

# 论犯罪之间的界限

——与张明楷教授商榷

周铭川\*

---

## 目次

- 一、犯罪之间只存在排他关系
  - (一) 在逻辑上并不存在所谓中立关系和补充关系
  - (二) 在刑法学上不宜承认所谓特别关系和交叉关系
- 二、探讨犯罪之间的界限很有必要
- 三、对“张文”中所举若干案例的简要分析

**关键词** 构成要件 构成要素 排他关系 界限

---

近来重读张明楷教授发表于《中国法学》2008年第4期之上的作品《犯罪之间的界限与竞合》(下文简称“张文”),受益匪浅。不过,笔者基本上不赞同“张文”中的观点。

“张文”除引言外共分三部分:“犯罪之间的关系”、“现行理论的缺陷”、“解决问题的途径”。其中,第一部分探讨犯罪之间的关系问题,认为在犯罪之间存在排他、同一、中立、交叉、特别和补充六种关系,只有在排他关系场合才需要探讨犯罪之间的界限问题,但是,由于绝大多数犯罪之间都不是排他关系,故没有必要也不应当探讨这些犯罪之间的界限问题;第二部分分析我国刑法理论通说关于若干犯罪之间界限的区分标准的不合理性,例如,认为通说缺乏法律依据、曲解构成要件、没有现实意义、增加认定难度等;第三部分提出他的解决办法,包括不必重视犯罪之间的区分标准、正确判断构成要件的符合性、充分运用想象竞合的法理等。其核心观点是,由于“犯罪的错综复杂”以致“刑法不得不从不同侧面、以不同方式规定各种类型的犯罪”,而行为人“并非按照刑法规定的构成要件实施犯罪”,故许多犯罪之间原本并没有界限可言,一个行为完全可能既构成此罪又构成彼罪,例如,既构成盗窃罪又构成抢劫罪、既构成故意杀人罪又构成故意伤害罪,故通说

---

\* 上海交通大学凯原法学院讲师、法学博士。

探讨犯罪之间的界限既没有意义也没有必要。不过,笔者认为,“张文”无论是在逻辑论证方面还是在具体观点与理由方面,都存在许多可商榷之处,现择其要者陈述如下。

## 一、犯罪之间只存在排他关系

由于“张文”第一部分即探讨犯罪之间的关系,并以此作为论证基础,因此本文认为,有必要首先回应犯罪之间的关系问题。

“张文”开篇即认为,在刑法规定的具体犯罪类型之间存在排他、同一、中立、交叉、特别和补充6种关系,而只有在排他关系场合,才需要探讨犯罪之间的界限问题。<sup>〔1〕</sup>进而认为,由于“法条规定的绝大多数犯罪之间根本不是排他关系”,故“许多犯罪之间,原本是不可能划清界限的,没有必要也不应当讨论犯罪之间的界限。”<sup>〔2〕</sup>

笔者认为,实际上所有犯罪之间都是排他关系,不存在“张文”所谓其他五种关系。既然是刑法规定的不同种犯罪,其犯罪构成之间必然存在不同的构成要素,不可能存在各个构成要素都完全一致的两种犯罪,否则,就是同一种犯罪而非不同种犯罪了,因而,不同种罪的犯罪构成之间必然有所区别,总是有一至几个构成要素是不同的。既然不同种犯罪的所有构成要素必然有所不同,则某一行为,如果能被评价为恰好完全符合其中一罪的构成要件(即某一行为与其中一罪的所有构成要素都恰好完全对应),必定不可能同时被评价为完全符合其他犯罪的构成要件,除非对行为是否符合这些犯罪的某些构成要素故意不予评价,例如,如果将故意盗窃到枪支的行为评价为符合盗窃罪的构成要件,就是对行为已经符合了“枪支”这一盗窃枪支罪的特有构成要素故意不予评价,而这是违背罪刑法定原则的。刑法学界所谓一行为同时触犯数罪名的法条竞合,实际上只是一种表面上的竞合而非真正的竞合,并非一行为真的能符合数个犯罪的构成要件。“数个刑法法规只是表面上相竞合,实际上则是一个刑法法规排除了其他刑法法规,……犯罪行为的不法内容和罪责内容能够根据可考虑的刑法法规之一被详尽地确定(联邦法院刑事判决11,15[17];25,373)。”<sup>〔3〕</sup>“一个行为在外表上可以认为相当于数个构成要件,但是,实际上只适用其中某一个构成要件,其他的构成要件当然应该被排除的场合,称为法条竞合。这种场合,结局是只进行一次构成要件性评价,是本来的一罪。”<sup>〔4〕</sup>既然学界公认法条竞合不是真正的竞合,公认所谓法条竞合中的一个行为实际只完全符合其中一个犯罪的构成要件,为什么还会形成法条竞合理论呢?笔者认为,之所以形成法条竞合理论,除了在有些场合需要适用“重法优于轻法原则”以达罪刑均衡目的的功利原因以外,还与误将词语的通常含义直接套用于刑法概念,因而误将特别罪名当作普通罪名的种概念有关。<sup>〔5〕</sup>因此,由不同种犯罪的构成要素必然有所不同这一内涵所决定,不同种犯罪的外延所涵盖的犯罪事实必然不同,不同种犯罪概念之间的关系,只能是全异关系、排他关系而不可能是其他关系。至于同一关系,由于“张文”明确表述其是指“可能存在于国际刑法中”而非

〔1〕 张明楷:《犯罪之间的界限与竞合》,载《中国法学》2008年第4期,第87~88页。

〔2〕 参见前注〔1〕,张明楷文,第100页。

〔3〕 [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书(总论)》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第892页。

〔4〕 [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第418页。

〔5〕 周铭川:《法条竞合中特别法条和普通法条的关系探析》,载《北方论丛》2011年第1期,第152~158页。

“存在于同一刑法体系内”的罪名,<sup>〔6〕</sup>故也无可厚非,不过,以不同国家刑法中的罪名来论证罪名之间的关系,似乎离题太远,因为它与我们探讨犯罪之间关系的目,即正确地评价某一行为所完全符合的犯罪构成要件以认定罪与非罪、此罪与彼罪似乎无甚关系。至于其他四种关系之不成立,理由如下。

(一) 在逻辑上并不存在所谓中立关系和补充关系

1. 关于中立关系。所谓中立关系,在“张文”中,实际上是指构成想象竞合犯的诸罪名之间的关系。因为“张文”认为,所谓中立关系,是指“肯定行为成立甲罪时,既可能肯定也可能否定行为成立乙罪。换言之,两个犯罪类型原本不同,但既不是对立关系,也不是并存关系,二者的联系取决于案件事实。故意毁坏财物罪与故意伤害罪之间、盗窃罪与故意杀人罪的关系便是如此”。<sup>〔7〕</sup>但是,承认这种中立关系既无意义又违反逻辑。

