

董玉庭 著

刑法 前沿问题探索

A RESEARCH ON CRIMINAL LAW
FRONTIER ISSUES

 人 民 出 版 社

董玉庭 著

刑法 前沿问题探索

A RESEARCH ON CRIMINAL LAW
FRONTIER ISSUES

 人 民 大 学 出 版 社

责任编辑:王青林

图书在版编目(CIP)数据

刑法前沿问题探索/董玉庭 著. —北京:人民出版社,2010.6
ISBN 978-7-01-009116-7

I. ①刑… II. ①董… III. ①刑法-研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 134111 号

刑法前沿问题探索

XINGFA QIANYAN WENTI TANSUO

董玉庭 著

人民出版社 出版发行
(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京瑞古冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:8.625

字数:196 千字

ISBN 978-7-01-009116-7 定价:24.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号
人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

作者简介

董玉庭，男，1969年生，内蒙古通辽市人。2000年毕业于吉林大学，获刑法学博士学位。2004年9月-2007年9月中国社会科学院法学研究所博士后。2001年破格晋升副教授。2004年破格晋升教授。现任黑龙江大学法学院教授、博士研究生导师、研究生学院院长。兼任：中国刑法学研究会理事、中国犯罪学研究会理事、中国青少年犯罪研究会理事、黑龙江省刑法学研究会副会长、哈尔滨市检察院副检察长。主要代表性论文：《主观超过因素新论》、《论实行行为》、《论诉讼诈骗及其刑法评价》。代表性著作：《盗窃罪研究》、《刑事自由裁量权导论》。在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《环球法律评论》、《现代法学》、《法制与社会发展》等法学专业期刊发表学术论文70多篇。

目 录

第一章 犯罪构成理论的新发展	(1)
第一节 主观超过因素新论	(1)
一、引论	(1)
二、主观超过因素的理论诠释	(5)
三、主观超过因素的外延	(18)
四、主观超过因素之认定困境及其克服	(37)
第二节 论实行行为	(44)
一、实行行为及相近概念辨析	(44)
二、实行行为的证成与社会相当性	(50)
三、实行行为之构造	(56)
第三节 期待可能性理论的法理学分析	(64)
一、理论描述及问题的提出	(64)
二、期待可能性与责任本质理论	(69)
三、期待可能性的本质：义务性规范的立法要求	(73)
四、刑事司法的立场：形式合理性优先	(80)
第四节 单位组织实施非单位犯罪问题研究	(87)
一、案例与问题	(87)
二、否定论及其批判	(90)

三、单位犯罪中单位及其成员承担刑事责任的依据	(101)
四、结论	(115)
第二章 刑法理论的争议性问题	(117)
第一节 也论我国刑法知识的去苏俄化	(117)
一、我国刑法知识需不需要“去苏俄化”?	(117)
二、我国刑法知识该怎样实现“去苏俄化”?	(121)
三、简短的结论	(129)
第二节 论数额犯中的虚拟共同犯罪问题	(130)
一、案例与问题	(130)
二、数额犯中数额累计的理论基础	(132)
三、虚拟共同犯罪概念之提出	(135)
四、结论	(139)
第三节 司法解释的合理性分析	(140)
一、盗伐行为是否需要以非法占有为目的?	(141)
二、盗伐林木罪与盗窃罪(盗窃林木)的关系 ...	(146)
三、非法收购盗伐的林木罪情节严重的标准	(149)
四、盗伐与滥伐的界限	(152)
第四节 再论计算机犯罪概念	(154)
一、犯罪学与刑法学的语境差异	(154)
二、计算机犯罪概念的语义分析	(157)
三、计算机犯罪的外延分析及其定义	(162)
第三章 侵犯人身权利罪的理论热点	(170)
第一节 婚内强奸的刑法学分析	(170)
一、引论及方法论	(170)
二、婚内强奸行为罪与非罪的理论之争	(172)

