

刑事法学

专题研究书系

XINGWEI
JIAZHONGFAN
YANJIU

行为加重犯 研究

楼伯坤·著



知识产权出版社

D917
22

行为加重犯 研究

楼伯坤。著

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行为加重犯研究/楼伯坤著. —北京: 知识产权出版社, 2006. 8

(刑事法学专题研究书系)

ISBN 7-80198-595-8

I. 行… II. 楼… III. 犯罪学—研究 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 102172 号

内容提要

行为加重犯作为独立的加重犯形式, 具有与结果加重犯、情节加重犯同样的地位。本书主要研究了行为加重犯的理论基础、行为加重犯的基本理论以及行为加重犯的立法应用等三部分内容, 完善了加重犯的理论体系, 拓展了加重犯的理论框架, 并对犯罪构成学说的发展起到一定的推动作用。

本书可供法学研究者、司法实践者参考使用。

行为加重犯研究

楼伯坤 著

责任编辑: 刘 睿

责任校对: 董志英

封面设计: SUN 工作室

责任出版: 杨宝林

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.cnipr.com>

邮 箱: BJB@cnipr.com

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

传 真: 010-82000893

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 10.875

版 次: 2006 年 8 月第一版

印 次: 2006 年 8 月第一次印刷

字 数: 302 千字

定 价: 22.00 元

ISBN 7-80198-595-8/D · 433

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前 言

—

我提出并研究行为加重犯，实在也是很偶然的。作为一名多年从事司法实务转而又从事理论教学的法律工作者，我比较重视理论与实践的结合。在法学教学中，我较多的精力是研究应用性规范的适用问题，希望从实践的应用中来印证和检验理论的正确性。而在应用性法律的研究中，我又往往是探求如何用这些应用性法律规定（规范）指导实践，与实践结合的合理性及其理论支撑的充足程度。在新刑法颁布后，我在教学过程中发现《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第133条的规定非常特殊，它改变了1979年《刑法》的规定，增加了“因逃逸致人死亡”的内容，并与交通肇事基本罪及交通肇事的逃逸加重结构同列在一个条款中。这是一种以过失犯罪为基本罪的加重犯。按照国内外的一般学说观点，过失犯罪的结果加重犯（姑且用这个名字），行为人对加重结果的心理状态只能是过失，不能是故意的。而且从逻辑上讲，过失犯罪本身就是以结果定罪的，再以过失的重结果来作为加重因素也是不存在的。因此，探讨《刑法》第133条的加重结构就成为我的研究课题了。

从2001年起，我就着手对《刑法》第133条进行研究，收集了国内有关论述这方面问题的资料，查阅了国外有关加重犯的立法例。先后撰写了《刑法第133条逃逸含义的考察要素》、《论刑法第133条逃逸行为的属性》、《对刑法第133条“逃逸”的法理分析》、《对刑法第133条“逃逸”的逻辑解释》等论文，并相继发

表。但是问题的实质——加重结构的合理性还是没有解决。期间我正好在浙江大学在职攻读法律硕士学位，于是就向主讲刑法的教授们讨教。讨论中，大家都感到这个问题按照现行的刑法理论确实无法解释，建议我多找一些资料，尤其是国外的资料，查一下国外是不是已经有这样的理论。我觉得这个建议很好，就决定把它作为我的硕士毕业论文的选题。这样，我就用了一年多的时间来琢磨这个当时还叫不出名字来的论题。2002年3月，在导师阮方民教授的指导下，我把多级加重犯的结构解开、合并，合并、解开，反复考虑，才慢慢从当时的通说——“情节加重犯”中梳理出来一点头绪，并采用与“情节加重犯”同样的命名方法，把它称为“行为加重犯”。说实在的，“行为”一直是犯罪的构成要素，把它作为决定量刑情节的要素是不是可行，当时心里一直没有底，也担心孤陋寡闻的见地会被嗤之以鼻。凭着多年工作养成的习惯和性格，我还是开始了这次“探险”之旅。由于行为加重犯的加重因素是“行为”，因此，从2002年开始我重点开展了对“行为”的研究。