其一,探讨想象竞合犯的一行为所触犯の数罪名之间的“关系”,对于我们认定一行为是否触犯数罪名以及应依何种罪名定罪量刑毫无意义,因为无论是否认定这种关系,也无论将这种关系命名为何种关系,对于定罪量刑均无影响;反而,探讨这种关系,必须以已经确定一行为触犯数罪名,构成想象竞合犯为前提(否则,无法确定要探讨哪些罪名之间的关系)。想象竞合犯之所以触犯数种罪名,并非因为数罪名之间的关系,而是因为对一个自然的社会观念上的行为经过重复评价,可评价为同时符合数种犯罪的构成要件,而之所以需要重复评价,则是因为必须并用数种罪名才能全面评价该行为的不法内涵和罪责内涵。<sup>〔8〕</sup>这与在法条竞合中只有其中一罪才能全面而准确地评价具体行为的不法内涵和罪责内涵是不同的。

其二,划分标准不同一。在“张文”中,所谓排斥、同一、交叉和特别关系,其划分标准大致是在词语的日常含义上,不同罪名外延之间的关系,这分别对应于逻辑上概念外延之间的五种关系,即,排斥对应全异,同一对应全同,特别对应真包含和真包含于,交叉对应交叉。而所谓中立关系,其划分标准则非不同罪名外延之间的关系,而是取决于事实上的“一行为”能否同时触犯这些罪名。这种划分标准已经违反了逻辑规则,因为在逻辑上,所谓概念之间的关系,是指概念外延之间的关系而不是指其他方面的关系,在逻辑上也不存在所谓中立关系。<sup>〔9〕</sup>其实,“张文”所举的作为中立关系的例子,都是全异关系。虽然刑法学有其自身的特点,但是,作为人类思维基本规律的形式逻辑,是任何学科都必须遵循的。

其三,“张文”认为作为中立关系的不同罪名之间,“既不是对立关系,也不是并存关系”,这种说法由于不以逻辑规则为基础,让人难以理解。如果其所谓“对立”是指全异关系,则“并存”又是指何种关系?

其四,如果承认中立关系,则几乎任何两种犯罪之间,都可能存在这种关系,因为难以排除一个自然的社会观念上的行为同时触犯这两种罪名的可能。这显然并无意义。例如,盗窃罪和故意杀人罪本来是风马牛不相及的两种犯罪,但是,在行为人明知对方患有心脏病、随时可能需要服用速效救心丸的情况下,还将被害人的速效救心丸全部偷走,致使被害人因心脏病发作时无药急救而死亡,行为人的行为就同时触犯两种罪名。

〔6〕 参见前注〔1〕,张明楷文,第87页。

〔7〕 参见前注〔1〕,张明楷文,第87页。

〔8〕 甘添贵:《罪数理论之研究》,台湾元照出版公司2006年版,第91页。

〔9〕 金岳霖:《形式逻辑》,人民出版社1979年版,第34~41页。

2. 关于补充关系。所谓补充关系,依“张文”的见解,是指为了保护同一类型的法益而制定的多种罪名之间的关系,如走私普通货物、物品罪与其他走私犯罪罪名之间的关系。<sup>[10]</sup> 其实,承认这种关系也是不对的。

其一,正如承认中立关系一样,承认这种关系也犯了划分标准不同一的逻辑错误,并且在形式逻辑上也不存在所谓补充关系。

其二,承认这种关系也毫无意义,因为如果承认这种关系,则可以说所有犯罪之间都存在这种关系,因为立法者正是为了从不同角度、以不同方式来保护各种各样的法益才规定多种罪名的。并且也没有什么根据仅将补充关系限于同一类型的法益之内。

其三,“张文”所谓补充关系,实际上是全异关系中的反对关系。在逻辑上,全异关系包括两种,一种是矛盾关系,即某一论域仅由两个子集构成,比如人之男人和女人,另一种是反对关系,即某一论域由三个或三个以上子集构成,比如颜色之红蓝黄绿等等。<sup>[11]</sup> 所谓论域,是指在讨论推理或研究理论时所确定的对象的范围。<sup>[12]</sup> 例如,在探讨诈骗罪和合同诈骗罪之间的关系时,其论域是作为这两个概念的属概念的“诈骗犯罪”,既不是作为普通罪名的“诈骗罪”或“合同诈骗罪”,也不是与“诈骗犯罪”无关的其他犯罪类型。

## (二) 在刑法学上不宜承认所谓特别关系和交叉关系

1. 关于特别关系。虽然从逻辑学上讲,日常用语之间可能存在特别关系,即一个概念可以包含另一个概念,比如学生可以包含大学生,但是,在刑法学上,却不宜承认不同罪名之间属于这种关系。因为无论词语之间在日常含义上具有何种关系,作为刑法上的不同种罪名,只能属于全异关系,而不可能是真包含或者真包含于关系。

“张文”认为,所谓特别关系,是指“广义概念与狭义概念、上位概念与下位概念之间的关系,肯定行为成立此罪,就必然肯定行为同时成立彼罪。比如,触犯合同诈骗罪的行为,必然同时触犯诈骗罪罪名。不过,一旦行为构成合同诈骗罪,就不再认定为诈骗罪”。<sup>[13]</sup> 这种观点值得商榷。且不说探讨所谓“广义概念与狭义概念、上位概念与下位概念”之间的关系有无理论意义,仅从构成要件理论来讲,由于任何两种犯罪的构成要素都不可能完全一样,“张文”所谓“肯定行为成立此罪,就必然肯定行为同时成立彼罪”的论断就是错误的。如果某一行为恰好完全符合某种犯罪的全部构成要素,必定不可能同时符合其他犯罪的全部构成要素,若硬要用其他犯罪来评价该行为,必然发生评价不完全或者评价错误的问题。正如甘添贵教授所言,法条竞合虽然在形式上似应适用两个以上刑罚法规,但是由构成要件的性质所决定,实际上只能适用其中一个刑罚法规加以一次评价,在犯罪评价上仅属一罪而非犯罪竞合。<sup>[14]</sup>

例如,以集资的名义诈骗他人数额较大的财物的,只符合集资诈骗罪的构成要件,而不符合诈骗罪的构成要件。因为,“以集资的名义进行诈骗”是集资诈骗罪所特有的构成要件,在诈骗罪中没有这一要素,如果仅将集资诈骗行为评价为“诈骗”,就根本没有评价出“以集资的名义进行诈骗”这一要素,而具体行为是恰恰符合这一要素,需要根据集资诈骗罪的条文来评价的。在刑法没

