

# 论刑法拟制的本质、正当性及应有类型

周铭川\*

## 目次

- 一、刑法拟制的本质辨析
- 二、刑法拟制的正当性分析

- 三、刑法拟制的类型甄别
- 四、结语

**摘要** 刑法拟制的本质是对法律效果的拟制,是对 A 类型的事实适用 A 罪的构成要件进行评价,但适用 B 罪的罪名和法定刑定罪量刑——既不是对事实要素的假定而将 A 类型的事实认定为 B 类型的事实,也不是为 B 罪创设一种新的犯罪构成。除了窝藏赃物型抢劫罪等少数条款具有拟制的正当性之外,其他拟制条款均不具有正当性,应当尽快废除。根据条文规定的明确程度以及可解释为注意规定的余地大小,可以将刑法学界通常所认为的刑法拟制划分为明文规定的拟制、比较明显的拟制、形似的拟制、解释的拟制四种类型,由于大多数“拟制”条款都存在违背罪刑法定、实质正义和责任主义等问题,因而应当将形似的拟制和解释的拟制解释为注意规定,以尽量缩小刑法拟制的条款范围。

**关键词** 刑法拟制 法律效果 构成要件 抢劫罪

犯罪构成理论认为,行为完全符合犯罪构成是犯罪成立的必要条件,就故意犯罪而言,只有在行为人认识到构成要件该当事实并且故意实施行为时,才有责任,而在实行罪刑法定原则的现代刑法中,构成要件必须有成文刑法的严格规定。<sup>〔1〕</sup>然而,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中有一些条款,明文规定要将符合此罪构成要件的事实按彼罪论处(如第 267 条第 2 款),或者由于规定不够明确,从而多数学者认为要将符合此罪构成要件的事实按彼罪论处(如第 247 条第 2 款),导致实践中对犯罪事实极其相似的案件做出结果截然相反的判决,引发如此定罪量刑是否违背责任主义、违背罪刑法定原则、违背主客观相统一原则等质疑。换言之,由于人们对同一条款

\*上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。本文系 2018 年上海市哲学社会科学规划一般课题“上海市智慧城市建设中新型网络犯罪治理研究”(项目编号:2018BFX018)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见〔日〕小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 17—18 页。

是否属于拟制规定经常产生争议,影响具体条款的适用范围,进而影响罪与非罪、此罪与彼罪的裁判结果,为了在理论上促成共识,在实践中减少“同案不同判”现象,有必要对刑法拟制的本质、正当性及应有范围等基本问题进行深入探讨。

## 一、刑法拟制的本质辨析

作为一种法律现象,法律拟制在各国法律中普遍存在。尽管法律拟制(legal fiction)的概念可以追溯到古罗马法时代,<sup>[2]</sup>但是直到现在,对于法律拟制到底是什么、应当包括哪些内容,不仅在各大法律词典中描述不一,甚至在同一法律词典内部也前后不一,法学家们的理解也千差万别。例如,梅因认为,法律拟制、衡平和立法是法律适应社会发展的三个基本媒介;卡多佐认为,法律拟制是跨越新旧法律规则之间鸿沟的重要工具;萨维尼认为,民法中的法人是一种法律拟制主体;杨兆龙认为,在古代英国,个人以国王名义提出刑事诉讼就是一种法律拟制;蒲鲁东认为,民法中的所有权具有虚伪性,诸如时效取得就是一种法律拟制;李学灯认为,民事诉讼过程中的公告送达也是一种法律拟制。<sup>[3]</sup>可见,法学家们所理解的法律拟制,包含对法律主体、法律效果、法律事实的拟制等多方面的含义。

在学说史上,法学家们对法律拟制的本质,也形成了丰富多彩的观点。例如,梅因认为法律拟制是一种典型的掩饰性虚构,富勒认为法律拟制是一种陈述者明知其全部或部分内容虚假但具有实际效用的错误陈述,古斯塔夫·德梅丽斯认为法律拟制是一种单纯的法律技术,约瑟夫·埃瑟认为法律拟制是一种站不住脚的权宜之计与技术手段,边沁认为法律拟制是法律中最致命和最卑劣的谎言,耶林认为法律拟制是一种思维的拐杖和善意的谎言,费英格认为法律拟制是非常具有实践价值的法律类推和故意臆造,凯尔森认为法律拟制是先验预定有效的基本规范,阿敏·考夫曼认为法律拟制是与事物本质、事物类型同为类型性思维三大要素之一的法律类推。<sup>[4]</sup>

就刑法拟制的本质而言,我国刑法学者主要有以下几种观点。

第一种观点是“旧瓶装新酒说”。此说认为,刑法拟制是用现有的法律概念和法律规范这种旧瓶去装新情况、新问题这种新酒。例如,有学者认为,法律拟制是用现存的法律规范和法律概念去解释现实社会中新出现的情况和问题以达到既能适应社会需要又能体现法律基本价值目的的立法方法。<sup>[5]</sup>

这种观点与我国刑法立法实际不符,因为无论是典型的第267条第2款将携带凶器抢夺拟制为抢劫、第269条关于转化型抢劫的规定,还是其他争议较大的条款中的相关规定,比如《刑法》第247条中关于对刑讯逼供、暴力逼取证人证言、第248条中关于对虐待被监管人、第292条中关于对聚众斗殴、第289条中关于对聚众“打砸抢”等情形致人伤残、死亡要按故意伤害罪、故意杀人罪论处的规定,其所规范的,都是现实生活中比较常见的、自古以来就有的事实,并且如果没有法律拟制,对这些事实原本就有相关的法律规范可供适用,并不是所谓新情况、新问题,从其论文中也看不出作者做出这种定义概括的依据是什么。

第二种观点是“事实要素假定说”。此说认为,刑法上的拟制是“对事实要素的假定”,是将事实A的发生拟制为事实B的发生,以便对事实A适用为事实B规定的刑法规范——只要事实A

[2] 参见温晓莉:《论法律虚拟与法律拟制之区别》,载《北大法律评论》2007年第1期,第236—254页。

[3] 参见卢鹏:《法律拟制正名》,载《比较法研究》2005年第1期,第138—143页。

[4] 参见谢潇:《法律拟制的哲学基础》,载《法制与社会发展》2018年第1期,第91—112页。

[5] 参见邵栋豪:《法律拟制及其刑法视域的中国检讨》,载《刑法论丛》2009年第1卷,第126—151页。

发生,就视同事实 B 发生。<sup>〔6〕</sup> 这种观点具有一定的代表性,但同样经不起推敲,因为:

第一,刑法拟制仅是法律效果的拟制,不是对事实本身性质的拟制,仅是规定对 A 类型事实适用原本针对 B 类型事实所设立的 B 罪定罪量刑,而不再适用原本应当适用的 A 罪或 A 构成要件。它没有必要也不可能将 A 类型事实拟制为 B 类型事实或者将事实 A 拟制为事实 B,因为在社会观念上和行为类型上,既不可能将实际发生的 A 类型事实拟制为 B 类型事实,也不可能将事实 A 拟制为事实 B。例如,抢夺与抢劫是两种具有本质区别的行为类型,法院既不可能将实际发生的抢夺事实认定为抢劫事实,也不可能将“甲抢夺了乙的手表”拟制为“乙抢夺了甲的手表”,但是对某种情形的抢夺事实赋予抢劫罪的法律效果则是可能的,也正因为如此,才可称之为拟制。需要强调的是,“A 类型的事实”与“事实 A”是完全不同的两个概念——“事实 A”既可能指 A 类型的事实,又可能指 B 类型的事实或者其他类型的事实,同理,事实 B 也可能是指 A 类型的事实或 B 类型的事实。因此,“事实 A”“事实 B”这样的概念,在讨论刑法拟制问题时是没有意义的,但有的作者混淆了这两种概念之间的区别,用“事实 A(或 B)”来表述其原本想表达的“A(或 B)类型的事实”。

第二,该观点认为刑法拟制既是对事实性质的拟制又是对法律效果的拟制,在逻辑上自相矛盾,既然已经将事实 A 拟制为事实 B 了,则对拟制成的事实 B 适用 B 罪就不存在对法律效果的拟制。

第三,从刑法条文的表述来看,均是将 A 类型事实中的某些情形规定为按 B 罪定罪量刑,除了拟制规定之外,对 A 类型事实一般仍有其可适用的 A 罪的构成要件规定(但有时也没有相应规定,比如,《刑法》中没有规定过失毁坏财物罪),而没有规定要将事实 A 视为事实 B,因此没有必要从法条规定中推出先将事实 A 拟制为事实 B、再对事实 B 适用 B 罪名这一结论。

因此,法律拟制的作用不是为了将不同的法律事实在事实上予以同一化,而是为了在规范上给予系争事实以相同评价。<sup>〔7〕</sup> 正如卡尔·拉伦茨所言,法律拟制是虽然明知两事物不同,却有意地将两者同等对待:立法者并非主张 T2 事实上与 T1 相同或者是 T1 的一种事例,而只是对 T2 规定与 T1 同样的法律效果,以引导司法者将 T2 当作 T1 的一个事例以适用 T1 的法律效果。<sup>〔8〕</sup> 阿敏·考夫曼也认为,拟制是将 T2 虚拟为与 T1 案件一样,而适用 T1 之法规,因此是一种隐藏的引用。<sup>〔9〕</sup> 可见,这些法学家都强调法律拟制是指对 A 事实赋予与 B 事实相同的法律效果,都认识到立法者并非主张 T2 事实上与 T1 相同或者是 T1 的一种事例。

第三种观点是“构成要件适用说”。此说认为,法律拟制是对 A 类型的事实适用原来针对 B 类型的事实设置的构成要件,为此,需要立法为被拟制适用的 B 罪创设一种新的犯罪构成,或者对 B 罪的构成要件进行修改。例如,有学者认为,法律拟制会造成基本犯罪构成的虚置,因为一种犯罪应当有并且只能有一个基本且完整的犯罪构成;但是,法律拟制经常使一种犯罪具有多个犯罪构成,比如,第 263 条是抢劫罪完整而基本的犯罪构成,第 267 条第 2 款、第 269 条则是抢劫罪的其他两种犯罪构成,三者地位同等、互不涵摄,造成有些行为不符合基本犯罪构成却仍能成立犯罪的悖论,导致基本犯罪构成被虚置。<sup>〔10〕</sup>

可见,在这种观点看来,法律拟制要对 A 类型的事实适用 B 罪的犯罪构成,为此不得不为 B 罪创设一种新的犯罪构成。但这种看法值得商榷,因为:

首先,这种观点违反了形式逻辑规则。一则,既然抢劫罪的三种犯罪构成地位同等、互不涵

〔6〕 参见苏彩霞:《刑法拟制的功能评价与运用规则》,载《法学家》2011年第6期,第27—37页。

〔7〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第5版),法律出版社2007年版,第204页。

〔8〕 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第142页。

〔9〕 参见[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第155页。

〔10〕 参见周东平、武胜:《我国历代刑法中的法定拟制综论》,载《当代法学》2010年第5期,第42—50页。

摄,则本来就属于《刑法》针对同一类型犯罪的不同情形设置的多个犯罪构成,正如《刑法》中同时设置了抢劫罪和抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪的犯罪构成一样,那么对于拟制情形本来就不应适用基本犯罪构成,谈不上导致基本犯罪构成虚置的问题,而对符合新的犯罪构成的行为适用新的构成要件,也谈不上所谓“不符合基本犯罪构成仍能成立犯罪的悖论”;二则,若认为拟制创设了新的犯罪构成,则也与拟制的概念自相矛盾——既然拟制本身也创设了独立的犯罪构成,则对符合该犯罪构成的事实适用该犯罪构成就谈不上拟制了。

其次,为了对A类型事实中的某些情形赋予与B类型事实相同的法律效果,既不需要因为拟制而为B罪创设新的犯罪构成,也不需要适用B罪的犯罪构成来对A类型的事实进行评价,只要直接规定对A类型事实中的某些情形适用B罪名定罪量刑即可,理论假设中的B类型事实根本不需要出现。由于行为类型不同,对A类型的事实不可能适用B罪的犯罪构成要件去进行评价,也不可能针对A类型事实中的某些情形设置成B罪的犯罪构成。例如,甲是某次聚众打砸抢活动中的首要分子,由于参加者乙打破了一个贵重花瓶,尽管根据《刑法》第297条的规定,对甲要按抢劫罪论处,但是,并不需要认为该条为抢劫罪规定了一种全新的犯罪构成,而仍然只需要根据通常理解认定甲、乙各自的犯罪事实即可。

再次,刑法拟制是犯罪构成与罪名相分离的典型。以携带凶器抢夺为例,在对该事实进行规范评价时,所适用的仍然是抢夺罪的犯罪构成,否则也不可能知道它是抢夺而不是其他行为类型,并且不能直接适用抢劫罪的犯罪构成去评价,只是不能像通常的抢夺事实那样根据抢夺罪去定罪量刑,而必须适用抢劫罪的罪名和法定刑去定罪量刑而已;在实际办案过程中,司法机关需要运用证据去查证属实的事实,也是行为人主观上是否具有抢夺他人财物的犯罪故意、客观上是否实施了抢夺行为、实施抢夺行为时是否随身携带了凶器、是否向被害人展示或使用了凶器等,不需要也不可能去查证属实行为人主观上具有抢劫故意、客观上实施了抢劫行为。总之,一切调查取证和诉讼证明均围绕着行为人有无携带凶器实施抢夺行为而展开,而与行为人是否实施了抢劫事实完全无关。

最后,若认为法律拟制是为被拟制适用的罪名创设一种新的犯罪构成,也违背犯罪构成原理,因为构成要件作为一种对可罚的行为类型的抽象概括,必须与现实生活中的行为类型相一致,不可能为A类型的事实设置出B罪的构成要件,否则是难以想象的。比如,难以想象怎样为故意毁坏财物行为设置出一种抢劫罪的构成要件,即便是外观上比较近似的抢夺和抢劫,也难以想象可以互换设置。

