

刑法重点难点专题探讨(二) PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_88_91_E6_B3_95_E9_87_8D_E7_c36_482833.htm

第二个问题是，对于哪些情形的超期羁押行为以犯罪论处？从超期羁押的行为特点及其侵犯的法益性质来看，它既是非法剥夺公民人身自由的行为，因而侵犯了公民的人身自由，又是滥用职权的行为，因而侵犯了公民对国家机关公务的公正性的信赖。所以，一般来说，超期羁押行为既可能成立非法拘禁罪，也可能成立滥用职权罪。正因为如此，在刑法上出现了两种立法例：其一，有的国家刑法将这种行为规定在渎职罪中。如日本刑法分则第25章规定的是渎职罪，其第193条规定了公务员滥用职权罪，第194条规定了特别公务员滥用职权罪：“执行问题是，对超期羁押行为应以何罪论处？第二个问题是，对于哪些情形的超期羁押行为以犯罪论处？从超期羁押的行为特点及其侵犯的法益性质来看，它既是非法剥夺公民人身自由的行为，因而侵犯了公民的人身自由，又是滥用职权的行为，因而侵犯了公民对国家机关公务的公正性的信赖。所以，一般来说，超期羁押行为既可能成立非法拘禁罪，也可能成立滥用职权罪。正因为如此，在刑法上出现了两种立法例：其一，有的国家刑法将这种行为规定在渎职罪中。如日本刑法分则第25章规定的是渎职罪，其第193条规定了公务员滥用职权罪，第194条规定了特别公务员滥用职权罪：“执行或者辅助执行审判、检察或者警察职务的人员滥用职权，逮捕或者监禁他人的，处六个月以上十年以下惩役或者监禁。”前述法国刑法也将超期羁押规定为公务员

针对个人滥用权势的犯罪。其二，有的国家刑法将这种行为规定为侵犯人身自由的犯罪。例如，意大利刑法将这种犯罪规定为“侵犯人身自由的犯罪”，其第606条规定：“公务员滥用与其职责有关的权力进行逮捕的，处三年以下有期徒刑。”前一种立法例可谓重视国家法益，后一种立法例可谓重视个人法益。在我国的司法实践中，对超期羁押造成他人重伤、死亡的案件，有的认定为非法拘禁罪，有的认定为滥用职权罪。我以为，对于故意实施超期羁押构成犯罪的，应当以非法拘禁罪追究刑事责任。应当肯定的是，故意实施的超期羁押行为，既符合非法拘禁罪的构成要件，又符合滥用职权罪的构成要件。在此意义上说，应当依照案件的具体情节与严重程度，比较法定刑，从重处罚。但基于以下理由，对故意实施的超期羁押行为以非法拘禁罪论处较为合适：第一，刑法第238条前3款规定了非法拘禁罪的罪状与法定刑，第4款规定：“国家机关工作人员利用职权犯罪前三款罪的，依照前三款的规定从重处罚。”实施超期羁押的行为人均为国家机关工作人员，而且均属利用职权所为，完全符合刑法第238条第4款的规定；换言之，第238条第4款实际上已经明文规定了司法机关工作人员利用职权超期羁押的行为。虽然日本等国刑法将特别公务员非法拘禁的行为规定为渎职罪，但刑法理论一直认为，特别公务员滥用职权罪，是监禁、逮捕罪（即非法拘禁罪）的加重类型。不同的是：日本刑法将特别公务员滥用职权非法监禁、逮捕他人的行为，作为非法拘禁罪的加重类型，规定为独立的犯罪；而我国刑法将国家机关工作人员滥用职权非法羁押他人的行为，规定为非法拘禁罪的从重情节。第二，滥用职权罪的成

立要求行为“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”；本来，长时期非法羁押被害人、剥夺其人身自由，就可谓给人民利益造成了重大损失，但由于人们对人身自由这一法益的重要性认识不够，甚至轻视、忽视人身自由这一法益，未能将对人身自由的剥夺认定为造成了严重后果；在司法实践中，往往只是对超期羁押致人重伤、死亡的才认定为给人民利益造成了重大损失。因此，如果将超期羁押行为以滥用职权罪论处，必然过于缩小了处罚范围，不利于抑止超期羁押现象，不利于保障公民的人身自由。第三，对故意超期羁押行为以非法拘禁罪论处，有利于做到罪刑相适应。在司法实践中，超期羁押致人重伤、死亡，或者在超期羁押过程中，使用暴力致人重伤、死亡的案件时有发生。如果对这种行为以滥用职权罪论处，则难以实现重罪重罚、轻罪轻罚的原则，也与刑讯逼供等罪的处罚不协调。而以非法拘禁罪论处，则完全可以根据超期羁押是否造成了重伤、死亡，超期羁押的时间，行为人是否实施了暴力等情节，判处相应的刑罚。第四，对故意超期羁押行为以非法拘禁罪论处，符合新刑法注重保障公民权利的精神。在我看来，新刑法的许多规定，尤其是对旧刑法的修改之处，都体现了保障公民权利的精神。例如，虐待被监管人罪、私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪，以前规定在渎职罪中，现在规定在侵犯公民人身权利民主权利罪中；以前属于扰乱公共秩序的强制猥亵、侮辱妇女的行为，被刑法规定为侵犯公民人身权利的犯罪。由此可见，当一种犯罪同时侵犯了公民个人法益与国家法益时，刑法更重视的是个人法益。既然如此，对故意超期羁押以非法拘禁罪论处，将其作为对个人法益的犯罪，将更加符合

新刑法的精神。在现阶段，要将所有超期羁押行为一概以犯罪论处，还不太可能。这并不是我的本意，而是因为人们习惯于说“打击面不能过大”，“处罚面不能过宽”，“原因很复杂，不能一概而论”，“事出有因，不要轻易当犯罪处理”，“惩办与宽大相结合”。因此，即使某类行为完全符合刑法规定的犯罪构成要件，但如果这类行为太普遍、太常见时，人们也习惯于只将其中特别严重的部分行为作为犯罪处理。因为篇幅所限，我不能在本文中评论这些流行的强势话语，只是想重申我长期以来所坚持的观点：犯罪的本质是侵犯法益，刑法将值得科处刑罚的法益侵害行为类型化为各种构成要件，因此，凡符合刑法所规定的构成要件的行为，都是犯罪行为。但我们对构成要件必须进行实质的解释，使构成要件及其整体说明犯罪的本质。???因此，一方面，我们不能因为超期羁押现象较为普遍，而人为地将超期羁押构成犯罪的范围限缩得太窄，另一方面，也不能忽视犯罪的本质与构成要件，将任何超期羁押行为都作为犯罪处理。下面试图从三个方面提出超期羁押构成非法拘禁罪的具体标准：第一，超期羁押在客观方面具有以下情节的，拟认定为非法拘禁罪：（1）超期羁押行为导致被害人伤害（含重伤与轻伤）或者死亡的；（2）超期羁押并对被害人实施暴力、变相肉刑、侮辱行为的；（3）不执行释放被羁押人的有效法律文书，超期羁押达到24小时的；（4）不执行监督机关发出的纠正超期羁押通知书等，超期羁押达到48小时的；（5）多次超期羁押或者超期羁押多人的；（6）超期羁押达到1个月以上的；（7）超期羁押造成其他严重后果，或者具有其他严重情节的，如因超期羁押导致被害人自杀身亡，