[10] 参见前注[1],张明楷文,第88页。

[11] 参见前注[9],金岳霖书,第34~41页。

[12] 宋文坚:《逻辑学》,人民出版社1998年版,第123~127页。

[13] 参见前注[1],张明楷文,第87~88页。

[14] 参见前注[8],甘添贵书,第77~78页。

有规定集资诈骗罪，或者某一集资诈骗行为由于未达法定数额标准而不能构成集资诈骗罪时，将以集资的名义诈骗财物的行为评价为诈骗罪是正确的，因为此时的行为本来就处于集资诈骗罪的涵盖范围之外，没有必要去评价“以集资的名义进行诈骗”这一集资诈骗罪的构成要素，正如没有必要去评价行为人是否具有国家工作人员身份一样；但是，在刑法已经将集资诈骗罪和诈骗罪规定为两种独立的犯罪，并且具体行为能够评价为构成集资诈骗罪的情况下，还对“以集资的名义进行诈骗”这一构成要素不予评价，则是对集资诈骗罪的构成要素视而不见的一种不全面不充分的评价，正如法官在适用法条时根本没有想到刑法中还规定了集资诈骗罪一样。相反，如果某人仅是以较为通常的方式而非集资诈骗的方式去诈骗他人财物，则将其评价为集资诈骗罪，就是一种明显违背罪刑法定原则的错误评价。对于盗窃枪支的评价同样如此。尽管在日常用语中，枪支也是一种财物，但是，如果对盗窃枪支的行为用盗窃罪来评价，必然无法评价出“枪支”这一决定盗窃罪和盗窃枪支罪罪名区分的关键要素，这种评价就是一种不全面不充分的评价。由于两罪的犯罪对象不同，一为枪支，一为枪支之外的其他财物，均属“盗窃犯罪”范畴下具有反对关系的具体罪名，如果说盗窃罪包含盗窃枪支罪，则同样可以说盗窃枪支罪包含盗窃罪，这显然是错误的。

实际上，所谓特别关系的罪名，在刑法明文将它们作为各自独立的同种犯罪予以规定的情况下，并非具有属种关系的“包容”罪名，而是具有全异关系的罪名。理由如下：

第一，无论是“广义概念”还是“狭义概念”，都仅仅是词语在日常含义中的关系，而在刑法中，都是作为独立个罪予以规定的，它们的构成要素必定有所不同，在外延上不应当有属种关系。否则，刑法根本没有必要规定“狭义概念”罪名，直接用“广义概念”罪名来评价某一行为的不法内涵和罪责内涵就可以了。既然立法者分别为广义概念与狭义概念设置罪名，就说明立法者是将这些罪名作为各自独立的犯罪予以规定的。一个行为如果恰好完全符合其中一罪的构成要素，必定不可能完全符合其他罪的构成要素，只有在有意无意地忽略某一犯罪的某些构成要素时，才可能误认为某一行为“必然同时触犯其他罪名”。

第二，在刑法对同一行为类型的犯罪事实规定了不同种罪名的情况下，与其认为立法者会违背逻辑常识，将本具有属种关系的罪名并列规定为地位平等的独立罪名，不如认为立法者本来就是打算将这些罪名规定为具有全异关系的罪名的。而“张文”之所以认为符合狭义概念的行为事实，必然能同时符合广义概念的构成要件，除了其对狭义概念罪名的特有构成要素故意不予评价的原因以外，直接将词语的日常含义套用于刑法概念上也是重要原因。例如，由于在日常含义上，“合同诈骗”无疑也是一种“诈骗”，因而导致“张文”认为，合同诈骗也是普通诈骗，从而根本忽略刑法设置“合同诈骗罪”和“诈骗罪”的不同目的，这显然是不合适的，实际上是将作为个罪的“诈骗罪”和作为其论域的“诈骗犯罪”混为一谈。

第三，日本刑法学家大塚仁教授在论述强制猥亵罪时强调：“虽然强奸行为也是强制猥亵行为的一种，但是，因为特别设有强奸罪（《日本刑法》第177条），所以，当然不成立本罪（大判大3·7·21录20·1541）。”<sup>〔15〕</sup>可见，在大塚仁教授看来，不能认为一个强奸行为可同时触犯强奸罪和强制猥亵罪两个罪名，这两种犯罪之间的界限是很清楚的。对法学上不同概念之间的关系做有别于其日常含义中的理解，在民法上也有例证。例如，德国法学家卡尔·拉伦茨教授认为，德国民法典第565条第1项是一般性地规定终止“土地、房屋或登记于船舶登记簿上的船舶”的租赁关系时应遵守的先期通知期限，第2项则对终止“住屋”租赁契约时应遵守的先期通知期限做了不同的规定，

〔15〕 参见前注〔4〕，大塚仁书，第107页。

说明立法目的很清楚,即对于“住屋”只适用第2项的期限规定而不适用第1项,“理解上,应该在第1项的‘房屋’一语之前添加‘除住屋外’的字眼”。<sup>[16]</sup>而“张文”一方面认为,“肯定行为成立此罪,就必然肯定行为同时成立彼罪。比如,触犯合同诈骗罪的行为,必然同时触犯诈骗罪罪名”;一方面又认为,“一旦行为符合特别法条,原则上就应以特殊法条定罪处罚”、“一旦行为构成合同诈骗罪,就不再认定为诈骗罪”。这是自相矛盾的。既然一行为必然同时触犯两种罪名,为什么只能定此罪而不能定彼罪?这种选择定罪的依据何在?实际上,多数学者认为只能定此罪而非彼罪的原因,仍然是立法者设置特别罪名的立法意图以及特别罪名所特有的构成要素,不可能是因为特别罪名是“狭义概念”、“下位概念”!

2. 关于交叉关系。虽然在逻辑学上,交叉关系也是概念之间关系之一种,但是在刑法学上,仍然不宜承认这种关系。

其一,从构成要件理论来讲,不可能存在构成要素完全相同的两种犯罪,因此也不可能存在一个行为可以同时完全符合两种犯罪的犯罪构成的情况。例如,诈骗罪和招摇撞骗罪是学界公认的具有交叉关系的两个罪名,但实际上,冒充国家机关工作人员招摇撞骗数额较大的财物的,只能评价为符合招摇撞骗罪的构成要件,因为若以诈骗罪来评价,必然无法评价出“冒充国家机关工作人员招摇撞骗”这一招摇撞骗罪的特有要素,从而是一种不全面不充分的评价。不过,由于招摇撞骗罪只能涵盖应当判处有期徒刑十年以下刑罚的行为,故我们可以将冒充国家机关工作人员招摇撞骗到数额特别巨大的财物,因而应当判处无期徒刑的行为评价为诈骗罪,这样评价并未违反全面评价原则,因为受最高法定刑仅为有期徒刑十年所限,招摇撞骗罪已经不能涵盖这种行为的内涵和罪责内涵了,这种行为本来就处于招摇撞骗罪的涵盖范围之外,而只能适用诈骗罪来评价。

其二,如同承认特别关系一样,承认交叉关系也是忽略刑法学的自身特点而将刑法学上的犯罪概念与词语的日常含义混为一谈的产物,也同样存在着一个凭什么只能选择定此罪而非彼罪的自相矛盾的问题。