对行为的研究使我站到了刑法的中心来看待一切被刑法所规制的对象。由于行为是犯罪的基石，历史上有许多著名的刑法学家对刑法中的行为进行了深入的研究，也创立了许多行为学说。这为我的研究提供了大量的资料，也使我对行为在刑法中功能的认识有了全面的理解。在此基础上，我又撰写和发表了《犯罪行为的“着手”》、《刑事法视野中犯罪行为研究体系的修正》、《犯罪行为形式的第三条道路质疑》等论文，并主持完成了《犯罪行为学独立性研究》的课题，对刑法中的行为进行了比较系统的分析研究。从中我得出了行为不仅具有决定犯罪的功能，而且也有决定刑罚的功能的初步结论。

在搞清楚行为的双重功能后，我又回过头来研究行为加重犯问题。得益于对行为学说的系统分析，我比较顺利地完成了我的硕士论文《行为加重犯独立性研究》，全文4万余字，经答辩委员会评议，被评为优秀硕士学位论文。

但是，作为一个学术人士，我感到论文的主题仅仅是论述了行为加重犯的独立性问题，还有行为加重犯的理论基础和立法应用，限于时间和篇幅，论述得还不够。因此，我打算在统筹安排的基础上，继续对相关内容进行研究。于是我申报了浙江省社会科学联合会2004年重点课题《行为加重犯独立性研究》，获批准。为了潜心研究课题，经学校同意，我选择了国家重点学科基地中国人民大学刑事法律科学研究中心作为访学单位，并有幸在著名刑法学家高铭暄教授门下从事学习和研究工作，也有更多的机会向中心的教授们讨教。这为我的学术研究提供了非常难得的机会。期间，我将我的硕士论文提炼成《行为加重犯研究》一文，在《法学家》杂志上发表。同时，在导师的指导下，我对加重犯理论的两大要素——加重基础和加重因素进行了进一步的研究，撰写并发表了《加重基础问题研究》和《论加重犯之加重因素》两篇论文。本论著就是在这样的基础上展开的。

二

加重犯是指犯罪的事实状态出现了超过一国刑法所确定的某一犯罪基本构成要件的内容，而该内容按照刑法立法否定性评价的标准需要被责难的情况下，由立法在基本犯罪构成所设定的法定刑以外，以加重刑形式予以处置的犯罪形态。

加重犯的实质是刑的加重。由于各国立法模式的不同，在采用非独立罪名，并依附于基本犯罪罪状条款的立法模式下，加重犯的重心仅仅是刑的加重。而在采用独立罪名立法模式的情况下，立法规范表现为新的独立条款，因此，在犯罪构成的罪状描述上，实际上是一个独立的完整犯罪。

加重犯是行为主义时代的产物。按照早期客观主义学说的主张，犯罪的要素是行为，行为是被立法规范选择责难的惟一对象。除行为外，其他的要素都不能成为犯罪构成的必要条件。因此，在

成文法的表现中,被确定的是犯罪行为。当然,对“犯罪行为”的概念本身也是有争议的。一般认为,行为是行为人表现于外在的客观实在,是以人的肢体和器官作用于外界的过程和轨迹。传统成文法对犯罪行为以外的内容没有作为立法选择责难的对象,而随着人们对犯罪现象认识的深化,意识到行为本身的危害并不能完全包括行为对社会造成的危害,因此就提出了将行为必然所产生的结果作为立法责难的对象。这一思想在1810年的《法国刑法典》中就有反映。该法第222-6条规定,犯第222-1条酷刑或野蛮暴行罪,致受害人死亡但并无致人死亡故意时,处无期徒刑。而第222-1条的基本刑是15年徒刑。这里的结果在早期也仅仅指实在的结果,在社会防卫学说和目的行为论出现后,才有关于危险作为结果的主张。

结果作为被责难对象的确立,表明了立法对结果加重处罚的开始,结果加重犯由此产生。刑法理论通过对加重处罚事由和立法结构的分析,将独立于基本犯罪的法定刑的刑罚称为加重刑;将被认识对象的犯罪存在状态叫作加重犯罪形态;将衡量加重犯罪成立的标准,叫加重构成。它们都是加重犯理论的基本范畴。