因超期羁押导致被害人被其他犯罪嫌疑人、被告人杀伤的，因超期羁押导致被害人家属精神失常、自杀身亡的，如此等等。第二，超期羁押行为构成犯罪的主体，只限于超期羁押的实际决定者、批准者与直接实施者，换言之，只限于直接负责的主管人员与其他直接责任人员。对于被迫执行羁押决定的，不宜作为犯罪处理。第三，超期羁押构成非法拘禁罪的主观方面只限于故意，即明知对于犯罪嫌疑人、被告人的羁押已超期因而侵害了其人身自由，却继续羁押，希望或者放任侵害人身自由的结果发生。过失导致超期羁押的，不成立非法拘禁罪；情节轻微的，不以犯罪论处。但过失导致超期羁押，造成被羁押者死亡等严重后果的，可视性质与情节以玩忽职守等罪论处。对于因超期羁押构成非法拘禁罪的，必须严格适用刑法第238条的规定：具有殴打、侮辱情节的，应当从重处罚；超期羁押致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；超期羁押致人死亡的，处10年以上有期徒刑；超期羁押使用暴力致人重伤的，以故意伤害罪定罪处罚；超期羁押使用暴力致人死亡的，以故意杀人罪定罪处罚；对于超期羁押构成非法拘禁罪的国家机关工作人员，均应从重处罚。注释：没有任何法律根据而拘留、逮捕他人的行为，不在超期羁押之列。刑事诉讼中还严重存在将特别规定适用于普通情形的现象：例如，并非流窜作案、多次作案、结伙作案的犯罪嫌疑人，却将对其提请审查批准逮捕的时间延长至30日；案情并非复杂，却将对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限延长1个月甚至2个月。此外，刑事诉讼中还存在以羁押方式实行监视居住的现象。这些现象也违反刑事诉讼法，但不属于本文所说的超期羁押。 德C l a u

s R o x i n : 《德国刑事诉讼法》, 吴丽琪译, 台湾三民书局 1 9 9 8 年版, 第 3 2 1 页以下。 日 曾根威彦: 《量刑基准》, 日 西原春夫主编: 作者简介: 赵秉志 男, 1 9 5 6 年生, 中国人民大学教授、博士生导师; 肖中华 上海社会科学院研究员、法学博士 如何确定隔地犯的行为和结果 赵秉志 (以下简称赵): 隔地犯是刑法理论中一个用以概括跨地域犯罪的范畴。从广义上说, 凡是行为过程或行为与结果分别跨越两地以上的犯罪, 都叫做隔地犯。例如, 劫持航空器的犯罪行为可能经过几个国家, 其行为本身就是隔地的。但在刑法理论上, 通常都是从狭义的角度来讲隔地犯的, 这种意义上的隔地犯就专指行为与结果分别发生在不同地域的犯罪。今天, 我们谈论的话题就是狭义隔地犯的刑法适用问题。肖中华 (以下简称肖): 我想补充一点, 就是: 行为和结果分别在一国领域之内不同地域的隔地犯, 只可能涉及诉讼管辖的问题, 而在实体刑法适用上是没有讨论意义的。比如, 邮寄含有炭疽热病毒邮件的行为发生在上海, 危害他人生命的结果发生在北京, 这种隔地犯只会引起案件究竟是由上海管辖还是北京管辖的问题, 并不会因为行为与结果分属两地而发生刑法适用的争论。所以, 在刑法上讨论狭义隔地犯, 主要是就行为与结果分别发生在不同国家 (地区) 的犯罪而言。这样的隔地犯, 其行为和结果的认定, 直接关系到刑法管辖权的归属。赵: 在许多国家和地区的刑法中, 属地管辖原则都有针对隔地犯的专门规定。我国刑法也不例外, 这就是刑法第六条第三款规定的“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的, 就认为是在中华人民共和国领域内犯罪”。我国刑法的这一规定, 是为了主动争取

对犯罪的属地管辖权，更为全面、充分地体现和维护国家主权。但是，由于刑法没有对“犯罪的行为”和“犯罪的结果”进行具体的阐释，在司法实务中就面临一个如何解释的问题。肖：我认为，对于“犯罪的行为”的理解，应从我国刑法的有关规定精神作全面理解。首先，符合刑法分则规定的各种犯罪的典型构成要件的行为，毫无疑问都属于“犯罪的行为”。其次，从我国刑法的规定看，故意犯罪根据行为的发展进程，其犯罪行为可以包括预备行为和实行行为，所以，隔地犯中所指的“行为”，应当包括预备行为和实行行为。例如，外国人甲、乙的绑架实行行为虽然发生在我国领域外（被绑架人也非中国公民），但其预谋和策划活动则在我国领域内，我国刑法也可以对该起案件行使属地管辖权。赵：在总则中对犯罪预备行为规定处罚的一般原则，或者说，把犯罪的预备行为也视为犯罪本身，是我国刑法的一个特色。但是，大多数国家的刑法是不处罚犯罪预备行为的。这样一来，我国刑法和有关国家刑法在“犯罪的行为”类型上必然是有差距的。当我国刑法以“犯罪行为包括犯罪的预备行为”为理由，对仅仅预备行为发生在我国领域内的那些犯罪案件进行管辖时，难免不被其他主张管辖权的国家理解，尤其是犯罪实行行为地国家。肖：我认为，理解我国刑法关于属地管辖、隔地犯的规定，只能从我国刑法有关立法精神出发，这是由确立属地原则的宗旨决定的。将预备行为包含在“犯罪的行为”之中，可以更有效地扩大犯罪地的范围。至于这类案件最终实际上由我国管辖还是由犯罪实行行为地国家或其他国家（犯罪人国籍国、被侵害人国籍国等）管辖，是存在国际司法协助解决余地的。但如果将犯罪预备行为排

除在“犯罪的行为”之外，等于是完全放弃对某些案件的属地管辖权。赵：刑法第六条第三款所讲的“行为”，应该是一个综合了主客观要件的行为概念，是具有犯罪构成要件该当性的概念。从我国刑法的规定看，这种行为如果是共同犯罪，那么实行行为和其他共犯行为也都属于“犯罪的行为”。因此，只要共同犯罪的实行行为、组织行为、教唆行为、帮助行为之一发生在我国领域内，我国刑法就可以对该共同犯罪案件行使属地管辖权。肖：刑法第六条第三款规定“犯罪的结果”，这是否意味着只有结果犯才存在隔地犯呢？赵：在我看来，这里的“结果”不是从结果犯意义上讲的结果。在结果犯中，结果是犯罪既遂成立的条件，是刑法分则规定的、作为认定某一犯罪究竟是既遂还是未完成的一个客观标志。而在隔地犯中，结果的意义在于确定犯罪行为侵害法益的客观后果是否发生在某一国领域。所以，隔地犯中的结果，并不限于结果犯中的结果。肖：也就是说，行为犯、危险犯也可以出现隔地犯的情形？赵：当然可以。虽然对行为犯而言，法律并不要求有什么结果的出现作为其成立的要件或其既遂的成立条件，但是，这并不意味着这种犯罪不会发生结果。比如，生产、销售有毒、有害食品罪，只要行为人在生产、销售的食物中掺入有毒、有害的非食品原料就成立犯罪，法律并不要求行为造成实害结果。但这种行为往往造成严重食物中毒的结果。如果外国人在外国生产、销售有毒、有害食品，严重食物中毒事件发生在我国领域内，而中毒者中没有我国公民，我国刑法依照属地原则可以对其进行管辖。危险犯是以某种危险状态的出现作为犯罪既遂标志的犯罪，这种犯罪也可能发生实害结果。比如放火、投放危险物

质、破坏交通工具等犯罪，都可能发生实害结果。这种结果理所当然属于隔地犯中的“结果”。肖：不过，我觉得有一个问题非常值得关注，那就是：在危险犯中，危险状态是不是一种结果呢？以往我国的刑法理论普遍将危险犯与结果犯对立起来，但是近年来有的学者把危险犯归入结果犯之中，认为结果犯包括危险犯和实害犯。按照这样的主张，如果危险犯的危险状态在我国领域内发生，也应将这一犯罪视为在我国领域内发生的犯罪了？赵：危险犯有具体危险犯和抽象危险犯之分。对于具体危险犯，需要发生具体的危险状态才能认定为既遂，像放火、投放危险物质、破坏交通工具等犯罪，都是具体的危险犯；对于抽象危险犯，只要行为人实施特定的行为就可以认定其成立既遂，比如盗窃、抢夺枪支行为，法律认为其行为本身就具有公共危险性，这种行为构成犯罪既遂不需要考虑有无某种具体的危险。我认为，在具体危险犯中，危险状态也是一种结果。肖：实际上，从刑法关于犯罪故意和过失的规定看，任何犯罪都有“危害社会的结果”。我想，隔地犯的结果大致可以从这个意义上进行理解了。赵：刑法关于故意和过失规定中使用的“危害社会的结果”，是从社会危害性角度而言的概念。因为一切犯罪，无论故意犯罪还是过失犯罪、行为犯还是结果犯、既遂犯还是未完成形态犯，都侵害到一定的法益，都能够给社会带来一定的损害，所以从社会危害性而言，任何犯罪都有“结果”----“危害社会的结果”。这种“结果”可以说是刑法条文中最广义的。但是，隔地犯中的“结果”，不可能是这个意义上的，而应当限于以下情况：第一，刑法分则明文规定的作为犯罪成立条件、既遂条件或处罚情节的结果；第二，虽