其三,承认交叉关系也是忽略探讨目的、考虑不相关因素的表现。因为我们探讨犯罪概念之间关系的目的,并不是为了理清作为罪名表述的词语之间在逻辑上的关系,而是为了更准确地区分此罪与彼罪。而“张文”之所以承认交叉关系,除了前文所述原因之外,脱离探讨目的,将与区分此罪与彼罪毫无关系的其他因素一并作为划分依据也是重要原因。例如,将冒充国家机关工作人员骗色骗官、诈骗他人财物但未冒充国家机关工作人员等情形一并作为认定招摇撞骗罪和诈骗罪之间关系的依据等。<sup>[17]</sup>

综上所述,由于不存在构成要素完全相同的两种犯罪,故一国刑法所规定的不同种犯罪之间,只能属于排他关系,即逻辑上的全异关系,包括矛盾关系和反对关系,而不可能属于所谓同一、中立、交叉或特别关系。

## 二、探讨犯罪之间的界限很有必要

既然所有犯罪之间都是全异关系,则此罪与彼罪之间必然有其界限,没有不具有界限的两种犯罪,因此,为了准确定罪,很有必要探讨犯罪之间的界限。但是,“张文”认为,除了在排他关系的

[16] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第146~147页。

[17] 参见前注[5],周铭川文,第152~158页。

少数场合需要区分犯罪之间的界限以外,在绝大多数场合都没有探讨犯罪之间界限的必要。<sup>[18]</sup>其主要理由归纳如下。

1. 在大多数场合下,不同罪名的犯罪行为之间并非相互排斥、而是相互包容的,<sup>[19]</sup>例如,在低程度行为的甲罪与高程度行为的乙罪,以及单一行为的甲罪与复合行为的乙罪之间,都不应区分什么界限,而只应当认为,成立甲罪,只需要低程度行为/单一行为即可,但是,如果行为达到高程度/复合行为,则另触犯乙罪。因为,既然低程度行为/单一行为都能触犯甲罪,则高程度行为/复合行为就更能触犯甲罪了。<sup>[20]</sup>同样,在发生抽象危险与具体危险、具体危险与实害结果、轻结果和重结果的甲罪和乙罪之间,都存在这种关系。<sup>[21]</sup>

对于上述观点,笔者提出以下疑问:

(1) 既然乙罪的高程度行为/复合行为必然同时触犯低程度/单一行为的甲罪,则实施这种行为的人,是否在任何情况下都是同时触犯甲罪和乙罪? 既然否认探讨甲罪和乙罪之间界限的必要性,为何又承认行为有低程度与高程度以及单一与复合之分? 又如何区分?

实际上,“张文”的逻辑错误在于,由于忽略构成要件理论,因而误将“构成犯罪”与“构成某种犯罪”混为一谈。换言之,尽管在词语的日常含义上,我们可以说,既然低程度/单一/抽象危险/具体危险/实害结果/轻结果的行为都“构成犯罪”,则与其对应的高程度/复合/具体危险/实害结果/重结果的行为当然更可以“构成犯罪”,但是,在刑法明文规定各种不同罪名的情况下,却不能无视特定犯罪的构成要件而将“构成犯罪”与“构成某种犯罪”混为一谈,正如我们在判决书中不可能仅认定某人“构成犯罪”却不认定其构成何种犯罪一样。换言之,如果具体行为已经完全符合重罪的构成要件,则其必定不可能还符合轻罪的构成要件,因为该行为已经被评价为符合轻罪所没有而为重罪所特有的构成要素。按照张教授的逻辑,我们完全可以说,“既然过失致人死亡的行为能构成过失致人死亡罪,则故意致人死亡的行为就更能构成过失致人死亡罪了”,这显然是不恰当的。在明知行为已经符合重罪所特有的构成要素时,却故意对行为符合该要素不予评价,是违背构成要件理论和罪刑法定原则的。

(2) “张文”认为,对于高程度行为/复合行为,在必要情况下,可以仅评价为低程度行为/单一行为,以对行为人适用更重的法定刑。例如,可以将抢劫金融机构数额特别巨大,以及抢劫珍贵文物情节严重的行为,评价为盗窃金融机构数额特别巨大以及盗窃珍贵文物情节严重的行为,这样可以维护刑法的正义和公正。<sup>[22]</sup>

但是:①在这种情况下将抢劫罪认定为盗窃罪,是否真的有利于维护刑法的“正义与公正”? 例如,如果认定为抢劫罪,则根据《刑法》第81条第2款的规定,对犯罪人不得假释,而如果认定为盗窃罪,则对犯罪人仍可假释,说明判处盗窃罪对犯罪人更加有利。②刑法规定中法定刑不均衡的情况还有很多,是否都可以为了达到罪刑均衡而无视构成要件理论随意评价? ③如果可以出于“维护正义或公正”的目的而故意对犯罪构成要素不予评价,则是否同样可出于其他目的,比如政治目的、徇私枉法目的而对犯罪构成要素不予评价? 如何防止因此而导致的罪刑擅断现象?

[18] 参见前注[1],张明楷文,第100页。

[19] 参见前注[1],张明楷文,第89页。

[20] 参见前注[1],张明楷文,第89~90页。

[21] 参见前注[1],张明楷文,第92页。

[22] 参见前注[1],张明楷文,第90~91页。

(3) 在刑法明文规定不同种犯罪,并且为不同种犯罪设置的构成要素明显不同的情况下,否认两罪之间的区别,是否违背立法目的?是否与大多数人的观念不符?例如,“张文”认为,可以将抢劫评价为敲诈勒索,将不作为的故意杀人评价为遗弃,将绑架评价为非法拘禁,将抢劫评价为盗窃。<sup>[23]</sup>这都是值得商榷的。

2. “当刑法条文针对普通对象规定了此罪,针对特殊对象规定了彼罪,但对同一对象能够做出双重评价,一个对象亦此亦彼时,此时的对象就不是此罪与彼罪的关键区别。”<sup>[24]</sup>例如,在盗窃枪支罪和盗窃罪中,枪支不是两罪区分的关键,因为其一,枪支也是财物,许多国家都将盗窃枪支的行为认定为盗窃罪;其二,如果认为针对特殊对象的犯罪不可评价为普通犯罪,则在认识错误的情况下可能产生处罚漏洞。<sup>[25]</sup>

对此种理由,笔者也不赞同:

首先,既然刑法分别针对“普通对象”和“特殊对象”设置了不同罪名,则此时的“普通对象”,已经不能包含“特殊对象”了,而只能是指除了各种“特殊对象”之外的“其他普通对象”。例如,虽然可以笼统地说“枪支也是一种财物”,但是,这种说法只考虑了词语的通常含义,而根本没有考虑刑法根据不同对象设置不同罪名的规范目的。换言之,既然刑法同时规定了盗窃罪和盗窃枪支罪,就不能认为盗窃罪的对象包括一切财物,而只能认为盗窃罪的对象仅仅包括除枪支等特殊对象之外的其他财物。因此,尽管可以说枪支也是一种财物,也是“盗窃犯罪”的对象,但是却不能说枪支也是“盗窃罪”的对象,不应将“盗窃罪”与作为其论域的“盗窃犯罪”混为一谈。

其次,虽然在其他国家可能将盗窃枪支的行为认定为盗窃罪,但并不代表在我国也当然可以如此,因为其他国家不一定规定了盗窃枪支罪。

再次,根据刑法规定的对象要素严格区分两种犯罪,在对象认识错误的情况下也不会形成处罚漏洞,因为在行为人主观上以盗窃普通财物为目的,客观上仅盗窃到枪支的情况下,对盗窃枪支罪的“枪支”要素不需要进行评价,仅评价对象的财物属性即可;反之,如果行为人主观上以盗窃枪支为目的,即使客观上仅盗窃到普通财物,也必须评价“枪支”要素,构成盗窃枪支罪(未遂)。这是因为,在判断具体行为是否构成犯罪时,必须首先根据行为人的主观故意来确定用哪一个犯罪的构成要件去检验具体行为是否符合该罪的构成要件,否则,犯罪判断不可能进行下去。例如,在行为人打一枪击中被害人小腿致被害人骨折一例中,如果不首先确定行为人的犯罪故意,则根本不知道是用故意杀人罪、故意伤害罪还是过失致人重伤罪的构成要件去检验行为人的行为所符合的犯罪构成要件。因此,根据行为人的犯罪故意来确定用哪种犯罪的构成要件去检验行为人的行为并不会导致处罚漏洞,不同犯罪之间有无界限的问题实际上与认识错误理论没有关系。

3. 刑法所规定的各种犯罪的构成要件,都只是表述了成立犯罪(既遂)所必须具备的最低要求,所以,刑法理论只需表述这种最低要求。<sup>[26]</sup>不限定构成要件的最高要求,而是往返于轻罪与重罪之间做出判断,不仅可以防止将轻罪事实判断为重罪和将重罪事实判断为轻罪(无罪),还有利于防止形成不应有的处罚漏洞。例如,如果认为故意杀人罪和故意伤害罪之间属于对立关系,则在不能查明行为人的故意性质时,只能宣告无罪,而在数行为人分别以杀人故意和伤害故意共同

[23] 参见前注[1],张明楷文,第89~91页。

[24] 参见前注[1],张明楷文,第91页。

[25] 参见前注[1],张明楷文,第91页。

[26] 参见前注[1],张明楷文,第100页。

对被害人进行攻击时，也难以认定构成共同犯罪，因此，只能认为“杀人故意包含了伤害故意”、“故意杀人罪同时触犯了故意伤害罪”。〔27〕又如，如果认为成立“收买被拐卖的妇女、儿童罪”要求行为人“不具有出卖目的”，则在无法查明行为人是否具有出卖目的时，根据存疑时有利于被告人原则，对行为人既不能定拐卖妇女、儿童罪，因为不能证实他具有出卖目的，又不能定收买被拐卖的妇女、儿童罪，因为同样无法证明其“不具有出卖目的”，其结果只能是放纵犯罪，因此，不能要求“收买被拐卖的妇女、儿童罪”中的行为人“不具有出卖目的”。〔28〕再如，如果以是否造成轻伤作为故意伤害罪和寻衅滋事罪的区分标准，则在多份鉴定的结论不一致时，“司法机关就会束手无策”，因此，不应当承认这种区分标准；〔29〕如果以是否达到足以压制他人反抗程度的暴力、胁迫取得财物作为区分抢劫罪和敲诈勒索罪的界限，则在司法机关不能确定行为是否达到了足以压制他人反抗的程度时，只能宣布行为无罪。〔30〕

笔者认为，“张文”中的上述论述都是不恰当的。

首先，虽然任何一种犯罪的构成要件都仅表述成立该罪的最低要求，但是，既然是不同种犯罪，说明成立这些犯罪的最低要求各不相同。因此，如果某种行为已经符合了重罪的最低要求而超出了轻罪的最低要求，就说明该行为的不法内涵和罪责内涵已经超出了轻罪的评价范围，已经触犯了重罪而不再属于轻罪，此时，如果仍然用轻罪来评价，就是一种无法完全评价其行为的不法内涵和罪责内涵的错误评价。例如，在行为人具有杀人故意的情况下，如果对他的心理事实所符合的故意杀人要素不予评价，就是一种违背罪刑法定原则的过轻评价；而如果认为他不仅构成故意杀人罪，而且构成故意伤害罪，则是不适当地对其行为进行了重复评价，实际上在司法实践中也没有人会这样评价。

其次，不应将实践中判断犯罪的顺序与不同犯罪之间有无界限混为一谈，因为二者是两个毫不相干的问题。虽然在司法实践中，就某一案件事实所符合的犯罪构成要件，往往需要同时或先后考虑多个犯罪的构成要件，以便找出行为所最符合的罪名。但是，这种判断顺序并不表明这些犯罪之间没有界限，恰恰相反，正是因为这些犯罪的构成要素各不相同，正是因为这些犯罪之间具有界限，才需要准确判断具体行为能够完全符合哪个犯罪的全部构成要素，才需要考虑具体行为更加符合哪个罪的构成要件。此外，具有判断顺序并不意味着“不限定构成要件的最高要求”，而是犯罪构成作为认定犯罪成立与否的唯一标准，根本不存在所谓“最高要求”，而都是些“最低要求”！

再次，否认犯罪之间具有界限无益于认定犯罪，而肯定犯罪之间具有界限也不会形成处罚漏洞。

其一，否认犯罪之间存在界限不利于认定犯罪。因为作为刑法分则所规定的犯罪，每一种犯罪都具有其独立的、唯一的构成要件，每一种犯罪的构成要素都有其独特之处，找出了这种独特之处就有利于认定犯罪，不找出这种关键区别则不利于认定犯罪。例如，如果明确了盗窃罪和盗窃枪支罪的关键区别在于犯罪对象不同，则有利于准确区分这两种犯罪：如果查明行为人主观上想盗窃枪支，则可以认定其具有盗窃枪支的犯罪故意，需要用盗窃枪支罪的构成要件来检验其行为是否符合该罪的犯罪构成；反之，如果查明行为人主观上只想盗窃一般财物而没有想盗窃枪支，则