因此,关于对携带凶器抢夺行为要按抢劫罪论处的法律拟制,只是“准用”抢劫罪的罪名和法定刑,既不是要将携带凶器抢夺的事实拟制为抢劫的事实,也不是并且不可能为抢劫罪创设一种新的犯罪构成。正如林山田教授所言,准强盗罪是与强盗罪相类似的一种独立犯罪,而不是抢夺罪或盗窃罪的加重犯,是法律拟制的“处断上”的强盗罪,从而准用强盗罪的法律效果。<sup>〔11〕</sup>

张明楷教授认为,刑法拟制是在基本犯罪的罪状中增添了特殊内容。例如,第267条中携带凶器抢夺、第269条转化型抢劫、第289条中拟制的抢劫,都是在第263条基本抢劫罪的罪状之外增加了一些特殊内容,这些行为本来并不符合抢劫罪的犯罪构成。<sup>〔12〕</sup> 这种说法也不妥当,因为,所谓“在罪状之外增添特殊内容”的说法比较模糊,究其本意,应当是指在基本罪的构成要件之外增加了一些构成要件,从而为基本罪增加了几种犯罪构成。但是,刑法拟制并不是要对基本罪的构成要件或罪状进行修改,基本罪的构成要件或罪状也不可能被拟制所修改,否则,就不存在认定拟制所需要参照的基本条款了,从“以某罪论处”的规定中也推不出“某罪”的构成要件或罪状已被修改的结论。

第四种观点是“相似构成要件的等同评价说”。此说持有者将学界关于刑法拟制本质的观点

〔11〕 参见林山田:《刑法各罪论(上)》,北京大学出版社2012年版,第274—275页。

〔12〕 参见张明楷:《刑法学》(第5版下册),法律出版社2016年版,第678页。

概括为构成要件拟制说、法律效果拟制(准用)说和区分说,认为刑法拟制的本质是对相似构成要件在规范上的等同评价,是两种构成要件具有相同的意义内涵和规范目的,而法律效果相同则只是构成要件等同评价的逻辑结果。<sup>[13]</sup> 这种观点同样值得商榷。

第一,这种观点将“符合构成要件的事实”与“构成要件”混为一谈。以携带凶器抢夺为例,《刑法》并未为“携带凶器抢夺”单独设立一个“携带凶器抢夺罪”,而是在《刑法》已有抢夺罪和抢劫罪的情况下,特意规定对携带凶器抢夺的行为要按抢劫罪论处。论者所谓“相似构成要件”,如果是指“携带凶器抢夺”的构成要件与抢劫罪的构成要件两者相似,则根本不符合立法实际,因为《刑法》中没有规定“携带凶器抢夺罪”及其构成要件;如果是指抢夺罪的构成要件与抢劫罪的构成要件相似,则又无任何意义,因为两者实际上不可能相似,并且,如果要论相似,则携带凶器抢夺无疑与抢夺罪更相似,因为它本来就是抢夺,没有理由不定抢夺罪反而定“构成要件相类似”的抢劫罪。因此,论者所谓“相似构成要件的等同评价”的本意,应当是指“对符合相似构成要件的事实在规范上可以进行等同评价”,比如认为对携带凶器抢夺的事实可以评价为同抢劫罪具有相似的意义,因而对行为人以抢劫罪论处也能够符合《刑法》规范的目的。

第二,即使论者所谓“相似构成要件的等同评价”是指一个符合 A 罪的事实在规范评价方面可以与 B 罪的意义相似,也至多只能用来解释窝藏赃物型转化型抢劫罪,但难以用来解释诸如第 289 条中将过失毁坏或故意毁坏财物拟制为抢劫罪之类的情形,也无法用来解释为了抗拒抓捕或毁灭罪证而转化来的抢劫罪。因为诸如前盗窃、诈骗、抢夺加后暴力或胁迫之类的行为,在构成要件评价方面不可能与抢劫罪等同,谈不上“构成要件的相似”,特别是在行为人已经放弃非法占有财物目的的情况下,行为人已经没有非法占有目的,被害人也没有遭受财产损失,与抢劫罪的财产保护客体完全无关。在聚众“打砸抢”过程中发生的故意毁坏财物、过失毁坏财物,在规范评价方面更不可能与抢劫罪相似或等同,也根本不存在所谓“相同的意义内涵和规范目的”。其他如将盗窃信用卡并冒用的信用卡诈骗行为拟制为按盗窃罪论处,将纳税人纳税后骗取出口退税行为拟制为按逃税罪论处,都无法用所谓“相似构成要件的等同评价”来解释。

第三,论者所谓两个构成要件具有相同的意义内涵和规范目的,至多属于立法时设立拟制的理由之一,并且不可能是唯一理由,甚至连主要理由都谈不上,因为设立拟制的目的和理由主要在于某种政策目标。比如,严厉打击携带凶器抢夺行为、严厉打击聚众“打砸抢”的首要分子、严厉打击盗窃、诈骗或抢夺之后的暴力、胁迫行为等,将立法理由之一设想成拟制的本质是难以成立的,还不如直接用“法律拟制就是法律类推”来解释更加明确。

第四,该论者在文中还认为转化型抢劫和携带凶器抢夺在实质上都属于抢劫,与典型抢劫所保护的法益和规范目的完全相同,这又误入“事实要素假定说”的歧途,完全不符合实际,也与所谓“相似构成要件的等同评价”自相矛盾。

第五,该论者还论述了“准用”与“拟制”的区别,认为除《刑法》总则有关预备犯和未遂犯处罚的规定属准用规定外,在我国《刑法》分则中不存在准用规定。<sup>[14]</sup> 这又混淆了刑法拟制的立法理由与司法适用问题。也许《刑法》设立拟制的理由之一是两类事实在规范评价方面具有等同性,因而是拟制之所以获得正当性的重要原因,但这并不意味着刑法拟制的法律后果不能是对某些符合此罪的事实适用彼罪的罪名和法定刑,因为这是两个不同的问题。况且,立法者在设立拟制规定时,并不完全是以刑法理论为指导的,还存在将诸如过失毁坏财物等无罪行为拟制成抢劫罪之类的规定,而一个无罪的事实永远不可能符合抢劫罪的构成要件。

<sup>[13]</sup> 参见赵春玉:《相似构成要件的等同评价:刑法中拟制的对象》,载《法制与社会发展》2013年第4期,第110—123页。

<sup>[14]</sup> 参见赵春玉:《刑法中拟制规定与准用规定之别》,载《法商研究》2016年第4期,第86—97页。

综上所述,刑法拟制有其独特性,仅指法律效果的拟制,指规定对A类型事实中的某些情形适用为B类型事实设置的B罪的罪名及法定刑来定罪量刑,既不是对事实性质或者事实存在的拟制,也不是为所拟制适用的罪名创设新的犯罪构成或对其原有构成要件进行修改。在对A类型的事实进行评价时,所适用的构成要件仍是A类型的事实本来应当适用的A罪的构成要件(或者仅仅是A行为类型),只是适用B罪的罪名和法定刑定罪量刑而已。