然没有被刑法分则明文规定、但作为犯罪既遂标志的实害结果；第三，结果犯未完成形态的实害结果；第四，刑法分则没有规定的犯罪直接引起的其他实害结果。肖：这就是说，只要是犯罪引起的实害结果，无论是否构成要件的结果，都应当属于隔地犯的“结果”。比如，在故意杀人罪中，行为人仅致被害人重伤而没有造成被害人死亡，这里的重伤也是刑法第六条第三款所说的“结果”。又如，在拐卖妇女、儿童罪中，行为人实施的拐卖行为虽然在我国领域外，但造成被拐卖者亲属重伤的结果却发生在我国领域内，我国刑法可以依据属地原则对其管辖。不过，隔地犯中的“结果”是否限于物质的、可以测量的结果呢？值得研究。赵：我认为主要是物质性的结果，但不限于此。为什么呢？如果刑法明确将某种非物质性结果作为构成要件或加重处罚情节加以规定，那么这种结果当然也应属于刑法第六条第三款的“结果”范围。比如，某个编造、故意传播虚假恐怖信息的行为发生在我国领域外，但“严重扰乱社会秩序”的结果发生在我国领域内，我国同样对该案件享有管辖权，因为“严重扰乱社会秩序”这样一种非物质性结果被我国刑法规定为编造、故意传播虚假恐怖信息罪的构成要件。肖：实践中有一种情况：行为人在我国领域外实施犯罪的行为，预想某种危害结果在我国发生，但事实上，该结果在我国领域外发生或者根本没有发生。对于这样的案件我国有无属地管辖权呢？赵：将预想的犯罪结果发生地视为犯罪地，在外国刑法中的确存在，如1976年联邦德国刑法第九条就指出“依犯罪人原意结果应发生之地”也为犯罪发生之地。但是，我国刑法第六条关于结果“发生”在我国领域内的规定，强调的是实际发

生。从有利于实务操作的角度出发，以结果的实际发生为标准也是切实可行的，因为行为人的预想结果发生地并不好确定。因此，即便行为人预想在我国发生的危害结果有多么严重，只要结果没有实际发生在我国领域内，我国刑法便不应以结果地在我国为由对案件主张属地管辖。

不纯正不作为犯的认定（上）赵秉志（以下简称赵）：刑法理论上从行为表现基本形式的角度将犯罪划分为作为犯与不作为犯。在不作为犯罪内部，又分出纯正不作为犯和不纯正不作为犯。前者是指只能由不作为构成的犯罪，如刑法第二百零一条偷税罪、第二百六十一条遗弃罪、第三百一十一条拒绝提供间谍犯罪证据罪和第三百一十三条拒不执行判决、裁定罪，均是纯正的不作为犯。后者是指大多由作为形式构成但实际却由不作为构成的犯罪，如以不作为方式构成的故意杀人罪、放火罪等等。就纯正不作为犯而言，由于刑法对它的构成要件作了明文规定，法律对它的作为义务一般也有了明确界定，所以认定的问题不大（当然，对于构成要件要素的理解，如什么是刑法第三百一十一条中所讲的间谍犯罪行为的“有关情况”，仍会发生分歧意见，这另当别论）。但是，就不纯正不作为犯而言，我国刑法没有像有的国家的刑法那样作出一般总则性的规定；犯罪论也都是以作为犯罪为中心展开的，这就使得不纯正不作为犯的司法认定问题倍感棘手。正确把握不作为犯的基本理论问题，无疑是司法实践准确认定不纯正不作为犯的前提。今天我们不妨简要地谈论一下其中几个与实务密切相关的问题。

肖中华（以下简称肖）：好的。数十年来，不作为犯罪问题就像日本刑法学家木村龟二所说的那样----是刑法理论中一个“未解之题”。我国刑法理论界对

于不作为犯的研究，更是属于刚刚起步阶段。但值得注意的是，近年来，我国司法实践中处罚不纯正不作为犯日益受到法官们的重视和关注。比如，1995年发生在H省的一起案件：行为人宋某因家庭琐事与妻子李某争吵，李某在家当宋某之面上吊自缢，宋某坐视不救，李某因未得救而死亡。法院以故意杀人罪对宋某作出判决。又如，2000年C市发生一起失火案：一饮食店店主因为疏忽大意导致该店半夜起火，店主慌忙逃离店铺而未报警，火势很快蔓延，将周围许多建筑物焚毁，并造成人员的重大伤亡。法院认为店主没有尽到报警灭火的作为义务而导致不该发生的严重后果发生了，因而以放火罪而不是失火罪对店主定罪处罚。还有，2001年B市发生的一起案件：甲深夜开车发生交通事故，将一老人撞倒，遂将老人扶上一出租汽车要求该出租汽车司机乙将老人送往医院抢救，途中，甲因害怕承担责任，便借口找人帮忙，让出租汽车司机乙停车稍等片刻，自己仓皇逃离。乙等待约半小时后，见被撞老人生命垂危，顿觉事情蹊跷，猜疑甲是肇事者且已逃离，便将老人抛弃在路边，致使老人因未得到及时救助而死亡。检察机关不仅指控甲构成不作为的故意杀人罪，同时对乙也作了相同的指控。这些案件自然引起人们的思考和争论：作为义务的根据如何确定？不作为构成某一犯罪，与作为构成这一犯罪是否具有同样的可处罚性（等值性）？处罚不纯正不作为犯时如何保证罪刑法定的基本原则不被动摇？

赵：在实践中重视处罚不纯正不作为犯，一定程度上反映了法官对公众情感的迎合。在社会道德水准不断提高的今天，具有社会良知的人们对见死不救等严重腐蚀现代道德风尚的行为普遍存在强烈谴责的心理，并

进而产生通过法律予以惩治这些行为的强烈愿望。这一点，在各国都无例外。可以说，处罚不纯正不作为犯，事实上大多是站在“超法规”的立场，即从法律明确规定之外去寻找根据。这样一来，不纯正不作为犯的处罚与罪刑法定原则的关系自然成为敏感的问题；处罚不纯正不作为犯客观上本身包含了定罪扩大化的危险，这成为人们普遍的担心。

肖：从犯罪构成的基本理论和罪刑法定原则出发，任何犯罪的认定都必须满足“法有明文规定”的基本要求。我想这是不容置疑的。但是，如果处罚不纯正不作为犯，站在“超法规”的立场，不就完全违背罪刑法定原则吗？

赵：在我国刑法通说中，不纯正不作为犯的义务根据包括“法律明文规定的义务”、“职务或业务要求的义务”、“先行行为引起的义务”和“合同行为引起的义务”四种。严格地说，上述各种义务中，只有第一种义务是有成文法依据的。尽管在刑法学说中，许多人提出批评，认为如果法律没有明确规定行为人的作为义务，从公众情感或公序良俗中寻求不作为犯的作为义务根据，就是违反罪刑法定原则的，但是，事实上司法实践均站在“超法规”的立场对上述各种义务予以认可。如何来理解这一现象呢？我认为，处罚不纯正不作为犯本身体现的是一种社会期待，这是不错的，但处罚不纯正不作为犯，并不必然是对“法无明文规定不为罪”的背离，只要对犯罪的构成要件进行合理的实质解释，就不会违背罪刑法定原则。在刑法条文中，实际上许多犯罪的构成要件都是不明确的，都需要通过“刑法解释”去展开，只不过因为不纯正不作为犯在规范构造上与作为犯存在差异，使得它在解释论上更为复杂。至于“是否违反罪刑法定”，只是结局性的评价问

题，而不是限定不纯正不作为犯的构成要件。在具体的个案处理中，不纯正不作为犯的准确认定，关键在于要合理确立它的成立条件。这些条件包括：（1）行为人有作为义务；（2）行为人没有履行义务；（3）发生了危害结果；（4）不作为与危害结果之间具有因果关系。上述各个条件中，核心和前提是作为义务。如果对作为义务的实质内容没有把握好，既有可能扩大不纯正不作为犯的处罚范围，也可能使一些应当受到处罚的不纯正不作为犯没有受到处罚，或者使一些本该认定为不纯正不作为犯的行为错误地认定为纯正不作为犯（比如把不作为的故意杀人罪错误地认定为遗弃罪）。

肖：我注意到，在我们的教科书中，作为义务这样一个核心问题并未得到充分的论述，而只存在对它发生根据的四种形式的划分。至于在何种情况下行为人具有作为义务、可以成立不纯正不作为犯，则没有进一步的说明。这种理论状况是不是与认定不纯正不作为犯的司法实践需要过于脱离？

