

An Applied Research on Crime with
Aggravated Circumstances

情节加重犯适用研究

胡东飞 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

An Applied Research on Crime with
Aggravated Circumstances

情节加重犯适用研究

胡东飞 著

本书系2014年度教育部人文社会科学青年基金项目

『情节加重犯适用研究』研究成果，项目批准号：14YJC820019



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

情节加重犯适用研究 / 胡东飞著. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1438 - 3

I. ①情… II. ①胡… III. ①犯罪—法律适用—研究—中国 IV. ①D924.115

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 230762 号

情节加重犯适用研究
QINGJIE JIAZHONGFAN SHIYONG YANJIU

胡东飞 著

策划编辑 聂颖
责任编辑 聂颖
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物第一出版分社
开本 A5
印张 10.625
字数 241 千
版本 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1438-3

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

对于部门法的研究,学界向来倡导有感而发,本书亦不例外。之所以关注情节加重犯(加重处罚情节)问题,大体由以下两方面原因促成:

一是与司法机关的朋友讨论实务案例后所思。

例一,行为人甲曾因抢劫罪被判处3年有期徒刑,刑满释放后不久盗窃了他人价值900余元的财物。

根据司法解释,曾因盗窃受过刑事处罚或者一年内曾因盗窃受过行政处罚后又盗窃的,盗窃罪“数额较大”的追诉标准可按通常标准的50%确定(笔者供职单位所在省份的盗窃罪“数额较大”的追诉标准为1600元)。^[1]显然,严格依照司法解释,由于甲先前所犯的是抢劫而

[1] 参见2013年4月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条的规定。

非盗窃,故对甲的行为不得以盗窃罪追究刑事责任。但是,既然先前因犯更轻的盗窃受过刑事处罚又盗窃,且财物价值数额达到追诉标准所规定的50%的构成盗窃罪,那么,就没有理由否定本案中甲后面的盗窃行为也构成盗窃罪。^[1] 该案带给笔者的思考是:盗窃与抢劫均为转移占有取得罪(夺取罪),与盗窃相比较,抢劫只是就解除他人对财物占有的方式做了更具体的限制(即限于暴力、胁迫或者其他强制方法),因此,与抢劫和持枪抢劫的关系类型相同,盗窃与抢劫应为特别关系法条竞合(盗窃为普通法条,抢劫系特殊法条)。在刑法将持枪抢劫规定为抢劫的加重处罚情节的前提下,有理由认为,抢劫系盗窃的加重处罚情节。由此看来,刑法分则中不仅存在大量显性的加重处罚情节,而且也不乏隐性的加重处罚情节;如何确定这些隐性的加重处罚情节,无疑值得深入探讨和研究。

例二,为实施抢劫,某公安派出所民警A将警服借给其朋友B,事后二人均穿着警服对被害人C实施暴力抢劫。

对于本案,可以肯定的是,A、B二人构成抢劫罪的共同犯罪,且对B应当认定为“冒充军警人员抢劫”,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。但对A可否认定为“冒充军警人员抢劫”,进而适用加重的法定刑却存在疑问。因为根据司法解释,军警人员利用自身的真实身份实施抢劫的,不得认定为“冒充军警人员抢劫”,但应依法从重处罚。^[2] 不言而喻,本案中如果对A的处罚轻于B,则显失公平。由于共同犯罪是(受客观构成要件制约的)

[1] 该司法解释的内容本身是否合理另当别论。

[2] 参见2016年1月6日最高人民法院《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》相关内容。

违法形态,因此,对于刑法分则所规定的加重处罚情节,必须准确区分加重构成与量刑规则,只有这样才能妥当解决加重处罚情节的共同犯罪问题。不难看出,在现行司法解释的拘束之下,“冒充军警人员抢劫”实际上是消极的构成身份犯。就本案而言,由于A、B二人的行为共同实现了“冒充军警人员抢劫”的违法性,所以,只需将不具有消极身份的A的正犯行为缩小评价为教唆犯,二人的行为便成立“冒充军警人员抢劫”的共同犯罪,其中B为正犯,A为教唆犯;这样,对于二人均应当适用加重的法定刑(将A认定为起主要作用的教唆犯)。

需要说明的是,以上二例仅为其中的部分案例,诸多案例的累积引发了对情节加重犯越来越多的思考,于是萌生了进行专门研究的念头。

二是不断阅读后所悟。

阅读是发现、分析和解决问题的有效途径。在总结、归纳情节加重犯的若干重要问题后,笔者阅读了大量相关文献,并在诸多方面获得颇具价值的启发。例如,德国刑法理论关于违法要素与分界要素的区分,为分析基本犯与相应加(从)重处罚情节的逻辑关系提供了极为有益的智识资源。