## 二、刑法拟制的正当性分析

虽然法律拟制相当普遍,但是就刑法拟制而言,由于一些条款存在将此罪事实以彼罪论处,或者将无罪事实以有罪论处等明显违背罪刑法定原则的问题,因此对拟制的正当性,刑法学界历来争议很大。肯定说认为,刑法拟制具有如下功能:促进刑法发展、实现立法政策或价值、决疑定夺、简化思维,弥补法律真空、使法条简洁,节约刑法实现成本、促进刑法效益和价值的最大化、实现刑法经济性,节约立法资源、协调刑法的稳定性与社会现实的易变性之间的矛盾、实现罪刑均衡,等等。<sup>[15]</sup>否定说则认为,法律拟制具有违背实质正义、违背实质的正当性,缺乏立法的经济性、缺乏拟制的正当理由,损害刑法的严谨性与权威性、过于重视社会保护机能而忽略人权保障机能,违背罪刑法定原则、违背主客观相统一原则、违背犯罪构成理论等缺陷。<sup>[16]</sup>

本文认为,由于不同条款的立法理由和实际价值不尽相同,对刑法拟制的正当性泛泛而谈意义不大,既无法为立法完善提供理论参考,亦无法为司法实践提供理论指导,还可能存在以偏概全等问题。因此,应当结合具体条款的明文规定及其在司法实践中的运用情况进行具体分析。

第一,个别条款中的个别拟制很有必要。在转化型抢劫罪中,行为人着手实行盗窃、诈骗或者抢夺行为之后,为窝藏赃物而以当场实施暴力相威胁甚至当场实施暴力的,虽然从形式上看,是先取得财物再实施暴力、胁迫,与通常的抢劫行为先实施暴力、胁迫再取得财物的顺序不同,但是在实质上,这种行为的法益侵害性、行为人的主观恶性以及对社会大众造成的心理恐慌,与通常的抢劫行为并无区别,我们甚至仍可以把行为人实施的暴力、胁迫行为当作其取得财物的必要手段。因为之前的盗窃、诈骗、抢夺虽然“取得”了财物,但事实上并未巩固占有,仍然必须依靠之后的暴力、胁迫才能巩固其对财物的占有,行为人主观上也具有通过实施暴力、胁迫来巩固占有的意图。因此正如西田典之教授所言,其本质上仍属于通常的抢劫,<sup>[17]</sup>从实质解释来看,本来就应以抢劫罪论处。但是,这种情形毕竟在外观上与通常抢劫中复合行为的实施顺序相反,根据罪刑法定所要求的严格解释规则,不能直接认定为抢劫,此时,若无《刑法》的明文拟制,很可能产生如何定罪的争议,从而导致“同案不同判”、违背罪刑均衡原则,因此很有拟制的必要,不进行拟制反而实质上不正当。

第二,个别拟制条款是否正当,取决于采概念法学还是利益法学的立场。根据《刑法》第204条第2款的规定,“纳税人”缴纳税款后,又以申请出口退税名义,采用假报出口或者其他欺骗手段,骗回不超过所缴纳税款数额的金钱的,应以逃税罪论处。在概念法学看来,对刑法进行解释时,只能严格依

[15] 参见尤金亮:《法律拟制的价值探析》,载《江淮论坛》2010年第6期,第118—122页;苏彩霞:《刑法拟制的功能评价与运用规则》,载《法学家》2011年第6期,第27—37页;刘宪权、李振林:《论刑法中法律拟制的法理基础》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014年第2期,第75—85页;杜素华:《我国刑法拟制的反思与完善》,载《山东审判》2014年第5期,第63—67页。

[16] 参见李凤梅:《刑法立法拟制研究》,载《北京师范大学学报(社会科学版)》2013年第4期,第102—111页;李凤梅:《法律拟制与法律类推:以刑法规范为视角》,载《法学杂志》2006年第1期,第139—141页;前注[10],周东平、武胜文,第42—50页。

[17] 参见[日]西田典之:《日本刑法各论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第124页。

照刑法条文的应有含义,不需要也不允许考虑利益衡量等刑法之外的因素。因此,纳税人缴纳后进入国库的税款只能解释为国家财产,不存在解释为可以被纳税人骗回而重新成为纳税人财产的可能性,也不需要考虑该部分财产来源于纳税人缴纳这一事实,因而该款极其不妥。<sup>[18]</sup>而在利益法学看来,在这种情形中,虽然税款已经进入国库,但这部分财产毕竟是纳税人之前缴纳的,如果纳税人不缴纳,则国库中就不会有该部分财产。因此,如果纳税人又以申请出口退税名义将该部分财产骗回去,就相当于实际上没有缴纳,因此是变相的逃税行为,因而该款非常合理。<sup>[19]</sup>由于逃税罪的法定刑比骗取出口退税罪的法定刑轻得多,所以该款实质上是减轻被告人的罪责,并不违背罪刑法定原则,只是对其立法合理性的争论将一直持续。

第三,个别拟制条款由于减轻了被告人的罪责,因而在实质上并不违背罪刑法定原则。《刑法》第196条第3款规定,盗窃信用卡并使用的,应以盗窃罪论处。在第1款已经将冒用他人信用卡规定为信用卡诈骗罪的情形下,此款相当于一个特殊条款,是将先盗窃后冒用他人信用卡取得他人金钱的行为拟制为按盗窃罪论处,而对以其他手段取得他人信用卡再冒用的行为未作拟制。由于盗窃罪比信用卡诈骗罪的法定刑和实际量刑更轻,因此,这种有利于被告人的拟制(或类推)在实质上并不违背罪刑法定原则,只是在有无必要进行拟制这一问题上仍值得商榷。

第四,除了以上情形之外,其他条款中的拟制,则大多存在违背罪刑法定原则的问题。虽然从形式上看,对A类型事实中的某些情形以B罪定罪量刑符合《刑法》的明文规定,但是,罪刑法定原则除了具有形式侧面之外,还具有实质侧面:前者包括法律主义、禁止事后法、禁止类推解释、禁止绝对不确定刑等派生原则,后者包括刑法明确性原则和刑法内容适正原则。<sup>[20]</sup>形式的侧面旨在限制国家的司法权,实质的侧面旨在限制国家的立法权,要求禁止处罚不当罚的行为,要求刑罚的均衡与适正,防止“恶法亦法”,以实现实质法治。<sup>[21]</sup>显然,无论立法原因和立法目的何在,《刑法》第289条将聚众“打砸抢”过程中故意甚至过失毁坏财物拟制成抢劫罪,都是过于严苛的,会导致刑罚显失均衡;由于刑法实质正义的实现有赖于罪刑均衡,刑法根据社会生活中不同行为类型设置不同种类犯罪并赋予不同法定刑的目的,也是为了实现罪刑均衡,因此明显不均衡的刑罚是违背实质正义的;故意或过失毁坏财物的构成要件与抢劫罪的构成要件之间也毫无相似之处,根本无法对符合两者的事实在规范上进行等同评价,将毁坏财物拟制成抢劫罪也违背了作为拟制的内在理由之一的“构成要件类似性”规则;<sup>[22]</sup>与转化型抢劫和携带凶器抢夺型抢劫相比,《刑法》对毁坏财物型抢劫的拟制不具有正当性,因为后者毕竟在盗窃、诈骗、抢夺行为的基础上,还具有暴力、胁迫或携带凶器情节。那么,能否把过失毁坏财物的情形排除在外?一则,司法实践中完全可能出现聚众“打砸抢”而过失毁坏贵重财物的情形,比如在某饭店打砸时不小心将价值昂贵的瓷器碰倒摔毁;二则,如果能排除过失毁坏情形,则故意毁坏但数额较小的情形应不应当排除?应否排除之边界何在?三则,如果根据目的解释、体系解释等来排除过失毁坏财物情形,则属于注意规定说的观点,而不属于法律拟制说的观点。因此,除非将此规定视为注意规定,否则无法将过失毁坏财物情形排除在外,但是,如果将其视为注意规定,则又明显与《刑法》的明文规定相反,因为《刑法》明文规定对聚众打砸抢中“毁坏财物”的首要分子要按“抢劫罪”论处。