赵：这种理论框架基本上沿袭了19世纪德国刑法学家费尔巴哈的“形式的作为义务说”，其缺陷在于不能揭示为什么不纯正不作为犯特别需要“作为义务”这样一个在作为犯罪中不用考虑的条件，以及作为义务的实质内容究竟是什么。由此，在我国刑法理论中也存在一个不争的事实，那就是：在论述作为义务的时候，基本上没有同时论述不作为犯罪的定性。我认为，“形式的作为义务说”只能从外在特征上限定作为义务的类型，而不能从实质特征上限定作为义务的范围。司法实践如果完全根据我国通说理论去判断行为人是否具有某种作为义务并进而认定行为人是否构成不作为犯罪，则容易导致处罚不作为犯的泛滥。为什么一个人不作为也构成

那些通常由作为构成的犯罪呢？实质上在于这个人的不作为违反了一定的命令规范，这种对命令规范的违反与作为对禁止规范的违反本质相同，比如违反“不准杀人”禁止规范的“用刀杀死一个人”行为和违反“应当防止他人死亡结果发生”命令规范的“不防止被害人死亡”行为，同样侵犯被害人生命权利。那么进一步分析，为什么惟独要这个人遵从命令规范，对被害人死亡结果负责呢？在于他具有“保证人”的地位，对结果的发生负有防止义务，而其他人没有这种义务，而且他对结果发生与不发生事实上能够排他性地支配。所以，从它与作为犯罪的规范构造的差异入手，在四种作为义务形式的限定下，在实质上进一步限定作为义务的范围，必须考查两点：一是行为人是否具有“保证人”的地位；二是行为人在事实上能否排他性地支配结果。肖：怎样判断行为人是否具有“保证人”的地位呢？赵：强调行为人的“保证人”的地位，从实质上可以将道德义务和法律义务分开。“保证人”也就是在法律上具有特别地位，能够自由选择作为和不作为，对危害结果可以防止的人。要具有“保证人”的地位，行为人必须在不作为时因为法律的明文规定、他的职责或身份、某种行为而处于法律关系义务主体----对于存在危险的法益具有保护的义务。比如，无特定法律义务的某甲，眼见小孩不慎落水有溺水死亡的危险，自己熟谙水性而不予抢救，坐视落水者死亡。在此，某甲显然违背道德义务，但其并无不作为杀人的罪责。但是，倘若甲是携领该小孩来游泳的人，他就因为他先行的携领行为而与小孩建立了特定的法律关系，他因不作为而造成小孩死亡就是不纯正不作为的故意杀人罪。又假设（仅是假设），法律规定危急时惟一

目击小孩溺水的人具有救助的义务，则惟一目击小孩溺水的甲便因法律的规定而具有“保证人”地位。你在上面提到的三个案件，行为人都具有“保证人”地位。不纯正不作为犯的认定（下）肖中华（以下简称肖）：“保证人”地位因其属于基于法律的地位而使法律义务与道德要求相区别，那么，“职务或业务要求的义务”、“先行行为引起的义务”和“合同行为引起的义务”怎么可以归入因“保证人”地位而负有的作为义务呢？赵秉志（以下简称赵）：“保证人”地位是基于特定法律关系而生的，但这种地位未必法律予以明文规定。在司法实践中，不应当混淆法律义务和法律明文规定的义务。比如，法律并没有规定出租汽车司机有救死扶伤的义务，但如果他承载乘客，便因其行为与乘客成立了特定的法律关系，具有“保证人”地位。又如，法律并没有规定相约自杀的一方对另一方承担救助义务，但相约行为本身使他们之间产生了特定法律关系，一方在放弃自杀念头后对继续寻求自杀的一方能阻止而不阻止，就是没有履行作为义务，造成死亡的，可以成立不作为的杀人罪。肖：您认为行为人在现实上能够排他性地支配结果，也是判断作为义务的因素之一，但是，在刑法理论上，有人把这一因素称为“履行作为义务的可能性”。这一点如何把握？赵：履行作为义务的可能性是否成立不纯正不作为犯的一个独立条件，在理论上的确存在很大的争论。但在我看来，“能为”是作为义务的实质要求，如果“不能为”就没有作为义务存在的余地，所以，有“保证人”地位的人，如果他在事实上不能排他性地支配结果，也就无作为义务了。比如，父母外出旅游时将婴儿交付给保姆看护，虽然法律规定父母具有“保证人”地

位，但如果婴儿没有得到饮食照顾而死亡，父母因为事实上不具有排他性的支配力而并无防止婴儿死亡的作为义务。肖：在不纯正不作为犯中，不作为行为与结果之间的因果关系是否具有特别的意义呢？赵：不作为犯罪因果关系也是刑法中行为与结果之间的因果关系，与作为犯罪的因果关系一样，具有客观性、顺序性、相对性、条件性等特点。但是，应当注意，不作为犯罪因果关系有着显著的特性----不作为原因力的依附性。在不作为犯罪中，不作为只能与行为人他人（包括被害人）行为或自然事实等因素结合才能引起危害结果的发生，不可能单独导致结果的发生。所以，在判断不作为行为与结果之间是否存在因果关系时，必须首先考虑条件关系的原理：如果行为人为一定的作为，结果是否就不发生了？如果可以肯定，行为人即使履行其作为义务，结果仍会发生，则该不作为与结果之间并无条件关系。例如一个值班医生对于一个即使尽一切办法也无法起死回生的危重病人不予抢救，病人死亡了，值班医生的不作为对于病人的死亡并不负责，因为该不作为并非病人死亡的条件，即使无医生的不作为，死亡仍会发生。在考虑条件关系的原理之次，相当关系的原理也必须运用于不作为犯罪因果关系中，它向人们提出的问题是：行为人的不作为，在通常情况下是否会引起结果的发生？例如，某甲带邻居的小孩外出游玩，小孩掉进溪流中，某甲擅于游泳，却不予救助，其实小孩也水性很好，只是在水中嬉戏片刻后却被上游水坝违反常规的放水所冲走而溺水死亡。在此例中，如果小孩掉到溪流中时某甲即刻将小孩拉上岸或劝其上岸，不论后来溪流受什么意外影响而有变化，小孩也不会死亡，因此，某甲的不作为与小孩的死亡

之间具有“无前者即无后者”的条件关系。但是，是否在小孩水性很好且水坝一般不会反常地放水的情况下，某甲的不作为会导致小孩的死亡呢？答案是否定的，因此，某甲的不作为与小孩的死亡不具备相当关系，对某甲不可归责。肖：在刑法理论和司法实践中经常争论这样一个问题：先行行为是否包括犯罪行为？犯罪行为是否引起作为义务？有人认为，犯罪行为不能引起作为义务，因为这样势必造成定罪混乱：一个故意伤害他人的行为人可能因为他的不救助行为而成立不纯正不作为的故意杀人罪；一个引起失火的行为人可能因为他的逃跑行为而构成不纯正不作为的放火罪。而有人则提出反对意见，认为一般违法行为甚至合法行为都可以引起作为义务，为何犯罪行为反而不能？还有人提出折中的观点，认为只有像交通肇事这种过失犯罪才能引起作为义务。是否能请您谈一下。赵：我认为，犯罪行为本身是刑法规定的一种应当承担刑事责任的行为，所以，行为人不能因为他的犯罪行为而引起不作为犯罪中的作为义务，否则对这个犯罪行为实际上就双重评价了。如果刑法的条文已经将一种不作为的行为规定为犯罪行为或者作为某一个罪的情节，则这种行为不应当另行以不纯正不作为犯定罪。比如，交通肇事后单纯逃逸而对有生命危险的被害人不予救助，结果致使被害人死亡的，并不成立不作为的故意杀人罪；引起失火的人对于火势不加控制造成严重后果，这种情形本身被失火罪的构成要件所包含，对行为人只须认定失火罪即可；故意伤害他人不予抢救而致使被害人死亡，直接按照故意伤害致死定罪处罚即可。当然，如果犯罪之后，行为人有实施其他行为引起作为义务的而成立不纯正不作为犯的，则另当别论。比

如交通肇事之后又将被害人带离现场予以抛弃，导致被害人因得不到及时救助而死亡的，行为人因其带离行为而获得“保证人”地位，对其应以故意杀人罪和先前的交通肇事罪数罪并罚。

故意类型的划分和实践意义（上）赵秉志（以下简称赵）：我国刑法理论根据刑法对犯罪故意的规定，将犯罪故意划分为直接故意和间接故意两种类型。但是长期以来，人们并没有充分地认识到这样划分的实践意义。大多数人只是认为，行为人主观上是出于直接故意还是间接故意，最多在承担刑事责任上存在大小程度的差别，区分故意类型的意义就在于此。这种观点实际上并没有全面揭示故意类型划分的意义。

