

法商论丛

廖开富 主编



中国  广播电视出版社
CHINA RADIO & TELEVISION PUBLISHING HOUSE

法商论丛

廖开富 主编

中国  广播电视出版社
CHINA RADIO & TV PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

法商论丛/廖开富主编. ——北京: 中国广播电视出版社,
2007.4

ISBN 978-7-5043-5275-0

I.法… II.廖… III.法学—文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 048457 号

法商论丛

主 编	廖开富
责任编辑	刘跃钊
封面设计	周 星
监 印	赵 宁
出版发行	中国广播电视出版社
地 址	北京市西城区真武庙二条 9 号 (邮政编码 100045)
经 销	全国各地新华书店
印 刷	武汉科技大学印刷厂
开 本	787 毫米×960 毫米 1/16
字 数	250 千字
印 张	9
印 数	1000 册
版 次	2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5043-5275-0
定 价	40.00 元

(版权所有 翻印必究 印装有误 负责调换)

序 言

17 世纪自然法学家、“国际法之父”胡果·格老秀斯说：“对于一个学者而言，没有什么比研究法学更有价值。”诚如所言，今天的法学，在作为上层建筑的精神文明中占有相当重要的地位。社会安全、金融经济、人际交往已经深入每个人的生活，而这所有一切的社会关系都在法学研究领域之中。研究法学，是把握社会运行的表象、寻找社会存在的潜规则、研究和探索人类生存和发展的智慧之路。

法学研究的繁荣，必然推动发表学术研究的出版物的问世，各种法学相关论丛的出现当然是值得庆贺的事情，是学术发展到一定程度的标志，也是社会需要的产物。百家争鸣，是学术繁荣的必要条件，也是知识进步的不可或缺的动力。我们非常高兴地看到，在多方努力下，这本名为《法商论丛》的法学研究文集第一辑终于出版了。它成为学术百家争鸣当中的一家，也跻身论丛文集这个大家庭之中了。此后本系列论文集都将均以《法商论丛》为书名，辑数依序排列。

近年来，广大青年法学教师、法学学者和在校的法学研究生们对法学研究充满热情，研究成果颇丰，但是属于他们自己的刊物却很少。许多作品多被埋没，没有机会在大范围内公开发表，讨论研究。我们创办的《法商论丛》这本刊物，收录了大量青年法学教师、学者和研究生的研究成果，同时也有法学教授及其推荐的论文。旨在增加青年法学研究者学习和交流的机会，推动法学理论研究，促进法学教学的发展。

作为本书的编者，我们不仅意识到法治在现代化过程中的重要性，更意识到自己对中国法制现代化的建树所应担负的责任以及学术创新的责任。我们将一如既往地秉承冷静、审慎的态度，潜心对法学的发展规律作出更深入的探索。我们关注着新学科、新理论，也关心着整个法学与法制全方位的构建，对基础理论给予了足够的重视。我们的研究不仅限于细枝末节，更把握整体走势，关切每一步发展，剖析、判明规律，使之在理论上得到升华。

在此卷中，我们收录了若干经过推荐的各专门学科的法学论文。文章《偶然防卫的处罚性》在分析论证了传统的偶然防卫理论不足的基础上，把偶然防卫的性质分为了故意偶然与过失偶然，并分别给出了处罚的标准和依据，具有一定的创新，对研究偶然防卫的犯罪基本构成与处罚方式很有借鉴意义。《对“宪法是什么”的再思考》是一篇很有独创性的短文，作者从方法论的角度出发，从较高的高度谈论了宪法研究的不同层次和宪法的不同概念。全文言简意赅，但完全体现了作者对该问题的深入思考。《诬告陷害罪主观要件新论》一文，从犯罪的主观要件方面分析了诬告陷害罪的故意形态，主张间接故意成为犯罪，指出该犯罪关于主观要件立法规定的缺陷，对该罪的立法完善及司法实践活动有所裨益。《论〈刑法〉第 277 条的罪名确定》则是一篇重在学理分析的文章。论文作者参考了人量的相关文献，综合分析了各种罪名确定的理论，在论证罪名确定的标准上来辨定该条款的四个罪名。在细节上体现了严谨的学术作风。全书论文，涉及宪法、法理、刑法、民法、行政法、经济法等诸多类别，好的文章还有许多，在此就不一一介绍了。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但是我们并没有火眼金睛，甚至有时会有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请读者批评理解的同时，也虔诚希望热情的读者不吝把自己的精品之作推荐给我们。待条件成熟，我们也会请有关专家、学者进行评选，以求实至名归，不负众望。

本书编委会
2007 年 4 月

目 录

◆刑事法苑◆

001 诬告陷害罪主观要件新论.....	丁友勤
003 论不作为犯罪的作为义务来源.....	韩方林
006 对挪用公款罪几个问题的探讨	马 晶 黄 星
008 大陆法系违法性理论及我国的借鉴.....	张华锋 曹玉姣
010 网络赌博犯罪的刑法規制.....	刘芷君

◆民商论坛◆

012 非财产性损害的合同救济.....	杨 荣
014 论承租人的优先购买权.....	张 敏 胡 翠
016 浅析商主体法律人格要素问题	陈美颖
018 论民事诉讼程序选择权.....	罗 妮
020 论商标权的限制.....	唐 飞
022 民事法律行为概念初探.....	梁 栋
024 探索我国无权处分制度.....	项 斌
026 民事诉讼上担保的统一性考察.....	张牧遥
028 公司股东法人资格之确定.....	刘 钟

◆国家宪政◆

031 对“宪法是什么”的再思考	侯士宇
033 公民经济权利的宪政之维.....	郭鹏杰

◆经济与法◆

035 从利益保护视角看经济法的独立.....	周爱民 盛 华
038 信托型 SPV 在不良资产证券化运用中若干法律问题浅析.....	陈 弘
040 对我国股东派生诉讼的思考.....	马明星
042 中国刑法对市场经济的保护.....	田 坤
045 农民反贫困机制构建的经济法思考.....	张 慧 彭丽娟

◆司法制度◆

047 在我国构建非法证据排除规则的思考.....	杨 睿
049 刍议新闻舆论监督与司法独立.....	刘元锋
051 论侦查阶段的平衡与对抗.....	梁耀基
053 中德检察制度之比较研究.....	王 莉
055 小议自诉人的权利保障.....	权 晓
058 海峡两岸刑事附带民事诉讼制度的比较研究.....	王利平 王 欢
060 公诉证明标准研究.....	宋卫华
062 论刑事公诉案件被害人的上诉权.....	周 刚
064 我国行政复议管辖体制完善之再考.....	李桃山

◆教学实践◆

066 知识产权教学创新·····	王小丽
068 浅谈加强大学生理想信念教育·····	黄 波
070 浅议公安教学改革·····	焦俊峰
072 加强实践教学 提高人才培养质量·····	刘 巍
074 几种心理效应在教学中的应用·····	罗伟伟 林 通

◆学术随笔◆

076 法律如何成长·····	劳 鑫
078 历史法学派的宣言书·····	张 磊
080 品牌建设呼唤品牌管理·····	陈 洁
082 管理性司法刍议·····	任 宏
084 论儒家文化与当代法治建设·····	韩 冰
086 浅析立法语言的模糊性·····	刘 娟 梅姗姗

◆理论研究◆

088 论国际私法上的自然人国籍制度·····	徐前权 李华成
090 严厉打击毒品 构建和谐社会·····	王亚洲
092 浅析跨国公司的法律责任·····	王邱璐
094 浅议事实劳动关系·····	钟翠莉
097 沉默权的价值·····	朱润生 唐 睿
099 小议国家赔偿制度的发展历史及发展趋势·····	周 瀛 邓文伟
101 城市定位理论思考与武汉城市定位战略·····	薛 楠 潘燕萍
103 论法治社会的价值基础·····	庞 伦
105 关于我国立法质量问题的思考·····	魏方方
107 托运人的诉权探讨·····	刘颖华
109 论公务员考核制度的激励功能·····	高卫明
111 对城市经济影响的实证分析·····	郑敏嵘 毛 睿
113 古代法官官责任制度对当代的借鉴意义·····	王 欢 王利平
115 国际商事仲裁裁决的承认与执行中不方便法院原则的运用·····	杨琅琅
117 论个人在国际法中的地位问题·····	韩自旺
119 关于建立农产品市场准入制度的思考·····	胡 翠 张 敏
121 论我国反垄断法的适用除外制度·····	郑榕厚 肖亮远
123 我国农村医疗保障公平性缺失的思考·····	张 锐 张晓香
125 传统文化批判的再批判·····	翟松峰
127 健全和完善我国政府采购监督制度的有益探索·····	杨易华 郭黎明
129 社会转型期中国宪政的发展·····	袁 玲 曾 艳
131 受贿罪主体认定中的若干问题研究·····	姜 晶
133 中国法律文化建设探微·····	张 娟
135 转型期中国法律制度变革的价值取向·····	孙豆豆
137 受贿罪主体立法比较研究·····	赵银龙
139 我国草原权属制度研究·····	刘 青
141 侦查监督与保障人权的关系·····	邱 煜