虽然加重犯的理论早在大陆法系客观主义学派流行的时候就提出来了。但那时提出的仅仅是“结果加重犯”的概念。所以,长期以来,在法国、德国、日本及我国的台湾地区对加重犯的研究也都仅仅限于对结果加重犯的研究。随着犯罪现象的复杂化和各国立法的发展,出现了许多不能为“结果”所包含的加重因素。并伴随主观主义学说的产生,中国学者以主观与客观相统一学说为基础提出了“情节加重犯”的概念。随后又有学者提出了“数额加重犯”等概念。加重犯立法的发展推动了加重犯理论的深化,而这一理论的深化也为进一步完善立法提供了理论基础。而从现行立法所反映出来的新的加重因素(如《刑法》第133条中的“逃逸”)来看,也要求刑法理论进一步的深化。在我国,目前论述《刑法》第133条“逃逸”的立论基础基本上还是原有的“情节”或者

“结果”加重犯。这使得现行一些学说观点在理解加重犯的时候都存在一定的偏颇之处。立法规定无疑应当及时反映犯罪现象变化的实际，而理论的生命力也无疑在于与立法规定相适应。因此，加重犯理论的创新就成为适应现实立法和司法对犯罪加重因素认识深化的迫切需要。

三

在传统的加重犯理论研究中，“行为”这一加重因素一般被作为“情节加重犯”的“情节”来对待的，缺乏对行为加重因素的独立研究。这一理论研究现状不能很好地解释我国《刑法》第133条对交通肇事犯罪加重犯规定的诸多问题。笔者以中国1997年《刑法》为蓝本，并借鉴国外刑法立法规范的规定，对加重因素展开实证分析，在理论研究和实证分析的基础上，提出所有的加重因素都可以被称为“情节”。情节加重犯的概念要区分广义的情节加重犯和狭义的情节加重犯。广义的情节加重犯是指以各种要素来加重的加重犯的总称，它涵盖了各种具体的加重犯；狭义的情节加重犯实际上指的是结果加重犯、数额加重犯等有名加重犯以外的“其他情节加重犯”。在广义的情节加重犯中应当剥离出行为加重犯来。

行为加重因素从情节中分离出来，是以情节的可分离性为条件的。在我国刑法中，情节是一个非常复杂的概念，它的内涵和外延是在变化的。据对我国立法状况的分析，在情节加重犯中无论是基本罪的情节还是情节加重犯涉及的情节都是一个笼统的概念。有时候是指情状；有时候是指不包括前面所列要素的一般情形；有时候又是包括前面所列要素的概括情形。深入研究情节加重犯就可以发现，凡是在基本犯罪构成以外，在事实上或者法律上加重了基本犯罪的社会危害性，而这些要素又不能构成另一种独立的犯罪的时候，根据这些要素的具体名称和内容的不同，可以有主体加重犯、

行为加重犯、结果加重犯、对象加重犯等不同的加重犯。由于它们都是以加重情节的面貌出现的，或者说，要能够涵盖不同加重犯的内容，统一的称呼是“情节”。

那么，行为加重犯是否可以从广义的情节加重犯分离出来而具有自己独立的地位呢？在我国刑法中已经出现并广泛使用着情节加重犯的概念，并且是把它作为与结果加重犯一样的地位在使用的。但是我们不能否认的是，当我们在理解情节加重犯的时候，是从总体上来提的；而当我们具体使用情节加重犯的时候，这“情节”又是五花八门的。在各种不同名称和内容的情节加重犯中，无非是除了结果加重犯以外，其他的加重犯都没有自己的被公认的名字而已。笔者认为，在刑法中或者在一个具体案件中反映出来的主观和客观要素，只要具有刑法意义，那么它必定对定罪和量刑有一定影响。如果我们把这些要素称为“情状”，它就是最原始的情节。这种“情状”根据它们的属性区分为“事实”和“情节”。“事实”具有客观性，它是纯粹的客观要素；“情节”既有客观性又有主观性。从二者的关系来分析，这里的“情节”是指不包括事实的情节。因此，从情节加重犯的刑法意义来看，这个情节应该是与“犯罪事实同位的情节”的上位概念。与犯罪事实同位的情节可称为量刑情节，它包括多种要素，如结果、对象、手段……这当中有许多要素是与基本犯罪的要求相协调的，具有深厚的法理基础。行为作为其中的一个要素，也同样可以从总的情节中分离出来，具有法律上的独立地位。

正如以前刑法理论仅承认结果加重犯的基本罪只包括结果犯而不包括行为犯这一传统理论可以得以改变一样，行为成为独立的加重因素，也可以由于立法的发展而成为现实。行为是犯罪的核心要素，是区别犯罪性质的标志。虽然在一般概念上行为只能作为犯罪的要素，不能成为单纯的加重处罚的依据。但随着立法的发展，它已经成为加重因素了。我国《刑法》第133条的规定就是例子。其实，行为是否能够成为加重因素，关键在于立法的选择。因为加

