

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

刑法博士

博士文丛

武汉大学

●湖南省社科基金项目《目的犯基础理论研究》(07YBB214)

武汉大学刑法博士文丛 (14)

目的犯研究

MUDIFANYANJIU

◎欧阳本祺 著



中国人民公安大学出版社

湖南省社科基金项目《目的犯基础理论研究》(07YBB214)

武汉大学刑法博士文丛(14)

目的犯研究

欧阳本祺 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

目的犯研究/欧阳本祺著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009.4

(武汉大学刑法博士文丛; 14)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 520 - 4

I. 目… II. 欧… III. 目的 (法律) —犯罪—研究

IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 047954 号

目的犯研究

Research on the Crime Including Intention

欧阳本祺 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2009 年 4 月第 1 版

印 次: 2009 年 4 月第 1 次

印 张: 8.75

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 235 千字

印 数: 1 ~ 3000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 520 - 4/D · 428

定 价: 24.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cpsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以后，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般说来选题合理，资料翔实，思路开阔，论证充分，精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从 1987 年开始招收博士生。在将近 20 年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到颇好的评价。进入新的世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。而如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立“武大刑法博士文丛”，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法学博士论

目的犯研究

文，形成规模效益；可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

“武大刑法博士文丛”，由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选题范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。“武大刑法博士文丛”的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武大刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生，能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武大刑法学科大力的支持，“武大刑法博士文丛”的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006年夏于珞珈山

引 言

陈兴良教授曾经说，刑事法学专业槽的建构和学术功底、问题意识、研究方法休戚相关：学术功底是专业槽建构的基础；问题意识是专业槽建构的关键；研究方法是专业槽建构的保证。^① 确实，对于刑事法学中的每一个问题，学术功底、问题意识和研究方法都是决定研究成败的关键。本书的写作也源于对目的犯中一些基本问题的困惑与思考。

一、问题所在

我国刑法学目的犯之研究一直被一些基本问题所困惑：

第一个问题是目的与故意之关系以及目的犯之概念。目的与故意之关系和目的犯之概念是两个紧密相连的问题：对目的与故意关系的不同理解会导致对目的犯概念的不同理解。

早期的通说认为，目的是直接故意的内容，因此目的犯是直接故意犯罪中的一种。所有的目的犯都是直接故意犯罪；但并非所有的直接故意犯罪都是目的犯。现在的通说认为，目的可以分为两种——作为直接故意意志要素的目的和作为主观超过要素的目的。而目的犯仅限于以目的作为主观超过要素的犯罪；目的犯之目的是直接故意意志要素之外的主观超过要素。

^① 陈兴良：《学术功底·问题意识·研究方法（代总序）》，载陈兴良主编：《刑事法学研究丛书》，中国政法大学出版社1998年版。

目的犯研究

可见，关于目的犯之目的与故意的关系，我国刑法学研究的“钟摆”已经从一端摆到了另一端。然而，目的犯之目的与故意的关系，是“非此即彼”（目的犯之目的不是在故意之内就是在故意之外），还是“或多或少”（有的目的犯之目的是故意的意志要素，有的是故意之外的主观超过要素）呢？这个问题是本书研究的出发点。

例如，我国刑法第 152 条规定的走私淫秽物品罪要“以牟利或者传播为目的”，该目的确实与走私淫秽物品的犯罪故意没有关系，是故意之外的主观超过要素；第 239 条规定的绑架罪要“以勒索财物为目的”，该目的也与绑架的犯罪故意没有关系，是故意之外的主观超过要素。但是，刑法第 243 条规定的诬告陷害罪要求行为人具有“使他人受刑事追究的意图”。“使他人受刑事追究的意图”难道与故意全然没有关系而成为故意之外的主观超过要素？事实上并不是这样。例如，行为人意图使他人受刑事追究而诬告他人通奸的行为并不构成诬告陷害罪；“使他人受刑事追究的意图”应该对于明确诬告陷害罪的故意起着某种作用。再如，盗窃罪的犯罪故意离开非法占有的目的也无法认定。

