

张明楷:如何区分注意规定与法律拟制 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_BC_A0_E6_98_8E_E6_A5_B7__c122_486053.htm 刑法分则条文具具有不同的性质，应善于区分注意规定与法律拟制，既不能将注意规定特别化，也不能将法律拟制普通化。注意规定是在刑法已作基本规定的前提下，提示司法工作人员注意、以免忽略的规定。其一，注意规定的设置，并不改变基本规定的内容，只是对相关规定内容的重申；即使不设置注意规定，也存在相应的法律适用根据（按基本规定处理）。例如，刑法第三百八十二条第三款规定：“与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”此条即属注意规定。一方面它旨在引起司法工作人员的注意，对于一般公民与国家工作人员共同贪污的，不能以盗窃、诈骗等罪论处；另一方面，即使没有这一规定，对于一般公民与国家工作人员伙同贪污的，也应根据刑法总则关于共同犯罪的规定，以贪污罪的共犯论处。可见，注意规定并没有对基本规定作出任何修正与补充。其二，注意规定只具有提示性，其表述的内容与基本规定的内容完全相同，因而不会导致将原本不符合相关基本规定的行为也按基本规定论处。换言之，如果注意规定指出“对A行为应当依甲罪论处”，那么，只有当A行为完全符合甲罪的构成要件时，才能将A行为认定为甲罪。法律拟制的特点是，将原本不同的行为按照相同的行为处理，或者说将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理。在法律拟制的场合，尽管立法者明知T2与T1在事实上并不完全相同，但出于某种目的仍然对T2赋予与T1相同的法律效果，从而指示法律

适用者，将T2视为T1的一个事例，对T2适用T1的法律规定。例如，刑法第二百六十七条第二款规定：“携带凶器抢夺的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”携带凶器抢夺（T2）与刑法第二百六十三条规定的抢劫罪（T1）在事实上并不完全相同，或者说，携带凶器抢夺的行为原本并不符合抢劫罪的构成要件，但立法者将该行为（T2）赋予与抢劫罪（T1）相同的法律效果。如果没有刑法第二百六十七条第二款的法律拟制，对于单纯携带凶器抢夺的行为，只能认定为抢夺罪，而不能认定为抢劫罪。由此可见，法律拟制的特别之处在于：即使某种行为原本不符合刑法的相关规定，但在刑法明文规定的特殊条件下，也必须按相关规定论处。法律拟制仅适用于刑法所限定的情形；对于类似情形，如果没有法律拟制规定，就不得类比拟制规定处理。例如，刑法没有规定携带凶器盗窃的以抢劫罪论处，故不得将携带凶器抢夺以抢劫罪论处的规定，类推于携带凶器盗窃的情形。刑法之所以设置法律拟制，主要是基于两个方面的理由：形式上的理由是基于法律经济性的考虑，避免重复；实质上的理由是基于两种行为对法益侵害的相同性或相似性。例如，刑法第二百六十七条第二款的设立，一方面避免了重复规定抢劫罪的法定刑；另一方面是因为携带凶器抢夺的行为与抢劫罪的行为，在法益侵害上具有相同性或相似性。区分注意规定与法律拟制的第一个意义是，明确该规定是否修正或补充了相关规定或基本规定，是否导致将不同的行为等同视之。换言之，将某种规定视为法律拟制还是注意规定，会导致适用条件的不同，因而形成不同的认定结论。例如，刑法第二百四十七条针对刑讯逼供、暴力取证行为规定：“致人伤残、

死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。”如果认为本规定属于注意规定，那么，对刑讯逼供或暴力取证行为，以故意杀人罪定罪处罚的条件是，除了要求该行为致人死亡外，还要求行为人主观上具有杀人的故意。如果认为本规定属于法律拟制，那么，只要刑讯逼供或者暴力取证行为致人死亡的，不管行为人主观上有无杀人故意，都必须认定为故意杀人罪；换言之，尽管该行为不符合故意杀人罪的成立条件，但法律仍然赋予其故意杀人罪的法律效果。区分注意规定与法律拟制的第二个意义是，注意规定的内容属理所当然，因而可以“推而广之”；而法律拟制的内容并非理所当然，只是立法者基于特别理由才将并不符合某种规定的情形（行为）赋予该规定的法律效果，因而对法律拟制的内容不能“推而广之”。例如，刑法分则关于“明知”的规定属于注意规定。刑法第三百一十二条规定，“明知是犯罪所得的赃物”而窝藏、转移、收购或者代为销售的，才成立赃物犯罪，而在该赃物犯罪中，犯罪所得的赃物属于特定的犯罪对象，由此可以“推而广之”：凡是特定的犯罪对象，都是故意的认识内容，行为人对此必须有认识，否则不成立故意犯罪。所以，奸淫幼女要求行为人明知对方是幼女。而法律拟制则只能适用于具有拟制规定的情形，不得适用于没有拟制规定的情形。例如，刑法第二百六十九条规定，对于犯盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪，出于特定目的，当场使用暴力或者以暴力相威胁的，以抢劫罪论处。由于该条属于法律拟制，不能类比推理，因此，对于犯敲诈勒索罪、聚众哄抢罪，出于特定目的，当场使用暴力或者以暴力相威胁的，不得类比第二百六十九条认定为抢劫罪。区分

