



云南大学法学院·明法文库

# 事后行为论

董晓松 著

会泽百家 至公天下

法律出版社

LAW PRESS · CHINA



云南大学法学院·明法文库

# 事后行为论

董晓松 著

谨以此书献给云南大学法学教育八十周年

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

事后行为论 / 董晓松著. —北京: 法律出版社,  
2011. 12  
(云南大学法学院文丛·明法文库)  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2951 - 1

I. ①事… II. ①董… III. ①犯罪—研究 IV.  
①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 270181 号

云南大学法学院文丛  
——明法文库

事后行为论

董晓松 著

责任编辑 高山  
装帧设计 李 贻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.25 字数 223 千

版本 2012 年 2 月第 1 版

印次 2012 年 2 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 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/D10-63939796

---

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/D10-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2951 - 1

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 《明法文库》总序

“明法”为篇，始出《管子》，曰：“以法治国则举措而已。”《管子》虽齐国稷下诸君杂糅之，但其承接管仲之余绪，应大体不谬。此后法家，从商鞅而至韩非，无一不以明法为经。秦用法家之法，履至尊而制六合，威震四海。然而，雄兵百万，金城千里，并没有换来帝位永固。一夫作难而七庙隳，为天下所笑倒在其次，后世之君不敢明法为治，才是国之大害。

修德还是明法，儒法两家看似殊途，其实同归，皆帝王之术耳。《商君书》曰：“今夫人众兵强，此帝王之大资也，苟非明法以守之也，与危亡为邻。”《韩非子》曰：“明法者强，慢法者弱。强弱如是其明矣，而世主弗为，国亡宜矣。”以国强主重为本宗，明法、任法、壹法、从法，虽治国使众所向披靡，然一旦剑指君王，则法治立时坍塌。所谓明法，于君王，只是戏言。以一人之力与万人战，岂有不亡之理？

近世以来，民权之说由泰西而至东土，虽筚路蓝缕，虽荆棘载途，然其接引法治之希望，却日久弥坚。主权在民之下，明法为治。兆民之幸福与安宁，不系

于一家一姓;国家之前途与命运,不仰于一人一事。不淫意于法之外,不为惠于法之内,先贤明法之深意,方能践行于华夏之地。

今时逢盛世,法学振兴,云南虽地处西隅,于明法之肫诚,并不稍让人。学院同仁,不揣拙陋,集腋或可成裘。

是为序。

陈云东  
公元2011年5月30日

# 目 录

<b>导 论</b>	001
一、事后行为又一切入视角	001
二、前置性的相关说明	007
三、类型化的思维路径	009
<b>第一章 事后行为的范畴内容</b>	013
<b>第一节 事后行为的概念</b>	013
一、事后行为的界定	013
二、事后行为的特征	022
<b>第二节 事后行为的类型</b>	025
一、行为方式的划分	025
二、犯罪单复数的划分	027
三、实施时间的划分	029
四、可罚程度的划分	030
<b>第二章 事后行为与犯罪构成</b>	033
<b>第一节 事后行为与犯罪构成概述</b>	034

一、犯罪构成理论历史与现状评述	034
二、事后行为与犯罪构成的关系厘定	040
第二节 犯罪构成的涵摄效应	068
一、犯罪构成涵摄效应的提出	068
二、犯罪构成涵摄效应的判断	072
第三节 事后行为与作为义务	093
一、由交通肇事中故意杀人切入	093
二、事后不作为成立犯罪之考量	097

### **第三章 事后行为与期待可能性 106**

第一节 事后行为与期待可能性的关系概述	106
一、问题的提出	106
二、期待可能性理论演绎	109
第二节 期待可能性与事后行为的刑事责任程度	117
一、因期待可能性阻却责任的事后行为	117
二、期待可能性视阈下的亲亲相隐制度	121

### **第四章 事后行为的典型样态 127**

第一节 继续行为的本体展开	127
一、继续犯研究视角转换	128
二、继续行为的刑法评价	130
第二节 共罚的事后行为诠释	138
一、共罚的事后行为回溯	139
二、共罚的原因理论分析	144
第三节 派生犯罪的刑法解构	148