肖中华（以下简称肖）：我想，理论上对故意类型进行划分，与犯罪故意学说从“希望说”、“认识说”之争到“容认说”得到公认的发展演进过程是密不可分的。早期刑法理论中，犯罪故意“认识说”主张，只要行为人主观上认识到构成事实或者危害结果的发生，就应成立故意犯罪，而不问行为人对于危害结果发生所持的态度。与“认识说”相对立，“希望说”主张不仅行为人要认识到构成事实或者危害结果的发生，而且要希望、积极追求该危害结果发生，才能算作故意。显然，“认识说”不顾决定人们行动的心理核心因素——意志因素，而仅仅以认识因素作为界定故意和过失的标准，不恰当地扩大了犯罪故意的范围。“希望说”注意到决定人们行为的核心因素是“意志如何”而不是“是否认识”，符合心理学的科学要求，但是它又从意志的角度把故意的范围人为地限定在“希望”这样一种情形内，不合理地缩小了故意的范围。“容认说”吸收前两种学说的优点，从认识因素和意志因素两个方面合理地界定了犯罪故意的内

涵，把有认识却因轻信能够避免而产生危害结果的心态纳入过失，把有认识且放任危害结果发生的心态纳入故意。如此一来，才有理论上所谓直接故意与间接故意之分。赵：目前，“容认说”已成为刑法理论中公认的界定犯罪故意与过失的学说，也成为世界许多国家刑事立法的依据。我认为，“容认说”在学说上的统治地位确立后，直接故意与间接故意的划分，意义主要是指导司法实践准确定罪量刑。这种意义主要体现在三个方面：第一，通过对不同犯罪故意的认识因素和意志因素的分析理解，可以合理限制故意犯罪的存在范围，尤其是间接故意犯罪的存在范围；第二，由于间接故意在意志因素上表现为一种放任危害结果发生的犯罪心理态度，所以，只有危害结果的实际发生和这种心理态度相结合，对行为人才能追究刑事责任，因此，准确区分直接故意和间接故意，实际上有时关系到罪与非罪的原则性问题；第三，一般情况下，直接故意反映的主观恶性比间接故意要大，所以，故意类型的划分对于量刑也具有重要意义。第三个方面的意义，司法实践中得到普遍认识，而前两个方面的意义则值得进一步关注。肖：在讨论个罪的构成或者处理个案时，我们经常会发生争论：这个罪是只能由直接故意构成，还是也可由间接故意构成？比如，诬告陷害罪、诈骗罪、侵占罪、盗窃罪可否由间接故意构成？我想，产生这些争论的原因，主要就是没有正确把握直接故意与间接故意的区别，没有很好地把握直接故意与间接故意各自的特征。赵：在司法实践中，在主观方面限定故意犯罪成立的范围，主要存在两种疑难问题：一是在我国刑法中是否存在只能由间接故意构成而不可能由直接故意构成的犯罪？对于这个问题存在分歧意

见。这些犯罪主要是刑法第一百六十八条（修正后）国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪，第一百六十九条徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪，第一百八十六条违法向关系人发放贷款罪和违法发放贷款罪，第一百八十七条用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪，第一百八十八条非法出具金融票证罪，第一百八十九条对违法票据承兑、付款、保证罪和第四百一十一条放纵走私罪。二是有些犯罪是否只能由直接故意构成，而不可能由间接故意构成？这些犯罪除了你前面提到的几个外，还有贪污罪、受贿罪、强奸罪等等。

肖：直接故意和间接故意都是认识因素与意志因素的统一，但各自的认识内容和意志内容不同。所以，关键是要把认识内容和意志内容结合起来分析，把握两种故意类型的基本特征，根据刑法的规定并通过对刑法规范的合理解释来限定故意犯罪成立的范围。我认为，直接故意是典型的犯罪故意类型，具有普遍性，因此，刑法中凡是由故意可以构成的犯罪，都可以由直接故意和间接故意两种故意类型构成，而不存在只能由间接故意构成而不可能由直接故意构成的犯罪。以修正后的刑法第一百六十八条规定的国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪为例，该罪既然主观上出于故意，就既可由直接故意构成，也可以由间接故意构成，而不是像有的学者所认为的那样----只能由间接故意构成。因为从事物发展的属性和人们认识世界的规律看，对于同一现象，如果存在人们能够认识到它可能发生的情形，就肯定也存在人们认识到它必然发生的情形。

赵：从理论上讲，一种犯罪能够由间接故意构成，当然也是可以由直接故意构成的。但是，会不会存在这样一种现象：刑法所规定的犯罪行为本身，其性质决

定直接故意不应当成为罪过形式？或者说，从刑法设立罪名的宗旨看，刑罚制裁的似乎不应包括那些由直接故意行为呢？这的确值得研究。比如，许多学者就认为，刑法第一百六十八条的法定最高刑不过7年有期徒刑，国有事业单位、公司、企业工作人员滥用职权放任“国家利益遭受特别重大损失”承担这样的刑事责任，基本还可以做到“罪刑相当”，但是，如果对于这种结果行为人积极追求，则刑罚似乎太轻了。这就是有人主张这个罪只能由间接故意构成的理由。刑法第一百八十六条非法向关系人发放贷款罪也一样，有人认为这个罪的主观罪过既可以是过失，也可以是间接故意，但不包括直接故意，因为金融机构工作人员违反法律向关系人发放贷款虽然“明知故犯”，但对于“造成较大损失”的结果不会持“希望”态度，最多是“放任”，实际情况中也很少有行为人会积极追求“造成较大损失”的结果发生。肖：我认为，国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪，徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪，违法向关系人发放贷款罪和违法发放贷款罪，用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪，非法出具金融票证罪和对违法票据承兑、付款、保证罪，其罪过形式都包括直接故意。这是因为：第一，这些犯罪的危害，除了刑法所规定的“国家利益遭受重大损失”、“造成重大损失”外，还包括对公司、企业的管理秩序和金融管理秩序的破坏，对于这些危害结果，行为人无疑都是可以持“希望”态度的；第二，如果这些犯罪的罪过形式仅限于间接故意，则意味着对于直接故意实施的、造成同样后果的行为我们无法予以惩治，除非刑法对于直接故意行为另有罪名规定。实际上，刑法不会另有罪名规定，也不应对相同性质

的行为另作罪名规定。值得研究的倒是，这些犯罪中的“国家利益遭受重大损失”、“造成重大损失”，是否有必要纳入行为人认识的范畴？我倾向于把它们视为一种客观处罚条件。赵：着眼于法定刑和行为人对“国家利益遭受重大损失”、“造成重大损失”的意志，将国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪等罪的主观故意理解为包括直接故意在内的确是困惑的。但是，如果认为间接故意行为可以构成犯罪，直接故意却不能处理，在解释论上又是荒谬的，我想，可取的应是对直接故意罪过的肯定。故意类型的划分和实践意义（下）肖中华（以下简称肖）：在本文的上部分中，我们还提到一个罪名，就是放纵走私罪。这个罪在许多人看来，它的主观特征就表现为“放纵”，与间接故意中的“放任”含义相同或相似，所以，其主观故意应是间接故意。赵秉志（以下简称赵）：在理论上，有人就把放任的内涵表述为“有意地放纵”。这种定义在实质上与传统的提法没有区别，但用词比较鲜明地体现了间接故意犯罪对被害权益的积极蔑视的特征。不过，需要注意，间接故意中的“放任”、“放纵”，是针对危害结果而言的，放纵走私罪中的“放纵”是针对其对象即走私违法犯罪行为而言的，不可混淆。放纵走私罪表现为行为人明知是走私行为而仍予以放纵，情节严重的行为。由于构成此罪行为人必须是“徇私舞弊”，而在这种动机驱使下的放纵走私行为必然造成危害结果，所以对于放纵走私行为所造成的危害结果，行为人恰恰只能出于直接故意，而不可能是持放任心态的间接故意。肖：是否具有徇私动机或非法占有目的的犯罪，都不可能由间接故意构成呢？赵：好。这回到了我们前面讲的----在主观方面限定故意

