

博士文丛

BOSHI WENCONG

李立景 / 著

亲告罪要论

QINGAOZUI

YAOLUN

——告诉才处理的
犯罪的研究新视角

01



中国人民公安大学出版社

亲告罪要论

——告诉才处理的犯罪的
研究新视角

李立景 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

亲告罪要论：告诉才处理的犯罪的研究新视角/李立景
著. —北京：中国人民公安大学出版社，2003. 10
(博士文丛)

ISBN 7-81087-489-6

I. 亲... II. 李... III. 刑事犯罪—研究
IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 092479 号

亲告罪要论

QINGGAOZUI YAOLUN

李立景 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

经 销：新华书店

邮政编码：100038

印 刷：北京蓝空印刷厂

版 次：2003 年 10 月第 1 版

印 次：2003 年 10 月第 1 次

印 张：8 75

开 本：850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数：197 千字

书 号：ISBN 7-81087-489-6/D·392

定 价：18.00 元

本社图书出现印装质量问题，由发行部负责调换

联系电话：(010) 83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

序

马克昌*

本书原为作者李立景同志的博士学位论文《亲告罪要论》，答辩后经过修改，由中国人民公安大学出版社出版。

亲告罪，指以作为追诉的要件（诉讼条件）的告诉为必要的犯罪，或者说是刑法明文规定要被害人告诉法院才处理的犯罪。它在国内外刑法教材中所占篇幅很小，有些教材甚至根本不予论及。在我国刑法中明文规定“告诉的才处理”的，只有五个罪名，为数不多，学术界对这一课题的研究成果，更是凤毛麟角，极为罕见。在这种情况下，作者洋洋洒洒写出有血有肉十余万字的论文，实在难能可贵。

本书不是具体论述我国刑法规定的“告诉的才处理”的五种犯罪，而是从宏观上展开对亲告罪的研究。在“绪论”中即提出双中心论的刑事一体化理念，表明以实体法与程序法并重的刑事一体化观作为研究模式，从这一视角对亲告罪进行研究，将亲告罪在刑事立法上对实体产生重要影响的程序问题一并纳入研究视野，表现了作者崭新的思维方式，形成本书明显的特色。

作者视野广阔，论述周全。本书不仅从刑法学，而且从刑事诉

* 马克昌：著名刑法学家，现任武汉大学法学院教授，博士研究生导师，兼任中国法学会名誉理事，中国法学会刑法学研究会名誉会长。

讼法学,乃至法理学、刑法史等不同学科对亲告罪的方方面面进行了研究,涉及的问题很广,如亲告罪的双重视角审视,告诉乃论的法律定位,亲告罪的告诉权、定罪机制、自首、时效、法理逻辑、价值与前瞻等,无不予以深入剖析。内容充实,资料丰富,引用文献达 365 处之多。旁征博引,论证充分,是本书的又一特色。

作者思想开拓,勇于创新。本书对与亲告罪有关的刑法学上的许多问题,都明确提出自己的见解。如关于“亲告罪的法律规范视角分析”,提出“亲告罪属任意规范,非亲告罪属强制规范”;关于“亲告罪的法律关系视角分析”,提出“亲告罪的被害人是刑事法律的一方主体”;关于“告诉权的性质”,提出“亲告罪告诉权包括控告权、撤诉权及和解权”;关于“亲告罪的客体”,提出“亲告罪的客体是个人法益”;关于“亲告罪的价值”,提出“自由”、“宽容”、“效率”、“和谐”,如此等等,不胜枚举。论著的价值在于创新,上述见解言人之所未言,发人之所未发,创新之意,比较突出,本书的这一特色,更值得称道。

作者李立景同志系辽宁大学法学院青年教师,为了在学术上深造,投考于吉林大学法学院吴振兴教授名下为博士生。2003 年 7 月参加论文答辩,事前该院曾将其论文送我评议,因而得以早日阅览全文。论文思维新颖、视野开阔、创见迭出、文字流畅,看后深为赞赏。现论文即将付梓,来函邀我作序,我为这篇佳作能够问世而高兴,遂即允诺,欣然命笔,谨概述本书主要优点,向读者推荐,倘阅此书,当知我言之不谬,是为序。

