犯罪，则对共犯行为不应适用我国 刑法追究刑事责任。例如，中国公民甲在国内教唆乙在美国的阿拉斯加开设赌场的，对甲 的行为不能以开设赌场的教唆犯追究刑事责任。［11］

网络犯罪的特点是，犯罪人虽然仅在甲国实施行为，其结果却可能发生在全世界。所 以，A在甲国从网络上传播淫秽作品，中国公民能够从网络上观看该淫秽作品时，就可以 认为结果已发生在中国。根据遍在说，也应适用中国刑法。但是，这可能并不现实。于 是，国外学者就网络犯罪对遍在说提出了不少限制主张。例如，有人指出，结果发生地，仅 限于结果犯与具体危险犯中的最初结果发生地；有人提出，结果发生地，仅限于实害结果 发生地;有人建议，结果发生地，仅限于行为人在行为时所认识到的结果发生地；如此等 等。从长远来看，这个问题需要国际社会共同协力来解决。

三、对国外犯的适用原则

对国内犯而言，属地管辖原则是最理想的原则，但有三种国外犯的犯罪行为，应当或 者可以适用中国刑法，却是属地管辖原则所不能解决的:第一是中国公民在国外实施的某 些犯罪;第二是外国人在国外实施的危害中国国家或中国公民利益的某些犯罪;第三是外 国人在国外实施的危害各国共同利益的国际犯罪。我国刑法针对这几种情况，采取了其 他一些原则。

（一）属人管辖原则

这里的属人管辖原则，是指积极的属人管辖原则，即本国公民在国外犯罪的，也适用 本国刑法。关于该原则的根据，理论上有不同学说：国家利益符合说认为，对本国公民在 国外犯罪的适用本国刑法，有利于唤醒其遵守法规范的意识，从而发挥刑法预防犯罪的机 能，因而与国家利益相符合。忠诚义务说认为，本国公民即使身处国外也要效忠母国，具 有遵守本国刑法的义务。这是由国家与公民之间本来的道义关系决定的。代理处罚说

〔II〕刑法第6条至12条关于刑法适用范围的规定属于什么性质，是值得研究的问题。如果认为这些条文属于实 体法的规定，而且与犯罪的成立相关，那么，行为人关于犯罪地、相关人员国籍等的认识错误就可能构成事 实错误，阻却故意的成立；不能适用我国刑法的行为，就不是犯罪行为；适用我国刑法的行为人与不能适用 我国刑法的行为人就不成立共犯关系。如果认为这些条文所规定的只是我国刑罚权的发动条件，那么，关 于犯罪地，相关人员国籍等的认识错误就不属于事实错误，不影响故意的成立;不能适用我国刑法的行为也 成立犯罪，只是缺乏处罚条件而已（参见［日］井田良：《讲义刑法学.总论》，有斐阁2008年版，第63页）。 本书原则上采取后一种立场，但是，当犯罪地、相关人员国籍等属于构成要件要素时，行为人对之产生错误 的，应认定为事实认识错误，阻却故意的成立。例如，在中国领海内的船舶上进行聚众淫乱的行为人，误以 为船舶航行在公海上的,应认定行为人没有认识到犯罪结果的发生，因而阻却故意的成立。再如，甲唆使我 国在外履行公务的国家机关工作人员乙擅离岗位，叛逃境外，但误以为乙是韩国公务员的，应认定为事实认 识错误，阻却故意的成立。

第三章刑法的适用范围**73**

（国家间防止犯罪的连带性说）认为，本国公民在外国犯罪时，原则上应适用所在国刑法， 但当行为人未受处罚而回到本国时，根据本国公民不引渡的原则，〔⑴不将本国公民引渡 给国外处罚，但本国也不能成为犯罪的避风港，故应当适用本国刑法予以处罚；在这种情 况下，具有代理处罚的性质（即本国为外国代理处罚）。〔13〕大体而言，前两种观点引申的 做法是无限制的积极属人管辖;后一种观点引申的做法是有限制的积极属人管辖。

我国刑法第7条规定了属人管辖原则。首先，国家工作人员和军人在中国领域外犯 我国刑法规定之罪的，适用中国刑法。如此规定，一方面是因为上述人员的身份及职权决 定了其在领域外犯罪会直接危害国家安全与利益；另一方面是因为随着对外开放与市场 经济的发展，上述人员在中国领域外的犯罪现象增加，需要采取属人管辖进行抑止。其 次，国家工作人员和军人以外的其他中国公民在中国领域外犯中国刑法规定之罪的，原则 上适用中国刑法;但是按照中国刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不予追 究。可见，除国家工作人员与军人的犯罪以外，刑法原则上只对我国公民在我国领域外实 施的严重犯罪行使管辖权，这表明我国刑法采取的是有限制的属人管辖原则。我国刑法 规定属人管辖原则的根据是维护我国国家及公民的利益（包括避免中国公民在国外受到 不当处罚），其中包含国际协同主义思想。

刑法第7条规定的属人管辖并没有以双重犯罪为原则。但本书认为，倘若中国公民 在国外实施的行为并没有触犯所在地国的刑法，行为也没有侵犯我国的国家与公民的法 益，就不宜适用我国刑法。例如，日本刑法第177条规定，“奸淫不满十三岁的女子的”， “处三年以上有期惩役'中国公民甲男在日本与已满13岁不满14岁的日本籍乙女自愿 性交的行为，虽然触犯了我国刑法,且法定最高刑为死刑，但该行为在日本并不成立犯罪。 本书认为，在这种情况下，应类推适用刑法第8条的但书，不适用我国刑法，即不追究甲的 刑事责任。〔14〕但是，如果我国公民甲男在日本与已满13岁不满14岁的中国籍乙女发生 性交的，则应适用我国刑法追究刑事责任。

甲原本为外国人，取得我国国籍后（新国民），发现其以前在国外曾经犯罪，并没有超 过追诉时效的，应如何处理？根据忠诚义务说，对甲不能适用我国刑法，因为新国民在行 为当时并不负有忠诚义务。根据国家利益符合说与代理处罚说，对甲能够适用我国刑法。 我国刑法第7条中的“中华人民共和国公民”，不限于“行为时的中华人民共和国公民”， 还包括“裁判时的中华人民共和国公民”，故对甲的行为应适用我国刑法。

（二）保护管辖原则

保护管辖原则的基本含义是，不论本国人还是外国人，其在国外的犯罪行为，只要侵 犯了本国利益或本国公民的法益，就适用本国刑法。其实质意义在于，保护本国利益与本

〔**12**〕本国公民不引渡原则，是指请求国向被请求国提出引渡申请,其所指向的请求引渡人是被请求国公民的，被 请求国可以拒绝引渡。实行这一原则主要是基于积极的属人主义，认为本国对自己的公民享有优先管辖权 甚至专属管辖权。此外，本国公民在国外受审可能受到不公正待遇，同时由于语言障碍等原因造成审判的 不便或讹误。但是，有些问题还值得进一步研究。例如，本国公民甲在A国犯故意杀人罪后回国，A国要求 引渡甲，且按照A国刑法对甲可能判处的最高刑为10年有期徒刑，而按本国刑法对甲可能判处的最髙刑为 死刑，甲也要求由A国审判。如果不引渡而由本国审判，应当如何裁量刑罚？显然.即便由本国审判并且适 用本罪刑法，也必须考虑A国刑法的相关规定。

［13］ 参见［日］森下忠:《刑法适用法的理论》.成文堂2005年版，第119页以下。

（14］ 参见张明楷:"国民对国家的忠诚与国家对国民的保护"，载《社会科学（上海）》2008年第4期。

**74**刑法学（第五版）

国公民的法益。因侵犯本国利益而适用本国刑法的，称为国家保护原则；因侵犯本国公民 法益而适用本国刑法的，称为国民保护原则（消极的属人管辖原则）。

我国刑法采取了有限制的保护管辖原则。刑法第8条规定:“外国人在中华人民共和 国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期 徒刑的，可以适用本法;但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”据此，适用保护管辖原 则受到三个条件的限制：（丨）所犯之罪必须侵犯了我国国家或者公民的法益。这一限制 既有利于保护我国国家与公民的法益，又尊重了他国主权。（2）所犯之罪按我国刑法规 定的最低刑为3年以上有期徒刑、这便将保护管辖原则的适用范闱限定在严重犯罪之 内。〔15〕（3）所犯之罪按照犯罪地的法律也应受处罚。这一限制具有必要性，因为外国人 在国外时只需遵守所在国的法律，不能要求一个人在任何地方遵守一切国家的法律。

（三）普遍管辖原则

普遍管辖原则（世界主义）以保护各国的共同利益为标准，认为凡是国际条约所规定 的侵犯各国共同利益的犯罪，不管犯罪人的国籍与犯罪地的属性，缔约国或参加国发现罪 犯在其领域之内时便行使刑事管辖权。采取普遍管辖原则，主要是为了防止国际犯罪。 20世纪70年代以来，为了加强国际合作，对付不断加剧的国际犯罪活动，国际上先后签 订了一系列公约。如1970年12月16日的《关于制止非法劫持航空器的公约》（简称《海 牙公约》），1971年9月23日的《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》（简称 《蒙特利尔公约》），1973年12月14日的《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外 交代表的罪行的公约》等。这些公约规定，各缔约国与参加国应将公约上所列举的非法 行为规定为国内法上的罪行，并应采取必要措施，对这些犯罪行使刑事管辖权，而不论罪 犯是否本国人、罪行是否发生在本国内。这便是普遍管辖原则。

国外的刑法适用法，对普遍管辖原则的实施存在不同做法：（I ）绝对的世界主义的做 法是，不问犯罪地、犯罪人的国籍以及被害人的国籍，也不考虑行为地国的刑法如何规定， 对该犯罪一概适用国内刑法。（2）自主的世界主义的做法是，不考虑国际条约的规定，自 主地根据犯罪性质确定普遍管辖的犯罪范围。（3）附条件的世界主义（限制的世界主义） 的做法是，对于普遍管辖原则的适用做出一定限制，如要求缔约国为犯罪地、缔约国为犯 罪嫌疑人的国籍国、得到非缔约国的同意等。（4）义务的世界主义的做法是，本国只在所 承担的义务范围内行使管辖权，这种义务既包括国际条约规定的义务，也包括国内法设定 的义务。显然，前两种主张并不现实。

我国刑法第9条规定:“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪 行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。”据此，行 使普遍管辖权受到一定限制：（1 ）我国行使普遍管辖权的犯罪应是国际条约所规定的罪 行；（2）我国是相关条约的缔约国或参加国；（3）国内刑法也将该行为规定为犯罪。此外， 原则上应要求罪犯出现在我国领域内。需要说明的是，对根据普遍管辖原则所审理的犯 罪，其实体法的适用根据是国内刑法，而非国际条约，因为国际条约没有对罪行规定法定

〔I5〕应当注意的是，根据刑法总则与其他法律的关系，当刑法典规定的最低刑没有达到3年以上，而此后修改法 定刑或者增加犯罪类型，最低刑为3年以上有期徒刑时，也可适用我国刑法（当然不得溯及既往）。

U6］参见［日］森下忠:《刑法适用法的理论》，成文堂2005年版，第234页以下。

第三章刑法的适用范围**75**

刑，而是要求缔约国或参加国将国际条约所列的罪行规定为国内刑法上的犯罪。因此，认 为对于我国缔结或参加的国际条约所规定的罪行行使普遍管辖时不适用我国刑法的观 点，〔17〕值得商榷。

四、对外国刑事判决的承认

综上所述，我国刑法采取了属地管辖、属人管辖、保护管辖与普遍管辖四个原则。不 难发现，如果其他国家同时采取这些原则（事实上也是如此），就必然出现若干国家对同 一犯罪具有刑事管辖权的现象。于是产生了如下问题:本国具有刑事管辖权的行为（如 中国公民在国外犯一定之罪）受到外国确定的有罪判决或无罪判决时，本国是否承认（广 义的承认包括执行）这一判决？

对外国刑事判决的承认分为积极承认与消极承认。

积极承认，是指在本国具有刑事管辖权的行为，受到外国确定的有罪判决时，将该犯 人移至本国后，执行外国所确定的有罪判决；如果犯罪人在外国已将确定的刑罚执行完 毕，或者外国法院虽宣告有罪但免除刑罚，或者对行为人做出无罪判决，则本国不再追诉。 可见，积极承认意味着将外国法院的判决与本国法院的判决同等看待。欧洲许多国家实 行积极承认。

消极承认，是指外国确定的刑事判决不制约本国刑罚权的实现，即不管外国确定的是 有罪判决还是无罪判决，对同一行为本国可行使审判权，但对外国判决及刑罚执行的事 实，给予考虑。我国刑法第10条规定:“凡在中华人民共和国领域外犯罪,依照本法应当 负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处 罚的，可以免除或者减轻处罚。”这一规定采取的是消极承认。应当认为，本条的“外国审 判”不仅包括外国国家的审判，而且包括国际刑事法院的审判。此外，对于大陆居民在 港、澳、台地区受到刑事审判的，不宜采取消极承认，而应采取积极承认。一方面，不能认 为港、澳、台地区的审判是“外国审判”；另一方面，如果对于大陆居民在港、澳、台地区受 到刑事审判的类推适用刑法第10条采用消极承认，则因为这种类推适用不利于被告人， 违反了罪刑法定原则。

刑法理论上对积极承认与消极承认有不同看法。有人认为，既然进行国际协作，承认 普遍管辖原则，就没有必要对在外国已经受过刑罚处罚的人再发动刑罚权;为了尊重外国 刑事立法与司法，为了使犯罪人顺利地重返社会，必须避免使犯罪人受到双重处罚，故应 实行积极承认。［|8］从现实上看，随着国际交往的增进，国际性犯罪不断增加，犯罪人常常 出现在犯罪地以外的国家,有关证据也往往见之于犯罪地以外的国家，犯罪地国难以对居 住在他国的犯罪人执行刑罚，这些事实也要求实行积极承认。〔|9〕我国刑法理论的通说认 为，作为一个独立自主的国家，理当不受外国判决效力的约束；但同时又要照顾实际情况， 考虑行为人在外国已经受刑罚执行的事实。据此，消极承认的做法具有妥当性。由上可 见，主张积极承认的人所强调的是国际协同原则与人权保障,主张消极承认的人所强调的 是国家主权原则。

〔I7〕参见林准主编:《中国刑法教程》，人民法院出版社1989年版，第22页。

〔I8〕参见［日］町野朔:《刑法总论讲义案I》，信山社1995年第2版，第106页。 〔I9〕参见［日］森下忠:《国际刑法的新动向》，成文堂1977年版，第199页。

**76**刑法学（第五版）

第二节刑法的时间适用范围

\_、刑法的时间适用范围的概念

刑法的时间适用范围，也称刑法的时间效力，所解决的问题是刑法从何时起至何时止 具有适用效力，其内容包括生效时间、失效时间、溯及力与限时法效力。

根据罪刑法定原则的要求，定罪量刑应以行为时有刑法的明文规定为限。因此，对行 为时不受处罚的行为，不能适用事后刑法给予处罚；在刑罚法规有变更时，对行为时受处 罚的行为，不能适用比行为时更重的刑法;对行为时虽被禁止但法律没有规定法定刑的行 为，不能事后科处刑罚。这些内容都可以概括为不溯及既往的原则。不溯及既往是罪刑 法定原则的重要内容之一，故刑法的时间效力是与罪刑法定原则密切联系的问题。

二、 生效时间与失效时间

从我国的刑事立法实践来看，刑法的生效时间分为两种情形：（1）自公布之日起生 效。如《关于禁毒的决定》第16条规定:“本决定自公布之日起施行。”（2）公布后间隔一 段时间才生效。如现行刑法典于1997年3月14日通过并公布，同年10月1日起生效； 《刑法修正案（八）》于2011年2月25日公布，自2011年5月1日起施行。《刑法修正案 （九）》于2015年8月29日公布，自2015年11月1日起施行。这两种生效情形均符合罪 刑法定原则，但相比之下，后一种情形更为合适。因为要使规范产生实效，就得使人们事 先了解规范的存在及其内容。

刑法的失效时间，主要有两种情形：（1）由立法机关明文宣布原有法律效力终止或废 止。例如，现行刑法明文规定废止旧刑法时代制定的23个单行刑法有关刑事责任的规 定。（2）新法的施行使原有法律自然失效。

三、 溯及力

刑法的溯及力（也称溯及既往的效力）所解决的问题是，刑法生效后，对它生效前未 经审判或判决未确定的行为是否具有追溯适用效力？如果具有适用效力，就是有溯及力； 否则就是没有溯及力。各国刑法关于溯及力的规定不完全相同，有的采取从旧原则，即一 概适用行为时的法律（行为时法主义）；有的采取从新原则，即一概适用裁判时的法律（裁 判时法主义）；有的采取从轻原则，即一概适用对行为人有利的法律；有的采取从新兼从 轻原则，即原则上适用裁判时的新法，但旧法对行为人有利时适用旧法;有的采取从旧兼 从轻原则，即原则上适用行为时的旧法，但新法对行为人有利时适用新法。

我国刑法第12条关于溯及力的规定采取的是从旧兼从轻原则。从1949年10月1 日至1997年9月30日这段时间所发生的行为，如果未经法院审判或判决未确定，应按不 同情况分别处理：（1）行为时™的法律不认为是犯罪，而现行刑法认为是犯罪的，适用行 为时的法律，即不以犯罪论处，现行刑法没有溯及力。（2）行为时的法律认为是犯罪，而

**[20]** “行为时"是指犯罪行为实施时.而不是指结果发生时。如果行为发生在旧法时期，结果发生在新法施行后 的，原则上要适用旧法，只有当新法对行为人有利时，才适用新法。

第三章刑法的适用范围**77**

现行刑法不认为是犯罪的，适用现行刑法，即不以犯罪论处，刑法具有溯及力。（3 ）行为 时的法律与现行刑法都认为是犯罪，并且按现行刑法总则第四章第八节的规定应当追诉 的，⑵〕按照行为时的法律处理，即刑法没有溯及力（刑法第87条关于追诉期限的规定具 有溯及力〔22〕）；但是，如果现行刑法处刑较轻，则应适用现行刑法，即现行刑法具有溯及 力。所谓的处刑较轻，是指法定刑较轻，〔\* 22 23 24 25〕因而只需要进行法定刑的判断，而不能进行个 案的判断。〔24〕（4）现行刑法施行以前，依照当时的法律已经做出的生效判决，继续有效。 应当认为，从旧兼从轻原则比较符合罪刑法定原则。因为“从旧”表明了对行为时不受处 罚的行为,不能适用裁判时的法律给予处罚；即使行为时应受处罚的行为，原则上也应按 行为时的法律处罚。这正体现了定罪判刑以行为时有法律的明文规定为限的思想。 另一方面，罪刑法定原则包含着保障行为人的自由的观念，因此，当适用新法有利于行 为人时，应例外地适用新法。如果行为发生在旧法时期，结果发生新法时期的，应适用 行为时的法律。

如前所述，现行刑法颁布以来，立法机关不断以修正案的方式修改刑法。修正案中有 的法条增加了新的犯罪类型，有的法条提高或者减轻了原有犯罪的法定刑。对于修正后 的法条的适用，均应当采取上述有利于被告人的从旧兼从轻的原则。

根据刑法第12条的精神以及有关司法解释，口5〕以下几点值得注意：（1）对于行为人 1997年9月30日以前实施的犯罪行为，在检察机关、公安机关、国家安全机关立案侦查

**［21**〕按照行为吋的法律没有超过追诉时效，但按现行刑法已超过追诉时效的，不应当追诉。

**（22］** 与旧刑法相比，现行刑法第88条关于不受追诉期限限制的情形的规定不利于行为人。值得研究的是，刑法 第12条所称的“依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉"，是否包括第88条的规定。如果持肯定回 答，那么，就意味着时效规定均有溯及力.而不管对行为人是否有利，本书持否定回答，亦即，除刑法第87条 夕卜，对行为人不利的时效规定.也应当采取从旧兼从轻的原则t例如，行为人在旧法时期实施犯罪，被害人 在追诉期限内提出控告，有关机关应当立案而不予立案的，应适用旧法关于追诉时效的规定，受追诉期限的 限制。

**（23］** 刑法第12条规定的“处刑较轻"，是指现行刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前的刑罚轻。法定 刑较轻是指法定最高刑较轻；如果法定最高刑相同，则指法定最低刑较轻。如果刑法规定的某一犯罪只有 一个法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑；如果刑法规定的某一犯 罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或 者最低刑。按照行为时的法律属于一罪，按照现行刑法属于两罪，或者相反的，要通过罪数的考虑判断追诉 期限以及现行刑法是否“处罚较轻”，例如，甲于1997年9月1日既聚众斗殴又寻衅滋事，按照旧刑法，甲仅 构成流氓罪，其法定最高刑为7年有期徒刑，追诉期限为10年。根据现行刑法，甲犯了数罪，其聚众斗殴罪 的最髙法定刑为3年有期徒刑，追诉期限为5年；其寻衅滋事罪的最高法定刑为5年有期徒刑，追诉期限为 10年，因此，如果在2007年6月发现了中的上述罪行，只应按照现行刑法对其寻衅滋事罪予以追诉。但 是,倘若在2001年9月（两罪均没有超过追诉吋效）发现甲的上述罪行,按照现行刑法实行数罪并罚处罚较 重，则应适用旧刑法以一罪（流氓罪）论处。

**（24］** 例如，现行刑法第232条对故意杀人罪规定的法定刑与1979年刑法第132条的法定刑相同。但是，在司法 实践上，现在对故意杀人罪的量刑轻于旧刑法时代对故意杀人罪的量刑。尽管如此，对于1997年10月1日 （现行刑法生效之日）之前的故意杀人行为，只能适用1979年刑法第132条（不能适用现行刑法第232条）， 而且应当按照现在的有利于被告人的量刑基准裁量刑罚。

**（25］** 参见最高人民法院1997年9月22 **0**《关于依法不再核准类推案件的通知》；最高人民法院1997年9月25 日《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》；最髙人民法院1997年12月31日《关于适用刑法第十二 条几个问题的解释》；最高人民检察院1997年10月6日《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干 问题的通知》；最高人民法院2011年4月25日《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）〉时间效力问题的解 释》；最高人民法院2015年10月29日《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）〉时间效力问题的解释》。

**78**刑法学（第五版）

或者人民法院受理案件以后，行为人逃避侦查或审判，超过追诉期限或者被害人在追诉期 限内提出控告，法院、检察院、公安机关应当立案而不予立案，超过追诉期限的，适用旧刑 法第77条的规定。（2）对于酌定减轻处罚、累犯的认定、自首的认定、立功的认定、缓刑 的撤销、减刑、假释的适用与撤销以及法定的从轻、减轻处罚与从重处罚规定的适用等问 题，应坚持从旧兼从轻的原则，即按有利于行为人的原则进行处理。例如，1997年9月30 日以前犯罪，不具有法定减轻处罚情节，但是根据案件的具体情况需要在法定刑以下判处 刑罚的，适用旧刑法第59条第2款的规定。又如，《刑法修正案（八）》增加了坦白从轻处 罚的规定，2011年4月30日以前犯罪，虽不具有自首情节，但是如实供述自己罪行（坦 白）的，适用修正后刑法第67条第3款的规定。再如，对于2011年5月1日之前故意犯 罪或者过失犯罪且已满75周岁的人，在2011年5月1日之后审判的，应当适用《刑法修 正案（八）》所增加的刑法第17条之一。〔26〕（3）对于保安处分的适用，也应当适用从旧兼 从轻的原则。例如，《刑法修正案（九）》增设的第37条之一规定了从业禁止的保安处分 措施。对于2015年10月31日以前因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的 特定义务的犯罪的，不能适用修正后刑法第37条之一第1款的规定。（4）对于旧刑法没 有明文规定的犯罪，根据旧刑法需要类推处理而没有处理的，不管现行刑法是否规定为犯 罪，都不得以类推方式定罪量刑。（5）如果当时的法律不认为是犯罪，现行刑法认为是犯 罪，而行为连续到1997年10月1日以后的，对该行为适用新刑法。同理，如果当时的刑 法条文不认为是犯罪，修正后的刑法条文认为是犯罪，而行为连续到修正案生效以后的， 对该行为适用新刑法。（6）按照审判监督程序重新审判的案件，适用行为时的法律。此 外，在刑法条文的修改导致罪名变更的情况下，如果对行为应当适用修改前的刑法（旧刑 法）条文的，就应当适用修改前的罪名。例如，对于2015年11月1日前实施的非法获取 公民个人信息的行为，在适用修改前的刑法第253条之一时，仍应适用“非法获取公民个 人信息罪”的罪名，而不应适用“侵犯公民个人信息罪”的罪名，因为在行为时并不存在后 \_■罪名。

新的刑法条文既有对被告人有利的规定，又有对被告人不利的规定时,对于新条文颁 布之前的行为，应当适用对被告人有利的规定（适用新法），而不适用对被告人不利的规 定（适用旧法）。例如，经《刑法修正案（七）》（2009年2月28日公布，从公布之日起施 行）修改后的刑法第201条第1款扩大了逃税罪（原为偷税罪）的处罚范围（不利于被告 人），但第4款增设了处罚阻却事由（有利于被告人）。根据从旧兼从轻的原则，对于2009 年2月28日之前的偷税行为的认定应当适用修改前的第201条，但同时必须适用修改后 的第201条第4款。再如，《刑法修正案（九）》修改了贪污罪、受贿罪的法定刑，提高了死 刑的适用标准，但同时规定：“……被判处死刑缓期执行的，人民法院根据犯罪情节等情

［26］应当指出的是，最髙人民法院2011年4月2S 口《关于〈中华人民共和国刑法修正案（八）〉时间效力问题的 解释》第1条与第2条第2款明显违反了罪刑法定原则。首先，《刑法修正案（八）》关于对被判处管制或者 宣吿缓刑的犯罪分子做出禁止令的规定（参见刑法第38条第2款和第72条第2款），显然不利于被告人，不 应当具有溯及既往的效力，但该司法解释第I条则做出了具有溯及力的规定。其次,《刑法修正案（八）》对 死缓做出了更为严格的不利于被告人的限制减刑的规定（第50条第2款与第78条第2款第3项）。根据罪 刑法定原则,对于在2011年5月1日［《刑法修正案（八）》生效之日］之前被判处死缓的犯罪分子，只能适用 颁布之前的刑法第50条，而不能适用修正后的第50条。可是,该司法解释第2条第2款则做出了适用修改 后的第50条的规定，因而与罪刑法定原则相抵触。

第三章刑法的适用范围**79**

况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、 假释。”根据从旧兼从轻的原则，对于2015年10月31日之前实施的贪污、受贿行为，既要 适用修正后的新法，提高死刑的适用标准，又不得适用修正后的新法关于终身监禁的规 定。〔27〕由此可见，对于一个行为完全可能同时适用旧法与新法。

问题是，在新条文规定的主刑有利于被告人但附加刑不利于被告人时（也可能存在 相反情形），应当如何处理？例如，甲在《刑法修正案（九）》之前贪污4万元，在《刑法修正 案（九）》生效之后接受审判。按照行为时的刑法第383条（旧条文），对甲应适用“一年以 上七年以下有期徒刑”的法定刑。但根据从旧兼从轻的原则，对甲应适用经由《刑法修正 案（九）》修正后的新条文，即适用“三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”的法定刑。问 题是,对甲能否并处罚金？对此可能存在争议。倘若将主刑与附加刑完全分开考虑，对甲 就不得并处罚金。倘若认为，在适用从旧兼从轻的原则时，只需要整体考虑法定刑的轻 重，就应当并处罚金。刑法第12条规定：“如果本法……处刑较轻的，适用本法。”亦即， 新条文规定的法定刑整体较轻时，就要适用新条文（不能因为新条文规定的附加刑重于 旧条文，就不适用新条文）。既然新条文（即刑法第12条所称的“本法”）规定并处罚金， 那么，在适用新条文时就应当对甲并处罚金。

需要讨论的是立法解释与司法解释的效力问题。这里存在许多情形:一是原来没有 立法解释与司法解释，后来有了立法解释与司法解释;二是原来已有立法解释与司法解 释，但后来立法解释与司法解释相应地出现了变更；三是原来已有司法解释，后来出现了 更高效力的立法解释。对此，刑法理论上有人主张有效解释（正式解释）的效力与刑法的 效力一样，都必须采取从旧兼从轻的原则，禁止不利于行为人的溯及既往,其理由大多是 将有效解释当作了刑法的渊源。司法实践上也采取了这种态度。如“两高”2001年12月 16曰《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》第3条指出：“对于新的司法解释实 施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时的司法解释办理，但适用新的司 法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。”其实，正式解释并不是刑法本 身，既然是对刑法的解释（而且排除了类推解释），那么，对现行正式解释之前的行为，只 要是在现行刑法施行之后实施的，就得按正式解释适用刑法。不能因为没有正式解释或 者正式解释不当，而否认对行为人适用刑法。或者说，不能因为没有正式解释或者正式解 释不当，而对刑法作不当的解释与适用。因此，正式解释不存在从旧兼从轻的问题。否 则，会出现以错误地适用刑法为代价来肯定以往的解释错误的不可思议的现象。不仅如 此，承认司法解释适用禁止溯及既往的原则，还会形成司法与立法处于同一等级的不当局 面，违背立法权与司法权相分离的法治原则。

具体来说，对于从无正式解释到有正式解释以及正式解释的变更产生的问题,可以分 为三类情形予以解释:第一，行为时没有正式解释，审理时具有正式解释的，应当适用正式

1. 最髙人民法院2015年10月29日《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）〉时间效力问题的解释》规定：“对 于2015年10月31日以前实施贪污、受贿行为，罪行极其严重，根据修正前刑法判处死刑缓期执行不能体现 罪刑相适应原则，而根据修正后刑法判处死刑缓期执行同吋决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期 徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释可以罚当其罪的，适用修正后刑法第三百八十三条第四款的规定。根据 修正前刑法判处死刑缓期执行足以罚当其罪的，不适用修正后刑法第三百八十三条第四款的规定。”在本书 看来，这一规定不符合罪刑法定原则。

**80**刑法学（第五版）

解释。第二，旧的正式解释规定某种行为不构成犯罪，新的正式解释将该行为解释为犯 罪。行为人在新的正式解释颁布之前根据旧的正式解释实施了该行为，但在新的正式解 释颁布后才发现该行为的，可以认定为旧的正式解释导致行为人误解刑法，应根据法律认 识错误的处理原则进行救济。即由于行为人不具有违法性认识的可能性，而排除其有责 性，不以犯罪论处。第三，旧的正式解释将某种行为解释为犯罪，但新的正式解释规定该 行为不构成犯罪。行为人在新的正式解释颁布之前实施该行为的，不应以犯罪论处。这 并不意味着对正式解释采取了从旧兼从轻的原则，而是因为该行为并未违反刑法。

此外，在“两高”根据旧的刑法规定做出司法解释后，立法机关修改了刑法，提高或者 降低了犯罪的成立标准时，如果“两高”没有及时做出新的司法解释，那么，原有的司法解 释当然丧失效力；如果“两高”后来公布了新的司法解释，那么，新的司法解释适用于新的 刑法规定生效后的行为。例如，刑法第338条原本将“致使公私财产遭受重大损失或者人 身伤亡的严重后果”作为污染环境罪的成立条件，但是，于2011年5月1日起开始施行的 《刑法修正案（八）》删除了上述条件，降低了污染环境罪的成立标准。最高人民法院2006 年7月21日《关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》就污染环境罪 的成立条件所做的规定当然失效。此后，“两高”于2013年6月17日公布了《关于审理环 境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。对于2011年5月1日后实施的污染环 境行为，不得适用旧的司法解释，而必须适用新的司法解释。

四、限时法

\_■般认为，限时法是只在一■定时期内实施的法律，属于一•种特别法。限时法在时间效 力上的特殊性表现在，对于在限时法规定的时期内实施的行为，在期限届满后（限时法的 效力已终止）才发现时，通常仍应依照该限时法处理。例如，德国刑法第2条第4项规定: “仅适用于特定时期的法律，即使该法律在审判时已经失效，仍然适用于在其有效期间内 实施的行为。但法律另有规定的除外采取这种做法的理由是，限时法基于特定目的， 在一定期限内禁止、处罚特定犯罪行为；如果行为人在此期限内实施了特定犯罪行为，就 应依照限时法处理;否则，在临近期限届满时实施犯罪行为，期待裁判时废除限吋法因而 免受刑罚处罚的案件，会大量增加。〔28〕但理论上还有另外一种见解，即如果限时法的废 除，是因为立法者认为该法规定的行为不具有可罚性，则对时限经过后发现的行为，不能 依限时法处理;如果限时法的废除是由于某种状态的消失，则对时限经过后发现的行为， 仍应依限时法处理。这一见解被称为“动机说” J29〕

我国现行刑法中还没有严格意义上的限时法，但空白刑罚法规与限时法是何种关系， 是特别值得研究的问题。本书认为，空白刑罚规范不是限时法。根据刑法第12条的精 神，对于空白刑法规范中的补充规范废止前的行为，依当时的法律规定处理;但是，如果补 充规范废止后，使得该行为不构成犯罪的，则应依补充法规废止后的法律处理（即不当犯 罪处理）。例如，行为人在20M年12月实施了某种经营行为，根据当时的国家规定，该经 营行为属于非法经营，且情节严重。但是，在2015年12月审理案件时，发现该国家规定 被废止，该经营行为不再是非法经营。根据从旧兼从轻的原则，对该行为应当宣吿无罪。

〔28〕参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第73页。

（29）参见［日］牧野英一:《刑法总论》（上卷），有斐阁1958年全订版，第243页以下。

第三章刑法的适用范围**81**

基于同样的理由，如果国家政策的变化导致构成要件内容发生变化时,也要遵循从旧 兼从轻的原则。例如，国家机关工作人员甲于2014年违反国家关于农业机械补贴的相关 规定，没有将补贴发放给本地农民，而是发放给外地农民，导致国家补贴款流失。但2015 年6月发案时，国家政策已经发生了变化，允许对外地农民发放补贴。国家政策的变化， 导致滥用职权罪的构成要件内容实际上发生了变化。对此，应适用从旧兼从轻的原则，即 对甲的行为不能以滥用职权罪论处。

第二编犯罪论

第四章犯罪概说

第一节犯罪的一般概念

一、犯罪的一般定义

各国都制定刑法，各种刑法都使用犯罪概念。但在刑法上是否以及如何规定犯罪的 一般定义，则有不同立法例:第一种立法例（大多数国家的刑法）是不规定犯罪的一般定 义。第二种立法例从形式上（或分类意义上）规定犯罪的一般定义。如1810年的《法国 刑法典》第1条规定：“法律以违警刑所处罚之犯罪，称为违警罪；法律以惩治刑所处罚之 犯罪，称为轻罪;法律以身体刑所处罚之犯罪，称为重罪。”〔1 ］ 1937年的《瑞士刑法典》第1 条规定：“凡是用刑罚威胁所确实禁止的行为”是犯罪。这类定义突出地说明了犯罪是违 反刑法和应受刑罚处罚的行为，强调了犯罪的法律特征。第三种立法例从实质上规定犯 罪的一般定义。如1922年的《苏俄刑法典》第6条规定：“威胁苏维埃制度基础及工农政 权在向共产主义过渡时期所建立的法律秩序的一切危害社会的作为或不作为，都被认为 是犯罪。”这种定义强调犯罪的实质特征。第四种立法例规定形式与实质统一的犯罪定 义。如1958年的《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》第7条规定：“凡是刑事法律规定 的危害苏维埃社会制度或国家制度，破坏社会主义经济体系和侵犯社会主义所有制，侵犯 公民的人身、政治权利、劳动权利、财产权利和其他权利的危害社会的行为（作为或不作 为），以及刑事法律规定的违反社会主义法律秩序的其他危害社会的行为，都是犯罪。”这 种定义同时强调犯罪的实质特征与法律特征。

刑法理论给犯罪下定义面临着许多需要考虑的情形，如有的行为应当是“犯罪”，但 刑法并未规定为犯罪;有的行为刑法规定为犯罪，但事实上并没有被认定为犯罪;有的行 为昨天是犯罪，今天则不是犯罪，或者相反。换言之，一个犯罪定义，要顾及实然的犯罪与 应然的犯罪、现在的犯罪与过去和将来的犯罪，实为难事。正因为如此，刑法理论上也出 现了不同的犯罪定义。（1）依据犯罪的法律后果给犯罪下定义。通常的提法是，犯罪是 依法应受刑罚处罚的行为。这种定义重点说明了如何从法律上识别犯罪。（2）按照犯罪 的成立条件给犯罪下定义。如德国、日本学者通常认为，犯罪是符合构成要件的、违法的、 有责的行为。〔2〕（3）结合犯罪引起的诉讼程序给犯罪下定义。这种定义见之于英美刑法 理论。如有的学者指出，犯罪“是一种能够继之以刑事诉讼并具有作为这些诉讼程序的

〔|〕实际上，这一规定更重要的是对犯罪的分类，还难以说是犯罪的定义.另参见德国刑法第12条。

〔2〕H. Jeschck/T. Weigend,Lehrbuch des Strafrechts:Allgemeiner Teil, 5. Aufl. ,Duncker &Humblot ,1996,S. 198；

［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第23页

**86**刑法学（第五版）

必然结果中的一种结果的行为”。［3〕（4）根据犯罪的反社会性给犯罪下定义（实质的犯 罪定义）。如有人指出，犯罪是反社会的行为或者具有社会侵害性的行为;〔4〕犯罪的实质 定义旨在说明立法者将某种行为规定为犯罪的实质根据。（5）综合犯罪的本质特征与法 律特征给犯罪下定义。李斯特对法益概念的研究，导致了实质的违法性论，使犯罪成为同 时具有形式违法性与实质违法性的行为，即“犯罪是一种特别危险的侵害法益的不法行 为” :〔5〕苏联刑法理论也大多采用这种定义。如早在1948年，苏联就有学者提出，犯罪 的基本特征是社会危害性、违法性、罪过、应受惩罚性与不道德性，并将犯罪的实质特征与 形式特征结合起来研究。［6 ］

我国刑法第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。”据此，依照法律应当受刑罚处罚的危害社会的行为，就是犯

罪。

二、犯罪的基本特征

（一）文理的解释

根据刑法第13条关于犯罪的一般定义的文字表述，犯罪具有两个特征：一是社会危 害性，二是依照法律应受刑罚处罚性。

首先，刑法干预权的界限来自刑法的任务与目的，刑法的任务与目的是保护法益，所 以刑法所干预的只能是侵犯法益的行为（危害社会的行为）。反过来说，刑法之所以将某 些行为规定为犯罪，就是因为这些行为具有社会危害性（法益侵犯性）。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，只有当行为“依照法律应当受刑 罚处罚”时，才成立犯罪。（1）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

［3〕［英］1 C.史密斯、B.霍根:《英国刑法》，李贵方等泽，法律出版社2000年版，第26页。这种定义与英美刑法 理论的最广义刑法主张有密切联系。他们认为，“刑法从广义上来说是对刑事犯罪下定义，对嫌疑人的逮 捕、起诉和审判加以规定，和对已被定罪的犯人确定刑罚和处理方式的一整套法律。”（曾庆敏主编:《刑法》， 知识出版社1981年版，第1页）。

［4〕参见［日］大塚仁:《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社1993年版，第1页。

〔5〕［德］李斯特著、施密特修订:《德国刑法教科书》，徐久生译,法律出版社2006年修订译本，第8页。

〔6］参见［苏］皮昂特科夫斯基等:《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社1984年版.第22页。

第四章犯罪概说**87**

定了法定刑［门）。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。（2）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（如随地吐痰的行为），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。（3）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），行为人达到法定年龄（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，被刑法类型化的严重的社会危害性（不法） 与有责性（责任），是犯罪的两个基本特征。

（二）论理的解释

要考虑犯罪概念对建构犯罪论体系的作用，还必须从论理上作实质的考察。显然，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（责任）。据此，犯罪的实体是违法与责任。［8 ］ 但是，由于刑法实行罪刑法定原则，所以，只有符合构成要件的违法行为（不法），才能成 为犯罪的实体之一。责任是对不法的责任，是针对符合构成要件的违法事实的非难可能 性，所以，不法是责任的前提。据此，犯罪的实体是不法与责任。

］.不法

不法，是指符合构成要件并且违法。符合构成要件是事实，是评价的对象，违法是对 符合构成要件事实的评价。所以，不法由事实与评价两部分组成J9〕在此，主要联系刑 法第13条的规定侧重于从违法的角度说明犯罪基本特征。

“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

〔7 ］国家颁布了许多法律，并非被法律禁止的行为都是犯罪，只有当法律对某种行为规定了刑罚后果时，该行为才 是犯罪。司法机关是根据具体化、类型化的法律特征认定犯罪的,那么,依据何种标志判断法律规定的是犯罪 行为呢？目前的答案是，在行为的法律要件之后是否规定了刑罚后果（法定刑）。所谓“没有刑罚就没有犯 罪”、“没有法定刑罚就没有犯罪”正是在此意义上而言。某种行为是否被法律规定为犯罪，并非仅由法律的性 质而定。刑法具有多种渊源，即使是典型的单行刑法,其中也可能规定了一般违法行为。例如，已经作废的《关 于禁毒的决定》是公认的单行刑法，其序言规定"严禁吸食、注射毒品”，但第8条第1款规定:“吸食、注射毒品 的，由公安机关处十五日以下拘留,可以单处或者并处二千元以下罚款，并没收毒品和吸食、注射器具。”第2款 规定:"吸食、注射毒品成瘾的，除依照前款规定处罚外,予以强制戒除，进行治疗、教育。强制戒除后又吸食、注 射毒品的，可以实行劳动教养，并在劳动教养中强制戒除。”由于本条没有规定刑罚后果，即不属于应受刑罚处 罚的行为，所以，吸食、注射毒品的行为不是犯罪,，而日本刑法第138条第1款规定:“吸食鸦片烟的，处三年以 下惩役。”人们便能肯定，吸食鸦片烟的行为在日本是犯罪行为，再如，当刑法分则条文仅对聚众犯罪的首要分 子规定了刑罚后果,没有对其他参加者规定刑罚后果时，表明其他参加者的行为不成立犯罪。换言之，刑法是 以刑罚禁止犯罪的，如果某种行为依照刑法应受刑罚处罚，就表明刑法禁止该行为。当然，这并不意味着任何 犯罪都必然受到刑罚处罚。因为犯罪行为形形色色，同一种犯罪也完全存在不同情节，故刑法规定了构成犯罪 而免除刑罚处罚的情形，司法实践中也存在认定某种行为构成犯罪而不判处刑罚的情况。但免除刑罚处罚，也 是以应受刑罚处罚为前提的;如果不应受刑罚处罚，则不成立犯罪。

［8］参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔:《论犯罪构造的逻辑》，徐凌波、蔡桂生译，载《中外法学》2014年第1期； ［日］前田雅英:《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第19页。

〔9 ］本书区分不法与违法两个概念，但不排除由于引用其他文献等原因，而导致不能严格区分，只能恳请读者根据 语境判断，此外，在本书中，“（符合）构成要件的不法行为”与“（符合）构成要件的违法行为”是等同含义.，

**88**刑法学（第五版）

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，由来于对刑法的任务或目的的理解。”〔叫如前所述，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。而且，由于其他法律也以一定的手段履行着保护 法益的任务，所以，刑法只能将值得科处刑罚的侵犯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。

刑法第13条所称的社会危害性，就是指行为对法益的侵犯性，即刑法第13条所列举 的行为对国家法益、公共法益以及公民个人法益的侵犯性。具体表现为危害国家主权、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；等等。所以，社会危害性或者法益侵犯性，就是刑法 上的实质的违法性。

行为对法益的侵犯性包括对法益的侵害性与威胁性（危险性）。〔11〕一般来说,侵害性 是指行为造成了法益的现实损害;威胁性是指行为具有侵害法益的危险性。当行为没有 现实地侵害法益，但具有侵害的危险性时，也具有现实的社会危害性。当然，由于侵害性 与威胁性对法益的侵犯程度不同，所以，对于侵犯重大法益的行为，即使没有造成现实的 法益侵害结果，但如果造成了侵害的危险，也可能被刑法禁止。

我国传统刑法理论认为，只有一定的人在故意或者过失心理支配下实施的危害社会 的行为，才具有社会危害性。换言之，社会危害性是由客观危害与主观恶性构成的。但 是，本书采取客观的违法性论的立场，主张从客观上理解和判断社会危害性或实质的违法 性。一方面，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;不能认为刑法允许或者放任精神病患者杀人，也不能认为 刑法允许或者放任不满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，并不符合事实。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，无疑具有社会危害性。再如，乙在没有故意与过失的情况下，导致他人死亡的， 肯定具有社会危害性。刑法不处罚这种行为，不是因为该行为没有社会危害性，而是因为 行为人不具有非难可能性。另一方面，对于合法行为以及所谓法律放任的行为，任何人都 不能阻止、制止（否则，可能成立犯罪），但对于违法行为，任何人都可以阻止、制止。国家 机关与一般公民在遇到13周岁的人或者精神病患者杀人时，当然可以乃至应当阻止、制 止。同样，当不知情的行为人意外地将国家绝密泄露给境外敌对组织时，国家机关与一般 公民也可以乃至应当阻止、制止。这反过来说明，行为是否违法，不以行为人具有责任能 力、故意、过失为前提。概言之，应当承认“没有责任的不法”。

可以认为，凡是侵犯刑法所保护的法益的行为，都具有实质的违法性。但是，根据罪刑 法定原则，只有符合刑法规定的构成要件并且实质上侵犯了法益的行为，才是不法行为。

〔10〕［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第105页。

**［11**〕在本书中，一般来说，使用“侵犯"一词时，包含了对法益的侵害以及造成侵害的危险（威胁）；但由于约定俗 成的缘故,“法益侵害”一词也可能包含侵害的危险，这需要读者识别。

第四章犯罪概说**89**

2.责任

仅有客观的不法行为，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 客观不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客观不法行为具备有责性，应当受到谴责时，这种行为才是犯罪。 或者说，只有当能够将客观不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。这既是刑法的人权保障机能决定的，也是刑罚的性质与目的决定的。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。反过来说，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 一要求保障了国民的预测可能性，进而保障了国民的自由。刑法的手段主要是刑罚，犯罪 是适合科处刑罚的行为，不管是将刑罚的正当化根据理解为报应，还是将刑罚的正当化根 据理解为一般预防与特别预防,都以行为人具有非难可能性（他行为可能性）为前提（参 见第六章第一节）。刑法理论常常将具有非难可能性表述为“行为人具有责任' 所以， 责任（有责性或非难可能性）是犯罪的另一特征。［

责任特征同样具有法律根据。根据刑法第13条的规定，不法行为只有“依照法律应 当受刑罚处罚”时，才是犯罪。例如，根据刑法第14条、第15条和第16条的规定，只有当 行为人出于故意或者过失，而且处于可能抗拒的状态时（具有期待可能性），才能受刑罚 处罚。换言之，不具有故意与过失的违法行为，依照法律是不应受刑罚处罚的，因而不是 犯罪。再如，根据刑法第18条的规定，只有当行为人具有责任能力（辨认控制能力）时， 其行为才可能受刑罚处罚。所以，从刑法第13条“依照法律应当受刑罚处罚”以及相关 条文的规定中，也可以将“责任”解释为犯罪的特征。

总之，从实质上说，犯罪是不法且有责的行为。犯罪的不法与责任，正好与刑法的法 益保护机能和人权保障机能相对应。不法的实质是侵犯法益，所以，禁止不法行为意味着 对法益的保护;责任以具有预测可能性、他行为可能性为前提，所以，将责任作为犯罪特征 意味着对国民自由的保障。在实行依法治国的时代，对不法与责任的判断，都必须以刑法 为根据。因此，德国、日本刑法理论特别重视违法行为的法定性，将犯罪定义为符合构成 要件的违法且有责的行为。在构成要件符合性、违法性、有责性的三个阶层中，第二阶层 的要件被称为"违法”或“违法性”（Rechtswidrigkeit）;又由于构成要件是违法类型，于是， 将符合构成要件且违法的情形,称为“不法”（Unrecht）。违法性概念强调的是行为的性质 （价值判断），是对于对象的评价；由于符合构成要件的行为是评价对象，所以，不法概念 包括了违法性的评价对象与对于对象的评价。〔|3〕据此，犯罪是不法且有责的行为。〔|4〕

需要指出的是，“犯罪”（“罪”）一词具有不同的含义。一般来说，犯罪是指具备了成 立犯罪的全部条件的行为。但是，犯罪的本质是法益侵害，在此意义上说，只要符合构成 要件的行为侵犯了法益，就具备了犯罪的本质。而行为是否符合构成要件、是否侵犯了法 益，只需要进行客观的判断。例如，已满】4周岁的人杀人，与未满14周岁的人杀人，在符

**（12］**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。

〔**13**〕Vgl. ,C. Roxin，Strafrecht Allgemeiner Teil,Band I，4. Aufl. ,H. Beck, 2006, S.600f.

〔I4〕恳请读者注意的是，这里的不法与作为正当防卫对象的不法侵害，不是等同含义。

**90**刑法学（第五版）

合构成要件与侵害了他人生命这一点上没有任何区别。只是出于有责性与刑事政策等方 面的理由，对后者不以犯罪论处而已。所以，在一些场合，“犯罪”、“罪”是指符合构成要 件且违法的行为（不法行为）。例如，刑法第丨15条第1款规定：“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致人重伤、死亡或者使公私 财产遭受重大损失的.处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”第2款规定：“过失犯 前款罪的，处=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。” 显然，第2款的“前款罪”，仅指客观上符合第1款规定的构成要件且违法的行为（实施了 引起火灾、水灾等危害公共安全的行为，并造成了致人重伤、死亡或者致使公私财产遭受 重大损失的结果）；而不要求行为人像第1款那样出于故意。如果说，“罪”是指完全符合 犯罪的全部成立条件的行为，那么，就无法理解刑法第115条第2款（只能将刑法第115 条第2款理解为：“过失犯前款故意犯罪致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的， 处三年以上七年以下有期徒刑。"这显然是不合适的）。再如，刑法第20条第3款规定： “对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取 防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”由于正当行为不能 向不正当行为让步，所以，对于没有达到法定年龄、没有责任能力的人的不法侵害，在必要 时也可以进行正当防卫，因此，上述条款中的“暴力犯罪”并不限于达到法定年龄、具有责 任能力的人的暴力犯罪，对于不满14周岁的人实施的杀人、抢劫、强奸等严重危害人身安 全的行为，可以（不是必须）进行正当防卫。这也表明，没有达到法定年龄的人的杀人、抢 劫、强奸等行为，属于刑法第20条规定的暴力“犯罪”。

（三）但书含义

刑法第13条但书规定，“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。其中的“情节” 是指行为过程中影响不法程度的各种情况，如法益的性质、行为的危险与实害结果等，但 不应包括行为前后的表现。〔15〕至于情节是否显著轻微，则应根据案件的具体情况，综合 考虑。“不认为是犯罪”，即刑法不认为是犯罪，故司法机关也不得以犯罪论处，结论只能 是不构成犯罪。如果说刑法第13条的本文（即但书前的内容）从正面规定了什么是犯 罪，那么，但书则从反面说明了什么不是犯罪；正反两个方面的结合，使人们能够更加准确 地理解犯罪概念。

刑法第13条本文与但书的规定，并不意味着认定犯罪必须采取两个步骤——首先判 断行为是否具有依法应受刑罚处罚的社会危害性，其次再判断情节是否显著轻微危害不 大。这是因为，不管前一判断得出的是肯定结论还是否定结论，都没有必要进行后一判 断。所以，只能将情节是否显著轻微危害不大的判断融人前一判断。

问题是，从违法性与构成要件的关系来说，倘若但书的判断是实质违法性的判断，那 么，这一判断是否以行为符合构成要件为前提？ “出罪标准说”将但书的机能定位于“出 罪”，主张先形式地判断行为符合犯罪构成要件，再实质地判断符合构成要件的行为不具 有应受刑罚处罚的社会危害性，进而直接根据但书宣告行为无罪。据此，但书只是在行为

C5）如果认为但书中的"危害”仅是实质的违法，那么，其中的“情节”就仅指表示违法程度的情节；如若认为但书 中的“危害”不仅指实质的违法，而且包括非难可能性，那么，其中的“情节”则同时包括表明违法程度与非难 可能性程度的情节。

第四章犯罪概说**91**

符合构成要件的基础上阻却实质违法性。〔16] “入罪限制条件说”将但书的机能定位于对 人罪的限制，主张在判断行为是否符合构成要件吋，应同时以但书的限制性规定为指导， 据此，符合但书规定的行为原本就不符合犯罪的构成要件。只能以行为不符合构成要件 或者不具备其他犯罪成立条件为由宣告无罪，而不能直接根据但书宣告无罪。后者是本 书一直主张的观点。

刑法上的违法当然是指值得科处刑罚的违法，构成要件是违法类型，亦即，构成要件 所描述的是值得科处刑罚的违法行为;情节显著轻微危害不大的行为，原本就不会被刑法 类型化为构成要件行为。所以，"出罪标准说”不符合构成要件与违法性关系的原理。现 实中直接根据但书宣告无罪的观点与做法，主要表现为两种情况：（1）行为符合犯罪构成 要件与其他成立条件，原本成立犯罪，却直接根据但书宣告无罪。如将实施积极安乐死的 行为宣告无罪，将具有抽象危险的醉酒驾驶行为宣告无罪。然而，对这种行为根本不能宣 告无罪，而应依法定罪量刑o （2）对构成要件作形式主义的理解，使构成要件行为包含了 不值得科处刑罚的行为。如将邮政工作人员私拆一封没有重要内容的信件并未造成严重 后果的行为，解释为符合刑法第253条规定的构成要件的行为，进而主张直接引用第13 条的但书宣告无罪。可是，刑法在规定犯罪构成要件时,必然对符合犯罪构成要件的行为 进行实质的评价。立法者规定抢劫、盗窃、敲诈勒索等罪的构成要件时，所想到的是:通过 构成要件所描述的行为，是值得科处刑罚的犯罪行为。与之相应，刑法的解释者、适用者 在解释和适用刑法规定的犯罪构成要件时，也必须从实质上理解，只能将值得科处刑罚的 违法行为解释为符合构成要件的行为。如果犯罪构成要件被形式化，就可能导致直接根 据社会危害性判断犯罪的成立与否，这是相当危险的。因此，邮政工作人员私拆一封没有 重要内容的信件并未造成严重后果的行为，并不是符合刑法第253条所规定的犯罪构成 要件的行为;应以行为不符合犯罪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。〔17〕

倘若将第13条的本文与但书理解为犯罪成立条件（犯罪构成）与社会危害性的关系 （本书不赞成这样的理解），司法机关也只能根据刑法规定的犯罪成立条件认定行为是否 成立犯罪，而不是直接以社会危害性的大小认定犯罪。如果行为符合犯罪成立条件，当然 成立犯罪；如果行为不符合犯罪成立条件，自然不成立犯罪。如果行为符合犯罪成立条 件，却又根据第13条但书宣吿无罪，便使刑法规定的犯罪成立条件丧失应有的意义，也违 反了刑法第3条的规定。例如，一旦对故意杀人、放火、爆炸、盗窃等罪的成立条件做出了 合理解释，那么，只要行为符合这些犯罪的成立条件，就不应当以情节显著轻微危害不大 为由宣告无罪。基于同样的理由，当刑法分则条文对犯罪成立条件的表述已经将情节显 著轻微的情形排除在犯罪之外时，只要行为符合刑法分则规定的成立条件，就应当认定为 犯罪，而不能以情节显著轻微危害不大为由宣吿无罪。

总之,犯罪概念不是认定犯罪的具体标准，同样，刑法第13条的但书也不是宣告无罪 的具体标准。刑法第13条是犯罪的一般定义，它首先意味着立法机关根据行为的性质、

[1«参见储槐植，张永红：“善待社会危害性观念——从我国刑法第13条但书说起”，载《法学研究》2002年 第3期、

[口]诚然，只有认定犯罪的成立才需要理由但是，在司法实践中，当公安、检察机关认为某种行为构成犯罪时， 宣吿无罪的法官就必须阐明不构成犯罪的理由„

**92**刑法学（第五版）

情节等，将应受刑罚处罚的危害行为规定为犯罪;其次也要求司法机关对具体犯罪的构成 条件进行实质的解释。

第二节犯罪的基本分类

一、犯罪的理论分类

对犯罪可以依据不同标准进行不同分类，如作为犯与不作为犯，故意犯与过失犯，既 遂犯、未遂犯、中止犯与预备犯等,这些分类会在后面的相关章节中得到说明。这里只是 对犯罪的基本分类作些介绍。

（一） 重罪与轻罪

以法定刑为标准，将犯罪分为重罪、轻罪与违警罪，始于1791年的《法国刑法典》，迄 今为止，仍有许多国家的刑法将犯罪分为重罪与轻罪，或者还加上一类违警罪。我国刑法 没有将犯罪分为重罪与轻罪，但理论上仍然可以对犯罪做出这种分类。刑法第67条规 定，犯罪以后自首且“犯罪较轻”的可以免除处罚，也暗示了可以从理论上将犯罪分为重 罪与轻罪。区分重罪与轻罪应以法定刑为标准，而不宜以现实犯罪的轻重为标准。但理 论上与实践上对区分重罪与轻罪标准形成共识的时机并未成熟。从刑法的许多相关规定 来看（参见刑法第7条、第72条），可以考虑将法定最低刑为3年以上有期徒刑的犯罪称 为重罪，其他犯罪则为轻罪。

（二） 形式犯与实质犯

形式犯与实质犯的犯罪分类由来已久，其分类标准也颇宥争议。第一种观点认为，只 要求实施构成要件行为，而不要求对法益造成侵害或者威胁（连抽象的危险也不需要）的 犯罪，是形式犯;构成要件以对法益造成侵害或者威胁为内容的犯罪，是实质犯，其中以现 实上对法益造成侵害为内容的犯罪称为侵害犯，仅要求有侵害法益的危险的犯罪为危险 犯，危险犯又可以分为具体的危险犯与抽象的危险犯。〔18〕第二种观点认为，形式犯与实 质犯的区别，在于危险的程度不同。形式犯并不是只要在形式上违反法的命令与禁止就 成立，也应要求某种侵害法益的危险，但这种危险是比抽象的危险犯中的危险更为轻度 的、间接的危险。〔19〕第三种观点认为，形式犯对法益也具有危险性，只不过实质犯的被侵 害法益是比较特定的，而形式犯的被侵害法益不是很特定。第四种观点认为，刑法以 保护法益为目的，所有的分则条文都有其保护的法益；因此，符合构成要件的行为都是对 法益的侵害或者威胁；在此意义上说，所有的犯罪都是实质犯，形式犯没有存在的余 地J21〕本书认为，刑法以保护法益为目的，任何行为都是因为严重侵犯法益才被刑法规 定为犯罪，在此意义上说，不存在形式犯;倘若一定要区分形式犯与实质犯，则宜采取上述

C18J参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第130页。

〔I9〕参见［日］团藤重光:《刑法纲要总论》，创文社1990年第3版，第130页。

〔20］参见［日］平野龙一:《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第H8页。

〔2!〕参见［日］町野朔：《刑法总论讲义案I》，信山社1995年第2版，第143页以下。

第四章犯罪概说**93**

第三种观点。

（三）自然犯与法定犯

自然犯（与刑事犯的概念大体相同）与法定犯（与行政犯的概念大体相同）的分类得 到了许多人的响应，但其区分标准却因人而异。概括起来有以下不同观点：（1）侵害法益 的犯罪是自然犯，威胁法益的犯罪是法定犯；（2）侵害或者威胁法益的犯罪是自然犯，纯 粹或者单纯不服从法规的犯罪为法定犯；（3）侵害或者威胁法益的是自然犯，违反公共秩 序的犯罪是法定犯；（4）同时包含形式要素（违反法规）与实质要素（侵害法益）的犯罪是 自然犯，只具备形式要素的犯罪是法定犯；（5）同时违反法规范及文化规范的犯罪是自然 犯，只违反法规范的犯罪是法定犯；（6）违反伦理道德、即使没有法律规定也属犯罪的行 为是自然犯，没有违反伦理道德、只是由于法律规定才成为犯罪的行为是法定犯；（7）以 侵害个人利益为前提、直接引起社会、国家损害的犯罪是自然犯，不以侵害个人利益为前 提所引起的社会、国家损害的犯罪是法定犯；（8）违反基本生活秩序的犯罪是自然犯，违 反派生生活秩序的犯罪是法定犯;如此等等。可以认为，上述任何一种区分都存在缺陷， 于是有人提出了否定自然犯与法定犯区分的学说。C22〕

前四种区分标准难以被本书采纳。第（5）种与第（6）种标准基本相同，第（7）种与第 （8）种标准也大同小异。其实，刑法理论未必只能以一个标准区分自然犯与法定犯，换言 之，我们完全可以在不同场合根据不同需要以不同标准区分二者。例如，在判断行为人是 否具有违法性认识的可能性时，大抵可以根据上述第（6）种观点区分自然犯与法定犯。 因为自然犯的违法性容易被一般人认识（不借助法律便可认识），法定犯的违法性可能难 以被一般人认识（通常需要借助法律来认识）。再如，在判断行为的不法与责任程度（罪 行）时，或许可以根据上述第（8）种观点区分自然犯与法定犯。例如，为了制造爆炸事故 而非法购买爆炸物的行为，违反了基本生活秩序;基于合理需要没有经过合法程序购买爆 炸物的行为，只是侵犯了派生生活秩序。与之相应，前者的罪行也重于后者。此外必须承 认的是，自然犯与法定犯的区分具有相对性。

在国外的刑事立法体例上，自然犯被规定在刑法典中，法定犯则被规定在附属刑法 （行政法、经济法等法律）或者特别刑法中。这是因为，刑法典是规范基本生活秩序的法 律,直接关系到国民基本生活的安定。行政刑法、经济刑法是为了实现行政规制、经济管 理目的而借用了刑罚手段的法律，其指导原理主要是合目的性。法定犯的变易性较大，而 刑法典则相当稳定,将法定犯规定在行政法、经济法中，有利于随时修改法定犯的构成要 件与法定刑，实现行政刑法、经济刑法的合目的性，而不至于损害刑法典的稳定性。法定 犯以违反行政法、经济法为前提，在行政法、经济法中直接规定法定犯，避免了法定犯与相 关法律的脱节，有利于法定犯的认定。更为重要的是，随着社会生活的复杂化，犯罪类型 会越来越多，一部刑法典不可能囊括所有犯罪，因而不可避免在行政法、经济法等法律中 直接规定法定犯。诚然，将法定犯直接规定在行政法、经济法中，可能导致威慑力减 小。但是，一般来说，法定犯的不法程度原本就轻于自然犯，所以，将法定犯规定在刑法典 之外是合适的。

**［22］**参见［日］福田平:《行政刑法》，有斐阁1978年新版，第3页以下。 〔23〕参见张明楷:“刑事立法的发展方向”，载《中国法学》2006年第4期。

**94**刑法学（第五版＞

我国当下采取了自然犯与法定犯一体化的立法体例，亦即，一切犯罪均规定于刑法典 中。于是，大量存在较重的自然犯规定中包含较轻的法定犯、较轻的法定犯规定中包含较 重的自然犯的现象。在这种立法体例下，尤其应当同时遵守罪刑法定原则与罪刑相适应 原则；特别需要对刑法分则条文进行实质解释，充分考虑法条的法益保护目的与法条适用 的后果。对于法益侵害轻微的行为，即使其处于分则条文的字面含义之内，也应当排除在 犯罪之外;对值得科处较轻刑罚的行为适用重法条明显违反罪刑相适应原则，又没有可以 适用的轻法条时，只能将其排除在犯罪之外;一个行为符合了重罪法条对构成要件的表 述，但实际上并不具有重罪的不法与责任，因而不应当适用重罪法条，但这种行为不仅符 合轻罪法条的文字表述，且值得以轻罪处罚时，只能按轻罪论处；在严重侵害法益的行为 符合重罪法条时，应当在遵循罪刑法定原则的前提下,运用想象竞合犯的原理适用重罪法 *条，*而不能基于其他的形式理由适用轻罪法条。〔24〕

（四）隔隙犯与非隔隙犯

隔隙犯是指在实行行为与犯罪结果之间存在时间的、场所的间隔的犯罪。其中实行 行为与犯罪结果之间存在时间间隔的犯罪称为隔时犯;实行行为与犯罪结果之间存在场 所间隔的犯罪称为隔地犯。隔时犯存在犯罪时的确定问题，隔地犯则存在犯罪地的确定问 题。就隔时犯而言，原则上应以行为时为犯罪时;对于隔地犯而言，行为地与结果地均为犯 罪地。实行行为与犯罪结果之间没有时间、场所间隔的犯罪，则是非隔隙犯。但非隔隙犯与 即成犯不是等同概念。后者与状态犯、继续犯相对，是指一旦发生法益侵害结果，犯罪便同 时终了;犯罪一旦终了，法益便同时消灭（法益受到侵害但违法状态没有继续）的犯罪。

二、犯罪的法定分类

犯罪的法定分类，是根据刑法的相关规定所作的分类。我国刑法分则根据犯罪所侵 犯的法益性质，将犯罪分为十类:危害国家安全罪，危害公共安全罪，破坏社会主义市场经 济秩序罪，侵犯公民人身权利、民主权利罪，侵犯财产罪，妨害社会管理秩序罪，危害国防 利益罪，贪污贿赂罪,渎职罪，军人违反职责罪。此外，根据刑法的相关规定，我们还可以 对犯罪进行如下分类。

（一） 国事犯罪与普通犯罪

刑法分则规定了十类犯罪，其中，第一章所规定的“危害国家安全罪”属于国事犯罪， 这类犯罪危害的是国家的政权、社会制度与安全。第二章至第十章规定的犯罪，相对于国 事犯罪而言，属于普通犯罪。但其中的第十章所规定的“军人违反职责罪”又属于普通犯 罪中的一类特殊犯罪，故也可以说刑法将犯罪分为国事犯罪、军事犯罪与普通犯罪三类。 从刑法理论上说，国事犯罪与普通犯罪相结合的犯罪，称为混合犯罪。与此相关联的是， 基于政治、宗教等的确信而实施的犯罪，称为确信犯。

（二） 自然人犯罪与单位犯罪

自然人犯罪，是指以自然人为行为主体的犯罪，如故意杀人罪、故意伤害罪、盗窃罪 等，都是自然人犯罪。单位犯罪，是指以单位作为行为主体的犯罪。在我国，许多犯罪 （如票据诈骗罪、信用证诈骗罪）既可以由自然人实施，也可以由单位实施（以刑法有明文

（24］参见张明楷:“自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释"，载《法商研究》2013年第4期

第四章犯罪概说**95**

规定为前提）；当这些犯罪由单位实施时，便是单位犯罪。

（三） 身份犯与非身份犯

身份犯是以特殊身份作为客观构成要件要素的犯罪（真正身份犯或构成的身份犯）， 如贪污罪、受贿罪、刑讯逼供罪、玩忽职守罪等。非身份犯是不以特殊身份作为客观构成 要件要素的犯罪，如放火罪、故意杀人罪、盗窃罪、抢劫罪等。这种区分对正确认定犯罪具 有重要意义。此外，刑法理论上还有不真正身份犯的概念，即刑法将特殊身份作为刑罚加 重或者减轻事由的犯罪（加减的身份犯）。如国家机关工作人员犯诬告陷害罪的，应从重 处罚，属于不真正身份犯。〔25］

（四） 亲告罪与非亲告罪

亲告罪是告诉才处理的犯罪。根据刑法第98条的规定，告诉才处理，是指被害人告 诉才处理，如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以 告诉。告诉才处理的犯罪，必须有刑法的明文规定。刑法没有明文规定为告诉才处理的 犯罪，均属于非亲告罪，即不问被害人是否告诉、是否同意起诉，人民检察院均可提起公诉 的犯罪。刑法将部分犯罪规定为亲告罪，主要是综合考虑了以下个因素：（1）这种犯罪 仅侵害了个人法益，而且比较轻微；（2）这种犯罪往往发生在亲属、邻居、同事之间，被害 人与行为人之间一般存在较为密切的关系；（3）这种犯罪涉及被害人的名誉，任意提起诉 讼有可能损害被害人的名誉。

尽管我国的刑事诉讼法将告诉才处理的案件列人自诉案件，刑法与刑事诉讼法理论 认为“告诉”是指被害人直接向人民法院起诉，但告诉才处理与自诉的法理根据不同，二 者之间没有直接关系。例如，日本毫无例外地实行国家追诉主义，既不存在自诉制度，也 不存在刑事附带民事诉讼制度，但日本刑法同样规定了亲告罪。就一般犯罪而言，被害人 等可以提出控告或者举报，但是否提起诉讼完全由检察机关决定；另一方面，即使没有被 害人的请求，检察机关也可能提起诉讼。但是，告诉才处理的犯罪，是指以告诉作为追诉 条件，以告诉权人的告诉为必要的犯罪。告诉权人可以通过不告诉或者撤回告诉的方式 阻止刑事追诉的进行。〔26〕概言之，在日本，亲告罪也需要检察机关向法院提起公诉。德 国的自诉制度由刑事诉讼法规定，告诉才处理的犯罪由刑法规定，但刑法理论没有争议地 认为，告诉才处理犯罪中的“告诉”是刑法典中的诉讼条件，是进入刑事诉讼程序的先决 条件。而且，在德国，告诉并不是只能向法院提出，同样可以向检察机关和警察机构提出； 告诉才处理并不意味着只能自诉。〔27〕不难看出，告诉才处理是对国家追诉原则的限制 （诉讼条件），而自诉是国家追诉原则的例外，只是为了减轻追诉机关的负担。

由上可见，告诉才处理,是指只有被害人向公安、司法机关吿发或者起诉，公安、司法 机关才能进人刑事诉讼程序。告诉才处理，强调的是不能违反被害人的意愿进行刑事诉 讼。反之，在行为原本（可能）构成犯罪的前提下，只要被害人表达进人刑事诉讼程序的 意愿，公安、司法机关就应当进人刑事诉讼程序。对此，可归纳如下：（1 ）被害人不告发

**（25）**国外有学者根据身份的具体作用将身份犯分为违法身份犯与责任身份犯（参见［日］山口厚：《刑法总论》， 有斐阁2016年第3版，第38页以下

〔26〕参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第94页。

（27］参见［德］Claus Roxin:《德国刑事诉讼法》，吴丽琪译.台北三民书局1998年版，第106页以下

**96**刑法学（第五版）

的，公安、司法机关不得进人刑事诉讼程序。（2）被害人向公安机关告发的，公安机关应 当立案侦查;事实清楚，证据确实、充分的，应当移送人民检察院审查起诉。（3）被害人向 人民检察院告发的，人民检察院视情况，或者要求公安机关立案侦查，或者提起公诉。〔28〕 （4）被害人向人民法院起诉的,人民法院应当受理;人民法院认为证据不足的，应当视情况驳 回起诉、建议被害人撤诉、宣告无罪或者移送公安机关立案侦查。与之相应，在任何阶段，只 要被害人撤回告诉的，公安、司法机关就应当撤销案件，做出不起诉决定或者终止审理、宣告 无罪。显然，告诉才处理与以节省司法为宗旨的自诉存在本质区别。〔29〕

（五）基本犯、加重犯与减轻犯

基本犯是指刑法分则条文规定的不具有法定加重或者减轻情节的犯罪。加重犯是指 刑法分则条文以基本犯为基准规定了加重情节与较重法定刑的犯罪，其中又可以分为结 果加重犯与其他情节加重犯，实施基本犯罪因发生严重结果刑法加重了法定刑的犯罪，称 为结果加重犯;实施基本犯罪因具有其他严重情节刑法加重了法定刑的犯罪，可谓情节加 重犯（其中还可以分为数额加重犯、手段加重犯等）。事实上，还存在一种特别加重犯的 情况，即就加重情节规定了加重犯之后，又在加重犯的基础上规定了特别加重情节与更重 的法定刑（参见刑法第295条）。减轻犯是指刑法分则条文以基本犯为基准规定了减轻情节 与较轻法定刑的犯罪。这种分类实际上主要是对同一具体罪名下的不同情形的分类。

第三节犯罪的成立条件

一、犯罪成立条件概述

（一）德国、日本的犯罪成立条件

犯罪成立条件，是指行为成立犯罪所必须具备的全部成立条件。如所周知，德国、日 本的多数学者采取构成要件符合性、违法性、有责性的三阶层体系（将构成要件符合性与 违法性合并为一个阶层的体系，则是两阶层体系）。

一般认为，构成要件是指刑罚法规规定的违法类型。有的则说,构成要件是犯罪轮廓 的观念形象。应受刑罚处罚的行为，在法律规定之前有无数的类型（刑事学上的类型）， 立法者将这些行为进行取舍选择，规定成为法律上的犯罪定型。例如，一般的反自然的性 行为、通奸等行为，在刑事学上是犯罪类型，但通常不是刑法上的犯罪类型。另外，刑事学 上被认为是几种犯罪类型的行为,在刑法上可能只是一个犯罪类型。例如，借款诈骗、找 钱诈骗、赌博诈骗、金蝉脱壳诈骗等在刑事学上是不同的犯罪类型，但在刑法上只存在一 个犯罪类型——“骗取他人财物”。又如，在现实社会中存在各种不同的杀人行为，如刀 杀、枪杀、毒杀、绞杀等，但在刑法上也被规定为一种犯罪类型——"杀人”。这样的犯罪

〔28〕在公安机关认为证据不足不将案件移送检察机关审查起诉，或者检察机关认为证据不足而不起诉的情况 下，被害人仍有可能直接向法院起诉。

〔29〕参见张明楷：“对‘告诉才处理’的另类解释”，载樊崇义教授70华诞庆贺文集编辑组编:《刑事诉讼法学前沿 问题与司法改革研究》，中国人民公安大学出版社2010年版，第233页以下。

第四章犯罪概说**97**

类型（定型），就是犯罪的特别构成要件，或者简单地称为构成要件。一般认为，构成要件 符合性，大体是一种抽象的、定型的判断。

违法性，是指行为违反法律，即行为为法律所禁止、行为为法律所不允许。但如若追 问法律为什么禁止该行为，则是实质的违法性问题。主流观点认为，实质的违法性就是法 益侵害性。由于构成要件是法益侵害行为的类型化，故在通常情况下，符合构成要件的行 为就具有违法性。但是，正当防卫杀人、紧急避险毁损财物等行为，虽然也符合构成要件， 实际上却保护了更为重大（至少同等）的法益，因而不成立犯罪。在此意义上说，犯罪的 成立除了符合构成要件之外，还要求行为具有违法性。一般认为，违法性是个别的、具体 的、非定型的、客观的判断

有责性（责任），是指非难可能性，即能够就符合构成要件的违法行为对行为人进行 非难、谴责。例如，对于无责任能力者的行为，对于没有故意与过失的行为，就不能进行责 任非难;对于没有违法性认识可能性、没有期待可能性的行为，也不能进行责任非难。换 言之，幼童的行为、精神病人的行为、没有故意与过失的行为、不具有违法性认识可能性与 期待可能性的行为，不成立犯罪。所以，有责性成为犯罪的成立条件。有责性是个别的、 具体的、内部的、主观的判断。

在上述理论体系中，对行为是否成立犯罪的判断，是由客观（外部）到主观（内部）、由 抽象（一般）到具体（个别）、由定型到非定型的逐层递进判断。这种阶层的体系，有利于 克服适用刑法的恣意性;有利于检验个案，既可以节省精力，也可以避免遗漏应当检验的 要件;使违法性与有责性处于不同层面，明确区分了违法阻却事由与责任阻却事由。

（二）我国的犯罪构成概念

德国、日本刑法理论并无犯罪构成的概念，〔311我国刑法理论将成立犯罪所必须具备

（30］由于符合构成要件的行为通常具有违法性（构成要件的征表机能.1 违法性推定机能）.所以，在违法性阶段， 并不是积极地判断符合构成要件的行为是否具有违法性，而是研究符合构成要件却又排除（阻却）违法性的 事由（违法阻却事由，如正当防卫）

〔3门但是,在德国、日本刑法理论中，实际上存在H个构成要件概念：（1）作为成立犯罪条件之一的构成要件，BP 体系构成要件（Systemtatbestand）,也可谓作为犯罪要素的构成要件。（2）作为故意的认识内容的构成要件， 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到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要素，而且包括故意等主观要素.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，部分客观情况也不需要行为人认识：所 以.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 成要件被称为错误构成要件（Irrtumstatbesland）或法律构成要件（gesetzlicher Tatbestand）。这个构成要件是 从体系构成要件中分离出来的一部分。（3）保障罪刑法定主义得以实现的广义的构成要件。在三阶层体系 中，构成要件本身并不能担保罪刑法定主义的实现，因为构成要件只是在“法无明文规定不为罪”这种与存 在刑罚法规的关系上起到罪刑法定主义的机能；事实上，只有同时在违法阻却事由、有责性、客观处罚条件 等领域贯彻罪刑法定主义，才能保障人权例如，无视法律所规定的违法阻却事由而认定犯罪的做法（如将 正当防卫认定为犯罪），依然违反了罪刑法定主义。再如，当责任年龄以14周岁为起点时，将年仅13周岁的 人的杀人行为认定为犯罪（无视法定的责任阻却事由），也违反了罪刑法定主义。可见，为了保障罪刑法定 主义的实现，认定犯罪必须在任何方面都異有法律的明文规定。这种保障罪刑法定主义的实现所要求的全 部要件（乃至包括诉讼法条件），叫做保障构成要件（Garentiertatbestand），也有学者称为广义的构成要件（如 果认为保障构成要件仅包括成立犯罪所必须具备的实质要件，则与广义的构成要件具有等同含义——相当 于我国的犯罪构成概念;如果认为保障构成要件还包括诉讼要件，则与广义的构成要件不是等同概念）但 是，一般所称的构成要件，都是指体系构成要件。

**98**刑法学（第五版）

的条件称为“犯罪构成”。不言而喻，我国的犯罪构成就是犯罪成立条件。〔32〕显而易见， 犯罪构成应当是犯罪概念或者犯罪基本特征的具体化。

传统刑法理论将犯罪的基本特征概括为社会危害性、刑事违法性与应受刑罚处罚性 三个特征，同时认为，犯罪构成是我国刑法规定的，决定某一具体行为的社会危害性及其 程度，而为成立犯罪所必需的一切客观和主观要件的有机统一（四要件体系）。犯罪构成 由犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面组成。从逻辑上说，既然认为犯罪具 备上述三个特征，那么，接下来就应当说明，表明社会危害性的要件或者要素是什么，表明 刑事违法性的要件或者要素是什么，表明应受刑罚处罚性的要件或者要素是什么。但是， 传统刑法理论并没有这样做,而是认为，当行为具备了犯罪构成的四个要件时，就既具有 社会危害性与刑事违法性，也具有应受刑罚处罚性;反之，如果行为缺少其中一个要件，就 既不具有社会危害性，也不具有刑事违法性与应受刑罚处罚性。于是，犯罪的三个特征之 间就没有区别，犯罪构成的各个要件不能分别起作用，只能综合起来发挥作用。此外，传 统刑法理论所使用的社会危害性概念并不明确，而且该概念在犯罪构成之外起作用，容易 造成处罚的恣意性。

根据本书的观点，犯罪的实体或者基本特征是不法与责任，所以，犯罪构成是刑法规 定的，反映行为的法益侵犯性与非难可能性，而为该行为成立犯罪所必须具备的不法要件 和责任要素的有机整体。例如，根据刑法第238条以及总则的有关规定，成立非法拘禁罪 必须具备以下条件：（1）行为主体实施了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;但是，依法扭送现行犯至司法机关的行为，阻却行为的违法性。（2）行为 主体对非法剥夺他人人身A由的结果持故意态度，即明知自己的行为会发生剥夺他人人 身自由的结果，并且希望或者放任这种结果发生，并且不存在违法阻却事由的认识（没有 认识到存在违法阻却事由）；与此同时，行为主体必须已满16周岁，具有责任能力，具有违 法性认识的可能性与期待可能性，否则阻却责任。上述不法要件与责任要素相互联系、相 互作用，形成有机整体，这个有机整体便是非法拘禁罪的犯罪构成。该犯罪构成由刑法第 238条及总则的有关规定确立;具备该犯罪构成就说明行为具有法益侵犯性与非难可能 性;该犯罪构成是认定行为是否构成非法拘禁罪的法律标准，不管现实中是否发生非法拘 禁行为，该犯罪构成作为法律规定总是客观存在的。

首先，犯罪构成是不法与责任的有机整体，因而是犯罪类型。日本刑法理论对构成要 件是不是犯罪类型存在争议。一方面，如果认为故意、过失属于构成要件的内容，那么，构 成要件就是犯罪类型;如果认为故意、过失不是构成要件的内容，则构成要件不是犯罪类 型。例如，倘若认为故意杀人罪的构成要件包含杀人故意的要素、过失致人死亡罪的构成 要件包含过失的要素，那么，故意杀人罪、故意伤害（致死）罪、过失致人死亡罪的构成要 件就不同，于是，构成要件成为犯罪类型。反之，如果认为故意杀人罪中的故意、过失致人 死亡罪中的过失不是构成要件要素，那么，故意杀人罪、故意伤害（致死）罪、过失致人死 亡罪的构成要件便相同，于是，构成要件不是犯罪类型。另一方面，日本刑法理论缺乏 （或者不使用）包括了构成要件符合性、违法性与有责性的上位概念。本书认为，我们依 然可以使用犯罪构成的概念，从而使犯罪构成成为犯罪类型。例如，故意杀人罪与故意伤

（32：本书在等同意义上使用“犯罪构成”与“犯罪成立条件”两个概念。

第四章犯罪概说**99**

害（致死）罪，虽然不法相同，但责任不同，因而可以说犯罪构成不同。

其次，犯罪构成是不法与责任的法律标志。犯罪构成是刑法规定的。刑法总则与分

则作为有机整体统一规定了犯罪构成，表现在总则规定了一切犯罪必须具备的要件或要 素，分则只规定具体犯罪所特别需要具备的要件或要素。我国刑事法律没有使用“犯罪 构成”术语，理论上对犯罪构成尚存争议，于是有人以此为由否认犯罪构成是法律规定， 认为它只是一种理论学说。〔33 34 35〕何是，刑法确实规定了构成各种犯罪必须具备的要件与要 素，刑法理论也正是将刑法的这种规定概括为犯罪构成。所以，刑法实际上规定了犯罪构 成。对犯罪构成尚存争议，表明对刑法规定还有不同理解，但不能因此否认刑法规定的犯 罪构成本身。对刑法规定的犯罪构成进行理论研究所取得的成果，则是理论学说（犯罪 构成理论），如果没有刑法对犯罪构成的规定，也就没有犯罪构成理论。在此意义上说， 犯罪构成理论来源于法定的犯罪构成。犯罪构成并不是抽象的法律概念，而是不法与责 任的法律标志。犯罪构成之所以包括不法与责任，是因为犯罪是不法且有责的行为。构 成要件是表明违法的要件，责任要素是表明非难可能性的要素。因此，对构成要件的解 释,必须表明行为具有值得科处刑罚的法益侵犯性;对责任要素的解释，必须表明行为人 对不法事实具有非难可能性。

最后，犯罪构成是认定犯罪的法律标准。任何行为，凡是符合某种犯罪构成的，就成 立犯罪;凡是不符合犯罪构成的，就不成立犯罪。就认定犯罪的法律标准而言，除了犯罪 构成之外没有别的标准,也不能在犯罪构成之外附加其他任何条件，所以，犯罪构成是认 定犯罪的唯一法律标准。换言之，行为符合犯罪构成是认定犯罪的唯一根据。

由于犯罪构成是认定犯罪的法律标准，所以它与犯罪构成事实（符合犯罪构成的事 实）有别:前者是法律规定，后者是具体事实。二者的联系也显而易见:具体事实符合法 定的犯罪构成时，才能称为犯罪构成事实P5〕

当然，案件事实对犯罪构成的解释起着重要作用。为了使刑法规范满足一个处在永 久变动中的社会的所有新的需要,解释者在面对某种崭新的案件事实，同时根据正义理念 认为有必要对之进行刑法规制时，总是将这种案件事实与刑法规范相对应，现实的案件事 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艾滋病毒的注 射器或者牵着藏獒抢夺时,便会迫使解释者回答“含有艾滋病毒的注射器是不是凶器”、 “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该问题，并不明智。 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艾滋 病毒的注射器或者牵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

（33） 参见陈泽杰:“犯罪构成与刑事责任”.载《法学研究》1987年第6期

（34） 日本学者小野清一郎在构成要件符合性之外,还提出了构成要件的“充足”概念，例如，未遂犯的行为事实虽 然符合基本的构成要件,但没有充足基本的构成要件（参见［日］小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰 译，中国人民公安大学出版社1991年版，第10页以下）近年来，我国学者也大量使用“充足”、"齐备”等概 念，认为犯罪未遂没有齐备犯罪构成的全部要件。但是，就与犯罪构成的关系而言，任何犯罪只需要符合犯 罪构成，在“符合”之外没有谈论“充足”的余地（参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》.有斐阁2008年第4 版，第123页）。

（35） 有的教科书将犯罪构成事实称为“社会现实生活中客观存在犯罪构成”、“现实的犯罪构成”［何秉松主编： 《刑法教科书》（上卷），中国法制出版社2000年版，第205页］，这容易引起歧义。

**10（）**刑法学（第五版）

释，不断地对案件事实进行分析：换言之，判断者的目光总是不断地往返于犯罪构成与案 件事实之间，使犯罪构成与案件事实交互作用，从而做出判断：

具体地说，判断者“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” P6〕换言之,一方面要将案件事实向犯罪构成拉近，另一方面将犯 罪构成向案件事实拉近。例如，犯罪构成的内容是故意毁坏公私财物，案件事实为行为人 故意将他人价值1万元的戒指扔人大海中。如果将犯罪构成中的“毁坏”解释为“导致财 物物理上的毁损”，将案件事实抽象为“使他人戒指转移于大海中”，则必然得出无罪结 论J旦这种结论不能被人接受,:，于是.判断者可能进一步解释犯罪构成，将“毁坏”解释为 “导致财物的本来效用减少或者丧失”，将案件事实抽象为“使他人丧失了戒指的本来效 用”，则必然得出有罪结论。当然，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，只能在既不 违反罪刑法定原则、又不歪曲事实的前提下，使犯罪构成与案件事实彼此对应。

（三）犯罪构成的机能

犯罪构成的上述特点，使得犯罪构成具有重要机能犯罪构成及其理论是罪刑法定 主义的产物罪刑法定主义要求刑法明文、明确规定各种犯罪的成立条件与法律后果，犯 罪构成正是犯罪成立条件，因此，犯罪构成使罪刑法定主义得以实现（罪刑法定主义的机 能）罪刑法定是法治在刑法上的体现，又是保护法益和保障公民自由的要求，所以.犯 罪构成对依法治国、保护法益与保障公民自由具有重大意义。

犯罪构成作为法律规定，对刑事司法具有特别重要的意义：（1）它为区分罪与非罪提 供了法律标准。行为符合犯罪构成就成立犯罪，否则便不成立犯罪（人权保障机能）。 （2）它为区分此罪与彼罪提供了法律标准。不同的犯罪存在各自不同的犯罪构成，符合 不同的犯罪构成便成立不同的犯罪（犯罪个别化机能＞,（3）它为区分一罪与数罪提供了 法律依据。区分行为构成一罪还是数罪，大体上以犯罪构成为法律标准:行为符合一个罪 的犯罪构成就成立一罪；行为符合数个罪的犯罪构成便成立数罪（罪数区分机能）。 （4）它为区分重罪与轻罪提供了法律依据。犯罪构成的内容不同，其所反映的不法与责 任程度就不同，人们从犯罪构成的内容便可知道该罪的罪行轻重（罪行评价机能）。

二、传统的犯罪构成体系

传统刑法理论认为，犯罪构成由四个方面组成：（1 ）犯罪客体，指我国刑法所保护而 为犯罪行为所侵犯的社会关系;（2）犯罪客观方面或犯罪客观要件，指犯罪活动在客观上 的外在表现，其中主要包括危害行为、危害结果、因果关系等；（3 ）犯罪主体，指达到法定 年龄、具有责任能力，实施危害社会行为的人，单位也可以成为部分犯罪的主体；（4）犯罪 主观方面或犯罪主观要件，指犯罪主体讨其实施的危害行为及危害结果所抱的心理态度， 包括故意、过失以及0的、在论述了犯罪构成的四个要件之后，再讨论正当防卫、紧急避 险等排除犯罪的事由这种传统的犯罪构成体系本身值得研究 36

**[36]** |徳]H.科殷::＜法哲学》，林荣远译，华夏出版社2003年版，第196页

第四章犯罪概说**101**

I.将犯罪客体作为构成要件并不合适。（丨）犯罪客体实际上是保护客体，即刑法所 保护的法益,或者说是刑法条文的B的将刑法条文的□的作为犯罪构成的一个要件，并 不合适。（2 ）犯罪客体本身是被侵犯的法益，但要确定某种行为是否侵犯了法益以及侵 犯了什么法益，并不是由犯罪客体本身解决;从法律上说，要通过构成要件反映出来；从现 实上说，要通过符合构成要件的事实反映出来。将犯罪客体作为要件可能只是起单纯的 评价作用，但将一个没有要素的要件交由法官评价，会有损犯罪构成的罪刑法定主义机 能；如果认为犯罪客体是事实要素，则与构成要件相重复P7〕（ 3 ）在四要件体系中，犯罪 客体与犯罪构成的其他二:个要件并不处于同一层次，犯罪客体是被反映、被说明的现象， 而客观构成要件说明行为侵犯的是何种法益以及侵犯程度；不仅如此，法益实际上对确定 犯罪的客观构成要件与犯罪主体的内容具有决定性意义，将法益作为犯罪概念的内容而 不作为犯罪构成的一个要件，有利于以犯罪本质为指导解释刑法规定的构成要件. （4）主张犯罪客体不是要件，并不会给犯罪定性带来困难：如上所述，一个犯罪行为侵犯 了什么法益，是由构成要件以及符合构成要件的事实决定的、，同样，此罪与彼罪的K別， 也不是仅由犯罪客体决定的（5 ）我国传统刑法理论关于犯罪客体是犯罪构成的要件的 观点来自于苏联，但是，其一，苏联刑法学者中也有人（如布拉依宁）反对这种观点Ufi〕其 二，苏联刑法理论之所以认为犯罪客体是犯罪构成的要件，是因为“每一个犯罪行为，无 论它表现为作为或不作为，永远是侵犯一定的客体的行为。不侵犯任何东西的犯罪行为， 实际上是不存在的” 但是，任何犯罪都侵犯法益，并不等于法益木身是犯罪构成的要 件。例如，任何犯罪都违反刑法，但刑法本身并不是犯罪构成的要件吋见，将犯罪客体 作为犯罪构成的要件，有偷换概念之嫌。其三，特拉伊宁本人在论述犯罪构成因素时，分 别论述了“表明犯罪客体的构成W素”、“表明犯罪客观方面的构成因素”、“表明犯罪主体 的构成因素”、“表明犯罪主观方面的构成因素”，他虽然论述了各种表明客观方面、主体 与主观方面的因素，似他的确没有论述哪些因素是表明犯罪客体的构成因素，只是说明了 犯罪客体的含义与作用。这正好说明，表明犯罪客体的因素来自其他要件，而不是其本 身。其四,苏联刑法理论将犯罪客体纳人犯罪构成之中后，使犯罪构成的其他要件丧失了 实质意义而成为单纯的形式要件，正当防卫、紧急避险也被当做符合犯罪构成的行为.为 了使这种行为无罪，乂在犯罪构成之外以其没有社会危害性为由否认其犯罪性，于是，犯 罪构成丧失了认定犯罪的法律标准的机能

1. 传统的四要件体系，意味着犯罪构成的四个要件只能综合起来发挥作用，因而没有 区分不法与责任。换言之，传统刑法否认“没有责任的不法”。这便产生r诸多难以解决 的问题。例如，不能说明对13周岁或者精神病患者的杀人行为能卉制止或者防卫；不能 合理地解决共同犯罪问题（如难以处理17周岁的屮为15周岁的乙人户盗窃望风的案 件）；不能合理地说明某些分则条文中的“犯罪”概念；如此等等。
2. 传统的四要件体系虽然要求客观与主观的统一或者一致，但难以理顺客观与主观

（37J W为结果表明了行为对法益的侵龙、危险.彳r为概念本身也表明付法益的危险.，

〔38〕参W.中国人民大学刑法教研室编if•:《苏维埃刑法论文选译》（第2辑），中国人民大学出版社1956年版，第 18贞.

〔39〕［苏］A.H.特拉伊宁:《犯邪构成的一般$说》，薛秉忠等澤.中国人民大学出版社1958年版，第101页 〔4（）〕参阽张明偕:《法益初论》，中国政法大学出版社2003年修汀版，第249页以下

**102**刑法学（第五版）

的关系，不能保障从客观到主观认定犯罪，事实上也出现了由主观到客观的四要件体系。 有的教科书主张：“犯罪构成共同要件应当按照如下顺序排列••犯罪主体、犯罪主观方面、 犯罪客观方面、犯罪客体。因为犯罪构成要件在实际犯罪中发生作用而决定犯罪成立的 逻辑顺序是这样的:符合犯罪主体条件的人，在其犯罪心理态度的支配下，实施一定的犯 罪行为，危害一定的社会关系。”〔41 42〕有的教科书按犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面、犯 罪客观方面的秩序排列。〔42〕此外，四要件体系理论的常见说法是：“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”。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。但是，将主体置于 犯罪构成的核心地位，必然重视主体本身的人身危险性，回到主观主义的刑法立场；从主 观到客观认定犯罪，必然使国民的自由面临受侵害的危险，不能够保障国民的行动自由。 最能说明这一点的是，传统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，结局是,保护了法益的正当行为也可能被认定为未遂犯。〔43〕

4.传统的四要件体系在犯罪的主观方面之后讨论正当防卫、紧急避险等违法阻却事 由。一方面，这种体系安排割裂了违法性的判断，表现为先判断客观危害，接着判断主观 责任，然后又回过来判断客观危害。〔44〕事实上，对于没有侵害法益的行为，不需要也不应 当判断所谓主观责任。另一方面,这种体系容易使人们认为正当防卫、紧急避险是完全符 合犯罪构成的行为，因而容易导致将正当防卫、紧急避险认定为犯罪。

针对传统四要件体系的缺陷，有学者主张：“在现有的犯罪构成体系上，贯彻客观优 先的阶层递进理念”；“树立不同意义的犯罪概念”。换言之，首先应当客观地判断行为是 否符合犯罪客体与犯罪客观要件（是否具有社会危害性），然后判断犯罪主体与犯罪主观 要件;符合犯罪客体与犯罪客观方面的行为，因为本质上对刑法所保护的法益造成了实际 损害或者现实威胁，成为一种意义上的犯罪；完全具备四个要件的行为，成为另一种意义 上的犯罪;正当防卫等正当化事由，只是在客观方面与某些犯罪相似；“从理论上讲，在说 行为符合具体犯罪的犯罪构成的时候，实际上也意味着该行为不可能是正当防卫、紧急避 险等排除犯罪的事由，换言之，在得出这种结论之前，已经进行了该行为不是正当防卫、紧 急避险等正当行为的判断，否则就不可能做出这样的结论来。”同时认为，“客体，就是刑 法所保护的社会关系或者说是合法利益……完全没有必要以‘为犯罪所侵害’来对其加 以修饰”。〔45〕

显然，上述观点与传统的四要件体系具有本质区别。首先，认为符合客观构成要件的 行为侵害了法益时，就具有社会危害性，是一种意义上的犯罪，这其实是指不法。其次，认 为正当防卫、紧急避险是不符合犯罪构成的行为，是将正当防卫、紧急避险当成了消极的 构成要件要素。最后，上述观点是将犯罪主体与犯罪主观方面当做有责性问题讨论的。 所以，这种体系是以不法与责任为核心解释四要件体系的。

（41］ 赵秉志主编:《新刑法教程》.中国人民大学出版社2001年版，第88页。

（42） 何秉松主编:《刑法教科书》（上卷），中国法制出版社2000年版，第208页。

〔43〕参见张明楷:《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第80页以下；张明楷:《刑法学》，法律出版社 2003年第2版，第136页以下。

〔44〕客观要件-\*主观要件违法阻却事由责任阻却事由的体系，也存在同样的缺陷

〔45〕黎宏：“我国犯罪构成体系不必重构"，载《法学研究》2006年第1期:.

第四章犯罪概说**103**

即便如此，这种体系也存在难以解决的问题。（1 ）将犯罪客体解释为刑法所保护的 社会关系或者合法利益，已经使客体丧失了构成要件的意义。如前所述，这种客体是分则 条文所要保护的法益，是分则条文的目的。将分则条文的目的本身作为要件.恐怕既不合 适，也无必要。（2）既然认为在得出行为符合犯罪构成客观要件的结论之前，已经进行了 该行为不是正当防卫、紧急避险等正当行为的判断，就应当在犯罪构成的客观构成要件中 （或之后）讨论正当防卫与紧急避险等正当化事由，而不是在主观要件之后、更不能在罪 数论之后讨论正当化事由。（3）将现行的四要件体系中的犯罪主体要素全部作为责任要 素，存在难以解决的问题。例如，在四要件体系中，特殊身份是主体要素。按照上述观点， 特殊身份似乎成为责任要素，可事实上并非如此。例如，没有国家工作人员身份的人，其 收受财物的行为，不可能侵害国家工作人员职务行为的不可收买性，因而不可能具备受贿 罪的社会危害性。所以，国家工作人员这一特殊身份，实际上是受贿罪的违法要素（说明 社会危害性的要素）。

不难看出，倘若要克服和解决上述几个问题，恐怕只能采取三阶层或者两阶层体系 （不法与责任）。详言之,如果将客体作为刑法分则条文的目的，如要将正当防卫、紧急避 险与犯罪客观要件结合起来判断，如若将主体本身与特殊身份作为行为是否侵害了法益 的判断要素，那么，四要件体系中的“主体”就只剩下法定年龄与责任能力，而不能再冠以 “主体”名称;于是，四要件体系就必然成为三阶层或者两阶层体系。

还有学者采取了类似英美的犯罪论体系。例如，有的学者采取“罪行一＞罪过-正当化事 由〜罪责的阻却与减免”的体系。在本书看来，这种体系主要存在两个缺陷：（1 ）将犯 罪的实体停留在客观与主观两个描述性概念，导致犯罪客观要件与主观要件的判断.成为 没有目标指引的纯形式判断，因而并不一定合适。换言之，这种体系没有将客观罪行与不 法联系起来，在责任领域甚至采用了心理责任论。（2）罪行或者客观要件的实质是法益侵 害，所以，是否存在罪行与符合客观要件的事实，不仅要判断行为是否侵害了某种法益，还要 判断行为是否保护了另一种法益，需要进行法益衡量。既然如此，就应当在“罪行”一章之 内或者之后讨论正当化事由；而不能在罪责或罪过之后，再回过头来讨论是否存在正当化 事由或者违法排除事由。显然，要克服这两个缺陷，也只能采取三阶层或者两阶层体系 有的学者采取“犯罪客观构成要件犯罪主观构成要件—犯罪排除事由（包括违法排除 事由与责任排除事由）”的体系倘若其中的主观构成要件是责任要素，仍然存在上述 两个缺陷；倘若其中的主观构成要件是违法要素，则该体系给人的印象是没有积极的责任 要素（或者必须承认故意、过失的双重地位并主张构成要件是违法有责类型），实际上形 成了“不法（包括客观要件与主观要件）—违法排除事由\_＞责任排除事由”的体系。

三、本书的犯罪构成体系

基于以下理由，本书采取形式上的两阶层实际上也可谓三阶层的体系。犯罪构成由 不法与责任组成。不法是指符合构成要件且违法，构成要件符合性不等于犯罪的全部成 立条件，只是成立犯罪的一个要件；构成要件是违法类型，是表明行为具有法益侵害性

〔46〕参见曲新久:《刑法学原理》，高等教育出版社2014年第2版，第78页以下。另参见林亚刚：《刑法学教义 （总论）》，北京大学出版社2014年版，第90页以下。

〔47〕参见周光权:《刑法总论》，中国人民大学出版社2016年第3版，第95页以下。

**104**刑法学（第五版）

（违法性）的要件，在行为符合构成要件后，只需要判断是否存在违法阻却事由，而不需要 积极地判断违法性。所以，构成要件与违法性同属一个阶层。但是，在这个阶层中，必须 先判断构成要件符合性，在得出肯定结论之后，再判断是否存在违法阻却事由。〔48〕责任 是对不法的非难可能性。具备责任所必需的要素，也可谓责任要素。责任要素中包括需 要积极判断的要素（如故意、过失、目的）和只需要消极判断的要素（如违法性认识的可能 性与期待可能性）。

第一，如前所述，从实质上说，犯罪的实体是不法与责任，与之相适应，作为犯罪的成 立条件，就必须有表明不法的要件与表明责任的要素。

第二，行为是否侵犯法益、是否违法，不以行为人是否具有非难可能性为前提（客观 违法性论）。13周岁的人杀人，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，具有违法性（法益侵犯性）之所以不以犯罪论处，是因为其缺乏责任。本书的 体系有利于坚持客观违法性论，即符合构成要件的行为，只要不具备违法阻却事由就是不 法行为。

第三,任何犯罪构成体系都必须处理好不法与责任的关系。其一，单纯的客观与主观 的区分，不具有实质意义。客观与主观只是描述性的概念，而不法与责任才是评价性的概 念。其二，故意的成立要求行为人对符合构成要件的事实具有认识，但不要求对属于责任 要素的心理事实具有认识（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”）。行为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；有合理根据认 为自己取得了医生执业资格的人，不可能成立非法行医罪。既然如此，就不能因为行为主 体中有一个“主”字，就将主体的特殊身份归入主观方面。更为重要的是，身份基本上是 说明违法性的，〔49〕例如，国家工作人员单独犯罪或与他人共同犯罪时，才可能侵犯职务行 为的公正性、职务行为的不可收买性。而主体的年龄与责任能力，只是说明非难可能性， 是责任要素。基于上述两个方面的考虑，传统四要件体系中的主体要件的内容应当分解 到构成要件与责任中去，即主体本身与特殊身份，应归人构成要件;法定年龄与责任能力 则属于责任要素。其三,认定犯罪必须从客观到主观、从不法到责任，而不能相反;行为是 否违法不是由故意、过失决定的，而是由结果、行为等客观要素决定;责任要素是为了解决 主观归责的问题，即在客观地认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、过失等责任要素所要解决的问题。由此看来，“犯罪并不是像水在 化学上由氢元素与氧元素组成一样意义的由几个要素组成”。**［50〕**所谓的“主客观相统 一”，并不是只要具有主观要素与客观要素即可，而是要在行为符合构成要件且违法的前 提下考察责任要素。所以，必须先讨论行为的客观不法，后考察行为人的有责性。本书的

［48］构成要件所描述的内容属于禁止规范,违法阻却事由所描述的内容属于允许规范，二者处于同一个规范的 逻辑层面，因而处于同一个评价阶层，只是两个审查步骤而已（参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔：《刑法总论 教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第51页。）

［49〕我国刑法中是否存在说明非难可能性的责任身份，也是值得研究的问题。但是，即使承认责任身份，也不能 据此否定违法身份。

（50J ［日］平野龙一:《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第87页**.，**

第四章犯罪概说**105**

体系正是符合了认定犯罪的路径

第四，犯罪构成理论必须研究成立犯罪的一般条件，同时也要考察与犯罪具有某些相 似之处，而又排除犯罪的事由。犯罪论不可能考察一切无罪事由，不可能将吃饭、散步之 类的问题列人其中，但当某种行为与犯罪行为具有相似之处，可能被司法机关认定为犯 罪，而事实上并不构成犯罪时，刑法理论也必须讨论。唯有如此，才能进一步说明犯罪的 成立条件。显然，如果一个行为完全符合犯罪的全部成立条件，就不可能排除犯罪的成 立；所以，现实表明，孤立地观察，一个行为的某个方面与犯罪的某个侧面相似而事实上无 罪时，才可能存在（才需要讨论）排除犯罪的事由。另一方面，构成要件具有类型性，文字 描述的特点决定了某些符合构成要件的行为实质上却没有违法性（如正当防卫）。事实 上，司法机关在对构成要件符合性进行判断时，总是同时考虑阻却违法的事由；而非待全 部成立要件判断结束后，再考虑有无违法阻却事由。例如，在可能存在正当防卫情形的案 件中，对故意伤害罪的构成要件符合性与正当防卫的判断几乎是同时的，而不是待认定了 行为人具有伤害罪的故意后，更不是在确认了故意伤害罪的形态后，再判断行为是否属于 正当防卫。

第五，明确区分违法阻却事由与责任阻却事由，有利于在刑法与刑事政策上对两种犯 罪阻却事由做不同处理。例如，正当防卫属于违法阻却事由，因而肯定其合法性；而杀人 的行为主体只有13周岁，是责任阻却事由，其行为依然侵犯了人的生命，具有违法性。〔5|〕 于是，人们可以制止13周岁的人的非正当杀人，而不可能制止正当防卫行为。随着保安 处分的发展，对于实施了符合构成要件的违法行为的人，即使其缺乏有责性，也可能施以 保安处分（参见刑法第17条第4款，《刑事诉讼法》第284条以下）；但对于没有实施违法 行为的人，绝对不能施以保安处分:：所以，区分违法阻却事由与责任阻却事由，是完全必 要的。本书的体系有利于满足这一需要。

第六，本书的体系可以使“犯罪”概念保持相对性，从而解决许多实际问题。一方面， 符合构成要件且违法的行为，是一种（不法层面）意义上的“犯罪”；在此前提下具备责任 要素的行为，是真正意义上的犯罪。〔52〕据此，刑法第20条第3款所规定的作为特殊防卫 对象的“暴力犯罪”，是指不法意义上的犯罪。共同犯罪是不法形态，已满15周岁的甲与 不满14周岁的乙共同轮流强奸妇女的，成立“共同犯罪”，属于特殊共同犯罪的“轮 奸”。〔53〕对于盗窃财物的精神病患者，应适用刑法第64条关于“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”的规定。

第七，犯罪论体系的经济性应当体现在两个方面：一方面，避免理论本身的繁杂与重 复；另一方面，司法机关遵循犯罪论体系认定犯罪时，不致浪费司法资源。如果将犯罪分 为故意的作为犯、故意的不作为犯、过失的作为犯、过失的不作为犯，在故意犯罪之下，再 分别研究既遂的条件与未遂的条件、共同犯罪等，或许是符合逻辑的，但不具有经济性。

基于以上理由，本书就犯罪构成理论采取以下体系：犯罪概念、犯罪构成不法（构

**（51］** 如果汄为刑法与刑法理论不必过问犯罪以外的现象，那么，区分违法阻却事由与责任阻却事由或许没有多 大的意义;但事实上并非如此**.，**

**［52］** 当然，维持传统的犯罪构成体系，也nf以承认犯罪概念的相对性„但我国传统的犯罪构成理论，并未承认犯 罪概念的相对性，

**C53）**对前者适用轮奸的法定刑，后荇因具备责任阻却事由而不可罚（不成立真正意义上的犯罪）。

**106**刑法学（第五版）

成要件符合性一违法阻却事由）责任。显然，本书的体系并不是将三阶层体系中的构 成要件符合性与违法性完全一体化,而是强调构成要件是违法类型，主张以违法性指导构 成要件的解释，〔54〕在不法阶层依然要分别讨论构成要件符合性与违法阻却事由。换言 之,在三阶层体系中，构成要件与违法性处于两个阶层;在本书体系中，构成要件与违法性 虽然处于同一阶层，但其先后关系不得颠倒。

需要说明的是以下几点：（1）本书在犯罪成立条件意义上使用犯罪构成概念，所以， 犯罪构成与构成要件不是等同概念。〔55〕（2）本书在等同意义上使用构成要件、违法构成 要件、客观构成要件三个概念（但通常使用构成要件概念），构成要件是违法类型，只是成 立犯罪的一个要件，而不是全部要件。（3）本书使用责任要素一词，原则上不再使用责任 要件、责任构成要件、主观构成要件的表述，旨在使构成要件这一技术性概念保持特定含 义，也便于借鉴国外研究成果和从事国际学术交流。

[54〕三阶层体系有不理想之处：一方面，虽然认为构成要件是违法类型，却在构成要件之后才论述什么叫违法 性;另一方面，第二阶层的标题虽然是违法性，但实际上讨论的只是违法阻却事由。

〔55〕在引用他人论著等情况下，可能难以严格区别二者,恳请读者注意识别。

第五章不 法

第一节不法概述

第'一款违法性

\_、违法性的意义

如前所述，不法是指行为符合构成要件且违法，构成要件是违法类型，对构成要件的 解释必须以违法性为指导，所以，必须先明确违法性的含义。

犯罪行为必须是实质上为法律所不允许的行为，即必须是违法的行为。如果客观上 不存在违法性，就不会存在对违法行为的非难，因而不可能成立犯罪。这是将违法性与有 责性分别论述的意义之所在。所谓违法，就是指行为违反法律，即行为为法律所不允许， 在法律上是无价值、反价值的（这只是一般性定义，必须联系后述违法性的本质来理解）。

刑法分则的某些条文，有时也使用“违法”、“非法”概念。对此，应当分为不同情形： 第一，对违法性的例示，如刑法第238条的“非法拘禁他人”。在这种场合，分则条文原本 可以仅表述为“拘禁他人”。因为刑法所禁止的当然是非法拘禁他人的行为。分则条文 之所以特别例示，也是因为客观上存在合法拘禁他人因而并不构成犯罪的情形（在此意 义上说，是对可能存在违法阻却事由的提示）。这种例示同时表明，符合构成要件的行为 都是具有违法性的行为。第二，要求行为违反国家规定或者行政法规的情形。例如，刑法 第155条规定:“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”，以走私罪论处。其中的“非法”就是指违反 海关法规，其与刑法上的违法性不是等同概念。〔1〕第三，属于责任要素的情形，如“非法 占有目的”就属于主观要素，而不是客观违法性的要素。〔2〕

二、形式的违法性与实质的违法性

形式的违法性，意指行为违反法规范，违反法的禁止或命令。换言之，形式的违法性， 是从形式上将违法定义为违反实定法。根据形式的违法性论，在德国、日本的三阶层体系 中，只要行为符合构成要件，而又不具备法定的违法阻却事由，即具有违法性。

将违法性解释为违反实定法规，是最容易被人们理解的。但是，形式的违法性论没有 说明违法性的实体，人们不能不进一步问：“法秩序禁止什么、允许什么？”另一方面，形式 的违法性论，否认了超法规的违法阻却事由。于是，出现了实质的违法性论，它是用“违

〔|〕与此相似的表述是“违反……法规”、“违反国家规定"等，它们与刑法上的违法性也不是等同概念。 〔2 ］当然.非法占有目的中的“非法”也要求客观上具有非法性。

**108**刑法学（第五版）

反实定法规”以外的实质的根据来说明违法性的实质的违法性.有利于考察行为的违 法程度，有利于对构成要件的解释以及对构成要件符合性的判断，还有利于合理确定正当 化事由的根据与范闱。

现在，关于实质的违法性的理解，主要是法益侵害说与规范违反说的争论

规范违反说认为，违法性的实质是违反法规范或者违反法秩序。其中可以分为两种 学说:一种是伦理规范违反说，另一种是法规范违反说

伦理规范违反说“实质的特色，在于用违反道义秩序、缺乏社会的相当性等说明法规 范违反的内容”。〔3〕如M. E.麦耶认为，违法性是指“与国家承认的文化规范不相容的态 度”。〔4〕小野清一郎说道：“违法性的实质是违反国家的法秩序的精神、目的，对这种精 神、目的的具体的规范性要求的背反。违法性的实质既不能单纯用违反形式的法律规范 来说明，也不能用单纯的社会有害性或社会的反常规性来说明。法在根本上是国民生活 的道义、伦理，同时也是国家的政治的展开、形成，它通过国家的立法在形式上予以确定或 者创造。而且，这种形式的法规总是适应国民生活的条理或道义观念，以实现国家的目 的。这种法是整体的秩序，违背它就是违法。15 1团藤重光指出，违法性“从实质上说，是 对整体法秩序的违反，是对作为法秩序基础的社会伦理规范的违反”。〔6〕在伦理规范违 反说看来，刑法规范的实质是社会伦理规范,从根本上说，法是国民生活的道义、伦理。所 以，违反刑法的实质是违反刑法规范背后的社会伦理规范，

可是，伦理规范违反说存在疑问。（1 ）什么是“法秩序的精神、目的”、什么是“作为法 秩序基础的社会伦理规范”，其内容并不明确，（2）伦理规范违反的本质是违反规范的人 的意思，所重视的是主观的犯罪意思。如果将这种观点彻底化，就形成“只要有犯罪的意 思就有刑罚”的局面。这显然不妥当。诚然，刑法规范也会对人的意思产生影响，对人的 行为进行一定的控制，但其0的在于保护值得由刑法规范保护的法益。（3 ）伦理规范与 刑法规范在原理上有相同之处，但伦理规范与刑法规范木身并没有价值，而是为了保护一 定的价值才存在的。正因为如此，刑法与伦理在保护一定价值的目的上并不相互排斥，所 以，不少伦理规范与刑法规范相重合。但是，即使刑法规范纳人了部分伦理规范，也不是 为了推行特定的人的伦理道德，只是因为部分伦理保护的价值与刑法保护的价值具有共 通之处。况且，并不是所有的伦理规范都被纳入刑法规范。〔7〕

法规范违反说认为，违法性的实质是对法规范的违反。详言之，犯罪人之所以受到谴 责，是因为他虽然有能力遵守却没有遵守法规范其中的法规范，既不是指社会伦理规 范，也不限于刑法规范，而是作为一般人行动基准的行为规范。

法规范违反说同样存在疑问。（I ）作为一般人行为基准的行为规范，其内容并不明 确。（2）违反行为规范只是违法性的表象，而不是违法性的实质。刑法之所以禁止某种

〔3〕［日］前田雅英:《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第31页

〔4〕M.E.麦耶指出：“文化规范是作为宗教的、风俗的命令与禁止，以及作为交易上、职业上的要求而规律个人 的规范的总称。法律规范原则上是国家所承认的文化规范”（转引n［日］福m平：《行政刑法》.有斐阁1978 年新版，第15页）。

〔5〕［日］小野清一郎:《新订刑法讲义总论》，有斐阁1948年版.第丨19页，

〔6〕［日］团藤重光:《刑法纲要总论》，创文社1990年第3版，第188页

〔7〕参见［日］两田典之:《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第31页

第五章不法**109**

行为，实质的理由在于该行为侵害或者威胁了法益，而不是因为该行为违反了行为规范。 （3）违反刑法规范或者不遵守刑法规范，充其量只是形式的违法性，而将违反刑法之外的 规范作为违法性的实质，就更难被人接受了。

法益侵害说认为，违法性的实质是对法益的侵害与威胁。李斯特认为，实质的违法性 是指行为“对社会有害（反社会的或非社会的）”、是“侵害社会的举动”、是“对法益的侵 害或者威胁”。［8〕麦茨格尔认为，违法性的实质是对一定的生活利益的侵害或者有侵害 的危险（威胁）。日本学者泷川幸辰汄为，违法性的实质是对“被害人利益”的侵害。宫本

英修指出：'‘违法行为以法益的侵害或威胁为内容 要成立违法行为，至少必须威胁了

法益。”〔9〕前田雅英说:“刑法是为广更好地保护更大多数国民的利益而统制社会全体的 手段，故国民的利益受到侵害是违法性的原点在此意义上可以说，违法行为是‘导致法 益的侵害或者危险（一定程度以L的可能性）的行为’（法益侵害说）。法益是指应当由刑 法来保护的利益

根据我国刑法的规定，刑法的任务与目的是保护法益。反过来，对法益的侵害或者威 胁，也就成为刑法禁止的根据.换K之，刑法之所以以刑罚禁止某种行为，是因为它侵害 或者威胁了法益。所以，侵犯法益是违法性的实质。

形式的违法性与实质的违法性不一定是相对立的概念，将二者相结合有利于说明违 法性的本质。不过，形式违法性是指行为违反现行刑法，而实质违法性虽不位于宪法之前 却位于刑法之前。当一个行为没有形式违法性时，不能以实质违法性为由肯定形式违法 性的存在;但可以用实质违法性概念检测成文刑法（如处罚单纯违反道德的行为，不仅违 反宪法，而且在形式上是无效的）。另一方面，可以根据实质违法性，承认刑法没有明文 规定的超法规的违法阻却事由超法规的违法阻却事由，排除行为的实质违法性。

三、客观的违法性与主观的违法性

客观的违法性论将法律理解为客观的评价规范,不管行为人的主观能力如何，只要客 观上违反法律就具有违法性。这样，无责任能力人的侵害行为也具有违法性，对之应当允 许进行正当防卫。

主观的违法性论将刑法规范理解为对行为人的命令性规范，因此，违反刑法规范的人 必须是能够理解规范内容的人，只有能够做出意思决定的人的行为，才谈得上有无违法性 的问题（命令说）；违法性的有无，只能就有责任能力人的行为而言。于是，不能将精神病 患者等无责任能力人的行为认定为违法行为。

本书采取客观的违法性论（1 ）违法性的实质是对法益的侵害与威胁，而行为是否 侵害或者威胁了法益，与行为人的主观能力以及有无故意、过失没有关系。如前所述，精 神病人杀害他人的行为与正常人杀害他人的行为，在侵害了他人生命这一点上没有任何 差异。（2）采取客观的违法性论，有利于合理区分违法性与有责性，不至于单纯从总体上 判断行为是否构成犯罪。（3）客观的违法性论有利于解决刑法的诸多问题。例如，采取

［8］ 转引向［日］木村静子:“违法与责任”，载［日］阿部纯二等编:《刑法基本讲座》（第3卷），法学书院1994年 版，第8 K

［9］ ［日］宫本英修:《刑法学粹》，弘文堂1930年版.第220页，

〔**10**〕［日］前田雅英：《刑法总论讲义》.东京大学出版会2015年第6版，第30页、

**110**刑法学（第五版）

客观的违法性论,对精神病患者的杀人、伤害等行为就可以顺理成章地制止乃至防卫。 （4）即使承认主观的违法要素（如目的、未遂犯的故意等），也不影响客观的违法性论的成 立。因为在将行为人的上述内心作为违法判断的对象时，不是从责任评价的观点进行评 价的，而是从有无法益侵害及其危险这种事实进行评价的。

四、结果无价值与行为无价值

结果无价值论与行为无价值论，原本是关于违法性实质（实体、根据）的对立，但现 在，这种对立已经扩展到整个犯罪论领域。［11〕所以，国外不少学者在构成要件论中讨论 结果无价值与行为无价值问题。对于行为现实引起的对法益的侵害或者威胁（危险）所 作的否定评价，称为结果无价值（Erfolgsunwert）;对于与结果切断的行为本身的样态所作 的否定评价，称为行为无价值（山11（11111^1111\¥611）。〔12〕

结果无价值论的基本立场是，刑法的目的与任务是保护法益，违法性的实质（或根 据）是法益侵害及其危险;没有造成法益侵害及其危险的行为，即使违反社会伦理秩序， 缺乏社会的相当性，或者违反了某种行为规则，也不能成为刑法的处罚对象;应当客观地 考察违法性，主观要素原则上不是违法性的判断资料，故意、过失不是违法要素而是责任 要素;违法评价的对象是事后查明的客观事实。结果无价值论被称为物的违法论。物的 违法论所强调的是行为人的主观能力与主观意识不是违法评价对象。特别需要说明的 是,结果无价值中的“结果”，不仅指现实的法益侵害，还包括法益侵害的危险。

本书采取结果无价值论的立场。结果无价值论的基本优势在于：（1 ）刑法的目的具 有明确性:任何行为，只要没有侵害、威胁刑法所保护的法益，刑法就不得干预。换言之， 结果无价值论不至于使用刑法推行伦理，从而有利于保障国民的行为自由。这一点在价 值多元的时代特别重要。（2）什么行为具有违法性，什么要素影响违法性，显得非常清 晰3正如行为无价值论者所言:“结果无价值论的功绩，在于明确了违法判断的内容及违 法要素的范围，必须由该刑罚法规所预定的规制目的、保护目的予以限定。|3〕（ 3 ）由于 客观地判断违法性，否认故意、过失是违法要素，从而使违法性的判断更为客观，将有责性 的判断建立在违法性的基础之上，既有利于实现法益保护原则，也有利于贯彻责任主义。 （4）结果无价值论在违法阻却事由、未遂犯、共犯等问题上，都可以妥当地处理相关难题。

行为无价值有多种含义。首先是评价基准问题，S卩“无价值”是什么含义？主要存在 三种观点（也可谓行为无价值论的三个发展阶段）：一是行为“无价值”，是指行为违反社 会伦理秩序;二是行为“无价值”，是指行为缺乏社会的相当性；三是行为“无价值”，是指 行为违反法规范，或者违反了保护法益所需要遵守的行为规范。其次是评价对象问题，即 “行为”是什么含义？ “一种观点将故意犯罪里的行为无价值等同于主观的不法要素，将

〔II〕参见［日］前田雅英:《现代社会与实质的犯罪论》，东京大学出版会1992年版，第76页以下；张明楷：《刑法 的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第170页以下。

〔I2〕行为无价值与结果无价值是日本学者根据德语翻译而成。有学者认为，译为行为反价值与结果反价值比较 合适。但约定俗成的缘故，现在一般使用行为无价值与结果无价值的概念。所要注意的是.行为无价值与 结果无价值并不只是分别说，行为、结果没有什么价值或者价值中立，而是分别说，行为、结果是恶的。行为 无价值即行为“恶”，结果无价值即结果“恶”。那么，违法性的根据究竟是行为恶还是结果恶，便成为行为无 价值论与结果无价值论争论的焦点问题

〔I3〕［曰］井田良：《犯罪论的现在与目的的行为论》，成文堂1995年版，第147页。

第五章不法**111**

行为无价值理解为纯粹的‘意图无价值’……与此相反，另一种观点却认为，通过相应的 行为实现犯罪企图主要也包括在行为无价值中。”［|4〕所以，行为无价值中的“行为”基本 上是指行为本身以及行为人的主观内容。正因为如此，行为无价值论主张，故意是主观的 违法要素。行为无价值论被称为人的违法论。

行为无价值论存在疑问:（1）将违反社会伦理秩序作为违法性根据的行为无价值论 明显不当。刑罚不是维持社会伦理的适当手段；由于伦理具有相对性，将维持社会伦理作 为刑法的任务，容易以刑法的名义强迫他人服从自己的伦理观念。刑法的任务只是保障 具有不同价值观的人共同生活所不可缺少的前提条件，只要将对维持国民共同生活具有 价值的、特定的、客观上可以把握的利益或状态（法益）作为保护目标即可；刑法原则上只 有在违反他人意志、给他人法益造成了重大侵害或者危险时才予以适用。（2）将缺乏社 会的相当性作为违法性根据的行为无价值论，也不妥当。所谓缺乏社会的相当性，是指行 为不属于历史地形成的共同生活的社会伦理秩序范围内的行为。这仍然是法律道德主义 的观点。在日益复杂的社会生活中，人们根本无法知道某种行为是否属于社会的相当行 为。事实上，即使自古以来人们习以为常的某些行为，也不一定是正当行为，反而可能是 侵害法益的违法行为。换言之，社会的相当性概念具有极大的不明确性因而有损法的安 定性，故这一概念在德国基本上已被拒绝。（3）将违反行为规范作为违法性根据的行 为无价值论,也值得商榷。首先，不能认为刑法的目的只是保护法规范的有效性。德国学 者雅科布斯（G. Jakobs）虽然持这一观点，但是，他“有意回避规范内容的合法性或者不法 性的任何命题”，“导致法学家给立法者提供恣意的专断”，“他建议放弃‘过时的’规定，最 后可还是（回归到了）这里所提出的法益保护理念”。〔16〕其次，将违反了保护法益所需要 遵守的行为规范作为违法性根据的行为无价值论，虽然将法益保护作为刑法目的，但是， 其所称的行为规范并不明确。如果说违法性的根据或者实质是违反刑法中的行为规范， 则只是一种形式的违法性论。如果说违法性的根据或者实质是违反了保护法益所需要遵 守的刑法规范之外的行为规范，就会导致违反其他法律或者日常行为规则的行为，都会成 为刑法上的违法行为，从而扩大处罚范围。况且，即使是为了保护法益所制定的规则，也 会存在诸多例外，制定规则的人事先不可能预想到全部例外。所以，当行为人违反了这种 规则，但事实上保护了更为优越的法益时（如偶然防卫），行为无价值论也会认为行为具 有违法性。这便违反了保护法益的初衷。社会生活是复杂的，行为规则是不完整的，也是 模糊不清的。在当今社会,特殊的、不正常的情况或境遇越来越普遍，许多规则只不过是 “笨手笨脚的规则”、“行为的粗糙指导”。而且，离开了“死亡”结果，不会有“杀人”概念。 所以，禁止结果或者说禁止实施足以发生结果的行为，是更为有效的。〔口〕（4）各种行为无 价值论都将故意理解为一般违法要素，导致将客观上没有侵害法益的危险，仅由于行为人 具有犯罪故意的行为评价为违法行为，因而容易形成违法的主观化乃至道德化，容易扩大

C14］［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，法律出版社2006年版，第 109 页。

〔15〕Vgl. ,C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. , C. H. Beck,2006 ,S. 295f.

〔I6〕［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）， 北京大学出版社2007年版，第164〜165页。

C17）参见张明楷：“行为无价值论的疑问”，载《中国社会科学》2009年第1期。

**112**刑法学（第五版）

处罚范围。换言之，行为无价值论之所以将故意作为违法要素，不仅因为故意能够征表行 为人的反规范态度，还因为许多行为在外表上属于无害行为，只有加人行为人的故意内 容，才能得出行为无价值的结论。例如，在偶然防卫的场合，当甲向正在杀人的乙开枪射 击时，只有考虑到甲没有认识到乙正在杀人即甲具有杀人故意时，才有可能认为甲的行为 无价值，进而以未遂犯处罚。由此可以发现行为无价值论的危险：即便客观上完全正当的 行为，只有行为人具有犯罪故意，也能成立未遂犯。这明显不利于保障国民的行动自由， 甚至容易导致主观归罪。

一元的行为无价值论认为，行为的目的、故意、过失以及行为样态、义务违反决定行为 的违法性;法益侵害及其危险对违法性没有实质意义。因为刑法规范是行为规范，只有行 为能够成为禁令的对象;结果的发生与否具有偶然性，故不能成为禁令的对象。据此，结 果无价值不是违法的构成部分，而是单纯的客观处罚条件。可是，这种观点不仅与未遂犯 从宽处罚的刑法规定不一致，而且与未遂犯未发生侵害结果才属偶然的客观事实不相符， 故现在采取这种观点的学者极为罕见。

二元论有不同主张。侧重结果无价值的观点主张，结果无价值是违法性的基础，但单 纯根据结果来评价违法性是不全面的，还要考虑引起结果的手段、方法等。例如，对于侵 害财产的犯罪，刑法根据其侵害行为的样态区分为盗窃罪、诈骗罪、侵占罪、敲诈勒索罪 等，就考虑了行为无价值;刑法根据主体的身份不同规定不同犯罪与法定刑（如普通侵占 罪与业务侵占罪的罪名与法定刑不同），也是考虑了行为无价值。〔|8〕侧重行为无价值的 观点主张,行为无价值是违法的基础，处罚的根据;但是，作为附加的要素，为了限定处罚范 围，有时也要求结果无价值。于是，结果无价值仅具有限定处罚范围的意义J19〕还有学者 认为，由结果无价值与行为无价值共同决定违法性。在侵害犯中，如果发生了结果，实现了 结果无价值，则成立犯罪既遂;如果缺乏结果无价值，存在行为无价值，则成立未遂犯。〔2Q〕

可是，二元的行为无价值论也存在疑问。（1 ）二元论将违反义务的行为无价值与作 为客观事态的结果无价值这两种异质的要素统合为一个违法概念，存在论理上的矛盾。 （2）根据二元论,如果认定违法性吋既要考虑结果无价值，又要考虑行为无价值，那么，二 元论所认定的违法性的范围应当更加窄于结果无价值论所认定的范围。因为结果无价值 论仅仅根据结果认定违法，而二元论要同时根据行为与结果认定违法，显然从逻辑上看二 元论认定违法的范围要窄。然而，事实上却并非如此，二元论所认定的违法范围有时宽于 结果无价值论认定的违法范闱。例如,彻底的结果无价值论认为偶然防卫没有造成任何 不法结果，不具有违法性，不成立犯罪；而二元论则认为，偶然防卫成立犯罪未遂甚至成立 犯罪既遂,-这表明，所谓的二元论实际上也只是考虑了行为无价值。（3）杀人未遂的成 立，以发生致人死亡的危险为前提，因此，未遂犯也具有结果无价值。换言之，杀人未遂的 成立，不能成为二元论的根据3 （4）刑法根据行为的方式、样态将侵害相同法益的犯罪规 定为不同的罪名，并不能说明立法者注重行为无价值（，诚然，在违法性判断过程中，“不 是仅考虑现实所产生的结果，而且也必须考虑行为方法、样态。但即使在这种场合，也是

〔I8〕参见［口］大塚广:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第368页。

CI9J参见［0］井田良：《刑法总论的理论构造》，成文堂2005年版，第15页。

〔**20**〕Vgl. ,C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I, 4. Aufl. , C. H. Beck,2006,S. 321.

第五章不法**113**

为了考虑行为方法、样态所具有的侵害法益的一般危险性，而不是考虑方法、样态本身的 反伦理性、行为无价值性”。〔21〕另一方面，立法者之所以将侵害相同法益的行为规定为不 同的犯罪，是由刑法的性质决定的。即刑法并非处罚所有侵害法益的行为，只是将社会生 活中经常发生的、类型化的行为挑选出来规定为犯罪;罪刑法定原则决定了刑法必然要将 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，根据行 为样态对犯罪尽可能进行分类，是为了明确处罚范围，贯彻罪刑法定原则，而不意味着重 视行为无价值。中国、日本等国刑法没有根据杀人方法、样态规定多个具体故意杀人罪的 立法事实，也否定了立法者注重行为无价值的观点。

二元论者指出：“行为无价值论与结果无价值论的分水岭，不在于是否采取道德主义 立场，也不在于是否倾向于以‘社会的相当性’这种一般条款得出结论；二者的分道扬镳 之处在于：是否认可将‘事前向国民告知行为的允许性的机能’作为违法论的指导原理， 与此同时，是否尽可能地使罪刑法定主义的原则以及刑法规范的一般预防的要求浸透到 犯罪论中。”〔22〕其中包含了两个逻辑:其一，一个对保护法益通常有用的规则，必须无条件 地适用于任何场合。所以，只要行为违反了保护法益需要遵守的一般规则，即使没有造成 法益侵害结果，也应认定为违法。这是规则功利主义的立场P3〕其二，违法性为犯罪提 供处罚根据，也为一般预防提供根据，责任只是单纯限制处罚范围。由于故意犯罪的一般 预防必要性大，对故意犯罪的处罚重于过失犯罪，所以，为了使故意犯罪的违法性重于过 失犯罪，必须将故意作为违法要素纳人构成要件。

规则功利主义的地位十分尴尬，缺乏内在一致的理论体系。如果规则功利主义者强 调，经验证明违反某些规则通常造成法益侵害时，人们就无论如何都必须遵守这些规则， 便成为义务论者，但义务论与刑法的自由保障机能相冲突。如果规则功利主义否认自己 是义务论，时时刻刻用行为的结果为行为规则辩护，那么，它便转向了行为功利主义（结 果无价值论）；如果违背某一规则比遵守这项规则会产生更好的结果，规则功利主义又可 能按照行为功利主义来辩护。之所以如此，是因为当规则与功利（最终结果）有冲突时， 规则功利主义要么违反规则追求好的结果，要么维护规则舍弃好的结果。与此相联系，规 则功利主义既可能过于限制国民的行动自由，也可能不利于保护法益，因而不当。例如， 当违反行为规则也不会造成法益侵害与危险，反而会保护法益时，行为无价值论也认为该 行为是违法的，这便忽视了规则的局限性与例外情形。再如，规则之间存在冲突是常有的 现象，通过使国民遵守规则以预防犯罪的观念，在许多场合会使国民束手无策。概言之，

〔21〕［日］平野龙一:《刑法总论H》，有斐阁1975年版，第216页:.

〔22〕［日］井田良：《变革时代的理论刑法学》，庆应义塾大学出版会2007年版，第113页；

（23）还有一种二元论认为，只有当行为违反作为行为基准的行为规范，并且造成法益侵害或者危险时，才具有违 法性。首先，这一观点表面上限制了违法性的范圃.实质上却并非如此,，例如，这种观点认为，偶然防卫行 为既违反了行为规范.也对法益造成了危险，因而构成犯罪\_其次，其中的行为规范.并不限于成文的刑法 规范与其他法律规范，而是包括日常生活准则，因而缺乏明确性，进而导致法官判断的恣意性。最后，这种 观点也面临一些具体问题。例如，由于未能发现某种添加剂对人体的危害，行政法规没有禁止使用。甲在 生产过程中加入了该添加剂，但销售后发现其食品致人伤亡,，甲认识到伤亡由添加剂造成，却依然生产销 售该食品，又导致多人伤亡。按照上述观点，甲的行为虽然造成了法益侵害，伹没有违反行为规范，因而不 具有违法性。可是，这种结论难以被人接受。

**114**刑法学（第五版）

想通过遵守行为规则实现法益保护目的，过于间接而不现实。另一方面，按照行为无价值 论的观点，责任与行为规范违反是两个不同的问题，责任并不向国民设定行动基准，故责 任与犯罪预防没有关系。这显然是将故意、过失排除在责任之外所得出的结论。换言之， 行为无价值论只是将“刑法规范的一般预防的要求浸透到违法论中”，而不浸透于责任论 中。这种单纯基于其理论预设的观点缺乏合理根据。

结果无价值论可以在保障国民自由的前提下，实现特殊预防与一般预防。（1 ）结果 无价值论认为，违法评价以结果无价值为必要，故理当以结果回避可能性为前提。结果回 避可能性意味着这样的关系：如果行为人按照法的期待行事，结果就不会发生;倘若行为 人按照法的期待行事，结果仍然会发生，那么，就不能将结果归责于行为。换言之，在行为 人通过行为使结果发生的场合，刑法规范是为了防止将来在相同状况下发生这种结果而 予以处罚的。在这种状况下，倘若行为人履行义务也不能回避结果时，通过刑罚处罚来强 制这种义务的履行就完全没有意义。（2）社会生活是复杂的，行为规则是不完整的，也是 模糊不清的。在当今的风险社会，特殊的、不正常的情况或境遇越来越普遍，所以，禁止结 果或者说禁止实施足以发生结果的行为，是更为有效的。（3）刑法的颁布与适用本身就 会产生一般预防的效果。况且,处罚过失致人死亡罪，并不只是预防此罪，完全也有利于 预防故意杀人罪;处罚盗窃罪，也有利于预防抢劫罪;如此等等。此外，结果无价值论主张 对违法性进行事后判断，也只是指法官对行为人的行为是否具有违法性进行事后判断；当 行为人在行为时认识到或可能认识到行为发生法益侵害结果时，就能够产生反对动机，从 而抑止行为。换言之，法官将刑法作为裁判规范予以适用时，并不影响一般人将刑法作为 行为规范对待。因此，结果无价值论与刑法的告知机能、提示机能并不冲突。（4）将故 意、过失作为责任要素，意味着责任与犯罪预防也有关联。因为故意责任重，特殊预防的 必要性大，处罚更严重。反之，过失责任轻，特殊预防的必要性小，处罚更轻缓。即使是一 般预防的必要性，也可能在责任中予以考虑。例如，故意责任重于过失责任，意味着刑罚 更注重对故意犯罪的一般预防

五、可罚的违法性

可罚的违法性的理论认为，某种行为即使在形式上符合构成要件,并且不具有违法阻 却事由，但如果不具有可罚的违法性，也不成立犯罪。

本书认为，可罚的违法性是一个不必要的概念。因为刑法上的违法性是客观的法益 侵害或者威胁，这种违法性当然必须达到值得科处刑罚的程度。换言之，刑法上的违法性 是判断行为是否值得处罚的要件，所以，具有刑法上的违法性，也就具有了值得科处刑罚 的违法性，没有必要再使用可罚的违法性的概念。此外，只要对构成要件进行实质的解 释，可罚的违法性概念就是多余的。而且，可罚的违法性概念，引起了许多混乱。

第二款构成要件

一、构成要件的概念

构成要件的观念，来源于中世纪意大利的纠问程序中的“corpus delicti”概念。当时

[24]参见张明楷：《行为无价值论与结果无价值论》，北京大学出版社2012年版。

第五章不法**115**

的纠问程序分为一般纠问与特别纠问，一般纠问在于确证犯罪事实是否存在，特别纠问是 针对特定的嫌疑人进行的纠问。一般纠问中所应当确证的犯罪事实被称为“corPus delicti”， 它意味着舍弃了与行为人联系后的一种外部的客观实在。18世纪末，克莱因(E. F. Klein) 在其《普通德国刑法纲要》一书中，将“corPus delicti”翻译成“Tatbestand” 一词，日本学者 将“Tatbestand”译为构成要件。起初，构成要件只具有诉讼法上的意义，将它运用到实体 法上来，是斯鸠别尔(C.C. StUbel)与费尔巴哈的功劳；而真正形成构成要件理论，还是20 世纪初的事情。

在贝林之前，人们只是将犯罪定义为“以刑罚威慑的违法的、有责的行为”；构成要件 符合性隐含在“以刑罚威慑”的措辞中。贝林认为这一措辞不明确，人们无从得知以刑罚 威慑的行为是什么性质；而构成要件则提供了这种可能性。在此之前，成立犯罪所必须具 备的要素，如行为、结果、对象等，因为没有“住所”而“四处游荡”，构成要件为它们提供了 体系上的位置。这个意义上的构成要件，被称为体系构成要件。这种体系的构成要件，是 成立犯罪首先必须具备的条件。

构成要件是一个特殊的技术性概念。大体可以认为，构成要件是刑法规定的，行为成 立犯罪所必须符合的违法类型。当人们问某个行为是否具备“构成要件符合性”时，需要 审查的是，这个行为是否满足了刑法分则针对某个特定犯罪所规定的表明违法性的各种 要素。例如，要回答行为人在法庭上撒谎的行为是否构成伪证罪的问题，就需要先判断其 行为是否符合刑法第305条规定的表明违法性的要素，亦即行为是否“在刑事诉讼中”， 行为人是否属于“证人、鉴定人、记录人、翻译人”，行为人是否“作虚假证明、鉴定、记录、 翻译”，撒谎的内容是否“与案件有重要关系”，这些要素的总和就是构成要件。构成要件 具有以下特点：

首先，构成要件具有法定性。构成要件由刑法明文规定，我国刑法分则条文通常比较 明确、具体地规定了各种犯罪的构成要件;有些犯罪由于众所周知，刑法没有详细描述其 构成要件，但我们可以从刑法对简明罪状的规定中把握其构成要件。由于构成要件具有 法定性，故必须严格依照刑法的规定确定其具体内容。一般来说，人们容易识别刑法分则 条文所规定的要素是不是构成要件要素。所应注意的是，分则条文对责任要素的描述事 实上也可能包含了客观的构成要件要素。例如，刑法第312条前段规定：“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。”其中的“明知是犯罪所得及其产生 的收益”，表面上只是属于责任要素，其实，该规定同时表明了构成要件的部分内容，即该 罪的行为对象必须是“犯罪所得及其产生的收益'

其次，构成要件是违法类型，其内容是说明行为对法益的侵犯性的客观要素。主观与 客观这对范畴在不同场合具有不同含义。从本体论来看，客观是指不依赖于人的意志而 存在的物质现象,主观是对客观的反映;从认识论来看，认识的形式是主观的，认识的内容 是客观的;从实践结构上看，客观是指人的外在活动及其结果，主观是指支配人的外在活 动的主观意识。由于从实质上说，犯罪是符合构成要件的违法且有责的行为，故构成要件 与责任要素是按照违法性与有责性所作的区分。即为违法性提供根据的客观要素，都属

**116**刑法学（第五版）

于构成要件的内容，如行为、结果、行为主体本身、特殊身份等。〔25〕作为构成要件内容的 客观要素，说明行为对刑法所保护的法益的侵犯性，即说明在怎样的条件下，通过什么样 的行为，侵犯刑法所保护的法益。例如，妨害作证罪的构成要件，说明行为是通过暴力、威 胁、贿买等方法，阻止证人作证或者指使他人作伪证，妨碍司法活动的顺利进行。

最后，构成要件是成立犯罪所必须具备的条件。不具备这一要件，就表明没有侵犯法 益的客观事实，因而不能构成犯罪:即使客观行为侵害了法益，但如果不符合构成要件， 也不能认定为犯罪。

二、构成要件的机能

构成要件的机能，可以归纳为以下几个方面：

第一，自由保障机能（罪刑法定主义的机能）。构成要件使得受刑罚处罚的行为具有 明确的界限。只要不实施符合构成要件的行为，就不会受到国家刑罚的干预。在此意义 上说，构成要件保障一般国民的自由。另一方面，刑罚只在符合构成要件的范围内适用， 在此意义上说，构成要件又保障犯罪人不受不恰当的处罚。如德国学者布鲁斯（H. Bruns）所说，“构成要件具有针对犯人的恣意而保护社会、针对社会的恣意而保障犯人的 双重保障机能当然，构成要件本身不可能完全实现罪刑法定主义的机能。

第二，犯罪个别化机能。构成要件对于大多数犯罪都具有个别化的机能，换言之，构 成要件使大多数犯罪具有自身的特点，因而与其他犯罪相区别。例如，盗窃罪、诈骗罪、放 火罪的构成要件不同，不仅使这三个罪之间相区别，也使这三个罪与其他犯罪相区别。当 然，在少数犯罪中，犯罪的个别化还依赖于责任要素。

第三，故意规制机能。虽然刑法总则第14条规定了故意的一般定义，明确了故意是 认识因素与意志因素的统一，但是，从刑法第14条以及刑法分则条文中，并不能明确各种 具体犯罪的故意的认识内容与意志内容。具体犯罪的故意的认识内容与意志内容，依赖 于构成要件。大体可以认为，故意是对符合构成要件的客观事实的认识、容认，〔27〕即构成 要件的内容，就是故意的认识内容与意志内容。所以，构成要件规制了故意的认识内容与 意志内容。当然，存在客观的超过要素，即构成要件的某个客观要素也可能不是故意的认 识内容（参见第六章第二节第一款）

第四，违法性评价机能。构成要件是违法类型，所以，只要行为符合构成要件且没有 违法阻却事由，就意味着行为具有违法性。不仅如此，构成要件内容还反映出行为的违法 程度差异。

〔25〕构成要件要素的客观性不是绝对的，只是意味着故意、过失等主观的责任要素不是影响违法性的要素,，例 如，是否承认行为意志是行为的特征（有意性），与采取何种违法性论没有关系。倘若认为行为意志是行为 的要素，那么，它就成为影响违法性的要素:但是，行为意志与故意、过失、目的不是等同关系，即使具有行 为意志也可能属于意外事件（参见本章第二节第三款）。

〔26〕H. Bruns,Kritik der Lehre vom Tatbstand.Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen,H. 23，Bonn und Koln 1932,S.19.

（27］既然对符合构成要件的客观事实持容认态度时就是故意，持希望态度吋当然也是故意因此，没有将“希 望”态度排斥在故意之外的含义;也可以说，类似这种场合的“容认”包含了“希望”

第五章不法**117**

三、构成要件的分类

对于构成要件可以从不同角度进行分类。[28]

（一）基本的构成要件与修正的构成要件

一般认为，基本的构成要件是指分则条文就单独的既遂犯所规定的构成要件;修正的 构成要件是指总则条文以基本的构成要件为基础并对之加以修正而就共犯、未遂犯等所 规定的构成要件。这种分类原本是日本刑法理论对构成要件所作的分类，现在也被引进 到我国的刑法教科书。〔29〕根据这一分类，刑法分则规定的犯罪以单独的既遂犯为模式； 基本构成要件是由分则性条文规定而不是由总则与分则统一规定；分则先设定了“完整” 的构成要件，总则后来又取消了其中的部分要件。例如，杀人未遂并不符合故意杀人罪的 构成要件，但由于刑法总则设有处罚未遂犯的规定，这一规定对刑法分则规定的故意杀人 罪要求发生死亡结果的构成要件进行了修正，杀人未遂便符合这种修正了的构成要件。 再如，教唆他人杀人的行为，不是杀人的实行行为，不符合故意杀人罪的基本构成要件，但 刑法总则设有处罚教唆犯的规定，这一规定对刑法分则规定的杀人行为必须是实行行为 的构成要件进行了修正，教唆杀人行为就符合这种修正了的构成要件。

不过，将构成要件分为基本的构成要件与修正的构成要件,也不是没有疑问的.在我 国，修正的构成要件概念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 死亡为要件，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”；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。在此意义上说，与其使用基本的构成要件与修正的构成要件的概念，不如直 接使用“既遂犯的构成要件”、“未遂犯的构成要件”、“预备犯的构成要件”、“帮助犯的构 成要件”等概念。

这种分类尤其涉及构成要件是否以既遂为模式的问题。主张构成要件不以既遂为模 式的观点，将犯罪成立与犯罪的各种特殊形态（未遂犯、中止犯以及加重犯、减轻犯）相区 别，认为犯罪的各种特殊形态的成立条件不是构成要件。主张构成要件以既遂为模式进 而将构成要件区分为基本的构成要件与修正的构成要件的观点，将犯罪的各种特殊形态 的成立条件也归人构成要件。例如，根据前者的观点，“死亡”不是故意杀人罪的构成要 件要素，只是故意杀人既遂的成立条件;根据后者的观点，“死亡”是故意杀人罪的构成要 件要素。果真如此，构成要件是否以既遂为模式，就不是一个真问题。换言之，上述不同 观点不是在同一含义上使用了构成要件概念，因而得出了不同结论。但应注意的是，在我 国，故意杀人既遂与故意杀人未遂、中止，都成立相同的罪名。根据罪刑法定原则，故意杀 人未遂也必须符合构成要件,在此意义上说，构成要件是成立犯罪的最低限度条件，而不 是犯罪既遂的条件。另一方面，刑法理论也完全可以按照既遂模式研究构成要件，因为许 多犯罪只有“既遂”才成立犯罪；即使刑法处罚未遂犯，按照既遂模式研究构成要件，也有

[28]主要联系国内外刑法理论对构成要件的分类作岬介绍与分析，需要说明的是，我国的犯罪构成与德国、LI 本的构成要件不是等同概念，但是，我W的传统刑法理论在对犯罪构成进行分类时又借川了德国、日本对构 成要件的分类。

〔29〕参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（I:编），中国法制出版社1999年版，第91页以下。

**118**刑法学（第五版）

利于未遂犯的认定。

（二） 关闭的构成要件与开放的构成要件

关闭的构成要件（完结的构成要件、封闭的构成要件），是指刑法对所有的构成要件 要素做出了完整表述的情形。开放的构成要件（需要补充的构成要件、敞开的构成要 件），是指刑罚法规只记述了构成要件的部分要素，其他部分要素需要法官在适用时进行 补充的情形。例如，过失犯与不真正不作为犯的构成要件就是如此。过失犯中，刑罚法规 一般只是记述了法益侵害结果，而法律所要求的注意义务内容则由法官确定。不真正不 作为犯中究竟哪些人负有作为义务，也要由法官进行判断。

需要注意的是，并非当一个构成要件中存在不成文的构成要件要素时，该构成要件就 是开放的构成要件;只有当某构成要件没有指示违法，因而需要在构成要件之外确定“专 门的违法性特征”时，该构成要件才是开放的构成要件。换言之，在开放的构成要件的情 形下,必须在构成要件之外寻找积极的违法性的基础。

但是，开放的构成要件概念，现在基本上已被否定。首先，如果肯定开放的构成要件， 就意味着否定构成要件的违法性评价机能，这导致构成要件的形式化。其次，如果在构成 要件之外寻找违法性的根据，必然损害构成要件的机能。最后，开放的构成要件理论，实 际上是将需要补充的构成要件要素.从构成要件转移到违法性中去，从而将其排除在故意 的认识对象之外。但这并不妥当。例如，开放的构成要件理论主张在违法性阶层填充不 真正不作为犯的保证人要素，于是，保证人与注意义务不是构成要件要素，而是专门的违 法要素。由于故意是对构成要件事实的认识、容认，所以，当行为人误以为落人水中的是 他人的幼儿时,开放的构成要件理论认为，行为人依然具有故意，只是没有认识到违法性; 但是，对于违法性而言，只要具有认识可能性即可，而不需要现实的认识，这便导致不当扩 大处罚范围，因而不妥当。再如，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。”该条 虽然没有表述为"司法机关依法查封、扣押、冻结的财产”，但本罪的成立以司法机关“依 法”查封、扣押、冻结为要件。可是，主张开放的构成要件的人，实际上是将扣押、查封、冻 结的“合法性”作为构成要件之外的违法要素，而不要求行为人认识。这显然不妥当。所 以,大体上可以说，只存在开放的刑罚法规，不存在开放的构成要件。

（三） 单一的构成要件与复杂的构成要件

单一的构成要件，是指刑法对构成要件的各个要素仅规定了单一内容的构成要件。 即当刑法规定的构成要件中只含单一行为、单一主体、单一对象、单一结果时，便是单一的 构成要件。复杂的构成要件，是指刑法规定的构成要件中包含了两个以上的行为（不是 罪数意义上的行为数量）、两种以上对象等情形。〔測后者主要表现为两类情况:一类是刑 法规定了两种以上行为、对象、行为主体等，只要具体事实符合其中之一，便成立犯罪，如 刑法第305条;另一类是刑法规定了两个以上的行为等，具体事实同时符合刑法规定时， 才成立犯罪，如刑法第263条第丨项。这两类现象也可能交织在一个构成要件中（如刑法 第285条第2款），司法工作人员应特别注意哪些要件是可供选择的，哪些要件是必须同

〔-W〕这种分类来自苏联刑法理论（参见［苏］A. H.特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，薛秉忠等译，中国人民大学 出版社1958年版，第87页以下）。

第五章不法**119**

时具备的。

（四）普通的构成要件、加重的构成要件与减轻的构成要件

一般认为，刑法第263条中的“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物”，属于普通 的构成要件，其后规定的“入户抢劫”等8种情形属于加重的构成要件。再如，刑法第232 条中的“杀人”是普通的构成要件；“情节较轻的”是减轻的构成要件。据此，法定刑升格 的条件，都是加重的构成要件;法定刑减轻的条件，则是减轻的构成要件。

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；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 的构成要件。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，才属于减轻的构成要件。

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。例如，盗窃他人2000元人民币、盗窃他人5万元人民币、盗窃他人50万元人民币 的行为类型或特征是完全相同的，所不同的只是违法程度J31〕

区分量刑规则与加重的构成要件、减轻的构成要件具有重要意义，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。〔32〕加重的构成要件，可能存在未遂犯。例 如，人户抢劫未遂的，适用人户抢劫的法定刑，同时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、6万元与30万元，甲潜人某博物馆，意图窃取 价值40万元的一幅画，虽然已经着手，但由于意志以外的原因未得逞。对此，不应认定为 盗窃数额特别巨大的未遂，只能认定为普通的盗窃未遂。〔33〕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2万元的财物既 遂，另一次盗窃价值40万元的财物未遂。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 的构成要件，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2万元财物的事实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2万元财物既遂的情形，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

〔**31**〕其中的数额较大仍然是构成要件要素,..

〔32〕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,.

〔33〕在不适合以数额选择法定刑时，完全可以按照情节选择法定刑。例如，甲在博物馆窃取价值连城的国宝级 文物，且在着手窃取时不小心碰掉地上摔毁了文物、对此完全可以选择“情节特别严重"的法定刑.冉适用 未遂犯的规定。此时适用未遂犯的规定，不是指情节尚未达到情节特别严重，而是已经符合情节特别严重 的要求，但由于意志以外的原因没有取得财物，

**120**刑法学（第五版）

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2万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。

反过来，也不能将加重的构成要件理解为量刑规则。如果将加重的构成要件理解为 量刑规则，就会导致“一旦符合加重的构成要件，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。”〔34〕这种观点基本上将加重的构成要件理解为量刑规则了， 其结论并不可取。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，其他规定内容都属于加重的构成要件。 所以，第（一）项至第（三）项、第（六）项至第（八）项，都存在犯罪未遂。

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 属于加重的构成要件。（2）有的分则条文所规定的法定刑升格条件，属于加重的构成要 件。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 规定的是加重的构成要件，而不只是量刑规则。（3）有的分则条文所规定的法定刑升格 条件中，既包括了加重的构成要件，也包括了单纯的量刑规则。如上述刑法第263 条戸

此外，将刑法分则规定的“情节较轻”的情形归人减轻的构成要件，也存在疑问。例 如，刑法理论的通说与司法实践的做法是，将大义灭亲的杀人认定为刑法第232条规定的 “情节较轻”的杀人。可是，从构成要件来说,情节较轻的杀人依然符合普通故意杀人罪 的构成要件;从违法性的角度来说，大义灭亲的杀人与普通杀人没有区别，都是非法剥夺 了他人的生命。大义灭亲之所以被认定为“情节较轻”的杀人，是因为其杀人动机导致责 任减轻，进而使得特殊预防的必要性减少。既然如此，就不能认为刑法分则规定的“情节 较轻”均属于减轻的构成要件。换言之，“情节较轻”其实也是量刑规则。

四、构成要件的要素

构成要件由具体要素组成。组成要件的要素，就是犯罪构成要件要素。例如，行为主 体、特殊身份、行为、结果等都属于构成要件要素。

对构成要件的认识与理解，有赖于对构成要件要素以及要素之间的相互关系的认识 与理解；如果对某个构成要件要素产生认识上的偏差，就必然导致对构成要件的认识产生 偏差。所以，正确认识与理解构成要件要素，是正确认识构成要件乃至犯罪构成的前提。

〔34〕高铭暄主编:《新编中国刑法学》（下册），中国人民大学出版社1999年版，第769页。 U5J参见张明楷:“加重构成与量刑规则的区分”，载《清华法学》2011年第1期。

第五章不法**121**

对构成要件要素可以进行不同分类。[36]

（一）记述的构成要件要素与规范的构成要件要素

记述的构成要件要素与规范的构成要件要素的区分，并没有完全统一的标准。麦茨 格尔（E. Mezger）起初认为，从法官的立场来看，对于与构成要件要素相对应的客观事实， 只需要进行事实判断、知觉的、认识的活动即可确定的要素，是记述的构成要件要素。与 此相对，为了确定构成要件要素，需要法官的评价的要素，或者说需要法官的规范的评价 活动、需要法官的补充的价值判断的要素，就是规范的构成要件要素。他后来指出，记述 的构成要件要素，是在任何意义上都不要求法官的评价的要素；对记述的构成要件要素虽 有解释的必要，但在解释上没有任何争议，在认定事实是否符合构成要件时，不需要法官 的个人评价。规范的构成要件要素，是需要填充的构成要件要素，即法官仅仅根据法规的 记述还不能确定，只有进一步就具体的事实关系进行判断与评价（这种判断与评价既可 能是基于法官的自由裁量,也可能需要基于道德、礼仪、交易习惯等法以外的规范）才能 确定的要素。

威尔采尔（H. Welzel）认为，法定构成要件的行为事情，是在社会生活中具有特别的 意义与机能的事实关系。这样的事实关系可以分为两类：一类是像“人”、“物”、“动产”、 “杀害”等可以感觉的理解的要素，另一类是像“他人的物”、"文书”、“猥亵物品”等由感 觉的认识只能获得非本质的部分，本质的部分只有通过精神的理解才能获得的要素。前 者称为记述的构成要件要素，后者称为规范的构成要件要素。概言之，规范的构成要件要 素的本质，是只有通过精神的理解才能获得其内容的要素，而记述的构成要件要素，则是 只要通过感觉的认识就可以获得其内容的要素。现在，许多学者持这种观点。如罗克辛 指出：“记述的要素要求一种感性的认识，相反，规范的要素要求一种精神上的理解。”〔37〕 平野龙一也说，规范的构成要件要素“是不能进行感觉的理解，只能进行精神的理解的要 素”。〔38〕所谓能够进行感觉的理解，是指通过人的感官，运用实证的方法或者测算的方法 来确定;所谓需要精神的理解，是指需要通过价值判断，或者由社会规范或者法律规范来 确定。

关于规范的构成要件要素的类型，学者们有不同的归纳。例如，麦茨格尔将规范的构 成要件要素分为以下几类：（1）法律的评价要素，即需要参照刑法以外的其他法律领域中 的法的评价或者法的概念的构成要件要素，如“他人的物”、“未成年人”、“公务员”、“货 币”、“财产”、“律师”等。（2） —般文化的、社会的评价要素，即要求参照法律以外的伦理

〔36〕承认主观的违法要素的学者一般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，说 明行为外部的、客观面的要素即为客观的构成要件要素，如行为主体.特殊身份，行为、结果等；表明行为人 内心的、主观面的要素即为主观的构成耍件要素，如故意，过失、目的等、主张构成要件是违法有责类型的 学者一般会将构成要件分为作为违法类型的构成要件贾素与作为责任类型的构成要件要素...即行为的客 观面、行为主体、行为对象、行为的状况、结果等属于作为违法类型的构成要件要素，故意、过失等则属于作 为责任类型的构成要件要素.问是.适法行为的期待可能性这种以客观事实为基础的规范要素，属于责任 要素，而不是违法要素国外还有不少学苒认为，S的是作为违法类型的构成要件要素（主观的违法要素）。 据此，客观的构成要件要索与作为违法类型的构成要件要素、主观的构成要件要素与作为责任类型的构成 要件要素，并不是等同的概念：本考虑到我国刑法理论用语的习惯，将表明客观违法性的要素归人构成 要件要素，将表明非难可能性的要素归人责•任要素„

〔37〕C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. , C. H. Beck,2006,S. 308.

[38][日]平野龙一：《刑法总论1》，有斐阁1972年版，第168页。

**122**刑法学（第五版）

的、社会的、经济的等一般文化的性质的评价的构成要件要素，如“猥亵”、“侮辱”、“损 害”、“泄愤”等。（3 ）量的评价要素，即为了确定界限，法官必须进行量的评价的要素，如 “公然”、“微薄的价值”、“持有武器”、“放火”、“残废”等J39〕平野龙一将规范的构成要 件要素分为四类:第一类是纯粹的法律概念，如妨害公务罪中的公务的“合法性”；第二类 是与价值有关的概念，如“虐待”、“猥亵”等;第三类是具有社会意义的概念，如“文书”、 “住宅”等;第四类是伴随事实判断的概念，如“危险”等。［4（）〕我国刑法中也完全存在麦茨 格尔和平野龙一所列举的要素。例如，按照麦茨格尔的分类，我国刑法中的“国家工作人 员”、“司法工作人员”、“公私财物”等属于法律的评价要素；“淫秽物品”、“猥亵”、“泄愤 报复”等属于一般文化的、社会的评价要素；“数额较大”、“严重残疾”等属于量的评价要 素。再如，按照平野龙一的分类，我国刑法第277条中的“依法”属于纯粹的法律概念;第 237条中的“猥亵”、第363条中的“淫秽物品”属于与价值有关的概念;第280条中的“公 文”、第245条中的"住宅”，属于具有社会意义的概念;第116条中的“危险”以及许多条 文中的“情节严重”，都是伴随事实判断的概念。事实上，可以将上述各类规范的构成要 件要素分为三大类:第一类是法律的评价要素，即需要根据法律、法规进行评价的要素；第 二类是经验法则的评价要素，即需要根据经验法则进行评价的要素;第三类是社会的评价 要素，即需要根据社会一般人的价值观念进行评价的要素。

当然，规范的构成要件要素与记述的构成要件要素的区分具有相对性,或者说二者的 差异不是质的差异，二者都能为违法性提供根据。〔41〕例如，故意杀人罪中的“人”、盗窃罪 中的“财物”，一直被认为是记述的构成要件要素。但是，随着脑死亡概念的产生，大脑已 经死亡但心脏还在跳动时是不是“人”，随着财产现象形式的复杂化，何种价值、何种形式 的现象才是盗窃罪中的“财物”，也在一定程度上需要解释者与司法工作人员的评价的、 规范的理解。〔42〕

记述的构成要件要素与规范的构成要件要素的区分具有一定意义。一方面，从沿革 来说，规范的构成要件要素的发现，使构成要件由单纯的行为类型发展为违法类型；另一 方面，区分记述的要素与规范的要素，有利于故意的认定以及事实认识错误与法律认识错 误的区分。

（二）积极的构成要件要素与消极的构成要件要素

通常的构成要件要素，是积极地、正面地表明成立犯罪必须具备的要素，这种要素就 是积极的构成要件要素。否定犯罪成立的构成要件要素，便是消极的构成要件要素。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物，没有获得不正当利益 的，不是行贿。”这便是行贿罪中的消极的构成要件要素。消极的构成要件要素可以转换

〔39 \* 41 42〕此外，麦茨格尔还提出了主观的评价要素，即必要的评价完全由法官基于主观的裁量的构成要件要素,但他 没有举例说明。

［40J参见［日］平野龙一：《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第168页,，

［41］ 沃尔夫（E. Wolf）认为所有的构成要件要素都具有规范的性质,故所有的构成要件要素都是规范的构成要件 要素。他将构成要件要素分为两类:一类是对于法官来说，价值本身已经通过法律形成的要素，即已经充满 价值的概念，如公务员、未成年人等概念；另一类是法律只是赋予了价值的形式，其内容需要法官的主观的 价值认识来充足，即需要填充的价值概念。

［42］ 参见［日］町野朔：《刑法总论讲义案I》，信山社1995年第2版，第115页。

第五章不法**123**

成积极的构成要件要素进行理解。即在因被勒索给予国家工作人员以财物的情况下，只 有获得不正当利益的，才成立行贿罪。虽然消极的构成要件要素是因为规定方式不同而 产生的，其意义与积极的构成要件要素没有本质区别,但二者对相关行为的评价存在细微 差别。

（三） 成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素

成文的构成要件要素，是指刑法明文规定的构成要件要素。绝大多数构成要件要素 都是成文的构成要件要素。不成文的构成要件要素，是指刑法条文表面上没有明文规定， 但根据犯罪的本质、刑法条文之间的相互关系、刑法条文对相关要素的描述所确定的，成 立犯罪所必须具备的要素J〜

就一些具体犯罪而言，由于众所周知的理由或者其他原因，刑法并没有将所有的构成 要件要素完整地规定于条文中，而是需要法官在适用过程中进行补充。例如，不真正不作 为犯的义务来源、过失犯罪的结果回避可能性，刑法不可能没有遗漏地做出规定。再如， 刑法第266条并没有明文规定诈骗罪中的“受骗者基于认识错误处分财产”等要素。在 这种情况下，法官不得简单地认为：“既然刑法没有规定，那就不是构成要件要素”。相 反，应当考察:如果不承认不成文的构成要件要素，构成要件能否说明该行为的违法性达 到了值得科处刑罚的程度？能否说明特定行为的违法性达到了适用某种法定刑（尤其是 重法定刑）的程度？

介于成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素之间的是空白要素。所谓空白要 素，是指刑法分则条文明文指出需要援引其他法律、法规的规定，并由这些法律、法规来确 定要素内容。例如，刑法第133条规定，交通肇事罪的成立要求行为“违反交通运输管理 法规”，这一要求是交通肇事罪的构成要件要素，但只能根据各种交通运输管理法规的相 关内容予以确定和判断，而不能直接根据刑法规定予以确定和判断。由于刑法没有具体 规定这种构成要件要素的内容，故被称为空白要素；又由于刑法指明了援引其他法律、法 规的规定，故不同于不成文的构成要件要素。

（四） 真正的构成要件要素与表面的构成要件要素

为违法性提供根据的要素，可谓真正的构成要件要素。构成要件要素，一般都是真正 的构成要件要素。并不是为了给违法性提供根据，只是为了区分相关犯罪（包括同一犯 罪的不同处罚标准）界限所规定的要素，属于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。

例如，刑法第1M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。"“尚未造成严重后果”显然不是为违法性提供根据的要素，更非表明“倘若造成 严重后果”便不构成犯罪之意，仅仅在于说明该条规定的违法程度轻于第115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。因此，如果放火等行为危害 公共安全，即使不能查明是否造成了严重后果，也能适用刑法第114条。

1. 责任要素中也存在不成文的责任要素。例如,过失犯的预见可能性.盗窃等罪的非法占有目的，都是不成文 的责任要素。

**124**刑法学（第五版）

又如，刑法第270条第1款规定了委托物侵占罪的构成要件与法定刑，第2款规定： “将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处 罚。”倘若将该款所规定的构成要件改写为“将他人的物非法占为己有，数额较大，拒不交 出”，其违法性不仅没有减少,反而会增加。那么，刑法第270第2款为什么要将行为对象 限定为遗忘物与埋藏物呢？这是因为盗窃罪的对象必须是他人占有的财物，委托物侵占 罪的对象是受委托而占有的他人财物，剩下的便是侵占脱离占有物了。换言之，刑法第 270第2款之所以将行为对象限定为遗忘物与埋藏物，一方面是为了与盗窃罪相区别，另 一方面也是为了与委托物侵占罪相区分。“遗忘”物、“埋藏”物这一构成要件要素，便是 表面的构成要件要素。因此，即使行为人误将他人占有的财物当做遗忘物予以侵占的，也 成立侵占罪。［44〕

（五）共同的构成要件要素与非共同的构成要件要素

共同的构成要件要素，是指所有犯罪的成立都必须具备的要素。例如，行为主体、行 为是任何犯罪的成立都必须具备的构成要件要素。非共同的构成要件要素，是指部分犯 罪的成立所必须具备的构成要件要素。例如，特殊身份只是部分犯罪的成立必须具备的 要素。当然，对构成要件的理解不同，就会对哪些要素是共同的构成要件要素理解不同。 例如，倘若主张以既遂为模式的构成要件概念，则侵害结果是共同的构成要件要素；如若 认为构成要件并不以既遂为模式，则侵害结果不是共同的构成要件要素。此外，有些情形 取决于对要素本身的理解。例如，倘若认为结果包括危险，那么，可以认为结果是共同的 构成要件要素；如若认为结果仅限于侵害事实，则结果不是共同的构成要件要素（因为存 在危险犯）。

五、整体的评价要素

（一）整体的评价要素的概念

将“情节严重”、“情节恶劣”作为某些犯罪的成立条件，是我国刑法分则的重要特色 之一。本书所称整体的评价要素，就是指作为成立犯罪条件的“情节严重”、“情节恶劣”。

倘若认为构成要件是违法类型，那么，构成要件所描述的事实的违法性，必须达到值 得科处刑罚的程度。分析我国刑法分则的条文就会发现，当条文对罪状的一般性描述，不 足以使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度时，就会增加（或者强调）某个要素，从而 使客观构成要件所征表的违法性达到值得科处刑罚的程度。例如，一般干涉婚姻自由的 行为，具有法益侵害性，但还没有达到值得科处刑罚的程度，于是刑法条文规定，以暴力干 涉婚姻自由的，才以犯罪论处。这是通过增加行为手段的要素，使行为的违法性达到值得 科处刑罚的程度。再如，在中国，并不是对任何盗窃、诈骗行为都以犯罪论处，于是刑法对 盗窃罪增加了“数额较大”、“多次盗窃”、“入户盗窃”等要素，对诈骗罪增加了“数额较 大”的要素，从而使符合盗窃罪、诈骗罪构成要件的行为的违法性达到值得科处刑罚的程 度。

但是，在现实生活中，有许多侵害法益的行为，虽然在一般情况下其违法性没有达到 值得科处刑罚的程度，却又难以通过增加某个特定的要素使违法性达到值得科处刑罚的 程度，或者难以预见具备哪些要素时，行为的违法性能够达到值得科处刑罚的程度，或者

〔44〕参见张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要索》，北京大学出版社2010年版，第255页以下：

第五章不法**125**

虽能预见但不能做简短表述。于是刑法条文作了一个整体性的规定，情节严重、情节恶 劣，就以犯罪论处。亦即，当行为符合了构成要件中的基本要素后，并不意味着行为的违 法性达到了值得科处刑罚的程度，在此基础上，还需要对行为进行整体评价。情节严重、 情节恶劣就是这种整体的评价要素（以下仅以情节严重为例讨论）。

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

一种观点认为.刑法规定“情节严重”才构成犯罪时，只是一种提示性的规定，而不是 构成要件要素，理由是：“1.犯罪构成要件一般都提四个方面，还没有人把情节提作犯罪 构成的第五个方面的要件;2.就刑法规定的众多情节来看，有的属于客观方面的，有的属 于主观方面的，还有的属于客体或对象的，有的属于主体的。既然犯罪构成的四个方面都 有情节，就不好把情节作为独立的要件;3.刑法分则有的条款只把情节作为区分同一犯罪 中的重罪、轻罪的标准，显然不是构成要件。”〔45〕笔者以为，这几点反对理由难以成立。首 先，“情节严重”作为构成要件要素，其特点是整体性，因而不意味着它是独立于客观方面 或者独立于主观方面之外的某个要件。所以上述第1、2点反对理由并不成立。其次，刑 法分则将情节是否严重作为区分同一犯罪中的重罪与轻罪的标准时，该情节严重当然不 是成立犯罪的基本条件意义上的构成要件，只是我国刑法理论通常所称的法定刑升格的 条件（也可称为量刑规则）。最后，持上述观点的教科书同时认为，“情节在定罪中大致可 分为两类:一类是作为划分罪与非罪的标志……侮辱、诽谤罪……以‘情节严重’作为划 分罪与非罪界限的标志……另一类情节是作为划分重罪与轻罪的标志”。〔46〕然而，构成 要件要素本身就是划分罪与非罪界限的标志，既然肯定情节严重在侮辱、诽谤罪中是区别 罪与非罪的标志，就应承认它是构成要件要素。一方面否认上述“情节严重”是构成要件 要素；另一方面又称它是区分罪与非罪的标志，多少有自相矛盾之嫌。

（二）整体的评价要素的内容

如前所述，犯罪的实体是不法与责任。但是，不法与责任不是相加关系，而是阶层关 系或者限制关系。所以，一方面，行为虽然符合构成要件且具有违法性，但只要行为人对 不法行为没有非难可能性，其行为就不构成犯罪；另一方面，行为人仅对其中有非难可能 性的不法承担责任，对于没有非难可能性的不法并不承担责任。所以，应当得出以下两个 结论:第一，如果行为本身的不法没有达到值得科处刑罚的程度，那么，即便其主观上再值 得谴责，也不应当认定为犯罪。例如，甲身陷困境，素不相识的乙为了帮助甲而询问甲的 具体状况。甲却当着众人对乙说:“你这种好管闲事的下三烂是最令人恶心的。”我们可 能认为甲的主观心理值得谴责，但由于甲的客观行为（侮辱）本身的法益侵害性没有达到

（45］髙铭暄主编：《中国刑法学》，中闰人民大学出版社1989年版.第83页。

〔46〕高铭暄主编：《中国刑法学》.中国人民大学出版社1989年版，第83页

**126**刑法学（第五版）

值得科处刑罚的程度，即便一般人都有严厉谴责甲的心态，也不能认定其行为构成侮辱 罪。第二，责任是对不法的责任，它必须与不法相关联（责任的不法关联性），并无在内容 上独立于不法之外的责任。例如，单纯的动机卑鄙，无论如何都是不能作为定罪根据的。

对情节严重也只能如此理解。亦即，因为只有当行为人对客观的侵害法益的严重情 节具有非难可能性时，才能将该严重情节归责于他。既然如此，就不存在一种单纯的主观 方面的情节严重的情形。质言之，作为构成要件要素的情节严重，是指表明法益侵害的客 观情节严重。〔47〕据此,动机卑鄙不属于情节严重。〔48〕当然，根据责任主义的要求，在故 意犯罪中，要求行为人对表明情节严重的前提事实具有认识;在过失犯罪中，要求行为人 对表明情节严重的前提事实具有认识可能性。［49〕

第三款构成要件与违法性的关系

一、德国、日本的理论概述

德国、日本刑法理论采取构成要件符合性、违法性、有责性的体系，对构成要件与违法 性的关系存在不同学说。

行为构成要件说的主张者贝林认为，构成要件是与法的价值判断相分离的、纯粹形式 的、记述的、价值中立的行为类型；这种意义的构成要件，使犯罪类型的外部轮廓变得明 确，以实现刑法的保障机能。所以，贝林的构成要件不包含主观的、规范的要素，也与违法 性没有关系。

但是，行为构成要件说存在疑问。首先，既然构成要件与违法性没有关系，那么，符合 与违法性没有关系的构成要件的行为，为什么能成为违法性判断的对象呢？所以，M. E. 麦耶认为,所有的构成要件都是违法性的征表，是违法性的认识根据。二者如同烟与火的 关系，只要不存在违法阻却事由，符合构成要件的行为就是违法的。其次，根据行为构成 要件说，对构成要件只能进行形式的解释。但是，这种观点必然导致在构成要件外寻找违 法要素;也可能导致处罚实质上不值得科处刑罚的行为。换言之，如果构成要件的判断不 具有实质内容，符合构成要件的行为的范围可能被扩大，反而会有损构成要件的保障机 能。

违法类型说使构成要件与违法性之间的关系更为密切。根据其代表人物麦茨格尔的 观点，违法意指对法益的侵害或者威胁（法益侵害的危险）。构成要件则是从众多的行为 中，将值得作为犯罪给予特别处罚的类型性的法益侵害与威胁，以法的形式规定下来的东 西。在此意义上说，构成要件是违法行为的类型，是违法性的存在根据（Ratio Essendi）。 这一学说从实质性、价值性上理解构成要件，认为在构成要件的判断中，必须考虑实质的 违法性。因此，只要是作为违法性基础的事实，主观的要素也好，规范的要素也好，都包含

〔47〕我国的司法解释大多会列举情节严重的具体表现，其中有些司法解释将表明行为人特殊预防必要性较大的 事实（如受过行政处罚后再次实施某种行为）纳人情节严重。本书不赞成这种解释结论。

〔48〕在本书看来，刑法分则的“情节严重”与“情节恶劣”的含义相同。换言之，不能认为“情节恶劣”是指主观责 任的情节恶劣。

（49］需要说明的是，刑法分则规定的“情节较轻”不是减轻构成要件，所以，其中的情节并不限于表明法益侵害的 客观情节，而是包括有关责任程度的情节。

第五章不法**127**

在构成要件之内。

二、本书的立场

首先，构成要件符合性是违法性的存在根据，而非纯粹的法律形式，不能简单地认为 构成要件与违法性是形式与实质的关系。（1 ）构成要件所描述的事实不是价值中立的事 实。因为刑法是将值得科处刑罚的法益侵害行为类型化为构成要件的，反过来说，具备构 成要件符合性的行为，就具有违法性。行为是否侵犯法益是一种客观事实，而不取决于行 为人主观上是否具有非难可能性。如果认为构成要件只是纯粹的法律形式，那么，必然在 构成要件外寻找违法根据，导致认定犯罪的恣意性，损害构成要件的保障机能。（2）构成 要件符合性的判断，并非只是事实判断，同时也含有价值判断。“描述”与“评价”是相互 依赖的，成文刑法所使用的文字本身不只是具有记述功能，而且具有情感功能客观 “构成要件的建立以法律中使用的动词（杀人、强制、偷盗等）为基础”。〔5|〕不同的动词会 表达不同的评价：“窝藏”与“保管”、“包庇”与“保护”、“奸淫”和“做爱”等，显然分别显 示了对行为的不同评价。构成要件的建立同样需要使用名词与形容词，而这些用语都会 直接或间接表达对行为的评价。即使文字只具有描述的功能，其描述的内容、方式等也会 显示出不同的评价。换言之，即便是一些中性词，当它处于特定语境时，也会具有评价功 能。（3）即使采取事实与价值二分法，相对于犯罪事实，构成要件也是非现实的价值世 界。相对于构成事实，构成要件是一个概念形成过程，其中必然存在评价过程。（4）不可 认为“构成要件是对形式违法性的判断,违法性是对实质违法性的判断”。因为这种观点 会导致在三阶层体系中，正当防卫、紧急避险具有形式违法性、没有实质违法性，从而使形 式违法性与实质违法性相冲突。（5）即使认为构成要件符合性与违法性是形式与实质的 关系,也仅仅意味着后者的判断比前者更实质。亦即，不可能承认超法规（法律规定之 外）的构成要件符合性，但应当承认超法规的违法阻却事由。

其次，从构成要件是违法性的存在根据出发，在区分构成要件符合性与违法性的基础 上，认为符合构成要件的行为原则上具有违法性，只是在例外情况下（具有正当化事由 时）阻却违法的观点（原则与例外的观点），也是成立的。亦即，构成要件是一种禁止素 材，发生了符合构成要件的行为，就意味着发生了通常可以评价为不法的事实。所谓“通 常”，是指还没有考虑特定的违法阻却事由。换言之，构成要件所表明的是一般性的禁止 性规范（如“不得杀人”），而违法阻却事由所反映的是例外的允许规范（如“正当防卫除 外”）。所以，只要行为符合构成要件，并且不存在例外的允许规范,或者虽然存在但行为 人的行为并不符合例外的允许规范，就表明行为是违法的。当然，这样的表述并不十分理 想。（1）这种原则与例外的关系，只不过是一种单纯的说明形式，并不具有实体性的意 义。（2）原则与例外的关系，意味着大部分符合构成要件的行为具有违法性，少数符合构 成要件的行为不具有违法性。

最后，从构成要件与违法阻却事由相关联的意义上说，构成要件符合性与违法性可谓 部分（孤立）判断与整体（最终）判断的关系。（1）应当认为，刑法在规定故意杀人、故意伤 害等罪的构成要件时，原本已将正当防卫、紧急避险等正当化事由排除在外。（2）当行为

**（50）**参见［日］碧海纯一：《新版法哲学概论》，弘文堂2000年全订第2版补正版，第87页。

C51］［德］李斯特著、施密特修订:《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2006年修订译本，第206页。

**128**刑法学（第五版）

人实施正当防卫等行为致人伤亡时，如果不考虑其保护了更为优越或者同等法益的一面， 可能认为其符合杀人罪、伤害罪的构成要件，但这只是孤立的判断得出的结论，因而具有 片面性。（3）虽然孤立判断时，正当防卫、紧急避险符合构成要件，但整体判断时，正当防 卫、紧急避险行为并不具有违法性，因而不是“不法”的。（4）那些孤立地判断时符合构成 要件，也没有违法阻却事由的行为，则最终属于符合构成要件且违法的不法行为。换言 之，符合构成要件的行为就是违法性判断的对象本身。在具体案件中，只要不存在违法阻 却事由，符合构成要件的行为就具有违法性。

本书没有采用消极的构成要件要素理论,但与消极的构成要件要素理论似乎没有本 质区别。根据消极的构成要件要素理论，构成要件包括积极的构成要件要素与消极的构 成要件要素，例如,就故意杀人罪而言，致人死亡是积极的构成要件要素;不是正当防卫、 不是执行死刑等，则是消极的构成要件要素。该理论的依据如下：首先，构成要件不仅包 含了法益侵害行为是违反规范的行为这种抽象的评价，而且已经包含了对具体行为的最 终的无价值判断。因此，立法者在制定规范命令时，已经同时考虑了例外情况，刑法的禁 止自始就受到了违法阻却事由的限制。〔52〕其次，构成要件要素与正当化事由的区别不是 基于实质的对立，而是受表述形式要求的制约，故正当化事由都可以作为构成要件要素来 理解。最后，消极的构成要件要素理论还可以解决混乱的认识错误问题。例如，根据消极 的构成要件要素理论，假想防卫不可能成立故意犯罪。

消极的构成要件要素理论是少数人的观点，所受到的批判是，构成要件要素与正当化 事由的条件难以简单地互换，两种符合性的判断标准、方法与原则存在重大差异。缺乏构 成要件要素的行为，原本就没有侵犯刑法所保护的法益，故在刑法上不具有重要性;但正 当化事由原本是损害法益的行为，它之所以合法，是因为经过法益衡量具有值得肯定的价 值。将二者混为一谈，无异于将打死一只苍蝇（缺乏构成要件符合性）与正当防卫中的杀 人行为（按照消极的构成要件要素理论也属于不符合消极的构成要件的行为）相提并论。 此外，不符合构成要件的行为不一定是法秩序允许的行为。如盗用行为虽然不符合构成 要件，但仍然是民法上的侵权行为，可以进行正当防卫；而正当防卫等阻却违法的行为是 法秩序所允许的行为，对之不得主张正当防卫。

但是，第一，批判者所称的“构成要件要素与正当化事由的条件不可能简单地互换”， 是以三阶层体系为前提的。倘若采取两阶层体系，两者也是可以互换的。第二，批判者所 称的“打死一只苍蝉与正当防卫中的杀人行为的区别”，无非是说打死一只苍蝇既不符合 构成要件，也不具有违法性，而正当防卫中的杀人行为则符合构成要件，但不具有违法性。 可是，从结局上说，这种区别并无实际意义。事实上，消极的构成要件要素理论的主张者 也可以指出二者的区别：打死一只苍蝇，是既不符合积极的构成要件要素，也不符合消极 的构成要件要素的行为;正当防卫中的杀人行为则是符合积极的构成要件要素，但不符合 消极的构成要件要素的行为。第三，至于“不符合构成要件的行为不一定是法秩序允许 的行为”，则是与是否承认消极的构成要件要素理论没有直接关系的问题。即使在我国 传统的四要件体系中，也可以说“不符合构成要件的行为不一定是法秩序允许的行为”， 也可能对之进行正当防卫。

[52]例如，关亍杀人罪的规范所禁止的是除正当防卫等之外的杀人

第五章不法**129**

根据本书的立场，对构成要件必须进行实质的解释，使符合构成要件的行为具有值得 科处刑罚的法益侵犯性。例如,刑法第245条规定:“……非法侵入他人住宅的，处三年以 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擅自进人 他人住宅的行为。例如，自来水公司的职员甲没有经过住宅人乙的同意，以平和方式进入 乙的住宅查看水表。从形式上看，这一行为也符合了刑法第245条的文字表述，但我们不 能认为该行为符合刑法第245条规定的构成要件，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非法侵人住宅的行为，解释为符合刑法第245条规定的构成 要件的行为。这种做法所面临的问题可能是:实质的解释会因人而异，如何选择正确的结 论？可能受到的诘难是:既然刑法没有规定“情节严重”，解释者为什么实际上加入了“情 节严重”的要素？或许合理的解释目标、解释目的的确立以及解释方法的正确运用，可以 解消这些疑问。而且，与先对构成要件进行形式的解释，然后在构成要件之外寻求违法性 的做法相比，对构成要件进行实质的解释要好得多。另一方面，采取形式的解释也不能解 决这些问题，因为形式的解释也会因人而异，而且在形式的解释后再作实质的违法性判断 时，也必然因人而异。肯定构成要件的实质性，并不在于否认构成要件的形式的性格。因 为既然构成要件要确保刑法的安定性，发挥罪刑法定主义的机能，它就必须具有形式的性 格,从而使实质的考察限定在法律形式的范围之内。

第二节构成要件符合性

第一款构成要件要素

**一、构成要件要素概述**

构成要件符合性的判断，并不是整体的判断。面对具体个案时，法官需要判断案件事实 是否具备构成要件的各个要素，而不可能离开构成要件要素进行构成要件符合性的判断。

构成要件要素是表明违法性的要素。首先是行为主体与行为，行为主体与行为是一 切犯罪都必须具备的构成要件要素。行为所造成的侵害结果、危险结果是构成要件的重 要内容。除此之外，特定的行为状况与条件、特定的行为时间与地点、特定的行为对象与 手段,也可以说是某些犯罪的构成要件要素，但它们与行为本身是何种关系，是值得研究 的问题。

［53］我国传统的刑法理论，一般将危害行为称为“必要要件”，将其他因素称为“选择要件”。这值得研究。首先， ••要件”是必要条件之意，在要件前加••必要”二字不仅没有必要，而且给人造成“存在不必要的要件"的错 觉。其次，选择是挑选之意，“选择要件"理当是指刑法对犯罪的某一方面或某儿个方面规定了几种可供选 择的要件（存在于复杂犯罪构成之中），而不应指某些犯罪的要件。再次，即使只是某些犯罪的构成要件要 素，相对于这些犯罪而言就是必须具备的，没有选择的余地。如传统观点认为危害结果是选择要件，但过失 犯罪的成立必须发生危害结果，没有选择的余地.，最后，上述说法来源于苏联刑法理论，但苏联刑法理论在 这方面的概念比较混乱（参见［苏］A+H.特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》.薛秉忠等译.中国人民大学出版 社1958年版，第90页以下）。

**130**刑法学（第五版）

行为与结果之间是否存在因果关系（包括事实的因果关系与结果归属），是判断案件 事实是否符合构成要件的一个重要问题。例如，在一个涉及过失致人死亡罪的案件中，如 果行为与结果之间没有因果关系（行为与结果之间没有事实的因果关系，或者虽然具有 事实的因果关系，但结果不能归属于行为），要么不能认定该案件事实具备了致人死亡的 实行行为，要么不能认定该案件事实具备了致人死亡的结果，因而不能认定该案件事实符 合过失致人死亡罪的构成要件。再如，甲以杀人故意造成了乙的重伤，乙在被送往医院的 途中，丙违反交通规则将乙撞死。就甲的故意犯罪案件而言，表面上是甲的杀人行为与乙 的死亡没有因果关系的问题，实际上是甲的案件不存在死亡结果。就丙的交通肇事案件 而言，表面上是其行为与乙的死亡具有因果关系，实际上是丙的案件存在乙的死亡结果。 在此意义上说，因果关系的判断，实际上是对一个案件是否同时存在行为与结果的判断， 因果关系本身不是构成要件要素。而且，如果认为因果关系是构成要件要素，那么，对因 果关系的认识错误就必然影响故意的成立。但事实上并非如此。当人们说如果对因果关 系的重要部分存在认识错误就影响故意的成立时，实际上表现为对行为或者结果存在认 识错误而影响故意的成立。

是否存在表明客观违法性的主观要素（主观的违法要素），是国外刑法理论争议的问 题。有的学者认为目的犯中的目的（包括未遂犯的故意）、倾向犯中的内心倾向以及表现 犯中的内心经过或者表现是主观的违法要素;有的学者认为，只有目的犯的目的是主观的 违法要素;有的学者完全否认主观的违法要素。本书将故意、过失、目的、动机等主观要素 归于表明非难可能性的责任要素。因为构成要件是违法行为类型，是表明法益侵犯性的 要件;作为构成要件实质的法益侵害与危险，是指客观的侵害与客观的危险性，其有无与 强弱，应基于行为的客观要素进行判断。

二、构成要件符合性的判断

认定犯罪是从客观（不法）到主观（责任）的判断过程。犯罪的成立，首先要求行为符 合构成要件。构成要件符合性，是指案件的客观事实符合刑法所规定的具体犯罪的构成 要件。某种事实“符合”构成要件，是指某种事实具备了构成要件所要求的要素及其内在 联系，或者说，某种事实并不缺少构成要件所要求的内容。例如，倒卖伪造的国库券的行 为，就符合了倒卖伪造的有价票证罪的构成要件。不能以国库券属于有价证券为由，否认 其也属于有价票证。因为有价证券并不缺少刑法第227条的构成要件所要求的有价票证 的内容。案件事实多于构成要件要素的，并不影响构成要件符合性，只是行为是否另触犯 其他罪名的问题。例如，国家工作人员利用职务上的便利骗取他人财物的，并不影响诈骗 罪构成要件的符合性，只是其利用职务上便利的行为是否同时触犯其他罪名的问题。不 能因为案件事实多于构成要件要素，就否认构成要件符合性。例如，甲在盗窃他人桌上的 苹果手机时，同时将自己的小米手机放置于他人桌上的，依然符合盗窃罪的构成要件。

构成要件符合性的判断，是一种价值关系的事实判断，或者说既是事实判断又是价值 判断，既是形式判断又是实质判断。因为构成要件是违法性的存在根据，不可能离开违法 性的实质判断构成要件符合性。构成要件符合性的判断，是一种类型的判断，或者说是用 一种类型的基准进行的判断。因为构成要件是违法行为的类型，构成要件符合性的判断， 就是看事实是否符合违法行为的类型，所以是一种类型的判断。

第五章不法**131**

第二款行为主体

一、自然人

（一） 自然人主体概述

行为主体，是刑法规定的实施犯罪行为的主体，首先是自然人。作为构成要件要素的 行为主体，只要求是自然人，而不要求其他内容。法是人类共同体的规范，只有人的行为 存在违法与否的问题。〔54）作为违法类型的构成要件，当然包括自然人这一主体要素。另 一方面，根据客观的违法性论，只要自然人的行为符合构成要件，即使其没有达到法定年 龄、不具有责任能力，也不影响对其行为违法性的评价。所以，法定年龄、责任能力不是构 成要件要素，而是责任要素。

（二） 特殊身份的意义

构成要件要求自然人具备特殊身份或者刑罚的加重减轻以具有特殊身份为前提的犯 罪，称为身份犯。身份犯包括真正身份犯与不真正身份犯。真正身份犯，是指以特殊身份 作为构成要件要素的犯罪;在这种情况下，如果行为主体不具有特殊身份，就不成立犯罪。 例如，刑讯逼供罪的主体必须是司法工作人员，所以，如果主体不是司法工作人员，其行为 就不可能成立刑讯逼供罪。本款所讲的特殊身份，就是指这种作为构成要件要素的特殊 身份;这种特殊身份，可称为构成的身份。不真正身份犯，是指特殊身份不影响定罪但影 响量刑的情形；在这种情况下，如果行为人不具有特殊身份，其行为也成立犯罪；如果具有 这种身份，则从重处罚或者从轻处罚。例如，诬告陷害罪的实施者既可以是普通自然人， 也可以是国家机关工作人员，换言之，是否具有特殊身份并不影响本罪的成立，但刑法规 定国家机关工作人员犯诬告陷害罪的从重处罚。国家机关工作人员这一身份，虽然不是 诬告陷害罪的构成要件要素，却是从重处罚的根据。这种特殊身份也可称为加减的身份。 作为构成要件要素的特殊身份，不包括加减的身份。

特殊身份是指行为人在身份上的特殊资格，以及其他与一定的犯罪行为有关的，行为 主体在社会关系上的特殊地位或者状态。如男女性别、亲属关系、国籍、国家工作人员、司 法工作人员、证人等。特殊身份必须是在行为主体开始实施犯罪行为时就已经具有的特 殊资格，或者已经形成的特殊地位或状态，因此，行为主体在实施犯罪后才形成的特殊地 位，不属于特殊身份。例如，在犯罪集团中起组织、策划、指挥作用的首要分子，不属于特 殊身份。特殊身份是行为主体在人身方面的特殊资格、地位或状态，并具有一定的持续 性，因此，特定犯罪目的与动机等心理状态，不宜归人特殊身份。特殊身份总是与一定的 犯罪行为密切联系。例如，在叛逃罪中，国籍以及是不是国家工作人员与犯罪行为有密切 联系，属于特殊身份;但在故意杀人罪中，国籍以及是不是国家工作人员与犯罪行为没有 密切联系，因而不是特殊身份。

特殊身份既可能是终生具有的身份，也可能是一定时期或临时具有的身份。男女基 本上属于终生具有的身份；国家机关工作人员、司法工作人员等属于一定时期具有的身 份;证人、鉴定人、翻译人等属于临时具有的身份。特殊身份既可能是由于出生等事实关

〔54〕地震、海啸等自然现象以及动物会导致法益受到侵害，但不可能被评价为违法行为

**132**刑法学（第五版）

系所形成的身份，如男女、亲属关系；也可能是由于法律规定所形成的身份，如证人、依法 被关押的罪犯;还可能是同时由于事实关系与法律规定所形成的身份，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，一方面有基于亲属关系所形成的 自然身份,另一方面也有基于法律规定的法定身份。

作为构成要件要素的特殊身份，只是针对该犯罪的正犯而言。例如，受贿罪的行为主 体必须是国家工作人员，但这只是就正犯而言。不具有上述特殊身份的人与上述人员相 勾结伙同受贿的，成立受贿罪的共犯（教唆犯、帮助犯）。

刑法之所以将特殊身份规定为某些犯罪的构成要件要素，主要是基于四个方面的原 因：（1）有些犯罪只能由具有特殊身份的人实施。如刑法第401条规定的徇私舞弊减刑、 假释、暂予监外执行罪，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 者暂予监外执行的行为，只能由司法工作人员实施。（2 ）有些行为只有具有特殊身份的 人实施，其法益侵犯性才达到值得科处刑罚的程度。例如，侵犯少数民族风俗习惯的行 为，如果由一般公民实施，则法益侵犯性较小,没有达到值得科处刑罚的程度；如果由国家 机关工作人员实施，人们便把国家机关工作人员的身份与国家政策联系起来，这样会造成 严重后果，其法益侵犯性就严重。因此,刑法规定侵犯少数民族风俗习惯罪的行为主体必 须是国家机关工作人员。（3）为了保护特定法益，将某种犯罪作为加重类型，而规定特殊 身份。〔55〕例如，刑法规定了职务侵占罪，但为了保护国有财产与相关公共财产，刑法另设 立贪污罪，将行为主体限定为国家工作人员与受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人 民团体委托管理、经营国有财产的人员；如果刑法不另设立贪污罪，则对国家工作人员的 贪污行为只能认定为职务侵占罪或者盗窃、诈骗等罪。（4）有些不作为性质的犯罪，由于 相关法律只是对具有特定身份的人规定了相应的法律义务，故只有具有该特定身份的人 不履行相应的法律义务，才可能成立不作为犯罪。例如，只有国家工作人员具有申报境外 存款的义务，故隐瞒境外存款罪的行为主体只能是国家工作人员。由上可见，特殊身份是 表明行为的法益侵犯性的要素，因而属于构成要件要素。

（三）特殊身份的类别

根据刑法分则的规定，特殊身份主要包括以下几类。

1. 以特定职务为内容的特殊身份。主要有国家工作人员（刑法第382条等），国家机 关工作人员（刑法第397条等），司法工作人员（刑法第247条等），邮政工作人员（刑法第 253条、第304条），监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员（刑法第248条），行政执 法人员（刑法第402条），税务机关的工作人员（刑法第404条等），从事传染病防治的政 府卫生行政部门的工作人员（刑法第初9条），海关工作人员（刑法第411条），国家商检 部门、商检机构的工作人员（刑法第412条），动植物检疫机关的检疫人员（刑法第413 条），国有公司、企业的董事、经理（刑法第165条），国有公司、企业、事业单位的工作人员 （刑法第166条等），国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员（刑法第167条等）， 国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员（刑法第169条），上市公司的 董事、监事、高级管理人员（刑法第169条之一）；等等。

上述特殊身份中，最多且最难认定的是国家工作人员。根据刑法第93条的规定，国

**（55）**能否将这类身份归属于责任身份.是值得进一步研究的问题。

第五章不法**133**

家工作人员包括四类人员：（1）在国家机关（包括立法机关、行政机关、司法机关、军事机 关等）中从事公务的人员；（2）在国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员； （3）国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从 事公务的人员；（4）其他依照法律从事公务的人员。2000年4月29日，全国人大常委会 通过了《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》，该解释指出：村民委员 会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作时，属于刑法第93条第2款规 定的“其他依照法律从事公务的人员” ：（1 ）救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物 的管理；（2）社会捐助公益事业款物的管理；（3）国有土地的经营和管理；（4）土地征收、征 用补偿费用的管理；（5）代征、代缴税款；（6）有关计划生育、户籍、征兵工作；（7）协助人民 政府从事的其他行政管理工作。村民委员会等村基层组织人员从事上述公务，利用职务 上的便利，非法占有公共财物、挪用公款、索取他人财物或者非法收受他人财物，构成犯罪 的，适用刑法第382条和第383条贪污罪、第384条挪用公款罪、第385条和第386条受贿 罪的规定。

从刑法规定以及立法解释可以看出，依照法律从事公务是国家工作人员特殊身份的 核心内容“依照法律”中的“法律”是指广义的法律，依照法律实质上是指行为人的 任用、地位、职务、公务行为等具有法律上的根据。“从事公务”，是指从事国家机关、公共 机构或者其他法定的公共团体的事务。公务一般关系到多数人或不特定人的利益;公务 是由国家机关或者其他法定的公共机构或者公共团体（如国有企业、事业单位、人民团体 等）组织或者安排的事务，显然，公民自发从事的公益性活动，不属于公务;公务不必是权 力关系的事务，因而与劳务不是对立的概念，虽然公务一般表现为裁量性、判断性、决定性 的事务，但也不能一概将机械性、体力性的活动排斥在公务之外。例如，国有企业的仓库 保管员保管货物的行为，国有公交公司售票员经手、管理票款的行为，均属于从事公务。 当然，对此还需要联系具体犯罪的特点做出判断。

长期以来，我国刑法理论与司法实践对国家工作人员的范围存在身份论与公务论 （职责论）的争议。身份论认为，国家工作人员犯罪是一种职务型犯罪，作为犯罪主体的 国家工作人员必须具有国家工作人员的资格身份。公务论则认为，犯罪主体是否属于国 家工作人员，应以其是否从事公务来决定，而不问其是否具有国家工作人员的资格身份。 还有学者主张，应当将身份与公务有机地结合起来，二者不可偏废。即以国家工作人员论 者必须具备一定的资格身份，如果不具有资格身份，则不可能从事公务;而具有资格身份 的人，如果从事的仅仅是劳务，也不是国家工作人员。〔57〕从相关法律规定与司法实践来 考察，应当采取公务论。即使是临时招聘的人员或者是合同制人员，只要其实际从事的是 公务，就应当认定为国家工作人员。至于行为人取得国家工作人员这一特殊身份的途径 是否正当，则不影响国家工作人员的认定。

1. 以特定职业为内容的特殊身份n主要有航空人员（刑法第131条），铁路职工（刑

〔56〕出于公务员制度不健全，刑法使用了闺家工作人员的概念.但其实质仍然相当于国外的广义的公务员概念， 这从刑法第93条中有四处“从事公务的人员”即可明确所以，不能因为刑法使用了国家工作人员的概念, 就要求上体必须代表国家从事活动或者以国家的名义从事活动。

〔57〕参见江礼华:"论国家工作人员范围的界定”，载胡驰、于志刚主编：《刑法问题与争鸣》（1999年第1辑），中 国方正出版社1999年版，第308页以下,，

**134**刑法学（第五版）

法第132条），公司、企业或者其他单位的工作人员（刑法第163条等），银行或者其他金 融机构的工作人员（刑法第n］条等），证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公 司的从业人员、证券业协会、期货业协会或者证券期货管理部门的工作人员（刑法第181 条），保险公司的工作人员（刑法第183条），承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律 服务等职责的中介组织的人员（刑法第229条），从事实验、保藏、携带、运输传染病菌种、 毒种的人员（刑法第331条），医务人员（刑法第335条），依法从事生产、运输、管理、使用 国家管制的麻醉药品、精神药品的人员（刑法第355条）；等等。

1. 以特定义务为内容的特殊身份，主要有纳税人、扣缴义务人（刑法第201条），对于 没有独立生活能力的人负有扶养义务的人（刑法第261条），对未成年人、老年人、患病的 人、残疾人等负有监护、看护职责的人（刑法第260条之一）；等等。
2. 以特定法律地位为内容的特殊身份，主要有证人、鉴定人、记录人、翻译人（刑法第 305条），辩护人、诉讼代理人（刑法第306条），依法被关押的罪犯（刑法第315条），依法 被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人（刑法第316条）；等等。
3. 以持有特定物品为内容的特殊身份，如依法配备公务用枪的人员、依法配置枪支的 人员（刑法第128条）。
4. 以患有特定疾病为内容的特殊身份，如严重性病患者（刑法第360条）。
5. 以居住地和特定组织成员为内容的特殊身份，如境外的黑社会组织的人员（刑法 第294条）。
6. 以不具有特定资格为内容的特殊身份，如未取得医生执业资格的人（刑法第336 条）。这种身份在刑法理论上称为消极的身份（前七种均为积极的身份），即欠缺一定的 身份。刑法规定消极的身份犯，是为了禁止不具有特定身份的人实施特定行为、从事特定 职业，具有特定身份的人则可以实施特定行为、从事特定职业。例如，刑法第336条规定 的非法行医罪，就是为了禁止未取得医生执业资格的人行医;具有医生执业资格的人当然 可以行医。但具有医生执业资格的人教唆或者帮助未取得医生执业资格的人非法行医 的，仍然可能成立非法行医罪的共犯

还有一些疑似特殊身份但并不是真正的特殊身份的情形。例如，生产者、销售者（刑 法第140条）、公司发起人、股东（刑法第159条）、广告经营者、广告发布者（第222条）、 投标人（刑法第223条）等。从刑法分则条文的表述来看，生产者、销售者、公司发起人、 股东等似乎不同于一般主体，但是，他们与上述特殊身份存在区别。以生产、销售伪劣产 品为例，任何人都可以直接从事生产、销售活动，因而都可以成为刑法第140条规定的生 产者、销售者。在此意义上说，任何人都可以成为生产、销售伪劣商品罪的行为主体，并无 特殊之处。但上述特殊身份则并非如此。以贪污罪为例，并不是任何人都可以依法从事 公务、管理或经营国有资产，因而并非任何人都可以成为贪污罪的行为主体。此外，强奸 罪也是疑似身份犯，而不是真正的身份犯，因为妇女也可以成为强奸罪的正犯（共同正犯 与间接正犯）。

二、单位

刑法不仅将自然人规定为行为主体，而且将单位规定为部分犯罪的行为主体3由单 位作为行为主体所实施的犯罪，称为单位犯罪。

第五章不法**135**

（一）单位犯罪的概念与特点

一般来说，单位犯罪，是指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位谋取非法利益或 者以单位名义为本单位全体成员或多数成员谋取非法利益，由单位的决策机构按照单位 的决策程序决定，由直接责任人员具体实施，且刑法明文规定单位应受刑罚处罚的犯罪。 据此，单位犯罪具有以下特点：

1. 单位犯罪是公司、企业、事业单位、机关、闭体犯罪，即是单位本身犯罪，而不是单位 的各个成员的犯罪之集合，不是指单位中的所有成员共同犯罪。
2. 单位犯罪是由单位的决策机构按照单位的决策程序决定，由直接责任人员实施的。 单位犯罪虽然是单位本身犯罪，但具体犯罪行为需要决定者与实施者。单位依赖于其成 员而存在，如果没有成员单位就不可能存在;反之，如果单位的任何成员脱离了单位，就不 具有在单位中的地位与性质，不再作为单位的成员起作用，只是孤立的个人。而且，单位 成员之间是按照单位的统一要求和一定秩序，相互联系，相互作用，协调一致，共同形成单 位整体的。单位犯罪是在单位整体意志支配下实施的。单位意志不是单位内部某个成员 的意志，也不是各个成员意志的简单相加，而是单位内部成员在相互联系、相互作用、协调 一致的条件下形成的意志，即单位的整体意志。单位整体意志形成后，便由直接责任人员 具体实施。因此，单位犯罪中实际上存在两类主体:一是单位主体，二是单位内部的自然 人主体M3。二者密切联系、不可分割。没有单位本身作为主体，其中的某些自然人便是 独立的自然人主体;如果没有单位内部的自然人主体，也不可能有单位犯罪J58 59〕基于上 述理由，盗用、冒用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，或者单位内部 成员未经单位决策机构批准、同意或者认可而实施犯罪的，或者单位内部成员实施与其职 务活动无关的犯罪行为的，都不属于单位犯罪，应当依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪 处罚。

需要说明的是挂靠的情形。甲个人挂靠乙单位时，即使甲以乙单位的名义实施犯罪 行为（如行贿），但如果该行为不是乙单位决策机构按照其单位的决策程序决定的，就不 能认定为乙单位构成犯罪，也不是认为甲个人构成单位犯罪，只能认定甲的行为属于自然 人犯罪。A单位挂靠B单位时，倘若A单位决策机构按照其单位的决策程序决定以B单 位的名义实施犯罪行为，也只能认定为A单位犯罪，而不是认定B单位犯罪。

1. 单位犯罪一般表现为本单位谋取非法利益或者以单位名义为本单位全体成员或多 数成员谋取非法利益。为单位谋取合法利益的行为，不可能成立任何犯罪;仅仅为单位少 数成员谋取非法利益的行为，也不成立单位犯罪。为本单位谋取非法利益，是指为单位本 身谋取非法利益，违法所得由单位所有,但不排除以各种理由将非法所得分配给单位全体

**（58］** 包括直接负责的主管人员与其他直接责任人员。直接负责的主管人员，是在单位犯罪中起决定、批准、授 意、纵容、指挥等作用的人员，一般是单位的主管负责人，包括法定代表人。其他直接责任人员，是在单位犯 罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员，既可以是单位的经营管理人员，也可以是单位的职工，包括聘任、 雇佣的人员。但应当注意的是，根据我国的刑事政策以及单位犯罪的特点，在单位犯罪中，对于受单位领导 指派或奉命而参与实施了一定犯罪行为的人员，一般不宜作为直接责任人员对待。

［59］ 从追诉时效与刑法分则的规定方式来看,单位犯罪似乎从属于自然人犯罪。一方面，对于单位犯罪的追诉 时效只能以刑法分则对自然人规定的法定刑为根据计算追诉时效，而不可能按照单位犯罪的法定刑计算追 诉时效：另一方面，刑法分则条文一般只是直接描述自然人犯罪的构成要件，没有直接表述单位犯罪的构 成要件（少数条文除外），单位犯罪的构成要件需要援引自然人犯罪的构成要件。

**136**刑法学（第五版）

成员或多数成员享有。

但应注意的是，“为本单位谋取非法利益”这一特征只是为了区分单位犯罪与单位内 部成员的个人犯罪，因而不是任何单位犯罪不可缺少的特征。换言之，一个单位完全可能 为其他单位或者个人谋取非法利益而实施单位犯罪。例如，当甲单位为了乙单位的不正 当利益，以甲单位的名义、使用甲单位的财物向国家工作人员行贿时，甲单位虽然不是为 本单位谋取非法利益，但仍然构成单位行贿罪。

1. 单位犯罪以刑法明文规定单位应受刑罚处罚为前提。即只有当刑法规定了单位可 以成为某种犯罪的行为主体时，才可能将单位认定为犯罪主体。刑法第30条规定：“公 司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑 事责任。”这表明，刑法没有规定单位可以成为行为主体时，只能由自然人作为行为主体。 换言之，某种犯罪行为“由单位实施”，但刑法没有将单位规定为行为主体时，应当而且只 能对自然人定罪量刑。曾经比较流行的观点与做法是,单位贷款诈骗时，对直接负责的主 管人员与其他直接责任人员不得认定为贷款诈骗罪。其判断过程是:该行为属于单位贷 款诈骗，刑法没有规定单位可以成为贷款诈骗罪的主体，所以该行为无罪。这种判断方法 存在疑问。一方面，在刑法分则没有“单位贷款诈骗”概念的情况下，不应当用“单位贷款 诈骗”归纳案件事实。例如，用“一夜情”概念归纳奸淫幼女的案件，然后以刑法没有将一 夜情规定为犯罪为由，否认奸淫幼女的行为构成犯罪的做法，便明显错误。同样，也不能 用“单位杀人”概念归纳某个案件事实。诚然，刑法中有单位犯罪的概念，但是,刑法没有 “单位贷款诈骗”的概念，故不能用“单位贷款诈骗”概念归纳案件事实。另一方面，根据 罪刑法定原则，必须将刑法规定的构成要件作为大前提，再将案件事实与构成要件进行对 应。倘若如此，那么，就所谓单位集体研究实施的贷款诈骗行为而言，其中的相关自然人 的行为必然符合贷款诈骗罪的构成要件。〔60〕正因为如此，全国人大常委会2014年4月 24日《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》明确规定：“公司、企业、事业单位、 机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位 的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。”

值得讨论的是，单位为了谋取非法利益，帮助自然人实施贷款诈骗等刑法没有将单位 规定为行为主体的犯罪时（如为实施贷款诈骗的自然人提供虚假担保），能否追究单位的 刑事责任？或许有人认为，单位行为主体是就正犯而言，所以，单位虽然不能成为贷款诈 骗罪的正犯，但可以构成贷款诈骗罪的帮助犯。这种观点实际上将单位行为主体视为一 种特殊身份。但本书认为，刑法将单位规定为哪些犯罪的主体，主要是基于刑事政策的理 由。例如，当处罚单位不能实现预防目的、无法执行罚金、可能株连无辜时，就不会将单位 规定为犯罪的行为主体。因此，当刑法没有将单位规定为行为主体时，以帮助犯处罚单 位，并不符合立法精神，事实上也会导致不均衡现象（单位作为贷款诈骗的正犯时，单位 不受处罚.而单位作为贷款诈骗的帮助犯时，反而会受到处罚）。因此，本书认为，在所谓 单位帮助自然人实施贷款诈骗等行为时，也只能且应当追究单位中的相关自然人的刑事 责任。

1. 单位犯罪的法律后果具有特殊性。即对于单位犯罪，除了处罚单位外，还要对单位
2. 参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，清华大学出版社2006年版，第365页以下。

第五章不法**137**

直接负责的主管人员和其他直接责任人员定罪量刑，此即双罚制或两罚制。刑法第31条 前段规定:“单位犯罪的，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 人员判处刑罚。”其中分为两种情况：（1）对单位判处罚金，对直接负责的主管人员和其他 直接责任人员规定的法定刑，与自然人犯罪的法定刑相同（参见刑法第150条）；（2）对单 位判处罚金，但对直接负责的主管人员和其他直接责任人员规定了较自然人犯罪轻的法 定刑（参见刑法第386条与第387条）尸1〕

需要研究的是，在刑法分则仅规定处罚直接负责的主管人员与其他直接责任人员时， 如何区分单位犯罪与自然人犯罪？刑法分则法条表述的行为主体是单位，但只处罚直接 负责的主管人员和其他直接责任人员（有的法条规定仅处罚直接责任人员）的情形主要 有三类：（1）并非为本单位谋取利益，而是以单位名义实施的私分国家资产、私分罚没财 物罪，法条表述的主体是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体与司法机关、行政 执法机关，但只处罚直接负责的主管人员与其他直接责任人员；（2）将部分过失犯罪的行 为主体表述为单位（如刑法第137条表述的行为主体为建设单位、设计单位、施工单位、工 程监理单位），但仅处罚直接责任人员；（3）虽然将行为主体表述为单位（刑法第161条表 述的行为主体为依法负有信息披露义务的公司、企业），但因处罚单位会损害无辜者的利 益，因而仅处罚直接负责的主管人员与其他直接责任人员。问题是，上述几种情形是属于 单位犯罪但仅采取单罚制，还是否认单位犯罪仅认定为自然人犯罪？刑法第31条前段规 定了双罚制，后段规定:“本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。”据此，上述情形似 乎属于单位犯罪，只不过属于另有规定的情形不处罚单位而已。但是，人们判断一个行为 是否构成犯罪，并不是只看法条对行为主体的表述，而是要看刑法是否针对该行为主体规 定了刑罚。既然刑法没有针对单位规定法定刑，当然就意味着单位本身不构成犯罪。事 实上，上述第（1）类情形主要是为了与贪污罪相区分，法条才将行为主体表述为单位；第 （2）类情形从事实上看无法表述为个人;第（3）类情形的义务主体本身就是单位，也不可 能表述为个人。所以，就上述只处罚直接负责的主管人员与其他直接责任人员的情形而 言，即使刑法分则条文将行为主体表述为单位，也不宜认定为单位犯罪。

（二）处罚单位犯罪的基础理论

同一视理论认为，应当将特定的自然人的犯罪视为单位犯罪，进而处罚单位。例如， 单位的法定代表人等实施逃税行为的，就应当视为单位逃税，从而追究单位的刑事责任。 据此，单位犯罪以自然人犯罪为前提。组织模式理论认为，即使没有介人特定的自然人， 也应当将单位本身作为处罚对象。例如，大型企业排出的废水污染环境，即使不能追究任 何自然人的刑事责任，也可以追究单位的刑事责任。［62〕大体可以认为，同一视理论有利 于处理单位经济犯罪，组织模式理论有利于处理单位公害犯罪；同一视理论有利于处罚小 规模单位的犯罪，组织模式理论有利于处罚大规模单位的犯罪。

从前述单位犯罪的特点来看，我国刑法没有简单采取组织模式理论，因为刑法并没有 规定仅处罚单位而不处罚自然人的单位犯罪。另一方面，我国刑法也没有完全采取同一

**［61］**在这两种情况F,即使直接负责的主管人员和其他直接责任人员调离单位或者离退休，也应当追究其刑事 责任D

〔62〕参见［日］樋口亮介：《法人处罚与刑法理论》，东京大学出版会2009年版，第1页。

**138**刑法学（第五版）

视理论，刑法第30条关于单位犯罪主体的规定也能说明这一点。〔63 \*〕或许可以认为，我国 刑法关于单位犯罪的规定，是同一视理论与组织模式理论的结合。其一，只有特定的自然 人（直接负责的主管人员与其他直接责任人员）实施了刑法所禁止的行为，才可能成立单 位犯罪，这是同一视理论的表现。其二，只有当特定的自然人的行为同时能够评价为单位 行为时（如集体研究、以单位名义、为了单位的利益等），才能认定为单位犯罪（这又是组 织模式理论的表现）。

（三）单位行为主体的一般要素

单位行为主体即单位犯罪的主体，必须是公司、企业、事业单位、机关、团体。

公司是以营利为目的组织其生产和经营活动的经济组织，包括有限责任公司与股份

有限公司。企业，是指以从事生产、流通、科技等活动为内容，以获取赢利和增加积累、创 造社会财富为目的的一种营利性的社会经济组织。公司也是企业的一种，但这里的企业 是指公司以外的企业。事业单位，是指依法成立的从事各种社会公益活动的组织，包括国 家事业单位与集体事业单位。除法律有特别规定的以外，公司、企业、事业单位的所有制 性质，不影响其作为单位犯罪主体：换言之，刑法第30条规定的“公司、企业、事业单 位”，既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经 营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。〔64〕机关，是指履行国家的 领导、管理职能和保卫国家安全职能的机构，包括立法机关、行政机关、司法机关、军事机 关等。刑法理论对国家机关应否成为单位犯罪的行为主体存在争议。本书认为，既然刑 法规定了单位可以成为犯罪的行为主体，事实上国家机关也完全可以实施部分犯罪，故没 有理由将国家机关排除在单位犯罪的行为主体之外。〔65〕换言之，从立法论上否认国家机 关可以成为单位犯罪主体的观点，明显脱离中国现实，也缺乏合理根据。团体，是指各种 群众性组织，如工会、共青团、妇联、学会、协会等。

单位行为主体，必须是依法成立、拥有一定财产或者经费、能以自己的名义承担责任 的公司、企业、事业单位、机关、团体。

单位行为主体应是依法成立的组织，个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、 事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以

[63]当然，对此问题还可以进一步研究。刑法第31条前段“并”字的表述，意味着如果没有直接负责的主管人员 和其他直接责任人员，就不可能有单位犯罪。但是,似乎也能做出另一种解释：如果单位犯罪中没有直接负 责的主管人员和其他直接责任人员，就只对单位判处罚金。于是，组织模式理论也有存在的空间。例如，单 位违反国家规定，排放有毒、有害物质,严重污染环境，但不能认定其中的自然人是直接负责的主管人员与 其他直接责任人员时，也可能仅追究单位的刑事责任。

〔64〕参见最高人民法院1999年6月25日《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》。值得研究的 是,一人公司能否作为单位犯罪的行为主体？对此可能存在肯定说、否定说与折中说（根据犯罪性质、犯罪 构成以及刑罚处罚的特点分别确定）。本书倾向于否定说。第一，刑法分则的不少条文对单位犯罪中的直 接负责的主管人员和其他直接责任人员规定的法定刑轻于自然人犯罪，司法解释对许多单位犯罪规定了髙 于自然人犯罪的立案标准，如果承认一人公司可以成为单位犯罪的行为主体，会导致一些人恶意利用刑法 分则与司法解释的这种规定，逃避应有的法律制裁。第二，如果将一人公司作为行为主体，那么，当自然人 犯罪被判处罚金或者没收财产时，一人公司的财产就不能用于缴纳罚金，也不能成为没收的对象。这会产 生明显的漏洞。需要注意的是，否认一人公司可以成为单位犯罪主体，并不意味着一人公司不是刑法上的 单位。

〔65〕以“‘立法机关犯罪’、‘行政执法机关犯罪"、‘司法机关犯罪’的说法不顺耳、说不过去”为由否认国家机关 可以成为单位犯罪主体，并不合适-

第五章不法**139**

单位犯罪论处，而应以共同犯罪论处。依法成立意味着单位成立的目的与宗旨合法，而且 履行了规定的登记、报批手续。单位犯罪的主体必须能以自己的名义承担责任，这意味着 单位必须有自己的名称、机构与场所,意味着单位能以自己独立的资产对外承担责任。

单位行为主体，必须是相对独立的公司、企业、事业单位、机关、团体。

单位是一个外延很广的概念。有些单位明显属于独立的单位，如X X总公司、X X制 造厂、X X大学、X X厅（局）、x X工会等。有些单位也明显具有相对的独立性，如X X 分公司、X X分厂。这些具有相对独立性的单位，可以成为单位犯罪的主体。有些单位没 有相对独立性，如工厂的车间、国家机关中的处室、学会中的分会等。本书认为，单位犯罪 的主体，不包括没有相对独立性的“单位”。单位是否具有相对独立性，不能仅看有无自 己的名称、机构与场所，更重要的是看其有无独立的财产与经费，有无独立的行为能力，能 否以自己的名义承担责任;从处罚单位犯罪的目的与效果来看，是否独立的核算单位，乃 是衡量是否相对独立单位的最重要标准。［66］ 67

需要说明的是，外国公司、企业、事业单位在我国领域内实施犯罪的，或者虽然在我国 领域外实施犯罪应当适用我国刑法的，应依照我国刑法关于单位犯罪的规定定罪处罚。

（四） 单位行为主体的特殊要素

单位不可能成为一切犯罪的行为主体；即使是单位可以成为行为主体的犯罪,也并非 具备上述一般条件的单位都可以成为单位犯罪的行为主体；某些单位犯罪要求单位具备 前述一般条件之外，还必须具备特殊条件，主要有以下情况：

1-要求单位具有特定的所有制性质。例如，刑法第327条规定的行为主体只能是国 有的博物馆、图书馆等单位。再如，刑法第387条规定的单位受贿罪的主体仅限于国家机 关、国有公司、企业、事业单位、人民团体。

1. 要求单位具有特定的职能性质。如刑法第330条规定妨害传染病防治罪的行为主 体之一就是“供水单位”。
2. 要求单位具有特定义务。例如，刑法第201条规定的逃税罪的主体分别为纳税人 与扣缴义务人，第211条又规定单位可以成为本罪的行为主体，这表明，只有负有纳税义 务或者扣缴义务的单位，才能成为单位犯罪的行为主体。

（五） 单位行为主体变更的处理

涉嫌犯罪的单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的，应当根据刑法关于单 位犯罪的相关规定，对实施犯罪行为的该单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员 予以追诉，对该单位不再追诉。［67〕

涉嫌犯罪的单位已被合并到一个新单位的，对原犯罪单位及其直接负责的主管人员

［66］ 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：•‘以单位的分支机构 或者内设机构、部门的名义实施犯罪，违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的，应认定为单位犯 罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没有可供执行罚金的财产，就不将其认定为单位犯罪，而 按照个人犯罪处理。”但本书认为，不加区别地一概将单位的内设机构、部门认定为单位犯罪的主体,一方面 完全可能将普通共同犯罪认定为单位犯罪;另一方面，不考虑有无可供执行罚金的财产也会导致单位犯罪 的认定丧失意义。

［67］ 最高人民检察院2002年7月9日《关于涉嫌犯罪单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的应如何进 行追诉问题的批复》。

**140**刑法学（第五版）

和其他直接责任人员应依法定罪量刑。人民法院审判时，对被告单位应列原犯罪单位名 称，但注明已被并人新的单位，对被告单位所判处的罚金数额以其并入新的单位的财产及 收益为限。〔68〕这样处理，既有利于防止单位犯罪后逃避法律制裁，也有利于避免株连新 的单位。

第三款行 为

\_、行为的概念与特征

（一）行为概念的功能

犯罪是侵犯法益的行为。所以，作为犯罪的构成要件要素的行为也被我国刑法理论 称为危害行为。但"危害行为”概念除了指作为构成要件要素的行为外，有时还用来指称 符合法定犯罪构成的犯罪行为。后一种意义上的危害行为就是犯罪行为。本款探讨的是 前一种意义的危害行为，即暂时排除责任要素的行为，仅有这种意义的行为还不能构成真 正意义上的犯罪，但如果没有这种行为则不可能成立犯罪。

一般认为，行为概念具有多种功能。首先，行为概念具有界限功能。犯罪是行为，没 有行为就没有犯罪；因此，任何举动，只要它不是行为,一开始便可以排除在刑法的考察范 围之外。其次，行为概念具有定义功能（结合要素的机能）。例如，当人们说“犯罪是符合 构成要件、违法且有责的行为”时，以由行为概念将成立犯罪的三个条件结合在一起的。 最后，行为概念具有分类功能。一方面，刑法规定的具体犯罪类型，都以行为为其构成要 件要素，行为不同，构成要件亦异，从而犯罪类型不同；另一方面，对犯罪的其他一些分类 也离不开行为概念，如故意行为与过失行为，实行行为、教唆行为与帮助行为等。

德国有学者认为，行为不同于举止，行为在语义上便是有意图的。规范只能通过行为 而得到遵守，却不一定需要由行为来违反。当事人具备相应的行为能力（身体和认识能 力）却未实施其若具有避免构成要件实现的意图时所应为的行为时，就成立义务违反；犯 罪人未在行为层面上形成自己原本能够形成和落实的避免构成要件的意图，便应受到责 难。与此相应，犯罪意味着犯罪人有相应能力却没有合乎规范地行为，亦即违反义务且有 责地未以其行为遵守某一规范。换言之，犯罪人受到责难并不是因为他违反规范实施行 为，而是因为他没有实施符合规范的行为。因此，犯罪人导致或本能导致实现构成要件的 举止，即使是无意识的、自动的、反射性的，也可能成立犯罪（除非某一犯罪的构成要件明 文要求存在一个有意图的举止）。例如，汽车司机A为了能行驶更多的路程而在夜间疲 劳驾驶。一段时间后他睡着了，车撞上了迎面开来的货车，造成人员伤亡。即使A当时 没有意识，也应承担过失责任。再如，B在一家瓷器店突然晕倒并因此打碎了一只贵重的 花瓶。如果他在进入瓷器店时就已经计划好了自己晕倒的情形，即使他自己无法有针对 性地避免晕倒，他也必须对此承担故意责任。这一观点虽然承认犯罪是举止，但告别了传 统的“犯罪是行为”这一信条

本书没有接受这一观点。在德国，举止（Verhalten）是指人的物理性的身体运动过

〔68〕参见最高人民法院研究室1<W8年11月18日《关于企业犯罪后被合并应当如何迫究刑事责任问题的答复》。 ［69）参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔：“论犯罪构造的逻辑”，徐凌波.蔡桂生译，载《中外法学》2014年第1期:，

第五章不法**141**

程;行为（Handlung）则是一个有意图（有目的）的举止。但在汉语中，似乎不存在这样的 区分，也没有必要这样区分。我们完全可以认为A的开车举止是作为（也可能认为八没 有控制好汽车，因而是不作为），同样，也可以认为B打碎花瓶的举止是行为。而且，在中 国，说犯罪不是行为而是举止，只有单纯表述差异，而没有明显的实质意义。我们能够通 过原因自由行为的法理（参见第六章第三节第一款），肯定A与B应当分别承担过失责任 与故意责任。不仅如此，如果否认“犯罪是行为”的命题，会产生一些消极后果。例如，导 致构成要件丧失定型性，导致着手的认定过于提前，容易违反行为与责任同时存在的原 则。

（二）行为理论

行为理论旨在说明犯罪“行为”的性质与特征，而不是笼统说明刑法所规定的一切行 为的性质与特征。

1. 因果行为论

因果行为论将行为理解为一种因果事实，作为生理的、物理的过程来把握。包括自然 行为论（身体动作说）与有意行为说。

自然行为论将行为理解为纯肉体的外部动作，这种外部动作包括身体的“动”与身体 的“静”。至于这种动作是否由意识支配、支配动作的意识内容如何，并不是行为概念所 要解决的问题，而是责任的内容。据此，单纯的反射动作、睡眠中的举动、幼童的动作都是 行为**D**但是，将它们纳人作为刑法评价对象的行为概念中并无意义，而且不利于尽早排除 无罪现象。

有意行为说认为，行为是行为人在意识支配下表现于外的因果现象。换言之，意识、 身体动作、结果这一因果系列的必然发展过程，就是行为。据此，行为包括两个要素:一是 有意性或意识性，二是有体性或有形性。有意行为说将思想与单纯的反射举动排除在行 为之外，因而实现了行为概念的诸多机能。有意行为说受到的批判是，它只是要求行为具 有意识，但又不说明意识的内容，使意识与意识的内容相分离,行为概念中的意识成了毫 无内容的空洞的、抽象的概念，而且也难以说明过失的不作为是行为。此外，有意行为说 常常将结果也包含在行为概念之中，这导致行为概念难以发挥界限机能。

1. 社会行为论

社会行为论的基本观点是，刑法是一种社会统制手段，故具有社会意义的人的身体动 静才是刑法上的行为。社会行为论的主张者虽然对行为所下定义不完全相同，但都将 “社会”概念作为行为的核心因素。社会行为论将所有的对刑法判断具有意义的人的行 为包含在行为概念之内，相应地将对刑法判断没有意义的行为排除于行为概念之外。而 且，由于社会行为论将行为理解成一种价值关系的概念，所以，容易把作为与不作为都包 括在行为概念中。但是，社会行为论也存在缺陷。例如，一些对刑法判断没有意义的现象 （如不可抗力、纯粹的反射性动作），也可能具有社会意义。所以，社会的行为概念缺乏界 限机能。

1. 目的行为论

目的行为论认为，人的行为是实现一定目的的一种活动，它是一种目的事物现象，而 不是单纯的因果事物现象。行为的目的性表现在，人以因果关系的认iR为基础，在一定范 围内预见自己的活动可能产生一定的结果，于是行为人设立各种各样的目的，选择达到目

**142**刑法学（第五版）

的的手段，朝着这些目的有计划地进行活动。换言之，人的行为不仅仅是因果关系的整个 过程，而且是目的活动的整个过程。正是由于人能够实施有目的的行为，故可以用刑罚方 法禁止或命令人的目的活动。于是，目的性是构成行为的核心要素。目的行为论虽然能 说明故意行为，但同时将规范违反的意思作为犯罪的本质，使故意成为违法要素，这是存 在疑问的。另一方面，目的行为论难以说明过失行为与不作为。

1. 人格行为论

人格行为论认为，行为是行为者人格的主体的实现，换言之，行为是行为者人格的发 现或者人格表现。一方面，不可抗力、反射性举止等，不是人格的表现，因而不是行为；另 一方面，思想与意志冲动虽然属于人的心理与精神领域的活动，但由于仅停留在内心，没 有表现为外部举止，所以不是人格表现，因而不是行为。但是，人格行为论也存在疑问。 例如，疏忽大意过失的不作为犯（忘却犯）是不是人格表现,就存在疑问。而且，究竟什么 是人格，刑法能否介人到行为人的人格，都是值得研究的问题。

1. 消极的行为概念

消极的行为概念的基本观点是，能够避免结果而没有避免的，就必须将结果归责于该 行为人。言下之意，能够避免结果而没有避免的，就存在行为。根据这种观点，作为与不 作为，都是因为没有避免结果的发生，所以，行为概念可以成为作为与不作为的上位概念。 但是，这种消极的行为概念,没有使行为特定化；而且，消极的行为概念，并非说明什么是 行为，而是讨论归责问题。

上述有关行为概念的争论意义是极为有限的。从理论上说，采取何种行为理论，并不 必然决定采取何种犯罪论体系。从实务上说，通过否认行为性而宣告无罪的现象极为罕 见，大多是因为否认构成要件符合性而宣吿无罪。更为重要的是，不能单纯期待行为概念 决定罪与非罪、此罪与彼罪。行为虽然是构成要件要素，但是，一个行为是否属于构成要 件的行为，并不是行为概念本身可以解决的。概言之，“裸的行为论”没有重要意义。

（三）行为的定义与特征

本书认为，行为定义必须概括出行为的本质与构成因素，从而使没有必要作为刑法评 价对象的现象排除在行为概念之外，也使行为概念囊括形形色色的犯罪行为。另一方面， 必须考虑到行为是作为主体的人与外界的连接点。所以，本书认为，刑法上的行为，是指 行为主体实施的客观上侵犯法益的身体活动。这一定义实际上是上述自然行为论与社会 行为论的结合。据此，行为具有两个基本特征：

首先，行为是人的身体活动，包括消极活动与积极活动。这是行为的客观要素。由于 行为是人的身体活动，故思想被排除在行为之外，随之被排除在犯罪之外。行为是客观 的、外在的现象，它能改变客观世界，侵犯现实法益;思想是主观的、内在的东西，其本身不 可能具有行为的功能。在通常情况下，容易区分行为与思想，难以区分的是有关言论的场 合戸

**[70]**但可以肯定的是，发表言论也是一种行为。言论本身不是犯罪行为，但发表言论则是一种身体活动。发表 有害的言论，意在实现其思想吋，则符合行为的特征，可能构成犯罪。例如，在大庭广众之中发表言论，煽动 群众暴力抗拒国家法律、行政法规实施的，或者诽谤他人的，就属于刑法上的实行行为。再如，一位女生见 到男友正在拿刀砍人时，大喊“好！好！好!”使其男友砍人时劲头十足的，属于刑法上的帮助行为。由此可 见，发表言论的行为可以构成犯罪。此外，"言论可以构成犯罪”的提法井不严谨。

第五章不法**143**

其次，行为必须是客观上侵犯法益的行为，这是行为的实质要素。构成要件所规定的 行为，都是侵犯法益的行为。由于法益侵犯性是行为的实质要素，故没有侵犯法益的行为 被排除在行为之外，因而被排除在犯罪之外。

值得讨论的是有意性问题。一般来说，行为是基于人的意志而实施的，或者说是意志 的外在表现。将有意性作为行为特征，旨在将身体的反射动作、睡梦中的举动（梦游）等 无意志的举止排除在行为之外。〔71〕问题在于,将这种举止排除在行为之外的意义何在？ 一个回答是，这种举止根本不构成犯罪，刑法也不可能禁止这种举止，因此其在刑法上并 无意义，没有必要作为行为对待。诚然，犯罪是行为，但不能因此认为刑法上的行为必须 是犯罪行为，构成要件只是成立条件之一，其中的行为并不当然等于犯罪；刑法虽然不可 能禁止这种举止，但需要由刑法对之做出评价，从而使一般人知道自己面对这种举止时应 当如何处理。例如，倘若梦游举止侵害法益时，只有将其评价为违法行为，一般人才能予 以阻止、制止。〔72〕另一个回答可能是，可以尽早排除犯罪的成立。然而，所谓尽早排除犯 罪的成立，只存在于观念上或者逻辑上，而不具有实际意义。例如，在司法实践中，当明显 存在阻却犯罪成立的事由时，没有必要完全按照犯罪成立条件的顺序否认犯罪的成立。 例如，当造成他人死亡结果的行为人只有12周岁时，人们不会按照三阶层或者四要件体 系逐一进行具体判断，而是直接以行为人没有达到法定年龄为由否认犯罪的成立。那么， 当梦游者甲驾驶车辆造成乙死亡时，人们是说甲没有交通肇事行为而否认其构成犯罪呢? 还是说没有责任而否认其构成犯罪呢？虽然结论都是无罪，但后者或许更妥当。因为甲 的举止的确违反了交通运输管理法规，造成了交通事故并且致人死亡，就此而言完全符合 了交通肇事罪的构成要件。再如，A不知道自己患有癫痫病，某日驾驶机动车时癫痫病发 作，导致机动车驶入人行道，造成B死亡。A在癫痫病发作时完全没有意志。在这种场 合，以A缺乏构成要件的行为或者缺乏责任得出无罪结论似乎没有明显区别。但是，倘 若X知道自己患有癫痫病，某日驾驶机动车时癫痫病发作导致机动车驶入人行道，造成 Y死亡,就不能以无罪论处。显然,X造成交通事故的举止及其具体情形与A完全相同， 既然能够肯定X的举止是符合交通肇事罪构成要件的行为，就能够肯定A的举止也是符 合交通肇事罪构成要件的行为。因为有无符合构成要件的行为，不是由有没有责任决定 的，我们不能以X有责任为由肯定X的举止是符合构成要件的行为，以A没有责任为由 否定A的举止是符合构成要件的行为。所以，将有意性作为行为的特征并不具有现实意 义。

当然,不可否认的是，在绝大多数场合，行为都是基于人的意志实施的。对行为意志 的理解，有以下两点需要说明：（1）行为意志既包括支配身体进行积极活动的意志，也包 括不使身体进行积极活动的意志，但不是指犯罪的故意与过失。〔73〕例如，甲从乙手中接 过一支手枪，以为手枪中没有子弹。只要甲没有扣动扳机的行为意志，就不会扣动扳机， 因而不会产生致人伤亡的危险。反过来,倘若甲有扣动扳机的行为意志，就会扣动扳机， 因而有致人伤亡的危险，甚至产生伤亡结果。即使甲不可能预见手枪中有子弹（没有过

t71］本书前几版也是基于这个目的而将有意性作为行为的特征之一。

〔72〕或许有人认为，不认为这种举止是行为时，一般人也可能阻止、制止。可是，我国的刑法、治安管理处罚法以 及其他相关法律都是将行为作为评价对象的，

［73］即便将有意性作为行为特征，行为意志也不可能等同于故意、过失与目的等主观要素。

**144**刑法学（第五版）

失），也不能否认侵害法益的危险。有学者认为，扣动扳机的意志就是故意;有学者指出， 扣动扳机的意志就是犯罪行为计划;有学者主张，扣动扳机的意志既不是故意，也不是犯 罪行为计划，就是行为意志。［74〕联系上例考虑会发现，扣动扳机的意志只是行为意志;有 行为意志时也可能没有过失。概言之，有意性是指行为人具有实施行为的意志，它既不是 空洞的，也不等同于故意与过失。所以，即使是刑法第16条规定的意外事件，也存在符合 构成要件的行为。（2）行为意志不以行为人具有责任能力为前提，所以，即使是刑法第18 条第1款的没有责任能力的人所实施的举止，也可能是符合构成要件的行为。〔75〕

二、实行行为

由于刑法不仅处罚犯罪既遂、未遂行为，而且处罚预备行为，所以，广义的行为概念既 包含实行行为，也包含预备行为。预备行为是指为了实行犯罪，准备工具、制造条件的行 为（参见第七章第二节）。这里讨论的是实行行为。

实行行为是刑法理论上最重要的概念之一。一般来说，刑法分则所规定的构成要件 行为是实行行为，如故意杀人罪的实行行为就是“杀人”，盗窃罪的实行行为就是“盗 窃公私财物' 刑法分则主要通过行为规定各种犯罪的构成要件。因此，实行行为是使 各种犯罪的构成要件具有自身特色的最主要的要素。因果关系理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。

对于实行行为这一重要概念，不能仅从形式上认定，还必须从实质上考察。我国刑法 理论的通说认为：犯罪的实行行为，是指“刑法分则中具体犯罪构成客观方面的行为”，如 故意杀人罪中的杀害行为，抢劫罪中侵犯人身的行为和劫取财物的行为等。但这只是从 形式上回答了什么是实行行为。犯罪的本质是侵犯法益，没有侵犯法益的行为不可能构成 犯罪，当然也不可能成为实行行为。不仅如此，即使某种行为具有侵害法益的危险性，但这 种危险程度极低，也不可能成为实行行为。因此，“在结果犯的场合，按照各犯罪类型所规定 的，具有导致结果发生的危险性的行为是实行行为。所谓‘杀人行为’，必须是类型性地导致 他人死亡的行为，完全没有致人死亡的危险性的行为，不能叫‘杀人行为’。”〔77〕

一方面，实行行为并不意味着形式上符合构成要件的行为，而是具有侵害法益的紧迫 危险的行为（隔离犯的实行行为具有特殊性，参见第七章第三节）。不可否认的是，实行 行为必须是符合构成要件的行为,这是罪刑法定原则决定的。但问题在于如何判断何种 行为符合刑法分则所规定的构成要件？例如，究竟何谓“杀人”？甲意欲杀乙，乙迅速逃 离，甲在追赶途中，掏出手枪，然后瞄准乙，接着开枪射击，但未能打中3司法机关应从何 时起认定甲“杀人”或“剥夺他人生命”？对此不可能从形式上判断,而应以对法益的侵犯

［74〕参见［日］铃木左斗志：“实行的着手”，载［日］西田典之、山口厚编：《刑法的争点》，有斐阁2003年第3版， 第89页；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》，中国人 民公安大学出版社2009年版，第138 ~ 139页

［75〕我国刑法理论对“行为''概念有争议，原W之一是没有限定“行为"的范围，有人根据犯罪客观要件的特点给 行为下定义,有人超出客观要件的范围给行为下定义。事实上，刑法理论所研究的行为是指构成要件中的 行为。

［76］ 之所以表述为"一般来说”，是因为我国刑法分则的少数条文，事实上规定了预备行为（参见第七章第三节

—-）O

［77］ ［日］前田雅英:《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第77页。

第五章不法**145**

程度为依据。由于我国刑法规定处罚预备行为，故实行行为必然是侵害法益的危险性达 到紧迫程度的行为。即预备行为与实行行为的实质区别，在于侵害法益的危险程度不同， 而不是危险的有无不同，否则就不能说明犯罪预备的处罚根据。

至于某种行为是否具有侵害法益的紧迫危险，应以行为时存在的所有客观事实为基 础，并对客观事实进行一定程度的抽象，同时站在行为时的立场，原则上按照客观的因果 法则进行判断（参见第七章第三节“五”）。在此需要指出的是以下几点:（D减少或者避 免了法益侵害的行为，不可能成为实行行为。〔78］例如，一块砖头正要砸中B的头部时，A 用木棍挡了一下砖头，使B头部受伤的程度减轻（纯粹的危险降低）。但是，先设定制 造危险的因果过程，后改变该因果过程，总体上减少了危险，但未能消除全部危险时，仍然 存在实行行为。制造了一种只有通过损害A法益才能避免对B法益的危险的因果过程 的行为，也是实行行为。（2）对结果的发生没有做出贡献的行为，不可能成为实行行为。 （3）行为虽然对结果的发生做出了贡献，但行为本身不具有发生结果的危险性的，不是实 行行为。例如，甲将自己的斧头借给乙劈柴，乙在劈柴时不小心导致自己受伤的，不能认 为甲借斧头的行为是伤害的实行行为。再如，A劝乙坐火车旅游，乙在途中偶遇车祸身亡 的，不能认为A的劝说行为是杀人罪的实行行为。（4）在法益本身存在危险时，不具有防 止结果发生义务的人，只要没有增加危险，就不存在实行行为。但是，在法益本身存在危 险时，增加了危险的行为，可能成为实行行为。

另一方面，实行行为并不是任何与法益侵害结果具有某种联系（或条件）的行为，而 必须是类型性的法益侵害行为。例如，甲希望A死于航空事故劝A乘坐飞机，即使A碰 巧在航空事故中死亡，也不能认为甲的劝说行为是杀人行为。再如，乙希望B跑步时摔 死而劝B跑步，即使B跑步时碰巧摔死，也不能将乙的劝说行为认定为杀人行为。再如， 丙希望C遭雷击身亡,而安排C在露天活动，即使C在露天遭雷击身亡，丙的行为也不属 于杀人行为。

实行行为一般表现为以行为人自身的直接、积极的身体活动去实行，这种情形称为作 为的直接正犯，其实行行为性容易理解。通过支配他人进而支配犯罪事实的，属于间接正 犯，将在共同犯罪一章中讨论。此外，有的情形是行为人以不作为方式实现犯罪，此乃不 作为犯，其实行行为的实质的内容，需要特别考察。

三、不作为

（一）作为与不作为的区别标准

行为的表现形式多种多样，刑法理论将行为概括为两种基本形式:作为与不作为。

**C78］**当然，具有完全避免法益侵害义务与能力的人，只是部分地减少了法益侵害时，依然可能存在实行行为（不 作为）。

（79］人们常举的例子是,A将B推到一边，使B的头部不会被上面落下的砖头砸中，但导致B的肩膀受伤了。A 的行为不是伤害罪的实行行为（危险替代）。但在此案中，A的行为究竟是因为没有实行行为而不成立犯 罪，还是具有违法阻却事由（基于推定的承诺）而不成立犯罪，还值得进一步研究。

［SO〕关于这一点，以前的理由是甲、乙.丙的行为与被害人的死亡之间没有因果关系。但如果这样解释，就可以 将甲、乙、丙的行为认定为杀人未遂行为，这显然不妥当。所以，现在不少学者将这种情况解释为缺乏实行 行为性（或排除客观归责），因而不成立犯罪。至于客观上绝对不可能发生法益侵害结果的行为，则更不可 能成为实行行为。例如，丁自认为将盐水给成年人饮用会导致死亡而实施的该行为，不是杀人行为。这种 行为属于不可罚的不能犯（不构成未遂犯）。

**146**刑法学（第五版＞

一般来说，作为是指行为人以积极的身体活动实施刑法所禁止的行为。从表现形式 上看，作为是积极的身体活动;从违反法律规范的性质上看，作为直接违反了禁止性的罪 刑规范。例如，通说认为,抢劫行为必须是积极的身体动作，它直接违反了严禁抢劫的罪 刑规范。作为也有多种表现形式，如利用自己的四肢等实施的作为，利用物理工具实施的 作为，利用动物实施的作为，利用自然现象实施的作为等，大多数犯罪行为表现为作为。

不作为，是指行为人在能够履行自己应尽义务的情况下不履行该义务。从表现形式 上看，不作为是消极的身体动作;从违反法律规范的性质上看，不作为不仅违反了禁止性 罪刑规范，而且直接违反了其他法律、法规中的义务性规范或命令性规范（要求行为人履 行作为义务的法规范，不同于主观违法性论所称的命令性规范）。如拒不救援友邻部队 罪中的不救援，不仅违反了刑法第429条的禁止性规范，而且直接违反了相关法律、法规 中的义务性规范。由此可见，所谓“消极的身体动作”，不是指行为人没有任何身体活动， 而是指行为人没有实施法所期待的行为（没有阻止构成要件的实现）。

不作为是指行为人没有履行作为义务。行为人在此期间实施的其他行为，并非不作 为的内容，也不影响不作为的成立。例如，锅炉工在当班时，负有给锅炉加水的义务，但他 没有加水，造成锅炉爆炸事故，这就成立不作为犯罪。至于锅炉工当班时实施了其他何种 行为（如睡觉或外出游玩等）则并非不作为的内容，也不影响不作为的成立。

以行为是违反禁止性规范，还是违反命令性规范为标准区分作为与不作为，是一种传 统的观点（禁止、命令规范违反说）这种观点并没有过时，仍然具有重要意义。除此之 外还存在其他学说:（1）能量说认为，向一定方向投入能量的是作为，不向一定方向投入 能量的是不作为。例如，士兵因为听到“注意!”的命令而像柱子一样站立时，由于士兵使 用了内部能量而直立，故属于作为;再如，医生撤除患者的生命维持装置的行为，意味着没 有投人更多的能量，因而是不作为。但是，这种观点导致作为与不作为区分的复杂性与恣 意性，而且实际的区分结论也不妥当（如对上述医生的行为应否认定为不作为，便存在疑 问）。（2）因果关系基准说有不同表述。有人认为，引起了结果的行为是作为；没有引起 任何现象的是不作为。有人指出，作为犯时，行为与结果之间存在合法则的结合，具有自 然的、物理的因果关系；不作为犯时，行为与结果之间不存在这种关系。有人提出，如果某 一举止在条件公式或合法则的条件公式的意义上导致外界变更或者引起具体结果的，就 是作为；如若某一举止任趋势发展或者对所发生的结果没有物理性的因果性，就是不作 为。但是，如果认为不作为与结果没有因果关系，对于不作为的结果犯就只能以未遂犯论 处，或者认为不作为犯都是行为犯,这恐怕存在疑问。另一方面，在刑法上，也难以区分物 理的因果关系与非物理的因果关系。（3）义务内容说认为，如果行为人的义务内容是不 作为，那么其行为就是作为，如果行为人的义务内容是作为，那么其行为就是不作为。例 如，行为人应当踩刹车而不踩导致行人死亡的，其义务内容是作为，故属于不作为。可是， 义务内容具有相对性，人们完全可以认为，此时行为人的义务内容是不向前驾驶车辆，因 而是作为。（4）介人说认为，法益向好的方向发展时行为人介入的（如阻止医生救助他 人），是作为;法益向恶的方向发展时行为人不介人的（如医生不救助患者），是不作为。 但是，在许多场合，作为一种存在的法益不一定有向好或者向恶的方向发展的趋势。而 且，这种学说没有回答法益向恶的方向发展时行为人介入的情形属于作为还是不作为。

第五章不法**147**

（5）法益状态说认为，使法益状态恶化的是作为，没有使法益状态好转的是不作为。〔81〕这 种学说虽具有一定的合理性，但也不明确。例如，阻止第三者救助被害人的行为是作为， 但这种行为可能只是没有使法益状态好转的行为（6）社会意义说根据行为的社会意义 是直接引起结果还是不防止结果来区分作为与不作为。例如，医生关闭患者的呼吸器的 行为，在社会意义上是不防止死亡结果，因而是不作为。但由于“社会意义”的概念不明 确，也导致其区分标准不明确。（7 ）非难重点说认为，在具体案件中，如果非难的重点是 作为，就评价为作为犯;如果非难的重点是不作为，就评价为不作为犯。显然，这种学说并 没有提供适当的标准。

由此看来，任何一种标准都存在缺陷。事实上，上述一些区分标准不一定是对立的 （主要是表述不同），大体上可以从法益状态说与禁止、命令规范违反说的对应关系（事实 与规范），同时考虑身体的积极动作与消极举止区分作为与不作为。如果法益没有面临 危险而行为人以积极动作制造危险，或者法益面临较小危险而行为人以积极动作制造更 大危险的，是作为，此时法律禁止行为人制造（更大）危险;反之，如果法益已经面临危险， 具有保证人地位的行为人不消除危险的，则是不作为，此时法律要求行为人消除危险。例 如，行为人在树林挖坑时，发现他人即将掉入坑内，却不说出真相，致使他人落人坑中受伤 的，属于不作为。此外，在某些情况下，可能还需要考虑非难的重点。例如，行为人生产的 食品具有致人死亡的危险，但生产时没有发现（仅有过失）。销售食品后，行为人发现食 用该食品后可能致人死亡，但不召回食品、不通知购买者，导致多人死亡。在这种既存在 过失的作为也存在故意的不作为的场合，根据非难的重点应认定为故意的不作为犯。

（二）作为与不作为的区分意义

区分作为与不作为具有两个基本意义：（1）由于刑法以处罚作为犯为原则，以处罚不 作为犯为例外，所以，作为被追究刑事责任的可能性大于不作为，故区分作为与不作为对 决定行为人的行为是否构成犯罪具有一定意义。（2）对审查重点与判断顺序具有影响。 在不作为中，审查的重点是行为人是否处于保证人地位;作为犯中不需要做此判断，而是 需要重点审查行为是否符合构成要件。在不作为中，结果发生后，一般要先判断行为人是 否具有作为义务，再判断其是否具有作为可能性;在作为犯中，结果发生后，一般要先判断 行为人的行为是否属于刑法分则所描述的行为，再判断结果能否归属于行为人的行为。 此外，一般来说，不作为犯的不法与责任略低于作为犯。

但是，作为与不作为的区分意义是有限的。例如，人们之所以争论主治医生故意关闭 患者的呼吸器导致患者死亡的行为是作为还是不作为，是以主治医生的行为构成故意杀 人罪为前提的，或者说是以医生具有救助患者的义务为前提的。如果患者的仇人关闭患 者的呼吸器，则没有争议地将患者的仇人认定为故意杀人罪的作为犯。再如，厂主违反生 产规则，未对受到炭疽菌污染的山羊毛杀菌消毒，就把山羊毛交给工人加工，导致几名工 人因感染炭疽菌死亡（山羊毛案）。人们之所以争论厂主的行为是作为还是不作为，是因 为不管得出什么结论，厂主的行为均构成过失犯。反之，如果与厂主有仇的某工人将已消 毒的山羊毛掉换成未消毒的山羊毛，导致他人死亡的，则无疑认定为故意的作为犯。显 然，在具体案件中，当行为主体具有保证人地位时，区分作为与不作为的意义不大；当行为

!81）法益状态说与介人说存在相同之处，故有学者将介人说与法益状态说归纳为一个学说..

**148**刑法学（第五版）

主体不具有保证人地位时，只需要判断是否成立作为犯。

其实，作为与不作为的区别并不绝对，存在作为与不作为的竞合现象，即一个行为从

一个角度来看是作为，从另一角度来看是不作为。例如，汽车司机在十字路口遇到红灯 时,仍然向前行驶，导致行人死亡。从不应当向前行驶而向前行驶（不应为而为）来看，属 于作为;从应当刹车而不刹车（应为而不为）的角度来看，则属于不作为。在这种情况下， 如果能够肯定作为犯罪，原则上就不必考察行为是否符合不作为犯罪的成立条件（即不 必认定为不作为犯罪）。换言之，应当独立地考察作为犯的成立与不作为犯的成立;通常 首先判断行为是否符合作为犯的成立要件;在行为不符合作为犯的成立要件时，再判断行 为是否符合不作为犯的成立要件。但是，在法益侵害结果事实上由作为与不作为共同造 成时，则不能仅判断作为。

作为与不作为可能结合为一个犯罪行为。例如，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。但是另一方面，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。根据刑法规定，以暴力、胁迫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。有的 学者否认这种现象，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。 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，其一，这 种对立关系只是就一般意义而言，决不意味着在一个犯罪中要么是作为要么是不作为；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）。其二,上述对立关系事实上是就单一行为而言，但许多犯罪包括了复数行 为（在法律上仍然是一个犯罪行为），而复数行为中完全可能同时包含了作为与不作为。 其三，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。

即使在刑法没有明文规定的情况下，某些犯罪事实上也可能出现作为与不作为的结 合。例如,值班医生不仅拒绝抢救患者，而且撤除患者身上的生命维持装置。可以认为， 死亡结果要同时归属于拒绝抢救（不作为）与撤除装置（作为）两个行为。前述山羊毛案 也是如此。

（三）不作为的类型

刑法理论将不作为犯区分为真正（纯正）不作为犯与不真正（不纯正）不作为犯。

德国的通说（实质说）认为,真正不作为犯，是指仅仅没有履行法律所要求的义务的 犯罪行为。亦即，立法者并没有将避免结果规定为不作为者的义务,也没有将特定结果的 发生规定为构成要件要素。因此，真正不作为犯是行为犯的对应物。〔83〕与之相对，不真 正不作为犯则要求“保证人”（具有作为义务的行为主体）履行结果回避义务，结果的发生

C82］参见陈兴良:《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第259页以下。

〔83〕虽然行为犯也会产生结果，但是构成要件只表述了行为进程，而没有描述结果

第五章不法**149**

属于构成要件要素。因此，不真正不作为犯是结果犯的对应物。〔84〕亦即，行为犯是只要 有作为的举动就构成犯罪，而真正不作为犯是只要没有履行义务就构成犯罪;结果犯是基 于作为造成构成要件结果的犯罪，而不真正不作为犯是因为没有履行义务造成构成要件 结果的犯罪。

我国与日本、韩国刑法理论一样，采取的是形式说:刑法明文将不作为规定为构成要 件要素的犯罪，是真正不作为犯;刑法没有明文将不作为规定为构成要件要素，行为人以 不作为实施了通常由作为实施的构成要件的，就是不真正不作为犯。〔85〕所谓将不作为规 定为构成要件要素，是指规定了不作为犯的保证人和对行为使用了“没有”、“不”、"拒绝” 之类的表述（参见刑法第261条）％〕

诚然，对不作为犯完全可以采取不同的标准进行不同的分类。但是，对事物的分类要 具有目的性,从而对根据一定标准区分出来的子项做出不同的处理。如果按照所谓构成 要件是否要求发生结果来区分不作为犯，那么，只要有行为犯与结果犯的区分即可。可 是，不作为犯中的最大问题在于，当刑法没有明文规定保证人时如何确定保证人。这是德 国实质的分类没有解决的问题。因为按照德国理论的观点，不真正不作为犯又可以分为 两类:一类是刑法明文规定了行为主体与不作为内容的犯罪，另一类是刑法没有明文规定 行为主体与不作为内容的犯罪。显然，这两类区分才具有实际意义。

但是，我国和日本、韩国的分类也需要深化，真正不作为犯与不真正不作为犯，是和 罪刑法定主义相关聨的一种区分，但在这种区分之下，还存在需要进一步考虑的因素。

第一，真正不作为犯，是指刑法分则条文明文规定了保证人与不作为内容的犯罪。认 定真正不作为犯，完全符合罪刑法定原则。但应注意的是，刑法规定的真正不作为犯存在 两种类型:一类是对保证人只需要进行事实判断的真正不作为犯（可谓典型的真正不作 为犯）。例如，刑法第311条规定：“明知他人有间谍犯罪或者恐怖主义、极端主义犯罪行 为，在司法机关向其调查有关情况、收集有关证据时，拒绝提供，情节严重的，处三年以下 有期徒刑、拘役或者管制。”本罪的保证人是明知他人有上述犯罪行为并受国家安全机关 调查的人，对此只需要进行事实判断即可（行为人是否知道他人有上述犯罪并受国家安 全机关调查），不作为内容是不提供有关情况与证据。另一类是需要对保证人进行规范 判断的真正不作为犯（可谓非典型的真正不作为犯）。例如，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， 但是，对于保证人与被遗弃者之间是否必须具有家庭成员关系等问题（即如何确定保证 人的范围），就存在明显的分歧。结局是，仍然要根据后述有关确定不真正不作为犯的保 证人的原理进行规范的判断。

第二，不真正不作为犯，是指刑法分则没有规定保证人与不作为内容，但行为人以不 作为实施了通常由作为实现构成要件的犯罪。显然，将这种不作为认定为犯罪，存在是否

〔**84**〕Vgl. ,H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. , Duncker & Humblot, 1996, S.6O5f.