可见，有些目的犯之目的是故意之外的主观超过要素；有些目的犯之目的是故意的内容。目的犯并不完全是以目的为主观超过要素的犯罪。笔者认为，目的犯是指以行为人主观上具有某种特定的目的作为构成要件的犯罪；该目的要么有助于明确犯罪故意的内容，使此犯罪故意能够很容易地区别于其他犯罪故意，要么能够对犯罪行为法益侵害性产生影响。

第二个问题是非法定目的犯之法律解释问题。对于非法定目的犯，一方面法律并没有规定特殊目的；另一方面刑法理论和实践又认为其是包含了特定目的之目的犯。那么，该特定目的从何而来？这实际上涉及刑法解释的问题。有的学者认为，对于非法定目的犯，尽管刑法没有明文规定，但可以通过限制解释将某些犯罪确认为目的犯；有的学者认为，非法定目的犯中法律没有规定特定目

的，属于隐藏的法律漏洞。而隐藏法律漏洞的适用方法是目的性限缩。所以，对于作为隐藏的法律漏洞的目的犯当然就是通过目的性限缩的方法来进行漏洞补充。

但是，限制解释和目的性限缩是两种完全不同的解释方法：限制解释是狭义的解释方法；目的性限缩是漏洞补充方法。两种不同的解释方法背后隐藏的是对于非法定目的犯构成要件结构的不同理解。如果认为非法定目的犯不是刑法漏洞，则适用限制解释；如果认为非法定目的犯是刑法漏洞，则适用目的性限缩。笔者认为，对于不真正的非法定目的犯适用限制解释；对于真正的非法定目的犯适用目的性限缩。

总之，如何理解目的犯之概念及目的与故意之关系，以及如何解释非法定目的犯是本书写作时所面临的两个基本问题，也是本书试图解决的两个基本问题。

二、研究方法

我国刑法学对于目的犯的研究方法总体而言没有太大的创新。一般学者都囿于“非此即彼”的概念思维：不论是对于目的与故意关系的理解，还是非法定目的犯的法律解释，都没有跳出概念思维的圈子。以这样的研究方法很难认识目的犯之真相。正如拉德布鲁赫所说：“生活现象的认识只是一种流动的过渡，但概念却强硬地要在这些过渡中划分出一条明确的界线。在生活现象仅仅显得‘或多或少’（模糊）地带，概念却要求须作出‘非此即彼’的判断。”^①如果我们利用类型思维方法就会获得一些豁然开朗的见解。

“类型”是拿来与“抽象概念”作对比的，二者通常被认为是

^① 转引自吴从周：《论法学上之类型思维》，载《法理学论丛——纪念杨日然教授》，月旦出版社股份有限公司1997年版，第307页。

目的犯研究

两种不同的思维方式。概括起来说，它们的不同点有：^①

(1) 概念是封闭的，只有所有特征都具备时概念才存在；类型是开放的，其特征中的某一个或几个可以舍弃，并不会影响类型的存在。

(2) 概念与类型在其对事实对象的“归类程序”上也不同。前者只能够以“either... or”（是或者不是）的方式，将某一事实涵摄（Subsumtion）于概念之下；后者则可以“more or less”（或多或少）的方式，将某一事实归类（Zuordnen）于类型之下。

(3) 概念适用于事实时，要求概念特征具有同一性；类型适用于事实时，只要求彼此具有相似性即可。

(4) 概念具有可定义性，即透过穷尽地列举对象特征的方式加以定义；类型则无法加以定义，只具有描述性，即通过描述一连串具有不同强度的特征来加以描述。

(5) 概念特征之数目与概念范围成反比例（概念的内涵特征越少，概念的适用范围越广；内涵特征越多，适用范围越小）；类型概念则不能够适用该逻辑法则。

本书利用类型思维将目的犯分为四类：非法定的断绝结果犯（不真正的非法定目的犯）→法定的断绝结果犯→法定的短缩二行为犯→非法定的短缩二行为犯。这四种类型目的犯中，目的与故意之关系、目的之功能、法律解释方法都具有差异。