三、什么是婚内强奸侵害的法益?	(175)
四、婚内强奸的刑法评价之定位	(180)
第二节 婚内强奸的变异形态及其刑法评价	(185)
一、引论	(185)
二、变异形态的婚内强奸	(185)
第四章 侵犯财产犯罪的争议问题	(192)
第一节 捡与偷的界分	(192)
一、问题的提出	(192)
二、涉嫌罪名的行为类型	(193)
三、财物的控制支配关系对行为类型的影响	(195)
四、拾得遗失物与侵占罪的行为类型部分一致	(201)
第二节 论诉讼诈骗及其刑法评价	(203)
一、问题的提出及概念之分析	(203)
二、诉讼诈骗是否构成诈骗罪的论争	(207)
三、诉讼诈骗行为属性分析	(211)
四、诉讼诈骗实然与应然的法律后果	(218)
第三节 行使权利的疆界	(222)
一、判例与问题	(222)
二、敲诈勒索罪的成立条件	(225)
三、涉及行使权利的敲诈勒索罪与非罪的处理 原则	(230)
第四节 ATM 机上非正常取款行为的刑法学分析 ...	(234)
一、问题的提出	(234)
二、方法论的选择	(235)
三、拾得他人信用卡在 ATM 机上的取款行为之 定性	(240)

四、许霆行为之定性	(246)
第五节 一个话题的继续	(248)
一、许霆案的回顾	(248)
二、有必要继续研究的问题	(249)
三、非法占有目的不决定行为类型	(250)
四、结论：许霆行为应认定为侵占罪	(258)
参考文献	(260)

第一章 犯罪构成理论的新发展

第一节 主观超过因素新论

一、引论

定罪过程中彻底禁绝主观归罪和客观归罪,此乃现代刑法进步标志之一。主客观相统一的定罪原则已成为不可动摇的刑法基本理念。^① 主客观相统一是指行为成立犯罪必须达到所有客观要件与主观要件构成有机统一的整体。其中主观要件包括犯罪主体和犯罪主观方面,客观要件包括犯罪客体和犯罪客观方面。统一的主客观要件之本质并非要件的简单齐备,而是齐备的要件之间相互联系、相互制约。“从各种要件的联系性质来看,犯罪构成并不是所有这些单个要件的简单相加的复合体,而是这些要件相互联系、相互作用、相互制约的有机体”。^② 在相互关联诸要件排列组合的相互制约关系中,主观方面与客观方面的相互制约尤其值得关注。根据我国刑法学的通说,主观方面主要是罪过(包括

^① 在我国刑法理论中基本都坚持主客观相统一的定罪原则。实际上在大陆刑法理论主、客观主义的论争中,无论是主观主义还是客观主义都是在坚持最基本的主客观相统一前提下讨论问题的。参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第57—59页。

^② 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第72页。

故意和过失),除此之外主观方面有时还包括一些超罪过的要素(如犯罪目的等)。客观方面主要包括行为、结果及行为与结果之间的因果关系。在通常意义上理解主观方面与客观方面的相统一,其含义并不仅仅指主观方面各个要素和客观方面各个要素必须具备,而且还指主观要素与客观要素必须相互对应。也就是说主观要素是以客观要素为其认识及意志作用的对象。例如犯罪故意这样的主观要素必须以犯罪的客观要素为其内容,否则故意不能成立。在故意犯罪的情况下,行为人必须明知犯罪客观方面的构成事实,并且希望或者放任危害结果的发生,也可以说对于犯罪构成客观方面的事实,行为人必须有认识,否则就阻却故意。^①因此故意的内容与构成要件的客观要素之间应存在一种对应关系。过失犯罪与故意犯罪相比情况虽然特殊(尤其是疏忽大意过失),但类似的统一性仍然存在。例如在疏忽大意过失中,虽然行为人主观要素中对客观要素确无具体反映,但是行为人承担责任的过失范围却同样是由客观要素划定的,也就是说行为人主观的预见义务是以行为、结果等客观要素作为判断标准。因此疏忽大意过失犯罪中,在实然层面上行为主观要素中并无客观要素的内容,但在应然层面上主客观要素应处于相统一的制约联系中。^②

对犯罪主观方面与客观方面统一性问题的探讨,隐含了一个理论前提,那就是主客观方面能相统一的界限只能由罪过划定。

① 张明楷:《刑法学》上册,法律出版社1997年版,第196页。

② 在大陆刑法理论中,故意、过失是构成要件要素还是责任要素,一直存有争论。有的观点认为故意、过失是构成要件要素,有的观点认为故意、过失是有责任性要素,还有的认为故意、过失既是构成要件要素,也是有责任性要素。无论故意、过失的理论位置如何,其内容都要与客观要素相一致。