［85）参见［日］团藤重光:《刑法纲要（总论）》，创文社1"0年第3版，第⑷-144页；［日］大谷实:《刑法讲义总 论》，成文堂洲2年新版第4版，第I27页；［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第75页；［韩］ 金曰秀、徐辅鹤：《韩国刑法总论》，郑军男译，武汉大学出版社2008年版，第466页。

C86）当然.有这类表述并不意味着必然是不作为犯。

**150**刑法学（第五版）

违反罪刑法定原则的问题。即使认为处罚这种不作为犯，并不违反罪刑法定原则，也必须 规范地确定保证人的范围，并说明具备什么条件才能认定行为符合构成要件。

不难看出，不真正不作为犯与非典型的真正不作为犯的共同点是，二者都需要法官规 范地确定保证人的范围。不同点是：（1）不真正不作为犯总是存在是否违反罪刑法定原 则的疑问，而非典型的真正不作为犯不存在这一疑问。（2）不真正不作为犯的保证人的 确定，不会直接受到刑法分则用语的限制。例如，刑法分则关于故意杀人与放火罪的表 述，都不可能直接限制这两个罪的保证人的确定。但是，非典型的真正不作为犯的保证人 的确定，直接受到刑法分则用语的限制，从我国刑法第261条的规定就可以清楚地看出这 一点。例如，对于年幼的人仅负有教育义务的人，就不可能成为遗弃罪的保证人。

此外，我国刑法分则的某些条文对构成要件使用的表述，意味着该犯罪既可以由作为 构成,也可以由不作为构成。例如.刑法不少条文将构成要件的行为表述为“严重不负责 任”，而不履行职责的不作为与恣意地履行职责的作为都可谓“不负责任”，故都可以成立 犯罪。汄定不作为构成这类犯罪，并不存在是否违反罪刑法定原则的疑问。

（四）处罚不真正不作为犯的法理与问题

如前所述，处罚真正不作为犯，不存在法理上的障碍。但是，对不真正不作为犯的处 罚.必须寻求法理依据。即为什么处罚刑法没有“明文规定”的不作为犯？

处罚不真正不作为犯的根底是法益保护的思想。故意杀人、放火等罪的保护法益，既 可能受到作为的侵害，也可能受到不作为的侵害。例如，不救助溺水儿童、不熄灭正在燃 烧的住房等便是如此。所以，从法益保护的观点来看，不作为也是刑法所关心的对象。但 是,人权保障的思想要求限制不真正不作为犯的处罚范围。因为如果把所有的不作为都 当做处罚的对象，便会驱使所有的人都去救助法益，法益好像可以受到保护，但人们的日 常生活必然陷人无限的不安与混乱，而且过度限制了国民的自由。因此，不作为犯只能例 外地被承认。

但是，处罚不真正不作为犯是否借用了作为犯的法条？即使允许处罚，在刑法没有明 文规定作为义务的主体与内容的情况下，如何才能明确限定不真正不作为犯的处罚范围？ 这便是不真正不作为犯所存在的问题。德国学者阿明•考夫曼（Armin Kaufmann）从规 范论理的观点认为，处罚不真正不作为犯违反了罪刑法定原则。他认为，规范分为禁止性 规范与命令性规范，前者要求不实施• •定的行为（不作为），后者要求实施一定的行为（作 为）。例如，作为犯的杀人罪的构成要件，是以违反了“禁止杀人”这一禁止性规范的作为 为处罚对象的。与此相对，对溺水的子女不予救助的父亲所要求的是救助这种作为，这里 是违反命令性规范的问题。因此，对该父亲以杀人罪论处，便是认为杀人罪的构成要件包 含了违反命令性规范（实际上不包含违反命令性规范），这是一种类推解释，违反了“法无 明文规定不为罪”的原则。〔87〕

阿明•考夫曼的观点没有得到多数人的认同。作为杀人罪构成要件的基础的规范内 容是“尊重人的生命”，这一规范可能由作为与不作为两种形式来违反。因此，将这一规 范以构成要件类型化了的“杀人”，就同时包含了作为的杀人和不作为的杀人。从评价规 范的角度来说，不管是以作为还是以不作为方式导致他人的死亡的，都可以评价为侵害了

〔87〕Vgl. , Armin Kaufmann,Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Verlag Otto Schwartz, 1959.S. 239ff.

第五章不法**151**

生命法益，因而具有违法性。从要件的内容来说，刑法所规定的杀人、放火等罪的构成要 件,并没有将杀人、放火行为限定为作为。例如，刑法规定的是“故意杀人的，处……”，而 不是规定为“以作为方式故意杀人者，处……”。概言之，从规定的形式上被认为是作为 的表述，在文理解释上，也完全可能包含不作为。例如，母亲不哺乳致婴儿饿死的场合，当 然被包含在"杀人”之中，这只不过是构成要件的解释问题。

由上可见，处罚不真正不作为犯，并不违反罪刑法定原则。但不可否认的是，在不真 正不作为犯的场合，由于欠缺作为义务的主体与内容的具体基准，容易导致处罚范围不明 确。于是，刑法理论上主张不真正不作为犯的立法化。但是，刑法不可能具体规定谁的、 什么不作为符合杀人罪、放火罪的构成要件。另一方面，如果对此没有明确基准，处罚不 真正不作为犯就会不明确，因而违反罪刑法定原则。

（五）不作为犯的成立条件

就不真正不作为犯而言，并不是只要不作为与构成要件的结果之间具有因果关系，就 肯定构成要件符合性。例如，在儿童溺水的场合，并不是只有父母可以救助，其他在场人 员都可以救助。所以，儿童溺水身亡时，并不是只有其父母的不作为与儿童的死亡之间具 有因果关系，其他在场人员的不作为都与儿童的死亡之间具有因果关系。但是，如果认为 所有可能救助溺水儿童的人的不作为都符合杀人罪的构成要件，就明显扩大了处罚范围。 因此，刑法理论需要进一步判断儿童溺水身亡的结果应当归属于谁的不救助行为。结局 是，只能将结果归属于基于保证人地位而具有救助义务的人，基于保证人地位的作为义 务，便成为不真正不作为犯的成立要件。亦即，负有防止结果发生的特别义务的人称为 "保证人”，其中的特别义务就是作为义务。不难看出，不真正不作为犯实际上是身份犯。

那么,保证人地位与作为义务是什么关系呢？ 一体说认为,对于保证人地位与作为义 务，应当在社会观念上作一体化的理解，因为难以区分二者。分离说认为，保证人地位属 于构成要件的内容，作为义务属于违法性的内容。一体说与分离说会影响对有关作为义 务的错误的处理根据与结论。依照分离说，作为义务不是故意的认识内容，但为作为义务 提供根据的事实的、法律的事项（保证人地位）则是故意的认识内容。所以，关于作为义 务本身的错误，属于违法性的错误;关于为作为义务提供事实的、法律的事项的错误，属于 事实认识错误。根据一体化说，保证人地位与作为义务均属于不成文的规范的构成要件 要素，只要行为人对作为义务具有外行人的认识，就不阻却故意；如果缺乏外行人的认识， 则阻却故意。例如，甲与乙（未成年）为父子关系，设想两种情形：（］）乙掉人河中，甲虽发 现，但误以为掉人河中的不是自己的儿子乙，而是与自己无关的丙，因而没有救助，导致乙 死亡。（2）甲明知掉人河中的是自己的儿子乙，但误以为自己没有义务救助乙，因而没有 救助，导致乙死亡。根据分离说，上述情形（1 ）属于保证人地位的认识错误，故情形（1 ）中 的甲不成立不作为的故意杀人罪。相反，关于保证人义务的认识错误则属于违法性的认 识错误或者禁止的错误，因而不阻却故意的成立。上述情形（2）属于保证人义务的认识 错误，故情形（2）中的甲依然成立不作为的故意杀人罪。根据一体说，在上述情形（1）中， 由于甲对作为义务缺乏外行人的认识（或者意义的认识），故阻却故意犯罪的成立；在上 述情形（2）中，由于甲对作为义务具有外行人的认识（或者意义的认识），故不阻却故意犯 罪的成立。

本书赞成一体说。具有作为义务的人才是保证人，反之，保证人就是作为义务人：所

**152**刑法学（第五版）

以，刑法理论首先要确定哪些人是负有防止结果发生的特别义务的人，即确定特别义务来 源于何处（作为义务的发生根据）。其次，虽然负有作为义务，但如果保证人不能履行作 为义务，也不成立不作为犯。换言之，成立不真正不作为犯需要具备“作为可能性”。最 后，即使保证人能够履行义务，但客观上不可能避免结果发生时，照样不得以不作为犯论 处。易言之，成立不真正不作为犯要求具备“结果回避可能性”。此外，还有如何理解不 作为与作为的等价性的问题。

如前所述,真正不作为犯的认定并不存在特别障碍。在此意义上说，刑法总论主要应 当探讨的是不真正不作为犯的成立条件。但是，非典型的真正不作为犯，也需要规范地确 定保证人的范围;任何一种不作为犯的成立，都以保证人具有作为可能性和结果回避可能 性为前提。所以，下列作为义务的发生根据，同样适用于非典型的真正不作为犯；作为可 能性与结果回避可能性，则适用于全部不作为犯。

（六）作为义务的发生根据

我国传统理论没有使用保证人概念，但一直探讨作为义务的来源。〔88〕具有作为义 务，是成立不真正不作为犯的第一个条件，具有作为义务的人就是保证人。关于作为义务 的来源，较早的教科书采取了形式的三分说（法律、职务与先前行为），近来的教科书采取 的是形式的四分说（增加了法律行为）。但是，对作为义务仅作形式的探讨，既存在理论 上的缺陷，也导致实践上确定的保证人范围有时过宽、有时过窄。

第一，根据形式的四分说，只要行为人负有其他法律或者合同所规定的义务,就能成 为不真正不作为犯的保证人，进而承担刑事责任。可是，这种观点难以回答如下问题：为 什么不履行其他法律规定的义务，就直接构成不作为犯罪？ 一个以作为形式违反了行政 法、婚姻法、经济法的行为，通常不会成立犯罪；既然如此，一个没有履行行政法、婚姻法、 经济法规定的义务的行为，为什么反而可以直接成立犯罪？对于一个违反合同的行为，为 什么不是仅按合同法处理，而可以认定为犯罪？

第二，在某些场合，即使行为人没有履行其他法律所规定的义务，事实上也不可能成 立不作为犯。例如，《消防法》第44条规定：“任何人发现火灾都应当立即报警。”据此，发 现火灾的人具有报警的法律义务。发现火灾的人没有报警的，虽然是一种不作为，但并不 成立放火罪与其他犯罪。显然，形式的四分说存在自相矛盾的现象。

第三，形式的四分说对某些应当处罚的行为不能做出合理说明。例如，成年男子在邻 居7岁的女孩对其实施猥亵行为时不予制止。认定甲的行为属于作为不一定合适，宣告 甲的行为不构成犯罪也没有道理。但是，根据形式的四分说，甲却没有义务来源。再如， 按照约定为他人抚养婴儿的乙，故意不提供食物导致婴儿死亡的，即使约定无效或者已经 超过了约定的期限，对乙也应当以不作为犯论处。但是，如若按照形式的四分说，乙也不 具备作为义务的来源。

正因为形式的法义务说存在缺陷，所以，德国、日本等国刑法理论早就开始探讨实质 的法义务来源。德国的主流观点采取机能的二分说，将作为义务分为对特定法益的保护

〔88〕我国刑法理论的传统观点在讨论不作为犯的义务来源时，是将真正不作为犯放在一起说明的。其实，在刑 法总论中不需要讨论典型的真正不作为犯的义务来源。因为刑法分则已经确定了典型的真正不作为犯的 保证人范围。

第五章不法**153**

义务和对危险源的监督义务。〔89 90〕近年来，国内学者也展开了这方面的研究，尤其是注重 形式来源与实质来源的结合。

如所周知，德国刑法第13条第1款规定：“行为人不防止属于刑法的构成要件结果， 只有当他在法律上必须保证该结果不发生，并且当该不作为与通过作为实现法律的构成 要件相当时，根据本法是可罚的。”这实质上是将不真正不作为犯当做刑罚扩张事由而设 立的特别规定，但是，我国刑法总则并无这样的规定，而是对不作为的故意杀人与作为的 故意杀人适用同一刑法条文，既然如此，就只有当不作为致人死亡的行为本身确实符合了 故意“杀人”的构成要件时，才能将其认定为故意杀人罪。

由作为导致法益侵害的过程表现为，制造危险（行为制造了他人死亡的危险性）"＞危 险增大（他人的死亡危险性增大）一＞危险的现实化即实害结果的发生（他人死亡）。要使 不作为犯符合作为犯的构成要件,一方面，要求有危险的产生-＞危险增大实害结果发生 的过程;另一方面，由于危险不一定是行为人的行为产生的（先前行为除外），故只有当行 为人处于阻止危险的地位时，才可能与作为相当，从而符合作为犯的构成要件。亦即，只 有应当阻止危险但未排除或者控制既存的危险，才与作为相当。［90〕本书将不作为导致法 益侵害结果的过程分为三种类型：（1 ）由危险源产生的危险危险增大实害结果的发 生。在这一过程中，只有切断危险源，才能避免实害结果的发生。基于对危险源的支配产 生的监督义务，就是一项实质的义务来源。（2）由于某种原因（如人为的或者法益主体自 身的原因等）法益处于无助（或者脆弱）状态，因而出现危险—危险增大实害结果的发 生。在这一过程中，法益的保护具体地依赖于特定人时，特定人就具有保护义务。（3）基 于某种（他人或者法益主体自身的）原因，在特定领域法益出现危险—危险增大实害结 果的发生。在这一过程中，法益的保护依赖特定领域的管理者，该特定领域的管理者负有 阻止义务。当然，上述区分并不绝对，有的类型可能是相互交叉的（其中第三种类型大体 上是前两种类型的重合）。概言之，对结果发生原因的支配地位（如上述第一种类型）、对 结果发生进程的支配地位（如上述第二种类型）以及对结果发生领域的支配地位（如上述 第三种类型），是不真正不作为犯的实质法义务根据。

然而，实质的法义务根据，只是说明了具备上述实质的法义务时，才能认定不作为导 致了法益侵害结果，从而能够认定不作为符合构成要件。但是，其范围是不明确的，需要 辅之以形式的标准。这种形式的标准必须起到两个方面的作用:其一，进一步表明实质的 法义务的合理性（起限定作用）；其二，使实质的法义务范围更加明确。

1.基于对危险源的支配产生的监督义务

危险源本身就是导致结果发生的原因，行为人处于控制危险源的地位，因而支配了结 果发生的原因。但是，单纯的事实上可以控制危险源还不能成为作为义务的来源，还必须 对危险源具有监督管理义务的形式根据。

（1）对危险物的管理义务这里的危险物是广义的，包括危险动物、危险物品、危险 设置、危险系统等。管理义务，既可能来自法规范，也可能源于制度或者体制，还可能源于 条理。例如，动物园的管理者在动物咬人时具有阻止义务；宠物的饲养者在宠物侵害他人

（89］ 参见张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第99贞以下。

［90］ 参见［日］山口厚:《从新判例看刑法》，付立庆、刘隽译，中国人民大学出版社2009年版，第38页以下。

**154**刑法学（第五版）

时，具有阻止义务；矿山的负责人，对矿山的生产安全负有管理义务；广告牌的设置人，在 广告牌有倒塌危险时.负有防止砸伤路人的义务；机动车的所有人负有阻止无驾驶资格的 人或者醉酒的人驾驶其机动车的义务。

（2）对他人危险行为的监督义务。一般来说，他人的危险行为造成了法益侵害时，由 其本人承担刑事责任。但是，在他人不可能承担刑事责任，而行为人基于法律规定、职业 或者法律行为对他人负有监管、监护等义务时，要求行为人对他人的危险行为予以监督、 阻止。例如，父母、监护人有义务制止年幼子女、被监护人的法益侵害行为。但是，夫妻之 间、成年的兄弟姐妹之间并不具有这样的监督义务。例如，妻子明知丈夫受贿而不制止 的，并不成立受贿罪的帮助犯。

（3 ）对自己的先前行为造成的法益侵害紧迫危险的防止义务。〔91〕行为人的先前行为 造成了法益侵害的紧迫危险时，具有保证人地位。第一，先前行为对刑法所保护的具体法 益造成了危险。对不受刑法保护的利益造成的危险，不能成为作为义务的来源。第二，危 险明显增大，如果不采取积极措施，危险就会立即现实化为实害。第行为人对危险向 实害发展的原因具有支配性。［92〕例如，意外提供了有毒食物导致他人中毒后，提供者有 救助义务;销售了危险产品的行为人具有召回产品的义务。再如，黑夜里将机动车停在高 速公路上，却不采取措施防止后面的车辆“追尾”，导致车辆相撞引起他人死亡的，停车者 要对该死亡结果负责。

与此相适应，下列情形不能成为作为义务的来源：第一，行为并没有制造、增加危险 的，不产生作为义务。例如，路人将路边的弃婴抱到民政机关门前的，高速公路上的司机 将被前一车辆撞伤的被害人送到加油站后放置不管的，一同进餐的人将醉酒者送回其住 处的，即使后来被害人因没有得到救助而死亡，行为人也不承担不作为犯的责任。特别需 要指出的是，先前的行为并没有导致危险，而是被害人基于自主决定使自己陷人危险的， 该先前行为不产生作为义务。例如，甲男与乙女谈恋爱，后来甲男提出分手，乙女声称如 分手就自杀。尽管如此，甲男依然要与乙女分手。即使甲男看着乙女自杀而不制止，也不 能认定他有作为义务。因为甲男与乙女谈恋爱以及提出分手的行为，都没有对法益造成 现实的危险（没有先前行为）。第二，行为虽然制造、增加了危险，但是该危险并不紧迫或 者微不足道的，不产生作为义务。例如，甲将自己的一把利刀递给乙观看时，乙突然持刀 伤害丙。即使甲在现场，也不产生作为义务。第三，行为制造、增加的危险属于被害人的 答责范围时，行为人不产生作为义务。例如，甲将吸食毒品的工具借给乙吸食毒品，乙因 吸食过量造成身体伤害。对此，甲不承担不作为的故意伤害罪的责任。〔《〕

先前行为不要求行为人独立实施，行为人参与了奠定作为义务基础的先前行为时，就 具有结果防止义务。例如，甲与乙共同以暴力抢劫丙女，在丙昏迷后乙准备对丙实施强奸

**（91］** 参见张明楷：“不作为犯中的先前行为”，载《法学研究》2011年第6期：

（92］ 危险虽然由先前行为人造成，但处于优势地位的保证人更有利于保护法益时，则不应认为先前行为人具有 作为义务。例如，甲在髙速公路上撞伤他人时，交通警察刚好就在身边，此时应当由警察处理相关事务（如 将伤者送往医院抢救）此外，行为人制造法益危险后，第三者基于自己的意志防止结果发生时（如甲意外 撞伤丙后，乙迅速将丙送往医院抢救脱险），也不要求前行为人履行结果防止义务。不过，在这种场合，并不 是说甲没有救助义务，只是因为乙的自愿救助行为使甲丧失了对结果原因的支配。

（93］ 如果甲给乙注射毒品后，乙的生命处于危险状态，则甲具有救助义务

第五章不法**155**

行为，此时甲负有阻止义务，否则成立强奸罪的共犯。

一般来说，只要先前行为制造了法益侵害的危险，就会成为作为义务的来源。因为根

据客观的违法性论，制造了法益侵害危险的行为，就是违法行为。客观上实施了违法行为 的人，有义务防止侵害结果的发生。尽管如此，先前行为也不以具有违法性为前提。〔94] 95 例如，在阻却违法的紧急避险行为给第三者造成法益侵害的危险（紧急避险过当的危险） 时，紧急避险人具有救助义务，但紧急避险行为本身并不违法。再如，X抢劫未遂后逃走， 甲、乙、丙为了将X抓获归案而追赶，X在前方无路可逃时坠人深水中。甲、乙、丙的追赶 行为并不违法，但的确给X的生命制造了危险，不能否认他们有救助义务。

问题是，正当防卫人对不法侵害者是否具有救助义务？ 一种观点认为，“正当防卫者 的保证人地位，应当是否定的。不法侵害他人权利，必须预估遭到反击的后果，并自行承 担此项后果。对于陌生人，任何人都没有保证人地位，没有救助义务；如果认为防卫者对 于不法侵害者有保证人地位，无异承认侵害者的法律地位高于陌生人。逾越必要程度的 防卫（过当防卫），才可能有保证人地位……承认正当防卫者有保证人地位，将使正当防 卫形同防卫过当，甚至将正当防卫者与不法侵害者等同看待。这对于正当防卫者是不公 道的看待！”〔95〕但是,这种观点存在疑问。例如，甲在荒山野外实施正当防卫导致不法侵 害者乙身受重伤时，并没有过当（但具有过当的危险）。但是，由于甲不救助乙，导致乙死 亡（过当）。如果否定甲的保证人地位，就意味着甲的防卫行为没有过当，但本书难以接 受这样的结论

在本书看来，需要分清不同情形处理:第一，如果正当防卫造成被害人死亡也不过当 时，正当防卫人并无救助义务。第二，如果正当防卫致人伤害并未过当，而且该伤害不可 能导致死亡，亦即没有过当的危险，正当防卫人也没有救助义务。第三，如果正当防卫造 成了伤害（该伤害本身不过当），并具有死亡的紧迫危险（具有防卫过当的危险），发生死 亡结果就会过当，那么，应当肯定正当防卫人具有救助义务。司法实践所面临的问题是， 就正当防卫而言，在防卫人造成不法侵害人（如盗窃犯、轻伤害犯）重伤，不法侵害已经停 止，而防卫人却既不报警也不将不法侵害人送往医院抢救，导致流血过多而死亡的，应当 如何处理？如果不认定为防卫过当，就有可能导致防卫行为几乎不存在过当的可能;如果 孤立地认定后面的不作为成立故意杀人罪，则明显不妥当。如果认定为防卫过当，则意味 着承认行为人对不法侵害人具有抢救义务（对死亡结果具有防止义务）。也许有人认为，

**[94]** 德国的有力学说认为，先前行为必须具有义务违反性（义务违反性要求说）。由于立法上的区别，本书不接 受这种观点，首先，当先前行为成为作为义务的来源，进而肯定不作为构成犯罪时，并不是将先前行为作为 处罚根据。既然如此，就没有理由将先前行为限定为违反义务的行为。其次，义务违反的界限并不明确， 再次，要求先前行为违反义务.在很大程度上是为了将正当防卫排除在先前行为之外。但如下所述，在我 国，正当防卫产生了过当的危险时，同样产生作为义务。最后，从我国的相关法律规定来看，行为人基于先 前行为所引起的作为义务，并不以违反义务为前提、例如，《道路交通安全法》第**70**条第**1**款前段规定：“在 道路上发生交通事故，车辆驾驶人应当立即停车，保护现场;造成人身伤亡的，车辆驾驶人应当立即抢救受 伤人员，并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部门。”显然，抢救受伤人员的作为义务，并不以 驾驶人违反交通运输管理法规为前提。表面上看，抢救受伤人员的作为义务源于法律规定，但该法律规定 的根据则是行为人的先前行为。

**（95）** 林东茂:《刑法综览》，中国人民大学出版社2009年版，第**122**页本书第**3**版接受了这种观点。

**C96J**德国刑法之所以否认正当防卫产生作为义务，是因为对这种行为可以按照见危不救罪处理、但我国刑法没 有规定这一犯罪，故不能采用德国的理论

**156**刑法学（第五版）

即使认定为防卫过当，也只需要认定先前的作为行为（防卫行为）导致了死亡结果，而不 是后来的不作为导致防卫过当。诚然，如果能将过当结果独立归属于先前的防卫行为，就 没有必要讨论防卫行为引起的义务问题。但是，这种观点并不符合所有的案件事实。换 言之，在少数情况下，也可能应当（同时）将过当结果归属于后面的不作为。所以，本书主 张，在这种场合，宜承认先前的作为与后面的不作为共同导致了防卫过当。概目之，就上 例而言，要得出防卫过当的结论,就必须肯定具有违法阻却事由的行为也能成为产生作为 义务的先前行为。

不作为能够成为作为义务的发生根据。例如，房屋主人没有留意屋顶所铺的瓦片是 否稳固，瓦片掉落下来致人受伤的，主人有救助的义务。或许有人认为，在这种场合，仅以 前一个作为义务（对危险源的监督义务）为根据得出行为人对受伤者有救助义务即可。 事实上并非如此。瓦片砸伤被害人时，主人就需要对该伤害负责。对该伤害负责的根据， 就是主人对屋顶瓦片掉落下来会砸伤人的监督义务。而瓦片砸伤他人后，在他人有生命 危险时，则是基于先前的不作为产生的救助被害人的另一作为义务。对危险源的监督义 务不能直接引申出主人有救助受伤者的义务。此外，倘若仅以前一作为义务说明主人有 救助义务，容易得出主人仅有过失而无故意的结论。这显然不妥当。

过失犯罪应与过失的一般违法行为一样，能够成为作为义务的发生根据。既然刑法 理论肯定过失的一般违法行为可以成为作为义务的发生根据，那么，就没有理由否认过失 犯罪可以成为作为义务的发生根据。例如，甲的过失行为造成了乙轻伤（尚不成立犯 罪），同时产生了生命危险时，甲故意不救助因而导致乙死亡的，成立不作为的故意杀人 罪。再如，A的过失行为造成了 B重伤（已经成立犯罪），同时产生了生命危险，A故意不 救助因而导致B死亡的，也应认定为不作为的故意杀人罪。倘若认为过失犯罪不是作 为义务的发生根据，则意味着A的行为仅成立过失致人死亡罪。这显然与上例中将甲 的行为认定为故意杀人罪不协调。当然，在这种情形下，需要考虑结果回避可能性的 问题。

既然过失犯罪能使行为人产生作为义务，故意犯罪更能使行为人产生作为义务。诚 然，甲基于杀人的故意将被害人砍成重伤，任其流血过多死亡的，认定为作为的故意杀人 罪即可。对此，没有必要讨论。但是，承认故意犯罪能够成为作为义务的来源，具有合理 性与必要性。

承认故意犯罪可以成为作为义务的来源，有利于实现刑法的协调。例如，甲意外地导 致乙重伤，明知不抢救乙就会死亡，但仍然不抢救，导致乙死亡。如果满足其他条件（具 有结果回避可能性与作为可能性），甲的行为无疑成立不作为的故意杀人罪。A故意地 导致B重伤，明知不抢救B就会死亡，但仍然不抢救，导致B死亡。如果否认故意犯罪可 以成为先前行为，对于A就只能认定为故意伤害（致死）罪。可是，与甲相比，A的行为应 当受到更为严重的否定评价和更为严厉的谴责。所以，只有肯定故意犯罪能成为先前行 为，才能肯定A的行为也成立不作为的故意杀人罪，不致形成不协调的刑法评价。

承认故意犯罪可以成为作为义务的来源，有利于解决正当防卫问题。例如，行为人安 装了定时炸弹，给法益造成了危险，具有拆除的义务，不拆除的行为就是不作为的违法行 为，他人当然可以实施正当防卫，迫使其履行义务（说出炸弹所在位置或拆除炸弹）。如 果认为先前安装定时炸弹的故意犯罪行为并不产生作为义务，那么，因为其作为形式的违

第五章不法**157**

法行为没有正在进行，难以进行正当防卫。或许人们认为，正当防卫成立所要求的“不法 侵害正在进行”，并不表示只能在行为时进行防卫，只要法益处于紧迫的危险之中，都可 以进行防卫。所以，在安置炸弹之后，虽然安置行为已经结束，但在炸弹爆炸之前法益一 直处于紧迫的危险状态，可以针对先前的作为进行正当防卫。可是，一方面，针对作为行 为的防卫只能是使其不再作为，而本案中的防卫并不是让行为人不再作为，而是让其实施 某种“作为"（说出炸弹所在位置或拆除炸弹）。另一方面，对不作为犯的防卫限度明显不 同于对作为犯的防卫限度。在上例中，不可能按先前安置炸弹的作为确定防卫限度。亦 即，对不作为的防卫，以迫使行为人履行义务为必要限度。于是，在作为犯中，防卫行为可 能是致人死亡的方法;但在不作为犯中，不可能是使行为人死亡的防卫方法。此外，对作 为犯的防卫，只要制止了作为行为本身，就不能再防卫;但对不作为犯的防卫，只要行为人 履行了义务，就不能再防卫。在上例中，只要行为人说出了炸弹的位置或拆除了炸弹，就 不能再防卫。所以，将先前行为作为防卫对象是不合适的；而要使不作为成为防卫对象， 就必须肯定故意犯罪行为是产生作为义务的先前行为。

承认故意犯罪可以成为作为义务的来源，有利于解决共同犯罪问题。例如，甲以杀人 故意将被害人乙砍成重伤，随后，甲看到了乙躺在血泊之中的痛苦表情，顿生悔意，打算立 即叫救护车。此时，无关的过路人丙却极力劝阻甲，唆使其放弃救助念头，乙因失血过多 而死亡。如果否认故意犯罪可以成为作为义务的来源，就意味着丙不可能成立犯罪。因 为不真正不作为犯实质上是身份犯，丙并不负有作为义务，不可能成立不真正不作为犯的 正犯。只有认定甲的故意杀人行为引起了救助义务，其后来的不作为也属于杀人行为，才 能认定丙教唆甲实施了不作为犯罪，进而成立教唆犯J97〕

承认故意犯罪可以成为作为义务的来源，面临罪数问题。首先，可以肯定的是，如果 案件事实中的作为与不作为应当评价为两个行为，行为侵害了两个法益，行为人对两个法 益侵害事实都具有责任，就应当实行并罚。例如，行为人违反森林法的规定，非法采伐珍 贵树木，树木倒下时砸着他人头部，行为人明知或者应知不立即救助他人就会导致死亡结 果，但未予救助。非法采伐珍贵树木是刑法第344条规定的犯罪行为，但第344条并没有 就该罪规定死亡结果，换言之，造成死亡的行为以及死亡结果不能评价在非法采伐国家重 点保护植物罪中。在这种情况下，应当将非法采伐珍贵树木的犯罪行为，视为导致行为人 负有抢救义务的先前行为，从而视案情认定为不作为的故意杀人罪或过失致人死亡罪，与 非法采伐国家重点保护植物罪实行并罚。其次，当前阶段的作为与后阶段的不作为侵害 的是同一法益，或者两个行为所侵害的法益具有包容关系时，仅认定一个重罪即可。如前 阶段的作为杀人与后阶段的不作为杀人，侵害了同一个人的生命法益，只能认定为一罪。 再如，故意伤害他人后，产生救助他人的作为义务；如果不履行作为义务，导致他人死亡， 符合不作为犯的其他成立条件，且对死亡结果具有故意的，由于生命法益包含身体法益，

〔97〕参见蔡圣伟:《刑法问题研究（一）》，元照出版公司2008年版，第223页.如果没有救助的甲离开现场后，过 路人A准备救助乙，而第三者B劝说A不救助的，则B不成立任何犯罪。但是，如果B以暴力、胁迫等有形 手段阻碍A的救助行为，则是独立的作为犯，

**158**刑法学（第五版）

即可仅认定为故意杀人罪。［98］

1. 基于与法益的无助（脆弱）状态的特殊关系产生的保护义务

法益处于无助或者脆弱状态的情形是经常可以见到的。在这种状态下，法益的保护 依赖于可能保护法益的人。但是，仅此还不够。例如，落水儿童的生命虽然依赖于过路 人，但过路人并不一定是保证人。只有当法规范、制度或体制、自愿接受使法益保护具体 地依赖于特定的人时，此人才具有保证人地位。

（1） 基于法规范产生的保护义务。在法规范将法益保护托付给特定行为人时，行为 人的不保护就成为结果发生的原因例如，母亲对婴儿有哺乳义务;交通警察对交通事故 中的被害人具有救助义务;父母见幼女被人猥亵时具有制止他人猥亵行为的义务；如此等 等。根据法规范，发现火灾的人虽然有报警义务，但是，法益保护并不具体地依赖于发现 火灾的人，故发现火灾的人没有刑法上的实质的法义务。

（2） 基于制度或者体制产生的保护义务。当具体的制度、体制将法益保护义务托付 给特定行为人时，行为人负有保护义务。例如，国家机关工作人员在其职责范围内对无助 （脆弱）的法益负有相应的保护义务。再如，游泳教练对游泳学习者具有保护义务。

（3） 基于自愿承担（合同与自愿接受等）而产生的保护义务。在法益处于无助或者脆 弱状态时，行为人自愿承担保护义务，使法益的保护依赖于行为人时，行为人必须继续承 担保护义务。例如，将他人遗弃的女婴抱回家之后，就必须尽抚养义务，而不能放置在家 中不管。又如，将幼儿带人森林游玩或者带入水中游泳的人，有义务保护幼儿的生命、身 体安全。再如,数人登山形成了危险共同体（意味着相互关照），只要没有除外的约定，就 意味着各人自愿接受了保护他人的义务。但是，数人各签生死状（在自己遇险时，他人不 必救助），则意味着各人没有自愿承担法益保护义务。所以，危险共同体本身不是当然的 义务来源。

问题是，当法益处于脆弱状态是由法益主体自主决定时，其他相关人是否具有救助义 务？例如，妻子自杀时，丈夫是否具有救助义务？倘若认为自杀行为属于行使自主决定 权,当然会否认丈夫具有救助义务,，但本书持肯定回答。诚然，自杀是妻子自己决定的， 在此意义上说，妻子应当自我答责。但是，刑法对生命实行绝对的保护，妻子的自我答责 只是意味着妻子对自己的自杀行为不承担刑事责任，并不意味着免除了丈夫的救助义务 （参见第二十一章第二节“一”）。当法益可以由主体自由处分时，法益主体自主决定 使该法益处于脆弱状态的，其他相关人则不负有救助义务。换言之，法益主体损害自己有 权处分的法益时，其他人没有保护义务。

1. 基于对法益的危险发生领域的支配产生的阻止义务

法益的危险发生在行为人支配的领域时，行为人具有实质的法义务。但是，如果不做 出一定的限制，就会给领域的管理者造成沉重的负担。本书认为，在这种场合，只有该领

（98］对此是否应当依然认定为故意伤害（致死），还值得进一步研究,.，德国刑法理论认为，在类似案件中，故意的 作为犯与不作为犯属于“不纯正竞合”的关系。其中，有学者认为，二者属于法条竞合中的补充关系；有学者 认为后者属于“共罚的事后行为'有学者认为前阶段的作为与后阶段的不作为是一个单一的整体，属于行 为单数。

〔"〕倘若认为由于妻子自我答责丈夫就没有救助义务，那么，妻子不慎落水时也应当自我答责，丈夫同样没有救 助义务。这一结论难以被人接受。

第五章不法**159**

域的支配者可以排除危险时（具有排他性），才能要求该领域的支配者履行义务。这种排 他性的支配，既不排除同时犯，也不排除共犯。

（1 ）对自己支配的建筑物、汽车等场所内的危险的阻止义务。例如，自家的封闭庭院 里突然闯入一个危重病人或者生活不能自理的儿童，他人不能发现和救助，庭院的支配者 有义务救助（如将病人或儿童送往医院或者转移至他人可以发现的场所）。〔10°〕再如，演出 场所的管理者在他人表演淫秽节0时，负有制止义务。出租车司机对于男乘客强奸女乘 客而不管不问的，成立强奸罪的帮助犯。又如，肇事者拦住出租车后，将受伤者搬入出租 车内准备送往医院，但后又借故逃离。虽然不同于司机主动将受伤者搬入车内的情形，但 在肇事者下车后，受伤者存在于司机独立支配的领域，司机具有救助义务。基于合同在自 己住宅抚养他人婴儿，而不供给食物致其死亡时，即使该合同是无效的或是超过期限的， 也成立不作为的杀人罪。因为婴儿生命的危险发生在行为人独立支配的领域，而且具有 排他性。卖淫女在嫖客的住宅与嫖客发生关系，发现嫖客心肌梗塞而离去的，不成立不作 为犯。但是，如果嫖客与卖淫女在卖淫女的住宅发生关系，嫖客心肌梗塞的，卖淫女具有 救助义务。

（2）对发生在自己身体上的危险行为的阻止义务。最为典型的是，幼女主动对男子 实施猥亵行为时，由于危险发生在男子身体上，男子负有制止义务。男子不制止而任由幼 女实施猥亵行为的，成立猥亵儿童罪。

以上关于作为义务的来源，可能导致数个主体同时对某一法益具有作为义务。在有 些情况下，可能由于存在优先履行作为义务的主体，而使得其他人不再具有作为义务。在 有些情况下,虽然数个主体均有作为义务，但可能存在强弱之别或者层级关系。例如，夫 妻与丈夫的年迈母亲共同生活。在母亲生病或者摔倒时，社会一般观念会认为首先是丈 夫具有救助义务,夫妻二人均不救助导致母亲死亡的，只需要追究丈夫的刑事责任；即便 认为妻子具有救助义务，也不应追究妻子的刑事责任。但是，在丈夫出差时，妻子不履行 救助义务的，则应当承担刑事责任,此外，如前所述，夫妻以及成年的兄弟姐妹之间没有 阻止对方犯罪的义务。但是，妻子针对丈夫具有保护义务的法益实施犯罪行为时，丈夫不 履行保护义务的，则可能基于对脆弱法益的保护义务而成立不作为犯。例如，妻子杀害婆 婆时，在场的丈夫不阻止的,妻子成立作为的故意杀人罪，丈夫成立不作为的故意杀人罪。 必然产生争议的问题是，丈夫杀害自己的母亲时，妻子不阻止的是否成立不作为的故意杀 人罪？本书倾向于否定回答，合适与否还需要进一步研究。

（七）作为可能性

作为可能性，是指负有作为义务的人具有履行义务的可能性。法律规范与法律秩序 只是要求能够履行义务的人履行义务，而不会强求不能履行义务的人履行义务。我国刑 法分则的部分条文明确将作为可能性作为不作为犯的成立条件（参见刑法第429条、第 445条）。问题在于，作为可能性是作为义务的前提，还是与作为义务并列的要件？ 一种 观点认为，如果行为人没有作为可能性，就丧失了作为义务的前提（即没有作为可能性就

〔**100**〕如果病人、儿童的亲属或者监护人在场，则庭院的支配者没有救助义务。

**160**刑法学（第五版）

没有作为义务）;〔101〕另一种观点认为，作为可能性与作为义务是两个不同的问题。〔IQ2〕本 书认为，不能因为行为人没有作为义务的可能性，而否认其具有作为义务。例如，成年子 女有义务向没有独立生活能力的父母提供必要的物质生活条件，在成年子女没有收人来 源时，也不能否认其有作为义务，只能否认其作为可能性。所以，作为可能性是不真正不 作为犯的第二个成立条件。

作为可能性的判断，既要以附随情况正常性与否为资料，也要以保证人的个人能力为 资料。即使认为作为可能性是构成要件符合性的判断，因而只能以社会的一般观念为标 准，也不可否认另需要根据保证人的个人能力做出判断。后者也可谓期待可能性的问题, 将其作为责任要素或许是合适的。但是，由于作为可能性是对违法行为起限定作用的要 素，故例外地将其纳人构成要件要素也是可以的。所以，行为人能否履行义务，应从行为 人履行义务的客观条件与个人能力两方面进行判断。当履行义务面临一定危险时，不能 要求行为人冒着生命危险去履行义务。履行作为义务的难易程度，表明了法益保护的难 易程度，因而能够说明不作为的不法程度。

如果事实上具有作为可能性，但保证人没有认识到需要履行作为义务，或者一时未能 想出作为可能性因而没有履行作为义务的，也不能否认不作为，只是阻却故意，因而可能 成立过失犯。反之，如果事实上没有作为可能性，但保证人误以为有作为可能性进而没有 作为的，则属于不能犯。

（八）结果回避可能性

根据结果无价值论的观点，结果回避可能性,不仅是不作为犯的成立条件，也是作为 犯的成立条件。只不过在不作为犯中，这一点显得特别重要。换言之，在即使保证人履行 作为义务也不可避免地发生结果的情况下，不能将保证人没有履行作为义务的行为认定 为不作为犯。反过来说，行为人不履行作为义务，造成或可能造成侵害结果的，才可能成 立不作为犯罪。或者说，只有当行为人履行作为义务可以避免结果发生时,其不作为才可 能成立犯罪。至于是否具有结果回避可能性，只能进行事后判断。不作为之所以能成为 与作为等价的行为，在于它造成或可能造成侵害结果。结果回避可能性，是不作为犯的第 三个成立条件。例如，司机过失造成了交通事故，导致被害人头盖骨骨折，即使立即送往 医院也不能挽救生命时，即使司机没有救助，也仅成立交通肇事罪，而不成立不作为的故 意杀人罪。在客观上具有结果回避可能性，而行为人误以为没有回避可能性因而没有履 行作为义务导致结果发生的，一般成立过失的不作为犯；在客观上没有结果回避的可能 性，而行为人误以为具有回避可能性，但没有履行作为义务的，因为其不作为不具有导致 结果发生的危险性，而属于不能犯。〔|03〕另一方面，由于不作为也可能成立未遂犯，所以， 认为只有当不作为已经造成了侵害结果时才构成犯罪的观点，存在疑问。

正因为不作为犯的成立以结果回避可能性为前提，故可以肯定不作为与结果之间的

〔101〕参见［日］西田典之：“不作为犯论”，载：日］芝原邦尔等编：《刑法理论的现代的展开一总论I》，日本评论 社1988年版，第80页。

〔102〕参见［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第95页，

〔103〕参见［日］两田典之：《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第117页

第五章不法**161**

因果关系。〔1叫如前所述，不作为不是单纯的什么也没有实施，而是没有实施法期待的作 为。在保证人实施了法所期待的作为，就可以避免结果发生的情况下，没有实施法所期待 的作为，当然与结果之间具有因果关系，能够将结果归属于不作为。〔105〕此外，如果认为不 作为犯没有因果关系问题，就可能导致不作为犯没有未遂，因而不妥当。例如，负有作为 义务的甲没有履行作为义务，但第三者的行为防止了结果的发生。如果否认不作为犯的 因果关系，就可能认为甲构成犯罪既遂，但这一结论显然与作为犯不协调。

（九）不作为与作为的等价性

如前所述，德国刑法第13条要求不作为必须与作为具有等价性（同价值性）。我国 刑法对此没有明文规定，但本书认为，等价性并不是具体的要求，而是不真正不作为犯的 构成要件的解释原理，尤其是为实质意义的作为义务的发生根据提供基础、限制作为义务 发生根据的指导原理。联系我国的刑法理论与司法实践，以下几点值得注意：

1. 由于难以明确刑法分则的某些条文在描述行为时所使用的动词能否包括不作为， 所以，在判断某种不作为是否成立犯罪时，需要特别慎重。例如，刑法第316条规定：“依 法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人脱逃的，处五年以下有期徒刑或者拘役。”行为人以 作为方式从关押场所逃出的，无疑属于脱逃；问题是，基于正当原因离开关押场所（如因 为表现好而获准回家过春节），而无故不返回关押场所的行为，是否属于脱逃？司法机关 不仅要根据刑法用语判断该行为是否属于脱逃，而且应从实质上判断这种不作为对法益 的侵犯程度。再如,行为人开车撞伤他人后便逃离现场，造成被害人死亡。在这种情况 下，不能轻易得出“成立不作为的故意杀人罪或过失致人死亡罪”的结论，而应考虑法益 基于何种原因（前行为）处于危险状态、危险的程度、法益对行为人的依赖程度、行为人履 行义务的难易程度、行为人不履行义务是否造成结果的原因、是将结果归责于前行为合适 还是归责于"不作为”合适等，从而得出正确结论。
2. 行为符合前述不作为的一般条件，并不直接成立犯罪，只有当某种不作为符合具体 的犯罪构成时才成立犯罪。因此，即使存在某种“不作为"，但并不符合具体犯罪的构成 要件或者不具备责任要素时，也不可能认定为犯罪。例如，路人发现火灾时不报警的，虽 然没有履行消防法规定的报警义务，但不符合任何犯罪的构成要件，因而不可能认定为犯 罪。
3. 在保证人对他人的生命具有救助义务时，并不必然成立故意杀人罪，而有可能成立 遗弃罪或者其他犯罪。值勤消防人员有扑灭火灾的义务，其不履行灭火义务的行为，并不 必然成立放火罪，而可能成立玩忽职守罪或者其他犯罪。概言之，对不作为（尤其出于故 意时）如何定罪，是罪刑各论需要研究的问题。

四、持有的性质

刑法分则规定了一些行为表现为持有某种特定物品的犯罪，如非法持有毒品罪。一 般来说，持有是以行为人对物的实力支配关系为内容的行为，换言之，人对物的实力支配

〔**104**〕关于不作为犯的因果关系，一直存在争议。在刑法理论上，有人完全否认不作为与结果之间的因果关系；有 人完全肯定不作为与结果之间的因果关系，有人则肯定部分不作为与结果之间具有因果关系（参见韩忠谟： 《刑法原理》，中国政法大学出版社**2002**年版，第**92**页以下）。

〔**105**〕不作为犯完全符合条件关系公式，亦即，如果没有行为人不履行义务的不作为（如果行为人履行义务），结果 就不会发生。

**162**刑法学（第五版）

即是持有。持有型犯罪依然是侵犯法益的犯罪，而不只是对规范的违反。例如，非法持有 毒品的行为，具有侵害公众健康的抽象危险。问题是，持有是作为还是不作为，抑或是独 立于作为与不作为之外的第三种行为方式？

关于持有的性质,刑法理论上主要有三种观点：（D作为说认为，法律规定持有型犯 罪，旨在禁止行为人取得特定物品，故持有行为违反的是禁止性规范，属于作为。〔106〕（2 ）不 作为说认为，法律规定持有型犯罪，旨在命令持有人将特定物品上缴给有权管理该物品的 部门，以消灭这种持有状态；如果违反该义务而不上缴该物品，就构成刑法禁止的不作 *为。⑽⑶*独立行为说认为，持有既有不同于作为的特点，也有不同于不作为的特点；作 为具有动的特征，不作为具有静的特征，持有则具有动静相结合的特征;作为与不作为并 不是A与非A的关系，将持有与作为、不作为相并列使之成为第三种行为形式并不违反 逻辑规则。［106〕英美刑法理论一般认为持有是一种状态，大陆法系国家的刑法理论则没有 争议地认为持有属于作为。

本书认为，持有属于作为。（1 ）持有是对特定物品的实力支配、控制，既然如此，就很 难以不作为来解释。最为明显的是，“携带”是持有的一种表现形式，但携带属于作为，这 也表明持有并非属于不作为。事实上，对特定物品（如赃物）的窝藏也是一种持有，但该 行为只能被认定为作为，而非不作为。（2）持有是通过对特定物品的实力支配创造危险 （如持有毒品），而不是在危险已经发生的情况下不阻止危险。所以，从实质上说，持有属 于作为。（3 ）刑法规定持有型犯罪吋，旨在禁止人们持有特定物品，进而禁止人们利用特 定物品侵害法益，而不是命令人们上缴特定物品。例如，甲发现乙将毒品放在自己家中 后，并未上缴至所谓有权管理毒品的部门，而是立即销毁了毒品。如果说持有属于不作 为，则甲的行为仍然成立非法持有毒品罪，因为他并没有履行上缴毒品的义务。但本书不 能赞成这种结论。正当的结论应是：由于甲发现毒品后并没有继续支配、控制毒品，故并 不成立非法持有毒品罪。（4）作为的特点是行为人实施了法律所禁止的行为，不作为的 特点是行为人没有履行应当履行的积极义务。在此意义上说，作为与不作为中的“作为” 并不是等同的含义，换言之，作为与不作为不是A与非A的关系。但是，从作为、不作为 与法律规范的关系上来看，一个单一的行为要么违反了禁止性规范，要么违反了命令性规 范，不可能违反的是授权性规范，因此，一个单一的行为要么是作为，要么是不作为。如上 所述，当一个犯罪的构成要件包含了多重单一行为吋，当然可以同时包含作为与不作为， 但持有并不属于包含多重单一行为的类型。（5）将持有认定为一种独立的行为方式，认 为同时包括了作为与不作为的特点，则意味着司法机关不仅应考察持有的作为方面，而且 必须同时考察是否符合不作为犯罪的条件。然而，就持有这种单一行为而言，既然能认定 为作为，就没有必要再讨论是否成立不作为。况且，寻找持有型犯罪的作为义务来源并非 易事，甚至不可能。

五、行为的时间、地点、状况及方法

行为是一种外部活动，离不开一定的时间与地点。时间与地点是行为的存在形式，没

〔**106］**参见熊选国：《刑法中行为论》，人民法院出版社1992年版，第125页。

（107］参见张智辉:《刑事责任通论》，警官教育出版社1995年版，第124页。

（1U8J参见储槐植:“三论第三种犯罪行为形式‘待有’ ”，载《中外法学》1994年第5期

第五章不法**163**

有时间与地点的行为是不存在的，但是，大多数犯罪不要求在特定的时间、地点实施；只 有少数犯罪要求在特定时间、地点实施。显然，在后一种情况下，应当说，不是对时间、地 点的要求，而是对行为本身的要求，或者说是对行为存在形式的要求。〔喇

行为总是在一定的状况下实施的。与时间、地点等概念相比，状况是一个综合性概 念,它包括了一定的时间、地点、环境与条件等。大多数犯罪不要求在特定状况下实施；少 数犯罪则要求在特定状况下实施。例如，刑法第136条要求“在生产、储存、运输、使用 中”发生重大事故。同样，在这种情况下，不是对状况本身的要求，而是对行为本身的要 求。

行为是人的身体活动，离不开一定的方法或手段。可以认为，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,使用暴力方法迫使被害人交付财物的，是 抢劫行为；以恶害相通告迫使被害人交付财物的，是敲诈勒索行为。因此,抢劫罪与敲诈 勒索罪对行为方法的要求不同。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1M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，犯罪的时间、地点、状况、方法与行为不可分离。现在的论著都将这些因素 从行为概念中抽出来，于是，行为便成为空洞的概念，行为本身也就不存在了，因而不可 取。

第四款行为对象

一、行为对象的概念

行为对象也叫犯罪对象（行为客体），一般是指实行行为所作用的物、人、组织（机 构）、制度等客观存在的现象。

首先,行为对象是物、人、组织、制度等客观存在的现象。物，是不以人的意志为转移 而客观存在的物质;物的存在形式是时间与空间，物的外在表现是状态;物包括有形物与 无形物。信息可以成为行为对象，在对信息的本质存在激烈争议的情况下，可以将信息视 为物。人，不仅指人的身体，还包括人的身份、状态等。组织包括法人、非法人团体、机构 等。制度，是指现存有效的政治、经济、文化等方面的体系。

其次,行为对象要么因为直接或者间接体现刑法所保护的法益（如法益的主体或者 法益的物质表现）而成为构成要件要素，要么因为类型化的需要而成为构成要件要素。 例如，法人的财物体现了法人对财物的占有、使用、收益、处分等权利，成为盗窃、诈骗等财 产罪的行为对象。再如，刑法分则第三章第三节根据伪劣产品的类型规定了不同的犯罪 类型。行为人所销售的各种伪劣产品本身既不是法益的主体，也不是法益的物质表现，却 是行为对象。

最后，行为对象必须被行为作用，物、人、组织、制度总是客观存在的，行为没有作用

〔**109**〕当人们说要购买杭州清明节前生产的龙井茶时，其中的地点与时间无疑是对茶叶本身的要求，而不是对茶 叶之外的某种要求。

**164**刑法学（第五版）

于它们时，它们不是行为对象;行为作用于它们时，它们才成为行为对象。“作用”的内容 主要是使对象的性质、数量、结构、状态等发生变化。

行为对象与组成犯罪行为之物不同。例如，贿赂是组成受贿罪、行贿罪之物,一般不 认为是行为对象;再如，赌资是组成赌博罪之物，通常不认为是行为对象。行为对象与行 为孳生之物有别。行为孳生之物，是指犯罪行为所产生的物。例如，行为人伪造的文书、 制造的毒品等，不是行为对象。因此，在走私、贩卖、运输、制造毒品罪中，相对于走私、贩 卖、运输而言，毒品可谓行为对象，但对于制造行为而言，所制造的毒品属于行为孳生之 物。行为对象与作为犯罪行为的报酬取得之物相异。例如，行为人杀人后从雇凶者处得 到的酬金或者物品，不是行为对象。此外，行为对象与供犯罪行为使用之物不是等同概 念。供犯罪行为使用之物主要是指犯罪工具。例如，使用伪造的信用卡进行诈骗时，伪造 的信用卡是供犯罪行为使用之物，而不是信用卡诈骗罪的对象。

在许多犯罪中，如何确定行为对象还存在疑问。例如，在销售伪劣产品的犯罪中，究 竟伪劣产品本身是行为对象，还是相应的合格产品是行为对象？在使用假币罪中，究竟假 币是行为对象，还是相应的真货币是行为对象？理论上的看法并不一致。如果认为作为 行为对象的物必须体现法益，就不能将犯罪行为对之施加了影响却不体现法益的物当做 行为对象。据此，销售伪劣产品的行为，实际上是以伪劣产品冒充相应的合格产品，即以 伪劣产品作用于合格产品，似应以合格产品作为行为对象。使用假币意味着以假币冒充 真货币，即以假币作用于真货币，按理真货币才是行为对象，真货币才体现货币的公共信 用。基于同样的理由，在假冒注册商标罪中，行为对象是他人已经注册的受法律保护的商 标，而不是假冒的商标本身。但本书认为，行为对象虽然与法益相关联，但并不必然是体 现法益的要素，有时是对行为定型的要求。联系故意的认识内容与事实（对象）认识错误 来考虑，宜将上述犯罪中的伪劣产品、假币、假冒的注册商标认定为行为对象。例如，行为 人误将假药作为一般伪劣产品予以销售的，属于抽象的事实认识错误;误将假币作为真币 而持有的，缺乏持有假币罪的故意。倘若不将上述犯罪中的伪劣产品、假币、假冒的注册 商标作为行为对象，就难以解决故意认识内容与事实认识错误问题。

就不少犯罪而言，如何表述行为对象的具体内容也需要研究。例如，故意杀人罪的行 为对象是人还是人的生命？故意伤害罪的行为对象是人还是人的身体？倘若认为应当分 别具体表述为人的生命与人的身体，则两罪的行为对象不同，但两罪的行为对象与各自的 保护法益相同;反之,则两罪的对象相同，但两罪的行为对象与各自的保护法益不同。再 如，侵犯财产罪的行为对象是财产还是其他内容？不同的回答，也影响行为对象与保护法 益的关系。例如，人们完全可以说，侵犯财产罪的行为对象是财产，保护法益也是财产。

有的犯罪只有一种行为对象，有的犯罪则有数种行为对象，这通常取决于行为是侵犯 一个法益还是数个法益。在行为侵犯数个法益的情况下，其行为对象也必然有数种。例 如，抢劫罪不仅侵犯财产，而且侵犯人身，其对象除了财物之外，还有被害人的人身。

是否任何犯罪都有行为对象，在刑法理论上存在争议，但不是一个重要问题。通说认 为，并非任何犯罪都有行为对象。不可否认，一般犯罪都具有行为对象，有疑问的是脱逃 罪，偷越国（边）境罪，组织、领导参加黑社会性质组织罪，组织、领导、参加恐怖活动组织 罪。如果说任何犯罪都有行为对象，则可以认为，脱逃罪、偷越国（边）境罪的行为对象是 行为人自身所处的状态，即行为人作用于自己身体所处的状态,或者说改疫自己所处的状

第五章不法**165**

态，因而侵犯了相应的管理秩序，成立犯罪。组织、领导黑社会性质组织或恐怖活动组织 的行为对象，应是被组织者、被领导者。参加黑社会性质组织或恐怖活动组织的行为对 象，则是行为人的身份，即行为人由原本不具有某种组织成员的身份改变为具有某种组织 成员的身份。概言之，如果将行为对象限定为物理的存在，那么，并非犯罪都有行为对象。 如果认为行为对象不限于物理的存在，则任何犯罪都有行为对象。

是否任何犯罪都有行为对象，与是否任何犯罪都要求特定的行为对象，是不同的问 题。即使认为任何犯罪都有行为对象，也不意味着任何犯罪都必须有特定的行为对象。

二、 行为对象的意义

行为对象在刑法上具有一•定的意义。

特定的行为对象在大多数犯罪中是构成要件的要素之一，行为只有作用于特定的对 象，才能构成犯罪。〔lw〕例如，刑法第262条的拐骗儿童罪，其行为对象只能是不满14周 岁的未成年人。刑法之所以规定某些行为作用于特定对象才构成犯罪，往往是因为只有 作用于特定对象的行为才值得科处刑罚。

当刑法分则基于法益的不同或者类型化的需要，针对不同行为对象规定了不同犯罪 时，特定的行为对象影响此罪与彼罪的区分。例如，盗窃公私财物的行为侵犯了财产，构 成盗窃罪；盗窃枪支、弹药的行为危害了公共安全，构成盗窃枪支、弹药罪；盗窃国家机关 公文的行为侵犯了公文的公共信用，构成盗窃国家机关公文罪。三者的行为方式都是窃 取，但窃取的对象不同，行为类型不同，罪名也不同。

行为的对象不同会影响罪行的轻重，因而影响量刑。许多犯罪虽不要求特定的对象， 但行为人具体选择的对象不同或者对象的特点、数量等不同，对说明犯罪的法益侵犯程度 起一定作用，从而影响量刑。例如，同是故意伤害罪，但伤害一般人与伤害孕妇、病人的危 害程度就有所不同，量刑也因此有所区别。

三、 行为对象与保护法益的关系

行为对象与保护法益的关系较为密切。行为对象与保护法益在某些场合也可能是同 一的。换言之，有些现象，从构成要件的角度来说是行为对象，但从刑法目的的角度来说 则是保护法益。我国刑法理论一般认为，行为对象反映保护法益（犯罪客体），保护法益 制约行为对象。但应注意的是，相同的对象在不同情况下，也会体现不同的法益。例如， 故意杀人罪与故意伤害罪的行为对象是人或者人的身体，二者是相同的，但故意杀人罪的 保护法益是人的生命，故意伤害罪的保护法益是人的身体健康。反之，保护法益相同时， 行为对象也不一定相同。例如，假冒注册商标罪与销售假冒注册商标的商品罪，保护法益 相同，但行为对象不同。

行为对象与保护法益具有明显区别：首先，一般来说，行为对象所呈现的是事物的外 部特征；而保护法益则是内在本质其次，根据本书的观点，特定的行为对象是许多犯罪 的构成要件要素;但保护法益本身不是构成要件要素。再次，行为对象并非在任何犯罪中

〔**110**〕对象的“特定”性是一个相对的概念。例如，故意杀人罪的对象是人（或人的生命），相对于其他犯罪而言，该 对象是特定的;但只要是人就可以成为本罪的对象，在此意义上说，该对象又不具有特定性。再如，拐骗儿 童罪的对象是特定的，仅限于不满14周岁的儿童（比故意杀人罪的对象更具有特定性），但只要是儿童便可 以成立本罪的对象，在此意义上说，该对象又不具有特定性。

**166**刑法学（第五版）

都受到侵害;而保护法益在一切犯罪中都受到了侵犯。最后，行为对象不具有法益所具有 的多种机能（法益具有刑事政策的机能、违法性的评价机能、解释论的机能、分类的机能 等）。

第五款结 果

一、 结果的概念与特征

刑法理论对结果（危害结果）存在不同的表述。从结果的范围来说，分歧在于行为造 成的现实危险状态是不是结果。本书认为，结果是行为给刑法所保护的法益所造成的现 实侵害事实与现实危险状态。

根据本书的观点，结果具有以下特点：（1）因果性。结果由行为造成，行为是原因，结 果是原因引起的后果。结果固然是行为造成的，但不能认为任何行为都必然造成结果。

（2）侵害性与危险性。结果是表明刑法所保护的法益遭受侵害或者威胁的事实，故可以 分为侵害结果与危险结果。如果某种事实现象并不反映行为对法益的侵害与威胁，即使 由行为所引起，也不是结果。（3）现实性。结果是行为已经实际造成的侵害事实与危险 状态。行为本身的危险不是结果。根据因果法则与实践经验判断认为行为终了后将会出 现的“结果”，只是一种推测，毕竟不是现实存在，不能归人结果。（4）法定性。作为构成 要件要素的结果，是刑法分则条文所规定的结果，而不是泛指任何结果。例如，破坏交通 工具的行为，“足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生颠覆、毁坏危险”时（参见刑法第 116条），才能认为发生了危险结果。如果破坏行为客观上不可能发生这种危险，即使造 成交通工具上的人员严重心理恐惧，也不能认定为造成了结果。（5）多样性。结果形形 色色、多种多样，结果的多样性是由行为的多样性、法益的多样性、行为对象的多样性等决 定的。但不论表现形式如何，只要已经出现的事实与状态是由行为造成的,并且说明行为 对刑法所保护的法益的侵犯性，该事实与状态就是结果。所以，结果并不限于物质性结 果。

二、 危险的性质

“危险”是否属于结果，还存在争议。要解决这一问题,首先必须明确危险的含义。

“危险概念是一个危险的概念。”f111〕这是因为危险概念具有多种含义。总的来说，危 险包括“行为人的危险”与“行为（广义）的危险”。前者是指行为人的人身危险性，也可以 称为再犯可能性;后者是指行为客观上对法益造成侵害的危险。显然，危险犯中的“危 险”是指后一种意义上的危险，即侵害法益的可能性与盖然性。后一种危险又可分为“行 为的危险”与“作为结果的危险”。行为的危险，是指行为本身所具有的导致侵害结果发 生的可能性，因而也可以称为行为的属性;作为结果的危险（危险结果），是指行为所造成 的对法益的威胁状态。根据这种划分，行为的危险是行为的属性，不属于结果;作为结果 的危险，是行为所造成的一种可能侵害法益的状态，因而属于结果。当然，在实践中有时 难以对二者做出区分。例如，在行为人持枪追杀被害人但没有击中这一过程中，难以区分 行为的危险与作为结果的危险。但是，从理论上说，行为本身的危险和行为造成的危险状

〔III〕［日］木村龟二:《新刑法读本》，法文社1959年版，第263页。

第五章不法**167**

态是存在区别的。在许多案件中，尤其是在隔离犯中，能够而且应当区分行为本身的危险 与行为造成的危险状态。例如，A在甲地邮局寄送毒药，旨在杀害住在乙地的B。A在甲 地寄送毒药时，具有行为的危险；只有当毒药已经寄送给B时，才产生作为结果的危险。 从法律上说，也存在作为结果的危险。例如，根据刑法第332条的规定，“违反国境卫生检 疫规定，引起检疫传染病传播或者有传播严重危险的”，构成犯罪。其中的“有传播严重 危险”就是行为已经引起了传播的危险状态，因而是作为结果的危险。当然，也不能因为 存在作为结果的危险，就否认行为本身的危险。刑法上的行为必须具有侵害法益的危险 性，否则不是行为。

刑法理论的通说认为，结果是对法益的侵害或侵害的危险=〔1|2〕显然，其中的“侵害的 危险”不是指作为行为属性的危险，而是指作为结果的危险。以对法益的现实侵害作为 处罚根据的犯罪属于侵害犯（实害犯），以对法益侵害的危险作为处罚根据的犯罪属于危 险犯。危险犯还可以进一步分为具体的危险犯与抽象的危险犯，至于区分标准则并不一 致。第一种观点认为，具体的危险犯是以发生危险作为构成要件要素的犯罪;抽象的危险 犯虽然也以发生危险作为处罚根据，但它是不以发生危险作为构成要件要素的犯罪。第 二种观点认为，具体的危险犯与抽象的危险犯都是以对法益侵害的危险作为处罚根据的 犯罪，但是，前者的危险是需要司法上具体认定的，后者的危险是立法上推定的。第三种 观点认为，具体的危险犯中的危险是行为所导致的一种状态，即作为结果的危险;抽象的 危险犯中的危险是行为本身的属性，即行为的危险。第四种观点认为，具体的危险犯与抽 象的危险犯的区别在于危险程度的差异，如前者是紧迫的危险，后者是缓和的危险。

本书认为，具体的危险犯中的危险,是在司法上以行为当时的具体情况为根据，认定 行为具有发生侵害结果的紧迫（高度）危险。例如，什么样的破坏行为具有足以使汽车发 生倾覆、毁坏的具体危险，需要根据汽车所处的状态、破坏的部位、破坏的程度等得出判断 结论。抽象的危险犯中的危险不需要司法上的具体判断，只需要以一般的社会生活经验 为根据，认定行为具有发生侵害结果的危险即可。可以认为，在具体的危险犯中，没有造 成实害只是一种偶然。抽象的危险实际上有不同的类型:第一，刑法分则条文类型化的紧 迫危险。这种抽象的危险，实质上也是紧迫的危险，只不过不需要司法上的具体判断**pi3〕** 例如，刑法第144条规定的销售有毒、有害食品行为，造成的都是紧迫危险，刑法条文将其 类型化为抽象的危险犯，不需要司法上的具体判断，只需要以一般的社会生活经验为根据 判断。再如，在道路上醉酒驾驶机动车的行为，具有类型化的紧迫危险。第二，刑法分则 条文拟制的危险。这种抽象的危险既可能是紧迫的危险，也可能是比较缓和的危险，但由 于难以预测和具体判断，刑法对其同等看待。例如，盗窃、抢夺枪支、弹药罪属于抽象的公 共危险犯，该危险既可能是紧迫的，也可能比较缓和，但刑法第127条将任何情形下的盗

〔II2〕参见［日］平野龙一:《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第118页。

⑴3〕日本刑法第108条规定：“放火烧毁现供人居住或者现有人在内的建筑物、火车、电车、船舰或者矿井的，处 死刑、无期或者五年以上惩役。”本条所规定的犯罪被公认为抽象的危险犯，但是其对人的生命的危险是紧 迫的，而不是缓和的。

**168**刑法学（第五版）

窃、抢夺枪支、弹药的行为，都拟制为具有公共危险的行为。〔114〕第三,预备犯的危险，也可 能被称为抽象的危险，这种危险是比较缓和的危险。上述三类抽象危险表明，抽象危险也 是一种构成要件的结果，主要表现为行为侵害了法益安全存在的条件或者法益主体自由 支配所必要的条件。需要说明的是，虽然抽象的危险是不需要司法工作人员具体判断的 危险，但是，如果具体案件中的特别情况导致行为根本不存在任何危险，则不能认定为抽 象的危险犯。例如，危险驾驶罪中的在道路上醉酒驾驶机动车的行为属于抽象的危险犯。 但是，如果行为人醉酒后深夜在没有车辆、行人通行的道路上驾驶机动车，不可能造成他 人伤亡的，不应认定为危险驾驶罪。

在我国，危险犯与侵害犯不是就罪名而言，而是就犯罪的具体情形而言。例如，故意 杀人既遂是侵害犯，但故意杀人未遂则是危险犯;刑法第114条所规定的放火等罪属于具 体的危险犯，但刑法第115条规定的放火等罪则属于侵害犯。当人们说放火罪是具体危 险犯时，是就第114条规定的放火罪而言，即只有发生具体的危险才可能成立刑法第1M 条的放火罪。刑法第115条规定的放火罪，则是在具备具体危险的前提下发生了严重后 果的侵害犯。

三、结果与构成要件类型

以上根据法益的侵害、危险的形态，将犯罪分为侵害犯与危险犯。事实上，结果与构 成要件类型具有密切关系。

（一）行为犯、结果犯与结果加重犯

1. 行为犯与结果犯的区分

行为犯与结果犯的区分标准并不统一，在国外刑法理论上存在不同观点。第一种观 点即以往的通说认为，两者的区分标准在于构成要件要素中是否包含结果，因此，构成要 件中只规定了行为内容或者行为进程的犯罪为行为犯，构成要件中规定了结果内容的就 是结果犯。第二种观点认为，行为犯与结果犯的区别在于行为终了与结果发生之间是否 具有时间上的间隔:结果犯在行为的终了与结果的发生之间具有时间上的间隔，而行为犯 则没有间隔。第三种观点认为，行为犯与结果犯的区别在于行为是否侵害了特定的行为 对象，对特定行为对象的侵害属于构成要件要素的犯罪就是结果犯，对特定行为对象的侵 害不是构成要件要素的犯罪便属行为犯。第四种观点反对行为犯的概念，认为只有结果 犯，没有行为犯。〔1|5〕我国刑法理论通常是在讨论犯罪既遂的标准时说明行为犯与结果犯 的区分。一般认为,行为犯，“指以法定犯罪行为的完成作为既遂标志的犯罪”；结果犯， “指不仅要实施具体犯罪构成客观要件的行为，而且必须发生法定的犯罪结果才构成既 遂的犯罪”

按照本书的立场，行为犯也必须具有侵犯法益的性质，否则不可能构成犯罪。如果认 为行为犯是只需要实施一定行为就成立的犯罪，则可能意味着不需要法益侵害与危险。 这会导致将没有侵犯法益的行为认定为犯罪，从而不当扩大处罚范围。其实，国内外刑法

⑴4〕甚至可以认为，抽象的危险犯还包括刑法拟制的实害。例如，侮辱、徘谤罪一般会造成被害人名誉的贬损， 但由于这种实害无法具体判断，所以，刑法理论一般认为，侮辱、诽谤罪是抽象的危险犯。其实，这种情况下 的拟制不是对危险的拟制，而是对实害的拟制。

（115）参见张明楷:《法益初论》，中国政法大学出版社2003年修订版，第346页。

**»16］**高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2016年第7版，第149页。

第五章不法**169**

理论事先已经确定了行为犯、结果犯的具体范围，即哪些犯罪属于行为犯、哪些犯罪属于 结果犯已经被固定化，如非法侵人住宅罪、伪证罪属于行为犯，故意杀人罪、盗窃罪等属于 结果犯（少数犯罪还存在争议），然后根据这种已经固定化的分类说明其分类标准。既然 如此，本书便认为前述第二种观点所提出的分类标准具有合理性。即行为犯是行为与结 果同时发生的犯罪，因果关系不成其为问题;结果犯则是行为与结果之间具有时间间隔的 犯罪，需要认定行为与结果之间的因果关系。［|17］

需要说明的是，行为犯既可能是侵害犯，也可能是危险犯。［H8〕例如，非法侵人住宅罪 既是行为犯也是侵害犯。再如，倘若认为伪证罪的保护法益是刑事司法的客观公正性，那 么，伪证罪就既是行为犯也是危险犯。**cn«**

1. 结果加重犯

结果加重犯，亦称加重结果犯，是指法律规定的一个犯罪行为（基本犯罪），由于发生 了严重结果而加重其法定刑的情况。故意伤害致死是其适例。结果加重犯的法定刑过 重，是世界范围内的普遍现象。但过重的法定刑不一定具有合理的根据，故本书主张严格 限制结果加重犯的成立范围

（1） 实施基本犯罪行为，但造成了加重结果。根据结果加重犯的构造,结果加重犯应 是对基本犯罪行为对象造成加重结果。例如，只有对故意伤害对象造成死亡的，才属于故 意伤害致死。但对行为对象的范闱不能作僵硬的限制，而应注意认识错误的情形以及基 本犯罪行为的特点。例如，A本欲伤害B,但由于发生认识错误而伤害C,导致C死亡的， 原则上也成立结果加重犯。又如，甲实施放火行为，因过失导致他人重伤、死亡的，也应认 定为结果加重犯。加重结果，并不是泛指不同于基本犯结果的任何结果，而是在程度与性 质上重于基本犯结果的结果。在我国，加重结果主要表现为以下几种情形：其一，基本犯 为抽象的危险犯，而行为导致抽象的危险发展为侵害结果时,该结果可能成为基本犯的加 重结果。生产、销售有毒、有害食品，对人体健康造成严重危害结果的，属于这种情形。其 二，基本犯为具体的危险犯，而行为导致具体的危险发展为侵害结果时，该结果是基本犯 的加重结果。放火致人死亡的，属于这种情形。其三，基本犯为实害犯，行为导致性质相 同且更为严重的实害时，该严重实害是基本犯的加重结果。伤害行为造成重伤或者死亡 的，属于这种情形。其四，基本犯为实害犯，行为造成了性质更为严重的结果（对更重要 的法益造成了侵害）时，该严重结果可能属于基本犯的加重结果。强奸、抢劫致人重伤、 死亡的，属于这种情形。

（2） 加重结果不仅应当归属于基本犯罪行为，而且与基本犯罪行为之间具有直接性 关联。结果加重犯的成立，不仅要求加重结果与基本犯罪行为之间满足后述因果关系与

（117］如果否定已经固定化了的行为犯与结果犯的分类，完全重新确立其分类标准与范围，则是另一回事。例如， 完全能够以犯罪的成立（而非既遂）是否宙要发生侵害结果为区分标准，发生侵害结果才构成犯罪的，是结 果犯，如过失致人死亡罪.滥用职权罪等;这种结果犯只有是否成立的问题，而不可能存在犯罪既遂、未遂. 中止与预备之分;没有发生侵害结果也构成犯罪的，就是行为犯，如故意杀人罪，抢劫罪，这种行为犯则存在 犯罪既遂、未遂、中止与预备之分。根据这种标准所分出的行为犯，虽然不以发生侵害结果为必要，但行为 也必须威胁了法益。

〔1间本书不赞成行为犯都是抽象危险犯的观点。

〔119〕如若认为伪证罪的保护法益是司法过程的纯洁性，那么，伪证罪既是行为犯也是侵害犯。

〔**120**〕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年第1期，

**170**刑法学（第五版）

结果归属的要求，而且要求加重结果是基本行为的高度危险的直接现实化。如果具有高 度危险的基本行为没有直接现实化为加重结果，即使产生了加重结果，也不能认定为结果 加重犯。例如，刑法第117条规定：“破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或 者进行其他破坏活动，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。”第119条规定：“破坏……交通设施…… 造成严重后果的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”显然，后者是前者的结果加 重犯。从两条的表述就可以看出，只有当破坏交通设施的行为产生了使交通工具发生倾 覆、毁坏的危险，这种危险现实化为他人的重伤、死亡等严重后果时，才能适用第119条的 规定。如果破坏交通设施的行为虽然产生了使交通工具发生倾覆、毁坏的危险，但这种危 险并没有现实化，或者现实所发生的实害并不是因交通工具发生倾覆、毁坏危险所致，则 不成立破坏交通设施罪的结果加重犯。例如，甲在使用铁锤毁坏铁轨时，导致螺丝钉砸中 行人乙的头部，造成乙的死亡结果。可以肯定的是，甲破坏交通设施的行为造成了乙死亡 的加重结果。但是，该结果并不是由于交通工具倾覆、毁坏所致，因此，对甲不能适用刑法 第119条，而只能认定为破坏交通设施罪的基本犯与过失致人死亡罪的想象竞合。

总的来说，就致死类型的结果加重犯而言，要以致命性的实现的有无为标准进行判 断、如果是后行为或者其他因素导致基本行为与加重结果缺乏直接性关联的，不能认定 为结果加重犯。其一，行为人在实施基本行为之时或之后，被害人自杀、自残或因自身过 失等造成严重结果的，因缺乏直接性要件，不能认定为结果加重犯。例如，强奸行为引起 被害人事后自杀身亡的，不应认定为强奸致人死亡。又如，行为人对被害人实施轻伤行 为，被害人在逃跑过程中不慎从二楼窗户掉下摔死的，不成立故意伤害致死。其二，基本 行为结束后，行为人的其他行为导致严重结果发生的，不应认定为结果加重犯。例如，行 为人对他人实施暴力造成重伤后，随手将烟头扔在地上引起火灾将被害人烧死。基本行 为与被害人的死亡之间不存在因果关系，不能认定为故意伤害致死，只能认定为故意伤害 罪与失火罪（或过失致人死亡罪）。其三，在故意伤害等暴力案件中，伤害行为仅造成轻 伤结果，但由于医生的重大过失行为导致死亡的，或者虽然伤害行为造成了重伤结果，但 由第三者的故意或者过失行为直接造成被害人死亡的，不能认定前行为与加重结果之间 具有直接性关联。例如，甲重伤乙后潜逃，并无通谋的甲的亲属阻止乙的亲属救助乙，导 致乙流血过多而死亡的，甲的行为不成立故意伤害致死。其四，非法拘禁、拐卖妇女或儿 童等行为，必然引起警方的解救行为，故正常的解救行为造成被害人伤亡的，应将伤亡结 果归责于犯罪人。但是，如果警方由于判断失误,导致其解救行为造成被害人死亡的（如 误将人质当做犯罪人而射击），则不能认定为结果加重犯。同样，在放火案件中，放火行 为必然导致消防人员的灭火行为，故消防人员正常的灭火行为仍然不能避免消防人员死 亡的，具备直接性要件，应认定为放火致人死亡。但是,如果消防人员对情势判断失误，异 常灭火行为导致自身死亡的，则不能将该死亡结果归责于放火者。

（3）对基本犯罪具有故意或者过失，对加重结果至少有过失。首先，行为人对基本犯 罪一般持故意。但对基本犯罪持过失时，也可能是结果加重犯。从理论上说，没有理由将 基本犯罪限定为故意犯罪。从刑法规定来看，也存在对基本犯罪持过失的结果加重犯 （如刑法第132条）。就对基本犯持故意的结果加重犯而言,行为人必须对为基本行为的 高度危险性提供基础的事情具有认识。例如，行为人原本是想以木棒实施轻微的殴打行

第五章不法**171**

为，但实际上所使用的是锐利的凶器，进而导致被害人死亡。再如，行为人对被害人的身 体进行轻微的冲撞,但背后是很陡的台阶，被害人跌倒后造成死亡结果。如果行为人没有 认识到自己使用了锐利的凶器、没有认识到被害人背后有很陡的台阶时，即使对伤害行为 自身具有故意，也不能认定为故意伤害致死的结果加重犯，只能认定为故意伤害罪的基本 犯与过失致人死亡罪的想象竞合。〔121〕

其次，对加重结果至少有过失(预见可能性)。其中，部分结果加重犯要求对加重结 果持过失，如故意伤害致死。如果行为人对死亡结果持故意，则成立故意杀人罪，而不是 故意伤害罪的结果加重犯。部分结果加重犯对加重结果既可以是过失也可以是故意，如 抢劫致人重伤、死亡的，属于结果加重犯，行为人对重伤、死亡既可能是过失，也可能是故 意。〔122〕这需要根据犯罪的性质以及法定刑、犯罪之间的关系进行判断，得出正确结论。 在行为人对加重结果持故意的情况下，如果没有发生加重结果，就成立结果加重犯的未 遂。

诚然，要在司法实践中贯彻“对加重结果至少有过失”的原则，还存在障碍。其一，行 为人实施基本犯罪导致加重结果时，如果因为行为人不能预见加重结果，便只以基本犯罪 论处，是否有悖国民的法感情？如何认定基本犯罪的结果？例如，当伤害行为导致被害人 因唯一的致命伤而死亡，行为人又不能预见死亡结果时，是认定为故意轻伤还是故意重 伤？其二，刑法分则所规定的结果加重犯，都是因为基本犯罪行为通常可能导致加重结果 而加重刑罚。这说明刑法已经限定了结果加重犯的范围，结果加重犯的成立并非漫无边 际。既然如此，就说明实施基本犯罪行为的人通常能够预见加重结果，因而理当具有过 失。果真如此，要求行为人对加重结果具有过失，就实属多余。

尽管如此，刑法理论与司法实践仍应坚持“对加重结果至少有过失”的原则。首先， 由于责任主义是不可动摇的原则，所以，对于行为人没有过失所造成的加重结果当然不能 归责于行为人，如同对意外事件不以犯罪论处一样。在伤害行为造成了死亡结果但行为 人对死亡结果没有预见可能性的情况下，认定为故意伤害罪并适用重伤的法定刑，符合责 任主义原则。其次，虽然刑法分则所规定的结果加重犯限于基本行为通常可能导致加重 结果的情形，但不排除行为人在特殊情况下不能预见加重结果的发生。所以，司法机关仍 需具体判断行为人是否对加重结果有过失。

1. 刑法就发生加重结果加重了法定刑。加重法定刑，是相对于基本犯罪的法定刑 而言，即结果加重犯的法定刑高于基本犯罪的法定刑。如果刑法没有加重法定刑，结果再 严重也不是结果加重犯。例如，遗弃行为致人重伤或死亡的，因为没有加重法定刑，不成 立结果加重犯。再如，绑架致人死亡的，因为没有加重法定刑，也不成立结果加重犯。

由于刑法对结果加重犯规定了加重的法定刑，故对结果加重犯适用加重的法定刑，而 不能实行数罪并罚。需要注意以下两点：其一，司法解释虽然没有将结果加重犯确定为独 立的罪名，导致结果加重犯与基本犯的罪名相同，但刑法分则完全可能将原本应属于结果 加重犯的情形规定为另一种独立的犯罪。例如，刑讯逼供过失致人死亡的，原本应属于结

**(121］**参见［日］井田良:《讲义刑法学•总论》，有斐阁2008年版，第228页。

022］本书认为，不应存在对基本犯罪持过失，而对加重结果持故意的结果加重犯；否则会造成罪刑不协调的 现象。

**172**刑法学（第五版）

果加重犯，但刑法第247条将其拟制规定为故意杀人罪（参见第十七章第三节）。其二， 在对加重结果既可以持过失也可以持故意的情况下，如果行为人故意造成加重结果的，成 立结果加重犯与加重犯罪的想象竞合。例如，为了抢劫财物故意杀人后立即取走财物的， 是抢劫罪的结果加重犯与故意杀人罪的想象竞合。

（二）即成犯、状态犯与继续犯

从结果的发生与犯罪的终了的关系，可以将犯罪分为即成犯、状态犯与继续犯（均从 既遂角度而言）。即成犯，是指一旦发生法益侵害结果，犯罪便同时终了，犯罪一终了法 益就同时消灭（法益受到侵害但违法状态没有继续）的情况。故意杀人罪便是如此。状 态犯，是指一旦发生法益侵害结果，犯罪便同时终了，［12«但法益受侵害的状态仍在持续的 情况。如盗窃罪、故意伤害罪。继续犯（持续犯），是指在法益侵害的持续期间，实行行为 在持续进行，或者结果在持续地发生，或者说构成要件符合性在持续的情况。非法拘禁罪 是其适例。〔124〕在继续犯的场合，犯罪既遂并不等于犯罪终了。这种犯罪的分类，对于共 犯与罪数的认定，以及追诉时效的计算等都具有意义（参见第九章第二节）。

四、结果的种类与地位

由于结果具有多样性，故有必要对其进行分类，以便深入理解结果的内涵与意义。

（一） 侵害结果与危险结果

侵害结果，是指行为对法益造成的现实侵害事实。如死亡是杀人行为的侵害结果，身 体的伤害是伤害行为的侵害结果。危险结果，是指行为对法益造成的现实危险状态。如 杀人行为使被害人的生命处于危险状态，就意味着杀人行为发生了危险结果。在大多数 情形下，结果是指侵害结果。刑法条文中的结果，多数是指侵害结果。例如，刑法第24条 第1款规定：“在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪 中止。"这里的“犯罪结果”一般是指侵害犯中的侵害结果。［|25］

（二） 物质性结果与非物质性结果

物质性结果，是指现象形态表现为物质性变化的结果，它往往是有形的，可以具体认 定和测量。如致人死亡、致人伤害、毁损财物等，都是物质性结果。非物质性结果，是指现 象形态表现为非物质性变化的结果，它往往是无形的，不能或难以具体认定和测量。如对 名誉的毁损、对司法客观公正性的妨害等，属于非物质性结果。应当注意的是，非物质性 结果也是行为造成的现实侵害事实或危险状态。不过，对非物质性结果的认定常常具有 拟制或推定性质。例如，侮辱行为是否造成了毁损他人名誉的结果，几乎不可能测量，故 只要行为人实施了一定的侮辱行为，就会认定发生了毁损他人名誉的结果。司法机关应 当充分认识到，非物质性结果也是构成要件结果。例如，不能说侮辱罪没有结果，不能认 为受贿罪没有结果，不能认为伪证罪没有结果。

〔**123**〕这一点并不绝对。例如，故意伤害时，一般来说造成了伤害结果时就成立既遂，犯罪也同时终了。但是，在 行为人使他人服用伤害身体的毒药，虽然行为终了且造成了伤害结果时，如果毒药继续发挥作用使伤害结 果扩大或者加重时，可以认为故意伤害罪尚未终了（参见［日］西田典之：《刑法总论》，弘文堂2010年第2 版，第87页）。

〔**124**〕一般认为，甲将乙拘禁在某房间后，即使其离开现场或者丧失了意识，也应认为其非法拘禁的实行行为在持 续。这一点，既可以用甲一直不履行释放乙的作为义务来说明，也可以用侵害结果一直在持续发生来说明。

［125）在本书中，如无特别说明，“结果”一般是指侵害结果，但不排除有时包含危险结果.恳请读者合理判断。

第五章不法**173**

（三） 严重结果与非严重结果

根据刑法分则条文的规定，严重结果，通常是指致人重伤、死亡或者使公私财产遭受 重大损失，以及使其他重大法益遭受严重损害。严重结果既可能表现为严重犯罪的基本 结果（如故意杀人罪中的致人死亡），也可能表现为基本犯罪的加重结果（如抢劫罪中的 致人死亡）。过失行为造成严重结果的，才构成犯罪。非严重结果，一般是指致人轻伤， 使公私财产遭受较小损失以及使其他一般法益遭受损害。当然，结果是否严重，还要联系 具体犯罪进行分析。在故意犯罪中，结果是否严重，既可能影响犯罪的成立，也可能影响 法定刑是否升格，当然也影响在同一法定刑内的量刑。同样的结果，相对于此罪而言是严 重结果，相对于彼罪而言可能被认为是非严重结果。

（四） 属于构成要件要素的结果与不属于构成要件要素的结果

显然，这种分类标准及其分类结果,取决于对构成要件以及结果本身的理解。

1. 如果认为构成要件以既遂为模式，而且法定刑升格条件也是加重犯的构成要件，那 么，大体可以认为，所有的结果都是构成要件要素的结果，几乎不存在不属于构成要件要 素的结果。
2. 如果认为构成要件以既遂为模式，但法定刑升格条件不是构成要件，那么，基本结 果就是属于构成要件要素的结果，加重结果就不是构成要件要素的结果。

3 .如果认为构成要件并非以既遂为模式，只是成立任何形态的犯罪的最低客观条件， 那么，属于构成要件要素的结果，是指成立某一具体犯罪所必须具备的结果;如果行为没 有造成这种结果，就不构成犯罪（也不成立未遂、中止等）。例如，根据刑法第397条的规 定，国家机关工作人员的滥用职权行为，只有造成了公共财产、国家与人民利益的重大损 失，才构成滥用职权罪。这里的“重大损失”，就是属于构成要件要素的结果。根据刑法 总则第15条以及分则条文的有关规定，过失犯罪均以发生特定的结果作为构成要件要 素。属于构成要件要素的结果，均有其特定内容。例如，在过失致人重伤罪中，重伤是属 于构成要件要素的结果;在某种意义上说，致人轻伤也是结果，但它不是过失致人重伤罪 的构成要件要素的结果。反之，在过失致人死亡罪中，致人死亡是属于构成要件要素的结 果;致人轻伤与重伤则不可能是过失致人死亡罪的构成要件要素的结果。不属于构成要 件要素的结果，则是构成要件之外的结果，即不是成立犯罪所必须具备的结果。这种结果 是否发生以及轻重如何，并不影响基本犯罪的成立；只是在行为构成犯罪的基础上，对反 映罪行轻重起一定作用，因而影响法定刑是否升格以及同一法定刑内的量刑轻重。例如， 抢劫罪的成立并不要求发生致人重伤、死亡的结果，故重伤、死亡不属于抢劫罪基本构成 要件要素的结果；即使抢劫行为导致他人重伤、死亡，该结果也是抢劫罪基本构成要件之 外的结果。但由于发生该结果的抢劫行为比未发生该结果的抢劫行为的危害严重，故刑 法对前者规定了较重的法定刑。在此意义上说，致人重伤、死亡是抢劫罪的加重构成要件 内的结果。

本书认为，侵害结果并不是一切犯罪都必须具备的要素，所以，侵害结果不是共同构 成要件要素。因为危险犯的成立并不以发生侵害结果为要件。但是，根据结果无价值论 的观点，任何犯罪的成立至少必须发生危险结果，所以，危险结果是共同构成要件要素。 我国刑法理论的传统观点认为，行为犯不以结果发生为要件。但如前所述，在行为犯中， 由于行为与结果同时发生，所以，只是不需要认定因果关系，而不意味着行为犯中不存在

**174**刑法学（第五版）

结果。另一方面，在行为犯中，作为处罚根据的依然是行为的结果，而不是行为的样态本 身。此外需要说明的是，不能将行为的任何结果都当做刑法上的结果。刑法上的结果，即 使是不属于构成要件要素的结果，也必须是刑法规范阻止的结果。例如，将行为所造成的 社会影响当做刑法上的结果，就是不妥当的。[126]

（五）作为选择法定刑根据的结果与在法定刑内影响量刑的结果

在一切犯罪中，结果对量刑都起影响作用。因为结果是反映法益侵害程度的事实现 象，当然会影响量刑（以行为人对结果具有责任为前提）。就与法定刑的关系而言，结果 对量刑的影响作用表现为两种情况：（】）作为选择法定刑幅度的根据。例如，刑法第234 条根据伤害行为造成的结果不同，规定了三个幅度的法定刑。法官应根据伤害程度选择 不同的法定刑。（2）在既定的法定刑范围内影响量刑。当刑法没有将结果规定为法定刑 升格或者降低条件时，结果的轻重便是酌定量刑情节。例如，同是过失损毁国家保护的珍 贵文物，甲使大量的珍贵文物遭受损毁，乙使少量的珍贵文物遭受损毁（以构成犯罪为前 提），这便是法官在量刑时应斟酌考虑的情节。

第六款因果关系与结果归属

一、我国传统的因果关系理论

我国传统刑法理论所讨论的因果关系，〔|27〕是指危害行为与危害结果之间的一种引起 与被引起的关系。其中的“引起"者是原因（危害行为），“被引起”者是结果（危害结果）， 而因果“关系”本身不包括原因与结果，只包含二者之间的引起与被引起的关系。™

由于因果关系是事物之间的一种引起与被引起的关系，这种关系本身是客观的，不依 任何人的意志为转移，于是，因果关系的有无，只能根据事物之间的客观联系进行判断，因 而是一种事实的判断。正因为如此，我国传统刑法理论将哲学上的因果关系理论运用到 刑法中来，形成了必然因果关系说与偶然因果关系说的争论。

必然因果关系说认为，当危害行为中包含着危害结果产生的根据，并合乎规律地产生 了危害结果时，危害行为与危害结果之间就是必然因果关系；只有这种必然因果关系，才 是刑法上的因果关系。据此，因果关系具有以下特点：（1）作为某种原因的行为必须具有 危害结果发生的实在可能性，这是该行为与危害结果之间具有因果关系的必要前提;所谓

〔**126**〕参见张明楷:“论影响责任刑的情节"，载《清华法学》2015年第2期，

**[127**〕我国刑法理论对因果关系有不同的称谓.如犯罪因果关系、刑法中的因果关系等。不同的称谓，反映出人们 对因果关系的不同看法。有人汄为，刑法上的因果关系是研究犯罪行为与犯罪结果之间的因果关系；有人 提出，刑法上的因果关系是研究行为与危害结果之间的因果关系；有人认为，刑法上的因果关系是研究违法 行为与危害结果之间的因果关系；有人指出，刑法上的因果关系是研究危害行为与危害结果之间的因果关 系。之所以出现上述不同观点，是由于有的人从认定的角度考察因果关系的研究范围，有的人从结局上考 察因果关系的研究对象。可以认为,从汄定的角度考察是研究人的行为与结果之间的关系；从结局上考察 是研究犯罪行为与犯罪结果之间的因果关系。例如，在已发生某种结果的情况下，必须先查明由谁的行为 造成。如果查明是甲的行为造成，然后便进一步考察甲的行为是否符合构成要件、是否具备责任要素。如 果其中有否定结论，则司法机关不将此案件作为犯罪处理。在这种情形下，实际上已经考察了因果关系„ 如果都得出青定结论，则认为甲的行为符合犯罪构成，只是因为原因是犯罪行为、结果是犯罪结果，联结二 者的关系就具有了犯罪因果关系的性质。

[128]不过，讨论因果关系时，又不可能完全脱离原因与结果本身。

第五章不法**175**

某种行为具有危害结果发生的实在可能性，是指该行为中存在着使危害结果发生的客观 根据;如果该行为不具有使危害结果发生的客观根据，那它就不是结果发生的原因，只能 是结果发生的条件。（2）具有上述实在可能性还不能说明具有因果关系，只有当具有结 果发生的实在可能性的某一现象已经合乎规律地引起某一结果的发生时，才能确定某一 现象与所发生的结果之间具有因果关系。如果某一现象虽然有发生结果的实在可能性， 但在其发展过程中，偶然地与另一因果性的锁链联系在一起，以致由另一现象合乎规律地 产生这一结果时，那么，前一现象和所发生的结果之间就没有因果关系。（3）因果关系只 能是在一定条件下的因果关系。因此,在确定某种行为与某种结果之间是否具有因果关 系时，不能脱离该行为实施时的具体条件孤立地进行考察，而应联系当时的具体条件进行 判断。

大体可以认为，行为与结果之间具有必然因果关系时，一般可以将结果归属于行为。 但应看到，必然因果关系说有三个缺陷:首先，这种学说提出的认定标准只是对部分案件 具有可操作性。人们很难判断行为中是否包含着结果产生的根据，很难断定行为导致结 果是否合乎规律，因为许多规律还并没有被人们认识和掌握。其次，这种学说似乎不当缩 小了处罚范围。因为在科学发展的今天，一些人会通过制造条件的方式实现犯罪，但必然 因果关系说却不自觉地将这种行为排除在原因之外。最后，这种学说基本上是事实判断, 没有联系刑法目的进行规范判断

偶然因果关系说的基本观点是，当危害行为本身并不包含产生危害结果的根据，但在 其发展过程中偶然介人其他因素，由介人因素合乎规律地引起危害结果时，危害行为与危 害结果之间就是偶然因果关系，介人因素与危害结果之间是必然因果关系;必然因果关系 与偶然因果关系都是刑法上的因果关系。该学说还认为，不能将条件与原因绝对分开，条 件是相对于根据而言的，条件和根据都是原因，只是处于不同的等级和层次而已。从重要 性来说，与根据相比，条件是次要的、第二位的；但就必要性来说，条件与根据都是不可缺 少的。只有根据和条件相互作用，才能产生结果。只有根据没有条件，结果就不会发生， 也就谈不上原因。［|30〕

由此可见，偶然因果关系说有利于克服必然因果关系说的前述第二个缺陷。但是，上 述情况能否称为“偶然因果关系”，如何判断“偶然因果关系”，还值得研究。此外,偶然因 果关系说基本上也是事实判断，同样缺乏规范判断。

二、国外的因果关系学说与客观归责理论

（一）国外的因果关系学说

这里所称的因果关系学说，是指除客观归责理论之外的学说。⑽〕

1. 条件说

条件说认为，行为与结果之间存在着“没有前者就没有后者”的条件关系时，前者就 是后者的原因。条件说认为，条件关系是指实行行为与结果之间的关系，因此，即使预备 行为产生了结果，也不存在因果关系例如，甲为了毒死朋友乙，向装有红酒的酒杯中投

〔129〕参见高铭暄主编:《刑法学》（修订本），法律出版社1984年第2版，第129页以下 〔130〕参见李光灿、张文、龚明礼:《刑法因果关系论》，北京大学出版社1986年版，第99页以下 （131）应当注意的是，这些学说或多或少包含了客观归责理论的内容。

**176**刑法学（第五版）

放毒药后，将酒杯放在自己家里的书架上，但碰巧丙到甲家访问，发现书架上杯中的红酒， 将红酒一饮而尽后死亡。由于甲没有故意杀人的实行行为，所以不成立故意杀人既遂，而 是过失致人死亡与故意杀人预备的竞合。条件关系所说的结果，只限于现实产生的结果。 例如，甲开车撞了乙，依受伤的程度判断乙将在5小时后死亡，但2小时后乙被丙开车撞 死。在此，作为条件关系的结果，是2小时后的死亡结果，而不是5小时后的死亡结果。

条件说受到了批判，条件说的主张者相应地也做出了回答。

批判之一:采取条件说会扩大处罚范围。例如，甲打伤乙后，乙在去医院的途中被车 轧死，甲的行为与乙的死亡之间具有条件关系，故甲应当对乙的死亡负责。这便不合理地 扩大了处罚范围。条件说的回答是：条件说虽然对因果关系的范畴确定得较广，但不会导 致处罚范围的扩大。因为是否受处罚，不只取决于有无行为、结果及其因果关系，还取决 于有无故意与过失。在上例中，甲对乙的死亡没有故意与过失，故不对乙的死亡负责。但 是，条件说的回答仍存疑问。一方面,条件说似乎想在责任层面解决不法问题;另一方面, 按照条件说的观点，倘若甲能够预见乙可能被车轧死，则应当承担故意伤害致死的刑事责 任，这恐怕不合适。

批判之二：即使主张由故意与过失限定处罚范围，但在发生了结果时，也会扩大处罚 范围。例如，甲意欲致乙死亡，便劝乙乘坐火车，期待乙在偶然的事故中死亡，乙果真死于 火车事故。甲的劝说行为与乙的死亡之间具有条件关系，但让甲对乙的死亡负责则不合 理。条件说的回答是:虽然甲具有杀人的故意，但其劝说乙乘坐火车的行为不是实行行 为，故不可能成为条件关系中的条件，当然不可能成立犯罪。

批判之三:如果前行为是结果发生的条件，但在因果关系的发展进程中介人其他行为 或者因素，导致了结果发生，那么，让作为条件的前行为承担责任，也不具有合理性。例 如，甲欲杀乙，但只造成了乙的轻伤，乙在住院期间，由于地震导致医院起火而被烧死。让 甲负杀人既遂的责任则没有道理。条件说起先对此提出了中断论:在因果关系的发展进 程中，如果由于介人的第三者的行为、被害人的行为或者某种自然事实导致了结果发生， 那么前行为与结果之间的因果关系便中断。据此，上述甲的行为与乙的死亡之间的因果 关系便中断（只有采取条件说，才能主张中断论）。由于中断论有自相矛盾之嫌，故有学 者提出了禁止溯及的理论，即如果自由且有意识的行为成为结果发生的条件，就禁止往前 追溯原因，亦即先行条件不再是原因。

1. 原因说

原因说主张以某种规则为标准.从导致结果发生的条件中挑选出应当作为原因的条 件，只有这种原因与结果之间才存在因果关系。如有人主张最后的一个条件是原因，有人 认为异常的行为是原因，有人提出决定结果发生方向的条件是原因,有人提倡最有力的条 件是原因，如此等等。但是，要从对结果起作用的诸多条件中挑选一个条件作为原因，不 仅是极为困难和不现实的，而且会导致因果关系认定的随意性。况且，结果的发生，并非 总是依赖于一个单纯的条件，在不少情况下，应当承认复数条件竞合为共同原因。所以， 原因说在大陆法系国家刑法理论中已经没有地位。

1. 相当因果关系说

相当因果关系说是基于条件说过于扩大因果关系的范围而产生的。该说认为，根据 一般社会生活经验,在通常情况下，某种行为产生某种结果被认为是相当的场合，行为与

第五章不法**177**

结果之间就具有因果关系。“相当”是指该行为产生该结果在日常生活中是一般的、正常 的，而不是特殊的、异常的。相当因果关系说具有两个特色:一是排除条件说中不相当的 情况，从而限定刑法上的因果关系范围；因为相当因果关系的认定，是在行为与结果之间 具有条件关系的前提下，附加了“相当性”的要求。二是以行为时一般人的认识为标准判 断行为与结果之间是否具有相当性。关于相当性的判断基础,理论上有三种学说:客观说 主张以行为时的一切客观事实作为基础进行判断；主观说主张以行为人认识到或可能认 识到的事实为基础进行判断;折中说主张以一般人能认识到的以及行为人特别认识到的 事实为基础进行判断。例如，甲的行为导致乙受轻伤，乙是血友病患者，因流血不止而死 亡。客观说认为，既然行为时乙患有血友病，不管甲是否知道这一事实，甲的行为与乙的 死亡之间具有因果关系。主观说认为，如果甲知道或者应当知道乙是血友病患者，则甲的 行为与乙的死亡之间具有因果关系；否则不具有因果关系。折中说认为，如果行为时一般 人能知道乙是血友病患者或者甲特别知道乙是血友病患者，则甲的行为与乙的死亡之间 具有因果关系；否则不存在因果关系。

相当因果关系说是日本刑法理论的通说。在日本，相当因果关系说中的折中说曾占 支配地位。但是，折中说与主观说一样，使因果关系的有无取决于行为人与一般人认识的 有无，这与因果关系的客观性相矛盾，正因为如此，客观说成为有力的学说，有逐步取代折 中说而占支配地位之势。〔132〕

1. 合法则的条件说

合法则的条件说认为，因果关系并不是“没有该行为就不会发生该结果”的关系；只 有根据科学知识，确定了前后现象之间是否存在一般的合法则的关联后，才能进行个别 的、具体的判断。换言之，在认定因果关系时，首先确认存在一般的因果关系（因果法 则），即确认是否存在可以适用于特定个案的自然科学的因果法则；然后认定“具体的因 果关系”，即确认具体的事实是否符合作为上位命题的因果法则。所以，合法则的条件说 所称的“合法则”，并不是指条件说所主张的逻辑性条件，也不是指相当因果关系说所称 的生活经验，而是指当代知识水平所认可的法则性关系。易言之，因果法则关系的存在， 必须得到当代最高科学知识水平的汄可，如果根据这种科学知识难以理解，则不能承认因 果关系。当然，如果经验法则与科学法则并不矛盾，这种经验法则也包含在“合法则”中。

根据合法则的条件说，行为导致有特殊体质的被害人伤亡的，具有因果关系；在后述 假定的因果关系、重叠的因果关系的场合，也具有因果关系。合法则的条件说否定因果关 系中断论,换言之，因果关系中的结果并不因第三人的故意或过失的介人而被否认；至于 因果关系的断绝，合法则的条件说则认为没有因果关系。

合法则的条件说,同样是为了限制因果关系的范围。当然，很难认为合法则的条件说 为所有案件提供了明确、具体的判断标准。

1. 重要说

重要说明确区分由条件说认定的因果关系与具体结果的发生在法律上的重要性。重 要说不像相当因果关系说那样，将因果关系限定在相当的范围内，而是在承认条件说所确 定的条件关系的基础上，按照具体的构成要件的意义与目的，以及构成要件理论的一般原

〔**132**〕日本的平野龙一、内藤谦、曾根威彥、堀内捷三、浅田和茂、町野朔、前田雅英、松宫孝明等教授均持客观说。

**178**刑法学（第五版）

理，确定结果归责的范围。换言之，因果关系包含两个问题:一是行为与结果之间的因果 关系，根据条件说确定;二是该因果关系是否具有法的重要性，由具体的构成要件确定。

重要说区分了因果的思考与归责的思考:根据条件说判断有无因果关系，根据一定的 标准判断应否实行客观归责。这与后述的客观归责理论采取了相同的态度。但由于重要 说仅将构成要件作为客观归责的标准，因而受到了客观归责理论的批判。

1. 事实因果关系与法律因果关系说

英美刑法对因果关系的判断分为两步:第一步是判断事实因果关系，第二步是判断法 律因果关系。

事实因果关系主要以条件关系作为判断标准，在适用条件关系不能得出妥当结论时， 则补充适用实质因素标准。例如，在多因一果（并发原因或者共同原因）的场合，要根据 生活经验与常识判断哪一个因素对结果的发生起到了实质作用（实质因素标准），进而肯 定该行为与结果之间具有事实因果关系，将没有意义的“条件”排除在事实因果关系范围 之外。

法律因果关系，是法律确认的作为行为人对其行为所造成的结果承担刑事责任的客 观根据的因果关系。换言之，法官要从引起结果的事实原因中，根据法律的标准挑选出应 当承担刑事责任的部分。其中的基本标准是近因原则，亦即，与结果发生相接近的原因才 能承担刑事责任。**C1%**

（二）客观归责理论

客观归责理论将因果关系与归责问题相区别，因果关系以条件说为前提，在与结果有 条件关系的行为中，只有当行为制造了不被允许的危险,而且该危险是在符合构成要件的 结果中实现（或在构成要件的保护范围内实现）时，才能将该结果归责于行为。所以，实 行客观归责必须具备三个条件:一是行为制造了不被允许的危险;二是行为实现了不被允 许的危险;三是结果没有超出构成要件的保护范围。

1. 制造不被允许的危险

现代社会是一个充满危险的社会，许多危险行为对社会发展具有重要意义，因而得到 允许。所以，只有制造了不被允许的危险，才可能将结果归责于行为。

第一，如果行为减少了对被害人已经存在的危险，就排除客观归责。例如，甲看到一 块石头快要落在乙的头上,便推了一下乙，使石头砸在乙的肩膀上。尽管乙的肩膀也受到 了伤害，即使甲希望乙的肩膀受到伤害,也不能将伤害结果归责于甲。〔|34〕第二，如果行为 没有减少法益损害的危险，但也没有以法律上的重要方式提高法益损害的危险时，也不能 将结果归责于行为。例如，行为人以杀人故意劝他人跑步，即使他人因跑步被车撞死，也 不能将该死亡结果归责于行为人。再如，行为人向快要决堤的河里倒了一盆水，由于不能 肯定一盆水增加了决堤的危险，故不能将决堤的结果归责于行为人。第三，后述假定的因 果关系，通常不排除客观归责。但是，如果行为人仅仅修改了自然的因果经过，没有在整

〔1却参见［美］约书亚•德雷斯勒:《美国刑法精解》，王秀梅等译，北京大学出版社2009年版，第167页以下。

〔**134**〕如果行为人不是减少了对被害人已经存在的危险，而是通过另一种危险加以替代，并且使被害人的损害轻

于原来的损害时（如从着火的房间将小孩扔出窗外，导致小孩受伤），虽然不排除客观归责，但可以通过紧急 避险、基于推定的承诺等排除行为的违法性=

第五章不法**179**

体上恶化被害人的状况时，则排除客观归责。第四，行为人虽然制造了危险，但如果危险 被允许，则排除客观归责。例如，遵守交通规则的驾驶行为致人死亡的，不能将死亡结果 归责于驾驶者。反之，只有当行为制造或者提高（增加）了不被允许的危险，而且对这种 危险具有认识的可能性，才有可能实行客观归责。

1. 实现不被允许的危险

进行客观归责的前提是，在结果中实现了由行为人所制造的不被允许的危险。因此， 下列情形下排除客观归责:第一，行为虽然对法益制造了危险，但结果的发生并不是由该 危险所致，而是偶然与危险同时发生时，排除客观归责。例如，甲造成乙伤害后，乙在住院 期间死于医院的火灾。由于乙的死亡并不是由伤害行为引起，伤害行为与住院行为并没 有引起乙被烧死的危险，所以，不能将死亡结果归责于甲。但是，行为制造的危险不受妨 碍而实现为结果时，则肯定客观归责。例如，A造成B的伤害后，B没有治疗伤口导致死 亡的，应将结果归责于A。第二，行为没有实现不被允许的危险时，排除客观归责。例如， 甲没有按照规定对原材料进行消毒，导致职工感染疾病死亡。但事实上，即使甲按照规定 对原材料进行消毒，也不能发现病毒。由于未消毒的行为，并没有实现不被允许的危险， 故排除客观归责。换言之，只有存在结果回避可能性，或者说，只有当行为人具有对结果 的操纵可能性时，才可能进行客观归责。第三，行为没有引起注意规范的保护目的所包含 的结果时，排除客观归责。易言之，行为虽然违反了注意规范，但所造成的结果并不是违 反注意规范所造成的结果时，排除客观归责。例如，甲乙夜间一前一后骑着电瓶车，但都 没有开灯。前面的甲因为缺乏照明而撞伤了迎面而来的行人。虽然如果后面的乙打开灯 就能避免事故，但不能将结果归责于乙。因为要求夜间开灯的规范是为了避免自己的电 瓶车与他人相撞，而不是为了避免第三者的电瓶车与他人相撞。第四，关于后述合法的择 一的举动，客观归责理论还没有形成一致结论。

1. 结果没有超出构成要件的保护范围

在通常情况下，只要行为人制造并实现了不被允许的危险，就可以进行客观归责。但 是，具体犯罪的构成要件有特定的保护范围或保护目的，如果所发生的结果不包括在构成 要件的保护范围或者保护目的之内，就不能将结果归责于行为人。第一，行为人参与他人 的故意的自损行为时，不能将他人的自损结果归责于行为人。例如，乙是吸毒者，甲将毒 品交付给乙，乙注射毒品后死亡。在这种情况下，如果乙知道注射毒品的危险，就不能将 死亡结果归责于甲。〔135〕第二，在被害人意识到他人行为对自己法益的危险性，却同意他 人实施给自己造成危险的行为时，不能将由此产生的结果归责于行为人。例如，在狂风暴 雨之际，乘客不顾摆渡人员的“危险”警告，执意要求摆渡人员让其过河。摆渡人员在运 送乘客过河时，渡船翻沉导致乘客死亡。由于乘客认识到并接受了危险，不能将结果归责 于摆渡人员第三，在防止结果的发生属于他人的责任领域时，该结果不属于行为人 的行为所符合的构成要件的保护目的之内的结果，不能将结果归责于行为人。例如，甲在 夜间驾驶没有尾灯的货车，警察发现后将警车开到货车前面拦截该货车。为了保障后面

**[135]**之所以形成这样的结论，是因为德国刑法并不处罚教唆、帮助自杀的行为在处罚教唆、帮助自杀行为的国 家，这一归责标准并不成立。

〔**136**〕但是,能否认为该结果超出了构成要件保护范围，理论上还存在争议„

180刑法学（第五版）

车辆的安全，警察将打开的手电筒放在甲的货车后。警察令甲将货车开到下一个加油站， 准备开车跟随货车行驶，以保护该货车的安全行驶。在甲开车之前，警察将手电筒拿走。 恰在此时，被害人的货车撞上甲的货车，被害人遭受重伤。德国法院认定甲的行为成立过 失致伤罪，但德国刑法理论认为，在本案中，防止结果发生属于警察的责任领域,而不能将 被害人的重伤结果归责于甲。

客观归责理论虽然是德国刑法理论的通说，但并非没有疑问。第一，客观归责论是在 没有限定实行行为的范围与性质的前提下展开讨论的。换言之，许多案件是因为没有实 行行为而不成立犯罪（如劝人跑步），而没有必要用客观归责论说明其不成立犯罪。第 二，客观归责论甚至将结果回避可能性、认识错误、被害人承诺、推定的承诺、过失论等问 题，作为客观归责的内容展开讨论，已经超出了构成要件符合性的判断。第三，客观归责 论提出的归责基准，大多只是对其他领域的部分结论的归纳，换言之，由客观归责理论解 决的问题，都可以通过实行行为、预见可能性、结果回避可能性、违法性判断、量刑规则等 解决。第四，客观归责论的具体规则也存在疑问。例如，客观归责理论认为，在一个已经 存在的危险没有以可测量的方式得到提高时，就应当认定为缺乏危险的创设，行为不符合 构成要件，因而不能客观归责。例如，一个人向涨满洪水的水库里倒人一盆水的行为难以 认定为决水罪**cP37**〕诚然，不能认定行为人的行为构成决水罪，的确是因为不能证明是否 因为多了一盆水才导致决堤或者提前决堤，进而提前致人死亡。但这基本上是证据问题， 而主要不是实体问题。这如同说，如果不能证明一个人杀了人就不能说其行为符合杀人 罪构成要件一样，并没有现实意义。如果能证明这种因果关系，则结论会大不相同。例 如，被害人仅仅凭借着一根绳索悬挂在悬崖上，而这根绳索因为难以承受被害人的体重正 在缓慢地断裂，在被害人掉下去的前一秒钟，行为人剪断了这根绳索。被害人一秒钟的生 命是受到绝对保护的，行为人的行为依然构成杀人罪J138〕当然，客观归责论中真正解决 因果关系与结果归属的部分内容，是值得我们借鉴和采纳的。

（三）因果关系与客观归责的关系

关于因果关系的概念，理论上存在两种不同看法:一种观点将因果关系视为物理的、 实在的关系，另一种观点将因果关系视为观念的、论理的关系。〔139］可以认为，因果关系有 狭义与广义之分。狭义的因果关系,是指条件关系或事实的因果关系；广义的因果关系， 则包括了狭义的因果关系与结果归属的规范判断。在什么意义上使用因果关系的概念， 取决于使用者的设定，不存在对错之分。这是因为，表明构成要件要素的概念，都可能包 含规范评价在内。例如，作为客观构成要件要素的结果，并不是指行为造成的任何结果， 而必须是法益侵害结果。所以，当甲以杀人故意向乙开枪，但没有打中乙却打死了一只老 鼠时，老鼠的死亡不可能被评价为刑法上的结果。刑法上的因果关系概念,并不必然只能 是单纯的事实概念，而是取决于人们在什么理论体系中使用该概念。

德国的客观归责概念，也有广义与狭义之分。广义的客观归责包含了事实的因果关 系的判断与随后的规范判断，狭义的客观归责则是在确定了事实的因果关系的前提下，就

〔**137**〕Vgl.，C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. , C. H. Beck,2006,S. 377. 〔**138**〕参见张明楷:“也谈客观归责理论”，载《中外法学》2013年第2期。

〔**139**〕参见［日］山中敬一:《刑法总论》，成文堂2015年第3版，第261页以下。

第五章不法**181**

结果归属进行的规范判断。例如，德国的罗克辛教授明确指出：“客观构成要件的归责， 显然必须通过两个连续的阶段进行:在第一阶段要说明因果关系理论;在第二阶段要讨论 其他的归责要件。”

总之，“客观归责论的方法论，旨在以事实的条件关系的存在为前提，在进行事前的 危险创设与事后的危险实现的判断的同时，通过事实的危险与规范的危险的类型化，实现 归责基准的体系化”。〔141〕所以，在德国的刑法教科书中，不管是采取广义的客观归责概 念，还是狭义的客观归责概念，都会先讨论事实的因果关系，然后进一步规范地检验结果 归属问题。

综上所述，大体可以就因果关系与客观归责的关系得出如下结论：（1）如果使用狭义 的因果关系概念与狭义的客观归责概念，那么，客观归责理论并不是因果关系理论，而是 在因果关系确定后的规范评价理论。（2）如果使用广义的因果关系概念与广义的客观归 责概念，那么，二者就不是对立的，而是都包括了事实的因果关系与规范评价。（3）如果 使用狭义的因果关系概念与广义的客观归责概念，则客观归责理论包含了因果关系理论。 （4）如果使用广义的因果关系概念与狭义的客观归责概念，则因果关系理论包含了客观 归责理论J142〕

从前面的介绍可以看出，相当因果关系说、重要说、事实因果关系与法律因果关系说, 不仅以狭义的因果关系为前提,而且实质上包含了客观归责的部分内容。事实上，有的学 者将相当因果关系说作为结果归责的基准看待,在此意义上说，相当因果关系说也是一种 客观归责论。英美刑法理论中法律因果关系部分（乃至事实因果关系中的实质因素标 准）其实也是一种归责理论。不仅如此，即使是条件说，其中对原因与结果的限定、对禁 止溯及论的采纳，也可谓一种客观归责论。所不同的是，客观归责论将实行行为的定型、 结果回避可能性等问题都纳人客观归责的范围，而条件说、相当因果关系说等学说则并非 如此。

三、本书的立场

如前所述，在行为犯的场合，由于行为与结果同时发生，所以，不需要判断因果关系与 客观归责的问题。

在许多结果犯中，构成要件要素及其关系解决了因果关系与客观归责问题，故不需要 另行判断。例如盗窃罪，被害人的财产损害当然可谓法益侵害结果，但是并不需要利用因 果关系与客观归责理论，而是通过对客观构成要件的具体解释与判断，就可以得出妥当结 论。首先，所谓窃取，是指违反被害人的意志，将他人占有的财产转移给自己或者他人占 有，其中当然包含了对象的同一性。亦即，行为人占有的财物正是他人丧失占有的财物。 于是，他人丧失财物占有的结果，当然归属于行为人的盗窃行为。再如，诈骗罪客观构成 要件的内容是，行为人实施欺骗行为,对方产生认识错误，并基于认识错误处分财产，行为 人取得财产，被害人遭受财产损失，其中也要求对象的同一性。行为人取得的财产正是被

〔**140**〕C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. , C. H. Beck,2006,S. 350.

〔**Ml**〕［日］山中敬一:《刑法总论》，成文堂2015年第3版，第260页。

〔1切当然，由于客观归责理论包含了实行行为论，就此而言，广义的因果关系理论未必能完全包括狭义的客观归 责理论。

**182**刑法学（第五版）

害人基于认识错误处分的财产，而被害人之所以产生认识错误，就是因为行为人实施了欺 骗行为。所以，必须将被害人的财产损失结果归属于行为人的欺骗行为。倘若行为人虽 然实施了欺骗行为,但被害人并没有陷人认识错误，而是基于同情给予行为人以财物的， 则不能认为被害人存在财产损失，不可能将被害人财产损失的结果归属于诈骗行为，行为 人仅成立诈骗未遂。不难看出，诈骗罪的这一系列要素，已经解决了因果关系与结果归属 问题。

由于杀人、伤害等罪的实行行为缺乏定型性，所以，当结果表现为他人伤亡时，引起该 结果的行为是否属于刑法上的杀人、伤害行为，就难以下结论。于是，需要讨论因果关系 与结果归属问题——伤亡结果是否由行为人的行为所引起。但是,将具有条件关系的行 为宣布为不法的杀人、伤害行为不一定是有意义的，因为将一个行为宣布为不法的目的是 禁止这种不法行为，或者说使一般人不实施这种不法行为。说一个行为造成了他人死亡 （事实），并不意味着该行为是违反规范的（价值）；将一个有重大因果偏离的结果归属于 行为人，并不利于预防一般人造成这种结果。所以，必须目的性地判断什么行为是不法行 为。这正是客观归责理论的要义。概言之，广义的客观归责理论首先从存在论的角度判 断伤亡结果与行为之间具有因果关系，在得出肯定结论的前提下，再通过规范评价，得出 能否将该结果归责于该行为的结论。

本书虽然赞成这种从存在论到规范论的判断，但不赞成直接全盘引人客观归责理论。

1. 我国刑法理论应当强调构成要件符合性的概念。这是因为，构成要件具有罪刑法 定主义的机能，强调构成要件符合性的概念，对于贯彻罪刑法定原则具有重要意义。客观 归责理论虽然也是构成要件理论，也可谓涉及了实行行为、结果、因果关系三个要素，但 是，这一理论并不分别具体讨论构成要件的各个要素，而是将这三个要素混杂在一起讨 论。况且，其所讨论的基本上只是杀人、伤害、毁坏财物等缺乏实行行为定型性的案件，难 以普遍适用于所有犯罪。可是，在作为刑法学“总论”的解释论中，必须抽象出分论的共 性问题，亦即，既要讨论所有犯罪的构成要件符合性，也要讨论构成要件的全部要素。如 果完全由客观归责理论取代构成要件理论，必然贬低构成要件符合性概念的价值。诚然， 客观归责理论本身可以通过否认客观归责进而否认构成要件符合性，其与构成要件符合 性的概念也不相互冲突，而是可以保持一致，但是，它毕竟只能顾及到构成要件的部分要 素，因而只能顾及部分犯罪。但是，所有犯罪的成立都必须具备构成要件符合性，在我国， 如果不强调这一点，就不利于贯彻罪刑法定原则。
2. 我国刑法理论应当保留构成要件行为或实行行为的概念，但客观归责理论并没有 采用实行行为概念。（1 ）首先,与上一点相联系，并不是只有杀人、伤害、毁坏财产的犯罪 才存在实行行为，而是所有的犯罪都存在实行行为。保留实行行为的概念，对于防止主观 归罪、保障国民行动自由，具有特别重要的意义。（2）在我国，将实行行为与因果关系、结 果归属分为不同的要素，对于认定未遂犯具有重要意义。德国刑法关于未遂犯的认定不 依赖于实行行为概念，其刑法第22条规定:“根据行为人对行为的设想，直接着手实现构

例如，在我国刑法理论将行为对象作为构成要件要素讨论的情况下，司法实践却经常不顾对象是否存在，就 认定为犯罪（如将客观上贩卖面粉的认定为贩卖毒品罪、将客观上向骗子交付财物的行为认定为行贿罪、将 客观上购买了一堆废纸的行为认定为贩卖假币罪等）。如果不强调行为对象要素，司法实践中的主观归罪 现象可能更多.

第五章不法**183**

成要件的，是犯罪未遂。”据此，即使没有实行行为概念，也不影响未遂犯的认定。我国刑 法第23条第1款规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的， 是犯罪未遂。”由于刑法原则上处罚预备犯，所以，我国刑法理论上应当有实行行为的概 念。一方面，即使否认因果关系或者结果归属，也完全可能肯定未遂犯。另一方面，在应 当否认实行行为时，如果只是否认因果关系或结果归属，就完全可能成立未遂犯，这显然 不合适。（3）刑法规定的犯罪包括结果犯与行为犯。在行为犯中，实行行为的概念具有 重要意义。（4）如果实行行为的概念被淹没在客观归责理论中，就不利于构成要件行为 的明确性，国民从判决中很难知道什么行为是刑法所禁止的行为。易言之，如果像客观归 责理论那样,依照条件说或者合法则的条件说，先将降低风险的行为作为伤害行为，然后 否认客观归责，反而不利于发挥刑法的行为规范机能，不利于一般预防。（5）事实上，德 国客观归责理论中所讲的行为制造不允许的危险的全部内容，以及危险的实现与构成要 件的效力范围中的部分内容，完全可以纳人实行行为的判断。

1. 如果维持现行的构成要件或者在客观构成要件中维持实行行为、对象、结果、因果 关系的基本构架，那么，将德国的客观归责理论整体搬到因果关系中，必然叠床架屋，导致 判断的反复性（在判断实行行为之后，于因果关系中再次判断实行行为），因而有损判断 的经济性。诚然，客观归责理论与实行行为论并不是相互排斥的，反复检验行为是否构成 犯罪，也没有什么不妥当。但是，反复检验并不依赖于理论所设定的程序重复。在刑法理 论中，如果A检视标准与B检视标准的内容完全相同，就只能保留其中一个标准。反之， 即使三阶层犯罪论体系中并无重复内容，也可以反复检验。当人们对一个案件得出了构 成要件符合性的结论，进人到违法性阶层时却没有发现违法阻却事由，但又认为不应当作 为犯罪处理时，依然可能回过头来再次判断构成要件符合性。同样，当人们认为某个行为 符合构成要件，在进行因果关系判断时，既可以认为结果不能归属于该行为，也可能再次 回过头来判断该行为是否属于符合构成要件的行为。这种思考的反复，并不以理论体系 上的内容重复为前提。就像登机前过安检一样，如果发现有问题，仍然可以重检一遍，而 不需要有几个相同的安检设备。

基于上述理由，本书主张在构成要件符合性一章中，分别讨论各种构成要件要素（行 为主体、实行行为、行为对象、结果、因果关系等），同时将传统刑法理论所讨论的因果关 系分为两个部分——因果关系与结果归属。其中的因果关系，是基于存在论的事实判断; 结果归属则是基于刑法目的的规范判断。不过，由于案件与判断的复杂性，很难将二者完 全分离。事实上，因果关系的判断就可能包含规范判断，规范判断中也可能包含因果关系 的判断**J14A**

四、因果关系的判断

（一）基本前提

因果关系所讨论的是实行行为与法益侵害结果之间的因果关系。行为本身是否具有 造成法益侵害结果的危险性，是对实行行为的判断，原则上不应当作因果关系的判断。〔闷

〔**144**〕由于“因果关系”有广义与狭义之分，本书在其他场合所称的因果关系也可能包含结果归属，恳请读者识别。 **C145］**但事实上，某些情形下因果关系的判断已经包含了对实行行为的判断。

**184**刑法学（第五版）

换言之，因果关系中的原因，只能是类型化的实行行为，而不包括预备行为。〔喇因此，如 果行为本身不具有法益侵害的危险甚至减少了法益侵害的危险，就不是实行行为，其与结 果之间的关系就不是刑法上的因果关系。基于同样的理由，因果关系的判断以具有结果 回避可能性为前提。如果缺乏结果回避可能性，就可以直接否认实行行为，因而可以直接 否认因果关系

另一方面，因果关系中的“结果”是指具体的、特定样态、特定规模、特定发生时间与 地点的法益侵害结果（具体结果观），而不是抽象意义上的结果。例如，即使是被害人死 亡，也要分清是毒死还是渴死，是流血过多死亡还是窒息死亡,是被合法处死还是被非法 杀害，如此等等。

在整个客观世界中，各种现象普遍联系，相互制约，形成了无数的因果链条。一种现 象相对于被它引起的结果而言是原因，而它本身又是被某种现象引起的结果。所以，在认 定因果关系时，一方面要善于从无数因果链条中抽出行为与结果这对现象；另一方面又不 能割断事物之间的联系。例如，司法机关发现某种结果时，要查出谁的行为引起了该结 果，先研究这一孤立的行为与结果之间的因果关系。但仅此还不够，还要注意普遍联系， 查明该行为是否由他人的行为引起，查明该结果是否导致了其他结果。

在客观事物不断更替的运动中，一般表现为原因在先，结果在后，结果不可能在原因 之前存在因此，司法机关只能在结果发生之前的行为中寻找原因。

因果关系总是特定条件下的客观联系，故不能离开客观条件认定因果关系。例如，甲 在协和医院门前造成了乙濒临死亡的伤害，但由于抢救及时，乙幸免于难。A在荒山野外 对B造成的伤害明显轻于乙受到的伤害，但由于抢救不及时而死亡。显然，不能否认A 的行为与B的死亡之间具有因果关系。严格地说，被害人的特殊体质，并不是介人因素， 而是行为时已经存在的特定条件。因此，由于被害人存在某种疾病或属于特殊体质，行为 人所实施的通常情形下不足以致人死亡的暴力，导致了被害人死亡的，也应当肯定因果关 系。例如，甲对乙实施伤害行为,虽然伤害行为本身不足以致乙死亡，但伤害行为导致乙 心脏病发作而死亡的，应当肯定甲的行为与乙的死亡结果之间具有因果关系。〔〜〕再如， A刺伤B,伤势并不严重，但B因为患血友病而不治身亡，应当肯定A的行为与B的死亡 结果之间具有因果关系。至于行为人是否认识到或者是否应当预见被害人存在疾病或者 具有特殊体质，只是有无故意、过失的问题，不影响因果关系的判断。〔15°〕 \* 147 148

（1461当然，此罪的预备行为可能是彼罪的实行行为。

**（147］** 从刑法第16条关于不可抗力的规定也可以看出，结果回避可能性是成立犯罪的前提。

**（148］** 事实上存在原因与结果同时出现、同时存在的情况。

〔**I49**〕需要指出的是，在此例中得出具有因果关系的结论，并不意味着甲的行为成立故意伤害致死。因为结果加 重犯的成立需要具备直接性要件。换言之，即使进一步肯定应当将死亡结果归属于甲的行为，甲也可能仅 成立故意伤害罪与过失致人死亡罪的想象竞合，而不成立故意伤害致死。

〔**150**〕附带说明的是，在判断行为人对死亡具有故意、过失时，不以行为人认识或者可能认识到被害人的具体疾病 为前提，而应综合各种情况进行判断。例如，对老年人实施伤害行为时，当然应当预见到被害人可能因为某 种疾病的诱发而死亡，可以肯定故意伤害（致死）罪的成立。又如，行为人与被害人发生争吵时，或者对被害 人实施暴力时，发现被害人生理反应异常，此时，行为人至少应当预见甚至已经预见实施或者继续实施暴 力会造成被害人死亡。如果行为人实施或者继续实施暴力导致有特殊体质的被害人死亡的，应视具体情形 认定为故意伤害（致死）罪或者故意杀人罪。

第五章不法185

（二）基本标准

行为与结果之间有无因果关系首先要以条件说为标准进行判断。亦即，当能确定没 有实行行为就没有侵害结果时，就可以肯定二者之间具有因果关系。

但是，条件说公式事实上是以人们已经认识到行为与结果之间的合法则关系为前提 的。例如，当甲射击的子弹击中乙的心脏导致乙死亡时,人们之所以得出“如果没有甲的 射击行为乙就不会死亡”的结论，进而肯定因果关系，是因为人们根据经验法则乃至科学 法则知道子弹击中心脏是造成死亡的原因。然而，当A将花生给B吃导致B死亡时，如 果不查明死亡的具体原因，人们不可能得出"如果没有A的行为B就不会死亡"的结论。 另一方面,一种合法则地导致结果发生的行为，也可能不存在条件关系（如后述假定的因 果关系）。于是出现了奇怪的现象:条件关系原本形成于经验法则或者科学法则，但符合 经验法则或者科学法则时却又可能不具有条件关系。究其原因，主要是人们对结果过于 抽象化。例如，甲让丙喝了致死量的毒药，在毒药起作用之前，乙使用铁棒殴打丙的头部 造成丙颅脑损伤进而死亡。就甲的行为而言，如果采用条件关系的公式，可以说“即使没 有甲的投毒行为丙也会死亡”，故甲的行为与丙的死亡没有因果关系（因果关系的断绝）。 这一结论具有妥当性。就乙的行为而言，如果采用条件关系的公式，也可能说“即使没有 乙的行为丙也会死亡”，故乙的行为与丙的死亡没有因果关系。但是这一结论明显不当。 倘若将结果具体化，便可以说“如果没有乙的殴打行为，丙就不会因颅脑损伤而死亡”，故 乙的行为与丙的死亡之间具有条件关系，这一结论又是妥当的。

在本书看来，条件说与合法则的条件说并不是一种对立关系，“实际上，作为通说的 条件关系公式与合法则的条件公式，在结论上是同一的”。t151〕这是因为，一方面，行为与 结果之间的条件关系，实际上以存在因果法则上的知识为前提。例如，在乙服用了甲给他 的一种尚处于实验阶段的药后心脏病发作而死亡的案件中，人们之所以难以确定条件关 系，因为在这方面还不存在因果法则上的知识。如果事后查明这种药具有引发心脏病的 副作用，或者服用了这种药的人通常会心脏病发作，则既能肯定条件关系，也能肯定合法 则的条件关系。另一方面,如果采取具体的结果观，条件说与合法则的条件说得出的结论 不会有差异。

但是，就我国刑法所规定的滥用职权、玩忽职守等渎职罪而言，如果仅采取合法则的 条件说，而不适当地采取条件说，就可能导致这类犯罪不能得到认定。例如，最高人民检 察院2008年11月6日《关于加强查办危害土地资源渎职犯罪工作的指导意见》，就做好 查办危害土地资源渎职犯罪案件工作指出：“实施人员、监管人员明知决策者决策错误， 而不提出反对意见，或者不进行纠正、制止、查处，造成国家土地资源被严重破坏的，应当 视其情节追究渎职犯罪责任。”可是,在这样的场合，要认定实施人员、监管人员的行为与 结果之间具有合法则的条件关系或许相当困难，但采取条件说，则可能肯定事实的因果关 系。

如果既没有条件关系，也没有合法则的条件关系，则应否定因果关系。因果关系的断 绝便是如此。亦即，前条件对某一结果还没有起作用时，与此无关的后条件导致了该结果 的发生的，前条件与结果之间的因果关系被切断，前条件不是结果的原因。例如，甲以杀

〔151〕参见［日］井田良：《讲义刑法学•总论》，有斐阁2008年版，第121页:

**186**刑法学（第五版）

人故意向丙的食物中投放了足以致死的毒药，丙虽然吃了食物，但在该毒药还没有起作用 时，乙开枪杀死了丙。一方面，乙的行为合法则地造成了丙的死亡，具有因果关系。另一 方面，甲的行为与丙的死亡之间，不存在没有前者就没有后者的条件关系，更不存在合法 则的条件关系，所以没有因果关系。

（三）争议问题

1. 假定的因果关系

假定的因果关系，一般是指虽然某个行为导致结果发生，但即使没有该行为，由于其 他情况也会产生同样结果。例如，死刑犯乙下午1时被执行死刑，在执行人扣动扳机的瞬 间，被害人的父亲甲推开执行人，自己扣动扳机击毙了乙。是否承认甲的行为与乙的死亡 结果之间具有因果关系，在理论上还存在争议。持肯定回答的人认为，由于事实上是甲的 行为导致了乙的死亡，故应当肯定二者之间的因果关系；作为刑法的评价对象，因果关系 的有无应由事实的判断来决定，应当接近自然科学的因果关系概念,而不能附加假定的因 素。〔152〕持否定回答的人则认为，在上述情况下，不存在没有前者就没有后者的条件关系， 换言之，即使没有甲的行为也将发生乙的死亡结果，故甲的行为与乙的死亡结果之间没有 因果关系。〔153〕但可以肯定的是，死刑犯是由甲开枪打死的，亦即，开枪行为合法则地引起 了死亡结果（此时此地被非法处死的结果），对此，即使不适用条件关系的公式，也可以直 接肯定因果关系。如果采用具体的结果观，适用没有前者就没有后者的条件关系公式，也 能肯定因果关系。

再如，A向C的水杯中投放了致死量的毒药，正要实施相同行为的B暗中发现A已 下毒，便没有再投放毒药，C后来中毒死亡。显然不能认为，即使A不投放毒药，B也会投 放毒药，而且会在相同时间死亡,所以，A的行为与C的死亡结果之间没有因果关系。换 言之，A的行为合法则地引起了 C的死亡，必须肯定因果关系。

1. 可替代的充分条件

A想杀死C，便在C准备进行穿越沙漠长途旅行的前夜，悄悄地溜进C的房间，把C 水壶里的水换成无色无味的毒药。B也想杀死C,于同一夜里的晚些时候，溜进了 C的房 间，在C的水壶底部钻了一个小洞。次日晨,C出发了，他没有发现水壶上的小洞。两小 时之后，C在沙漠中想喝水，但水壶是空的。由于没有其他水源，C在沙漠中脱水而死。 这种情形与假定的因果关系并不完全相同（也有学者将其归人假定的因果关系）。如果 以抽象的结果观适用条件关系的公式,A与B的行为都不是C死亡的原因，但这种结论 难以被人接受。客观归责论以B没有在整体上恶化被害人的状况为由，仅将死亡结果归 责于A。但本书认为，C是因脱水而死，这一具体结果是由B的行为合法则地造成的，故 应当肯定B的行为与C的死亡之间具有因果关系。〔倒相反,A的行为与C的死亡之间 没有因果关系。此外，客观归责论的观点也不可能在刑事诉讼活动中得到贯彻。这是因 为，如果说C是被A毒死的，就需要有被毒死的证据（如C的体内存在有毒物质），但事

〔**152**〕参见［日］平野龙一:《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第135页。

CI53］参见［日］町野朔：《刑法总论讲义案**0,**信山社1995年第2版，第156页。

〔**154］**需要说明的是.由于B的行为不只是客观上防止了 C被毒死，而且导致C脱水而死，故B的行为也不是偶然 防卫。

第五章不法**187**

实上却并非如此。

1. 合义务的择一的举动

合义务的择一的举动，是指虽然行为人实施违法行为，造成了结果，但即使其遵守法 律，也不能避免该结果的情形。德国曾有如下判例：被告人甲在一条笔直的6米宽的道路 上驾驶着汽车，右侧的乙朝着相同的方向骑着自行车。按规则，汽车与行人应当保持1.5 米的距离，但甲在只保持了 0.75米距离的情况下超越骑自行车的乙，乙被车后轮轧死。 事后查明，由于乙当时酩酊大醉，即使甲使汽车与乙保持法定距离，发生同样事故的盖然 性仍然很高。于是，法院否认甲的行为与乙的死亡之间具有因果关系。但刑法理论上对 此存在肯定说与否定说。否定说的理由是，即使甲保持法定距离，乙也会被轧死，因而不 存在条件关系。本书倾向于赞成肯定说。第一，如果甲不超车，乙就不会死亡，故存在条 件关系。第二，就具体的特定时间地点的死亡而言，甲的行为合法则地造成了乙死亡。第 三，甲原本可以放弃超车，因而存在事实上的结果回避可能性。当然，就本案而言，既可能 通过否认结果归属（乙的死亡结果与甲违反注意义务的行为之间缺乏关联性）来否认甲 的行为构成犯罪，也可能以甲缺乏过失为由而不追究其刑事责任。

1. 二重的因果关系（择一的竞合）

两个以上的行为分别都能导致结果的发生，但在行为人没有意思联络的情况下，竞合 在一起导致了结果的发生。例如，甲与乙没有意思联络，都意欲杀丙，并同时向丙开枪，且 均打中了丙的心脏。在这种情况下，即使没有甲的行为或者没有乙的行为，丙都会死亡。 否定说认为，甲、乙的行为与丙的死亡之间没有条件关系，因而没有因果关系。因为没有 甲的行为丙也会死亡，没有乙的行为丙也会死亡，故不符合条件关系的公式关系。［|55〕但 是，在被害人已经死亡的情况下，否认条件关系进而认定行为人仅承担未遂责任，实有不 妥之处。条件关系修正说或者整体考察说认为，应当对条件关系公式进行修正，即在数个 行为导致一个结果的情况下，如果除去一个行为结果将发生，除去全部行为结果将不发 生，则全部行为都是结果发生的条件。［闹显然，这只是为了将结果归属于各人的行为而 做出的修正，缺乏修正的根据与理由。根据合法则的条件说，只有证明了行为人发射的子 弹或者所投放的毒药对被害人的死亡起到了作用，才能认定有因果关系。因此，至少可以 肯定的是，如果存在时间先后关系，一方的行为对死亡并没有起作用，则应否定因果关系。 例如，A与B没有意识联络，都向C的食物中投放了致死量的毒药。如果证明B投放的 毒药还没有起作用时C已死亡，就只能认为A的行为与C的死亡结果之间具有因果关 系。

1. 重叠的因果关系

两个以上相互独立的行为，单独不能导致结果的发生（具有导致结果发生的危险）， 但合并在一起造成了结果时，就是所谓重叠的因果关系。例如，甲、乙二人没有意思联络， 分别向丙的食物中投放了致死量50%的毒药，二人行为的重叠达到了致死量，丙吃食物 后死亡。在这种情况下，由于甲、乙二人的行为分别都对丙的死亡起作用（可谓多因一 果），故应肯定存在合法则的因果关系。

**［155］**参见［日］町野朔：《犯罪论的展开I》，有斐阁1989年版，第127页以下

〔**156**〕Vgl. ,H. Welzel.Das Deutsche Strafrecht,11. Aufl.，Walter de Gruyter &Co. , 1969,S.41.

**188**刑法学（第五版）

1. 因果关系的回溯禁止

争论的问题是，第三人或者被害人有意识地或者企图共同促进结果的发生时，前行为 人的行为所促成的对结果具有原因力的因果关系，是否由于第三人或者被害人的行为而 中断。例如，甲给丙注射了一剂毒药，在毒药刚开始发作时，乙对丙实施暴力，丙由于中毒 而无力逃避乙的暴力，因而死亡。一种观点认为主张因果关系的回溯禁止，亦即，在判断 因果关系时，不得追溯至前行为人的行为。据此，甲的行为与丙的死亡之间没有因果关 系。另一种观点则反对因果关系的回溯禁止，因为如果禁止回溯，就不可能正确解释因果 关系。〔157〕在上例中，如果不考虑丙因中毒而导致身体虚弱这一条件，就不能解释乙为什 么能顺利造成丙的死亡。换言之，正是因为甲的行为使丙身体变得虚弱，才使乙能顺利导 致丙的死亡。〔157 158〕在本书看来，因果关系的回溯禁止，只是一种人为的设定。根据条件关 系的公式与具体的结果观，完全可以肯定甲的行为与丙的死亡之间具有条件关系。〔159〕

1. 救助性因果流程的中断

已经存在的某种条件原本可能阻止结果的发生时，行为人消除这种条件，导致结果发 生的，称为救助性因果流程的中断。应当认为，中断救助性因果流程的行为，与结果之间 具有因果关系。例如，一个救生圈正漂向落水的被害人，被害人可以马上抓住这个救生 圈，但行为人拿走了救生圈，被害人溺死身亡。对此，应肯定拿走救生圈的行为与死亡结 果之间具有因果关系。

1. 流行病学的因果关系

流行病学是研究疾病的流行、群体发病的原因与特征，以及预防对象的医学分支学 科。其对原因的解明有助于刑法上因果关系的认定。根据流行病学理论，符合以下四个 条件,就可以肯定某种因子与疾病之间具有因果关系；第一,该因子在发病的一定期间之 前起作用;第二，该因子的作用程度越明显，患病率就越高;第三，该因子的分布消长与流 行病学观察记载的流行特征并不矛盾;第四，该因子作为原因起作用，与生物学并不矛盾。 概言之，某种因子与疾病之间的关系，即使在医学上、药理学上得不到科学证明，但根据大 量的统计、观察，能说明该因子对产生疾病具有高度的盖然性时，就可能肯定其因果关系。 虽然流行病学因果关系是根据经验法则认定的因果关系，但它与科学法则并不矛盾，所 以，也属于合法则的因果关系。因此，流行病学的这种因果关系论，也可以运用于公害犯 罪因果关系的认定中。例如，某企业在一段时间内排放污水，随后附近居民开始患某种疾 病;排放量越大，患疾病的人越多或者越严重。只要排放污水与居民患病之间的关系，与 流行病学、生物学等科学法则不相矛盾，就可以认定排放污水的行为与居民患病之间具有 合法则的因果关系。

五、结果归属的判断

结果归属是一种规范评价，建立在事实的因果关系基础之上。当行为与结果之间具 有前述因果关系时，需要再进行结果归属的判断。只有当结果应当归属于实行行为时，行

[157] “回溯禁止”有旧学说与新学说之分。旧学说是从因果关系的角度展开讨论的,新学说是从结果归属的角度 讨论的。此处是从因果关系的角度所做的说明。

〔158〕参见[德]乌尔斯•金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第84 ~85页。 〔159〕恳请读者注意，这里只是讨论事实上的因果关系，显然不能据此直接得出甲对丙的死亡承担故意杀人既遂

的刑事责任的结论。

第五章不法**189**

为人才对结果负责。

（一）一般规则

1. 危险的现实化

只有当行为与结果之间具有条件关系，而且行为的危险已经现实化为侵害结果时，才 能将该侵害结果归属于行为。

首先，没有结果回避可能性时.不能将结果归属于行为。如护士在注射抗生素时没有 为患者做皮试，患者因注射抗生素而死亡。但事后查明，即使做皮试也不能查出患者的特 殊反应。由于结果不具有回避可能性，故不能将死亡结果归属于护士的行为。〔16°〕

其次，危险没有现实化时，不能将结果归属于行为。例如，甲以杀人故意用枪将被害 人打伤后，被害人在医院遇到火灾被烧死。在此.沧杀的危险并没有现实化，故不能将死 亡结果归属于枪杀行为。在这种死因不同（中枪身亡与烧死）的案件中，只要采用具体的 结果观（如毒死与渴死是两种不同的死亡结果），就容易判断行为的危险是否现实化。再 如，A将水性不好的C推人水库后离开现场，但C立即就能够抓住身边的可以保住性命 的木板，此时与A没有意思联络的B迅速拿走了这块木板，导致C溺水身亡。不能认为 A的行为的危险性已经现实化，而应将死亡结果归属于B的行为。

最后，行为没有引起注意规范的保护目的所指向的结果时，不能将结果归属于行为。 亦即，行为虽然违反了注意规范，但所造成的结果并不是注意规范所禁止的结果时，排除 结果归属。例如，A酒后在封闭的高速公路上驾驶机动车，撞死了突然违章横穿高速公路 的B。禁止酒后驾驶的规范，是为了防止因丧失或减轻控制车辆的能力而造成伤亡结果， 所以，不能将B死亡的结果归责于A的酒后驾驶行为。〔160 161〕

1. 构成要件的效力范围

在某种意义上说，构成要件效力范围的判断，实际上是对实行行为与结果本身的判 断。

首先，在防止结果的发生属于他人负责的领域时，该结果不能归属于行为人的行为。 例如，机动车驾驶者甲撞伤乙后，警察立即将具有救助可能性的乙送往医院，但途中发生 事故导致乙死亡。由于防止死亡结果的救助义务已经属于警察负责的范围，故不能将死 亡结果归属于甲的行为。

其次,在结果不是构成要件禁止内容时,排除结果归属。例如，刑法规定强奸罪是为 了保护妇女的性行为自主权，所以，强奸行为造成的社会影响不是强奸罪构成要件禁止的 内容，因而不能将社会影响归属于强奸行为。

**（160］** 日本有学者认为,缺乏结果回避可能性意味着缺乏条件关系（参见［日］町野朔：《刑法总论讲义案**1**》，信山 社**1**卯5年第2版，第**155**页；［日］山口厚："因果关系论”，载［日］芝原邦尔等编：《刑法理论的现代的展 开一总论I》，日本评论社1988年版，第**43**页）。如果采取合法则的条件关系说，则应肯定具有条件关系

**（161）** 当然,在这类案件中，究竟是结果归属的问题还是实行行为的问题,还值得进一步研究。例如，当刑法分则 条文所规定的构成要件行为以违反注意规范为前提时，要判断一个行为是否符合构成要件，就必须判断该 行为是否违反注意规范;而在判断该行为是否违反注意规范时，就必须考虑注意规范的保护目的。所以，注 意规范的保护目的，完全可以作为实行行为的内容来把握。如果仅当做危险是否实现的问题来考虑，则可 能将一些原本没有实行行为的案件认定为犯罪未遂，这可能不合适。当然，也不排除另一种可能，即行为是 否违反注意规范是实行行为的问题，而注意规范的保护目的则是结果归属吋应当判断的问题。

〔**162**〕如果采取具体的结果观，也可以认为缺乏条件关系与合法则的条件关系。

**190**刑法学（第五版）

（二）具体判断

在通常情况下，结果归属并不存在特别疑问。值得讨论的问题是，在案件存在介入因 素的场合，如何判断结果归属。总的来说，需要考虑四个方面的因素：（1 ）行为人的实行 行为导致结果发生的危险性大小；（2）介入因素异常性大小;〔163〕（3）介人因素对结果发生 的作用大小；（4）介人因素是否属于行为人的管辖范围。例如，在同样是介人了医生的重 大过失引起被害人死亡的案件中，如果先前的行为只是导致被害人轻伤，则不应将死亡结 果归属于先前行为；如果先前行为导致被害人濒临死亡的重伤，则能够将死亡结果归属于 先前行为。但是，在被害人受伤后数小时,他人故意开枪杀死被害人的，则不能将死亡结 果归属于先前的伤害行为。再如，如果A的行为已经导致C濒临死亡的重伤，B后来对 C实施殴打，只是导致C的死亡时间略微提前的，也应将死亡结果归属于A的行为（当 然，也可能同时将C的死亡结果归属于B的行为）。但是，如果B开枪射杀已经受伤的 C,即便C不受伤也不能避免枪杀的，则只能将C的死亡结果归属于B的行为，而不能归 属于A的行为。介人情况的异常与否，对判断因果关系也具有意义。前行为必然导致介 人情况、前行为通常导致介人情况、前行为很少导致介入情况、前行为与介入情况无关这 四种情形，对判断因果关系所起的作用依次递增。但是，如果介入因素是行为人的管 辖范围，那么，通常能够将结果归属于行为人的行为。具体来说，值得详细讨论的是以下 三种介人类型。〔165〕

1.介人被害人行为的情形

在不少案件中，被告人实施行为后介人了被害人的行为，导致了结果的发生。在这种 场合，要综合考虑上述四个方面的因素，得出妥当结论。（1 ）被告人实施的行为，导致被 害人不得不或者几乎必然实施介人行为的，或者被害人实施的介人行为具有通常性的，即 使该介人行为具有高度危险，也应当肯定结果归属。例如，甲点燃乙身穿的衣服，乙跳人 水中溺死或者心脏麻痹死亡的，甲对乙的住宅放火，乙为了抢救婴儿而进人住宅内被烧死 的，甲在楼梯上对乙实施严重暴力，乙在急速下楼逃跑时摔倒，头部受伤死亡的，甲欲杀 乙，在山崖边导致乙重伤昏迷后离去，乙苏醒过来后，刚迈了两步即跌下山崖摔死的，均应 将乙的死亡结果归属于甲的行为。（2）被告人实施的行为，导致被害人介人异常行为造 成了结果，但考虑到被害人的心理恐惧或者精神紧张等情形，其介人行为仍然具有通常性 时，应当肯定结果归属。例如，数个被告人追杀被害人，被害人无路可逃跳人水库溺死，或 者不得已逃人高速公路被车撞死的，应当将死亡结果归属于追杀行为。再如，A向站在悬 崖边的B开枪,B听到枪声后坠崖身亡的,A瞄准湖中的小船开枪，船上的B为躲避而落

〔163〕刑法第229条规定：承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员，“严重不负 责任，出具的证明文件有重大失实，造成严重后果的.处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金"。 可以青定的是，在通常情况下，并不是出具失实证明文件的行为本身造成严重后果，而是其他人以该证明文 件为根据实施的相关行为（介人行为）造成严重后果。这足以说明，介人行为的正常性不会影响结果归属。

〔164〕参见［日］前田雅英:《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第134页以下。

〔165〕参见［日］西田典之:《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第109页以下；［日］前田雅英：《刑法总论讲义》， 东京大学出版会2015年第6版，第136页以下；［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第61页以 下；［美］约书亚•德雷斯勒:《美国刑法精解》，王秀梅等译，北京大学出版社2009年版，第173页以下。特 别需要说明的是，以上只是就一般的结果归属而言，相关结论并不适用于结果加重犯。换言之，结果加重犯 的认定还需要在结果归属的基础上进行直接性关联的判断。

第五章不法**191**

人水中溺死的，应将B的死亡归属于A的行为。（3）虽然介入了被害人不适当或者异常 的行为，但是，如果该异常行为属于被告人的管辖范围之内的行为，仍然能够将结果归属 于被告人的行为。例如，在深水池与浅水池没有明显区分的游泳池中，教练员没有履行职 责，不会游泳的练习者进人深水池溺死的，练习者的死亡要归属于教练员的行为。（4）虽 然介人被害人不适当行为并造成了结果，但如果该行为是依照处于优势地位的被告人的 指示而实施的，应当将结果归属于被告人的行为。例如，非法行医的被告人让身患肺炎的 被害人到药店购买感冒药治疗疾病，导致被害人没有得到正常治疗而死亡的，应当将被害 人的死亡结果归属于被告人的非法行医行为。但是，如果被告人并不处于优势地位，被害 人自我冒险导致结果发生的，则不能将结果归属于被吿人。例如，在寒冷的冬天，甲为了 取乐将100元扔人湖中，乙为了得到100元而跳入湖中因而死亡的，不得将乙的死亡归属 于甲的扔钱行为（当然也能否定实行行为）。（5）被告人实施行为后，被害人介入的行为 对造成结果仅起轻微作用的，应当肯定结果归属。例如，甲伤害乙后，乙在医院治疗期间 没有卧床休息，因伤情恶化而死亡的，乙在旅途中被甲打伤，乙为了尽快回原居住地，导致 治疗不及时而死亡的，应将乙的死亡归属于甲的行为。（6）如果介人了被害人对结果起 决定性作用的异常行为，则不能将结果归属于被告人的行为。例如，甲杀乙，乙仅受轻伤， 但乙因迷信鬼神，而以香灰涂抹伤口，致毒菌侵人体内死亡。再如，一般来说，加害行为引 起被害人自杀身亡的，不能将死亡结果归属于加害行为（但是，自杀是加害行为的当然结 果时，或许可以将死亡结果归属于加害行为，但这种情形极为罕见）。甲毁损了乙的容貌 后，乙自杀身亡的，不能将死亡结果归属于甲的行为。再如，生气的妻子在寒冷的晚上不 让丈夫进屋，丈夫原本可以找到安全场所，但为了表示悔意一直站在门外而被冻死。冻死 的结果显然不是妻子不让丈夫进屋的危险的现实化（此时并无杀人的实行行为）。

2.介人第三者行为的情形

在结果的发生介人了第三者行为的案件中，也应综合考虑前述四个因素进行合理判 断，但最重要的是判断谁的行为对结果发生起到了决定性作用，同时也要考虑第三者介入 的可能性与盖然性;不能简单地采取回溯禁止的理论,〔％亦即，不能简单地认为，“凡是第 三者故意介人造成结果的，就不能将结果归属于前行为”。（1）与前行为无关的介人行为 导致结果发生的，不得将结果归属于前行为。在前述因果关系的断绝的场合，虽然甲投放 毒药的行为具有导致死亡结果的高度危险，但事实上是乙的开枪行为导致了丙的死亡，故 只能将丙的死亡归属于乙的行为。（2）当被告人的伤害行为具有导致被害人死亡的高度 危险，介人医生或者他人的过失行为而未能挽救伤者生命的，依然应当将死亡结果归属于 伤害行为。但是，如果被告人的伤害行为并不具备致人死亡的高度危险，医生或者他人的 严重过失导致被害人死亡的，不得将死亡结果归属于伤害行为。（3）被告人实施危险行 为后，通常乃至必然会介人第三者的行为导致结果发生的，应当肯定结果归属。例如，被 告人突然将被害人推倒在高速公路上，或者在道路上将被害人推下车，导致被害人被随后 的其他车辆轧死的，应当将被害人的死亡结果归属于被告人的行为。再如，甲将爆炸物扔

〔I蜊结果归属角度的回溯禁止理论存在不同观点与表述。例如，有人认为，如果前行为人是过失，后行为人故意 地介人时，就不得将结果归属于前行为。有人指出，如果前行为人是按照他的社会角度行事，第三者制造了 不被允许的风险，那么，就不得将结果归属于前行为人。

**192**刑法学（第五版）

到乙的身边，乙立即踢开爆炸物，导致附近的丙被炸死的，应当将丙的死亡归属于甲的行 为。（4）被告人实施危险行为后，介入了有义务防止危险现实化的第三者的行为时，如果 第三者能够防止但没有防止危险,不能将结果归属于被告人的行为。例如，甲伤害乙后， 警察赶到了现场。警察在将乙送往医院的途中车辆出故障，导致乙失血过多死亡的，不得 将乙的死亡结果归属于甲的行为。（5）被告人的前行为与第三者的介入行为均对结果的 发生起决定性作用的，应当将结果归属于二者。例如，甲与乙分别向丙开枪，都没有击中 要害部位，但由于两个伤口同时出血，导致丙失血过多死亡。对此，应当将死亡结果同时 归属于甲与乙的行为。再如，甲刺杀了儿童丙后逃离，丙的母亲乙发现后能够救助而不救 助，导致丙因失血过多而死亡的，应当将丙死亡的结果同时归属于甲的作为与乙的不作 为。

1. 介入行为人行为的情形

可以肯定的是，倘若行为人的前行为与后行为（介人行为）实际上是一个实行行为， 那么，应当将结果归属于该行为。例如，甲用石块反复击打被害人乙的头部，在乙没有任 何反应之后，甲为了探明乙是否确已死亡，再次用木棒击打乙的头部。在这种情况下，由 于后行为也是杀人行为，而且与前行为属于同一个实行行为，所以，不需要查明是前行为 还是后行为造成死亡，就能将死亡结果归属于甲的一个杀人行为。但是，行为人的前行为 与介入行为不是一个实行行为的情况下，需要判断的是将结果归属于前行为，还是归属于 后行为。这在前行为与后行为的主观心理状态不同的场合，以及前后行为的性质不同的 场合，具有重要意义。（1）在故意的前行为具有导致结果发生的高度危险，后来介入了行 为人的过失行为造成结果时，应当将结果归属于前行为。例如，甲以杀人故意对乙实施暴 力，导致乙休克；甲以为乙已死亡，为了毁灭罪证，将乙扔入水库溺死。对此，应将死亡结 果归属于故意的前行为。（2）在故意的前行为具有导致结果发生的高度危险，后来介人 了行为人故意实施的另一高度危险行为时，如果能够查明结果是由前行为还是后行为造 成，则不存在疑问；如果不能查明结果发生的具体原因，则需要判断前后哪一行为的危险 性大，一般将死亡结果归属于危险性大的行为；如果两个行为的危险性相当，或许可以将 结果归属于后行为。例如，甲以杀人故意向被害人乙砍了几刀，导致乙丧失反抗能力后， 为了毁灭罪证而对乙的住宅放火，但不能查明乙是被砍死还是被烧死。对此，可以认定为 故意杀人未遂与放火致人死亡。当然，如果前行为与后行为分别为结果犯与结果加重犯， 在能够将结果归属于结果犯时，就没有必要将结果归属于结果加重犯。以上观点合适与 否，还值得进一步讨论。（3）在过失的前行为具有导致结果发生的高度危险，后介人的故 意或者过失行为直接造成结果时，应当将结果归属于后行为。例如，甲过失导致乙重伤， 为了逃避刑事责任，故意开枪杀死乙。对此，应认定为过失致人重伤罪与故意杀人罪，实 行并罚。（4）故意或者过失的前行为具有导致结果发生的高度危险，后介入的故意或者 过失行为并不对结果起决定性作用的，应当将结果归属于前行为。（5）在后行为对结果 的发生具有决定性作用，而前行为通常不会引起后行为时，应当将结果归属于后行为。 （6）在前后均为过失行为，两个过失行为的结合导致结果发生时，应当将两个过失行为视 为构成要件的行为（过失并存说）。

1. 两种以上介人并存的情形

在司法实践中，还会发生介人两种以上行为的情形。例如，甲将丁推人高速公路，乙

第五章不法**193**

开车撞倒丁，乙将丁送往医院后，医生丙的治疗行为存在过失，丁最终死亡。对此，也应综 合考虑前述四个因素，得出合理结论。需要说明的是，将结果归属于一个行为，并不必然 否定对另一个行为的结果归属。换言之，一个结果完全可能由数个行为造成，一个结果完 全可能同时归属于两个以上行为。反之，一个行为也可能造成数个结果，而数个结果可能 只归属于一个行为。

第三节违法阻却事由

第一款违法阻却事由概述

\_、违法阻却事由的概念

如前所述，不法是指行为符合构成要件并且违法。由于构成要件是违法行为的类型， 所以，符合构成要件的行为通常具有违法性（构成要件的违法性评价机能）。于是，对违 法性不是进行积极的判断，〔167〕而是仅判断是否存在排除违法的事由。例如，客观上杀害 了不法侵害者的行为，符合了故意杀人罪或者过失致人死亡的客观构成要件，如果没有正 当防卫等事由，就表明该行为是不法的。但是，如果行为符合正当防卫等条件，具有排除 违法的事由，则该行为不违法。这种排除符合构成要件行为的违法性的事由，就是违法阻 却事由（违法性阻却事由），或者叫正当化事由。刑法分则条文规定了各种犯罪的构成要 件;刑法总则规定了部分违法阻却事由，还有部分违法阻却事由没有被类型化（超法规的 违法阻却事由）。在此意义上说，违法阻却事由的判断比构成要件符合性的判断更为实 质。

由上可见，我们完全可以说，不法是指行为符合构成要件并且不具有违法阻却事由。 于是，不法的判断成为两个客观事实的判断:是否存在符合构成要件的事实与是否存在违 法阻却事由。换言之，不法可以分为两个问题:一是刑法禁止什么？二是在法益之间发生 冲突时，刑法允许什么优先？例如，刑法是否应当禁止公然猥亵（如裸体站在马路旁）行 为？有人认为这种行为没有侵害法益，故不应禁止;有人认为这种行为侵犯了社会伦理秩 序，故应予禁止。这种对立属于第一个问题，与构成要件及其解释相对应。〔168〕又如，倘若 刑法将公然猥亵规定为犯罪，那么，当特定的公然展示裸体的行为具有高度艺术性时，是 否应当以艺术性优先，例外地允许这种行为？这属于第二个问题，与违法阻却事由相对 应。再如，刑法规定了侮辱罪，旨在禁止贬损他人名誉的行为。这属于第一个问题。而当 报道活动侵害了他人名誉时，在什么情况下该报道活动被允许因而不违法。这属于第二

**[167]**这是因为，如果在个案中进行积极的判断，既会给判断者造成过重的负担，也会使结论受判断者主观因素的 影响，因而造成判断的恣意性。

**（168**〕在刑法没有规定公然猥亵罪的情况下，这一问题在于刑法分则应否规定公然猥亵罪的构成要件及其法定 刑。在刑法分则已有规定的情况下,这一问题在于如何解释构成要件。例如,刑法第301条规定的聚众淫乱 罪.是否意味着禁止数名成年人秘密实施的换偶行为？这便是如何以违法性为指导对构成要件进行解释的 问题。

**194**刑法学（第五版）

个问题。

如果认为构成要件是形式的、记述的类型，则上述两个问题都是构成要件符合性判断 之后的实质违法性的判断问题。根据本书的观点，构成要件是违法类型，符合构成要件的 行为原则上具有违法性。所以，不需要在构成要件事实之外寻找违法性的根据。否则，必 然违反罪刑法定原则。换言之，构成要件之外的违法性判断,仅仅是有无违法阻却事由的 判断**D**

二、违法阻却事由的根据

符合构成要件的行为在什么情况下阻却违法，是违法阻却事由的根据问题。显然，违 法性阻却的根据与违法性的实质，是一个问题的两个方面。所以，一方面要以实质的违法 性为指导解释构成要件，另一方面要以实质的违法性为根据理解和认定违法阻却事由。

目的说认为，如果行为是为了达到国家承认的共同生活的目的而采取的适当手段，则 例外阻却违法。其中，衡量型目的说主张，“为了正当目的而采取的适当手段”，是指目的 的客观价值与手段所产生的法益侵害之间的比较衡量。衡量型目的说与后述法益衡量说 （结果无价值论）相差无几。重视手段型S的说则强调手段的反伦理性，不管目的如何正 确，如果手段不被允许时，则不能认为是正当化事由。重视手段型目的说接近社会的相当 性说（行为无价值论）。但是，究竟什么是为了正当目的而采取的适当手段，则并不明确， 而且容易导致以国家目的制约个人权利。

社会相当性说认为，在历史地形成的社会伦理秩序的范围内，被这种秩序所允许的行 为（社会的相当行为），就是正当的。由于超出了社会相当性的法益侵害才具有违法性, 社会相当性便成为阻却违法的一般原理。以往的行为无价值论者一般主张社会相当性 说。社会相当性概念由威尔采尔提出。他说：“由于社会的复杂化，在日常生活中，如果 不伴随任何法益侵害，就不可能生活。因此，如果将所有的法益侵害结果的发生（结果无 价值）作为违法予以禁止，社会便停滞。所以，应当认为，法益侵害中属于社会的相当范 围的行为，缺乏违法性。概言之，所谓行为具有社会相当性，是指行为在历史地形成的 社会伦理的共同生活秩序的范闱内得到允许。但是，社会相当性概念很不明确，即缺乏判 断社会相当性的具体标准，尤其不能确定是应重视历史性还是应重视现实性。如果重视 历史性，则现实中许多不成立犯罪的行为并不具有社会相当性；如果注重现实性，则由于 社会的复杂化、人们价值观念的多元化，导致难以判断哪些行为是社会的相当行为。此 外，社会相当性概念不具有特别意义，威尔采尔提出的需要用社会的相当性解决的事 例，［170〕都可能以不具有构成要件符合性、法益侵害性为由排除犯罪的成立**D**

根据结果无价值论的观点，违法的实质是法益侵害，故只能将法益侵害的否定作为违 法阻却事由的根据。一方面，如果由于特别原因或情况，不存在值得保护的法益（缺乏法

（I®）转引自［日］前田雅英:《现代社会与实质的犯罪论》，东京大学出版会1992年版，第73页。

CTO］威尔采尔整理出9种具有社会相当性的具体事例：（1）被允许的危险行为；（2）交通管理部门对自由的限制； （3）侄子期待有钱的伯父在事故中死亡而劝诱伯父乘坐火车旅行的行为；（4） 土兵在战场上杀死敌人的行 为；（5）为了杀人而在森林中种植颠茄（其果实有毒）的行为；（6）丈夫以杀死妻子为目的与妻子实施正常性 交的行为；（7）胁迫罪中的可罚的胁迫的界限；（8）体育活动；（9）过失犯中“社会生活上必要的注意•■的 内容。

第五章不法**195**

益保护的必要性）时，行为就没有侵害法益，因而阻却违法性（法益性的阙如）。〔171〕典型 的是，基于被害人的承诺或椎定的承诺而阻却违法的事由=另一方面，对某种法益的损害 是保护另一法益所必需的手段时，对相关法益（所保护的法益与所损害的法益）进行衡量 （法益衡量），在整体上的评价结论是，所保护的法益与所损害的法益相等或者优于所损 害的法益时，便阻却行为的违法性（同等利益、优越利益的保护）。典型的是，正当防卫、 紧急避险以及自救行为等。

法益性阙如的情形，也可能被认为阻却构成要件符合性。因为构成要件原本就是对 “引起法益侵害或者危险”的违法行为的类型化。既然不存在值得保护的法益，就可以认 为行为不符合构成要件。例如，盗窃罪的成立，以转移财物占有的行为违反被害人的意志 为前提，如果被害人同意将财物转移给行为人占有，行为人的行为就不可能符合盗窃罪的 构成要件。再如，经妇女真实同意而与之性交的行为，不可能符合强奸罪的构成要件。在 此意义上说，法益性阙如时，不仅阻却违法性,而且阻却构成要件符合性。不过，在这样的 场合，因为不可能形成刑事案件，一般不会进行构成要件符合性的判断。当行为人客观上 损害了被害人的利益，而该利益又不值得保护时，仍然有可能认为该行为符合构成要件， 只是阻却违法性。例如，甲毁坏了乙价值数十万元的财物，但该毁坏行为征得了乙的同 意。在这样的场合，仍然可以说，甲的行为虽然符合故意毁坏财物罪的构成要件，但由于 乙放弃了自己的利益（不需要刑法保护），故阻却行为的违法性。不难看出，在法益性阙 如的场合，既可能认为阻却构成要件符合性，也可能认为阻却违法性。本书虽然主张对构 成要件进行实质解释，但由于构成要件符合性的判断是一种类型性的判断，上述甲的行为 客观上的确毁坏了乙的财物，所以，将上述征得乙同意的行为作为违法阻却事由处理。

法益衡量的情形，没有争议地被认为是违法阻却事由。对此，有几点需要说明：第一, 法益衡量以法益之间的冲突为前提。法益冲突不仅存在于事实关系中，而且存在于规范 关系中。例如，为了避免洪水造成多数人伤亡，而不得已采取淹没农田的分洪措施（紧急 避险），可谓事实关系中的法益冲突。再如，甲在对乙实施不法侵害时，虽然与第三者丙 不存在冲突关系，但是，当丙基于规范的允许性对甲进行正当防卫时，则应当认为丙与甲 存在规范关系中的法益冲突。第二，当行为保护的法益大于（优越于）所损害的法益时, 法益衡量的结论必然是阻却违法性。不仅如此，当行为保护的法益等于所损害的法益时， 意味着没有造成法益侵害，同样阻却违法性。第三，法益衡量并不意味着仅考虑行为的结 果、法益的价值，而是主张同吋考虑事态的紧迫性、行为的必要性。因为法益必须尽可能 受到保护，在事态并不紧迫，或者存在其他侵害性更低的替代手段时，原则上不应当采取 符合构成要件的行为。第四，如后所述，虽然在正当防卫情况下，即使防卫行为所造成的 损害似乎大于所避免的损害，也可能阻却违法性，但并不能由此否认法益衡量说。换言 之，在正当防卫的场合，如果综合考虑各种因素，防卫行为所造成的损害并没有大于所避 免的损害。

三、主观的正当化要素

主观的正当化要素，意味着由于存在正当化的认识、意思，而使行为正当化的要素。

〔m〕虽然不是法益性的阙如，而是法益性的减少，但如果减少后该法益不值得刑法保护时，也可能属于违法阻却 事由。

**196**刑法学（第五版）

具体来说，正当防卫时的防卫意识、紧急避险时的避险意识，就是主观的正当化要素。但 是，正当化事由的成立，是否以行为人主观上具有正当化要素为前提，存在争论。

行为无价值论肯定主观的正当化要素。基本理由是，一种行为只有在既不存在行为 无价值，也不存在结果无价值时,才是合法的。行为人以犯罪故意实施的行为符合正当防 卫、紧急避险的客观条件时（如后述偶然防卫），至少存在行为无价值，所以不能正当化。 例如，井田良教授指出：“如果对通常的积极的构成要件要素缺乏故意，就不能认定存在 故意犯的严重的规范违反性；与此完全相同，就作为消极的构成要件要素的违法阻却事由 而言，为了看到与之相应的法的效果，也必须将其纳入行为人的认识、行为人的实现意思 中。倘若认为违法阻却事由也属于行为规范，那么，如果不是认识到属于违法阻却事由的 事实而实施行为，就不能阻却行为不法。即使行为人没有认识到这种事实而偶然地造成 了正当化的结果，也仅因为行为人主观上纯然的规范违反的事实，就可以肯定其故意的规 范违反性。倘若行为人对违法阻却事由没有认识，仅仅因为客观上实现了正当化事情，就 否定其规范违反性，那么，行为不法的有无,就由对行为人而言属于偶然的事项来左右，因 而不可能期待通过给予制裁产生规范维持的效果（亦即，从一般预防的观点来看是逆机 能的）。”〔172〕

本书否认主观的正当化要素。当一种行为客观上没有侵犯法益，或者在损害法益的 同时保护了另一同等或者更为优越的法益时，这种行为便没有违法性。即使行为人在实 施这种行为时具有犯罪的故意，也不能仅仅根据其故意内容认定犯罪，否则便是主观归 罪。即使认为故意是主观的违法要素，但故意的违法性以客观行为的违法性为前提，仅有 故意不能肯定违法性的存在。如果将故意的规范违反性作为处罚根据，就意味着犯意本 身成为处罚根据，这显然不合适。换言之，基于事后的判断，如果没有发生违法结果的危 险性，客观上又存在正当化事实时，因为缺乏法益侵害及其危险，便阻却行为的违法性。 行为不法的程度可能由偶然的事项来左右（如犯罪未遂），同样，行为不法的有无由偶然 的事项来左右也并非不可能。诚然，刑法关于违法阻却事由的规定也可能属于行为规范， 但是，这种行为规范并不是禁止规范与命令规范，只是允许性规范。亦即，正当防卫的规 定告诉一般人，面对正在进行的不法侵害时可以进行正当防卫，而不是禁止或者命令一般 人进行正当防卫。一个人碰巧做了法律上允许的事情时，即使他不知道该事情被法律所 允许，或者不知道该事情的真相，也不应当以其主观内容为根据否认其行为被法律所允 许。

四、违法阻却事由的分类

要对违法阻却事由进行分类，首先必须明确哪些事由是违法阻却事由，哪些事由是责 任阻却事由（消极的责任要素）。一般来说，二者是容易区分的，存在争议的是紧急避险。 应当认为，紧急避险既可能是违法阻却事由，也可能是责任阻却事由，但我国刑法没有明 文区分这两种情形,故本书在本章一并探讨紧急避险。

刑法理论可以根据不同的标准对违法阻却事由进行不同的分类。例如，依照违法阻 却的根据，可以将违法阻却事由分为基于法益性阙如（不法阙如）原理的违法阻却事由与 基于优越的利益原理（法益衡量）的违法阻却事由。前者如基于被害人的承诺的行为、基

〔172〕［日］井田良：《刑法总论的理论构造》，成文堂2005年版，第140页。

第五章不法**197**

于推定的承诺的行为等，后者如正当防卫、紧急避险。根据违法阻却事由是否具有刑法的 明文规定，可以将违法阻却事由区分为法定的违法阻却事由与超法规的违法阻却事由。 前者如正当防卫、紧急避险；后者如基于推定的承诺的行为。

我国刑法明文规定了正当防卫、紧急避险两种违法阻却事由，但除此之外，事实上还 存在其他公认的违法阻却事由。例如，被害人的承诺、推定的承诺、假定的承诺、自损行为 等，虽然没有刑法的明文规定，但属于因法益性的阙如阻却违法的事由（也可以说是基于 自己决定权的违法阻却事由）；再如，法令行为、正当业务行为、治疗行为、自救行为、义务 冲突等，虽然也没有刑法的明文规定，但属于基于法益衡量阻却违法的事由。以下先论述 刑法明文规定的正当防卫与紧急避险，然后分别论述其他因法益性的阙如阻却违法的事 由和基于法益衡量阻却违法的事由

第二款正当防卫

一、正当防卫概述

根据刑法第20条的规定，正当防卫，是指为了保护国家、公共利益、本人或者他人的 人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，采取对不法侵害人造成或者可能造成损 害的方法，〔m〕制止不法侵害的行为。正当防卫分为两种：一般正当防卫（刑法第20条第 I款）与特殊正当防卫（刑法第20条第3款）。后者是针对正在进行的严重危及人身安全 的暴力犯罪所进行的防卫，不存在防卫过当的问题;前者是针对正在进行的其他不法侵害 所进行的防卫，具有防卫限度因而存在防卫过当的问题。

刑法第20条规定，正当防卫“不负刑事责任"。显然，这里的不负刑事责任，并不是 指正当防卫行为违法但不具备有责性。换言之，上述“刑事责任”是指作为犯罪法律后果 的刑事责任，而不是指作为犯罪成立条件的有责性（责任）。

正当防卫的特点是制止正在进行的不法侵害、保护法益，处理与正当防卫有关的一切 问题时，都要把握这一特点。单纯从正当防卫行为损害了不法侵害者的利益这一点来看， 正当防卫符合某些犯罪的构成要件，但是，正当防卫保护了更为优越（至少同等）的法益, 刑法也明文允许正当防卫，所以，正当防卫既不具备形式违法性，也不具备实质违法性。

由于正当防卫的成立不以其造成的损害小于所避免的损害为前提，所以，刑法理论一 直讨论正当防卫的正当化根据。换言之，为什么防卫行为造成的损害大于所避免的损害 时，也不违法？德国的通说以个人的保全与法的确证两个原理来说明。个人的保全原理， 是指法律允许个人采取各种必要的防卫性保护措施，或者说,受到不法侵害行为攻击的人 可以采取必要手段保全自己。据此，个人受到不法侵害行为攻击时，没有退避义务。法的 确证原理，是指对不法侵害的防卫，可以实现“法的恢复”（维护“法”本身，表明不法侵害 行为被法所禁止），使国民的规范意识得以维持和强化或者抑制不法行为。〔™〕

本书难以赞成德国的通说。个人的保全虽然具有一定的合理性，但与我国刑法的规

〔173〕不法侵害正在进行时，通过造成不法侵害者的身体伤害从而制止不法侵害的，当然是正当防卫；与此同时, 防卫人面临重大侵害时，向不法侵害人开枪但没有打中的行为，也是正当防卫。

〔**174**〕参见张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第155页以下。

**198**刑法学（第五版）

定不相符合。因为个人的保全原理意味着不能针对侵害公法益的行为进行防卫，而我国 刑法允许为了国家利益、公共利益进行防卫。法的确证原理实际上将正当防卫作为对不 法行为的报应与一般预防的手段。可是，正当防卫在性质上与适用条件上并不同于刑罚 措施（如刑罚以行为人具有责任为前提，但正当防卫并不以不法侵害者具有责任为前 提）。

在本书看来，正当防卫的正当化根据依然是法益衡量说。一方面，如果防卫行为所造 成的损害与不法侵害可能造成的损害悬殊，无论如何也不能认定为正当防卫，如为了保护 笼中一鸟而杀害盗窃犯的，不管具有多大的必要性也不得认定为正当防卫。这是法益衡 量决定的。另一方面，正当防卫是在紧急状态下实施的行为，在面临紧迫的不法侵害的情 况下，防卫人没有退避的义务（具有在现场自由活动的权利），因为“正当没有必要向不正 当让步”：不法侵害者的法益虽然没有被完全否定（并非法益性的阙如），但在正与不正的 冲突中只能通过损害不法侵害者的利益来解决冲突，故不法侵害者利益的保护价值在防 卫的必要限度内被否认（法益性的减少或者保护性的降低），于是，应受保护的法益优越 于不法侵害者的利益（也可以说，不法侵害者的利益实质上受到了缩小评价）。此外，在 事实上，不法侵害人不仅侵害了其原本正在侵害的法益，而且通常都会针对防卫行为本身 实施新的侵害行为。如果考虑到不法侵害人的双重侵害，防卫人在正当防卫限度内所造 成的损害，并没有大于不法侵害人所造成的侵害。概言之，如果全面地进行综合判断，正 当防卫所造成的损害并不大于其所避免的损害；人们通常所说的“正当防卫所造成的损 害大于所避免的损害”只是一种表面现象。所以，正当防卫的正当化根据依然可以用优 越的利益原理来说明。

二、一般正当防卫

（一）正当防卫的条件

公民在进行正当防卫的时候，不得不当地损害其他法益，否则就会造成新的不法侵 害。因此,实施正当防卫必须符合一定条件。

1. 必须存在现实的不法侵害行为

正当防卫以存在现实的不法侵害为前提。现实的不法侵害，是正当防卫的起因条件。

（1）不法性

不法侵害的“不法”即违反法律，但与刑法理论上的符合构成要件且违法意义上的 “不法”，不是等同概念。可以认为，不法侵害既包括犯罪行为，也包括其他一般违法行 为，但又不是泛指一切违法犯罪行为首先，不法侵害包括犯罪行为与其他一般违法行 为。因为犯罪行为与其他一般违法行为都是侵犯法益的行为，而法益都受法律保护，没有 理由禁止公民对其他一般违法行为进行正当防卫;公民在面临其他一般违法行为时，事实 上也可能需要进行正当防卫;在紧急情况下，公民难以甚至不可能区分不法侵害是犯罪行 为还是其他一般违法行为，将不法侵害限于犯罪行为，就不利于公民进行正当防卫;刑法 使用了“不法”一词，而没有使用“犯罪”概念，表明对其他一般违法行为可以进行防卫。 其次，并非对任何违法犯罪行为都可以进行防卫，只是对那些具有攻击性、破坏性、紧迫 性、持续性的不法侵害，在采取正当防卫可以减轻或者避免法益侵害结果的情况下，才宜 进行正当防卫。例如，对于不履行合同的民事违法行为，不应进行正当防卫。再如，假冒 注册商标罪、重婚罪、贿赂罪等虽然是犯罪行为，却不能对之进行正当防卫。基于同样的

第五章不法**199**

理由，对于单位犯罪本身一般不能进行正当防卫（当然也有例外）。此外，对于轻微的不 法侵害，对于处于被保护、被监护地位的人的一般不法侵害，对于非暴力的敲诈勒索行为， 对于自己所引发的一般侵害行为，不宜实行正当防卫。在此意义上说，正当防卫以必要性 为前提。

对合法行为不得进行正当防卫是不言而喻的。因此，对正当防卫、紧急避险（除有特 别的说明外，指阻却违法的紧急避险）行为不能实行正当防卫。诚然，紧急避险在民事上 可能产生损害赔偿义务，故也可能认为在民事上是违法的，但不能据此认为对紧急避险也 可以实行正当防卫。否则，刑法上的不法评价就自相矛盾。所以，正当防卫所针对的不法 侵害虽然不以违反刑法为必要，但不包括在刑法上阻却违法的行为。

对于未达到法定年龄、不具有责任能力的人的侵害，能否实施正当防卫，是我国刑法 理论颇有争议的问题。我国刑法规定对“不法”侵害可以进行正当防卫，但传统的犯罪论 体系采取了主观的违法性论，导致不法侵害只能是达到法定年龄、具有责任能力的人在故 意或过失心理支配下实施的不法侵害。然而，如果说被侵害人在面临客观侵害时，只能退 避不能防卫，则违反正当防卫的本旨;如果说对未达到法定年龄、不具有责任能力的人的 侵害行为，可以进行正当防卫，则似乎与我国传统的违法性观念不相符合；如果说对未达 到法定年龄、不具有责任能力的人的侵害，在不知道侵害人的身份或者不得已的情况下进 行反击的，应当认定为正当防卫，则仍然意味着对客观的侵害行为可以进行正当防卫。如 果说在一般情况下应要求不法侵害人达到法定年龄、具有责任能力与故意、过失，但对正 当防卫前提的“不法侵害”却不要求不法侵害人达到法定年龄、具有责任能力与故意、过 失，则需要说明理由。显然，造成这种局面与犯罪论体系有关。

本书采取客观的违法性论，认为未达到法定年龄、不具有责任能力的人的法益侵害行 为同样属于不法侵害，应当允许对其进行正当防卫。另一方面，正当防卫并非对不法侵害 行为的制裁，而是针对不法侵害所采取的法益保护手段，故不能像制裁犯罪与其他一般违 法行为那样，要求正当防卫所针对的不法侵害同时具备有责性。不过，由于法益应当尽可 能受到全面保护，在对未达到法定年龄、无责任能力的人的不法侵害采取回避措施并不存 在特别负担的情况下，不宜进行正当防卫。换言之，面对未达到法定年龄、无责任能力的 人的不法侵害时，对防卫行为应当予以限制，虽然不要求只能在不得已的情况才进行防 卫，但应尽量限制在必要的场合。

对于过失乃至无过失的不法侵害能否进行正当防卫,也是刑法理论争论的问题,，本 书认为，不法侵害不限于故意的不法侵害，对于过失的不法侵害，只要符合其他条件的.也 可以进行正当防卫。诚然，过失行为只有造成了侵害结果时才成立犯罪，过失犯罪成立之 时，也是不法侵害结束之时，似乎不能对其进行正当防卫。然而，过失犯罪也有实行行为， 实行行为与结果的发生之间会有时间上的间隔;虽然行为人在实施过失行为时没有预见 结果发生或者虽然已经预见但轻信能够避免，但有些过失行为在客观上包含着造成结果 的极大可能性甚至必然性。在这种情况下，没有理由禁止正当防卫。〔吻同样，对于无过

C17S例如，聋哑人甲在狩猎时，误将前方的A当做野兽正在瞄准即将射击；与甲一同狩猎、处在甲身后较远处的 乙发现了甲的行为，于是向甲开枪，打伤其胳膊，保护了 A的生命.，本书认为，对乙的行为应评价为正当防 卫：再如，对假想防卫也可以进行正当防卫。

200刑法学(第五版)

失的不法侵害行为,符合其他条件的，也可以进行正当防卫。例如，甲利用无过失的乙实 施紧迫的不法侵害行为时，对乙可以实施正当防卫。概言之，根据结果无价值论的观点， 故意、过失只是责任要素，而不是违法要素，所以，即使是没有故意、过失的法益侵害行为， 也是不法侵害，受侵害者或者第三者当然可以进行正当防卫。至于是否存在防卫的必要 以及如何确定防卫的限度，则是另外的问题。

行为无价值论将故意、过失作为违法要素，倘若认为作为正当防卫对象的不法侵害不 必具有故意与过失，则与行为无价值论的基本立场相矛盾。所以，部分行为无价值论者指 出：“在人的无过失行为或者不能称为行为的动作、不动作产生危险时，应当认为，对此人 的反击只能以通常的紧急避险予以正当化。”〔176〕据此，一方面，当侵害者没有故意、过失 时，受侵害者具有退避义务。如果在可以退避的条件下对侵害者进行反击，就是违法的。 另一方面，如果受侵害者在不得已的情形下对侵害者进行反击，即使在刑法上阻却违法， 但由于紧急避险是正对正的冲突，受侵害者也要承担民事赔偿责任。但是，这两个结论都 存在疑问。受侵害者即使面临的是没有故意、过失的客观侵害，也没有退避义务。受侵害 者对侵害者的反击，只要没有超过必要限度，就不应当承担民事赔偿义务。

(2)侵害性

作为防卫对象的侵害，一般是指对法益的威胁J177〕即只有当行为威胁法益时，才能 对之进行正当防卫。

对于侵害公法益的行为能否进行正当防卫，在国外存在争议。可以肯定的是，如果对 公法益的侵害同时侵害了个人法益时，是允许进行正当防卫的。例如,允许任何目击者对 露阴行为进行正当防卫，是因为公然猥亵行为侵犯了个人的性的羞耻心。再如，为了防止 国家财产被盗窃或者被毁坏，可以实施正当防卫。但对于没有同时侵害个人法益的行为 能否进行正当防卫，则说法不一。有人认为，对公共秩序以及整体法秩序的侵害，只能由 国家及其机关防卫，而不能由个人防卫。有人指出，如果在公民没有保护个人利益的需要 时也允许正当防卫，正当防卫给社会秩序造成的损害会大于其益处。有人提出，在有限的 范围内，可以为保护公法益进行防卫。例如，对于妨害司法或者私放罪犯的行为，可以进 行正当防卫。〔178〕我国刑法明文规定可以为了保护公共的法益而进行正当防卫，但本书认 为，在国家机关能够及时有效保护公法益的情况下，公民没有必要也不应当进行防卫。否 则，反而不利于保护法益。

不法侵害不限于作为的不法侵害。对于不作为的不法侵害，如果只能由不作为人履 行义务的，也可以进行正当防卫。例如，对进人自己的住宅、要求其退出而拒不退出的人， 使用强力将其推出门外，导致其受轻伤的行为，成立正当防卫。再如，父亲见幼女落人水 中，有能力救助却不救助，他人使用暴力、胁迫手段迫使父亲救助幼女的，成立正当防卫。 又如，路人使用暴力、胁迫手段强制撞伤他人且准备逃逸的司机将被害人送往医院抢救。

对自己招致的不法侵害能否进行正当防卫，也需要讨论。如后所述，防卫挑拨不成立 正当防卫。而且，以不法行为引起对方的侵害行为时，对方的侵害行为本身可能构成正当

［176］［日］井田良：《刑法总论的理论构造》，成文堂2005年版，第168 ~ 169页。

〔177］侵害与威胁具有相对性。在不法行为已经致人死亡的情况下，显然不能防卫;但在杀人行为已经造成身体 伤害却仍然对生命存在威胁的情况下，可以进行防卫。

U78］参阽张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第162页。

第五章不法**201**

防卫,对正当防卫不能再进行正当防卫。但是，如果轻微过失甚至无过错地引起了对方的 侵害，或者预想只会引起对方的轻微反击，对方却对重大法益进行侵害时，仍有实行正当 防卫的余地。

在野生动物侵害法益时，理当可以进行反击，但不属于正当防卫，可能成立紧急避 险;〔|79〕在饲主唆使其饲养的动物侵害他人的情况下，动物是饲主进行不法侵害的工具，打 死打伤该动物的，属于以造成不法侵害人财产损失的方法进行正当防卫。基于同样的理 由，如果由于饲主的过失行为导致动物侵害他人，打死打伤该动物的行为，也成立正当防 卫。问题是，动物自发地侵害他人，饲主对此没有过失时，能否进行正当防卫？这便是所 谓（狭义的）对物防卫问题。部分行为无价值论者，因为主张故意、过失是违法要素，否认 物是违法主体，因而否认对物防卫。但是，法律不可能认为，在动物侵害人的生命、身体 时，人只能忍受。所以,这些学者主张对动物的反击成立紧急避险J180〕按理说，国民在面 对人的侵害与面对动物的侵害时，对于后者的反击理当更容易成立违法阻却事由。然而， 主张成立紧急避险的观点却相反:针对人的侵害行为可以实施条件较为缓和的正当防卫; 而针对动物的侵害只能进行条件更为严格的紧急避险。这显然难以被人接受。正因为如 此，部分行为无价值论者不得不承认对物防卫。〔181〕有的行为无价值论者认为对物防卫属 于民法规定的防御性紧急避险，所以在刑法上阻却违法。〔|82〕本来，既然最终承认对物防 卫是刑法上的违法阻却事由，就应当直接在刑法上寻找根据。但是,这种观点采取了奇怪 的逻辑:刑法不承认对物防卫是违法阻却事由，但民法承认，所以将民法承认的违法阻却 事由适用于刑法。结果无价值论者承认对物防卫是正当防卫或者准正当防卫。这不仅与 其客观的违法论相协调，而且避免了将对物防卫认定为紧急避险造成的法秩序冲突。依 照我国刑法的规定，正当防卫只能针对“不法侵害人”。但是,根据客观违法论的立场，在 动物自发侵害他人时，即使管理者（如饲主等）主观上没有过失，也是其客观疏忽行为所 致，仍应认为管理者存在客观的侵害行为（不作为），打死打伤该动物的行为，属于对管理 者的正当防卫。

（3）现实性

不法侵害必须是现实存在的。客观上并无不法侵害，但行为人误认为存在不法侵害， 因而进行所谓防卫的，属于假想防卫。假想防卫不是正当防卫，符合过失成立条件的，以 过失犯罪论处;如果没有过失，则按意外事件处理。至于故意针对合法行为进行“反击” 的，则不是假想防卫,而是故意的犯罪行为（如不构成犯罪，则是故意的一般违法行为）。

1. 不法侵害必须正在进行（紧迫性）

不法侵害正在进行时，才令法益处于紧迫的危险之中，从而使防卫行为成为保护法益 的必要手段。不法侵害正在进行，是指不法侵害已经开始且尚未结束。

关于不法侵害的开始时间，刑法理论上有进人侵害现场说、着手说、直接面临说与综

（'•»］这里也存在限度问题.例如，在国家保护的珍贵野生动物侵害较小法益时.仍然需要进行法益衡量。

〔**180**〕参见［日］福田平:《全订刑法总论》，有斐阁2001年第3版，第153页；周光权:《刑法总论》，中国人民大学出

版社2016年第3版，第200页。

**［181］**参见［日］大塚广:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第384页。

〔**182**〕参见［日］井田良：《刑法总论的理论构造》，成文堂2005年版，第168页。

**202**刑法学（第五版）

合说（一般以着手为标准判断，特殊情况以直接面临为标准判断）。〔183]首先，进人侵害现 场说存在缺陷，因为进人侵害现场，并不意味着法益已经受到紧迫威胁。其次，在通常情 况下，着手说与直接面临说并无明显区别。可以肯定的是，如果不法侵害人已经着手实行 不法侵害，就应当认定不法侵害正在进行。然而，所谓“在不法侵害的现实威胁十分明 显、紧迫，待其着手实行后来不及减轻或者避免结果时，也应认为不法侵害已经开始”的 直接面临说，通常情况下也可以归入着手说。这是因为，既然现实威胁十分明显、紧迫，就 表明不法侵害已经着手。最后，综合说实际上是综合各种情况判断法益是否面临紧迫危 险。不难看出，着手说、直接面临说与综合说在通常情况下是没有明显区别的学说。但 是，由于着手是相对于具体犯罪而言，而直接面临是相对于被害人面临的危险而言，在一 些情况下，直接面临说与着手说的结论可能存在差异。对此，应当根据正当防卫的目的与 正当化根据进行判断。例如，刑法理论一般认为，在持枪杀人案件中，瞄准被害人时就是 杀人的着手。但是，当不法侵害者为了杀人而拿出手枪时，就可以进行防卫，而不是等到 瞄准时才能防卫，否则就不能达到正当防卫的目的。就这种特殊案件而言，应当采取直接 面临说。〔184〕不过,应当注意的是，对不法侵害者拿出手枪的行为进行防卫，与对不法侵害 者正在开枪射击的行为进行防卫，在必要限度上可能存在差异。对此虽然不能绝对化，但 需要根据具体情况进行判断。一般来说，对预备行为不能进行正当防卫，但值得注意的 是，甲罪的预备行为，可能是乙罪的实行行为。在这种情况下，应当认为乙罪的不法侵害 已经开始，可以进行正当防卫。例如，为了杀人而侵人他人住宅的，在不法侵害人开始侵 人他人住宅时，就可以针对已经开始的不法侵入住宅的行为进行正当防卫（不是针对杀 人行为的防卫）。

关于不法侵害的结束时间，刑法理论上也有不同观点。有人认为，已经形成了结果时 就是结束时间;[185〕有人认为，排除了不法侵害的客观危险时就是结束时间;〔|86〕有人认为， 不法侵害被制止时就是结束时间;〔187〕有人认为，对不法侵害的结束时间应具体情况具体 分析，没有统一标准。〔188〕本书认为，不法侵害已经结束，是指法益不再处于紧迫、现实的 侵害或威胁之中，或者说不法侵害行为已经不可能（继续）侵害或者威胁法益;不法侵害 已经结束与犯罪既遂不是等同概念（1）在即成犯的情况下，不法侵害已经结束，是指不 法侵害行为已经结束,主要表现为以下几种情况：不法侵害人已被制伏，不法侵害人已经 丧失了侵害能力，不法侵害人已经自动中止了不法侵害，不法侵害人已经逃离现场，不法 侵害已经造成了侵害结果并且不可能继续造成更严重的结果；等等。（2）在财产性不法 侵害（状态犯）的情况下，行为虽然已经既遂（结束），但不法侵害状态依然存在，在现场还 来得及挽回损失的，应当认为不法侵害尚未结束，可以实行正当防卫。〔|利换言之，不法侵 害财产的行为人，在被当场发现并同时受到追捕时，其不法侵害行为一直延续到其将所取

〔**183**〕参见赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（上卷），河南人民出版社1996年版，第525页以下。

〔**184**〕如果认为拿出手枪吋就是杀人的着手，则直接面临说与着手说也没有差异.

〔**185]**参见島格：《正当防卫与紧急避险》，福建人民出版社1985年版，第29页

〔**186**〕参见陈兴良：《正当防卫论》.中国人民大学出版社2006年第2版，第102页以下。

〔**187**〕参见周国均、刘根菊：《正当防卫的理论与实践》，中国政法大学出版社1988年版，第62页。

**[188**〕参见姜伟：《正当防卫》，法律出版社1988年版，第71页以下。

〔**1**利在这种场合,或许可以认为，不法侵害正在进行，既包括不法侵害行为正在进行，也包括不法侵害状态正在 进行。

第五章不法203

得的财物藏匿至安全场所为止;在此之前，追捕者可以使用强力将财物取回。〔19°〕例如，抢 劫犯使用暴力强取财物后，抢劫罪虽已既遂，但在当场对抢劫犯予以暴力反击夺回财物 的，属于正当防卫。但是，这并不意味着可以将不法侵害已经结束笼统解释为不法侵害状 态已经结束。例如，不法侵害人已经离开现场将财物转移到自己家中后，就不可能针对其 前面的盗窃行为进行正当防卫。〔191〕（3）不法侵害属于持续犯时，只要行为仍在持续，不法 侵害就没有结束，因而在持续过程中均可进行正当防卫。（4）在隔时犯的场合，即使客观 行为已经实施终了，但只要结果还没有发生，就有可能进行正当防卫。例如，对于已经安 置了定时炸弹的人，可以通过防卫行为迫使其说出炸弹的准确位置或者解除炸弹装 置。〔192〕（5）在不法侵害表现为不作为的场合，只要不法侵害者履行义务就能够避免或者 减轻结果的发生，便可以通过正当防卫迫使不法侵害者履行义务。

关于不法侵害正在进行的认定，除了掌握不法侵害的开始时间与结束时间外，还应注 意以下几点：（1）在某种法益已经受到了侵害的情况下，如果其他法益仍然面临着不法侵 害的危险，应当认为不法侵害正在进行，可以进行正当防卫。（2）在连续进行的不法侵害 过程中，即使表面上某段时间停止了不法侵害，但从整体上看侵害行为正在进行时，仍然 可以进行正当防卫。例如，三名不法侵害人以暴力轮奸妇女，其中一名侵害人奸淫后，因 为担心被他人发现，三名不法侵害人强行将被害人带往另一地点，欲继续实施侵害行为。 在不法侵害人将被害人带往另一地点期间，被害人与第三者均可以针对强奸行为进行正 当防卫。（3）防卫人是否预见到不法侵害的发生，以及防卫人事先是否准备或者携带了 某种可用于防卫的工具，不影响不法侵害正在进行的认定；换言之，只要是客观上正在进 行的不法侵害，不管防卫人事先是否已经预见，事先是否做好防卫准备，都可以进行正当 防卫。因为不法侵害行为的紧迫性，是一种客观事实，并不取决于防卫人是否已经预见与 是否准备防卫工具。

需要研究的是，设立防卫装置防卫将来可能发生的不法侵害的，是否属于正当防卫？ 本书认为，行为人在安装时，尚不存在现实的不法侵害，当然不是正当防卫;设立后，没有 遇到不法侵害，防卫装置没有起到制止不法侵害的作用时，也不是正当防卫;设立后，由于 某种特殊原因损害了无辜者的合法权益的，同样不是正当防卫。但是，设立防卫装置后， 遇到了正在进行的不法侵害，该装置针对正在进行的不法侵害发挥了作用、制止了不法侵 害，并且没有超过必要限度时，就应认为是正当防卫。当然，设立防卫装置的行为所造成 的风险应由设立者承担。例如，防卫装置导致无辜者伤亡的，行为人应承担相应的刑事责 任。

在不法侵害尚未开始或者已经结束时进行所谓“防卫”的，称为防卫不适时。防卫不 适时包括事前加害与事后加害两种情形。传统观点认为对防卫不适时应以故意犯罪论 处。然而，防卫不适时并不限于明知不法侵害尚未开始或已经结束而进行“防卫”的情

〔**190**〕参见［德］卡尔•拉伦茨:《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社**2003**年版，第**361**页.，

〔**1**叫如果所有权人知道真情后要求不法侵害者退回财物，不法侵害者拒不退回财物的，即使认为可以进行正当

防卫（根据本书观点，只能判断是否成立肖救行为），也只是针对不退回财物的不作为进行防卫，而不是针对 先前的盗窃行为进行正当防卫。

〔**192**〕对此，也可以用另一原理说明。亦即，在作为方式的不法行为已经结束，但因此产生了作为义务，不作为方 式的不法侵害正在进行时，也有正当防卫的余地。

**204**刑法学（第五版）

况，还包括对不法侵害尚未开始或已经结束，应当预见但因为疏忽大意而没有预见以及完 全不能预见的情况，因此，对于防卫不适时，可能分三种情况处理:一是故意犯罪，即明知 不法侵害尚未开始或已经结束，而故意对不法侵害人造成侵害；二是过失犯罪，应当预见 不法侵害尚未开始或者已经结束，因为疏忽大意而没有预见，对不法侵害人造成侵害；三 是意外事件，客观上不能预见不法侵害尚未开始或者已经结束，因而对不法侵害人造成损 害。

应当指出的是，在不法侵害虽然已经结束，但不法侵害结束后的防卫行为与结束前的 防卫行为属于一体化的防卫行为时，不应认定为防卫不适时。如果没有超过必要限度的， 应认定为正当防卫；如果超过了必要限度，应认定为防卫过当。首先，对于防卫人而言，判 断不法侵害是否已经结束，在许多情况下是一件相当困难的事情。例如，有的不法侵害人 表面上停止了不法侵害，实际上是在伺机进行更严重的不法侵害。由于这样的现象屡见 不鲜，所以，不能要求防卫人随时停止防卫行为。其次，基于对不法侵害行为的愤怒等原 因，在不法侵害结束后的短暂时间内持续实施防卫行为，可谓人之常情，法律不能对防卫 人提出苛刻的要求。如果对此一概以故意犯罪论处，明显不利于保护防卫人的利益，也不 符合常理。最后，防卫人基于一个行为意志发动的防卫行为，只要在客观上具有持续性或 者连续性，就可以评价为一体化的防卫行为，而不应当进行人为的分割。如果将在不法侵 害结束后的防卫行为独立地认定为故意犯罪，明显不利于防卫人进行正当防卫。所以，本 书主张，对于在不法侵害结束后短暂时间内实施的一体化的防卫行为，不应认定为独立的 犯罪，充其量只能认定为防卫过当（量的过当）。至于是否属于一体化的防卫行为，则应 根据不法侵害人的表现、防卫行为的样态或方式，防卫人的意思等方面进行判断。例如， 乙持铁棒对甲实施不法侵害，甲为了保护自己的身体而持刀砍乙，在乙受伤倒地后，甲继 续用刀砍乙，导致乙死亡。由于甲的防卫行为样态、行为意思具有连续性与同一性，宜认 定为一体化的防卫行为。但由于造成了不应有的损害，应认定为防卫过当，而不能认定为 独立的普通故意杀人罪。〔193〕在不能查明过当结果是由哪一行为造成时，更应当认定为防 卫过当。

1. 关于防卫意识（主观的正当化要素）

现实的不法侵害正在进行时，就可以实施正当防卫。但我国传统的刑法理论认为，具 有防卫意识（所谓主观的合法性要素）时，才可能成立正当防卫。

一般来说,防卫意识包括防卫认识与防卫意志。防卫认识，是指防卫人认识到不法侵 害正在进行；防卫意志，是指防卫人出于保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产 和其他权利免受正在进行的不法侵害的目的。但是，防卫意识的重点在于防卫认识。换 言之，只要行为人认识到自己的行为是与正在进行的不法侵害相对抗，就应认为具有防卫 意识。这样理解，有利于将基于兴奋、愤怒等进行的防卫行为认定为正当防卫。

然而，尽管国外刑法一般对正当防卫规定了 "为了排除……”或者“为了保护……”等 主观要素，事实上，绝大多数防卫人都具有防卫意识，但刑法理论上对防卫意识是否必要

〔**193**〕日本刑法理论的通说与判例认为，不法侵害结束后，防卫人继续反击的行为属于“ft的过当”，作为防卫过当 处理，适用刑法有关减免处罚的规定（参见［日］西田典之:《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第178页以 下）0

第五章不法**205**

存在激烈争论。必要说认为，行为是主观与客观的统一体，防卫行为亦如此，如果没有防 卫意识就不成立正当防卫。换言之，一个行为只有在既不存在行为无价值，也不存在结果 无价值时，才是合法的。例如，行为人以犯罪故意实施的行为符合正当防卫的客观条件时 （偶然防卫），至少存在行为无价值，所以不能正当化。不要说则认为，只要行为符合正当 防卫的客观条件，即使行为人没有防卫意识，其行为客观上也保护了法益免受不法侵害； 既然如此，该行为就缺乏违法性的根据（法益侵害），不具有违法性。在本书看来,认为只 有主客观相一致的正当行为才排除犯罪的成立的说法，存在疑问。首先，成立犯罪要求所 谓主客观相一致，并不意味着不成立犯罪的行为也必须主客观相一致；只要不符合犯罪成 立条件，就不成立犯罪，至于它是否主客观相一致，则不应在考虑之列。当行为符合正当 防卫的客观条件而行为人没有防卫意识时，客观行为并没有违反法规范，因而缺乏行为无 价值（充其量只有所谓“心情无价值”）。其次，退一步而言，即使将防卫意识视为正当防 卫的条件，充其量也只能说不具有防卫意识的行为不成立正当防卫,而不能直接得出该行 为成立犯罪的结论。例如，如果要求防卫意识，那么，当不法侵害者夜间潜人被害妇女的 房间实施盗窃行为时，被害妇女以为不法侵害者意欲对自己实施强奸行为而进行反击时， 也可能认为被害妇女存在认识错误，影响正当防卫的认定。最后，对刑法第20条中的“为 了保护……”的表述，可以理解为正当防卫是客观上排除不法侵害或者保护法益的行为。 换言之，应当将“为了保护……”理解为表示客观原因的表述。〔％

与此相关的是防卫挑拨、相互斗殴、偶然防卫问题。

防卫挑拨，是指为了侵害对方，故意引起对方对自己进行侵害，然后以正当防卫为借 口，给对方造成侵害的行为。这种行为之所以成立故意犯罪，不仅因为其主观上具有犯罪 故意，而且因为其行为起先引起了对方的攻击行为，后来又造成了法益侵害事实。况且， 挑拨行为往往本身就是不法侵害，是行为人的犯罪行为的一部分;防卫行为在客观上是一 种避免法益受到侵害的行为，故防卫挑拨在客观上就不属于防卫行为。此外，对方的攻击 行为大多属于正当防卫，对正当防卫当然不能再进行正当防卫。〔195〕可见，防卫挑拨并非 仅仅由于行为人不具有防卫意识而成立故意犯罪。

相互斗殴，是指双方以侵害对方身体的意图进行相互攻击的行为，相互斗殴的双方都 不是正当防卫。一方面，在相互斗殴中，由于相互同意他人的殴打，因而对方的殴打行为 是基于承诺的行为（参见本节第四款），不具有侵害对方人身法益的违法性，故任何一方 都不是针对不法侵害所实施的正当防卫。换言之，相互斗殴不成立正当防卫，并非因为双 方缺乏防卫意识。另一方面，在相互斗殴中，双方的行为在客观上都不是制止不法侵害、 保护法益的行为,故不成立正当防卫。但是，在斗殴中，也可能出现正当防卫的前提条件，

〔1蚓参见张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》，北京大学出版社2012年版，第158页以下。

**［195**〕我国刑法理论所称的防卫挑拨，并不同于对正当防卫情形负有责任的一切情形（参见［德］乌尔斯.金德霍 伊泽尔:《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第174页以下）。阻却正当防卫的防卫 挑拨，客观上表现为引起了理性的第三者或一般人会实施反击的挑拨行为，主观上是为了借正当防卫之名 进行更为严重的攻击。因此，甲轻微的不法侵害意外地引起乙的严重攻击时，不属于防卫桃拨，甲仍然具有 正当防卫的余地，但在防卫的必要性与防卫限度方面会受到限制.，

〔W6〕关于否认防卫挑拨成立正当防卫的理由，国外刑法理论主要存在以下观点：（1 ）权利滥用说；（2）原因中的违 法行为理论；（3）挑拨行为=着手实行说；（4）不法侵害的紧迫性否定说；（5）防卫意识否定说；（6）必要限度 否定说；（7）社会相当性说；（8）个人保全原理与法确i正原理。

**206**刑法学（第五版）

因而也可能进行正当防卫：（1 ）在相互斗殴中，一方明显且实际停止斗殴乃至求饶或者逃 走，另一方继续侵害的，“斗殴”事实上已经结束，前者可以进行正当防卫。但这已经不是 斗殴“过程中”的正当防卫了。（2）在一般性的轻微斗殴中，甲方突然使用杀伤力很强的 凶器，乙方生命受到严重威胁的，由于乙方并不承诺对生命和身体的重大侵害，甲方的行 为属于不法侵害，乙方可以进行正当防卫。

特别需要指出的是，不能将防卫行为认定为相互斗殴。例如，甲与乙发生争吵或者纠 纷时,还不存在不法侵害。但如果此时甲突然殴打乙，就属于不法侵害。只要甲可能继续 殴打乙，就必须认定乙的反击属于正当防卫，不得认定为相互斗殴。换言之，在二人客观 上表现为相互攻击的场合，必须查明谁先发起攻击行为。先发起攻击的属于不法侵害，先 遭受攻击的人就可以进行正当防卫;先发起攻击的人就必须忍受对方的防卫行为。如果 先发起攻击的人再次攻击，则属于新的不法侵害，对方可以继续进行正当防卫。如果不能 查明谁先发动攻击，就只能根据存疑时有利于被告人的原则处理（双方都可能无罪）。

偶然防卫，是指故意或者过失侵害他人法益的行为，符合了正当防卫客观条件的情 况。如甲故意枪击乙时，乙刚好正在持枪瞄准丙实施故意杀人行为，但甲对乙的行为一无 所知。国外刑法理论对此有五种观点：（1 ）行为无价值论的既遂说认为，正当防卫的成立 要求防卫意识（主观的正当化要素），偶然防卫缺乏防卫意识，且造成了侵害结果，因而成 立犯罪既遂。（2）行为无价值论的未遂说认为，正当防卫的成立要求防卫意识，偶然防卫 造成了正当的结果，缺乏结果无价值，但存在行为无价值，因而成立犯罪未遂。（3）結果 无价值论的未遂说认为，正当防卫的成立虽然不要求防卫意识，但偶然防卫是由于偶然原 因没有造成法益侵害结果，因而具有造成法益侵害的危险，故成立犯罪未遂。（4）结果无 价值论的二分说认为，紧急救助型的偶然防卫属于正当防卫，自己防卫型的偶然防卫成立 犯罪未遂。（5）结果无价值论的无罪说认为，正当防卫的成立不要求防卫意识，偶然防卫 成立正当防卫。〔197〕各种不同观点的分歧，主要表现在三个方面:首先，正当防卫的成立是 否需要防卫意识？行为无价值论者采取防卫意识必要说;结果无价值论者采取防卫意识 不要说。其次，如何判断行为的危险？亦即，偶然防卫行为是否具有侵害法益的危险？行 为无价值论的未遂说与结果无价值论的未遂说，都可能得出肯定结论;但结果无价值论的 无罪说则得出了否定结论。最后，违法性的实质是什么？换言之，阻却违法性的实质根据 是什么？这是行为无价值论与结果无价值论的根本分歧所在。

行为无价值论的既遂说明显不当。偶然防卫人虽然在主观上出于犯罪意图，引起了 其预期的结果，但是，偶然防卫的结果却是刑法允许的结果。因为结果是否被刑法所允 许，只能进行客观的判断，而不以导致结果的行为人的意图好坏为转移。例如，在Y的生 命处于紧迫的危险之中时，即使X出于犯罪意图，但只要X的行为客观上保护了 Y的生 命，就不能认定X的行为造成了坏的结果。再如，甲出于防卫意识攻击正在不法杀丁的 丙，保护了丁的生命时，其结果当然被法律所允许；同样，乙偶然防卫攻击正在不法杀丁的 丙，保护了丁的生命时，不能因为乙具有犯罪意图，就否认该结果是法律允许的结果。在

〔**197**〕参见［日］关根彻：“论偶然防卫”，载［日］川端博等编：《立石二六先生古稀祝贺论文集》，成文堂2010年版， 第 191 页；Vgl.，H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 5. Aufl. , Duncker & Humblot, 1996.S.328ff.

第五章不法**207**

客观结果完全相同的情况下，仅因行为人的意图不同就对结果做出不同评价，实际上是出 于难以被人接受的主观主义立场。换言之，只要进行客观的考察就会发现,在乙偶然防卫 的场合，其行为产生的是刑法允许乃至鼓励的结果。然而，作为犯罪既遂标志的结果，只 能是刑法禁止的结果，而不可能是刑法允许的结果。所以，行为无价值论的既遂说明显不

当。

行为无价值论的未遂说也存在疑问。此说的基本观点是，偶然防卫行为没有造成法 益侵害结果，相反保护了法益，结果是有价值的；但由于其行为无价值，所以成立犯罪未 遂。概言之，偶然防卫的结果是不被禁止的，但偶然防卫的行为是被禁止的。显然，在行 为无价值论看来，即使偶然防卫造成了保护法益的好结果，也必须予以禁止。可是，如果 刑法禁止偶然防卫行为，就必然禁止保护法益的好结果。换言之，既然行为无价值论不反 对乃至赞成偶然防卫的结果，就不应当主张禁止该行为。因为如果禁止该行为，就禁止了 好的结果。根据行为无价值论的观点,法律对一个出于犯罪故意的行为造成的好结果是 不反对的，但仍然要反对这种行为本身。换言之，对行为的评价可以或者应当独立于行为 所造成的结果之外。就偶然防卫而言，之所以要独立于结果之外评价其行为无价值，是因 为如果不禁止这种行为，行为人或者其他人在其他条件下实施该行为时会造成法益侵害 结果。于是，一个行为是否违法，并不是由该行为是否造成或者可能造成法益侵害来决 定，而是完全由该行为应否需要一般预防来决定。可是，根据什么来确定某种行为是否需 要一般预防呢？答案恐怕只能是该行为造成或者可能造成法益侵害结果。既然如此，就 应当判断已经实施的行为是否造成或者可能造成法益侵害结果，而不能离开这一点确定 某种行为是否需要一般预防。此外，行为无价值论的未遂说的结论也难以得到贯彻。例 一：乙正在非法杀丙，不知情的甲恰好开枪射击乙。按照行为无价值论的思路，在甲“遵 守”行为规范不开枪射击的情况下，无辜的丙被杀害，乙被处以故意杀人罪；在甲“违反” 行为规范开枪射击的情况下，无辜的丙不被杀害，正在故意杀人的乙遭受枪击，甲被处以 故意杀人罪。按照社会的一般观点考察这两种结局，恐怕没有人会认为“遵守”规范比 “违反”规范好。例二:丙正在非法杀丁时，甲与乙没有意思联络却同时开枪射击丙，丙的 心脏被两颗子弹击中；但甲知道丙正在杀丁，乙不知道丙正在杀丁。行为无价值论会得出 如下结论：乙开枪是违法的，构成故意杀人罪；但甲不违法，不成立犯罪。言下之意，只有 知道丙在杀丁时，挽救丁的生命的行为才是合法的；不知道丙在杀丁时，挽救T的生命的 行为是非法的。不难看出，行为无价值论对客观上完全相同的行为得出了截然相反的结 论，这便难以令人赞成。

结果无价值论的未遂说认为，成立正当防卫虽然不要求防卫意识，但是，偶然防卫时 之所以没有发生侵害结果，只是偶然原因，行为客观上具有造成法益侵害的危险。例如， 乙的偶然防卫虽然客观上针对丙的不法侵害（丙正在杀害丁），但丙杀害丁只是偶然事 件，故乙的偶然防卫行为客观上仍然具有侵害丙生命的危险。但是，第一，既然认为正当 防卫的成立不需要防卫意识，那么，偶然防卫就完全符合正当防卫的条件，因而成为违法 阻却事由。到此为止，就能够否认犯罪的成立，在此前提下又说偶然防卫成立未遂犯，就 是不合适的。第二，倘若说乙的偶然防卫之所以存在法益侵害的危险，是因为丙当时可能 没有实施杀害丁的行为，因而偶然防卫可能侵害没有实施杀害丁的丙的生命，则其判断资 料存在疑问。在这种场合,上述观点只是将偶然防卫人认识到的事实作为判断资料，而没

**208**刑法学（第五版）

有将偶然防卫人没有认识到的客观事实作为判断资料。既然事后肯定了乙的行为属于偶 然防卫，就意味着丙正在实施杀害丁的不法行为。在这种情况下，无论设想什么样的情 形，丙没有正在杀害丁的盖然性都是没有或者极小的，反过来说，乙造成法益侵害结果的 盖然性是没有或者极小的。

结果无价值论的二分说认为，紧急救助型的偶然防卫属于正当防卫，自己防卫型的偶 然防卫成立犯罪未遂。二分说的结论显得不协调，亦即，保护了第三者法益的偶然防卫， 不成立犯罪，但保护了自己法益的偶然防卫，则成立犯罪未遂。这多多少少将伦理的判断 纳人了刑法领域。在刑法上，保护肉己利益的正当防卫与保护他人利益的防卫是完全等 价的。既然保护他人利益的偶然防卫是正当防卫，那么，保护自己利益的偶然防卫也是正 当防卫。

本书坚持结果无价值论，主张偶然防卫行为不成立犯罪。〔198 \* \*〕这是因为，虽然行为人 主观上具有犯罪故意，但其客观行为没有侵犯刑法所保护的法益，相反刑法还允许以造成 损害的方式保护另一法益。概言之.偶然防卫行为缺乏法益侵害性（类似于不可罚的不 能犯）。结果无价值论的观点，可以合理地处理相关案件。按照结果无价值的观点，在上 述例一中，在甲开枪射击的情况下，无辜的丙不被杀害，正在故意杀人的乙遭受枪击，甲无 罪；在上述例二中，甲与乙的行为客观上保护了值得保护的法益，都缺乏成立犯罪所要求 的违法性，故甲与乙的行为都无罪。退一步而言，从刑法第20条的表述来看，防卫意识似 乎是正当防卫的必要条件;〔199〕但这并非意味着不具有防卫意识的行为必然成立犯罪。换 言之，即使认为偶然防卫不成立正当防卫，也不能因为它不是正当防卫便直接以犯罪论 处。基于同样的理由，过失乃至意外行为制止了不法侵害的，也成立正当防卫。〔200〕

关于偶然防卫，需要说明以下两点：第一，以上关于偶然防卫的讨论仅限于偶然防卫 人的行为与故意针对客观上的不法侵害者而言。如果偶然防卫人的行为与故意是针对无 辜者，而偶然造成不法侵害者伤亡时,则是需要另外讨论的问题。例如，逃犯甲、乙均持枪 瞄准追逃的警察丙开枪射击，但甲的子弹射中了乙。在这种情况下，虽然甲对乙的行为属 于偶然防卫，不成立犯罪，但由于甲是瞄准警察丙开枪的，其行为具有杀害警察丙的危险 性，因而对丙成立故意杀人未遂J201〕第二，说偶然防卫无罪，只是就偶然防卫行为本身而 言。所以，并不排除偶然防卫之前的行为成立犯罪预备。例如，甲为了杀害乙而事前准备 了凶器，调查了乙的行踪。后来杀害乙时，乙正在杀害丙。说偶然防卫无罪，只是说甲杀 害乙的“实行行为”无罪。至于甲此前实施的预备行为，当然可能成立杀人预备。显然， 得出上述结论没有任何矛盾。

本书虽然不赞成将防卫意识作为正当防卫的成立条件之一，但这并不意味着正当防 卫人都没有防卫意识。事实上，在大多数场合，防卫人都具有防卫意识。在有关防卫意识

〔**198**〕参见张明楷:“论偶然防卫”，载《清华法学》2012年第I期。

〔**199**〕日本刑法第36条规定：“为了防卫自己或者他人的权利，对于急迫的不正当侵害不得已所实施的行为，不处 罚。”这似乎要求防卫人具有防;&意识，但B本现在的通说是不要求防卫意识。

（20Q1例一，甲因为疏忽（或者意外）误以为受到野兽的袭击而开枪，实际上袭击甲的不是野兽，而是人。例二，丙 正在非法杀丁时,在附近擦猎枪的乙因为疏忽（或者意外），枪支走火打中了丙，保护了丁的生命。根据结果 无价值论的无罪说，甲、乙的行为属于正当防卫，不成立犯罪。

**［201**〕参见［日］松原芳博:《刑法总论》，日本评论社2013年版，第152页。

第五章不法**209**

方面,还需要注意以下几点:第一，防卫人事前与对方有矛盾（包括先前存在的矛盾）、发 生争吵等，与防卫意识无关，不影响正当防卫的认定。有矛盾、争吵、拉扯等，还未形成不 法侵害，也不意味着丧失防卫条件。当对方先动手对防卫人实施暴力时，不能因为该暴力 由矛盾、争吵等引起，就否认其属于不法侵害（一般的故意杀人、故意伤害案件原本大多 由矛盾引起）；同样，也不能因为先前的矛盾、争吵等而使遭受暴力侵害的人丧失防卫条 件。第二，在防卫人与对方发生争吵时，对方试图对防卫人实施暴力，防卫人警告对方 “不要动手，否则我对你不客气”，但对方仍然先动手对防卫人实施暴力的，防卫人仍然可 以防卫。这种情况下，应当肯定防卫人具有防卫意识，而不能认定为相互斗殴。第三，在 防卫人事先预见到他人将要进行不法侵害而做好防卫准备的案件中，当防卫人的预见变 为现实，亦即他人正在进行不法侵害时，也应肯定防卫人具有防卫意识，而不能认为防卫 人有相互斗殴的意识。即使认为事先做好防卫准备的行为同时具有攻击意识，也应当肯 定其防卫意识与攻击意识并存，而不能否认防卫意识。

4.必须针对不法侵害人本人进行防卫

防卫行为必须足以制止不法侵害、保护法益，在此意义上，防卫行为应当以必要性为 前提。但是，防卫行为不以补充性为要件，并非只有不得已时才能实施防卫行为。当公民 面临不法侵害时，不应当要求公民首先报告单位或者司法机关（在不法侵害尚未发生时， 即使报告司法机关，司法机关也无能为力；在不法侵害正在进行时，即使报告司法机关也 无济于事），更不得要求公民容忍不法侵害。

防卫行为本身既可能已经给不法侵害人的人身或者财产造成了实际损害，也可能只 具有造成损害的危险。根据刑法第20条第1款的规定，似乎只有“对不法侵害人造成损 害的”才成立正当防卫。但根据当然解释，既然造成损害时都是正当防卫不构成犯罪；那 么，没有造成损害时更不成立犯罪,理当属于正当防卫。不过，也不要认为符合正当防卫 前提条件的行为都是正当防卫。刑法之所以规定正当防卫，就是因为孤立地进行判断时， 正当防卫符合某些犯罪的构成要件，或者说与某些犯罪的客观行为相似，所以需要将其排 除在犯罪之外。行为人在面临正在进行的不法侵害时，实施了某种行为，也制止了不法侵 害，但当其行为在客观上根本不可能被视为犯罪的客观行为时，可以直接否认犯罪的成 立，不需要利用正当防卫这一违法阻却事由。例如，甲为了盗窃财物于夜间不法侵人乙的 住宅，乙发现后喊了一声“谁”，甲便逃走了。显然没有必要认定乙的行为是正当防卫。

防卫行为并不是"单纯避免”不法侵害的行为，也不限于“单纯制止”不法侵害的行 为。例如，在不法侵害人持刀伤人时，不能将防卫行为限定为使用物品逃避伤害结果的行 为，也不能将防卫行为限定为单纯夺刀的行为。事实上，在对方进行不法暴力侵害时，只 有通过更为严重的暴力才能制止其不法侵害，而不可能通过比对方更为轻微的暴力制止 对方的暴力侵害。例如，在乙先动手对甲胸部击一拳时，如果要求甲也使用相同力量对乙 胸部反击一拳，那么，结局只能让二人一直持续相互拳击，而不可能制止不法侵害。只有 当甲反击的力量大于乙的力量，或者使用有效工具压制乙的行为，才可能保护自己的法 益。所以，将正当防卫理解为“单纯避免”或者"单纯制止”不法侵害是不符合生活常识 的。从刑法上说，造成伤亡才需要通过正当防卫排除违法性，单纯制止不法侵害而没有造 成伤亡的行为，原本就不符合任何犯罪的客观构成要件，根本不需要适用正当防卫排除违 法性、

**210**刑法学（第五版）

防卫行为制止了不法侵害时，当然属于正当防卫;但正当防卫的成立并不以防卫行为 现实地排除了不法侵害为前提。换言之，只要具有排除不法侵害的可能性与必要性，即使 客观上没有排除不法侵害，也依然成立正当防卫。例如，对正在进行的抢夺行为进行攻击 的，即使不法侵害人仍然夺走了财物，攻击行为也成立正当防卫。

防卫行为只能针对不法侵害人本人进行，这是正当防卫的特点决定的。正当防卫是 制止正在进行的不法侵害、保护法益的行为，不法侵害是由不法侵害人直接实施的，针对 不法侵害人进行防卫，使不法侵害人不再继续实施不法侵害行为，才可能制止不法侵害、 保护法益。针对不法侵害人以外的第三者进行防卫，就不可能制止不法侵害、保护法益。 即使在面对共同不法侵害的情况下，也只能对客观上正在进行不法侵害的人或者具有义 务防止侵害结果发生的人进行防卫。例如，A在幕后唆使B杀害C,在B正在杀害C的 过程中，只能对B实施正当防卫。再如，甲唆使乙杀害丙，乙致丙重伤后逃离现场。在甲 还在现场的情况下，丁使用暴力、胁迫方法强制甲救助丙的，是针对甲的不作为的防卫，而 不是针对甲先前的教唆行为的防卫。

针对不法侵害人进行防卫通常包括两种情况:一是针对不法侵害人的人身进行防卫， 如束缚不法侵害人的身体、造成不法侵害人伤害乃至死亡;二是针对不法侵害人的财产进 行防卫，如不法侵害人使用自己的财产作为犯罪工具或者手段时，如果能够起到制止不法 侵害、保护法益的作用，则可以通过损毁财产进行正当防卫。

对于针对第三者进行所谓防卫的，或者防卫行为造成第三者法益的损害的，应视不同 情况处理。（1）如果故意针对第三者进行所谓防卫，应作为故意犯罪处理;如果误认为第 三者是不法侵害人而进行所谓防卫的，则作为假想防卫处理。（2）甲追杀乙，乙将丙所有 的花瓶砸向甲，导致花瓶毁损的,宜认定为紧急避险。（3）甲非法将丙所有的花瓶砸向乙 的头部，乙用手或者工具挡开花瓶，导致花瓶毁损时，根据因果关系与结果归属的原理，应 当直接将花瓶毁损的结果归属于甲的行为,没有必要认定乙的行为是正当防卫与紧急避 险。同样，甲将丙推向乙，乙将丙推开，导致丙受伤的，也应当直接将丙的受伤结果归 属于甲的行为。

问题是，防卫行为导致第三者伤亡时应当如何处理？例如，乙侵害甲，甲为了反击而 向乙投掷石块，但没有击中乙而是导致丙受伤，或者在击中乙的同时也击中丙，使丙受伤。 甲的行为针对乙而言，无疑是正当防卫。就对丙的伤害而言，国外刑法理论上存在不同观 点:（ 1）甲对丙也是正当防卫。因为丙的伤害是由甲的正当防卫行为引起的结果；即使 正当防卫行为对第三者产生了违法结果，也不使其丧失正当性。而且，既然甲的行为是正 当防卫，就应当将所发生的全部结果作为整体进行评价。这种观点背后的观念是，不能认 为甲的行为既是合法的（对乙而言）又是违法的（对丙而言）。但是，根据这种观点，没有 实施不法侵害的丙必须忍受甲的防卫行为，这缺乏合理性。（2）甲的行为成立紧急避险。 因为甲的行为不是对不法侵害本身的反击，而是对无关的第三者的反击，完全符合紧急避

〔**202**〕倘若要归人违法阻却事由，也应认定为正当防卫。因为花瓶虽然并非不法侵害者甲所有，却是甲进行不法 侵害的工具，刑法不可能禁止防卫人针对侵害T具进行正当防卫„将这种情形认定为正当防卫，或许不符 合刑法第20条关于“对不法侵害人造成损害”的规定，但如前所述，防卫行为并不是必须造成不法侵害人的 人身损害，只要防卫人的行为表现为符合构成要件且客观上是可能制止不法侵害的行为，就是正当防卫„

**（203］**参见张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第164页以下。

第五章不法**211**

险的条件。但是，紧急避险与正当防卫的条件不同，将甲的行为一概认定为紧急避险也有 疑问（3）如果甲对丙的伤害符合紧急避险条件，就认定为紧急避险；否则便成立故意犯 或者过失犯。但这种观点缺乏实际意义。（4）甲的行为成立假想防卫。因为丙没有实施 不法侵害，但甲的防卫行为导致了丙的伤害结果，所以应视为一种假想防卫，阻却故意责 任。本书原则上赞成第（4）种观点,〔2»〕但在甲（职务上、业务上负有特定责任的人除外） “不得已”实施防卫行为的情况下，对丙的伤害属于紧急避险。

5.必须没有明显超过必要限度造成重大损害

旧刑法第17条第2款规定:“正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的，应当负刑 事责任;但是应当酌情减轻或者免除处罚。”针对这一规定，理论上对正当防卫的必要限 度提出了不同学说基本相适应说认为，正当防卫的必要限度，是指防卫行为必须与不法 侵害相适应，相适应不意味着二者完全相等，而是指防卫行为所造成的损害从轻重、大小 等方面来衡量大体相适应必需说认为，应从防卫的实际需要出发进行全面衡量，将 有效地制止不法侵害的客观实际需要作为防卫的必要限度。只要防卫在客观上有必要， 防卫强度就可以大于、也可以小于、还可以相当于侵害强度。〔206〕适当说认为，防卫的必要 限度，是指防卫人的行为正好足以制止侵害人的不法侵害行为，而没有对不法侵害人造成 不应有的危害，并认为应将基本相适应说与必需说结合起来进行判断。［207］

尽管理论上存在不同观点，但司法实践上对正当防卫必要限度的认定采取了较为严 格的态度，使公民正当防卫的积极性受到了挫伤。有鉴于此，现行刑法第20条第2款与 第3款放宽了正当防卫的限度。

刑法第20条第2款规定：“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事 责任,但是应当减轻或者免除处罚/这是关于防卫过当的一般规定。本书认为，其中的 “必要限度”，应以制止不法侵害、保护法益的合理需要为标准。易言之，只要是制止不法 侵害、保护法益所必需的，就是必要限度之内的行为。是否“必需”，应通过全面分析案件 得出结论。一方面要分析不法侵害行为的危险程度、侵害者的主观内容，以及双方的手 段、强度、人员多少与强弱、在现场所处的客观环境与形势等。防卫工具通常是由现场的 客观环境决定的，防卫人往往只能在现场获得最顺手的工具，一般不能要求防卫人在现场 选择比较缓和的工具。〔208〕问题在于如何使用防卫工具即防卫强度问题（包括打击部位与 力度）。对此应根据各种客观情况，判断防卫人在当时的情况下应否控制防卫强度、能否 控制防卫强度。另一方面,还应权衡防卫行为所保护的法益性质与防卫行为所造成的损 害后果,，即所保护的法益与所损害的利益之间，不能相差过大，不能为了保护微小权益而 造成不法侵害者重伤或者死亡，即使是非杀死侵害人就不能保护微小权益的情况下，也不 能认为杀死不法侵害人是必需的。

联系当前的司法现状，关于正当防卫必要限度的认定应当特别注意以下几点：

**［2W3**如果将这种情形作为事实认识错误来处理，不管是采取具体符合说还是法定符合说，也都只能在存在过失 的前提下认定为过失犯（参见［日］松原芳博:《刑法总论》，日本评论社2013年版，第235页）。

〔**205**〕参见杨春洗等:《刑法总论》，北京大学出版社1981年版，第174页

**C206］**参见曾宪信、江任天、朱继良:《犯罪构成论》，武汉大学出版社1988年版，第133页。

**C207］**参见高铭暄主编:《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第152贞以下，

〔**208**〕在防卫人事先已经预见到不法侵害的情况下，则可能要求防卫人选择适当的防卫手段

**212**刑法学（第五版）

第一，不能过分要求手段相适应，进而将正当防卫认定为防卫过当。例如，不法侵害 人没有使用刀具等凶器，而防卫人使用了刀具等工具，造成不法侵害者伤害的，并不意味 着防卫行为超过了必要限度。

第二，在判断防卫行为是否超过必要限度时，不能仅将不法侵害者已经造成的侵害与 防卫人造成的损害进行比较，还必须对不法侵害者的侵害行为可能造成的侵害与防卫人 造成的损害相比较。这是因为，不法侵害者可能造成而没有造成的侵害，正是防卫人实施 防卫行为的结果。所以，仅从法益衡量的角度来说，只要防卫人造成的损害没有明显超过 不法侵害者可能造成的侵害，就不可能属于防卫过当。

第三，不能忽视不法侵害者在被防卫过程中实施的新的暴力侵害，不能仅将防卫行为 及其造成的损害与不法侵害人先前的不法侵害进行对比，而应当将防卫行为及其造成的 损害与不法侵害者原有的不法侵害、新的暴力侵害、可能继续实施的暴力侵害进行比较。

第四，不能误解刑法第20条第1款与第3款的关系，亦即，不能认为，只要不法侵害 不属于刑法第20条第3款规定的情形，防卫行为造成了不法侵害者伤亡，就属于防卫行 为超过必要限度。如前所述，正当防卫所造成的损害可以大于不法侵害所造成的损害。 例如，身体法益明显重于财产法益，但是，防卫行为导致正在盗窃的人轻伤乃至重伤的，也 可能成立正当防卫。同样，即使不法侵害者的行为仅可能造成轻微伤时，防卫人对不法侵 害者造成轻伤的，或者即使不法侵害者的行为仅可能造成轻伤时，防卫人对不法侵害者造 成重伤的，也不应当认定为防卫过当。不可认为，只要造成伤亡，而不法侵害又不属于正 在行凶等严重危及人身安全的暴力犯罪，就属于防卫过当

以上说明了正当防卫的必要限度的含义，但并非凡是超过必要限度的，都是防卫过 当。只有“明显”超过必要限度造成重大损害的，才是防卫过当。（1）明显超过必要限度， 意味着防卫行为明显超过了防卫的客观需要，即根据所保护的法益性质、不法侵害的强度 与紧迫程度等，防卫行为显然缺乏必要性。所以，轻微超过必要限度的不成立防卫过当， 只是能够被清楚、容易地认定为超过了必要限度时，才可能属于防卫过当。（2）造成重大 损害，一方面意味着防卫行为所造成的损害与不法侵害可能造成的损害悬殊、明显失衡， 或者说，与不法侵害可能造成的损害相比，防卫行为造成的损失过于重大;另一方面也意 味着造成一般损害的不成立防卫过当，只是造成不法侵害人死亡、重伤时，才可能属于防 卫过当。对于防卫行为造成不法侵害者轻伤的案件，由于不符合“重大损害”的条件，不 得认定为防卫过当。（3）不存在所谓明显超过必要限度但没有造成重大损害的情况，换 言之，只是在造成重大损害的情况下，才存在明显超过必要限度的问题;不存在所谓“手 段过当"而“结果不过当”或者相反的现象；“明显超过必要限度造成重大损害的”才是防 卫过当。（4）关于防卫过当的必要限度不适用针对严重危及人身安全的暴力犯罪所进行 的防卫。

（二）防卫过当

如上所述，对于不属于"严重危及人身安全的暴力犯罪”的不法侵害进行防卫的，才 存在防卫过当问题;即对于不属于“严重危及人身安全的暴力犯罪”的不法侵害进行防 卫，明显超过必要限度造成重大损害的，成立防卫过当。

（209J参见张明楷，故意伤害罪司法现状的刑法学分析"，载《清华法学》2013年第1期.

