澳门刑法概说

（犯罪通论）

MACAO CRIMINAL LAW RESEARCH

(GENERAL THEORY OF CRIMES)

赵国强著

自　序

《澳门刑法概说（犯罪通论）》完成之际，本人在澳门大学法学院执教也近十二年了；抚今忆昔，颇多感触。应该说，自 1985 年在上海华东政法大学从事刑法学的教学工作之后，在澳门大学教授刑法学，成了本人第二次的执教生涯；但两次执教生涯，不可相提并论。在华东政法大学教授刑法学，传授的是中国内地的社会主义刑法学，其基本理论体系来自于前苏联的刑法理论，期间虽也阅读了不少有关大陆法系刑法理论的著作，但毕竟缺乏系统性的研究；然在澳门大学教授刑法学，其理论体系则完全来自于大陆法系的刑法理论，其释义的法律规定也完全是“一国两制”框架下澳门现行的刑法典及相关的特别刑法。正是第二次执教生涯，使自己对大陆法系刑法理论进行了第二次探索，而这第二次探索，无疑是一个更全面、更系统、更深入的研究历程。

众所周知，由于历史的原因，澳门法律包括澳门刑法均源自于葡萄牙法律，这是不争的也无须回避的事实。正是基于这样一种历史渊源，澳门刑法如同葡萄牙刑法一样，属于货真价实的、地地道道的大陆法系刑法，尤其是《澳门刑法典》，简直就是 1982 年《葡萄牙刑法典》的孪生兄弟，其所规定的每一种刑事制度，甚至是每一个概念，都是大陆法系刑法理论中各种观念、学说在立法上的体现与折射。比如，《澳门刑法典》总则第二编关于不纯正不作为犯罪的规定，关于故意与过失的规定，关于不法性错误的规定，关于结果加重犯的规定，关于犯罪实行行为的规定，***关于犯罪障碍未遂和中止未遂的规定，***关于共同犯罪人的规定，关于连续犯的规定，关于阻却违法性事由的规定，关于免除责任的防卫过当和紧急避险的规定，无不属于大陆法系国家或地区的学者普遍关注并深入研究的理论问题；在有些理论问题上，各种学说和观点可以说是众说纷纭，莫衷一是，《澳门刑法典》的相关规定和《葡萄牙刑法典》一样，只是体现了其中的一种学说或观点。由此可见，《澳门刑法典》所依托或者说所蕴含的理论依据就是大陆法系的刑法理论；要对《澳门刑法典》的各种规定包括各种概念真正做到既知其然，又知其所以然，就必须系统了解大陆法系的刑法理论；不了解大陆法系的刑法理论，或者只是对其一知半解，就不能说懂澳门刑法，也没有能力去评价澳门刑法。在澳门，有人认为，“不懂葡国学说就不懂澳门法律”，这种说法是非常幼稚和错误的，因为在世界法律学说这个大家庭中，并不存在所谓的“葡国学说”，所谓的“葡国学说”其实就是大陆法系的法学理论在葡萄牙的一个缩影，刑法理论同样如此。本人在教学过程中，之所以一再告诫学生，要求学生多看、多读大陆法系国家或地区的刑法理论著作及刑法典，尤其是要多看、多读走在大陆法系刑法理论前沿的、最具代表性的国家如德国、日本的刑法理论著作及刑法典，其道理就在于只有了解了大陆法系的刑法理论及相关立法例，才能读懂澳门刑法，才有资格和能力对澳门刑法中的各项刑事制度加以评析甚至批判，才能立足实际，面向世界，推动澳门刑法的改革与完善。

《澳门刑法概说（犯罪通论）》***既是一本适合大学本科教学用的教科书，也是一本关于大陆法系刑法理论的专著。***作为教科书，本书一方面在章节体系上严格按照大陆法系的一般刑法理论进行分类，力求做到理论编排的系统性、明了性

和合理性，使学生对整个大陆法系刑法学的理论体系一目了然；另一方面又运用“以理释法”的方式，将大陆法系的刑法理论与澳门现行刑法的各项规定结合起来，通过解释或评析，使学生对澳门刑法既知其然，又知其所以然。除此之外，本书作为一本理论专著，其中又凝聚着本人在澳门大学执教十多年来系统、深入地研究大陆法系刑法理论的一些心得与体会；在不少涉及大陆法系刑法的基本理论问题上，本人并不限于对各种学说和观点的介绍，而且也表达、论证了自己的见解；如关于行为结果的分类、构成要件事实的认识错误与不法性错误的界限、结果加重犯的罪过形式、期待可能性的运用、实行行为的认定、狭义共犯的属性及连续犯等理论问题上，本书都有所论述，并对德国或日本刑法理论中的某种观点及实务判例提出质疑。当然，学无止境，作为理论探索，本书提出或论证的观点只代表个人的学术见解。

作为一名教师与学者，本人真诚地希望本书的出版，能为大学本科学生学习澳门刑法提供一本将大陆法系刑法理论与澳门现行刑法规定溶合在一起的、比较规范的中文教科书；同时，也希望通过本书的出版，来推动澳门刑法学理论的研究和发展，从而为澳门刑事法律的改革提供必要的理论依据。为此，本人将继续努力，争取尽快完成本书的姊妹篇《澳门刑法概说（刑罚通论）》的撰写与定稿。

感谢澳门基金会长期以来为宣传和研究澳门法律付出的辛勤劳动与努力。

是为序。

赵国强

2012 年 3 月 3 日于澳门

澳门刑法概说（犯罪通论）

目录

第一章　刑法概述 1

第一节　刑法的概念 1

第二节　刑法的机能 5

第三节　刑法的基本原则 7

第四节　刑法的理论演变 16

第二章　澳门刑法概述 24

第一节　澳门刑法的历史沿革 24

第二节　澳门刑法的表现形式 27

第三节　澳门刑法的适用范围 35

第三章　犯罪论体系概述 57

第一节　犯罪论体系的形成与发展 57

第二节　犯罪论体系的内在结构 60

第三节　相关学说和理论 70

第四章　构成要件该当性 73

第一节　客观要素·外部行为 73

第二节　客观要素·行为结果 78

第三节　客观要素·行为类型 84

第四节　客观要素·因果关系 90

第五节　主观要素·罪过形式 98

第六节　主观要素·事实错误 115

第七节　结果加重犯 127

第八节　构成要件类型 134

第五章　违法性 136

第一节　阻却违法性事由概述 136

第二节　正当防卫 141

第三节　阻却违法性的紧急避险 152
第四节　义务冲突与执行正当命令 162
第五节　被害人同意 168
第六章　有责性 178
第一节　责任的学说与要素 178
第二节　责任能力 182
第三节　违法性意识 195
第四节　期待可能性 200
第七章　故意犯罪的未完成形态 221
第一节　概述 221
第二节　犯罪预备 224
第三节　犯罪未遂的一般理论 227
第四节　不能犯未遂 245
第五节　中止未遂 253
第八章　共同犯罪 263
第一节　共同犯罪概述 263
第二节　共同犯罪人的一般理论 270
第三节　《澳门刑法典》关于共同犯罪人的分类 282
第四节　共同犯罪中的若干问题 294
第九章　犯罪竞合 301
第一节　数罪的认定标准及其种类 301
第二节　立法上的一罪 305
第三节　科刑上的一罪 313
第四节　《澳门刑法典》关于犯罪竞合的规定 326

第一章　刑法概述

第一节　刑法的概念

刑法是最古老的部门法。古代法律尽管“民、刑不分”，[1]但刑法在整个古代法律中所占之比重乃是第一位的，究其原因，即在于刑法本身性质使然。那么，什么叫刑法呢？所谓刑法，简单地说，就是指在一个社会的法律体系中，专门规定犯罪、刑罚以及相关刑事责任制度的法律。由此可见，刑法的内涵主要包括三个方面：

一、犯罪

（一）犯罪的概念

犯罪源自于人的有意识的行为。从社会学的角度考察，这种有意识的人的行为是一种弃善扬恶且不可避免的社会现象；但从刑法学的角度考察，犯罪就不仅仅是一种社会现象，更重要的是，犯罪必然也是一种违反刑法规范的行为，惟学者们对犯罪概念的诠释则有形式与实质之分。

1、犯罪的形式概念

犯罪的形式概念侧重的是犯罪所具有的违反刑法规范的外在特征，即所谓犯罪，就是指违反了刑法规范而应受刑罚处罚的行为；反之，任何一种行为，只要不违反刑法规范，就不能视为犯罪。在立法上，犯罪的形式概念往往也为立法者所采纳，比如，根据《西班牙刑法典》第 1 条第 1 款规定，“以自由意志及过失疏忽之行为而为法律所处罚者谓之犯罪及过失罪”，类似的立法还包括 1810 年的《法国刑法典》第 1 条规定。[2]

犯罪的形式概念将刑事违法性视为犯罪概念的基本内涵，应当说符合罪刑法定原则的法治要求，对于保障人权具有重要的现实意义。然而，犯罪的形式概念却并未指出犯罪所具有的反社会的内在的、本质方面的特征，因而无法回答立法者为什么要将某种行为规定为犯罪并处以刑罚这样一个深层次的问题。尤其是当某种行为尽管形式上违反了刑法规范，但对社会又不具有任何负面效果时，犯罪的形式概念就更会显得苍白无力。

2、犯罪的实质概念

犯罪的实质概念不仅注重犯罪的外在特征即刑事违法性，而且也考虑到犯罪的内在的、本质方面的特征即反社会性。简单地说，依照犯罪的实质概念，所谓犯罪，就是指危害社会且违反刑法规范应受刑罚处罚的行为。在立法上，有的国家或地区的刑法典也规定了犯罪的实质概念，比如，根据 1996 年的《俄罗斯刑法典》第 14 条规定，“本法典以刑罚相威胁所禁止的有罪过地实施的危害社会行为，被认为是犯罪”，类似的立法例还包括 1997 年的《中华人民共和国刑法典》第 13 条规定。

犯罪的实质概念因既照顾到犯罪所具有的刑事违法性的外在特征，又揭示了犯罪所具有的反社会性的本质特征，故更为合理，并成为现代刑法理论关于犯罪

---

[1] 如古罗马第一部成文法典《十二铜表法》即为一部民、刑合一的法典。

[2] 1810 年的《法国刑法典》已为 1994 年的《法国刑法典》所取代。

概念的通说。但是，对犯罪反社会性的本质特征的解读，理论上则形成不同的观点，主要包括权利侵害说、法益侵害说和义务违反说。权利侵害说为 19 世纪初的近代刑法理论所倡导，代表人物为德国学者费尔巴哈，该学说受反封建的启蒙主义人权思想的影响，将犯罪的反社会性本质特征解释为是对人的权利的一种侵害。法益侵害说为现代刑法理论所倡导，该学说认为，犯罪的反社会性本质特征的核心在于侵害了刑法所保护的各种法益。义务违反说为少数学者所倡导，该学说认为，犯罪的反社会性本质特征反映了行为人对其应尽义务的违反。

本教科书赞同法益侵害说的观点。首先，权利侵害说在当时反封建的社会背景下虽具有时代进步意义，但毕竟不能解释所有犯罪的反社会性，如对危害国家安全的犯罪或其他侵害社会公共法益的犯罪来说，就很难用权利侵害说来解释犯罪的反社会性。其次，从大部分刑法规范都是禁止性规范的角度考察，义务违反说虽也有一定的合理性，但解释不作为犯罪的反社会性仍属牵强。法益侵害说将犯罪的反社会性视为对刑法所保护的各种法益的侵害，实际上就是将犯罪的反社会性提升为对整个法秩序的侵害，这样的提升不仅充分揭示了犯罪所具有的危害社会的本质属性，而且也可以涵盖所有犯罪的反社会性。

（二）犯罪的种类

在刑法理论中，根据不同的标准，可以对犯罪进行不同的分类。比如，行为犯、危险犯与结果犯、故意犯与过失犯、既遂犯与未遂犯、单一犯与共犯、身份犯与非身份犯，等等，都是按照一定的标准对犯罪进行的分类。考虑到这些犯罪分类都会在本教科书的其他章节中详加论述，故此处只是就以下三种与相关刑法理论无直接关系的犯罪分类，作简单的介绍。

1、自然犯与法定犯

早在古罗马法时代，学者就将犯罪的“恶”分为“自体恶”和“禁止恶”两种类型，“自体恶”是指源自于人类道德规范的“恶”，而“禁止恶”是指源自于统治者立法禁止的“恶”。意大利学者加罗法洛在《犯罪学》一书中以犯罪所表现的“自体恶”和“禁止恶”为标准，首次将犯罪分为自然犯和法定犯，并认为自然犯就是指以缺乏人类本来具有的“爱他”感情中最本质的怜悯之情和诚实准则为内容的犯罪，而法定犯则是指由立法者通过制定法律来规定的犯罪。[3]比如，杀人、强奸、抢劫、盗窃等犯罪，就属于违反人类基本伦理道德的自然犯；而诸如违反道路法的醉酒驾驶、违反税法的偷税、违反证券法的操纵股价、违反金融法的非法集资等犯罪，就属于因法律禁止而构成的法定犯。

本教科书认为，如果从刑法学的角度考察，区分自然犯和法定犯的实际意义是不大的。首先，加罗法洛之所以提出自然犯和法定犯的概念，主要还是为犯罪学服务的，也就是强调只有自然犯才是犯罪学研究的主要对象，产生犯罪的社会原因、人格原因及自然原因与自然犯具有直接的关系；但刑法学非为研究犯罪产生原因的学科，其研究宗旨是严格依照法律规定来判断某种行为是否构成犯罪，自然犯和法定犯既然都是由法律明确规定的犯罪，其定罪的标准就无本质上的区别。其次，就犯罪的外在特征与本质特征而言，无论是自然犯还是法定犯，都属于反社会即破坏法秩序的行为，并且都必须通过法律来确立其刑事违法性，这一点两者也无实质的区别。再次，在现代刑法中，自然犯和法定犯不仅可以相互转化，而且两者之间的界限本身也是相当模糊的，如醉酒驾驶、偷税逃税、操纵股价等法定犯，其犯罪的“恶”与伦理道德关系紧密，难以分割。最后，刻意将自然犯和法定犯视为两种不同的犯罪形态，很容易引致刑法概念上的混乱，比如，

[3] 【日】大塚仁著，冯军译：《论犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 18 页。

有的学者将自然犯称之为刑事犯，将法定犯称之为行政犯，[4]这种提法和表述是非常值得商榷的。难道法定犯不是刑事犯吗？至于将法定犯同行政犯相提并论，同样违背了行政犯的原意，极易混淆法定犯必然具有的刑事违法性和行政犯可能具有的行政违法性之间的界限。

2、重罪、轻罪与违警罪

如上所述，任何犯罪都具有破坏法秩序的本质特征，*惟*破坏的程度可以有大、小之分，据此，犯罪也就有了轻、重之分。在立法上，有的国家或地区的刑法典依照犯罪对法秩序的破坏程度，将犯罪分为重罪、轻罪和违警罪；这种立法上的犯罪分类起源于 1791 年的《法国刑法典》，并为 1810 年的《法国刑法典》所采用，而 1994 年的《法国刑法典》则继续保留了这一犯罪分类法，其第 111—1 条明确规定，“刑事犯罪，依其严重程度，分为重罪、轻罪及违警罪”，并对重罪、轻罪和违警罪分别规定了相应的刑罚。早期的德国和日本刑法典也采用此种犯罪分类法。

立法上规定重罪、轻罪和违警罪具有一定的现实意义。比如，在诉讼法方面，对不同的犯罪，立法者往往会规定由不同的法院审理，对不同犯罪的“预审”，也会规定不同的要求；在实体法方面，对不同犯罪的未遂、刑罚执行时效，立法者都会作出不同的规定。[5]但是，在立法上将犯罪分为重罪、轻罪和违警罪，也受到了不少学者的质疑，质疑的主要理由在于该等犯罪分类掺杂了人为的因素，且违警罪的设立不适当地扩大了犯罪的范围，不符合刑罚的必要性原则。比如，有德国学者认为，因违警罪的设立，致使德国刑法“多年以来此种警察犯（即违警罪）乃成为普通犯罪之一部分”。[6]为此，德国、日本的现行刑法典都先后废除了关于重罪、轻罪和违警罪的立法分类，有关违警罪的内容则视具体情况，分别纳入其他相关法律之中。[7]

值得注意的是，在澳门刑法中，仍然保留了违警罪的分类。比如，《澳门刑法典》第 123 条规定的只能判处 6 个月以下徒刑的轻微违反行为，其实质就是违警罪的翻版，或相当于刑法理论中的行政犯概念，[8]而澳门刑法规定的其他犯罪，则属于普通犯罪的范畴，故在澳门刑法中，犯罪可分为一般的普通犯罪和具有刑事违反性质的轻微违反类犯罪。[9]

3、亲告罪与非亲告罪。所谓亲告罪，是指必须由享有告诉权的人（主要是受害者）提出告诉后才能展开刑事诉讼程序的犯罪，此类犯罪通常都是涉及当事人名誉、财产或其他性质较轻的犯罪。享有告诉权的人提出告诉可以有两种方式，一种方式是直接向法院提起刑事诉讼，此类亲告罪理论上称之为自诉罪；[10]另一种方式是向检察机关提出告诉后，由检察机关展开调查、起诉等程序，此类亲告罪理论上称之为准公诉罪。[11]所谓非亲告罪，则指无须当事人提出告诉就能由有

---

[4] 参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 94 页。
参阅马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 97 页。
参阅陈兴良主编：《刑法学》，复旦大学出版社 2003 年版，第 35 页。
参阅马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 37 页。

[5] 如重罪的未遂均受处罚，轻罪的未遂仅在法律有规定的情况下才处罚，违警罪则无处罚未遂的规定。

[6] 韩忠谟：《行政犯之法律性质及其理论基础》，国立台湾大学法学论丛，1990 年第 10 卷第 1 期，第 12 页。

[7] 如德国制定了《秩序违反法》，有关违警罪就成了该法律中的违反秩序行为，即成为真正意义上的行政犯，而非属与自然犯对应的法定犯。

[8] 有关轻微违反的性质、构成，将在*本教科书姊妹篇《澳门刑法概说（刑罚通论）》的相关章节中另作论述。*

[9] 在澳门众多的行政管理法规中，大量的轻微违反行为仅具有行政违法性质，故只能科以罚款。

[10] 如《澳门刑法典》分则规定的“非经自诉不得进行刑事程序”的犯罪，即属自诉罪。

[11] 如《澳门刑法典》分则规定的“非经告诉不得进行刑事程序”的犯罪，即属准公诉罪。

权机关展开刑事诉讼程序的犯罪，此类非亲告罪理论上称之为公诉罪。在立法上，凡属亲告罪的，法律都会作出明确规定；法律无规定的，则为非亲告罪。

二、刑罚

犯了罪的行为人必须承担相应的法律后果，这种法律后果的主要表现形式就是受刑罚处罚。[12]所谓刑罚，就是指对犯罪行为人依法适用的特殊制裁方法，而这种使犯罪行为人受到刑罚处罚的权力，即为刑罚权。

（一）刑罚权的特征

刑罚权具有以下几个方面的特征：

1、刑罚权的公权性特征

刑罚权的公权性特征，就是指对犯罪行为人施以刑罚，乃是国家或地区公权力的体现，无论犯罪行为人是否同意，都必须接受刑罚的惩罚；刑法之所以被称之为公法，其道理就在于此。刑罚权的公权性特征表明，刑罚权内含的法律关系主体一方是国家或地区，另一方是犯罪行为人；前者为科刑主体，后者为受刑主体。代表国家或地区行使刑罚权的机构是法院，除法院之外，任何机构或个人都无权代表国家行使刑罚权；在现代法治社会，滥用“私刑”的行为被视为侵犯他人基本权利的违法行为。

2、刑罚权的专用性特征

刑罚权的专用性特征，就是指刑罚只能适用于犯罪行为人。关于犯罪行为人的认定，理论上必须坚持两项基本原则：一是无罪推定原则，即在法院尚未作出确定性判决之前，任何人都不能被视为或推断为犯罪行为人，更不能对其适用刑罚；二是罪刑法定原则，即何种行为是犯罪行为，必须严格依照刑法规定，凡刑法没有规定为犯罪的行为，不管危害多么严重，也不能使行为人受刑罚处罚。

3、刑罚权的依法性特征

刑罚权的依法性特证，就是指法院对犯罪行为人科以刑罚，应当依法而为，不得超出法律规定的范围。比如，在刑罚种类上，不得对犯罪行为人科处刑法没有规定的刑种，包括主刑和附加刑；在刑罚幅度上，应当严格遵守刑法典总则和分则的规定，在法定刑幅度内依法科处刑罚；除此之外，在减轻或加重处罚的各种情节方面，也应当遵守刑法的有关规定。[13]

4、刑罚权的严厉性特征

刑罚权的严厉性特征，就是指刑罚同其他法律制裁方法相比，乃是一种最严厉的制裁方法。刑罚的严厉性主要体现在制裁方法的内涵之中，比如，刑罚不仅可以剥夺犯罪行为人的自由，而且还可以剥夺犯罪行为人的生命；[14]即使是剥夺行为人的自由，刑罚所剥夺的时间及其执行方式，也要远远高于并强于其他法律制裁方法。

5、刑罚权的统一性特征

刑罚权的统一性特征，就是指刑罚权的行使包括了制刑权、求刑权、量刑权和行刑权。制刑权即为立法权，由国家或地区的立法机关行使；求刑权即为起诉权，由检察机关或被害人行使；量刑权即为审判权，由法院行使；行刑权即为执行权，由监狱等相关机关执行。正确行使刑罚权，有赖于各机关的协调配合，任

---

[12] 因对特定的犯罪人，除了受刑罚惩处外，尚可对其施以相应的保安处分，如禁止业务、保安监禁等，而保安处分不属于刑罚的范畴。

[13] 但在法律规定本身具有灵活性，或法律无规定的情况下，法官对减轻或加重刑罚具有一定的酌情权。

[14] 如保留死刑的国家或地区。

何一个机关出错，都是对刑罚权的侵害。

（二）刑罚权的依据

关于刑罚权的依据，刑法理论中有不同的学说，主要包括：（1）神权说。该说认为，刑罚权来自于神的授权，如中国古代的“敕天之命”和“天行之罚”之说，西方社会的“君权神授论”，都是神权说的表现。（2）契约说。该说认为，刑罚权的产生源自于人们共同订立的契约，即国家或地区本身是由全体公民通过订立社会契约形成的，而社会契约的目的就是保护全体缔约者；每个缔约者为了自己的利益得到保障，在订立社会契约时就已作出承诺，即只要自己侵犯了公众利益，则愿受惩罚。（3）命令说。该说认为，一个国家或地区的统治者享有使人们尊重命令的权利，而发布命令即为制定法律，人人必须遵守；对违反法律者，统治者有权给予惩罚。（4）自由意志说。该说认为，刑罚是作为犯罪的对立面存在的，而犯罪又是行为人自由意志的体现；当行为人在自由意志支配下实施犯罪时，他就必须为其行为承担责任，并受到惩罚。（5）防卫必要说。该说认为，犯罪是危害社会的行为，而维护社会正常秩序乃是国家或地区的固有职能；国家或地区为了履行这种职能，保护社会，就有必要采取措施与犯罪进行斗争，包括对犯罪行为人施以刑罚。

本教科书认为，在上述五种学说中，当以第四种自由意志说及第五种防卫必要说*互为结合*为妥。自由意志说从个人的角度，旨在说明只有在自由意志支配下，行为人才应当对其行为承担法律责任，故符合主、客观相统一的刑事责任原则，同时也将不具有自由意志的人如精神病患者作出的行为，排除在犯罪之外，不受刑罚处罚。防卫必要说则从社会的角度，旨在说明为了保障正常的社会秩序，必须打击一切危害社会的行为，故符合刑法的基本保护功能。因此，探讨刑罚权的依据，既要考虑到个人的主观意志，也要考虑到法律对社会的保障作用，二者不能偏颇。

三、相关刑事责任制度

有学者认为，“犯罪、刑事责任、刑罚是刑法的基本范畴。犯罪是刑事责任的前提，刑罚是实现刑事责任的最主要、最基本的手段。没有犯罪，就谈不到刑事责任，自然也不可能谈到刑罚”。[15]这种观点理论上并没有错，问题在于将刑事责任放在犯罪和刑罚之间，简单地视其为犯罪与刑罚之间的联结点，客观上就容易架空刑事责任的丰富内涵。事实上，刑事责任是错综复杂的，并非是用“犯了罪就要负刑事责任，负刑事责任就要受刑罚处罚”*一句话就可以概括。*

在刑法理论中，将包含有丰富内涵的刑事责任抽离出来，视其为刑法的一项重要内容，已受到不少学者的关注。如有学者认为，“刑法是规定犯罪和刑罚及其罪刑关系的法律”，[16]而罪与刑之间的关系，其实质就是刑事责任问题。因此，要正确了解刑法的内涵，除了犯罪和刑罚外，还必须了解涉及定罪量刑的方方面面的刑事责任制度。比如，有关未完成犯罪形态的刑事责任制度，有关共同犯罪的刑事责任制度，有关犯罪竞合的刑事责任制度，都属于刑法的重要内容。

第二节　刑法的机能

刑法的机能也可以称之为刑法的功能，泛指刑法在现实社会中所起的作用。关于刑法的机能，尽管学者的表述不尽一致，如有两机能、三机能、四机能之分，

[15] 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 12 页。
[16] 陈兴良著：《陈兴良刑法学教科书》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 9 页。

或将其分为本质机能与基本机能，但从机能的内涵来看，刑法的机能主要包括以下四个方面：

一、行为评价机能

刑法作为一种具有国家或地区强制力的法律规范，对何种行为属于应受刑罚处罚的犯罪行为，作出了明确规定，并公之于众。这样一种公开的法律规范，实际上就意味着立法者代表国家或地区，对刑法所规定的犯罪行为在行为价值方面作出了一种否定性的评价，正是这种否定性的评价，成为社会大众对行为价值进行判断的法律标准，这就是刑法的评价机能。在理论上，学者们之所以将刑法规范称之为“命令规范”或“禁止规范”，正是基于这种评价机能而得出的结论。比如，立法者将杀人、强奸、盗窃等行为通过刑法规定为犯罪，也就是向公众表明了国家或地区对该等行为所持的否定性评价态度，体现了刑法的评价机能。

二、预防犯罪机能

刑法在预防犯罪方面的机能，通常可以分为犯罪的一般预防机能和特殊预防机能。犯罪的一般预防机能是建立在刑法的评价机能基础之上的，即国家或地区通过公布刑法，表明其对犯罪行为的否定性评价态度，这样就可以使公众知道何种行为属于应受刑罚处罚的犯罪行为，并促使人们去自觉地遵守或强制某些人遵守刑法规范，以避免触犯刑法规范而受到刑罚处罚。而犯罪的特殊预防机能，则是针对已经实施了犯罪的行为人而言的，即通过对这些犯罪行为人科以刑罚，使其得到矫正，重新回归社会，从而成为遵纪守法之人。

三、保护法益机能

法益也就是指法律所保护的利益。刑法所保护的法益具有明显不同于其他部门法的特征，即广泛性特征。比如，民法保护的法益，只能是民事方面的法益；经济法保护的法益，仅限于经济方面的法益；但刑法所保护的法益，则涉及方方面面的法益，如国家安全法益、社会公共安全或公共秩序法益、个人人身及财产法益乃至家庭、婚姻方面的法益，无不包括在刑法所保护的法益之中。刑法保护的法益所具有的这种广泛性特征，取决于犯罪的普遍性。因为犯罪作为一种社会现象，并不受某种利益的限制，它可以发生在社会的各个领域，侵害各个方面的利益，所以，为了有效地保护国家、社会、个人等各个方面的利益，刑法的保护机能必须渗透到社会的各个领域；刑法也只有将各种法益纳入自己的保护范围，才能够充分发挥维护社会正常秩序的积极作用。

四、保障人权机能

刑法虽然是惩治犯罪的法律，但同其他法律一样，刑法同样具有相应的保障人权机能。首先，对一般民众来说，只有当其行为依照刑法构成了犯罪时，才会受到刑罚处罚；反之，任何人的行为只要依照刑法不构成犯罪的，就不会也不能对其科以刑罚，这就是刑法对无罪之人的人权保障机能。正是基于刑法的这种人权保障机能，有学者将刑法称之为“善良公民的大宪章”。其次，对已经犯了罪的行为人来说，刑罚的适用必须严格依照刑法的有关规定，任何超越刑法规定的“法外刑”，都是违背法治社会基本要求的，也是不允许的；就此而言，有学者又将刑法称之为“犯罪人的大宪章”。

刑法对人权的保障机能，还表现在刑法的谦抑性方面。谦抑，也就是谦虚、

抑制、压缩。刑法之所以要谦抑，乃是因为犯罪是一种“恶”，刑罚也是一种“恶”，而且是法律制裁方法中最严厉的“恶”，只不过前者为危害社会之“恶”，而后者为合法的不得已之“恶”。以“恶”制“恶”，反映了犯罪与刑罚之间的一种动态的对应关系。刑法理论中素有“报应刑”之说，即将刑罚看成是对犯罪的一种报应，这种理念客观上反映了犯罪与刑罚之间所具有的对应关系。正是基于刑罚为法律制裁方法中最严厉的“恶”的属性，学者们一致认为，刑法必须谦抑，立法者应当力求以最小的支出，去获取预防和控制犯罪的效益。质而言之，当能够运用其他法律制裁方法去抑制某种危害社会的行为时，就没有必要将该等行为规定为犯罪；否则，正如有学者指出的那样，刑罚犹如一柄“双刃之剑”，用之不当，便会两败俱伤。可见，作为立法者，必须谨慎使用刑罚，使刑罚这种不得已的“恶”受到严格的控制，防止刑罚权的滥用。只有这样，才能使刑法从另一个侧面，来凸现其保障人权的机能。

必须指出，刑法的各种机能是一个有机的统一体，不能顾此失彼，尤其是刑法的保护法益机能和人权保障机能之间，难免会有冲突之处。过于强调刑法对法益的保护机能，就可能不适当地限制了刑法对人权的保障机能；过于强调刑法对人权的保障机能，则可能不利于刑法对法益的保护机能，这就要求立法者在制定刑法规范以及执法者在适用刑法规范时，必须做到统筹兼顾，力求正确处理、协调好两者之间的关系。

第三节　刑法的基本原则

刑法的基本原则通常是指那些贯穿于整个刑事立法之中并且体现国家或地区刑事政策导向的原则。从这一意义上说，刑法的基本原则无疑是刑法的灵魂和核心，它对于刑法的制定与适用，都具有极其重要的指导作用。然而，刑法究竟应当包括哪些基本原则，理论上并没有统一的说法。如有的学者认为，刑法的基本原则可包括罪刑法定、罪刑相称、刑罚的人道主义、罪责自负、刑法谦抑等基本原则；也有学者认为，主客观相统一、法律面前人人平等也属于刑法的基本原则。本教科书认为，上述所举原则对刑法的制定与运用来说，都具有十分重要的现实意义；*惟*在现代大陆法系刑法理论中，有的是不言而喻的，如刑罚的人道主义、罪责自负、主客观相统一原则；有的则非为刑法所专有，如法律面前人人平等原则，故本教科书根据《澳门刑法典》的相关规定，就以下两项基本原则作简单的论述。

一、罪刑法定原则

罪刑法定原则的基本内涵就是“没有法律就没有犯罪，没有法律就没有刑罚”，或称之为“法无明文规定不为罪，法无明文规定不得处罚”，这已成为现代刑法理论的至理名言。

（一）罪刑法定原则的产生与发展

据学者考证，罪刑法定原则的格言最初虽然是由德国学者费尔巴哈在其刑法教科书中提出，但其思想理念的渊源可追溯至 1215 年的《英国大宪章》第 39 条规定，即“对于任何自由人，不依同一身份的适当的裁判或国家的法律，不得逮捕、监禁、剥夺领地、剥夺法的保护或放逐出境，不得采取任何方式使之破产，不得施加暴力，不得使其入狱”。18 世纪以后，随着近代社会人权思想、民主意识以及“三权分立”理论的兴起，《英国大宪章》所宣示的具有反专制意义的思想理念得到了广泛传播，并逐步奠定了罪刑法定的理论基础，罪刑法定主义的思

想犹如雨后春笋，出现在各种人权宣言之中；尤其是在美国，如 1774 年的费城宣言、1776 年的弗吉尼亚权利宣言以及其他各州的权利宣言，都明确表达了罪刑法定主义的思想；而 1791 年的美国宪法修正案第 5 条关于“不依法律规定，不得剥夺任何人的生命、自由和财产”的规定，更使罪刑法定主义的思想趋于具体化，并上升至宪法原则。罪刑法定主义的思想在法国大革命时代，同样被奉为保护基本人权的法治原则，如 1789 年的法国《人权宣言》第 8 条明确规定，“任何人，如果不根据犯罪前制定、公布而且合法地适用的法律，不受处罚”，而 1791 年的法国宪法，则重申了这一旨意。

在欧洲大陆法系国家的刑法典中，第一次将罪刑法定主义的思想作为刑法的基本原则明确加以规定的，是 1810 年的《法国刑法典》；该法典第 4 条规定，“没有在犯罪行为时以明文规定刑罚的法律，对任何人不得处以违警罪、轻罪和重罪”。于是，在法国，罪刑法定主义的思想就从宪法的宣言式规定，直接转化成了刑法的实体性规定，并成为一项刑法的基本原则。正是受 1810 年《法国刑法典》的影响，许多大陆法系国家的刑法典纷纷效仿，均在刑法典总则中旗帜鲜明地规定了罪刑法定的基本原则。[17]

毫无疑问，在 17、18 世纪提倡人权主义、反对封建专制的斗争中，针对封建刑法的罪刑擅断主义，罪刑法定主义思想的产生，标志着人类社会开始摆脱“人治”，走向“法治”；直至今日，罪刑法定主义的思想依然是法治社会的基石，是现代刑法最重要的一项基本原则。正如有学者指出的那样，“罪刑法定主义的本质，不是仅仅基于形式的概念而被维持的，毋宁说是基于限制国家的刑罚权而保障国民的人权的刑事人权思想而应予维持。在这个意义上，费尔巴哈的命题，应当解释为在近代刑法的黎明期这一历史的背景下，刑事人权思想的表现形式之一”；[18]“由于费尔巴哈，罪刑法定主义作为刑法的大原则，在刑法学上占有不可动摇的地位”。[19]

（二）罪刑法定原则的派生原则

很多学者在对罪刑法定原则进行解释时，都认为从罪刑法定原则的基本内涵出发，可以引伸出以下四项派生原则：

1、禁止习惯法

众所周知，成文法是大陆法系国家或地区唯一的法律渊源，习惯法非成文法，它仅仅是一种长期以来在特定历史环境下形成并被人们接受的习惯，故不能作为法律渊源；以习惯法作为定罪量刑的依据，明显违反罪刑法定原则，因而是被禁止的。在大陆法系国家或地区，规定犯罪和刑罚的法律，必须是由立法机关依照一定的立法程序制定出来的成文法，故有学者将禁止习惯法的派生原则也称之为“成文法主义”或“法律主义”。

然而，为了贯彻罪刑法定原则而禁止习惯法并非是绝对的。如有德国学者认为，应“准许对行为人或者参与人有利地适用限制刑罚的习惯法”；[20]也有韩国学者认为，“依习惯法废止成文的刑法规定或依习惯法缩小构成要件或减轻刑罚并不与禁止习惯刑法原则相悖。依据习惯法的责任阻却事由，人为的处罚阻却事由

---

[17] 如 1813 年的《比利时刑法典》、1870 年的《德国刑法典》、1880 年的《日本刑法典》、1930 年的《意大利刑法典》、1937 年的《瑞士刑法典》，均规定了罪刑法定原则。

[18] 【日】大野义真著：《罪刑法定主义》，世界思想社 1982 年版，第 13 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 57 页）。

[19] 同上，第 9 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 57 页）。

[20] 【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 23 页。

以及违法性阻却事由皆予以认可”。[21]即便在不利于行为人或者参与人的情况下，因“在《刑法典》总则部分中，立法者对于不少具体的问题（比如是对正当化行为场合的认识错误，或者是对故意与过失之间的界分）有意识地未做明确的规定，而是将对这些问题的阐释留给了司法界和学术界。在这些地方，允许以法官法和习惯法对行为人或者参与人不利地将法律设留的框架充填”。[22]在日本刑法理论界，不少学者持类似的观点，他们认为，习惯法虽然不能直接作为定罪量刑的法律依据，但对刑法规范涉及的一些概念的解释，往往要根据习惯来决定；比如，对《日本刑法典》第 123 条规定的“妨害水利罪”来说，何谓他人之水利权，很多情况下要依照当地的习惯来认定。对此，有日本学者明确指出，“‘不违背公共秩序或善良风俗的习惯，限于法律没有规定的事项，与法有同一的效力’（法例第 2 条），这一规定对刑法是不适用的；但是在法律上有根据而且习惯、条理的内容是明确时，由于没有排除它的理由，所以关于刑罚法规的解释或违法性的判断等，习惯、条理具有刑罚法规的补充的机能，不应否定”。[23]

2、禁止事后法

这一派生原则本属罪刑法定原则的应有之义，即认定一个人的行为是否构成犯罪，以及处以何等刑罚，都必须以行为前已经制定并正在合法生效的法律作为定罪量刑的标准；行为后新制定的法律，不得适用于新法生效之前的行为；否则，“不教而诛”，从本质上说是违反罪刑法定原则的。学者们在论述刑法的时间效力时，之所以一致认为新法对其生效之前发生的行为原则上不具有追溯力，其道理就在于此。[24]

3、禁止类推解释

法律不可能十全十美，法律需要解释，包括文理解释、目的解释、扩张或缩小解释等各种解释，这是无庸置疑的，刑法规范同样如此。然而，在现代刑法理论中，受制于罪刑法定原则的基本要求，学者们普遍认为，对刑法规范作类推解释是违反罪刑法定原则的，也是不允许的。

所谓类推解释，就是指将一种法无明文规定的行为，按照与其最接近或最相似的刑法条款，通过类推的方式，将该等“法无明文规定的行为”入罪，并使行为人受到刑罚处罚。在德国司法实践中，法院通常认为“将一法律条文扩展至法律中没有规定的或者是条文文字不再包含的案件”属于类推，[25]而禁止类推原则不仅“覆盖一部刑法中规定的所有那些某个举止的可罚性”，而且“包括矫正和保安处分措施在内的行为的法律后果”。日本学者也坚定地认为，“由于罪刑法定主义的要求，在刑法上不允许类推解释。因为它超越了法律本来预想的范围，承认把法律适用于类似的事项，违反了罪刑法定主义（罪刑法定主义派生原则）”。[26]《法国刑法典》第 111—4 条为此还作了明确规定，即“刑法应严格解释之”。

禁止类推解释，要注意划清类推解释与合理解释之间的界限，尤其要注意划清类推解释与扩张解释之间的界限，因为无论是类推解释还是扩张解释，在解释方式上都是使用了扩张的方式，也就是使法律条文得以扩展，以此来填补法律的

[21]【韩】李在祥著，韩相敦译：《韩国刑法总论》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 14 页。
[22]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 23 页。
[23]【日】大谷实著：《刑法讲义总论》（第 4 版），成文堂 1994 年版，第 67 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 68 页）。
[24] 这一派生原则的例外就是在有利于被告的情况下，可以优先适用新法。有关这方面的问题，本教科书将在相关章节中另作具体阐述。
[25]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 22 页。
[26]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 68 页。

空白，无怪乎有学者认为，“不可能区别类推解释和扩张解释”。[27]本教科书认为，要正确区分类推解释和扩张解释，不能从扩张的解释方式上加以甄别，而应当从扩张的合理性上加以甄别，这种合理性的标准应当是客观的，也就是应当符合社会上一般人的看法，或符合科学的法则。比如，对盗窃电力资源的行为能否按盗窃罪论处，就涉及对“财物”概念的解释；而通过扩张方式将电力资源解释成“财物”，就属于合理的扩张解释，而非类推解释，因电力资源具有明显的经济性质，符合“财物”的本质属性，故其解释具有合理性。又比如，对在他人食用的锅或壶中投放秽物的行为能否按毁损罪论处，就涉及对“损坏”概念的解释；而通过扩张方式将器物主人被迫扔掉器物解释成对器物的损坏，就属于合理的扩张解释，而非类推解释，因器物主人扔掉器物等同于器物全部损坏，故其解释具有合理性。反之，如果使用扩张方式解释法律条文不具有合理性或不符合科学法则的，就应视为被禁止的类推解释。比如，对堕胎的行为能否按杀人罪论处，就涉及对人的“生命”概念的解释；而“生命”的开始，合理的解释应从脱离母体的那一刻起，才表明“生命”的开始，[28]母体中的胎儿并不表明“生命”的开始；因此，如果将堕胎行为通过扩张方式解释成杀人行为，就属于被禁止的类推解释，而非合理的扩张解释；不少国家或地区的刑法典之所以在杀人罪之外再单独规定堕胎罪，而不是将堕胎罪纳入杀人罪的范畴，其道理就在于此。又比如，对有妇之夫包养情人的行为能否按重婚罪论处，就涉及对“婚姻”概念的解释；而单纯地包养情人尽管有同居行为，也不能视为双方具有婚姻关系，因此，如果将此类包养情人的行为通过扩张方式解释成重婚行为，就因明显违反婚姻的法律概念而属于被禁止的类推解释，而非合理的扩张解释。

禁止类推解释，还要注意类推解释与被告人之间的关系。因为在刑法理论和司法实践中，通常都会允许作出对被告人有利的类推解释。如有德国学者认为，“对行为人或者参与人有利的类推，是准许的”；[29]“类推‘无罪推定’则是允许的。此等类推可出现于减轻刑罚事由、解除刑罚事由、阻却刑罚事由和免除刑罚之中”。[30]也有日本学者认为，“对在有利于行为人的方向进行的解释，不受罪刑法定主义的限制，实际上也可以从超法规的观点广泛地承认违法性阻却事由和责任阻却事由。应该在这个意义上理解不允许进行对犯人不利的类推，但是，不禁止有利的类推”。[31]

4、禁止绝对不确定刑

绝对不确定刑包括两种情况：一是刑罚种类的绝对不确定，如对某种犯罪只规定科处刑罚，但不规定科处何种刑罚；二是刑期的绝对不确定，如对某种犯罪只规定科处自由刑，但不规定自由刑的期限。学者们认为，罪刑法定原则既包括罪之法定，也包括刑之法定；而刑之法定不仅要求刑法对刑罚种类、相关刑期以及适用制度须有一个总则性的明确规定，而且要求对每一种犯罪可科处的刑罚种类及相关刑期，也要有一个具体的明确规定，不得使用绝对不确定刑；否则，同样有悖于罪刑法定原则的基本要求。

---

[27] 同上，第 69 页。

[28] 按照《德国民法典》第 1 条规定，人的生命自出生的完成时刻才为开始；但德国的刑事审判实践则认为，在正常的婴儿生产过程中也就是说从母亲生产的阵痛出现时，就意味着生命的开始（参阅【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 26 页）。

[29]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 23 页）。

[30]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 168 页。

[31]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 69 页。

禁止绝对不确定刑，要注意划清绝对不确定刑与无期徒刑之间的界限。无期徒刑虽为无期，但并不属于绝对不确定刑，因为绝对不确定刑之所以抵触罪刑法定原则，关键在于立法上的不确定，以至于犯罪行为人无从知道自己会被科处哪种刑罚，或剥夺自由的期限会有多长。而无期徒刑一旦在立法上作出明确规定，它就属于一种确定的刑罚，犯罪行为人也十分清楚无期徒刑的实际内容，故不能同绝对不确定刑相提并论。

禁止绝对不确定刑，还要注意划清绝对不确定刑与相对不确定刑之间的界限。所谓相对不确定刑，除了刑法总则对刑罚种类、期限或数额要有限制性的规定外，主要就是指刑法分则对各种犯罪规定的法定刑不仅在刑罚种类上可容许具有选择性，如某种犯罪的法定刑可以同时包括有期徒刑和罚金刑，而且在刑期或数额上也可通过设置最低限和最高限使其形成一定的幅度，如有期徒刑和罚金刑。在现代刑事立法中，对各种犯罪的法定刑采用相对不确定刑，已成为不存在争议的立法通例，究其原因，主要在于相对不确定刑符合犯罪有重有轻的复杂情况，有助于充分体现罪刑相称原则，故罪刑法定原则禁止绝对不确定刑，但不禁止相对不确定刑。

（三）澳门刑法中的罪刑法定原则

罪刑法定原则在澳门刑法中具有举足轻重的地位。

1、罪刑法定原则的宪制性法律地位

在澳门本地法律体系中，《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》（以下简称《基本法》）无疑是一部宪制性的法律，澳门立法机关制定的任何法律，均不得与其相抵触。根据《基本法》第 29 条第 1 款规定，“澳门居民除其行为依照当时法律明文规定为犯罪和应受惩处外，不受刑罚处罚”，这一规定毫无疑问体现了罪刑法定原则，正是这一规定，使罪刑法定原则在澳门法律体系中具有了宪制性原则的法律地位。

2、罪刑法定原则在《澳门刑法典》中的体现

《澳门刑法典》第 1 条就是关于罪刑法定原则的规定。该规定分为三款：

（1）第 1 款为罪与刑的法定。根据该款规定，“事实可受刑事处罚，以作出事实之时，其之前之法律已叙述该事实且表明其为可科刑者为限”。该款规定表明，对任何行为以犯罪论处并科以刑罚，必须以该等行为发生之前正在生效的法律为依据；法律无规定者，不得视为犯罪，也不得超出法律规定的范围对犯罪行为人科处刑罚。

（2）第 2 款为保安处分的法定。根据该款规定，“对危险性状态可科处保安处分，以符合科处保安处分之前提之前，该等前提已为法律订明者为限”。该款规定表明，对行为人科处保安处分，首先应当以行为人的行为已对社会构成危险性状态为前提；其次，认定是否存在某种危险性状态，必须以该等危险性状态发生之前正在生效的法律为依据，法律对该等危险性状态有规定的，方可对相关行为人科处保安处分，法律对该等危险性状态无规定的，就不得对行为人科处相应的保安处分。

应当注意的是，关于罪刑法定原则能否适用于保安处分，无论是理论还是立法，都存在着不同的观点。比如，在德国刑法理论界，大多数学者认为，对行为人科处保安处分原则上应当适用法院审理案件时正在生效的法律，言外之意，对行为人科处保安处分，不受禁止事后法的限制，除非相关法律对保安处分的适用作出了禁止适用事后法的特别规定。此观点也被德国立法者所采用，因为根据《德国刑法典》第 2 条第 6 款规定，“对于矫正和保安处分，如果法律没有不同规定，