第五,在转化型抢劫的另外两种情形中,无论是为了抗拒抓捕还是为了毁灭罪证而实施暴力、胁

[18] 参见周洪波、单民:《骗取出口退税罪若干问题探讨》,载《法学评论》2003年第6期,第151—157页。

[19] 参见江合宁、陈航:《骗取出口退税罪的新旧立法比较》,载《兰州商学院学报》1998年第3期,第74—77页。

[20] 参见[日]大塚仁:《刑法概说(总论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2009年版,第71页。

[21] 参见张明楷:《外国刑法纲要》(第2版),清华大学出版社2007年版,第24页。

[22] 参见[德]考夫曼:《类推与事物本质》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第59页。

迫,由于行为人主观上已经放弃了占有财物的企图(如果没有放弃占有财物的意思,则可直接解释为窝藏赃物型抢劫),虽然在刑法评价上可能存在属于盗窃、诈骗、抢夺罪既遂的情形,但是在社会观念上,在法益侵害方面,被害人的财产权益并未受到任何侵害,因而已经不涉及财产法益的保护问题。将之前的盗窃、诈骗、抢夺与之后的暴力、胁迫一并拟制成抢劫,实质上是将盗窃、诈骗、抢夺和妨害司法行为一并拟制成抢劫,其正当性难有保证,正如将故意杀人未遂和之后为抗拒抓捕或毁灭罪证而继续实施暴力、胁迫的行为一并拟制成故意杀人罪既遂不正当一样。而在行为人的盗窃、诈骗、抢夺行为本身并不构成犯罪(比如数额很小),并且在之后仅实施了胁迫或轻微暴力的情形下,将其拟制成抢劫,实质上是因为行为人盗窃、诈骗或抢夺之后的胁迫行为所表现出的人身危险性而对其并不构成犯罪的行为加重处罚,从而将无罪拟制成抢劫罪,这也明显违背罪责刑相适应原则和罪刑法定原则,有主观主义刑法之嫌。在此,将之前实施的盗窃、诈骗、抢夺行为与之后实施的暴力、胁迫行为视为一个整体行为的努力是无效的,因为若能如此,则所有在犯罪之后为抗拒抓捕或毁灭罪证而实施的暴力、胁迫行为,都可被视为一个整体行为的一部分,都有被整体拟制成抢劫罪或其他更严重犯罪的必要和可能,这显然不恰当。从某种意义上讲,犯罪之后为抗拒抓捕或毁灭罪证而对前来抓捕者实施暴力、胁迫是人之常情,要求行为人不实施这些行为反而缺乏期待可能性,正如要求行为人犯罪之后不逃跑、不毁灭罪证、不伪造证据、不作虚假供述欠缺期待可能性一样。<sup>[23]</sup> 将这种欠缺期待可能性的行为与之前并不构成犯罪的行为拟制成抢劫罪这一重罪,明显不具有正当性。实际上,我国已有学者质疑《刑法》第269条规定的合理性,认为从国外立法规定和国内司法实践来看,没必要将诈骗罪纳入转化型抢劫罪的前提犯罪范围。<sup>[24]</sup>

在刑法史上,我国唐、宋、明、清刑律都曾明文规定,“先盗后强”属于强盗罪,但盗窃后为抗拒抓捕而实施暴力、胁迫则不属于强盗罪,应以罪人拒捕律科罪。据《唐律疏议》第281条记载,所谓强盗,是指以威若力而取其财,包括先强后盗、先盗后强、与人药酒及食使其狂乱而取财等。其中,“先强后盗”是指先加迫胁然后取财;“先盗后强”则指先窃其财,被发觉之后始加威力。显然,这里的“先盗后强”相当于现行《刑法》中的窝藏赃物型抢劫罪,而对于盗窃之后为抗拒抓捕而实施暴力、胁迫的情形,唐律中明文规定不属于强盗:“……及窃盗发觉,弃财逃走,财主追捕,因相拒扞:如此之类,事有因缘者,非强盗。”疏文注:“……及窃盗取人财,财主知觉,遂弃财逃走,财主逐之,因相拒扞:如此之类,是事有因缘,并非‘强盗’,自从‘斗殴’及‘拒扞追捕’之法。”<sup>[25]</sup>《唐律疏议》中的这些内容被《宋刑统》第19卷“强盗窃盗”条目全盘照搬。<sup>[26]</sup>《大明律》也在其“强盗”条目中规定:“其窃盗,事主知觉,弃财逃走,事主追逐,因而拒捕者,自依罪人拒捕律科罪。”<sup>[27]</sup>《大清律》亦沿用此规定,并强调:“自首者,但免其盗罪,仍依斗殴伤人律。”<sup>[28]</sup>对于这些规定,有学者认为,因盗窃被事主发觉而弃财逃走,表明行为人心生恐惧而无强取财物之意,因被追逐而拒捕则是不得已而为脱身之计,也无强取财物之意,自应依罪人拒捕条科罪。<sup>[29]</sup> 以上引用说明,早在唐代,立法者就已经认识到窝藏赃物和抗拒抓捕之间的本质区别,而这种认识亦被唐、宋、明、清的立法者和学者们所认同。

第六,在携带凶器抢夺的拟制型抢劫罪中,虽然行为人在抢夺时携带了凶器,从而增加了实际使用凶器侵害他人人身安全的危险性,主观上也可能因为具有随时准备使用凶器的企图而增加其人身

[23] 参见[日]大塚仁:《刑法概说(各论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第561页。