第五章不法**213**

防卫过当不是独立罪名。对于防卫过当应根据其符合的犯罪构成确定罪名，而不能 定所谓“防卫过当罪”、“防卫过当致人死亡罪”、“防卫过当致人重伤罪”等罪名。从刑法 第20条关于防卫过当的规定来看，通常只有在造成不法侵害人重伤或者死亡时，才存在 防卫过当问题;造成他人轻伤以及针对一般财产进行防卫的，不存在防卫过当问题。因 此,对防卫过当确定罪名的关键，是如何正确认识防卫过当的责任形式。

如果形式地理解构成要件与故意，即如果认为正当防卫符合犯罪的构成要件，故意是 对符合构成要件的事实的认识与容认，那么，正当防卫时就具有犯罪的故意，防卫过当理 所当然也属于故意犯罪。但是，这种形式的故意概念被我国刑法第14条所否认。所以， 不能一般认为防卫过当都是故意犯罪。

关于防卫过当的责任形式，我国刑法理论上有以下不同主张：（1）防卫过当既可以是 过失，也可以是故意（包括直接故意与间接故意）；在防卫强度违反了自我约束性造成过 当时，可以是过失与间接故意;在防卫行为违反了随时随地终止性的情况下，就是直接故 意。〔2|（）〕（2）防卫过当既可以是过失，也可以是间接故意，但不能是直接故意。〔2"〕（3）防卫 过当只能是间接故意，因为现行刑法规定，明显超过必要限度造成重大损害的，才是防卫 过当。这表明了防卫人也清楚地认识到自己的行为超过了防卫限度，在这种情况下仍然 实施其过当防卫行为，就是间接故意。〔212〕（4）防卫过当只能是过失，不存在故意。⑵3〕 （5）防卫过当只能是疏忽大意的过失。〔214〕

本书认为，对防卫过当的责任形式的讨论，必须明确以下三点：（1 ）刑法上的故意与 一般生活意义上的“故意”不可等同，正当防卫的"故意”不是刑法上的犯罪故意，故不能 认为防卫过当都是故意犯罪。（2）必须区分量的过当与典型的事前加害和事后加害。Pi5〕 不能因为典型的事前加害与事后加害通常出于直接故意，就认为防卫过当也是直接故 意。（3）应当根据防卫人对过当结果的心理态度确认防卫过当的责任形式。所以，总 的来说，只要行为人对过当结果具有认识与希望或者放任态度，就成立故意的防卫过 当；如果对过当结果仅有过失则成立过失的防卫过当。但是，由于防卫人是否具有防 卫意识会影响故意、过失的认定，故有必要区分有无防卫意识以及假想防卫过当三种 情形讨论。

首先，防卫人确实具有防卫意识，其行为又明显超过了必要限度造成了重大损害时， 一般宜认定为过失，特殊情况下认定为故意。主张“一般宜认定为过失”的理由是：这类 防卫过当的行为人在实施防卫行为时，认识到了不法侵害正在进行，并出于保护法益的意 图。认定防卫人因为疏忽大意或者过于自信进而造成了防卫过当，与防卫意识相协调。 另一方面，将具有防卫意识的防卫过当认定为过失，可以避免不当地限制公民的防卫权，

**（210］** 参见金凯：“试论正当防卫与防卫过当的界限”，载《法学研究》1981年第**1**期。

**（211］** 参见陈兴良：《正当防卫论》，中国人民大学出版社2006年第2版，第177页以下。

**（212］** 参见王政勋：《正当行为论》，法律出版社2000年版.第195页。

**C213）**参见曾宪信、江任天、朱继良：《犯罪构成论》，武汉大学出版社1988年版，第134页以下、 **［214］**参见利子平："防卫过当罪过形式探讨"，载《法学评论》1984年第2期。

PI5〕本书认为，事前加害不可能成立量的过当。

**214**刑法学（第五版）

有利于充分保护法益。［216〕所以，防卫过当致人死亡或者重伤的，一般应分别成立过失致 人死亡罪与过失致人重伤罪。“特殊情况下认定为故意”，是指行为人虽有防卫意识，但 同时对过当结果具有认识与希望或者放任的态度的情形。防卫意识与犯罪的故意完全可 能并存。例如，面对他人实施盗窃行为时，防卫人明知只要将对方造成轻伤即可制止不法 侵害、保护财产法益，却故意以造成重伤的防卫行为保护财产法益。对此，应认定为故意 的防卫过当。在量的过当的场合，如果防卫人明知不法侵害者已经丧失侵害能力仍然防 卫导致过当的，应认定为故意的防卫过当。如果不法侵害行为已经结束，但防卫人误以为 不法侵害人会继续实施侵害行为，则应认定为过失的防卫过当。

其次，如果行为人没有防卫意识，同时肯定偶然防卫也是正当防卫，则偶然防卫过当 的责任形式既可以是过失，也可以是故意（包括直接故意）。例如，行为人过失实施的重 伤行为，客观上符合了正当防卫的前提条件（如他人正在实施盗窃行为），但即使行为人 汄识到了事实真相，其行为也明显超过必要限度造成了重大损害，此时宜认定为过失的防 卫过当。又如，行为人在故意实施杀人行为时，客观上符合了正当防卫的前提条件（如他 人正在实施伤害行为），但即使行为人认识到了事实真相，其行为也明显超过了必要限度 造成了重大损害，此时宜认定为故意的防卫过当。

最后，虽然假想防卫本身要么仅成立过失犯罪，要么属于意外事件，但假想防卫过当 （本来不存在正在进行的不法侵害，行为人却误认为存在而实施防卫行为，但即使所误想 的侵害是真实的侵害，防卫行为也过当）同样既可能是过失，也可能是故意。例如，将他 人的正当行为误认为盗窃行为，即使他人是在实施盗窃行为，也只需造成轻伤，但行为人 因为疏忽大意或者过于自信造成重伤的，成立过失的假想防卫过当；如果行为人故意造成 重伤的，则成立故意的假想防卫过当。

无论防卫人对过当是故意还是过失，对于防卫过当均应酌情减轻或者免除处罚。一 般认为，之所以减免刑罚，是因为违法性与有责性的减少，同时出于刑事政策的考虑。违 法性减少表现在，过当行为针对的是正在进行的不法侵害，而且保护了法益。〔2|7〕有责性 减少表现在期待可能性减少，亦即，在面对正在进行的不法侵害时，期待防卫人不过当的 可能性减少。刑事政策的考虑是，减免刑罚有利于鼓励一般公民对不法侵害进行正当防 卫，从而保护法益；另一方面，防卫过当者的特殊预防必要性明显减少乃至消灭。至于究 竟是减轻还是免除处罚以及如何减轻处罚，则应考虑过当程度、防卫起因、所保护的法益 性质、防卫人的责任形式等。从特殊预防必要性的角度来说，对于具有防卫意识的防卫过 当，一般宜免除处罚；对于偶然防卫过当不宜免除处罚，只能减轻处罚。

对于假想防卫过当能否适用刑法第20条第2款关于防卫过当的减免处罚规定，还值 得进一步研究。由于假想防卫过当并不符合刑法第20条第2款的防卫过当，故不能直接

**［216］**上述关于防卫过当责任形式的第（2）种观点具有一定合理性„ W为行为人在出于制止不法侵害的意图而进 行防卫时.完全可能放任自己的行为造成重大损害-如同一般的间接故意犯罪，完全可能在追求正当0的 的同时，放任结果的发生。但是,直接故意与间接故意在刑法上同属于故意.性质完全相同；在防卫人具有 防卫意识而防卫过当的情况下，将间接故意的防卫过当适用刑法关于防卫过当的规定，而对直接故意的防 卫过当不适用刑法关于防卫过当的规定.有悖刑法上故意概念的统一性•基于同样的理由，本书也不赞成 前述第（3）种观点。

⑵7〕不过，能否将违法性减少作为减免处罚根据还存在疑问，因为不能将正当防卫的正丐化根据同时作为防卫 过当的减免处罚根据：

第五章不法**215**

适用该款减免处罚的规定。但由于假想防卫过当与防卫过当具有部分类似性，也可能类 推适用刑法第20条第2款的部分规定。本书的初步看法如下：（1 ）如果行为人对不法侵 害事实与过当事实都没有过失，当然不成立犯罪。（2）如果行为人对不法侵害事实没有 过失，但对过当事实有过失，应认定为过失犯罪，同时类推适用刑法第20条第2款减轻或 者免除处罚的规定。（3）如果行为人对不法侵害事实有过失、对过当事实有故意，应认定 为故意犯罪，同时类推适用刑法第20条第2款减轻处罚的规定，但不能免除处罚。（4）如 果行为人对不法侵害事实没有过失，但对过当事实有故意，应认定为故意犯罪，同时类推 适用刑法第20条第2款减轻处罚的规定，但不能免除处罚。（5）如果行为人对不法侵害 事实与过当事实均有过失，应认定为过失犯罪，同时类推适用刑法第20条第2款减轻处 罚的规定，但不能免除处罚。（6）如果行为人对不法侵害事实有过失，对过当事实没有责 任，只能作为通常的假想防卫处理，同时类推适用刑法第20条第2款减轻处罚的规定，也 不能免除处罚。

另需说明的是,上述对防卫过当责任形式的讨论，是以具体案件中的防卫人存在故意 或者过失为前提的。倘若防卫行为虽然过当，但防卫人对过当没有故意与过失，当然不成 立犯罪，只能认定为意外事件。例如，行为人不能预见过当事实的，或者一旦防卫就必然 过当但又不得不防卫的，因为行为人缺乏有责性而不承担责任。

三、特殊正当防卫

刑法第20条第3款规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危 及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑 事责任。"这便是特殊正当防卫，可以称为无过当防卫。

特殊正当防卫与一般正当防卫在成立条件上有两个区别：（1）特殊正当防卫所针对 的只能是正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪； 而一般正当防卫所针对的是需要防卫的任何犯罪与其他一般违法行为（以需要防卫为前 提）。因此，只有保护人身安全时,才可能属于特殊正当防卫;保护其他法益时，不得进行 特殊正当防卫。（2）特殊正当防卫没有必要限度，因而不存在防卫过当；一般正当防卫具 有必要限度，因而存在防卫过当。正因为如此，需要正确掌握特殊正当防卫的条件。

特殊正当防卫最重要的前提条件是，对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其 他严重危及人身安全的暴力犯罪进行防卫。如何理解这一前提条件，不仅取决于如何理 解“严重危及人身安全”，也取决于如何理解本款的“造成不法侵害者伤亡的，不属于防卫 过当”。显而易见的是，认为人身安全仅指生命安全，与认为人身安全包括身体安全，对 前提条件的解释会不同。显然，不能对这一前提条件作过于宽泛的解释，否则会导致特殊 防卫与一般正当防卫等同。另一方面，由于“伤亡”既包括伤害也包括死亡，所以，对上述 前提条件宜做不同解释。现在，刑法理解基本上是着眼于造成"死亡”来解释前提条件 的，这可能不妥当。总的来说，当防卫行为造成伤害时，对于上述前提条件（尤其是“行 凶”）没有必要进行限制解释;反之，当防卫行为造成死亡时，则上述前提条件应适当进行 限制解释。大体而言，需要注意如下几点：

1. 对于非暴力犯罪、一般违法暴力行为、轻微暴力犯罪以及一般暴力犯罪实施的防 卫，不适用特殊正当防卫的规定，仍然存在防卫过当问题；只是对严重危及人身安全的 暴力犯罪进行防卫，才不存在防卫过当（但不意味着对此外的暴力犯罪进行防卫造成

**216**刑法学（第五版）

死亡的必然过当，换言之，即使防卫行为造成了不法侵害者伤亡，也可能成立一般的正 当防卫）=

1. 条文中的杀人、抢劫、强奸、绑架主要是对暴力犯罪的列举，其中的“杀人”限于 故意杀人。至于对刑法规定的转化型杀人、抢劫等能否进行特殊正当防卫，则应具体 分析，关键在于是否严重危及人身安全，而不能以其行为最终成立何种罪名为标准得 出结论。
2. 在通常情况下，“行凶”包含了杀人与伤害界限不明，但有很大可能造成他人严重 的重伤（重大伤害）或者死亡的行为。对于暴力犯罪造成一般重伤的，要区分不同情况， 不能简单划一地得出是否属于“行凶”的结论。例如，根据《人体损伤程度鉴定标准》，“一 手拇指离断或者缺失超过指间关节”即属于重伤。当不法侵害人只是意欲使用暴力砍掉 被害人的拇指时，防卫人造成不法侵害人死亡的，有可能属于防卫过当，不适用特殊正当 防卫的规定；如果防卫人只是造成不法侵害者重伤的，仍应认定为正当防卫。
3. 并不是对于行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪进行防卫的都不存在防卫过 当，只有当这些暴力犯罪严重危及人身安全时，才适用特殊正当防卫的规定。对此，也要 区分不同情形进行判断。当暴力犯罪严重危及生命与重大身体安全时，防卫行为造成不 法侵害者死亡的，应当适用特殊正当防卫的规定。当暴力犯罪严重危及一般身体安全时， 防卫行为造成不法侵害者伤害（包括重伤）的，也应适用特殊正当防卫的规定。例一：不 法侵害者以抢劫故意采用麻醉方法取得他人财物的，属于抢劫罪，但这种行为并非严重危 及生命与重大身体安全，对之进行防卫造成不法侵害者死亡的，不适用特殊正当防卫的规 定。例二:在抢劫犯取得财物后,现场还能挽回财产损失而实施防卫行为时，如果抢劫犯 只是逃避，而没有新的严重危及生命与重大身体安全的暴力行为时，对之进行防卫造成不 法侵害者死亡的，不能适用特殊正当防卫。例三：以一般暴力行为实施绑架，但并不以杀 害或者重大伤害相威胁，没有严重危及生命与重大的身体安全，对之进行防卫造成不法侵 害者死亡的，不适用特殊正当防卫的规定。但在上述三例中，如果防卫行为只是造成不法 侵害者重伤的，仍有可能适用特殊防卫的规定（也可能适用一般正当防卫的规定），认定 为正当防卫。需要说明的是，本书并不是将“行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重 危及人身安全的暴力犯罪”作过于宽泛的解释后，再提出防卫限度。因为刑法第20条第 3款所规定的特殊防卫原本不存在防卫限度与防卫过当。但是，由于刑法第20条第3款 规定的防卫结果包括造成不法侵害者伤害与死亡，所以，应当针对不同的防卫结果提出不 同的前提条件。这样处理，一方面旨在说明，不能将刑法第20条第1款与第3款理解为 对立或者相互独立的关系;另一方面旨在防止过度限制“严重危及人身安全的暴力犯罪” 的范围，进而以造成伤亡为由将正当防卫认定为防卫过当。
4. 严重危及人身安全的暴力犯罪，并不限于刑法条文所列举的上述犯罪，还包括其他 严重暴力犯罪，如抢劫枪支、弹药罪，劫持航空器罪等;也不限于直接对人的身体行使有形 力的暴力犯罪，如果对物行使有形力但严重危及人身安全的，也属于严重危及人身安全的 暴力犯罪，如严重放火罪、爆炸罪等。
5. 严重危及人身安全的暴力犯罪，是指符合构成要件且违法的行为，而不要求不法侵 害者具备有责性。但是，应当严格限制对缺乏有责性的暴力犯罪的特殊正当防卫。
6. 即使是严重危及人身安全的暴力犯罪，但在暴力犯罪已经结束的情况下，不得因为

第五章不法**217**

防卫行为原本针对的是严重危及人身安全的暴力犯罪，而继续进行所谓“防卫”直至不法 侵害者死亡。例如，在杀人犯已被防卫人制伏的情况下，防卫人应停止防卫行为；防卫人 对杀人犯实施新的侵害行为的，不能适用特殊正当防卫的规定。当然，如果后行为并非独 立的新的侵害行为，而是一体化的防卫行为，则仍然可以适用特殊正当防卫的规定。

第三款紧急避险

一、紧急避险的概念与性质

紧急避险，是指为了使国家、公共利益、本人或者他人人身、财产和其他权利免受正在 发生的危险，不得已损害另一较小或者同等法益的行为。分洪是紧急避险的适例。

紧急避险的特点是避免现实危险、保护较大或同等法益。紧急避险行为虽然造成了 某种法益的损害，但联系到具体事态来观察，从行为的整体来考虑，该行为没有侵害法益。

紧急避险的观念晚于正当防卫的观念。与正当防卫一样，紧急避险也是一种紧急行 为。二者最大的区别在于:正当防卫是对不法侵害的防卫，即所谓“正对不正”；而紧急避 险是两个法益之间的冲突，即所谓“正对正' 在“正对正”的情况下之所以阻却违法，也 是因为它保护了更大或至少同等的法益。

关于紧急避险的性质，在刑法理论上存在争议。（1 ）责任阻却事由说认为，紧急避险 行为侵害了法益，因而是违法行为，但由于没有其他方法可以避免危险，不能期待行为人 采取其他方法避免危险（不具有期待可能性），因而排除了行为人的责任。但这种观点存 在疑问。首先,当行为人为了他人的利益而进行紧急避险时，不能用缺乏期待可能性来说 明。其次，当行为人为了保护较小利益而损害较大利益时，也可能没有适法行为的期待可 能性，如果采取责任阻却事由说，就应承认该行为阻却责任，但这与紧急避险要求严格的 法益均衡并不一致。最后,如果认为紧急避险行为具有违法性，便对此行为可以进行正当 防卫，这也不妥当。（2）违法阻却事由说认为，在两种法益产生冲突、没有其他方法可以 避免的情况下，通过权衡法益而损害较小法益，就阻却了实质的违法性。（3）二分说分为 原则上阻却违法的二分说与原则上阻却责任的二分说。原则上阻却违法的二分说（德国 的通说）又有不同观点。一种观点认为，在避险行为保护较大法益损害较小法益时，是违 法阻却事由；在避险行为所保护的法益与损害的法益价值相同时，是责任阻却事由。另一 种观点认为，紧急避险原则上是违法阻却事由，但不得已以牺牲生命保护生命、以伤害身 体保护身体时，则是责任阻却事由。原则上阻却责任的二分说认为，紧急避险原则上阻却 责任，但在冲突的利益之间存在显著差异（所保护的法益明显优于损害的利益）时，属于 违法阻却事由

本书原则上将紧急避险作为违法阻却事由处理。首先，紧急避险通常以通过损害较 小的法益保护更大的法益，故从法益衡量角度来看，阻却了违法性。其次,在不得已的情 况下，即使避险行为所损害的法益与保护的法益价值相等，也表明其没有造成法益侵害， 因而阻却违法。最后，不得已通过侵害生命保护其他生命的避险行为（应设置更为严格 的条件），既可能成立违法阻却事由，也可能成立责任阻却事由（在此一并讨论）。我国刑

C218］参见张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第172页以下。

**218**刑法学（第五版）

法第21条第1款关于紧急避险的规定，并没有将紧急避险限定为违法阻却事由，所以，对 紧急避险原则上采取违法阻却事由说，例外地承认责任阻却事由，似乎并不存在法律障 碍。但是，联系本条第3款的规定就会发现，本条第1款规定的紧急避险仅限于阻却违法 的紧急避险。因为职务上、业务上负有特定责任的人，在自己的生命面临紧迫危险时采取 紧急避险行为的（如持枪歹徒射杀没有持枪的警察时，警察闯人民宅躲避），虽然不阻却 违法（不能适用刑法第21条第1款），但因为没有期待可能性而能够阻却责任，对此只能 理解为超法规的责任阻却事由。

二、紧急避险的条件

紧急避险是通过损害一种法益保护另一种法益，故其成立条件比正当防卫更为严格。

（一）必须发生了现实危险

必须发生了现实危险，是指法益处于客观存在的危险的威胁之中，或者说，法益处于 可能遭受具体损害的危险之中。危险的来源有:大自然的自发力量造成的危险;动物的袭 击造成的危险;疾病、饥饿等特殊情况形成的危险;人的危害行为造成的危险;等等。

面临危险的既可能是国家利益、公共利益，也可能是本人或者他人的人身、财产和其 他权利。但是，如果他人愿意使自己有权处分的法益遭受危险时，则不能进行紧急避险。 换言之，不能为了保护他人自愿放弃的法益而实行紧急避险

需要研究的问题是，对自己招致的针对本人的危险（即甲的行为引起了对甲本人生 命、身体等的危险）能否实行紧急避险？（ 1）肯定说认为,虽然不允许滥用紧急避险，但只 要符合其他条件，对自招的危险也应允许紧急避险。因为法律并没有将危险限定为必须 不是自己招致的危险，而且对于避险这种本能的行为应当宽容。此说受到的批判是，当行 为人由于重大过失招来的危险侵害轻微的法益时，招致危险的人在一定范围内有忍受的 义务，否则就是不公平的。（2）否定说认为，对危险的概念应理解为偶然的事实，不能包 括由自己的故意、过失导致的危险。但不少人批判指出，如果行为人由于轻微的过失招来 了对自己生命的危险，并且损害他人的轻微利益避免了危险时，应当认为是紧急避险。而 且，自己招来的危险的事态、受侵害的种类、性质各不相同，不能一概否认对自己招致的危 险进行紧急避险。（3）以原因中的违法行为的法理处理的学说认为，行为人招致危险进 而实行避险行为时，其避险行为符合紧急避险条件的，虽然成立紧急避险因而阻却违法， 但是，如果招致危险的行为是违法的，与避险行为造成的结果之间具有因果关系时，应当 根据招致危险时的责任内容定罪量刑。（4）形式的二分说认为，故意招致危险时，应否定 紧急避险;过失招致危险时，应肯定紧急避险。但上述对肯定说与否定说的批判，也适用 于形式的二分说。（5）实质的二分说分为两种观点。其中一种观点指出，招致危险的行 为与避险行为不具有紧密的因果关联时，成立紧急避险。例如，当甲向狗投掷石块，招致 狗的袭击时，甲为了避免紧迫的危险而逃人乙的住宅时，符合紧急避险的要件，原则上成 立紧急避险。但是，在招致危险的行为与避险行为的因果关联很强，可以视为整体上的一 连串行为时，应例外地否认紧急避险的成立。因为在这种场合，在行为人实施招致危险的

（219）在他人自杀的情况下能否实行紧急避险，是值得研究的问题。首先，在他人自杀的情况下，不得已损害其本 人的其他法益挽救其生命的，应当排除违法性，即成立紧急避险„其次，不得已损害第三者的较轻法益挽救 自杀者生命的，也可能成立紧急避险（如不得已强行让驾驶车辆的人将自杀者送往医院）。

第五章不法**219**

行为时刻，就可以评价为避险行为的开始，故可以认为反击行为并不是“为了避免危险” 的行为。另一种相当说认为，应根据具体情况判断是否允许紧急避险。意图利用紧急状 态而招来危险时，理当不允许实行紧急避险。但是，对因偶然的事情而招来的危险（既包 括过失自招的危险，也包括故意自招的危险），应当允许实行紧急避险。（220］本书基本上赞 成实质的二分说中的相当说。对于行为人有意识地制造自己与他人的法益之间的冲突， 引起紧急避险状态的，可以认为制造者放弃了自己的法益，既然如此，就不存在对自己 “法益”的紧迫危险，因而不能允许制造者实施紧急避险。但是，当行为人虽然故意、过失 或者意外实施了某种违法犯罪行为.但不是故意制造法益之间的冲突，却发生了没有预想 到的重大危险时，存在紧急避险的余地。在这种情况下，对自己招致的危险能否进行紧急 避险,要通过权衡法益、考察自己招致危险的情节以及危险的程度等进行综合评价。

至于对自己招致的针对他人的危险，应允许紧急避险。例如，甲的行为导致对乙的生 命产生危险，甲便可以通过适当地损害丙的利益避免对乙的生命危险。当然，其中也存在 行为人对招致危险的违法行为应否承担责任的问题（原因中的违法行为的法理）。

现实危险不包括职务上、业务上负有特定责任的人所面临的对本人的危险。例如，执 勤的人民警察在面临罪犯对自己进行侵害时，不能进行紧急避险；发生火灾时，消防人员 不能为了避免火灾对本人的危险，而采取紧急避险（当然，不能将通常的灭火方法视为紧 急避险行为）。〔221〕因此，刑法第21条第3款规定：“第一款中关于避免本人危险的规定， 不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。”这是相对于阻却违法的紧急避险而言。但 是，在职务上、业务上负有特定责任的人，为了保护自己的生命而实施紧急避险行为时，也 可能以缺乏期待可能性为由而阻却责任。

如果事实上并不存在危险，而行为人误认为存在危险，实施所谓避险行为的，属于假 想避险。对于假想避险，适用假想防卫的处理原则。

（二） 必须是正在发生的危险

现实危险正在发生时，才能实行避险行为。危险正在发生，是指危险已经发生或迫在 眉睫并且尚未消除，其实质是法益正处于紧迫的威胁之中，这要根据当时的具体情况进行 综合判断。在危险尚未发生或者已经消除的情况下实行避险的，属于避险不适时，适用防 卫不适时的处理原则。

（三） 必须出于不得已损害另一法益

必须出于不得已，是指在法益面临正在发生的危险时，没有其他合理办法可以排除危 险，只有损害另一较小或者同等法益，才能保护面临危险的法益（补充性要件）。换言之， 在当时的紧急状态下，被牺牲的法益处于作为保护另一法益的手段的地位。或者说，被牺 牲的法益属于危险转嫁的对象。因此，当濒临死亡的患者需要植人肾脏时，医生不得从偶 尔来医院就诊的人身上摘出肾脏植人到患者身上。从行为当时来看，如果即使牺牲某种

（220］参见［日］东京I; ＞卜•：《刑法II总论•结果无价值版》，东京U -力"/UvO K2002年版，第169

页以下。

〔**221**〕这并不意味着业务上负有特定责任的人.在任何情况下都必须履行特定义务，只是意味着不能实行紧急避 险。因为屜行特定义务也以具有履行义务的可能为前提。例如，当具体的灭火行为对消防员本人的生命存 在显著危险时，不能要求消防员实施该灭火行为：

**220**刑法学（第五版）

法益也不能保护其他法益时，也不得实施紧急避险。〔222〕这样要求是因为，法益均受法律 保护，如果能以不损害法益的方法保护法益，就不允许以损害一种法益的方法保护另一法 益。这是紧急避险与正当防卫的重要区别。在可以或者具有其他合理方法避免危险的情 况下，行为人采取避险行为的，应视行为的具体性质、情节以及行为人的责任形式分别认 定为故意犯罪、过失犯罪或者意外事件。

损害另一法益，通常是指损害第三者的法益。但是否仅限于损害第三者的法益，还需 要研究。例如，在遭遇持枪歹徒追杀的情况下，不得已破门闯入他人住宅藏匿的，固然属 于紧急避险;但在同样的情况下，如果为了避险不得已破门闯人持枪歹徒的住宅，不使歹 徒进人的，认定为紧急避险较为合理。

（四） 关于避险意识

避险意识由避险认识与避险意志构成。避险认识，是指行为人认识到国家、公共利 益、本人或者他人的人身、财产和其他权利面临正在发生的危险，认识到只有损害另一法 益才能保护较大或同等法益，认识到自己的避险行为是保护法益的正当行为。避险意志， 是指行为人出于保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发 生的危险的目的。主张正当防卫需要防卫意识的，都会肯定紧急避险中的避险意识;主张 正当防卫不需要防卫意识的，均会否认紧急避险中的避险意识。但无论如何，故意引起危 险后，以紧急避险为借口侵犯他人法益的，是故意犯罪，而不是紧急避险。没有避险意识， 其故意或者过失实施的侵害行为符合紧急避险客观要件的，属于偶然避险，与偶然防卫的 处理原则相同。本书认为，偶然避险属于紧急避险。

（五） 必须没有超过必要限度造成不应有的损害

由于紧急避险是用损害一种法益来保护另一种法益，故不允许通过对一种法益的无 限制损害来保护另一法益，只能在必要限度内实施避险行为。

我国传统刑法理论认为，紧急避险的必要限度，是指紧急避险所引起的损害小于所避 免的损害，即凡是避险行为所引起的损害小于所避免的损害时,就没有超过必要限度。本 书认为，紧急避险的必要限度，是指在所造成的损害不超过所避免的损害的前提下，足以 排除危险所必需的限度。由于紧急避险是两种法益之间的冲突，故应以尽可能小的损害 去保护另一法益，即必须从客观实际出发，既保护一种法益，又将对另一法益的损害控制 在最小限度内。因此，首先，避险行为造成的损害小于所避免的损害时，也可能超过了必 要限度。例如，在发生森林火灾，为了防止火灾蔓延，不得已砍伐树木形成隔离带时，如果 根据当时的客观情况，只要有10米宽的隔离带即可，行为人却下令大量砍伐树木形成50 米宽的隔离带。尽管所保护的森林面积远远大于所砍伐的森林面积，但不能认为没有超 过必要限度。其次，不得已损害同等法益的，也不一定超过了必要限度。即在甲法益与乙 法益等值的情况下，如果保护甲法益的唯一方法是损害乙法益,那么，充其量只能认为，这 种避险行为没有实质意义。因为紧急避险制度并非旨在保护相互关爱的伦理，而“是从

〔**222**〕当然.这并不意味着失败的避险均成立犯罪。

**[223**〕德国刑法理论将紧急避险分为防御性紧急避险与攻击性紧急避险，前者是指针对危险源实施的避险行为 （如杀害正在袭击人的野生动物，或者伤害无故意过失的侵害者），后者是指针对与危险源无关的第三者的 法益实施的避险行为.

第五章不法**221**

功利主义的见地防止社会整体利益减少的制度”。〔224〕在上例中，从整体上说，法益并没有 受到侵害。既然如此，就不宜将这种行为认定为犯罪。可见，紧急避险的必要限度与正当 防卫的必要限度，存在重大区别。

法益价值的判断是一个重要问题。大体可以肯定，生命法益重于身体法益、身体法益 重于财产利益，但现在还难以形成一般的、具体的标准，只能根据社会的一般观念进行客 观的、合理的判断。此外，进行法益衡量时，还要考虑危险的紧迫性与重大性、危险源的具 体情况、损害行为的程度、当事人的忍受义务等。在进行法益衡量时，首先要通过刑法分 则规定的法定刑判断所损害的法益与所保护的法益在刑法中的地位（性质）。其次，在同 一种法益产生冲突时，要判断可能遭受损害的数量（为了保护财产而牺牲他人财产时，只 能通过财产的数量进行法益价值的判断）。最后，要比较被避免的危险与避险行为对法 益的危险程度。例如，如果具有抽象危险的醉酒驾驶行为挽救了他人的生命或者避免了 他人身体的重大危险，就应当阻却违法。〔225〕

至于能否牺牲一个人的生命以保护其他人的生命，是有重大争议的问题。如果说生 命是等价的，那么,就可以用牺牲生命的方法来保护等价的生命，尤其是可以用牺牲一个 人生命的方法保护多数人的生命。可是，生命是人格的基本要素，其本质是不可能用任何 尺度进行比较的，法秩序不允许将人的生命作为实现任何目的的手段。例如，在一个人的 肝脏可以供五个肝病患者进行肝脏移植进而挽救五个人的生命时，也不能任意取出一个 人的肝脏进行移植。在此意义上说，将生命作为手段的行为都是违法的。然而，如果 不允许以牺牲一个人的生命保护更多人的生命，则意味着宁愿导致更多人死亡，也不能牺 牲一个人的生命，这难以为社会一般观念所接受，也不一定符合紧急避险的社会功利性 质。在本书看来，虽然所有人的生命是等价的，但也要区分不同情形进行综合判断，对生 命的紧急避险（对“不得已”的判断应当极为严格），既有可能成立违法阻却事由，也有可 能成立责任阻却事由。

本书初步认为，下列情形大体成立违法阻却事由：（1 ）被牺牲者同意牺牲自己以保护 他人生命时，对之实施紧急避险的；（2）被牺牲者已被特定化，即使不对之实施紧急避险 也会立即牺牲时，对之实施紧急避险的；（3）被牺牲者客观上不可能行使自主决定权，尤 其是不可能行使防卫权时，对之实施紧急避险的；（4）被牺牲者死亡的危险性大于其他 人，如果不实施紧急避险，被牺牲者首先牺牲时，对之实施紧急避险的;（5）被牺牲者成为 导致他人死亡的危险源时，对之实施紧急避险的；（6）为了保护多数人的生命而牺牲少数 有过错地使自己的生命处于危险状态的人。在现实案件或者设例中，一个案件往往会同 时存在上述几种情形。

承认对生命紧急避险可能遭受的非议是，该行为将他人作为手段，违反了只能将生命 作为自我目的来对待的观念。诚然，人的生命不能作为他人的手段，如果从社会契约论的 角度来看，理性的一般人事实上都会同意在上述几种情形下牺牲特定人（包括自己）的生

**C224J** ［日］西田典之:《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第139 ~ 140页。

〔**225**〕参见［德］乌尔斯■金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》，蔡桂生泽，北京大学出版社2015年版，第**184**页。

C226J也有学者认为，如果事实果真如此.医生取出一个人的肝脏进行移植的行为也是紧急避险。只不过在

的情况下，都不存在这种“不得已”的情形（参见［日］西田典之:《刑法总论》，弘文堂2010年第2版， 第 143 ~ 144 页）。

**222**刑法学（第五版）

命。“具体而言，有时候自己会是遭受危险的一方，有时候又会是被转嫁危险的一方，在 做如此假设的场合，与通过保证自己总会甘愿承受所降临的危险,而得到不被他人转嫁危 险的保障这种选项相比，合理的个人应该会做另外一种选择:通过相互认可在一定范围之 内的危险转嫁，以减轻也许会降临到自己头上的危险的风险。”〔22?〕以击落被恐怖分子劫持 即将撞上大楼的飞机从而保护大楼内多数人生命的行为为例。“有那样的情况下，对乘 客和机组人员来说，表达同意，或者不同意在实际上都不大可能。但是估计不会有很大的 可能性，如果他们有机会表达自己的意愿，他们会选择被击落，然后和他们的绑架者一起 立刻死亡，而不是作为导弹的一部分，瞄准和他们一样的好公民。在这种可怖的尴尬局面 中，他们就无法避免被当做手段来使用。国家把他们当做手段，来达成一个目的（保护那 些潜在的受害者），即便如此，这个手段之为手段的程度，也不比那些劫机者拿他们当做 手段的程度，而这些人的目的更为恐怖……联合航空93号航班上的乘客和劫机者搏斗， 夺回飞机的控制权，结果飞机坠毁在野外，而没有让劫机者得逞完成他们邪恶的目标，我 们只需要回忆一下这些乘客的英雄主义，就可以知道乘客很可能会理性地同意，可以被那 样对待。任何一群无辜的人，陷人到如此恶劣的境地，他们想要的难道不是一样？”〔228〕事 实上，在上述情况下，击落飞机是在社会一般成员彼此认可的合理范围内实施的保护更多 生命的行为;这种行为不意味着将飞机上的乘客作为工具利用，或许可以认为维护了他们 不被恐怖分子利用的尊严。反之，如果将击落飞机的行为作为阻却责任的紧急避险，意味 着击落行为仍然违法，他人就可以阻止乃至防卫，因而会牺牲更多的生命。这样反而不合 适。

但是，如果不加限制地承认可以牺牲一个人的生命保护其他人的生命，不仅会使人们 生活在恐惧之中，导致法秩序的混乱，而且导致保护生命的法律目的难以实现。所以，对 于生命的紧急避险,大多具有违法性，无辜的第三者仍然可以进行防卫，在符合紧急避险 其他条件的情况下，只能认为避险者没有责任，即作为超法规的阻却责任的紧急避险处 理。例如，在牺牲他人生命保护自己或者亲属生命的场合，原则上只能认定为超法规的阻 却责任的紧急避险。例如，甲与乙遇到海难，二人同时抓住了一块木板，但该木板仅能承 受一人。甲为了自己不死亡而将乙推开，导致乙溺水身亡的，成立阻却责任的紧急避险。 再如，如果火车正常行使会导致铁轨上的五个小孩死亡，为了避免这一结果，司机转向另 一条铁轨，导致一个小孩死亡。显然，即使认为上述情形属于超法规的紧急避险，也仅限 于被牺牲者特定化的场合。亦即，只有当某人承诺牺牲自己，或者唯有某人处于被牺牲者 的地位时，才能将牺牲其生命保护其他人的生命的行为认定为紧急避险。故在上述肝脏 移植的设例中，不可以任意挑选一个健康的人进行肝脏移植。〔2»〕

三、受强制的紧急避险

所谓受强制的紧急避险（Notigungsnotstand，强迫的紧急避险或胁迫的紧急避险），是 指受他人强制实施紧急避险的情形D例如，绑架犯A绑架了 B的儿子，要求B抢劫银行 巨额现金，否则杀害其子。B为了挽救儿子的生命而实施了抢劫银行的行为。B的行为

〔边〕［日］松原芳博:《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社2015年版，第142页。 〔**228**〕［英］迈克尔•罗森:《尊严:历史和意义》，石可译，法律出版社2015年版，第95〜96页。

〔**229**〕否则，成立故意杀人罪或者故意伤害罪

第五章不法**223**

是否成立紧急避险？这涉及紧急避险的多个条件。

限定说认为，如果被强制者B实施了盗窃等较轻的犯罪，当然成立紧急避险，但在实

施了抢劫等重大犯罪的情况下，不成立紧急避险。该说同时认为，如果缺乏期待可能性， 则阻却责任。此说的理由是，首先，如果认为B的行为成立紧急避险，则其行为属于合法 行为。果真如此，银行职员等反击B的行为反而不成立正当防卫，这显然不妥当。因为 银行职员并没有忍受B的抢劫行为的义务。其次，由于A意图通过B的行为实现自己的 意图，故可以认为B分担了 A的不法行为。所以，在衡量被强制者B的法益（其儿子的生 命）与其侵害的法益（银行财产）时，必须考虑B分担了不法行为的事实。

本书倾向于非限定说。在受强制的紧急避险的场合，虽然应当考虑被强制者B分担 了不法行为的事实，但从实质上看，只有当存在紧急避险以外的保全法益的方法而B却 采取了紧急避险的方法时，才能认为B分担了不法行为。因此，应当在补充性要件（不得 已）的范围内探讨B的行为是否成立紧急避险，而不能对此附加其他特别限制。换言之， 刑法第21条并没有限定“危险"的来源,对于受强制者B而言，是谁威胁其儿子的生命， 并不重要。只要B的行为符合紧急避险的条件，就成立紧急避险。银行职员不知真相对 B实施的反击，属于假想防卫;在这种情况下，由于银行职员不可能有过失，故并不成 立犯罪。再如，甲威胁乙，如果不毁坏丙的摩托车就杀害丙。如果没有其他适当途径，乙 毁坏丙的摩托车的行为，属于阻却违法的紧急避险

四、避险过当

避险行为超过必要限度造成不应有的损害的，成立避险过当。避险过当不是独立的 罪名，故不能定“避险过当罪”，也不能定“避险过当致人重伤罪”、“避险过当致人死亡罪” 等罪名；只能根据避险行为所符合的犯罪构成确定罪名。对于避险过当的责任形式，应与 防卫过当的责任形式作相同理解。对于避险过当的，应当酌情减轻或者免除处罚。

第四款因法益性的阙如阻却违法的事由

一、被害人承诺

（一）被害人承诺的一般概念

符合一定条件的被害人承诺，可以排除损害被害人法益的行为的违法性。罗马法上 就有“得承诺的行为不违法”（Volenti non fit injuria）的格言，但不能望文生义地予以适 用。被害人请求或者许可行为人侵害其法益，表明其放弃了该法益，放弃了对该法益的保 护。既然如此，法律就没有必要予以保护;损害被放弃的法益的行为，就没有侵害法益，因 而没有违法性。但这并不意味着只要行为得到了被害人的承诺就不成立犯罪。有些承诺 并不影响犯罪的成立。如拐卖儿童的行为，即使得到儿童的承诺，也成立拐卖儿童罪。有 些承诺是犯罪（如国外的得承诺杀人罪）的成立条件。由此可见，只有在以违反被害人意 志为前提的犯罪中，被害人的承诺才可能阻却违法，如侵犯通信自由罪、故意毁坏财物罪

**C23O）**根据非限定说，银行人员知道真相时.不能实行正当防卫，也难以再实施紧急避险。

〔**231**〕德国有部分学者认为，受强制的紧急避险在任何情况下都只能阻却责任，而不能阻却违法。本书不赞成这 种观点。但是，受强制柄牲他人以保护自己或者亲属生命时，则可能阻却责任。

**224**刑法学（第五版）

等。此处讨论的仅限于这种情况。

德国、日本的部分学者主张，被害人的同意阻却构成要件符合性，被害人的承诺阻却 违法。例如，经被害妇女同意与之性交的，阻却强奸罪的构成要件符合性;经被害人承诺 而毁坏其财物的，则阻却故意毁坏财物罪的违法性。但是，一方面，如果经被害人同意的 行为不可能符合构成要件，就没有必要另作为阻却构成要件符合性的事由予以讨论。另 一方面，在许多情况下，二者的区分又是相当困难的。例如，甲应乙的请求,将乙的电视机 扔到垃圾堆的行为，既可以被评价为不符合构成要件的行为，也可能评价为符合构成要件 但阻却违法的行为。这是因为，在“违反被害人意志”属于构成要件要素时，被害人承诺 就意味着行为不符合构成要件;在“违反被害人意志”不属于构成要件要素时，被害人承 诺只能成为违法阻却事由。但是，刑法分则一般没有将“违反被害人意志”规定为构成要 件要素，刑法理论只是在部分犯罪中将“违反被害人意志”解释为构成要件要素。于是， 在没有明确“违反被害人意志”是否属于构成要件要素的一些犯罪中，被害人承诺既可能 是阻却构成要件符合性的事由，也可能是违法阻却事由。基于上述考虑，本书没有严格区 分被害人同意与被害人承诺，在此一并讨论（当然主要讨论阻却违法的被害人承诺）。

（二）被害人承诺的有效条件

经被害人承诺的行为符合下列条件时，才阻却行为的违法性（在某些情况下也可能 是阻却构成要件符合性）：

1. 承诺者对被侵害的法益具有处分权限（承诺范围）。对于国家、公共利益与他人利 益，不存在被害人承诺的问题，故只有承诺侵害自己的法益时，才有可能阻却违法。但即 使是承诺侵害自己的法益，也有一定限度。如经被害人承诺而杀害他人的行为，仍然成立 故意杀人罪。〔2?2〕此外，承诺虽然原则上只能由法益主体做出，但在某些情况下，也可能代 理承诺。就财产处理而言，只要存在民法上的有效授权，就可以代理承诺。在涉及治疗行 为时，如果儿童或者丧失意志决定能力的人不能做出承诺时，其监护人或者法定代理人可 以做出承诺。
2. 承诺者必须刘所承诺的事项的意义、范围具有理解能力（承诺能力）。可以肯定的 是，没有辨认控制能力的精神病人，缺乏承诺能力。就未成年人而言，不能单纯以年龄划 定绝对的界限，必须联系承诺的事项（法益侵害的种类、程度等）进行判断。例如，17周岁 的人对自己的财物以及治疗行为具有承诺能力，但不应当认为其对出卖自己的器官具有 承诺能力。
3. 承诺者不仅承诺行为，而且承诺行为的结果（承诺对象）。只有当法益主体承诺法 益侵害的结果时，才能认为其放弃了自己的法益。如果只是承诺了被告人的行为,但没有 承诺该行为造成的法益侵害结果,则不能认为其放弃了自己的法益。例如，甲明知乙酒后 驾驶，仍然坐在甲的车上，乙交通肇事导致甲重伤。对此，不能认定为被害人承诺。当然， 如果某种行为必然导致结果或者具有导致结果发生的高度盖然性，被害人对行为的承诺 就意味着对结果的承诺。
4. 承诺必须出于被害人的真实意志，戏言性的承诺、基于强制或者威压做出的承诺，

[232]经被害人承诺而造成其身体伤害的，是否阻却故意伤害罪的成立，还存在激烈争论。对此,将在罪刑各论 （第二十一章第二节“三”）予以说明。

第五章不法**225**

不阻却违法。值得讨论的是基于错误的承诺的效力。全面无效说认为，任何因欺骗行为 而引起的承诺，都是无效的。本质错误说（重大错误说、决定性动机错误说）认为，如果被 害人没有陷人错误（或者知道真相）就不会做出承诺时，或者说，因欺骗行为引起了决定 性的动机错误时，该承诺无效。法益关系错误说认为，如果仅仅是关于承诺动机的错误， 应认为该承诺具有效力，阻却违法；如果因为受骗而对所放弃的法益的种类、范围或者危 险性发生了错误认识（法益关系的错误），其所做出的承诺则无效。例如，行为人冒充妇 女甲的丈夫实施奸淫行为时，黑夜中的甲以为对方是自己的丈夫而同意发生性关系。根 据全面无效说、本质错误说与法益关系错误说，甲的承诺均无效。再如，为灾区募捐的行 为人欺骗乙，导致乙捐款数额远远高于其他人的捐款数额。根据全面无效说，乙的承诺可 能是无效的;但根据本质错误说与法益关系错误说，乙的承诺是有效的。又如，行为人欺 骗丙将一个肾脏摘出后移植给丙的女儿，但事实上移植给他人。根据全面无效说、本质错 误说，丙的承诺是无效的;根据法益关系错误说，丙的错误仅仅与承诺的动机有关，故不影 响其承诺效力。在本书看来，法益关系错误说虽然原则上是妥当的，但是，（1）如何确定 法益关系的错误的范围，还存在疑问，对此，需要联系具体犯罪的法益做出判断。一般来 说,欺骗行为使被害人对于法益的有无、性质与范围产生错误而做出承诺的,该承诺无效。 例如，欺骗行为使被害人误以为不会导致法益侵害而承诺，但事实上造成了法益侵害的， 该承诺无效。又如，欺骗行为使被害人误以为只会造成轻微的法益侵害而承诺，但事实上 造成了严重的法益侵害的，该承诺无效。再如，欺骗行为使被害人误以为仅损失财产，但 事实上造成人身伤害的，该承诺无效。（2）需要考虑被害人承诺的重要目的是否得到实 现。法益主体处分某种法益时，常常是为了保护、救助另一法益。如果其保护、救助另一 法益的重要目的没有得到实现，就应当认定为法益关系的错误，难以认为其承诺有效。例 如，甲欺骗乙向地震灾区捐款，乙为了救济灾民而捐款，但甲将所得捐款据为己有。乙的 承诺无效，甲的行为构成诈骗罪。再如，甲欺骗乙，声称其子女需要移植眼角膜，乙献出了 眼角膜，但甲将乙的眼角膜改作他用。乙的承诺无效，甲的行为成立故意伤害罪。又如， 甲冒充监狱管理人员，欺骗在押犯的妻子乙，只要二人性交就可以提前释放在押犯，乙信 以为真与甲性交。应当认为，乙的承诺是无效的J233〕（3）需要考虑欺骗行为对被害人做 出承诺的影响程度。亦即，欺骗行为事实上使被害人不可能行使自己决定权，因而不可避 免地陷人错误时，应认为承诺无效。因为在这种情况下，被害人事实上没有行使自主决定 权。例如，谎称存在紧急避险情形，使被害人做出承诺的，该承诺无效。如甲谎称乙饲养 的狗是疯狗，使乙承诺甲捕杀该狗的，乙的承诺无效。再如，欺骗行为使被害人误以为不 论自己同意与否法益都会受侵害而承诺的，该承诺无效。如电梯司机在被害人进人电梯 后，突然将电源关闭，谎称电梯事故，使被害人同意自己被关在电梯内的，不阻却拘禁行为 的违法性。

1. 必须存在现实的承诺。刑法理论对此存在意思方向说与意思表示说之争：前者认 为，只要被害人具有现实的承诺,即使没有表示于外部，也是有效的承诺;后者认为，承诺

〔**233**〕不过，即使承诺无效，但由于甲的行为并不符合强奸罪的构成要件，也不可能成立强奸罪。换言之，如果行 为人没有采用暴力、胁迫或者其他手段，就可以从构成要件符合性阶段否认强奸罪的成立。

〔》»〕需要说明的是，行为人虽然没有实施欺骗行为，但同时明知被害人由于表达或者书写错误做出了一个违背 本人意志的错误承诺时，仍然按照该错误承诺对被害人实施侵害行为的，应当认定为故意犯罪。

**226**刑法学（第五版）

的意思必须以语言、举动等方式向行为人表示出来。行为无价值论一般主张意思表示说 （但也有例外），本书采取结果无价值论，主张意思方向说。因为承诺本身是自我决定权 的表现，只要存在于行为人的内心即可。相关的问题是，是否要求行为人认识到被害人的 承诺？理论上也存在必要说与不要说的对立。本书认为，既然被害人同意行为人的行为 与法益损害结果，就不存在受保护的法益，故不必要求行为人认识到被害人的承诺。

1. 承诺至迟必须存在于结果发生时，被害人在结果发生前变更承诺的，原来的承诺无 效。换言之，法益主体在结果发生前的任何时间内都可以自由撤销承诺。［235〕事后承诺不 影响行为成立犯罪（可能影响量刑）；否则国家的追诉权就会受被害人意志的任意左右。
2. 经承诺实施的行为不得超出承诺的范围。例如，甲同意乙砍掉自己的一个小手指， 而乙砍掉了甲的两个手指。这种行为仍然成立故意伤害罪。

符合上述条件的，阻却行为的违法性，即行为人对所承诺的法益造成损害的行为不具 有违法性。但是，经承诺所实施的行为是否侵犯其他法益因而构成其他犯罪，则是另一问 题。例如，即使妇女同意数人同时对其实施淫乱行为，但如果数人以不特定或者多数人可 能认识到的方式实施淫乱行为时，虽不构成强奸罪，但不排除聚众淫乱罪的成立（就此罪 而言，妇女已不再是被害人，而是犯罪主体）。

二、推定的承诺

现实上没有被害人的承诺，但如果被害人知道事实真相后当然会承诺，在这种情况 下，基于对被害人意志的推定所实施的行为，就是基于推定的承诺的行为。如发生火灾之 际，为了避免烧毁被害人的贵重财产，闯人屋内搬出贵重物品的行为，就是基于推定的承 诺的行为。

基于推定的承诺的行为，必须具备以下条件：（1）被害人没有现实的承诺。但应注意 的是，推定的承诺具有补充性，只有在不可能得到被害人的现实同意时才能考虑适用推定 的承诺。换言之，只要有可能通过各种途径询问被害人的意志，就不允许推定被害人承 诺。（2）推定被害人知道真相将承诺。一般认为，这种推定以合理的一般人的价值观念 为标准，而不是以被害人的实际价值观念为标准。但应注意的是，只有在无法确定被害人 自身的价值观念时，才能按照一般人的价值观念推定。因为起决定性作用的是被害人 （法益主体）自身的价值观念，当有事实根据表明被害人的价值观念不同于一般人的价值 观念时，只能根据被害人的价值观念推定其意志。（3）—般是为了被害人的一部分法益 牺牲其另一部分法益（不排除为了自己或第三者的利益而牺牲被害人的利益《« ），但所 牺牲的法益不得大于所保护的法益。（4）必须针对被害人有处分权限的个人法益实施行 为。

问题是,被害人知道真相也不承诺的，应当如何处理？换言之，事后判断推定并不成 立时，是否阻却违法性？如上所述，所谓推定被害人知道真相将承诺，一般是以合理的一 般人意志为标准，而不是以被害人的实际意志为标准。但是，既然推定的承诺以被害人的

〔235］如果法益主体在侵害结果发生前撤销承诺，即使行为人的行为已经造成部分损害或者危险的，也阻却违法 性，不能以犯罪未遂论处。

［236］例如，邻居家的水管破裂浸害了自己或者第三者的家具时,砸坏邻居家的门进人邻居家中修复水管的行为， 也属于基于推定承诺的行为（参见［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第180页）。

第五章不法227

自我决定权为核心，那么，在事先不能知道被害人是否承诺的场合，也只能从事后的立场 确认被害人的真实意志。如果事后判明行为人的介人行为违反法益主体的真实意志，就 不能否认这种行为的违法性。例如，楼上的被害人因装修房屋在卫生间进行闭水试验时 外出，楼下的行为人误以为被害人家没有关闭水龙头，为了防止被害人的财产遭受损失而 撬门进人被害人住宅。在这种情形下，不能否认侵入住宅行为的违法性，只能作为事实认 识错误处理,否认行为人具有故意，因而不成立犯罪。再如，在没有亲属的患者昏迷不醒， 不立即截肢就有生命危险的情况下，基于推定的承诺而截肢，患者清醒后反对截肢的，虽 然也应当肯定医生的行为具有伤害罪的构成要件符合性，但是，要么可能成立紧急避险， 进而否认违法性;要么通过否认医生具有伤害故意与过失宣告无罪。行为人为了自己的 利益而推定被害人会承诺所实施的行为，也是如此。

此外还需要说明的是，有些案件不需要作为推定的承诺处理**3**例如，部分推定的承诺 完全可以归人现实的承诺（默示的承诺）。例如，店员暂时离开商店时，顾客按照标明的 售价将现金置于柜台内将商品拿走。对于这样的行为，不需要认定为推定的承诺，而是应 当认定为现实的承诺（默示的承诺**h**再如，被害人住宅发生火灾时，行为人侵人住宅抢 救卧病在床的老人的，可归人紧急避险。亦即，住宅主人没有同意老人死亡的权利，因而 不可适用推定的承诺。

三、 假定的承诺

假定的承诺（假定的同意），一般是指在治疗过程中，医生没有充分向患者履行告知 说明义务，没有得到患者的承诺，便实施相关的治疗行为;但事后查明，即使医生向患者履 行告知说明义务，患者也会同意该治疗行为。例如，外科医生甲在给患者乙做肩胛骨手术 时，不小心将钻针折断并遗留在乙的体内，只有再次手术才能取出钻针。但是，甲隐瞒了 这一事实，向乙谎称第一次手术引起了并发症，需要第二次手术才能完全康复，因而获得 了乙的同意。所要讨论的问题是，第二次手术行为是否构成故意伤害罪？

在德国，相当多的学者认为，由于医生没有履行告知说明义务，所以侵害了患者的自 我决定权;这种假定的承诺不足以事后阻却第二次手术行为的违法性。但有判例认为，由 于患者知道真相后原本会同意，同意的表述并不重要，故医生的行为并不违法。还有少数 学者认为，医生的行为仅成立犯罪未遂

本书的初步看法是，在假定的承诺的场合，行为人原本能够取得被害人的承诺，被害 人在事先原本能够做出承诺，因此，被害人实际上并不存在法益关系的错误，而且医生实 施的治疗行为完全符合患者的目的，客观上也保护了更为优越的法益，故应阻却行为的违 法性。

四、 自损行为

自损行为，是指自己损害自己法益的行为，如自伤、自己毁损自己所有的财物等，这些 行为阻却违法（当然，在许多情形下阻却构成要件符合性）。但是，当自损行为同时危害 国家、社会或他人法益时，则并不阻却针对国家、社会与他人法益的违法性。如军人战时 自伤的，放火烧毁自己的财物但危害公共安全的，依然成立犯罪。附带说明的是，在未成

〔**237］**参见［德］乌尔斯■金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第198页以 下。

**228**刑法学（第五版）

年人实施自损行为时，负有保护义务的保证人不履行保护义务的，可能成立不作为犯罪。

五、危险接受

（一）危险接受概述 广义的危险接受，大体分为三种类型：

1. 狭义的自发的自己危险化:被害人在认识到自己的行为对自己的法益具有危险的 情况下，仍然实施该行为，进而给自己造成了实害。在这种场合，只有被害人实施了与其 法益遭受侵害之间具有因果关系的行为。例如，被害人认识到摔伤的危险却爬树采果实， 果真摔成重伤。显然，这种案件本身不具有刑法上的意义，〔238〕故不需要讨论。
2. 自己危险化的参与:被害人意识到并实施了危险的行为，而且遭受了侵害结果，但 被告人的参与行为与被害人的侵害结果之间具有物理的或者心理的因果性。简言之，被 告人参与了被害人的自发的自己危险化。例如，德国曾发生如下案件:被害人是海洛因的 持有人，让被告人将注射器给其使用，被害人利用该注射器注射海洛因，进而死亡。
3. 基于合意的他者危险化:虽然给被害人造成侵害结果的是他人的行为，但被害人认 识到并且同意被告人行为给自己带来的危险（即被害人仅承诺了危险，而没有承诺侵害 结果）。如德国的梅梅尔河案：在狂风暴雨之际，两位乘客不顾船工的“危险”警告，要求 船工运送其过河。船工在运送乘客过河时，渡船翻沉导致乘客死亡。

上述自己危险化的参与和基于合意的他者危险化有三个共同特点:（1）侵害结果的 发生，由被告人与被害人的不注意的态度相互作用而共同引起。（2）被告人与被害人都 不希望、放任侵害结果发生，相反，都相信、期待侵害结果不发生。（3）被害人“过失地”参 与了结果发生，所涉及的都是被告人最终应否承担过失犯刑事责任的问题。〔239〕

正因为自己危险化的参与和基于合意的他者危险化具有共同点，所以，刑法理论用危 险接受概括二者。倘若认为对二者的处理结论相同，对二者的区分就没有意义;如若认为 对二者应当做出不同处理，对二者的区分则具有意义。应当肯定的是，危险接受不是责任 论领域的问题，而是不法的问题。〔240〕本书主张，应在与正犯论相关联的意义上区分二者， 区分标准在于是自己侵害还是他者侵害。亦即，被害人自己支配了侵害结果的发生时，被 告人的行为属于自己危险化的参与;被告人的行为支配了侵害结果发生时，则是基于合意 的他者危险化。换言之，在自己危险化的参与的场合,被告人是共犯、被害人是正犯;而在 基于合意的他者危险化的场合，被告人是正犯、被害人是共犯（参见第八章第二节“三”）。 这样的区分标准，既比较明确，又具有实际意义。

危险接受与被害人承诺（同意）具有联系,甚至有可能作为被害人承诺处理。尽管如 此，二者还是存在明显区别：（1）危险接受基本上是就过失犯罪而言；被害人承诺虽然也 适用于过失犯，但主要是就故意犯罪而言。（2）危险接受时，被害人只认识到了行为的危 险，并没有承诺侵害结果的发生，没有放弃自己的法益;被害人承诺时，被害人同意侵害结

〔**238**〕当然，需要区分被害人的自己危险化是自发的还是由他人的行为引起的。总的来说，如果被告人的行为对 被害人产生了物理的或者心理的强制，导致被害人实施自己危险化的行为时，就不能认定为自发的自己危 险化。

〔**239**〕参见［日］盐谷毅:《被害者的承诺与自己答责性》，法律文化社2004年版，第178页。

〔**M）**〕至于是构成要件（结果归责）的问题，还是违法性阶层的问题，在国外刑法理论上存在争议。可以肯定的是， 该问题具有复杂性，可能涉及多个领域。本书暂且一并将其放在违法性阶层讨论。

第五章不法**229**

果的发生，放弃了自己的法益。〔241]

讨论危险接受问题，必须明确几个前提条件：（1）危险接受案件以发生侵害结果为前 提。倘若被告人实施了被害人所同意的危险行为，但并没有发生侵害结果，则不具有刑法 上的意义。（2）被害人必须具有认识能力与控制能力。例如，在被害人毒瘾发作，处于没 有控制能力的状态时，被告人将大量毒品交付给被害人吸食,被害人吸食后死亡的，就不 属于危险接受的问题，被吿人的行为成立相应的犯罪。（3）被害人必须对危险事实具有 明确认1R。如果被告人隐瞒真相，使被害人缺乏相应的认识时，就不应当作为危险接受案 件处理。例如，被告人知道自己患有严重性病，但隐瞒真相，与对方性交时不使用安全套， 使对方感染严重性病的，成立故意伤害罪。（4）被告人在被害人还没有认识到危险的情 况下实施了某种行为，导致被害人不得不陷人危险的，不属于危险接受案件。例如，被告 人甲对乙家放火，放火燃烧的当时，乙为了救助家中的亲人，而冲入燃烧的家中，但因为丧 失意识而倒下，因一氧化碳中毒而死亡。甲应对乙的死亡承担刑事责任。（5）对于侵害 公法益的犯罪，不存在危险接受的问题。例如，乙明知卖淫女甲患有严重性病，但依然不 采取预防措施而与之性交，进而感染了严重性病。就甲的行为是否对乙成立过失致人重 伤罪而言，是危险接受问题。但是，即使否认甲的行为成立过失致人重伤罪，也不能否认 其行为成立侵害公法益的传播性病罪。（6）被告人在实施自己危险化的参与行为或者基 于合意的他者危险化的行为之后，仍然可以救助被害人而没有救助的场合，能否成立不作 为犯，不是危险接受本身的问题。

（二）自己危险化的参与

自己危险化的参与的最大特征是，被害人的行为是导致侵害结果发生的直接原因，或 者说，被害人自己支配了侵害结果的发生，被告人只是参与了被害人的自己危险化。本书 的基本观点是，对于自己危险化的参与，只要符合前述危险接受的前提条件，就不能将侵 害结果归属于被告人的行为（被告人的行为不成立犯罪）。换言之，可以通过否认构成要 件符合性，并运用共犯从属性的原理，得出自己危险化的参与不构成犯罪的结论。

在自己危险化的参与的场合，被害人是正犯，正犯自冒风险时，其行为既不符合构成 要件，也不具有违法性。例如,过失致人重伤，是指“过失伤害他人致人重伤”（刑法第235 条）；过失致人死亡时，其中的人也应指“他人”，而不应当包括行为人本人。〔2^当被害人 自己过失导致自己重伤、死亡时，其行为并不符合过失致人重伤罪、过失致人死亡罪的构 成要件。既然正犯的行为不符合构成要件,那么，根据共犯从属性说的原理，不管在从属 性程度上采取何种学说，教唆行为与帮助行为就都不可能成立犯罪。

例如,在校大学生甲、乙、丙相约来到一河边渡口游泳，丙提出到水最深的地方看河水 到底有多深，甲、乙表示同意。因害怕危险，三人决定手牵手试水，由于三人手未拉稳，一 起掉了下去，他人听到呼救赶到时，丙被冲向沙滩边，自己爬上岸，乙被人救起，而甲则沉

**（241]**当然，如果认为被害人承诺只要同意危险行为即可，则在此问题上没有区别。

|>2〕即使认为“故意杀人”中的“人”可以包含本人，也不应认为“过失致人死亡”中的“人”包含本人。任何人都 不可能阻止他人的正当行为，但在日常生活中，人们可以阻止他人的自杀行为，似乎可以认为自杀是违法 的，因而“故意杀人”中的“人”可以包含本人。但是，如果认为人们可以阻止他人可能对自己生命有危险的 行为，则必然导致他人没有行为自由，因而不妥当。例如，当他人登山时，任何人不得以“可能过失摔死”为 由阻止他人登山。

**230**刑法学（第五版）

人水中，直到次日下午尸体才被发现。在本案中，三人手牵手试水的行为，对各自都是一 种危险行为，但死者甲的行为并不符合过失致人死亡罪的构成要件。既然如此，实施了参 与行为的丙、乙，就不可能成立过失的教唆犯与帮助犯。

再如，某日上午，警察依法将涉嫌寻衅滋事的A传唤至派出所进行讯问。在去派出 所之前，A让其妹B买点农药送到派出所，准备以喝农药的方式吓唬警察。B购买两小瓶 丁硫毗虫啉后送到派出所交给A。A接到农药后提出去洗手间，并在洗手间喝了农药，后 因抢救无效死亡。本案的特点是，被告人B帮助A实施自己危险化的行为。但是，B对 A的死亡结果并没有故意，A虽然并不希望或者放任自己的死亡，却实施了喝农药的危险 行为。由于A的行为并不符合过失致人死亡罪的构成要件，对于过失提供帮助的B也不 得以过失致人死亡罪论处。

（三）基于合意的他者危险化

如前所述，基于合意的他者危险化与自己危险化的参与存在区别。但是，德国、曰本 的刑法理论，大多试图以同一原理说明二者均不可罚，而且，学者们的理由可谓五花八 门戸

本书的观点是，对于基于合意的他者危险化,也只能从是否具备构成要件符合性、违 法性的角度展开分析。就构成要件符合性而言，由于行为人造成了他人的重伤或者死亡， 客观上完全符合过失致人死亡罪或者过失致人重伤罪的构成要件。即使采取客观归责理 论，也不能认为基于合意的他者危险化行为，没有制造不被允许的危险，更不能否认危险 的现实化，同样不能认为超出了构成要件的保护范围。在违法性层面，基于合意的他者危 险化，也并没有保护更为优越的利益，因而并不存在违法阻却事由。既然如此，基于合 意的他者危险化，就没有排除犯罪成立的理由。

例如，某年冬天，甲与乙（女）驾驶夏利牌轿车到某水库南侧游玩。为近距离观赏野 鸭子，甲查看冰层约有30公分，又在冰面上向前走了大约七八十米，便提议驾车穿过冰面 到对岸，乙表示同意。甲即驾驶该车载乙向水库北岸行驶，当车行至河岔中心偏北侧时， 汽车落人冰下水中，乙溺水死亡。本书认为，甲的行为构成过失致人死亡罪。诚然，被害 人乙可以不坐人车内，但是，不能因为乙有这个决定权，就认定她自己引起了发生死亡结 果的危险，更不能认定她自己造成了死亡结果。无论如何都应当认为，甲的行为引起了发 生死亡结果的危险，并且使危险现实化。换言之，乙虽然认识到了行为的危险，但是，危险 完全掌控在甲手中，甲的过失行为支配了侵害结果的发生。由于甲的行为符合过失致人 死亡罪的构成要件，也不具备违法阻却事由与责任阻却事由，故应认定其行为构成过失致 人死亡罪a

如果梅梅尔河案发生在我国，也宜以过失犯论处。因为在梅梅尔河案中，船工对于渡 河具有优越的知识，也负有使乘客安全渡河的义务。〔246〕船工虽然是因为乘客的请求才驾

〔243〕诚然，购买农药是"故意”的，但是，这种故意不是对被害人死亡的故意，因而不是刑法意义上的故意。

如被害人承诺论.因果过程操纵论、危险共同体论、被害人的管辖论、危险自己负担行为论、社会的相当性 说、部分社会论、责任阻却说、被允许的危险说、信赖原则说、禁止溯及论等（参见［日］盐谷毅：《被害者的承 诺与自己答责性》，法律文化社2004年版，第263页以下）。

C245）如果像治疗行为那样保护更为优越的利益，则是另一回事（不必作为危险接受案件处理）。

［246］倘若被告人不是负责摆渡的船工，只是普通浼民，或者被害人上船之后自己操纵船只，则会得出不同结论。

第五章不法**231**

船，但乘客当然信赖船工会安全地使自己渡河。在这样的情形下，不能否认船工的行为符 合过失致人死亡罪的构成要件。基于同样的理由，当乘客为了赶飞机，要求出租车司机超速 行驶时，司机超速行驶过失导致乘客死亡的，也成立交通肇事罪（或者过失致人死亡罪）。

本书主张的基于合意的他者危险化并不阻却犯罪成立的观点，以被吿人实施了符合 构成要件的正犯行为为前提。因此，如果表面上看，是被告人的行为造成了法益侵害结 果，但实际上被害人是间接正犯时，就不能肯定构成要件符合性，被吿人便不对结果负责。 亦即，虽然表面上看由被告人实施了导致结果发生的行为，但被告人处于被害人的压倒性 的意思支配之下，实质上可以评价为被害人自己导致结果发生的场合，被告人不对结果负 责。〔w〕因为当被害人自己成为侵害自己法益的间接正犯时，其行为并不符合任何犯罪的 构成要件，根据共犯从属性说的原理，被告人的参与行为也就不可能符合构成要件。这主 要表现为两种情形：

第一，被害人对被告人实施强制行为，支配了因果发展进程。例如，某日下午，派出所 的警察在公路上设卡进行交通检查，被告人甲无证驾驶无牌照摩托车路经此处，被警察乙 扣留，乙责令甲驾驶该车搭载乙前往派出所接受处理。甲驾驶该车时车速过快，操作不 当，致使该车与路边石块相撞，致乙受重伤（一级伤残）。在本书看来，甲的行为并不构成 犯罪。在甲无证驾驶被查处的情况下，正在行使交通检查职权、查处违章行为的警察乙， 明知甲无驾驶资格仍然要求其继续驾驶并搭乘自己，应当评价为一种强制行为。换言之， 在当时的情况下，甲不可能拒绝乙的要求。既然如此，就应当认为乙的行为支配了结果的发 生。乙自己使自己受伤的行为并不符合过失致人重伤罪的构成要件，根据共犯从属性说的 原理，甲的行为也不成立犯罪。反之，如果本案甲身受重伤，乙反而应当承担刑事责任。

第二，被害人对危险行为具有优越的知识，支配了因果发展进程。日本千叶赛车案可 谓适例:被害人有七年的赛车经验，发现初学赛车的被告人技术低劣，在被告人练习时，被 害人要求坐在车上对被告人进行技术指导。被告人按照被害人的指示，在练习赛车时错 误操作，致使赛车失去控制，撞到防护栏后翻车，防护栏的支柱刺穿被害人一侧的窗户，导 致同乘的被害人死亡。法院宣告被告人的行为不构成犯罪。〔248〕在本案中，被害人不仅认 识到了赛车竞技运动的危险性，而且基于优越的知识，通过对被告人的建议、指示,在很大 程度上掌控了危险，形式上是被告人造成了侵害结果，实质上被害人处于间接正犯的地 位。换言之，实质上是被害人的自己侵害行为造成了自己的死亡。由于该行为并不符合 任何犯罪的构成要件，根据共犯从属性说的原理，被告人的行为也不符合任何犯罪的构成 要件。

第五款基于法益衡量阻却违法的事由

\_、法令行为

（一）法令行为概述

法令行为，是指基于成文法律、法令、法规的规定，作为行使权利或者承担义务所实施

〔瑚［日］曾根威彦："过失犯中的危险接受”，载《早稻田法学》第73卷（1997年）第2号，第54页。 P48］［日］西田典之等编:《刑法判例百选1（总论）》，有斐阁2008年第6版，第314页。

**232**刑法学（第五版）

的行为。由于法令行为是法律本身所允许乃至鼓励的、形成法秩序的一部分的行为，因而 是合法行为，不是犯罪行为。但有的法令行为从形式上看，与某些犯罪的客观行为具有相 似之处，故将法令行为作为违法阻却事由。

一般认为，法令行为包括四类行为：（1 ）法律基于政策理由阻却违法的行为，即某类 行为本来会侵害法益，但法律基于政策上的考虑（也可谓法益的衡量），将其中的某种行 为规定为合法行为。如发行彩票本来可谓赌博行为，但基于财政政策等理由，有关法律允 许特定机构以特定形式发行彩票。这种行为便不成立犯罪。（2）法律有意明示了合法性 条件的行为，即某类行为本来具有犯罪性，但法律特别规定，符合一定条件时属合法行 为。〔2«〕（3）职权（职务）行为，即公务人员根据法律行使职务或者履行职责的行为。既包 括基于法律的直接规定实施的行为，也包括基于上级的职务命令实施的行为。〔250〕如司法 工作人员对犯罪嫌疑人实行逮捕。（4）权利（义务）行为，即在法律规定上作为公民的权 利（义务）的行为，如一般人扭送现行犯。

法令行为是基于法律、法令、法规的规定所实施的行为，因此，如果行为人所实施的行 为没有法律、法令、法规的根据，或者虽有一定根据但在实体上或程序上违反了法律、法令 或法规的规定，则不属于法令行为，相反可能构成犯罪。

（二）职务行为与正当防卫的关系

值得研究的是职务行为与正当防卫的关系，即所谓人民警察的正当防卫问题。“两 高”、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》做了如下具体规定:遇有下列情形之一，人民警察必须采取正当防卫行 为，使正在进行不法侵害行为的人丧失侵害能力或者中止侵害行为：（1）暴力劫持或控制 飞机、船舰、火车、电车、汽车等交通工具，危害公共安全时；（2）驾驶交通工具蓄意危害公 共安全时；（3）正在实施纵火、爆炸、凶杀、抢劫以及其他严重危害公共安全、人身安全和 财产安全的行为时；（4）人民警察保卫的特定对象、目标受到暴力侵袭或者有受到暴力侵 袭的紧迫危险时；（5）执行收容、拘留、逮捕、审讯、押解人犯和追捕逃犯，遇有以暴力抗 拒、抢夺武器、行凶等非常情况时；（6）聚众劫狱或看守所、拘役所、拘留所、监狱和劳改、 劳教场所的被监管人员暴动、行凶、抢夺武器时；（7）人民警察遭到暴力侵袭，或佩带的枪 支、警械被抢夺时。此外还规定：“人民警察采取的正当防卫行为，不负刑事责任。防卫 超过必要限度造成不应有的危害的，应当负刑事责任，但是应当酌情减轻或者免除处 罚。"上述规定“也适用于国家审判机关、检察机关、公安机关、国家安全机关和司法行政 机关其他依法执行职务的人员。”

应当承认，在没有充分展开对法令行为的研究，旧刑法没有规定特殊正当防卫的情况 下，上述规定的缺陷或许并不明显。但是，在现行刑法之下，仍然将人民警察制止犯罪的 行为作为正当防卫处理，存在疑问。

P49〕如在规定了堕胎罪的国家，其优生法往往规定符合一定条件的堕胎行为不成立堕胎罪。在我国也可能找到 类似的情形。

**C25O3**我国刑法理论一般将执行上级命令的行为，作为独立于法令行为之外的排除犯罪事由，这未尝不可。但下 级执行上级命令本身也是有法律根据的，上级命令也必须以法律为根据，故可以将执行上级命令的行为归 入法令行为。

第五章不法**233**

1. 正当防卫不是法律义务，只是违法阻却事由。〔251〕而职务行为是一种法律义务，如 果不实施职务行为则是违法的失职行为。显然，将警察制止犯罪的行为称为正当防卫，有 可能导致其不履行制止犯罪的职责。正因为如此，上述规定将正当防卫规定为警察的义 务。但司法解释将正当防卫规定为警察的法律义务，缺乏妥当性。
2. 法律并不要求防卫人先实施警告行为，再实施较为缓和的制伏行为，最后实施杀伤 行为。但警察面对不法侵害时，首先应当实施警吿行为，在不得已的情况下，实施由轻到 重的侵害行为。换言之，公民的正当防卫不以补充性（不得已）为要件，而警察为制止违 法犯罪实施的杀伤行为，应以补充性（不得已）为要件。对警察制止违法犯罪的行为适用 正当防卫的规定，必然导致不当侵害违法犯罪人的合法权益。
3. 防卫人对事前预见的不法侵害行为，能够进行正当防卫。但是，警察在事先知道有 人会实施不法侵害行为的情况下，应当采取预防措施，而不是待他人实施不法侵害时进行 正当防卫。否则，是违背职责甚至构成犯罪的行为。
4. 对于公民实施正当防卫所采取的手段，法律不作任何限定。在防卫人顺手获得猎 枪的情况下，法律并不禁止其使用猎枪进行防卫。但对警察而言，并非面对任何违法犯罪 时，都可以使用随身携带的警械与武器。例如，对于一般的违法犯罪，警察只能使用驱逐 性、制伏性、约束性的警械，而不能使用枪支、弹药等武器。这也与正当防卫存在重大区 别。如果对警察的职务行为适用正当防卫的规定,容易导致其随意使用警械与武器。
5. 作为违法阻却事由，只要防卫行为符合正当防卫的前提条件与限度条件，就成立正 当防卫,防卫人对必要限度内的伤害结果并无救助义务J252〕但警察的职务行为造成违法 犯罪人伤害的，必须及时抢救（参见《人民警察使用警械和武器条例》第12条）。如果对 警察的职务行为适用正当防卫的规定,可能导致警察不履行抢救等义务。
6. 警察的职务行为，必须符合严格的必要性与比例性要件。必要性原则，是指在可以 不损害公民利益的情况下，不得损害公民的利益。比例性原则，是指在具备必要性的情况 下，所实施的职务行为不得超过合理的限度。刑法赋予公民正当防卫的权利，是因为不法 侵害具有紧迫性，不能得到国家机关救助。反过来说，如果能够得到国家机关的救助，公 民也不应造成不法侵害人的伤亡。在司法实践中，经常出现这样的情形：防卫人对不法侵 害进行正当防卫时，警察到达现场;此时防卫人不再继续进行防卫,而是由警察不以造成 伤亡为目的地“制伏”不法侵害人。这表明，警察执行职务造成违法犯罪人伤亡的条件， 比正当防卫造成不法侵害人伤亡的条件更为严格。在旧刑法对正当防卫的限度规定得比 较严格的情况下，将警察的部分职务行为视为正当防卫，一般不会产生严重问题。但在现 行刑法规定了特殊正当防卫的情况下，如果仍然对警察制止违法犯罪的行为适用正当防 卫的规定，就会导致下列现象：只要警察遇到正在进行的严重危及人身安全的暴力犯罪， 即可一律开枪将不法侵害人击毙。不能认为这是一种合理现象。因为警察遇到严重危及 人身安全的暴力犯罪时,首先应尽量制伏罪犯，从而对罪犯绳之以法，实现法的确证，而不 应以开枪击毙罪犯为最终目的。
7. 根据《人民警察法》、《监狱法》、《戒严法》、《军事设施保护法》的相关规定，完全可

〔**251**〕理论上更多地肯定正当防卫是公民的权利，充其量认为正当防卫是一种道义上的义务 **[252]**当然，如果因为没有救助而造成了防卫过当的结果，则是防卫过当的问题。

**234**刑法学（第五版）

以将警察、军人执行职务的行为作为法令行为合法化，无须适用正当防卫的规定。所以， 本书认为，对警察执行职务的行为，不宜适用正当防卫的规定，至少不能一概适用正当防 卫的规定，尤其不宜适用特殊正当防卫的规定。〔23〕

（三）过当及其他不当职务行为的处理

对过当或者不当的职务行为应如何处理，是我国刑法理论尚未展开讨论的问题，下面 以人民警察的职务行为为中心略作说明。

警察的职务行为，大多是损害相对方利益的行为。职务行为的合法性要件之一，是职 务行为的比例性;违反比例性要求的职务行为，不再具有合法性。职务行为的种类繁多， 法律法规不可能作出具体规定。本书提倡必需的最小限度原则，即在具备必要性的条件 下，必须将职务行为造成的损害控制在最小限度内。

首先，警察的职务行为，应以使违法犯罪人员停止违法犯罪行为为限度，而不能简单 地进行法益衡量。在使用制伏性、驱逐性警械即可达到目的的情况下，不得使用约束性警 械。无论多么凶恶的犯罪，只要采取制伏性、驱逐性、约束性等警械即可制止犯罪行为的， 就不能使用武器。

其次，职务行为造成的损害不能大于、等于相对方的违法犯罪行为造成的损害。例 如，不法侵害人正在实施伤害行为或者实施普通财产犯罪的，警察不能以杀害不法侵害人 的方法执行职务。

最后，即使职务行为所造成的损害小于相对方的违法犯罪行为造成的损害，但如果职 务行为造成的损害不具有必需性，也属于过当的职务行为。例如，在犯罪分子实施凶杀、 劫持人质等暴力行为时，如果能够通过警告制止该犯罪行为，或者能够通过使用制伏性警 械制止该犯罪行为时，就不得造成犯罪分子的伤害。

总之，对于警察等司法工作人员的职务行为（尤其是制止违法犯罪的行为）的限度， 不能适用正当防卫的防卫限度，更不能适用特殊正当防卫取消限度条件，而应比紧急避险 的限度更为严格。

之所以将比例性作为警察职务行为的合法性的要件，不仅因为警察的职务行为可能 过当，而且过当的职务行为往往造成严重的结果。事实上，警察在实施职务行为的过程中 违反比例性原则，造成过当的现象并不罕见。对于过当的职务行为应当如何处理，是刑法 理论需要研究的问题。

例如，民警甲于某日晚带领两名治保人员抓赌。甲进人赌场时，赌场立刻混乱起来， 参赌人员与围观者四处奔跑躲藏。几分钟后，聚众赌博人员X以为无事又从原道返回 时，正好碰上甲等三人。一名治保人员喊道“他也是赌徒”，于是，甲连开3枪，其中一枪 击中X的心脏，导致X当场死亡。对这类构成犯罪的过当的职务行为的处理，面临着两 大问题：（1）如何确定犯罪的责任形式？（2）能否类推相关法条从宽处罚？

1.过当的职务行为，既可能出于故意也可能出于过失。

警察对过当的事实具有认识，对过当职务行为所造成的结果具有希望或者放任心理

**[253]**显然，以上观点并不意味着警察绝对不可能实施正当防卫。事实上，警察为了防卫自己的生命、身体、财产 法益等，完全可能进行正当防卫。但是，在可以通过职务行为正当化的情况下，应当以职务行为为根据排除 犯罪的成立，而不能一概以正当防卫为根据排除犯罪的成立。

第五章不法**235**

的，属于故意犯罪。例如，明知对方只是在非法举行集会、游行、示威，而使用武器伤害对 方的，应认定为故意伤害罪。明知对方只是强行冲越警察为履行职责设置的警戒线，而使 用武器杀害对方的，应认定为故意杀人罪。显然，上述甲的行为构成故意杀人罪。反之， 如果警察对过当的事实缺乏认识但具有认识的可能性，或者已经预见过当行为可能造成 不应有的结果，但轻信能够避免的，则属于过失犯罪。例如，手枪中本有子弹，但警察误以 为没有子弹而举枪警告不法侵害人员却造成伤亡结果的，属于过失犯罪行为。

2.对过当的职务行为构成犯罪的，不能类推适用刑法关于防卫过当、避险过当减免刑 罚的规定。

首先，相关法律法规并没有对构成犯罪的过当的职务行为设立减免刑罚的规定（参 见《人民警察法》第48条、第49条，《戒严法》第30条）。

其次，一般认为，防卫过当、避险过当减免刑罚的根据，主要是违法与责任减少。所谓 责任减少,是指防卫行为、避险行为是在紧急状况下实施的，行为人一般会产生恐惧、惊慌 心理，故即使过当，也不应受到强烈的非难。所谓违法减少，是指防卫过当、避险过当行为 不同于单纯的法益侵害行为，因而违法性减少。但是,仅用责任减少或者违法减少，是难 以说明防卫过当与避险过当减免刑罚的根据的。如果单纯采取责任减少说，对于假想防 卫也应减免刑罚，但事实上并非如此。如果单纯采取违法减少说，则由于过当部分构成犯 罪，不可能减免刑罚。所以，一般认为，责任与违法同时减少，是防卫过当、避险过当减免 刑罚的根据但是，警察是经过特别训练的人员，他们面对违法犯罪行为时，一般不会 也不应当产生恐惧、惊慌心理，故其过当的职务行为并不使其责任减少。另一方面，警察 不仅具有制止不法侵害的职责，而且具有保护不法侵害人的人身不受侵害的职责。所以 其过当的职务行为也难以使其违法减少。刑法关于警察面对违法犯罪行为时，不能为了 避免本人的危险而实施紧急避险的规定，也间接说明了这一点。既然如此，构成犯罪的过 当的职务行为就缺乏比照防卫过当、避险过当减免刑罚的实质根据。

最后，“国家不仅必须尽力保护公民的自由，而且必须尽力促使公务员严格地遵守法 律”。〔255〕换言之，警察必须尽最大可能保护一般公民的法益，又尽最大可能保护不法侵害 者的合法权益。如果对于警察构成犯罪的过当职务行为类推适用防卫过当、避险过当减 免刑罚的规定，便不利于预防警察的过当职务行为，进而不利于限制警察的权力，不利于 保护不法侵害者的合法权益。

除了过当的职务行为外，还存在缺乏必要性的其他不当职务行为。

1•如前所述，如果不存在违法犯罪行为，警察就不得使用警械、武器侵犯公民的自由 与权利。可事实上存在这样的情形:原本不存在违法犯罪行为，但警察误以为存在，而对 他人使用警械乃至武器，剥夺他人自由或者造成他人伤亡。在这种情况下，如果警察没有 进行任何审查，不管是否存在违法犯罪，执意实施侵害行为的，应认定为故意犯罪。如果 警察没有履行认真审查义务，缺乏故意态度但存在过失心理的，则构成过失犯罪。如果履 行了认真审查义务，则属于意外事件。

〔2M〕参见［日］团藤重光:《刑法纲要（总论）》，创文社1990年第3版，第2W页；［日］前田雅英：《刑法总论讲 义》，东京大学出版会2015年第6版，第280页；［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第142页。

〔255〕C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil,Band 1,4. Aufl. ,C. H. Beck, 2006,S. 792.

**236**刑法学（第五版）

2.即使存在违法犯罪行为，但在制止违法犯罪行为后，人民警察等司法工作人员除依 法实施拘留等合法的职务行为外，不得继续侵害违法犯罪人的合法权益。对此，相关法 律法规有明文规定（参见《人民警察使用警械和武器条例》第7条、第11条）。警察在 制止违法犯罪行为后，继续开枪射击杀伤犯罪分子的，应认定为故意杀人罪或者故意 伤害罪

二、 正当业务行为

正当业务行为，是指虽然没有法律、法令、法规的直接规定，但在社会生活上被认为是 正当的业务上的行为。业务是指基于社会生活中的地位反复实施的行为。但并非因为是 “业务”就不成立犯罪，而是因为“正当”才阻却违法。"正当”意味着行为本身是维持或保 护正当利益的行为。因此，只有正当业务中的正当行为才是违法阻却事由，超出正当范围 的行为依然可能成立犯罪。例如，一般来说，记者的采访报道活动属正当业务行为，但记 者捏造事实诽谤他人的，并不阻却违法。正当业务行为没有固定的种类。职业性的体育 活动，属于正当业务行为;遵守了体育规则的行为，即使造成了他人伤害，也不成立故意伤 害罪。律师的辩护活动也是正当业务行为。医生基于患者的承诺或推定的承诺，采取医 学上所承认的方法，客观上伤害患者身体的治疗行为，可谓正当业务行为，但其阻却违法 的条件更为严格:治疗行为在医学上是被承认的方法，其实质是具有安全性、有效性与必 要性;必须有患者的承诺或推定的承诺。人体实验不属于正当业务行为。

三、 自救行为

自救行为，是指法益受到侵害的人，在通过法律程序、依靠国家机关不可能或者明显 难以恢复的情况下，依靠自己的力量救济法益的行为。〔258〕例如，盗窃罪的被害人，在盗窃 犯即将毁损所盗物品或者逃往外地等场合，来不及通过司法机关挽回损失，使用暴力等手 段迅速从盗窃犯手中夺回财物的，就是自救行为。显然，自救行为是一种事后救济行为， 在近代法治国家受到严格限制。自救行为必须符合以下条件：（1 ）法益已经受到了违法 侵害，不问该侵害是刚刚结束还是经过了一定时间。换言之，法益侵害行为虽然已经结 束，但法益受侵害的状态仍然存在。这是自救行为与正当防卫的关键区别。（2）行为人 具有需要实现的请求权。（3）通过法律程序、依靠国家机关不可能或者明显难以恢复受 侵害的法益，或者说不能及时获得公权力的救助。这表明，通过自救行为可以恢复受侵害 的法益。债权人在债务人没有偿还债务的情况下，窃取债务人财物的，不成立自救行为， 相反构成盗窃罪。（4）救济行为的手段具有适当性，所造成的侵害与救济的法益具有相 当性。

四、 行政许可

（一）行政许可的性质

不少犯罪以"未经……许可”、“未经……批准”为成立条件。例如，刑法第339条第2

〔》＞〕当然，如果对方已经停止了违法犯罪行为，而警察误以为对方仍在实施违法犯罪行为，从而实施职务行为 的，则不应认定为故意犯罪。

〔^〕关于治疗行为的地位与正当化根据，在国外刑法理论上存在激烈争论。有人认为治疗行为阻却构成要件符 合性，有人认为治疗行为阻却违法性。关于阻却违法性的根据，主要存在患者同意说、结果说（如优越利益 说、价值衡量说等）与行为说（如社会相当性说）。

〔**158**〕即使民法不承认自救行为，也不妨碍将向救行为作为阻却刑事违法性的事由。

第五章不法**237**

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。”显然，如果进口固体废物的行为得到了国务院有关主管部门的许 可，那么，即使造成了环境污染事故，也不可能成立擅自进口固体废物罪。再如，《枪支管 理法》第30条规定：“任何单位或者个人未经许可，不得运输枪支。需要运输枪支的，必 须向公安机关如实申报运输枪支的品种、数量和运输的路线、方式，领取枪支运输许可证 件。”显然，经过有权机关的许可运输枪支的，不可能成立非法运输枪支罪。问题是，获得 行政许可的行为是阻却构成要件符合性，还是阻却违法性？

德国的通说认为，行政许可（官方批准）既可能阻却构成要件符合性，也可能阻却违 法性，但大多数行政许可阻却构成要件符合性。如果缺乏行政许可是构成要件要素，取得 行政许可就阻却构成要件符合性;倘若缺乏行政许可是一种专门的违法性要素，取得行政 许可便阻却违法性。［25«

本书的初步看法是，根据行政许可的类型区分获得行政许可的性质。行政许可分为 两大类：（1）控制性许可。在这种场合，行为之所以需要获得行政许可，并不是因为所有 人都不得实施该行为，也不是因为该行为本身侵犯其他法益，只是因为需要行政机关在具 体事件中事先审查是否违反特定的实体法的规定。因此，只要申请人的行为符合实体法 的规定，就应许可。（2）特别许可。在这种场合，法律将某种行为作为具有法益侵犯性的 行为予以普遍禁止，但是又允许在特别规定的例外情况下，赋予当事人从事禁止行为的自 由。借助特别许可，因法律抽象规定而产生的闲境和困难得以消除。〔28）〕换言之，在特别 规定的例外情况下，当事人从事禁止行为实现了更为优越至少同等的法益。显然，在前一 种场合，行政许可的作用主要是提高公信力证明和合理配置资源，取得行政许可后实施的 行为，不可能符合犯罪的构成要件，因而阻却构成要件符合性;在后•种场合，行政许可的 作用主要是控制危险，取得行政许可后实施的行为，仍然是一种符合构成要件的行为，但 阻却违法性。

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

又如，发行彩票的行为，原本侵害了以劳动取得财产这一国民健全的经济生活秩序。 但是，国家出于财政政策的考虑，允许特定的机关发行彩票，从而弥补国家财力的不足，实 现了更为优越的利益（特别许可）。所以，经过行政许可而发行彩票的行为，是违法阻却 事由。换言之，发行彩票的行为是因为实现了更为优越的利益，而不具有违法性。再如， 种植毒品原植物的行为，原本就具有侵害公众健康的危险。但是，国家为了保证医疗需

〔25句参见［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，法律出版社2006年版， 第 189页以下；Sch6nke/Schr6der/Lenkner，Strafgesetzbuch，26. Aufl. ,C. H. Beck ,2001 ,S. 568ff.

C26O］［德］哈特穆特•毛雷尔:《行政法学总论》，髙家伟译，法律出版社2000年版，第209页以下。

238刑法学（第五版）

要，特别允许一定的企业生产毒品原植物，进而保护更为优越的利益。所以，经过许可种 植毒品原植物的行为,属于违法阻却事由。

（二）有瑕疵的行政许可

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

对此，德国刑法理论存在激烈争论。第一种观点认为，只有当行政许可完全符合实体 法的规定，没有任何瑕疵时,才具有刑法上的效果，阻却构成要件符合性与违法性。第二 种观点认为，只要是有效的行政许可，即使有瑕疵，在被撤销前，也可以阻却构成要件符合 性与违法性。第三种观点认为，如果取得行政许可是滥用权利的结果，那么，这种许可在 刑法上应视为无效。［261〕第三种观点是德国的主流观点。根据该主流观点，通过欺骗等手 段获得的行政许可，是滥用权利的表现，即使该行政许可在行政法上可能是有效的，行为 人也应当受到刑罚处罚。

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

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

在控制性许可的场合，没有得到行政许可的行为，侵犯的是相应的管理秩序，而没有 侵犯刑法保护的其他法益。故只要取得了行政许可，即使使用了欺骗等不正当手段，也应 认为没有侵犯管理秩序，因而阻却构成要件符合性。在这种情况下，行为造成其他法益侵 害结果构成犯罪的，只能按其他犯罪论处。例如，凡是得到国家有关主管部门批准而发行 股票或者公司、企业债券的，即使使用了欺骗手段，也不成立擅自发行股票、公司、企业债 券罪。再如，凡是获得了医生执业资格的人，即使其在申请医生执业资格时使用了欺骗手 段，也不成立非法行医罪。如果行为人在行医过程中过失致人死亡，只能认定为医疗事故 罪或者过失致人死亡罪。由此可见,对于控制性许可而言，从事刑事审判的法官只需要进 行形式的判断，不应当进行实质的审查。换言之，行为人是否采取欺骗等不正当手段，不 影响行为人取得行政许可的判断结论。

五、义务冲突

义务冲突，是指存在两个以上不相容的义务，为了履行其中的某种义务，而不得已不

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

第五章不法**239**

履行其他义务的情况。例如，律师为了在法庭上维护被告人的法益,不得已泄露他人的隐 私。再如，两个幼儿坠入急流中，父亲只能救助其中一个幼儿（两个作为义务之间冲 突）。〔262〕义务冲突与紧急避险有相似之处，但一般来说，紧急避险是一种作为的形式，义 务冲突是一种不作为的形式;就紧急避险而言，本人法益面临危险时，如果愿意忍受危险， 可以不实行紧急避险，就义务冲突而言，负有义务的人必须履行其中的某项义务。

阻却违法的义务冲突必须具备两个基本条件：首先，存在两个以上的作为义务。0 其次,必须权衡义务的轻重（义务的轻重只能根据履行义务所保护的法益的轻重进行判 断），即必须是为了履行重要义务，放弃非重要的义务；否则可能成立犯罪（也可能阻却责 任）。〔264〕但是，如果两种义务具有等价性，即履行两种义务所保护的法益具有等价性，则 履行其中任何一种义务都阻却违法。在权衡法益时，不必考虑伦理的因素。例如，一名医 生面临两个受伤者，甲是事故的被害人，乙是事故的制造者，在两个受伤者的受伤程度相 同而医生只能抢救其中一人的情况下，医生没有义务考虑谁对紧急状态有过错，换言之， 即使医生抢救事故的制造者，也阻却违法=

在义务冲突的情况下，如果行为人没有履行任何义务，应当对违反哪一义务的不法承 担责任呢？有人主张仅对最轻的不法承担责任，有人主张对所有不法承担责任。但是，这 两种观点都存在缺陷。本书认为，行为人应当对其中的一个最重的不法承担责任。

此外，如果义务冲突由负有义务的人造成，则不能将义务冲突作为违法阻却事由。例 如，夜晚值班的医生A擅离职守，第一个受伤者B被送到医院半小时后，A才回到值班 室，此时另一受伤者C被送到医院。原本只要半小时就可以抢救受伤者，不会形成义务 冲突。如果A只抢救了 B而导致C流血过多死亡的，则C的死亡应当归属于A的行为， 而不能阻却违法。

〔**262**〕德国学者所举之例：家庭专职医生确诊丈夫感染艾滋病，但丈夫没有打算将此事告诉不知情和无防备的妻 子。一方面，医生基于与妻子的治疗关系，有义务保护妻子的生命与健康，因而有义务告诉妻子，否则成立 杀人罪或伤害罪；另一方面，从职业上的信赖保护来看，医生有义务保守丈夫私生活的秘密，否则成立侵害 他人秘密罪。这两种义务相冲突，但医生必须履行其中一项义务。这是作为义务与不作为义务的冲突。

〔**263**〕作为义务与所谓不作为的义务之间不可能产生冲突。

**[264]**例如，男子在发生火灾之际，原本可以救助年迈的母亲，却救出了即将与自己结婚的女友。倘若男子对女友 没有刑法上的救助义务，就应当肯定男子的行为具有构成要件符合性与违法性，只能从期待可能性的角度 判断其是否有责。

第六章责 任

第一节责任与责任要素概述

第一款责任概述

一、责任的概念

责任也称有责性，〔1〕是指对符合构成要件的不法行为的非难可能性。〔2〕这种非难 可能性，并不是指一般意义上的主观恶性，也不是指人身危险性（再犯罪可能性），而是针 对不法事实所进行的法的谴责（责任的不法关联性）。因此，责任以客观上存在不法事实 为前提。与不法事实没有关系的主观内容，不是责任的内容。例如，犯罪后潜逃的，并不 意味着责任严重。

“没有责任就没有刑罚”（责任主义）是近代刑法的一个基本原理。具体地说，即使某 种行为符合刑法条文规定的构成要件，给法益造成了侵害或者危险，但仅此并不能科处刑 罚，科处刑罚还要求对行为人具有非难可能性。不仅如此，刑罚的量也应与责任相当。简 单地说，不具备责任就不成立犯罪（责任是犯罪成立条件），刑罚的量不能超出责任的程 度（责任是量刑的基准）。

将责任作为犯罪成立要件，是尊重人的基本要求。对于人类的普遍尊重，是一种终极 的态度。尊重人首先意味着将人作为自在目的，而不能作为实现其他任何目的的手段。 在不能期待行为人实施合法行为的情况下，对其实施的不法行为追究责任，无非是为了通 过惩罚这种行为以达到防止这种行为的目的，这便将行为人作为实现目的的手段对待了，

［1〕再次声明，这里的“责任”不同于作为犯罪法律后果的刑事责任，而是指作为犯罪成立条件之一的非难可能 性。

〔2〕我国传统刑法理论将故意与过失合称为“罪过”，言下之意，只要行为人具有故意或过失，就存在罪过。这是 心理责任论的观点。本书使用的"责任”概念源于德语的Schuld„德语的Schuld —词有不同含义，在刑法上 使用时，作为犯罪成立的第三个条件，被日本学者翻译为“责任”或“有责性"（台湾地区的一些学者译为“罪 责”），我国学者根据日本学者的翻译也直接使用“责任”一词。其实，将Schuld —词翻译为汉语的“罪过”似 乎更合适。首先，Schuld既在法律上具有归责、罪责的意思，又在宗教上具有罪过、罪孽的意思；在汉语中， “罪过"一词刚好可以与Schuld的意思等同。其次，在日本刑法理论中，“责任曾经一直是在与故意、过失相 同的意义上使用的，但随着客观违法性论下的违法性与责任的区分，责任便作为故意、过失的上位概念来理 解/’（［日］西田典之、山口厚编:《刑法的争点》，有斐阁2000年第3版，第56页）我国刑法理论也是将“罪 过”作为故意.过失的同义词或者故意、过失的上位概念来理解3这说明，我国刑法理论中的“罪过”相当于 日本刑法理论中的“责任”，因而相当于德国刑法中的Schuld。概言之，本书主张在非难可能性意义上理解 “罪过”概念。但由于我国刑法理论仅将"罪过”作为故意与过失的上位概念，而本书采用的是规范责任论， 故一般没有使用“罪过”概念。

第六章责任**241**

背离了尊重人的基本观念。将责任作为犯罪成立要件，是实质的正义的基本要求。正义 的理念要求犯罪构成与法律效果之间具有实质的适合关系。刑罚是对行为人的犯罪行为 进行的非难，这种非难理所当然以具有非难可能性为前提。将责任作为犯罪成立条件，也 是刑罚目的的基本要求。因为处罚没有责任的行为，不可能抑止在将来的同样状况下发 生相同的“犯罪”行为（不存在预防犯罪的效果）。刑罚是以痛苦为本质内容的，但单纯的 痛苦并不是刑罚的目的，包含在刑罚中的对行为的否定评价，由刑罚传达给行为人与一般 人，从而抑止未然的犯罪。因此，对在刑罚不可能产生影响的心理状态下实施的行为处以 刑罚，就收不到刑罚的效果。换言之，刑法通过对法益侵害行为的预告、制裁，使国民产生 不犯罪的动机（对犯罪产生反对动机），只有当国民能够产生不犯罪的动机，即只有当国 民在行为的当时可以选择其他合法行为时，对犯罪的预防才是有效的。概言之，只有当国 民具有实施其他合法行为的可能性时，才能对其实施的不法行为给予法的非难。如果国 民在行为的当时不可能选择其他合法行为，而对之给予法的非难，国民就只是因为运气不 佳、命运不好而受到处罚。这不仅违背国民的法感情,而且不能实现刑罚的目的。

二、责任的本质

责任的本质，是犯罪论的重要课题。犯罪观、刑罚观乃至世界观的对立，必然反映在 责任观上，使责任论产生对立。不仅如此，责任问题还与犯罪人的处遇密切联系，所以，责 任论不仅影响犯罪论的结构，而且影响抑止犯罪的整体对策。

（一）行为责任论、性格责任论与人格责任论

在责任非难的对象（或责任的基础）是什么这一点上，存在行为责任论与性格责任论 的对立。

行为责任论认为，责任非难的对象是各个犯罪行为，是指向各个犯罪行为的意思，因 而又称个别行为责任论、意思责任论。行为责任论认为，应受处罚的不是行为人，而是行 为;或者说，被追究责任的是行为，而不是其背后的性格、人格。这也是本书的立场。

性格责任论则认为，责任非难的对象不是各个犯罪行为，而是行为人对社会的危险性 格。责任是应当被科处社会防卫处分的地位。据此，应受处罚的不是行为，而是行为人。 但是，从人权保障的观点来看，如果仅有危险性格就成为处分对象，是不妥当的。所以，只 有当具有危险性格的人现实地实施了犯罪行为时，他才能成为社会防卫处分的对象。犯 罪行为只具有征表危险性格的意义。由于理论根基的不当，性格责任论已经退出了学术 舞台。

人格责任论着眼于上述两种立场的缺陷,认为具有主体性的行为人的人格是责任的 基础。此说认为，人格分为由素质、环境宿命地形成的部分和由行为人有责地形成的部 分，只能就后一部分对行为人人格进行非难。有责的人格形成责任，是由日常生活的行状 导致的，只要这种行状是可以改变的，就可能对行为人的人格进行非难。根据人格责任论 的观点，犯罪行为是行为人人格的主体的实现，故责任的第一次基础是犯罪行为，但人格 一方面是受素质、环境制约，同时又是行为人主体性地形成的，故在行为责任的背后，存在 第二次的责任基础，即对人格形成的责任。换言之，犯罪行为是第一次基础，人格形成是 第二次基础。但是，人格责任论存在缺陷。现实上能否区分宿命地形成的人格与行为人 有责地形成的人格，就是一个根本的疑问。即使能够进行区分，而提出有关犯罪人生活的 全部经历的证据，不仅在诉讼程序上是不可能的，而且如此介入个人生活也是不妥当的。

**242**刑法学（第五版）

此外，追溯人格形成的全过程，只能对社会的弱者起到不利作用。

（二） 心理责任论与规范责任论

作为责任内容的要素，其性质是什么？对此形成了心理责任论与规范责任论。

心理责任论认为，责任的实体是行为人的心理关系，基于心理关系不同，将责任分为 故意与过失，行为人在具有责任能力之外，还具有故意、过失时，就能追究行为人的责任。 这一学说在19世纪末20世纪初占统治地位。

规范责任论的特色在于，在与法律规范的关系上把握责任。法律规范终究是以对个 人的命令、禁止表现出来的，这种命令、禁止就行为人一方而言，只有在能够遵从即能够实 施犯罪行为以外的行为时，才是适当的。换言之，为了给予责任非难，仅仅具有故意、过失 的心理要素并不够，还必须是能够期待行为人在具体情况下实施其他适法行为（具有期 待可能性），只有在这种场合，才能考虑责任非难。换言之，行为人原本可以不实施符合 构成要件的不法行为，却实施了这种行为时，才是值得谴责的。所以,责任的重要内容是， “不应当实施不法行为”的规范性评价（非难）。根据规范责任论的观点，在具体情况下， 即使认定了具有故意、过失的心理事实，也存在不能给予非难的情形。规范责任论是当今 的通说。

刑法第16条的规定，包含了规范责任论的思想。该条规定："行为人在客观上虽然造 成了损害结果，但不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起 的，不是犯罪。"不可抗力具有三个特征:一是行为在客观上造成了损害结果;二是行为人 主观上没有故意与过失；三是损害结果由于不能抗拒的原因所引起。所谓不能抗拒，是指 行为人虽然认识到自己的行为会发生损害结果，但由于当时主客观条件的限制，不可能防 止结果的发生。显然，不可抗力缺乏期待可能性，因而不能对行为人做出“不应当实施不 法行为”的规范性评价**J3**〕虽然刑法第16条的字面含义，似乎意味着不可抗力与意外事 件中的行为人不具有故意与过失，但也可以认为，期待可能性是责任的前提或者基础。据 此，我国刑法采取了规范责任论。

在本书看来，规范责任论并不是对心理责任论的否认，而是在行为人具有心理责任的 前提下，进一步将违法性认识的可能性与期待可能性作为责任要素。所以,心理责任论与 规范责任论不是对立关系；心理责任是从事实层面而言，规范责任则是从规范评价层面而 言。

（三） 道义责任论与法律责任论

关于责任非难的本质，存在道义责任论与法律责任论之分。

道义责任论认为，犯罪是基于人的自由意志实施的行为;具有责任能力的人，是具有 自由意志的；故意、过失实际上是对基于自由的意志活动所实施的犯罪的认识要件;基于 这种自由意志活动而实施犯罪行为时，才能受到伦理上的非难，对行为人处以作为报应的 刑罚才是正当的。换言之，人都是有理性的，既然行为人以自己的意志去实施犯罪，就应 当承担责任,这是人类当然的伦理要求。正是在此意义上，使用“道义的”责任这一用语。

法律责任论认为，责任非难是一种法律上的非难，而不是一种道德审判与伦理评价。

〔3〕诚然，不可抗力之所以不成立犯罪，也可能通过“缺乏结果回避可能性因而不能将结果归属于行为”来说明。 但是，仅作如此说明，有可能认为不可抗力成立未遂犯，但本书不接受这一结论，

第六章责任**243**

因此，只能根据法律判断行为人是否具有责任，而不能根据伦理道德判断行为人是否具有 责任。这也是本书的立场。

（四）其他责任论

机能的责任论认为，刑罚是由0的决定的东西，只有目的才能赋予责任概念的内涵。 处罚犯罪是为了维护公民对一般规范的信赖，为了进行承认规范的一般性教化。刑罚的 目的是积极的一般预防，保障规范得到普遍遵守。因此，责任的实质是，行为人在面对合 法有效的规范时却欠缺对法律的忠诚。根据机能的责任论，行为人是否具有责任，取决于 根据积极的一般预防的设定标准，是否有必要处罚行为人。在机能的责任论看来，责任与 预防具有共同的本质，它们只是同一个事物的不同侧面，行为人曾经是否忠诚于法规范是 责任问题，行为人将来是否忠诚于法规范还是责任问题，同时，行为人是否忠诚于法规范 也决定了行为人将来是否犯罪，还会影响一般公众今后对法规范的态度，因此，也是预防 问题。〔4〕显然,在机能的责任概念中，责任不是行为人个人的问题，而是为了实现对法的 忠诚的训练、对秩序的信赖的安定化而不可避免需要追究的东西。但是，这一理论多多少 少在将个人作为社会的安定化的手段，有悖人的尊严。在本书看来，机能的责任论与社会 责任论有相似之处。社会责任论的基本观点是，犯罪是人的素质与环境的产物，犯罪人并 不具有选择犯罪行为与适法行为的能力，即不具有自由意志，因此就犯罪行为对行为人加 以非难是不可能的;刑法是对犯罪人将来再犯罪的可能性即性格的危险性，进行社会防卫 的手段;正因为犯罪人在性格上具有危险性，所以处于承受社会的防卫处分的地位，这就 是责任。由于社会责任论是以社会防卫为中心的刑法理论，容易与国家主义、权威主义相 结合，形成扩大刑罚权的倾向，导致无视责任主义的本来的机能，因而受到了批判。本书 不赞成上述机能的责任论与社会责任论。

商谈的责任论认为，在一个民主社会里，自治且有人格的各个人，对于其利益应当得 到怎样的协调和处理，有着相应的理解。当这种理解以法律的形式表示出来后，就形成了 各种规范。行为人既是规范的缔造者,也是规范的接收者。行为人在作为规范的缔造者 这个角色时，便和其他人之间确定了上述理解，因此，他只能以理解（商谈）的方式从事行 为，而不应当与法律规范发生偏离。在民主社会中，每个人虽然都可以谋求各种规范的改 变，但也必须诚实地注意到他人权利的存在，交往性地参与这种理解的过程。如果行为人 以能够归责的方式破坏了这种规范，那么，他就否定了规范赖以存在的根基——所有参加 者的理解。概言之，对于各种利益之间的合法协商，存在行为人的理解与其他人的理解。 如果行为人不按照其他人的理解实施行为，通过犯罪行为表现出对其他人所占份额的不 诚实（参与了规范的缔造,也是规范的接收者，却不按照规范行事），就是实质的责任。〔5〕

规范的应答可能性说认为，责任是不顾规范的应答可能性。当行为人在行为时，他的 精神和心理处于能够应答规范的号召的状态，心理上具有做出以规范为导向的行为决定 的可能性，在具体案件中存在健康的成年人都具有的心理的控制可能性时，就可以肯定行 为人的责任。这种责任不涉及不可能证明的假说，而是涉及经验科学的智识。责任是经 验的材料与规范的材料的混合;控制能力与规范的应答可能性是根据经验认定的;适法行

〔4〕参见冯军:“刑法中的责任原则”，载《中外法学》2012年第1期。

〔5］参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第211页。

**244**刑法学(第五版)

为的可能性，则是规范的要求。主张规范的应答可能性的罗克辛教授，还在责任概念的基 础上，加人通过刑罚处罚的预防必要性的判断，形成答责性(verantwortlichkeit)的概念。 尽管行为人能够倾听规范的号召，具有控制能力，心理上具有实施适法行为的可能性，却 实现了刑法上的不法时，就能够肯定责任。在这种场合，虽然通常能够肯定处罚的必要 性，但例外地在阻却责任的紧急避险等场合，由于没有预防性的处罚必要性，故阻却答责 性。⑷

三、责任的基础

责任可谓非难可能性，因而需要考虑在何种场合具有非难可能性。对此，因是否承认 意志自由而出现了不同的立场。在此意义上说，意志自由问题是责任论的基础。

非决定论认为，人可以自由地决定其意志。人的意志，不仅可以遵从因果法则引起某 种结果，而且是自发的、创造性的东西。因此，责任的实质内容在于，行为人具有他行为可 能性，即能够实施其他合法行为却实施了不法行为。非决定论是形而上学的后期旧派的 理论基础。但是，意志自由原来是指“人一般具有意志自由”这种“抽象的人”的意志自 由，而刑法上的责任是对于“具体的个人”的具体行为的责任非难问题。可是，具体的个 人在行为时是否存在意志自由是无法证明的。而且,既然人的意志完全自由，刑罚就不可 能抑止犯罪。

决定论认为，人的所有意志决定与行为,都是遵从因果法则的原因的结果，因而是被 决定的，人没有意志自由。换言之，人的意志决定由素质、环境来决定。因此，责任是对于 具有社会危险性格的人，应当接受为了防卫社会而采取的一定处分的地位。于是，责任概 念只不过是意味着这种社会的危险性。但是，这种决定论也没有得到科学证明，其不利于 保障国民的自由的缺陷已被历史所证实。

本书采取相对的意志自由论(相对的非决定论)。人的意志受到环境、生理等各方面 的制约和影响，不可能是完全自由的。但是，具有辨认控制能力的人，具有接受法律规范 的要求、实施合法行为的可能性，因而具有相对的意志自由。具有相对的意志自由的人， 如果不接受法律规范的要求，实施了符合构成要件的不法行为，就能够对之进行非难。之 所以米取这一立场，是因为刑法上的责任概念，原本就是以自由意志为前提而形成的。如 所周知，“确定体系性意义中的责任概念、对责任刑法的展开做出重大贡献的，是启蒙思 想家S.普芬道夫(Samuel Pufendorf, 1632 ~ 1694) o他将人作为具有理性、基于自由意志 而行为的存在来把握，即将人作为可以基于自由意志决定实施好行为或者恶行为的存在 来把握。于是，他认为，只有这样的自由的行为，可以主观地归属于行为人；只有在这样的 场合,行为人对行为才是有责的。普芬道夫将行为理解为自由意志的产物，使自由意志占 据归责中心的观点，对其后的学说产生了很大影响”。〔7 ］在刑法上，普芬道夫“由意思自 由的前提出发，得出责任只有在具备归责能力和辨认能力的情况下才成立，由此创设出责 任刑法的一个新学说。国家目的中合道德性的设立,限制了教育和威慑作为刑法的目的， 预防代替了复仇。普芬道夫刑罚威慑的道德强制思想走在了费尔巴哈的心理强制学说的

〔6〕Vgl. ,C- Roxin，Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I，4. Aufl.，C. H. Beck ,2006,S. 85Iff.

〔7〕［日］堀内捷“责任论的课题”，载［日］芝原邦尔等编：《刑法理论的现代的展开——总论I》，日本评论社 1988 年版，第 172 ~ 173 页。

第六章责任**245**

前面”。〔8〕可以认为，倘若不以行为人具有自由意志为前提，刑法学上恐怕难以存在当今 的责任概念。

概言之，责任与自由意志不可分离，没有自由意志就没有选择，没有选择就没有责任。 “责任归属以‘意志自由’为前提。尽管在哲学上有许多争论,实际上，意志自由的设定毫 无疑问地进人了我们日常世界的相互作用和机制体制之中。例如，我们总是对他人行为 的意图、而不只是对其后果作出愤恨或感激的反应。9〕“当人的意志能够选择为或者不 为该种行为时，意志的作用便是使人的行为受到称赞或者责难的惟一原因。”〔1＜）〕选择与责 任成为高度统一的哲学范畴。因为人是在特定的社会关系、特定的法律秩序范围内进行 选择的，人的选择必然给社会关系带来某种影响，做出选择的人应当对此影响负责。如果 行为及其实害不是人选择的结果，就不可能追究其刑事责任。

采取相对的意志自由论，还基于以下几个理由：（1 ）虽然自由意志难以得到证明，但 自由意志是值得向往和保护的。刑法禁止的一些犯罪（如强奸罪、外国刑法规定的胁迫 罪等），不仅保护人的行动自由，而且保护人的意识活动自由。如果人没有自由意志，其 一举一动完全是被决定的，那么，法律就没有必要保护人的意识活动自由。（2）否认自由 意志的结局，要么像新派的代表人物之一菲利那样，主张没有责任与刑罚的刑法典,〔|1〕要 么认为法律责任不以自由意志为前提。但是，前者行不通，后者不能说明刑法上的责任。 （3）承认意志自由，可以解决刑法上的诸多问题。例如，正是因为人有自由意志，刑法规 范可以影响人们做出适当的意志决定，预防犯罪才有可能，并且成为刑罚的目的。（4）刑 法的重要机能是保障被告人的自由，承认意志自由，对被告人更有利。否认自由意志的结 果，要么否认责任，从而使刑罚不能受到责任的限制，导致刑罚过重;要么完全由一般预防 的必要性大小决定刑罚轻重，使被告人成为预防他人犯罪的工具。（5）即使认为自由意 志是一种假定，这种假定也和社会契约论一样，具有积极意义。事实上，即使不（完全）承 认自由意志或者不使用自由意志概念的刑法学者，其理论也往往以人具有自由意志为前 提。概言之，承认人具有自由意志比否定人具有自由意志更好。

第二款责任要素概述

一、责任要素的概念

责任要素，是指刑法规定成立犯罪必须具备的，表明行为的非难可能性的各种要素。 按照本书的观点，责任要素包括故意、过失、目的与动机、责任能力、违法性认识的可能性 以及期待可能性。如前所述，责任的基础，是具有辨认控制能力的人，具有接受法律规范 的要求、实施合法行为的可能性，却不接受法律规范的要求，实施了符合构成要件的不法 行为。所以，除了故意、过失外（在某些犯罪中还需要特定目的与动机），还有三个方面的 责任要素：（1）要对行为主体进行法的谴责，就要求行为主体能够认识其行为的内容、社

〔8〕［德］格尔德•克莱因海尔，扬•施罗德主编:《九百年来德意志及欧洲法学家》，许兰译，法律出版社2005年 版，第345页。

〔9］［美］乔治•恩德勒等主编:《经济伦理学大辞典》，李兆雄、陈泽环译，上海人民出版社2001年版，第540页. （10］布莱克斯顿（Blackstone）语,转引自［英］哈特:《惩罚与责任》，王勇等译，华夏出版社1989年版，第166页- 〔II）参见［意］恩里科•菲利：《实证派犯罪学》，郭建安译，中国人民公安大学出版社2004年版，第185页以下„

**246**刑法学（第五版）

会意义与危害结果，并能够控制自己不实施法律所禁止的行为。所以，如果行为主体不具 有辨认控制能力（责任能力），就不能对之进行非难。（2）在行为主体认识到或者可能认 识到自己的行为是刑法禁止的行为时（违法性认识的可能性），就应当产生反对动机。如 果行为主体不可能认识到自己的行为是刑法禁止的行为而实施时（合理地认为自己的行 为符合刑法时），就不能对行为主体进行非难。（3）只有在行为主体客观上可以实施法律 所允许的行为（他行为可能性），却不实施法律所允许的行为时，才能对行为主体进行非 难（期待可能性）。

首先，责任要素由刑法直接或者间接规定。刑法总则明文规定了故意与过失两种责 任形式以及责任能力；刑法分则通过多种方式规定了具体犯罪的责任要素，如有的条文明 确规定某种犯罪由故意或者过失构成，有的条文通过规定“意图”、“以……为目的”标明 某种犯罪只能由故意构成，有些条文通过对客观行为的描述间接表明了责任要素的内容。 违法性认识的可能性与期待可能性，不是源于刑法的直接规定，而是从刑法规定、刑法目 的中推导出来的责任要素。

其次，责任要素说明行为人对法益的保护持背反态度，表明行为人应当受到非难、谴 责。其中，犯罪的故意表明行为人对法益持敌视或蔑视态度（积极侵犯态度）；犯罪的过 失表明行为人对法益持漠视或者忽视态度（消极不保护态度）。因此，故意与过失是应当 受到谴责的两种责任形式。

最后，责任要素是一切犯罪都必须具备的要素。在我国，不具有故意、过失的行为，都 不成立犯罪。刑法明文规定，没有故意与过失的行为，即使造成了损害结果，也不成立犯 罪（参见刑法第16条）。同样，如果行为人没有责任能力，也不可能对不法行为负刑事责 任。

二、责任要素的机能

英美实行严格责任。“在某些特殊的犯罪中，即使被告的行为不具有对被控犯罪必 要后果的故意、放任或过失，即使被告对必要的犯罪条件没有犯罪意识或行为过失……他 也可能被定罪。”〔|2〕严格责任制度虽然在一定程度上反映了社会生活复杂化的要求，但也 是结果责任的残余。我国刑法第14条、第15条与第16条的规定明确否定了严格责任。 虽然有人认为，我国刑法中存在严格责任的犯罪（表现在醉酒的人犯罪、奸淫幼女、法律 认识错误的犯罪中）,〔13〕但这种观点缺乏合理性。在我国，任何犯罪的成立都必须具备责 任要素。

责任要素是区分罪与非罪的标准之一。由于责任要素是成立犯罪所必须具备的要 素，所以，行为虽然造成了法益侵害结果，但主观上不具备责任要素（或者缺少责任要素） 时，不可能构成犯罪（自由保障机能）。

责任要素是区分此罪与彼罪的标准之一。首先，责任形式与内容不同，往往导致罪名 不同。例如，故意杀人罪与过失致人死亡罪、故意伤害（致死）罪虽然客观上侵害的法益 相同（人的生命），却构成不同的犯罪，主要原因之一在于责任形式与内容不同（犯罪个别

［英］鲁珀特•克罗斯、菲利普• A+琼斯:《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社1991年版，第 67页。

［13］参见刘生荣：“论刑法中的严格责任"，载《法学研究》1991年第1期。

第六章责任**247**

化机能）。其次，在某些情况下，是否具有特定目的与动机，也导致罪名不同。最后，责任 能力、违法性认识的可能性与期待可能性也可能对罪名的认定产生影响。例如，！6周岁 的人绑架他人后故意杀害被绑架人的，被认定为绑架罪，而15周岁的人实施该行为的，只 能认定为故意杀人罪。再如，倘若一个行为同时触犯了重罪与轻罪，原则上只能按重罪处 罚。但是，倘若行为人对重罪缺乏违法性认识的可能性或者期待可能性，而对轻罪具有违 法性认识的可能性与期待可能性，则只能按轻罪处罚。

责任形式与内容不同，就反映出主体对法益的不同态度。就犯罪主体主观上对法益 的背反态度来看，故意较之过失、直接故意较之间接故意，显然要严重一些。即使责任形 式相同而内容不同时，其反映的非难可能性大小也不相同。防止行为人再次犯罪是量刑 的重要目的，故量刑必然考虑行为人的非难可能性大小。

三、责任要素的地位

德国、日本刑法理论中的行为构成要件说认为，故意、过失等主观要素，不是构成要件 要素，只是责任要素。

在违法类型说内部，就构成要件是否包含故意、过失，可以分为两种立场。一种立场 是，虽然认为构成要件是违法类型，但同时将故意、过失理解为违法要素，故构成要件包含 了故意、过失。然而，违法性的实质内容是法益侵害与危险，而将故意、过失作为违法要素 的观点，实际上是将行为或者行为人的无价值性作为违法要素。这是结果无价值论者难 以赞成的。另一种立场是，承认构成要件的故意规制机能。因为属于构成要件的事实是 违法的事实，故意的成立必须认识到属于构成要件的事实，所以，构成要件是违法类型，具 有违法推定机能。于是，故意、过失只能作为责任要素考虑。

结果无价值论的违法有责类型说认为，构成要件是违法类型，还是违法有责类型，取 决于使构成要件发挥何种机能;而构成要件的机能中最重要、最基本的机能是罪刑法定主 义的机能；只有当构成要件是违法有责类型时，构成要件才能充分发挥罪刑法定主义的机 能。因为立法者在刑罚法规中规定值得处罚的行为类型时，不仅考虑了行为的类型的违 法性，而且考虑了类型的有责性;构成各个犯罪的要素，不仅包含违法要素，而且包含责任 要素。例如，刑法分则所规定的主观要素，不管是主观的违法要素，还是主观的责任要素， 都必须作为构成要件要素。这并不意味着违法与责任的混淆。将构成要件作为违法有责 类型，依然应当严格区分违法判断与责任判断。〔14〕可以肯定的是，结果无价值论的违法 有责类型说，虽然认为故意、过失是构成要件要素，但它们不是违法要素，而是责任要素。

行为无价值论的违法有责类型说，则可谓五花八门。有人认为,期待可能性应当包含 在作为有责类型的构成要件之中。如大塚仁教授指出：“认为犯罪的主观要素也具有作 为违法性的要素的意义时（主观的违法要素），采取构成要件只是违法类型的立场，大体 也有其理由。但是，例如，像适法行为的期待可能性等,本来是责任要素，也被认为是构成 要件的内容。着眼于此，就必须认为构成要件不只是违法类型，而且是责任类型。于是， 构成要件符合性应是违法性与责任的认识根据。"〔⑸有人认为，行为人类型（如常习赌博

〔⑷［日］佐伯仁志：“构成要件论”，载《法学教室》第285号（2004年），第34页。 〔!5〕［日］大塚化:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第122页。

**248**刑法学（第五版）

罪中的常习性）也属于有责类型的构成要件。〔16〕此外，行为无价值论的违法有责类型说， 一般认为故意、过失既是违法要素，也是责任要素。例如，小野清一郎教授指出：“犯罪的 实体是违法的行为、行为者对此负有道义上的责任的行为，是违法且有责的行为类型。但 是要成为可罚的行为的话,要依据特殊的刑法各本条的规定。刑法各本条所规定的特殊 的、类型的违法、有责的行为，即是构成要件。在前面表现出来的是构成要件，其背后是具 有实体意义的违法性与道义的责任。”〔17〕根据小野清一郎等人的观点，构成要件符合性， 不仅推定违法性的存在，而且推定责任的存在。

违法有责类型说的重要目的是为了使构成要件具有个别化机能。例如，故意杀人罪、 故意伤害（致死）罪、过失致人死亡罪的构成要件相同，只能以故意、过失为依据做出区 分，所以，故意、过失也是构成要件要素。但是，违法有责类型也存在问题。首先，如果说 构成要件是责任的“征表”或认识根据，则应根据符合构成要件的行为推定责任的存在； 但事实上，必须积极地判断责任的有无，而不是推定责任的有无。其次，如果认为故意、过 失既是违法要素也是责任要素，那么，就丧失了区分违法性与有责性的意义。最后，如果 认为构成要件是违法有责类型，就不宜采取构成要件符合性、违法性、有责性的犯罪论体 系，而只能采取构成要件符合性、违法阻却事由、责任阻却事由的犯罪论体系。

日本刑法理论在此问题上之所以存在争论，是因为对故意、过失本身及其与构成要件 的关系，以及如何理解构成要件，存在不同看法。此外，缺乏一个统合构成要件符合性、违 法性与有责性的上位概念，也是导致争论的原因。

如前所述，从实质上说，犯罪是不法且有责的行为。在实行罪刑法定主义的时代，什 么行为违法、什么行为有责，都必须具有法律根据。具有违法性的行为可以被类型化为构 成要件，对责任的要求也可以被类型化为责任要素。故意、过失就是类型化的责任形式。 所以，本书将认定责任必须具备的条件，归人责任要素。另一方面，在德国、日本，否认故 意、过失是责任形式即故意、过失不表明非难可能性的观点，是以形式的故意、过失概念为 前提的，我国刑法第14条与第15条采取了实质的故意、过失概念。所以，本书认为故意、 过失是表明非难可能性的两种责任形式。

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。亦即，犯罪构成是违法有责 类型，其中的构成要件是违法类型，责任要素反映出责任类型。

由于责任要素为责任奠定基础、提供根据，所以，只有表明非难可能性的要素，才能成 为责任要素。基于同样的理由，对于刑法规定的责任要素内容，必须进行实质的解释。例 如，不能从纯心理学的角度解释故意与过失、目的与动机，而应从表明行为人的非难可能 性的意义上解释上述要素。

四、责任要素的内容

在三阶层体系中没有争议的是，责任能力、违法性认识的可能性与期待可能性，属于 责任要素。同样没有争议的是，客观构成要件的要素不是责任要素。有争议的是故意、过 失以及目的与动机。

〔!6〕［日］团藤重光:《刑法纲要总论》，创文社1990年第3版，第124页以下。 〔I7〕［日］小野清一郎:《犯罪构成要件的理论》，有斐阁1953年版，第19页。

第六章责任**249**

至于哪些要素属于责任要素，是违法要素与责任要素的区分问题，在国内外刑法理论 上都存在争议。

首先，行为无价值论主张故意、过失是违法要素，结果无价值论则主张故意、过失是责 任要素。本书采取后一立场，同时否认二重的故意（认为故意既是违法要素，也是责任要 素）。行为人具有故意时，就会唤起违法性的认识，从而认识到不应当实施该行为；行为 人具有过失时，就意味着可能唤起违法性的认识，不应当实施该行为。这正是责任的重要 内容。故意与过失属于心理态度的范畴，具有心理学的内容。故意与过失又是一对法学 概念,具有刑法学的意义:它们是行为人对自己实施的法益侵害行为及其结果所持的心理 态度。故意、过失与构成要件密切联系:故意、过失是对行为与结果的故意与过失；故意、 过失必须表现在行为中；故意、过失只能是行为时的心理态度，对于故意、过失的有无及其 形式与内容都应以行为时为基准进行判断。“责任与行为同时存在”是现代刑法理论公 认的命题。

其次,有的学者将目的与动机（指成立犯罪所必须具备的目的与动机）作为主观的违 法要素，有的学者将其作为责任要素。〔|8〕如果侧重于目的与动机对行为的指引作用，目 的与动机似乎属于违法要素。但是，本书采取后一种主张。因为本书主张客观的违法性 论，并认为只能根据客观事实，客观地判断行为是否侵犯法益及其侵犯程度;将目的与动 机作为影响责任的有无以及责任的轻重的要素，也符合我国的用语习惯。

最后，还需要说明的是法定年龄或责任年龄。从成立犯罪要求行为主体达到一定年 龄的意义上说，法定年龄是责任要素。但是，（1 ）不可否认的是，即使没有达到法定年龄 的人，也可能具有责任能力。不少人呼吁降低法定年龄也说明了这一点。但是，国家基于 刑事政策的考虑，不过早地处罚未成年人。在这个意义上讲，对没有达到一定年龄的人的 违法且有责的行为不予处罚，主要是基于刑事政策的理由。（2）刑法规定责任年龄，主要 是为了排除认定责任能力的恣意性：在认定犯罪时，对行为主体的质的要求是具有责任 能力，成年人明显具有这种能力（某些精神病人除外）。问题是处于从幼年向成年过渡时 期的人，其责任能力难以测定，现代科学发展水平还不能使司法机关很简单地测量过渡时 期的人的责任能力；完全由司法人员根据经验判断一个人有无责任能力进而认定其是否 符合行为主体的质的要求，既不现实，也有损法治。刑事立法考虑到年龄与责任能力之间 的关系，便以规定年龄的方式来确定过渡时期的人是否具有责任能力，从而排除对责任能 力认定的恣意性。但仅采用年龄标准也不全面，如某些精神病人达到了法定年龄却没有 责任能力，于是刑事立法又就精神病人作了特别规定。（3）与上一点相联系，也可以认 为，没有达到一定年龄的人，即使其明显具有责任能力，刑法也将其拟制为没有责任能力 的人。由此可见，法定年龄主要与责任能力有关，故本书在责任能力中讨论未成年人问题。

五、责任要素的分类

基于刑法的规定方式与司法现状，可以将责任要素分为积极的责任要素与消极的责 任要素。所谓积极的责任要素，是需要司法机关积极证明的责任要素。例如，故意、过失、 目的与动机,就是积极的责任要素。如果要认定行为成立故意杀人罪,就必须积极证明行

**C18］**这一争论与行为无价值、结果无价值之间的争论没有密切关系」即使结果无价值论者，也可能承认目的、动 机是违法要素，

**250**刑法学（第五版）

为人具有杀人故意。如果要认定行为构成拐卖妇女罪，就必须积极证明行为人具有出卖 妇女的目的。所谓消极的责任要素，是指不需要司法机关积极证明该要素的存在,但如果 行为人缺乏该要素，则表明行为人不具有责任。例如，刑法第18条并不是规定只有当行 为人具有责任能力时才追究刑事责任，只是规定如果没有责任能力则不负刑事责任。在 司法实践中，检察机关不需要证明行为人具有责任能力。但是，如果有证据证明行为人在 行为时没有责任能力，则表明行为没有责任。再如，在司法实践中，不需要证明行为人具 有违法性认识的可能性与期待可能性，但是，如果证据表明行为人不具有违法性认识的可 能性或者不具有期待可能性，则表明行为人没有责任。

将责任要素分为积极的责任要素与消极的责任要素,并不意味着前者重要、后者不重 要，它们都是为责任奠定基础的要素，只是认定方法不同而已。另一方面，消极的责任要 素，也可谓责任阻却事由。但应注意的是，将责任能力、违法性认识的可能性与期待可能 性作为消极的责任要素，与将缺乏责任能力、缺乏违法性认识的可能性与缺乏期待可能性 作为责任阻却事由，并无任何本质的区别。〔|9〕正因为如此，国外有的学者在“责任”（或 有责性）一章中依次讨论上述全部责任要素，〔2Q〕有的学者则在“责任要件”（或"主观的构 成要件要素”）一章中讨•论故意、过失，在“责任阻却事由”一章中讨论责任能力、违法性认 识的可能性与期待可能性。总之，上述要素都是必须在“责任”领域同时讨论的问题。

还需要说明的是，将消极的责任要素作为责任阻却事由时，积极的责任要素与责任阻 却事由的关系，仅仅是积极判断与消极判断的关系，因而不同于构成要件符合性与违法阻 却事由的关系。

六、责任要素的判断

在犯罪论体系中，责任与不法处于相对应的地位。不法判断是对行为的客观的、外部 的判断，责任判断则是对行为所做出的主观的、内部的判断。

我国司法实践面临的较大问题是对故意与过失的判断。由于不少司法人员以为故 意、过失决定行为的性质，习惯于从主观到客观判断犯罪构成符合性，于是，在许多场合， 不得不依赖口供确定行为人的心理状态。本书认为，在判断行为人是否具有法定的故意、 过失时，必须坚持从客观到主观的顺序，而不能相反;换言之，只有在查明了客观事实的前 提下，才能判断主观心理状态。在此基础上应特别注意以下几点：（1）应当以行为人实施 的客观行为为基础进行判断，先判断客观行为的性质及其结果，然后考察行为人对结果的 认识因素与意志因素。（2）应当以行为的相关因素为参考进行判断。行为总是在一定的 客观环境下实施的，行为人在实施行为之前与之后，总会以不同形式暴露出其心理态度。 因此，行为的相关因素对判断行为人的心理态度能起重要参考作用。例如，行为的时间、

**（19］** 当然，如果说在没有责任能力、没有违法性认识的可能性与没有期待可能性之外，还存在虽然不是消极的责 任要素却能够阻却责任的事由，那么，消极的责任要素与责任阻却事由就存在区别。例如，倘若认为良心行 为阻却责任，但“没有良心”也不是消极的责任要素，则在消极的责任要素之外存在真正的责任阻却事由。 然而，如若认为良心行为属于没有期待可能性的行为，则仍然可以将其归人消极的责任要素。

（20］ 参见［日］西田典之：《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第206页以下；［日］山口厚：《刑法总论》，有斐阁 2016年第3版，第195页以下。

（21］ 参见［日］平野龙一:《刑法概说》，东京大学出版会丨977年版，第71页以下；［日］前田雅英：《刑法总论讲 义》，东京大学出版会2015年第6版，第295页以下。

第六章责任**251**

地点、条件、行为人与被害人之间的关系、行为人的一般表现、事前的思想流露、事后的态 度等，都能从某一方面证明行为人的心理态度是何种犯罪的故意与过失。（3）不能简单 地用效果逆推动机（广义的，指行为人的心理态度）。动机与效果的统一并不是一个规 律，二者不统一的现象是大量存在的。因为动机不等于行为，行为不等于效果，一个动机 支配下实施的行为可能出现不同的结果，一个相同的行为可能出于不同的动机。结果作 为一种客观事实，当然可以作为推测行为人心理态度的一种根据，但这仅仅是一种可能 性，司法人员一定要想到有其他种种可能性；得出结论一定要经过周密的论证，排除其他 各种可能，并提出充分的、切实可靠的证据。（4）合理采用推定方法。推定是英美刑事司 法经常采用的一种证明方式，包括法律推定与事实推定。“事实的推定有时也称作暂时 的推定。由于它往往是能够证明被告心理状态的唯一手段，因而在刑事司法中起着非常 重要的作用。”推定的方法是“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。”〔22〕可见，推定是根据客观 事实推导行为人的心理状态，客观事实正是检验行为人心理状态的根据；“通过运用证据 而得出结论与通过推定而得出结论这种手段之间的区别仅仅是一种程度上的区别” ;〔23〕 推定作为一种思维方式，是一个三段论推理的逻辑结构，符合三段论的公理;我国最高司 法机关所作的司法解释,事实上也承认了推定是证明行为人主观心理状态的手段。〔24〕因 此，推定不是主观臆断，司法机关可以运用推定方法证明行为人有无故意心理状态，如根 据行为人接受物品的时间、地点、品种、数量、价格等，推定行为人是否“明知”是犯罪所 得。所应注意的是，推定必须以客观事实为根据；应允许被告人提出相反证据以推翻推 定;推定方法只应在“故意”有无不清、又无法找出证据证明时加以运用，不得一概以推定 方法代替调查取证。（5）在客观事实难以证明或者推定行为人的心理状态，也没有根据 否认行为人对心理状态的供述时，应当采纳行为人的供述。

第二节积极的责任要素

第一款故 意

一、故意的概念

刑法第14条第1款规定：“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，故意犯罪是故意实施的犯罪。故 意，则是指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的心 理态度。故意是一种基本的责任形式。

〔22〕［英］鲁珀特•克罗斯.菲利普• A.琼斯：《英国刑法导论》，赵秉志等译，中国人民大学出版社199|年版， 第56页。

〔23〕［英］J. W.塞西尔•纳特：《肯尼刑法原理》，王国庆等译，华夏出版社1989年版.第486页，:.

〔24〕参见最高人民法院、最髙人民检察院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。

**252**刑法学（第五版）

故意由两个因素构成:一是认识因素，即明知自己的行为会发生危害社会的结果;二 是意志因素，即希望或者放任危害结果的发生。首先，这两个因素必须是现实的、确定的。 易言之，在没有认识的情况下，不管具有怎样的认识可能性，也不能认为存在故意的认识 因素；如果行为人还没有确定实现何种内容，就缺乏故意的认识因素与意志因素。例如， 甲在与乙发生冲突时，立即取出手枪，但究竟只是威胁乙，还是要伤害抑或杀害乙，尚处于 未决定的状态，而此时子弹便射中乙，造成死亡结果。这种现象虽在理论上称为“未确定 的故意”，但实际上并不存在故意，不仅不成立故意杀人既遂，也不成立故意杀人未遂与 预备，只能认定为过失致人死亡罪。其次，这两个因素必须有机统一起来，才形成故意。 "有机统一”有两层意思:一是任何犯罪的故意都必须同时存在认识因素与意志因素；二 是认识因素与意志因素之间具有内在联系，突出地表现在行为人所认识到的结果与所希 望或者放任发生的结果必须具有法定的同一性（刑法规范意义上的同一性，而不是具体 的同一性），而且意志因素以认识因素为前提。因此，认识内容不同，故意内容就会不 同。〔W

由于故意的认识内容是对构成要件事实的认识，而行为人可能发生事实认识错误。 事实认识错误可能阻却故意的成立，但它本身并不是积极的责任要素。所以，本书在故意 之后讨论事实认识错误（也可谓故意阻却事由）。

二、关于故意的学说

关于故意的学说，实际上是关于故意内容或本质的学说；由于对故意内容的认识与对 过失的认识密切联系，因而也是关于故意与过失的界限的学说。虽然我国刑法对故意的 本质有明确的规定，但了解国外刑法理论上的不同观点，有利于进一步理解我国刑法关于 故意（尤其是间接故意）的规定。

（一）意志说、认识说、动机说

关于故意的本质，历来有意志说与认识说之争。即意欲实现构成要件内容才成立故 意的学说为意志说（希望说），只要对构成要件事实有认识就成立故意的学说为认识说 （表象说）。前者强调故意的意志因素，后者强调故意的认识因素。如果彻底依意志说， 没有意欲的心理便排斥在故意之外，这就缩小了故意的范围；如果完全依认识说，则有认 识的过失都会全部归人故意，这便扩大了故意的范围。

根据意志说，故意是对所认识到的结果的意识，必须具有“认识的要素”与“意志的要 素”。但是行为人对实现意志以外的结果的心理态度，与故意的存否没有关系。故意是 对能够支配犯罪结果的心理予以追究的意思责任，它与"恶的意思”存在严格区别。另一 方面，对结果的实现意志以对结果的认识为前提，对没有认识到的结果是不存在实现意志 的。但是，这种认识只有与实现意志结合起来后，才能成为故意。这就是动机说，它认为 故意与过失的区别，要以行为人的认识与意志是否结合起来，即是否成为行为的动机为基 准。亦即，在认识到行为可以产生结果时，应当产生反对这种行为的动机（反对动机），如 果没有产生反对动机，便产生故意的责任。〔26〕

〔25〕有观点认为，故意除了认识因素与意志因素外，还应当有情绪因素。其实，情绪也是基于某种认识的决定, 换言之，情绪只是一种附属物，在故意中没有独立的价值。

〔26〕参见［日］平野龙一:《刑法总论**I**》，有斐阁1972年版.第187页以下。

第六章责任**253**

（二） 盖然性说、可能性说、风险理论与容认说

盖然性说以认识说为基础,也是只从认识因素方面区分故意与过失，即行为人认识到 结果发生的盖然性（较大的可能性）时是故意，只认识到结果发生（或客观构成要件的实 现）的可能性时是过失。〔27〕这一学说的根据是，行为人的认识程度对其意欲具有征表意 义，即行为人认识到结果的发生具有盖然性时，他意欲该结果发生;认识到结果的发生具 有可能性时，他不意欲该结果发生。从实际来看，或许如此。但如果从逻辑或者理论上 说，则并非总是如此，行为人认识到结果发生的盖然性时，也可能依赖自己的幸运或者侥 幸而认为结果不会发生;认识到结果发生的可能性时，也可能意欲结果发生。所以，依据 这一标准难以区分故意与过失。而且，盖然性与可能性只不过是程度的差异，而故意与过 失的责任内容具有质的区别，以量为基准来区分故意与过失是存在疑问的。

可能性说是源于认识说的另一种学说。此说认为，不要求行为人认识到结果发生的 盖然性，只要认识到结果发生的具体可能性便成立故意，因为行为人认识到结果发生的具 体可能性时，一定对某个具体化的因果流程有所设想，此时就必须抑止其行为。反之，行 为人相信结果不发生时，就包含了对这种可能性的否定；同样，如果行为人只是抽象地知 道可能发生结果，也不能认定为故意。显然，具体可能性与盖然性是难以区分的。我国刑 法理论一般认为，可能性说导致有认识的过失没有存在的余地。但是，在可能性说看来， 所谓有认识的过失实际上也是没有认识，因为行为人起先认识到了结果，但后来又否定了 结果的发生（如轻信能够避免结果），结局仍然是没有认识到结果。

在可能性说基础上进一步发展起来的风险理论认为，如果行为人的某个决定与法秩 序的风险原则不相容，那么，其行为就是故意的。换言之，如果行为人有意地设置不被允 许的风险，就表明他做出了侵犯法益的决定，应当认定为故意。

与上述学说相对，容认说以希望说为基础，认为行为人对结果发生的可能性有认识 时，应根据其意志区分故意与过失，容认结果发生的是故意，不容认结果发生的是过失。 换言之，行为人虽然不具有像希望或者意欲那种程度的侵害法益的积极态度，但只要行为 人对可能发生的结果“不介意”、“完全不关心”，就足以成立故意，即消极的容认就是故 意但是，根据什么判断行为人对结果的发生是容认还是不容认，仍然是一个难题。

（三） 客观化的意志说、回避意志说与实现意志形成说

客观化的意志说认为，应当从客观上判断某种心理状态是故意还是过失，如果从客观 上进行评价得出的结论是，结果与行为人的计划相符合，则认定为故意；否则即为过失。 例如，有意识地引起某种事故，认识到第三者或许会在事故中受到侵害，即使并不希望第 三者受到侵害，也应当认为行为人对第三者受侵害存在故意。反之，躺在宾馆床上吸烟的 人，即使明知有发生火灾的危险，也不能认定为故意。

根据回避意志说，行为人在实现某种目的时，也会认识到发生一定附随结果的可能 性；如果不希望该附随结果的发生，就会变更行为手段。因此，如果行为人所实施的不是

〔27〕关于故意的各种学说，在讨论认识与意志因素时，有的学者是针对结果而言，有的学者是针对构成要件的实 现而言。

〔28〕容认说是德国帝国法院以来的一贯的实务见解，也是流传最广最久的学说。还有一种漠然说与容认说大体 相似，即行为人对可能发生的附随危害结果表示欢迎或者不在乎地予以容认时，属于故意；行为人对附随的 危害结果不予期待或者希望不发生时.属于过失。

**254**刑法学（第五版）

实现附随结果而是回避附随结果的受到控制的行为，就缺乏故意的意志因素；反之，如果 行为没有因回避附随结果而受到控制，则应认定为故意。换言之，要通过对实现结果的意 志（实现意志）与回避结果的意志（回避意志）进行比较，看行为人实现了何种意志，来区 分未必的故意与有认识的过失。如果认定行为人具有实现意志，就认定为故意;如果认定 行为人具有回避意志，就认定为过失。正因为如此，此学说也被称为实现意志说。

以实现意志说为基础的实现意志形成说认为，实现意志的有无，不是单纯的情绪性的 意欲,而是以认识因素为前提,通过判断行为人对客观的危险的认识进行了何种计算，对 回避结果具有什么样的自信，来判断是否具有指向法益侵害行为的实现意志的形成。行 为人认识到结果发生的盖然性，没有确实可以回避结果的自信，却仍然形成实现意志的， 属于故意;行为人认识到结果发生的可能性，并且认真地计算了其可能性，但将其作为实 现H的的要素而形成实现意志的，也是故意。反之，如果认识到结果发生的盖然性，但自 信自己有能力回避结果时，也只能认定为过失。

此外，认真说认为，如果行为人严肃认真地认为结果可能发生而仍然实施该行为，则 属故意；如果行为人并不真的认为结果会发生，则等于不认为结果有发生的可能，此时成 立过失。德国、日本等国关于故意与过失的区别还存在许多学说。〔29〕

其实，某些学说之间未必存在明显的区别，可能只是语言表述的差异。例如，回避意 志说、实现意志形成说与容认说之间并无明显区别，可以认为只是表述的不同。另一方 面，不同学说对相同案件的判断结论也可能是完全相同的。

（四）我国刑法的立场

我国刑法采取了容认说，即行为人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时,就成立故意。容认说具有妥当性。首先，在行为人认识到危害 结果的发生时还放任其发生，就表明其不只是消极地不保护法益，而是积极地对法益持否 定态度，与希望结果发生没有本质区别。其次，容认说将非难可能性明显小于间接故意的 过于自信的过失排除在故意之外，同时将间接故意归人故意之中，使故意的范围适度。再 次，放任具有心理实质，即行为人同意、认可危害结果的发生，从而反映出行为人对法益的 蔑视态度:.最后,其他学说存在缺陷。例如，认识因素的有无可以左右意志因素的有无， 但也存在行为人对危害结果的认识程度并不左右意志因素的情形,在许多场合也难以判 断行为人所认识到的是结果发生的盖然性还是可能性，难以评价行为人是否严肃认真地 认为结果可能发生，故难以采取盖然性说与认真说。风险理论虽然追求在客观归责的语 境中理解故意，但并没有提供明确的标准。客观化的意志说实际上也是一种盖然性说，事 实上排除了故意的意志因素。行为人是否采取防止结果的措施，只是判断间接故意与过 于自信过失的一个重要资料，但不能仅仅以此为根据区分故意与过失，所以，本书难以赞 成回避意志说。动机说与实现意志形成说、容认说似乎并不存在明显区别。

现行刑法实施以来，由于某些犯罪的责任形式难以确定，有的学者提出了复合罪过 说。亦即，同一罪名实际上包含了跨越故意（限于间接故意）与过失的两种责任形式。例 如，滥用职权罪和玩忽职守罪的责任形式，既可能是故意，也可能是过失。〔则再如，食品

〔29〕参见张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版.第215页以下。 〔3（）〕参见储槐植、杨书文：“复合罪过形式探析”，载《法学研究》1999年第1期、

第六章责任**255**

监管渎职罪的责任形式，应当是既包括故意（通常为间接故意）也包括过失（一般为过于 自信的过失）。间接故意和过于自信的过失不仅在主观恶性程度上具有相当性，而且在 司法实践中也具有模糊性，不容易区分，适用同一法定刑具有合理性。但直接故意的主观 恶性远远大于间接故意与过失，故食品监管渎职罪不能出于直接故意。〔31〕复合罪过说虽 然使部分犯罪容易处理,但存在缺陷。（！）复合罪过说大体上是基于对现实案件的分析， 存在以事实替代规范之嫌。（2）过失犯的处罚以刑法分则有明文规定为限，复合罪过说 可能导致将分则没有规定的过失行为以犯罪论处，因而不合适。（3 ）我国刑法将共同犯 罪限定为共同故意犯罪，而不处罚对过失犯的教唆、帮助和过失的教唆与帮助，因而必须 明显区分故意与过失，复合罪过说显然不利于处理共同犯罪现象。（4）在我国刑法中，直 接故意与间接故意具有等质性，过于自信的过失与疏忽大意的过失具有等质性，但复合罪 过说导致责任分为直接故意、间接故意与过于自信的过失、疏忽大意的过失三种责任形 式，因而不符合我国刑法总则的规定。

总之，在我国，过失与故意不具有等质性，应当严格区分故意与过失。故意与过失这 两种责任形式的界限，是同时按照两个标准来区分的:一是行为人对自己的行为造成危害 结果有无认识以及认识程度如何;二是行为人对危害结果的态度如何。只有同时依据这 两个标准，才能说明不同责任形式所反映的非难可能性程度差异。当然，为了正确地理解 和认定故意，在学理上也可能根据其他标准对故意进行分类。

三、故意的种类

（一）故意的种类概述

不管刑法是否规定故意的种类，刑法理论都可以根据不同标准对故意进行不同分类。

1. 根据故意的认识内容的确定程度可以将故意分为确定故意与不确定故意。一般认 为，认识到犯罪的实现（发生结果）是确定的，就表明有确定的故意。“意图”与“确知”就 是确定的故意（直接的故意）。意图是指行为人将犯罪结果作为目的的情况，不要求行为 人认识到结果确实要发生。确知指行为人认识到结果确实要发生的情况，不要求行为人 以犯罪结果为目的。例如，在用枪支射击距离较远的人时，行为人就具有杀人的意图与非 法持有枪支的确知。

不确定的故意包括未必的故意、概括的故意、择一的故意。认识到结果可能（而非确 实）发生（不是确知），并且不是积极希望结果发生（不是意图）的，属于未必的故意。换言 之，发生结果本身是不确实的，但认识到或许会发生结果，而且认为发生结果也没有关系 的，是未必的故意。

概括的故意主要包括两种情形：（1）行为人认识到结果发生是确实的，但结果发生的 行为对象不特定，即行为对象的个数以及哪个行为对象发生结果是不确定的。例如，向一 群人投掷炸弹的行为人，对因爆炸而死亡的具体范围是不确定的。倘若将这种行为认定 为故意杀人罪，那么，行为人对死者承担故意杀人既遂的责任，对受伤者以及其他具有死 亡危险的人承担故意杀人未遂的责任。行为人事先没有确定行为对象的（没有将行为对 象限定为特定人或物），也不影响故意的成立。例如，在电话亭里放置加人了毒药的饮 料，导致饮用者死亡的，成立故意杀人罪。（2）行为人不清楚自己的第一个行为是否导致

**[31]**参见储槐植、李莎莎:“食品监管渎职罪探析"，载《法学杂志》2012年第I期.

**256**刑法学（第五版）

结果发生，为了确保结果发生，又实施第二个行为以确保结果发生。例如，甲向悬崖边的 乙开枪射击，但不确定倒地后的乙是否死亡，于是将乙推至悬崖下。事后查明，乙中枪的 当时并没有死亡。在这种情况下，没有疑问地肯定甲对具体的死亡结果具有故意。

行为人认识到数个行为对象中只有一个对象会发生结果，但不确定哪个行为对象发 生结果时，就是择一的故意。不管如何理解故意的本质，择一的故意都是值得特别研究的 一种重要现象。与概括的故意不同，择一的故意认识到结果只发生于一个行为对象上。 例如，逃犯甲的手枪只有一发子弹，警察乙带着警犬在后面追捕，甲认识到回头射击既可 能只打中警察，也可能只打中警犬，但不可能同时击中警察与警犬。客观方面则存在多种 可能:（D仅打中警犬；（2）仅打中警察；（3 ）既没有打中警察，也没有打中警犬（其中，又 可能存在打死警察的危险大、打死警犬的危险大等情形）；（4）同时打中了警察与警犬。 对此，国外刑法理论存在不同观点。™

第一种观点认为，甲只对已经实现的构成要件成立既遂。据此，在上述第（1 ）种情况 下，甲仅承担故意毁坏财物罪的责任，而不承担故意杀人未遂的责任;在上述第（3 ）种情 况下，甲不承担任何责任。这显然不合适。

第二种观点认为，只处罚一个（既遂或者未遂的）重罪。据此，在上述第（4 ）种情况 下，仅认定为故意杀人罪，而不能评价毁坏财物的事实。更为重要的是，将上述案例稍加 改变，追捕逃犯的是两名警察，逃犯甲一枪打死两名警察时（即行为人所欲实现的是两个 相同的构成要件时），不能确定孰轻孰重。

第三种观点（德国的通说）认为，甲对已经实现的构成要件成立既遂，对未实现的构 成要件成立未遂，二者构成想象竞合。据此，在上述第（1 ）种情况下，甲成立故意毁坏财 物既遂与故意杀人未遂，属于想象竞合。在第（2）种情况下，如果不处罚故意毁坏财物的 未遂，就只认定为一个故意杀人既遂，没有必要再认定故意毁坏财物未遂。在第（3）种情 况下，也只认定为一个故意杀人未遂。在第（4）种情况下，宜认定甲成立故意杀人既遂与 过失毁坏财物，但由于刑法不处罚后者，故只能认定为一个故意杀人既遂。这种学说事实 上将择一的故意与第一种情形的概括故意同等对待。可是，在择一故意的场合，行为人没 有认识到可能同时实现两个构成要件。既然如此,就不能让行为人对两个构成要件事实 承担故意责任。尽管如此，这种观点的缺陷还是少于前两种观点。本书的解释是，在择一 的故意的场合，不可否认行为人对两个构成要件结果都有认识，既然如此，当行为导致两 个结果发生时，行为人理当要对两个结果承担故意责任；同理，当行为仅导致轻罪结果发 生但存在发生重罪结果的危险时，行为人也必须同时对重罪的未遂犯承担责任。在这种 场合，并不是说行为人有数个故意，而是说行为人对数个结果均有故意。但由于行为人只 实施了一个行为，所以按想象竞合犯处理。

1. 根据故意形成的时间可以将故意分为预谋故意与突发故意。前者是指行为人在实 施行为之前的一段时间就已形成犯意;后者是指突然产生犯罪的故意并立即实施犯罪行 为。这种区分不具有实质的意义。值得注意的是，如果在行为之前的一段时间形成了 A 犯罪的故意，而在着手实行犯罪时却是B犯罪的故意，则只能认定为B犯罪。

C32］参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第149 ~ 150 页；［日］松原芳博:《刑法总论》，日本评论社2013年版，第218页以下。

第六章责任**257**

1. 根据故意是否依附于一定条件可以将故意分为无条件故意与附条件故意。前者是 指行为人决意无条件地实施实行行为;后者是指行为人决意在具备一定条件之后便实施 实行行为，由于“条件成熟就实施实行行为”的意思是确定的，故仍然成立故意。但是，对 犯罪的认定,还必须考虑实行行为的有无与性质，考虑行为人是否具有实行的故意。例 如，A意欲强奸B女，但内心打算是，如果B长相难看就不奸淫。A着手实施暴力行为后 发现B长相难看,便放弃了奸淫行为。对此，可认定为强奸中止（有人主张认定为强奸未 遂）。再如，甲在与乙见面前准备了手枪，内心打算是，如果乙拒绝自己的要求就杀害对 方，但在乙的态度并不确定时，手枪走火导致乙死亡。由于甲没有实施杀人罪的实行行为 的故意，对其行为只能认定为故意杀人（预备）罪与过失致人死亡罪的想象竞合。
2. 根据所认识和希望、放任的结果形态，可以将故意分为侵害故意与危险故意。前者 认识到了行为对一定法益的侵害，而且希望或者放任其发生。后者认识到了行为对一定 法益的危险状态，而且希望或者放任危险状态的发生。换言之，侵害犯的故意，就是侵害 故意;危险犯的故意，就是危险故意。例如，成立刑法第114条规定的放火罪，就只需要认 识到放火行为可能发生具体的公共危险，而不要求认识到放火行为会导致他人死亡的结 果，这便是危险故意。但是,这并不意味着未遂犯的故意都是危险故意，未遂犯必须有导 致法定结果发生的意志因素。
3. 根据犯罪形态，可以将故意分为既遂犯的故意与未遂犯的故意。在一种场合，存在 与故意内容完全对应的客观构成要件事实，或者说，故意的内容已经完全现实化。在后一 种场合，不存在与意志因素相对应的构成要件事实（如希望死亡结果发生但死亡结果没 有发生），所以，意志因素成为主观的超过要素（参见本节第四款）。
4. 我国刑法根据故意的认识因素与意志因素的内容，将故意分为直接故意与间接故 意。

（二）直接故意

直接故意，是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心 理态度。直接故意是认识因素与意志因素的统一。

1 +认识因素

直接故意的认因素是明知自己的行为会发生危害社会的结果。“明知自己的行为 会发生危害社会的结果”与“认识到危害结果会发生”不是等同的含义，因为明知自己的 行为会发生危害结果，意味着行为人认识到自己以何种行为对何种对象造成危害结果。 换言之，不能简单地认为直接故意的认识内容就是认识到危害结果发生，而应认为认识内 容包括明知自己行为的内容、社会意义与危害结果等。

（1）直接故意的一般认识内容

根据刑法第14条的规定，直接故意的一般认识内容包括以下几个方面：

第一，明知自己行为的内容与社会意义。行为人对自己行为的认识,并不只是对外部 行为的物理性质的认识，而是必须认iR到行为的社会意义。例如，行为人向他人头部开枪 时，只有认识到该行为属于“杀人”行为时，才能评价为“明知自己行为的内容与社会意 义”。换言之，对行为内容与社会意义的认识，实际上是对刑法所欲禁止的实体的认识。 再如，贩卖淫秽物品时，只有认识到自己所贩卖的物品具有淫秽性，才属于对行为内容与 社会意义的认识。如果不识外文的行为人认识到自己在贩卖外文书籍，但根本没有认识

**258**刑法学（第五版）

到该外文书籍是淫秽小说,就缺乏对行为的社会意义的认识，因而不具有贩卖淫秽物品的 故意。

第二，明知自己的行为会发生某种危害结果（包括侵害结果与危险结果）。对危害结 果的认识不要求很具体，只要求认识到是构成要件的结果。例如，故意杀人时，只要求认 识到会有人死亡即可，不要求具体认识到死亡者是谁，也不要求认识到死亡的具体时刻。 对危害结果的明知包括明知危害结果必然发生与可能发生；行为人所明知的是哪一种情 况，应以行为人自身的认iR为准，不以客观事实为准。在客观上只有发生结果的可能性， 但行为人认识到发生结果的必然性时，也应认定行为人认识到了危害结果的必然发生；反 之亦然。

需要进一步i寸论的是，所谓“明知自己的行为会发生危害社会的结果”，是指行为人 必须认识到结果是“危害社会的”，还是只要认识到结果，而该结果被一般人或法官评价 为“危害社会的”即可？例如，甲认识到自己拘禁行为的结果是吸毒者乙的自由被剥夺， 但同时认为该结果并不危害社会，而是有利于社会。在这种情况下，能否认定甲具有非法 拘禁罪的故意？ 一般来说，只要行为人认识到自己行为的社会意义，就能够认识到自己行 为的结果是危害社会的。而且，故意的认识内容是构成要件事实，并不要求行为人对事实 予以评价。某种结果是有利于社会还是不利于社会，不能由行为人评价，只能根据刑法规 定予以评价。“明知自己的行为会发生危害社会的结果”，实际上是指行为人明知自己的 行为会发生符合构成要件的法益侵害结果或者危险结果既然甲认识到自己的行为 发生了剥夺他人自由的结果，就表明他认识到了自己的行为发生的是法益侵害结果，因而 具备了故意的认识要素。

由于故意的成立要求行为人对行为的内容与社会意义以及危害结果具有认识，而且 故意犯的行为人都会利用因果法则造成危害结果，所以，没有必要将行为与危害结果之间 的因果关系作为故意的独立认识内容。例如，甲明知自己向乙胸部开枪的行为会发生乙 死亡的结果，但开枪行为仅造成了乙的轻伤，乙在去医院的途中不慎坠河身亡。在这种场 合，不能否认甲具有杀人故意。至于甲应否对乙的死亡负责，则是需要通过因果关系与结 果归属的判断,能否认定甲的行为造成了乙的死亡结果的问题（即在甲的犯罪案件中是 否存在死亡结果）。即使要求行为人认识到行为与结果之间的因果关系，充其量也只是 要求行为人认识到自己的行为通常会导致结果的发生，而不应当要求行为人认识到具体 的因果进程。

第三，某些犯罪的故意还要求行为人认识到刑法规定的特定事实，如特定的行为时 间、地点、方法、行为对象、特定的主体身份等。例如，成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪，要求行 为人明知自己掩饰、隐瞒的是犯罪所得。再如，行为人本来患有严重性病，但误认为自己 没有患性病而卖淫或者嫖娼的，虽然其行为符合犯罪的构成要件，但由于没有认识到自己 的特殊身份，因而没有认识到行为的社会意义与危害结果，不具有犯罪故意，不成立犯罪。

由上可见，我国刑法中的故意是一种实质的故意概念，即并不是认识到行为与结果的 单纯事实（外部形态）就成立故意，还必须认识到行为的社会意义与法益侵害（危险）结 果。可以认为，故意的成立要求行为人认识到实质的违法性。至于故意的成立是否需要

〔33〕由于构成要件的结果多种多样，所以，刑法第**I4**条用“危害社会的结果"来表述各种构成要件的结果。

第六章责任**259**

认识到行为的形式违法性，以及事实认识错误对故意的影响，是下面要讨论的问题、

（2）规范的构成要件要素的认识

就符合记述的构成要件要素的事实而言，行为人在认识到单纯事实的同时，就能认识 行为的社会意义，进而认识行为的实质违法性乃至形式违法性、例如，行为人在认识到自 己向他人胸部开枪时（单纯事实的认识），必然认识到这是杀人行为（社会意义的认识）， 进而认识到杀人行为是侵害他人生命的违法行为（实质的违法性的认识），甚至认识到其 行为是违反刑法条文规定的行为（形式违法性的认识）。

就符合规范的构成要件要素的事实而言，行为人在认识到单纯事实的同时，却不一定 能够认识行为的社会意义，因而不一定认识到行为的实质违法性。例如，行为人认识到自 己在贩卖某种书画（单纯事实的认识），却不一定认识到自己贩卖的是淫秽物品（社会意 义的认识），因而不一定认识到了行为的法益侵犯性。这是因为规范的构成要件要素是 需要根据法律法规、经验法则或者一般人的价值观念做出判断的要素，行为人的价值观不 同于法律法规或者不同于一般人的价值取向时，就可能得出不同结论。例如，某种书画， 一般人均认为是淫秽物品，而行为人却不认为是淫秽物品。再如，行为人认识到自己毁灭 了印有文字的纸张，却不一定认识到自己毁灭了国家机关公文。在这种情况下，如果仅要 求行为人具有单纯事实的认识（即只要认识到自己贩卖了书画、毁灭了纸张），就成立故 意犯罪，显然不合适。例如，根本不识外文的人客观上贩卖了淫秽的外文小说，如果他没 有被告知为淫秽物品，自身也没有认识到是淫秽物品，则因为没有认识到自己行为的社会 意义，而不能认定其行为成立故意犯罪。所以，故意的成立要求行为人认识到自己行为的 社会意义;但如果要求行为人认识到刑法上的规范性概念（如淫秽物品概念），也会不当 缩小刑法的处罚范围，而且导致处罚的不公平。另一方面，由于表述规范的构成要件要素 的是规范性概念，所以，行为人完全可能没有认识到规范性概念的法律意义（规范意义）。 例如，行为人可能不认识刑法所规定的“淫秽”二字，也不理解刑法上的“淫秽”概念的规 范意义。所以，倘若认为只有当行为人认识到了“淫秽”概念的规范意义时，才认定其认 识到行为的社会意义，才以故意犯罪论处，就会不当缩小处罚范围。换言之，就故意犯罪 而言，不能要求行为人像法学家或者法官那样理解规范的要素。〔34〕于是，外国学者提出 了后述“行为人所属的外行人领域的平行评价”的理论。不过，这一理论针对的主要是社 会的评价要素。

本书认为，就法律的评价要素而言，只要行为人认识到作为评价基础的事实，一般就 能够认定行为人认识到了规范的要素。例如，只要行为人认识到自己的财产处于国家机 关管理、使用、运输中，就应认定行为人认识到了该财产属于公共财产（参见刑法第91条 第2款）。又如，只要行为人认识到警察持逮捕证逮捕嫌疑人，就可以认定行为人认识到 了警察在“依法”执行职务。

就经验法则的评价要素而言，只要行为人认识到了作为判断基础或者判断资料的事 实，原则上就应当认定行为人认识到了符合规范的构成要件要素的事实。例如，只要行为 人认识到了自己的行为会使大量的对象物燃烧，或者认识到火势会蔓延到其他对象物，就 能肯定行为人认识到自己的行为会“危害公共安全”。再如，只要行为人认识到自己所破

**[34]**否则，只有具备良好的法律知识的人才能成立故意犯罪，这显然不合适:\_

**260**刑法学（第五版）

坏的是正在使用中的公共汽车的关键部位（如刹车等），就可以肯定其认识到了自己的行 为“足以使汽车发生倾覆、毁坏危险”，因而具有破坏交通工具罪的故意。同样，只要行为 人认识到自己破坏的是正在使用中的轨道上的枕木，就可以认定其明知自己的行为“足 以使火车发生倾覆、毁坏危险”，因而具有破坏交通设施罪的故意。

问题在于社会的评价要素。德国学者麦茨格尔在宾丁之后发展和完善的“行为人所 属的外行人领域的平行评价”理论，一直得到普遍承认和适用。该理论认为，在规范的构 成要件要素的场合，不要求行为人了解规范概念的法律定义，只要行为人以自己的认识水 平理解了具体化在规范概念中的立法者的评价即可。〔35〕换言之,对行为的社会意义的认 识，不要求以刑法上的规范概念进行认识，只要认识到规范概念所指示的与犯罪性相关的 意义即可;还可以说，只要行为人的认识内容与规范概念的实质相当即可。［36］据此，当一 般人将刑法上的淫秽物品理解为不能公开的黄色物品时，只要行为人认识到自己所贩卖 的是黄色物品，那么，他就具有贩卖淫秽物品的故意。也有学者认为，在这种场合，法官对 于行为人的语言必须“理念化”，对于法律的语言必须“一般化”；或者说，法官必须使行为 人的日常语言世界与刑法的专业语言世界相联系，穿梭于民众的语言与法律的语言之间， 从而进行判断。〔37〕例如，当一般人使用“毛片”表述淫秽影片时，只要行为人认识到自己 所贩卖的是“毛片”，就可以肯定行为人认识到了自己所贩卖的是淫秽影片，因而成立故 意犯罪。

在本书看来，在行为人不明知“淫秽”的法律概念，不确定其贩卖的是“淫秽”物品，但 认为其贩卖的是黄色物品、下流物品、毛片，客观上贩卖的确实是淫秽物品时，可以适用 “外行人领域的平行评价”理论，认定行为人认识到了自己贩卖的是淫秽物品。上述解释 已经能够说明这一点。再如，当行为人不明知刑法第246条的“侮辱”的规范意义，却认 识到自己实施的是“使他人很难堪”的行为时，也能认定行为人具有侮辱的故意。但是， 还存在另外的情形:行为人不认为其贩卖的是淫秽物品，也不认为其贩卖的是黄色物品、 下流物品，甚至认为是具有科学价值的艺术作品，但认识到一般人可能将其贩卖的物品评 价为淫秽物品，客观上贩卖的确实是淫秽物品时，难以用“外行人领域的平行评价”理论 进行归责。本书认为，在这种情况下，由于规范的构成要件要素（社会的评价要素）需要 根据一般人的价值观念或者社会意义进行精神的理解，所以，应根据行为人在实施其行为 时所认识到的一般人的评价结论，判断行为人是否具有故意。换言之，即使行为人自认为 其贩卖的不是淫秽物品，也不是黄色物品、下流物品，甚至认为是具有科学价值的艺术作 品，但只要行为人认识到了一般人会认为其贩卖的为淫秽物品，且事实上也是淫秽物品 时，就可以认定行为人认识到了自己所贩卖的是淫秽物品，进而成立故意犯罪。

（3）无违法阻却事由的认识

当行为人认识到自己的行为存在违法阻却事由时，不可能存在犯罪故意。因为故意 虽然是对构成要件事实的认识与容认，但由于构成要件是违法类型,构成要件事实是违法 事实，所以，故意实际上是对为违法性提供根据的事实的认识与容认。当行为人认识到自

〔35〕Vgl. ,H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. , Duncker & Humblot ,1996, S.295.

(36 J参见［日］町野朔：《刑法总论讲义案I》，信山社1995年第2版，第225页。

〔37〕Vgl. ,Arthur Kaufmann,Rechtsphilosophie,C. H. Beck , 1997,S. 129ff.

第六章责任**261**

己的行为存在正当化事由时,就没有认识到为违法性奠定基础的事实，当然不能以故意犯 罪论处。换言之，故意的成立要求行为人认识到自己的行为侵害或者威胁了法益，当行为 人认识到存在正当化事由时，意味着行为人要么认识到法益性的阙如，要么认识到自己的 行为保护了更为优越或者至少同等的法益，因而缺乏对实质违法性的认识，所以，不具备 故意的非难可能性。例如，行为人以为对方正在进行不法侵害时，对之进行防卫的，属于 假想防卫，不存在犯罪故意。在这类认识到存在违法阻却事由的场合，行为人没有认识到 为自己行为的违法性提供根据的事实，故应作为事实错误阻却故意的成立。〔38〕再如，一 般认为，强奸罪的成立，要求行为人认识到自己的行为违反妇女意志，这一认识既是对符 合构成要件要素的认识，也是对没有正当化事由的认识。总之，只有当行为人认识到前述 构成要件事实，同时认识到并无违法阻却事由时，才能认定行为人具有犯罪的故意。

（4）不需要认识的内容

故意的成立并不要求行为人认识到所有的客观事实;易言之，有些客观事实或要素超 出了故意的认识范围，笔者称之为“客观的超过要素”

首先，结果加重犯中的加重结果，属于不需要认识的内容，即不需要行为人已经认识 到结果加重犯中的加重结果，但要求具有认识的可能性。当某些结果加重犯对加重结果 仅要求过失时，如果行为人对加重结果具有认识，则可能不以结果加重犯处理，而是按更 重的犯罪论处。例如，故意伤害致死的成立，不需要行为人认识到死亡结果；如果行为人 认识到自己的行为会发生他人死亡的结果并实施该行为的，构成故意杀人罪。当对加重 结果既可以持过失也可以持故意时，行为人是否认识到加重结果，不影响结果加重犯的成 立。例如，行为人实施抢劫行为时，不管是否认识到死亡结果，都不影响抢劫致人死亡的 成立，只是影响量刑。

其次，除结果加重犯中的加重结果外，还存在其他不需要认识的“客观的超过要素”。

德国、日本刑法理论中，存在“客观处罚条件"的概念，即在一些情况下，行为具有构 成要件符合性、违法性、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，即客观处罚条件（参见第十章第二节）。

本书暂且维护犯罪构成是认定犯罪的唯一法律根据的原理，不采用客观处罚条件的 概念。由于构成要件必须表明行为具有值得科处刑罚的违法性，故如果在一般情况下还 没有达到这种程度，刑法就强调或者增加某个或者某些具体要素，使构成要件表明违法性 达到这一程度。例如，刑法第264条规定，盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、人 户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，构成盗窃罪。如果说“多次”是指三次以上，那么，只要行 为人每次实施盗窃时具有故意即可，不要求行为人认识到自己“多次”盗窃。倘若行为人 在第三次盗窃时误以为自己是第二次盗窃，也不影响其行为构成多次盗窃。又如，许多犯 罪的成立以违法所得数额较大为要件，但是，成立这类犯罪只需要客观上违法所得数额较 大，并不需要行为人认识到这一点。于是，违法所得数额较大就成为超出故意认识范围的

（38）参见［日］西田典之：《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第214页：［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016 年第3版，第209页以下。

〔W〕“客观的超过要素”是笔者制造的一个概念，旨在解决现行刑法所规定的若干犯罪的责任形式。具体内容请 参见张明楷:“‘客观的超过要素’概念之提倡"，载《法学研究》1999年第3期；张明楷：《犯罪构成体系与构 成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第218页以下。

**262**刑法学（第五版）

客观要素。再如，依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告的行为，其违法性还没 有达到值得科处刑罚的程度，故刑法要求“造成严重后果”。“造成严重后果”也是丢失枪 支不报罪的构成要件要素，但不需要存在与之相对应的故意内容，即该客观要素超出了故 意的认识内容与意志内容的范围，所以称为“客观的超过要素”。因此，依法配备公务用 枪的人员，认识到自己丢失枪支后故意不及时报告的，即使没有认识到会造成严重后果 （当然应具有认识的可能性），也不希望或者放任严重结果的发生，但如果客观上造成了 严重结果，也成立丢失枪支不报罪。又如，国家机关工作人员滥用职权的行为本身，还不 具有值得科处刑罚的违法性，故刑法要求“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损 失”；这种损失属于滥用职权罪的客观构成要件要素,但不需要存在与之相对应的主观内 容,也属于“客观的超过要素”。所以，只要国家机关工作人员故意滥用职权，客观上造成 了上述重大损失，就成立滥用职权罪，而不要求行为人认识到该重大损失

为了避免责任主义的违反，只有具备以下条件时，才可以考虑确定为“客观的超过要 素”：第一，该客观要素虽然是成立犯罪不可缺少的条件，但刑法只是为了控制处罚范围， 才要求具有该客观要素。第二，该客观要素在构成要件中不是唯一的要素;将某种结果确 定为客观的超过要素时，该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结果。第三，如果将某种结果确定为客观的超过要素，该犯罪的法定 刑必须较低，明显轻于对结果具有故意心理的犯罪。第四，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。第五，该犯罪事实上只要求对客观的超过 要素（结果）具有预见可能性，但又不能将该犯罪确定为过失犯罪，或者确定该犯罪为过 失犯罪并不符合过失犯罪的观念。总之，不得随意扩大“客观的超过要素”的范围。

客观的超过要素虽然不是故意的认识与意志内容，但要求行为人对之具有预见可能 性，即使是结果加重犯之外的客观的超过要素，也不例外。否则，便违反了责任主义。或 许有人提出如下疑问：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？这是因为，将本书所称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，将丢失枪支不报罪确定为过失犯罪，难以被 人接受。道理很简单:既然过失行为都是犯罪，那么，与之相对应的故意行为更应是犯罪。 冉如，将滥用职权罪确定为过失犯罪，其与玩忽职守罪就基本等同了。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，而不承认过失的教唆犯 与对过失犯的教唆犯。但是，丢失枪支不报罪完全可能存在共同犯罪。例如，甲、乙两名 警察一起出差，途中，甲丢失了枪支，打算立即报告。但乙反复劝说甲不要报告，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，就难以认定乙成立教唆犯。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。

此外，当刑法分则条文使用的“非法” 一词只是对违法性的提示（或者说提示可能存 在违法阻却事由）时，不要求行为人认识到自己的行为“非法”。例如，刑法第238条第1

〔**40］**如果将客观处罚条件作为犯罪成立条件之一，则本书所称“客观的超过要素”属于客观处罚条件。

第六章责任**263**

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。”由于现实生活中存在合法剥夺人身自由因而欠缺 违法性的情形，故本条特别提示司法人员注意•.如果行为人合法剥夺他人人身自由（如依 法拘留、逮捕、执行有期徒刑等），则具有违法阻却事由，不成立犯罪。本条中的“非法”只 是对违法性的提示，不是故意的认识内容。换言之，只要行为人认识到自己的行为剥夺了 他人的人身自由，也无违法阻却事由的认识，就具备了故意的认识因素。倘若行为人误以 为自己剥夺吸毒者人身自由的行为是合法的，则属于违法性的认识错误，不影响故意的成 立。

2.意志因素

直接故意的意志因素是希望危害结果的发生。这里的“危害结果”是指行为人已经 明知的结果。“希望”是指行为人积极追求结果发生；发生结果是行为人实施行为直接追 求的结局;行为人主观上没有介人其他独立意识，不是为了实现其他意图而实施该行为； 行为人主观上只有一个意志——追求危害结果的发生，除此之外，没有其他任何意图（当 然会有犯罪动机）。正因为如此，才将这种故意称为直接故意。“希望”虽然意味着追求 结果发生，但也有程度上的差异，强烈、迫切的希望与不很强烈、迫切的希望，都属于希望 危害结果发生。

（三）间接故意

间接故意，是指明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的 心理态度。间接故意也是认识因素与意志因素的统一。

I .认识因素是明知自己的行为可能发生危害社会的结果。与直接故意一样，间接故 意的成立要求行为人认识到行为的内容、社会意义与危害结果，认识到刑法规定的特定事 实。但是，间接故意只要求行为人认识到自己的行为可能发生危害社会的结果。行为人 自认为可能发生危害结果并放任这种结果发生，而客观上必然发生危害结果的，也仅成立 间接故意。

2.意志因素是放任危害结果发生。这里的“危害结果”是指行为人已经明知可能发 生的构成要件结果。“放任”是对结果的一种听之任之的态度。即行为人为了追求某种 目的而实施一定行为时，明知该行为可能发生某种结果;行为人既不是希望结果发生，也 不是希望结果不发生，但仍然实施该行为，也不采取措施防止结果发生，而是听任结果发 生;结果发生与否，都不与行为人的意志相冲突。〔41〕换言之，只要行为人在心理上接受、 认可结果的发生，就属于放任。例如，甲为了掩盖自己贪污大量公款的事实，企图放火烧 毁会计室。甲深夜放火时发现乙在会计室睡觉，明知放火行为可能烧死乙，但仍然放火， 也没有采取任何措施防止乙死亡，乙果真被烧死。甲旨在烧毁账簿，不是希望乙死亡，而 是对乙的死亡持听之任之的态度，这便是放任的心理态度。

间接故意犯罪主要发生在以下两种情况：（1）为了实现某种非犯罪意图而放任危害 结果的发生。如狩猎人为了击中野兽，对可能击中他人持放任态度。（2）为了实现某种

Hi〕有学者将放任表述为对危害结果漠不关心;有学者则批判这种表述，而认为放任并不意味着对结果的发生 与不发生采取半斤八两的态度，间接故意是"放任结果发生”，而非“放任结果不发生”（参见王作富：《中国 刑法研究》，中国人民大学出版社1988年版，第162页以下）。在本书看来，上述两种观点并无区别。

**264**刑法学（第五版）

犯罪意图而放任另一危害结果的发生。其中又可以分为两种情况:一是为了追求某种危 害结果而对同一对象可能造成的另一危害结果持放任态度。例如，为了抢劫他人财物而 使用暴力，对暴力致他人死亡持放任态度。二是对此对象实施犯罪行为时，放任对彼对象 造成危害结果。例如，丈夫为了杀妻，在妻子的食物中投放毒药，明知孩子可能分食有毒 食物，由于杀妻心切而放任孩子死亡。此外，还有一种在瞬间情绪冲动下，不计后果地实 施危害行为，放任危害结果发生的情况。正是由于间接故意的行为人并不直接追求结果 的发生，主观上介入了其他因素，故称其心理态度为间接故意。

（四）直接故意与间接故意的关系

间接故意与直接故意都是认识因素与意志因素的统一，但各自的认识内容与意志内 容不同。就认识因素而言,直接故意的行为人是认识到危害结果发生的必然性与可能性； 而间接故意的行为人只要求认识到危害结果发生的可能性。就意志因素而言，直接故意 表现为希望危害结果发生;而间接故意表现为放任危害结果发生。

有一种观点认为，区分直接故意与间接故意只有一个标准，就是看对结果的发生持希 望态度还是放任态度；明知结果必然发生而持放任态度时，也应属于间接故意。本书 不采取这种观点。意志因素以认识因素为前提，反过来，意志因素的内容又限制认识因素 的内容。放任是听之任之、发生也可以不发生也可以的心理态度，因此前提必须是具有发 生结果与不发生结果两种可能性。如果认识到结果必然发生，则不可能再放任结果的发 生。此外，在直接故意中，行为人对发生结果的希望态度的强弱程度会有差异，不应将不 太迫切、不太强烈的希望态度认定为放任。从实质上说，认识到结果必然发生却仍然实施 该行为，说明非难可能性严重，将其归人直接故意也是理所当然的。

直接故意与间接故意虽然存在区别，但二者不是对立关系，而且二者在法律上的地位 是相同的，故区分二者的意义极为有限。换言之，应当注重直接故意与间接故意的统一 性。第一，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。第二，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。第三，只要查明行为人认识到了构 成要件事实，并且对结果具有放任态度，即使不能查明行为人是否希望结果的发生，或者 不能查明行为人是否认识到结果必然发生，也能认定为间接故意。而不能以事实不清为 由，宣告行为人没有犯罪故意。

四、故意的认定

对故意的理解与认定除了掌握故意的种类与特征外，还要注意以下几点。

（一）严格区分犯罪的故意与一般生活意义上的“故意”

犯罪的故意具有特定内容，具体表现为对自己实施的法益侵害行为及其结果的认识 与希望或放任态度。一般生活意义上的“故意”只是表明行为人有意识地实施某种行为， 但不具有上述犯罪故意的内容。例如，行为人在黑暗处实施盗窃行为时，为了物色盗窃对

〔42〕参见姜伟:《犯罪故意与犯罪过失》，群众出版社1992年版，第163页以下.

第六章责任**265**

象而划火柴，却造成了火灾。在一般生活意义上说，划火柴的行为显然是“故意”的;但行 为人在划火柴时并没有认识到可能发生火灾，或者已经预见但轻信能够避免，而没有希望 或者放任危害结果发生，因而不是刑法上的故意。再如，行为人面对正在进行的不法侵害 实施正当防卫时，在一般生活意义上说是“故意”的，但不是刑法上的故意，因为行为人有 违法阻却事由的认识。因此，司法人员不能自觉或不自觉地将一般意义上的故意认定为 刑法上的故意。

（二） 合理区分犯罪故意与目的或单纯的认识

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。在有些场合,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。例如，司机故 意超速行驶时，显然属于故意违反交通运输管理法规，但对造成的死伤结果完全可能是过 失，其中对行政法规违反的“故意”并不等同于刑法上的故意，只能认定为过失犯罪。显 然，“认识到违反规章制度时是故意”的观点，会将过失心理归人故意。因此，司法人员一 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“双重罪过”的概念应慎重对待。〔43〕如人们常说，在重大责任事 故罪中，行为人虽然对致人死亡的结果持过失，但其违反有关安全管理规定的行为可能是 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 行为违反有关安全管理规定，并不等于刑法上的故意。因为这种认识并不表明行为人希 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，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）。特别应注意的是，认识到行为的性质与社 会意义，只是故意的部分认识内容。不具备该认识内容的，不可能成立故意;具备该认识 内容的，并不直接成立故意，也不直接排斥过失。还要说明的是，作为责任要素的故意，不 同于行为人犯罪时的实际心态。不能将行为人犯罪时的实际心态，作为责任要素。

（三） 正确理解总则规定的“明知”与分则规定的“明知”的关系

刑法总则规定，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。总 则中的“明知”是故意的一般因素，分则中的“明知”是故意的特定因素；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。〔44〕例如，刑法第312条规定的犯罪，以行为人明知是犯罪所得 及其产生的收益为成立条件。行为人明知是犯罪所得及其产生的收益，然后才能明知自 己行为的社会意义与危害结果;如果不明知是犯罪所得及其产生的收益，则不可能明知自 己行为的社会意义与危害结果;如果行为人明知可能是犯罪所得及其产生的收益，则意味 着行为人明知自己的掩饰、隐瞒行为可能产生妨害司法的危害结果，倘若行为人放任该结

（43 ］像故意伤害致死这样的结果加重犯，可以认为行为人具有双重罪过（故意与过失的结合体）。 〔**44**〕参见郑健才：《刑法总则》，台北三民书局1982年修订再版，第96页。

**266**刑法学（第五版）

果的发生，便成立间接故意。〔45〕因此，当分则规定以“明知”为要件时，并不排除间接故意 的可能性。〔46〕不过，明知是一种现实的认识，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（如在窝藏罪中，明知自己窝藏的是犯罪的人或者可 能是犯罪的人），而不包括应当知道某种事实的存在（不包括应当知道但并不知道是犯罪 的人），否则便混淆了故意与过失。

值得注意的是，司法解释乃至立法解释经常将“应当知道”规定为“明知”的一种情 形，对此，不能仅从字面含义认为“应当知道”均属于故意。最高人民法院2001年1月17 日《关于审理为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报案件具体应用法律若干问 题的解释》第5条规定：“行为人知道或者应当知道没有标明密级的事项关系国家安全和 利益，而为境外窃取、刺探、收买、非法提供的，依照刑法第一百一十一条的规定以为境外 窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密罪定罪处罚：”其中的“应当知道”原本属于对过失心 理的描述，但为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密罪属于故意犯罪，过失行为不成 立本罪。所以，应当将上述司法解释中的“应当知道”理解为根据相关事实推定行为人知 道。再如，全国人大常委会2014年4月24日通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百 四十一条、第=百一十二条的解释》规定:“知道或者应当知道是国家重点保护的珍贵、濒 危野生动物及其制品，为食用或者其他目的而非法购买的，属于刑法第三百四十一条第一 款规定的非法收购国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的行为。”其中的“应当 知道”也是指根据相关事实推定行为人知道，而不意味着过失可以成立刑法第341条规定 的犯罪。

（四）妥当处理犯意转化、另起犯意与行为对象转换的关系

犯意转化、另起犯意与行为对象转换是罪数论需要讨论的问题（亦即，根据区分罪数 的标准就可以解决），由于与故意的认定密切相关，故在此略作说明。

犯意转化会导致行为人的行为方式、性质产生变化，因而影响故意内容的认定。

犯意转化的第一种情况是，行为人以此犯意实施犯罪的预备行为，却以彼犯意实施犯 罪的实行行为。或者说，行为人在预备阶段是此犯意，但在实行阶段是彼犯意。例如，行 为人在预备阶段具有抢劫的故意，为抢劫准备了工具、制造了条件;但进人现场后，发现财 物的所有人、保管人等均不在场，于是实施了盗窃行为。行为人在实行犯罪时，由预备阶 段的抢劫故意转化为盗窃故意，其实行行为便是盗窃行为。通常认为，在这种情况下，应 以实行行为吸收预备行为，但事实上对此还难以一概而论。一方面，抢劫预备行为严重而 盗窃行为并不严重时，以后者吸收前者明显不当。另一方面，因为抢劫预备行为严重而仅 以抢劫预备论处,则没有评价盗窃既遂部分，导致评价不充分。所以，本书认为，对这种行 为应当认定为想象竞合犯，从一重罪处罚（参见第九章第四节）。

**［45**J判断具体案件中的行为人是否具有故意吋，不是直接根据刑法总则第14条的规定进行判断，而是以第14条 的规定为指导，判断行为人是否认识到了具体犯罪的构成要件事实以及是否希望或者放任构成要件结果的 发生。

（46］分则关于“明知”的规定，大多属于注意规定，即提醒司法人员注意的规定。即使分则没有•‘明知”的规定，也 应根据总则关于故意的规定，确定必须明知的事实［参见张明楷:《刑法分则的解释原理》（下），中国人民大 学出版社2011年第2版，第628页以下］此外，在个别情况下，分则的“明知”主要是作为总则中的过于自 信过失的具体化而规定的，刑法第138条便是如此。

第六章责任**267**

犯意转化的第二种情况是，在实行犯罪的过程中犯意改变，导致此罪与彼罪的转化。 这种犯意转化应限于两个行为所侵犯的法益具有包容关系的情形。例如，甲在故意伤害 他人的过程中，改变犯意，意图杀死他人。又如，乙见他人携带装有现金的提包，起抢夺之 念,在抢夺过程中转化为对人使用暴力，将他人打倒在地，抢走提包。再如，丙本欲杀死他 人，在杀害过程中，由于某种原因改变犯意，认为造成伤害即可，没有致人死亡即停止侵害 行为。对此，应作如下处理：犯意升高者，从新意（变更后的意思）；犯意降低者，从旧意 （变更前的意思）。〔47〕换言之，如果行为人本欲犯较轻的罪，后来改变犯意，犯较重的罪， 则定较重的罪；如果行为人本欲犯较重的罪，后改变犯意，犯较轻的罪，则仍定较重的罪。 依此观点,对上述甲、乙的行为应分别定故意杀人罪与抢劫罪，对丙的行为仍应认定为故 意杀人罪，但存在犯罪中止的问题，即如果符合中止犯的条件，则成立故意杀人罪的中止 犯。〔48〕

犯意转化与另起犯意具有区别，前者是由此罪转化为彼罪，因而不会实行数罪并罚； 后者是在前一犯罪已经既遂、未遂或中止后，又另起犯意实施另一犯罪行为，因而应当实 行数罪并罚。具体说，犯意转化与另起犯意有三个重要区别：（1 ）行为在继续过程中，才 有犯意转化问题;如果行为已经终了，则只能是另起犯意。例如，甲以强奸故意对乙实施 暴力之后，因为乙正值月经期而放弃奸淫，便另起犯意实施抢劫行为。由于抢劫故意与抢 劫行为是在强奸中止之后产生的，故甲的行为成立强奸中止与抢劫二罪。（2）同一被害 对象才有犯意转化问题;如果针对另一不同对象，则只能是另起犯意。例如，A以伤害故 意举刀砍B,适逢仇人C出现在现场，A转而杀死C。A的行为针对不同对象，应成立故 意伤害与故意杀人二罪。再如，甲为了人户抢劫乙的财产而准备了工具，但在前往乙家的 途中发现很容易窃取丙的财物，在窃取丙的财物后放弃实施抢劫乙的财物的，盗窃行为属 于另起犯意实施的行为，应认定为抢劫预备阶段的中止与盗窃既遂；对前者免予处罚，对 后者单独定罪量刑。倘若甲并没有放弃抢劫只是等待时机，在着手前被查获的，则要对抢 劫预备与盗窃既遂实行数罪并罚。（3）在两个法益之间具有包容关系时，才可能存在犯 意转化，如果没有包容关系，则应认定为另起犯意。例如,A先对B实施伤害行为，导致B 昏迷。此时，A发现B戴有首饰，见财起心将B的首饰转移为自己占有。A的行为属于 另起犯意，成立故意伤害罪与盗窃罪，实行数罪并罚。

行为对象转换，是指行为人在实行犯罪的过程中，有意识地将原先设定的行为对象， 转移到另一行为对象上。例如，甲原本打算抢劫他人名画而侵人住宅，但人室后抢劫r手 提电脑。在这种情况下，由于行为对象的转换依然处于同一犯罪构成之内，且法益主体没 有变更，故成立人户抢劫的既遂，而非入户抢劫的未遂与普通抢劫既遂。再如，乙原本打 算盗窃A的财物，侵人了 A、B合住的房间，但侵入房间后仅盗窃了 B的财物。虽然法益 主体不同,但由于财产法益并非个人专属法益，故仅认定为一个盗窃既遂即可。但是，如 果行为对象的转换，导致个人专属法益的主体变化，或者导致法益性质变化，则属于另起

[47] 参见郑健才：《刑法总则》，台北三民书局1982年修汀再版，第93页;.

[48] 这里所说的仅成立故意杀人中止，限于行为人在杀人过程中已经造成了伤害结果，随后放弃杀人，认为只要 造成伤害即可的情形f.如果行为人虽然着手实行杀人，但在没有造成伤害结果时改变犯意.认为只要造成 伤害即可,进而实施伤害行为造成伤害结果的，则成立故意杀人中止与故意伤害既遂，对前者免除处罚，对 后者单独定罪量刑。

**268**刑法学（第五版）

犯意。例如，甲为了强奸A女，在A女的饮食中投放了麻醉药。事后，甲发现A女与B 女均昏迷，且B女更美丽，于是仅奸淫了 B女。甲的行为成立对A女的强奸中止和对B 女的强奸既遂。又如，乙为了抢劫普通财物而对X实施暴力，在强取财物时，发现X的提 包内不仅有财物而且有枪支，便使用强力仅夺取了枪支。乙的行为成立抢劫中止与抢劫 枪支既遂（数罪并罚）。

第二款事实认识错误

一、事实认识错误概述

故意是认识因素与意志因素的统一，因此，对客观事实的认识错误可能影响故意（有 时仅影响犯罪的既遂与未遂）。错误是指行为人的认识与实际情况不一致，并不一定意 味着行为人产生了错误的认识。刑法理论总是在与故意犯的关联上讨论认识错误，并不 是在与过失犯的关联上讨论认识错误。〔49 \*〕于是，错误论与故意犯的关系，就成为重要问 题戸

一种观点认为，错误论是对故意实施的行为整体（包括发生结果）的评价，具有与故 意论不同的独立的作用，因而具有与故意论不同的原理。〔51〕这种观点的实质是，在不能 根据故意论认定行为人对构成要件事实具有故意时,可能或者可以根据错误论认定行为 人对构成要件事实具有故意。于是，错误论成为认定故意的另一途径。本书不赞成这种 观点。我国刑法第14条明文规定了故意的一般定义，此外，具体犯罪的构成要件规制了 具体犯罪故意的认识内容与意志内容。显然，在行为人的主观内容不符合刑法第14条规 定的要求，对属于构成要件的事实缺乏认识时，不可能成立故意。在此情形下，当然不能 将错误论作为认定行为人具有故意的途径。

另一种观点认为，错误论是故意论的反面。本书持此观点。因为，“刑法学中所讨论 的错误，并非主观面与客观面之间存在不一致的所有情形，而是限于故意（犯）的成立与 否成为问题的场合。客观面发生了某种重大的事项（如发生了人死亡的结果），主观面对 一定的事态具有认识时，主观面的这种认识，可否认为是与该客观事实相对应的故意（如 杀人罪的故意），才是刑法中的错误论的问题”。［52〕显然,认识错误与故意是表里关系，对 认识错误的处理在于解决行为人对于构成要件事实是否具有故意责任。

不过，也不能走向另一极端，认为错误论与故意论是完全等同关系。有学者认为，成 立故意不要求认识到符合构成要件的事实，只要认识到事实的意义即可；换言之，只要对 作为构成要件内容的不法、责任内容具有认识，就成立故意。反之,在行为人由于认识错 误，导致其主观认识与客观事实属于不同构成要件时，只要两者的不法、责任内容相同，行 为人对于没有预见的客观事实也应承担故意既遂犯的责任。〔《〕于是，错误论便是故意论

**£49］**例如，行为人误以为是自己的财物而毁坏，但实际上毁坏了他人财物3这不是错误论所解决的问题 〔50〕认识错误本身显然既不是故意的要素.也不是责任的要素。

［51］［日］佐久间修:“错误论中的结果归属理论”，载福田平•大塚仁博士古稀祝贺论文集：《刑事法学的综合检

讨》（上卷），有斐阁1993年版，第146页。

〔52〕［日］并田良、丸山雅夫:《案例刑法》，日本评论社2004年第2版，第112页。

〔53〕［日］町野朔：《刑法总论讲义案I》，信山社1995年第2版，第229 ~230页。

第六章责任**269**

本身。但是，一方面，这种观点否认构成要件的故意规制机能，不利于对故意的认定，使构 成要件丧失罪刑法定主义的机能**a**另一方面，在行为人没有发生认识错误的情况下，不必 适用错误论，只需适用故意论;反之，在行为人发生了认识错误的情况下，才既需要适用错 误论，又必须适用故意论。所以，错误论与故意论虽然是表里关系，但不宜等同。

正因为错误论与故意论是表里关系，所以，行为人的主观认识与客观事实在何种程度 上一致，既是故意的认识内容问题,也是错误论的问题。可以肯定的是，只有当行为人所 认识的事实与实际发生的事实，在“构成要件的范围内”相符合时，才能在此限度内肯定 故意的既遂犯。换言之，应当以构成要件为基准，判断某种事实是否属于作为故意的认识 对象（或内容）的重要事实;如果对重要事实存在认识错误，就阻却故意的既遂犯；反之， 则肯定故意的既遂犯。但问题在于，如何理解“构成要件”与“相符合”？如后所述，刑法 理论上存在不同观点。

事实认识错误分为具体的事实认识错误与抽象的事实认识错误,此外，对于违法阻却 事由的认识错误，也需要说明。

二、具体的事实认识错误

具体的事实认识错误，也称具体的事实错误，是指行为人认识的事实与实际发生的事 实虽然不一致，但没有超出同一犯罪构成的范围，即行为人只是在某个犯罪构成的范围内 发生了对事实的认识错误，因而也被称为同一犯罪构成内的错误。刑法理论一般认为，具 体的事实错误主要包括对象错误、打击错误与因果关系的错误。对于具体的事实错误，主 要存在具体符合说与法定符合说的争论。前者认为，行为人所认识的事实与实际发生的 事实具体地相一致时，才成立故意的既遂犯；后者认为，行为人所认识的事实与实际发生 的事实，只要在犯罪构成范围内是一致的，就成立故意的既遂犯。此外还存在其他学说。

（一） 对象错误

具体的事实错误中的对象错误，是指行为人误把甲对象当做乙对象加以侵害，而甲对 象与乙对象处于同一犯罪构成内，行为人的认识内容与客观事实仍属同一犯罪构成的情 况。〔54〕例如，行为人本欲杀甲，黑夜里误将乙当做甲予以杀害。根据法定符合说，刑法规 定故意杀人罪是为了保护人的生命，而不只是为了保护特定的甲或者特定的乙的生命，因 此，只要行为人主观上想杀人，且客观上又杀了人，那么就符合故意杀人罪的犯罪构成，成 立故意杀人既遂。具体符合说也认为，这种对象错误并不重要因而不影响故意犯罪既遂 的成立。因为在行为的当时，行为人想杀的是"那个人”，且事实上也杀了"那个人”，因而 属于具体的符合,成立故意杀人既遂。所以，就这种对象错误而言，具体符合说与法定符 合说的结论完全相同。

（二） 打击错误

打击错误也称方法错误，是指由于行为本身的差误，导致行为人所欲攻击的对象与实

**C54）**行为人误将非犯罪对象当做犯罪对象加以侵害的（如行为人本欲杀害甲，黑夜里误将一只有害野兽当做甲 杀死），或者，行为人误将犯罪对象当做非犯罪对象加以侵害的（如行为人本欲杀死有害野兽,黑夜里误认为 邻人为野兽而开枪射击致人死亡），虽然也存在认识错误，也可谓对象错误，但主要属于未遂犯与不能犯、过 失与意外事件的问题。

**270**刑法学（第五版）

际受害的对象不一致，但这种不一致仍然没有超出同一犯罪构成。〔55〕例如，A举枪射击 甲，但因没有瞄准而击中了乙，导致乙死亡。显然，A的主观认识（对甲射击）与客观事实 （乙死亡）并不一致。55 [56]

关于打击错误，具体符合说认为，由于客观事实与行为人的主观认识没有形成具体的 符合，所以，在上例中，A对甲承担杀人未遂的责任，对乙承担过失致人死亡的责任；由于 只有一个行为，故二者属于想象竞合犯，从一重罪处罚。显然，具体的符合说重视法益主 体的区别，要求故意的认识内容包括对具体的法益主体的认识。

1. 具体符合说的缺陷

（1） 根据具体符合说，对上例只能认定为故意杀人未遂。但在行为人具有杀人故意， 客观上也杀害了人的情况下，却认定为杀人未遂，有悖社会的一般观念。而且，不管是将 故意理解为违法要素还是责任要素,不管违法的本质是法益侵害抑或规范违反，与对象错 误相比，打击错误的违法性与有责性没有任何减少。因此，具体符合说缺乏实质根据。

（2） 根据具体符合说，行为人开枪射击甲时，只要没有导致甲死亡，不管是否导致乙 或者其他人死亡，其结局都只负杀人未遂的责任，这会导致罪刑不相适应。再如，A想先 后射杀躺在沙滩上的甲与乙，先瞄准甲开枪时却误击中乙，后瞄准乙（其时可能已经是尸 体）开枪时却误击中甲。根据具体符合说，也只能按两个杀人未遂（甚至是一个杀人未遂 和一个不能犯）处罚。这同样会导致罪刑不相适应。主张具体符合说的学者意识到了这 一点，便解释道：“因为，按照我国刑法第23条第2款的规定，对未遂犯只是可以比照既遂 犯从轻或减轻处罚（并不是应当从轻或者减轻处罚），这就意味着我们可能根据案件的具 体情况，对未遂犯与既遂犯同样的处罚。这样，也不会出现对犯罪分子处刑过轻的不合理 现象。详言之:“对上述具体打击错误的杀人案件中的行为人，按故意杀人（未遂）罪 定性，但考虑到其不仅想杀人而且杀死了人，只是由于打击错误使得杀死的不是想杀害的 人，与杀人既遂的危害性程度相当，因而作为例外不从轻处罚。” 言下之意，先将上述行 为评价为犯罪未遂，但处罚时按既遂犯对待。本书认为，既然如此,倒不如根据法定符合 说承认上述行为构成故意杀人既遂。更为重要的是，其中的“危害性”是什么意思？是否 包括主观责任？按照具体符合说的观点，上述打击错误案件属于一个故意杀人未遂与过

**[55]** 我国传统刑法理论所说的手段错误（如行为人所使用的手段本来会发生结果，但行为人误认为不会发生结 果;或者行为人本欲使用会发生结果的手段,但由于认识错误而使用了不会发生结果的手段；或者行为人所 使用的手段不可能导致结果，但行为人误认为可以导致结果发生），虽然也可谓一种认识错误，但分别属于 过失犯、未遂犯与不能犯的问题。

**[56]** 打击错误中的主观认识，是指犯罪的故意;客观事实，是指符合构成要件的事实（结果）。因此，其一，如果行 为人主观上没有犯罪的故意，即使客观上发生了构成要件的结果，也不是方法错误的问题。例如，行为人本 欲开枪杀死疯狗，但因为没有瞄准而射中了他人。由于行为人主观上没有犯罪的故意，因而不是方法错误， 只是过失犯与意外事件的区分问题。基于同样的理由，如果行为人本欲开枪打死疯狗，但黑夜里误将他人 当做疯狗而开枪射击，导致他人死亡的，也不是对象错误，而是过失犯与意外事件的区分问题其二，如若 行为人主观上具有犯罪的故意，但客观上没有造成构成要件的结果，也不是方法错误。例如，行为人本欲开 枪杀害他人，但因为没有瞄准，射中了一条疯狗。由于没有发生构成要件的结果，故不属于方法错误，只是 未遂犯的问题（如不具有杀害他人的危险性，则是不可罚的不能犯）。基于同样的理由，如果行为人本欲开 枪射击他人，但黑夜里误将疯狗当做他人而开枪射击，导致疯狗死亡的，也不是对象错误，而是不能犯与未 遂犯的区分问题。

〔57〕刘明祥:《刑法中错误论》，中国检察出版社2004年第2版，第181页。

[58J刘明样:“论具体的打击错误”，载《中外法学》2014年第2期

第六章责任**271**

失致人死亡的竞合。如果危害性是指客观的法益侵害，那么，它与杀人既遂的危害性的确 相当。问题是，责任层面能否相当？杀人未遂的责任与过失致人死亡的责任相加，也不可 能与杀人既遂的责任相当。所以，具体符合说的“例外不从轻处罚”并没有充分根据。

（3） 具体符合说会导致许多可罚的行为不能受到处罚。例如，行为人本欲在公共汽 车上扒窃甲的钱包，而事实上却扒窃了乙的钱包时，对甲成立盗窃未遂，对乙成立过失盗 窃。这种结论并不合理。再如，行为人本欲射杀甲的狗，却误杀了乙的狗。根据具体符合 说，行为人对甲的狗成立故意毁坏财物未遂，对乙的狗属于过失毁坏，结局也是二者都不 可罚。这种结论也难成立。还如，行为人本欲砍伤甲的手指，但因为行为差误，却砍伤了 乙的手指。根据具体符合说，行为人对甲成立故意轻伤未遂，对乙成立过失轻伤，结局是 二者都不可罚。这种结论也不妥当。〔59〕

（4） 具体符合说主张，行为人的主观认识与客观事实（结果）具体地相符合，才对结果 承担故意责任，但是，“具体”到何种程度才承认其符合性，则是没有解决的问题。例如， 甲原本想打伤乙的大腿，却造成了乙胳膊的伤害。这种具体的不符合是否影响故意责任？ 具体符合说也认为甲的行为成立故意伤害既遂。显然，具体符合说同样允许一定程度的 抽象：，既然如此，具体符合说就必须在抽象与具体之间说明“具体”符合到何种程度。可 是,如果不以构成要件的符合作为标准，讨论“具体”符合的程度是相当闲难的。再如，X 的左手与右手都提着自己的电脑时，A原本想砸坏X左手的电脑，但因为方法错误砸坏 了 X右手的电脑。具体符合说中的一种观点认为，此时因为对象不具有同一性，应否认 A对X右手的电脑具有毁坏的故意（以对象的同一性为基准的学说）。于是，A对X左手 的电脑成立故意毁坏财物未遂，对X右手的电脑成立过失毁坏财物，结局是不构成任何 犯罪。但是，在被害的法益主体相同的情况下，也认为A的行为无罪，似乎走向了极端, 不利于保护法益。于是，具体符合说中的另一种观点认为，由于法益主体具有同一性，所 以，依然认定A对X右手的电脑具有故意，进而认定A的行为成立故意毁坏财物罪既遂 （以法益主体的同一性为基准的学说）。但是，倘若将案例略加改变，会发现具体符合说 存在疑问。例如，X的左手提着自己的电脑，右手提着Y的电脑（设定X只是Y的电脑 的占有辅助者，而非占有者），A原本想砸坏X左手的电脑，但因为方法的错误砸坏了 X 右手提着的Y的电脑。根据具体符合说，A的行为便不可罚。因为法益主体不同，A对 X左手的电脑成立故意毁坏财物未遂（不可罚），对X右手的电脑成立过失毁坏财物（不 可罚）。但是，上述两个案例，不仅在违法性上没有任何差异，而且行为人的故意内容没 有任何区别。可是具体符合说却得出不同结论，难以令人赞同。

（5） 如前所述，根据具体符合说,A误将Y当做X而杀害（对象错误）时，依然成立对 Y的故意杀人既遂;而A原本想杀X，由于方法错误导致Y死亡时，对X成立杀人未遂， 对Y成立过失致人死亡罪。但是，在对象错误与方法错误难以区分的场合，具体符合说 会产生困惑。即使具体符合说能够提出区分对象错误与方法错误的合理标准，但司法实 践中完全存在对于教唆犯而言属于方法错误，对实行犯而言属于对象错误的情况。例如，

[59]有的学者认为，在这种情况下,“如果情节比较严重，确实有作为犯罪处罚的必要性，那么，将其按故意伤害 （未遂）定罪处罚也未尝不可"（刘明祥：“论具体的打击错误"，载《中外法学》2014年第2期）。可是，这一 结论完全脱离中国历来不处罚轻伤未遂的司法实践。

**272**刑法学（第五版）

甲将X的照片交给乙，并将X日常经过的场所告诉乙，让乙杀害X，但乙误将Y当做X 予以杀害。在这种情况下，具体符合说必然得出不同结论，因而不可取。［6°〕

（6） 具体符合说不利于解决选择性构成要件要素的认识错误问题。例如，拐卖妇女、 儿童罪的对象既可以是妇女.也可以是儿童，行为人误以为自己拐卖的是已满14周岁的 妇女，但实际上拐卖的是13周岁的男童。根据具体符合说，行为人成立拐卖妇女未遂（也 可能是不能犯）与过失拐卖儿童，但后者不受处罚。这样的结论难以被人接受。再如，盗 窃枪支、弹药罪的对象既可以是枪支、也可以是弹药，行为人误以为自己盗窃的是枪支，实 际上盜窃的只是弹药。根据具体符合说，行为成立盗窃枪支的未遂（也可能是不能犯）与 过失盗窃弹药（不受处罚），本书难以接受这样的观点。或许有人认为，上述两例属于对 象错误，因而应当认定为犯罪既遂。然而，错误论是故意论的反面，既然主张具体符合说， 就意味着行为人必须认识到构成要件的具体事实。可是，在上两例中，行为人并没有认识 到具体的行为对象是13周岁的儿童与弹药，根据具体符合说的观点，不应当认定为犯罪 既遂。

（7） 具体符合说在某些方面又导致错误论与故意论完全等同，而且与对抽象的事实 错误的处理不协调。具体符合说的基本思路是:首先确定现实发生的具体结果是什么，然 后判断行为人对该具体结果是否具有认识。如果有认识，则对结果成立故意犯；如果没 有，则对结果不成立故意犯。于是，错误论与故意论完全一体化。另一方面，持具体符合 说的学者在处理抽象的事实错误时，完全采取的是法定符合说。可是，为什么对抽象的事 实错误与具体的事实错误分别采取不同的学说，具体符合说的赞成者没有说明任何理由。

（8） 具体的事实错误多种多样,就是否影响犯罪成立而言，任何构成要件要素都是等 价的，但具体符合说唯独将方法错误进行特别处理，缺乏理论根据

1. 法定符合说的优势

本书赞成法定符合说。在故意致人死亡存在方法错误的情况下，行为人客观上的杀 人行为导致了他人死亡，主观上也具有杀人故意，二者在故意杀人罪的犯罪构成内是完全 一致的，因而成立故意杀人既遂。显然，法定符合说重视法益的性质，但并不重视法益主 体的区别。

（1） 采取法定符合说，有利于平等地保护法益。当A意欲杀X时，即使造成Y死亡， 或者同时造成X与Y死亡，均应认定为故意杀人既遂，从而使X的生命与Y的生命得到 平等保护，而不致因为行为人的认识错误影响了刑法对被害人生命的保护程度。

（2） 采取法定符合说，与本书坚持的故意是责任要素的立场相吻合。具体符合说实 际上将故意当做事前的行为计划或行为指引（违法要素）看待的。本书认为故意是责任 要素，而不是行为人的事前的行为计划与行为指引。所以，必须在结果发生之后，判断行 为人对该结果是否具有故意，而不是按行为人事先的计划判断故意的存在与否。例如，在 A意欲杀甲，但开枪行为导致甲身旁的乙死亡的案件中，事实上不需要考虑A原本想杀 谁，只是需要判断A对乙的死亡是否具有故意。按照法定符合说的立场，A的行为导致

〔《）〕其中一种观点认为.根据具体符合说以及共犯从属性原理，对乙按故意杀人既遂处罚，对甲仅按过失致人死 亡罪处罚。但这种观点难以被人接受。

［<>1〕参见［日］林幹人:《刑法总论》，东京大学出版会2008年版，第253 ~254页。

第六章责任**273**

了他人死亡，而且A在行为时认识到自己的行为会导致他人死亡，并且希望或者放任这 种结果发生，因而应追究其故意杀人既遂的责任。

（3） 采取法定符合说符合责任的本质，有利于实现刑罚目的。责任的本质是就符合 构成要件的不法行为对行为人的非难。一方面，行为人A故意向X开枪击中了 X，与行 为人B故意向X开枪却击中了 Y相比较，二者的责任非难程度不应当有区别。因为A 与B不仅认识的事实相同，而且反对动机形成的可能性完全相同，合法行为的期待可能 性也没有区别。在此意义上说，行为人对死亡结果是否具有故意，由其行为时的认识内容 与意志内容决定，而不能根据事前或者事后的想法确定。另一方面，采取法定符合说有利 于预防故意犯罪。亦即，对于以杀害X的犯罪故意开枪射击他人的行为人，即使其因为 方法错误造成了 Y死亡，其预防必要性也未减少。如若采取具体符合说，对B以故意杀 人未遂论处，便与其预防必要性不协调;采用法定符合说以故意杀人既遂论处，正好与预 防必要性相适应。

（4） 采取法定符合说，能够合理区分正犯与狭义的共犯。例如，A守在黑暗处准备杀 害将要经过的X，B得知A的行为计划后，为了使自己的仇人Y死亡，便让Y经过A的 守候地,A以为Y是X而杀害了 Y。根据具体符合说，被害人是X还是Y,在构成要件上 具有重要区别，于是必然得出B是杀Y的正犯而不是从犯的结论。但根据本书采取 的法定符合说，由于A支配了杀人的事实，因而是杀害Y的正犯。B虽然导致A没有杀 X而是杀害了 Y，但由于Y与X的生命具有等价性，均为故意杀人罪的对象,B的行为对 于杀“人”这一点没有起支配作用，故应认定B是从犯（共犯）。诚然，由于A已有杀人故 意，故B不是A杀人的教唆犯。但是，由于A杀害Y只是对象错误，在行为当时，A就是 要杀眼前的“那个人”（Y），而B将Y引诱至A的守候处，正可谓帮助A杀害了 Y。而 且，可以肯定的是，在我国司法实践中，几乎不可能认定B是主犯，只能认定B是从犯。

1. 法定符合说的难题

不可否认的是，法定符合说也面临难题。例如,A本欲杀甲，但因为行为差误，同时导 致甲与乙死亡的，应如何处理？根据具体符合说，A对甲成立故意杀人既遂，对乙成立过 失致人死亡罪。这一结论具有合理性，能够被人接受。法定符合说中的一故意说认为，以 一个故意（杀甲的故意）杀死甲、乙二人时，只成立对甲的故意杀人既遂和对乙的过失致 人死亡罪，因为对甲的杀害目的已实现，对乙的死亡结果属于过剩结果，不能用故意去说 明，只能认定为过失。然而，一故意说受到了诘难。例如，A意欲杀甲，但一枪导致甲受重 伤和乙死亡，根据一故意说，A首先对乙成立故意杀人既遂，由于只有一个故意，对甲只成 立过失致人重伤罪，一些人难以接受这样的结论。因为A原本对甲有杀人故意，一故意 说的结论却是对甲仅成立过失致人重伤罪。再如，A瞄准甲开枪射击，但子弹没有打中 甲，却将乙、丙两人同时打死。一故意说面临的难题是，A对乙、丙中的谁成立故意杀人既 遂？还如，A雇请Y杀害甲，但Y错将乙当做甲杀害后，发现错杀了人，后寻找时机杀害 了甲。按照一故意说，Y在杀害乙时，A便成立故意杀人既遂，因而对甲的死亡只能认定

〔62〕即使认为故意是违法要素，打击错误的违法性、一般预防与特殊预防的必要性也没有丝毫减少。

［63］有的认为B是（片面的）共同正犯（参见［口］山口厚:“实行行为与责任非难”，载［日］三井诚等编：《铃木茂 嗣先生古稀祝贺论文集》上卷，成文堂2007年版，第211页）；有的认为B是间接正犯（Vgl. ,C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II ,C. H. Beck ,2003 ,S. 45）。

**274**刑法学（第五版）

为过失致人死亡。但这样的结论也极不自然。

法定符合说中的数故意说认为，在A本欲杀甲却导致甲与乙死亡时，A对甲与乙都

成立故意杀人既遂。但是，数故意说也存在疑问**J**⑷既然A只想杀甲，没有想杀乙，就不 能认为A有数个故意。再如，张三为了抢劫财物而向李四开枪，结局不仅打伤了李四，而 且打伤了王五，由于意志以外的原因没有取得财物。按照数故意说，张三对李四与王五均 成立抢劫杀人未遂，再以想象竞合犯处理。可是，张三对王五根本没有抢劫故意。概言 之，数故意说面临的最大难题是，既然行为人只有一个故意，就不能认定有数个故意，否则 便违反了责任主义。

尽管数故意说存在缺陷，但在各种学说均有缺陷的情况下，可以认为法定符合说的数 故意说是缺陷最少的，所以，本书继续采取数故意说。据此，A想杀甲但仅杀死乙时，对甲 成立杀人未遂、对乙成立杀人既遂；A想杀甲但同时杀死甲与乙时，对甲与乙均成立杀人 既遂;A想杀甲但导致甲死亡乙伤害时，对甲成立杀人既遂、对乙成立杀人未遂;A想杀甲 但导致甲伤害乙死亡时，对甲成立杀人未遂、对乙成立杀人既遂；A想杀甲但造成甲与乙 伤害时，对甲与乙均成立杀人未遂;A想杀甲但仅造成乙丙死亡时，对甲成立杀人未遂、对 乙丙成立杀人既遂。在此有三点需要说明:（1）所谓的数故意说，并不是说行为人有数个 故意，只是意味着行为人对数个结果均有故意。例如，A昨天杀害甲，今天杀害乙。对此 应认定其有两个故意。反之，A认识到一枪能同时杀害甲与乙，且事实上也杀害了甲与 乙。对此应认为A只有一个故意，但对两个人的死亡结果都有故意。所以，数故意说虽 然认为行为人要对数个结果承担故意责任，是因为行为人对数个结果具有故意，而不是说 行为人有数个故意。（2）从定罪角度来说，采取数故意说并不意味着最终要实行数罪并 罚，而是按想象竞合犯处理。（3）在量刑时，应当将这种导致数人死亡的想象竞合犯与其 他杀害数人的同种数罪相区别。例如，倘若在量刑实践上对于故意杀害二人以上的，判处 死刑，那么，对于基于方法错误而导致二人以上死亡的想象竞合犯，则不宜判处死刑。

1. 行为计划理论

关于打击错误的处理，还存在一种折中的行为计划理论:如果方法错误导致行为计划 失败，就不成立故意犯罪既遂；反之，则成立故意犯罪既遂。例如，A想杀害仇人，但因方 法错误杀害了自己的女儿，对此不能认定为杀人既遂。再如，B出于恶作剧向过往行人扔 雪球,但雪球没有击中所瞄准的人,而是击中后面散步人的脸部，对此应认定故意伤害既 遂但是，如何评价行为计划是否实现，缺乏明确标准;这种学说也只说明了部分案件 的处理意见，如A想杀害仇人，但误将自己的女儿当做仇人杀害的，行为计划理论并没有 提出处理意见。此外，行为计划理论以故意是违法要素为前提，故本书不采取这一学 说。⑽

〔**64**〕具体符合说中也存在一故意说与数故意说之争。例如，行为人以为卫生间里只有一人正在使用，出于杀害 一人的意思投掷了炸弹，事实上炸死了里面的两人。具体符合说面临的难题是，行为人明明只想杀死一人， 却要认定成立两个杀人既遂;倘若仅认定一个杀人既遂，则不可能确定故意的对象究竟是谁（参见［日］佐伯

志:《刑法总论的思考方法、快乐路径》，有斐阁2013年版，第264页以下；［日］松原芳博：《刑法总论》，日 本评论社2013年版，第219 ~220页）。

〔**65**〕Vgl. ,C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil ,BandI,4. Aufl. ,C. H. Beck ,2006 ,S. 517ff.

**（66］**参见张明楷:“论具体的方法错误”，载《中外法学》2008年第2期3

第六章责任**275**

（三）因果关系的错误

一般认为，因果关系的错误，是指侵害的对象没有错误,但造成侵害的因果关系的发 展过程与行为人所预想的发展过程不一致，以及侵害结果推后或者提前发生的情况。因 果关系的错误主要有三种情况：即狭义的因果关系的错误、事前的故意（结果的推迟发 生.Weber的概括的故意）与结果的提前发生（构成要件的提前实现）。〔67〕

1. 狭义的因果关系的错误

狭义的因果关系的错误，是指结果的发生没有按照行为人对因果关系的发展所预见 的进程来实现的情况。例如，甲以杀人的故意用刀刺乙的心脏，乙为血友病患者，因流血 过多而死亡。再如，甲为了使乙溺死而将乙推人井中，但井中没有水，乙摔死在井中。又 如，甲以杀人故意向乙开枪射击，乙为了避免子弹打中自己而后退，结果坠人悬崖身亡。 要解决因果关系的认识错误问题，关键是要明确因果关系的发展过程是不是故意的认识 内容。可以认为，行为与结果之间的因果进程，并不是故意的独立认识内容，只是对结果 的认识的附属内容;至于因果关系发展的具体样态，则更不是故意的认识内容。因为只要 行为人认识到行为的内容与社会意义及其危害结果，就能说明行为人对法益的保护所持 的背反态度。所以，指向同一结果的因果关系发展过程的错误，在构成要件的评价上并不 重要。既然行为人具有实现同一结果的故意,现实所发生的结果与行为人所实施的行为 也具有因果关系，就必须肯定行为人对现实所产生的结果具有故意，因而成立故意犯罪既 遂。概言之，所谓狭义的因果关系错误，并不影响故意的成立

1. 事前的故意

事前的故意，是指行为人误认为第一个行为已经造成结果，出于其他目的实施第二个 行为，实际上是第二个行为才导致预期结果发生的情况。〔69〕例如，甲以杀人故意对乙实 施暴力（第一个行为），造成乙休克。甲以为乙已经死亡，为了隐匿罪迹，将乙扔至水中 （第二个行为），实际上乙是溺死于水中。刑法理论上对这种情况有多种处理意见：

（1） 概括的故意说（单一行为说）认为，概括地看行为的全系列，与以单纯的杀人故意 而实现杀人结果的情况完全相同，所以，作为整体成立一个故意犯。但这种学说在德国 19世纪被否认。

（2） 纯粹的因果经过错误说，将第二个行为作为介入事情，在可能预见的场合，第二 个行为与结果处于相当因果关系的范围内，因果经过的错误并不重要，因此，能够肯定故 意杀人既遂。

（3） 行为计划说主张以行为人的计划为基准进行判断。如果行为人有意图地实施第 一个行为，就意味着其H■划实现了，成立故意杀人既遂；如果行为人是以未必的故意或消 极容认的态度实施第一个行为（如为了强奸而施加暴行，以未必的故意使被害人“死亡”，

**［67**〕参见［日］山口厚:《问题探究刑法总论》，有斐阁**1998**年版，第**130**页以下。

〔**68**〕狭义的因果关系错误，以行为与结果之间具有因果关系（包括结果归属）为前提，如果行为与结果之间没有 因果关系.则不存在错误问题。例如，甲出于杀人故意用刀砍乙导致乙受伤，乙在前往医院途中被交通肇事 的车辆轧死。由于甲的行为与乙的死亡之间没有因果关系，故不存在因果关系的认识错误问题。

〔69〕与事前故意有联系的是事后故意，即行为人没有故意地实施了可能造成结果的行为后才产生故意，其后放 任事态的自然发展，导致了结果发生。例如，医生开始动手术后，对患者产生了杀人的故意，中途停止手术 放置不管，导致患者死亡。这实际上是不作为犯罪问题,，

**276**刑法学（第五版）

在误以为妇女死亡的情况下实施第二个行为），由于行为人希望回避其结果的发生，故不 再是行为计划的实现，不能认定为杀人既遂。

（4） 未遂犯•过失犯并合罪说认为，在概括的故意事例中，行为人不是仅实施了一个 行为，而是实施了两个行为，所以，不能援用因果关系的错误说，而应认为第一个行为是未 遂犯，第二个行为是过失犯，实行数罪并罚（也有学者认为是想象竞合）。

（5） 原因中有故意的行为说认为，在原因行为成为结果行为的原因的场合，采用类似 原因自由行为的法理，对第一个杀人行为的责任非难,为对第二个行为的责任非难提供根 据。换言之，由于没有第一个行为就没有作为死亡原因的第二个行为，所以，对不实施第 二个行为的期待,与对不实施第一个行为的期待是相同的。

（6） 相当因果关系说认为，应通过相当因果关系解决问题。如果第一个行为与结果 具有相当因果关系，则认定为故意杀人既遂;否则只能认定为故意杀人未遂与过失致人死 亡的想象竞合。

（7） 客观的归责说认为，如果第二个行为处于第一个行为的客观归责可能性的范围 内，就成立故意杀人既遂;如果在客观归责可能性范围外，则成立故意杀人未遂。故意只 要存在于第一个行为时的杀害之点就足够了。因为在第一个行为制造了杀害结果发生的 危险，由此制造的状况的危险处于存续期间，第二个行为是以由此诱发的行为人的自然的 动机关联而产生的，危险实现关联也是应当肯定的。但是，第一个行为制造的危险几乎平 常化之后而实施第二个行为的（如行为人射击的子弹没有击中，但被害人装出死亡的样 子，行为人误信被害人死亡，将其扔人河中，导致被害人死亡），危险实现关联应被否定。 此外，基于中止的动机实施第二个行为，但中止失败而发生结果的场合，危险实现关联被 否定。

根据本书的观点，因果关系的错误并不阻却故意的成立，事前的故意属于客观的因果 关系的认定与结果归属的判断问题。在这种场合，由于第一个行为具有导致结果发生的 重大危险（既然被害人已经休克，而且丧失反抗能力，表明第一个行为具有导致死亡结果 发生的重大危险），介人行为人的第二个行为也不异常，应肯定第一个行为与结果之间的 因果关系，能够将结果归属于第一个行为，〔71〕而且现实所发生的结果与行为人意欲实现 的结果完全一致，故应以故意犯罪既遂论处。

1. 结果的提前发生

结果的提前发生，是指提前实现了行为人所预想的结果。例如，甲准备使乙吃安眠药 （前一行为）熟睡后将其绞死（第二行为），但未待甲实施绞杀行为时，乙由于安眠药过量 而死亡。倘若认为甲在实施前一行为时，还没有认识到该行为会致人死亡，因而不能认定

〔•**70**〕参见［日］山中敬一:《刑法总论》，成文堂2015年第3版，第370页以下。

P1〕一般来说，如果第一个行为没有导致结果发生的重大危险，行为人就不会误以为第一个行为已经造成结果。 所以，能够将最终结果归属于第一个行为。即便认为存在不能将结果归属于第一个行为的情形，这种情形 也是极为罕见的。对于这种罕见情形，或许只能认定第一个行为是故意犯罪未遂，第二个行为成立过失犯 罪，对二者实行数罪并罚。

〔72〕倘若甲的暴力致乙休克后，甲以为乙已经死亡，让丙将乙扔至水中，实际上乙是溺死于水中，甲也应承担故 意杀人既遂的责任（丙的行为可能同时触犯过失致人死亡罪与帮助毁灭证据罪，成立想象竞合犯）

第六章责任**277**

甲对死亡具有故意，就不能认定为故意杀人既遂，只能认定为过失致人死亡。〔73］倘若甲 在实施前一行为时没有过失，则只能认定为意外事件。这一观点虽然具有一定的合理性， 但难以被人接受。本书的看法是，对此问题的处理，既要考虑到故意与结果的关联性，也 要坚持行为与责任同时存在的原则。易言之，要认定甲成立故意杀人罪既遂，就必须证明 甲在实施前一行为时已经认识到了死亡结果。对此，可以从两个方面展开说明。第一，当 行为人计划的两个行为都具有致人死亡的危险性时，可以将两个行为作为一个整体来把 握；因而可以认为，行为人在实施前一行为时，对该行为与结果之间的关联性就具有认 识。〔74〕第二，只有能够认定行为人实施前一行为时就已经着手实行犯罪，才可能符合行 为与责任同时存在的原则。换言之，上述行为是否成立故意犯罪既遂，关键在于行为人的 前一行为是否已经着手实行（是否存在具体危险）或者说是否存在类型化的实行行为，以 及行为人是否具有实行的意思。如果能得出肯定结论，则应认定为故意犯罪既遂。对于 上例可以认定甲已经着手实行犯罪，并且有实行的意思，故应认定为故意杀人既遂。如果 前一行为不能评价为着手实行，则只能认定为犯罪预备与过失致人死亡的想象竞合。例 如，妻子为杀害丈夫，准备了有毒咖啡，打算等丈夫回家后给丈夫喝。在丈夫回家前，妻子 去超市购物。但在妻子回家之前，丈夫提前回家喝了有毒咖啡而死亡。由于妻子还没有 着手实行的意思，只能认定该行为同时触犯了故意杀人预备与过失致人死亡罪，从一重罪 处罚。

三、抽象的事实认识错误

抽象的事实认识错误，也即抽象的事实错误，是指行为人所认识的事实与现实所发生 的事实，分别属于不同的构成要件的情形;或者说，行为人所认识的事实与所发生的事实 跨越了不同的构成要件，因而也被称为不同犯罪构成间的错误。抽象的事实错误只有对 象错误与打击错误两种情况:前者的情形是，行为人误把甲对象当做乙对象加以侵害，而 甲对象与乙对象分属不同的构成要件。例如，行为人本欲盗窃普通财物，却误将枪支当做 普通财物实施盗窃。这种认识错误超出了构成要件的范围，行为人所认识的事实（盗窃 财物）与现实所发生的事实（盗窃枪支）分别属于不同的构成要件。后者的情形是，由于 行为本身的差误，导致行为人所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致，而且这种不一致 超出了同一构成要件。例如，行为人本欲射击乙，但因没有瞄准，而将乙身边价值近万元 的宠物打死**3**同样，行为人所认识的事实（杀人）与现实所发生的事实（毁坏财物）分别属 于不同的构成要件。

对抽象的事实错误的处理，存在抽象符合说与法定符合说的争论。抽象的符合说认 为，在行为人所认识的构成要件事实与现实发生的构成要件事实相一致的限度内，承认故 意犯的既遂。其中又有不同的主张，但抽象的符合说大多违反了责任主义原理。〔75〕法定 符合说认为，不同犯罪构成之间的错误原则上阻却故意的成立或者仅成立故意犯罪未遂。

〔73〕德国部分学者认为，甲继而实施绞杀行为时成立杀人未遂，与前面的过失致人死亡成立想象竞合（参见［德］ 乌尔斯•金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第262 -263页）。但 是，在甲没有实施第二行为时，不可能成立杀人未遂。而且，即使实施了第二行为，也可能属于不可罚的不 能犯。

（74］参见［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第232页以下。

〔75］参见张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第231页以下。

**278**刑法学（第五版）

例如，甲本欲杀害宠物但实际上却致人死亡。根据法定符合说，甲虽然具有毁坏财物的故 意，但对人的死亡充其量是过失；如果故意毁坏财物罪不处罚未遂，那么，只能成立过失致 人死亡罪。反之，乙本欲杀人但实际上却打中了他人身边的宠物。乙具有杀人的故意与 行为，行为也具有导致他人死亡的危险性，但客观上没有致人死亡；而过失毁坏财物不具 有可罚性，故成立故意杀人未遂。法定符合说还认为，即使犯罪构成不同，但如果犯罪是 同质的，那么，在重合的限度内，成立轻罪的故意既遂犯。

本书赞成法定符合说，主张在具有归责可能性的范围内认定犯罪。详言之，不能仅根 据行为人的故意内容或仅根据行为的客观事实认定犯罪，而应在故意内容与客观事实相 符合的范围内认定犯罪。抽象的事实错误实际上存在两种类型：一是故意内容重而不法 内容轻，即行为人本欲犯重罪，客观上却是轻罪的犯罪事实，本欲杀人却打死宠物就是如 此;二是故意内容轻而不法内容重，即行为人本欲犯轻罪，客观上却是重罪的犯罪事实，本 欲毁坏财物却杀害他人就是如此。［76〕

首先，就上述第一种类型而言，在行为人故意犯重罪，而且对该重罪的未遂犯的处罚 重于轻罪的既遂犯的情况下，应认定为重罪的未遂犯。例如，甲以杀人故意向乙开枪，但 由于没有瞄准，而将丙的宠物打死。在这种场合，只能认定为故意杀人未遂（甲对毁坏财 物仅有过失，而过失毁坏财物不成立犯罪，故不能认定为一个行为触犯两个罪名）。但 是，我国的司法实践并非处罚所有的未遂犯。倘若行为人本欲实施的重罪并不处罚未遂 犯，或者行为人根本不可能实现重罪的构成要件（不能犯），或者在重罪的未遂犯的处罚 轻于轻罪的既遂犯的处罚的情况下，如果重罪与轻罪同质，则在重合的限度内认定为轻罪 的既遂犯。所谓重罪与轻罪同质，应是指两个罪的保护法益相同，或者两个罪的保护法益 之间具有包容性（一个罪的法益能够包含另一个罪的法益）。所谓重合的限度内，是指两 个罪的构成要件与责任要素具有重合性（事实上，只要构成要件具有重合性，那么，故意 内容就必然具有重合性）。在不法内容是轻罪，故意内容是重罪的案件中，要判断行为人 对重罪的主观认识，是否包含了对轻罪的主观认识，如果得出肯定结论,就应认定为轻罪 的既遂犯。例如，甲误以为乙的提包内装的是枪支而实施抢夺行为，但取得的只是数额较 大的普通财物。客观事实显然符合抢夺罪的构成要件，因为枪支也可以评价为财物，所 以，甲抢夺枪支的故意实际上包含了抢夺财物的故意，所以，对甲应认定为抢夺罪。〔77〕再 如，A误以为自己销售的是假药，实际上却是劣药，且对人体健康造成了严重危害。倘若 认定为销售假药罪的未遂犯，对其处罚就会轻于销售劣药罪既遂犯的处罚，〔78〕那么，在这 种情况下，由于两罪的保护法益相同，而且可以将销售假药的故意评价为销售劣药的故 意，故应以销售劣药罪的既遂犯论处。

其次，就上述第二种类型而言，要判断重罪的客观事实能否评价为轻罪的客观事实。

〔76〕这里的重罪与轻罪，是就行为所“触犯"的两罪之间的比较而言，与犯罪的分类没有关系。

〔77〕在这种场合，所谓抢夺枪支的行为并不成立未遂犯（因为根本不存在枪支），而是不可罚的不能犯（对象不能 犯），结局只是判断甲的行为是否符合抢夺罪的构成要件与责任要素。

〔78〕销售假药或者劣药对人体健康造成严重危害的，法定刑均为年以上十年以下有期徒刑，’。

第六章责任**279**

如果得出肯定结论，就应认定为轻罪的既遂犯。〔79〕例如，A出于盗窃财物（轻罪）的故意 实际上却盗窃了枪支（重罪）时，由于主观上没有盗窃枪支的故意，不能认定为盗窃枪支 罪;A实施了盗窃行为，所窃取的枪支同时具有财产价值，因而可以评价为财物，A也具有 盗窃罪的故意，于是，A的行为同时符合了盗窃罪的构成要件，并具备盗窃罪的责任要素， 故应认定为盗窃罪。又如，B将他人占有的财物误认为是遗忘物而据为己有。B虽然在 客观上实施的是盗窃行为（重罪），具有盗窃罪的违法性.但主观上仅具有侵占遗忘物（轻 罪）的故意，缺乏盗窃罪的责任要素；只有认定为侵占罪，才符合责任主义原则。〔8（）〕再如， C以为是尸体而实施奸淫行为，但事实上被害人当时并未死亡。行为虽然符合强奸罪（重 罪）的构成要件，但主观上仅有侮辱尸体（轻罪）的故意，只能认定为侮辱尸体既遂。[81]

顺便指出的是，一般来说，容易判断是否存在事实认识错误，在存在事实认识错误的 情况下，也不难区分属于哪种认识错误，但我国刑法分则的规定与罪名确定的特点，需要 司法人员明确以下几点：（1）对于不可能影响故意的认定与犯罪形态的所谓错误，不需要 作为事实认识错误处理：＞ 例如，原本想使用钱包中的伪造的信用卡，但客观上使用（冒 用）了他人真实的信用卡骗取财物的，对成立信用卡诈骗既遂没有任何影响，不必作为事 实错误处理。（2）发生在选择性罪名内的错误，宜作为具体的事实错误，按照法定符合说 处理，不影响故意的认定与既遂的成立。例如，误以为是枪支而盗窃，但客观上盗窃了弹 药的，应认定为盗窃弹药既遂（可谓具体的对象错误）。（3）同一犯罪的不同加重构成要 件之间的认识错误，宜作为具体的事实认识错误，按照法定符合说处理，也不影响故意的 汄定与加重法定刑的适用。例如，误将抢险物资当做军用物资，或者误将军用物资当做金 融机构资金抢劫的，不影响加重法定刑的适用（可谓具体的对象错误）。（4）同一犯罪的 普通构成要件与加重构成要件之间的认识错误，应作为抽象的事实认识错误处理。例如， 以为是普通财物而抢劫，但事实上抢劫了军用物资的，只能认定为普通抢劫罪，而不能适 用加重的法定刑。反之，以为是军用物资而抢劫，但事实上抢劫了普通财物的，也只能认 定为普通抢劫罪。

四、违法阻却事由的认识错误

违法阻却事由的认识错误，也称为正当化事由的认识错误，是指尽管不存在正当化事 由（违法阻却事由）的事实前提，但行为人误以为存在的情形。假想防卫、假想避险就是 正当化事由的错误。国外刑法理论争论的问题是，正当化事由的错误是什么性质的错误？

消极的构成要件要素理论认为，违法阻却事由是消极的构成要件要素，因此，关于违 法阻却事由的错误，就是构成要件的认识错误，阻却构成要件的故意。这一结论具有合理 性，只是消极的构成要件要素理论本身没有被多数人认可。

严格责任说（不是指英美刑法上的严格责任）认为，正当化事由的错误是禁止的错误

〔79〕《唐律•名例律》规定：“其本应重而犯时不知者依凡论，本应轻者听从本这里的“本”实际上指犯罪客观 事实。据此，犯罪的客观事实构成重罪，但行为人没有认识到重罪事实时，以一般犯罪即轻罪论处；如果犯 罪的客观事实构成轻罪.则不问行为人认识到的是轻罪事实还是重罪事实，都依轻罪论处。

（80J由于遗忘物中的“遗忘”是表面的构成要件要素，所以，他人占有的财物也可以评价为侵占罪的对象（参见张 明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第255页以下）。

〔81〕将强奸行为评价为侮辱行为不存在障碍。此外，既然奸淫真正的尸体都成立侮辱尸体罪，那么，没有理由认 为本案成立侮辱尸体未遂,，况且，人体与"尸体”具有重合的要素，只不过人体存在多于“尸体”的要素。

**280**刑法学（第五版）

（违法性的错误），行为人的错误可以避免时，作为故意犯处罚，但有减轻责任的可能性； 在错误不可避免时，阻却责任。根据这种学说，错误分为构成要件的错误与禁止的错误， 后者与故意的成立与否没有关系，只是责任问题;违法性认识的可能性，是与故意不同的 责任要素;关于违法性评价的错误与关于正当化事由的错误，都是禁止的错误，因而不影 响故意的成立。但是，认为假想防卫时行为人存在构成要件的故意，还是有疑问的。

限制责任说认为，正当化事由的错误是构成要件的错误（事实的错误），而不是禁止 的错误，因而阻却故意的成立。这可谓国外的通说。

法律效果的限制责任论则认为，正当化事由的错误，既不是事实的错误，也不是禁止 的错误，而是一种独立的错误类型。这种错误不影响构成要件的故意，但影响责任故意。 此观点与本书的体系不一致，也动摇了责任与不法之间的关联性，〔82〕故本书不采取该观 点。

本书认为，关于正当化事由的错误是一种事实错误，因而阻却故意。虽然违法性认识 的可能性是与故意不同的责任要素，却不能据此得出正当化事由的错误是违法性的错误 的结论。如前所述，成立故意犯罪的前提是行为人没有认识到违法阻却事由的存在，这是 因为，故意实际上是对为违法性提供根据（奠定基础）的事实的认识与容认，当行为人认 识到自己在实施正当行为（如正当防卫）时，就意味着其没有认识到为违法性提供根据的 事实，因而不存在犯罪的故意J83〕所以，对假想防卫、假想避险不能以故意犯罪论处。这 一观点存在的疑问是，甲明知乙在假想防卫时而故意“帮助”乙的，应当如何处理？根据 法律效果的限制责任论，由于乙具有构成要件的故意，故甲依然成立帮助犯。根据本书的 观点，甲一般是故意利用他人过失行为的间接正犯。但是，如果甲客观上不符合间接正犯 的条件，也能成立故意的帮助犯。因为成立帮助犯仅以正犯（假想防卫者）实施符合构成 要件的不法行为为前提，而故意并不是构成要件要素与违法要素（参见第八章第五节 “五”）0

第三款过 失

一、过失概述

（一） 过失的概念

刑法第15条第1款规定：“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽 大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。”据 此，过失犯罪是指过失实施的犯罪。犯罪过失，则是指应当预见自己的行为可能发生危害 社会的结果，因为疏忽大意而没有预见或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果 的心理态度。过失是责任的另一种形式。

（二） 过失与故意的关系

过失与故意均属于责任形式，故二者具有相同之处，如过失与故意都说明行为人对法

〔82〕根据这种观点，在假想防卫的场合，行为的不法与普通的故意犯相同，但责任轻于普通的故意犯。这便不能 合理说明责任与不法的关联性。

[83〕本书这一观点与消极的构成要件要素理论没有实质区别。

第六章责任**281**

益的保护所持的背反态度。但是，过失与故意又是两种不同的责任形式，各自的具体内容 不同，过失所反映的非难可能性明显小于故意，所以刑法对过失犯罪的规定不同于故意犯 罪。首先，过失犯罪不存在未遂、中止与预备形态。其次，刑法以处罚故意犯罪为原则、以 处罚过失犯罪为例外。最后，刑法对过失犯罪规定的法定刑明显轻于对应的故意犯罪的 法定刑。

故意与过失究竟是对立关系，还是位阶关系或等级关系，在刑法理论上存在争议。一 种观点认为，“过失不是故意的减轻形式，而是与故意不同的概念……因为在过失情况 下，行为人对法秩序的要求的违反不是有意识，而是因为不注意。因此，就同一事实而言， 故意和过失是相互排斥的” 根据这种观点，不能将故意行为认定为过失犯罪；在行为 人的心理状态不明的情况下，也不能认定为过失犯罪。另一种主流观点认为，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时，根据存疑时有利于 被告人的原则，能够认定为过失犯罪。这并不是说，故意概念中包含了过失的要素，因为 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，故意必须具备更多的要素。〔85〕

我国刑法明文规定了故意与过失的定义。如果按照刑法的字面含义理解，故意与过 失似乎是一种对立关系。但是，如若从规范意义上理解刑法的规定，认识到表面的责任要 素的存在，则应认为故意与过失是位阶关系而非对立关系。首先，根据刑法第15条的规 定，只有当行为人“应当预见”且“没有预见”时，才是疏忽大意的过失。如果按字面含义 理解，那么，在具有预见可能性的情况下，既不能证明行为人已经预见，也不能证明行为人 没有预见时，就既不能认定为故意犯罪也不能认定为过失犯罪，形成明显的处罚漏洞。所 以，只有认为“因为疏忽大意而没有预见”是一种不需要具备的表面的责任要素，才能避 免这种漏洞。其次，根据刑法第15条的规定，只有当预见了危害结果的行为人“轻信能够 避免”时，才是过于自信的过失。如果按字面含义解释，在查明行为人已经预见的前提 下，既不能证明其希望或者放任结果发生，也不能证明其轻信能够避免时，就既不能认定 为故意犯罪，也不能认定为过失犯罪，这明显不合适。同样，只有认为“轻信能够避免”是 表面的责任要素，才能将该行为认定为过于自信的过失犯罪。

以上结论并非仅仅出于防止处罚漏洞的刑事政策的理由，而是具有法律上的根据。

1. 从行为人是否具备责任要素的角度来说，在上述场合，实际上是将可能构成重罪的事 实评价为性质相同的轻罪事实。换言之，只是在认定为故意尚存疑问时，才认定为过失。 这对于被告人而言,并非不利而是有利。从诉讼法的角度而言，“没有……”、“尚未……” 之类的要素一般是不需要证明的。(2)从实质角度来说，“因为疏忽大意而没有预见”与 “轻信能够避免”并不是表明行为人具有非难可能性的因素，更不是表明非难可能性严重 的因素，只是与故意相区别的要素。如果说没有预见是表明行为人值得谴责的要素，那 么，故意犯罪时因为已经预见，责任就应更轻了，但事实上并非如此。应当认为，故意责任 的本质是认识到了构成要件事实，但仍然以希望或者放任结果发生的心理状态实施行为；

〔**84**〕H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil ,5 Aufl. ,Duncker &Humblot, 1996, S.563. 〔**85**〕C. Roxin,Strat'recht Allgemeiner Teil,Band I, 4. Aufl. ,C. H. Beck,2006,S. 1091.

**282**刑法学（第五版）

过失责任的本质是具有认构成要件事实的可能性，原本可以不实施行为却实施了行为。 所以，在具有预见可能性的情况下，即使没有查明行为人是否没有预见，在已经预见的前 提下，即使没有查明行为人是否轻信能够避免，也不表明行为人缺少过失犯的非难可能 性。（3）从故意与过失的关系来说，不管是认为故意犯比过失犯的不法重（行为无价值论 的观点），还是认为故意犯比过失犯的责任重（结果无价值论的观点），都只是表明二者是 一种阶段关系或位阶关系，而不说明它们是对立关系。因为从不法角度来说，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。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。

由上可见，刑法规定“因为疏忽大意而没有预见”与“轻信能够避免”只是为了使过失 犯罪与故意犯罪相区别，而不是为过失犯提供处罚根据。当案件事实表明行为人至少有 过失，但又不能证明行为人具有故意时，当然只能以过失犯论处。这并不是意味着，一个 犯罪的责任形式既可以是故意,也可以是过失，只是意味着故意与过失不是对立关系，而 是位阶关系，可以将故意评价为过失。显然，承认故意与过失是位阶关系，是以承认“因 为疏忽大意而没有预见”与“轻信能够避免”属于表面的责任要素为前提的。

（三）过失犯处罚的例外性

刑法第14条与第15条规定了故意与过失两种责任形式，其中，第14条第2款与第 15条第2款分别规定：“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。’’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;分则条 文仅描述客观构成要件、没有规定责任形式的犯罪，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。[86]

1. “法律有规定”的基本含义

大体而言，对“法律有规定”可能出现以下见解：

（1） 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”）。明文规定说忠实法条的文字表述，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、铁 路运营安全事故罪的规定，没有使用“过失”、“疏忽”等概念，但这些犯罪无疑属于过失 犯罪。

（2） 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”）。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。尽管如此，本书仍不赞成此说。这是因为，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 然架空罪刑法定主义，导致过失犯处罚的恣意性。

〔**86**〕参见张明楷:“罪过形式的确定”，载《法学研究》2006年第3期。

第六章责任**283**

（3）将“法律有规定”理解为“法律有文理的规定”，即法律条文虽然没有“过失”、“疏 忽”、“失火”之类的“明文规定”，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”）3这 是本书的立场。一方面，以成文刑法规定犯罪与刑罚，是罪刑法定主义的基本要求。“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。”[87〕所以，应当根据法条文字及其文理，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，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。

根据上述分析，可以得出以下结论:（D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。（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。（3）分则条文使用的“发生……事故”之类的表述，虽 然是对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。因 为在日常用语中，“事故”一般是指过失或者意外造成的事件，而且分则条文对“发生…… 事故”的犯罪，往往规定了较轻的法定刑。（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。

1. “法律有规定”的实质理由

上述文理的标准，为确定“法律有规定”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，分则条文的用语并非十分规范（如刑法第138条、第304条），仅从 文理上不能得出合理的结论时，需要更为实质的理由。

（1） 根据尊重人权主义的原理，即使具有法律的文理规定，也只有当行为严重侵害了 法益时，才能确定为过失犯罪。对过失犯罪的广泛处罚，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。据此，只有当过失行为侵害了他人 生命、身体以及公众生活的平稳与安宁（参见第十九章第一节），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。例如，对于单纯造成财产损失的行为，破坏经济秩序与扰乱公共秩序的行为， 侵犯知识产权的行为，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。

（2） 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。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。因为故意的非难可能性程度重于过失，在

[87] Jane C. Ginsburg,Legal Methods,2nd ed.Foundation Press, 2003,p.271.

〔87 88〕不能直接将法定刑较轻的犯罪理解为“法律有规定”的过失犯罪。例如，危险驾驶罪与代替考试罪是法定刑 很轻的犯罪,但它们不是过失犯罪，而是故意犯罪。

**[89J**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与之对应的故意犯罪，一 个故意犯罪可能有几个与之对应的过失犯罪...

**284**刑法学（第五版）

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、换言之，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会存在疑问。例如，倘若将刑法第186条规定的违法发放贷款 罪确定为过失犯罪，便没有与之对应的故意犯罪，所以，应当将此罪确定为故意犯罪。

（3）依循刑法的谦抑性与刑罚的0的，"法律有规定”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侵害法益的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。

二、过失犯的构造

在国外刑法理论上,存在将预见可能性作为过失的实体的见解和将违反结果回避义 务作为过失的实体的见解。

（一） 旧过失论与修正的旧过失论

旧过失论的特点是重视结果的预见可能性。只要行为客观上造成了危害结果，就考 察行为人有无结果预见可能性，如果得出肯定结论，便成立过失犯罪。过失、故意不影响 客观的法益侵害性，故不是构成要件符合性与违法性阶段的问题，而是两种并列的责任形 式所以，旧过失论与结果无价值论具有亲和性。

但是，倘若只要行为人对发生的结果具有预见可能性就成立过失，就会不当扩大过失 犯的处罚范围。所以，一部分学者采取了新过失论，另一部分学者则对旧过失论进行了修 正。修正的旧过失论基于结果无价值论的立场，以旧过失论为基础，同时认为，只有具备 发生构成要件结果的一定程度的实质危险的行为，才是符合过失犯构成要件的行为。所 以，并不是只要事后的判断得出行为人对结果具有预见可能性的结论，就成立过失犯。根 据这种修正的旧过失论，是否存在过失犯的实行行为是构成要件符合性的问题，而是否具 有结果的预见可能性，则是责任问题。

（二） 新过失论

1. 新过失论的意义

新过失论认为，即使对结果有预见可能性，但如果履行了结果回避义务，就不成立过 失犯。新过失论重视结果回避义务；而且，将结果回避义务作为客观的行为基准而设定成 客观的注意义务，使之成为违法要素。新过失论认为，过失的核心在于不符合一定的行为 基准，所以，其背后是规范违反说与行为无价值论。新过失论基本上将过失犯理解成了不 作为犯，结果回避义务就相当于不作为犯中的作为义务。

新过失论的发展基础是被允许的危险的理论。随着高速度交通工具的发展，矿山、工 厂、土木建筑以及科学实验等社会生活的复杂化，危险行为明显增多。这些具有侵害法益 危险的行为，在社会生活中不可避免地存在着，而且对社会的发展具有有用性与必要性。 因此，即使这种行为发生了法益侵害的结果，在一定范围内也应当允许。这就是被允许的 危险。实施这种危险行为的人，如果遵守了其行为所必需的规则，以慎重的态度实施其行 为，即使造成了法益侵害结果，也应认为是合法的。这就是被允许的危险的理论。

在被允许的危险的理论基础上展开的新过失论，并不只是以结果回避义务为中心，而 是重视对社会有用的行为，限定过失犯的处罚范围，这种限定是通过缓和结果回避义务来 实现的。即为了社会的顺利发展，从防止危险的角度来看，并不要求履行100分的结果回

第六章责任**285**

避义务，只要求采取60分的回避措施(100分即满分,60分即合格标准)。例如，如果要求 驾驶机动车的人过度地采取安全措施，就会造成交通堵塞，反而不利于整个社会的发展。

1. 新过失论的缺陷

被允许的危险的法理源于科学技术的发展、危险活动的增加。但是，被允许的危险的 法理“这一主张，绝不是从历史性的科学技术进步中符合逻辑地演绎出来的结论。在社 会存在诸多危险的前提下，认为即使造成一定的牺牲，也应当使科学技术的进步等社会整 体利益优先，是一个价值判断。”〔90〕同样，认为产业革命的发展、危险行为的增多要求采取 新过失论，也只是一种价值判断，而不是必然结论。人们完全可以从另一角度得出如下结 论：由于危险行为增多,法益更容易遭受侵害，所以，应当采取严格责任。这是因为，在危 险增加的社会，一部分人会重视危险行为的危险性，另一部分人会重视危险行为的有用 性;重视的内容不同，就会形成不同的价值判断。在一种社会现实导致人们做出两种相反 的价值判断时，我们对其中任何一种价值判断形成的结论，都必须持谨慎的态度。质言 之，我们既要对所谓风险刑法观保持警惕,也要慎用被允许的危险的法理;动辄以进人风 险社会为由扩大处罚范围的观点与做法，或者动辄以被允许的危险为由为行为人开脱罪 责的观点与做法,都是危险的。不仅如此，新过失论还存在明显的缺陷。

1. 新过失论在其构造上，没有与具体的预见可能性相联系，容易转化为后述超新过 失论(危惧感说)。例如，主张新过失论的井田良教授指出，只要肯定预见可能性的法益 关联性，就应当基本上支持危惧感说。〔91〕
2. 如何设定行为基准，是新过失论的一个重要问题。井田良教授指出：“在这个社 会里，实施一定的危险行为时，我们必须遵守的无数的社会规则像网络一样存在着。社会 的行为准则中，有一部分由道路交通法这样的法律规定而成文化了，但没有成文化的规则 也非常多。为了回避一定的法益侵害结果，要求遵守这样的社会的行为准则时，结果回避 义务的内容与社会的行动准则相一致。” 但是，新过失论在设立“行为基准”时，舍弃了 行为人本人的能力、经验、知识，脱离了结果的具体预见可能性，其“行为基准”必定是不 明确和缺乏现实意义的。为了避免恣意的行为基准，新过失论便援引行政法规上的义务。 于是，以引起一定结果为成立要件的过失犯，成为违反行政法规的结果加重犯。这不仅没 有限定过失犯的处罚范围，反而扩大了过失犯的处罚范围。我国司法实践中的一些案件 也能说明这一点。例如，在完全由被害人的过错导致自身死亡的情况下，只要驾驶汽车的 司机事后逃逸，就被认定为交通肇事罪之所以出现这种明显不当的现象，一个重要 原因是，将行为违反成文的行政法律规则作为认定过失犯的根据。
3. 即使是行政法规，也只是行为的一般指针，不可能穷尽具体场合的特别要求。事 实上，遵守了一般规则的行为，也可能违反了具体场合的特别要求，因而存在过失;反之， 即使违反了一般规则，也可能没有过失。所以，仅以是否违反行为基准判断有无过失，并 不妥当。例如，由于未能发现某种添加剂对人体的危害，行政法规没有禁止使用。行为人

〔W〕［日］前田雅英:《被允许的危险》，载［日］中山研一等编：《现代刑法讲座》(第卷)，成文堂1979年版, 第25页。

［91］ ［日］井田良：《变革时代的理论刑法学》，庆应义塾大学出版会2007年版，第154页。

(92］ ［日］井田良:《讲义刑法学-总论》，有斐阁2008年版，第200页。

参见汤玉婷、范福华:“意外被撞逃跑•跑’来有罪指控”，载《检察日报》2007年2月4日，

**286**刑法学(第五版)

在生产过程中使用该添加剂，但销售后发现其食品致人伤害乃至死亡。行为人认识到伤 亡可能由添加剂造成，但依然生产销售该食品。按照新过失论，行为人的行为并不成立过 失犯。可是，这种结论并不妥当。换言之，在这种情形下，行为人的行为不仅可能成立过 失犯，而且可能成立故意犯。

1. 新过失论虽然强调过失犯的成立以违反行为基准为前提，却没有对故意犯提出 相同的要求，于是出现了因主观内容不同而对同一客观行为是否具有实行行为性得出不 同结论的奇怪现象。例如，X家的附近有一个乞丐A徘徊，多次持续在门外的垃圾箱寻 找东西，X向垃圾箱扔了容易导致食物中毒的腐烂食物，A吃后中毒死亡。井田良教授指 出：“根据行为无价值论的理论构造，倘若X想使A食物中毒，特意这样做，其行为就可能 具有伤害或者杀人的实行行为性。与此相对，如果在没有故意的场合，即使对结果具有预 见可能性，由于欠缺客观注意的外部行为的要件被否认，就能够认定该行为不是过失犯的 实行行为。"［94〕言下之意，不是基于伤害故意或者杀人故意而放置有毒垃圾的行为，没有 违反客观的注意义务，是一种被允许的危险行为，所以，缺乏过失犯的实行行为。可是，同 样是放置有毒垃圾的行为，认为出于故意时就具有实行行为性，而出于过失时则没有实行 行为性，这显然是由行为人的主观内容决定客观行为是否具备实行行为性，因而难以被人 接受。
2. 新过失论没有注意保护人的生命、身体，特别是在公害犯罪的情况下，容易给公 害企业找到逃避责任的理由；也明显不符合我国刑法第15条关于过失犯的规定。此外， 新过失论认为旧过失论扩大处罚范围，是因为扩张地理解了预见可能性。如果对预见可 能性作限定性的理解，也完全可能限定过失犯的成立范围。
3. 诚然，我国刑法分则的一些条文将“违反……法规”作为过失犯的成立条件，似乎 采取了新过失论。其实，分则规定的以“违反……法规”为前提的过失犯罪，都是典型的 业务过失，而且，这种规定属于对过失犯实行行为的规定。所以，修正的旧过失论也能与 这种规定相吻合。
4. 超新过失论

旧过失论一般将预见可能性理解为具体的预见可能性。与此相反，日本的超新过失 论认为，所谓预见可能性，并不需要具体的预见，仅有模糊的不安感、危惧感就够了。所 以，超新过失论又称不安感说、危惧感说。

本书不赞成危惧感说。第一，危惧感说过于扩大了过失犯处罚的范围，容易违反责任 主义。例如，驾驶机动车就会有发生事故的不安感、危惧感。再如，新药的开发者无论如 何采取措施,仍然会对未知的副作用有不安感。但如果以此为基础而处罚过失犯，就会导 致结果责任。第二，危惧感、不安感的概念极为含糊，究竟具有何种程度的危险意识才是 有危惧感，难以正确认定。第三，新过失论原本旨在限定过失犯的处罚范围，但在预见可 能性问题上采取了扩大过失犯处罚范围的危惧感说,这是自相冲突的。再者，结果回避义 务以预见可能性为前提，结果回避措施则是具体的。可是，以存在模糊的不安感为根据，

(94)［日］井田良：《刑法总论的理论构造》，成文堂2005年版，第112页。

〔《〕参见［日］西田典之:《刑法总论》.弘文堂2010年第2版，第260页；［日］山口厚：《刑法总论》，有斐阁2016 年第3版，第243页以下。

第六章责任**287**

要求行为人采取具体的结果回避措施,也有自相矛盾之嫌。

（四）本书的立场

本书赞成修正的旧过失论。一般认为，过失是违反了注意义务，这种注意义务包括结 果预见义务与结果回避义务。亦即，行为人原本能够预见行为的结果，但因为疏忽而没有 预见，进而实施了行为导致结果发生;如果谨慎行事预见了结果，就不会实施该行为，进而 避免结果发生;或者是，行为人在预见了结果的前提下，原本应当认真地对待自己将要实 施的行为和所预见的结果，但没有认真对待，导致了结果的发生。这样的解释似乎符合刑 法第15条的字面含义。但应注意的是，我国刑法第15条是关于“过失犯罪”的规定，而不 是对“过失”的规定。过失犯罪必然包含了客观的构成要件要素的内容，而作为责任形式 的过失本身，要从心理角度来理解和认定。显然，结果回避义务与结果预见义务是过失犯 罪的两个要件，而不是过失本身的两个要素。

首先，没有履行结果回避义务，是过失犯的客观构成要件。严格地说，没有履行结果 回避义务，是指没有回避结果的发生，因此，过失犯并不限于不作为。而没有回避结果的 发生，一定是由于行为人实施了直接导致结果发生的行为（作为），或者没有履行防止结 果发生的义务（不作为）。

其次，对结果具有预见可能性，是过失犯的责任要素（严格地说，没有履行结果预见 义务的提法并不妥当。因为如前所述，我国刑法第15条中的“没有预见”只是表面的责 任要素，它并不表明行为人具有非难可能性）。对结果具有预见可能性，是疏忽大意的过 失与过失自信的过失的共同要件。易言之，如果没有结果预见可能性，就不可能有过失， 也不可能有故意。刑法第16条“由于……不能预见的原因引起的，不是犯罪”的规定，充 分说明了这一点。或许有人认为，在过于自信过失的场合，将结果的预见可能性作为其成 立条件是不合适的。其实，过于自信过失的行为人，虽然预见过结果的发生，但是，他因 为过于自信又否认了结果的发生。显然，之所以谴责过于自信过失的行为，仍然是因 为他可能预见到结果的发生。由于故意与过失存在位阶关系，过失的核心是具有预见 可能性，故意的成立以“已经明知”为前提，“因此，不应将预见义务违反作为过失犯的要 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”。

总之，过失犯在客观上表现为没有履行结果回避义务（包括没有履行结果回避义务 的行为以及造成了法益侵害结果），主观上表现为对法益侵害结果具有预见可能性。

三、过失的种类

刑法理论对过失做出了不同分类。例如，理论上有普通过失与业务过失之分。前者 是指日常生活或一般社会交往中的过失;后者是指业务活动中的过失。业务过失犯罪重 于普通过失犯罪，仅从责任的轻重来说,前者的法定刑应重于后者。理论上还有重过失与 轻过失之分，按照本书的观点，应当以结果预见可能性的大小以及回避结果发生的难易程 度为标准区分重过失与轻过失。我国刑法根据行为人是否已经预见危害结果，将过失分 为疏忽大意的过失与过于自信的过失。

〔％〕［日］高山佳奈子:《故意与违法性的意识》，有斐阁1999年版，第137页。

**288**刑法学（第五版）

（一）疏忽大意的过失

1.疏忽大意过失的成立条件

依照刑法第15条的规定，疏忽大意的过失，是指应当预见自己的行为可能发生危害 社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的责任形式。这种典型的过失 被称为无认识的过失。

如前所述，“没有预见”只是表面的责任要素，而不是真正的责任要素。刑法第15条 的规定只是为了使疏忽大意的过失与故意相区分；在行为人是故意还是过失存在疑问的 场合，只要认定行为人“没有预见”，就表明行为人没有故意；在已经排除故意的场合，“因 为疏忽大意而没有预见”就不是疏忽大意过失的真正要素。

“应当预见”意味着行为人有预见义务，这种义务不仅包括法律、法令、职务与业务方 面的规章制度所确定的义务，而且包括日常生活准则所提出的义务。但是，刑法只是要求 有能力履行义务的人履行义务。义务规范为一般人所设,无须具体确定;而能否预见则因 人而异，需要具体判断;如果法律法令、规章制度、生活准则赋予一般人预见义务，属于一 般人之列的行为人能够预见,那么便是应当预见的。因此，认定疏忽大意的过失时,关键 在于判断行为人是否具有结果的预见可能性。换言之，“应当预见”实际上是指“能够预 见”（刑法第16条的规定，也表明了这一点）。预见可能性的判断，包括对能够预见的对 象以及能否预见结果的判断。

首先，我国刑法要求疏忽大意过失犯罪的行为人能够预见自己的行为可能发生危害 社会的结果，但“危害社会的结果”是一个外延极广的概念，我们只能在法律规定的范围 内理解。因为过失犯罪的成立要求发生构成要件的结果，故这里的危害社会的结果，只能 是刑法分则对过失犯罪所规定的作为构成要件要素的具体结果。一方面，能够预见的对 象只需要在构成要件层面上加以把握，不需要更为具体的预见可能性。例如，过失致人死 亡时，只要能够认识到他人的死亡即可，不要求对死亡者是谁具有预见可能性；只要能够 认识到自己行为与死亡结果之间的作为构成要件要素的因果关系即可，不需要对具体的 因果进程有预见可能性。另一方面，具体结果又是相对的，在危害公共安全的过失犯罪 中，行为人所能够预见的结果不一定很具体，但必须是刑法分则所要求的结果。

其次，应当分清判断基础、判断方法与判断基准来解决行为人能否预见结果的问题。

第一，判断基础（或资料）包括主客观方面的事实，即应当把行为人的知能水平与行 为本身的危险程度以及行为时的客观环境相结合判断能否预见。有些行为人，按其本身 的知能水平,能够预见危险程度高的行为可能发生结果，但不能预见危险程度低的行为可 能发生结果;有些行为人，在一般条件下能够预见某种行为可能发生结果，但在特殊情况 下，由于客观环境的限制，却不能预见某种行为可能发生结果；在相同客观环境下或对于 危险程度相同的行为，有的行为人知能水平高因而能够预见，有的行为人知能水平低因而 不能够预见。可见，离开行为本身的危险程度与行为时的客观环境，仅仅考虑行为人的知 能水平，是难以得出正确结论的；只有将这些主客观事实结合起来进行判断，才能得出正 确结论。

第二，判断方法（或过程）应坚持从客观到主观，把客观要求同行为人的知能水平相 结合进行判断。法律法令、规章制度、生活准则针对一般人提出了客观要求，判断行为人 能否预见结果，就要将行为人的知能水平与这种客观要求联系起来，看行为人所具有的主

第六章责任**289**

观能动性，是否达到了足以符合客观要求的程度。离开了这些要求，就失去了衡量的标 准，不可能得出正确答案。只有从这些要求出发，对照行为人的知能条件，才能相对认定 他有无适应客观要求的能力，进而判断其对于结果的发生能否预见、应否预见。〔97〕

第三，关于结果预见可能性的判断基准，国外刑法理论上存在争议。主观说认为，是 否具有结果预见义务，应以具体的行为人的注意能力为标准。因为对行为人进行非难，不 应超过其注意能力的范围。客观说认为，是否具有结果预见义务，应以抽象的一般人的注 意能力为标准。折中说有不同的表述，有人指出，刑法以一般的当为为基础，但只能在行 为人可能的范围内实行归责;有人提出，如果行为人的注意能力低于通常人的注意能力， 则仍应采取主观说，只是在行为人的注意能力高于通常人的注意能力时，才采取客观说 （即仍依通常人的注意能力为标准决定有无注意义务）。能力区别说认为，作为心理作用 的“注意”本来是以通常人为标准的，但作为其结果的“预见”，则应考虑行为人的身体条 件、知识、经验、认识能力，采取主观的标准。根据此说，即使同等程度的紧张意识，也不可 避免地因为人的身体条件等区别导致认识范围不同，故应以各人为基准判断预见可能性。 有的学者则认为，疲劳、酩酊、兴奋等生理的方面，应采取主观的基准，规范心理的方面则 应采取客观的基准。这种见解旨在说明，不能因为行为人在日常生活中粗心大意、丢三落 四而免除其过失责任。本书认为，对于过失责任应当从知能水平到规范能力进行判 断:.从知能水平来说，只能采取主观的标准。由于每个人的知能水平不同，所以不能采取 一般人的标准。但是,在司法实践中，可以按照从客观标准到主观标准的顺序判断行为人 是否具有预见可能性。亦即，在行为导致了结果发生的情况下，应首先考察行为人所属的 一般人或像行为人这样的一般人（而不是抽象的一般人）能否预见结果的发生。如行为 人为普通农民，则首先考察一般的普通农民能否预见类似结果的发生；如果行为人为医 生，则首先考察像行为人这样的医生能否预见类似结果的发生，如此等等。其次，考察行 为人的知能水平是高于一般人还是低于一般人。如果一般人能够预见，但行为人的知能 水平低于一般人，则不宜认定行为人具有过失；反之，一般人能够预见，而行为人的知能水 平并不低于甚至高于一般人，则宜认定行为人具有过失。基于同样的理由，如果一般人不 能预见，但行为人的知能水平明显高于一般人，则可能认定为过失（当然，将这种情形认 定为过失犯，应当特别慎重）。不过，如果由于行为人一直粗心大意、马马虎虎就认为他 不能预见结果的发生，进而否认过失，也是不合适的。因为过失责任表明的是行为人对法 益的不保护、不尊重态度，法律对每一个人必须对法益持保护、尊重态度的要求是相同的， 不能因为行为人一直对法益持不保护、不尊重的态度就否认其过失责任。所以，在规范能 力方面必须采取一般人的标准。倘若行为人具有一般人对法益的保护、尊重态度就能预 见结果发生时，便应认定行为人具有过失责任。“一言以蔽之，生理的方面应当采取主观 的标准;规范心理的方面应当采用客观的标准。”〔"〕

2.疏忽大意过失与意外事件的区别

认定疏忽大意的过失，最关键的是要将其与意外事件相区别。行为在客观上虽然造

［97：参见曾宪信、江任天、朱继良：《犯罪构成论》，武汉大学出版社1988年版，第98页以下。 〔卯〕以上参见［日］山中敬一:《刑法总论》，成文堂2015年第3版，第687页以下。

〔"］［日］平野龙一:《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第206页。

**290**刑法学（第五版）

成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能预见的原因引起的，不是犯罪。 这便是意外事件。[100]

意外事件具有三个特征:一是行为在客观上造成了损害结果;二是行为人没有故意与 过失;三是损害结果由不能预见的原因所引起。〔1Q1〕例如，某汽车司机在雨夜行车，从农民 放在公路上的稻草上驶过，轧死了睡在稻草下的一瘦小精神病人。在当时的情况下，司机 不可能预见到有人雨夜睡在稻草下，因而是意外事件。〔102]

意外事件与疏忽大意的过失犯罪有相似之处,表现在客观上都发生了结果，但前者是 不能够预见，后果是能够预见。在这个问题上，应根据前述判断基础、判断方法与判断标 准,全面、客观、准确地判断行为人能否预见，从而正确区分意外事件与疏忽大意的过失犯 罪。尤其应注意以下几点：

（1 ）由于事件已经发生，行为与结果之间的因果关系的发展过程已清楚明了，故司法 人员不应由此逆推行为人能够预见。这种做法容易扩大疏忽大意过失犯罪的范围。正确 的方法是,根据行为本身的危险程度、行为的客观环境以及行为人的知能水平,判断行为 人在当时的情况下能否预见结果的发生。例如，行为本身的危险程度越高，行为人预见结 果的可能性就越大;行为在通常（或异常）环境下发生结果的可能性大，行为人在该通常 （或异常）环境下实施行为时，其预见结果的可能性就越大;行为人的知能水平越高，其预 见结果的可能性就越大。

（2） 不能因为结果严重就断定行为人能够预见。行为人能否预见结果发生与实际发 生的结果是否严重，具有一定联系；但不能由此认为，凡是结果严重的，行为人就能够预 见。只要结果严重就千方百计以犯罪论处的做法,是结果责任的残余，违反责任主义。

（3） 行为人在实施不道德、一般违法乃至犯罪行为时，有时也会发生行为人所不能预 见的其他结果，不能因为行为人实施的是不道德、一般违法乃至犯罪行为，就断定他能够 预见自己行为的一切结果。特别是不能因为行为人的行为本身不构成犯罪，就针对其不 能预见的结果追究疏忽大意过失犯罪的责任。

（4） 行为人不知道自己的生理缺陷，在实施行为时由于突发的生理缺陷（包括疾病） 的作用导致结果发生的，应认定为意外事件。但是，如果行为人知道自己的生理缺陷，仍 然实施某种行为造成结果，则应当认定为过失犯罪。例如，行为人知道自己患有癫痫病却 驾驶汽车，在驾驶过程中癫痫病突发导致交通事故的，成立过失犯罪（不排除在某些情形 下成立故意犯罪）。

〔**100**〕刑法理论一般将刑法第16条规定的情况统称为意外事件。由于"意”一词具有意料、心愿（意志）、意思等多 种含义，不能预见的原因所引起的事件可以说是意料之外的事件，不能抗拒的原因引起的事件可以说是一 种意志以外的事件，故将上述二者统称为意外事件也未尝不可„但是，这种称谓意味着对一个概念中的同 一同必须做出两种不同解释。从与其他法律的协调性来看，意外事件并不包括不可抗力。例如，《民法通 贝»第106条与第107条分别规定了意外事件与不可抗力，民法理论通常也是分别论述的。刑法第16条事 实上也是分别规定的，并没有统称为意外事件。因此，本书将刑法第16条规定的两种情况分别称为不可抗 力与意外事件。

〔**101**〕第二个特征只是第二个特征的进一步说明，所回答的问题是，为什么行为人没有故意与过失却造成了构成  
要件的结果。从因果关系的角度来说，损害结果当然是由行为人的行为所引起，而不是其他原因所致  
〔**102**〕根据刑法第16条的规定,某种犯罪只能由故意构成时，如果行为人过失实施了该行为的（如过失毁坏公私

财物），虽然不构成犯罪，但也不属于意外事件。

第六章责任**291**

（二）过于自信的过失

1. 过于自信的过失的特征

依照刑法第15条的规定，过于自信的过失，是指已经预见自己的行为可能发生危害 社会的结果，但轻信能够避免，以致发生这种结果的责任形式。过于自信的过失被称为有 认识的过失。

应当注意的是，这里的“已经预见”并不是真正的有认识，只是行为人曾经预见过结 果的发生。由于行为人后来（或同时）否认了结果的发生，因而从结局或者整体上说，仍 然是没有认识结果的发生。但是，行为人也能够预见结果可能发生。从一般意义上说， “轻信能够避免”是导致行为人实施该行为的主观原因。详言之，行为人在预见到结果可 能发生的同时，又凭借一定的主客观条件，否认结果的发生（相信自己能够避免结果的发 生），只是所凭借的主客观条件并非真实可靠。轻信能够避免主要表现为以下几种情况： （1）过高估计自己避免结果的能力;（2）过高估计了相关人员（如共同作业人员、被监督者 等）避免结果的能力;〔1（3〕（3）不当地估计了现实存在的客观条件对避免结果的作用； （4）误以为结果发生的可能性很小，因而可以避免结果发生。但是，如前所述，“轻信能够 避免”只是过于自信的过失与故意的分界要素或者表面要素，而不是真正的责任要素。

1. 过于自信的过失与间接故意的关系

过于自信的过失与间接故意有相似之处，而且处于位阶关系，但二者的成立条件明显 不同。从本质上说，间接故意所反映的是对法益的积极蔑视态度,过于自信的过失所反映 的是对法益消极不保护的态度。这种本质上的差别，又是通过各自的要素体现出来的。 首先,成立间接故意要求行为人放任结果的发生，结果的发生符合行为人的意志；但成立 过于自信的过失不要求行为人放任结果发生。其次，一般来说，间接故意的行为人是为了 实现其他意图而实施行为，主观上根本不考虑是否可以避免结果的发生；过于自信过失的 行为人之所以实施其行为，是因为考虑到可以避免结果的发生。〔|{«最后，间接故意的行 为人在行为时“明知”结果发生的可能性;过于自信过失的行为人是暂时地“预见”结果发 生的可能性，在行为时又否认了结果发生的可能性。〔|05〕一般来说,如果行为人认识到结 果发生的可能性很大，就不会再否认结果发生的可能性。在此意义上，前述盖然性说具有 参考意义。

就典型案件而言，不管如何认识“放任”，都容易区分间接故意与过于自信的过失。 就不典型的案件而言，人们总会得出不同结论。例如，甲、乙二人站在山顶，见山下有一老 人，甲对乙说:“你说将这块石头推下去能否砸着那老头？”乙说:“能有那么巧？”于是二人 合力将一块石头滚下山，结果将老人砸死。有学者认为，由于甲、乙对于老人死亡结果的 发生与不发生都持认可态度，故属于间接故意。但有的学者则认为，“对本案或许认定为

[108]如医生做手术时误以为护士会主动采取某项措施避免结果发生，而没有向护士履行吿知义务，但护士能力 有限，没有主动采取某项措施，因而导致结果发生。

[1W〕客观上是否采取防止结果的措施，是判断行为人是间接故意还是过于自信过失的重要资料。一般来说，客 观上没有采取结果防止措施的，既可能是间接故意也可能是过于自信的过失；但如果行为人明显采取了结 果防止措施的，不宜认定为间接故意。

〔105〕有的学者认为，间接故意是明知危害结果发生的现实可能性，过于自信的过失则是预见到危害结果发生的 假定可能性（参见王作富:《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年版，第174页以下）。

**292**刑法学（第五版）

过失更合理。理由是:直接故意的意志因素是希望，与它对应的一极是‘不希望’，疏忽大 意过失和轻信过失都符合‘不希望’的特征，在希望和不希望之间，是听任、放任等摇摆不 定的意志因素。但是,间接故意的‘放任’并不完全等同于听任，而是在认真地估算之后 所作的‘听任’。如果没有进行认真估算就贸然行动，即使表面上看像‘听任’结果发生， 也不能评价为放任”。［106］本书则认为，直接故意的意志因素是希望发生结果，与它对应的 并非“不希望发生结果”。〔|07〕在希望发生结果与希望不发生结果之间，就是放任。上述 甲、乙二人虽然不是希望发生结果，但也不是希望不发生结果，因而是放任结果发生，成立 间接故意。换言之，在对结果的态度（意志）上，直接故意投了赞成票，间接故意投了弃权 票，过失没有投票或者投了反对票。［108〕投弃权票的人，或者对投票结果漠不关心，或者内 心决定随从多数人的投票结果。在间接故意的场合，行为人或者对结果的发生与否漠不 关心，或者内心决定结果发生与否由决意实施的客观行为任意确定。在上例中，甲、乙或 者对结果持漠不关心的无所谓态度，或者内心决定由推石头的客观行为任意决定老人死 亡与否。无论哪一种情形，甲、乙都接受了老人死亡的结果，故应认定为间接故意。

四、过失犯的认定

（一）过失犯的构成要件

成立过失犯以行为发生法益侵害结果为条件，除此之外，与故意犯罪一样，还要求有 实行行为与结果回避可能性。

1.实行行为

过失犯的构成要件除结果外，还有实行行为;而实行行为是具有导致结果发生的紧迫 危险的行为。在结果发生的情况下，首先要判断是否具有过失犯的实行行为。不可否认 的是，过失犯的实行行为定型比故意犯的实行行为定型要缓和得多，这是因为刑法往往并 没有严格规定过失犯的实行行为。但不能据此否认实行行为也是过失犯的构成要件要 素。例如，村长甲号召农民冒雨抢救粮食，农民乙在抢救粮食过程中遭雷击身亡。即使甲 对结果具有预见可能性，但因为缺乏过失犯的实行行为,并不成立过失致人死亡罪。

一种观点认为，如果行为的危险是被允许的，就否认构成要件符合性。例如，有学者 指出：“被允许的危险，是指行为虽然创设了在法律上具有重要意义的危险，但这种危险 一般（与具体事例无关）是被允许的。因此，与正当化事由不同，这种行为已经被认为阻 却了对客观构成要件的归属。被允许的风险的典型范例是，在遵守了所有道路交通规则 的情况下驾驶机动车……所以，尽管在遵守了所有交通法规之后仍然发生了一种法益侵 害结果，但这种侵害的造成也不是一■种符合构成要件的行为。这对过失犯罪与故意犯罪 都同样适用。”〔109〕但本书认为，将危险被允许作为阻却构成要件符合性的事由，存在疑问。

第一，被允许的危险的法理所要说明的是，当行为的危险被允许时，行为所造成的实

〔**106**〕周光权：“论放任”，载《政法论坛》2005年第5期。

〔**107**〕因为“不希望发生结果”既可能指希望结果不发生，也可能指对结果发生不持希望态度。

〔**108**〕一般来说，过失犯的行为人既不希望也不放任结果的发生，而是反对结果的发生。在此意义上说，过失应当 投的是反对票。但这种说法是以故意与过失处于对立关系为前提的，也并不严谨。事实上，在已经排除了 故意的前提下（如不能证明行为人已经明知结果的发生），过失的成立只以预见可能性为要件，并不需要判 断行为人对结果是否希望或者是否放任。

〔**109**〕C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl.，C. H. Beck,2006,S. 383f.