适用审理时有效的法律判决”；比如，在德国司法实践中，“于 1952 年增加的吊销驾驶执照规定，即可适用于以前实施的交通肇事行为”，“对刑法修正以前的行为下令作为保安处分的保护观察并不逆于禁止溯及既往原则”。[32]有学者解释说，《德国刑法典》之所以对保安处分不采用禁止事后法的原则，乃是“因为保安处分不是以过去不法的责任为基础的制裁，而是从保护将来的危险行为者，并且是为维护社会而采取的合目的性措施。对于什么是合目的性的措施不必在行为以前作任何规定而应以判决当时的决定作为凭据”。[33]

看来《澳门刑法典》的立法者并不认同上述观点，故在规定罪刑法定原则时，明确将保安处分纳入禁止事后法的保护范围。本教科书认同对保安处分也应当禁止适用事后法的观点，理由主要有二：第一，对不构成犯罪的无刑事责任能力者来说，收容性的保安处分对自由的限制程度其实不亚于刑罚的效果，理应从严控制；第二，对构成犯罪的行为人适用禁止业务或矫正处分等保安处分，也是对犯罪的一种制裁，应与刑罚一起受制于罪刑法定原则。

（3）第 3 款为类推的禁止。根据该款规定，“不容许以类推将一事实定为犯罪或订定一危险性状态，亦不容许以类推确定与一犯罪或危险性状态相应之刑罚或保安处分”。该款规定表明，在罪与刑方面，不允许通过类推方式将一种法无明文规定的行为推定为犯罪（罪名的类推），也不允许通过类推方式将某种犯罪的法定刑适用于他种犯罪（刑罚的类推）；在保安处分方面，不允许通过类推方式将一种法无明文规定的状态推定为可科处保安处分的危险性状态（危险性状态的类推），也不允许通过类推方式将适用于某种危险性状态的保安处分适用于他种危险性状态（保安处分的类推）。***惟***需要注意的是，如上所述，在大陆法系刑法理论中，学者们普遍认为，从有利于被告的角度出发，可以允许作有利于被告的类推解释。本教科书认为，将有利于被告的情况视为罪刑法定原则的一种例外，已经成为现代刑法学者的共识，澳门不可能高自标置；《澳门刑法典》第 1 条第 3 款禁止的是不利于被告的类推解释，而非禁止有利于被告的类推解释。

由上可知，《澳门刑法典》第 1 条关于罪刑法定原则的规定，包含了禁止习惯法、禁止事后法以及禁止类推解释等派生原则，而关于禁止绝对不确定刑的派生原则，则规定在《澳门刑法典》第 39 条第 1 款之中。根据该款规定，在澳门刑罚体系中，“不得设死刑，亦不得设永久性、无限期或期间不确定之剥夺自由之刑罚或保安处分”。这里讲的“永久性”的刑罚，当指无期徒刑，所以在澳门刑罚体系中没有无期徒刑；这里讲的“无限期”，主要是针对收容和禁止业务的保安处分而言的，***惟***考虑到精神病人精神失常状态本身的不确定性，第 39 条第 2 款又规定，对“严重精神失常而构成危险性者，在该危险性状态持续期间，得透过法院之裁判将保安处分连续延长”；最后，这里讲的“期间不确定”的刑罚，显然表明了立法者禁止绝对不确定刑的立法意图。

3、关于类推解释的评析

如前所述，本教科书认为，理论上有学者之所以认为扩张解释和类推解释不好区分，主要在于两者在解释方式上都具有扩张性，***惟***扩张解释的扩张具有合理性，符合科学法则，而类推解释的扩张不具有合理性，不符合科学法则。但是，实践中究竟如何把握有无合理性，是否符合科学法则，还必须从具体的解释考察，这一点对澳门的司法机关来说尤其显得重要。举例来说，澳门的《有组织犯罪法》

[32]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 172 页。

[33]【韩】李在祥著，韩相敦译：《韩国刑法总论》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 15 页。

（第 6/97/M号法律）规定了包括“黑社会罪”在内共 8 个罪名，[34]其中有个罪名叫“操纵卖淫罪”，目前，澳门法院在审理利用妇女卖淫从中索取“肉票”的案件时，不问犯罪主体是否属有组织犯罪，即使是夫妻二人共同犯罪，甚至是单个人犯罪，一律按《有组织犯罪法》规定的“操纵卖淫罪”定罪量刑；对此，我们可以看一下澳门终审法院第 36/2007 号判决书表达的观点，该份判决书认为，“确实，第 6/97/M号法律之标题为‘有组织犯罪法’，而且其第 2 条至第 13 条涉及在有组织犯罪范畴内所实施的罪行。但该法律也包含与有组织犯罪没有必然联系的其他刑法和刑事诉讼规范，尤其是：不当扣留证件的罪行（第 6 条）、国际性贩卖人口的罪行（第 7 条）[35]、操纵卖淫的罪行（第 8 条）、联群不法赌博的罪行（第 11 条）”。很明显，该份判决书要表达的意思就是：《有组织犯罪法》所规定的本来只能适用于有组织犯罪的具体罪名，同样可以适用于非有组织的行为，甚至是单个人实施的行为；正是这样一种观点，成了澳门法院认定“操纵卖淫罪”的理论依据。然本教科书认为，恰恰是这样一种观点，不属于合理的扩张解释，而是属于违反罪刑法定原则的类推解释。因为，“操纵卖淫罪”既然是明确规定在《有组织犯罪法》之中，就非常清楚地表明该犯罪的性质属有组织的犯罪，如犯罪集团从外地用各种方法招收妇女来澳门，然后在其控制下进行卖淫；而无论是从刑法理论还是从立法来看，有组织犯罪与单个人犯罪或一般的共同犯罪在犯罪性质上是不能相提并论的，所以，将《有组织犯罪法》规定的罪名通过所谓的“扩张”解释，适用于单个人犯罪或一般共同犯罪，实际上就等同于将单个人犯罪或一般共犯罪和有组织犯罪相提并论，这样的“扩张”解释当然违反了刑法理论，不具有合理性，其实质就是类推解释。

本教科书也理解澳门法院如此认定“操纵卖淫罪”的不得已“苦衷”，因为对那些以单个人或以一般共同犯罪形式实施的操纵妇女卖淫的行为，如果不按《有组织犯罪法》规定的“操纵卖淫罪”论处，就无其他罪名可定；因为《澳门刑法典》规定的“淫媒罪”（第 163 条）和“加重淫媒罪”（第 164 条），其构成要件行为必须是“乘他人被遗弃或陷于困厄之状况”而促成、帮助或便利他人进行卖淫，而现实中的被犯罪人收取“肉金”的妇女又往往不具备这样的“被遗弃或陷于困厄”的条件。但是，这显然是立法不合理的问题，既然是立法不合理，就应当修改法律，而不应当通过类推解释来弥补这一立法“真空”。为此，本教科书建议，立法者应及时修改《澳门刑法典》关于“淫媒罪”的条款，具体修改可将进行卖淫的人“被遗弃或陷于困厄”的条件作为加重情节规定，而不是作为构成要件的必备要件规定。

二、罪刑相称原则

如同罪刑法定原则针对的是封建刑法中的罪刑擅断主义一样，罪刑相称原则的产生也具有深厚的反封建刑法的历史背景，其针对的批判对象是封建刑法的重刑主义，即犯罪不论轻重，一概处以重刑。为此，作为罪刑相称原则的基本含义，就是重罪重罚，轻罪轻罚，罚当其罪。

（一）罪刑相称原则的赞同与反对

在今天的刑法理论中，罪刑相称原则能否作为刑法的一项基本原则，学者的

[34] 原来是 10 个罪名，后第 2/2006 号法律即《预防及遏止清洗黑钱犯罪》删除了《有组织犯罪法》规定的“不法资产或物品的转换、转移或掩饰罪”，第 6/2008 号法律即《打击贩卖人口犯罪》废除了《有组织犯罪法》规定的“国际性贩卖人口罪”。

[35] 见以上注释，该罪名已被废止。

观点并不统一，有赞成的，也有反对的。赞成者认为，不管是异种犯罪还是同种犯罪，其对社会的危害程度必然有轻有重，故按犯罪危害程度的轻重，适用不同的刑罚，是合理、公正的。反对者则认为，对犯罪人适用刑罚，不能仅限于看犯罪行为的危害程度，更重要的是应当注重犯罪行为人的人身危险性，机械地以犯罪行为危害程度的大小作为刑罚轻重的标准，忽视犯罪行为人的人身危险性，不利于防范犯罪，保卫社会。

本教科书认同赞成的观点，并认为将罪刑相称原则作为刑法的基本原则是合适的，主要理由有三：第一，量刑应以犯罪的危害程度大小为基础，兼顾人身危险性；简单地说，对犯罪行为人适用刑罚，在参考系数方面必须要有主次之分，主系数只能是犯罪行为的危害程度，次系数才是犯罪行为人的人身危险性。比如，甲犯了某种轻罪，不管甲的人身危险性有多大，法院量刑只能在轻罪的法定刑幅度内适用刑罚，不可能因甲的人身危险性大而法外量刑；可见，轻罪用轻的法定刑，首先体现的是罪刑相称，这是主系数，对人身危险性的考量则是次系数，它必须建立在罪刑相称基础之上；用人身危险性来否定罪刑相称，无异于以次代主，以偏概全，主次颠倒。第二，以人身危险性作为量刑的参考系数，实际上涉及的是对犯罪轻重的判断标准，这一点也反映了刑法理论中新旧两派的分歧所在，即在旧派看来，犯罪的轻重取决于犯罪行为的性质、结果等客观因素，而在新派看来，犯罪的轻重还取决于行为人的人身危险性。比如，同样是抢劫，甲是为了替母亲治病需要钱而被迫铤而走险，而乙则是为了吸毒而犯罪，甲的人身危险性明显小于乙，故对甲可在抢劫罪的法定刑幅度内判处较轻的刑罚，对乙则可判处较重的刑罚。可见，以人身危险性作为量刑的参考系数，其性质只是在判断犯罪轻重的标准中增加了一种主观因素，而非从根本上推翻罪刑相称原则。第三，以犯罪行为人的人身危险性为基础而创立的各种刑罚制度包括保安处分制度，与罪刑相称原则并无直接关系；比如，现代刑法中的短期徒刑的替代、缓刑、假释等刑罚制度以及保安监禁、禁止业务等保安处分制度，其创立及发展的主要理论依据虽然是人身危险性，但这些刑罚制度及保安处分制度与罪刑相称是两码事，彼此之间并不冲突，从某种意义上说，这些刑罚制度及保安处分制度只是罪刑相称原则的后续结果，如短期徒刑的替代、缓刑与假释的适用，前提条件当然是先要在罪刑相称原则基础上对被告判处相应的刑罚，而后才会有徒刑替代、缓刑、假释制度的适用。可见，以这些刑罚制度及保安处分制度来否定罪刑相称原则，是没有道理的。

（二）罪刑相称原则的静态与动态

本教科书认为，将罪刑相称原则视为刑法的基本原则，对立法机关制定刑法以及司法机关适用刑法，都具有重要的指导意义。立法机关在制定刑法时贯彻罪刑相称原则因具有普遍性和稳定性，故属于罪刑相称原则在立法上的静态表现；而司法机关在适用刑法时贯彻罪刑相称原则因具有个案性和复杂性，故属于罪刑相称原则在司法上的动态表现。

1、罪刑相称原则的立法静态表现

在刑事立法中，罪刑相称原则主要表现在三个方面：（1）刑罚体系。刑罚体系包括刑罚种类、刑期长短以及其相关的刑罚制度等内容。要使刑罚适用于各种各样轻重不一的犯罪，立法者首先必须建立起一套科学、合理的刑罚体系；比如，在刑罚种类方面，可以有自由刑和财产刑之分，也可以有主刑和附加刑之分；*惟*此，重罪才能受到重罚，轻罪才能受到轻罚。（2）法定刑。法定刑的轻重，取决于犯罪性质。在这一点上，立法者是没有过多的考虑余地的，性质严重的犯罪，

法定刑就要重，反之则轻。比如，故意杀人罪的法定刑，当然要重于侮辱罪的法定刑；特定的多发情况下的过失致人死亡（如交通肇事、重大责任事故致人死亡）的法定刑，当然要重于或最起码等同于一般情况下的过失致人死亡的法定刑；[36]即便是对同一性质的犯罪，立法者也可视不同的情节在立法上规定轻重不同的法定刑。（3）量刑情节。犯罪的复杂性，决定了立法者必须充分考虑到足以影响犯罪轻重的各种犯罪情节，并对不同的犯罪情节在刑罚轻重方面作出从重或减轻处罚的相应规定。这些量刑情节有的是具有概括性的，如防卫过当、犯罪未遂、共同犯罪中的从犯、累犯等量刑情节，有的则从属于具体犯罪的，如犯罪数额巨大等量刑情节。可以说，立法者对量刑情节规定得越合理，越明确，就越有利于体现并贯彻罪刑相称原则。

2、罪刑相称原则的司法动态表现

司法机关在具体适用刑法的动态过程中要做到罪刑相称，首先必须严格依照刑法的相关规定适用刑罚，因为如上所述，立法者在制定刑法时已充分考虑到罪刑相称原则的要求，故司法机关严格依照法律定罪量刑，就能够使罪刑相称原则从静态的立法走向动态的司法。其次，在严格依照法律定罪量刑的前提下，司法机关还必须从具体的个案出发，综合考虑案件的各种情节和因素，包括客观的情节和因素，如行为造成的后果，也包括主观的情节和因素，如行为人实施犯罪的动机以及由此反映的人身危险性；在量刑过程中，司法机关特别要注意从案情出发，分析有无法律没有规定但可加重或减轻刑罚的情节，如被告人是出于什么样的动机而实施犯罪，被告人犯罪后有无悔改表现，等等，这是司法机关在审理案件时贯彻罪刑相称原则的重要内容。

（三）澳门刑法中的罪刑相称原则

本教科书认为，在澳门刑法中，罪刑相称原则在刑罚体系、法定刑和量刑情节的立法中得到了充分的体现。从《澳门刑法典》的有关规定来看，关于罪刑相称原则的立法，主要包括以下三个方面：

第一，明确规定犯罪要与罪责或责任相适应。根据《澳门刑法典》第 40 条第 2 款规定，“在任何情况下，刑罚均不得超逾罪过之程度”，这里讲的“罪过”，毫无疑问指的是“罪责”，而罪责就是责任，罪责的大小，取决于行为人对其行为应当承担的责任。比如，在翻译《德国刑法典》第 46 条关于“量刑的基本原则”规定时，中国大陆学者译为“行为人的罪责是量刑的基础”，而台湾地区的学者则译为“犯罪人之责任是量刑之基础”；为此，在德国刑法理论中，德学者通常都是将刑罚的轻重与罪责或责任的大小挂钩，如有学者在谈到责任原则时指出，“（一）……基本原则是无责任无刑罚！……（三）个案中科处的每个刑罚必须是与责任相当（刑罚不得大于责任程度）”。[37]可见，将《澳门刑法典》第 40 条第 2 款译为“刑罚均不得超逾罪责（或责任）之程度”，更为妥切。[38]

本教科书认为，对行为人科处刑罚要与行为人的责任相当，其本意仍然属于罪刑相称的范畴，因为责任不是抽象的，而是具体的，责任的大小、轻重应当由

---

[36] 在《澳门刑法典》分则中，第 134 条规定的“过失杀人罪”法定刑最高为 5 年徒刑，而根据第 279 条及第 281 条规定，“危险驾驶道路上之车辆”过失致人死亡的，法定最高刑只有 4 年徒刑，这样的立法显然违反了罪刑相称原则。

[37]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 214 页。

[38] 类似的情况还比如《澳门刑法典》第 28 条中所指的“罪过”，第 29 条第 2 款中所指的“罪过”，以及第 65 条第 1 款中所指的“罪过”，其原意都应当是罪责或责任。在刑法理论中，罪过通常是专指故意和过失而言的，对古典犯罪论体系来说，罪过虽然属于责任的重要组成部分，但毕竟不等于罪责，《澳门刑法典》的翻译应注意刑法专用术语的运用。

行为的各种主、客观要素决定，即“行为人的责任必须是要包含所实现的不法的全部要素（不法与责任相关，它们必须是相互对应）”；[39]正因为如此，《德国刑法典》第 46 条在规定量刑的基本原则时，才对各种应当注意的主、客观方面的量刑情节作了列举性的规定；《澳门刑法典》第 65 条第 2 款的规定，其立法宗旨同样是为了强调刑罚必须与责任相当，归根结底，罪刑必须相称。

第二，明确规定危险性与保安处分的适当原则。根据《澳门刑法典》第 40 条第 3 款规定，对保安处分的科处，也“仅在其与事实之严重性及行为人之危险性相适应时，方得科处之”。保安处分虽然不是刑罚，但毕竟涉及到人身自由、从事职业等方面的权利，理应同刑罚一样，严格控制，依法而为。鉴于适用保安处分的前提条件是行为人必须具有人身危险性，故这一规定表明，对行为人科处保安处分，需要从主、客观两个方面去综合分析行为人的行为是否足以显示出对社会构成一定的人身危险性，有危险性的，方可科处保安处分。

第三，对酌定量刑情节作出明确的立法指引。根据《澳门刑法典》第 65 条关于“刑罚份量之确定”的规定，法院在确定刑罚份量时不仅要考虑到行为人的罪责以及预防犯罪的需要，而且还须考虑到所有对行为人有利或不利的量刑情节。为此，《澳门刑法典》第 66 条第 1 款从有利于被告的角度出发，对酌定的减轻刑罚的情节作出了专门的规定，即法院在量刑时除了要考虑法律明文规定的须特别减轻刑罚的情节外，也要考虑酌定的可明显减轻行为的不法性或行为人罪责的各种情节，或明显减少刑罚必要性的各种情节，并在第 2 款通过列举的方式，对法官依据酌定情节减轻刑罚作出了立法上的指引。

第四节　刑法的理论演变

在人类历史的长河中，理论来源于实践，但理论对实践的发展又具有决定性的指导作用。古代有刑法而无系统的刑法理论，真正意义上的具有严密逻辑体系且包含了极为丰富内涵的刑法理论源自于近代。在大陆法系国家或地区，近代刑法理论直接成为刑事立法的依据，此后刑事立法的改革或发展，都是刑法理论发生变化的直接产物。因此，全面了解近代刑法理论的产生与发展，不仅有助于正确认识现行的刑事法律，推动刑事立法的改革，而且也有助于指导司法机关准确适用刑事法律，充分发挥刑法对社会的保障作用。

学者们普遍认为，从近代至现代，对刑法理论的建立和发展有重大影响的，主要是两大学派，即刑事古典学派和刑事近代学派。这两个刑事学派关于犯罪、刑罚及其相关刑事责任制度的论述、观点，往往存在着较大差别。尽管如此，现代刑事立法实践仍然是以该两大刑事学派为依据，只不过有所调和和有所侧重而已。

一、刑事古典学派（旧派）

（一）历史背景

早在 16、17 世纪，以荷兰学者格老秀斯、法国学者孟德斯鸠和法国学者卢梭为代表的启蒙主义思想家在提倡自然法则、三权分立及社会契约的学说基础上，对中世纪的封建专制制度包括封建的刑事法律制度展开了激烈的批判。到了 18 世纪以后，资本主义制度在欧洲各国悄然兴起，以平等、自由为核心的人权理论不断发展壮大，一场旨在推翻中世纪封建专制制度的革命风暴开始席卷整个

[39]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 214 页。

欧洲大陆。正是在这样一种历史背景下，为了适应反封建专制斗争的需要，借助于启蒙主义思想家的理论学说，早期的刑事古典学派便应运而生，其主要代表人物包括意大利学者贝卡利亚（刑事古典学派的创始人）、英国学者边沁（功利主义学说创始人）和德国学者费尔巴哈（近代刑法学之父），他们在批判封建刑法的旗帜下，就犯罪与刑罚的诸多理论问题展开了研究，从而奠定了近代刑法理论研究的基础。

（二）反封建刑法的思想理念

刑事古典学派针对封建刑法的种种弊端，旗帜鲜明地提出了具有时代进步性的各种反封建刑法专制的理论学说，这些理论学说主要包括：

1、从罪刑擅断到罪刑法定

封建制度的核心就是专制，这种专制表现在刑法领域就是罪刑擅断主义。有学者解释说，“所谓罪刑擅断主义，是不以明文预先规定犯罪与刑罚，以如何的行为为犯罪，对之应当科处如何的刑罚，国家的首长或代表它的法官任意加以确定的主义”。[40]对此，刑事古典学派以人权理论为基础，坚决主张废除罪刑擅断主义，严格实行罪刑法定主义。比如，贝卡利亚在其名著《论犯罪与刑罚》一书中写道，“只有法律才能确定一个人在什么情况下应受刑罚”。[41]费尔巴哈持相同的主张，认为刑罚虽是一种“恶”，但这种“恶”必须是国家用法律加以规定以及根据该法律才能科处的“恶”；在此基础上，费尔巴哈还提出了著名的罪刑法定“三原则论”，即无法律则无刑罚，无犯罪则无刑罚，无法律规定的刑罚则无犯罪。德国学者黑格尔也以罪刑法定的思想来反对法官判案的随意性，并认为“对各个犯罪应该怎样处罚，不能用思想来解决，而必须由法律来规定”。[42]

2、从重刑主义到罪刑相称

如前所述，封建刑法的重要特征之一就是重刑主义，不管是轻罪还是重罪，都科以重刑。对此，刑事古典学派力挺罪刑相称的思想理念，强调对犯罪行为人适用刑罚，应当与犯罪的危害程度相均衡。比如，贝卡利亚认为，“犯罪对公共利益的危害越大，促使人们犯罪的力量越强，制止人们犯罪的手段就应该越强有力。这就需要刑罚与犯罪相对称”。边沁在《立法理论——刑法典原理》一书中，就犯罪与刑罚的对称问题，提出了“五规则”的理论，极力主张“罪行越重，适用严厉之刑以减少其发生的理由就越充足”，且“不应该对所有罪犯的相同之罪适用相同之刑，必须对可能影响感情的某些情节给予考虑”。[43]后期的刑事古典学派重要代表人物、德国学者宾丁也认为，“刑罚权的内容应当与犯罪的分量立于一定的关系，即犯人由科刑所受痛苦的大小，应当与法律秩序因犯罪受损害的大小成正比。详言之，法律秩序由犯罪所受的损害大，犯人由刑罚所受的痛苦也应当大；反之，法律秩序由犯罪所受的损害小，犯人由刑罚所受的痛苦也应当小”。[44]

3、从刑罚的残酷到刑罚的人道主义

封建刑法的另一重要特征就是刑罚的残酷性，尤其是大量使用死刑和肉体刑，且行刑方式五花八门，残酷之极。对此，刑事古典学派反对残酷的刑罚，极力主张废除肉体刑。比如，贝卡利亚认为，“一种正确的刑罚，它的强度只要足

---

[40]【日】牧野英一著：《日本刑法》（第 64 版，上卷），有斐阁 1939 年版，第 63 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 56 页）。

[41]【意】贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 9 页。

[42]【德】黑格尔著，范扬等译：《法哲学原理》，商务印务馆 1982 年版，第 99 页。

[43]【英】边沁著，孙力等译：《立法理论——刑法典原理》，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 68-70 页。

[44] 马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 33 页。

以阻止人们犯罪就够了”；[45]并进而指出，刑罚最强有力的约束力量不在于刑罚的残酷，而在于刑罚的必定性与及时性。贝卡利亚不仅坚决反对严酷的刑罚，而且也反对死刑，认为滥用死刑并不能使犯罪人改恶从善。

除此之外，刑事古典学派还针对封建刑法“罪及无辜”、“罪及九族”的诛连制度，提出了罪责自负的个人责任原则；针对封建刑法“刑不上大夫”的特权制度，提出了刑法面前人人平等的思想理念。毫无疑问，早期的刑事古典学派所提出的种种反封建刑法的思想理念具有巨大的历史进步性，它们包含着深刻的法治精神，是对封建社会专制制度的根本否定，也是自由、平等、人权理论在刑法领域结出的丰硕果实。它们犹如常青之树，即便在现代刑法理论中，仍然焕发出强大的生命力，并为现代刑事立法提供了坚实的理论基础。

（三）关于犯罪与刑罚的相关学说

刑事古典学派不仅在刑法领域吹响了反封建的号角，而且在犯罪与刑罚方面，也提出了自己的主张和相关学说，明确了近代刑法学中的各种概念，并在此基础上形成了近代刑法学的基本理论框架。刑事古典学派提出的相关学说主要包括：

1、客观主义与行为刑法

刑事古典学派的刑法理论具有浓厚的客观主义色彩，其理论基础的核心是犯罪行为；在刑事古典学派看来，犯罪的本质集中反映在行为对社会所造成的客观危害之中，刑罚惩治的是犯罪行为，而非犯罪行为人。比如，贝卡利亚在批评将行为人实施犯罪行为时所怀有的主观意图作为衡量犯罪标准的观点时指出，“我们已经看到，什么是衡量犯罪的真正标尺，即犯罪对社会的危害”；[46]边沁认为，“根据功利主义原则，犯罪是指一切基于可以产生或者可能产生某种罪恶的理由而人们应当禁止的行为”；[47]费尔巴哈认为，犯罪的本质是侵害法律所保护的权利，或者说“犯罪是犯人表现于外界的侵害他人权利的行为（客观主义）”；[48]后期刑事古典学派的重要代表人物、德国学者毕克迈耶更是直接认为，正常的人都有责任能力，而人的责任能力是没有区别的，对犯了罪的人来说，区别仅在于犯罪所造成的罪恶有大小之分，故刑罚不是在处罚犯罪的人，而是处罚犯罪行为。

刑事古典学派以犯罪行为为中心建立起来的刑法理论，往往也被学者称之为客观主义刑法或行为刑法。本教科书认为，刑事古典学派提倡以犯罪行为为中心来建立近代刑法学的理论框架，同样具有强烈的反封建色彩。因为封建专制刑法对主、客观相统一的刑事责任原则的否定具有“客观归罪”和“主观归罪”的双重性：封建刑法的“客观归罪”表现为完全以行为的后果为依据，不论行为人主观上有无现代刑法意义上的故意或过失，一律入罪给予处罚；而封建刑法的“主观归罪”则以人的思想或言语为依据，不论有特定思想或说出特定言语的人客观上有无作出现代刑法意义上的行为，也一律入罪给予处罚，此类犯罪通常被称之为“思想犯”。显而易见，刑事古典学派强调犯罪的本质是行为对社会所造成的客观危害，坚持刑罚处罚的是犯罪行为而非犯罪行为人，其实质就是为了反对封建刑法的“主观归罪”。其实，早在 16 和 17 世纪，启蒙主义思想家已经对封建刑法的“主观归罪”给予了严厉的批判，比如，孟德斯鸠在《论法的精神》一书中就明确提出，“法律的责任只是惩罚外部的行动”；[49]而刑事古典学派倡导“客

[45]【意】贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 47 页。
[46] 同上，第 67 页。
[47]【英】边沁著，孙力等译：《立法理论——刑法典原理》，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 1 页。
[48]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 35 页。
[49]【法】孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），商务印书馆 1982 年版，第 197 页。

观主义刑法”，很大程度上无疑是受到了启蒙主义思想家的影响。

必须指出，刑事古典学派的客观主义刑法理论与封建刑法的“客观归罪”是完全不能相提并论的。因为刑事古典学派强调犯罪的客观属性，强调犯罪行为的重要性，仅仅是想抓住事物的本质，决非是否认犯罪的主观意志而搞“客观归罪”，这一点在刑事古典学派创立的犯罪论体系三要素中得到了最有力的佐证，即判断某种行为是否足以构成犯罪，不仅客观上要符合法律规定的构成要件，而且主观上也要有故意或过失，这一主、客观相统一的定罪理论至今仍然是大陆法系刑法理论中的“金科玉律”。

2、自由意志说与道义责任论

自由意志说旨在解释为什么犯罪行为人必须对其犯罪行为承担法律责任，也就是如上所说解释刑罚权的依据，该学说主要由康德、黑格尔等德国学者倡导。比如，康德认为，人是有理性的，其意志也是自由的，“一般来说，意志可以包括有意志的选择行为……这种选择行为可以由纯理性决定，而形成自由意志的行为。如果这种行为仅仅由感官冲动或刺激之类的意向决定，就是非理性的兽性选择”。[50]黑格尔也认为，人是有自由意志的，而人的自由意志绝对不可能被强制，犯罪就是理性人的自由意志的产物。由此表明，自由意志说的基本内涵在于：正常的人是有理性的，他们具有选择行为的意志自由，而犯罪就是理性人在自由意志支配下作出了违反命令（即法律）的行为；当一个理性人运用自己的自由意志选择了犯罪，作出了足以对社会造成危害的行为时，从道义的立场上，就等于自愿选择了接受刑罚惩罚，他必须对自己作出的犯罪行为承担法律规定的责任，这就是从自由意志说引伸出来的道义责任论。正因为刑罚只能适用于理性的、有自由意志的人，所以，如黑格尔所说，小孩、痴呆或疯癫者不可能有自由意志，他们就不能对自己的行为承担责任。

3、心理强制说与犯罪预防

心理强制说旨在解释刑罚对犯罪的预防作用，该学说主要由费尔巴哈所倡导。费尔巴哈认为，人都具有避苦趋乐的本能，犯罪行为人也一样，犯罪为“乐”，受刑罚处罚则为“苦”；当一个人实施犯罪所得到的“乐”要大于受刑罚处罚得到的“苦”时，刑罚就没有威慑力，其后果就会使没有犯罪的人也可能去犯罪，犯了罪的人更可能再去犯罪。可见，为了防止犯罪，刑罚之“苦”必须大于犯罪之“乐”，这样才能对意图犯罪的人或犯了罪的人在心理上产生强制作用，使其因害怕受刑罚处罚而不敢或不再犯罪。为了做到这一点，国家或地区不仅要使犯罪的人受到刑罚处罚，而且还要通过立法将大于犯罪之“乐”的刑罚公之与众，使人们预先知道因犯罪而受到的刑罚之“苦”将大于因犯罪而得到的“乐”，从而抑制情感上的冲动，防止萌生犯罪意图。从这一意义上说，费尔巴哈的心理强制说侧重的还是犯罪的一般预防，即通过对犯罪人适用刑罚，来防止社会上其他的人去实施犯罪。除费尔巴哈外，英国学者边沁也从“功利主义”的角度提出了类似的观点，如边沁认为，“惩罚的首要目的是防止发生类似的犯罪。过去发生的毕竟只有一个行为，而未来则未可限量。已经实施的犯罪仅涉及某一个人，类似的犯罪将可能影响整个社会”。[51]为此，边沁主张对犯罪人适用刑罚，要使罪犯感受到刑罚之“苦”超过了犯罪之“乐”，这样才既可使社会上其他的人抑制犯罪的冲动，也可使犯了罪的人消除再去犯罪的意图。

---

[50] 参阅《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版，第 395 页。

[51]【英】边沁著，孙力等译：《立法理论——刑法典原理》，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 26 页。

4、规范说与刑罚权

规范说旨在从刑罚法规与规范的区别中来解释刑罚权的产生，该学说由德国学者宾丁所倡导。按照宾丁的理论，刑罚法规和规范是两个不同的概念，刑罚法规是指由立法者制定的关于犯罪与刑罚的法律条文，它是调整行使刑罚权的主体与犯罪行为人之间的法律关系的法；而规范则是指一种包含着行为的禁止或者命令的准则，其目的是为了保护社会，其指向的对象是有责任能力的人。刑罚法规与规范的区别在于，规范是制定刑罚法规的前提，刑罚法规必然包含着某种规范，从刑罚法规所显示的构成要件中，就可以推导出某种规范；比如，将杀人、强奸、抢劫行为规定为犯罪并处以刑罚的法律条文是刑罚法规，而从这些刑罚法规中就可以推导出某种禁止性的行为准则，即禁止杀人、禁止强奸、禁止抢劫，这种禁止性的行为准则就是规范。根据宾丁的规范说理论，犯罪是违反规范的行为，而不是违反刑罚法规的行为，国家正是通过制定刑罚法规来惩治违反规范的行为，故国家的刑罚权来自于刑罚法规。

5、报应刑论与刑罚目的

关于刑罚的本质及其目的，无论是早期的刑事古典学派还是后期的刑事古典学派，普遍赞同报应刑论的观点，也就是说刑罚是对犯罪的报应，***惟***对报应的程度或依据在认识上有所不同。比如，康德主张“以牙还牙”、“以血还血”的“同害报复”型的等量报应刑，故康德明确赞同死刑，认为杀人者应当处死。而黑格尔虽然也认为犯罪是对法的否定，刑罚则是对犯罪的否定，在这个意义上刑罚就是对犯罪的报应，但黑格尔主张这种报应要具有“适应侵害价值的相等性”，而不应当是单纯的“同害报复”；如黑格尔认为，“犯罪的扬弃是报复，因为从概念上说，报复是对侵害的侵害，又按定在说，犯罪具有在质和量上的一定范围，从而犯罪的否定，作为定在，也是同样具有在质和量上的一定范围。但是这一基于概念的同一性，不是侵害行为特种性状的等同，而是侵害行为自在地存在的性状的等同，即价值的等同”，[52]故黑格尔的报应刑论被称之为等价报应刑。此外，宾丁因持规范说，认为刑罚权来自于刑罚法规，故宾丁从维护社会的角度，同样将刑罚视为是对犯罪的报应，但这种报应是根据刑罚法规来报应犯罪，故宾丁的报应刑观点被称之为法律报应刑。应当指出，在今天的刑罚本质和目的理论中，等价报应刑和法律报应刑的观点仍然为很多学者所重视。

6、犯罪论体系学说

犯罪论体系学说旨在解释某种行为应当具备哪些要素才能构成犯罪，并使犯罪行为人承担相应的刑事责任，该学说的创始人应当是德国学者贝林格。犯罪论体系的学说是刑事古典学派对近代刑法理论的巨大贡献，它强化了大陆法系刑法理论的规范化，具有划时代的意义。时至今日，作为犯罪论体系的构成要件该当性要素、违法性要素及有责性要素，仍然是大陆法系刑法理论的核心内容。[53]

二、刑事近代学派（新派）

（一）历史背景

19 世纪后半期，欧洲大陆资本主义制度基本建立，社会的政治、经济形势发生了巨大变化。在政治方面，民主政制的建立为刑法理论的研究提供了宽松的政治环境；而经济方面，尤其是蒸汽机的发明，触发了工业大革命，致使生产力得到了前所未有的发展。然而，在犯罪领域，由于贫富差距的加大，失业人口的

[52]【德】黑格尔著，范扬等译：《法哲学原理》，商务印务馆 1982 年版，第 104 页。

[53] 有关犯罪论***体系学说的产生***、内涵，本教科书将在相关章节中作具体阐述。

猛增，社会犯罪率则以倍数增加，再犯率不断上升。正是在这一历史背景下，很多学者不得不对刑事古典学派的理论产生了怀疑，正如有学者指出的那样，“伴随着 19 世纪后半期的资本主义的高度化与产业革命的普及，经济的、社会的混乱产生，常习犯、少年犯激增，对此，古典学派的理论，没有任何有效对策，于是发生破绽，意向向新理论转向，支配这一新倾向的，就是近代学派”。[54]

刑事近代学派实际上包括犯罪人类学派和刑事社会学派。犯罪人类学派侧重于研究犯罪的原因，其主要代表人物是意大利的三位学者即龙勃罗梭、菲利和加罗法洛，故犯罪人类学派也称之为意大利学派。刑事社会学派则以犯罪与刑罚作为主要的研究对象，其主要代表人物为德国学者李斯特。由于犯罪人类学派和刑事社会学派在研究方法上都注重以实证的调查研究方法从事理论方面的研究，因此，后来的学者往往将两者合称为刑事实证学派。

（二）关于犯罪与刑罚的相关学说

面对社会动荡引发的犯罪率上升这一社会现实，刑事近代学派对刑事古典学派的相关学说展开了批评，并提出了相关的理论学说，这些学说主要包括：

1、主观主义与行为人刑法

刑事近代学派与刑事古典学派最大的不同点在于：刑事古典学派的刑法理论是建立在犯罪行为基础之上，而刑事近代学派的刑法理论是建立在犯罪行为人基础之上。在刑事近代学派看来，刑事古典学派的理论之所以面对社会混乱而显得苍白无力，症结就是因为刑事古典学派的理论只注重了犯罪行为，却忽视了从犯罪行为人的角度去研究犯罪的惩治与预防。为此，刑事近代学派从它产生的第一天起，就将研究的重心移向犯罪行为人。比如，龙勃罗梭通过对犯人的实证调查研究，提出了“天生犯罪人”的观点，并认为对这些“天生犯罪人”应适用包括死刑、终身监禁和流放在内的严厉的刑罚，以免他们重新犯罪危害社会。李斯特在对刑事古典学派的客观主义刑法进行批判时，更是明确指出，应被处罚的不是行为，而是行为人。后来的学者之所以将刑事近代刑学派称之为主观主义刑法或行为人刑法，其道理就在于此。

2、人身危险性与刑罚个别化

如前所述，刑事近代学派对罪刑相称原则持质疑态度，其主要依据就是犯罪人的人身危险性不同，刑罚也应当不同。比如，龙勃罗梭认为，犯罪人具有不同的生理、心理方面的特征，对犯罪人科处刑罚的轻重，不应当取决于犯罪行为本身的性质及其对社会造成的客观危害，而应当取决于犯罪人所表现出来的人身危险性的大小，因为即便是“同一罪恶，犯之者如或为生而为恶之人，或为生而有犯罪性之人，或为偶然犯罪之人，则施罚自各不同”。[55]李斯特同样坚决反对以犯罪行为的客观危害为标准来决定刑罚的轻重，他认为应当以犯罪行为人的人格以及反社会性为标准，个别地对犯罪行为人适用刑罚。正是依据人身危险性的理论，刑事近代学派提出了刑罚的个别化原则，意图以此来取代罪刑相称原则。[56]

3、目的刑论与社会责任论

刑事近代学派对刑事古典学派的自由意志说提出了强烈的批评。比如，菲利认为，“犯罪自有其自然的原因，与犯罪人的自由意志毫无关系，它处于罪犯的自由意志的数学点之外”。[57]加罗法洛也认为，绝对的意志自由是不存在的，并

---

[54]【日】川端博著：《刑法总论讲义》，成文堂 1997 年版，第 31 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 38 页）。

[55] 刘麟生译：《朗伯罗梭氏犯罪学》（二），商务印书馆 1929 年版，第 139 页。

[56] 对此，本教科书在阐述罪刑相称原则时已指出，用人身危险性来否定罪刑相称原则是缺乏理据的。

[57]【意】菲利著，郭建安译：《实证派犯罪学》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 26-27 页。

认为由此产生的道义责任论是一种谬误，“道义责任的原理只能导致刑事遏制的目的失败”。[58]李斯特则用意思决定论来否定自由意志说，认为人之所以会犯罪，不是自由意志选择的结果，而是由行为人本身的个人因素与外部的社会环境所决定的。因此，对犯罪行为人施以刑罚，决非是简单的报应，而是为了保护个人的各种利益，维护正常的社会秩序，旧的报应刑思想应当由社会防卫这种新的目的刑思想所替代；刑事责任的产生，非出自于道义，实乃出自于一个人对社会应尽的社会责任，这就是社会责任论。

4、教育刑论与犯罪的特别预防

刑事社会学派反对刑事古典学派“报应刑”理论的另一个主要理由，就是认为刑罚的作用在于教育、感化犯罪行为人，使其重新回归社会，不再犯罪，以达到保护社会的根本目的。比如，李斯特认为，刑罚的任务首先是“将罪犯改造成为一个对社会有用之才”，其次是“可以永远地，或者于一定期限内，从身体上剥夺那些对社会无用的罪犯继续犯罪的可能性，将其从社会中剔除出去（人为的筛选）。这也就是人们所说的使罪犯不再危害社会”。[59]为此，李斯特不仅将犯罪人分为机会犯罪人和惯习犯罪人，将惯习犯罪人又分为改善可能者与改善不可能者，并主张对不同的犯罪人处以不同的刑罚，而且还特别重视刑罚的执行方式对改造犯罪人的作用，认为“刑罚所固有的力量更多地体现在刑罚的执行上”。[60]正如有学者在评价刑事近代学派的功绩时指出的那样，“由于认为以特别预防为中心改善犯人是刑罚最重要的使命，如何执行刑罚的问题就成为值得关心的重大事情。在此不定期刑或累进处遇等新的行刑制度被引进，教育刑思想被展开，进而还可以列举短期自由刑的限制、缓执行制度、缓宣告制度、少年犯或累犯的特殊处遇、保安处分、缓起诉制度等功绩”。[61]

5、犯罪征表说与保安处分

倡导犯罪征表说的根本目也是为了保护社会。在刑事近代学派看来，当犯罪行为明显带有犯罪人反社会性的征表，表现出犯罪行为人的人身危险性时，就可以对其科以刑法上的防卫处分，此类防卫处分包括刑罚，也包括保安处分。保安处分制度的提出，是刑事近代学派对大陆法系刑法理论的一大贡献，并被现代大陆法系国家或地区的刑法典广为采用。[62]

三、简单评析

综上所述，刑事古典学派与刑事近代学派在不少问题上是存在严重分歧的，其主要分歧表现在四个方面：（1）客观主义与主观主义。刑事古典学派主张以犯罪行为为中心，建立客观主义的刑法理论体系（行为刑法），刑罚惩罚的是犯罪行为，而非犯罪行为人；刑事近代学派则主张以犯罪行为人为中心，建立主观主义的刑法理论体系（行为人刑法），刑罚惩罚的是犯罪行为人，而非犯罪行为。（2）道义责任论与社会责任论。刑事古典学派认为犯罪是人受自由意志支配所作出的选择，犯罪行为人对自己的自由选择必须承担道义上的责任；刑事近代学派则认为犯罪是由人的个人因素及外部社会环境所决定的，犯罪行为人接受刑罚

[58]【意】加罗法洛著，耿伟等译：《犯罪学》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 246 页。

[59]【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书（修订译本）》，法律出版社 2006 年版，第 9 页。

[60] 同上。

[61]【日】正田满三朗著：《刑法体系总论》，良书普及会 1979 年版，第 21 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 47 页）。

[62] 有关保安处分制度，***本教科书将在姊妹篇《澳门刑法概说（刑罚通论）》的相关章节中作具体论述。***

惩罚乃是出自于个人对社会应尽的社会责任。（3）心理强制说与人身危险性。刑事古典学派依据趋乐避苦的心理强制说理论，主张重罪用重罚，以达刑罚对犯罪的一般预防作用；刑事近代学派则依据人身危险性的理论，主张刑罚的个别化，以达刑罚对犯罪的特别预防作用。（4）报应刑论与目的刑论。刑事古典学派认为刑罚就是对犯罪的报应，是以“恶”制恶，报应就是目的；刑事近代学派则认为刑罚的目的是为了防止犯罪行为人将来再次实施犯罪危害社会，以达防卫社会的目的。

本教科书认为，对刑事古典学派和刑事近代学派的评析，首先应当从历史背景出发，要看到特定历史条件对理论的引导与制约作用。比如，刑事古典学派针对封建刑法提出的各种理论如罪刑法定、罪刑相称、人道主义等原则无疑具有时代进步性，并为今天的刑法理论奠定了必要的理论基础，应给予高度评价。而刑事近代学派面临犯罪率大幅上升，再犯率不断增加的社会困境，及时调整研究方向，以犯罪行为人为切入点，主张在人身危险性基础上实现刑罚个别化、改善刑罚执行方式，强化犯罪的特别预防，也都具有时代进步性，应予以肯定。

其次，无论何种理论，都具有其相对的合理性和缺陷性，刑事古典学派和刑事社会学派并不是两种绝对对立的学派，它们均有其合理存在的价值，也有其不足之处。比如，刑事古典学派重视犯罪行为，刑事近代学派重视犯罪行为人，其实这并非是冲突的对立面，而是应当兼顾的统一面。又比如，刑事古典学派强调刑罚的报应作用，刑事近代学派强调刑罚的教育作用，这两者也不是对立的，只不过是一个层次递进的问题，即刑罚具有惩罚和教育的双重目的，而非是选择的问题，即要么是惩罚，要么是教育。

最后，***从理论体系的科学性考察，***现代刑法理论的建立，应当在刑事古典学派和刑事近代学派创建的理论基础上，通过取长补短的途径，将其融汇在一起。只有这样，刑法理论才能不断发展和完善，并为刑事立法提供更为有效的理论依据。当然，从澳门刑法尤其是《澳门刑法典》的现有规定来看，占主导地位的指导思想还是刑事近代学派的理论，也就是比较注重犯罪行为人的主观表现。比如，《澳门刑法典》中关于犯罪中止未遂中的“努力型中止未遂”的规定，关于防卫过当的免责规定，关于阻却责任的紧急避险的规定，关于刑罚目的的规定，关于短期自由刑的替代规定，关于保安处分的规定，关于延长刑罚的规定，关于缓刑、假释的规定，等等，都体现了以犯罪行为人为主的刑事近代学派的理论。

第二章　澳门刑法概述

第一节　澳门刑法的历史沿革

要了解澳门刑法的历史，不能离开澳门本身的历史，尤其是澳门被葡萄牙占领以及管治的历史。为此，我们可以把澳门刑法的发展与演变概括为五个阶段。

一、1840 年之前的澳门刑法

《基本法》在序言中明确指出，澳门自古以来就是中国的领土，16 世纪中叶以后才被葡萄牙逐步占领。由此可见，葡萄牙占领澳门的历史有一个发展过程，这个发展过程主要包括葡萄牙人在澳门登陆、定居、形成自治区域直到 1840 年鸦片战争爆发后用武力占领澳门等几个不同的发展阶段。以此来考察澳门刑法历史，可以发现自 1553 年葡萄牙人登陆澳门至 1840 年鸦片战争爆发，澳门刑法逐渐从“单一性”走向了“双向性”。