^① 参见吴从周：《论法学上之类型思维》，载《法理学论丛——纪念杨日然教授》，月旦出版社股份有限公司1997年版，第306页。

目 录

引 言	(1)
一、问题所在	(1)
二、研究方法	(3)
第一章 目的犯概述	(1)
第一节 目的犯理论之发展	(1)
一、德日刑法学目的犯理论之发展	(1)
二、我国刑法学目的犯理论的发展	(28)
第二节 目的犯之概念	(33)
一、目的犯概念之争	(33)
二、本书中目的犯的概念	(37)
第二章 目的犯之目的要素	(50)
第一节 目的犯目的之属性（目的与故意的关系）	(50)
一、德日刑法学目的犯目的之属性	(50)
二、我国刑法学目的犯目的之属性	(57)
三、本书的观点	(60)
第二节 目的犯目的之本质（目的与动机的关系）	(65)
一、犯罪目的与犯罪动机的关系	(65)
二、目的犯目的本质之争	(68)
三、目的犯目的本质之争的辨析	(72)
四、本书的观点	(80)
第三节 目的犯目的之功能	(81)

目的犯研究

一、目的犯目的之基本功能	(81)
二、目的犯目的基本功能的具体表现	(82)
三、目的犯的基本立场——规范违反说之批判	(92)
第四节 目的犯之“非法占有目的”	(110)
一、“非法占有目的”的含义	(110)
二、“非法占有目的”与故意的关系	(123)
第三章 目的犯之类型化	(126)
第一节 目的犯分类的方法：类型理论	(126)
一、韦伯“理想类型”理论	(127)
二、考夫曼的类型理论	(131)
三、类型理论评述	(134)
第二节 目的犯之理论分类	(140)
一、德日刑法学目的犯的分类	(140)
二、我国刑法学目的犯的分类	(144)
三、本书对目的犯的分类	(150)
第三节 目的犯与相关犯罪类型之辨析	(155)
一、目的犯与倾向犯	(155)
二、目的犯与表现犯	(163)
三、目的犯与预备犯	(166)
第四章 目的犯之犯罪形态	(170)
第一节 目的犯之既遂形态	(170)
一、犯罪既遂的标准	(170)
二、断绝的结果犯的既遂	(173)
三、短缩的二行为犯的既遂	(184)
第二节 目的犯之罪数形态	(194)
一、断绝的结果犯的罪数形态	(194)
二、短缩的二行为犯的罪数形态	(201)
第三节 目的犯之共犯形态	(205)
一、目的犯目的与身份的关系	(206)

二、无目的者加工目的犯之实行行为	(208)
三、无目的者加工目的犯之目的实现行为	(214)
第五章 目的犯之法律适用	(217)
第一节 目的犯之法律适用现状	(217)
一、目的犯之法律适用之重点：探求非法定 目的犯之目的	(217)
二、目的犯法律适用的理论分歧	(219)
三、目的犯法律适用理论分歧的评述	(220)
第二节 非法定目的犯是否开放的构成要件	(222)
一、开放的构成要件之真意	(223)
二、不真正的非法定目的犯不是开放的构成要件； 真正的非法定目的犯是开放的构成要件	(224)
三、德日刑法中目的犯不是开放的构成要件	(228)
第三节 非法定目的犯是否法律漏洞	(233)
一、法律漏洞的概念和种类	(233)
二、真正的非法定目的犯属于刑法隐藏的漏洞	(240)
三、不真正的非法定目的犯不属于刑法漏洞	(243)
第四节 目的犯的适用方法	(244)
一、不真正的非法定目的犯的适用方法：限制解释 ...	(244)
二、真正的非法定目的犯的适用方法：目的性限缩 ...	(249)
主要参考文献	(254)
后 记	(263)

第一章

目的犯概述

第一节 目的犯理论之发展

一、德日刑法学目的犯理论之发展

（一）德国刑法学目的犯理论之发展

德日刑法学中所谓“目的犯（Absichtsdelikte），是指以特定目的作为主观构成要件要素的犯罪”。^①因此，目的犯理论是伴随着主观构成要件要素理论的发展而产生和发展的，目的犯理论离不开构成要件理论。根据日本学者西原春夫先生的看法，德国构成要件理论可以分为第二次世界大战前和第二次世界大战后两个阶段来考察。第二次世界大战前所关注的问题是：是否可以将所谓的主观要素、规范性要素作为构成要件要素？刑法学的趋势是对此持肯定态度，将构成要件作为违法类型来把握。第二次世界大战后所关注的问题主要有三个：一是是否可以将故意、过失导入构成要件中；二是如何考虑构成要件符合性与违法性的关系；三是是否可以将违法