第六章责任**293**

害也被允许。亦即，被允许的危险的法理，并不是旨在说明遵守规则的驾驶行为不符合某 种犯罪的构成要件，而是旨在说明遵守规则的驾驶行为不符合业务上过失致死伤罪的构 成要件。可是,被允许的危险本身不符合犯罪的构成要件，并不意味着其造成实害时也不 符合犯罪的构成要件。被允许的危险的法理，实际上是以行为本身被允许因而不符合犯 罪的构成要件为根据，得出了行为造成侵害结果时也不符合犯罪的构成要件的结论。这 难以被人接受。

第二，行为的危险被允许与行为没有制造危险，是难以甚至不可能区分的。倘若将符 合规则的行为均视为危险被允许的行为，这便滥用了被允许的危险概念。一个行为没有 实质的危险时，就不应当称为被允许的危险。

第三，被允许的危险的法理的基本逻辑是，由于某类行为必然有危险，而社会的发展 不可能禁止这类行为，所以，这类行为的危险应当被允许，因而不符合犯罪的客观构成要 件。例如，有学者指出：“据统计，中国大陆每年因交通事故而死亡的人数约为20万人。 尽管如此，立法者依然允许人们从事驾驶行为，因为更重要的利益依存于交通驾驶。”〔11Q〕 但是，这些观点可能混淆了立法政策与刑法解释论。当一类行为存在发生法益侵害结果 的危险时，采取何种立法政策，与现实生活中的某个具体行为是否制造了法益侵害的危险 以及是否符合某个犯罪的客观构成要件，是两个不同的问题:前者是立法政策问题，后者 是刑法解释论的问题。诚然，立法者事前能够在某种程度上预测到，交通驾驶行为每年会 导致许多人死亡。能否因此而禁止一切交通驾驶行为，或者说立法者是否依然允许人们 从事驾驶行为，这是一个立法政策问题。但是,这与是否将导致许多人死亡作为“被允许 的事项”而不处罚，是完全不同的问题。

第四，由于高速交通被允许、核电站的建设被允许等命题只是一个立法政策问题，所 以，其对作为刑法解释论的构成要件符合性判断并无意义。例如，刑法中并不存在高速交 通的犯罪构成要件,也不存在建设核电站的犯罪构成要件。既然如此，说这些行为不符合 构成要件，就没有任何意义。换言之，只有当刑法规定了某种犯罪的构成要件，再回答某 种行为是否符合该构成要件，才具有意义。

第五，构成要件符合性虽然是类型性的判断，但行为是否符合构成要件，必然取决于 具体案件的具体事实。可是，被允许的危险的法理认为，行为是否被允许，“与具体事例 无关”。既然如此，就不可能以一般性的结论为根据判断具体事例是否符合某种犯罪的 构成要件。

第六，构成要件具有罪刑法定主义的机能，构成要件的明确性就成为特别要求。但 是，被允许的危险的法理存在的一个重要问题是，如何判断危险是“被允许的”？表面上 看，回答相当清楚:危险是否被允许，取决于行为是否违反规则。但是，一方面，在符合规 则的体育竞技致人伤亡的场合，也不能否认行为造成了法益侵害结果，因而不能否认构成 要件符合性，只能通过判断是否存在违法阻却事由或者责任阻却事由来处理。另一方面， 在任何场合完全按照行为是否遵守规则来判断行为是否被允许、是否符合构成要件，既可 能不明确，因而有损构成要件的罪刑法定主义机能，也可能不当扩大构成要件符合性的范 围。

〔**110**〕冯军:《刑法问题的规范理解》，北京大学出版社2009年版，第137页。

294刑法学（第五版）

新过失论认为，如果行为人遵守了其行为所必需的规则，以慎重的态度实施其行为， 即使事先预见到了危险，事后造成了侵害法益的结果，也不能追究行为人过失犯罪的责 任。例如，只要司机遵守了交通规则，即使发生了交通事故，也不能以过失犯论处。但是， 交通规则只是大体的行动指南，而过失犯的成立与否，必须考察具体情况下的结果预见可 能性。例如，并非只要鸣笛和没有超速就可以超车；并非只要是绿灯就可以不顾行人而向 前行驶。所以，不能以遵守了一般的交通规则为由，否认过失犯的成立。［111〕

新过失论基本上使过失犯成为不作为犯，为本书所不取。过失犯的实行行为同样可 以分为作为与不作为。例如，甲以120公里的时速在限速60公里的路段驾驶车辆，撞死 广路边的行人。应当认为，甲成立过失的作为犯，而不能以行为人没有将速度控制在60 公里之内为由认定为过失的不作为犯。因为在上述路段以120公里的时速行驶就是具有 导致结果发生的紧迫危险的行为。另一方面，过失的不作为犯以具有作为义务为前提，而 不能简单地将过失犯的结果回避义务理解为作为义务，否则会不当扩大过失犯的处罚范 围。这是因为，既然对故意犯的作为义务都需要从形式上与实质上进行限制，那么，对于 过失犯的作为义务也需要进行同样的限定。显然，仅以行为人违反行政管理法规为由直 接认定为过失犯,就明显不当。相反，应当注重判断过失犯的结果回避义务是否符合作为 义务的产生根据（参见第五章第二节第三款）。

由于过失犯的实行行为缺乏定型性，所以，在具体案件中，将什么样的行为认定为过 失犯的实行行为就成为争议问题。例如，汽车司机甲饮酒后开车，没有注意前方而轧死了 人。过失阶段说（最接近过失说）认为，只有离结果最近的最后的行为是过失犯的实行行 为，甲没有注意前方就是实行行为，其他行为都不是实行行为。与此相对，过失并存说则 认为，对发生结果起作用的数个不注意的行为，全部作为一个过失行为。甲的饮酒与没注 意前方加起来是过失的实行行为。但是，饮酒本身并不是直接导致结果的行为，过失并存 说没有从结果发生的危险性上限定过失的实行行为。本书认为，只要是对结果的发生具 有紧迫危险的行为，都属于实行行为。在上例中，酒后且不注意前方的驾驶行为，是过失 犯的实行行为。再如，货车司机马虎装货，后来在高速公路上野蛮行驶，导致货物落下来 砸死了后面的汽车司机。由于没有把货物装好，即使适当行驶也同样会出现事故。所以， 马虎装货与野蛮行驶一并成为过失犯的实行行为。

顺便要指出的是，由于构成要件是违法性的存在根据，所以，当过失行为保护了优越 的法益或者损害了没有保护必要的法益时，并不成立过失犯。例如，过失行为符合正当防 卫、紧急避险条件的，也应认定为正当防卫、紧急避险，因而阻却违法性，而不能以过失犯 论处。换言之,不仅存在偶然的正当防卫与紧急避险，也存在“过失”的正当防卫与“过 失”的紧急避险，而且均阻却违法性。

2.结果回避可能性

在某些情况下，行为人虽然对结果具有预见可能性，甚至已经预见，但不可能采取措 施避免结果发生，或者虽然采取了避免结果发生的措施，但结果仍然不可避免。由于结果 的回避可能性是故意犯罪与过失犯罪的共通前提，所以，对于这种不可抗力，既不能认定 为过失犯罪,也不能认定为故意犯罪。

〔**111**〕参见［日］西田典之:《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第260页。

第六章责任**295**

但需要注意的是，即使行为人在靠近结果发生的时刻（A点）不可能避免结果的发 生，但在此之前的时刻（B点）具有避免结果的可能性时，如果B点的行为具有危险性，则 仍然可能认定为过失。例如，甲没有驾驶执照，却在马路上驾驶汽车;行至一急拐弯处时， 因为缺乏驾车技能，而未能避免事故的发生。在这种情况下，不能以甲没有能力避免结果 为由否认过失犯罪的成立；因为甲在没有驾驶执照的情况下驾驶汽车（B点）本身就具有 危险性，而且甲完全可以不驾驶汽车，也不应当驾驶汽车，事实上只要他不驾驶汽车就不 会发生事故，所以，甲的行为成立过失犯罪。再如，乙持有驾驶执照，但在极度疲劳时驾驶 汽车;行至一急拐弯处，因为无力控制汽车而发生交通事故。由于在极度疲劳时驾驶汽车 本身（B点）就具有危险性，故不能以事后无力控制汽车（A点）为由而否认其行为成立交 通肇事罪。又如，丙持有驾驶执照，在驾驶面包车时，让6岁的儿童坐在副驾驶位上。行 至某商店门前，丙停车购物，但没有熄灭发动机，6岁儿童便驾驶面包车前行。行人发现 后大叫，丙急忙从商店跑出试图避免结果发生，但由于车速过快，丙不能采取有效措施，导 致他人死亡。丙在靠近结果发生的时刻（A点）确实不能避免结果的发生，但他在购物时 不熄灭发动机的行为（B点）就具有过失，而且该行为在当时的具体环境下具有危险性， 因而也不能以丙当时没有能力避免事故为由而否认其行为构成过失犯罪。

（二）过失犯与信赖原则、危险分配法理

根据信赖原则，在行为人合理信赖被害人或第三者将采取适当行为时，如果由于被害 人或第三者采取不适当的行为而造成了侵害结果，行为人对此不承担责任。信赖原则起 先主要适用于交通领域。.从事交通运输的人，在遵守交通规则而实施其行为时，只要没有 特殊情况，就可以信赖其他有关人也会遵守交通规则；如果其他人不遵守交通规则，造成 了事故，遵守交通规则的行为人就不承担责任。现在，不仅在交通事故领域，而且在企业 活动与医疗活动及其他活动中，也适用信赖原则。

信赖原则的适用条件是：（1）行为人信赖他人将实施适当的行为，而且这种信赖在社 会生活上是合理的；（2）存在着信赖他人采取适当行为的具体状况或条件，自己的行为不 违法。据此，行为人不能信赖幼儿、酩酊者、身体障碍者会遵守规则、采取适当行为；在他 人有采取不适当行为的具体先兆时，也不应当信赖他人采取适当行为;在自己实施违法行 为时，不能信赖他人采取适当行为

信赖原则与过失犯的客观构成要件相关联。亦即，当客观上存在合理信赖他人实施 适当行为的条件时，就限定了结果回避义务的内容。例如，在封闭的高速公路上驾驶车辆 的人，合理地信赖行人不会横穿公路，因此，驾驶者的结果回避义务就限定为避免与其他 车辆的冲撞。信赖原则与过失犯的预见可能性也具有密切关系。在合理信赖被害人或第 三者会采取适当行为时,通常应认为行为人不能预见被害人或第三者会采取不适当的行 为换言之,在合理信赖被害人或第三者会采取适当行为时,缺乏预见可能性或者预见可 能性很低，因而不能追究过失责任。

与信赖原则密切相关的是危险分配的法理。危险分配的法理所讨论的是，在认定过 失犯时，对加害人与被害人应分别提出什么注意义务。如果对加害人提出的义务范围较 广，被害人的注意义务范围就会较窄；反之亦然。因此，基于现实社会的要求，应当对危险

**296**刑法学（第五版）

进行适当的分配。〔112］显然，当危险完全分配给了被害人时，既意味着行为人的行为不可 能具有实行行为性，行为人没有结果回避义务，也意味着行为人对结果缺乏预见可能性。 当危险部分分配给了被害人时，意味着行为人的行为的危险性减少,结果回避义务减少， 对结果的预见可能性也减少。

我国的司法实践事实上也考虑了危险分配对过失犯罪认定的影响。例如，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2条规定，交通肇事具有下列情形之一的，处3年以下有期徒刑或者拘役：（1）死亡1人 或者重伤3人以上，负事故全部或者主要责任的；（2）死亡3人以上，负事故同等责任的； （3）造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在 30万元以上的。这便考虑了被害人的责任对行为人责任的影响；而被害人的责任由来于 他对危险的负担,如果被害人不负担任何危险（如在人行道上行走），汽车冲进人行道将 其轧死，被害人不可能有任何责任，只能是汽车驾驶人员负担全部责任；如果被害人负担 全部危险（如被害人在全封闭的高速公路上骑自行车），则汽车驾驶人员不会承担过失责 任。

（三）监督过失

由于业务及其他社会生活上的关系，在特定的人与人之间、人与事项之间形成了一种 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 事中要进行监督，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结果，或者由于没有确立安全管理 体制，而导致结果发生，监督者主观上对该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的监督过失;二是由于没有确立 安全管理体制所构成的管理过失。

在狭义的监督过失中，存在着被监督者的过失行为。即被监督者的过失行为直接造 成了结果，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（如没有对被监督者做出任何指示，或者做出了不合理的指示）， 导致了结果发生。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，狭义的监督 过失，实际上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。但是，并不是客观上没有履行监督义务就必然成立过失犯罪，还 需要行为人主观上具有过失，亦即，能够预见不履行监督义务的行为可能造成法益侵害结 果。例如，存在合理信赖的条件时,原则上应否认监督者的过失责任。反之，如果被监督 者已经存在实施过失行为的先兆，就不能以信赖原则为根据否认监督者的过失责任。

在管理过失中，行为人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，导致了结果发生，或者由于自然原因或第三者的意外行为导致了结果发生。例

〔113例如，日本在第二次世界大战前，有专用轨道的火车、电车对行人造成事故时，行人负担危险的范围就相当 广;而一般道路上的汽车对行人造成事故吋，基本上是由驾驶员一方负担危险，但是在20世纪50年代以后, 随着社会的复杂化，则增加了行人对危险的负担。

第六章责任**297**

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 客观上存在没有确立安全管理体制的客观行为，主观上存在管理过失。

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，而是分别符 合疏忽大意过失与过于自信过失的基本特征。（1 ）狭义的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，行为人能够预见自己的行为可能直接造成危害社会的结 果，表现为“自己的行为—结果”。在监督过失的情况下，监督者能够预见自己不履行或 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，从而发生结果。这里存在 一个中间项（被监督者的过失行为），表现为“自己的行为—中间项-＞结果”。事实上二者 没有本质区别。（2）狭义的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，监督人能够预见自己没有确立安全管 理体制的行为，可能造成结果或者可能由于自然因素或第三者的意外行为导致结果发生， 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意外行为造成结果。需要说明的是，不管是管理过 失还是狭义的监督过失，都以行为人对结果具有具体的预见可能性为前提，不能以柚象 的、一般的危惧感为根据认定过失责任。

我国的司法实践，一直追究监督过失的责任，许多具体的玩忽职守罪实际上表现为监 督过失；现行刑法事实上也肯定了监督过失（参见刑法分则第135条、第138条、第139条 等）。在日本，监督过失的行为人所成立的犯罪，与被监督者的过失犯罪相同。但是，在 我国的司法实践中，监督过失既可能成立玩忽职守等与被监督者不同的过失犯罪，也可能 成立与被监督者相同的过失犯罪。［||3］这需要根据刑法分则所规定的构成要件与责任要 素进行合理判断。

（四）过失向故意的转化

认定过失犯罪时，还应注意过失转化为故意的情况。即行为人的过失行为导致对某 种法益产生危险，但故意不消除危险，希望或者放任结果发生。例如，行为人不慎将烟头 扔在仓库里，具有发生火灾的危险，行为人能够及时消除危险，但想通过造成火灾陷害仓 库保管员，故意不消除危险，导致火灾发生。这便由一般过失转化为犯罪故意，应认定为 放火罪而不是失火罪。再如，甲系乙聘请的家庭保姆,负责处理家务和照顾乙两岁多的儿 子丙。某日下午五点半左右，甲给丙喂桂圆时，不料桂圆核卡住丙喉咙无法吐出，甲随即 将丙送往附近药店救治。甲怕承担责任，向药店工作人员隐瞒了丙被桂圆核卡住咽喉的 事实。返回乙家后，甲又向赶来的120急救医护人员隐瞒真相，致医护人员无法采取针对 性急救措施，延误抢救时机。丙被送往某市儿童医院，经抢救无效于同日晚十点半因异物 吸入、窒息、脑疝、多器官功能衰竭死亡。甲将有核的桂圆喂给丙吃,导致桂圆核卡住丙的 喉咙无法吐出时，就对丙的生命产生了危险。如果甲对医护人员说出真相仍然未能避免 死亡结果发生.甲成立过失致人死亡罪。但本案的甲因为怕承担责任，没有说出真相，虽

〔1B〕应否以及如何区分这两种情形（什么情形属于职务过失，成立玩忽职守等罪，什么情形属于监督过失，成立 与被监督者相同的过失犯罪），还值得进一步研究。

**298**刑法学（第五版）

然他并不希望死亡结果发生，但对结果持放任态度，应认定为间接故意的不作为犯罪（故 意杀人罪）。

基于同样的理由，过失行为虽然已经造成了基本结果（成立基本的过失犯），但在能 够有效防止加重结果发生的情况下（既有履行义务的能力，也有回避结果的可能性），行 为人具有防止加重结果发生的义务却故意不防止的，对加重结果成立故意犯罪。如汽车 司机甲于黑夜在车辆较少的道路上违反交通法规过失将三人撞成重伤后，下车察看情况， 本可以将三人送往医院抢救，但想到被害人死亡也无所谓，便立即逃走，三名被害人后来 全部死亡。甲的行为是只成立一个交通肇事罪，还是成立一个故意杀人罪，抑或成立数 罪？甲的过失行为致三人重伤，本身就能成立交通肇事罪。甲下车后认识到如果不救助 被害人就会死亡却逃走，导致了死亡结果的发生，是否成立不作为的故意杀人罪？如果三 名被害人是濒死的重伤，即使救助也必然死亡，就只成立交通肇事罪。换言之，如果即使 救助也不能防止死亡结果，就可以将死亡结果评价为先前的过失行为造成的结果，而不另 成立不作为的故意犯罪。但是，如果被告人将三名被害人送往医院，就可以救助其生命， 而被告人故意不救助的，则可能另成立不作为的故意犯罪。

第四款目的与动机

一、主观的超过要素概述

就既遂犯罪而言，行为人一般存在与客观事实相对应的主观内容。例如，故意杀人既 遂的客观要素为杀人行为致人死亡;与此相对应，故意内容是认识到自己的行为会致人死 亡，并且希望或者放任死亡结果发生。〔114〕不难看出，客观上完全存在与行为人主观故意 相对应的事实。但是，在某些犯罪中，主观要素仅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。目的犯中的目的以及某些犯罪的动机就是如此（存在个别例外情 形）。例如，根据刑法第152条第］款的规定，只要行为人以牟利或者传播为目的走私淫 秽物品即可构成走私淫秽物品罪，而不要求有牟利或者传播淫秽物品的客观事实。再如， 根据刑法第399条第1款的规定，只要司法人员出于徇私动机追诉明知是无罪的人，即可 构成徇私枉法罪，而不是要求有徇私的客观事实。这种目的与动机，是某些犯罪的责任要 素，〔1|5〕却是主观的超过要素。

在大陆法系国家,还存在倾向犯、表现犯的概念。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

**［114］**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.因而也被称为主观的超过要素。但应注意的是，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。

⑴5〕目的究竟是违法要素还是责任要素，一直存在争议。行为无价值论一般主张目的是违法要素，结果无价值 论者既可能认为目的是违法要素，也可能认为目的是责任要素。本书暂且将目的作为责任要素。事实上， 即使认为某些目的表明法益侵害因而是违法要素，但至少有部分目的与法益侵害没有直接关联，应当作为 责任要素、

第六章责任**299**

要件符合性。〔116〕典型的倾向犯是各种猥亵罪，即只有当行为表现出行为人具有刺激或者 满足性欲的内心倾向时，该行为才符合猥亵罪的构成要件，才具有违法性。如果外观上属 于猥亵行为，但行为人并没有刺激或者满足性欲的内心倾向，则不符合猥亵罪的构成要 件。本书认为，行为人是否出于性的刺激或者满足的内心倾向，并不影响猥亵行为是否侵 害了被害人的法益;换言之，即使行为人出于报复心理实施猥亵行为，也同样侵害了被害 人的法益。所以，本书不承认倾向犯。〔1]7〕

表现犯是指行为表现出行为人内心的、精神的经过或状态的犯罪。如果不将外部事 情与行为人的精神经过或状态进行比较，就不能正确判断其构成要件符合性与违法性。 例如，伪证罪中的“虚假证明”，不是指违反客观事实的证明，而是不符合自己的记忆的证 明（主观说），据此，证人的证言不符合其记忆或体验时，成立伪证罪。可是，只有当证人 所作的证言违反客观事实时，才有必要由刑法规制；对于证人单纯违反内心记忆或体验做 出的符合客观事实的证言，没有必要给予刑罚处罚（客观说）。所以，本书也不承认表现 犯。

二、目的

（一）目的概述

目的（犯罪目的），是指犯罪人主观上通过犯罪行为所希望达到的结果（不限于法益 侵害结果，包括犯罪行为所形成的状态等），即是以观念形态预先存在于犯罪人大脑中的 犯罪行为所预期达到的结果。特定的目的，不是指直接故意的意志因素，〔1|8〕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。

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：（1）刑法分则明文 规定的目的（分别存在“目的”、“意图”两种表述），如刑法第152条、第175条、第192条、 第305条等；（2）刑法分则虽无明文规定，但根据条文对构成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及其与相关犯罪 的关系，该目的实际上属于金融诈骗罪的责任要素。

从目的与行为的关系考察，目的犯的目的表现为三种情形：（1 ）不属于主观的超过要 素的目的，亦即存在与目的相对应的客观事实的情形。例如，刑法第175条第1款前段规 定：“以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，处 三年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。"显然，转贷牟利目

[|闷显然，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慨念容易引起误会，但已约定俗成， 不必计较用语本身。

⑴7〕本书并不否认目的犯.也不否汄动机犯但是，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**0**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，倾向犯的概念就几乎没有存在的余地7

**CH8]**人们习惯于将直接故意中的意志因素，即行为人对自己的行为直接造成结果的希望，称为犯罪目的。如说 "某某被告具有杀人目的”。在一般意义上说，希望他人死亡就是行为人的犯罪目的，但这种目的不是目的 犯中的目的。

**300**刑法学（第五版）

的与客观上的“转贷他人”、“违法所得数额较大”的构成要件要素相对应，亦即，转贷牟利 目的并非存在于行为人内心即可，因而不属于主观的超过要素。〔119〕（2）只要实施了符合 构成要件的行为就可以（但非必然）实现的目的。例如，只要实现了贷款诈骗罪的构成要 件，就可以实现非法占有贷款的目的。这种目的犯称为断绝的结果犯。（3）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。如实施了走私 淫秽物品的行为，还不能直接实现牟利或者传播的0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。这种目的犯称为短缩的二行为犯。

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），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。〔|20〕短缩的二行为犯的目的的实现与否，既不影响犯罪的成立， 也不影响犯罪既遂的认定。换言之，短缩的二行为犯的既遂与未遂，应以第一个行为的结 果发生与否为标准。

在断绝的结果犯中，行为人必须具有确定的目的；在短缩的二行为犯中，只要行为人 知道或许有谁实施实现目的的行为就够了。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。短缩的二行为犯中的目 的，不以实行犯本人实现为限。例如，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。

（二）目的犯的存在范围

我国刑法理论的传统观点认为，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。但本书认为，间接故意犯罪也可 能是目的犯。

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。刑法 将某种犯罪规定为目的犯时，并不表明该罪为直接故意犯罪，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。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，即使行为人仅具有间接故意，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。

**（H9J**从立法论上说，可以删除本条中的“以转贷牟利为目的"的规定。

〔**120**〕从这个角度来说，短缩的二行为犯减少了客观要件要素。但从另一角度来说，也可谓限制了处罚范闱„例 如，添加牟利或者传播目的，就限制了走私淫秽物品罪的处罚范围。此外，有的犯罪要求特定目的，不仅是 对处罚范围的限定，而且限定了行为的性质（参见刑法第192条、第193条、第319条），

第六章责任**301**

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，二者完全可能并不矛盾地存在于行为人的主观心理中。以短 缩的二行为犯为例:第一个行为的结果与行为人实施第二个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。这正好说明间接故意的犯罪中可能存在目的。

（三）目的的机能

作为责任要素的目的具有两个方面的机能：（1）在部分犯罪中具有区分罪与非罪的 机能。例如，不以营利为目的的侵犯著作权的行为、不以营利为目的的聚众赌博行为，不 构成犯罪。（2）在部分犯罪中具有区分此罪与彼罪的机能。例如，就传播淫秽物品的行 为而言，如果能认定行为人具有牟利目的，就应认定为传播淫秽物品牟利罪;否则，就只能 认定为传播淫秽物品罪（参见刑法第363条、第364条）。再如，是否具有非法占有目的， 是区分贷款诈骗罪与骗取贷款罪的关键要素。责任要素之外的目的，虽然不影响犯罪的 成立，但可能对量刑产生影响D

三、动机

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积极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。如果不将这种内心起因归人动机，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，可以将动机作后 一种理解。

当特定的动机是犯罪的责任要素时，不具有特定的动机，就不成立犯罪。例如，“徇 私”动机，是徇私枉法、徇私舞弊不移交刑事案件等罪的责任要素；“贪生怕死”动机是投 降罪的责任要素。责任要素之外的动机，虽然不影响犯罪的成立，但可能对量刑产生影 响。

**302**刑法学（第五版）

第三节消极的责任要素

第一款责任能力

-、责任能力的概念

（一） 责任能力的含义

行为人不具备有责地实施行为的能力时，不能对其进行法的非难.进行责任非难所 要求的行为人的能力，就是责任能力。刑法并不是直接积极地规定责任能力，即不是直接 规定犯罪的成立要求行为人具有责任能力，而是消极地规定无责任能力与限定责任能力。 在具体案件中，不需要证明行为人具有责任能力，而是当行为人不具有责任能力时不得追 究其刑事责任。

能力，是人的自觉能动性的表现，是人认识现实世界与支配现实世界的特征。刑法上 的责任能力，由辨认能力与控制能力组成。辨认能力，是指行为人认识自己特定行为的内 容、社会意义与结果的能力，因而也可以称为认识能力。能够认识自己行为的内容、社会 意义与结果的，就具有辨认能力（会有程度的差异）；反之，则没有辨认能力。控制能力， 是指行为人支配自己实施或者不实施特定行为的能力。行为人在犯罪时，总是处于既可 以实施、也可以不实施的状态，行为人在认识到特定行为的内容、社会意义与结果后，能够 控制自己实施或者不实施该行为时，就是有控制能力（会有程度的差异）；反之，则没有控 制能力。控制能力与心理学上所讲的作为意志品质的自制力不是等同概念。自制力是控 制自己的情感、爱好和冲动的能力，在道德体系中，自制力是可贵的品质。有自制力的人 都具有控制能力，但有控制能力的人不一定有自制力。许多人是在有控制能力的情况下 因缺乏自制力而实施了犯罪行为，故不可将控制能力与自制力相混淆。

一般认为,辨认能力是控制能力的基础与前提，没有辨认能力就谈不上有控制能力。 控制能力则反映人的辨认能力，有控制能力就表明行为人具有辨认能力。但有辨认能力 的人可能由于精神病而丧失控制能力，刑法认为这种情况不具有实施犯罪的能力。换言 之,刑法要求行为人同时具备辨认能力与控制能力，只具有其中一种能力的，属于没有责 任能力。

（二） 责任能力的地位

责任能力是责任的要素，还是责任的前提，这是国外刑法理论争论的问题。

将责任能力作为责任前提的观点认为，责任能力是被作为责任前提的主体的适格性进 行规定的，因此，责任能力应与其他责任要素相区别，必须先对责任能力进行判断，所以说是 责任的前提。如果是无责任能力者，则并不判断有无故意过失，便认定为无罪。但这一观点 存在疑问。因为责任能力在程度上存在差别（如存在因精神病而导致责任能力减弱的情 形），这种差别对行为的非难可能性程度产生影响，故责任能力并不单纯是责任的前提。〔叫

〔**m**〕应当注意的是.责任能力程度的差别只能分为两种情形:通常的责任能力与减弱的责任能力，不存在加强的 责任能力因此.不存在因为责任能力加强而导致非难可能性加重的情形。

第六章责任**303**

将责任能力作为责任要素的现点认为，责任能力虽是作为非难可能性前提的人格的 适格性，但责任能力同时是能否辨认各个行为的是非善恶以及依据这种辨认实施行为的 问题，所以，责任能力并不只是非难的前提，而且是对行为的意思形成的非难性本身。这 并不意味着无责任能力与无违法性认识的可能性相混同，因为无责任能力是欠缺辨认控 制能力所致，而无违法性认■识的可能性则是由于其他原因所致。据此，无责任能力也可谓 责任阻却事由。这是本书的立场**D**

（三）责任能力的性质

旧派认为，责任能力的本质是有责行为能力、意思能力或犯罪能力。责任能力问题实 质上是意志自由的问题。人在具有从善去恶的意志自由的前提下，不决意从善，却决意从 恶，因而应负责任。但并不是任何人都具有意志自由，具有意志自由的先决条件是，行为 人能够认识其行为的价值或行为的是非善恶;具有这种认识能力的人，才产生对自己行为 的责任，法律才认为其具有责任能力。所以，责任能力是辨别是非善恶的能力，或者说是 意思能力。又由于具有这种能力的人,才能实施犯罪，故责任能力是犯罪能力；无责任能 力，则是无犯罪能力**D**

新派认为，责任能力是刑罚适应能力。行为人并不能自由地决定自己的意志，犯罪是 人的素质与环境的产物。刑法的机能是针对犯罪人将来再犯罪的可能性即性格的危险 性，对社会进行防卫。旧派所谓的有能力之人与无能力之人，就其行为对社会应负的责任 而言，在实质上并没有区别；只是法律因对象不同而采取不同的处罚方法，都是为了防卫 社会。对于具有通常能力的人科处通常的刑罚，便足以实现刑罚的目的；对于精神异常的 人或年幼者，因其不能适应刑罚而采取其他办法，并不是因为他们不应负责任。所以，责 任能力是刑罚适应能力，即是被科处刑罚的一种资格。

我国有一种观点认为，责任能力是犯罪能力与刑罚适应能力的统一。〔123本书采取犯 罪能力说。因为根据我国刑法的规定，责任能力，是指对“自己行为”的辨认控制能力，这 应是指犯罪行为能力；在行为时具有犯罪能力，当然也就表明行为人有承担责任的能力。 但在认定行为人是否具备责任能力时，司法机关所要考虑的就是行为人对所实施的特定 行为有无辨认控制能力，并不是直接考虑他有无刑罚适应能力，故应认为责任能力就是犯 罪能力。如果说责任能力是犯罪能力与刑罚适应能力的统一，则意味着在认定犯罪时，还 必须考察行为人在行为时能否认识刑罚的意义、能否承受刑罚处罚，但似乎没有这种必 要。主张责任能力是犯罪能力与刑罚适应能力的统一的观点，也不能说明具有责任能力 的人在实施犯罪行为后立即丧失责任能力（丧失刑罚适应能力）的是否成立犯罪的问题， 难以回答没有责任能力的人的行为是不构成犯罪、还是仅仅不受刑罚处罚的问题。诚然， 犯罪是适合科处刑罚的行为，责任能力可谓科处刑罚的前提条件，在此意义上说，责任能 力与刑罚适应能力具有内在的关联=例如，刑法规定未满14周岁的人无责任能力是一种 不能反证的推定，但这并不意味着13周岁的人一律缺乏辨别是非善恶的能力，换言之，13 周岁的人也可能具有责任能力。这意味着即使有犯罪能力也不一定成立犯罪，似乎可以 得出责任能力不只是犯罪能力因而也是刑罚适应能力的结论。但本书认为，具有辨认控 制能力但仅有13周岁的人，确实是有责任能力的人,刑法之所以不处罚他们是基于刑事

〔**122**〕参见赵秉志:《犯罪主体论》，中国人民大学出版社1989年版，第26页。

**304**刑法学（第五版）

政策的理由，而不是一律否定其责任能力。所以，责任能力是犯罪能力的结论依然可以得 到维持。

二、责任能力的判断

（一） 责任能力的判断概述

责任能力与法定年龄是既统一又矛盾的关系，有的人虽然达到了法定年龄但由于患 精神病而没有辨认控制能力，这就需要在法定年龄之外就精神病的责任能力做出特别规 定。换言之，由于达到了法定年龄的人通常具有责任能力，故刑法仅从消极角度规定责任 能力，即除因精神病而导致没有责任能力的以外，其他达到法定年龄的人都是具有责任能 力的人。于是，在通常情况下，对于达到法定年龄的人，司法机关无须举证证明其具有责 任能力；只是在行为人患有精神病吋，才需判断其是否因为精神病而无责任能力。基于同 样的理由，如果行为人没有达到法定年龄，便可直接否认其行为构成犯罪，不必判断其有 无辨认控制能力。在此意义上说，对于责任能力的判断以行为人达到法定年龄为前提。

需要注意的是，有精神病并不等于无责任能力。精神病的种类很多，既可能导致行为 人无责任能力，也可能仅导致责任能力减弱，还可能对责任能力没有影响。

（二） 责任能力的判断标准

责任能力的判断，实际上是无责任能力的判断。对于无责任能力的判断，在整个世界 范围内都还没有找到令人满意的方法与标准。现在，多数国家刑法与司法实践采取的做 法是，由于精祌障碍而导致没有辨认是非善恶的能力，没有依据辨认能力控制行动的能力 时,就是没有责任能力。这种做法以精神障碍的要素、辨认是非的能力及据此控制行为的 能力为核心。在刑法上只规定精神障碍要素的方法称为生物学的方法；只规定辨认控制 能力的方法称为心理学的方法;将二者相结合的方法称为混合的方法，即先确定影响责任 能力的生理原因，再标明由此原因所致的影响责任能力的心理状态。我国刑法第18条采 取的是混合的方法:“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果， 经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任”。如上所述，由于精神病的种类繁多，一些精神 病并不导致行为人丧失辨认控制能力，如果单纯采取生物学的方法，则会导致一些具有辨 认控制能力的人可以随意实施符合构成要件的不法行为而不承担责任;反之，如果单纯采 取心理学的方法，则会因为缺乏明确标准，导致对冲动犯罪、激情犯罪等不能追究责任。

根据刑法第18条第1款的规定，对责任能力要经过法定程序进行医学与法学判断： 首先判断行为人是否患有精神病，其次判断行为人是否因为患有精神病而不能辨认或者 不能控制自己的行为。前者由精神病医学专家鉴定，鉴定结论应说明行为人是否具有精 神病以及精神病种类与程度轻重。后者由司法人员判断，但他们不应当否认精神病医学 专家对有无精神病以及精神病的种类、程度所做出的结论（如果司法人员对原鉴定结论 有合理怀疑，可以按照刑事诉讼法的规定，再次送请鉴定），只能在精神病医学专家的鉴 定基础上进一步判断行为人是否具有辨认与控制自己行为的能力。如果精神病医学专家 的鉴定结论是行为人没有患精神病，司法人员就必须肯定行为人具有责任能力;如果精神 病医学专家的鉴定结论是行为人患有精神病，司法人员则应在此基础上进一步判断行为 人是否具有责任能力。只有这样，才是坚持了医学标准与法学标准的统一，才能正确判断 行为人是否具有辨认控制能力。

可是，我国司法实践上的通常做法是，完全由精神病专家鉴定行为人是否具有责任能

第六章责任**305**

力，即精神病鉴定专家直接得出有无责任能力的结论，检察官与法官不再作任何判断，完 全采纳精神病专家的鉴定结论。其结局是，要么由精神病鉴定专家同时进行了医学与法 学的判断，要么仅由精神病鉴定专家进行医学判断而没有法学判断。显然，这种做法严重 违反了刑法第18条的规定，需要改正。

（三）责任能力判断的注意事项

哪些疾病属于精神病是根据精神病医学认定的。司法人员在判断精神病人有无责任 能力时，除了以精神病医学专家的鉴定结论为基础外，还应注意以下几点：

1. 要审查精神病的种类以及程度轻重，因为精神病的种类与程度轻重对判断精神病 人是否具有责任能力具有极为重要的意义。
2. 要在精神病人的左邻右舍调查其言行与精神状况，如果有足够证据表明该精神病 人平时不能正确认识自己行为的性质、社会意义与结果，不能有意识地选择和控制自己的 行为，则能作为精神病人没有责任能力的有力证据。
3. 要进一步判断精神病人所实施的行为与其精神病之间有无直接联系。因为精神病 人的精神结构不一定完全错乱，它可能在某些方面是正常的。所以，要判断精神病人实施 构成要件行为是否起因于精神病。如果精神病人所实施的行为与其精神病没有直接联 系，就不能认为他没有责任能力。只有当他所实施的行为起因于精神病时，才可能认定他 没有责任能力。所以，责任能力是就行为人已经实施的符合构成要件的特定行为而言，并 非就一般行为而言。这里特别要注意对部分责任能力的判断。部分责任能力，是指行为 人由于精神障碍对某一类犯罪没有责任能力，但对其他犯罪具有责任能力的情形。这里 的“某一类犯罪”不是指严重犯罪，而是与其精神障碍有联系的某一类犯罪。例如，具有 好诉妄想的偏执狂患者，对诬告陷害罪没有责任能力，但对与好诉妄想无关的犯罪，则具 有责任能力。又如，癔病患者因某种刺激产生异常的环境反应时，对由这种反应所表现出 来的侮辱、伤害等行为没有责任能力，但对与此无关的其他犯罪则具有责任能力。所以， 一方面，不能因为精神病人对某些犯罪具有责任能力，就认定其对所有犯罪都具有责任能 力；另一方面，也不能因为精神病人对某种犯罪没有责任能力，就认定其对一切犯罪都没 有责任能力。
4. 行为人虽然患有某种精神病，但如果该精神病对其辨认与控制能力没有任何影响， 就属于有完全责任能力的人，该精神病不能成为责任阻却事由。值得注意的是间歇性精 神病人的责任能力判断问题。刑法第18条第2款规定：“间歇性的精神病人在精神正常 的时候犯罪，应当负刑事责任。”据此，间歇性精神病人实施行为的时候，如果精神正常、 具有责任能力，当然应对自己的行为承担责任；即使实施行为后精神不正常，也应承担责 任。反之，如果实施行为的时候精神不正常、不具有责任能力，便阻却责任，该行为不成立 犯罪；即使实施行为后精神正常，也不应承担责任。由此可见，间歇性精神病人的行为是 否成立犯罪，应以其实施行为时精神是否正常、是否具有责任能力为标准，而不是以侦查、 起诉、审判时精神是否正常为标准。对间歇性精神病人的责任能力的判断方法仍然是，首 先由司法精神病鉴定人员鉴定其有无精神病以及精神病是否具有间歇性等，其次由司法 人员判断其实施行为时精神是否正常。此外，间歇性精神病人在尚未完全丧失辨认控制 能力时犯罪的，应当承担责任。

问题是，间歇性精神病人在精神正常的情况下决定并着手实行犯罪，在实行过程中精

**306**刑法学（第五版）

神病发作丧失责任能力的，应当如何处理？德国曾发生如下案件:被告人起先用铁锤殴打 被害人但没有致人死亡，由此陷人无责任能力状态，在无责任能力状态下继续实施殴打行 为导致被害人死亡。对此问题，国外学者提出了三个解决途径：（1 ）适用后述原因自由行 为的法理。因为行为人在实施与结果有直接因果关系的行为时已经没有责任能力，所以 与原因自由行为的事例相同。但是，实行中途丧失责任能力不同于原因自由行为，不应当 适用原因自由行为的法理。（2）将具有责任能力时的实行行为与陷入无责任能力后的实 行行为作为“一体”或“一个”行为来考虑，从而肯定行为人对陷人无责任能力时的引起结 果发生的行为也具有责任能力。可是，为什么将二者作为“一体”或者"一个”行为来考 虑，还缺乏充分理由；而且如何判断一体性、一个行为，也是不明确的。（3）作为因果关系 的错误（或客观归责）问题来解决。即在陷人无责任能力状态前，就已经存在犯罪的未 遂。对行为人是否适用既遂的刑罚，就取决于无责任能力状态的出现，是否表现为因果关 系的非重大偏离。如果因果关系的偏离重大,行为人便不承担既遂责任。但一般来说，在 上述场合，因果关系的偏离并不重大，行为人应负既遂的责任。〔123〕本书认为，可以将上述 第二、三种途径结合起来考虑。首先，可以肯定的是，行为人在精神正常的情况下实行终 了时，即便在结果发生阶段精神不正常（无责任能力），也应当承担既遂犯的责任。例如， 甲以杀人故意将有毒饮料交给乙后突发精神病，丧失责任能力，乙喝了毒药后死亡，应认 定甲的行为成立故意杀人既遂。其次，虽然实行行为尚未终了，行为人在实施后半部分行 为时精神不正常，但只要开始实施实行行为时具有责任能力，并且对全部实行行为及其结 果具有故意、过失，丧失责任能力后所实现的是同一构成要件，而且结果应当归属于行为 人的行为，即使结果是在其丧失责任能力的情况下发生，行为人也应负既遂责任，而不宜 认定为犯罪未遂。例如，A以抢劫故意对B实施暴力压制其反抗后丧失责任能力，仍然 强取B的财物的，成立抢劫既遂。但是，如果开始实施实行行为时具有责任能力与故意、 过失，然后丧失责任能力，在无责任能力阶段实现的是另一构成要件行为，由后一行为导 致结果发生的，则行为人仅对前行为承担未遂犯的责任（当然，如果前行为已经既遂，行 为人当然承担既遂犯的责任）。例如，甲以强奸故意对妇女实施暴力，随后丧失责任能力 强取妇女财物的，只能认定为强奸未遂。

三、醉酒人的责任能力与原因自由行为

（一）醉酒人的责任能力

醉酒是酒精中毒的俗称,分为生理性醉酒与病理性醉酒两种情况。

生理性醉酒即普通醉酒不是精神病，其引起的精神障碍属于非精神病性精神障碍。 刑法理论一般认为，生理性醉酒的行为人具有责任能力，故对其实施的犯罪行为应当承担 责任；即使其责任有所减弱，但由于醉酒由行为人自己造成，也不得从轻或者减轻处罚 （其中具有刑事政策的理由）。刑法第18条第4款规定的“醉酒的人犯罪，应当负刑事责 任”，当然意味着生理性醉酒的人应当负刑事责任。

病理性醉酒则属于精神病状态，多见于通常并不饮酒或对酒精无耐受性，或并存感 染、过度疲劳、脑外伤、癫痫症者，在偶然一次饮酒后发生。病理性醉酒人的行为紊乱、记 忆缺失、出现意识障碍，并伴有幻觉、错觉、妄想等精神病症状，且其行为通常具有攻击性。

〔**123**〕参见张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第211页以下。

第六章责任**307**

一般认为，病理性醉酒属于精神病，醉酒人完全丧失责任能力。既然如此，在行为人没有 意识到的首次病理性醉酒导致结果发生时，不能认定为犯罪。但行为人在得知了自己有 病理性醉酒的历史，预见到自己饮酒后会实施攻击行为，造成结果的情况下，故意饮酒造 成结果，或者由于饮酒过失导致结果发生的，则应当承担责任。这属于原因自由行为的一 种情形。应当认为,刑法第18条第4款的规定，也能包含这种情形。

（二）原因自由行为概述

原因自由行为（actio libera in cause），是指具有责任能力的行为人，故意或者过失使 自己一时陷入丧失或者尚未完全丧失（刑法第18条第3款）责任能力的状态，并在该状 态下实施了符合构成要件的违法行为。使自己陷人丧失或者尚未完全丧失责任能力状态 的行为，称为原因行为;在该状态下实施的构成要件行为，称为结果行为。由于行为人可 以自由决定自己是否陷入上述状态，故称为原因自由行为。例如，明知自己有病理性醉酒 史，饮酒后会实施暴力行为，造成他人伤亡结果，却故意饮酒，随即实施暴力行为造成伤亡 结果的，即属原因自由行为。由上述定义可知，广义的原因自由行为分为四种情况：故 意陷人丧失责任能力状态、过失陷人丧失责任能力状态、故意陷入尚未完全丧失责任能力 的状态、过失陷人尚未完全丧失责任能力的状态。下面着重讨论前两种情况。

根据责任主义，责任能力必须存在于行为时，行为人只对在具有责任能力的状态下所 实施的行为及其结果承担责任，不能追究其丧失责任能力状态下所实施的行为及其结果 的责任。这便是“行为与责任同时存在”的原则（简称同时存在原则）。而在贯彻这一原 则时，对原因自由行为产生了疑问：既然行为人在实施构成要件行为时，没有责任能力，怎 么能够追究其责任呢？否定说的基本理由是，实施行为时处于无责任能力状态的人，其以 前（原因行为时）的意识与行为时（结果行为时）的心理联系已经完全断绝；一个人不可能 在丧失责任能力时,按照其在正常精神状态下所作的决定实施行为；如果能够按照原来的 决定实施行为，就表明行为人在实施行为时具有责任能力，理当追究责任。因此，所谓原 因自由行为的理论本身就自相矛盾。但现在一般肯定原因自由行为的可罚性。因为原因 自由行为完全可能存在，如扳道工为了使火车与汽车相撞，在火车到来之前，故意使自己 陷入丧失责任能力状态而不放下栏杆，导致火车与汽车相撞;证人为了作伪证，在出庭作 证前服用精神药品，导致其在麻醉状态下作伪证;汽车司机在具有明显过度疲劳征兆的情 况下继续驾驶车辆，以致在睡眠状态下将车开到人行道上，导致行人死亡。既然结果行为 为不作为时应当承担责任，那么，在结果行为是作为时，就没有理由否认行为人的责任。 从一般人的法感情考虑，由于醉酒等原因一时性地使自己陷人丧失辨认控制能力的状态 时，其所实施的法益侵害行为仍然为社会所不能容忍，有追究刑事责任的必要。

〔**134**〕我国刑法理论与司法实践没有将**W**吸毒产生幻觉的情形认定为精神病对于因吸毒产生幻觉而实施构成 要件行为的，要从两个方面进行判断首先,要判断行为人**W**吸毒产生幻觉是否属于原因自由行为；其次， 在不属于原因自由行为的情况下，判断幻觉对故意、过失的影响」例如.杨某经常吸毒，而且毒瘾越来越大 某日，杨某吸毒后产生了有人来伤害自己的幻觉。为防止被攻击便找来铁棍、菜刀、木椅等,并用打火机将 盟料盆、床单和窗帘点燃。邻居见其房间冒出火烟赶来救火，却遭到杨某阻止和威胁,后警察赶到才将大火 扑灭。某法院认定杨某构成放火罪。倘若杨某吸毒时明知自己吸毒后会产生幻觉进而实施放火行为，汄定 杨某的行为构成放火罪是妥当的„但是，如若杨某没有这样的经历，吸毒后第一次产生幻觉实施上述行为 的，应当承认幻觉对故意认定的影响，即认定为过失才是合适的

**308**刑法学（第五版）

（三）原因自由行为的可罚性根据

为了说明原因自由行为的可罚性根据，刑法理论提出了各种不同主张。〔125〕

1. 间接正犯构造说

以往的通说认为，设定原因的行为具有实行行为性，这就坚持了行为与责任同时存在 的原则。即该原则中的行为，与未遂犯成立要件中的实行行为是同义的。因为责任能力 不仅包括辨认行为是非的能力，而且包括相应的控制行为的能力，实行行为本身当然是受 到这种控制所实施的行为。在原因自由行为中，行为人在实施通常的犯罪行为形态中的 定型的实行行为时，处于无责任能力的状态。因此，为了贯彻同时存在原则，只好把设定 原因的行为解释为定型的实行行为。

但是，设定原因的行为（如饮酒行为）原本没有实行行为性，在没有实行行为性的行 为中寻找实行行为，正是以往通说的弱点。针对这一点，通说用间接正犯的理论进行类 比。间接正犯是将他人作为工具予以利用，而原因自由行为是将自己的无责任能力状态 作为工具予以利用，二者虽有区别，但就介人无责任状态的人的举动以实现犯罪意图而 言，都是一种利用行为，故论理构造相同。如同间接正犯场合的利用行为是实行行为一 样,在原因自由行为场合，设定原因的行为（也是一种利用行为）当然是实行行为。

如果依据以往的通说类比间接正犯，那么利用自己的限定责任能力时，则不能适用原因 自由行为的法理。即行为人故意或过失使自己陷人限定责任能力（责任能力减弱）状态而引 起危害结果时，限定责任能力状态时的举动是实行行为,当然不能类比间接正犯的法理。

但是，上述通说受到了许多批判：（1 ）在原因自由行为的场合，通说不适当地扩大了 实行行为的范围,忽略了构成要件的定型性。如果彻底坚持这一观点，那么，打算在泥醉 中杀人的，其设定原因的饮酒行为是实行行为，即使在泥醉后没有杀人也成立杀人未遂。 这显然不合情理。（2）通说根据客观说的观点，认为开始实施定型的实行行为的时刻是 实行的着手;在原因自由行为的场合，则认为在此之前的设定原因行为的开始是着手，这 有自相矛盾之嫌。（3）即使类比间接正犯的法理，在间接正犯的场合，也不存在应当把利 用行为当做实行行为的必然性。不仅如此，当行为人过失陷人无责任能力的状态,然后实 施了符合构成要件的行为时，并不能类比间接正犯的法理。（4）如果坚持通说的观点，在 行为人为了使自己陷入无责任能力的状态以实施一定的犯罪行为而设定原因行为的场 合，如果行为人在陷人无责任能力状态之前的限定责任能力状态下实施了该犯罪行为时, 一方面，原因行为终了即成立一个实行行为；另一方面，对在限定责任能力状态下实施的 现实的犯罪行为，应作为限定责任能力者的行为予以评价，成立另一个实行行为。这是根 据通说得出的逻辑结论。但是，将基于一个犯意实施的一种行为现象，认定为两个不同的 实行行为，是不合理的。如果说在上述情况下只成立一个实行行为，即不适用原因自由行 为的法理，那么应减轻其刑，这也是不合理的。〔|26〕

1. 正犯行为说

这种观点指出，正犯与实行的“同一性”虽然是共犯论的基底，但应当承认二者的分

〔**125**〕参见［日］东京**U** 儿**7**彳〉**1<‘：**《刑法**11**总论.结果无价值版》，东京**U** -力'儿**7**彳> **K2002**年版，第**288**

页以下。

**［126**〕各国刑法一般规定对限定责任能力者的犯罪，减轻其刑。

第六章责任**309**

离，只要正犯行为时具有责任能力，即使实行行为时没有责任能力，也应认为符合行为与 责任同时存在的原则，应当追究责任。在原因自由行为的场合，原因行为是正犯行为，但 这种正犯行为还不是实行行为，只有当行为人实施结果行为时，正犯行为才具有发生结果 的具体危险，进而成为实行行为。于是，正犯行为与责任同时存在，因而既维护了行为与 责任同时存在的原则，也说明了原因自由行为的可罚性。但这种观点似乎只是将实行行 为分解为正犯行为与实行行为，容易引起概念上的混淆。类似观点认为，应当将行为与责 任同时存在中的行为，理解为与责任相关的，以实现构成要件为导向的先前行为。但是， 这种观点必然导致预备（乃至预备之前的）阶段的责任决定实行阶段的责任，明显不当。

1. 相当原因行为说

这种学说将具有责任能力的原因行为作为问责的对象，认为只要原因行为与结果行 为及结果之间具有相当因果关系和责任关联（故意、过失），就可以追究原因自由行为的 责任。其出发点是，为了追究结果的罪责，必须区别行为所必需的危险性与未遂犯成立的 危险性。实行行为的概念是作为因果设定行为的因果链条的起始点，因此成为问责对象 的行为，责任要素是实行行为时点的问题。与此相反，只有发生了具体危险时才能肯定未 遂的成立。〔127〕因此，实行的着手是实行行为的开始，但不是未遂的成立时点；实行行为只 是作为问责对象的行为，未遂是与实行行为相分离的、发生具体危险时才成立的。换言 之,实行行为可以分为“作为因果关系起点的实行行为”与“作为未遂犯的实行行为”。原 因行为是作为因果关系起点的实行行为，〔128〕因而对原因自由行为追究责任符合实行行为 与责任同时存在的原则。

1. 原因行为时支配可能性说

此说认为，原因自由行为时的实行行为是结果行为，但行为人在实施原因行为时，对 结果行为具有支配可能性，所以，应对结果行为承担责任。这虽然形式上违背实行行为与 责任同时存在的原则，但符合该原则的实质要求。因为在原因自由行为中，无责任能力时 的实行行为是有责任能力时的表象，或者通过支配可能性，在有责任能力时支配或者可能 支配是否实施实行行为。因此,在实施原因行为的时点，就能够由行为人的规范意识抵抗 实行行为（结果行为）。这一学说实际上是追究原因行为的责任，但原因行为不是符合构 成要件的行为。

1. 意思决定行为时责任说

这种学说认为，行为开始时的最终的意思决定，贯穿于至结果发生的行为整体，因此， 只要在最终的意思决定时具有责任能力，即使于现实的实行行为即结果行为时丧失责任 能力，也不妨认为有责任能力而追究责任。其基本理由是，在规范的责任论中，责任判断 是从意思决定规范的立场对意思决定进行的非难。故责任能力必须存在于作出实施行为 的意思决定之时。刑法上的行为是特定意思的实现过程，一个特定意思贯穿于一个行为。 由此可以得出以下结论：（1）对行为的责任能力，只要存在于对该行为的最终意思决定之 时即可；（2）责任能力不必存在于违法行为本身的开始时，而是只要存在于包含违法行为 的整体行为的开始时即可；（3）在有责任能力的状态下，预见会在无责任能力状态下实施

〔**127**〕因此，并不是只要实施了实行行为就成立未遂；只有实施了实行行为且发生了具体危险，才成立未遂。 （128）但不是未遂犯，所以克服了前述间接正犯的构造说的缺陷。

**310**刑法学（第五版）

一定的行为时，只要这种预见在通常人看来并非不合理，就是可能实现的。这一学说对同 时存在原则进行了修正,认为只要在事前有控制能力即可。但事前的控制并不能掩盖行 为时无责任能力的事实。

1. 例外说

此说认为，原因行为不是实行行为，但与结果行为具有密切关联，原因行为是责任非 难的根据。换言之，责任非难的根据不在于无责任能力状态下实现构成要件的行为，而在 于行为人有责地实施原因行为。处罚原因自由行为虽然不符合实行行为与责任同时存在 的原则，但该原则不必严格适用于原因自由行为，即原因自由行为是同时存在原则的例 外。即使例外说具有实质理由,〔|29〕也缺乏法律根据。

1. 本书的立场

上述前三种学说将原因行为作为处罚对象，因而维护了行为与责任同时存在的原则， 后三种学说将结果行为作为处罚对象，因而多多少少违背或者否认了行为与责任同时存 在的原则。本书的初步看法是，责任能力、故意、过失与行为同时存在的原则必须得到维 护，不能为了说明原因自由行为的可罚性而承认该原则有例外。因为如果承认该原则的 例外，则往往会因为例外的理由与范围不确定而导致在其他场合也承认例外，从而违反责 任主义。此外，如果承认有例外，就必须有法律的特别规定，但我国并无特别规定。〔130〕在 本朽看来，对于同时存在原则中的“行为”则不宜狭义地理解为着手后的行为，而宜理解 为与结果的发生具有因果关系的行为。因为在故意犯罪的场合，行为人都会利用因果关 系造成法益侵害结果;在过失犯的场合，则是行为符合因果法则地造成法益侵害结果。至 于结果能否归属于行为人的行为，则是法官进行规范评价形成的结论，而不是由行为人决 定。所以，只要行为人开始实施与结果的发生具有因果关系的行为时具有责任，就能够对 之进行谴责。在行为人起先没有实施暴行等结果行为的意思，但由于饮酒等原因行为而 产生了该意思时（非连续型），由于如果没有原因行为就没有结果行为，故可以肯定原因 行为与结果之间存在因果关系。在行为人事先就有实施结果行为的意思，出于鼓起勇气 等动机而饮酒导致丧失责任能力，进而在该状态下实施了结果行为时（连续型），也可以 肯定原因行为与结果之间的因果关系。既然行为人在实施与结果的发生具有因果关系的 行为时具有责任能力，而且具有故意或者过失，就具有非难可能性。〔131〕

需要注意的是，在故意的原因自由行为的场合，要使行为人对结果承担责任，要求其 结果行为实现了故意内容。例如，甲想杀A而使自己陷人无责任能力状态，在无责任能 力状态下实施了杀害A的行为，导致A死亡。在这种情况下，甲应对A的死亡承担故意 杀人既遂的责任。再如，乙想以暴力抢劫B的财物而使自己陷人无责任能力状态，但其

〔**129**〕因为例外说“符合一普遍通行的基本原理:若自己必须为某事负责，那么，他就不能再援引这个前提来为自 己开脱”（［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第222 页）。

（130］如果认为我国刑法第18条第4款的规定为例外说提供了法律根据，似乎也可以采取例外说:.但是，即便如 此，也只能解决部分问题而不能解决全部问题。例如，当原因行为为吸毒行为时，便不可能引用刑法第18条 第4款的规定。

〔**1**川从立法论上来看，由刑法条文肯定例外说，似乎可以解决一切问题；但是，责任主义源于人的尊严，宪法保 护人的尊严不受侵犯，因而可以说责任主义是宪法原则。既然如此，刑法就不得设置违反宪法原则的例外 规定。

第六章责任**311**

结果行为却是强奸行为」不管乙在实施暴力行为时是否具有责任能力，但如果实施奸淫 为吋没有责任能力，对乙只能认定为抢劫未遂。乂如，丙想以造成c重伤的手段实施

抢劫行为，进而使自己陷人无责任能力状态，不管丙后来在实施暴力行为时是否具有责任 能力，如果丙造成C重伤，就成立故意伤害罪与抢劫未遂的想象竞合;倘若暴力行为没有 造成伤害，丙仅承担抢劫未遂的责任。需要说明的是，原因自由行为的认识错误发生在同 一构成要件内的，不影响犯罪既遂的认定。例如，A意欲强奸X而故意使自己陷人无责 任能力状态，但在陷人无责任能力状态后强奸了 Y。如果说A的行为属于对象错误，那 么，成立强奸既遂；如果说属于方法错误，根据法定符合说也成立强奸既遂（根据具体符 合说成立强奸未遂）。

此外，根据原因自由行为的法理，对于故意或过失导致自己陷入限定责任能力状态进 而实施犯罪的，应当追究责任，而且不能适用从轻或者减轻处罚的规定。

四、 责任能力的程度

责任能力可能因精神病或生理缺陷而减弱。

行为人因精神病而使责任能力减弱，但又尚未完全丧失责任能力的情形，在刑法理论 上称为限定责任能力。刑法第18条第3款规定:“尚未完全丧失辨认或者控制自己行为 能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。”首先，精神病的 种类很多，不可认为精神病人都没有责任能力，因此，虽然患有精神病，但如果尚未完全丧 失辨认控制能力，就表明还具有一定的自由意志，在其行为符合犯罪构成的情况下，应当 承担刑事责任。其次，“尚未完全丧失辨认或者控制自己行为的能力”，表明行为人对自 己实施的行为具有一定的辨认控制能力，只是由于精神病而有所减弱而已。如果虽然患 有精神病，但对其实施的行为具有与正常人相同的辨认控制能力，或者完全不具有辨认控 制能力，则不能适用刑法第18条第3款的规定。最后，对于责任能力减弱的精神病人犯 罪的，只是“可以”从轻或者减轻处罚，而不是"应当”从轻或者减轻处罚。因此，如果所实 施的犯罪与辨认控制能力减弱具有直接联系，就得从轻或者减轻处罚；如果没有联系，则 可以不从轻或者减轻处罚。

行为人因为生理缺陷，丧失听力和语言表达能力以及丧失视力的情形，也可谓责任能 力的减弱。一方面，这些生理缺陷会导致行为人的辨认能力降低；另一方面，这些生理缺 陷导致行为人受教育的机会减少，进而会间接导致行为人的控制能力下降。如前所述，只 有W为精神病而导致丧失辨认和控制能力的，才没有责任能力，故丧失上述生理机能的， 仍然具有责任能力。但是,上述生理机能的丧失，也会对责任能力产生影响，即导致责任 能力减弱。所以，刑法第19条规定：“又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免 除处罚。”据此，又聋又哑的人或者盲人，由于生理机能丧失导致对具体犯罪行为的辨认 控制能力有影响时，得从轻、减轻或者免除处罚；如果没有影响，则可以不从轻、减轻或者 免除处罚。又聋又哑，一般应是先天性的又聋又哑，至少是自幼聋哑;盲人，应是指双目失 明的人。因为先天性聋哑、自幼聋哑与双目失明，才限制其自幼接受教育与参加社会活动 的机会，使得其责任能力低于一般人，故对其犯罪可以从轻、减轻或者免除处罚。

五、 责任能力与法定年龄

（一）法定年龄的概念

法定年龄（责任年龄），是指刑法所规定的，行为人实施刑法禁止的犯罪行为所必须

**312**刑法学（第五版）

达到的年龄。如果没有达到法定年龄，其实施的行为就不可能成立犯罪，故法定年龄可谓 犯罪年龄。

任何成年人，只要没有精神病，就认定其具有责任能力（不可反证）。但人的责任能 力并非与生俱来，而是随着身心发育、通过接受教育和参加社会实践逐渐增长，这是一个 很长的过程。所以，刑法主要规定法定年龄的起点，刑法理论主要研究从无责任能力到有 责任能力的过渡阶段。

显然，对法定年龄的确定不可随心所欲，而应以本国公民在通常情况下达到多大年龄 时具有责任能力为标准。要确定这一点，就必须考虑很多因素。例如，要考虑本国儿童的 身心发育状况,而儿童的身心发育状况与本国的地理、气候条件密切相关。再如，要考虑 儿童接受教育的情况，而儿童接受教育的情况与本国的文化教育发展水平、儿童教育的实 施条件密切联系。又如，要考虑对儿童越轨行为的政策，而这与本国的政治体制、经济发 展水平等具有密切关系。

（二）法定年龄的规定

我国刑法基于我国的政治、经济、文化的发展水平、少年儿童接受教育的条件，依据我 国的地理、气候条件，根据国家对少年儿童的政策，对法定年龄作了如下规定：

1 .不满14周岁的人不承担责任（绝对无责任时期或完全无责任时期）。换言之，对 不满14周岁的人所实施的符合构成要件的不法行为，不以犯罪论处。〔132〕这是对刑法第 17条的规定进行解释得出的当然结论。之所以如此规定，一方面是因为不满14周岁的 人，还处于幼年时期，身心发育不成熟，一般来说，他们对自己行为的内容、社会意义与结 果，还缺乏明确的认识，又很难控制自己的行为。另一方面是基于刑事政策的理由。刑法 的这一规定具有严格性与绝对性，司法机关必须遵守。即使差一天乃至一小时,也不能突 破刑法的规定，不允许以行为人发育早熟、具有责任能力为由，将不满14周岁的人的行为 以犯罪论处。

2.“已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强 奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。"这是刑法第17条第2款的 明文规定。这一时期为相对负责任时期。刑法之所以这样规定，是基于以下理由：（1）已 满14周岁不满16周岁的人，对严重犯罪行为已具有辨认控制能力，所以已满M周岁不 满16周岁的人，实施刑法所列举的上述犯罪行为的，应当承担责任。已满14周岁不满16 周岁的人实施此外的行为的，不成立犯罪。这一规定既有辨认控制能力程度的根据，也有 刑事政策的理由。（2）刑法列举上述几种犯罪，除考虑犯罪的严重性外，还考虑了犯罪的 常发性，即已满14周岁不满16周岁的人通常实施的严重行为的范围。事实上还有许多 犯罪的严重性并不轻于上述几种犯罪，但由于已满14周岁不满16周岁的人往往难以甚 至不能实施，故刑法未作规定。（3）刑法对已满M周岁不满16周岁的人承担责任的范 围，不作概括性规定而予以明确具体规定，既是罪刑法定原则的明确性要求，又有利于更 有效、更准确地处罚严重危害社会的犯罪，减少司法实践中的分歧，还充分体现了国家对

〔|却请注意，在这种情况下，并不是说，行为人的行为成立犯罪，只是因为其没有达到法定年龄，而不承担法律后 果;而是说，行为人的行为虽然不法（在不法层面上也可谓一种犯罪），但缺乏非难可能性所需要的年龄，故 其行为缺乏有责性，因而不成立犯罪。

第六章责任**313**

有越轨行为的未成年人重教育、轻处罚的刑事政策。

刑法的这一规定也是严格的、绝对的，不允许超出这一规定的范围追究行为人的责

任。值得注意、需要研究的是以下几点：

1. 上述规定中的“故意杀人”与“故意伤害致人重伤或者死亡”，包括刑法分则所规 定的以故意杀人罪、故意伤害罪(达到重伤程度)论处的情形。例如，已满14周岁不满16 周岁的人非法拘禁他人的，并不构成犯罪;但是，如果他们在非法拘禁的过程中，使用暴力 致人重伤或者死亡的，应以故意杀人、故意伤害致人重伤论处(参见刑法第238条)。
2. 上述规定中的“强奸”除了包括普通强奸外，也包括奸淫幼女行为。因为根据刑 法第236条的规定，对奸淫幼女的以强奸论，从重处罚。但是，在确定应否承担责任时，必 须注意案件的特殊情况。已满14周岁不满16周岁的男少年，与幼女交往密切，双方自愿 性交的，便不宜以犯罪论处。
3. 上述规定中的“抢劫”是否应限于抢劫财物的犯罪(即抢劫罪)？ 一种观点认为， 刑法第127条规定的抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质，在性质上比第263条的抢劫财物 更为严重，其违法性和社会危害性更为明显，更容易为青少年所认识，应将其包含在第17 条第2款的“抢劫”中。〔133〕这一观点具有一定的合理性，但也存在疑问：一方面，第17条 第2款并非仅考虑犯罪的严重性，还考虑犯罪的常发性，而已满14周岁不满16周岁的人 一般难以实施抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质的行为。另一方面，“抢劫”一词通常是 指抢劫财物，而不包括抢劫枪支、弹药等。尽管如此，本书仍然认为，这里的“抢劫”宜包 含抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质的行为。首先，枪支、弹药、爆炸物、危险物质事实上 也属于财物，刑法考虑到抢劫这类物品的行为更为严重，所以将其从普通抢劫罪中分离出 来予以特别规定。易言之，抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质的行为原本属于普通抢劫 罪。其次，如后所述，第17条第2款所规定的是具体犯罪行为，故将抢劫枪支、弹药、爆炸 物、危险物质的行为包含在“抢劫”之中，在用语上不存在障碍。再次，将抢劫枪支、弹药、 爆炸物、危险物质的行为包含在第17条第2款中，不会超出国民的预测可能性范围。最 后，将抢劫枪支、弹药等行为包含在第17条第2款中，有利于处理事实认识错误，避免定 罪处罚的不公正。例如，行为人以为是普通财物而实施抢劫行为，但客观上抢劫的是枪 支、弹药,对此应认定为普通抢劫罪。既然如此，行为人故意抢劫枪支、弹药的，更应承担 责任。即使认为已满14周岁不满16周岁的人仅对属于“抢劫罪”罪名的抢劫行为承担责 任，对其故意实施的抢劫枪支、弹药的行为，也可以认定为抢劫罪。
4. 上述规定中的“抢劫”是否包括刑法第269条规定的准抢劫和第267条第2款规 定的拟制性抢劫？最高人民法院的司法解释指出：“已满14周岁不满16周岁的人盗窃、 诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人 重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。”〔岡 做出这种规定的理由可能是，已满14周岁不满16周岁的人不能犯盗窃、诈骗、抢夺罪，所 以，也不能犯准抢劫罪。与此相反，最高人民检察院的准司法解释指出：“相对刑事责任 年龄的人实施了刑法第二百六十九条规定的行为的，应当依照刑法第二百六十三条的规

〔1划参见何秉松主编:《刑法教科书》(上卷)，中国法制出版社2000年版，第264页以下。

〔**134**〕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10条。

**314**刑法学（第五版）

定，以抢劫罪追究刑事责任。但对情节显著轻微，危害不大的，可根据刑法第十三条的规 定，不予追究刑事责任〔135〕本书赞成后一种解释。因为刑法第269条规定的是抢劫罪， 而刑法第17条第2款规定了已满I4周岁不满16周岁的人对抢劫负责任。况且，刑法第 269条所规定的准抢劫罪并不是身份犯，不应将其中的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”解释为完 全符合盗窃、诈骗、抢夺罪的全部要件。基于同样的理由，对于已满14周岁不满16周岁 的人携带凶器抢夺的，也应以抢劫罪论处。

（5） 上述规定中的“投毒”包括投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质。已满14 周岁不满16周岁的人故意实施放火、爆炸、投放危险物质的行为，符合刑法第1M条的构 成要件，即使没有致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，也应以犯罪论处。或 许有人认为，刑法第丨14条原本规定的是“投毒”，《刑法修正案（三）》将投毒修改为“投 放毒害性、放射性、传染病病原体等物质”，却并未修改刑法第17条，这说明已满14周岁 不满16周岁的人只对投放毒害性物质的行为承担责任，对投放放射性、传染病病原体等 物质的行为不承担责任。本书不赞成这种观点。事实上，刑法第56条也保留了“投毒” 概念。从补正解释的角度来说，可以认为《刑法修正案（三）》遗漏了对第17条与第56条 的投毒概念的修改，故应当将这两个法条中的投毒补正解释为投放毒害性、放射性、传染 病病原体等物质;从解释技巧的角度来说，对第17条与第56条中的投毒宜作扩大解释， 即投毒包括投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质。

（6） 全国人大常委会法制工作委员会2002年7月24日《关于已满十四周岁不满十六 周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》指出：“刑法第十七条第二款规定的八种犯 罪，是指具体犯罪行为而不是具体罪名。”其实，问题并不在于该款规定的8种犯罪是具体 犯罪行为还是具体罪名，因为两种不同观点所得出的结论也可能完全相同。本书的看法 是，只要已满14周岁不满16周岁的人所实施的行为，能够评价为第17*条第2*款规定的 犯罪，就应当适用该款的规定追究刑事责任。换言之，只要已满14周岁不满16周岁的人 所实施的行为包含了上述8种犯罪行为，就应以犯罪论处。例如，已满14周岁不满16周 岁的人在绑架过程中故意杀人。如果已满16周岁的人实施该行为，根据刑法第239条的 规定，应认定为绑架罪。但第17条第2款并没有规定已满14周岁不满16周岁的人对绑 架罪承担责任。于是，有人担心，对上述行为追究责任有违反罪刑法定原则之嫌。本书认 为，将已满14周岁不满16周岁的人在绑架过程中故意杀人的行为认定为故意杀人罪，并 不违反罪刑法定原则。第一，绑架过程中的故意杀人行为完全符合刑法第232条规定的 故意杀人罪的构成要件，并且具备责任要素，认定其行为构成故意杀人罪，并不缺少任何 要素，相反舍弃了过剩的绑架部分。第二，在判断已满14周岁不满16周岁的人是否承担 责任时，首先要将刑法第17条第2款规定的各种犯罪的犯罪构成作为大前提，然后将他 们实施的具体行为作为小前提，再得出是否构成犯罪的结论。当已满14周岁不满16周 岁的人单独或者共同绑架他人并故意杀害他人时，司法机关应当将故意杀人罪的犯罪构 成作为大前提，然后将这一事实作为小前提，再得出结论。这样的判断结论必然是成立故 意杀人罪，而且不违反罪刑法定原则。第三，将已满14周岁不满16周岁的人在绑架过程

**（135］**最髙人民检察院研究室2003年4月18日《关亍相对刑事责任年龄的人承担刑事责任范围有关问题的答

复》。

第六章责任**315**

中故意杀人的行为认定为故意杀人罪，可能面临着这样的问题：同样的行为，为什么已满 16周岁的人实施时认定为绑架罪，而已满14周岁不满16周岁的人实施时认定为故意杀 人罪？这是因为，年龄影响犯罪的认定，年龄既然影响犯罪的成立与否，当然也可能影响 罪名。另一方面，造成上述局面，是因为对行为的评价范围不同：即对已满16周岁的人评 价了全部行为;对已满14周岁不满16周岁的人仅评价了其中的杀人行为（刑法不允许评 价其绑架行为），故结论不完全一样。再者，认为罪名不协调是颠倒了定罪的大小前提所 致。即先按照已满16周岁的人犯罪的标准，将已满14周岁不满16周岁的人的绑架杀人 行为评价为绑架罪，然后提出罪名不协调的疑问。事实上，如果不是先评价为绑架罪，而 是将第17条第2款规定的几种犯罪的犯罪构成作为大前提，则不存在上述疑问。又如，

15周岁的人绑架他人后，对他人实施暴力过失致人死亡的，可以评价为非法拘禁使用暴 力致人死亡。根据刑法第238条第2款以及第17条第2款的规定，对15周岁的人应当 以故意杀人罪论处。基于同样的理由，已满14周岁不满16周岁的人，故意决水，造成他 人死亡，或者故意破坏交通工具、交通设施等，造成他人死亡，如果明知自己的决水、破坏 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的，应认定为故意杀人罪； 已满14周岁不满16周岁的人在拐卖妇女、儿童的过程中，强奸妇女或者奸淫幼女的,tl3« 应以强奸罪论处。概言之，对于已满14周岁不满16周岁的人所实施的包含了刑法第17 条第2款规定的罪行的,应按照刑法第17条第2款的规定确定罪名。〔137〕

（7）刑法第17条第2款所规定的已满14周岁不满16周岁的人“犯……罪”的，应当 负刑事责任，宜限于正犯（包括共同正犯与间接正犯）以及应以主犯论处的教唆犯，而不 宜包括帮助犯。该款就毒品犯罪仅规定“贩卖毒品”便说明了这一点。走私、运输、制造 毒品的行为完全可能同时是贩卖毒品的帮助行为。如果认为第17条第2款包含了帮助 犯,就意味着已满14周岁不满16周岁的人对走私、运输、制造毒品的行为也要作为贩卖 毒品的共犯承担刑事责任，但这明显不符合该款的规定。

3. “已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。”这是刑法第17条第1款的明文规定， 意指已满16周岁的人对一切犯罪承担责任（完全负责任时期）。已满16周岁的人，已接 受了较多的教育，身心发育比较成熟，对什么行为是犯罪、什么行为不是犯罪，都有比较明 确的认识，也能够控制自己是否实施犯罪行为，具有辨认控制能力，故应对一切犯罪承担 责任。

此外，刑法第17条第3款规定：“已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或 者减轻处罚。”刑法理论通常称为减轻责任时期。这样规定，一方面是因为这些人还属于 未成年人，身心发育不十分成熟，辨认控制能力比成年人要差一些，故其非难可能性低于 犯罪的成年人。另一方面，未成年人的可塑性较大，比较容易接受教育改造。所以，根据 罪刑相适应原则与刑罚目的的要求，对未成年人犯罪应当从轻或者减轻处罚。另外，我国一 直关怀青少年的成长，重视对青少年的教育，这也是对未成年人犯罪从宽处罚的政策理由。

〔**136**〕这种行为完全符合奸淫幼女类型的强奸罪的犯罪构成，当然可以评价为强奸罪。

（137）最高人民检察院研究室2003年4月18日《关于相对刑事责任年龄的人承担刑事责任范闱有关问题的答复》 指出：“相对刑事责任年龄的人实施了刑法第十七条第二款规定的行为，应当追究刑事责任的，其罪名应当 根据所触犯的刑法分则具体条文认定、对于绑架后杀害被绑架人的，其罪名应认定为绑架罪,/’但是，这种 解释有违反罪刑法定原则之嫌。因为这种解释导致定罪时评价了刑法不允许评价的部分，

**316**刑法学（第五版）

刑法第17条之一规定：“已满七十五周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚； 过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。”显然，这一规定并不是因为已满75周岁的人的责 任能力减少，而是基于人道主义与刑事政策的理由（特殊预防的必要性减少）。

（三）法定年龄的认定

1 .法定年龄的计算。根据有关司法解释，刑法所规定的年龄，是指实足年龄，刑法特 别使用“周岁”一词，旨在限定为实足年龄，而不是指虚岁。实足年龄以日计算，并且按公 历的年、月、日计算。〔138〕例如，已满14周岁，是指过了 14周岁生日，从第二天起，才是已 满14周岁。如行为人1992年4月5日出生,2006年4月6日即认为已满14周岁。〔139〕已 满16周岁、已满18周岁年龄的计算，也与此相同。［M（a

1. 法定年龄计算的基准。即法定年龄是以实施行为时为基准进行计算、还是以结果 发生时为基准进行计算？在行为与结果发生在同一天的情况下，这个问题没有意义;但在 行为与结果不发生在同一天的情况下，则直接影响责任的有无与轻重。例如，行为人在实 施行为时不满14周岁，但结果发生时已满14周岁；或者在实施行为时不满16周岁，但结 果发生时已满16周岁。对此，有一种观点认为，行为与结果是一个不可分割的整体，在这 种情况下，为了保护国家与人民利益，应以结果发生的吋间为基准进行计算。U4I］但是，犯 罪是行为，辨认控制能力是辨认与控制自己“行为”的能力，因此，辨认控制能力也必须是 “行为时”的辨认控制能力；行为与结果虽然密切联系，但二者毕竟可能分离，一般的行为 概念并不包含结果，结果概念也不包含行为。因此，法定年龄应以行为时为基准进行计 算。但是，如果行为人在发生结果时具有防止结果发生的义务，则可能根据不作为犯罪的 时间进行计算。例如，行为人在不满14周岁的时候安放了定时炸弹，而发生爆炸时，行为 人已满14周岁。如果认定构成犯罪，就应认为，行为人已满14周岁后，对自己在不满14 周岁时所安放的定时炸弹具有撤除的义务，或者说有义务防止自己的先前行为造成危害 结果。问题是，对自己没有达到法定年龄时的危险行为是否具有防止结果发生的义务？ 本书持肯定回答。因为作为义务来源的先前行为本身并非等于犯罪行为，因而不必具备 有责性。
2. 关于跨法定年龄阶段的犯罪问题。（1）行为人已满16周岁后实施了某种犯罪，并 在已满14周岁不满16周岁期间也实施过相同的行为。至于应否一并追究责任，则应具 体分析。如果在已满14周岁不满16周岁期间所实施的是刑法第17条第2款规定的特 定犯罪，则应一并追究责任；否则，只能处罚已满16周岁以后的犯罪行为。（2）行为人在 已满14周岁不满16周岁期间，实施了刑法第17条第2款规定的特定犯罪，并在未满14 周岁时也实施过相同行为，对此不能一并追究责任，只能处罚已满14周岁后实施的特定

**（138**〕参见最高人民法院2006年I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》。

**（139：**值得研究的是，1996年（闰年）2月29日出生的人，是2010年3月1日已满14周岁，还是2010年3月2日已

满14周岁+?本书倾向于后者。

〔1«〕此外，根据最高人民检察院2000年2月2!日《关于“骨龄鉴定”能否作为确定刑事责任年龄证据使用的批 复》，犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，年龄不明的，可以委托进行骨龄鉴定或其他科学鉴定，经审查，鉴定结 论能够准确确定犯罪嫌疑人实施犯罪行为时的年龄的，可以作为判断犯罪嫌疑人年龄的证据使用。如果鉴 定结论不能准确确定犯罪嫌疑人实施犯罪行为时的年龄，而且鉴定结论又表明犯罪嫌疑人年龄在刑法规定 的法定年龄上下的，应当依法慎重处理。

**［141］**参见何秉松：“关于犯罪主体的几个问题”，载《河北法学》1987年第2期。

第六章责任**317**

犯罪行为。（3）如果行为从未达到法定年龄时一直持续到达到法定年龄时的.应当对达 到责任年龄后的犯罪事实承担责任。例如，行为人在将满16周岁时开始非法拘禁他人， 并持续拘禁到已满16周岁之后，行为人应对已满16周岁后的非法拘禁承担责任。（4）就 敲诈勒索、诈骗这类犯罪而言，行为人在未达到法定年龄时实施恐吓、欺骗行为，达到法定 年龄后取得财物的，不应认定为敲诈勒索、诈骗罪（不排除成立侵占罪的可能性）。

第二款违法性认识的可能性

一、 违法性认识可能性的概念

违法性认识，是指对自己的行为违反刑法的认识，即认识到自己的行为是违法的。违 法性认识的可能性，是指行为人在实施构成要件行为时，能够认识到自己的行为是违法 的。成立犯罪是否需要违法性的认识（可能性）、违法性的认识在犯罪论上处于何种地 位，是存在争议的问题。违法性的认识问题，大多是作为违法性的错误（禁止的错误）问 题从反面展开讨论的。违法性的错误，是指没有事实错误，但不知道其行为在法律上是不 被允许的，或者错误地以为其行为被法律所允许的情形。违法性的错误可以分为两种情 形:一是可以回避的违法性的错误，在此情形下，行为人具有违法性认识的可能性;二是不 可回避的违法性的错误，于此情形下，行为人没有违法性认识的可能性。

二、 违法性认识的对象

要明确成立犯罪是否需要违法性认识（可能性），首先必须明确违法性认识的对象。 “违法性认识的对象”所讨论的是指违法性认识中的“违法性”的含义。对此，刑法理论上 存在不同学说。

第一种观点将违法性的认识理解为前法律的规范违反的认识，即只要具有“反条理 的认识”、"反社会的认识”、“道德危害性的认识”、“违反作为法规范的基础的国家、社会 的伦理规范的认识”，就具有违法性的认识。这种观点以违法一元论为根据，但导致“违 法性”的认识非常宽泛，禁止的内容不明确。违反伦理道德的认识，充其量只是违法性的 认识的手段，而不是违法性的认识本身。而且，在现代社会，社会伦理的评价具有多元化 的特点，仅以伦理为基准进行评价是危险的。所以，本书不赞成这种观点。

第二种观点将违法性的认识理解为“行为在法律上是不被允许的认识”，“行为被法 所禁止的认识”。其中的法与法律，并不限于刑法;换言之,对违反其他法律的认识，也属 于违法性的认识。这种观点也以违法一元论为根据。问题是，法律上的禁止、命令违反的 认识，是否意味着“实质的违法性的认识”？有人指出，违法性的认识是指对实质的违法 的认识,而且只要是普通人的认识即可;但单纯认识到违反伦理，则不构成违法性的认识。 也有学者将“在法律上不被允许”与“实质的违法性”并列作为违法性认识的对象。但是， 其一，认为违法性的认识包括违反民法、行政法等法律的认识，是有疑问的。换言之，只要 行为人具有违反民法的认识，就在刑法上肯定其非难可能性，并不一定合适。其二，我国 刑法中的故意是一种实质的故意，要求行为人认识到行为的社会意义与法益侵害结果。 如果将违法性的认识理解为实质的违法性的认识，那么，违法性的认识就成为故意的内 容，在故意之外讨论违法性的认识就没有必要了。

第三种观点认为，违法性的认识是对刑法的禁止规范或者评价规范违反的认识，但不

**318**刑法学（第五版）

包括刑罚可罚性、法定刑的认识。换言之，对刑罚可罚性、法定刑的认识错误，不属于法律 认识错误，不影响责任的程度。这种观点以违法相对论为前提。当行为人只能认识到自 己的行为违反民法、行政法,而不能认识到自己的行为违反刑法时，刑法就不能过问。另 一方面，虽然行为人不具有刑法禁止的认识可能性时，不能进行非难，但是，不能保护那些 期待受到较轻的处罚（法定刑的认识错误）而实施重罪的情形。所以，法定刑的错误不能 影响责任。

第四种观点将违法性的认识理解为可罚的刑法违反的认识，认为违法性的认识，不仅 包括刑法违反的认识，而且包括可能被作为具体的可罚的违法的认识这种意义上的“可 罚的刑法违反的认识”。因为刑罚具有一般预防的机能，换言之，刑罚威慑对违法行为具 有抑止机能，对于缺乏对自己行为的可罚性的认识、认识可能性的行为人加以刑法上的非 难，就是在背离刑罚抑止犯罪的目的追究刑法上的责任，因而是不妥当的。根据可罚的刑 法违反说，违法的法律效果也是违法性认识的对象,故对法定刑的认识错误也可能成为违 法性的错误。

上述第三、四种观点在司法实践上的区别意义并不大，因为在通常情况下，刑法违反 的认识与刑事可罚性的认识总是联系在一起。但是，行为人对法定刑的认识错误不应当 影响其责任。例如，根据刑法规定，对人户抢劫本应适用加重法定刑，但行为人在行为时 误以为对人户抢劫仅适用基本法定刑。根据上述第四种观点，如果行为人的认识错误不 可避免，就只能适用基本法定刑。但这种观点难以被人接受，故本书采取上述第三种 观点，即违法性的认识是对刑法的禁止规范或者评价规范违反的认识，换言之，违法性的 认识,是对形式的刑事违法性的认识。

说“违法性”是认识的对象时，并不是指只要行为人认识到“抽象的禁止”就够了，而 是要求行为人认识到作为各构成要件的具体的违法。例如，甲盗窃了博物馆里禁止出口 的珍贵文物，然后将该珍贵文物私自赠送给外国人。甲知道其行为属于盗窃，但没有也不 可能认识到其行为违反了刑法第325条关于禁止私自向外国人赠送禁止出口的珍贵文物 的规定。根据违法性认识的不可分性理论，即使甲对将珍贵文物私自赠送给外国人存在 违法性的认识错误，但由于甲能够通过认识自己的行为属于盗窃来抑制其行为，故甲也应 对非法向外国人赠送珍贵文物罪承担责任。根据违法性认识的可分性理论，行为人不是 有责地实现抽象的违法性，而是有责地实现特定的构成要件时，才能进行非难。换言之， 行为人有责地实现了此构成要件时，并不意味着他已经或者能够认识另一构成要件行为 的违法性。所以，应当承认违法性认识的可分性。据此，如果甲不可能认识到其私自将珍 贵文物赠送给外国人的行为违反刑法，就只能承担盗窃罪的责任。本书赞成违法性认识 的可分性说。

三、违法性认识（可能性）的地位

（一）国外的学说

英美法以往一直坚持不知法律不免责的原则，即故意的成立不要求行为人认识到行 为的违法性。英美刑法判例主要反映出三个理由：（1 ）这一原则是维护公共政策的必要。 公共政策的原则之一是，负有遵守法律义务的人，不得主张不知法律。（2）这一原则是维

1. 当然，对适用加重法定刑时，可以从轻处罚

第六章责任**319**

护公共利益的必要。为了维护公共利益，任何人都必须遵守法律，否则公共利益就得不到 保障。（3）这一原则是刑法得以有效实施的必要。如果否认这一原则，则意味着检察机 关必须证明行为人是否不知法律，这不利于刑法的实施。英美刑法理论也一直赞同这一 原则。理论上提出的理由是：具有辨认控制能力的人，都应当知道法律；如果不知法律是 免责事由，事实上又难以证明行为人是否知道法律，必然导致裁判无法进行；法秩序具有 客观性，当法律的客观含义与个人的信念相对立时，法律居于优先地位。正因为如此，在 相当长时间内，不知法律不免责一直是英美法系国家审判实践上的铁则。但进人20世纪 后，美国出现了承认这一原则的例外的判例。这种例外限定在基于相当理由完全不知法 律存在的场合，以及信赖有关权威机关的意见的场合;不知法律也仅限于不知行政刑罚法 规（行政刑罚）；而且，能否成为抗辩事由，还取决于法院具体的、实质的认定。在美国，之 所以有限地承认不知法律不免责存在例外，是因为社会的复杂化与行政刑罚法律的膨胀 以及行政机关的决定权的扩大;尤其是那些信赖具有权限的行政机关的意见的人，与其说 具有违反法律的意图，不如说具有遵守法律的意思，故不能因为行政机关意见的错误而将 行为人认定为犯罪人

在大陆法系国家，关于成立犯罪是否需要行为人具有违法性认识或者违法性认识的 可能性，以及故意与违法性认识的关系问题，存在不同学说。

违法性认识不要说认为，违法性的认识不是故意的要件，即使存在违法性的错误也不 阻却故意，不影响犯罪的成立。同样，违法性认识的可能性也不是责任要素。不要说的理 论根据，要么认为法是他律规范，受规范指令的人没有必要知道其违法性，要么假定国民 都必然知道违法，要么认为故意概念中已经包含了违法性认识的内容。但是，上述观点要 么是基于权威主义的法律观，要么只不过是为了处罚的方便而做出的没有根据的拟制，要 么混淆了实质的违法性与形式的违法性。换言之，完全可能发生因为不懂或者误解刑法， 甚至为了遵守刑法却触犯了刑法的现象;也可能发生认识到自己的行为会发生危害结果， 但有充分理由相信该行为并不被刑法所禁止的现象。显然，违法性认识不要说采取了过 度的必罚主义，违反责任主义。

严格故意说认为，违法性的认识是故意的要素。因此，要认定故意，就必须现实地存 在违法性的认识。根据此说，违法性的错误阻却故意。在处罚过失犯的场合，行为人对违 法性的错误存在过失时，作为过失犯处罚。但是，首先，激情犯、确信犯、常习犯等常常欠 缺违法性的认识，而刑法仍然处罚甚至加重处罚。这是严格故意说不能解释的。其次，根 据严格故意说，因过失而欠缺违法性的认识时可能阻却故意，但如果缺乏过失犯的处罚规 定就不可罚，这在刑事政策上是不合理的。最后，在行政犯中，要证明违法性的认识是困 难的，严格故意说导致行政刑法难以达到行政管理目的。

自然犯、法定犯区别说主张，就肖然犯而言，不必将违法性的认识作为故意的要素，但 法定犯要求将违法性的认识作为故意的要素。因为自然犯的反社会性不依赖于刑法所规 定的构成要件，只要行为人认识到犯罪事实而实施行为，就征表其反社会性格；与此相对， 法定犯自身并不是犯罪，将其作为犯罪是基于政策上的理由，因此，仅有犯罪事实的认识 还不够，只有知道该事实是违法的而实施行为，才能认定其反社会性格。诚然，自然犯与

［143］以上参见［日］木村光江:《主观的犯罪要累的研究》，东京大学出版会1992年版，第82页以下。

**320**刑法学（第五版）

法定犯的区分，对于判断行为人是否具有违法性的认识具有一定意义。但是，自然犯与法 定犯的区别是相对的，将违法性的认识的需要与否依存于这种不明确的区别，是不合理 的。

限制故意说认为，故意的成立不要求现实的违法性认识，但要求违法性认识的可能 性。根据此说，即使欠缺违法性的认识，但如果具有违法性的认识的可能性，就不阻却故 意；如果没有该可能性，就阻却故意。限制故意说在“可能性的认识”中，加人了“认识的 可能性”这种过失的要素。

责任说将违法性认识的可能性解释为与故意相区别的责任要素，因此，违法性的错误 与故意的成立无关,但该错误不可能回避时阻却责任;可能回避时只能减轻责任。责任说 又分为严格责任说与限制责任说，前者将正当化事由的错误（如假想防卫）理解为违法性 的错误（认为假想防卫时成立故意犯罪），后者将正当化事由的错误理解为事实错误（认 为假想防卫时成立过失犯罪或者意外事件）。

（二）我国的学说

在我国，对于违法性认识的讨论事实上限于对形式违法性认识的讨论。在是否需要 违法性认识（可能性）的问题上，主要表现为以下几种观点：第一种观点坚持不知法律不 免责的原则。〔M4〕但是，这种观点不利于保障国民的自由。第二种观点相反，认为犯罪故 意中的认识只能是违法性的认识，而不是社会危害性的认识。因为社会危害性是一个需 要价值评判的概念，要求行为人认识不合适;认识社会危害性应以违法性作为客观参照标 准;违法性的认识符合罪刑法定原则的基本精神。〔145〕根据这种观点，行为人认识到行为 的违法性却实施了行为时，成立故意犯罪;行为人实施行为时虽然没有认识到行为的违法 性,但存在认识的可能性时，就是过失犯罪;行为人没有认识也不可能认识其行为的违法 性时,不成立犯罪。〔146〕但是，这种观点可能导致对构成要件事实的认识（事实的故意）丧 失应有的独立意义。第三种观点认为，在行为的社会危害性与违法性之间，只要认识其中 之一即可。但是，这种观点同时存在上述两种观点的缺陷。第四种观点认为，认识行 为的违法性一般来说不是犯罪故意的内容，但不能绝对化。根据行为人的具体情况，如果 确实不知法律，而认为自己的行为是合法的，则不能认定为故意犯罪。〔|48〕但是，这种观点 明显自相矛盾，亦即，违法性的认识通常不是故意的内容，特殊情况下又是故意的内容。 第五种观点指出：“如果行为人认识自己的行为是社会危害性行为而有意识地实施，则不 能因为他自称不知法律，而排除故意的罪过……如果行为人确因不认识行为的违法性，从 而也不认识行为的社会危害性，则应排除犯罪的故意。”〔149〕但是，这种观点忽略了违法性 认识的可能性的地位与作用。

**[144**〕参见杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，北京大学出版社1998年第2版，第108页。

U45〕参见贾宇:“犯罪故意概念的评析与重构”，载《法学研究》1996年第4期；黎宏：《刑法总论问题思考》，中国 人民大学出版社2007年版，第251页。

〔**146**〕参见冯军:“论违法性认识”，载赵秉志主编:《刑法新探索》，群众出版社1993年版，第226页以下。

〔丨47〕参见高铭暄主编:《刑法专论》（上编〉，髙等教育出版社2002年版，第263页以下。

〔**148**〕参见高铭暄主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第127页。

〔**1**剡曾宪信、江任天、朱继良：《犯罪构成论》，武汉大学出版社1988年版，第109页。另参见高铭暄、马克昌主 编:《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2016年第7版，第108页。

第六章责任**321**

在违法性认识的地位的问题上，有的学者主张，违法性认识是故意的要素，犯罪故意 的成立以具有违法性认识为必要（严格故意说）；有的学者主张，违法性认识（可能性）不 是故意的要素，只是责任要素（责任说）。〔150〕如前所述，严格故意说存在明显缺陷。

（三）本书的立场

1. 故意犯罪的成立不要求行为人现实地认识到形式的违法性，或者说不要求行为人 现实地认识到自己的行为被刑法所禁止（以下所说违法性均指形式的违法性）。理由如 下：

（1） 当行为人认识到自己行为的内容、社会意义与危害结果，并希望或者放任这种结 果发生时，就反映出行为人积极侵犯法益的态度;并不是只有认识到违法性时，才能反映 这种态度。将这种态度认定为故意，不会扩大故意犯罪的处罚范围。另一方面，构成要件 具有故意的规制机能，形式的违法性并不是构成要件要素，当然也不可能成为故意的认识 对象。

（2） 形式违法性是法益侵犯性的法律表现，既然要求行为人认识到行为的法益侵害 结果，就没有必要还要求行为人认识到形式违法性。有学者认为，“大义灭亲”时“行为人 认为自己行为是正义行为，有益于社会，应该说行为人没有认识到社会危害性，但是，行为 人知道杀人犯法，应该说行为人认识到违法性”。〔151〕以此说明，故意的成立要求行为人认 识到形式的违法性。然而，刑法仅将具有法益侵犯性的行为规定为犯罪，既然认识到形式 的违法性，就表明认识到了实质的违法性。因为任何人都知道法律禁止的行为是侵犯法 益的行为，立法者不可能禁止对社会有利的行为。称“大义灭亲”为正义行为，只是看到 了其中的一面，但这种行为的法益侵害性质可谓有目共睹，行为人不可能没有认识到。因 此，认识到了形式的违法性时，不可能没有认识到行为的实质违法性。

（3） 如果要求故意的成立以形式违法性的认识为前提，那么，司法机关一方面根据行 为人对行为及结果的认识与意志来区分故意与过失，另一方面又要根据对形式违法性的 认识来区分故意与过失，当二者存在冲突时便难以认定责任形式。例如，甲、乙均为严重 性病患者，都明知自己卖淫的行为有传播性病的危险。根据前述故意的认识是违法性的 认识以及故意的认识包含违法性认识的观点，如果甲知道该行为违法便成立犯罪；如果乙 以为该行为不违法，但具有违法性认识的可能性，则属于过失传播性病。可是，传播性病 罪的成立以故意为必要，结局是乙的行为不成立犯罪。这可能缺乏合理性。

（4） 在特殊情况下，如果行为人由于不知法或者由于对法的误解而不能认识行为的 社会意义与危害结果，进而不成立故意时，并不是因为缺乏违法性的认识而不成立故意， 而是因为缺乏对行为的社会意义与危害结果的认识而不成立故意。例如，某种行为（如 捕杀麻雀）历来不被法律禁止，人们历来不认为该行为是危害行为、该行为的结果是危害 结果;但后来国家颁布法律宣告禁止实施该行为（将麻雀列入国家保护的鸟类）；在这种 情况下，如果行为人由于某种原因确实不知该法律，不知自己的行为是违法的，也就不可 能明知自己的行为会发生危害社会的结果，因而不具备故意的认识因素，不成立故意。

2-违法性认识的可能性，是故意与过失之外的独立的责任要素，而且是故意犯与过失

**[150]**参见陈兴良，周光权:《刑法学的现代展开》，中国人民大学出版社2006年版，第204页以下。 （15U冯军：“论违法性认识”，载赵秉志主编：《刑法新探索》，群众出版社1993年版，第263页。

**322**刑法学（第五版）

犯都必须具备的责任要素;但在具体案件中，不需要积极地证明行为人具有违法性认识的 可能性（消极的责任要素）；如果行为人缺乏违法性认识的可能性，意味着没有责任，因而 也可谓责任阻却事由。

本书借鉴限制责任说，认为违法性认识的可能性是责任要素，但不是故意的内容；实 施了符合违法构成要件的违法行为的行为人不具有违法性认识的可能性时，不能对其进 行法的非难。一方面，具有违法性汄识的可能性时，才能产生反对动机（才能产生遵从法 的动机），对行为人而言才具有他行为可能性，法律才能要求他放弃实施构成要件行为， 进而才具有非难可能性;不可能知道自己的行为被法律禁止的人，不能产生反对动机，不 能从法律上要求他放弃该行为，因而不能追究其责任。唯有如此，才能保障行为人的行动 自由。另一方面，刑法具有不完整性，且实行罪刑法定原则，侵犯法益的行为并不一定被 刑法规定为犯罪。因此，即使在行为人认识到自己的行为侵犯了某种法益（具有故意）， 但合理地相信自己的行为并不被刑法所禁止时，亦即违法性的错误不可回避时，也不具有 非难可能性。这一道理，不仅适用于故意犯，也适用于过失犯。换言之，违法性认识的可 能性，是独立于故意、过失之外的，故意犯与过失犯共同的责任要素;缺乏违法性认识的可 能性时，不阻却故意、过失，但阻却责任。

四、违法性错误的类型、判断与后果

（一） 违法性错误的类型

违法性的错误，是指行为人认识到了符合构成要件的事实，但不知道自己的行为被法 律所禁止的情形，也称为禁止的错误（行为原本被法律禁止，但行为人误以为不被法律禁 止）。违法性的错误存在以下类型：

I .直接的禁止的错误，即就禁止规范的存在有认识错误的情形。如误以为违法行为 是合法行为而实施。

1. 间接的禁止的错误，即行为人虽然认识到行为被法律所禁止，但错误地认为，在其 具体案件中存在正当化规范，因而不违法。其中又包括两种情形:一是对法秩序并不承认 的正当化规范的存在本身的错误（允许的错误）;〔152〕二是对法秩序承认的正当化规范的 界限作扩大解释的情形（允许界限的错误）。
2. 涵摄的错误（包摄的错误），即错误地解释构成要件要素，误以为自己的行为不符 合构成要件要素的情形。显然，这是一种解释的错误。涵摄的错误不是事实认识错误，并 不阻却故意。但是，涵摄的错误只是在某些场合可能成为禁止的错误。例如，向主管机关 询问后得到允许而以为其行为不符合构成要件的，就应认定为禁止的错误。
3. 有效性的错误，即行为人知道禁止规范，但误以为该规范无效的情形。

（二） 回避可能性的判断

如前所述，行为人不可能认识到行为的违法性时，或者说不可避免地产生违法性的错 误时，属于责任阻却事由。那么，以什么基准、如何判断违法性认识的“可能性”？这与缺

**[152]**例如，行为人误以为任何人都可以拘禁吸毒者，便对吸毒者实施了拘禁行为，但法律根本不承认这种正当化 事由。

〔**153**〕例如.法律允许任何公民将通缉在案的人扭送公安司法机关，但行为人误以为法律允许任何公民杀害通缉 在案的人，于是杀害了后者。这便将刑事诉讼法承认的"扭送”这一正当化规范做出了超出允许界限的扩大 理解。

第六章责任**323**

乏违法性的认识“是否不可回避”是本质相同的问题。本书认为，不能对此作过于严格的 解释,否则就会返回到“法的不知有害”的思想。因此，只要缺乏违法性的认识具有“相当 的理由”，行为人认为其行为被法律允许具有“可以接受的理由”，就阻却责任。

要认定存在违法性错误的回避可能性，必须具备以下条件：（1 ）行为人具有认识违法 性的主观能力；（2）行为人具有对其行为的法的性质进行考察的具体契机；（3）可以期待 行为人利用向其提供的认识违法性的可能性。回避可能性的判断基准，不是“一般人”， 而是具体状况下的“行为者个人的能力”。由于是责任的判断，所以，不能以平均人能否 回避为基准。即使在涉及特殊的社会领域中的专门性法律的场合，也不能采取所谓规范 化的、一般人的标准，只能采取主观的、个别化的标准。

要避免违法性的错误，就需要进行法的状况的确认。大体而言，下列三种情形提供了 对法的状况进行确认的契机：（I ）对法的状况产生了疑问时。行为人对法的状况产生疑 问，意味着对行为的违法性产生疑问，但行为人没有真正地考虑该疑问，而是轻率地相信 其行为具有合法性时，存在违法性的错误，而且该错误是可能避免的，行为人具备有责性。 在行为人对法的状况进行了咨询等情况下，并非一概具有或者不具有避免可能性。例如， 行为人遵从最高人民法院的判例产生了违法性错误时，或者在判例有分歧，行为人遵从了 上级法院的判例而产生了违法性的错误时，以及行为人信赖了主管机关的见解产生了违 法性的错误时，均应认定为不可避免的错误。行为人信赖作为私人的专家意见而产生违 法性的错误时,并非均属于不可避免的错误，因为即使是律师、法律学者等专家，也不属于 对刑罚法规的解释、运用、执行负有法律责任的司法人员，所以，如果允许信赖私人意见而 实施行为，就有害于法制度的统一性。但另一方面，完全不允许国民信赖专家的意见，也 是存在疑问的。所以，当行为人在信赖具有资格的法律家的意见时，应当进行具体的判 断，有时也能阻却责任。例如，在行为人不可能获得司法机关、主管机关的意见，只能信赖 律师、法律学者的意见时，因此而产生法律认识错误的，也应认为阻却责任。（2）知道要 在法的特别规制领域进行活动时。行为人要在法的特别规制领域从事活动时，没有努力 收集相关法律信息的，其违法性的错误原则上属于可能避免的错误，不阻却责任。例如， 从事证券业务的人员，对证券犯罪具有违法性认识的可能性。（3）知道其行为侵害基本 的个人、社会法益时。行为人认识到自己的行为侵害他人或者公共的安全时，即使具有违 法性的错误，该错误也是可能避免的,不阻却责任。例如，私自关押他人的行为人，具有违 法性认识的可能性。t1%

（三）违法性认识的法律后果

在违法性认识方面，大体存在四种情形，法律后果存在区别。

1. 行为人没有认识到自己行为的违法性,并且认为自己的行为不违法（存在违法性 的错误），也不具有违法性认识的可能性（违法性的错误不可避免）。在这种情况下，行为 人没有责任，对其行为不能以犯罪论处。
2. 行为人没有认识到自己行为的违法性，并且认为自己行为不违法（存在违法性的 错误），但具有违法性认识的可能性（违法性的错误可以避免）。在这种情况下，行为人具

〔**154**〕以上参见［日］山中敬一:《刑法总论》，成文堂2015年第3版，第710页以下。

**324**刑法学（第五版）

有责任,但非难可能性有所减少，应当从轻处罚。〔155〕在决定从轻程度时,应进一步判断违 法性的错误的回避可能性的程度。因为越是难以避免违法性错误的，非难可能性就越小。

1. 行为人没有认识到自己行为的违法性，但具有违法性认识的可能性，也没有误以为 自己的行为不违法（行为人没有思考行为的违法性）。在这种情况下，并不存在违法性的 错误，但也可以从轻处罚。
2. 行为人已经认识到自己行为的违法性。这种情形属于知法犯法或者明知故犯，显 然存在于故意犯罪，但不应作为从重处罚的酌定情节。首先，就故意的自然犯而言，知法 犯法实际上是常态。因为一般人虽然不知道具体的刑法条文，但通常知道哪些行为是刑 法所禁止的犯罪。例如，杀人犯、放火犯、强奸犯、抢劫犯、盗窃犯、诈骗犯、贿赂犯等都是 明知故犯，都是知法犯法。如果因此而从重处罚，就意味着对所有的自然犯都要从重处 罚。这显然不妥当。其次，就故意的行政犯或者法定犯而言，如果将明知故犯、知法犯法 作为增加责任刑的情节，实际上是因为行为人知法而受到较重处罚，不知法却可以受到较 轻的处罚。这显然难以被人接受。

在司法实践中，被告人及其辩护人不能以自己没有认识到违法性为由而否认犯罪的 成立（当然可以要求从轻处罚），只能以没有违法性认识的可能性为由作无罪辩解或者辩 护。如果被告人的违法性错误没有回避可能性，司法人员就必须采纳这种辩解或辩护意 见，而不能以“不知法律不免责”或者"法律认识错误不影响刑事责任”为由拒不采纳。诚 然，不能不承认的是，在信息发达的当今社会，缺乏违法性认识的可能性的情形比较少见， 但不能据此否认这种情形的存在。例如，在地方政府违反法律发布文件等情形下，行为人 不知法律而相信地方政府文件实施行为却触犯刑法的，应当以没有违法性认识的可能性 为由，不以犯罪论处。

五、违法性错误与事实错误的界限

从事实的错误到违法性的错误之间，大致存在五种情形：（1 ）自然的物理的事实的错 误，如将人误认为狗而杀害的情形。这是最明显的事实的错误，阻却杀人故意。对此没有 任何争议。（2）社会意义的错误,如不识外文的行为人本来在贩卖淫秽小说，但误以为其 贩卖的是普通小说。这种错误也属于事实的错误。但是，由于对事项的社会意义的认识， 只要有行为人所属的外行人领域的平行评价就足够了，所以，只有在对这样的平行评价存 在错误时（以为其他人都认为该文书不属于淫秽文书时），才是社会意义的错误。（3）规 范的事实的错误，是指对由民法、行政法等提供意义的事实的错误。例如，对盗窃罪的构 成要件中的“他人”这一要素，〔156〕如果不进行法的性质的理解就不可能得出正确结论。行 为人的所有物在国家机关管理之下吋，根据法律规定属于公共财物,行为人误以为是自己 的财物而取回的，究竟是事实的错误还是违法性的错误，还存在争议。（4）规范的评价的 错误，即行为人对其行为的违法评价存在错误的情形，是典型的违法性的错误。（5）法的 概念的错误（涵摄的错误）。例如，行为人将他人的笼中小鸟放出，但误以为其行为不属

〔I55〕从理论上说也可能减轻处罚，但在我国缺乏减轻处罚的法律根据（当然可能适用刑法第63条第2款的规 定）。

〔**156**〕盗窃行为只能是窃取“他人”占有的财物，而不可能窃取自己占有的财物；而“他人”的含义是由法律确定的， 并不是从一般意义上理解的。

第六章责任**325**

于“毁坏财物”。这种情形不影响毁坏财物罪的故意。再如，误以为共同占有的物不是 “他人的财物”而出卖的，也不影响盗窃罪的成立。所以，这种错误并不具有重要意义。〔157〕

关于事实的错误与违法性的错误的区分基准,理论上存在不同学说。〔|58〕应当认为， 只能根据行为人是对事实产生认识错误还是对规范的评价产生认识错误来区分二者。从 形式三段论的角度来说，如果是对小前提产生误解，就是事实认识错误;如果是对大前提 产生误解，就是法律认识错误。换言之，如果行为人的认识错误是通过对事实的认真 观察、仔细判断就可能克服的，那么，这种认识错误就是事实的错误;如果行为人的认识错 误是通过对刑法规范的进一步了解就可能克服的，那么，这种认识错误就是违法性的错 误。〔|«）〕据此，关于构成要件该当事实、违法阻却事由的前提事实的错误，是阻却故意的事 实的错误;关于规范的评价的错误与法的概念的错误，是不阻却故意的违法性（法律）的 错误。至于规范的事实的错误，则应当区分是对前提事实的认识错误，还是对规范评价的 认识错误

作为故意内容的、对客观构成要件事实的认识，不是单纯的自然事实的认识，而是必 须对事实的社会意义具有认识。社会意义的认识，不是一般性的“行为被禁止的认识” （违法性的认识），而是对具体的构成要件要素的一般的、社会的认识。据此，可以得出以 下结论:（1）即使不知道构成要件要素中记述的概念本身，但知道其要素的形状、机能、效 果、法益侵害性时，也能认定故意。例如，即使不知道“平基苯丙胺”这一名称，但知道其 形状、性质，知道它是“滥用后会形成身体的、精神的依赖，可能对个人、社会带来重大恶 害的药物”，就可以认定故意。（2）就规范的构成要件要素而言，对法律的事实本身的错 误，属于事实认识错误，对自己行为的规范评价属于法律认识错误。例如，行为人认识到 自己的所有物在国家机关管理之中，但以为可以随时擅自取回该物便擅自取回该物的，没 有事实认识错误（即具备盗窃罪的故意），但存在法律认识错误。如果行为人没有认识到 其所有物在国家机关管理之中的，则属于事实认识错误。（3）假想防卫、假想避险等对正 当化事由前提事实的认识错误，是一种事实认识错误;倘若误认为存在某种正当化事由的 法律规范（事实上不存在），或者误解了有关正当化事由的法律规范的界限，则是法律认 识错误。

值得讨论的是行政犯中与行政管理法规相关的认识错误。德国帝国法院以往采取的 标准是，行为人对刑罚法规的认识错误是法律的认识错误，不阻却故意的成立；对非刑罚 法规的认识错误属于事实的认识错误，阻却故意的成立。“根据这一理论，当其他法规范 规定了刑罚法规的具体内容时，对该其他法规范的不知一般阻却故意。例如，租税实体法 规定了课税的要件，在租税刑法规定处罚偷税的场合,不知租税实体法的规定而没有认识

**[157**〕以上参见[日]山中敬一:《刑法总论》，成文堂2015年第3版，第715页以下。

**[158**〕参见张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第253页以下„

**（159）** 以奸淫幼女为例：大前提是：奸淫不满周岁的幼女的，以强奸罪从重处罚；小前提是：甲奸淫13周岁的乙 女;结论是:对甲应以强奸罪从重处罚..倘若甲误以为乙女已满**14**周岁，则是事实认识错误;倘若甲认为只 有奸淫不满13周岁的幼女才构成强奸罪，则是法律认识错误。

**（160）** 以前注为例,\_甲要避免事实认识错误，就必须对乙女的年龄进行认真观察、仔细判断；甲要避免法律认识错 误,就必须进一步正确了解刑法的规定

**1161）**行为人可能同时存在事实认识错误与法律认识错误。例如，平误为乙是越狱逃跑的犯人，同时误认为法律 规定对越狱逃跑的犯人可以格杀勿论，于是杀害了乙

**326**刑法学（第五版）

到要交税的人，即使认识到作为课税要件的事实本身，也不能以故意犯罪处罚。”［1<2〕但是， 这种学说不能得到全面贯彻。因为刑罚法规、非刑罚法规的区别本身对故意的成立与否 并不具有意义；刑法是否将其禁止内容委任于非刑罚法规，只不过是立法技术上的问题。 例如，刑法分则中有的条文像行政法一样描述了行为内容，而有的条文仅表述为“违 反……法规”。其实，二者并没有本质区别。后者只是为了避免作冗长的表述，采取了 “空白刑法”的规定方式。显然，如果采用上述理论，就会导致明显的不公平。

一般来说，行为人对符合行政法规定的禁止事项的认识错误，属于事实认识错误；对 禁止事项的评价错误，属于法律认识错误。但是，考虑到行政犯的特点以及我国刑法关于 犯罪故意的明文规定，如果因为误解行政管理法规，导致对行为的社会意义与法益侵害结 果缺乏认识的，应认定为事实认识错误，阻却故意的成立。例如，刑法第340条规定：“违 反保护水产资源法规，在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品，情节严重 的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。"行为人事实上在禁渔期捕捞水产品，但 他记错了行政管理法规规定的禁渔期间，以为自己不是在禁渔期捕捞水产品。对此，应认 定为事实的认识错误，亦即，行为人没有犯罪的故意。反之，如果行为人对行为的社会意 义与法益侵害结果具有认识，只是误以为自己的行为并不违反行政管理法规因而不构成 犯罪，或者误以为自己的行为仅违反行政法而不被刑法所禁止的，则是法律认识错误，不 影响故意的成立。例如，行为人拒绝按照卫生防疫机构提出的卫生要求，对传染病病原体 污染的污水、污物、粪便进行消毒处理，引起了甲类传染病传播的严重危险;行为人主观上 也认识到了上述危险，但误以为自己的行为并没有违反传染病防治法的规定。对此，应认 定为法律认识错误，不阻却故意的成立。

第三款期待可能性

一、期待可能性的概念

所谓期待可能性，是指根据具体情况，有可能期待行为人不实施不法行为而实施其他 适法行为。期待可能性的理论认为，如果不能期待行为人实施其他适法行为，就不能对其 进行法的非难，因而不存在刑法上的责任。期待可能性不仅存在着有无的问题（是否阻 却责任），而且还存在程度问题（是否减轻责任）。

我国刑法理论上的期待可能性，实际上有不同含义。最为典型的是，有时在责任的基 础意义上使用期待可能性概念，此时的期待可能性实际上是他行为可能性;有时是在责任 要素的意义上使用期待可能性概念。〔|«〕显然，本款所讨论的应当是后者。

关于期待可能性在责任论中的地位，刑法理论上存在不同观点。有人认为，期待可能 性是包含在故意、过失中的要素，或者说是故意、过失的构成要素。有人主张，期待可能性 是与责任能力、故意、过失相并列的第三个责任要素。有人提出，责任能力、故意、过失是 责任的原则要素，期待可能性则是责任的例外要素，因此，缺乏期待可能性是一种责任阻 却事由。本书认为，期待可能性不是故意的构成要素，换言之，故意的成立不以具有期待

〔**162**〕［日］髙山佳奈子:《故意与违法性的意识》，有斐阁1999年版，第170贞， 〔**163**〕参见张明楷："期待可能性理论的梳理”，载《法学研究》2009年第I期，

第六章责任**327**

可能性为前提。例如，被拐卖的已婚妇女被迫与他人形成事实婚姻的，虽然缺乏期待可能 性，但不能否认其有重婚罪的故意。期待可能性虽然是独立于故意、过失之外的责任要 素，但是，由于一般人在行为时具有期待可能性，故并非在任何案件中都要积极证明；只是 在例外情况下，才需要判断行为人是否缺乏期待可能性以及期待可能性是否减少。换言 之，在具体案件中，不需要积极的判断行为人具有适法行为的期待可能性，但如果行为人 没有期待可能性则没有责任（也可谓责任阻却事由）；如果期待可能性减少则使责任减 轻。所以，本书将缺乏期待可能性作为消极的责任要素。另一方面，由于刑法条文大多将 缺乏期待可能性的行为排除在犯罪之外，〔1«〕所以，在刑法明文规定之外因缺乏期待可能 性而阻却责任的情形，并不多见。再者，期待可能性的概念比较模糊，其要件与界限并不 明确，如果将缺乏期待可能性作为一般性的责任阻却事由，会导致法的不安定性。因此， 只是在比较特殊的案件中以缺乏期待可能性为由，排除犯罪的成立。例如，行为人为配 偶、近亲属作伪证的，帮助配偶、近亲属（当事人）毁灭、伪造证据的，或者窝藏、包庇犯罪 的配偶或近亲属的，行为人原本无罪，在被司法机关错误关押后单纯脱逃的，均应认为缺 乏期待可能性，不以犯罪论处。

二、期待可能性的判断标准

所谓期待可能性的判断标准，是指判断行为人在实施符合构成要件的违法行为时是 否具有适法行为的期待可能性的标准。这是期待可能性理论中争议最大的问题。

行为人标准说主张，以行为时的具体状况下的行为人自身的能力为标准。如果在当 时的具体状况下，不能期待该行为人实施适法行为，就表明缺乏期待可能性。可是，如果 行为人本人不能实施适法行为，就不期待其实施，那么就没有法秩序可言。而且，这一学 说不能说明确信犯的责任，因为确信犯大多认为自己的行为是正当的，倘若以行为人为标 准，这些人就缺乏期待可能性，因而不能承担责任，但事实上并非如此。平均人标准人说 认为,如果对处于行为人状态下的通常人、平均人，能够期待其实施适法行为，则该行为人 也具有期待可能性;如果对处于行为人状态下的通常人、平均人，不能期待其实施适法行 为，则该行为人也不具有期待可能性。但是，此说没有考虑到对平均人能够期待而对行为 人不能期待的情况，这就不符合期待可能性理论的本意。法规范标准说或国家标准说主 张，以国家或者国家的法秩序的具体要求为标准,判断是否具有期待可能性。因为所谓期 待,是指国家或法秩序对行为人的期待，而不是行为人本人的期待，因此，是否具有期待可 能性，只能以国家或法秩序的要求为标准，而不是以被期待的行为人或平均人为标准。然 而，期待可能性的理论本来是为了针对行为人的人性弱点而给予法的救济，所以，应考虑 那些不能适应国家期待的行为人，法规范标准说则没有考虑这一点；而且究竟在什么场合 国家或法秩序期待行为人实施适法行为，是一个不明确的问题，因此，法规范标准说实际 上没有提出任何标准。

其实，上述三种学说只是把握了期待可能性判断标准的部分侧面，其对立并无重要意 义。换言之,行为人标准说,侧重于判断资料;平均人标准说，侧重于判断基准;法秩序标 准说，侧重于期待主体。因此，三者是可以并无矛盾地适用的。

〔**164**〕例如,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”，成立犯罪显然，当事人毁灭、 伪造证据的并不成立犯罪。之所以如此，是因为当事人毁灭、伪造证据的行为缺乏期待可能性。

**328**刑法学（第五版）

就行为人的身体的、心理的条件等能力而言，必须以具体的行为人为基准，而不可能 以一般人为基准，但这并不意味着，以“因为是这个行为人所以没办法”为由而阻却责任。 “平均人”也不意味着统计学意义上的平均人，而是具有行为人特性的其他多数人，是判 断行为人是否具有期待可能性的技术性概念，因为只有与他人比较，才能判断特定的行为 人是否具有期待可能性。所以，所谓行为人与平均人之间不一定有实质的差别。法秩序 标准说与个人标准说也不是对立的。因为期待可能性的判断，并不是单纯从行为人一方 的他行为可能性的观察就可以得出合理结论，而是要考虑法秩序的需要。换言之，期待可 能性的判断，是对个人与法秩序之间的紧张关系的一种判断。

结局只能是，站在法益保护的立场，根据行为人当时的身体的、心理的条件以及附随 情况，通过与具有行为人特性的其他多数人的比较，判断能否期待行为当时的行为人通过 发挥其能力而不实施违法行为。〔165〕以已婚妇女的事实重婚为例，以下情形没有期待可能 性，不应以重婚罪论处:结婚后因遭受自然灾害外流谋生，与他人形成事实婚姻的；因配偶 长期外出下落不明，造成家庭生活严重困难，又与他人形成事实婚姻的；因强迫、包办婚姻 或因婚后受虐待外逃，与他人形成事实婚姻的；已婚妇女在被拐卖后，与他人形成事实婚 姻的。但是,上述妇女又与他人前往婚姻登记机关登记结婚的，并不缺乏期待可能性。

三、期待可能性的认识错误

一般来说,狭义的期待可能性的认识错误，属于对客观的责任要素的认识错误，主要 存在两种情形。

（一）积极的错误

积极的错误，是指原本并不存在丧失期待可能性的事情，但行为人误以为存在。第一 种观点认为，积极的错误阻却故意J16®倘若认为，故意的认识内容（认识对象）包含有责 的事实，那么，这种观点便具有合理性。但是，故意是对符合构成要件的违法事实的认识 与容认，期待可能性本身并不是故意的认识内容，而是故意之外的责任要素。第二种观点 认为,对于期待可能性的积极错误，应当像禁止的错误一样处理:如果该错误不可避免，则 阻却责任。［167〕这种观点虽然提出了处理原则，但缺乏根据。第三种观点认为，如果行为 人对其陷入认识错误具有过失，便成立过失犯。〔168〕这种观点也认为，缺乏期待可能性是 责任阻却事由，但是，既然在行为人具有故意、过失与责任能力时，原则上就具有期待可能 性，那么，在确定了行为人已经具有故意或者过失后，再以期待可能性的错误影响故意与 过失的成立，显然不当。第四种观点认为，"在有关期待可能性的积极错误的场合，应当 直接就行为人的心理状态本身判断有无期待可能性。亦即，不是以对错误是否有过失、错 误是否可以避免为基准，而是应以是否存在足以否定期待可能性的心理状态为基准。因 此，在有关期待可能性的积极错误的场合，应当认为已经在规范的责任的层面上，阻却或 者减弱了责任”。〔唎但是，一概承认期待可能性的积极错误阻却或者减弱责任，会导致不 当扩大责任阻却的范围,损害刑法的安定性。第五种观点认为，期待可能性的积极错误，

〔**165**〕参见［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第270 ~271页。 〔**166］**参见［日］团藤重光:《刑法纲要总论》，创文社1990年第3版，第331页。 **U67**〕参见［日］福田平:《全订刑法总论》，有斐阁2004年第4版，第222页。 〔**168**〕参见［日］中山研一:《刑法总论》，成文堂1982年第4版，第397页。

〔**1**⑷〕［日］浅田和茂:《刑法总论》，成文堂2007年补正版，第361页3

第六章责任**329**

虽然使行为人缺乏期待可能性，但是，如果行为人发挥自己的主观能力，就可以认识到存 在期待可能性时，应认为存在期待可能性。因此，对于期待可能性的积极错误，宜在期待 可能性的判断内部予以解决J™〕本书认为，对此应当区分为两种情形考虑：

1. 当刑法因为缺乏期待可能性而不处罚，而在构成要件中所规定的是不缺乏期待可 能性的场合，积极的错误实际上是构成要件的错误，阻却故意的成立。例如，行为人甲误 将他人的犯罪证据当做自己的犯罪证据而毁灭的，应当如何处理？不可否认，毁灭自己犯 罪证据的行为，因为缺乏期待可能性，而不可能成立犯罪。在此意义上，刑法是从责任角 度将“帮助当事人毁灭”的要素纳人构成要件的。然而，一旦纳人构成要件，就应当认为 是构成要件要素而不是责任要素倘若不是如此，而是将“当事人”按照责任要素处理， 那么，由于故意的成立不需要认识到责任要素，于是，误将自己的犯罪证据当做他人的犯 罪证据而毁灭的,也因为不能肯定责任的减少，而具有可罚性。这显然违反刑法第307条 第2款的规定。既然刑法第307条将构成要件表述为“帮助当事人毁灭”证据，就意味着 要求行为人认识自己所毁灭的是他人的犯罪证据。在甲没有认识到自己毁灭的是他人的 犯罪证据，以为毁灭了自己犯罪证据的情况下，就缺乏构成要件的故意，当然不成立犯 罪。〔17|〕当然，严格地说，这种认识错误，已经不是期待可能性的认识错误，而是构成要件 的事实认识错误。
2. 期待可能性的积极错误与故意无关时，宜采取上述第五种观点，在期待可能性的判 断内部予以解决。例如，乙误认为自己的生命存在紧迫危险，误认为唯一办法是针对他人 的生命实施紧急避险，进而杀害他人。如果能够期待行为人当时不产生这种错误，那么， 就不能阻却责任，应认定其行为成立故意杀人罪。反之，如果不能期待行为人当时不产生 这种错误，就阻却责任。

（二）消极的错误

消极的错误，是指原本存在丧失期待可能性的事情，但行为人误以为不存在。例如， 行为人以为自己窝藏的是与自己没有亲属关系的犯罪人，实际上窝藏的是自己出走多年 的儿子。既然客观上存在缺乏期待可能性的事情，理当阻却责任。另一方面，由于实际上 存在缺乏期待可能性的事情,就没有对行为人进行特殊预防的必要性；又由于这种消极的 错误极为罕见，因而也缺乏一般预防的必要性，故不能进行非难。〔|72〕

〔no〕参见［日］前田稚英:《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第298页。 〔**1**川参见［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁M16年第3版，第33 ~ 34页。

〔**172**〕参见［日］浅田和茂:《刑法总论》，成文堂2007年补正版，第361页。

第七章犯罪的特殊形态

第一节犯罪的特殊形态概述

一、犯罪的特殊形态概说

刑法理论在讨论犯罪的构成要件时，都会讨论构成要件的各个要素，如行为、结果等， 而结果不仅是构成要件要素，也是犯罪既遂的标志。在此意义上说，前述讨论都是以既遂 为模式展开的。但是，刑法并不是仅处罚犯罪既遂，而是有条件地将处罚范围扩张到犯罪 预备、犯罪未遂、犯罪中止。本书将犯罪预备、犯罪未遂与犯罪中止称为犯罪的特殊形态。 这些特殊形态与既遂形态，合称为故意犯罪形态。

犯罪行为是一个过程，但并非任何犯罪行为都能顺利得以完成。有的人为了实行犯 罪而准备工具、制造条件，但由于意志以外的原因未能着手实行;有的人着手实行犯罪后， 由于意志以外的原因而未得逞;有的人在犯罪过程中，自动地放弃犯罪或者自动有效地防 止犯罪结果发生;有的人着手实行后造成了犯罪结果。于是，故意犯罪就会出现不同形 态。

犯罪的特殊形态只能出现在犯罪过程中，在犯罪过程以外出现的某种状态，不是犯罪 的特殊形态。例如，仅有犯意时并不构成犯罪，产生犯意后又打消犯意的，不是犯罪的特 殊形态。再如，盗窃他人财物并于数日后自动返还被害人的，是犯罪既遂后所实施的行 为，也不是犯罪的特殊形态（当然是量刑情节）。

犯罪的特殊形态是在犯罪过程中由于某种原因停止下来所呈现的状态，这种停止不 是暂时性的停顿，而是终局性的停止，即该犯罪行为由于某种原因不可能继续向前发展。 就同一犯罪行为而言，出现了一种犯罪形态后，不可能再出现另一种犯罪形态。例如，出 现了犯罪预备形态之后，不可能出现未遂、中止形态；出现了犯罪未遂形态后，不可能出现 中止、既遂形态。就基本犯而言，犯罪的特殊形态不是就犯罪行为的某一部分而言，而是 就已经实施的基本犯罪行为的整体而言。但就加重犯、结合犯而言，犯罪的特殊形态可能 只是就加重部分、结合部分而言。例如，虽然作为基本犯的抢劫罪既遂，但作为加重犯的 抢劫杀人可能未遂;虽然作为基本犯的绑架罪既遂，但作为结合犯的绑架杀人可能未遂。

犯罪的特殊形态，只能存在于故意犯罪中。过失犯罪不可能有预备行为；没有发生结 果时，也不会成立过失犯罪。所以，过失犯罪没有犯罪预备、未遂与中止形态。由于过失 犯罪没有未遂形态，肯定其有犯罪既遂也没有实际意义（没有必要将过失犯罪称为犯罪 既遂）；对于过失犯罪而言，只有成立与否的问题（当然，说过失犯罪只有既遂一种形态也 未尝不可）。我国的传统刑法理论认为，犯罪的特殊形态仅存在于直接故意中。因为间 接故意是放任结果发生，所以不可能为犯罪准备工具、制造条件;在没有发生结果的情况

第七章犯罪的特殊形态**331**

下，不可能认定行为人有间接故意。所以，间接故意犯罪不可能有犯罪预备、未遂与中止 形态，只有成立与否的问题。但事实上，司法实践中确实存在行为人放任结果发生，结果 却没有发生，且值得科处刑罚的情况;从规范意义上说，间接故意犯罪与直接故意犯罪没 有质的区别，没有理由仅处罚直接故意犯罪未遂,而不处罚间接故意犯罪未遂;况且，直接 故意犯罪人与间接故意犯罪人可以成立共同犯罪，既然如此，在共同犯罪未遂的情况下， 没有理由仅处罚直接故意的行为人而不处罚间接故意的行为人;至于在间接故意犯罪未 遂的情况下，有无证据证明行为人放任结果的发生，则是个案的具体判断问题，而不是否 认间接故意存在犯罪未遂与中止的理由。所以，本书认为，间接故意也存在犯罪未遂与犯 罪中止形态。一般来说，由于犯罪预备以确定的犯意为前提，故间接故意原则上没有犯罪 预备形态。

刑法理论通常将故意犯罪形态分为完成形态与未完成形态，即犯罪既遂是完成形态， 犯罪预备、未遂与中止是未完成形态。但“完成形态”与“未完成形态”的概念本身尚需进 一步澄清。“行为之全体，只算一个行为。所谓自开始至终了，不过形容行为之过程;过 程如何，并不影响行为本身之价值。故严格言之，行为之价值，于着手（开始）时即已确 定。并无所谓行为完成未完成之问题。惟因行为有发生结果者，如杀人行为，发生死亡之 结果;有未发生结果者，如杀人行为，未发生死亡之结果。若称前者为行为之完成，后者为 行为之未完成，亦未始不可。但应注意此时只系行为在事实上之效果问题，而非行为在法 律上之地位问题。而行为在事实上之效果问题，亦仅与犯罪之既遂未遂有关，与犯罪之成 立与否无关。故将未遂之犯罪，称为犯罪未完成，将既遂犯罪，称为犯罪完成，则属不正 确。”〔1〕所以，与其称为完成形态与未完成形态，不如直接称为既遂形态与未既遂形态。

二、 犯罪形态与犯罪阶段的关系

故意犯罪既存在形态，也存在阶段。故意犯罪行为是一个过程，由相互连接的预备阶 段与实行阶段组成。犯意的形成还没有进入犯罪过程，故不是犯罪阶段。着手与终了不 具有连续性的特征，故不是犯罪阶段。在某些情况下，虽然作为实行行为的身体动静已经 结束，但经过一段时间才可能发生结果，形成既遂状态,可以认为这一阶段属于实行阶段， 没有必要认为在实行阶段之后还有一个"实行后阶段”。

预备阶段与实行阶段密切相连，前者是为后者做准备的阶段，后者是前者的发展。一 般认为，处在预备阶段的行为是预备行为，处在实行阶段的行为是实行行为。犯罪形态与 犯罪阶段相互依存、相互制约。在预备阶段只能出现犯罪预备与中止形态，在实行阶段只 能出现犯罪未遂、中止与既遂形态。犯罪形态与犯罪阶段又相互区别。前者是终局性的 行为状态，后者是动态的发展过程;前者没有先后连续性，后者具有连续性;一个故意犯罪 行为不可能出现几种形态，但可能经过几个阶段。

三、 特殊形态与犯罪构成的关系

可以肯定的是，犯罪构成概念与故意犯罪形态概念所要解决的问题并不相同。犯罪 构成所要回答的问题是，行为符合哪些要件才能成立犯罪，它标明罪与非罪的界限、此罪 与彼罪的关系。犯罪的特殊形态，当然以行为符合犯罪构成为前提。显然，如果使用以既 遂为模式的犯罪构成概念，只有犯罪既遂完全符合犯罪构成，作为特殊形态的犯罪预备、

〔1〕郑健才：《刑法总则》，台北三民书局1982年修订再版，第L33页

**332**刑法学（第五版）

犯罪未遂与犯罪中止，就不完全符合犯罪构成。于是，不得不认为犯罪的特殊形态符合 “修正的犯罪构成”。如果使用成立犯罪的最低标准意义上的犯罪构成概念，那么，犯罪 的特殊形态，都完全符合犯罪构成。不言而喻，两种观点并无实质分歧，只是因为使用了 不同意义的犯罪构成概念而得出了不同结论。

我国刑法总则规定原则上处罚犯罪预备、犯罪未遂与犯罪中止，但事实上，犯罪预备、 犯罪未遂与犯罪中止的处罚具有例外性。换言之，许多犯罪的预备、未遂、中止行为的不 法与责任没有达到值得科处刑罚的程度。但是，刑法分则对于哪些犯罪应当处罚犯罪 预备、犯罪未遂与中止，又没有设立明文规定。所以，必须实质性考察各种具体故意犯 罪的特殊形态的可罚性。以犯罪未遂为例，应考察什么样的行为在未得逞的情况下， 其行为的不法与责任达到了值得科处刑罚的程度。进行这样的考察后，会发现以下三 种情况：（1）罪质严重的未遂应当以犯罪未遂论处，如故意杀人未遂、抢劫未遂、强奸未 遂等；（2）罪质一般的未遂，只有情节严重时，才能以犯罪未遂论处，如盗窃未遂、诈骗未 遂等；（3 ）罪质轻微的未遂不以犯罪论处，如非法侵人住宅未遂、侵犯通信自由未遂等。〔2〕 一般来说，其中的罪质的轻重，取决于保护法益的重要程度。至于对犯罪预备的处罚，则 极为例外。

第二节犯罪预备

一、犯罪预备的概念与特征

刑法第22条第1款规定：“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。”但这一规 定内容并不是犯罪预备形态的完整定义。应当认为，犯罪预备，是指为了实行犯罪，准备 工具、制造条件，但由于行为人意志以外的原因而未能着手实行犯罪的特殊形态。据此， 犯罪预备具有以下四个特征。

（一）主观上为了实行犯罪

成立犯罪预备，要求行为人主观上为了实行犯罪，即为了实施犯罪的实行行为，或者 说行为主观上做出了实行某种犯罪的决定。

虽然刑法条文表述为“为了犯罪”，但应理解为“为了实行犯罪”。因为预备行为是为 实行行为制造条件的，实施预备行为就是为了进一步实施实行行为。“为了犯罪”的字面 意义包括为了预备犯罪与为了实行犯罪，但为预备行为实施的“准备”行为，不能认定为 犯罪预备。例如，为了实行杀人购买毒药的行为，可能是预备行为;但为了购买毒药而打 工挣钱的行为，不是犯罪预备行为。可见，由于犯罪预备是犯罪，而为了实施犯罪预备行 为所进行的“准备”又不是犯罪预备，故应将“为了犯罪”理解为“为了实行犯罪”。

为了实行犯罪，表明行为人具有确定的犯罪故意，因为行为人只有基于确定的犯罪故 意，才能为具体犯罪的实行行为准备工具、制造条件；为了实行犯罪，表明行为人认识到预

〔2〕此时所称的“未遂”只是一般意义上的未遂，亦即，形式上表现为已经着手实行且由于意志以外的原因未得 逞，但因为缺乏可罚性，而不是真正意义上的犯罪未遂.，

第七章犯罪的特殊形态**333**

备行为为实行行为创造了便利，认识到预备行为对结果的发生起积极促进作用；为了实行 犯罪，表明行为人在该心理支配下实施的行为是犯罪预备行为，因而与犯意的形成、犯意 的表示具有本质区别。

（二） 客观上实施了犯罪预备行为

预备行为是为犯罪的实行创造便利条件，以利于发生结果的行为，这种行为是整个犯 罪行为的一部分，如果不是由于某种原因停顿下来，预备行为就会进一步发展为实行行 为，从而造成结果。所以，预备行为已经对刑法保护的法益构成了威胁。另一方面，预备 行为只是为实行行为创造便利条件，因而不可能直接造成实行行为所要造成的结果。

刑法将预备行为分为两类，即准备工具与制造条件。准备工具事实上也是为实行犯 罪制造条件的行为，只因是最常见的预备行为，刑法便将其独立于制造条件之外予以规 定。准备工具，即准备实行犯罪的T具，〔3〕具体表现为：购买某种物品作为犯罪工具，制 造犯罪工具，改装物品使之适应犯罪需要，租借他人物品作为犯罪工具，盗窃他人物品作 为犯罪工具等。制造条件，是指除准备工具以外的一切为实行犯罪制造条件的预备行为。 制造条件主要表现为：（1）制造实行犯罪的客观条件，如调查犯罪场所与被害人行踪、出 发前往犯罪场所或者守候被害人的到来、诱骗被害人前往犯罪场所、排除实行犯罪的障碍 等；（2）制造实行犯罪的主观条件，如商议犯罪的实行计划等。〔4〕

（三） 事实上未能着手实行犯罪

犯罪预备终结于预备阶段，即事实上未能着手实行犯罪；如果已经着手实行了犯罪， 就不可能是犯罪预备。未能着手实行犯罪主要包括两种情况:一是没有完成预备行为，由 于某种原因未能继续实施预备行为，因而不可能着手实行;二是虽已完成预备行为，但由 于某种原因未能着手实行。

（四） 未能着手实行犯罪是由于行为人意志以外的原因

犯罪预备终结于预备阶段，未能着手实行犯罪，必须是由于行为人意志以外的原因。 即行为人本欲继续实施预备行为，进而着手实行犯罪，但由于违背行为人意志的原因，使 得行为人客观上不可能继续实施预备行为，或者客观上不可能着手实行犯罪，或者使得行 为人认识到自己客观上已经不可能继续实施预备行为与着手实行犯罪。刑法虽然没有明 文要求犯罪预备是由于意志以外的原因而未能着手实行，但刑法规定了在犯罪过程中自 动放弃犯罪的，成立犯罪中止。因此，如果行为人自动放弃犯罪预备行为，或者自动不着 手实行犯罪，则属于犯罪中止。

符合上述特征的，就是犯罪预备犯罪预备与犯罪预备阶段、犯罪预备行为虽有密切 联系，但不是等同概念。预备阶段与预备行为概念，不以预备行为由于意志以外的原因未

〔3 ］准备用于预备行为的工具的.不成立犯罪预备,，例如，准备进人他人办公室盗窃所需要的撬门工具的，不应 认定为犯罪预备，因为橇办公室门不是盗窃罪的实行行为3但是，准备橇开保险柜的工具的，则可以认定为 犯罪预备。

〔4］追踪被害人的性质不可一概而论,在某邱情况下可谓预备行为，在某些情况下可谓实行行为。有教科书认 为，筹集犯罪活动的资金、制造假象迷惑欺骗被害人、拟汀犯罪汁划，均属于犯罪预备行为［参见何秉松主 编:《刑法教科书》（上卷），中国法制出版社2000年版，第428页］。但是，当筹集犯罪活动的资金是为了预 备犯罪时（如为了购买犯罪工具而筹集资金），并不成立犯罪;制造假象迷惑欺骗被害人，在某些情况下可能 是实行行为;单个人秘密拟订犯罪计划的，也不宜认定为犯罪预备行为

**334**刑法学（第五版）

能着手实行为前提，即使已经着手实行犯罪乃至犯罪既遂，也存在预备阶段与预备行为， 只是该预备行为对定罪一般没有独立意义（预备行为构成另一既遂犯罪的情况除外）。 但犯罪预备作为一种形态，只能存在于犯罪预备阶段，没有预备行为就没有犯罪预备，在 成立犯罪预备的情况下,预备行为是定罪的客观事实根据。

二、犯罪预备的类型

（一） 自己预备罪与他人预备罪

如前所述，犯罪预备的主观目的是为了实行犯罪。从文理上解释，为了实行犯罪包括 为了自己实行犯罪（自己预备罪）与为了他人实行犯罪（他人预备罪）。

自己预备罪肯定属于犯罪预备，问题是，为了他人实行犯罪所实施的预备行为是否属 于犯罪预备？亦即，是否承认他人预备罪。国外刑法理论上存在肯定说、否定说与二分 说。肯定说认为，为了他人实行犯罪而实施的准备行为，完全符合预备罪的特征。否定说 认为，为了他人实行犯罪而实施的准备行为，只不过是对预备的帮助，且行为的危险性很 小，不应当作为预备罪处理。二分说认为，只有当刑法条文特别承认为了他人实行的预备 行为时，才成立他人预备罪；此外的情形则不成立预备罪。（5〕本书采取限定的肯定说。 刑法分则所规定的“为了……”并不限于为了行为人，而是包括为了第三者。所以，承认 他人预备罪没有法律障碍。但是，由于预备罪的处罚具有例外性，所以，在甲为了乙实行 犯罪实施预备时，只有当乙至少实施了预备行为时，甲才成立预备罪。

（二） 从属预备罪与独立预备罪

一般来说，刑法将准备行为作为基本犯罪构成要件行为（实行行为）之前的行为予以 规定的情形，就属于从属预备罪;刑法将准备行为规定为独立的犯罪类型时，就属于独立 预备罪；

在我国，从属预备罪不是由分则规定，而是由总则规定的。但是，不管从属预备罪是 由总则规定还是由分则规定，都存在一个争议问题:从属预备罪的行为是否属于实行行 为？例如，甲为了抢劫银行而准备凶器后被查获，其准备凶器的行为是否属于实行行为？ 否定说认为，预备行为是无定型、无限定的行为，是实行行为之前的行为，因而不符合作为 构成要件的实行行为的特点J 6〕肯定说认为，从属预备罪与独立预备罪均有其固有的构 成要件，因而也有实行行为。〔7〕折中说认为,独立预备罪中存在实行行为，从属预备罪中 不存在实行行为。［8〕本书原则上赞成折中说。如果认为从属预备罪的行为也是实行行 为，容易导致实行行为概念的混乱;事实上也没有必要将预备犯中的准备行为称为实行行 为。〔9〕但应注意的是，预备罪的行为是不是实行行为与实行行为能否成立预备罪，是两 个不同的问题。倘若承认着手与实行行为的分离，主张实行行为可能存在于着手之前，那

〔5〕参见张明楷:《未遂犯论》，中国法律出版社，日本国成文堂1997年联合出版，第451页以下。

〔6〕参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第324页。

〔7〕参见［日］平野龙一:《刑法总论II》，有斐阁1975年版，第350 ~351页。

〔8〕参见［日］福田平:《刑法总论》，有斐阁2001年全订第3版增补，第251页。

〔9〕这一点主要与共犯从属性相关联:甲知道乙将要抢劫银行而为其准备凶器时，甲在什么情况下成立预备 犯？如果认为甲本人实施了预备罪的实行行为，那么，即使乙没有实施任何行为，甲也成立预备罪。但本书 难以赞成这种结论。如上所述，只有当乙至少实施了预备行为时（如携带凶器前往犯罪现场等），才能对甲 以预备罪论处。倘若乙着手实行了抢劫行为，甲当然也成立帮助犯。

第七章犯罪的特殊形态**335**

么，着手之前的实行行为完全可能仅成立预备罪（参见本章第三节）。［10〕

独立预备罪中的准备行为，由分则条文规定为构成要件行为，可谓预备行为的实行行

为化，或者预备犯的既遂犯化。例如，刑法第120条之二第1款规定：“有下列情形之一 的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金;情节严重的，处五年以 上有期徒刑，并处罚金或者没收财产：（一）为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他 工具的；（二）组织恐怖活动培训或者积极参加恐怖活动培训的；（三）为实施恐怖活动与 境外恐怖活动组织或者人员联络的；（四）为实施恐怖活动进行策划或者其他准备的。”本 款所规定的行为原本是恐怖活动的预备行为，但本款将其规定为独立的犯罪（准备实施 恐怖活动罪），不再适用刑法总则关于预备犯的处罚规定。关于独立预备罪，有诸多值得 进一步研究的问题。

1. 对于分则条文没有明文规定的预备行为能否适用刑法总则关于从属预备罪的规 定？就上述刑法第120条之二第1款而言，已经不存在这样的问题，因为该款第4项规定 了“其他准备”。倘若某个独立预备罪中并未设置诸如“其他准备”的兜底规定，则仍 然存在上述问题。本书的看法是，如若刑法分则规定独立预备罪，是为了限制预备罪的处 罚范围，那么，对于分则没有明文规定的预备行为就不应当适用刑法总则关于从属预备罪 的规定。如果分则规定独立预备罪，是为了扩大预备罪的处罚范围，并且加重对预备罪的 处罚，那么，对于分则条文没有明文规定的其他准备行为，就必须适用刑法总则关于从属 预备罪的规定。
2. 教唆、帮助他人实施独立预备罪的，应当如何处理？既然预备行为已经被实行行为 化，那么，教唆、帮助独立预备罪的行为，当然成立教唆犯与帮助犯。例如，教唆或者帮助 他人"组织恐怖活动培训”的，应以准备实施恐怖活动罪的教唆犯、帮助犯论处（当然，以 他人实施了组织恐怖活动培训的行为为前提）。
3. 为了实行独立预备行为而实施的准备行为，能否适用刑法总则关于从属预备罪的 规定？对此不可一概而论,而是需要具体判断。亦即，需要根据刑法总则关于预备犯的规 定，判断具体行为是否值得作为预备犯处罚。例如，为了组织恐怖活动培训，已经联系了 讲授人员与参加人员，或者准备了培训场所的，应按照刑法第22条的规定，以预备犯（从 属预备罪）处罚。但是,为了准备危险物品而阅读相关书籍或者在网络上查询相关资料 的行为，不能认定为预备犯；为了购买凶器而打工挣钱的行为，也不能认定为预备犯。概 言之，只有当行为对法益具有一定的抽象危险时，才可能认定为预备犯。

〔10〕我国刑法对预备犯的处罚并非像日本刑法那样以刑法分则明文规定为限，但刑法分则条文对构成要件的描 述可能包含了预备行为。例如，根据刑法第198条的规定，即使认为投保人与保险人签汀保险合同时故意虚 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，也包括了部分着手前的实行行为，、这有可能造成概念的混乱。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。

〔**11**〕不过，倘若认为第（四）项中的“其他准备”只是本项的兜底规定，而不是本条的兜底规定，依然存在这样的问 题。

**336**刑法学（第五版）

1. 为他人实行犯罪活动而进行准备的行为是否成立独立预备罪？本书采取有限的肯 定说。如前所述，刑法分则所规定的“为了……”包括为了他人。从文理上说，刑法第120 条之二第1款第1、3、4项所规定的“为实施恐怖活动”，既包括“为自己实施恐怖活动”， 也包括“为他人实施恐怖活动”。所以，承认刑法第120条之二第1款规定的犯罪包括他 人预备罪没有文理障碍。但是，倘若甲以为乙将要实施恐怖活动，而为乙准备凶器时，乙 根本不实施恐怖活动的，则难以认定甲的行为具有可罚性（属于不能犯）。换言之，在甲 为了乙实行恐怖犯罪而实施准备行为时，只有当乙至少实施了恐怖犯罪的预备行为时，甲 才成立他人预备罪。
2. 独立预备罪是否存在未遂犯？答案是肯定的。例如，行为人在为实施恐怖活动 准备工具的过程中（即还尚未准备就绪时）被查获的，成立准备实施恐怖活动罪的未遂 犯。

三、 犯罪预备的处罚范围

我国刑法虽然原则上处罚犯罪预备，但在司法实践中，处罚犯罪预备（指从属预备 罪）是极为例外的现象。事实上，也应当肯定处罚犯罪预备的例外性。第一，犯罪预备行 为不能直接对法益造成侵害结果与具体危险状态，因而对法益的威胁并不紧迫，在通常情 况下没有达到值得科处刑罚的程度。第二，犯罪预备行为的外部形态往往是日常生活行 为（如行为人购买胡椒粉,打算在抢劫时撒向被害人眼睛）。如果大量处罚犯罪预备，就 必然导致原本不是犯罪预备的日常生活行为也受到怀疑，极可能使一些外部形态类似于 准备工具的日常生活行为受到刑罚制裁。［|2］第三，在犯罪预备阶段，行为人可能随时放 弃犯罪决意。如果广泛地处罚预备行为，反而可能促使行为人着手实行犯罪。

基于以上理由，对犯罪预备的成立范围必须进行严格限制，即只能将实质上值得处罚 的预备行为作为犯罪处罚。第一，只有从刑事政策的角度来看，需要尽早预防某些犯罪 时，才有必要处罚犯罪预备。换言之，只有当某种预备行为的发展，必然或者极有可能造 成重大法益或者大量法益的侵害时，才有必要处罚犯罪预备。第二，只有当行为人的犯罪 故意确定，确实将实行某一特定犯罪，并实施了相应的预备行为时，才有必要作为犯罪预 备处罚。恐怖主义组织实施的犯罪预备行为，都具备上述特征，应当予以处罚。此外，由 于独立预备罪已经被规定为既遂犯罪，所以，不能过于限制独立预备罪的处罚范围，否则 会违反刑法的宗旨。

至于不符合犯罪预备一般特征的行为，则绝对不能以犯罪论处。容易与犯罪预备相 混淆的是犯意表示。犯意表示一般是指以口头、书面或者其他方法，将真实犯罪意图表现 于外部的行为。其特征是:表示人具有真实的犯罪意图;表示人用口头、书面、手势或其他 可以让人知晓的方法向他人表露犯罪意图；犯意表示是犯意的单纯流露，不能为犯罪制造 条件。因此，犯意表示不成立犯罪。

四、 预备犯的处罚原则

刑法第22条第2款规定：“对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处 罚。”这一规定表明，预备犯应受刑罚处罚。但由于预备犯还没有着手实行犯罪，没有造

〔!2〕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，法律出版社2006年版， 第250页。

第七章犯罪的特殊形态**337**

成犯罪结果，对法益的侵犯小于既遂犯，故对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻或者免 除处罚（对于刑法分则规定的独立预备罪，不再适用本规定）。在处罚预备犯时，应注意 以下几个问题：

1. 对预备犯裁量刑罚时，“可以”比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。“可以”是授 权性法律规范的表达方式，具有允许、许可的意思，但同时也表明了刑事立法倾向性的意 见。因此,在一般情况下，对预备犯得比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚；在特殊情况 下，如行为人准备实行特别重大的犯罪、预备行为已经形成了重大危险时（如恐怖主义组 织的犯罪预备行为），则可以不予从轻、减轻与免除处罚。
2. 对预备犯裁量刑罚时，可以“比照既遂犯”从轻、减轻或者免除处罚。所比照的既 遂犯，应是在不法、责任方面与预备犯向前发展可能形成的既遂犯相同或相似的既遂犯， 而不是随意想象的既遂犯。
3. 对于预备犯裁量刑罚时，可以比照既遂犯“从轻、减轻处罚或者免除处罚”。至于 究竟是从轻处罚，还是减轻处罚、免除处罚，应当对犯罪预备的整个案件进行综合考察后 来决定。主要应考虑的情况有:犯罪预备行为是否已经实施终了，犯罪预备行为可能起到 的作用大小等。
4. 为了实行加重犯而预备，由于意志以外的原因未着手实行的，要区分加重犯的类型 选择法定刑。如果只是量刑规则性质的加重犯,就只能适用基本犯的法定刑，并同时适用 刑法第22条的规定。例如，为了抢劫数额巨大的财物而实施了预备行为，但未能着手实 行。倘若该预备行为具有处罚的必要性，就只能适用普通抢劫罪的法定刑（同时适用刑 法第22条的规定），而不能适用抢劫财物数额巨大的法定刑。如若为了实现加重的犯罪 构成，则应适用加重的法定刑，并同时适用刑法第22条的规定。例如，为了冒充军警人员 抢劫而准备了服装、警棍等工具，但未能着手实行。倘若该预备行为具有处罚的必要性， 则应适用加重的法定刑（同时适用刑法第22条的规定）。

第三节犯罪未遂

\_、犯罪未遂的处罚根据

刑法第23条第1款规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得 逞的，是犯罪未遂。”该条第2款明文规定处罚未遂犯。在结果责任时代，只要造成结果便 处罚行为人，所以实行的是客观归罪，通常不处罚犯罪未遂;责任主义的兴起，一方面将故 意、过失等作为犯罪成立条件，另一方面也处罚没有造成结果的未遂犯。明确未遂犯的处 罚根据，有利于理解犯罪未遂的特征与处罚原则。

客观的未遂论的基本观点是，未遂犯的处罚根据在于发生了法益侵害的客观危险性； 即使存在犯罪的意思，但如果没有发生法益侵害的客观危险性，也不能作为未遂犯予以处 罚。因为刑法的目的是保护法益，既遂犯是因为行为侵害了法益而受处罚，未遂犯则是因 为行为具有侵害法益的危险性而受处罚，故未遂犯都是危险犯。客观的未遂犯论中又存 在形式的客观说与实质的客观说。

**338**刑法学（第五版）

形式的客观说认为，发生构成要件结果的现实危险性或者实现犯罪的现实危险性是 未遂犯的处罚根据;是否具有上述现实危险，则应以各刑罚法规规定的构成要件为基准进 行形式的判断。因为作为未遂犯处罚根据的危险，是一种“定型的、类型的危险”，故危险 的内容应根据构成要件来考察，危险的有无应根据行为是否符合构成要件进行判断。

实质的客观说认为，对法益侵害的危险是未遂犯的处罚根据，是否具有上述危险，应 从实质上判断。实质的客观说又分为行为危险说、危险结果说与综合的危险说。行为危 险说认为，作为未遂犯处罚根据的危险是“行为的危险”（行为的属性），即行为所具有的 侵害法益的危险性。危险结果说认为，作为未遂犯处罚根据的危险是“作为结果的危 险”，即行为所造成的危险状态。综合的危险说认为，行为的危险与作为结果的危险是未 遂犯的处罚根据。因为刑法是保护法益的，只有当行为具有侵害法益的客观危险（作为 结果的危险）时，才可能作为犯罪处罚；但作为结果的危险是以行为的危险为前提的，如 果没有行为的危险，就没有未遂犯的实行行为。因此,一方面要区分行为的危险与作为结 果的危险，另一方面成立未遂犯又同时要求具备二者。如果虽有作为结果的危险，但行为 不符合构成要件,不具有行为的危险时，则不能作为未遂犯处罚。

主观的未遂论的基本观点是，未遂犯的处罚根据在于显示出犯罪人的性格危险性的、 与法相敌对的犯罪意思；如果某种行为已将这种犯罪意思表现在外部，则未遂犯的意思与 既遂犯的意思没有差异;既然如此，未遂犯就应与既遂犯受到同等处罚。这种观点源于主 观主义的犯罪理论。主观的未遂论所导致的结论是，不仅未遂犯应与既遂犯同等处罚，甚 至预备犯、阴谋犯也应与既遂犯同等处罚。

在德国占支配地位的印象说，被认为是一种折中的学说（在本书看来实际上是主观 的未遂犯论）。根据印象说，未遂犯的处罚根据是，行为人已经落实的法敌对意思在客观 上动摇了对法秩序效力的信赖、动摇了法安定性的感觉。换言之，之所以处罚未遂犯，是 因为行为人以其行为明确地表达他不想遵守法规范，因而使规范的效力恶化或者使人们 遵守规范的信赖落空。

有关未遂犯处罚根据的争论，牵涉到一些根本问题：（1 ）应受处罚的究竟是行为人， 还是行为？显然，客观的未遂论认为，刑法处罚的是行为而不是行为人,行为的法益侵害 危险性是未遂犯的处罚根据；主观的未遂论认为，刑法处罚的是行为人，故犯罪的意思是 未遂犯的处罚根据。（2）刑法所应重视的是社会防卫，还是国民自由的保障？客观的未 遂论重视国民自由的保障，在行为没有侵害或者威胁法益的情况下，不得以刑罚处罚国 民；主观的未遂论重视社会防卫，有危险性格的人都对社会存在着威胁，故只要发现行为 人具有危险性格，就必须处罚。（3）是采取必罚主义,还是采取谦抑主义？客观的未遂论 主张刑法谦抑主义，刑法没有必要无遗漏地处罚对社会有害的行为，只能处罚严重侵犯法 益的行为。因此，并不是对于任何危害行为的未遂都给予处罚。主观的未遂论倾向于必 罚主义，因为刑法的目的是防卫社会，而具有危险性格的人必然危害社会，故对于有危险 性格的人必须处罚J13〕

有关未遂犯处罚根据的争论，直接影响对未遂犯的具体问题的看法。例如，关于着手 的认定，客观的未遂论主张以行为对法益侵害的危险性达到紧迫程度时为着手;而主观的

〔B〕参见［日］大沼邦弘:“未遂犯的实质的处罚根据”，载《上智大学法学论集》第18卷第1号，第106页以下。

第七章犯罪的特殊形态339

未遂论一般认为，客观行为征表出行为人具有特定的犯罪意思时就是着手。又如，未遂犯 与不可罚的不能犯的区别，客观的未遂论坚持以行为有无侵害法益的危险来区分未遂犯 与不可罚的不能犯;主观的未遂论基本上不区分未遂犯与不可罚的不能犯，充其量将迷信 犯排除在未遂犯之外。

我国刑法第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。”虽 然从该文字表述来看，难以断定现行刑法关于未遂犯的规定倾向于什么学说，但从实质上 看，本书认为现行刑法采取了客观的未遂论。首先，刑法的目的是保护法益，犯罪的本质 是侵犯法益，这是否认主观的未遂论的重要理由。其次，尽管刑法总则对未遂犯的处罚没 有规定以分则有明文规定为限，但事实上绝大多数犯罪的未遂都没有作为未遂犯处罚。 表面上看，我国刑法没有像德国、日本等国刑法那样规定未遂犯处罚的例外性，但仔细比 较就会发现，德国、日本刑法对未遂犯的处罚范围实际上宽于我国刑法。例如，对于一些 常见犯罪（如盗窃、诈骗），德国、日本刑法处罚未遂，而我国刑法则有限制地处罚未遂。 又如，对于其他一些具体犯罪，德国、日本刑法处罚未遂，而在我国刑法中只有造成严重结 果、情节严重或者数额较大才成立犯罪。由此可见，在我国，表面上任何一种故意犯罪都 有成立未遂犯的可能性，但事实上并非如此。换言之，刑法文字上似乎处罚所有故意犯罪 的未遂，但实际上未遂犯的处罚具有例外性。这种例外性，说明我国刑法采取了客观的未 遂论。〔|4］最后，关于着手的理解与汄定，刑法理论与审判实践上并没有采取主观说。此 外，虽然我国刑法规定，对于未遂犯“ n了以”从轻或者减轻处罚，但它表明了刑事立法的倾 向性意见，即在通常情况下，对于未遂犯得比照既遂犯从轻或者减轻处罚。这也排除了主 观的未遂论。

具体而言,本书采取实质的客观说中的危险结果说。形式的客观说事实上将构成要 件作了形式的理解，进而可能将没有法益侵害的行为也作为未遂犯处罚。犯罪预备行为， 也具有侵害法益的危险，如果将行为本身的危险作为未遂犯的处罚根据，就可能导致将预 备犯作为未遂犯处罚，故本书不采取实质的客观说中的行为危险说。造成了危险结果的 行为当然是具有法益侵害危险的行为，既然将危险结果作为未遂犯的处罚根据，就没有必 要同时将行为的危险作为处罚根据，所以，本书不采取综合的危险说。印象说虽然建立在 积极的一般预防理论基础之上，但同时也是以德国刑法明文规定处罚不能犯的未遂为根 据的。而且，由于在具体案件中难以认定某种行为是否使规范的效力恶化或者使人们遵 守规范的信赖落空，故印象说难以对犯罪未遂的认定起指导作用。不仅如此，印象说虽然 被认为是一种折中学说，但实质上属于主观的未遂犯理论。有鉴于此，本书不采取印象 说。

二、犯罪未遂的特征

根据刑法第23条第1款的规定，犯罪未遂必须具备以下特征。

（一）已经着手实行犯罪

我国刑法理论一般认为，着手是实行行为的起点，标志着犯罪行为进人了实行阶段， 表明行为人所实施的行为是实行行为：这种观点大体是成立的。不可否认，着手标志着 预备阶段已经结束，但着手不是预备行为的终点，因为许多犯罪在预备行为实施终了后，

**［14］**详细论述参见张明楷:《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第198页。

**340**刑法学（第五版>

由于某种原因还没有着手实行犯罪。但是，着手是划定未遂犯的处罚时期的概念，甚至可 以说是将某种行为作为未遂犯处罚的根据。〔15〕对于既遂犯而言，根本不需要讨论着手问 题;就没有既遂的案件讨论着手，就是为了判断该行为是否值得作为未遂犯处罚。

1.关于着手的学说

关于着手及其认定，国外刑法理论上存在许多不同学说:

主观说是新派的观点，认为犯罪是行为人危险性格的发现，故行为人意思的危险性或 者说犯罪意思被发现时就是着手；也有人认为，当行为表示出行为者的犯罪意思没有二义 的、不可能取消的确实性时，就是着手;还有人认为，当行为已经可以被理解为违背了规范 时，就是着手。但主观说的不合理至为明显：（！）理论的破绽。即一方面主张根据行为人 的意思的危险性认定着手，另一方面实际上暗中在客观方面谋求着手的认定。（2）标准 的含糊。如果在认定着手吋重视主观的要素，那么就丧失了着手所具有的区分未遂与预 备的分水岭的机能。（3）着手的提前。根据主观说，为了盗窃而将办公室窗户玻璃打破 的行为就是盗窃罪的着手；以抢劫目的携带凶器进人他人住宅时就是抢劫罪的着手。因 为在这种场合，各行为人的犯意已经明显地表现于外部。但这种结论难以被人接受。 （4）根基的错误。主观说将行为人的危险性格作为未遂犯的处罚根据或对象，要么以社 会防卫为重点，要么采取的是将刑罚理解为教育即善的乐观主义，因而容易侵犯公民自 由。

形式的客观说（也称定型说）认为，着手以实施一部分符合构成要件的行为（显示构 成要件特征的行为）为必要，而且以此为足。德国也有学者认为，如果行为人的外部举止 已经征表了实现构成要件的开端，就是着手。

实质的客观说分为实质的行为说与结果说。实质的行为说认为，开始实施具有实现 犯罪的现实危险性的行为时就是着手。与形式的客观说一样，实质的行为说基本上重视 行为无价值。结果说则认为，当行为发生了作为未遂犯的结果的危险性（危险结果）时， 即侵害法益的危险达到紧迫程度时，才是着手。结果说重视结果无价值。事实上，就一般 犯罪的着手而言，实质的行为说与结果说得出的结论没有区别，只是在隔离犯的场合，二

（15］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，只要有实行行为， 就意味着有着手），因而成立未遂犯。第. '.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7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M此.有实行行为不等于有实行的着手（参见金光旭:“口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》，中M人民公安大学出版社2009年版，第136页以下）。如果从未遂犯 的处罚根据上考虑，笔者原则上赞成第种观点因为“实行的着手时朗，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吋期的时间性概念”（［日］西田典之：《刑法总论》，弘文堂2010 年第2版，第301页）、于是，实行的着手既可能前置于实行行为，也坷能后置于实行行为,\_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者占有，但是.行为人进入他人办公室后开始物色财物 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。在中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乃至被害人开始利用时才有可能认定为故意杀人罪的着手（到达与利用在寄送行 为之后）s

〔!6〕参见张明楷:（〈未遂犯论》，中国法律出版什.0本国成文堂1<»7年联合出版，第51页以下；［德］乌尔斯•金 德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第297页以下。

第七章犯罪的特殊形态**341**

者的结论可能存在差异。例如，行为人通过邮局将毒药寄给外地的某人，希望某人饮用后 死亡。实质的行为说一般认为，行为人在寄送毒药时就已经着手，因为该行为本身具有致 人死亡的危险（寄送主义）。但结果说往往认为，只有当被害人收到毒药或者开始使用毒 药时才产生紧迫的危险，此吋才能认定为着手（到达主义、被利用者标准说）

折中说中存在不同的观点。其中主观的折中说认为，应以行为人的“整体的计划”为 基础，对构成要件的保护法益造成直接危险的行为明确地表现出行为人的犯罪意思时，就 是着手。客观的折中说认为，行为是主客观的统一体,实行的着手也必须从主客观两个方 面认定。因此，在故意犯罪的场合，主观上具有实现构成要件的意思（构成要件的故意）， 客观上实施一部分符合构成要件的行为时，就是着手。根据折中说，在判断行为侵害法益 的危险性时，必须考虑行为人的犯罪计划；而考虑的结果是，不仅犯罪故意决定法益侵害 的危险性，而且比犯罪故意更为具体的犯罪计划也决定法益侵害的危险性。于是，只有完 全查明、证实了行为人的犯罪计划，才可能认定着手;然而，一旦不能证实行为人的犯罪计 划，折中说就没有实践意义。此外，还有一种折中说认为，倘若按照行为计划，在行为人的 行为与构成要件的实现之间不存在进一步的实质性中间步骤，使得其他人可以将这个事 实发生过程统一起来把握时，就是着手。但是，如何理解和判断“实质性中间步骤”是一 个重大疑问。例如，根据这种观点，为了入户盗窃而打死被害人家里的狗就是盗窃罪的着 手。可是，盗窃罪构成要件的实现还需要行为人实施窃取行为。在打死狗与盗窃罪构成 要件的实现之间还需要实质性中间步骤。

我国刑法理论的传统观点汄为，所谓着手，就是开始实行刑法分则所规定的某一犯罪 构成客观要件的行为这可谓形式的客观说，但这一学说存在疑问：首先，没有从实质上 说明什么是着手，说着手是实行行为的开始，实行行为是符合刑法分则所规定的构成要件 的行为，只有开始实施符合分则规定的构成要件的行为时才是着手，似乎不存在逻辑上的 缺陷，但问题在于:什么行为才是符合刑法分则规定的构成要件行为？形式的客观说却没 有给予任何回答，因此,在许多情况下仍然不明确何时为着手。例如，根据传统观点，就故 意杀人罪而言，开始实施分则规定的杀人行为为着手;就盗窃罪而言，开始实施分则规定 的盗窃行为是着手。可是，究竟什么行为才是分则规定的杀人行为与盗窃行为，传统观点 并没有给出任何答案。其次，在有些情况下，采取形式的客观说，会使着手提前。例如，刑 法第198条规定的保险诈骗罪的客观要件中包括“故意造成财产损失的保险事故，骗取保 险金”。根据形式的客观说，行为人制造保险事故的，就是保险诈骗罪的着手。〔17〕但这使 着手过于提前。在某些情况下，形式的客观说又可能使着手过于推迟3例如，根据该说， 故意杀人的，扣动扳机时才是着手。实际上，瞄准被害人时就已经是杀人罪的着手了。〔|8〕

〔I7〕如前所述.按照本书的观点.我M刑法分则的一衅条文实际上规定了顶备行为„例如，刑法第196条第3款 规定：“盗窃信川卡并使用的.依照木法第二百六I'四条的规定定罪处罚"盗窃信用卡只是使川信用卡的预 备行为（气然.人户盗窃.携带W器盗窃.扒窃信川K•沟成盗窃罪的，是另一回事）：正因为如此.在司法实践 中.对于盗窃信用卡并使用的，根据行为人盗窃信川K后使用的数额认定其盗窃数额：：再如，刑法第265条 规定：“以中•利为目的,盗接他人通倍线路、复制他人rl］.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，只有使川盗接的通信线路或荇使用复制的电 信码号吋.才记盗窃罪的着乎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 ［参见张明楷：《刑法分则的解释原理》（上），中国人民大学出版社2011年第2版，第492页以下］

U8〕参见［日］平野龙一:《刑法总论n»,有斐阁1975年版，第313页。

342刑法学（第五版）

本书采取结果说。如前所述，其中的结果包括法益侵害的紧迫危险，故也可以表述为 危险结果说。犯罪的本质是侵犯法益，故没有侵犯法益的行为不可能构成犯罪，当然也不 可能成立未遂犯。不仅如此，即使某种行为具有侵害法益的危险，但这种危险非常微小 时，刑法也不可能给予处罚。另一方面，刑法处罚犯罪预备行为，而预备行为也具有侵害 法益的危险。因此，犯罪未遂只能是具有侵害法益的紧迫危险的行为；故侵害法益的危险 达到紧迫程度（发生危险结果）时，就是着手。换言之，只有当行为产生了侵害法益的具 体危险状态时，才是着手。所以，未遂犯都是具体的危险犯。至于何种行为具有侵害法益 的紧迫危险，则应根据不同犯罪、不同案件的具体情况综合判断。例如，要考察行为是否 已经接触或者接近犯罪对象，行为人是否已经开始使用为着手实行犯罪而准备的工 具，是否开始利用了所制造的条件,所实施的行为是否需要其进一步的行为就可以造 成侵害结果（过程的自动性、时间的紧迫性），如此等等。例如，保险诈骗中造成保险事故 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并不紧迫;行为人到保险公司索赔 的行为或提出支付保险金的请求时，才是保险诈骗罪的着手。为了达到与被害妇女性交 的目的，投放恐吓信的行为，尽管存在胁迫行为，但还不是强奸罪实行行为的着手；只有接 触或者接近被害人并开始实施了暴力或者胁迫行为时，才可能认定为强奸罪的着手。为 了诈骗公私财物而伪造文书的，伪造文书的行为本身不可能使财产处于紧迫的危险之中， 因而是预备行为，开始使用所伪造的文书实施欺诈行为时，才是诈骗罪的着手。

2.几种类型的犯罪的着手

不可否认的是，危险结果说与形式的客观说，就具体的即成犯而言，大多得出的是相 同结论。因为在即成犯的场合，实行行为与危险结果通常是一致的。但是，在隔离犯、间 接正犯、不作为犯等场合,危险结果说与形式的客观说会得出不同的结论。

（1 ）隔离犯的着手。例如，甲乘乙出差之机，溜进乙的住宅，在乙的药酒中投放了毒 药。根据形式的客观说，甲开始投放毒药时就是杀人的着手。但本书认为，虽然甲投放毒 药后，其自然的、物理的行为已经终了，但是，只有在乙将要喝有毒药酒时（被利用者标准 说），才产生杀人的紧迫危险。诚然，作为处罚对象的行为，是甲投放毒药的行为,但是， 着手时期应当是产生危险结果之时，因为着手是划定未遂犯的处罚时期的概念。再如，A 为了杀害B,于2015年8月1日中午通过邮局将有毒食物从甲地寄给乙地的B，B于8月 3日中午收到但没有打开邮件，8月6日中午B正要食用时发现异味而将有毒食物扔弃。 形式的客观说会采取寄送主义，即A于8月丨日中午寄送时就是杀人的着手。但这种观 点明显使着手提前，为本书所不采。危险结果说既可能采取到达主义（8月3日中午为着 手），也可能采取被利用者标准说（8月6日中午为着手）。应当认为，只有当B准备或者

['«）在预备行为中使用工具的，当然不可能认定为着手。

第七章犯罪的特殊形态**343**

开始食用有毒食品时，才产生死亡的紧迫危险，故被利用者标淮说是合适的。〔M〕但应注 意的是，如果是行为人以杀人故意邮寄爆炸物之类等案件，由于爆炸物具有随时爆炸的危 险，故不能一概采取到达主义或被利用者标准说，应认为寄送时就是着手。

（2） 间接正犯与原因自由行为的着手。例如，甲令精神病患者乙窃取他人财物。根 据形式的客观说，当甲对乙说“你将某某人的钱包拿来”时，就是盗窃罪的着手（利用行为 说）。但根据本书的观点，只有当乙现实地开始盗窃时，才能认定甲着手实行盗窃（被利 用行为说）。因为只有当乙现实地实施盗窃行为时，才产生侵害财产的紧迫危险。基于 同样的理由，在原因自由行为的场合，应当以行为人实施结果行为、造成了危险结果时为 着手，而不是开始实施原因行为（如饮酒）时为着手。

（3） 不真正不作为犯的着手。关于不真正不作为犯的着手，国外刑法理论上存在争 议。第一种观点认为，在行为主体（作为义务人、保证人）具有作为可能性的最初阶段认 定着手，因为对行为主体的命令存在于可以防止结果发生的最初阶段。如母亲为了使婴 儿饿死而首次不喂奶时，就是着手。这基本上是主观主义的观点，为本书所不取。第二种 观点认为，可以防止结果发生的最后阶段是着手，因为只需要保证人在最后防止结果发生 即可。这种观点过于推迟了不作为犯的着手时期。第三种观点认为，延迟履行作为义务， 给被害人造成直接危险或者使原来的危险增大时，才构成未遂，所以，在法益面临急迫并 具体的危险时仍然不作为而导致结果可能发生时，就是不真正不作为犯的着手J20 21〕本书 原则上赞成第三种观点，即不履行义务的行为导致法益产生了紧迫危险（危险结果）时， 是不真正不作为犯的着手。

（4） 结合犯的着手。结合犯也可能成立未遂犯。刑法第240条第1款第3项对“奸淫 被拐卖的妇女”的结合犯规定了加重的法定刑。由法条表述可以看出，行为人先实施拐 卖行为后实施强奸行为的，就属于拐卖妇女罪与强奸罪的结合犯（但仍然认定为拐卖妇 女罪），其中便存在未遂犯。例如，甲的计划内容是，先以实力控制妇女乙，然后使用暴力 强奸乙，最后将乙出卖给丙。在这种情况下，只有当甲着手实施强奸行为时，才能适用刑 法第240条第1款第3项的规定;如果强奸未得逞，则是结合犯的未遂犯，同时适用刑法 总则关于未遂犯的规定。所以，在结合犯中，行为人着手实行后罪时，才是结合犯的着手。

（5） —连串行为的着手。行为人为了实现构成要件的结果,计划了一连串的行为时， 应当如何认定着手？例如，甲为了杀害乙，计划首先将乙关在房间里，然后利用煤气使乙 昏迷，最后勒乙的脖子。对此，应当在什么时间点认定为杀人的着手？再如，A为了使B 体内积累毒素而死亡，打算分四次向B的食物中投放毒药。能否认定第一次投放毒药时

［20］ 就这类隔离犯采取被利用者标准说认定着手时，可以溯及性地认定起初的寄送行为是实行行为，于是实行 行为在着手之前（类似情况如，行为人犯盗窃罪，为抗拒抓捕而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，按照刑 法第269条的规定成立事后抢劫。可是，单纯的暴力与暴力威胁不具有财产犯罪的性质，但也只有当行为人 开始实施暴力或者以暴力相威胁时，才能将作为前行为的盗窃行为理解为事后抢劫的实行行为，才能解释 事后抢劫的财产犯罪性质。如果行为人没有实施暴力或者以暴力相威胁，则先前的盗窃行为不可能成为事 后抢劫的实行行为）。而且,在这种隔离犯的场合，只要行为人在实施寄送行为时具备责任能力、故意等责 任要素即可，不要求在到达时、被害人利用吋具备责任要素。但是，倘若行为人寄送毒药后，并没有到达被 害人手中，被害人并没有利用，则不能认定为故意杀人罪的着手。此时,也没有必要将先前的寄送行为认定 为实行行为，而是作为杀人预备处理即可。

［21］ 参见［韩］李在祥:《韩国刑法总论》，韩相敦译，中国人民大学出版社2005年版，第325页。

**344**刑法学（第五版）

就是着手？对此，首先要判断行为从什么时候起具有导致结果发生的紧迫危险，其次要判 断行为人是否认识到该行为会发生结果。换言之，只要行为具有导致结果发生的紧迫危 险，而且行为人具有通过（利用）该行为实现结果的意思，就应认定为着手，而不能完全按 照行为人的计划认定着手。〔22〕据此，上述甲将乙关在房间时还不是杀人的着手，但利用 煤气使乙昏迷时，则是杀人的着手。同样，如果A第一次投毒行为就有致人死亡的紧迫 危险，就应认定第一次投毒时已经是杀人的着手；如若第一次只是投放了微量毒药，不足 以致人死亡，则不能认定为着手，因而需要判断第二次投毒行为的危险性，然后得出妥当 结论。

（二）犯罪未得逞

犯罪未得逞是犯罪未遂与犯罪既遂相区别的基本标志**3**在此意义上说，已经着手却 又没有既遂的，就是犯罪未得逞。显然，既遂与未遂的区分，一方面取决于对犯罪构成的 理解，另一方面只是文字表述问题。

首先，如果认为刑法规定的犯罪构成以既遂为模式，那么，犯罪既遂就完全符合犯罪 构成，犯罪未得逞则不完全符合犯罪构成。如果认为刑法规定的犯罪构成以成立犯罪 （包括犯罪未遂）为模式，则犯罪未得逞也是完全符合犯罪构成的行为。我国刑法理论的 传统观点认为，犯罪未得逞，是指犯罪行为没有具备刑法分则规定的某一犯罪构成的要 件，或者说犯罪行为没有齐备具体犯罪构成的全部要件。但是，这种观点存在问题。一方 面，即使认为刑法规定的犯罪构成以既遂为模式,也不能认为未遂犯不符合犯罪构成。因 为犯罪构成是认定犯罪的法律根据，犯罪未遂也是犯罪，也必须符合犯罪构成。所以，即 便按照传统理论，也只能说未得逞是指未符合以既遂为模式的犯罪构成，却符合了未遂犯 的犯罪构成的情形。但这种同义反复的表述没有意义。另一方面，没有完全齐备具体犯 罪构成的全部要件的行为多种多样，例如，行为致人死亡，但行为人主观上没有故意、过失 时,也没有齐备故意杀人罪的责任要素，但这种行为并不是犯罪未遂。所以，不直接说明 “没有齐备具体犯罪构成的全部要件”的具体内容，也是没有现实意义的。

其次,除上述“没有齐备”说之外，刑法理论就犯罪未得逞还有多种表述。如有的说， 犯罪未得逞，是指没有发生法律所规定的犯罪结果;有的说，犯罪未得逞，是指没有达到犯 罪人主观上的犯罪目的（指直接故意的意志因素）；有的说，犯罪未得逞，是指犯罪人所追 求的、受法律制约的犯罪结果没有发生。然而，任何观点都认为，故意杀人罪的未得逞，是 指没有发生死亡结果；故意伤害罪的未得逞，是指没有发生伤害结果；强奸罪的未得逞是 指没有插人性器官。因为这些犯罪的既遂标准没有争议，相应地，未得逞的认定标准也没 有疑问。至于放火罪、盗窃罪何时既遂，历来存在争议，相应地，对未得逞的认定也存在分 歧。但是,在讨论具体犯罪的未得逞时，关于未得逞的各种观点，未必能贯彻自己的学说。 例如，关于盗窃罪的既遂标准，是采取失控说、控制说，还是采取失控或者控制说、失控加 控制说，这是难以用“行为是否齐备了构成要件”、“结果是否发生”、“犯罪目的是否实现” 的标准进行判断的。而且，对未得逞采取不同观点的人，完全可能得出相同的结论。所 以，关于未得逞的各种观点，恐怕只是文字表述上的差异，未必具有实质意义。

再次，没有疑问的是，犯罪未得逞，是指犯罪没有达到既遂。换言之，着手实行后没有

**［22］**参见［日］山中敬一:《刑法总论》，成文堂2015年第3版，第778页。

第七章犯罪的特殊形态**345**

既遂的，都是犯罪未得逞。因为“未得逞”本身就是一个消极要件。换言之，只要已经着 手，既不是自动中止犯罪又没有既遂的，就属于犯罪未遂。在此意义上说，争论何谓“未 得逞”没有重要意义。讨•论具体犯罪的既遂标准，才是意义所在。

如果要对未得逞作一般性的界定，那么，本书认为，犯罪未得逞，一般是指没有发生行 为人所希望或者放任的、实行行为性质所决定的侵害结果。（1〉本书认为，直接故意犯罪 与间接故意犯罪，都可以成立犯罪未遂，故行为人放任的侵害结果没有发生时，可能成立 间接故意的犯罪未遂。（2）行为人所追求、放任的结果应限定于实行行为的性质本身所 能导致的结果，即实行行为的逻辑结果。例如，故意杀人罪的逻辑结果是致人死亡，即使 行为人还打算碎尸，碎尸也不是故意杀人罪的逻辑结果。在行为人的计划是杀人碎尸的 场合，即使致人死亡后未能碎尸，也成立故意杀人既遂。在此意义上说，未得逞的认定受 到构成要件的制约。（3）未得逞是指行为人希望、放任发生的危害结果没有发生，即故意 的意志因素没有实现;不包括没有实现刑法分则“以……目的”的情况，即不包括没有实 现目的犯中的0的的情况；换言之，目的犯中的目的是否实现，不影响犯罪既遂的成立 （刑法第175条除外）。（4）由于未遂犯是具体的危险犯，存在危险结果（或未遂犯的结 果），所以，就侵害犯而言，发生了危险结果但没有发生侵害结果时，才是未得逞。（5 ）在 抽象的危险犯的场合，刑法鉴于法益的重大性等原因，用另一种侵害结果替代了抽象危险 的认定。只有发生替代的侵害结果，才能认定为犯罪既遂；没有发生替代的侵害结果，则 是未得逞。例如，盗窃枪支、弹药罪是公共危险犯，也是抽象的危险犯。但是，只要发生了 行为人控制枪支、弹药的侵害结果，就认为盗窃枪支、弹药罪已经既遂；否则便是未得逞。 再如，危险驾驶中的醉酒驾驶，行为人在道路上醉酒驾驶机动车的事实，既是征表抽象危 险的事实，也是构成要件的结果，应认定为犯罪既遂；在道路上发动了机动车但还没有行 驶就被制止时，则是未得逞。（6）具体的危险犯可分为两种情况：第一，刑法分则条文将 具体危险类型化为替代的侵害结果.在这种情况下，没有发生侵害结果的，就是未得逞。 例如，刑法第127条第1款后段规定的“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”的犯罪，一方面要通过考察行为方式、行为对象等是否具有危害公共安全 的具体危险，另一方面，如果行为人窃取、夺取了上述物质，则发生了替代的侵害结果。如 果已经着手实行盗窃、抢夺行为，且发生了具体的公共危险，但没有控制上述物质的，则属 于未得逞。第二，刑法分则条文对具体危险犯与加重结果规定了独立的法定刑，但没有将 具体危险类型化为侵害结果。如放火罪、破坏交通工具罪等，刑法条文按行为是否造成了 严重后果规定了不同的法定刑在危害公共安全的放火行为、破坏交通工具的行为，没有 造成严重后果时，由于刑法对其规定了独立的法定刑（参见第114条、第116条），故不能 适用未遂犯的处罚规定。在此意义上说，这种具体的危险犯不存在犯罪未遂问题。〔23〕从 与侵害犯的比较来说，也可以认为，刑法对原本为未遂犯的具体危险犯，规定了独立的法 定刑，故不再适用总则关于未遂犯的处罚规定。但是，由于刑法并没有将具体危险类型化 为侵害结果，导致中止犯的成立范围具有特殊性。质言之，虽然发生了具体危险，但行为

〔打〕例如，如果没有对公共安全产生具体危险，就不成立放火、破坏交通工具等罪.，如果认为没有发生具体危险 时，成立放火罪、破坏交通工具罪的未遂.必然扩大放火、破坏交通具等罪的处罚范围。

**346**刑法学（第五版）

人自动防止侵害结果发生的，应认定为犯罪中止。［24〕如果认为这种具体危险犯已经既 遂，就必然否认中止犯的成立，或者认为既遂之后可以中止，但本书难以赞成这样的结 论 J24 25〕

最后，并不是只要在形式上发生了“侵害结果”的均不属于“未得逞”。在侵害结果必 须经由特定因果过程而造成的犯罪中，倘若某种结果不是经由特定因果过程而造成的，应 认定为“未得逞”。例如，在抢劫罪中，只有在暴力、胁迫等行为压制被害人的反抗后取得 财物，才能认定为既遂。如果暴力、胁迫行为并没有压制被害人反抗，而是趁被害人没注 意时取走财物的，只能认定为抢劫未遂与盗窃罪。再如，被告人以强奸故意从后面扑向L 女士,将其拽倒在地，并造成轻微伤。L看出被告人的意图后，由于害怕更严重的伤害，就 佯称自己很长时间没有性行为，愿意与被告人性交。被告人信以为真，认为先前使用的暴 力已经不再起作用，而是L女士自愿与自己性交，后来在与L性交的过程中，L没有任何 反抗。表面上看，被告人已经得逞，但是，在强奸罪中，只有当奸淫行为违反被害人意志， 且行为人也明知奸淫行为违反被害人意志时，才能成立强奸既遂。本案中，被告人在性交 时缺乏强奸的故意，所以只能认定为强奸未遂。〔26〕

还需要说明的是，“未得逞”只是未遂犯中的表面的要素，而不是为不法、责任提供根 据的要素。所以，在不能查明行为是否造成了法益侵害结果时，必须将“未得逞”作为未 遂犯的表面的构成要件要素，从而合理地认定未遂犯。例如，甲、乙二人在互不知情的情 况下向丙开枪，其中一枪击中丙的头部，另一枪击中丙的心脏。事后虽能证明两枪均足以 立即致人死亡，但无法进一步证明究竟谁击中何处以及哪一枪先击中被害人。〔27〕显然， 如果能够证明甲先击中被害人，那么，乙仅成立故意杀人未遂；反之亦然。易言之，甲、乙 二人既都有成立杀人既遂的可能性，也都有成立杀人未遂的可能性。但是，倘若认为，只 有确实证明甲、乙的行为“未得逞”时才能认定为杀人未遂，那么，对甲与乙的行为既不能 认定为杀人既遂，也不能认定为杀人未遂。这显然违背常理，导致某种行为之所以不构成 轻罪（未遂犯），是因为该行为可能构成重罪（既遂犯）。事实上，只要将“未得逞”解释为 未遂犯的表面的构成要件要素，即已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因没有 既遂的，就可以认定为犯罪未遂。所以，即使不能确实证明上例中的甲、乙“未得逞”，也 应认定甲、乙均成立故意杀人未遂。由此看来，与其争论“未得逞”的含义，不如讨论具体 犯罪的既遂标准。

**（24］** 例如，甲为了使火车倾覆、毁坏，便将一块大石头搬运到火车来往较为频繁的铁轨上，然后坐在一旁观望;但 在火车到来之前突然悔悟，立即将石头搬走，防止了事故发生。应认定甲的行为成立犯罪中止。

**［25］** 有人认为，在行为人将石头搬到铁轨上后，就是刑法第117条的破坏交通设施罪的既遂，如果行为人在火车 到来之前自动将石头搬走，防止了事故发生，则是刑法第119条的破坏交通设施罪的中止。于是，行为成立 破坏交通设施罪的中止与既遂的竞合.：可是，如果按刑法第119条的中止犯处理,认定行为构成刑法第117 条的既遂犯就没有意义；如果按刑法第117条的既遂犯处理，就否认了认定为刑法第119条的中止犯的意 义。此外.既然重罪的中止包含了轻罪的既遂犯，就不可能对该中止犯免除处罚,，但这样的结论也不利于 鼓励行为人中止犯罪。

〔26〕参见［德］克劳斯•罗克辛:《德国最髙法院判例•刑法总论》，何庆仁、蔡桂生译，中国人民大学出版社2012 年版，第151页以下。

〔27〕这是德国学者考夫曼（Arthur Kaufmann）没想的案例。参见蔡圣伟：《刑法问题研究（一）》，元照出版公司 2008年版，第4页。

第七章犯罪的特殊形态**347**

（三）犯罪未得逞是由于犯罪人意志以外的原因

犯罪人意志以外的原因，是指始终违背犯罪人意志的，客观上使犯罪不可能既遂，或 者使犯罪人认为不可能既遂从而被迫停止犯罪的原因。在犯罪未遂的情况下，行为人希 望、放任发生侵害结果的意志并没有改变;之所以没有发生行为人所希望、放任的结果，并 非由于行为人放弃犯罪，而是某种原因使得行为人希望、放任的结果没有发生。换言之， 只要不是行为人自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生，就属于犯罪人意志以 外的原因。具体地说，意志以外的原因包括三种情况：

第一，抑止犯罪意志的原因。即某种事实使得行为人认为自己客观上已经不可能继 续实行犯罪,从而被迫停止犯罪。在这种情况下，对于是否继续实行犯罪，行为人主观上 没有选择余地，只能被迫放弃犯罪、例如，行为人入户抢劫时，忽然听到警笛声，以为警察 来抓捕自己，便被迫逃离现场。即使该车实为救护车或者虽是警车却并非来抓捕行为人 的，但由于行为人认为自己客观上已经不可能继续实行犯罪,仍然属于意志以外的原因。

第二，抑止犯罪行为的原因，即某种情况使得行为人在客观上不可能继续实行犯罪。 例如，行为人正在实行犯罪时，被第三者发现而制止、抓获。

第三，抑止犯罪结果的原因。即行为人已将其认为应当实行的行为实行终了，但某种 情况阻止了侵害结果的发生。例如，行为人将被害人打昏后拖入水中，以为被害人必死无 疑,但适逢过路人将被害人抢救脱险。

三、犯罪未遂的成立范围

在刑法理论上，哪些犯罪具有成立未遂犯的可能性，尚有研究的余地。需要研究的是 结果加重犯、不作为犯、行为犯、企行犯以及加重的构成要件与量刑规则。

（一）结果加重犯

结果加重犯是否存在未遂，在国外存在激烈争论。持否定说的学者认为，结果加重犯 以发生加重结果为成立条件，发生加重结果则成立结果加重犯，没有发生加重结果则不成 立结果加重犯，也无结果加重犯的未遂。但更多的学者持肯定说，理由却各不相同。有人 认为，对加重结果持故意时，如果没有发生加重结果就是结果加重犯的未遂。如行为人意 欲造成妇女重伤以便奸淫，行为人虽然奸淫了妇女，但并没有造成妇女重伤。有人认为， 发生了加重结果但没有发生基本结果时，就是结果加重犯的未遂。例如，行为人给被害妇 女造成了重伤，但未能奸淫被害妇女。有人认为，结果加重犯是故意犯与过失犯的复合 体，过失犯在观念上存在未遂，故结果加重犯有未遂。

本书认为，肯定说的前两种主张值得借鉴。（1 ）我国的结果加重犯存在不同情况，有 的对加重结果仅要求过失，有的对加重结果既可以是故意也可以是过失。在行为人故意 造成加重结果却没有发生加重结果的情况下，成立“结果加重犯的未遂”（适用结果加重 犯的法定刑，同时适用总则关于未遂犯的处罚规定）。例如，行为人以非法占有为目的故 意将被害人杀死后立即取走财物的，成立抢劫罪。［29〕但如果行为人没有造成他人死亡与

**（28）** 参见张明楷:《未遂犯论》，中国法律出版社.日本国成文堂1997年联合出版，第16页以下。

（29］ 参见最髙人民法院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》。应当认为，这 种行为成立抢劫罪与故意杀人罪的想象竞合犯|

**348**刑法学（第五版）

重伤，则应认定为结果加重犯的未遂，否则就与故意杀人罪不协调。〔则（2）我国的结果加 重犯与基本犯成立的是相同罪名，而非不同罪名，故在造成了加重结果但基本犯未遂的情 况下，可以认定为结果加重犯的既遂，但必须承认基本犯未遂。行为人故意造成了被害妇 女的重伤，但未能奸淫被害妇女时.虽然是结果加重犯的既遂，但应同时肯定基本犯的未 遂。〔3|〕这种情形称为"未遂的结果加重犯”。问题在于，在这种情况下，是否适用总则关 于未遂犯的处罚规定。本书认为，由于我国的法定刑较重，宜适用总则关于未遂犯的规 定，可以根据结果加重犯的法定刑从轻或者减轻处罚。但需要说明的是，由于这类行为可 能同时触犯其他罪名，进而成立想象竞合犯，故需要权衡法定刑的选择与量刑情节的适用 形成的处罚轻重，正确决定应当适用的法定刑。例如，甲以强奸故意对被害妇女实施伤害 行为，且过失造成了死亡结果，但由于意志以外的原因未能实施奸淫行为。由于该行为触 犯了故意伤害（致死）罪，故成立故意伤害（致死）罪与强奸罪（未遂的结果加重犯）的想 象竞合。虽然二者的法定刑相同，但由于对前者不需要适用未遂犯的规定，故应适用故意 伤害（致死）罪的法定刑处罚；而不应适用强奸致死的法定刑同时适用未遂犯的处罚规 定。再如，A为了抢劫财物而杀死B,但由于意志以外的原因未能取得财物。就抢劫罪而 言，是结果加重犯的既遂、基本犯的未遂。但是，由于该行为同时触犯了故意杀人罪，根据 想象竞合犯的处理原则，认定行为成立数罪，但最终应适用故意杀人罪的法定刑，并且不 适用未遂犯的处罚规定。

由于结果加重犯存在未遂，而结果加重犯与基本犯同属一个罪名，因而结果加重犯以 及类似犯罪，存在着基本犯既遂而加重犯未遂、基本犯既遂而结合犯未遂的情形。例如， 甲故意以杀人为手段实施抢劫行为，虽然取得了财物但没有致人死亡的，抢劫罪的基本犯 既遂，但结果加重犯是未遂。又如.丙在拐卖妇女的过程中强奸妇女（参见刑法第240 条），拐卖妇女罪既遂，但强奸行为未遂。由此可见，在我国，犯罪未遂不只是针对罪名而 言,而可能针对同一罪名下的各种形态的犯罪而言。

（二） 不作为犯

不真正不作为犯存在未遂犯。例如，以不作为方法杀人而未得逞的，成立故意杀人未 遂。

真正不作为犯是否存在未遂，在刑法理论上存在争议。一种观点认为，真正不作为犯 的作为义务成立与既遂成立是同时的，即何时产生作为义务，就何时犯罪既遂；如果不产 生作为义务，就不成立不作为犯罪。所以，真正不作为犯没有成立未遂的余地。但本书认 为，作为义务的产生时间，与实施违反作为义务的不作为时间，并非完全相同，或多或少存 在间隔。况且,我国刑法规定的某些真正不作为犯，以发生侵害结果为要件（参见刑法第 429条）。所以，真正不作为犯可能存在未遂犯。

（三） 行为犯

我国刑法理论的传统观点认为，行为犯是指只要实施了（指实行终了）刑法分则所规

（30J在此例中，行为人虽然有杀人故意但仅造成了重伤时,也成立抢劫致人重伤的结果加重犯，由于其与抢劫致 人死亡的法定刑相同.故没有必要认定为抢劫致人死亡未遂：

**C31］**如果认定为基本犯的既遂,恐怕连被害的妇女也会反对，但也不能因此认定为结果加重犯的未遂**1,**此外，这 种场合也是强奸罪与故意伤害罪的想象竞合犯.

第七章犯罪的特殊形态**349**

定的某种实行行为，就构成既遂的犯罪。据此，在未实行终了的情况下，存在犯罪未遂。 本书认为，行为犯是行为与结果同吋发生的犯罪，行为犯存在犯罪未遂。

但是，对行为犯而言，也需要联系法益侵害来区分既遂与未遂。刑法理论与司法实践 可能难以归纳行为犯的侵害结果内容，但这并不是说可以丝毫不顾及行为对法益的侵害 与威胁，而是意味着必须通过行为的进程认定其对法益的侵害程度。因此，“认为单纯行 为犯，只是将行为作为构成要件要素，没有将结果的发生作为构成要件要素，因而只是处 罚行为本身的观点，并不妥当。单纯行为犯只是没有将对于对象的侵害这种意义上的结 果作为构成要件要素，因而应当认为，行为所造成的法益侵害或者危险这种意义上的结果 （如非法侵人住宅罪中对住宅权的侵害、伪证罪中误导审判作用的危险）仍然是成立犯罪 所必需的”。〔32〕所以，本书认为，即使是行为犯，也应以是否发生了行为人所追求或放任 的、实行行为性质所决定的侵害结果为标准，而不能以是否实施了行为为标准。只是由于 结果与行为同时发生，人们习惯于说行为实施终了就是既遂。事实上，在行为犯的场合， 部分情形是行为实施终了特定结果就同时发生（如伪证罪），部分情形是开始实施构成要 件行为就同时发生特定结果（如危险驾驶罪）；即使应当区分既遂与未遂，也应以行为是 否发生了特定结果为标准。**C33］**

近年来，不少教科书从行为犯中分解出举动犯的概念，认为行为犯是指以法定的犯罪 行为的完成作为既遂标志的犯罪，如强奸罪、脱逃罪等;举动犯是指按照法律规定,行为人 一着手犯罪实行行为即告犯罪完成和完全符合构成要件，从而构成既遂的犯罪，如组织、 领导、参加黑社会性质组织罪，煽动民族仇恨、民族歧视罪等。〔34〕据此，举动犯是不存在 犯罪未遂的犯罪。本书以为，对此尚需进一步研究。行为犯与举动犯的关系就是值得推 敲的问题。〔35〕任何犯罪行为都是一个过程，即使是所谓的举动犯，也必然有一个过程（当 然，过程的长短有异），并非一着手就既遂。以组织、领导、参加黑社会性质组织罪为例。 仅实施了所谓的组织、领导行为时，如果没有黑社会性质组织的成立，不可能认定为本罪； 而且，如果该组织在成立后没有实施刑法第294条第5款规定的标明黑社会性质组织特 征的行为（如“以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶， 欺压、残害群众”），司法机关也无从认定其是否为黑社会性质的组织。所以，并非“只要 一开始实施组织、领导行为，不管黑社会性质的组织是否成立，都属于犯罪既遂”。至于 参加黑社会性质组织的行为，也并非一经参加就既遂；更不是一旦声称参加就既遂。因为 在司法实践中，“对于参加黑社会性质的组织，没有实施其他违法犯罪活动的，或者受蒙 蔽、胁迫参加黑社会性质的组织,情节轻微的，可以不作为犯罪处理”。再如，煽动民族

**（32J** ［日］大沼邦弘:“行为与结果"，载［日］阿部纯二等编：《刑法基本讲座》（第2卷）.法学书院1994年版，

第76页。

**［33］**句然，就行为犯而言，在认定犯罪既遂的具体结论上.本书与传统观点可能是相同的，但是理由不同。

〔34 \*〕参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2010年第4版，第160页。

**（35）**在大陆法系国家，行为犯与举动犯是一个概念，德语的schlichtes Tatigkeitsdelikt —词，被口本和我国台湾地

区学者译为举动犯或行为犯（参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第129页;林东 茂:《危险犯与经济刑法》，台北五南图书出版公司1996年版，第11页）：当然，笔者并非基于这个原因反对 区分行为犯与举动犯，而是因为这种区分存在疑问。

〔36〕最髙人民法院2000年I2月5日《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若十问题的解释》第3 条。

**350**刑法学（第五版）

仇恨、民族歧视罪，只有一次煽动行为结束，司法机关才能认定其煽动内容是否符合刑法 的规定，才可能认定为本罪。再者，如果举动犯的范围过宽，则不利于鼓励行为人中止犯 罪，反而不利于保护法益。

（四） 企行犯

我国刑法理论所称的举动犯，也许应当对应于德国、日本刑法理论中的企行犯或者计 划犯（Untemehmensdelikt） o从理论上说，任何犯罪都可以分为既遂与未遂，而且在通常 情况下，刑法对未遂犯实行从轻、减轻处罚制度。但是,有些犯罪的未遂与既遂，在对法益 侵害程度上并不存在任何差异，故刑法将未遂犯与既遂犯等同看待。这种原本只是未遂 但刑法将其作为既遂对待的犯罪，就是企行犯。〔37〕根据德国学者的看法，立法者创设企 行犯构成要件的理由主要有二:第一，行为人着手后虽停留于未遂阶段，但几乎已经不可 能对于由此所产生的危险加以控制，如内乱罪。第二，未遂行为本身已经对法益造成了破 坏，因而有必要将未遂与既遂相提并论。如在德国，处罚受贿罪是为了保护国民对职务行 为公正性的信赖。行为人就职务行为要求、约定贿赂的，就已经侵害了国民对职务行为的 公正性的信赖，无须等待行为人取得财物便可认定为既遂J38〕显然，行为犯不同于企行 犯，前者意味着行为与结果同时发生，不存在因果关系的判断问题，后者是指“未遂”与既 遂等同看待。

虽然立法体例不完全相同，但我国刑法理论也可以承认企行犯，因为我国刑法分则中 也存在将未遂与既遂等同看待的犯罪。按照本书的观点，组织、策划分裂国家（相对于实 施分裂国家），为境外窃取、刺探、收买国家秘密或者情报（相对于非法提供），以出卖为目 的拐骗、收买妇女（相对于出卖），索取贿赂（相对于收受贿赂）等，属于企行犯（当然，具体 的范围还值得进一步研究）。在本书看来，企行犯也可以分为两种类型:一类是可能存在 未遂的企行犯，亦即，当企行犯的未遂行为并没有达到与既遂可以等同看待的程度时，仍 然可能成立未遂犯。例如，为境外窃取国家秘密时，虽然已经着手，但未能获得国家秘密 的，应认定为未遂犯。另一类是不可能存在未遂犯的企行犯，亦即，行为要么着手后成立 既遂，要么只是预备或者无罪，如组织、策划分裂国家的行为。后一类型的企行犯,也可谓 我国刑法理论所称的举动犯，在此意义说，也可以承认和使用前述举动犯的概念。但应注 意的是，我国刑法理论就举动犯所举之例，仍然是行为犯，而不是企行犯。此外，企行犯的 处罚根据并不是行为本身的无价值性，而是行为造成的法益侵害与既遂犯相同。

（五） 加重的构成要件与量刑规则

根据本书的观点，加重的构成要件可能存在未遂犯。例如，持枪抢劫未遂的，适用持 枪抢劫的法定刑，同时适用刑法总则关于未遂犯的规定。再如，在公众场所当众强奸妇女 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,假定诈骗罪的数额较大、巨大与特别巨大的起点分别 为3000元、3万元与50万元，甲试图骗取他人60万元的财物，虽然已经着手，但由于意志

〔37〕Vgl.，C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil，Band I, 4. Aufl. ,C. H. Beck ,2006,S. 338.

[38〕Vgl.，U. Weber, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefahrdungs - und Untemehmensdelikte,ZStW Beiheft ,1987,S.9ff.

第七章犯罪的特殊形态**351**

以外的原因未得逞。对此，不应认定为诈骗数额特别巨大的未遂，只能认为普通的诈骗未 遂（参见第五章第一节第二款）。

四、犯罪未遂的类型

犯罪未遂有不同的类型；一方面，类型不同，其所反映的违法性程度就不同；另一方 面,某些犯罪未遂的类型与非罪之间容易混淆，故研究犯罪未遂类型具有重要意义。

（一） 实行终了的未遂与未实行终了的未遂

一般认为，实行终了的未遂，是指犯罪人已将其认为达到既遂所必需的全部行为实行 终了，但由于意志以外的原因未得逞。如犯罪人向被害人食物中投放了毒药，被害人中毒 后被他人发现送往医院抢救脱险。未实行终了的未遂，是指由于意志以外的原因，使得犯 罪人未能将他认为达到既遂所必需的全部行为实行终了，因而未得逞。例如，在举刀杀人 时，被第三者制服。“行为是否实行终了”中的行为，是指导致发生侵害结果的实行行为， 不包括侵害结果发生后行为人为了其他目的所实施的行为。如行为人打算致人死亡后碎 尸，行为是否实行终了，应以致人死亡所必需的行为是否实行终了为标准，不以是否碎尸 为标准。由此可见，犯罪既遂与“实行终了”不是等同概念。〔39〕

在行为人的认识与客观事实相符合的情况下，实行终了的未遂与未实行终了的未遂， 通常能反映出行为对法益的侵犯程度不同：前者离侵害结果的发生较近，后者离侵害结果 的发生较远。但是，在行为人的认识与客观事实不相符合的情况下，实行终了的未遂与未 实行终了的未遂，则不能准确反映行为对法益的侵犯程度。因为根据通说，实行终了的未 遂与未实行终了的未遂，是以行为人的主观判断为标准做出的区分;倘若行为人的主观判 断发生错误,如本来不必进一步实施行为便可以发生侵害结果（客观上已实行终了），而 行为人误认为自己的行为未实行终了，或者相反，则不能认为实行终了的未遂对法益的侵 犯程度重丁未实行终了的未遂。所以，对实行终了的未遂与未实行终了的未遂，仍然应根 据行为本身对法益的侵犯程度做出评价

（二） 没有侵害结果的未遂与存在侵害结果的未遂

犯罪未遂存在两种情形:一是行为未造成任何侵害结果；二是造成了一定侵害结果， 但不是行为人所希望或者放任的、实行行为性质所决定的侵害结果。以直接故意杀人为 例，行为人开枪射击被害人，由于意志以外的原因没有打中，便属于前一种情况;如果开枪 打中，造成伤害结果，但没有造成被害人死亡，则属于后一种情况。

区分这两种不同的犯罪未遂，有利于正确认识不同未遂对法益的侵犯程度。一般来 说，后者的侵犯程度显然重于前者。

（三） 能犯未遂与不能犯未遂

传统观点认为，能犯未遂，是指犯罪人所实施的行为本身可能达到既遂，但由于意志 以外的原因而未得逞;不能犯未遂，是指犯罪人所实施的行为本身就不可能既遂因而未得 逞。后者又进一步分为对象不能犯未遂与手段不能犯未遂。例如，使用枪支向人开枪而

1. 在德国，犯罪既遂与犯罪的实质性终结（可罚的不法的完结）不是等同概念。例如，行为人扒窃他人钱包得 手（如已将钱包放人自己衣服口袋），但还处于被他人追赶的过程中，就属于盗窃已经既遂，但还没有实质性 终结的情形。
2. 或许也可以认为，单纯以行为人的主观认识为标准判断是否实行终了的未遂，缺乏合理性。

**352**刑法学（第五版）

未得逞的，是能犯未遂；以为是人实际上是向物开枪的，属于对象不能犯未遂。再如，使用 砒霜杀害他人但由于抢救及时而米得逞的，是能犯未遂；本欲使用砒霜但因发生认识错误 使用了砂糖因而未得逞的，属于手段不能犯未遂。并且认为，手段不能犯未遂与迷信犯具 有本质区别，手段不能犯时，行为人所实施的行为与其所认识（或本欲实施）的行为完全 不同，而迷信犯所实施的行为与其所认识（或本欲实施）的行为完全相同；手段不能犯是 由于认识错误所致，迷信犯是由于愚昧无知所致。因此，传统观点认为，手段不能犯成立 犯罪未遂，而迷信犯不成立犯罪。但是，对这种观点应当进行反思，下一节对此展开讨论。

五、未遂犯的处罚原则

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。”这一规 定表明，未遂犯应受刑罚处罚。但由于未遂犯的不法与责任一般轻于相应的既遂犯的不 法与责任，故对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

第四节不能犯

一、 不能犯的概念

不可罚的不能犯［41〕（以下一般简称为不能犯）一般包括三种情况：（1 ）方法不能，SP 行为人具有实现犯罪的意思，但其采用的方法不可能导致结果发生。例如，本欲使用毒药 杀人，但事实上投放了无害食物（如砂糖）。（2）对象不能，即行为人具有实现犯罪的意 思，但其行为所指向的对象并不存在，因而不可能发生结果。例如，将稻草人当做仇人开 枪射击。（3）主体不能，即行为人具有实施身份犯的意思，但其并不具备特殊身份，因而 不可能成立身份犯。例如，一般公民以为自己是国家工作人员而收受“贿赂”。不能犯的 本质是缺乏实现犯罪的危险性，所以不可能成立未遂犯（之前的行为可能成立预备犯）。 所以，不能犯本身并不是犯罪的特殊形态。但是，一个行为究竟是未遂犯还是不能犯，常 常存在争议3如何区分二者，取决于如何理解和贯彻未遂犯的处罚根据，尤其是取决于其 中的危险的判断。不能犯的学说，基本上是有关如何区分未遂犯与不能犯的学说，也是关 于危险判断的学说。由于未遂犯都是具体的危险犯，所以，不能犯的学说也可谓从反面说 明未遂犯处罚根据的理论。

二、 不能犯的学说

（一）纯粹主观说

该说认为，既然行为人以犯罪意思实施了行为，即使没有发生结果，也应以未遂犯论 处，只是迷信犯不可罚。此说以行为人本人认识到的事实为基础，并且以行为人本人的认 识为基准判断危险的有无。据此，除迷信犯外，因方法不能、对象不能与主体不能而未能 既遂的，都成立未遂犯:换言之，只有意欲引起犯罪结果而采取超自然方法实施行为的， 才是不能犯;意欲引起犯罪结果而采取自然方法实施行为的，都是犯罪。

**［41］**本书在使用“不**nf**罚的不能犯”表述时，并不意味着存在“ nJ•罚的不能犯”，只是强调“不能犯是不可罚的”、 “不能犯是不构成犯罪的'

第七章犯罪的特殊形态**353**

纯粹的主观说已被彻底否认，因为其存在许多问题：（1 ）根据纯粹主观说，只要认定 行为人在实施行为时意欲发生犯罪结果,就均应以未遂犯论处，这既容易形成思想犯，又 扩大了处罚范围。〔42〕（2）纯粹主观说一方面认为犯意表现为客观行为时就是未遂犯，但 另一方面认为迷信犯不可罚，这也自相矛盾。（3 ）纯粹主观说将行为人的危险性格作为 科处刑罚的基础，并不妥当。

（二）抽象的危险说

抽象的危险说（主观的危险说）认为，应当以行为人在行为当时所认识到的事实为基 础，以一般人的见地判断有无危险；如果按照行为人的计划实施行为具有发生结果的危险 性，就是未遂犯；即使按照行为人的计划实施行为也不具有发生结果的危险性，则是不能 犯J43〕例如，行为人本想以毒药杀人但误用了砂糖，如果按照行为人的计划以毒药杀人， 就具有致人死亡的危险，因而是未遂犯。再如,行为人以为砂糖能致人死亡而使人饮用砂 糖，即使按照行为人的计划实施该行为也不可能发生致人死亡的结果，因而属于不能犯。

抽象的危险说是主观主义刑法理论的产物，因为只要行为人计划实施可能发生结果 的行为，征表出行为人的反社会性格，就应当作为犯罪处罚。抽象的危险说为迷信犯不受 处罚找到了根据。抽象的危险说，也可谓行为无价值论的逻辑结论。因为当行为人想以 毒药杀人但事实上投放了砂糖时，其规范违反意识已相当明显。按照行为无价值论的观 点，规范违反意识正是违法性的根据。

我国传统刑法理论一般否认迷信犯的行为构成犯罪，但认为不能犯都属于未遂犯，实 际上采取了抽象的危险说。传统观点认为，行为人误认为自己的手段可能产生侵害结果， 事实上其手段不可能产生侵害结果时，成立未遂犯。行为人误认为犯罪客体存在，以致实 施了危险行为的，成立未遂犯。但这种传统观点存在疑问。

1. 传统观点没有考虑行为在客观上是否侵犯了法益，导致客观上完全不可能侵犯法 益的行为也成立犯罪未遂。根据传统观点，意图毒杀他人，误用了健身药品时，也成立故 意杀人未遂;误以为某有害动物是被害人而开枪，结果导致有害动物死亡时，也成立故意 杀人未遂;误以为是国家机关的真实印章而毁灭，但事实上毁灭了伪造的国家机关印章 时，也成立毁灭国家机关印章未遂。可是，这些行为没有侵害法益的危险，将其作为犯罪 未遂处理，就意味着行为根本不可能侵犯法益时也成立犯罪。事实上，上述行为并非“只 是由于对犯罪工具实际效能的误解而致使犯罪行为未发生犯罪结果”，而是由于行为人 所实施的“行为”本身根本不具有任何侵害法益的危险性，才导致未发生犯罪结果；如果 行为本身具有侵害法益的危险性，不管行为人主观上有无误解，都不可能影响行为的这种 危险性。例如，行为人误将他人当做野兽而开枪射击，由于该行为本身具有侵害他人生命 的危险性,不管行为人主观上如何误解，这种危险性都客观存在。行为是否构成未遂犯， 首先必须考虑现实行为是否具有侵害法益的危险性，而不是考虑行为人主观上有无犯罪

因为“不能犯不是故意的问题，而是客观的行为问题，故着眼点在于行为本身的危险性”（［日］团藤重光: 《刑法纲要总论》，创文社1990年第3版，第167页），而不是故意的有无。

（43）参见［日］牧野英一:《刑法总论（上卷）》，有斐阁1958年版，第331页。

**354**刑法学（第五版）

故意，不是考虑行为人原本打算实施的行为是否具有侵害法益的危险性。［44〕

1. 抽象的危险说不是根据行为的客观事实判断该行为有无侵害法益的危险，而是根 据行为人的认识内容判断有无危险。于是，只要行为人认识的事实“是一般人认为有危 险的事实”，不管客观事实如何，都认定为有危险。换言之，只要行为人对“实行行为”有 认识（有故意），不管客观上有无实行行为，都认为有危险。这有主观归罪之嫌。例如，甲 意欲杀乙，本想使用砒霜，但由于认识上的错误使用了白糖，乙吃后安然无恙。A没有杀 人的意欲，将白糖给B吃，B平安无事。从客观上看，甲的行为与A的行为完全相同，都 没有导致他人死亡的危险性，唯一不同的是，甲具有杀人的故意而A没有杀人故意。可 是，如果认定甲的行为构成故意杀人未遂，显然只是因为甲具有杀人故意。这是主观主义 刑法理论的观点。人们常常认为，“行为人出于犯罪的0的，但其使用的手段或者精心选 择的作案工具却无法实现犯罪的意图。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，也应以未遂认定”。〔45〕然而，既然现实的 行为不可能产生法益侵害结果,就不能认定它是犯罪的实行行为。易言之，不能认为凡是 在杀人心理支配下实施的行为都是刑法规定的杀人行为;杀人行为具有类型性，将白糖给 他人食用的行为，不具有致人死亡的危险性，故不是杀人行为;否则不能说明，为什么行为 人想杀人而客观上求神拜佛的行为不成立故意杀人罪。
2. 与上述两点相联系，传统观点必然不适当地扩大刑法的处罚范围。这主要表现在， 客观上完全没有危险性的行为，仅因为行为人的认识错误就作为犯罪处罚。然而，“即使 行为人相信是手枪而扣动扳机，但事实上是完全不可能发射子弹的塑料玩具手枪时，就没 有作为杀人未遂处罚的必要”。［46〕不仅如此，倘若将使用塑料手枪的行为认定为杀人未 遂，就可能导致将其他诸多客观上完全无害的行为认定为犯罪未遂。
3. 传统观点以不能犯出于认识错误肯定其可罚性、以迷信犯出于愚昧无知否定其可 罚性。但不管是认识错误、还是愚昧无知，都不能使没有任何危险的行为转变为具有危险 的行为。而且，愚昧无知并不是无罪的理由，许多人因为愚昧无知而犯罪，却受到了刑事 追究。有的人以为将被害人杀害后，被害人便可以升天，于是杀死被害人的，也可谓愚昧 无知，但不可能被宣告无罪。迷信犯不受处罚，也不是因为愚昧无知，而是由于其采取了 不可能侵害法益的方法。所以，问题的关键在于行为本身是否具有侵害法益的危险性及 其危险程度。
4. 传统观点还会带来其他方面的不当结论与不合理现象。例如，根据传统观点，甲意 图毒杀乙，而误将健身药品递给乙时，就已经着手实行杀人行为，而且是正在进行的不法 侵害，因而可以制止乃至防卫。其实，不应当也不可能制止更不能防卫甲的行为。这反过 来说明，甲的行为并不是不法侵害，因而不可能成立未遂犯。再如，A明知前方是稻草人， 且周围没有任何人，而“唆使”B将稻草人当做仇人开枪射击。根据传统观点，B成立故意

〔**44**〕在因为行为人的认识错误，导致后来的行为没有侵害法益的危险因而不成立未遂犯的情况下，如果此前的 预备行为具有侵害法益的抽象危险，并达到了值得科处刑罚的程度，则可以将预备行为认定为犯罪，但不能 认定为犯罪未遂。

〔45〕陈明华主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1999年版，第146页以下。

146］［日］前田雅英:《刑法总论讲义》，东京大学出版会2011年第5版，第157页。

第七章犯罪的特殊形态**355**

杀人未遂、然而，A不可能成立故意杀人罪的教唆犯。传统观点在此问题上明显造成了 不合理现象。

（三） 印象说

印象说认为，行为的客观危险性无法作为判断标准，只能将行为人的法敌对意思作为 判断标准。亦即，只有当行为人实现法敌对意思的行为,动摇了公众对法秩序效力的信赖 与法安定性的感觉（产生了受到动摇的印象）时，才能成立未遂犯。例如，行为人以杀人 故意向被害人扣动扳机时，即使枪中没有子弹，也应认定为犯罪未遂。可以认为，印象说 是将行为的危险性思考转换为社会心理学的思考，但如何判断某种行为是否产生了法秩 序受到动摇的印象，恐怕没有明确、具体的标准。德国刑法第23条规定，即使行为人出于 重大无知导致其行为根本不可能达到既遂，也要以未遂犯论处。印象说是为这种不能犯 提供处罚根据的学说，为本书所不取。在本书看来，印象说基本上只是抽象的危险说的另 一种表述。

（四） 具体的危险说

具体的危险说也称新客观说。该说主张，以行为当时行为人特别认识到的事实以及 一般人可能认识到的事实为基础，从客观的见地、作为对事后的预测（即站在行为时预测 该行为事后会发生结果，也可谓事前判断），判断有无发生结果的危险。如果存在具体的 危险，则成立未遂犯;否则，属于不能犯。〔47〕例如，行为人以为硫磺可能致人死亡便使他 人服用硫磺，或者以为向静脉注射少量空气可以致人死亡而注射少量空气。尽管从科学 的观点来看没有发生死亡结果的危险，但由于一般人感到有危险，故应成立未遂犯，而非 不能犯。又如，以为是活人而向尸体开枪时，如果在当时的情况下一般人认为对方是活人 即一般人认为有致人死亡的危险，则成立未遂犯；如果行为人认为是活人,而一般人在当 时的情况下均认为是尸体，则成立不能犯。反之，•般人认为让他人吃某种食物不会 死亡，但行为人特别认识到具有特殊体质的被害人吃该食物会死亡时而使其吃该食物的， 则存在危险，成立未遂犯。具体的危险说也不是十全十美的学说。

首先，具体的危险说主张以一般人的判断为基准判断行为是否具有危险性，但没有提 出“一般人的判断”的基准。事实上，以一般人的判断为基准决定有无危险性，就意味着 脱离客观事实进行判断。况且，一般人的判断结论并不一定是真实的。一般人认为没有 危险的，客观上完全可能存在危险。实际上也存在这样的情形:一定剂量的药物有致人死 亡的危险，科学上能够肯定因果法则，但该因果法则关系还没有纳人一般人的观念。如果 以一般人的判断为基准就不能肯定危险的发生，这会导致不当缩小处罚范围，明显不利于 保护法益。反之，一般人认为有危险的，客观上可能完全没有危险。于是，具体的危险说 导致对连科学上完全没有危险的行为也肯定其危险性。可是，“刑法不应当处罚将来普 及科学知识后就不被认为违法的行为”。〔49〕此外，在不少情形下，一般人因为缺乏专门知 识而不可能做出判断，只能依赖科学的判断。倘若采取具体的危险说，司法机关会束手无 策。

**C47J**主张具体的危险说的学者，既可能是行为无价值论者，也可能是结果无价值论者。 **［48］**参见［日］平野龙一：《刑法总论**II**》，有斐阁**1975**年版，第**330**页。

**C49J** ［日］并田良：《讲义刑法学•总论》，有斐阁**2008**年版，第**418**页。

**356**刑法学（第五版）

其次，具体的危险说主张以行为人特别认识到的事实及一般人可能认识到的事实为 判断资料，因此在以行为人特别认识到的事实为判断资料这一点上，与抽象的危险说得出 的结论相同，容易导致以行为人认识的有无决定危险性的有无。然而，未遂犯作为危险 犯，其客观存在的危险是故意的认识对象，行为人的特别认识应当属于故意的内容，而不 是决定有无危险的要素。例如，当甲划破血友病患者乙的手指使之流血时,不管甲是否认 识到乙是血友病患者，其行为都对乙的生命产生了危险。如果甲知道而其他人均不知道 乙是血友病患者，也应认定甲的行为客观上产生了致乙死亡的危险，主观上具有杀人故 意。反之，如果甲不知道而其他人均知道乙是血友病患者，其行为客观上也产生了致乙死 亡的危险，只是甲没有故意因而需要判断有无过失的问题。

再次，具体的危险说主张以行为当时一般人的判断为基准决定是否存在危险性（事 前判断），而完全不考虑事后判明的情况，这显然不科学。刑事诉讼法设立了鉴定制度， 而鉴定制度意味着应当考虑事后判明的情况。有学者指出，不能犯与未遂犯的区分，终究 取决于行为是否存在侵害法益的现实危险；同时认为，对现实危险性的判断只能采取事前 判断，而不应当考虑事后查明的事实。例如，A持枪进人B的卧室，向躺在床上的B开 枪，并且击中了心脏，但事后查明，B在5分钟前就已经死亡。由于在A开枪射击时，一般 人都认为B是活人，所以，应当将“B是活人”作为危险判断的资料。由于A是在向活人 开枪，所以，其行为具有导致活人死亡的现实危险J5U〕然而，这里的“现实危险”并不是客 观上的现实危险，而是一般人所想定的危险。

最后,具体的危险说与刑法保护法益的目的相矛盾。具体的危险说之所以以一般人 为基准，可能考虑到了对国民安全感的保护。亦即，处罚未遂犯的根据在于它有害于一般 国民的安全感，动摇了社会心理。这种观点实际上将消除国民主观上的不安全感当做刑 罚的目的，导致未遂犯成为侵害“安宁”、“平稳”、“国民安全感”这种社会法益的犯罪。这 显然不合适。"另一方面，一般国民也并非在现场目击犯罪，而是通过事后判明的事实和 媒体了解案件事实，即使从侵害国民安全感的观点来看，也不是必然要求根据一般人在行 为当时所能认识到的事实来判断危险。”［51 ］

（五）客观的危险说

该说认为，行为人所意欲的侵害结果一开始就不可能实现（绝对不能）时，不具有危 险性，成立不能犯;行为自身虽然具有实现侵害结果的可能性，但在特定状况下未能发生 侵害结果（相对不能）时，具有危险性，成立未遂犯;认定是绝对不能还是相对不能时，应 以行为时存在的一切客观情况为基础，事后以科学的因果法则为标准进行判断。据此，行 为人误将砂糖当成毒药给他人饮用时，属于绝对不能，成立不能犯。行为人以杀人故意将 没有达到致死量的毒药给他人饮用时，则属于相对不能，成立未遂犯；但如果毒药的量极 少，则有可能属于不能犯。行为人以硫磺杀人时，由于在科学法则上缺乏作为杀人手段的 性质，故属于绝对不能，成立不能犯。行为人使用没有子弹的手枪向他人射击时，由于事 后确认该手枪中没有子弹，以此事实为基础进行判断，只能得出绝对不能的结论。在对象 并不存在的情况下，行为（如误将尸体当活人而开枪）通常成立不能犯。

〔50〕参见［日］日髙义博:《刑法总论》，成文堂2015年版，第420页以下- （51）［日］松原芳博:《刑法总论》，口本评论社2013年版，第309页..

第七章犯罪的特殊形态**357**

客观的危险说存在以下问题：（丨）绝对不能与相对不能之间的区别本身就是不明确 的。“如果就各种具体情况进行考察，该说认定为相对不能的情况也可能解释为绝对不 能，认定为绝对不能的情况也可能解释为相对不能，因此，这种绝对、相对的区别不是确定 的，而是不确定的。**”［52**〕（ 2）客观的危险说的判断结局是，所有没有造成结果的行为都是 绝对不能，因而所有的未遂犯都成为不能犯。因为“对事物的经过进行事后的、科学的考 虑时，一切都是必然的，没有发生结果也都是必然的。使他人吞服毒药但后来他人因服用 解毒剂而得救的、因没有瞄准而没有打中他人的、由于被害人移动身体而没有打中的，都 是符合因果法则的必然结论，只是行为当时行为人没有预测到而已。在这个意义上可以 说,所有的未遂犯都是不能犯。因此，既然现行法的立场是承认未遂犯，那么，就不允许进 行事后的科学判断”。〔53〕（3）客观的危险说过于缩小了未遂犯的处罚范围，这虽然符合 刑法谦抑性的要求，但是否符合保护法益的目的，则存疑问。

（六）修正的客观的危险说

由于客观的危险说存在缺陷，很多学者对之进行了修正。如有学者提出，在侵害结果 没有发生的场合，根据科学的因果法则事后考虑假定存在什么事实（假定的事实）时才能 发生侵害结果，再考虑这种假定的事实有无存在的可能性，进而决定有无具体危险。〔54〕 有学者认为，判断有无危险时，只能以行为时存在的一切客观事实作为基础，但如果彻底 实行事后判断，则所有的危险犯都将成为不能犯，而立法者做出了能够以行为时的一定危 险为根据进行处罚的政策决定。因此，在政策上有必要作为未遂犯处罚的场合，应当以行 为时存在的一切客观事实为基础，以行为时作为判断时点，判断“从行为时来看结果发生 的合理（科学）概率”；在进行危险性判断时，没有必要连细微的具体情况也考虑，对客观 事实有必要进行某种程度的抽象化;对危险性的判断，不是以神的眼光进行判断，而是以 人的眼光进行判断，所以，结果的发生要以概率的形式来表现，结果的发生也才成为可能， 不致使所有的未遂都成为不能犯。〔55〕有人主张，应以客观的危险说为基础，以具体的危 险说为补充进行判断J56〕在本书看来，各种修正的客观的危险说，主要是从不同侧面提 出了判断客观危险的方法。

三、本书的观点

为了实现法益保护目的，同时保障国民的自由，必须贯彻客观的未遂犯论。首先要说 明的是，不能犯是就个别犯罪而言，而不是就全部犯罪而言。例如，虽然就故意杀人而言 是不能犯，但可能成立故意伤害罪（手段不能）。换言之，对于甲罪属于不能犯的，只是意 味着不成立甲罪的未遂犯，但可能成立乙罪（以具有侵害乙罪的法益的危险性为前提）。 其次要注意的是，不能犯是就未遂犯而言，而不是就预备犯而言，故不能犯也可能成立预 备犯。例如.A准备了杀人的毒药后，却将食盐误当做毒药给他人食用的，虽然不成立故

**［52］** ［ 口］木村龟二:《刑法总论》，冇斐阁1978年增补版，第352页.

〔53〕［日］西原春夫：“刑法中的危险概念”.载《法学演习》1983年第27卷第12号，第31页。

〔54〕参见［日］山口厚:《危险犯的研究》，东京大学出版会1982年版，第164页以下。

〔55〕参阽［日］前田雅英：《刑法的基础•总论》，有斐阁1993年版，第87页以下。

〔56〕参见［日］内田文昭：《刑法1（总论）》，青林书院新社1979年版，第253页以下。

**358**刑法学（第五版）

意杀人的未遂犯，但仍然可能成立故意杀人的预备犯。〔57〕本书主张，只有当行为人主观 上具有故意，客观上实施的行为具有侵害法益的紧迫危险时，才能认定为犯罪未遂;行为 人主观上具有犯意，其客观行为没有侵害法益的任何危险时，就应认定为不能犯，不以未 遂犯论处。至于客观行为是否具有侵害法益的紧迫危险，则应以行为时存在的所有客观 事实为基础，站在行为时，根据客观的因果法则进行判断。

第一，要将行为时存在的所有客观事实（包括事后查明的客观事实）作为判断资料， 而不是以行为人计划的内容作为判断资料。在行为人原本打算投放毒药，但事实上只投 放了食盐时，要将投放食盐的事实作为判断资料。在行为人以为是仇人而开枪，但事实上 射击了稻草人时，要将客观上射击稻草人的事实作为判断资料。显然，在这两种情况下， 不可能成立未遂犯。

第二，要对客观事实进行一定程度的抽象（舍弃细微的、对危险判断通常不起关键作 用的具体事实），并站在行为时进行判断，而不能进行事后的判断。例如，乙站在某地未 动，甲瞄准其头部开枪。但甲刚扣动扳机时，乙移动了身体，甲的子弹没有打中乙。如果 不对客观事实进行一定的抽象，且进行事后判断，那么，甲的行为也是不能犯。因为事后 来看,在乙突然移动身体的情况下，甲瞄准乙原来的头部位置开枪，必然不能造成乙的死 亡。但否认甲的行为构成未遂犯，显然不合适。如果将客观事实抽象为“甲向乙的头部 开枪射击”，则能得出甲的行为成立杀人未遂的合理结论。但是，也不能进行过度的抽 象。〔58〕例如，倘若100毫升敌敌畏才能致人死亡，行为人只故意投放了 1毫升敌敌畏。 在本案中，敌敌畏的数量是重要事实，而不是细微的具体事实，故不能舍弃。如果将本案 事实抽象为"向他人饮食中投放农药”，必然得出未遂犯的结论,但这种结论不妥当。

第三，对没有发生侵害结果的原因进行分析，考察具备何种要素时会发生侵害结果， 在行为当时具备这种要素的可能性。例如，甲拦路抢劫，但行人（被害人）身无分文。没 有发生侵害结果的原因，是行人没有随身携带财物。但是，行人随身携带财物的可能性非 常大，故应认定甲的行为成立抢劫未遂，而不能认定为不能犯。再如，甲以杀人故意向人 开枪，但射击的是早已死亡的尸体。甲的行为没有发生死亡结果，是因为甲射击的是尸 体。由于不存在尸体变为活人的可能性，故甲的行为成立不能犯。在主体不能的情况下， 由于不存在具备主体要素的可能性，故均应认定为不能犯。例如，邮政部门的临时清扫 工，误认为自己是邮政工作人员，而私自开拆、隐匿或者毁弃邮件，由于行为人不具有邮政 工作人员的特殊身份，故不成立刑法第253条规定的以邮政工作人员为主体的私自开拆、 隐匿、毁弃邮件、电报罪。

第四，应当根据客观的因果法则，而不能根据行为人或者一般人的观念判断危险的有 无。例如，甲为了杀人而使乙食用剪碎的头发。即使行为人或者一般人都认为吃了头发 会死亡，但根据科学的因果法则，甲的行为不可能造成死亡，故甲的行为成立不能犯。

第五，行为虽然具有发生结果的危险，但危险性极小时，也不能认定为未遂犯。例如， 向人的静脉注射空气的行为，具有导致他人死亡的危险。但是，假定通常1分钟内向他人

**（57）**当然，在某些情况下，还可能存在要么属于不能犯要么成立既遂犯的问题。例如，行为人携带儿枚手榴弹进 入公共交通工具，但该手榴弹根本不可能爆炸。

〔**58**〕关于“抽象的程度”是难以用文字表述的.要根据案件的具体事实来把握、

第七章犯罪的特殊形态**359**

静脉注射120毫升空气就足以致人死亡，行为人以为注射3毫升空气就能致人死亡，便只 注射了 3毫升空气。由于发生死亡的危险性几乎等于零，故只能认定为不能犯。但是，如 果行为人1分钟内向被害人静脉里注射了卯毫升空气，则应认为具有导致死亡的危险 性,成立故意杀人未遂。或者，行为人将要注射120毫升空气，但在注射过程中被他人阻 止，仅注射了 3毫升，则仍有较大的危险，应认定为故意杀人的未遂犯。

据此，本书就常见情形发表以下看法：

首先，关于主体不能的情形。主体不能其实是不符合特定犯罪的构成要件的一种情 形,不成立特定犯罪的未遂犯。例如，误以为自己是国家工作人员而收受他人财物的，不 可能成立受贿罪的未遂犯；邮局的清洁工误以为自己是邮政工作人员，私自开拆了他人信 件的，是私自开拆邮件罪的不能犯，但可能成立侵犯通信自由罪;银行的清洁工在以假币 换取真币时，误以为自己是银行工作人员的，是金融工作人员以假币换取货币罪的不能 犯，但应视其行为事实认定为盗窃罪或者诈骗罪。

其次,关于对象不能（客体不能）的情形。在荒山野外将稻草人当做活人开枪的，属 于不能犯，不成立故意杀人未遂;〔w〕将尸体当做活人杀害的，属于不能犯，不成立故意杀 人未遂；以为被害人在睡觉而向床上开枪，但被害人不在家的，是不能犯;［60］误将男子当 做妇女实施所谓“强奸”行为的，属于不能犯;误以为是幼女经同意后与之性交，但对方已 满14周岁的，属于不能犯;误以为是军人配偶而与之结婚或者同居的，是破坏军婚罪的不 能犯，符合重婚罪的犯罪构成的，则成立重婚罪;原本属于自己占有的财物，但误以为是他 人占有的财物而“窃取”、“骗取”的，属于不能犯;在公共汽车上实施扒窃行为，但碰巧所 扒窃的口袋或者提包内没有财物的，属于未遂犯。

最后，关于手段不能（方法不能）的情形。误将不可能致人死亡的食物（如食盐、面 粉、头发等）当做毒药使他人食用的，属于不能犯;〔M以杀人的犯意使他人食用不可能致 人死亡的硫磺的，是故意杀人罪的不能犯，但有可能成立故意伤害罪;使用没有子弹的枪 支向他人射击的，属于不能犯;使用装有子弹的枪支瞄准被害人扣动扳机，但由于偶然的 故障没有造成死亡结果的，成立未遂犯;打开被害人家中的天然气阀门使之泄漏，但由于 他人及时发现而没有致人死亡的，成立未遂犯;将足以致人死亡的毒药投放在他人的食物 中，他人发现食物异常而没有食用的，成立未遂犯;将交通卡当做信用卡在自动取款机中 取款的，属于不能犯;误将面粉等当做毒品出售的，属于不能犯，不成立贩卖毒品的未遂 犯。

综上所述，我国传统刑法理论中的不能犯，既包括了应当作为犯罪未遂处理的情形 （如向被害人食物中投放没有达到致死量的毒药），也包括了不可罚的不能犯。反过来 说，我国传统刑法理论中的未遂犯，包括了不可罚的不能犯。根据本书的观点，不能犯的 概念不宜作为犯罪未遂的一种类型来使用；事实上，未遂都是由于某种原因而不能既遂， 故也没有必要将犯罪未遂分为能犯未遂与不能犯未遂。

**C59］**倘若稻草人附近有其他人，行为有导致其他人死亡的危险，则可能成立未遂犯。

**［60］**如果被害人原本在床上睡觉，而碰巧上卫生间不在床上时，则宜认定为故意杀人未遂。

**C6'］**如果行为人事前准备了杀人的毒药，则能认定为杀人预备。倘若行为人的柜子里存放了许多袋装毒药（如  
毗霜），但混人了一小袋白糖。行为人为了杀害客人而使用毒药时误用了白糖，则成立故意杀人未遂。

**360**刑法学（第五版）

四、幻觉犯

所谓幻觉犯，是指某种事实并不违法，但行为人误认为违法。例如，行为人明知对方 是已满14岁的少女，经少女同意与之性交。行为人以为在上述情况下与之性交是违法 的，实际上该行为并不违法。可见，幻觉犯属于行为人对规范方面的认识错误。由于行为 人的行为在法律上不是犯罪，因而是不可罚的。倘若认为前述不能犯是一种事实上的不 能犯，那么，幻觉犯则可谓法律上的不能犯。

幻觉犯与违法性的错误不同。违法性的错误，是指某种事实本来是违法的，但行为人 误认为不违法。例如,行为人知道女方不满14岁，但误认为得到了女方的同意而与之性 交的行为不违法。可见，违法性的错误也是关于规范的认识错误，但与幻觉犯正相反。幻 觉犯与不能犯相异。不能犯，是指本来不存在违法的事实，但行为人认为存在。例如，行 为人认为女方只有13周岁而与之性交，实际上女方已有15周岁。幻觉犯与事实的错误 有别。事实的错误，是指本来存在违法事实，但行为人误认为不存在。例如，女方只有12 岁，行为人认为女方是已满14周岁的高中生，在得到其同意的情况下发生了性交。事实 的错误是对事实的认识错误，这与幻觉犯不同。

显然，幻觉犯与未遂犯存在本质区别。未遂犯既具有形式的违法性，也具有实质的违 法性，但幻觉犯既不具备形式的违法性，也不具备实质的违法性。未遂犯的行为人对符合 构成要件的事实具有认识与希望或者放任态度，而幻觉犯并不具有真正意义上的犯罪故 意（因为其主观上没有对符合构成要件事实的认识与意志），只是错误地以为自己在实施 犯罪。

第五节犯罪中止

一、犯罪中止的概念

刑法第24条第1款规定：“在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结 果发生的，是犯罪中止。”据此，犯罪中止存在两种情况：一是未实行终了的中止，即在预 备阶段或者实行行为还没有实行终了的犯罪过程中自动放弃犯罪;二是实行终了的中止， 即在实行行为终了的情况下自动有效地防止犯罪结果发生。

作为故意犯罪特殊形态的犯罪中止，是指行为人已经开始实施犯罪，而又中止了犯罪 所呈现的形态。犯罪中止与中止行为本身具有密切联系：没有中止行为就不可能有犯罪 中止形态，中止行为是犯罪中止形态的决定性原因，犯罪中止形态是中止行为造成的结 局。犯罪中止与中止行为又有严格区别:从自动放弃犯罪和防止犯罪结果的意义上而言， 中止行为本身不是犯罪，而是刑法所鼓励的行为;〔62〕犯罪中止形态则是犯罪的状态。换 言之，中止行为之前的行为是行为人应受处罚的根据；中止行为本身是应当免除或者减轻 处罚的根据。因此，不可将犯罪中止与中止行为混为一谈。

[62]行为人在甲罪终了后，为了防止甲罪的结果发生而采取有效措施的行为，也可能触犯乙罪。但这是另一回

事。

第七章犯罪的特殊形态**361**

二、犯罪中止的法律性质

我国刑法第24条规定，对于中止犯，根据其是否造成了损害，减轻或者免除处罚。那 么，对中止犯减免刑罚的根据是什么，这实质上是中止犯的法律性质问题。理论上存在形 形色色的观点，不同观点会对犯罪中止的成立条件产生直接影响。

（一）并合说

迄今为止，我国刑法理论基本上采用日本刑法理论的路径讨论中止犯减免处罚的根 据，主流观点是法律说（违法性减少、责任减少）与政策说的并合或综合。〔M〕大体而言，违 法性减少，是指中止犯的法益侵害减少（主要表现为没有达到既遂程度）；责任减少，是指 行为人因为自动中止犯罪而使得其非难可能性减少;政策说，一般是指李斯特提出的金桥 理论。李斯特指出：“在跨越不可罚的预备行为与可罚的实行行为的界限的瞬间，为未遂 所规定的刑罚就具体化了。这种事实已经不能变更，也不允许废弃与抹杀。但是，立法基 于刑事政策的理由，可以为应当被科处刑罚的行为人驾设返回的金桥。事实上，立法承认 对任意中止免除处罚。换言之，刑罚设立对中止犯免除处罚的规定，是为了在行为人 实施犯罪行为的最后瞬间，通过期待、奖励中止来保护法益。所以，金桥理论与奖赏理论 有相似之处。之所以在违法性减少、责任减少的基础上并人政策说，是因为单纯的违法性 减少、责任减少只能说明对中止犯应当减轻处罚，而不能说明对中止犯应当免除处罚。但 是，这种并合说存在缺陷。

1. 中止犯的违法性能否减少？

如果与既遂犯相比较，中止犯的违法性确实已经减少。这是因为，我国刑法第24条 明文将没有发生犯罪结果作为中止犯的成立条件。所以，在违法性层面，只有将中止犯与 既遂犯比较，才具有实际意义：如果已经发生犯罪结果因而已经既遂，就不成立中止犯。 尽管如此，违法性减少说充其量只能为中止犯的减轻处罚提供部分根据，而不可能为中止 犯的免除处罚提供根据。

如果与未遂犯比较，中止犯的违法性并没有减少。因为二者都可能表现为只是威胁 了一定法益，也都可能表现为对法益造成了一定的损害。未遂犯因为没有发生犯罪结果， 而可以从轻或者减轻处罚，但中止犯是应当减轻处罚或者免除处罚，就此而言，将违法性 减少作为中止犯应当减免处罚的根据，明显缺乏说服力。不仅如此，（与未遂犯相比较 的）违法性减少说不能说明共犯的中止问题。例如，在正犯中止的场合，教唆犯与帮助犯 依然成立未遂犯，而不可能得到中止犯的待遇。如果说中止犯的违法性减少，那么，由于 违法具有连带性，狭义的共犯从属于正犯，于是，不得不承认教唆犯、帮助犯的违法性也减 少，因而相应地对教唆犯与帮助犯也应当减免处罚。但是，从法律上与事实上来说，都并 非如此。

1. 中止犯的有责性能否减少？

倘若与既遂犯比较，可以得出肯定结论。因为责任是对不法的责任，在具有责任的前 提下，责任的轻重首先由不法决定，由于中止犯的不法轻于既遂犯，所以，中止犯的责任也

**C63］**参见陈兴良••《口授刑法学》，中国人民大学出版社2007年版，第304页;张明楷:《刑法学》，法律出版社2011 年第4版，第幻8页；黎宏:《刑法学》，法律出版社2012年版，第253页e

〔**64**〕转引自［日］香川达夫:《中止未遂的法的性格》，有斐阁1963年版，第40~41页„

**362**刑法学（第五版）

轻于既遂犯。但是，与既遂犯比较得出的肯定结论，依然不能说明为什么对中止犯应当免 除处罚或者减轻处罚。亦即，不法与责任消灭时，才能够放弃刑罚；单纯的减少时，充其量 只能导致刑罚的减轻，而不可能导致刑罚的免除。

如果与未遂犯比较，实际上也难以得出中止犯的责任轻于未遂犯的结论。既然责任 是对不法的非难可能性，那么，当行为人有责地实施了符合构成要件的不法行为时，责任 就已经客观存在。这种已经存在的责任不可能因为事后的中止而减少。换言之，责任的 大小在犯罪既遂或者行为终结时就已经确定了，事后的行为不可能减少已经确定的责任。

1. 政策说是否存在缺陷？

在本书看来，以金桥理论为内容的政策说本身就存在缺陷。其一，政策说只是对刑法 规定的描述，并没有说明立法者为什么要架起这座中止犯罪的黄金桥。其二，政策说不能 说明行为人中止犯罪的动机，因为毕竟多数犯罪人不知道刑法规定了中止犯免除处罚。 “要想对不知道政策的人也给予中止犯的恩惠，就有必要提供相应的理论根据，65〕但刑 事政策说并没有提供。其三，政策说不能为中止犯的成立条件提供指导。例如，政策说不 可能为任意性或自动性提供任何指导，也不能将中止犯的成立限定在没有发生既遂结果 的情形。其四，我国现行刑法的规定不同于日本刑法，政策说不能说明为什么造成损害的 减轻处罚，没有造成损害的免除处罚？为什么造成了损害时就不得奖赏？既然在最后瞬 间可以返回，那么，在杀人既遂之前返回的，为什么不能免除处罚？

1. 政策说与法律说如何并合？

并合说并没有明确界定法律说与政策说的关系，只是简单地将二者综合起来。大体 上说，由于人们认为中止犯只是违法性、有责性减少，但仅此还不可能为免除处罚提供根 据，所以，加上刑事政策说的理由后，就可以说明为什么应当免除处罚。可是，这种理论依 然不能回答的是，为什么有些中止犯在违法性、有责性减少后，加上刑事政策的考虑，仍然 只是减轻处罚，而没有免除处罚。

（二）刑罚目的说

德国当下占主导地位的是刑罚目的论，主要有两种观点。第一种观点认为，在中止犯 的场合，由于没有发生犯罪结果，所以没有积极的一般预防的必要；又由于行为人在关键 时刻回到了忠实于法规范的立场，因而也没有特殊预防的必要，于是，对中止犯免除处 罚。“从积极的一般预防的角度看，这意味着:行为人通过其中止已经表示出，他想认可 规范，因而没有使得公众对规范效力的信任落空，也就不需要加以处罚。”〔67〕第二种观点 认为，对中止犯之所以免除处罚，是因为没有一般预防的必要性。因为中止犯的行为人在 关键时刻以自己的具体行动回到了合法性的立场，证明了法的有效性，即使不处罚也不会 损害刑罚一般预防的目的J683

由于德国刑法规定对中止犯免除处罚，又由于中止犯在中止之前所形成的不法与责 任是客观存在的，而不可能消除，所以，只能从缺乏预防目的角度讨论中止犯免除处罚的

〔65〕［日］西田典之:《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第314〜315页

〔66〕Vgl. ,C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II,C. H. Beck，2003，S. 481 f.

〔67〕［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第302页。 〔68〕Vgl.，E. Schmidhauser,Strafrecht Allgemeiner Teil（ Lehrbuch） , 2. Aufl. ,J. C. B. Mohr , 1975,S.623f.