注意规定与法律拟制的第三个意义是，对于注意规定，应当按照基本规定作出解释；对于法律拟制，应当按照该拟制规定所使用的用语的客观含义进行解释。例如，如果认为刑法第二百六十七条第二款属于注意规定，那么，只能按照刑法第二百六十三条规定的抢劫罪的构成要件解释“携带凶器抢夺”（如要求使用或者显示凶器）；如果认为刑法第二百六十七条第二款属于法律拟制，则只能根据“携带凶器抢夺”的客观含义作出解释（不要求使用与显示凶器）。总之，区分法律拟制与注意规定直接关系到罪与非罪、此罪与彼罪的界限问题。但实践中，许多人却不注重区分注意规定与法律拟制，即将注意规定都理解为法律拟制或特别规定。例如，将刑法第一百九十八条第四款理解为法律拟制，对于该款规定以外的其他人为保险诈骗提供帮助的，不以保险诈骗罪的共犯罪论处。这显然是没有合理区分法律拟制与注意规定所致。虽然概括出区分注意规定与法律拟制的一般规则并非易事，但通过综合考察以下几个方面，大体上是可以得出正确结论的。第一，是否存在设立注意规定的必要性？如果有必要作出注意规定的，可能是注意规定；如果根本没有必要作出注意规定的，所作的规定可能是法律拟制。例如，刑法第一百九十八条第四款规定的行为，原本符合保险诈骗的共同犯罪的成立条件，但立法者为了防止司法工作人员将为保险诈骗提供虚假证明文件的行为认定为提供虚假证明文件罪，所以设立注意规定，提醒司法工作人员将该行为认定为保险诈骗罪的共犯。再如，如果认为刑法第二百六十七条第二款属于注意规定，则意味着立法机关为了防止司法工作人员将持凶器抢劫的行为认定为其他罪，所以特别提醒司法工作人

员对持凶器抢劫的行为认定为抢劫罪。显然，不会有人认为存在设立注意规定的必要性。据此，可以认为该款不属于注意规定。第二，是否存在作出法律拟制的理由？由于法律拟制的特点是将T2的行为赋予T1的法律效果，故需要考虑：将不符合T1构成要件的T2，赋予T1的法律效果，是否具有合理理由？如果不具有拟制的理由，则宜解释为注意规定；反之，则应解释为法律拟制。例如，刑法第二百五十九条第二款规定：“利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的，依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。”如果认为本条属于法律拟制，即只要利用职权、从属关系奸淫现役军人的妻子，即使不符合强奸罪的构成要件，也应以强奸罪论处，那么，其理由何在？如此解释找不出理由，即使牵强地找出“现役军人的妻子需要特殊保护”的理由，该理由也不能得到认可。所以，本规定属于注意规定。因此，只有当行为完全符合刑法第二百三十六条规定的强奸罪的构成要件时，才能适用刑法第二百三十六条。第三，某条款的内容与基本条款的内容是否相同？如果相同，原则上应解释为注意规定；否则，具有解释为法律拟制的可能性。例如，刑法第一百八十三条第一款、第二款所表述的内容，分别与刑法第二百七十一条、第三百八十二条所表述的内容相同，故能认定这两款属于注意规定。再如，刑法第二百六十七条第二款的“携带凶器抢夺”这一罪状，与刑法第二百六十三条规定的抢劫罪的罪状内容存在区别，但仍然对前者赋予后者的法律效果，因而属于法律拟制。第四，解释为法律拟制时，其规定的行为与基本条款规定的犯罪行为，在法益侵害上是否存在重大区别？法律拟制虽然是将两种不同的行为赋予相

同的法律效果，但之所以能够作出拟制规定，是因为这两种行为在法益侵害上没有明显区别，或者说二者对法益的侵害程度大体相同。否则，法律拟制本身便缺乏合理性，因而被解释为注意规定可能更为妥当。例如，刑法第三百条第三款规定：“组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信奸淫妇女、诈骗财物的，分别依照本法第二百三十六条、第二百六十六条的规定定罪处罚。”如果将本款解释为法律拟制，即只要行为人组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信与妇女发生性交，就应以强奸罪定罪处罚，那么就会发现，这种行为与强奸罪的法益侵害性存在重大区别，即上述行为只是侵犯了社会管理秩序，而强奸罪侵犯的是妇女的性的不可侵犯权。因此，宜将上述规定解释为注意规定，即组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信奸淫妇女的行为，只有完全符合强奸罪的构成要件时，才能以强奸罪定罪处罚。第五，条款是否具有特殊内容？注意规定常常只具有提示性，或者虽有具体内容但没有在基本规定之外增添特殊内容；而法律拟制则增添了特殊内容。例如，刑法第二百八十七条规定：“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。”该条只是提示性规定，显然属于注意规定。相反，刑法第二百六十七条第二款、第二百六十九条、第二百八十九条，都在刑法第二百六十三条所规定的抢劫罪的罪状之外增添了特殊内容，使原本不符合抢劫罪构成要件的行为也成立抢劫罪，因而属于法律拟制。总之，要通过体系解释、目的论解释等多种解释方法，正确区分注意规定与法律拟制。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