诬告陷害罪主观要件新论

丁友勋*

【内容提要】诬告陷害罪的罪过形式包括直接故意和间接故意两种形式。“意图使他人受刑事追究”不是故意的内容，是独立于该罪罪过形式之外的主观要素。从立法完善的角度看，刑法应取消“意图使他人受刑事追究”这一主观要件。

【关键词】罪过形式 犯罪目的 主观超过要素 法益

诬告陷害罪，是指故意捏造犯罪事实，并加以告发，意图使他人受刑事追究，情节严重的行为。本罪的罪过形式为故意，对此理论上没有异议。但本罪的罪过形式是仅为直接故意，还是同时包括间接故意理论上存在分歧。此外对该罪的犯罪目的“意图使他人受刑事追究”的理解在理论上认识也不一致。笔者欲就上述两个问题谈一下自己的看法，以期对该罪的立法完善及司法实践活动有所裨益。

一、本罪的罪过形式是否包括间接故意

如上所述，对于本罪的罪过形式为故意，理论上没有异议。有分歧的是本罪的罪过形式是仅为直接故意，还是同时包括间接故意？通行的观点认为本罪是直接故意犯罪，因为行为人主观上具有陷害他人的目的。^①但也有人认为，本罪也可以由间接故意构成。当行为人在为达到其他目的的心理支配下，放任使他人受刑事追究的危害结果的发生，行为人就是一种间接故意。^②笔者赞同后一种观点。

要对以上两种观点进行评析，笔者认为首先应厘清本罪中的“意图使他人受刑事追究”的犯罪目的是否是故意的内容。

所谓犯罪目的，是指行为人希望通过实施行为实现某种危害结果的心理态度。在刑法理论上，犯罪目的一般有两种含义。第一种意义的犯罪目的是指在直接故意中，行为人对自已的行为直接发生危害结果的希望。例如，行为人明知自己的行为会发生他人死亡的危害结果，并且希望这种结果发生，这种希望的心理态度就是犯罪目的。其实质为直接故意的意志因素。第二种意义的犯罪目的是指在故意犯罪中，行为人通过实现行为的直接危害后果后，对某种非法利益的进一步追求心理。^③如刑法分则所规定的非法占有目的、牟利目的等。显然，后一种意义的目的是比前一种目的更为复杂、深远的心理态度，其内容也不一定是观念上的危害结果。这种意义上的犯罪目的被学者们称为“超过的主观要素”或“超过的内心倾向”，也即目的犯中的目的。其只要存在于行为人的内心即可，不要求存在与之相对应的客观构成要件的事实；换言之，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。例如：行为人以牟利或者传播目的走私淫秽物品，入境后立即被查获。一方面，走私淫秽物品罪的成立并不要求有牟利或者传播行为；另一方面，牟利目的与传播没有实现，也不影响走私淫秽物品罪既遂的成立。第二种意义的犯罪目的是存在于故意之外独立的主观要素。^④在我国刑法理论界常见的一个误区即是将目的犯的目的内化或狭隘地限定为犯罪结果或视为直接故意犯罪的意志因素，而犯罪结果一般又是犯罪故意意志因素追求的目标，因此便认为只要是目的犯，其罪过形式就只能是直接故意。那么，为什么会出现这种错误呢？笔者以为是源于没有很好地把握目的犯中的两种类型。从目的与行为的关系来看，目的犯中目的表现为两种情形：一种是行为人为实施符合构成要件的行为就可以（但并非必然）实现的目的。如贷款诈骗罪，只要行为人为实施了诈骗银行或者其他金融机构的贷款的行为，就可以实现非法占有目的；另一种是行为人为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，如走私淫秽物品罪，实施了符合构成要件的走私淫秽物品的行为，还不能直接实现牟利或者传播的目的，只有在走私行为完成之后实施其他相关行为，才能实现牟利或者传播目的。在大陆法系刑法理论中前者被称为断绝的结果犯，后者被称为短缩的二行为犯。^⑤在短缩的二行为犯中，由于犯罪目的的实现与犯罪构成要件之外的行为关系密切，而与犯罪构成客观要素（行为与结果）之间少有联系，两者内容的差别比较大，所以短缩的二行为犯的犯罪目的与犯罪结果之内容易区分。例如：在走私淫秽物品罪中，犯罪故意的内容是针对走私淫秽物品的认识和追求，犯罪目的则是牟利或传播。而在断绝的结果犯中，其犯罪目的的实现客观表现与内幕的犯罪结果相同，而犯罪结果一般又是犯罪故意意志因素追求的目标，这就往往导致把超故意的犯罪目的与故意的意志因素混同。^⑥如盗窃故意意志因素是指希望通过窃取的手段，把他人占有的财物变为行为人或第三人占有，而盗窃罪的犯罪目的通说认为是以非法占有为目的，两者在表面上看是一样的，实际却不同。非法占有目的的其实含义是不法所有，即排除权利人、将他人的财物作为自己的所有物，并遵从财物的用法进行利用、处分的意思。意志因素中的占有则是单纯地占有、控制他人的财物，但非法占有有目的的实现必须通过盗窃罪意志因素的实现而实现，两者实现方式是相同的，因此就容易导致两者的混同。诬告陷害罪也属断绝的结果犯，其犯罪故意和犯罪目的与盗窃罪类似。行为人明知自己所告发的是虚假的犯罪事实并加以告发的，行为入主观上就具有诬告陷害的故意。故意的意志因素是对侵犯他人人身权利的危害结果的希望和放任。行为入所有的使他人受到刑事追究的目的其基本含义是使被害人被错误定罪和量刑，它是独立于本罪罪过形式之外的主观要素。

其次，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，既就可以由直接故意构成，也可以由间接故意构成。刑法将某种犯罪规定为目的犯，只是不具有特定目的的行为排除在犯罪之外（当然也存在为区分此罪与彼罪的情形），而不是将间接故意行为排除在犯罪之外。

*丁友勋：女，湖北蕲春人，中南财经政法大学法学院教师，研究方向：中国刑法学。

①高铭峻：《中国刑法学》，中国人民大学出版社1989年版，第492页。

②赵秉世：《妨害司法活动罪研究》，中国人民公安大学出版社1994年版，第469页。

③张明楷：《刑法学》，法律出版社1997年版，第734页。

④张明楷：《刑法学原理（第二卷）》，中国人民大学出版社1993年版，第121页。

⑤桂亚胜：《目的犯之争议研究》，载《法苑研究》2006年第4期。

⑥山口村典二：《刑法学同典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司1991年版。

⑦董玉庭：《主观超过因素论》，载《法学研究》2005年第3期。

因为一方面在刑法上直接故意与间接故意的非难可能性是等价的,刑法分则没有理由将某种犯罪限定为直接故意,另一方面,即使刑法分则要间接故意排除在犯罪之外,也不会通过规定目的犯的方式来排除间接故意,目的与故意的机能并不是完全等同的。所以当刑法将某种犯罪规定为目的的犯时,只要行为人在具有故意(不管是直接故意还是间接故意)的前提下,另具有特定目的即可,而不表明只能由直接故意构成。^⑤

再次,从司法实践发生的案件来看,如果将本罪的罪过形式限定为直接故意,无疑会放纵出于间接故意而诬告陷害他人的行为人。例如,被告人王某,女,个体裁缝。1985年11月,被告人王某来到某镇,住在丁某(开旅社)家,并与丁某建立了恋爱关系,被告人王某为讨好丁某母亲喜欢,谎称自己有一部缝制机放在某地。丁母便多次催王某搬回。被告不好更改谎话,邀其徒弟去搬,中途支开徒弟。当晚王某回到了丁家,哭泣着谎称中途被一男子抢劫走手表一只和200元钱,并欲行强奸未遂。丁母信以为真,向当地派出所报了案。侦查人员让被告辨认所谓作案嫌疑人员杨某时,被告说,脸型、头发、声音、胖瘦像是作案人,但又说比作案人好像矮些,侦查人员在讯问时有诱供现象,遂将王某作了供述,公安机关将王某逮捕。对于此案有学者认为被告王某不构成诬告陷害罪,理由在于王某为了摆脱说谎话的困境,对丁母向派出所告发的行为及杨某因被告而遭受司法机关刑事追究的结果采取了听之任之的放任态度,在主观上表现为间接故意。同时王某主观上不具有“意图使他人受到刑事追究”的目的。^⑥言下之意是只有直接故意时,行为人才可能具有“意图使他人受到刑事追究”的目的。笔者不赞同该结论,相反却认为本案被告王某应构成诬告陷害罪,其罪过形式即为间接故意。间接故意的罪过形式与使他人受到刑事追究的目的两者可以同时并存,并不矛盾。因为使他人受到刑事追究的目的是独立于故意之外的主观要素。本案中行为人王某明知自己的行为可能使王某遭受司法机关的错误刑事追究而放任这种结果发生,说明王某主观上既有本罪的故意,同时也有使王某受到刑事追究的目的(下文将对此加以说明)。在理解本罪的主观目的时,需要注意的是,诬告陷害罪要求行为人在主观上具有使他人受到刑事追究的目的并不意味着该目的是行为人的唯一目的或者主要目的,完全存在在该目的与其它目的并存的情形。本案被告人王某主观上就是如此,既有为摆脱说谎话困境的目的,又有使王某受到刑事追究的目的。