所谓“单一性”，就是指在澳门的葡萄牙人自治区域尚未形成之前，澳门刑法就是中国明、清朝代的刑法，[63]不管是澳门的中国居民还是葡萄牙居民，触犯刑法一律适用明、清朝代的刑法。所谓“双向性”，就是指在澳门的葡萄牙人自治区域形成之后，澳门就有了两种刑法：一种仍然是明、清朝代的刑法，适用对象当然是澳门的中国居民；另一种则是葡萄牙刑法，适用对象主要是澳门的葡萄牙居民，即当居住在澳门的葡萄牙人自相侵犯时，由当地葡萄牙人自治区域的葡萄牙法官依照葡萄牙刑法定罪量刑。但是，当刑事案件涉及当地中国居民与葡萄牙居民的纠纷时，则应适用有效之中国刑法。所以，在这一历史阶段，以澳门的葡萄牙人自治区域形成为标志，澳门刑法就从“单一”适用中国明、清朝代的刑法，逐步转化为有条件地“双向”适用葡萄牙刑法。

二、1840 年至 1976 年的澳门刑法

1840 年鸦片战争爆发后，葡萄牙利用清政府的腐败无能，直接用武力最终占领了澳门；1887 年，又迫使清政府签订了载有“葡国永久管理澳门以及属澳之地”内容的《中葡北京条约》，企图使葡萄牙对澳门的占领合法化；在此期间，因清政府完全失去了对澳门的管治权，清朝的刑法已无法在澳门适用，故取而代之的就是葡萄牙刑法，其中最具代表性的就是 1886 年的《葡萄牙刑法典》。于是，澳门刑法又具有了“单一性”的特征，但此“单一性”与上一历史阶段的“单一性”具有本质上的差别，它意味着无论是澳门的中国居民还是葡萄牙居民，其行为是否构成犯罪以及如何处罚，一律按照延伸至澳门适用的葡萄牙刑法定罪量刑。1955 年，葡萄牙女王颁布了《海外省组织法》，公然将澳门视为葡萄牙的一个“海外省”，葡萄牙刑法在澳门的适用就更具有了葡萄牙国内法的依据。

考察澳门刑法的历史沿革，除了要联系澳门被葡萄牙占领的历史外，还必须注意澳门刑事立法权的发展与演变。在 1840 年至 1976 年期间，葡萄牙对澳门实行的是赤裸裸的殖民管治，澳门作为葡萄牙的一个“海外省”，完全没有本地立法权，其中当然包括没有刑事立法权；因此，当时所有在澳门生效、适用的刑事

[63] 由于中国古代历来是民、刑不分，因此，适用明、清朝代的刑法，实际上就是适用明、清朝代的法律。

法律，全部都是来自于葡萄牙本土。

三、1976 年至 1987 年的澳门刑法

1974 年，葡萄牙国内发生了反法西斯政变，成立了民主共和国，对外宣布放弃殖民政策，澳门不再是葡萄牙的一个“海外省”，但仍由葡萄牙实行管治。为了明确澳门地区的政治地位，葡萄牙国会于 1976 年专为澳门地区制定了《澳门组织章程》，规定澳门地区为一个由葡萄牙管治但享有行政、经济、财政及立法自治权的特殊地区；自此，澳门地区才开始有了包括刑事立法权在内的本地立法权。[64]澳门地区行使本地立法权的机构包括澳门立法会和澳门总督，澳门立法会行使立法权制定的法律文件叫“法律”，澳门总督行使立法权制定的法律文件叫“法令”，理论上把这种由两个立法机关共同行使立法权的制度称之为“双轨立法制”。澳门地区本地立法权的产生，客观上形成了两种法律并存的立法格局：一种是延伸至澳门地区生效、适用的葡萄牙本土法律，[65]另一种是澳门地区立法机关制定的本地法律。

然而，必须指出，在此期间，澳门地区虽然享有了一定的立法权，*惟*葡萄牙殖民管治的理念依然根深蒂固，加之澳门地区的中国居民对法律知之甚少，故法律领域包括立法领域实际上是葡萄牙人一统天下，澳门地区由本地区立法机关制定的法律不仅量少，而且在澳门整个法律体系中所占之地位也显得无足轻重，重要的法律和法典，全部来自于葡萄牙本土，澳门本地区立法机关制定的法律主要是少量涉及公务人员及经济领域的法律。至于在刑法领域，澳门本地区立法机关更是无所作为，在澳门适用的仍然是以 1886 年《葡萄牙刑法典》为代表的葡萄牙本土刑法。

四、1987 年至 1999 年的澳门刑法

这一时期应该说是澳门刑法史上变化最大的一个时期。因为在这一时期，发生了足以改变澳门地区政治地位的两件大事。一件大事是中葡两国政府经过磋商，于 1987 年 4 月 13 日共同签署了《中葡联合声明》，在《中葡联合声明》中，正式宣布中华人民共和国将于 1999 年 12 月 20 日对澳门恢复行使主权，并成立澳门特别行政区；澳门特别行政区按照“一国两制”的方针政策，实行高度自治。另一件大事是为了切实保障“一国两制”方针政策在澳门特别行政区的实施，中国全国人民代表大会经过近五年的咨询和起草，于 1993 年 3 月 31 日经国家主席签署后正式颁布了《基本法》。正是这两件大事的发生，使澳门从 1987 年开始，进入了一个以实现政权平稳过渡为目标的过渡期，1993 年之后更是进入了后过渡期。在澳门过渡期，为了实现法律领域的平稳过渡，中葡双方围绕着“法律本地化”开展了大量的工作，这些工作主要包括法律的清理、法律的翻译、法律的“过户”、法律的修订 [66]以及本地法律人才的培养。由于“法律本地化”工作的

---

[64] 当然，这种本地立法权是受到一定限制的，如不能同《葡萄牙宪法》抵触，对司法制度无立法权等。

[65] 根据《澳门组织章程》规定，葡萄牙本土法律要延伸至澳门地区生效，必须在《澳门政府公报》上刊登；未刊登者，则视为不在澳门地区生效。

[66] 所谓“法律的清理”是指对在澳门适用的所有法律包括在澳门适用的葡萄牙本土法律进行效力甄别，最后由葡方向中方提供有效法律的清单。所谓“法律的翻译”，就是在中文成为官方语文后，要将没有中文的本地法律译成中文，至于葡萄牙本土法律因需要“过户”，就未列入翻译范围。所谓“法律的‘过户’”，是指将在澳门适用的葡萄牙本土法律尤其是大法典，经中葡双方磋商后，转化为由澳门本地立法机关制定的本地法律，以便于 1999 年 12 月 20 日之后继续生效，实现法律的平稳过渡。所谓“法律的修订”，是指对正在生效的澳门本地法律进行修订，删除与《基本法》相抵触或不符合澳门实际的内容，以便于转化为澳门特别行政区的法律。

开展，澳门法律领域发生了很大的变化，刑法领域也同样如此。这一时期在刑法领域最显著的变化是：

（一）实现了刑法典的本地化

如上所述，当时在澳门地区适用的刑法主要就是 1886 年的《葡萄牙刑法典》，至于葡萄牙立法机关对该部刑法典所作修改之单行法律，据考察，因没有在《澳门政府公报》上刊登，几乎没有延伸至澳门地区适用，具体原因不得而知。其实，在 1982 年葡萄牙国内的刑法改革过程中，葡萄牙本国已经废除了 1886 年的《葡萄牙刑法典》，取而代之的是 1982 年新的《葡萄牙刑法典》，只是考虑到澳门地区已享有刑事立法权，葡萄牙方面也有意让澳门本地区立法机关自行制定新的刑法典，故 1982 年新的《葡萄牙刑法典》颁布后，并没有延伸至澳门地区适用，在澳门地区仍然适用 1886 年旧的《葡萄牙刑法典》。可以想象，从 1982 年到 1996 年，一方面，葡萄牙立法机关不可能专为澳门地区再对已被废除的 1886 年《葡萄牙刑法典》进行修改，另一方面，澳门本地区立法机关鉴于本身的立法能力及寄望于重新制定本地区刑法典，也不可能再对 1886 年《葡萄牙刑法典》进行修改，这样，在《澳门刑法典》产生之前，1886 年的《葡萄牙刑法典》仍然是澳门地区最重要的刑法渊源。

1993 年随着《基本法》的颁布，澳门地区进入了后过渡期，“法律本地化”的工作重点移向了法律的“过户”，其首要任务就是将重要的在澳门适用的葡萄牙大法典“过户”为本地法律，实现本土化；在法律“过户”中，1886 年《葡萄牙刑法典》的“过户”工作有幸被排在了首位。经过三年多的起草、翻译和中葡磋商，[67]1995 年终于催生了新的《澳门刑法典》。1995 年 11 月 8 日，澳门总督以法令的形式颁布了新的《澳门刑法典》，新的《澳门刑法典》于 1996 年 1 月 1 日正式生效。尽管新的《澳门刑法典》实际上为 1982 年《葡萄牙刑法典》的翻版，但它作为澳门刑法史上第一部本地刑法典，其诞生不仅在澳门刑法史上具有里程碑的意义，而且也为澳门刑法领域的平稳过渡打下了坚实的基础。

值得注意的是，考虑到在澳门回归之前继续管治的需要，澳门总督在颁布新的《澳门刑法典》的法令中，一方面宣布废除 1886 年的《葡萄牙刑法典》，另一方面则又规定保留 1886 年《葡萄牙刑法典》分则中关于“危害国家安全罪”的条款，此部分条款直至 1999 年 12 月 19 日自行废止。[68]

（二）开创了特别刑法的繁荣期

在大陆法系国家或地区，刑法典被视为普通刑法，而特别刑法则指单行刑事法律和非刑事法律中的刑法规范（附属刑法）。在 1987 年之前，除 1886 年的《葡萄牙刑法典》之外，澳门地区几乎没有什么特别刑法；但在 1987 年之后，鉴于澳门地区政治前途的明朗化，澳门本地区立法也取得了长足的进展，由本地区立法机关包括澳门总督和立法会制定的本地法律如雨后春笋，大量涌现，其中包括众多的特别刑法。比如，在单行刑事法律方面，澳门回归前有 15 个单行刑事法律，全部都是 1987 年以后所制定；在非刑事法律中的刑法规范方面，除有关选举方面的法律之外，绝大多数包括刑事责任条款的非刑事法律，如集会、游行、示威等涉及基本权利方面的法律、道路交通方面的法律、知识产权保护方面的法律，也都是在 1987 年以后制定。这些特别刑法的产生在澳门刑法史上具有特别重要的意义，它们不仅在内容上充实了 1886 年的《葡萄牙刑法典》以及后来的

[67] 因新的刑法典完全由葡萄牙法律专家起草，故需要译成中文后交由中葡双方磋商。

[68] 根据《基本法》第 23 条规定，澳门回归后有关“危害国家安全罪”的立法，将由澳门特别行政区立法机关自行立法，为此，澳门特别行政区立法机关自行制定了《维护国家安全法》。

《澳门刑法典》，而且在打击犯罪的实际过程中，也发挥了举足轻重的作用，从而成为澳门刑法不可缺少的组成部分。

五、澳门回归后的刑法

澳门回归后，根据“原有法律基本保留”的原则，因回归前制定的《澳门刑法典》、全部单行刑事法律和绝大部分非刑事法律中的刑法规范[69]不存在与《基本法》抵触之处，都被全国人大常委会宣布采用为澳门特别行政区的法律。因此，澳门回归后的刑法体系，可以说完全保持了回归前的结构、模式和特征。但随着澳门回归后政治、经济、文化等领域的飞速发展和巨大变化，澳门特别行政区立法会从社会现实以及打击犯罪的需要出发，对《澳门刑法典》及其他被保留下来的特别刑法作出了相应的修订，同时也制定了一些新的特别刑法。

除此之外，在刑事立法权方面，澳门回归前和回归后的变化也是相当明显的。澳门回归前因实行“双轨立法制”，所以澳门总督和原澳门立法会都享有刑事立法权，故刑事法律有“法令”和“法律”之分。澳门回归后，根据《基本法》规定，澳门特别行政区实行的是“单轨立法制”，只有澳门特别行政区立法会才享有立法权，所有涉及刑事责任方面的法律，都必须由澳门特别行政区立法会按照一定的立法程序，以“法律”的形式制定。[70]

第二节　澳门刑法的表现形式

“渊源”一词在中文中，通常是指一种历史的追溯；但在法学理论中，则往往是指法律的表现形式。所以，本节所说的刑法的表现形式，也就是指刑法的渊源，两者是在同等意义上使用的。

在大陆法系国家或地区，刑法的表现形式均以成文法为刑法渊源。除宪制性法律规定的个别涉及刑事责任的基本原则外，[71]这些成文法主要包括刑法典、单行刑事法律、非刑事法律中的刑法规范和国际公约四种形式。澳门法律既然属于大陆法系范畴，其刑法渊源自然也包括上述四种表现形式。判例在澳门不属于刑法渊源。

一、刑法典

在大陆法系国家或地区，刑法典是指立法机关对各种刑法规范进行整理、编纂后而制定的系统的法律文件，其内容可分为总则和分则两大部分。刑法典总则一般包括刑法的基本原则、犯罪的构成要素、相关的刑事责任制度，以及刑罚的种类、裁量、执行等方面的制度；而刑法典分则是在对各种犯罪按照一定标准进行分类、排列的基础上，具体规定何种行为构成何种犯罪，并规定相应的刑罚。刑法典总则对于所有的刑法规范，包括刑法典分则和特别刑法，均具有必须遵守的指导意义，除非刑法典总则有例外性规定。

目前在澳门生效的刑法典就是1996年1月1日开始实施并被保留下来的《澳门刑法典》。《澳门刑法典》是由葡萄牙学者参照1982年的《葡萄牙刑法典》起草的，分为总则和分则两大部分，共350条。[72]《澳门刑法典》总则部分有127

---

[69] 个别非刑事法律中的刑法规范因该非刑事法律本身被废除，所以也不可能保留。如原《立法会选举法》因存在与《基本法》相抵触之处，故被全国人大常委会宣布废除，其中的刑事责任条款自然也被废除。

[70] 这就意味着，现澳门刑事法律体系中的“法令”，只能局限于原有的被保留下来的“法令”，以后不会也不可能再产生新的“法令”。

[71] 如《基本法》第29条第1款规定了“罪刑法定”原则。

[72] 以《澳门刑法典》颁布生效时的条款为准，现经修订后，条款总数有所变化。

条，分为七编，包括“刑法之一般原则”、“事实”、“事实之法律后果”、“告诉及自诉”、“刑事责任之消灭”、“犯罪所引致之损失及损害之赔偿”和“轻微违反”等内容；分则部分有 223 条，分为五编，包括“侵犯人身罪”、“侵犯财产罪”、“危害和平及违反人道罪”、“妨害社会生活罪”和“妨害本地区罪”等五类犯罪，共涉及 185 个罪名。

二、单行刑事法律

单行刑事法律通常是指法律内容直接涉及犯罪和刑罚的单行法律，其作用主要是修改或补充刑法典内容，以弥补因刑法典的相对稳定性所带来的与社会发展之间的不协调现象，或考虑到刑法典本身所存在的立法局限性而对刑法领域的相关问题作细则性规定。从这一意义上说，单行刑事法律可以分为两大类：一类是直接修改刑法典条款的单行刑事法律，或称修改型单行刑事法律；另一类是对刑法典中比较原则、笼统的条款或未涉足的领域作补充规定的单行刑事法律，或称补充型单行刑事法律，而补充型单行刑事法律又可分为涉及新罪名的补充型单行刑事法律和不涉及新罪名的补充型单行刑事法律。

在澳门的单行刑事法律中，单纯的修改型单行刑事法律比较少，比较多的是补充型单行刑事法律，尤其是涉及新罪名的补充型单行刑事法律，更是体现了澳门单行刑事法律的特色。这一点与中国大陆单行刑事法律的立法情况正好相反，因为中国大陆的单行刑事法律基本上都属于修改型的单行刑事法律，如全国人大常委会制订的八个刑法修正案。总体而言，目前澳门单行刑事法律的具体立法情况如下：

（一）修改型的单行刑事法律

到目前为止，单纯对《澳门刑法典》进行修订的修改型单行刑事法律只有 2 个：（1）《利用不可归责者犯罪情节的刑罚加重》（第 6/2001 号法律），该单行刑事法律对《澳门刑法典》的修改是增设第 68-A 条，新条款的内容是将利用不可归责者进行犯罪作为加重刑罚的情节。（2）《打击贩卖人口犯罪》（第 6/2008 号法律），该单行刑事法律对《澳门刑法典》的修改主要是增设第 153-A 条“贩卖人口罪”，同时修改第 5 条“在澳门以外作出之事实”的相关内容；此外，作为独立部分，该单行刑事法律还对法人触犯“贩卖人口罪”的刑事责任及、受害人的权利及对受害人的保护及援助作出了规定。

（二）涉及新罪名的补充型单行刑事法律

涉及新罪名的补充型单行刑事法律共有 15 个：（1）《订定在本地区贩卖、陈列及展出色情及淫秽物品之措施》（第 10/78/M号法律），该单行刑事法律规定了 1 个罪名即“违反色情及淫亵物品管制罪”。[73]（2）《炒卖交通客票惩治法》（第 30/92/M号法令），该单行刑事法律规定了 1 个罪名即“炒卖交通客票罪”。（3）《自愿中断怀孕制度》（第 59/95/M号法令），该单行刑事法律规定了 1 个罪名即“经同意之堕胎罪”。（4）《惩治妨害公共卫生及经济违法法》（第 6/96/M号法律），该单行刑事法律规定了 10 个罪名，即“非法屠宰动物及交易罪”、“异常食品或食品添加剂罪”、“妨害食品真实性、质量或组成罪”、“持有可用于伪造食品或食品添加剂的物质或用具罪”、“不法价格罪”、“囤积罪”、“取得人囤积罪”、“毁灭及不法出口罪”、“违反征用罪”和货物欺诈罪”。（5）《不法赌博法》（第 8/96/M号法律），该单行刑事法律规定了 13 个罪名，即“许可地方以外的不法经营赌博

[73] 该单行刑事法律实为一个很旧的法律，问题不少。因立法者只规定违反本法律的处什么刑，并无规定明确的罪名，故此罪名也为本教科书自加。澳门社会已有修改此法律的呼声，但至今未动。

罪”、“许可地方以外的赌博的不法作出罪”、“许可地方以外的在不法赌博的现场罪”、“许可地方以外的胁迫作出赌博罪”、“许可地方以外的欺诈性赌博罪”、“许可地方以内的不法经营赌博罪”、“许可地方以内的不法进行赌博罪”、“彩票或互相赌博的不法组织罪”、“彩票、奖券或抽奖券的不法出售罪”、“彩票、奖券或抽奖券的伪造及涂改罪”、“麻将的经营罪”、“为赌博的高利贷罪”和“文件的索取或接受罪”。（6）《与动物竞跑有关之刑事不法行为制度》（第 9/96/M号法律），该单行刑事法律规定了 4 个罪名，即“物质的不法使用罪”、“虐待出赛动物罪”、“接受不法投注罪”和“不法投注罪”。（7）《有组织犯罪法》（第 6/97/M号法律），该单行刑事法律规定了 9 个罪名，即“黑社会罪”、“以保护为名的勒索罪”、“自称黑社会罪”、“不当扣留他人证件罪”、“操纵卖淫罪”、“在公共场所可处罚的行为罪”、“联群的不法赌博罪”、“易燃或腐蚀性物质或物料罪”和“违反司法保密罪”。（8）《关于遵守若干国际法文书之法律》（第 4/2002 号法律），该单行刑事法律规定了 5 个罪名，即“提供被禁的非军事服务罪”、“交易被禁产品或货物罪”、“运用或提供使用被禁的基金罪”、“提供被禁武器、军事援助或服务罪”、“促使作出不法事实罪”。（9）《非法入境、非法逗留及驱逐出境的法律》（第 6/2004 号法律），该单行刑事法律规定了 9 个罪名，即“非法引诱罪”、“非法协助罪”、“非法收留罪”、“非法雇用罪”、“勒索及敲诈罪”、“伪造文件罪”、“关于身份的虚假声明罪”、“使用或占有他人文件罪”和“非法再入境罪”。（10）《预防及遏止清洗黑钱犯罪》（第 2/2006 号法律），该单行刑事法律规定了 1 个罪名即“清洗黑钱罪”。（11）《预防及遏止恐怖主义犯罪》（第 3/2006 号法律），该单行刑事法律规定了 4 个罪名，即“恐怖组织罪”、“恐怖主义罪”、“资助恐怖主义罪”和“煽动恐怖主义罪”；此外，该单行刑事法律还废除了《澳门刑法典》第 289 条规定的“恐怖组织罪”和第 290 条规定的“恐怖主义罪”。（12）《维护国家安全法》（第 2/2009 号法律），该单行刑事法律规定了 5 个罪名，即“叛国罪”、“分裂国家罪”、“颠覆中央人民政府罪”、“煽动叛乱罪”和“窃取国家机密罪”。（13）《打击电脑犯罪法》（第 11/2009 号法律），该单行刑事法律规定了 8 个罪名，即“不当进入电脑系统罪”、“不当获取、使用或提供电脑数据资料罪”、“不当截取电脑数据资料罪”、“损害电脑数据资料罪”、“干扰电脑系统罪”、“用作实施犯罪的电脑装置或电脑数据资料罪”、“电脑伪造罪”和“电脑诈骗罪”。（14）《禁止不法生产、贩卖和吸食麻醉药品及精神药物》（第 17/2009 号法律），该单行刑事法律规定了 8 个罪名，即“不法生产麻醉药品及精神药物罪”、“不法贩卖麻醉药品及精神药物罪”、“准备制毒所需的设备和物料罪”、“较轻的生产和贩卖罪”、“怂恿他人不法使用麻醉药品及精神药物罪”、“从事职业的滥用罪”、“不法吸食麻醉药品及精神药物罪”和“不适当持有器具或设备罪”。（15）《预防及遏止私营部门贿赂》（第 19/2009 号法律），该单行刑事法律规定了 2 个罪名，即“私营部门的受贿罪”和“私营部门的行贿罪”。这部分单行刑事法律共规定了 81 个独立的新罪名。

（三）不涉及新罪名的补充型单行刑事法律

不涉及新罪名的补充型单行刑事法律共有 7 个：（1）《剥夺自由处分之执行制度》（第 40/94/M 号法令）；（2）《刑事记录规章》（第 27/96/M 号法令）；（3）《对暴力罪行受害人的保障》（第 6/98/M 号法律）；（4）《武器及弹药规章》（第 77/99/M 号法令）；（5）《徒刑及收容保安处分之司法介入制度》（第 86/99/M 号法令）；（6）《刑事司法互助法》（第 6/2006 号法律）；（7）《违法青少年教育监管制度》（第 2/2007 号法律）。

三、非刑事法律中的刑法规范

所谓非刑事法律中的刑法规范，就是指在非刑事法律中专门涉及刑事责任的相关条款，如选举法、游行示威法、工业产权法这些非刑事法律中规定刑事责任的条款，就属于非刑事法律中的刑法规范，或者可称之为非刑事法律中的附属刑法。从附属刑法的立法实践考察，包含在非刑事法律中的附属刑法可分为三类：（1）抽象型的附属刑法。所谓抽象型的附属刑法，就是指在非刑事法律中对严重违法行为仅规定依法追究刑事责任的条款，至于如何追究刑事责任，需要由法官从相关刑法规范中去寻找。（2）引用型的附属刑法。所谓引用型的附属刑法，就是指在非刑事法律中对严重违法行为明确规定依照刑法典某个条款追究刑事责任的条款。（3）独立型的附属刑法。所谓独立型的附属刑法，就是指在非刑事法律中对严重违法行为直接通过规定独立罪名和法定刑来追究行为人刑事责任的条款。

在澳门的非刑事法律中，第一类抽象型的附属刑法和第二类引用型的附属刑法用得很少，立法者大量使用的是第三类规定新罪名的独立型的附属刑法。由于澳门的立法者对附属刑法采用了这样一种立法方式，致使在澳门刑法中规定刑事罪名的除了《澳门刑法典》分则和上述 15 个涉及新罪名的补充型单行刑事法律之外，还有众多的非刑事法律也参与到了规定刑事罪名的立法之中。这种情况与中国大陆的立法者对附属刑法采用的立法方式恰恰相反，因为在中国大陆，刑事罪名都是由刑法典分则统一规定，即便是全国人大常委会制定的刑法修正案，也属于修改型的单行刑事法律，至于非刑事法律中的附属刑法，则仅限于抽象型的附属刑法和引用型的附属刑法，并不包括独立型的附属刑法。

涉及新罪名和法定刑的附属刑法在澳门的非刑事法律中分布相当广泛。比如，在选举方面，《立法会选举法》规定了 32 个与选举有关的罪名，《行政长官选举法》规定了 33 个与选举有关的罪名，而《选民登记法》则规定了 9 个与选民登记有关的罪名。除此之外，在澳门的《出版法》、《集会权及示威权法》、《个人资料保护法》、《道路交通法》、《著作权及有关权利制度》、《工业产权法》、《财产申报法》、《人体器官及组织的捐赠、摘取及移植的法律制度》，甚至在《商法典》这样的大法典中，也规定了不少《澳门刑法典》分则所没有规定的新罪名。据粗略统计，在澳门的非刑事法律中，通过独立型的附属刑法，立法者大约规定了近 120 个新罪名。[74]

四、国际公约

为了维护共同的国际社会秩序，在有些国际公约中，对严重危害人类和平、破坏国际社会秩序的犯罪行为如灭绝种族、发动侵略战争、劫机、贩毒、贩卖人口等行为也作出了规定，理论上通常称这些犯罪为“国际犯罪”。当相关国际公约在本国或本地区生效时，国际公约中的刑法规范也是一种刑法渊源。根据《基本法》规定，澳门回归前已在澳门适用的国际公约可继续适用，中华人民共和国缔结的国际公约也可经一定程序后在澳门适用。因此，凡在澳门适用的国际公约中涉及犯罪、刑罚等刑事责任的条款，也应视为澳门的刑法渊源，如 2006 年 2

[74] 由于澳门回归前，葡方从不重视法律的清理工作，致使有效法律之清单非常混乱；澳门回归后，这一状况并没有彻底改变，故本教科书对非刑事法律所规定的新罪名统计，只能是粗略的统计。此外，个别非刑事法律所规定的“加重违令罪”，其实并不属于独立的新罪名，而只是属于《澳门刑法典》分则所规定的罪名，所以也未统计在内。

月 12 日在澳门生效的《联合国反腐败公约》，就是这样一种刑法渊源。当然，国际公约在本国或本地区是否可以作为直接引用的法律规范，各国或各地区的做法不尽相同。本教科书认为，从《基本法》第 40 条关于国际人权公约和国际劳工公约的适用规定来看，这些国际公约在澳门的适用方式，都必须通过澳门特别行政区立法机关制定的法律予以实施。鉴于《基本法》在澳门法律体系中的宪制性法律地位，故本教科书认为，在澳门适用的国际公约中的刑法规范，也应当通过澳门特别行政区立法机关制定的法律予以实施。比如，2009 年的《预防及遏止私营部门贿赂》法律，其实就是为了落实《联合国反腐败公约》的内容而由澳门特别行政区立法机关制定的一项单行刑事法律。

五、评析

综上所述，澳门刑法的表现形式在类型方面同其他大陆法系国家或地区的刑法表现形式完全一致，惟在特别刑法的表现形式上，却显示出其自身固有的一种特征，即澳门刑法中的大量罪名是通过特别刑法来规定的，《澳门刑法典》分则规定的罪名已不足以反映澳门刑事罪名的全貌。比如，从罪名数量来看，《澳门刑法典》分则规定的罪名是 185 个，但澳门特别刑法却规定了 200 多个罪名，数量上已经超出了《澳门刑法典》分则规定的罪名。即便从罪名的适用量来看，虽然《澳门刑法典》分则规定的“杀人罪”、“伤害身体完整性罪”、“盗窃罪”、“诈骗罪”、“抢劫罪”、“非法剥夺他人行动自由罪”等犯罪不失为常见、多发罪，但澳门特别刑法规定的不少罪名在澳门也是属于常见、多发的犯罪，如涉及经济秩序的“货物欺诈罪”、涉及毒品的“不法贩卖麻醉药品及精神药物罪”、涉及赌博的“为赌博的高利贷罪”，以及涉及道路交通、非法移民的犯罪，都属于犯罪率较高的犯罪。由此可见，充分了解澳门特别刑法规定的罪名，不仅有助于学者及法律工作者研究和操作澳门刑法，而且对于澳门居民的知法和守法来说，也具有极其重要的现实意义。

鉴于澳门特别刑法客观上所具有的类似于刑法典分则的角色，本教科书认为，要在澳门建立起一套科学的刑事立法体系，应当注意以下三个方面的问题：

（一）必须重视《澳门刑法典》总则的指导地位

在大陆法系刑事立法实践中，刑法典总则对刑法典分则以及特别刑法所具有的指导地位是学者们一致公认的，澳门的立法者也必须遵循这样一种基本的刑事立法规则。遗憾的是，《澳门刑法典》总则的指导地位并没有得到澳门立法者应有的重视，《澳门刑法典》总则的规定与特别刑法之间的不协调现象相当严重。导致这种不协调的原因主要有两个：

第一，立法上的时间差所致。所谓立法上的时间差，就是指相关特别刑法与《澳门刑法典》在制定时间上存在着反差，即相关特别刑法的制定要先于《澳门刑法典》的制定。在这种情况下，由于个别葡萄牙学者只是机械地以 1982 年的《葡萄牙刑法典》为蓝本草拟了《澳门刑法典》，期间既无咨询过程，也没有仔细去研究旧的正在澳门地区生效的特别刑法规定，[75]因此，新制定的《澳门刑法典》总则与旧的特别刑法之间往往就会出现不协调的现象。比如，《澳门刑法典》总则规定的罚金单位是“日”，但有的旧的特别刑法规定的罚金单位则是“澳门

[75] 比如，在 1886 年的《葡萄牙刑法典》本地化过程中，葡方送交中方审查的第一稿《澳门刑法典》（草案），其分则竟设置了有关选举方面的犯罪专章，而起草者很可能不知道在当时澳门的立法会选举法中已经专章规定了选举方面的犯罪。中葡磋商时，当中方法律专家提出这种不应当出现的立法重复问题时，葡方才引起注意，并最后决定在《澳门刑法典》分则中删除有关选举方面的犯罪专章。

元”；又比如，《澳门刑法典》总则规定的附加刑只有两种，但分散规定在旧的特别刑法中的附加刑却有二十多种；还比如，《澳门刑法典》总则只规定了“普通累犯”制度，但有的旧的特别刑法如《有组织犯罪法》却规定了“特别累犯制度”；再比如，《澳门刑法典》总则并没有规定法人犯罪的概念及相关处罚制度，但不少旧的特别刑法都规定了具体的法人犯罪制度。凡此种种，都表明《澳门刑法典》总则的指导地位在这些旧的特别刑法的规定中没有得到应有的体现。

第二，理念上的漠视所致。如果说立法上的时间差是导致《澳门刑法典》总则与旧的特别刑法之间产生不协调现象的“先天因素”的话，那么，理念上的漠视就是一种“后天因素”。所谓理念上的漠视，就是指在《澳门刑法典》之后制定新的特别刑法时，其起草者根本无视《澳门刑法典》总则的指导地位，并由此导致了《澳门刑法典》总则的规定与新的特别刑法之间的不协调。关于这一点，最典型的例子就是修改《选民登记法》的法律（第 12/2000 号法律）。因为根据《澳门刑法典》总则第 22 条第 2 款规定，对犯罪未遂，必须是比照既遂犯依法减轻刑罚；但修改《选民登记法》的法律却对违反该法律的四种犯罪的未遂，明确规定“科处于既遂犯的刑罚，适用于犯罪未遂”。本教科书认为，这简直是对《澳门刑法典》总则指导地位的公然挑战。有人辩解说，对犯罪未遂的处罚在理论和立法上可以采客观说的“必减主义”，也可以采主观说的“不减主义”，或可以采折衷说的“得减主义”，[76]并没有绝对限制，这种辩解是毫无说服力的，完全是一种偷梁换柱式的辩解。须知，修改《选民登记法》的法律对犯罪未遂采用什么学说进行处罚，并非是讨论的问题，这里要讨论的问题是：特别刑法关于犯罪未遂的处罚规定能否抵触《澳门刑法典》总则的规定，这种回答只能是选择性的，要么是不能，要么是能。现在看来，修改《选民登记法》法律的草拟者无疑是认为特别刑法能够抵触《澳门刑法典》总则的规定，这就属于因理念上的漠视而导致的对《澳门刑法典》总则指导地位的人为破坏。

本教科书认为，针对上述引致《澳门刑法典》总则与特别刑法不协调的原因，澳门的立法者应当采取相应的立法措施加以改进。对因立法上的时间差引致的不协调，可通过及时修改旧的特别刑法或《澳门刑法典》总则来消除不协调现象；如对个别旧的特别刑法中以“澳门元”为单位的罚金，统一修改为以“日”为罚金单位，不应该一拖再拖，其实这样的特别刑法数量并不多；又如鉴于旧的特别刑法中有“特别累犯”制度，可对《澳门刑法典》总则关于累犯的规定作相应修改，其实只要在累犯规定之后加上一个“法律有特别规定者除外”的但述规定即可。至于对因理念的漠视引致的不协调，那就属于观念的调整问题了。本教科书认为，在大陆法系刑法理论中，特别刑法并非不可以作出与刑法典总则不同的规定，关键是要经过刑法典总则的授权；这种授权可以是在刑法典总则中作一次性的总体性授权，比如，根据《意大利刑法典》第 16 条规定，“本法典的规定，除相应法律有特别规定外，也适用于由其他刑事法律调整的范围”，但也可以在规定具体制度时作特别授权，比如，根据《澳门刑法典》第 10 条规定，“仅自然人方负刑事责任，但另有规定者除外”，这就意味着授权特别刑法可以设置法人犯罪的条款。总之，《澳门刑法典》总则的指导地位必须被尊重，立法者在制定特别刑法时，不能无视《澳门刑法典》总则的相关规定，在没有一般授权和特别授权规定的情况下，想怎么立法就怎么立法，这样做不仅会破坏澳门刑事立法的统一性和科学性，甚至会造成因滥用刑罚权而侵犯居民权利的现象。一句话，此风决不可长，如果政府有关部门在提交的法案中意图作出与《澳门刑法典》总则不

[76] 有关犯罪未遂处罚原则中的客观说、主观说和折衷说，本教科书将在第七章第三节中作具体论述。

一致的规定且《澳门刑法典》总则又无授权的，就应当先提出修改《澳门刑法典》总则相关规定的法案，而不应当自说自话地在特别刑法中作出公然抵触《澳门刑法典》总则的任何规定。

（二）应当注意罪名之间的协调

设置刑事罪名不仅要符合刑法的谦抑性，而且也要注意罪名之间的协调，尤其是像澳门这样通过《澳门刑法典》分则、补充型单行刑事法律和非刑事法律中的附属刑法来分散规定罪名的刑事立法体系，就更应当注意罪名之间的协调关系。从目前澳门刑法中的罪名设置来看，不同刑法表现形式对罪名的设置要注意处理好两种协调关系：

第一，罪名设置要尽可能避免不必要的重复。在澳门刑法中，立法者设置罪名的一个显著特征，就是大量使用了特别法条与普通法条之间具有包容关系的法条竞合立法方式，如“杀人罪”（第 128 条）与“加重杀人罪”（第 129 条）和“减轻杀人罪”（第 130 条）、“胁迫罪”（第 148 条）与“严重胁迫罪”（第 149 条）、“淫媒罪”（第 163 条）与“加重淫媒罪”（第 164 条）、“盗窃罪”（第 197 条）与“加重盗窃罪”（第 198 条）、“袒护他人罪”（第 331 条）与“公务员袒护他人罪”（第 332 条），等等。从理论上说，运用包容性质的法条竞合立法方式来规定罪名，以突出特别法条规定的罪名，并对其适用更重或较轻的法定刑，[77]本来是无可非议的，也有利于体现罪刑相称原则；*惟*在不同的刑法表现形式中设置罪名，相互之间是否需要运用包容性质的法条竞合方式来设置罪名，就要充分考虑其必要性。比如，对《澳门刑法典》分则中已经规定了的罪名，在特别刑法中是否还需要设置相应的特别法条来规定一种新的罪名，就要看犯罪性质有无加重或减轻刑罚的必要性；无加重或减轻刑罚必要的，就不应当再在特别刑法中设置一个本来完全可以被《澳门刑法典》分则规定的罪名所包容的新罪名；否则，这样的新罪名很可能会造成不协调的现象，或者没有什么实际意义。举例来说，在《澳门刑法典》分则中，其实已有关于伪造公文书及身份证明文件的“伪造具特别价值之文件罪”（第 245 条），其法定刑为 1 年至 5 年徒刑，但立法者在《非法入境、非法逗留及驱逐出境的法律》（第 6/2004 号法律）中又规定了伪造与身份证明文件或与此有关的公文书的“伪造文件罪”，其法定刑上升为 2 年至 8 年徒刑。问题是：在这样一个特别刑法中再设置一个“伪造文件罪”并加重法定刑是否有必要呢？为了非法进入澳门或非法逗留在澳门而伪造身份证明文件就要加重法定刑，那样的话，为了更恶劣的目的如为了抢劫、绑架、杀人而伪造身份证明文件，又为什么只能按《澳门刑法典》分则的规定适用较轻的法定刑呢？再举例来说，《澳门刑法典》分则规定了可以诬告他人犯各种罪的“诬告罪”（第 329 条），法定最高刑为 3 年徒刑，如被诬告者因此而被剥夺自由的，法定最高刑则为 8 年徒刑；而立法者在修改《选民登记法》的法律（第 9/2008 号法律）中又设置了一个只能诬告他人犯选举方面罪行的“诬告罪”，法定最高刑为 5 年徒刑，如被诬告者因此而被剥夺自由的，法定最高刑也是 8 年徒刑。这又有必要吗？难道就因为选举方面的犯罪具有政治性质，尽管其发案率并不高，法定刑并不重，难道其诬告的性质就一定比诬告他人犯杀人、强奸、抢劫罪更为严重吗？诸如此类的问题，值得澳门立法者思考。

第二，法定刑的设置要合理。立法者在为每个罪名规定法定刑时，不仅要考虑到犯罪性质等方面的因素，而且还要从全局的角度，考虑到与其他罪名之间的

[77] 因对包容性质的法条竞合关系来说，应当采用特别法条优于普通法条的法律适用原则，按特别法条定罪量刑。

协调，尤其是在具有普通法条和特别法条包容性质的法条竞合关系情况下，必须注意法定刑之间的协调，否则就会产生不合理的情况。举例来说，《澳门刑法典》分则第 211 条规定的“诈骗罪”若符合该条第 3 款规定的法定情况的，法定刑为 2 年至 10 年徒刑，而《惩治妨害公共卫生及经济违法法》（第 6/96/M号法律）规定的“货物欺诈罪”的法定最高刑原先只有 3 年徒刑，这显然是不合理的，澳门回归后立法者对“货物欺诈罪”作了两次修改，将其最重的法定刑也规定为 2 年至 10 年徒刑，方完成了两罪法定刑的协调工作。问题是，这样的情况在澳门刑法中依然存在：比如，《澳门刑法典》分则规定的“勒索罪”（第 215 条）若勒索数额“属相当巨额”，[78]，或“勒索时携带显露或暗藏之武器”，或勒索者“身为旨在重复犯侵犯财产罪之集团成员，且系由该集团最少一成员协助”而进行勒索的，法定刑为 3 年至 15 年徒刑；但是，《有组织犯罪法》（第 6/97/M号法律）规定的“以保护为名的勒索罪”，不管什么情况，法定刑均为 2 年至 10 年徒刑，这显然是不合理的，因为该特别刑法规定的“以保护为名的勒索罪”与《澳门刑法典》分则规定的“勒索罪”属包容性质的法条竞合关系，对有组织犯罪集团实施的收取保护费性质的勒索行为，应按特别法条规定的“以保护为名的勒索罪”定罪量刑，既然这样，如果犯罪集团多名成员携带或暗藏武器且勒索了他人相当巨额财产的，按“以保护为名的勒索罪”定罪量刑，岂不是重罪轻判了吗？[79]

本教科书认为，关于不同刑法表现形式规定的罪名之间如何做到相互协调，对澳门立法者来说是一个很值得重视的问题。而要解决好这个问题，实有必要对澳门所有的刑事罪名作为一个专题项目进行一次全面的分析整理，结合理论以及其他国家或地区的立法实践，使其更加系统化和合理化。

（三）加强附属刑法的整理汇编工作

在非刑事法律中采用附属刑法即设置独立罪名的立法方式有利有弊。利者，有助于根据形势的变化或社会的需要，在制定相关非刑事法律时，不用修改刑法典就能够及时地设置独立的新罪名，这样既能维护刑法典的相对稳定性，又得以充分发挥刑法对社会的保障功能；尤其是在制定经济法规如金融法、保险法、证券法等法律时，因经济形势发展快，故采用附属刑法的立法方式，就更能使刑事立法贴近社会，适应社会发展的需要。然而，在非刑事法律中采用附属刑法的立法方式，其弊端也是相当明显的：弊端之一是立法者稍考虑不周，就容易同刑法典分则规定的罪名产生不协调的现象；弊端之二是立法者过于依赖附属刑法，有可能造成刑罚权的滥用；弊端之三是如果立法者只管立而不管整理汇编的话，久而久之，附属刑法所规定的罪名就因过于分散而难以让人*一目了然*，一般居民可能更无从了解。

对澳门来说，既然澳门立法者在非刑事法律中大量使用附属刑法的立法方式已经成为一种事实，再要求其断然放弃而修改相关的非刑事法律显然是不现实的。为此，本教科书认为，澳门立法者应当对非刑事法律中的附属刑法立法方式采取扬长避短的态度，即在发挥其长处时，要尽可能克服其短处。具体来说，在今后制定新的附属刑法时，立法者必须做到统筹兼顾，无论是设置罪名还是规定法定刑，都要注意与《澳门刑法典》分则保持协调，同时还必须注意刑法的谦抑性，不能动不动就运用刑罚权来惩治违法行为，防止出现滥用刑罚权的现象；其

[78] 根据《澳门刑法典》第 196 条规定，超过 150000 元澳门币即视为数额相当巨额。

[79] 如果有人说，那就按《澳门刑法典》分则定“勒索罪”，采用重法优于轻法的法律适用原则。问题在于：这样做不仅违反了包容性质的法条竞合关系的处理规则，而且如此一来，《有组织犯罪法》规定的“以保护为名的勒索罪”就永远不会再被适用，这样的规定岂不成了“摆设”？

次，对旧的附属刑法来说，立法者则应当进行必要的汇编整理工作，将分散在各种非刑事法律中的独立罪名集中起来，由有权机关以一定的体例汇编成册后公开出版，让所有澳门居民包括澳门境外人士，都能够清楚地了解澳门刑法中究竟有多少罪名，这对于一个法治社会来说是相当重要的。

第三节　澳门刑法的适用范围

刑法的适用范围包括两个方面：一是刑法在时间上的适用范围，二是刑法在空间上的适用范围。

一、刑法的时间适用范围

关于刑法在时间上的适用范围，学者们的解释角度有所不同。如有的学者从刑法的生效和失效的角度考察，认为刑法的时间适用范围就是指刑法“时的效力”，即“指刑法从什么时点到什么时点具有效力的问题，也称为时际刑法”。[80]也有学者从刑法的适用的角度考察，认为“刑法以何时作标准来适用，即何时所行的犯罪适用刑法的问题就是时间性适用范围”。[81]本教科书比较赞同从行为适用的角度来解释刑法在时间上的适用范围。简单地说，刑法的时间适用范围所要解决的问题，其核心就是对行为是否构成犯罪以及如何处罚究竟应当适用行为时的刑法还是适用行为后的刑法，理论上将这种时间上的适用也称之为刑法的溯及力。

（一）刑法溯及力概述

判断刑法有没有溯及力，或者说对行为是否构成犯罪以及如何处罚的审理究竟是适用行为时正在生效的刑法，还是适用行为后开始生效的刑法，这种情况发生的概率不是很高，因为在一般情况下，当原有的刑法没有发生变化时，法院审理刑事案件当然是适用行为时正在生效的刑法；但是，当原有的刑法即旧刑法被废除而产生了新刑法时，就可能会产生新旧刑法在时间上的适用效力问题。比如，新的刑法制定出来并开始生效后，在旧刑法生效期间作出的行为还未经审判或者虽已审判但法院未作出确定性判决的，究竟是适用旧刑法还是适用新刑法，就会不可避免地摆在法官面前。

关于刑法的溯及力，理论上可以包括四种不同的***学说观点：***（1）从旧说。该学说认为，在上述情况下，法院对行为的审理，必须适用行为时有效的刑法也就是旧的刑法，而不能适用行为后开始生效的刑法也就是新的刑法，新的刑法是没有溯及力的，有学者也将从旧说称之为“行为时的法主义”。该学说的理据自然是罪刑法定原则，因为罪刑法定原则不允许适用事后法。（2）从新说。该学说认为，在上述情况下，法院对行为的审理，应当适用行为后开始生效的刑法也就是新的刑法，不能适用行为时有效的刑法也就是旧的刑法，新刑法有溯及力，有学者将从新说则称之为“审判时的法主义”。该学说的理据在于：旧刑法一旦被废除，即表明失去了法律效力，既然旧刑法已失效，就不能再适用，有学者称之为“不后及之原则”，即“法律废止或停止其效力之后，不适用已废止或停止之法律，此即所谓不后及之原则”。[82]（3）从旧兼从轻说。该学说认为，新的刑法原则上没有溯及力，故从旧说是正确的；***惟***如果适用新的刑法审理比适用旧的刑法审理要轻的，应当作为例外而适用新的刑法，该学说的理据就是有利于被告原则。

---

[80]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 70-71 页。
[81]【韩】李在祥著，韩相敦译：《韩国刑法总论》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 28 页。
[82] 蔡墩铭著：《刑法总论》（修订八版），台湾三民书局股份有限公司 2009 年版，第 58 页。

（4）从新兼从轻说。该学说认为，旧的刑法一旦被废除就不能再适用，故从新说是正确的；*惟*如果适用旧的刑法审理比适用新的刑法审理要轻的，应当作为例外而适用旧的刑法，该学说的理据显然也是有利于被告原则。

目前，在大陆法系刑法理论中，学者们普遍认同的是从旧兼从轻说，而从大陆法系国家或地区的刑法典规定来看，也都是采用了从旧兼从轻说。在刑法的溯及力问题上，各国立法者之所以首先采用从旧说，并将其作为基本原则，显示了立法者在刑法中维护罪刑法定原则的信念；而在此基础上又采用从轻原则，其立法宗旨当然是为了体现有利于被告原则。由此可见，虽然有利于被告原则在理论上与罪刑法定原则相悖，但从维护被告人的人权角度出发，有利于被告原则作为罪刑法定原则的一种例外，已得到了学者们乃至立法者的一致认同，故对刑法的溯及力采从旧兼从轻说，乃是大陆法系国家或地区刑法典的立法通例。