一、派生犯的预备性考察	149
二、派生犯罪的司法释疑	153
三、事后持有的可罚根据	159
<b>第五章 事后行为与共同犯罪</b>	<b>167</b>
第一节 共同犯罪中的事后行为	167
一、事后行为与共犯既遂	168
二、过限共犯与事后行为	171
第二节 事后行为中的共同犯罪	176
一、事后行为与承继共犯	177
二、事后行为与共犯阻却	186
<b>第六章 事后行为与罪数形态</b>	<b>195</b>
第一节 事后行为与罪数形态概说	195
一、事后行为与罪数关系简述	195
二、罪数形态的判断标准探究	197
第二节 事后行为与相关罪数形态	203
一、事后行为与结合犯	204
二、事后行为与连续犯	210
三、事后行为与吸收犯	214
<b>第七章 事后行为与正当化事由</b>	<b>223</b>
第一节 事后行为与正当防卫	224
一、事后行为与防卫时机	224
二、事后行为与防卫限度	237



第二节 事后行为与自救行为 242

一、问题的提出 242

二、解决的路径 244

**第八章 事后行为与刑罚减免制度 246**

第一节 事后行为与刑罚减免制度概说 247

一、缘起：犯罪后的出路 247

二、刑罚减免的法理追问 253

第二节 刑罚减免制度的立法完善 261

一、总则：酌定量刑情节法定化 261

二、分则：刑罚减免的具体设计 265

**结 语 272**

**参考文献 274**

## 导 论

### 一、事后行为又一切入视角

犯罪之后,行为人所面临的是法律的惩罚和被害人可能的报复。当然,他也可能会有其他选择,因为许多人在选择犯罪时,其内心深处并不甘心受到刑事处罚(如故意犯罪),或者在实施犯罪时根本没想过会受到刑罚的处罚(如过失犯罪)。但有一点是确定的:一旦实施了犯罪,行为人便开始了一段可谓惊心动魄、刻骨铭心的“法律生活”,这迥然有别于法律人从事的神圣但也不乏枯燥的法律工作。

以行为人收买被拐卖妇女为例。行为人之所以花费可能不菲的价钱购买“商品”,显然是看重其到手后的“使用价值”。从司法实践上看,行为人为满足其不法目的,常常要对被拐卖妇女实施其他犯罪行为:他既可能会采取暴力、胁迫或者其他方法,违背妇女意志强行与被害妇女发生性关系,又可能会对被害妇女进行侮辱、虐待、伤害或非法剥夺其人身自由等,甚至会再次将被害妇女当作“商品”出卖。当然,行为人

也可能良心发现或出于其他考虑,将被拐卖妇女予以释放。于是,对行为人为人收买被拐卖妇女后的上述行为给予何种刑法评价便被问题化。刑事立法之所以将收买被拐卖的妇女的行为规定为犯罪,是意在制止行为人为人直接参与将妇女当作商品买卖的不法行为,同时这样做也有利于遏制拐卖妇女的犯罪活动,但绝不意味着行为人成立收买被拐卖妇女罪后,可以将被拐卖妇女任意蹂躏。刑法第 241 条收买被拐卖的妇女、儿童罪的规定便展现了立法者欲以有限之条款,凭借抽象的、观念性的评价犯罪的筛选过程将行为人在收买被拐卖的妇女、儿童罪后所有可能实施之行为形态予以规范的努力。根据刑法第 241 条的规定,行为人在收买妇女后的行为,可能分别符合强奸罪、侮辱罪、虐待罪、故意伤害罪、非法拘禁罪、拐卖妇女罪等其他犯罪的构成要件,而且这些行为不能包含在收买行为之中,只能将这些犯罪与收买被拐卖妇女罪实行并罚。同时,立法者出于刑事政策的考虑,还规定:行为人按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,不阻碍对其进行解救的,可以不追究其刑事责任。

然而,“外观世界的行为情状万千,有完全符合构成要件之基本形态者,亦有超出基本犯罪形态者,也有集合数个行为样态,组合成一形态者,构成要件以有限之条款,欲对变化无穷之行为形态,完全个别加以规范,显然不可能”。<sup>[1]</sup> 刑法第 241 条对行为人不以出卖为目的收买了被拐卖妇女、儿童后,对其实施了强奸、非法拘禁等行为,后又将其出卖的,应当认定为一罪还是数罪并未作出规定。于是,有学者主张,由于刑法规定“收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的”,依照拐卖妇女、儿童罪论处,而拐卖妇女、儿童罪的行为包括了非法拘禁行为,法定刑升格情节中包括了强奸行为,故仅认定为拐卖妇女、儿童罪即可,没有必要