可见,若将本罪主观罪过形式限定为直接故意,就会得出将原本构成犯罪的行为人作为非犯罪人的错误结论。综上所述,笔者主张本罪的罪过形式既包括直接故意,也包括间接故意。

二、“意图使他人受刑事追究”的目的在诬告陷害罪主观要件中的非必要性

上面已提到,“意图使他人受刑事追究”的目的在刑法理论上被视为诬告陷害罪的犯罪目的,且为第二种意义的犯罪目的。这种意义上的犯罪目的功能有二:一是区分罪与非罪;二是区分此罪与被罪。具体到本罪,“意图使他人受刑事追究”是成立该罪主观上必不可少不可缺少的要素,若区分罪与非罪的界限,虽然立法对此已作明文规定,但笔者认为从立法完善的角度来看,诬告陷害罪的主观要件中不应包括“意图使他人受刑事追究”这一要素。理由如下:

(一)出于故意的诬告陷害行为已侵犯了本罪的法益(即客体),具有刑事可罚性,而不论出于何种目的。立法者设立本罪的目的在于保护公民的人身权利不受侵犯,即本罪的法益为公民的人身权利。诬告陷害的行为人故意捏造犯罪事实,加以告发并达到情节严重程度的行为给被害人带来的危害是多方面的,既造成人格名誉的贬损,又可遭受错误的拘禁、关押甚至丧失生命的危险。虽然后者在司法实践中并不是必然发生,但存在发生的现实可能性,即被害人的人身自由权、生命权至诬告陷害的行为处于威胁之中,此种威胁亦是犯罪客体的内容之一。只要行为人的行为使被害人处于被司法机关追诉的危险中,就侵犯到本罪的法益,理应成立犯罪,而无须特别要求行为人在主观上具有“意图使他人受刑事追究”目的。理论上学者在论述相关问题时,实际上不自觉地认同了该观点。如李希慧教授在论述本罪与错告或检举失实的界限时指出“判断行为人在是否具有诬告陷害的故意,关键看行为人是是否明知所告发的犯罪事实是虚假的,明知是虚假的予以告发,就可以认定行为人在主观上具有诬告陷害的故意,其行为就构成本罪。”^⑦

(二)以行为人在主观上是否具有“意图使他人受刑事追究”目的作为罪与非罪的界限违反了我国刑法理论基本原理。我国刑法理论通说认为,犯罪动机的意义侧重于影响量刑,对于定罪一般没有决定意义,即使在“情节犯”中也只是影响定罪的因素之一,而不能单独影响定罪。^⑧根据上文分析,“意图使他人受刑事追究”的目的实为行为人的主观动机,若以此作为区分罪与非罪的界限,则与该基本理论相矛盾。事实上,“意图使他人受刑事追究”这一目的也无法承载该重任。

(三)“意图使他人受刑事追究”的立法规定与司法实践不符。刑事追究,按一般解释,是指立案、侦查、起诉和审判以及裁判。^⑨如果将行为人的目的表述为使他人受到刑事追究,那么,也就是说,只要所诬陷的事实已被立案、侦查、起诉或审判,行为人的目的即已达到,这显然与实际不符。因为行为人所关注的并不是立案、侦查、起诉或审判本身,而是想借司法机关之力对被诬陷者给予一定的处置,如被拘留、逮捕等强制措施或被判刑。立法将本罪的目的规定为意图使他人受刑事追究,一是没有正视司法实践中犯本罪的人并不都熟悉法律,对何谓刑事追究并不了解这一事实;二是没有准确地反映出行为人的主观目的。

(四)具备本罪的故意的行为人,主观上同时就有“意图使他人受刑事追究”的目的,因此立法明文规定“意图使他人受刑事追究”的目的则显多余。诬告陷害的行为人明知是虚假的犯罪事实而予以告发,就具备了本罪的故意。在具备本罪的故意同时很难说没有“意图使他人受刑事追究”的目的。若没有这一目的,行为就不会告发。既然告发了,行为人在主观上就有这一目的。也就是说,本罪的目的与“意图使他人受刑事追究”的目的是同时并存的。既然如此,立法上也就没有必要对“意图使他人受刑事追究”的目的单独加以规定,否则只会增加理论上不必要的争论。

因此,笔者主张从立法完善的角度看,刑法应取消“意图使他人受刑事追究”这一主观要件。

^⑤张明楷:《论诬陷的二行为犯》,载《中国法学》2004年第3期。

^⑥赵秉志:《中国刑法案例与学理研究分则篇(三)》,法制出版社2001年版,第237页。

^⑦赵秉志:《中国刑法案例与学理研究分则篇(二)》,法制出版社2001年版,第244页。

^⑧李希慧:《诬告陷害罪若干问题析疑》,载《法学评论》2001年第6期。

^⑨高铭暄、马克昌:《刑法学(上编)》,中国法制出版社1999年版,第225页。

^⑩高铭暄:《新编中国刑法学(下册)》,中国人民大学出版社,第718页。

论不作为犯罪的作为义务来源

——由两则案例引发的思考

韩方林 任琳*

【内容提要】作为义务是不作为犯罪的重要构成要件要素，它决定着不作为犯罪的处罚范围，因而被视为不作为犯罪的核心问题，同时也是长期困扰中外刑法学者的一个难题。本文试从两则不作为故意杀人罪案例入手，指出我国不作为犯罪作为义务来源学说需要进一步明确之处，并提出自己的看法，以期促进不作为犯罪理论的发展。

【关键词】不作为犯罪 作为义务 故意杀人罪

一、案例所引出的问题

我国刑法分则四百多个罪名中只有 14 个罪名明确规定只能由不作为的方式构成（即真正不作为犯罪），其余多数罪名既可以由作为的方式构成，也可以由不作为的方式构成（即不真正不作为犯罪），最典型的要属故意杀人罪。然而实践中判决成立不作为故意杀人罪的案例并不多，这一方面源于不作为犯罪的特殊犯罪构成和我国刑法对不作为犯罪作为义务的严格限制，另一方面与作为义务的不明确性也不无关系。笔者将结合两则争议较大的案例具体阐述。

案例 1：被告人王久全的父亲喜欢喝酒，经常醉酒后在家大吵大闹，王久全对此一直不满。2000 年 6 月 19 日，王父又一次喝得烂醉，回家后大闹，父子争吵起来，并说一同去找村长评理。刚走出家门不远，王父突然返回家中，一会儿便声称自己已喝了农药，说完便倒在地上。王见状认为是父亲故意吓他，王父曾用同样的方法威胁过干，所以无论周围群众如何劝他赶快将父亲送往医院抢救，王都无动于衷，并以自己没钱为由，拒绝将父亲送往医院抢救。直到派出所干警赶来，王才不情愿地将其父送往医院。王父在送往医院的途中死亡。郫县人民法院一审以故意杀人罪判处王久全有期徒刑 3 年。^①

据《商务早报》报道，这是郫县的首例不作为故意杀人案。本案需要讨论的是，在王久全的父亲喝农药后，王久全是否有救助的义务？我国《宪法》第 49 条第三款规定“父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务”，《婚姻法》第 21 条也有同样的规定。“赡养扶助义务”当然包括父母遇到生命危险时的救助义务，我国《刑法》通过第 261 条遗弃罪对此义务加以认定，因此只要王久全已满 18 周岁，他对父亲就有救助的义务。但需要注意的是，法律只规定成年子女对父母有赡养扶助义务，对未成年子女则无此要求，而我国刑法第 232 条故意杀人罪的主体为已满 14 周岁具有刑事责任能力的人，如果王久全已满 14 周岁不满 18 周岁，他对父亲有无救助义务呢？他的行为还能否构成不作为故意杀人罪呢？对此，我国法律尚无规定。

同理，如果本案中喝农药的人是王久全（成年人），而王久全成天打架闹事，横行乡里，或者有酗酒、赌博、吸毒甚至犯罪等恶习，屡教不改，王父对他深恶痛绝而故意见死不救，王父能否构成故意杀人罪也不好判定，因为王父对儿子有无救助义务在法律上不明确。