犯罪成立范围的第二个疑难问题。我认为，间接故意既然在认识因素上只能是“明知行为可能发生危害结果”而不存在“明知行为必然发生危害结果”的情形，那么，在故意犯罪中首先便有两种不可能由间接故意构成：一是依据刑法规定，客观行为一经实施就必然发生危害结果（不存在“可能发生”）的犯罪，这样的犯罪因为不存在间接故意认识因素存在的余地，不可能由间接故意构成，例如非法制造枪支罪、伪造国家机关公文罪、组织黑社会性质组织罪、贪污罪、受贿罪等等，只能由直接故意构成。二是依据刑法规定，只有行为人在没有其他意图时才可以实施的犯罪，也不可能由间接故意构成。因为间接故意的行为人在实施犯罪行为时，必然有其他意图，而这些犯罪缺乏这一条件。例如，抢劫罪、妨害公务罪、聚众斗殴罪、传授犯罪方法罪等，只能由直接故意构成，因为行为人不可能会因为实现其他意图而放任劫财、妨害公务、聚众斗殴或传授犯罪方法的结果实现。另外，由于间接故意犯罪本身不可能有目的，因此，目的犯即依照刑法规定必须具有特定主观目的方可构成的犯罪，都不可能由间接故意构成。例如，“意图使他人受到刑事追究”的诬告陷害罪和以非法占有为目的的各种诈骗犯罪、侵占罪、盗窃罪等，只能由直接故意构成。除上面提到的三类之外，其他故意犯罪都可以由间接故意构成，刑法规定徇私动机的犯罪也不例外。肖：实践中，有的行为人对于告发他人“犯罪事实”的信件将信将疑，但最后还是出于其他意图（比如碍于朋友情面；为了与写信人建立合作关系等等）帮忙把这封信发给了有关机关，最后查证告发的是捏造的犯罪事实，对于这种行为，是否以间接故意的诬告陷害罪认定比较妥当

呢？还有，有人发现路旁停着与自己丢失已久的车辆相同的车辆，便将车辆取走，结果查实此车并非行为人所丢失的车辆，对于这种行为如不以盗窃罪定罪处罚似乎不妥，而如果肯定可以定罪处罚，则其主观故意便属于放任他人财产损失结果发生的间接故意盗窃罪。赵：我认为，法定的目的要件必须明确，方能以目的犯定罪处罚。没有明确的非法占有目的，就不可能构成盗窃罪，“放任”心态是不可能与“非法占有”的明确目的相结合的。当然，有无刑法规定的特定目的，需要通过对客观行为、行为的地点、条件、行为人与被害人的关系等等因素予以考查才可以得出结论。这里顺便指出，在理论上和实践中，存在以“目的”替代“故意”从而人为缩小间接故意犯罪范围的问题。有些犯罪，如非法拘禁罪，虽然大多数场合行为人具有犯罪目的，但实际上其成立并不要求特定的目的要件，只要有非法拘禁的“故意”就可以构成，如果以“目的”替代“故意”的全部内容，等于否认了间接故意构成此种犯罪。这是必须特别注意的。肖：前面提到的故意类型划分的第二个意义，是罪与非罪的准确区分。我觉得这个问题在司法实践中的确值得注意。因为当没有任何危害结果出现时，如果行为人主观上是间接故意，就不存在犯罪的问题；但如果行为人主观上是直接故意，则行为人可能构成犯罪未遂。当然，有时故意类型的区分意义是此罪与彼罪的界限，例如，行为人出于放任他人伤害结果发生构成间接故意的故意伤害罪，而行为人直接追求他人死亡、实际上只造成伤害，则构成故意杀人罪未遂。此时查明行为人的主观故意类型也十分重要。赵：我认为，在直接故意和间接故意两种故意类型并存的犯罪中，对于行为人故意类

型的判断，应当以行为人行为当时的主观心理实际情况为依据，而不能仅仅以客观事实尤其是结果为依据。比如，行为人主观上确属“明知自己的行为必然引起危害结果”的，但由于实际上结果并没有发生，我们并不能因为客观上这种结果既可能发生也可能不发生，就认为行为人主观上属于间接故意，而不认定行为人成立犯罪。反过来，行为人的行为在当时当地客观上必然引起某种结果，但行为人却只是明知这种结果“可能发生”，就不能排除行为人主观上属于间接故意的可能性。这里举一个例子说明问题：甲、乙驾驶租来的小货车行驶于县城至乡间的石路上，该石路崎岖狭小、两旁多悬崖。途中，丙迎面要求搭乘小货车回家，甲便将车减速但未停下，丙刚站上小货车右侧车门的踏板欲进驾驶室时，被乙发觉是两年前误杀乙兄的人，乙遂唆使甲“不要让丙进驾驶室”，并加速行驶让丙“摔死在路边的悬崖下”，约行2分钟后，丙被车甩下，滚落到路外被灌木丛挡住，幸免落入悬崖，丙仅受轻微伤。在这起案件中，对于甲、乙二人的行为是否构成犯罪，存在争议。有人认为，甲、乙二人主观上明知丙可能被车甩下掉到悬崖死亡，而对这种结果予以放任，具有杀人的间接故意，但毕竟死亡结果没有出现，所以甲、乙二人不负刑事责任。有人则认为，综合全案的事实，从甲、乙二人行为时的主观认识和意志的实际内容来看，甲、乙二人积极追求丙死亡结果的发生，属于直接故意的心态，应成立故意杀人罪未遂。我认为，后一种意见是正确的，因为甲、乙二人当时不仅在主观上认识到丙死亡的极大可能性甚至认为是“必然的”，而且具有积极追求这种结果的行为特征，行为人实际的心理内容不因实际后果没有发生而受

影响。 如何理解犯罪故意的“明知”（上） 赵秉志（以下简称赵）：我国刑法第十四条第一款将犯罪故意的认识因素概括为“明知”。在司法实践中，如何根据刑法的规定把握犯罪故意的“明知”，对于故意犯罪的认定具有重要意义。肖中华（以下简称肖）：对于包括故意在内的主观罪过内容，我国刑法理论上存在不同的理解：通说的观点认为罪过是行为人对其实施的“行为及其结果”的态度，但有的观点则认为罪过主要是行为人对“行为的结果”的态度。这种分歧也直接影响到对犯罪故意“明知”内容的界定。不过，在我看来，从罪过的心理根据上分析，刑法通说的观点是比较科学的。具体到犯罪故意中，刑法第十四条规定的“明知自己的行为会发生危害社会的结果”，既包括对“自己的行为”的明知，也包括对“自己的行为”会引起什么样的“危害社会的结果”的明知。 赵：将故意的“明知”的内容限定在仅仅对结果的明知之内，是不科学的。如果那样，等于是把故意的明知内容不当地缩小为“认识到危害结果会发生”。实际上，行为人只有同时明知自己行为的内容和危害性质、明知自己的行为会引起什么性质的危害结果，才能成立故意犯罪。当然，这里所说的对自己行为内容和危害性质的明知，指的是对行为具有社会危害性的明知，这种明知从法律规定的角度看就是对主要犯罪构成要件事实的认识。但是，这种明知并不一定要求行为人对行为的法律性质有所认识，更不要要求行为人对行为的法律性质有正确的认识，这个问题属于违法性认识问题，以后我们可以作专门讨论。另外，在司法实践中还应当注意，行为人的行为在客观上是不是会发生危害社会的结果，和行为人认识到自己的行为会发生危害社

会的结果，是两回事，不可混为一谈。肖：也就是说，行为在客观上、事实上会不会引起危害结果，并不影响行为人的故意的成立？赵：是这样。因为“明知”作为故意的认识因素而存在，从认识因素角度反映行为人的主观恶性。当行为在客观上没有发生危害结果的可能性，行为人却自认为自己的行为会引起某种危害结果，而希望或放任这种结果发生时，行为人的犯罪故意也是存在的。由于犯罪的社会危害性是由客观危害和主观恶性共同构成的，按照主观主义的立场，不能犯也是应当受到处罚的。当然，如果行为人对结果持放任心态，如无结果发生，自无犯罪成立可言。肖：事实上，在很多情况下，客观事实和行为人的主观认识是有差别的，比如客观事实是行为人的投弹行为在当时必然发生炸死他人的危害结果，而行为人主观上却只是明知这种结果可能发生，则只能认定行为人具有间接故意，而不能根据客观事实情况认定其为直接故意；我们判断其主观罪过认识内容的根据，只能是行为人主观上明知的实际情况。赵：的确如此。但司法实践中往往有人片面地以客观事实推断主观罪过。肖：从刑法理论上理解，“危害社会的结果”的外延十分广泛，那么，怎样具体把握行为人对“危害社会的结果”的明知呢？“危害社会的结果”是否应在刑法分则规定的范围内理解？赵：我认为，这里所讲的“危害社会的结果”，不完全是刑法分则规定的作为构成要件的结果，而是作为行为人主观上认识对象的、经立法者评价的、行为必然或可能造成的危害社会后果。为什么说不是刑法分则规定的作为构成要件的结果？因为作为构成要件的危害结果，只存在于部分故意犯罪中，然而，作为故意成立的一般认识因素，刑法第十