^① 张明楷著：《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年版，第134页。

目的犯研究

阻却事由作为消极的构成要件要素。^① 目的犯的概念和理论则在第一阶段随着主观构成要件要素的发现而被提出，并在第二次世界大战后随着构成要件理论的发展而发展。

1. 目的犯理论产生的前提——构成要件理论的形成

目的犯作为一种特殊类型的犯罪，是以构成要件理论为前提的，没有构成要件理论就不会产生目的犯理论。因此，从这个意义上说，贝林的构成要件理论是目的犯产生的前提。

(1) 贝林（BeLing）的构成要件理论。

贝林的构成要件理论有两大特色：第一个特色是首次将构成要件符合性作为犯罪概念的独立要素。在贝林之前学者一般将归属概念或者行为概念作为犯罪论的中心课题，而贝林从罪刑法定原则出发，认为只有符合刑法分则所规定的构成要件（犯罪类型）的行为，才能够归属于行为人，从而第一次将构成要件符合性作为犯罪成立的第一个阶层。第二个特色是将构成要件作为纯粹客观的、描述性概念来把握。贝林一直认为构成要件只包含客观的、描述性要素，而将主观要素和规范性要素排除在外。他说，人们过去使用的“主观的构成要件”之类的概念，本身就是矛盾的。因为1871年德意志刑法第59条（关于错误问题）就已明确规定，不知属于“法律上的构成要件”的事实时，不能追究其责任。这一规定表明，构成要件只包括客观的事实，不包括主观要素。因此，行为的主观方面应作为责任问题来看待。贝林的这一观点从未改变，只不过在前后不同的时期对这一观点的解释方法有所改变。

在贝林前期的著作《犯罪论》（1906年）中，贝林认为：“构成要件应当被定义为犯罪类型的轮廓，构成要件是确定可罚行为的基础，舍此便没有犯罪。非类型化的行为不具有犯罪的特征。但是，相反的，所有符合构成要件的行为也并不都构成犯罪。为了成

^① 参见〔日〕西原春夫著：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社2006年版，第35页。

立犯罪，必须使实现构成要件的行为具有违法性和有责性，并且该行为必须同与该行为相应的刑罚的预告及处罚条件相符。构成要件是犯罪概念的核心，但其周围又集中着其他犯罪要件。根据构成要件，可以将复杂的生活过程中具备所谓犯罪特征的行为辨别出来。”^①很明显，贝林将构成要件理解为刑法分则所规定的抽象的犯罪行为的类型或犯罪类型的轮廓。并且为了贯彻罪刑法定精神，排除法官在构成要件符合性判断中的主观判断和价值判断，贝林将主观要素和规范要素排除在构成要件要素之外。这样，构成要件中就只剩下客观的和记述的要素，包括行为（含行为主体、行为客体、行为的附随情况）；法益侵害的结果；行为和结果的因果关系。所有的主观要素，包括故意、过失、目的、动机以及其他内在思想、意识等均排除出构成要件范畴，而属于罪责的范畴。^②

但是，贝林的这种理论存在着明显的自相矛盾之处，一方面认为构成要件是犯罪类型，另一方面又认为构成要件仅包含客观的、记述的要素。而一个犯罪类型区别于另一个犯罪类型，除了客观方面外还必须联系主观方面来判断，如故意杀人罪类型与过失致人死亡罪类型的区别，离开了主观罪过，根本无法判断。所以，犯罪类型中应该包括客观要素和主观要素。但是，贝林却认为作为犯罪类型的构成要件只包括客观要素而不包括主观要素，这是自相矛盾的。在贝林的《犯罪论》发表后，费舍尔（H. A. Fischer）、纳格勒（Nagler）、多纳（Dohna）、黑格勒（A. Hegler）等先后提出了主观违法性要素。