如果王久全与被害人不是父子关系，而是债务人与债权人的关系，因王久全欠钱不还，债权人迫于无奈在王家门口喝农药以死相逼，此时若只有王久全在场，王有无救助义务？法律对此同样未作规定。

案例 2：被告人洪某，某市出租汽车公司司机。1995 年 11 月 20 日晚 11 时许，洪某驱空驶的夏利“的士”在大街上遇何某招车。何将一大量失血并已昏迷的老人抱上车，一同前往医院抢救老人。当车行驶 10 分钟时，何某要求洪某停车稍候几分钟，称自己去附近找一熟人一并前往医院帮忙，被告人洪某应允。当时已过深夜 12 时，洪某等候约 30 分钟后不见何某回来，怀疑何某已逃逸，便乘夜深无人之机，将伤重老人弃于附近大街上。第二天交警发现老人尸体，经法医鉴定是失血过多致死。后检察机关以故意杀人罪对何某和洪某提起公诉，人民法院最后对何某做了故意杀人罪的有罪判决，宣布洪某无罪。^②

本案的争议之处在于，被告人洪某作为出租车司机，有无职责所要求的防止乘载其出租车的危重病人之生命危险

* 韩方林：女，中南财经政法大学刑法学硕士研究生，研究方向：中国刑法学。

任琳：女，中南财经政法大学刑法学硕士研究生，研究方向：中国刑法学。

①赵秉志主编：《中国刑法案例与学理研究》（第四卷），法律出版社 2004 年版，第 21 页。

②赵秉志主编：《中国刑法案例与学理研究》（第四卷），法律出版社 2004 年版，第 21 页。

务。对于这一问题,从出租车行业的职业要求来说,不易直接找到肯定或者否定的答案,学者们对此也持不同观点。

上述案例反映出我国法律在不作为犯罪问题上存在真空地带,不作为犯罪作为义务理论与实践脱节,无法满足指导实践的需要。尽管我国在刑法理论上广泛承认不真正不作为犯,但由于在立法中未明确规定对不真正不作为犯的处罚,理论界对不真正不作为犯的作为义务来源这一关键前提观点不一,关于作为义务的来源学说纷纭,因而理论上的多标准导致了司法实践中的无标准。究竟应该如何从法律上界定不作为犯罪作为义务的范围呢?笔者将结合国内外的不作为犯罪作为义务来源理论展开具体分析。

二、作为义务来源的理论概况及评析

不真正不作为犯作为义务的来源,在大陆法系国家刑法理论上通常称之为作为义务的产生根据,是指作为义务产生的条件,换言之,行为人在何种情况下具有防止结果发生的义务。关于这一问题,在我国刑法理论中存在着“二来源说”、“三来源说”、“四来源说”和“五来源说”等不同观点,目前居于通说地位的是“四来源说”,即不作为犯罪的作为义务来源包括:法律明文规定的义务、职务或业务上要求的义务、法律行为引起的义务和先行行为引起的义务。由于以上学说均采用列举的方式从形式上探讨不作为犯罪的作为义务来源,因而属于形式作为义务理论的范畴。

形式的作为义务理论,对于严格区分道德义务与法律义务,防止以实质性判断为借口而扩大不真正不作为犯的处罚范围,具有积极意义。然而,该理论本身又存在两个重要缺陷:一是以列举的方式说明作为义务来源的方法不科学,存在遗漏的可能,而且在列举时没有探究作为义务的实质根据,导致列举的随意性较大,列举时忽视分类标准的统一性,因而形式的作为义务理论缺乏严密的逻辑性和系统性。二是处罚根据不明确。各种形式的作为义务理论都只从形式上提出了作为义务的来源,没有从法哲学的角度阐明作为义务仅限于列举的义务的法理根据,导致刑法理论上的分歧,以及各地法院对不作为犯罪处理结果的不同。正因为如此,德国刑法学界从上世纪60年代开始对作为义务的来源进行实质化探讨。

关于作为义务实质根据的学说,归纳起来,在德国刑法学界主要有四种:一是以佛格特(Vogt)为代表的“紧密的生活共同体说”;二是由阿明·考夫曼(Armin Kaufmann)提出的“功能说”;三是由乌尔(Wolff)提出的“依赖关系说”;四是由许乃曼教授(Schünemann)于1971年提出“支配”构想。

实质的作为义务理论从不作为者所起的社会作用及所处的环境来研究作为义务产生的根据,试图赋予不作为理论更严密的逻辑体系,从更深层次的法哲学理论上说明不作为犯罪的可罚性,因而较之于形式的作为义务理论具有其进步意义。但是,实质的作为义务理论离开法律规范,仅从现实关系或事实上寻找不作为义务产生的根据,并据此认定不作为犯罪,将无法严格区分道德义务和法律义务,容易扩大不作为犯罪的处罚范围,而且有违反罪刑法定原则之嫌。因此,有学者进一步提出了形式与实质相统一的作为义务理论。

我国黎宏博士便认为,在研究不真正不作为犯的作为义务时,必须同时考察事实性要素和规范性要素。事实性要素是指行为人对危害结果发生的因果关系能现实性地具体支配,这种支配包含两方面含义:一是这种支配行为的存在和开始;二是这种支配行为具有排他性。规范性要素是指法令、法律行为,职务或业务上的职责等通常意义上的作为义务发生根据。在这两方面的因素中,规范性要素是事实性要素的补充要件,仅凭规范性要素不能推断出行为人具有作为义务,也不能判定行为人的行为是否构成不真正不作为犯,事实性要素才是决定作为义务的根据。^⑩

这种作为义务理论一方面强调作为义务产生的规范要素,这有利于遵守罪刑法定原则,另一方面强调要有一定的事实限定条件,这有利于保证不作为犯罪的作为义务限于一定范围,防止过分扩大不作为犯罪的处罚范围。但是,有学者对此理论也提出了质疑,认为该理论“无法科学地说明规范要素和具体事实限定要素是统一的”,同时,由于该理论坚持了形式的作为义务理论的许多观点,它同样无法摆脱形式的作为义务理论“分类不科学、所确定的形式根据的范围不科学等”缺陷。^⑪

通过对以上各种作为义务理论的分析 and 比较,笔者认为单纯的形式作为义务理论和实质作为义务理论都存在其合理之处和缺陷,应将二者结合起来,取长补短,构建一个合理而有效的不作为犯罪作为义务理论体系。至于有学者对形式和实质相统一的作为义务理论提出的上述两个问题,笔者认为可以通过完善不作为犯罪立法加以解决,具体方法笔者将在下文详细阐述。

三、作为义务来源理论的完善

笔者赞同不真正不作为犯的作为义务应当同时具有事实根据和规范根据,但对这两个作为义务根据的理解却不同于黎宏博士。

笔者认为作为义务的事实根据是指,行为人对造成法益侵害结果的原因有现实的支配,这种支配既可以是对法益无助

^⑩黎宏著:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第166-171页。

^⑪欧健雄:“特定义务产生三根据说”之提出,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第13卷),中国政法大学出版社2003年版,第513-514页。

状态的支配,也可以是危险来源的支配,但不要求是排他性的支配。黎宏博士强调“行为人在着手进行对结果的排他性支配后,其他人便无法干预,从而使行为人对某种社会关系的保护处于独一无二的排他性地位”。^⑨然而笔者认为“排他性地位”不当地缩小了作为义务的范围。例如在上文案例1中,王父喝农药后,除了王久全还有很多群众在现场,王久全对王父的死亡结果并不具有排他性支配,因为即使王久全不送父亲去医院,其他群众也可以将王父送往医院,如果抢救及时也可以避免王父死亡结果的发生。但如果据此认为王久全没有作为义务,则是不合情理和显失公正的。同理,在案例2中,当交警肇事者何某与出租车司机洪某一同将受伤老人送往医院时,何某对老人的死亡结果也无排他性支配,因为司机洪某可以干预该因果关系,但不能据此认为何某无作为义务。当然,否认“排他性地位”在某些情况下可能会不适当地扩大了作为义务的范围,例如案例1中的旁观群众和案例2中的出租车司机,都可能因为对被害人的死亡结果有现实的支配而取得作为义务,这时就需要通过作为义务的一个因素——规范根据来加以限定。

对作为义务规范根据的理解,笔者认同刘锦雄先生的观点,即只能是刑法典的明文规定,或者是刑法对其他法律法规、规章制度以及道德规范所定的作为义务的确认,而不包括法律行为(含合同行为、自愿行为及先行行为)。这是罪刑法定原则的要求。不作为犯罪的作为义务是刑法所规定的法律义务,只有违反刑法所定的义务,才能承担刑事责任,所以,不作为犯罪的作为义务产生的规范根据只能是刑法。但是,由于社会生活的多样性和易变性,不作为犯罪的作为义务也具有多样性,而法律具有相对稳定性,刑法典不可能毫无遗漏地对所有作为义务都予以明文规定。从这点考虑,不作为犯罪的作为义务可以通过刑法对其他法律法规、规章制度以及道德规范所定的作为义务的确认来确定。