第七章犯罪的特殊形态**363**

根据。于是，刑罚目的说成为德国刑法理论的通说。如后所述，德国刑法理论的路径值得 我国刑法理论借鉴。不过，联系德国有关刑罚正当化根据的理论来看，其具体内容也不无 疑问，因而也不可能完全照搬到我国刑法理论中来。

第一，本书承认，刑罚具有积极的一般预防的功能。例如，刑罚的适用有利于增强国 民的规范意识，提高国民的法律意识，促进国民的守法观念，强化国民的法律认同。但是， 要判断某个中止犯是否存在一般预防的必要性，则相当困难乃至不可能。换言之，关于积 极的一般预防必要性的说法都是不确定的，而且在经验上无法加以证明。即使是支持积 极的一般预防论的学者也认为，这种理论还没有经验科学的基础。但是，在具体的个案 中，因为不能判断是否具有积极的一般预防必要性，就不能决定应否免除处罚。例如，当 行为人以杀人故意向被害人开了一枪，在能够继续开枪却自动不开枪时，司法人员如何判 断已经没有积极的一般预防的必要性？这种行为是否“没有使得公众对规范效力的信任 落空”？这是难以甚至不可能得出妥当结论的。既然如此，就难以根据一般预防必要性 的丧失描述中止犯的成立条件。

第二，倘若从强化规范意识的角度来说，人们会认为，刑罚越是严厉就越能给国民产 生深刻印象，因而越能强化国民的规范意识。果真如此，不仅会导致残酷的、不必要的刑 罚，而且会使中止犯的免除处罚不复存在。事实上，不管在什么时间与地点，也不管犯罪 发生与否，总是存在积极的一般预防必要性。所以，积极的一般预防理论并不能为中止犯 的免除处罚提供根据。换言之，积极的一般预防虽然是量刑所期待的效果，事实上也会产 生这样的效果，但它不是决定量刑内容的原理，因而不能成为中止犯免除处罚的根据。

第三，积极的一般预防论在很大程度上是为了论证，即使犯罪人没有特殊预防必要 性，但只要具有一般预防的必要，就应当科处刑罚。这本身就是将犯罪人作为一般预防的 工具看待的。况且，积极的一般预防恐怕永远都是有必要的，因为对于任何犯罪的量刑， 人们都期待实现刑罚的学习效果、信赖效果、满足效果、确证效果。于是，在任何犯罪中都 需要判处刑罚，这难以为中止犯的免除处罚提供根据。

第四，倘若认为只要没有一般预防的必要性，即使具有特殊预防的必要性，也不得科 处刑罚，那么，就恐怕与中止犯免除处罚的目的相冲突。

由此看来，虽然刑罚目的说值得借鉴，但将积极的一般预防必要性的丧失作为中止犯 免除处罚的根据,则存在疑问。

（三）本书的立场

如前所述，并合说本身存在明显的缺陷，而且我国现行刑法关于中止犯的处罚规定明 显不同于日本刑法的规定，所以，不能继续采用日本刑法理论的路径。

我国刑法关于中止犯减免处罚的规定虽然不同于德国，但是，对于没有造成损害的中 止犯免除处罚的规定，则与德国刑法完全相同。因此,我们可以借鉴德国刑法理论讨论中 止犯减免处罚的根据。不过，一方面，我们不能笼统地讨论中止犯减免处罚的根据，而应 首先着眼于讨论中止犯免除处罚的根据。另一方面，我们也不能完全割裂我国刑法第24 条关于中止犯的两种法律后果的规定,不可能认为中止犯免除处罚的根据与中止犯减轻 处罚的根据完全不同，因而分别确定两种中止的成立条件例如，我们不可能认为，免除 处罚的中止犯的自动性要求高于减轻处罚的中止犯；也不可能认为，二者的中止行为要求 不同。所以，本书的看法是，首先说明中止犯免除处罚的根据,再思考为什么对造成损害

**364**刑法学（第五版）

的中止犯只是减轻处罚，而不是免除处罚。

在本书看来，刑罚0的包括一般预防与特殊预防，其中的一般预防包含积极的一般预 防与消极的一般预防（参见第十一章第二节）。但是，法定刑的确定、量刑与刑罚的执行 阶段，目的的侧重点并不相同。就具体案件而言,决定是否免除处罚是一种量刑活动，所 以，应当围绕量刑目的讨论中止犯免除处罚的根据。

由于量刑时应当注重特殊预防，并且不能使一般预防优于特殊预防，所以，缺乏特 殊预防必要性，才是中止犯免除处罚的根据。换言之，特殊预防是刑法所期待的未来的目 的，如果行为人没有再犯罪的危险性，当然就没有科处刑罚的必要。由于中止犯在中止之 前的违法性与有责性只是减少而没有消灭，故只能以特殊预防必要性的丧失作为免除处 罚的根据。中止犯的自动中止行为表明，不需要借助他人与国家机关，行为人就自动回到 合法性的轨道，因而没有特殊预防的必要性，所以免除处罚。诚然，认为中止犯没有特殊 预防的必要性或许是一个极为乐现的预测，在某些情况下不一定完全如此。但是，既然刑 法做出免除处罚的规定，就应当认为刑法推定中止犯没有特殊预防的必要性，这一立法推 定不允许反证。由于中止犯仍然存在违法性与有责性，故中止犯不是违法阻却事由与责 任阻却事由。自动中止这一事实是表明行为人没有特殊预防必要性的情节，是一种法定 的免除处罚的量刑事由。由于量刑的结局是免除刑罚处罚，且这一效果仅及于中止犯本 人，因而也可谓一身的刑罚阻却事由。

此外需要说明的是，如果仅以特殊预防必要性的丧失作为中止犯免除处罚的根据，那 么，当行为人实行终了后基于悔悟而为防止结果的发生做出了真挚努力但未能避免结果 发生时，也应当免除处罚。但是，根据我国刑法第24条的规定，这种情形依然成立既遂 犯，而不能认定为中止犯=所以，中止犯免除处罚的根据必须包括违法性与有责性的减 少，亦即，客观上必须没有发生构成要件结果（没有既遂），主观上不具有既遂犯的非难可 能性。如前所述，违法性与有责性的减少只是相对于既遂犯而言，而不是相对于未遂犯而 言。

总之,与既遂犯相比，中止犯的违法性与有责性均有减少，仅此便能够减轻处罚。由 于中止犯自动回到合法性的立场，导致特殊预防必要性的丧失，所以对中止犯应当免除处 罚。在此意义上，本书也采取了并合说，只不过是违法性减少、责任减少与缺乏特殊预防 必要性（量刑目的说）的并合说。倘若仅与未遂犯比较，认为中止犯必须像未遂犯一样没 有既遂，那么，也可以认为本书仅采取了量刑目的说。〔7«

三、犯罪中止的成立条件

犯罪中止与中止行为虽然具有本质区别，但中止行为是犯罪中止形态的决定性原因， 犯罪中止的特征与中止行为的特征就成为表里关系，论述了中止行为本身的成立条件，也 就说明了犯罪中止的特征或成立条件。

（一）中止的时间性

中止必须发生“在犯罪过程中”，即在开始实施犯罪行为之后、犯罪呈现结局之前均 可中止。“在犯罪过程中”首先表明，犯罪中止既可以发生在预备阶段，也可以发生在实

[W〕参见张明楷:《责任刑与预防刑》，北京大学出版社2015年版，第328页以下。 〔■**70**〕参见张明楷：“中止犯减免处罚的根据”，载《中外法学》2015年第5期。

第七章犯罪的特殊形态**365**

行阶段，这是犯罪中止与犯罪预备、未遂的重要区别。不过，从犯罪的实质考虑，一般没有 必要处罚预备阶段的中止犯。“在犯罪过程中”也表明，中止前的行为处于犯罪过程中， 已经是犯罪行为；产生犯意后没有实施任何犯罪行为便放弃犯意的，不成立中止犯。“在 犯罪过程中”还表明，犯罪尚未形成结局，既不是既遂，也不是由于行为人意志以外的原 因而未着手实行犯罪或未得逞，因而具有变更的可能性;犯罪预备、未遂、既遂都是一种结 局状态，行为呈现结局状态后就不可能成立犯罪中止；因此，犯罪既遂后自动恢复原状的， 不成立犯罪中止;成立犯罪预备与未遂后,也不可能有犯罪中止。〔7|〕

中止的时间性，是由中止的有效性决定的，即“放弃犯罪或者有效地防止犯罪结果发 生”，决定了中止必须发生在犯罪过程中。中止不能发生在既遂之后，但如果对犯罪既遂 缺乏合理解释（使既遂标准提前），也可能人为地限制中止的成立范围。

（二）中止的自动性

成立犯罪中止，要求行为人“自动”放弃犯罪或者“自动”有效地防止犯罪结果发生。 这是犯罪中止与犯罪预备、犯罪未遂在主观上的区分标志。

1. 关于自动性的理论学说

关于中止的自动性（任意性）的理解，国外刑法理论上存在不同观点:〔72〕

（1 ）主观说认为，行为人放弃犯罪的动机是基于对外部障碍的认识时，就是未遂，此 外的场合便是自动中止。其判断基准是弗兰克（Frank）公式:能达目的而不欲时，为犯罪 中止；欲达目的而不能时，为犯罪未遂。这一学说所面临的问题是，如何判断“能”与“不 能”？在客观上“能”但在伦理上“不能”的，如何处理？例如，儿子原本想在黑夜里抢劫他 人财物，但实施暴力后发现对方是自己父亲而放弃的，是能达目的而不欲，还是欲达目的 而不能？

（2） 限定主观说认为，只有基于悔悟、同情等对自己的行为持否定评价的规范意识、 感情或者动机而放弃犯罪的，才是自动中止，此外的都是未遂。这一学说受到的批判是， 将中止的自动性与伦理性相混淆，过于缩小了犯罪中止的成立范围。

（3） 客观说主张，根据社会的一般观念对没有既遂的原因（引起行为人放弃犯罪或防 止结果发生的现象）进行客观评价，如果当时的情况对一般人不会产生强制性影响，即一 般人处于该情况下不会放弃犯罪，而行为人放弃的，便是犯罪中止；如果当时的情况能对 一般人产生强制性影响，即一般人在当时的情况下也会放弃犯罪时,行为人放弃的，便是 犯罪未遂。这一学说遭到的质疑是,其判断标准与“自动性”这一主观要素不相符合。换 言之，是否具有自动性，只能根据没有既遂的原因对行为人本身产生的影响进行判断，而 不能根据没有既遂的原因对一般人产生的影响进行判断。

（4） 折中说主张，通过客观地判断行为人是否认识以及如何认识外界现象，来看外界 现象是否对行为人的意识产生强制性影响，进而区分未遂与中止D但这种学说似乎并没 有提出明确的判断标准。

（5） 主观的价值生活说的基本观点是，自动性的判断基准是行为人的主观的价值生

〔71〕显然，所谓中止的时间性，并不是一个单纯的时间问题,而是中止的前提条件问题。亦即.在什么样的前提 下才可能成立中止犯；在什么样的情形下不可能出现中止犯（不能中止的情形）。

[72]参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第286页以下。

**366**刑法学(第五版)

活。中止犯减免刑罚的根据在于通过克服其主观价值进行了理性的自我调整。继续实现 行为人的企图对行为人无价值时，放弃继续实施的，不具有自动性;在考虑了所有契机的 前提下，继续实现行为人的企图对于行为人并非无价值时，放弃继续实施的，具有自动性。 但是，这一学说的根据与判断标准并不明确。

1. 犯罪人理性说，将犯罪人理性作为任意性的判断基准。犯罪人理性不同于常人 的理性，犯罪人非常冷酷，会周密地考虑其具体行为的计划及其得失。犯罪人理性地放弃 犯罪时，不具有自动性；反之，不理性、不合情理的放弃，则具有自动性。例如，以为被发觉 而放弃的，对于犯罪人而言是理性的，因而不具有自动性。反之，实施犯罪行为时，没有任 何具体的原因，只是突然感到强烈的恐惧而放弃的，对于犯罪人而言(根据犯罪人之间的 “规范”)，属于非理性的行为，因而具有任意性，成立中止。同样，基于羞耻心、后悔等而 放弃犯罪的，都属于非理性的行为，成立中止。在判断放弃犯罪是否基于犯罪人理性时， 犯罪人心理动机的强弱不是决定性因素。例如，在犯罪人以为被发觉而放弃犯罪时，即使 他认为还存在可以继续完成犯罪而不受处罚的机会，也不具有自动性。反之，因为感到恐 惧而放弃犯罪时，即使恐惧心理达到了无法克服的程度，也具有自动性。可是，犯罪人理 性说存在诸多问题:犯罪人理性的概念本身缺乏严密性，因而容易导致认定的随意性，导 致越是冷酷的犯罪人越容易肯定其自动性;难以适用于实行终了的中止；如果按照一般人 的标准判断犯罪人的理性，则此说与客观说没有明显差异。
2. 本书的观点

我国刑法理论不仅在犯罪未遂论中i寸论“意志以外的原因”，而且在犯罪中止论中讨 论“自动性”，但未能联系地考虑二者之间的关系。显然，犯罪预备与犯罪未遂都是由于 犯罪人意志以外的原因，故不属于犯罪人意志以外的原因而未着手实行犯罪或未得逞的， 就应是犯罪中止。意志以外的原因，是指始终违背犯罪人意志的，客观上使犯罪行为不可 能着手或者既遂，或者使犯罪人认为客观上不可能着手或既遂的原因，因此，对于中止的 自动性应理解为，行为人认识到客观上可能继续实施犯罪或者可能既遂，但自愿放弃原来 的犯罪意图首先，行为人认识到客观上可能继续实施犯罪或者可能既遂。这就表 明，行为人面临着两种可能性:或者继续实施犯罪、使犯罪既遂，或者不继续实施犯罪、不 使犯罪既遂。在存在选择余地的情况下，行为人不继续实施犯罪、不使犯罪既遂，就表明 行为人中止犯罪具有自动性。其次，行为人自愿放弃原来的犯罪意图，不再希望、放任犯 罪结果发生，而是希望不发生犯罪结果。只有这样，才能表明行为人已经回到合法性的轨 道，没有特殊预防的必要性。在判断具体的行为是否具有自动性时，要以犯罪中止的法律 性质(免除处罚的根据)为指导，同吋可以采取逐步判断的方法。

(1 )首先采取限定主观说进行判断:行为人基于悔悟、同情等对自己的行为持否定评 价的规范意识、感情或者动机而放弃犯罪的，充分表明行为人回到了合法性轨道，应认为 具有自动性。

1. 在根据限定主观说得出了否定结论时，再根据主观说，采用上述弗兰克公式进行 判断。“能达目的而不欲”中“能”，应以行为人的认识为标准进行判断，而不是根据客观 事实进行判断，也不是同时根据主观认识与客观事实进行判断。即只要行为人认为可能

**(73］**为了论述上的方便，下面仅述中止与未遂的区别

第七章犯罪的特殊形态**367**

既遂而不愿达到既遂的，即使客观上不可能既遂，也是中止（不能犯除外）；反之，只要行 为人认为不可能既遂而放弃的，即使客观上可能既遂，也是未遂。

（3）不能不承认的是，主观说中的“能”与“不能”的界限可能并不明确。因为“能”与 “不能”是一种可能性概念，可能性又具有多种情形，如伦理上的可能性、心理上的可能 性、物理上的可能性。例如，儿子决意杀害父亲在瞄准父亲时放弃开枪。如果从心理的、 物理的角度来说，开枪是可能的，但从伦理的角度来说，则是不可能的。在类似这样的根 据主观说难以得出结论或者结论不具有合理性的场合，应当参考客观说进行判断。之所 以应当参考客观说，是因为如果一般人在当时的情况下也会放弃犯罪时，行为人放弃的， 不能表明行为人没有特殊预防的必要性；反之,如果一般人在当时的情况下不会放弃犯罪 时，行为人放弃的，则能说明行为人没有特殊预防的必要性。例如，甲已经近距离地将枪 对准了乙的头部，正欲扣动扳机时，警察在100米外喊“住手”，甲便逃走。事实上，甲在 当时的情况下，完全可能在警察抓获自己之前将乙打死，他也意识到了这一点，但不想被 警察当场抓获而逃走。如果说甲是为了逃避刑罚处罚而放弃，事实上属于能达目的而不 欲，则不影响犯罪中止的成立。但恐怕很少有人赞成这一结论。在这种情况下，参考客观 说，认定甲属于欲达目的而不能，进而得出不成立中止犯的结论更为合适。再如，A在外 地打工期间，于黑夜里实施抢劫行为，抢劫过程中发现对方是自己的胞兄B，于是停止了 抢劫行为。在适用弗兰克公式时，如果从客观的或者物理的角度考虑，A仍然能够抢劫其 胞兄的财产却放弃，应属于犯罪中止;倘若从心理的角度考虑,A不能继续抢劫其胞兄的 财产，故属于犯罪未遂。在这种场合，宜参考客观说，认定A属于欲达目的而不能，因而 不成立中止犯。

总之，心理是一种复杂现象，单纯从心理意义上认定和评价“自动性”，难以得出妥当 结论,故需要进行规范的判断，实质的标准是行为人是否回到合法性轨道，因而没有特殊 预防的必要性。

1. 关于自动性的具体问题

行为人中止犯罪的原因多种多样，有的出于真诚悔悟，有的因为对被害人产生同情之 心，有的由于惧怕刑罚处罚，有的为了争取宽大处理，如此等等。一方面，不能将引起行为 人中止犯罪的原因，当做行为人意志以外的原因，从而否认中止的自动性。例如，在强奸 案中，行为人见妇女正值月经期，知道可以实施强奸行为但又自愿放弃的，就具有自动 性J74〕不能因为妇女来月经是行为人没有预见到的事实，就认定为意志以外的原因。另 一方面，也不能因为存在客观障碍就否认中止的自动性。在存在客观障碍的情况下，有时 行为人并没有认识到，而是出于其他原因放弃犯罪的，应认定为中止；有时行为人认识到 了，但同时认为该客观障碍并不足以阻止其继续犯罪，而是由于其他原因放弃犯罪的，也 应认定为中止。下面就几个具体问题略作说明。

（1）中止动机的伦理性。根据限定的主观说，自动性以中止动机的伦理性（悔悟、同 情等）为前提。本书认为，虽然自动性的成立不以中止动机的伦理性为必要，但如果中止 动机具有伦理性,则能肯定自动性。

〔74〕当然，如果行为人误以为在这种情况下发生性关系会对自己产生危险（或者其他抑制行为人意志的原因）因 而放弃奸淫行为的.则成立强奸未遂

**368**刑法学(第五版)

1. 放弃犯意的彻底性。我国刑法理论的通说认为，成立犯罪中止，要求行为人最终 放弃犯意。本书认为，这里的最终放弃犯意，应是指完全放弃该次特定犯罪的犯意，而不 是完全放弃一切犯罪的犯意。例如，行为人原本打算强奸妇女，但着手后发现其身上有巨 额现金，认为与其强奸不如抢劫，进而使用暴力强取财物的，虽然成立抢劫既遂，但仍然成 立强奸中止。如果只是暂时放弃犯行，等待时机完成犯罪计划，应认定为犯罪未遂。例 如，甲用工具撬开仓库门后，在往外搬运财物时突遇狂风暴雨。甲便停止搬运，打算第二 天完成犯罪计划。对此，不能认定为犯罪中止。
2. 基于惊愕、恐惧而放弃犯行。例如，以杀人故意砍杀一刀后，发现被害人流血异 常而惊愕，进而停止了杀人行为。持主观说与限定的主观说的学者一般认为，这种情形不 符合自动性的条件(也有例外)。但持相反观点的人认为，完全不被外界事实触动而产生 中止动机的情况，是几乎不可能的，不能以放弃犯行是基于惊愕、恐惧为由，而否认中止行 为的任意性。本书认为，在这种情形下，行为人依然认识到客观上可以继续实施犯罪，甚 至可能是担心造成重大后果而放弃犯罪，故不影响中止犯的成立。
3. 因为嫌弃、厌恶而故弃犯行。例如，对妇女实施了暴力的强奸犯，发现妇女面部 被泼洒过硫酸，产生了嫌弃、厌恶之情，没有实施奸淫行为。应当认为，嫌弃、厌恶之情与 自动性是两个不同的问题。一般来说,在行为人认识到客观上可以实施奸淫行为的情况 下，如果不是基于外部强制而放弃奸淫行为的，就应认定为中止犯。但是，如果嫌弃、厌恶 之情压制了行为人的行为意志，导致其被迫放弃犯罪，则宜认定为犯罪未遂。
4. 担心被发觉而放弃犯行。对此需要具体分析：因为担心被当场发觉而不可能继 续实施犯罪，所以放弃犯行的，不具有自动性;担心被当场发觉而使自己名誉受到损害，所 以放弃犯行的，具有自动性;担心被当场逮捕而放弃犯行的，不具有自动性;担心日后被告 发、逮捕与受处罚而放弃犯行的，具有自动性。
5. 被第三者发现而放弃犯行一般来说，在犯罪过程中被第三者发现而放弃犯行 的，不具有自动性。但是，倘若第三者与行为人具有密切关系，行为人知道第三者不会告 发和抓捕自己，只是担心丢脸面等放弃犯行，仍然可以认定为犯罪中止。此外，在当时的 情况下，如果第三者的发现对于行为人完成犯罪没有任何影响，第三者也没有实施阻止、 报警等行为，行为人基于其他考虑放弃犯罪的，也应认定为犯罪中止。
6. 基于目的物的障碍而放弃犯行。这是指行为人在实施财产犯罪时，因为没有发 现当初预想的目的物而放弃犯行的情况。对此应具体分析:行为人没有盗窃特定财物的 意图，只是想窃取一般财物时，虽然财物达到了刑法上的数额较大标准，但行为人认为财 物价值不高而不窃取的，宜认定为中止犯(当然可能存在争议);〔75〕行为人意图窃取特定 财物，但不存在特定财物的，即使没有窃取其他财物，一般也不成立中止犯，如以窃取现金 的意图进人女性宿舍，发现宿舍内只有女性衣物没有现金，而没有窃取财物的，不成立中 止犯;打算抢劫巨额现金,但对方只有少量现金而没有劫取的，不成立中止犯。〔76〕
7. 基于被害人不符合行为计划而放弃犯行。这是指行为人在实施侵害个人专属法

〔**75**〕行为人只是想窃取一般财物时，由于财物价值髙而不窃取的，成立中止犯。

**[76]**反之，以窃取女性衣物的意图进人女性宿舍，虽然发现没有适合自己的衣物，但发现有现金而不窃取的，考 虑现金的通用性以及行为人改变计划的容易性，可以认定为犯罪中止。

第七章犯罪的特殊形态**369**

益的犯罪时，因为发现对方不是自己所要侵害的对象而放弃犯行的情况。例如，甲想杀害 仇人乙，在瞄准对方正要扣动扳机时发现对方不是乙而是他人，而放弃了犯行。对此，应 认定杀人未遂，而不能认定为杀人中止。一方面，在这种情况下，已经成立杀人未遂，而不 可能再中止。另一方面，这种情况下放弃犯行并不能表明甲已经回到合法性的轨道，或者 说，甲还具有实施杀害乙的行为的可能性，因而依然具有特殊预防的必要性。

1. 发现存在手段障碍而放弃犯行。对此应区分为两类情形：其一，如果行为人发现 自己准备的手段不能完成犯罪，而且在当时的情况下不存在通常的替代手段，或者虽然存 在替代手段但行为人没有认识到这种手段的，只能认定为犯罪未遂。例如，甲向几十米外 的被害人乙开枪射击，但由于子弹卡壳不能发射。由于行为人主观上没有选择的余地，只 能认定为犯罪未遂。再如，行为人开枪后没有打中但误以为枪中没有子弹了，或者撬开车 门后不知道如何发动汽车的，也只能认定为犯罪未遂。其二，如果行为人发现自己准备的 手段不能完成犯罪，但当时容易采用替代手段，行为人也认识到可以采用替代手段但没有 采用的，应认定为犯罪中止。例如，行为人为了杀害他人携带了多种凶器，在一种凶器不 起作用时，行为人可以使用其他凶器但不使用的，应认定为杀人中止。
2. 发现对方是熟人而放弃犯行。对此，可能需要根据犯罪的类型与一般人的观念 对“熟人”是否属于压制行为人犯罪意志的原因做出区别判断。例如，行为人夜间实施暴 力意欲强奸妇女，但在实施暴力行为的过程中发现对方是熟人，进而放弃强奸行为。本书 认为，对这种情形宜认定为强奸中止。因为行为人是在客观上可以继续强奸的情况下，放 弃强奸行为的。但是,在夜间实施抢劫行为，在实施暴力的过程中发现是自己的父亲、同 胞兄弟或者其他关系密切的人而放弃抢劫的，不成立中止犯。
3. 因为已经实现构成要件外的目标而放弃犯行。例如，甲为了阻止乙与自己的女 儿丙谈恋爱，以杀人故意向乙开枪，但没有打中，乙随即答应不再与丙来往，甲没有继续开 枪。倘若认为第一枪未打中成立实行终了的未遂，甲便不成立杀人中止。如若认为甲因 实现了构成要件外的目标而放弃行为不值得褒奖，甲也成立杀人未遂。但本书认为，虽然 甲的构成要件外的目标已经实现，但甲确实在可以继续开枪的情况下放弃了继续开枪的 行为，宜认定为杀人中止。
4. 不能满足特定倾向而放弃犯罪。例如，具有性虐待倾向的甲意图强奸乙，乙意 识到自己不能逃脱，反抗也没有意义，为了避免进一步伤害，表示愿意与甲性交。但由于 乙的表现不能满足甲的性虐待倾向，甲放弃了奸淫行为。显然，甲并没有自动地回到了合 法性轨道，因而只能认定为犯罪未遂
5. 中止的客观性

中止不只是一种内心状态的转变,还要求客观上有中止行为。中止行为分为两种情 况:一是自动放弃犯罪行为;二是自动有效防止犯罪结果发生。一般来说，在犯罪行为未 实行终了，只要不继续实施就不会发生犯罪结果时，中止行为表现为放弃继续实施犯罪行 为;在行为实行终了，不采取有效措施就会发生犯罪结果时，中止行为表现为采取积极措 施有效地防止犯罪结果发生。

行为是否实行终了，在理论上存在不同学说，不同学说对相同案件会得出不同结论。 例如，手枪中有八发子弹，行为人开了一枪、发射了一发子弹，但仅造成对方极为轻微的伤 害，后来没有再开枪。(1)主观说主张以行为人的犯罪计划或者认识内容为标准确定终

**370**刑法学（第五版）

了时期。在上例中，如果行为人原本只想开一枪，其实行行为就已经终了，因而成立犯罪 未遂;如果行为人原本打算发射两发以上子弹，则实行行为还没有终了，因而成立犯罪中 止。（2）客观说主张以行为的外部形态或结果发生的客观危险性为标准确定终了时期。 在上例中，向被害人开一枪的行为本身就属于足以致人死亡的行为，即具有发生结果的现 实危险性，故不管行为人主观上如何考虑，该杀人行为已经实行终了，即成立犯罪未遂。 （3）遮断说主张以是否引起了“不遮断因果关系就发生结果”这种状态为标准区分是否终 了。行为是否引起了这种状态，与行为人的认识、计划、意志等主观内容无关，仅根据客观 事实进行判断„在上例中，如果第一枪就击中，给被害人造成了倘若放任不管就死亡的重 伤，便属于“不遮断因果关系就发生结果”的状态，故实行行为终了；如果第一枪没有击中 被害人，实行行为就还没有终了；如果第一枪没有击中，接着开第二枪，但也没有打中被害 人，实行行为也没有终了；如果第二枪造成了倘若放任不管就死亡的重伤，则实行行为终 了。该说显然以是否需要采取积极措施防止结果发生为基准。（4）折中说主张根据行为 当时的客观情况以及行为人的主观认识综合判断终了时期。在上例中，第一枪仅造成被 害人极为轻微的伤害，没有致人死亡的危险，而且还有继续实施行为的可能性，故实行行 为还没有终了。〔77〕

本书认为，在此所讨论的行为是否实行终了，应与是否需要采取积极措施防止犯罪结 果发生以及行为人的主观认识内容联系起来考察：如果行为人认识到单纯放弃犯罪行为 就不会发生犯罪结果，事实上也是如此，则应认为行为未实行终了；行为人自动放弃犯罪 行为的，便成立犯罪中止、如果行为人认识到需要采取积极措施防止犯罪结果发生，事实 上也是如此，则应认为行为实行终了；行为人采取措施防止结果发生的，就成立犯罪中止。 如果行为在客观上并没有终了，但行为人误认为终了，因而不继续实施犯罪行为的，成立 犯罪未遂；如果行为人自以为没有终了，而自动不继续实施犯罪，事实上由于其他原因防 止了结果发生的，宜认定为犯罪中止（如果发生了犯罪结果，当然是犯罪既遂）；如果行为 人自以为没有终了，而自动实施了足以防止结果发生的中止行为，事实上没有发生犯罪结 果的，成立犯罪中止。

在未实行终了的情况下，行为人必须是真实地放弃犯罪行为，而不是等待时机继续实 施该行为。例如，行为人侵人仓库后发现财物过多，打算回去开车来窃取的，不是中止行 为。再如，行为人打算窃取现金，但因为有宝石，而只窃取宝石、不窃取现金的，不是中止 行为。但是，在未实行终了的情况下，自动放弃重复侵害行为的，是犯罪中止。即行为人 实施了足以发生犯罪结果的行为后，犯罪结果并没有发生，行为人还可以继续实施犯罪， 但自动放弃继续侵害的，成立犯罪中止，而不是犯罪未遂。例如，甲的手枪中有3发子弹， 在第一枪没有射中且可以继续射击的情况下而不射击的，应认定为犯罪中止。否认成立 犯罪中止的观点的基本理由是，甲在第一枪没有击中时就已经成立犯罪未遂，未遂后不可 能成立中止。但是，按照这种观点的逻辑，行为人以杀人故意向被害人砍了一刀但未砍 中，后来放弃砍杀行为的，也成立犯罪未遂。但这种结论难以令人赞成。〔78〕不仅如此，EP

[77]参见张明楷：《未遂犯论》.中国法律出版社、日本国成文堂1997年联合出版，第386页.

〔78〕与无疑成立犯罪中止的事例相比，也应当肯定放弃重复侵害的行为是犯罪中止。例如，乙击中被害人后将 被害人送往医院抢救脱险的，无疑成立犯罪中止,既然如此，中在没有击中时放弃再次射击的，更应当成立 犯罪中止。

第七章犯罪的特殊形态**371**

使在因果关系发展的短暂进程中，行为人一度误以为或者估计已经既遂，但在能够继续实 施犯罪行为的情况下放弃犯罪或者自动有效防止犯罪结果发生的，也宜认定为犯罪中止。 例如，乙以杀人故意掐住妻子X的脖子„在X脸色青紫、小便失禁时，乙便以为X已经死 亡，进而松手观望。随后X苏醒要水喝，乙倒水喂给X喝，放弃杀X的念头。再如，丙为 了杀害丈夫Y,在Y睡觉时将煤气阀门打开，然后到邻居家。20分钟后，丙估计Y已经死 亡，于是回到家。到家后发现Y躺在床上表情痛苦，顿生悔意，将Y送往医院抢救脱险。 本书认为，应当根据犯罪未遂的成立条件客观地判断行为是否已经形成终局状态，而不能 因为乙误以为X已经死亡、丙估计Y已经死亡，就肯定他们的行为已经属于犯罪未遂。 换言之，乙、丙在实施中止行为时，其先前的犯罪行为并没有形成终局状态，故宜认定其行 为成立犯罪中止J79〕

在实行终了的情况下，中止行为必须是一种足以避免结果发生的、真挚的努力行为， 但不以行为人单独实施为必要。没有做出真挚努力的，不成立中止。例如，行为人在其放 火既遂前喊了一声“救火呀!”，然后便逃走的，即使他人将火扑灭，也不能认为是犯罪中 止。对于不作为犯罪的中止而言，其中止行为一般表现为履行自己原本应当履行的义务。

（四）中止的有效性

不管是哪一种中止，都必须没有发生行为人原本所希望或者放任的、行为性质所决定 的犯罪结果（侵害结果）。行为人虽然自动放弃犯罪，或者自动采取措施防止犯罪结果发 生，但如果发生了行为人原本所希望或者放任的、行为性质所决定的犯罪结果，就不成立 犯罪中止。例如，乙托甲购买胃药，甲却将毒药交给乙。甲产生悔意后于第二天到乙家欲 取回该药，而乙谎称药已被服用。甲见乙没有什么异状就回家了，没有将真相告知乙。几 天以后，乙服用甲提供的毒药而死亡。甲虽然为防止结果发生采取了措施，但由于仍然发 生了侵害结果，故不成立犯罪中止.而是犯罪既遂。

行为原本实行终了但行为人误以为没有实行终了，只是单纯放弃犯行没有防止结果 发生的，应当认定为犯罪既遂。例如，甲计划通过五次投放毒药致乙死亡，投放两次后，甲 放弃了进一步的投放行为，以为乙不会死亡，但乙因为两次食用毒药而死亡。国外有一种 观点认为，由于甲缺乏既遂的故意，依然成立杀人中止，但同时触犯故意伤害罪或者过失 致人死亡罪。本书赞成另一种观点，在结果能够归属于行为人的前两次投毒行为时，只要 行为人在前两次投毒时具有杀人故意，就可以认定行为人具有既遂的故意J8Q〕因此，对 上例中的甲应当认定为杀人既遂，而不能认定为杀人中止。

但应注意的是，在足以防止结果发生的A行为独立地导致发生了原犯罪的侵害结果 时，如果应将侵害结果归责于A行为，则不妨碍原犯罪成立犯罪中止。例如，甲向乙的食 物投放毒药，乙吃后呕吐不止，甲顿生怜悯之心，开车将乙送往医院，但车速过快发生交通 事故导致乙死亡。由于乙被送往医院后有被救助的可能性，应认为甲的行为足以防止原 犯罪的结果发生，而乙死亡的结果是由于甲的过失行为造成，甲成立故意杀人中止与过失

**[79]**与明显成立犯罪中止的事例相比,也应当肯定乙、丙的行为成立犯罪中止。例如，妻子X向丈夫的食物中投 放了毒药.丈夫食用后卧床不起。第二天妻子自动将丈夫送往医院抢救脱险，妻子的行为成立犯罪中止。 而上例中的乙、丙实施中止行为的时点更早，因而更有理由成立犯罪中止。由此看来，仅因行为人误以为既 遂或者估计已经既遂而否认犯罪中止的成立，并不合适。

〔80〕Vgl. ,C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Toil, Band II, C. H. Beck,2003 ,S. 351ff,S. 517ff.

**372**刑法学（第五版）

犯罪（交通肇事罪或者过失致人死亡罪）。但是，如果行为人采取的是不足以防止结果发 生的措施（无效的中止行为），因而发生了原犯罪的侵害结果的，则仍然成立犯罪既遂。〔81〕

基于同样的理由，如果行为人在行为终了后实施了足以防止结果发生的行为，但由于 被害人或者第三者的原因导致结果发生，也应认定为犯罪中止。倘若在上例中，乙被送往 医院后，因为不想活下去而拒绝接受医生的救助导致死亡的，仍应认定甲的行为成立犯罪 中止。

需要研究的是，中止行为与犯罪结果没有发生之间不存在因果关系时，是否成立中止 犯？即行为人为防止犯罪结果的发生做出了积极努力，但其行为本身偶然不能使犯罪结 果发生或者由于他人行为防止了犯罪结果发生时，是否成立中止犯？本书持肯定说。大 致而言，以下四种情况均成立犯罪中止：（1）中止行为独立防止了侵害结果发生时，成立 犯罪中止。（2）中止行为与其他人的协力行为，共同防止了侵害结果发生时，只要能够认 定行为人做出了真挚的努力，也成立犯罪中止。如行为人向被害人的食物投放毒药后，见 被害人痛苦难忍而顿生悔意，立即拨打急救电话，将被害人送往医院，由医生抢救脱险的， 理当成立犯罪中止。（3）中止行为足以防止侵害结果发生，但事实上是由与中止行为无 关的其他人的行为防止侵害结果发生的，也应认定为犯罪中止。例如，甲向乙投放毒药 后，心生悔悟，立即拨打120急救电话。但邻居丙在急救车到来之前将乙送往医院，乙经 抢救脱险。根据本书观点，只要没有特殊情形（如急救车一直没有到达或者等急救车到 达时乙的生命得不到救助），也应认定甲的行为成立犯罪中止。（4）行为人在犯罪过程中 自动放弃犯罪，或者自动采取有效措施防止侵害结果发生，其行为足以避免侵害结果的发 生，而且侵害结果没有发生，即使实行行为本身偶然不能导致侵害结果发生，也成立犯罪 中止。换言之，只要中止行为足以避免侵害结果发生，卵使实行行为本身原本未能造成侵 害结果，也应认定为犯罪中止。例如，甲开枪射击乙，乙受惊吓而昏厥，甲误以为乙中弹倒 地，又顿生悔意，将乙送往医院急救。虽然不予急救也不至于发生死亡结果，但也应认定 为中止，而非未遂，也不是未遂与中止的竞合。〔82〕又如，行为人I分钟内向被害人静脉里 注射了 70毫升空气，具有致人死亡的危险，后生悔意将被害人送往医院抢救。但事实上 表明，由于被害人的体质、体重等原因，即使不抢救也不至于死亡。对此，也应当认定为犯 罪中止。在上述场合，由于行为人是在认识到能够既遂的情况下放弃或者自动采取有效 措施的，在结果没有发生的情况下，违法性与有责性同时减少了;〔83〕而且事实表明行为人 自动回到合法性轨道，没有特殊预防的必要性。如果认定为犯罪未遂或者犯罪既遂，就会 导致刑罚的不均衡。〔84〕刑法第24条要求“有效地防止犯罪结果发生”，这表面上要求中 止行为与结果没有发生之间存在因果关系，事实上是要求犯罪结果没有发生，要求行为人 采取有效的措施、做出真挚的努力。因此，本书不赞成要求中止行为与侵害结果没有发生

[8!〕当然.如何区分无效的中止行为与导致结果的“中止”行为，还存在许多值得探讨的问题**.，**

〔82〕不能认为开枪后没致人死亡就已经形成犯罪未遂的终局状态，否则就会导致处罚的不公平。

〔83〕中止犯中的违法性减少与责任减少，并不限于中止行为本身使得违法性与责任减少，中止前的行为使得违 法性、责任少于既遂犯的，就符合了违法性减少与责任减少的条件。

〔84〕例如，倘若甲打中了乙造成重伤，不救助就有生命危险。此时甲救助乙，避免了死亡结果的，肯定成立犯罪 中止既然如此.在乙没有生命危险时，甲的救助行为更应成立犯罪中止

第七章犯罪的特殊形态**373**

之间必须存在因果关系的观点。〔85〕

但是，如果被告人的行为不足以防止结果发生，则不符合有效性的条件（也可能不符 合中止行为的条件），不能认定为犯罪中止。例如，A向丈夫B投放毒药后，见B呕吐不 止心生悔意但不知所措，便跑到父母家将真相告诉父母。邻居C发现后将B送至医院， 经抢救脱险。A的行为并不足以防止结果发生，因而不成立犯罪中止（也可以认为A并 没有实施中止行为）。

犯罪中止并非没有发生任何结果，而是没有发生行为人原本所希望或者放任的、行为 性质所决定的犯罪结果。因此，可以将犯罪中止分为造成了一定侵害结果的犯罪中止与 没有造成任何侵害结果的中止。这种区分不仅对于量刑具有重要作用，而且对于正确认 识犯罪中止的特征具有重要意义。

四、特殊类型的中止

（一）结果加重犯的中止

如前所述，在行为人故意造成加重结果，却没有发生加重结果的情况下，应认定为结 果加重犯的未遂（适用结果加重犯的法定刑，同时适用刑法总则关于未遂犯的处罚规 定）。例如，行为人以非法占有为口的将被害人杀死后立即取走财物的，成立抢劫罪。但 如果行为人没有造成他人死亡与重伤，即使取得了一定数量的财物，也应认定为结果加重 犯的未遂，适用刑法第263条规定的“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的法定刑， 并适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定。

既然结果加重犯可能由于行为人意志以外的原因而没有既遂，当然也可能由于行为 人自动的原因而没有既遂。例如，A以抢劫故意对被害人实施抢劫行为，并且打算杀害被 害人后立即取走财物，在着手实行杀人行为之后，被害人求情不要杀害自己，A便自动放 弃了杀人行为（未造成伤害），取得了被害人的财物。与单纯故意杀人时应当认定为故意 杀人中止相比，在本案中，对A的行为也应认定为加重抢劫的中止。由于对没有造成损 害的中止犯应当免除处罚，所以，对A不得适用加重犯的法定刑（或者说，对加重犯免除 处罚），只能按普通抢劫罪的既遂论处。

另外一种情形可谓中止的结果加重犯。例如，甲为了强奸妇女而对妇女实施暴力，在 暴力行为导致妇女重伤后，甲自动放弃了奸淫行为。德国的少数说认为，甲对普通强奸罪 成立中止，对强奸致人重伤的结果加重犯不成立中止，而是适用结果加重犯的法定刑同时 适用未遂犯的规定。多数说认为，结果的加重以基本犯的实施为前提，由于行为人对基本 犯成立不受处罚的中止，故结果加重犯也不受处罚，但对造成严重后果的行为应以故意伤 害罪论处这种情形属于结果加重犯的既遂与基本犯的中止，问题在于，是否适用总 则关于中止犯的处罚规定（由于强奸的基本行为造成了损害结果，只能减轻处罚）？考虑 到我国的法定刑较重，本书倾向于适川总则关于中止犯的规定减轻处罚。但甲的行为同

（85］ 也可以说，只要按照假定的判断，中止行为与结果的不发生之间存在观念上的因果关系即可亦即，倘若人 们问：如果甲实施某种行为乙是否不会死亡？如若得到的是肯定回答，则甲的行为符合有效性的条件，成立 犯罪中止。

（86］ 也许可以认为.A的行为虽然属于加重抢劫的中止，但由于造成了损害，所以，在加重抢劫的下一个量刑幅 度内判处刑罚。不过，这样的思路可能不利于处理中止与既遂的关系。

（87］ 参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第321页。

**374**刑法学（第五版）

时触犯了故意伤害罪，因而成立想象竞合犯，故需要权衡法定刑与量刑情节形成的处罚轻 重,最终从一重罪处罚。

（二）部分的中止

所谓部分的中止（Teilriicktritt），是指行为人在着手实行阶段，自动放弃了已经具备的 加重要素，而仅完成基本构成要件的情形。〔88〕其中的加重要素，不是指结果加重，而是指 其他客观要素的加重。在这种场合，是按照加重犯的既遂处罚，还是仅按基本犯的既遂处 罚，是我国刑法理论还没有展开研究的问题

例如，A以抢劫故意，持枪（显示枪支）对被害人实施胁迫行为，在还没有压制被害人 反抗时，突然觉得使用枪支不合适，就自动将枪支抛在2（）多米外，然后对被害人拳打脚 踢，进而压制被害人的反抗，强取了财物。对A是按照持枪抢劫的既遂犯处罚，适用“十 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的法定刑，还是按照普通抢劫罪（基本犯）的既遂犯 处罚，适用"三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑？换言之，对A的行为能否认定为持 枪抢劫的中止犯？如果肯定这种部分的中止，那么，由于持枪抢劫的行为本身没有造成损 害，而应免除处罚，故对A的行为只能认定为普通抢劫罪的既遂犯。如果否定这种部分 的中止，则意味着对A应以持枪抢劫的既遂犯论处。

本书肯定部分的中止（就上例而言，对A的行为仅以普通抢劫罪的既遂犯论处），因 为A的行为完全符合中止犯的成立条件。（1 ） A的行为发生在犯罪过程中，不仅发生在 加重犯既遂之前，而且发生在基本犯的既遂之前完全符合中止犯的时间性要件。

（2） A在完全可以继续使用枪支的情况下自动放弃了枪支的使用，就此而言具有自动性。

（3） A在重罪行为未实行终了的情况下，放弃了继续实施重罪行为，因而存在中止行为。

（4） A的行为虽然发生了普通抢劫罪的结果，但是，没有发生行为人原本所希望的持枪抢 劫的结果。或者说，A的行为并没有造成A原本希望的重罪结果，因而相对于加重犯罪 而言，仍然没有既遂。

情节加重的犯罪中，都有可能出现部分的中止。例如，甲男于某日傍晚在某公园对被 害妇女实施暴力，并打算在公园当众奸淫该妇女，在暴力压制被害妇女的反抗后，被害妇 女恳求甲不要在公园当众奸淫自己，于是，甲主动将被害妇女挟持到无人发现的附近地下 室内奸淫了该妇女。刑法没有对在公共场所故意杀人、故意伤害、抢劫、妨害公务的行为 规定加重的法定刑，所以，在公共场所当众对被害妇女实施暴力行为本身，并不是加重处 罚的根据。反过来说，只有在公共场所当众奸淫妇女才是加重处罚的根据。甲放弃在公 共场所当众奸淫妇女，就丧失了不法加重的根据，又由于甲主动放弃加重的不法，因而完 全符合加重犯的中止犯的成立条件。再如，A等人明知是救灾物资而着手实施抢劫行为， 被害人对A等人说:“这是救灾物资，你们抢走了会导致不少灾民难以生存。” A等人便放 弃抢劫救灾物资，仅抢劫了被害人的其他财物。在此案中，行为人自动放弃了加重犯的实 施，只能以普通抢劫罪论处。

承认部分的中止，并不是对一个犯罪的任意分割，而是建立在正确理解和处理重罪与 轻罪的关系之上。例如，关于持枪抢劫的规定，实际上是普通抢劫的特别规定，在行为人

〔88〕Vgl. ,C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II，C. H. Beck ,2003 ,S. 573.

C89］当然，部分的中止的成立，不一定以中止行为发生在基本犯既遂之前为要件，这取决于加重要素的内容

第七章犯罪的特殊形态**375**

中止了特别规定之犯罪，实施了普通犯罪时，承认对持枪抢劫的中止，仅按普通犯罪论处， 没有任何不当之处。

需要说明的是，部分的中止也必须符合中止犯的成立条件，所以，不能随意扩大部分 的中止的范围。（1）在行为人使用的加重手段已经发挥作用时，即使行为人后来不再使 用该手段,也不能认定为部分的中止。例如，甲持枪实施暴力或者胁迫抢劫财物，在使用 枪支压制被害人的反抗后，不再使用枪支而取得财物的，成立持枪抢劫的既遂。同样，假 冒军警人员抢劫，在压制被害人反抗后，声称自己不是军警人员的，不成立部分的中止。

（2） 在行为对象加重的场合，如果行为已经对加重对象造成了既遂结果，事后自动退赔 的，不成立部分的中止。例如，明知是救灾物资而着手实施抢劫行为，在取得了救灾物资 （既遂）后，想到抢走救灾物资会导致灾民难以生存，便立即将救灾物资退回，仅抢劫了被 害人的其他财物。由于抢劫救灾物资的行为已经既遂，故不得认定为部分的中止。

（3） 在加重法定刑的适用以既遂为前提时，不存在加重犯的中止。例如，二人以上共谋窃 取数额巨大财物并且已经着手，但后来自动放弃了盗窃行为的，不能认定为部分的中止 （即不应认定为盗窃数额巨大的中止），而宜认定为普通盗窃的中止。

如前所述，加重犯的中止没有造成损害的，对加重犯免除处罚，直接按基本犯罪的既 遂犯论处即可。但是，如果加重犯的中止造成损害，则需要按照刑法第63条的规定，对加 重犯减轻处罚所应适用的法定刑与基本犯的法定刑进行比较，然后适用其中较重的法定 刑。例如，甲男在某运动场对被害妇女实施暴力，并打算在运动场当众奸淫妇女，在暴力 致被害妇女轻伤后，被害妇女恳求甲不要在运动场当众强奸自己，于是，甲主动将被害妇 女挟持到无人发现的附近地下室内奸淫了该妇女。根据刑法第63条的规定，对加重犯的 中止造成了损害时,应当在下一个量刑幅度内判处刑罚，亦即，应当适用刑法第236条规 定的“三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑。另一方面，按照普通强奸的既遂犯论处， 所适用的法定刑也是“三年以上十年以下有期徒刑”。但应优先考虑既遂犯法定刑的适 用，故应按普通强奸的既遂犯论处„再如，乙等人在运送他人偷越国（边）境的过程中，准 备了工具，意欲以暴力抗拒检查，在刚着手对检查人员实施暴力行为时，被检查人员说服， 没有继续使用暴力行为。一方面，由于乙等人已经实施了运送他人偷越国（边）境的行 为，本罪属于行为与结果同时发生的行为犯，故应认定乙等人的行为已经造成了损害，所 以，根据刑法第63条的规定，对加重犯的中止造成了损害时,应当在下一个量刑幅度内判 处刑罚，亦即，应当适用刑法第321条规定的"五年以上十年以下有期徒刑”的法定刑。 另一方面，乙等人的行为也成立运送他人偷越国（边）境罪的基本犯的既遂犯，而该基本 犯的法定刑是“五年以下有期徒刑、拘役或者管制”。比较的结局是，对乙等人的行为，应 当在“五年以上十年以下有期徒刑”的幅度内裁量刑罚。

五、中止犯的处罚原则

刑法第24条第2款规定：“对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害 的，应当减轻处罚。”显然，明确了 “造成损害”的内涵与外延，也就确定了“没有造成损害” 的含义。

（一）造成损害的含义

对于“损害”的理解，必须以刑法的法益保护目的为指导，并考虑犯罪之间的关系与 罪刑相适应原则。本书的看法如下：

**376**刑法学（第五版）

1. “损害”仅限于行为造成的实害，不包括行为造成的危险。因为中止前的犯罪行为 都是已经造成了危险的行为，如果将危险归入“损害”，意味着中止犯没有免除处罚的余 地，明显违反刑法的规定。
2. “损害”必须是刑法规范禁止的侵害结果，这是刑法的目的与犯罪的本质决定的。 倘若将刑法规范并不禁止的结果作为中止犯中的“损害"，实际上违反了罪刑法定原则， 导致刑法规范并不禁止的结果成为处罚对象。据此，A使用暴力强奸妇女，在奸淫之前实 施了猥亵行为，后来放弃奸淫行为的，应认定为“造成损害”。B着手人户盗窃后中止盗 窃行为的，如果人户行为造成了非法侵人住宅罪所要求的构成要件结果（侵害了他人的 住宅安宁），就应认定为“造成损害”。这是因为，前者造成了刑法第237条所禁止的侵害 妇女性的自主权的结果;后者造成了刑法第245条所禁止的侵害他人住宅安宁的结果。 反之，甲中止杀人或抢劫行为，但其行为造成了被害人暂时的身体疼痛或者轻微伤害的， 不应认定为“造成损害”。乙向特定个人实施诈骗或者敲诈勒索行为，使被害人受骗或者 产生了恐惧心理，但后来自动放弃犯罪，不要求被害人交付财物的，不应认定为“造成损 害”。这是因为,造成身体疼痛或者轻微伤害、使特定个人单纯受骗或者单纯产生恐惧 心理，都不是刑法规范禁止的侵害结果，因而不能评价为中止犯中的“造成损害”。
3. “损害”不限于物质性结果，也包括非物质性结果。例如，故意杀人的暴力行为构 成对被害人的侮辱，给被害人的名誉造成损害后，自动中止杀害行为的，也属于“造成损 害”。〔91〕又如，行为人谎称已向大型商场投放了爆炸物，胁迫商场交付金钱，后来自动放 弃勒索行为，不要求商场交付金钱，但编造虚假恐怖信息的行为已严重扰乱商场秩序的， 也属于“造成损害”。
4. “损害”仅限于对他人造成的损害，而不包括对自己造成的损害。
5. “损害”必须是能够主观归责的结果，而不包括意外造成的结果。所谓能够主观归 责的结果，是指行为人对损害具有责任，尤其是指行为人对损害具有故意或者过失；如果 某种损害虽然由行为造成，但行为人对此没有故意与过失，则不属于中止犯中的“造成损 害

不难看出，综合上述五个内容可以得出如下结论:只有当行为符合了某种重罪的中止 犯的成立条件，同时又构成了某种轻罪的既遂犯时，才能认定为中止犯中的“造成损害”。 如强奸罪的中止犯已经构成了强制猥亵罪的既遂犯，故意杀人罪的中止犯已经构成了故 意伤害罪的既遂犯,入室抢劫的中止犯已经构成了非法侵人住宅罪的既遂犯，敲诈勒索罪 的中止犯已经构成编造虚假恐怖信息罪的既遂犯;如此等等。

（二）造成损害的原因

需要讨论的问题是，中止犯中的“造成损害”，是仅限于中止前的犯罪行为造成的损 害，还是包括中止行为（或中止过程中的行为）造成的损害？

这里涉及的基本问题是，中止前的犯罪行为（以着手实行为例）与中止行为是什么关 系？如果认为，中止犯是着手实行与中止行为的一体化（整体考察方法），那么，就可以认 为，中止行为本身造成损害的，属于中止犯中的“造成损害”；倘若认为，着手实行与中止

（90］ 如果刑法规定了以侵害他人意志自由为内容的胁迫罪，则可以认定为“造成损害”。

（91］ 当然，这种属于吿诉才处理的犯罪，对“造成损害”的认定,是否以被害人的吿诉为前提，则是另一回事。

第七章犯罪的特殊形态**377**

行为是两种性质不同的行为，则可能认为，中止行为造成损害的，不属于中止犯中的“造 成损害”。

本书不赞成这种整体的考察方法。违法的着手实行（被刑法所禁止）与不违法的中 止行为（被刑法所鼓励），具有本质的不同。对中止犯的整体的考察方法，不利于发挥刑 法的行为规范的机能，不利于对第5者阻止行为人中止的行为做出合理判断。例如，甲实 施故意杀人行为导致被害人重伤后顿生悔悟，正要将被害人送往医院抢救时，路经此地的 乙却使用暴力阻止甲的抢救行为，导致甲未能完成抢救行为，致使被害人死亡。如果采取 整体的考察方法，很难对乙的行为得出妥当结论。倘若采取分割的考察方法，则能认为乙 阻止了合法行为，而且阻止的是救助他人生命的行为，该阻止行为与他人死亡结果之间具 有因果关系，因而应当将死亡结果归属于乙的阻止行为。整体的考察方法，可能与中止行 为本身存在冲突。例如，丙以强奸故意对被害人使用暴力，被害人为了避免强奸，提出将 自己的3000元现金给丙，丙拿走3000元现金，放弃了强奸行为。如果采取整体的考察方 法，就可能认为丙中止强奸的行为造成了被害人的财产损害，即属于强奸中止犯中的“造 成损害”。可是，这一结论并不妥当。这是因为，在这种场合，只要单纯放弃强奸行为即 可成立强奸罪的中止犯，而不需要采取积极措施防止结果发生。然而，单纯放弃强奸的中 止行为，不可能造成他人财产损害。

据此，中止犯中“造成损害”的行为只能是中止行为之前的犯罪行为。例如，甲将被 害人锁在屋内并打开天然气后，离开现场。但后来又产生中止之意,在室外将被害人家的 门窗砸破，挽救了被害人的生命，却给被害人造成价值近万元的财产损失。对此，不能认 定为“造成损害”。再如，乙向被害人的食物投放了毒药，被害人疼痛难忍，没有取得驾驶 证的乙顿生悔意,立即开车将被害人送往医院，但途中过失导致汽车撞向电线杆，使被害 人身受重伤，被害人被送往医院后,经抢救脱险。对此，也不能认定为“造成损害' 在上 述两例中，应认定甲、乙的行为成立故意杀人罪的中止犯，虽然“没有造成损害”，但另成 立故意毁坏财物罪与过失致人重伤罪（或者交通肇事罪），亦即，对故意杀人罪免除处罚， 对故意毁坏财物罪与过失致人重伤罪单独定罪量刑J92〕因为当行为人设定了只能通过 损害A法益才能避免B法益受到侵害的因果进程时，必须将A法益的侵害结果归属于行 为人的行为。如果行为人故意设定了这一因果进程，就必须对A法益的损害承担故意责 任。

（三）造成损害的量刑

如前所述，对中止犯之所以免除处罚，是因为中止犯没有特殊预防的必要性。那么， 为什么对“造成损害”的中止犯只能减轻处罚，而不能免除处罚呢？这是因为中止前的行 为已构成另一轻罪的既遂，因而是对另一轻罪的处罚，而就该既遂的轻罪而言，不存在免 除处罚的根据。

如所周知，德国刑法对中止犯仅规定了免除处罚一种法律后果。如果对造成伤害结 果的故意杀人罪中止犯也免除处罚，就必然导致罪刑不均衡。所以，德国刑法理论的通说 与审判实践的做法是，重罪的中止犯造成轻罪的既遂时，属于重罪的中止犯与轻罪的既遂

**（92］**参见［日］大塚忙：《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第263页、

**378**刑法学（第五版）

犯的竞合。其中既可能是想象竞合，也可能是法条竞合，但均按轻罪的既遂犯定罪量 刑。〔93〕但是，我国刑法理论与司法实践没有采取德国的做法，因为我国刑法第24条第2 款后段明确规定了对“造成损害”的中止犯减轻处罚。如果采取德国做法，在中止前的行 为构成轻罪的既遂犯时以轻罪的既遂犯定罪量刑，就使我国刑法第24条第2款后段的规 定丧失了意义，或者说没有存在的余地，也不符合文理解释的基本要求。

不过，这只是形式上的差异，事实上都是对中止前的犯罪行为造成的既遂轻罪承担刑 事责任，只不过德国的做法是直接按照既遂的轻罪定罪量刑，我国是按照所中止的重罪定 罪，但减轻处罚的量刑大体上实际相当于对既遂的轻罪的量刑。例如，杀人行为造成重伤 后中止杀人行为的,减轻处罚的结局是适用“三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑，这 正是故意重伤的法定刑。再如，侵入住宅后对被害妇女以暴力相威胁，后来中止强奸行为 的，对其减轻处罚的结局相当于对非法侵入住宅罪的处罚。

当然，由于法定刑的错综复杂，刑法第24条所规定的减轻处罚的情形，也不可能完全 与既遂的轻罪的处罚相对应。但是，由于中止犯中的“造成损害”实际上是指构成另一轻 罪的既遂犯，所以，对“造成损害”的中止犯量刑时，既要受刑法第63条规定的制约，也要 与轻罪的法定刑及其量刑实践相协凋，即不应超过轻罪的法定刑裁量刑罚。例如，一般情 节的故意杀人中止，如果造成了轻伤，原本应在轻伤害的法定刑（“三年以下有期徒刑、拘 役或者管制”）之内裁量刑罚。但是，由于受刑法第63条关于减轻处罚规定的制约，只能 在下-个量刑幅度内（“三年以上十年以下有期徒刑”）裁量刑罚，所以，此时判处三年徒 刑乃至缓刑，才是合适的；倘若判处更重的刑罚，则明显难以实现罪刑之间的协调。入户 抢劫、持枪抢劫致人轻伤后自动中止抢劫行为的，或者在公共场所当众强奸妇女致人轻伤 后自动中止奸淫行为的，也应如此,〔94]

特别需要指出的是，根据刑法第24条的规定，对于没有造成损害的中止犯，应当免除 处罚。但是，司法实践中，大量存在对没有造成损害（或扩大“损害”范围）的中止犯没有 免除处罚而仅减轻处罚的现象。例如，某判决认定的犯罪事实为:2014年4月13日凌晨 2时许，被告人张某突然张开双手扑向被害人李某面前，企图以惊吓的方式抢走李某手里 挽着的一个手提包。李某受到惊吓后立即蹲下并大声呼叫求救。张某遂放弃抢劫并逃 走，随后被巡逻民警抓获。判决指出：“被告人张某在犯罪过程中自动放弃犯罪，是犯罪 中止，依法应当减轻处罚。被告人张某归案后能如实供述自己的犯罪行为,依法可以从轻 处罚……判决如下：被告人张某犯抢劫罪（中止），判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币 1000元。”然而，既然认定张某的行为成立抢劫罪的犯罪中止，由于其抢劫行为没有造 成任何损害，就不能减轻处罚，只能免除处罚。

〔93〕Vgl. ,H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. , Duncker & Humblot, 1996, S.549.

C94）参见张明楷：“中止犯中的‘造成损害’”，载《中国法学》2013年第5期，

〔95〕（20M）佛城法刑初字第601号。

第八章共同犯罪

第一节共同犯罪的理论前提

\_、共同犯罪的基本术语

根据我国刑法第25条的规定，共同犯罪是指二人以上共同犯罪。〔1〕例如，甲欲入户 盗窃，乙知情并将一个撬锁工具交给甲，甲利用该工具窃取了他人财物、我国刑法理论认 为，甲、乙成立盗窃罪的共同犯罪。甲、乙就是共同犯罪人，也可能被称为共犯人或者共同 犯罪的参与人。〔2〕刑法第26条至29条基于地位与作用的区别分别对各共犯人规定了 不同的处罚原则。

刑法理论上经常使用“共犯”一词，但共犯一词有不同含义。最广义的共犯，是指二 人以上共同实现犯罪的情形，不问行为人是故意还是过失（既包括故意的共同犯罪，也包 括过失的共同犯罪）。中间意义的共犯，是指二人以上故意共同实现犯罪的情形。此外， 也可能将共犯人简称为共犯（在上例中称甲、乙为共犯）。为了正确认定与区别对待共犯 人，刑法与刑法理论对共犯人会进行分类。例如，有的分为正犯、组织犯、教唆犯、帮助犯， 有的分为主犯、从犯、胁从犯等。狭义的共犯是指正犯之外的教唆犯与帮助犯。在上例 中，甲是正犯，乙是狭义的共犯（帮助犯正犯不仅包括单独正犯，还包括同时正犯、共 同正犯与间接正犯。当然，共同正犯究竟是正犯还是共犯，在国外刑法理论上存在争议 （既可能属于广义的正犯，也可能属于广义的共犯）。不难看出，共同犯罪的基本术语比 较混乱，需要读者在相关语境下准确识别。

二、传统理论的基本框架

我国传统刑法理论，从共同犯罪的成立条件入手展开讨论，然后说明共同犯罪的形式 （如事前通谋的共同犯罪与事先无通谋的共同犯罪等），最后论述主犯、从犯、胁从犯、教 唆犯的刑事责任。

传统理论认为，成立共同犯罪必须具备三个条件：（1） “共同犯罪的主体，必须是两个 以上达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人或者单位。”（2） “构成共同犯罪必须二人 以上具有共同的犯罪行为。所谓共同的犯罪行为，指各行为人的行为都指向同一犯罪，相 互联系，互相配合，形成一个统一的犯罪活动整体。”“各行为人所实施的行为，必须是犯 罪行为，否则不可能构成共同犯罪。”（3） “构成共同犯罪必须二人以上具有共同的犯罪故

〔1〕德国、日本刑法理论基本不使用"共同犯罪”一词，但我国刑法与刑法理论均使用这一概念 [2〕但“参与人”也可能仅指教唆犯与帮助犯.

**380**刑法学（第五版）

意。”〔3〕显然，认定共同犯罪的传统方法是，不区分共同犯罪的不同形态，统一确定共同犯 罪的成立条件;符合共同犯罪成立条件的，即认定为共同犯罪;共同犯罪中的参与人便是 共犯人。这种方法有三个基本特点：（1）不区分不法与责任，混合认定共同犯罪是否成 立。在上述三个条件中，第一个基本上是责任条件，第二个是违法条件，第三个又是责任 条件。（2）不区分正犯与狭义的共犯，整体认定共同犯罪是否成立。上述三个条件所讨 论的是二人以上是否成立共同犯罪，而不是在确定正犯后，讨论哪些人的行为成立狭义的 共犯（教唆犯与帮助犯）。（3）仅判断共犯人是否实施了共同的犯罪行为，而不分别考察 共犯人的行为与结果之间是否具有因果性，〔4〕抽象认定共同犯罪是否成立。但在本书看 来，传统理论存在明显的缺陷。

首先，混合认定共同犯罪，表现为同时在不法与责任层面认定共同犯罪，而且先判断 责任，再判断不法。但这种认定方法并不妥当。例如，15周岁的甲人户盗窃时，请17周 岁的乙为其盗窃望风。在乙的帮助下，甲顺利窃取了丙的2万元现金。按照通说，由于甲 没有达到责任年龄，故甲与乙不成立共同犯罪，对乙不能以共犯论处。可是，这种结论不 能被人接受。倘若乙为18周岁的盗窃犯望风，肯定成立盗窃罪的共犯；既然如此，其为 15周岁的人望风，更应认定为犯罪。或许有人认为，对乙的行为可以直接以单个人犯盗 窃罪论处。然而，其一，对乙不可能以直接正犯论处，因为乙没有直接实施将丙占有的财 物转移给自己或第三者占有的实行行为，其望风行为根本不符合盗窃罪的直接正犯的条 件。其二，对乙也不可能以间接正犯论处，因为只有作为幕后人控制或者支配了构成要件 实现的人，才是间接正犯。乙应邀为甲盗窃望风的行为，不可能成立间接正犯。由此可 见，传统方法不利于共犯的认定。当直接实施构成要件行为的人缺乏责任能力、违法性认 识的可能性、期待可能性等责任要素时，也存在完全相同的问题。

其次，整体认定共同犯罪，表现为将二人以上的行为作为整体进而判断该整体是否成 立共同犯罪，并且同时确定共同犯罪的性质;得出成立共同犯罪的结论之后，对各共犯人 按照该犯罪定罪，再考虑共犯人在共同犯罪中所起的作用予以量刑。这种认定方法存在 诸多问题。例如，在司法实践中，难以判断“共同的”犯罪行为。一方面，正犯行为与教唆 行为、帮助行为并不相同。另一方面，一些日常生活行为也可能成立帮助行为，但离开了 正犯行为，很难判断该行为是不是“犯罪行为”。〔5〕再如，在司法实践中，难以认定“共同 的”故意，因为二人以上原本就可能存在不同的故意。

最后，抽象判断参与人是否实施f所谓犯罪行为，而不具体考察其行为是否与结果之 间具有因果性的传统认定方法，要么不当扩大了共犯的范围，要么不当扩大了既遂犯的范 围。例如，甲潜入丙家盗窃时，刚好被乙发现。乙知道甲将要实施盗窃行为，就主动为甲 的盗窃望风，但甲对此并不知情，乙的望风行为在客观上也没有为甲的盗窃起作用。按照 传统的认定方法，乙实施了帮助行为，且有帮助故意，故成立盗窃罪的共犯。但是，乙的行 为与甲窃取他人财物的结果之间，缺乏物理的因果性与心理的因果性，事实上也没有促进

〔3〕高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、髙等教育出版社2016年第7版，第164 -166页。

**（4）**诚然，通说也认为，共同犯罪行为与危害结果之间具有因果性、，但是.通说强调的是共同犯罪行为作为有机

整体与危害结果之间具有因果性:而且，通说是在认定结局的意义上说明因果关系的，亦即，只要二人以上 具有共同行为与共同故意，全部参与人的行为就与危害结果之间具存因果关系。

〔5〕例如，A将一把菜刀借给B,如果不考察B的行为，就根本不知道A的行为是不是某个犯罪的帮助行为t

第八章共同犯罪**381**

甲的盗窃行为。对乙以盗窃罪的共犯论处，并没有根据。[6 ]

在本书看来，传统理论之所以存在缺陷，主要是因为没有正确理解共同犯罪的立法宗

旨。

三、共同犯罪的立法宗旨

共同犯罪，是指二人以上共同实施的犯罪。从不法的层面来说，共同犯罪的立法与理 论所解决的问题是，将不法事实归属于哪些参与人的行为。就具体案件而言，司法机关认 定二人以上的行为是否成立共同犯罪，是为了解决二人以上行为的结果归属（客观归责） 问题。亦即，只要认定成立共同犯罪，就要将法益侵害结果（包括危险，下同）归属于各参 与者的行为（而不论各参与者是否具有责任）。显然，要将结果归属于参与人的行为，就 要求参与人的行为与结果之间具有物理的因果性或者心理的因果性。在成立共同犯罪的 前提下，即使查明侵害结果由其中一人直接造成，或者不能查明侵害结果由谁的行为直接 造成，但只要能够肯定参与者的行为与结果之间具有物理的或者心理的因果性，就应肯定 参与者的行为是结果发生的原因，进而将结果归属于参与者的行为。

在二人以上参与实施的犯罪中，当甲的行为直接造成了结果时，即使不考察其他人的 行为，也能认定甲的行为是结果发生的原因；如果甲具有责任，则认定其行为构成犯罪。 但是，对于没有直接造成结果的参与者来说，就需要通过共同犯罪的立法与理论来解决其 结果归属问题。例如，甲与乙基于意思联络共同向丙开枪，甲射中丙的胸部致丙死亡，乙 没有射中丙。即使不考察乙的行为，也能认定甲的行为造成了丙的死亡结果。甲若具备 杀人故意等责任要素，便成立故意杀人既遂。但是，倘若单独认定乙的行为，则不能将丙 的死亡结果归属于乙的行为。即使乙具备杀人故意等责任要素，也仅成立故意杀人未遂。 不言自明，这种结论并不妥当。共同犯罪的立法与理论的目的之一就是让乙对丙的死亡 结果负责。亦即，只要认定乙与甲是共同犯罪，那么，丙的死亡结果也要归属于乙的行为。 如果乙具备杀人故意等责任要素，便成立故意杀人既遂。又如，B为A人户盗窃提供了 钥匙，C为A人户盗窃实施了望风行为，A利用B提供的钥匙盗窃了他人1万元现金。 即使单独判断A的行为,A也要对被害人1万元的财产损失结果承担盗窃罪的责任。但 是，倘若单独判断B、C的行为，B、C的行为就不可能构成犯罪。不言而喻,这种结论并不 可取。共同犯罪的立法与理论，使得司法人员也可以将被害人的1万元财产损失结果归 属于B、C的行为。因为B为A的盗窃提供了物理的帮助，或者说B的行为与结果之间 具有物理的因果性;C为A的盗窃提供了心理上的帮助，或者说C的行为与结果之间具 有心理的因果性。所以，只要B、C具备责任要素，就要对被害人1万元的财产损失结果 承担刑事责任。不难看出，共同犯罪的立法与理论主要是为了解决法益侵害结果归属于 谁的行为这一问题,至于各参与人是否具有责任，只要根据前述第六章的责任要素进行判 断即可。在此意义上说，共同犯罪是不法形态。

显而易见的是，在二人以上的行为都是结果发生的原因的案件中（不法层面上的共 同犯罪）,〔7〕各参与人的责任不可能完全相同，更不可能连带。根据责任主义的要求，gp

〔6〕参见张明楷:“共同犯罪的认定方法”，载《法学研究》2014年第3期。

〔7〕同“犯罪”具有不法层面的犯罪与不法且有责意义上的犯罪一样，“共同犯罪”首先是不法层面的共同犯罪， 其次才是不法且有责意义上的共同犯罪。

**382**刑法学（第五版）

使行为符合构成要件且违法，但倘若行为人没有责任，就不得以犯罪论处，不得科处刑罚。 在判断参与人是否值得处罚时，只能以每一个参与人是否具有责任为根据，而不能因为此 参与人有责任,便处罚彼参与人。事实上，责任能力、责任年龄、故意内容、违法性认识的 可能与期待可能性等责任要素，都只能进行个别判断。参与人甲具有责任能力，不意味着 参与人乙也具有责任能力;参与人A具有期待可能性,不等于参与人B具有期待可能性。

以故意为例。共同犯罪中的一人具有杀人故意时，不意味着其他人也具有杀人故意。 例如，甲向乙提议“报复丙”，乙同意并与甲共同对丙实施暴力，导致丙死亡。事后查明， 甲具有杀人的故意，乙仅具有伤害的故意。在这种场合，甲与乙的故意内容并不相同，但 不能据此否认甲、乙共同造成了丙的死亡，不能否认甲、乙成立共同犯罪。刑法第25条第 1款规定：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪这表面上是要求二人以上的故意相 同，实际上只是意味着将共同犯罪限定在故意犯罪之内。倘若要在上述规定中加一个 "去”字，就应当说“共同犯罪是指二人以上共同去故意犯罪”，而不是说“共同犯罪是指二 人以上共同故意去犯罪”。〔8〕所以，该款规定并没有否认共同犯罪是一种不法形态。刑 法第25条第2款规定：“二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处;应当负刑事责任的， 按照他们所犯的罪分别处罚。”这一规定明显承认了共同过失犯罪的事实，只是对共同过 失犯罪不按共同犯罪论处而已，也没有否认共同犯罪是一种不法形态。

再以责任能力与法定年龄为例。有责任能力者与无责任能力者，也可能成立共同犯 罪。但最终承担责任的是谁，则不是共同犯罪的立法与理论所要解决的问题，而是责任层 面的问题。例如，甲与乙共同对丙实施暴力，导致丙死亡，但不能查明谁实施了致命的行 为。事后查明，乙是不具有责任能力的精神病患者，但甲对此并不知情。如果否认甲与乙 成立共同犯罪，则不能将丙的死亡结果归属于甲的行为，但这种结论并不妥当。由于甲不 知道乙是无责任能力的人，所以，甲也没有间接正犯的故意。只有肯定甲与乙在不法层面 成立共同犯罪（共同正犯），才能将丙的死亡结果归属于甲的行为。如果甲具有杀人故 意，则成立故意杀人既遂。虽然也应当将丙的死亡结果归属于乙的行为，但由于其没有责 任能力，因而不承担责任。又如，16周岁的甲应邀为15周岁的乙的人室盗窃行为望风。 按照传统的共同犯罪理论，甲与乙因为不符合共同犯罪的主体条件，所以不成立共同犯 罪。然而，倘若不当共同犯罪处理,则不能认定甲的行为构成盗窃罪。这是因为，如若单 独考察甲的行为，那么，只有当甲本人实施了符合盗窃罪构成要件的实行行为时，才可能 认定其行为构成盗窃罪。但是，甲只是望风，并没有实施盗窃罪的实行行为。人们习惯于 说甲是间接正犯。可是，不管是采取犯罪事实支配理论，还是采取工具论，甲应邀为乙望 风的行为，都不可能成立间接正犯。只要意识到共同犯罪是一种不法形态，那么，各参与 人的责任就不会影响共同犯罪的成立。据此，甲与乙成立盗窃罪的共同犯罪，乙是正犯 （不法层面的正犯），甲是帮助犯。由于乙没有达到法定年龄，故不承担责任，但对甲必须 以盗窃罪的帮助犯（从犯）论处。再如，16周岁的甲与13周岁的乙共同轮奸妇女丙。只 要意识到共同犯罪是一种不法形态，就会得出甲、乙二人成立共同正犯的结论，即属于轮 奸（乙只是因为没有责任而不对之定罪量刑）。因此，对甲应当适用轮奸的法定刑，而不 是适用一般强奸罪的法定刑。

（«］我国的传统刑法理论一直是按后者理解的

第八章共同犯罪**383**

正因为共同犯罪是一种不法形态，各参与人的行为对法益侵害（危险）结果所起的作 用可能不同，责任程度与范围也会不同，需要区别对待，所以，刑法分别对主犯、从犯、胁从 犯规定了不同的处罚原则，同时对教唆犯作了特别规定。

四、共同犯罪的认定方法

（一）以不法为重心

如上所述，共同犯罪是不法形态。处理共同犯罪案件时，应当首先从不法层面判断是 否成立共同犯罪，然后从责任层面个别地判断各参与人是否具有责任以及具有何种责任。 换言之，共同犯罪的特殊性只是表现在不法层面，共同犯罪的立法与理论只是解决不法层 面的问题;在责任层面，共同犯罪与单个人犯罪没有区别。所以，必须以不法为重心认定 共同犯罪。

由于不法是指行为符合构成要件且违法，所以，在认定共同犯罪时，首先要判断参与 人中谁的行为符合什么罪的构成要件，法益侵害结果由哪些人的行为造成（或者说，哪些 人的行为对结果的发生做出了贡献）。这方面的判断可谓构成要件符合性的判断，基本 上表现为共犯的因果性的判断。

例如，15周岁的甲人户盗窃造成了他人财产损失的结果（实施了符合盗窃罪构成要 件的行为），17周岁的乙帮甲望风的行为与结果之间具有心理的因果性。所以，该结果应 当同时归属于甲乙二人的行为。在不法层面，甲是正犯，乙是帮助犯或者从犯。在此前提 下，分别判断各自的责任。由于甲没有达到责任年龄，其行为最终不成立犯罪。乙具备各 种责任要素，最终成立盗窃罪，而且应当以从犯论处。基于同样的理由与认定方法，倘若 上例中的甲是缺乏其他责任要素的人，乙也成立盗窃罪的从犯。

再如，第三者帮助本犯窝藏赃物的行为，是否成立共犯，取决于不处罚本犯的根据何 在。如果说之所以不处罚本犯,是因为本犯窝藏赃物的行为不具备构成要件符合性或不 违法，那么，第三者的帮助行为也没有违法性，因而不可能构成共犯；反之，如果本犯窝藏 赃物的行为具备构成要件符合性且违法，只是缺乏有责性，则第三者的帮助行为也具有违 法性，因而与本犯在不法层面成立共同犯罪，本犯只是由于缺乏有责性而不可罚；第三者 如果具有责任，则依然成立共犯。如所周知，德国、日本等国刑法将赃物犯罪规定在财产 罪中，盗窃犯（本犯）盗窃了他人财物后再窝藏赃物的，之所以不成立赃物犯罪，是因为没 有侵犯新的法益（财产），本犯实施的窝藏行为，属于不可罚的事后行为。〔9〕在这种情况 下，对于第三者帮助本犯窝藏赃物的行为，难以认定为犯罪。但在我国，赃物犯罪属于妨 害司法的犯罪，盗窃犯（本犯）窃取他人财物后再实施窝藏等行为的，也妨害了司法，具备 构成要件符合性与违法性。本犯之所以不成立赃物犯罪，不是因为没有侵犯新的法益，而 是因为缺乏期待可能性（即缺乏责任）。根据限制从属性原理，只要正犯的行为具备构成 要件符合性与违法性，共犯便得以成立。所以，如果认识到共同犯罪是不法形态，那么，就 可以得出如下结论:第三者帮助本犯窝藏赃物的，也与本犯成立赃物犯罪的共同犯罪，本 犯仍然是正犯，第三者是共犯（从犯）。但是，本犯由于不具有期待可能性而不可罚，第三 者并不缺乏期待可能性，故依然成立赃物犯罪的从犯。

在通常情况下，行为符合构成要件就能推定行为具有违法性。但是，由于法益主体对

〔9〕参见［日］山口厚:《刑法各论》，有斐阁2010年第2版，第349页以下。

**384**刑法学（第五版）

自己法益造成的损害不可能具有违法性（如伤害自己身体、毁损自己财物的行为不违 法），而法益主体完全可能与他人共同造成自己的法益损害，所以，在共同犯罪中，各参与 人行为的违法性可能具有相对性，因而需要进一步在违法性层面做出判断（参见本章第 五节）。

以不法为重心，并不意味着最终意义上的共同犯罪不需要责任，而是说对共同犯罪中 各参与人的责任认定与单个人犯罪的责任认定没有区别（当然，各共犯人的故意认识内 容会有所不同）。所以，在认定共同犯罪时，没有必要也不应当将责任内容作为重要问 题。既不能将责任要素作为判断共同犯罪成立与否的条件，更不能先判断责任后判断不 法。“共同犯罪”并不意味着各参与人最终均成立犯罪。第一，虽然在不法层面成立共同 犯罪，但是，其中的部分参与人可能因为缺乏责任要素，最终并不成立犯罪，仅部分参与人 乃至一个参与人最终成立犯罪（也可能所有参与人都没有责任，因而最终都不构成犯 罪）。第二，即使所有参与人均有所谓的共同行为与共同故意，但部分参与人可能存在违 法阻却事由，而不可能成立犯罪。第三，由于共同犯罪只是不法形态，而参与人的行为最 终构成何罪还取决于责任的内容，所以，在最终成立共同犯罪的情况下，虽然所有参与人 都成立犯罪，但完全可能成立不同罪名的犯罪。

（二）以正犯为中心

司法人员没有必要抽象地讨论共同犯罪的成立条件，只需要明确正犯、共同正犯的成 立条件，教唆犯、帮助犯的成立条件（在某些场合还需要明确首要分子的成立条件）并做 出合理的判断。

“正犯是实现符合构成要件的实行行为这一过程中的中心人物或者核心人物。”〔IG〕 因为犯罪的本质是侵害或者威胁法益，具体表现为对法益造成侵害结果或者危险结果，而 支配这种结果发生的人正是正犯。所以，在处理共同犯罪案件时，要先确认正犯，在正犯 的行为符合构成要件且违法的前提下，判断是否存在教唆犯、帮助犯，就变得相对容易。 这是认定共同犯罪的最佳路径。

正犯的行为与结果之间的因果关系（包括结果归属）是容易判断的。当A持枪射中 被害人心脏导致其死亡时，我们很容易将该死亡结果归属于A的射击行为。例如，17周 岁的乙为15周岁的甲入户盗窃望风，甲顺利窃取了丙的2万元现金。我们丝毫不会怀疑 丙的2万元财产损失由甲的行为造成，而且能肯定甲的行为符合盗窃罪的构成要件，具有 违法性。在肯定了甲的行为在不法层面成立盗窃罪之后，再判断乙的行为是否对甲造成 的法益侵害结果做出了贡献，就可以从不法层面得出乙是否成立帮助犯的结论。由此可 见，不需要讨论帮助犯与正犯构成共同犯罪的条件，只需要讨论帮助犯的成立条件。再 如，A用尖刀杀害了 C（此时即可认定A是正犯），且对C的死亡具有故意，并具备其他责 任要素。即使不考虑其他因素（如是否有其他人介人），也能认定A的行为成立故意杀人 既遂。法院同时查明，A实施杀害C的行为是B的教唆行为所致。由此可以肯定B的教 唆行为成立，C的死亡结果客观上也要归属于B的教唆行为。倘若法院查明，B以杀人故 意教唆A对C实施暴力，则B也成立故意杀人既遂；倘若B只有伤害C的故意，而没有 杀害C的故意，那么，B仅承担故意伤害罪的责任。但B能够预见到A的暴力行为可能

〔10〕C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II，C. H. Beck, 2003,S.9.

第八章共同犯罪**385**

导致C死亡，所以，B最终承担故意伤害致死的责任。由此可见，不需要讨论教唆犯与正 犯构成共同犯罪的条件，只需要讨论教唆犯的成立条件。显然，以正犯为中心，可以使共 同犯罪的认定更为容易。

但应注意的是，共同正犯不同于单独正犯，而且都是正犯，相互之间不具有从属性，所 以，需要讨论共同正犯的成立条件

（三）以因果性为核心

由于犯罪有既遂与未遂之分，所以，在共同犯罪案件中，参与人是不是共犯人与参与 人应否对法益侵害结果负责，是两个不同的问题。共犯的因果性问题，既关系到共犯成立 与否，也关系到共犯应在什么范围内承担责任。

例如，甲、乙二人同时开枪射击丙，但只有一发子弹击中丙。设定A、B两种情形：A 情形为，甲击中了丙;B情形为，不能查明谁击中了丙。根据共同犯罪的立法，如果甲、乙 二人成立共同犯罪，那么，在A情形中，乙也要对丙的死亡负责，在B情形中，甲、乙均要 对丙的死亡负责；倘若甲、乙二人不成立共同犯罪，那么，在A情形中，乙仅成立杀人未 遂，在B情形中，甲、乙均只成立杀人未遂。问题是，为什么一旦成立共同犯罪，甲、乙二 人就都要对丙的死亡结果负责？或许人们会说，这是因为刑法的规定。可是，刑法为什么 这样规定？答案只能是：因为丙的死亡结果能够归属于甲、乙二人的行为，或者说，甲、乙 二人的行为与丙的死亡结果之间都具有因果性。所以，共犯的因果性成为共犯论中特别 重要的内容。正如日本学者所言:“共犯论的核心，是能否认定共犯行为（共同或者间接） 引起了法益侵害、危险的共犯的因果性问题，以及在具有因果性的前提下,将共犯构成要 件限定在何种范围的共犯的限定性问题。”[11 ]

因果关系是归责的必要要件，对教唆犯与帮助犯也不例外。就单独正犯以及共同犯 罪中的正犯而言，因果关系是将结果归属于正犯的必要条件。如果结果的发生与正犯的 行为之间没有因果关系，就不可能令正犯对结果负责。教唆犯、帮助犯是刑罚扩张事由， 既然将结果归属于正犯以因果关系为前提，那么，对于教唆犯、帮助犯而言，也必须提出这 样的要求，否则，就与教唆犯、帮助犯的这种刑罚扩张事由明显不相当。所以，只有当教唆 行为、帮助行为与正犯结果之间具有物理的因果性或者心理的因果性时，教唆犯、帮助犯 才对正犯结果负责。

如后所述，所谓共犯的脱离，实际上也是共犯的因果性问题。亦即，共犯放弃或者被 迫停止共犯行为后，由他人导致结果发生时，在什么样的情况下，否认共犯的先前行为与 正犯结果之间具有因果性（即肯定共犯的脱离），从而只让共犯承担中止犯或者未遂犯的 刑事责任。换言之，在某些情形下，行为人虽然实施了共犯（教唆或者帮助）行为，但是， 如果后来又消除了该行为对犯罪的促进作用，导致先前的共犯行为与结果之间不具有因 果性时，就属于共犯的脱离。因此，所谓共犯的脱离，实际上是指同时消除已经实施的共 犯行为与结果之间的物理因果性与心理因果性。

根据本书的观点，刑法理论与司法实践完全可以淡化“共同犯罪”的概念。换言之， 只要以不法为重心（从不法到责任），以正犯为中心（从正犯到共犯），以因果性为核心（从 物理因果性到心理因果性）判断数人参与犯罪的案件，那么，首先，要在不法层面认定正

〔II〕[日]佐伯匕志:《刑法总论的思考方法、享乐方式》，有斐阁2013年版，第370页。

**386**刑法学（第五版＞

犯（包括共同正犯），确定了正犯之后，就必须将结果或者危险客观归属于正犯行为；其 次，判断哪些参与人的行为与正犯结果之间具有因果性，只要具有因果性，就可以肯定其 为不法层面的共犯;再次，分别判断各参与人的责任（如责任年龄、故意的内容等），进而 确定参与人所触犯的罪名；最后，按照我国刑法关于主犯、从犯、胁从犯、教唆犯的处罚原 则，分别给各参与人量刑。不难看出，在其中的任何一个步骤，都没有必要提出和回答 “谁和谁成立共同犯罪”、“共同犯罪犯的什么罪”这样的问题。所以，即使不使用“共同犯 罪”的概念，也完全可以处理数人共同参与犯罪的现象。

第二节共同犯罪的基础理论

一、任意的共犯与必要的共犯

共同犯罪可以分为任意的共犯与必要的共犯。刑法总论一般研究前者，但对后者涉 及的问题也需要讨论。

任意的共犯，是指一人可以实施的犯罪，由二人以上共同实施的情况。例如，二人以 上共同故意犯盗窃罪的，是任意的共犯。这种任意的共犯及其处罚原则，规定于刑法总 则，是刑法总论所要研究的内容。

必要的共犯,是指刑法分则所规定的，必须由二人以上共同实行的犯罪。在我国，必 要的共犯包括三种情形。

（一）对向犯

对向犯（对立的犯罪），是指以存在二人以上相互对向的行为为要件的犯罪。对向犯 分三种情形:一是双方的罪名与法定刑相同，如重婚罪、代替考试罪;二是双方的罪名与法 定刑都不同，如贿赂罪中的行贿罪与受贿罪;三是只处罚一方的行为（片面的对向犯），如 贩卖淫秽物品牟利罪，只处罚贩卖者，不处罚购买者。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（教唆犯或帮助犯）处罚？理论上存在不同学 说。〔13〕

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

〔丨2〕第三种情形并不是共同犯罪，称为对向“犯”似乎不合适，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。此外，第一种情形虽然从不法层面成立共同犯罪，但其中的参与人也可能缺乏责任 要素;第二种情形的对向犯也不必然构成共同犯罪，例如，完全存在受贿人构成受贿罪，但提供贿赂的人并 不构成行贿罪的情形。尽管如此，刑法理论依然认为这些情形均属于对向犯（参见［日］大塚《刑法概说 （总论）》，有斐阁2008年第4版，第275页）。

〔H〕参见［日］山中敬一:《刑法总论》，成文堂2015年第3版，第837页以下。

第八章共同犯罪**387**

方并不出售淫秽物品，而购买者积极地推动对方，劝导其出售淫秽物品给自己的，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。实质根据之 一是，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，即使幼女唆使成年男子与之性交，对幼女也不能认定为（奸淫幼女类型的） 强奸罪的教唆犯。因为刑法禁止奸淫幼女，是为了保护幼女的法益，不能为了保护幼女的 法益而处罚幼女。再如，甲唆使乙杀害甲的，乙成立故意杀人罪，甲不成立故意杀人罪的 教唆犯。实质根据之二是，参与者不具备有责性时不可罚。例如，犯人毁灭证据的行为， 也妨害了国家的司法活动，因而具有违法性，但刑法之所以不处罚该行为，是因为其不具 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，也不具有期 待可能性，因而不可罚。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，所 谓立法者意思，并不是反映立法者当初的所谓原意或者本意，而是指刑法的客观含义或者 刑法的精神。因为从刑法规定了非法买卖枪支罪，分别规定了非法出售增值税专用发票 罪与非法购买增值税专用发票罪，而仅规定贩卖淫秽物品牟利罪却没有规定购买淫秽物 品罪的体例就可以发现，刑法并不处罚购买淫秽物品的行为。但刑法的客观含义不一定 明确，有时可能难以做出形式的判断，故必要时应当考虑违法性的实质标准。

（二）聚众共同犯罪

一般认为，聚众共同犯罪是由首要分子组织、策划、指挥众人所实施的共同犯罪。〔|4〕

认识聚众犯罪是认识聚众共同犯罪的前提。聚众犯罪是由首要分子组织策划、聚集 纠合多人所实施的犯罪。“聚众”是实施犯罪的形式。聚众犯罪有如下特点：（1）参与人 的复杂性。主要表现在:有首要分子，即在犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。有 众人参与，"称众者，三人以上”（《唐律•名例》）；参与人可能随时增加或减少，而非处于 固定状态。参与人虽为三人以上，但参与人不一定是犯罪人。（2）行为的公然性。聚众 犯罪由于人多势众，常使犯罪处于可见可闻的情况，首要分子正是要利用这一点实现自己 的犯罪意图。（3）行为的多样性。由于参与人复杂，使得聚众犯罪行为呈现多样性的特 点。

〔I4〕不排除在特殊情形下没有首要分子。例如，在货车侧翻后，附近的众人不约而同地哄抢财物的，宜认定为聚 众哄抢。

**388**刑法学（第五版）

聚众犯罪与聚众共同犯罪不是等同的概念。根据刑法规定，聚众犯罪可以分为两类：

一类是属于共同犯罪的聚众犯罪。如刑法第317条第2款规定的聚众持械劫狱罪， 其首要分子、积极参加者与其他参加者，成立共同犯罪。这种聚众共同犯罪，是典型的必 要的共犯。但应注意的是，刑法并不一定处罚所有的参与者。例如,刑法第292条的聚众 斗殴罪，仅对首要分子与积极参加者规定了法定刑。在这种情况下，不能根据总则规定处 罚其他参加者。因为聚众犯罪涉及的人较多，立法者规定只处罚部分参与行为，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。当然，教 唆他人积极参加聚众犯罪的，仍然适用共犯规定。

另一类聚众犯罪是否属于共同犯罪，则要依案件的具体情况而定。例如，刑法第291 条规定的聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪，只处罚首要分子，而不处罚其他参与人。 当首要分子为二人以上，共同组织、策划、指挥聚众犯罪时，构成共同犯罪自不待言。但当 首要分子只有一人时，就是一人以聚众方式犯罪，无共同犯罪可言。由此可见，聚众犯罪 不一定是共同犯罪J15］ —种观点认为，聚众犯罪都是共同犯罪，在上述情况下也存在主 犯、从犯与胁从犯的区别，其中的首要分子是主犯，其余的参加者是从犯或胁从犯，但立法 者根据打击少数、争取教育改造多数的刑事政策，只规定处罚首要分子。［16］可是,从法律 上判定某种行为是否为犯罪的标志，是法律是否对该行为规定了刑罚后果（法定刑）；如 果没有规定刑罚后果，即使明文禁止，也不是犯罪。既然刑法没有规定处罚其他参加者， 就表明其他参加行为不是犯罪行为，参加者也不可能是从犯与胁从犯。可见，上述观点有 违反罪刑关系的一般原理之嫌，也不利于区分共同犯罪与单独犯罪，甚至可能导致扩大处 罚范围。

（三）集团共同犯罪

集团共同犯罪，简称集团犯罪，是指三人以上有组织地实施的共同犯罪。集团共同犯 罪既可能是必要的共犯，也可能是任意的共犯。例如，组织、领导、参加恐怖活动组织罪， 组织、领导、参加黑社会性质组织罪，属于必要的共犯，直接根据分则规定的法定刑处罚各 种参与人。集团性的杀人、集团性的抢劫等，则是任意的共犯；在处罚任意的集团犯罪的 各种参与人时，必须适用刑法总则的规定。

实施犯罪的集团组织，称为犯罪集团。因此可以说，集团犯罪是犯罪集团实施的共同 犯罪;认定集团犯罪的关键在于认定犯罪集团。

犯罪集团是三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织。犯罪集团具有 以下特征：（1）人数较多。即三人以上，二人不足以成为集团。（2）较为固定。表现在有 明显的首要分子，有的首要分子是在纠集过程中形成的，有的人在纠集开始时就是首要分 子;重要成员固定或基本固定;集团成员以首要分子为核心结合得比较紧密;集团成员实 施一次或数次犯罪行为后，其组织形式继续存在（当然，出于某种原因而解散的，也可能 被认定为犯罪集团）。（3）目的明确犯罪集团的形成是为了反复多次实施一种或数种 犯罪行为;集团的犯罪活动通常有预谋、有计划地进行，即便是突发性的作案，往往也是在 集团的总的犯罪故意支配下进行的。（4）危害严重。犯罪集团成员较多，形成一个集体

U5〕单纯从参与人必须二人以上的角度来说，也可谓一般意义上的必要的共犯.

**U6J**参见何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社1995年版，第302页。

第八章共同犯罪**389**

的行动力量。这种力量使得犯罪集团可能实施单个人或一般共同犯罪人难以实施的重大 犯罪;使得犯罪集团的活动计划周密，易于得逞，给法益造成重大损害；犯罪后也易于转移 赃物、消灭罪迹、逃避侦查。即使犯罪集团实际实施的犯罪次数不多，但犯罪集团的形成 本身就对社会具有严重的危险性

日常生活中经常使用“犯罪团伙”或“团伙犯罪”的概念;司法机关往往是在没有确定 共同犯罪的性质与形式时使用团伙犯罪一语。但是，团伙犯罪或犯罪团伙并非法律概念。 因此，办理团伙犯罪案件，凡其中符合犯罪集团基本特征的，应按犯罪集团处理;不符合犯 罪集团基本特征的，应按一般共同犯罪，并根据其共同犯罪的事实和情节处理。

近年来，出现了国际性犯罪集团与黑社会性质的犯罪集团。前者表现为境内不法分 子与境外不法分子相勾结,形成以实施国际性犯罪为目的的犯罪组织（如走私集团、贩毒 集团）。后者的特点是成员众多，组织严密，等级森严，有自己的“势力范围”，有逃避法律 规制的防护体系，有暴力作后盾，或者直接采用帮派形式，或者以“公司”、“企业”等作掩 护。此外，恐怖活动组织也是典型的犯罪集团。

二、正犯与共犯

我国刑法虽然没有使用正犯与狭义的共犯概念，但必须肯定的是，刑法分则就单独犯 罪的规定，实际上是关于正犯的规定。刑法总则关于教唆犯、帮助犯的规定，也从反面肯 定了正犯£从解释论的角度来说，也完全可能将我国刑法第26条规定的主犯解释为正 犯，将第27条规定的从犯解释为帮助犯，第28条规定的胁从犯则是帮助犯的亚类型有 的学者以比较简单的共同犯罪案件为例，否认正犯概念的必要性，认为正犯概念对于解决 行为人之间是否构成共同犯罪不起什么根本性作用。〔|7〕其实，这样的观点旨在维护我国 传统的共同犯罪理论及其认定方法，但没有发现问题的实质，没有认清共同犯罪的本质 事实上，如果不是以正犯为中心，我们对许多犯罪束手无策。反过来说，从理论上研究正 犯及其与狭义的共犯的区别，对于解决共同犯罪的相关问题，具有重要意义。如前所述， 认定共同犯罪必须以正犯为中心，或者说狭义的共犯的认定依赖于正犯的认定;认定了正 犯，才能进一步认定教唆犯与帮助犯。

（一）正犯的概念

正犯是与狭义的共犯（教唆犯、帮助犯）相对的概念。根据正犯者的人数、意思联络 的有无，可以将正犯分为单独正犯、同时正犯（同时犯）与共同正犯。另外，一般根据行为 人是否以自己的身体动静实现构成要件,将正犯分为直接正犯与间接正犯。

单独正犯，是指一人实行犯罪的情形。同时正犯，是指二人以上在没有意思联络的情 况下，同时对同一客体实行同一犯罪的情形。同时正犯虽然一般发生在同一地点，但不要 求行为的地点同一。例如，甲从A地、乙从B地分别以杀人罪的故意，同时将毒药寄给 丙，构成故意杀人罪的同时正犯。同时正犯既可以是故意犯，也可以是过失犯。由于同时 正犯是二人以上没有意思联络的犯罪，所以不成立共同犯罪，各行为人仅对自己的行为与 结果负责。

正犯概念，大体上分为单一的正犯概念、扩张的正犯概念与限制的正犯概念。

单一的正犯概念认为，凡是参与犯罪的人都是正犯。我国有学者以刑法第29条第2

参见杨兴培：“共同犯罪的正犯、帮助犯埋论的反思与批评”，载《法治研究》2012年第8期，\_

**390**刑法学（第五版）

款的规定为根据，认为我国刑法采取了单一正犯体系，即所有参与犯罪的人均为正犯，

“实行犯、教唆犯和帮助犯并无严格加以区分的必要 实行犯、教唆犯和帮助犯的行为

都是相互联系、互相利用的，不能单独抽取出来进行独立的评价”。〔18〕这是以该款的其中 一种字面含义为根据选择的立场，而没有考虑到单一的正犯概念的固有缺陷，为本书所不 取。单一的正犯概念将因果关系的起点视为构成要件的实现，既无限扩张了刑事可罚性 的范围，也有违反罪刑法定原则之嫌。例如，根据这种观点，刑法分则所规定的行为原本 就包括了教唆行为与帮助行为，因此，对于教唆行为与帮助行为可以直接根据分则的规定 定罪量刑，对于教唆未遂与帮助未遂，也可以直接按照正犯未遂处罚。但是，这种结论难 以令人赞成。另一方面，在身份犯的场合，这种观点又会限制共犯的处罚范围。例如，根 据这种观点，教唆犯与帮助犯都是正犯，于是，贪污罪、受贿罪等身份犯的教唆犯与帮助 犯，也必须具有特殊身份，否则不成立教唆犯与帮助犯。但是，这种结论不可能被人接受。

扩张的正犯概念认为，任何对犯罪的实现起条件作用的人，或者说凡是引起了构成要 件结果的人，都是正犯;但是，刑法例外地将教唆犯与帮助犯规定为狭义的共犯。刑法的 这种规定限制了正犯的处罚范围，即本来教唆犯与帮助犯也是正犯，但刑法将其规定为共 犯，限制了刑罚处罚（表现为其处罚比正犯轻）。此即所谓刑罚限制事由。根据这一观 点，间接正犯自然是正犯，不需要有间接正犯的概念。但是，教唆犯、帮助犯在社会观念上 是与正犯不同的类型，扩张的正犯概念却认为它们的实质相同，因而不妥当。

限制的正犯概念认为，原则上，以自己的身体动静直接实现分则规定的构成要件的是 正犯，此外的参与者都是共犯。所以，刑法规定对正犯以外的共犯进行处罚，是对处罚范 围的扩大，即所谓刑罚扩张事由。这里特别涉及间接正犯的问题，由于间接正犯是利用他 人实施犯罪行为，因而是共犯。由于这一结论不妥当，所以，主张限制的正犯概念的学者， 必须说明间接正犯是正犯。本书采用限制的正犯概念。限制的正犯概念虽然面临着间接 正犯的难题，但如后所述，刑法理论完全可以解决这一难题。更为重要的是，限制的正犯 概念，有利于维护构成要件的类型性，也符合社会的一般观念。

（二）正犯与共犯的区别

关于正犯与狭义的共犯的区别，刑法理论上存在形形色色的学说。

1-主观说

主观说以因果关系理论中的条件说为基础，认为对结果设定条件的人，都是对结果设 定原因的人，所有的条件都是原因，所有的条件均属等价，故从因果关系的见地来看，不可 能区分正犯与共犯，只能从行为人的主观方面寻求二者的区别。其中，目的说或利益说认 为，为了实现自己的目的或者为了自己的利益而实施行为的，是正犯；为了实现他人的目 的或者为了他人的利益而实施行为的，是共犯。这一学说存在明显的缺陷。因为根据该 说，行为人受嘱托杀人的，为了第三者的利益而盗窃、抢劫的，都不可能成为正犯，这显然 不合理。再者，当行为人同时为了实现他人的利益与自己的利益而实施犯罪行为时，或者 直接为了他人的利益、间接为了自己的利益（或者相反）而实施犯罪行为时，可能无法区 分正犯与共犯。故意说认为，以自己行为的意思而实施行为的，是正犯；以加担行为的意 思而实施行为的，是共犯。但是，如何区分自己行为的意思与加担行为的意思，明显是一

〔**1«**〕刘明祥:“‘被教唆的人没有犯被教唆的罪’之解释”，载《法学研究》2011年第1期。

第八章共同犯罪**391**

个难题;而且，即使以所谓加担行为意思实施的行为，也可能是正犯行为。例如，产妇甲意 欲杀死婴儿，但由于身体虚弱，便请求乙女将婴儿置入浴缸中溺死。按照故意说，乙女只 是帮助犯。可是，即使乙女出于加担的意思，也应认定为正犯。

1. 客观说

形式的客观说（实行行为性说）认为，以自己的身体动静实施符合基本构成要件的实 行行为的人是正犯，用符合修正构成要件的教唆行为、帮助行为对正犯的实行行为进行加 担的人,则是共犯。换言之，完全或者部分实施了构成要件所规定的行为的，均是正犯；实 施构成要件外的行为的，皆为共犯。这一理论面临的最大难题是间接正犯。由于间接正 犯是利用他人实施犯罪行为，而没有亲手实施符合构成要件的行为，根据该说本应是共 犯，但这一结论并不妥当。于是，主张形式的客观说的学者，不得不想方设法说明间接正 犯的正犯性。此外，有些共同正犯并不一定亲手实施实行行为，这也是形式的客观说不能 解释的。

实质的客观说是为了克服形式客观说的缺陷而产生的学说。实质的客观说认为，形 式的客观说一方面强调构成要件所具有的定型性，另一方面又扩张构成要件，或者从整体 上认定构成要件符合性，这是自相矛盾的，而且使构成要件的定型性丧失意义。因此，应 当用实质的观点考察正犯与共犯的区别。其中，重要作用说认为，从实质上看，对结果的 发生起重要作用的就是正犯，反之则是共犯。必要性说认为，对于犯罪事实属于不可或缺 的加功者，就是正犯，其余皆为共犯。优势说认为，对于犯罪事实具有优势关系的是正犯， 仅加功了犯罪事实的附属部分的是共犯。危险程度说认为，正犯原则上是侵害犯，而共犯 是危险犯。

以因果关系理论中的原因说为基础的客观说认为，行为对结果的发生起原因作用的， 就是正犯;行为对结果的发生起条件作用的，就是共犯。但原因说已被彻底淘汰，故这一 学说也被彻底否认。

1. 规范的综合判断理论

规范的综合判断理论认为，正犯的意思并不是法官可以确定的内心事实，而是一种评 价性的判断。行为人是否具有正犯的意思，需要对案件的全部情况进行评价判断后得出 结论，这种评价所依据的事实应包括行为人从犯罪结果中获得利益的程度、参与犯罪的范 围、对于犯罪事实的支配、意欲进行犯罪事实支配的意思。显然，这种规范的综合判断理 论，实际上是前述主观说与后述犯罪事实支配理论的综合或者折中，但它不能说明为什么 依据上述评价要素确定正犯，未能给出这些要素之间的优先次序，缺乏统领性的原则，因 而导致正犯与共犯的区分的不确定性。

1. 犯罪事实支配理论

犯罪事实支配理论指出，正犯是具体犯罪事实的核心角色，犯罪过程的关键人物，共 犯则是配角。

根据德国学者罗克辛的观点，〔19〕在大多数犯罪中，可以根据犯罪事实支配理论区分 正犯与共犯：犯罪的核心角色是支配犯罪实施过程的人，共犯虽然对犯罪事实存在影响， 但却不是能够决定性地支配犯罪过程的人。罗克辛将这类犯罪称为支配犯。就支配犯而

〔19〕Vgl.，C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II,C. H. Beck, 2003 ,S. 14ff.

**392**刑法学（第五版）

言，犯罪事实支配分为三种情形：

（1） 行为支配。自己实施犯罪行为的人，通过对行为的支配从而支配整个犯罪事实。 原则上，亲自实施符合构成要件的犯罪行为的人，都对犯罪事实具有行为支配，成立直接 正犯。即使实施符合构成要件的犯罪行为的人受到强制或者陷人阻却责任的认识错误， 也不影响其成立直接正犯。但是，行为人仅实施部分行为而不能直接支配符合构成要件 的全部事实的，不成立直接正犯。例如，在抢劫犯罪中没有实施暴力，仅取得他人财物的 人，只成立盗窃罪的正犯，不成立抢劫罪的正犯。但是，如果存在事先约定，由他人实施暴 力行为，自己负责取得财物，则成立抢劫罪的共同正犯。

（2） 意思支配。通过他人实施犯罪行为的人，是通过意思的支配进而支配整个犯罪 事实的，属于间接正犯。意思支配包括通过强制的支配、通过错误的支配和通过权力组织 的支配。

（3） 功能性支配。多人共同实施犯罪的行为人，通过功能性支配，支配整个犯罪事 实，成立共同正犯。形成功能性支配必须具备三个条件:其一，存在共同的犯罪计划，因为 行为的分工以及共同实行均以具有共同计划为前提。这是共同正犯与同时犯的区别所 在。但是，共同的犯罪计划，并不要求由参与者共同拟定与共同决定，如果甲制定了犯罪 计划，并请求乙参加，乙同意参加的，就形成了共同的犯罪计划。其二，在犯罪实行阶段共 同参与犯罪的实行，仅参与预备行为的人不成立共同正犯。其三，在实行阶段做出了重大 的贡献，即对于犯罪的完成承担了不可或缺的功能。当多人分担犯罪的实行行为时，可以 认为他们是共同正犯。例如，A压制被害人，再由B实施强奸行为的，成立强奸罪的共同 正犯；为人室盗窃的人望风使其盗窃行为得以实现的，成立盗窃罪的共同正犯。

1. 本书的立场

如前所述，主观说存在明显的缺陷。形式的客观说是一种容易被我国接受的观点。 但是，形式的客观说并没有提出明确的标准。换言之，何种行为是符合基本构成要件的正 犯行为，何种行为是符合修正构成要件的教唆、帮助行为，往往是难以确定的。例如，为人 室盗窃者望风的行为，是符合基本构成要件的行为，还是符合修正构成要件的行为，答案 必然因人而异。再如，将受胁迫分担了很少实行行为的人认定为正犯，也不一定合适。犯 罪事实支配理论具有可取性，但是，在本书看来（按照结果无价值论的观点），犯罪事实支 配理论与重要作用说并没有明显区别。因为对犯罪事实的支配，应理解为对构成要件事 实的支配，尤其应理解为对法益侵害、危险结果的支配。所以，从实质上看，对侵害结果或 者危险结果的发生起支配作用的就是正犯。亦即，行为人自己直接实施符合构成要件的 行为造成法益侵害、危险结果的（直接正犯），或者通过支配他人的行为造成法益侵害、危 险结果的（间接正犯），以及共同对造成法益侵害、危险结果起实质的支配作用的（共同正 犯），都是正犯。据此，对于集团犯罪与聚众共同犯罪中的首要分子，宜认定为正犯。

一般来说，行为人具有犯罪的故意时，才会支配犯罪事实。但在本书看来，对犯罪事 实的支配，并不以行为人具有犯罪的故意为前提。如前所述，共同犯罪是不法形态，而故 意是责任要素；即使行为人主观上没有故意，但其客观行为依然可能支配了犯罪事实。

三、共同犯罪与犯罪构成

这里所讨论的是，共同犯罪应否以符合同一个犯罪构成为前提（所谓共犯的本质问 题）？换言之，二人以上的行为在哪些方面是共同的才成立共同犯罪？国外刑法理论对

第八章共同犯罪**393**

此存在两种对立观点，即犯罪共同说与行为共同说

犯罪共同说认为，共同犯罪必须是数人共同实行特定的犯罪，或者说二人以上只能就

完全相同的犯罪成立共同犯罪。例如，甲以杀人的故意、乙以伤害的故意，共同对丙实施 暴力行为导致了丙死亡。犯罪共同说的部分主张者认为，由于甲与乙都是正犯，但各自触 犯的罪名不同，因而不成立共同正犯，只能分别以单独犯论处。根据这一观点，A以杀人 故意、B以伤害的故意向X开枪射击，只能查明X因为中了 A或者B射击的一发子弹死 亡，但不能查明该子弹具体由谁的枪支所射出时，A只成立故意杀人未遂，B也只能成立 故意伤害未遂（如果刑法不处罚故意伤害未遂，则充其量成立暴行罪；如刑法没有规定暴 行罪，则不成立犯罪）。这样的结论虽然严格限定了共同正犯的成立范闱，但却没有考虑 法益侵害的事实。于是，犯罪共同说一般主张，在上例的甲与乙共同实施暴力的案例中， 甲与乙成立故意杀人罪的共同正犯，但对乙只能判处故意伤害致死的刑罚（因为不能超 越行为人的责任科处刑罚）。可是，这种观点一方面导致没有杀人故意的乙也成立故意 杀人罪，另一方面导致刑罚与罪名分离。正因为如此，犯罪共同说基本上被淘汰。

部分犯罪共同说主张，二人以上虽然共同实施了不同的犯罪，但当这些不同的犯罪之 间具有重合的性质时，则在重合的限度内成立共同犯罪。例如，甲以杀人的故意、乙以伤 害的故意共同加害于丙时，只在故意伤害罪的范围内成立共同正犯。但由于甲具有杀人 的故意与行为，对甲应认定为故意杀人罪。再如，A教唆B敲诈勒索他人财物而B实施 了抢劫行为时，A、B在重合的限度内即敲诈勒索罪的限度内成立共同犯罪。但由于B具 有抢劫的故意与行为，对B应认定为抢劫罪。

行为共同说（事实共同说）认为，共同犯罪是指数人共同实施了行为而不是共同 实施特定的犯罪。或者说，各人以共同行为实施各人的犯罪时也成立共同正犯。换言之， 在“行为”方面，不要求共同实施特定的犯罪，只要行为具有共同性就可以成立共同犯罪； 在“意思联络”方面,也不要求数人必须具有共同实现犯罪的意思联络，只要就实施行为 具有意思联络就可以成立共同犯罪。

本书采取行为共同说。如前所述，共同犯罪是不法形态，共同犯罪中的“犯罪”首先 是指不法层面意义上的犯罪。而完全意义上的犯罪包含符合构成要件的不法与责任两个 层面，所以，对共同犯罪应当采取行为共同说。换言之，共同犯罪是指数人共同实施了刑 法上的不法行为,而不是共同实施特定的犯罪。例如，只要查明甲、乙共同对丙实施暴力 导致丙死亡，就应认定二人成立共同犯罪，并将死亡结果归属于二人的行为。至于甲与乙 的责任（各自的故意内容、构成何罪）则需要个别认定；如果甲、乙的故意内容不同，各自 会成立不同的犯罪。所以，在二人成立共同犯罪时，对二人所认定的罪名可能并不相同。 不难看出，部分犯罪共同说回答了“共同犯罪犯的是什么罪”这种并无实际意义的问题。 例如，甲、乙共同对丙实施暴力，导致丙死亡。事后查明，甲具有杀人故意，乙仅具有伤害 的故意。根据部分犯罪共同说，甲、乙在故意伤害罪的范围内成立共同正犯，但结局依然

U0〕在刑法理论上，关于共犯的本质的范围存在不同认识。有人认为，共犯的本质只是共同正犯的问题;有人指 出，广义的共犯中也存在是采取犯罪共同说还是采取行为共同说的问题。可以肯定的是，共犯的本质基本 上是共同正犯的问题。

C21］以往的主观主义者的行为共同说所称的行为共同，是指前构成要件的或前法律的自然的行为相同；当今的 行为共同说所称的行为共同，是指违法的构成要件该当（符合）行为相同。

**394**刑法学（第五版）

是对甲认定为故意杀人罪，对乙认定为故意伤害（致死）罪。显然，认定“甲、乙在故意伤 害罪的范围内成立共同正犯”没有实际意义，只要认定“甲、乙成立共同正犯”即可得出最 终的处理结论。

行为共同说能够合理地全面认定共同犯罪，而且没有扩大处罚范围。一方面，在认定 共同正犯时，行为共同是指构成要件的重要部分共同；另一方面，即使承认成立共同犯罪， 各共犯人也只能在自己故意、过失的限度内承担责任。正因为行为共同说要求构成要件 的重要部分共同，所以，就具体案件而言，行为共同说与部分犯罪共同说得出的结论基本 上是相同的。但是，考虑到共同犯罪是不法形态，以及后述狭义的共犯的处罚根据（惹起 说），应当认为行为共同说比部分犯罪共同说更具有合理性。

起先，犯罪共同说与行为共同说的实质分歧在于行为主义与行为人主义的对立、客观 主义与主观主义的对立。但是，现在有不少学者站在客观主义的立场采取行为共同说。 例如，前田雅英教授指出，只要构成要件的重要部分是共同的，就成立共同正犯，不要求所 有共犯人的罪名相同。例如，“一方以杀人故意、另一方以伤害故意，共同持刀砍人时，各 人既与他人共同实行，又分别在实现各自的犯罪。在这样的场合,既然没有共同行为就不 能完成犯罪，因而成立共同正犯，但双方可以成立不同的犯罪（共同正犯）"。〔22〕再如，山 口厚教授认为，只要就共犯的处罚根据采取因果的共犯论或惹起说，就应当支持行为共同 说。之所以处罚共犯,是因为共犯通过介人其他共犯者的行为而导致构成要件的结果，共 犯具有其固有的违法性与责任，所以，就应将共犯现象理解为“数人实施数罪”。共同正 犯以介人共同者实现符合构成要件的事实为必要，故关于符合构成要件的事实的因果性 的检讨具有重要意义。即在与自己的行为具有因果性和介人其他共同者的因果性而实现 了构成要件事实的范围内，在共同者的责任限度内追究共同正犯的罪责。〔23〕因此，共同 正犯的成立不需要故意的共同，也不要求罪名相同。

采取行为共同说，并不违反我国刑法的规定。刑法第25条第1款将共同犯罪定义为 “二人以上共同故意犯罪”。如前所述，对此规定完全可以解释为“二人以上共同去故意 犯罪”。因此，第25条第1款只是限制了共同犯罪的成立范围，而不是否认了行为共同 说。现行刑法关于共犯人处罚原则的规定，为行为共同说扫清了障碍。众所周知，旧刑法 第23条第2款规定了对主犯应当从重处罚的原则;第24条第2款规定:“对于从犯，应当 比照主犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”第25条规定，对于胁从犯，应当“比照从犯减轻 处罚或者免除处罚”。显然，在旧刑法时代，采取行为共同说存在立法障碍。因为既然对 从犯必须比照主犯从轻、减轻或者免除处罚，就要求对主犯与从犯适用相同的法定刑；如 果对主犯与从犯适用不同的法定刑，对从犯便难以适用“比照主犯从轻、减轻处罚或者免 除处罚”的规定。但现行刑法取消了“比照”的规定，因此，不管对主犯、从犯、胁从犯是否 适用不同的法定刑，对从犯与胁从犯都可以根据各自的法定刑从轻、减轻处罚或者免除处 罚。这从一个方面说明，行为共同说具有立法上的根据;至少在立法上不存在障碍，或者 说不会与立法相矛盾。

**（22）**［日］前田雅英:《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第344页。

〔23〕参见［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第317〜318页。

第八章共同犯罪**395**

第三节共同正犯

一、共同正犯概述

（一）共同正犯的概念

一般来说，共同正犯是指二人以上共同实行犯罪的情况，我国刑法理论称之为简单共 同犯罪。

如果分别考察，当各行为人只实施了部分实行行为时，就应当只承担部分责任。但在 共同正犯的场合，由于各正犯者相互利用、补充其他人的行为，便使自己的行为与其他人 的行为成为一体导致了结果的发生（即结果应当归属于每一个人的行为）。因此，即使只 是分担了一部分实行行为的正犯者，也要对共同的实行行为所导致的全部结果承担正犯 的责任。例如，甲、乙二人共同枪杀丙，即使只是甲的一发子弹实际造成了丙死亡，乙也承 担杀人既遂的责任。又如，甲、乙共同持刀杀害丙，造成丙的死亡，但不能查清谁的行为导 致了丙的死亡。由于成立共同正犯，甲、乙均对丙的死亡负责。再如，A以强奸的故意、B 以抢劫的故意共同对C实施暴力，由A的行为导致C死亡。A、B成立共同正犯，均对C 的死亡承担责任（A承担强奸致死的责任，B承担抢劫致死的责任）。这就是部分实行全 部责任的原则。显然，其中的“全部责任”既不是指主观责任，也不是指作为法律后果的 刑事责任，而是指对结果的客观归属。亦即，即使共同正犯人只实施了部分行为，也要将 全部结果归属于其行为。在此基础上，只要共同正犯人对结果具有责任，就必须对全部结 果承担刑事责任。

由于我国刑法分别对主犯、从犯、胁从犯规定了处罚原则，所以，对共同正犯采取部分 实行全部责任的原则，并不意味着否认区别对待与罪责自负的原则。在坚持部分实行全 部责任原则的前提下，对各共犯人应区别对待，依照刑法规定的处罚原则予以处罚。不言 而喻的是，各共犯人只能在自己有责的范围内对共同造成的不法事实承担责任，对他人超 出共同故意实行的犯罪不承担责任。

此外，在共同正犯的场合，也应当例外承认违法的相对性（参见本章第五节）。例如， 甲、乙、丙三名逃犯共同计划，如果有人追捕就开枪射击。在夜间逃亡的过程中，逃犯甲错 将同案犯乙当做追捕者，以杀人的故意向其射击，但没有造成死亡。德国最高法院的判决 认为,对被害人乙也要以谋杀未遂论处。德国也有学者支持这一判决结论。〔24〕诚然，如 果甲射击的是追捕者或者其他人，三名逃犯都要承担谋杀未遂的刑事责任。因为相对于 三名逃犯而言，其他任何人的生命都是其不得侵犯的法益。然而，乙的生命、身体虽然是 甲、丙不得侵犯的法益，但不是乙不得损害的利益。［25〕既然如此，就必须承认，乙与甲、丙 的共谋行为虽然与乙的生命危险之间具有心理的因果性，但是，由于乙对自己的生命危险

〔24] Vgl. , H. Jeschck/T. Weigend,Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil ,5. Aufl. ,Duncker & Humblot, 1996, S. 675.

〔**25**〕即便认为自杀违法，自杀者也不会承担任何法律后果。

**396**刑法学（第五版）

阻却了违法性，故在不法层面，只有甲与丙承担谋杀未遂的刑事责任。［26〕

（二）共同正犯的一般成立条件

共同正犯的部分实行全部责任原则，似乎意味着共同正犯要求各行为人都实施了符 合基本构成要件的实行行为。根据形式的正犯概念，只有当二人以上基于共同实行的意 思共同实施了符合构成要件的实行行为时，才成立共同正犯。例如，甲、乙二人基于意思 联络同时向丙开枪射击，便是共同正犯。诚然，这种情形无疑成立共同正犯。但是，如前 所述，正犯与共犯的区分并不是只看行为人是否实施了构成要件行为，而是要看行为人对 构成要件实现所起的作用。例如，甲、乙基于意思联络，乙从后面抱住丙，甲拳击丙的胸 部，造成丙的重伤。形式上看，乙并没有实施符合伤害罪构成要件的行为。尽管如此，也 必须认定乙是故意伤害的共同正犯。概言之，对构成要件实现起到了重要或者关键作用 的人，即使形式上看所实施的不是构成要件的实行行为，也属于共同正犯。所以，共同正 犯的部分实行全部责任原则中的“部分实行”，并不是指形式上部分地实施了构成要件行 为，而是指实质上对构成要件的实现起到了重要或者关键作用。

总的来说，共同正犯必须是各行为人在共同实现构成要件的意思下，相互利用、补充 对方的行为，从而使各行为人的行为成为一个整体行为，进而实现构成要件的情形。因 此，成立共同正犯，要求客观上有共同实施行为的事实（行为的分担），主观上有共同的行 为意思（意思的联络）。

所谓共同实施行为的事实，是指分担了导致结果发生的重要行为，或者说行为人对构 成要件的实现起到了重要或者关键作用。对此，只需要根据前述正犯与共犯的区分标准 进行判断即可。如上所述，不要求行为人分担构成要件的实行行为。

所谓共同的行为意思，是指共同实现构成要件的意思。诚然，共同的行为意思，一般 表现为共同的犯罪故意，但由于共同正犯也是不法形态，故并不要求二人以上具有共同的 犯罪故意，只要求行为人具有和他人共同实施行为的意思。例如，甲邀约乙共同对丙实施 暴力，乙接受邀约的，即可认定二人具有共同的行为意思。即使甲与乙的故意内容不同， 也不影响共同正犯的成立。

共同的行为意思，不要求一定以明示的方法产生，只要行为人相互之间形成默契就行 了。共同的实行意思，不要求数人之间直接形成，通过某个行为人分别向其他行为人联络 的，也存在共同的行为意思。共同的行为意思，只要求存在于行为时，不要求事前通谋，不 要求行为人一起商谈。因此，共同的行为意思，可以形成于行为之前或行为之时。在实施 行为时，偶然地产生共同的行为意思的共同正犯，被称为偶然的共同正犯。由于形成了共 同的行为意思，所以不同于同时正犯。

二、共同正犯的类型

（一）共同实行的共同正犯

共同正犯的基本类型是共同实行的共同正犯，即参与者均实施了构成要件行为的共

**［26］**巧然，倘若甲的射击行为对追捕者产生了生命危险，则乙也应就此承担杀人未遂的刑事责任。但乙不可能 对肖己的生命承担杀人未遂的刑事责任此外，在本案中，虽然乙不对自己的生命危险承担杀人未遂的责 任，但由于乙与中、丙共同计划杀害追捕者，所以，即使甲的射击行为没有对追捕者的生命造成危险，乙也应 $承担杀人预备的刑事责任。

第八章共同犯罪**397**

同正犯，〔27〕其中主要有三种具体类型。

丨.在单一行为的犯罪中，各参与人均实施了足以直接造成结果的实行行为，但只有一 人的行为直接造成了结果。例如，甲与乙基于意思联络，同时开枪向丙射击，但只有甲打 中丙的胸部造成丙死亡。〔28 \* 30 31〕甲的行为无疑是造成丙死亡的原因，应当将丙的死亡结果归 属于甲的行为;如果甲具备杀人故意等责任要素，就成立故意杀人罪既遂（正犯）。乙的 行为虽然与丙的死亡之间不具有物理的因果性，但乙实施了典型的正犯行为，而且其行为 与丙的死亡之间具有重要的心理因果性；如果乙具备故意杀人罪的责任要素，就成立故意 杀人既遂（共同正犯）。

1. 在单一行为或者复合行为的犯罪中，各参与人均实施了足以直接造成结果的实行 行为，而且，各参与人的行为均是结果的原因。例如，甲与乙基于意思联络同时向丙开枪， 都没有击中要害部位，但由于两个伤口同时出血，导致丙失血过多死亡。虽然分别判断也 能肯定甲、乙的行为都是死亡结果的原因，但由于二人共同实施，应认定为共同正犯。再 如,A、B基于意思联络，共同对丙实施抢劫行为，二者都实施了暴力行为与强取财物的行 为,，A、B对暴力造成的伤亡结果与财产损失结果，均应承担责任。
2. 在复合行为的犯罪中，各参与人分担了一部分实行行为。例如，甲与乙基于意思联 络，甲对丙实施暴力压制被害人反抗后，乙对丙实施奸淫行为。在这种场合，甲与乙对暴 力造成的伤亡以及丙的性行为自主权受侵害的结果，均应承担责任。

（二）重要作用的共同正犯

行为人虽然没有直接实施构成要件的实行行为，但对构成要件的实现起到了重要或 者关键作用的，可谓重要作用的共同正犯。例如，甲用工具橇开他人房门，乙随后从房屋 中拿走财物的，成立共同正犯。〔29〕再如，在需要借助机动车搬运赃物的场合，或者犯罪既 遂后需要迅速利用机动车逃离的场合（如抢劫银行），基于意思联络，在他人取得财物后 驾驶机动车搬运赃物，或者犯罪既遂后驾驶机动车使共犯人得以迅速逃离的，应认定为共 同正犯不可否认的是，“重要或者关键作用”的认定缺乏具体标准，所以，下面需要就 一些特殊类型展开讨论。

1. 共谋共同正犯

从客观外部行为特征上考察，在共同犯罪中，可能出现一部分人已着手实行，另一部 分人并未参与实行的现象。例如，甲、乙二人共谋杀丙，相约次日晚到丙家共同下手，但届 时乙未去，甲一人将丙杀死。甲、乙二人是否共犯？ 一种观点认为，甲与乙的行为不是共 同犯罪行为，“甲单独构成杀人既遂罪，而乙参与了密谋杀人，只应对杀人的预备行为负 责”。〔31］另一种观点认为，甲与乙的行为构成共同犯罪。〔32〕前一观点有自相矛盾之嫌，

〔27〕在这种场合，行为人对构成要件的实现H然也起到了重要或者关键性作用,.

〔28〕丙身中一弹,但不能查明由谁的射击行为造成时，也属于这种情形

［29〕严格地说，乙是直接正犯，甲是共同正犯、

［30］ 国外对共同正犯是正犯还是共犯存在争论。主张共同正犯是共犯的理论，可能是以上述共同实行的共同正 犯类型为根据的;主张共同正犯是正犯的观点，或许是以上述重要作用的共同正犯类型为根据的。本书倾 向于认为共同正犯是正犯。所以，共同正犯与共同实行犯不是等同概念。

［31］ 高格：“关于共同犯罪的几个理论问题的探讨”，载《吉林大学社会科学学报》1982年第1期..

C32］参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2016年第7版，第165页。

**398**刑法学（第五版）

本书持后一种观点。不过，在承认上述情况构成共同犯罪的前提下，对乙应如何处罚（是 按既遂犯处罚、还是按预备犯处罚），倒是值得研究的问题。这种情况在日本属于共谋共 同正犯的一种情形。

共谋共同正犯所指的现象是，二人以上共谋实行某犯罪行为，但只有一部分人基于共 同的意思实行了犯罪，没有直接实行犯罪的共谋人构成所共谋之犯罪的共同正犯。〔33〕例 如，甲与乙共谋杀丙，事后，只有甲一人实施杀人行为导致丙死亡。在这种情况下，甲是杀 人罪的直接正犯；乙构成杀人罪的共谋共同正犯，应对杀人行为及其结果承担责任。但究 竟应否承认共谋共同正犯的概念，则存在诸多争议。即只有共谋，而客观上没有共同实行 行为时，能否成立共同正犯？

日本以前的通说是否认共谋共同正犯。因为既然是共同正犯，就至少要求各行为人 实施了一部分实行行为；承认共谋共同正犯，就是承认没有分担实行行为的人也是共同正 犯。否定说基于三个前提：（1）共同正犯是正犯；（2）正犯是分担了实行行为的人；（3）单 纯的共谋（者）不是实行行为（者）。

但是，现在日本有较多的学者肯定共谋共同正犯，只是肯定的理由不完全相同。〔34〕 间接正犯类似说认为，在共谋共同正犯的场合，直接实行犯罪的人是作为全体共谋者的手 足而实行犯罪，没有分担实行行为的人，实际上是将其他人作为犯罪的工具进行利用；另 一方面，直接实行犯罪的人，由于认识到自己背后有共谋者存在，就得到了精神上的支持。 因此，共谋者之间由于存在相互利用、相互补充的关系，因而应视为有共同实行的事实。 实质的正犯论从实质上理解实行行为，进而肯定共谋共同正犯。〔35〕

在本书看来，对于共同犯罪起到了实质的支配作用的共谋者，宜认定为共谋共同正 犯。例如，甲与乙共谋实施诈骗，甲将自己策划的周密诈骗方案告诉乙，由乙按照甲策划 的内容具体实施诈骗行为，可以认定甲起到了实质的支配作用。但是，对于在共谋过程中 随声附和，又没有亲手参与实行的，只能认定为心理的帮助犯。另一方面,在我国现行立 法例之下，即使否认共谋共同正犯概念，但由于共谋者对直接正犯实行犯罪和造成结果至 少具有心理上的因果性，也应对直接正犯的行为与结果承担责任。所以，在直接正犯既遂 的情况下，共谋者当然必须承担既遂的责任。

1. 附加的共同正犯

附加的共同正犯，是指为了确保犯罪既遂，二人以上共同针对同一对象或目标实行犯 罪的情形。例如，为了确保暗杀的成功，W个杀手同时向一名被害人开枪射击，被害人身 中数弹，但不能查明哪些杀手射中了被害人。在这种场合，所有的杀手都是故意杀人罪的 共同正犯。因为每个杀手都在实施符合构成要件的杀人行为，而且，每个杀手的行为都使 得犯罪的成功更为确定因而确保了结果发生，对犯罪行为的实施具有重要功能。

1. 择一的共同正犯

择一的共同正犯是指如下情形：多个杀手基于共同计划分别在不同马路上伏击被害

C33］与共谋共同正犯相对应的是实行共同正犯，即二人以上均直接实施了实行行为的共同正犯。

〔34〕德国虽然没有共谋共同正犯的概念，但主流观点认为，在预备阶段实施的加功行为对后来实现构成要件具 有决定性意义时，也成立共同正犯。

〔35〕参见张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第318页以下。此外，着眼于共犯的社会心 理特点却严重违反责任主义的共同意思主体说，已被彻底否定。

第八章共同犯罪**399**

人，最终由其中一个杀手杀害被害人。有人认为，此时只有杀害被害人的杀手是故意杀人 罪的正犯，另外潜伏在其他马路上的杀手，不是共同正犯。有人则认为，对于这种情形需 要区别对待。如果杀手们堵住了被害人房屋的所有出口或者封堵了被害人的所有逃跑线 路，即使最终仅由一个杀手杀害了被害人，也应认为所有杀手都是共同正犯。反之，如果 在多个城市分散地埋伏一些杀手，被害人出现在哪个城市就由哪个城市的杀手杀害，则只 有杀害者是正犯，其他杀手不成立共同正犯。本书原则上同意后一种观点，至于在多个城 市分散埋伏杀手的情形是否成立共谋共同正犯，则是另一回事。

三、过失的共同正犯

刑法第25条第2款规定：“二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事 责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”传统刑法理论据此认为，刑法否认了过失的共同 犯罪，当然也否认了过失的共同正犯。

但是，从理论与实践上说，承认过失的共同正犯的观点具有合理性。（1）认定是否成 立共同正犯的重要结局，在于是否适用部分实行全部责任的原则。故意犯与过失犯都有 各自的实行行为，从现实上看二人以上既可能共同实施故意犯罪，也可能共同实施过失犯 罪，既然对故意的共同正犯能够适用该原则，就没有理由否认对过失的共同正犯适用该原 则。（2）之所以对共同正犯适用该原则，从客观上而言，是因为二人以上的行为共同引起 法益侵害，然而，对是否“共同”引起了法益侵害只能进行客观的判断；从主观上来说，是 因为二人以上具有意思联络，意思的联络不应当限定为犯罪故意的联络，只要就共同实施 构成要件的不法行为具有一般意义的意思联络即可。因为一般意义的意思联络也完全能 够起到相互促进、强化对方不履行结果回避义务的作用，从而使任何一方的行为与他方行 为造成的结果具有因果性，因而任何一方对他方造成的结果，只要具有预见可能性，就必 须承担责任。概言之，根据行为共同说，应当承认过失的共同正犯。（3）如前所述，共同 犯罪是不法形态。过失犯的构成要件是没有履行结果回避义务，即没有回避结果的发生。 二人以上完全可能具有共同的结果回避义务，并且都没有回避结果的发生，因此完全可能 在不法层面形成共同犯罪。在此基础上，如果二人以上均存在过失且具备其他责任要素， 则均应对结果承担刑事责任。（4）从司法实践中看，也需要承认过失的共同正犯。例如， 甲与乙两人相约在一阳台上，选中离阳台8. 5米左右处一个树干上的废瓷瓶为目标比赛 枪法（共用一支JW - 20型半自动步枪）。两人轮流各射击子弹3发，均未打中，但其中一 发子弹穿过树林，将离阳台100余米的行人丙打死。只有承认过失的共同正犯，才能追究 甲与乙的责任。总之，承认过失的共同正犯具有正当性与必要性，问题是，如何解释刑法 第25条第2款的规定？如何使该规定适应司法实践的需要？

有的学者区分“过失共同犯罪”与“共同过失犯罪”两个概念，前者是指二人以上负有 防止结果发生的共同注意义务，由于全体行为人共同的不注意，以致发生结果的一种共同 犯罪形态;后者是指二人以上的过失行为共同造成了一个结果，但是在各行为人之间不存 在共同注意义务和违反共同注意义务的共同心情。并且主张，对过失共同犯罪应以共同 犯罪论处，但应将过失共同犯罪限定于过失共同正犯，只有在直接参与实施造成结果的过

**400**刑法学（第**5**版）

失行为的行为人之间，才能成立过失共同犯罪。〔36〕

从解释论上来说，由于现行刑法明文规定“共同过失犯罪”的不按共同犯罪处理，因

此，特意区分“共同过失犯罪”与“过失共同犯罪”两个概念，主张在现行刑法之下，对共同 过失犯罪以共同犯罪论处的观点，还缺乏说服力。

事实上，还有其他解释的可能性。（1）刑法第25条第1款"共同犯罪是指二人以上 共同故意犯罪”中的“共同犯罪”，仅指教唆犯与帮助犯，只是意味着否认了过失的教唆犯 与过失的帮助犯。第2款的规定则意味着对过失的共同犯罪采取单一的正犯体系，对二 人以上共同过失犯罪的，均按正犯处罚，于是，仅存在过失的共同正犯。（2）由于共同犯 罪首先是不法形态，所解决的是结果能否客观地归属于参与人的行为的问题，所以，只要 将第25条第1款中的“共同故意犯罪”理解为“共同有意识地犯罪”，就完全可能包含过 失的共同正犯的情形。由于过失犯的实行行为较为缓和，凡是违反客观注意义务的行为 均可谓实行行为，故没有必要将其作为共同正犯处理，分别处罚即可。因此，第25条第2 款规定“不以共同犯罪论处”。（3）第25条第2款的“不以共同犯罪论处”，“按照他们所 犯的罪分别处罚”，只是意味着不区分主从犯，都以直接正犯论处。这样处理意味着不处 罚过失的教唆犯与帮助犯。（4）既然法条承认存在二人以上“共同过失犯罪”的情形，同 时又主张“按照他们所犯的罪分别处罚”，那么，我们既可以肯定现实生活中存在共同过 失犯罪的客观事实，也可以肯定共同过失犯罪应当分别受到处罚。但是，如果要分别处罚 行为人，前提必然是采取了部分实行全部责任的原则，承认过失的共同正犯。否则，不可 能分别处罚。在上述甲、乙比赛枪法致丙死亡的案件中，如果不采取部分实行全部责任的 原则，就不能认定谁的行为造成了丙的死亡，因而根据事实存疑时有利于被告人的原则， 对甲、乙均不能追究过失犯的刑事责任。但这一结论又违反了刑法第25条第2款的规 定。所以，只有对甲、乙采取部分实行全部责任的原则，才能将丙的死亡结果归属于甲与 乙的行为。但是，部分实行全部责任原则的根据，在于“部分实行”与结果之间具有物理 的或者心理的因果性。换言之，这一原则并不是法律的拟制，而是以“部分实行”与结果 之间具有因果性为前提。既然甲、乙二人有共同实施行为的意思联络，并且能够将结果归 属于甲、乙的行为，就意味着二人构成了不法层面的共同犯罪。所以，刑法第25条第2款 实际上肯定了过失的共同正犯。换言之，刑法第25条第2款是在对共同过失犯罪的行为 人采取共同结果归属的前提下，再实行分别处罚的原则。如果不能将结果归属于行为人， 就不可能“按照他们所犯的罪分别处罚”。这种“分别处罚”的规定，实际上只能适用于正 犯与共同正犯。所以，刑法第25条第2款在肯定过失的共同正犯的同时，也否认了过失 的教唆犯与帮助犯。以上只是本书提出的四种解释的可能性。至于是否具有可行性，还 值得进一步研究。在本书看来，如果照顾到用语的通常含义，第四种解释是切实可行的 （第三种解释与第四种解释并不矛盾，可以并合采用）。

如果能够在理论上肯定过失的共同正犯，那么，随之便可以肯定结果加重犯的共同正 犯。既然二人以上共同实施了基本行为，并且由基本行为导致了加重结果，即二人以上的 共同行为造成了加重结果,而且二人以上均对加重结果具有预见可能性，故二人以上都应

〔36〕参见冯军:“论过失共同犯罪”，载《两原先生古稀祝贺论文集》，中国法律出版社、日本成文堂1997年版，第 165页以下。

第八章共同犯罪**401**

对加重结果承担责任；即使加重结果在表面上由其中一人的行为所致，但该行为依然是共 同基本行为的一部分，从整体上仍然能够肯定是二人以上的共同行为所致，故应适用部分 实行全部责任的原则。

第四节间接正犯

一、 间接正犯的概念

构成要件行为,不一定只限于行为人自身的直接的身体动作，和利用动物、工具一样， 将他人作为媒介实行犯罪，既有可能，也不罕见。这种通过利用他人实现犯罪的情况，就 是间接正犯。〔37〕我国刑法理论一直使用刑法没有明文规定的间接正犯概念。

关于间接正犯的正犯性，以前是用“工具理论”来说明的。即被利用者如同刀枪棍棒 一样，只不过是利用者的工具;既然利用刀枪棍棒的行为符合构成要件，那么也应肯定利 用他人的行为符合构成要件。但是，被利用者是有意识的人，毕竟与工具不同。所以，现 在占通说地位的是犯罪事实支配说。即对犯罪实施过程具有决定性影响的关键人物或核 心角色，具有犯罪事实支配性，是正犯。其中，行为人不必出现在犯罪现场，也不必参与共 同实施，而是通过强制或者欺骗手段支配直接实施者，从而支配构成要件实现的，就是间 接正犯。由于间接正犯并不以自己的身体动作直接实现构成要件，故被利用者必须客观 上实施了符合构成要件的不法行为（由于违法具有相对性，利用被害人行为与利用合法 行为的除外）。概言之，之所以肯定间接正犯的正犯性，是因为间接正犯与直接正犯、共 同正犯一样，支配了犯罪事实,支配了构成要件的实现。间接正犯既可以表现为作为，也 可以表现为不作为。

肯定间接正犯，意味着间接正犯必须对被利用者所造成的法益侵害结果承担责任。 例如，甲令6岁的儿童窃取邻居桌上的手机（价值6000元）的，应认定甲的行为成立盗窃 罪，盗窃数额为6000元。值得研究的是以下情形：乙令10岁的X进入某办公楼盗窃他人 财物,X正欲进人办公楼时，遇到了 10岁的Y,二人合意后进人办公室共同盗窃，X窃取 了一部手提电脑（价值8000元），Y窃取了一部手机（价值3000元）。本书的初步看法 是，由于共同犯罪是不法形态，所以，X与Y在不法层面构成共同正犯；又由于对共同正 犯采取部分实行全部责任的原则，故应将被害人价值1. 1万元的财产损失归属于X的行 为；又由于乙应当对被利用者X的法益侵害结果承担责任，所以，乙犯盗窃罪的数额为

1. 1万元，而不是8000元。而且，在这种场合，既不能否认乙的利用行为与被害人价值1. 1 万元的财产损失结果之间具有因果性，也不能否认乙对该财产损失结果具有故意。

二、 间接正犯的类型

德国学者罗克辛将支配犯的间接正犯归纳为三种情形：“第一，幕后者能够通过迫使 直接实施者实施符合构成要件的行为，从而达成自身对于犯罪事实的支配（通过强制达 成的意思支配）。第二，幕后者可以隐瞒犯罪事实，从而欺骗直接实施者并且诱使对真相

〔**37**〕间接正犯是正犯的一种样态，不可单纯理解为行为人。

**402**刑法学（第五版）

缺乏认知的实施者实现幕后者的犯罪计划（通过错误达成的意思支配）。第三，幕后者可 以通过有组织的权力机构将实施者作为可以随时替换的机器部件进行操纵，并且据此不 再将实施者视为个别的正犯而命令，进而达成对犯罪事实的关键支配（通过权力组织的 支配）。除了上述三种基本支配情形之外，不可想象其他情形。利用无责任能力、减轻责 任能力和未成年人的情形，在构造上只是强制性支配与错误性支配的结合而已。”〔38〕这是 着眼于利用者（间接正犯）的手段进行的区分。

在我国，可以将通过权力组织的支配类型，归入通过强制达成的支配类型。换言之， 间接正犯主要表现为强制他人实行犯罪，或者利用他人的错误支配犯罪事实。其中的强 制（包括物理的强制与心理的强制）既可能是完全压制了他人意志，使他人丧失自由意志 的情形，也可能是虽然没有丧失自由意志，但面临着紧迫的危险，不得不按照利用者的意 志实施犯罪行为的情形。利用他人错误，主要表现为导致被利用者没有责任的情形。

倘若从被利用者的角度来考虑,则可以将间接正犯分为被利用者欠缺构成要件的特 定要素,被利用者具有违法阻却事由（如利用他人的合法行为，利用被害人进行自我侵 害）、被利用者欠缺责任（如利用没有故意、没有责任能力、没有违法性认识的可能性的他 人实施符合构成要件的行为）三大类。但是，其中的第一类还存在疑问。

（一）被利用者欠缺构成要件要素

按照行为无价值论将故意、目的等归入构成要件的观点，被利用者欠缺构成要件要素 的情形包括被利用者没有故意、没有目的的情形。本书采取结果无价值论,将故意、目的 作为责任要素，所以，将这种情形归人上述第三类。

倘若认为构成要件的行为必须是有意识的行为，那么，利用他人的反射举动或者睡梦 中的动作实现犯罪的，也属于被利用者欠缺构成要件要素（行为）的情形。但是，倘若采 取身体动作说（有意性不是行为的要素），则不能认为被利用者欠缺构成要件行为。亦 即，利用他人的反射举动或者睡梦中的动作实现犯罪时，被利用者的行为也是符合构成要 件的行为。事实上，在这种场合，也可以肯定被利用者没有责任。本书持后一立场。

存在争论的是身份犯中被利用者欠缺身份的情形。有些犯罪的成立要求行为人具有 一定的身份。刑法理论一般认为，当身份是构成要件的要素时，缺乏该构成要件要素的行 为，就是不符合构成要件的行为；利用不符合构成要件的行为，成立间接正犯（所谓利用 有故意的工具的一种情形）。但是，也有学者反对这种结论。从犯罪事实支配的角度来 考察，由于直接实施者具有犯罪故意，故难以肯定幕后者操纵或支配了其行为，因而难以 认定为间接正犯。从自由意志的角度来考察，由于直接实施者完全具有意志自由，能够将 行为的结果归责于直接实施者，故能否一概将利用者认定为间接正犯，也存在疑问。不 过，持反对意见的人，也并非一概否定上述情形属于间接正犯，而是对其中的部分情形以 其他理由认定为间接正犯。对此，应联系间接正犯的本质与我国刑法的规定进行判断。

例如，国家工作人员甲指使知情的妻子乙接受贿赂时，甲是否成立受贿罪的间接正 犯？第一种观点认为，甲成立受贿罪的间接正犯，乙成立受贿罪的帮助犯。理由是，有关

〔38〕C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil,Band II,C. H. Beck, 2003,S.23.

〔39〕参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔：《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第411页 以下。

第八章共同犯罪**403**

受贿罪的法规范，只针对具有一定身份的人，只有具有该身份的人才可能实施违反法规范 的实行行为。因此，甲利用不能实施实行行为的非身份者收受贿略的行为，可谓利用欠缺 规范障碍的人的行为，具有实现犯罪结果的现实危险性，可以肯定为间接正犯。就乙而 言，因为其不具有法规范所要求的身份，因而不能实施受贿罪的实行行为，故不能成立正 犯，只能成立帮助犯。第二种观点认为，甲成立受贿罪的教唆犯，乙成立受贿罪的帮助犯 理由为，就甲而言，在利用有故意的人的场合，由于被利用者具有规范的障碍，而不可能成 立单纯的T具。因此，利用者不能随心所欲地对之进行支配与利用；利用者不可能像自己 实行犯罪那样，具有实现犯罪计划的确实性。所以，利用者的行为不能成立实行行为，只 能成立教唆犯。就乙而言，由于其欠缺身份，不可能成立正犯，只能成立帮助犯。第三种 观点认为，应当根据非身份者的参与情况进行区分。如果身份者甲对非身份者乙处于单 方的支配关系，则甲是间接正犯，乙是帮助犯；如果甲与乙处于相互协力的状态，则成立受 贿罪的共同正犯。本书的基本看法是，甲虽然没有直接接受贿赂，但受贿罪的构成要件并 不是单纯地接受财物，而是要求利用职务上的便利，或者说要求财物与职务行为的交换 性D因此，甲当然是受贿罪的直接正犯。换言之，甲直接支配了对职务行为不可收买性的 侵害，因而是直接正犯；乙缺乏侵犯职务行为不可收买性的国家工作人员身份，故不能成 为正犯，仅成立帮助犯。

此外，在利用被害人自我侵害时，也可谓被利用者缺乏构成要件的行为对象要素。例 如，甲强迫乙自我伤害造成轻伤的，乙的行为不符合伤害“他人”的对象要件，但甲仍然成 立故意伤害罪的间接正犯。当然，这种情况也可以说被利用者具有违法阻却事由。〔40〕

（二）被利用者具有违法阻却事由

1. 利用他人的合法行为

利用他人的合法行为实现犯罪的，成立间接正犯。〔41〕例如，A为了使B死亡，以如不 听命将杀害B相威胁，迫使B攻击Y，Y正当防卫杀害了 B。此时，B与Y都是A的工 具，应认定A成立故意杀人罪的间接正犯。但应注意的是，如果利用者没有达到支配犯 罪事实的程度，则不能认定为间接正犯。例如，甲诱导X对乙进行不法侵害，乙正当防卫 杀害了 X。乙的行为是正当防卫，但甲不成立故意杀人罪的间接正犯。因为在本例中，只 能认定X支配了犯罪事实，而不是甲支配了犯罪事实。但由于甲教唆X实施不法侵害行 为，故甲仅针对X成立教唆犯。

1. 利用被害人的自我侵害行为

刑法理论一般认为，当利用者使被害人丧失自由意志，或者使被害人对结果缺乏认识 或产生其他法益关系的错误，导致被害人实施了损害自己法益的行为时，由于不能认定被 害人对自己的法益侵害具有违法性，故应认定利用者成立间接正犯。例如，甲谎称乙饲养

1. 由此看来，只有当被利用者的行为符合构成要件时（被利用者为被害人时，行为对象要素除外），利用者才可 能成立间接正犯。或者说，被利用者欠缺构成要件要素，仅限于被利用者为被害人时欠缺行为对象要素的 情形。
2. 不过，刑法理论上所举之例，大多为利用不知情的第三者行为。事实上，如果第三者知情，则难以称之为利 用正当行为、，例如，甲为了非法拘禁乙，谎称乙是现行犯，使警察拘留了乙。刑法理论一般认为甲是利用正 当行为的间接正犯。其实，这种情况也可谓利用不知情者（无故意）的间接正犯。如果警察明知乙不是现行 犯而拘留，甲难以成立非法拘禁罪的间接正犯„

**404**刑法学（第五版＞

的狗为疯狗，使乙杀害该狗的，是故意毁坏财物罪的间接正犯。再如，行为人强迫被害人 自杀的，成立故意杀人罪的间接正犯。〔42〕

（三）被利用者欠缺责任

1.利用欠缺故意的行为

利用缺乏故意的行为，也就是所谓利用不知情者的间接正犯。例如，医生指使不知情 的护士给患者注射毒药，医生构成故意杀人罪的间接正犯。再如，甲明知前方为人，却对 乙谎称前方有野兽，将自己的猎枪给乙射击，乙开枪射击导致他人死亡。乙成立过失致人 死亡罪，甲是故意杀人罪的间接正犯。〔43〕再如，A将一把装有子弹的手枪交给B,并谎称 枪中没有子弹只是用手枪吓唬C，B在利用手枪吓嘘C时打中了 C,造成C死亡。无论B 是否有过失，A都成立故意杀人罪的间接正犯。概言之，被利用者对任何一个构成要件要 素缺乏认识时，利用者都可能成立间接正犯。但是，在选择性要素的场合，由于各种要素 具有等价性，利用者对被利用者实施欺骗行为的，不成立间接正犯。例如，甲拐骗了已满 14周岁的少女丙后,谎称丙是不满14周岁的男童，让乙出卖给他人。甲不是间接正犯， 换言之，甲与乙均为直接正犯。

被利用者虽然具有其他犯罪的故意但缺乏利用者所具有的故意时，利用者也可能成 立间接正犯。例如，甲明知丙坐在丙家某贵重财物后的椅子上，但乙不知情，甲唆使乙开 枪毁坏贵重财物，乙开枪致丙死亡。乙虽然具有毁坏财物的故意，但没有杀人故意。故意 杀人罪的结果应归责于甲，甲成立间接正犯。在行为人对加重犯中的加重要素必须具 有故意时，被利用者对加重要素缺乏故意时，利用者有可能成立加重犯的间接正犯。例 如，乙知道抢劫军用物资可能被判死刑决意不抢劫军用物资。甲唆使乙抢劫时，谎称被害 人运送的是普通财物，乙客观上抢劫了军用物资，但误以为自己抢劫的是普通财物。乙因 为没有认识到加重要素而不可能承担抢劫军用物资的责任，只能承担普通抢劫的责任。 在这种情况下，应当认定甲成立抢劫军用物资的间接正犯。但是，如果利用者的行为缺乏 对行为的支配性,则只能认定为教唆犯（参见本章第五节）。

问题是，就身份犯而言，一般人故意利用有身份的不知情者的，应当如何处理？例如， 一般公民甲冒充警察，声称取证需要，让邮政工作人员乙开拆若干信件。甲的行为是否成 立私自开拆邮件罪（刑法第253条）的间接正犯？本书持否定回答（如后所述，能够成立 教唆犯）。由于乙没有犯私自开拆邮件罪的故意，所以，其行为不可能构成该罪。虽然甲 利用了乙的行为，但仅此并不能肯定甲的行为成立私自开拆邮件罪。因为在真正身份犯 的场合，特殊身份是针对正犯而言的，间接正犯也是正犯，理当具备特殊身份。如果认为 间接正犯可以不需要具有特殊身份，就必然使构成要件丧失定型性，有违反罪刑法定原则

［42］参见［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第71页。

〔《〕德国学者罗克辛指出：“在A忘乎所以要向稻草人开枪时,B虽然认识到A其实是将野宿者L误认为是稻草 人，却仍然将自己的猎枪借给A,导致A错误地杀死了 L时，B是故意杀人罪的间接正犯”（C+ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil,Band II,C. H. Beck 2003,S. 30） o倘若采取结果无价值论与限制从属性说，则应 认为，B不是故意杀人罪的间接正犯，而是故意杀人罪的帮助犯。亦即，A实施了符合故意杀人罪构成要件 的不法行为（只是缺乏故意杀人罪的责任要素），B故意实施了帮助行为，因而成立故意杀人罪的帮助犯，:

〔44〕如果乙具有过失，则成立过失致人死亡罪。

第八章共同犯罪**405**

之嫌。〔45〕再如，普通公民A欺骗国家工作人员B,声称自己需要现金购买住房，可以在 10天之内归还。B将公款挪给A后，A将该款用于贩卖毒品，10天之内归还公款。如果 B明知A借用公款是为了贩卖毒品，B的行为当然构成挪用公款罪（参见刑法第384条， A可能与B构成挪用公款罪的共犯）。但B并不明知这一真相，A又不具有国家工作人 员身份，因此，A的行为不构成挪用公款罪的间接正犯（仅成立挪用公款罪的教唆犯）。〔叫

1. 利用欠缺目的的行为

有些犯罪的成立除了要求有故意之外，还要求有特定目的（目的犯）。刑法理论认 为，被利用者虽然有故意但没有特定目的时，利用者就该目的犯成立间接正犯（所谓利用 有故意的工具的一种情形）。因为当目的是责任要素时，缺乏该目的的行为并不构成目 的犯;利用不具备责任要素的行为，成立间接正犯。但是，也有学者反对这种结论,认为直 接实施者具有犯罪故意,幕后者并没有操纵其行为，故不成立间接正犯。而且，直接实施 者完全具有意志自由，能够将行为的结果归责于直接实施者，故能否一概将利用者认定为 间接正犯，也存在疑问。不过，持反对意见的人，也并非一概否定上述情形属于间接正犯， 而是对其中的部分情形以其他理由认定为间接正犯。

例如，甲以牟利目的利用没有牟利目的的乙传播淫秽物品。如果乙明知甲具有牟利 S的，则乙与甲就传播淫秽物品牟利罪成立共同犯罪。如果甲支配了犯罪事实，则成立传 播淫秽物品牟利罪的间接正犯，否则成立教唆犯或者帮助犯。刑法理论一般认为，如果乙 不仅自己没有牟利目的，也不明知甲有牟利目的，则应认为甲支配了犯罪事实，成立传播 淫秽物品牟利罪的间接正犯。

1. 利用无责任能力者的行为

无责任能力者缺乏辨认控制能力，不具有非难可能性，只能将结果归责于其背后的利 用者，肯定利用者的行为支配了犯罪事实。例如，利用幼儿、严重精神病患者的身体活动 实现犯罪的，是间接正犯。问题在于，利用未达到法定年龄的人实施犯罪的是否均成立间 接正犯？本书的观点是，虽然一般来说，这种情形成立间接正犯，但是，在被利用者具有辨 认控制能力，利用者并没有支配被利用者时，不能认定为间接正犯。换言之，未达到法定 年龄的人与达到法定年龄的人共同犯罪时，并非后者均为间接正犯。只有当后者支配了 犯罪事实时，才能将其认定为间接正犯。例如，18周岁的甲唆使15周岁的乙盗窃他人财 物的,不是间接正犯（而是教唆犯）。15周岁的乙只是因为缺乏有责性，而不承担责任。 教唆限制责任能力者实施犯罪的，不宜认定为间接正犯。因为减轻责任能力者依然具有 一定的辨认控制能力，难以认定教唆犯支配了犯罪事实。

1. 利用他人缺乏违法性认识的可能性的行为

例如，司法人员甲欺骗乙说:“捕杀麻雀是完全合法的行为，你可以大量捕杀。”乙信 以为真，实施捕杀行为。甲成立间接正犯。利用他人缺乏期待可能性的行为，也成立间接 正犯。

〔**45**〕甲仅成立侵犯通信自由罪（刑法第252条）的间接正犯。

〔46〕在上述场合，日本刑法理论的一种观点认为，A的行为成立间接正犯。因为日本刑法第65条第1款规定： “对于因犯罪人身份而构成的犯罪行为进行加功的人，虽不具有这种身份的，也是共犯。•’刑法理论将这里的 “共犯”解释为包括正犯在内的广义的共犯，故没有身份的人“也是正犯”。但我国刑法没有这样的规定，故 难以采纳日本刑法理论的通说观点。

**406**刑法学（第五版）

间接正犯的成立，并不意味着共同犯罪的否定。正如德国学者罗克辛所说:“幕后者 成立间接正犯和实施者成立直接正犯，二者之间并不是绝对相互排斥的关系。相反，在强 制性支配的情形下，幕后者的意思支配以实施者的行为支配为前提。”〔47〕例如，具有牟利 目的的甲支配没有牟利目的的乙传播淫秽物品的，甲、乙依然成立共同犯罪，只不过由于 各自的责任不同，因而导致罪名不同而已。又如，甲欺骗乙说:“丙欠我100万，你帮我把 他关起来乙信以为真，关押了丙。此后，甲向丙的亲属勒索财物。甲是绑架罪的间接 正犯，但乙与甲仍然是共同犯罪，只不过乙仅承担非法拘禁罪的责任而已（参见刑法第 238条）。再如，甲以杀害胁迫乙，强迫乙伤害丙，乙对丙实施了伤害行为。甲是故意伤害 罪的间接正犯，乙是直接正犯，二者构成共同犯罪。

三、亲手犯

通说认为，亲手犯（或自手犯）不可能存在间接正犯（也不存在共同正犯）。一般来 说,亲手犯是指必须由正犯者自己直接实行的犯罪。但是，关于亲手犯的含义与范围，在 刑法理论上并不统一。文本说认为，如果描述某种犯罪的构成要件的文字含义中没有包 含亲手实施之外的行为方式，那么，该犯罪就是亲手犯。这种学说以“只有亲手实施构成 要件的人才是正犯”的命题为前提，然而该命题并不成立。身体行为说认为，如果只要有 相应的行为就可以实现构成要件，而不必发生结果，那么，该犯罪就是亲手犯。据此，行为 犯就是亲手犯。例如，非法侵人他人住宅是亲手犯，不可能有间接正犯。但是，在行为人 利用无责任能力者闯人他人住宅，侵犯了他人的居住安宁时，没有理由不认定为间接正 犯根据德国学者罗克辛的观点，亲手犯分为=种类型:第一类是行为关联性犯罪,这是 指犯罪的不法并非取决于侵害结果，而是取决于行为本身的可谴责性的犯罪。最典型的 是乱伦罪。第二类是生活方式性犯罪，即诸如流浪罪或游荡罪等以特定的生活方式作为

可罚性基础的犯罪。第三类是陈述性犯罪，“依法宣誓作证的人”的伪证罪等属于这一 类。〔**48]**

本书认为，我国刑法没有规定亲手犯。诚然，参加恐怖活动组织罪、参加黑社会性质 组织罪，似乎属于亲手犯。但由于行为人完全可能强迫他人参加恐怖活动组织与黑社会 性质组织，故上述犯罪仍然可能有间接正犯。强奸罪也不是亲手犯，相反，妇女可以成为 强奸罪的间接正犯与共同正犯。同样,危险驾驶罪也不是亲手犯。例如，甲明知乙将要驾 驶机动车，却暗中在乙的饮料中添加酒精，导致乙在不知情的情况下醉酒驾驶。乙客观上 实施了醉酒驾驶的行为，但并无犯罪故意；甲成立危险驾驶罪的间接正犯。〔49]

第五节狭义的共犯

一、共犯的处罚根据

狭义的共犯，是指教唆犯与帮助犯。刑法为什么处罚狭义的共犯？这就是共犯的处

〔47〕C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil,Band II.C. H. Beck,2003 ,S. 23.

〔48〕Vgl. ,C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil,Band II,C. H. Beck,2003 ,S. 117ff. 〔49〕如果乙知情后仍然醉酒驾驶，则甲只是危险驾驶罪的帮助犯，-

第八章共同犯罪**407**

罚根据问题。

责任共犯说认为，由于共犯者将正犯者引诱至责任与刑罚中，或者说由于共犯使正犯 者堕落，所以共犯者也应受处罚。其经典表述是，“正犯实行了杀人行为，教唆犯制造了 杀人犯”。根据责任共犯论，共犯的成立以正犯具有构成要件符合性、违法性、有责性为 前提（极端从属性说）。据此，甲唆使乙重伤甲的身体的，乙成立故意伤害罪，甲成立故意 伤害罪的教唆犯。但这种观点显然不能被人接受。

不法共犯说（违法共犯论）认为，由于共犯者诱使正犯者实施了符合构成要件的不法 行为，或者以某种援助行为促进了不法的正犯行为（行为无价值），因而应受处罚。根据 不法共犯论，共犯的成立只要求正犯的行为具有构成要件符合性、违法性;如果正犯行为 是违法的，共犯行为（只要不存在固有的违法阻却事由）也就是违法的，因而承认违法的 连带性。不法共犯论容易说明对真正身份犯的共犯的处罚根据。例如，一般公民教唆国 家工作人员受贿的，因为其导致国家工作人员实施了符合构成要件的不法行为，所以承担 受贿罪的责任。但是，不法共犯论也会导致不当结论。例如，A请求正犯B杀害自己 （A）,正犯B杀害A未遂。由于A使正犯B实施了杀人未遂的不法行为，因而成立杀人 未遂的教唆犯。但这种结论不合理。

惹起说（因果共犯论）认为，共犯的处罚根据，在于通过介人正犯的行为引起了法益 侵害（构成要件该当事实）。据此，直接引起法益侵害的是正犯，介人正犯行为间接引起 法益侵害的是共犯，正犯与共犯的差异在于引起法益侵害的样态不同。据此，在上例中， 由于刑法并不要求A保护自己的生命，故A没有引起法益侵害，因而不可罚。惹起说内 部又可以分为纯粹惹起说、混合惹起说、修正惹起说等不同学说（但国外刑法理论的归纳 并不完全相同）。〔5（）〕

本书的看法如下：与单个人犯罪的本质一样，共同犯罪的本质也是侵害法益。单独正 犯是直接引起法益侵害的犯罪类型，共同正犯是共同引起法益侵害的犯罪类型，间接正犯 是通过支配他人的行为引起法益侵害的犯罪类型，教唆犯与帮助犯则是间接引起法益侵 害的犯罪类型。换言之，共犯的处罚根据在于，共犯通过正犯者间接地侵害了法益，即处 罚共犯者，是因为其诱使、促成了正犯直接造成法益侵害。共犯的违法性由来于共犯行为 自身的违法性和正犯行为的违法性。共犯行为自身的违法性，并不是指共犯行为本身具 有行为无价值，而是指共犯不具有违法阻却事由（有限地承认违法的相对性）。第一，“正 犯”必须实施了符合构成要件的不法行为，否则，不能处罚教唆者与帮助者。所以，教唆 未遂（教唆行为失败）是不可罚的,但未遂的教唆（被教唆者着手实行犯罪而未得逞）具有 可罚性。第二,在正犯实施了符合构成要件的不法行为时，只要共犯没有违法阻却事由， 就必须肯定共犯的行为也是违法的。换言之，如果正犯侵犯的法益，不是教唆者、帮助者 必须保护的法益（共犯具有违法阻却事由），则只有正犯的行为成立犯罪，教唆者、帮助者 的行为不成立犯罪。例如，A按照被害人X的请求对X实施重大伤害行为的，A的行为 违法，X的教唆行为不违法。但是，B唆使Y实施自伤行为的，由于Y的自伤行为不违 法，故B的唆使行为也不违法。再如，乙欲盗窃丙安置在湖中的渔网，甲知情并提供了盗 窃工具，但乙误将甲的渔网当作丙的渔网盗走。乙成立盗窃既遂，但甲不可能对自己的财

**C50］**参见［日］曾根威彦:《刑法学基础》，黎宏泽，法律出版社2005年版，第137页以下

**408**刑法学（第五版）

产损失承担盗窃罪的刑事责任。〔51〕不难看出，违法的连带性并不是绝对的。

在通常情况下，行为符合构成要件就能推定行为具有违法性。但是，由于法益主体对

自己法益造成的损害不可能具有违法性（如伤害自己身体、毁损自己财物的行为不违 法），而法益主体完全可能与他人共同造成自己的法益损害，所以，在共同犯罪中，各参与 人行为的违法性可能具有相对性，因而需要进一步在违法性层面做出判断。附带说明的 是，如果正犯的行为侵害了法益，但共犯对该法益侵害缺乏责任的，正犯与共犯虽然在不 法层面属于共同犯罪，但共犯并不成立犯罪。

二、共犯的性质

（一）共犯从属性说与共犯独立性说

"共犯的从属性，是指共犯成立犯罪至少要求正犯者着手实行了犯罪的原理。主张 共犯的从属性的学说称为共犯从属性说，与共犯独立性说相对立。共犯独立性说主张共 犯的独立性，认为共犯的可罚性在于共犯的行为本身，共犯成立犯罪不一定要求正犯者着 手实行犯罪。”换言之，共犯从属性说与共犯独立性说所争论的基本问题是:在被教唆 者、被帮助者没有着手实行犯罪的情况下，能否处罚教唆者与帮助者？共犯从属性说认 为，如果被教唆的人没有实行被教唆的罪，教唆者不成立犯罪；如果被帮助的人没有实行 被帮助的罪，帮助者的行为不成立犯罪。〔53〕

共犯从属性说的基本理由是：（1 ）共犯的处罚根据与正犯的处罚根据相同，既然正犯 的处罚根据在于引起了发生结果的具体危险，那么，在被教唆者、被帮助者没有着手实行 犯罪时，教唆、帮助行为本身还不具有足以作为未遂犯处罚的发生结果的具体的危险性。

（2） 从立法政策上考虑，共犯独立性说过于扩大了处罚范围；在被教唆者、被帮助者没有 实施威胁法益的行为时，即使不处罚教唆者与帮助者，也可以确保人们的平稳生活。

（3） 共犯独立性说将教唆行为、帮助行为解释为实行行为，并不妥当。（4）未遂以着手实 行犯罪为前提，故教唆、帮助的未遂不得独立适用未遂犯的处罚规定；只有当被教唆者、被 帮助者着手实行犯罪后，才可能对教唆者、帮助者适用未遂处罚规定。（5）由于刑法分则 条文没有就教唆犯、帮助犯的未遂设立处罚规定，故只有当实行犯着手实行了犯罪时，才 能适用共犯规定，对教唆犯、帮助犯以未遂论处。〔51 52 \* 54〕

共犯独立性说的理论基础首先是犯罪征表说。根据这种立场，确定地征表出犯意的 外部行为，就是实行行为。由于教唆行为也是法益侵害意欲（犯意）的征表，故也属于实 行行为，教唆行为的着手就是实行行为的着手。〔55〕共犯独立性说的其他理论根据有: （1）等待被教唆者、被帮助者着手实行犯罪后才处罚教唆犯与帮助犯的做法，不当地延迟 了针对社会危险者的社会防卫。（2）犯罪是社会危险性的表现，故不可能从属于他人的 犯罪而成立;从属性说使教唆犯、帮助犯成为“附停止条件的犯罪"，使教唆犯、帮助犯因 为他人的行为而承担责任。（3）教唆、帮助行为是为了各自的犯罪而利用他人的行为，与

（51］ 由于乙并未着手盗窃丙的渔网，故甲也不承担盗窃未遂的刑事责任。

（52］ ［日］西原春夫:《刑法总论》（下卷），成文堂1993年改订准备版，第377页。

〔53〕根据共犯从属性理论，在处罚预备的情况下，只有当被教唆者、被帮助者实施了预备行为，教唆者、帮助者才 成立预备犯。

C54］参见张明楷:《刑法的基本立场》，中国法制出版社2002年版，第302页以下。

〔55〕参见［日］西原春夫：《刑法总论》（下卷），成文堂1993年改订准备版，第379页。

第八章共同犯罪**409**

利用自然力没有区别;教唆、帮助行为自身就是实行行为；刑法就未遂犯所规定的着手实 行，包括教唆犯、帮助犯的着手实行，故教唆者、帮助者开始实施教唆行为、帮助行为后，被 教唆者、被帮助者没有实行犯罪的，对于教唆者、帮助者而言也是已经着手实行犯罪。

我国刑法理论没有具体讨论帮助犯的性质，但对教唆犯的性质展开了争论。下面以 教唆犯的性质为中心展开论述。

（二）二重性说

共犯从属性说与共犯独立性说，从具体观点到理论基础都是非此即彼、完全对立的， 无论如何也看不出来二者可以调和、折中。但我国刑法理论的通说却认为教唆犯既具有 从属性，也具有独立性,此即所谓二重性说。本书不赞成二重性说。

1. 二重性说的理由之一是，教唆犯的犯罪意图必须通过被教唆人的决意，并且去实施 他所教唆的犯罪行为，才能达到犯罪目的;所以，就教唆犯与被教唆人的关系来讲，教唆犯 具有从属性。同时，教唆犯给予他人以犯罪意图这一行为本身就应该认为是犯罪，所以， 教唆犯在共犯中又具有相对的独立性。但是，只有当被教唆的人产生犯罪决意并且实施 被教唆的犯罪行为，教唆犯才能实现自己的犯罪意图，这是教唆犯的共同特点，而非教唆 犯的从属性。如果说这一特点就是教唆犯的从属性，那么，在采取共犯独立性说的刑事立 法例与刑法理论中，其教唆犯也具有这一特点，因而也包含了从属性。这是不可思议的。 不仅如此，间接正犯的犯罪意图也必须通过被利用者的行为才能实现，如果按照上述观 点，间接正犯也具有从属性。此外，按照二重性说,共谋共同正犯也具有从属性，因为成立 共谋共同正犯，也需要有人实行犯罪。这难以被人接受。
2. 二重性说的理由之二是，“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”的规定，表明教唆犯不具有独立性;“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆 犯可以从轻或者减轻处罚”这一规定，表明教唆犯又是相对“独立的犯罪”。可是,前一规 定不能直接表明教唆犯是具有独立性还是具有从属性，它旨在确立共同犯罪中的教唆犯 的处罚原则。对后一规定也可能做出多种解释，不能断言它是有关教唆犯独立性的规定。
3. 二重性说的理由之三是，从属性说与独立性说都“不可能正确地解决教唆犯一系 列问题。例如，教唆犯在实施了教唆行为以后，如果被教唆的人没有去犯被教唆的罪，这 时，应该怎样定罪？”有人主张定犯罪预备、有人主张定犯罪未遂、有人主张定犯罪既遂。 三种意见都各有一定理由，但都不能全面说明问题。〔56〕然而，从属性说主张，这种情况不 成立犯罪，当然不存在预备、未遂与既遂的问题;独立性说主张，这种情况成立犯罪未遂。 换言之，真正的从属性说与独立性说对于解决上述问题是非常容易的，也是分别与其基本 理论协调一致的。所谓主张定犯罪预备或犯罪既遂的观点，并非从属性说与独立性说的 观点;不能将我国学者的一些主张所导致的缺陷归结为从属性说与独立性说的缺点。
4. 二重性说的另一方面的理由是，刑法第29条第I款规定的教唆犯，只有在被教唆 人实施犯罪时才能成立。这时教唆人与被教唆人构成共同犯罪关系，被教唆人实施的犯 罪行为是犯罪预备、未遂或既遂，教唆犯也是犯罪预备、未遂或既遂，这就是教唆犯的从属 性。但对此时的教唆犯，是依其在共同犯罪中的作用处罚，而不是依照实行犯的刑罚处 罚，这就是教唆犯处罚的独立性。第29条第2款规定的教唆犯，是被教竣人没有犯被教

[56]以上三种理由，参见佤柳村：“试论教唆犯的二重性”，载《法学研究》1982年第1期。

**410**刑法学（第五版）

唆之罪的情况。在这种情况下，教唆犯与被教唆人根本不成立共同犯罪关系，刑法却仍然 处罚教唆犯。这里的教唆犯既无犯罪的从属性，也无刑罚的从属性，亦即只有独立性。〔57〕 但本书认为，这种二重性说也存在疑问。（1 ）根据上述观点，刑法第29条第1款规定的教 唆犯，只有在被教唆的人实施犯罪时才能成立。如果认为这是关于教唆犯从属性的规定， 本书并不反对。但是，如果承认教唆犯也具有独立性，那么，当甲与乙共同教唆丙杀人，而 丙并不接受教唆时，甲与乙也成立教唆犯。由于甲与乙在共同教唆中所起的作用不同，按 照二重性说的观点，对甲与乙既要适用第29条第2款，也要适用第29条第1款。于是， 第29条第I款也不是单纯对教唆犯从属性的规定。显然，二重性说并没有理顺第29条 第1款与第2款之间的关系。其实，第29条第1款规定的是教唆犯的处罚原则。（2）持 上述观点的学者认为，在教唆者与被教唆者构成共同犯罪关系时，被教唆者实施的犯罪行 为是犯罪预备、未遂或既遂，教唆犯也是犯罪预备、未遂或既遂，这就是教唆犯从属性的表 现。但是，二重性说在此也存在矛盾。联系我国刑法的规定来考虑，如果说被教唆的人犯 被教唆的罪而又只是犯罪预备时，根据刑法理论的通说，应当成立共同犯罪;[58〕根据持二 重性说学者的前述观点，适用第29条第1款时表明教唆犯具有从属性。果真如此，则出 现了以下矛盾：如果被教唆的人没有犯被教唆的罪（如连预备行为也没有实施），则适用 第29条第2款，可以从轻或者减轻处罚；如果被教唆的人开始实施被教唆之罪的预备行 为但没有着手实行，成立犯罪预备，则教唆犯也成立犯罪预备，而根据刑法第22条的规 定，“对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。”本来后者重于前者,可后者 的处罚却轻于前者。这显然导致了不协调。持上述二重性说的学者认为：“这一不协调， 不论依从属性原则或者不依从属性原则都难以解决。”〔59〕但如后所述，倘若采取教唆犯从 属性说，可以解决这一不协调问题（3）持上述观点的学者认为，从属性包括犯罪的从属 性与处罚的从属性，处罚的从属性是指对教唆犯依照正犯的刑罚来处罚。实际上，从属性 并不包含这种处罚程度的从属性。一方面，即使采取单一的正犯概念的刑事立法例，对教 唆犯的处罚也可能不一致。另一方面，当刑法对教唆犯规定了一个处罚原则时，有人采取 从属性说、有人采取独立性说。例如，日本刑法第61条规定，对教唆犯，“判处正犯的刑 罚”。但牧野英一、木村龟二主张教唆犯的独立性，而小野清一郎、团藤重光、平野龙一等 人主张教唆犯的从属性。再如，面对德国旧刑法的相同规定，宾丁主张教唆犯独立性说， 李斯特主张教唆犯从属性说。这表明，不管教唆犯是具有从属性还是独立性，刑法都可能 规定按照正犯的刑罚来处罚教唆犯。换言之，“依照正犯的刑罚处罚”，不是教唆犯从属 性的标志，当然也不是教唆犯独立性的标志。

总之，二重性说在逻辑上有自相矛盾之嫌。从属性说与独立性说的基本差别表现在 当被教唆人没有实施被教唆的行为时，对于教唆者是否以教唆未遂论处。真正的从属性 说和独立性说都容易得出与其理论根基相一致的结论，而二重性说恰恰不能解决这一问 题。不能不认为，所谓的二重性说，其实就是一种独立性说。因为从理论上来看，二重性 论者都承认教唆犯具有独立性，但同时将教唆犯从属性说和独立性说都承认的教唆犯本

〔**57**〕参见马克昌：“论教唆犯”，载〈〈法律学习与研究》1987年第5期。

〔**58**〕参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年第3版，第506页 〔**59**〕马克昌：《马克昌文集》，武汉大学出版社2005年版，第120页。

第八章共同犯罪**411**

身的特征作为教唆犯从属性的根据。就被教唆人没有实施被教唆行为时，对教唆者的处 罚结论上，二重性说与独立性说得出的结论是完全一致的。既然如此，就表明教唆犯二重 性说实际上是教唆犯独立性说的另一种文字表述』603

（三） 独立性说

有学者指出：“在一部刑法里，要么采取独立性说，即完全以教唆人所教唆之罪作为 定罪基础;要么采取从属性说，即完全以被教唆人所实施之罪作为定罪基础……根据刑法 第26条（即新刑法第29条，下同——引者注）第2款规定：‘如果被教唆的人没有犯被教 唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。’这里，教唆犯不具有从属性，大概没有人 会提出异议……刑法第26条第1款的立法精神，同该条第2款一样，都是体现确定教唆 犯刑事责任的独立性，并不对实行犯存在任何从属性。”力〕

本书赞成上述“在一部刑法里，教唆犯不可能具有二重性”的观点，但不同意“我国刑 法中的教唆犯具有独立性”的观点＜

共犯独立性说，是过度的权威主义或过度关心社会防卫的结果，因而其理论根基与具 体结论存在诸多疑问。况且，我国现行刑法事实上倾向于客观主义立场，教唆犯独立性说 缺乏理论的根基与刑法的实质依据。因为只要承认犯罪的本质是侵犯法益、刑法的目的 是保护法益，就难以采取共犯独立性说。例如，旧派学者宾丁之所以主张共犯独立性说， 在很大程度上由来于他的规范说。李斯特认为，侵害法所保护的利益即法益的行为就是 犯罪，所以主张共犯从属性说。

（四） 从属性说

本书认为,我国刑法采取了教唆犯从属性说。

我国刑法理论之所以采取二重性说与独立性说，实际上是因为就教唆犯的处罚根据， 基本上采取了责任共犯论的立场。如我国刑法理论一般认为，教唆犯是犯罪的病源，教唆 犯制造了犯罪意图，并通过他人实现其犯罪意图。〔62〕但是，责任共犯论与犯罪的本质、刑 法的目的不相符合，故按照责任共犯论得出的结论也难以被人接受。

“与正犯一样，共犯的处罚根据在于引起了法益侵害的危险性，这得到了广泛的认 同。如果共犯的处罚根据与正犯的处罚根据相同，那么，对于共犯在什么阶段可以作为未 遂犯处罚这一问题的回答，与对于正犯在什么阶段可以作为未遂犯处罚这一问题的回答， 应当基本上是相同的。”〔《〕概言之，之所以处罚教唆犯，是因为教唆犯通过使正犯实施实 行行为，参与引起了法益侵害的结果既然如此，就应当将正犯着手实行犯罪作为处罚共 犯的条件。〔64〕亦即，只有当正犯着手实行犯罪，使法益受到紧迫的危险时，才能处罚教唆 犯、帮助犯。正犯的实行着手，不是单纯的因果关系发展过程中的一个阶段，而是从实质

fsoj教唆犯二重性说之所以在我国成为通说，一个重要原因是对学派之争以及旧派与新派的基本理论缺乏系统 与合理的评价、人们一再强调旧派与新派的不科学性，总是认为两个学派都在走向极端，于是需要调和、需 要折中过于追求折中的结局是，将旧派与新派中非此即彼、决然对立的学说也进行调和„二重性说便是 其典型。

**［61］**余淦才:“试论教唆犯的刑事责任”，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》1983年第2期,.

［M〕参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第2卷），中国人民大学出版社1993年版，第485页以下。

［63〕［日］佐伯C-志:“教唆的未遂”，载［日］阿部纯二等编：《刑法基本讲座》（第4卷），法学书院1992年版，第 209页以下。

〔M］在处罚预备犯的情况下，只有当正犯实施了预备行为，才能处罚教唆犯与帮助犯3

**412**刑法学（第五版）

上看必须产生了发生结果的具体的、紧迫的危险;处罚未遂不是因为该行为是行为人的危 险性或反道义性的定型的征表，而是因为产生了发生结果的具体的、紧迫的危险。因此， 将正犯着手实行犯罪作为处罚教唆犯的条件，意味着发生了法益侵害的具体的、紧迫的危 险才处罚，这不仅没有不妥之处，而且理所当然。据此，只有当被教唆者着手实行犯 罪，使法益受到具体的、紧迫的危险时，才处罚教唆犯。这正是教唆犯从属性说的结论。

坚持教唆犯从属性说，就使罪刑法定主义得以坚持，构成要件的机能得以维护，教唆 犯的处罚界限得以明确，“避免刑法将所有与结果具有因果性的行为都视为狭义的共犯， 以致造成刑法界限之过度泛滥，严重破坏法的安定性（Rechtssicherheit）”。^坚持教唆 犯从属性说，有利于防止处罚不当罚的行为。事实上，当教唆者只是说了一句“杀死某 人”时，即使对方完全默认，但仅此还没有处罚的必要性。因为在被教唆者没有实施威胁 法益的行为时，即使不处罚教唆者，也可以确保国民的平稳生活。同样，当乙提供一把刀 给甲，但甲并没有使用该刀实行犯罪时，对乙也不应以犯罪论处。否则，许多正当行为都 会受到司法机关的怀疑，因而侵害国民的自由。共犯从属性还可以从我国刑法分则有关 共犯行为正犯化的规定中找到法律根据

问题在于，如何解释刑法第29条第2款？因为该款规定“如果被教唆的人没有犯被 教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚”，从字面含义来说，该规定是教唆犯独立 性说的重要根据，因而成为坚持教唆犯从属性说的重大障碍。换言之，要采取教唆犯从属 性说,就必须重新解释该款规定。

有的学者为了贯彻教唆犯从属性说，提出刑法第29条规定的是广义的教唆犯，即第 1款规定的是狭义或真正意义的教唆犯，且采取的是教唆犯从属性说。“如果被教唆的人 没有犯罪，就不应该处罚教唆者，对狭义的教唆犯的处罚以共同犯罪的成立为前提，条文 中所谓‘按照他在共同犯罪中所起的作用处罚’就是此义。”第2款规定的是以教唆的行 为方式实施的间接正犯；“刑法第29条第2款规定‘可以’从轻或者减轻处罚是合理的， 因为该款明确规定的是间接正犯未遂的处罚，对间接正犯未遂的处罚应该与直接正犯未 遂的处罚一样，只‘可以’而不是‘应当’从轻或者减轻处罚，并且，只能像一般的未遂犯一 样比照相应的既遂犯从轻或者减轻处罚"J\* 66 67 68〕

应当承认，这一解释颇有见地，使教唆犯从属性得以贯彻。但是，这一解释存在如下 疑问：为何刑法仅规定以教唆的行为方式实施的间接正犯？在刑法并没有明文规定对于 间接正犯作为正犯处罚的情况下，为什么却规定了间接正犯的未遂的处罚原则？这些恐 怕是上述解释难以回答的问题。

可以认为，刑法第29条第2款规定的是未遂犯的教唆犯，即可以将其中的“被教唆的 人没有犯被教唆的罪”解释为“被教唆的人没有犯被教唆的既遂罪”或“被教唆的人没有 犯罪既遂”。详言之，该款的基本含义是，如果被教唆的人着手实行犯罪后，由于意志以 外的原因未得逞（未遂）或者自动放弃犯罪或有效地防止结果发生（中止），对于教唆犯， 可以从轻或者减轻处罚。这一解释不仅维持了教唆犯从属性说，使教唆犯的处罚根据明

〔**65**〕参见［日］平野龙一:《刑法总论II》，有斐阁1975年版，第347页以下。

**［66］** 何庆广:“我国刑法中教唆犯的两种涵义”，载《法学研究》2004年第5期。

**［67］** 参见周光权：“‘被教唆的人没有犯被教唆的罪’之理解”，载《法学研究》2013年第4期。

**（68J**何庆仁:“我国刑法中教唆犯的两种涵义".载《法学研究》2004年第5期。

第八章共同犯罪**413**

确、得当，而且在解释论上具有根据。

首先,从文理解释来看，“犯罪”或"犯……罪”这一用语具有多种含义，有时仅指客观 行为（如刑法第115条第2款中的“犯前款罪”），有时指排除了犯罪预备情形的犯罪（如 刑法第22条第1款中的“为了犯罪”），有时指符合犯罪成立条件的一切形态的犯罪（如 刑法第13条、第14条中的“犯罪”）。刑法理论一般认为，刑法分则规定的犯罪是以既遂 为模式的，既然如此，就不可避免地会出现“犯罪”或“犯……罪”仅指既遂犯罪或犯既遂 罪的情形。所以，将刑法第29条第2款所规定的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”，解释 为“被教唆的人没有犯被教唆的既遂罪”，不存在文理上的障碍。

其次，从教唆犯的特点来看，也可以做出上述解释。因为教唆犯唆使被教唆的人犯 罪，旨在唆使被教唆的人犯罪既遂在此意义上说，被教唆的人着手实行犯罪但未能既 遂，就没有实现教唆犯的旨意，因而可以解释为“没有犯被教唆的罪”。

最后，从论理解释来看，做出上述解释也不存在疑问。（1）对刑法第29条第2款做出 上述解释，区分了正犯的实行未遂与教唆犯的未遂教唆，即正犯实行未遂的，适用刑法第 23条的处罚规定，教唆犯的未遂教唆的，适用刑法第29条第2款。（2）对刑法第29条第 2款做出上述解释，避免了教唆犯独立性说导致的处罚不协调现象。即教唆者唆使他人 犯罪，但他人没有实施犯罪的，教唆者不成立犯罪;教唆者唆使他人犯罪，他人实施了犯罪 预备行为的，如果需要处罚预备犯，则对于教唆犯同时适用刑法第29条第1款与第22 条，对于教唆犯，可以从轻、减轻处罚或者免除处罚；教唆者唆使他人犯罪，他人已经着手 实行犯罪，由于意志以外的原因而未遂或者自动中止的，对于教唆犯，同时适用刑法第29 条第1款与第2款的规定，可以从轻或者减轻处罚；教唆者唆使他人犯罪，他人着手实行 犯罪后既遂的，对于教唆犯适用刑法第29条第1款。（3）做出上述解释，使未遂教唆的处 罚更为合理。即正犯的未遂是“比照”既遂犯从轻或者减轻处罚，而未遂的教唆是在“按 照他在共同犯罪中所起的作用处罚”的基础上，予以从轻或者减轻处罚，这便为未遂的教 唆犯的处罚提供了统一的未遂标准与处罚标准。（4）做出上述解释，意味着刑法第29条 第1款与第2款都是对于共同犯罪中的教唆犯的规定，也使刑法第29条与第25条至第 28条相协调，不至于出现教唆犯独立性说所导致的刑法第29条第2款与共同犯罪无关 的局面。进一步而言，刑法第29条第1款成为教唆犯成立与处罚的一般规定，第2款是 教唆犯罪的减轻形态，但也应当在第1款原则的指导下适用。换言之，只要被教唆的人犯 了被教唆的罪，无论既遂与否，对于教唆犯都需要适用刑法第29条第1款。（5）做出上述 解释,有利于妥当解决无身份人构成真正身份犯的共犯问题。无身份人构成真正身份犯 的共犯，是以共犯从属性为前提的。按照传统观点，刑法第29条第2款规定的是非共同 犯罪中的教唆犯，于是，在无身份人教唆公务员贪污、受贿，而公务员没有实施贪污、受贿 犯罪行为时，无身份人单独成立贪污罪、受贿罪。这种结论导致构成要件丧失应有的机 能，也有悖罪刑法定原则。按照本书的观点，无身份人教唆公务员贪污、受贿,而公务员没 有实施贪污、受贿行为的，无身份的教唆者不成立犯罪;如果公务员着手实行贪污、受贿而 未遂，则对无身份的教唆者适用刑法第29条第1款与第2款，使无身份者从属于正犯而 构成贪污、受贿罪。（6）作出上述解释，有利于教唆犯性质与帮助犯性质的统一。刑法第 27条第1款规定:“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。”这意味着帮助犯只能 存在于共同犯罪之中，即如果帮助者帮助他人实行犯罪，但他人并没有实施犯罪的，帮助

**414**刑法学（第五版）

者并不成立犯罪。质言之，刑法对帮助犯采取了从属性说。既然如此，对教唆犯采取从属 性说，也能与帮助犯的性质相一致。（7）作出上述解释，有利于使教唆犯的处罚与间接正 犯的着手相协调。如前所述，间接正犯的着手以被利用者的行为具有侵害法益的紧迫危 险为标准。与之相适应，只有当被教唆者着手实行犯罪时，对于教唆犯才能适用第29条 第2款。如果采取教唆犯独立性说，意味着刑法对教唆犯的处罚比对间接正犯的处罚更 严厉，这显然不妥当。

总之，对共犯应当采取从属性说。关于从属性的程度，存在四种学说：（1）最小从属 性说:只要正犯的行为单纯地符合构成要件，共犯即成立。果真如此，则参与他人并不违 法的行为时也可能成立共犯，例如，劝他人实施符合构成要件的某种正当业务行为时，也 能成立共犯。这就没有考虑共犯的实质。（2）限制从属性说:正犯的行为符合构成要件 而且违法时，共犯才成立。其理由在于,共犯的成立虽然仅仅要求正犯的行为单纯地符合 构成要件并不够，但不能要求正犯具有责任，因为责任是个别的，正犯是否具有责任不影 响共犯的成立。（3）极端从属性说:正犯的行为具备构成要件符合性、违法性与有责性 时，才成立共犯。如果坚持这一观点，则帮助没有责任能力的人实施犯罪行为时，就没有 可罚性，这显然不合理。此外，刑法规定的实行犯罪，是指只要客观上有犯罪的实行就够 了，并不要求实际上构成犯罪。（4）夸张从属性说（最极端从属性说）：正犯的行为除了具 备构成要件符合性、违法性与有责性之外，还要具备一定的可罚条件时，共犯才成立。这 一极端的主张明显不当。本书采取限制从属性说。〔69〕

三、教唆犯

（一）教唆犯的概念与成立条件

故意唆使并引起他人实施符合构成要件的违法行为的，是教唆犯。

1. 教唆对象。对教唆对象的限定，涉及教唆犯与间接正犯的关系。如果采取极端从 属性说，则教唆行为的对象必须是有责任能力的人。如果采取限制从属性说，则教唆对象 可以是无责任能力的人;但这里的无责任能力的人，也必须是有一定规范意识的人，如果 教唆像幼儿或高度的精神病患者这样的缺乏规范意识的人犯罪，则应以间接正犯论处。 在我国，由于教唆犯与间接正犯的区别意义小于外国，为了确定规范的标准,本书主张，教 唆对象原则上必须是实际具有责任能力的人，但不必是达到法定年龄的人。换言之，虽然 没有达到法定年龄，但事实上具有责任能力的人，也能成为教唆对象。另一方面，就真正 身份犯而言，在被教唆者具有特殊身份却又具有责任阻却事由的情况下，仍应肯定教唆犯 的成立。例如，乙通过篡改年龄，在不满16周岁时就成为警察。甲教唆不满16周岁的警 察乙刑讯逼供，乙接受教唆实施刑讯逼供行为的，对于甲应认定为刑讯逼供罪的教唆犯， 而非间接正犯。

一般认为，教唆行为的对象，必须是特定的（可以确定被教唆者的具体范围）；但特定 并不意味着只能对一人教唆，对特定的二人以上实施教唆行为，也能成立教唆犯。如果唆 使的对象不特定，则叫“煽动”；煽动是比教唆更为缓和的概念。

由于教唆行为的特点是使他人产生实施符合构成要件的违法行为的意思，故在被教

〔69〕行为无价值论者将故意作为违法要素，据此，教唆犯、帮助犯的成立以正犯具有故意为前提。本书将故意作 为责任要素，所以，教唆犯、帮助犯的成立不以正犯具有故意为前提。

第八章共同犯罪**415**

唆者已经产生了该意思的情况下，不可能再成立教唆犯，只能成立帮助犯。但是，在B有 犯甲罪的决意时，A教唆B实施乙罪的，A仍然成立乙罪的教唆犯。同样，在B打算将来 实行犯罪，而A唆使B现在实行犯罪的,也成立教唆犯（但反过来的情形不成立教唆犯）。 在他人具有附条件故意的场合，原本并不具备条件，但行为人创造条件或者谎称具备条 件，使他人故意实现构成要件的，也宜认定为教唆犯。例如，丙欠甲的债，甲对乙说：“你 去问丙是否还债，如果不还债，我就关押他的妻子。”乙明知丙会立即还债，但仍然对甲说 “丙不还债”，于是，甲关押了丙的妻子。甲是非法拘禁罪的直接正犯，乙是非法拘禁罪的 教唆犯

争议问题是，在B具有实施某种犯罪的决意，A唆使B实施加重犯罪的，是否成立教 唆犯？对此，德国刑法理论上存在四种学说:〔71〕（ 1）拆解分析说主张，唆使者仅对正犯没 有决意的构成要件部分成立教唆犯。例如，B打算对C实施盗窃行为，但A教唆B对C 实施暴力抢劫。A除了成立盗窃罪的帮助犯外，另成立暴行罪或者伤害罪的教唆犯。但 是，这种观点似乎将抢劫视为盗窃与暴行或者伤害的简单相加，因而受到了批判。（2）综 合考察说主张，唆使者对所唆使的重罪成立教唆犯。在上例中，A不仅使B实施了暴行 或者伤害,而且使B实现了一个独立的违法性，故A成立抢劫罪的教唆犯。同样，正犯原 本仅想盗窃1000元，而行为人唆使其盗窃10万元的，也成立教唆犯。（3）规范性支配说 认为，只有当进行加重教唆的幕后者具有规范性支配时，才就加重犯罪成立教唆犯。在上 例中，A成立抢劫罪的教唆犯。但是，如果B具有盗窃的决意,A只是教唆B在盗窃时携 带武器，则不成立教唆犯（仅成立帮助犯），因为在后一种情况下，行为的重点仍然在于对 财产的侵犯。不过，规范性支配的概念比较模糊，缺乏明确的标准。（4）折中说认为，行 为人唆使正犯实施的加重构成要件行为是一个独立的犯罪时，成立教唆犯;行为人唆使正 犯实施的只是加重犯而非独立的犯罪时，不成立教唆犯。本书原则上赞成折中说。在我 国，加重构成要件大多没有被确定为独立的罪名，但是，加重构成要件不同于基本犯的构 成要件，也明显不同于量刑规则。所以，不能简单地以行为人所教唆的犯罪是不是独立罪 名为标准进行判断，只能根据行为人教唆他人实施的行为是属于加重构成要件的行为，还 是属于量刑规则中的行为，得出行为人是成立教唆犯还是成立帮助犯的结论。概言之，在 他人有基本犯的故意时，行为人唆使他人实施加重构成要件行为的，成立加重犯的教唆 犯。例如，乙已有强奸犯意，甲唆使乙与丙共同轮奸妇女的，甲成立强奸罪（轮奸）的教唆 犯。同样，乙仅有普通抢劫的犯意，甲唆使其人户抢劫或者持枪抢劫的，甲成立加重抢劫 的教唆犯。但是，倘若乙已有盗窃犯意，甲唆使其盗窃数额巨大财物的，甲只成立盗窃数 额巨大财物的帮助犯，不成立教唆犯

当正犯决意实施加重犯罪时，行为人说服或者建议其实施基本犯的，行为人不成立教 唆犯。例如，乙决意持枪抢劫，甲劝说乙使用麻醉药品抢劫的，不成立抢劫罪的教唆犯：, 虽然不排除甲的行为成立帮助犯，但在具体案件中，完全可能因为其行为减轻了法益侵害 而否认结果归属。

1. 教唆行为。成立教唆犯，必须有唆使他人实行犯罪的教唆行为。教唆行为必须引

〔70〕当然，能否将乙认定为间接正犯，也是值得进一步讨论的,，

〔71〕 Vgl. ,C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II,C. H. Beck, 2003,S. 161 ff.

**416**刑法学（第五版）

起他人实施符合构成要件的违法行为的意思，进而使之实行犯罪。〔72］行为人故意地导致 他人实施过失犯罪的，原则上成立间接正犯。

需要说明的是，成立教唆犯，虽然以被教唆者实施符合构成要件的违法行为为前提 （限制从属性说），但并不以被教唆者产生犯罪故意为前提。换言之，虽然要求教唆行为 引起了被教唆者产生实施符合构成要件的违法行为的意思，但不意味着必须使被教唆者 产生了犯罪的故意。例如，甲教唆乙说：“丙是坏人，你将这个毒药递给他喝。"乙却听成 了“丙是病人，你将这个土药递给他喝”，于是将毒药递给丙，丙喝下毒药后死亡，但乙并 无杀人故意（“ 土药案”）。如果要求教唆行为引起被教唆者的犯罪故意，那么，由于甲没 有引起乙的杀人故意，甲不成立教唆犯。另一方面，尽管甲在不法层面是间接正犯，但对 甲也不可能以间接正犯论处，因为甲不具有间接正犯的故意，仅具有教唆的故意。于是， 甲不成立任何犯罪。〔73〕这种结论显然不妥当。事实上，乙实施了符合构成要件的违法行 为，其实施该行为的意思是由甲的教唆行为引起的，甲当然成立故意杀人罪的教唆犯。再 如，A为普通公民,B为国有公司出纳（国家工作人员），二人关系密切。A谎称购房需要 首付，唆使B将公款挪给自己使用，并谎称两周后自己的定期存款到期，即可归还。B信 以为真，便将公款50万元挪出交给A。A使用该公款贩卖毒品获利后，两周内将50万元 归还给B所在的国有公司（“无身份挪用案”）。根据刑法第384条的规定，如果B知道A 使用该公款贩卖毒品，B不仅成立挪用公款罪，而且成立贩卖毒品罪的共犯。〔74〕但是，B 对于A使用50万元贩卖毒品的事实并不知情，且误以为A将公款用于购房，没有认识到 A利用公款进行非法活动与营利活动，所以，B既不具有贩卖毒品的故意，也不具有挪用 公款罪的故意、概言之，A的行为客观上引起了 B实施挪用公款的行为，但没有引起B 挪用公款罪的故意。反过来说，B的行为在客观上仍属于挪用公款进行非法活动，只不过 其没有挪用公款进行非法活动的故意而已如果要求教唆行为引起被教唆者的犯罪 故意，那么，A不成立挪用公款罪的教唆犯，因为他没有引起B挪用公款罪的故意。或许 有人认为，A成立挪用公款罪的间接正犯。但是，这种观点并不成立。挪用公款罪是真正 身份犯，在真正身份犯的场合，只有具备身份的人才可能成为正犯。在此案中，A虽然有 间接正犯的故意与利用行为，但因为缺乏间接正犯的身份，而不可能成立间接正犯。

〔**72**〕在独立预备罪的场合，教唆行为必须引起他人实施预备行为的意思，进而使之实施独立预备行为。

〔**73**〕 **0**本刑法理论通过认识错误认定甲成立教唆犯、但是，这种做法意味着原本并不符合教唆犯成立条件的行

为，经由认识错误理论便符合了教唆犯的成立条件，因而并不妥当（参见张明楷：“共犯对正犯故意的从属性 之否定"，载《政法论坛》2010年第5期）

〔**74**〕最高人民法院1998年4月29日《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第7条第2款规 定:“挪用公款进行非法活动构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。"

**［75］**在A于三个月内将公款归还给B所在的国有公司的前提下.B挪用公款给A用于购房首付的“故意”，并不 是真正意义上的挪用公款罪的故意。

**［76：**德国刑法理论与判例几乎没有争议地认为，在身份犯中，间接正犯必须具有身份，否则只能成立教唆犯与帮 助犯，而不可能成为间接正犯，因为间接正犯是正犯而不是共犯.刑法所规定的身份就是针对正犯而言的 （Vgl. ,C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck ,2003, S. 109，S. 138;［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，法律出版社2006年版，第292页、第309页）。如果 认为间接正犯可以不需要特殊身份,就必然使构成要件丧失定型性，进而违反罪刑法定原则。例如，国家工 作人员甲外出时，让非国家**T**作人员的妻子乙收受贿赂.国家工作人员是受贿罪的正犯，其妻子为帮助犯。 反之，即使妻子乙胁迫甲索取贿略，并由乙亲手接受财物，乙也不可能成立受贿罪的间接正犯„

第八章共同犯罪**417**

另一方面，由于A引起了 B实施挪用公款行为的意思，且B的行为是符合挪用公款罪构 成要件的违法行为，故A成立挪用公款罪的教唆犯。由此可见，共犯只是从属于正犯的 符合构成要件的违法行为，而不从属于正犯的故意。［77〕

教唆行为的方式没有限制，既可以是口头的，也可以是书面的，还可以是示意性的动 作（如使眼色、做手势）。教唆行为的方法也没有限制，如劝告、嘱托、哀求、指示、引诱、怂 恿、命令、威胁、强迫等。但如果威胁、强迫导致被教唆者丧失意志自由时，则成立间接正 犯。至于教唆行为是明示的、还是暗示的，也不影响教唆行为的成立。概言之，只要使他 人产生实施符合构成要件的违法行为的意思，就属于教唆行为。教唆行为的成立不要求 教唆者与被教唆者之间具有精神联系、交流动作或者不法串通，更不要求教唆者支配行为 计划。

教唆行为必须是唆使他人实施较为特定犯罪的行为=让他人实施所谓不特定犯罪 的，难以认定为教唆行为。但是，只要所教唆的是较为特定的犯罪，即使该犯罪的对象还 不存在，而是以出现对象为条件的，也不失为教唆行为。例如，教唆怀孕妇女在分娩后杀 死婴儿的，也成立教唆行为（当然，只有当妇女开始实施杀婴行为时，教唆者才成立教唆 犯）。另一方面，教唆行为的成立不要求行为人就具体的犯罪时间、地点、方法等做出指 不。

1. 教唆故意。唆使行为只要引起他人实施符合构成要件的违法行为，就是一种教唆 行为（也可谓不法层面的教唆犯）。但是，成立违法且有责意义上的教唆犯，还必须有责 任，因而必须有教唆故意（包括直接故意与间接故意）。教唆故意的内容是相当复杂的问 题，关键在于，是否要求教唆犯明知并希望或放任危害结果的发生，这又与未遂的教唆相 联系。

这里所说的未遂的教唆，是指教唆者故意教唆他人实施不能既遂的行为。教唆者在 实施教唆行为时就认识到，被教唆人产生犯罪决意后实行犯罪的结局只能是未得逞，不可 能是既遂。例如，甲将一支没有子弹的手枪交给乙，指示乙当场开枪杀害丙，乙接受教唆 开枪射击，因没有子弹而未能致丙死亡。这种未遂的教唆是否具有可罚性（是否成立教 唆犯）与对教唆故意如何理解，是一个问题的两个方面。

可罚说的理由不同。一种观点认为，教唆行为不是符合基本构成要件的行为，而是符 合修正构成要件的行为，因此，教唆犯的故意内容没有必要涉及基本构成要件的全部内 容，仅要求教唆者认识到被教唆者将实施犯罪行为即可。这是以往的共犯从属性论者所 持的观点。另一种观点认为，教唆犯的处罚根据在于，教唆者使被教唆者堕落；如果被教 唆者实施了被教唆的犯罪，只要刑法有处罚未遂的规定，就表明教唆者已经使被教唆者堕 落，因而具有可罚性。这可谓责任共犯论的观点。还有一种观点认为，教唆者使被教唆者 实施未遂行为，就具有结果发生的危险性，在观念上可以认为存在结果，教唆者对此结果 有认识，因而成立教唆犯。这是部分共犯从属性论者的观点。

不可罚说原本是共犯独立性论者的主张，其理由是，教唆行为是独立的犯罪行为，教 唆犯的故意必须是一定的犯罪本身的故意，教唆犯对被教唆者的行为所导致的基本构成 要件的结果，必须具有故意的认识因素与意志因素。既然行为人唆使他人实施不可能既

**［77］**参见张明楷/‘共犯对正犯故意的从属性之否定”，载《政法论坛》2010年第5期,」

**418**刑法学（第五版）

遂的行为，就表明缺乏教唆犯的故意，故不成立教唆犯。现在也有相当多的共犯从属性论 者主张此说。有人认为，既然教唆者确实能够阻止被教唆者行为的结果，就表明他没有认 识和容认结果发生的危险性，因而不可罚。〔78〕

我国刑法理论一般认为，教唆犯的故意内容是，认识到自己的教唆行为会使被教唆人 产生犯罪意图进而实施犯罪，以及被教唆人的犯罪行为会发生危害社会的结果，希望或者 放任被教唆人实施犯罪行为及其危害结果的发生。如果严格坚持这一观点，则前述未遂 的教唆不成立教唆犯。在本书看来，上述问题同时包含了教唆犯的故意以及所教唆的行 为是不能犯还是未遂犯两个方面的内容。第一，如果教唆者所唆使的行为是不能犯，则不 问教唆者的故意内容如何，均不成立犯罪。第二，如果教唆者所唆使的行为是可能导致结 果发生的未遂犯，则需要判断教唆犯是否具有教唆犯罪的故意。可以肯定的是，既然故意 犯罪的成立要求行为人希望或者放任危害结果的发生，那么，如果能够肯定教唆者并不希 望或者放任危害结果的发生，就不应认定为犯罪。但是，如果被教唆者按照教唆者教唆的 内容所实施的行为仍然具有导致结果发生的危险性，则难以否认教唆者具有犯罪故 意，〔〜而应以教唆犯论处。此外还要考虑到的是，是否指示犯罪方法以及指示何种犯罪 方法，并不影响教唆犯的成立;教唆行为通常引起被教唆者实施符合构成要件的违法行为 的意思，而将实施违法行为的具体问题交由被教唆者决定;在被教唆者产生了实施违法行 为意思的情况下，即使教唆犯原本指示的是难以甚至不能导致结果发生的方法，但被教唆 者完全可能改变方法直至发生结果。在这种情况下，不得免除教唆犯的责任。

值得讨论的是所谓侦查陷阱的情形。一般来说，当出于国家公职机关的动因或者基 于国家公职机关的允许，促使他人实施犯罪行为或者对他人已经计划的犯罪行为施加影 响和控制，以便能够逮捕犯罪嫌疑人或者证明相关罪行时，成立侦查陷阱。侦查陷阱必须 唤起了被唆使者的犯罪决意或者显著强化了被唆使者的犯罪计划，通过单纯的询问而获 取犯罪信息或者单纯接受建议的行为都不能成立侦查陷阱。〔8（）〕如果侦查陷阱没有使犯 罪嫌疑人犯罪既遂（如着手后即被制止），则不可罚。但是，以下两种情形并不一定排除 教唆犯的成立:第一，唆使行为导致被唆使者犯罪既遂，且唆使者对犯罪既遂具有故意时， 唆使者的行为符合教唆犯的成立条件。如果该行为没有保护更为优越或者至少同等价值 的法益（如不符合紧急避险等条件），应以教唆犯论处。第二，唆使没有任何犯罪嫌疑的 人实施犯罪的，应当认定为教唆犯＜ 例如，唆使没有任何犯罪嫌疑的人贩卖毒品的，应以 贩卖毒品罪的教唆犯论处。

（二）教唆犯的认定

1. 教唆犯只对与自己的教唆行为具有心理因果性的结果承担责任。例如，甲教唆乙 杀害A，乙在寻找A的过程中遇见了自己的仇人B，进而杀害B的，乙对B的死亡承担故 意杀人既遂的责任，但甲不承担故意杀人既遂的责任，因为甲的教唆行为与B的死亡结 果之间不具有因果性。由于乙已经开始实施了杀害A的预备行为，故甲仅负杀人预备的

C78J以上参见［日］东京U -*＞*卜《刑法n总论•结果无价值版》，东京u *1^-7A ＞* h'2002年版， 第426页以下。

〔79〕教唆者至少具有间接故意。如甲教唆乙杀害丙，同时将丙可能被杀害的事实告知丙，让丙穿好防弹衣，.在 这种情况下，乙仍然可能杀害丙,不能排除甲具有放任丙死亡的态度。

〔80〕参见王钢：“不容许的侦査陷阱对被唆使者刑事责任的影响”.载《清华法学》2009年第4期。

第八章共同犯罪**4W**

责任。

1. 对教唆犯,应当依照他所教唆的罪定罪，而不能笼统定教唆罪。如教唆他人犯抢劫 罪的，定抢劫罪;教唆他人犯放火罪的，定放火罪。当然，应当同时考虑教唆犯的从属性质 以及认识错误问题。如果被教唆者对被教唆的罪产生误解，实施了其他犯罪，或者在犯罪 时超出了被教唆之罪的范围，教唆犯只对自己所教唆的犯罪承担责任。例如，甲教唆乙实 施抢劫行为，但乙到达现场后只实施了盗窃行为的，对甲只能认定为盗窃罪。反之，A教 唆B实施盗窃行为，但B实施了抢劫行为的，对A仍应认定为盗窃罪。
2. 当刑法分则条文将教唆他人实施特定犯罪的行为规定为独立犯罪时（所谓共犯的 正犯化），对教唆者不能依所教唆的罪定罪，而应依照分则条文规定的犯罪定罪，不适用 刑法总则关于教唆犯的规定（参见刑法第W4条第2款）。
3. 教唆犯教唆他人实施几种较为特定犯罪中的任何一种犯罪时，对教唆犯按被教唆 者具体实施的犯罪定罪。例如，甲教唆乙对丙实施财产犯罪，言明使用盗窃、抢夺、诈骗、 抢劫方法均可。如果乙实施了盗窃罪，则对甲也定盗窃罪；如果乙实施了抢夺罪，则对甲 亦定抢夺罪。如果乙没有实施上述犯罪，根据教唆犯从属性原理，对甲不能以教唆犯论 处。

四、帮助犯

（一）帮助犯概述

帮助正犯的，是帮助犯。成立帮助犯，要求有帮助的行为与帮助的故意，共犯从属性 说还要求被帮助者实行了犯罪。

帮助行为既可以是有形的，也可以是无形的。前者是指提供犯罪工具、犯罪场所等物 质性的帮助行为，后者是指精神上的帮助行为，如提供建议、强化犯意等。帮助行为既可 以是作为，也可以是不作为（参见本章第七节）。至于帮助降低危险的行为，则不可能成 立帮助犯。例如，在甲绑架儿童后，知道真相的乙单纯照顾该儿童的行为，不成立绑架罪 的帮助犯。

帮助行为可以在实行行为之前实施（所谓预备的帮助犯），也可以与实行行为同时实 施（伴随的帮助犯），还可以在正犯者实行了一部分犯罪后实施（承继的帮助犯）。从刑法 史上看，还有事后的帮助犯，即在正犯实行终了之后的赃物罪、毁灭证据罪、隐匿犯人罪。 在大陆法系国家，这些犯罪都成立独立的犯罪，而不被认为是一种共犯，因而不再承认事 后的帮助犯的概念。在我国，事前无通谋的窝藏、包庇行为，以及事前无通谋的掩饰、隐瞒 犯罪所得及其产生的收益的行为，不成立帮助犯。但如果事前有通谋的，则成立帮助犯 （参见刑法第310条第2款）。

本书对共犯采取限制从属性说，因此，只要正犯的行为是符合构成要件的违法行为， 即使正犯没有故意，以帮助故意实施帮助行为者，也可能成立帮助犯。例如，乙误以为甲 女想杀死其丈夫,便将毒药交给甲女。甲女虽然给丈夫喂了毒药并且造成了丈夫死亡的 结果，但她在行为时却误以为自己喂的是一种治病的药物（“毒药案”）。由于甲女客观上 实施了符合构成要件的违法行为，故乙依然成立故意杀人罪的帮助犯。由此可见，否认帮 助犯对正犯故意的从属性，并不意味着承认没有正犯的帮助犯，只不过正犯是构成要件符

**420**刑法学（第五版＞

合性与违法性意义上的正犯，而不要求是有责意义上的正犯。〔81〕

帮助的故意的内容，与教唆的故意的内容一样存在争议，即是否要求帮助者认识到正

犯的实行行为的结果。对此不再赘述。过失的帮助在事实上是可能的，但与过失的教唆 一样，过失帮助他人实行犯罪的，不成立帮助犯（可能成立过失正犯）。以间接正犯的故 意“帮助”过失行为的，可能成立间接正犯。

（二）帮助犯的因果性

之所以处罚帮助犯，是因为帮助行为促进了法益侵害，因此，帮助行为与正犯的行为 结果之间必须具有因果关系。显而易见的是，由于正犯行为是正犯结果的原因，所以，如 果帮助行为与正犯行为没有因果性，那么，就不可能与正犯结果之间具有因果性。问题 是，当帮助行为仅对正犯行为具有促进作用，而没有对正犯结果起促进作用时，或者说与 正犯结果之间没有因果性时，能否将正犯的行为结果归属于帮助犯？

抽象的危险说认为，一般来说.在正犯实行之际使正犯的实行更为容易的行为，就间 接地对法益产生了危险，这便是作为从犯处罚的理由。因此,不仅不要求帮助行为与正犯 结果之间具有因果性，而且不需要帮助行为与正犯行为之间具有因果性。例如，只要一般 性地来看，行为强化、助长了他人的犯罪意思，就成立帮助犯。〔82〕但是，这种抽象的危险 说，没有区分可罚的帮助与不可罚的帮助，不可能适用于我国。例如，乙与丙吵架后，甲以 为乙会杀害丙，便将一把长刀递给乙，但乙根本没有杀害丙。按照抽象的危险说，甲的行 为也"一般性地”助长了乙的犯意。可是，我国刑法规定的未遂犯是针对正犯而言，刑法 第27条规定的帮助犯仅存在于共同犯罪之中，所以，甲的行为不可罚。由此可见，抽象的 危险说并不符合我国刑法的规定。另一方面，如果认为只要行为人实施了帮助行为，即使 帮助行为对正犯行为没有产生影响也成立帮助犯，就不能区分对既遂犯的帮助与对未遂 犯的帮助，更不能区分对未遂犯的帮助与帮助未遂。例如，甲欲人户盗窃丙的财物，让乙 将丙家的钥匙放在自己家楼下的信箱里，乙答应后将丙家的钥匙错放在他人家的信箱里。 甲没有发现钥匙，就采用其他方法人户盗窃了丙家的财物。如果采取抽象的危险说，也会 认为乙应当承担盗窃既遂的责任。可是，乙的所谓帮助行为与甲的盗窃行为、盗窃结果之 间没有因果性。乙的帮助行为未遂，而不是对未遂犯的帮助，更不是对既遂犯的帮助。所 以，不应当将甲的盗窃结果归属于乙的行为。

具体的危险说认为，帮助行为的因果性尤其是心理的因果性是难以限定的，应当予以 放弃,而有必要采取“促进”公式，亦即，采用客观归责原理的“危险增加论”，从行为时点 有专门知识的人的视点来考察，如果认为帮助行为提高了正犯行为的成功机会，就成立既 遂的帮助。据此，向人户盗窃的人提供人户钥匙的，即使正犯没有使用该钥匙，但只要事 前能够认定该钥匙可能是必要的，就应认定为既遂的帮助。〔83〕显然，具体的危险说同样 不能区分对既遂犯的帮助与对未遂犯的帮助，也不能区分对未遂犯的帮助与帮助未遂。 例如，正犯甲决意人户盗窃，乙知情并提供了人户的钥匙，但是，甲出门时忘了带乙提供的 钥匙，到现场后翻窗入户窃取了财物。虽然事前能够肯定人户盗窃需要钥匙，但将乙的行

**（81）**参见张明楷：“共犯对正犯故意的从属性之否定"，载《政法论坛》2010年第5期.. 〔82〕参见［日］野村稔:《刑法总论》，成文堂1998年补汀版，第421页以下。

〔**83**〕Vgl. ,R. D. Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbcstande,GA 1971，S.7.

第八章共同犯罪**421**

为认定为既遂的帮助，明显不当。

正犯行为说认为，只要帮助行为与正犯行为具有因果性即可，或者说，只要帮助行为 使正犯行为可能、容易，或者促进、强化了正犯行为，就足以认定帮助的因果性。据此，B 将仓库的钥匙交给A,但A认为该钥匙对侵人仓库不起作用，最后用另外的方法侵人仓 库窃取了财物时，或者B将铁钳作为侵人仓库使用的工具交给了 A，但A没有使用铁钳 而用别的方法侵人仓库窃取了财物时，B要被认定为盗窃既遂的帮助。正犯行为说有两 点理由：一是帮助犯是指帮助正犯者，因此，应当将帮助犯的因果关系理解为在物理上或 者心理上使正犯行为更为容易;二是帮助行为只能使正犯行为容易，而不可能成为结果的 直接原因。但是，第一，从文理上说，刑法所规定的帮助正犯者，并不意味着只是对正犯行 为起促进作用。第二，诚然，帮助行为与正犯结果之间不可能有直接的因果关系，但帮助 犯的特点本来就是通过他人间接地引起法益侵害结果。因此，完全可以判断帮助行为是 否与正犯结果之间具有间接的因果性，亦即，帮助行为是否经由正犯行为对结果起到了促 进作用。第三，所谓对正犯行为起促进作用的认定标准是相当模糊的。在正犯没有使用 帮助者提供的侵入仓库的工具时，难以判断该帮助行为对正犯行为起到了促进作用。第 四，如果认为只要帮助行为与正犯行为具有因果性就够了，就无法区分对正犯未遂的帮助 与对正犯既遂的帮助。于是，仅仅为未遂的可罚性提供基础的行为，同时也成为对既遂承 担责任的根据。这明显不妥当。

正犯结果说认为，只有当帮助行为与正犯结果之间存在因果性时，才能使帮助犯承担 既遂的责任。本书赞成这一观点。

首先，既然采取因果共犯论，就只能采取正犯结果说。根据因果共犯论，共犯的处罚 根据在于通过正犯引起符合构成要件的法益侵害结果，因此，只有当帮助行为从物理上或 者心理上促进、强化了正犯结果时，才能为帮助犯的处罚提供正当化根据。否则，就不可 能说，帮助行为通过介人正犯行为造成了法益侵害结果。例如，甲潜入丙家盗窃时，刚好 被乙发现。乙知道甲会盗窃，就主动为甲的盗窃望风，但甲对此并不知情。乙的望风行为 客观上没有对甲的盗窃结果产生任何影响，因而没有物理的因果性;又由于甲不知道乙在 为自己的盗窃望风，乙的望风行为没有从心理上强化、促进甲的犯意，因而与甲的盗窃结 果之间没有心理的因果性。不仅如此，乙的望风行为与甲的盗窃行为本身也没有任何因 果性。所以，乙对甲的盗窃不可能承担任何刑事责任。

其次，只要区分对未遂的帮助与对既遂的帮助，就必须采取正犯结果说。如果将对结 果没有促进的行为作为对既遂的帮助犯予以处罚，便使得对未遂犯的帮助与对既遂犯的 帮助之间丧失了界限。例如，甲意欲盗窃他人汽车，让乙提供了用于盗窃汽车的钥匙，但 甲在使用乙提供的钥匙时，却不能打开车门。于是，甲用其他方法盗走了汽车。甲着手实 行盗窃行为时，使用的就是乙所提供的钥匙。就此而言，乙的帮助行为还只是对未遂犯的 帮助。但是，乙提供的钥匙对甲盗走汽车的结果并没有起促进作用。因此，乙仅承担盗窃 未遂的刑事责任。

最后，因果关系是归责的必要条件,对帮助犯也不例外。就单独正犯以及共同犯罪中 的正犯而言，因果关系是将结果归属于正犯的必要条件。如果结果的发生与正犯的行为 之间没有因果关系，就不可能让正犯对结果负责。帮助犯是刑罚扩张事由，既然将结果归 责于正犯以因果关系为前提，那么，对于帮助犯而言，也必须提出这样的要求，否则，就与

**422**刑法学（第五版）

帮助犯的这种刑罚扩张事由明显不相当。也可以说，认为帮助犯对与自己的行为没有因 果关系的结果也要承担既遂犯的刑事责任，是主观主义刑法理论的结论，为当今刑法理论 所不取。

综上所述，只有当帮助行为与正犯结果之间具有物理的因果性或者心理的因果性时， 帮助犯才对正犯结果负责。帮助行为与正犯结果的物理因果性，主要表现为如下情形： （1）没有帮助行为，就不可能发生正犯结果；或者说，正犯利用帮助犯提供的帮助造成了 结果。例如，帮助犯向正犯提供盗窃保险柜的钥匙，正犯因此窃取了保险柜内的现金。再 如，帮助犯向正犯描述了被害人的特征，使正犯得以识别进而加害被害人。（2）帮助行为 使正犯结果范闱扩大。例如，正犯向帮助犯借枪杀人，帮助犯提供了手榴弹，导致多人死 亡。（3）帮助行为使正犯结果程度加重。例如，正犯向帮助犯索要麻醉剂抢劫，帮助犯提 供了致人死亡的化学品，导致正犯抢劫时致人死亡。（4）帮助行为使正犯结果提前。例 如，帮助犯提供被害人的行踪，使正犯迅速杀害被害人。（5）帮助行为使正犯结果发生的 危险性增大（使结果发生更为容易）。例如，正犯准备撬窗人户盗窃，帮助犯提供了人户 盗窃的钥匙，使正犯盗窃更为容易。帮助行为与正犯结果的心理因果性，主要表现为强化 正犯造成结果的决意，或者使正犯安心实施法益侵害行为、造成法益侵害结果。例如，与 乙男具有不正当关系的甲女，得知乙想杀害自己的妻子丙时便对乙说：“如果你杀了丙， 我就会和你结婚。”甲强化了乙的杀人动机，降低了乙放弃犯意的可能性，乙杀害了丙。 对此，应当肯定甲的行为与正犯结果之间具有心理的因果性。当然，在具体案件中，有的 帮助行为可能与正犯结果之间既具有物理的因果性，也具有心理的因果性。例如，望风行 为不仅使正犯安心盗窃，而且在客观上阻止了被害人立即发现正犯行为，从而使正犯盗窃 既遂时，便是如此。

在采取正犯结果说时，还有几个需要讨论的问题：

1. 在采取正犯结果说的同时，是否还要求帮助行为与正犯行为之间具有因果性？ 从逻辑上说，只有与正犯行为具有因果性的帮助行为，才可能进一步与正犯结果之间 具有因果性。但事实上，如果能够肯定帮助行为与正犯结果之间具有因果性，就必然 能够肯定帮助行为与正犯行为之间具有因果性。另一方面，在否定了帮助行为与正犯 结果之间具有因果性时，如果能够肯定帮助行为与正犯行为具有因果性，则能认定为 未遂犯的帮助犯。
2. 在采取正犯结果说时，是否要求帮助行为与正犯结果之间具有“没有前者就没有 后者”的条件关系？这取决于是否同意对条件关系进行修正以及如何理解正犯结果（是 否采取具体的结果观）。例如，甲决意杀害丁，知情的乙丙二人并无意思联络，却均向甲 提供了性能相同的枪支，甲使用乙提供的枪支杀害了丁。根据条件关系必要说的观点，乙 与丙的行为都难以成立帮助犯，因为即使没有乙提供的枪支，甲也会用丙提供的枪支杀害 丁，反之亦然。但是，其一，如果对条件关系进行修正，〔叫那么，乙、丙的行为与丁的死亡 之间均有条件关系。其二，如果认为死亡结果并不是抽象意义上的丁的死亡，而是丁在什 么时间、被什么枪支击中什么部位而死亡，则能肯定乙的帮助行为与丁的死亡之间具有条

[84〕亦即，在数个行为引起一个结果的情况下，如果除去一个行为结果将发生，除去全部行为结果将不发生，则 全部行为都是结果发生的原因。

第八章共同犯罪**423**

件关系。换言之,只要存在如若没有该帮助行为，就不会出现此时、此种形态的正犯结果， 就可以肯定帮助的因果性。在上例中，乙提供的枪支合法则地引起了丁死亡的结果，必须 肯定乙的行为与丁死亡之间的物理的因果性。

1. 帮助行为与正犯结果缺乏物理的因果性时，并不必然意味着同时缺乏心理的因果 性。在缺乏物理的因果性时，需要判断有无心理的因果性，反之亦然。当然，由于物理 的因果性比较容易判断，故应先判断物理的因果性。在上例中，虽然丙的行为事实上 与丁的死亡结果之间没有物理的因果性，但丙的行为也强化、促进了甲的犯意，因而与丁 的死亡结果之间具有心理的因果性。再如，甲打算入户盗窃，乙知情后将撬门工具提供给 甲。甲携带该橇门工具和自己准备的万能钥匙前往丙家，甲先使用万能钥匙打开了丙家 的门，窃取了巨额财物。在此案中，乙提供撬门工具的行为，虽然与甲的盗窃结果之间没 有物理的因果性，但该行为强化、促进了甲的盗窃犯意，因而与结果之间具有心理的因果 性。

由此可见，物理的帮助与心理的帮助，并不等同于物理的因果性与心理的因果性。在 上例中，乙实施的是物理的帮助行为，但与正犯结果之间仅具有心理的因果性。再如，帮 助犯只是向盗窃正犯口述如何打开他人汽车门以及如何发动汽车的方法，正犯按照帮助 犯所述方法盗走汽车的，帮助犯的行为与正犯结果之间具有物理的因果性。又如，帮助犯 向盗窃正犯提供了盗窃汽车所需要的钥匙，如果帮助犯不提供该钥匙，正犯就不会决意实 行犯罪时，该帮助犯的物理的帮助行为，实际上与结果之间也具有心理的因果性。

问题是，在什么情况下，物理的帮助行为会产生心理的因果性？ 一种观点认为，即使 正犯已经具有盗窃的故意，甚至在实行过程中也没有使用帮助犯提供的钥匙，但是，提供 钥匙的行为也可能与正犯结果之间具有心理的因果性。据此，任何物理的帮助行为都与 正犯结果之间具有心理的因果性，这种绝对观点会使因果性的判断丧失意义。本书认为， 就这类案件而言，可以区分三种情形：（1 ）乙知道甲将人户盗窃，而将人户钥匙提供给甲， 但甲到了现场后首先使用自己携带的工具入户盗窃了他人财物。在这种情况下，仍能肯 定乙的帮助行为与甲的盗窃结果之间具有心理的因果性。因为甲在盗窃过程中清楚地知 道，即使自己的钥匙打不开门，但还有乙提供的钥匙，所以，乙的帮助行为强化了甲的犯 意。（2）甲到了现场后首先使用乙提供的钥匙，但发现乙的钥匙根本不起作用，于是使用 自己的钥匙入户盗窃了财物。在这种情况下，乙的帮助行为只是与正犯的着手实行盗窃 的行为之间具有物理的因果性，但与正犯结果之间既没有物理的因果性，也没有心理的因 果性。既然甲明知乙的钥匙不起任何作用，就不能认为乙的帮助行为仍然在强化甲的犯 意。所以，乙仅成立未遂犯的帮助犯。（3）如若甲到现场后首先使用乙提供的钥匙，并且 打开门窃取了财物，则可以认为，乙提供钥匙的行为与甲的盗窃结果之间既具有物理的因 果性，也具有心理的因果性。

1. 帮助行为与正犯结果的因果性,同时也是区分对正犯的帮助与对帮助的帮助的实 质标准。帮助犯是对正犯的帮助，据此，单纯对帮助行为进行帮助的，不成立帮助犯。但 应注意的是，只要帮助行为与正犯结果具有因果性，即使正犯并没有意识到这种帮助行

[85]当然，在存在物理的H果性的情况下，也可以再进行心理的因果性的判断.不过，这种判断只对量刑有一定 意义，对定罪不起实质作用。

**424**刑法学（第五版）

为，也应认定为对正犯的帮助，因而成立帮助犯。例如，甲人户盗窃时邀约乙在楼下望风， 乙担心被害人回家时来不及告诉甲，便让丙在小区门口帮忙望风，丙在小区门外发现被害 人后立即告诉乙，乙让甲拿走财物迅速逃离。在本案中，能够肯定丙的行为与正犯结果具 有因果性，应认定为对正犯的帮助，而不是对帮助行为的帮助。反之，如果对帮助行为进 行帮助的行为与正犯结果没有因果性，则不能认定为帮助犯。在上例中，倘若丙知道乙在 望风，而为乙提供被害人的照片，但被害人并没有出现。丙提供照片的行为与正犯结果之 间没有任何因果性，故丙不成立帮助犯。

此外要说明的是，帮助行为与正犯结果之间是否具有因果性（尤其是心理的因果 性），与帮助者有没有故意，是两个不同的问题。不要以为，心理的因果性以有共同故意 为前提。例如，乙只是单纯描述仓库门窗破损、无人看守、容易被盗的事实，却强化了甲的 盗窃犯意，甲实施了盗窃行为。可以肯定，乙的行为与甲的行为结果之间具有心理的因果 性，但是，乙并没有帮助故意。这再一次说明，在不法层面理解和认定共同犯罪，是完全妥 当和可行的。

（三）中立的帮助行为

理论上争论的一个重要问题是，一种外表无害的“中立”行为（日常生活行为），客观 上帮助了正犯时，是否成立帮助犯？例如，出租车司机A明知甲要前往某地实施杀人行 为仍然将其运往该地；五金商店的店员B明知乙将螺丝刀用于盗窃仍向乙出售螺丝刀； 丙在撬他人保险箱时口干舌燥，C递给丙一瓶矿泉水，使丙得以继续撬保险箱。有的观点 认为，A、B、C分别成立杀人罪与盗窃罪的帮助犯；有的观点则认为，A、B、C均不应承担 帮助犯的责任;有的观点则认为，A、B不应承担帮助犯的责任，但C应承担帮助犯的责 任。

从判断标准来看，可以分为主观说、客观说与折中说。主观说将行为人的 '‘知”与 “欲”作为判断标准。其中有人认为，如果行为人知道正犯要实施犯罪而仍然提供援助， 那么,其提供援助的行为就不再具有日常行为的性质，应认定为帮助犯。有人认为，行为 人意图通过自己的援助行为积极推动犯罪结果的发生时，应认定为帮助犯，据此，间接故 意实施的援助行为不成立帮助犯。客观说以一种客观的标准决定中立的帮助行为是否成 立帮助犯,认为中立的或者职业范围内的行为（与职业相当的行为）应当排除在帮助犯之 外。折中说主张，将客观要素与主观要素联系在一起，判断其与犯罪的意义关联。如果行 为人通过相应的援助行为有意识地直接促进犯罪，或者援助行为本身虽然是合法的，但行 为人明知该行为的唯一目的是犯罪时，就认定为帮助犯。各种学说内部又有诸多不同的 观点。〔86〕

总的来说,应当为中立行为设置可罚的帮助犯的界限。但是，如果采取主观说，可能 导致客观上缺乏因果关系的帮助行为，也成立帮助犯。客观说虽然有一定的合理性，可 是，没有理由认为，具有一定职业的人可以为犯罪提供帮助。例如，甲知道乙要杀人，便用 私家车将乙送往杀人现场的，甲无疑成立帮助犯。出租车司机A知道B要杀人，便用出 租车将B送往杀人现场的，为什么可以不受处罚？此外，职业行为之外的日常行为的范 围，也是难以确定的。例如，将斧头、汽车借给他人是否属于日常行为？将家里不用的危

〔86〕参见陈洪兵:《中立行为的帮助》，法律出版社2010年版，第71页以下

第八章共同犯罪**425**

险物品出卖给他人是否属于日常行为？这些都是难以回答的问题。折中说也具有一定的 合理性，但是，其标准并不明确。不仅如此，只要客观上对正犯提供了帮助，主观上对此具 有认识，其客观行为、主观认识便就与犯罪产生意义关联，于是难以为可罚的帮助设置界 限。

本书初步认为，应当通过综合考虑正犯行为的紧迫性，行为人（帮助者）对法益的保 护义务，行为对法益侵害所起的作用大小以及行为人对正犯行为与结果的确实性的认识 等要素，得出妥当结论。例如，如果甲的杀人行为并不紧迫，或者A只是大体上估计对方 将来可能实施犯罪行为，对于A的日常生活行为不宜认定为帮助犯。反之，向正在斗殴 的人出售利刃的，成立帮助犯。上述C的行为也应认定为帮助犯（与结果的发生具有物 理的因果性）。再如，甲坐上乙驾驶的出租车后，发现前方丙女手上提着包，就让乙靠近 丙行驶，乙知道甲的用意，依然靠近丙行驶。甲夺得丙的提包后，让乙加速行驶，乙立即提 速并将甲送往目的地。对乙应以抢夺罪的帮助犯论处。

需要注意的是，在行为人实施的多种行为中，既有中立的帮助也有正犯行为时，两种 行为侵害同一法益的，应当直接按正犯论处，而不能以中立的帮助为由为其开脱罪责。例 如，甲公司在网络上提供了某种播放器，网民可以通过该播放器下载、上传淫秽影片，播放 器同时对淫秽影片予以缓存，使得其他网民能够迅速观看淫秽影片。相对于上传淫秽影 片的行为人来说，甲公司的行为可谓一种“中立的帮助”；但缓存淫秽影片的行为相当于 “陈列”淫秽影片，陈列行为本身就属于传播淫秽物品的正犯行为。因此，对甲公司应以 传播淫秽物品犯罪的正犯论处。

（四）对非特定正犯的帮助行为

在司法实践中，存在帮助者不是针对特定的正犯实施帮助行为，而是针对不特定的正 犯实施帮助行为的案件。例如，某公司出售一种设备，该设备安装在汽车前部时，即使夜 间超速行驶，道路上的超速监控装置也无法对其进行摄影监控。日本大阪高等裁判所认 为，公司董事的行为使他人实施超速驾驶变得容易，成立道路交通法上的超速驾驶犯罪的 帮助犯。cw

不难看出，所谓针对非特定的正犯实施帮助行为，只是就事前帮助而言。当正犯着手 实行犯罪时，行为人就是针对特定的人实施帮助行为，只不过行为人不一定知道正犯的姓 名以及正犯的人数多少。但是，这一点并不是帮助犯的故意认识内容，因而不影响帮助犯 的成立。概言之，在事前帮助的场合，即使不能确定自己的帮助行为会对哪些正犯结果起 作用，但只要事后查明帮助行为促进了正犯结果，并且对该结果具有故意，就应认定为帮 助犯。

但是，上述对非特定正犯的帮助行为，仅限于行为人所提供的设备、方法等只能或者 通常用于犯罪的情形。例如，行为人出售用于窃电的设备，该设备没有其他正当用途。在 这种情况下，只要正犯将该设备用于窃电，出售者便构成盗窃的帮助犯（可能同时触犯其 他罪名）。如果行为人提供的设备、方法等具有正当用途，但正犯利用该设备、方法实施 犯罪的，事先提供该设备、方法的人，不成立帮助犯。例如，甲公司在网络上免费提供下载 工具，正犯乙利用该工具下载淫秽视频出售的，甲公司不成立帮助犯。

[87]日本大阪髙等裁判所2000年6月30日判决，载日本《高等裁判所刑事判例集》第53卷第2号，第103页。

**426**刑法学（第五版）

五、教唆犯、帮助犯与正犯的区别

一般来说，容易区分正犯、教唆犯与帮助犯。需要讨论共同正犯与有形帮助犯、教唆 犯与无形帮助犯，以及教唆犯、帮助犯与间接正犯的关系。

（一） 共同正犯与有形帮助犯

根据形式的客观说，共同正犯与有形帮助犯的区别基准在于:前者是以共同实行的意 思，共同实施符合基本构成要件的实行行为;后者是以帮助的意思，实施符合修正的构成 要件的行为。这一标准在表面上是清楚的，但在具体认定上则格外困难。根据实质的客 观说，共同正犯与有形帮助犯的区别，取决于参与者对犯罪行为整体所起作用的实质重要 性。根据犯罪事实支配理论，共同正犯与有形帮助犯的区别，在于参与人是否支配了犯罪 事实。不过，即使采取相同学说的人，也会对具体事例得出不同结论。争论特别多的是如 何认识望风行为。

例如，甲与乙通谋盗窃丙家财物，甲在门外望风，乙在室内盗窃，甲是共同正犯，还是 帮助犯？对此，形成了以下学说：（1）共同正犯说认为，从整体上观察各行为人的行为，即 使没有直接下手，但由于共谋犯罪，而且分担了望风行为，可以认为是共同正犯。（2）共 谋共同正犯说认为，望风人没有实施构成要件的行为，但由于与正犯共谋，因而是共谋共 同正犯。（3）帮助犯说认为，望风行为并不符合基本构成要件，只能以帮助犯论处。但 是，非法拘禁中为了防止被害人逃走的望风行为，在现场进行指挥形式的望风行为，则具 有实行行为性，是共同正犯。（4）实质的客观说认为，倘若望风行为对犯罪的完成起到了 重要作用，就是共同正犯；如果仅起从属作用，则是帮助犯。望风行为所起作用如何，取决 于行为人对犯罪行为的意识，在共犯者内部的地位，对实行行为加功的有无、样态及程度。 （5）犯罪事实支配理论认为，应当结合犯罪计划判断望风行为是否对犯罪实施做出了重 大贡献。如果得出肯定结论，则望风行为是共同正犯，否则为帮助犯。前=种学说提出了 明确的区分标准与结论，但过于形式化;后两种观点注重望风行为的实质重要性，但缺乏 明确的判断标准，只能根据具体案件的情形得出具体结论。本书认为，望风行为大多是帮 助犯，但当望风行为支配了犯罪的发展进程，对正犯结果起到重要作用时，则宜认定为共 同正犯。详言之，望风行为仅与正犯结果具有心理因果性的，宜认定为帮助犯。望风行为 与正犯结果同时具有物理的因果性和心理的因果性的，应认定为共同正犯。例如，乙人户 盗窃时，在门外望风的甲发现被害人即将进人家门时,利用欺骗等手段拖延被害人进人家 门的时间，进而使乙盗窃得逞的，应认定为共同正犯。此外，望风行为与正犯结果没有心 理的因果性但具有物理的因果性的，既可能认定为片面的帮助犯，也可能认定为片面的共 同正犯。

（二） 教唆犯与无形帮助犯

强化他人实行特定犯罪的决意，或者是提供建议使他人更容易地实行犯罪的，是无形 帮助犯（心理的帮助犯）；使他人产生实施符合构成要件的违法行为的意思的，是教唆犯。 所以，是否使他人产生实施符合构成要件的违法行为的意思，是教唆犯与无形帮助犯的基 本区别。在正犯已有实施意思的情况下，教唆者对之进行“教唆”的，属于教唆未遂；如果 教唆者的唆使行为使正犯的实施意思得以加强，就可能成立心理上的帮助犯。当正犯已 决意实施A罪，而教唆者唆使正犯实施B罪的，仍然成立教唆犯。当正犯已经决定实施 犯罪，只是心存一丝疑虑时，教唆者对之进行“教唆”的，不成立教唆犯，也仅构成帮助犯。

第八章共同犯罪**427**

当正犯起初决定实施犯罪，但是后来放弃犯意时，教唆者重新激起正犯的犯罪决意的，依 然成立教唆犯。当正犯欲盗窃A的此财物（如现金），而教唆者唆使正犯盗窃A的彼财 物（与金银首饰）时，仅成立帮助犯。对于已有实行意思的正犯的行为方式（犯罪时间、地 点、工具）的指示，一般仅成立帮助犯。

（三）教唆犯、帮助犯与间接正犯的关系

我国刑法没有肯定共犯对正犯故意的从属性，但刑法理论将引起被教唆者的故意或 者使被教唆者产生犯罪决意，作为教唆犯的成立条件，将正犯故意作为帮助犯的成立条 件。〔88〕在本书看来，提出这样的要求，只是为了明确教唆犯与间接正犯、帮助犯与间接正 犯的界限。在此意义上说，“引起被教唆者的故意”以及“正犯故意”只是部分情形下的界 限要素，因而是表面的要素或者虚假的要素。换言之，就教唆犯与帮助犯而言，“引起被 教唆者的故意”以及“正犯故意”并不是刑法明文规定的要素，只是刑法理论就部分情形 提出的一个分界要素。因此，“正犯故意”并不是教唆犯、帮助犯的真正成立条件，只是在 需要区分教唆犯与间接正犯、帮助犯与间接正犯时才起作用。

首先，就教唆犯与间接正犯的关系而言。诚然，对于已经产生了特定犯罪故意的人， 不可能就该特定犯罪再实施教唆行为。换言之，成立教唆犯，要求教唆行为引起被教唆者 产生实施符合构成要件的违法行为的意思，进而实施该行为。但是,"实施符合构成要件 的违法行为的意思”并不等于犯罪故意（参见本节前述“土药案”）。不过，在被教唆者或 被利用者缺乏故意时，只要利用者的确是犯罪事实的支配者，主观上具有间接正犯的故 意，就成立间接正犯。因此，正犯是否具有故意，只是区分教唆犯与间接正犯的一个要素 （不是唯一要素），而不意味着正犯产生犯罪故意是教唆犯的成立条件。

由此可见，否认共犯对正犯故意的从属性，将正犯故意作为界限要素，不意味着将部 分间接正犯归人教唆犯。而且，依然可以采取通行的标准区分教唆犯与间接正犯。例如， 甲与乙一起狩猎，甲明知前方是人却对乙说“前面有只熊”，乙信以为真，没有确认就开 枪，导致被害人死亡。甲利用了不知情的乙的行为造成被害人死亡的结果，且具有间接正 犯的故意，因而成立间接正犯。概言之，否认教唆犯对正犯故意的从属性，一方面使得仅 有教唆故意，但客观上造成了间接正犯事态的人，可以合理地成立教唆犯（如“土药案”）； 另一方面，在真正身份犯中，使得既有间接正犯的故意，也造成了“间接正犯”事态，但缺 乏特殊身份的人，可以合理成立教唆犯（如本节前述“无身份挪用案”）。

其次，就帮助犯与间接正犯的关系而言。只要故意帮助他人实施了符合构成要件的 违法行为，就符合帮助犯的客观要件。在此前提下，倘若正犯具有故意，帮助者也具有帮 助的故意，就成立帮助犯;倘若正犯没有犯罪的故意，帮助者客观上造成了间接正犯的效 果，但只要帮助者没有间接正犯的故意，就只能认定为帮助犯（如本节前述“毒药案”）。 所以，正犯是否具有故意，只是区分帮助犯与间接正犯的一个要素（不是唯一要素），而不 意味着正犯具有犯罪故意是帮助犯的成立条件。

由此可见,教唆犯、帮助犯与间接正犯不是对立关系，而是包容关系。就一般犯罪而 言，客观上引起他人实施了符合构成要件的违法行为这一条件，对于教唆犯与间接正犯来

[88〕我国刑法理论的传统观点认为，“所谓教唆，就是唆使具有刑事责任能力没有犯罪故意的他人产生犯罪故 意”（髙铭暄、马克昌主编:《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2016年第7版，第177页）。

**428**刑法学（第五版）

说是相同的。或者说，只要客观上引起他人实施了符合构成要件的违法行为，就既可能成 立教唆犯，也可能成立间接正犯：（！）正犯具有故意时，引起者成立教唆犯；（2）正犯没有 故意时，引起者具有间接正犯故意的，成立间接正犯；（3）正犯没有故意时，引起者不具有 间接正犯故意的，仅成立教唆犯。概言之，在正犯没有故意的情况下，引起者既可能是教 唆犯，也可能是间接正犯。帮助犯与间接正犯的关系，也按这一原理解决。就身份犯而 言，直接行为者有无故意，不是区分教唆犯与间接正犯的唯一标准。在这种场合，需要同 时考虑直接行为者与引起者的身份和故意：（1）直接行为者具有特殊身份，并实施了符合 构成要件的违法行为，且具有犯罪故意时，引起者仅成立教唆犯；（2）直接行为者具有特 殊身份，并实施了符合构成要件的违法行为，但没有故意时，没有身份的引起者仅成立教 唆犯，而不成立间接正犯；（3）直接行为者具有特殊身份，并实施了符合构成要件的违法 行为,但没有故意时,具有身份的引起者成立间接正犯;（4）直接行为者不具有特殊身份， 但实施了具备其他构成要件要素的违法行为，不管有无故意,具有身份的引起者成立间接 正犯。

（四）共犯的正犯化

刑法分则存在将狭义的共犯规定为正犯的现象，这便是共犯的正犯化，包括教唆犯的 正犯化与帮助犯的正犯化。

例如，胁迫、勾引、收买国家机关工作人员进行武装叛乱或者武装暴乱的，原本属于武 装叛乱、暴乱罪的教唆犯，但刑法第104条第2款将其规定为正犯。这属于教唆犯的正犯 化。在这样的场合，对于实施胁迫、勾引、收买行为的人，不是按教唆犯处罚，而是直接按 刑法第104条第2款的规定定罪量刑。即使被胁迫、勾引、收买的国家机关工作人员没有 实施武装叛乱、暴乱行为的，对于行为人也应以本罪论处。唆使或者帮助他人实施胁迫、 勾引、收买行为的人，则成立本罪的教唆犯或者帮助犯。

所谓帮助犯的正犯化，是指刑法分则条文直接将某种帮助行为规定为正犯行为，并且 设置独立的法定刑。但是，这并不意味着只要分则条文对帮助犯设置了独立法定刑， 就是帮助犯的正犯化。总的来说，刑法分则条文对帮助犯设置独立法定刑时，存在帮助犯 的绝对正犯化、帮助犯的相对正犯化以及帮助犯的量刑规则三种情形。

1. 帮助犯的绝对正犯化

所谓帮助犯的绝对正犯化（典型的帮助犯的正犯化），是指帮助犯已经被分则条文提 升为正犯，与其他正犯没有任何区别，只不过分则条文可能使用了“帮助”、"资助”、“协 助”等用语的情形。

例如,刑法第120条之一第丨款规定：“资助恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人 的……处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金;情节严重的，处五 年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。"这一规定就是帮助犯的绝对正犯化。帮助犯 的绝对正犯化产生三个法律后果：（丨）从定罪角度来说，帮助犯被正犯化后，不再以正犯 实施符合构成要件的不法行为为前提。换言之，根据共犯从属性说的原理以及作为通说 的限制从属性说，只有当正犯实施了符合构成要件的不法行为时，才能将帮助犯作为共犯 处罚。例如，甲认识到乙将要绑架丙，便将丙的行踪提供给乙。然而，乙并没有实施绑架

C89）不同学者可能对“帮助犯的正犯化”存在不同理解，但无论如何都必须以正犯的性质与特点为中心来理解

第八章共同犯罪**429**

丙的任何行为。根据共犯从属性说的原理,对甲不能以绑架罪的帮助犯论处。但是，在帮 助行为被正犯化之后，就不需要以其他正犯实施符合构成要件的不法行为为前提。这并 不意味着帮助犯的正犯化采取了共犯独立性说，而是原本的帮助行为已经被提升为正犯 行为，故不需要存在另外的正犯即可成立犯罪（而且成立的是正犯）。（2）从量刑角度来 说，帮助犯被正犯化后，不再按照刑法总则规定的从犯处理，不得适用刑法第27条关于对 从犯“应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”的规定，而必须直接按分则条文规定的法定刑 处罚，这便没有免除处罚的可能性。［90〕（3）从对他人定罪量刑的影响角度来说，帮助犯被 正犯化后，由于原本的帮助行为提升为正犯行为，于是对该正犯行为的教唆、帮助行为又 能成立共犯（教唆犯与帮助犯）。因为教唆犯是指唆使他人实施符合构成要件的不法行 为，教唆他人实施帮助行为的，并不是按教唆犯处罚，而是按帮助犯处理帮助犯是指 帮助正犯者，所以，单纯对帮助犯进行帮助，而没有对正犯起帮助作用的，并不成立帮助 犯，因而不得处罚。但是，一旦对帮助犯实行正犯化，就意味着原本的帮助行为成为刑 法分则规定的正犯行为，故教唆他人实施该正犯行为的，就成立对正犯的教唆犯（而非帮 助犯），帮助他人实施该正犯行为的，也会成立对正犯的帮助犯（而非不处罚）。

1. 帮助犯的相对正犯化

帮助犯的相对正犯化，是指帮助犯是否被提升为正犯不可一概而论，需要独立判断帮 助行为是否值得科处刑罚的情形。换言之，在这种场合，帮助犯既可能被正犯化，也可能 没有被正犯化。在没有其他正犯的场合，帮助犯是否值得处罚，取决于该帮助行为本身是 否侵害法益以及侵害的程度。

例如，刑法第358条第1款规定了组织卖淫罪，第4款规定：“为组织卖淫的人招募、 运送人员或者有其他协助组织他人卖淫行为的，处五年以下有期徒刑，并处罚金;情节严 重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”在本书看来，为他人组织卖淫所实施的 招募、运送人员的行为是否成立协助组织卖淫罪，一方面取决于正犯是否实施了组织卖淫 的行为，另一方面在正犯没有实施组织卖淫行为时，取决于协助行为本身是否严重侵害了 社会管理秩序（参见第二十三章第九节“二”）。所以，刑法第358条第4款属于帮助犯的 相对正犯化。

1. 帮助犯的量刑规则

所谓帮助犯的量刑规则，是指帮助犯没有被提升为正犯，帮助犯依然是帮助犯，只是 因为分则条文对其规定了独立的法定刑，而不再适用刑法总则关于帮助犯（从犯）的处罚 规定的情形。例如，刑法第287条之二第1款规定：“明知他人利用信息网络实施犯

**［90］** 当然,另具有免除处罚情节的除外，但该“帮助”行为本身不可能成为免除处罚的情节。

**［91］** 例如,A得知B要杀害甲，于是教唆C将杀人凶器提供给B,B使用该凶器杀害了甲。A并没有唆使他人实 施符合构成要件的行为，只是唆使他人实施帮助行为，故只能认定为帮助犯。

［92］ 显然，应当合理区分某种行为是对正犯的帮助还是对帮助的帮助。如前所述，只要帮助行为与正犯结果具 有因果性（即使正犯没有意识到这种帮助行为），就应认定为对正犯的帮助，因而成立帮助犯。可以肯定的 是，在通常情况下，对帮助犯的帮助行为与正犯结果之间存在因果性（参见［日］大谷实：《刑法讲义总论》， 成文堂2012年新版第4版，第447 -448页）。

〔90 91 92 93〕倘若将这类情形也称为帮助犯的正犯化.也只能认为是帮助犯量刑的正犯化。换言之.如若将帮助犯的正 犯划分为定罪的正犯化与量刑的正犯化，那么，刑法第287条之二第1款的规定就属于后者。但在本书看 来，不宜将这种情形归人帮助犯的正犯化

**430**刑法学（第五版）

罪，为其犯罪提供互联网接人、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广 吿推广、支付结算等帮助，情节严重的，处-:年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚 金。”本规定只是帮助犯的量刑规则。例如，在甲明知乙可能或者将要实施网络诈骗犯 罪，便主动为乙提供互联网技术支持，但乙根本没有实施网络诈骗犯罪时，甲的行为没有 直接或者间接侵害法益，对于甲的行为不可能以犯罪论处（也可以认为，甲的行为属于不 能犯）。再如，张三明知李四正在实施网络诈骗犯罪，便主动为李四提供互联网技术支 持，但李四并不利用甲所提供的技术时，张三的行为也没有直接或者间接侵害法益，也不 能以犯罪论处。

在刑法分则对帮助犯设置量刑规则时，不能将帮助犯作为正犯看待。首先，为他人犯 罪提供互联网技术支持的行为依然是帮助行为，其成立犯罪以正犯实施了符合构成要件 的不法行为为前提。其次，教唆他人实施上述帮助行为的，不成立教唆犯，仅成立帮助犯； 单纯帮助他人实施帮助行为，而没有对正犯结果起作用的，就不受处罚。最后，对于实施 本款行为构成犯罪的行为人不得依照刑法总则第27条的规定从轻、减轻处罚或者免除处 罚，只能直接按照刑法第287条之二第1款的法定刑处罚。

需要注意的是，如果正犯化的共犯行为同时构成其他犯罪的，应当依照处罚较重的规 定定罪处罚。其中有两种情况：（1）被正犯化的教唆、帮助同时构成其他犯罪的正犯，并 且按其正犯定罪会处罚更重，但这种情况很罕见。例如，刑法第104条第2款与第358条 第2款规定的行为，基本上不可能同时构成其他犯罪的正犯。（2）被正犯化的教唆、帮助 行为同时构成其他犯罪的共犯，并且按其他犯罪的共犯定罪会处罚更重。刑法第287条 之二规定的犯罪就可能出现这样的情况。例如，明知他人利用信息网络实施危害国家安 全犯罪而为其提供帮助的,应按危害国家安全罪论处。

第六节承继的共同犯罪

一、承继的共同犯罪的概念

我国刑法理论认为，共同犯罪可以分为事前通谋的共同犯罪与事前无通谋的共同犯 罪。在着手实行犯罪之前，各共犯人已经形成共同犯罪故意，就实行犯罪进行了策划和商 议的，就是事前通谋的共同犯罪。“通谋”一般是指二人以上为了实行特定的犯罪，以将 各自的意思付诸实现为内容而进行谋议。由于共犯人在着手实行前就犯罪的性质、目标、 方法、时间、地点等进行了策划，故其犯罪易于得逞，危害程度严重。在刚着手或实行犯罪 的过程中形成共同犯罪故意的，则是事前无通谋的共同犯罪。

事前无通谋的共同犯罪中，可能存在承继的共同犯罪现象。其中，承继的共同正犯， 是指前行为人已经实施了一部分正犯行为之后，后行为人以共同实施的意思参与犯罪，并 对结果的发生起重要作用的情况。例如，甲以抢劫罪的故意对被害人实施暴力，压制了被 害人的反抗，此时知道真相的乙与甲共同强取财物。再如，甲实施盗窃行为时被当场抓 获，知道真相的乙与甲共同对抓捕者实施暴力，从而使甲避免被抓捕。上述两例中的乙为 承继的共同正犯。承继的帮助，是指前行为人（正犯）实施了一部分实行行为之后，知道

第八章共同犯罪**431**

真相的后行为人以帮助的故意实施了帮助行为。例如，A实施抢劫杀人行为，在A杀死 被害人后强取财物的过程中，知道真相的B拿着手电筒使A在黑暗中更容易取得财 物。〔94 95〕显然，不可能存在承继的教唆。[95]

关于承继的共同犯罪的理论，不能简单地归纳为肯定说、否定说与折中说。因为对承 继的共同犯罪的处理，涉及承继的时间范围、承继的行为性质、承继的责任范围等侧面。 在此侧面持否定说的，在彼侧面可能持肯定说;反之亦然。

二、 承继的时间范围

在即成犯的场合，行为在法律上已经既遂，但还没有实质性完结时，能否成立承继的 共同正犯或承继的帮助犯？例如，A窃取他人财物既遂后被被害人追赶，B使用欺骗手段 使A摆脱被害人的追赶，使A最终获得财物。肯定说认为，在“实质性完结”之前均可以 成立承继的共犯。可是，实质性完结并没有明确的标准，故这种观点既会导致共犯处罚范 围的不当扩张，也会导致共犯处罚的不确定性。况且，犯罪既遂后实质性完结前的所谓帮 助行为，一般也能以妨害司法的犯罪处理。所以，本书在此问题上采取否定说，除了继续 犯（持续犯）以外，〔96〕承继的共犯只能存在于犯罪既遂之前。换言之，犯罪既遂之后不可 能有承继的共犯。在犯罪行为实质性完结之后，更不可能成立承继的共同正犯与帮助犯。 上例中的B不成立盗窃罪的共同正犯与帮助犯，有可能成立窝藏罪。

三、 承继的行为性质

当前行为人实施了 A犯罪的一部分实行行为之后，后行为人故意参与A犯罪时，能 否就A犯罪成立共同犯罪？例如，甲以抢劫故意对丙实施暴力行为之后，乙故意参与犯 罪，夺取了财物（承继的抢劫案）。乙是否成立抢劫罪？

肯定说认为，在上述场合，乙与甲构成抢劫的共同犯罪，因为乙参与的是抢劫行为，而 不是单纯的盗窃行为。根据该说，甲绑架被害人后，没有参与绑架的乙与甲共同杀害被害 人的，也属于绑架杀人，但本书难以赞成这一结论。

否定说认为，后行为人只对参与后的行为与结果承担责任。在上例中，乙只承担盗窃 罪（或抢夺罪）的责任，而不承担抢劫罪的责任。再如，A恐吓被害人，使被害人处分财 产,B协助A取得财产的，不成立敲诈勒索的共同犯罪。因为B参与后的行为并不符合 任何犯罪的构成要件。只有在A正在实施恐吓时B参与恐吓的，才成立敲诈勒索罪的共 同正犯。但是，这种观点割裂了前行为人的行为与后行为人的行为之间的内在联系。如 后所述，由于我国刑法规定的犯罪起点较高,采取否定说会不当缩小处罚范闱。

中间说有不同的观点。有人认为，在诈骗之类的犯罪中，前行为人实施了欺诈行为之 后，后行为人只是参与接受财物的，不构成承继的共同犯罪。抢劫之类的犯罪，其自身是 一种独立的犯罪类型。由于抢劫罪是以暴力、胁迫为手段而取得财物，即使后行为人只参

**[94]** 当然，如何区分承继的共同正犯与承继的帮助犯，取决于区分正犯与帮助犯的标准..

**[95]** 所谓不存在承继的教唆，是相对于正犯而言，即在正犯产生犯意之后，不可能再对正犯进行教唆。但相对于 教唆犯而言，依然也会存在承继的教唆例如，在甲劝诱丙实施抢劫罪的过程中，乙在丙产生抢劫犯意之前 加人教唆的，也可谓承继的教唆。倘若由于甲、乙的共同劝诱使丙产生抢劫的犯意进而实施抢劫行为，则 甲、乙均成立教唆犯。

〔％〕甲非法拘禁被害人=-天后，知道真相的乙参与拘禁的，乙也成立非法拘禁罪。

**[97]**显然，由于涉及定罪问题，因而不可能仅在不法层面讨论，需要涉及责任层面的内容（如故意）。

**432**刑法学（第五版）

与了取走财物的行为，但由于了解前行为人所实施的暴力、胁迫行为，并且基于利用的意 图而与前行为人共同夺取财物，就应认为是实行了抢劫罪的“强取”行为，因而成立抢劫 罪的共同正犯（有人认为仅成立抢劫罪的帮助犯）。有人指出，在通常情况下，对与自己 的行为没有因果关系的参与之前的前行为人的行为不承担责任。但是，如果参与前的先 行行为的效果在持续，后行为人利用这种状态时，则后行为人对所利用的状态承担责任。 在抢劫罪中，认识到前行为人实施了暴力或胁迫行为，并且以利用意思与前行为人共同夺 取财物时，应当认为利用暴力的效果“强取”财物。有人提出，前行为人（抢劫犯）实施 暴力、胁迫后，就产生了消除被害人不能反抗状态的作为义务；如果后行为人与前行为人 共谋分担部分行为，就使自己也产生了作为义务，后行为人便成立不作为犯（相对于暴 力、胁迫而言）的抢劫，与前行为人成立抢劫罪的共同正犯。〔99〕

本书采取立足于肯定说的中间说。原则上，后行为人参与的行为性质与前行为人的 行为性质相同。亦即，中途参与他人的抢劫行为，成立抢劫罪；中途参与杀人的，成立故意 杀人罪；中途参与他人的诈骗行为的，成立诈骗罪;如此等等。但是，也存在应当否定共同 犯罪的情形。值得说明的是以下几种情形：

1. 在诈骗、敲诈勒索之类的犯罪中，前行为人实施了欺骗、恐吓行为之后，后行为人只 是参与接受财物的，宜认定为承继的帮助犯。因为后行为人的行为的确与结果的发生具 有物理的因果性。如果采取否定说，意味着后行为人不成立犯罪，但这种观点难以被人接 受。
2. 在抢劫罪中，前行为人实施了暴力、胁迫等行为，后行为人参与了取走财物的行为 的，后行为人成立抢劫罪。因为抢劫罪是一个独立的犯罪类型（在我国，抢劫罪并不是两 个独立的犯罪类型的简单相加），后行为人所参与的就是抢劫行为，当然应成立抢劫罪。 至于后行为人是承继的共同正犯还是承继的帮助犯，则取决于其所起的实质作用。国外 有力的学说认为，对这种后行为人只能认定为盗窃罪的正犯。但是，我国的立法不同于国 外，难以采用国外这一学说。盗窃罪一般以数额较大为起点，如果将后行为人认定为盗窃 罪的正犯，可能导致后行为人不承担刑事责任。这并不合适。

再以事后抢劫为例。甲实施了盗窃行为后，知道真相的乙为了帮助甲窝藏赃物，与甲 共同对A实施暴力，但并没有造成伤害结果。根据国外的否定说，乙不成立抢劫罪，但成 立暴行罪。可是，我国刑法没有规定暴行罪，一般只能按无罪处理。〔10°〕但这种结论不合 理。显然，只有肯定承继的共同犯罪，才能视具体情况肯定后行为人成立承继的共同正犯 或者承继的帮助犯。按肯定说解决上述案例时，所遇到的最大障碍是:既然乙并没有实施 盗窃行为，只是参与了暴力行为，乙就只能对暴力行为负责，而不能对自己参与前的甲所 实施的盗窃行为负责。因为甲的盗窃使甲的行为具有财产犯罪（事后抢劫）的性质，而乙

（98］以上参见［日］东京U -力"儿7< >卜《刑法n总论•结果无价值版》，东京I）-力•少7< >卜\*2002年版， 第388页以下。

〔"〕参见［日］山口厚：“承继的共犯论的新展开"，载《法曹时报》第68卷（2016年）第2号。

［100〕在被害人只是为了使前行为人返还财物时，为了使前行为人不返还财物而对他人实施的暴力行为，并不一 定是妨害司法的掩饰、隐瞒犯罪所得的行为。同样，为了抗拒抓捕、毁灭罪证对而他人实施的暴力行为，也 不一定符合其他犯罪的成立条件。

第八章共同犯罪**433**

的行为与甲的盗窃并无因果性，故乙不能承担事后抢劫的责任。［1G1〕本书的回答是:首先， 在上例中，乙的行为与甲最终取得赃物具有因果性；即使甲盗窃的赃物最终被A夺回，乙 的行为也为A夺回财物制造了困难（危险）。结果是具体的，而不是抽象的。甲先前造成 的是盗窃罪的结果，乙的参与行为使得甲、乙最终造成的是抢劫罪的结果。其次，乙的行 为并不是单纯的暴力，而是同时具有使甲的盗窃行为成为事后抢劫的实行行为的机能。 因为在事后抢劫中，盗窃等前行为，原本只是盗窃等罪的实行行为，而不是事后抢劫的实 行行为;〔102〕只有当行为人出于特定目的着手实施暴力或者以暴力相威胁的后行为时，才 使盗窃等前行为成为事后抢劫的实行行为。所以，上例中乙的行为，不是单纯的暴力行 为，而是同时起到了使甲的盗窃行为成为事后抢劫的实行行为的作用。即使乙是为了使 甲逃避抓捕或者为了毁灭罪证而与甲共同对被害人A实施暴力，也依然起到了这种作 用。既然如此，就应当肯定乙的行为对甲的行为转化为事后抢劫起到了作用，乙理当承担 事后抢劫的责任。最后，就上述案例而言，乙形式上参与的是暴力行为，但该行为是甲事 后抢劫的一部分，故乙参与的是事后抢劫行为的一部分。另一方面，乙是在知情后与甲共 同对A实施暴力的，而其中的“知情”包括乙明知甲是为了窝藏赃物，故乙具有事后抢劫 的故意与特定目的

按肯定说解决上述案例还可能遇到另一障碍：亦即，按国外的否定说，对上述案例中 的乙以暴行罪、胁迫罪的共同正犯论处;我国没有暴行罪、胁迫罪，意味着我国的处罚范围 窄，但肯定说却导致对乙反而以更重的事后抢劫罪论处。换言之，肯定说导致的局面是： 原本对乙的行为应按轻罪处理，由于我国刑法没有轻罪，反而导致对乙按重罪处理。但 是，这只是一种表面现象，肯定说不会导致处罚的不均衡。根据形式的客观说，只要实施 了刑法分则所规定的实行行为的人，就是正犯。由于暴力行为是事后抢劫罪实行行为的 一部分，上例中的乙实施了该行为，因而与甲构成事后抢劫的共同正犯。但如前所述，形 式的客观说缺乏合理性。即使按照实质的客观说认定乙是抢劫的共同正犯，但由于我国 刑法将共犯人分为主犯、从犯与胁从犯;就事后抢劫的整体犯罪而言，乙通常仅起到了次 要作用，故应认定乙构成事后抢劫的从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚J1W〕显然，与在 国外将乙认定为暴行罪的正犯（否定说）相比，在我国将乙认定为事后抢劫的从犯，可能 导致对乙的处罚更轻。

1. 在其他复行为犯中，后行为人参与后一行为的，原则上也应按前行为人的行为性 质认定。例如，甲以强奸故意对妇女实施暴力行为，压制了妇女的反抗。中途参与的 乙实施奸淫行为或者帮助甲实施奸淫行为的，成立强奸罪的承继的共同正犯或者承继 的帮助犯。
2. 在结合犯中（参见第九章第二节），后行为人仅参与后一犯罪的，则不构成结合犯， 仅成立后一犯罪。因为结合犯是两个独立的犯罪类型的结合，换言之，两个犯罪原本是独 立的、分离的，既然如此，就应当分别认定各参与人的行为性质。例如，甲绑架被害人后， 没有参与绑架的乙与甲共同杀害被害人的，甲属于“绑架杀人”，但乙仅成立故意杀人罪，

〔**101**〕参见［日］松原芳博:《刑法总论》，日本评论社2013年版，第382页以下,

〔**102**〕不能认为，行为人开始实施盗窃等行为时，就是事后抢劫的着手。

〔**103**〕如果乙不知情，则不能认为其有事后抢劫的故意与特定目的，当然不成立事后抢劫的共犯。

〔**1**叫如若乙与甲的暴力行为致被害人伤亡，且乙对致人伤亡起主要作用，那么，对乙以主犯论处，也理所当然。

**434**刑法学（第五版）

不得对乙适用“绑架杀人”的法定刑（参见刑法第239条）。〔|05〕再如，甲以出卖为目的拐 骗妇女丙之后，乙虽然与甲共同强奸了丙，没有实施其他行为。乙仅成立强奸罪，不得对 其适用“奸淫被拐卖的妇女”的法定刑（参见刑法第240条第1款）。

1. 在轮奸犯罪中，前行为人使用暴力强奸妇女后，后行为人强奸同一妇女的，后行为 人仅成立普通强奸罪；只要前行为人应当对后行为人的强奸结果负正犯责任（如前行为 人的暴力行为使妇女丧失反抗能力，并且明知后行为人强奸该妇女），就对前行为人适用 轮奸的规定。

四、承继的责任范围

后行为人对参与之前的前行为人的行为产生的结果是否承担责任？例如，当甲以抢 劫的故意对被害人丙实施暴力且导致丙死亡后，乙参与夺取财物的，乙是否负抢劫致死的 责任？

肯定说认为，乙应承担抢劫致死的责任。其主要理由是：（1）既然后行为人了解前行 为人的意图，并利用前行为人已经造成的事态，便表明二者就行为整体形成了共同故意。 （2）在法律上，共同犯罪（共同正犯）是因为相互了解和参与实施而对他人的行为也承担 责任，至于相互了解的时间则不是一个重要问题。（3）后行为人利用前行为人已经造成 的结果，就如同利用自己引起的结果，理应对此结果承担责任否定说则认为，后行为 人对参与前的前行为人的行为造成的结果不承担责任。主要理由有两点：（1）前行为人 实施的行为已经造成结果时，后行为人的行为不可能成为该结果的原因，因而不可能对该 结果承担责任。（2）后行为人虽然了解前行为人的行为及其结果，但这并不表明二人对 结果有共同故意，也不表明该结果由二人共同造成。〔|07〕

本书赞成否定说。利用前行为人已经造成的结果不等于后行为人的行为与该结果之 间具有因果关系；后行为人不应对与自己行为没有任何因果关系的结果承担责任。上例 中的乙仅成立普通抢劫罪，不得对其适用“抢劫致人死亡”的法定刑。又如，甲非法拘禁 丙三天后，乙参与实施继续拘禁丙的行为。乙对甲单独实施的非法拘禁丙三天的结果不 承担责任。再如，A连续实施诈骗行为，在已经实施三起诈骗行为后，乙参与其中与甲共 同实施了另四起诈骗行为。乙仅对后四起诈骗数额承担责任，而不对前三起诈骗数额承 担责任。由上可见,承继的共犯人，只能对与自己的行为具有因果性的结果承担责任。

特别要指出的是，在中途参与实施伤害、杀人的案件中，如果能够证明伤亡结果是后 行为人参与后造成的，则前行为人与后行为人均对伤亡结果承担责任;如果不能证明伤亡 结果是后行为人参与后造成的（伤亡结果可能是前行为人单独造成的），则前行为人必须 对伤亡结果承担责任，后行为人只承担未遂犯的责任。

顺便指出的是，后行为人对前行为人已经造成的其他加重情节，也不承担刑事责任。 例如，A人户后在着手实行抢劫的过程中，电话通知B为自己的抢劫行为望风。B到户外 为A望风的，A成立人户抢劫，B是普通抢劫的共犯。因为B的望风行为与A入户的加 重情节没有因果性。

〔**105**〕甲绑架被害人后，乙唆使甲杀害了被害人的，乙成立故意杀人罪的教唆犯。但这并不是所谓承继的教唆. 〔**106**〕参见［日］木村龟二:《刑法总论》，有斐阁1959年版，第408页..