在罪过的界限内,每一个主观要素必有一个客观要素与之相对应,有一个客观要素必有一个主观要素与之相对应。但是主观方面的内容较为复杂,有些情况下都要超出罪过的界限,在罪过之外的主观要素,就未必有客观要素与之相对应。比如目的犯中的犯罪目的,此目的就是一种单纯的主观要素,并无客观要素与此目的相互对应,因此如果我们对主客观方面相统一的分析离开了罪过的界限,那么主客观就会出现难以统一的情形,罪过之外的主观要素因为没有与之相对应的客观要素而成为超过因素,理论界也称之为主观超过因素。“法国、日本刑法规定的伪造货币罪都是目的犯,要求行为人主观上以‘行使为目的’,但客观上又不要求行为人已经行使了伪造的货币,因此,‘以行使为目的’就是超过构成要件客观要素范围的主观要素,德国学者 A. Hegler 将它称之为超过的内心倾向,亦称主观的超过要素。”^①此种超出客观的主观超过因素就是本文研讨的核心。

犯罪构成中主客观方面的不一致不仅表现在存有主观超过因素的情形,同时还包括客观因素超过主观因素的情形,后者理论界称之为“客观的超过要素”。客观的超过要素是一种缺乏主观内容与之对应的客观要素。^②正是由于这种要素没有在行为人主观内容中表现出来,所以相对于主观要素而言它是超过的部分,当某一犯罪的成立要求这种客观超过要素时,这种要素只要在客观上单纯存在就已足够,行为人对此完全可以没有任何的认识。在德日等大陆刑法理论中,一般将客观超过因素称为客观处罚条

① 张明楷:《“客观的超过要素”概念之提倡》,《法学研究》1999年第3期。

② 刘士心、董玉庭:《德日刑法的犯罪客观处罚条件与我国刑法的犯罪构成》,2002年刑法学年会提交论文。

件。^①“应受处罚性的客观条件(objektive Bedingungen der Strafbarkeit),是指这样的一些情况,它们与行为直接相关,但既不属于不法构成要件也不属于责任构成要件”,“对于应受处罚性问题,仅仅取决于客观上存在或者不存在这样的事实,没有必要将故意或过失牵扯进来”。^②例如德国刑法第104条规定,针对外国的犯罪,只有当受害国与德国有外交关系并定有互惠保护协定时才受处罚,而这种外交关系的有无无需行为人对此有认识或意志。有学者认为我国刑法第129条规定的丢失枪支不报罪,其客观要件中“丢失枪支”和“造成严重后果”就属于超出主观内容的客观超过因素。^③

在此简单讨论客观超过因素的基本内涵,目的是更好地从平行理论角度衬托出主观超过因素的理论意义。主观超过因素和客观超过因素的存在,意味着要从更深刻的层面来理解主客观的统一。在犯罪成立所需要的主客观要素中,罪过领域的主观要素与相应的客观要素形成一一对应的关系,否则犯罪无法成立。当存在客观超过因素时,这些因素无论表现为行为还是结果,都无需在行为人主观中有所反映。当存在主观超过因素时,无论表现为

① 在我国刑法理论中客观超过因素或客观处罚条件问题目前正处于争论阶段,尚无定论。大陆刑法理论中罪与刑是可以分离的,所以客观处罚条件较容易被认可。而我国刑法中罪与刑相互对应,一般不能分离,客观处罚条件概念较难被接受,用客观超过因素表述此客观条件较为妥当。客观超过因素尽管超越主观要素,但仍是犯罪构成条件之一,而非仅为处罚条件。本文在此讨论客观超过因素,目的是为了更进一步说明主、客观要素不一致的情形。

② [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第667页。

③ 参见张明楷:《“客观的超过要素”概念之提倡》,《中国刑法学精粹》2001年卷,第317—318页。

目的或是内心倾向,都无需有客观表现与之联系,这也就是说,主客观的相统一实际上是有条件有范围的,超出了这个范围,主客观往往是不统一的,无论是客观超过因素还是主观超过因素,都将独立地对犯罪的成立起到至关重要的作用,非常有必要对这些独立于统一性之外的定罪要素深入研究。鉴于本文研究的主题是主观超过因素,因此对客观超过因素只能作此对比性宏观介绍。