[24] 参见郑泽善:《转化型抢劫罪新探》,载《当代法学》2013年第2期,第33—40页。

[25] 参见(唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第356—357页。

[26] 参见薛梅卿点校:《宋刑统》,法律出版社1998年版,第342页。

[27] 参见怀效峰点校:《大明律》,法律出版社1998年版,第140页。

[28] 参见(清)沈之奇撰:《大清律辑注(下)》,怀效峰、李俊点校,法律出版社2000年版,第574页。

[29] 参见(明)雷梦麟撰:《读律琐言》,怀效峰、李俊点校,法律出版社2000年版,第317—318页。



危险性,但毕竟没有向被害人显示或使用凶器,其随时准备使用凶器的企图至多能使其行为处于抢劫罪的预备阶段,其社会危害性与既遂的抢劫罪之间相差甚远,因而同上述两种转化型抢劫罪一样,欠缺拟制成抢劫罪的正当性。对此,张明楷教授认为,携带凶器抢夺行为与典型抢劫行为的法益侵害程度没有实质区别,因为抢夺容易被人当场发现,被害人一般会要求返还财物,行为人则具有随时使用凶器以窝藏赃物、抗拒抓捕的意识,使用凶器的可能性非常大。<sup>〔30〕</sup>这种观点违背了其一贯坚持的客观主义刑法立场,完全从行为人的主观意识和人身危险性立论,导致对抢劫预备与抢劫既遂不分、对可能使用凶器与现实使用凶器不分,因而没有说服力。此外,由于《刑法》对携带凶器实施其他财产犯罪并未拟制为抢劫,所以仅将携带凶器抢夺拟制为抢劫,还会导致抢夺罪与其他财产犯罪之间不均衡。

第七,许多学理上解释的拟制,由于欠缺刑法上足够明确而具体的规定,若将其视为法律拟制,将直接违背罪刑法定原则,特别是违背其实质侧面的刑法明确性原则,并且存在违背责任主义和罪刑均衡等诸多问题。犯罪成立条件的明确化是罪刑法定原则的基本要求之一,只有足够明确,才具有可操作性。而责任主义原则所蕴含的主观责任思想也应当坚持,将过失犯罪“拟制”或者解释成故意犯罪,无疑是违背责任主义原则的。例如,虽然《刑法》第247条中规定,对刑讯逼供致人重伤残疾要按故意伤害罪论处、对刑讯逼供致人死亡要按故意杀人罪论处,但是该条并未明确规定行为人对致人伤残和死亡的故意或过失,导致学者们对该条到底是注意规定还是法律拟制产生激烈争议,这种认识上的分歧被带到司法实践中,将导致无罪与有罪、过失犯罪与故意犯罪的重大区别,甚至涉及被告人的生与死问题(故意杀人罪)。换言之,如果将该条视为法律拟制,则将刑讯逼供过失致人伤残拟制为故意伤害罪,将刑讯逼供故意伤害(致死)和过失致人死亡拟制为故意杀人罪,均面临罪刑显失均衡等问题——既违背罪刑法定原则和实质正义,又违背必须根据故意或过失来准确认定罪责的责任主义原则。反之,如果将它们理解为注意规定,认为只有当行为完全符合特定犯罪的全部构成要件,特别是具有相应故意时,才能以特定犯罪论处,则能避免以上缺陷。

综上,由于大多数拟制条款都存在违背罪刑法定原则和实质正义等问题,所以除了刑法明文规定的比较明显的法律拟制以外,不宜扩大法律拟制的认定范围。在不明显违背刑法明文规定的情况下,应当尽量将有关条款解释为注意规定而非法律拟制,这样更符合通常刑法理论,也更有利于保障被告人的人权。

### 三、刑法拟制的类型甄别

由于刑法中有意义的拟制是对法律效果的拟制,是对不同行为类型赋予相同法律效果,因此本文中对法律拟制的分类,仅涉及对法律效果进行拟制的条款。根据刑法条文规定的明确程度,以及将其解释为注意规定的余地大小,可以将目前刑法学者所认为的刑法拟制划分为四种类型。

第一种是刑法明文规定的拟制,是指条文明文规定将A罪事实按B罪论处。对于这种类型,刑法学界毫无争议地认为是法律拟制,因为几乎没有任何可以理解为注意规定的余地。例如,根据《刑法》第267条第2款的规定,对携带凶器抢夺的行为,要按照第263条抢劫罪论处,而不能再按其本来符合的抢夺罪论处;即使由于抢夺数额较小等原因不构成抢夺罪,也仍然要按抢劫罪论处,相当于将无罪拟制为抢劫罪,法官们不能以被告人不构成抢夺罪为由,对被告人宣告无罪。又如,第269条转化型抢劫也属于这一类,如果没有该规定,则对这种情形只能按行为人所能构成的财产犯罪和暴力犯罪中的一罪或数罪论处,如果前后两阶段的行为均不构成犯罪,则只能作无罪

〔30〕 参见前注〔12〕,张明楷书,第996页。

处理,但由于有该条明文规定,解释者只能按抢劫罪来解释,即使行为人前后两个行为都不构成犯罪,也可能认定为抢劫罪。再如,第259条第1款也属于此类,其将明知对方是现役军人的配偶,却仍然与对方结婚或者同居的行为规定为犯罪,是将刑法本来不处罚的同居(通奸)行为,拟制成破坏军婚罪;至于与现役军人的配偶结婚要构成破坏军婚罪的规定,则属于重婚罪的特别规定。

第二种是比较明显的法律拟制,其条文的明确程度与上一类有所差距,导致解释者仍有一定的自由解释余地,只是这种余地也非常小。例如,根据《刑法》第289条的规定,在聚众“打砸抢”犯罪中,如果有人抢走或者毁坏了公私财物,则对首要分子按第263条抢劫罪论处。其中,毁坏财物既可能是故意实施的,也可能是过失导致的结果。比如,不小心把被害人的名贵花瓶撞倒在地而摔毁,特别是首要分子对其他成员的行为所造成的毁坏结果,更有可能只是过失,但是,该条却不管首要分子对财物毁坏结果的主观罪过如何、财产损失数额大小,一律规定要按抢劫罪论处,就属于一种比较明显的拟制。只是解释者仍可以根据过失毁坏财物不构成犯罪的一般理解来排除对过失毁坏财物的拟制,但这容易引起争议,因此与第一种类型有所差距。

又如,根据《刑法》第362条的规定,出租车司机、酒店、旅馆或餐厅服务人员、夜总会或歌厅服务人员等,在公安机关“扫黄”时,给违法犯罪分子通风报信,情节严重的,要按第310条窝藏、包庇罪论处。而根据第310条第1款的规定,本来只有“窝藏”“犯罪的人”才能构成窝藏罪,卖淫嫖娼者大多数都不是“犯罪的人”,给这类人“通风报信”也不是给他们“提供处所或财物”,本来不构成窝藏罪。但是,由于通风报信在客观上能够帮助卖淫嫖娼者逃匿,《刑法》特意规定对此类行为要按窝藏罪论处,这也属于一种拟制。然而,如果行为人明知对方是组织卖淫或协助卖淫者而为其通风报信,并且评判者将窝藏罪的本质解释为各种帮助犯罪人逃匿的行为,则会认为这种情形本来也符合窝藏罪的构成要件,从而仍有将该条规定理解成注意规定的余地。