（二）《澳门刑法典》关于刑法溯及力的规定

《澳门刑法典》第 2 条关于澳门刑法“在时间上之适用”，指的就是刑法的溯及力，采用的学说也是从旧兼从轻说。

1、基本原则是从旧

根据《澳门刑法典》第 2 条第 1 款规定，“刑罚及保安处分，分别以作出事实当时或符合科处保安处分所取决之前提当时所生效之法律确定之”。该款规定表明，在澳门刑法中，新的刑法在原则上是没有溯及力的，对行为人科处刑罚及保安处分，应分别以行为人作出行为时正在生效的刑法为依据。

为了更准确地认定何谓“作出行为之时”，《澳门刑法典》第 3 条还对两种犯罪情况下行为的实施时间作出了规定：（1）当行为的时间与行为结果的发生时间不一致时，“不论符合罪状之结果何时产生，行为人作出行为之时”，就被视为“作出事实之时”。比如，甲实施保险诈欺行为，当他以虚假事实向保险公司进行欺诈后，事隔半年才骗得保险款，甲的行为构成“保险诈骗罪”的既遂（第 212 条）；在这种情况下，尽管甲骗得保险款这一符合“保险诈骗罪”罪状的结果是半年后才产生，但甲实施犯罪的时间应从其开始实施保险诈欺行为时起算。（2）对不作为犯罪来说，“行为人应作出行为之时”，将被视为“作出事实之时”。比如，医生甲无正当理由拒绝给危重病人治病，甲的不作为可构成“医生之拒绝罪”（第 271 条）；在这种情况下，甲实施不作为犯罪的时间要以其应当对病人进行救治而没有进行救治的时间为准。

2、例外情况是从轻

在从旧基础上，《澳门刑法典》也规定了从轻的例外情况，这种例外情况包括两个方面的内容：

（1）罪与非罪的从轻例外情况。根据《澳门刑法典》第 2 条第 2 款规定，“如按作出事实当时所生效之法律，该事实为可处罚者，而新法律将之自列举之违法行为中剔除，则该事实不予处罚”。比如，甲作出了 A 种行为且按照行为时的刑法被规定为是犯罪行为，但在法院排期审理过程中，新的刑法颁布了，而根据新的刑法，甲作出的 A 种行为并没有被规定为犯罪，在这种情况下，新的刑法对甲实施的 A 种行为就具有溯及力，法院应当按照新的刑法，认定甲没有构成犯罪，并将案件作归档处理。

关于罪与非罪的从轻例外情况，在澳门终审法院审理澳门前司长欧文龙受贿一案中，得到了实际的运用。据澳门终审法院判决书称，被告欧文龙对多次受贿所得“黑钱”进行了“清洗”，故被起诉实施了 30 个“洗黑钱罪”。而在澳门，惩治清洗黑钱行为的刑法规范前后有两个：一个是 2006 年之前一直生效的《有

组织犯罪法》（第 6/97/M号法律）第 10 条规定的“不法资产移转罪”（以下简称“旧法”）；另一个是 2006 年之后开始生效的《预防及遏止清洗黑钱犯罪》（第 2/2006 号法律）规定的“清洗黑钱罪”（以下简称“新法”），该法律同时废除了《有组织犯罪法》第 10 条规定。从被告欧文龙实施洗黑钱的时间看，其中被起诉的 26 个“清洗黑钱罪”是在“旧法”生效期间实施，另外 4 个被起诉的“清洗黑钱罪”是在“新法”生效后实施；这样，对被告欧文龙在“旧法”生效期间实施的 26 个清洗黑钱的行为，究竟是适用“旧法”还是“新法”，就需要对新旧法进行比较。[83]根据比较发现，“旧法”对洗黑钱行为的上游犯罪（即指获得黑钱的犯罪行为）没有限制，只要是对犯罪所得进行清洗，不管上游犯罪属什么性质的犯罪，都可以构成“不法资产移转罪”；而新法则对洗黑钱行为的上游犯罪作出了限制，即只有对来自可处以最高限度超过 3 年徒刑的犯罪所得进行清洗，方可构成“清洗黑钱罪”，若上游犯罪的法定刑不超过 3 年徒刑的，即使对该等犯罪所得进行清洗，也不构成“清洗黑钱罪”。因此，对被告欧文龙在“旧法”生效期间实施的 26 个清洗黑钱的行为是适用“旧法”还是适用“新法”，关键就要看上游犯罪即受贿罪的法定刑。根据《澳门刑法典》分则规定，受贿罪有两种，一种是“受贿作不法行为罪”（第 337 条），法定最高刑为 8 年徒刑，另一种是“受贿作合规范之行为罪”（第 338 条），法定最高刑为 2 年徒刑；而被告欧文龙在“旧法”生效期间实施的 26 个清洗黑钱的行为，其中一部分清洗黑钱的行为涉及的上游犯罪即受贿罪被澳门终审法院认定为构成“受贿作合规范之行为罪”，法定最高刑不超过 3 年徒刑；于是，澳门终审法院判决书根据《澳门刑法典》第 2 条第 2 款规定，认为被告欧文龙在“旧法”生效期间对来自“受贿作合规范之行为罪”的犯罪所得进行清洗的行为，应当适用“新法”而不构成“洗黑钱罪”。最后，被告欧文龙被起诉的总共 30 个“洗黑钱罪”中，被澳门终审法院以此为理由否决的有 17 个。

关于罪与非罪的解释，除了行为本身是否构成犯罪外，涉及犯罪构成要件被“间接”修改的问题也是值得注意的。比如，甲在旧法生效期间，诬告乙犯有旧法规定的 A 罪，法院在对甲进行审判时，适逢新法颁布，新法将 A 罪行为从犯罪中剔除出去，在这种情况下，甲是否还构成诬告罪？本教科书认为，像此类情况，尽管旧法和新法都将诬告视为犯罪行为，但根据新法，甲的诬告行为因旧法规定的 A 罪被新法非罪化而不构成诬告罪，故仍属于罪与非罪的从轻例外情况，对甲不能再按诬告罪追究其刑事责任。

在理解罪与非罪的从轻例外情况时，还应当注意两个问题：

a）关于罪与非罪从轻例外情况的法律效果问题。《澳门刑法典》第 2 条第 2 款不仅规定了罪与非罪的从轻例外情况，而且还对已经作出确定性判决的罪与非罪从轻例外情况的法律效果作出了明确的规定，即“属此情况且已判刑者，即使判刑已确定，判刑之执行及其刑事效果亦终止”。比如，甲因作出 A 种行为被法院依据行为时的刑法科处 2 年有期徒刑，并送往监狱服刑；一年后，新刑法颁布，根据新刑法，甲实施的 A 种行为不再被规定为犯罪，在这种情况下，罪与非罪的从轻例外情况对甲依然适用，其法律效果就是甲剩余的 1 年徒刑将不再执行并立即被释放，甲也不会因实施 A 种行为而留下前科。

但是，要注意的是，《澳门刑法典》规定的关于罪与非罪从轻例外情况的这种法律效果并不具有普遍性，理论上对罪与非罪从轻例外情况能否产生这样的法

[83] 需要指出的是，澳门终审法院判决书认为，“旧法”即《有组织犯罪法》第 10 条关于“清洗黑钱罪”的规定，对即使不是以有组织犯罪方式实施的清洗黑钱的行为，也一样可以适用。

律效果是有分歧的。有的学者持否定论，认为“此一时，彼一时”，即便新法不认为是犯罪，也不能改变法院在新法生效前已经按旧法作出的确定性判决，否则既明显违反了罪刑法定原则，也有损于法院判决应有的权威性；正因为如此，很多大陆法系国家或地区的刑法典通常无此类规定，实践中也不认同这种做法，如在中国大陆，即使新法不认为是犯罪的行为，只要已按旧法作出确定性判决的，就应当维持原来的判决；对正在服刑的犯罪人，将继续执行所判刑罚。当然，有的学者则持肯定论，认为罪与非罪的变更反映了法律价值观的变化，旧法认为是犯罪，新法不认为犯罪，说明旧法的法律价值观被否定，即使行为人已被判刑亦然；为此，有的国家或地区的刑法典也作了相应的规定，比如，根据《意大利刑法典》第 2 条第 2 款规定，在罪与非罪从轻例外情况下，“如果已经被定罪判罚，则终止刑罚的执行和有关的刑事后果”;《韩国刑法典》第 1 条第 3 款作了类似的规定，即“裁判确定后由于法律变更，其行为不构成犯罪的，免除其刑罚的执行”。显然，《澳门刑法典》第 2 条第 2 款关于罪与非罪从轻例外情况的法律效果的规定，同《葡萄牙刑法典》一样是参照了《意大利刑法典》的相关规定。

b）关于罪与非罪从轻例外情况的例外。罪与非罪从轻例外情况是对从旧原则的否定，而罪与非罪例外情况的例外则是对从轻原则的否定，实际上就是回复到从旧原则，属否定之否定。根据《澳门刑法典》第 2 条第 3 款规定，“如属在某一期间内生效之法律，则在该期间内作出之事实继续为可处罚者”。该款规定表明，如果旧法属某一期间内生效的法律，则在该等旧法生效期间作出的行为，即使新法不认为是犯罪，只要旧法认为是犯罪的，就要按旧法作犯罪论处，不能适用新法而免除行为人的刑事责任，这就是罪与非罪从轻例外情况的例外。在理论上，学者们通常将这种“在某一期间内生效之法律”，称之为限时法，即限时法就是“指限于一定的适用期间而制定的法律”。[84]限时法具有绝对从旧的效力，即便限时法已被废除，但对限时法生效期间作出的行为，不管新法如何规定，一律适用旧的限时法。

然而，对于以什么标准来认定某个法律是否属于具有绝对从旧效力的限时法，理论上则有不同的解释，主要有德国学者的动机说和日本学者的立法说。

动机说是德国刑法理论中鉴别限时法的主流学说。根据《德国刑法典》第 2 条第 4 款规定，“只适用于特定期间之法律，即使该法律失效，但对其有效期间发生之行为仍适用之。法律另有规定者，不在此限”。这一规定表明，在德国刑法中，限时法就是指“只适用于特定期间之法律”；为此，德国学者认为，当新法对旧法作出变更时，要鉴别被变更的旧法是否属于“只适用于特定期间”的限时法，应当通过分析立法者变更旧法的动机，来决定被变更的旧法是否属于法律规定的“只适用于特定期间”的限时法。具体来说，如果立法者变更旧法的动机是出于法律见解的变更或社会道德观念的变迁，则表明旧法中的可罚性已经消灭，此类被变更的旧法就不属于“只适用于特定期间”的限时法，因而不具有绝对从旧的效力，只要变更后的新法不认为是犯罪的，就应当适用新法；举例来说，假设某个旧法将通奸行为规定为“通奸罪”，后立法者认为通奸行为仅属于不道德行为，不应由刑法调整，故变更旧法而删除了“通奸罪”，像这种对旧法的变更，就属于因法律见解的变迁而引致的旧法变更，正是这种变更，使规定“通奸罪”的旧法不再具有可罚性，也就是不属于“只适用于特定期间”的限时法。但是，如果立法者变更旧法的动机仅仅是出于单纯事实关系的变化，则表明旧法中的可罚性并没有被消灭，此类被变更的旧法就属于“只适用于特定期间”的限时

[84]【日】大塚仁著，冯军译:《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 74 页。

法，因而具有绝对从旧的效力，哪怕变更后的新法不认为是犯罪，也要适用旧法；举例来说，当发生瘟疫时，立法者为防止瘟疫扩散颁布了紧急隔离法，违反者视为犯罪，后瘟疫消除，紧急隔离法被废除，像这种对旧法的变更，就属于因单纯事实关系的变化即外界情况的变化而引致的法律变更，在此情况下，紧急隔离法虽然失效，但紧急隔离法规定的犯罪行为的可罚性并没有消灭，故对紧急隔离法生效期间发生的违反该法的犯罪行为，仍然应当适用已经失效的紧急隔离法。正是基于动机说，德国学者认为，《德国刑法典》“第 2 条第 4 款将这一基本原则限制于所谓的暂时法内，从狭义上来理解，这些法律只在明确规定的期限内才有效，从广义上来看，因为它们只是暂时存在的，只适用于非常情况”。[85]由此可见，德国刑法中的“只适用于特定期间”的限时法，也就是指为了适应某种特别事实关系而制定的特别法或暂时法，如为防瘟疫扩散的紧急隔离法、为平息严重骚乱的戒严法等特别法或暂时法。将限时法视为特别法或暂时法的立法例还包括《意大利刑法典》第 2 条第 4 款的规定，即“如果涉及的是非常的或者临时的法律，不适用以上各款的规定”，也就是指这些“非常的或者临时的法律”具有绝对从旧的效力。

立法说是日本刑法理论中鉴别限时法的主流学说。关于刑法的溯及力，《日本刑法典》第 6 条在规定有利于被告的从轻原则时，虽然没有涉及限时法方面的内容，但日本刑法理论及立法实践同样认可限时法具有绝对从旧的效力；***惟***日本学者认为，在日本，限时法是通过立法上的明确规定来体现的，故称其为立法说。具体而言，这种规定限时法的立法方式主要有两种表现形式：第一种表现形式为附加性的立法方式，即在制定某个法律时，就在该法律中设置绝对从旧效力的条款，表明该法律即便失效也适用于该法律生效期间发生的行为；比如，在日本，“过去的关于重要产业的统制的法律在附则第 2 项中规定‘本法施行后五年之内具有效力’，其第 3 项规定‘对在前项期间内所为违反本法或者基于本法所科处分的行为，本法的罚则在前项的期间经过后仍适用之’”，[86]这就属于在制定法律时就对该法律的限时法性质作出了明确的规定。第二种表现形式为追加性的立法方式，即在废除某个法律时，明确规定该法律对其生效期间发生的行为仍然适用；比如，日本的“物价统制令第 42 条规定‘价格等统制令废除之’，并在第 50 条中规定‘旧令关于在本令施行前所为行为的罚则的适用，在本令施行后仍有其效力’”，[87]这就属于在废除某种法律时对被废除的法律的限时性法律性质作出了明确的规定。

那么，对《澳门刑法典》第 2 条第 3 款规定的“在某一期间内生效”的法律也就是限时法，又应该如何理解呢？本教科书认为，从上述介绍的德国刑法理论中的动机说与日本刑法理论中的立法说来看，关于限时法的解释，其实可分为狭义的限时法和广义的限时法。根据德国的动机说，因限时法仅仅是指适用于特别事实关系的特别法或暂时法，故显属狭义的限时法概念；而根据日本的立法说，因限时法是由立法者通过一定的立法方式来显示的，带有立法者的主观意图，不一定非指特别法或暂时法，故可看成是广义的限时法概念。考虑到《澳门刑法典》第 2 条第 3 款在表达限时法概念时，使用的是“在某一期间内生效之法律”的表述，而不象《德国刑法典》或《意大利刑法典》那样，将限时法称之为“只适用

[85]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2004 年版，第 49 页。
[86]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 75 页。
[87] 同上。

于特定期间之法律”或“非常的或者临时的法律”，因此，本教科书比较认同日本的立法说，即某个旧法被修改后，是否属于《澳门刑法典》第 2 条第 3 款所指的“在某一期间内生效之法律”，也就是能否认定其为限时法，应当以附加性的立法方式和追加性的立法方式作出明确规定。

值得一提的是，在澳门，已经有了通过追加性的立法方式来规定限时性法律的例子。比如，在修改《选民登记法》的第 9/2008 号法律中，立法者废除了《选民登记法》中有关“选民登记证”的规定，同时也废除了与“选民登记证”有关的“伪造选民证罪”和“选民证的留置罪”的规定。然而，考虑到在修改《选民登记法》之前，尚有多宗涉及“选民证的留置罪”案件*处在*刑事诉讼程序之中等待法院排期审理的实际情况，第 9/2008 号法律又明确规定，对在原《选民登记法》生效期间作出的涉及“选民登记证”的犯罪行为，仍然适用旧的《选民登记法》。这样，通过追加性的立法，《选民登记法》中涉及“选民登记证”的犯罪规定就成了“在某一期间内生效之法律”，也就是成了限时法。

（2）其他的从轻例外情况。根据《澳门刑法典》第 2 条第 4 款规定，“如作出可处罚之事实当时所生效之刑法规定与之后之法律所规定者不同，必须适用具体显示对行为人较有利之制度，但判刑已确定者，不在此限”。该款规定表明，当行为人的行为被旧法和新法都视为犯罪时，也要进行比较；如果通过比较，认为适用新法对行为人较有利时，应当适用新法。比如，对同种犯罪来说，新法规定的法定刑比旧法要轻；或新法将行为时的某种情节规定为减轻处罚的情节，而旧法没有作出这样的规定；甚至是对某种刑罚如罚金刑的执行，旧法规定必须一次性缴纳，而新法则规定可分期缴纳，这些区别都属于适用新法对行为人较为有利的情况，因而必须适用新法。*惟*不同于罪与非罪从轻例外情况的地方是，一旦法院对行为人已按旧法作出确定性判决的，就不能再改用新法，而是应当维持原来的判决。

不过，如同《澳门刑法典》第 2 条第 2 款关于罪与非罪从轻例外情况法律效果的规定一样，对其他的从轻例外情况，理论上也有不同看法。有学者认为，新法对行为人有利无利的标准是看罪与非罪的规定以及刑罚方面的规定，而刑罚方面的规定主要看新法是否减轻了处罚；在立法上，有的国家或地区的刑法典对此作了明确的规定，如《德国刑法典》第 2 条第 2 款规定，“行为终了时有效之法律在裁判前变更者，适用处刑最轻之法律”；《日本刑法典》第 6 条规定，“由于犯罪后之法律有变更致刑罚发生变更时，适用处刑较轻之法律”；《韩国刑法典》第 1 条第 2 款规定，“犯罪后由于法律变更，其行为不构成犯罪或者其刑罚轻于旧法的，则依照新法”；《中华人民共和国刑法典》第 12 条规定，“但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法”。但也有学者认为，除罪与非罪之外，从轻情况应当包括所有有利于行为人的情况，而非仅局限在处刑较轻的范围之内；在立法上，也有少数国家或地区的刑法典作此规定，如《意大利刑法典》第 2 条第 3 款规定，“如果行为时的法律与后来的法律不同，适用其规定对罪犯较为有利的法律，除非已经宣告了不可撤销的判决”。看来，《澳门刑法典》第 2 条关于刑法溯及力的规定，完全参照了《意大利刑法典》的相关规定。

在对旧法和新法进行比较时，分析何谓“对行为人较有利之制度”，要注意两个问题：第一，新法的适用问题。一部法律通常都是由不同的法律条款组成的，新法的有利性往往只体现在新法的某个或某些法律条款之中，在这种情况下，适用新法并非是适用整部新法，而只是适用其中有利于行为人的法律条款。正如意大利学者指出的那样，“最有利于被告的规定，应该是某一法律的规定，不应该

是‘不同法律规定的综合’，否则，法官就会成为适用的法律规范的制定者”。[88]第二，比较的具体性问题。案件都是具体的，对旧法和新法进行比较不能脱离具体的案情，否则，机械地进行抽象比较，有时很难判断究竟是旧法还是新法对行为人有利。比如，意大利学者举例说，新法在降低旧法对A罪规定的法定最低刑时，又提高了A罪的法定最高刑；或者新法将旧法规定的A罪提升为重罪后，规定A罪只能由故意构成，而旧法尽管将A罪视为轻罪，但故意和过失都可以构成；像此类情况，如果脱离具体案情，就很难说是旧法有利于被告人还是新法有利于被告人。为此，该学者认为，“只有综合比较各种法律适用于具体案件中的犯罪人应承担的具体后果，才可能得出正确的结论。例如，在根据案情应处最低刑的情况下，最低法定刑最轻的法律就是最有利于被告的法律；如果应处最高法定刑，最高法定刑最低的法律就是最有利于被告的法律；如果行为是过失，在重罪只处罚故意的情况下，将该行为规定为重罪的法律才是最有利于被告的法律”。[89]虽然，也有意大利学者反对这样的观点，但本教科书认为这样的观点还是有道理的；因为事物总是复杂的，犯罪也不例外，当事物出现正反两面的时候，就应当结合具体情况分析。比如，还有意大利学者举例说，“在旧法规定为处罚较轻的公诉罪，新法规定为处罚较重的自诉罪时，一般应根据当事人是否提出告诉而定”，[90]本教科书认为这一结论就有失偏颇。因为通过新旧法的比较，当被害人没有提出告诉时，适用新法显然对行为人有利，故适用新法是正确的；但是，如果被害人提出了告诉，则适用旧法显然对行为人有利，故法院在审理时应当适用旧法，而不是适用新法，否则，当然会作出不利于行为人的判决，因而不符合法律规定的有利于被告原则。

二、刑法的空间适用范围

刑法的空间适用范围包括两个方面的内容，即刑法在地域上的适用范围以及刑法对人的适用范围。前者指刑法在多大的领域内适用，后者指刑法对哪些人适用。不管是领域还是人，都处于相对的空间，故理论上也将两者合称为刑法的空间效力。

（一）*刑法空间效力概述*

关于刑法的空间效力，在理论和立法实践中，可以包括多项基本原则，一般学者认为这些基本原则应当包括属地主义、保护主义、属人主义和世界主义四项原则，但有的德国学者认为除上述四项原则外，还应当包括代理主义原则。[91]本教科书认为，个别德国学者提出代理主义原则主要涉及《德国刑法典》第 7 条第 2 款关于在不可引渡情况下适用本国刑法的规定，而这种特殊情况并非德国独有，各国刑法都会碰到类似情况，在此情况下适用本国刑法虽有代理犯罪地国行使刑罚权之意，*惟*将其上升为一项原则似有不妥，故本教科书仍采四原则的基本理论。

1、属地主义原则

属地主义原则的核心是以本国的领域作为适用本国或本地区刑法的标准，即对在本国领域内实施的依照本国的刑法足以构成犯罪的行为，不问行为人或受害

[88]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 36 页。
[89] 同上，第 37 页。
[90] 同上。
[91] 参阅【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2004 年版，第 60 页。

人是何国籍，一律适用本国的刑法。属地主义原则因与国家主权紧密相连，故成为各国刑法在空间效力方面必须坚持的最基本原则，各国刑法典无一例外地都对属地主义原则作了明确的规定。对属地主义原则的理解，要注意以下三个方面的问题：

（1）关于领域的范围问题。对一个国家来说，领域包括三个部分，即领土、领海和领空。[92]除此之外，领域还应当包括具有本国国籍的船舶或航空器，也就是指悬挂本国国旗或涂有本国国徽的船舶或航空器，有学者将此部分领域称之为“浮动领域”或源自“旗国主义”的领域。将具有本国国籍的船舶或航空器视为本国领域，已经成为各国刑法典规定刑法空间效力的立法通例，*惟*在“浮动领域”内发生的行为，往往会产生刑事管辖权方面的国际冲突；比如，A国船舶停留在B国港口时，船上发生了杀人案件，在这种情况下，A国和B国显然都可以认为该案件是发生在本国领域，至于如何解决刑事管辖权的冲突，就属于国际法的问题，取决于许多政治、案情等各方面的因素。

值得注意的是，本国驻外国的使、领馆内部能否作为本国领域的延伸，理论上有不同看法。有学者认为，《维也纳外交关系公约》明确规定，各国驻外国的使、领馆不受驻在国的司法管辖，只受本国司法管辖，故本国驻外国的使、领馆内部也是本国领域的延伸；对发生在本国驻外国使、领馆内的犯罪行为，应适用本国刑法。[93]但也有学者认为，根据《维也纳外交关系公约》，只能得出“使馆馆舍不受侵犯”的结论，“但却不能由此得出派遣国对驻外使馆内享有治外法权的结论”；[94]有意大利学者更直接指出，“意大利驻外使领馆的馆舍不是我国的领域，外国驻意大利的使领馆也不是外国的领土。认为上述地方享有‘治外法权’是不对的，因为这些地方实际上只是享有特殊的、限制所在国强制行使权力的豁免权，但它们仍然是所在国领土的一部分”。[95]本教科书比较认同驻外使、领馆不享有治外法权的观点，一个国家驻他国的使、领馆内部发生的行为可以不受他国司法管辖，但不等于使、领馆内部就是派驻国领域的延伸。

（2）关于法律有特别规定的问题。属地主义原则也有例外，这就是当法律有特别规定时，不得适用属地主义原则。从国际法的角度考察，这里讲的法定例外情况，主要是指基于《维也纳外交关系公约》的规定或国际法上所承认的国际交往惯例，本国法律都会对特定的人作出免受本国司法管辖的豁免性规定。比如，根据德国《法院组织法》规定，外国在德国设立的外交使团成员及其家属、外国在德国设立的领事机关成员，均在德国享有司法管辖方面的全部豁免权；此外，外国国家元首（如属访问还包括其随行家属和随从）、派驻他国的过境外交官、参加国际会议的外国代表、国际机构的国家代表、国际组织的高级官员、外国军队成员（经德国政府同意在德国作短暂停留）、外国军舰和军用飞机的乘务人员、外国特使也均不受德国刑法管辖。[96]

其次，对属地主义原则作例外规定的法律，有时也包括具有某种身份的本国公民。比如，根据《德国刑法典》第 36 条规定，对议员、参议员或州立法机关

---

[92] 关于领海和领空的界定，应以国际公法为准。

[93] 参阅高铭暄主编：《刑法教程》，吉林大学出版社 1984 年版，第 28 页。参阅赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 70 页。

[94] 参阅何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社 1995 年版，第 46-47 页。

[95]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 51 页。

[96] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 233 页。

的成员在会议上作出的表决或言论，除诋毁性侮辱言论外，不受刑事责任的追究。有的国家的宪法还规定，对在位的国家总统，除危害国家安全方面的犯罪外，不得追究其刑事责任。总之，无论是对外国人还是对本国公民来说，因规定刑事豁免权的法律都与特定的人有关，故有学者将该等法律特别规定的例外情况称之为“与人相关的例外”。[97]

（3）关于犯罪行为地的问题。为了体现属地主义原则，首先必须确认犯罪是否发生在本国领域内，这就与犯罪行为地的认定具有密切的联系。判断犯罪是否发生在本国领域内，理论上有行为说、结果说和结合说三种观点。行为说主张“以作为或不作为的实施地为犯罪地，目的在于强调刑法的一般预防功能”；[98]结果说主张“根据犯罪结果的发生地来决定犯罪地，旨在发挥刑法的保护作用”；[99]结合说则主张，“将犯罪行为的实施地和符合犯罪构成要件的结果的发生地均视为行为地”，因为“对于行为的犯罪内涵而言，行为和结果是同等重要的，且在适用属地原则时要考虑到避免法律漏洞问题”。[100]目前，理论上占主导地位的是结合说，有学者将其称之为“普遍存在理论”。[101]在立法上，结合说得到了广为采纳，比如，《德国刑法典》第 9 条规定，《意大利刑法典》第 6 条规定，《瑞士刑法典》第 7 条规定，《葡萄牙刑法典》第 7 条规定，无不体现了结合说的观点；有的国家如日本，尽管刑法典没有对犯罪行为地作出规定，但其刑法理论通说也是认同结合说的***观点。***

2、保护主义原则

保护主义原则是针对本国领域外的行为而言的，其核心体现了对本国国家利益和本国公民利益的保护，即对发生在本国领域外的危害本国国家利益或本国公民利益的行为，适用本国刑法。对本国国家利益的保护，称为国家保护主义，对本国公民利益的保护，称为个人保护主义。

重大的国家利益是不容挑战的。从各国刑法典关于保护主义原则的条款来看，对在本国领域外作出的严重危害本国国家利益的犯罪行为，如危害国家安全、伪造货币等方面的犯罪，都明确规定一律无条件地适用本国刑法。所谓无条件，就是指不管行为人是本国公民还是外国人，也不管行为地国家的法律如何规定，都不会影响本国刑法的适用。比如，有日本学者认为，《日本刑法典》第 2 条关于“国外之犯罪”的规定适用于所有人，包括日本公民和外国人，“这就是保护主义。是想保护日本国的重要国家法益或者社会法益”。[102]类似的立法例还包括《德国刑法典》第 5 条关于“国外犯罪之适用”的规定，《意大利刑法典》第 7 条关于“在外国实施的犯罪”的规定，《法国刑法典》第 113-10 条关于“在法国领域外犯下列各罪名之重罪及轻罪”的规定，《瑞士刑法典》第 4 条关于“在外国实施的针对瑞士的重罪或轻罪”的规定，这些条款都体现了对本国重大国家利益的国家保护主义。《韩国刑法典》第 5 条关于“外国人在国外犯罪”的规定，也是对诸如危害国家安全、伪造货币等严重危害韩国国家利益的犯罪行为施以国家保护主义的条款，但实施此类犯罪的行为人仅限于外国人，不包括韩国公民，

---

[97] 参阅【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2004 年版，第 56 页。

[98]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 51 页。

[99] 同上。

[100]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 220 页。

[101] 同上。

[102]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 80 页。

这主要是《韩国刑法典》将保护主义原则和属人主义原则严格分开规定的缘故，如果是韩国公民在国外实施此类犯罪，那对其适用韩国刑法就不是体现保护主义原则的问题，而是体现了属人主义原则。

在各国刑法典关于保护主义原则的条款中，个人保护主义也是各国刑法典体现保护主义原则的重要内容。比如，《德国刑法典》第 7 条关于“对其他情形下国外犯罪之效力”的规定，《意大利刑法典》第 10 条关于“外国人在外国的普通犯罪”的规定，[103]《瑞士刑法典》第 5 条关于“在外国实施的针对瑞士国民的重罪或轻罪”的规定，都体现了对本国公民利益的个人保护主义。

在保护力度方面，除了对严重危害本国国家利益的犯罪适用本国刑法是无限制条件外，对其他危害本国国家利益的犯罪或危害本国公民利益的犯罪适用本国刑法，往往会附加一定的限制条件，如法定刑限制条件或双重犯罪限制条件。比如，根据《意大利刑法典》第 10 条关于“外国人在外国的普通犯罪”的规定，除第 7 条规定的严重危害意大利国家利益的犯罪之外，“外国人在外国领域实施侵害意大利国家或者公民的犯罪并且意大利法律对之规定适用无期徒刑或者最低不少于 1 年的有期徒刑的”，方可适用意大利刑法，这就对一般的危害意大利国家利益的犯罪施以国家保护主义和对危害意大利公民利益的犯罪施以个人保护主义附加了法定刑的限制条件。又比如，根据《韩国刑法典》第 6 条关于“对大韩民国或者大韩民国公民的国外犯罪”的规定，除第 5 条规定的严重危害韩国国家利益的犯罪之外，外国人在国外对韩国或者韩国公民实施了犯罪且符合双重犯罪原则的，方可适用韩国刑法，这就对一般的危害韩国国家利益的犯罪施以国家保护主义和对危害韩国公民利益的犯罪施以个人保护主义附加了双重犯罪的限制条件。还比如，根据《瑞士刑法典》第 5 条关于“在外国实施的针对瑞士国民的重罪或轻罪”的规定，“在外国实施针对瑞士国民的重罪或轻罪，如该行为在行为地也被认为是犯罪的，适用瑞士法律”，这就对危害瑞士公民利益的犯罪施以个人保护主义附加了双重犯罪的限制条件；类似的立法例还包括《德国刑法典》第 7 条第 1 款规定，即“在国外对德国人犯罪，依犯罪地法律应处罚或不处罚的，德国法律适用之”。

《中华人民共和国刑法典》关于保护主义原则的规定与上述国家刑法典的立法例有所不同，其区别在于两点：第一，将保护主义原则和属人主义原则严格分开，即保护主义原则就是对外国人而言的，不包括中国公民，如果中国公民在中国领域外实施了犯罪，不管属于什么性质的犯罪，对其适用中国刑法都是体现属人主义原则，这一点与《韩国刑法典》的立法方式完全相同。第二，对在中国领域外实施的危害中国国家利益的犯罪，不像上述国家刑法典那样，还要区分严重危害还是一般危害，而是采取“一刀切”的方法，全部同危害中国公民利益的个人保护主义一样，以法定最低刑超逾 3 年有期徒刑和符合双重犯罪原则作为适用中国刑法的限制条件。

3、属人主义原则

属人主义原则也是针对本国领域外的行为而言的，其核心体现了本国法律对本国公民应有的权威地位及管辖权，即对本国公民在本国领域外实施的犯罪行为，符合一定条件的，也可以适用本国刑法。对本国公民在本国领域外实施的行

[103]《意大利刑法典》第 10 条关于“外国人在外国的普通犯罪”既体现了对意大利公民利益的个人保护主义，同时也体现了对意大利国家利益的国家保护主义，但该条体现的国家保护主义与第 7 条“在外国实施的犯罪”体现的国家保护主义在犯罪类型方面有所不同，第 7 条指向的犯罪是严重危害意大利国家利益的犯罪，如国事罪和伪造货币罪，而第 10 条指向的则是第 7 条没有包括的其他危害意大利国家利益的犯罪。

为之所以也可以适用本国刑法，有学者解释说体现了国家忠诚说和国家代理处罚说。所谓国家忠诚说，就是指本国公民无论是在国内还是在国外，都应当服从本国的国家权威；所谓国家代理处罚说，就是指本国公民在国外犯了罪后回到本国，而犯罪地国家又向本国提出了引渡请求，在本国不得引渡本国公民的情况下，对本国公民适用本国刑法实际上就是代替犯罪地国家行使刑罚权。[104]

在大陆法系国家，属人主义原则得到一致公认，*惟*在立法时，对本国公民在本国领域外实施的犯罪究竟应当符合什么条件，方可适用本国刑法，各国刑法典的规定不完全相同。总体来说，主要有四种立法例：（1）无限制式立法例。所谓无限制式立法例，就是指本国公民在本国领域外实施的犯罪只要根据本国刑法足以构成犯罪的，就可适用本国刑法。比如，根据《韩国刑法典》第 3 条关于“本国公民在国外犯罪”的规定，韩国刑法适用于韩国公民在韩国领域外实施的犯罪，并无法定刑或双重犯罪的限制。限制式立法例因过于严厉，故采此立法例的国家很少。（2）法定刑限制式立法例。所谓法定刑限制式立法例，就是指本国公民在本国领域外实施的犯罪既要符合本国刑法关于犯罪的规定，还要符合一定的法定刑要求。比如，根据《意大利刑法典》第 9 条关于“公民在外国的普通犯罪” 规定，意大利公民“在外国领域实施意大利法律对之规定适用无期徒刑或者最低不少于 3 年的有期徒刑的犯罪的”，方可适用意大利刑法；又比如，根据《中华人民共和国刑法典》第 7 条第 1 款规定，“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为 3 年以下有期徒刑的，可以不予追究”。[105]（3）双重犯罪限制式立法例。所谓双重犯罪限制式立法例，就是指本国公民在本国领域外实施的犯罪既要符合本国刑法关于犯罪的规定，也要符合行为地国家刑法关于犯罪的规定。比如，根据《瑞士刑法典》第 6 条关于“瑞士人在外国实施的重罪或轻罪”的规定，瑞士公民在外国实施的重罪或轻罪，必须符合双重犯罪原则，方可适用瑞士刑法；类似的立法例还包括《德国刑法典》第 7 条第 2 款规定，即德国人在本国领域外实施的犯罪（包括犯罪时为德国人和犯罪后成为德国人），只有“依犯罪地法律应处罚或不处罚的”，方能适用德国刑法。（4）明示式立法例。所谓明示式立法例，就是指将本国公民在本国领域外实施的可适用本国刑法的犯罪通过列举的方式予以明示，一旦符合明示的犯罪，就无其他条件限制。比如，根据《日本刑法典》第 3 条关于“国民在国外之犯罪”的规定，日本公民在国外只要实施了该条列举的犯罪的，就可适用日本刑法；而这些列举的犯罪“都是针对重要的社会法益或者个人法益的犯罪。不需要在属于犯罪地的外国也把该行为规定为犯罪”。[106]

4、世界主义原则

世界主义原则同样是针对本国领域外的行为而言的，其核心体现了对国际社会公共秩序的保护，即对发生在本国领域外的危害国际社会公共秩序的犯罪，不问行为人是何国籍，也不问犯罪是否与本国利益或本国公民利益相关，都可适用本国刑法，故有学者将世界主义原则也称之为世界法原则或普遍管辖原则。世界主义原则的出现，无疑是为了满足维护现代国际社会正常公共秩序的需要，因为在一般情况下，“如果案件事实与本国的司法利益无关，则没有哪一个国家会对该案件适用本国刑法，如果适用，即违反了一般之国际法的‘禁止权利滥用’原

[104] 参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 79 页。
[105] 但根据《中华人民共和国刑法典》第 7 条第 2 款规定，该法定刑限制不适用于中华人民共和国国家工作人员和军人。
[106]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 80 页。

则”；[107]但对于危害国际社会公共利益的犯罪来说，则“涉及保护所有文明国家的共同利益”，[108]“符合对跨国文化价值和法益的保护原则”，[109]故为了有效打击此类犯罪，放宽各国刑法管辖权的适用范围具有必要性。

关于世界主义原则的解释，很重要的一个问题就是对危害国际社会公共秩序的犯罪的认定，也就是哪些犯罪才能被认定为是危害国际社会公共秩序的犯罪。有学者认为，采用世界主义原则，“主要是为了防止国际犯罪”，并认为“凡是国际条约所规定的侵害各国共同利益的犯罪，即使犯罪人不是本国人，犯罪地不在本国领域内，也适用本国刑法”。[110]本教科书认同国际犯罪的观点，具体地说，当刑法在空间效力上采用世界主义原则时，其针对的犯罪行为应当是属于通过各种国际协约来规定的国际性的犯罪行为，诸如发动侵略战争、灭绝种族、劫持飞机、海盗等犯罪行为，就属于此类国际性的犯罪。正是从这一意义上说，采用世界主义原则的依据乃是源自于履行国际协约的义务。

在立法上，很多国家的刑法典都规定了世界主义原则。比如，《德国刑法典》第 6 条关于“妨害国际共同保护法益的国外行为”的规定，除在第 1 项至第 7 项通过列举方式表明德国刑法的“国际条约中的特殊的刑罚义务”[111]外，其第 9 项还明确规定德国刑法对其他“根据对德国有约束力的国际协约的规定而应追诉的在国外的犯罪”的适用效力。类似的立法例还包括《日本刑法典》第 4 条之二关于“条约国外犯”的规定，《瑞士刑法典》第 6 条a关于“在外国实施的其他重罪或轻罪”的规定，《中华人民共和国刑法典》第 9 条规定以及《葡萄牙刑法典》第 5 条第 2 款规定。《韩国刑法典》虽然没有规定世界主义原则，但理论与司法实践同样认可世界主义原则，即“依据韩国批准的条约对外国人的国外犯适用刑法可以说是依据世界主义的。如对外国人在外国实行劫机适用韩国航空器航运安全法就是此例”。这些立法例表明，世界主义原则已经得到越来越多的学者和立法者的认同，在刑法的空间效力方面采用世界主义原则，对于有效打击国际协约规定的各种国际性犯罪具有重要的现实意义。

二、《澳门刑法典》关于刑法空间效力的规定

综上所述，在大陆法系刑法中，刑法的空间效力主要适用属地主义、保护主义、属人主义和世界主义四项原则，其中属地主义原则直接关系到国家主权的行使，乃是最基本的空间效力原则。属地主义原则适用于在本国领域内实施的犯罪行为，而保护主义、属人主义和世界主义三项原则适用于在本国领域外实施的犯罪行为。《澳门刑法典》关于刑法空间效力的规定，完全也是采用四项原则相结合的立法方式。

（一）在澳门地区以内实施的犯罪

《澳门刑法典》第 4 条是关于“在空间上之适用之一般原则”的规定，这个一般原则就是属地主义原则。根据该条规定，凡在澳门区域内实施的行为，只要触犯了澳门刑法，不论行为人属何国籍，一律适用澳门刑法，即便是“在澳门注册之船舶或航空器内”实施的行为亦然。

---

[107]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 202 页。

[108] 同上，第 214 页。

[109]【德】约翰内斯韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 32 页。

[110] 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 49 页。

[111]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 215 页。

对《澳门刑法典》第 4 条规定的属地主义原则的理解，应当注意以下二个方面的问题：

1、关于属地主义原则的宪制性法律依据问题

澳门虽然只是中华人民共和国的一个地方行政区域，但是，根据《基本法》规定，澳门又是一个按照“一国两制”实行高度自治的特别行政区，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权；除列入《基本法》附件三的 11 个事关国家主权的全国性法律在澳门公布实施外，其他的包括《中华人民共和国刑法典》在内的全国性法律都不在澳门实施。因此，《澳门刑法典》在空间效力方面采用属地主义原则是符合《基本法》规定的，体现了“一国两制”的方针政策；当然，《澳门刑法典》第 4 条所规定的属地主义原则不能同国家主权理论相提并论，这里讲的“属地”，只是指属澳门高度自治的行政区域。其实，《中华人民共和国刑法典》第 6 条在规定属地主义原则时，已将“法律有特别规定”的情况排除在外，而“法律有特别规定”的情况，无疑包括了由《基本法》规定的在澳门实行“一国两制”的情况。

2、关于国际协约和属司法协助领域的协定问题

根据《澳门刑法典》第 4 条规定，澳门刑法采用属地主义原则有个例外，即“适用于澳门之国际协约或属司法协助领域之协定另有规定者，不在此限”。关于国际协约在澳门的适用，《基本法》第 138 条作了明确规定，根据该条规定，不仅澳门回归前已在澳门适用的国际协约可继续适用，而且澳门回归后中华人民共和国缔结的国际协约经过一定的程序也可在澳门适用；为此，如果在澳门适用的某个国际协约对刑事管辖权有特别规定且与属地主义原则冲突的，就要按照国际协约处理；比如，享有外交豁免权的人士在澳门犯罪，因有适用于澳门的《维也纳外交关系公约》的特别规定，就不能再对其适用澳门刑法。

值得一提的是关于属司法协助领域的协定。澳门回归前，在葡方起草的第一稿《澳门刑法典（草案）》中，其实第 4 条规定只包含了“适用于澳门之国际协约另有规定者”的表述，而无“属司法领域之协定”的概念。当时，为法律过渡需要，在中葡双方就《澳门刑法典（草案）》进行磋商的过程中，考虑到《基本法》第 93 条关于“澳门特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商进行司法方面的联系和相互提供协助”的规定，今后澳门与中国大陆很可能会就刑事司法协助问题进行磋商并签订司法协助方面的协议，而在该等协议中，也极可能会出于共同打击犯罪、保护两地居民权益的需要，对刑事管辖权作出与《澳门刑法典》第 4 条规定的属地主义原则不一致的特别规定，如对犯罪行为和犯罪结果分别发生在澳门与中国大陆的案件或对共同犯罪案件明确划分两地的刑事管辖权；为此，经过磋商，葡方又在《澳门刑法典（草案）》第 4 条关于属地主义原则的例外情况中，加上了“属司法领域之协定另有规定者”的例外情况，并获得中方认同，得以正式颁布。

（二）在澳门地区以外实施的犯罪

《澳门刑法典》第 5 条关于“在澳门以外作出之事实”的规定，针对的是在澳门区域外实施的犯罪行为。根据该条规定，除在澳门适用的国际协议或属司法协助领域的协定另有规定者之外，对在澳门地区以外实施的犯罪适用澳门刑法，分别采用了保护主义、属人主义和世界主义三项原则。

1、旨在体现地区保护主义原则的规定

根据《澳门刑法典》第 5 条第 1 款 a）项规定，在澳门区域外实施了《澳门刑法典》分则所规定的某些犯罪的，适用澳门刑法。这些犯罪可分为两类；一类

是伪造方面的犯罪，包括“假造货币罪”（第 252 条）、“使硬币价值降低罪”（第 253 条）、“与伪造货币者协同而将假货币转手罪”（第 254 条）、“将假货币转手罪”（第 255 条）、“取得假货币以使之流通罪”（第 256 条）、“等同于货币之证券方面的犯罪规定”（第 257 条）、“假造印花票证罪”（第 258 条）、“假造印章、压印、打印器或图章罪”（第 259 条）、“假造度量衡罪”（第 260 条）、“有关此类犯罪预备行为的处罚规定”（第 261 条）；另一类是妨害本地区政治、经济及社会制度方面的犯罪，包括“暴力变更已确立之制度罪”（第 297 条）、“煽动以暴力变更已确立之制度罪”（第 298 条）、“破坏罪”（第 299 条）、“煽动集体违令罪”第 300 条）、“通谋外地罪”（第 301 条）、“侮辱本地区象征罪”（第 302 条）、“胁迫本地区机关罪”（第 303 条）、“扰乱本地区机关运作罪”（第 304 条）、“有关此类犯罪预备行为的处罚规定”（第 305 条）。

很明显，《澳门刑法典》第 5 条第 1 款 a）项所列举的两类犯罪，都属于严重危害澳门本地区利益的犯罪；对在澳门区域外实施该等犯罪的，不问行为人是澳门居民还是非澳门居民，也不问行为地法律如何规定，都可适用澳门刑法，这样的规定无疑体现了国家保护主义原则，只不过澳门地区不代表国家，故称之为地区保护主义原则，但其立法宗旨与《德国刑法典》第 5 条关于“国外犯罪之适用”的规定、《意大利刑法典》第 7 条关于“在外国实施的犯罪”的规定、《瑞士刑法典》第 4 条关于“在外国实施的针对瑞士的重罪或轻罪”的规定、《法国刑法典》第 113-10 条关于“在法国领域外犯下列各罪名之重罪及轻罪”的规定以及《日本刑法典》第 2 条关于“国外之犯罪”的规定是完全一致的。

2、旨在体现世界主义原则的规定

根据《澳门刑法典》第 5 条第 1 款 b）项规定，在澳门区域外实施了《澳门刑法典》分则规定的某些犯罪，只要行为人被发现身在澳门，且不可被移交至另一地区或国家的，适用澳门刑法。这些犯罪包括情节严重的“剥夺他人行动自由罪”（第 152 条第 2 款）、“使人为奴隶罪”（第 153 条）、“贩卖人口罪”（第 153-A 条）、“绑架罪”（第 154 条）、“挟持人质罪”（第 155 条）、“煽动战争罪”（第 229 条）、“灭绝种族罪”（第 230 条）、“严重之酷刑及其他残忍有辱人格或不人道之待遇罪”（第 236 条）。