---

[1] 柯耀程:《变动中的刑法思想》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 282 ~ 283 页。

实行数罪并罚。但是,如果行为人在收买被拐卖妇女儿童后实施了拐卖妇女、儿童罪不能包含的其他犯罪行为,如故意伤害行为,即使以后又出卖的,也应以拐卖妇女、儿童罪与故意伤害罪实行数罪并罚。<sup>[1]</sup>由此可见,即便刑事立法作如此细致的规定,刑法理论同样能彰显其填充立法之不足的意义。

笔者一直认为,刑事立法关于收买被拐卖的妇女、儿童罪的规定是值得肯定的,<sup>[2]</sup>同时也认为,列举式规定的固有缺陷决定了以列举的方式试图囊括所有司法实务的动态需求的做法都必将失败(实际上既无可能也无必要)。在这个意义上,抽象出具有总结性、规律性和规则性的刑法理论才能为司法裁判提供助力,甚至会借此促成立法的改变。

在笔者的阅读范围内,鲜有学者将犯罪完成后行为人所实施之行为具有何种刑法意义作为一个专门问题进行研究,更无从说从具体的问题出发,并从中提供解决这个问题的公正和符合目的的可能性。笔者认为,对行为人在犯罪完成后实施的纷繁复杂的事后行为给予何种刑法评价这一问题的研究直接反映了刑法理论的成熟与完善程度。遗憾的是,迄今为止刑法理论对上述问题的探讨在总体上呈现出一个突出特点就是过分侧重围绕刑法分则的具体罪名展开。<sup>[3]</sup>通过探讨形成的真知灼见当然有助于指导司法实务对相关罪名的准确认定,但囿于个案的探讨在有些场合未免会有“头痛医头、脚痛医脚”之感,刑法学者完全可能通过总结判例,提炼出刑法理论,从而实现刑法理论的“从

---

[1] 参见张明楷:《刑法学》(第二版),法律出版社2003年版,第709页。

[2] 在笔者看来,其成功之处不仅体现在立法者对可能发生的具体情状殚精竭虑的考虑上,还体现在立法者对及时终止了犯罪的积极回应上。由于犯罪行为的继续,被害人生命等法益仍处于紧迫的危险状态,为了更好地实现刑法对法益的动态保护机能,出于给犯罪人退路,以保护被害人生命安全的刑事政策考虑,当然有必要充分运用刑罚减免制度,鼓励犯罪人避免更为严重的犯罪结果发生。

[3] 这一判断并非全称判断。实际上,我国以往的刑法学研究中,并非所有的刑法学著述均局限于刑法分则具体罪名的探讨。只是出于讨论的便宜,笔者采用了这一说法。

实践中来,到实践中去”。例如,挪用公款罪是近年来一种常见多发的犯罪,由于该罪与贪污罪在诸多方面都存在相同之处,造成两罪经常发生混淆,尤其是对挪用公款罪转化为贪污罪的条件之认定,其处理令人感到特别棘手。最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)(1998年4月29日)第6条规定:“携带挪用的公款潜逃的,依照刑法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。”容后再述,挪用公款后因某种原因以贪污罪论处在刑法理论上属于转化犯的范畴,对于挪用公款罪在何种情况下可转化为贪污罪,《解释》只规定“携带挪用的公款潜逃”一种情形。如果坚持转化犯具有法定性的观点,必然会以“罪刑法定”原则为由否认其他因犯罪转化而应当以贪污论处的情形存在,这显然不能为我们所接受。合理的做法只能是不囿于相关司法解释的束缚,要在准确把握刑事法律规范的前提下,按照行为的固有属性准确定罪量刑。只要查明行为人挪用公款后在客观上已表明其具有永久占有挪用款的故意,就应当按照主客观相统一的原则去认定“挪用转化为贪污”。于是,有敏锐的学者就如何科学界定“挪用公款不退还”与“挪用转化为贪污”做了详细的论证。<sup>[1]</sup>随后最高人民法院也认识到这一问题,在《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(2003年11月13日)中就挪用公款转化为贪污的认定予以进一步的细化。但在刑法分则中,还存在挪用资金罪等其他挪用型犯罪,上述结论是否直接适用于挪用资金转化为职务侵占的场合,在刑法理论上至今还未见说明。<sup>[2]</sup>对于这种侵害法益上