四条要求的对“危害社会的结果”的明知，在故意犯罪中具有普遍性，而不只是存在于结果犯之中。为什么说是作为行为人主观上认识对象的结果呢？因为这里的“危害社会的结果”尚是存在于行为人意识中的结果、观念上的结果，所谓“会发生危害社会的结果”，本身就意味着“结果”尚未实际发生，最后结果发生正是在行为人的这种意识支配下发生的。为什么说是立法者的价值判断呢？因为不能排除行为人对于自己行为引起某种结果存在与刑法评价不同的认识，比如，在司法实践中，对于行为人自认为自己是正当防卫造成他人重伤，而在刑法上实则是故意伤害的情形，只要查明行为人对于自己的行为引起他人重伤结果这一事实（没有经过价值评判的）“明知”即可，而不要求行为人明知自己行为引起的结果是“危害社会”的结果。肖：由此看来，对“危害社会的结果”的明知，并不要求十分具体。只要行为人对于自己的行为会侵犯一定的法益这种客观事实有基本的认识，就可以认定其故意成立了。赵：当然，你作这样的理解，在总体上是正确的。但是，具体到个罪、个案中，要结合个罪的构成要件来理解行为人对“危害社会的结果”的明知，把握行为人是否明知自己的行为可能侵害某种犯罪的客体、明知自己的行为侵害什么样的法益，以准确界定罪与非罪以及犯罪行为的性质。比如，行为人帮助他人运输尸体，却误认为是帮助他人运输毒品，在这种情形下只要求行为人对社会有害即可认定其犯罪（运输毒品罪）成立。另外，有的犯罪的故意，要求行为人明知某些特定事实，对于这些特定事实如果行为人不明知，也就谈不上对这些犯罪“危害社会的结果”的明知。比如，要认定某个国家机关工作人员成立为

境外提供秘密、情报罪，就不仅要求行为人认识到不得向不应知悉秘密、情报的人泄露秘密、情报，而且要求行为人明知接受秘密、情报的是境外的组织或个人，如果只有前一认识缺乏后一认识，行为人成立故意泄露国家秘密罪而不是成立为境外提供秘密、情报罪。再如，盗窃枪支罪，要求行为人对于盗窃对象----枪支明知，否则，误把枪支当成一般财物予以偷盗，属于盗窃罪的故意。

肖：赵老师，您在前面提到，从法律规定的角度来说，犯罪故意的明知内容，应当是指行为人对犯罪的构成要件事实的明知。那么，具体到个罪中，是否要求行为人对犯罪的每一个构成要件都明知才可以成立该罪的故意呢？

赵：刑法理论上对于明知的内容应当以构成要件事实为限，是有共识的。但是，究竟行为人应当对于哪些构成要件事实有认识才成立故意，则是存在很大分歧的。这个问题需要结合具体的犯罪构成要件加以分析。我认为，犯罪的客观处罚条件，是不要求行为人认识的。这种客观处罚条件，包括犯罪的主体要件以及作为综合性或概括性构成要件的情节和后果。就主体要件而言，刑事责任年龄、身份不需要行为人的主观认识。比如，不能因为实际年满16周岁的行为人认为自己只有15周岁而对其诈骗行为不认定为犯罪；对于某个已从国家机关退休、但因受聘于国有企业单位而重新取得国家工作人员身份的人，也不能因为他认为自己不是“国家工作人员”而对其利用职务侵占本单位财物行为不以犯罪论处，或者按照他认为自己是一般企业管理人员的主观认识情况而认定其构成职务侵占罪。

肖：不过，问题是，在具体的犯罪中，如何区别包含主观认识因素的要件尤其是客观要件和客观处罚条件，是刑法理论和司法实践的

一个难题。赵：我认为，一般来说，故意犯罪的客观要件也都要求行为人有所认识，否则对“行为”的明知就毫无意义。比如，行为人误以为路边停放的是自己丢失的车辆而取走，因为缺乏对“秘密窃取他人财物”这一客观要件事实的认识，显然不能成立盗窃罪。但是，在司法实践中，对于那些隐含客观要件因素在内的、构成犯罪必需的法定情节和后果（当然，法定情节有时是包括主观动机等规范性因素的），如果要求行为人有认识才成立故意，是不科学，也是不切实际的。因为行为人对这些因素的认识情况如何，实际上不影响到行为人对自己行为社会危害性的认识，法律之所以把这些情节和后果作为构成要件予以规定，强调的就是行为人的结果归责基础。比如，行为人只要认识到自己是非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品进入公共场所或者公共交通工具，而在客观上危及公共安全、情节严重，就可以成立刑法第一百三十条的非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险物品危及公共安全罪，至于行为人是否认识到其非法携带行为是否在客观上危及公共安全、情节严重，应当在所不问。又如，对于拒不执行法院判决、裁定的，只要客观上符合“情节严重”要件，便不论行为人的认识如何即应对其以拒不执行判决、裁定罪定罪处罚。

如何理解犯罪故意的“明知”（下）肖中华（以下简称肖）：在我国刑法中，有很多犯罪是数额犯，其成立以一定的犯罪数额为条件，如生产、销售伪劣产品罪以销售金额5万元以上为构成要件；走私普通货物、物品罪以偷逃应缴税额5万元以上为构成要件；诈骗罪、抢夺罪以“数额较大”为构成要件。还有的犯罪中，数额是选择要件，如盗窃罪、聚众哄抢罪均以“数额较大”为选择

要件；虚报注册资本罪和虚假出资罪均以“数额巨大”为选择要件。我想，数额实际上也应理解为一种客观处罚条件。以盗窃罪为例，只要行为人具有对秘密窃取他人财物性质的认识，而并不要求行为人当时明知他人财物是否达到“数额较大”的标准，盗窃的财物数额实际上达到了该标准，就认定为犯罪；没有达到，又不符合构成盗窃罪的要件，自然就不应认定为犯罪。这样的理解，不知是否妥当？赵秉志（以下简称赵）在我看来，数额犯中故意的明知，原则上是不应包括行为人对于数额多少的认识的；除非行为人主观上认识的数额小于实际，按照处理事实认识错误的原则，应当按照行为人的认识情况认定行为的性质。肖：但是，刑法理论上和司法实践中有人并不赞同这样的看法。他们的例证是，行为人是以为数额较大甚至数额巨大的财物作为盗窃目标的，即使行为人最终盗窃到的财物没有达到“数额较大”的标准，也应以盗窃罪定罪处罚。而且，最高人民法院的司法解释就是这样规定的。赵：我认为，司法解释的规定并没有错，从刑法理论上讲，对这种行为认定为盗窃罪也是合理的。但这并不是否定数额犯中的数额是一种客观处罚条件，而恰恰是说明了这一点。为什么对这种行为要认定为犯罪？关键不在于行为人认识到其意欲盗窃的财物达到了定罪标准，而正是因为行为人盗窃的财物在客观上已经符合了数额要件，只不过由于其实际得手的财物没有达到“数额较大”的标准而仅成立犯罪未遂而已。我们讲数额是一种客观处罚条件，是从犯罪成立的角度讲的，这种情况下，盗窃行为实际上已经具备了定罪的条件----其中之一就是数额这一客观处罚条件。在理论上，有人往往将犯罪成立与犯罪既遂加以混淆，或错把

作为犯罪成立的条件作为犯罪既遂的条件，或错把犯罪未遂看成是不成立犯罪。因此，上述司法解释的规定是有必要的。

肖：那么，如果数额是一种客观处罚条件这样一个命题成立，是否可以得出这样一个结论：假如行为人误认为自己要盗窃的他人财物价值不菲，而实际上该财物的价值并不能达到定罪标准的，对行为人也不能仅仅因为行为人的主观认识而以盗窃罪论处？比如，行为人认为他人的手表是价值上万元的进口名表而予以盗窃，但该表实际上为价值只有几十元的假冒产品，对行为人是否就不能认定为盗窃罪？

赵：对，不能认定。

肖：但是，如果情况相反，行为人盗窃时只认识到盗窃的是价值较小的财物，却实际盗得数额较大甚至巨大的财物的呢？是否应按实际盗得的数额来决定罪与非罪问题？比如，行为人甲是某饭店员工，因为对店主不满，便将店中一高压锅窃回自己家中，以此解恨，甲在家将该锅盖打开后，不料发现其中放置有数扎百元面额、总价值5万余元的人民币。甲慌忙连钱带锅一并送回店中，并到公安机关自首。应如何对该案中甲的行为进行评价呢？