以刑法分则中的“妇女”概念为例,由于刑法和相关司法解释明确将“幼女”规定为是不满14周岁的女性,故此,刑法理论和司法实践一直将与之对应的“妇女”理解为已满14周岁的女性。但是,这种看似理所当然的观点其实必然导致在认识错误、共犯过剩和证明不能的场合下出现不应有的处罚漏洞,进而违背罪刑法定原则。事实上,已满14周岁只是分界要素而非违法要素,即在被害人为已满14周岁的女性的场合,只是意味着行为未能实现行为对象系不满14周岁幼女的犯罪构成要件之违法性。所以,刑法分

则中的“妇女”其实是指“女性”，其外延既包括已满14周岁的妇女，也包括不满14周岁的幼女。于是，在构成要件行为类型相同的场合，将行为对象规定为“妇女”（或“他人”）的法条实际上是普通法条，而将行为对象规定为“幼女”的法条为特殊法条，二者是特别关系法条竞合。由此，对于认识错误、共犯过剩和证明不能的问题，便可以得到恰当处理（按普通法条定罪处刑）。

如此等等，不一而足。

在刑法立法相对完善的背景下，刑法理论的研究重心应当是解释论而非立法论（解释论同样有助于立法的完善）。秉持这一理念，本书在界定情节加重犯的概念及其特征之后，对情节加重犯的确认原理与方法、情节加重犯与基本犯的竞合关系、加重构成与量刑规则的区分、情节加重犯的故意认识内容、情节加重犯的共同犯罪、抽象加重处罚情节的具体化等逐一展开了讨论。旨在为他人对相关问题的研究提供素材，也希冀能对司法实践的合理认定有所助益。

毋庸讳言，本书的内容有些可能是肤浅乃至是错误的，但笔者并不打算为此寻找任何“辩护”理由，因为“引玉之砖”或许本来就是本书的定位。所以，诚挚欢迎学界先贤、同仁批评斧正！

目 录

前 言 1

第一章 情节加重犯概说及其基本问题 1

第一节 情节加重犯概说 1

第二节 情节加重犯的基本问题 16

第二章 情节加重犯的确认原理与方法 33

第一节 乙罪是甲罪的结果加重犯 34

第二节 A 罪是 B 罪的整体法 65

第三节 X 罪是 Y 罪的特别法条 80

第三章 情节加重犯与基本犯的竞合 94

第一节 法条竞合争论的缘起 94

第二节 法条竞合的成立条件与类型 100

第三节 双重评价之禁止与全面评价之坚持 126

第四节 法条竞合的适用规则 139

第四章 加重构成与量刑规则 153

第一节 加重构成与量刑规则的区分意义 153

第二节 加重构成与量刑规则的区分标准 157

第三节 几种特殊加重处罚情节的性质 181

第五章 情节加重犯的故意认识内容 203

第一节 犯罪故意认识内容的一般原理 203

第二节 对加重处罚情节的认识 217

第三节 加重处罚情节的认识错误及其处理原则 223

第六章 情节加重犯的共同犯罪 250

第一节 共同犯罪的本质 250

第二节 加重处罚情节共同犯罪的具体认定 279

第七章 抽象加重处罚情节的具体化 291

第一节 抽象加重处罚情节的实体内容 292

第二节 抽象加重处罚情节的具体化原理与方法 309

参考文献 323

后 记 331

第一章

情节加重犯概说及其基本问题

第一节 情节加重犯概说

一、情节加重犯的概念

基于犯罪现象的复杂性,为实现对犯罪行为的适度处罚要求,我国刑法分则在规定各具体犯罪基本犯的构成要件及其法定刑的前提下,往往又会规定,具备一定情节或者满足相应条件的,加重对该犯罪行为的处罚力度(法定刑升格)。^{〔1〕}例如,《刑法》第121条规定:“以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑;致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的,处死刑。”显而易见,“致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏”

〔1〕 本书所引用的刑法条文均为《刑法修正案(九)》后的条文。

是劫持航空器罪的加重处罚情节。又如,《刑法》第254条规定:“国家机关工作人员滥用职权、假公济私,对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的,处二以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处二年以上七年以下有期徒刑。”毋庸置疑,“情节严重”是报复陷害罪的法定刑升格条件。再如,《刑法》第263条规定:“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;有下列情形之一的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产:(一)入户抢劫的;(二)在公共交通工具上抢劫的;(三)抢劫银行或者其他金融机构的;(四)多次抢劫或者抢劫数额巨大的;(五)抢劫致人重伤、死亡的;(六)冒充军警人员抢劫的;(七)持枪抢劫的;(八)抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。”不言而喻,八种特殊的抢劫即为(普通)抢劫罪的加重处罚条件。

需要指出的是,情节加重犯既有升格一档法定刑的,也不乏升格两档(甚至两档以上)法定刑的。例如,根据《刑法》第224条的规定,实施合同诈骗行为,数额较大的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。又如,根据《刑法》第264条之规定,盗窃公私财物,数额较大的,或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。