〔1叨参见［日］平野龙一:《刑法总论II》，有斐阁1975年版，第382页以下。

第八章共同犯罪**435**

第七节片面的共同犯罪

一、 片面的共同犯罪的概念

片面的共同犯罪，也称“片面共犯”，是指参与同一犯罪的人中，一方认识到自己是在 和他人共同实施符合构成要件的违法行为，而另一方没有认识到有他人和自己共同实施 的情形。

片面的共同犯罪可能存在三种情况：（1 ）片面的共同实行（片面的共同正犯），即实行 的一方没有认识到另一方的实行行为。例如，乙欲对丙实施强奸行为时，甲在乙不知情的 情况下，使用暴力将丙打伤，乙得以顺利实施奸淫行为。（2）片面的教唆，即被教唆者没 有意识到自己被教唆的情况。例如，甲将乙的妻子丙与他人通奸的照片和一支枪放在乙 的桌子上，乙发现后立即产生杀人故意，将丙杀死。（3）片面的帮助，即实行的一方没有 认识到另一方的帮助行为。例如，甲明知乙正在追杀丙，由于其与丙有仇,便暗中设置障 碍物将丙绊倒，从而使乙顺利地杀害丙。

二、 片面的共同犯罪的学说

是否承认片面的共犯，以及在什么范围内承认片面的共犯，在中外刑法理论上都存在 较大争议。有人否认片面共犯的概念，认为片面共犯不成立共同犯罪J#有人肯定片面 共犯概念，认为所有片面共犯都成立共同犯罪;［|（«有人只承认片面教唆犯与片面帮助 犯;有人仅承认片面帮助犯J111〕

是否承认片面共犯，关键在于如何认识共同犯罪的因果性。在共同犯罪中，正犯行为 （实行行为）直接引起结果;教唆行为与帮助行为通过正犯行为而引起结果。共同犯罪的 因果关系包括物理的因果关系与心理的因果关系，前者是指物理地或客观上促进了犯罪 的实行与结果的发生;后者是指引起犯意、强化犯意、激励犯行等从精神上、心理上促进犯 罪的实行与结果的发生。如果肯定共同犯罪的物理的因果性，那么，片面共犯也可以共同 引起法益侵害，因而成立共同犯罪。而且，暗中教唆、帮助他人犯罪乃至片面共同实行的 现象确实可能存在；如果承认片面帮助，就没有理由否认片面教唆与片面实行。如果只是 强调共同犯罪的心理的因果性，即强凋相互沟通、彼此联络所产生的心理上的影响，那么， 片面共犯似乎并不符合共同犯罪的特征。可是，既然是片面共犯，当然仅对知情的一方适 用共同犯罪的处罚原则，对不知情的一方不适用共同犯罪的处罚原则。例如，甲明知乙 （二人无通谋）将要人室抢劫丙的财物，便提前将丙殴打致昏造成重伤；乙进人丙家后发 现丙昏迷，便窃取了财物。在这种情况下，由于乙并不知情，当然对乙不适用共同犯罪的 规定，即乙不承担抢劫罪的责任，更不能对丙的重伤结果负责。但对甲应当适用共同犯罪

［108〕参见［日］曾根威彦:《刑法的重要问题（总论）》，成文堂2005年第2版，第319页以下；何秉松主编：《刑法教 科书》（上卷），中国法制出版社2000年版，第440页。

〔**109**〕参见［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第365贞以下。

**（110］**参见［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第343页、第382页。

［川〕参见李光灿、马克昌、罗平：《论共同犯罪》，中国政法大学出版社1卯7年版，第37页以下。

**436**刑法学（第五版）

的规定，即甲不仅应当对自己行为造成的重伤结果负责，而且应当对乙造成的财产损失结 果负责（对甲的行为宜认定为抢劫既遂，适用抢劫致人重伤的法定刑）。

首先，应当肯定片面的帮助犯例如，某日晚上，乙发现曾多次实施盗窃行为的甲将 要侵人丙家盗窃，乙在甲不知情的情况下，主动为甲望风。在望风过程中，乙发现丙回来， 于是与丙聊天，拖延丙回住宅的时间，待甲窃取财物从丙家出来后，乙才离开。显然，如果 没有乙的行为，甲的盗窃就不能得逞。因此，乙的行为与甲的盗窃结果之间具有物理的因 果性。既然如此,就应当将盗窃结果同时归属于乙的行为。又由于乙具备帮助的故意等 责任要素，因此，对乙应当以盗窃罪论处。如果否认片面的帮助犯，就意味着乙的行为不 成立犯罪,但这种结论难以被人接受。显然，片面的帮助犯仅限于帮助行为与正犯结果之 间具有物理的因果性的场合。

其次，应当肯定片面的教唆犯。引起他人实施符合构成要件的不法行为的意思的行 为，就是教唆行为。如果他人实施r该不法行为，教唆者也具备教唆故意等责任要素，就 当然成立教唆犯。至于被教唆者是否明确意识到自己的行为意思由他人的教唆行为引 起，则并不重要。前述甲引起乙枪杀妻子丙的案例，就说明了这一点。

最后，应当肯定片面的共同正犯。例如，甲得知乙将要强奸丙女，便提前给丙投放了 安眠药，并暗中观察乙的奸淫行为，但乙并不知情。在乙离开现场后，甲又奸淫了丙。甲 是轮奸的片面的共同正犯，不仅要对自己的行为与结果承担责任，而且要对乙的行为与结 果承担责任，但乙并不成立共同正犯（轮奸），仅承担普通强奸既遂的责任。再如，B人户 盗窃时，邀约A为自己望风,商定被害人回家时立即通知B。但A在被害人回家时，以暴 力手段阻止被害人回家，造成被害人重伤，对此不知情的B窃取财物后逃离现场。按照 本书的观点，B成立盗窃既遂,A成立抢劫罪的结果加重犯（既遂）。显然，如果知情者的 行为与结果之间不具有因果性，则不能认定为片面的共同正犯。例如，乙正在举枪射击 丙，甲为了确保丙的死亡，在乙的背后于乙不知情的情况下，与乙同时开枪射击。丙中弹 身亡，但不能查明丙被谁击中。一方面，不能查明甲的行为与丙的死亡之间具有物理的因 果性;另一方面，由于乙并不知情，不能肯定甲的行为强化了乙的杀人心理，因而不能肯定 甲的行为与丙的死亡之间具有心理的因果性。所以，甲不成立片面的共同正犯（只是同 时犯），不应对其适用部分实行全部责任的原则，只能认定甲成立故意杀人未遂。乙同样 仅负故意杀人未遂的刑事责任。

第八节不作为的共同犯罪

一、不作为的共同犯罪概述

在二人均有防止同一结果发生的作为义务（共同义务）的情况下，却基于意思联络而 均不履行作为义务的，无可争议地成立不作为的共同正犯。例如，夫妻二人基于意思联络 都不给婴儿提供食物，导致婴儿死亡的，成立故意杀人罪的共同正犯。

不作为的共同犯罪，存在两个方面的问题:一•是对不作为犯的共犯，如教唆他人实施 不作为犯罪，或者帮助他人实施不作为犯罪；二是以不作为方式实施的共犯行为，如以不

第八章共同犯罪**437**

作为方式帮助他人实行犯罪。此外，还有共犯人的作为义务问题也值得讨论。

二、 对不作为的共犯

如前所述，不作为犯也可谓身份犯，亦即，负有特定作为义务的人是保证人，其不履行 义务的行为才能成立不作为犯。但是，身份犯中的身份是就正犯而言，教唆犯与帮助犯的 成立并不以具有特殊身份为前提。因此，对不作为的共犯是完全可能成立的。显而易见 的是，成立对不作为的共犯，以正犯具有作为义务为前提;根据限制从属性说，只有当正犯 的不作为属于符合构成要件的不法行为时，教唆者与帮助者才能对不作为犯成立共犯。 例如，第三者教唆"对于患病的人负有扶养义务的人”不抚养病人，被教唆者接受教唆拒 绝扶养，情节严重的，第三者成立遗弃罪的教唆犯。又如，对于婴儿负有扶养义务的母亲， 为了拒不抚养婴儿，让保姆将婴儿抱到集市抛弃。母亲成立遗弃罪的正犯，保姆成立遗弃 罪的帮助犯。再如，甲的行为造成了丙的重伤后，打算立即救助丙。过路人乙劝说甲不要 救助丙，甲接受教唆没有救助丙,导致丙死亡。乙成立不作为的故意杀人罪的教唆犯。

存在争议的是不具有作为义务的人能否成为不作为犯的共同正犯。有学者认为，不 具有身份的人，可以通过有身份者的介人而实现构成要件，因此，不具有作为义务的人也 能成为不作为犯的共同正犯。〔|12〕这涉及共同正犯究竟是正犯还是狭义的共犯的问题。 如果认为共同正犯是狭义的共犯，那么，共犯就不需要具备特殊身份，因而可以成立共同 正犯。上述观点正是以此为前提的。本书认为共同正犯是正犯，在身份犯中，正犯必须具 有特殊身份。因此，不具有作为义务的人，只能成立不作为犯的教唆犯或者帮助犯，或者 成立作为犯的同时正犯。例如，普通公民与国家工作人员共同贪污的，国家工作人员是正 犯，普通公民只能成立贪污罪的教唆犯或者帮助犯，但不能成为贪污罪的共同正犯（可能 同时成立盗窃、诈骗等罪的正犯）。

三、 不作为方式的共犯

总的来说，不作为方式的共犯包括三种情形：以不作为方式与作为犯形成共同正犯， 以及不作为的教唆与不作为的帮助。首先需要说明的是，成立不作为方式的共犯，以不作 为者具有作为义务为前提。换言之，只有保证人才能成立不作为方式的共犯。

以不作为方式与作为犯形成共同正犯，意味着肯定不作为犯与作为犯的共同正犯的 可能性。例如，甲与乙基于意思联络杀害乙的女儿丙，甲将丙推人深水池，现场的乙不予 救助。对此，应当肯定甲与乙成立故意杀人罪的共同正犯。〔m〕

不作为的教唆犯一般被否定，因为教唆行为是引起他人实施符合构成要件的不法行 为的意思的行为，而不作为不可能引起这一意思。但值得研究的是，当甲的行为客观上引 起了乙的犯意，甲知道乙的犯意由自己的先前行为引起时，是否具有阻止乙实行犯罪的义 务。例如，甲知道乙追求丙女被拒绝，便开玩笑地对乙说:“如果你强奸了丙，丙自然就会 和你谈恋爱。”乙将甲的玩笑当真，强奸了丙女。本书的初步看法是，由于甲的行为客观 上引起了乙的犯意，乙事实上也实施了强奸行为，能够认定甲因为先前行为引起了阻止义 务。如果甲在能够履行阻止义务的情况下不履行义务，可以根据甲的不作为对构成要件 结果的重要程度，分别认定为不作为的帮助犯或者共同正犯。因为在这种场合，乙的犯意

⑴2〕参见［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第389页。 ⑴3〕参见［日］山中敬一:《刑法总论》，成文堂2015年第3版，第920页。

**438**刑法学（第五版）

毕竟不是甲的不作为引起的（而是甲先前的没有故意的作为引起的），既然如此，就不能 认定为不作为的教唆犯。

不作为的帮助犯应当得到肯定。例如，剧场负责人目睹演员演出淫秽节目而不制止 的，就成立不作为的帮助犯。概言之，在法律上，对正犯的犯罪行为具有防止义务的人，故 意不履行该义务的，至少成立不作为的帮助犯。如果与作为者共同支配了犯罪事实，则成 立不作为的共同正犯。

一种观点认为，只要行为人处于保证人地位却没有履行作为义务，就符合正犯的要 件，而不可能成立帮助犯。〔|14〕这是行为无价值论的观点，为本书所不取。还有一种观点 认为，没有履行法益保护义务的是正犯，没有履行犯罪防止义务的是帮助犯J114 115〕也有观 点主张，违反对特定法益的保护义务的均为正犯；违反对危险源的监督义务的，根据实质 作用区分正犯与帮助犯但是，仅凭义务来源区分不作为的正犯与帮助犯，显得过于 形式化。本书的初步看法是，按照前述正犯与共犯的区分标准，保证人的不作为是成立帮 助犯还是成立正犯，取决于该不作为在共同犯罪中所起的作用大小；反过来说，取决于履 行作为义务对防止结果发生所起的作用大小。所以，在只要履行作为义务就“确实”能够 避免结果发生的场合，应认为该不作为对结果的发生起到了重要作用，不履行义务的保证 人成立不作为的共同正犯。〔117］ —般来说,在保证人不履行阻止犯罪的义务时，实际上只 是使正犯的行为更为容易，因而认定为帮助犯较为合适。但是，如果公安人员对他人的犯 罪不予阻止，则应认定为正犯。基于同样的理由，没有履行法益保护义务的行为，既可能 成立共同正犯，也可能成立帮助犯：

四、共犯人的作为义务

如前所述，故意的犯罪行为也可能产生作为义务，既然如此，共犯人的犯罪行为也可 能产生阻止其他共犯人的犯罪行为的义务。如果共犯人不阻止其他共犯人的犯罪行为， 则应对其他共犯人造成的犯罪结果承担责任。

首先，在甲的犯罪行为使被害人处于不能反抗等（使被害人陷人需要保护的）状态 下，乙继而对被害人实施相同或者不同犯罪行为，甲不阻止乙的犯罪行为的，应对乙行为 造成的犯罪结果承担责任。例如，平以强奸故意使用暴力致丙女昏迷后奸淫了丙女，随后 乙到现场也要奸淫昏迷的丙女。由于甲的先前行为使丙女处于不能反抗的状态，导致丙 女的法益处于紧迫的危险中，因而产生了作为义务。如果甲不阻止乙的强奸行为，则甲对 乙的行为与结果承担责任，即承担轮奸的责任。乙仅承担普通强奸既遂的责任。倘若乙 到现场后发现丙女昏迷便要窃取丙女的财物，甲不阻止乙的行为的，也要承担盗窃罪的刑 事责任。

其次，在甲、乙共谋犯罪的场合，甲在犯罪过程中明知乙实施超出共谋范闱的行为时, 只要甲的先前行为使法益处于危险状态或者使被害人陷入需要保护的状态，就有义务阻 止乙实施超出共谋范围的行为。例如，甲、乙二人共同人户抢劫，甲捆绑了被害人丙女的

［114］ 参见［日］井田良：《刑法总论的理论构造》，成文堂2005年版，第442页.

［115］ 参见［日］中义胜:《讲述刑法总论》，有斐阁198（）年版，第266页。

〔116）参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》.蔡桂生译，北京大学出版社2015年版.第407页 ［117］参见［日］西田典之：《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第362页。

第八章共同犯罪**439**

手脚，乙在一旁搜寻财物。随后，乙打算强奸丙女。此时，由于甲的捆绑行为使丙女陷人 无法反抗的状态，因而有义务阻止乙的强奸行为。若不阻止，甲也成立强奸罪。但应注意 的是，如果共犯人的先前行为并没有使法益处于危险状态，没有使被害人陷人需要保护的 状态，则没有义务阻止其他共犯人超出共谋范围的行为。例如，甲、乙共谋入户盗窃。二 人进入丙家后，分别在不同房间物色财物。乙发现房间里有被害人丙，便起意杀害丙，知 情的甲既没有参与乙的行为，也没有阻止乙的杀人行为。甲与乙的共谋以及人户盗窃的 行为，并没有使丙的生命处于危险状态，丙的生命陷入需要保护的状态也不是甲的行为造 成，所以，甲仅承担盗窃罪的责任，而不成立故意杀人罪的共犯。

最后，甲、乙二人对共谋的犯罪内容产生不同认识时，如果甲的先前行为使法益处于 危险状态或者使被害人陷人需要保护的状态，甲就有义务阻止乙的犯罪行为。例如，甲、 乙曾因共同抢劫受到刑罚处罚。某年七夕节下午，二人手机短信联系“骗个人来搞一 下”。当晚二人将丙女骗上车并开车带至某公园。乙拉丙女往树林里走，丙女不愿意，甲 朝丙女大吼“你知道我是谁吗?”丙女害怕，到树林后，乙一巴掌将丙女打倒在地，并强迫 丙女脱掉衣服，丙女不从，乙就对站在旁边的甲说“你去拿刀”。甲知道他们没有带刀，也 知道乙这么说是为了吓唬丙女，于是站着没动，也没说话。接着，乙强奸了丙女，强奸时乙 让甲翻丙女的背包，甲从丙背包中获得手机一部、现金400元，二人均分。事后查明，关于 事先预谋时说的“搞”，乙称是指劫色，甲称是指劫财。在这种场合，没有必要整体判断二 人是否具有共同的强奸故意、共同的强奸行为。正确的做法是，先肯定乙的行为是符合强 奸罪的构成要件且违法的行为，成立强奸既遂。接下来判断甲的行为与乙的强奸既遂之 间是否具有因果性。首先，从作为角度来说，甲虽然在乙强奸丙之前就对丙实施过暴力、 胁迫行为，客观上对乙的强奸既遂起到了促进作用，但此时甲并没有强奸的故意。在此意 义上说，甲此时虽然也是不法层面的共犯，但因为其缺乏故意，最终不能认定为强奸罪的 共犯。其次，从不作为角度来看，甲先前实施的行为（包括将丙带至公园、对丙实施恐吓） 客观上使丙处于孤立无援的境地，在当时的情形下使丙的性行为自主权陷人需要保护的 状态，故对丙的性行为自主权具有保护义务，但甲没有履行这一义务，因而与丙被强奸的 结果之间具有因果性，且甲具有帮助的故意，所以成立强奸罪的共犯。

第九节共犯与身份

一、共犯与身份概述

关于共犯与身份的理论，主要是为了解决两个问题：一是在真正（构成）身份犯的场 合，非身份者与有身份者共同犯罪时，如何处理？与此相联系的是不同身份者的共同犯罪 如何处理的问题;二是在不真正（加减）身份犯场合，对非身份者如何处理？

对此问题的处理，一些国家的刑法有明文规定。例如，日本刑法第65条第I项规定： “对于因犯罪人身份而构成的犯罪行为进行加功的人，虽不具有这种身份的，也是共犯。” 第2项规定：“因身份而特别加重或者减轻刑罚时，对于没有这种身份的人，判处通常的刑 罚。”德国刑法第28条第1款规定：“正犯的可罚性取决于特定的个人要素（第十四条第

**440**刑法学（第五版）

一款）时，共犯（教唆犯或帮助犯）欠缺此要素的，依照第四十九条第一款减轻刑罚第2 款规定：“法律规定因特定的个人要素而加重、减轻或者免除刑罚的，其规定仅适用于具 有此要素的行为人（正犯或共犯）。”不过，如何理解上述规定，在日本、德国的刑法理论上 仍有激烈争议

我国刑法总则没有关于共犯与身份的直接规定（可以认为存在间接规定），但刑法分 则存在部分规定（参见刑法第382条第3款）。综合总则与分则的规定，大体也能解决共 犯与身份的问题。

二、无身份者与有身份者的共同犯罪

无身份者（不具有构成身份的人）与有身份者（具有构成身份的人）共同实施真正身 份犯时，构成共同犯罪（无身份者构成真正身份犯的共犯）。例如，一般公民不能单独犯 脱逃罪，但可以教唆、帮助依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人脱逃，因而构成该罪的 共犯。第一，刑法分则所规定的特殊身份仅就正犯而言；至于教唆犯与帮助犯，则完全不 需要特殊身份。第二，虽然我国刑法没有像日本刑法第65条那样就身份犯的共犯做出规 定，但我国刑法有关共犯人的规定已经指明了这一点。例如，我国刑法第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“犯罪”与 “共同犯罪”当然包括以特殊身份作为构成要件要素的故意犯罪；因此，只要被教唆的人 犯被教唆的罪，教唆犯与被教唆犯就构成共同犯罪。根据刑法第27条第1款的规定，从 犯只能存在于共同犯罪之中；这表明，起帮助作用的人，也与被帮助的人成立共同犯罪。 当然，帮助犯也可能是胁从犯，但第28条的规定说明，胁从犯也只存在于共同犯罪之中。 这三条足以表达以下含义：一般主体教唆、帮助具有特殊身份的人实施以特殊身份为构成 要件要素的犯罪的，以共犯论处。第三，如果认为无身份者与有身份者共同故意实施以特 殊身份为构成要件要素的犯罪时，一概不成立共同犯罪（除有明文规定的贪污罪之外）， 刑法总则关于共同犯罪的规定几近一纸废文，总则也不能起到指导分则的作用。例如，无 身份者教唆国家机关工作人员叛逃的，无身份者教唆、帮助司法人员刑讯逼供的，无身份 者帮助在押人员脱逃的，无身份者教唆国家工作人员挪用公款的，均不成立共犯，而且通 常只能宣吿无罪。但这些结论无论如何不能得到国民的赞同。

我国刑法理论与司法实践一直讨论的问题是，在上述情况下，应如何确定共同犯罪的 性质？源于司法解释的观点是，对上述情况应当按照主犯犯罪的基本特征来确定共同犯 罪的性质。“两高”1985年7月18日《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若 干问题的解答（试行）》（已废止）指出：“内外勾结进行贪污或者盗窃活动的共同犯 罪……应按其共同犯罪的基本特征定罪。共同犯罪的基本特征一般是由主犯犯罪的基本 特征决定的。”以一般公民与国家工作人员共同骗取财物为例。根据这一观点，如果主犯 是国家工作人员，则将共同犯罪认定为贪污罪（参见刑法第382条）；如果主犯是一般公 民，则将共同犯罪认定为诈骗罪。这种观点虽然具有合理性，但也存在缺陷：第一，在我 国，行为人在共同犯罪中所起的作用大小，是确定共犯人种类的依据，而不是定罪的依据； 主从犯是在确定了共同犯罪性质的前提下认定的，而不宜相反；否则便是先确定量刑情节

⑴8〕参见［日］西田典之:《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第399页以下；张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学 出版社2007年第2版，第332页。

第八章共同犯罪**441**

后认定犯罪性质。第二，如果无身份者与有身份者在共同犯罪中都起相同的主要作用，便 无法确定罪名。第三，为共犯人避重（刑）就轻（刑）指明了方向。

正因为如此，不少学者主张应当按照实行犯（正犯）的犯罪性质决定共同犯罪的性 质，虽然这一观点具有一定的合理性，但也面临着难题:第一，如何确定实行行为？因为实 行行为具有相对性，甲罪中的帮助行为可能是乙罪中的实行行为。如作为保险事故财产 评估人的中介组织人员故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗保险金提供条件的，是保险 诈骗罪的帮助行为，却是提供虚假证明文件罪的实行行为。如果均为实行犯，又如何确定 罪名？第二，难以保证罪刑相适应。刑法第382条之所以明文规定内外勾结的以贪污罪 的共犯论处，一个重要原因是贪污罪的法定刑重于盗窃罪的法定刑。如果法定刑存在相 反的情况，即如果以一般主体的行为性质定罪法定刑更重时，上述观点就暴露出明显的缺 陷。

其实,上述设问与回答是以犯罪共同说为前提的，而且没有实际意义。一方面，如前 所述，共同犯罪的立法与理论所要解决的基本问题是，应当将法益侵害结果及其危险归属 于哪些人的行为。但是，各个人的行为成立何种犯罪还取决于各自的特殊身份与责任内 容。另一方面，认定共同犯罪时，首先要判断正犯。在正犯实施了符合构成要件的不法行 为的前提下，应当以正犯为中心判断教唆行为与帮助行为，然后判断教唆者与帮助者的责 任内容，进而确定其触犯的罪名。在不存在共犯过剩与认识错误（参见本章第十节）等影 响责任判断的通常场合，无身份者与正犯一般触犯的是相同罪名。例如，当作为国家工作 人员的正犯利用职务上的便利实施了贪污行为时，就应当肯定其行为成立贪污罪。在此 前提下，故意实施了教唆行为或者帮助行为的教唆者或帮助者，当然成立贪污罪的教唆犯 或帮助犯。但是，在身份不同、责任内容不同的情况下，教唆者与帮助者所触犯的罪名，也 可能不同于正犯。例如，甲应乙之约为乙的盗窃行为望风，事实上乙人室后实施了抢劫行 为。正犯乙的行为成立抢劫罪，甲的望风行为与乙的抢劫结果之间具有因果性，客观上是 抢劫罪的帮助行为。但是，由于乙仅具有盗窃罪的故意，故只能认定其行为成立盗窃罪。

由于正犯行为具有相对性，所以，在定罪时应当注意运用想象竞合犯的原理。第一， 在有身份者为正犯,无身份者对正犯实施了教唆、帮助行为，也没有触犯其他犯罪的情况 下，只能按照身份犯触犯的罪名定罪量刑。如一般公民教唆国家工作人员收受贿赂的，对 一般公民只能认定为受贿罪（教唆犯）。第二，在有身份者与无身份者共同犯罪，而有身 份者为A罪的正犯（可能是B罪的从犯），无身份者为B罪的正犯（可能是A罪的从犯） 时，应当认定无身份者与有身份者的共同故意犯罪行为同时触犯了两个以上罪名，构成想 象竞合。如果对其中一方认定按较重罪的从犯处罚，导致对其处罚轻于较轻罪的正犯时 （按较轻罪的正犯处罚更符合罪刑相适应原则时），则应将其按较轻罪的正犯处罚。于 是，有身份者与无身份者存在罪名不同的可能性（参考以下论述）。

三、不同身份者的共同犯罪

刑法理论与司法实践还经常面临具有不同身份的人共同犯罪时，如何定罪的问题。 例如，非国有公司的工作人员甲与国有公司委派到该非国有公司从事公务的国家工作人 员乙共同侵占该非国有公司的财产时，应当如何定罪处罚？

最高人民法院2000年6月30日《关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几 个问题的解释》指出：“公司、企业或者其他单位中，不具有国家工作人员身份的人与国家

**442**刑法学（第五版）

工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占为己有的，按照主犯 的犯罪性质定罪。”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：“对于在公司、企业或者其他单位中，非国家工作人员与国家工作人员勾 结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占有的，应当尽量区分主从犯，按照 主犯的犯罪性质定罪。司法实践中，如果根据案件的实际情况，各共同犯罪人在共同犯罪 中的地位、作用相当，难以区分主从犯的，可以贪污罪定罪处罚。”但根据前述讨论，这两 个解释值得商榷。从两个解释的立场出发，后一解释中“难以区分主从犯的，可以贪污罪 定罪处罚”的规定，也违反事实存疑时有利于被告的原则。事实上，在公司、企业或者其 他单位中，不具有国家工作人员身份的甲与国家工作人员乙相勾结，分别利用各自的职务 便利，共同将本单位的财产非法占为己有吋，甲与乙都同时触犯了贪污罪与职务侵占罪， 应按贪污罪的共犯论处。因为一般公民与国家工作人员相勾结伙同贪污者，都成立贪污 罪的共犯，不具有国家工作人员身份的公司、企业人员，更应与国家工作人员构成贪污罪 的共犯。不过，如果将甲认定为贪污罪的从犯，导致对其处罚轻于职务侵占罪的正犯（主 犯）时，则对甲认定为职务侵占罪的正犯（此时，甲与乙虽然是共犯，但罪名不同）。此外， 如果甲与乙仅利用了国家工作人员乙的职务便利，也成立贪污罪的共犯。但是，如果甲与 乙仅利用了甲的职务便利，则乙的国家工作人员身份不具有意义,仅成立职务侵占罪的共 犯。

再如，被保险人与国有保险公司工作人员相勾结骗取保险金时，就保险诈骗而言，被 保险人实施的是实行行为;就贪污罪而言，国有保险公司工作人员实施的是实行行为。另 一方面，由于教唆、帮助行为也具有相对性，就贪污罪而言，被保险人的行为是教唆、帮助 行为;就保险诈骗罪而言，国有保险公司工作人员的行为可能属于教唆、帮助行为。所以， 在被保险人与国有保险公司工作人员相互勾结骗取保险金的情况下，被保险人便既是保 险诈骗罪的正犯，又是贪污罪的教唆犯、帮助犯；国有保险公司工作人员则既是贪污罪的 正犯，又是保险诈骗罪的教唆犯、帮助犯。既然如此，就表明被保险人与国有保险公司工 作人员的行为都同时触犯了贪污罪与保险诈骗罪，成立想象竞合。〔1|9〕假如对被保险人按 贪污罪的从犯处罚，导致对其处罚轻于保险诈骗罪的正犯的处罚时，则应将被保险人按保 险诈骗罪的正犯处罚。即二人虽构成共同犯罪，但对国有保险公司工作人员按贪污罪的 正犯处罚，对被保险人按保险诈骗罪的正犯处罚。

又如,分管政法的党委副书记甲利用职务上的便利指使法官乙将有罪的人宣告无罪 时，甲实施了滥用职权罪的正犯行为，也实施了徇私枉法罪的共犯（教唆）行为；由于徇私 枉法罪是滥用职权罪的特别条款，所以，乙实施的徇私枉法罪的正犯行为，也可谓滥用职 权罪的正犯行为。于是，甲、乙均同时触犯滥用职权罪与徇私枉法罪。根据处理法条竞合 的原则，对乙只能按拘私枉法罪论处；对甲则既可能以滥用职权罪的正犯处罚，也可能以 徇私枉法罪的共犯（教唆犯）处罚，此时需要比较法定刑的轻重，从一重罪处罚。

四、不真正身份犯的共同犯罪

不具有加减身份的人与具有加减身份的人共同实施不真正身份犯时，固然构成共同 犯罪，但刑法关于刑罚加减的规定仅适用于具有加减身份的人，而不适用于不具有加减身

⑴9〕对于法定刑的轻重，需要根据犯罪数额与具体的法定刑进行比较，此处只是进行了一般比较。

第八章共同犯罪**443**

份的人。例如，刑法第243条第2款规定，国家机关工作人员犯诬告陷害罪的，从重处罚。 非国家机关工作人员与国家机关工作人员共同故意实施诬告陷害行为时，构成该罪的共 犯；对国家机关工作人员应从重处罚，对非国家机关工作人员则不能适用该规定从重处 罚。⑽

事实上，除了身份以外,对其他特定的主观要素与共同犯罪的关系，也应按上述结论 处理。例如，某种犯罪的成立以行为人主观上具有特定目的为要件，不具有该特定目的的 甲，明知乙具有该特定目的，而与之共同故意犯罪的，成立以该特定0的为主观要素的犯 罪的共犯。**［|21**〕同理，如果特定目的影响刑罚轻重，则对无特定目的的共犯人适用通常之 刑。因此，可以得出如下结论:凡参与以特定的个人要素为构成要件要素之犯罪的人，虽 不具有这种要素，仍是共犯；因特定的个人要素致刑罚有轻重时，不具有这种要素的共犯 人，仍科处通常刑罚。〔122〕

第十节共犯与认识错误

一、 共同犯罪的认识错误概述

共同犯罪人的认识错误，是相当复杂的问题。如果共犯人具有法律认识或事实认识 错误，原则上也适用处理法律认识错误与事实认识错误的原则。但共同犯罪的认识错误 也存在特殊之处，其中主要是共犯的事实认识错误。

二、 同一共犯形式内的错误

（一）共同正犯的认识错误

共同正犯的认识错误，包括同一构成要件内的错误与相异构成要件间的错误。

根据本书的观点，对同一构成要件内的错误，应采取法定符合说予以解决。例如，甲、 乙共谋杀害丙，在共同实行时，都认为前方是丙，但实际上杀死的是丁。这是对象错误的 情况，甲与乙成立故意杀人既遂的共同正犯。又如，甲、乙共谋杀害丙，在共同实行时，没 有击中丙，却击中了丙身边的丁。根据法定符合说，甲与乙成立故意杀人既遂的共同正 犯。

对相异构成要件间的错误，也应按法定符合说处理。例如，甲、乙共谋杀害丙，以为丙 在草丛中，共同开枪射击,但草丛中不是丙而是丙的一只狗。由于客观方面与主观方面不

〔**120**〕从理论上说.如果认为此时的国家机关T作人员身份是责任身份（即特殊身份只是使得行为人的非难可能 性严重），那么，即使非国家工作人员知道另一方是国家机关r作人员，对前者也不可能从重处罚。因为责 任不可能具有连带性。如果认为此时的国家机关工作人员是违法身份（即特殊身份使得法益侵害更为严 重），那么，只要非国家机关工作人员知道另一方是国家机关丁.作人员，对前者似乎具有从重处罚的可能性 因为共同犯罪中的违法通常是连带的、但是，刑法分则的上述规定以及其他关于加减身份的规定，并不是 一种特别的构成要件规定，只是量刑规记，这种规定显然只是针对有身份者而言，故对无身份者不应适用身 份犯的量刑规定。

**［121］**参见曾宪信、江任天、朱继良：《犯罪构成论》，武汉大学出版社1988年版，第161页以下。

〔**122**〕多数国家刑法规定了共犯与身份问题，而德国现行刑法规定的是共犯与特定的个人要素.使之包含了身份、 目的等特定要素，避免了目的等是否身份的争论，使共犯的规定更为完善（参见德国刑法第28条）。

**444**刑法学（第五版）

存在重合的部分，甲与乙都无罪（不可罚的不能犯）。〔123〕再如，甲、乙共谋杀害丙，都开枪 向丙射击。甲打中了丙身边的狗（狗的价值数额较大），乙什么也没有打中。应当认为， 甲与乙构成杀人未遂的共同正犯；由于过失毁坏财物不可罚，因而不成立毁坏财物罪。

（二） 间接正犯的认识错误

间接正犯的认识错误，是指间接正犯所认识的事实与被利用者所实现的构成要件事 实不一致。〔124〕包括同一构成要件内的错误与相异构成要件间的错误。

例如，医生甲想杀害丙（起先住在医院A病房），便将毒药交给不知情的护士乙，让乙 给A病房的患者注射。由于丙换了病房，乙到A病房后实际上给新来的患者丁注射了毒 药，导致丁死亡。一种观点认为，甲成立故意杀人（丙）未遂与过失致人（丁）死亡的想象 竞合犯。本书采取法定符合说，主张甲对丁成立故意杀人既遂。不仅如此，即使采取具体 符合说，也不能排除甲对丁有杀人故意，也只能认定为故意杀人既遂。〔125〕

再如，A让无责任能力的B盗窃C的手提电脑，但B却毁坏了 C的手提电脑。如果 B客观上已经着手实施盗窃行为，那么，A成立盗窃未遂的间接正犯。如果B没有着手实 行盗窃行为，只是单纯地毁坏了财物，则A由于缺乏毁坏财物的故意而不成立犯罪。

（三） 教唆犯的认识错误

教唆犯的认识错误，是指教唆犯所认识的事实与正犯所实现的结果不一致。这里有 两种情况:一是教唆者的意思与正犯的意思不一致;二是教唆者的意思与正犯的意思及结 果不一致。这两种情形又都可以分为同一构成要件内的错误与相异构成要件间的错误。

例如，丙与丁并排站立，甲教唆乙“杀死站在右边的丁”，乙却听成了“杀死站在左边 的丙”，开枪射击后导致丙死亡。这是同一构成要件内的错误，乙构成故意杀人罪，甲是 故意杀人罪的教唆犯。〔|26〕再如，甲教唆乙杀死丙，乙开枪射击丙，却打中了丁（打击错

〔**123**〕甲、乙对毁坏财物持过失，但刑法仅处罚故意毁坏财物的行为。甲、乙虽有杀害丙的故意，但由于丙并不存在于草丛 中，甲、乙不可能致人死亡，故属于不能犯.倘若丙同时也在草丛中，只是甲、乙没有打中，则成立故意杀人未遂、

〔**1**珣关于间接正犯的其他认识错误，参见后述内容、

**［125**〕参见［德］乌尔斯•金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第428页。

**（126）**德国对此问题的讨论也相当激烈。例如.被告人B企图杀害自己的儿子S,但是又觉得自己“没有能力实施犯

罪”，于是花钱雇请正犯实施杀害行为.:，为了不误伤他人，B向正犯讲述了 S的习惯与相貌，并将S的照片交给 正犯;正犯事前也见过了 S（并没有完全记住S的相貌）。1985年11月25日晚上，正犯潜伏在马厩中（S习惯 于穿过马厩冋家），伺机杀害S。当时四周非常黑暗，大约19点的时候，身材与S很相似的邻居N进入了院子 并且打开了马厩的门。正犯将N误认为**S，**从而近距离枪杀了 N（庄园继承人案）。此案的正犯无疑构成谋杀 罪，但对B的处理则存在不同见解：（1）认为B成立教唆未遂（通说）。因为虽然相对于正犯而言是客体错误， 但相对于B而言，属于打击错误。而德国的通说对于打击错误采取的是具体符合说。宾丁的观点也佐证了这 一结论。根据宾丁的观点，如果正犯误杀之后继续等待并杀害了 S，那么，正犯成立两个谋杀罪，B仅对S的谋 杀成立教唆犯。（2）认为B成立未遂的教唆犯、因为正犯射杀N的行为也是杀害S的未遂行为，而B教唆了 杀害S的行为。但反对者认为，正犯对N实施的既遂的谋杀不能同时被认定为对S的杀害未遂。（3）认为B 成立既遂罪的教唆犯。理由是，正犯的错误对于教唆者而言并没有影响。（4）认为应当区别对待。有人认为， 如果正犯的错误对于B而言是可以预见的，则错误对于教唆者而言并没有影响,B应负教唆既遂的责任;如果正犯 的错误对于B而言是不可预见的，则B成立教唆未遂。有人指出，如果正犯遵循了 B对被害人的描述实施行为，就 成立既遂罪的教唆犯;否则，就属于教唆未遂。存在更大争议的问题是，甲教唆乙杀丙，乙因为对象错误而杀害了 丁，发现错杀之后，乙后来又杀害了丙。可以肯定的是，乙对丙与丁的死亡均应承担刑事责任。问题是对甲应当如 何处理？具体符合说与法定符合说中的一故意说一般认为，甲仅对丙的死亡承担故意杀人罪的教唆犯的刑事责 任;法定符合说中的数故意说会认为，甲对丙与丁均承担故意杀人罪的教唆犯的刑事责任。此外，也可能发生乙因 为打击错误而杀害了丁，后来又杀害丙的案件。对此，法定符合说与具体符合说的结论也不相同。

第八章共同犯罪**445**

误）。本书认为，乙构成故意杀人罪，甲是故意杀人罪的教唆犯。

相异构成要件间的错误的处理，同样采取法定符合说。例一，甲教唆乙杀死隐藏在草

丛中的丙，乙开枪射击，但实际上草丛中没有人，乙杀死的是丙饲养的狗。根据本书的观 点，甲与乙都无罪。因为过失毁坏财物不可罚，乙没有实施杀“人”行为，因而不构成故意 杀人罪，甲也不成立故意杀人罪的教唆犯。例二，甲教唆乙打死右边的丙的狗，乙听成打 死左边的丙的狗（实际上左边为一儿童），乙开枪射击，打死了左边的儿童。本书认为，乙 成立过失致人死亡罪，甲无罪。例三，甲教唆乙“杀死那条狗”，乙开枪射击此狗，没有瞄 准，打死了一儿童。乙成立过失致人死亡罪，甲无罪。

（四）帮助犯的认识错误

对于帮助犯的认识错误，适用**t：**述关于教唆犯的认识错误的理论。

三、不同共犯形式的错误

由于共犯的犯罪形式不同并不影响罪质，因此，关于不同共犯形式的错误，应当在有 责的不法限度内，成立其中较轻的共犯形式。例如，行为人以共同正犯的意思望风，但实 际上只起帮助作用时，只成立帮助犯。行为人以帮助的故意实施心理的帮助行为，事实上 起到了教唆的作用的，只能认定为帮助犯。再如，他人已经产生犯罪的决意，行为人以为 还没有产生犯罪的决意而实施教唆行为的，也只成立帮助犯。

关于所谓狭义的共犯与间接正犯的错误，有以下几种情形值得研究：

1. 以间接正犯的意思利用他人犯罪，但产生了教唆的结果。例如，甲误以为乙是没有 责任能力的精神病患者，便引诱乙杀人，但乙具有责任能力，按甲的旨意杀了人。主观说 以行为人实际所具有的故意为标准，认为甲是故意杀人罪的间接正犯（未遂）。客观说以 实际所产生的事态为标准，认为甲只成立故意杀人罪的教唆犯。因为利用者的行为是正 犯还是共犯，应由法官判断，而不是取决于利用者的故意内容。折中说则认为，不能超越 客观的事实关系确定责任，因此，甲只成立杀人罪的教唆犯。在本书看来，仅以主观面为 标准进行判断是片面的，必须同时考虑主观与客观两方面;从责任的实质来看，间接正犯 的故意也符合教唆的故意，故认定为故意杀人罪的教唆犯并不违反罪刑法定原则。此外， 在我国，教唆犯是按照其在共同犯罪中所起的作用处罚，因此，认定为教唆犯比认定为间 接正犯的未遂更具合理性。
2. 以教唆犯的意思实施教唆行为，但产生了间接正犯的结果。例如，甲误以为乙具有 责任能力，教唆乙杀人，实际上乙没有责任能力，乙在无责任能力的状态下杀了人。就结 论而言，甲只成立故意杀人罪的教唆犯。但是，这并不属于所谓认识错误的情形，而是教 唆犯的从属性程度问题。将这种情形作为认识错误处理的论证过程表现为，甲的行为没 有引起被教唆者的故意，原本不符合教唆犯的成立条件,但根据认识错误理论，甲又成立 教唆犯。然而，问题的关键是:教唆犯的成立是否以引起被教唆者的故意为前提？显然， 上述论证的前提与其结论是自相矛盾的:前提是教唆犯的成立必须引起被教唆者的故意， 结论是没有引起被教唆者的故意时也可能成立教唆犯。〔朗既然得出甲成立教唆犯的结 论，就表明教唆犯的成立不以引起被教唆者的故意为前提，只要引起乙实施符合构成要件 的违法行为即可。乙确实实施了符合构成要件的违法行为，故甲成立教唆犯。

〔**127**〕参见［日］松宫孝明：《刑事立法与犯罪体系》，成文堂**2003**年版，第**259**页。

**446**刑法学（第五版）

1. 被利用者起初具有工具性质，但后来知道了真相。例如，医生甲意图杀死患者丙， 将毒药给不知情的护士乙，乙后来发现是毒药，但仍然注射了该毒药。一种观点认为，甲 是故意杀人罪的间接正犯。因为不管乙是否知情，甲的实行行为（利用行为）已经实行完 毕，而且导致了丙死亡的结果，因此，甲与乙是竞合的故意杀人罪的正犯；甲的行为引起了 乙的杀人决意，这虽然也是一种教唆，但应被正犯吸收。但是，间接正犯的成立要求利用 者支配犯罪事实，但在上述场合，由于乙已知情，故甲不符合间接正犯的条件。另一种观 点认为，甲是杀人未遂的间接正犯。由于乙知情后产生了杀人故意，因而甲的行为与乙的 行为之间不具有因果关系，故甲只成立杀人未遂的间接正犯。但是，既然甲的行为与丙的 死亡之间具有物理的因果性，就不可能仅承担未遂的责任。本书认为，甲通常是故意杀人 罪的教唆犯。因为在这种场合，完全可以肯定甲的行为引起了乙实施符合构成要件的违 法行为的意思，因而属于教唆行为，又由于间接正犯的故意也符合（包含）教唆犯的故意， 故对甲的行为应以故意杀人罪的教唆犯论处。而且，在我国的共犯立法体例下，认定甲的 行为成立故意杀人既遂的教唆犯比认定为杀人未遂的间接正犯，更有合理性。

四、共犯过剩

大体来说，共犯过剩，是指正犯的行为与结果超出了共同正犯、教唆犯、帮助犯的故意 内容的情形。

例如，甲邀约乙对丙实施暴力，乙以为甲希望杀害丙，事实上甲仅具有伤害丙的故意， 甲、乙共同对丙实施暴力，导致丙死亡。在这种情况下，应认定甲与乙构成共同正犯，并都 对丙的死亡结果承担责任。但由于乙具有杀人故意与杀人行为，对乙应认定为故意杀人 罪；甲仅有伤害的故意，只能成立故意伤害（致死）罪。

再如，甲、乙共谋杀害在某博物馆工作的丙，并同时举枪向丙射击，甲击中了国家保护 的珍贵文物，乙没有击中任何目标。由于甲、乙对丙有共同杀人故意，但没能造成丙的死 亡，故成立故意杀人未遂的共同正犯。甲的行为另触犯了过失损毁珍贵文物罪，故甲是故 意杀人未遂与过失损毁珍贵文物罪的想象竞合犯（实际上只能以杀人未遂论处），但乙不 成立想象竞合犯。

又如，甲教唆乙盗窃，但乙实施了抢劫;A教唆B伤害,B实施了杀人行为。在这种场 合，甲、A只能在与其认识的事实相重合的范闱内承担既遂责任。即甲只承担盗窃罪（既 遂）的责任（不能认为乙没有犯被教唆的罪，因为在规范意义上说，抢劫包含了盗窃），A 只承担故意伤害致死的责任。

还如,A入户盗窃时邀约B为其盗窃望风，A入户后见被害人在家，便使用暴力抢劫 了财物。A成立抢劫罪，但B仅成立盗窃罪的帮助犯。

第十一节共犯与犯罪形态

\_、共犯与犯罪形态概述

在单独犯罪中，行为人已经着手实行犯罪，但由于意志以外的原因而未得逞时，该犯 罪属犯罪未遂形态，该行为人是未遂犯;行为人自动中止犯罪时，该犯罪属犯罪中止形态,

第八章共同犯罪**447**

该行为人是中止犯;依此类推。但共同犯罪是二人以上共同犯罪，在同一共同犯罪中可能 有的共犯人是未遂犯，有的共犯人是中止犯，这是因为犯罪未遂与犯罪中止在客观上存在 共同点——没有发生特定的犯罪结果，而之所以没有发生特定犯罪结果，相对于部分共犯 人而言，是基于自动中止，相对于另一部分人而言属于意志以外的原因，因而对不同的犯 罪人应当确定为不同的犯罪形态。在此意义上说，共同犯罪的形态，应是共同犯罪中的各 共犯人的犯罪形态。一般来说，在共同犯罪中，只要共犯人中没有人中止与脱离，那么，共 同犯罪的形态与各个共犯人的犯罪形态，基本上是统一的（如前所述，教唆犯可能存在例 外;承继的共同犯罪与片面的共同犯罪也可能存在例外）。例如，如果共犯人中一人的行 为导致既遂，其他共犯人均成立既遂（共犯关系的脱离者除外）；如果共犯人中的一人着 手实行犯罪，其他共犯人不可能成立犯罪预备（共犯关系的脱离者除外）。

二、 共同犯罪的着手

根据共犯从属性的原理，当正犯着手实行时，教唆犯、帮助犯也进入着手实行阶段。 如果正犯由于意志以外的原因未得逞，对教唆犯与帮助犯也应以未遂犯论处。对此没有 疑问。

存在争议的是，如何确定共同正犯的着手？个别考察说认为，应当分别考察各个共同 正犯是否已经为着手做出了贡献。整体考察说认为，只要共同正犯中有人已经着手实行 犯罪，就应认为其他共同正犯也已经着手实行犯罪；如果最早着手实行的共同正犯未得 逞，那么，其他共同正犯也成立犯罪未遂，而不是犯罪预备。就现实的具体案件来说，两种 观点的结论不会存在明显的差异，但个别考察说不符合部分实行全部责任的原理，故应采 取整体考察说。

三、 共同犯罪的中止

就共同IE犯而言，当所有正犯者都自动中止犯罪时，均成立中止犯。共同正犯中的一 部分正犯自动停止犯罪，并阻止其他正犯实行犯罪或防止结果发生时，这部分正犯就是中 止犯;其他没有自动中止意图与中止行为的正犯，则是未遂犯。共同正犯中的一部分正犯 中止自己的行为，但没有消除自己的行为与结果之间的因果性，由其他正犯的行为直接导 致结果发生时，也不成立中止犯，而应成立既遂犯。因为在这种场合，即使中止了自己的 “行为”，但由于没有消除自己已经实施的行为与结果之间的因果性，也不能认为中止了 “犯罪”。例如，甲、乙、丙三人共谋对丁女实施轮奸，共同对丁女实施暴力后，甲、乙实施 了奸淫行为，但丙自动地没有实施奸淫行为。对此，不得认定丙成立强奸罪的中止。因为 对共同正犯采用部分实行全部责任的原则，丙不仅要对自己的行为结果负责，还要对甲、 乙的行为结果负责；既然甲、乙的行为已经造成了侵害结果或者说已经既遂，丙理当对甲、 乙的犯罪既遂承担责任。所以，丙只是放弃了自己的行为，并没有中止犯罪。当然，丙放 弃奸淫行为的情节，对丙而言是一个十分重要的酌定量刑情节。

总之，只有当共犯人自动消除了自己的行为与结果之间的因果性，才能成立中止 犯。〔128〕例如，在正犯着手实行并导致结果发生后，共犯人放弃犯罪行为的，不可能成立中 止犯。在正犯的行为终了后，共犯人自动防止结果发生的，共犯人成立中止犯。在正犯尚

**[128**〕根据本书的观点，共犯人为消除自己的行为与结果之间的因果关系作出了真挚的努力，即使由于其他原因 导致结果没有发生的，也应认定为中止犯

**448**刑法学（第五版）

未实行终了，共犯人说服正犯使之放弃犯罪的，共犯人与正犯均成立中止犯。在正犯尚未 实行终了，共犯人报警阻止正犯的行为结果的，或者自己亲手阻止正犯的行为结果的，共 犯人成立中止犯，正犯成立未遂犯。已经开始为正犯的着手盗窃望风的帮助者，中途默默 离开的，不成立中止犯。即使明确告诉正犯自己要离开现场，但如果先前承诺望风的行为 对正犯决意实施盗窃起到了促进作用的，也不成立中止犯。

教唆犯、帮助犯自动中止教唆行为、帮助行为，并阻止正犯的行为及其结果时，成立教 唆犯、帮助犯的中止犯。反之，正犯在着手实行后自动中止犯罪，对于教唆犯、帮助犯来说 属于意志以外的原因时，正犯是中止犯，教唆犯、帮助犯属未遂犯。在处罚犯罪预备的情 形下，正犯在预备阶段自动中止犯罪，对于教唆犯、帮助犯来说属于意志以外的原因时，正 犯是中止犯，教唆犯、帮助犯属预备犯。

四、共犯关系的脱离

共犯关系的脱离与共犯人的中止相关联，但不是相同问题。

如前所述，只有当共犯的行为与结果之间具有因果性时，才能将结果归属于共犯的行 为。所谓共犯的脱离，实际上也是共犯的因果性问题。亦即，共犯放弃或者被迫停止共犯 行为后，由他人导致结果发生时，在什么样的情况下，否认共犯的先前行为与正犯结果之 间具有因果性（即肯定共犯的脱离），从而只让共犯承担中止犯或者预备犯、未遂犯的刑 事责任。换言之，在某些情形下，行为人虽然实施了共犯行为（如教唆、帮助行为或者共 同正犯行为），但是，如果后来又消除了该行为对犯罪结果的促进作用，导致先前的共犯 行为与结果之间不具有因果性时，就属于共犯关系的脱离。不难看出，所谓共犯关系的脱 离，实际上是同时消除已经实施的共犯行为与结果之间的物理的因果性与心理的因果性。 但是，共犯关系的脱离，并不以脱离者的自动性（任意性）为前提。

（一）着手前的脱离

如果脱离者在正犯着手之前脱离，那么，就仅对预备行为负责（如自动脱离，则是预 备阶段的中止犯），如果不处罚预备，该脱离者就不承担任何责任。

首先，教唆行为与正犯的行为结果之间是一种心理的因果性。因此，教唆者引起了他 人的犯意后，只有消除了教唆行为所产生的心理的因果性，才能承认教唆犯的脱离。所谓 消除教唆行为产生的心理的因果性，是指教唆者使被教唆者放弃犯意。被教唆者放弃犯 意后，自己再起犯意实行犯罪的，教唆者不对正犯的行为结果承担刑事责任。但是，如果 教唆者努力劝说被教唆者，被教唆者执意不放弃犯意，造成了法益侵害结果的，教唆者仍 然应当承担既遂犯的责任。

其次，帮助行为与正犯的行为结果之间既可能是物理的因果性，也可能是心理的因果 性，还可能既有物理的因果性，也有心理的因果性。只有消除了物理的因果性与心理的因 果性，才能承认帮助犯的脱离。例如,将凶器提供给正犯后，在正犯着手之前取回凶器的， 或者答应按时望风的人，在正犯着手之前告诉对方自己不实施望风行为，就是共犯关系的 脱离。正犯仍然着手犯罪的，帮助者不承担未遂犯与既遂犯的责任。

最后，（预备阶段的）共同正犯的脱离，按照帮助犯的脱离的条件予以判断即可。〔129〕

〔129〕以上参见［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第376页以下。

第八章共同犯罪**449**

（二）着手后的脱离

如果脱离者在正犯着手之后结果发生之前脱离，则仅在未遂的限度内承担共犯的责 任（如果是自动脱离，则成立中止犯）。

从理论上说，在正犯着手后，教唆者与帮助者至少要负未遂犯的刑事责任。但是，教 唆行为与帮助行为虽然与正犯的犯罪未遂具有因果性，但如果在正犯着手后消除了其行 为对既遂结果可能具有的因果影响力，即使正犯既遂，教唆者与帮助者也可能视其有无自 动性成立中止犯或者未遂犯。例如，甲决意盗窃并邀约乙为自己的入户盗窃望风，在甲人 户物色财物的过程中，乙打电话吿诉甲自己不再实施望风行为。甲知道乙离开后继续实 施盗窃行为既遂的，乙成立盗窃罪的中止犯，不承担既遂责任。再如，甲人户盗窃，邀约乙 为其盗窃望风，乙同意并为甲望风。但在甲人户后，乙悄悄溜走了，甲不知情，后盗窃既 遂。由于甲一直以为乙在为自己的盗窃望风，所以，即使乙离开了望风现场，其行为依然 使得甲安心盗窃，因而与甲的盗窃结果之间具有心理的因果性。由于乙并没有脱离共犯 关系，所以，依然应负盗窃既遂的责任。

再如，甲、乙共谋杀害丙，相约翌日到丙家共同将丙杀死；甲如期到丙家，而乙未去，甲 一人将丙杀死。一种观点指出：“共谋……是共同犯罪预备行为，共谋而未实行者无疑亦 具备成立共同犯罪所需要的主客观要件……甲一人杀死丙的行为与乙参与密谋杀人是密 不可分的，乙同样应负杀人罪既遂的罪责。其实对此不能一概而论。换言之，乙并没 有如约到达现场，实际上将自己不参与杀害行为的决定通知到了甲，所以，乙是否对甲造 成的死亡结果负责，取决于甲与乙的共谋内容。例如，如果乙与甲共谋了杀害丙的地点、 方法等内容，甲按照二人的共谋内容杀害了丙，或者共谋内容表现为乙促使甲产生杀害丙 的决意，都可以肯定乙的共谋行为与甲杀害丙的结果之间具有因果性。但是，倘若甲提出 杀害丙，只是邀约乙次日一同前往丙家共同杀害丙或者让乙为自己的杀害行为望风，乙次 日却没有到达现场的，则不能认为乙的共谋行为与甲的杀害结果之间具有因果性。此时， 乙脱离了共犯关系，充其量仅成立故意杀人的预备犯。

共同正犯的脱离也是因果性的判断问题。例如，一对夫妻想杀死其女儿的非婚生孩子，在 二人以为已经杀死孩子后，丈夫先行离开。妻子后来发现孩子还活着，就独自将孩子杀死。丈 夫与妻子先前共同实施的杀害行为，与孩子生命处于危险状态具有因果性，因此，二人成立故 意杀人未遂的共同正犯。但是，在丈夫离开后，妻子独自将孩子杀害的结果就不能归属于丈夫 先前的行为，因此，妻子必须独自承担杀人既遂的刑事责任。反之,即使部分正犯放弃了自己 的行为，但只要其已经实施的行为与其他正犯结果之间具有因果性，就必须对该结果负责。

第十二节共犯人的处罚原则

一、共犯人的分类

共犯人的分类，是指按照一定标准将共同犯罪成员划分为不同的类别。一般认为，国

〔130〕高铭暄主编:《刑法专论》（上编），高等教育出版社2002年版，第362 -363页。

**450**刑法学（第五版）

内外刑法主要存在两种分类:一是将共犯人分为（共同）正犯、教唆犯、帮助犯，有的还增 加一个组织犯;二是将共犯人分为主犯、从犯，有的还增加一个胁从犯。我国刑法理论 的通说认为，我国刑法采取的是后一种分类方法，将共犯人分为主犯、从犯与胁从犯。 如所周知，德国、日本关于正犯与共犯的区分，并不是采取形式的客观说，而是米取了 犯罪事实支配理论或者实质的客观说。因此，其中的正犯也可谓主犯。反过来说，SP 使从解释论的角度来说，也可能认为我国刑法规定的主犯就是正犯，从犯与胁从犯就 是帮助犯。然而，应当注意的是，我国刑法与司法实践中关于主从犯的区分标准，比国外 的正犯、教唆犯与帮助犯的区分标准更为实质。所以，在国外属于共同正犯的，在我国依 然可能仅成立从犯。

我国刑法第26条至第29条分别规定了主犯、从犯、胁从犯与教唆犯（旧刑法第23条 至第26条也是如此）。刑法理论的通说认为，刑法将共犯人分为主犯、从犯、胁从犯与教 唆犯四类,使作用分类法与分工分类法统一起来;于是，教唆犯是与主犯、从犯、胁从犯并 列的共犯人。本书认为，如果认为上述两种分类的标准不一，那么，我国刑法仅将共犯人 分为主犯、从犯、胁从犯三类，刑法对教唆犯作了专门规定，但教唆犯并不是与主犯、从犯、 胁从犯并列的共犯人。〔131〕根据本书的观点，主犯、从犯、胁从犯的概念具有相对性，即有 的共犯人可能属于共同犯罪中的主犯或者从犯，但由于存在责任阻却事由，而不得对其以 犯罪论处,但不影响对其他共犯人定罪量刑。

总之，我国刑法将共犯人分为主犯、从犯与胁从犯，同时规定了相应的处罚原则，并特 别规定了教唆犯的处罚原则。此外，关于单位犯罪中的共同犯罪处罚，也需要说明。

二、主犯及其处罚原则

（一）主犯的概念与种类

刑法第26条第1款规定：“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起 主要作用的，是主犯。”据此，主犯包括两类：一是组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的犯 罪分子;二是其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。

组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的犯罪分子，就是犯罪集团的首要分子。“组织” 主要是指为首纠集他人组成犯罪集团，使集团成员固定或基本固定。联系刑法第97 条，〔《2〕“领导”就是指“策划”、“指挥”。“策划”主要是指为犯罪集团的犯罪活动出谋划 策，主持制定犯罪活动计划。“指挥”主要是指根据犯罪集团的计划，直接指使、安排集团 成员的犯罪活动。从司法实践上看，犯罪集团的组织者通常也策划、指挥集团的犯罪活 动，但有的也存在分工情况。只要从事上述活动之一的,便是首要分子，故犯罪集团中的 首要分子既可以是一人，也可以不止一人。

在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子，是指除犯罪集团的首要分子以外的在共同犯 罪中对共同犯罪的形成、实施与完成起决定或重要作用的犯罪分子。其中的“共同犯罪” 包括各种形式的共同犯罪。判断犯罪分子是否起主要作用，一方面要分析犯罪分子实施 了哪些具体犯罪行为，对结果的发生起什么作用;另一方面要分析犯罪分子对其他共犯人

〔**U1**〕参见张明楷:“教唆犯不是共犯人中的独立种类”，载《法学研究》1986年第3期。

〔1刻刑法第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。”

第八章共同犯罪**451**

的支配作用。

（二） 主犯与首要分子的关系

根据刑法第97条的规定，首要分子分为两类:一是犯罪集团中的首要分子;二是聚众 犯罪中的首要分子。如前所述,犯罪集团中的首要分子都是主犯。但犯罪集团中的主犯 不一定是首要分子，因为在犯罪集团中，除了首要分子是主犯以外，其他起主要作用的犯 罪分子也是主犯，却不是首要分子。

在一律构成共同犯罪的聚众犯罪中（如聚众斗殴罪），虽然可以以刑法分则对首要分 子规定了较重的法定刑为依据，认为首要分子是主犯。但对这种首要分子不能适用刑法 总则关于主犯的规定。

在是否属于共同犯罪应视案件情况确定的聚众犯罪中（如聚众扰乱公共场所秩序、 交通秩序罪），刑法分则规定只处罚首要分子。如果案件中的首要分子只有一人，则只有 一人的行为构成犯罪，无所谓共同犯罪，也无所谓主犯与从犯之分。如果案件中的首要分 子为二人以上，则构成共同犯罪；首要分子起什么作用，应在首要分子之间进行比较、分 析,不能将首要分子与不构成犯罪的其他参与人进行比较;如果二人以上均在组织、策划、 指挥聚众犯罪中起主要作用，则皆为主犯;如果有人起主要作用、有人起次要作用，则应分 别认定为主犯与从犯。

由上可见，聚众犯罪中的首要分子不一定是主犯。认为聚众犯罪的首要分子均为主 犯的观点，既不符合刑法第26条的规定，也不符合刑法分则关于聚众犯罪的具体规定以 及聚众犯罪的实际情况。

（三） 主犯的处罚原则

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。”该条第4款规定:“对于第三款规定以外的主犯,应当按照其所参与的或者组 织、指挥的全部犯罪处罚。”

1. 首要分子的处罚原则

犯罪集团中的首要分子，除了对自己直接实施的具体犯罪行为及其结果承担责任外， 还要对集团所犯的全部罪行承担责任，即还要对其他成员按该集团犯罪计划所犯的全部 罪行承担责任，因为这些罪行是由首要分子组织、策划、指挥实施的。所应注意的是，对犯 罪集团的首要分子，是按“集团”所犯的全部罪行处罚，不是按“全体成员”所犯的全部罪 行处罚。换言之，集团成员超出集团犯罪计划，独自实施的犯罪行为，不属于集团所犯的 罪行，首要分子对此不承担责任。

（1）犯罪集团首要分子对集团成员在其总体性、概括性故意之内的，总体策划、指挥 下的罪行，即使不知详情，也应当承担责任。例如，盗窃集团的首要分子，要求集团成员有 机会就实施盗窃行为。即使首要分子对其成员何时、何地实施具体盗窃行为完全不知，也 应承担相应的责任。再如，黑社会性质组织的首要分子，要求组织成员维护其组织的经济 利益，对于侵害其组织经济利益的人，应不惜一切代价予以报复。在这种情况下，只要集 团成员为了维护黑社会性质组织经济利益而报复（杀人、伤害等）“侵害者”的，都应当认 为是首要分子策划、指挥的罪行，首要分子应当对此承担责任。反之，集团成员完全超出 首要分子的总体上、概括性故意的行为，只能由实施者承担责任。例如，盗窃集团的首要 分子，要求集团成员有机会就实施盗窃行为，但集团成员在实施盗窃的过程中强奸妇女

**452**刑法学(第五版)

的，首要分子对强奸行为不承担责任。

1. 虽然犯罪集团的首要分子事先确定、指示了集团的犯罪范围，但当集团成员超出 该犯罪范围，实施某种犯罪行为(首次犯罪行为)后，首要分子并不反对，而是默认，甚至 赞同、怂恿，导致集团成员以后实施该种犯罪的，虽然首要分子对成员的“首次犯罪行为” 不应当承担责任，但对集团成员后来实施的相同犯罪行为，应当承担责任。例如，抢劫集 团的首要分子甲，事先只是确定、指示其成员实施抢劫财物的行为。一段时间后，其成员 乙、丙为了勒索财物，实施了绑架行为。事后，甲在集团内部“夸奖”乙、丙的行为。时隔 不久,其他集团成员因为甲“赞成”绑架也实施了绑架行为。虽然首要分子甲对乙、丙的 绑架罪不承担责任，但对于其他成员后来实施的绑架行为应当承担责任。因为在乙、丙实 施了绑架行为之后，甲的概括性故意及其预定的犯罪内容，实际上除抢劫罪之外，已经包 含了绑架罪。
2. 在首要分子对集团成员的犯罪内容做出某种程度的确定、指示，但没有明确限定 具体目标、具体罪名等情况下，集团成员实施的犯罪行为没有明显超出首要分子的确定范 围，或者说,集团成员实施的犯罪行为仍然处于首要分子确定、指示的范围之内时，首要分 子仍应承担责任。例如，盗窃集团的首要分子指示成员实施盗窃行为，而没有限定盗窃的 目标等内容，集团成员盗伐林木时，首要分子仍然对该盗伐林木的犯罪承担责任。同样， 集团成员盗窃危险物质，危害公共安全的，首要分子也应对盗窃危险物质罪承担责任。
3. 在首要分子对集团成员的犯罪内容做出某种程度的确定、指示，但集团成员发生 误解，实施了其他犯罪的情况下，首要分子应当在有责的限度内承担刑事责任。从抽象的 事实认识错误的角度来说，如果集团成员所犯之罪，与首要分子所确定、指示的犯罪之间 具有重合的性质，首要分子应当在性质重合的范围内承担责任。例如，首要分子指示集团 成员实施盗窃行为，但集团成员误解为抢劫，并实施了抢劫行为。首要分子虽然不对该抢 劫行为承担责任，但应当在盗窃罪的范围内，与集团成员成立共同犯罪，因而对盗窃罪承 担责任。从共犯过剩的角度来说，首要分子对直接正犯所实施的超出首要分子故意内容 的行为与结果，不承担刑事责任。
4. 如果首要分子策划、指挥的犯罪是容易转化的犯罪，那么，当集团成员在实施首 要分子策划、指挥的犯罪过程中转化为另一重罪时，首要分子原则上应当对转化后的犯罪 承担责任。例如，首要分子策划、指挥集团成员实施盗窃行为，集团成员在犯盗窃罪的过 程中，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力或者以暴力相威胁，因而转化为 抢劫罪的,首要分子一般应当对该抢劫罪承担责任。当然，如果盗窃集团的首要分子明确 指示其成员在盗窃时不得转化为抢劫，则另当别论。
5. 如果首要分子策划、指挥某种基本犯罪行为,但集团成员在实施基本犯罪时造成 加重结果的，首要分子也应承担结果加重犯的责任。
6. 虽然犯罪集团的首要分子要对集团所犯的全部罪行承担责任，但这并不意味着 首要分子要对其中的任何具体罪行都承担主要责任。首要分子对于具体犯罪所承担的责 任，应当根据其在该起犯罪中的具体地位、作用来确定。换言之，首要分子完全可能对某 些具体的犯罪并不起主要作用。
7. 其他主犯的处罚原则

对于犯罪集团首要分子以外的主犯，应分为两种情况处罚：对于组织、指挥共同犯罪

第八章共同犯罪**453**

的人（如聚众共同犯罪中的首要分子），应当按照其组织、指挥的全部犯罪处罚；对于没有 从事组织、指挥活动但在共同犯罪中起主要作用的人，应按其参与的全部犯罪处罚。这意 味着现行刑法对这种主犯只是像单独犯那样处罚，而没有像旧刑法那样规定对主犯从重 处罚。

当一个共同犯罪案件有两个以上的主犯时，他们在起主要作用的前提下仍有区别，其 非难可能性会有差异，故对于主犯也需区别对待。

三、 从犯及其处罚原则

刑法第27条第1款规定："在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。”据此，从 犯包括两种人:一是在共同犯罪中起次要作用的犯罪分子，即对共同犯罪的形成与共同犯 罪行为的实施、完成起次于主犯作用的犯罪分子;二是在共同犯罪中起辅助作用的犯罪分 子，即为共同犯罪提供方便、帮助创造条件的犯罪分子，主要是指帮助犯。

从犯是相对于主犯而言的。没有主犯就不可能成立共同犯罪，只有主犯（须二人以 上）没有从犯可以成立共同犯罪但共同犯罪中不可能只有两个以上的从犯而无主 犯,〔133〕故不应任意扩大或缩小从犯的范围。认定从犯时，要根据行为人在共同犯罪中所 处的地位、对共同故意形成的作用、实际参与的程度、具体行为的样态、对结果所起的作用 等进行具体分析，判断其是否在共同犯罪中起次要或辅助作用。

刑法第27条第2款规定：“对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。”特别需要 指出的是，对于从犯也是按照其参与的全部犯罪处罚。只是由于从犯在共同犯罪中起次 于主犯的作用，故刑法采取了上述必减原则。

四、 胁从犯及其处罚原则

根据刑法第28条的规定，胁从犯是被胁迫参加犯罪的人，即在他人威胁下不完全自 愿地参加共同犯罪，并在共同犯罪中起较小作用的人。要求胁从犯在共同犯罪中起较小 作用（即未起主要作用）虽不是刑法的明文规定，却是对刑法第26条至第29条进行体系 解释得出的合理结论。由于行为人是被胁迫参加犯罪，其合法行为的期待可能性减少，所 以，即使客观上在共同犯罪中起次要作用，也只能按胁从犯处罚。如果行为人起先是被胁 迫参加共同犯罪，但后来发生变化，积极主动实施犯罪行为，在共同犯罪中起主要作用，则 应按主犯处罚。

值得注意的是，行为人身体完全受强制、完全丧失意志自由或者符合紧急避险条件实 施了某种行为的，不构成胁从犯。例如，抢劫犯持枪劫持出租车司机，令司机将其送往某 银行实施抢劫行为的，出租车司机因为完全丧失意志自由，不构成抢劫罪的胁从犯。再 如，民航飞机在飞行中突遭武装歹徒劫持，机长为避免机毁人亡，不得已将飞机开往歹徒 指定地点。机长的行为是紧急避险，不成立劫持航空器罪的胁从犯。〔135〕

刑法第28条规定：“对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免 除处罚。”刑法之所以做出这样的规定，是因为胁从犯主观上不完全自愿参加犯罪，特别

[133]至于“主犯”是否具有责任阻却事由因而是否成立犯罪，则是另一问题。例如，15周岁的甲邀约18周岁的乙 为其盗窃行为望风的，甲是主犯，乙是从犯。只不过甲具有责任阻却事由，而不得以盗窃罪论处。

**1:134**〕不排除在特殊情况下按从犯处罚。

〔1珣参见王作富:《中国刑法研究》，中国人民大学出版社1988年版，第257页。

**454**刑法学（第五版）

预防的必要性小，客观上在共同犯罪中起较小作用。在处罚胁从犯时，一定要以其犯罪情 节为依据。这里的犯罪情节主要包括两个方面:一是被胁迫的程度;二是在共同犯罪中所 起的作用。

五、 教唆犯的处罚原则

刑法第29条对教唆犯规定了以下三个处罚原则：

1. “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。”在被教唆者实施 了被教唆的罪因而与教唆犯成立共同犯罪（包括既遂与未遂）的情况下，如果教唆犯在共 同犯罪中起主要作用，就以主犯论处;如果教唆犯在共同犯罪中起次要作用，则以从犯论 处（在个别特殊情况下，教唆犯也可能是胁从犯，应以胁从犯论处）。因此,将教唆犯一概 视为主犯或一概视为从犯的观点，有悖刑法规定。司法实践一概将教唆犯作为主犯、对教 唆犯的量刑重于正犯的做法，产生了诸多弊害，应当杜绝。即使对教唆犯以主犯论处时， 在相同条件下，对教唆犯的量刑也应当轻于正犯。［136〕此外需要说明的是，在被教唆的人 只是实施了犯罪预备行为的情况下（以处罚犯罪预备为前提），教唆犯与被教唆者成立共 同犯罪，对教唆犯适用本规定的同时，还应适用刑法第22条第2款。
2. “教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。”这是因为选择不满18周岁的人 作为教唆对象，既说明行为人的非难可能性严重，又说明教唆行为本身的腐蚀性大，危害 程度严重，理应从重处罚。此外，保护青少年健康成长，也是上述规定的政策理由。其中 的“不满十八周岁的人”包括没有达到法定年龄的人。如教唆13岁的人犯罪的，应当从 重处罚。或许有人认为，这种情形属于间接正犯,不应当适用教唆犯的规定。其实，即使 肯定这种行为成立间接正犯，但由于间接正犯与教唆犯并不是对立关系，相反应当认为这 种情形的间接正犯也完全符合教唆犯的成立条件，故应当对其适用上述规定。否则，会导 致刑法的不协调。
3. “如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。”根据 共犯从属性立场，这种情况属于未遂犯的教唆犯。例如，甲教唆乙杀人，乙着手实行杀人 但未得逞（未遂犯）。在这种情况下，一方面，要适用刑法第29条第1款，判断教唆犯甲在 共同犯罪中的作用;另一方面，对于教唆犯甲适用刑法第29条第2款，对于正犯乙则适用 刑法第23条。

六、 单位共同犯罪的处罚原则

刑法第25条第1款明文规定，共同犯罪的行为主体必须是“二人以上”。由于刑法规 定了单位犯罪，故二个以上的单位以及单位与自然人共同实施的犯罪，可能构成共同犯 罪。单位犯罪时，直接负责的主管人员及其他直接责任人员，与该单位本身不成立共同犯 罪，只认定为一个单位犯罪;但是，直接负责的主管人员与其他直接责任人员仍然成立共

〔**136**〕将教唆犯一概当做主犯的做法，必然导致诸多冤假错案。亦即，由于对教唆犯的处罚重于正犯，所以，正犯 常常谎称自己的行为是由他人教唆所致，以便减轻自己的责任；司法机关也往往轻信正犯的这一说法，当他 人否认自己实施了教唆行为时，司法机关反而认为他人认罪态度不好，导致没有实施教唆行为的他人遭受 更重的处罚。倘若对正犯的处罚重于教唆犯，正犯就不会也没有必要谎称自己的行为是由他人教唆所致， 因而可以减少冤假错案。

第八章共同犯罪**455**

同犯罪。［|37〕应当注意的是，由于刑法明文规定仅处罚这两类人员，所以，其他人员即使对 单位犯罪起到了作用，也不得处罚。

对单位共同犯罪的处罚，应以刑法总则关于共同犯罪以及单位犯罪的法律规定为依 据。对单位共同犯罪，应根据主体在单位共同犯罪中所起的作用大小，分清主犯、从犯，并 根据相应的原则处罚；对单位犯罪中的直接负责的主管人员与直接责任人员，也应当分清 主犯、从犯，分别适用不同的处罚原则。

〔**137**〕单位犯罪不等于共同犯罪。一个单位犯罪时，该单位是犯罪的行为主体，就单位而言只有一个主体，因而不 同于共同犯罪;一个单位犯罪时，该单位成员并不一定是犯罪人，该单位也并不一定是非法组织，因而不同 于集团犯罪。

第九章罪 数

第一节罪数的区分

一、 区分罪数的意义

罪数，是指一人所犯之罪的数量；区分罪数，也就是区分一罪与数罪。被告人的行为 究竟是构成一罪还是成立数罪，是司法实践中经常遇到的重要问题之一，也是犯罪论的基 本理论问题之一（同时也是刑法理论中的混乱问题之一）。正确区分一罪与数罪，具有非 常重要的意义。

正确区分罪数，有利于准确定罪。准确定罪的含义，除了包括准确地认定行为是否构 成犯罪、是构成此罪还是构成彼罪之外，还包括准确地认定行为构成的是一罪还是数罪， 这三者又密切联系。例如，行为人以抢劫的故意持刀杀死被害人后，立即取走被害人的财 物。如果认定为一罪，就是抢劫罪；如果认定为数罪，就可能是故意杀人罪与侵占罪（或 盗窃罪）。

正确区分罪数，有利于合理量刑。根据罪刑关系的基本原理，对一罪只能一罚，对数 罪虽然也可能只科处一个刑罚，但大多数数罪都应当并罚。将一罪定为数罪时，通常会导 致无根据地加重行为的法律后果;将数罪定为一罪时,往往会导致无根据地减轻行为的法 律后果。例外地也可能出现相反情况。因此，一罪与数罪的混乱，必然造成量刑上的畸轻 畸重现象；只有正确区分罪数，才能为合理量刑提供前提条件。

正确区分罪数，还有利于维护刑法的权威性与严肃性，有利于依法执行刑事诉讼程 序，有利于对犯罪人的教育改造，有利于在全体公民中树立法治观念。

二、 区分罪数的标准

（一）理论学说

行为说主张，以行为的数量为标准区分一罪与数罪，实施一个行为的为一罪，实施数 个行为的为数罪。因为犯罪是行为，符合犯罪成立要件的是行为，故只能以行为的数量为 标准区分犯罪的数量。至于如何区分行为的单复，则又存在自然意义标准说、社会意义标 准说与法律意义标准说。然而，行为数量的区分本身就是一个很大的难题，即使是复数行 为，也可能被刑法规定为一罪。

法益说（结果说）认为，犯罪的本质是侵犯法益，故应以行为侵犯的法益数量为标准 区分一罪与数罪，行为侵犯一个法益的为一罪，行为侵犯数个法益的为数罪。这一区分标 准具有实质的合理性，但是，一个犯罪的保护法益完全可能是复数的，这是区分罪数时必 须注意的现象。

第九章罪数**457**

犯意说（主观说、意思说）提出，具有一个犯意的为一罪，具有数个犯意的为数罪。因 为犯意表明行为人的危险性格，犯罪行为是在犯意支配下实施的，是犯意的外部表现:这 是主观主义的观点，为本书所不取

构成要件说主张，以行为符合的构成要件数量为标准区分一罪与数罪，行为符合一个 犯罪的构成要件的为一罪，行为符合数个犯罪的构成要件的为数罪，行为数次符合一个犯 罪构成要件的也为数罪。在我国，犯罪构成是犯罪成立条件，故采用“构成要件说”可能 意味着采取了“犯罪构成说"，即以行为符合犯罪构成的数量为标准区分一罪与数罪。 “但是，对这一学说可能提出的批判是‘什么都说了，但什么都没有说’。这是因为，即使 犯罪的个数取决于构成要件的评价次数，但仍然存在着以什么标准来决定构成要件的评 价次数的问题，对此必须做出明确的回答。1〕

个别化说主张，应根据罪数的不同种类采取不同的区分标准3在该说看来，行为说、 法益说、犯意说与构成要件说都是基于“ 一个标准”区分罪数的。如果要么是一罪、要么 是数罪，以一个标准进行区分也是可能的。但是，罪数也有不同种类，以一个标准对所有 种类的罪数进行区分，则相当闲难例如，构成要件标准说对于区分是否属于单纯一罪是 合适的，但不可能根据该标淮说明连续犯、包括的一罪等现象的一罪性。具体地说，在区 分是否成立单纯一罪时，应以构成要件说为标准;在连续犯、吸收一罪等包括一罪的场合， 应将行为说与法益说结合起来作为标准;在想象竞合犯、牵连犯等科刑上一罪的场合，应 以行为说为标准。〔2〕

（二）本书的观点

在理论上区分罪数，首先要明确一罪与数罪的含义。换言之，一罪与数罪究竟是单纯 评价意义上的一罪与数罪，还是在科刑意义上的一罪与数罪？因为单纯评价意义上的数 罪，完全可能是科刑意义上的一罪例如，想象竞合犯在科刑上属于一罪，但在评价上是 一罪还是数罪，就取决于采取什么学说。如果采取行为说，就会认为是一罪；如果采取法 益说，就会认为是数罪；如果采取构成要件说（或者犯罪构成说），就难以得出结论。因为 行为与结果都是构成要件要素，在一个行为造成了两个法益侵害结果时，对行为的评价结 论是一，而对结果的评价结论是二，因而争论不休。

在本书看来，一罪与数罪的区分，与对数罪是否并罚是两个不同的问题。

首先，对一罪与数罪的区分，虽然可能以犯罪构成为标准（即行为符合一个犯罪构成 的，是一罪；行为符合数个犯罪构成的，成立数罪;行为数次符合同一个犯罪构成的，也是 数罪），但由于犯罪构成包含了成立犯罪所要求的全部要素，一个案件完全可能在某一方 面只符合一个犯罪构成的相关要件，而在另一方面完全符合两个犯罪构成的相关要件，故 需要以实质标准来决定犯罪构成符合性的评价次数、结局是，只能以犯罪的本质为标准 判断行为符合几个犯罪构成。质言之，由于刑法的目的是保护法益，犯罪的本质是侵害法 益，所以，应当根据行为所侵犯的法益数量评价其符合几个犯罪构成或者构成几个犯 罪3〕或者说,行为侵犯了一个犯罪的保护法益时，成立一罪;行为侵犯了数个犯罪的保

「丨〕［日］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第392页。

〔2〕参见［日］平野龙一：《刑法总论II》，有斐阁1975年版，第408页。

〔3〕不过，当一个犯罪的保护法益为复数时，侵害该复数法益的行为仅成立一罪。

**458**刑法学（第五版）

护法益时,成立数罪;行为数次侵犯一个犯罪的保护法益时,成立数罪。

其次，行为侵犯了数个犯罪的保护法益，并不意味着必然并罚。例如，当行为虽然侵

害了数个法益，但仅适用一个重法定刑就可以全面清算（评价）数罪的不法与责任时，就 不必实行并罚。这是因为，“罪数论•竞合论是在实体法上经过了对某一行为的违法、责任 的判断阶段后，为量刑提供基础的领域的讨论”。〔4〕罪数论也好、竞合论也罢，就是为了解 决量刑问题。或者说，“正确的刑罚裁量终究是整个竞合理论的目的”。〔5〕另一方面，犯 罪现象特别复杂，侵犯数个犯罪构成保护的法益的数罪，事实上会存在密切的关联性乃至 存在重合的部分，如果一概实行并罚，必然导致量刑畸重（在某些情况下，也可能导致量 刑畸轻）。所以，即使是数罪，也需要区分不并罚的数罪与并罚的数罪。在科处刑罚的意 义上，可以将仅适用一个法定刑而不并罚的数罪，归人包括的一罪或者科刑的一罪。［6〕

（三）具体判断

根据上述观点，对罪数的区分实际上存在两个方面的判断:一是行为究竟成立一罪还 是数罪？二是对于数罪是实行并罚还是不并罚？

1. 一罪与数罪的判断

如上所述，虽然可以将犯罪构成作为一罪与数罪的区分标准，但结局只能通过行为侵 犯的法益数量评价行为符合几个犯罪构成。所以，在判断一罪与数罪时，首先必须明确犯 罪构成的实质内容，其实质内容又决定了它有特定的外延，因此，如果现实发生的事实完 全属于某一犯罪构成及其加重构成所预定的内容，只侵犯了一个犯罪构成的保护法益，就 应认为行为符合一个犯罪构成。例如，刑法第263条将“人户抢劫”规定为抢劫罪的加重 情节，该加重情节不仅包括以暴力、胁迫或者其他方法强取公私财物的行为，而且包括非 法侵人住宅的行为，所以，对人户抢劫只能评价为一个犯罪。显然，采取犯罪构成标准说， 首先要求对各种犯罪构成本身有正确认识，尤其是对一个犯罪的保护法益具有正确认识。

其次，在判断现实所发生的犯罪事实是否完全属于某一犯罪构成所预定的内容时，必 须从不法到责任进行判断。行为人在实施犯罪行为时,可能采取不同的方式、步骤，这些 方式、步骤可能仅侵犯一个法益，行为人主观上只有一个故意或者一个过失内容，因此，一 个犯罪行为可能包含几个具体的动作或环节。反过来，表面上看只是一罪的行为，实际上 可能侵犯两个法益，行为人对两个法益侵害具备有责性，成立两个犯罪。例如，甲在某火 车站偷扒上一辆待发的货车，意欲进县城游玩。甲上车后，见车厢内只有一名妇女乙（贩 卖天麻的小贩），顿生恶念。列车开动后，甲猛扑上去，将乙按倒，在强行脱乙的裤子时， 突然发现其裤带上串有一黑色钱包，遂将其钱包抢归己有。这时，乙吓得发抖，甲再也没 有理睬她。大约20分钟后，列车减速进站，甲跳车逃走。甲的行为形似一个抢劫罪，其实 不然。甲事先并不知道某乙裤带上串有钱包，按倒乙并解其裤带是为了强奸乙，此行为侵 犯了妇女的性行为自主权，是强奸行为;发现钱包后，甲另起抢劫故意，实施了抢劫行为，

〔4〕［日］只木诚:“罪数论•竞合论”，载［日］山口厚、甲斐克则编：《21世纪日中刑事法的重要课题》，成文堂 2014年版，第73页。

〔5〕［德］Ingeborg P叩pe: “基于构成要件结果同一性所形成不同构成要件实现之想象竞合”，陈志辉译，载《东吴 法律学报》第17卷第3期，第321页。

〔6〕本章后述的“数罪”一词，既可能指评价意义上的数罪，也可能指并罚意义上的数罪，恳请读者根据语境识 别。

第九章罪数**459**

此行为侵犯了被害人的人身与财产。如果不注重分析现实发生的事实，不注意分析行为 人的责任内容，即使以犯罪构成为标准，也可能出现罪数认定上的错误。

1. 并罚与否的判断

行为成立一罪，不可能并罚；行为侵犯数个犯罪构成的保护法益时，也可能不并罚。 并罚与否，也是罪数论所要解决的问题。

（1） 行为虽然侵犯了数个犯罪构成的保护法益，但如果可以进行包括的评价,仅以一 罪论处也能实现量刑的合理化时，就不必实行并罚，只要认定为包括的一罪即可。例如， 故意杀人的同时将被害人的衣服毁坏的行为，虽然存在两个法益侵害事实，但仅认定为故 意杀人罪即可，没有必要另认定为故意毁坏财物罪。

（2） 行为虽然侵犯了数个犯罪构成的保护法益，在判决时也应宣告行为构成数罪，但 如果适用一个重罪的法定刑即可实现量刑的合理化，就不必实行并罚。例如，盗窃电力设 备的行为同时破坏了电力设备，危害公共安全的，虽然构成数罪，但由于只有一个行为，仅 适用一个重罪的法定刑处罚即可。

（3） 行为侵犯了数个犯罪构成的保护法益，只有实行数罪并罚才能实现量刑的合理 化时，则应认定为并罚的数罪，分别定罪量刑后，再根据刑法的规定决定应当执行的刑罚。 例如，在非法采矿时发现珍贵文物而盗窃的，为了杀人而盗窃枪支并利用所盗枪支杀人 的，故意造成被保险人死亡、伤残，然后骗取保险金的行为，都侵犯了数个犯罪构成的保护 法益，成立数罪，既不能包括地评价为一个犯罪，也不能仅适用一个重罪的法定刑，而必须 实行数罪并罚。

（4） 我国刑法总则没有规定数罪的区分标准与并罚的标准，分则条文的规定则缺乏 统一性。例如，有些行为原本成立数罪，但刑法分则却基于某种理由将其规定为一罪。例 如，以勒索财物的目的绑架他人后杀害被绑架人的，符合绑架罪与故意杀人罪的犯罪构 成，但刑法规定仅以绑架罪论处（参见刑法第239条）。再如，三次抢劫行为，每次都独立 地符合抢劫的犯罪构成，原本成立三个抢劫罪，但刑法规定按一罪处理（参见刑法第263 条）。又如，司法工作人员因收受贿赂而徇私枉法的，符合刑法第399条规定的徇私枉法 罪的犯罪构成和第385条规定的受贿罪的犯罪构成，但刑法第399条第4款规定对这种 行为依照处罚较重的规定定罪处罚。而且，既然是特殊规定，就不一定有规律可循（参见 刑法第157条2款与第321条第3款）。所以，对于并罚与否的问题，必须注意刑法分则 的相关规定。

三、罪数的种类

（一）德国的学说

近年来，有学者主张以德国的竞合论取代现有的罪数论。其实,罪数论与竞合论所讨 论的具体现象相同、目的相同，只是研究路径略有不同（但不矛盾），部分用语与归类有所 不同，因而导致对部分问题（现象）的处理不同。德国竞合论的下位概念与我国罪数论对 应的下位概念的内涵、外延存在明显区别;我们虽然可以吸收竞合论的部分内容，但不可 能完全由竞合论取代罪数论。

德国竞合论的基本特点是，将所有问题归人三个竞合（法条竞合、想象竞合与实质竞 合）之中。亦即，将仅适用一个法条的情形均作为法条竞合处理，所以，法条竞合就是法 条单一的情形;虽然应当适用数个法条，但只有一个行为或者两个行为之间有重合时，就

**460**刑法学（第五版）

是想象竞合，所以，想象竞合就是行为单一；如果既不是法条单一，也不是行为单一，就是 实质竞合（数罪**L**在我国的既有学术背景下，难以采取德国的这种学说。

首先，德国的法条竞合并不以法条之间存在包容、交叉关系为前提，法条竞合的吸收 关系包括了许多并非一个行为的现象。换言之，一个行为通常同时触犯A罪与B罪时， 就属于法条竞合。例如，故意杀人与故意毁坏财物两个罪是中立关系，在杀人行为捅破被 害人衣服的场合，认为杀人与故意毀坏财物是法条竞合（吸收关系）。再如，人户盗窃与 故意毁坏财物（指破坏门窗等）是法条竞合关系（吸收关系）。盗窃枪支后非法持有枪支 也是法条竞合关系（吸收关系）。概言之，在德国，某个可罚行为的不法内容能够由一个 法条予以充分、全面评价时，就适用该法条而排除其他法条的适用，此时便是法条竞 合。〔7〕但是，我国刑法理论已经将法条竞合限定为法条之间具有包容与交叉的情形。［8〕 这可谓约定俗成，再改变这一形式标准并不合适。

其次，德国的判例与占绝对主流的观点认为，在触犯数罪的行为中，只要其中有一部 分具有同一性就足以成立想象竞合犯亦即，数行为中只要任何一部分对数罪的构成要 件的形成产生共同作用就成立想象竞合。于是，德国的想象竞合犯实际上包含了数行为 触犯数法条的情形，因而包含了在我国被认定为典型数罪的情形。例如，德国的判例与通 说认为，第一个构成要件行为既遂后在完全终了前实现另一构成要件的，均属想象竞合。 如醉酒的盗窃犯在窃取他人财物后驾驶交通工具逃跑的，被认定为想象竞合犯。但这种 情形在我国是典型的数罪。又如，在德国，正在逃跑的抢劫犯对追捕者进行射击的，构成 普通抢劫与谋杀罪的想象竞合。这与我国审判实践的做法以及刑法理论的观点相反。

再次，德国没有牵连犯的概念，牵连犯的现象大多分别属于德国的想象竞合与法条竞 合中的吸收关系，少数情形属于实质竞合。我国刑法理论与司法实践普遍使用牵连犯的 概念。

最后，德国的实质竞合理论也不符合我国刑法的相关规定。在当今的德国竞合论中， 连续犯与集合犯均被认定为实质竞合，要作为数罪处理。但是，我国刑法大多将连续犯规 定为一罪。例如，刑法分则条文将“多次”犯罪规定为一罪或者法定刑升格的情形，其中 就包含了大量的连续犯;再如，刑法分则规定的数额犯，也包含了大量的连续犯。集合犯 中的职业犯，也被我国刑法规定为一罪，而不是数罪、

刑法学不是自然科学，当某些概念已有约定俗成的定义时，要改变其定义是相当困难 的：例如，当我国刑法理论已经完全习惯于将法条竞合限定为法条之间具有包容与交叉 关系的情形时，推翻这种观念的做法，既不现实，也得不偿失。例如，在我国，不管是根据 “竞合”的日常含义，还是根据学术传统，恐怕没有人可以接受故意杀人罪与故意毁坏财 物罪之间存在法条竞合的结论。再如，虽然有学者主张转向德国的竞合论，放弃使用一些 概念，但在刑法理论已经使用诸多概念的理论背景下，要放弃这些概念也几乎不可能。一 位学者可以放弃使用许多概念，但一个学界只能使概念越来越多，而不可能使概念越来越 少。

（7］显然，在德国，法条竞合并非名副其实。正因为如此，德国有学者建议，以法条单一的概念替代传统的且有 争论的法条竞合概念更为妥当（Vgl.，H. Jescheck/T. Weigend,Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. , Duncker & Humblot , 1996 ,S. 732 ）

〔8〕如后所述，本书认为交叉关系不是法条竞合而是想象竞合。

第九章罪数**461**

那么，能否在体系上采用德国的竞合论，而在具体内容上仍然沿用我国刑法理论既有 的罪数观点呢？答案也是否定的。例如，倘若要采用德国的竞合论，就必须将附随犯、共 罚的事后行为等包括的一罪纳入法条竞合。果真如此，就必须认为法条竞合不以法条之 间具有包容与交叉关系为前提。这便不可能维持我国刑法理论既有的法条竞合理论。再 如，如果要采用德国的竞合论，就必须将多数牵连犯归入想象竞合犯，因而也不可能维持 我国既有的想象竞合理论。

（二）本书的分类

罪数的种类包括一罪的种类与数罪的种类。从典型的或者单纯的一罪到并罚的数罪 之间，存在各种不同的形态,，本书借鉴日本的罪数论体系，将罪数的诸形态区分为单纯的 一罪（包括连续犯、法条竞合等）、包括的一罪、科刑的一罪（包括想象竞合与不并罚的牵 连犯）与并罚的数罪。单纯的一罪，是指无论依据什么标准，都只能评价为一罪，只能适 用一个刑法分则条文的情形；包括的一罪，是指对行为进行孤立的评价，可能得出数罪的 结论，但如果进行整体的评价，只需要适用一个刑法分则条文的情形;科刑的一罪，是指行 为构成数个犯罪,应当适用数个刑法分则条文，但只需要适用一个重法定刑的情形;并罚 的数罪，是指行为构成数个犯罪，应当适用数个刑法分则条文，而且需要分别定罪量刑后 实行并罚的情形。

需要特别说明的是为什么要有包括的一罪？最根本的理由是，我国没有像德国的竞 合论那样承认中立关系的法条之间存在法条竞合，而是将法条竞合限定在法条之间具有 包容或者交叉关系的情形。因此，德国法条竞合中的吸收关系所讨论的现象，在我国均不 能归人法条竞合，事实上，存在吸收关系的犯罪并非仅实施了一个行为，而是存在数行为 （如共罚的事前行为与共罚的事后行为）。所以，在我国，这类现象既不能归入法条竞合， 也不能归入想象竞合，因此，必须借鉴日本的罪数论，将包括的一罪作为与单纯的一罪、科 刑的一罪相并列的一类现象、

此外，应否保留科刑的一罪，虽然值得进一步讨论，但本书初步认为，由于我国刑法理 论与司法实践普遍接受牵连犯概念，牵连犯事实上侵害数个法益、成立数罪，而且除刑法 明文规定并罚的情形之外，均只适用一个重法定刑，故仍有必要将不并罚的牵连犯归人科 刑的一罪。

数罪当然指数个犯罪。数罪可以分为同种数罪与异种数罪，前者是指行为人实施二 次以上相同性质的行为，二次以上符合相同的犯罪构成;后者是指行为人实施二次以上不 同性质的行为，二次以上符合不相同的犯罪构成。异种数罪必须实行并罚。同种数罪既 可能并罚（原则上应当并罚），也可能不并罚；但同种数罪不并罚时，也不意味着仅成立一 罪。

应当注意的是，虽然所有的罪数现象均可以归入上述四类，但不意味着某个既有的特 定概念所包含的现象只能归人上述某一类。例如，转化犯这一概念所包含的现象，既可能 属于包括的一罪，也可能属于想象竞合，还可能属于并罚的数罪。

**462**刑法学（第五版）

第二节单纯的一罪

一、 单纯的一罪概述

单纯的一罪，是指一个行为侵害一个法益的情形。例如，向特定被害人的食物中投放 毒药致其死亡，一刀砍掉被害人的一只手致其重伤，就是单纯的一罪。单纯的一罪，也可 谓本来的一罪。亦即，这种犯罪仅有一个行为、侵害了一个法益，本来就是一个犯罪，不可 能也不应当评价为数罪。但是，即使一个行为侵害了一个法益，也可能由于行为的持续性 或者法条之间的包容关系，影响罪数的认定。在此，需要讨论的便是继续犯与法条竞合。

二、 继续犯

（一）继续犯的概念与特征

一般认为，继续犯（持续犯），是指行为从着手实行到终止以前，一直处于持续状态的 犯罪。非法拘禁罪被认为是典型的继续犯，即行为人从着手非法剥夺他人人身自由到恢 复他人人身自由为止，其非法剥夺他人自由的行为一直处于持续状态中。继续犯具有以 下特征：

1. 实行行为与不法状态同时继续，而不仅仅是不法状态的继续。这是继续犯与状态 犯的主要区别。状态犯是指一旦发生法益侵害的结果，犯罪便同时终了，但法益受侵害的 状态仍然在持续的情况。如盗窃罪，行为人窃取他人财物后，犯罪便终了，但行为人非法 占有他人财物的状态仍然在持续。而继续犯是实行行为本身的持续，行为的持续导致不 法状态也在持续。换言之，继续犯时，行为对法益的侵害在持续，行为的构成要件符合性 在持续;而且，在行为持续期间，法益受侵害的程度没有减轻。状态犯时，发生侵害结果 后，行为的构成要件符合性没有持续（没有持续地“窃取”他人财物）。继续犯的实行行为 可以分为两种类型:（D被评价为实行行为的身体动作本身的持续。例如,危险驾驶一定 距离时，行为就发生了公共危险（已经既遂），但驾驶机动车的实行行为一直在持续。

（2）被评价为实行行为的身体动作本身并没有持续，但能够将其行为评价为或者拟制为 实行行为的持续。例如，甲将乙关押在他人不知的房间，并在房间里放置了一定的食物， 然后到外地度假一周，度假结束后才将乙释放。在甲度假期间，并没有在身体动作上持续 实施非法拘禁的行为，但乙的人身自由被剥夺（法益侵害）的程度，自始至终没有任何差 异。因此，可以肯定，甲在外地度假时，也在持续地造成法益侵害结果，其行为的构成要件 符合性一直在持续，因而可以将其行为评价为持续性的实行行为。

1. 实行行为在一定时间内（成立继续犯所需的时间内）持续。继续犯的实行行为必 须具有时间上的继续性，即在一定时间内持续，持续时间的长短不影响继续犯的成立，但 瞬间性的行为不可能构成继续犯。至于中间是否有间断，对于继续犯的认定并不重要，只 是是否另构成连续犯或者同种数罪的问题。例如，行为人先拘禁他人几天,间断几天后又 拘禁他人的，是两次实施了继续犯。再如，醉酒驾驶一段路程后在路边休息一会，然后继 续醉酒驾驶的，依然成立继续犯（仅评价为一罪即可）。
2. —个行为侵犯了同一具体的法益，即实行行为自始至终都针对同一对象、侵犯同一

第九章罪数**463**

法益。如果数行为侵犯同一法益，或者一行为侵犯数种法益，则不是单纯一罪的继续犯。 继续犯可以分为两大类:一类是法定的继续犯，即构成要件行为必须具有持续性，否

则不成立犯罪，如非法拘禁罪、非法持有毒品罪等。另一类是事实的继续犯，即分则条文 没有要求构成要件行为必须具有持续性，但行为人实施的实行行为具有持续性。例如，窝 藏罪的窝藏行为不必具有持续性,但为犯罪人提供隐藏处所等行为的确可能成为继续犯。 再如，诽谤罪的诽谤行为不必具有持续性，但网络诽谤行为完全可能成为继续犯。

（二）继续犯的处理

对于继续犯，不论其持续时间的长短，均应以一罪论处。因为持续性的行为仅针对同 一对象、侵犯同一法益;规定继续犯的犯罪构成，也预定了该罪行为会持续一定时间，故行 为的持续性包含在犯罪构成所预定的范围内。继续犯的既遂时间与行为终了时间并不一 致，故在继续犯的行为持续期间参与犯罪的，成立共同正犯或者帮助犯。根据刑法第89 条的规定，对继续犯的追诉期限，从犯罪行为终了之日起计算，这也说明对继续犯只能以 一罪论处。此外，在继续犯的持续时间跨越新旧两法时，应适用新法（依然成立一罪）

三、法条竞合

（一）法条竞合的概念

法条竞合，是指一个行为同时符合了数个法条规定的犯罪构成，但从数个法条之间的 逻辑关系来看，只能适用其中一个法条，当然排除适用其他法条的情况。换言之，法条竞 合是指法条之间具有竞合（重合）关系，而不是犯罪的竞合。显然，法条竞合关系不同于 法条关系。只有当两个法条之间存在包容关系（如特别关系、补充关系）时，才能认定为 法条竞合关系。

法条竞合关系，并不限于形式上的此条（第x条）与彼条（第X条）之间的关系；同一 法条内的不同款项之间，以及同一款项内的不同构成要件之间，也可能存在法条竞合关 系。例如，刑法第263条只有一款，其中后段规定的8项加重抢劫与前段规定的普通抢 劫，就是典型的法条竞合（特别关系）。

概括起来，法条竞合具有如下特点:（D存在一个符合犯罪构成的事实;（2）该犯罪行 为仅侵害了一个犯罪的保护法益；（3）该犯罪行为表面上符合刑法分则的数个法条; （4）行为所符合的数个法条之间存在某种逻辑关系；（5）对该行为最终只能适用一个法 条,因而排除其他法条的适用；（6）属于单纯的一罪。

为什么在法条竞合时只能适用一个法条而排除其他法条的适用呢？这是因为，法条 竞合时，只有一个法益侵害事实，或者说行为仅侵害了一个犯罪的保护法益；只是由于刑 法错综复杂的规定，导致此一法条规定的犯罪，可能是另一法条规定的犯罪的一部分。显 然，如果同时适用两个以上的法条，必然形成对行为的重复评价。然而，对行为的重复评 价，会导致对行为人的重复处罚，明显有悖刑法的人权保障机能。

那么，两个法条存在什么样的逻辑关系时才可能属于法条竞合呢？反之，两个法条处 于什么样的逻辑关系时，不可能属于法条竞合呢？

首先，如果两个法条所规定的犯罪处于相互对立关系（异质关系、排他关系）时，就不

[9〕适用新法的前提是,行为人在新法适用期间仍然有持续的作为或者不作为。如果只是结果持续发生至新法 适用时期,但行为在新法适用之前已经结束的，就只能适用旧法。

**464**刑法学（第五版）

可能属于法条竞合。对立关系表现为属于A概念的事项不可能也属于B概念，反之亦 然。因此，一个行为只能触犯其中一个法条，不可能同时触犯两个法条。例如，规定盗窃 罪的第264条与规定诈骗罪的第266条是一种对立关系，针对一个行为对象或者一个法 益侵害结果而言，某个行为不可能既触犯刑法第264条，又触犯第266条。

其次，我国刑法理论的通说认为，两个法条处于交叉关系时，存在法条竞合关系。交 叉关系表现为，属于A概念的事项中有一部分属于B概念，属于B概念的事项中有一部 分同吋属于A概念。换言之,A法条与B法条所规定的构成要件存在部分重合时，就属 于交叉关系。例如,刑法第260条第1款规定：“虐待家庭成员，情节恶劣的，处二年以下 有期徒刑、拘役或者管制。”刑法第260条之一第1款规定：“对未成年人、老年人、患病的 人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人，情节恶劣的，处三年以下有 期徒刑或者拘役。”显然，当行为人虐待的对象既是家庭成员，又是自己负有监护职责的 未成年人、老年人、患病的人或者残疾人时，就形成了交叉关系。刑法理论的通说认为，对 于法条竞合的交叉关系，采取重法条优于轻法条的原则。但本书认为，交叉关系时必须认 定为想象竞合，而不能认定为法条竞合（参见本章第四节）。

再次，如果两个法条处于中立关系时，也不可能属于法条竞合。从法条的文字表述及 其内容来看，二者之间不存在对立关系、交叉关系与包容关系，但是一个行为可能同时触 犯两个法条时，这两个法条便是中立关系。例如，故意杀人罪与故意毁坏财物罪，二者既 不是对立的，也不是交叉与包容的，但是，故意杀人行为完全可能同时触犯故意毁坏财物 罪。再如，规定盗窃罪的第264条与规定故意杀人罪的第232条是一种中立关系。当一 个行为同时触犯盗窃罪与故意杀人罪时，只能认定为想象竞合，而不能认定为法条竞合。

最后，只有当两个法条处于包容关系时，才能成立法条竞合。包容关系（包摄关系） 表现为，属于A概念的所有事项都属于B概念，但反过来则不成立例如，所有的故 意杀人罪（刑法第232条）都触犯故意伤害罪（刑法第234条第1款），但不能说故意伤害 罪同时触犯故意杀人罪，所以，故意杀人罪包含了故意伤害罪，二者存在法条竞合（故意 杀人罪是故意伤害罪的特别法条）、再如，只要放火行为危害公共安全，即使没有造成严 重后果，也成立放火罪（刑法第114条）。如果放火行为不仅危害公共安全，而且造成他 人重伤、死亡等严重后果，则适用刑法第115条第I款的规定。如果以第114条为基准观 察，那么，第114条包含了第115条第1款;〔11〕反过来说，如果以第115条第1款为基准观 察，则第114条补充了第115条第1款。所以，两个法条之间存在法条竞合。

大陆法系国家刑法理论以往一般将法条竞合分为四种情况：（1）特别关系，指一个行 为既符合普通法（条）规定的犯罪构成，又符合特别法（条）规定的犯罪构成;其适用原则 是特别法（条）优于普通法（条）。（2）补充关系，指一个犯罪构成具有补充另一犯罪构成 的缺漏的作用时，一个行为同时符合这两个犯罪构成的情况;其适用原则是基本法优于补 充法。（3）吸收关系，指一个行为所符合的数个犯罪构成之间，其中的一个犯罪构成包含 了其他犯罪构成的内容，因而一个犯罪构成吸收其他犯罪构成的情况;其适用原则是完全

〔**10**〕如果A概念的所有事项都属于B概念.B概念的所有事项也都属于A概念，则称为同一关系。一般不存在 这种同一关系现象,，

〔11〕刑法第114条中的“尚未造成严重后果”属于表面的构成要件要素

第九章罪数**465**

法优于不完全法。（4）择一关系，指一个行为所符合的数个犯罪构成之间，在理论上存在 不可两立的排他关系的情况；对此还没有明确的适用原则。〔12 \* 14 15〕除了第一种特别关系以 外,对其他三种情况及处理原则还存在较大争议。而且可以肯定的是，由于法条竞合至少 以构成要件的行为部分重叠为前提，故择一关系被否定。U3］

我国有些学者将法条竞合概括为四种情况：（1 ）独立竞合，指一个罪名概念的外延为 另一罪名概念的外延的一部分，而犯罪行为正适合于这一部分的情形。其适用原则是特 别法优于普通法。（2）包容竞合，指一个罪名概念的外延是另一罪名概念的外延的一部 分，但犯罪构成的内容已超出外延窄的罪名概念的情形。其适用原则是全部法优于部分 法。（3）交叉竞合,指两个罪名概念之间各有一部分外延相互重合。其适用原则是重法 优于轻法。（4）偏一竞合，指两个法条交叉重合，但犯罪行为已经超出重合范围的情形。 其适用原则是基本法优于补充法。〔14］

本书认为，从实质上看，法条竞合的基本类型是特别关系。与一个普通法条相对应 的，可能不止一个特别法条，而是多个特别法条。如前所述，择一关系并不是法条竞合;补 充关系虽然值得独立讨论，但只是特别关系的另一种表述；吸收关系要么属于包括的一 罪，要么属于想象竞合;所谓包容关系，也只是特殊关系的外在表现。交叉关系则是想象 竞合，而不是法条竞合。

（二）特别关系

1. 特别关系的概念与范围

特别关系的基本特征是，甲法条（刑罚法规）记载了乙法条的全部特征（或要素），但 同时至少还包含一个进一步的特别特征（要素）使之与乙法条相区别。〔15〕其中的甲法条 是特别法条，乙法条是普通法条。例如，刑法第258条规定了重婚罪，第259条规定：“明 知是现役军人的配偶而与之……结婚的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”符合后一法条 的行为必然符合了前一法条，但符合前一法条的并不必然符合后一法条。因为后一法条 增加了 “现役军人的配偶”这一特别要素，使之与普通法条相区别。特别法条所增加的特 征或者要素，既可能是表明不法增加或者减少的要素，也可能是表明责任增加或者减少的 要素。〔|6〕特别关系表现为以下几种情形。

（1）加重构成要件

加重构成要件有不同类型。其中，有的加重构成要件成立新罪，因而与基本犯罪成立 不同的罪名。［|7〕例如，强奸罪是强制猥亵罪的特别法条，猥亵儿童罪是强制猥亵罪的特 别法条。有的加重构成要件并不成立新罪，但仍然属于特别法条。例如，相对于基本犯罪

［12〕以上参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第494页以下。

〔**13**〕Vgl. ,H. Jescheck/T. Weigend,Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,5. Aufl. , Duncker & Humblot, 1996, S. 734;［日］平野龙一:《刑法总论II》，有斐阁1975年版，第412页；［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京 大学出版会20I5年第6版，第392页；［日］并田良：《讲义刑法学•总论》，有斐阁2008年版，第524页。

（14］ 参见陈兴良主编:《刑法各论的一般原理》，内蒙古大学出版社1卯2年版，第403页以下；姜伟：《犯罪形态通 论》，法律出版社1994年版，第414页以下。

（15） Vgl. ,C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck,2003，S. 848.

〔I6〕当然，不排除立法者滥设特别法条的情形。例如，虽然设置特别法条，但法定刑完全相同。从立法论上来 说，这样的特别法条是没有实际意义的，只是徒增法条数量而已。

〔1\*7〕在我国刑法分则中，加重构成要件既可能规定在基本构成要件之后，也可能规定在基本构成要件之前。

**466**刑法学（第五版）

（普通法条）而言，结果加重犯就是特别法条。刑法第条规定的“抢劫致人重伤、死 亡”，相对于普通抢劫而言就是特别法条。在发生抢劫致人重伤、死亡的案件时，虽然仍 然认定为抢劫罪，但必须适用结果加重犯的法定刑，而不能适用普通抢劫的法定刑。同 样，属于加重构成要件的具体情节加重犯，相对于基本犯而言都可谓特别法条（但不变更 罪名）。例如，相对于普通抢劫而言，刑法第263条规定的“入户抢劫”、"持枪抢劫”是特 别法条，虽然仍然认定为抢劫罪，但必须适用加重的法定刑。再如，奸淫幼女相对于普通 强奸而言，也是特别法条，虽然仍认定为强奸罪，但应适用从重处罚的规定；相对于普通强 奸而言，“二人以上轮奸”属于特别法条。[|8]

（2） 减轻构成要件

减轻构成要件在我国刑法分则中比较少见。例如，刑法第280条第1款规定，“伪造、 变造、买卖……国家机关的公文、证件、印章……情节严重的，处三年以上十年以下有期徒 刑，并处罚金”。同条第3款规定：“伪造、变造、买卖居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶 证等依法可以用于证明身份的证件……情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处 罚金。”居民身份证等证明身份的证件属于国家机关证件，伪造、变造、买卖居民身份证的 行为原本符合刑法第280条第1款，但同条第3款对伪造、变造、买卖居民身份证等证明 身份的证件情节严重的行为，规定了低于第1款的法定刑，因而属于减轻构成要件，成为 特别法条。18 [19] 20

（3） 结合犯的构成要件

结合犯，是指数个原本独立的犯罪行为，根据刑法的明文规定，结合成为一个犯罪的 情况。结合犯相对于被结合的犯罪而言，就是特别法条。结合犯具有以下特征：

第一，结合犯所结合的数罪，原为刑法上数个独立的犯罪。所谓独立的犯罪，是指不 依附于其他任何犯罪，符合独立的犯罪构成的行为。数个独立的犯罪，必须是数个不同的 犯罪，而不是数个相同的犯罪。

第二，结合犯是将数个原本独立的犯罪，结合成为一个犯罪。典型的结合犯表现为： 甲罪十乙罪=丙罪，丙罪便是结合犯。但这与罪名的确定有关系。例如，我国刑法第239 条规定了绑架罪与绑架杀人、绑架伤人致人重伤或者死亡，但司法解释仅确定为一个罪名 （绑架罪）。可以肯定的是，如果这一条文存在于德国、日本刑法中，有可能确定为四个罪 名：绑架罪、绑架杀人罪、绑架伤人罪、绑架伤人致死罪。于是，绑架杀人、绑架伤人致人重 伤或者死亡属于结合犯。我国刑法理论以往一直要求结合犯将数个独立的犯罪确定为另 一新的独立犯罪。但这种要求可能是以日本刑法中最典型的结合犯（强盗强奸罪或抢劫 强奸罪）为根据的PQ〕与强盗强奸罪相比，我国刑法第239条规定的绑架杀人、绑架伤人

[18] 当刑法分则将“数额巨大”、“数额特别巨大”、"情节严重”、“情节特别严重”规定为法定刑升格的条件，而没 有变更构成要件类型时，属于量刑规则。只要行为符合相应的条件，就必须适用相应的法定刑，在此意义 说，它们与基本犯罪之间也存在特别关系。

[19] 当刑法分则规定了基本构成要件之后，将“情节较轻”规定为法定刑降格的条件，而没有变更构成要件类型 B寸（参见刑法第232条），属于量刑规则\_只要行为符合情节较轻的条件，就必须适用相应的法定刑，在此意 义说,它们与基本犯罪之间也存在特别关系。

[20] 日本刑法分则第236条与第177条分别规定了强盗罪（抢劫罪）与强奸罪，其第2W条规定：“强盗犯强奸女 子的.处无期或者七年以上惩役；因而致女子死亡的，处死刑或者无期徒刑。”该条所规定的罪名为强盗强奸 罪与强盗强奸致死罪。显然，强盗强奸罪就是强盗罪与强奸罪的结合。

第九章罪数**467**

致人重伤、绑架伤人致人死亡似乎不属于结合犯。但值得注意的是，日本刑法理论在定义 结合犯时,并没有附加“规定为一个新罪”的特征。如大谷实教授指出：“结合犯，是指将 分别独立成罪的二个以上的行为结合起来的犯罪。”〔21〕事实上，是将甲罪与乙罪结合为丙 罪，还是将甲罪与乙罪结合为甲罪或乙罪的加重情形，并不存在实质差异。因为如上所 述，是否结合为新罪名，在很大程度上取决于对罪名的理解与确定。而且,结合犯的概念 应根据本国刑法的相关规定予以确定。〔22〕所以，可以肯定，绑架杀人以及绑架伤人致人 重伤、死亡就是结合犯。〔23〕再如，刑法第240条规定的“奸淫被拐卖的妇女”也是结合犯。

第三,数个原本独立的犯罪被结合为一个犯罪后，失去了原有的独立犯罪的意义，成 为结合犯的一部分。例如，根据刑法第318条第1款的规定，组织他人偷越国（边）境时， 以暴力、威胁方法抗拒检查的，适用加重的法定刑，其中的妨害公务罪成为加重的组织他 人偷越国（边）境罪的一部分，因而丧失了作为独立犯罪的意义。

第四，数个原本独立的犯罪结合为一个犯罪，是基于刑法的明文规定。刑法之所以将 数个原本独立的犯罪规定成为另一独立新罪，有的是因为原本独立的数罪之间存在密切 联系，容易同时发生;有的是因为一罪是为另一罪服务的；有的是因为数罪的实施条件相 同。

由于规定结合犯的法条属于特别法条，所以，对于结合犯自然以所结合的犯罪论处， 即以一罪论处，而不能以数罪论处。例如，对于绑架后杀害被绑架人的，只能适用刑法 第239条关于绑架后杀害被绑架人的规定，而不能适用故意杀人罪（被结合的犯罪）的规 定，也不能实行数罪并罚。

（4）加重责任要素

例如，与传播淫秽物品罪（刑法第364条即普通法条）相比，传播淫秽物品牟利罪（刑 法第363条第1款）增加了“以牟利为目的”的责任要素，后者是特别法条。再如，与骗取 贷款（刑法第175条之一即普通法条）相比，贷款诈骗罪（刑法第193条）增加了“以非法 占有为目的”的责任要素，后者是特别法条。从逻辑上说，也可能存在减轻责任要素。

1. 特别关系的条件

我国刑法理论与司法实践不当扩大了特别关系的范围，没有将特别关系限定在合理 的范围内。在本书看来，特别关系必须符合以下三个条件（旨在与想象竞合相区别）。

（1）逻辑的包容性

不需要借助具体案件事实的联结，而是通过对构成要件的解释就可以发现一个构成 要件包容了另一构成要件的全部内容时，才有可能肯定特别关系。例如，通过对滥用职权 罪（刑法第397条）与私放在押人员罪（刑法第400条）的构成要件进行解释便可以得知， 私放在押人员是一种特殊的滥用职权行为，不管私放在押人员的行为表现为何种样态，都 不影响两个法条之间的包容关系。倘若不考虑其他标准，后者是前者的特别法条。

倘若只有借助特定的案件事实，才能使两个法条之间产生关联（甚至是包容关系），

［21］［日］大谷实:《刑法讲义总论》，成文堂2012年新版第4版，第479页。

**C22］**在旧刑法吋代，由于刑法没有规定绑架杀人之类的犯罪类型，根据国外典型的结合犯确定结合犯的定义也 未尝不可。但在现行刑法规定了绑架杀人之类的犯罪类型的情况下，没有必要援用旧刑法时代的结合犯定 义。

U3）至于是否承认结合犯的未遂，则是另一冋事，需要根据刑法的规定及法条之间的关系予以确定。

**468**刑法学（第五版）

案件事实改变后，两个法条之间处于中立关系乃至对立关系时，就不应当认定为法条竞 合。例如，规定破坏电力设备罪的第丨18条、第119条与规定盗窃罪的第264条，不存在 特别关系。一方面，前者的行为是“破坏”，只要使电力设备的效用减少或者丧失，就属于 破坏，而不要求转移电力设备的占有；后者的行为是“盗窃”，要求转移财物的占有，而不 要求使财物的效用减少或者丧失。因此，一个行为能否同时触犯刑法第118条与第264 条取决于具体的案件事实。亦即，如果行为人仅仅毁坏电力设备，就不可能同时触犯刑法 第264条。只有当行为人将电力设备转移给自己或者第三者占有，同时使电力设备的效 用减少或者丧失时，才同时触犯刑法第118条与第264条。所以，这种情形不可能是特别 关系。

（2）法益的同一性

两个法条之间具有包容关系，并不必然形成特别关系。例如，刑法第275条规定的故 意毁坏财物罪的最高刑为7年有期徒刑，刑法第309条规定的扰乱法庭秩序罪包括“毁坏 法庭设施……情节严重”的行为。单纯从逻辑关系来看，由于后者的行为地点与行为对 象具有特殊性，因而人们会认为后者是特别法条。然而，倘若得出这种结论，适用特别法 条优于普通法条的结局是，毁坏普通财物的最高可能判处7年有期徒刑，而毁坏法庭设施 的最高只能处3年有期徒刑，这明显不妥。所以，特别关系还必须有实质的标准即法 益的同一性。

只要承认犯罪的本质是侵害法益，同时承认特别关系时适用一个特别法条就可以充 分、全面评价行为的不法内容，那么，就必须承认法益的同一性是特别关系的存在前提。 因为在行为侵害了数个犯罪的保护法益时，如果仅适用一个法条，就不可能充分、全面评 价行为的不法内容。反过来说，只有当两个法条的保护法益同一时，只适用一个法条才可 能充分、全面评价行为的不法内容。

根据法益的同一性这一实质区分标准，一般来说，刑法分则中不同章节所规定的犯罪 基本上不可能是法条竞合。例如，生产、销售伪劣产品罪与诈骗罪的保护法益分别为经济 秩序（消费者享用合格产品的权利）与财产，使用假币罪与诈骗罪的保护法益分别为货币 的公共信用与财产，过失致人死亡罪与交通肇事罪的保护法益分别为人的生命与公共安 全，诈骗罪与招摇撞骗罪的保护法益分别为财产与国家机关工作人员的信用，盗窃罪与盗 伐林木罪的保护法益分别为财产与森林资源，报复陷害罪与滥用职权罪的保护法益分别 为公民的民主权利与国家机关公务的合法、公正、有效执行以及公民对此的信赖，它们之 间都不可能成为法条竞合的特别关系，而应认定为想象竞合。再如，过失致人死亡罪的保 护法益是个人的生命，医疗事故罪的保护法益是公众生命、身体的安全和国家的卫生管理 秩序。虽然说保护社会法益以保护个人法益为最终目的，但不能说个人法益等同或者包 括社会法益或者国家法益。因此，过失致人死亡罪与医疗事故罪不是法条竞合的特别关 系，而是想象竞合。基于同样的理由，诈骗罪与合同诈骗罪、诈骗罪与金融诈骗罪、合同诈 骗罪与金融诈骗罪都不是法条竞合的特别关系。

法益的同一性还意味着法益主体的同一性。亦即，如果行为侵害了不同法益主体的相

〔24〕当然，肯定会有人说“这是立法问题，只能通过修改法律来解决，而不能通过另设法条竞合与想象竞合的区 分标准来解决' 本书则认为，这是解释论的问题，而不是立法论的问题。

第九章罪数**469**

同法益，也不可能属于法条竞合。例如，虽然故意杀人罪与故意伤害罪是特别关系，但是，这 只是就同一法益主体而言;一个行为同时致A死亡和B伤害时，不可能属于法条竞合，而要 认定为想象竞合。再如，公司人员甲将自己职务上占有的手提电脑，谎称是自己所有而出卖 给乙。甲的行为虽然侵犯的只是财产，但由于法益主体不同（分别为公司与乙），二者之间不 可能形成法条竞合。如果认为甲只实施了一个行为，则只能认定为想象竞合。〔25]

（3）不法的包容性

法益的同一性，只是解决了对行为的不法性质的评价问题，而没有解决对不法程度的 评价问题。对不法性质的充分、全面评价，不等于对不法程度的充分、全面评价。然而，充 分、全面评价不法程度具有重要意义。将一个严重侵害A法益的行为，评价为轻微侵害 A法益的行为，明显不当;反之亦然。刑法分则所规定的法定刑之所以存在区别，一个重 要原因是不法内容（程度）不同。所以，在符合法益的同一性标准的场合，只有当适用一 个法条也能充分、全面评价行为的不法内容，且法条之间具有包容关系时，才应认定为特 别关系。否则，只能认定为想象竞合。于是，法条竞合与想象竞合的区分并不是固定不变 的，而是取决于适用一个法条能否充分、全面评价行为的不法内容。换言之，当A、B两个 法条在通常情况下是法条竞合时，不排除在特殊情况下（适用一个法条不能充分、全面评 价行为的不法内容）是想象竞合。

例如，刑法第151条第3款规定：“走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他 货物、物品的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以 上有期徒刑，并处罚金。”刑法第153条第1款规定：“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：（一）走私货物、物品偷逃应缴税额较大或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后 又走私的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。 （二）走私货物、物品偷逃应缴税额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有 期徒刑，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。（三）走私货物、物品偷逃应缴税额 特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴 税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。”倘若以第151条为基准，可以认为第153条 为补充法条;倘若以第153条为基准，则第151条是特别法条。当走私珍稀植物制品偷逃 应缴税额较大或者巨大时，可以肯定第151条第3款是法条竞合的特别法条。但是，这一 结论只是就走私珍稀植物制品不需要判处无期徒刑的情形而言。换言之，当走私珍稀植 物制品偷逃应缴税额特别巨大时，如果依然认为第151条第3款是特别法条，认定为走私 国家禁止进出口的货物、物品罪，就不能充分、全面评价偷逃数额特别巨大关税的不法内 容，所以，必须认定为想象竞合，认定行为同时构成走私国家禁止进出口的货物、物品罪与 走私普通货物、物品罪，才能既评价走私国家禁止进出口的货物、物品的不法内容，又评价 偷逃数额特别巨大关税的不法内容（参见本章第四节）。

1. 特别关系的处理原则

如果合理确定特别关系的范围，那么，对于特别关系可以严格地采取特别法条优于普

〔25〕Vgl. ,C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II，C. H. Beck,2003 ,S. 822. 〔26〕以上所称不法内容，是指有责的不法内容。

**470**刑法学（第五版）

通法条的原则。例如，对于强奸既遂行为，只能认定为强奸罪，既不得认定为强制猥亵罪， 也不得认定行为同时构成两个罪。

以往，由于刑法理论不当扩大了特别关系的范围，导致许多想象竞合现象被归人特别 关系，按特别法条优于普通法条的原则处理，会出现罪刑不相适应的局面。所以，本书前 几版采取了有严格限制的重法条优于轻法条的原则。［27］

“在特别关系的法条竞合中，能否采用重法优于轻法原则，始终是我国刑法学界关于 法条竞合理论关注的一个核心问题，而且争论时间持续达25 \* \*年之长，至今仍然没有平息 的迹象。”〔28〕虽然在解释论上原本不应当有形式解释论与实质解释论的争论，但在对待法 定刑不均衡的“特别法条”方面，的确存在形式解释论与实质解释论的分歧。形式解释论 者只是对法条竞合进行逻辑上的思考，不权衡法条之间是否协调，不顾虑个案的判决是否 符合罪刑相适应原则，或者将问题推给立法者；实质解释论者则认为，法条竞合并不是一 个单纯的逻辑关系，而是要将公平正义贯彻于法条竞合与具体个案之中。这是因为，“如 果一项罪行与对之设定的刑罚之间存在着实质性的不一致，那么就会违背一般人的正义 感”。〔29〕同样，一项判决与所判之罪之间存在实质性的不一致，也会违背一般人的正义 感。

长期以来，我国刑法理论基本上采用了单一的形式标准区分法条竞合与想象竞合，甚 至通过介人案件事实判断两个法条之间是否存在包容关系，结局是将大量的想象竞合纳 人法条竞合的特别关系。许多学者虽然严格坚持德国、日本处理法条竞合特别关系的原 则（即特别法条优于普通法条），却又没有按照德国、日本的刑法理论确定特别关系，导致 特别关系的范围包含了德国、日本的吸收关系与想象竞合。这是值得反思的一种现象。 本书反对宽泛地确定特别关系的范围，不顾及处理结论是否合理而坚持特别法条优于普 通法条原则的做法。换言之，为了处理结论合理，实现刑法的正义理念，要么有限地适用 重法条优于轻法条的原则，要么合理确定特别关系的范围，将需要适用重法条的情形排除 在特别关系之外。本书前几版赞成有限地适用重法条优于轻法条的原则，采取的是前一 路径;本书采取了后一路径。虽然前后的路径不同，但对具体案件的处理结论相同。

对于特别法条，虽然适用特别法条优于普通法条的原则，但并不意味着普通法条完全 丧失意义。〔30〕（1）当适用特别法条的犯罪由于实体上或者程序上的原因不受处罚时，被 排除适用的普通法条会重新得到适用。例如，甲已着手持枪抢劫，但在没有压制被害人反 抗，也没有造成任何损害的情况下，主动放弃使用枪支，以其他方法劫取财物。对甲的行 为原本应适用“持枪抢劫”的特别法条，但由于甲中止了持枪抢劫，因而只能适用普通法 条。再如，倘若特别法条规定的是告诉才处理的犯罪,在被害人没有告诉时，如果适用普

［27J前几版提出的重法条优于轻法条的适用条件是：第一，行为触犯的是同一法律的普通法条与特别法条。第

二,同一法律的特别法条规定的法定刑，明低于普通法条规定的法定刑，并缺乏法定刑减轻的根据，而且，

根据案件的情况，适用特别法条明显违反罪刑相适应原则第三，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即当刑法条文规定r“本法另有规定的，依照规定”时，禁止适用普通法条，或者虽 然没有这样的规定，但从立法精神来看，明显只能适用特别法条时，禁止适用普通法条。后者如，军人实施 违反军人职责罪的行为，同时触犯普通法条吋，只能适用刑法分则第十章的法条，不得适用普通法条。

〔28〕陈兴良：“法条竞合的学术演进 个学术史的考察”，载《法律科学》2011年第4期。

〔29〕［美］E.博登海默:《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第287页。 〔**30**〕Vgl. ,C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck,2003 ,S. 864ff.

第九章罪数**471**

通法条不违反告诉才处理的法律宗旨时，可能适用普通法条。（2）只要不违背量刑原则， 在量刑时就应当考虑被排除适用的法条。例如，刑法第236条规定，“在公共场所当众强 奸妇女的”，“处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑"；刑法第237条规定，在公共场所 当众犯强制猥亵罪的，“处五年以上有期徒刑”。显然，前者是后者的特别法条。但是，当 行为人在公共场所当众强奸未遂的行为同时构成强制猥亵罪的既遂时，如果按照特别法 条认定为强奸罪并适用未遂犯的规定减轻处罚（即适用"三年以上十年以下有期徒刑”） 时，所判处的刑罚不得低于五年有期徒刑。〔31〕（3）在共同犯罪案件中，可能对一部分共犯 人适用特别法条，对另一部分共犯人适用普通法条。例如，在正犯持枪抢劫时，帮助犯不 知道正犯有持枪行为的，对前者适用特别法条（即持枪抢劫），对后者适用普通法条。

1. 特别法条的适用前提

一般来说，特别法条的适用，以行为符合普通法条为前提。因为特别法条的要素不仅 完全包含普通法条的要素，而且通过特别要素的增加，或者概念要素的特殊化，缩小了犯 罪构成的范围。特别法条的犯罪构成是较狭义的“种”，普通法条的犯罪构成是较广义的 “属”；前者是下位概念，后者是上位概念。因此，特别法条的犯罪构成的实现，必然包含 普通法条的犯罪构成的实现。

首先，当特别法条与普通法条表现为完全包容关系时，特别法条的适用以行为完全符 合普通法条为前提。所谓特别法条与普通法条的完全包容，是指特别法条所规定的犯罪 行为，原本完全包含在普通法条规定的犯罪之中，特别法条只是将普通法条中的某一方面 或者某几个方面的因素进行特别限定，导致适用特别法条的条件比适用普通法条的条件 更为严格，因而特别法条的适用范围比普通法条的适应范围更为窄小。特别法条往往只 是重点描述其增加的特别特征或要素，而不注重描述一般要素，故可能导致误解：似乎不 符合普通法条的行为，也能符合特别法条。其实不然,只有在符合普通法条所规定的构成 要件的基本要素的前提下，才可能进一步符合特别法条。例如,刑法第237条第1款规定 了强制猥亵罪，第2款规定的“公共场所当众犯前款罪”属于特别法条。第2款的适用以 行为完全符合强制猥亵罪的构成要件为前提。

其次，当特别法条与普通法条表现为部分包容关系时，就包容部分而言，特别法条的 适用仍然以行为符合普通法条为前提。如前所述，就与现役军人配偶结婚而言，第259条 属于特别法条，第258条属于普通法条。显然，只有符合第258条“明知他人有配偶而与 之结婚”的构成要件，才可能进一步符合“明知是现役军人的配偶而与之结婚”的构成要 件。但是，就没有包容的部分而言，则不存在特别关系。例如，明知是现役军人的配偶而 与之同居的，并不包含在重婚罪的构成要件之内，因而不存在特别关系。

5-特别法条内容不周全的处理

特别法条内容不周全，是指特别法条将普通法条中的某种行为予以特别规定时，由于 某种原因，其内容相对于普通法条而言，存在缺失。例如，特别法条所规定的行为方式少 于普通法条所规定的行为方式，或者特别法条所规定的行为对象少于普通法条所规定的 行为对象，如此等等。

特别法条内容的不周全，既可能是立法者的疏漏所致，也可能是立法者有意为之，还

〔3门当然，对于这种情形能否认定为想象竞合，也是值得进一步研究的（参见本章第四节）。

**472**刑法学(第五版)

可能出于其他原因。此外,还存在因司法解释不当而造成的特别法条内容不周全的情形。 对此，应区分不同情形，确立不同的处理原则。

1. 当立法者并非为了限制处罚范围，而是因为特别法条的地位等原因导致特别法 条内容不周全时，对不符合特别法条却符合普通法条的行为，应按普通法条处理。因为特 别法条并非必须规定所有的“特别情形”，相反，完全可能只规定某一种特别情形，既然如 此，对其他没有规定的情形，理当适用普通法条，而不能以特别法条没有规定为由，认定为 无罪。

例如，刑法第398条第1款规定：“国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故 意或者过失泄露国家秘密，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的， 处三年以上七年以下有期徒刑。”本条属于普通法条。规定军人违反职责罪的刑法分则 第十章的第432条第1款规定：“违反保守国家秘密法规，故意或者过失泄露军事秘密，情 节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒 刑。”完全可能出现这样的案件：现役军人泄露的国家秘密并非军事秘密。在这种情况 下，主体虽然具有特殊性，似乎属于一种“特别情形"，但该行为并没有危害国家军事利 益，因而不符合刑法第432条第1款的规定。但是，解释者不能认为，现役军人只有泄露 国家军事秘密时才成立犯罪，泄露其他国家秘密时不构成犯罪。因为现役军人泄露军事 秘密以外的其他国家秘密，与其他国家机关工作人员泄露国家秘密没有任何本质区别。 因此，对于现役军人泄露其他国家秘密的行为，应适用刑法第398条第1款的规定。

1. 当立法者由于疏漏导致特别法条内容不周全时，对特别法条没有规定的行为仍 应按普通法条处理。即普通法条完整地规定了某种犯罪行为，而特别法条只是规定了普 通法条中的部分犯罪行为;普通法条已经规定而特别法条没有规定的行为，并非不值得科 处刑罚，而是由于表述疏漏等原因造成特别法条处罚上的空隙;对特别法条没有规定而完 全符合普通法条规定的行为，必须适用普通法条(此时并不存在法条竞合)。

例如，刑法第280条第1款规定了 6种行为:伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国 家机关公文、证件、印章，而刑法第375条第1款只规定了 5种行为，即没有规定毁灭武装 部队的公文、证件、印章的行为，那么，对于毁灭武装部队公文、证件、印章的行为，应当如 何处理呢？答案是，适用刑法第280条第1款定罪量刑。虽然刑法第375条第1款所规 定的法定刑，与刑法第280条第1款所规定的法定刑完全相同，但可以肯定，刑法第375 条第1款的设立是为了特别保护武装部队的公文、证件、印章的公共信用。因为在一般意 义上说，与对其他国家机关的公文、证件、印章的公共信用的保护必要性相比，对武装部队 的公文、证件、印章的公共信用更加具有保护必要性。从另一角度来说，在情节相同的情 况下，毁灭武装部队公文、证件、印章行为的不法与责任程度，并不轻于毁灭其他国家机关 公文、证件、印章的行为。既然如此，就没有理由只处罚毁灭其他国家机关的公文、证件、 印章的行为,而不处罚毁灭武装部队公文、证件、印章的行为。但由于刑法第375条第1 款并没有规定毁灭行为，故对毁灭武装部队公文、证件、印章的行为，只能适用刑法第280 条第1款，以毁灭国家机关公文、证件、印章罪论处。就毁灭武装部队公文、证件、印章而 言，刑法第280条第1款与第375条并不存在法条竞合关系。

1. 在刑事立法为了限制处罚范围而使特别规定不周全时，对不符合特别法条的行 为不得依普通法条处理。即普通法条的规定比较完整，但为了避免扩大处罚范围，或者为

第九章罪数**473**

了限制处罚范围，刑法分则条文将普通法条所规定的部分行为做出了特别限制规定，导致 符合普通法条的部分行为不成立犯罪。在这种情况下，对不符合特别法条规定的行为，不 得依普通法条论处。

例如，前述刑法第280条第丨款规定了伪造、变造、买卖、盗窃、抢夺、毁灭国家机关的 公文、证件、印章的犯罪，其第3款又将“伪造、变造、买卖居民身份证、护照、社会保障卡、 驾驶证等依法可以用于证明身份的证件的”行为规定为独立的犯罪。问题是，对于盗窃、 抢夺、毁灭居民身份证等证件的行为，能否认定为盗窃、抢夺、毁灭国家机关证件罪？本书 持否定回答。刑法第280条第3款之所以将居民身份证等证件从第1款的国家机关证件 中独立出来，仅规定伪造、变造、买卖行为成立犯罪，而且其法定刑低于伪造、变造国家机 关证件罪的法定刑，说明在立法者看来，盗窃、抢夺、毁灭居民身份证等证件的行为，不值 得科处刑罚。〔32〕所以,立法者设立第280条第3款就是为了限制处罚范围，防止将不值 得科处刑罚的行为以犯罪论处。既然如此,对盗窃、抢夺、毁灭居民身份证等证件的行为， 又以刑法第280条第1款规定的盗窃、抢夺、毁灭国家机关证件罪论处，便有违反立法精 神之嫌。

1. 刑法本身并不存在特别法条不周全的现象，但司法解释导致特别法条不周全时, 在司法解释具有法律效力的情况下，对相关行为可以适用普通法条。

例如，刑法第266条要求诈骗数额较大;刑法第192条、第194条、第196条至第198 条关于金融诈骗罪的规定也要求数额较大。但是，司法解释对金融诈骗罪所规定的数额 较大的标准高于普通诈骗罪。倘若贷款诈骗、保险诈骗以1万元为数额较大的起点，普通 诈骗罪以3000元为数额较大的起点，同时认为贷款诈骗、保险诈骗是普通诈骗的特别法 条，〔33〕那么，行为人贷款诈骗、保险诈骗8000元的，应当如何处理？

第一种方案是修改司法解释，使数额标准保持一致。该方案可谓上策，但在司法解释 没有修改的情况下，这一方案不能解决现实发生的案件。而且在司法解释修改后，也就不 存在本问题了。

第二种方案是对上述行为宣告无罪。理由可能是，既然刑法规定了金融诈骗罪的构 成要件，现实行为也属于金融诈骗，在行为没有达到金融诈骗罪的数额的情况下，当然只 能宣告无罪。这一方案似乎旨在维护罪刑法定原则，但本书难以赞成。首先，从整体上 说，金融诈骗实际上是比普通诈骗更为严重的犯罪，不管是从法益侵害的角度来考察，还 是从刑法的规定方式来考虑，都可以得出这一结论。既然如此，对于采取其他方法骗取 3000元以上的便以诈骗罪论处，而对于贷款诈骗、保险诈骗8000元的，反而不以犯罪论 处,便有悖于刑法的公平正义性。

第三种方案是以贷款诈骗罪、保险诈骗罪的未遂犯论处。本方案具有部分合理性。 从司法实践来看，大体可以分为两种情形:其一，客观上足以骗取数额较大甚至巨大的财 物，但由于意志以外的原因未得逞。对此，能够以未遂犯追究刑事责任。其二，行为人主 观上没有打算骗取贷款诈骗、保险诈骗罪所要求的数额较大的财物，故未能骗取数额较大

**[32**〕人户盗窃，携带凶器盗窃、扒窃身份证的，可能成立盗窃罪。

〔33〕本书不承认这种情形属于法条竞合，而是将其归入想象竞合。由于刑法理论普遍认为二者之间存在特別关 系，故有必要展开讨论、

**474**刑法学（第五版）

财物。例如，A打算骗取8000元的贷款，也只骗取了 8000元贷款。显然，在这种情形下， 不能认定A由于意志以外的原因而未得逞，故不能认定A的行为属于犯罪未遂。由此可 见,第三种方案仍然存在缺陷。

第四种方案是对上述行为以普通诈骗罪论处。此方案虽然可以克服第三种方案中的 缺陷，但又会出现新的问题，即贷款诈骗、保险诈骗的未遂犯均成立普通诈骗罪，既遂与未 遂具有区分此罪与彼罪的机能;这多少有点类似于故意杀人既遂的成立故意杀人罪，故意 杀人未遂的成立故意伤害罪的不当情形。此外，果真如此，还会出现以下局面：普通诈骗 罪可能处罚犯罪未遂，而金融诈骗罪则不可能处罚犯罪未遂。这似乎不合适。因为如前 所述，从整体上说，贷款诈骗罪、保险诈骗罪的法益侵害性重于普通诈骗罪，既然普通诈骗 罪都可能处罚犯罪未遂，那么，金融诈骗罪也应可能处罚犯罪未遂。

基于上述分析，本书采取以下方案：行为人实施金融诈骗行为时，主观上打算（包括 概括故意等情形）、客观上也足以骗取数额较大甚至巨大的财物，但由于意志以外的原因 未得逞的，宜以相应金融诈骗罪的未遂犯定罪处罚。例如，行为人打算骗取10万元保险 金，并实施了相应的保险诈骗行为，但没有得逞。对此，宜以保险诈骗罪的未遂犯定罪处 罚。行为人实施金融诈骗行为时，主观上没有打算骗取金融诈骗罪所要求的数额较大的 财物，客观上所骗取的财产数额没有达到相应金融诈骗罪的定罪标准，但达到了普通诈骗 罪的数额标准的，应认定为普通诈骗罪。如对于前述仅打算诈骗8000元贷款的A,应认 定为普通诈骗罪。

特别要指出的是，以上处理方案并没有违反特别法条优于普通法条的原则。因为特 别法条中的数额较大本身就是构成要件要素，既然A的行为不符合贷款诈骗罪、保险诈 骗罪的数额要求，当然就没有符合特别法条的构成要件。但是，不符合特别法条的行为完 全可能符合普通法条的构成要件，但在这种情况下A的行为仅符合一个诈骗罪的构成要 件，因而并不存在法条竞合的问题，当然也不违反特别法条优于普通法条的原则。

回过来看，司法解释对金融诈骗罪所规定的数额较大的标准高于普通诈骗罪，也并不 存在明显的缺陷。因为刑法分则对各种数额较大的金融诈骗罪所规定的法定刑均为“五 年以下有期徒刑或者拘役”，而刑法第266条对数额较大的诈骗罪所规定的法定刑为“三 年以下有期徒刑、拘役或者管制”。所以，将没有达到金融诈骗罪数额标准的行为认定为 普通诈骗罪，可以防止轻罪重判，实现罪刑协调P4〕

（三）补充关系

一般认为，补充法条的特点在于，为了避免基本法条对法益保护的疏漏，有必要补充 规定某些行为成立犯罪。补充法条所规定的构成要件要素，少于或者低于基本法条的要 求,或者存在消极要素的规定。换言之，补充法条所规定的构成要件相当于兜底构成要 件，从实质上说，补充法条所规定的犯罪的不法程度必然轻于基本法条的犯罪。“因此， 如果已经实施了真正的或者更严重的侵害并应受到处罚，则不再适用补充性的法条。”印〕

（34］参见张明楷:《i乍骗罪与金融诈骗罪研究》，淸华大学出版社2006年版，第335贞以下；张明楷：“法条竞合中 特別关系的确定与处理”，载《法学家》201丨年第1期。

C35］［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，法律出版社2006年版， 第437页。

第九章罪数**475**

这便是国外刑法理论所称的基本法条优于补充法条的原则。补充关系分为明示的补充关 系（形式的补充关系）与默示的补充关系（实质的补充关系）。

在明示的补充关系的场合，刑法分则条文要么通过对构成要件的描述显示出补充性， 要么通过对适用法条的规定显示出补充性。因此，在明示的补充关系的场合，应当直接根 据刑法分则的明文规定适用法条。

例如，刑法第151条与第152条规定了各种走私特定物品的犯罪（如武器、弹药、核材 料、假币、淫秽物品等），第347条规定了走私毒品罪，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……”显然，第153条成为对各种走私犯罪的兜底规定。需要注意的 是，第153条与前两条并不是互相排斥的关系，而是补充关系。〔36〕当行为符合第151条 或者第152条的犯罪构成时，原则**1：**不得适用第153条。但是，第一，当行为客观上符合 151条或者第152条的构成要件，但行为人仅有第153条的故意时（如误将贵重金属当做 普通金属走私出境），则依然适用第153条。第二，虽然黄金、白银等贵重金属属于刑法第 151条规定的货物、物品，但走私贵重金属人境的，应当适用刑法第153条的规定。第三， 由于补充法条所规定的犯罪的不法程度必然轻于基本法条的犯罪，所以，当行为人走私第 151条第3款、第152条第2款规定的货物、物品偷逃关税的数额特别巨大，应当判处无期 徒刑，而按第151条第3款、第152条第2款的规定只能判处有期徒刑时，则应当否认补 充关系，而应认定为想象竞合。

再如，刑法第140条规定了生产、销售伪劣产品罪，以销售金额5万元为成立条件，第 141条至第148条规定了生产、销售特殊伪劣产品的犯罪，但不要求销售金额达到5万 元，在此意义上说，第141条至148条是第140条的补充法条。另一方面，第141条至第 148条规定的犯罪大多将侵害结果或者具体危险作为构成要件要素（第141条与第144 条除外），而第140条没有将侵害结果与具体危险作为构成要件要素，在此意义上说，第 140条是141条至148条的补充法条。于是，刑法第149条规定：“生产、销售本节第一百 四十一条至第一百四十八条所列产品，不构成各该条规定的犯罪，但是销售金额在五万元 以上的，依照本节第一百四十条的规定定罪处罚。”"生产、销售本节第一百四十一条至第 一百四十八条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第一百四十条规定之罪 的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”〔37〕

默示的补充关系，是指根据法条竞合的基本理论推导出来的补充关系。我国刑法分

1. 要承认上述法条是补充关系，就必须承认第】53条的“本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十 七条规定以外”这一表述内容属于表面的抅成要件要素。

（37） 长期以来，刑法理论一直认为，刑法第M0条是普通法条，第Ml条至M8条是特别法条，但刑法第149条规 定了重法条优于轻法条的例外原则。现在看来，这种观点也值得反思。例如，刑法第140条所规定的生产、 销售伪劣产品罪的最高刑为无期徒刑。刑法第M8条规定：“生产不符合卫生标准的化妆品，或者销售明知 是不符合卫生标准的化妆品，造成严重后果的，处三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。"倘若说第148条是特别法条.再联系第149条的规定，就不能回答如下问题：立 法者对生产、销售不符合卫生标准的化妆品的犯罪究竟是想科处较轻的刑罚，还是想科处较重的刑罚？主 张第W8条是特别法条的观点实际上意味着，立法者原本打算对生产、梢售不符合卫生标准的化妆品的犯罪 科处较轻的刑罚，于是设置了第M8条。但是，随即又担心处罚较轻，于是再设置第149条。或许否认特别 关系,认定为相互补充关系（部分情形或许属于想象竞合），才能理顺关系。

**476**刑法学（第五版）

则大体存在两类默示的补充关系，均应当直接按照刑法分则的明文规定适用法条。

第一类情形是，独立预备罪的不法程度轻于原本的既遂犯时，独立预备罪属于补充法

条。例如,刑法第120条之二将“为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他工具”的 行为规定为独立的犯罪。如果行为人利用其准备的工具进一步实施了爆炸、杀人、绑架等 行为，且后者的不法程度重于独立预备罪时，不适用独立预备罪的规定。但是，由于只有 当B法条所规定之罪的不法程度轻于A法条所规定之罪时，才可能成立补充关系，所以， 如果“为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他工具”的行为（准备实施恐怖活动罪） 情节严重应当“处五年以上有期徒刑”，而其实施的爆炸行为没有造成严重后果（只能适 用“三年以上十年以下有期徒刑”）时，就不属于补充关系，应以准备实施恐怖活动罪论处 （参见刑法第120条之二第2款）

第二类情形是，危险犯相对于侵害同一法益的实害犯而言，属于补充法条。以刑法第 114条与第115条第1款为例。一般认为，两个条文之间具有竞合关系,前者为补充法，后 者为基本法，对于造成严重后果的放火、爆炸等行为，不得适用第114条。当然，二者的 关系并不是单一的基本法与补充法的关系。

首先，当行为人实施了放火、爆炸等危害公共安全的行为，造成不特定或者多数人的 伤亡实害结果，并且对该结果具有认识并且持希望或者放任态度时，应当适用刑法第115 条第1款。这种情形属于普通的结果犯。与结果犯相对应，刑法第114条规定的便是未 遂犯。因为第114条与第115条第1款是以是否造成严重伤亡实害结果作为区分标准 的，所以，是否造成严重伤亡实害结果，成为区别适用这两个条文的基本标准。例如，即使 行为人以希望或者放任不特定或者多数人伤亡的故意，实施了放火、爆炸等危害公共安全 的行为，但只要没有造成严重伤亡实害结果,就只能适用第114条（不再适用刑法总则第 23条关于未遂犯的规定）；并不是适用第115条第1款，同时适用刑法总则第23条关于 未遂犯的规定。所以，与普通的结果犯相对应，第114条便是对第115条第1款的未遂犯 的特别规定（也可谓对未遂犯的既遂犯化）。在一个犯罪从着手到既遂并无间断的情形 下，没有必要考虑法条竞合的问题;在第一次着手后未得逞，第二次又着手并既遂的情况 下，则是包括的一罪P83

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

〔38〕参见［日］平野龙一:《刑法总论II》，有斐阁1975年版，第412页；［日］西田典之:《刑法各论》，弘文堂2（）1（） 年第2版，第414页；［日］前田雅英:《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第394页；［日］山口 厚:《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第396页；［日］井田良:《讲义刑法学•总论》，有斐阁2008年版，第 524 页。

第九章罪数**477**

害结果具有过失，就必须适用刑法第115条第1款。〔39〕“特别关系总是存在于基本的构 成要件与其结果加重和特殊的变异之间。”〔4Q〕所以，从基本犯罪与结果加重犯的关系来 说，第114条与第115条第1款是特别关系。

最后，第115条第1款以"致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”为要件，第 114条以“尚未造成严重后果”为适用前提。表面上看，二者既相互衔接，又相互排斥；其 间既无遗漏，也无重叠交叉。但事实上并非如此。因为“尚未造成严重后果”只是表面的 构成要件要素，两个法条之间并不存在相互排斥的关系。〔411因此，在行为人实施了放火 等危险行为，客观上也存在一人死亡的事实，却不能证明被害人的死亡由放火行为造成 时,也能适用第】14条。显然，凡是符合第115条第1款的行为必然符合第114条，第］15 条第1款只是在第114条规定的基础上增加了加重结果的要素。所以，在这个意义上说， 第115条第I款是特别法条，第114条是普通法条。

从上面的论述可以看出，补充关系与特别关系大多没有实质区别，主要是由于观察角 度不同而形成了两种关系。换言之，“补充关系的形成，系指截阻规范与基准规范的关 系，亦属规范内部之静态关系，此种关系的观察，应为由下而上的观察方向，从此一观点而 言，补充关系的观察方向，正好与特别关系形成反向关系，二者则形成规范彼此间静态观 察的双向关系”。〔42〕以前述第153条与第151条、第152条、第347条的关系为例，如果 以第151条、第152条、第347条为基准条款观察，那么，第153条为补充法条；反之，如果 以第153条为基准条款观察，则第151条、第152条、第347条是特别法条。

第三节包括的一罪

\_、包括的\_罪概述

包括的一罪，一般是指存在数个法益侵害事实，但是，通过适用一个法条就可以对数 个事实进行包括的评价的情形。所谓数个法益侵害事实，既可能是一个行为侵害了数个 法益，也可能是多个行为多次侵害同一法益。

既然存在数个法益侵害事实，为什么适用一个法条却可以进行包括的评价呢？主要 是因为法益侵害的一体性或者行为的一体性。大体表现为以下情形：（1 ）对主法益侵害 事实的评价,可以包括对次法益侵害事实的评价，或者一个行为具有侵害两个法益的必然 性或者高度盖然性（如附随犯）；（2）对多次实施的对同一法益的多次侵害行为可以进行

〔39〕倘若既承认过失的结果加重犯，又承认故意的结果加重犯.也可以认为，刑法第114条规定的是基本犯，第 115条规定的是结果加重犯。亦即，一方面，当行为人对具体的公共危险（基本结果）具有故意，对所发生的 伤亡实害结果（加重结果）具有过失时，是过失的结果加重犯，理当适用刑法第115条第丨款；另一方面，当 行为人不仅对具体的公共危险（基本结果）具有故意，而且对所发生的伤亡实害结果（加重结果）具有故意 吋,是故意的结果加重犯，也应适用刑法第丨15条第1款。

〔**40**〕H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner TeiJ, 5. Aufl. , Duncker & Humblot, 1996, S.733.

C41］参见张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第355页以下。

〔42〕柯耀程:《刑法竞合论》，中国人民大学出版社2008年版，第142页,3

**478**刑法学（第五版）

包括的评价（如集合犯）；（3）数个法益侵害事实由数个行为引起，但数个行为具有连续性 或者一体性（如连续犯等）；（4）一个行为对同一被害人造成了数个法益侵害结果，或者数 个行为造成一个法益侵害结果（如狭义的包括一罪）。

包括的一罪，可以分为同质的包括一罪与异质的包括一罪。前者如连续犯、集合犯、 发展犯，后者如附随犯。共罚的事后行为（不可罚的事后行为），既可能是同质的包括一 罪，也可能是异质的包括一罪。

二、连续犯

（一）连续犯的特征

连续犯，是指基于同一的或者概括的犯罪故意，连续实施性质相同的数个行为，触犯 同一罪名的犯罪。其基本特征如下：

1. 连续犯必须是行为人基于同一的或者概括的犯罪故意。同一的犯罪故意，是指行 为人具有数次实施同一犯罪的故意;概括的犯罪故意，是指行为人主观上具备只要有条件 就实施特定犯罪的故意。这两种心理状态没有本质区别。
2. 必须实施性质相同的数个行为。只实施一次行为的，不可能成立连续犯。数个行 为是指两个以上的行为。通说认为，连续犯仅限于每次行为能独立构成犯罪的情形。如 果连续实施同一种行为，但每次都不能独立构成犯罪，只是这些行为的总和才构成犯罪， 则可以称为徐行犯。但从我国刑法的规定来看，连续犯的数次行为，应包括数次行为都独 立构成犯罪，数次行为都不独立构成犯罪，数次行为中有的独立构成犯罪有的不独立构成 犯罪三种情况。例如，行为人连续诈骗，每次诈骗都数额较大的，每次诈骗都没有达到数 额较大但整体上达到数额较大的，数次中有的达到数额较大有的没有达到数额较大的，都 宜认定为诈骗罪的连续犯。这样认定，一方面可以防止行为人逃避刑罚处罚，另一方面有 利于正确计算追诉时效。
3. 数次行为具有连续性。是否具有连续性，应从主客观两个方面进行判断。既要通 过分析客观行为的性质、对象、方式、环境、结果等来判断是否具有连续性，又要看行为人 有无连续实施某种犯罪行为的故意。
4. 数次行为必须触犯同一罪名。触犯同一罪名，是指数次行为触犯同一具体罪名，而 不包括触犯同类罪名的情况。一般来说，刑法分则的不同条文保护不同的法益，既然连续 犯只触犯同一具体罪名，那么，必然只侵害同一法益。问题是，同一法益是指“同一个法 益”（同一法益说），还是“同一种法益”（同种法益说）？这又与法益性质（专属性法益与 非专属性法益）相关联。例如，倘若采取同一法益说，连续伤害三个不同人的，不成立连 续犯;而按照同种法益说，仍然成立连续犯。本书认为，对于侵犯个人专属法益的犯罪，尤 其是其中法定刑较低的犯罪，宜采取同一法益说，否则难以做到罪刑相适应。例如，对于 连续故意造成三个不同人轻伤的行为，宜认定为同种数罪且实行并罚。对于侵犯非专属 法益的犯罪如侵犯财产罪，则宜采取同种法益说。如连续诈骗不同被害人的财物的，可认 定为连续犯，以一罪论处。值得注意的是，有的条文规定了不同的具体犯罪，因此，触犯同 一条文的，不等于触犯同一罪名。例如，行为人先非法剥夺公民宗教信仰自由，后侵犯少 数民族风俗习惯的，虽然只触犯了刑法第25］条，但成立两个独立的犯罪，因而不是连续 犯。

第九章罪数**479**

（二）连续犯的处理

将连续犯以一罪论处，具有刑法上的依据。例如，刑法第89条规定，对于连续犯的追 诉期限应从犯罪行为终了之日起计算，也表明对连续犯是以一罪论处的。

分则条文规定的“多次”既包括连续犯，也包括了同种数罪。在同种数罪不并罚的情 况下，区分连续犯与同种数罪并不具有现实意义。但是，在对同种数罪实行并罚的情况 下，区分连续犯与同种数罪具有现实意义。

三、 集合犯

集合犯，是指犯罪构成预定了数个同种类的行为的犯罪，包括常习犯、职业犯与营业 犯。犯罪构成预定具有常习性的行为人反复多次实施行为的，称为常习犯；犯罪构成预定 将一定的犯罪作为职业或业务反复实施的，称为职业犯;犯罪构成预定以营利为目的反复 实施一定犯罪的，称为营业犯。［43］

我国刑法没有规定常习犯。刑法第303条所规定的“以赌博为业的”行为，属于营业 犯。以赌博为业意味着行为人以营利为目的，反复实施赌博行为。每次赌博行为本身并 不构成独立的犯罪，刑法将反复实施的赌博行为类型化为一个犯罪构成，故只成立一罪。 刑法第336条规定的非法行医罪，可谓职业犯，即未取得医生执业资格的人将行医作为一 种业务而反复从事行医活动。如果不是将行医作为一种业务，则不成立本罪。

营业犯与职业犯具有相同点：首先，都要求行为人主观上具有反复、多次实施犯罪行 为的意思。其次，都将犯罪行为作为一种业务、职业而反复多次实施。但只要性质上是要 反复、继续实施的，或者只要行为人是以反复、继续实施的意思实施犯罪活动的，其第一次 实施犯罪行为时，就可能被认定为营业犯或者职业犯（如非法行医）。〔44］再次，都不要求 行为人将犯罪行为作为唯一职业，行为人在具有其他职业的同时，将犯罪行为作为副业、 兼职的，也不影响营业犯、职业犯的成立。最后，都不要求具有不间断性，只要行为具有反 复实施的性质，即使具有间断性，也不影响对营业犯、职业犯的认定。一般认为，营业犯与 职业犯的关键区别在于，刑法是否要求行为人主观上出于营利目的，要求具有营利目的 的，属于营业犯,不要求具有营利目的的，属于职业犯。

四、 数额犯、多次犯与情节犯

当分则条文根据数额较大、巨大与特别巨大规定了轻重不同的法定刑时（如刑法第 264条），即使行为人数次实施的相同行为均独立构成犯罪，也不需要认定为数罪，而是包 括地评价为一罪并且累计数额，适用相应的法定刑。

多次犯虽然可能是连续犯，但不等同于连续犯。当分则条文将“多次”规定为法定刑 升格条件时（如刑法第263条规定的“多次抢劫”），或者规定对“多次”犯罪累计数额时 （如刑法第153条第3款规定:“对多次走私未经处理的，按照累计走私货物、物品的偷逃 应缴税额处罚"，与数额犯存在重合），即使行为人多次实施的相同行为均独立构成犯罪， 也不需要认定数罪，而是包括地评价为一罪。但是，当刑法将“多次”作为基本构成要件 时（如第264条的“多次盗窃”、第267条的“多次抢夺”），则是单纯的一罪，而不是包括的 —■罪。

**［43］**参见［日］大谷实:《刑法讲义总论》，成文堂2012年新版第4版，第480页。 **［44**〕难以以第一次赌博行为为根据认定“以赌博为业"，是因为难以认定营利目的。

**480**刑法学（第五版）

当分则条文将情节严重、特别严重规定为法定刑升格条件时（如刑法第310条），即 使行为人数次实施的相同行为均独立构成犯罪，也可能包括地评价为一罪，适用升格（情 节严重、情节特别严重）的法定刑。

五、吸收一罪

吸收一罪，是指事实上数个不同的行为，其一行为吸收其他行为，仅成立吸收行为一 个罪名的犯罪。〔45〕吸收一罪主要包括以下情形。

（一） 附随犯

附随犯，是指一个行为引起了数个法益侵害，但附随对主法益的侵害而引起的对次法 益的侵害部分，不作为处罚对象，仅在侵害主法益的犯罪的法定刑内一并考虑的情形。例 如，开枪射击他人致人死亡，同时导致他人价值近万元的西服毁损。由于毁坏财物是伴随 杀人产生的结果，故仅评价为故意杀人罪。

（二） 发展犯

发展犯，是指针对同一法益的犯罪，根据其阶段性的发展形态，被设计为复数的犯罪 类型的情形。例如，从杀人预备到着手杀人再到杀人既遂，就属于发展犯，仅认定为故意 杀人既遂。其中，相对于杀人既遂而言，之前的杀人未遂，就属于共罚的事前行为。相对 于杀人未遂，之前的杀人预备，也属于共罚的事前行为。〔46〕

（三） 共罚的事后行为

共罚的事后行为,也被称为不可罚的事后行为（即不能独立定罪的事后行为——仅 针对实施了前行为的人而言，故仅参与事后行为的人，依然可能成立犯罪），是指在状态 犯的场合，利用该犯罪行为的结果的行为，如果孤立地看，符合其他犯罪的犯罪构成，具有 可罚性，但由于被综合评价在该状态犯中,故没有必要另认定为其他犯罪。

共罚的事后行为，之所以并不另成立其他犯罪，主要是因为事后行为没有侵犯新的法 益（缺乏违法性），也可能是因为事后行为缺乏期待可能性（缺乏有责性）。例如，一般认 为，甲将盗窃的财物予以毁坏的行为，没有侵犯新的法益，［47〕所以，不另成立故意毁坏财 物罪J48〕但是，如果事后行为侵犯了新的法益，且不缺乏期待可能性，则应认定为数罪。 例如，将盗窃的仿真品（价值数额较大）冒充文物出卖给他人骗取财物的，应将盗窃罪与 诈骗罪实行并罚=再如，盗窃他人生产的伪劣产品后又销售，销售金额达到法定数量的， 应当将盗窃罪与销售伪劣产品罪实行数罪并罚。又如，国有企业收受贿赂（如回扣款）归 企业所有后，对此直接负责的主管人员又利用职务上的便利贪污回扣款的，也应当实行数 罪并罚。

（四） 共犯的竞合

在一个共同犯罪中，行为人既实施教唆行为，又与被教唆者共同实施正犯行为的，或 者既实施教唆行为又实施帮助行为的，又或既实施教唆、帮助行为又实施正犯行为的，属

**［45］**这里的吸收一罪，并不同于德国法条竞合中的吸收关系,，

〔46〕从法条关系来看，这种情形属于补充关系，即未遂法条补充既遂法条、预备法条补充未遂法条； 〔47〕也有学者认为侵害了新的法益，因而不属于共罚的事后行为。

〔48〕但是，如果乙明知是甲盗窃的他人财物，而与甲共同毁坏该财物的，乙依然成立故意毁坏财物罪。

第九章罪数**481**

于包括的一罪，仅以一罪论处.〔州需要说明的是，这是从罪数角度得出的结论。在我国， 共犯人是主犯还是从犯、胁从犯,：要根据其在共同犯罪中所起的作用认定，而这种作用 大小必须综合考察，故不存在吸收问题换言之，共犯人的所有行为，都是认定其属于主 犯、从犯还是胁从犯的事实根据，不存在一部分行为吸收另一部分行为的问题。

六、狭义的包括一罪

本f?所称狭义的包括一罪，大体包括以下情形：

第一，一个行为对同一被害人造成数个法益侵害结果。例如，以伤害故意向被害人发 射散弹，导致被害人身体一处電伤、一处轻伤:对此不实行并罚，仅以- '个重罪（重伤）论 处

第二，数个行为造成一个法益侵害结果例如，以杀人故意，在不同时间、场所数次对 同一人实施暴力，最终导致被害人死亡对此，仅认定一个故意杀人罪。再如，以伤害故 意，在不同时间、场所数次对同一人实施伤害行为的,仅按一个故意伤害罪论处。

第、数个行为具有前后发展关系（前行为是后行为的所经阶段，后行为是前行为发 展的呻然结果），侵害相同法益的，从一重罪论处例如，盗窃枪支后私藏在家里。两个 **u-**为触犯丫两个罪名，但侵犯的是相同法益，仅以盗窃枪支罪论处，不另认定为非法持有、 私藏枪支罪冉如，伪造货币后将伪造的货币出售给知情的第三者的，仅认定为伪造货币 罪，不另认定出售假币罪。

第四，数个行为触犯数个不同罪名，但数个行为之间具有紧密的关联性，且仅侵害一 个法益（或者一个法益能够包含另一法益）的，从一重罪论处。例如，起先实施敲诈勒索 行为.但山于未能使对方产生恐惧心理，便当场以暴力或者胁迫方法抢劫对方财物的（转 化犯的一种情形），仅包括地评价为一个抢劫罪还如，在对同一被害人由伤害转化为 杀人，仅包括地评价为一个故意杀人罪

日本刑法理论认为，不同罪名的数个犯罪之间具有关系时，属于混合的包括的一罪。 例如，窃取他人所有的财物后，利用所窃取的财物骗取财物所有人的其他财物的，属于两 个H为触犯两个罪名，但由**F**•实质I:指向一个财产，从-重罪论处即可。再如，以借为名 骗取了被害人的财物后，在被害人要求返还财物吋，以暴力手段迫使被害人免除返还债务 的，诈骗罪与抢劫罪（对象为财产性利益）属于混合的包括的一罪，以抢劫罪论处即可，不 实n'并罚，**w**为诈骗与抢劫实质上指向的是同一财产，而且两个行为具有紧密的关联 性J51**1**这是着眼于法益侵害结果得出的结论。

但在本书看来，t述两种情形并不完全相同。在后例中，财产性利益实际上是源于 （或者依附于）财物，故可以认为诈骗与抢劫行为实质上指向的是同一财产，仅以一罪论 处即可但在前例中，行为人窃取的财物与骗取的另一财物，不具有同一性。行为人窃取 前一财物后就已经既遂，后来骗取另一财物的行为侵害了新的法益。因此，对二者实行数 罪并罚，或许更为合适

〔490参见L H ］井田良:《讲义刑法学-总论》.有斐阁2008年版，第528 Jil

［50〕VgL ,C. Roxin ,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II. C. H. Beck,2003,S. 812f.

〔51〕参见曰］山口厚:《刑法总论》，有斐阁2016却:第3版，第403页

**482**刑法学（第五版）

第四节科刑的一罪

一、 科刑的一罪概述

科刑的一罪，是指存在数个单纯一罪或者数个包括一罪，应评价为数罪，但仅需要按 其中较重犯罪的法定刑量刑的情形。科刑的一罪包括一个行为侵犯数个法益的想象竞合 犯，以及两个行为之间具有类型性关联的牵连犯。科刑的一罪与包括的一罪存在明显区 别。包括的一罪时，虽然也可能存在数个法益侵害，但只需要包括地评价为一罪，也仅适 用一个分则条文;但科刑的一罪时，不仅存在数个法益侵害，而且应当评价为数罪，也应适 用数个分则条文，只是按其中较重犯罪的法定刑处罚而已。

二、 想象竞合犯

（一）想象竞合犯的概念与特征

想象竞合犯，也称想象的数罪、观念的竞合、一行为数法，是指一个行为触犯了数个罪 名的情况。例如，开一枪而致一人死亡、一人重伤，一个开枪行为同时触犯了杀人与伤害 两个罪名。再如，盗窃整体性珍贵文物的一部分，造成珍贵文物毁损的，同时触犯了盗窃 罪与故意损毁文物罪。又如，盗窃电力设备，导致电力设备被破坏，因而危害公共安全的， 同时触犯了盗窃罪与破坏电力设备罪。我国刑法总则没有明文规定想象竞合犯，但刑法 理论普遍承认这一概念。想象竞合犯具有以下两个基本特征：

1. 行为人只实施了一个行为。所谓一个行为，不是从犯罪构成的评价上看是一个行 为，而是基于自然的观察，在社会的一般观念上被认为是一个行为。但是，这里的一个行 为与触犯数个罪名相关联，因此，除了进行社会一般观念的理解外，还要进行某种程度的 规范评价。即当某个行为还能被分成两个行为时，要根据二者之间有无重合关系来判断 是否一个行为。至于达到何种程度的重合关系时，才被认定为一个行为，在理论上存在争 议。例如，不法持有枪支的人故意杀人，可以分为两个行为:非法持有枪支与杀人;在判断 其是否属于想象竞合犯时，必须考虑两个行为之间具有何种程度的重合关系，才是一个行 为。主要部分重合说认为，符合构成要件的各自然行为至少其主要部分重合时,才是一个 行为;一部重合说认为，只要各自然行为在某一点上重合，就是一个行为；着手一体说认 为，各自然行为在着手实行阶段一体化时，则是一个行为;不能分割说认为,实施其中一种 自然行为就必然实施另一自然行为时，方为一个行为。〔52〕日本多数学者采取主要部分重 合说，但德国的通说是一部重合说。本书采取主要部分重合说。在上例中，如果行为人以 前一直非法持有枪支，后来产生杀人故意，则主要部分不是重合的，不是一个行为，不成立 想象竞合犯，而是数罪;如果行为人仅仅是为了杀人而不法持有枪支的，则主要部分是重

［52］参见［日］大谷实:《刑法总论》.黎宏译，法律出版社2003年版，第363页。

第九章罪数**483**

合的，属于一个行为，成立想象竞合犯。〔53〕再如，行为人参加恐怖活动组织后，作为恐怖 活动组织成员实施爆炸犯罪的，虽然有一部重合,但主要部分并不重合，不能认定为想象 竞合，而应实行数罪并罚。

问题是，如何评价不作为犯中的一个行为。例如，甲负有两个法律上的作为义务，但 只要实施一个积极行为，便可以同时履行两个作为义务，但甲没有实施积极行为，因而违 反两个作为义务，造成两个法益侵害结果。假定的作为同一性说认为，由于不可能根据不 作为的外观判断其行为的数量，故应以设想的履行作为义务所需要的行为数量来判断一 行为与数行为。因此，当一个积极行为可以履行数个作为义务时，一个积极行为可以防止 数个法益侵害时，就是一个行为。〔54〕在这种情况下，即使违反了数个作为义务，也仅认定 为一罪（想象竞合）。反之，如果行为人负有数个作为义务，且需要数个积极行为履行该 义务，则是数行为，不成立想象竞合。时间的同一性说（同时性说）则认为，在同一时间发 生的，属于一个行为;在数个不同时间发生的，成立数个行为。〔55〕而且，根据这种观点，A 在应当抢救落水的子女时，不仅没有抢救子女，反而对第三者实施抢劫行为的，也属于想 象竞合。但本书难以接受这一观点（亦即，对A应当实行并罚）。况且，时间的同一性也 具有偶然性。所以，假定的作为同一性说具有合理性。

1. 一个行为必须触犯数罪名，即在犯罪构成的评价上，该行为符合数个犯罪构成。一 个行为触犯数罪名，是因为该行为造成了多种法益侵害结果。至于这里的罪名是否包括 同种罪名，理论上存在否定说与肯定说。根据肯定说，既存在异种类的想象竞合犯，也存 在同种类的想象竞合犯。本书认为，承认同种类的想象竞合犯，对于解决认识错误等问题 具有一定意义。〔56〕此外，数罪名包括过失犯罪。例如，妨害公务行为过失致人死亡的，成 立妨害公务罪与过失致人死亡罪的想象竞合。

（二）想象竞合的明示机能

想象竞合的明示机能，是指由于被告人的行为具有数个有责的不法内容，在判决宣告 时，必须将其一一列出，做到充分、全面评价，以便被告人与一般人能从判决中了解其行为 触犯了数个犯罪，从而得知什么样的行为构成犯罪，进而有利于实现特殊预防与一般预 防。［57〕换言之，想象竞合时并不是只适用一个法条，而是同时适用行为所触犯的数个法 条，在判决中应当明示被告人的行为触犯数个罪名。

例如，甲在乙心脏病发作时盗窃乙的急救药品（假定数额较大），导致乙死亡。虽然 只有一个行为，但同时构成两个罪。因为故意杀人罪的保护法益是生命而不包括财产，盗

〔53］在一次走私活动中，同时走私毒品与武器的，主要部分并不重合，应认定为数罪，而非想象竞合犯。国家工 作人员利用职务上的便利，将单位公款直接用于个人行贿的，主要部分不重合，应认定为数罪（贪污罪与行 贿罪）。

〔54〕其中对作为同一性的判断又存在如下学说:事实说认为，数个作为义务能否由一个积极行为履行，应当通过 事后预测做出判断;必然性说认为，一个积极行为必然履行数个作为义务时，就是一个行为，数个积极行为 才能履行数个作为义务吋，就是数个行为;可能性说认为，只要一个积极行为可能履行数个作为义务，就是 一个行为。

〔55〕参见［日］只木诚:《罪数论的研究》，成文堂2004年版，第54页以下。

〔56〕不过，同种类的想象竞合与前述包括的一罪可能难以区分。比较妥当的观点可能是：对于侵害个人专属法 益的犯罪，承认同种类的想象竞合;对于侵害非个人专属法益的犯罪,没有必要承认同种类的想象竞合。

〔**57**〕Vgl. ,C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band U, C. H. Beck,2003,S. 831 ；H. Jescheck/T. Weigend, Lehr- buch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. ,Duncker & Humblot, 1996 ,S. 718.

**484**刑法学（第五版）

窃罪的保护法益是财产而不包括生命，甲的行为侵害了两个犯罪的保护法益，属于想象竞 合，在判决中必须说明甲的行为构成两个犯罪。那么，为什么要重视想象竞合的明示机能 呢？

首先，刑法的机能是保护法益和保障国民自由。对任何一个案件的不法内容，只有既 充分、全面评价又不重复评价，才能既保护法益，也保障国民自由。如果一个人的行为同 时侵害了公共安全与他人财物，而法官仅评价其行为构成恐怖犯罪，便没有对他人财产予 以保护，这不利于实现刑法的保护法益机能。如前所述，竞合论或者罪数论都是为量刑服 务的。量刑的基准是责任，或者说是有责的不法。〔58〕如果A法条的不法内容（程度）完 全能够包容B法条的不法内容（程度），那么，就只需要适用A法条。如果A法条的不法 内容不能包容B法条的不法内容，当甲的行为同时存在A法条的不法内容与B法条的不 法内容时，那么，适用其中任何一个法条，都不能对甲的行为内容进行全面评价，例如，张 三为了对李四实行人户抢劫而准备了凶器，但进人李四家后发现家里没有人，便盗窃了价 值3万元的财物（转化犯的一种情形）。倘若仅评价为抢劫预备，就没有评价其盗窃既遂 的不法内容;倘若仅评价为盗窃既遂，则没有评价其抢劫预备的内容在这种场合，就必 须认定为想象竞合。“通过设立想象竞合，能够在判决中充分评价行为人的法益侵害态 度（想象竞合的明示机能）……对一个行为必须在妥当的、所有的法律观点之下作出判 断。”〔59〕

其次，刑法虽然具有行为规范的一面，但行为人与一般人并不直接阅渎刑法，而是通 过各种途径了解判决内容来了解刑法。另一方面，刑法只有运用到现实生活中才具有意 义。判决书是对刑法的活生生的解读，解读得越明确，刑法的内容就越容易被一般人理 解，刑法就越能发挥行为规范的作用，从而实现特殊预防与•般预防要发挥刑法的 行为规范的作用，就必须重视想象竞合的明示机能。在上述盗窃急救药品案件中，倘若判 决仅宣告甲的行为构成故意杀人罪，可能使被告人与一般人产生盗窃药品的行为不构成 盗窃罪的误解，这便不利于特殊预防与一般预防。再如，被告人甲、乙、丙等人酒后无故殴 打被害人A、B、C，造成A轻伤、B轻微伤，并摔坏了 C的iphone6手机（数额较大）。倘若 判决仅宣告甲、乙、丙等人的行为构成寻衅滋事罪，就可能使被告人与一般人误认为醉酒 后致人轻伤的行为不构成故意伤害罪、酒后毁坏他人财物的行为不构成故意毁坏财物罪， 这便不利于发挥刑法的行为规范的作用。只有同时指明甲、乙、丙等人的行为除构成寻衅 滋事罪之外，同时构成故意伤害罪、故意毁坏财物罪，才有利于实现对酒后伤人行为、酒后 故意毁坏他人财物行为的特殊预防与一般预防。

最后，刑事判决不仅对被害人的心理起安抚作用，而且还涉及对被害人的赔偿等问 题。在法条竞合的场合，没有必要将被告人所触犯的法条全部列举出来，就可以解决问 题。但是，在上述甲、乙、丙等人寻衅滋事的案件中，如果仅认定甲、乙、丙等人的行为构成 寻衅滋事罪，由于该罪是对公共秩序的犯罪，因而不足以对A起安抚作用，也不利于通过 附带提起民事诉讼使C获得赔偿。

**［58］**参见张明楷:《责任刑与预防刑》，北京大学出版社2015年版，第239页以下「

〔59〕H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. , Duncker & Humblot, 1996. S. 718. （60］参见张明楷：“明确性原则在刑事司法中的贯彻"，载《吉林大学社会科学学报》2015年第4期

第九章罪数**485**

（三）想象竞合与法条竞合的区别

法条竞合与想象竞合的法律后果存在两个区别:第一，在法条竞合的特别关系中，当 减轻法条属于特别法条时，根据特別法条优于普通法条的原则，不能从一重罪论处，必须 适用减轻法条与之不同，想象竞合采取从一重罪处罚的原则。第二，即使对于法条竞合 的其他关系（如补充关系、吸收关系）适用重法条，但法条竞合时只能适用一个法条，其他 法条被排斥适用。与之相反，想象竞合时并不是只适用一个法条，而是同时适用行为所触 犯的数个法条，在判决中应当明示被告人的行为触犯数个罪名，只是按其中最重的犯罪量 刑而已正因为如此,法条竞合时仍属单纯的一罪（或本来的一罪），而想象竞合原本为 数罪只是作为科刑的一罪处理J61］诚然，“如果将想象竞合与法条竞合的法律后果相比 较，就会证实一个论断，即除了在法条竞合里也可能优先适用较轻的刑罚，它们的法律后 果几乎没有差异”。但“不应由此得出结论认为，除了特殊关系，法条竞合的其他情况都 可以被当做想象竞合处理'〔62〕正因为如此，各国刑法理论与司法实践都区分法条竞合 与想象竞合;采用不区分二者的大竞合论的观点，［63〕并不可取。本章第二节已经对特别 法条的实质标准有所论述，下面仅就三个问题再作说明。

I .交叉关系与想象竞合

如前所述,两个法条之间可能存在交叉关系。本书的基本观点是，只要承认想象竞合 的明示机能，就不能承认交叉关系属于法条竞合，只能认为交叉关系属于想象竞合。

例如，日本刑法第224条规定：“略取或者诱拐未成年人的，处三个月以上七年以下惩 役。”第225条规定:“以营利、猥亵、结婚或者对生命、身体的加害为目的，略取或者诱拐 他人的，处一年以上十年以下惩役”于是，在以营利、猥亵等目的略取、诱拐未成年人这 一部分，略取、诱拐未成年人罪与营利S的等略取、诱拐罪就形成交叉关系。日本有学者 认为，在以营利、猥亵等目的略取、诱拐未成年人这一部分，略取、诱拐未成年人罪与营利 0的等略取、诱拐罪就形成交叉关系，适用重法条优于轻法条的原则。〔64〕但是，德国的竞 合论重视想象竞合的明示机能，不承认法条竞合的交叉关系。因为倘若承认法条竞合的 交叉关系，就只能适用一个重法条，其他法条被排斥适用。与之相反，想象竞合时，要同时 适用行为所触犯的数个法条，在判决中应当明示被告人的行为触犯数个罪名，从而实现充 分、全面的评价，只是按其中最重犯罪的法定刑量刑而已。就日本刑法第224条与第225 条而言，虽然形式上存在外延上的交叉关系，但是，当行为人以营利、猥亵等目的略取、诱 拐未成年人时，如果仅适用第224条，就没有评价其不法目的；如果仅适用第225条，就没 有评价略取、诱拐未成年人这一内容只有认定为想象竞合，在判决中明示行为同时触犯 第224条与第225条,才能实现全面评价。

我国有学者指出，当行为人冒充国家机关工作人员招摇撞骗，骗得财物时，就成立外

**161**〕参见［日］前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2015年第6版，第392页、第399页；［日］山口厚： 《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第393页、第406页；［日］井田良：《讲义刑法学•总论》，有斐阁2008年 版，第523贞、第532页，

L62）［德］冈特•施特拉腾韦特、洛塔尔•痄伦：《刑法总论I——犯罪论》，杨萌译，法律出版社2006年版，第 445 ~ 446 页，

**（63］**参见陈洪兵:“不必严格区分法条竞合勾想象竞合——大竞合论之提倡”，载《清华法学》2012年第1期。

〔**64**〕参见［日］山口厚：《刑法总论》，有斐阁2016年第3版，第396页。

**486**刑法学（第五版）

延上的交叉关系。据此,刑法第266条与第279条存在交叉关系，属于法条竞合的交叉关 系，适用原则是重法条优于轻法条。〔65〕可是，第279条所规定的招摇撞骗罪并没有将财 物作为保护法益，因而不以骗取财物为要件，如果仅适用其中一个法条，就没有对不法内 容进行全面评价。亦即，如果仅认定为招摇撞骗罪，就没有评价行为对财产的不法侵害内 容；如果只认定为诈骗罪，就没有评价行为对国家机关公共信用的不法侵害内容。只有认 定为想象竞合，在判决中明示行为触犯上述两个罪名，只是适用一个重法定刑，才能全面 评价行为的不法内容。

再如,刑法第120条之四规定的利用极端主义破坏法律实施罪与刑法第278条规定 的煽动暴力抗拒法律实施罪存在交叉关系。即当行为人利用极端主义煽动群众暴力抗拒 国家法律实施时，同时触犯了两个法条。但是，如果仅认定为利用极端主义破坏法律实施 罪，就没有评价其中的煽动群众“暴力抗拒”的不法内容；如果仅认定为煽动暴力抗拒法 律实施罪，就没有评价其中的利用极端主义的不法内容。所以，只有认定为想象竞合，在 判决中明示行为同时触犯两个罪名，最后仅适用一个重法定刑，才能实现全面评价。

总之，在法条之间存在交叉关系时，仅适用一个法条要么不能全面保护法益（两个法 条的保护法益不同），要么不能全面评价行为的不法内容（虽然侵害相同法益，但不法内 容存在区别），故不应当认定为法条竞合，而应当认定为想象竞合。

2.特别关系与想象竞合

由于罪数论或竞合论都是为了实现合理量刑，所以，特别关系与想象竞合的关系并不 是一个形式上的区别。换言之，"特别关系的确定，也并不一定总是一个纯粹的逻辑问 题。必须通过对被排除适用一方的构成要件的不法程度进行目的论的考量予以补充的现 象并不罕见”。〔66〕在日本，刑法理论在区分法条竞合与想象竞合时,充分考虑法定刑的轻 重,判断适用一个法条能否充分、全面评价行为的不法内容，进而区分特别关系与想象竞 合。例如，日本刑法第223条第1项对强制罪作了如下规定：“以加害生命、身体、自由、名 誉或者财产相通告进行胁迫，或者使用暴行，使他人实施并无义务实施的事项，或者妨害 他人行使权利的，处三年以下惩役。”日本刑法第193条规定：“公务员滥用职权，使他人 履行没有义务履行的事项，或者妨害他人行使权利的，处二年以下惩役或者监禁。”从逻 辑关系上看，两个法条之间也存在特别关系或者交叉关系。但是，由于公务员滥用职权罪 的法定刑轻于强制罪的法定刑，仅适用一个法条不能充分、全面评价行为的不法内容，因 此，日本刑法理论的通说认为，“公务员使用暴力、胁迫手段实施滥用职权的行为时，成立 本罪与强制罪的想象竞合”

如前所述，在符合法益的同一性标准的场合，只有当适用一个法条也能充分、全面评 价行为的不法内容,且法条之间具有包容关系时，才应认定为法条竞合。于是，法条竞合 的特别关系与想象竞合的区分并不是固定不变的，而是取决于适用一个法条能否充分、全 面评价行为的不法内容。换言之，当A、B两个法条在通常情况下是法条竞合时，不排除

（65J参见陈兴良：《规范刑法学》（上册 >,中国人民大学出版社2（X）8年第2版，第277 -279页。

〔66〕C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck,2003 ,S. 850.

［«］［日］山中敬一:《刑法各论》，成文堂2015年第3版，第829页。另参见［日］团藤重光:《刑法纲要（各论）》， 创文社1990年第3版，第125页；［日］大塚伎：《刑法概说（各论）》，有斐阁2005年第3版增补版，第622 页；［日］大谷实:《刑法讲义各论》.成文堂2013年新版第4版，第631页。

第九章罪数**487**

在特殊情况下（适用一个法条不能充分、全面评价行为的不法内容）是想象竞合。

（1） 既遂的A重罪与较轻的B罪是法条竞合时，未遂的A重罪与较轻的B罪可能是 想象竞合。

例如，在德国，虽然抢劫罪是盗窃罪的特别法条，但如果一个行为同时构成抢劫未遂 与盗窃既遂时，则不再是法条竞合，而是想象竞合。〔68〕因为在这种情况下，如果仅认定为 抢劫未遂，就没有评价盗窃既遂的不法内容;仅评价为盗窃既遂，则没有评价抢劫未遂的 不法内容，所以，必须用想象竞合来评价这一犯罪事实。再如，规定杀人罪与伤害罪的条 文是特别关系，但“在杀人罪与多种形态的伤害罪中，对杀人罪的处罚不能充分包含案件 的不法内容时，就可能存在想象竞合”。〔69〕换言之，如果认定为杀人罪导致处罚轻，因而 不能评价特殊伤害的不法内容时，就不得按照法条竞合处理，而应认定为想象竞合，按特 殊的伤害既遂量刑。

我国刑法也存在这样的情形。例如，一般来说，故意杀人罪是故意伤害罪的特别法 条，所以，在通常情况下，对故意杀人行为（不管是既遂还是未遂）都要适用特别法条按故 意杀人罪论处。但是，在行为人以特别残忍手段实施杀人行为致人重伤造成严重残疾时， 如果再按特别法条认定为故意杀人未遂，就会对行为人从轻或者减轻处罚。然而,这样的 处罚不能充分评价行为人“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的不法内容，所以， 此时应认定为想象竞合，从一重罪处罚。亦即，适用故意伤害罪中“十年以上有期徒刑、 无期徒刑或者死刑”的法定刑，不再适用未遂犯的从宽处罚规定

或许有人认为，刑法第234条第2款有“本法另有规定的，依照规定”的表述，上述观 点违反了这一规定。其实不然。因为这一规定只是就法条竞合而言，在想象竞合的场合， 只能从一重罪处罚。

（2） B罪与A罪的基本条款是法条竞合时，B罪与A罪的加重条款（或其中一部分） 可能是想象竞合。

例如，刑法第198条规定：“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……”。刑法第266条规定：“诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒 刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年 以下有期徒刑，并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒 刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”倘若学者们坚持认为保险诈骗罪是普通诈骗 的特别法条，〔71〕那么，在行为人保险诈骗数额较大财物时，也可以认为保险诈骗与普通诈

〔68〕Vgl. ,C. Roxin,Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck,2003,S. 851 ；H. Jescheck/T. Weigend,Lehr- buch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. , Duncker & Humblot, 1996 ,S. 720.

〔69〕Vgl. ,C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck,2003，S. 856.

（70）或许有人认为.将上述行为认定为故意杀人未遂但不从轻、减轻处罚，也能实现罪刑相适应。在法定刑相 同，认定为故意伤害罪没有法定的从宽处罚情节，而认定为故意杀人罪有从宽处罚情节的情况下，当然应认 定为前者，否则便没有对不法内容进行充分、全面评价。

〔■71〕严格地说，二者是想象竞合而不是法条竞合［参见吕英杰:“刑法法条竞合理论的比较研究”，载陈兴良主编： 《刑事法评论》（第23卷），北京大学出版社2008年版.第483页］。

**488**刑法学（第五版）

骗是法条竞合的特别关系；适用特別法条认定为保险诈骗罪，大体能够充分、全面评价行 为对保险秩序与财产的不法侵害内容但是，如若彳f为人保险诈骗数额特别巨大（如 2000万元），那么，此吋保险诈骗与普通诈骗便是想象竞介因为在nj法实践屮，对普通 诈骗2000万元的行为，如果没有减轻处罚的情节，都会判处尤期徒刑如果仍然认定为 特别关系，适用特别法条认定为保险诈骗罪，此时适川的法定刑为“十年以上有期徒刑' 只能评价对保险秩序和数额巨大财产的不法侵害内容，而不能充分、全面评价对数额特别 巨大财产的不法侵害内容，所以，必须认定为想象竞介，认定行为同时触犯两罪，并按ff（罪 （普通诈骗罪）的法定刑处罚.

同样，刑法第266条中的“本法另有规定的，依照规定”也只是就法条竞合而言例 如，在保险诈骗数额较大财物时，就属于“本法另有规定”，因而应依照保险诈骗罪论处,

又如，倘若学者们坚持认为盗窃罪与盗伐林木罪是法条竞合的特别关系？72〕那么，按 照不法的包容性的实质标准，这种特別关系仅限于盗伐林木的财物价值（不法程度）没有 超出15年有期徒刑程度的情形换言之，当盗伐林木所造成的财产侵害程度需要判处无 期徒刑时,其与盗窃罪之间便是想象竞合这是因为，如果仅认定为法条竞合的特別关 系，就没有对重大财产侵害这一不法内容进行充分、全面评价，而仅认定为盗窃罪就没有 评价对森林资源的侵害内容。所以，只有认定为想象竞合，才能充分、全面评价行为的不 法内容。

那么，如何判断适用一个法条是否充分、全面评价了行为的不法内容呢？答案是，根 据法定刑与量刑规范（量刑实践）做出判断.例如，倘若从2016年起，司法实践对盗窃价 值100万元以上财物的行为判处无期徒刑，那么，在盗伐林木价值低于100万元时，认定 为盗伐林木罪仍然可能充分、全面评价行为的不法内容，一旦盗伐林木价值超过了 10（） 万元，则应认为，仅认定为盗伐林木罪就不能充分、全面评价该行为对财产的不法侵害程 度，所以，需要认定为想象竞合，从一重罪（盗窃罪）处罚显然，在此问题上，只要对法定 刑与量刑规范（量刑实践）稍作比较,就能得出合理结论，而不会导致定罪量刑的恣意性

（3）结果加重犯与基本犯是法条竞合，但与加重结果所触犯的罪之间则是想象竞合

结果加重犯与基本犯是最典型的特别关系\_例如，就与基本抢劫的关系而言,抢劫致 人死亡是特别法条，因而不能适用基本法条认定为普通抢劫但是,抢劫致人死亡与故意 杀人罪、过失致人死亡罪则是想象竞合。换言之，“如果并不缺乏结果加重犯的基本构成 要件,加重结果不仅可以由过失而且可以由故意实现时，就必须承认结果加重犯与该故意 构成要件或过失构成要件之间是想象竞合。因为只有采用这样的认定方法，才能说明具 体案件中加重结果是由故意引起还是由过失引起”[73〕

以抢劫故意致人死亡为例。将其认定为抢劫致人死亡与故意杀人的想象竞合，不仅 能够发挥想象竞合的明示机能，而且在基本犯未遂时，有利丁刑的合理化例如，行为 人计划杀死他人后取得财物，但杀害他人后因害怕刑罚处罚而自动放弃了取得财物的行 为，或者由于意志以外的原因而未能取得财物,，在这种情况下，如果仅认定为抢劫（致 死）罪，首先存在是否适用中止犯、未遂犯的规定的问题，如果适用则明导致罪刑不相

〔72〕如前所述，本书认为二者是想象竞合因为二者不符合法益的同-•性的标准，W而小足-法条竞合...

〔73〕H. Jescheck/T. Weigend，Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. .Duncker & Humblot, 1996,S. 723.

第九章罪数**489**

适应倘若认定为抢劫（致死）罪与故意杀人罪的想象竞合，则最终可以按故意杀人罪的 法定刑处罚，不适用中止犯、未遂犯的规定，从而保证量刑的合理性

存在疑问的是，将匕述情形认记为想象竞合，是否存在重复评价的嫌疑？答案是否定 的一方面,」:述评价首先旨在实现想象竞合的明示机能，从而有利于实现一般预防与特 殊预防目的，而不是为r使行为人受到双重处罚。另一方面，想象竞合时，虽然认定行为 触犯数罪，但只适用一个最重的法记刑，故井不存在对行为人不利的重复评价。

此外，结果加重犯与基本法条之间是法条竞合，但形式l属于结果加重而刑法没有加 重法定刑，因而不成立结果加重犯的，属于想象竞合例如，在《刑法修正案（九）》施行之 前，绑架致人死亡是绑架罪的结果加重犯，故前者属于特別法条。亦即，绑架致人死亡时， 只能适用特別法条，不能认定为普通绑架罪但是，《刑法修正案（九）》没有将绑架致人 死亡规定为结果加重犯于是，对彳r为人绑架致人死亡的，不能仅定绑架罪，必须认定为 绑架罪与过失致人死亡罪的想象竞合，#按绑架罪的法定刑处罚.

3.补充关系与想象竞合

由于补充法条所规定之罪的不法程度必然轻于基本法条的犯罪，所以，补充关系与想 象竞合的区别也不是固定不变的如前所述，当行为人走私第151条第3款、第152条第 2款规定的货物、物品，偷逃关税数额特別巨大，应当判处无期徒刑，而按第151条第3 款、第152条第2款的规定只能判处有期徒刑吋，则不应当认为存在补充关系，而应认为 是想象竞合。

（四）想象竞合犯的处理原则

对想象竞合犯应当认定为数罪，即在判决书中应当逐一列出行为所触犯的罪名，但仅 按其中较重犯罪的法定刑处罚（科处一个刑罚）在行为所触犯的两个罪名的法定刑相 同的情况下，不是按所谓目的行为所触犯之罪的法定刑量刑，而是按照事实情节较重的犯 罪的法定刑处罚：例如，行为同时触犯了甲罪与乙罪,其中符合乙罪构成要件的事实情节 重于符合甲罪构成要件的事实情节时，应按乙罪的法定刑量刑

我国刑法总则虽然没有明文规定想象竞合犯及其处理原则，但刑法分则的一些条文 明显承认了想象竞合犯，并且规定对想象竞合犯仅适用一个较重法定刑。不过,分则条文 的表述一般是“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”（如第 260条之一第3款）本书按照想象竞合的明示机能提出的上述处理原则，与刑法分则的 这类表述并不矛盾一方面，既然行为“同时构成其他犯罪”，判决书当然必须写明行为 构成哪些犯罪（实现想象竞合的明示机能），否则就不可能“依照处罚较重的规定定罪处 罚”另一方面,判决书不可能既肯定行为构成数罪，同时又否认较轻犯罪的成立。所谓 “依照处罚较重的规定定罪处罚”，也可以理解为在指出行为同时构成数罪的情况下，按 照行为所构成的较重犯罪选择法定刑

至于按较重犯罪的法定刑处罚时，是否需要再从重处罚，也是值得研究的问题一般 来说，想象竞合犯的特点决定了可以在较重犯罪的法定刑内再从重处罚，但不排除少数情 况下不需要从重处罚还需要注意的是，在选择了较重犯罪的法定刑之后，对想象竞合的 量刑不得低于较轻犯罪的法定最低刑

关于对想象竞合不实行并罚的理山，刑法理论上存在不同观点。第一种观点认为，对 想象竞合犯科处一个刑罚，是刑罚适用L:的合目的性的要求；第二种观点认为，对想象竞

**490**刑法学（第五版）

合犯科处一个刑罚，是因为行为人只实施了一个行为，作为评价对象的只有一个行为;第 三种观点认为，之所以存在想象竞合犯的观念，是因为对行为进行了重复评价，实际上只 存在一个不法事实;第四种观点认为，对想象竞合犯科处一个刑罚，是因为行为人只是基 于一个或者准一个意思活动而实施行为，只是一次突破规范意识。〔74〕其实，上述几种观 点并不一定冲突，想象竞合犯虽然侵犯了数个法益，但客观上的一个行为与主观上的一个 或准一个意思，导致量刑情节高度重合，应是科处一个刑罚的最主要根据。

三、牵连犯

一般认为，牵连犯，是指犯罪的手段行为或结果行为，与目的行为或原因行为分别触 犯不同罪名的情况。即在犯罪行为可分为手段行为与目的行为时，如手段行为与目的行 为分别触犯不同罪名，便成立牵连犯;在犯罪行为可分为原因行为与结果行为时，若原因 行为与结果行为分别触犯不同罪名，便成立牵连犯。例如，以伪造国家机关公文的方法 （手段行为）骗取公私财物（目的行为）的，被认为是牵连犯。再如，绑架他人（原因行为） 后勒索到财物（结果行为）的，也是牵连犯。

牵连犯有两个特征:（1）必须是其手段行为或结果行为又触犯了其他罪名；（2）数行 为之间存在手段行为与目的行为、原因行为与结果行为的牵连关系。［75］关于牵连关系， 在理论上有不同主张:客观说认为，只要客观上两种行为之间具有手段行为与目的行为、 原因行为与结果行为之间的关系，就具有牵连关系；主观说认为，只要行为人主观上将某 种行为作为目的行为的手段行为或者作为原因行为的结果行为，就存在牵连关系;折中说 认为，只有在行为人主观上与客观上都具有牵连关系时，才具有牵连关系;类型说认为，根 据刑法规定与司法实践，将牵连犯的手段与目的、原因与结果的关系类型化#7«只有具有 类型化的手段与目的、原因与结果的关系时，才存在牵连关系。本书认为，如果承认牵连 犯的概念，则应采取类型说。即只有当某种手段通常用于实施某种犯罪，或者某种原因行 为通常导致某种结果行为时，才宜认定为牵连犯。例如，非法侵人住宅杀人的，宜认定为 牵连犯（如果不承认牵连犯的概念，则可以将这种情况认定为想象竞合犯）；但非法盗窃 枪支后杀人的，不宜认定为牵连犯，应实行并罚（虽然枪支经常用于杀人，但盗窃枪支并 不是杀人的通常手段行为）。再如，伪造武装部队公文、证件、印章冒充军人招摇撞骗的， 可以认定为牵连犯;但盗窃军车后冒充军人招摇撞骗的，不应认定为牵连犯，而应实行并 罚。采取类型说的实质理由是，牵连犯事实上存在两个行为，原本成立数罪应当并罚，只 是由于手段行为与目的行为、结果行为与原因行为之间具有密切关联性，行为人实施该目 的行为时通常会使用该手段行为，实施该原因行为时通常会实施该结果行为，才不实行数 罪并罚。如果将不具有类型性关联的行为均认定为牵连犯，必然导致罪刑不相适应。我

C74）参见［日］丸山治：“观念的竞合与牵连犯"，载［日］阿部纯二等编：《法学基本讲座》（第4卷），法学书院 1992年版，第289页以下。

［75］传统观点还提出了另一个条件，即必须出于一个犯罪目的，如果行为人主观上具有多个犯罪目的，则不构成 牵连犯。但是，这一条件不具有合理性。如果说其中的犯罪目的是指目的犯中的目的，则意味着只有目的 犯才存在牵连犯，但事实上并非如此；如果说其中的犯罪目的是指直接故意的意志因素，也不合适，因为牵 连犯的行为人并非仅具有一个故意，而是存在两个以上的故意。如伪造国家机关证件诈骗财物的人，既有 伪造国家机关证件罪的故意，也有诈骗罪的故意。

（76J参见甘添贵:《罪数理论之研究》，台北元照出版有限公司2006年版，第212页以下。

第九章罪数**491**

国司法实践一直不当扩大牵连犯成立范围的做法，需要纠正。

刑法总则没有明文规定牵连犯的处罚原则，刑法理论上一般认为，对牵连犯应从一重

处罚，或者从一重从重处罚。刑法分则条文对大多数牵连犯的处罚原则没有作明文规定。 我国刑法理论与司法实践并没有按照我国刑法分则的相关规定，而是按照日本的牵连犯 定义确定牵连犯的范围。于是认为，我国刑法分则对牵连犯没有实行统一的处理原则。 例如，有的条文规定对牵连犯从一重处罚，有的条文规定对牵连犯从一重从重处罚，有的 条文对牵连犯规定了独立的较重法定刑，有的条文规定对牵连犯实行数罪并罚。

本书的初步看法是,可以从处理原则出发确定牵连犯的范围。第一，将刑法分则明文 规定实行数罪并罚的情形排除在牵连犯之外。这是因为，既然将牵连犯归入科刑的一罪， 那么，实行数罪并罚的情形就不能归人牵连犯。第二，刑法分则对牵连犯规定独立的较重 法定刑的情形，也应当排除在牵连犯概念之外，完全可以作为结合犯理解和把握（如刑法 318条第1款第5项）。第三，剩下的具有类型性关联的牵连犯是按照较重的法定刑处 罚，还是按照较重的法定刑从重处罚，则不是重大分歧。但是，按照本书的观点，在牵连犯 的场合，判决书也必须明确指出行为触犯数罪（可谓牵连犯的明示机能），从而有利于实 现特殊预防与一般预防。

第五节并罚的数罪

一、 并罚的数罪概述

从广义上说，数罪可以分为不并罚的数罪与并罚的数罪。例如，前述想象竞合犯与牵 连犯也是数罪，只是属于不并罚的数罪。并罚的数罪，则是指需要对数罪分别定罪量刑， 然后根据刑法的规定实行并罚的情形。

在犯罪论中研究一罪与数罪问题，不仅要阐明划分一罪与数罪的标准，还应就司法实 践中难以划清一罪还是数罪的现象进行说明；这种现象除了貌似数罪实为一罪的现象以 外，还有貌似一罪实为数罪的现象。

数罪分为同种数罪与异种数罪。异种数罪均属于并罚的数罪（当然，前述包括的一 罪、科刑的一罪不属于并罚的数罪），至于同种数罪应否并罚，也值得进一步研究。

二、 貌似一罪实为数罪的情况

典型的数罪是容易认定的，难以认定的是貌似一罪实为数罪（指并罚的数罪）的情 况。

（一）行为触犯一个分则条文实为数罪的情况

在通常情况下，一个分则条文规定一个具体的犯罪。正因为如此，容易造成一种假 象:凡是触犯刑法分则的一个条文的，就是一罪。事实上也有人认为，一个分则条文规定 的是一罪，故区分一罪与数罪的标准，是看行为实际触犯几个分则条文，触犯一个分则条 文的是一罪，触犯两个分则条文是两罪，依此类推。〔77〕诚然,如果刑法分则的每个条文确

（77］参见李守芹：“论犯罪构成的要件”，载《河北学刊》1983年第3期。

**492**刑法学（第五版）

实只规定了一罪，这种观点完全成立,\_然而，我国刑法分则的体例并非如此分则不少条 文规定了数罪，于是，有的行为虽**H**触犯一个分则条文.却可能成立数罪至于我国刑法 分则有哪邱条文规定的是数‘很，则是罪刑各论所要具体解决的问题

（二） 行为侵害同一对象实为数罪的情况

行为侵害同一对象，常常成立一罪但在许多情况下，行为虽然侵害的是同一对象, 却构成数罪行为侵害同一对象而构成数罪，同一罪与数罪的区分标准并不矛盾区分 一罪与数罪，原则上以行为符合几个犯罪构成为标准，而不是以行为侵害了几个对象为标 准；对于同一对象，行为人可以基于不同犯意实施不同性质的犯罪行为，例如，对于同-- 妇女，行为人可能先实施强奸行为，再实施杀人行为：同一对象具有多种属性：可以体现 不同性质的法益，如财物既可能体现公共安全，也可能体现财产权，还可能体现社会管理 秩序;人享有多种权利，因而可能体现多种法益所以.对侵害同一对象的行为，不能均认 定为一罪，应注意其中的数罪情况

（三） 着手实行犯罪后另起犯意构成数罪的情况

行为人在着手实行犯罪后，由于某种原因另起犯意，实施另一犯罪行为的，构成数罪。 在某邱情况下，行为人另起犯意表现得f分明显例如，行为人将一名赶路的妇女栏住， 并将其打昏，拖到路旁树林，脱掉K衣裤，正欲行奸吋，发现其正值月经期，便不再实施奸 淫行为，行为人觉得“划不来”，于是趁妇女昏迷之机将其手表和手提包窃走。显然，行 为人着手实行强奸行为后，由于妇女正值月经期而中止**r**强奸行为，另起盗窃犯意，实施 了盗窃行为，其行为成立强奸罪与盗窃罪但在某些情况下，行为人另起犯意表现得不明 显，这往往是因为另起犯意前的行为与另起犯意后的行为在客观上很相似，使得其行为貌 似一罪例如，以抢劫罪的故意着手实行抢劫罪中的暴力后，由于被害人的反抗而害怕， 为了逃走而继续使用暴力致被害人重伤：在这种情况下，行为人的行为成立数罪，而非一 罪在着手实行犯罪后，另起犯意实施另一犯罪行为，之所以构成数罪，是因为行为人实 施了数个犯罪行为，有数个犯罪故意.符合数罪的犯罪构成。

（四） 在犯罪过程中超出原犯罪的范围成立数罪的情况

犯罪行为是一个过程，对一个犯罪过程中的行为，一般认定为一罪。但在某些情况 下，行为人在犯罪过程中的不法行为，超出了原犯罪的范围，另成立其他独立犯罪，对此应 认定为数罪，例如，行为人长期虐待被害人，情节恶劣，但最后一次实施了伤害行为，造成 被害人重伤，这种致人重伤的行为已经超出了虐待罪的范围＜ 对此，应认定为虐待罪与故 意伤害罪再如.行为人在运送他人偷越国（边）境的过程中，对被运送人实施的杀害、伤 害、强奸、拐卖等犯罪行为，超出了运送他人偷越国（边）境罪的范围，另成立独立的犯罪， 故属于数罪，乂如，收买被拐卖的妇女后，非法剥夺其人身自由、强行与其发生性关系的， 超岀r收买被拐卖的妇女罪的范围，成立数罪。至于哪些行为超出了原犯罪的范围，要根 据刑法规定的犯罪构成的预定范闱予以确定:

（五） 刑法分则特别规定实行并罚的情况

任何理论归纳都不得违反刑法的规定当刑法分则条文特别规定实行并罚时，即使 形式」:属于包括的一罪或者科刑的-•罪，也必须实行并罚,

例如，刑法第157条第2款规纪：“以暴力、威胁方法抗拒缉私的，以走私罪和本法第 **:1TL**十L条规定的肌碍国家机关**I:**作人员依法执彳r职务罪，依照数罪并罚的规定处

第九章罪数**493**

罚”据此.不能以这种情形属于牵连犯为由.作为科刑的一罪处理-

再如，刑法第204条第I款规定了骗取出口返税罪，第2款规定：“纳税人缴纳税款

后，采取前款规定的欺骗方法.骗取所缴纳的税款的，依照本法第二百零一条的规定定罪 处罚；骗取税款超过所缴纳的税款部分，依照前款的规定处罚”据此，纳税人缴纳10万税 款后，采取假报出口等欺骗方法，一■次骗取50万元税款的，对10万兀成立逃税邪，讨40 万元成立骗取出口退税罪虽然只有一个行为，符合想象竞合的特征，但不能作为科刑的 一罪处理,必须认定并罚的数罪

三、同种数罪

如前所述，行为是构成一罪还是数罪，与对数邪是否并罚，是两个不同的问题关于 同种数罪是否并罚，是值得深人研究的问题

本书主张，对一人犯同种数罪的，原则上应当并罚其中的所谓“原则上”应当并罚， 是从原理、规则上而言，亦即，实行并罚是需要坚持的原则，何原则总是有例外，不并罚只 是例外。这里的原则与例外的关系，并非从数上**Iflf**薄.换言之，即使从结局上说，不并 罚的情形较多，也只是表明例外情形较多，而不意味着不并罚是应当遵循的原则，

（一） “ 一罪一刑”的罪刑关系原理决定了对同种数罪原则上应当实行并罚

犯罪是刑罚的前提,刑罚是犯罪的后果，因此，行为人实施一个犯罪的，就应当针对

该罪科处一个刑罚;〔78]行为人实施数个犯罪的，就必须针对每一个犯罪判处相应的刑罚， 同种数罪也不能例外一罪数刑，是明显不妥当的；除刑法有特别规定的以外，数罪一刑， 在原理上也是不成立的。根据我国刑法第69条的规定，除死刑与无期徒刑外.我闻刑法 对数罪并罚采取了加重综合刑主义（分别定罪量刑后#决定应当执行的刑罚）而加重 综合刑主义，明显以“ 一罪一刑”的思想为基础，这足以说明，我国刑法贯彻了“一罪一 刑”的原则既然如此,对于同种数罪，也应当坚持“一罪一刑”的原则，亦即，应当实行数 罪并罚。

（二） 行为责任论决定了对同种数罪原则上应当实行并罚

根据新派所采取的性格责任论,责任非难的对象不是各个犯罪行为，而是行为人对社 会的危险性格顺理成章的是，对数个行为背后的危险性格，必须进行综合判断、整体评 价，故不可能采取“ 一罪一刑”的并罚方法然而，从人权保障的观点来看，将危险性格作 为处罚对象，明显不当；认为犯罪行为只具有征表危险性格的意义的观点，与违法性的本 质（法益侵害）不协调，与刑法的目的（保护法益）不一致正因为如此，性格责任论已退 出学术舞台.\_作为通说的行为责任论认为，责任非难的对象是各个犯罪行为以及指向各 个犯罪行为的意思,，行为责任论决定了责任是对特定违法事实的非难可能性，既不存 无违法的责任，也不存在超出违法事实范围的责任，顺理成章的是，行为人实施r一个符 合构成要件的违法行为时，就要针对这一违法行为判断彳f为责任；即使行为人另外实施的 违法行为与前一违法H•为的性质相同，也需要重新判断为责任,.所以，行为责任论要求 对同种数罪实行并罚

（三） 量刑情节的差异性决定了对同种数罪原则上应当实行并罚

量刑公正依赖于tt刑的精确，而量刑是否精确，取决于如何处理量刑情节同种数

[78〕 5J然.这1的“一个刑罚"是就主刑而言.而不包含附加刑＜■!■:内（卜' 同）

**494**刑法学（第五版）

罪，只是意味着行为人的数次犯罪行为触犯了相同罪名，并不意味着每次犯罪的量刑情节 完全相同。但是，每次犯罪的量刑情节，只能对本次犯罪的量刑起作用，而不能对另一次 犯罪的量刑起作用。对同种数罪实行并罚，可以促使量刑的精确化，使刑罚与犯罪相适 应。如果不实行并罚，就不利于分别考虑每次犯罪的量刑情节，既不利于实现罪刑相适应 原则，也会导致忽略对被告人有利的量刑情节。例如，甲两次行贿，但在被追诉前主动交 待了第一次行贿事实，而没有主动交待第二次行贿事实；乙第一次抢劫1000元是为了赌 博，时隔三年之后第二次抢劫1000元是为了给母亲治病;丙第一次聚众斗殴时不满18周 岁，第二次聚众斗殴时已满18周岁。类似这样的案件，只有实行并罚，才能妥当处理各自 的量刑情节，从而实现量刑的精确化与合理性。最为重要的是，对判决宣告以前一人犯同 种数罪实行并罚时，有利于自首的认定。例如，行为人甲于2015年3月1日犯抢劫罪，次 日投案自首，如实交待了此次的抢劫罪行。侦查人员后来发现甲还于2014年12月I日 实施过一次抢劫行为，虽然证据确实充分，但甲拒不承认。倘若对甲的行为实行并罚，就 能理所当然地认定甲对前一次抢劫不成立自首，对后一次抢劫成立自首。但是，如果仅以 一罪论处，对自首的认定就出现困难。显然，对同种数罪不实行并罚，对被告人存在不公 平的一面。

（四）对同种数罪实行并罚有利于刑事诉讼的进行与特殊情况的处理

对同种数罪分别定罪量刑后实行并罚，可以清楚地看出法官对每个罪是如何定罪量 刑的。被告人可以据此考量自己能否接受每一个定罪量刑，从而决定是否上诉;检察院可 以据此判断每一个量刑是否公正，从而决定是否抗诉；上级法院也能顺利处理上诉、抗诉 案件。在发现同种数罪中的某一罪行不成立或超过追诉时效，或者对某一犯罪的定性不 准、量刑不当的特殊情形下，如果先前的判决按照“一罪一刑”的原则实行并罚，改判就很 容易，而且能维持其中正确判决的权威性。从理论上说，在刑罚执行过程中，也可能发生 对某一时间之前的犯罪实行赦免的情况。显然，实行并罚就有利于赦免。

当然，由于刑法分则规定的法定刑升格条件存在不同情形，所以，对于同种数罪也可 能例外不并罚。换言之，从具体层面来说，对于同种数罪应当区分必须并罚、不应并罚与 需要灵活处理的具体情形（参见第十三章第五节）。

第三编法律后果论

第十章犯罪的法律后果概说

第一节法律后果与刑事责任

一、法律后果与刑事责任的概念

一般来说，法律后果是指法律对具有法律意义的行为所赋予的结果，可以分为肯定性 (对行为人有利)法律后果与否定性(对行为人不利)法律后果。刑法是规定犯罪及其法 律后果的规范，犯罪的法律后果仅限于否定性法律后果，表现为对犯罪人的惩罚，即对犯 罪人的生命、自由、财产、政治权利的剥夺与限制，以及在生活上、名誉上的不利反应。刑 法分则针对各种具体犯罪所规定的法定刑，是具体犯罪的法律后果;刑法总则对刑罚种 类、非刑罚制裁措施以及有罪宣告作了一般性、指导性规定。

刑法大量使用了“刑事责任”概念，刑法理论对刑事责任形成了几种具有代表性的定 义:后果说认为，刑事责任是依照刑事法律规定，行为人实施刑事法律禁止的行为所必须 承担的法律后果。£1〕义务说主张，刑事责任是犯罪人因其犯罪行为而负有的承受国家依 法给予的刑事处罚的特殊义务。〔2〕刑事法律关系说指出，刑事责任是刑事的、刑事诉讼 的以及劳动改造的法律关系的总和。〔3〕责难说提出，刑事责任是指犯罪人因实施犯罪行 为而应当承担的，由代表国家的司法机关依照刑事法律对其犯罪行为所作的否定性评价 以及对其本人的谴责;〔4〕或者说，刑事责任是刑事法律规定的，因实施犯罪行为而产生 的，由司法机关强制犯罪者承受的刑事惩罚或单纯否定性法律评价的负担。［5 ］

在本书看来，上述四种学说并不相互排斥与互相矛盾。但是，前三种定义似乎没有揭 示刑事责任的实质。导致这种局面的原因主要是，人们事先形成了“犯罪一刑事责任一 刑罚”的模式，在这种模式下，刑事责任只是犯罪与刑罚的中介，难以具有实质意义。前 三种定义只从这一模式中抓住问题的一个方面。例如，后果说看到犯罪与刑事责任之间 的因果关系；义务说看到犯罪人受刑罚处罚是因为他具有受刑罚处罚的义务，这便是刑事 责任;刑事法律关系说则从中看到国家与犯罪人在认定犯罪、确定刑罚、执行刑罚上的 关系。

首先，大体可以肯定的是，刑法一般是在犯罪的法律后果这一意义上使用刑事责任概

(1 ］参见张令杰：“论刑事责任”.载《法学研究》1986年第5期。

〔2〕参见张京婴:“也论刑事责任”，载《法学研究》1987年第2期。

(3］ 参见［苏］巴格里一沙赫马托夫:《刑事责任与刑罚》，韦政强等译，法律出版社1984年版，第18页。

1. 参见曲新久:《刑法学原理》，髙等教育出版社2014年第2版，第14页。

〔**5**〕参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、髙等教育出版社2016年第7版，第201页。

**498**刑法学（第五版＞

念，所以，刑事责任与本书前面使用的“有责性”、“责任”概念不同。例如，刑法第I4条第2 款规定:“故意犯罪，应当负刑事责任。”本款的含义是，故意犯罪的，应当承担相应的法律后 果。再如，刑法第17条第1款规定:“已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。”该款意味 着，已满16周岁的人犯罪，应当承担法律后果。又如，刑法第20条规定"……正当防卫，不 负刑事责任”，这并不是说正当防卫属于不法行为但缺乏有责性，而是指正当防卫并不违法 因而不承担犯罪的法律后果。其次，在我国，给刑事责任下定义时需要顾及以下事实:一是 行为构成犯罪，依法追究刑事责任，并给予刑罚处罚（可能同时给予保安处分，参见第十五章 第四节）；二是行为构成犯罪，依法追究刑事责任，只给予非刑罚处罚（刑法第37条）、保安处 分;三是行为构成犯罪，依法追究刑事责任,但既免除刑罚处罚，也不给予非刑罚处罚与保安 处分，即单纯宣告有罪。应当肯定，这三种情况不仅客观存在，而且都追究了行为人的刑事 责任，给刑事责任下定义必须能够包括这三种情况。据此，本书认为，刑事责任，是指行为人 因其犯罪行为所应承受的,代表国家的司法机关根据刑事法律对该行为所作的否定评价和 对行为人进行的谴责的责任。刑事责任本身具有实体的惩罚性意义。

基于上述定义，本书将刑事责任与犯罪的法律后果作为大体等同的概念使用。

二、法律后果的特点

犯罪是刑法所禁止的行为，所以，犯罪的法律后果必然是对行为人不利的否定性法律 后果。对犯罪赋予否定的法律后果，体现了对犯罪的法的报应，体现了刑法的正义性。使 犯罪人承担因犯罪而引起的不利后果，旨在预防其再次实施犯罪，以及预防其他人犯罪。

犯罪的实体是不法与责任，所以，犯罪的法律后果的实质与内容就是对犯罪行为的否 定评价和对犯罪人的谴责。对犯罪行为的否定评价和对犯罪人的谴责，由显而易见的具 体制裁措施体现，并非口头的指责，而且具体制裁措施由代表国家的司法机关施行。一般 人对犯罪行为的憎恨与对犯罪人的谴责，不是犯罪的法律后果。

犯罪是最严重的不法行为（相对于一般违法行为而言），与之相应，犯罪的法律后果 是最严重的法律后果。在现阶段，犯罪的法律后果的基本表现形式是刑罚，刑罚是一种最 严厉的强制方法。另一方面，犯罪的法律后果具有一身专属性，即只能由犯罪人承担，不 能由无辜的第三者承担。

犯罪的法律后果经历了由随意性发展为法定性，由残酷发展为人道，由单一化发展为 多元化，由团体承担发展为由个人承担，由人、物（动物与物体）承担发展为由人承担，由 不平等承担发展为平等承担的过程。〔6〕

第二节法律后果与处罚条件

一、客观处罚条件

（一）客观处罚条件的概念

行为成立犯罪，就导致法律后果，承受相应的处罚。但德国、日本等大陆法系国家的

〔6〕参见张明楷:《刑事责任论》，中国政法大学出版社1992年版，第4页以下。

第十章犯罪的法律后果概说**499**

刑法理论认为，存在一种例外情形:就某些犯罪而言，除了具备构成要件符合性、违法性、 有责性之外，还要具备其他事由时才能处罚，这种事由就是处罚条件（或称客观处罚条 件）。

例如，日本刑法第197条第2项规定:“将要成为公务员的人，就其将要担任的职务， 接受请托，收受、要求或者约定贿赂，事后成为公务员的，处五年以下惩役。”日本刑法理 论认为，行为人就其将要担任的职务收受、要求或约定贿赂就成立犯罪，但只有当行为人 后来确实成为公务员时，才能给予处罚。事后成为公务员，就是一种处罚条件。根据以往 的通说，处罚条件是基于一定的政策理由而设，与犯罪的成立与否无关。换言之，不具备 处罚条件时，犯罪仍然成立，只是不能处罚而已。因此，处罚条件存在与否，不影响行为的 不法;处罚条件本身也不是故意的认识内容。

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，〔7〕因此，与行为人的故意内容没有任何关系。后来，出现了扩大 客观处罚条件的内容或范围的趋势。德国近数十年来的刑法改革，运用了不少客观处罚 条件，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： “参与斗殴或者参与由多人实施的攻击行为，如果该斗殴或者攻击造成人的死亡或者重 伤的，对参与行为者处三年以下自由刑或者罚金。”德国刑法理论认为，其中的“造成人的 死亡或者重伤”就是客观处罚条件，行为人对此不必有故意。即行为人参与斗殴或者数 人的共同攻击时，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。

（二）客观处罚条件的地位

1 ■争议观点

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 其具有认识与希望、放任态度，就解决了将其作为构成要件要素而要求行为人具有故意所 带来的问题。〔s〕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 条件的地位或性质问题。

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，也不影响行为的不法与责任，只是立法者基于刑事政策的考虑而设立的处罚条件；行 为人不具备客观处罚条件时，其行为仍然成立犯罪，只是不能处罚而已。于是，客观处罚 条件是刑罚论所研究的问题，而非犯罪论的课题。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。

第二种观点认为，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。如日本学者平野龙一指出：“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，已经收受贿略的人成为公务员时，人们对公务的公正性的怀疑

[7]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”是由他 人任命的。

〔8〕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。

**500**刑法学（第五版）

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。”[9〕还有学者指出，在刑法之外，立法者基于利益衡量所设的限制实体可罚 性的要件，才是真正的客观处罚条件。

第三种观点认为，所有的客观处罚条件,都是构成要件要素。因为所有的客观处罚条 件，实际上都是使违法性程度增高的要素，因而是构成要件的要素。这种观点实际上否认 了客观处罚条件。

第四种观点认为，客观处罚条件也是犯罪成立的外部条件，于是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。这种观点并不要求行为人对客观处罚条 件的事实具有认识、希望或放任态度。

2.本书的立场

我国刑法理论认为，行为是否符合法定的犯罪构成，是能否追究刑事责任的唯一依 据。换言之,行为符合法定的犯罪构成，行为便成立犯罪，应承担相应的法律后果；否则， 行为便不成立犯罪，因而不承担犯罪的法律后果。在此意义上说，承担法律后果的条件， 就是犯罪成立条件，属于犯罪构成的内容。

本书依然维持上述观点，没有在犯罪构成之外另将客观处罚条件作为成立犯罪的条 件。即没有采取“不法—责任-＞处罚条件”的体系，而是将类似于上述处罚条件的要素纳 人了构成要件。因为构成要件是违法性的存在根据，故表明违法性及其程度的事实，应纳 人构成要件。例如，依法配备公务用枪的人员，丢失枪支后不及时报告的，其违法性还没 有达到值得科处刑罚的程度，故刑法第129条增加了“造成严重后果”的客观要素。由于 这一客观要素对表明行为的违法性程度具有重大意义，因而应当作为构成要件的要素。

应当认为，我国刑法一般是出于限制处罚范围的目的增加这类客观要素的。但是，如 果进一步要求行为人对这类客观要素具有认识与希望、放任的态度，则不当缩小了处罚范 围。所以，本书将这些类似于德国、日本刑法理论上的处罚条件的要素作为“客观的超过 要素”处理。概言之，这类条件虽然也是构成要件要素，但不需要行为人对之具有现实的 认识与希望、放任的态度，只要具有认识可能性即可。

按照本书的体系，法律后果的实现以行为符合犯罪构成为前提;换言之，只要行为符 合犯罪构成，就可以将法条规定的法律后果变为现实。本书并没有认为，行为符合犯罪构 成，标志行为成立犯罪，但只有另具备处罚条件时，才能赋予犯罪的法律后果。因此，符合 犯罪构成就导致法律后果，其间不存在其他条件。

二、处罚阻却事由

处罚阻却事由，是指对已经成立的犯罪阻止发动刑罚权的事由。可以认为,处罚阻却 事由，是消极的客观处罚条件。根据通说,处罚阻却事由只是阻止刑罚权的发动，在理论 上对犯罪本身的成立并无影响。我国刑法规定的处罚阻却事由包括两大类：

第一类是阻却刑事责任追究的情形。亦即，具有这类处罚阻却事由时，就不得启动刑 事诉讼程序。例如，刑法第201条第1款规定了逃税罪的构成要件与法定刑，第4款规

[9〕[日]平野龙一:《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第163页。德国也有刑法学者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。

第十章犯罪的法律后果概说**501**

定:“有第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受 行政处罚的，不予追究刑事责任;但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务 机关给予二次以上行政处罚的除外。”其中的“经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应 纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚”就是逃税罪的处罚阻却事由。反过来说，追究逃税 罪的刑事责任必须具备如下客观处罚条件:行为人经税务机关依法下达追缴通知后，不补 缴应纳税款，不缴纳滞纳金,不接受行政处罚。

第二类是阻却刑罚处罚的情形。亦即，具有这类处罚阻却事由时，依然可能启动诉讼 程序,但不得对行为人科处刑罚，此即免予刑罚处罚的事由。我国刑法理论一般将其作为 量刑情节对待。例如，根据刑法第24条的规定，没有造成损害的中止犯，属于阻却刑罚处 罚的情形。

在国外，一般是基于一定的身份关系而规定处罚阻却事由，故其刑法理论也将处罚阻 却事由称为人的处罚阻却事由或者一身的处罚阻却事由。但我国刑法既存在人的处罚阻 却事由，也存在事的处罚阻却事由。

第三节法律后果与制裁措施

一、 法律后果的实现

刑法所规定的法律后果，可谓一种观念上的、抽象意义的法律后果。当有人实施了犯 罪行为时，法条记载的法律后果才可能成为现实的法律后果。犯罪发生后的刑事追诉过 程，就是实现法律后果的过程。

法律后果的实现，是指代表国家的司法机关，依法使对犯罪行为的否定评价和对犯罪 人的谴责成为事实，其具体表现是犯罪人实际感受到由上述否定评价和谴责所引起的，在 社会生活上、名誉上的不利反应。这种能够使犯罪人实际感受的，而且可以使一般人感知 的不利反应,就是刑事制裁措施。

二、 法律后果的表现形式

法律后果由刑事制裁措施予以实现，故也可以认为，刑事制裁措施是法律后果的表现 形式。因为犯罪的法律后果的实质是对犯罪行为的否定评价与对犯罪人的谴责，某种措 施能否成为法律后果的表现形式，关键在于它能否体现国家对犯罪行为的否定评价与对 犯罪人的谴责，显然，体现这种否定评价与谴责的措施，必须是一种限制、剥夺犯罪人权益 的制裁措施和对犯罪人的生活、名誉产生不利反应的措施。这种刑事制裁措施由刑法明 文规定，司法机关不能随意确定犯罪的法律后果的表现形式。根据我国刑法的规定，作为 犯罪的（广义的）法律后果的表现形式，存在以下三种情形：

第一，通过给予刑罚处罚使行为人承担犯罪的法律后果。刑罚处罚是法律后果的最 基本、最主要的表现方式。刑罚是用以惩罚犯罪的一种强制方法，它建立在对犯罪人的剥 夺性痛苦之上，是最严厉的强制方法；它只适用于实施了犯罪的行为人；而且只能由代表 国家的法院依据刑事诉讼法的规定予以适用。我国刑法规定的刑罚包括主刑与附加刑。 管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑属于主刑；罚金、剥夺政治权利、没收财产以及驱逐

**502**刑法学（第五版）

出境属于附加刑。

第二，通过适用实体上的非刑罚处罚与保安处分方法使犯罪人承担法律后果。〔1Q〕例 如，刑法第37条规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚，但是可 以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部 门予以行政处罚或者行政处分。”这几种非刑罚方法，都是犯罪的法律后果的表现形式。 再如，刑法第38条第2款规定：“判处管制，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行 期间从事特定活动,进人特定区域、场所，接触特定的人。”本款规定的是保安处分措施。

第三，通过宣告行为构成犯罪使犯罪人承担法律后果。在我国，使犯罪人承担法律后 果的一种情况是仅宣告行为构成犯罪，即宣告行为人的某种行为成立犯罪，但免除刑罚处 罚，并且不给予非刑罚处罚与保安处分。宣告免除刑罚处罚的判决，要“一律公开进行” （参见《刑事诉讼法》第196条）；公开宣布行为人的行为是犯罪行为，就是对所实施的犯 罪行为的否定评价和对犯罪人的谴责。这种否定评价与谴责必然对行为人的生活与名誉 产生不利反应。正因为如此，刑事法律规定，在上述情况下，行为人不服免除刑罚处罚的 判决时，仍有权提出上诉与申诉（参见《刑事诉讼法》第2]6条、第241条）。可见，刑事法 律的规定本身就表明，免除刑罚处罚同样是对犯罪行为的否定评价和对犯罪人的谴责，因 而具有刑事制裁的实质内容，不可否认其也是犯罪的一种法律后果。

由上可见，犯罪的法律后果分为两大类：刑罚与非刑罚的法律后果。上述非刑罚处 罚、保安处分与单纯宣告有罪，即属于非刑罚的法律后果。

**（10**〕严格地说，保安处分不是犯罪的法律后果。但由于保安处分是以犯罪（至少是不法层面的犯罪）为前提的, 所以，本书将其归人广义的法律后果。

第十一章刑罚的观念

第一节刑罚的概念

一、刑罚与刑罚权

刑罚，是国家为了防止犯罪行为对法益的侵犯，由法院根据刑事立法，对犯罪人适用 的建立在剥夺性、限制性痛苦基础上的最严厉的强制措施。据此，对刑罚概念应从以下几 个方面予以把握：

第一，刑罚的属性。刑罚作为国家对犯罪行为的否定评价与对犯罪人的谴责的一种 最严厉的形式，当然地对犯罪人具有身体的、精神的、财产的剥夺性、限制性痛苦，相对于 其他强制措施而言，是最强烈的痛苦。这是刑罚的惩罚性质，是刑罚的本质属性，也是刑 罚有别于其他强制措施的重要之处。在我国，将刑罚当做摧残人、折磨人的报复手段，固 然是错误的，但如果超越国情、社会的平均价值观念，以及人道主义所能允许的限度，将刑 罚视为仁慈的东西，似乎不应有任何剥夺性的痛苦，甚至将服刑人的生活待遇提高到超过 国民的一般水平而令人向往的地步，也是背离刑罚的基本属性，不能为国民所接受的。

第二，刑罚的社会政治内容。什么样的国家为着什么人的利益而适用刑罚，是刑罚最 为重要的社会政治内容。在我国，刑罚是国家保护各种法益的重要手段。

第三，刑罚的法律特征。刑罚及其内容由刑法明文规定。不仅如此，刑罚还只能由国 家的审判机关严格遵循法律规定的管辖权限和诉讼程序适用。

第四，刑罚的目的性。剥夺犯罪人享有的某些权益而使之感受到一定痛苦，是刑罚的 本质属性,却不是刑罚的目的。我国刑罚的目的，在于预防犯罪。刑罚既具有惩罚的一 面，也具有教育改造的一面,但二者都是达到刑罚目的的手段。把给予犯罪人必要的剥夺 性、限制性痛苦同教育改造结合起来，即坚持惩罚与教育改造相结合的方针，牢牢把握和 针对预防犯罪的目的，乃是我国刑罚不可或缺的科学内容。

由上可见，刑罚在严厉程度、适用对象、适用主体、适用根据、确立机关等方面，与其他 法律制裁存在重大区别。

与刑罚概念密切联系的是刑罚权的概念。刑罚权是基于犯罪行为对犯罪人实行刑罚 惩罚的国家权能，是国家主权的组成部分，其内容表现为国家对犯罪人实行刑罚惩罚。刑 罚权分为一般的刑罚权与个别的刑罚权。只要发生犯罪，国家就可以对犯罪人实行刑罚 惩罚这种一般、抽象意义上的刑罚权，就是一般的刑罚权;发生具体的犯罪时，国家可以对 具体犯罪人实行刑罚惩罚的这种个别、具体意义上的刑罚权，就是个别的刑罚权。与刑罚 权相对应的是犯罪人承受刑罚的义务，国家刑罚权与犯罪人的刑罚承受义务之间的关系，

**504**刑法学（第五版＞

就是刑罚法律关系。［1 ］

刑罚权的内容包括制刑权、求刑权、量刑权与行刑权。制刑权是国家立法机关在刑事 立法中创制刑罚的权力，其内容主要包括确定刑种，建立刑罚体系，规定刑罚裁量的原则、 刑罚执行方法、刑罚执行制度以及具体犯罪的法定刑。求刑权是指对犯罪行为提起刑事 诉讼的权力。这种权力原则上由检察机关行使，但国家也将部分轻微犯罪的求刑权赋予 被害人（自诉）。量刑权是法院对犯罪人决定科处刑罚的权力。这种权力只能由法院在 认定有罪的基础上行使，其内容为决定是否判处刑罚、判处何种刑罚，以及是否适用缓刑 等。行刑权是特定机关将法院对犯罪人所判处的刑罚付诸现实执行的权力。执行非刑罚 措施不是行刑权的内容。

二、刑罚的正当化根据

（一） 刑罚的正当化根据概述

“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。刑罚是由刑法规定的一种痛苦（恶害），表现为对犯罪人权利与利益的剥夺或 限制,并且对国家与社会具有相当多的副作用。所以,刑罚的存在必须具有充足的合理根 据。刑罚的正当化根据所回答的问题是，作为一种恶害的刑罚，为什么对犯罪人的适用具 有正当性？对犯罪人科处什么样的刑罚，才是正当的？讨论刑罚的正当化根据，并非只具 有抽象的理论价值，而是同时具有具体的现实意义。因为刑罚的正当化根据不仅是制定 法定刑的正当化根据，同时也是个案量刑与个案行刑的正当化根据。

量刑公正的标准不等于刑罚的正当化根据。相反，离开了刑罚的正当化根据，单纯探 讨量刑公正的标准，必然使量刑公正丧失根基。刑罚目的与刑罚的正当化根据不是等同 概念，为了实现刑罚目的而科处的刑罚不一定是正当的。因为目的正当并不能直接导致 手段正当，合目的性不等于正义性，反之亦然。旧派与新派在刑罚论领域中的绝对主义 （报应刑论）与相对主义（目的刑论）之争，并不是关于刑罚目的本身的争论，而是关于刑 罚的正当化根据的争论。

（二） 报应刑论

报应刑论将刑罚理解为对犯罪的报应，即刑罚是针对恶行的恶报，恶报的内容必须是 恶害，恶报必须与恶行相均衡。恶有恶报、善有善报是古老的、朴素的正义观念，基于报应 的原理对恶害的犯罪以痛苦的刑罚进行报应，就体现了正义，这便是刑罚的正当化根据。 “因为有犯罪而科处刑罚”，是报应刑论的经典表述。

刑法理论对报应刑存在三种立场:第一，赞成将报应刑作为刑罚的唯一正当化根据， 并且反对将预防犯罪的目的作为刑罚的正当化根据（绝对报应刑论）；第二，赞成将报应 刑作为刑罚的正当化根据之一，同时承认预防犯罪的目的也是刑罚的正当化根据（相对 报应刑论）；第三，彻底否认报应刑，仅将预防犯罪的目的作为刑罚的正当化根据（报应刑 否定论）。本书持第二种立场，主张报应刑并非刑罚的目的，只是刑罚的正当化根据之

\* O

从报应根据上说，报应是指法律报应。亦即，对犯罪人科处作为报应的刑罚，所根据

〔I〕参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第515页。

〔2〕［英］鲍桑葵:《关于国家的哲学理论》，汪淑钧译，商务印书馆1995年版，第78页。

第十一章刑罚的观念**505**

的是刑法，而不是神意与社会道义。因此，犯罪的本质既不是违背神意，也不是违反社会 伦理，而是侵害刑法所保护的法益。就报应对象来说，报应是指责任报应。此即，犯罪人 基于自己的意志选择了犯罪行为，刑罚作为对其责任的清算具有正当性。“责任报应”以 人是理性的、具有相对意志自由为前提，换言之,对行为人的处罚以行为人有责任为前提。 反过来说，行为人的责任限定了刑罚的有无与程度。所以，报应刑就是责任刑。

经过洗练的报应与报复具有明显的区别。（1 ）报复的基准是单一的、几乎没有变化， 这就是人们通常所说的“以眼还眼、以牙还牙”。但报应的基准是随着时代而发展的。 （2）以眼还眼、以牙还牙的“对等报应法”，是结果责任时代只强调犯罪行为的物质内容和 实害结果，而不重视主观责任的产物。换言之，报复基本上与客观损害相联系，因而与实 害相适应。报应以行为人的主观责任为前提，并且与责任相应。于是出现了这样的现象: 客观上只是造成了危险，没有造成实害，但具有责任和处罚必要的，可能不会遭受报复，但 有报应的必要（如未遂犯）。（3）报复不具有限制刑罚的意义，甚至是任意而漫无节制的。 但当今的报应刑具有限定刑罚的意义。客观上造成了损害但没有责任的，可能遭受报复， 但不可能遭到报应。（4）报复使得被害人所经历的痛苦（罪行）与报复者所造成的痛苦 （惩罚）之间没有距离，在加害者与被害人之间没有距离。而报应在罪行与惩罚之间、加 害人与被害人之间存在恰当距离，这种距离正是公正所需要的。报应由第三者完成，而不 是由被害人一方完成。（5）报复是受害者个人的情绪化反应，旨在满足激愤感情，与宽恕 之间没有相容性，是非正义的。但报应是社会大众对他人受害的理性化反应，与宽恕之间 具有相容性，是为了实现正义。（6）报复与赎罪没有关系，因为报复不可能使加害者赎 罪，反而会使加害者产生新一轮的报复。但报应与赎罪有紧密联系，能使行为人赎罪。 （7）报复不以建立和平关系为目的，只是为了单纯给对方造成痛苦。但报应总是以建立 和平关系为目的，所以，绝大多数报应刑论者都赞成预防犯罪的目的，尤其赞成一般预防 目的。

将报应作为刑罚的唯一正当化根据的绝对报应刑论，存在没有考虑预防犯罪的目的 的缺陷，因而与明显具有特定目的的刑罚本身、刑事诉讼制度以及刑罚执行制度不协调。

报应刑否定论也不可取。报应刑可以避免不正义的惩罚，有利于维护正义的法秩序。 报应作为刑罚的正当化根据之一，至少在以下方面发挥作用：（1）禁止处罚没有实施不法 行为的无辜者；即使处罚无辜者能够实现一般预防目的，也不例外。（2）禁止处罚没有责 任的行为。报应与责任主义具有亲和性，要求实行没有责任就没有刑罚的消极责任主 义。〔3〕（3）刑罚的上限不能超出报应的需要，即不能超过责任的程度（当然可以低于罪 行的程度）。（4）实施报应的第三者（法官），不能将充满报复情绪的被害人及其家属的刑 罚要求当做刑罚的正当化根据。

（三）目的刑论

相对主义则属于新派的理论，以目的刑论为内容，故相对主义与目的刑论是意义等同 的概念。目的刑论认为，刑罚本身并没有什么意义，只有在为了实现一定目的即预防犯罪 的意义上才具有价值，因此，在预防犯罪所必要而且有效的限度内，刑罚才是正当的。目 的刑论与预防论基本等同。预防论分为一般预防论与特殊预防论。一般预防论分为消极

〔3〕参见［日］西田典之:《刑法总论》，弘文堂2010年第2版，第15页以下。

**506**刑法学（第五版）

的一般预防论（一般威慑）与积极的一般预防论;特殊预防论中的惩罚论或威慑论，主张 通过惩罚或威慑犯罪人使其不再犯罪;特殊预防论中的教育刑论或改善刑论，主张通过教 育或者改善犯罪人使其不再犯罪。根据目的刑论的观点，刑罚的正当化根据在于刑罚目 的的正当性与有效性。“为了没有犯罪而科处刑罚"，是相对主义刑罚理念的经典表述 （具体内容参见本章第二节）。

预防刑论旨在说明刑罚目的的正当性。但是，单纯将预防犯罪的目的作为刑罚的正 当化根据，或者说将预防犯罪的目的作为刑罚的唯一的正当化根据,则不无疑问。

预防刑论中的消极的一般预防论与特殊预防论中的威慑刑论常常过分强调刑罚的威 吓功能，然而，“过分强调刑罚的威吓功能，而把‘重典’当作刑事政策的万灵丹，误信杀一 可儆百，并期杀一奸之罪而得止境内之邪，造成严刑峻法之局。这在表面上似乎颇具刑事 政策的目的性，可是事实上却无抗制犯罪之功能，这是古今中外均有过的现象。在欧洲各 国的刑罚史上，也曾出现过这种过分强调一般预防的刑事政策，而造成在刑事立法与刑事 司法上，均有超越罪责程度相称的刑罚主张”。〔4〕由于刑罚越重威慑效果越明显的观念 相当普遍，因此，只考虑预防犯罪的目的，会导致刑罚没有上限，于是造成恶性循环:社会 治安形势严峻，便适用重刑；重刑之后，社会治安不仅没有根本好转，而且恶性案件上升， 于是适用更重的刑罚。显然，没有报应刑的限制，预防刑论是行不通的。

预防刑论中的一般预防，强调通过对犯罪人适用刑罚来预防一般人实施犯罪，这必然 导致将犯罪人作为“防止犯罪的工具”进行利用的现象。因为通过威慑进行一般预防，或 者为了增强国民的规范意识而适用刑罚，意味着犯罪人不仅因为犯罪本身而受处罚，而且 为了他人而受处罚，意味着将犯罪人作为预防其他人犯罪的工具或手段，这便侵害了人的 尊严。国家不能将个人作为可以利用的资源，个人在国家之前便存在，是国家应当保护的 人格价值的担当者，在人皆平等的法秩序里，不应将人作为其他目的的手段。这说明，预 防刑论侧重对社会的防卫，而忽视对个人的保护。所以，需要有其他根据（责任报应）限 制国家对一般预防目的的追求。

预防刑论中的教育刑论、改善刑论，常常追求将犯罪人教育改造成伦理上高尚的人， 从而导致以刑罚方法迫使行为人接受一定的伦理观念。然而，刑罚的消极作用相当明显， 并非维护社会伦理秩序的理想手段以刑罚教育行为人成为伦理上高尚的人，必然得不 偿失。〔5]

总之，预防犯罪的目的具有正当性，但是刑罚目的的正当性并不等于刑罚的正当化根 据。预防刑论的缺陷,恰恰需要报应刑弥补。

（四）并合主义

并合主义是一种折中的观点，以相对报应刑论为内容，故并合主义与相对报应刑论乃 意义等同的概念。相对报应刑论认为，刑罚的正当化根据一方面是为了满足恶有恶报、善 有善报的正义要求，同时也必须是防止犯罪所必需且有效的，应当在报应刑的范围内实现 一般预防与特殊预防的目的。“因为有犯罪并为了没有犯罪而科处刑罚”，是并合主义刑 罚理念的经典表述。

[4〕林山田：《刑罚学》，台湾商务印书馆1卯3年第2版，第70贞。

〔5〕参见[日]平野龙一:《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第44页以下。

第**H■—**章刑罚的观念**507**

如上所述，报应刑论与预防刑论都可以说明刑罚的正当化根据，为什么要将二者结合 起来形成并合主义，而不承认各自本身的完全合理性呢？这是因为对刑罚的正当化根据 的回答，不仅是为了从总体上回答国家为什么能够以刑法规定刑罚、司法机关为什么可以 对犯罪人适用和执行刑罚，而且是为了回答对具体犯罪的量刑根据以及具体刑罚制度的 取舍，以便对刑罚的适用起限制作用，以免侵害公民的正当权利。“就合理的刑事政策而 言，本质的问题是，赋予制裁以意义与目的，即所创设的法律效果体系，应根据行为责任的 轻重划分层次，同时能够避免再犯。倘若单方面地强调两个方面的某一方,其结局要么陷 人非人道的刑事政策，要么坠人不公正的刑事政策。亦即，如果仅将刑罚理解为对责任的 报应，那么，行为人就会仅仅由于该原则而遭受显著痛苦，这不会给行为人与其他人带来 任何好处。如果仅着眼于刑罚的社会目的（如威吓或者‘治疗’行为人），常常就会对行为 人判处与其有责地实现的不法不相均衡的制裁。"〔6〕对具体犯罪的量刑以及具体刑罚制 度的取舍，都取决于对刑罚功能、本质与目的的认识。例如，如果采取报应刑论，刑罚的程 度就应当与犯罪本身的危害程度相适应，尤其应与客观的犯罪结果相适应；如果采取特殊 预防刑论，刑罚的程度则必须与犯罪人的反社会性格或者再犯罪的危险性相适应。再如， 倘若主张报应刑论，就会反对不定期刑论;倘若主张特殊预防刑论，就会赞成不定期刑论。 又如,如若采取报应刑论，即使没有一般预防与特殊预防的必要性，也必须科处刑罚；如若 采取积极的一般预防论，只要没有一般预防的必要性，就不得科处刑罚。可见，关于刑罚 的正当化根据的争论，实际上是关于刑罚本质的争论。而一旦具体到量刑根据以及刑罚 制度的取舍问题上来，就会发现报应刑论与预防刑论各有利弊，并合主义则可以使二者优 势互补、弊害互克。例如，预防刑论往往导致刑罚过重，报应刑论正好给刑罚划定了上限， 使得刑罚不得超出报应的范围;但报应刑论导致从预防角度而言不需要判处刑罚时也必 须科处刑罚，预防刑论正好解决了这一问题。如果没有预防犯罪的效果或者从预防犯罪 的角度而言不需要判处刑罚，就不应当判处刑罚，这为免除刑罚处罚找到了根据。从刑罚 制度来说，缓刑、减刑、假释制度都是预防刑论的产物，而对这些制度适用条件的限定，在 很大程度上取决于报应刑观念。可见，预防刑论的缺陷正好需要报应刑论的优点来克服， 报应刑论的缺陷恰好需要预防刑论的优点来弥补。于是，并合主义成为理想的刑罚观念。

并合主义是长期的政治与学术争论形成的结论，在新旧两派争论的最激烈时期，就有 学者试图调和二者以与刑事司法的实际必要性相适应。此后，报应刑并不只是在哲学的 思考领域自由漂移，而是作为犯罪人和社会生活的现实，充分发挥其社会机能而被正当 化。报应刑维护了社会秩序，满足了一般人的法感情，并最大限度地保护了法益。行为人 获得了他认为公正的刑罚，刑罚对其起到了警告作用，并在可能的范围内受到了教育。因 此，只有公正的刑罚，才能对一般人产生威慑作用，对一般人的法律意识起强化作用，并对 行为人产生威慑与教育作用。报应刑通过责任与刑罚程度的均衡关系，以宽大的干预方 式保护法秩序。预防刑虽然在支配近代刑法的犯罪预防目的中具有正当性，但是，只有当 刑罚满足正义的要求时才能实现这一 S的。［7〕报应刑既可以限制刑罚的程度，以免为了 追求预防犯罪的目的而滥施刑罚，也有利于刑罚目的的实现。预防刑使刑罚不再是无目

〔6〕H. Jescheck/T. Weigend,Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,5. Aufl. ,Duncker & Humblot, 1996,S. 741. [7〕H. Jescheck/T. Weigend,Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,5. Aufl. ,Duncker & Humblot, 1996,S. 76f.

**508**刑法学（第五版）

的的报复，也使没有预防目的的报应刑丧失意义，从而使得刑罚更为轻缓。

如果离开了公正的报应，预防犯罪的目的是难以实现的。“社会科学暗示，偏离于大

众的正义直观（经验论应得惩罚观念来源于此）却可能会造成现实的犯罪控制困境。众 所周知，我们正越来越多地知道社会性影响（social influence）和内化观念（internalized norms）的巨大力量。人们在日常生活中一直在做的行为决定，首要地受到其对其他人如 何看待他们和他们如何看待他们自己的这样的问题的影响。如果刑法获得了道德权威的 声音——即，如果人们将刑法视为按照与人们的正义直观相符合的方式妥当地施加刑 罚——它就能够利用这些规范性力量。但如果刑事法律体系被认为缺乏道德可信赖性， 那么它就会失去利用社会性影响和内化观念之力量的能力。”［8 ］

并合主义面临的一个重要批判是，“把各种学说相互混合地聚在一起的方法，对于刑 法学来说是毫无用处的。即使把若干个破碎的衣服拼补起来，也不能做成国家制度的基 础这一件衣服，这是早就能想象得到的。由于组成混合说的各个体系当中存在不能支持 混合说的地方，所以，其必然走向崩溃”。［9〕换言之，“如果相对报应刑论只是单纯地将报 应刑论与目的刑论结合在一起，那么，两者的问题也只能加算起来，进而增添了问题”。〔1Q〕

其实，并合主义强调的是并合报应刑论与预防刑论的优点，同时避免二者的缺陷，而 不是并合二者的缺陷，也不能以一种理论的缺陷排斥另一理论的优点，而是应当以一种理 论的优点克服另一种理论的缺陷，并且针对不同的人群发挥对应的刑罚功能。此外，刑罚 的正当化根据是多元的，即使是预防犯罪的目的也可以分为一般预防与特殊预防，而且赖 以实现一般预防与特殊预防的功能并不完全相同。另一方面,刑罚分为刑罚的制定（制 刑）、刑罚的裁量（量刑）与刑罚的执行（行刑）三个阶段，在不同阶段，刑罚正当化根据的 侧重点并不相同。在法定刑的制定（制刑）阶段首先考虑的是报应刑与一般预防的需要， 其次也兼顾了特殊预防的必要性。量刑主要根据犯罪情节，重点考虑犯罪人的再犯罪危 险性，故量刑阶段的重点在于特殊预防。与此同时，一般预防在某些情况下也会起作用。 行刑的直接目标，在于使服刑人接受教育改造（死刑立即执行除外），消除其再犯罪的 危险性。显然，行刑过程着眼于犯罪人的人身危险性程度的消长变化，强调的是特殊 预防。

“不管怎么说，刑罚的理论之争就是不能把报应主义和结果主义（目的刑论——引者 注）的观点截然分开，这就说明没有哪种理论能够真正证明刑罚现象的正当性。”⑴〕换言 之，只有并合报应刑论与预防刑论，才能真正证明刑罚的正当性。但不可否认的是，由于 报应刑与预防刑存在区别，甚至在某些场合还会存在对立现象，所以，如何克服并合主义 的二律背反现象，正是并合主义理论必须解决的问题（参见本书第十三章）。

〔8〕［美］保罗• H.罗宾逊：“进行中的刑罚理论革命：犯罪控制意义上的公正追求”，王志远译，载《当代法学》 2012年第2期。

〔9］［德］特奥多尔■赫布："刑罚学说的主要分类”，任学良译，载邱兴隆主编：《比较刑法（第二卷）刑罚基本理 论专号》，中国检察出版社2004年版，第303页。

〔**10**〕［日］佐伯仁志：“刑法的基础理论”，载《法学教室》第283号（2004年）。

〔**11**〕［英］威廉姆•威尔逊：《刑法理论的核心问题》，谢望原、罗灿、王波译，中国人民大学出版社2014年版， 第69页。

第十一章刑罚的观念**509**

第二节刑罚的目的

一、刑罚目的的概念

刑罚目的，是指国家制定、适用、执行刑罚的目的，也即国家的刑事立法采用刑罚作为 对付犯罪现象的强制措施及其具体适用和执行所预期实现的效果。这种效果不是立法、 审判、行刑三个环节之一或其二所能达到的，只有三者协同一致，才能得以实现。因此，将 刑罚目的解释为审判机关对犯罪人适用刑罚的目的，并不全面。刑罚目的决定或制约着 刑罚的其他全部问题，是刑罚论的要害。

刑罚目的制约着刑罚的根据。如果认为刑罚目的是预防犯罪（预防主义），包括消除 犯罪人的再犯可能性，使犯罪人改恶从善，那么，只能将不法且有责的犯罪作为刑罚事实 根据。奴隶制、封建制国家主张威吓主义、神意报应主义，因而实行的是客观责任。因为 不管行为人是否具备有责性，在其行为造成了客观损害的情况下，科处刑罚就能起到威 吓、报应作用，使他们不实施造成客观损害的行为。

刑罚目的制约着刑罚承受主体的范围。古代社会不仅对自然人科处刑罚，而且对动 物、物品施用刑罚；就对自然人科处刑罚而言，其范围也极为广泛，不问行为人是否具有责 任能力，对儿童、精神病人也科处刑罚。之所以如此，是因为当时所采取的是威吓主义、神 意报应主义的刑罚目的观。近代国家主张道义报应主义、法律报应主义或预防主义，这就 决定了承受刑罚的主体只能是人，而不能是动物或者物品。因为针对动物与物品不可能 实行道义与法律报应，道义观只有人类才具有，法律是人类共同体的规范。预防主义也决 定了承受刑罚的主体只能是人。

刑罚目的制约着刑罚的体系与种类。刑罚的体系和种类是为实现刑罚目的服务的， 因而确定刑罚的体系与种类时必须考虑刑罚目的的需要。确切地说，刑种的选择、排列以 及各刑种在体系中所处的地位和所占的比重，都是按照刑罚目的的要求来决定的。从历 史上看，严酷的刑种，往往容易被威吓主义、神意报应主义的主张者所赞同，并广为采纳和 适用。因为刑罚越严酷，就越能体现报应、实现威吓。反之，预防主义主张者，通常赞成刑 罚种类的人道化、合理化与多样化。因为严酷的刑罚并不利于预防犯罪，相反，根据犯罪 与犯罪人的具体情况，给予适当的刑事制裁，就足以实现刑罚的目的。因此，一些有关刑 种问题的争论，如死刑、短期自由刑的存废之争，莫不与刑罚目的观的分歧有着直接的联 系。

刑罚目的关系到刑罚具体适用原则的制定。对犯罪科处刑罚应当有一定的尺度或基 准，刑法理论在此问题上的争论，也是基于不同的刑罚目的观。单纯注重刑罚的社会威慑 与心理强制效果的人，一般重视罪刑等价和因果报应的影响作用，从而主张量刑应以形之 于外的罪质及其实害大小为标准;而单纯着眼于防止犯罪者再次犯罪的人，由于强调刑罚 仅在于实现对犯罪者本人的矫正改善，因此主张以主体自身的性格危险程度作为量刑轻 重的标准，即何种刑罚能使犯罪人矫正改善，就给予何种处罚，乃至采取不定期刑。

刑罚目的关系到刑罚的执行。行刑方式直接影响刑罚的社会效应。国家希望行刑产

**510**刑法学（第五版）

生何种社会效应，又总是以其希望刑罚达到什么目的为转移的。所以，行刑方法必然受到 刑罚目的的制约。

刑罚目的还制约着刑罚执行制度的取舍。主张采取哪些刑罚执行制度，与刑罚目的 也有直接关系。例如，重视特殊预防的人，极力主张采取减刑、假释等制度；而重视威吓效 果、单纯强调报应的人，则反对采取这种刑罚变更制度3

“根本不可能存在这样的情况，即立法者将特定行为规定为犯罪，却并未因而表现出 预防此类［犯罪］行为的意愿与目的。因此，预防似乎成为了首要且唯一普遍的惩罚s 的/〔⑵当今刑法理论，均将预防犯罪作为刑罚的正当目的。我国刑罚预防犯罪的目的， 包括特殊预防与一般预防。

二、特殊预防

特殊预防，是指防止犯罪人再犯罪。一般认为,特殊预防目的，是通过刑罚的保安、威 慑与再社会化功能实现的。〔13〕保安功能，即限制、剥夺再犯条件的功能，是指通过适用刑 罚，可以从外部来限制、消除犯罪人再次犯罪的条件,使之永远或者在一定时期内不能再 犯。除死刑外，徒刑的保安功能最为明显。威慑功能表现为使犯罪人承受一定的痛苦，使 其认识到，犯罪后刑事责任的不可避免性和罪有应得，从而不敢再次犯罪，重受痛苦处遇。 再社会化功能即教育感化功能，通过制定、适用和执行刑罚，使犯罪人养成良好的规范意 识，树立和强化对法的信仰与忠诚，从而不愿再次犯罪。特殊预防论受到了一些批判，有 必要展开说明。

第一个批判:特殊预防论具有国家恣意干涉公民自由的倾向，这一倾向比报应刑论更 强烈。例如，“一位累犯者，即使所犯之罪轻微，但由于该犯罪显示其具有犯罪的倾向，因 此必须受到彻底的治疗处分或者保安处分，这与其实施的犯罪的严重程度是没有关系 的”。〔14〕

如果仅将特殊预防作为刑罚的正当化根据，的确可能存在上述问题。需要将哪些行 为人置于刑法的处遇之下，并不是由特殊预防必要性本身决定，而是由刑法对犯罪的规定 来决定。恣意干涉公民自由的不是特殊预防，而是刑法对犯罪的过度处罚，或者违反罪刑 法定原则的恣意处罚。但是，刑罚的正当化根据不只是目的的合理性，还有报应的正义 性，故不能超出报应的限度追求特殊预防目的。

第二个批判：根据特殊预防论，在没有再犯罪危险的情况下，即使是极为严重的犯罪， 也可以不处罚。例如，“谋杀犯中的许多人，以嗜虐的动机残忍地杀害了无数没有罪的 人。现在，这些谋杀犯人大抵毫不起眼地生活在社会中，因此没有‘再社会化’的必要；他 们也不存在必须通过威慑予以阻止或者必须针对他们保护我们的再犯的危险。那么，对 他们不处罚真的合适吗？……但是,在这样的场合，没有人真正地主张不处罚的结论。尽 管如此，在此有必要科处刑罚的理由，就不是由来于特殊预防论”。〔15〕

从抽象层面来说，上述批判涉及一般预防与特殊预防的关系。如前所述，在法定刑的

（12］［美］霍姆斯:《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》，明辉译，清华大学出版社2007年版，第122页。

C13］参见［日］城下裕二:《量刑基准的研究》，成文堂1995年版，第133页„

〔14〕H. Jescheck/T. Weigend,Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,5. Aufl. ,Duncker & Humblot,1996,S. 75. 〔I5〕［德］Claus Roxin:《刑法中的责任与预防》，宫泽浩一监译，成文堂1984年版，第12页。

第**H■■—**章刑罚的观念**511**

制定方面，可以说是一般预防优于特殊预防；在量刑与行刑阶段，则应当是特殊预防优于 一般预防。从具体层面而言，上述批判涉及免予刑罚处罚与缓刑的适用问题。在德国，对 谋杀罪不能免予刑罚处罚和适用缓刑，这或许是德国部分学者反对特殊预防目的、仅肯定 一般预防的一个重要原因。但在我国，则不存在这样的问题。不可否认，杀人犯没有再社 会化的必要和再犯的危险的情形，是客观存在的。例如，行为人基于特殊原因犯故意杀人 罪，这种特殊原因不可能重现，且行为人悔过自新，因而没有再犯罪的危险性，但没有免予 刑罚处罚的情节。在这种场合，虽然不能免予刑罚处罚，但只要适用缓刑即可，而不需要 判处实刑。换言之,此时，不应当以一般预防必要性为由对被告人宣告实刑。

第三个批判：“如今赞成特殊预防的人不能以此为由对过去的法侵害行为(Rechtsver- letzung)进行‘惩罚’，而最多只能针对将来的违法行为进行‘防卫’ 亦即，如果将特 殊预防作为刑罚的正当化根据，就丧失了对已然的犯罪行为予以处罚的根据。言下之意， 如果将特殊预防作为刑罚的正当化根据，则可以处罚将要犯罪但事实上还没有犯罪的危 险个体。

显然，这样的批判只是社会政策或者刑事政策方面的不当构想，而且多少有些强词夺 理。因为刑罚的适用以犯罪为前提，特殊预防原本就意味着防止已经犯罪的人再次犯罪， 故只能以行为人已经犯罪为前提,而不可能在犯罪行为发生之前就处罚所谓危险的个体。 退一步说，虽然采取预防性的刑罚措施或许是更有效的，但现代科学还没有达到事先能够 预测一个人将来是否会犯罪的水平；只有当一个人实施犯罪行为后，我们才推测他可能还 会犯罪。只要一个人没有实施犯罪，就没有根据说他将来一定会犯罪。所以，一方面，只 有等行为人实施犯罪之后，才能对之科处刑罚。另一方面，特殊预防必须以报应为基础， 否则，就会导致刑罚的泛滥。

第四个批判：根据特殊预防的观点，必须考虑的是犯罪人再犯罪的危险性的有无、程 度以及犯罪人对刑罚的感受力的有无、程度。但是，对再犯罪危险性的大小只能依赖经验 性的各种条件予以判断，因而并不明确；对刑罚感受力的判断，则缺乏一般性的标准。〔17〕

事实上，不管采取什么样的理论，量刑的标准都难以精确化，因为我们对犯罪没有计 算单位。根据经验性的各种条件或者因素判断犯罪人再犯罪的危险性的大小与对刑罚感 受力的有无与程度，恰恰是一条比较可靠的路径。例如，当法官面对一位刑罚刚执行完毕 的累犯时,不仅会认为他再犯罪的危险性大，而且会认为他的刑罚感受力差。反之，当法 官面对一位有明显悔悟、期待从宽处罚的初犯时，则会认为他再犯罪的危险性小，而且会 因为他期待从宽处罚而认为他的刑罚感受力可能很强。另一方面,正是因为量刑不可能 精确地把握犯罪人再犯罪危险性的大小与刑罚感受力的强弱，所以，我国刑法不仅规定了 假释制度，而且规定了减刑制度。这两种制度事实上对于纠正量刑偏差起到了重要作用， 也彰显了刑罚的特殊预防目的。

第五个批判:特殊预防中的再社会化理论，在某些情况下根本行不通。这是因为， “如果社会复归是唯一的刑事责任和刑罚配置的原则，刑事法律体系中可能应释放所有

［16］费尔巴哈语,转引自［美］马库斯•德克•达博:“积极的一般预防与法益理论”，杨萌译，载陈兴良主编：《刑 事法评论》(第2］卷)，北京大学出版社2007年版，第446页。

〔17〕Vgl. ,M. Kohler,Strafrecht,Allgemeiner Teil.Springer, 1997 ,S. 44ff.