二〇〇三年金秋九月于武汉大学

序	1
绪 论	1
第一章 亲告罪概述	21
第一节 犯罪私人追诉的历史脉络	21
第二节 亲告罪法的个性	28
第三节 亲告罪的类型划分	46
第二章 亲告罪的告诉权	49
第一节 告诉权的性质	49
第二节 告诉权人	51
第三节 告诉与反诉	68
第四节 告诉的撤回	70
第三章 亲告罪的定罪机制	74
第一节 以公诉罪为主线的传统定罪观	74
第二节 公诉罪与亲告罪定罪构造比较	77
第三节 亲告罪的定罪机制特征	81

上 篇

第一章 亲告罪概述	21
第一节 犯罪私人追诉的历史脉络	21
第二节 亲告罪法的个性	28
第三节 亲告罪的类型划分	46
第二章 亲告罪的告诉权	49
第一节 告诉权的性质	49
第二节 告诉权人	51
第三节 告诉与反诉	68
第四节 告诉的撤回	70
第三章 亲告罪的定罪机制	74
第一节 以公诉罪为主线的传统定罪观	74
第二节 公诉罪与亲告罪定罪构造比较	77
第三节 亲告罪的定罪机制特征	81

DAN94/07

第四章 亲告罪的自首..... 86

第一节 我国的亲告罪自首..... 86

第二节 国外的亲告罪自首..... 88

第三节 我国自首之刍议..... 89

第五章 亲告罪的时效..... 94

第一节 亲告罪时效的立法模式..... 95

第二节 亲告罪时效的起算..... 98

下 篇

第六章 告诉乃论的法律定位..... 107

第一节 告诉乃论法律定位的诸说辨析..... 107

第二节 告诉乃论法律定位的管窥之见..... 117

第三节 告诉的法律意义..... 125

第七章 亲告罪的双重视角审视..... 133

第一节 亲告罪的法律规范视角分析..... 133

第二节 亲告罪的法律关系视角分析..... 139

第八章 亲告罪的法理逻辑..... 155

第一节 亲告罪立法理论基础概述..... 155

第二节 犯罪的本质是法益侵害..... 160

第三节 亲告罪的客体是个人法益..... 181

第四节 法益主体意思表示的刑法意义..... 186

第五节 被害人事后同意与宽恕成立的合法条件..... 189

第九章 亲告罪的价值	193
第一节 自由——主体自我决定权的保障.....	193
第二节 宽容——刑法的谦抑精神.....	203
第三节 效率——司法的成本权衡.....	210
第四节 和谐——传统法律文化的无诉追求.....	216
第十章 亲告罪的前瞻	221
第一节 传统司法理念的缺陷.....	221
第二节 亲告罪价值优位理念的论证.....	226
第三节 亲告罪刑事损害赔偿的完善.....	232
第四节 亲告罪范围的扩大.....	237
结束语——恢复性司法理念的兴起	242
主要参考文献	248
后 记	266

绪 论

一、亲告罪的研究现状

亲告罪，即告诉才处理的犯罪。我国古代也称告诉乃论，告乃坐，亲告乃论等（本文在行文时出于方便后文不再一一注明）。它是指法律规定的某些需要有告诉权人告诉，司法机关才能予以处理的犯罪。

我国亲告罪始于唐代，《唐律·斗讼律》规定：“诸殴妻者，减凡人二等，死者以凡人论。殴亲折伤以上，减妻二等。若妻殴伤杀妾，与夫殴伤杀妻同。”其注云：“皆须妻妾亲告乃坐。即至死者，听余人告。”“诸妻殴夫，徒一年，若殴伤重者，加凡斗伤三等。”其注云：“须夫告乃论。”此外，妻妾骂夫之祖父母、父母，须舅姑告乃论。子孙违反教令及供养有阙者，须祖父母、父母告乃坐。宋代法律规定与唐代基本相同。明代法律规定告乃坐犯罪的范围更宽一些。包括奴婢、雇工骂家长和家长的亲属等，须亲告乃坐；骂祖父母、父母、缌麻兄姐、小功、大功亲属，妻妾骂夫之祖父母、父母、夫之期亲以下，缌麻以上等尊长，妻骂夫，妾骂妻及妻之父母等，均须亲告乃坐。总的来说，我国古代亲告罪的范围一般仅限于亲属之间的轻微犯罪。

在英美法系国家由于有判例法的传统，因此没有亲告罪的

规定,大陆法系国家及受其影响较大的国家,如德国、意大利、日本、俄罗斯、瑞士、西班牙、韩国等都有亲告罪的规定。

由于文化背景、道德伦理观念以及立法价值取向的差异,各国刑法典上的亲告罪数量和范围不尽一致,如我国为5种(侮辱罪、诽谤罪、暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪、侵占罪),意大利为52种,瑞士为40种,德国为35种(此外《反不正当竞争法》等9项单行法也规定了各种亲告罪),日本为23种,巴西为43种,韩国为24种,俄罗斯为7种。总的来说,各国亲告罪尽管范围不尽一样,但还是有以下共性:

一是从这类犯罪侵犯的客体来看,一般都是侵犯个人法益的行为。

二是这类犯罪社会危害性较小,而且受侵害性往往取决于被害人的主观感受,如侮辱罪、诽谤罪等。

三是这类犯罪的犯罪人与被害人之间往往具有亲属等亲近的社会关系。

总之,亲告罪的法益着眼点在于保护和尊重被害人的利益和意志自由。然而,如果希冀从各国立法中寻找亲告罪更为精确且放之四海而皆准的立法准绳是困难的,如强奸罪,日本、意大利均规定为无条件地适用亲告罪,而德国、西班牙、巴西都规定为非亲告罪,瑞士虽然规定为亲告罪,但同时却规定了限制适用的条件。这种立法上的细微差异,我们只能从各国不同的社会物质生活条件中去寻找答案。

亲告罪与非亲告罪是一种刑法上重要的法定二元分类,然而,长期以来这种分类一直未受到重视,造成这种现状的原因主要有以下几点:

一是亲告罪的数量很少。在我国目前的刑法规定中只有5

种，即侮辱罪、诽谤罪（第246条），暴力干涉婚姻自由罪（第257条），虐待罪（第260条），侵占罪（第270条）。

二是这类犯罪刑罚比较轻。作为亲告罪的侮辱罪和诽谤罪法定最高刑是3年有期徒刑；作为亲告罪的暴力干涉婚姻自由罪以及虐待罪的法定最高刑为2年有期徒刑；侵占罪的法定最高刑稍长一些，但也只是5年有期徒刑。

三是基于大陆法系传统上实体法与程序法固执的二元划分理论惯性，亲告罪通常被认为是程序法或诉讼法上的问题。正像日本学者大塚仁所说：“在亲告罪中进行了有效的告诉等，它是诉讼法上为了进行诉讼，获得实体性裁判的条件，实体性裁判的条件，与实体法上的刑罚权是不同的问题。”^①于是，亲告罪问题被想当然地排除在主流刑法学之外，被认为是程序法上的问题。这种理论上的误区，严重地阻碍了亲告罪研究的深入。

目前，对亲告罪的专门研究成果较少，就笔者所掌握的情况，以亲告罪为专题的刑法硕士毕业生论文有两篇：一是陈雪芬的《亲告犯问题研究》^②，二是王喜娟的《论亲告罪》^③，此外，还有齐文远教授的《“亲告罪”的立法价值的初探——论刑法修改时应当适当扩大“亲告罪”的适用范围》^④等个别论文。总的来说，有关亲告罪的刑法学专门论著数量很少，它们

①[日]大塚仁著，冯军译：《刑法概论》，中国人民大学出版社2003年版，第440页。

②中国人民大学法学院刑法专业组织编写：《刑事法专论》，中国方正出版社1998年版，第1611~1627页；另参见王晋、伍绍昆主编：《刑法若干实务与典型案例释论》，群众出版社2001年版，第592~615页。

③吉林大学1999年12月印行。

④《法学研究》1997年第1期。

从不同的角度对深入开展亲告罪的研究具有积极的推动作用。

笔者在借鉴现有亲告罪研究成果的基础上，基于刑事一体化的思路，打破刑事实体法和程序法的藩篱，对亲告罪与非亲告罪不同的基础理论进行了反思和重构，并对完善亲告罪立法提出了若干提议。

二、刑事一体化范式的再诠释

储槐植先生在《中外法学》1989年第1期上发表了《建立刑事一体化思想》一文，1997年又出版了《刑事一体化与关系刑法论》论文集。就笔者的阅读视野而言，储先生可以说是我国刑法学界率先提出“刑事一体化”这一观点的学者，这一提法在当时不能不说是令人耳目一新。近年来，陈兴良先生主编的系列论丛《刑事法评论》和《刑事法学研究丛书》，意图在刑事法的名目下，进行贯通与联系的研究，打破“刑”字号各法之间壁垒分明的传统，建立刑事法的基础理论，努力倡导与建构一种以现实社会关心与终极人文关怀为底蕴的，以促进学科建设与学术成长为目标的一体化的刑事法学研究模式，^①因此获得了刑法学界普遍的关注和积极的反响。然而，“刑事一体化”的内涵是什么，它是作为一种实然的司法客观存在，还是刑事法治的价值追求，抑或是一种刑法学研究范式的提倡……这些问题，似乎无须回答，却又似乎语焉不详，本文拟就上述问题谈一点不成熟的看法，求教于同仁。