〔27〕 参见前注〔1〕，张明楷文，第101页。

〔28〕 参见前注〔1〕，张明楷文，第99页。

〔29〕 参见前注〔1〕，张明楷文，第92页。

〔30〕 参见前注〔1〕，张明楷文，第90页。

需要用盗窃罪的构成要件来检验其行为是否符合该罪的犯罪构成;相反,如果不知道盗窃罪和盗窃枪支罪的关键区别,则即使查明了行为人的犯罪故意并知道要用哪一种犯罪的构成要件去检验行为人的行为是否符合犯罪构成,也仍然不知道该行为是否同时构成另一种犯罪。这显然不利于准确地认定犯罪。实际上,理论上与司法实践中之所以能区分此罪与彼罪,正是因为普遍承认不同犯罪之间有其界限,而理论研究的目的,也主要在于找出不同犯罪之间的界限。

其二,肯定犯罪之间存在界限不会形成处罚漏洞。在由于证据等方面的原因导致无法确认行为人具有何种犯罪故意时,如果能够确信行为人至少具有轻罪的故意,或者至少实施了轻罪,则可直接判处轻罪。这在德国刑法理论中叫做“择一认定”,<sup>[31]</sup>在台湾地区“刑法”中叫“选择判定”,我国大陆刑法理论中虽未明确提出择一认定原则,但是可以预见的是,在司法实践中,法官们在能够确信被告人至少犯了轻罪的情况下,无疑也会直接认定其构成轻罪,因为我国的刑事政策不会允许法官们做出被告人无罪这样一种明显不公正的判决,而是会多少有些强制地做出认定。因此,在能够证明被告人至少具有伤害故意时,即使不能查证他到底具有何种故意,也可做出构成故意伤害罪的判决;在查明行为人确实购买了被拐卖的妇女、儿童时,即使不能进一步查明他到底有无出卖目的,也可判决他构成了收买被拐卖的妇女、儿童罪。显然,这种从轻判决并不是因为重罪与轻罪之间没有界限、“相互包容”,而是因为择轻认定既符合人类的认识和思维规律,又有利于被告人和实现刑法公正。至于认为承认故意伤害罪和故意杀人罪属对立关系就无法认定共同犯罪的观点也不正确,因为它只是采取“部分犯罪共同说”者的一家之言,不足为据。

其三,不能因为程序上证据不足而无法证明等原因就否认实体上此罪与彼罪之间存在界限,因为这同样是两个毫不相干的问题。

4. 刑法理论与司法实践中所提出的区分标准不仅没有使犯罪之间的界限更加明确,反而增加了认定犯罪的难度。况且,许多区分标准还存在缺乏法律根据、曲解构成要件、没有现实意义等诸多问题。<sup>[32]</sup>事实上,许多犯罪之间原本就不可能划清界限,故没有必要也不应当讨论犯罪之间的界限,因为,一方面,法条规定的绝大多数犯罪之间根本不是排他关系,另一方面,案件事实原本具有多重属性而非单一性质。<sup>[33]</sup>因而应当多运用想象竞合理论而少谈些界限。<sup>[34]</sup>对这些观点,笔者也不赞同。

首先,不排除有些学者和法官提出的区分标准存在诸多问题,但是,不能因为有些标准不科学不合理不实用就否定犯罪之间存在区别,恰恰相反,这正是需要加强理论研究以找出不同犯罪之间的正确区分标准的原因。况且,并非所有的区分标准都不科学。例如,通说关于盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪的区分标准就是科学的,对于张教授对通说的反驳观点,<sup>[35]</sup>已有多篇论文进行了批判,<sup>[36]</sup>此处不再重复。此外,张教授对通说的批评,未必都是在准确理解通说的情况下进行的。例如,张教授认为,“通说将故意杀人的构成要件限制为杀1-2个人的观点,既没有法律根据,也是对故意杀人罪的构成要件作了不适当的限定”。“看不出通说认为《刑法》第232条只是禁止杀1-2个

[31] 参见前注[3],耶赛克、魏根特书,第179~185页。

[32] 参见前注[1],张明楷文,第94~99页。

[33] 参见前注[1],张明楷文,第100页。

[34] 参见前注[1],张明楷文,第101页。

[35] 张明楷:《盗窃与抢夺的界限》,载《法学家》2006年第2期,第119~131页。

[36] 吴林生:《平和窃取说之批判》,载《法学》2010年第1期,第30~48页;王飞跃、李平:《抢夺罪客观要件论》,载《中国刑事法杂志》2006年第4期,第41~49页。

人的行为的根据何在？”<sup>〔37〕</sup>其实，通说对于故意杀人罪与放火罪等的区分，从来就不是以杀死多少人为标准而是以是否危害公共安全为标准的，而杀死多少人与是否危害公共安全之间没有必然联系，只要足以危害公共安全，即使一个人都没杀死，仍旧构成放火等罪。<sup>〔38〕</sup>不同犯罪之间是否具有区别，取决于刑法为这些犯罪规定的构成要素是否有所不同，而答案是明显的，不可能存在构成要素完全相同的两种犯罪。

其次，认为绝大多数犯罪之间根本不是排他关系的观点是错误的，理由前文已述。因此，只存在是否准确地找出了不同犯罪之间的关键区别的问题，不存在不具有区别的两种犯罪。

最后，以案件事实原本具有多重属性而非单一性质来否定探讨犯罪之间界限的意义，也是错误的，因为：

其一，不同犯罪之间是否具有界限以及具有何种界限，取决于不同犯罪的构成要素之间是否不同以及有何不同，不取决于具体案件事实是否同时触犯多种罪名。相反，具体案件事实是否同时触犯多种罪名，也得以准确区分不同犯罪之间的界限为前提，否则，何以准确认定其触犯了哪些罪名呢？

其二，某一案件事实是否具有多重属性，是否触犯多种罪名，与不同犯罪之间是否具有界限以及具有何种界限，是完全不同的两个问题。前者解决的是对一个自然的社会观念上行为必须用多个犯罪的构成要件才能全面而充分地评价时，最终应以哪个罪定罪量刑的问题，后者解决的是不同犯罪之间是否具有不同的构成要素，以及具有哪些不同的构成要素的问题。

其三，大多数学者之所以热衷于探讨犯罪之间的界限，是因为这些犯罪的构成要素有较多相同之处，比较容易混淆，因而需要准确辨认两者的区别以准确地认定此罪与彼罪。通说不否定运用想象竞合理论的必要性，也不否定对每种犯罪的构成要素进行分析探讨的必要性，反而，探讨犯罪之间的界限，正是为了更好地理解犯罪的构成要件，从而更好地运用想象竞合理论或者更好地区分此罪与彼罪。