赵：这种情况下，由于行为人对事实存在严重的认识错误，行为人认识的数额远远低于实际数额，不能让行为人承担犯罪的责任，否则就是客观归罪了。

肖：有一些故意犯罪的构成要件要素，是具有价值评判性质的要素，比如“假药”、“劣药”、“严重性病”、“淫秽物品”等。那么，在认定犯罪成立时，要不要关注行为人对这些要素的认识情况呢？

赵：我认为，这些具有价值评判性质的构成要件要素，应当属于行为人明知的内容，司法实践不能对这些因素仅作客观的评价。比如，有证据证明行为人是确信某淫秽物品为色情作品而予以传播，

我们就不能因为他传播的实际上是淫秽物品而认定其构成传播淫秽物品罪。如果行为人销售的是依照药品管理法应当按假药处理的药品，而自认为销售的是药品管理法规定的合格药品，对其也不应定罪处罚。肖：在刑法分则中，有许多故意犯罪的构成要件中也使用了“明知”一词。例如，刑法第一百四十四条至第一百四十八条规定的销售有毒、有害食品罪，销售不符合标准的医用器材罪，销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪和销售不符合卫生标准的化妆品罪，在构成要件中均要求行为人“明知”是特定的伪劣商品而予以销售；刑法第一百九十一条规定的洗钱罪，构成要件要求行为人“明知”是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益而对其来源和性质予以掩饰、隐瞒；刑法第三百一十条至第三百一十二条规定的窝藏、包庇罪，拒绝提供间谍犯罪证据罪和窝藏、转移、收购、销售赃物罪，均要求行为人对有关犯罪对象“明知”。这就出现了一个值得研究的问题：对于犯罪故意的认识因素，既然总则已经作了明文规定，为什么在分则中仍要作特别规定呢？赵：刑法第十四条规定的“明知”，是对犯罪故意成立的总的要求，或者说是所有故意犯罪的一般构成要素，其内容是“自己的行为会发生危害社会的结果”，而分则中对某些犯罪构成要素的“明知”，其内容更为特定，是刑法分则规定的特定要素。所以，总则的“明知”与分则的“明知”不是一个概念。对于分则明文规定“明知”的故意犯罪，具备分则的“明知”，是具备总则“明知”、成立故意的前提；如果连分则规定的“明知”都不具备，就谈不上总则要求的“明知自己的行为会发生危害社会的结果”。比如，

刑法第三百六十条规定构成传播性病罪，行为人必须明知“自己患有梅毒、淋病等严重性病”，这里的“明知”，指向的仅是行为人患有严重性病的事实，如果行为人不明知自己患有严重性病，只明知自己有一般传染性的疾病而卖淫、嫖娼，不可否认行为人认识到将一般传染性的疾病传染给他人也会有一定的危害，但其并不具有传播性病罪的故意，不应成立传播性病罪。司法实践中一定要注意，分则中的“明知”，仅仅强调的是行为人的认识因素，它未必与总则中的“明知”一样和“希望或者放任”结果发生结合在一起。有时，分则规定了“明知”的犯罪，实际上是一种过失犯罪，例如，刑法第一百三十八条教育教学设施重大责任事故罪的罪状表述为“明知校舍或者教育教学设施有危险，而不采取措施或者不及时报告，致使发生重大伤亡事故的”，刑法要求行为人明知校舍或者教育教学设施有危险才成立该罪，但并不要求行为人对于重大伤亡事故持有希望或放任的态度。

肖：在刑法理论上有一种观点认为，像教育设施重大安全罪、交通肇事罪等这一类犯罪是双重罪过的犯罪----行为人对违反有关制度是故意、对危害结果是过失，这种说法是否妥当呢？

赵：这种说法把故意的认识因素人为地缩小了，实际上是以行为人对违反规章制度的认识替代了行为人的全部认识内容，是不妥当的。在教育设施重大安全罪、交通肇事罪中，行为人并不“明知”危害结果会发生。我们知道，故意是认识因素和意志因素的统一体，二者不能割裂开来，既不能以认识因素充当故意的全部内容，也不能以意志因素充当故意的全部内容。所以，双重罪过的观点是违背认识因素与意志因素相统一的原理。无认识过失中“应当预见”的判断赵秉

志（以下简称赵）：在疏忽大意的过失这种无认识的过失中，罪过的认识因素表现为行为人应当预见到自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见。行为人是否“应当预见”某种结果的发生，是能否认定行为人成立特定过失犯罪（以某种结果为要件的过失犯罪）的前提，也是区别过失犯罪与意外事件的标准。肖中华（以下简称肖）：关于“应当预见”的判断标准，国内外刑法理论上向有主观说、客观说与折中说（主客观相统一说）的纷争，司法实践在处理个案时对于行为人是否应当预见危害结果发生也经常产生分歧意见。我认为，在判断行为人是否“应当预见”时，首先应当明确“应当预见”的内容是什么，否则，评判就会失去正确的方向或者目标；其次，必须根据行为人个人的实际情况来考查行为人在行为当时有没有预见能力或者说预见的可能性。赵：从刑法第十五条的规定看，疏忽大意过失中行为人应当预见的内容就是“危害社会的结果”。在前面有关犯罪故意“明知”内容的讨论中，我们也谈到“危害社会的结果”的含义问题。作为犯罪故意认识因素的“危害社会的结果”，不完全是刑法分则规定的作为构成要件的结果，而是作为行为人主观上认识对象的、经立法者评价的、行为必然或可能造成的危害社会后果。在犯罪过失中，“危害社会的结果”当然也是立法者评价的危害社会的后果，行为人是否认识到自己的行为具有社会危害性，不影响刑法的评价。但是，我认为，由于过失犯罪均以发生特定的危害结果为构成要件，所以，在疏忽大意的过失中，行为人应当预见的“危害社会的结果”，只能从刑法规定的范围内寻找依据。也就是说，应当预见的内容是刑法预先规定的、作为某一

过失犯罪构成要件的结果。事实上，由过失犯罪的特征决定，在构成要件之外理解“危害社会的结果”没有任何意义。

肖：所以，认定行为人是否构成疏忽大意的过失犯罪，应当就刑法规定的、作为构成要件的特定结果而言考查是否“应当预见”，因为不同的过失犯罪，要求行为人应当预见的内容----“危害社会的结果”是不一样的。明确这一点，对于区分此罪与彼罪尤其是相近犯罪，是十分重要的。比如，行为人仅仅应当预见到被害人重伤，而由于其他因素的介入却意外地导致了死亡结果发生，则不能站在结果责任的立场对行为人以过失致人死亡罪定罪处罚，而只能以过失致人重伤罪论处。

赵：如果行为人应当预见的内容并不属于某个过失犯罪的构成要件结果，他就不能因为疏忽大意而构成该罪。所以说，判断行为人是否应当预见，其内容总是具体的、特定的。在司法实践中，如果忽视预见内容的具体性、特定性，往往出现不恰当的定性结论。比如有这样一起案件：被告人甲为索取债务，驾驶汽车将债务人乙捆绑在自己车内，挟持前往外地，途中，甲对乙多次进行殴打遭到反抗，甲遂强迫乙吞服安眠药物，并用毛巾堵乙的嘴巴，尔后，甲发现乙双目紧闭、没有动弹，便认为乙已死亡，甲未想到乙“突然死亡”的后果、感到事态严重，遂继续开车至前方路段停下，将乙弃置在路旁的一涵洞内，后乙实际上因在涵洞内呼吸道阻塞而死亡，经法医鉴定乙所受伤为轻微伤。在此案的处理中，有意见认为甲构成非法拘禁罪一罪；有意见认为，甲构成非法拘禁罪和过失致人死亡罪两罪，其中将乙弃置于涵洞致乙死亡的行为符合过失致人死亡罪的构成特征。我认为，对甲另定过失致人死亡罪是违背责任主义原则的，因为在此

案中作为过失致人死亡罪的“死亡”结果，并不属于甲应当预见的内容。当然，甲在预见能力方面也是欠缺的。肖：我觉得，这起案件能否定性为非法拘禁致人死亡也是值得研究的。从刑法的规定来看，致人死亡的非法拘禁罪的成立，应当以非法拘禁行为与死亡结果之间存在因果关系以及行为人对死亡结果存在过失心态为条件。而既然引起乙死亡的原因是溺水窒息，甲在当时对乙的死亡又没有预见能力，认定为非法拘禁罪的结果加重犯自然在理论上难以成立。赵：在理论上，在结果加重犯中行为人对于加重结果至少应具有过失似乎已是共识，但司法实践中有时并不理会这一点。只要危害行为客观上引起了加重结果，一般都会认定为结果加重犯

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com