二、主观超过因素的理论诠释

简单地讲,主观超过因素是指在犯罪构成的诸要素中,没有客观要素与之对应的那些主观要素,也可以说在主观中超出客观要素所对应的主观内容的那部分要素。

(一) 中国刑法理论关于主观超过因素的研究误区

中国的刑法理论对主观超过因素并非没有研究,在各种权威的教材书及专著中,均在犯罪构成的主观方面对此问题给予关注。但少有从主客观要素相互对应的角度作深入探讨。“犯罪的动机和目的是支配行为人实施犯罪行为的一种心理活动,是犯罪主观方面的主要内容之一。它们直接决定并影响犯罪行为的社会危害性质和危害程度,对定罪量刑具有直接的重要意义。”^①“犯罪行为的社会心理内容,通过行为人所犯罪行的目的和动机而被充分地揭示出来。正是这些要件揭示出故意或过失的产生机制,从而可以在任何一个具体的犯罪构成中提出它们独立的有法律意义的问题。”^②因此,尽管中国刑法犯罪构成理论十分重视目的、动机这样

① 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第382—383页。

② [苏联]斯·塔拉鲁欣:《犯罪行为的社会心理特征》,公人、志疆译,国际文化出版社1987年版,第71页。

的主观因素,认可其对犯罪认定的价值,但是研究的路径只是单纯地对目的、动机进行心理学意义上的探讨,其理论意义必将大打折扣。不从主观超过客观的角度分析犯罪的主观方面,往往容易导致忽略主观方面内部各个要素之间的关系,特别是犯罪故意与犯罪目的界限可能变得模糊不清。例如,在我国刑法理论中大多认为财产犯罪属于目的犯,但是财产犯罪主观方面中目的和故意的界限却被很多著作所忽略。有的观点认为财产犯罪“主观方面只能是故意,过失不构成这类犯罪。由于这类犯罪故意的内容是以非法占有、非法营利或非法毁损为目的而侵犯公私财物所有权,因而故意的表现形式只能是直接故意,而不可能是间接故意。”^①在这种观点中似乎非法占有、非法营利或非法毁损的目的是这些犯罪故意的内容。还有观点认为盗窃罪的主观方面是直接故意,且具有非法占有数额较大的公私财物或者通过多次盗窃非法占有公私财物的目的。这种表述把直接故意与非法占有目的用“且”字进行连接,已经表示出故意和目的的并列关系,但这种观点在论述故意的内容时,却把非法占有的犯罪目的当成了故意的要素。^②在这些关于财产犯罪主观方面的描述中,实际上并没有明示犯罪故意与犯罪目的的关系,导致犯罪的目的到底是犯罪故意之内的内容还是犯罪故意之外的要素并不清楚。因此从主客观相结合的角度研究主观超过因素,便于正确把握这些因素的意义、价值及在犯罪构成中的地位。另外主观超过因素涉及内容过小是我国刑法理论的又一误区,目前刑法理论关于主观超过因素的研究主要集

① 苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社1994年版,第567页。

② 赵秉志:《侵犯财产罪》,中国人民公安大学出版社1999年版,第164—165页。

中在目的和动机上,除此之外的主观超过因素涉及甚少。^①虽然在我国刑法典中规定的主观超过因素确实只有犯罪目的,但是在理论上把主观超过因素局限于犯罪目的,必然阻碍此问题的深入研究。

(二) 主观超过因素在大陆刑法理论中的定位

犯罪构成论是刑法理论中的瑰宝,从犯罪构成的理论渊源上说,大陆刑法学(主要是德国)是该理论的圣地。自从德国学者贝林格(Beling)1906年提出他的犯罪构成要件理论以后,M. E. 迈耶和麦兹格(Mezger)各自提出了自己的构成要件理论,丰富和发展了贝林格的构成要件论。除德国刑法学者之外,对刑法构成要件作出巨大贡献的就要属日本学者,主要是小野清一郎、泷川幸辰、佐伯千仞、大塚仁、大谷实、平野龙一、西原春夫等。在构成要件理论的发展史上,出现了学说林立的繁荣景象。但无论构成要件学说如何多姿多彩,在对待犯罪成立条件的问题上,却没有太大区别。目前大陆刑法犯罪构成论通常采用三分制观点。所谓三分制是指将构成要件该当性、违法性、有责性作为犯罪成立必备的三个要件。^②构成要件该当性、违法性和有责性具体内容包括什么,不同犯罪构成理论有不同观点,但犯罪成立所需的基本框架却已根深蒂固。因此,大陆刑法中构成要件该当性只是犯罪成立的一个条件而已,而非全部条件。这与我国刑法理论的构成要件概念