从犯罪性质考察，《澳门刑法典》第 5 条第 1 款b）项所列举的犯罪，都属于相关国际协约规定的国际性犯罪；对在澳门区域外实施该等国际性犯罪的，同样不问行为人是澳门居民还是非澳门居民，也不问行为地法律如何规定，都可适用澳门刑法，这就是世界主义原则，其立法宗旨与《德国刑法典》第 6 条关于“妨害国际共同保护法益的国外行为”的规定是基本一致的。***惟***不同的是，《德国刑法典》第 6 条在前几项列举了多种国际性犯罪后，其最后一项即第 9 项又对国际协约所包含的“刑罚义务”作了明示性的规定，而《澳门刑法典》第 5 条第 1 款b）项则没有对国际协约包含的“刑罚义务”作明示性的规定，即没有明确指出该项规定的犯罪都属于由国际协约规定的国际性犯罪。但本教科书认为，即便没有明示，从该项规定所列举的犯罪的性质来看，也不影响将该项规定所列举的犯罪视为国际性犯罪。除此之外，本教科书还认为，《澳门刑法典》第 5 条第 1 款b）项规定与《意大利刑法典》第 8 条关于“在外国实施的政治犯罪”的规定也有相通之处，因为根据《意大利刑法典》第 8 条规定，意大利刑法也适用于在意大利领域外实施的政治犯罪，而所谓政治犯罪，就是指“在刑事法律的意义上，一切侵犯国家政治利益或者公民政治权利的犯罪是政治犯罪。完全或者部分因政

治理由而导致的普通犯罪也被视为政治犯罪”；[112]可见，《意大利刑法典》第 8 条从其立法宗旨来看，主要也是体现世界主义原则，以*表明*意大利刑法对国际社会公共秩序的保护；对此，“意大利最高法院在 1992 年 3 月 24 日的判决中认为：在意大利 1985 年第 719 号法律批准欧洲反恐怖主义公约后，为了保护人类最基本的价值免受各种出于政治目的的犯罪侵害，应根据国际法规范的发展，综合考虑意大利宪法关于本国公民和政治犯不得引渡的规定和为人类最基本的价值，来决定政治犯罪的认定及其引渡问题”。[113]

值得一提的是，在适用条件方面，《澳门刑法典》第 5 条第 1 款b）项不同于a）项之处在于多了“只要行为人被发现身在澳门，且不可被移交至另一地区或国家”的规定。本教科书认为，《澳门刑法典》第 5 条第 1 款a）项之所以没有移交方面的规定，乃是因为该项所规定的犯罪都是严重危害澳门地区利益的犯罪，故为了宣示地区保护主义，对此类犯罪适用澳门刑法就比较严厉，只要抓住犯罪行为人，不管是否澳门居民，都不存在将犯罪行为人移交给另一地区或国家的问题，这一点在上述德国、意大利、瑞士、法国、日本等国家的刑法典关于国家保护主义的规定中都得到了充分的体现。但是，《澳门刑法典》第 5 条第 1 款b）项规定的犯罪因为是国际性犯罪，不仅行为人可能是非澳门居民，而且犯罪本身也可能与澳门无任何联系，在这种情况下，自然就会产生是否将犯罪行为人移交给另一国家或地区审判的问题；至于具体是行使管辖权，还是将犯罪行为人*移交*给其他国家或地区管辖，由澳门依照有关法律自行决定。比如，A国公民在A国实施了贩卖A国儿童的“贩卖人口罪”，然后逃到澳门被抓获，如果A国向澳门提出移交犯罪行为人的请求，只要符合移交条件，澳门完全可以将犯罪行为人移交给A国审判，只有在不符合移交条件而不能移交的情况下，如A国刑法对“贩卖人口罪”规定了死刑且不承诺对犯罪行为人不判死刑的，[114]才会依据《澳门刑法典》第 5 条第 1 款b）项规定，对犯罪行为人适用澳门刑法。

3、旨在体现属人主义原则和个人保护主义的规定

根据《澳门刑法典》第 5 条第 1 款 c）项规定，在澳门区域外“由澳门居民对非澳门居民作出之事实，或由非澳门居民对澳门居民作出之事实”，只要符合该项规定的三个方面的条件，也可适用澳门刑法。很明显，从立法宗旨上看，该项规定关于澳门居民对非澳门居民实施犯罪的表述，无疑体现了属人主义原则；而关于非澳门居民对澳门居民实施犯罪的表述，则体现了保护主义原则中的个人保护主义。

根据《澳门刑法典》第 5 条第 1 款 c）项规定适用澳门刑法，要符合三个限制性条件：（1）“行为人被发现身在澳门”，这当然是前提条件。（2）“该等事实亦可为作出事实之地之法例所处罚，但该地不行使处罚权者，澳门刑法，不适用之”，这一限制性条件实际上包含了两层意思：第一，首先要符合双重犯罪原则，即不仅澳门刑法要将该等行为规定为犯罪，而且行为地刑法也须将该等行为规定为犯罪，若不符合双重犯罪原则的，不能适用澳门刑法。第二，尽管符合行为地刑法的犯罪规定，但是，如果行为地有权机关不行使刑罚权的，也不能适用澳门

[112] 值得注意的是，《意大利刑法典》第 8 条对政治犯罪的解释与澳门《刑事司法互助法》的相关规定是有所不同的。根据澳门《刑事司法互助法》第 8 条规定，灭绝种族罪、违反人道罪、战争罪以及 1949 年各《日内瓦公约》所指的严重违法行为，都不视为是具有政治性质的犯罪。

[113]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 55 页。

[114] 关于移交逃犯的条件，澳门的《刑事司法互助法》（第 6/2006 号法律）有详细的规定，但该法律只适用于澳门与外国之间移交逃犯，不适于澳门与中国大陆之间相互移交逃犯。

刑法；比如，行为地有权机关根据行为地法律对犯罪行为人免予起诉或免除刑罚的，即表明不再对犯罪行为人行使刑罚权，故无必要再适用澳门刑法。对此，有的国家的刑法典也有类似规定，比如，根据《韩国刑法典》第 6 条规定，在外国人对韩国公民实施犯罪的情况下，如果依照行为地的法律不构成犯罪，或虽构成犯罪但被免予起诉或免除刑罚执行的，也不再适用韩国刑法。（3）“构成容许将行为人移交之犯罪，而该移交为不可准予者”，方可适用澳门刑法，言外之意，如果移交犯罪行为人是可行的，就不再适用澳门刑法，而是将犯罪行为人移交给其他国家或地区审判。比如，根据澳门《刑事司法互助法》（第 6/2006 号法律）规定，如果行为人***虽非为澳门居民但为中国公民的，***移交肯定是不可准予的，必须适用澳门刑法；如果行为人是澳门居民中的非中国公民，且其国籍国提出移交请求，或移交的义务源自在澳门适用的国际协约的，则移交是否可行就要取决于《刑事司法互助法》的相关规定。

如果说《澳门刑法典》第 5 条第 1 款 c）项的规定旨在从澳门居民和非澳门居民的行为人角色转换中来体现属人主义原则和保护主义原则中的个人保护主义的话，那么，《澳门刑法典》第 5 条第 1 款 d）项的规定则旨在从行为人和被害人的角度来体现属人主义原则和保护主义原则中的个人保护主义。因为根据《澳门刑法典》第 5 条第 1 款 d）项规定，“由澳门居民对澳门居民作出之事实，只要行为人被发现身在澳门”，就可适用澳门刑法。很明显，从行为人的角度考察，该项规定体现的是属人主义原则，但从被害人的角度考察，该项规定体现的则是保护主义原则中的个人保护主义。***正因为行为人和被害人都是澳门居民，所以在适用条件方面就比较宽松，既无移交问题，也不受双重犯罪原则的制约。***

4、旨在体现世界主义原则的规定

根据《澳门刑法典》第 5 条第 2 款规定，“如审判在澳门以外作出之事实之义务，系源自适用于澳门之国际协约或属司法协助领域之协定，则澳门刑法亦适用于该等事实”。***该款规定从立法宗旨上看，无疑***是体现了世界主义原则，即表明对适用于澳门的国际协约所规定的发生在澳门区域外的国际性犯罪，不管行为人是澳门居民还是非澳门居民，也不问犯罪是否危害了澳门地区利益或澳门居民利益，只要在澳门被抓获，对犯罪行为人就可适用澳门刑法。由此可见，该款规定实际上是对《澳门刑法典》第 5 条第 1 款 b）项规定的补充，即为了全面体现世界主义原则，除了第 5 条第 1 款 b）项列举的八种国际性犯罪外，对其他适用于澳门的国际协约规定的国际性犯罪，如劫机、海盗等国际性犯罪，亦可根据该款规定对犯罪行为人适用澳门刑法。当然，如上所述，对国际性犯罪的行为人可适用澳门刑法，只是一种刑事管辖权的宣示，而非指一定要适用澳门刑法。事实上，很多国际协约在规定国际性犯罪时，都对其采用“或引渡或管辖”的原则，也就是每一个国家对国际性犯罪可以有权管辖并适用本国刑法，但也可以将犯罪行为人引渡给其他国家或地区审判，澳门同样如此。当一个国际性犯罪的行为人在澳门被抓获后，若行为人不是澳门居民，案件也与澳门不发生任何联系，而相关国家如犯罪地国或行为人国籍国又向澳门提出移交逃犯请求的，澳门首先应考虑将该等犯罪行为人移交给相关国家或地区审判，只有在不符合移交条件而不可移交时，方可适用澳门刑法进行审判。

至于“属司法协助领域之协定”的问题，本教科书在阐述《澳门刑法典》第 4 条关于属地主义原则的规定时，已介绍了有关产生“属司法协助领域之协定”的历史背景，即“属司法协助领域之协定”主要是为考虑到澳门与中国大陆之间签订刑事司法协助协议而提出的一个概念。如果该等协议产生并按照该等协议处

理澳门与中国大陆之间的刑事管辖权，那肯定不属于世界主义原则的范畴，而是一个国家内部如何划分刑事管辖权的问题。就这一点而言，《澳门刑法典》第 5 条第 2 款规定实际上还涉及到中国内部不同法域之间关于区际刑事管辖权的划分问题。

（三）立法评析

本教科书认为，《澳门刑法典》第 5 条关于刑法空间效力的规定，总体来说对发生在澳门区域外的犯罪行为采用了保护主义原则、属人主义原则和世界主义原则相结合的立法模式，从理论上考察无疑具有一定的合理性，也符合大陆法系国家或地区刑法典关于刑法空间效力的立法通例。但与其他相关国家或地区的立法例相比，还是有值得研究及改进的地方，尤其是在以下两个方面：

1、关于体现世界主义原则的条款

如上所述，《澳门刑法典》第 5 条关于世界主义原则的规定体现在第 1 款b）项规定和第 2 款规定之中。第 1 款b）项规定以列举方式列举了八种国际性犯罪来体现世界主义原则，而第 2 款规定则以国际协约赋予的“刑罚义务”来体现世界主义原则。本教科书认为，这种将世界主义原则分开规定的立法方式是不科学的，因为对世界主义原则来说，其适用的对象只能是国际性犯罪，而何种犯罪为国际性犯罪，应当通过国际协约来规定才具有说服力，而不是由某个国家自说自话决定的；正因为如此，各国刑法典在规定世界主义原则时，无不是以国际协约的规定为前提条件的。比如，《德国刑法典》第 6 条前 8 项是以列举的方式列举了多种国际性犯罪，而第 9 项则概括性地规定了由对德国有约束力的国际协约引致的“刑罚义务”，这不仅可以使人明白《德国刑法典》第 6 条讲的就是与国际协约规定的国际性犯罪直接相关的世界主义原则，而且也可以作为对前几项列举的国际性犯罪的补充，[115]使德国刑法还能够适用于没有列举出来的国际性犯罪或将来有可能增加的国际性犯罪。《澳门刑法典》第 5 条因将世界主义原则分开规定，这就使第 1 款b）项规定的世界主义原则失去了国际协约的依托，人们只能从该项规定列举的犯罪所体现的性质来推测这些犯罪是国际性犯罪，问题是国际性犯罪不能靠推测而是要通过国际协约来认定的。为此，本教科书认为，《澳门刑法典》第 5 条在立法上有必要参考《德国刑法典》第 6 条第 9 项的规定，将第 2 款关于国际协约规定的“刑罚义务”直接移入第 1 款b）项规定之中，这样才能使世界主义原则比较完整地统一建立在国际协约基础之上。

2、关于体现属人主义原则的条款

如上所述，《澳门刑法典》第 5 条 c）项规定体现了属人主义原则，***惟***该项又特别规定须由澳门居民针对非澳门居民实施犯罪。本教科书认为，虽然从广义的角度解释，“居民”的概念可以包括自然人居民和法人居民，但将被害人仅仅表述为“非澳门居民”，是值得商榷的。比如，澳门居民甲在 A 国盗窃或抢劫了属 A 国国家机构的财产，或放火烧毁了 A 国国家机构的房屋，在这种情况下，可否视澳门居民甲是对“非澳门居民”实施了侵害行为，并以此为由对其适用澳门刑法；如果可以的话，是否太属牵强。为此，本教科书认为，关于属人主义原则的立法规定，澳门可以参照相关国家的立法例，摆脱“非澳门居民”概念的束缚。比如，根据《德国刑法典》第 7 条规定，本国公民在本国领域外实施的犯罪，只要符合双重犯罪原则即可适用德国刑法，至于被害人是自然人还是法人抑或是国家机构，在所不问；类似的立法例还包括《瑞士刑法典》第 6 条规定；又比如，

[115] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 215 页。

根据《意大利刑法典》第 9 条和第 10 条规定，对本国公民在本国领域外实施的犯罪，是以一定的法定刑规格作为适用本国刑法的标准，也无被害人是什么身份的规定，类似的立法例还包括《中华人民共和国刑法典》第 7 条规定。

（四）“一事不再理”原则

在刑法的空间效力问题上，各国或各地区之间发生刑事管辖权的冲突是不可避免的。比如，B 国公民甲在 A 国对 A 国公民乙实施了犯罪，A 国刑法按属地主义原则当然适用于甲，而 B 国刑法按属人主义原则也可以适用于甲；反之，A 国公民甲在 A 国对 B 国公民乙实施了犯罪，A 国刑法按照属地主义原则当然适用于甲，而 B 国刑法按保护主义原则也可适用于甲。这样，同一犯罪的行为人往往就可能成为两个或两个以上国家或地区刑法的适用对象，由此也就产生一个问题：即一个人能否因同一个犯罪行为而两次或多次接受不同国家或地区的审判。关于这个问题，无论是理论还是立法，都存在否定说和肯定说两种不同的看法。

肯定说认为，在本国领域外犯了罪后，即使在犯罪地国受到审判，只要本国刑法能对犯罪行为人适用的，仍然可以对在外国已受到审判的犯罪行为人再次按本国刑法进行审判。对此，日本学者解释说，“刑法原则上不承认外国裁判的效力”，“因为裁判权不同”，所以《日本刑法典》第 5 条关于“同一行为虽已在外国受到确定判决，仍得予以重行处罚”的规定，“不违反宪法第 39 条规定的一事不再理的原则”。[116]采“一案可以重审”的***肯定***说立法例还包括《意大利刑法典》第 11 条关于“重新审判”的规定，《韩国刑法典》第 7 条关于“在外国所受刑罚的执行”的规定，《中华人民共和国刑法典》第 10 条关于“刑事管辖权不受外国审判约束”的规定。不过，尽管***肯定***说主张对已在外国受到审判的犯罪行为人仍可按本国刑法进行重审，但在重审时，考虑到犯罪行为人在外国毕竟已受到审判且服完刑或服完一部分刑，故又认同对犯罪行为人可以免除或减轻处罚。比如，根据《日本刑法典》第 5 条规定，“犯人在外国已经受过所宣告刑罚之全部或一部之执行时，可以减轻或免除其刑罚之执行”；根据《中华人民共和国刑法典》第 10 条规定，“在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚”；根据《韩国刑法典》第 7 条规定，“在外国已经受到刑罚全部或者一部执行的，可以免除或减轻处罚”；根据《意大利刑法典》第 138 条规定，则采扣除说，即“当在国外进行的审判应在意大利领域内重新进行时，在国外已执行的刑罚一律予以计算”。

否定说认为，“一事不再理”原则作为一项体现公平的宪制性原则，理应在刑法领域也得到贯彻执行。否则，让一个在外国已受到审判并服完刑的犯罪行为人因同一案件再次接受审判，显然是不公平的。因此，凡在本国领域外犯了罪并在外国受到审判且服了刑的，即便本国刑法适用于犯罪行为人，也不能再对该等犯罪行为人行使刑事管辖权，也就是不能再进行第二次审判。在立法上，有的国家的刑法典采用了***否定***说的立场，并将此作为对在本国领域外实施的犯罪适用本国刑法的一种限制。比如，根据《葡萄牙刑法典》第 6 条关于“适用葡萄牙刑法之限制”的规定，“葡萄牙刑法适用于在葡萄牙领域以外实施的行为，以行为人在行为地国未受审判……为限”，言外之意，如果行为人已在外国受到审判的，就不能再对其按葡萄牙刑法进行第二次审判；又比如，根据《瑞士刑法典》第 6 条 a 第 2 款规定，对在外国实施的犯罪，如果行为人在外国受到审判且“在外国判处的刑罚已经执行完毕、被赦免或时效期间已经经过的”，行为人就不再受处

[116]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 82 页。

罚，此规定实际上也是采用了*否定*说的观点。

《澳门刑法典》第 6 条无疑承继了《葡萄牙刑法典》第 6 条的旨意，坚定地采用*否定*说的观点，即“澳门刑法适用于在澳门以外作出之事实，以行为人在其作出事实之地未受审判，或行为人逃避履行全部或部分所判之刑为限”。[117]该条规定表明，对在澳门区域外实施的犯罪，如果行为人已在犯罪地国家受到审判的，原则上就不能再适用澳门刑法进行第二次审判，这就是“一事不再理”原则在刑法领域的体现；但是，如果行为人在受到犯罪地国家审判后，故意逃避服刑，包括逃避服全部刑罚或逃避服部分刑罚的，澳门刑法则仍然可对其适用。

（五）犯罪行为地的认定

如前所述，属地主义原则是刑法空间效力最基本的原则，而为了体现属地主义原则，对犯罪行为地的认定就具有了重要的现实意义。《澳门刑法典》第 4 条既然规定了以行政区域为范围的属地主义原则，当然也会涉及到犯罪行为地的问题。

根据《澳门刑法典》第 7 条规定，“行为人作出全部或部分行为之地，即使系以共同犯罪之任一方式作出行为者，或如属不作为之情况，行为人应作出行为之地，均视为作出事实之地；产生符合罪状之结果之地，亦视为作出事实之地”。对《澳门刑法典》第 7 条关于犯罪行为地的规定的理解，应当注意以下几个问题：

1、关于部分行为地的认定

在犯罪过程中，只要有部分行为发生在本国领域内的，整个犯罪就被视为在本国领域内发生，这已成为一种立法通例。然而，对部分行为地如何解释，理论上就有实行行为说和预备行为说两种不同的观点：（1）实行行为说。该说认为，部分行为只能是指符合犯罪构成要件的实行行为，如有意大利学者认为，“在意大利境内实施了实行行为的一部分，是‘部分’行为成立的必要条件”。[118]（2）预备行为说。该说认为，部分行为可以包括犯罪的预备行为，如意大利最高法院在多次判决中坚持主张，“意大利刑法典第 6 条第 2 款中的‘部分’在意大利境内实施的行为，可以是犯罪决意的任何客观表现，即可以是包括犯罪预备行为在内的处于任一犯罪发展阶段的行为”；[119]还有学者认为，虽然“犯罪预备行为同样可构成犯罪行为地，但以该预备行为受刑法处罚”为限。[120]

本教科书认同第二种观点即预备行为说，并认为预备行为是否可受刑罚处罚不应当影响犯罪行为地的认定。比如，甲为在 A 国绑架人质而在 B 国购买了枪支弹药，如果根据 B 国刑法规定，购买枪支、弹药的行为及非法持有枪支、弹药的行为是犯罪行为，B 国当然可以认定甲的整个绑架人质的犯罪行为是在 B 国领域内实施；又比如，甲为在 A 国对他人进行敲诈勒索而在 B 国购买了翻拍、复印等器材，如果根据 B 国刑法，即便购买翻拍、复印等器材的预备行为不构成犯罪，B 国同样可以认定甲的整个敲诈勒索的犯罪行为是在 B 国领域内实施。

2、关于不作为犯罪行为地的认定

在理论上，关于不作为犯罪行为地的认定，可以从消极和积极两个方面加以

---

[117] 必须指出，《澳门刑法典》的翻译者将服刑译为“履行全部或部分所判之刑”实为不妥，因为对被告人判处刑罚不是同其签订合同，要其履行。“履行”刑罚的翻译，此乃因译者对中文“履行”一词缺乏基本认识而导致的错误翻译。

[118]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 52 页。

[119] 同上。

[120]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 220 页。

解释。首先，从消极面来看，不作为者应当履行法义务而没有履行的地点就是不作为犯罪的行为地；比如，根据《葡萄牙刑法典》第 7 条第 1 款规定，不作为犯罪的行为地就是不作为者“应当实施行为之地”，这就是从消极面来解释不作为犯罪的行为地。其次，从积极面来看，不作为者应当按照法义务去行动而没有行动的地点就是不作为犯罪的行为地；比如，根据《德国刑法典》第 9 条第 1 款规定，不作为犯罪的行为地就是不作为者“必须行动的地点”，这就是从积极面来解释不作为犯罪的行为地。本教科书认为，这两种解释所得出的结论其实是一样的，只不过解释的角度不同罢了；因此，当犯罪是通过不作为方式完成时，只要犯罪行为人是应当在本国领域内履行法义务的，或者说是应当在本国领域内作出积极行动的，就可以认定该不作为犯罪是在本国领域内实施；比如，A 国公民甲在澳门打工，但甲对身在 A 国的父母不尽抚养义务，从不给父母汇钱，致使其母绝望之下自杀身亡的，因澳门是甲应当履行抚养义务之地，或者说澳门是甲必须作出抚养行动之地，故甲以不作为方式构成的“违反抚养义务罪”（第 242 条）的行为地就是澳门。

3、关于共同犯罪行为地的认定

从《澳门刑法典》第 7 条规定来看，在共同犯罪过程中，“以共同犯罪之任一方式作出行为”的地点，都可视为整个共同犯罪的行为地。比如，甲是泰国公民，乙是澳门居民，丙是中国大陆居民，三人合谋共同贩毒，由甲负责将毒品通过特定方式邮寄到澳门，乙负责在澳门接受毒品，然后再将毒品交给丙，由丙负责在中国大陆销售毒品。在此共同贩毒案件中，因乙的行为发生在澳门，故可以认定整个共同贩毒行为都是发生在澳门。

值得注意的是，在大陆法系共同犯罪理论中，共同犯罪人可分为共同正犯和从犯，而学者们普遍认为，在共同犯罪情况下，每一个共同正犯者的行为地都可视为共同犯罪的行为地，换句话说，只要共同犯罪中有一个共同正犯的行为是发生在本国领域内的，就可认定整个共同犯罪是在本国领域内实施，对此，理论上不存在异议，有的国家的刑法典还作了明确规定。比如，根据《德国刑法典》第 9 条第 2 款规定，共同正犯中各人之行为地，或在不作为犯罪情况下共同正犯应有所作为地，或共同正犯希望结果发生之地，皆为共同犯罪之地；而且共同正犯在国内协助国外的犯罪，即使依行为地法律不认为是犯罪的，但整个共同犯罪因被视为发生在德国领域内，故仍然适用德国刑法。为此，有德国学者认为，“第 9 条第 2 款关于共犯行为地的规定，是以适用普遍存在理论为基础的”，[121]“对于共同正犯而言，参与人之一在国内所为的犯罪行为，必须足以构成共同正犯”[122]。本教科书认为，《澳门刑法典》第 7 条关于“以共同犯罪之任一方式作出行为”的规定，当然首先是针对共同犯罪中的共同正犯行为而言的，只要共同犯罪中有一个共同正犯的行为发生在澳门区域内，就可认为整个共同犯罪发生在澳门区域内，如上述共同贩毒一案。此外，在有些情况下，即使犯罪的实行行为发生在澳门以外，但只要有共同正犯的行为发生在澳门区域内的，同样可认为整个共同犯罪发生在澳门区域内。比如，甲在澳门通过邮件教唆在A国的乙杀死同在A国的丙，甲因属于教唆型的共同正犯，故可认为甲与乙共同实施的杀人罪发生在澳门区域内；又比如，甲身为犯罪集团的头目，在澳门通过电话指使在A国的乙杀死同在A国的丙，甲因属于透过型的共同正犯，故可认为甲与乙共同实施

[121]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 223 页。

[122] 同上，第 224 页。

的杀人罪发生在澳门区域内；再比如，甲为杀死身在A国的仇人丙，花钱买通同在A国的乙，让其杀死丙，并从澳门将钱汇给乙，甲因属于协议型的共同正犯，故可认为甲与乙共同实施的杀人罪发生在澳门区域内。[123]

然而，在共同犯罪中，从犯的帮助行为地能否代替整个共同犯罪的行为地，却是一个值得研究的问题。有日本学者曾就从犯的帮助行为举例说，“帮助行为即使是在日本国外进行的，构成正犯的犯罪的一部分事实（行为.结果）存在于日本国内时，也能视从犯者为在日本国内犯了罪的人”，[124]这其实并不难理解，因为如上所述，既然共同正犯的行为发生在本国领域内，那就意味着整个共同犯罪都是发生在本国领域内，其中当然也包括了从犯的行为。问题是：如果我们将共同正犯和从犯的行为反过来举例，即共同正犯的行为发生在本国领域外，而从犯的行为发生在本国领域内，还能否认为整个共同犯罪就是发生在本国领域内*吗？*这个问题显然直接涉及对《澳门刑法典》第 7 条关于“以共同犯罪之任一方式作出行为”的理解，简单地说，“以共同犯罪之任一方式作出行为”，能否包括从犯的行为。举例来说，澳门居民甲接受身在A国的朋友乙的请求，在澳门购买了某种毒药后寄给乙，并且知道乙取得该种毒药是为了杀死同在A国的仇人丙；在这个共同杀人案件中，乙无疑是亲身实施杀人行为的共同正犯，而甲只属于提供物质帮助的从犯；像此种共同犯罪情况，我们能否仅以从犯甲的帮助行为发生在澳门区域内，就认定整个共同杀人犯罪也是发生在澳门区域内吗？对此，本教科书持肯定的观点，即《澳门刑法典》第 7 条所说的“以共同犯罪之任一方式作出行为”，既包括了共同正犯作出的行为，也包括了从犯作出的行为；在共同犯罪案件中，只要有从犯的行为发生在澳门区域内，即便共同正犯的行为发生在澳门区域外，也可认定整个共同犯罪发生在澳门区域内。因为共同犯罪作为一个整体，不应当人为地割裂；在共同犯罪过程中，每一个参与人的行为，不管是共同正犯的行为还是从犯的行为，都是整个共同犯罪行为中不可割裂的部分行为；所以，将从犯的行为地也视为共同犯罪的行为地，与部分行为地亦可视为犯罪行为地的法律规定是相吻合的。

4、关于行为与结果分离的行为地的认定

如上所述，当犯罪实行行为的实施地和构成要件结果的发生地不一致时，采结合说的观点就使犯罪行为地的认定具有了双重性，即实行行为的实施地和构成要件结果的发生地都可以被认定为是犯罪行为地。而《澳门刑法典》第 7 条关于“产生符合罪状之结果之地”也是犯罪行为地的规定，实际上体现了结合说的观点，即不仅“行为人作出全部或部分行为之地”被视为犯罪行为地，而且发生构成要件结果的地方，亦被视为犯罪行为地。比如，甲在 A 国打电话给身在澳门的乙，并以重大恶害相威胁，强迫乙将 100 万元澳门币转入甲在澳门银行开设的帐户；在这种情况下，尽管甲是在 A 国实施“胁迫罪”（第 148 条）的实行行为，但因符合“胁迫罪”罪状的构成要件结果即乙将钱汇入甲的帐户发生在澳门，故可认定甲是在澳门区域内实施了胁迫的犯罪行为。必须注意的是，这里讲的结果，只能是构成要件的结果，也就是符合罪状的结果，而非其他可加重刑罚处罚的结果。比如，A 国公民甲男强奸了 A 国公民乙女，乙女来到澳门后想不开而自杀身亡，在这种情况下，因乙自杀身亡并非是强奸罪的构成要件结果，而仅属于加重处罚的结果，故不能认为甲男的强奸行为发生在澳门区域内。

除此之外，在犯罪未遂的情况下，有的国家的*刑法典还将*按照行为人的想法，

[123] 有关共同正犯的分类，详见本教科书第八章第三节“《澳门刑法典》关于共同犯罪人的分类”。

[124]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 80 页。

应该发生构成要件结果的任何地方，也视为犯罪行为地。比如，根据《德国刑法典》第 9 条第 1 款规定，“犯罪人希望结果发生之*地”即为*犯罪地；类似的立法例还有《瑞士刑法典》第 7 条第 2 款规定，即“在犯罪未遂情况下，行为人实施该犯罪之地和行为人希望结果发生之地，同样为行为地”。比如，有德国学者举例说，行为人想从卢森堡向德国走私咖啡，因货包受损而将装运咖啡的货包置于边界前；在这种情况下，尽管走私没有成功，咖啡因货包受损而未进入德国境内，但行为人希望发生的结果即少向德国海关缴纳关税应该发生在德国领域内，故行为人走私咖啡的行为也被认定为是在德国领域内实施，可对行为人适用德国刑法。[125]本教科书并不认同这种观点，主要理由在于：无论是按行为实施地还是按结果发生地来认定犯罪行为地，其认定的标准都是客观的；如果将行为人主观上希望结果发生的地方也视为犯罪行为地，其认定犯罪行为地的标准就具有了主观色彩，这是不科学的，也是不适当地扩大了一个国家或地区的刑事管辖权。

[125] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 222 页。

第三章　犯罪论体系概述

在大陆法系刑法中，所谓犯罪论体系，就是指将构成犯罪的诸要素通过一定的组合而形成的一种理论体系；建立犯罪论体系的根本目的，旨在解决行为是否足以构成刑法意义上的犯罪。可以说，犯罪论体系是大陆法系刑法理论的灵魂和核心。

第一节　犯罪论体系的形成与发展

一、犯罪论体系与犯罪概念

刑事实体法上犯罪论体系的形成是与对犯罪概念的不断深入研究分不开的。如前所述，犯罪的实质概念包含了违反刑法规范、危害社会以及应受刑罚惩罚三种元素，正是基于这三种元素，早期的大陆法系学者认为：就违反刑法规范元素而言，构成犯罪的第一个要素必然离不开人的行为，因为没有人的行为就没有犯罪，而人的行为是否足以构成犯罪，又离不开刑法规范，这是维护罪刑法定原则的基本要求，由此就形成了行为是否符合法律规定的构成性要素。其次，就危害社会元素而言，刑法的根本目的是为了保护各种社会法益，从这一意义上说，犯罪行为侵害的不是刑法规范本身，而是各种受刑法保护的社会法益，归根结底，犯罪行为是侵害了通过法律建立起来的一种法秩序，这是体现犯罪本质特征的基本要求，由此就形成了违法性的本质性要素。最后，就应受刑罚惩罚元素而言，犯罪行为既然是一种破坏法秩序的行为，就必然会受到遣责，这种遣责乃是行为人必须为其行为承担法律后果的依据，由此就形成了行为人是否应当为其行为承担法律后果的归责性要素。正因为如此，在现代大陆法系犯罪论体系中，学者们一致认为，违反刑法规范的、具有社会危害性且可罚的行为，是由构成要件该当性、违法性和有责性三个要素组成的。

二、犯罪论体系的发展

早在 19 世纪上半叶，德国学者施求别尔就提出了关于区分行为的不法和归责的问题；此后德国学者卢登又提出了犯罪概念的三分法，即从行为、违法性和罪责三个方面来解释犯罪概念。[126] 对犯罪论体系的形成具有重要贡献的德国学者贝林格在其《犯罪论》一书中，更是明确提出了构成犯罪必须具备的三个要素，即构成要件该当性、违法性和有责性，并在此基础上，提出了犯罪论体系意义上的犯罪概念，即“犯罪是符合构成要件的、违法的、有责的并对此有合适的处罚规定和满足处罚条件的行为”。[127]在德国刑法理论中，正如有的德国学者指出的那样，“在现代刑法信条学中，人们基本上同意：各种应受刑事惩罚的举止行为，都表现为一种符合行为构成的、违法的、有责的，并且可能需要满足其他刑事可罚性条件的行为”[128]。

---

[126] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 248 页。

[127] 何秉松：《犯罪构成系统论》，中国法制出版社 1995 年版，第 5 页。

[128]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 118 页。

尽管学者们在实质犯罪概念基础上，提出了构成要件该当性、违法性和有责性三种成立犯罪的要素，但就这三种要素的内涵及其相互关系，理论上则经历了不同的阶段，并形成了不同的学说，德国学者通常将此不同的学说归纳为古典犯罪论体系、新古典犯罪论体系和目的行为犯罪论体系。

（一）古典犯罪论体系

古典犯罪论体系的创始人为德国学者李斯特和贝林格，该犯罪论体系在20世纪初期的德国刑法理论中占据着主导地位，直至今天仍然有着深刻的影响。古典犯罪论体系的基本要点是：在犯罪论体系的三要素之间，必须严格区分行为不法与行为人归责两个不同的层面，前者为构成犯罪的客观外部条件，后者为构成犯罪的主观内部条件；具体而言，行为的构成要件该当性和违法性属于客观的外部条件，而责任则属于主观的内部条件。

比如，在贝林格提出的犯罪论体系三要素中，构成要件是一种法律判断要素，它从法律对各种犯罪所作出的具体规定出发，考察行为是否符合法律规定的行为特征，故贝林格认为“构成要件是特征的总称，它表明涉及何种典型的犯罪：‘典型性和构成要件该当性，作为行为的特征，成了犯罪的概念特征’”。[129]违法性是一种价值判断要素，它从刑法对法益的保护机能出发，考察行为是否在价值上属于危害社会的行为。有责性是一种责任判断要素，它从刑法对个人自由的保障机能出发，考察行为人个人对其作出的行为是否需要承担相应的刑事责任。贝林格还认为，“作为违法性和有责判断的连接点和作为刑法保障功能的最重要载体，构成要件以这种方法获得了犯罪结构的统治地位”。[130]

贝林格的犯罪论体系学说具有鲜明的客观主义特征和主观主义特征。在贝林格看来，犯罪论体系的客观主义特征全部体现在构成要件要素之中，因为构成要件是纯客观的和“纯粹记述的要件”，它与违法性要素和有责性要素相区别，既“完全不包含价值判断”，也“与所谓主观的要素没有关系”；构成要件“作为确定轮廓的犯罪类型”，只是记述法律所规定的各种犯罪行为的外表特征。[131]犯罪论体系的主观主义特征则全部体现在有责性要素之中，因为有责性作为一种主观的罪责要素，“包含了行为人在行为时内心所具有精神的和心理的过程。其中，责任能力被视为‘罪责的先决条件’，故意和过失被理解为‘罪责形式’或‘罪责种类’，紧急避险被规定为‘阻却罪责事由’”。[132]

（二）新古典犯罪论体系

新古典犯罪论体系是建立在新康德主义的价值哲学基础之上的，在1930年前后的德国相当流行，并向意大利、西班牙、波兰、葡萄牙、希腊和拉丁美洲广为传播。新古典犯罪论体系仍然维持了古典犯罪论体系关于客观不法和主观归责的基本划分，它对古典犯罪论体系的修正，主要体现在四个方面：

一是对行为概念作出修正，即行为不仅仅是被描述为一种身体的外部动作，行为的本质更应当是人的一种可对外界事物产生某种效果的意志态度或社会现象。

二是对客观不法和主观归责作出修正，即在判断客观不法和主观归责时，承认有例外情况的存在，也就是“不法并不是在所有的情况下，都可以通过纯客观

---

[129]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社2001年版，第249-250页。

[130] 同上。

[131] 参阅马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第112页。

[132]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社2001年版，第251页。

的特征来说明的，反过来说，罪责也并不是绝对地只能使用主观因素才能建立的”。[133]正如有德国学者指出的那样，“对构成要件的纯客观的、仅由外界决定的观点的想象，因发现主观构成要件特征而变得不可能”；[134]为此，该德国学者举例说，当一名大学生在图书馆拿走一本书，准备第二天用完后再送还的行为，因缺乏占有目的而不构成盗窃，因为一个纯客观的从占有目的中抽象出来的盗窃概念是没有意义的，典型的盗窃犯罪只有在行为人想长期对他人之物施加影响才能构成，而非暂时占有他人之物；因此，占有目的属于盗窃犯罪的构成要件，而不属于罪责。[135]

三是对违法性的本质作出修正，即违法性完全被视为一种对法秩序的侵害，从而产生了实质的违法性学说，并在此基础上，除了法律所规定的合法化事由外，超法规的合法化事由也得到了发展和确认。对此，有学者认为，在新古典犯罪论体系看来，“构成要件不再象在古典体系中那样，与违法性等而视之，而是只完成对犯罪行为的外部界限进行描述的任务，而实质的犯罪特征仅剩下了违法性和罪责”。[136]

四是对罪责内容作出修正，即在对行为人进行非难时，更注重的是行为人的意志；“如果行为人因其行为而被非难，那么，使他有罪责的是一个被禁止的态度”，[137]由此就产生了规范性的罪责概念。正是这种规范性的罪责概念，使无责任能力者的行为不再受到责任非难，而“在紧急避险情况下，尽管行为人具备责任能力和故意，责任非难可予以否定，因为在当时以其他方法不可能避免生命危险的情况下，法秩序并不要求英雄行为”。[138]

（三）目的行为犯罪论体系

目的行为犯罪论体系是建立在以社会现象为中心的哲学基础之上的，在第二次世界大战后获得了部分学者的认同。目的行为犯罪论体系强调在犯罪论体系中，人的行为是一种“目的活动的履行”，“自然人通过思想上的预算和相应的中间性选择，把因果关系的发展过程引向了一个确定的目标”；[139]换句话说，“人可以将事件控制在一定的范围之内，将其行为有计划地引导至目标的实现上”。[140]目的行为犯罪论体系的主要观点表现在以下二个方面：

一是对故意的内容作出修正，即在传统的古典犯罪论体系和新古典犯罪论体系看来，行为人对其行为的违法性意识被视为构成故意不可缺少的组成部分，但在目的行为犯罪论体系看来，违法性意识必须从故意中分离出来，因为故意作为一种纯意志的体现，它只能是针对行为事实而言的；至于行为人是否对其行为的违法性有认识，不属于故意的内容。

二是对认识错误的传统分类作出修正，即将传统的事实错误和法律错误划分模式修正为构成要件错误和禁止错误。前者指行为人对构成要件事实产生错误认识，此类错误足以阻却故意；后者指行为人对其行为性质产生错误认识，对此类

---

[133]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 122 页。
[134]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 254 页。
[135] 参阅：同上。
[136] 同上，第 255-256 页。
[137] 同上，第 256 页。
[138] 同上。
[139]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 122 页。
[140]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 260 页。

错误，须按照可避免性和不可避免性标准，分别处理，只是在不可避免的禁止错误情况下，才能完全阻却责任，对可避免的禁止错误，则不应阻却责任。

第二节　犯罪论体系的内在结构

一种理论体系要具有生命力，离不开其理论体系内部所包含的合理的逻辑结构。从上述三种关于犯罪论体系的学说观点进行考察，本教科书认为是大同小异。大同者，就是指不管哪一种学说，都将构成要件该当性、违法性和有责性视为成立犯罪必不可少的三种要素；小异者，就是在三种要素的内涵及相互关系上，如关于构成要件的性质，责任的属性，故意与违法性意识的关系，学者之间的看法有所不同。由此可见，大陆法系犯罪论体系三要素学说之所以在今天仍然得到学者们的一致公认，其内部所包含的三要素之间合理的逻辑结构乃是最重要的原因；正确认识这种合理的内在逻辑结构，无疑有助于深刻把握大陆法系犯罪论体系的精髓，并有助于不断推动大陆法系犯罪论体系的深化与发展。本教科书认为，大陆法系犯罪论体系三要素之间所包含的合理的内在逻辑结构，主要表现在以下三个方面：

一、 法律层面的定位要素

在犯罪论体系三个要素中，作为法律层面的定位要素，就是指构成要件该当性要素。

（一）构成要件该当性要素与罪刑法定原则

众所周知，在一个法治国家或地区，某种行为是否构成犯罪，必须依照法律规定作出判断，这是罪刑法定原则最基本的要求。从这一意义上说，犯罪论体系的产生与罪刑法定原则的确立具有不可分割的必然联系。如果说，罪刑法定原则的政治意义在于反对封建社会的人治，推进资本主义的法治，那么，犯罪论体系的产生，无疑开创了法治时代刑法理论的新纪元，因为正是犯罪论体系中的构成要件该当性要素，使罪刑法定原则得到了具体的贯彻，并成为法治时代刑法理论的核心。

所谓构成要件该当性，就是指判断某种行为是否足以构成犯罪，首先必须从法律规定这个层面进行考察；如果该等行为完全符合了法律所规定的构成某种犯罪所必须具备的各种构成要件，就表明该等行为具备了构成要件的该当性；反之，则表明该等行为不具备构成要件该当性。凡是不具备构成要件该当性的行为，就不可能构成犯罪，当然也不可能受刑罚处罚，这就是罪刑法定原则在犯罪论体系中的直接体现。

（二）构成要件该当性要素与认识论

人对事物的认识，首先看到的只能是事物的外观，也就是事物表面的东西；然后才可通过对事物表面东西的观察，再来发现蕴藏在事物内部的东西，也就是构成事物本质的具体特征；简而言之，认识事物必须由表及里，由浅至深，这是最基本的认识论规律。人对犯罪这一特定社会现象的认识，同样应当遵循最基本的认识论规律。

如上所述，考察某种行为是否具备构成要件该当性，其标准就是法律规定。而对于法律规定来说，虽然它是人类意识的产物，但具有可视性和确定性的特点。所谓法律规定的可视性，就是指法律规定都是可以看得见的，而非属虚无的东西；所谓法律规定的确定性，就是指法律规定的内容都是明确的，也是可以被理解的。正因为法律规定具有可视性和确定性的特征，所以，用法律规定去判断某种行为

是否具备法律所规定的构成要件该当性，从认识论的角度来说，也就是从外部去考察犯罪应当具备的表面特征即法律层面上的特征。这样一种对犯罪行为的认识和判断方式，不仅反映了以法律规定为基准的罪刑法定原则，而且也符合由表及里的最基本的认识论规律。由此可见，用构成要件该当性去判断某种行为是否足以构成犯罪，属于对犯罪这一社会现象的表面的、形式上的判断，类似于“对号入座”，其根本目的是为了充分揭示犯罪行为应当具备的法律层面上的特征。

（三）构成要件的主、客观属性

任何一种学说都不可能是静止不变的。犯罪论体系从其产生的第一天起，就处于不断被研究、被探索、被深化的发展过程之中，这一过程至今仍在继续。对构成要件该当性要素来说，学者们分歧最大、争论也最激烈的，就是关于构成要件的属性究竟是纯客观的，还是包含了主观的内容。

在贝林格等德国学者提出的古典犯罪论体系学说中，构成要件完全是一种纯客观的要素，它“与所谓主观的要素没有关系”；这种传统的犯罪论体系关于构成要件属性的理解，至今在德国刑法理论中依然具有相当大的市场。尽管费尔巴哈、施求别尔、麦耶尔等德国学者也对此提出过质疑和反思，但都没有从根本上动摇构成要件的纯客观性观点。可以说，在现代大陆法系刑法理论中，对构成要件的纯客观性学说反思最为深刻、批判最为彻底的，应当是日本学者；大多数日本学者主张，构成要件的属性既包含了客观的成份，也包含了主观的成份，因而是主、客观相统一的。

比如，在日本刑法理论界，小野清一郎可以说是构成要件主、客观统一性学说的代表者，他所著的《犯罪构成要件理论》一书对日本刑法理论的发展影响颇深。在此书中，小野清一郎尽管认同德国学者贝林格关于构成要件也是“犯罪类型轮廓”的观点，但他同时指出，“构成要件不仅是违法类型，而且也是责任类型”，[141]而包含在责任中的主观性的东西，既属于构成要件，也属于责任。日本学者大塚仁在其《刑法概说（总论）》一书中也指出，“贝林格认为，构成要件的内容应该限于客观的和记述的要素，但是，这种立场在今日几乎不受支持。既然构成要件行为是以作为物理性和社会性存在的行为为基础而确立的法观念，其中，当然应当包含主观的要素和一定的规范性要素”。大塚仁还认为，在刑法规范中，“把行为外表的、客观的一面规定为构成要件的内容的，称为客观的构成要件要素；把行为人内心的、主观的一面规定为构成要件要素的，称为主观的构成要件要素”。[142]在此基础上，大塚仁将故意和过失分为两种，第一种是指行为人对行为事实的故意和过失，此类故意和过失属于构成要件要素；第二种是行为人对违法性认识的故意和过失，此类故意和过失属于责任的要素。[143]目前，在日本刑法理论中，构成要件的纯客观性学说已不再成为通说，大多数日本学者的观点是赞同构成要件的主、客观统一性学说。

本教科书认同构成要件的主、客观统一性学说，其主要理由如下：

第一，传统的犯罪论体系之所以将构成要件看成是纯客观的，是与构成要件这一概念的历史渊源分不开的。

在犯罪论体系的形成过程中，与其有密切联系的一个概念就是构成要件。据考证，构成要件的概念最早是指中世纪意大利纠问程序中的拉丁语“Corpus delicti”（已被证明的犯罪事实）一词，该词由意大利学者法利西所提出，与其相

---

[141]【日】小野清一郎著，王泰译：《犯罪构成要件理论》，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 8 页。
[142]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 130-131 页。
[143] 同上，第 389 页。