“刑事一体化”究竟是指什么？“刑事一体化的特点是刑法和刑法运行处于内外协调状态才能实现最佳社会效益。实现刑法最佳效益是刑事一体化的目的，刑事一体化的内涵是刑法

①《刑事法评论》（第一卷），中国政法大学出版社1997年版，卷首语。

和刑法运行内外协调,即刑法内部结构合理(横向协调)与刑法运行前后制约(纵向协调)。”^①并且,提出更新观念,调整刑法结构,完善行刑机制三方面的一体化构想。简言之,这种观点基本上还是立足于刑法,我们可以称之为“刑法中心论”的一体化思想。

陈兴良先生认为刑事法的内容大体上包括:“刑法,刑事诉讼法,刑事执行法(含监狱法),刑事侦查学以及犯罪学。”申言之,举凡与犯罪有关的法律及相关学科,都可以纳入刑事法的范畴,我们可将其称之为融通学科的刑事法的一体化。

我国老一辈刑法学家甘雨沛、何鹏老先生认为,所谓刑事法就是最广泛意义的刑法,它包括刑法典、特别刑法、行政刑法、行刑法以及一切有刑罚规定(罚规)的法令、条例等法规。总的来说,这些都是属于“实体法”或“实定法”规定的范围。从刑法整体来说,单是依实体法本身的规定或依实体法所作出的判决、决定、裁定本身并不能成为刑法的整体性或全体性,当然也不能达到刑法的任务、目的,还需要有使之实现的过程、手续或方法,这就必须有刑事诉讼法的助成。为了达到刑法的改造教育目的,也必须有行刑法领域的监狱法作保证。为了彻底、准确地揭发和侦查犯罪以及正确认定犯罪,还需要有侦查学、法医学的助成。这些都属于刑事法的范围。据此,刑事法可称为“全体刑法学”,^②我们可将其称为“全体刑法学”的一体化观。全体刑法学这一概念来源于德国,“广

①储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第294页。

②甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上),北京大学出版社1984年版,第3~4页。

义的刑法具有三个支柱，即实体刑法、刑事诉讼法和刑罚执行法。”^①但实际上，这一观点是将刑法视为主法，将刑事程序法视为助法，在这个意义上，此种观点与前述刑法中心的一体化思想是一致的。

近年来，受我国学者的影响，^②刑事一体化理念所强调的广义的、动态的、整体的刑法观的提出是非常有意义的。它对打破传统的静态的、封闭的刑法观，无疑为人们带来了一股清新之气。但是，如果仅仅停留在刑法中心的一体化观上（它重实体而轻程序的倾向是很明显的），刑事一体化理念的提倡将受到限制。刑事一体化内部各要素（部门法）之间的关系如何（如刑事实体法与刑事程序法的关系），换言之，我们应当建构一个什么样的一体化观，是值得深入研究的。

（一）刑事一体化是刑事实体法和程序法的一体化

如前所述，“刑事一体化”的倡导者，并未将它概括为刑事实体法与程序法的一体化，只不过强调要从刑法运行内外协调一致的动态角度来研究刑法，但并未论证一体化的内部要素及相互关系。然而，从结构主义的角度来说，结构决定功能，显然，这个问题不容忽视。

谈到实体法与程序法的关系，人们难以回避也无法回避马克思那段经典论述：审判程序和法之间的联系如此密切，就像植物的外形和植物的联系，动物的外形和血肉的联系一样。审

①[德] 汉斯-海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》（总论），中国法制出版社2001年版，第21页。

②李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第2页；陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版。但一些主流教科书尚未见此类似提法。

判程序和法应该具有同样的精神，因为审判程序只是法律的生命形式，因而只是法律的内部生命的表现。^①传统刑事诉讼法学因而得出结论：“刑事诉讼法的直接功能就是保证刑法正确实施。”^②如人们通常所说，马克思把实体法与程序法的关系视为内容与形式之间的关系，那么内容与形式又是什么关系呢？列宁认为，形式是具有内容的形式，是活生生的实在的内容的形式，是和内容不可分离的联系着的形式。