其他如《刑法》第204条第2款关于纳税人缴纳税款后又骗取出口退税要按逃税罪论处的规定,以及第196条第3款关于盗窃信用卡并使用要按盗窃罪论处的规定,均具有一定的解释为注意规定的余地,因此也可划归为这一类。前者,是可能从利益法学的角度,认为行为人事先缴纳给国家的税款在实质上仍属于行为人,其以出口退税名义将已经缴纳的税款骗回来,在实质上是沒有缴纳税款,本来就属于逃税行为,因此该款是注意规定;但是,从社会通常观念来讲,既然税款已经上缴给国家了,就已经属于国库财产了,无论以什么名义骗回来,都属于诈骗犯罪,因此该款属于法律拟制,是将骗取出口退税行为拟制为逃税罪。后者,则是认为盗窃信用卡并使用是盗窃行为的自然延伸,行为人取得他人财物的手段主要是盗窃,因此本来就属于盗窃,该款属于注意规定;反之,如果从信用卡卡片本身几乎没有价值,盗窃信用卡本身并不构成犯罪,只是后来使用他人信用卡才构成犯罪的角度,则会认为该款属于法律拟制,是将盗窃他人信用卡并冒用的信用卡诈骗行为拟制为盗窃罪。

第三种是形似的法律拟制,其明确程度比第二种又有所降低,并且理论上对其是否属于法律拟制争议较大,形成了截然相反的两种观点。此类条文虽然在表面上似乎是明文规定将此罪的某些特定情形按彼罪论处,但是由于没有明文规定对区分此罪与彼罪至关重要的主观要素,并且涉及其他一种甚至多种罪名,因而极易产生争议。主要是《刑法》中未明文规定故意或过失,仅存明文规定要将造成重伤、残疾或者死亡结果的特定行为按照故意伤害罪、故意杀人罪论处的条款,比如第238条第2款、第247条、第248条、第289条、第292条第2款等。

以刑讯逼供致人死亡为例,其使用暴力以刑讯逼供的一个行为,总共涉及四种罪名,分别是刑讯逼供罪、故意杀人罪、故意伤害(致死)罪和过失致人死亡罪。如果刑讯逼供时希望或放任被害人死亡,属于刑讯逼供罪与故意杀人罪的想象竞合犯;如果在以刑讯方式逼取口供时,明知暴力行为会导致对方重伤或者残疾,但是没有预见到会导致对方死亡,或者已经预见到但轻信对方不会死亡,则属于刑讯逼供罪与故意伤害(致死)的想象竞合犯;如果刑讯逼供时对被害人的重伤和

死亡均持过失,则属于刑讯逼供罪与过失致人死亡罪的想象竞合犯,由于过失致人死亡罪的法定刑比刑讯逼供罪的法定刑更重,要按过失致人死亡罪论处。因此,如果没有《刑法》第247条后段的规定,则对刑讯逼供致人死亡的情形,应根据行为人对造成被害人死亡或伤害结果的故意或过失,分别认定为过失致人死亡罪、故意伤害(致死)罪和故意杀人罪,但是,在有了这段规定之后,对于其中本来应当以过失致人死亡罪和故意伤害(致死)罪论处的情形,能不能也认定为故意杀人罪,就成了理论上和司法实践中分歧很大的疑难问题。

这些规定早期被认为是转化犯规定,是特定犯罪的特定情形转化为故意伤害罪或者故意杀人罪。近期则多被认为是法律拟制,即,即使行为人对其特定行为将导致对方重伤或者残疾在主观上仅具有过失而无故意,也要按故意伤害罪论处,是将过失致人重伤或者残疾拟制为故意伤害罪。同理,即使行为人对其特定行为将导致对方死亡完全是过失而无故意,也要按故意杀人罪论处,是将过失致人死亡拟制成故意杀人罪,因为这些规定都是一种全称肯定判断,并未排除过失致人伤残、死亡的情形;正是因为将过失致人伤残、死亡规定为按故意伤害罪、故意杀人罪论处,才属于法律拟制,也正是因为行为人主观上对致人伤残、死亡结果可能仅持过失,才有进行拟制的必要。<sup>[31]</sup>

张明楷教授也认为,如果聚众“打砸抢”导致被害人重伤、残疾或者死亡,即使行为人主观上没有伤害故意和杀人故意,也应以故意伤害罪或故意杀人罪论处,这属于法律拟制;虽然有人认为,由于聚众“打砸抢”的行为人具有伤害故意,因而以故意伤害罪论处的情形属于注意规定,但事实上他也可能对打砸毁损他人财物是故意的,而对导致被害人重伤残疾则是过失的,对这种过失致人重伤也以故意伤害罪论处,因而属于法律拟制。当然,如果行为人故意伤害或者杀害他人,则可直接认定为故意犯罪,不需要视为法律拟制。<sup>[32]</sup>换言之,在张教授看来,类似条文同时具有两种性质,一种是注意规定,一种是法律拟制,无论具体行为是否完全符合特定犯罪的构成要件,对特定情形都要按特定犯罪论处。

但是,也有学者持相反意见,认为这些规定均属于注意规定,认为既然《刑法》没有明文规定其中致人伤残、死亡的故意或过失,就应严格坚持主客观相统一原则和犯罪构成理论,只有在行为人主观上具有特定犯罪的故意时,才能对其按特定犯罪论处,否则,如果对过失犯罪以故意犯罪论处,将严重违背责任主义和罪刑法定原则,因此不应当承认过失犯罪向故意犯罪的转化或拟制;<sup>[33]</sup>有学者认为,在对这些规定进行解释时,应坚持目的解释、论理解释、体系解释、有效解释、刑法价值相当原则等综合解释规则,不能仅因为刑法条文没有明确规定致人伤残、死亡的罪过形式而从文义解释上认为包括过失情形,因此这些规定不属于法律拟制而属于注意规定,对过失导致伤亡结果的,不能按故意犯罪论处。<sup>[34]</sup>

第四种是解释的法律拟制,这类条款是否属于法律拟制,从刑法条文的字面含义中完全看不出来,因而完全取决于论者对相应犯罪的构成要件如何解释以及对共犯形态如何理解。典型例子如《刑法》第163条第2款、第385条第2款、第387条第2款,这些条款都规定单位员工在履职过程中收受回扣或手续费属于受贿,但是却未明文规定“为他人谋取利益”的要件。如果认为收受回扣或手续费时,仍然需要“为他人谋取利益”才属于受贿,就会认为这些规定是注意规定,因为利用职务上的便利收受他人财物并为人谋取利益,本来就属于受贿;如果认为对收受回扣或手续费

[31] 参见杜文俊:《以故意伤害罪、故意杀人罪论处的规定应属法律拟制》,载《河南社会科学》2011年第6期,第72—75页。

[32] 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第256页。

[33] 参见利子平、詹红星:《转化型故意杀人罪立论之质疑》,载《法学》2006年第5期,第110—116页。

[34] 参见吴林生:《法律注意规定与法律拟制规定的区分》,载《公民与法》2011年第9期,第38—40页。

的行为本身即要按受贿犯罪论处,不需要为他人谋取利益,则会认为是法律拟制,是将本来不构成受贿罪的收受财物行为拟制为受贿罪。<sup>[35]</sup>从而,对以上条款是否属于法律拟制,完全取决于解释者对受贿犯罪构成要件的理解。其他如第382条第3款规定,非国家工作人员和国家工作人员“伙同贪污的”,属于贪污罪的共犯。对此条款,如果根据“无身份者能够与真正身份犯构成共同犯罪”这一通说,会认为它是注意规定;<sup>[36]</sup>反之,如果认为无身份者本来不能与真正身份犯构成共同犯罪,则会认为它是法律拟制,是将无身份者拟制成身份犯的共犯。<sup>[37]</sup>