重犯的产生和发展表明，成文法的制定虽然受社会历史条件的限制，但立法者的选择并不一定是现实的机械写照，在很大程度上可以有所超前。只要在逻辑关系上能够得到证实，那么这样的规定也是具有合理性的。因此，行为加重因素的独立，是根据现实需要对立法就客观加重因素分离结果的确认，是实践的需要。

从理论上说，行为加重因素的独立也是十分必要的。行为加重犯的独立能够丰富犯罪形态的内容，弥补现行刑法理论的不足，解决不能为罪数形态理论所解决的问题。对行为加重犯进行独立研究，可以更好地划清多个行为情形下刑法选择责难的标准，把握罪数形态的界限，使刑法中加重处罚的理论体系更加完善。

四

行为加重犯的核心问题是行为加重因素的确定。实际上，没有被列入罪状要件的一切要素（包括行为）都可以成为加重因素。具体而言，只要独立于基本构成要件的行为之外，又不能作为其他独立的犯罪构成要件的要素，或者虽然能够作为独立的另一犯罪构成要件要素，但立法没有把它作为独立构成要件要素对待之行为，都有成为行为加重犯加重因素的资格。是否实际采用加重犯的形式取决于立法的选择。当立法选择该重行为以加重犯形式责难时，行为加重犯的构成要件就呈现出复合“双基因行为”的特征。它是独立的符合刑法基本原理的刑罚结构形态。本论著的主要内容包括三个部分：

第一部分是行为加重犯的理论基础研究，具体阐述：（1）加重犯的概念与特征、加重犯的分类和加重犯的历史；（2）加重犯的构成、加重犯构成的要素、加重犯（构成内容）的结构；（3）加重犯加重基础的概念、加重基础的类型、加重基础的罪过形式、加重基础的行为形式和加重基础的完成形态；（4）加重犯加重因素的概念与特征、加重因素的要求、加重因素的理论学说、加重因

素的实证分析和加重因素的类型；（5）加重基础与加重因素的关系。

第二部分是行为加重犯的基本理论研究，具体包括：（1）行为加重犯的独立性问题，涉及行为加重犯问题的提出、行为加重因素的实证分析、行为加重犯独立的根据；（2）行为加重犯的构成和结构；（3）行为加重犯之行为与犯罪行为之关系，着重对行为的功能、行为加重犯行为的特点进行考证；（4）行为加重犯与结果加重犯、情节加重犯、手段加重犯的关系。

第三部分是行为加重犯的立法应用研究，具体研究：（1）行为加重犯与犯罪现象，涉及犯罪现象与刑罚等级、犯罪现象的犯罪化及标准；（2）行为加重犯与犯罪竞合；（3）行为加重犯与刑事立法等问题。

行为加重犯作为独立的加重犯形式，具有与结果加重犯、情节加重犯同样的地位。如果说，结果加重犯的出现，是大陆法系立法的产物，那么，行为加重犯的提出是现代立法和犯罪构成体系发展的结果。行为加重犯理论的创立，完善了加重犯的理论体系，是对加重犯理论框架的拓展，也是对广义的情节加重犯内容的细化，推动了犯罪构成学说的发展。笔者期待着有更多的人能加入到这支队伍中来，对这一理论进行补正和深化。

目 录

上篇 行为加重犯的理论基础研究

第一章 加重犯概述	(3)
第一节 加重犯的概念	(3)
一、国外关于加重犯的概念	(4)
二、我国关于加重犯的概念	(7)
三、笔者对加重犯概念的理解	(8)
第二节 加重犯的特征	(12)
一、加重犯是特殊的犯罪形态	(12)
二、加重犯是一罪的类型	(14)
三、加重犯是基本犯罪的延续	(15)
四、加重犯是同一罪名刑的加重	(16)
第三节 加重犯的分类	(18)
一、加重犯分类的标准	(18)
二、加重犯的类型	(19)
第四节 加重犯的历史	(31)
一、加重犯的历史沿革	(31)
二、中国刑法对加重犯的理论研究与实践	(32)
第五节 设置加重犯的意义	(39)
一、有利于刑法规范更加细密	(39)