**512**刑法学（第五版）

那些不能被矫正的犯罪人——这样的人可能占据了现在被拘禁的人当中的大多数。不用 说,这在任何人眼里都可能是不可行的，无论其所关注的是犯罪控制还是实现正义”。〔18〕

不可否认，对不可能被矫正的人实行再社会化当然不可能达到目的。然而，第一，我 们依据什么说哪些犯罪人是不可能被矫正的？又根据什么说服刑中的多数人是不可能被 矫正的？只有执行了刑罚判决，才可能得出结论，而不可能事先得出结论。第二，当犯罪 人执行完刑罚判决后，仍然表明其不可能被矫正，当然不应当再继续执行刑罚，充其量只 能采取保安处分措施。第三，将再社会化作为刑罚唯一的正当化根据当然不符合现实 （不管是在美国还是在中国，判处犯罪人死刑立即执行就不可能以再社会化为由予以说 明），但是，这并不意味着将再社会化作为对部分犯罪人适用刑罚的部分正当化根据也不 符合现实。第四，再社会化有利于监狱采取合理的矫正政策。

总之，将特殊预防作为刑罚的唯一的正当化根据，并不能说明法定刑的制定与刑罚的 实际运用情况，但也不能完全否认特殊预防的目的。事实上，我国刑法的相关规定，明显 肯定了特殊预防目的。例如，刑法规定了累犯从重处罚的制度，而且对累犯不得适用缓 刑，也不得假释。这些制度都是基于特殊预防目的所设计的。如果否认特殊预防的目的， 就无法解释刑法的上述规定。当然，肯定特殊预防的目的，并不意味着仅将特殊预防作为 刑罚的目的。事实上，在法定刑的制定阶段，法定刑的轻重所依据的主要是罪行的轻重与 一般预防的必要性大小，对特殊预防必要性大小的考虑则是次要的。在量刑阶段,对特殊 预防必要性大小的考虑则是相当重要的。

特殊预防主要通过两个途径实现:第一，对罪行极其严重的犯罪人适用死刑，永远剥 夺其重新犯罪的能力。这种方式虽然简单、有效，但在当今社会不应成为实现特殊预防的 主要途径。第二，对犯罪人适用刑罚，使犯罪人不能犯罪、不敢犯罪乃至不愿犯罪。例如， 通过剥夺犯罪人的人身自由，使其终身或在一定期间内与社会隔离，因而不可能实施犯罪 行为;通过限制犯罪人的人身自由，使其在一定期间内难以实施犯罪行为；通过剥夺犯罪 人的财产，使其在一定时间内丧失再犯罪的物质条件;通过剥夺犯罪人的某种权利，防止 其利用这些权利再次犯罪。而这些方法同时对犯罪人具有威慑与教育改造作用，促使他 们认识到，如果再次犯罪，就必将承受剥夺性、限制性痛苦；只有不再犯罪，才能享受本来 拥有的法益;于是，他们不敢再以身试法、不愿再以身试法，从而实现特殊预防目的。

三、一般预防

（一）消极的一般预防

传统的一般预防论是消极的一般预防论，也称威慑预防论。费尔巴哈的心理强制说 代表了这种预防论，即通过对犯罪规定和适用刑罚而向一般人宣告:谁实施犯罪行为谁就 受到刑罚处罚；从而威慑一般人，使其不敢犯罪。但这种消极的一般预防论受到了批判。

1. 国家对什么样的行为具有威慑的权限，并不明确;消极的一般预防论不能划定可罚 行为的范围，也必然导致刑罚过于严厉。因为对于任何可能犯罪的人来说，死刑的威慑力 总会大于其他刑罚的威慑力，重刑的威慑力总是大于轻刑的威慑力，于是存在着刑罚愈严 厉威慑力愈强预防效果愈佳的倾向。例如，在战时，对轻微犯罪也可能科处重刑乃至死

〔!8〕［美］保罗• H.罗宾逊:"进行中的刑罚理论革命:犯罪控制意义上的公正追求”，王志远译，载《当代法学》 2012年第2期。

第十一章刑罚的观念**513**

刑，其目的旨在实现一般预防，但即使对于国家来说，正当目的也不能使所有的手段都正 当化戸

但是，要求消极的一般预防论划定可罚行为的范围，并不妥当。因为讨论刑罚的正当 化根据以所针对的行为是犯罪为前提，划定可罚行为的范围，不必以刑罚的正当化根据为 前提。诚然，倘若没有报应刑的限制，消极的一般预防论的确存在使得刑罚过于严厉的缺 陷。所以，消极的一般预防不可能独立成为刑罚的正当化事由。相反，消极的一般预防本 身反而可能使刑罚丧失正当性。只是经由报应的限制，消极的一般预防才可能针对部分 意欲犯罪的人发挥积极作用。

1. 威慑的效果至少仍然不能得到科学的证明。对于职业犯、冲动的机会犯而言，刑罚 的威慑根本不起作用。"没人清楚死刑到底有多少震慑增量，以及就此而言终身监禁有 多少震慑增量。”〔2（）〕在杀人犯、风俗犯等场合，刑罚的威慑力也极为有限。而且，许多人犯 罪并非基于合理的计算，而是（至少多数是）在期待不被发觉的侥幸心理下实施犯罪。对 这些犯罪人来说，威慑的效果也不明显。

可是，刑罚的效果本身就不可能得到清晰的证明，因为犯罪的原因过于复杂，即使某 个国家或者地区的某一段时间内犯罪明显减少，也难以认为刑罚产生了良好的效果。刑 罚对职业犯、冲动的机会犯乃至杀人犯、风俗犯的预防作用的确有限，但这主要基于其他 原因，而不是消极的一般预防论本身的缺陷。行为人在期待不被发觉的侥幸心理下实施 犯罪，只是说明刑罚的威慑效果不明确，但“期待不被发觉”的心理至少能够说明刑罚具 有威慑效果。

1. 通过威慑进行一般预防，意味着不是因为犯罪受处罚，而是为了他人不犯罪才受处 罚，犯罪人成为预防他人犯罪的工具，侵犯了人的尊严尸1〕

本书的看法是，法定刑的制定与刑罚制度的设计是针对一般人而言，即使承认刑罚的 威慑效果，也没有将任何人当做预防他人犯罪的工具„例如，倘若刑法为了防止非法偷越 国（边）境，而对该罪规定了无期徒刑乃至死刑，也只能认为该法定刑违反罪刑均衡原则 （超出报应的限度），而不能认为该法定刑将某人当作了预防犯罪的工具。事实上，费尔 巴哈的消极的一般预防论，也是从宣示法定刑的角度而言的。

1. 即使将消极的一般预防论限定为单纯的法定刑理论（即法定刑的制定是为了威慑 预防一般人），也仍然存在疑问。因为法定刑的确定标准并不是威慑预防。例如，按照消 极的一般预防论的观点，当行为人为了获得数百欧元的财物而谋杀他人时,数千欧元的罚 金就足以产生预防的效果;反之，当行为人为了维护人际关系或者促进职业生涯而犯诽谤 罪时，或许只有多年的自由刑才足以产生预防效果。然而，针对这种犯罪的不法内容来 说，这样的刑罚绝对是不合理的。〔22〕

上述批判不无道理。犯罪类型具有多样性，同样是杀人，但行为人的动机可能完全不 同。刑法不可能根据动机的区别规定杀人罪的类型，因而也不可能根据动机规定法定刑。 另一方面，由于刑罚种类相对较少，犯罪人因犯罪所获得的利益与刑罚对其造成的不利益

〔丨9〕［德］Claus Roxin:《刑法中的责任与预防》，宫泽浩一监译，成文堂1984年版，第14 ~ 15页。

C20］［美］理查德•波斯纳:《波斯纳法官司法反思录》，苏力译，北京大学出版社2014年版，第75页。 〔21〕［德］Claus Roxin:《刑法中的责任与预防》，宫泽浩一监译,成文堂1984年版，第16页。

〔22〕Vgl. ,G. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. , Walter de Gruyter, 1993 ,S. 21 f.

**514**刑法学（第五版）

之间，一般难以比较。所以，将威慑的必要性作为法定刑轻重的根据，的确存在不能回答 的问题。这似乎从另外一个角度说明，确定法定刑的根据是报应刑，只不过这种报应刑对 一般人会产生威慑效果。但是，这样的结论未免草率。事实上，除了特殊情形以外，立法 者在确定法定刑时，会考虑一般预防的必要性，而且其中不可避免会通过威慑来实现一般 预防。例如，盗窃罪的法定刑之所以重于故意毁坏财物罪的法定刑，就是因为后者的一般 预防必要性小。所以，不能完全否认一般预防的必要性对法定刑的影响。

1. 消极的一般预防论需要一个基本的前提，威慑对象必须知道相关的刑法规定，但事 实表明，威慑对象一般不知道刑法的规定，故不能取得威慑效果。研究表明，“犯罪人通 常不知道法律规则……有多少中国人知道涉毒犯罪的‘特别再犯’规定或者加重抢劫罪 的具体规定？我想也不会有很多……从相关的研究当中我们所知道的却是：即便是犯罪 人，往往也不知道刑法规则，即使他们认为自己知道，也经常是错误的” J23〕概言之，由于 行为人不知道刑法规则，知道了也不合理计算行为的各种后果，故刑法的威慑效果难以实 现。

的确，并不是任何人都知道刑法的具体内容，但是，一般国民都会知道犯罪后会受到 刑罚处罚。国民或者通过直接阅读刑法条文，或者通过媒体等途径得知刑事判决的内容， 进而大体上了解刑法的内容。威慑效果的实现,并不以威慑对象全面、具体了解刑法的全 部内容为前提，只要威慑对象知道犯罪后会受到一定的刑罚处罚，刑罚就必然具有一定的 威慑效果。诚然，如果威慑对象能够全面了解刑法的具体规定，并且能够合理计算行为的 各种后果，威慑效果就更加理想，但是，谁都知道这是不可能的。然而，我们也不可否认， 从经验上说，的确有一部分人是因为知道犯罪后会受到刑罚处罚，才不实施犯罪行为的。

综合上述讨论，可以得出如下结论：（1 ）消极的一般预防论并不是将威慑本身作为目 的，而是通过威慑达到预防一般人（尤其是意欲犯罪的人）实施犯罪的目的。所以，威慑 只不过是刑罚的功能。（2）如果没有报应刑的限制，消极的一般预防论必然导致将犯罪 人作为预防犯罪的工具，而且会使得刑罚过于严厉，违反比例原则，损害刑法的正义性。 所以，不能过度重视消极的一般预防，只能在报应刑限度内实现消极的一般预防。（3）从 法定刑的制定来说，消极的一般预防论不可能被完全否定，因为法定刑的轻重的确会考虑 一般预防必要性的大小。刑法对各种犯罪规定法定刑时，所针对的是一般人，不存在将犯 罪人当做工具予以利用的问题。在此意义上说，消极的一般预防论主要是一种法定刑理 论，当然也是有一定缺陷的法定刑理论。（4）合理的量刑也会对意欲犯罪的人起到一定 的威慑作用，只不过无法对这种作用进行数理统计。（5）不能为了发挥刑罚的威慑功能 进而实现预防犯罪的目的，而没有限制地适用刑罚。概言之，消极的一般预防虽然是法定 刑的制定根据之一，但难以成为量刑的正当化根据。

（二）积极的一般预防

积极的一般预防论也称为规范预防论，其内容是，唤醒和强化国民对法的忠诚、对法 秩序的存在力与贯彻力的信赖，从而预防犯罪。换言之，通过对犯罪人的适当处罚，以事 实证明刑法规范的妥当性，从而使国民的法意识安定化，增强国民的规范意识，实现一般

〔23〕［美］保罗• H.罗宾逊：“进行中的刑罚理论革命：犯罪控制意义上的公正追求”，王志远译，载《当代法学》 2012年第2期。

第十一章刑罚的观念**515**

预防。具体地说，刑罚通过四个方面的效果来实现一般预防:一是对法的忠诚训练所形成 的社会教育学上的学习效果;二是使公民都知道法律正在得到贯彻实施的信赖效果;三是 平静一般法意识，平息事态的满足效果;［24〕四是对法规范的妥当性的确证效果。〔25］积极 的一般预防论也受到了一些质疑.

1. 学习效果意味着通过维持或者唤醒国民的规范意识实现预防犯罪的目的，具有两 个明显的特点：（1 ）消极的一般预防论旨在使国民不敢犯罪,积极的一般预防论旨在使国 民不愿犯罪，即通过使国民的规范意识内在化而不产生犯意。可以认为，消极的一般预防 论针对可能犯罪的人，而积极的一般预防论针对一般国民。换言之，在积极的一般预防论 来看，社会成员并不是潜在的犯罪者;但根据消极的一般预防论，人们都是潜在的犯罪 者。〔26〕（2）由于规范意识也可以在各种教育与日常生活中内在化，所以，刑罚只需要在补 充的限度内起到维持规范意识的作用，因而对刑罚不必产生过度的期待，于是可以防止重 刑。而且，过度的重刑反而可能切断规范意识的内在化。

但是，学习效果也存在疑问。（1 ）国家对国民进行规范意识训练的观念是权威主义 的表现，规范意识的内容，并不是建立在服从关系基础上的“应当遵守国家决定的规范” 的意识，而应理解为国民的平等或者立场的交换可能性的“法益尊重意识”；规范意识的 维持与唤醒，不能依靠他律的方法，而应依赖各人内心的自觉。（2）为什么可以为了维 持、唤醒规范意识而适用刑罚这种“恶害”？积极的一般预防论者的回答是，刑罚旨在传 达法规范的重要性和对犯罪行为的真实非难。但这样的说明并不充分，而且最终可能陷 人消极的一般预防论。（3）与消极的一般预防论的快乐与否或者利害关系的计算相比， 规范意识更为复杂，这会导致刑罚更难以发挥作用。〔27〕

1. 信赖效果所针对的是被害人或者善良的国民，而不是潜在的犯罪人。它旨在向被 害人或者善良的国民说明，即使有人违反了规范、侵害了法秩序，但由于国家对之适用了 刑罚，所以，规范与法秩序还是值得信赖的，从而消除国民不安的感觉。不难看出，信赖效 果可谓刑罚的安抚功能。

“诚然，对法秩序的信赖对于社会的安定是重要的，倘若丧失了通过法律维护法秩序 的真实感，善良国民的守法精神或许会降低。但是，一旦只是为了确保‘作为潜在的被害 人’的国民的信赖，就容易通过刑罚追求国民不安感的消解。作为潜在的被害人的国民 的‘信赖’，指向的是国民所希望的处罚的实现，信赖的‘确保’只是国民处罚感情的满足。 国民信赖的确保，是作为抑止或者规范意识的觉醒所形成的防止犯罪的结果而产生的东 西，不应当作为独立的目的来看待、”〔28〕换言之，信赖效果既具有报应的内容，也只是一种 反射效果，而不一定具有独立的意义。

1. 满足效果的特点是，犯罪案件发生后，国民会产生某种内心的不安，对犯罪人科处 刑罚可以使一般国民的法意识得到平静，使国民与犯罪人之间的矛盾得到解决。

在本书看来，满足效果只不过是报应刑的另一种表述，因为所谓使国民的法意识得到

f24］ Vgl. ,C- Roxin, Strafrecht Allgenmeiner Teil, Band I, 4. Aufl. , C. H. Beck ,2006,S. 80f.

［25〕Vgl. ,W. Hassemer,Einfuhrung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. ,C- H. Heck, 1990 ,S. 325f.

［26］ 参见［日］松村良之:“社会学、社会心理学与刑罚论”，载《法律时报》第78卷（2006年）第3号。

［27］ 参见［日］松原芳博:《刑法总论》，日本评论社2013年版，第6 ~7页。

［28］ ［日］松原芳博:《刑法总论》，日本评论社2013年版，第7页。

**516**刑法学（第五版）

平静，基本上是指国民的报应感情得到满足。德国学者指出：积极的一般预防的首要优点 是,“能够理所当然地说明，即使在没有再犯罪危险性的场合，也不一定要完全放弃刑罚= 因为如果不处罚行为人,就会使人们产生模仿犯罪的兴趣，所以，制裁是必要的”。〔29〕然 而，这一点与报应刑论极为相似乃至相同。

4 .确证效果（规范确证论）的特点是，犯罪是违反法规范的行为，对犯罪行为科处刑 罚，确证了法规范的妥当性。如果说信赖效果是一种作为经验事实的社会心理的信赖，那 么，确证效果则旨在说明，科处刑罚本身能够证实规范的妥当性。

但是，这种规范确证论，无非是说“刑罚确证了以预防犯罪为目的的规范”，而不是真 正将预防犯罪作为目的。可是，这样的规范确证论存在诸多问题。（1）确证法规范的方 法有很多，为什么不用其他方法，而偏偏要用刑罚？（2）这种规范确证论与其所反对的报 应论已经没有什么区别。因为规范被动摇的程度是由犯罪行为造成的，所以，规范确证的 必要性（预防的必要性）就必须与犯罪行为相适应。（3）根据这种规范确证论，在一个盗 窃频发的社会，“不得盗窃他人财物”的法规范被严重动摇，那么，为了确定被严重动摇的 规范，就必须提升刑罚的严厉程度。反之，在一个多年才发生一起杀人案的社会里，“不 得杀人”的法规范坚若磐石，故必须降低刑罚的严厉程度。但这样的结论恐怕又与积极 的一般预防中的信赖效果、满足效果相冲突。（4）如何评价犯罪行为对规范的动摇程度， 是一个重大的难题。或许持上述观点的学者心中有杆秤，但是，其他人（包括法官）未必 能恰当地评价出这一程度。

积极的一般预防论虽然受到了批判，但对之完全持否认态度也是不合适的。尤其是 对于绝大多数守法公民而言，采取积极的一般预防是完全合理的。

（三）两种一般预防的关系

消极的一般预防与积极的一般预防并不是对立的。两者的目的都是预防犯罪，这一 点没有任何区别。二者的区别在于对刑罚功能的强调不同：消极的一般预防论旨在通过 发挥刑罚的威慑功能，使一般人不敢犯罪（有的人可能想犯罪但担心受刑罚处罚而不敢 犯罪），而积极的一般预防论则旨在发挥刑罚的规范强化功能、教育功能、安抚功能等使 一般人不愿犯罪。从不敢犯罪到不愿犯罪，无疑是一种递进的效果;前者不是出于良心而 后者出于良心，故后者比前者理想；国家在追求威慑预防的效果同时，当然追求规范预防 的效果。但是，一方面，刑罚是一种具有消极作用的制裁，而非教育人彬彬有礼、举止端庄 的手段，况且社会上确实存在一些意欲犯罪而需要威慑的人。因此，对于意欲犯罪的人以 威慑预防为主，对于其他人则以规范预防为主，并无不当之处。另一方面，刑罚具有各种 各样的功能，甚至具有消极的功能，所以，讨论刑罚的正当化根据时，重点在于如何发挥刑 罚的各种积极功能，而没有必要以其中某些功能否认另外一些功能。

如果从法定刑的制定来说，人们很难说法定刑的制定是为了追求消极的一般预防的 效果，还是为了追求积极的一般预防的效果。某些罪行严重的行为，即使很少乃至基本上 没有人实施，刑法也可能规定很重的法定刑。例如，我国刑法所规定的危害国家安全罪与 军人违反职责罪中的大部分犯罪，很少甚至没有人实施，但法定刑特别重,这不是积极的 一般预防论所能说明的，相反是可以由报应刑论与消极的一般预防论说明的。

〔**29**〕C. Roxin, Strafrecht Allgenmeiner Teil, Band I, 4. Aufl. , C. H. Beck ,2006,S. 81.

第十一章刑罚的观念**517**

四、综合预防

综合预防也可谓双面预防，亦即，同时承认特殊预防与一般预防。当然，有的学者所 称的综合预防是指特殊预防与消极的一般预防，有的学者所称的综合预防则是指特殊预 防与积极的一般预防。不仅如此，持综合预防的学者，也可能对特殊预防有不同的理解。

就刑罚目的而言,本书赞成综合预防。特殊预防与一般预防显然不是对立关系，相反 完全可以并存。既然对于一般国民都有预防犯罪的必要，那么，对于已经犯罪的人更有预 防其再犯罪的必要。刑罚完全可能非常协调地对一般国民、可能犯罪的人与已经犯罪的 人发挥不同的功能。况且，对一般国民、可能犯罪的人进行预防并不会促使已经犯罪的人 再犯罪，同样,对已经犯罪的人进行预防也不会促使一般国民、可能犯罪的人实施犯罪。

特殊预防与一般预防密切联系，不可分割。任何犯罪行为都侵犯了法益，都预示着犯 罪人有再次犯罪的现实可能性；同时表明我国还存在各种诱发犯罪的原因以及可能实施 犯罪行为的人。通过制定、适用和执行刑罚，防止已经犯罪的人再次犯罪，是保护法益最 实际、最紧迫的任务;通过制定、适用和执行刑罚，警告、教育社会上其他人不犯罪和抵制 他人犯罪，则是防患未然，保证社会长治久安的战略要求。因此，特殊预防与一般预防并 重的必要性，是不言而喻的。从事实上看，制定、适用和执行刑罚，都具有对犯罪人的特殊 预防和对社会上其他人的一般预防两方面的目的。特殊预防的实现，有利于一般预防的 实现；同样，一般预防的实现，也有助于特殊预防的实现。

当然，特殊预防与一般预防的统一，并不排除在某种情况下对某一方面有所侧重。在 我国，特殊预防与一般预防应是同时出现的，两者之间存在相互结合、相辅相成的关系。 但这只是从国家追求刑罚结果的总体意义而言，并不排除在立法上与执法上分别对特殊 预防与一般预防的某一方面有所侧重。在刑事立法上，侧重一般预防;在量刑与刑罚执行 上，侧重特殊预防。刑罚执行时侧重特殊预防是理所当然的，不仅如此,在量刑上也应主 要考虑特殊预防。因为如果在量刑吋过于重视一般预防的效果，就必然使犯罪人成为实 现一般预防目的的工具，必然造成刑罚与罪行不相适应，从而伤害报应的正义性。例如， 行为人实施了一种具有蔓延危险（他人可能效仿）的犯罪，但其罪行较轻且特殊预防的必 要性小，本应判处较轻的刑罚；如果着眼于一般预防的需要，就会对行为人判处过于严厉 的刑罚，使其成为一般预防的牺牲品。正因为如此，新旧刑法对量刑原则的规定，都没有 要求法官考虑一般预防的需要。对此，需要说明以下几点：（1 ）所谓量刑时不应过于重视 一般预防的需要，是指量刑时不能出于一般预防的考虑而使刑罚超出责任的程度，只能在 责任范围内考虑一般预防的需要，而且，不能因为一般预防的必要性大就从重处罚。这是 因为，“除了人们自身的要求外，不得为了某种目的而将人工具化，即不得将人用来作为 实现超越他自身要求或强加于他的某种‘目标’的工具，是尊重人的最基本要求”。〔則尊 重被告人权利的最基本要求，是避免将被告人作为预防他人犯罪的T具予以利用。 （2）在量刑时不应过于重视一般预防,不等于量刑没有一般预防的效果。一方面,刑法所 指向的是一般人与一般事件，因而刑罚的制定所重视的是一般预防，量刑以法定刑为依 据.当然也就具有了一般预防的效果。〔31〕况且，特殊预防本来就是在一定背景下考虑的，

〔3（）〕［意］杜电奥■帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第181页。 〔3门例如，盗窃罪的法定刑重于故意毁坏财物罪的原因之一是，前者的一般预防必要性大于后者。

**518**刑法学（第五版）

其中的一定背景，自然包含了一般预防的背景。在责任范围内科处的足以预防行为人再 犯罪的刑罚，就能够被一般国民接受，从而增强国民对法秩序的存在力与贯彻力的信赖。 所以，对特殊预防的考虑本身也会具有一般预防的效果。（3 ）如果一般预防的必要性小， 不妨碍法官从宽处罚。

我国的刑事审判，可谓两个预防并重，但法院一般因下列情况不同，适用刑罚的思想 侧重点也有所不同:（1）因人不同。例如，对于惯犯、累犯等特殊预防必要性大的犯罪人， 侧重于特殊预防的需要;对初犯、偶犯等特殊预防必要性小的犯罪人，则侧重于一般预防 的需要。（2）因罪不同。例如，对少发、偶发的犯罪，往往侧重于特殊预防的需要；对多 发、常发的犯罪，则侧重于一般顶防的需要。（3）因社会形势不同。例如，对一定时期、一 定地区危害重大的犯罪，适用刑罚侧重考虑一般预防的需要;反之，则侧重考虑特殊预防 的需要。应当注意的是，无论侧重哪一方面的需要，适用刑罚的轻重程度都必须以法定刑 为标准，而且不能超出责任的程度。〔32〕

第三节刑罚的功能

一、刑罚功能的概念

刑罚的目的是预防犯罪，但并非只要一经制定、适用和执行刑罚，就能自然而然地达 到预防犯罪的目的;刑罚从制定、适用、执行到实现预防犯罪的目的，中间还须借助发挥刑 罚功能的重要环节。

刑罚功能是指国家制定、适用、执行刑罚所直接产生的社会效应，如威慑功能，安抚补 偿功能、教育感化功能等。这些社会效应，可以分为对犯罪人的效应和对社会其他成员的 效应。刑罚目的正是通过这两方面的社会效应得以实现的。不考虑刑罚的社会效应，或 者超越它自身所能产生的社会效应的限度，刑罚目的就会变成空中楼阁，无从实现。所 以，刑罚功能既是确定刑罚目的的前提，也是实现刑罚目的的中介因素。

另一方面，也不能认为，刑罚目的只能消极顺应刑罚功能，相反，刑罚目的一经确定， 它又对刑罚功能的发挥有着重要的制约作用。因为刑罚功能作为刑罚的一种客观效应， 它是多种多样的。它相对于一定的刑罚目的而言，既有积极的成分，也有消极的因素。国 家的立法与司法机关，总是按照既定的刑罚目的的需要，有选择地充分发挥有利于实现刑 罚目的的积极功能，极力抑制、防止不利于实现刑罚目的的消极功能。例如，报复就是刑 罚所固有的一种功能，在中世纪以前的欧洲大陆国家，基于“以眼还眼、以牙还牙”的残余 思想的影响，这种功能曾受到公认而广为发挥。可是，随着预防犯罪的刑罚目的论的发 展,它相对于这种刑罚目的而言，已是一种消极的功能，理当受到抑制和防止，而不是听任 它自由泛滥。所以，忽视刑罚功能的重要性固然不当，但若片面夸大刑罚功能的意义，甚 至认为刑罚目的只能被动地由刑罚功能来决定，而不注意目的对功能的制约作用，以致放 任、迁就某些消极功能，那也必然妨碍目的的实现，这当然也是不能容许的。

〔**32**〕本节引用了恩师江任天先生的研究成果。

第十一章刑罚的观念**519**

全面探讨刑罚功能，以便充分发挥其积极方面，抑制其消极方面，为刑罚的制定、适用 和执行与实现其预期的结果之间铺设桥梁，以加速刑罚H的实现的进程，是刑法学界和司 法部门共同的具有深刻的理论与实践意义的任务。

二、刑罚功能的内容

如前所述，特殊预防的对象是犯罪者本人，一般预防的对象是犯罪人以外的一般人。 这两类对象各自与犯罪事实的关系不同，彼此的法律地位相异，所以，国家期望刑罚对他 们所发生的影响大相径庭。前者是已经犯罪的人，一般地说，刑罚对他们的影响应是人身 强制与心理效应并重;后者是没有犯罪的人，刑罚对他们的影响，只能限于心理效应。这 就是说，赖以实现特殊预防与一般预防的刑罚功能，是有所区别的。

（一） 赖以实现特殊预防的刑罚功能

1. 限制、消除再犯条件的功能„ 一个人实施了犯罪行为,不仅表明其行为已经侵犯了 法益，而且显示他对法益的未来具有潜在的危险。因此，通过刑罚，从外部来限制、消除其 再次犯罪的条件，使之永远不能再犯或者在一定时期内不能再犯，乃是刑罚实现特殊预防 所必需的最紧迫、最重要、最起码的功能。具体表现在立法和司法方面，就是针对各种犯 罪的罪行轻重与犯罪人的再犯罪可能性大小，分别适用最有效的刑罚。一般是对其可能 再犯的条件予以限制，如人身自由的限制（徒刑、拘役、管制）、物质条件的限制（罚金、没 收财产）、政治条件的限制（剥夺政治权利）；对个别罪行特别严重，再犯可能性极大的犯 罪人，还可能永远消除其再犯罪的条件，即依法适用死刑、剥夺生命。
2. 个别威慑功能。这一功能是通过对犯罪人的权利的剥夺、限制而得以发挥的。刑 罚的固有属性，就是使犯罪人从自身权益被剥夺、限制中，感受到一定的痛苦。在我国，刑 罚的剥夺性、限制性痛苦，仅仅是为了促使犯罪人体会刑事法律的公正与严肃，认识到法 律后果的不可逃避性和罪有应得，从而接受刑罚处罚，今后不敢再以身试法，重受痛苦处 遇。所以，超越个别威慑所需的酷刑和重刑，是不应有的；相反，无原则的轻刑，或者把监 狱和劳改场所办成对服刑人毫无精神压力的普通教育阵地，也将妨碍发挥刑罚的个别威 慑功能，不利于特殊预防的实现，也是不应有的。
3. 教育感化功能。刑罚通过制定、适用和执行，使犯罪人从中受到教育（包括审判过 程的教育、执行过程的教育），养成良好的规范意识，消除犯罪的思想根源，自觉地把自己 转变为去恶从善、遵纪守法、自食其力的公民。

上述三个方面的功能，有着紧密的内在联系。限制、消除行为人再犯条件的措施本 身，如剥夺自由、剥夺财产、剥夺政治权利等，是个别威慑的力量所在和促使其养成良好的 规范意识的前提。但是，如果不把限制、消除再犯条件和个别威慑的功能，同教育感化结 合起来，这种限制、消除再犯条件和个别威慑的措施，就不能使犯罪人从思想上摒弃犯罪， 那么，监狱和劳改场所都不足以真正预防再犯，而只会推迟再犯的发生。所以，对每一个 受到刑罚处罚的犯罪人，都必须注意全面发挥上述三方面的刑罚功能，依次递进，获取最 佳效果:受刑人由不能再犯到不敢再犯，最终达到不愿再犯。这就是特殊预防的圆满结 果。

（二） 赖以实现一般预防的刑罚功能

1. 一般威慑功能。国家通过刑事法律的制定与颁布，声明罪刑关系的实在性，并通过 司法机关的确证，向有犯罪意念的人宣吿，谁敢以身试法,谁就必将自食其果，使自己坠人

**520**刑法学（第五版）

相应的痛苦境遇，从而迫使他们不得不在趋利避害的心态支配下，惦量得失，放弃犯罪意 念，避免走上犯罪道路。

1. 法制教育功能。一个国家犯罪率的高低，总是同这个国家公民的法律观念的强弱 和法律文化程度的高低密切相关。目前，我国公民中，因法制观念淡薄和缺乏法律知识， 不认识自己行为的犯罪性质，而误触法网的人，为数不少。为了改变这种状况，就要加强 法制宣传教育，增强法律意识。国家对刑罚的制定、适用和执行本身，就带有法律解释宣 传的意义，也是法律教育功能的一种表现。立法与司法机关，在刑罚的制定、适用和执行 过程中，自觉地增加工作的透明度，充分发挥宣传教育的社会效应,指导公众明辨什么是 犯罪行为、什么是合法行为，以便在行为时能够作出理智的抉择，这肯定是实现刑罚一般 预防目的所必不可少的。
2. 安抚、补偿功能。安抚，是指慰藉被害人及其亲属因犯罪侵害而受到的精神创伤和 引起的愤恨情绪,平息众怒，使受到犯罪破坏的社会心态回复平衡;补偿，则是指依法弥补 被害人所受的物质损失。正常发挥这两方面的功能，就可以防止被害人、被害人的亲属以 及社会上“爱打抱不平”的人士对犯罪人采取私人报复，以致矛盾转化，酿成新的犯罪。 所以，发挥刑罚的安抚和补偿功能，乃是实现刑罚一般预防目的所必不可少的社会效应。
3. 强化规范意识功能。在我国，依靠全社会的力量，进行多渠道的综合治理，是预防 犯罪的极其重要的措施。刑罚就要通过本身的制定、适用和执行，弘扬正气，体现法律的 公正性;唤醒和强化国民对法秩序的信赖与维护，增强国民的规范意识;鼓励、支持广大守 法公民维护法秩序、保护法益的行为，从而实现一般预防。

上述赖以实现一般预防的四个功能密切联系，形成一个整体。一般威慑功能以有犯 罪意念的危险分子为首要对象;法制教育功能以法制观念淡薄的不稳定分子为首要对象; 安抚、补偿功能以刑事被害人及其亲属为首要对象;强化规范意识功能以其他守法公民为 对象。这些功能既预防町能犯罪的人实施犯罪行为，也引导守法公民积极预防他人犯 罪。〔33〕

C33］本节主要内容为恩师江任天先生的研究成果。

第十二章刑罚的体系

第一节刑罚的体系概述

-、刑罚体系的概念

刑罚体系，是指国家的刑事立法以有利于发挥刑罚的积极功能、实现刑罚目的为指导 原则，选择刑种、实行分类并依其轻重程度排成的序列。

首先，刑罚体系以刑事立法选择的刑罚种类（刑种）为内容，并且按照一定次序排列 而成。对刑罚可以从不同角度进行分类，如以刑质的轻重为标准，可以分为轻刑与重刑； 以剥夺犯人的权益性质为标准，可以分为生命刑、自由刑、财产刑、资格刑等。在当今世界 刑事立法例中，对司法实践具有指导意义的刑罚分类方法，主要是将刑罚体系所属的刑 种，分为主刑与附加刑（从刑）。一种刑罚在刑罚体系中被划为主刑或附加刑，是由立法 者确认该刑种服务于刑罚目的的作用大小来决定的。一般地说，主刑总是在刑罚体系中 居于主要地位，在分则的法定刑中所占比重较大，并在审判实践中实际适用较多的刑罚； 附加刑则是居于次要地位，在分则规范和审判实践中适用相对较少的刑种。

其次，刑罚体系由刑法明文规定组成刑罚体系的刑种，是由刑事立法选择确定的； 刑种的排列也是刑法明文规定的，排列的方法不同，反映出刑事立法的价值取向不同。在 我国刑法中，主刑与附加刑是分别按照严厉程度由轻到重进行排列的。

最后，刑罚体系以有利于发挥刑罚的积极功能、实现刑罚目的为指导原则。体系是若 干有关事物或某些意识互相联系而构成的一个整体。如果没有一定的目标与指导原则， 各有关事物便无从互相联系成为整体而失去体系的意义。刑罚体系理所当然地必须明确 展示刑法规定刑罚的选择、分类与排列时所确立的目标和遵循的指导原则。而有利于发 挥刑罚的积极功能、实现预防犯罪的目的,便是建立刑罚体系所必须遵循的指导原则。刑 罚体系，只有在刑种的选择、分类和排列方面，都有利于发挥刑罚的积极功能、有利于实现 预防犯罪的目的,才有其合理存在的根据,才符合社会的需要。因此，仅将刑罚体系理解 为刑罚方法的总和或由刑罚方法构成的统一体，并不合适。

二、确立刑罚体系的思想基础

确立刑罚体系的思想基础，是指国家在建立刑罚体系时，为了最大限度地发挥刑罚的 积极功能、实现预防犯罪的目的，根据本国的历史、文化传统和现实状况，所应坚持的基本 思想。我国建立刑罚体系的基本思想如下。

（一）适应现阶段一般人的价值观念

刑罚的固有属性是使犯罪人承受一定的剥夺性痛苦，任何被法律规定为刑罚的措施，

**522**刑法学（第五版）

首先都要具有这种固有属性，否则就不成其为国家最严厉的强制手段，无从体现国家对犯 罪行为的否定评价与对犯罪人的严厉谴责。可是，人们衡量什么是剥夺性痛苦以及痛苦 程度如何，又是以一定社会条件下的价值观念为标准的。在某一社会条件下，人们认为具 有剥夺性痛苦或者痛苦程度强烈的某些措施，在另一社会条件下则可能不被认为痛苦强 烈，甚至不被认为是一种剥夺性痛苦;反之亦然。所以，一个国家不同历史时期的刑罚体 系，都不是立法者随心所欲的创作，而是该特定政治、经济、文化背景下的社会价值观念影 响的产物，或者说它至少不能背离这种价值观念的基准。易言之，国家总是根据一定社会 条件下的平均价值观念，将剥夺犯罪人具有或者可能具有而又最为需要的利益的措施作 为刑罚方法，绝不可能将剥夺犯罪人不具有或者可有可无的“利益”的措施作为刑罚方 法。

我国刑法理应从自己的国情出发，照顾国民的心理承受能力，顺应现阶段一般人的平 均价值观念，来选择刑种和建立刑罚体系。任何不被现阶段的平均价值观念认为具有剥 夺性痛苦的措施，固然不应作为刑种而列人刑罚体系；但也不应超越人们平均价值观念所 能承受和顺应的程度，过早地采取标新立异的惩罚措施，或者过早地将某些有历史传统意 义、至今仍能适应人们平均价值观念的刑种，排除在刑罚体系之外。

（二） 贯穿惩罚与教育相结合的方针

通过刑罚处罚，对犯罪人实行惩罚与教育改造，既是刑罚的正当化根据（并合主义） 在刑罚体系上的具体表现，也是宽严相济刑事政策派生出来的一项基本方针。事实证明， 单纯强调刑罚对犯罪分子实行惩罚的报复情绪和片面讲究教育改造的“教育万能”观点， 都不利于实现预防犯罪的目的。因此，刑罚体系必须贯穿惩罚与教育相结合的方针，首先 使刑种和刑度的宽严程度符合惩罚与教育相结合的需要，其次使每一刑种的具体内容都 包含惩罚与教育改造的机制。而何种刑罚符合惩罚与教育相结合的需要，还取决于行刑 的客观条件。

（三） 体现人权保障精神

虽能有效地预防犯罪但却侵害人权、侵犯人的尊严的措施，不可以成为刑罚。换言 之，刑法要保障人权，要将犯罪人当做人看待，尊重犯罪人的人格，而不得摧残他们的肉 体。所以，列人刑罚体系的刑种，固然要适应一定历史阶段的平均价值观念，使犯罪人感 受相当的剥夺性痛苦，但又不是使他们感受的痛苦愈烈愈好。一切侮辱人格、损害人的尊 严以及毁损人体健康、徒增皮肉与精神之苦的残酷、野蛮的刑罚，都没有也不能见容于我 国的刑罚体系。

（四） 吸收有益的法律文化成果，反映世界立法趋势

历史上任何统治者，都是按照各自的国情需要，建立自己的刑罚体系的。可是，事实 证明，有些刑罚方法确有其固有的优越性，并为执法者所通晓，也为普通公民了解和熟悉， 而成为公认的法律文化遗产的一部分。对于这样的刑罚方法，国家在建立自己的刑罚体 系时，理应有选择地予以吸收。

我国的刑事立法虽然不能肓目搬套国外的立法,但当今世界各国刑事立法又无可避 免地正在发生交互影响的作用。我国是立于世界民族之林的大国，而且加人了许多相关 的国际条约，刑事立法决不能使自己处于孤立、封闭状态，而应适当反映世界立法趋势。 各国刑罚体系由原来的以生命刑、身体刑为中心转变为以自由刑、罚金刑为中心;刑种数

第十二章刑罚的体系**523**

量由多变少、刑种内容由残酷变为轻缓;刑罚的适用由积极变为消极。“二战”结束以来， 许多国家普遍重视所谓“有效的刑罚方法”和“刑罚执行的有效性”，力图适应战后政治、 经济、文化以及人们生活方式的变化而导致的价值观念的急剧变化，大力改革了某些传统 刑种的内容与执行方式，同时创造了一些新的制裁措施，收到了可观的实效。因此，参考 这种改革的思路,有选择地吸收一些国外的改革成果，对于建立我国合理的刑罚体系，是 很有价值的。

三、我国刑罚体系的特点

上述确立刑罚体系的思想基础表现在刑罚体系上，就形成了我国刑罚体系的特点： （1）宽严相济、目标统一。刑罚体系由轻重不一的刑种组成，使得刑罚体系有宽有严，宽 严相济。确立这种刑罚体系，目标是通过贯穿惩罚与教育相结合的方针，收到预防犯罪的 实效。（2）内容合理、方法人道。整个刑罚体系的内容符合我国国情，符合惩罚与教育改 造的需要;各个刑罚都包含惩罚与教育改造的机制;刑种由轻到重的排列也符合刑罚的发 展方向；任何刑罚方法都能使犯罪分子感受相当的剥夺性痛苦，但又不以造成剧烈痛苦为 目的;任何刑种都不包含侮辱人格、损害尊严、摧残肉体、折磨精神、牵连亲属的内容。 （3）体系完整、结构严谨。刑罚由主刑与附加刑构成一个完整体系，主刑与附加刑相互补 充、相得益彰，避免了单一刑种的局限性。主刑（本刑、基本刑罚、单独刑）是指只能独立 适用的主要刑罚方法。主刑只能独立适用，不能附加适用；一个罪只能适用一个主刑，不 能同时适用两个以上主刑。不管是从法定刑来说、还是从宣告刑来看，主刑都是主要的刑 罚方法。根据刑法第33条的规定，主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑与死刑。附 加刑（从刑）是指补充主刑适用的刑罚方法。附加刑既可以附加主刑适用，也可以独立适 用。刑法第34条规定了罚金、剥夺政治权利与没收财产三种附加刑，第35条规定了适用 于犯罪的外国人的驱逐出境附加刑。

第二节主 刑

-、管制

管制是对罪犯不予关押，但限制其一定自由，实行社区矫正的刑罚方法。管制可谓我 国特有的一种轻刑，它具有以下特点与内容：

1. 不予关押，即不剥夺犯罪人的人身自由。不剥夺自由与执行的开放性，可以避免短 期自由刑的固有弊害;使罪犯仍然留在原来的工作单位或居住地工作或劳动，得以保持正 常的工作与生活。
2. 限制犯罪人的一定自由，使管制有别于免予刑罚处罚。根据刑法第39条的规定， 限制自由的内容是:被判处管制的人，必须遵守法律、行政法规，服从监督；未经执行机关 批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；按照执行机关规定报告自 己的活动情况;遵守执行机关关于会客的规定;离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执

（1 ］本节以上主要内容为恩师江任天先生的研究成果。

**524**刑法学（第五版）

行机关批准。但是，对犯罪人的劳动报酬不得进行限制，即对于被判处管制的犯罪分子， 在劳动中应当同工同酬。

1. 具有一定期限，不得对犯罪人进行无限期的管制。根据刑法第38条、第40条与第 41条、第69条的规定，管制的期限为3个月以上2年以下，数罪并罚时不得超过3年。管 制的刑期从判决执行之日起计算;判决执行前先行羁押的，羁押1日折抵刑期2日。判决 以前指定居所监视居住的，监视居住I日折抵刑期1日。［2〕如果管制期满，执行机关应 即向本人和其所在单位或者居住地的群众宣布解除管制。
2. 实行社区矫正。亦即，将罪犯置于社区内，在相关社会团体和民间组织以及社会 志愿者的协助下，在判决确定的期限内，由专门的国家机关对罪犯的行为与心理进行 矫正。

根据刑法第38条第2款的规定，对于被判处管制的犯罪分子，可以根据犯罪情况，同 时禁止其在执行期间从事特定活动，进人特定区域、场所，接触特定的人（参见第十五章 第四节）。

被判处管制的犯罪人在管制执行期间实施违反法律、行政法规或有关监督管理规定 的行为，尚未构成犯罪的，或者违反禁止令的，应当依法予以治安处罚；依法给予治安处罚 的，应当在治安拘留执行期满后继续执行管制（治安拘留期间不得折抵管制的刑期）；构 成犯罪的，应当依法定罪量刑（实行数罪并罚）。

从管制的上述特点与内容可以看出，管制是很好的刑罚方法。但由于种种原因，司法 机关很少适用管制。于是，应否取消管制这一刑种,就成为争议的问题。现行刑法保留了 管制，《刑法修正案（八）》进一步完善了管制。一方面，管制具有前述优点、符合刑罚的发 展方向；另一方面，管制刑在执行过程中出现的问题不能归结于管制刑本身，如果将监督 管制执行工作纳人社会治安综合治理的经常任务之中，并对管制执行方式予以灵活变 通，〔3〕管制刑将显示出其科学性与优越性。

二、拘役

（一）拘役的概念与特点

拘役是短期剥夺犯罪人自由，就近实行劳动改造的刑罚方法。它具有以下特点与内 容：

1. 拘役是剥夺自由的刑罚方法。拘役剥夺犯罪人的自由，所以与管制具有明显区别。 拘役是刑罚方法，所以它与行政拘留、刑事拘留、司法拘留在法律属性、适用对象、适用机 关、适用依据、适用程序、适用期限上都有明显区别。
2. 拘役是短期剥夺自由的刑罚方法。我国一般将拘役视为短期自由刑。根据刑法第 42条、第44条以及第69条的规定，拘役的期限为1个月以上6个月以下，数罪并罚吋不 得超过1年。拘役的刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押1日折 抵刑期1日。

〔2〕判处管制、拘役、有期徒刑的，应当在刑事裁判文书中写明刑种、刑期和主刑刑期的起止日期及折抵办法。 刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期I日（判处管制刑的，羁押1日 折抵刑期2日）.即自XXXX年XX月XX0（羁押之日）起至XXXX年XX月XX日止，羁押期间取 保候审的.刑期的终止日顺延。

〔3〕原则上就地在原单位执行，但如有正当理由和Sf靠保证，经执行机关批准，也可以改换单位或易地执行。

第十二章刑罚的体系**525**

1. 拘役是由公安机关就近执行的刑罚方法。拘役由公安机关在就近的看守所执行； 在执行期间，受刑人每月可以回家一至两天；参加劳动的，可以酌量发给报酬。

拘役与前述管制、后述有期徒刑的刑期，都存在判决执行以前先行羁押折抵刑期的问 题。先行羁押，除包括因同一犯罪行为被刑事拘留、逮捕而羁押外，还包括因同一行为而 被行政拘留、海关扣留等剥夺人身A由的措施。例如，如果被吿人被判处刑罚的犯罪行为 和被行政拘留的行为系同一行为，其被行政拘留的日期可以折抵刑期；亦即，行政拘留1 日折抵有期徒刑或拘役的刑期1日，折抵管制的刑期2日。法院对犯走私罪的被告人做 出拘役和有期徒刑的判决后，海关扣留1日折抵刑期1日；对于被判处管制的，扣留1曰 折抵刑期2日。此外，指定居所监视居住的，监视居住2日折抵拘役、有期徒刑1日。但 是，非指定居所的监视居住和取保候审的，因为没有剥夺人身自由，不得折抵刑期。

（二）短期自由刑的争议问题

关于“短期”的含义已经争论了一个多世纪，有力的主张有3个月说、6个月说与1年 说，此外还有1周说、2周说、6周说、4个月说、9个月说等，最极端的主张是短期自由刑的 最下限应为6小时或12个小时。本来，短期应以多长刑期以下对受刑者的改善、教育不 起作用而定，换言之，短期自由刑的最下限应以改善受刑者所必需的最低限期为依据。根 据我国刑种的现状以及拘役与行政拘留的关系，将拘役视为短期自由刑是比较合适的。

短期自由刑的存废是世界范围内争议的重大问题。以往一般认为，短期自由刑存在 如下主要弊害：（1）由于时间短，不足以教育、改善受刑人;而且给受刑人贴上了犯罪人的 标签，不利于其重返社会。（2）因为时间短、严厉性弱而没有威慑力，难以产生一般预防 的效果。（3）由于时间短，执行机关并不重视短期自由刑的执行。（4）如果没有合格的执 行官指导，受刑人反而会感染恶习，使其人身危险性增大。（5）由于短期自由刑的受刑人 大多是初犯，故适用这种刑罚会使他们丧失对拘禁的恐惧感，也造成他们的自尊心低下， 不利于防止他们再次犯罪。（6）短期自由刑的受刑人大多处于社会的下层，处于社会上 层的人往往只被科处罚金，这导致刑罚的不公正。因此，在整个世界范围内都有废除短期 自由刑的呼声，我国也有不少人主张废除拘役。

但是，各国刑法都没有废除短期自由刑；从各国司法实务来看，至少对交通犯罪者与 经济犯罪者，比较大量地适用短期自由刑；有的国家短期自由刑的适用率相当高。之所以 如此,是因为短期自由刑对初犯者、机会犯人、过失犯人具有冲击作用，有利于防止他们再 次犯罪；与罚金刑相比，短期自由刑给受刑人造成的痛苦更为明显，更具刑罚的意义;从一 般预防的观点来看，短期自由刑也具有必要性；由于短期自由刑属于自由刑，在不分贫富 对受刑人起相同作用这一点上，符合公平的观念，可以避免罚金刑的不公平;刑期短会提 高拘禁场所的利用率，这反而是短期自由刑的优点。正因为如此，我国刑法保留了拘役。

当然，对拘役的执行必须引起足够的重视，即应当注重在短期内采取有效措施防止恶 习感染，力求改造犯罪人。荷兰从60年代开始，以“三S”（short、sharp、shock）理论为指 导,采取类似军事训练一样的改造方法，频繁适用短期自由刑且收到引人注目的成效。德 国、日本等国也相对稳定地适用着短期自由刑。这说明如果注重短期自由刑的执行，还是 可以避免其弊端的。〔4〕

〔4〕参见张明楷:《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年第2版，第381页以下。

**526**刑法学（第五版）

管制虽然轻于拘役，但其期限却明显长于拘役。对轻罪是判处管制还是判处拘役，会 对犯罪人产生重要影响。在本书看来,拘役适合于经过短期的强制训练足以实现特殊预 防目的的犯罪人，而管制适合于经过较长的规范意识的训练足以实现特殊预防目的的犯 罪人。尽管如此，何种情形判处拘役、何种情形判处管制仍然存在诸多不明确之处。但比 较两种刑罚的特点可以看出，拘役是具有诸多明显弊害的刑种，而管制并不存在明显缺 陷。既然如此，一般说来，在难以做出决定的场合，选择判处管制或许是较为合适的。

三、有期徒刑

有期徒刑是剥夺犯罪人一定期限的自由，实行强制劳动改造的刑罚方法。有期徒刑 是自由刑的代表，但自由刑的地位也受到了冲击。这主要表现在，许多国家的罚金刑的适 用数量占绝大多数，开放或半开放的监狱设施使自由刑的面目有所改变。不过，从各国刑 法规定来看，绝大多数犯罪的法定刑都有自由刑，而且以自由刑为主;有些国家刑法规定 的所有犯罪的法定刑都有自由刑。罚金刑适用数量多，固然是就一切犯罪而言，但基本上 都只适用于轻罪，而轻罪的比例又占了大多数，所以造成罚金刑适用比例大的现象;但对 传统犯罪而言，或者说对一般犯罪与严重犯罪而言，一般仍然适用自由刑。

有期徒刑是我国适用面最广的刑罚方法，可谓名副其实的主刑。其特点与内容如下：

首先，有期徒刑剥夺犯罪人的自由。主要表现在将犯罪人拘押于监狱或其他执行场 所,这是有期徒刑区别于生命刑、财产刑、资格刑以及管制刑的基本特征。

其次，有期徒刑具有一定期限。根据刑法第45条、第47条与第69条的规定，有期徒 刑的期限为6个月以上15年以下;数罪并罚时，有期徒刑总和刑期不满35年的，最高不 能超过20年，总和刑期在35年以上的，最高不能超过25年。〔5〕刑期从判决执行之日起 开始计算，判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日。死缓减为有期徒刑时，有 期徒刑的期限为25年（可能再减刑）。有期徒刑的下限与拘役的上限相衔接，也使得有 期徒刑与拘役相区别。正是由于有期徒刑有幅度较大的期限，可以适用于轻重不同的犯 罪，所以，刑法分则对各种犯罪规定的法定刑中，除第133条之一、第280条之一、第284 条之一第4款外，都有有期徒刑；正是由于法定刑中的有期徒刑也有一定幅度，能够适应 各种犯罪的罪行程度，所以，各地司法机关大量地适用有期徒刑。但是，由于有期徒刑的 幅度很大，如果不在法定刑中进一步对有期徒刑的刑度做出规定，就会导致法官的自由裁 量权过大，出现量刑不均衡的现象，因此，刑法分则对有期徒刑的刑度作了规定，具体表现 为以下几种情况：1年以下、2年以下、3年以下、5年以下、1年以上7年以下、2年以上5 年以下、2年以上7年以下、3年以上7年以下、3年以上10年以下、5年以上10年以下、7 年以上10年以下、5年以上、7年以上、10年以上、15年。[6〕

最后，有期徒刑的基本内容是对犯罪人实行劳动改造。刑法第46条规定，被判处徒 刑的人，“凡有劳动能力的，都应当参加劳动，接受教育和改造”。劳动改造具有强制性， 除丧失劳动能力的以外，都必须参加劳动。因为通过劳动，可以改掉好逸恶劳的习性；学

f5〕被判处有期徒刑、拘役的犯罪人的刑满释放日期，应为判决书确定的刑期的终止之日。例如，犯罪人被判处 有期徒刑1年，判决书确定刑期自2015年1月丨日起至2015年12月31日止，其刑满释放日期应为2015年 12月31日。

[6〕以往存在“格”的概念，于是，有期徒刑形成了 1年、2年、3年、5年、7年、10年、15年共7个格。但在现行刑 法中，“格”的概念没有意义。

第十二章刑罚的体系**527**

会一定的生产技能，养成良好的生活习惯，从而得以改造成自食其力、遵纪守法的公民。 正因为如此，我国的徒刑不同于西方一些国家刑法中单纯剥夺犯罪人自由的监禁刑。

有期徒刑同样存在固有的缺陷。尽管如此，却从来没有人主张废除有期徒刑，这是因 为有期徒刑具有相当多的积极功能。一方面，进入19世纪后，基于预防犯罪与改造犯人 的功利主义观念，监狱成为集惩罚与教养于一体的“理想”场所。“惩罚与教养应该是在 犯人和监督者之间展开的过程。这些过程应能对个人的全面改造发生效用，通过强制他 从事日常劳动，改造他的身体和他的习惯，通过精神上对他监督，改造他的精神和意志…… 这种改造完全由监狱当局负责……监狱虽然是一个行政管理机构，但同时也是一个改造 思想的机器。”［7〕监狱中的“严格管制与训诫是改造的方式……‘旨在会给社会带去一个 信号’。监狱将‘训练社会失序的最明显的受害者遵守法律，教会他们抵制堕落……监狱 将增进对秩序和权威的新的尊重’。这很重要，因为‘社会稳定离开个人化的和真切的对 权威的尊重就无法实现’”。〔8〕正因为监狱成为集惩罚与教养于一体的理想场所，于是， 徒刑成为最普遍的刑罚措施。另一方面，"我们面对的问题是缺乏可以代替丧失自由、代 替囚禁的东西。供认这点相当于承认我们社会的一种集体的失败。我们不拥有任何可取 消监禁的可行的计划。余下的任务，是要保存囚犯能够被自由公民的社群重新接纳的前 景，恢复囚犯完全的公民身份的计划。我们的任务是:在刑满之时恢复囚犯重新成为完全 公民的可能性，结束囚禁所体现的在身体和象征上的排斥” **J 9〕**在广泛适用有期徒刑的 我国，必须坚持实行惩罚与改造相结合、教育和劳动相结合的原则，健全有期徒刑的执行 制度，改进有期徒刑的执行方法，最大限度地发挥有期徒刑的积极功能。

四、无期徒刑

无期徒刑是剥夺犯罪人终身自由，实行强制劳动改造的刑罚方法。

无期徒刑是自由刑中最严厉的刑罚方法，主要表现在剥夺犯罪人终身人身自由。正 因为如此，刑法对非常严重的犯罪（主要是针对严重犯罪的结果加重犯、情节加重犯等） 规定了无期徒刑，规定的方式主要表现为两种情况:一是对于规定了死刑的犯罪，一般同 时规定将无期徒刑作为选择刑（个别条文例外）；二是将无期徒刑规定为法定刑中的最高 刑，在这种情况下同时规定将较长的有期徒刑作为选择刑。一方面，由于对于未成年人不 得判处死刑，所以，未成年人犯罪只有罪行极其严重的，才可以适用无期徒刑。对已满14 周岁不满16周岁的人犯罪一般不判处无期徒刑。〔1G〕另一方面，尽管从法律规定与理论 上说，无期徒刑是剥夺终身自由，但由于法律同时规定了减刑、假释、赦免等制度，被判处 无期徒刑的犯罪人事实上很少终身服刑。由于无期徒刑是剥夺终身自由，故判决确定前 的羁押时间不可能折抵刑期；由于判决确定以前先行羁押并不是“实际执行”，故羁押时 间也不能计算在作为减刑、假释前提条件的实际执行刑期之内。

无期徒刑的基本内容也是对犯罪人实行劳动改造。根据刑法第46条的规定，被判处 徒刑的犯罪分子，在监狱或者其他执行场所执行;凡具有劳动能力的，应当参加劳动，接受

〔7〕［法］米歇尔•福柯:《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活，读书.新知三联书店1999年版，第140 ~ ⑷页。

（8）［美］弗里德曼：《选择的共和国》，高鸿钧等澤，清华大学出版社2005年版，第171页。

〔9〕［法］利科:"公正与报复”，载杜小真编:《利科北大讲演录》，北京大学出版社2000年版.第9页。

〔**10**〕参见最高人民法院2006年I月II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》。

**528**刑法学（第五版）

教育和改造。刑法规定对被判处无期徒刑的犯罪人可以减刑、假释，也在于促使犯罪人积 极改造。因此，无期徒刑不同于某些国家刑法中的终身监禁。

无期徒刑不可能孤立适用，即对于被判处无期徒刑的犯罪分子，应当附加剥夺政治权 利终身（刑法第57条）。

无期徒刑虽然是仅次于死刑的严厉刑罚方法，但同时作为死刑的替代起到了积极作 用，事实上给应当判处死刑的犯罪人提供了改恶从善的机会。相当多的死缓犯被减为无 期徒刑，然后再被减为有期徒刑或者假释，也说明了这一点。

根据刑法第383条第4款和第386条的规定，因贪污、受贿数额特别巨大，并使国家 和人民利益遭受特别重大损失，被判处死刑缓期执行的，“人民法院根据犯罪情节等情况 可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假 释”。（1）这里的“终身监禁”并不是独立的刑种，只是对贪污、受贿罪的死缓减为无期徒 刑后的一种特殊执行方式。（2）这里的“终身监禁”并不同于国外的单纯关押式监禁，故 有劳动能力的依然应参加劳动。（3）这里的“终身监禁”只是意味着不得减刑、假释，或者 说，“终身监禁”与“不得减刑、假释”是同位语,故符合暂予监外执行条件的应当暂予监外 执行。〔1|〕（4）这里的“终身监禁”只是基于特殊的社会背景，为了限制对贪污、受贿罪判 处死刑而采取的过渡性措施，并不代表刑事立法的发展方向。〔12〕

五、死刑

（一）死刑的概念及其评价

死刑是剥夺犯罪人生命的刑罚方法，包括立即执行与缓期二年执行两种情况。由于 死刑的内容是剥夺犯罪人的生命，故被称为生命刑；由于生命具有最宝贵的、剥夺后不可 能恢复的价值，死刑成为刑罚体系中最为严厉的刑罚方法，故被称为极刑。

自从启蒙运动思想家提出废除死刑的主张以来，对于死刑的评价已经争论了二百多 年。人们大多是围绕人的生命价值、死刑是否具有威慑力、是否违宪、是否人道、是否符合 罪刑相适应原则、是否助长人们的残忍心理、是否符合刑罚目的、是否容易错判、是否容易 改正、是否符合历史发展趋势等方面评价死刑的。其中一部分人得出应当保留死刑的结 论，一部分人得出应当废除死刑的结论。

可以肯定的是，废除死刑是一种必然的趋势，因为社会的发展决定了刑罚的惩罚性由 重到轻是一种历史的必然。在这个意义上说，保留死刑与废除死刑之争，实际上是应当何 时废除死刑之争，即是现在立即废除死刑还是将来废除死刑之争。我国新旧刑法都规定 了死刑，保留死刑、暂时不废除死刑，是我国当前的死刑政策内容之一。根据多数人的观 点，在现阶段，手段极为残忍、方法极为野蛮、后果极为严重的犯罪还大量存在，一些犯罪 分子气焰相当嚣张、屡教不改，只有保留死刑，才有利于抑止这些极其严重的犯罪，才能保

**[1**门根据《刑事诉讼法》第254条的规定，被判处无期徒刑的罪犯，只有属于“怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇 女”时，才可以暂予监外执行，其他情形不得监外执行。但是，这一规定是在刑法不存在“不得减刑、假释”规 定的情况下做出的、换言之，刑事诉讼法关于监外执行的规定是以可以减刑、假释为前提的。既然如此，就 应当认为，刑事诉i公法关于无期徒刑暂予监外执行的规定并不适用于"不得减刑、假释”的情形。所以，适用 刑法第383条规定的“终身监禁”时，应当允许暂予监外执行。

**（12]**从立法论上来说，“终身监禁"不具备刑罚的正当化根据，也与削减、废除死刑的根据不协调。倘若认为死刑 侵犯了人的尊严，不得减刑、假释的终身监禁同样侵犯了人的尊严D

第十二章刑罚的体系**529**

卫国家安全、维护社会安定、保护公民法益；当前，社会治安状况没有根本好转，保留死刑 有利于警戒某些不稳定分子以身试法;我国还处在社会主义初级阶段，根据社会的一般价 值观念，保留死刑符合社会心理的需要；国外确实有一些国家废除了死刑，但离开中国国 情盲目照搬国外废除死刑的做法，并不可取。对死刑的评价不能离开本国国情。我们既 不能立足于中国国情指责他国废除死刑，也没有必要因为有人立足于他国国情指责我国 保留死刑，便对保留死刑产生抵触感或不安感。

现行刑法保留死刑，但保留死刑决不意味着可以多杀、错杀。坚持少杀、防止错杀也 是我国死刑政策的内容。事实证明，犯罪现象相当复杂，犯罪原因多种多样，大量适用死 刑并不能充分抑止各种犯罪，减少乃至废除死刑并不会使犯罪增加;死刑存在诸多消极作 用;死刑是剥夺生命的刑罚方法，生命一经剥夺便不可能恢复，故必须杜绝错杀，而少杀、 慎杀也有利于防止错杀。从废除死刑的道路来说，一般是先减少死刑条款，减少死刑的执 行，最后从法律上与实际执行上完全废除死刑。所以，少杀有利于将来废除死刑。

我国旧刑法典只对极少数犯罪规定了死刑，后来由于恶性犯罪增加，单行刑法增加了 一些死刑规定。1997年修订后的刑法表面上没有减少死刑条款，但在总则与分则中对死 刑的适用明确作了进一步限制。〔|3〕现行刑法施行以后，死刑的适用也大量减少。《刑法 修正案（八）》与《刑法修正案（九）》废除了 20余个罪的死刑，显示了减少死刑的立法倾 向。司法实践的当务之急是减少死刑的适用；从报应刑的角度考虑，尤其对经济犯罪、没 有危及人身安全的财产犯罪不宜适用死刑；只有实际上减少死刑的适用，才能减轻人们为 了保护法益而对死刑产生的依赖感，进而在刑法中进一步减少乃至废除死刑条款。

总之，“保留死刑，严格控制死刑”是我国的基本死刑政策。但是，刑法理论应当倡导 废除死刑。（1）从报应刑的角度来看。死刑背后的观念，是以眼还眼、以牙还牙的报复刑 观念，而不是经过洗练的报应刑观念;相对于20年的追诉时效而言，对最严重犯罪判处死 刑，也是不公正的;在我国，判处死刑大多是为了满足被害人的报复感情，不符合报应的要 求；死刑不能体现宽恕，没有给犯罪人一个未来，这与报应刑观念不协调。〔14〕（2）从特殊 预防的角度来说。认为死刑有利于特殊预防，是因为人们过度地期待了刑罚的特殊预防 功能；国内外的统计资料表明，已经服刑15年左右的人，在释放后基本上很少重新犯罪， 故死刑没有必要。（3）从一般预防的角度来说。死刑是导致恶性犯罪上升的重要原因， 因为一旦行为人触犯了死罪，知道自己被司法机关发现后会被判处死刑，那么，就会产生 “反正是一死”的想法,于是实施恶性犯罪;死刑威慑力并不大于徒刑，因为许多人以为犯 罪后不会被发现才实施犯罪，不少人犯罪是基于冲动，还有一些犯罪是任何刑罚都不可能 阻止的;死刑更难以实现积极的一般预防。倡导立即废除死刑可能是不符合中国现实的， 但是完全符合现实的理论是没有价值的。刑法理论应当将削减死刑的刑法理念落实于具

（13]立法者希望减少死刑的适用而又没有减少死刑条款的原因之一，在于立法技术不完善。例如，对于某些犯 罪，过多地考虑了其中极为稀罕的严重情形。实际上“立法者不应尊重稀罕之事”；过多地考虑某种犯罪的 极为稀罕的严重情形，必然使法定刑幅度过宽,最高刑过重。又如，对故意的结果加重犯与过失的结果加重 犯没有进行规范化的区分,导致对许多过失的结果加重犯规定死刑。

[M〕根据法国哲学家利科（P.Ricoeur）的观点，大多数西方国家废除死刑是出于两个原因：一是“给犯人一个未 来”；二是“国家的自制”，即“国家禁止自己对犯人使用同样的暴力”（杜小真编:《利科北大讲演录》，北京大 学出版社2000年版.第24 - 25页）。

**530**刑法学（第五版）

体的解释结论，从而使削减死刑的理念得以实现。另一方面，刑法学者应当向百姓宣传死 刑的弊害，使百姓不继续处于死刑的迷信与狂热之中；向决策者证实死刑的弊害，使决策 者不继续相信死刑是维护社会秩序的有效手段。〔15〕

（二）死刑的适用

我国刑法贯彻了保留死刑、严格控制死刑的政策，适用死刑时也必须以这一政策为指 导D根据我国刑法的有关规定,在适用死刑时应注意以下几点：

1 .必须恪守罪刑法定原则，只有对分则条文明文规定了死刑的犯罪，才可能判处死 刑。既不能擅自对没有规定死刑的犯罪判处死刑，也不能为了判处死刑而将法定刑没有 死刑的犯罪认定为法定刑具有死刑的犯罪。

1. 应当把握死刑规定的精神。虽然只能对刑法分则条文规定了死刑的犯罪判处死 刑，但又决不意味着对分则条文规定了死刑的犯罪都应判处死刑。（1）从分则的规定来 看。第一，刑法将可以判处死刑的犯罪及其情节规定得较为具体，并非触犯了死刑条款的 行为都必须判处死刑。死刑总是与极其严重犯罪的最严重情节相联系，故即使是极其严 重的犯罪也不意味着一定要判处死刑。第二，除个别条文外，死刑总是与无期徒刑等刑罚 方法共同构成一个量刑幅度，所以，即使是极其严重犯罪的最严重情节，也并非必须绝对 判处死刑。例如，即使是对国家和人民危害特别严重，情节特别恶劣的分裂国家罪，也只 是“可以判处死刑”，而不是必须判处死刑（刑法第103条、第113条）。第三，面对“十年 以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”之类的法定刑时，法官应当对相应犯罪分配合理的刑 罚。例如，根据刑法第263条的规定，“抢劫致人重伤、死亡的”，处“十年以上有期徒刑、 无期徒刑或者死刑”。但是，这绝对不意味着抢劫致人重伤的，可以判处死刑。抢劫致人 重伤、死亡，分为对重伤为过失、对死亡为过失、对重伤为故意（抢劫伤人）、对伤害有故意 但对死亡为过失、对死亡为故意（抢劫杀人）等情形。应当认为，对前三种情形，不应当分 配死刑；对后两种情形，才可能（而不是必须）分配死刑。如果考虑到致人死亡的数量，则 应当认为，故意致一人死亡的，原则上也不应当分配死刑。（2）从总则的规定来看。首 先，刑法第48条明文规定“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”。“罪行极其严重” 并不是指客观危害极其严重，而是指有责的不法极其严重。因此，适用死刑时，必须综合 评价不法与责任。其次，总则规定了死刑缓期执行制度。在必须判处死刑时，应优先适用 死刑缓期执行。
2. 对犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女不得适用死刑（刑法第 49条第1款）。这里的不适用死刑，既包括不适用死刑立即执行，也包括不适用死刑 缓期二年执行，因为后者也属于死刑。对案件起诉到法院以前，被告人在羁押期间做人工 流产的，以及怀孕妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产后，又因同一事实被起诉、交付审 判的，应当视为“审判的时候怀孕的妇女”，依法不适用死刑；在羁押期间已经怀孕的被告 人，无论其怀孕是否属于违反国家政策，也不论其是自然流产还是人工流产以及流产后移

（15］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年第1期。

**f'6］**这一事项不宜作为量刑情节，而应作为法定刑的修正。例如，17周岁的人犯故意杀人罪的，因为对其不能适 用死刑，故将刑法第232条的法定刑修正为“无期徒刑或者十年以上有期徒刑”。适用经过修正的法定刑之 后，还应当适用刑法第17条第3款的规定。

第十二章刑罚的体系**531**

送起诉或审判期间的长短，都不应适用死刑；更不能为了判处死刑而强制怀孕的被告人做 人工流产。

1. 审判的时候已满75周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外（刑 法第49条第2款）。其中的不适用死刑，既包括不适用死刑立即执行，也包括不适用死刑 缓期二年执行。“以特别残忍手段致人死亡的除外”，并不限于以特别残忍手段故意杀 人，还包括以特别残忍手段实施其他暴力犯罪致人死亡。例如，以特别残忍手段故意重伤 他人造成死亡的，或者以特别残忍手段实施爆炸等行为致人死亡的，属于“除外”之列。 但应注意的是，如果手段特别残忍，但没有致人死亡的，仍然不得适用死刑。
2. 不得违反法定程序适用死刑。根据刑事诉讼法的规定，死刑案件只能由中级以上 法院进行一审，即基层法院不得判处被告人死刑。根据刑法第48条以及刑事诉讼法的规 定，死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。中级法院判 处死刑的第一审案件，被告人不上诉的，应当由高级法院复核后，报请最高人民法院核准； 高级法院判处死刑的第一审案件被告人不上诉的，以及判处死刑的第二审案件，都应当报 请最高人民法院核准。死刑缓期执行的，可以由高级法院判决或者核准。违反上述法定 程序适用死刑的，应认为是非法适用死刑。
3. 不得任意采用死刑执行方法。《刑事诉讼法》第252条第2款规定：“死刑采用枪 决或者注射等方法执行。”“等”字虽有列举后表示省略的含义，但也有列举后表示煞尾的 含义。对上述条文中的“等”字宜作后一种含义的理解，即执行死刑只能采用枪决或注射 方法，否则，后果便不堪设想

（三）死刑缓期执行

1. 死缓的概念与适用条件

刑法第48条第1款后段规定：“对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执 行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”这就是死刑缓期执行制度，简称为死缓。 死缓不是独立的刑种，而是死刑适用制度。死缓制度是我国刑事立法的独创，它对于贯彻 少杀政策，缩小死刑立即执行的适用范围，促使罪犯改过自新具有重要意义。

根据上述规定，宣告死缓必须具备两个条件：（1） “应当判处死刑"，即根据刑法的规 定（法定刑规定了死刑）与罪行的严重程度（罪行极其严重），应当判处死刑。这是宣告死 缓的前提条件。（2）“不是必须立即执行的"，即根据案件的具体情况，可以不立即执行死 刑。从刑罚的正当化根据来说，“不是必须立即执行”应是指犯罪人的人身危险性（再犯 罪可能性）有所减少，以及基于刑事政策的理由而不应立即执行的情形。例如，犯罪后自 首、立功、坦白或者有其他法定任意从轻情节的；被害人的过错导致被告人激愤犯罪或者 有其他表明容易改造的情节的；因婚姻家庭等民间纠纷激化引发的犯罪，被害人及其家属

（I7J在审判的时候没有怀孕而判处死刑，但执行时怀孕的，不应当执行死刑。

（18］不可否认，如果将来采用某种比注射更为人道的死刑执行方式，并得到有权机关的确认，便可以将“等”字解 释为表示省略的含义。但是，本书认为，任何死刑执行方式，都必须有立法机关的明文认可，执行机关不能 以“等”字为由，随意采用其他死刑执行方式。

U9〕规定死缓制度的重要意义在于减少死刑的执行，事实上，绝大多数被判处死缓的犯罪人也都被减为无期徒 刑甚至有期徒刑。但不能因为判处死缓的结局与判处无期徒刑、长期徒刑的结局大体相同，而对那些本应 判处无期徒刑或长期徒刑的犯罪人，也判处死缓、

**532**刑法学(第五版)

对被告人表示谅解的;对被害人积极进行赔偿，并认罪、悔罪的。根据刑事审判经验，在共 同犯罪中罪行不是最严重的，或者其他在同一或同类案件中罪行不是最严重的情形，也被 视为“不是必须立即执行的”情形。但在本书看来，这种情形原本不属于“罪行极其严 重”，因而不应当判处死刑。从死刑适用的发展趋势来说，司法机关应当扩大“不是必须 立即执行”的范围，而不是相反。例如，对于具有酌定从轻处罚情节的，以及虽然极其严 重罪行的证据充分、确凿但量刑情节存在疑问因而应当留有余地的，均应视为“不是必须 立即执行”的情形。

1. 死缓的适用结局

由于死缓不是独立刑种，故判处死缓后会出现不同结局。根据刑法第50条第1款的 规定，对于被判处死缓的犯罪人，处理结局有四种情况：第一，在死刑缓期执行期间，如果 没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑。第二，在死刑缓期执行期间，如果确有重大 立功表现，二年期满以后，减为25年有期徒刑。其中的重大立功表现，应根据刑法第78 条予以确定。第三，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，情节恶劣的，由最高人民法院核 准，执行死刑。第四，在死刑缓期执行期间故意犯罪,但情节不恶劣的，死刑缓期执行的期 间重新计算，并报最高人民法院备案。

1. 被判处死缓的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，死刑缓期执行期 满,应当予以减刑，由执行机关提出书面意见，报请高级人民法院裁定。
2. 上述第三、四种情况中的“故意犯罪”，需要经过法院审判才能确定。即使被判处 死缓的人在监狱内故意犯罪十分明显，也需要经过法院的审判予以确认，否则便会导致死 刑执行与重新计算死刑缓期执行期间的随意性，也不符合刑事诉讼法的相关规定。
3. 对上述第三种情形中的“故意犯罪，情节恶劣”，应根据死缓制度的精神与目的予 以理解和认定。在应当判处死刑的前提下，对犯罪人适用死缓的重要原因之一是犯罪人 还具有改善的可能。因此，只有当故意犯罪本身的情节恶劣，并且表明其抗拒改造情节恶 劣时，才能执行死刑
4. 在上述第三种情况下，是否需要二年期满后才能执行死刑？由于刑法对前两种 情况都规定了“二年期满以后”，而没有对第三种情况作相同规定，从文理上看，似乎故意 犯罪情节恶劣的，不需要等到二年期满以后就可以执行死刑。但是，规定死缓制度的第 48条告诉人们，死缓是判处死刑同时宣告“缓期二年执行”，如果没有等到二年期满后就 执行，是否违反死缓的本质？死缓的宗旨是给犯罪人自新之路，这就要综合考察犯罪人在 二年缓期执行期间的表现，没有等到二年期满就执行死刑，是否有悖死缓的宗旨？然而， 如果故意犯罪情节恶劣要等到二年期满以后才执行死刑，是否会因为故意犯罪与执行死 刑的时间间隔长，而出现根据法律应当执行死刑，但基于情理不需要执行死刑的情况？权 衡利弊，尤其是为了减少死刑执行，应承认故意犯罪二年期满以后再执行死刑的合理性。 解释为二年期满以后执行死刑，并不只是让犯人多活几天，而是具有减少执行死刑的可能

**(20］**旧刑法规定的对死缓犯人执行死刑的条件是“抗拒改造情节恶劣”，1997年刑法修改为“故意犯罪”，只是因 为司法实践认为旧刑法的标准不明确，而非标准本身存在缺陷，，但是，对死缓犯人犯任何故意犯罪都执行 死刑，明显不当。因为从死缓制度的精神來看，有的死缓犯基于可以宽恕的原因实施了故意犯罪，该故意犯 罪并不表明行为人抗拒改造情节严重时,应当排除在执行死刑的情况之外、于是，2015年的《刑法修正案 (九)》又修改为“故意犯罪，情节恶劣”

第十二章刑罚的体系**533**

性。这涉及先故意犯罪后有重大立功表现的应如何处理的问题。如果认为即使故意犯罪 后也要待二年期满以后执行死刑，那么，犯人便有可能通过重大立功免除死刑的执行。这 正好实现了减少死刑执行的理念与目的。

1. 上述第二、三种情况同时存在时，应当如何处理？首先，如果在死刑缓期执行期 间，先有重大立功表现，后又故意犯罪情节恶劣的，应如何处理？由于确有重大立功表现 也必须二年期满后才能减为有期徒刑，故不管故意犯罪后是当即执行死刑还是二年期满 后执行死刑，都面临着上述问题。本书认为，既然刑法规定了罪刑法定原则，而该原则旨 在限制国家权力，故在上述情况下，应限制死刑执行权的适用，即不得执行死刑。况且，规 定死缓制度本身就是为了减少死刑执行，既然出现了可以不执行死刑的机遇，就不应执行 死刑。其次，从法条的表述来看，只有在没有重大立功表现且故意犯罪情节恶劣时，才应 执行死刑。但由于犯罪人在有重大立功表现的同时又故意犯罪情节恶劣，故减为有期徒 刑有不当之处，似应减为无期徒刑基于上述理由，对先故意犯罪，后有重大立功表现的， 也不宜执行死刑。
2. 上述第二、四种情况同时存在时，应当如何处理？如果在死刑缓期执行期间，先 故意犯罪后有重大立功表现的，显然是先重新计算死刑缓期执行期间，重新计算的二年期 满后，再减为25年有期徒刑。问题出在先有重大立功表现，后又故意犯罪的情形。本书 的看法是，依然按照上述方法处理，即在重新计算的二年期满后，再减为25年有期徒刑。 因为先前的死刑缓期执行期间与新确定的死刑缓期执行期间，性质完全相同,都属于死刑 缓期执行期间，所以，犯罪人仍然符合“在死刑缓期执行期间……确有重大立功表现”的 条件。
3. 在死刑缓期执行期间过失犯罪的应当如何处理？虽然死刑缓期执行期间并不是 刑罚执行期间，但肯定在“刑罚执行完毕之前”。所以，对此应根据刑法第71条的规定， 将对过失犯罪所判处的刑罚与原来的死缓进行并罚，并罚的结局也只能是重新计算死刑 缓期执行期间。
4. 死缓犯人在二年期满后故意犯罪的，即使在实施该故意犯罪时没有减为有期徒 刑或者无期徒刑，不管情节是否严重，都不得适用第50条第1款执行死刑，只能将前罪的 死缓与新实施的故意犯罪实行并罚如果新实施的故意犯罪被判处死缓或者无期徒刑以 下刑罚，并罚的结局依然只是重新计算死刑缓期执行期间。
5. 死缓的期间计算

刑法第51条规定：“死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算。死刑缓期执行减 为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。”根据司法解释的规定，死刑缓期 执行的期间，从判决或者裁定核准死刑缓期2年执行的法律文书宣告或者送达之日起计 算。［2］〕死缓判决确定之前的羁押时间，不计算在缓期二年的期限之内，因为规定二年的 考验期就是为了观察犯罪人在这二年内有无悔改表现，如果将先前羁押的时间计算在内， 就减少了考验时间、丧失了考验的意义。死缓减为有期徒刑的，不管何时裁定(当然应在 二年期满后尽快做出裁定)，有期徒刑的期限从死刑缓期执行期满之日起计算，而不是从 裁定之日起开始计算。

C21J参见最髙人民法院2002年11月5日《关于死刑缓期执行的期间如何确定问题的批复》。

**534**刑法学（第五版）

问题是，对于故意犯罪未执行死刑的，死刑缓期执行期间重新计算时，是应当从故意 犯罪之日起重新计算，还是从法院裁定或者判决确定之日起计算？本书主张从故意犯罪 之日起重新计算。倘若从裁定之日起计算，就会因为裁判经过的时间较长，而对被告人产 生明显不利的后果。

1. 死缓的减刑限制

刑法第50条第2款规定:“对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢 劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪 分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。”（1）本款所规定的累 犯没有犯罪性质的限制；有组织的暴力性犯罪，并不限于本款所列举的7种暴力性犯罪， 而是包括其他对人实施的暴力性犯罪，如故意伤害、破坏交通工具、破坏交通设施等。 （2）本款所规定的“限制减刑”是根据犯罪人的犯罪性质与再犯罪可能性做出的，而不是 根据执行过程中的表现做出的。因此，“限制减刑”并不是真正意义上的刑罚执行制度， 而是量刑制度。（3）限制减刑的制度的设立，旨在减少死刑立即执行，而不是为了报应和 报复。因此，只有对原本应当立即执行死刑的罪犯，才宜在宣告死缓的同时决定限制减 刑。换言之，应当对“限制减刑”进行严格的限制。〔22〕因为即使是第50条第2款所列举 的被判处死缓的罪犯，其中的绝大多数经过10多年的关押就不致再危害社会（国内外的 实证研究充分说明了这一点），[23〕所以，对于第50条第2款所列举的绝大多数被判处死 缓的罪犯，都不应当决定限制减刑（4） “可以同时决定”限制减刑，是相对于法院是否决 定限制减刑而言，而不意味着法院既“可以同时决定”也“可以事后决定”限制减刑。换言 之，法院不得在宣告死缓判决后，再决定限制减刑。

第三节附加刑

—、罚金

（一）罚金的概念及其评价

罚金是法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。罚金属于财产刑的 一种,它在处罚性质、适用对象、适用程序、适用主体、适用依据等方面与行政罚款、赔偿损 失等处罚措施具有严格区别。

罚金是一种古老的刑罚方法。罚金刑的执行以犯罪人具有一定金钱为前提，罚金的 惩罚作用依赖于对金钱的价值观念，因此，罚金到了近代才开始真正发挥作用。罚金的优 点相当明显:罚金不剥夺犯罪人的人身自由，犯罪人不被关押，从而避免了狱中的“交叉

（22]从立法论上来看，限制减刑不是一项可取的制度，只应作为特例适用（参见张明楷:《责任刑与预防刑》，北京 大学出版社2015年版，第440页以下）。

[23〕参见张明楷：“死刑的废止不需要终身刑替代”，载《法学研究》2008年第2期..

[24〕当然，对此还有进一步研究的余地。亦即.存在另一种解释的可能性：限制减刑是死缓执行制度，在死刑缓 期执行的期间届满时，人民法院在将死缓减为无期徒刑或者25年有期徒刑时，再根据犯罪情节等情况宣吿 限制减刑。但本书不赞成这种解释,现行的司法实践都是在宣告死缓时同时宣吿限制减刑。

第十二章刑罚的体系**535**

感染”；罚金使犯罪人仍然过着正常的社会生活，避免因人狱而与社会隔离导致对社会不 适应，也不影响犯罪人的家庭生活，有利于犯罪人的改造;〔25 26〕罚金的执行不仅不需要费 用，而且可以增加国库收入;罚金能适应罪行的轻重程度以及犯罪人的收人、性格、家庭状 况等情况,具有一定的特殊预防作用;罚金既给基于营利目的的犯罪人以迎头痛击，还剥 夺了他们继续实施经济犯罪的资本，从客观上防止了他们重新犯罪；罚金误判后容易纠 正;罚金还可以适用于单位犯罪。正因为如此，许多国家刑法将罚金刑规定为主刑，并且 大量适用。［26］

现行刑法与旧刑法一样，没有将罚金刑规定为主刑。一方面，重视罚金的适用是理所 当然的，但是否重视罚金的立法与适用，并不完全取决于罚金是主刑还是附加刑；不能认 为,所有的附加刑都是立法者不予重视的刑罚方法；也不能说，司法机关只需重视主刑的 适用，不必重视附加刑的适用；不将罚金规定为主刑，也可以扩大罚金刑的适用范围;将罚 金规定为附加刑，也可以独立适用，对轻微犯罪可以单处罚金，对于严重犯罪能够并处罚 金。另一方面，罚金的缺陷也十分明显:罚金的效果因贫富之差而完全不同，对于富者罚 金是轻微负担，对于穷者罚金是深重痛苦，这就导致明显的不公正性；罚金是针对与受刑 人的人格没有关系的财产进行适用的，而且其执行往往是一时的，犯罪人罚金缴纳完毕后 就不再有受刑的观念，同生命刑、自由刑相比，其作为刑罚的效果差、作用小;法律上难以 规定罚金数额，规定低了不起作用，规定高了难以执行，即使规定了罚金数额，一旦发生通 货膨胀，就丧失了刑罚效果;罚金可以由本人以外的人支付，犯罪人的亲友可能代替其缴 纳罚金，因而容易违反刑罚的一身专属性的本质;罚金对营利性犯罪没有力量，营利性犯 罪人可能把罚金当做税金或其他必要开支，而继续从事该犯罪活动；罚金还面临着难以执 行的问题。由此可见，不能过分强调罚金的优点而忽视其缺陷正是因为罚金刑具有 上述缺陷，所以在适用罚金刑时，一定要针对其缺陷采取相应措施。

（二）罚金的适用

旧刑法典只有20个条文规定了罚金；而现行刑法共有180个左右的条文规定了罚 金，明显扩大了罚金的适用范围，适用对象主要是破坏社会主义市场秩序罪、侵犯财产罪、 妨害社会管理秩序罪、贪污贿赂罪。刑法分则对罚金的规定方式有四种情况:一是选处罚 金;二是单处罚金；三是并处罚金；四是并处或者单处罚金。刑法规定“并处”罚金的犯 罪，法院在对犯罪分子判处主刑的同时，必须依法判处罚金;刑法规定“可以并处”罚金的 犯罪，法院应当根据案件具体情况及犯罪分子的财产状况，决定是否适用罚金。对自由刑 与罚金刑均可选择适用的案件（如盗窃罪），在决定刑罚时，既要避免以罚金刑代替自由 刑，又要克服机械执法只判处自由刑的倾向。对于应当并处罚金刑的犯罪，如被告人能积

［25］ 美国的实证研究证明：“无论是初犯还是累犯，受到罚金处罚后的再犯率低于受到缓刑处理的再犯率” （［美］克莱门斯.巴特勒斯:《矫正导论》，孙晓雳等译，中国人民公安大学出版社1991年版，第128页）。

［26］ 在德国，罚金刑在全部刑罚中所占的比率，1915年为51.8%，1955年为70%，1983年为81%,1991年为 84%。法国的轻罪裁判所中罚金刑所占的比率，1947年为39.6%，1955年为56. 3%。瑞典从1953年起就 达到了 90%。日本从1980年到1985年的五年间，罚金刑超过了 95% ,1995年为93. 8%, 1996年为93.7%， 1997 年为 93. 7%，1998 年为 93. 5% ,1999 年为 93.2%，2000 年为 91.9% ,2002 年为 91.4%，2003 年为 90.6% ,2004年为88. 8% （参见［日］藤本哲也:《刑事政策概论》，青林书院2006年全订5版，第159页）。

〔27〕参见张明楷：“罚金刑若干问题的再思考”，载《中国法学》1991年第4期3

**536**刑法学（第五版）

极缴纳罚金，认罪态度较好，且判处的罚金数量较大，自由刑可适当从轻,或考虑宣告缓 刑。这符合罪刑相适应原则，因为罚金刑也是刑罚。对于可执行财产刑且罪行又不严重 的犯罪人，可单处罚金刑。根据最高人民法院2000年11月15日《关于适用财产刑若干 问题的规定》（以下简称《财产刑规定》），在所适用的刑法分则条文规定了可以单处罚金 的情况下，对于犯罪情节较轻，适用单处罚金不致再危害社会并具有下列情形之一的，可 以依法单处罚金：（1）偶犯或者初犯；（2）自首或者有立功表现的；（3）犯罪时不满18周岁 的；（4）犯罪预备、中止或者未遂的；（5）被胁迫参加犯罪的；（6）全部退赃并有悔罪表现 的；（7）其他可以依法单处罚金的情形。罚金刑对于任何犯罪人来说，都是其生活质量的 一种可感知的损失，也确实有利于特殊预防;在法定刑规定了可以“单处罚金”时,法官应 尽可能单处罚金。

刑法第52条规定:“判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。”以犯罪情节为根 据决定罚金数额，主要是由罪刑相适应原则决定的D罚金作为犯罪的法律后果，必须与犯 罪的危害程度以及犯罪人的人身危险程度相适应，而犯罪的危害程度与犯罪人的人身危 险程度又是由所有的犯罪情节决定的。但是，由于罚金意味着犯罪人向国家缴纳一定数 额的金钱，故在判决罚金时，既要考虑犯罪人现有的支付能力，又要考虑其将来的职业状 况与其他情况。问题在于，如何"考虑”财产状况？本书的基本看法如下：（1）被告人的财 产富裕，不能成为增加责任刑的情节。因为被告人的财产富裕，既不能表明其犯罪的不法 增加，也不能表明其犯罪的责任加重。（2）基于同样的理由，被告人的贫穷也不能成为减 少责任刑的情节。（3）被告人的财产富裕，不能成为增加预防刑的情节。因为并不是富 人犯罪的可能性大,穷人犯罪的可能性小，再犯罪的可能性与其财产的多少没有直接关 系。（4）被告人的贫穷是减少其预防刑的情节。对贫穷的被告人判处高额罚金，不仅导 致罚金刑难以执行，而且引起被告人的不满，难以促使其悔过自新。此外，高额罚金反而 可能促使被告人再次实施财产犯罪，因而不能实现特殊预防的目的。所以，在裁量罚金刑 时，对于贫穷的被告人应当减少罚金数额。概言之，所谓判决罚金时要考虑犯罪人的财产 状况，是指在犯罪人不可能缴纳按照责任刑确定的罚金数额时，必须减少罚金数额，而不 是在犯罪人富裕的情况下，在按照责任刑确定的罚金数额基础上增加罚金数额。

决定罚金数额时，除了掌握上述原则外，还要遵循刑法分则的规定。刑法分则对罚金 数额的规定分为三种情况：（1）没有规定具体数额。根据《财产刑规定》，刑法没有明确规 定罚金数额标准的，罚金的最低数额不能少于1000元。对未成年人犯罪应当从轻或者减 轻判处罚金，但罚金的最低数额不能少于500元。〔28〕（2）规定了相对确定的数额。如刑 法第192条规定，对集资诈骗数额巨大的，并处5万元以上50万元以下罚金。（3）以违法 所得或犯罪涉及的数额为基准，处以一定比例或者倍数的罚金，此即浮动刑。如刑法第

刑法对盗窃、抢劫等财产罪都规定了罚金刑，而没有经济收人的未成年人所实施的大多是财产犯罪。于是 形成了这样的局面：如果不判罚金，可能违反刑法分则的规定；如果判处罚金，可能“株连•’家属。最高人民 法院2006年1月II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15条规定：“对未成 年罪犯实施刑法规定的‘并处’没收财产或者罚金的犯罪，应当依法判处相应的财产刑；对未成年罪犯实施 刑法规定的‘可以并处’没收财产或者罚金的犯罪,一般不判处财产刑。对未成年罪犯判处罚金刑时，应当 依法从轻或者减轻判处，并根据犯罪情节，综合考虑其缴纳罚金的能力，确定罚金数额。但罚金的最低数额 不得少于500元人民币。对被判处罚金刑的未成年罪犯，其监护人或者其他人自愿代为垫付罚金的，人民法 院应当允许

第十二章刑罚的体系**537**

225条规定，对非法经营罪处违法所得1倍以上5倍以下的罚金；刑法第202条至第204 条规定，对部分妨害税收的犯罪分别判处拒缴税款、欠缴税款、骗取税款1倍以上5倍以 下的罚金;刑法第］58条规定，对虚报注册资本罪处虚报注册资本金额1%以上5%以下 罚金。后两种规定使得罚金的裁量有了较为具体的标准。依法对犯罪分子所犯数罪分别 判处罚金的，应当实行并罚，将所判处的罚金数额相加，合并执行总和数额。

根据刑法第53条的规定，罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳 的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财 产，应当随时追缴。如果由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的，经人民法院 裁定，可以延期缴纳、酌情减少或者免除。《财产刑规定》指出，刑法第53条规定的“判决 指定的期限”应当在判决书中予以确定；“判决指定的期限”应为从判决发生法律效力第2 日起最长不超过3个月。但这一规定似乎没有考虑罚金刑的缺陷，换言之，如果考虑到罚 金刑因为执行具有一时性，犯罪人罚金缴纳完毕后就不再有受刑的观念，因而惩罚作用降 低，以及罚金刑执行难的缺陷，“判决指定的期限”应当更长。最高人民法院2014年10月 30日《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第3条规定：“人民法院办理刑事裁判 涉财产部分执行案件的期限为六个月。有特殊情况需要延长的，经本院院长批准，可以延 长。"

刑法第53条规定的“由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因”，主要是指因遭受火灾、水 灾、地震等灾祸而丧失财产；罪犯因重病、伤残等而丧失劳动能力，或者需要罪犯抚养的近 亲属患有重病，需支付巨额医药费；犯罪单位由于破产或者严重亏损导致缴纳确实有困 难。“缴纳确实有困难”包括不同情形：对于当时以及以后都没有能力缴纳的，可以免除 缴纳;对于暂时难以缴纳的，可以延期缴纳;灾祸等原因使财产明显减少，因而导致难以执 行原判罚金，但仍有一定缴纳能力的，可以酌情减少缴纳。根据《财产刑规定》，具有刑法 第53条规定“可以延期缴纳、酌情减少或者免除”事由的，由罪犯本人、亲属或者犯罪单 位向负责执行的法院提出书面申请，并提供相应的证明材料。执行法院经审查认为符合 法定延期或者减免条件的，应当在收到申请后1个月内依法作出裁定准予延期或者减免; 认为不符合法定延期与减免条件的，裁定驳回申请。自判决指定的期限届满第2日起，法 院对于没有法定延期与减免事由不缴纳罚金的，应当强制其缴纳。对于隐藏、转移、变卖、 损毁已被扣押、冻结财产情节严重的，应依法定罪处罚。此外，被判处罚金，同时又承担刑 事附带民事诉讼赔偿责任的被执行人，应当先履行对被害人的民事赔偿责任。

罚金刑是一种优点与弊端都非常明显的刑罚方法，对罚金刑的适用一定要注意发挥 其积极功能、避免消极功能。本书认为，为了克服罚金刑的弊端，解决罚金刑的执行难等 问题，可以采取以下措施：（1）在决定罚金的数量时，应适当考虑犯罪人的现有经济条件 以及潜在的经济能力；对于具有经济能力的人，应判处与犯罪相适应的罚金；对于明显没 有缴纳罚金能力的罪犯，不宜判处罚金或者判处少额罚金。这一措施旨在克服罚金刑可 能导致的不公正性。（2）应实行说明罚金来源制度，避免由亲属缴纳，防止犯罪人以违法 所得缴纳罚金。对于未成年人犯罪，应尽量不判处罚金；即使必须判处罚金，也应免除罚 金的执行。这一措施旨在克服罚金刑可能违反刑罚一身专属性的缺陷，同时克服犯罪人 因不能缴纳罚金而再次犯罪的现象。（3）对营利性、利欲性犯罪应加强罚金刑的适用，并 提高罚金数额。这一措施旨在防止营利性、利欲性犯罪人将罚金作为必要开支而继续犯

**538**刑法学（第五版）

罪。（4）少采取一次缴纳，多实行分期缴纳,而且指定缴纳的期限应相对长一些，不能过 短（不超过3年可能较合适）；即使犯罪人具有一次缴纳的能力，也宜令其分期缴纳。这 一措施旨在延长罚金刑的效果，克服罚金刑效果差、作用小以及执行难的缺陷。（5）适当 扩大延期缴纳的范围，对于收入不定期或限定了收人时间的犯罪人，可实行延期缴纳制 度。这一措施也有利于克服罚金刑执行难的缺陷。（6）对一旦构成犯罪便应当判处罚金 刑的被告人的财产，应事先采取一定的监控措施（如依法冻结、查封等），防止犯罪人或者 其家属转移财产，而导致罚金刑执行难。

二、剥夺政治权利

（一） 剥夺政治权利的概念与内容

剥夺政治权利，是指剥夺犯罪人参加管理国家和政治活动的权利的刑罚方法。根据 刑法第54条规定，剥夺政治权利是剥夺下列权利:一是选举权与被选举权;二是言论、出 版、集会、结社、游行、示威自由的权利；三是担任国家机关职务的权利；四是担任国有公 司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。一般来说，剥夺政治权利不是只剥夺上 述部分权利，而是同时剥夺上述四项权利。剥夺上述四项权利，不以犯罪人已经具有上述 权利为前提，所以，对于被判处死刑或者无期徒刑的外国人，仍应剥夺上述四项权利。被 剥夺政治权利的犯罪人，在执行期间，应当遵守法律、行政法规和国务院公安部门有关监 督管理的规定，服从监督，不得行使上述四项权利。

（二） 剥夺政治权利的适用对象

剥夺政治权利的适用对象比较广泛。在实践中，剥夺政治权利也是适用较多的附加 刑。在适用方式上，剥夺政治权利既可以附加适用，也可以独立适用。

1. 剥夺政治权利附加适用于严重犯罪的，由刑法总则规定。具体分为两种情况：

（1） 应当附加剥夺政治权利。在这种情况下，法院必须依法附加剥夺政治权利。根 据刑法第56条与第57条的规定,对下列两类犯罪人应当附加剥夺政治权利:第一，对于 危害国家安全的犯罪分子，应当附加剥夺政治权利。这是从犯罪性质上确定剥夺政治权 利的适用对象，故不管对其判处的主刑种类。但是，刑法分则对危害国家安全罪中一些情 节较轻的犯罪，规定了可以单处剥夺政治权利，如果法院独立适用了剥夺政治权利，就不 应再附加剥夺政治权利。第二，对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权 利终身。这是从主刑种类上确定剥夺政治权利的适用对象，故不论其犯罪的性质与类型。 对这类犯罪人规定应当附加剥夺政治权利，既是对他们政治上的否定评价,又可以防止他 们被特赦或假释后利用政治权利再犯罪,还有利于处理与他们有关的某些民事法律关系。

（2） 可以附加剥夺政治权利。在这种情况下，是否附加剥夺政治权利，由法院具体裁 量，但“可以”表现了立法机关的倾向性意见，即在通常情况下得附加剥夺政治权利。刑法第 56条规定:“对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可 以附加剥夺政治权利。”据此，除了对该条所列举的犯罪人以外，对其他严重破坏社会秩序的 犯罪人，也可以附加剥夺政治权利。例如，对故意伤害、盗窃等其他严重破坏社会秩序的犯 罪，犯罪情节恶劣、犯罪分子人身危险性严重的,也可以依法附加剥夺政治权利。〔29〕此外，

〔29〕参见最高人民法院I"7年I2月31日《关于对故意伤害、盗窃等严重破坏社会秩序的犯罪分子能否附加剥 夺政治权利问题的批复》。

第十二章刑罚的体系**539**

本书认为，对严重经济犯罪分子、严重的贪污受贿犯罪分子、严重的渎职犯罪分子，也可以 附加剥夺政治权利。因为从与刑法第56条第1款前段的关系来看，“可以剥夺政治权利” 的适用对象显然是危害国家安全罪以外的犯罪，包括严重的经济犯罪、贪污贿赂犯罪与渎 职犯罪;从刑法第56条第1款后段所列举的犯罪来看，“可以剥夺政治权利”的适用对象 并不限于单纯破坏狭义的社会秩序的犯罪，而应包括严重破坏经济秩序、国家机关工作秩 序的犯罪;从特殊预防的角度考虑，对实施严重的经济犯罪（尤其是利用职务上的便利实 施的严重经济犯罪）、贪污受贿以及渎职犯罪的人，也有附加剥夺政治权利的必要；被判 处死刑、无期徒刑的严重经济犯罪分子、严重的贪污受贿犯罪分子，应当附加剥夺政治权 利终身，据此，对其他严重经济犯罪分子、严重的贪污受贿犯罪分子,也可以附加剥夺一定 期限政治权利。此外，除刑法规定“应当”附加剥夺政治权利外，对未成年罪犯一般不判 处附加剥夺政治权利。

1. 剥夺政治权利独立适用于罪质较轻的犯罪或罪质严重但情节较轻的犯罪的，由刑 法分则规定。如果刑法分则没有规定独立适用剥夺政治权利，就不得予以适用。

（三）剥夺政治权利的期限与执行

剥夺政治权利的期限分为以下四种情况：（1）对于判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应 当剥夺政治权利终身。（2）在死刑缓期执行减为有期徒刑，或者无期徒刑减为有期徒刑 的时候，应当将附加剥夺政治权利的期限改为3年以上10年以下。（3）独立适用或者判 处有期徒刑、拘役附加适用剥夺政治权利的期限，为1年以上5年以下。（4）判处管制附 加剥夺政治权利的期限与管制的期限相等。

剥夺政治权利的刑期起算与执行分为以下几种情况：（1）被判处管制附加剥夺政治 权利的刑期，与管制的期限同时起算、同时执行（2）独立适用剥夺政治权利的，按照 执行判决的一般原则，从判决执行之日起计算并执行。（3）判处有期徒刑、拘役附加剥夺 政治权利的刑期，以及死缓、无期徒刑减为有期徒刑附加剥夺政治权利的刑期,从徒刑、拘 役执行完毕之日起或者从假释之日起开始计算;剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执 行期间。即对于这类犯罪人，在有期徒刑、拘役执行期间，当然剥夺政治权利。被判处有 期徒刑、拘役、管制而没有附加剥夺政治权利的犯罪人，在执行期间仍然享有政治权利。 （4）判处死刑、无期徒刑因而剥夺政治权利终身的，从主刑执行之日起开始执行剥夺政治 权利。

由于数罪并罚时,被判处有期徒刑（或拘役）与管制的，在有期徒刑（或拘役）执行完 毕后，管制仍需执行，因此，需要分情况执行附加剥夺政治权利。第一，如果只是有期徒刑 （或拘役）附加剥夺政治权利，管制没有附加剥夺政治权利的，按上述（3）处理。第二，如 果只是管制附加剥夺政治权利的，按上述（1）处理。第三，如果有期徒刑（或拘役）与管制 均被剥夺政治权利的，需要根据相关规定做出合理解释。例如，甲犯A罪被判处有期徒 刑3年附加剥夺政治权利3年，犯B罪被判处管制2年同时附加剥夺政治权利。有期徒

〔30〕由于被判处管制的犯罪人在判决前可能被羁押，羁押日期应当折抵管制刑期，会出现“期限相等”与“同时执 行”相矛盾的情况。例如，被判处管制1年的犯罪人，附加剥夺政治权利的期限也应是1年，但犯罪人被先 行羁押3个月，应折抵6个月管制刑期，:，如果要做到“期限相等”，就不可能“同时执行”；如果要“同时执 行”，就不可能“期限相等”。本书认为，在“期限相等”与“同时执行”出现矛盾的情况下，应优先坚持同时执 行。故对上例的犯罪人，实际只能执行6个月的管制与6个月的附加剥夺政治权利。

**540**刑法学（第五版）

刑从2016年1月1日起开始执行,2018年12月31日刑罚执行完毕，同日开始执行管制。 根据刑法第69条第3款的规定，对两罪的剥夺政治权利应合并执行。有期徒刑附加剥夺 政治权利3年的期限，必须从2018年12月31日开始计算，而不能从管制执行完毕之曰 起开始计算（否则违反刑法第58条）。与此同时，管制附加剥夺政治权利2年的期限，也 只能从2018年12月31日开始计算（否则违反刑法第55条第2款）。于是，其中有2年 同时在执行有期徒刑附加的剥夺政治权利与管制附加的剥夺政治权利（尽管违反了刑法 第69条第3款，但只能容忍）。

除剥夺政治权利终身的以外,剥夺政治权利的期限届满时，应宣布恢复政治权利;恢 复政治权利后，便享有政治权利。但有的政治权利因为法律的特别规定却不可能再享有。 例如，根据《人民法院组织法》、《检察官法》的规定，受过刑事处罚的人（当然包括被剥夺 过政治权利的人），不能担任法官、检察官。

三、没收财产

没收财产是将犯罪人所有财产的一部或者全部强制无偿地收归国有的刑罚方法。一 般认为，没收财产与没收犯罪物品具有本质区别。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，追缴犯罪所得的财物，不属于没收财产；没收违禁品和供犯罪所用的本 人财物，也不属于没收财产。可见，没收财产事实上是没收犯罪人合法所有并且没有用于 犯罪的财产;不得以追缴犯罪所得、没收违禁品与供犯罪所用的本人财物来代替或折抵没 收财产。

没收财产只能适用于刑法分则明文规定可以判处没收财产的那些犯罪，从刑法分则 的规定来看，主要适用于危害国家安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、贪 污贿赂罪。刑法规定“并处”没收财产的犯罪，法院在对犯罪分子判处主刑的同时，必须 依法判处没收财产;刑法规定“可以并处”没收财产的犯罪，法院应当根据案件具体情况 及犯罪分子的财产状况，决定是否适用没收财产。

没收财产只能没收犯罪人已经拥有的、现实存在的财产,而不可能没收犯罪人将来可 能拥有的财产。判处没收部分财产的，应当明确指出没收的具体财物或者金额。例如，犯 罪人现实具有的财产为20万元现金以及A、B两套住房。法院在判决没收财产时，必须 确定没收其中的哪一项或者哪几项财产（如没收现金20万元，或者没收现金20万元以及 A住房等），而不能判决“没收100万元现金”。

根据刑法第59条的规定，判处没收财产时，既可以判处没收犯罪人所有的全部财产， 也可以判处没收犯罪人所有的部分财产;至于是没收全部财产还是没收部分财产，要根据 罪行轻重与犯罪人再犯罪可能性大小确定。根据刑法规定，行为人犯数罪依法同时并处 罚金和没收财产的，应当分别执行;判处两个没收部分财产的，也应分别执行。但是，对一 个犯罪判处没收全部财产，对另一个犯罪判处没收部分财产的，只需要执行没收全部财 产。需要注意的是，“没收全部财产的，应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必要的 生活费用”。“在判处没收财产的时候，不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财

第十二章刑罚的体系**541**

产。”这有利于维护社会秩序安定，贯彻责任主义原则。〔31〕

根据刑法第60条的规定，没收财产以前犯罪人所负的正当债务，需要以没收的财产

偿还的，经债权人请求，应当偿还。“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务”，是指犯罪 分子在判决生效前所负他人的合法债务。此外，被判处没收财产，同时又承担刑事附带民 事诉讼赔偿责任的被执行人，应当先履行对被害人的民事赔偿责任。此外，还有如下几点 值得讨论：

首先，“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务”，是仅指犯罪分子在判决生效前所 欠他人的合法债务，还是包括本次犯罪对被害人形成的赔偿债务？本书认为，只能是前 者。这是因为，刑法第36条第2款对本次犯罪被害人的民事赔偿做出了更有利于被害人 的规定。刑法第36条第2款规定：“承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其 财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责 任。”不难看出，适用第36条时，是先对被害人承担民事赔偿责任，后执行罚金或者没收财 产戸

其次，“需要以没收的财产偿还”，是指“需要以已经没收的财产偿还”还是指“需要以 拟没收的财产偿还”？显然，二者的程序不同。如果是前者，那么，债权人应当向国家机 关请求，由国家机关偿还。如果是后者，则意味着债权人仍然只能是向被告人请求，由被 告人偿还。但是，一方面，在人民法院还没有判决没收财产时，怎么可能有拟没收的财产 呢？显然，只有当法院已经判处了没收财产后，才存在“需要以没收的财产偿还”的问题。 另一方面，如果在判决没收财产之前，由被告人与债权人自行处理债权债务关系，必然导 致被告人转移财产，不利于没收财产刑的执行。所以，本书认为，应当在人民法院做出没 收财产的判决后，判决执行前或者执行过程中，经债权人请求，返还给债权人。在这种场 合，人民法院应当审查债务的正当性，由于没收财产还没有执行，故偿还的主体依然是被 告人，而不是国家机关。

最后，需要以没收的财产偿还，是仅限于没收全部财产的情形，还是包括没收部分财 产的情形？换言之，在人民法院判处没收部分财产时，是否存在需要以没收的财产偿还正 当债务的问题？本文持肯定回答。否则，不利于保护第三者的合法权益。例如，被告人有 一套住宅和若干现金，法院判处没收全部现金，而没有判处没收住宅。在这种情况下，即 使住宅的价值多于全部现金，但是，让被告人变卖住宅后偿还第三者的正当债务并不现 实。在这种情况下，应当认为需要以没收的部分财产偿还正当债务，适用刑法第60条的 规定。

**四、驱逐出境**

驱逐出境是强迫犯罪的外国人离开中国国（边）境的刑罚方法。

**［31］**最高人民法院2014年10月30日《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》指出：“执行没收财产或罚金 刑，应当参照被扶养人住所地政府公布的上年度当地居民最低生活费标准，保留被执行人及其所扶养家属 的生活必需费用。”

C32］最髙人民法院2014年10月30日《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第13条第I款与第2款分别 规定：“被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任，其财产不足以支付的，按照下列顺序执行：（一）人 身损害赔偿中的医疗费用；（二〉退赔被害人的损失；（三）其他民事债务；（四）罚金；（五）没收财产。”"债权 人对执行标的依法享有优先受偿权，其主张优先受偿的，人民法院应当在前款第（一）项规定的医疗费用受 偿后，予以支持/

**542**刑法学（第五版）

刑法第35条规定：“对于犯罪的外国人，可以独立适用或者附加适用驱逐出境。”由 于驱逐出境既可以独立适用也可以附加适用，故符合附加刑的基本特征；由于驱逐出境仅 适用于犯罪的外国人（包括具有外国国籍与无国籍的人），故是一种特殊的附加刑。由于 刑法中的驱逐出境是附加刑，故其与《外国人人境出境管理法》规定的由公安机关决定、 适用于违反出人境管理法的外国人、作为行政处罚的驱逐出境具有本质区别。

在我国境内的外国人必须遵守我国法律，不得违反我国刑法实施犯罪行为。如果犯 罪的外国人继续居留我国境内有害于我国国家、社会与公民利益，有在我国境内再犯罪的 可能性，就可以单处或者并处驱逐出境。但是，应当慎重适用驱逐出境，适用时不仅要考 察犯罪的性质、情节与犯罪人的具体情况，而且要考虑我国与其所属国之间的关系以及相 关国际形势。因此，对犯罪的外国人，不是"应当”驱逐出境，而是“可以”驱逐出境。独立 适用驱逐出境的，从判决确定之日起执行;附加适用驱逐出境的，从主刑执行完毕之日起 执行。

第十三章刑罚的裁量

第一节量刑概述

**一、量刑概念**

刑罚的裁量即量刑，就是依法对犯罪人裁量刑罚。具体地说，是指审判机关在查明犯 罪事实，认定犯罪性质的基础上，依法对犯罪人裁量刑罚的审判活动。量刑对应于定罪， 是整个审判工作两个环节之一。

首先，量刑的主体是审判机关。根据宪法及有关法律规定，只能由法院量刑。进一步 说，也不是任何法院都可以裁量任何刑罚，根据刑事诉讼法的有关规定，基层法院不能判 处无期徒刑与死刑。

其次，量刑的基础是查明犯罪事实、认定犯罪性质。换言之，法院只有在查明了犯罪 事实，认定了犯罪的性质，确定了应当适用的刑法条文以后，才能量刑，即只能先定罪后量 刑，决不能先量刑后定罪。但是，定罪本身并不属于量刑的内容。

再次，量刑的内容是裁量刑罚。关于裁量刑罚的含义，以往一般认为，量刑是“依法 判处适当刑罚的一种审判活动”，〔1〕据此，量刑就是判处刑罚，如果实际上没有判处刑罚， 则无所谓量刑。但现在一般认为，量刑是“依法确定对犯罪人是否判处刑罚、判处何种刑 罚以及判处多重刑罚，并决定所判刑罚是否立即执行的审判活动”。〔2〕因此，量刑不限于 实际判处刑罚，还包括决定不判处刑罚。应当认为，后一种见解比较妥切。如果把量刑限 于决定判处刑罚，那么，当决定对犯罪人不判处刑罚时，在逻辑上它就理应属于量刑之外 的另一审判活动了，这是事实上与法律上都不存在的。所以，量刑的内容，首先是决定是 否对犯罪人判处刑罚；其次在决定判处刑罚的前提下，进一步决定判处何种刑罚（选择刑 种）、判处多重的刑罚（确定刑度）和是否立即执行（是否缓期执行）；在一人犯数罪的情况 下，量刑还包括如何并罚的内容。

最后，量刑的性质是一种刑事审判活动。量刑是将法定的罪刑关系转变为实在的罪 刑关系的必要条件，是行刑的先决条件。量刑适当与否，是衡量刑事审判质量的一个重要 标准，它直接影响刑罚积极功能的发挥与刑罚目的的有效实现，关系到国民对刑事审判的 尊重信赖或贬抑轻蔑。

〔I〕杨春洗、甘雨沛等:《刑法总论》，北京大学出版社1981年版，第243页。

（2］高铭暄、马克昌主编:《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2016年第7版，第250页

**544**刑法学（第五版）

二、量刑原则

（一） 罪刑均衡与罪刑相适应的关系

传统的或狭义的罪刑均衡侧重于报应刑，强调刑罚与罪行的轻重相适应。

刑法第5条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适 应。”这就是罪刑相适应原则（也被不少学者称为罪责刑相适应原则）。罪刑相适应虽然 是刑法的基本原则，但在刑法根据该原则对各种犯罪规定了相应的法定刑之后，该原则主 要是量刑原则。由于“罪行”、“刑事责任”具有不同含义，故对刑法第5条可能出现不同 理解。

首先,可以将“罪行”解释为犯罪的客观危害即法益侵害程度（不法程度），将“刑事责 任”解释为非难可能性程度（责任）据此，刑罚的轻重应当与犯罪的不法和责任相适应。 单纯从字面上考虑，这一解释并无不当。但是，这种解释只是表述了传统的罪刑均衡的要 求，不能适应目的刑的需要。即没有考虑刑罚对行为人将来社会生活的影响，因而不利于 预防犯罪人再次犯罪。不仅如此，这一解释还可能导致无责任的不法事实也会成为量刑 根据（情节），因而违反责任主义。所以，本书不采取这种解释。

其次，可以将“罪行”解释为有责的不法，将“刑事责任”理解为案件外的影响行为人 刑事责任（再犯罪可能性大小）的事实。本书采取这一解释。将罪行解释为有责的不法 具有法律根据。例如，刑法第48条规定：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”这 里的“罪行”显然不是仅指不法程度，也不是单指所谓主观恶性大，而是指有责的不法（另 参见刑法第9条、第26条、第103条至W5条等），在量刑基准中，就是指对不法的责任。 如果将刑事责任理解为犯罪的法律后果，那么，一般来说，罪行重则刑事责任重，罪行轻则 刑事责任轻。但是，由于罪行本身的轻重是由犯罪的主客观事实本身决定的，而刑事责任 的轻重虽然主要由犯罪的主客观事实决定，可是许多案件外的表明犯罪人再犯罪可能性 大小的事实或情节，能够说明刑事责任的轻重，却不能说明罪行的轻重。例如，自首与立 功可以说明行为人的再犯罪可能性小，但不表明其所犯罪行也减轻，而这是制刑与量刑时 必须考虑的因素。因此，可以认为，刑法第5条关于罪刑相适应原则的规定，实际上是要 求刑罚的轻重必须与罪行的轻重以及犯罪人的再犯罪可能性相适应。与罪行的轻重相适 应，是报应刑对刑罚的限制；与犯罪人的再犯罪可能性相适应，是目的刑的要求。其出发 点和归宿，都在于最大限度发挥刑罚的积极功能，实现刑罚的正义和预防犯罪的目的。由 于刑罚必须与罪行的轻重相适应，故可以防止为了追求预防目的而出现畸轻畸重的刑罚； 因为刑罚必须与犯罪人的再犯罪可能性相适应，“刑罚的严厉程度应该只为实现其目标 而绝对必需”,〔3〕故可以防止为了追求报应而科处不必要的刑罚。

由上可见，我国刑法第5条规定的罪刑相适应原则，并不等同于不考虑预防目的的狭 义的罪刑均衡。但不可否认的是，刑法第5条规定的内容存在二律背反的现象。

（二） 报应刑与预防刑的二律背反

如前所述，刑罚的正当化根据是报应的正当性与预防犯罪目的的合理性。与报应相 当的刑罚称为报应刑（责任刑），适合预防犯罪需要的刑罚称为预防刑。报应刑与预防刑 虽然存在可能完全一致的情形（如报应刑正好能够实现预防目的），但也可能存在明显不

[3][英]吉米•边沁:《立法理论——刑法典原理》.李贵方等译，中国人民公安大学出版社1993年版，第78页。

第十三章刑罚的裁量**545**

一致的情形。主要表现在，以报应为基础的刑罚（报应刑），和预防犯罪所需要的刑罚（预 防刑）不同时（如罪行重大但预防的必要性小,或者罪行轻微但预防的必要性大），应当如 何确定刑罚？这便是刑罚根据的二律背反问题。

二律背反的问题主要表现在量刑环节。这不仅因为报应刑与预防刑在量刑阶段会存 在明显的不一致，而且因为刑法仅规定了量刑的一般原则与部分量刑情节，没有规定处理 报应刑与预防刑的关系的原则与方法，导致量刑理论的分歧。然而，如果不能处理好报应 刑与预防刑的二律背反关系，就意味着量刑缺乏正当化根据。缺乏正当化根据的量刑，就 不是合理的量刑。

在如何解决二律背反问题上，需要注意以下几点：（1 ）不能认为，报应是刑罚的表层 目的，预防是刑罚的深层目的。因为将报应作为刑罚目的并不可取，将报应与预防同时作 为目的并不能妥当处理二者之间的冲突。（2）不能认为报应是主要目的、预防是次要目 的，或者报应为主、预防为辅。因为报应与预防不是谁主谁辅的问题。一方面，在已经确 定的报应刑限度内，重要的乃至唯一的考虑就是预防犯罪的目的。此时，说预防是辅并不 妥当。另一方面，在完全没有预防必要的场合，就必须放弃报应、放弃刑罚。此时，也不能 说报应是主要的。（3）不能认为,罪刑均衡即报应是主要原则、刑罚个别化即特殊预防是 第二位原则。因为这种观点未能解决报应刑与特殊预防的二律背反关系。事实上，罪行 轻重与行为人的再犯可能性大小，并不总是成正比例关系，前者重后者小或者前者轻后者 大的现象，并不罕见。例如，甲所犯罪行比较严重，与之相均衡的刑罚为10年有期徒刑。 但是，甲事前事后的诸多情节表明其特别预防的必要性很小，仅判处3年有期徒刑就足以 预防其再次犯罪。如果说罪刑均衡是首要原则，实际上会放弃刑罚个别化。倘若法院仅 判处甲3年有期徒刑，实现了刑罚的个别化，就意味着量刑没有与甲的罪行相适应，违反 了首要原则。（4）不能认为，只要将预防目的纳入罪刑均衡论，或者将罪刑均衡纳入预防 目的，就可以解决报应与预防的冲突。因为在A1与A2有冲突时，将A2并人A1，或者将 A1与A2并人A的做法，都不可能克服和避免A1与A2之间的冲突。（5）不要认为通过 刑事责任这个中介来调节犯罪与刑罚之间的关系（所谓罪责刑相适应），就可以解决报应 与预防的二律背反。因为罪责刑相适应只是表达了刑罚必须与罪行轻重以及犯罪人的人 身危险性相适应的基本含义；而且，作为法律后果的刑事责任并不能调节犯罪与刑罚，犯 罪与刑罚之间也不需要刑事责任的中介，因为刑罚本身就是刑事责任的表现形式。

本书主张以责任刑（报应刑）为基准，亦即，只有在坚持责任主义的前提下追求预防 犯罪的目的，才能解决二律背反问题。

“没有责任就没有刑罚”的消极责任主义是刑法的基本原则。在报应与预防关系的 层面上，消极的责任主义意味着“责任是刑罚的上限”，“禁止刑罚超过责任程度”。如前 所述，报应刑的最大优势在于限定了刑罚的程度，防止为预防犯罪而超出报应程度裁量刑 罚，但其缺陷在于导致积极的责任主义，使得没有处罚必要性（没有预防必要性）的犯罪 也必须受刑罚处罚。预防刑的最大优势在于使刑罚具有合目的性，杜绝为惩罚而惩罚的 现象，但其缺陷在于容易导致为了预防犯罪而惩罚无辜或者为了预防犯罪而科处严厉刑 罚，将犯罪人作为预防犯罪的工具,侵犯犯罪人的尊严。所以，必须用报应刑的优势克服 预防刑的缺陷，同时必须用预防刑的优势克服报应刑的缺陷。只有这样，才能避免并合主 义出现弊害相加的局面。

**546**刑法学（第五版）

总之，在量刑时，对特殊预防与一般预防的追求不能超出责任刑的限度。问题是，责 任刑是一个确定的点，还是一个幅度？是在责任刑的点之下考虑预防犯罪的目的，还是在 责任刑的幅度之内考虑预防犯罪的目的？这便是量刑基准问题。

三、量刑基准

（一）量刑基准概述

在我国，由于不同的学者在不同的意义上使用“量刑基准”一词，导致量刑基准在我 国刑法理论与司法实践中成为一个相当混乱的概念。

我国当下刑法理论所讨论的量刑基准，是指暂时不考虑（排除）各种法定与酌定情节 时，对某个犯罪所应确定的刑罚。一种观点认为，量刑基准，是指“对已确定适用一定幅 度法定刑的抽象个罪，在不考虑任何量刑情节的情况下，仅依其构成事实所应当判处的刑 罚量”。〔4〕根据这种观点，任何盗窃数额较大财物的犯罪的量刑基准是相同的。另一种 观点则认为，量刑基准，是指“对已确定适用法定刑幅度的个罪，对应于既遂状态下反映 该罪手段特点或者犯罪实害程度的事实所预定的刑量。特殊情况下，量刑基准是指个罪 法定刑等级间上一幅度的下限”。〔5〕根据这种观点，只能针对特定的盗窃罪确定量刑基 准。

本书认为，上述抽象个罪的量刑基准论与具体个罪的量刑基准论，只是责任刑的起点 刑理论。二者的区别恐怕仅在于，前者侧重于相对的均衡，后者侧重于绝对的均衡 但上述两种观点以及类似的说法，都没有联系刑罚的正当化根据考虑责任刑与预防刑的 关系，都不是处理刑罚正当化根据的二律背反的量刑基准论，只是提出了处理量刑情节的 方法。无非是说，量刑时，先不考虑法定与酌定的量刑情节，按裸的犯罪事实确定应当判 处何种刑罚，然后通过法定与酌定的量刑情节，对先前确定的刑罚进行上下浮动。但是， 从这种量刑基准论中，看不出责任主义对量刑的任何制约，相反可以看出为了预防犯罪的 需要可以突破责任刑的局面。

“解明量刑基准时,首先要从刑法理论特别是刑罚理论中围绕刑罚的‘正当化根据’ 的议论出发，这是不可缺少的前提。7〕本书所称的量刑基准，是指处理刑罚正当化根据 的二律背反的理论，亦即，在肯定了只能在责任刑的限度内考虑预防目的的前提下，是在 责任刑的“点”之下考虑预防目的，还是在责任刑的“幅度”内考虑预防目的。这个意义上 的量刑基准，源于德国、日本的刑法理论。

幅的理论（Spielraumtheorie）与点的理论（Punktstrafetheorie），是有关量刑基准的两种 基本观点，是处理责任刑与预防刑关系的理论，因而也是与刑罚的正当化根据密切相关的 理论。只要在刑罚正当化根据问题上采取并合主义，或者虽然不采取并合主义，仅将预防 犯罪的目的作为刑罚的正当化根据.但同时主张以责任限制对预防犯罪目的的追求，就必

〔**4** ］周光权:《刑法诸问题的新表述》，中国法制出版社1999年版，第348页。

〔5〕王利荣：“对常见犯罪量刑基准的经验分析”，载《法学研究》2009年第2期。

〔6〕绝对的均衡（也称基数的均衡性，cardinal proportionality）所考虑的问题是，对甲罪所判处的刑罚，是否与甲 罪的罪行相均衡;相对的均衡（也称序数的均衡性，ordinal proportionality）所考虑的问题是，对甲罪所判处的 刑罚，是否与对乙罪所判处的刑罚相均衡（See Von Hirsch, Sensure and Sanctions, Oxford university press, 1993,pp. 18-19） o

［7〕［日］城下裕二:《量刑基准的研究》，成文堂1995年版，第39页。

第十三章刑罚的裁量**547**

然面对是采取幅的理论还是采取点的理论的问题。

（二） 幅的理论

幅的理论认为，与责任相适应的刑罚（或以责任为基础的刑罚）具有一定的幅度，法 官应当在此幅度的范围内考虑预防犯罪的目的，最终决定刑罚。幅的理论的具体内容如 下：（1）量刑不得超过与责任相适应的刑罚；（2）但是,与责任相适应的刑罚并不是作为确 定的东西而存在的，亦即，客观上并不存在与责任相适应的确定的刑罚（点），主观上也不 可能认识到这种确定的刑罚；（3）取而代之的是，在各种具体的场合，存在由上限与下限 所划定的幅度范围，在此幅度范围内，存在与责任相适应的几种或几个刑罚；（4）只能在 与责任相适应的幅度范围内考虑预防犯罪的目的，可以接近甚至达到幅度的上限与下限。 不过，幅的理论主张者,对于客观上是否存在与责任相适应的确定的刑罚（点），以及能否 超过幅的上限和下限量刑，还存在不同看法。

关于责任刑的幅的性质，理论上存在认识困难说与事物本质说。认识困难说认为，真 正的责任刑在客观上存在于某一点，但由于人们难以认识这个点，故不得不承认责任刑是 一个幅。可是，责任刑有没有点，与法官能否认识到这个点，是两回事。诚然，如果责任刑 客观上存在一个点,但法官无论如何不可能认识这个点，那就只能采取幅的理论。但事实 并非如此。采取幅的理论也需要确定上限与下限，而确定上限与下限实际上是确定两个 点。既然能够确定作为上限与下限的两个点，那么，就可以进一步考虑上限能否往下移 动，下限能否往上移动，从而形成一个点D况且，最终的宣告刑都是点，而不是幅。既然如 此，就说明法官能够确定刑罚的点。

事物本质说认为，按事物的本质，责任刑只能以幅的形式存在。因为刑罚针对犯罪人 而言是一种感觉的痛苦，即使刑罚的量有所增减，也仍然是报应、是正当的刑罚。换言之， 不会有人认为，如果对犯罪人所科处的刑罚稍微有所增减，其刑罚便不具有正当性。这种 观点的核心内容是，由于正义感觉不可能精确到点，只能感觉到一种幅度，故责任刑原本 就是一个幅度。但是，责任本身不是一个幅度，而是一个确定的内容。不管是盗窃他人价 值3000元的财物，还是故意造成他人轻伤，抑或非法侵人他人住宅，不法具有特定的、确 定的内容，行为责任也具有特定的、确定的内容，而不可能是一个幅度。既然要求刑罚与 责任相适应，那么，与特定的、确定的责任相适应的刑罚，就不可能是一个幅度。

（三） 点的理论

点的理论认为，不法以及对不法的责任都有特定的、确定的内容，与责任相适应的刑 罚只能是正确确定的某个特定的刑罚（点），而不是幅度；不能认为在某种幅度内的刑罚 都是等价的制裁、正当的报应;与责任相适应的刑罚常常是一种唯一的存在，即使人们不 能确定地把握这个点，但也不能否认这个点的存在。根据点的理论，在确定了与责任相适 应的具体刑罚（点）之后，只能在这个点之下考虚预防犯罪的需要。点的理论有两个基本 内容：（1）客观上存在与责任相适应的确定的刑罚（点），法官主观上也能够认识到这种确 定的刑罚；（2）法官只能在点之下考虑预防犯罪的需要；当然在具有减轻处罚情节的场 合，法官能够在点之下低于法定刑考虑预防犯罪的需要。本书赞成点的理论。

并合主义为点的理论提供了充分根据。并合主义并不是报应与预防的简单相加，而 是辩证的结合。报应刑为刑罚划定了上限；只能在报应刑的限度内追究预防目的。显然， 在责任刑（点）之下考虑预防犯罪的需要，正是并合主义在量刑上的具体表现。

**548**刑法学（第五版）

点的理论充分体现并且正好对应了刑法的人权（自由）保障机能与法益保护机能的 协调关系处罚犯罪人是为了预防犯罪，保护法益，但是，如果对预防犯罪目的追求不受 到责任刑的限制，就会侵害犯罪人的人权乃至将无辜者作为预防犯罪的工具，所以，刑法 只能在责任刑的范围内发挥预防犯罪的机能，或者说只能在人权保障的框架内实现刑罚 目的。

点的理论是消极的责任主义在量刑中的具体表现。在我国，不能违反责任主义，不得 将被告人作为工具这样的观念，显得尤为重要。责任主义的核心是保障行为人的自由与 权利。采取点的理论，意味着法官在考虑预防必要性大小之前，必须确定责任刑这个点。 即使确定这个点比较困难，所确定的点也可能并不十分精确，但这个点的确定，可以限制 法官对预防刑的考虑，防止法官量刑的恣意性，从而保障被告人的权利。

点的理论可以防止不必要的重刑。如所周知，目的刑论（一般预防论与特殊预防论 中的威慑刑论）常常过分强调刑罚的威吓功能，造成在刑事立法与刑事司法上，有超越责 任程度的刑罚主张。积极的一般预防论同样可能导致重刑。点的确定，划定了与责任相 适应的刑罚上限，使得法官不能超出上限裁量刑罚，从而避免了不必要的重刑。

（四）量刑基准中的责任

作为量刑基准的责任，究竟是什么含义？对此，国外刑法理论上存在两种不同观点： 德国的通说认为，量刑责任是“有责的不法”，不同于犯罪论中与不法相分离而使用的责 任概念。日本也有学者认为，责任主义可以分为归责中的责任主义（没有责任就没有犯 罪）与量刑中的责任主义（刑罚与责任相适应），后者的“责任”，与作为犯罪成立条件之一 的责任（有责性）不是完全等同的含义，而是指违法性与狭义的有责性相乘。“因为刑法 上的责任意味着从事了违法行为（不法）的行为者所应承受的规范性非难或谴责，最终决 定责任大小的就是违法性的大小和有责性的大小（狭义的责任）相乘而得到的后果一 即犯罪本身的轻重（广义的责任）。”〔8〕第二种观点认为，作为量刑基础的责任与归责中 的责任并无区别。因为根据消极的责任主义与点的理论，责任是刑罚的上限，其中的责任 就是规范的非难可能性。换言之，作为犯罪成立条件的非难可能性，划定了刑罚的上 限。〔”

上述第一种观点，一般以幅的理论为前提;第二种观点，则以点的理论为前提。在通 常情况下，两种观点对责任刑不会产生明显影响。例如，甲盗窃了乙的一辆价值1500元 的自行车，但始终不知道自行车的车把中藏有3000元人民币。按照第一种观点，甲对客 观上盗窃3000元人民币的事实虽然是不法的，但不是有责的，所以，只能按照甲盗窃价值 1500元自行车这一有责的不法事实确定责任刑。按照第二种观点，甲对盗窃3000元人 民币的事实没有责任，所以，甲对盗窃价值1500元自行车的责任，就划定了责任刑的上 限„

但是，一旦行为人具有责任减轻事由，上述两种观点得出的结论就不一定相同。〔|（）〕

**18］［**日］曾根威彦：“量刑基准”，载［日］西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》，中国法律出版社、日本成 文堂1997年联合出版，第147页。

〔9〕［日］城下裕二:“消极的责任主义的归趋"，载［日］川端博等编：《理论刑法学的探究2》，成文堂2009年版， 第36页。

〔**10］**在不法没有加重，但责任本身加重时（当然,这种情形比较少见），也是如此.

第十三章刑罚的裁量**549**

第一种观点往往难以积极承认减轻责任对责任刑的影响，导致责任减轻事由对于量刑几 乎不起作用。因为幅的理论将作为量刑基础的责任理解为可归责的不法，当行为人的责 任能力减轻时，其不法也是可归责的，于是责任能力减轻时，责任刑的幅并没有减轻，责任 减轻的事实在幅的理论中基本上丧失了意义。上述第二种观点则承认责任不仅存在有无 问题，而且承认减轻责任对责任刑产生影响。在此意义上说，本书赞成第二种观点，亦即 责任虽然是对不法行为的非难可能性，但责任仍然有轻重之分。

问题是，如何理解归责中的责任？如果认为，归责中的责任，仅指成立犯罪所必须具 备的责任，那么，归责中的责任与作为量刑基准的责任，仍然存在区别。如若认为归责中 的责任.是指所有责任要素所表明的责任程度，则归责中的责任与作为量刑基准的责任是 等同的。例如，故意杀人罪的成立不需要特定的动机，在甲基于义愤杀害一人、乙基于报 复杀害一人的情况下，都不缺少成立故意杀人罪所要求的不法与责任要素。倘若归责中 的责任，仅考虑成立犯罪所必需的责任要素，即不考虑杀人的动机，那么，甲、乙的归责中 的责任似乎是相同的;但作为量刑基准的责任，甲、乙显然是不同的，因为二者的不同动 机,使得其非难可能性程度明显不同。但是，如若认为归责中的责任，也需要考虑必要的 责任要素之外的表明非难可能性的因素，即在上例中也需要考虑动机，那么，甲、乙的归责 中的责任就是不同的，作为量刑基准的责任也因此不同。

总之，不管如何理解归责中的责任，作为量刑基准的责任，一方面是对不法的责任，另 一方面也包含由各种表明非难可能性的因素（不管其是否属于成立犯罪所必需的责任要 素）所形成的责任程度。

（五） 责任刑与特殊预防

责任刑与特殊预防的关系，也可谓罪刑均衡与特殊预防（刑罚个别化）的关系。如前 所述,刑法第5条的实质在于，既要罪刑均衡，又要与犯罪人的再犯罪可能性相适应。我 国刑法理论一直强调要将二者统一起来，但一直停留于空洞的表述，而且难以自圆其说。 这是因为，罪行重而特殊预防必要性小时，如果按罪行科处重刑，就意味着没有实现刑罚 个别化；如果按刑罚个别化的要求科处轻刑，就意味着刑罚没有与罪行相均衡。于是，二 者并不能统一。其实，只要考虑了处理责任刑与预防刑关系的量刑基准问题，罪刑均衡与 刑罚个别化的关系，才能实现真正的统一。根据点的理论，罪刑均衡只是意味着确定刑罚 的上限，即刑罚不得超出责任的上限，只要特殊预防必要性小或者没有特殊预防的必要， 就可以在责任刑之下从轻、减轻处罚或者免除处罚。只有这样，才能解决报应与特殊预防 的二律背反关系。这正是并合主义的要义所在。所以，要求刑罚在任何场合都必须与罪 行相均衡的观点，既不现实，也不利于预防犯罪的考虑.使并合主义形同虚设。

（六） 责任刑与一般预防

责任刑与一般预防的关系，也可谓罪刑均衡与一般预防的关系。一般来说，发生率高 的犯罪如盗窃罪、伤害罪，就是一般顶防必要性大的犯罪；反之，则是一般预防必要性小的 犯罪、与罪行相均衡的报应刑，在通常场合可以让一般民众满意，基本上能够满足一般预 防的要求。但必须明确的是以下几点:第一，与罪行均衡的报应刑，虽然以理想的形式考 虑了一•般预防的目的，但并没有得到证明，常常只是推定。第二，仅从一般预防目的角度 考虑，将罪行的轻重作为量刑的唯-•根据的观点，实际上的结局与绝对报应刑论完全相 同。况且，不考虑特殊预防的刑罚，是完全不现实的。第三，罪行相同并不等于一般预防

**550**刑法学（第五版）

的必要性相同。所以，不能认为，只要是与罪行相均衡的报应刑，就能实现一般预防。 首先要讨论的问题是，能否因为一般预防的必要性大，而在责任刑（点）之下从重处

罚？例如，甲所犯之罪的法定刑为3年以上10年以下有期徒刑，法官根据其罪行确定的 责任刑（点）为7年有期徒刑。但是，甲所犯之罪具有蔓延的可能性，极容易被其他人效 仿。能否在3年以上7年以下的范围内，对甲从重处罚（如判处7年有期徒刑）？本书对 此持否定回答。诚然，在点之下因为一般预防的必要性大而从重处罚，因为没有突破责任 刑的点，并没有违反责任主义。但是，“除了人们自身的要求外，不得为了某种目的而将 人工具化，即不得将人用来作为实现超越他自身要求或强加于他的某种‘目标’的工具， 是尊重人的最基本要求”。〔|1〕所以，量刑时不能以一般预防必要性大为由，在点之下从重 处罚。

其次要讨论的是，能否因为一般预防的必要性小，而在责任刑（点）之下从轻处罚？ 例如，在上例中，倘若甲所犯之罪没有蔓延的可能性，难以被其他人效仿。能否在3年以 上7年以下的范围内，对甲从轻处罚（如判处3年有期徒刑）？本书对此持肯定回答。并 合主义原本就是为了避免不必要的刑罚而产生的。既然一般预防的必要性小，就没有必 要科处较重的刑罚。基于并合主义所形成的点的理论，正是为了能够在点之下判处较轻 的刑罚，甚至免除刑罚。所以，只要采取点的理论，就必然对上述问题持肯定回答。

（七） 责任刑与双面预防

确定了责任刑（点）之后，如果汄为一般预防与特殊预防的必要性都小，法官当然应 在点之下从轻处罚；如果被告人具备减轻或者免除处罚的情节，还应当减轻或者免除处 罚。但是，在具体案件中，一般预防与特殊预防必要性大小，也不完全一致。如何处理这 类案件，或者说，是一般预防优先还是特殊预防优先,便需要研究。

第一，在点的理论之下，如果特殊预防的必要性小，应当科处轻刑，但一般预防的必要 性大，应当科处较重刑罚时，能否科处较重刑罚？本书对此持否定回答。如前所述，在这 种情况下科处较重刑罚的做法虽然没有违反责任主义，却明显将被告人作为预防他人犯 罪的工具予以利用，因而不可取。

第二，在点的理论之下，如果一般预防的必要性小，应当科处较轻刑罚时，能否因为特 殊预防的必要性大，而科处较重刑罚？本文对此持肯定回答。刑法规定的法定刑，已经考 虑了一般预防的需要，而特殊预防只能由法官在量刑时、执行机关在行刑时考虑。如果法 官在量刑时不考虑特殊预防必要性的事实，就不可能发挥刑罚的特殊预防机能。所以，当 法官根据量刑资料，确信特殊预防的必要性大时,就可以在责任刑（点）之下从重处罚。

（八） 罪刑均衡的基本含义

由上可见，只要考虑预防犯罪的需要，所宣告的刑罚就几乎不可能是与罪行相均衡的 刑罚。对于罪刑均衡原则与刑罚个别化原则的关系，以及罪刑均衡与预防犯罪的关系，都 只能按照点的理论来处理。基于上述关于责任刑与预防0的的关系，可以对罪刑均衡的 基本含义作如下归纳：

第一，罪刑均衡中的“罪”是指责任，即刑罚必须与行为人的责任相均衡。据此，在责 任减轻的场合，责任刑也相应减轻。这并不意味着量刑时不考虑不法事实。因为责任是

〔11〕［意］杜里奥•帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第181页。

第十三章刑罚的裁量**551**

对不法的责任，所以，只是将没有责任的不法排除在外。

第二,不能采取积极的均衡原则。积极的均衡,是指积极追求与犯行的重大性相均衡

的刑罚的决定原理，这种理论要求积极地寻找尽可能与犯行的重大性相适应的刑罚。但 是，在一般预防与特殊预防的必要性较小时，不应当追求刑罚与罪行的重大性相均衡。如 前所述，所谓罪刑均衡实际上是报应刑的要求，报应是指责任报应，报应刑就是责任刑。 责任刑所考虑的是犯罪人的利益，旨在使对预防目的的追求受到责任刑的限制，所以，如 果最终宣告的刑罚没有超过责任刑的点，即便低于责任刑的点，也完全符合犯罪人的利 益，并不违反罪刑均衡原则。

第三，只能采取非对称性的罪刑均衡原则。亦即，罪刑均衡中的均衡，虽然可能表现 为轻罪轻判，但并不意味着重罪必须重判，而是指刑罚不得超出责任的上限。所以，即使 罪行重大，也可能因为预防的必要性小，而科处较轻的刑罚。同样，所谓“刑罚与责任相 适应”、“刑罚以责任为基础”，都只能是非对称性的，亦即，刑罚可以达到责任刑的点，但 不能以任何理由超过这个点；反之，刑罚可以基于预防必要性小以及其他刑事政策的理 由，低于责任刑的点。换言之，所谓“刑罚与责任相适应”、“刑罚以责任为基础”，并不意 味着在任何场合刑罚的程度必须与责任程度相应，只是要求刑罚在任何场合都不得超过 责任程度。

第四，受法定刑的制约，在没有减轻处罚的情况下，不得低于法定最低刑判处刑罚；在 没有免除处罚的情况下，不得免除处罚。

通过上述分析，可以得出以下结论：（1）重罪重判、轻罪轻判意义上的罪刑均衡，只是 就责任刑而言，而不是就宣告刑而言。因为宣告刑是在责任刑之下考虑预防目的而形成 的刑罚。由于责任刑与预防刑并不成正比例关系，所以，宣告刑不可能、也不应当完全与 罪行相均衡。（2）从宣告刑上来说，重罪也可能轻判。因为即使责任刑重，但如果一般预 防或特殊预防的必要性小，就可以从轻判处刑罚。（3）从宣告刑上来讲，轻罪能否重判， 便取决于如何理解“重判”。倘若认为重判是指为了一般预防或者特殊预防的需要，突破 轻罪的责任刑重判，那么，对轻罪就不可能重判。倘若认为重判是指为了实现特殊预防的 需要，而在责任刑之下从重处罚，那么，对轻罪就可以重判。但需要重申的是，不能为了一 般预防的需要而在责任刑之下从重处罚D

四**、量刑根据**

刑法第61条规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性 质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”这是对量刑的事实根据与 法律根据的规定。

（一）以犯罪事实为根据（事实根据）

以犯罪事实为根据，是指以犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度为 根据。要全面贯彻这一原则，就必须做到如下几点：

1. 认真查清犯罪事实。这里的犯罪事实，是指符合刑法规定的犯罪构成的主客观事 实。认真查清犯罪事实，是正确量刑的第一个关键。
2. 准确认定犯罪性质。这里的犯罪性质，是犯罪构成所表现的犯罪性质（犯罪的质 的规定性）。不同的罪质，标志着各该犯罪行为侵害、威胁法益的锋芒所向不同。法官在 量刑时，要先确定与该犯罪的罪质相对应的法定刑是什么。认准了这一点，就在总体上为

**552**刑法学（第五版）

正确量刑提供了根本保证，即使在具体选择刑种、刑度时略有偏颇，也不致刑罚畸轻畸重。 概言之，确定了犯罪性质，也就确定了应当适用的刑法条文，从而基本选定了与该犯罪的 性质相对应的法定刑。

1. 全面掌握犯罪情节。这里的犯罪情节，是指不具有犯罪构成事实的意义，却与不法 责任具有密切联系，从而影响犯罪的不法与责任程度的各种事实情况。认定犯罪性质，只 是确定了应当适用的刑法条文，并没有完全选定法定刑，故不等于量刑的结果完全正确。 在犯罪性质相同的犯罪中，犯罪情节不尽相同，因此犯罪的不法与责任程度也不一样。在 刑法规定了不同层次的法定刑的犯罪中，分清各该犯罪行为的情节属于哪个层次，对于正 确量刑具有特别重要的意义。从刑法规定自首、立功等制度的精神来看，量刑时应考虑一 些案外情节，如犯罪人的某些个人情况、犯罪前的表现与犯罪后的态度等。换言之，量刑 时还必须考虑犯罪人的再犯罪可能性大小程度。
2. 综合评价犯罪的社会危害程度。刑法第61条中的“对于社会的危害程度”，是指 对罪行的综合评价。即在量刑时，应当通过分析、考察犯罪事实、性质与情节，综合评价罪 行的程度。但是，这里的综合评价，并不是指不法与责任的相加，而是指有责的不法程度 和行为人再犯罪可能性的大小。特别要说明的是,行为人没有责任的不法事实，不能成为 量刑根据。

（二）以刑事法律为准绳（法律根据）

正确认定和评价了犯罪的事实、性质、情节和危害程度，并不意味着量刑必然适当。 要做到量刑适当，还必须以刑事法律为准绳。

1. 必须依照刑事法律关于各种刑罚方法的适用权限与适用条件的规定裁量刑罚。例 如，死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子;对于危害国家安全的犯罪分子，必须附加剥 夺政治权利。又如，对于一个犯罪不能同时判处两个主刑；附加刑既可以独立适用，也可 以附加适用。这些都是法院量刑时必须严格遵守的规定。
2. 必须合理选择刑法分则规定的法定刑，并依照法定刑裁量刑罚。行为触犯哪一个 分则条文，就以哪一个条文规定的法定刑为标准;然后在法定刑内选择刑种与刑度；即使 是从重、从轻、减轻处罚，也要以选定的法定刑为标准。［13〕在分则条文就同一犯罪规定了 几个不同法定刑的情况下，应当根据罪行本身的程度合理选择法定刑。〔14〕
3. 必须依照刑法关于刑罚裁量制度的规定裁量刑罚。例如，刑法规定了缓刑、数罪并 罚等制度。在裁量刑罚时，必须遵循这些制度。
4. 必须依照刑法关于各种量刑情节的适用原则裁量刑罚。刑法规定了各种从重、从 轻、减轻与免除处罚的情节，从重、从轻、减轻或者免除处罚又有其特定含义。法院裁量刑 罚时，必须遵守刑法关于量刑情节的各种规定，正确把握刑法所规定的从重、从轻处罚、减

〔**12**〕由于有的犯罪存在数个法定刑，故确定了犯罪性质还不等于完全选定了法定刑。

（13）我国刑法规定的法定刑的幅度比较大，也比较重；司法实践中的重刑主义倾向也相当明显。为了扭转判刑 过重的局面，本书作者建议有权机关作出如下规定：在没有特殊理由的情况下，不得判处法定刑“中间线” （大体意义）以上的刑罚。如法定刑为3年以上10年以下有期徒刑时，如果没有特别理由，不得判处7年以 上有期徒刑；法定刑为10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑时，如果没有特殊理由，不得判处死刑；如此等

等。

〔14〕洱犯罪可能性的大小，不是选择法定刑的根据。

第十三章刑罚的裁量**553**

轻与免除处罚的含义。

不难看出，如何理解和运用量刑情节以及理解刑法所规定的从重、从轻、减轻处罚与 免除处罚的制度（量刑制度），对于量刑具有重要意义。

第二节量刑情节

**一、量刑情节的概念**

量刑情节，是指在某种行为已经构成犯罪的前提下，法院对犯罪人裁量刑罚时应当考 虑的，据以决定量刑轻重或者免除刑罚处罚的各种情况。

量刑情节必须是在某种行为已经构成犯罪的前提下，于量刑时应考虑的各种情况。 因此，量刑情节是不具有犯罪构成事实意义的事实情况。如果它本身属于犯罪构成的内 容，则是区分罪与非罪、此罪与彼罪的事实因素，而不是量刑情节。如刑法第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。”这里的“情节严重”是作为构成要件规定的，因而不是量 刑情节。〔155有些事实情况.兼有犯罪构成事实与量刑情节两种功能，这就要根据刑法的 具体规定予以区分。如死亡结果，相对于过失致人死亡罪而言，是构成要件要素，不是量 刑情节;但相对于污染环境罪而言，则是量刑情节。量刑情节虽然不具有犯罪构成事实的 意义，但与不法、责任以及行为人的再犯罪可能性大小具有密切联系。

量刑情节是反映罪行轻重以及行为人的再犯罪可能性大小，从而影响刑罚轻重的各 种情况。既然是量刑情节，当然是影响量刑的情节，但只有当某种事实情况反映罪行轻重 以及行为人的再犯罪可能性大小时，才能影响量刑（个别量刑情节是基于政策或者人道 主义的理由）。

量刑情节是选择法定刑与决定宣告刑的依据。在一个犯罪具有几个层次的法定刑 时，法官应当根据刑法规定的情节选择法定刑。例如，刑法第274条规定:“敲诈勒索公私 财物，数额较大或者多次敲诈勒索的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处 罚金;数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金;数额特 别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。”是否达到“数额巨 大”以及是否“有其他严重情节”便成为选择法定刑的标准。既然该情节影响法定刑的选 择，当然就影响量刑，在这个意义上说，数额巨大等严重情节，属于敲诈勒索罪的量刑情 节。〔16〕所应注重的是，在刑法对犯罪只规定了一个法定刑的情况下，量刑情节便不是选 择法定刑的依据。宣告刑以法定刑为基准，法院以法定刑为基准选择具体的刑种与刑度 或者免除刑罚处罚时，同样以量刑情节为依据。宣告刑虽以法定刑为基准，但又可能根据

〔**15**〕当然，作为构成要件的情节的严重程度依然会对量刑产生影响。

（16）这种影响法定刑选择的情节应否视为量刑情节，取决于对量刑概念的理解。如果认为量刑包括法定刑的选 择，则影响法定刑选择的情W属于量刑情节；如果认为量刑情节是在既定法定刑之下影响量刑的情节，则影 响法定刑选择的情节不是量刑情节3

**554**刑法学（第五版）

刑法总则的规定突破法定最低刑（禁止突破法定最高刑），如具有减轻、免除刑罚处罚的 情节时，可能低于法定刑判处刑罚或者免除刑罚处罚，故量刑情节也成为突破法定最低刑 的依据。由于法定刑有一定幅度，并且可以在一定条件下突破法定刑，这便使法官具有一 定的自由裁量权,而法官行使自由裁量权的事实根据,就是量刑情节。

二、量刑情节的分类

（一） 量刑情节的分类概述

量刑情节繁多，可以根据不同标准从不同角度对其进行分类。

以刑法有无明文规定为标准，可以将量刑情节分为法定情节与酌定情节。前者是刑 法明文规定在量刑时应当予以考虑的情节;后者是刑法未作明文规定，根据刑法精神与有 关刑事政策，在量刑时需要酌情考虑的情节。以刑法是否就法定情节的功能做出绝对性 规定为标准，可以将法定情节分为应当型情节与可以型情节。前者是指刑法明文规定的， 对量刑应当产生从宽或从严影响的情节，如中止犯与累犯；后者是指刑法规定的，对量刑 可能产生从宽影响的情节（刑法没有规定对量刑可能产生从严影响的情节），如未遂犯。

以情节对量刑产生的轻重影响为标准，可以将量刑情节分为从宽情节与从严情节。 前者是指对犯罪人的量刑产生从宽或有利影响的情节，包括免除处罚的情节、减轻处罚情 节与从轻处罚情节；后者是对犯罪人的量刑产生从严或不利影响的情节，即从重处罚情 **■p □**

以情节与报应、预防的关系为标准，可以将量刑情节分为影响责任刑的情节与影响预 防刑的情节。例如，犯罪的结果，是影响责任刑的情节；犯罪人的一般表现，是影响预防刑 的情节。当然，不排除少数情节具有双重功能。例如，犯罪后如实供述自己罪行，避免特 别严重后果发生，则既是减少预防刑的情节，也是减少责任刑的情节。例如，行为人犯绑 架罪后被抓捕，如实供述自己罪行，避免了被绑架人伤亡结果。就如实供述自己罪行而 言，是减少预防刑的情节，也有政策的奖励;就避免了被绑架人伤亡结果而言，则因为减少 了绑架行为的不法程度，因而使其责任刑减少。

以情节与犯罪行为在时间上的关系为标准，可以将量刑情节分为案中情节与案外情 节。前者是犯罪过程中出现的各种情节，如犯罪手段、犯罪动机等;后者是在犯罪行为之 前或之后出现的情节，如犯罪人的一贯表现、犯罪后的态度。一般来说，案中情节是影响 责任刑的情节;案外情节是影响预防刑的情节。但如后所述，也有例外。

以同一量刑情节对量刑影响的功能多少为标准，可以将量刑情节分为单功能情节与 多功能情节。前者是只对量刑具有单一功能的量刑情节，它对量刑的影响仅有一种可能 性，如累犯只能对量刑产生从重影响，属于单功能情节；后者是对量刑具有两种以上功能 的量刑情节，它对量刑的影响具有两种以上可能性，如从犯情节可能产生从轻、减轻与免 除处罚的效果。

（二） 法定量刑情节

法定量刑情节（法定情节），包括刑法总则规定的情节与刑法分则（包括单行刑法）规 定的情节。

〔I7〕以下排列的法定情节，不包括影响法定刑升格与降低的情节，除有特别说明的以外所列条款均指刑法典的 条款。

第十三章刑罚的裁量**555**

1. 应当免除处罚的情节:没有造成损害的中止犯（第24条第2款前段）。
2. 可以免除处罚的情节：（1）犯罪较轻且自首的（第67条第1款后段）；（2）非法种植 毒品原植物在收获前自动铲除的（第351条第3款）。
3. 应当减轻或者免除处罚的情节：（1）防卫过当（第20条第2款）；（2）避险过当（第 21条第2款）；（3）胁从犯（第28条）。
4. 应当减轻处罚的情节:造成损害的中止犯（第24条第2款后段）。
5. 可以免除或者减轻处罚的情节：在国外犯罪，已在外国受过刑罚处罚的（第10

条）。

1. 可以减轻或者免除处罚的情节：（1）有重大立功表现的（第68条后段）；（2）在被追 诉前主动交待向非国家工作人员等行贿行为的（第164条第4款）；（3）拒不支付劳动报 酬，尚未造成严重后果，在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任 的（第276条之一第3款）；（4）在被追诉前主动交待向国家工作人员行贿事实，行贿情节 较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的（第390条第2款后段）； （5）介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的（第392条第2款）。
2. 应当从轻、减轻或者免除处罚的情节:从犯（第27条第2款）。
3. 可以从轻、减轻或者免除处罚的情节：（1）又聋又哑的人或者盲人犯罪（第19条）；

（2）预备犯（第22条第2款）；（3）个人贪污、受贿数额较大或者有其他较重情节，在提前 公诉前如实供述自己罪行、真诚悔悟、积极退赃，避免、减少损害结果发生的（第383条第 3款前段）。

1. 应当从轻或者减轻处罚的情节：（1）已满14周岁不满18周岁的人犯罪（第17条第 3款）；（2）已满75周岁的人过失犯罪的（第17条之一后段）。
2. 可以减轻处罚的情节：犯罪后如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的（第 67条第3款后段）。
3. 可以从轻或者减轻处罚的情节：（1）已满75周岁的人故意犯罪的（第17条之一 前段）；（2）尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的（第18条第3 款）；（3）未遂犯（第23条第2款）；（4）被教唆的人没有犯被教唆的罪时的教唆犯（第29 条第2款）；（5）自首的（第67条第1款中段）；（6）有立功表现的（第68条前段）；（7）收 买被拐卖的妇女后，按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的（第241条第6款后 段）；（8）行贿人在被追诉前主动交待向国家工作人员行贿行为的（第390*条第2*款前段）。
4. 可以从轻处罚的情节：（1）犯罪后如实供述自己罪行的（第67条第3款前段）； （2）收买被拐卖的儿童后，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的（第241条 第6款前段）；（3）个人贪污、受贿数额巨大或者有其他严重情节，以及数额特别巨大或者 有其他特别严重情节，在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔悟、积极退赃，避免、减少 损害结果发生的（第383条第3款后段）。
5. 应当从重处罚的情节：（1）教唆不满18周岁的人犯罪的（第29条第1款后段）； （2）累犯（第65条第1款）；（3）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（第104条第2款）；（4）与境外机构、组织、 个人相勾结犯刑法第103条、第104条、第105条规定之罪的（第106条）；（5）掌握国家秘 密的国家工作人员犯叛逃罪的（第109条第2款）；（6）武装掩护走私的（第157条第1

**556**刑法学（第五版）

款）；（7）国有公司、企业、事业单位的工作人员，徇私舞弊犯刑法第168条第1款与第2款 之罪的（第168条第3款）；（8）伪造货币并出售或者运输伪造的货币的（第171条第3 款）；（9）银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，窃取、收买或者非法提供 他人信用卡信息资料的（第177条之一第3款）；（10）银行或者其他金融机构的工作人员 违反国家规定，向关系人发放贷款的（第186条第2款）；（11）奸淫幼女的（第236条第2 款）；（12）猥亵儿童的（第237条第3款）；（13）非法拘禁具有殴打、侮辱情节的（第238条 第1款后段）；（14）国家机关工作人员利用职权犯刑法第238条前3款规定之罪的（第 238条第4款）；（15）国家机关工作人员犯诬告陷害罪的（第243条第2款）；（16）司法工 作人员滥用职权犯非法搜查罪或非法侵入住宅罪的（第245条第2款）；（17）刑讯逼供或 暴力取证致人伤残、死亡的（第247条）；（18 ）虐待被监管人致人伤残、死亡的（第248条 第1款）；（19）邮政工作人员私拆、隐匿、毁弃邮件、电报而窃取财物的（第253条第2 款）；（20）将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人 的（第253条之一第2款）；（21 ）暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的（第277条第5 款）；（22）冒充人民警察招摇撞骗的（第279条第2款）；（23）引诱未成年人参加聚众淫乱 活动的（第301条第2款）；（24）司法工作人员以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证、 指使他人作伪证或者帮助当事人毁灭、伪造证据的（第307条第3款）；（25）提起虚假诉 讼，非法占有他人财产或者逃避合法债务，又构成其他犯罪的（第307条之一第3款）； （26）司法工作人员利用职权，与他人共同实施虚假诉讼行为的，以及同时构成其他犯罪 的（第307条之一第4款）；（27）盗伐、滥伐国家级0然保护区内的森林或者其他林木的 （第345条第4款）；（28）利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品或者向未成年人 出售毒品的（第347条第6款）；（29）缉毒人员或者其他国家机关工作人员掩护、包庇走 私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的（第349条第2款）；（30）引诱、教唆、欺骗或者强 迫未成年人吸食、注射毒品的（第353条第3款）；（31 ）因走私、贩卖、运输、制造、非法持 有毒品罪被判过刑，又实施毒品犯罪的（第356条）；（32）组织、强迫未成年人卖淫的（第 358条第2款）；（33）旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的主要负责人 利用本单位的条件，组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫的（第361条第2款）；（34）制 作、复制淫秽的电影、录像等音像制品组织播放的（第364条第3款）；（35）向不满18周 岁的未成年人传播淫秽物品的（第364条第4款）；（36）战时破坏武器装备、军事设施、军 事通信的（第369条）；（37）挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人 使用的（第384条第2款）；（38）索取贿赂的（第386条后段）；（39）徇私舞弊犯食品监管 渎职罪的（第408条之一第2款）；（40）战时阻碍军人执行职务的（第426条后段）； （41）伪造、变造海关签发的报关单等凭证和单据，并用于骗购外汇的（《关于惩治骗购外 汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第丨条第2款）；（42）海关、外汇管理部门以及金融 机构、从事对外贸易经营活动的公司、企业或者其他单位的工作人员与骗购外汇或者逃汇 的行为人通谋，为其提供购买外汇的有关凭证或者其他便利条件的，或者明知是伪造、变 造的凭证和单据而售汇、付汇的（上述《决定》第5条）。〔叫

上述法定量刑情节中，分则规定的情节在罪刑各论中研究；总则规定的贵刑情节，除

U8〕我国的司法解释规定了不少从重处罚的情P。本书认为，司法解释规定的量刑情节均属于酌定量刑情节。

第十三章刑罚的裁量**557**

累犯、自首、立功与坦白外，在前面已有论述。

（三）酌定量刑情节

酌定量刑情节，简称酌定情节，它虽然不是刑法明文规定的情节，但对量刑仍然起着 重要影响作川其中，有的是影响责任刑的情节，有的是影响预防刑的情节。酌定的量刑 情节不可能类型化，凡是能够影响不法、责任的轻重，或者能够说明预防必要性大小的事 实，都可能成为酌定的量刑情节（具体内容参见本章第四节）。

符合法定从宽处罚情节的部分条件的，如虽然投案但不符合自首条件的，虽然有中止 行为但没有阻止结果发生的，虽然提供他人犯罪证据但不符合立功条件的，均属于酌定从 宽处罚情节。［19〕酌定从宽处罚情节并非仅适用于轻罪，而是同样适用于重罪。换言之， 不管罪行轻重如何，只要行为人具备酌定从宽处罚情节,就应酌情从宽处罚。将酌定从宽 处罚的情节仅适用轻罪的观念与做法，明显有悖于刑罚的正当化根据。

对于酌定从重情节的适用必须进行严格限制。例如，犯罪人在18周岁之前的过失犯 罪、一般违法行为与其他不良表现，都不得作为从重处罚的情节。这也是对累犯的刑法规 定进行当然解释的原理决定的、亦即，既然18周岁之前受到有期徒刑以上处罚的故意犯 罪，都不能成为从重处罚的情节（不成立累犯），那么，18周岁之前的较之更轻的过失犯 罪、一般违法行为和其他不良表现，就更不能成为从重处罚的情节。

三、累犯

（一）累犯的概念

累犯，是指被判处一定刑罚的犯罪人，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在法定期限内 又犯一定之罪的情形。作为量刑情节，累犯是一种特定的再次犯罪的事实（recidivism）; 作为量刑对象，累犯是指特定的累犯人（recidivist） o

在当今刑法理论中，累犯与再犯已不是等同概念。凡是第二次犯罪的，均可谓再犯， 但累犯的成立条件比再犯更为严格,累犯与常习犯也存在严格区别。常习犯是反复实施 某种犯罪而形成了犯罪习癖的情况累犯仅具有形式的基准，即基于纯粹偶然的原因而 再次犯罪的，也可能成立累犯；而常习犯的成立具有实质的标准，即必须是作为习癖的发 现而反复实施某种犯罪。累犯是因为无视刑罚的体验再次犯罪而被认为再犯罪可能性 大;常习犯是因为具有反复实施犯罪的危险性格而被认为反复犯罪的可能性大。但常习 犯中可能包含了累犯的情况，累犯也可能发展为常习犯。

对累犯从重处罚，是基于特殊预防的考虑。问题在于，对累犯从重处罚是否违反了禁 止重复评价的原则？对此应持否定回答。对累犯从重处罚，是对行为人所犯的新罪从重 处罚，对新罪从重处罚的根据是其无视以往刑罚的体验而再次犯罪;而不是动摇对前罪所 判的刑罚，更不是针对前罪判处刑罚。

对累犯从重处罚，是否违反责任主义？在日本，刑罚的加重减轻方法，使累犯加重的 规定违反责任主义。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。”当行为人属于累犯时，其法定刑便修正为“十五年以 下惩役或者五十万元以下罚金”。但正如日本学者所言：“即使符合累犯加重的要件，就 后罪而言，也难以认为其行为的违法性与有责性严重到超出通常的法定刑范围的程度。

〔**19**〕但是，不符合法定从重处罚条件的，不能以部分符合为由从重处罚,.

**558**刑法学(第五版)

即使肯定类型性地责任加重，也不能说明现行法所认可的这种大幅度的刑罚加重。所以， 应当从刑事政策的见地将累犯规定理解为责任主义的例外的一种制度。”〔2Q〕我国的刑罚 从重处罚制度，则能避免日本的问题。由于对累犯从重并不意味着法定刑的修正，所以， 对累犯依然只能在责任刑的点以下裁量刑罚，因而符合责任主义原则。

1. 累犯的种类与成立条件

根据刑法第65条和第66条的规定，累犯分为一般累犯与特殊累犯，其成立条件不 同，但法律后果没有区别。

1. 一般累犯

刑法第65条第1款规定：“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者 赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但 是过失犯罪和不满十八周岁的人犯罪的除外。”这是关于一般累犯的规定。据此，一般累 犯的成立条件如下：

1. 前罪与后罪都必须是故意犯罪，如果前后两罪或者其中一罪是过失犯罪，就不成 立累犯。这样规定是因为，过失犯罪的有责性，轻于故意犯罪的有责性，过失犯罪人的再 犯罪可能性也比较小，过失犯罪事实上也比故意犯罪少得多，而累犯制度的设立以遏制犯 罪人再次犯罪为目的，故没有必要对过失犯罪设立累犯制度。
2. 行为主体实施前罪与后罪时，都必须已满18周岁。犯后罪时不满18周岁的，不 得认定为累犯;同样，犯前罪时不满18周岁但犯后罪时已满18周岁的，也不构成累犯。 一方面，未成年人容易接受教育改造，不以累犯从重处罚，也足以预防其再次犯罪。另一 方面，对未成年人犯罪不以累犯论处，符合我国注重对未成年犯罪人进行保护性教育的刑 事政策。
3. 前罪被判处有期徒刑以上刑罚，后罪应当判处有期徒刑以上刑罚。其中，前罪被 判处有期徒刑以上刑罚，是指法院最后确定的宣告刑为有期徒刑以上刑罚。前罪因为数 罪并罚而被宣告有期徒刑以上刑罚的，只要其中的故意犯罪被判处有期徒刑以上刑罚，也 符合成立累犯所要求的“前罪”条件。例如，甲因盗窃被判处6个月有期徒刑，因过失致 人死亡被处2年有期徒刑，数罪并罚决定执行2年有期徒刑；甲刑罚执行完毕后经过了 4 年6个月时又犯抢劫罪的，应认定为累犯。但是，倘若其中的盗窃仅被判处6个月拘役， 即使数罪并罚决定执行2年有期徒刑，也不能认定为累犯。后罪应当判处有期徒刑以上 刑罚，不是指法定刑为有期徒刑以上刑罚，而是指根据后罪的事实以及刑法规定，应当判 处有期徒刑以上刑罚。这一条件表明，只有当前罪与后罪都是比较严重的犯罪时,才成立 累犯，这便将从重处罚的累犯限定在严重犯罪的范围内。

需要说明的是，后罪为数罪时，对应当判处拘役、管制或者单处附加刑的犯罪，不得适 用累犯从重处罚的规定。例如，甲犯故意伤害罪被判处有期徒刑3年，在3年有期徒刑执 行完毕以后的五年内又犯盗窃罪与使用虚假身份证件罪，其中的盗窃罪应当判处有期徒 刑4年，使用虚假身份证件罪应当判处管制。此时，只能将盗窃罪作为累犯从重处罚，而 不能将使用虚假身份证件罪也作为累犯从重处罚。

值得注意的是，在行为人已经执行了有期徒刑以上刑罚的情况下，考虑后罪应否判处

C20)［日］并田良：《讲义刑法学•总论》，有斐阁2008年版，第558 ~ 559页。

第十三章刑罚的裁量**559**

有期徒刑时，不能将前罪与执行前罪刑罚的事实作为量刑情节；只有当后罪本身的罪行与 再犯罪可能性决定了应当判处有期徒刑以上刑罚时，才符合累犯的条件。特别是当后罪 的成立以“情节严重”为要件时，不能将犯前罪的事实作为后罪的严重情节予以考虑，否 则便严重违反了禁止重复评价的原则。司法实践中存在这样的做法:后行为本身是否成 立犯罪尚有疑问，考虑到行为人曾经犯罪并被判处有期徒刑的事实，于是，不仅将后行为 认定为犯罪，而且作为累犯从重处罚。但这种重复评价的做法应当杜绝。此外，为了作为 累犯从重处罚，而有意识地将不应判处有期徒刑的后罪判处有期徒刑的做法，也是错误 的。

需要研究的是，被国外法院判处并执行有期徒刑以上刑罚后再犯罪的，能否认定为累 犯？如果对国外的刑事判决采取积极承认的做法，则无疑应宣告为累犯。我国采取的是 消极承认，尽管如此,仍然应认定为累犯。因为消极承认的前提是考虑到行为人在外国受 到刑罚处罚的事实，而免除或者减轻处罚；同样，在行为人于我国犯新罪时，我国法院也应 该考虑行为人在外国受到刑罚处罚的事实，如果符合我国刑法规定的累犯条件，就应以累 犯论处。这与消极承认并不矛盾。

（4）后罪发生的时间，必须在前罪所判处的刑罚执行完毕或者赦免以后的5年之内。 据此，犯罪人在刑罚执行完毕或者赦免5年以后再次犯罪的，不构成累犯，只是酌定量刑 情节。旧刑法将这种吋间条件规定为3年,现行刑法改为5年。修改的理由是:在3年以 后重新犯罪的仍占相当大的比例;适当延长构成累犯的期间，有利于巩固劳动改造成果； 外国刑法一般也将时间期限规定为5年甚至更长。上述5年的期限，从刑罚执行完毕之 日或者赦免之日起计算;〔21〕对于被假释的犯罪人，应从假释期满之日起计算。由于累犯 的成立以前罪“刑罚执行完毕或者赦免以后”5年内再犯罪为条件，故被假释的犯罪人在 假释考验期内再犯新罪的，被判处缓刑的犯罪人在缓刑考验期内再犯新罪的，以及被判处 缓刑的犯罪人在缓刑考验期满后再犯新罪的，都不成立累犯。此外，刑罚执行完毕是指主 刑执行完毕，附加刑是否执行完毕不影响累犯的成立。

问题是，如何理解“在五年以内冉犯……罪”？亦即，在数额犯、徐行犯、集合犯、持续 犯、隔时犯之类的场合，行为人在5年内产生犯罪故意并着手实行犯罪，但综合5年外的 行为才达到成立犯罪的数额、情节、时间标准的，是否成立累犯？例如，甲在刑罚执行完毕 后，在5年内销售伪劣产品的金额为4万元（销售金额5万元以上才成立犯罪），在5年外 销售伪劣产品的金额为6万元（假定销售伪劣产品10万元的应当判处有期徒刑）。甲是 否成立累犯？从法条的字面含义来看，只有在5年内再“犯……罪”的，才是累犯，这似乎 意味着只在当5年内的行为完全达到成立犯罪的数额、情节标准时，才是累犯。但是，累 犯从重处罚的根据在于行为人在一定期间内无视刑罚的体验再次故意实施犯罪。所以， 只要能够认定行为人在5年内再次故意实施犯罪行为，即可认定为累犯。据此，对甲应以 累犯论处。再如，乙在刑罚执行完毕后，在5年内实施了连续犯中的一次犯罪，在5年外

1. 这是存在争议的问题，即5年的起算日是指前罪的受刑最终日，还是受刑最终日的次日？因为在司法实践 中，并不是受刑最终日的次日才释放受刑人，而是在受刑最终日的当天释放受刑人。当行为人于释放之日 再犯应当判处有期徒刑之罪时，既可以说是在受刑最终日犯罪，也可能说是在刑罚执行完毕之后犯罪。如 果采取前者的立场，则不是累犯，而是数罪并罚的问题（后罪的刑罚与前罪尚未执行的1天实行并罚）；如果 采取后者的立场，则属于累犯，应从重处罚.不存在数罪并罚的问题。本书倾向于前一立场。

**560**刑法学（第五版）

实施了连续犯中的另几次犯罪。即使对连续犯以一罪论处，对甲也宜认定为累犯。以上 只是本书的初步看法，合适与否还需要进一步研究。

值得研究的另一问题是，由于有期徒刑与管制的并罚是在有期徒刑执行完毕后再执 行管制，而累犯的前后两罪的刑罚都是有期徒刑以上刑罚，所以，当前罪（数罪）的有期徒 刑执行完毕或者赦免时，管制才开始执行,在这种情况下，前罪的“刑罚执行完毕或者赦 免以后”中的刑罚是指有期徒刑以上刑罚，还是指管制？例如，甲因犯盗窃罪与使用虚假 身份证件罪，于2016年1月1日分别被判处有期徒刑1年和管制1年;2016年12月31 日有期徒刑执行完毕，同时起开始执行管制;管制执行完毕的日期是2017年12月30曰。 那么，“在五年之内再犯……罪”应当从哪一天开始计算？本书看法是，应当从有期徒刑 执行完毕或者赦免之日起开始计算，而不是从管制执行完毕之日起开始计算。如果甲在 管制期间再犯罪的，不仅成立累犯，而且应当刑法第71条的规定，将管制与新罪实行数罪 并罚。

1. 特殊累犯

刑法第66条规定:“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯 罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯上述任一类罪的，都以累犯论 处。”这是关于特殊累犯的规定。据此，特殊累犯的成立条件如下：

（1） 前罪和后罪都必须是危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯 罪。只要前罪与后罪是这三类罪之一，如前罪是危害国家安全犯罪，后罪是恐怖活动犯罪 的，或者前罪是恐怖活动犯罪，后罪是黑社会性质的组织犯罪的，均成立特殊累犯。如若 前后两罪或者其中一罪不是这三类犯罪，则不成立特殊累犯，符合条件的成立一般累犯。 倘若行为人的前罪发生在旧刑法时代，被认定为反革命罪，现行刑法也将该罪规定为危害 国家安全罪（如投敌叛变罪、间谍罪等），行为人在现行刑法实施后犯危害国家安全罪的， 应认定为特殊累犯。如果前罪发生在旧刑法时代，被认定为反革命罪，但现行刑法未将该 罪规定为危害国家安全罪（如组织越狱罪、聚众持械劫狱罪等），行为人在现行刑法实施 后犯危害国家安全罪的，则不能认定为特殊累犯。如果前罪发生在旧刑法时代，未被认定 为反革命罪，但现行刑法将该行为规定为危害国家安全罪，行为人在现行刑法实施后犯危 害国家安全罪的，也不应认定为特殊累犯。

（2） 必须是在刑罚执行完毕或者赦免以后再犯罪。因此，如果前罪是免予刑罚处罚， 也不属于被赦免的，就不成立特殊累犯。至于前罪所判处的刑罚种类，后罪应当判处何种 刑罚，以及前罪与后罪的相隔时间，都不影响特殊累犯的成立。

刑法第69条第2款前段规定:“数罪中有判处有期徒刑和拘役的，执行有期徒刑。”这 一规定影响了特殊累犯的认定。例如，甲因犯诈骗罪被判处有期徒刑3年，因犯参加黑社 会性质组织罪被判处拘役3个月，数罪并罚时仅执行有期徒刑。甲在3年有期徒刑执行 完毕后的第6年，实施了为境外窃取情报的犯罪行为。甲的前后两罪所间隔的时间已经 不符合普通累犯的成立条件。按照刑法第66条规定的精神，甲所犯前后罪均有成立特殊 累犯所要求之罪，理应成立特殊累犯。但是，甲此前的参加黑社会性质组织罪所判处的刑 罚（拘役）并没有执行，也并非被赦免，所以，不符合“刑罚执行完毕或者赦免”的条件。那 么，能否认为甲所执行的诈骗罪的有期徒刑包含了因参加黑社会性质组织罪被判处的拘 役呢？倘若认为有期徒刑“吸收” 了拘役，亦即，执行有期徒刑意味着同时执行了拘役，或

第十三章刑罚的裁量**561**

许也能得出这种结论。于是，甲仍然构成特殊累犯。可是，第69条第2款前段的表述，意 味着拘役不是被有期徒刑“吸收”，而是完全不执行。进一步联系第69条第1款的表述还 可以看出，当死刑吸收无期徒刑、有期徒刑与管制等刑罚时，绝对不可能说在执行死刑的 同时也执行了无期徒刑、有期徒刑与管制；同样，当无期徒刑吸收拘役与管制时，绝对不可 能说在执行无期徒刑时同时执行了拘役与管制。既然如此，就不能认为执行有期徒刑时 同时执行了拘役。事实上，执行有期徒刑时也不可能同时执行拘役。既然如此，就不能认 为甲已经执行了因参加黑社会性质组织罪被判处的3个月拘役。此外，由于“赦免”有特 定含义，在上例中，也不能认为甲因参加黑社会性质组织罪被判处的拘役被“赦免”了。 概言之，虽然甲实质上符合特殊累犯的条件，但由于形式上确实不符合特殊累犯的条件， 故不能以特殊累犯论处。这一结论虽然缺乏实质合理性，但似乎没有更好的解决方案。

（三）累犯的法律后果

与初犯相比，累犯因无视前刑的体验而具有更大的再犯罪可能性，故许多国家的刑法 采取有效措施对累犯进行严厉制裁。其中，有的国家刑法采取加重处罚主义，即高于法定 刑判处刑罚；有的国家刑法采取刑罚与保安处分并科主义，即在判处刑罚的同时，科以一 定的保安处分;有的国家刑法采取不定期刑主义，即对累犯宣告不定期刑，待其得到改善 后才予释放;有的国家刑法采取从重处罚主义。

我国刑法第65条对累犯采取了从重处罚主义。首先，对累犯必须从重处罚，即不管 是一般累犯还是特殊累犯，都必须从重处罚。其次，只能在责任刑之下从重处罚。最后， 在决定从重的幅度时，除了考虑后罪的事实、性质、情节和对社会的危害程度外，还要考虑 后罪与刑罚执行完毕或赦免时间的间隔、后罪与前罪的关系、犯后罪的原因等。

特别要指出的是，虽然累犯是最能说明特殊预防必要性大的情节，但这是就一般情形 而言，不能排除在极少数情况下，犯罪人不是因为无视自己的刑罚体验而再次犯罪，而是 由于其他特殊原因导致其再次犯罪（如因受被害人的严重迫害而故意犯罪，但又不具备 违法阻却事由）。如果是后者，就并不说明犯罪人的特殊预防必要性大，从重处罚就不一 定适当。正因为如此，日本等国刑法只是规定对累犯加重最髙刑，而并不提高最低刑。据 此，在犯罪人基于特殊原因导致其再次犯罪，并不表明其特殊预防必要性大时，就仍然可 以判处通常之刑。但是，我国刑法明文规定了对累犯应当从重处罚。在这种情况下，法官 必须通过考察犯罪人再次犯罪的原因、刑罚执行完毕与再次犯罪的期间长短等因素，来决 定从重的幅度。对基于特殊原因再次犯罪的，从重幅度应当控制在极小的范围内。

四、自首

（一）自首概述

根据刑法第67条的规定，自首，是指犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的行 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，如实供述司法机关还未掌 握的本人其他罪行的，以自首论。据此，自首可以分为一般自首与准自首。

刑法总则规定的自首制度适用于一切犯罪（包括故意犯罪与过失犯罪、自然人犯罪 与单位犯罪），旨在通过鼓励犯罪人自动投案，一方面促使犯罪人悔过自新，不再继续作 案；另一方面使案件及时侦破与审判。这两个方面既是设立自首制度的目的，也是设立自 首制度的根据。换言之，将自首规定为任意的（“可以”而非“应当”）从轻、减轻处罚事由， 一方面是考虑到犯罪人可能具有悔过自新之意，因而其再犯罪可能性减小;另一方面是基

**562**刑法学（第五版）

于使案件得以及时侦破与审判的政策理由。在讨论自首的成立条件时，应以自首的立法 理由为依据。问题在于，上述两方面的根据或理由是只要具备其中之一即可，还是必须同 时具备？本书认为，正确的是前者而非后者。行为人虽自动投案后如实供述自己的罪行， 但无悔过自新之意的，也因为其行为使案件的侦查与审判变得更加容易而应认定为自 首。〔22 23〕

（二）一般自首的成立条件

一般自首，是指犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的行为。根据刑法的规定及 相关司法解释,〔23〕一般自首的成立条件如下：

1. 犯罪以后自动投案。自动投案，一般是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被公安、检 察、审判等办案机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到办案机关的调查谈话、讯 问,或者未被宣布采取调查措施或者强制措施、未被群众扭送时，主动将自己置于办案机 关的合法控制下，接受审查与裁判的行为。

自动“投案”，一般应是犯罪人向公安、检察、审判机关等办案机关投案；对于犯罪人 向所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的，也应视为投案。投案的实质是 将自己置于或最终置于公安、检察、审判机关的合法控制下，接受司法机关的审查与裁判。 按照司法解释的规定，犯罪嫌疑人具有以下情形之一的，应当视为自动投案：（1 ）犯罪后 主动报案，虽未表明自己是作案人,但没有逃离现场，在司法机关询问时交待自己罪行的； （2）明知他人报案而在现场等待，抓捕时无拒捕行为,供认犯罪事实的；（3）在司法机关未 确定犯罪嫌疑人，尚在一般性排查询问时主动交待自己罪行的；（4）因特定违法行为被采 取劳动教养、行政拘留、司法拘留、强制隔离戒毒等行政、司法强制措施期间，主动向执行 机关交待尚未被掌握的犯罪行为的（如后所述，这种情形属于一般自首还是准自首，还值 得研究）;（5）其他符合自首的立法宗旨，应当视为自动投案的情形。此外，交通肇事后保 护现场、抢救伤者，并向公安机关报告的，以及交通肇事逃逸后又自动投案的，均应认定为 自动投案。

犯罪人先投案交待罪行，后又潜逃的，不能认为是自动投案;〔24〕以不署名或化名将非 法所得寄给司法机关或报刊、杂志社的，也不是自动投案J25〕

自动“投案”，一般应是犯罪人直接向上述有关机关投案，但犯罪人因病、因伤或者为 了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案，或者先以电信投案的，也应视为投案。

自动“投案”，应是在犯罪人尚未归案之前投案。如在犯罪事实未被发觉时投案；在 犯罪事实虽被发觉，但没查清犯罪嫌疑人的时候投案;犯罪事实和犯罪嫌疑人都被发觉， 但犯罪嫌疑人未受到讯问、未被采取强制措施、未被群众扭送时投案；犯罪后逃跑，在通 缉、追捕的过程中投案;经查实犯罪人确已准备投案，或者正在投案途中，被司法机关捕获

［22］ 如果行为人自动投案如实供述自己的罪行，并有悔过自新之意，则必然使案件的侦査与审判变得更为容易， 应认定为自首。

（23］ 参见最高人民法院1998年4月17日《关于处理自首与立功具体应用法律若干问题的解释》，最高人民法院 2010年12月22日《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》，“两髙”2009年3月12日《关于办理职务 犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》。

C24］但潜逃后又投案并不再潜逃的，仍应认定为自动投案。

［25］但犯罪人后来向司法机关投案，并如实供述所犯罪行的,不影响自首的成立。

第十三章刑罚的裁量**563**

的，也应视为投案。被采取强制措施后逃跑然后再“投案”的，相对于被采取强制措施的 犯罪而言，不能认定为自动投案，但对新犯之罪仍能成立自动投案。例如，甲犯抢劫罪后 被逮捕，脱逃后又投案的，只成立脱逃罪的自动投案，不成立抢劫罪的自动投案。再如，乙 犯盗窃罪被取保候审，逃往外地时又犯抢劫罪，然后向司法机关投案，如实供述抢劫事实 的，只成立抢劫罪的自动投案，不成立盗窃罪的自动投案。

“自动”投案，是指犯罪人基于自己的意志积极主动地投案。但是，在罪行尚未被司 法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交待自己的罪行 的，也应认为是自动投案（如果有关部门、司法机关在其身上、随身携带的物品、驾乘的交 通工具等处发现与犯罪有关的物品，导致行为人的交待对确定犯罪嫌疑人不具有实际意 义的，不能认定为自动投案）；并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的， 应视为自动投案;公安、检察机关通知犯罪嫌疑人的亲友，或者亲友主动报案后，将犯罪嫌 疑人送去投案的，同样视为自动投案。但是，犯罪嫌疑人被亲友采用捆绑等手段送到司法 机关，或者在亲友带领侦查人员前来抓捕时无拒捕行为，并如实供认犯罪事实的，不能认 定为自动投案。

"自动投案”不要求出于特定动机与目的。出于真心悔悟，为了争取宽大处理，因为 亲友劝说，由于潜逃后生活所迫等,都可能成为自动投案的动机与目的，而不会影响自首 的成立。自动投案意味着犯罪人自己主动投案，但任何投案都必然基于一定的原因；不要 将引起犯罪人投案的原因，作为否定自动性的根据;不要因为出于争取宽大处理或生活所 迫的动机，而否认投案的自动性。

1. 如实供述自己的罪行。即犯罪人自动投案后，如实交待自己的主要犯罪事实。 "如实”的实质是既不缩小也不扩大自己的罪行。所供述的“自己的罪行”，是否已被司法 机关掌握，原则上不影响自首的成立。犯罪嫌疑人自动投案时虽然没有交待自己的主要 犯罪事实，但在司法机关掌握其主要犯罪事实之前主动交待的，应认定为如实供述自己的 罪行。

根据司法解释，如实供述自己的罪行，“除供述自己的主要犯罪事实外，还应包括姓 名、年龄、职业、住址、前科等情况。犯罪嫌疑人供述的身份等情况与真实情况虽有差别， 但不影响定罪量刑的，应认定为如实供述自己的罪行。犯罪嫌疑人自动投案后隐瞒自己 的真实身份等情况，影响对其定罪量刑的，不能认定为如实供述自己的罪行。”但本书认 为，刑法第67条所规定的如实供述“自己的罪行”，侧重于客观犯罪事实。单纯隐瞒年 龄、与犯罪无关的职业或者住址、前科的，以及隐瞒故意内容的，不影响自首的成立。例 如，犯罪嫌疑人自动投案如实供述了犯罪的客观事实，但谎称自己犯罪时不满18周岁的， 或者如实供述了致人死亡的客观犯罪事实，但声称自己主观上只有伤害故意的，都应当认 定为如实供述自己的罪行。因为这种供述行为至少使公安、检察、审判机关的侦查、审查、 审判活动更为容易。当然，如果行为人隐瞒了表明其真实内心的重要客观事实的，则不能 认定为如实供述自己的罪行。

犯有数罪的犯罪嫌疑人,仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述的部分犯 罪认定为自首。其中，犯有不同种数罪时，自动投案后如实供述部分犯罪的，就如实供述 的犯罪成立自首，未交待的犯罪不成立自首。犯有同种数罪时，如果同种数罪不并罚，行 为人自动投案后如实供述了主要犯罪事实的（虽然投案后没有交待全部犯罪事实，但如

**564**刑法学（第五版）

实交待的犯罪情节重于未交待的犯罪情节，或者如实交待的犯罪数额多于未交待的犯罪 数额，一般应认定为如实供述自己的主要犯罪事实），可就全案认定为自首。仅交待非主 要犯罪事实的（无法区分已交待的与未交待的犯罪情节的严重程度，或者已交待的犯罪 数额与未交待的犯罪数额相当，一般不认定为如实供述自己的主要犯罪事实），虽不能将 全案认定为自首，但仍然是量刑的酌定情节。犯有同种数罪时，如果对同种数罪实行并罚 的，则就所交待的犯罪认定为自首，自首的法律后果仅及于所交待的犯罪。

共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行,还应当供述所知的同案犯， 主犯则应当供述所知其他同案犯的共同犯罪事实。否则，不能认定为自首。特别要注意 的是，犯罪人出于掩护其他共犯人的目的，有预谋地投案包揽共同犯罪的全部责任的，不 能视为如实供述自己的罪行。

犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首;但在一审 判决前又能如实供述的，应当认定为自首。犯罪人自动投案如实供述自己的罪行后，为自 己进行辩护，提出上诉，或者更正、补充某些事实的，应当允许，不能将这些行为视为没有 如实供述自己的罪行。犯罪人自动投案后如实供述自己的罪行，但不退还赃物的，原则上 也不影响自首的成立。

（三）准自首的成立条件

准自首（特殊自首），是指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者正在服刑的罪 犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的行为。其成立条件如下：

1. 主体必须是被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者正在服刑的罪犯。一般认 为，被“采取强制措施”是指根据刑事诉讼法的规定，被采取拘传、拘留、取保候审、监视居 住与逮捕。〔力但需要研究的是，因特定一般违法行为被采取劳动教养、行政拘留、司法拘 留、强制隔离戒毒等剥夺人身自由措施期间，主动向执行机关交待尚未被掌握的其他犯罪 行为的，应如何处理？根据当然解释的原理，对这种行为应当认定为自首。认定自首有两 条路径:其一，认定这种行为属于刑法第67条第1款规定的“自动投案”；其二，对于刑法 第67条第2款的“被采取强制措施的犯罪嫌疑人”作扩大解释，即包括被采取劳动教养、 行政拘留、司法拘留、强制隔离戒毒等剥夺人身自由措施的行为人。本书采取后一条路 径。（1）即使司法解释明显扩大了自动投案的范围，投案也至少以行为人仍在现场或者 前往办案机关等为前提。换言之，投案需要一定的身体动作，如实交待本身不能替代自动 投案的要求。但是，被关押的人缺乏投案的身体动作。（2）刑法第67条第2款的规定充 分表明，因为甲罪而被拘留、逮捕的人主动交待乙罪的，不属于自动投案。换言之，如果将 这种情形认定为自动投案，第67条第2款就没有存在的余地。既然如此，被采取劳动教 养、行政拘留、司法拘留、强制隔离戒毒等剥夺人身自由措施的行为人主动交待未被司法 机关发现的罪行的，当然也不可能成立自动投案。所以，只能通过上述第二条路径认定这 种情形成立准自首。（3）从刑法第67条第2款中的“被采取强制措施的……正在服刑的
2. 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》.北京大学出版社，高等教育出版社2016年第7版，第267页。

第十三章刑罚的裁量**565**

罪犯”的表述来说，其中的强制措施显然不限于刑事诉讼法意义上的强制措施,〔27〕而是广 义的强制措施，即包括了行政强制措施。（4）由于这些被采取行政强制措施的人事实上 犯有司法机关尚未掌握的罪行，认为其属于刑法第67条第2款的“犯罪嫌疑人”也并无 不当。（5）即使认为第二条路径是类推解释，也不违反罪刑法定原则。当今的罪刑法定 原则并不禁止有利于被告人的类推解释，因为禁止不利于被告人的类推解释对限制司法 权力起着重要作用，而允许有利于被告人的类推解释则起到了实现公平、正义的作用。

1. 必须如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行。首先，行为人必须如实供述本 人罪行;其次，所供述的罪行必须尚未被司法机关掌握。

根据司法解释，对于司法机关已掌握与还未掌握的判断，应区分不同情形：如果该罪 行已被通缉,一般应以该司法机关是否在通缉令发布范围内做出判断，不在通缉令发布范 围内的，应认定为还未掌握，在通缉令发布范围内的，应视为已掌握;如果该罪行已录人全 国公安信息网络在逃人员信息数据库，应视为已掌握。如果该罪行未被通缉、也未录人全 国公安信息网络在逃人员信息数据库，应以该司法机关是否已实际掌握该罪行为标准。

需要研究的是，如何理解和认定司法机关还未掌握的“本人其他罪行”？即如实供述 司法机关还未掌握的本人其他同种罪行的，是否成立自首？司法解释的态度是，“被采取 强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与 司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。”“犯罪嫌疑人、被告 人在被采取强制措施期间如实供述本人其他罪行，该罪行与司法机关已掌握的罪行属同 种罪行还是不同种罪行，一般应以罪名区分。虽然如实供述的其他罪行的罪名与司法机 关已掌握犯罪的罪名不同，但如实供述的其他犯罪与司法机关已掌握的犯罪属选择性罪 名或者在法律、事实上密切关联，如因受贿被采取强制措施后，又交待因受贿为他人谋取 利益行为，构成滥用职权罪的，应认定为同种罪行。”“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被 告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决 确定的罪行属同种罪行的，可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从 轻处罚。”

司法解释似乎只是从形式上理解刑法的规定，没有考虑自首制度的实质根据，也有自 相矛盾之嫌;〔2«在坦白成为法定从轻处罚情节之后，上述司法解释导致坦白与自首不协 调;〔29〕不仅如此，司法解释还扩大了“同种罪行”的范围，导致部分主动交待不同种罪行 的，也不成立自首，这种对有利于被告人的刑法规定作限制解释的做法，难以被本书认可。 本书基于自首制度的根据，提出如下观点：（1）被关押的正在服刑的罪犯,〔3Q〕如实供述司

[27] 或许有人汄为，其中的“被采取强制措施”并不限定（修饰）正在服刑的罪犯，只是限定犯罪嫌疑人与被告人。 但这样的理解存在疑问。因为根据这种解释，正在服管制刑的罪犯，对司法机关还未掌握的本人其他罪行 成立&首时，不需要具备ft动投案的条件,仅凭如实供述罪行就能认定为自首。这显然不妥当。

[28） 一方面不认定为自首.另一方面又规定"应当从轻处罚”，但根据刑法的规定，即使认定为自首，也只是“可 以”从轻或者减轻处罚。

[27 28 29 \*〕既然在司法机关掌握全部罪行的情况下坦白的.也是法定从宽处罚情节，那么，在司法机关没有掌握的情况 下主动交待同种主要罪行的，就没有理由不认定为自首。

1. 未被关押而正在服管制刑的罪犯，只能就来被发现的犯罪成立一般自首。

**566**刑法学（第五版）

法机关还未掌握的同种罪行或者非同种罪行的，以自首论。〔31〕（2）被采取强制措施的犯 罪嫌疑人、被告人，如实供述司法机关还未掌握的非同种罪行的，对该非同种罪行，以自首 论。（3）被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人，如实供述司法机关还未掌握的同种罪行 中的主要罪行的，应对全案以自首论。例如，司法机关掌握了嫌疑人盗窃价值2000元财 物的犯罪事实，并逮捕了嫌疑人;而嫌疑人后来如实供述了司法机关尚未掌握的盗窃价 值2万元财物的犯罪事实。如果认定为一个盗窃罪，则宜将该罪认定为自首。〔31 32〕（4）被 采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人，如实供述司法机关还未掌握的同种罪行，而所供述 的同种罪行需要并罚的，对所供述的犯罪应认定为自首。例如，司法机关只掌握了一个故 意伤害事实并逮捕了嫌疑人，嫌疑人被捕后如实供述了另一故意伤害事实;倘若对两个故 意伤害罪应实行并罚，那么，对嫌疑人如实供述的故意伤害罪，应以自首论。再如，司法机 关发现一起抢劫事实并逮捕了嫌疑人，嫌疑人在被捕后如实供述了 10年前所实施的一起 抢劫行为；如果对这两起抢劫罪应实行并罚，那么，对嫌疑人如实供述的抢劫罪，应认定为 自首。（5）行为人因甲罪被采取强制措施，但主动交待与甲罪有关联的乙罪的，不管甲罪 成立与否，对乙罪均应认定为自首。例如，因受贿被逮捕后，在司法机关还未掌握其相关 滥用职权罪事实时，行为人主动交待因受贿为他人谋取利益的行为，构成滥用职权罪的， 成立滥用职权罪的自首。再如，因挪用公款被逮捕后，主动交待司法机关还未掌握的因挪 用公款而收受了贿赂的事实的，成立受贿罪的自首。又如，因巨额财产来源不明而被检察 机关逮捕后，主动交待巨额财产源于受贿的，对受贿应认定为自首。（6）导致采取强制措 施的犯罪事实因为证据不充分等原因而不成立，行为人在此范围外交待性质相同的犯罪 事实的，成立自首。例如，国家工作人员甲因收受A的贿赂而被拘留，但查无实据，在此 期间，甲主动交待办案机关并未掌握的收受B的贿赂的犯罪事实的，成立自首。

（四） 单位犯罪的自首

刑法没有将自首制度限定为自然人犯罪，因此，对单位犯罪也应适用自首制度。单位 犯罪案件中，单位集体决定或者单位负责人决定而自动投案，如实交待单位犯罪事实的， 或者单位直接负责的主管人员自动投案，如实交待单位犯罪事实的，应当认定为单位自 首。单位自首的，直接负责的主管人员和直接责任人员未自动投案，但如实交待自己知道 的犯罪事实的，可以视为自首;拒不交待自己知道的犯罪事实或者逃避法律追究的，不应 当认定为自首。单位没有自首，直接责任人员自动投案并如实交待自己知道的犯罪事实 的，对该直接责任人员应当认定为自首。

（五） 自首的法律后果

刑法第67条第1款后段规定：“对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚；其中， 犯罪较轻的，可以免除处罚。”据此，对于自首的犯罪人应分清不同情况区别处理：

1. 犯罪以后自首的，无论罪行轻重，均可以从轻或者减轻处罚；犯罪以后自首，犯罪较 轻的，可以免除处罚。这是因为自首反映出犯罪人的再犯罪可能性有所减小，也使得司法

[31] 如果主动供述的同种罪行，并不需要与已经判决的犯罪并罚.而是需要通过审判监督程序变更原判决的，那 么，如果主动供述的是主要罪行，则应认定为自首;否则，不能认定为自首。

[32] 在这种场合，由于是以一罪论处，故没有必要说嫌疑人对2万元盗窃成立自首、对2000元盗窃不成立自首， 只要在对盗窃罪量刑时，认定其有自首情节即可。只有在以数罪论处的情况下，才需要说明嫌疑人对哪一 个犯罪成立自首。

第十三章刑罚的裁量**567**

机关能够尽快审查与裁判。据此，在对有自首情节的犯罪分子量刑时，首先要根据不法与 责任程度区分罪行轻重。如果犯罪较重，则应根据犯罪分子交待犯罪事实的完整性、稳定 性以及悔罪表现等具体情节,决定从轻处罚还是减轻处罚。

1. 犯罪以后自首的，只是“可以”从宽处罚，不是“应当”从宽处罚。因为有些犯罪的 情节特别恶劣，罪行特别严重，如果在结局上从宽处罚，必然不符合罪刑相适应原则；自首 不以悔过自新为必要前提，因此，规定只是“可以”从宽处罚，能够防止犯罪人恶意利用自 首制度达到其不当目的。但是，"可以”是一种倾向性的立法规定，所以，只要没有特殊原 因，对自首就要从宽处罚。
2. 一人犯数罪时，犯罪人仅对其中部分犯罪自首的，自首的上述法律效果只是适用于 其中自首的犯罪，对于没有自首的犯罪，不得以自首为由从宽处罚。
3. 二人以上共同犯罪时，自首的法律效果只适用于自首的共犯人，不能适用于没有自 首的其他共犯人。

五、 坦白

坦白，是指犯罪人被动归案后（如被司法人员当场抓获，被群众扭送至司法机关等不 具备自动投案情节的情形），如实供述自己罪行的行为。自首与坦白存在相同之处：都以 自己实施了犯罪行为为前提;都是在归案后如实供述自己的罪行;都是从宽处罚的情节。 一般自首与坦白的关键区别在于是否自动投案;一般自首是犯罪人自动投案后，如实供述 自己的罪行;坦白是被动归案后如实供述自己的罪行。准自首与坦白的关键区别在于是 否如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行，如实供述司法机关还未掌握的本人其他 罪行的，是自首;如实供述司法机关已经掌握的本人其他罪行的，是坦白。因此，自首更能 说明犯罪人的再犯罪可能性减小。

坦白原为酌定量刑情节，《刑法修正案（八）》增设了第67条第3款，使坦白成为法定 量刑情节。根据本款规定，如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行， 避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。显然，这里并不要求行为人以自己的身体动作 直接避免特别严重后果发生，只要行为人的如实供述使得司法机关或者被害人等能够采 取措施避免特别严重后果发生，或者说，只要行为人的如实供述对避免特别严重后果的发 生起到了重要作用，便符合上述条件。例如，归案后的绑架犯如实供述人质的所在地点， 使人质被司法机关解救的，归案后的爆炸犯如实供述爆炸物的安放地，使司法机关得以解 除爆炸装置，避免了爆炸事故的，均可以减轻处罚。〔33〕实施经济犯罪、财产犯罪、贪污受 贿后如实供述自己罪行，并且退赔或退赃的，不属于坦白中“避免特别严重后果发生”的 情形。因为退赔、退赃不是坦白的成立条件与内容，而是坦白之外的行为。况且，在经济 犯罪、财产犯罪、贪污受贿犯罪既遂即结果发生之后退赔或者退赃的，并不是避免了后果 发生。

六、 立功

（一）立功的概念与立法根据

立功，是指犯罪人犯罪后揭发他人犯罪行为，查证属实，或者提供重要线索，从而得以 侦破其他案件，以及其他有利于预防、查获、制裁犯罪的行为。

1. 归案后的绑架犯不如实供述人质所在地的，归案后的爆炸犯不如实供述爆炸物安放地的，不成立坦白。

**568**刑法学（第五版）

刑法之所以设立立功制度，其实质根据有两点：一是从法律上说，行为人在犯罪后揭 发他人犯罪行为，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件，表明行为人对犯罪行为的 痛恨，因而其再犯罪可能性会有所减小。二是从政策上说，揭发他人犯罪行为，或者提供 重要线索，有利于司法机关发现、侦破其他犯罪案件，从而实现刑法的确证。

（二）立功的时间与内容

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5条指出：“根据刑法第六十八条第一款的规定，犯罪分子到案后有检举、揭发他人 犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证 属实;提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实;阻止他人犯罪活动;协助司法机关抓捕 其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；具有其他有利于国家和社会的突出表现的，应当认定为 有立功表现。”首先,该解释将“其他有利于国家和社会的突出表现”都认定为立功，显然 是有利于被告人的扩大解释;另一方面，该解释将立功限定为“到案后”的表现，则是不利 于被告人的限制解释。[34〕这便涉及以下三种情形究竟应当如何处理的问题：（1）行为人 到案后向地震灾区捐款1000万元的，是否属于立功？（2）行为人犯罪后到案前揭发他人 犯罪行为的，能否认定为立功？（3）行为人犯罪后到案前向地震灾区捐款1000万元的， 是否属于立功？

可以肯定的是，既然法条表述的立功主体是“犯罪分子”，就表明行为人在犯罪后才 可能有立功表现。其次，按照同类解释规则，立功应当仅限于与抑止犯罪有关的举止。因 为第68条所列举的两种立功表现是有利于查获犯罪的举止，即使进行扩大解释，也只能 限于与预防、查获、制裁犯罪有关的举止。再次，前述有关立功的立法根据也表明，只有表 明犯罪人对犯罪的痛恨、再犯罪可能性有所减少，有利于司法机关发现、侦破其他犯罪案 件的举止，才属于立功。所以，不能将犯罪人的任何“良好表现”都认定为立功。犯罪人 到案后向地震灾区捐款1000万元，不一定表明他对犯罪行为的痛恨和再犯罪可能性减 少，更不是有利于司法机关发现、侦破其他犯罪案件的行为。所以，不管是根据同类解释 规则，还是根据立功制度的根据，都不宜将与预防、查获、制裁犯罪无关的举止认定为立 功。据此，对上述第（1）、（3）种情形都不应认定为立功。如果行为人与预防、查获、制裁 犯罪无关的举止确实表明行为人具有悔罪表现，也只能作为酌定的量刑情节。最后，将立 功限定为到案后的表现，并不合适。从理论上说，因为行为人犯罪后所实施的有利于预 防、查获、制裁犯罪的行为，都在某种程度上表明行为人对犯罪的痛恨，其再犯罪的可能性 减少;而不是只有在到案后所实施的有利于预防、查获、制裁犯罪的举止，才能成为从宽处 罚的根据。在此意义上说，司法解释将立功限定为到案后的表现，是对行为人不利的限制 解释，也是不利于保障人权的解释。从事实上说，否认到案前有立功表现也明显不当。例 如，甲与乙、丙、丁等人共同实施重大犯罪后各自逃匿。过了一段时间后，甲向公安机关打 电话，告知乙、丙、丁的藏匿地址，希望公安机关先抓获乙、丙、丁，并向公安机关说明：“如 果我先投案，乙、丙、丁肯定会杀害我的亲属。”公安机关根据甲提供的地址，抓获了乙、 丙、丁。对于这样的案件，不管甲事后是自动归案，还是被公安机关抓获归案，均应认定其

（34]"两卨”200<?年3月12日《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》没有要求 “到案后”

第十三章刑罚的裁量**569**

有立功表现。〔35〕总之，立功限于犯罪后有利于预防、查获、制裁犯罪的举止。

（三）立功的类型与认定

根据刑法第68条第丨款的规定，立功表现可分为三种类型:一是揭发他人犯罪行为， 查证属实的，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查 证属实;二是提供重要线索，从而得以侦破其他案件的；三是其他立功表现，如阻止他人犯 罪活动，协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯），阻止其他犯罪人逃跑等。

检举、揭发他人对自己的犯罪行为，或者协助司法机关抓捕对自己实施了犯罪行为的 嫌疑人的，也构成立功。例如，宋某（女）因涉嫌盗窃被逮捕。在押期间，如实交待了自己 的盗窃犯罪事实。当公安人员讯问其能否检举揭发他人犯罪行为时，宋某揭发了卢某、朱 某曾对其进行强奸的犯罪事实。对宋某应认定为立功。

立功行为虽然是针对犯罪行为的，但不要求立功者检举揭发的是完全符合犯罪构成 的犯罪行为。（1）揭发了他人的“犯罪行为”，事后查明他人在实施客观危害行为时不具 有责任能力的，属于立功。（2）揭发了他人的“犯罪行为”，但他人在行为时并没有故意与 过失，而是意外事件造成的，也应认定为立功。（3）揭发了他人的“犯罪行为”，但他人的 行为未达到司法解释所规定的犯罪数额的，不影响立功的成立。此外，揭发了他人的"犯 罪行为”，事后查明“他人”已经死亡的，构成立功;揭发了他人的“犯罪行为”，但是该犯罪 行为已超过规定时效的，不影响立功的成立。相反，下列几种情形不属于立功：（1）“揭 发”他人正当防卫、紧急避险等排除犯罪的行为的；（2）揭发的他人犯罪行为，不能适用中 国刑法的；（3）揭发他人实施的告诉才处理的犯罪的。

至于所揭发的他人犯罪事实、所提供的他人犯罪的重要线索源于何处，一般并不重 要。即使原本不是行为人掌握的，而是行为人的亲友等（司法工作人员等除外）先前告知 行为人，后来由行为人揭发或者提供的，也不影响立功的成立。但是,犯罪分子通过贿买、 暴力、胁迫等非法手段，或者被羁押后与律师、亲友会见过程中违反监管规定，获取他人犯 罪线索并“检举揭发”的，不能认定为有立功表现。犯罪分子将本人以往查办犯罪职务活 动中掌握的，或者从负有查办犯罪、监管职责的国家工作人员处获取的他人犯罪线索予以 检举揭发的，不能认定为有立功表现。犯罪分子亲友为使犯罪分子"立功”，向司法机关 提供他人犯罪线索、协助抓捕犯罪嫌疑人的，不能认定为犯罪分子有立功表现。

“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人”，包括下列情形：（1）按照司法机关的安排，以 打电话、发信息等方式将其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）约至指定地点的；（2）按照司法机 关的安排，当场指认、辨认其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；（3）带领侦查人员抓获其他 犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；（4）提供司法机关尚未掌握的其他案件犯罪嫌疑人的联络 方式、藏匿地址等信息的。犯罪分子提供同案犯姓名、住址、体貌特征等基本情况，或者提 供犯罪前、犯罪中掌握、使用的同案犯联络方式、藏匿地址，司法机关据此抓捕同案犯的， 不能认定为协助司法机关抓捕同案犯。

**[35）**司法解释之所以将立功限定为到案后的表现，是因为其将“其他有利于国家和社会的突出表现”都视为立 功。亦即，倘若与预防、査获、制裁犯罪无关而有利于国家和社会的突出表现都是立功，又不将立功限定为 到案后的表现，那么，立功就会漫无边际因而难以认定了,，但本书认为，解决问题的出路不应当是将立功限 定在到案后的表现.而应当将立功内容限定为在犯罪后所实施的有利于预防、查获.制裁犯罪的行为。

**570**刑法学（第五版）

（四） 自首、坦白与立功的竞合

首先，自首与坦白中的如实供述，只要求是对自己所犯罪行的如实供述。换言之，供 述的内容只要经查证属实就能认定被告人构成犯罪的，就属于如实供述。如果如实供述 的内容，超出了自首或者坦白的要求，另构成立功，则应同时认定为自首（或坦白）与立 功。例如,A持有数量较大的毒品，但没有证据证明A具有走私、贩卖、运输、制造毒品的 故意与行为，司法机关只能认定A的行为构成非法持有毒品罪。如果A自动投案后如实 供述自己持有毒品的时间、数量、品种，并说明毒品是从他人那里购买的，即使没有说明贩 卖者为B，也应认为A如实供述了自己非法持有毒品罪的犯罪事实，成立自首。如果A 向司法机关说明自己所持毒品是从B处购买，因而揭发了 B贩卖毒品事实的，则超出了 “如实供述自己的罪行”（非法持有毒品）的范围，宜另认定为立功。〔36〕

其次,如果如实供述的内容，既是自首或坦白的表现,也是立功表现，则只能择一认 定，选择最有利于行为人的量刑情节。例如，甲向国家工作人员乙行贿后，主动投案，向司 法机关交待了自己向乙行贿和乙收受甲提供的贿赂的事实。此时，一个如实供述行为同 时符合了自首（或坦白）与立功的条件，只能认定其中一个最有利于行为人的情节。如果 认定为自首对行为人最有利，就认定为自首；如果认定为立功对行为人最有利，就认定为 立功。一方面，甲只有交待了自己向谁行贿（谁收受贿赂）的事实，才能认定为如实供述 了自己所犯罪行（成立自首或坦白），而供述乙收受贿赂的事实，也的确属于揭发他人罪 行的立功表现。但是，甲只有一个行为，如果认定为自首，就不能再认定为立功；反之亦 然。另一方面，在自首（或坦白）与立功竞合的情况下，应选择最有利于行为人的情节，这 便需要具体判断。例如，在行为人犯数罪时，自首与坦白只是相对于所自首或者坦白的犯 罪而言是从宽量刑情节,而立功相对于全部犯罪而言都是从宽量刑情节。在这种场合，一 般应认定为立功。再如，行为人犯一罪且犯罪较轻，其供述（揭发）内容不属于重大立功 的，认定为自首对行为人最有利。

（五） 立功的法律后果

根据刑法第68条的规定，犯罪人有立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功 表现的，可以减轻或者免除处罚。根据司法解释的规定，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。上述“重大犯罪”、"重大案件”、“重大犯

〔36〕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："共同犯罪中同 案犯的基本情况，包括同案犯姓名、住址.体貌特征、联络方式等信息，属于被告人应当供述的范围。公安机 关根据被告人供述抓获同案犯的，不应认定其有立功表现。”在本书看来，这一规定过于绝对化。毒品犯罪 不同于贿赂犯罪。至为明显的是，只要A主动交待了自己非法持有毒品或者贩卖毒品的事实，并经査证，BP 便A没有交待、司法机关未能查明贩卖毒品的上家，也能认定A的行为构成非法持有毒品罪或者贩卖毒品 罪，因而应认定A如实供述了自己的罪行,故成立自首。倘若A提供了贩卖毒品的上家的性名、住址、体貌 特征、联络方式等信息的，就应当属于立功但是，倘若甲主动向检察机关交待自己实施了行贿行为，却不 说明收受贿赂的人是谁，由于没有査明受贿者，就不可能认定甲的行为构成行贿罪，因而不能认定甲如实供 述了自己的罪行。换言之，只有当甲不仅交待自己实施了行贿行为，而且交待向谁行贿，才属于如实供述自 己的罪行。但是，不能不承认的是，甲虽然相对于自己的行贿而言属于自首，但相对于受贿者而言，则属干 立功。只不过这种情形属于自首与立功的竞合，只能择一适用„

第十三章刑罚的裁量**571**

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。

根据司法解释的规定，在共同犯罪案件中，对具有自首、立功情节的被告人的处罚，应 注意共同犯罪人以及首要分子、主犯、从犯之间的量刑平衡。犯罪集团的首要分子、共同 犯罪的主犯检举揭发或者协助司法机关抓捕同案地位、作用较次的犯罪分子的，从宽处罚 与否应当从严掌握，如果从轻处罚可能导致全案量刑失衡的，一般不从轻处罚；如果检举 揭发或者协助司法机关抓捕的是其他案件中罪行同样严重的犯罪分子，一般应依法从宽 处罚。对于犯罪集团的一般成员、共同犯罪的从犯立功的，特别是协助抓捕首要分子、主 犯的，应当充分体现政策，依法从宽处罚。

七、量刑情节的适用

量刑是否适当，在很大程度上取决于对各种量刑情节的适用是否得当。

（一）正确认识和处理不同情节之间的关系

1. 正确处理法定的应当型情节、可以型情节与酌定情节之间的关系。总的来说，三者 的地位与作用依次递减:关于应当型情节的规定是一种硬性规定，法官具有遵守义务，没 有自由斟酌、任意选择的权利;关于可以型情节的规定是一种授权性规定，法官有权根据 案件的具体情况，决定是否实现刑法规定的内容，但该规定同时表明了一种倾向性意见， 即在通常情况下，应实现刑法规定的内容;酌定情节是刑法没有做出任何明文规定的，由 法官适当考虑、具体斟酌的情节。法官在量刑时，必须正确认识不同情节的不同地位与作 用，不能将上述不同情节同等看待，而应根据刑法的规定区别对待。法定的应当型情节优 于可以型情节，可以型情节优于酌定情节。

但是，对此不能绝对化。成文法的特点决定了其不可避免存在局限性，刑法完全可能 忽略了部分明显影响责任刑的情节，或者由于难以规定的原因而委任于法官。质言之，有 些酌定情节对责任刑的影响可能大于法定情节。例如，在故意杀人罪中，杀人的动机虽然 不是构成要件要素，但是，被告人为什么杀人则是影响责任大小的一个重要情节。这种杀 人动机对责任刑的影响，在某些场合可能比责任年龄对责任刑产生的影响更重大。例如， 甲女为了摆脱丈夫的长期虐待而杀害丈夫，17周岁的乙男基于图财动机而杀人。虽然乙 具有法定的从宽处罚的情节，但是，甲的责任刑必须轻于乙的责任刑。〔37〕

又如，关于基于悔罪而返还财物的情形。通说认为，如果犯罪已经既遂，行为人自动 恢复原状或者主动赔偿损失的，不成立犯罪中止，但可作为从宽情节处罚时酌情考虑。但 也有观点认为，“在非毁灭性的犯罪结果发生以后，暗中自动放弃对犯罪财物的非法占 有，并将其返还事主。这种犯罪通常发生在财产性犯罪之中，对这种情形以犯罪中止论 处，有利于鼓励犯罪分子弃暗投明，挽回犯罪造成的损失”。〔38〕如果从中止犯的成立条件 来说,前一种观点当然是正确的。但由于通说认为酌定情节的作用轻于法定情节的作用， 所以出现了后一种观点。换言之，在后一种观点看来，将基于悔罪而返还财物的行为仅认

〔37〕或许有人会提出这样的问题，既然动机如此重要，为什么刑法没有将动机规定为法定的量刑情节？这是因 为，动机多种多样，动机对责任刑的影响不可能用一个具体的标准，只能由法官在量刑时自由裁量（参见张 明楷:《责任刑与预防刑》，北京大学出版社2015年版，第320页以下）。

〔38〕陈兴良：《刑法适用总论》（上卷），法律出版社1999年版，第448页。

**572**刑法学（第五版）

定为酌定量刑情节，不利于对被告人的量刑。但是，后一■种观点明显不符合中止犯的原 理。于是，有人提出立法建议，将返还财物规定为法定量刑情节。其实，刑法不可能将所 有影响量刑的情节法定化。在本书看来，解决问题的真正办法，不在于将哪些情节法定 化，也不在于将基于悔罪而返还财物的行为以中止犯论处，而是正确评价酌定情节的作 用，不能一概认为酌定情节的作用轻于法定情节的作用；相反应当承认，酌定情节的作用 可能大于法定情节的作用。

总之，就情节是否影响量刑而言，在具体案件中，一旦承认酌定情节对责任刑或者预 防刑产生影响，那么，它与法定情节就没有区别。就情节对量刑影响的大小而言，虽然在 通常情况下,法定量刑情节的作用大于酌定情节的作用，但是，对此不能绝对化,必须承认 酌定情节的作用大于法定情节的情形。

1. 正确处理影响责任刑的情节与影响预防刑的情节之间的关系。首先，由于责任刑 与预防刑的地位不同，即只能在责任刑之下考虑预防刑，所以，必须合理区分为责任刑提 供根据的量刑情节与为预防刑提供根据的情节。其次，对责任刑情节与预防刑情节不能 等量齐观，也不能将二者总合考虑。责任刑情节是确定责任刑的根据。在确定责任刑时， 不得考虑预防的必要性大小。一旦确定了责任刑（点），那么，预防刑情节就只能在责任 刑的点之下起作用。所以，预防刑情节的作用受责任刑的制约。例如，普通抢劫罪的法定 刑为3年以上10年以下有期徒刑。甲以胁迫方法抢劫他人价值3000元的财物，假定责 任刑为4年有期徒刑，在没有减轻处罚情节的情况下，便形成了 3年以上4年以下的选择 空间。在这种情况下，即使考虑到累犯应当从重处罚，也只能在此空间内选择刑罚，即所 选择的刑罚不得超过4年有期徒刑。这种做法完全符合责任主义，是点的理论的当然结 论。
2. 正确对待数个量刑情节。一个犯罪人可能具有数个从严情节，或具有数个从宽情 节，或同时具有从严与从宽情节。在这种情况下，不能任意改变量刑情节所具有的功能。

在犯罪人同时具有几个减少责任刑的情节，或者同时具有几个增加责任刑的情节时， 应当按照从作用大到作用小的情节顺序对量刑起点进行调节。在一个犯罪人同时具有增 加责任刑与减少责任刑的情节时，不能采取简单的折抵或者抵消的办法，而应考虑不同情 节的地位与作用，分别适用各种量刑情节。特别要注意的是，法官不应当自觉或者不自觉 地使从重处罚的情节优于从轻处罚的情节。在从重情节与从轻情节的作用相当的情况 下，不能因为具有从重情节而增加责任刑;在从轻情节的作用大于从重情节时，法官应当 适当减少责任刑。

按照点的理论，责任刑的从重情节与预防刑的从轻情节，责任刑的从轻情节与预防刑 的从重情节，绝对不可以相互抵消。例如，甲因犯盗窃罪被判处2年有期徒刑，刑满释放 后1年，又与他人共同实施抢劫罪，但在共同犯罪中是从犯。从犯是责任刑情节，累犯是 预防刑情节。倘若甲的抢劫行为原本应处7年徒刑，由于其为从犯，法院决定从轻处罚， 减少3年徒刑，那么，其责任刑（点）便是4年徒刑，即使其为累犯、特殊预防的必要性很 大，也不得在4年之上判处刑罚。如果认为责任刑的从轻情节（从犯）与预防刑的从重情 节（累犯）可以抵消，则意味着对甲仍然可以判处7年徒刑。但这种做法明显违反责任主 义。

第十三章刑罚的裁量**573**

（二） 正确适用多功能情节

我国刑法规定的从宽情节，绝大多数属于多功能情节，其核心是从某一量刑情节所包 含的多种功能中选择其中一种功能，并将其适用于具体案件的量刑。（1）要考虑罪行的 轻重程度，罪行相当轻微的，应选择较大的从宽功能；反之，则选择较小的从宽功能。例 如，不满18周岁的人犯相同的罪，甲犯罪的情节严重，应考虑从轻处罚；乙犯罪的情节轻 微，应考虑减轻处罚。（2）要考虑是否存在酌定情节，如果存在酌定从轻情节，又存在法 定的多功能从宽情节，则宜减轻处罚甚至免除处罚。（3）要考虑量刑情节本身的情况。 例如，同样是自首，甲是犯罪后立即自动投案，并如实供述了全部罪行，宜减轻处罚；乙是 犯罪后过了较长时间才自动投案，并如实供述了自己的主要罪行,宜从轻处罚。（4）要考 虑刑法规定的顺序，如有的规定可以“免除或者减轻处罚”，有的则规定可以“减轻或者免 除处罚”。这种顺序的排列反映了刑事立法的倾向性意见，启示法官首先考虑排列在前 面的功能。

在多功能量刑情节本身与被告人的罪行轻重具有重合性质的情况下，不排除对罪行 的评价与对多功能量刑情节的评价存在不一致的情形，但需要避免重复评价。例如，防卫 过当致人死亡的情况下，倘若防卫人出于过失，那么，应当按照过失致人死亡罪的常态确 定量刑起点。在此基础上，通过考虑防卫过当的情节，决定是减轻处罚还是免除处罚。在 考虑防卫过当的情节时，不应当将“致人死亡”作为不得免除处罚的根据。

（三） 禁止重复评价量刑情节

量刑时，虽然对各种有意义的情节必须全面评价，但也不能重复评价。重复评价导致 一罪多罚、轻罪重罚（或者重罪轻罚），违反罪刑法定与罪刑相适应原则。

“情节”有不同的种类:第一类是作为符合犯罪构成事实的情节;第二类是作为选择 法定刑依据的情节;第三类是在既定法定刑之下影响具体量刑的情节。前两类情节发挥 了各自的作用后，就不能再作为第三类的量刑情节予以考虑;第三类情节对量刑起点发挥 作用后，也不能再对调节量刑起作用。

首先，作为符合犯罪构成的事实，已经在定罪和确定相应的法定刑时，起到了应有的 作用，不能再作为量刑情节考虑。这是立法与司法的分工协同关系决定的。详言之，为了 追求适正的刑罚，立法者与法官承担了不同的任务。如果是立法者承担的任务范围，法官 不仅不再承担该任务，而且不得侵人立法者承担的任务范围。立法者根据刑法的目的确 定不法要素与责任要素，并规定了相应的法定刑。在此，立法者已经就不法与责任进行了 类型性评价。所以，法官在量刑时，不能再评价立法者已经做了类型性评价的要素，已经 作为犯罪构成的事实，不能再次成为量刑评价的对象。至为明显的是，如果认定为过 失致人死亡罪，并且选择了法定刑之后，再将该死亡结果作为增加责任刑的情节，就是应 当禁止的重复评价。

其次，我国刑法分则常常根据犯罪的轻重类型，对具体犯罪规定了两个以上档次的法 定刑。当某种事实已经作为情节严重或者情节特别严重的根据，因而选择了情节严重或 者情节特别严重的法定刑之后，如果再将该事实作为在选择的法定刑内从重处罚的情节， 便将同一事实进行了双重评价，明显不当。显而易见的是，根据死亡结果对故意伤害行为

**［39］**参见［日］川崎一夫:《体系的量刑论》，成文堂1991年版，第145 ~ 146页。

**574**刑法学（第五版）

选择了“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的法定刑后，再将该死亡结果作为在该 法定刑内增加责任刑的情节，就是必须杜绝的重复评价。同样，已经将某种事实作为情节 较轻的根据，因而选择了情节较轻的法定刑之后，不应当再将该事实作为在法定刑内从轻 处罚的情节。

例如，刑法第275条规定：“故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的，处 三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；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,其中的“数额较大或者有其他严重情节”是构成要件，故符合这种构成 要件的事实作为认定犯罪的依据起了作用后，不能再作为量刑情节进行重复评价；同样， 其中的“数额巨大或者有其他特别严重情节”是作为选择法定刑依据的情节，如果行为人 毁坏公私财物的数额巨大，就应选择3年以上7年以下的法定刑，不能将数额巨大再作为 既定法定刑之下的量刑情节；只有除此之外的情节，才能在既定法定刑之下影响量刑。

再如，刑法第268条规定:“聚众哄抢公私财物，数额较大或者有其他严重情节的，对 首要分子和积极参加的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金;数额巨大或者有 其他特别严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”假如数额较大的起点 为1万元，数额巨大的起点为10万元，当行为人聚众哄抢10万元时，该情节便成为法定 刑升格的根据;法院根据这一情节选择了 3年以上10年以下有期徒刑的法定刑后，不得 再将聚众哄抢10万元作为在该法定刑内从重处罚的根据。同样，倘若行为人的聚众哄抢 情节特别严重，法院根据这一情节选择了 3年以上10年以下有期徒刑的法定刑后，不得 再将该特别严重情节作为在该法定刑内从重处罚的根据。否则，就会出现同一情节既是 法定刑升格的根据，又是在升格的法定刑内从重处罚的根据的重复评价现象。但是，在行 为人具有两个特别严重情节的情况下，则可以将一个特别严重情节作为法定刑升格的根 据，将另一个特别严重情节作为在升格的法定刑内从重处罚的根据。例如，行为人聚众哄 抢公私财物，数额巨大并且具有其他特别严重情节，在观念上可以将数额巨大作为选择3 年以上10年以下有期徒刑的法定刑的根据，再将其他特别严重情节作为在该法定刑内从 重处罚的根据，反之亦然。这并不违反禁止重复评价的原则。

问题出在一个特别严重情节的场合。例如，行为人聚众哄抢公私财物，数额特别巨大 （如200万元），将这一情节作为选择3年以上10年以下有期徒刑这一法定刑的根据之 后，可否因为数额特别巨大而在该法定刑内从重处罚。本书持肯定回答。由于10万元便 属于数额巨大，应在3年以上10年以下有期徒刑的法定刑内处罚，可是行为人聚众哄抢 200万，远远超出了数额巨大的起点标准，故可以将10万元以外的数额作为从重处罚的 根据。但在情节不可能量化与分割的情况下，区分法定刑升格的依据与在升格的法定刑 内从重处罚的根据，只能是观念的或者抽象的，但仍然需要牢记禁止重复评价的原则。〔則

由此可见，构成要件的多余部分，或者法定刑升格条件的多余部分，只要能够说明责 任加重，就能作为增加责任刑的情节。例如，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2条第1款规定：“交通肇事具有下 列情形之一的，处3年以下有期徒刑或者拘役：（一）死亡1人或者重伤3人以上，负事故

（40J如果刑法将“情节特别严重”作为法定刑升格的条件，则一个特别严重的情节只能作为法定刑升格的依据, 不能再将该特别严重的情节作为在升格的法定刑之内从重处罚的根据。

第十三章刑罚的裁量**575**

全部或者主要责任的；（二）死亡3人以上，负事故同等责任的；（三）造成公共财产或者他 人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在30万元以上的。”第4条 规定：“交通肇事具有下列情形之一的，属于‘有其他特别恶劣情节’，处3年以上7年以 下有期徒刑：（一）死亡2人以上或者重伤5人以上，负事故全部或者主要责任的；（二）死 亡6人以上，负事故同等责任的；（三）造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部 或者主要责任，无能力赔偿数额在60万元以上的。”据此，如果被告人对2人死亡负事故 同等责任，那么，其行为的结果就没有构成要件的多余部分，因而不能将其中1人的死亡 作为量刑情节。但是，如果被告人对2人死亡负事故全部或者主要责任，就符合法定刑升 格的条件，在选择了“三年以上七年以下有期徒刑”的法定刑后，不能将导致2人而非1 人死亡这一情节为由从重处罚。否则，就是重复评价。但是，如果被告人对3人死亡负事 故全部或者主要责任，由于2人死亡是法定刑升格的条件，所以，第3个被害人的死亡，可 以成为在升格的法定刑内增加责任刑的情节。就此而言,并不存在重复评价。

最后，从我国的量刑实践上来说，当一个量刑情节对确定量刑起点发挥作用后，就不 能再对量刑的调节起作用。例如，最高人民法院2013年12月23日《关于常见犯罪的量 刑指导意见》以下简称（《量刑指导意见》）规定："强奸妇女一人的，可以在三年至五年有 期徒刑幅度内确定量刑起点。奸淫幼女一人的，可以在四年至七年有期徒刑幅度内确定 量刑起点。”对奸淫幼女确定的量刑起点明显重于普通强奸妇女的犯罪，这便表明，奸淫 幼女的量刑起点已经考虑了从重处罚的情节。既然如此，就不能在确定了较重的量刑起 点之后，又将奸淫幼女作为增加刑罚的情节。

再如,《量刑指导意见》在规定了故意伤害罪的量刑起点后指出：“在量刑起点的基础 上，可以根据伤害后果、伤残等级、手段残忍程度等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑 罚量，确定基准刑。故意伤害致人轻伤的，伤残程度可在确定量刑起点时考虑，或者作为 调节基准刑的量刑情节。”显然，倘若在确定量刑起点时已经考虑了伤残程度，那么，在确 定了量刑起点后，就不能再将伤残程度作为增减刑罚的情节。否则，就是典型的重复评 价。

八、间接处罚的禁止

如前所述，影响量刑的情节很多，但不能认为任何情节都影响量刑。对于罪刑规范并 不禁止的事实（行为、结果等）以及犯罪人没有责任的不法事实，不能作为量刑情节考虑， 否则就会形成间接处罚。下面以结果为例说明。

结果可以分为法定刑基础的结果与非法定刑基础的结果。显然，作为法定刑基础的 结果，不能再作为量刑情节考虑，只有非法定刑基础的结果，才能成为量刑情节。非法定 刑基础的结果对量刑（主要是从重量刑）的影响，应根据不同类型予以区分。

首先，能够作为从重量刑情节的结果，必须是罪刑规范阻止的结果。对此，应区分三 种类型。

一是法定刑基础的结果（广义）的强化或者加重。这种结果的性质与法定刑基础的 结果的性质相同而且更为严重;或者说，原本可谓加重结果，但刑法没有因为加重结果的 发生规定为结果加重犯。从刑法规范的意义上说，这种结果仍然是行为所违反的罪刑规 范所欲阻止的结果。这里又分为几种情况:第一种情况是，刑法规定的法定刑基础是抽象 的危险，但行为发生了具体的危险，刑法没有对具体危险加重法定刑时（即属于非法定刑

**576**刑法学（第五版）

基础的结果），行为所发生的具体危险是影响量刑的因素。例如，刑法第144条规定的生 产、销售有毒、有害食品罪属于抽象的危险犯。如果行为没有对人体健康造成严重危害， 也不具备其他严重情节，但造成了具体的危险，那么，法官在选择了“五年以下有期徒刑， 并处罚金”法定刑的前提下，可以将具体危险作为量刑情节。因为刑法规定抽象的危险 犯，是为了提前保护法益，不仅旨在避免侵害结果，而且意欲阻止具体危险。所以，具体危 险也是罪刑规范（第144条）所欲阻止的结果，因而是影响法益侵犯性的结果。换言之， 具体危险的出现，使得法律规定的抽象的危险犯的违法性加重。既然如此，这种具体危险 当然影响责任刑。第二种情况是，刑法规定的法定刑基础是具体的危险，但行为发生了侵 害结果，刑法没有将侵害结果规定为法定刑升格的条件时，这种侵害结果影响量刑。例 如，遗弃他人的行为导致他人重伤，［41〕刑法没有将重伤规定为遗弃罪的结果加重犯，但该 结果是对生命、身体的危险的加重，所以，属于非法定刑基础的结果。刑法规定遗弃罪是 为了防止遗弃行为对生命、身体的危险，当然也阻止生命、身体危险的现实化。显然，这种 结果是可归责的结果，因而影响量刑。当然，因发生加重结果而成立法定的结果加重犯 时，加重结果只是法定刑升格的结果，即属于法定刑基础的结果，在合理选择了法定刑之 后，不再对量刑起影响作用。第三种情况是，加重的侵害结果，即超出了法定刑基础的侵 害结果。例如，可以认为，一人死亡是故意杀人罪法定刑基础的结果，而第二人死亡则是 非法定刑基础的结果，这种结果仍然是罪刑规范（第232条）所欲阻止的结果,影响量刑。

二是并非行为触犯的罪刑规范所欲阻止的结果（也可谓非特定规范所欲阻止的结 果），而是相关罪刑规范所欲阻止的结果。即行为触犯的是A法条，但行为所发生的结果 并不是A法条所阻止的结果，而是B法条阻止的结果。例如，行为人故意以暴力手段强 制猥亵妇女的行为造成了被害妇女的轻伤（对轻伤持故意）。罪刑规范（第237条）所欲 阻止的是侵害妇女的性的自己决定权的结果，并不是旨在禁止伤害妇女身体的结果。但 是,刑法第234条阻止伤害身体的结果。这种结果也影响量刑。因为行为人造成的伤害 结果仍然是罪刑规范所阻止的结果，这表明行为对法益侵害的范围扩大,说明违法性严 重，当然成为确定责任刑的重要根据。

三是并非罪刑规范所欲阻止的结果，即不仅行为触犯的罪刑规范并不阻止这种结果， 而且其他罪刑规范也不阻止这种结果。这种结果应否影响量刑，是值得研究的问题，也是 这里所要探讨的一个重要问题——禁止“间接处罚”。例如，A在抢夺B的财物时，导致 B身体遭受轻微伤。B的轻微伤能否成为对A从重量刑的根据？本书持否定回答。刑法 分则各本条都是为了保护特定的法益，其中有的只保护单一的法益，有的保护多种法益。 如果某种结果并不表现为对刑法所保护的法益的侵害，就不能说明违法性的程度，不能作 为量刑情节考虑。上述A的行为造成的轻微伤，并不是对刑法规范所保护的法益所造成 的侵害。

顺便指出的是故意杀人后的碎尸行为。可以肯定的是，故意杀人隐藏尸体的行为，不 能成为增加责任刑的情节。因为对于故意杀人罪的行为人而言，这种行为没有期待可能 性。但是，由于杀人后碎尸会受到社会一般人的更严厉的谴责，杀人后的碎尸行为在我国

〔41〕遗弃罪究竟是抽象的危险犯还是具体的危险犯，是国外刑法理论长期争论的问题。这里暂且作为具体的危 险犯来对待。

第十三章刑罚的裁量**577**

司法实践中成为增加责任刑的重要情节。一个原本可以判处无期徒刑或者死缓的杀人 犯，很可能因为碎尸而被判处死刑立即执行。可是，毁坏尸体罪的最高法定刑仅为3年有 期徒刑（况且杀人犯为了毁灭证据而碎尸的，并不成立毁坏尸体罪），在原本不应当判处 死刑的情况下，因为碎尸而判处死刑，就对碎尸行为的不法程度进行了过度评价，实际上 形成了间接处罚。［42〕换言之，因为碎尸而判处死刑或者大幅增加责任刑的做法，缺乏正 当化根据。

其次，能够作为从重量刑情节的结果，必须是行为人有责地造成的结果。

例如，甲过失导致乙重伤，乙被送往医院治疗，共花费50万元医疗费。乙损失50万 元的结果能否作为甲的从重量刑情节？本书持否定回答。因为作为从重量刑情节的结 果，不仅应当是构成要件行为造成的结果，而且必须是行为人有责地造成的结果。但乙 50万的财产损失，并不是过失致人重伤的行为造成的结果，而且行为人对被害人的财产 损失，不具备刑法所要求的责任要素。

总之，罪刑规范并不阻止的结果，或者虽然罪刑规范阻止但行为人没有责任的结果， 并不是从重量刑情节。将罪刑规范并不阻止的结果以及行为人没有责任的结果作为量刑 的从重处罚情节，实际上违反了罪刑法定原则。一方面，罪刑法定原则不仅支配定罪，而 且支配量刑。换言之，量刑也必须受罪刑法定原则的支配。根据罪刑法定原则，过失造成 财产毁损的行为，属于法无明文规定不处罚的行为;不管是对过失毁损财产的行为单独定 罪处罚，还是在处罚其他犯罪时附带对过失毁损财产的行为进行处罚（即间接处罚），都 违反了罪刑法定原则。另一方面，为了贯彻罪刑法定原则，必须将犯罪划分为不同的具体 犯罪，各种具体犯罪都有自己的犯罪构成，只有符合具体犯罪的犯罪构成的行为才成立犯 罪。所以，犯罪构成具有罪刑法定主义的机能。但是，一个犯罪构成不可能保护所有的法 益。将罪刑规范并不阻止的结果作为量刑的从重处罚情节，意味着一个犯罪构成所保护 的法益无边无际，这便导致犯罪构成丧失罪刑法定主义的机能。

在上例中，如果将乙50万元的财产损失作为从重处罚的情节，则形成了间接处罚。 即某种行为及结果原本不是刑罚处罚的对象，但由于该行为及其结果存在于某一犯罪中， 导致对该行为及结果给予刑罚处罚。详言之，过失导致他人50万元财产损失的行为，原 本并不成立犯罪，不会受刑罚处罚。如果过失致人重伤的行为间接引起他人财产损失，进 而在量刑时从重处罚，便间接地处罚了过失毁坏财产的行为。假定上述甲的过失致人重 伤的行为，原本只应判处3年有期徒刑，但法官考虑到其行为造成了他人50万元的财产 损害，便判处有期徒刑5年。这意味着过失毁坏财产的行为受到了 2年有期徒刑的处罚。 然而，这种行为原本在刑法上并不受刑罚处罚。这便形成了应当禁止的间接处罚。再如， 如果将上述B的轻微伤作为抢夺罪从重处罚的根据，也形成了间接处罚。即单纯故意或 者过失致人轻微伤的行为（具有公共危险性质等行为除外），原本不是刑罚处罚的对象， 但由于该行为及其结果存在于抢夺犯罪中，导致对该行为及结果给予刑罚处罚。详言之， 故意或者过失导致他人轻微伤的行为，原本并不成立犯罪，不会受刑罚处罚。如果抢夺行

**（42］**碎尸行为当然也是毁灭证据的行为，但由于任何犯罪人对于毁灭自己犯罪的证据都不承担刑事责任（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”），所以，将 碎尸行为评价为毁灭证据的行为没有意义、

**578**刑法学（第五版）

为同时导致他人轻微伤，进而在量刑时从重处罚，便间接地处罚了轻微伤害行为。假定上 述A的抢夺的行为，原本只应判处1年有期徒刑，但法官考虑到其行为造成了 B的轻微 伤，便判处有期徒刑3年。这意味着轻微伤害行为受到了2年有期徒刑的处罚。这便形 成了应当禁止的间接处罚。

将罪刑规范并不阻止的结果以及行为人没有责任的结果作为从重处罚情节，有悖刑 法的性质。一方面，刑法因具有补充性，而必然具有不完整性。从应然层面来说，刑法不 可能介入国民生活的各个角落，不可能处罚所有的法益侵害行为，只能处罚值得科处刑罚 的法益侵害行为。从实然层面来说，刑法不可能将所有的法益侵害行为规定为犯罪。也 正因为如此，刑法实行罪刑法定原则。但是，间接处罚的做法，必然导致任何法益侵害行 为，都可能受到刑罚处罚。例如，过失毁坏财物、故意或者过失造成轻微伤、过失造成名誉 毁损等，原本处于刑法并不介人的“角落”。如果直接或者间接地处罚这种行为，则导致 刑法丧失补充性与不完整性的性质，使刑法介人国民生活的各个方面，形成刑法处罚的膨 胀化，结局是过于限制国民的自由。另一方面，过失造成的财产毁损、故意或过失造成的 轻微伤、过失造成的轻伤、过失造成的名誉毁损等结果，只是民法、行政法规制的对象，而 不是罪刑规范禁止的结果，所以，对于犯罪行为造成这类结果，只能通过刑事附带民事诉 讼等方式处理，而不能作为量刑的从重情节。如果仅因行为人的相关行为成立犯罪，便将 原本只能通过民事赔偿方式处理的现象（结果）提升为犯罪结果的一部分，从而作为从重 量刑的情节,便混淆了刑法与民法的关系，导致刑法不当地介入民法领域。

第三节量刑制度

一、从重与从轻处罚

（一）从重与从轻处罚的含义

从重与从轻处罚，都“应当在法定刑的限度以内判处刑罚”（刑法第62条），因此，大 体上可以说，从重处罚，是指在法定刑的限度内判处较重的刑罚；从轻处罚，是指在法定刑 的限度内判处较轻的刑罚。

首先，从重处罚与从轻处罚，都必须是在法定刑的限度内判处刑罚，而不能高于法定 刑或者低于法定刑判处刑罚。

其次，从重处罚并不意味着在法定刑的“中间线”以上判处刑罚，从轻处罚也不意味 着在法定刑的“中间线”以下判处刑罚。因为刑法并没有以法定刑的“中间线”为标准区 分从重处罚与从轻处罚；绝大多数法定刑也不存在清晰的“中间线”（只有大体意义的“中 间线”）；如果从重处罚与从轻处罚以法定刑的“中间线”为标准，就必然造成轻罪重判或 者重罪轻判的局面。

再次，一般来说，从重处罚是相对于既没有从重处罚情节又没有从轻处罚情节的一般 情况下所应判处的刑罚而言，即比没有上述情节时所应判处的刑罚相对重一些;从轻处罚 也是相对于既没有从轻处罚也没有从重处罚情节的一般情况下所应判处的刑罚而言，即 比没有上述情节时所应判处的刑罚相对轻一些。因此，从重处罚不是一律判处法定最高

第+三章刑罚的裁量**579**

刑，从轻处罚也不是指一律判处法定最低刑。

最后，从重处罚不得违反责任主义，即不得超出行为人应负的责任从重处罚。

（二）从轻与从重处罚的适用

如前所述，量刑情节分为影响责任刑的情节与影响预防刑的情节，所以，从轻处罚的 情节也包括责任刑的从轻处罚情节与预防刑的从轻处罚情节，二者分别对责任刑的裁量 与预防刑的裁量起作用，不可混淆。

虽然从轻处罚以被告人具有从轻处罚的情节为根据，但是，从轻处罚的情节（尤其是 预防刑的从轻处罚情节）相当宽泛，因为凡是表明责任有所降低或者预防必要性有所减 少的情节,都能成为从轻处罚的情节（只是从轻幅度不同）。相对确定的法定刑，就是为 了保证法官可以按照刑罚的正当化根据合理宣告刑罚。期待任何一种从轻处罚情节，都 有刑法上的明文规定，或者随意否认从轻处罚情节，不是法官应有的态度。

同样，从重处罚的情节也包括责任刑的从重处罚情节与预防刑的从重处罚情节，二者 分别对责任刑的裁量与预防刑的裁量起作用，不可混淆。亦即，责任刑的从重处罚情节， 导致法定刑内的责任刑增加；而预防刑的从重处罚情节，只能导致在责任刑的点之下从重 处罚。例如，被告人猥亵儿童且构成累犯。倘若强制猥亵罪的量刑起点为2年徒刑，由于 被告人猥亵儿童，责任刑增加至3年，那么，拘役至3年以下就是裁量预防刑的空间。在 此空间内，由于被告人具有累犯情节，应当从重处罚，因而可以选择3年或者接近3年的 有期徒刑作为宣告刑。

从刑罚的正当化根据与量刑情节的性质可以看出，不能将“从重处罚”理解为宣告刑 的从重处罚。倘若被告人在责任刑方面有从重处罚的情节，但在预防刑方面有从轻或者 减轻处罚的情节，那么，从重处罚就只能体现在责任刑中，而不可能体现在宣告刑中。

从轻处罚有利于被告，从重处罚不利于被告。所以，扩大从轻处罚的范围，不会违反 罪刑法定原则，但随意扩大从重处罚的范围，则会违反罪刑法定原则。与从轻处罚一样， 只有当某种情节说明被告人的责任增加或者特殊预防的必要性增加时，才能成为从重处 罚的情节。可是，没有根据地从重处罚，是我国刑事司法的一个重要特点。

例如，最高人民法院2011年12月30日《关于进一步加强危害生产安全刑事案件审 判工作的意见》指出：“国家工作人员违反规定投资入股生产经营企业，构成危害生产安 全犯罪的”，依法从重处罚。诚然，国家工作人员违反规定投资人股生产经营企业，可能 违反了相关行政法规或者部门规章，但是，不能因此将这一行为作为危害生产安全犯罪的 从重处罚情节。（1）国家工作人员投资人股生产经营企业，不可能使危害生产安全犯罪 的法益侵害加重，也不可能使其责任程度加重。（2）国家工作人员投资人股生产经营企 业，并不表明其特殊预防的必要性增大。（3）如果将国家工作人员投资人股生产经营企 业，作为危害生产安全犯罪的从重处罚的情节，必然导致间接处罚。亦即，这种行为原本 并不成立任何犯罪，不可能受到任何刑罚处罚，但由于国家工作人员的行为触犯了危害生 产安全犯罪，导致该行为受到了刑罚处罚。

针对我国的司法实践，本书特别提出以下几点意见：（1）不能将一般违法行为作为责 任刑从重处罚的根据，一般违法行为足以说明被告人再犯罪的可能性较大时，才可以成为 预防刑从重处罚的根据。（2）不能将犯罪的常态作为对责任刑从重处罚的根据。例如， 基于报复动机伤害他人、基于奸情杀害他人，是犯罪的常态，不能以动机卑鄙、恶劣为由从

**580**刑法学（第五版）

重处罚。（3）不能将犯罪后的常态作为预防刑从重处罚的根据。例如，挥霍财产犯罪所 得，是犯罪后的常态，不可能成为从重处罚的情节。同样，将犯罪所得用于违法活动，只要 没有侵害新的法益，就不能成为从重处罚的情节。如果事后行为构成新的犯罪，则是新罪 的处罚根据，而不是前罪的从重处罚情节。（4）被告人不能左右的客观事实，不应成为从 重处罚的情节。例如,被告人的犯罪行为给他人造成了财产损失，但被害人没有赔偿能力 的，不能作为责任刑从重或者预防刑从重的情节。在有赔偿能力的前提下，是否赔偿是被 告人可以左右的，因而能够反映被告人有无悔罪表现。但是，如果将没有赔偿能力作为从 重处罚的情节，明显违反责任主义

总之，鉴于我国法定刑较重的立法现状以及量刑较重的司法现实，本书主张，除了法

定情节以外，法官应尽可能多地考虑酌定从轻情节，尽可能少地考虑酌定从重处罚的情

-++-

T>o

二、减轻处罚

减轻处罚包括法定减轻处罚与酌定减轻处罚，需要分别讨论。

（一） 法定减轻处罚

在被告人具有法定的“应当"减轻处罚情节时，不管是使责任刑减轻的情节，还是使 预防刑减轻的情节，法官都应当适用减轻处罚的规定。

在被告人具有法定的“可以”减轻处罚情节时，法官通常也应减轻处罚。因为“可以” 表达了刑法的倾向性意见。换言之，在刑法规定“可以”减轻处罚时，对被吿人减轻处罚 不再需要其他理由，只是不减轻处罚时才需要特别理由。所以，在没有特别理由表明不得 减轻处罚的情况下，法官应减轻处罚。

在被告人具有法定的“从轻或者减轻处罚”情节时，本书也主张尽可能减轻处罚。因 为我国的法定刑较重，重刑又具有诸多弊端，减轻处罚可以减少重刑的弊害。但我国的司 法机关常常只是对轻罪减轻处罚，对重罪仅从轻处罚。这种做法不妥当。罪行严重并不 等于特殊预防必要性大；自首、坦白、立功的规定并不是只适用于轻罪，同样适用于重罪； 在刑法规定“从轻或者减轻处罚”时，并不是说对轻罪减轻处罚、对重罪从轻处罚。所以， 以罪行重为由不得减轻处罚的做法，并不符合刑法的规定。

（二） 酌定减轻处罚

有的国家刑法规定，法官可以酌定减轻刑罚，不需要经过上级核准。我国旧刑法第 59条第2款规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，如果根据案件的具体 情况，判处法定刑的最低刑还是过重的，经人民法院审判委员会决定，也可以在法定刑以 下判处刑罚。”在旧刑法时代，酌定减轻处罚的可能性较大，也是比较容易的。但是，现行 刑法第63条第2款规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件 的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”于是,减轻处罚成为 程序相当复杂的事情，这就导致酌定减轻处罚的适用范围小。

尽管如此，法官还是应当具有“只要符合条件就减轻处罚”的意识。法官应当意识 到，适当减轻处罚，有利于刑罚朝着合理方面发展。在法定刑较重的立法例之下，尤其要 意识到这一点，并通过减轻处罚顺应刑罚的发展趋势。法官应当充分认识到，量刑关系到 被告人的人权保障乃至国家的人权状况。在法治国家，人权实际上完全是通过法院得到 保障和实施的;法官的任务就是解释宪法和法律赋予公民的权利，以便确定他人诉讼请求

第十三章刑罚的裁量**581**

是否有效，法官和法院是为宪法和法律确认的权利服务的。所以，如果法官与法院都不能 保障人权,那么，这个国家的人权是不可能得到保障的。法官应当意识到，剥夺一两天的 人身自由，也是一种重大痛苦。所以，本书建议，法官没有必要将刑法第63条第2款视为 特殊的例外规定，而应看作一般性规定。换言之，法官应当具有“只要符合条件就减轻处 罚”的意识，充分利用刑法第63条第2款。至于减轻处罚是否妥当，当然取决于是否存在 减轻处罚的根据。但法官形成减轻处罚的动机,产生减轻处罚的想法，是减轻处罚的前提 条件。在本书看来，至少在以下两种情况下，法官应当特别考虑减轻处罚：

第一，法定刑过重时，应当有减轻处罚的意识。例如，与故意杀人、抢劫、非法拘禁等 罪的法定刑相比，绑架罪的法定刑过重。因此，在绑架行为没有造成伤亡后果与财产损失 的情况下，应当减轻处罚。再如，人户抢劫的法定刑也过重，必要时应当减轻处罚。

第二，罪行明显轻于法定最低刑对应的程度时，应当有减轻处罚的意识。法定刑是根 据具体犯罪的通常情形设定的，而不可能考虑到各种案件的特殊情况。但案件事实总是 复杂的，许多案件都会存在特殊情况，所以，刑法针对各种具体犯罪规定的法定刑，可能难 以与具体案件的特殊情况相适应，需要减轻处罚，以实现罪刑相适应原则。当然，“特殊 情况”并不是泛指任何特殊情形，而是指表明存在减轻处罚根据的情况。

（三）如何减轻处罚

刑法第63条第1款规定：“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；本法规定有数个量刑幅度的，应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判 处刑罚。”本款规定的前段与后段都存在需要研究的问题。

1. 关于前段规定

减轻处罚时仍然应判处一定刑罚，如果不判处刑罚，就意味着免除处罚而不是减轻处 罚了。根据第1款前段的规定，在犯罪只有一个量刑幅度（一个法定刑）的情形下，减轻 处罚没有格的限制，而且可能减为更轻的刑种。例如，法定最低刑为3年有期徒刑时，一 般在有期徒刑内减轻处罚。但是，如果法定最低刑是拘役，或者虽是有期徒刑但徒刑的起 点为最低刑期吋，可以减轻至其他刑种。例如，战时自伤身体的，法定刑为3年以下有期 徒刑；如果具有减轻处罚情节，就只能选择拘役。再如，刑法第414条规定的法定刑为5 年以下有期徒刑或者拘役，如果具有减轻处罚情节，便应选择管制。如果法定最低刑为管 制，就面临着能否由主刑减为附加刑的问题。本书认为，既然决定对犯罪人减轻处罚，就 只能是低于法定最低刑判处刑罚，故在最低刑为管制的情况下，只能选择附加刑。但由于 刑法第56条明文规定“独立适用剥夺政治权利的，依照本法分则的规定”，对于罚金与没 收财产则没有类似规定，故应选择没收财产与罚金。

1. 关于后段规定

刑法第63条第1款的后段规定，是针对应当适用较重量刑幅度的情形而言。例如， 刑法第234条之一第1款规定:“组织他人出卖人体器官的，处五年以下有期徒刑，并处罚 金;情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。”在行为人所犯之罪情节 严重，又具有减轻处罚的情节时，应当在“五年以下有期徒刑，并处罚金”的幅度内量刑。 显然，如果行为人所犯之罪情节并不严重，又具有减轻处罚情节（即应当适用最低量刑幅 度时），则应按上述只有一个量刑幅度的情形处理。