上文根据“张文”的四点主要理由具体反驳了“张文”否定探讨犯罪之间界限问题的必要性的不可取。实际上，通说之所以热衷于探讨犯罪之间的界限，并不是纯粹出于理论兴趣或者人云亦云，而是因为不同犯罪之间的界限是客观存在的，如果不准确地找出不同犯罪之间的界限，就不可能准确地区分此罪与彼罪。而“张文”否定探讨犯罪之间界限的必要性，认为绝大多数犯罪之间原本就没有界限，既不符合客观实际也严重违背犯罪构成理论。例如，“张文”认为可以将盗窃评价为抢劫、将抢劫评价为敲诈勒索或盗窃、将杀人评价为伤害、将绑架评价为非法拘禁等等，就是完全无视犯罪构成理论的随意评价。由于刑法规定的每一种犯罪都有其独特的使之与其他犯罪相区分的构成要素，由于不同犯罪之间的界限客观存在但又存在容易混淆之处，故探讨犯罪之间的界限很有必要。

### 三、对“张文”中所举若干案例的简要分析

笔者注意到，“张文”之所以提出少探讨些界限多运用些竞合之迥异于通说的观点，其主要目的，还是在于分析疑难案例，因而仍有其贡献。既然本文对其观点基本上都不赞同，则对“张文”所

〔37〕 参见前注〔1〕，张明楷文，第95页。

〔38〕 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2007年版，第380～383页。

举的疑难案例,自有必要略作分析。

1. (1)A 为了非法占有商店的西服而假装试穿西服,然后向营业员声称照镜子,趁营业员接待其他顾客时逃之夭夭。(2)B 将被害人约在某餐厅吃饭时,声称借用被害人的手机。被害人将手机递给 B 后,B 假装拨打电话,并谎称信号不好,一边与“电话中的对方”通话一边往餐厅外走,然后乘机逃走。<sup>[39]</sup>

对这两个案例,“张文”认为都构成盗窃罪,理由是被害人主观上没有处分财产的意思,客观上没有处分财产的行为。但本文认为,上述两种情况都属于诈骗,因为行为人自始至终都具有诈骗他人财物的犯罪故意,并在该诈骗故意支配下实施了一系列导致对方将财物交付给他的行为。至于张教授坚决主张应以被害人是否做出财产处分来区分盗窃罪和诈骗罪的观点,笔者觉得不妥。一则,这种标准始于何时何处难以考证,能否作为盗窃罪和诈骗罪的区分标准值得商榷,因为在社会通常观念中,东西是“偷”来的还是“骗”来的,才是两罪的区分标准,除刑法学者之外,估计没有人会想到所谓“财产处分”问题;二则,即使承认这种区分标准,对于何谓“财产处分”也值得探讨,比如在上述例子中,被害人已经因行为人的欺骗行为而将财物交付给行为人,财物无论在物理上还是在事实上,都已经转移至行为人的实际占有控制之下,认为财物仍然由被害人占有控制是比较牵强的。只有不考虑事实上和物理上的支配力而纯粹从社会观念上,才可能认为被害人仍然占有着财物,但是,如果纯粹从社会观念来考虑,则更应当认为,行为人在实际占有控制财物的一瞬间,即已经诈骗得逞了,之后的携带财物逃离不过是逃离现场而已。因为在社会观念上,几乎没有人会认为上述例子属于盗窃,这从人们的日常谈话、法院的无数判决以及书店中琳琅满目的关于诈骗的书籍中所举的例子可以看出。反之,如果认为属于盗窃,将会导致罪刑不均衡:采取通常盗窃手段取得财物但尚未逃离现场的,构成盗窃罪既遂,因为行为人已经占有控制了财物;采取欺骗手段取得财物但尚未逃离现场的,仅仅构成盗窃预备,因为尚未着手盗窃,<sup>[40]</sup>至多构成盗窃未遂,因为行为人尚未占有财物,<sup>[41]</sup>两者均不处罚。同理,认为被害人没有做出财产处分同样是很牵强的,他明明已经将财物交到行为人手中了。不能将财产处分等同于财产所有权处分。至于认为被害人并没有陷入错误认识,<sup>[42]</sup>也显然与实际不符,因为前例中营业员是受对方欺骗,误以为对方真正想试穿衣服才将衣服交给对方“试穿”的,后例中被害人也是受对方欺骗,误以为对方真正想借手机打才将手机借给对方“打”的,如果他们及时识破了对方的诈骗意图,是不可能将财物交给对方的。其实,后一种情况属于典型的“骗借”,而对于“骗借”,学界几乎毫无争议地认为属于诈骗。当然,如果行为人在取得对方交付的西服或者手机之后,才产生不法占有目的,进而携带西服或手机逃跑的,则其行为性质不属于诈骗而属于侵占,即使其当着被害人的面公然逃跑亦然。

2. 15 周岁的 A 绑架 X 后,使用暴力致使 X 死亡,但 A 既没有杀人故意,也没有伤害故意。对

[39] 参见前注[1],张明楷文,第 89 页。

[40] 如果认为行为人在诈骗故意支配下实施欺骗行为,导致被害人将财物交到行为人手中都不具有诈骗性质而仅仅属于盗窃,则只能认为,行为人在收到被害人所交付的财物时其盗窃行为尚未着手,只有在开始携带财物逃离现场或者有携带财物逃离现场的实质的紧迫的危险时,才是盗窃罪的着手。对于盗窃未遂一般不处罚,只有情节严重的,比如以数额巨大的财物为盗窃目标的,才处罚。

[41] 因为持盗窃说的学者认为被害人将财物交给行为人并非是在处分财物,其主观上既没有处分财产的意思也没有因行为人的欺骗而陷入错误认识,因此认为财物仍然由被害人占有、控制,行为人并未占有财物,只有在行为人携带财物逃离现场时,才开始取得占有。

[42] 参见前注[1],张明楷文,第 89 页。

此应如何处理？<sup>〔43〕</sup>

对此案例，“张文”认为，“由于绑架可以评价为非法拘禁，根据《刑法》第 238 条的规定，非法拘禁使用暴力致人死亡的，应以故意杀人罪论处，故对 A 应以故意杀人罪论处。倘若认为非法拘禁行为与绑架行为是相互排斥的关系，则对 A 的行为只能宣告无罪（因为根据《刑法》第 17 条第 2 款的规定，甲既不对绑架负责，也不对过失致人死亡负责）。本文难以赞同这种观点”。

不过，本文倒认为，对 A 不应定罪。一则，既然行为人未满 16 周岁，既不用对非法拘禁罪负责，又不用对过失致人死亡罪负责，并且主观上既没有杀人故意又没有伤害故意，为什么在实施非法拘禁行为并过失致人死亡之后，能按“转化后”的故意杀人罪判处？有必要违反责任主义原则让本来不构成任何犯罪的未成年人按最重的罪承担刑事责任吗？二则，即使认为立法者在《刑法》第 238 条第 2 款后段中违反责任主义原则做了立法拟制，我们在解释时，也应尽量使解释结论符合刑法基本原则。例如，或许我们可以将“使用暴力致人死亡的，依照故意杀人罪论处”的规定理解为必须以行为人本来能够构成非法拘禁罪为前提？三则，虽然绑架罪中没有“使用暴力致人死亡的，依照故意杀人罪论处”之类的规定，但是却有“致使被绑架人死亡的，处死刑”的规定，说明立法者还是认为绑架并过失致人死亡要比非法拘禁并过失致人死亡的罪责更重，既然立法者并未规定未满 16 周岁者要对罪责更重的行为负责，在立法没有明文规定时，有什么理由要以罪责更轻的行为来追究其刑事责任？四则，非法拘禁并使用“暴力”致人死亡了，却既无杀人故意又无伤害故意，这种例子可能出现吗？或者说，由于《刑法》第 238 条第 2 款并列规定了“犯前款罪，致人重伤、死亡的”与“使用暴力致人伤残、死亡的”刑事责任，能否认为，所谓“使用暴力致人伤残、死亡”，本来就是以行为人具有伤害故意或杀人故意为前提，以区别于“过失”“致人重伤、死亡”之情况的？