再如,《刑法》第350条第2款、第198条第4款等到底是注意规定还是法律拟制,也主要取决于解释者是否承认片面帮助犯。这些条款一方面规定对提供帮助者要按共同犯罪论处,另一方面又没有通过“共谋、勾结、伙同”等用词来排除片面帮助犯的适用,从而导致对这些条款能否适用于片面帮助犯产生争议。如果认为片面帮助也构成共同犯罪,就会认为这些条款是注意规定,因为对片面帮助犯本来即可按共犯论处。<sup>[38]</sup>相反,如果否认片面帮助属于共同犯罪,则既可能认为它们是法律拟制,认为对相应情形应一律按共犯论处,因为这是刑法条文的明文规定,<sup>[39]</sup>也可能认为它们是注意规定,认为该条款只能适用于真正的共同犯罪而不能适用于片面帮助犯。<sup>[40]</sup>

因此,上述条款到底是法律拟制还是注意规定,几乎完全取决于不同学者对共同犯罪和构成要件等相关理论的理解。这种完全取决于学理解释的法律拟制与形似的法律拟制的区别在于,形似的法律拟制之所以引起争议,是因为《刑法》本身没有明确规定故意、过失等关键要素,导致解释者对这些要素有无必要明文规定产生不同理解,而解释的法律拟制之所以引起争议,则是因为刑法条文几乎没有就该条款是注意规定还是法律拟制作任何暗示,而不同解释者对相应犯罪构成要件或者共犯理论的理解又完全相反,从而产生注意规定与法律拟制之争。

综上,由于条文规定的明确程度不同,理论上和实践中对第一种“明文规定的法律拟制”和第二种“比较明显的法律拟制”属于法律拟制,不易产生争议,但是对于第三种“形似的法律拟制”和第四种“解释的法律拟制”究竟是法律拟制还是注意规定,则争议很大。由于刑法拟制在本质上是对法律效果的拟制,是立法上明文规定的类推适用,虽然形式上符合刑法的明文规定,但实质上往往存在违背实质正义、罪刑法定原则、责任主义等问题,因此,应当尽量缩小法律拟制的认定范围,而将有关条款解释为注意规定,据此,对于第三种和第四种条款,应当排除在法律拟制的范围之外,完全将之解释为注意规定,只有在行为完全符合特定犯罪的构成要件时才能以特定犯罪论处;至于前两种法律拟制中不具有正当性的条款,则应在立法中尽快废除。

## 四、结 语

长期以来,理论界和实践中对《刑法》第269条中的“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”的理解一直存有争议,有学者认为只有首先构成盗窃罪、诈骗罪和抢夺罪才能转化成抢劫罪,多数学者则认为只要实

[35] 参见张志平:《“在经济往来中”的商业贿赂犯罪刑法适用情况调查与研究》,载张仲芳主编:《刑事司法指南》,法律出版社2009年版,第123页。

[36] 参见吴学斌:《我国刑法分则中的注意规定与法定拟制》,载《法商研究》2004年第5期,第49—56页。

[37] 参见李振林:《无身份者构成身份犯共犯乃法律拟制》,载《南阳师范学院学报(社会科学版)》2012年第4期,第15—22页。

[38] 参见李振林:《刑法中被误读之注意规定辨析》,载《华东政法大学学报》2014年第5期,第112—121页。

[39] 参见蔡新苗:《刑法拟制条款的考察》,载《兰州学刊》2007年第8期,第90—93页。

[40] 参见王焕婷:《保险诈骗罪共犯法条性质分析》,载《河南司法警官职业学院学报》2013年第1期,第71—75页。

施了盗窃、诈骗、抢夺行为即可，不必首先构成这三种罪。<sup>〔41〕</sup>之所以形成这种争议，与忽略刑法拟制的本质有很大关系。从刑法拟制的本质是对法律效果的拟制来看，对第 269 条的解释应当分情形区别对待：由于窝藏赃物型的抢劫本来就属于抢劫、实质上属于抢劫，对其进行评价时本来就应当适用抢劫罪的构成要件，因此成立此类抢劫罪不需要财物数额较大，只需要实施了盗窃、诈骗、抢夺行为即可；但是，对抗拒抓捕型和毁灭罪证型的“抢劫”，由于行为在本质上并不属于抢劫，在进行构成要件符合与否的评价时，仍应适用其他犯罪的构成要件，因此构成这两类“抢劫”应以先前行为首先符合盗窃罪、诈骗罪或抢夺罪的构成要件为前提，否则，不应进一步对其法律效果类推适用抢劫罪的条文；反之，如果认为在前行为不构成相应犯罪时也可以进行转化评价，其实质上是将不构成犯罪的盗窃、诈骗、抢夺行为类推适用抢劫罪的法律效果，则会导致严重违背罪刑法定和罪刑均衡原则，进而因违背实质正义而不具有任何正当性。同理，携带凶器抢夺型抢劫罪和故意毁坏财物型抢劫罪的成立，也应以前行为首先构成抢夺罪和故意毁坏财物罪为前提，否则，由于行为并不符合抢夺罪或故意毁坏财物罪的犯罪构成要件，自然无法进一步对其法律效果进行拟制；若强行进行拟制评价，从而将无罪事实评价为抢劫罪，也将因严重违背罪刑法定原则、违背实质正义而不具有任何正当性。这些不正当的条款应当尽快废除。

至于形似的法律拟制和解释的法律拟制，由于刑法条文本身并未明文规定其属于法律拟制，甚至从条文中也得不出任何相关暗示，将这种条文解释为法律拟制纯粹是解释者自己的解释方法出现了问题，因此，应当解释为注意规定，只有在行为完全符合特定犯罪的构成要件时，才能以特定犯罪论处。唯有如此，才能将本来没有多少缺陷的条文解释得没有缺陷，才不至于得出违背罪刑法定、责任主义和实质正义的解释结论。

---

**Abstract** The criminal law fiction is the fiction of legal effect, which is to evaluate A type's fact with the constitutive requirements of crime A but to convict and punish it with the accusation and statutory sentence of crime B. It does not regard A type's fact as B type's fact and does not create new constitutive requirements for crime B. Except the fiction robbery of concealing the booty has legitimacy and necessity, the other fictions all have the problem of violating the principle of legality and substantive justice etc., so they should be abolished as soon as possible. According to the clarification of the provisions and the room for interpreting it as attention regulations, the criminal law fiction can be classified into expressively stipulated fiction, relatively obvious fiction, appearance similar fiction and explanatory fiction. Since most of the fiction clauses have the problem of violating the legality of crimes, substantive justice and accountability, the appearance of similar fiction and explanatory fiction should be interpreted as attention regulations to minimize the scope of the criminal law fiction.

**Keywords** Criminal Law Fiction, Legal Effect, Constitutive Requirements, The Crime of Robbery

---

（责任编辑：陈可倩）

---

〔41〕 参见刘艳红：《转化型抢劫罪前提条件范围的实质解释》，载《刑法论丛》2008年第1卷，第398—411页。