在这种内外交困的情况下，贝林寻求维持其构成要件要素客观

① 转引自马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第223页。

② 参见马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社1996年版，第201页。

目的犯研究

性、记述性观点的理论突围。^① 其方法就是改变以前把构成要件理解为犯罪类型的做法，而将两者分离，认为两者既有联系又有区别。犯罪类型由各个要素构成，“不仅需要那种无须与内在要素相适应之纯粹外在要素（如破产罪中的破产，故意伤害致死中的死亡结果），还需要那种无须与外在要素相适应之纯粹内在要素（如目的犯、谋杀罪中的谋划）”。^② 而构成要件则是一个纯粹的功能性概念，是指导犯罪类型各个要素的观念形象。构成要件的作用在于既规制犯罪类型的客观要素，也规制犯罪类型的主观要素，为犯罪类型内部诸要素的关联性奠定基础，使各个要素形成一个犯罪类型。贝林认为：“那些被称为‘主观构成要件要素’的情节在法律上的重要性固然毋庸置疑，但其方法论的立场则应另当别论了：它们是犯罪类型本身的要素，而不是从犯罪类型中提炼出来的指导形象的要素。比如说，非法占有目的对盗窃罪而言是典型的，但是它处于故意实施盗窃罪的构成要件，即‘拿走他人的动产’的后面，且该目的仍停留于犯罪类型的纯粹主观方面。”^③

可见，贝林的立场一直是认为构成要件中不包括主观要素，在这样一种理论中目的犯没有产生的土壤——重视研究构成要件中的主观要素。

① 贝林在1915年时一度认为德国刑法典中盗窃罪要件中的“非法占有目的”是主观违法要素，盗窃罪的成立，必须是行为人以非法占有目的取得他人财产，但不需要占有这一目的得以实现，因此非法占有目的不需要与外部的、客观的要素相对应。贝林把非法占有目的称为“超过的内心倾向”，它不是责任要素，而是违法性要素。但也许是发现这种主观违法性要素和自己的客观违法性立场不相符合，此后不久，贝林修改了自己的观点，认为盗窃罪在获得财产的同时占有了该财产，因此占有目的不是超过的内心倾向。参见付立庆：《论主观违法要素理论的诞生和发展》，载刘明祥等主编：《刑事法探索》（第1卷），中国人民公安大学出版社2007年版，第174页。

② [德] 恩施特·贝林著：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第5页。

③ [德] 恩施特·贝林著：《构成要件理论》，王安异译，中国人民公安大学出版社2006年版，第17页。

(2) M. E. Mayer 的构成要件理论。

不包含主观要素、规范要素的纯客观的、描述性的构成要件论“在贝林那里就已经归于失败了。因此，对于构成要件，我们不得不选择如下两条道路中的一条：第一，像后期贝林所主张的那样，将构成要件归结为犯罪类型的指导形象这一极其抽象、实质上作用甚少的概念；第二，将构成要件理解为与违法论紧密相关、其本身包含着价值的概念。贝林之后构成要件论的发展正好选择了后一条道路”。^①

M. E. Mayer 几乎与黑格勒 (A. Hegler) 同时 (1915 年) 认定了主观违法要素。M. E. Mayer 继承了贝林构成要件符合性—违法性—有责性的犯罪论，但是与贝林把构成要件与违法性视为互无关系而各自独立的观念不同，M. E. Mayer 认为构成要件与违法性存在密切的关系，构成要件是违法性的认识根据，只不过两者还不能够认为是同一关系。虽然构成要件都是客观的、外部的要素，但是这与确定行为的违法性时是否要考虑其主体的“目的”，即是否要考虑主观违法要素，是完全不同的两件事情，不应该混为一谈。M. E. Mayer 举例说，医生不是基于治疗目的而是基于人体实验或者其他目的而实施切断手足的行为，或者教师基于报复目的实施惩戒学生的行为，即使在客观上具有行使治疗权或惩戒权的要件，且其现实行为也在被容许的界限内，然而因为其有主观目的之存在，其行为是不能容许的。反之，如果医生以治疗为目的实施切断手足行为，教师以教育为目的实施惩戒行为，则是合法的。可见，切断手足和惩戒行为的合法与否，可由行为者之目的左右。因此，行为者之目的可谓主观违法要素。此外，刑法分则中所规定的特定目的也是主观违法要素。这些主观要素是单纯的违法要素，而

① [日] 西原春夫著：《犯罪实行行为论》，戴波、江溯译，北京大学出版社 2006 年版，第 34 页。