本书将这种在基本犯的基础上,因具备特定情节或条件,刑法

加重对其处罚的犯罪类型,统称为情节加重犯。^{〔1〕} 由于适用升格法定刑以满足相应的(加重)情节或条件为前提,故而也可以将情节加重犯称为加重处罚情节或者法定刑升格条件。^{〔2〕}

二、情节加重犯与相关概念的关系

(一) 情节加重犯与情节从重犯(从重处罚情节)

仔细阅读刑法条文就会发现,除加重处罚情节之外,分则条文还存在大量这样的规定,即在基本犯的基础上,因具备特定情节或条件的,对行为人从重处罚。与情节加重犯相对应,对于这种从重处罚的情形,可称之为情节从重犯,或者从重处罚情节。

例如,根据《刑法》第236条第1款的规定,以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的,处3年以上10年以下有期徒刑。该条第2款规定:奸淫不满14周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚。又如,《刑法》第245条第1款规定:“非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”根据该条第2款的规定,司法工作人员滥用职权,犯非法搜查、非法侵入住宅罪的,从重处罚。再如,《刑法》第277条第1款规定:“以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”而根据该条第5款的规定,暴力袭

〔1〕 需要注意的是,刑法分则也有部分“反过来”规定的立法例,即先规定加重处罚情节,再规定基本犯(通常表述为“情节较轻”)。如《刑法》第110条、第111条、第112条、第151条第1款和第2款、第171条第2款、第232条、第239条第1款、第300条第1款、第328条第1款、第416条第2款等。

〔2〕 若无特别说明,本书以下均是在等同的意义上使用“情节加重犯”、“加重处罚情节”和“法定刑升格条件”的概念。

击正在依法执行职务的人民警察的,以妨害公务罪定罪并从重处罚。

一方面,从重处罚情节的种类与加重处罚情节的种类基本相同(或者说二者存在广泛的重合)。例如,相对于基本犯而言,同样都是因为行为方式特殊,但在不同的犯罪中既有被规定为加重处罚情节的,也有被规定为从重处罚情节的。冒充军警人员抢劫(加重处罚)与冒充人民警察招摇撞骗(从重处罚)即是适例。又如,皆因行为对象特殊而从重处罚和加重处罚的规定在刑法分则中也可谓俯拾皆是。《刑法》第263条第3项的抢劫银行或者其他金融机构与第277条第5款的暴力袭警就是由于行为对象特殊而分别被规定为加重处罚情节和从重处罚情节。甚至在行为对象完全相同的情形下,刑法分则却在不同的犯罪中分别规定为加重处罚情节和从重处罚情节。例如,在行为对象均为幼女的场合,依据《刑法》第236条第2款的规定,奸淫幼女的,从重处罚;但是根据第359条的规定,引诱幼女卖淫的,却要加重处罚。^{〔1〕}另一方面,毫无疑问,加重处罚意味着在法定刑以上判处刑罚,而从重应当在法定刑的限度以内判处刑罚。但是,加重处罚与从重处罚都是相对于基本犯的处罚力度而言的,且均意味着比基本犯的处罚要重,只是在处罚力度上前者较之后者更甚而已。在此意义上说,二者只有量的不同,而并无质的差别。

基于上述理由,本书以下关于情节加重犯原理的探讨,同样适用于情节从重犯;也正因为如此,下文也将在必要的范围内,联系情节从重犯讨论情节加重犯。

〔1〕 从立法论上说,这可能并不合适。

(二) 情节加重犯与情节犯

认定情节加重犯(或者说适用加重处罚情节)以行为构成相应的基本犯为前提,所以,情节加重犯与情节犯并非等同概念。

所谓情节犯,是指刑法分则以“情节严重”(或者“情节恶劣”)作为犯罪的成立(而非加重处罚)条件的犯罪类型。根据《刑法》第13条的规定,只有情节严重的危害社会的行为才可能以犯罪论处。将“情节严重”作为犯罪构成要件要素确实可能会给司法认定带来较大的随意性,但是,从立法技术上说,情节犯的立法例又的确是难以避免的。因为,“在现实生活中,有许多侵害法益的行为,虽然在一般情况下其违法性没有达到值得科处刑罚的程度,却又难以通过增加某个特定的要素使违法性达到值得科处刑罚的程度,或者难以预见具备哪些要素时,行为的违法性能够达到值得科处刑罚的程度,或者虽能预见但不能做简短表述。于是刑法条文作了一个整体性的规定,情节严重、情节恶劣,就以犯罪论处。亦即,当行为符合了客观构成要件中的基本要素后,并不意味着行为的违法性达到了值得科处刑罚的程度,在此基础上,还需要对行为进行整体评价。”^{〔1〕}换言之,当行为的社会危害性(违法性)没有达到值得科处刑罚的程度时,刑法分则条文通常会对其作出“情节严重”的要求,以使该行为的社会危害性在整体上达到值得科处刑罚的程度。显然,这种情形下的“情节严重”是犯罪的成立条件;反之,如果行为的情节并不严重,则不构成犯罪。