关的尚有“Constarede delicti”（犯罪的确证）一词。而当时的纠问程序可以分为一般纠问和特殊纠问，一般纠问是指首先必须调查行为人是否有犯罪事实存在，而特殊纠问是指在得到行为人存在犯罪事实的“确证”后，再对特定的犯罪嫌疑人进行纠问。可见，意大利学者法利西提出的“Corpus delicti”一词，其意思就是指那些通过一般纠问程序而被证明客观存在的犯罪事实，因而“Corpus delicti”一词明显属于诉讼法上的概念。此后，这一概念传到英美法系国家，但仍然是作为诉讼法上的概念而被使用。[144]1796 年，德国学者克莱因率先将“Corpus delicti”一词译成德语“Tatbetand”，[145]唯德语“Tatbetand”所表示的构成要件概念继续被视为诉讼法上的概念，直到被德国学者费尔巴哈采用后，“Tatbetand”所表达的构成要件概念方被赋予了实体法上的意义。[146]

由上可知，原来的构成要件概念只是一种诉讼法上的概念，意指“已被证明的犯罪事实”；从诉讼法的证据角度出发，这些“已被证明的犯罪事实”当然是一种客观存在，不包含主观的东西。问题是，当德国学者将这种在诉讼法上属客观存在的犯罪事实即构成要件搬进实体法时，却忽视了诉讼法与实体法的区别，依然保留了诉讼法上构成要件的纯客观属性，这是一种由认识上的误区导致的结论性的错误。

第二，传统的犯罪论体系将构成要件看成是纯客观的，这不符合法律规定的内容。毫无疑问，构成要件该当性作为一种法律层面的要素，其该当与否的根本标准既然是法律规定，那么，判断构成要件的属性究竟是纯客观的，还是包括了客观和主观两个方面的内容，关键就要看法律规定本身的内容是否包括了主、客观两个方面的内容。如果在具体犯罪的法律规定中只包含了客观方面的内容，那我们就可以说构成要件的属性是纯客观的；反之，如果法律规定中既包含了客观方面的内容，也包含了主观方面的内容，那就不能说构成要件是纯客观的，而应当说是主、客观两者兼而有之；否则，法律规定中明明有主观的内容，却偏要说构成要件中不包含主观方面的内容，这样的话，构成要件又怎么会符合法律规定呢？不符合法律规定，又何来该当性？

犯罪作为人的一种行为，这种行为必然是人在一定意识支配下实施的行为，这一点从来没有疑义。换句话说，某种行为要构成犯罪，既要有客观方面的行为特征，也要有主观方面的意识特征，二者缺一不可；据此，我们很容易得出这样一个结论，即任何规定具体犯罪的法律，都必然会包括构成犯罪的外部行为特征，也必然会包括构成犯罪的内在意识特征（故意和过失）。构成要件该当性要素既然是以法律规定作为判断的依据，那么，构成要件本身在内容上也必须包括法律规定的客观方面的内容和主观方面的内容，构成要件只有包括了主、客观两个方面的内容，才可能符合法律规定，才谈得上该当性的问题。

第三，传统的犯罪论体系将构成要件看成是纯客观的，这不符合构成要件是“犯罪类型”的观点。构成要件的纯客观性说仅仅认为构成要件记述的是法律所规定的各种犯罪的行为外表特征，然后就把构成要件看成是“确定轮廓的犯罪类型”，这种说法很难成立。从理论上说，既然法律规定的任何一种犯罪都包括了客观方面的行为特征以及主观方面的意识特征，那么，作为一种“犯罪类型”，当然不可能缺少主观方面的意识特征；离开了行为主观方面的意识特征，构成要

[144] 参阅【日】小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 2 页。
[145] 有学者认为，德语“Tatbetand”意指“犯罪构成”，只是日本学者将其译成“构成要件”，并使用至今，故日本刑法理论中是没有“犯罪构成”概念的。
[146] 参阅【日】小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 3 页。

件就不可能成为真正意义上的“犯罪类型”。其次，就实践而言，当两种犯罪的外表行为特征很难区分时，离开了对行为人主观方面的意识特征的判断，往往无法确定行为属于何种“犯罪类型”。比如，有学者将故意杀人、故意伤害致人死亡和过失杀人作比较，认为这三种犯罪如果不从行为人主观上的意识特征去分析，就无法作出正确鉴别。[147]可见，构成要件只有具备了客观和主观两个方面的内容，才可能成为真正的“犯罪类型”。

基于上述理由，本教科书认为，构成要件应当包括两个方面的要素，即既包括客观方面的要素，也包括主观方面的要素。

二、社会层面的定位要素

在犯罪论体系三个要素中，作为社会层面的定位要素，就是指违法性要素。

（一）违法性要素的内涵

关于违法性的概念，有些学者将其分为形色的违法性和实质的违法性。形式的违法性就是指行为在外表形式上违反了法律规范，如有学者认为，形式的违法性的本质在于“行为违反了法规范规定的作为义务或不作为义务。人们将之称为形式的违法性，因为仅仅行为是与法规范命令相矛盾的”；[148]而实质的违法性就是指行为破坏了法秩序，危害了社会，故学者们通常将实质违法性的本质解释成是“侵害社会的举动”，是“对法益的侵害或威胁”。[149]

显而易见，在犯罪论体系中，***违法性要素无疑是***指实质的违法性。因为有关行为是否违反法律规定的问题，实际上属于构成要件该当性要素研究的范畴，故作为犯罪论体系的第二个要素，违法性当然只能指行为对正常社会秩序的破坏，或者说行为对社会具有相当程度的危害性，或者说行为具有反社会性；鉴于在法治社会，正常的社会秩序都是通过相关的法律建立起来的，所以很多学者都将违法性解释成行为对法秩序的破坏。将违法性作为犯罪论体系中的第二个要素，表明当某种行为具备了构成要件该当性后，并非已经构成了犯罪，接下去还要分析该等行为是否破坏了法秩序，以此来判断该等行为是否具有违法性；如果该等行为经过分析不具有违法性，也就是阻却违法性，就会排除其犯罪的可能。可见，认定某种行为是否具有违法性，必须具备两个条件：一是该等行为已经具备了构成要件的该当性，这是罪刑法定原则的基本要求，也是具备违法性的前提条件；否则，即使该等行为具有侵害法秩序的性质，也不会构成犯罪；二是该等行为对法秩序构成了侵害或威胁。

（二）违法性要素的定位

本教科书认为，将违法性作为犯罪论体系中的第二个要素，其定位是合理的，也是十分必要的。主要理由在于：

第一，将违法性作为犯罪论体系的第二个要素，反映了揭示犯罪本质特征的必然要求。正如犯罪的实质概念指出的那样，任何犯罪都具有两个特征，即违反法律规定的特征和破坏法秩序的特征；前者属于犯罪外在的、表面的特征，而后

---

147 参阅张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 72 页。

148【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 287 页。

149 关于实质违法性的概念，学者之间的表述可能不同，但基本内涵并无本质的区别。如有学者认为，“实质意义上的违法性是对相关法规范所保护的法益产生不利影响的行为”（【德】汉斯海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 288 页）。有学者则认为，“违法性的实质是违反国家、社会的伦理规范，给法益造成侵害或者威胁”（【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 303 页）。

者属于犯罪内在的、本质的特征。在犯罪论体系中，构成要件该当性作为第一个要素，仅仅是从法律规定的角度对行为是否具有犯罪外在的表面特征作出了判断，但并没有从社会法秩序的角度对行为是否具有犯罪内在的本质特征作出判断。由此可见，要使犯罪论体系具有合理性，就必须与实质的犯罪概念相结合，既要创建一种判断犯罪外在特征的机制，还要创建一种判断犯罪本质特征的机制；前机制的核心是构成要件该当性要素，其使命是对行为是否足以构成犯罪从行为的外在形式上作出判断；而后机制的核心就是违法性要素，其使命乃是对行为是否足以构成犯罪从行为的社会价值上作出判断。正是因为违法性要素揭示的是犯罪的本质特征，是一种以社会法秩序为基点的价值判断，故其扮演的角色无疑属于社会层面的定位要素。

将违法性要素纳入犯罪论体系不仅与实质的犯罪概念相吻合，而且也符合认识论的基本规律。因为如上所述，人类对客观事物的认识，都是遵循着由表及里的基本规律，从构成要件该当性要素到违法性要素，实际上也就是一个由表及里的认识过程，即先从犯罪的外部特征入手，再来分析犯罪的内部特征。正是这样一种认识过程，使犯罪论体系在内部结构上具有了逐步深化的层次感。

第二，将违法性作为犯罪论体系的第二个要素，与犯罪的复杂性和多变性是相适应的。社会现象就像是万花筒，错综复杂，千变万化；犯罪既然是一种社会现象，当然也不能例外。在一般情况下，构成要件该当性与违法性确实具有一致性，具备了构成要件该当性的行为，通常都会具有违法性，这是因为当立法者将某些行为如杀人、强奸、抢劫明确规定为犯罪时，其实已经在行为价值上表明了对该等行为的否定态度，也就是认为该等行为具有反社会性，破坏了法秩序。但是，这并不是一成不变的定律，社会现象的复杂多变性往往会使构成要件该当性要素与违法性要素在同一种行为身上发生冲突，两者无法兼容，其具体表现就是具备了构成要件该当性的行为，客观上并没有破坏法秩序，不具有反社会性，如正当防卫、紧急避险、被害人同意、执行命令等行为，表面上确实符合法律所规定的某种犯罪的构成要件，但这些行为基于法治社会的某项原则，具有明显的合理性，甚至是值得提倡的行为。显而易见，作为判断行为是否足以构成犯罪的犯罪论体系，不可能对此类冲突采取回避的态度，它必须将不具有反社会性的行为从犯罪中剔除出去，哪怕该等行为具备了构成要件的该当性也不能例外。因此，将违法性判断纳入犯罪论体系，就可以适应犯罪现象的复杂多变性，为犯罪的认定设置了一道体现犯罪本质特征的“过滤网”。

（三）违法性要素的属性

在犯罪论体系理论中，关于违法性的属性历来有主观说和客观说两种观点，其产生分歧的根源在于对法律规范机能的理解有所不同。

1、违法性要素主观说

主观说认为，法律规范的作用不外乎是命令人们不得作出一定行为（不作为义务），或命令人们必须作出一定行为（作为义务），故法律规范是一种命令规范，法律规范的机能就是命令规范的机能。既然法律规范是一种命令规范，那么，作为被规范的对象即行为人就必须对该等命令规范的内容主观上要有认识，并能够根据这种认识去作出相应的意思决定。具体来说，只有当行为人主观上对法律规范所命令的内容有认识并有能力根据这种认识作出意思决定，客观上又作出了违反该等法律规范的行为时，才能说行为破坏了法秩序，也就是说行为具备了违法性要素；否则，仅仅行为在客观上违反了法律规范，但行为人主观上对法律规范所命令的内容没有认识或没有能力根据这种认识去作出相应意思决定的，就不能

说行为具有违法性，也就是不能认为行为破坏了法秩序。比如，精神病人杀了人，就不能说其行为破坏了法秩序而具有违法性。由此表明，对违法性的认定，应当是主观的。

2、违法性要素客观说

客观说认为，法律规范的机能主要是一种评价机能，要判断某种行为是否违反了法律规范，是否破坏了法秩序，必须以法律规范作为评价的标准，这种评价标准只能是客观的，不掺杂主观的因素。具体来说，判断某种行为是否破坏了法秩序，要以法律规范所保护的法益是否受到侵害为标准；而判断法益是否受到侵害，其标准只能是客观的。如果行为客观上侵害了法律规范所保护的法益，就表明该等行为具有违法性；反之，则无违法性。如上例所说精神病人杀了人，尽管行为人主观上没有认识法律规范的能力，但客观上毕竟侵害了他人的生命法益，剥夺了他人生命，当然应当认为具有违法性，也就是破坏了法秩序。由此表明，对违法性的认定，只能是客观的。

3、评析：违法性要素是客观的要素

本教科书认为，如果我们从违法性要素在犯罪论体系三要素中的自身定位考察，客观说无疑是正确的。因为违法性要素是从法秩序的角度去判断行为是否构成犯罪，它揭示的是行为的性质以及行为的客观效果，至于行为人主观上有无故意或过失，行为人对其行为有无认识或控制能力，或对法律规范的内容有无认识，这并不属于违法性要素研究的范畴，而是属于构成要件该当性要素和有责性要素研究的范畴。比如，甲开车时在无法预见的情况下将自杀之人轧死，甲当然因无故意和过失而不构成犯罪，但这显然属于由构成要件中的主观要素来解决的问题。又比如，精神病人杀了人，其杀人行为因行为人无责任能力也不构成犯罪，但这显然属于由有责性中的能力要素来解决的问题。因此，在犯罪论体系中，每一种要素都要有其自身的定位，考察某种要素的内涵或属性，不能离开其自身的定位及其使命。违法性要素既然是从行为的价值上去判断行为是否破坏了法秩序，那么，其判断的标准就只能是客观的。这种情况如同对因果关系属性的判断一样，即因果关系之所以是客观的，乃是因为因果关系只是承担刑事责任的客观基础，有因果关系并不一定构成犯罪，行为是否构成犯罪，是否要负刑事责任，还要看行为人的主观内容。违法性要素的属性同样如此。具备了构成要件该当性的行为尽管具有了违法性，也只是仅仅表明符合犯罪论体系中的一个要素，行为是否构成犯罪，还要受其他两个要素的制约。基于此，将违法性要素视为一种纯客观的要素，既符合违法性要素在犯罪论体系中的自身定位要求，也根本不会造成不适当地扩大犯罪范围的负面效果。

三、责任层面的定位要素

在犯罪论体系三个要素中，作为责任层面的定位要素，就是指有责性要素。

（一）责任的概念

如果说分析和判断构成要件该当性和违法性两种要素，侧重的是行为本身，那么，分析和判断有责性要素，侧重的就是行为人，因为所谓有责性，就是指行为人要为自己的行为负责。“没有责任就没有刑罚”，这已成为现代刑法理论的至理名言。那么，究竟什么是责任呢？

关于责任的概念，在大陆法系犯罪论体系中，几乎所有的学者一致认为，责任就是一种非难。所谓非难，其中文含义就是指责、遣责的意思，比如，某人在公共场合做了一件不道德的事，围观众人纷纷对他大加指责，遣责其做人不道德，

这就是对行为人进行了非难；*惟*有责性要素所指的非难，当然不是针对简单的道德问题，而是直接涉及到行为人的行为是否构成犯罪的问题，但非难的本意还是相同的。基于此，所谓责任，就是指针对行为人作出的行为，可以对行为人进行非难，或存在对行为人作出非难的可能性。如有学者认为，“所谓责任，是指能够就犯罪行为对其行为人进行非难”；[150]也有学者认为，“所谓责任，指就实施了符合构成要件的违法行为对该行为人道义上可能的非难即非难可能性”。[151]言外之意，对实施了符合构成要件且具有违法性行为的行为人，因为可以或可能*对其*进行非难，所以就产生了责任，行为人必须对其行为负责；反之，如果行为虽然符合构成要件，也具有违法性，但不应该或不可能对行为人进行非难的，行为人就无责任。除此之外，责任作为一种非难，实际上也是一种否定性的评价，故还有学者认为，“责任就意味着对行为人在应负刑法性责任的观点下所作的一种评价”。[152]

本教科书认为，在大陆法系犯罪论体系*中*，仅仅将责任解释成一种非难或非难可能性，或一种对行为的否定性评价，这种观点虽得到学者一致公认，但是否确切，仍值得研究。因为非难或评价是一种很抽象的概念，它可以从不同的角度进行非难或评价，没有什么实质性的内容。但是，对责任来说，它不是抽象的，行为人一旦对其行为应当承担刑事上的责任，这种责任就是具体的，也就是具有了实质性的内容。据此，本教科书认为，所谓责任，不应当仅仅是对行为人的非难或评价，它更应当包含了一种很实在的内容，即法律后果。换句话说，有责性要素中的责任，在其内容上应当包括行为人必须承担的刑事上的法律后果。行为人应当承担刑事上的法律后果的，就表明有责任；反之，则无责任。用法律后果来解释责任，不仅可以使责任的内涵变得更加清晰，更加实在，而且也与犯罪的实质概念中“应受刑罚惩罚”的特征相互对应。

在德国刑法理论中，也有学者试图将罪责与刑罚的预防必要性结合起来考察刑法中的责任。这些学者认为，“在行为人实现了刑法性不法时，他就是有罪责的，尽管他在具体的情况中（还）能受到规范性警告的影响，并且还具有充分的自我控制能力，从而，他当时在精神上仍然是有可能选择一种合法的举止行为的。在这种方式中的一种有罪责的行为，出于预防的理由，通常也需要刑法的威胁；因为当立法者在一个行为构成中接受一种举止行为时，立法者的出发点是这样的：在违法性和罪责存在时，通常都必须使用刑罚的手段来与之斗争。预防性刑事惩罚的必要性，因此不需要特殊的理由，在罪责存在时，刑法性的责任就立即存在了”。[153]这种用刑罚的预防必要性来解释责任的观点，实际上也是表明了责任与刑罚的不可分割性。从这一意义上说，刑罚才是责任的实质内涵，而非难或否定性评价充其量只是一种对行为人科处刑罚的依据，即行为人之所以要承担责任，之所以要受刑罚惩罚，乃是因为从法律上对行为人的行为可以进行非难，或者说对行为人的行为可以作出否定性的评价。

（二）有责性要素的定位

本教科书认为，在犯罪论体系三个要素中，有责性要素作为责任层面的定位要素，实际上是从犯罪论体系的最终目的的角度，来考察某种行为是否足以构成刑法意义上的犯罪。

---

[150]【日】大冢仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 130 页和第 372 页。
[151]【日】大谷实著：《刑法讲义总论》（第 4 版），成文堂 1994 年版，第 314 页。转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 425 页。
[152]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 556 页。
[153] 同上，第 557 页。

毫无疑问，立法者制定刑法的根本目的，是为了将那些实施了犯罪的行为人绳之以法，让其受到应有的惩罚，以此来实现刑法的一般预防和特殊预防功能。因此，作为判断某种行为是否足以构成犯罪的犯罪论体系，它不仅要服从立法者制定的刑法规范，以此为据来设置构成要件该当性要素，并服从任何犯罪所固有的内在的反社会性本质特征，以此为据来设置违法性要素，而且还必须服从立法者制定刑法的根本目的，解决行为人是否要对其行为承担刑事上的责任的问题，也就是要解决应否对行为人实施处罚的问题。否则，犯罪论体系如果只解决行为是否符合法律规定的构成要件问题以及行为是否破坏了法秩序问题，却不涉及应否对行为人给予刑事上的处罚问题，这样的犯罪论体系显然是毫无意义的。

据此，我们可以得出这样一个结论：在犯罪论体系三个要素中，如果说构成要件该当性要素是从法律层面进行定位的外在的法定要素，而违法性要素是从社会层面进行定位的内在的本质要素，那么，有责性要素就是从责任层面进行定位的旨在实现刑法功能的目的要素（或者说是“预防要素”）。

（三）有责性要素的属性

应当指出，长期以来，在大陆法系刑法理论中，几乎所有的学者都认为责任的属性是主观的，或者最起码是与行为人的主观心理因素紧密相连的，无论是道义责任论还是心理责任论抑或是规范责任论，莫不如此；久而久之，责任一词在刑法理论中慢慢就被蒙上了一层厚厚的主观主义色彩，以致学者们在解释责任一词的属性时，无法离开人的主观上的心理活动。如有学者认为，“违法判断与责任判断都是说明犯罪是应当受到非难的行为，违法判断从客观上说明犯罪行为应受非难，责任判断是从主观上分析行为人应否受到非难”；所以，责任判断实际上是一种“对行为所作出的主观的、具体的判断”。[154]关于责任的主观属性，在古典犯罪论体系中表现得尤为彻底，正如有学者指出的那样，古典犯罪论体系“是建立在这样一种认识基础之上的：不法和罪责之间的关系就像犯罪的外部方面和内部方面之间的关系一样。根据这个认识，所有犯罪行为客观方面的条件，都属于行为构成和违法性，而罪责是作为所有主观方面的犯罪因素的总和而适用的（所谓的心理性罪责概念）。从这个理论的立场出发，故意是作为罪责的形式被认识的”。[155]

本教科书不认同在责任属性问题上的纯主观性说。本教科书认为，责任要素的属性同样具有主、客观因素的双重性。因为正如本教科书在解释责任概念时已经指出的那样，责任的实际内涵是指一种行为人应当承担的刑事上的法律责任，也就是法律后果，从这一意义上说，责任的本质就是一种代价，一种行为人为其触犯法律且破坏法秩序的行为应当付出的法律上的代价；而就这种法律后果或法律代价本身而言，要从不同的方面去考察其固有的属性；所以，在解释责任属性时，不能把责任本身的属性与对责任的分析过程混为一谈。具体而言，当我们从行为人主观心理活动方面去分析行为人有无责任时，这种主观上的分析并不能代表责任本身的属性，这一情况与构成要件的属性分析是一样的。比如，当我们去分析某种行为是否具备构成要件该当性时，既要从客观方面入手，分析行为的特征、行为结果以及因果关系，也要从主观方面入手，分析行为人主观上有无故意或过失，但这种主观上的分析不能代表构成要件本身的属性，更不能由此就得出结论，说构成要件的属性也是主观的。事实上，完整地看，由于对构成要件该当

[154] 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 189 页。

[155]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 121-122 页。

性的分析必须从主、客观两个方面进行分析，因此，构成要件的属性就应当是主、客观相统一的，即构成要件本身既有客观方面的属性，也有主观方面的属性。责任本身的属性难道不也是这样吗？当我们从行为人的年龄或精神障碍方面去分析行为人有无责任时，这是从客观方面入手对行为人应否承担法律后果进行分析；[156]当我们从行为人对其行为有无违法性认识方面去分析行为人有无责任时，这是从主观方面入手对行为人应否承担法律后果进行分析。既然对责任要素须从主、客观两个方面进行分析，那么，如同构成要件一样，责任的属性当然也应当是主、客观相统一的，即对责任本身的属性来说，既有主观方面的属性，也有客观方面的属性。

四、小结

综上所述，对大陆法系刑法理论中的犯罪论体系，我们可以从以下三个方面作一个总体性的归纳：

（一）犯罪论体系的合理性与层次性

犯罪论体系学说作为一种定罪理论，其内在结构的合理性主要表现为构成要件该当性的法定要素、违法性的本质要素和有责性的目的要素的有机统一。根据这种统一，认定刑法意义上的犯罪是分三个阶段来完成的：第一个阶段是法律层面的定位，其使命在于从形式上来判断行为是否符合法律规定的各种主、客观要件；第二个阶段是社会层面的定位，其使命在于从价值上来判断行为是否具有破坏法秩序的性质；第三个阶段是责任层面的定位，其使命在于从目的上来判断行为人是否应当为其行为承担相应的刑事上的法律后果。正是这种统一，使犯罪论体系不仅给人以各要素定位分明的层次感，而且给人以各要素逐步深化的递进感。从犯罪论体系三要素的定位及使命考察，本教科书认为，所谓刑法意义上的犯罪，就是指符合法律规定的、破坏了法秩序且应当承担刑事上的法律后果的行为。

（二）一般互动关系与特殊互动关系

犯罪论体系各要素形成的是一种有机统一且彼此合作的互动关系。在通常情况下，分析和评价某种行为是否足以构成刑法意义上的犯罪，应当先从构成要件该当性要素入手，分析该等行为是否符合法律规定的构成要件；如果该等行为具备了构成要件该当性，接下去再从违法性要素入手，分析该等行为是否破坏了法秩序，是否侵害了刑法所保护的相关法益；如果该等行为具备了违法性，最后就要从有责性要素入手，分析实施了该等行为的行为人是否应当承担相应的刑事上的法律后果；如果三个要素全部符合，就意味着该等行为构成了刑法意义上的犯罪，行为人应当为其行为承担刑事上的法律后果。依照这样一种程序，通过递进方式来分析和评价某种行为是否足以构成刑法意义上的犯罪，就构成了犯罪论体系内部三要素之间的一般互动关系。

然而，受犯罪的复杂性、行为的确定性以及人对事物认识的直观性等因素的影响，在有的情况下，犯罪论体系内部三要素之间的一般互动关系会被打乱，对某种行为是否足以构成刑法意义上的犯罪的分析，往往只须针对其中一个要素进行分析就可得出确定的结论。比如，对正当防卫而杀人的行为来说，鉴于杀人行为的确定性，我们不会从构成要件该当性要素入手，先去分析杀人行为是否具备

[156] 有人认为，责任能力也是主观的范畴，笔者不同意这种观点，因为这种观点显然是建立在主观责任概念基础之上的。事实上，行为人是否达到责任年龄，行为人是否存在精神障碍，这是一种客观事实，而非主观的东西。

杀人罪的构成要件该当性，而是直接进入违法性要素的层面，去分析该等杀人行为是否符合正当防卫的成立条件，一旦符合且没有超过必要限度，就表明该等杀人行为因属不可罚的正当防卫[157]而阻却了违法性；既然阻却了违法性，就不构成刑法意义上的犯罪，也不存在责任问题。又比如，对精神病患者的杀人行为来说，只须从有责性要素入手，分析行为人是否确实患有精神病即可得出最终结论。像此类特殊情况下的犯罪分析，就构成了犯罪论体系内部三要素之间的特殊互动关系。

（三）积极的要素与消极的要素

犯罪论体系内部所包含的三种要素，其实质就在于宣示了构成刑法意义上的犯罪所必须具备的条件，简单地说，也就是犯罪成立的条件。有学者认为，就犯罪成立的条件而言，构成要件该当性要素是一种积极的要素，而违法性要素和有责性要素则属于消极的要素。将犯罪论体系三要素分为积极要素和消极要素的主要理由是：

构成要件只能是具体犯罪的构成要件，分析某种行为是否具备构成要件该当性，必然是以刑法分则对各种具体犯罪的规定为依据，从这一意义上说，构成要件不可能是抽象的。而从立法的角度考察，立法者之所以将某种行为规定为犯罪，实际上就是按照通常情况，对该等行为从社会价值及道义上作了否定性的评价，这就是行为无价值论在立法上的体现。正因为如此，构成要件该当性要素对违法性要素和有责性要素具有推定机能，即只要具备了构成要件该当性，就可以推定行为具有违法性，也可以推定行为人应当承担刑事上的法律后果。换句话说，构成要件该当性作为一种犯罪类型，实际上也是违法性和有责性的行为类型。由此可见，构成要件不应当是消极的，它必然是由立法者通过积极的、肯定的法律规范而明确宣示的。正如有学者指出的那样，构成要件不能以消极的形式出现，它是违法性和有责性评价的根据与前提，刑法分则所规定的各种具体犯罪的构成要件是可罚性不法的积极的构成要件。[158]

然而，违法性要素和有责性要素则不同。如果说构成要件旨在通过积极、肯定的法律规定对通常情况下的违法性和有责性作出推定的话，那么，违法性要素和有责性要素则恰恰是在特殊情况下对构成要件所作出的推定予以否定：违法性要素是从社会层面的角度对构成要件所作出的推定予以否定，而有责性要素是从责任层面的角度对构成要件所作出的推定予以否定。正因为如此，对违法性要素和有责性要素的研究，旨在确认行为或行为人有无阻却违法性的事由或阻却责任的事由，这种研究方式本身就是一种消极的研究方式。正如有学者指出的那样，构成要件与阻却违法性事由和阻却责任事由的关系是：前者是肯定违法性及道义责任的法律定型，后二者则是否定违法性及道义责任的法律定型，它们之间有着积极与消极的差异。因此，阻却违法事由和阻却责任事由可以说是总则性的、一般的消极构成要件。[159]

本教科书认为，将犯罪论体系三要素分为积极的要素和消极的要素具有一定的合理性和现实意义。比如，有学者从思考上的经济性及诉讼上的便利性对此作出分析，认为通过将犯罪成立条件分为积极与消极两种要素，一来可以“在刑法各论中，对各种具体犯罪，只要讨论积极的构成要件，即而毋须涉及违法阻却事

---

[157] 本教科书认为，正当防卫可分为不可罚的正当防卫（没有超出必要限度）和可罚的正当防卫（超出必要限度），具体分析详见第五章“违法性”。

[158] 参阅【日】小野清一郎著，王泰译：《犯罪构成要件理论》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 41-45 页。

[159] 同上。

由和责任阻却事由等消极的犯罪成立条件”，[160]这就是思考上的经济性。二来在诉讼过程中，“积极的犯罪成立条件，即构成要件的客观要素与主观要素是需要控方举证的。只要具备构成要件该当性，即可推定违法性与有责性的存在。而消极的犯罪成立条件，即违法性阻却事由与责任阻却事由则是要求辩方举证的。只有辩方有效地证明违法性阻却事由与责任阻却事由的存在，才能推翻控方基于构成要件该当性而对违法性与有责性的推定”，[161]这就是诉讼上的便利性。本教科书认同该学者的观点。

第三节　相关学说和理论

从世界法律的角度考察，大陆法系刑法中的犯罪论体系，仅是一种模式，并不表示世界上所有国家的刑法理论都遵循这样一种犯罪论体系。目前，在世界法律体系中，尚有两种不同的涉及犯罪成立条件的学说和理论。了解这两种相关的学说和理论，对于开拓视野，加深对大陆法系刑法中犯罪论体系的认识，具有一定的现实意义。

一、俄罗斯和中国大陆刑法中的犯罪构成理论学说

在俄罗斯和中国大陆刑法中，关于犯罪成立条件的学说是犯罪构成理论，这种犯罪构成理论来自于前苏联刑法中的犯罪构成理论体系。如俄罗斯学者认为，“犯罪构成----这是行为的必要客观要素和主观要素的体系，它们形成行为的社会危害性，在结构上分为四个分体系，其要件在刑法典总则和分则规范的处理中予以规定”。[162]而中国内地学者认为，犯罪构成是“刑法所规定的、决定某一行为成立犯罪所必需的一切客观要件和主观要件的有机统一的整体”。[163]

（一）犯罪构成理论四要素

根据俄罗斯和中国大陆刑法中的犯罪构成理论，犯罪构成包括四个方面的要素：（1）犯罪客体。所谓犯罪客体，就是指刑法所保护的为犯罪所侵害的社会关系，按照社会关系范围的大小，犯罪客体又可分为一般客体、同类客体和直接客体。（2）犯罪客观方面。所谓犯罪客观方面，就是指刑法所规定的构成各种犯罪的客观行为要件，包括危害行为、危害结果以及两者之间的因果关系。（3）犯罪主体。所谓犯罪主体，就是指达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力且实施了危害行为的自然人，包括实施了危害行为的法人。[164]（4）犯罪主观方面。所谓犯罪主观方面，就是指行为人对于危害社会的结果所持的主观心理态度，包括故意和过失。凡是符合这四个要素的行为，就可以认定为犯罪；因此，俄罗斯和中国大陆学者一致认为，犯罪构成是追究刑事责任的基础，也是唯一依据。

（二）犯罪构成理论的主要特征

从俄罗斯和中国大陆刑法关于犯罪构成四要素的结构与内涵考察，这种犯罪构成理论具有三个显著的特征：（1）法律特征，即犯罪构成四个要素所包含的内容，都是由刑法明确加以规定的，包括刑法典总则和分则规定，这一特征体现了罪刑法定的基本要求。（2）社会危害性特征，即某种行为只要符合犯罪构成四个

---

[160] 陈兴良：《期待可能性的体系性地位——以罪责构造的变动为线索的考察》，载于《中国法学》，2008 年第 5 期。

[161] 同上。

[162] 【俄】库兹涅娃、佳日科娃主编，黄道秀译：《俄罗斯刑法教程（总论）》（上卷.犯罪论），中国法制出版社 2002 年版，第 178 页。

[163] 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 70 页。

[164] 在《中华人民共和国刑法典》中，法人犯罪也称之为单位犯罪。

要素，该等行为就具有社会危害性，应受刑罚处罚；反之，不具有社会危害性的行为，如正当防卫，就不存在犯罪构成的问题。（3）主、客观相统一特征，即犯罪构成的四个要素，包含了客观和主观方面的要素，依据犯罪构成四要素追究行为人的刑事责任，符合主、客观相统一的刑事责任原则。

（三）比较与评析

如果我们将俄罗斯和中国大陆刑法中的犯罪构成理论同大陆法系刑法中的犯罪论体系相比较，就可以发现两者既有共同点，如均体现了罪刑法定原则，均坚持了主、客观相统一的刑事责任原则，但也有不同点。这种不同点主要表现在以下三个方面：

1、关于犯罪本质特征

如前所述，在大陆法系犯罪论体系中，违法性要素揭示的内涵属于犯罪本质特征的范畴，由此表明，大陆法系的犯罪论体系是将犯罪的本质特征置于犯罪论体系之内，并作为一种重要的要素看待。而俄罗斯和中国大陆刑法中的犯罪构成理论则将犯罪的本质特征即社会危害性排除在犯罪构成之外。这样，大陆法系的犯罪论体系和俄罗斯、中国大陆刑法中的犯罪构成理论对不具有违法性即不具有社会危害性的行为的处理就不同，前者是将其纳入犯罪论体系中考察，当行为存在阻却违法性事由时，才排除其犯罪的可能性，而后者就不从犯罪构成理论考察，直接将其排除在犯罪行为之外。

2、关于认识论方法

从认识论的角度考察，大陆法系刑法中的犯罪论体系是采用由表及里、从形式到实质的认识论方法，故给人以层次感，与犯罪的实质概念具有一致性；而俄罗斯和中国大陆刑法中的犯罪构成理论则是将犯罪构成四要素置于一个平台之上，采用的是平面式的认识论方法。就此而言，前者的认识论方法显然要优于后者。

3、关于责任要素

如前所述，在大陆法系犯罪论体系中，有责性要素是作为一种目的要素而存在的，它反映了犯罪论体系最终要解决的问题是一个刑事责任问题，因此，尽管行为具备了构成要件该当性和违法性，但并不表明行为人应承担责任；当行为人存在某些可阻却责任事由时，如缺乏刑事责任能力、有正当理由而缺乏违法性意识或缺乏期待可能性的，其行为仍然不构成刑法意义上的犯罪；既然不构成犯罪，当然也不应让行为人承担相应的刑事上的法律后果。而俄罗斯和中国大陆刑法的犯罪构成理论则没有将责任视为一种构成犯罪的要素，它仅仅是将刑事责任能力作为犯罪主体的一种要素看待，至于其他可阻却行为人责任的情况就被排除在犯罪构成理论之外；这样，当发生其他足以阻却行为人责任的情况时，犯罪构成理论就显得无能为力，这也是近几年来不少中国大陆学者竭力主张参照大陆法系刑法中的犯罪论体系，引入期待可能性要素的主要理由。

二、英美法系刑法中的犯罪成立理论

英美法系因以判例法作为法律的主要渊源，故其关于犯罪成立条件的理论与大陆法系犯罪论体系和俄罗斯、中国大陆刑法中的犯罪构成理论具有很大的差别。关于英美法系刑法中的犯罪成立条件，学者的解释和归纳不完全相同。有的学者仅从实体法的角度进行解释，而有的学者则从实体法和诉讼法的角度进行解释。

从实体法解释的观点认为，英美法系刑法中的犯罪成立条件包括犯罪行为和

犯意。[165]首先，在客观方面，犯罪行为是构成犯罪的客观要件，不包括行为人的主观因素；犯罪行为主要包括行为、结果和因果关系等要素，但“也有可能由‘事实状态’组成，而根本不含行为”，[166]这里讲的“事实状态”即指“持有”类的犯罪，如非法持有毒品。[167]在英美法系刑法中，对犯罪行为的认定与诉讼程序密切相关，法院要确认某种犯罪行为，经常要求有作为或不作为的证据，并通常必须证明犯罪行为产生的特定结果。其次，在主观方面，犯意是构成犯罪的主观要件，也就是指罪过，包括蓄意、明知、轻率、疏忽等罪过心态，除了某些“严格责任犯罪”[168]以外，所有重罪和大部分轻罪都要求证实存在罪过这一主观要件。关于实体法解释，也有学者将犯罪行为要件中的因果关系单列出来，认为英美法系刑法中的犯罪成立条件包括犯罪意图、犯罪行为和因果关系。[169]

从实体法和程序法解释的观点认为，英美法系刑法中的犯罪成立条件包括实体法意义上的要件和诉讼法意义上的要件。所谓诉讼法意义上的要件，主要是指控方和被告方就犯罪行为和犯意进行控辩，控方对被告的犯罪指控负有举证责任，以证明被告具备了犯罪本体要件；而被告人则可对此指控提出合法辩护事由，如未成年、精神障碍、认识上的错误、被胁迫或被强制、正当防卫、紧急避险等事由，以否定相关的犯罪本体要件。因此，诉讼法意义上的要件，实际上是在长期的司法实践中，通过对各种合法辩护事由的归纳和总结而形成的一种程序性的要件。但是，值得注意的是，学者关于实体法意义上的要件和诉讼法意义上的要件的名称表述，不完全相同。比如，有的学者认为，英美法系刑法中的犯罪成立条件表现为一种双层式的模式体系：第一个层次是犯罪本体要件，该犯罪要件包括犯罪行为和犯罪心态；第二个层次是责任充足要件，包含诸种合法抗辩事由。[170]有的学者认为，英美法系刑法中的犯罪成立条件包括犯罪成立要素和犯罪否定要素，前者为实体法意义上的要件，后者则为诉讼法意义上的要件。[171]也有学者直接将英美法系刑法中的犯罪成立条件分为实体性的犯罪构成要件和程序性的犯罪构成要件。[172]

将英美法系刑法中关于犯罪成立条件的理论与大陆法系犯罪论体系，或与俄罗斯和中国大陆刑法中的犯罪构成理论相比较，前者显然缺乏理论的系统性和归纳性，侧重于司法实际操作。这可以说是英美法系刑法关于犯罪成立条件理论的一个重要特征，这种特征的形成与其以判例法为法律主要渊源的法律传统是息息相关的。

---

165 参阅【英】J.C.史密斯、B.霍根：《英国刑法》，法律出版社 2000 年版，第 35-36 页。

166 同上，第 37 页。

167 当然，“持有”也是一种刑法中的行为，否则不可能构成犯罪。这里“根本不含行为”的意思，只能是理解为不含积极地作为和消极地不作为。

168 在英美法系刑法中，对犯罪认定不要求有罪过，即不要求必须具有蓄意、明知、轻率、疏忽等罪过心态的犯罪，被称之为“严格责任犯罪”，此类犯罪通常都属于轻罪。但也有例外，如英国刑法对奸淫幼女的犯罪实行“严格责任制”。

169 赵秉志主编：《香港刑法学》，河南人民出版社 1997 年版，第 27 页。

170 参阅储槐植：《美国刑法》（2 版），北京大学出版社 1996 年版，第 3 页。

171 参阅袁益波：《英国刑法的犯罪论纲》，知识产权出版社 2007 年版，目录部分。

172 陈兴良主编：《犯罪论体系研究》，清华大学出版社 2005 年版，第 97 页。

第四章　构成要件该当性

如前所述，在犯罪论体系中，构成要件该当性要素是一种依据现行法律来作出判断的法定要素，此类法定要素既包括了客观方面的要素，也包括了主观方面的要素。构成要件的主、客观属性表明，分析某种行为是否符合法律规定的构成要件，就必须从客观和主观两个方面入手；只有当该等行为符合了法律规定的客观方面的要素和主观方面的要素后，方能确认该等行为具备了构成要件的该当性；反之，则应当将该等行为排除在刑法意义上的犯罪行为之外。构成要件该当性要素具有两个重要机能：

一是犯罪类型化机能。对构成要件无论是持客观主义还是主、客观主义的态度，学者们在构成要件就是“犯罪类型”这一点上并无疑义，只不过主、客观主义的观点认为在构成要件中只有加入了主观方面的要素，构成要件才会真正成为“犯罪类型”。构成要件之所以能够成为“犯罪类型”，主要是因为刑法所规定的各种犯罪都是具体的，每一种犯罪都有其自身固有的不同于其他犯罪的构成要件；从这一意义上说，分析某种行为是否具备了构成要件该当性，必须是相对于具体犯罪的构成要件而言的，由此就会形成一个个互不相同的“犯罪类型”。

二是保障人权机能。构成要件该当性要素具有非常明显的刑事违法性特征，不违反刑法的行为，肯定不具有构成要件的该当性；而不具备构成要件该当性的行为，当然也不会构成犯罪，更不会受刑罚处罚。从这一意义上说，构成要件该当性要素乃是罪刑法定原则在犯罪论体系中的必然反映，它与罪刑法定原则的基本要求是一脉相承的，因而也凸现了构成要件该当性要素在保障基本人权方面的机能。

第一节　客观要素·外部行为

“无行为则无犯罪亦无刑罚”，这是一句刑法格言，*惟*从理论上解释刑法中的外部行为，应当注意以下几个方面的问题：

一、外部行为的概念

关于刑法中的外部行为概念，学者的观点不尽一致。如有的学者提出了“因果行为”的概念，将刑法中的外部行为视为可对外界产生一定后果的人的有意识的态度，强调人的态度与特定后果之间的因果关系。[173]有的学者提出了“目的行为”的概念，将刑法中的外部行为视为一种有目的的行为，强调人的目的对行为的决定作用。有的学者提出了“人格行为”的概念，将刑法中的外部行为视为人格的外化，强调人格与行为的一体性。有的学者提出了“社会行为”的概念，将刑法中的外部行为视为“对社会有意义的人的态度”，[174]强调人对外界的态度或反应所具有的社会意义。

本教科书认为，由于“目的行为论”无法涵盖刑法中的过失犯罪及某些特定的不作为犯罪，而“人格行为论”则明显不符合犯罪的实际情况，具有极大的片面性，因此，这两种关于刑法中的外部行为概念的观点，被绝大多数学者所扬弃。

---

[173] “因果行为论”是德国刑法理论中的传统观点。

[174] 【德】汉斯海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 275 页。

就此而言，“因果行为论”和“社会行为论”就具有相对的合理性，但它们也有不足之处。比如，“因果行为论”虽然注意到刑法中的外部行为所可能产生的特定的后果以及行为与结果之间的因果关系，但却忽视了外部行为本身以及行为后果应当具有的社会意义，也就是对刑法所保护的法益的侵害性；“社会行为论”虽然注意到外部行为的社会意义，但却忽视了刑法中的外部行为必须是客观上能够产生一定社会后果的行为，不管这种后果是否发生。据此，本教科书主张，考察刑法中的外部行为，应当将“因果行为论”和“社会行为论”结合起来分析，并融入任何犯罪必须具备的对法益的侵害性。按照这样一种思路，我们可以将刑法中的外部行为定义为：所谓刑法中的外部行为，就是指人在一定意识支配下所发生的、且侵害了刑法所保护的法益并可能造成特定后果的态度或反应。

二、外部行为的要素

构成刑法中的外部行为，应当具备四个方面的要素：

（一）行为的心素

所谓行为的心素，就是指支配人去作出某种行为的意识。在刑法中，任何一种犯罪，其外在表现形式首先都是人在一定意识支配下作出的一种行为，故对刑法中的外部行为来说，人的意识是行为最核心的组成部分，任何缺乏意识的行为，不可能构成刑法意义上的行为。比如，基于外力作用下的行为就不属于刑法中的外部行为，举例来说，甲站立在游泳池边上，突然被人推进游泳池而撞伤池中的游泳者，甲的身体动作也可以说是一种行为，但甲作出这样一种行为完全是受外力作用的结果，其本人主观上根本不存在作出该等行为的意识，故甲的这种行为不能视为刑法中的外部行为，甲既不会构成故意伤害罪，也不会构成过失伤害罪。还比如，基于条件反射下的行为也不可能成为刑法中的外部行为，“例如，即使因条件反射而弹起的脚打到了医生的脸部，由于那并非‘行为’，没有必要探讨是否成立暴行罪”。[175]再比如，基于精神障碍作出的行为同样不构成刑法中的外部行为，如梦游者在梦游中作出的行为。总之，刑法中的外部行为“不是那些自然人的意志完全无法支配的外部世界的事变”。[176]

（二）行为的体素

所谓行为的体素，就是指人对外界事物所持的一种态度或反应，如果说行为的心素反映了刑法中外部行为的主观特征的话，那么，行为的体素就属于刑法中外部行为的客观特征。值得注意的是，学者们之所以将刑法中外部行为的客观特征解释成是人对外界事物的态度或反应，而非单纯的人的外部身体动作，主要原因在于刑法规范的性质不同。因为刑法规范就其性质而言主要分为两种，即禁止性规范和命令性规范：禁止性规范就是禁止他人作出某种行为，如禁止杀人、强奸、抢劫，凡违反禁止性规范的犯罪，其行为性质就属于“不应为而为”；而命令性规范就是命令他人在特定情况下必须作出某种行为，如有能力的家庭成员必须抚养无能力的家庭成员，医生必须救治病人，路遇他人生命处于危险之中必须提供力所能及的救助等，凡违反命令性规范的犯罪，其行为性质就属于“应为而不为”；在理论上，有的学者之所以将禁止性规范称之为积极的刑法规范，将命令性规范称之为消极的刑法规范，其道理也在于此。所以，如果将刑法中外部行为的客观特征仅仅理解为人的外部身体动作，以此来解释禁止性的刑法规范似乎没有问题，但是，以此来解释命令性的刑法规范，就无法解释何以在身体静止的

[175]【日】西田典之著，刘明祥、王昭武译：《日本刑法总论》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 60 页。
[176]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 119 页。

情况下也会构成犯罪。于是，只有将刑法中的行为视为人对外界事物所持的一种态度或反应，才能从人的身体的角度来概括因触犯禁止性规范和命令性规范而构成的全部犯罪。

还必须指出的是，将刑法中外部行为的客观特征解释成人对外界事物的态度或反应，对持有型的犯罪也是有意义的。所谓持有型犯罪，就是指因非法持有某种或某类法律禁止持有的东西而构成的犯罪，如非法持有武器、非法持有毒品等犯罪即属持有类犯罪。有学者认为，持有本身既不是作为，也不同于不作为，而是一种特殊的行为形态，*这种特殊的行为形态*，只能用人对外界事物的态度或反应方能解释。[177]

强调行为的体素，必须将单纯的犯意排除在刑法中的行为范畴之外。单纯的犯意，就是指行为人内心世界的想法，仅有内心的想法，尽管也可以表明一个人对外界事物所持的态度，但这种纯主观的态度不能视为行为的体素。比如，甲在自己的私人日记中充分表达了对乙的仇恨，并发誓要杀了乙；这仅仅是一种主观犯意，只要甲未有任何杀人举动，即便发现甲所写日记，甲也不会构成故意杀人罪。在现代刑法理论及刑事立法实践中，仅处罚犯意的“主观归罪”现象已被彻底抛弃，坚决反对“主观归罪”也成为现代刑事立法的一条基本准则。[178]