对于如何科学地说明规范要素和具体事实限定要素是统一的,这个问题可以通过完善刑事立法,根据作为义务的事实根据在刑法上对作为义务做出明确规定来加以解决。笔者认为立法时可以借鉴考夫曼的功能说,从保护特定法益和监控危险来源两人社会功能来确定作为义务。保护特定法益的义务根据,包括自然血亲关系、密切的共同体生活关系、共难团体、自愿承担义务而产生的保证人地位;监督控制特定危险来源的义务根据,包括因开设公众往来的场所或设施,持有危险物、有指挥监督他人的权力而产生的保证人地位。

从本文开篇介绍的两个案例所引出的一系列问题来看,不作为犯罪作为义务的立法具有紧迫性,否则很多不作为犯罪行为将会因为缺乏法律依据而得不到惩治,受到侵害的合法权益也将因此而得不到救助。当然,不作为义务的立法并不是一蹴而就的,而是一个不断完善的过程,它与我国的政治、经济、文化发展现状是密切联系的,尤其要考虑一般公民的接受程度,因为“法律与制度必须同人的思想携手共进”(杰斐逊总统)^⑩。

^⑨黎宏著:《不作为犯研究》,武汉大学出版社1997年版,第169页。

^⑩冯象著:《政法笔记》,江苏人民出版社2004年版,第132页。

对挪用公款罪几个问题的探讨

马晶 黄星*

【内容提要】挪用公款罪的构成要件以及实践中具体案件具有较大的复杂性,如受委托管理、经营国有资产的人员的主体地位问题,以及客观方面的一些具体问题,都需要更加深入的研究。笔者认为,现有的法律规定,将受委托管理、经营国有资产的人员一概排斥出挪用公款罪主体范围是不科学的,对其中一些受委托管理、经营国有资产的人员利用职务之便挪用公款的行为,应当规定为挪用公款罪。

【关键词】挪用公款 受委托管理经营 一般公物

挪用公款罪的构成要件以及实践中具体案件具有较大的复杂性,该罪仍有许多理论和实践问题需要进一步研究,本文将就該罪几个方面的问题作一粗浅探讨。

一、受委托管理、经营国有资产的人员的主体地位问题

1. 受委托管理、经营国有资产的人员挪用公款行为主体性质的辨析。

刑法规定,贪污罪的犯罪主体除了国家工作人员以外,“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有资产的人员”等非国家工作人员也可以构成。而挪用公款罪的犯罪主体为国家工作人员,对上述受委托管理、经营国有资产的人员是否可以构成挪用公款罪没有规定。

对此有的学者进行了探讨,认为挪用公款罪和贪污罪的主体应当一致,即应当规定上述受委托管理、经营国有资产的人员,也是挪用公款罪的主体。此论者认为,贪污罪和挪用公款罪为贪污贿赂罪的同一种类罪,原则上应该有相同的主体,且二罪客观上都利用了职务之便,侵犯的客体相近;另外,刑法将受委托管理、经营国有资产人员纳入贪污罪主体范围之中,体现了法律对国有资产的重点保护,同样挪用行为也是对国有财产的侵犯,也应当受到保护。^①论者的观点不无道理,但是,笔者认为对这一问题的探讨要在进一步深入分析的基础上作出结论。

最高人民法院颁布的《人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》将“受委托管理、经营国有资产”解释为因承包、租赁、聘用等而管理、经营国有资产。在经济体制改革过程中,对国有资产进行承包、租赁和聘用人员管理、经营的情况相当普遍。而在实践中,承包人和被聘用人员管理、经营国有资产的权限往往不尽一致。以承包经营为例,对于定额上缴利润的承包(俗称“一脚踢”承包,即除了上缴一定的基数利润外,其余收益都归承包人所有),承包人的经营管理的权限很大,其只要按照约定上交利润,即可任意支配、利用所承包的国有资产,承包方无权干涉。在这种情况下,发包人和承包人之间是平等主体的承包合同关系,在承包期内,承包人对国有资产拥有占有、使用和收益的权能,承包人都用公款给他人使用则不能认为是对国有资产所有权的侵犯,属于经营权限范围内的行为。若承包人将所承包经营管理的国有资产占为己有,则属于非法侵犯了国有资产的所有权,因为,其对承包经营的国有资产不具有所有权,不能处分所承包的财产。根据刑法的规定,构成贪污罪。而对于经营性承包,资产、场地、流动资金等属单位所有,承包人在发包方的授权范围内经营,发包方对承包人有管理职能,承包方体现发包方的意志,所得利益仍然是发包方利益的一部分,承包人根据效益按比例提成。在这种情况下,承包方的经营权限是有限的,其所经营管理的国有资产只能按照国家的规定为实现承包目标,用以达到国有资产的保值增值,而不能挪给他人使用,否则,则侵犯了国有资产的所有权,笔者认为,其性质应属挪用公款行为。

对于后一种承包经营和聘用经营管理国有资产的情况,行为人和国有资产的国家主管部门之间,在国有资产的管理和使用上并不是平等的主体关系,而是监管和被监管的关系,因而行为人对国有资产的管理、经营活动应当按照国家有关国有资产管理的规定进行。在这种情况下,其挪用公款给个人使用的行为应当为挪用公款行为。首先,基于国有资产主管部门的授权,使得行为人拥有了管理、经营国有资产的权利,同时,行为人也具有了不得滥用职权侵犯国有资产所有权的义务和责任,即具有职务廉洁性的要求。其挪用行为,显然是利用的职务上的便利。其次,其侵犯了国家财产的所有权。其社会危害性是显而易见的,和典型的挪用公款犯罪的社会危害性是一致的。

应当看到,国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托他人管理、经营国有资产的情况是非常复杂的,存在各种情况不同的承包、租赁、聘用的形式,受托人管理经营国有资产的地位和权限不尽相同;有的受托人是国家工作人员,有的则是非国家工作人员;有的是委托单位的在编人员,有的是其他人员。在这种复杂的情况下,根据上面的分析,此类人员中有一部分不能构成挪用公款罪,(如上文中的“一脚踢”承包方式),这可能是立法者没有采纳其可以为挪用公款罪主体的原因。但从上文的分析,不可否认的是,委托管理、经营国有资产的情形中,一些挪用公款的行为和典型的挪

* 马晶,江苏徐州,汉族,中南财经政法大学2005级刑法学研究生,研究方向:刑法学。

黄星,湖南邵阳,汉族,中南财经政法大学2005级刑法学研究生,研究方向:刑法学。

① 刘永波:《有关挪用公款罪规定的几个缺陷》,载于《中国检察论坛》2001年第4期。

用公款罪的犯罪构成是完全一致的。因此,笔者认为,现有的法律规定,将受委托管理、经营国有财产的人员一概排斥出挪用公款罪主体范围是不科学的,对其中一些受委托管理、经营国有财产的人员利用职务之便挪用公款的行为,应当规定为挪用公款罪。

2. 关于受委托管理、经营国有财产的人员主体问题的司法解释的分析。

2000年2月3日最高人民检察院《关于对受委托管理、经营国有财产的人员挪用国有资金行为如何定罪问题的批复》指出“对于受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托,管理、经营国有财产的非国家工作人员,利用职务上的便利,挪用国有资金归个人使用构成犯罪的,应当依照刑法第二百七十二条第一款的规定定罪处罚。”这一规定明确了受委托经营、管理国有财产的非国家工作人员不能成为挪用公款罪的主体,显然是符合刑法规定的。但该解释对受委托经营、管理国有财产的国家工作人员挪用公款的是否按照挪用公款罪定罪处罚,没有涉及。

二、一般公物能否作为挪用公款的对象

最高人民法院、最高人民检察院1989年11月6日制发的《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》(以下简称《解答》)中曾规定:“挪用公物归个人使用,一般应由主管部门按政纪处理,情节严重,需要追究刑事责任的,可以按价按挪用公款罪处罚。”但依照刑法典的规定,挪用公款罪的犯罪对象只能限于公款和救灾、抢险等特定公物,在理论上一般认为挪用一般公物,不构成挪用公款罪。最高人民法院2000年3月6日制发的《关于国家工作人员挪用非特定公物能否定罪问题的请示的批复》也指出,“刑法第384条规定的挪用公款罪中未包括挪用非特定公物归个人使用的行为,对该行为不以挪用公款罪论处。如构成其他犯罪的,依照刑法的相关规定定罪处罚。”同时,也有观点认为,公款和公物一样属于公共财产,挪用公物的行为也侵犯了公共财产所有权中的占有、使用权。因此,从性质上看,挪用公物与挪用公款没有什么不同。^①认为一般公物可以成为挪用公款犯罪对象的学者还认为,公款与公物都是公共财产的重要组成部分,只是表现形式不同,并无本质差异。同样的挪用行为,只因具体对象不同,有的规定为犯罪,有的却不规定为犯罪,无法体现出法律的公正性。^②笔者认为,肯定一般公物为挪用公款罪的犯罪对象的观点是有道理的,对挪用一般公物行为的刑事违法性的认识和实践还应当有一个逐渐深入的过程,本文中试图对之作一粗浅探讨。