目 录

二、有利于罪刑结构更加合理	(39)
三、有利于司法适用更加准确	(40)
第二章 加重犯的构成	(41)
第一节 加重犯构成的概念	(41)
一、犯罪构成的一般原理	(41)
二、加重犯构成的特征	(45)
三、加重犯构成与犯罪构成的关系	(46)
第二节 加重犯构成的要素	(46)
一、加重构成要素的概念	(46)
二、加重构成要素的内容	(47)
三、加重犯构成的罪状考察	(47)
第三节 加重犯的结构	(51)
一、结构与要素	(51)
二、加重犯的结构	(52)
三、加重犯结构的基本类型	(55)
四、加重犯结构的对应性	(58)
第三章 加重犯的加重基础	(60)
第一节 加重基础的概念	(60)
第二节 加重基础的类型	(61)

目 录

一、加重基础类型的特点	(61)
二、加重基础的类型考察	(63)
第三节 加重基础的罪过形式	(70)
一、加重基础的罪过	(70)
二、加重基础罪过形式的选择	(71)
第四节 加重基础的行为形式	(74)
一、加重基础的行为形式	(74)
二、加重基础行为形式的定性	(75)
第五节 加重基础的完成形态	(76)
一、加重基础的完成形态	(76)
二、对加重基础完成形态的剖析	(78)
第四章 加重犯的加重因素	(80)
第一节 加重因素的概念与特征	(80)
一、加重因素的概念	(80)
二、加重因素的特征	(81)
三、加重因素的地位和作用	(82)
第二节 加重因素的要求	(82)
一、加重因素必须具有社会危害性	(82)
二、加重因素是刑法上被责难的因素	(83)

目 录

三、加重因素是超过了基本犯罪的罪状要求的要素	(84)
四、加重因素不能在基本犯罪之外符合独立的犯罪构成	(84)
五、加重因素的产生与加重基础有关	(84)
六、加重因素是法定的	(84)
第三节 加重因素的理论学说	(85)
一、西方国家及我国台湾地区关于加重因素的理论	(85)
二、我国关于加重因素的理论	(88)
三、对加重因素学说的评述	(98)
第四节 对加重因素的实证分析	(99)
一、国外及我国台湾地区关于加重因素的立法	(99)
二、我国刑法对加重因素的立法规定	(151)
第五节 加重因素的类型	(161)
一、加重因素是加重犯命名的直接依据	(162)
二、加重因素的分类标准	(162)
三、加重因素的类型	(163)
第五章 加重基础与加重因素的关系	(164)
第一节 加重犯要素间关系的特点	(164)

目 录

一、加重基础的统一性	(164)
二、加重因素的相对性	(165)
第二节 加重基础与加重因素的关系	(165)
一、加重基础是加重因素需要加重刑罚的前提	(165)
二、加重因素是弥补加重基础基本犯罪法定刑不足的事由	(167)
三、加重因素在一定条件下可以转化为加重基础	(168)
中篇 行为加重犯的基本理论研究	
第六章 行为加重犯的独立性	(171)
第一节 行为加重问题的提出	(171)
一、对交通肇事罪立法规范的原文解读	(171)
二、交通肇事罪立法规范与加重犯理论之冲突	(173)
第二节 行为加重犯的实证分析	(184)
一、国外及我国台湾地区行为加重犯的立法	(184)
二、我国行为加重犯的立法	(187)
第三节 行为加重犯的理论现状	(191)
一、国外关于行为加重犯的理论	(191)
二、我国关于行为加重犯的理论	(192)
第四节 行为加重犯独立的根据	(194)

目 录

一、行为加重因素独立的法理基础	(194)
二、行为可以独立成为加重因素的理由	(195)
三、作为加重因素的行为的特点及与基本罪 行为的关系	(196)
四、行为加重因素之主观心理与基本罪主观 心理状态之关系	(197)
第七章 行为加重犯的构成和结构	(200)
第一节 行为加重犯的概念	(200)
一、界定行为加重犯概念的说明	(200)
二、行为加重犯的概念	(202)
第二节 行为加重犯的构成	(204)
一、行为加重犯构成的概念	(204)
二、行为加重犯构成的要素	(204)
第三节 行为加重犯的结构	(205)
一、行为加重犯的结构特征	(205)
二、行为加重犯的结构类型	(207)
第八章 行为加重犯之行为与犯罪行为之关系	(209)
第一节 行为的概念	(209)
一、行为概念的界别	(209)