（三）行为的质素

所谓行为的质素，就是指行为的社会意义，这种社会意义包括两个方面：

第一，人在一定意识支配下的对外界事物的态度或反应，必须是对社会事物的态度或反应，而非机械的或生理性的态度或反应。比如，吃饭也是一种有意识的行为，并会产生一定的结果（使人免于因饥饿而死亡），但这种行为不是对社会事物的态度或反应，其行为纯粹是一种为满足生理需要而作出的行为，故此类行为不属于刑法中的外部行为。

第二，人在一定意识支配下的对社会事物的态度或反应，必须是侵害了刑法所保护的各种法益，并可能造成一定的结果。因为行为的社会性及其造成的社会后果是多种多样的，比如，经济领域中各种经营行为，民事领域中的产生债务债权的行为以及结婚或离婚的行为，都属于具有社会性的行为，也会产生相应的社会结果，但它们并不侵害刑法所保护的法益，其行为的社会意义不符合犯罪的本质特征，故这些具有社会意义的行为不能构成刑法中的外部行为；换句话说，刑法中的外部行为所要求的社会性，应当是客观上对刑法所保护的法益构成侵害的行为。其次，对行为结果来说，刑法中的外部行为只要求侵害刑法所保护的法益的行为客观上可能会造成一定的结果即可，至于该等行为对刑法所保护的法益是否造成一定的实际损害，不同的犯罪则有不同的要求。[179]

由此可见，刑法中外部行为的质素与对刑法所保护的法益的侵害性是不可分割的，刑法中的外部行为永远都是一种侵害法益的行为，没有对法益的侵害性，就不会有刑法中的外部行为，而刑法中的外部行为之所以必须具备法益的侵害性，乃是取决于犯罪所具有的破坏法秩序的本质属性。也正是犯罪的这种本质属

---

[177] 如前所述，在英美法系刑法理论中，有学者之所以甚至认为持有本身“根本不含行为”，而是一种“事实状态”（参阅【英】J.C.史密斯、B.霍根：《英国刑法》，法律出版社 2000 年版，第 35-36 页），其道理就在于此。当然，本教科书认为，持有也是一种刑法中的外部行为，否则不可能构成犯罪，而这种外部行为的客观特征就是指持有人对外界事物的态度或反应。

[178] 曾几何时，在澳门刑法中出现过这种“主观归罪”的立法现象。比如，已被废除的原《选民登记法》（第 10/88/M 号法律）第 37 条就是“意图罪的处罚”规定，即关于选民登记的罪行，意图罪也要处罚。该条款虽然已被 2002 年新修订的《选民登记法》废除，但其立法教训值得警惕和深思。

[179] 关于行为结果对犯罪的定罪量刑影响，详见本章第二节“客观要素·行为结果”。

性，成为区分刑法中的外部行为与其他社会领域行为的重要标志。

（四）行为的法素

所谓行为的法素，就是指行为在形式上对刑法规范的违反。刑法中外部行为的法素具有以下二个重要特征：

1、法素的确定性

人的行为是多种多样的，而某种行为之所以会被纳入刑法研究的视野，首先就是因为该等行为从形式上违反了相应的刑法规范，正是从这一意义上说，刑法中外部行为的法素与刑法规范是不可分割的，任何一种刑法中的外部行为，必然属于刑法所规定的某种犯罪的构成要件行为。由此表明，刑法中的外部行为作为一种法定行为，其行为所包含的法素都是由法律明确规定的，因而具有确定性。本教科书认为，就法素的确定性而言，将行为的法素视为刑法中外部行为的要素乃是十分必要的，如果说刑法中外部行为的质素反映了犯罪本质属性的话，那么，刑法中外部行为的法素则反映了罪刑法定原则的基本要求，它同样是区分刑法中的外部行为与其他社会领域行为的重要标志。

2、法素的多样性和具体性

从构成要件的角度考察，刑法中的外部行为作为一种构成要件行为在客观方面究竟应当包括哪些法素，必须以刑法规定为依据，也就是要从刑法对具体犯罪的规定来分析。由于犯罪是多种多样的，刑法所规定的每一种具体犯罪在构成要件方面都有其自身的特点和要求，因此，刑法所规定的不同犯罪在构成要件方面的多样性和具体性，就决定了刑法中外部行为的法素也必然具有多样性和具体性。

法素的多样性和具体性表明，当刑法对某种犯罪的构成要件行为作出特别规定时，这些特别规定所涉及的内容就会成为该等犯罪外部行为也即构成要件行为的法素。比如，大多数犯罪如“杀人罪”（第 128 条）、“盗窃罪”（第 197 条）等犯罪，刑法规定的构成要件对犯罪主体（自然人）的身份并无特殊要求；但有些犯罪的构成要件则对犯罪主体的身份有特殊要求，如“受贿作不法行为罪”（第 337 条）、“受贿作合规范之行为罪”（第 338 条）、“公务上之侵占罪”（第 340 条）等涉及只能由公务员构成的犯罪，“公务员”这一特殊身份就成了此类犯罪构成要件方面的特别规定，这些特别规定就是一种法素。又比如，对大多数犯罪来说，犯罪的时间、地点通常都不是构成要件的内容，但是，有的犯罪则将犯罪的时间、地点也作为构成要件的内容；举例来说，根据澳门《不法赌博法》（第 8/96/M 号法律）规定，“不法经营赌博罪”、“赌博的不法作出罪”、“在不法赌场的现场罪”、“胁迫作出赌博罪”、“欺诈性赌博罪”等犯罪，都必须是“在许可地方以外”作出的不法赌博行为，如果是在合法的赌场之内，就不能构成该等犯罪。很显然，对该等犯罪来说，“在许可地方以外”这一行为地点的规定，就成了该等犯罪外部行为即构成要件行为的法素。

刑法中外部行为的法素无疑从客观方面反映了罪刑法定原则的要求。很多学者在论及行为、行为结果及因果关系等基本客观要素时，之所以指出构成要件客观方面还可以包括法律所特别规定的其他客观要素，如行为人的身份、行为的地点或时间，其宗旨也是为了说明认定刑法中外部行为的法素必须与法律规定的构成要件行为特征保持一致。

三、外部行为的客体

在大陆法系刑法理论中，学者们将外部行为的客体称之为行为客体，而所谓

行为客体，就是指刑法中的外部行为所指向的客观对象，即“构成要件性行为指向的对象。杀人罪中的‘人’、窃盗罪中的‘他人的财物’等即属其例”，[180]或指“行为得以实现的外部世界的对象，行为客体主要有人、物和非物质的对象”。[181]

关于行为客体，与其有密切联系的另一个概念就是法益。所谓法益，德国学者李斯特曾作过这样的表述，即“由法律所保护的利益我们称之为法益。法益就是合法的利益。所有的法益，无论是个人的利益，还是集体的利益，都是生活利益，这些利益的存在并非法制的产物，而是社会本身的产物。但是，法律的保护将生活利益上升为法益”。[182]在刑法理论上，学者们通常将刑法所保护的法益分为两大类，即个人法益和公共法益，前者主要包括人身法益和财产法益，后者则国家和社会公共利益。从具体表现形式来看，法益可以表现为一种权利，如杀人行为侵害的法益是他人的生命权；法益也可以表现为一种制度，如重婚行为侵害的法益是一夫一妻制；法益还可以表现为一种社会管理秩序或社会安全，如脱逃行为侵害的法益是监狱的管理秩序，放火、爆炸等行为侵害的法益是社会公共安全。除此之外，一种行为还可以同时侵害两个或两个以上的法益，如暴力抢劫行为既侵害了他人的生命权或健康权，又侵害了他人的财产所有权。

行为客体与法益是两个既有联系也有区别的概念。要正确理解行为客体的性质及其在构成要件中的地位与作用，不仅要看到行为客体与法益之间的联系，而且还要***注意行为客体***与法益之间的区别。

（一）行为客体与法益的联系

从行为客体和法益的概念可以看出，行为客体和法益之间存在着一种极其密切的联系，这种联系表明，行为客体实际上就是法益的承载体，刑法中的外部行为对法益的侵害首先指向的是法益的承载体即行为客体。比如，对“杀人罪”（第128条）来说，杀人行为侵害的法益是被害人的生命权，而杀人行为直接指向的行为客体是被害人，被害人就是被害人生命权的承载体，杀人行为对被害人生命权的侵害，必须通过对被害人的直接攻击才能得以实现。还比如，对“盗窃罪”（第197条）来说，盗窃行为侵害的法益是他人的财产所有权，而盗窃行为直接指向的行为客体是他人的财物，包括有形的财物如金钱和无形的财物如电力，财物就是财产所有权的承载体，盗窃行为对他人财产所有权的侵害，必须通过直接窃走他人的财物才能得以实现。再比如，对“抗拒及胁迫罪”（第311条）来说，妨碍公务的行为侵害的法益是行政机关的正常管理活动，而妨碍公务的行为直接指向的行为客体是正在执行职务的公务人员，此等公务人员就是行政机关正常管理活动的承载体，妨碍公务的行为对行政机关正常管理活动的侵害，必须通过对此等公务人员的直接干扰才会得以实现。

值得注意的是，刑法中的外部行为在侵害法益的过程中，行为客体本身作为行为直接指向的对象，有可能受到损害，但也可能不会受到损害。比如，上述两例就是很好的说明：杀人行为侵害了被害人的生命权，同时也使被害人受到攻击而死亡，行为客体受到损害；而盗窃行为尽管也侵害了他人的财产所有权，***但***作为行为客体的财物本身并没有受到损害，只是从合法者手中转移到非法者手中而已。

（二）行为客体与法益的区别

---

[180]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社2003年版，第129页。

[181]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社2001年版，第335页。

[182]【德】李斯特著，【德】施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》（修订译本），法律出版社2006年版，第6页。

行为客体与法益之间虽存在着不可分割的联系，但从构成要件的角度考察，两者之间也是有区别的。这种区别主要表现为：

1、行为客体的或然性与法益的必然性。

所谓行为客体的或然性，就是指刑法中可以存在没有行为客体的犯罪。在通常情况下，行为客体作为法益的承载体，实际上是以行为与法益之间的中介体形式出现的，这种中介体往往是可以感觉到的、物质性的中介体；但在有些情况下，由于行为直接指向了法益，中间并不存在可以感觉到的、物质性的中介体时，由此构成的犯罪往往就不存在行为客体的问题。比如，对“重婚罪”（第 239 条）、“脱逃罪”（第 316 条）、“作虚假之当事人陈述或声明罪”（第 323 条）等犯罪来说，其行为直接侵害了一夫一妻制、监狱的管理活动及司法机关的审理活动等法益，实际上不存在与法益密切联系的可以感觉到的中介体，故此类犯罪就不存在行为客体。而所谓法益的必然性，就是指行为对法益的侵害是绝对的，刑法中不存在不侵害任何法益的犯罪，这一结论显然源自法益的基本概念。因为只有当立法者将某一法益纳入到刑法保护范畴之中时，才会将侵害该等法益的某种行为规定为犯罪；既然如此，怎么可能会存在不侵害特定法益的犯罪呢？由此表明，在刑法中，“尽管存在并无行为客体的犯罪，但并不存在没有保护客体的犯罪”。[183]

2、行为客体是构成要件的客观要素，法益不是构成要件的客观要素。

有学者认为，由于存在没有行为客体的犯罪，因此，“在这个意义上，可以说行为的客体不是不可缺少的构成要件要素”。[184]这种观点是值得商榷的，本教科书认为行为客体也是构成要件的客观要素。当然，行为客体作为构成要件的客观要素，乃是针对存在行为客体的犯罪而言的；只要某种犯罪存在行为客体，那么，行为客体就必然是作为构成要件客观要素而存在的。比如，对“杀人罪”（第 128 条）来说，人作为行为客体，当然是“杀人罪”不可缺少的构成要件客观要素，没有人这一行为客体，就不会存在所谓的杀人行为。[185]至于对不存在行为客体的犯罪来说，既然连行为客体都不存在，当然也就谈不上构成要件客观要素的问题，但这与行为客体本身是否属于构成要件客观要素是两码事。

本教科书认为，法益之所以不能视为构成要件的客观要素，乃是因为法益不是认定犯罪需要考虑的因素，而是立法者应当考虑的因素。事实上，当立法者在规定某种具体犯罪的主、客观要素时，已经包含了被该等犯罪所侵害的法益。对犯罪的认定来说，只要能够判断行为符合了某种犯罪的主、客观要素，就足以认定行为必然侵害了某种刑法所保护的法益。可见，法益作为一种立法要素，与犯罪的认定并无直接关系。[186]

第二节　客观要素•行为结果

在大陆法系刑法理论中，究竟如何看待刑法中的行为结果，学者们的观点有所不同，也比较混乱，但总体来说主要有广义和狭义两种行为结果的概念。

一、广义的行为结果概念

广义的行为结果概念也叫法益侵害说，其最重要的特征就是以刑法所保护的

---

[183]【日】西田典之著，刘明祥、王昭武译：《日本刑法总论》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 58 页。

[184]【日】内田文昭：《改订刑法 I 总论》（补充版），青林书院 1999 年版，第 101 页（转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 160 页）。

[185] 正因为如此，当行为人对人这一行为客体缺乏认识时，就不会构成杀人的故意。

[186] 在中国大陆刑法理论中，不少学者主张将犯罪客体即法益排除在犯罪构成理论体系之外，显然是有道理的。

法益为核心，概而言之，对法益的侵害或威胁就是行为结果。[187]比如，有学者认为，刑法中的结果并不限于行为所引致的客观世界的有形变化，“犯罪之结果指一切客观构成要件之实现，因之，结果包括行为人之身体动作及由此所引起之外界结果”。[188]还比如，“有的理论认为，刑法中的结果应该理解为‘对被保护法益的侵害’。这种结果不是客观的自然现象，而是一种法律评价，即对行为已经对被保护法益造成了损害或使被保护的利益处于危险之中的评价”，[189]故有学者将广义的行为结果也称之为法律意义的结果概念。[190]

广义的行为结果概念表明，对法益的侵害本身就是行为结果，这种行为结果是不以法益是否遭到实际损害为转移的；至于行为是否对法益造成实际的损害，只不过是行为结果的形态不同罢了。比如，对“诽谤罪”（第 174 条）、“侮辱罪”（第 175 条）、“作虚假之当事人陈述或声明罪”（第 323 条）等犯罪来说，只要行为人实施了诽谤、侮辱、作虚假陈述等行为，侵害了刑法所保护的相关法益，就是一种行为结果，这种结果的形态是无形的、看不见的、非物质性的结果；而对“杀人罪”（第 128 条）、“强奸罪”（第 157 条）、“盗窃罪”（第 197 条）等犯罪来说，行为人将被害人杀死、对被害妇女完成了奸淫、将他人财物偷走，也是一种行为结果，但这种结果的形态是有形的、看得见的、物质性的结果。

二、狭义的行为结果概念

狭义的行为结果概念也叫行为客体侵害说，其主要特征就是以刑法中的行为直接指向的行为客体为核心，概而言之，刑法中的行为结果就是对行为客体侵害，这种侵害可以是现实的侵害，也可以是潜在的威胁；因为“行为的结果非价存在于对行为客体的现实影响中。而法益作为理想的价值逃避了行为人的攻击，它虽可能被蔑视，且在行为客体形态下还会受到攻击，但不会真正被侵害”。[191]还有学者认为，“刑法上之结果系外界结果，即动作以外之结果，其系发生于行为客体上，……亦即构成要件该当行为在行为客体所引起之外界有形状态。因之，一切在法律上重要的事实变动，均可视为结果，但此须发生于行为客体之上”。[192]有学者将狭义的行为结果概念也称之为自然的结果概念，即“刑法中的‘结果’，是指由行为所引起的具有法律意义的结果。……刑法中的结果具有以下两个特征：（1）它是一种由作为或不作为所引起的独立于行为人的客观现象；（2）它是一种具有刑法意义的事实，一个行为可能引起无限的‘后果’，但只有其中具有法律价值的，才可能成为刑法中的结果”。[193]

狭义的行为结果概念表明，界定刑法中的行为结果，必须以行为引致法益受到实际损害为标准，这种实际损害表现为一切由行为引起的行为客体在法律上重要的事实变动，包括有形的实际损害和无形的潜在威胁；比如，杀人行为引致的

---

[187] 参阅【日】平野龙一：《刑法总论》I，有斐阁 1989 年版，第 118 页（转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 197 页）；参阅张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 112 页。

[188] 转引自蔡墩铭著：《刑法基本理论研究》，台湾汉林出版社 1980 年版，第 68 页。

[189]【意】杜里奥帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 115 页。

[190] 同上。

[191]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 318 页。

[192] 转引自蔡墩铭著：《刑法基本理论研究》，台湾汉林出版社 1980 年版，第 69 页。

[193]【意】杜里奥帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 114 页。

被害人死亡属有形的实际损害，而放火行为对他人生命、健康及财产构成的潜在威胁就属于无形的实际损害。如果行为仅仅是侵害了刑法所保护的法益，客观上并没有引致行为客体遭受有形的实际损害或构成无形的潜在威胁的，就不能认为发生了刑法中的行为结果。

三、评析

本教科书认同广义的行为结果概念，其主要理由是：第一，从刑法中的行为结果本质考察，刑法中的行为之所以具有破坏法秩序的本质属性，前提是该等行为侵害了刑法所保护的相关法益；这一前提条件表明，刑法中的行为结果，在本质上必然表现为对法益的侵害，如果将刑法中的行为结果仅仅理解为对行为客体的侵害，就无法揭示刑法中的行为结果的本质。第二，从行为客体与法益的关系考察，行为客体并非任何犯罪所共有，如果将刑法中的行为结果仅仅视为对行为客体造成的实际损害，那么，对无行为客体的犯罪来说，就意味着不存在行为结果，这显然不符合实际情况；比如，“脱逃罪”（第 316 条）没有行为客体，但脱逃成功，逃出监狱本身就是一种对法益即监狱管理秩序造成了实际损害的结果。第三，如上所述，从行为结果的形态考察，将行为对法益的侵害本身视为结果，只不过是相对于无形的行为结果而言的，比如，侮辱行为导致他人名誉受损属无形的结果，杀人行为导致被害人死亡属有形的结果。第四，从行为结果与构成要件关系考察，对行为结果作广义的解释，并不会导致犯罪认定的扩大化，因为所有犯罪的构成要件，都是由法律明确规定的，并不受制于对行为结果的解释。

根据以上评析，本教科书认为，刑法中的行为结果不能仅仅局限于使行为客体受到实际损害，而是应当从法律价值上进行分析，也就是将刑法中的行为结果看成是一种“法律意义上的结果”。在此基础上，还应当注意刑法中的行为结果在定罪与量刑过程中的地位是不相同的，定罪必然受制于构成要件，不同犯罪的构成要件对行为结果形态的要求不完全一样，而量刑与构成要件无直接关系，无论何种犯罪，影响量刑的行为结果必然是对法益或行为客体造成了具体的实际损害；为此，本教科书认为，分析刑法中的行为结果，首先应当从定罪和量刑两个方面进行考察，将行为结果分为定罪结果和量刑结果，定罪结果就是构成要件的行为结果，量刑结果就是非构成要件的行为结果。

（一）构成要件的行为结果

本教科书认为，在广义的行为结果概念基础上，结合具体犯罪构成要件对行为结果的不同要求，我们可以将构成要件的行为结果分为三大类：

1、侵害性的行为结果与行为犯

所谓侵害性的行为结果，就是指行为对刑法所保护的相关法益的一种侵害，侵害本身就是一种结果。可见，侵害性的行为结果是针对刑法所保护的相关法益而言的，也就是指行为对相关法益的侵害性，这种侵害性的行为结果当然是无形的，看不见的。此外，从行为结果的延伸与发展来看，这种侵害性的行为结果无疑还是一种“最原始”的行为结果。

侵害性的行为结果与行为犯是密切相关的。所谓行为犯，就是指从构成要件该当性的角度考察，只要行为人实施的行为侵害了刑法所保护的相关法益就足以构成既遂的犯罪；换而言之，对行为犯来说，其构成要件所包含的行为结果就是一种侵害性的行为结果，至于行为是否对相关法益或行为客体造成实际的损害，不影响犯罪既遂的成立，故有学者将行为犯也称之为举止犯或举动犯。比如，“剥夺他人行动自由罪”（第 152 条）、“重婚罪”（第 239 条）、“暴力变更已确立之制

度罪”（第 297 条）、“煽动集体违令罪”（第 300 条）、“通谋外地罪“（第 301 条）、“作虚假之当事人陈述或声明罪”（第 323 条）等犯罪，都属于行为犯的范畴，只要行为人实施了符合构成要件的实行行为，侵害了相关法益，就足以构成犯罪既遂；如果行为对相关法益或行为客体造成了实际损害的，那就属于加重刑罚的问题，与犯罪既遂还是未遂无关，比如，剥夺他人行动自由过失致人死亡的，就会构成“剥夺他人行动自由罪”的结果加重犯（第 152 条第 3 款），须依法加重刑罚。除此之外，诸如“医生之拒绝罪”（第 271 条）的纯正不作为犯罪，以及诸如“禁用武器及爆炸性物质罪”（第 262 条）的持有类犯罪，也都属于行为犯的范畴。

2、实害性的行为结果与结果犯

所谓实害性的行为结果，就是指行为不仅侵害了刑法所保护的相关法益，而且还对相关法益或行为客体造成了实际的损害。值得注意的是，有学者认为实害性的行为结果都是有形的、物质性的行为结果，本教科书不认同这种观点，因为行为对相关法益或行为客体所造成的实际损害尽管通常都表现为有形的、物质性的行为结果，如杀人者将被害人杀死、盗窃者将他人财物偷走，但对有些犯罪来说，其行为对相关法益或行为客体所造成的实际损害也可以是无形的、非物质性的行为结果；比如，对“胁迫罪”（第 148 条）来说，强迫他人作出一定的行为或不作出一定的行为，也是一种实际损害，而这种实际损害可以是有形的、物质性的，如使被害人财产受损，也可以是无形的、非物质性的，如被迫作出或不作出某种具有政治性质的行为。

实害性的行为结果与结果犯是密切相关的。所谓结果犯，就是指从构成要件该当性的角度考察，行为人实施的行为不仅侵害了刑法所保护的相关法益，而且还必须是对相关法益或行为客体造成了一定的实际损害方足以构成既遂的犯罪；换而言之，对结果犯来说，其构成要件所包含的行为结果就是一种实害性的行为结果，如果这种法定的实害性的行为结果没有发生，行为人就只能构成犯罪未遂，或不构成犯罪。比如，由于“杀人罪”（第 128 条）的构成要件中，包含着被害人死亡的实害性的行为结果；“强奸罪”（第 157 条）的构成要件中包含着妇女被奸淫的实害性的行为结果；“抢劫罪”（第 204 条）的构成要件中包含着非法占有他人财产的实害性的行为结果；“胁迫罪”（第 148 条）的构成要件中包含着被胁迫者必须作出或不作出一定行为的实害性的行为结果；因此，这些犯罪都属于结果犯，只要相关的实害性的行为结果没有发生，就只能构成犯罪未遂。又比如，大多数过失犯罪也都属于结果犯，[194]只要相关的实害性的行为结果没有发生，就不构成过失犯罪。[195]举例来说，甲在台风来临时因疏忽大意忘了将阳台上的花盆搬入屋内，致使花盆从三楼掉下；在这种情况下，若花盆将行人砸死，甲构成“过失杀人罪”（第 134 条）；若花盆将行为砸成重伤，甲构成“过失伤害身体完整性罪”（第 142 条）；若楼下无人，甲则不构成犯罪。

3、危险性的行为结果与危险犯

所谓危险性的行为结果，就是指行为虽然还尚未对刑法所保护的相关法益或行为客体造成实际损害，但客观上已对相关法益或行为客体形成了一种具体的危险，这种具体的危险就属于危险性的行为结果。应当强调的是，在理解危险性的行为结果时，必须将具体的危险与抽象的危险相区别。因为抽象的危险实际上就

[194] 因有些过失犯罪，如涉及危害公共安全的过失犯罪，其构成要件并不要求发生实害性的行为结果，只要发生危险状态性的行为结果，就可以构成犯罪。

[195] 刑法通说认为，过失犯不存在犯罪未遂问题。

是指对刑法所保护的相关法益的侵害，只要行为侵害了刑法所保护的相关法益，就存在着抽象的危险；正是从这一意义上说，抽象的危险与侵害性的行为结果是等同的，不少学者之所以将行为犯称之为抽象的危险犯，[196]其道理就在于此。所以，在理解危险性的行为结果时，其危险性不应当包括抽象的危险性，而仅仅是指具体的危险性。

危险性的行为结果与危险犯是密切相关的。所谓危险犯，就是指从构成要件该当性的角度考察，行为人实施的行为只要对刑法所保护的相关法益或行为客体形成具体危险就足以构成既遂的犯罪；换而言之，对危险犯来说，其构成要件所包含的行为结果就是一种危险性的行为结果，如果这种危险性的行为结果没有发生，***则表明法定的具体危险性状态尚未形成，因而不成立危险犯，但法律明确规定处罚预备行为的，应按犯罪预备处罚。***[197]

应当指出的是，危险犯的构成要件中所要求的危险性的行为结果，必须是一种具体的危险，而非抽象的危险。关于具体危险的认定，应当掌握两个标准：

第一是法定的标准。所谓法定的标准，就是指这种具体的危险都是通过法律予以明确规定的；比如，在《澳门刑法典》分则第四编第三章“公共危险罪”中，诸如“造成火警、爆炸及其他特别危险行为罪”（第 264 条）、“核能罪”（第 265 条）、“违反建筑规则及扰乱事业罪”（第 267 条）、“污染罪”（第 268 条）、“使供应养料之物质或医疗物质腐败罪”（第 269 条）、“传播疾病或将化验或处方改变罪”（第 270 条）、“与动物或植物有关之危险罪“（第 272 条）等犯罪，由于立法者在相关法律条款中明确规定构成此类犯罪只要求发生特定的危险即构成犯罪既遂，因此，此类犯罪都属于危险犯。除此之外，在《澳门刑法典》分则第四编第四章规定的“妨害交通安全罪”中，大多数犯罪也属于危险犯。可见，危险犯必须是法定的，没有法律规定的具体危险状态，就没有危险犯。

第二是客观的标准。所谓客观的标准，就是指认定法律所规定的具体危险的标准应当是客观的。从各国刑法典关于危险犯的规定来看，法律所规定的具体危险通常是针对特定的对象而言的，此类对象主要分为三类，即他人的生命、他人的身体健康和他人的财产；比如，对“造成火警、爆炸及其他特别危险行为罪”（第 264 条）来说，具体危险只能是“对他人生命造成危险、对他人身体完整性造成严重危险、或对属巨额财产造成危险”。至于行为人的行为是否已经对此类特定对象形成具体的危险，就要按照客观的法则，尤其是从社会上一般人的判断出发，来分析行为对特定对象是否形成了一种具有紧迫性的现实的危险；如果形成，就表明符合法律规定的具体的危险，构成危险犯的既遂；如果没有，就不符合法律规定的具体的危险，不构成危险犯的既遂。举例来说，甲无证或超速开车，其行为显然属于违反交通规则的行为，但仅仅是无证或超速开车，只是对他人的生命或健康构成一种潜在的威胁，这种潜在的威胁至多属于抽象的危险，而非属“危险驾驶道路上之车辆罪”（第 279 条）的构成要件所要求的具体的危险，故甲的违章行为不构成“危险驾驶道路上之车辆罪”，也就是不构成危险犯。但是，

---

[196] 但在日本刑法理论中，也有学者将行为犯与抽象的危险犯区分开来。如有日本学者认为，《日本刑法典》第 108 条规定的“对现住建筑物等放火罪”就属于抽象的危险犯，如果连法益侵害的抽象的危险也不需要的犯罪则称为形式犯，也就是行为犯（参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 120 页）。但本教科书并不认同这种观点，因为抽象的危险正如这位日本学者自己所说，是“不要求证明危险的存在，其存在是拟制的”（参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 120-121 页），换句话说，抽象的危险与对法益的侵害是同步的，从这一意义上说，行为犯就是抽象的危险犯。

[197] 比如，根据《澳门刑法典》分则第 266 条规定，对“造成火警、爆炸及其他特别危险行为罪”（第 264 条）、“核能罪”（第 265 条）这样的危险犯，预备行为也应处罚。

如果甲在违章后，交通警察责令其停车而不停车，并为了逃避警察的追截在闹市区横冲直撞，闯了红灯又逆向行驶，在这种情况下，其行为对路上行人的生命、健康形成的危险就不是什么潜在的威胁，而是一种具有紧迫性的现实的危险，这种危险就属于“危险驾驶道路上之车辆罪”的构成要件所要求的具体危险，为此，甲即便没有撞死人或撞伤人，也构成“危险驾驶道路上之车辆罪”的既遂；如果撞死人或撞伤人且有过失的，就构成“危险驾驶道路上之车辆罪”的结果加重犯（第 281 条），须依法加重处罚。

（二）非构成要件的行为结果

非构成要件的行为结果只能影响量刑，而不能影响犯罪的成立，或影响犯罪的既遂与未遂。正因为如此，非构成要件的行为结果要影响量刑，其表现形态首先必须属于实害性的行为结果，也就是只有当行为对刑法所保护的相关法益或行为客体造成了实际损害，才可能成为加重行为人刑罚的依据；其次，这种实害性的行为结果还必须是看得见的、有形的、物质性的实害结果，只有这样的实害结果，才能成为一种评判犯罪行为轻重的实实在在的标尺，比如，故意伤害他人引致被害人死亡、剥夺他人行动自由引致他人重伤、强奸引致被害人怀孕、诱拐未成年人引致未成年人母亲自杀，这些由犯罪行为引致的行为结果，都属于看得见的、有形的、物质性的行为结果，而这些行为结果一旦发生，自然表明犯罪行为对相关法益或行为客体的侵害具有了相当的严重性，以此来加重犯罪行为人的刑罚就不足为奇了。

值得注意的是，非构成要件的行为结果作为一种看得见的、有形的、物质性的实害结果，其对量刑的影响可以分为法定和酌定两种情况。法定就是指法律明确规定，如强奸引致被害人怀孕，应对强奸者加重刑罚，这就属于法律有明确规定的结果加重犯（第 171 条第 3 款）；酌定就是指法律虽没有规定，但法官在量刑时可酌情考虑给予犯罪行为人加重处罚，如诱拐未成年人引致未成年人母亲自杀，法律并没有规定可依据该实害结果对诱拐者加重刑罚，但法官基于该实害结果可对诱拐者在法定幅度内适当加重刑罚。

（三）行为结果与“风险刑法”

最近几年，随着经济的发展，尤其是科学技术领域的突飞猛进，在刑法理论界开始冒出一种关于“风险刑法”的提法，甚至有学者认为，“风险刑法”的出现，是对传统刑法基本理念的一种挑战，一种否定。比如，传统刑法以保护各种具体的法益为己任，而“风险刑法”则以防范风险为己任，不再预设法益的特定内容；又比如，传统刑法通常会将一些典型的危害社会的犯罪设置成实质的结果犯，而“风险刑法”则将以行为不法为核心，大量采用行为犯即抽象的危险犯的立法模式；还比如，传统刑法强调主、客观相统一，行为人主观上必须具有故意或过失，才得以入罪，而“风险刑法”则出于风险的不确定性，强调通过客观构成要件的类型化作为定罪的依据，以取代主、客观相统一的刑事责任原则；再比如，传统刑法强调行为与结果之间要有因果关系，而“风险刑法”则以行为的特定标示来取代因果关系，将因果关系排除在定罪基础之外。

本教科书认为，“风险刑法”的提法本身类似于一种“玄学”，缺乏可行性和操作性；在“风险刑法”模糊理念的指导下，刑法很可能成为有权者滥用刑罚权的一种工具，因而从整体上是不足以提倡的。其实，说穿了，“风险刑法”的理念并无特别之处，其根本宗旨无非是认为经济的发展和科技的进步，必然会导致社会风险的加大；因此，刑法在惩治犯罪的过程中，要意识到这一点，对社会风险的防范在立法上作出必要的调整。这一理念本身并没有错，错就错在“风险刑

法”的倡导者却意图用彻底推翻刑法基本理论的方式，用“虚无”的、不确定的、无从识别的概念去重新创造所谓的“风险刑法”理论，这才是真正的刑法风险。

本教科书认为，从上述行为结果的概念出发，结合行为犯、结果犯及危险犯的犯罪形态特征，为了充分发挥刑法在防止社会风险中的积极作用，立法者在制定刑法时，结合社会实际以及各种具体风险的特点，适当地加大对行为不法的惩治力度，重视并相应扩大行为犯的立法；同时在与社会公共安全密切相关的领域，增加过失的危险犯，这些立法措施无疑是十分必要的，有利于充分发挥刑法对整个社会的保障作用。但是，涉及刑法的基本原则或理论，如罪刑法定原则、主、客观相统一的定罪理论，则不仅不应加以否定，而且还必须不断加以强化和完善。

第三节　客观要素•行为类型

如前所述，刑法中的外部行为在行为体素方面，是指人对外界事物所持的一种态度或反应，而根据这种态度或反应就可以将刑法中的外部行为分为三种不同的基本类型，这三种不同的外部行为类型实际上也反映了三种不同的犯罪形态：

一、作为与作为犯

所谓作为，就是指行为人通过积极的身体动作，如持刀杀人（第 128 条）、从他人身上盗窃财物（第 197 条），去实施刑法所禁止的行为，由此构成的犯罪，通常称之为作为犯。作为是刑法中最常见的人对外界事物的态度或反应，其“行为性”表现得最为充分；与此相应，刑法所规定的各种犯罪，就外部行为的类型而言，绝大多数也属于以作为的方式构成的犯罪。可以说，在大陆法系刑法理论中，学者们讨论相关理论与实践问题，如未完成犯罪、共同犯罪以及犯罪竞合中的相关刑事责任问题，基本上都是围绕着作为犯展开的，而有关不作为犯在此类问题上的刑事责任，则往往具有特殊性。

二、不作为与不作为犯

刑法中的外部行为除了表现为人的积极的身体活动即作为外，还可以表现为行为人消极地不去做应该做的事；正如有学者指出的那样，作为“可定义为一种可以从外部感受到的身体活动”，而不作为的特点是“没有实证的内容”；“（意大利）刑法典第 361 条第 1 款处罚公务员对自己知道的犯罪不及时报告的行为，显然不是因为行为人做了什么，而只是因为他没有做他应该做的事情”。[198]以不作为方式构成的犯罪，通常称之为不作为犯。

同样是符合构成要件的行为，由于不作为的“行为性”仅表现为一种消极的身体的静止，而非积极的身体的外部动作，因此，通过不作为方式构成的犯罪在刑法理论中，往往具有不同于作为犯的特点；但从构成要件的角度考察，对不作为犯的理解必须掌握相关的基本理论问题，有关不作为犯的基本理论问题主要包括以下几个方面：

（一）不作为犯的分类

在刑法理论中，不作为犯分为两种基本类型，即纯正的不作为犯与不纯正的不作为犯。但在名称上，学者之间的表述有所不同，如有的德国学者将该等分类表述为真正的不作为犯与不真正的不作为犯；有的前苏联学者则将该等分类表述为纯粹的不作为犯与混合的不作为犯。

---

[198] 参阅【意】杜.帕多瓦尼著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 110 页和第 112 页。

1、纯正的不作为犯

所谓纯正的不作为犯，就是指立法者将某种应当作出一定行为而相关主体（人）却不作出该等行为的情况，直接规定为犯罪，并受刑罚处罚。比如，“医生之拒绝罪”（第 271 条），就是指立法者将医生无正当理由拒绝对有生命危险或身体完整性有严重危险的病人提供职业上的帮助的情况，直接规定为犯罪，类似的犯罪尚包括“帮助之不作为罪”（第 194 条）、“违反抚养义务罪”、“拒绝合作罪”（第 346 条）等犯罪。

由上可知，纯正的不作为犯具有三个明显的法律特征：

（1）行为方式的单一性。所谓行为方式的单一性，就是指纯正的不作为犯在行为方式上只能由不作为的方式构成，作为方式不能构成纯正的不作为犯；如果相关主体（人）一旦作出了法律规定应当作出的行为时，就不再符合纯正不作为犯的构成要件，当然也就不会构成纯正的不作为犯。比如，医生只要对有生命危险的病人提供了职业上的帮助，就不会构成“医生之拒绝罪”（第 271 条）；如果仅仅由于治疗过程中的因疏忽大意的过失导致了病人死亡，那只能构成医疗责任事故方面的*犯罪*，如何处理须依法而定。[199]应当注意的是，立法者之所以在刑法中规定由纯正的不作为犯构成的犯罪，其立法宗旨是处罚单纯的不作为，至于相关实害结果是否发生，不是纯正不作为犯构成要件所要求的结果，不影响定罪。比如，对“帮助之不作为罪”（第 194 条）来说，只要行为人能提供救助而不提供救助，就符合了该罪的构成要件，构成犯罪既遂，至于等待救助的人是否死亡，与定罪无关。可见，纯正的不作为犯通常都是行为犯。

（2）作为义务的单一性。所谓作为义务的单一性，就是指相关主体（人）之所以应当作出某种行为的义务，是由刑法直接规定的，不涉及其他方面产生的义务。这一特征表明，没有刑法的直接规定，也就没有纯正的不作为犯。比如，假设立法者不将医生拒绝对危险病人提供职业上的帮助直接规定为犯罪，在刑法中也就没有“医生之拒绝罪”（第 271 条）；如果是这样，医生即使对重病人拒绝提供帮助，根据罪刑法定原则，也就不存在是否构成“医生之拒绝罪”的问题。正因为如此，有学者认为，“在真正的不作为犯中，作为义务能够从刑罚法规本身直接推导出来”。[200]

（3）刑罚的单一性。所谓刑罚的单一性，就是指立法者对纯正的不作为犯规定的刑罚就是专门针对相应的纯正不作为犯而设的，法官在量刑时，不能因行为方式属于不作为而减轻行为人的刑罚，除非纯正不作为犯的犯罪人有其他可减轻刑罚的情节。

2、不纯正的不作为犯

所谓不纯正的不作为犯，就是指以不作为的方式来实施通常是以作为方式实施的犯罪情况。与纯正的不作为犯相比，不纯正的不作为犯同样具有三个明显的法律特征：

（1）行为方式的双重性。所谓行为方式的双重性，就是指由不纯正的不作为方式构成的犯罪，在一般情况下都是通过作为方式构成的。比如，对“杀人罪”（第 128 条）来说，以作为方式构成是最常见的犯罪情况；但是，这并不能排除行为人通过不作为的方式来实施杀人行为，比如，母亲故意不给婴儿喂奶使其死亡，就是以不作为方式实施的杀人行为，由此构成的“杀人罪”（第 128 条）即

---

[199] 比如，刑法中规定有“医疗责任事故罪”的，就可按“医疗责任事故罪”处理，无规定的，也可按“过失杀人罪”处理。

[200] 【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 135 页。

属不纯正的不作为犯。

值得注意的是，由于不纯正的不作为犯构成的犯罪通常都是以作为方式来完成的，因此，不纯正的不作为犯往往作为一种例外，被学者称之为“由不作为实施的作为犯”。但是，也正因为如此，有学者对处罚不纯正的不作为犯的合理性提出了质疑，认为既然不纯正的不作为犯是作为犯的一种例外，就应当由法律作出明确的处罚规定，否则就不符合罪刑法定原则；如法国的刑法理论和相关判例之所以不承认不纯正的不作为犯，其道理也在于此。当然，也有学者对该等质疑提出了反驳，认为刑法规范作为一种禁止规范和命令规范，其规范的内容应当包括作为和不作为；比如，对“杀人罪”来说，禁止杀人的本意包括禁止以作为方式杀人，也包括禁止以不作为方式杀人，故法律无须对不作为方式杀人另作规定。为了避免由此引起的争议，有些国家的刑法典就采取了一种折衷的方法，即干脆在刑法典总则中对不纯正的“不作为犯”统一作出应给予处罚的规定，这样就使处罚不纯正的不作为犯有了立法上的依据。采此立法例的如《德国刑法典》第 13 条第 1 款规定，即“依法有义务防止犯罪结果的发生而不防止其发生，且其不作为与因作为而实现犯罪构成要件相当的，依本法处罚”；与其相类似的立法例还包括《葡萄牙刑法典》第 10 条第 1 款规定，即“如一犯罪的构成要件包含了特定结果，则行为不仅包括可适当产生该等结果的作为，亦包括不防止该等结果发生的不作为，但法律另有意图者不在此限”。[201]

由上可知，不纯正的不作为犯与构成要件所要求的特定结果是不可分割的，质而言之，不纯正的不作为犯只能是一种结果犯，对行为犯来说，不存在构成不纯正不作为犯的问题。比如，“杀人罪”（第 128 条）因是一种结果犯，被害人死亡是其构成要件包含的特定结果，故才会有相应的以不作为方式实施的“杀人罪”，由此构成不纯正的不作为犯。但对于“剥夺他人行动自由罪”（第 152 条）、“诽谤罪”（第 174 条）等行为犯来说，就不会有不纯正不作为犯的问题。为此，有学者认为，“在不纯正的不作为犯情况下，如同行为人通过积极作为引起该结果的发生一样，构成要件该当的结果应当由没有避免该结果发生的保证人负责”，因为“通常情况下，刑法规定只记述由积极作为所引起的结果的情形，对可期待的作为因不作为而不加以阻止结果的发生，则不予记述”，[202]所以，一般情况下，只有当作为犯的构成要件中包含特定结果时，才会存在通过不作为来产生该等结果的可能性。还有学者认为，对“以积极的作为为前提条件的结果犯”而言，在刑法中处罚不纯正的不作为犯，只是“对没有避免构成要件该当结果发生的特殊性的必要的适应”，以体现刑法的保障功能。[203]《德国刑法典》第 13 条第 1 款和《葡萄牙刑法典》第 10 条第 1 款之所以将不纯正的不作为犯表述为不防止构成要件结果的发生，也十分清楚地表明不纯正的不作为犯与结果犯之间的紧密联

---

[201] 必须指出，由中国大陆出版的《葡萄牙刑法典》译本及《澳门刑法典》，都将刑法典总则对不纯正不作为犯的规定译为“防止该结果发生之不作为”。本教科书认为，这样翻译是不符合立法原意的，因为对不纯正的不作为犯罪来说，只有在相关主体（人）应当防止构成要件结果发生而不防止的情况下，才会构成不纯正的不作为犯，如果相关主体（人）作出了一定行为，防止了构成要件结果发生，就不可能再构成不纯正的不作为犯。中国大陆的学者及台湾地区的学者在翻译《德国刑法典》第 13 条时，之所以都将其译为“不防止其发生”（参阅蔡墩铭译：《德日刑法典》，台湾五南图书出版有限公司 1982 年出版）或“不防止属于刑法的构成要件的结果”（参阅冯军译：《德国刑法典》，中国政法大学出版社 2000 年版），其道理就在于此。毫无疑问，对《葡萄牙刑法典》第 10 条和《澳门刑法典》第 9 条作出上述错误翻译，原因在于翻译者对刑法基本理论缺乏必要的认识。

[202] 【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 731 页。

[203] 同上。

系。

（2）义务的多重性。所谓义务的多重性，就是指在纯正的不作为犯情况下，由于相关主体（人）的作为义务直接来自于刑法的规定，所以对义务的认定就比较简单和单一。但对不纯正的不作为犯来说，认定相关主体（人）有无应当作出某种行为的作为义务，其来源就比较复杂。正如有学者指出的那样，“为了肯定不真正不作为犯的实行行为，需要不作为违反相关构成要件所预定的作为义务，但是，法律上并未特别表示其作为义务”；因此，属于不纯正的不作为犯的作为义务，“是从处于刑法以外的其他法领域的命令规范中推导出来的，并不包含在刑法的作为犯所规定的禁止规范之中”。[204]因此，在刑法理论中，有关不作为犯义务的各种学说和观点实际上都是针对不纯正的不作为犯而言的。

（3）刑罚的减轻性。所谓刑罚的减轻性，就是指刑法中对结果犯规定的法定刑，主要是针对作为犯而设的，然而，因为结果犯在少数情况下也可以由不纯正的不作为犯构成，所以，作为一般情况下的例外，理论上对不纯正的不作为犯就可以减轻刑罚。不少学者认为，对结果犯来说，以积极的作为方式去实施犯罪，通常比以消极的不作为方式去实施犯罪更强烈地显示出犯罪人对法律的蔑视心理态度，其主观危险性也更大，而以消极的不作为方式去实施犯罪相对来说主观恶性较轻，故对不纯正的不作为犯减轻刑罚符合罪刑相称的原则；***惟***考虑到有的情况下，不纯正的不作为犯不一定轻于作为犯，如锅炉工故意不作为引致锅炉爆炸显然不轻于他人故意破坏引致锅炉爆炸，故主流观点还认为，对不纯正不作为犯减轻刑罚不能绝对化，要给法官酌情量刑留有一定的余地，有学者将此种减轻刑罚称之为对“不纯正不作为犯的任意减轻处罚”。[205]此主流观点在立法上也得到了体现，比如，《德国刑法典》第 13 条第 1 款在对不纯正的不作为犯作出规定时，其第 2 款就规定，“不作为犯罪得依第 49 条第 1 项减轻之”；《葡萄牙刑法典》同样如此，其第 10 条第 3 款明确规定，对不纯正不作为犯“可以特别减轻刑罚”。

（二）不纯正不作为犯的作为义务

如前所述，纯正的不作为犯的作为义务是由刑法特别规定的，具有单一性，而不纯正不作为犯的作为义务是从刑法以外的法规范中推导出来的，具有多重性，所以，分析不作为犯的作为义务，关键是分析不纯正不作为犯的作为义务。在大陆法系刑法理论中，这种作为义务，乃是不纯正不作为犯的构成要件要素；如果相关主体（人）没有这种作为义务，即使其不作为引致了法定结果的发生，也不能构成不纯正的不作为犯。

1、作为义务的范围

所谓作为义务，简单地说，就是指相关主体（人）在一定情况下，是应当作出某种行为的，这样就可以防止特定结果的发生，但相关主体（人）却没有去做。目前，在德国、日本刑法理论中，学者们通常将这种作为义务的主体，也就是将在特定情况下有义务防止构成要件结果发生的相关主体（人）称之为“保证人”；只有“保证人”（作为义务的主体）的不作为，才能构成不纯正不作为犯；[206]至于相关主体（人）在何种情况下才具有“保证人”的地位，也就是负有防止构成