1. 立法、司法解释和实践中对挪用一般公物构成挪用公款罪持否定意见。

无论是该罪罪名还是刑法条文的表述,挪用公款罪的犯罪对象均规定为公款。根据法律规定,能成为挪用公款罪的犯罪对象的物只限于公款和救灾、抢险等特定公物。将一般公物排除在该罪的犯罪对象之外。笔者认为,刑法这样规定,主要出于两种考虑。

一是实践中挪用公物的案件较少,一般案值不大,而且公物在用途和受益方面有一定的限制。

二是公款相对于公物而言,具有更大的流通性,在经营、管理活动中具有易于挪用、挪用后难以控制的特点,在很大程度上具有不能归还的危险,容易给国家造成重大的经济损失。挪用公物的行为,行为人只是利用公物的使用价值,可以随时追回,其危害性相对较小。

2. 对挪用一般公物行为性质分析。

在实践中,挪用公物行为的社会危害性同样存在,是不能回避的问题。一些国家工作人员利用职务之便长期将本单位的汽车、电脑、摄像、摄影器材等贵重物品长期占用或者私自借给他人使用情况是比较普遍的,甚至存在专门购置公物为本人、亲属或他人使用的情况,这种行为同样造成了对公共财产所有权的侵犯。有学者提出,挪用公款1万元归个人使用,超过3个月未还的,以犯罪论处;挪用价值数万元的高价物品达数年的,后者无论从挪用的时间,还是挪用的价值看,其危害性都比前者大,却不构成犯罪,显然是不合理、不公平的。^③而且,被长期占用的公物,其使用价值所剩无几,国家的损失是显而易见的。

另外,值得注意的是在实践存在变卖公物而挪用公款的行为,或者将公物进行质押获取资金使用的情况。对于前一种情况有学者认为,行为入将公物变卖为公款进行挪用,可以构成挪用公款罪,其认为,公物和公款的使用意义并不完全一样,当公物变成公款,其挪用行为的风险加大,与一般的挪用公款危害性无异。^④这种情况,是实现了公物向公款的转换,所挪用公物已被非法处分,可以理解为行为入挪用了公物变卖后所得的公款,从这一角度认定为挪用公款罪。实践中还存在行为入将公物质押给金融机构或者其他单位或者个人,借贷资金给他人使用的情形。这种情况下,公物处分权限虽未完全丧失,行为人的行为应当为挪用公物的行为,其社会危害性和挪用公款的行为是一致的,不以犯罪认定是不合适的。

从挪用公物行为性质看,首先行为入利用了职务上的便利,非法挪用国有财物给他人使用,侵犯了国家工作人员职务上的廉洁性;其次其侵犯了国有财产的所有权。因而,将挪用公物行为一概排除在挪用公款犯罪之外是不合适的,不利于对国有财产的保护。

而上述《解答》中也规定:“挪用公物归个人使用,情节严重,需要追究刑事责任的,可以按价按挪用公款罪处罚。”说明司法解释机关对挪用公物的危害性也是有一定认识的,但刑法上对之没有规定,且此解释也相对模糊,不具有操作性。笔者认为,在立法上对于挪用一般公物直接使用的应当规定挪用公物罪,但鉴于公物与公款性质上的差异,在定罪数额和挪用期限上应当区别开来。而对于挪用公物后变卖或者通过质押获取资金而使用的,笔者认为则应当认定为挪用公款罪。

^① 刘生荣、但伟著:《腐败七罪刑法精要》,中国方正出版社2001年7月版,第121页。

^② 顾清:《论挪用公款罪立法与司法》,载于《中国高级检察官优秀论文选》,中国检察出版社1993年版。

^③ 田宏杰:《挪用公款司法解释评析》,载于陈兴良主编《刑法法论》,法律出版社1999年版,第159-160页。

^④ 孙国祥:《贪污贿赂犯罪疑难问题理论与判解》,第181页,检察出版社2003年版。

大陆法系违法性理论及我国的借鉴

张华锋 曹玉姣*

【内容提要】 违法性在大陆法系有不同的理论, 现存的三对概念即形式违法和实质违法、主观违法和客观违法、行为无价值和结果无价值是影响最大的。本文对这些问题进行了介绍, 对我国的理论中的违法性问题作了阐明, 认为在我国形式违法和实质违法是统一的; 在我国目前的理论框架下应该坚持主观的违法性理论, 结果无价值是合理的。

【关键词】 违法性 主观的违法性 结果无价值

违法性在大陆法系犯罪成立中是占有重要位置的, 大陆法系的犯罪成立需要符合以下条件即构成要件的符合性、违法性、有责性。当行为符合这些条件时就可以断定其构成了犯罪。违法性判断是在构成要件之后进行。违法性的判断是一种具体的、客观的、价值判断。因而他不同于中性无色的构成要件符合性判断, 也不同于后来的主观的有责性的判断。在欧日刑法学中违法性理论有三对相互关联的理论: 形式违法和实质违法、主观违法和客观违法、行为无价值和结果无价值。违法性判断是在行为符合犯罪的构成要件的基础, 判断行为是否违反客观的违反了法秩序。但是由于构成要件是违法行为的一种类型化的行为模式, 一般符合构成要件该当性的行为就具有违法性, 所以违法性的判断是一般从否定方面做出的, 仅是对没有违法性行为的认定。但是在大陆法系关于违法性的理论聚讼颇多。本文将以此聚讼的争议点探讨并且述评我国的违法性理论。

一、形式违法性和实质违法性

形式的违法就是指行为违反了法规范即违法是违反了客观法秩序本身。如宾丁认为犯罪不是违反刑法规范本身。而是违反了作为刑罚规范前提的规范, 例如杀人行为是符合刑法规范的行为, 否则就不能适用刑法规范, 它违反作为刑罚规范的前提的不得杀人的规范。但是这种理解可被认为是同义反复的解释刑法中的概念, 尽管这种解释与刑法的实质规范联系在了一起, 但其这种同义反复并不能解释违法的根基, 并且对行为违法性的解释的实质根据是在法规范以外寻找。这就为实质的违法性的出现作了一个铺垫。在法律上被认为是违法的东西必然有一个理由来认定它的违法, 在违法背后必然隐藏着深层次的价值判断和利益的取舍。从实质上进行违法性论述的, 肇始于李斯特的法益侵害说。李斯特认为违法性具有二重含义“违反国家规范即法秩序的命令、禁止的行为, 是形式的违法; 具有社会危害性即反社会的活非社会的行为, 是实质的违法; 所谓社会危害性, 是指对法规范所保护的个人或集体的生活利益的侵害或威胁, 故侵害法益的行为, 是实质的违法”^①。对实质违法的理解也不是统一的, 主要有法益侵害说和规范违反说前者认为违法的实质是对法益的侵害或威胁。如日本学者前田雅英认为“刑法是为了更好的保护更多人的利益而统治社会全体的手段, 故国民的利益受到侵害时是违法性的起原点。因此, 首先将违法行为将定为“导致法益侵害或者危险(一定程度上可能性)的行为, 法益应当是指应当有刑法保护的利益。”^②规范违反说则认为违法性的实质是违反法规范或者违反法秩序。M. E. 迈耶认为“违法性的实质是与国家承认的文化规范不相容的态度。”在该种学说看来, 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。

对于形式违法性和实质的违法性二者的关系, 多数学者认为是相对应的概念而不是相对立的概念, 二者分别从形式的、外表的, 以及实质的、内容的角度来探求违法的实质, 将二者结合起来就说明了违法性的本质。“Maurach 则认为形式的违法性与构成要件符合的意义相同, 实质的违法性则意味着行为符合构成要件但是不具有违法性的阻却事由。也就是说, 符合构成要件的行为, 就是形式违法, 形式上违法的行为通常实质上违法, 但是如果具有违法性阻却事由则不具有实质的违法性; 反之, 如果不存在违法性阻却事由就具有实质的违法性。然而, 有些行为虽然具有实质的违法性, 却不具有形式的违法性, 违反社会伦理的行为, 并不都是刑罚规范所禁止的行为; 刑法只是将具有实质违法性的一部分行为, 类型化为构成要件。但是这种观点没有明确的区分构成要件符合性与形式违法性的观点受到了不少批判。”^③