例如,《刑法》第252条规定:“隐匿、毁弃或者非法开拆他人

〔1〕 张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第239页。

信件,侵犯公民通信自由权利,情节严重的,处一年以下有期徒刑或者拘役。”反之,如果行为的情节并不严重,则不构成侵犯通信自由罪。又如,《刑法》第255条规定:“公司、企业、事业单位、机关、团体的领导人,对依法履行职责、抵制违反会计法、统计法行为的会计、统计人员实行打击报复的行为,情节恶劣的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”相反,倘若情节轻微,就不构成打击报复会计、统计人员罪。

作为犯罪成立条件的“情节严重”的识别标志是:如果该罪只有一档法定刑,且与其对应的罪状表述为“……情节严重(或情节恶劣)的”,则可以肯定该“情节严重”是犯罪的成立条件。例如,《刑法》第314条规定:“隐藏、转移、变卖、故意毁损已被司法机关查封、扣押、冻结的财产,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。”又如,《刑法》第260条第1款规定:“虐待家庭成员,情节恶劣的,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。”如果有两档法定刑,其中,第一档法定刑的适用条件为“……情节严重的”,第二档法定刑的适用条件为“情节特别严重的”,那么,前者是作为犯罪成立条件的情节犯,后者为法定刑升格条件的情节加重犯。例如,《刑法》第313条第1款规定:“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”又如,第326条第1款规定:“以牟利为目的,倒卖国家禁止经营的文物,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”

由于刑法用语具有相对性,所以,“情节严重”的表述既可能是指情节犯,也可能是指情节加重犯。具体而言,如果第一档法定

刑的适用条件没有规定“情节严重”，而第二档法定刑却明确规定以“情节严重”为适用条件的，此时的“情节严重”应为情节加重犯。例如，《刑法》第202条规定：“以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处拒缴税款一倍以上五倍以下罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处拒缴税款一倍以上五倍以下罚金。”又如，《刑法》第310条第1款规定：“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”此外，从逻辑上说，由于“情节特别严重”与“情节严重”是相对而言的，没有“情节严重”便不可能有“情节特别严重”，即“情节特别严重”必须以“情节严重”为前提。故此，可以肯定的是，当刑法分则使用了“情节特别严重”的表述时，意味着其必然属于情节加重犯。

综上可见，刑法可能同时使用“情节特别严重”和“情节严重”表述情节加重犯，这需要根据不同法条的表述作出具体判断。

三、情节加重犯的种类

从刑法分则的规定情况来看，加重处罚情节的种类可谓五花八门、多种多样；基于后文研究需要之考虑，这里只对加重处罚情节的种类作初步归纳和分析。

根据刑法分则对加重处罚情节的内容是否做了具体的描述，可以将情节加重犯分为具体的情节加重犯与抽象的情节加重犯。所谓具体的情节加重犯，是指刑法分则对法定刑升格条件的内容作了具体的描述。《刑法》第263条抢劫罪的八种加重处罚情节即是。所谓抽象的情节加重犯，是指刑法仅以“情节严重（恶劣）”

或者“情节特别严重”作为法定刑升格的条件。《刑法》第 254 条报复陷害罪就是如此。

当然,还有部分条款同时规定了具体的法定刑升格条件和抽象的法定刑升格条件。例如,《刑法》第 383 条关于贪污罪的处罚便是如此。具体而言,贪污数额较大或者有其他较重情节的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。贪污数额巨大或者有其他严重情节的,处 3 年以上 10 年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产。贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。显然,“数额巨大”和“数额特别巨大”系具体的法定刑升格条件,而“其他严重情节”与“其他特别严重情节”是抽象的法定刑升格条件。又如,根据《刑法》第 237 条的规定,强制猥亵、侮辱他人的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役;但是,聚众或者在公共场所当众强制猥亵、侮辱他人的,或者有其他恶劣情节的,处 5 年以上有期徒刑。其中,“聚众或者在公共场所当众”属于具体的情节加重犯,而“其他恶劣情节”则为抽象的情节加重犯。此外,《刑法》第 264 条的盗窃罪也是如此。

需要注意的是,抽象的情节加重犯和具体的情节加重犯的区别是相对的。因为,就司法适用而言,当司法解释对抽象的加重处罚情节予以具体化时,抽象的情节加重犯也就成了具体的情节加重犯。例如,《刑法》第 302 条第 2 款规定:“开设赌场的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”根据 2010 年 8 月 31 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》的规定:“具有下列情形之一的,应当认定