但是，在现实生活中，完全可能存在这样的情形：由于各种原因，下降一个量刑幅度仍

**582**刑法学(第五版)

然显得量刑偏重乃至畸重，那么，在什么样的条件下，可以下降两个量刑幅度？

(1 )当行为人具有可以(或者应当)“减轻或者免除处罚”的法定情节，而又不宜免除 处罚时，减轻处罚时可以下降两个量刑幅度。例如，从犯乙帮助正犯甲盗窃财物100万 元。根据刑法第264条的规定，对甲、乙应当适用“十年以上有期徒刑或者无期徒刑”的 法定刑。但乙是从犯，根据刑法第27条的规定，“应当从轻、减轻处罚或者免除处罚”；根 据刑法第63条的规定，如果对乙减轻处罚，就应当在“三年以上十年以下有期徒刑”的范 围内宣告刑罚。但是，根据当然解释的原理，〔43〕既然有免除处罚的可能性，那么，如果认 为对乙判处3年以上有期徒刑过重，就可以再下降一个量刑幅度，适用“三年以下有期徒 刑、拘役或者管制”的法定刑。

1. 当行为人具有“可以免除处罚”的法定情节，但根据案件情况不应免除处罚时，根 据当然解释的原理，既可以下降一个量刑幅度减轻处罚，也可以下降两个量刑幅度减轻处 罚。例如，刑法第351条第3款规定：“非法种植罂粟或者其他毒品原植物，在收获前自动 铲除的，可以免除处罚。”倘若以法条仅规定了“可以免除处罚”为由，主张对行为人要么 免除处罚，要么只能酌定从轻处罚，就明显不符合情理与法理。本书认为，在这种情况下， 完全可以根据案件情况下降一个或者两个量刑幅度裁量刑罚。
2. 当被告人具备两个以上减轻处罚的情节时，原则上也可以下降两个量刑幅度。 首先，在被告人具有两个“应当”减轻处罚的情节时，宜下降两个量刑幅度裁量刑罚。因 为刑法第63条第1款后段是以被告人具有一个法定的减轻处罚情节为模式所做的规定， 并没有包含具有数个减轻处罚情节的情形。其次，在被告人具有一个“应当”减轻处罚与 一个“可以”减轻处罚的情节，或者具有两个“可以”减轻处罚的情节时，需要对量刑情节 进行综合考察，判断下降一个量刑幅度所判处的刑罚是否适当。如果得出否定结论，就可 以下降两个量刑幅度。最后，如果具有三个以上的减轻处罚的情节,通常应当下降两个量 刑幅度裁量刑罚。
3. 当被告人仅具有一个减轻处罚的情节，但下降一个量刑幅度裁量刑罚仍然导致 宣告刑过重，不符合报应刑原理，导致不必要的刑罚时，法官应当适用刑法第63条第2 款，经最高人民法院核准，下降两个量刑幅度宣告刑罚。或许有人认为，本书的这一观点 违反刑法第63条第2款的规定，因为该款规定的是“不具有本法规定的减轻处罚的情 节”的情形，而上面所讨论的是具有一个减轻处罚情节的情形。刑法理论上也有观点认 为，适用酌定减轻处罚的前提是犯罪分子不具有刑法所规定的减轻处罚情节。但是， 其一,犯罪分子是否具有法定减轻处罚情节并不影响酌定减轻处罚的适用。根据当然解 释的原理，在被告人不具有减轻处罚的情节时，都可以下降一个幅度减轻处罚，那么，在被 告人具有一个减轻处罚的情节时，当然也可以下降两个幅度裁量刑罚。其二，退一步说， 在被告人的一个减轻处罚的情节作为下降一个量刑幅度起作用后，被告人便不具有再下 降一个量刑幅度的减轻处罚的情节，故仍然属于刑法第63条第2款规定的“不具有本法 规定的减轻处罚的情节”的情形。

［43］举重以明轻的当然解释原理，并不只是适用于定罪(出罪)，而是同样适用于量刑,： 〔**44］**参见胡学相：“论量刑中减轻处罚和免除处罚的适用”，载《人民司法》2004年第8期、

第十三章刑罚的裁量**583**

三、免除处罚

免除处罚，是指对行为作有罪宣告，但对行为人免除刑罚处罚，即不判处任何刑罚。 可以肯定的是，在被告人具有法定的应当免除处罚的情节时，应当免除处罚。例如，对于 没有造成损害的中止犯，应当免除处罚。在被告人具有可以免除处罚的情节时,原则上也 应免除处罚。例如，对于犯罪较轻且自首的，或者非法种植毒品原植物在收获前自动铲除 的，通常宜免除处罚。对此，下面将有专章（第十五章）探讨。

第四节量刑方法

一、 量刑方法概述

量刑方法，是指审判人员裁量刑罚所使用的手段、方法、步骤的总和。要保证量刑适 当，除了遵循量刑原则外,还要求有正确的量刑方法。

我国当前的量刑，一般采用传统的经验量刑法，或称为综合估量式的量刑方法，即首 先审理案件，掌握案情，在法定刑范围内，参照司法实践经验,大致地估量出对犯罪人应处 的刑罚；然后考虑各种法定的从重处罚、从轻、减轻和免除处罚的情节，并考虑其他影响刑 罚轻重的非法定情节;最后综合地估量出对犯罪人判处的刑罚。这种量刑方法简便易行， 具有一定的可行性，在目前乃至相当长时间内是一种基本的量刑方法；而且，只要审判人 员对案情的掌握全面，所参照的经验适当，裁量刑罚时的心态、情绪与情感正常，一般也不 会出现偏差。但是，由于这种方法没有科学标准作保障，难免会出现量刑不适当的局面。 正因为如此，不少人提出了新的量刑方法。新的量刑方法包括层次分析法、数学模型法、 定量分析法以及电脑量刑法等，各种方法虽然存在一定区别，但核心观点都是将各种量刑 情节进行定量分析，然后根据量的总和确定宣告刑。但是，各种量刑方法与目前实行的量 刑规范化，都没有注重责任主义对量刑的制约，没有考虑责任刑情节与预防刑情节的关 系，没有将预防刑限定在责任刑之内。

在没有或难以推行更科学的量刑方法的情况下，应当注重采取措施促使经验量刑法 更加完善。从观念上说，不应当使不能影响量刑的因素影响量刑，不能使案外的人为因素 干扰量刑；审判人员应当坚持平等适用刑法、罪刑相适应的原则，切实做到以犯罪事实为 根据、以刑事法律为准绳裁量刑罚；要摒弃重刑主义观念;应当在正常心态、情绪、情感状 态下裁量刑罚。从方法上说，要注重以责任主义限制量刑，采取合法的量刑步骤：（1）合 理选择法定刑，即确定罪名后根据案件的不法与责任事实确定法定刑。（2）合理裁量责 任刑，其中可分为两个小步骤:其一，暂时不考虑各种法定与酌定量刑情节，大体确定一个 量刑起点;其二,根据影响责任刑的情节，确定责任刑（点）。例如，不能将累犯作为影响 责任刑的情节，也不能将故意、过失作为影响预防刑的情节。（3）合理裁量预防刑，即在 责任刑的点之下根据预防必要性的大小，确定拟宣告的刑罚。（4）确定合理的宣告刑。

二、 法定刑的选择

与国外刑法相比，我国刑法分则关于法定刑的规定有两个明显的特点:一是法定刑较 重;二是法定刑档次多。这两个特点决定了司法人员必须慎重选择法定刑，尤其要慎重选

**584**刑法学（第五版）

择加重法定刑或者升格法定刑。〔45〕如果法定刑选择错误，无论坚持什么量刑原则、不管 秉持何种量刑理论、不论采取什么量刑方法，量刑结论都不可能具有正当化根据。〔46〕

（一）升格法定刑的根据

1. 责任加重是法定刑升格的根据

只有责任加重，才能适用升格的法定刑，预防情节不可能成为法定刑升格的根据。当 一个法定刑有几个幅度时，法官只能根据所选定的法定刑，考虑预防犯罪的需要。倘若影 响责任刑的情节与影响预防刑的情节都成为法定刑升格情节，就不可避免出现这样的现 象:按照责任轻重，只能适用最低档法定刑，但按照预防需要却应适用较高档法定刑，于 是，预防刑突破了责任刑；或者，按照责任轻重，应当适用较高档法定刑，但按照预防需要， 只能适用最低档法定刑。于是，即使没有减轻处罚情节，也会减轻处罚。这明显违反了刑 法的规定。

法定刑升格的根据虽然是责任加重，但并不意味着将不法排除在加重根据之外。一 方面,责任是对不法的责任，而不是单纯的心理状态或者主观恶性。没有不法就没有责 任，所以，责任加重以存在不法为前提。另一方面，在行为人具备法定责任要素且责任形 式相同的前提下，责任的轻重主要取决于不法的轻重。例如，故意致人轻伤与故意杀人的 行为人都是出于故意，但由于二者的不法程度不同，行为人对不法的认识内容不同，所以 责任不同。反之，在不法事实相同的情况下，如果责任形式不同，则责任程度也不同。例 如，同样是致人死亡，故意致死与过失致死就导致责任程度不同。所以，认为法定刑升格 的根据是责任加重，没有不当之处。

刑法关于对累犯只能从重处罚而不得加重处罚的规定，直接、充分说明了法定刑升格 的根据只能是责任加重。累犯是表明行为人特殊预防必要性大的最重要情节，因为行为 人无视以往刑罚的体验而再次犯罪，根据社会生活经验，如果对其再宣告缓刑或者从轻判 处刑罚，行为人很可能再次犯罪。尽管如此，刑法也没有规定对累犯加重处罚，只是在其 责任刑的范围内从重处罚。换言之，累犯并没有成为法定刑升格的根据。既然如此，其他 表明特殊预防必要性大的情节，就更不可能成为法定刑升格的根据。

1. 与加重结果不相当的情节不能成为法定刑升格的根据

法定刑升格的情形中，最典型的是结果加重犯。但是，刑法分则条文常常为了避免疏 漏，而在加重结果之后，另规定了其他严重情节。加重结果直接表明行为对法益的侵害程 度，行为人对加重结果具有故意或者过失时，便使得其责任加重，因而具备法定刑升格的 根据。但是，不能随意扩大与加重结果并列的其他情节，相反，只有与加重结果相当的情 节，才能成为法定刑升格的根据。

例如，刑法第141条第1款规定，“生产、销售假药的，处三年以下有期徒刑或者拘役， 并处罚金;对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒 刑，并处罚金;致人死亡或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者 死刑，并处罚金或者没收财产。”问题是，对“其他严重情节”与“其他特别严重情节”应当

（45］ 本书在等同意义上使用这两个概念。

［46］ 法定刑的选择，首先存在一个观念问题。如果司法人员存在重刑主义观念.或者认为量刑必须注重发挥刑 罚的一般威慑功能，那么，就会尽可能选择较電档次的法定刑。本书仅从规则与技术层面展开讨论。

第十三章刑罚的裁量**585**

如何理解？质言之，是只能根据行为人所生产、销售的假药对被害人造成的伤亡情况来判 断，还是可以单纯根据行为人生产、销售的假药的数量进行判断？本书的回答是，只能根 据前者判断。

1. 不能归责于不法行为的结果不能成为法定刑升格的根据

就基本犯而言，如果某个结果不能归责于行为人的不法行为，那么，行为人就不能对 该结果负责，只能成立基本犯的未遂。基于同样的理由，如果某个加重结果不能归责于行 为人的基本行为，那么，行为人就不能对该加重结果负责，只能成立基本犯的既遂或者未 遂。

不仅如此，根据刑法理论的通说，结果加重犯的客观归责条件，比一般基本犯的客观 归责条件更为严格。除了按照一般的客观归责条件能够将加重结果归责于行为的基本行 为外，还要求基本行为具有发生结果的高度危险，基本行为与加重结果之间具备直接性要 件。

1. 没有责任的不法加重事实不应成为法定刑升格的根据

如果说责任加重才是法定刑升格的根据，而责任是对不法的责任，那么，选择升格的 法定刑时，不仅要求有加重的不法事实，而且要求行为人对加重的不法事实具有责任。所 以，没有责任的加重不法事实，不应成为法定刑升格的根据。例如，故意实施伤害行为时， 意外造成死亡结果的，死亡结果不能成为量刑根据。即使是对客观的法定刑升格情节的 认定，也以行为人对之具备非难可能性为前提。例如，在行为人仅有抢劫普通财物的故 意，没有认识到所抢劫的是军用物资或者抢险、救灾、救济物资时，不能适用刑法第263条 第8项的“抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资”的法定刑。再如，适用刑法第236条 的“致使被害人重伤、死亡”的规定时，要求行为人至少对重伤、死亡具有预见可能性。

（二）升格法定刑的援引

我国刑法分则有不少条文采用了援引法定刑的规定方式，其中，有些援引比较明确， 司法人员容易识别是否以及在何种情形下适用援引的升格法定刑。但是，有的法条在规 定援引法定刑时表述不明确，在适用援引的升格法定刑时会存在争议。

例如，刑法第180条第1款规定，从事内幕交易、泄露内幕信息“情节严重的，处五年 以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金;情节特别严重 的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金”。同条第4款 规定，利用未公开信息交易“情节严重的，依照第一款的规定处罚”。问题是，如果行为人 利用未公开信息交易，情节特别严重的，是只能按本条第1款的情节严重的法定刑量刑， 还是应当选择本条第1款情节特别严重的升格法定刑？

可能出现的一种理解是，第4款仅规定了“情节严重”，而没有规定“情节特别严重”， 故实施第4款行为的，不可能适用升格的法定刑。

其实，上述理解并不妥当。在刑法分则条文采用援引法定刑时，只要就基本构成要件 做出表述即可，没有必要同时表述基本构成要件与加重构成要件（或加重情节），否则不 能达到减少法条表述的目的。既然刑法条文对利用未公开信息交易罪援引了内幕交易、 泄露内幕信息罪的法定刑，就表明这两个罪的不法与责任程度是相当的。在刑法分则中， 凡是前一款规定了两个以上法定刑，而后一款采用援引法定刑时，后一款都只是表述了基 本犯的构成要件，而没有表述法定刑升格的条件。由于第1款以“情节严重”为基本条

**586**刑法学（第五版）

件，所以，如果第4款不使用“情节严重”的表述，必然带来另一难以解决的问题，亦即，利 用未公开信息交易罪的成立不以情节严重为前提。可是，这样的结论又是不妥当的。

总之，当刑法分则条文规定援引法定刑时，不管法条如何表述，所援引的都是被援引 条款的全部法定刑（包括升格法定刑），而不是仅援引基本法定刑。

（三）减轻法定刑的选择

例如,刑法第232条规定:“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情 节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”如何理解上述“情节较轻”中的“情节”，同样 是值得研究的问题。

责任主义决定了升格法定刑的根据与减轻法定刑的根据不完全相同。如前所述，升 格法定刑的根据是责任加重，因此，如果行为人对加重的不法没有责任，就不能选择升格 的法定刑，否则就违反了责任主义。但是，减轻法定刑是有利于被告人的规定，选择减轻 的法定刑不会违反责任主义。但是，减轻法定刑的适用受罪刑均衡的制约。例如，如果说 故意杀人罪的“死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”所对应的是一般情节以上的杀人 罪行，那么，"三年以上十年以下有期徒刑”所对应的只能是轻于一般情节的杀人罪行。 所以，只要罪行较轻，就可以评价为情节较轻。单纯客观不法的减轻以及责任的减轻，都 足以使罪行减轻，因而成为适用减轻法定刑的根据。

例如，部分故意杀人的未遂，被司法实践认定为情节较轻的故意杀人。〔47〕杀人未遂 是由于被告人意志以外的原因而未得逞，因而属于客观不法的减轻。由于责任是对不法 的责任，所以，客观不法的减轻，意味着罪行减轻，当然导致被告人所承担的责任相应减 轻。再如，被告人基于值得宽恕的动机杀害他人的，虽然客观不法没有减轻，但非难可能 性明显减轻，完全可能认定为情节较轻的故意杀人。

因此，法官需要根据犯罪的行为、结果等不法要素，以及故意、动机、目的、责任能力、 违法性认的可能性、期待可能性等责任要素，判断被告人所犯之罪是否属于情节较轻， 进而选择减轻的法定刑。至于表明特殊预防必要性大小的因素，则是在选择了减轻法定 刑之后所要考虑的因素，而不是选择减轻法定刑的根据。

三、责任刑的裁量

（一）责任刑的裁量概述

在选择了法定刑后，如何裁量责任刑，显得尤为重要。

责任刑是与责任对应或者相当的刑罚。但是，与责任相当的刑罚，是与对不法的非难 可能性程度相当的刑罚。由于责任是对不法的责任，所以，在行为人不具有责任减轻事实 的场合，与责任相当的刑罚，也可谓与有责的不法相当的刑罚。但是，在行为人具有责任 减轻事实时，则不是仅由有责的不法决定责任刑的量。因为责任划定了刑罚的上限，既然 责任减轻，那么，责任刑就必须相应减轻。例如，达到法定年龄的甲与乙均故意杀害一人 既遂，杀人手段相同，被害人的情形相同。就此而言，有责的不法是相同的。但是，倘若甲 是具有刑事完全责任能力的人，而乙是限制刑事责任能力的人，虽然二者有责的不法相 同，但二者的责任程度不同。由于乙具有责任减轻的事由，所以，乙的责任刑必须轻于甲

1. 这个问题还值得进一步研究。如果没有其他表明罪行较轻的情节，杀人未遂不一定能评价为情节较轻的故 意杀人。

第十三章刑罚的裁量**587**

的责任刑。

责任刑与预防必要性大小无关，只是与责任报应相关。所以，在责任刑的裁量层面， 要求罪刑均衡是妥当的。如前所述，重罪重判、轻罪轻判意义上的罪刑均衡，只是就责任 刑而言，既不是就预防刑而言，也不是就宣告刑而言。所以，责任刑或者与责任相当的刑 罚，绝对不是与所谓人身危险性或者主观恶性相当的刑罚。

（二）责任刑起点的确定

裁量责任刑时，首先要确定责任刑的起点。责任刑的起点不可能以某种数学公式或 者计算方式确定，只能以责任主义与比例原则为指导予以确定，法官除了应当摒弃重刑主 义观念外，特别需要注意以下几点。

1. 重视法定刑的分配

刑法分则所规定的法定刑均有幅度，而且幅度较大，一个幅度中可能含有由轻到重的 不同刑种。在这种场合，并不意味着法官正确地选择了法定刑之后，可以随意科处其中的 任一刑罚，而是要考虑到法定刑的分配。亦即，法定刑由轻到重，其罪状与标明的类型或 情节也是由轻到重，必须让轻刑与轻类型相对应、让重刑与重类型相对应。

例如，根据刑法第263条的规定，抢劫致人重伤、死亡的，"处十年以上有期徒刑、无期 徒刑或者死刑”。这个法定刑有一个明确的幅度，与之相应，抢劫致人重伤、死亡的不法 与责任也存在不同的程度，所以，需要进行适当的分配。换言之，撇开其他情节不论，抢劫 致人重伤、死亡至少可以分为四种情形：（1）抢劫过失致人重伤；（2）抢劫故意致人重伤；

（3）抢劫过失致人死亡；（4）抢劫故意致人死亡。将法定刑的内容与罪状所包含的情形进 行比较和分配，就可以得出如下结论:对第（1 ）、（ 2）两种情形，只能适用有期徒刑；对第 （3）种情形通常也只能适用有期徒刑，或者充其量在特殊情况下可能适用无期徒刑；只有 第（4）种情形，才有可能（而不是必须）适用死刑。

不仅如此，法官还应当意识到，即使某个法条所规定的升格法定刑在形式上适用于其 所规定的几项罪状，但绝对不意味着对每项罪状都可以适用升格法定刑中的最重刑。例 如，刑法第263条对8种加重情形规定了“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的法定 刑，其中第一种情形是"入户抢劫”。可是，从责任刑的角度来说，对于单纯的人户抢劫， 无论如何都不应当判处无期徒刑或者死刑；对某些案件而言，甚至判处10年至15年有期 徒刑，也显得过重。

1. 正确评价案件的罪行

如何正确评价案件的罪行轻重，是裁量责任刑的关键。法官不要动辄认为自己手中 的案件罪行严重。这是因为，如果动辄判处最重的刑罚，那么，将来发生更严重的犯罪时， 也只能判处最重的刑罚，于是前后的判决违反了比例原则与公平原则。反过来说，法官应 当意识到，迄今为止，还没有发生过最严重的案件，最严重的案件永远发生在以后。

与此同时，法官在评价案件的罪行时，既不能将犯罪的常态视为后果严重或者动机卑 鄙，也不能认为，只要罪行不轻微就是罪行严重。任何一个类型的犯罪在不法与责任方面 都存在一种常态，对罪行轻重的评价，只能通过与行为人所犯之罪的常态进行比较后得出 结论。不能动辄用“后果特别严重”、“情节特别恶劣”、“主观恶性极大”来评价案件的罪 行。

犯罪的常态，是指某种犯罪最通常的情形或者绝大多数的情形。犯罪的常态并不是

**588**刑法学（第五版）

指某种犯罪的中间形态，或者说，不是指某种犯罪的中等罪行状态。由于任何一种犯罪都 必然存在最通常的情形或者绝大多数的情形，所以，任何一种犯罪都有其常态。

犯罪的常态，只能就同一具体类型的犯罪而言，而不是就整体或者全部犯罪而言。例 如，我们只能分别认识故意杀人罪的常态或故意伤害罪的常态，而不能将二者混杂在一起 描述其中一种犯罪的常态。再如,我们只能分别了解盗窃罪的常态或抢劫罪的常态，而不 得将二者糅杂在一起说明其中一种犯罪的常态。

犯罪的常态，只能根据刑法规定与统计资料予以确定。所谓根据刑法规定，主要是指 根据罪状（犯罪构成）的规定。犯罪构成是成立犯罪的最低起点条件，所以，如果某个案 件事实刚刚达到犯罪的起点，就意味着该具体案件是这种犯罪中最轻的情形。加重的犯 罪构成是成立加重犯罪的最低起点条件，因此，如果某个案件事实刚刚达到加重犯罪的起 点，就意味着该具体案件的罪行是加重犯罪中最轻的情形。所谓根据统计资料，是指现实 发生的某种具体案件中，绝大多数的罪行居于何种程度，必须有统计数据的证明。这种绝 大多数案件的罪行状况，就是犯罪的常态。

由于犯罪的实体是不法与责任，所以，只有正确把握了犯罪的不法常态与责任常态， 才能正确把握犯罪的常态。不法的常态，是指某种犯罪通常具有的不法程度或法益侵害 程度。结果是表明不法程度的要素。对常态结果的认识，需要根据构成要件的结果内 容进行分析，而不能在抽象层面得出结论。例如，就故意杀人罪来说，致一人死亡是常 态。就强奸罪而言，奸淫一名妇女既遂的结果就是常态结果。责任的常态，是指某种 犯罪通常的非难可能性程度。例如，在故意犯罪中，绝大多数是直接故意、预谋故意， 所以，直接故意、预谋故意是常态，不是增加责任刑的情节。反之，间接故意、突发故意 轻于常态，可以成为略微减少责任刑的情节。再如，在故意杀人罪中，基于报复动机或 者基于奸情杀人、为了与第三者结婚而杀害配偶，也是常态。反之，无缘无故杀人、伤人， 或者看对方不顺眼就杀人、伤人的，其非难可能性高于常态；大义灭亲的杀人、伤人，其非 难可能性则低于常态。

由上可见，如果认识到杀害一人是故意杀人罪的常态，就不会认为故意杀害一人的 “罪行极其严重”；如果认识到基于报复动机杀人是常态，就不会认为行为人的“动机卑 鄙”；如果认识到预谋故意、明知故犯、知法犯法是故意犯罪的常态，就不会以此为由从重 处罚。

1. 按照犯罪常态确定责任刑的起点

至为明显的是，要确定责任刑的起点，就必须考虑犯罪的常态与法定刑的对应关系， 亦即，常态犯罪与法定刑中的何种刑罚相对应？与常态犯罪所对应的刑罚就是责任刑的 起点幅度，在此基础上，将具体案件与常态犯罪进行比较，进而确定具体案件的责任刑起 点。

法定刑的下限对应的是最轻的犯罪，法定刑的上限对应的是最重的犯罪，于是，由低 到高的法定刑，对应的就是由轻到重的犯罪。但是，法定刑的中间刑所对应的是思维或者 想象中的中等程度的犯罪，而不是常态犯罪。因为现实生活中频繁发生的常态犯罪，并不 是中等程度的犯罪，而是对应于法定刑中间刑偏下的位置。换言之，从经验上看，在大多 数犯罪中，并不是常态犯罪占50%，较轻犯罪占25%，较重犯罪占25% :相反，常态犯罪一 般占绝大多数（如80%左右），而且通常靠近起点犯罪。这一点在国外已经得到了统计资

第十三章刑罚的裁量**589**

料的充分证明，我国的司法现状也能说明这一点。

从构成要件的形成来看，常态犯罪所对应的也是中间刑偏下乃至接近最低刑的刑罚。

因为犯罪构成是对现实发生的绝大多数犯罪的描述与类型化，或者说，犯罪构成是对常态 犯罪的类型化。反过来说，符合犯罪构成的行为，主要也是常态犯罪。［48〕

因此，如果采用以既遂为模式的量刑起点，那么，与量刑起点对应的犯罪只能是该犯 罪的常态情形；而常态犯罪并不是罪行程度居于中间程度的犯罪，而是比中间程度更轻的 犯罪。所以，应当在法定刑的中间刑偏下的位置乃至接近最低刑的位置确定量刑起点 （幅度）。

（三）影响责任刑的情节

确定了责任刑的起点之后,就需要根据影响责任刑的情节,确定责任刑的点。

1 ■影响责任刑情节的基本内容

根据责任主义的观点，影响责任刑的量刑情节，包括两个方面的内容:一是不法事实 （法益侵害事实）；二是表明责任程度的事实（已经作为定罪事实或者法定刑升格的事实 进行评价的除外）。由于对责任刑的影响包括从重与从宽两种情形，所以，需要分情形讨 论。

（1） 增加责任刑的情节必须是有责的不法事实

没有责任的不法事实，既不能成为定罪的根据，也不能成为增加责任刑的情节。道理 很简单。当行为人的某个行为意外造成他人死亡时，不可能对其定罪量刑。既然如此，当 行为人实施A罪时意外造成他人死亡的，也只能就A罪定罪量刑，而不可能因为其意外 造成他人死亡就对之从重处罚，否则就是典型的间接处罚。所以，增加责任刑的不法事 实，以行为人对之具有责任为前提。

至于对不法事实具有何种形式的责任，才能作为增加责任刑的情节，则必须根据法益 侵害结果的内容以及刑法的相关规定进行具体分析。概言之，当罪刑规范阻止的结果，以 行为人具有故意为前提时，只能将故意造成的结果作为增加责任刑的情节;当罪刑规范阻 止的结果，只需要过失时，可以将过失造成的结果作为增加责任刑的情节。

（2） 减少责任刑的情节可以是降低不法的纯客观事实

客观事实使不法程度降低或者减少的，即使行为人对此没有认识，或者不是基于自己 的意思减少不法程度，也成为减少责任刑的情节。例如，已经着手实行犯罪，由于犯罪分 子意志以外的原因没有造成法益侵害结果的，是减少责任刑的情节。这是因为，责任是对 不法的责任，当不法程度减少时，行为人的责任便是对已经减少的不法的责任。

当法益侵害结果由被告人与被害人共同引起或者应当部分归责于被害人时，由于结 果的发生不是完全由被告人的行为所引起，故被告人所犯之罪的不法程度降低，成为减轻 责任刑的情节。不言而喻，如果行为人基于自己的意志降低不法程度，则是使责任刑更为 减少的情节，中止犯便是如此。

**［48］**在刑法针对不同数额规定了不同法定刑.司法解择又明确规定了数额标准的情况下，需要根据被吿人的犯 罪数额确定责任刑，例如，假定盗窃罪的数额巨大标准是**5**万元至**50**万元，那么，盗窃**25**万元至**30**万元的 行为所对应的是**5**年至**6**年责任刑。当数额犯的常态不是处于中间刑偏下的位置，而是处于接近最低刑的 位置时，则应当在接近最低刑的位置确定量刑起点。

**590**刑法学（第五版）

（3） 增加或者减少责任程度的事实是影响责任刑的情节

如前所述,责任程度不仅是由有责的不法程度决定的，同时也是由责任要素本身决定 的。例如，在毒品犯罪中，不管是犯意引诱还是数量引诱，被告人的责任都轻于没有引诱 的情形。特别是在犯意引诱的场合,“由于行为人之前没有犯意，只是因为被特情引诱犯 罪，其责任等级就较低，还可以让法官减轻处罚甚至免除处罚”。“法官对这些案件作出 很轻的处罚是符合犯罪人责任的，公众的公平感不会受到损害。”〔49〕再如，没有达到完全 责任年龄（已满14周岁不满18周岁）、已满75周岁，以及仅具有限制责任能力，又聋又哑 或者盲人，是减少责任刑的情节。又如，被害人的过错，既可能导致被告人的动机值得宽 恕，也可能导致被告人的期待可能性减少，因而成为减少责任刑的情节。

（4） 与责任无关事实不能成为影响责任刑的情节

具体案件中存在许多与责任无关的事实，即使能够表明行为人再犯罪可能性的大小， 也不能成为影响责任刑的情节。

2.影响责任刑的酌定情节

构成要件与法定的责任要素之外的表明不法减少、责任减少的情节，都是酌定从宽处 罚（减少责任刑）情节;表明有责的不法增加或者责任增加的情节，则是酌定从重处罚的 情节。下面简要分析常见的酌定情节（其中有的情节在某些情况下只影响预防刑，有的 情节可能不应作为量刑情节考虑）。

（1） 构成要件外的结果

从影响量刑（酌定从重处罚）的角度来说，构成要件外的结果（包括行为造成的危险） 可以包括三种情形:其一，实施A罪行为，但在造成了 A罪结果的同时，还造成了 B罪的 结果。如强奸犯在使用暴力过程中故意致人轻伤，必然增加强奸罪的责任刑。其二，实施 A罪行为，不仅造成了成立A罪所要求的构成要件结果，而且在结果的数量上多于成立 A罪所要求的结果。如一个行为造成三人轻伤。其中一人轻伤是构成要件所要求的结 果，另外两人轻伤也可谓构成要件外的结果（但从定罪角度而言，不宜称为构成要件外的 结果），则是增加责任刑的结果。其三，实施A罪行为，不仅造成了成立A罪既遂所要求 的结果，而且发生了更严重的结果。例如，一个伤害行为给被害人造成的重伤达到了最高 等级。〔49 50〕

（2） 行为的手段

对于行为的手段,应当围绕法益侵害进行判断，而不应当将手段的反伦理性、行为无 价值性作为增加责任刑的情节。人们习惯于认为，用数十刀捅死一个人与开一枪打死一 个人，造成的结果相同，但前者的手段更残忍，所以，手段残忍是增加责任刑的情节。诚 然，用数十刀捅死一个人，可以成为增加责任刑的情节，但这并不是因为手段残忍或者手 段具有重大的反伦理性，或者手段具有行为无价值，而是因为用数十刀捅死一个人时，同 时产生了数十个伤害结果。〔51〕而开一枪打死一人时，没有如此多的伤害结果。不难看

**［49）** ［德］弗兰茨•施特伦：“德国量刑理论的基本问题与最新进展"，陈学勇、罗灿编译，载《人民法院报》2014年 6月6日。

［50］ 从成立犯罪的角度来说，这种结果并不是构成要件外的结果。但从量刑角度来说，由于该结果多于构成要 件所要求的结果，因而成为增加责任刑的情节。

151］倘若只有一刀致人死亡，此外的数十刀均未接触到被害人身体，则不可能被认定为手段残忍。

第十三章刑罚的裁量**591**

出，依然是法益侵害结果导致从重处罚，而不是行为方式本身导致从重处罚。

1. 犯罪的时空条件与行为对象

一般来说，犯罪的时间、地点、环境条件不同，也能说明法益侵害程度与范围不同，因 而罪行的轻重程度不同，成为酌定量刑情节。例如，在发生地震等严重自然灾害时犯罪， 其罪行就重于在平时的犯罪，是酌定从重处罚情节。在刑法没有将特定对象规定为构成 要件要素的情况下，如果行为对象的具体差别能够反映罪行的轻重程度，就成为酌定量刑 情节。例如，一般来说，盗窃救灾、抢险款物的罪行就重于盗窃普通公私财物，成为酌定从 重处罚情节。

1. 行为的次数

行为的次数通常是增加不法程度的事实。在一次行为就造成一个构成要件的法益侵 害结果的犯罪中，多次行为就意味着造成了多个法益侵害结果。例如，多次非法侵入他人 住宅，就意味着多次侵害了他人住宅安宁，因而增加行为的不法程度。在构成犯罪的前提 下，多次行为一般成为酌定从重处罚情节。

1. 犯罪的目的与动机

当被告人的目的与动机值得宽恕时，该目的与动机应当成为减少责任刑的情节。例 如，为了给亲属治病筹措资金而盗窃财物的，其非难可能性减少，因而是酌定从轻处罚情 节。再如，为了救济穷人而盗窃贪官财物的，也是减少责任刑的情节。在各种犯罪中，目 的非法或者目的不当、动机卑鄙或者动机不良都是犯罪的常态，不应作为酌定从重处罚情 节。除非某种目的或者动机明显超出犯罪的常态，能够充分说明犯罪人的非难可能性增 加，才可以成为增加责任刑的情节，但这种情形是极为罕见的。

1. 违法性认识

行为人没有认识到自己行为的违法性，并且认为自己行为不违法(存在违法性的错 误)，但具有违法性认识的可能性(违法性的错误可以避免)的，是酌定从轻处罚的情节。 行为人没有认识到自己行为的违法性，但具有违法性认识的可能性，也没有误以为自己的 行为不违法(行为人没有思考行为的违法性)的，也可以成为酌定从轻处罚情节。知法犯法 或者明知故犯是故意犯罪的常态，虽然不是从轻处罚情节，但也不能成为从重处罚情节。

1. 期待可能性

具有期待可能性是成立犯罪的责任要素，不可能成为增加责任刑的情节，故不能以所 谓“被告人的期待可能性大”为由从重处罚。但是，期待可能性减少是从轻处罚情节。例 如，当行为人具有实施犯罪的强大动因，而且能够被一般人“理解”或宽恕时，那么，期待 可能性就会明显减少，因而成为从宽处罚的情节。

1. 被害人过错

被害人的过错，既可能导致被告人的动机值得宽恕，也可能导致被告人的期待可能性 减少，因而成为酌定从宽处罚情节。被害人的过错有不同的类型，其中，被害人的挑拨 (或者挑衅)是从宽处罚的重要情节;〔52〕即使被害人的过错程度较轻，也是酌定从轻处罚

〔52〕在英美普通法上，由于被害人(死者)的挑拨导致被吿人处于激愤状态而杀害被害人的，不以谋杀罪论处，而 减轻为故杀罪(非预谋杀人罪)。在我国，被害人的挑拨一般不会导致罪名的变更。如果被害人的挑拨导致 被告人的行为构成正当防卫，则另当别论。

**592**刑法学(第五版)

的情节。

1. 余罪

余罪是指在刑事审判中没有被起诉但得到证实的犯罪事实。需要讨论的是如下情 形：甲的行为原本构成A、B二罪，但公诉机关仅起诉了其中的A罪，没有被起诉的B罪 事实能否作为增加已被起诉之A罪的从重处罚的情节？本书的看法是，倘若余罪的事实 表现为被起诉事实的手段、结果，凶而使被起诉之罪的不法程度增加，或者表现为被起诉 事实的动机、0的，因而使被起诉之罪的责任程度增加，或者说明被告人再犯罪的危险性 大时，可以成为酌定从重处罚的情节。例如，行为人6次盗窃，但检察机关只起诉了 4次 盗窃时，作为余罪的两次盗窃，可以成为表明被告人特殊预防必要性大的事实(被告人盗 窃的常习性严重)，因而成为酌定量刑情节。但是，余罪的事实对量刑的影响，应当控制 在较小的范闱内。[53]

1. 疑罪

疑罪是指认定成立犯罪的证据不足的情形。被吿人成立A罪的行为被起诉，该行为 有成立更重犯罪的嫌疑，但现有证据不能证明其行为成立更重的犯罪。法官在对A罪量 刑时，能否将可能触犯的更重的疑罪作为从重处罚的情节？本书持否定回答。前述余罪 是已经被证明的犯罪，只不过检察机关没有提起诉讼。而疑罪是没有得到证明的事实。 根据认定犯罪的证据标准以及事实存疑时有利于被告的原则，只能否认疑罪的存在。例 如,现有证据证明甲强奸一名妇女，虽然甲供述自己还强奸过另外一名妇女，但得不到其 他证据的证实。只有被告人的口供，不能作为定案的根据。所以，只能认定甲强奸一名妇 女。即使甲事实上可能强奸了两名妇女，但在量刑时，不能将甲可能强奸了另一名妇女的 疑罪作为从重处罚的情节。

1. 社会影响

我国的司法实践在量刑时普遍考虑犯罪行为造成的社会影响。根据司法解释的规 定，社会影响对量刑的作用主要表现为以下两种情形：一是将行为造成的恶劣社会影响作 为法定刑升格的条件之一;二是将行为造成的恶劣社会影响作为在法定刑内裁量刑罚的 情节。联系我国的立法体例与重刑主义的司法现状，本书不主张将社会影响作为酌定从 重处罚情节。第一，倘若认为社会影响是一种法益侵害结果，那么，这种结果应当包含在 构成要件结果中，因而已经被法定刑所考虑，不应当再作为增加责任刑的情节。例如，放 火、爆炸等危害公共安全的犯罪，其法定刑当然考虑到了这种行为对公众生活的平稳与安 宁所造成的侵害。第二，当某种犯罪的社会影响不属于构成要件结果时，不应当作为构成 要件外的法益侵害结果来考虑。第三，常态犯罪所造成的社会影响，更不可能成为从重处 罚情节。例如，通常的故意杀人行为、故意伤害行为，即使引起了社会公众的心理恐慌，也 不能作为从重处罚情节。因为常态犯罪所造成的社会影响，已经被法定刑所考虑。第四， 虽然他人容易模仿的犯罪属于一般预防必要性较大的犯罪，但不应以一般预防必要性大 为由加重刑罚。一般来说，犯罪样态的“模仿性”，立法者已经在规定法定刑时做了考虑， 故不应在量刑时再予考虑，否则不仅会重复评价，而且将犯罪人作为一般预防的工具对

[53]如果将余罪作为增加责任刑或者预防刑的情节对已经起诉的犯罪起作用后，后来通过审判监督程序对余罪 再行起诉.那么，对余罪量刑吋,必须从轻处罚(相当于减少原来增加的部分).从而避免重复评价。

第十三章刑罚的裁量**593**

待，侵犯了犯罪人的尊严。〔54〕第五，一般意义上的社会影响，是难以甚至不可能评估和测 量的。如果要将社会影响作为增加责任刑的情节，必然导致法官量刑的恣意性。第六，社 会影响的大小受媒体的影响特别大，因而具有偶然性与不确定性。同样的犯罪，经过媒体 大量报道后会产生重大社会影响，但没有经过媒体报道的则不会产生社会影响。而且，媒 体的报道也可能不真实，夸大或者缩小的现象相当普遍。如果将社会影响作为增加责任 刑的情节，不仅导致处罚不公平，而且导致媒体左右量刑。

与社会影响相联系甚至有等同含义的是民愤。耳熟能详的“不杀不足以平民愤”，表 明了量刑时应当考虑民愤，但本书反对将民愤作为从重处罚的情节。首先，对罪行轻重必 须进行规范评价，即必须以不法和责任为根据，以法律为准绳。如果一般人的评价与规范 评价相一致，结论是罪行严重，那么，此时并不是因为民愤大而导致罪行重。如若一般人 的评价与规范评价不一致，那么，就不能由一般人的评价影响规范评价。其次，为了威慑 一般人而将民愤作为从重量刑情节，显然是将被告人作为预防他人犯罪的工具，而且必然 导致量刑过重，侵害了被告人的尊严。

（12）被害感情

被害感情，一般是指被害人及其家属因犯罪所遭受的精神损害以及由此产生的处罚 感情或科刑意见。〔55〕精神损害与处罚感情不一定成正比关系，需要分开讨论。

这里的精神损害，不是指侮辱、诽谤等罪造成的名誉毁损，而是指杀人、伤害、交通肇 事、强奸等行为给被害人造成的精神痛苦（狭义的被害感情）。本书不赞成将精神损害作 为增加责任刑的情节。首先，应当认为，犯罪行为给被害人造成的通常的精神损害，已经 被法定刑所考虑。例如，立法者当然预想到故意杀人行为会给被害人家属造成巨大的精 神痛苦。再如，强奸罪的法定刑之所以重，一个重要原因也是考虑到了强奸行为会给被害 人造成巨大的精神痛苦。所以，在法益侵害结果之外再将精神损害作为构成要件外的结 果，实际上有重复评价之嫌。其次，从罪刑法定原则的保障机能来看，对不法程度的评价， 必须以符合构成要件的事实为根据:故意杀人罪的构成要件，决定了其结果限于被害人 死亡（未遂时包括伤害）。如果将被害人家属的精神痛苦也作为故意杀人罪的一种结果， 必然导致结果漫无边际。最后，被害感情因人而异，不同的被害人对相同的犯罪行为产生 的被害感情不可能相同;法官对被害感情也难以进行客观判断，将被害感情作为增加责任 刑的情节，必然导致量刑的不公平。

处罚感情存在相反的情形:一是要求严厉处罚；二是希望宽大处罚。

首先,在我国的量刑实践中，被害人及其家属的严厉处罚要求，事实上成为增加责任 刑的情节。不仅如此，就故意杀人等案件而言，如果没有取得被害方的谅解，就会判处被 告人死刑立即执行。但是，将被害方的严厉处罚要求作为从重处罚情节，明显不当。被害 人及其家属要求严厉处罚被告人，主要是因为他们是被害人家属，而不是因为犯罪本身的 不法程度重或者责任重。因为被害程度与处罚要求并不呈现正比关系，不同的被害人对 相同的犯罪会产生不同的处罚要求。对罪行的评价，不可能以被害人及其家属的价值观

〔54〕参见［日］城下裕二广量刑事情的意义与界限"，载《现代刑事法》第3卷（2001年）第1号，第30页以下。 〔55〕参见［日］小池信太郎："评论”.载大阪刑事实务研究会编著：《量刑实务大系第2卷关于犯罪情节的诸问

题》，判例时报社2011年版，第128页。

**594**刑法学（第五版）

为标准，只能根据刑法与一般人的价值观做出评价。倘若认为，被害人及其家属要求严厉 处罚被告人，是因为被告人的罪行严重，对被吿人从重处罚的根据就是罪行严重，而不是 被害人的处罚感情。

其次,在我国的量刑实践中，被害人及其家属的谅解（希望宽大处罚），成为从宽处罚 的重要理由。德国、日本的刑法理论与审判实践也将被害人的谅解作为量刑时必须考虑 的情节。问题是，被害人的谅解使得量刑从宽的根据是什么？本书的初步看法是，被害人 的谅解是表明一般预防必要性减少的情节。一般预防的对象是犯罪人以外的社会成员。 除了具有犯罪危险的人、容易犯罪的人以外，犯罪被害人也是一般预防的对象。被害人因 为直接或间接受到犯罪行为的侵犯，往往具有报复性倾向，也容易通过犯罪手段达到报复 目的;对犯罪人适用刑罚，有利于消除被害人的报复心理，增强被害人的规范意识。反过 来说，被害人的谅解表明其报复性倾向减少,不会通过犯罪手段实现报复目的。根据本书 的观点，一般预防必要性大虽然不能成为加重量刑的理由，但一般预防必要性小则是从宽 量刑的理由。

**四、预防刑的裁量**

（一） 预防刑的裁量概述

在责任刑的点之下，对预防刑的裁量是实现刑罚目的的关键。如果确定了责任刑的 点之后，不进行预防刑的裁量，就意味着采取了绝对报应刑论。如果在责任刑的点之上裁 量预防刑，则意味着仅采取预防刑论。倘若在责任刑的点之下裁量的预防刑不当，就不利 于预防目的的实现。

预防刑的裁量仍然存在刑种的选择问题。因为我国刑法对大部分犯罪都规定了两种 以上的刑罚。因此，即使确定了责任刑的点，点之下仍然可能存在不同的刑种。例如，对 故意轻伤害的犯罪确定了 1年有期徒刑的责任刑之后，1年徒刑之下还有拘役与管制，最 终是选择徒刑，还是选择拘役或者管制，是预防刑的裁量所要解决的问题。例如，如果实 行社区矫正就足以预防犯罪人重新犯罪，那么，法官原则上就应当选择管制。

在选择了刑种之后,预防刑的裁量主要是刑度或刑量的决定。例如，对一个普通抢劫 罪确定了 7年有期徒刑的责任刑之后，如果没有减轻处罚与免除处罚的情节，那么，就只 能在3年以上7年以下有期徒刑的范围内进行预防刑的裁量，此时仅有刑量的决定。刑 量的决定，则完全取决于影响预防刑的情节以及对犯罪人再犯罪危险性的评估。

预防刑裁量的另一个重要内容，是刑罚的具体形态的决定，即在具备适用缓刑的前提 条件下，是判处实刑还是宣告缓刑。实质的标准显然是特殊预防目的及其实现条件:如果 没有再犯罪的危险，原则上就应当宣告缓刑；如果不执行刑罚就有再犯罪的危险，则不宜 宣告缓刑。对于累犯不适用缓刑，就是因为犯罪人有过刑罚体验之后仍然再次犯罪，这便 表明，如果适用缓刑就不能避免再犯罪的危险。

（二） 裁量预防刑的观念

如前所述，量刑时难以考虑积极的一般预防，不能考虑消极的一般预防，但可以考虑 一般预防必要性小的情形。

特殊预防是刑法所期待的未来的目的，但法官在追求特殊预防目的裁量刑罚时，必须 以已经发生或者已经存在的反映犯罪人的再犯罪危险性的事实为根据。在此意义上说， 刑罚必须与犯罪人的再犯罪危险性相适应。显而易见，犯罪人罪前一贯品行较好或素有

第十三章刑罚的裁量**595**

劣迹、是否累犯、有无前科等，以及罪后自动投案或畏罪潜逃、主动坦白或嫁祸于人、积极 退赃或隐藏赃物、对被害人赔礼道歉或扬言报复等与犯罪行为有关的表现，虽然对他所实 施的犯罪本身没有直接影响，或者说不能对责任刑产生影响，却可预示其改造的难易程度 和再犯罪的危险性大小，将这种再犯罪危险性作为决定刑罚轻重的根据之一，符合特殊预 防的需要。不仅如此，犯罪人再犯罪的危险性大小，还与其人格、家庭及社会环境、职业状 况、交往关系等密切相关。因此，认定再犯罪危险性程度的依据，包括两大方面：（1 ）犯罪 人在罪前罪后的与犯罪行为有联系的表现。刑法关于自首、立功与累犯的规定，也都说明 罪前罪后的表现是裁量预防刑的依据。（2）犯罪人的人格、家庭及社会环境、职业状况等 影响再犯罪的危险性的因素。例如，行为人是否生活在健全的家庭环境中，从特殊预防的 观点来看,对刑种的选择以及对缓刑与实刑的选择起着重要作用。家庭生活的健全性，是 判处管制、缓刑的有利因素；反之，如果行为人生活在像犯罪温床那样的家庭里，则影响管 制、缓刑的适用。

由于在量刑时基本上考虑的是特殊预防目的，所以必然导致对罪行相同的犯罪宣告 不同的刑罚。所以，必须正确认识所谓量刑平衡观念。

所谓量刑平衡观念（相对的均衡），是指对相同的案件应当判处相同的刑罚。但是， 特殊预防的必要性大小是在责任刑之下最应当重视的量刑因素，而每个罪犯的特殊预防 必要性大小不可能相同，因此，不存在相同的案件。既然如此，要求量刑统一就不可行了。 退一步说，即使量刑需要考虑一般预防的必要性大小，同一犯罪的一般预防的必要性大小 在各地也不相同。反过来说，不同地区对相同或者相似犯罪的量刑存在一定区别，并不是 异常现象，更不能认为这种现象“破坏了法制的统一性”。即使是在同一地区发生的所谓 相同案件，也不意味着罪行轻重程度是相同的，因为在社会急速变化的时代，人们对今天 发生的案件的评价，与对昨天发生的案件的评价，就可能不相同。同样，不管发生在什么 地区、什么时期的所谓相同案件，犯罪人特殊预防必要性的大小是绝对不可能相同的。既 然如此，就没有相同的案件。对量刑平衡的追求，必然对预防刑的裁量产生不利影响。刑 罚的正当化根据是报应与预防，法官不能为了追求量刑平衡,而放弃对此地此时此案件的 责任刑与预防刑的合理裁量，相反，必须根据此地此时此案件的责任程度与此被告人的特 殊预防必要性大J、，做出符合刑罚正当化根据的量刑判断。

（三）影响预防刑的情节

1. 影响预防刑的情节概述

量刑只能以过去的事实为根据判断犯罪人将来再次犯罪的危险性大小，所以，对影响 预防刑的情节的判断，实际上也是对特殊预防必要性大小的判断。预防刑的裁量以特殊 预防为目的，需要确定什么样的刑罚就可能或者才能使被告人改善更生，属于对将来的预 测；为了使预测尽可能准确，需要尽可能全面、广泛收集被告人的相关情节。

影响预防刑的情节十分宽泛，但只有一部分被类型化。其中，有的被刑法条文类型化 （如累犯、自首、立功、坦白），有的被司法解释类型化（如退赃、退赔、当庭自愿认罪等）。 除此之外，还有大量没有被类型化，但的确能够表明犯罪人特殊预防必要性大小的情节。 所以，法官在裁量预防刑时，既要考虑类型化的情节，也要考虑非类型化的情节。概言之， 法官在量刑时应当合理行使自由裁量权，不能期待所有情节都由刑法明文规定。刑法不 可能将所有量刑情节法定化，不可能对各种量刑情节的裁量制定具体规则，不可能对各种

**596**刑法学(第五版)

量刑情节的作用予以数学式的量化。“即便能够制定规则，裁量往往也是更优的。没有 裁量的规则就无法全面考虑使结果适应具体案件的特定事实和情况。证成裁量正义的理 由通常是个别化正义的需要。”“在许多情况下，机械地适用规则的就意味着非正义；我们 需要的是个别化的正义，也就是说，正义的程度要适应单个案件的需要。只有通过裁量方 能实现个别化正义目标。”〔56〕法官的判决，不只是要实现刑法规定的抽象制度，还要实现 一位真正的法官的正义感觉。法官的裁量，不能只是机械地套用刑法的一般性规定，更要 考虑一般性规定背后的实质根据与理由。预防刑的裁量特别需要法官明确刑罚的正当化 根据，全面掌握非类型化的情节，以此为基础正确判断被告人特殊预防必要性的大小，从 而实现刑罚目的。

1. 影响预防刑的酌定情节

本章第二节已经说明了影响预防刑的法定情节(累犯、自首、坦白、立功)，下面对影 响预防刑的酌定情节略作说明。

1. 一般违法事实

一般违法事实，是指违反其他法律但没有构成犯罪的事实。如果一般违法行为与犯 罪相关联，足以说明被告人的特殊预防必要性大时，则成为影响预防刑的情节。例如，行 为人的一次盗窃达到数额较大的标准，但另有违反《治安管理处罚法》的盗窃行为。应当 认为，作为一般违法行为的盗窃，因为表明行为人再次盗窃的可能性较大，所以，成为增加 预防刑的情节。再如，行为人随意殴打他人情节恶劣，在根据该事实确定责任刑之后，其 不构成犯罪的追逐、拦截、辱骂、恐吓行为或者强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物的一 般违法行为，由于表明行为人再次犯寻衅滋事罪的可能性较大，可以成为增加预防刑的情 节。

但是，与行为人所犯之罪无关的不能表明行为人再次犯罪可能性大的一般违法行为， 不应当成为增加预防刑的情节，否则会形成间接处罚。例如，在对故意杀人罪、故意伤害 罪量刑时，就不能将违反《治安管理处罚法》的盗窃行为当做增加预防刑的情节；在对强 奸罪量刑时，不能将其吸毒行为作为增加预防刑的情节;在对毒品犯罪量刑时，不能将其 毁损财物的一般违法行为当成增加预防刑的情节。

1. 犯罪前的表现

犯罪人的一贯表现既不是定罪的根据,也不是确定责任刑的依据。但是，能够表明行 为人的再犯罪可能性大小的一贯表现，属于影响预防刑的情节。例如，两个盗窃相同数额 财物的罪犯，一个平时经常有小偷小摸行为，一个没有不良表现，对于前者的量刑就可能 重于后者。两位责任程度相同的过失犯，一位平时总是马马虎虎、粗心大意，另一位平时 一直兢兢业业、小心谨慎，对后者的量刑就应当轻于前者。

但是，不良的一贯表现对预防刑的影响应当控制在很小的范围，否则会导致间接处 罚。此外，也不是任何不良的一贯表现都是增加预防刑的情节。因为法官在考虑犯罪人 特殊预防必要性大小时，重点在于判断被告人将来是否可能再次实施相同的犯罪，基本上 不可能判断被吿人将来是否实施其他犯罪。例如，在对盗窃犯量刑时，法官判断的是该被 吿人将来再犯盗窃罪的可能性大小，而不可能判断该被告人将来是否可能犯故意杀人罪。

[56][美]肯尼斯•卡尔普•戴维斯：《裁量正义》，毕洪海译，商务印书馆2009年版，第17页、第20页。

第十三章刑罚的裁量**597**

反之亦然。同样，在对强奸犯量刑时，法官判断的是该被告人将来再犯强奸罪的可能性大 小，而不可能是判断该被告人将来是否可能犯盗窃罪。反之亦然。既然如此，法官就只能 围绕被告人的已犯之罪收集、判断犯罪前的表现，只有这种与已犯之罪相关的一贯表现， 才可能影响预防刑的裁量。所以，在对故意杀人罪、强奸罪量刑时，将小偷小摸的一贯表 现作为增加预防刑的情节，是不合适的。

良好的一贯表现，如果能说明行为人再犯罪的可能性小，当然成为减少预防刑的情 节。例如，一直具有规范意识的行为人，由于某种特殊的原因实施了故意犯罪或者过失犯 罪的,可以认为其再犯罪可能性小，应当减少预防刑。

（3）犯罪后的态度

第一，反省、悔罪与赔礼道歉D反省，意味着被告人对自己实施的犯罪行为及其心理 活动的一种回忆与检查，表明被告人认识到了自己的罪行。悔罪,意味着被告人对自己犯 罪行为的后悔、悔恨，表明被告人以后不愿意再次实施相同的犯罪行为。赔礼道歉，意味 着被吿人向被害人或者向社会承认自己的罪过。真诚的反省、悔罪与赔礼道歉能够表明 犯罪人再犯罪的可能性小，是减少预防刑的情节。赔礼道歉还能缓解被害人与社会大众 的报应感情，使一般预防的必要性减少。反省、悔罪与赔礼道歉虽然不是法定的量刑情 节，但就事后态度所表明的特殊预防必要性大小来说，其作用未必小于坦白。换言之，坦 白只是对犯罪行为的如实供述，并不等于被告人对自己犯罪行为的后悔、悔恨。所以，反 省、悔罪与赔礼道歉虽然不属于法定量刑情节，但在裁量预防刑时必须受到重视。此外， 不能因为被告人在法庭上为自己辩解，就否认其反省、悔罪J57〕

第二，积极退赃、赔偿损失与挽回损失。这类行为中的部分情形已成为法定情节（参 见刑法第383条第3款，刑法第276条之一第3款），此外，大量的司法解释都肯定了积极 退赃、赔偿损失与积极挽冋损失是从宽处罚的情节。事后积极退赃、赔偿损失与积极挽回 损失的行为，是减少预防刑的情节。被告人基于自己悔罪的意思积极退赃、赔偿损失与积 极挽回损失的，或者虽然没有完全退赃、赔偿损失与挽回损失，但为此付出了真挚的努力 的，或者强烈要求家属、亲友帮助自己赔偿损失与挽回损失的，能够表明被告人的认罪、悔 罪态度，因而表明其特殊预防的必要性减少，属于减少特殊预防刑的情节。即使被告人不 是基于自己的意思退赃、赔偿损失与挽回损失，而是由亲属或者亲友帮助赔偿损失与挽回 损失的，由于能够缓解被害人的报应感情与社会的处罚感情,可以认为一般预防的必要性 减少，也可以成为减少预防刑的情节。当然，对家属或者亲友帮助赔偿损失与挽回损失的 情节，应当与被告人主动赔偿损失与挽回损失的情节有所区别。

第三，隐瞒事实、毁灭证据与负案潜逃。在我国的司法实践中，被吿人犯罪后为逃避 刑事责任而隐瞒事实、毁灭证据与负案潜逃（逃逸）的，通常被作为从重处罚的情节。但 在本书看来，被告人犯罪后为逃避刑事责任而隐瞒事实、毁灭证据与负案潜逃，属于行为

[57]公安.司法机关的一些做法（特别是在涉及非法占有目的等主观要素的认定方面）常常使行为人陷人两难境 地。例如，行为人认为自己与他人只是合同纠纷，并不具有合同诈骗罪的故意与非法占有目的。但是，公 安、司法机关可能先要求行为人认罪、退赃。如果认罪、退赃，意味着行为人承认自己有合同诈骗罪的故意 与非法占有目的；如果不认罪、退赃，行为人会担心自己将受到更严厉的处罚。于是，不管是否认罪、退赃， 一起原本无罪的案件，无形之中演变成犯罪案件。不难看出，在案件事实没有查明时，要求行为人认罪、退 赃的做法，明显不当。

598刑法学（第五版）

人犯罪后的常态。这种常态只是表明行为人希望逃避刑事责任，而不意味着其特殊预防 的必要性大。换言之，这种常态意味着行为人惧怕承担刑事责任，表明刑罚能够对其起到 威慑作用。既然如此，就不能将这种情节当做增加预防刑的情节。更为重要的是，对于犯 罪人而言，隐瞒事实、毁灭证据与负案潜逃都是没有期待可能性的行为（参见刑法第307 条第2款），如果将这类行为作为增加预防刑的情节，就成为典型的间接处罚，与刑法规定 相抵触。

第四，犯罪行为对犯罪人自身造成的损害。犯罪行为对被告人自身造成的损害结果， 不可能影响不法与责任。〔58〕例如，交通肇事致他人死亡的同时，也导致行为人身受重伤 的，并不因此减轻对交通肇事行为的不法与责任的评价。但是，一方面，由于预防刑必须 考虑刑罚对犯罪人未来生活的影响，所以，对行为人自身造成的结果，完全可能成为预防 刑所考虑的因素。另一方面，特殊预防目的，是通过刑罚的保安、威慑与再社会化功能实 现的。在犯罪人身受重伤后，通过保安功能实现特殊预防的必要性减少。所以，对行为人 自身的结果是可以作为预防刑的情节考虑的。

（四）预防刑的裁量方法

按照本书的观点，在确定了责任刑的点之后，再考虑影响预防刑的情节，依据特殊预 防必要性的大小，在责任刑的点之下从重或者从轻处罚。例如，甲以暴力抢劫他人价值 7000元的财物，并且致人轻伤。假定量刑起点为4年，根据抢劫的数额与致人轻伤的情 节，将责任刑确定为6年，那么，在甲具有坦白、悔罪、退赃等减少预防刑的情节时,就必须 在3年以上6年以下的幅度内从宽处罚。再如，乙出于报复动机故意杀害2人，假定其责 任刑是死刑立即执行，但乙具有坦白、悔罪等减少预防刑的情节，就必须从宽处罚，宣吿刑 不得为死刑立即执行。由此可见，不管罪行与责任刑的轻重，只要被告人具有减少预防刑 的情节，就必须从宽处罚。

五、宣告刑的确定

一般来说，在责任刑的点之下妥当裁量了预防刑，所形成的刑罚便是宣告刑。但是， 在许多场合，还会有一些相关事项要求法官做出进一步判断,最后决定宣告刑。〔59〕

例如，在裁量了责任刑与预防刑之后，法官完全可能考虑到被告人已经受到的社会制 裁或者不公正的追诉过程,而做出略微对被告人有利的宣告刑。

再如，在共同犯罪案件中，法官分别对各被告人确定了责任刑与预防刑之后，会权衡 对各被告人所宣告的刑罚是否协调，防止宣告刑的不公平、不合理。我国刑法将共犯人区 分为主犯、从犯与胁从犯，并规定了不同的处罚原则，另外还规定了教唆犯的处罚原则。 主犯、从犯、胁从犯只是就责任而言，换言之，对从犯应当从轻、减轻或者免除处罚，只是对 责任刑的从轻、减轻与免除处罚。反过来说，对主犯不从轻、减轻和免除处罚，只是就责任

〔58〕即使在一般意义上可以认为，犯罪行为对犯罪人造成的损害是一种“报应”，但这种“报应"不是现代报应刑 论的责任报应。

〔《］广义的宣告刑井不限于对刑罚的宣告，而是包括了对保安处分以及其他非刑罚处罚措施的宣告。例如，是 否宣吿禁止令，是否没收犯罪工具等，都必须在判决时一并处理。在实行依法治国的时代，这是不可轻视的 重要问题。

第十三章刑罚的裁量**599**

刑而言。当主犯具有减少预防刑的情节时，对主犯当然需要从宽处罚。〔60〕责任刑与预防 刑的关系表明，主犯、从犯与胁从犯的再犯罪可能性大小，并不取决于责任的大小。换言 之，主犯的责任重，并不等于其再犯罪可能性也大;从犯的责任轻，并不意味着其再犯罪可 能性也小。所以,不能片面追求主从犯的量刑均衡。例如，乙为了帮助甲伤害丙，将丙引 诱至甲约定的偏僻处，甲造成丙的重伤。甲（主犯）的责任刑明显重于乙（从犯）的责任 刑，但甲犯罪后投案自首，并且有立功表现，而乙是累犯，对预防刑裁量的结局，很可能是 乙的宣告刑重于主犯。

又如，在被告人犯数罪,法官分别对各罪确定责任刑与预防刑之后，只有进行综合判 断，才能确定宣告刑。被告人犯数罪的,首先应当分别裁量责任刑与预防刑，然后再综合 裁量宣告刑。在对数罪量刑时，需要分清哪些情节对哪一犯罪的责任刑起作用，哪些情节 对哪一犯罪的预防刑起作用。例如，甲犯了故意伤害罪与盗窃罪，其犯故意伤害罪的动 机，不可能对盗窃罪的责任刑产生作用。同样，其盗窃数额也不可能对故意伤害罪的责任 刑起作用。又如，倘若甲在故意伤害罪被发现后，主动交待司法机关尚未掌握的盗窃事实 的，对盗窃罪成立自首，自首情节仅影响盗窃罪的预防刑。但如果甲有检举揭发他人犯罪 的立功表现，则该情节适用于所有犯罪。倘若甲是累犯，累犯也同时成为增加故意伤害罪 与盗窃罪的预防刑的情节。不过，在这种场合，累犯对两个犯罪的预防刑所起的作用可能 存在区别，因为同种累犯与不同种累犯对说明被告人再犯罪的可能性大小所起的作用并 不相同。倘若甲以前曾因盗窃罪受到刑罚处罚，那么，这一累犯事实，对甲的故意伤害罪 的预防刑所起的作用，就应当小于对盗窃罪的预防刑所起的作用。

《量刑指导意见》规定了确定宣告刑的方法:“（1）量刑情节对基准刑的调节结果在法 定刑幅度内，且罪责刑相适应的，可以直接确定为宣告刑；如果具有应当减轻处罚情节的， 应依法在法定最低刑以下确定宣告刑。（2）量刑情节对基准刑的调节结果在法定最低刑 以下，具有法定减轻处罚情节，且罪责刑相适应的，可以直接确定为宣吿刑；只有从轻处罚 情节的，可以依法确定法定最低刑为宣告刑;但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核 准，也可以在法定刑以下判处刑罚。（3）量刑情节对基准刑的调节结果在法定最高刑以上 的，可以依法确定法定最高刑为宣告刑。（4）综合考虑全案情况,独任审判员或合议庭可以 在20%的幅度内对调节结果进行调整，确定宣告刑。当调节后的结果仍不符合罪责刑相适 应原则的，应提交审判委员会讨论，依法确定宣告刑。（5）综合全案犯罪事实和量刑情节，依 法应当判处无期徒刑以上刑罚、管制或者单处附加刑、缓刑、免刑的，应当依法适用。”

关于上述规定，有以下几点需要说明:第一，由于《量刑指导意见》没有区别责任刑与 预防刑，更没有主张在责任刑之下裁量预防刑，所以出现了第（3）项所称的“对基准刑的 调节结果在法定最高刑以上的”情形。本书主张在法定刑之内确定责任刑，并在责任刑 之下裁量预防刑，因而不可能出现这样的现象。第二，上述各项规定，实际上肯定了宣告 刑的确定需要综合判断。换言之，单纯根据各种情节所确定的刑罚，不等于宣告刑。本书 对此持肯定态度。第三，上述各项规定，只是就刑罚的宣告而言，而没有考虑保安处分与 非刑罚处罚措施。但在宣告狭义刑罚的同时，通常也要宣告保安处分与非刑罚处罚措施。

C60）所以，在司法实践中，一直存在对主犯不适用“可以型”从宽处罚情节，或者不考虑酌定从宽处罚情节，或者 从严掌握从宽情节适用的现象，值得商榷：

**600**刑法学（第五版）

第四，《量刑指导意见》虽然将缓刑的决定纳人宣告刑的确定，但缓刑的宣告首先是预防 刑的裁量问题。另一方面，被告人的家庭状况等也是能否宣告缓刑的重要判断资料，但家 庭状况本身不能直接说明被告人再犯罪可能性的大小。在此意义上说，难以绝对区分预 防刑的裁量与宣告刑的确定。

第五节数罪并罚

一、 数罪并罚的概念

数罪并罚，是指法院对一人犯数罪分别定罪量刑，并根据法定原则与方法，决定应当 执行的刑罚。据此，数罪并罚具有以下特征：

1. 一人犯数罪。一人犯两个或两个以上的罪是实行数罪并罚的前提。数人共同犯数 罪的，实际上对数人应分别量刑，仍然属于一人犯数罪，存在数罪并罚问题。
2. 数罪发生在法定期间以内。换言之，只有当刑罚执行完毕以前发现犯罪人犯有数 罪的，才适用数罪并罚。具体包括以下情况:（D判决宣告以前一人犯数罪;（2）判决宣告 后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪人在判决宣告以前还有其他罪没有判决的（漏 罪）；（3）判决宣告后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪人又犯罪的（新罪）；（4）被宣告 缓刑或假释的犯罪人在缓刑或假释考验期内又犯罪或发现漏罪的。由此可见，数罪并罚 与累犯从重处罚具有区别;刑罚执行完毕之后又犯罪的，属于是否构成累犯的问题，而非 数罪并罚问题。刑罚执行完毕以后发现犯罪人在判决宣告以前还有其他罪没有判决的， 如果没有超过追诉时效，应依法定罪量刑，不涉及数罪并罚与累犯问题。
3. 对数罪分别定罪量刑后，根据法定原则与方法，决定执行的刑罚。即先对犯罪人所犯 数罪分别定罪量刑，然后决定合并执行的刑罚。实行数罪并罚的结局，是对数罪产生一个判 决结果，而不是相互独立的几个判决结果。对数罪产生一个判决结果，不是采取“估堆”方法 将数罪作为一个整体进行综合判断，而是先分别定罪量刑，后根据一定原则与方法决定合并 执行的刑罚。具体表现为两种情况:（1）在判决宣告以前一人犯数罪的,要分别逐一定罪量 刑，然后根据法定原则与方法，决定合并执行的刑罚；（2）在判决宣告后刑罚执行完毕以前发 现漏罪或者再犯新罪，或者在缓刑、假释考验期内再犯新罪或发现漏罪的，只需要对漏罪或 新罪定罪量刑，然后根据法定原则与方法,与前罪刑罚合并决定应执行的刑罚。

数罪并罚制度的主要意义如下：（1）使犯罪人受到应有刑罚处罚，有利于实现刑罚的 目的和保障被告人的合法权益；（2）便于法官对一人犯数罪进行正确处理，也便于各级法 院和公民分析判断对一人犯数罪的并罚过程与方法，便于上级法院监督、检查和处理上 诉、申诉案件;（3）有利于特殊情况的处理，如在发现超过追诉时效或出现赦免等问题时， 只需撤销或免除其中特定的判决或刑罚，不涉及其他判决的法律效力，因而有利于保持判 决的稳定。

二、 数罪并罚的原则

（一）数罪并罚原则概述

数罪并罚原则，是指对一人犯数罪合并处罚所依据的原则。各国刑法所采取的原则

第十三章刑罚的裁量**601**

主要有吸收原则、并科原则、限制加重原则与混合原则。吸收原则的内容是将数罪分别定 罪量刑，然后选择最重的一种刑罚作为执行的刑罚，其余较轻的刑罚都被最重的刑罚吸收 （即不执行）。并科原则也即相加原则，其内容是将数罪分别定罪量刑后，然后将各罪所 处的刑罚相加在一起全部执行。限制加重原则的内容是，以数罪中的最高刑罚为基础，再 加重一定的刑罚作为执行的刑罚，或者在数刑的合并刑期以下，依法酌情决定执行的刑 罚。其中又分为加重单一刑主义与加重综合刑主义。加重单一刑主义，是指首先确定加 重的处断刑（根据法律提高重罪的法定刑），然后在处断刑的范圈内确定执行的刑罚。[61] 这种做法是为了综合考虑对数个犯罪或多或少共同起作用的行为人的人格与环境。加重 综合刑主义，是指对数罪分别定罪量刑，然后在总和刑内，根据一定规则，确定应当执行的 刑罚。这种做法以“一罪一刑”的思想为基础。混合原则是指根据刑种分别采取上述不 同原则的做法。

吸收原则、并科原则与限制加重原则，就部分特定的刑种而言具有合理性,但对另一 些刑种而言则具有不合理性。例如，就死刑、无期徒刑与其他刑种的并罚而言，采取吸收 原则较为合理，但对有期徒刑采取吸收原则就不妥当。再如，对主刑与附加刑的并罚采取 并科原则较为合适，但对主刑与主刑之间采取并科原则，就会造成刑罚过重而且不符合实 际的局面。限制加重原则对有期徒刑、拘役、管制等刑种而言，具有合理性，但对死刑、无 期徒刑而言难以适用。因此，根据刑种分别采取不同原则的混合原则，才是可取的。

（二）我国的数罪并罚原则

刑法第69条规定:“判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应 当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是管制最高不能超过 三年，拘役最高不能超过一年，有期徒刑总和刑期不满三十五年的，最高不能超过二十年， 总和刑期在三十五年以上的，最高不能超过二十五年。” “数罪中有判处有期徒刑和拘役 的，执行有期徒刑。数罪中有判处有期徒刑和管制，或者拘役和管制的，有期徒刑、拘役执 行完毕后，管制仍须执行。”“数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，其中附加刑种类 相同的，合并执行，种类不同的，分别执行。”据此，刑法对数罪并罚采取的是混合原则。

1. 对判处死刑或者无期徒刑及其他主刑并罚的，以及有期徒刑与拘役并罚的，采取吸 收原则。（1）数罪中判处几个死刑或者最重刑为死刑时，只执行一个死刑，不执行其他主 刑。（2）数罪中判处几个无期徒刑或者最重刑为无期徒刑时，只执行一个无期徒刑，不执 行其他主刑。在这种情况下，不能将两个以上的无期徒刑决定合并执行死刑。一方面，两 个以上无期徒刑相加，也是无期徒刑。另一方面，无期徒刑与死刑是性质截然不同的两个 刑种;刑法严格控制死刑的适用，将两个以上的无期徒刑合并为死刑，就扩大了死刑的适 用范围；而且既然被告人所犯各罪都只应判处无期徒刑，就说明罪行并非极其严重，不能

C61）例如，日本刑法第47条规定：“并合罪中有两个以上判处有期惩役或者有期监禁的犯罪时，应将最重的罪所 规定的刑罚的最高刑期加其二分之一作为最高刑罚，但不得超过对各罪所规定的刑罚的最高刑期的总和。•’ 据此，当行为人触犯了甲罪与乙罪，其中甲罪是重罪，法定刑为3年以上10年以下惩役，乙罪为轻罪，法定刑 为1年以上4年以下惩役时，并合处罚时处断刑的最髙刑就是15年惩役（10年加10年的1/2）。但甲罪与 乙罪的最高刑的总和为14年，故甲、乙二罪的处断刑的最高刑为14年惩役。于是，法官就在3年以上14年 以下惩役（处断刑）的范围内，同时考虑行为人的甲罪与乙罪，决定一个刑罚.可见，在采取加重单一刑主义 时，并不是对每一个罪都分别量刑。

**602**刑法学（第五版）

决定合并执行死刑。（3）数罪中有判处有期徒刑和拘役的，只执行有期徒刑。

1. 对于数罪所判处的刑种均为有期徒刑、均为拘役或者均为管制的，采取限制加重原 则中的加重综合刑主义（有期刑之间的并罚）。有期徒刑、拘役、管制都有期限，本身可以 合并,但如果采取相加原则，就显得过严，而且不符合实际;如果采取吸收原则，就显得过 宽，既不符合正义观念，也不利于预防犯罪。于是，我国刑法规定了限制加重原则。“限 制”表现为两个方面:一是受总和刑期的限制；二是受数罪并罚法定最高刑期的限制。以 有期徒刑为例，A犯了两个罪，所判处的刑罚分别为10年和8年，总和刑期为18年，最高 刑为10年，故应在10年以上18年以下决定执行的刑罚，此时受总和刑期的限制。B犯 了三个罪，所判处的刑罚分别为10年、8年和6年，总和刑期为24年，最高刑为10年，但 法律规定总和刑期不满35年时，数罪并罚有期徒刑不得超过20年，故只能在10年以上 20年以下决定执行的刑期，此时受数罪并罚法定最高刑期的限制。C犯了三个罪，分别 被判处12年、13年和14年有期徒刑，此时，总和刑期在35年以上，故应在14年以上25 年以下决定执行的刑期，此时受数罪并罚法定最高刑期的限制“加重”表现为在所判 数刑中的最高刑期以上，而且可以超过有期徒刑、拘役、管制的一般法定最高刑期限度，决 定执行的刑期。有期徒刑在数罪并罚时视总和刑期可以超过15年达到20年乃至25年， 拘役可以超过6个月达到1年,管制可以超过2年达到3年。当然，由于刑法第69条所 规定的“应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期”中的“以下”、 “以上”包括本数，故如果以总和刑期（以不超过刑法规定为前提）作为数罪应执行的刑 期，就与并科原则没有区别；如果以数刑中的最高刑期作为数罪应执行的刑期，则与吸收 原则没有差异。这种做法并没有被刑法禁止，也为限制加重原则所允许，但司法实践通常 是在总和刑期与数刑的最高刑期之间决定执行的刑期。
2. 数罪中有判处有期徒刑和管制，或者拘役和管制的，实行并科原则，即有期徒刑、拘 役执行完毕后，管制仍须执行。〔63〕
3. 数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行（主刑与附加刑的并罚）。即对判处附加 刑的，采取附加刑与主刑并科的原则。如一人犯数罪，其中一个罪被判处剥夺政治权利， 那么，在执行主刑的同时，剥夺政治权利附加刑仍须执行。因为附加刑与主刑的性质不 同，不得换算与吸收，却可以并科执行。
4. 数罪中判处数个附加刑，附加刑种类相同的，合并执行;种类不同的，分别执行（附 加刑之间的并罚）。所谓“合并执行”，不是指重合执行，而是相加执行（并科原则）。例 如，一个罪判处罚金5万元，另一个罪判处罚金10万元的，要合并执行15万元a又如，一 个罪判处罚金，另一个罪判处剥夺政治权利的，要分别执行两种附加刑。再如，数罪分别 被判处罚金与没收全部财产时，也应分别执行。特别要注意的是，在数刑中的拘役被有期 徒刑吸收时，附加刑不得吸收，仍需合并执行或者分别执行。例如，甲犯A罪被判处拘役 3个月，附加剥夺政治权利1年，犯B罪被判处有期徒刑2年，附加剥夺政治权利3年。 数罪并罚时，虽然主刑只执行有期徒刑，但剥夺政治权利需合并执行4年。

C623 一种观点认为，在总和刑期超过35年的情况下，应当在20年以上25年以下决定应当执行的刑罚。但这种 不利于被告人的观点没有法律根据，因而不可取。

〔《〕从立法论上来说,刑法第69条第2款的规定明显不当，产生了诸多难以解决的问题。参见张明楷：“数罪并 罚的新问题”，载《法学评论》2016年第2期=

第十三章刑罚的裁量**603**

三、数罪并罚的类型

根据刑法第69条、第70条与第71条的规定，数罪并罚的适用分为三种类型。

1. 判决宣告以前一人犯数罪的并罚

判决宣告以前一人犯数罪，并且数罪均已被发现时，根据刑法第69条规定的上述数 罪并罚原则予以并罚。

对判决宣告以前一人犯不同种数罪的应实行并罚，没有任何异议。问题在于，判决宣 告以前一人犯同种数罪的，是以一罪论处，还是以数罪进行并罚？例如，行为人两次犯故 意杀人罪，对此是以一个故意杀人罪论处，还是以两个故意杀人罪实行并罚？ 一罚说主 张，对同种数罪一概不并罚，而应作为一罪的从重情节或法定刑升格的情节处罚即可。并 罚说主张，对同种数罪一概实行并罚。折中说主张，以一罚作为基本处罚方法，以并罚作 为补充方法，即所犯之罪具有两个以上法定刑幅度时，不实行并罚，只有一个法定刑幅度 时，则实行并罚。本书提出以并罚说为原则(参见第九章第五节)的折中说，并认为应当 区分必须并罚、不应并罚与需要灵活处理的具体情形。

1. 判决宣告以前一人犯同种数罪必须并罚的情形

根据罪刑相适应与“一罪一刑”的原则，如果对判决宣告以前一人犯同种数罪不实行 并罚，便不能做到罪刑相适应时，就必须实行并罚。此外，如果将同种数罪作一罪处理，难 以判断预防必要性的大小时，也应当实行并罚。

1. 当犯罪只有一个幅度的法定刑时，对同种数罪应当并罚。例如，以暴力分别干涉 两个人的婚姻自由的，应当实行并罚。又如，两次盗窃尸体的，应当以两个盗窃尸体罪实 行并罚。
2. 犯罪虽有两个以上幅度的法定刑，但不可能将同种数罪作为法定刑升格的情节 时，对同种数罪以一罪论处，不符合罪刑相适应原则的要求，应当实行并罚。例如，故意伤 害罪虽然有3个幅度的法定刑，但不可能将同种数罪作为法定刑升格的情节。即使行为 人3次造成3人轻伤且情节严重，也不可能按照“致人重伤”的法定刑处罚，可是，仅以一 罪论处或者虽主张成立同种数罪但不并罚，就只能处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。 这样的处罚，明显过轻。同样，即使行为人3次造成3人重伤且情节严重，也不可能按照 “致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的法定刑处罚。如果不实行并 罚，就只能科处3年以上10年以下有期徒刑。可是，这样的量刑，明显不当。在这种情况 下，只有实行数罪并罚，才能做到罪刑相适应。
3. 当司法解释确定的一个罪名包含了两种不同的犯罪，而行为人实施了该罪名下 的两种不同类型的行为时，应当实行数罪并罚。例如，刑法第277条规定了四种行为类 型，每种情形的对象不同、职务的内容不同,其中第四种情形对行为与结果的要求不同，法 条所规定的法定刑单一且较轻(“三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金”)，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、人大代表、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。
4. 行为人个人实施某种犯罪，同时作为单位犯罪的直接负责的主管人员或者其他

**604**刑法学（第五版）

直接责任人员承担刑事责任时，应实行数罪并罚。例如，甲个人实施了走私犯罪，构成自 然人的走私犯罪，甲同时也是单位走私犯罪的直接责任人员，对甲应当实行数罪并罚。

（5 ）相隔时间长的同种数罪，应当实行并罚。将相隔时间长的同种数罪以一罪论处， 有不合适之处。例如，被告人前后所犯的一般情节的强奸罪相隔10年。若将前后两个强 奸罪作为一罪论处，认定为情节恶劣，就可以处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑， 明显过重；如将前后两个强奸罪作为一罪论处，不认定为情节恶劣，适用3年以上10年以 下有期徒刑的法定刑，则显得过轻。若实行数罪并罚，结局是在3年以上20年以下有期 徒刑的范围内裁量刑罚，就能够使刑罚适当。此外，在这样的场合，法官难以就前后相隔 10年的两次犯罪综合地判断预防必要性的大小，尤其不能判断一般预防必要性的大小 （因为某种犯罪10年前与10年后的一般预防必要性大小不可能完全相同）。只有分别判 断，才有利于得出合理结论。

1. 判决宣告以前一人犯同种数罪不应并罚的情形

从原理上说，对判决宣告以前一人犯同种数罪的，均应当实行并罚。但是，刑罚的正 当化根据既是量刑的正当化根据，同样也是数罪并罚的正当化根据。根据并合主义的原 理，当对同种数罪不实行并罚，更能使量刑正当时，就可以不实行并罚。显而易见的是，对 判决以前一人犯同种数罪以一罪论处，能否使量刑正当，不只是取决于案件的具体情况， 更重要的是取决于刑法分则对相关犯罪的规定。例如，如果刑法分则条文规定的罪状事 实上包括了同种数罪，就意味着相应的法定刑与该同种数罪相适应。因此，根据刑法分则 的规定，只要对判决宣告以前一人犯同种数罪以一罪论处能够做到罪刑相适应，就不必并 罚。本书认为，以下两种情形不应当并罚：

（1） 刑法分则条文所规定的法定刑升格条件包含了多次犯罪时，不应当并罚。例如， 刑法第236条将强奸妇女、奸淫幼女多人作为法定刑升格的情节;第263条将多次抢劫作 为法定刑升格的情节。这不仅意味着对强奸多人、多次抢劫的同种数罪不并罚，而且意味 着不并罚反而能够做到罪刑相适应。换言之，如果在这种情况下，对同种数罪实行并罚， 不仅违反了刑法的规定,而且不能做到罪刑相适应。

（2） 刑法分则条文将数额（或数量）较大作为犯罪起点，并针对数额（数量）巨大、数额 （数量）特别巨大的情形规定了加重法定刑时，不应当并罚。例如，对于多次诈骗、多次走 私、多次逃税、多次贪污、多次受贿等情形，不管刑法分则条文是否明文规定“累计”犯罪 数额，〔〜都应当累计犯罪数额，以一罪论处，不实行并罚。在这种情况下，即使行为人多 次实施的是同一犯罪的不同类型的行为，也只需要按照累计数额（数量）适用相应的法定 刑，而不必并罚。例如，行为人使用伪造的信用卡骗取2万元，使用作废的信用卡骗取3 万元，冒用他人信用卡骗取4万元。对此，不应以3个信用卡诈骗罪实行并罚，而应按一 个信用卡诈骗罪，适用与信用卡诈骗9万元相对应的法定刑。

1. 判决宣告以前一人犯同种数罪需要灵活处理的情形

所谓灵活处理，是指即使外表相同的情形，有时应并罚，有时不应并罚。之所以存在 这种现象，也是由我国刑法分则规定的特点造成的。换言之，完全可能出现同时存在不应

**[64**〕就数额犯或数量犯而言,刑法分则条文关于“累计”的规定只是注意规定，所以，即使没有规定“累计”时，也 应当累计。

第十三章刑罚的裁量**605**

并罚和必须并罚的根据或理由，或者说可能出现上述丨与2相交叉的情况。在这种情况 下，只能以刑法规定为根据，以罪刑相适应原则为指导，灵活地处理。

（1 ）原则上并罚、例外不并罚的情形

对于数个同种的想象竞合犯与牵连犯，原则上实行并罚，但有时不应当或者没有必要 并罚。

例如，按照刑法理论的通说，对想象竞合犯从一重罪处罚。但是,想象竞合犯侵害了 两个以上的法益，行为人对侵害两个以上法益的事实，都具备有责性。在许多情况下，如 果对想象竞合犯的同种数罪不实行并罚，就明显不公平。例如，甲两次冒充国家机关工作 人员分别骗取数额特别巨大财物。显然，每次行为都同时触犯了招摇撞骗罪与诈骗罪，但 由于每次只有一个行为，故对每次行为只适用一个重罪的法定刑。倘若仅对前一次行为 适用诈骗罪的法定刑（从一重罪处罚），只将后一次行为适用招摇撞骗的法定刑（从一轻 罪处罚），或者相反，进而形成异种数罪，对甲就必然实行并罚。既然如此，在将前后两次 行为均从一重罪处罚时，更应实行并罚。否则，就明显不协调、不公平。与下面的案例相 比，更应得出对甲应实行并罚的结论。乙一次招摇撞骗没有骗取财物，另一次单纯诈骗财 物，乙的行为明显成立不同种数罪，肯定实行并罚。与乙相比，无论是从不法角度还是责 任的角度，抑或从预防必要性的角度，甲的行为比乙的行为都有过之而无不及。倘若对乙 肯定实行并罚，对甲却不实行并罚，就必然导致对甲与乙的处罚不均衡,有悖刑法的公平 正义。只有对甲也实行并罚，才能避免这样的缺陷。

但是，当想象竞合犯的同种数罪，属于前述不应并罚的情形时，则需要权衡按照哪一 种方式处理更利于实现罪刑相适应原则。例如，甲两次盗窃公用电信设施，每次盗窃数额 巨大，累计数额特别巨大，盗窃行为同时破坏了公用电信设施，但对公共安全没有造成严 重后果。如果并罚，不管是按两个盗窃罪并罚，还是按两个破坏公用电信设施罪并罚，抑 或按盗窃罪与破坏公用电信设施罪并罚，都不合适，仅适用盗窃数额特别巨大的法定刑， 才能做到罪刑相适应。再如，乙也是两次盗窃公用电信设施,每次盗窃数额较大，累计也 没有达到数额巨大，每次盗窃行为同时破坏了公用电信设施，危害了公共安全，但没有造 成严重后果。显然，即使将前一次行为评价为盗窃（以轻罪处罚，或者假定前一次行为没 有危害公共安全），将后一次行为以破坏公用电信设施罪论处（以重罪处罚），也应按异种 数罪实行并罚。既然如此，对乙的行为就只能实行并罚，即以两个破坏公用电信设施罪论 处，实行并罚。不难看出，虽然甲与乙都是盗窃公用电信设施，都实施了两个同一类型的 想象竞合犯，但对甲不必并罚，对乙应当并罚。

再如，行为人数次实施仅按一重罪处罚的同种牵连犯的，原则上应实行并罚。例如， 甲两次侵入他人住宅，强制猥亵妇女倘若仅将前一次行为认定为强制猥亵罪（从一重 罪），仅将后一次行为认定为非法侵人住宅罪（从一轻罪），或者相反，进而形成异种数罪， 对甲就应当实行并罚。既然如此，在将前后两次强制猥亵行为均从一重罪论处认定为强 制猥亵罪时，更应实行并罚。再如，乙一次非法侵人住宅，另一次强制猥亵妇女。乙明显 构成异种数罪，只能并罚。倘若对乙肯定实行并罚，对甲却仅以一罪论处，就必然导致对 甲与乙的处罚不均衡，有悖刑法的公平正义。只有对甲也实行并罚，才能避免这样的缺 陷。

但是，当牵连犯的同种数罪，属于前述不应并罚的情形吋，也需要权衡按照哪一种方

**606**刑法学（第五版）

式处理更利于实现罪刑相适应原则。例如，甲第一次伪造国家机关证件骗取他人财物2. 5 万元，第二次伪造公司印章骗取他人财物2. 5万元。根据相关司法解释，〔65〕认定为一个 诈骗罪（诈骗数额为5万元）所适用的法定刑可能是“三年以上十年以下有期徒刑”，而认 定为两个诈骗罪实行并罚所形成的处断刑是“6年以下有期徒刑”。显然，对甲的行为不 实行并罚具有合理性。

（2）原则上不并罚、例外并罚的情形

第一，刑法分则条文将情节严重（后果严重）、情节特别严重（后果特别严重）作为法 定刑升格条件，规定了相应的加重法定刑时，对同种数罪原则上不需要并罚。例如，刑法 第152条第2款规定：“逃避海关监管将境外固体废物、液态废物和气态废物运输进境，情 节严重的，处五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金;情节特别严重的，处五年以上有期徒 刑，并处罚金。”行为人多次走私废物的，认定为情节特别严重，处5年以上有期徒刑即可 做到罪刑相适应，没有必要实行并罚。

但是，如果两次行为不能达到情节严重或者特别严重的要求时，仍然要实行并罚。例 如，行为人两次强迫他人卖淫，并不符合强迫卖淫罪的法定刑升格的条件，对此应实行并 罚。

第二，法定最高刑为无期徒刑或者死刑的同种数罪，原则上不需要并罚。这是因为， 一般来说，对于最高刑为无期徒刑或者死刑的犯罪，以一罪论处,也能够做到罪刑相适应。 因为即使实行并罚，也没有现实意义。在此意义上说，对于最高刑为无期徒刑或者死刑的 同种数罪，不需要并罚。

但是，对此也不应当绝对化。在刑法分则条文并不是因为多次、数额增加、情节（特 别）严重，而是因为罪质严重而规定了无期徒刑或者死刑的情况下，将同种数罪完全按一 罪论处，会导致对行为的综合评价，作出对行为人不利的判决。例如，乙三次基于义愤杀 人，每一次都不应当判处死刑，实行数罪并罚的结局，也不可能是死刑。但是，如果以一个 故意杀人罪论处，很可能因为"杀死三人”而判处行为人死刑。但作出死刑判决，是将“多 次杀人”作为一个整体来评价的，而刑法第232条并没有像第263条那样，将多次行为作 为一个整体来评价。既然如此，对于乙的三次杀人，就应当分别评价。

此外需要说明的是，结合犯的同种数罪（如两次绑架杀人）与连续犯的同种数罪（如 两次连续故意毁坏财物），以及以数行为侵害数法益的包括的一罪，只能根据前述原理灵 活处理。Ml

（二）刑罚执行完毕以前发现漏罪的并罚

刑法第70条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判 决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处 的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新 判决决定的刑期以内。”这种数罪并罚的特点是：（1） 一人所犯数罪均发生在原判决宣告

〔65〕根据“两髙”2011年3月I日《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，诈骗公私财物价值 3000元至1万元以上的，属于“数额较大”；3万元至10万元以上的，属于“数额巨大”；50万元以上的，属于 “数额特别巨大”。

（66］参见张明楷：“论同种数罪的并罚”，载《法学》2011年第1期。

第十三章刑罚的裁量**607**

以前；（2）原判决只对其中的部分犯罪作出判决,对另一部分犯罪没有判决；（3）将新发现 的漏罪定罪量刑，依照刑法第69条规定的原则与原判决的刑罚实行并罚；（4）已执行的 刑期计算在新判决决定的刑期以内。这种方法称为“先并后减”。

1. “先并后减”的方法

例如，A在判决宣告以前犯有甲乙二罪，但法院只判决甲罪8年有期徒刑；执行3年 后发现乙罪，法院对乙罪判处9年有期徒刑；根据先并后减的方法，法院应在9年以上17 年以下决定执行的刑期，如果决定执行14年，那么，已经执行的3年便计算在这14年之 中，A应再执行11年有期徒刑。这种并罚效果，与刑法第69条规定的数罪并罚效果相 同。如果已经判决的是两个以上的罪，仍应按各罪单独确定的刑罚计算总和刑。因为发 现漏罪的并罚与判决宣告以前一人犯数罪的并罚，应当是一样的。不能因为被告人没有 主动交待漏罪，就受到更重的处罚；也不能因此而受到较轻的处罚。例如，B在判决宣告 以前犯有甲乙丙丁 4个罪，但法院只判决甲罪8年有期徒刑、乙罪12年有期徒刑，决定合 并执行18年有期徒刑。执行5年后，发现丙罪与丁罪,法院判处丙罪5年有期徒刑、丁罪 7年有期徒刑。此次并罚的“数刑中最高刑期”仍应是12年，而不是18年。于是，法院应 在12年以上32年以下决定应执行的刑期;但此时的并罚不得超过20年，故只能在12年 以上20年以下决定应执行的刑期。如果决定执行19年，则还需要执行14年。

这种情形的并罚还涉及如何确定总和刑期的问题。例如，C在判决宣告以前犯有甲 乙丙丁 4个罪，但法院只判决甲罪11年有期徒刑、乙罪12年有期徒刑，决定合并执行18 年有期徒刑。执行5年后，发现丙罪与丁罪，法院判处丙罪6年有期徒刑、丁罪7年有期 徒刑。此次并罚的“数刑中最高刑期”应是12年，而不是18年。于是，法院应在12年以 上36年（11 + 12 +6 + 7）以下决定应执行的刑期;但此时的并罚不得超过25年，故只能在 12年以上25年以下决定应执行的刑期。〔67〕倘若认为此次并罚的“数刑中最高刑期”应 是18年（即将甲乙二罪并罚后的判决结果理解为刑法第70条所称的前判决），那么，法院 应在18年以上31年（18 +6 +7）以下决定应当执行的刑期，此时的并罚就不得超过20 年，于是导致第70条的并罚轻于第69条的并罚。可是，刑法第70条的并罚结局应当与 第69条的并罚结局完全相同（因为被告人都是在判决宣告以前犯罪），故不能采取后一 种并罚方法。

根据最高人民法院2012年1月18日《关于罪犯因漏罪、新罪数罪并罚时原减刑裁定 应如何处理的意见》，罪犯被裁定减刑后，因被发现漏罪而依法进行数罪并罚时，经减刑 裁定减去的刑期不计入已经执行的刑期;在此后对因漏罪数罪并罚的罪犯依法减刑，决定 减刑的频次、幅度时，应当对其原经减刑裁定减去的刑期酌情予以考虑。％〕

根据上述司法解释的精神，无期徒刑或者死缓减为有期徒刑后，发现判决以前还有漏 罪的,应当将漏罪的刑罚与原判的无期徒刑或者死缓实行并罚，决定执行无期徒刑或者死 缓，但此后应适当放宽减刑频次与幅度。但在本书看来，在并罚之后可以追认原来的减 刑。

（67］考虑到总和刑不同对决定宣告刑的影响.本书修改了第四版的观点。当然，这一问题还值得进一步研究。 C68］对刑法第70条的“前后两个判决”不能按字面含义理解，而应解释为“以前作出的判决与发现漏罪后作出的

判决”。

（69］不过，由于减刑是以罪犯在服刑期间的表现为根据的，故在数罪并罚之后追认原来的减刑更为合适。

**608**刑法学（第五版）

在依审判监督程序提起再审的过程中发现漏罪的，由于再审意味着重新判决，故应当 按照刑法第69条的规定，将再审的犯罪与漏罪实行并罚（已经执行的刑罚，计算在并罚的 判决之内）。

实践中还存在刑满释放后再犯罪并发现漏罪的情况在处理被告人刑满释放后又犯 罪的案件时，发现他在前罪判决宣告以前，或者在前罪判处的刑罚执行期间，还犯有其他 罪行，未经过处理，并且没有超过追诉时效的，如果漏罪与新罪属于不同种数罪，就应对漏 罪与刑满后又犯的新罪分别定罪量刑，并依照刑法第69条的规定，实行数罪并罚。

1. “漏罪”的范围

所要研究的是，漏罪与新罪属于同种数罪时，应当如何处理？最高人民法院1993年 4月16日《关于判决宣告后又发现被判刑的犯罪分子的同种漏罪是否实行数罪并罚问题 的批复》指出：“人民法院的判决宣告并已发生法律效力以后，刑罚还没有执行完毕以前. 发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，不论新发现的罪与原判 决的罪是否属于同种罪，都应当依照刑法的规定实行数罪并罚。”〔7（）〕这也是通说的观点。 但是，这种做法与观点值得反思。

首先，一概并罚的观点存在不协调之处。判决宣告以前的同种数罪，与判决宣吿以 后，刑罚执行完毕以前发现同种漏罪，本质上没有任何区别。正因为如此，刑法第70条与 第69条所规定的并罚原则相同。既然如此，对判决宣告以后，刑罚执行完毕以前发现的 同种漏罪是否并罚，与对判决宣告以前的同种数罪是否并罚，就必须采取相同的原则与做 法。既然判决宣吿前的同种数罪，例外地不并罚，那么，对于判决执行完毕以前发现同种 漏罪的，也应当例外地不并罚。

其次,一概并罚的做法导致罪刑不均衡。例如，甲在不同场所3次犯强奸罪，每次强 奸1名妇女。对甲作出第一次判决前，就发现其3次强奸妇女的事实，适用刑法第236条 第3款，最低处10年有期徒刑，最高处死刑。乙同样在不同场所3次犯强奸罪，每次强 奸1名妇女。但是，在判决前仅发现乙1次强奸妇女的事实，于是法院按照刑法第236条 第1款的法定刑，所判处的刑罚只能是3年以上10年以下有期徒刑；在乙服刑3年后，发 现他所犯另外2次强奸妇女的事实u如果按同种漏罪一概并罚的做法，法院对2次强奸 漏罪所判处的刑罚，如不并罚只能是3年以上10年以下有期徒刑，如并罚只能是3年以 上20年以下有期徒刑；于是，对已判决的罪与新发现的罪实行数罪并罚的结局是，对乙最 低处3年有期徒刑，最高处20年有期徒刑。显然，这样的处理明显不公平、不协调尸1〕 在刑法条文将多次（如多次抢劫）、数额巨大或特别巨大（如盗窃、诈骗、走私等）作为法定 刑升格条件以及其他不应当并罚的场合，都存在完全相同的问题。〔72〕为了使量刑正当，

**[70）** 该解释接着规定：“但如果在第一审人民法院的判决宣告以后，被吿人提出上诉或者人民检察院提出抗诉, 判决尚未发生法律效力的，第二审人民法院在审理期间，发现原审被告人在第一审判决宣吿以前还有同种 漏罪没有判决的，第二审人民法院应当依照刑事诉讼法的规定，裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审 判，第一审人民法院重新审判时，不适用刑法关于数罪并罚的规定。”

[71） 参见胡同春:"我国同种数罪处罚方法通说的内在矛盾及其解决”，载《河南司法警官职业学院学报》2008年 第4期。

[72） 当然，一概并罚也会形成量刑畸重的现象，例如，倘若贪污数额特别巨大的起点是300万元。甲因贪污300 万元被判处10年有期徒刑，执行8年后，发现另有贪污300万元的漏罪。如果实行并罚，必然导致量刑过 重。

第十三章刑罚的裁量**609**

在不应当并罚的情况下，就只能通过审判监督程序，对上述情形中的乙重新定罪量刑，适 用刑法第236条第3款的法定刑，决定执行的刑罚；已经执行的刑期，计算在重新决定的 刑期之内。[73]

此外，在第一审法院的判决宣告以后，被告人提出上诉或者检察院提出抗诉，在判决 尚未发生法律效力时，第二审法院在审理期间，发现原审被告人在第一审判决宣告以前还 有漏罪没有判决的，应裁定撤销原判，发回原审法院重新审判。第一审法院重新审判时， 不适用先并后减的并罚方法，只能适用刑法第69条的规定。

1. “发现"的含义

这里所讨论的是，如何理解刑法第70条的“发现”？换言之，以哪一个机关“发现”漏 罪为标准来判断应否适用刑法第70条？

例如，A犯故意伤害罪被判处有期徒刑9个月，执行8个月时公安机关发现A使用虚 假身份证件的漏罪。半个月后，公安机关将案件移送检察机关起诉，1个月后检察机关向 人民法院提起公诉，人民法院认为对A所犯使用虚假身份证件罪应当判处5个月拘役。

倘若认为，刑法第70条的“发现”，是指公安司法机关（包括刑罚执行机关）中任何一 个机关的最早发现，由于公安机关发现漏罪时，A的前罪刑罚尚未执行完毕，那么，A就属 于在刑罚执行完毕以前发现漏罪的情形（以下简称“最早发现说”）。于是，必须根据刑法 第70条的规定，将前罪的有期徒刑与后罪的拘役实行并罚，结局是仅执行有期徒刑。但 是，如果认为刑法第70条的“发现”是指人民法院的发现，那么，由于法院受理案件时,A 的前罪有期徒刑已经执行完毕，因而不能适用刑法第70条,于是，A在执行了 9个月的有 期徒刑后，仍然需要再执行5个月的拘役（以下简称“法院发现说”）。

从刑法第70条的规定来看，由于并罚的主体（或者第70条的主语）是法院，似乎“发 现”的主体也是法院。据此，采取法院发现说具有一定的合理性。尽管如此，本书还是倾 向于最早发现说。刑事诉讼法规定的诉讼期间是具有弹性的，即只是规定了最长期限，而 没有规定最短期限，而且最长期限还可以延长。例如，《刑事诉讼法》第154条规定：“对 犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过二个月。案情复杂、期限届满不能终结的案 件，可以经上一级人民检察院批准延长一个月。”《刑事诉讼法》第169条规定：“人民检察 院对于公安机关移送起诉的案件，应当在一个月以内作出决定，重大、复杂的案件，可以延 长半个月。”不难看出，即使不考虑先前的刑事拘留时间与可能延长的期间，从逮捕之日 到提起公诉之日也有三个月的时间。倘若采取法院发现说，那么，当前罪为轻罪或者前罪 的刑罚剩余期间不长时，大多会导致漏罪不能与前罪并罚，在漏罪被判处拘役时，拘役就 不能被前罪的有期徒刑吸收，从而加重了对被告人的处罚。但是，发现漏罪的并罚与判决 宣告前的数罪并罚，不应当产生不同的刑罚效果，故符合条件的漏罪不与前罪并罚的做法 并不符合刑法第70条的立法精神。另一方面，当前罪为重罪或者前罪的刑罚剩余期间较 长时，反而会因为并罚使得漏罪所判处的拘役被有期徒刑吸收。这显然违反刑法的公平 正义性。反之，如果采取最早发现说，即公安司法机关中的任一机关发现了漏罪时，不管

1. 与此类似的情形是连续犯。对于连续犯应以一罪论处，所以，当人民法院已经根据刑法的规定以连续犯论 处后，在刑罚执行过程中，发现判决遗漏了连续犯中的部分犯罪行为的，不应将遗漏的部分作为独立的犯罪 定罪量刑，再与原判决的刑罚进行并罚。在原判决不适当的情况下，只能通过审判监督程序，重新定罪量刑 （参见张明楷:《刑法格言的展开》，北京大学出版社2013年第3版，第516页以下）。

**610**刑法学（第五版）

起诉、审判时前罪的刑罚是否已经执行完毕，均应当适用刑法第70 \* \* \*条的规定实行并罚，就 能克服上述缺陷。据此，对上例中的A,应当将其9个月的有期徒刑与5个月的拘役实行 并罚，仅执行有期徒刑，由于在法院审理时有期徒刑已经执行完毕，故不必再执行任何刑 罚。〔74〕

（三）刑罚执行完毕以前又犯新罪的并罚

刑法第71条规定:“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的， 应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照本法第六十 九条的规定，决定执行的刑罚。”这种数罪并罚的特点是：（1）犯罪人在原判决宣告以后， 刑罚执行完毕之前又犯新罪；（2）不管新罪是否与原判决的罪性质相同；（3）将新罪定罪 量刑；（4）将前罪没有执行的刑罚与新罪所判处的刑罚，依照刑法第69条的原则进行并 罚；（5）已经执行的刑期不得计算在新判决所决定的刑期以内。这种方法称为"先减后 并”。

例如，A因犯某罪被判处有期徒刑15年，执行10年后又犯新罪，对新罪判处有期徒 刑8年。依照先减后并的方法，应当将没有执行的5年与新罪的8年实行并罚，即在8年 以上13年以下决定执行的刑期，如果决定执行12年，则A还需服刑12年。加上已执行 的刑期，A实际执行的刑期为22年。显然，先减后并的结果重于先并后减的结果:一是实 际执行的起点刑期提高了;二是实际执行的刑期可能超过刑法规定的数罪并罚法定最高 刑的限制。就上例而言，如果采取先并后减的方法，实际执行的起点刑为15年，最高刑期 不得超过20年;而采取先减后并的方法，实际执行的起点刑为18年，最高刑期可能是23 年。刑法这样规定，是因为犯罪人在刑罚执行期间又犯新罪，说明其再犯罪可能性很大， 需要给予更重的处罚。此外，先减后并的方法还有一个特点：犯罪人在刑罚执行期间所犯 新罪的时间距离前罪所判刑罚执行完毕的期限越近（即犯罪人再犯新罪时前罪所判刑罚 的残余刑期越短），数罪并罚时决定执行刑罚的最低期限，以及实际执行的刑期的最低期 限就越长。这对巩固教育改造成果、提高刑罚执行效益，具有重要意义。

但是，由于总和刑期不同导致决定的刑期上限不同，可能会出现“先减后并”反而轻 于“先并后减”的不正常现象。例如,A因甲乙两罪，分别判处12年、13年有期徒刑，应当 在13年以上20年以下决定执行的刑期，法院决定执行16年有期徒刑。执行3年后，发 现漏罪（丙罪），对丙罪判处11年有期徒刑。按“先井后减”计算，则应当在13年以上25 年以下决定应当执行的刑期，可能执行的最长刑期为25年。但是，倘若将丙罪改为新罪， 采取“先减后并”的方法，则只能将没有执行完的13年徒刑（16年减3年）与新罪的11年 徒刑进行并罚，即在13年以上20年以下决定执行的刑罚，加上已经执行的3年，可能执

P4〕由于上述情形中的拘役会被有期徒刑吸收，公安与司法机关不能为了避免出现这种有利于犯罪人的局面，

而在A的有期徒刑执行期间发现漏罪后.故意隐瞒真相或者故意拖延，等到A的有期徒刑执行完毕后，才开

始对A的漏罪进行立案侦查。公安司法人员不能将自己的智慧全部用于严惩犯罪人,还要善于运用自己的

智慧保障犯罪人的合法权益..需要重复说明的是，不能因为对漏罪判处拘役会被有期徒刑吸收，就将原本

应当判处拘役的漏罪判处管制。

第十三章刑罚的裁量**611**

行的最长刑期为23年，比“先并后减”反而少2年。〔75〕对此，只能依赖法官根据具体案件 做出适当裁决，没有其他更好的办法。\* ［76］ 77

如果犯罪人在刑罚执行期间又犯新罪，并且发现其在原判决宣告以前的漏罪，则先将 漏罪与原判决的罪，根据刑法第70条规定的先并后减的方法进行并罚；再将新罪的刑罚 与前一并罚后的刑罚还没有执行的刑期，根据刑法第71条规定的先减后并的方法进行并 罚。［77〕例如，犯罪人所犯甲罪已被法院判处8年有期徒刑，执行5年后，又犯乙罪，法院 判处7年有期徒刑，对所发现的原判决宣告以前的漏罪判处6年有期徒刑。于是,先将漏 罪的6年有期徒刑与甲罪的8年有期徒刑实行并罚，在8年以上14年以下决定应当执行 的刑罚，如果决定执行12年有期徒刑，则犯罪人还需执行7年有期徒刑。然后，再将乙罪 的7年有期徒刑与没有执行的7年实行并罚，在7年以上14年以下决定应当执行的刑 罚，如果决定执行11年，则犯罪人实际上执行16年尸《

值得讨论的是以下情形:A犯盗窃罪被判处有期徒刑1年8个月，执行1年6个月时 实施故意伤害行为，造成的伤害刚刚达到轻伤程度，根据量刑情节与量刑规则，应当判处 5个月拘役。根据刑法第71条的规定，只要被判刑的犯罪分子是在“判决宣告以后，刑罚 执行完毕以前……又犯罪的”，不管何时发现新罪，也不管新罪由谁发现，都应当将新罪 所判处的刑罚与前罪没有执行的刑罚实行并罚。据此，倘若迅速地在1个月之后审理A 的故意伤害罪，那么，按照刑法第71条的规定，就必须将1年8个月的有期徒刑中没有执 行的I个月有期徒刑与故意伤害罪的5个月拘役相并罚，结局是不执行拘役，A再执行I 个月有期徒刑即可（第一种情形）。反之，倘若在A的1年8个月有期徒刑执行完毕之后 才审理故意伤害罪，那么，由于A的前罪没有执行的刑罚是0,将0与5个月拘役并罚的 结局是，仍然需要执行5个月拘役（第二种情形）。

在此首先要解决的一个问题是,刑法第71条规定的先减后并方法是“把前罪没有执 行的刑罚和后罪所判处的刑罚”实行并罚，那么，在上述第二种情形下，由于A已经不存

〔75〕在这种场合，不能像第70条那样并罚，即不能将第71条所称的“前罪没有执行的刑罚”解释为先前数罪的 刑罚相加再减去已执行的刑罚（在本案中，不能理解为前罪没有执行的刑罚是22年）。因为应当执行的刑 罚并不是数罪的刑罚相加后的刑罚，而是经过并罚的刑罚。所以，“前罪没有执行的刑罚”是指经过并罚后 没有执行的刑罚。否则，在多数场合会导致第71条的并罚与第70条的并罚相同，因而不当。

（76） 更为麻烦的是以下情形:A犯甲乙丙三罪，分别定罪量刑后的总和刑期为36年有期徒刑，法院决定执行24 年有期徒刑。A执行1年后又犯丁罪（故意伤害他人致人重伤），应当判处有期徒刑9年。按照刑法第71条 的规定，应当将23年与9年实行数罪并罚，总和刑期没有达到35年。根据刑法第69条的规定，应当在23 年以上20年以下决定应当执行的刑期„这显然是一个悖论。首先，如上所述，在这种情况下，难以认为“前 罪没有执行的刑罚”是35年有期徒刑。因为虽然前一判决分别対甲乙丙三罪定罪量刑，但法院依照刑法第 69条“决定执行的刑期”是24年有期徒刑\_所以，“前罪没有执行的刑罚”是23年有期徒刑，而不是35年有 期徒刑；由于总和刑期没有达到35年，故不得在23年以上25年以下之间决定执行的刑罚。其次，不应当将 20年作为应当执行的刑期，否则就意味着犯新罪可以减少刑罚的执行。可是,任何人不得因为不法行为而 获得好处：而且，因为A再犯罪而决定执行20年有期徒刑，与刑法的基本性质相冲突。在刑法没有修改数 罪并罚规定的情况下，要么对A所犯丁罪忽略不计，即不追究丁罪的刑事责任，继续执行原判刑罚，要么过 几年后再追究丁罪的刑事责任。但这些都不是解决问题的根本办法，而且还会产生其他问题。在本书看 来,《刑法修正案（八）》与《刑法修正案（九）》对刑法第69条的两次修改都是草率的。

［77］ 如果漏罪与新罪是同种罪，也只能采取同样的并罚方法。倘若将同种的漏罪与新罪作为一罪处理，会违反 刑法第70条与第71条的规定。

C78］在前一判决已并罚了数罪的情形下，总和刑期依然是前一判决中各罪的刑期与新罪刑期、漏罪刑期的总和 刑罚。

**612**刑法学（第五版）

在“没有执行的刑罚”，是否意味着对A不能适用刑法第71条，而只能单独定罪量刑？本 书对此持否定回答。第一，A完全符合先减后并的前提条件，即在判决宣告后，刑罚执行 完毕以前又犯新罪。第二，所谓“前罪没有执行的刑罚”是指前罪所判处的刑罚减去已经 执行的刑罚，由于A已经执行了全部刑罚，所以“前罪没有执行的刑罚”就是0,在此意义 上，A仍然符合刑法第71条的规定。第三，就第二种情形而言，在前罪刑罚已经执行完毕 的情况下，对A的新罪单独定罪量刑的结局，与对A按照先减后并的原则进行并罚的结 局是完全相同的，都是需要再执行5个月拘役。既然如此，就应当适用刑法第71条的规 定以并罚的方式处理，以避免对应当适用刑法第71条的情形却不适用的不当局面。

可是，当新罪应当判处拘役时，在前罪的有期徒刑执行完毕以前审理新罪，与在执行 完毕之后审理新罪的结局存在重大差异。前者即上述第一种情形使得拘役不再执行，而 后者即上述第二种情形却导致拘役必须全部执行。而且，两种情形的不同处理结局，主要 取决于司法机关的处理速度，［79］明显具有偶然性。就上例中的A而言，只要是在盗窃罪 的1年8个月有期徒刑之内（即犯新罪之日起剩余2个月的刑期内）审理新罪的，新罪 的拘役就会被剩余的有期徒刑所吸收，只要是在1年8个月有期徒刑执行完毕之后（即在 犯新罪的2个月以后）审理新罪的，新罪的拘役就必须全部执行。这显然不公正，而且可 以完全由公安司法机关在刑事诉讼法规定的期间内任意决定，甚至可能通过延长办案期 间等方法使A执行新罪的拘役。

一个方案是，重新理解刑法第71条所规定的“前罪没有执行的刑罚”。亦即，“前罪 没有执行的刑罚”不是指人民法院审理新罪时还没有执行的刑罚，而是指服刑人员犯新 罪时还没有执行的刑罚。这样,上述两种情形的处理就完全相同。实行并罚后，再将犯新 罪之日至新判决确定之日的期间计算到新判决确定的刑期之内。在上例中，由于A是在 执行1年6个月时犯新罪，所以，即使法院在2个月后即1年8个月的有期徒刑执行完毕 后才审理新罪，A犯新罪时没有执行的刑罚仍然是2个月有期徒刑，其与新罪的5个月拘 役并罚时，就只执行2个月有期徒刑。由于该2个月的有期徒刑在审理前业已执行，故A 不需要再执行任何刑罚。这一方案的结局是，拘役仍不执行，仅执行前罪的1年8个月有 期徒刑即可，于是明显有利于犯罪人。另一个方案是，对于前罪没有执行的有期徒刑期限 较短的情形，只要没有超过刑事诉讼法规定的办案期限，就可以乃至尽可能在前罪的刑罚 执行完毕以后再审理新罪，进而让犯罪人执行新罪的拘役。这一方案的结局是，拘役仍需 执行，于是明显不利于犯罪人。〔81〕

前一方案虽然有利于犯罪人，但是导致先减后并的结局与先并后减的结局完全相同， 可能不合适。既然犯罪人在刑罚执行期间又犯新罪，就表明其再犯罪的危险性大，所以仍 有执行刑罚的必要。倘若由前罪的有期徒刑吸收新罪的拘役，就明显不符合刑罚目的。 采取后一方案，则可以避免这一缺陷；而且,后一方案也并不违反刑法第69条第2款与第

〔79〕当然，少数情形取决于服刑人犯新罪的具体时间。

［80］为了论述方便，暂且不考虑上诉与抗诉等程序。

〔81〕关于其他方案，参见张明楷：“数罪并罚的新问题”，载《法学评论》2016年第2期。

第十三章刑罚的裁量**613**

71条的规定

此外，根据司法解释的规定,在执行附加刑剥夺政治权利期间犯新罪的，应作如下处 理：（1）对判处有期徒刑并处剥夺政治权利的罪犯，主刑已执行完毕，在执行附加刑剥夺 政治权利期间又犯新罪，如果所犯新罪无须附加剥夺政治权利的，依照刑法第7!条的规 定实行数罪并罚。（2）前罪尚未执行完毕的附加刑剥夺政治权利的刑期从新罪的主刑有 期徒刑执行之日起停止计算，并依照刑法第58条规定从新罪的主刑有期徒刑执行完毕之 日或者假释之日起继续计算；附加刑剥夺政治权利的效力施用于新罪的主刑执行期间。 （3）对判处有期徒刑的罪犯，主刑已执行完毕，在执行附加刑剥夺政治权利期间又犯新 罪，如果所犯新罪也剥夺政治权利的，依照刑法第55条、第57条、第71条的规定并 罚戸

第六节缓 刑

**一、缓刑的概念**

在我国，对于被判处拘役、3年以下有期徒刑的犯罪人，由于其犯罪情节较轻，有悔罪 表现，没有再犯罪的危险，暂不执行刑罚对所居住社区没有重大不良影响的，就可以规定 一定的考验期，暂缓刑罚的执行;如果犯罪人在考验期内遵守一定条件，原判刑罚就不再 执行。这便是缓刑。简言之，缓刑是有条件地不执行所判决的刑罚。其特点是，既判处一 定刑罚，又暂不执行，但在一定期间保留执行的可能性。缓刑不是独立的刑种。从裁量是 否执行所判刑罚的意义上说，缓刑是量刑制度；从刑罚执行的意义上说，缓刑也可谓刑罚 执行制度。

缓刑不同于死刑缓期执行。二者虽然都是有条件地不执行原判刑罚，都不是独立的 刑种,但在适用对象、执行方法、考验期限和法律后果等方面存在本质区别。

缓刑不同于暂予监外执行。根据刑事诉讼法的规定，对于被判处有期徒刑或者拘役 的罪犯，有严重疾病需要保外就医的，怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女，以及生活不能 自理，适用暂予监外执行不致危害社会的，可以暂予监外执行;此外，被判处无期徒刑的罪 犯属于怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女的，也可以暂予监外执行。缓刑与暂予监外执 行具有严格区别：（丨）缓刑适用于被判处拘役、3年以下有期徒刑的犯罪人;暂予监外执行 对有期徒刑没有期限限制（且包含无期徒刑的情形）。（2）宣告缓刑后，事实上没有执行 刑罚;暂予监外执行时，仍然在执行刑罚。（3）缓刑是有条件地不执行所判刑罚，如果犯 罪人遵守了法定条件，原判刑罚就不再执行;而暂予监外执行的情形消失后，犯罪人刑期 未满的，应当及时收监执行。

1. 当然，法官可能为了避免麻烦，不顾刑罚的正！1化根据与量刑规则，强行对新罪判处有期徒刑或者管制。所 以，本问题的现实意义不大。但是,倘若对新罪只能判处拘役时，本问题仍然是法官无法避免的。例如，不 可能完全排除服刑犯人醉酒驾驶机动车或者违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品，危及公共安 全，因而只能判处拘役的情形。
2. 参见最高人民法院2009年5月25日《关于在执行附加刑剥夺政治权利期间犯新罪应如何处理的批复》。

614刑法学（第五版）

缓刑不同于免除处罚。缓刑以判处一定刑罚为前提，而免除处罚时并没有判处刑罚； 缓刑具有执行所判刑罚的可能性，免除处罚不存在这种可能性。

缓刑与对军人的“战时缓刑”具有区别。刑法第449条规定：“在战时，对被判处三年 以下有期徒刑没有现实危险宣告缓刑的犯罪军人，允许其戴罪立功，确有立功表现时，可 以撤销原判刑罚，不以犯罪论处。”不难看出，战时缓刑虽然可谓一种特殊缓刑，但其与缓 刑在适用的时间、对象、条件与考验的内容、法律后果等方面存在相当明显的区别。

缓刑制度体现了刑罚目的:对暂不执行所判刑罚不致再危害社会的犯罪人宣告缓刑. 正说明适用缓刑可以达到特殊预防的目的，没有执行刑罚的必要;缓刑也可以避免短期自 由刑的弊害，不会导致犯罪人在狱中感染恶习，对预防其再犯罪能起到有效作用。缓刑制 度体现了罪刑相适应原则：缓刑只适用于罪行轻微的人，而不适用于罪行严重的人。缓刑 体现了宽严相济的刑事政策：犯罪情节轻微并有悔改表现的，才可能适用缓刑;在考验期 内遵守法定条件的，原判刑罚就不再执行;但对没有悔改表现的不适用缓刑；在考验期内 没有遵守法定条件的，就执行原判刑罚乃至数罪并罚。缓刑制度体现了专门机关与民众 相结合的司法路线:缓刑由法院宣告，实行社区矫正。

二、缓刑的适用条件

根据刑法第72条、第74条的规定，适用缓刑必须符合以下条件：

首先，缓刑只适用于被判处拘役或者3年以下有期徒刑的犯罪人。（1 ）所谓被判处 拘役或者3年以下有期徒刑，是就宣告刑而言，而不是指法定刑；即使法定最低刑高于3 年有期徒刑，但因具有减轻处罚情节而判处3年以下有期徒刑的，也可能适用缓刑。 （2）对被判处管制或者单处附加刑的，不能适用缓刑。因为管制与附加刑都没有剥夺犯 罪人的人身自由，适用缓刑没有实际意义。（3）如果一人判决前犯数罪,〔84〕实行数罪并罚 后，〔85〕决定执行的刑罚为3年以下有期徒刑或者拘役的，也可以适用缓刑刑法之所 以规定这一条件，是因为刑期的长短与罪行轻重以及犯罪人的再犯罪可能性大小是相适 应的，一般来说，如果所判处的刑罚超过3年有期徒刑，就表明其罪行严重，再犯罪可能性 大，如果暂不执行刑罚，他们还可能再犯罪;从保护法益和预防犯罪考虑，缓刑只能适用于 罪行较轻的犯罪人。

其次，适用缓刑确实不致再危害社会。具体而言，只有同时具备以下四个条件，才能 适用缓刑：（1）犯罪情节较轻；（2）悔罪表现；（3）没有再犯罪的危险；（4）宣告缓刑对所居 住社区没有重大不良影响。前三个条件的设定是基于法律理由，其中，（3）是实质条件， （1）与（2）是判断没有再犯罪危险的资料。悔罪表现，是指犯罪后悔恨自己罪行的表现， 如犯罪后积极退赃，真诚向被害人道歉，在羁押期间遵守监管法规等。据此，即使犯罪情 节较轻，但没有悔罪表现的，法院也不得认为其没有再犯罪的危险。第（4）个条件的设定 是基于政策理由。值得注意的是，宣告缓刑对所居住社区是否具有重大不良影响，需要根

（84］行为人犯甲罪被宣告缓刑后，在缓刑考验期内再犯新罪，撤销缓刑后实行并罚，依然判处3年以下有期徒刑 的，不得再适用缓刑。因为事实已经表明，行为人具有再犯罪的危险.，

〔85〕一人判决前犯数罪的，不应就其中的一个罪先行宣告缓刑，然后再与其他犯罪并罚。只能是先并罚，后决定 能否判处缓刑。

［86］最高人民法院1996年6月26日《关于对贪污、受贿、挪用公款犯罪分子依法正确适用缓刑的若干规定》第3 条规定:对于犯有数罪的贪污、受贿、挪用公款犯罪分子,不适用缓刑。但本书认为,这一规定并不妥当。

第十三章刑罚的裁量**615**

据社区环境（包括犯罪人家庭环境），联系犯罪人所犯之罪与社区环境的关系，进行客观 判断。只要适合在所居住的社区实行社区矫正的，就应认为符合第（4）个条件。不能以 社区部分居民反对缓刑为由，认定宣告缓刑对所居住社区有重大不良影响。

最后，必须不是累犯和犯罪集团的首要分子。换言之，对于累犯和犯罪集团的首要分 子，不适用缓刑。因为累犯在执行一定刑罚之后无视受刑的体验而再次犯罪，说明其再犯 罪可能性大；如果不执行所判处的刑罚，他们再次犯罪的可能性更大，故对累犯不能适用 缓刑。犯罪集团的首要分子，因为其罪行严重，如适用缓刑，依然可能组织、领导犯罪集团 的犯罪活动，故不得适用缓刑。

具备上述条件的，就可以宣告缓刑。对其中不满18周岁的人、怀孕的妇女和已满75 周岁的人，应当宣告缓刑。

根据“两高”2012年8月8日《关于办理职务犯罪案件严格适用缓刑、免予刑事处罚 若干问题的意见》，具有下列情形之一的职务犯罪分子，一般不适用缓刑：（1）不如实供述 罪行的；（2）不予退缴赃款赃物或者将赃款赃物用于非法活动的；（3）属于共同犯罪中情 节严重的主犯的；（4）犯有数个职务犯罪依法实行并罚或者以一罪处理的；（5）曾因职务 违纪违法行为受过行政处分的；（6）犯罪涉及的财物属于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移 民、救济、防疫等特定款物的;（7）受贿犯罪中具有索贿情节的;（8）渎职犯罪中徇私舞弊 情节或者滥用职权情节恶劣的；（9）其他不应适用缓刑、免予刑事处罚的情形。

同许多国家相比，我国缓刑的适用率相当低，原因是多方面的。由于缓刑确实具有许 多优点，如不致在监狱中"交叉感染"，不影响犯罪人的家庭生活与工作劳动，不需要执行 费用，故对于符合缓刑条件的，特别是对一些符合缓刑条件的过失犯罪人,应当尽量宣告 缓刑。

三、缓刑的考验期限与考察

缓刑的考验期限，是指对被宣告缓刑的犯罪人进行考察的一定期间。缓刑是对所判 处的刑罚有条件的不执行，为了考验犯罪人是否遵守这种条件，在决定缓刑的同时，必须 确定对犯罪人进行考验的一定期限，这便是缓刑的考验期限。

根据刑法第73条的规定，拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上1年以下，但是不能 少于2个月；有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上5年以下，但是不能少于1年。可 见，缓刑考验期限不得短于原判刑期，可以等于或者长于原判刑罚。（1）拘役的考验期限 最低不能少于2个月，最长不得超过1年，有期徒刑的缓刑考验期限最低不能少于1年， 最高不能超过5年，在此范围内，缓刑考验期限等于或者长于原判刑罚。（2）必须注意原 判刑罚与缓刑考验期限的比例关系，一般来说，考验期限应适当长于原判刑罚。在不具备 特殊理由的情形下，对于被判处1年有期徒刑的犯罪人宣告缓刑考验期限为5年,对于被 判处3年有期徒刑的犯罪人宣告缓刑考验期限为3年，就不具有合理性。（3）缓刑的考验 期限，从判决确定之日起计算。判决确定以前先行羁押的，不能折抵考验期限。因为缓刑 考验期限不是刑罚执行期限，不应折抵;规定考验期限是为了考察犯罪人在此期限内是否 遵守一定条件,如果将羁押日期折抵考验期限，就导致考验期限过短，丧失了规定考验期 限的意义;先前的羁押期限实际上也是法院考察犯罪人有无悔罪表现的期限，不能折抵考 验期限。

给宣告缓刑的犯罪人规定一定的考验期限，是为了对其进行考察，从而使缓刑起到应

**616**刑法学（第五版）

有作用。根据刑法第75条的规定，被宣告缓刑的犯罪人，应当遵守下列规定：（1）遵守法 律、行政法规，服从监督；（2）按照考察机关的规定报告自己的活动情况；（3）遵守考察机 关关于会客的规定；（4）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准。此外，根 据有关司法解释，为严肃缓刑的考察执行，被判处徒刑宣告缓刑仍留在原单位工作的犯罪 人，在缓刑考验期内一般不得调动工作。对缓刑考验期已经过1/2以上，并有认罪、悔罪 态度，工作表现良好，确因工作特殊需要调动的，应当由所在单位报经执行机关批准后办 理调动手续。根据刑法第72条第2款的规定，宣告缓刑的，可以根据犯罪情况，同时禁止 犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动，进人特定区域、场所，接触特定的人。在此情 形下，犯罪人必须同时服从禁止令（参见第十五章第四节）。根据刑法第76条的规定，对 宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，依法实行社区矫正。

此外，根据刑法第72条第3款的规定，被宣告缓刑的犯罪人，如果被判处附加刑的， 附加刑仍须执行。这说明，缓刑的效力不及于附加刑。

四、**缓刑考验期满与缓刑的撤销**

缓刑考验期满，是指犯罪人在缓刑考验期内，没有再犯新罪，没有发现判决宣告以前 还有其他罪没有判决，没有严重违反有关缓刑的监督管理规定，没有严重违反禁止令，并 且经过了考验期限。根据刑法第76条的规定，被宣告缓刑的犯罪人，如果没有上述四种 情形，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行，并公开予以宣告。“原判的刑罚就不再执 行”，是指原判决的有罪宣告仍然有效，原判的刑罚也没有错误，但由于犯罪人在考验期 内符合法定条件，原判决所宣告的刑罚不再执行。在这种情况下，不可认为原判的刑罚已 经执行完毕。

缓刑的撤销，是指由于犯罪人在缓刑考验期内，没有遵守法定条件，或者发现了漏罪， 而将原判决宣告的缓刑予以撤销，使犯罪人执行原判刑罚甚至实行数罪并罚D缓刑的撤 销包括四种情况：

1-被宣告缓刑的犯罪人，在缓刑考验期内犯新罪的，应当撤销缓刑，对新犯的罪作出 判决，将前罪和后罪所判处的刑罚，依照刑法第69条的规定，决定执行的刑罚（即使决定 执行的刑罚符合适用缓刑的条件，也不得再宣告缓刑，否则便不符合缓刑制度的目的，也 与后述第三、四种情形相冲突）。如果原判决宣告以前先行羁押的，羁押日期应当折抵刑 期。在这种情况下.即使在经过了缓刑考验期后才发现行为人在缓刑考验期内所犯新罪 的，也应当撤销缓刑。而且，即使其中的新罪超过了追诉时效，也应撤销缓刑，执行原判刑 罚（只是不追诉新罪）。

1. 被宣告缓刑的犯罪人，在缓刑考验期内发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的， 应当撤销缓刑，对新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照刑法第69条的 规定，决定执行的刑罚（符合缓刑条件的，仍可再次宣告缓刑）。如果原判决宣告以前先 行羁押的，羁押日期应当折抵刑期。问题是，在经过了缓刑考验期后才发现判决宣告以前 还有其他罪没有判决的，应否撤销缓刑？本书持否定回答。因为刑法第77条明文规定， 只有在缓刑考验期内发现判决宣告以前还有其他罪没有判决，才能撤销缓刑；既然在缓刑 考验期内没有发现判决宣告以前还有其他罪没有判决，就不能撤销缓刑，只能对新发现的 罪作出判决并执行。
2. 被宣告缓刑的犯罪人，在缓刑考验期内，违反法律、行政法规或者国务院有关部门

第十三章刑罚的裁量**617**

有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。这种缓刑的撤销， 并不是以被宣告缓刑的犯罪人，在缓刑考验期内，违反法律、行政法规或者国务院有关部 门有关缓刑的监督管理规定为充足条件;换言之，只有具有上述违反行为，并且情节严重 的，才应当撤销缓刑。根据相关规定，〔87〕被宣告缓刑的罪犯在缓刑考验期间有下列情形 之一的，由与原裁判人民法院同级的执行机关提出撤销缓刑的建议：（1）人民法院、监狱、 看守所已书面告知罪犯应当按时到执行地执行机关报到，罪犯未在规定的时间内报到，脱 离监管3个月以上的；（2）未经执行机关批准擅自离开所居住的市、县或者迁居，脱离监 管3个月以上的；（3）未按照执行机关的规定报告自己的活动情况或者不遵守执行机关 关于会客等规定，经过3次教育仍然拒不改正的；（4）有其他违反法律、行政法规或者国 务院有关部门有关缓刑、假释的监督管理规定行为，情节严重的。另一方面，其中的“违 反法律”，原则上不包括违反刑法。如果违反刑法，则属于上述第一类缓刑撤销，应当实 行并罚，而不只是执行原判刑罚。〔88）在这种情况下撤销缓刑，不存在数罪并罚的问题。 原判决宣告以前先行羁押的，应当折抵刑期。

1. 被宣告缓刑的犯罪人，在缓刑考验期内，违反人民法院判决中的禁止令，情节严重 的,应当撤销缓刑，执行原判刑罚。原作出缓刑裁判的人民法院应当自收到当地社区矫正 机构提出的撤销缓刑建议书之日起一个月内依法作出裁定。人民法院撤销缓刑的裁定一 经作出，立即生效。原判决宣告以前先行羁押的，应当折抵刑期。根据“两高”、公安部、 司法部2011年4月28日《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的 规定（试行）》的规定，违反禁止令，具有下列情形之一的，应当认定为“情节严重”：（1 ）三 次以上违反禁止令的；（2）因违反禁止令被治安管理处罚后,再次违反禁止令的；（3）违反 禁止令,发生较为严重危害后果的;（4）其他情节严重的情形。

实践中会出现被告人在缓刑判决未生效时又犯新罪的情况。由于缓刑考验期限从判 决确定之日起计算,而被告人并不是在“缓刑考验期内”犯新罪或者发现其他罪，故不符 合直接“撤销缓刑”的条件。对此，宜分不同情况处理：（1）如果在二审期间发现，且宣告 缓刑的判决被检察机关抗诉，则不管被告人是否上诉，二审法院可直接对前罪的缓刑予以 改判，并与新罪实行并罚。（2）如果在二审期间发现但检察机关没有抗诉，或者在缓刑考 验期经过后才发现新罪，则宜通过审判监督程序对缓刑予以改判，并与新罪实行并罚。

五、缓刑与数罪并罚的相关问题

如上所述，即使数罪均被判处有期徒刑，并罚后依然可能乃至应当判处缓刑。另一方 面，当行为人犯乙罪应当判处管制，而甲罪被判处有期徒刑且符合缓刑条件时，就应当对 甲罪判处缓刑、对乙罪判处管制。因为即使在行为人犯数罪的情况下，也不意味着其再犯 罪的可能性大;而且，犯乙罪的可能性较大，不意味着犯甲罪的可能性也较大。例如，17 周岁的未成年人因为母亲重病无钱治疗而盗窃数额巨大的财物，同时犯有代替考试罪。 对此，完全可能得出这样的结论:行为人没有再犯盗窃罪的危险性，因而应当对盗窃罪适

〔87〕参见中央社会治安综合治理委员会办公室、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2009年6月25 日《关于加强和规范监外执行T作的意见》第15条。

〔88〕已满14周岁的人W抢劫等罪被判处缓刑后，在未满16周岁的考验期内实施刑法第17条第2款规定之外的 犯罪行为的，属干第7种情形，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。

**618**刑法学（第五版）

用缓刑，但行为人有再犯代替考试罪的危险性，应当判处管制。问题是，当甲罪被判处缓 刑，而乙罪被判处管制时，应当如何处理？这里存在诸多需要解决的问题。

1. 管制与缓刑并罚时，管制从何时开始执行？例如，A犯甲罪与乙罪，其中甲罪被判 处有期徒刑2年，符合应当判处缓刑的条件，被宣告缓刑3年，乙罪被判处管制1年。那 么，管制从什么时候开始执行？

由于刑法第69条第2款规定有期徒刑与管制并罚时，有期徒刑执行完毕后执行管 制，而根据刑法第76条规定，对宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内，依法实行社区 矫正，如果没有撤销缓刑的情形，缓刑考验期满，“原判的刑罚就不再执行”。换言之，如 果缓刑未被撤销且缓刑考验期满时，原判的有期徒刑就不再执行。既然如此，就不存在有 期徒刑执行完毕的问题。然而，不可能因为有期徒刑不存在执行完毕的问题，就得出管制 不得执行或者不再执行的结论。

可供选择的只有两个方案：（1 ）在缓刑考验期满后，开始执行管制;（2）从判决确定之 日起，亦即从有期徒刑的缓刑考验期限开始计算之日起执行管制。这两个方案均不符合 “有期徒刑执行完毕后”的条件，也不可能从逻辑上判断哪一方案妥当，只能进行价值判 断。本书初步主张第二个方案。这是因为，既然被告人所犯之两罪均相对轻微，就没有必 要等到缓刑考验期满后再开始执行管制。否则，会导致对被告人限制自由的时间过长，与其 所犯的轻罪不相适应。况且，如果采用第一个方案，还存在不协调的地方。亦即，在缓刑考 验期内，犯罪人可以行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利，但在缓刑考验期满 后开始执行管制时，反而未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自 由的权利。本来，缓刑的适用条件之一是“没有再犯罪的危险”；在缓刑未被撤销且考验期满 后，犯罪人就更没有再犯罪的危险性了。但开始执行管制后，却对自由的限制更严格，这明 显不利于犯罪人重返社会。采取第二个方案则可以避免这种不协调的现象。

采取第二个方案时,意味着缓刑考验与管制的执行存在重合。在执行管制期间，犯罪 人未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利。管制执行 完毕后，如果有期徒刑、拘役的缓刑考验期未满，此时犯罪人可以行使言论、出版、集会、结 社、游行、示威自由的权利。概言之，当管制的刑期长于有期徒刑、拘役的缓刑考验期限 时，由于二者是重合的，故只要执行了管制内容，就同时执行了缓刑考验期限的内容；当管 制的刑期短于有期徒刑、拘役的缓刑考验期限时，在管制的刑期内执行刑法第39条第1 款第2项的内容，管制期满后仅执行刑法第75条的内容。

1. 在缓刑考验期间严重违反关于缓刑的监督管理规定的，撤销缓刑时如何执行管制？ 例如，B犯甲罪与乙罪，其中甲罪被判处有期徒刑2年缓刑3年，乙罪被判处管制1年。 按照前述第二个方案开始同时执行管制与进行缓刑考验，执行6个月时，发现B严重违 反关于缓刑的监督管理规定。根据刑法第77条第2款的规定，应当对B撤销缓刑，执行 原判刑罚。问题是，B已经执行的6个月管制是否计算在1年的管制期限内？

本书的看法是，在这种情况下，当然不可能再继续执行管制，或者说不可能等管制执 行完毕后再执行原判的有期徒刑，否则便违反了刑法第69条第2款的规定。所以，只能 在有期徒刑执行完毕以后，再执行剩余的6个月管制刑。

1. 在管制与缓刑考验的重合期间犯新罪的，如何并罚？例如，C犯甲罪与乙罪，其中 甲罪判处有期徒刑2年缓刑3年，乙罪被判处管制1年6个月。在管制执行1年时，亦即

第十三章刑罚的裁量**619**

在缓期考验期仅经过1年时，C犯丙罪（在缓刑考验期间再犯新罪），应当判处有期徒刑3 年的，应当如何并罚？

如上所述，由于管制的执行期间与缓刑的考验期间重合，所以，C属于“在缓刑考验期 内犯新罪”，根据刑法第77条第1款的规定，应当撤销缓刑，对新犯的罪作出判决，把前罪 和后罪所判处的刑罚，依照刑法第69条的规定，决定执行的刑罚。

就甲罪与丙罪的并罚关系而言，按照通常的并罚方法实行并罚，亦即将丙罪的3年有 期徒刑与甲罪的2年有期徒刑实行并罚，倘若在3年以上5年以下的期限内决定执行4 年有期徒刑，那么，C应当执行4年有期徒刑。此时，似乎不需要将乙罪纳人并罚的范畴， 只要在4年有期徒刑执行完毕后，再执行剩余的6个月管制即可。但是，根据刑法第71 条的规定，行为人属于在刑罚执行过程中又犯新罪，应当采取先减后并的方法实行并罚。 据此,应当将甲罪的2年有期徒刑、乙罪的6个月管制与丙罪的3年有期徒刑实行并罚。 倘若决定执行4年有期徒刑，那么，仍然是在4年有期徒刑执行完毕以后，再执行剩余的 6个月管制。概言之，在这种情形下，既存在普通并罚（按刑法第69条并罚）的问题，也存 在先减后并的问题，但由于管制与有期徒刑分别执行，故不会产生并罚的差异。

1. 在管制与缓刑考验的重合期间发现漏罪的，如何并罚？例如，D犯甲罪与乙罪，其 中甲罪被判处有期徒刑2年缓刑3年，乙罪被判处管制1年6个月。在管制执行1年时， 亦即在缓期考验期仅经过1年时，发现D在判决宣告以前还犯有丙罪，应当判处有期徒 刑3年。对此应当如何并罚？

在这种情况下，对于丙罪与甲罪应当按照刑法第69条的规定实行并罚，即将甲罪的 2年有期徒刑与丙罪的3年有期徒刑实行并罚。倘若决定执行4年有期徒刑，那么，还需 要根据刑法第70条的规定，采用先并后减的方法，将1年6个月的管制与4年有期徒刑 实行并罚，再减去已经执行的1年的管制。按照本书的前述观点，应当在4年有期徒刑执 行完毕后，再执行剩余的6个月管制。

1. 在缓期考验期满但管制尚未执行完毕时再犯新罪的，如何处理？例如，E犯甲罪与 乙罪，其中甲罪被判处有期徒刑10个月缓刑1年，乙罪被判处管制1年6个月。在管制 执行1年1个月时，亦即在缓期考验期满但管制尚未执行完毕时，E犯应当判处2年有期 徒刑的丙罪。对此应当如何处理？

首先，由于E没有在缓刑考验期内再犯新罪，也不具备撤销缓刑的其他条件，所以不 得撤销缓刑。其次，违反刑法第39条第1款关于管制的执行规定，并不会导致管制刑期 的延长或者已执行的管制无效等后果。所以，只能按照刑法第71条的规定，将没有执行 的5个月的管制与2年有期徒刑实行并罚。在2年有期徒刑执行完毕以后，再执行剩余 的5个月管制。

1. 在管制与缓刑考验的重合期间再犯应当判处管制之罪的，如何处理？例如，F犯甲 罪与乙罪，其中甲罪被判处有期徒刑2年缓刑3年，乙罪被判处管制1年6个月。在管制 执行1年时，亦即在缓期考验期仅经过1年时，F犯丙罪（如代替考试罪），应当判处1年 管制的，应当如何并罚？

由于F在缓刑考验期内犯丙罪，所以，一方面要撤销缓刑，另一方面要根据刑法第71条 第1款的规定，将丙罪的1年管制与乙罪没有执行完毕的6个月管制实行并罚，倘若决定执 行管制1年3个月，那么，F应当在2年有期徒刑执行完毕后再执行1年3个月的管制。

第十四章刑罚的执行

第一节刑罚执行概述

一、刑罚执行的概念

刑罚执行，是指法律规定的刑罚执行机关，依法将发生法律效力的刑事裁判所确定的 刑罚内容付诸实施，并解决由此产生的法律问题所进行的各种活动。此外，刑法理论还有 行刑的概念。但行刑概念具有广义与狭义之分，广义的行刑，包括一切刑罚的执行；狭义 的行刑，仅指监狱对自由刑的执行。行刑概念一般在狭义上使用。

刑罚执行的主体是法律规定的刑罚执行机关。在我国，法院、公安机关、司法行政机 关（监狱）都是特定刑罚的执行机关。例如，死刑立即执行、没收财产、罚金由人民法院执 行;拘役、剥夺政治权利由公安机关执行;死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑由监狱 执行。检察机关虽然是刑罚执行的监督机关，但本身不是刑罚执行机关。

刑罚执行的对象是受刑人。受刑人，即因实施犯罪行为受刑罚处罚的人。受刑人与 犯罪人具有同一性，不可能对没有犯罪的人执行刑罚。

刑罚执行的依据是发生法律效力的刑事裁判。根据刑事诉讼法的规定，判决和裁定 发生法律效力后执行。下列判决与裁定是发生法律效力的判决与裁定：已过法定期限没 有上诉、抗诉的判决和裁定;终审的判决和裁定；最高人民法院核准的死刑判决和高级人 民法院核准的死刑缓期二年执行的判决。

任何刑罚方法都有特定的内容，法院的判决与裁定进一步将具有特定内容的刑罚具 体化。例如，刑法规定有期徒刑的一般期限为6个月以上15年以下（数罪并罚除外），法 院对犯罪人科处有期徒刑时，其判决与裁定必然就有期徒刑的期限做出确定的判决与裁 定。刑罚执行则要将刑事判决与裁定所确定的刑罚种类及其期限、数量具体付诸实施、实 现。刑罚执行是法院刑事判决与裁定准确实施的保证，是惩罚和教育改造罪犯的实践过 程，也是预防犯罪的重要措施。

自由刑执行（行刑）的直接目标，在于使受刑人接受教育改造，消除其再犯罪的可能 性，并对社会起一般预防作用。每个犯罪人在服刑期间的表现不同，反映了他们各自的再 犯罪可能性变化情况不一致。执行机关要及时有针对性地分别进行有效的改造教育，并 扩大社会影响；对于其中确有悔改、立功表现，再犯罪的可能性明显降低的受刑人，还可以 依法予以减刑、假释。显然，自由刑的执行过程是一个进行性的实现刑罚目的的过程。

刑罚执行并不只是单纯地实施刑事裁判所处刑罚的内容，事实上还要解决由此产生 的一些法律问题，最典型的是通过减刑、假释等方式，与法院一道对原判决作一定限度的 修正和调整，减刑、假释也就成为重要的刑罚执行制度。

第十四章刑罚的执行**621**

二、刑罚执行的原则

刑罚执行的原则，是刑罚执行机关在执行刑罚的过程中必须遵循的、保证刑罚目的得 以实现的准则。

根据刑法规定的刑种内容，以及监狱法规定的刑罚执行原则，刑罚执行必须遵循以下 原则：（1 ）合法性原则。刑罚执行必须合法:执行机关必须是合法的刑罚执行机关;刑罚 执行的依据必须是法院具有法律效力的刑事判决与裁定；刑罚执行的内容与方法必须严 格依据刑法的规定;刑罚执行的程序必须符合刑事诉讼法的规定。（2）惩罚和改造相结 合、教育和劳动相结合的原则。刑罚执行既不能只讲惩罚与劳动，也不能只讲改造与教 育;惩罚是改造的前提，改造是惩罚的目的；劳动是教育的手段，教育是劳动的目的。因 此，应当将惩罚和改造相结合、教育和劳动相结合。所以，监狱法规定，监狱应根据罪犯的 需要，组织罪犯从事生产劳动，对罪犯进行思想教育，文化教育与技术教育；还规定，罪犯 必须严格遵守法律、法规和监狱纪律，服从管理，接受教育，参加劳动。（3）人道主义原 则。即在刑罚执行过程中，必须尊重犯罪人的人格，关心犯罪人的实际困难，实行文明监 管，禁止使用残酷的、不人道的刑罚执行手段。我国刑法将殴打、体罚虐待被监管人的行 为规定为独立的犯罪；监狱法规定，犯罪人的人格不受侮辱，其人身安全、合法财产和辩 护、申诉、控告、检举以及其他未被依法剥夺或者限制的权利不受侵犯。这是人道主义原 则的具体体现。（4）个别化原则。刑罚执行的个别化,是指根据犯罪人本人的具体情况， 给予不同的处遇、采取不同的教育改造方法。其中所说的本人的具体情况，包括年龄、性 别、性格特点、生理状况、犯罪性质及情节、犯罪人的再犯罪可能性大小、受刑种类与刑期 等。监狱法规定，对未成年犯和女犯的改造，应当照顾其生理心理特点；监狱应当根据犯 罪人的犯罪类型、刑罚种类、刑期、改造表现等情况，对罪犯实行分别关押，采取不同方式 管理。这是个别化原则的具体规定。（5）效益性原则。即刑罚执行应以较少的实际执行 获得较大的执行效果。刑法规定的减刑、假释制度，是效益性原则的重要体现。

关于具体刑罚的执行，在相关章节已有说明。下面仅探讨减刑与假释。

第二节减 刑

**-、减刑的概念**

减刑，是指对于被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人，在刑罚执行期间，如 果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，或者有立功表现的，适当减轻原判刑罚的 制度。如被判处无期徒刑的犯罪人，在执行期间有立功表现，便将无期徒刑减为20年有 期徒刑；被判处8年有期徒刑的犯罪人，在执行期间确有悔改表现，便将8年有期徒刑减 为7年有期徒刑。

根据刑法第78条的规定，减刑分为两种情况:一是可以减刑，即具备一定条件时，法 院可以裁定减刑;二是应当减刑，即有重大立功表现时，法院应当减刑。从减刑的方法与 效果来看,减刑也分为两种情况:一是将无期徒刑减为有期徒刑，这是刑种的变更;二是将 管制、拘役、有期徒刑的刑期减少，不能变更刑种。

**622**刑法学（第五版）

减刑不同于改判。改判是指原判决有错误，故撤销原判决而重新作出判决;改判的结 果多种多样。减刑并不改变原判决，而是在肯定原判决的基础上，基于法定原因将原判决 的刑罚予以减轻或者减少。减刑与减轻处罚的区别则更为明显。

减刑制度是特殊预防目的的产物。刑罚的执行侧重于特殊预防。犯罪人在刑罚执行 期间遵纪守法，积极改造，悔改立功，说明其积极悔罪自新，改恶从善，不必将原判刑罚执 行完毕，就可以预防其再次犯罪；另一方面，减刑制度的设立，也能鼓励犯罪人积极改造， 弃恶从善。

二、减刑的条件

根据刑法第78条的规定，减刑必须具备两个基本条件。

（一） 前提条件

只能对被判处（包括裁定）管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人减刑。这是可以 减刑与应当减刑的共同前提条件。这里只有刑种的限制，没有刑期与罪质的限制。首先， 对于死缓依法减为无期徒刑或者有期徒刑的，虽然实质上减轻了刑罚，也可谓特殊减刑， 但不是刑法第78条规定的减刑。但是，对于被判处死缓的犯罪分子，在根据刑法第50条 减为无期徒刑或者有期徒刑后，依然可以根据刑法第78条的规定再减刑。其次，附加刑 的减轻也不是刑法第78条规定的减刑。例如,在死刑缓期执行减为有期徒刑或者无期徒 刑减为有期徒刑时，应当将附加剥夺政治权利的期限改为3年以上10年以下;被判处罚 金的犯罪人，如果由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的，可以酌情减少。但 这种附加刑的减轻，与刑法第78条规定的减刑在适用对象、适用条件、适用后果等方面都 存在区别。最后，根据最高人民法院2012年1月17日《关于办理减刑、假释案件具体应 用法律若干问题的规定》（以下简称《减刑、假释规定》），对判处拘役或者3年以下有期徒 刑并宣告缓刑的犯罪分子，一般不适用减刑。如果罪犯在缓刑考验期限内有重大立功表 现的，可以参照刑法第78条的规定，予以减刑，同时应依法缩减其缓刑考验期限。拘役的 缓刑考验期限不能少于2个月，有期徒刑的缓刑考验期限不能少于1年。缓刑考验期限 的缩减，不是刑法第78条规定的减刑，但其前提是对原判刑罚予以减刑。

（二） 实质条件

1 .可以减刑的实质条件是，犯罪人在刑罚执行期间，认真遵守监规,接受教育改造，确 有悔改表现，或者有立功表现。具体地说，在下列两种情形下，可以减刑：

（1）犯罪人在执行期间，认真遵守监管法规，接受教育改造，确有悔改表现的。根据 《减刑、假释规定》，“确有悔改表现”是指同时具备以下四个方面情形:一是认罪悔罪;二 是认真遵守法律法规及监规，接受教育改造；三是积极参加思想、文化、职业技术教育；四 是积极参加劳动,努力完成劳动任务，对罪犯在刑罚执行期间提出申诉的，要依法保护其 申诉权利，对罪犯申诉不应不加分析地认为是不认罪悔罪。罪犯积极执行财产刑和履行 附带民事赔偿义务的，可视为有认罪悔罪表现，在减刑、假释时可以从宽掌握;确有执行、 履行能力而不执行、不履行的，在减刑、假释时应当从严掌握。

未成年（即减刑时不满18周岁）罪犯的减刑，可以比照成年罪犯依法适当从宽。未 成年罪犯能认罪悔罪，遵守法律法规及监规，积极参加学习、劳动的，应视为确有悔改表 现，减刑的幅度可以适当放宽，起始时间、间隔时间可以相应缩短。

老年、身体残疾（不含自伤致残）、患严重疾病罪犯的减刑，应当主要注重悔罪的实际

第十四章刑罚的执行**623**

表现。基本丧失劳动能力、生活难以自理的老年、身体残疾、患严重疾病的罪犯，能够认真 遵守法律法规及监规，接受教育改造，应视为确有悔改表现,减刑的幅度可以适当放宽，起 始时间、间隔时间可以相应缩短。

（2）具有立功表现的。根据《减刑、假释规定》，具有下列情形之一的,应当认定为具 有“立功表现”：一是阻止他人实施犯罪活动的;二是检举、揭发监狱内外犯罪活动，或者 提供重要的破案线索，经查证属实的；三是协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案 犯）的；四是在生产、科研中进行技术革新，成绩突出的；五是在抢险救灾或者排除重大事 故中表现突出的;六是对国家和社会有其他贡献的。

问题是，并未认真遵守监规、接受教育改造，但有立功表现的，可否减刑？本书持肯定 回答。有立功表现的人通常以认真遵守监规、接受教育改造为前提，但也不排除没有这种 前提的立功表现。正因为如此，刑法规定“可以”减刑。另一方面，如果立功以具有悔改 表现为前提，那么，对立功条件的规定就实属多余了。

2.应当减刑的实质条件是，犯罪人在刑罚执行期间，有重大立功表现。根据《减刑、 假释规定》的规定，有下列情形之一的，应当认定为具有“重大立功表现"，因而应当减刑： （1）阻止他人实施重大犯罪活动的；（2）检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；

（3）协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；（4）有发明创造或者重大技 术革新的；（5）在日常生产、生活中舍己救人的；（6）在抗御自然灾害或者排除重大事故 中,有特别突出表现的；（7）对国家和社会有其他重大贡献的。这七类重大立功表现， 不以其他悔改表现为前提。

三、减刑的限度与幅度

具备上述两个条件的，便可以或者应当减刑。但是,减刑得有一定限度。如果减得过 多，则不利于特殊预防，也有损法院判决的严肃性;如果减得过少，就难以对犯罪人的改造 产生鼓励作用，也丧失了减刑制度的意义。刑法第78条第2款规定:“减刑以后实际执行 的刑期不能少于下列期限：（一）判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的二分 之一；（二）判处无期徒刑的，不能少于十三年；（三）人民法院依照刑法第五十条第二款规 定限制减刑的死刑缓期执行的犯罪分子，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，不能少于 二十五年，缓期执行期满后依法减为二十五年有期徒刑的，不能少于二十年。"其中的第

（二）项，包括从由死缓减为无期徒刑（但没有被限制减刑）的情形。显然，如果管制、拘 役、有期徒刑减刑后的刑期只有原判刑期的二分之一，无期徒刑减刑后只有13年有期徒 刑，死缓被限制减刑后分别只有25年与20年有期徒刑的，就不得再减刑。从这个意义上 说，减刑的限度也是减刑的条件。

需要研究的问题是，如何理解和计算“实际执行的刑期”？实际执行的刑期，应是原 判决发生法律效力，将判决交付执行后，犯罪人实际服刑改造的期间。既然如此，判决宣 告以前先行羁押的日期，就不能计算在实际执行的刑期以内。因为先行羁押的日期虽然

[1〕刑法第条第1款仅规定了 6项重大立功表现。上述7项中的第（3）项为《减刑、假释规定》所増加。由于 增加内容有利于服刑人，因而并不违反罪刑法定原则。但是，在刑法第78条的明文规定之外增加此项是否 合适，也值得研究。从解释论的角度来说，将第（3）项的内容解释为“对国家和社会有其他重大贡献”更为妥 当。此外,《减刑、假释规定》还在第（6）项中将刑法第78条第I款第5项的“有突出表现”改为“有特别突出 表现”。增加“特别”一词意味着缩小突出表现的范围。这一修改明显违反罪刑法定原则。

**624**刑法学（第五版）

可以折抵刑期，但毕竟不是实际执行刑罚；再者，无期徒刑原本就没有折抵刑期的问题。 减刑以受刑人在刑罚执行期间的悔改、立功表现为根据，将先前羁押日期折抵实际执行的 刑期，并不合适，而且会造成一些混乱，也与刑法第80条的规定相矛盾;刑法特意使用“实 际”二字，也是为了排除先行羁押的日期。

减刑不仅有法定的限度，而且应有一定的幅度，包括从何时起可以减刑、一次可以减 刑多少、间隔多长时间可以再次减刑的问题。本书认为，总的原则应是，既要有利于鼓励 犯罪人积极改造，又要维护法律与判决的严肃性。就可以减刑而言，一般来说，服刑后开 始减刑的时间，应与原判决的刑期成正比。如无期徒刑在服刑2年以后，才可以减刑；较 长的有期徒刑，在服刑1年6个月以后，才可以减刑；较短的有期徒刑、拘役与管制，则应 相应缩短。就应当减刑而言，发现有重大立功表现时就可以减刑。一次减刑的期限，不宜 过长，也不宜过短，基本上也与原判决的刑期成正比。较长的有期徒刑，一次可减刑6个 月到2年，较短的有期徒刑、拘役、管制，一次可减刑1个月到6个月。刑法虽然没有明文 规定可以多次减刑，但从减刑制度的精神来看，只要符合条件，应可以多次减刑，只是每一 次减刑的限度，均应以原判决的刑罚为标准计算，而不能以前一次减刑后的刑期为标准进 行计算。对于较长的有期徒刑而言，两次减刑之间应有一定的间隔；对于较短的有期徒 刑、拘役、管制而言，两次减刑之间的间隔应相应缩短。但对应当减刑的，则不应有间隔期 限的限制。在决定减刑的幅度时，除了考虑原判决的刑罚外，还必须考虑犯罪人的悔改、 立功表现的具体情况，考虑犯罪人本身的具体情况。例如，对于既有悔改又有立功乃至重 大立功表现的，或者有多次立功表现的，在减刑吋应适当放宽幅度;对未成年的犯罪人，其 减刑的幅度可以适当放宽，间隔的吋间可以相应缩短。

《减刑、假释规定》对减刑限度与幅度作了如下规定：（1）有期徒刑罪犯在刑罚执行期 间，符合减刑条件的，减刑幅度为:确有悔改表现，或者有立功表现的，一次减刑一般不超 过1年有期徒刑;确有悔改表现并有立功表现，或者有重大立功表现的，一次减刑一般不 超过2年有期徒刑。（2）有期徒刑罪犯的减刑起始时间和间隔时间为：被判处5年以上有 期徒刑的罪犯，一般在执行1年6个月以上方可减刑，两次减刑之间一般应当间隔1年以 上。被判处不满5年有期徒刑的罪犯，可以比照上述规定，适当缩短起始和间隔时间。确 有重大立功表现的，可以不受上述减刑起始和间隔时间的限制。有期徒刑的减刑起始时 间自判决执行之日起计算。（3）无期徒刑罪犯在刑罚执行期间,确有悔改表现，或者有立 功表现的，服刑2年以后，可以减刑、减刑幅度为：确有悔改表现，或者有立功表现的，一 般可以减为20年以上22年以下有期徒刑;有重大立功表现的，可以减为15年以上20年 以下有期徒刑。（4）无期徒刑罪犯经过一次或几次减刑后，其实际执行的刑期不能少于 13年，起始时间应当自无期徒刑判决确定之日起计算。（5）死刑缓期执行罪犯减为无期徒 刑后，确有悔改表现，或者有立功表现的，服刑2年以后可以减为25年有期徒刑;有重大立 功表现的，服刑2年以后可以减为23年有期徒刑。死刑缓期执行罪犯经过一次或几次减刑 后，其实际执行的刑期不能少于15年，死刑缓期执行期间不包括在内。死刑缓期执行罪犯 在缓期执行期间抗拒改造，尚未构成犯罪的，此后减刑时可以适当从严。（6）被限制减刑的 死刑缓期执行罪犯，缓期执行期满后依法被减为无期徒刑的，或者因有重大立功表现被减为 25年有期徒刑的，应当比照未被限制减刑的死刑缓期执行罪犯在减刑的起始时间、间隔时 间和减刑幅度上从严掌握。（7）判处管制、拘役的罪犯，以及判决生效后剩余刑期不满1年

第十四章刑罚的执行**625**

有期徒刑的罪犯，符合减刑条件的，可以酌情减刑，其实际执行的刑期不能少于原判刑期的 二分之一。（8）有期徒刑罪犯减刑时，对附加剥夺政治权利的期限可以酌减。酌减后剥夺政 治权利的期限，不能少于1年。（9）被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的罪犯在刑罚执行 期间又犯罪，被判处有期徒刑以下刑罚的，自新罪判决确定之日起2年内一般不予减刑;新 罪被判处无期徒刑的，自新罪判决确定之日起3年内一般不予减刑。

四、减刑的程序与减刑后的刑期计算

为了保证减刑的合法性与正当性，避免减刑制度的错用与滥用，维护刑法与判决的权威 性与严肃性，刑法第79条特别规定:“对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法 院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定 予以减刑。非经法定程序不得减刑。”可见,减刑有两个关键程序:第一，必须由执行机关向 中级以上法院提出减刑建议书。基层法院无权裁定减刑；中级以上法院在执行机关没有提 出减刑建议书的情况下，不能直接减刑;执行机关本身也不能直接减刑。第二，法院应当组 成合议庭进行审理，裁定减刑。中级以上法院在没有组成合议庭的情况下,不得裁定减刑； 裁定减刑时，理当以事实为根据，以法律为准绳。此外，人民法院按照审判监督程序重新审 理的案件，维持原判决、裁定的，原减刑裁定效力不变;改变原判决、裁定的，应由刑罚执行机 关依照再审裁判情况和原减刑情况，提请有管辖权的人民法院重新作出减刑裁定。

减刑后的刑期计算方法，因原判刑罚的种类不同而有所区别：对于原判刑罚为管制、 拘役、有期徒刑的，减刑后的刑期应从原判决执行之日起计算；原判刑期已经执行的部分 时间，应计算到减刑后的刑期以内。对于无期徒刑减为有期徒刑的，有期徒刑的刑期从裁 定减刑之日起计算；已经执行的刑期以及判决宣告以前先行羁押的日期，不得计算在裁定 减刑后的有期徒刑的刑期以内。对于无期徒刑减为有期徒刑以后再次减刑的，其刑期的 计算，则应按照有期徒刑减刑的方法计算。对于曾被依法适用减刑，后因原判决有误，经 再审后改判的，原来的减刑仍然有效，所减刑期应从改判后的刑期中扣除。

被判处死缓的犯罪分子，减为无期徒刑后再减刑的，其实际执行的刑期，从死刑缓期 执行期满之日起计算。被判处死缓并同时被决定限制减刑的犯罪分子，减为无期徒刑后 再减为有期徒刑的，或者直接减为有期徒刑的，其应当实际执行的刑期，也从死刑缓期执 行期满之日起计算（亦即，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，判决确定后的实际关押 时间不少于27年，缓期执行期满后依法减为25年有期徒刑的，判决确定后的实际关押时 间不少于22年）。〔2〕

第三节假 释

**\_、假释的概念**

假释，是指对于被判处有期徒刑、无期徒刑的部分犯罪人，认真遵守监规,接受教育改

〔2〕刑法第51条后段规定:“死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。”对此宜作扩大  
解释，即其中的“死刑缓期执行减为有期徒刑”包括死刑缓期执行减为无期徒刑后再减为有期徒刑的情形。

**626**刑法学（第五版）

造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险，经过执行一定刑罚之后，附条件地予以提前释放的 制度。附条件，是指被假释的犯罪人，如果遵守一定条件，就认为原判刑罚已经执行完毕； 倘若没有遵守一定条件，就收监执行原判刑罚乃至数罪并罚。

假释是附条件地提前释放，但不同于释放。释放既可能是无罪释放，也可能是刑罚执 行完毕而释放，还可能是赦免释放，但都不是附条件释放，不存在再执行的可能性。

假释是追求积极的刑罚效果而采取的处遇手段，但不同于暂予监外执行。假释适用 于被判处有期徒刑或无期徒刑的犯罪人，暂予监外执行适用于被判处有期徒刑、拘役的犯 罪人;假释适用于执行了一定刑期，且执行期间认真遵守监规，接受教育改造,确有悔改表 现，没有再犯罪的危险的犯罪人,暂予监外执行适用于因法定特殊情况不宜在监内执行的 犯罪人;假释后如果没有遵守法定条件，余刑仍需执行，所经过的考验期不能计入原判刑 期之内，暂予监外执行的期间，均计入原判刑期之内。

假释是对自新向善而有悔改表现的受刑人的一种奖赏，但不同于减刑。假释适用于 被判处有期徒刑或无期徒刑的犯罪人，减刑适用于被判处管制、拘役、有期徒刑和无期徒 刑的犯罪人;假释只能适用一次，减刑可以适用多次;假释有考验期，如果再犯罪或有其他 法定理由，就撤销假释，减刑没有考验期，减刑后不会被撤销；假释的直接结果是提前释放 犯罪人，减刑的直接结果只是减轻原判刑罚。

假释也可谓余刑的暂缓执行，但不同于缓刑。假释在原判刑罚的执行过程中予以适 用,缓刑在判决一定刑罚时同时宣告；假释的根据是犯罪人在刑罚执行过程中的悔改表 现，缓刑的根据是犯罪情节与判决前的悔改表现;假释适用于被判处有期徒刑与无期徒刑 的犯罪人，缓刑适用于被判处拘役或者3年以下有期徒刑的犯罪人;假释是有条件地不执 行余刑，缓刑是有条件地不执行原判全部刑罚；在假释考验期内遵守法定条件的,认为原 判刑罚已经执行完毕，在缓刑考验期内遵守法定条件的，原判刑罚就不再执行。

从假释的特点可以看出，假释制度是目的刑论的产物。假释制度从三个方面体现了 预防犯罪的目的：（1）假释制度鼓励被判处有期徒刑、无期徒刑的受刑人，积极悔改，自新 向善。因为假释制度使自由刑事实上具有不定期刑的性质，即使受刑人被判处的刑期较 长乃至无期徒刑，但只要认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，也可以提前出狱。 这不仅对受刑人的悔改起积极鼓励作用，而且对预防其再犯罪起到了积极作用。（2）假 释制度能避免不必要的刑罚执行，并使受刑人得以在狱外继续悔过自新。因为假释是促 使受刑人再社会化而放弃执行余刑的一种“行刑措施”，被假释的犯罪人在假释考察期内 受到有关机关的监督，这便使其在不执行余刑的情况下也能得到改造。（3）假释制度为 受刑人重返社会搭起了桥梁。由于受刑人长时间在监狱服刑，与社会完全隔离，如果刑期 届满突然从被剥夺自由的状态进人完全自由的社会，不免产生适应社会的困难。假释实 际上属于受刑人从无自由的拘禁生活进人完全自由的社会生活之间的一个过渡阶段，对 预防受刑人因不适应社会而再次犯罪起到了积极作用。［3〕

从世界范围内来看，以前的假释具有恩典性质，即对于在刑罚执行期间具有良好表现

〔3〕事实上，假释制度还可以救济长期徒刑的量刑不当。量刑时必然考虑受刑人需要改善的时间，但这在量刑 时往往难以确定，故法官的量刑可能有所不当。但在定期刑制度下，判决一经确定基本不能改变。如果受 刑人已经改善，仍使其继续拘禁于监狱，则殊有不当。假释制度则可以救济这一弊端,，

第十四章刑罚的执行**627**

的受刑人给予假释的恩惠，但现在的假释几乎成为受刑人的权利。于是，以前的假释只是 对少数受刑人的例外优待，而当今的假释成为对多数受刑人适用的制度。由于国情不同， 刑法规定的处罚范围不同，假释考验的方式不同，目前我们虽然不能期待大幅度地实行假 释，但根据法定条件适当提高假释率,也是理所当然的。

二、假释的适用条件

适用假释得当，才有利于发挥假释制度的积极功能；而适用假释得当与否，取决于 是否遵守了刑法规定的假释条件根据刑法第81条的规定，适用假释必须具备如下条 件。

（一） 前提条件

假释只适用于被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪人。判处管制的，因为没有剥夺犯罪 人的人身自由，不存在假释问题;被判处拘役的，由于刑期很短，适用假释缺乏实际意义； 被判处死刑立即执行的，不可能被假释。被判处死缓的犯罪分子减为无期徒刑或者有期 徒刑后，也可以假释。

（二） 执行刑期条件

假释只适用于已经执行一部分刑罚的犯罪人。这一方面是因为只有经过一定的服刑 期，才能判断犯罪人是否具有悔改表现;另一方面是为了防止滥用假释，避免引起刑罚执 行的混乱，避免损害刑罚的严肃性与法院判决的稳定性。根据刑法第81条规定，被判处 有期徒刑的犯罪人，执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪人，实际执行13 年以上，才可以假释。刑法条文针对有期徒刑使用的是“执行”一词，针对无期徒刑使用 了“实际执行”一语。前者因为是有期徒刑，包括判决前先行羁押而折抵的日期在内；后 者因为是无期徒刑，不存在折抵问题，所以是“实际执行”。换言之，对判处有期徒刑的罪 犯假释，执行原判刑期二分之一以上的起始时间，应当从判决执行之日起计算，判决执行 以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日。如果是无期徒刑，实际执行13年的起始时间， 从判决执行之日起计算，判决前先行羁押的日期不能折抵已经执行的刑期。但是，为了保 障犯罪人的合法权益，对于超期羁押的期间，应计算在实际执行的刑期之内。

犯罪人被减刑后，符合条件的仍然可以假释;但执行刑期的条件，应以原判决的有期 徒刑的刑期或无期徒刑为基准进行计算，而不是以减刑后的刑期为基准计算。根据《减 刑、假释规定》，罪犯减刑后又假释的间隔时间，一般为1年;对一次减去2年有期徒刑后, 决定假释的，间隔时间不得少于2年;罪犯减刑后余刑不足2年，决定假释的，可以适当缩 短间隔时间。

根据刑法第81条规定，如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑 期的限制。“特殊情况”是指与国家、社会利益有重要关系的情况。

（三） 实质条件

假释只适用于在刑罚执行期间，认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再 犯罪的危险的犯罪人。这是适用假释的一个最重要条件。“认真遵守监规”与“接受教育 改造”是悔改表现的判断资料。如果认定确有悔改表现，则需要进一步根据犯罪的具体 情节、原判刑罚情况，在刑罚执行中的一贯表现，罪犯的年龄、身体状况、性格特征，假释后 生活来源以及监管条件等因素进行综合判断，只要认为没有再犯罪的危险，就可以假释。 根据刑法第81条第3款的规定，对犯罪分子决定假释时，应当考虑其假释后对所居住社

**628**刑法学（第五版）

区的影响。本书认为，对此应联系假释后是否具有再犯罪的危险予以判断,而不能单纯以 居住社区的居民是否反对为标准做出决定。对于未成年罪犯以及老年、身体残疾（不含 自伤致残）、患严重疾病罪犯的假释，宜适度放宽。

（四）消极条件

“对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的 暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释”（刑法第81条第 2款）。首先，不管对累犯所判处的是什么刑种与刑期，都不得假释。这是因为累犯是已 经执行过刑罚又犯罪的，再犯罪的危险性大，适用假释难以预防其再次犯罪。其次，对实 施了故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质7种犯罪，并且被判处10年以 上有期徒刑、无期徒刑的犯罪人，不得假释。其中的“强奸”包括强奸被拐卖的妇女、幼女 而被认定为拐卖妇女、儿童罪的情形。再次，有组织的暴力性犯罪，不限于本款所列举的 7种犯罪，还包括其他暴力性犯罪，如武装叛乱、武装暴乱、劫持航空器等罪。刑法这样规 定，是考虑到上述严重暴力性犯罪的罪行严重、行为人的再犯罪可能性大，适用假释不利 于防止其再次犯罪。[4〕最后，对于被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑以及死缓的暴力 性犯罪人，即使减刑后其刑期低于10年有期徒刑,也不得假释。否则，本款规定就完全丧 失了意义。

此外，根据刑法第82条的规定，对于犯罪人假释的，由执行机关向中级以上法院提出 假释建议书，法院应当组成合议庭进行审理，对符合假释条件的，裁定予以假释。非经法 定程序不得假释。人民法院按照审判监督程序重新审理的案件，维持原判决、裁定的，原 假释裁定效力不变;改变原判决、裁定的，应由刑罚执行机关依照再审裁判情况和原假释 情况，提请有管辖权的人民法院重新作出假释裁定。

三、假释的考验期限与假释的撤销

（一）假释的考验期限与考察

假释是附条件的提前释放，所附条件是犯罪人在一定期限内应当遵守和符合法定条 件。这里的一定期限就是假释的考验期限。考验期限如果过短，就不能发挥假释的作用； 如果过长，也不利于犯罪人的改造。所以，刑法规定了与原判刑罚轻重相适应的考验期， 即有期徒刑的假释考验期限，为没有执行完毕的刑期;无期徒刑的假释考验期限为10年。 假释考验期限，从假释之日起计算。

对假释的犯罪分子，在假释考验期限内，依法实行社区矫正。被假释的犯罪人，应当 遵守下列规定：（1 ）遵守法律、行政法规，服从监督;（2）按照监督机关的规定报告自己的 活动情况；（3）遵守监督机关关于会客的规定；（4）离开所居住的市、县或者迁居，应当报 经监督机关批准。被假释的犯罪人，如果在假释考验期限内，遵守一定条件，没有再犯新 罪，没有发现判决宣告以前的漏罪，没有违反法律、行政法规或者国务院有关部门有关假 释的监督管理规定，假释考验期满，就认为原判刑罚已经执行完毕，并公开予以宣告。

[4〕对数罪并罚的情形应分别考虑：（1）甲因犯抢劫罪被判处有期徒刑8年，因犯盗窃罪被判处有期徒刑5年， 合并执行12年的，可以假释:（2）乙因犯抢劫罪被判处有期徒刑8年，因犯强奸罪被判处有期徒刑6年，合 并执行12年的，不能假释；（3）丙因犯抢劫罪被判处有期徒刑I2年，因犯盗窃罪被判处有期徒刑5年，合并 执行M年的，不能假释。

第十四章刑罚的执行**629**

（二）假释的撤销

由于假释是附条件的提前释放，因此，如果被假释的犯罪人在考验期限内没有遵守法 定条件，或者出现了不符合条件的事实，就应当撤销假释。根据刑法第86条的规定，假释 的撤销包括以下三种情形：

1. 被假释的犯罪人，在假释考验期限内犯新罪的，应当撤销假释，按照刑法第71条规 定的先减后并的方法实行并罚。即将新罪所判处的刑罚与前罪还没有执行的刑罚，实行 并罚，已经执行的刑期，不得计算在新判决确定的刑期之内。假释后所经过的考验期，也 不得计算在新判决确定的刑期之内。如果前罪为无期徒刑，则将新罪所判处的刑罚与前 罪的无期徒刑实行并罚。需要说明的是，只要是在假释考验期内犯新罪，即使经过了假释 考验期限后才发现新罪，也应当撤销假释，按照先减后并的方法实行并罚。
2. 在假释考验期限内，发现被假释的犯罪人在判决宣告以前还有其他罪没有判决的， 应当撤销假释，按照刑法第70条规定的先并后减的方法实行并罚。即将漏罪所判处的刑 罚与前罪所判处的刑罚，实行并罚，已经执行的刑期，计算在新判决确定的刑期以内，但假 释后所经过的考验期，不得计算在新判决确定的刑期以内。值得注意的是，如果在假释考 验期满后，才发现被假释的犯罪人在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，不得撤销假 释，只能对新发现的犯罪另行侦查、起诉、审判，不得与前罪并罚。
3. 被假释的犯罪人，在假释考验期限内，有违反法律、行政法规或者国务院有关部门 有关假释的监督管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，应当依照法定程序撤销假释，收 监执行尚未执行完毕的刑罚。在这种情况下，由于违反监督管理规定的行为，没有构成新 的犯罪，故不存在数罪并罚问题。根据有关规定5〕被假释的罪犯在假释考验期间有下 列情形之一的，由与原裁判人民法院同级的执行地公安机关提出撤销假释的建议：（1 ）人 民法院、监狱、看守所已书面吿知罪犯应当按时到执行地公安机关报到，罪犯未在规定的 时间内报到，脱离监管3个月以上的；（2）未经执行地公安机关批准擅自离开所居住的 市、县或者迁居，脱离监管3个月以上的；（3）未按照执行地公安机关的规定报告自己的 活动情况或者不遵守执行机关关于会客等规定，经过3次教育仍然拒不改正的；（4）有其 他违反法律、行政法规或者国务院有关部门有关缓刑、假释的监督管理规定的行为，情节 严重的。

此外，罪犯在监狱内犯罪，假释期间被发现的，由审判新罪的人民法院撤销假释，并书 面通知原裁定假释的人民法院和社区矫正机构。撤销假释的决定作出前，根据案件情况 需要逮捕的，由人民检察院或者人民法院批准或者决定逮捕，公安机关执行逮捕，并将被 逮捕人送监狱所在地看守所羁押，同时通知社区矫正机构。

四、假释与数罪并罚的相关问题

1. 当有期徒刑与管制并罚时，有期徒刑执行二分之一以上后被假释的，是否应当从假 释之日起开始执行管制？例如，A因故意伤害罪被判处有期徒刑6年，因代替考试罪被判 处管制1年。有期徒刑执行4年后被假释，管制是否应从假释之日起开始执行？从刑法 的相关规定来看，只能给予否定回答。一方面，根据刑法第69条第2款的规定，有期徒刑

〔5〕中央社会治安综合治理委员会办公室、“两高”、公安部、司法部2009年6月25日《关于加强和规范监外执 行工作的意见》第15条。

**630**刑法学（第五版）

或者拘役与管制并罚的，“有期徒刑、拘役执行完毕后，管制仍须执行。”另一方面，刑法第 85条规定:“对假释的犯罪分子，在假释考验期限内，依法实行社区矫正，如果没有本法第 八十六条规定的情形，假释考验期满，就认为原判刑罚已经执行完毕，并公开予以宣吿。” 由于假释考验期间刑罚并没有执行完毕，所以，管制不能从假释之日起开始执行，只能从 假释考验期满后开始执行管制。

1. 如何处理假释的考验内容与管制的协调关系？根据刑法第38条第3款与第85条 的规定，对于被宣告管制的犯罪分子与被假释的犯罪分子，都需要实行社区矫正。但是， 根据刑法第84条的规定，“被宣告假释的犯罪分子，应当遵守下列规定：（一）遵守法律、 行政法规，服从监督；（二）按照监督机关的规定报告自己的活动情况；（三）遵守监督机关 关于会客的规定；（四）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经监督机关批准。”但刑法第 39条第1款规定的管制多一项“未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游 行、示威自由的权利”的执行内容。于是，可能产生二者的执行不协调的现象。例如，B犯 抢夺罪与使用虚假身份证件罪，抢夺罪被判处有期徒刑6年,使用虚假身份证件罪被判处 管制1年6个月。B执行有期徒刑3年后被假释。由于B的抢夺罪没有被附加剥夺政治 权利，所以，在假释考验期内，B可以行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利。 在假释考验期满之后，才认为有期徒刑已经执行完毕。此时开始执行管制时,B反而在未 经执行机关批准的情况下，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利。这虽 然不协调，但也只能如此。既不能为了避免不协调，而禁止B在假释考验期内行使言论、 出版、集会、结社、游行、示威自由的权利，也不可能在假释考验期之前执行管制。更为重 要的是，倘若法院对B宣告禁止令，就意味着管制的执行比假释考验更为严格。

3-在假释考验期满后，管制执行过程中，发现应当撤销假释的，应当如何处理？例如， C犯诈骗罪被判处有期徒刑8年,犯使用虚假身份证件罪被判处管制1年6个月。执行 有期徒刑6年后被假释，假释考验期满后，开始执行管制。执行1年管制后，发现C在假 释考验期内犯盗窃罪，应当判处有期徒刑2年。根据刑法第86条第1款的规定，应当将 诈骗罪没有执行的2年有期徒刑、使用虚假身份证件罪没有执行的6个月管制，与盗窃罪 的2年有期徒刑实行并罚。倘若决定执行3年有期徒刑、6个月管制，那么，应当在3年有 期徒刑执行完毕后,再执行6个月管制。

此外，对于在假释考验期内发现漏罪或者再犯新罪，漏罪或者新罪应当判处拘役时， 也应当按照前述相关内容妥善处理相关问题。

第十五章非刑罚的法律后果

第一节非刑罚的法律后果概述

一、 非刑罚的法律后果的概念

非刑罚的法律后果，即刑罚之外的法律后果（从广义而言，不限于严格意义上的法律 制裁）。我国刑法规定了三种非刑罚的法律后果：（1）单纯宣告有罪;（2）非刑罚处罚（即 刑法第37条规定的内容），以免予刑罚处罚为前提；（3）保安处分（如刑法第64条规定的 部分内容，以及刑法关于禁止令、从业禁止的规定），既可能适用于犯罪，也可能适用于仅 具有不法而缺乏责任的行为人，既可能具有惩罚性，也可能不具有惩罚性。

以上几种非刑罚的法律后果，与其适用前提相联系，形成了如下几种情形：（1）对行 为单纯有罪宣告，既不判处刑罚，也不给予非刑罚处罚与保安处分；（2）对行为作有罪宣 告，虽然不判处刑罚，但给予非刑罚处罚；（3）对行为作有罪宣告，虽然不判处刑罚，但给 予保安处分;（4）对行为作有罪宣告，虽然不判处刑罚，但既给予非刑罚处罚，也给予保安 处分;（5）对行为作有罪宣告，判处刑罚，同时给予保安处分；（6）对行为不作有罪宣告，但 认定行为不法（即具备构成要件符合性与违法性），由于行为人不具看责任而给予保安处 分。

二、 非刑罚的法律后果的意义

非刑罚的法律后果虽然不表现为刑罚，但并非没有意义。

有的行为虽然构成犯罪，但行为人缺乏特殊预防的必要性。在这种情况下，如果宣告 无罪，则不利于发挥刑法的行为规范作用；如果科处刑罚，则不符合刑罚目的；所以，需要 宣告该行为构成犯罪。

有的行为虽然构成犯罪，行为人也缺乏特殊预防的必要性，但为了修复行为人与被害 人之间的关系，需要给予非刑罚处罚，如责令赔礼道歉、责令赔偿损失等。

有的行为构成犯罪，但仅给予刑罚处罚还不足以预防其犯罪，倘若为了预防其犯罪而 科处更重的刑罚又违反责任主义，所以，需要在适用刑罚的同时给予保安处分。例如，对 被判处管制的犯罪分子同时宣告禁止令，以及在判处刑罚的同时没收供犯罪所用的本人 财物，便是如此。

此外，有的行为仅具备构成要件符合性与违法性，行为人不具有责任，因而不能科处 刑罚，但如果放任不管，则不能预防其再次实施不法行为，所以也需要给予保安处分。

由此可见，非刑罚的法律后果对于发挥刑法的行为规范作用以及预防犯罪具有重要 意义。

**632**刑法学（第五版）

第二节单纯宣告有罪

\_、单纯宣告有罪的概念

单纯宣告有罪，表现为对行为作有罪宣告，但既免除刑罚处罚，也不给予非刑罚处罚 与保安处分。

单纯宣告有罪，以行为构成犯罪为前提，对没有构成犯罪的行为，不能作有罪宣告。 单纯宣告有罪又意味着既不给予刑罚处罚，也不适用非刑罚处罚与保安处分。

宣告有罪判决，“一律公开进行”（参见《刑事诉讼法》第196条）。公开宣告行为人的 行为构成犯罪，就是对所实施的犯罪行为的否定评价和对犯罪人的谴责，这必然对行为人 在社会生活上产生不利影响。正因为如此，被告人对单纯宣告有罪的判决有权提出上诉 与申诉（参见《刑事诉讼法》第216条、第241条）。可见，刑事法律的规定本身就肯定了 单纯宣告有罪是对犯罪行为的否定评价与和对犯罪人的谴责，是犯罪的一种法律后果。 当然,这是无须凭借其他更为严厉的具体措施而追究刑事责任的起码方式。

二、单纯宣告有罪的适用

单纯宣告有罪，以行为构成犯罪为前提，但“未经人民法院依法判决，对任何人都不 得确定有罪”（《刑事诉讼法》第12条）。这意味着只有法院才有权依法单纯宣告有罪，其 他机关不得宣告行为构成犯罪。《刑事诉讼法》第173条第2款规定：“对于犯罪情节轻 微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。” 这种相对不起诉，实际上相当于单纯宣告有罪。

单纯宣告有罪，只能适用于具有法定的免除刑罚的情节，并且不需要给予非刑罚处罚 与保安处分的犯罪。因此，不能滥用单纯宣告有罪的方式。一方面，对不具有法定免除刑 罚情节的，在任何情况下都不能适用单纯宣告有罪的方式；另一方面，犯罪情节轻微不需 要判处刑罚，但需要适用非刑罚处罚与保安处分的，不能单纯宣告有罪。

第三节非刑罚处罚

一、非刑罚处罚的前提

一般来说，只有在免除刑罚的情况下，才给予刑法第37条规定的非刑罚处罚。〔门所 以，需要讨论免除刑罚概念的相关问题。

（一）免除刑罚的概念

免除刑罚（刑罚的免除），也称免除处罚、免除刑事处罚、免除刑罚处罚，是指对行为

〔1〕之所以表述为"一般来说”，是因为在司法实践中，即使给予犯罪行为刑罚处罚，也可能给予口头训诫、责令 赔礼道歉、责令赔偿损失等非刑罚处罚。

第十五章非刑罚的法律后果**633**

作有罪宣告，但对行为人免除刑罚处罚，即不判处任何刑罚。免除刑罚虽然是免除了刑罚 处罚，但并不意味着免除了犯罪的法律后果。

免除刑罚以行为构成犯罪为前提，换言之，免除刑罚以原则上应当给予刑罚处罚为前 提。如果行为不构成犯罪，不应当受刑罚处罚，那么，就只能是不处罚。

免除刑罚以具备刑法规定的免除刑罚的情节为前提，这种情节表明罪行轻微，犯罪人 的特殊预防必要性小或者没有特殊预防的必要性，即使不判处刑罚，也能够实现特殊预防 目的。免除刑罚虽然以犯罪情节轻微为前提，却与刑法第13条但书所规定的“情节显著 轻微危害不大的，不认为是犯罪”的情形具有本质区别。后者不构成犯罪，不能给予刑罚 处罚，也不能给予非刑罚处罚，因而不是免除刑罚的问题。

（二）免除刑罚的事由

我国刑法规定了 16种免除刑罚的事由，其中，有的是应当免除刑罚的事由，如没有造 成损害的中止犯（刑法第24条）；有的是可以免除刑罚的事由，如自首且犯罪较轻的（刑 法第67条）、非法种植毒品原植物在收获前自动铲除的（刑法第351条）；有的是单一免 除刑罚的事由（如刑法第24条、第67条、第351条）；有的是减轻或者免除刑罚的事由（如 刑法第10条、第20条、第21条、第28条、第68条、第164条、第276条之一第3款、第390 条第2款、第392条第2款）；有的是从轻、减轻或者免除刑罚的事由（刑法第19条、第22 条、第27条、第383条第3款）。

根据“两高”2012年8月8日《关于办理职务犯罪案件严格适用缓刑、免予刑事处罚 若干问题的意见》，具有下列情形之一的职务犯罪分子，一般不免予刑罚处罚：（1）不如实 供述罪行的；（2）不予退缴赃款赃物或者将赃款赃物用于非法活动的；（3）属于共同犯罪 中情节严重的主犯的；（4）犯有数个职务犯罪依法实行并罚或者以一罪处理的；（5）曾因 职务违纪违法行为受过行政处分的；（6）犯罪涉及的财物属于救灾、抢险、防汛、优抚、扶 贫、移民、救济、防疫等特定款物的;（7）受贿犯罪中具有索贿情节的;（8）渎职犯罪中徇私 舞弊情节或者滥用职权情节恶劣的;（9）其他不应免予刑事处罚的情形。

需要研究的问题是，刑法第37条所规定的“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可 以免予刑事处罚”是否独立的免除刑罚的事由？换言之，在不具有刑法规定的上述16种 免除刑罚事由的情况下，能否直接根据刑法第37条的规定免除刑罚？

上述刑法第37条即旧刑法第32条。以往，许多论著将上述规定视为独立的免除刑 罚的情节或事由。如有的教科书指出："《刑法》（指旧刑法——引者注）第32条关于‘免 予刑事处分’（新刑法改为‘免予刑事处罚’——引者注）的根据是‘犯罪情节轻微不需要 判处刑罚’，‘免除处罚’的根据是法定的免除处罚的情节，其犯罪情节可能是较重的…… 因此，在决定不判处刑罚的时候，如果具备免除处罚的情节，需要免除处罚时，应当依照规 定免除处罚情节的有关条文，判决免除处罚。如果不具备法定免除处罚情节，而又不需要 判处刑罚的，则应当依照刑法第32条规定，判决免予刑事处分。”〔2〕据此，可以直接根据 上述第37条的规定免除刑罚。还有一些论著将该条规定的内容列为法定的量刑情节，即

〔2〕何秉松主编:《刑法教科书》，中国法制出版社1995年版，第448页。另参见王作富：《中国刑法研究》，中国 人民大学出版社1988年版，第323页。

**634**刑法学（第五版）

法定的可以免除刑罚处罚情节。〔3〕现行刑法实施以来，刑法理论上的通说以及司法解释 也认为，刑法第37条规定了独立的免除刑罚的事由。（4〕

本书认为，刑法第37条所规定的不是独立的免除刑罚的事由，只是其他具体的免除 处罚情节的概括性规定。

1. 刑法所规定的免除刑罚的情节都是具体的，而不是抽象的；而刑法第37条并没有 规定具体的免除刑罚处罚的情节，其中的“情节轻微”是一个相当抽象的概念，将其作为 独立的、具体的免除处罚的根据，明显不合适。刑法第37条旨在概括规定，具有免除处罚 情节因而免除刑罚处罚时，可以适用非刑罚的法律后果，而不在于规定具体的免除处罚情 节。刑法在“刑罚的种类”设立本规定，而不是在“自首和立功”（量刑情节）之后设立本规 定，说明其规定的不是独立的免除处罚的情节。
2. 刑法第63条第2款规定，对不具有刑法规定的减轻处罚情节而又需要减轻处罚 的，只有经过最高人民法院核准，才可以减轻处罚；如果可以直接根据刑法第37条的规定 免除处罚，也不必经最高人民法院核准，便极不协调。所以，不能认为，刑法规定对不具有 法定减轻处罚情节的减轻处罚需经最高人民法院核准，而对不具有法定免除处罚情节的 免除处罚可以由任何法院、任何法官决定。现在，不仅在司法实践中，而且在司法解释中 都出现了这种不协调的现象。例如，最高人民法院1998年4月29日《关于审理挪用公款 案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第1款第2项规定：“挪用公款数额较大，归个 人进行营利活动的，构成挪用公款罪，不受挪用时间和是否归还的限制。在案发前部分或 者全部归还本息的，可以从轻处罚；情节轻微的，可以免除处罚。”最高人民法院009年11 月16日修正后的《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用 法律若干问题的解释》第9条指出：“因筑路、建房、打井、整修宅基地和土地等正常生产、 生活需要，以及因从事合法的生产经营活动而非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物，数 量达到本解释第一条规定标准，没有造成严重社会危害，并确有悔改表现的，可依法从轻 处罚;情节轻微的，可以免除处罚。”这种要么只能从轻处罚、要么就免除处罚的不符合逻 辑的规定，显然源于对刑法第37条的误解。
3. 如果认为刑法第37条规定的是独立的免除处罚的事由，其消极后果（事实上已经 出现）便不堪设想:导致对任何犯罪，不问罪质轻重，都可以免除刑罚处罚，因而违反罪刑 相适应原则；导致刑法分则规定的法定刑的威慑作用大为减小，因而违背刑罚目的；导致 法官的自由裁量权过大，因而与罪刑法定原则相抵触;导致适用刑罚必然出现不平等现 象,因而不符合平等适用刑法的原则。
4. 根据通说的观点，在犯罪人因中止犯罪而免除刑罚处罚时，不能适用刑法第37条 给予非刑罚处罚；只有当犯罪人不具备法定的具体免除处罚的情节，仅因情节轻微而免除 刑罚处罚时，才能适用刑法第37条给予非刑罚处罚。这显然不合适。
5. 在我国刑法中，免除刑事处分、免除刑事处罚、免除处罚等都是一个含义，适用根据 都应是刑法规定的具体的免予刑罚处罚的情节。将结局都是免除刑罚处罚的一个概念， 仅因所谓适用根据不同而区分为不同概念，只会引起概念上的混乱。

〔3〕参见苏惠渔主编:《刑法学》，中国政法大学出版社1994年版，第338页。

〔4〕参见最高人民法院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17条。

第十五章非刑罚的法律后果**635**

1. 对于犯罪情节轻微，也没有免除处罚的具体情节，但没有再犯罪的危险性的，完全 可以适用缓刑，从而解决量刑过重的问题。

总之,不宜直接根据刑法第37条的规定免除刑罚；只有当行为人具有刑法规定的具 体的免除刑罚的情节时,才能免予刑罚处罚。

二、 非刑罚处罚的概念

非刑罚处罚，是指刑法第37条规定的刑罚以外的实体上的处罚方法。

非刑罚方法，是非基本的法律后果。刑罚虽然是犯罪的基本法律后果，但不是唯一的 法律后果。因为刑罚的目的是预防犯罪，包括特殊预防与一般预防，但犯罪千姿百态，罪 行轻重各不相同，再犯罪可能性各不一样，其中必然出现这样的情形:虽然不需要判处刑 罚（刑法对免除刑罚的规定本身就肯定了这一点），但为了伸张正义、保护法益和教育犯 罪人，为了有效地防止犯罪，对于不需要判处刑罚但又需要适用其他强制方法的犯罪人， 确有必要适用其他非刑罚处罚。

无可否认，非刑罚处罚中，包括行政处罚、行政处分、责令赔偿损失等处罚方法，但对 这些方法的认识不能表面化、绝对化。不能认为，在任何场合，只要适用这些方法的，就是 行政责任、民事责任的实现方法;而应当认为，当它们被用作追究犯罪人刑事责任的方法 时，就是犯罪的法律后果，况且这种方法也是刑法明文规定的。如果不这样认识，要么就 自相矛盾——对构成犯罪的只追究行政责任、民事责任;要么就以结果否认前提——既然 给予的是行政处分、民事制裁，其行为就不是犯罪行为。应当认识到，即使某些非刑罚处 罚轻于行政责任、民事责任的实现方式,但从实质上看，其给犯罪人在社会生活上所造成 的不利影响更为严重。

随着社会的不断进步，刑罚总是由重变轻，犯罪的法律后果总是由单一化向多元化发 展；刑事制裁概念不再等同于刑罚概念，也将成为历史发展的必然;[5〕非刑罚处罚也将由 适用较少发展为适用较多。虽然应当肯定这将是一个漫长的过程，但在目前肯定非刑罚 处罚是犯罪的法律后果，属于理所当然。

司法机关应当正确适用非刑罚处罚。第一，对构成犯罪却免除刑罚处罚但需要给予 非刑罚处罚的，应当给予一定的非刑罚处罚；第二，对本应判处刑罚的，不能仅适用非刑罚 处罚。

三、 非刑罚处罚的种类

根据刑法第37条的规定，非刑罚处罚包括“予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、 赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分”。

（一）训诫

训诫，是指法院对犯罪人当庭予以批评、谴责，责令其改正，不再犯罪的方法。许多国 家的刑法规定了训诫，其中有的规定为刑罚的一种，有的规定为保安处分措施。1956年， 最高人民法院通过总结,将各地使用过的刑罚整理为10种，其中包括公开训诫。这说明 了训诫的惩罚性。旧刑法与现行刑法均将训诫规定为非刑罚方法的一种，其基本内容与

〔5〕如南斯拉夫刑法典规定的“刑事制裁”包括四类:刑罚、缓刑与司法警吿、保安措施、教育措施，其中的保安措 施又包括七种具体措施。德国、意大利、瑞士等国刑法也都规定了许多非刑罚的刑事制裁方法。这些都说 明，刑事制裁不等于刑罚。

**636**刑法学（第五版）

重要意义在于，通过有罪判决，宣布训诫，表明国家对犯罪行为的否定评价和对犯罪人的 谴责态度，促使犯罪人认识自己行为的违法性，并保证不再犯罪。

关于训诫的方式，最高人民法院1964年1月18日《关于训诫问题的批复》曾指出： “人民法院对于情节轻微的犯罪分子,认为不需要判处刑罚，而应予以训诫的，应当用口 头的方式进行训诫。在口头训诫时，应当根据案件的具体情况，一方面严肃地指出被告人 的违法犯罪行为，分析其危害性，并责令他努力改正，今后不再重犯;另一方面也要讲明被 告人的犯罪行为尚属轻微，可不给予刑事处分。”事实上，训诫不仅可以采取口头的方式， 而且可以采取书面的方式，后者的效果更为明显。〔6〕

（二） 责令具结悔过

责令具结悔过,是指法院责令犯罪人用书面方式保证悔改，不再犯罪。这一方式，促 使犯罪人认识到自己行为的不法性质，承认自己的主观责任，反思犯罪的思想根源，从而 按照自己的保证改恶从善,重新做人。

刑法没有规定责令具结悔过的适用方式。根据司法实践，既可以在宣告有罪判决后， 要求犯罪人在一定期限内写出不再犯罪的书面保证;也可以让犯罪人事先写好悔罪书，在 宣告有罪判决时当庭宣读;还可以将悔罪书印成多份，交给有关单位或组织，以示悔罪。

（三） 责令赔礼道歉

责令赔礼道歉，是指法院责令犯罪人公开向被害人当面承认罪错，表示歉意，并保证 今后不再侵犯被害人的法益。责令赔礼道歉，不同于一般意义上的赔礼道歉；由于赔礼道 歉由法院责令犯罪人实行，故仍然反映了国家对犯罪行为的否定评价和对犯罪人的谴责。 这种方式对于促使犯罪人悔过自新,平息被害人及周围群众的愤怒，促进犯罪人与被害人 及周围群众的和解，都具有重要意义。

赔礼道歉应当公开进行，既可以在宣判时公开向被害人赔礼道歉，也可以专门召开有 关人员参加的会议由犯罪人公开道歉;既可以通过口头方式公开赔礼道歉,也可通过书面 方式公开赔礼道歉。采取这种方式时，应当作成笔录并记录在档。

（四） 责令赔偿损失

责令赔偿损失，是指由于犯罪行为侵害了被害人的法益，法院责令被告人给予被害人 一定经济赔偿的处理方法。这种方法以没有给予刑罚处罚为前提。

刑法第36条规定：“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给 予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失。” “承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时 被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的 民事赔偿责任。”本条规定的判决赔偿经济损失，是刑事附带民事诉讼的结果，换言之，判 处赔偿经济损失，以给予刑罚处罚为前提;它仅适用于犯罪行为给被害人造成了经济损失 的情况;基于同样的理由，判处赔偿经济损失只是实现民事赔偿责任的方式。作为犯罪的 法律后果的非刑罚处罚，以免除刑罚为前提，故本节的非刑罚处罚不包括刑法第36条规 定的判处赔偿经济损失。

刑法第37条规定的责令赔偿损失，以免除刑罚为前提。在做出责令赔偿损失的判决 前，被害人也可能提起了民事诉讼，但由于没有判处刑罚，责令赔偿损失实际上就不只是

（6］参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年第2版，第737页以下。

第+五章非刑罚的法律后果637

民事责任的实现方式，同时也是犯罪的法律后果。责令赔偿损失适用于犯罪行为给被害 人法益造成了侵害的情况，除了给被害人直接造成经济损失外，对犯罪行为侵害了被害人 其他法益的，也可能通过赔偿损失给予补偿。换言之，责令赔偿损失，包括责令赔偿物质 损失与补偿精神损害。对于补偿精神损害的范围，可参考民法的规定予以决定。责令赔 偿损失并不以被害人提起民事诉讼为前提，在免除刑罚的情况下，即使被害人没有提起民 事诉讼，法院也可以根据案件的具体情况责令赔偿损失。

不难看出，刑法第36条规定的判决赔偿经济损失，与刑法第37条规定的责令赔偿损 失，具有重要区别。将二者等同视之的观点，并不可取。

（五）行政处罚与行政处分

行政处罚与行政处分，是指法院根据案件情况，向主管部门提出对犯罪人予以一定行 政处罚或者行政处分的司法建议，并由主管部门具体确定的处理方法。

这种方法的特点在于，不是由法院直接给予行政处罚或者行政处分,而是法院提出建 议，由有关主管部门给予行政处罚或者行政处分。行政处罚与行政处分的种类很多，各种 行政处罚与行政处分的决定部门并不相同。因此，主管部门，应是指有权对犯罪人做出行 政处罚或行政处分的部门，而不仅指犯罪人的所在单位。所以，法院应该根据案件的性质 与特点，向特定的主管部门，提出具体的有针对性的司法建议，而不是单纯地向犯罪人的 所在单位提出建议。如法院认为需要给予勒令停业处分的，应向工商管理机关提出司法 建议;法院认为需要给予记过处分的，应向犯罪人的所在单位提出司法建议。

第四节保安处分

\_、保安处分的概念

最广义的保安处分，是指为了防止犯罪的危险，保持社会治安，对一切被认为有害的 特定的人或物所采取的刑事司法或行政处分，以及为了保护或者矫正行为人，而采取的改 善、教育、保护措施。这个意义上的保安处分，包括对物的保安处分和保护处分。〔7〕最广 义的保安处分，不以犯罪行为的存在为前提

广义的保安处分,是指最广义的保安处分中除保护处分以外的保安处分。包括对人 的保安处分与对物的保安处分。当人们将保安处分与保护处分相提并论时，其中的保安 处分，便是指广义的保安处分。

狭义的保安处分，是指为了防止再次犯罪，由法院宣吿的代替刑罚或者补充刑罚而适 用的对人的保安处分。其中包括剥夺自由的保安处分（收容保安处分）与限制自由的保 安处分。

最狭义的保安处分,是仅指剥夺自由的保安处分。这种处分有三个特色:一是犯罪后 的处分，即以行为人实施了犯罪行为为前提;二是司法处分，即只能是法院宣告;三是具有

〔7〕保护处分也具有多种含义。保护处分虽然也具有保护社会的一面，但侧重于对行为人尤其是少年犯的保 护。如我国刑法第17条第4款规定的"由政府收容教养”就是一种保护处分。

**638**刑法学（第五版）

代替刑罚或者补充刑罚的机能。

保安处分是着眼于行为人所具有的危险性格，为了保持社会治安，同时以改善行为人 为目的，而施行的一种国家处分。国家对于侵害社会的犯罪行为，科处一定的刑罚，期待 抑止犯罪和娇正犯罪人。但侵害社会的行为并非都是犯罪，而且对犯罪也不能仅靠刑罚 来实现抑止与矫正，例如，对无责任能力的人（达到刑事责任年龄而无责任能力的人）的 行为，不管其行为具有多么严重的危险性，也只能在刑罚的范围外处理，因而对刑罚起补 充作用的保安处分就是必要的。又如，对某些犯罪人，单凭刑罚并不能实现矫正目的，如 对于利用职业便利实施犯罪的，对他们除了适用刑罚以外，还必须采取禁止其从事相关职 业的方法，这些方法对社会的保安才是有效的，这就是保安处分。再如，对由于性格缺陷 而实施犯罪行为的人，必须实行特别监护，并进行治疗（我国尚无这类保安处分），才能满 足社会一般大众的保安需求。社会保安的思想、保安处分具有有效性的思想、对性格缺陷 者的治疗思想，就是保安处分的理论基础。

对人的保安处分包括两种情况:一是剥夺自由的保安处分，如对实施暴力行为的精神 病人进行强制治疗，将无责任能力的人、限定责任能力的人、醉癖者、常用麻药者收容于监 护设施内；二是不剥夺自由但限制自由的保安处分，如禁止行为人从事一定的职业。

对物的保安处分，主要是指没收违法所得、没收违禁品和没收供犯罪使用的本人财 物。

二、保安处分的性质

所谓保安处分的性质，实际上指保安处分与刑罚的关系，即保安处分在本质上与刑罚 是不同的处分（二元主义），还是同一的处分（一元主义）？

二元主义认为刑罚与保安处分具有以下区别：（1 ）虽然刑罚与保安处分均以存在犯 罪行为为前提，但是，刑罚是以责任为根据的；而保安处分是以行为人实施犯罪的危险性 为根据的。（2）刑罚是对犯罪行为的制裁，以报应为本质；而保安处分是对再犯的预防， 以隔离、改善为本质。或者说，犯罪预防不是刑罚的本质，却是保安处分的本质。（3）刑 罚以痛苦或者恶害为其本质内容;保安处分则不以痛苦、恶害为本质内容。（4）刑罚作为 镇压犯罪的手段，将一般预防作为首要目的，同时也为特殊预防目的服务；而保安处分作 为预防犯罪的手段，所追求的只是特殊预防目的。（5）刑罚是非难的表现形式;保安处分 不具有非难的意义。（6）刑罚是以过去的犯罪行为为根据，对过去的犯罪行为给予相均 衡的报应，故刑罚的期限是确定的；保安处分以行为人有实施犯罪的危险性为根据，因此， 只要存在这种危险性，就要继续不定期地实行保安处分。

一元主义可以分为保安处分一元主义与保安刑一元主义。保安处分一元主义主张废 除刑罚与保安处分的区别，将二者统合为社会防卫处分（通常所称的一元主义，是指保安 处分一元主义）。菲利于1921年起草的意大利刑法典草案贯彻了保安处分一元主义的观 点，这一草案取消了刑罚的概念，代之以制裁的概念，但这一草案没有被意大利当局采用。 此外，1962年的瑞典刑法将刑罚与保安处分统一为制裁，彻底实行了保安处分一元主义。 保安刑一元主义主张,通过将保安处分的机能融人刑罚而消解二者的本质区别。据此，不 是根据行为人的责任的轻重，而是根据行为人的危险性的程度，科处不定期的自由刑（保 安刑，Sicherungsstrafe）。显然，保安刑一元主义放弃了刑罚的本质内容。

从事实上看，一般采取的是二元主义，我国刑法也采取了二元主义。根据我国刑法的

第十五章非刑罚的法律后果**639**

规定，对保安处分的性质可作如下分析：（1）保安处分是对各具体犯罪人的处分，并不将 一般人作为防范处分的对象;（2）保安处分以存在犯罪或者不法为前提；（3）做出保安处 分时，必须认定犯罪人的特定行为所显示的将来的危险性，危险程度不同，保安处分的种 类便不同；（4）保安处分的基本性格是隔离、防范、改善，剥夺、限制自由是从属于隔离、防 范、改善的；（5）保安处分原则上是一种行政处分，有的处分可以由行政机关决定，有的处 分只能由法院宣告。

三、 保安处分的一般要件

从保安处分的性质来看,确定保安处分的一般要件必须具备合目的性与合理性。

首先，合目的性决定了保安处分的一般要件必须符合保安处分的目的。保安处分的 目的是为了防止对社会有危险的人侵害社会及治疗、改善有危险的人，所以，保安处分的 一般要件必须首先着眼于行为人的危险性，这就决定了适用保安处分的主观要件是行为 人对社会具有危险性。所谓危险性，是指行为人有实施不法行为的可能性与盖然性。但 这里的可能性或盖然性不是随意决定的，而应当是以某种客观事实或状况为基础形成的。 关于这个问题，基本上有三种立法例：（1）由法官或检察官根据不同事件的具体情况进行 自由确定,这种情况比较少见。（2）在立法上规定了衡量危险性的标准，法官应当依照法 定的标准衡量行为人的危险性及其程度。（3）折中主义，首先在立法上以一定的形式规 定危险性的表现，在此基础上法官再根据具体事件确定危险性及其程度。我国刑法大体 上采取了折中主义的立法例。

其次，不能为了社会的保安而随意对行为人适用保安处分。换言之，不能为了社会的 保安而侵害国民的自由权利，因此，只有当行为人实施了不法行为时才能适用保安处分。 这里的不法行为，一般是指具有构成要件符合性与违法性的行为（没收违禁品时，则无此 要求），但是，有些保安处分也适用于具有构成要件符合性、违法性、有责性的犯罪行为。 这需要根据刑法的规定具体判断。

四、 保安处分的类型

根据我国刑法的规定，保安处分具有以下几种类型。

（一） 收容教养

刑法第17条第4款规定：“因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护 人加以管教;在必要的时候，也可以由政府收容教养。”这一规定表明，对于实施了不法行 为但未达到法定年龄的人，虽不给予刑事处罚，但也不能姑息放纵，而应加强教育和看管， 乃至由政府收容教养。其中的由政府收容教养，可谓保护处分。这一规定还表明，不能因 为行为人没有达到法定年龄，就否认其行为的构成要件符合性与违法性。

（二） 强制医疗

刑法第18条第1款规定，对于不负刑事责任的精神病人，“应当责令他的家属或者监 护人严加看管和医疗，在必要的时候，由政府强制医疗”。根据《刑事诉讼法》第284条的 规定，实施强制医疗必须同时符合三个条件：（1）行为人实施暴力行为，危害公共安全或 者严重危害公民人身安全;（2）行为人是经法定程序鉴定依法不负刑事责任的精神病人； （3）有继续危害社会的可能，即具有继续实施暴力行为的危险性。对精神病人的强制医 疗，由人民法院决定。

**640**刑法学（第五版）

（三） 禁止令

刑法第38条规定：“判处管制，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行期间从 事特定活动，进人特定区域、场所，接触特定的人。”刑法第72条规定：“宣告缓刑，可以根 据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动，进人特定区域、场所，接 触特定的人。”这两条规定的内容被称为禁止令。

关于禁止令的性质，刑法理论上有不同看法。一种观点认为，禁止令是管制刑与缓刑 的执行方式或者执行内容。〔8〕但在本书看来，这种观点难以成立。首先，并不是对被判 处管制和宣告缓刑的犯罪人都宣告禁止令，难以认为一种刑罚的执行内容与方式会因人 而异，既然如此，就不能认为禁止令是管制刑与缓刑本身的内容或者执行方式。其次，缓 刑本身就是暂缓执行原判刑罚，将禁止令视为缓刑的执行内容，意味着缓刑实际上是在执 行刑罚，这不符合缓刑的本质。最后，如果将禁止令视为管制刑与缓刑的执行方式或者执 行内容，会导致管制与缓刑成为内容相同的刑罚。然而，根据我国刑法的规定，对管制不 能宣告缓刑，管制与缓刑存在明显区别。所以，本书认为，禁止令只是一种保安处分。在 此意义上说，禁止令的适用不是刑罚的适用。但由于适用禁止令是为了防卫社会，与特殊 预防目的完全一致，因此，属于广义的预防刑的裁量。换言之，在责任刑之下裁量预防刑 时，倘若宣告管制或者缓刑，就需要决定是否适用禁止令以及禁止的具体内容。

由于禁止令不是管制与缓刑本身的内容，所以，并不是对任何被判处管制的罪犯和宣 告缓刑的罪犯，都必须做出禁止令。只有根据犯罪情况，认为从促进犯罪分子教育矫正、 有效维护社会秩序的需要出发，确有必要做出禁止令时，才宜做出禁止令。禁止令的具体 内容，以特殊预防为根据。因此，人民法院宣告禁止令，应当根据犯罪分子的犯罪原因、犯 罪性质、犯罪手段、犯罪后的悔罪表现、个人一贯表现等情况,充分考虑禁止内容与犯罪人 所犯罪行的关联程度，有针对性地决定禁止其在管制执行期间或者缓刑期间“从事特定 活动,进人特定区域、场所，接触特定的人”的一项或者几项内容。例如，对于利用从事特 定生产经营活动实施犯罪的，禁止其从事相关生产经营活动；对于危险驾驶的犯罪人，可 以禁止其驾驶机动车。又如，对于寻衅滋事扰乱公共场所秩序的犯罪人，可以禁止其进人 夜总会、酒吧、迪厅等娱乐场所，以及举行大型群众性活动的场所。再如，对于侵犯儿童的 罪犯，可以禁止其接触儿童。当然，即使在有必要做出禁止令的情况下，所做出的禁止令 也不能限制犯罪人的正常生活。禁止令的期限，既可以与管制执行、缓刑考验的期限相 同，也可以短于管制执行、缓刑考验的期限，但判处管制的，禁止令的期限不得少于3个 月，宣告缓刑的，禁止令的期限不得少于2个月。判处管制的犯罪分子在判决执行以前先 行羁押以致管制执行的期限少于3个月的，禁止令的期限不受上述规定的最短期限的限 制。禁止令的执行期限，从管制、缓刑执行之日起计算。〔9〕

（四） 从业禁止

1. 从业禁止的概念与性质

刑法第37条之一第1款规定：“因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的

[8〕参见高铭暄:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第220页、第264页。 〔9〕参见“两髙”、公安部、司法部2011年4月28日《关于对判处管制、宣吿缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问

题的规定（试行）》。

第十五章非刑罚的法律后果**641**

特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其 自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。”这便是关于从 业禁止的规定。

从业禁止是防止犯罪人利用特定职业再犯罪的保安处分措施，而不是刑种与刑罚执 行方式。上述“禁止其自刑罚执行完毕之日……起从事相关职业”的表述，就足以说明从 业禁止只是保安处分。另一方面，根据刑法第81条第1款的规定，假释的实质条件是“没 有再犯罪的危险”，而从业禁止的适用条件之一则是“预防再犯罪的需要”，似乎显然相冲 突。亦即，既然假释已经意味着没有再犯罪的危险，为什么又根据预防再犯罪的需要宣告 从业禁止？本书的回答是，刑法第81条第1款所称的“没有再犯罪的危险”，是指没有必 要以刑罚执行的方式预防犯罪人再犯罪；而从业禁止中的“预防再犯罪的需要”，则是指 有必要以保安处分方式预防犯罪人再犯罪。显然，如果将从业禁止解释为刑罚或者刑罚 执行方式，就必然导致上述两个条文的矛盾。只有将从业禁止解释为保安处分，才能使二 者保持协调关系。

1. 从业禁止的适用

适用从业禁止必须具备两个基本条件：（1）因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背 职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚。其中的利用职业便利实施犯罪包括利用职务便 利实施犯罪。对于利用职业便利实施一般违法行为的，不能适用刑法第37条之一宣告从 业禁止。（2）根据犯罪情况，在刑罚执行完毕或者假释后仍有预防其再犯罪的必要。但 是，如果其他法律、行政法规对从业禁止的适用条件另有规定的，人民法院应根据其他法 律、行政法规的规定宣告从业禁止。

可以肯定的是，对于被判处有期徒刑或者拘役的犯罪分子，可能宣告从业禁止。问题 是,对于判处其他刑罚（包括缓刑）的犯罪人，可否宣告从业禁止？首先，对于被判处管制 以及被宣吿缓刑的犯罪分子，因为可以宣告禁止令，原则上不宜宣告从业禁止。但是，如 果按其他法律、行政法规规定了从业禁止的，则应当宣告从业禁止。其次，对于被判处无 期徒刑或者死缓的犯罪分子，在减刑后刑罚执行完毕或者假释后，也可能宣告从业禁止。 唯有如此，才能与对被判处有期徒刑的罪犯可以宣告从业禁止相协调。而且，被判处无期 徒刑或者死缓的罪犯的再犯罪可能性大，故更有理由宣告从业禁止。当然，在这种情况 下，并不是在做出无期徒刑或者死缓时宣告从业禁止，而是在做出减刑或者假释裁定时宣 告从业禁止。

从业禁止的期限为3年至5年，自刑罚执行完毕之日或者假释之日起开始计算。但 是，如果其他法律、行政法规对从业禁止的期限另有规定的，人民法院应根据其他法律、行 政法规规定宣告从业禁止的时间。例如，《证券法》第233条第1款与第2款分别规定： “违反法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构的有关规定，情节严重的，国务院证 券监督管理机构可以对有关责任人员采取证券市场禁人的措施。”“前款所称证券市场禁 入，是指在一定期限内直至终身不得从事证券业务或者不得担任上市公司董事、监事、高 级管理人员的制度。”据此，当被告人的犯罪行为符合上述第1款的规定时，人民法院可以 宣告终身从业禁止。从业禁止的效力，不能适用于刑罚（主刑）执行期间。这并不会形成 明显的矛盾（即刑罚执行期间可以从业，而刑罚执行完毕或者假释后反而不能从业），因 为在拘役、徒刑执行期间，服刑人原本就不可能从事其他职业。

**642**刑法学（第五版）

刑法第37条之一第3款规定：“其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者 限制性规定的,从其规定。”这里的“从其规定”，并不是指由其他机关宣告从业禁止，而是 指在行为构成犯罪的情况下，由人民法院根据犯罪情节与预防再犯罪的需要，按照其他法 律、行政法规规定的条件与期限，宣告从业禁止。否则，就会出现后述不协调的现象。

1. 违反从业禁止的后果

刑法第37条之一第2款规定：“被禁止从事相关职业的人违反人民法院依照前款规 定作出的决定的，由公安机关依法给予处罚；情节严重的，依照本法第三百一十三条的规 定定罪处罚。”因为从业禁止是人民法院的判决或者裁定内容，如果行为人违反从业禁止 的规定，情节严重，便符合拒不执行判决、裁定罪的成立条件。

可以肯定，其他法律、行政法规规定的从业禁止，原本是最具有必要性的。在构成犯 罪的情况下，如果仅由其他机构宣告长期或者终身从业禁止时,行为人违反从业禁止的， 就不可能构成拒不执行判决、裁定罪，这显然不妥当。所以，在行为构成犯罪的情况下，必 须由人民法院根据其他法律、行政法规规定的条件与期限，宣告从业禁止。〔IG〕

（五）没收

没收是指将原本不属于国家所有的财物，强制性地无偿收归国有、上缴国库。根据我 国刑法总则第64条以及分则的规定，除了作为附加刑的没收财产之外，作为保安处分的 没收包括以下几类。

1. 没收违法所得的财物

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”。 责令退赔不属于保安处分,需要讨论的是追缴违法所得财物的性质。追缴后返还被害人 的，既不是刑罚也不是保安处分，但追缴后应当无偿收归国有、上缴国库的，大体上属于保 安处分（下面表述为没收违法所得）。

首先，没收违法所得的“财物”包括以下两种财物:（1）犯罪行为所得之物，即行为人 通过实施犯罪行为取得了原本存在的物。例如，赌博犯赢得的金钱，受贿犯收受的贿赂， 就是犯罪行为所得之物。对刑法第64条的“违法所得的财物”应当进行扩大解释，亦即， 不仅包括违法所得的财物本身，而且包括违法所得的财物产生的收益。一方面，刑法第 191条明文规定了应当没收洗钱罪的上游犯罪所得产生的收益。另一方面，刑法第312 条明文将“犯罪所得及其产生的收益”规定为掩饰、隐瞒的对象。这表明，任何人都不得 掩饰、隐瞒任何犯罪的违法所得及其产生的收益，从而肯定了违法所得产生的收益的非法 性。倘若认为违法犯罪所得产生的收益是合法的，不应当没收，就与刑法第191条、第 312条的规定相冲突。换言之，刑法第191条、第312条的规定肯定了各种违法所得产生 的收益的非法性，既然如此，违法所得产生的收益就当然属于没收的对象。（2）作为犯罪 行为的报酬而得到的财物，受嘱托杀人所得到的酬金属于这一类。

其次，"追缴”的对象必须是现实存在的违法所得，既包括犯罪分子占有的违法所得 的财物，也包括转移至他人但依然应当追缴的违法所得的财物（如本犯为了销赃而将受 贿所得的财物转移给销赃者保管时，也应追缴）。

〔10〕关于从业禁止的其他内容，参见武晓雯：“论《刑法修正案（九）》关于职业禁止的规定”，载《政治与法律》 2016年第2期。

第+五章非刑罚的法律后果**643**

再次，对刑法第64条的"犯罪分子"应作广义理解，除了包括自然人之外，也包括犯 罪组织与犯罪单位。此外，“违法所得”，既不是指一般违法行为所得，也不是要求完全符 合犯罪成立条件的犯罪所得，而是指符合犯罪构成要件的违法行为所得。亦即，不以行为 人具有责任为前提。例如，对于15岁的人走私毒品犯罪所得,也应当没收。与此相应，其 中的“犯罪分子”只要求是实施了符合构成要件的不法行为的人或者单位，而不要求是具 备有责性的人。〔11〕

最后，对于违法所得及其收益的没收,是只能采取纯益主义（扣除成本的违法所得）， 还是应当采取总额主义（不扣除成本的违法所得）？〔12〕这种纯益主义与总额主义之分，是 建立在将没收违法所得与没收供犯罪所用的本人财物等同看待的基础之上的。在本书看 来，没收违法所得与没收供犯罪所用的本人财物虽然都不是刑罚，但多少有些性质上的区 别。就没收违法所得而言，只能采取纯益主义。而其中的用于犯罪的成本，则属于供犯罪 所用的本人财物。

1. 没收“违禁品”

刑法第64条规定：“违禁品……应当予以没收。”违禁品是指毒品、枪支、弹药等禁止 个人持有的物品。如果某种物对于公共安全或社会秩序具有危险性，而且不问这种特定 物由谁持有，均应从防卫社会出发予以没收，那么，这种没收就属于保安处分。违禁品是 任何人都不得持有的物品，因为这种物品对社会具有危险性（有被用于违法犯罪的危 险），所以，即使持有者没有责任，也应当没收。例如，严重精神病患者所持有的枪支、毒 品等，应当没收。不难看出，没收违禁品属于保安处分，而不是刑罚。

违禁品包括两类:一类是原本存在，但由于具有公共危险，而禁止个人持有的物品，如 行为人购买的枪支、弹药等;另一类是由犯罪行为产生的违禁品即在行为人实施犯罪

（11） 例如，教唆者给予不满14周岁的某甲10000元，让甲抢劫并杀害被害人的，如何处理？ 一种观点指出：“首 先，由于没有责任能力者不能成为犯罪主体，故其不是刑法上的‘犯罪人’，因而不能将其理解为‘犯罪分 子’。其次，中国刑法第64条规定的‘违法所得’，应当是指刑法意义上的犯罪人通过违法犯罪所获得的一 切财物。由于没有责任能力者不是刑法意义上的犯罪人，故对其不能适用刑法第64条规定的‘追缴’。其 三，本例中，没有责任能力者实施抢劫行为虽然不构成抢劫罪，但是其行为符合《治安管理处罚法》第42条 第I项关于‘以其他方法威胁他人人身安全’以及第43条第1款关于‘故意伤害他人身体’的规定，因此.对 本案中没有责任能力者非法获得的10000元，可以按照《治安管理处罚法》第11条第2款处理一‘违反治 安管理所得的赃物,追缴退还被侵害人;没有被侵害人的，登记造册.公开拍卖或者按照国家有关规定处理， 所得款项上缴国库。’由于《治安管理处罚法》没有规定没收这一行政处罚方法,故对本例中没有责任能力者 非法获得的10000元可以追缴后上交国库”（i射望原•.“刑法中的没收制度”，载《中国刑事法杂志》2009年第 6期）。在本书看来,上述观点过于形式化，也反映出四要件犯罪构成体系的缺陷。第一，《治安管理处罚 法》规定，已满14周岁的人才承担治安管理处罚责任。倘若认为，对于不满14周岁的人的违法所得，因为其 没有达到责任年龄而不能适用刑法第64条，那么，对其同样不能适用《治安管理处罚法》予以追缴。第二， 既然认为《治安管理处罚法》没有规定没收这一行政处罚方法，那么，认为对没有责任能力者非法获得的 10000元可以追缴后上交国库，就是自相矛盾的。因为追缴后上交国库.实际上也是没收违法所得。第三， 只要采取三阶层或者两阶层犯罪论体系.认为犯罪的实体是不法与责任，犯罪就具有双重含义：不法层面意 义上的犯罪（符合构成要件且违法）与不法且有责意义上的犯罪，并且在不法层面上理解刑法第64条的“犯 罪分子”与"违法所得”.那么，对于没有责任能力、没有达到责任年龄的人实施的符合构成要件的违法行为 所取得的财物，就可以直接适用刑法第64条的规定。

（12） 德国刑法在1992年以前对犯罪所得的没收采取的是纯益主义，但1992年后采取了总额主义。

**C13]** 一般违法行为产生的违禁品虽然也应当予以没收，但通常不需要适用刑法第64条，只需要适用《治安管理 处罚法》等法律即可，故本文不将其列人刑法的没收之中。

**644**刑法学（第五版）

前并不存在这种物，行为人通过实施犯罪行为制造出这种物。例如，伪造货币罪中的伪造 的货币、伪造有价证券罪中的伪造的有价证券，属于违禁品。需要说明的是，没收的违禁 品是否收归国有、上缴国库，不可一概而论。由于国家不可能变卖违禁品，所以，对没收的 违禁品，通常只能作两种处理:第一,供有权使用的国家机关管理、使用，如没收的枪支、弹 药等;第二，没收之后予以销毁，使其不能使用，如毒品、伪造的货币等。

由于没收违禁品属于保安处分，所以，不问行为是否构成犯罪，凡属对于社会有危险 的违禁品，均予没收。当行为人犯伪造、变造类犯罪，真正的部分与伪造、变造的部分能够 分割时，仅没收伪造、变造的部分;如果不能分割，则全部没收。

1. 没收“供犯罪所用的本人财物”

刑法第64条规定：“……供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。"（1）供犯罪所用的 本人财物，包括已经用于犯罪的财物和以犯罪为目的而准备使用的财物。例如，准备用于 犯罪，即使在现场没有使用的长刀，也应当没收。（2）供犯罪使用的本人财物，不仅包括 一般所称的犯罪工具，而且包括组成犯罪行为之物。前者如杀人用的刀具、走私集团所用 的船只、无行医执照的人在行医过程中所使用的器材;后者如聚众赌博者的赌资、走私的 货物或物品、行贿人用于行贿的财物。（3）供犯罪所用的本人财物，不仅包括供符合构成 要件的行为使用的财物，而且包括在构成要件的行为完成后当场为了确保犯罪结果而使 用的财物。（4）供犯罪使用的本人财物，仅包括在故意犯罪中使用的财物，而不包括在过 失犯罪中起作用的财物。这是因为，没收供犯罪所用的本人财物属于保安处分，即使过失 犯罪人也会具有再犯罪的可能性，但是难以认为行为人的下次过失犯罪也会使用该财物， 所以，没收该财物并不对特殊预防起作用。（5）供犯罪使用的本人财物，仅限于行为人所 有的财物。因此，供犯罪所用的他人财产，不得没收。但是，如果他人是共犯人，则可能针 对共犯人没收。此外，如果财物已由第三者善意所有，则不应当没收。

可以肯定的是，如果供犯罪所用的本人财物属于违禁品，那么，对其没收属于上述保 安处分。但是，如果所没收的供犯罪所用的本人财物并非违禁品（以下所称的“供犯罪所 用的本人财物”，均指违禁品之外的本人财物），这种没收是应当归人刑罚（以下简称“附 加刑说”），还是应当归人保安处分（以下简称“保安处分说”），则值得深人研究。本书主 张“保安处分说”。〔14〕但“保安处分说”的最大问题是，由于其不需要考虑罪刑相适应原 则，不需要将处分限定在责任之下，结局导致行为人遭受比刑罚更重的痛苦。换言之， “保安处分说”所要解决的问题是，当甲使用合法所有的10亿元资金操纵证券市场时，以 什么理由和法律根据不没收该10亿元资金？当乙使用自己价值100万元的越野车撞毁 他人价值5000元的简易房屋时，以什么理由和法律根据不没收该越野车？当丙容留他人 在自己的房屋内卖淫时，以什么理由和法律根据不没收该房屋？〔15]本书的观点是，刑法 第64条所规定的“供犯罪所用的本人财物”应当限制解释为“供犯罪使用的，并且与违禁 品相当的本人财物”。所谓“供犯罪使用”，是指直接供犯罪使用，不仅包括犯罪工具，而 且包括犯罪行为组成之物;所谓"与违禁品相当”，是指虽然不属于法律、法规明文规定的

[I4J参见张明楷:“论刑法中的没收"，载《法学家》2012年第3期。

C5J事实上，我国的司法实践已经重视对“没收供犯罪所用本人财物”的限制。参见吴燕、赵祥东：“‘供犯罪所用 的本人财物’的认定与没收”，载最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》（第45集），法 律出版社2006年版，第56页以下。

第十五章非刑罚的法律后果**645**

违禁品，但该财物是行为人主要或者通常用于犯罪的财物。做出上述限制解释的理由如 下：（1 ）既然“供犯罪所用的本人财物”是与“违禁品”并列规定的，当然意味着二者具有类 似性。所以，做出限制解释，符合同类解释规则。（2）既然是保安处分而不是刑罚，就只 能从预防犯罪的角度做出限制，而不能仅从字面含义理解和适用。保安处分以防卫社会 为目的，不具有非难的意义。既然将没收供犯罪所用的本人财物作为保安处分，那么，该 财物就只能限于主要或者通常用于犯罪的财物。（3 ）做出上述限制解释的实质理由是， 避免保安处分违反比例原则，避免行为人受到不公平的对待。诚然，保安处分不是惩罚措 施，但是，如果不加限制地没收行为人所使用的本人财物，必然导致在某些场合其结局比 没收财产刑和罚金刑更为严厉。所以，保安处分虽然不受责任的限制，但依然受比例原则 的限制。只有做出上述限制解释，才能贯彻比例原则，避免行为人受到不公平的对待。根 据上述限制解释，前述甲、乙、丙的10亿资金、越野车与房屋，都不是与违禁品相当的财 物，故不应当没收。（4）上述解释是有利于被告人的限制解释，并不违反罪刑法定原则。 即使被认为是类推解释，也不违反罪刑法定原则。

问题是，如何判断财物是否与违禁品相当？违禁品不具有生活用途，几乎专门用于违 法犯罪，只需要进行抽象判断。与违禁品相当的供犯罪所用的本人财物，则需要进行具体 判断。（1）行为人用于犯罪的物品基本上没有生活用途，该物品也通常被其他犯罪人用 于违法犯罪时，该物品与违禁品相当，应当没收。例如，并非家庭生活所用的长刀、长铁棒 等，虽不属于毒品但用于麻醉他人的药品等，虽不属于违禁品但主要用于窃听、窃照的器 材等，应当没收。（2）虽然具有生活用途，但是，行为人长期或者多次将该物品用于犯罪 的,该物品与违禁品相当，应当没收。换言之，主要或者通常用于犯罪的物品，是针对具体 的行为人而言，而不是针对一般人而言。例如，危险驾驶机动车的，机动车一般不属于与 违禁品相当的财物。但是，如果行为人反复利用自己的机动车追逐竞驶，或者反复醉酒驾 驶自己的机动车、特别喜欢醉酒驾驶机动车，则宜认为该机动车与违禁品相当，可以没收。 （3）在犯罪过程中偶然使用的财物（没有供犯罪所用的意思而使用的财物），一般与违禁 品不相当，不应当没收。例如，用脚踢伤被害人的，所穿的皮鞋不应作为供犯罪所用的财 物。但是，主要用于蒙面抢劫、蒙面盗窃时所使用的头巾、帽子等则属于供犯罪所用的财 物。［16〕

一般来说，金钱不可能是与违禁品相当的财物。在此特别要提到的是赌资的没收。 “两高”2005年5月11日《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第8条 第1款与第2款分别规定：“赌博犯罪中用作赌注的款物、换取筹码的款物和通过赌博赢 取的款物属于赌资。通过计算机网络实施赌博犯罪的，赌资数额可以按照在计算机网络 上投注或者赢取的点数乘以每一点实际代表的金额认定。” “赌资应当依法予以追缴；赌 博用具、赌博违法所得以及赌博犯罪分子所有的专门用于赌博的资金、交通工具、通讯工 具等，应当依法予以没收。”不难看出，该解释所称的赌资，既包括了供犯罪所用的财物 （赌博犯罪中用作赌注的款物），也包括了违法所得的财物（通过赌博赢取的款物）。既然 如此，就需要区别对待。（1）行为人将贪污、挪用、职务侵占的公款当做赌资的，应当追缴 后返还被害单位，而不得没收。（2）通过赌博赢得的款物属于违法所得的财物，对其没收

〔I6〕参见［日］山中敬一:《刑法总论》，成文堂2015年第3版，第1101页。

**646**刑法学（第五版）

属于保安处分或者行政措施。（3）行为人正在用作赌注的款物、换取筹码的款物，属于犯 罪行为组成之物，应根据该款物相对于行为人而言是否与违禁品相当的标准做出判断，决 定是否没收。（4）行为人已经输掉的财物，不可能再没收。在司法实践中，经常出现行为 人输掉10万元，就要再根据刑法第64条没收其10万元的做法。但这种做法明显错误。 因为既然行为人已经输掉，就不可能针对行为人再没收。在这种场合，司法机关实际上是 借刑法第64条之名，行没收财产刑之实，应当杜绝。（5）行为人随身携带的尚未直接用 于赌博的金钱，一般不应当没收。这是因为，在通常情况下，金钱并不是主要或者通常用 于犯罪的物品。

第十六章法律后果的消灭

第一节法律后果的消灭概述

一、 法律后果消灭的概念

法律后果消灭，是指由于法定的或事实的原因，使基于具体犯罪而产生的法律后果适 用权消灭。法律后果的消灭，意味着代表国家的司法机关不能对犯罪人适用犯罪的法律 后果。法律后果消灭以应当适用犯罪的法律后果为前提，而应当适用犯罪的法律后果以 行为构成犯罪为前提，所以，法律后果消灭事实上以行为构成犯罪为前提。

法律后果消灭必须基于一定的事由。其中，有些主要是由于法律的规定而导致法律 后果消灭，如超过追诉时效。在这种情况下，虽然司法机关事实上可能适用法律后果，但 法律规定不得适用法律后果。有些主要是由于特定事实的出现而导致法律后果消灭，如 犯罪嫌疑人、被告人死亡。在这种情况下，虽然也有法律规定（参见《刑事诉讼法》第15 条），但即使没有法律的规定，司法机关事实上也不可能适用法律后果。

我国刑法理论一直使用刑罚消灭的概念。言下之意，出现超过追诉时效、被告人死亡 等事由时，代表国家的司法机关不得行使刑罚权。可是，在出现这种事由时，不仅不能行 使刑罚权，而且也不能施加非刑罚的法律后果，如超过追诉时效时，不能适用刑法第37条 与第37条之一，也不能作出有罪宣告的判决。所以，以“法律后果消灭”取代“刑罚消灭” 较为合适。

二、 法律后果消灭的事由

法律后果消灭事由，分为在判决确定前使观念的法律后果适用权消灭的事由与在判 决确定后使现实的法律后果适用权消灭的事由，其中有些事由兼有双重性质。法律后果 消灭事由大体有：（1）超过追诉时效；（2）经特赦令免除法律后果（主要是刑罚）；（3）告诉 才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉;（4）犯罪嫌疑人、被告人死亡；（5）其他法定事由。 下面仅说明时效与赦免两种事由。

第二节时 效

**一、时效概述**

时效分为追诉时效与行刑时效。

**648**刑法学（第五版）

追诉时效，是刑法规定的，对犯罪人进行刑事追诉的有效期限；在此期限内，司法机关 有权追诉;超过了此期限，司法机关就不能再行追诉。因此，超过追诉时效，意味着不能行 使求刑权、量刑权与行刑权，也不能适用非刑罚的法律后果，因而导致法律后果消灭。

行刑时效，是指刑法规定的，对被判处刑罚的人执行刑罚的有效期限;在此期限内，执 行机关有权执行法院判处的刑罚；超过了此期限，执行机关就不能执行法院判处的刑罚。 因此，超过行刑时效，意味着在作出了罪刑宣告后也不能行使行刑权。

关于规定时效的根据，在普鲁士一般邦法时代，采取的是改善推测说。其基本观点 是，既然犯罪后长时间没有再犯罪，可预想犯罪人已经得到改善，没有处刑与行刑的必要。 19世纪的法国采取证据堙灭说与准受刑说。证据湮灭说认为，犯罪证据因时间流逝而失 散，难以达到正确处理案件的目的。准受刑说认为，犯罪人犯罪后虽然没有受到刑事追 究，但长时期的逃避与恐惧所造成的痛苦，与执行刑罚没有多大差异，可以认为已经执行 了刑罚。在日本，有的学者采取规范感情缓和说，即随着时间的经过，社会对犯罪的规范 感情得以缓和，不一定要求给予现实的处罚;〔2〕有的学者采取尊重事实状态说，该说认 为，由于规范感情的缓和,社会秩序的恢复，行为人产生了与一般人相同的社会生活关系， 对由此而形成的事实状态应当予以尊重，这是时效制度的本旨。〔3〕

上述学说各具道理，也不一定相互矛盾，但都只是从一个方面论述了时效制度的根 据。显然，如果仅采取证据湮灭说，就意味着只要容易收集证据，不管经过多长时间，都可 以追诉。这显然不合适。所以，证据湮灭说充其量只能成为补充理由。本书以为，应当联 系刑罚的正当化根据，将准受刑说、改善推测说与规范感情缓和说结合起来考虑追诉时效 的根据。准受刑说意味着行为人在犯罪后实际上遭受了一定的痛苦，〔4〕因而没有再以刑 罚予以报应的必要。改善推测说意味着行为人经过长时间后没有再犯新罪，说明其没有 再犯罪危险性，缺乏特殊预防的必要，故没有追诉与行刑的必要。规范感情缓和说意味着 在犯罪经过一定时间后，不处罚行为人也能得到社会的认同，没有一般预防的必要，因而 不需要追诉。

我国刑法规定了追诉时效制度。规定追诉时效制度显然不是故意放纵犯罪，而是为 了有效地实现刑法的目的。规定追诉时效制度体现了刑罚目的，体现了宽严相济的刑事 政策，体现了“历史从宽、现行从严”的政策，有利于司法机关集中精力追诉现行犯罪，有 利于社会秩序的安定，有利于调动一切积极因素、团结一切可以团结的力量。

我国刑法没有规定行刑时效。一般认为，判处刑罚而没有执行的原因主要是，战争或 者重大自然灾害，司法机关的疏漏，罪犯的脱逃。但前两种情况没有出现过，后一种情况 不能成为法律后果消灭的正当理由。

二、追诉时效的期限

根据刑法第87条的规定,犯罪经过下列期限不再追诉:（丨）法定最高刑为不满5年有期 徒刑的（包括最高刑为拘役的），经过5年；（2）法定最高刑为5年以上不满10年有期徒刑

〔|〕但可能给予保安处分。例如，即使经过了追诉时效，也应当没收违禁品。 〔2〕参见［日］大塚仁:《刑法概说（总论）》，有斐阁2008年第4版，第591页。 〔3〕参见［日］大谷实:《刑法总论》，成文堂2012年新版第4版，第559贞。

〔4〕即使享受着富裕的物质生活，但不可避免地一直存在心理恐惧、，

第十六章法律后果的消灭**649**

的，经过10年;（3）法定最高刑为10年以上有期徒刑的，经过15年；（4）法定最高刑为无期 徒刑、死刑的，经过20年。如果20年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。 本规定显然是就自然人犯罪而言，由于对单位犯罪只能判处罚金，不可能适用该规定，故应 认为，对单位犯罪的追诉时效，应以对应的自然人犯罪的法定刑决定追诉时效的期限。

刑法规定的追诉时效期限有两个方面的根据:一方面，追诉时效的期限长短，与罪行 的轻重、刑罚的轻重相适应。即罪行轻、刑罚轻的，追诉时效期限就短;反之，罪行重、刑罚 重的，追诉时效期限就长。可以认为，这是罪刑相适应原则在追诉期限上的体现。另一方 面，刑法充分估计到行为人犯罪后隐匿、逃避的时间，使得犯罪人利用时效制度逃避法律 制裁的可能性相当小。

追诉时效期限以法定最高刑为标准，不是以实际应当判处的刑罚为标准。或许以实 际应当判处的刑罚为标准更具有合理性，但在没有追诉、没有审判的情况下，以应当判处 的刑罚为标准不具有可操作性，会导致追诉与否的随意性，从而有损刑罚的公正性，故只 能以法定最高刑为标准。

以法定最高刑为标准，是指根据行为人所犯罪行的轻重，判定应当适用的刑法条款或 相应的量刑幅度，按其法定最高刑来计算追诉期限。如果所犯罪行的刑罚，分别规定有几 条或几款时，即按其罪行应当适用的条或款的法定最高刑计算;如果同一条或同一款中有 几个量刑幅度时，就按其罪行应当适用的量刑幅度的法定最高刑计算；如果条文只规定了 单一的量刑幅度，则按此条的法定最高刑计算。

共同犯罪并非适用统一的追诉时效标准，而是按各共犯人应当适用的法定刑幅度，分 别计算追诉期限。例如，甲、乙共同故意伤害他人致人重伤，甲为主犯，应适用“三年以上 十年以下有期徒刑”的法定刑，其追诉期限为15年。乙为从犯，应当减轻处罚适用“三年 以下有期徒刑、拘役或者管制”的法定刑，其追诉期限为5年。在共同犯罪的情况下，如果 一部分人超过了追诉时效，另一部分人没有超过追诉时效，就只能对后者进行追诉。例 如，甲以杀人故意、乙以伤害故意，共同对丙实施暴力，导致丙重伤。甲成立故意杀人（未 遂）罪，乙成立故意伤害罪。经过15年后，只能追诉甲，而不能追诉乙。再如，A与B共 同犯故意杀人罪,根据案件情况，对A应适用“死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”的 法定刑，对B（从犯）应适用“三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑。经过15年后，只能 追诉A，不能追诉B。对于结合犯，应当按照刑法对结合犯所规定的法定刑确定追诉时效 的期限。对于想象竞合犯与牵连犯，应当按所触犯的各罪的法定刑分别计算追诉时效的 期限;如果其中的重罪在追诉时效内，而轻罪超过了追诉时效，就按单一的重罪追诉，不再 按想象竞合犯、牵连犯处理（个别说）。〔5〕例如，甲于某日伪造国家机关公文（情节一般） 并骗取了数额特别巨大的财物，经过5年后，诈骗罪在追诉时效内，而伪造国家机关公文 罪已经超过了追诉时效。在这种情况下，仅追究单一的诈骗罪的刑事责任，伪造国家机关 公文的事实不得追诉、也不得作为从重量刑情节。

如果法定最高刑为无期徒刑、死刑，20年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察 院核准。如果法定最高刑为有期徒刑的，经过15年以后即使认为必须追诉的，也不得追 诉；只有法定最高刑为无期徒刑、死刑，20年以后认为必须追诉的，经过最高人民检察院

〔5〕与此不同的一体说认为，对于想象竞合犯与牵连犯，应当将全部犯罪行为视为一个整体计算追诉时效。

**650**刑法学（第五版）

核准，才能追诉。“认为必须追诉的”犯罪，应限于那些罪行特别严重，行为人的再犯可能 性特别大，所造成的社会影响极大、经过20年以后仍没有被社会遗忘的一些重大犯罪。 报请核准追诉的案件应当同时符合下列条件：（1 ）有证据证明存在犯罪事实，且犯罪事实 是犯罪嫌疑人实施的;（2）涉嫌犯罪的行为应当适用的法定量刑幅度的最高刑为无期徒 刑或者死刑的；（3）涉嫌犯罪的性质、情节和后果特别严重，虽然已过20年追诉期限，但 社会危害性和影响依然存在，不追诉会严重影响社会稳定或者产生其他严重后果，而必须 追诉的；（4）犯罪嫌疑人能够及时到案接受追诉的。t H

为了促进祖国和平统一大业，“两高”先后于1988年3月14日和1989年9月7日就 去台人员（包括犯罪后去台湾地区或者其他地区和国家的人员）去台前的犯罪追诉问题 宣布了两个公吿，这两个公告的精神仍然适用于新刑法施行后。（1）去台人员在中华人 民共和国成立前在大陆犯有罪行的，根据刑法关于追诉时效的规定精神，对其当时所犯罪 行，不再追诉。（2）对去台人员在中华人民共和国成立后、犯罪地地方人民政权建立前所 犯罪行，不再追诉。（3）去台人员在中华人民共和国成立后、犯罪地地方人民政权建立前 犯有罪行，并连续或继续到当地人民政权建立后的，追诉期限从犯罪行为终了之日起计 算。凡超过刑法规定的追诉时效期限的，不再追诉。

三、追诉期限的计算

根据刑法第88条、第89条的规定，追诉期限的计算有四种情况。

（一）一般犯罪追诉期限的计算

这里的一般犯罪,是指没有连续与继续状态的犯罪。这种犯罪的“追诉期限从犯罪 之日起计算”（第89条第1款前段）。关于"犯罪之日”的含义，理论上有不同说法。有的 说是犯罪成立之日，有的说是犯罪行为实施之日，有的说是犯罪行为发生之日，有的说是 犯罪行为完成之日，有的说是犯罪行为停止之日。就即成犯而言，上述说法不致产生 实质性的差异，但就隔离犯而言，上述说法则会导致起算日期的不同。本书认为，正确的 说法应是犯罪成立之日，即行为符合犯罪构成之日。由于刑法对各种犯罪规定的犯罪构 成不同，因而认定犯罪成立的标准也就不同。例如，对不以侵害结果为要件的犯罪（如刑 法第114条第1款规定的放火、爆炸等罪）而言，实施行为之日即是犯罪之日；对以侵害结 果为要件的犯罪（如玩忽职守罪）而言，实害结果发生之日，才是犯罪之日。〔8〕在共同犯 罪的场合，应以共犯人中的最终的行为终了之日，起算对所有共犯人的追诉期限。

以上只是说明了起始吋间。需要研究的是，从犯罪之日起计算到何时为止？或者说， 刑法第87条所说的不再“追诉”是什么含义？例如，计算到侦查时没有超过追诉期限，而

〔**6**〕参见最高人民检察院2012年10月9日《关于办理核准追诉案件若干问题的规定》。

〔7 J参见马克昌主编:《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年第2版，第676页。

〔8〕不过，有些犯罪的“危害结果发生之日”难以确定。例如，某国有公司主管人员甲，为徇私情，于2005年10 月1日擅自将公司巨额公款存入某不良金融机构（约定髙额利息归公司所有），但到期之日（2006年1月1 日）不能取回本息；行为人随即与该金融机构签订协议，将上述公款续存6个月，6个月后（2006年7月1 日）金融机构保证还本付息，但金融机构届时也未能履行协议;2007年7月1日，国有公司提起民事诉讼，人 民法院判处金融机构还本付息，但因为金融机构没有财产一直未能执行;该金融机构宣告破产后，国有公司 于2011年4月1日向公安机关检举揭发甲的行为。成立刑法第168条规定的犯罪，要求“造成严重损失” （修改前为“严重亏损”），那么，在本案中，何时为造成严重损失之日呢？对此，应采取经济损失的观点，而不 能以存在债权为由而否认存在严重损失。

第十六章法律后果的消灭**651**

起诉时超过了追诉期限的，如何处理？计算到起诉时没有超过追诉期限，但审判时超过了 追诉期限的，怎样解决？这就涉及对“追诉”含义的理解。本书认为，追诉不只是起诉的 含义，而是包括了侦查、起诉、审判的全过程。因此，追诉期限应从犯罪之日计算到审判之 日为止。换言之，只有在审判之日还没有超过追诉期限的，才能追诉。对刑法第88条的 反对解释,也能得出上述结论。c 9〕

（二） 连续或继续犯罪追诉期限的计算

“犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算”（刑法第89条第1 款后段）D犯罪行为有连续状态的，属于连续犯；犯罪行为有继续状态的，属于继续犯或 持续犯。对于集合犯的追诉期限的计算，刑法没有明文规定，但从刑法规定的精神以及集 合犯与连续犯的关系来看，对于集合犯的追诉期限，也应从最后一次犯罪之日起计算。

（三） 追诉时效的延长

追诉时效的延长，是指在追诉吋效的进行期间，因为发生法律规定的事由，而使追诉 时效暂时停止执行。我国刑法规定了两种追诉时效延长的情况：

1. 刑法第88条第1款规定：“在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者 人民法院受理案件以后,逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。”据此，这种时效延 长必须具备两个条件：（丨）检察院、公安机关、国家安全机关已立案侦查或者法院受理了 案件；（2）行为人逃避侦査或者审判。具备这两个条件的，不论经过多长时间，任何时候 都可以追诉。在司法机关立案侦查或者受理案件以后，行为人并没逃避侦查与审判的，仍 然受追诉期限的限制。这里的“逃避侦查与审判”，应限于积极的、明显的、致使侦查、审 判工作无法进行的逃避行为，主要是指在司法机关已经告知其不得逃跑、藏匿甚至采取强 制措施后而逃跑或者藏匿;对于行为人实施毁灭证据、串供等行为的，不宜认定为“逃避 侦査与审判”。如果对“逃避侦查与审判”作过于宽泛的理解，追诉时效制度会丧失应有 的意义。在共同犯罪中，逃避侦查或者审判的共犯人，不受追诉期限的限制，但没有逃避 侦查或者审判的共犯人,仍然受追诉期限的限制。

2-刑法第88条第2款规定：“被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、 公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。”因此，被害人在追诉期限内提 出控告，符合立案条件而应当立案的，不管司法机关出于何种原因没有立案，不论行为人 是否逃避侦查或者审判，不论经过多长时间，任何时候都可以追诉。即使被害人在追诉期 限内的控吿不符合管辖规定，也不妨碍追诉时效的延长。

上述两种情况虽然不受追诉期限的限制，但其后的犯罪行为仍然受追诉期限的限制。 例如，A的甲罪被司法机关立案侦查，但A逃避侦查与审判，其后又犯了乙罪。甲罪虽然 不受追诉期限的限制，但乙罪仍然受追诉期限的限制。

（四） 追诉时效的中断

追诉时效的中断，也称追诉时效的更新，是指在时效进行期间，因发生法律规定的事 由，而使以前所经过的时效期间归于无效,法律规定的事由终了之时，时效重新开始计算。

刑法第89条第2款规定：“在追诉期限以内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日

[9〕有关反对观点，参见髙铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、髙等教育出版社2016年第7版, 第305页。

**652**刑法学（第五版）

起计算。”即在追诉期限以内又犯罪的，前罪的追诉时效便中断，其追诉时效从后罪成立 之日起重新计算。例如，甲于2005年1月1日犯一般情节的抢劫罪，法定最高刑为10年 有期徒刑，但甲在2013年1月1日又犯了一般情节的强奸罪。这时，抢劫罪的时效就中 断，即先前的抢劫罪的追诉期限从2013年1月1日起重新开始计算，再经过15年，才不 追诉。在本案中，先前的抢劫罪，实际上要经过23年才不追诉。

对于数行为触犯数罪名但仅以一罪论处的犯罪（如牵连犯），也应按上述规定处理。 例如，乙于2011年1月1日伪造国家机关证件（情节一般，法定最高刑为3年有期徒刑）， 2011年6月1日利用该伪造的证件诈骗数额较大的财物（法定最高刑为3年有期徒刑）。 按照前述个别说，应当分别计算乙所触犯的两个罪的追诉时效，但由于乙在伪造国家机关 证件后又犯了诈骗罪，所以，伪造国家机关证件罪的追诉时效也应从2011年6月1日起 开始计算。倘若2016年3月1日审理此案，则仍应将乙的行为以牵连犯论处，而不能作 为单一的诈骗罪处理。

在共同犯罪中，在追诉期限以内又犯罪的共犯人，其前罪追诉的期限从犯后罪之日起 计算；在追诉期限内没有再犯罪的共犯人，其犯罪的追诉期限并不中断。

对于追诉时效的中断，可以从追诉时效的根据中寻找立法理由。既然行为人实施了 某种犯罪之后又重新犯罪，就说明其并没有悔改，或者说前罪所反映的再犯可能性并没有 消失，故需要从犯后罪之日起重新计算。

在前罪的追诉期限从犯后罪之日起计算时，如果后罪的法定最高刑轻于前罪，后罪的 追诉期限届满，而前罪的追诉期限未满，则只追诉前罪。例如，行为人于2003年12月1 日犯一般情节的抢劫罪，追诉期限为15年;他于2010年12月1日又犯了故意伤害罪（轻 伤），其追诉期限为5年;抢劫罪的追诉期限从2010年12月1日起重新计算；到2015年 12月2日，后罪（故意伤害罪）已超过追诉期限，但前罪（抢劫罪）没有超过追诉期限。在 这种情况下，只能追诉抢劫罪，不能再追诉故意伤害罪。

追诉时效的中断与追诉时效的延长相竞合（或结合）时，应适用追诉时效延长的规 定。例如，行为人于2008年1月1日犯抢劫罪，在公安机关立案侦查后逃避侦查，并于 2013年1月1日犯故意伤害罪。在这种情况下，对抢劫罪不能适用追诉时效中断的规 定，而应适用追诉时效延长的规定。

第三节赦 免

**一、赦免的概念**

赦免包括大赦与特赦。

大赦,通常是指国家对某一时期内犯有一定罪行的不特定犯罪人免予追诉和免除刑 罚执行的制度。大赦的对象既可能是国家某一时期的各种犯罪人，也可能是某一地区的 全体犯罪人，还可能是某一类或者某一事件的全体犯罪人;大赦的效果涉及罪与刑两个方 面，既赦其罪，也赦其刑，即罪与刑同时免除。

特赦，一般是指国家对较为特定的犯罪人免除执行全部或者部分刑罚的制度。特赦

第十六章法律后果的消灭**653**

的对象是较为特定的犯罪人;特赦的效果只是免除刑罚执行，而不免除有罪宣告。

我国1954年宪法规定了大赦与特赦制度，并将大赦的决定权赋予全国人民代表大

会，特赦的决定权赋予全国人民代表大会常务委员会，大赦令与特赦令均由国家主席发 布。但后来的宪法包括现行宪法仅规定了特赦制度，这表明我国已经取消了大赦制度；刑 法第65条、第66条所指的赦免便仅限于特赦。根据《刑事诉讼法》第15条的规定，“经特 赦令免除刑罚的”，属于法律后果消灭事由。现行宪法规定的特赦，由全国人大常委会决 定，由国家主席发布特赦令。

**二、我国特赦的特点**

建国后，我国共实行过八次特赦。对前七次特赦的特点可概括如下：

1. 特赦的对象基本上只限于战争罪犯。除第一次特赦包括部分反革命罪犯与普通刑 事犯外，其他几次特赦的对象都是战争罪犯。
2. 特赦的范围是一类或几类犯罪人，而不是个别犯罪人。例如，第一次特赦的内容 是：（1）释放关押已满W年,确实改恶从善的蒋介石集团和伪满洲国的战争罪犯；（2）释 放判处5年以下有期徒刑（包括判处5年有期徒刑）、服刑时间经过1/2以上、确实改恶从 善，或者判处5年以上有期徒刑、服刑时间经过2/3以上、确实改恶从善的反革命罪犯; （3）释放判处5年以下有期徒刑（包括判处5年有期徒刑）、服刑时间经过1/3以上、确实 改恶从善，或者判处5年以上有期徒刑、服刑时间经过1/2以上、确实改恶从善的普通刑 事犯；（4）判处死刑缓期二年执行的罪犯，缓刑时间已满1年、确实有改恶从善表现的，可 以减为无期徒刑或者15年以上有期徒刑；（5）判处无期徒刑的罪犯，服刑时间已满7年、 确实有改恶从善表现的，可以减为10年以上有期徒刑。其他几次特赦也都是针对战争罪 犯中的几类犯罪人，而没有针对特定个别犯罪人。
3. 特赦的前提是犯罪人在服刑过程中确实有改恶从善的表现。一方面，对尚未宣告 刑罚或者没有开始执行刑罚的，不实行特赦;另一方面,也并非对执行过一定刑期的战争 罪犯均予以特赦，只是对其中确有改恶从善表现的犯罪人，才予以特赦。
4. 对需要特赦的犯罪人，根据其罪行轻重与悔改表现实行区别对待:罪行轻因而所判 刑罚轻的，予以释放;罪行重因而所判刑罚重的，只是减轻刑罚。
5. 特赦的效力只及于刑而不及于罪。即特赦的效力只是免除执行剩余刑罚或者减轻 原判刑罚，不是免除执行全部刑罚，更不是使宣告刑与有罪宣告无效。

十二届全国人大常委会第十六次会议于2015年8月29日通过了《关于特赦部分服 刑罪犯的决定》，国家主席同日签署特赦令。根据特赦令，对依据2015年1月1日前人民 法院作出的生效判决正在服刑，释放后不具有现实社会危险性的四类罪犯实行特赦（经 人民法院依法作出裁定后，予以释放）：（丨）参加过中国人民抗日战争、中国人民解放战争 的（共特赦50人）；（2）中华人民共和国成立以后，参加过保卫国家主权、安全和领土完整 对外作战的，但犯贪污受贿犯罪，故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或 者有组织的暴力性犯罪，黑社会性质的组织犯罪，危害国家安全犯罪，恐怖活动犯罪的，有 组织犯罪的主犯以及累犯除外（共特赦1428人）；（3）年满75周岁、身体严重残疾且生活 不能自理的（共特赦122人）；（4）犯罪的时候不满18周岁，被判处3年以下有期徒刑或 者剩余刑期在1年以下的，但犯故意杀人、强奸等严重暴力性犯罪，恐怖活动犯罪，贩卖毒 品犯罪的除外（共特赦29927人）。

[General Information]

书名=刑法学 上 =CRIMINAL LAW

作者=张明楷著

页数=653

SS 号= 1 4 0 8 7 9 0 6

DX#=

出版日期=2016.07

出版社=北京法律出版社