---

[1] 参见游伟、徐虹:“科学界定‘挪用公款不退还’与‘挪用转化为贪污’”,载《福建政法管理干部学院学报》2001年第2期;杜国强:“挪用公款不退还的司法适用”,载《国家检察官学院学报》2002年第6期。

[2] 挪用型犯罪是依其行为共性对犯罪所作的划分,在现行刑法中,具体包括刑法分则第五章第272条的挪用资金罪、第273条的挪用特定款物罪以及第八章第384条的挪用公款罪共三个罪名。

具有升层关系的犯罪如果跳出个罪、走向类型进行探讨,似乎能更好地对司法实务做出回应。学者完全可以通过对挪用转化为贪污的探讨,透视到存在于挪用公款罪保护法益与贪污罪保护法益之间的升层关系,从而提炼出适合所有挪用型犯罪的刑法解释原理。

本书注意到,学界已经将共罚的事后行为引入我国刑法理论并将其作为分析工具解释刑法中的具体问题。在逻辑上,既然存在共罚的事后行为,则必然存在与之相对应的可罚的事后行为。由此引出的是,可罚的事后行为与基本犯罪呈现何种关系,能否将二者视为彼此完全无关之独立行为?司法实践中,一起普通的故意杀人后实施取财行为的案件,居然最后经最高人民法院复核定案,并促使陈兴良教授撰文《故意杀人后取财行为之定性研究——计永欣案例分析》,足以说明此类案件在判断上给实务界造成了相当的困扰,涉及的刑法原理亦值得重视。<sup>〔1〕</sup>容后再述,不仅在故意杀人罪中,在故意伤害、强奸罪等许多案件的场合都会发生类似情况,在判断上,便需要将基本犯罪与事后行为作整体考量,惟其如此,才能既不违背禁止双重评价原则,又不使行为人获得刑法处断上的不当利益。究竟事后行为可罚性基础何在,基本犯罪行为与事后行为在罪责方面有何关联,是否存在共犯参与可能性及能否主张正当防卫,这些客观存在的刑法现象还未作为一个专门的问题纳入刑法学的研究视阈。

形成上述局面的原因,与以往刑法理论过于侧重演绎、忽视归纳的研究方法有关。演绎和归纳是刑法学研究不可或缺的研究方法,与演绎的研究方法相比,归纳的研究方法更有利于刑法理论的发展与创新。随着我国刑事法治的进一步完善,理论研究的视角也必然从宏观的法

---

〔1〕 参见陈兴良:“故意杀人后取财行为之定性研究——计永欣案例分析”,载《法学杂志》2004年第25期。

律框架的搭建转向完善法律的细部品质,对传统刑法理论进行更为缜密的修正,进而对上述刑法现象条分缕析地予以系统化,显然具有重要的理论和实践意义。本书以刑法中的事后行为为研究对象,便欲通过对事后行为由个案到类型的思考,将司法实务中关涉事后行为的零散知识系统化为一般原理。<sup>[1]</sup>

事后行为之所以具有研究价值,或许从刑法保护法益的角度更能找到依据。一般认为,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。<sup>[2]</sup>犯罪的本质是侵犯法益,刑法的目的是保护法益,因而,法益在刑法中是个核心概念。立法者可以根据法益来判断刑罚必要性的有无,进而决定刑事立法上的犯罪化或者非犯罪化。一旦刑事立法将某种利益加以确认并加以保护,就使之上升为法益,并且刑事立法将为之提供持续动态的保护,这种保护并不受犯罪次数的影响,只要该法益仍然存在,这种保护就会继续。例如,在挪用公款罪中,由于挪用行为所侵犯者为财产之使用权,即使挪用公款罪已经成立,刑法仍然对该财产之所有权予以保护,当行为人改变犯意,进而实施永久占有财产的行为时,刑法规范便对此种法益之间的升层关系给予恰当的刑法评价,从而使行为人