在对于违法性的认识我国学者对于也有区分形式的违法性和实质的违法性的, 并且大部分是在犯罪概念中论述的。本文认为形式违法性说和实质违法性说在我国分别是刑事违法和社会危害性的对立。在我国的刑法理论中一致的认为刑事违法性是规制司法的, 是在立法者确认行为的社会危害性之后, 在刑法上规定了某种行为为罪后司法者在司法实践中应该依照刑法的规定去严格的实施法律, 具有刑事违法性的行为具有一定的社会危害性。社会危害性的判断是实质的判断, 他的作用是约束立法者。当一个行为具有一定程度的社会危害性, 并且其他的社会的、历史的、政治的条件允许的情况下才

* 张华锋(1980-): 男, 河北石家庄人, 中南财经政法大学2005级刑法学硕士研究生。

曹玉姣(1982-): 女, 河北省衡水人, 中南财经政法大学2005级刑法学硕士研究生。

① 张明楷:《外国刑法纲要》, 清华大学出版社1990年版, 第135页。

② 马克昌:《比较刑法原理》, 武汉大学出版社2002年版, 第304页。

③ 郭立新、李金明:《大陆法系国家违法性理论初探》, 载《国家检察官学院学报》2000年第4期。

可以把这种行为规定为犯罪,司法者一般不能够直接根据行为的社会危害性来判定一个行为是否为罪或不罪。社会危害性是入罪的最主要因素但不是全部的因素,所以就可能出现这种情况即某种行为可能具有严重的社会危害性但是却没有刑事违法性。在这种情况下司法者不能直接根据行为的社会危害性来定罪处罚,因为罪刑法定原则要求保障刑法的稳定性和国民的预测性,要求对国民的基本权利的保障,不能为了社会秩序的维护肆意的破坏法的安定性,对于没有法律规定的行为就不能处罚。这样就形成了行为的刑事违法性和实质违法性即社会危害性的矛盾,当这种矛盾出现时候我们可以一般坚持罪刑法定原则则具有实质的社会危害性但没有刑事违法性的行为进行谦抑处理,不进行定罪处罚。但是对于具有刑事违法性的行为但没有社会危害性的行为,应该进行无罪化处理。这个时候可以用刑法第十三条但书的规定。从而在最终及的意义上完成刑法的正义,达到对人权的保障和对社会秩序的维护。

二、主观违法与客观违法

主观违法和客观违法是关于违法性内容的争议,是认为主观因素是否要引入违法性的判断之中的争论,最根本来源于对刑法规范性质的理解。

客观的违法性论将法律理解为客观的评价规范,不管行为人的责任年龄与责任能力如何,也不管行为人主观上是否有故意、过失、期待可能性,只要客观上违反了法律,就具有违法性。这样严重的精神病患者和没有达到刑事责任年龄的人实施的违反规范的行为就具有违法性。并且这些行为在共同犯罪说中对于共犯行为的从属性也是有影响的。而主观的违法性论则把刑法规范理解为命令规范,对于规范的违法必须是具有对这种命令知晓的人,并且这种人能够理解规范,并且在这种理解下自由决定是否实施行为。

客观的违法是随着近代西方刑法的产生而产生的,是客观主义刑法理念在违法性论中的体现。不过迈克耳首倡了主观的违法性论,把人的责任引入了违法性的判断最终挑起了主观违法和客观违法的争论。不过争论的结果是客观违法性论占了上风,成为理论界的通说。因为“主观的违法性论没有区别违法性与有责性的,可能使违法性与有责性一体化,因而威胁了通行的犯罪论体系,故遭到学者的反对”^①。

我国的通论认为对于违法性是主观和客观的统一,是主观要素和客观要素的结合。因为我国的违法性是建立在社会危害性基础上的,社会危害性在我国是客观与主观的统一,没有主观因素就没有客观的对应的行为,同样的行为在不同的主观意识支配下的实施,会有不同的社会危害性的表现。如同样是致人死亡的行为,在不同的意识支配下会形成不同的情形:在故意杀人的意识支配下是故意杀人的行为;在过失致人死亡的意识支配下形成的是过失致人死亡的犯罪行为,在意外事件的场合就不是刑法要评价的行为。因为我国的犯罪构成理论是一个支撑点,各个构成的要件是一损俱损一荣俱荣的关系,其是刑事违法性的载体。实质的社会危害性的主客观的统一,形成了刑事违法性的统一。所以我们应该坚持在我国大犯罪论体系下的主观的违法性论。正如张明楷教授所言“我国现行的犯罪论体系坚持了刑事违法性的主客观的统一的(即主观的违法性论),即只有达到法定年龄、具有辨认能力、控制能力的人,在罪过心理支配下实施的侵犯法益的行为,才可能具有刑事违法性。事实上,刑法所禁止的行为都是主客观相统一的行为;将主客观不统一的行为认定具有刑事违法性的行为,在现行犯罪论体系中会引起混乱”^②。但是我们也因该看到客观违法性论中的很多优点,如在正当防卫中如果把加害行为(就是正在发生的侵害行为)发生的主观说定义就只能达到刑事责任年龄的,具有刑事责任能力的人的行为,这样对于防卫者的权利保护是不利的。因为没有责任能力的人如未十四周岁的儿童或完全丧失辨认和控制能力的精神病人,实施的具有紧迫性的行为例如具有暴力性杀人行为,若从理论上讲不能进行正当防卫,但是这从情理上讲不通的。所以我国的教科书中认为,在这种情况下只有用其他的方式不能逃避损害的时候才能够,进行正当防卫。这种观点本文认为是牵强的,不能够成立。我们认为这种情况下我们的理论将违法性定位于主观违法性产生的问题,由于我们理论根基的错误,不能够将违法性变更为客观的违法性,因为那样会造成理论的前后不一致,不协调。本文认为应该进行法律的拟制规定,在此将没有刑事责任能力人的行为视为违法行为。法律拟制的特点就是将不具有某类事物特点的其他事物通过法律的规定成为或按照此类事物进行处理。法律的拟制规定将这种没有刑事责任能力的人实施的行为,作为正当防卫的对象性行为是必要的。关于行为人必须采用其他方式不能减少损害时方可以对这种人进行正当防卫的观点是有益于受害人的正当权利,不应该为了侵害者的利益而损害受害者的利益。本文认为某些学者提出的建立我国的客观的违法性论的观点以解决正当防卫的对象行为、紧急避险的对象的行为性质的确认、解决违法与社会危害性的关系等矛盾的观点是不正确。我国的主观的违法性论的存在是一种根本性的理论,是有社会危害性的主客观统一的理论发展变化反映到他的形式的。

但愿本文的在主观客观统一的违法性理论上的论述是有益于我国刑法中违法性理论的。

^① 刘艳红:《论大陆法系违法性判断理论的缺陷及弥补》,载《法商研究》2001年第4期。

^② 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社1999年版,第145页。

网络赌博犯罪的刑法规制

刘芷君*

【内容提要】 随着网络的普及,网络赌博在全球日益泛滥,成为一种新型的犯罪形式。网络赌博的自身特点及我国现行刑法规定的不明确,使之成为一种危害严重而又打击不力的犯罪。对此,我国亟待针对网络赌博在刑法上的立法缺陷进行完善。

【关键词】 刑法 赌博罪 网络赌博

赌博罪,是指以营利为目的,聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的行为。^①当前,随着互联网的普及,为赌博犯罪提供了一种新的方式。网络赌博正借助其成本低、风险小、利润丰厚等优势,在全球范围内迅速蔓延开来。本文试从网络赌博的特征和行为类型入手,探讨网络赌博在刑法上的立法缺陷及完善。

一、网络赌博犯罪的特征

网络赌博是利用现代通信网络技术和现代金融交易手段进行赌博,其本质与传统赌博基本一致。该犯罪的表现形式多种多样,每种玩法在网络上都附有详细说明,赌客们只需用银行信用卡进行注册,便可足不出户,参与赌博。与传统的赌博犯罪相比,其主要有如下特点:

(一)犯罪主体具有隐蔽性。网络赌场利用网络三维动画及数字技术搭建的赌场和现实中的赌场一样令赌客眼花缭乱。网络赌场的犯罪人“全天候”的在位实施犯罪行为,但在网上你却看不见他人,赌客们在决定“是否”之间仅需轻点手上的鼠标,一个犯罪行为便可以得以实施和完成。赌客们也不需见面,只需密码相加,赌博资金基本通过银行账号或网上账号等渠道流通。

(二)犯罪现场和空间具有“虚构性”。传统赌博罪都有犯罪现场和空间^②。计算机网络的一个显著特点,就是空间的虚拟性,所有的交往和行为都是通过一种数字化的形式来完成的,即通过一条电话线,通过光缆、有线电视网、卫星传送等方式将世界连成一片^③。网络赌博由于是发生在网络空间,是使用操作计算机和网络技术,用数字化的形式来完成的。所以网络赌博并不像传统赌博一样有一个实在的犯罪现场和空间,犯罪行为地与犯罪结果地也不像传统犯罪一样在一个现场里,而是通过虚拟空间,跨越国界、地域来实现其犯罪目的,它的行为地和结果地往往是分离的。