退一步讲，即使认为应当对 A 定罪，也没必要以否定绑架罪和非法拘禁之间的界限为代价。实际上，由于绑架行为和非法拘禁行为都具有非法剥夺他人人身自由的特点，故可以将它们看作“非法拘禁犯罪”论域下的具体罪名，某一非法剥夺他人人身自由的行为，如果不构成绑架罪，就有可能构成非法拘禁罪，反之亦然。当一非法剥夺他人人身自由的行为不完全符合绑架罪的构成要件时，说明该行为并非绑架罪所能涵盖，因此不需要对行为是否符合绑架罪的构成要素进行评价，只考虑行为是否完全符合非法拘禁罪的构成要件即可。显然，此时并非“将绑架评价为非法拘禁”，而是一种对非法剥夺他人人身自由行为的本来的评价。

3. A 伺机夺取他人财物，手持小竹竿，看见 X 手握钱包在路上行走时，突然用竹竿轻轻敲打 X 的手背，X 本能的反应导致其钱包掉在地上。A 拾起钱包后迅速逃离。<sup>〔44〕</sup>

“张文”认为，在上例中，如果认为构成抢夺罪不能包含对人的暴力，则上例中将不构成抢夺罪，结论是要么构成抢劫罪，要么无罪。因此，不能认为抢夺罪都不包含对人的暴力，“行为人完全可能在不触犯抢劫罪的前提下，使用对人暴力抢夺财物”。

笔者认为，通说之所以认为抢夺罪只能包含对物暴力而不能包含对人暴力，是为了将抢夺罪与抢劫罪区分开来，既然如此，则所谓对人暴力，显然是指足以构成抢劫罪的暴力，而不是指任何程度的暴力，因此，张教授举例中的“用竹竿轻轻敲打 X 的手背”，根本不是通说所谓“暴力”，正如为了抢夺而轻轻亲吻 X 的手背不是“暴力”一样。因此，根据通说对上例定抢夺罪并不存在理论问题。

〔43〕 参见前注〔1〕，张明楷文，第 90 页。

〔44〕 参见前注〔1〕，张明楷文，第 90 页。

4. (1)A以杀人的故意、B以伤害的故意,共同加害于X。(2)A以绑架故意,B以非法拘禁的故意(以为被害人对A负有债务)共同拘禁X。(3)A教唆B敲诈勒索他人财物,而B实施了抢劫行为。<sup>[45]</sup>

对于上述举例,“张文”都是将重罪行为视作同时构成重罪和触犯轻罪的“想象竞合犯”来论述的,并且认为,只有肯定重罪行为(杀人、绑架、抢劫)同时触犯轻罪名(伤害、非法拘禁、绑架),才能顺利地将上述例子认定为共同犯罪,即具有重罪故意的行为人,与仅具有轻罪故意的行为人,在轻罪的范围内成立共同犯罪,但由于其另外还构成了重罪,故对其应以重罪论处。

笔者认为,张教授从根本上颠覆现行想象竞合理论,将一个恰好完全符合重罪构成要件的行为,舍弃重罪的某个构成要素进行第二次评价,从而将任何一个仅应构成重罪的行为评价为同时构成轻罪和重罪的“想象竞合犯”,也许他本人确实认为是正确的。不过,笔者对此心存疑虑,因为,按照张教授的逻辑,我们完全可以无视任何一个犯罪的任何一个或者几个构成要素,而将任何一个行为评价为同时触犯二个甚至数个罪名的“想象竞合犯”,则构成要件理论还有何用?实际上,由于每一种犯罪都有其独立的、唯一的构成要件,在认定具体行为是否构成犯罪以及构成何种犯罪时,必须用它最可能符合的犯罪的全部构成要件进行检验,才是符合构成要件理论以及罪刑法定原则的全面而准确的评价。否则,如果随意舍弃行为所可能符合的任何一个构成要素进行评价,必然是一种不全面不充分的错误评价。例如,在行为人故意盗窃枪支时,必须用“枪支”、“盗窃枪支”等要素来检验其行为是否符合盗窃枪支罪的构成要件,如果故意对行为可能符合的“枪支”、“盗窃枪支”等要素不予评价,而只用盗窃罪的构成要件去检验,就是一种违背构成要件理论的错误评价。至于杀人故意与伤害故意之间的对立理论和同一理论,应当认为,尽管在物理上,杀人的实行行为必然表现为一种损害他人身体健康的行为,非经损害健康无以导致人死亡,但是,立法者在设置故意杀人罪和故意伤害罪的构成要件时,必然考虑到了这一点,然而仍旧规定了两种犯罪并配置了不同法定刑,这说明在规范评价上,在构成要件理论上,这是两种完全不同的犯罪,不存在杀人故意包含伤害故意,杀人行为包含伤害行为的问题,实际上,存在于故意杀人的行为人的头脑中的,也只能是希望或者放任被害人死亡的一种杀人故意,不可能杀人故意和伤害故意同时并存。按照张教授的逻辑,不仅应当承认一个杀人故意中同时包含伤害故意,而且应当承认一个杀人故意中同时包含故意伤害致死场合中致人死亡的过失,这显然是不可思议的。实际上,肯定不同犯罪之间具有清晰明确的界限,并不会导致上述案例的处理出现困难。只要我们摒弃违背构成要件理论的部分犯罪共同说,<sup>[46]</sup>采取行为共同说或共同故意实施犯罪说,<sup>[47]</sup>知道认定共同犯罪的目的,不是为了给“共同犯罪”本身定罪,而是为了确定能否对各行为人适用“部分行为全部责任”原则,无论各行为人的故意内容是否相同,只要他们之间具有共同故意实施犯罪行为的意思联络,即都可认定存在共同犯罪关系,只是对各行为人仍应根据其故意性质分别定罪量刑而已。

(责任编辑:李迎捷)

[45] 参见前注[1],张明楷文,第103页。

[46] 参见黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第530页。

[47] 参见周铭川:《共同犯罪本质新论——共同故意实施犯罪说之提倡》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2011年第5期。