按照法国学者的观点，刑事程序法被视为刑法的分支，在实行的犯罪与宣告的刑罚之间有一个进行追诉的全过程。这是刑法的另一分支——刑事程序法的研究对象。^③

从前述刑事一体化的表述来看，将客观存在的内部要素概括为刑事实体法和刑事程序法应当没有异议。事实上，不论从司法过程的客观分析来看，还是从哲学认识论来看，“刑事一体化”的提法都是成立的。刑事一体化主要体现在以下几方面：

1. 从价值取向看，刑法和刑事诉讼法统一于刑事法治的价值。刑法第1条与刑事诉讼法第1条都明确地规定了“惩罚犯罪，保护人民”的一致性目的。从立法例上看，世界各国的古代法常可以看到诸法一体、刑民不分的现象，如我国古代的《吕刑》、《法经》、《唐律》等刑律，实体法和程序法都是

①《马克思主义法学著作选读》，中国政法大学出版社1994年版，第10页。

②陈光中主编：《刑事诉讼法学（新编）》，中国政法大学出版社1996年版，第35页。

③[法]卡斯东·斯特法尼著，罗结珍译：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社1998年版，第42页。

合为一体的。从西方看，古罗马的《十二铜表法》前三表基本上为诉讼法，其他表基本上为实体法；现代英美国家刑法与刑事诉讼法一体化的倾向也是很明显的，加拿大刑事法典就是一例。不仅如此，在大陆法系看来属于刑事程序的内容，如合法辩护理由也是被纳入刑法的犯罪构成理论当中的。一般刑法理论，如《肯尼刑法原理》等也往往将刑事程序、证明等诉讼法上的内容融入刑法学体系中。在犯罪的分类上，从程序着眼，将犯罪分为应予起诉罪和简易审决罪也是经典和权威的分类。

我国现行刑法中也有不少程序性的规定，如刑法第 63 条规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”第 79 条规定：“对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。”第 82 条规定：“对于犯罪分子的假释，依照本法第七十九条规定的程序进行。非经法定程序不得假释。”第 246 条规定的侮辱罪、诽谤罪，第 257 条第 1 款规定的暴力干涉婚姻自由罪，第 260 条第 1 款规定的虐待罪，第 270 条规定的侵占罪，均规定为“告诉的才处理”。

2. 从刑法理论上，大陆法系刑法理论的核心构成要件的概念，来源于中世纪意大利纠问程序中的“*copus delicti*”，其后传到德国由斯鸠别尔和费尔巴哈赋予其实体法上的意义。

3. 从司法实际运作上看，刑法和刑事诉讼法也是相互依存，互不可分，相辅相成的。没有刑法，定罪量刑将无所依据；没有刑事诉讼法，则刑法的目的、价值也无法得以实现。刑法和刑事诉讼法共同统一于国家的刑事政策精神和宗旨。

4. 从刑法和刑事诉讼法的具体规定上看,也体现了实体法和程序法内容上的相互渗透,如刑法有追诉时效,犯罪的告诉才处理等刑事程序上的内容。而刑事诉讼法上也有不少涉及刑事实体法内容的规定,如刑事诉讼法第142条第2款关于“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出不起诉决定”的规定,以及第171条、第172条关于自诉案件被害人撤回起诉或和解的规定等内容都体现了法律规范上刑事实体与程序的水乳交融。另外,刑法上严格责任的犯罪,如持有型犯罪、巨额财产来源不明等犯罪,在立法上主要也是从程序的角度来考虑的。

(二) 双中心论的刑事一体化理念的提倡:关注刑事程序的独立价值与程序正义,实体法与程序法并重

刑事一体化是实体与程序的一体化。然而,什么样的刑事一体化观是符合理性和正义的呢?它的本质是如何看待刑法和刑事诉讼法的关系。近年来,诉讼法学界有不少学者从价值分析角度强调程序独立性及程序正义的问题,然而,在刑法学者中,刑事程序独立以及程序正义对刑事实体的影响并未引起足够的重视。这不能不说是由传统刑法与刑事诉讼法“目的与手段关系说”^①的学科阻隔所造成的遗憾。

首先,我们不能不指出的是学者们常引用的马克思的那段耳熟能详的,把实体法和程序法的密切关系喻为“动物的外形和血肉的联系”的著名论断,且不论它是否全面完整地体现了现代法治视野中的刑事实体法与刑事诉讼法的关系及价

^①储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第455页。储先生同时认为程序法及合理的诉讼模式是刑法两大功能(保护功能和保障功能)实现的至关重要的形式保障。