(三)案件查处的难度大。当前,网络赌博活动既有传统赌博犯罪专业化、组织化程度高、作案手法隐蔽、等特点,又利用了互联网跨地区、跨国界、便捷快速的技术条件。司法机关在打击网络赌博犯罪活动中存在着“四难”:一是网络赌博活动隐蔽性强,侦查发现难。二是网络赌博和期货交易电子化,调查取证难。三是对网上赌博信息的防范控制难。四是缺乏高效的协调配合机制,打击效果显现难。打击网络赌博活动需要电信运营、银行等单位的密切配合,警力投入多,成本大,一些地方公安机关对网络赌博活动的侦查能力不强,打击效果不明显^④。

(四)危害极其严重。由于高技术本身具有高效率、高度控制能力的特点以及它们在社会各领域的作用越来越大,高技术犯罪的社会危害性往往要超出其他类型犯罪^⑤。

二、网络赌博犯罪的行为类型

目前,我国境内发生的网络赌博犯罪的表现形式多种多样。境外赌博公司也纷纷开发专门针对中国内地赌客的赌博网站、赌博软件、赌博游戏等,对我国进行境外赌博渗透。从目前我国司法机关侦破的网络赌博行为来看,网络赌博犯罪行为主要包括如下类型:

(一)“组织型”网络赌博。即开设、组织、维护赌博网站组织赌博的行为。这是网络赌博中最为常见的形式,也是网络赌博犯罪产生的根源。其表现为先开设赌博网站,然后通过两种方式组织赌客上网赌博:一种是以公开的方式。此类赌博通过国外开设的合法赌博网站公开进行赌博,任何人都可自由登陆网站进行网上赌博活动,赌资需要以国际信用卡进行网上在线支付,输赢额也由国际信用卡转账。另一种是面向特定群体的隐蔽性方式。这类网站具有固定网络地址,但人都是会员制,需要专用账号和密码才能登陆,有的网站则是采用动态网络地址,不断变换域名,参赌人员需要和各地

*刘芷君(1980-):女,广西桂林人,中南财经政法大学2005级刑法学硕士研究生,研究方向:刑法学。

①高铭峻、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第554页。

②高铭峻:《国内网络赌博者趋之若鹜,如何进行打击成为难题》,http://www.inbo.cn/info/1702/gamesinfo/70529/2004-08-09。

③王彦春:《论网络赌博犯罪的特点、构成要件及立法完善》,载《湖南公安高等专科学校学报》,2005年12月第17卷第六期。

④《认清网络赌博实质,切勿上当受骗》,http://www.jzrb.com.cn/newscenter/2005/2/23/25120.htm.2005-02-23。

⑤曹南燕:《计算机犯罪引起的思考》,载《清华大学学报(哲社版)》1997年第3期,第36页。

赌博代理人联系才能获得网络地址, 登陆网站进行赌博。

(二)“代理型”网络赌博。这类犯罪人不直接开设、组织、维护赌博网站组织网络赌博, 而是作为赌博网站的代理人, 提供网络赌博服务, 或提供充值卡、盘口信息、网络赌博光盘等代理服务以便于赌博的行为。网络赌博各级代理一般进行远程指挥、操控, 成员间联系使用专门的通讯工具, 成员间一般不直接见面。在境内建立赌博资讯网站和发布赌博广告信息时主要采取跨省利用虚拟主机、托管主机发布, 并且不断动态变换网络地址和域名, 逃避侦查打击。

(三)“辅助型”网络赌博。在网络赌博犯罪中, 还包括一些不直接组织或参与网络赌博, 而是为网络赌博提供帮助服务以便于进行网络赌博的行为。主要包括: 1. 为网络赌博提供赌资支付服务的行为; 2. 帮助开设、经营境外赌博网站, 帮助介绍网络赌博员工、参赌人员等“居间”行为; 3. 引诱或组织他人进行网络赌博的行为; 4. 帮助开发赌博软件、系统等。

(四)“参与型”网络赌博。主要是指参与网络赌博并以赌博收入为主要生活来源的赌客。一些赌客, 不务正业, 长期参与网络赌博, 并以赌博所得的收入为主要生活来源, 这实际是数量最多的一种网络赌博行为。

三、网络赌博在刑法上的立法缺陷及完善

(一) 网络赌博在刑法上的立法缺陷

我国虽然对赌博罪有明确的规定, 但是对于网络赌博这种赌博新现象在刑法的立法上面临难题, 存在缺陷。

1. 缺乏明确的法律依据。由于法律条文内容滞后, 特别是关于网络赌博方面的立法还是一片空白, 导致我国在面临来势凶猛的网络赌博犯罪时, 出现了严厉打击不力现象。网络赌博是在虚拟环境中赌博。可是我国《刑法》中的赌博罪, 打击的是传统赌博模式, 而且网络赌博参赌者并非面对面, 赌博场地是虚拟网络而非现实空间, 与《刑法》中的赌博罪不能相对应。另外, 对于赌客如何认定并惩处存在着重大的障碍, 赌客支付赌款的方式为信用卡或转账, 查起来相当困难。按照我国刑法规定, 单纯参与赌博的行为不构成赌博罪, 一般仅限于治安处罚。这样, 查处网络赌博犯罪行为就只能雷声大、雨点小。

2. 网络在域外, 我国则无法管辖。根据《刑法》第8条之规定, “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3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”, 因此, 我国的刑事法律是难以对境外赌博娱乐公司产生“域外效力”的。理由: 第一, 我国刑法对赌博罪的最高刑期是3年, 而外国人在国外对我国或我国公民犯罪依我国刑法必须是最低刑为3年以上才适用我国刑法, 这就意味着现行刑法对绝大多数侵害我国利益的域外网络赌博犯罪没有约束力; 第二, 必须是犯罪地的法律也认为是犯罪的。现在相当部分国家不认为赌博是违法犯罪。所以我国对这些国家中一些侵害我国利益的赌博不法分子同样不能追究其刑事责任。

(二) 网络赌博在刑法上的立法

刑法就是要用刑罚同一切犯罪行为作斗争, 我国在刑法上对于网络赌博这种新型赌博犯罪行为的立法缺陷不利于打击犯罪, 维护社会安定, 只有在刑法中对网络赌博罪作出相应规定, 才能从立法上表明国家对犯罪的严正态度, 才能在刑事立法中做到有法可依, 达到罪刑法定的要求。笔者认为, 可以从以下方面在刑法立法上对赌博罪的规定进行完善, 以更有效的打击网络赌博犯罪:

1. 完善赌博罪的构成要件。第一, 强化立法解释。从我国立法旨意和网络赌博的行为性质来看, 这种不同于传统意义的赌博活动应当纳入赌博罪的范畴, 但它与我国规定为赌博罪的三种犯罪行为之间的关系还有待细化。比较可行的办法是作出立法解释, 加入“利用网络”开设赌场和聚众赌博的方式。第二, 对以网络赌博所得的营利为主要生活来源的赌客也纳入赌博罪中。如果没有赌客的参与, 网络赌博业不可能迅速地蔓延, 对赌客以扰乱社会秩序、妨碍社会治安等行政方法予以处罚不足以预防此类犯罪行为的发生和蔓延, 有必要对以网络赌博的收入为主要生活来源的赌客纳入刑法调控之中。

2. 设置科学的法定刑。一方面, 提高其法定最高刑。网络赌博犯罪数额之巨大, 危害之严重, 实属罕见。在我国, 赌博罪的法定最高刑只有3年, 并且可以缓刑, 此刑罚的设置显然不足以预防和震慑网络赌博犯罪行为。因此, 根据涉案数额和危害性, 有必要提高其法定最高刑。另一方面, 可考虑增设情节加重犯, 数额加重犯。目前, 国家工作人员公款参与网络赌博的现象日益严重, 其社会危害性大大增加。有鉴于此, 国家可通过刑事补充立法的形式, 增设有关刑罚加重事由, 并同时设置出更重的处罚。

打击全球蔓延的网络赌博犯罪, 有效应对赌博犯罪日益多元化、网络化的趋势, 已经是刑法中一个亟待解决的课题。除立法解释外, 笔者认为可以考虑进行更为大胆的立法完善, 使网络赌博独立成罪, 新设立网络赌博罪。网络赌博虽然和传统赌博有着联系, 但是也存在其自身突出的特点, 新设立网络赌博罪有针对性的对其进行规制, 对有效遏制此类犯罪可能更为有利。当然, 这个设想是否可行还需要建立在专家广泛的调研和研究基础之上。