^① 在大陆刑法理论中主观超过因素内容除了目的犯中的目的之外,还包括倾向犯罪的内心倾向,表现犯罪中的内心状态等。对这些主观超过因素在我国刑法理论中只有个别学者的著作有所涉及。

^② 当然大陆刑法理论中对于犯罪构成论也有采用四分制的观点,即认为犯罪成立的要件包括构成要件该当性、违法性、有责性、应受惩罚性。采用四分制论点的学者占少数。参见甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》上册,北京大学出版社1984年版,第272页。

有重大区别。中国刑法犯罪构成要件理论直接源于苏联,犯罪构成要件实际上是犯罪成立所需全部要件,包括犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面、犯罪客观方面。

我国刑法犯罪构成四个要件之间是一种平行关系,四个要件处于同一理论层面。理论中对四个要件虽有先后排序的区别,但排序的差别并无重大理论意义。如先判断主观方面抑或是先判断客观方面,先判断主体抑或是先判断客体,对罪之评价结果并无太大影响。大陆刑法犯罪成立的三个条件之间,是一种分层次关系。对行为是否成立犯罪之评价,必须先判断该行为是否具备构成要件该当,如得肯定结论,才能进入第二层次违法性的判断阶段,构成要件该当性及违法性判断均被肯定,便进行第三层次有责性的判断。正是因为大陆刑法犯罪成立三个条件之间的层次关系,某一构成要素究竟归属哪一个层次范围之内,向来是大陆刑法十分关注之问题。例如关于期待可能性在大陆刑法犯罪论中的地位,争议一直较大,有人认为期待可能性是与责任能力、故意或过失并列的责任要素,还有人认为期待可能性是故意和过失的构成要素等等。^①

主观超过因素在大陆刑法理论中基本被认为是主观违法要素,并且是一种较特殊的主观违法要素。“所谓特别的主观的违法要素,也叫做超过的主观的违法要素。包括目的犯的目的,倾向犯罪的主观倾向,表现犯的内心状态和记忆。”^②也可以说在大陆刑法中,存在一般的主观违法要素和特殊的主观违法要素,一般的

① [日]福田平、大塚仁主编:《日本刑法总则讲义》,李乔等译,辽宁人民出版社1986年版,第130—131页。

② [日]野村稔:《刑法总论》,何力译,法律出版社2001年版,第109页。

主观违法要素包括故意和过失,特殊的主观违法要素,也就是主观超过因素(或称超过的主观因素)。例如,日本学者大塚仁也是在主观违法要素的意义上理解主观超过因素的理论地位。“主观性违法要素的观念,从本世纪初开始通过德意志学者们的努力逐渐被认识到了。梅兹格加以总结后指出,主观性违法要素包含目的犯中的目的、倾向犯中的内心性倾向、表现犯中的内心状态。”^①大陆刑法理论认可主观超过因素作为主观违法要素有一个发展过程。大陆刑法早期的构成要件理论一般认为构成要件只限于客观的、记述性的因素,与主观的要素没有关系。“违法是客观的,责任是主观的”是当时的基本观念。德国学者贝林格(Beling)的构成要件论就持此种主张。^②这种构成要件理论既然把主观超过因素排除在构成要件之外,因此它就自然不能承认主观超过因素作为主观性违法要素,在这种理论中,主观超过因素以及故意、过失都被看成责任的范畴。后期越来越多的学者认为构成要件应是类型化的违法,当不存在违法阻却事由时,符合构成要件的行为自然是违法的,构成要件只不过是违法类型而已。^③构成要件既然是违法类型,决定这种类型的一切要素当然应成为构成要素,并且这些要素也自然是违法性要素,过去只承认客观要素作为构成要件内容显然不合适。例如,如果单从客观上考虑,完全忽略主观要素,故意杀人和过失致人死亡可能无法区别。因此只包含客观要素的构成要件不能做到类型化。这种观点不但认为主观超过因素

① [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130页。

② 马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社2002年版,第112—114页。

③ [日]阿部纯二等编:《刑法基本讲座》第二卷,(日)法学院1994年版,第7—9页。