---

[1] 需要强调的是,本书的写作绝不意味着全盘否定刑法学界围绕具体罪名对事后行为进行的个别化研究。恰恰相反,通过围绕具体罪名展开的讨论为刑事司法提供了必要的知识准备,从而对司法裁判具有不可或缺的现实指导意义。但问题在于,在这种零散的研究以外,尚需借助于类型化的思考建构事后行为的宏观场景,惟其如此,上述个别化研究才不会没有理论支撑,才不至沦为无底棋盘上的游戏。当然,笔者也清楚地知道,尚无力将事后行为所涉及的所有问题完整地呈现给读者,笔者所能做的,只是尽可能将一些片段置于“事后行为”这一特定的逻辑中去表现和展示,并进而寻求它们在这一特定逻辑中的意义。

[2] 参见张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第67页。

所犯罪行与其应承担的刑事责任相适应。“从法益保护的目的地和观点出发,根据法益所处的状况,刑法规范或者以各种形态出现并发挥动态的机能,或者作为禁止和命令规范、或者容许规范而表现出来。”〔1〕据此,以往刑法理论的研究视角大多止步于犯罪完成显然与刑法对法益的动态保护机能相违背。容后详述,也正是基于法益保护的需要,犯罪完成后,行为人实施的与基本犯罪相关联的行为才具有重要的刑法意义,进而事后行为也获得了自身的存在依据。

## 二、前置性的相关说明

霍姆斯法官曾经指出,必须显示“你的事实与宇宙框架之间的合理联系”。〔2〕他固然是在讲法律,但庞大法律体系中任何一小的问题都面临与法律之整体一样的境遇。在这个意义上,与事后行为相关联的“框架”遍及刑法学特别是犯罪论的诸领域。为了论述的方便和分析的便利,有必要对刑法中评价客体与客体评价的关系、事后行为的法律属性问题加以明确。

### (一)评价客体与客体评价

毋庸置疑的是,在刑法评价之前,必须先确立刑法的评价客体。刑法评价客体的确立乃是刑法评价的先决条件,也是规范评价的起始点。本书以事后行为作为研究对象就已表明,在关于刑法评价客体究竟是行为抑或行为人的问题上选择了前者。回顾刑法学发展史会发现,一个高标准的行为概念至今仍未找到,但中外刑法理论关于行为理论的总体发展的确是反映在对行为概念澄清的努力之中。刑法理论能达成

---

〔1〕〔日〕野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第159页。

〔2〕转引自〔澳〕维拉曼特:《法律导引》,张智仁等译,上海人民出版社2003年版,第97页。



的基本的共识在于承认,从刑法中为行为概念的基本要求来看,作为刑法评价客体的行为应当是中性的,“它不允许把任何应该在后面评价阶段作为属性加入的因素纳入自身”。〔1〕换言之,行为本身并不能对自己是合法或是违法作出回答,行为的合法性或者违法性系法律规范评价的结果,为规范的价值判断。在这个意义上,行为事实与刑法规范之间是一种评价客体与客体评价的关系。

作为评价客体的行为事实是一种自然存在,作为客体评价的刑法规范是一种价值存在,因而,刑法中认定犯罪的过程永远是一个往返于规范与事实之间的思维过程。本书以事后行为为研究对象,即是对犯罪完成后行为人纷繁复杂、变动不居的行为情状进行客体评价。例如,行为人盗窃后处分赃物的行为是一种客观的存在,如果孤立地看,行为人的行为同样符合赃物犯罪的构成要件,具有可罚性,但由于其行为的可罚性已经被综合地评价在盗窃罪之中,故没有必要认定成立其他犯罪,这就是对一个具体的事后行为的完整评价过程。申言之,事后行为是作为评价客体使用的,是进行客体评价的出发点和评价原点,因此,不应该具有规范评价色彩的界定元素。只有这样,在进行刑法评价时才能通过增加不同性质和内容的评价使犯罪特征逐渐清晰化,“倘行为概念涉及法益侵害、违法、责任等因素,则显系观念混淆,不合逻辑”。〔2〕

需要说明的是,容后再述,事后行为的“事后”其具体含义是指犯罪完成后。犯罪完成是以刑法保护的客体即刑法法益为考察基点,在法定意义上的价值评判。而事后行为所关注的内容是犯罪完成后行为人所实施的具有刑法意义的行为,因此,这里的“事后”是一种研究指向,在这个意义上,经过刑法评价的犯罪完成是对事后行为进行刑法评价

---

〔1〕 [德]罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第147页。

〔2〕 韩忠谟:《刑法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第69页。