[204]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 136 页和第 135 页。

[205]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 734 页。

[206] 在理论上，也有学者将“保证人”分为“保证人地位”和“保证人义务”，并认为前者为构成要件的要素，后者为违法性要素。本教科书认为，在实际情况中，区分“保证人地位”与“保证人义务”是不必要的。事实上，在不纯正不作为犯中，相关主体（人）是否具有“保证人地位”与是否负有“保证人义务”是一致的。有了“保证人地位”，就应当负有“保证人义务”；负有“保证人义务”，就具有“保证人地位”。

要件结果发生的作为义务，学者们比较一致的看法是“法义务”观点，即认定“保证人”是否负有作为义务，必须由“特殊的法根据”加以证实，也就是“依法有义务防止犯罪结果的发生”。这种形式上的法义务理论，客观上就排除了将道德上的义务视为不纯正不作为犯的作为义务的可能。比如，路人甲经过河边，见一小孩掉在河里，能救而不救，致使小孩被淹死。在这种情况下，甲虽在道德上有义务救小孩，但毕竟不属法义务范畴，所以甲不构成“杀人罪”（第 128 条）的不纯正不作为犯。[207]

然而，法义务只是一个总称，究竟如何认定“保证人”负有法义务，因涉及不纯正不作为犯的定罪，故学者的观点也不尽一致，有学者主张放宽，也有学者主张应适当限制。综合来看，大多数学者认为以下三种情况可以作为产生法义务的根据：

（1）基于法律规定产生法义务的情况。此类法义务一般产生于民法所规定或包含的私法上的义务，如家庭亲属间的抚养或赡养义务。举例来说，母亲故意不给婴儿喂奶致婴儿死亡之所以构成不作为的“杀人罪”，就在于母亲作为“保证人”，负有依照民法规定抚养子女的义务。甚至有德国学者认为，“即使在夫妻关系中，也认为彼此之间负有以《民法典》第 1353 条为基础的保护身体和生命的保证人义务”；[208]比如，夫妻吵架，妻子说要自杀，丈夫说你要死就死吧，并愤而外出，回来时妻子真的自杀死亡；在这种情况下，丈夫就负有防止妻子自杀死亡的法义务。此外，其他方面的法律也可以规定相关的义务，比如，当有关法律规定医生在得知***病人患有传染病必须通报时，***就表明医生在此情况下负有通报的法律规定的义务。值得注意的是，这里所讲的法律应当作广义的解释，即既包括了立法机关制定的狭义的法律，也包括了行政机关制定的包括规章制度在内的广义的法律，如行政法规。

（2）基于契约等法律行为产生法义务的情况。比如，依照合同负责照看 2 岁儿童的保姆因私事擅自离开主人家，将儿童独自关在屋内，致使儿童爬出窗外摔死，该保姆即成为“保证人”而对儿童死亡负有因契约产生的法义务。因法律行为产生法义务还可以包括因自愿行为产生法义务的情况，或称之为因事务管理产生的法义务；比如，甲带邻居家孩子出去游泳，即因自己的自愿行为使其成为“保证人”，负有保护孩子安全的法义务，一旦孩子出现危险，甲有义务进行救助；再比如，在医生甲有事外出情况下，医生乙自愿代替甲承担照顾重病人的职责，由此乙就具有了“保证人”地位，负有照看好重病人的法义务。

（3）基于先行行为产生法义务的情况。大多数学者认为，基于先行行为产生法义务，前提是行为人因自己的先行行为导致了一种有可能侵害某种法益且具有紧迫性的危险状态，只有在这种情况下，才能要求先行行为人负有防止危险转化为实际损害的法义务，违反该等法义务就要为此承担相应的刑事责任。有的国家的刑法典对此还作了明确规定，如根据《韩国刑法典》第 18 条规定，“……因自己的行为引起危险，而未防止危险之结果发生的，依危险所致的结果处罚”。至于先行行为客观上是否必须属违法行为，学者之间有分歧。本教科书认为，先行行为是否违法，并不是产生法义务的关键，先行行为产生法义务的关键在于先

---

[207] 应当注意的是，不构成不纯正的不作为犯，不等于不能构成纯正的不作为犯。一旦立法者将某种道德上的义务上升为刑法所规定的特定义务，并对此规定了相应的纯正不作为犯的罪名，此类不作为就可能构成相应的纯正不作为犯。比如，甲见死不救的情况因不具有法义务，所以不能构成“杀人罪”的不纯正不作为犯，但有可能构成“帮助之不作为罪”（第 194 条）这样一个纯正的不作为犯罪。

[208]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 747 页。

行行为是否导致对法益造成侵害的危险状态；一旦造成危险状态，不管先行行为是否违法，先行行为人都负有防止危险转化为实际损害的法义务。比如，日本有一判例：乙身患重病，受乙的亲属丙等人所托，甲答应给乙实施一种民间疗法，并叫丙等人让乙出院住进宾馆，但其后甲未采取必要的医疗措施而是置之不管，致乙死亡。日本最高裁判所认为，甲“因可以归于自己之责的事由而给患者的生命造成了具体的危险，也就是，在患者（乙）被移进宾馆期间，患者亲属丙等人因信奉甲而将乙的治疗完全交给了甲，因而可认定甲处于受托全面治疗重病患者乙的地位”，进而判定甲构成不纯正不作为的杀人罪。该判决之所以认定甲负有作为义务，显然在于甲的先行行为对重病患者乙的生命造成了具体的危险。[209]又比如，司机因过失将路人撞伤后，其先行行为就使该司机具有了“保证人”地位，对伤者负有及时抢救的义务；再比如，过失引起火灾的行为人，其先行行为同样使行为人具有了“保证人”的地位，对火灾负有灭火的义务，这些情况都属于典型的由先行行为产生法义务的情况。

2、作为义务实施的可能性

大多数学者认为，构成不纯正的不作为犯，仅认定“保证人”负有防止构成要件结果发生的法义务是不够的，还必须要求“保证人”有能力去实施这种法义务，即有可能去防止构成要件结果发生。因此，作为义务实施的可能性，也是不纯正不作为犯构成要件的客观要素；有学者甚至认为，当“保证人”没有可能去实施法义务时，就不能认定有作为义务。比如，甲带孩子去河中游泳，孩子溺水发生危险，甲因不会游泳而无法救助的，不能构成不纯正的不作为犯；又比如，司机甲将路人撞伤后自己也身受重伤，无能力实施救助行为的，也不能构成不纯正的不作为犯。

应当指出，即便是对纯正的不作为犯来说，作为义务实施的可能性也是构成要件必不可少的要素。比如，根据《澳门刑法典》第 194 条第 3 款规定，在他人生命、身体完整性或自由有危险之严重紧急情况下，虽不提供帮助，但因提供帮助有可能使该不作为者之生命、身体完整性或自由出现严重危险，又或基于其他重要理由，系不可要求该不作为者提供此帮助，则帮助之不作为不予处罚。

（三）《澳门刑法典》关于不纯正不作为犯的规定

为了使处罚不纯正不作为犯有法可依，《澳门刑法典》第 9 条同《德国刑法典》第 13 条以及《葡萄牙刑法典》第 10 条一样，也对不纯正不作为犯作了专门规定，该规定分为三款：

第 1 款为不纯正不作为犯的概念，即“如一法定罪状包含一定结果在内，则事实不仅包括可适当产生该结果之作为，亦包括可适当产生该结果发生之不作为，但法律另有意图者，不在此限”。对该款规定的理解主要把握两点：第一，如上所述，不纯正不作为犯与结果犯是紧密相连的，只有结果犯才会存在不纯正不作为犯的问题。第二，所谓“法律另有意图者，不在此限”，是指有些犯罪的构成要件虽然也要求特定结果发生，但从立法宗旨及司法实践来看，该等结果犯显然只能以作为方式实施，故应当排除存在不纯正不作为犯的可能性，如“盗窃罪”（第 197 条）、“抢劫罪”（第 204 条）、“暴力毁损罪”（第 208 条）等结果犯。

第 2 款为不纯正不作为犯的作为义务，即“以不作为实现一结果，仅于不作为者在法律上负有必须亲身防止该结果发生之义务时，方予处罚”。这一规定表明，构成不纯正不作为犯，作为义务也是一种法义务；而上述关于法义务产生的

[209] 引自【日】西田典之著，刘明祥、王昭武译：《日本刑法总论》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 92 页。

几种情况，在澳门同样适用。

第 3 款为不纯正不作为犯的处罚，即“依据上款规定予以处罚时，得特别减轻刑罚”。这一规定表明，《澳门刑法典》对不纯正不作为犯的处罚，同《德国刑法典》和《葡萄牙刑法典》一样，采用“得减主义”。法官须从案情的实际情况出发，自主决定对不纯正不作为犯的犯罪人是否需要减轻刑罚。

三、持有犯

如前所述，在英美法系刑法理论中，犯罪行为除了作为和不作为外，还包括一种由“事实状态”构成的犯罪，有学者甚至认为这种由“事实状态”构成的犯罪“根本不含行为”。[210]其实，这里讲的“事实状态”，本意就是指持有型的犯罪，即持有犯。本教科书认为，持有本身就是人对外界事物的一种态度或反应，比如，非法持有毒品，无疑表明了持有人对毒品的一种态度或反应，所以也应当属于刑法中的外部行为范畴，只不过同作为和不作为相比，持有的行为性具有其本身的特点而已。对持有犯来说，立法者关注的不是持有人作出或不作出某种行为，而是持有后产生的一种非法状态；正是这种非法状态，对刑法所保护的法益构成了侵害，并成为持有人须承担刑事责任的依据。

在刑法中，因持有而构成犯罪，通常是针对某些特定的对社会有可能造成危害的物质而言的。比如，***根据《禁止不法生产、贩卖和吸食麻醉药品及精神药物》（第 17/2009 号法律）规定，***持有毒品即构成犯罪，毒品就成为该等持有犯的行为客体；又比如，对“禁用武器及爆炸性物质罪”（第 262 条）来说，武器及爆炸性物质就成为该等持有犯的行为客体；还比如，在受寄托情况下收受并持有假币，也会构成“取得假货币以使之流通罪”（第 256 条），其行为客体就是假币。值得注意的是，对特定物质的具体认定以及持有人是否非法持有，乃是持有犯构成要件的客观要素，缺乏这些客观要素的，不构成持有犯。比如，根据澳门有关法律规定，可发出强烈电波的物件如电棍、电筒，也属于可用来攻击他人的其他工具，但是，如果甲持有的是坏的无法发出电波的电棍、电筒，就不属于可用来攻击他人的其他工具，甲不构成“禁用武器及爆炸物质罪”（第 262 条）。又比如，根据澳门有关法律规定，刀具是禁止非法持有的，但有合理解释者不在此限，举例来说，家庭持有菜刀，电工持有电工刀，当然也不会构成“禁用武器及爆炸物质罪”（第 262 条）。

第四节　客观要素·因果关系

所谓刑法中的因果关系，就是指刑法中的外部行为与行为结果之间的一种引起与被引起关系。刑法中的因果关系理论可以说是一种相当复杂的理论，学者们的认识和观点分歧很大，究其原因，主要在于因果关系本身包含着深刻的哲学理念，而如何将因果关系中包含的哲学理念合理地移植到罪与刑的关系之中，确实存在着相当的难度。

一、因果关系的基本特征

本教科书认为，要合理考察刑法中的因果关系，就必须从定罪量刑的实际需要出发，尤其是要注意因果关系在构成要件中的地位与作用。基于此，刑法中的因果关系应当具有以下二个方面的基本特征：

（一）因果关系的构成要件特征

[210] 参阅【英】J.C 史密斯、B.霍根：《英国刑法》，法律出版社 2000 年版，第 37 页。

在现实生活中，万事万物都不是孤立的，它们相互交叉，相互作用，形成了一个很难割断且错综复杂的因果链条，正因为如此，哲学中的因果关系才会成为一个复杂的命题。刑法中的因果关系在本质上虽然也不能例外，但毕竟研究的范围较小，仅涉及定罪与量刑。其实，在刑法理论中，因果关系首先是作为一种定罪要素而存在的，正是这种定罪要素，致使刑法中的因果关系具有了明显的构成要件特征；可以说，迄今为止，学者们对因果关系的研究，几乎都是围绕着定罪要素展开的，这一理论现状表明，研究刑法中的因果关系，不能脱离构成要件对定罪的基本要求。

本教科书认为，从构成要件行为结果的形态考察，刑法中的因果关系反映的是行为与实害性的行为结果之间发生的引起与被引起的关系。如前所述，刑法中的构成要件行为结果从形态上可分为侵害性的行为结果、危险性的行为结果和实害性的行为结果，与侵害性的行为结果相对应的是行为犯，与危险性的行为结果相对应的是危险犯，与实害性的行为结果相对应的是结果犯。在这三种构成要件行为结果中，侵害性的行为结果与危险性的行为结果在本质上并非是指行为已经引致了外界事物的有形变化，或者说引致了法律上重要的事实变动，这两种行为结果的本质乃是作为一种法律上的评价而存在的。然而，作为哲学上的因果关系，其结果的概念是针对由行为所引起的外部世界的变化而言的，换句话说，哲学意义上的结果，不是一种社会意义上的评价，而是一种现实的、具体的、可以感觉到的实在结果。因此，当我们将哲学意义上的因果关系理论移植到定罪领域之中时，不能改变哲学意义上的结果概念的现实性、具体性和实在性，不能使其仅成为评价意义上的结果。正因为如此，探讨刑法中的因果关系，应当将结果的概念限定为实害性的行为结果，不宜包括侵害性的行为结果和危险性的行为结果。质而言之，刑法中的因果关系，就是指构成要件行为与实害性行为结果之间所具有的引起与被引起的关系，或者说，刑法中的因果关系作为一种定罪要素，仅是针对结果犯而言的。

（二）因果关系的客观性特征

哲学家们在研究因果关系时，主流观点认为因果关系的性质只能是客观的，这就是因果关系的客观性。因果关系的客观性表明，因果关系作为一种客观存在，判断行为与结果之间是否存在因果关系，判断的依据应当是客观的，不能以人的主观意志为转移。本教科书认为，将哲学意义上的因果关系移植到定罪领域之中，必须坚持哲学意义上因果关系的客观性，而作为刑法中因果关系的客观性，主要表现在以下两个方面：

1、没有结果就没有因果关系

如上所述，刑法中的因果关系存在于结果犯之中，它是作为结果犯的构成要件客观要素而存在的，认定结果犯的因果关系，其客观性首先表现为因果关系的存在是以构成要件所要求的实害性行为结果已经发生为前提的；如果该等实害性的行为结果没有发生，尽管行为人主观上追求其发生，但也不存在因果关系的问题；既然没有因果关系，其行为就不能说具备了构成要件的该当性，因为“在结果犯中，为了能够说存在构成要件符合性，需要基于实行行为发生了一定的构成要件性结果”。[211]比如，甲对乙实施了杀人行为，但最后乙没有死亡；因为乙没有死亡，就不会发生甲的杀人行为与乙的死亡结果之间有无因果关系的问题，甲的杀人行为不具备故意杀人罪的构成要件该当性，其行为只能以杀人未遂论处。对过失的结果犯来说，如果构成要件所要求的实害性行为结果没有发生，就不构

[211]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 159 页。

成犯罪。

2、因果关系不以行为人的主观意志为转移

这是刑法中因果关系客观性特征的核心内容。如同哲学意义上的因果关系一样，刑法中的因果关系作为一种客观存在，是不能以行为人的主观意志作为判断依据的；具体来说，构成要件行为与构成要件结果之间是否具有引起与被引起的因果关系，与行为人的主观意志没有直接的关系，比如，甲开车将乙撞死，甲开车撞乙的行为与乙死亡后果之间就具有了引起与被引起的因果关系，至于甲主观上是出于故意还是出于过失将乙撞死，与能否成立刑法中的因果关系无关。为此，刑法理论通说认为，对于结果犯来说，存在刑法中的因果关系，仅仅表明行为人的行为符合了构成要件的客观要素，也就是具备了追究行为人刑事责任的客观基础；而按照主、客观相统一的刑事责任原则，追究行为人的刑事责任，除了客观基础外，还要求具备主观基础，这种主观基础就是指构成要件的主观要素，即故意和过失。因此，只有充分重视因果关系的客观性，正确把握因果关系在构成要件中的客观要素地位，才不会将刑法中的因果关系与行为人的主观意志混为一谈，更不会将刑法中的因果关系与刑事责任相提并论。

二、因果关系的不同学说

在大陆法系刑法理论中，关于行为与结果之间在何种情况下，方能视为存在因果关系，学者们的看法不尽一致。综合来看，主要有三种因果关系的学说。

（一）决定说

该观点认为，要构成刑法中的因果关系，行为与结果之间必须具有直接的、符合客观规律的、起决定性作用的引起和被引起关系；比如，开枪杀人的行为因可以直接地、符合客观规律地引起被害人死亡的结果，对被害人死亡起到了决定性的作用，故开枪杀人的行为与被害人死亡结果之间就存在着刑法中的因果关系。反之，如果行为与结果之间不具有这种直接的、符合客观规律的、起决定性作用的引起与被引起关系，就不能构成刑法中的因果关系；比如，乙被甲打伤后送往医院治疗，在送医院途中，恰遇一司机喝醉酒开车，将乙撞死，在这种情况下，依照决定说的观点，甲打伤乙的行为因不是直接地、符合客观规律地引起乙死亡的结果，其行为对乙的死亡不具有决定性的作用，乙的死亡乃是加入了第三人即司机的因素后所导致的一种带有偶然性的后果，只有司机的行为才是直接地、符合客观规律地引起了乙的死亡，并对乙的死亡起到了决定性的作用，所以，甲打伤乙的行为与乙死亡结果之间不存在刑法中的因果关系，甲对乙的死亡不负刑事责任。决定说为前苏联学者所倡导，也是俄罗斯学者与中国大陆学者所持之传统观点。在中国大陆传统刑法理论中，决定说也被称之为必然因果关系说。[212]

从决定说的基本观点出发，也有学者主张应将原因行为和条件行为区分开来。对刑法中的因果关系来说，原因行为是结果发生的一种决定因素，而条件行为对结果的发生只起着一种制约作用，这种制约作用表现为没有条件行为，通过原因行为产生后果的可能性就不存在，但条件行为不是原因行为；比如，在上述甲打伤乙后乙被汽车撞死的例子中，甲打伤乙的行为只是引起乙死亡的条件行为，也就是对乙的死亡起到了一种诱发的可能性作用，而非决定性作用，故不能视其为原因行为。有学者认为，在构成要件的行为和结果之间，“对于刑法而言

[212] 值得注意的是，早在上世纪八十年代，不少中国大陆学者已对这种“决定说”的传统因果关系理论提出了挑战。在现在年轻一代的中国大陆学者中，“决定说”的影响已越来越弱。

有意义的是两种——因果关系和制约关系”，[213]条件行为与行为结果之间只构成制约关系，而不构成刑法中的因果关系。

（二）条件说

条件说是当今德国刑法理论中关于因果关系的通说。

1、条件说的基本理论

该观点认为，鉴于因果关系的复杂性，刑法中的因果关系不应当区分原因行为和条件行为。当某个结果的发生受制于多种条件行为时，每一个条件行为都是该结果发生的原因，每一个条件行为和该结果之间，都具有刑法中的因果关系；“没有 A 就没有 B”，这就是“条件说的基本公式；而条件即原因，则成为条件说的基本涵义，故有学者将条件说也称其为条件原因说。

条件说之所以将条件行为视为原因行为，其理论依据在于“条件等价理论”。有学者认为，“因为效果的原因是条件的总和，在具备这些条件时，结果才能发生，因此，共同构成结果的原因的所有条件，都是同样必须和同样重要的”。[214]在引发结果发生的诸条件中，各条件不问其价值之大小，均视为同等。[215]比如，甲在求医时，因医生开错药方剂量，药剂师违反规定未经审查配药，致使甲吃药后死亡；在这一过程中，医生开错药方的行为和药剂师不按规定配药的行为，都是导致甲死亡的条件行为，也即原因，在整个因果关系链条中，这两种条件行为作为原因，它们的价值是等同的。

“条件说”的观点同样适用于有第三者因素加入的情况。比如，甲打伤乙，乙在住院治疗期间，因医生的医疗责任事故（第三者为他人的过失行为）而死亡，或因医院煤气泄漏发生火灾（第三者为自然力量）而死亡，或因有人故意纵火（第三者为他人的故意行为）而死亡，依照条件说的观点，在这些情况下，甲打伤乙的行为就是一种导致乙死亡的条件行为，也即原因，它的原因价值与第三者因素（包括人的故意或过失的行为以及自然力量）的原因价值是同等的。在中国大陆刑法理论中，条件说也被称之为偶然因果关系说。

2、条件说的限制理论

所谓条件说的限制理论，就是指运用条件说来判断行为与结果有无因果关系，既要考虑到因果关系与刑事责任之间的相互关系，也要考虑到在特殊情况下对因果关系的认定。全面把握有关条件说的限制理论，这对于正确定罪量刑来说具有相当重要的现实意义。这方面的限制主要包括：

（1）刑事责任的限制。有学者批评条件说，认为条件说对因果关系的认定太过宽泛，这样容易不适当地扩大行为人的刑事责任。针对这种批评，持条件说的学者认为，有因果关系不等于要负刑事责任，有因果关系只是表明具备了对行为人追究刑事责任的客观基础，至于是否能够追究刑事责任，还要看有无主观基础，即行为人主观上有无故意或过失。如果行为与结果之间虽然客观上具有因果关系，但行为人主观上对结果的发生既无故意也无过失，一样不能追究行为人的刑事责任，或者说行为人的行为不构成犯罪。比如，在上述甲打伤乙，乙在去医院途中被汽车撞死一例中，按照条件说，尽管甲的伤害行为与乙被撞死的结果之间有因果关系，但甲对此结果的发生主观上显然既无故意也无过失，所以甲不可能构成故意杀人罪或过失杀人罪，甲只对乙的受伤结果负责。由此可见，认为持

[213]【俄】库兹涅娃、佳日科娃主编，黄道秀译：《俄罗斯刑法教程（总论）》（上卷），中国法制出版社 2002 年版，第 238 页。

[214]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 337 页。

[215] 洪福增：《刑法理论之基础》，刑事法杂志社 1977 年版，第 101 页。

条件说会不适当地扩大刑事责任的说法，是不符合主、客观相统一的刑事责任原则的。

（2）法律意义的限制。也有学者批评条件说，认为条件说在特定情况下会得出不合理的结论，或者说会扩大刑事责任的范畴。比如，批评者举例：甲得知某一型号的飞机失事率相对较高，就唆使邻居乙乘该型号飞机去旅游，甲主观上是希望飞机失事，以达到杀死乙的目的；结果飞机真的失事，乙死亡。批评者认为，在这种情况下，依照条件说的观点，甲的唆使行为无疑是导致乙死亡的条件行为，换句话说，甲的唆使行为与乙死亡结果之间就具有了因果关系；既然客观上有因果关系，而甲主观上又有杀人故意，理应对甲按故意杀人罪论处。***惟***批评者质疑，对甲按故意杀人罪论处显然是扩大了刑事责任，是不合理的。

针对质疑者的上述批评，持条件说的学者对其理论进行了自我完善，提出了从法律意义上对刑法中的因果关系进行限制的观点。如有学者认为，“在缺乏法律上有重要意义的危险的情况下，必须否定客观归责”；[216]这里所讲的危险，主要涉及正常生活中的危险，质而言之，在行为人的行为缺乏这种危险的情况下，即使危险真的变成现实的结果，也不能认定行为与结果之间具有刑法中的因果关系，以此来排除行为人的刑事责任。比如，在上述飞机失事一例中，甲唆使邻居乙乘飞机旅游，并寄望于飞机失事来达到杀死乙的目的，像这样的情况，就属于“缺乏法律上有重要意义的危险的情况”。类似的情况还包括雇主为杀死某个雇工，故意在雷阵雨即将来临前将该雇工派到森林中去，以至于他被雷电击毙。在该等情况下，行为人因“缺乏对因果过程的控制而根本不存在故意杀人的行为”，[217]实际上也就是否认在“缺乏法律上有重要意义的危险的情况”下，行为与结果之间存在刑法中的因果关系。

（3）因果关系中断的限制。因果关系中断的限制主要发生在因果关系的发展过程之中，即在因果关系发展过程中，由于第三者因素的加入，导致原有的因果关系链条中断，原有的因果关系就不复存在。这种在因果关系发展过程中加入的第三者因素，可以是人的行为：比如，甲与乙都想杀死丙，在没有沟通的情况下（即不构成共同犯罪），甲与乙分别在丙的牛奶杯和清水杯中投放了足以致人死亡的毒药，***惟***甲投放的毒药需数小时后才会致人死亡，而乙投放的毒药则即刻会令人死亡，如果丙同时喝下了牛奶和清水，结果当然是丙因乙投放的毒药的效果而即刻死亡；在这种情况下，乙的投毒行为与丙死亡结果之间就具有刑法中的因果关系，乙构成故意杀人的既遂，而甲的投毒行为与本来也会发生的丙死亡结果之间的因果关系，却因乙的毒药提前使丙死亡而中断，这样，甲的投毒行为与丙死亡结果之间就不存在因果关系，甲只负故意杀人未遂的刑事责任。除此之外，第三者因素也可以是自然力量：比如，甲与乙同住一山顶酒店，甲知乙清早要下山，就在晚上将乙的汽车的刹车搞坏，使其失灵，因为甲知道下山途中会经过一陡坡，一旦刹车失灵，汽车就会翻下悬崖，这样，就可以达到杀死乙的目的；第二天清早，乙在不知刹车失灵的情况下驾车下山，但在还未到达陡坡前，遭遇塌方而被石头砸死；在这种情况下，甲破坏刹车的杀人行为与本来预定的乙翻下悬崖而死亡的结果之间的因果关系，因在发展过程中遭遇塌方而被中断，以致原来的因果关系不复存在，甲只负***故意杀人未遂的***刑事责任。

（三）相当因果关系说

---

[216]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 350 页。

[217] 同上，第 351 页。

条件说是当今日本刑法理论中关于因果关系的通说。

1、“相当因果关系说”的基本理论

所谓相当因果关系说，就是指“根据一般人社会生活上的经验，在通常情况下，某种行为产生某种结果被认为是相当的场合，就认定该行为与该结果具有因果关系的学说”。[218]比如，在上述甲打伤乙而乙在去医院治疗途中被醉酒司机开车撞死的例子中，按照相当因果关系说，甲打伤乙的行为与乙死亡结果之间不存在因果关系。因为根据一般人的社会生活经验判断，甲把乙打伤，只能引起伤害的结果，而不会产生死亡的结果，乙的死亡其实是第三者因素即司机的行为所致；此外，从一般经验法则推断，也不能要求甲事先就对乙可能被醉酒司机开车撞死这种结果作出预测；所以，甲打伤乙的行为虽然是引起乙死亡结果的条件，但它与乙死亡结果之间的关系是一种不相当的关系，也就是不符合一般人的社会生活经验，故不能将甲打伤乙的行为视为引起乙死亡结果的原因行为。

对于“缺乏法律上有重要意义的危险的情况”，依照相当因果关系说的观点，同样可以直接排除因果关系的存在，无须像条件说那样，要用法律意义上的限制来排除因果关系。比如，在上述甲唆使乙乘某种型号的飞机去旅游而飞机失事致乙被摔死的例子中，从一般人的社会生活经验判断，甲的唆使行为与乙摔死的结果之间明显不具有相当关系，这就排除了因果关系的存在，甲无须对乙的死亡承担故意杀人的刑事责任。

2、相当因果关系说的认定标准

尽管相当因果关系说是通过一般人的社会生活经验来判断行为与结果之间是否具有相当性，但在如何针对不同情况而具体运用社会生活经验法则进行判断的问题上，学者们看法也不尽一致，并由此形成了客观说、主观说两种不同的观点。

（1）客观说。客观说认为，行为与结果之间是否具有相当性，应根据一般人的社会生活经进行判断：属相当者，就存在因果关系；属不相当者，就不存在因果关系。至于行为人是否知道自己的行为与结果之间有无相当性，则不在考虑之内。比如，甲与乙在街上相撞而发生争执，甲持刀将乙捅伤，由于乙是个“血友病”患者，故流血不止而死亡。在这种情况下，客观说认为，就一般人的社会生活经验而言，对一个“血友病”患者来说，被捅伤后流血不止死亡，客观上具有合理性，符合客观规律，也就是具有相当性，所以甲捅伤乙的行为与乙死亡结果之间存在因果关系；甲主观上即使不知道乙是“血友病”患者，因而对自己行为与结果之间的相当性缺乏认识，那也只是一个归责的问题，并不影响因果关系的成立。

（2）主观说。主观说可分为单向的主观说和双向的主观说。单向的主观说认为，行为与结果之间是否具有相当性，要看行为人主观上是否知道自己的行为与结果之间具有相当性。比如，在上例中，如果甲知道乙是一个“血友病”患者，说明甲已经认识到自己的行为与结果之间的相当性，故甲捅伤乙的行为与乙死亡结果之间具有相当性，存在因果关系；反之，如果甲不知道乙是一个“血友病”患者，则说明甲没有认识到自己的行为与结果之间的相当性，故甲捅伤乙的行为与乙死亡结果之间就不具有相当性，不存在因果关系。

双向的主观说认为，行为与结果之间是否具有相当性，既要看行为人主观上对相当性有无认识，也要考虑到社会上一般人对相当性有无认识，两个方面的主观认识应当结合起来考察，不同情况作不同的处理：首先，如果行为与结果之间

[218] 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 124 页。

的相当性不仅行为人主观上没有认识，而且社会上一般人也认识不到，则应排除行为与结果之间存在相当性；比如，在上例中，甲并未认识到乙患有“血友病”，而且对社会上一般人来说，在当时的情况下也无法事先认识，故甲捅伤乙的行为与乙死亡结果之间不具有相当性，不存在因果关系。其次，如果社会上一般人虽无认识，但行为人有认识的，则行为与结果之间存在的相当性；比如，在上例中，社会上一般人虽认识不到乙患有“血友病”，但甲有认识（如在争执中乙告诉了甲），在这种情况下，甲捅伤乙的行为与乙死亡结果之间就具有了相当性，存在因果关系。最后，如果社会上一般人都认识到了，行为人即使不认识，也不能排除行为与结果之间存在相当性；比如，甲与一老人发生争执，期间甲猛力将老人推倒在地，老人因患有严重高血压，倒地后死亡；在这种情况下，因老人可能会患有某种疾病，对老人实施猛力推撞的行为是很危险的行为，有可能引致老人死亡或重伤的严重后果，这是社会上一般人都可以认识到的结果，故即使甲主观上不认识，也不影响其推倒老人的行为与老人死亡结果之间具有相当性，存在因果关系。

（三）评析

本教科书赞同条件说的因果关系理论，主要理由如下：

1、决定说的缺陷与弊端

如前所述，现实生活的万事万物是相互交叉、相互作用的，由此就形成了一个很难割断的因果链条。持决定说的学者之所以要用“直接的、符合客观规律的、起决定性作用的引起和被引起关系”来限定刑法中的行为与结果之间的因果关系，其出发点就是为了斩断现实生活中这种复杂的因果链条，使刑法中的因果关系变得清晰、明了。然而，本教科书认为，这样做类似于杀鸡取卵，得不偿失。

（1）决定说忽视了刑法中因果关系的特殊性。刑法中的因果关系与一般哲学意义上的因果关系最大的区别在于前者涉及的范围小，而后者涉及的范围大；因此，考察刑法中的因果关系，应当从定罪与量刑的角度去认定因果关系，凡是与定罪与量刑无关的因素或行为，都可以加以剔除，这样，因果关系在刑法意义上就可以被斩断，而不会形成一条无休无止的因果链。比如，因发生金融危机，甲被老板解雇，而后去劳务市场找工作，找工作时因与乙发生争执，并受到乙言语羞辱，遂将乙打成重伤。如果从一般哲学意义上考察因果关系，发生金融危机、被老板解雇、乙的言语羞辱，都可以说是造成乙身受重伤的原因，继而形成一条很长的因果链条；但是，如果我们从刑法中的定罪角度考察因果关系，就是要具体认定乙身受重伤的结果是由什么样的构成要件行为引起的，于是自然就会将金融危机因素、老板的解雇行为以及乙对甲的羞辱行为排除在外，剩下的就是甲的伤害行为。可见，充分认识和把握刑法中因果关系的特殊性，是可以将现实生活中相互交叉、相互作用的因果链条斩断的。

（2）决定说忽视了犯罪实际情况的复杂性。决定说为了防止使刑法中的因果关系陷入现实生活中无休无止的因果关系链条之中，而在行为与结果之间采取“直接的、符合客观规律的、起决定性作用”的单一标准，这样做实际上就是将现实中的犯罪简单化了，因此就无法解释复杂的犯罪现象。比如，当某种构成要件结果的发生是由多个行为合力引起的话，就很难用“直接的、符合客观规律的、起决定性作用”的单一标准去判断哪一个行为才是原因行为；如在上述所举医生开错药方剂量，药剂师违反规定未经审查配药，致使甲吃药后死亡案例中，究竟是医生的行为还是药剂师的行为是起决定性作用的原因行为，界限必然是模糊的。还比如，当某种构成要件结果的发生出现了中间环节即出现第三者因素时，

断然将最初的行为排除在原因行为之外，也是不合理的；如在上述乙被甲打伤后送往医院治疗，在送医院途中，恰遇一司机喝醉酒开车将乙撞死案例中，硬将甲的伤害行为排除在导致乙死亡的原因行为之外，就缺乏说服力，因为没有甲的伤害行为乙不会去医院，而乙不去医院就不会被撞死，这是显而易见的道理。刑法中的因果关系即便有特殊性，但也不应当特殊到将明显是原因的行为排除在外的程度。在现代刑法理论中，决定说的因果关系理论之所以会受到越来越多的批判而被扬弃，同其理论本身不能适应复杂的犯罪情况是密切相关的。相比之下，条件说的因果关系理论就显示了其优越性，其条件行为就是原因行为，不同条件行为均为等价原因行为的观点，无疑与复杂的犯罪情况是相适应的，也符合哲学意义上的因果关系理论。

（3）决定说忽视了刑事责任的主观基础。这是决定说的一个致命弊端。事实上，如前所述，刑法中的因果关系并不代表刑事责任，作为结果犯构成要件的客观要素，它仅仅是追究行为人刑事责任的客观基础，在存在因果关系的前提下，行为人是否要负刑事责任，还必须具有故意或过失的主观基础。刑事责任的主、客观统一性表明，从犯罪的实际情况出发，按照哲学意义上因果关系的基本原理，客观地来判断因果关系，仅仅是为了从客观方面来求证刑事责任的客观基础是否存在，而非意味着有因果关系就要对相关结果承担刑事责任。可见，质疑条件说会不适当地扩大刑事责任范围的说法，是不符合主、客观相统一的刑事责任原则的，因而是没有道理的。

2、相当因果关系说的缺陷与弊端

本教科书认为，相当因果关系说实际上就是决定说的翻版。所谓行为与结果之间的相当关系，无非也是指行为与结果之间具有“直接的、符合客观规律的、起决定性作用的引起和被引起关系”；正是从这一意义上说，决定说的缺陷与弊端同时也是相当因果关系说的缺陷与弊端。如果说相当因果关系说和决定说有区别的话，那么，它们的区别仅仅在于：决定说只是提供了一个衡量行为与结果之间是否存在因果关系的标准，即看行为对结果的发生是否起到“直接的、符合客观规律的、起决定性”的作用，但并没有进一步提出究竟如何来确认这种标准。而相当因果关系说则不仅提供了一个衡量行为与结果之间是否存在因果关系的标准，即看行为与结果之间是否存在相当关系，而且还进一步提出究竟如何来确认这种标准的学说，即客观说和主观说；然而，恰恰是这种确认相当关系的客观说和主观说，又显示出相当因果关系说的另一个致命弊端，即有悖于因果关系的客观性。因为客观说虽然是以社会上一般人的认识为标准，一般人认为有相当关系的，就存在因果关系，一般人认为没有相当关系的，就不存在因果关系，但其本质还是以人的主观认识为标准来判断有无因果关系；至于主观说则更是要以行为人的认识为标准来判断相当关系，也就是要以行为人的主观认识来判断有无因果关系；显而易见，无论是客观说还是主观说，都是违背因果关系客观性理论的。

本教科书认为，认定刑法中的因果关系，必须坚持哲学意义上因果关系的客观性，因果关系存在与否，不能受制于人的主观认识。比如，在上述甲与乙在街上相撞而发生争执，甲持刀将乙捅伤，由于乙是个“血友病”患者，故流血不止而死亡的案例中，甲伤害乙的行为就是乙死亡的原因，不管社会上一般人的认识如何，也不管行为人的认识如何，都不能改变这种客观存在的因果关系。

有鉴于此，本教科书认为，条件说不仅充分到考虑犯罪情况的复杂性，符合主、客观相统一的刑事责任原则，而且坚持了因果关系的客观性，不以人的主观意志为转移，因而既简单、明了，又具有科学性和合理性。认定刑法中的因果关

系，当以“条件说”为妥。

第五节　主观要素·罪过形式

构成要件不仅包括了行为、结果、因果关系等客观方面的要素，而且还包括了主观方面的要素。构成要件主观要素的核心，就是罪过形式。

一、罪过的概念

如前所述，正是由于刑法中的行为只能是人的有意识的行为，因此，任何犯罪必然既有其客观方面的具体特征，也有其主观方面的具体意识，离开了主观方面的具体意识，就不存在具体的犯罪。从这一意义上说，任何一种犯罪的构成要件只有加入了主观方面的具体意识，方能成为真正意义上的“犯罪类型”。而这种对于构成犯罪具有决定作用的主观意识，就是大陆法系刑法理论中通常意义上的罪过概念。

任何一种主观意识，说到底都是反映了人对客观事物的一种心理态度。刑法中的罪过一词作为刑法理论中的专门术语，也就是指行为人的一种心理态度，这种心理态度包括行为人对其行为过程的认识，也包括行为人对其行为结果所持之意志态度，它是认定任何犯罪所不可缺少的心理标准。正如有学者认为的那样，“在认定犯罪时，这种标准不但要求客观上的行为，而且还要求可以将行为归责于行为人的心理因素（即行为人对危害结果持追求，或对其发生有过失的心理态度）”。[219]“没有罪过就没有任何犯罪、没有任何刑罚”的罪过原则，已成为大陆法系刑法必须遵循的反对客观归罪的基本原则，甚至有的国家如意大利还将其提升到宪法原则的高度。[220]

刑法中关于罪过的概念表明，罪过作为构成要件的主观要素，从其心理学的角度考察，可以包含两个方面的心理因素：一是行为人对其行为事实及其行为结果的认识因素，二是行为人对行为结果的发生所持的意志因素。正是根据不同的认识因素和意志因素的组合，刑法中的罪过分为故意和过失两种表现形式，它们成为构成任何一种犯罪所必须具备的主观心理标准。目前，对欠缺故意和过失的行为，不得以犯罪论处不仅已成为大陆法系刑法理论的基本通说，而且也是大陆法系国家和地区刑法典的立法通例。

关于故意和过失在大陆法系犯罪论体系中的地位，有两个问题是值得注意的：

第一，有的学者尽管承认故意和过失是构成要件的主观要素，并将其称之为构成要件的故意和过失，但仍将其放在责任要素即有责性中阐述。本教科书认为，这样安排是缺乏合理性的。因为既然故意和过失是属于构成要件的主观要素，那就应当与构成要件的客观要素放在一起阐述，使其与构成要件客观要素一起成为构筑各种犯罪类型的法律基础。反之，如果将两者分离，不仅人为地割裂了构成要件的整体性，而且将故意和过失放入责任要素中阐述，必然会使故意和过失具有了既是构成要件的主观要素又是有责性中的责任要素的双重性，其结果也会使大陆法系犯罪体系的科学性及和谐性受到破坏。其实，这些学者之所以这样做，归根结底还是没有摆脱传统犯罪论体系观念的束缚。

第二，有的学者尽管承认故意和过失是构成要件的主观要素，但又将故意和

---

[219]【意】杜里奥帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 164 页。

[220] 同上。

过失分为两类：一类是构成要件的故意和过失，另一类是责任要素的故意和过失。构成要件的故意和过失是指行为人对其行为与结果的心理态度，而责任要素的故意和过失则指行为人对其行为是否违法的心理态度。[221]本教科书不认同这种观点。因为构成要件的故意和过失只涉及行为人对行为事实的认识，不涉及对行为性质的认识；而责任要素的故意和过失只涉及行为人对行为性质的认识，不涉及行为人对行为事实的认识，实际上讲的是违法性认识。将违法性认识也冠之以“故意和过失”的名称，不仅不符合刑法中故意和过失的本意，而且也极易导致刑法概念的混乱。

二、故意

刑法中的故意在很多论著中，都将其称为构成要件的故意。理论上，学者们一致认为，“对主观构成要件而言，刑法通常要求有故意，过失行为的处罚是个例外”，[222]这一理论通说得到了普遍认可。

（一）故意的概念

从心理学的角度考察，故意者也就是“有意为之”，刑法中的故意同样如此。据考证，早在罗马法晚期，就有了故意一词。中世纪意大利法学家接受了罗马法中的故意概念，并将其变成所有严重犯罪的先决条件。1810 年的《法国刑法典》总则虽然还没有关于故意犯罪的一般规定，但在分则中随处可见“恶意”、“预谋”、“企图”、“意欲”等用语，以此表明故意犯罪的心理特征。1871 年的《德国刑法典》同样在具体罪状中强调了故意犯罪的心理特征。目前，在立法上，许多大陆法系国家或地区的刑法典，如《意大利刑法典》、《法国刑法典》、《葡萄牙刑法典》、《瑞士刑法典》、《韩国刑法典》、《俄罗斯刑法典》、《中华人民共和国刑法典》，都对故意的概念作出了相应的规定；但也有少数大陆法系国家或地区的刑法典，如在《德国刑法典》和《日本刑法典》中，只有处罚故意犯罪的规定，但没有故意概念方面的规定，其故意概念的解释属于学理上的注释。~~惟~~无论是从立法上还是从理论上考察，构成故意必须具备以下两个方面的心理因素：

1、故意的认识因素

所谓故意的认识因素，就是指行为人对其行为事实及其行为结果的认识。

（1）行为人对行为事实的认识。如果仅仅说行为事实，显然是一个内涵非常广泛的概念，举例来说，要构成杀人罪当然要有杀人行为，而杀人行为涉及的事实可以包括很多事实，如杀人行为指向的对象是男性还是女性，或是老人还是小孩，被害人具有什么样的身份，杀人时间是在晚上还是白天，杀人地点是在室外还是室内，杀人工具是用手枪还是刀斧，如此等等，都可视为杀人行为所包含的事实。然而，作为构成要件的故意，其认识因素是受构成要件客观要素制约的，换句话说，只有那些属于构成要件客观要素的事实，才能成为行为人认识的对象，也就是指行为人必然对构成要件客观要素的事实要有认识。正如有学者指出的那样，“因此，故意的具体内容就应该是行为中那些具有犯罪构成要件意义的具体事实”；[223]“故意作为心理上的事实，是在对属于构成要件的所有客观方面行为情形都拥有认识的情况下所具有的实现某个构成要件的意志”。[224]比如，对杀人

---

[221]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 389 页。

[222]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 337 页。

[223]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 185 页。

[224]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 120 页。

行为来说，有关被害人的性别、年龄、杀人时间和杀人工具并不属于“杀人罪”（第 128 条）构成要件所要求的客观事实，只有有生命的“人”才是杀人罪构成要件的客观事实，故要构成“杀人罪”的故意，就必须要求行为人对“人”要有认识；否则，当行为人对其行为对象是“人”没有认识，也就是产生错误认识如误把“人”当成野兽来打时，主观上就不会构成杀人的故意。[225]当然，由于犯罪都是具体的，每一种犯罪都具有不同于其他犯罪的构成要件客观要素的事实，因此，判断行为人对构成要件客观要素是否有认识时，应以具体犯罪的构成要件客观要素的事实为依据。比如，对“抗拒及胁迫罪”（第 311 条）来说，行为人指向的对象必须是“公务员或保安部队成员”，这种对象身份就属于构成要件客观要素的事实，如果行为人不知道自己行为指向的对象是“公务员或保安部队成员”，那么，行为人主观上就不具有构成妨害公务的故意；还比如，对“作虚假之当事人陈述及声明罪”（第 323 条）来说，陈述及声明的虚假性就属于构成要件客观要素的事实，如果当事人不知道其所作陈述及声明具有虚假性，自然就不存在作虚假陈述及声明的故意。

（2）行为人对行为结果的认识。如同行为人对行为事实的认识一样，这里讲的行为人对行为结果的认识，同样是指行为人对构成要件行为结果的认识。关于行为人对构成要件行为结果的认识，应当注意以下三个方面的问题：

a）如前所述，作为构成要件的行为结果可分为侵害性的行为结果、危险性的行为结果和实害性的行为结果，并由此形成行为犯、危险犯和结果犯三种相应的犯罪形态。要求行为人对构成要件的行为结果有认识，不仅要求行为人对实害性的行为结果要有认识，而且要求行为人对侵害性的行为结果和危险性的行为结果也有认识，否则同样不能构成相关的犯罪的故意；当然，鉴于构成要件行为结果形态不同，要求行为人认识构成要件行为结果的标准也有所不同。比如，对侵害性的行为结果来说，因对法益的侵害就是构成要件要求的行为结果，故判断行为人对侵害性的行为结果有无认识，是以行为人对其行为侵害的相关法益有无认识作为标准的。举例来说，“暴力变更已确立之制度罪”（第 297 条）是一种行为犯，其构成要件要求的行为结果是侵害性的行为结果；当行为人实施暴力行为的目的是为了推翻现行的社会制度时，就表明行为人主观上已经认识到其行为侵害的法益是现行的社会制度，同时也就表明行为人对“暴力变更已确立之制度罪”的构成要件所要求的侵害性的行为结果有了认识，正因为如此，行为人主观上才会形成“暴力变更已确立之制度罪”的故意。反之，如果行为人实施暴力行为不是为了推翻现行的社会制度，那就不能说行为人主观上对“暴力变更已确立之制度罪”的构成要件所要求的侵害性的行为结果有认识，既然没有认识，当然不构成“暴力变更已确立之制度罪”的故意。还比如，对危险性的行为结果来说，因其结果形态是一种法律规定的、具体的危险性状态，故判断行为人对危险性的行为结果有无认识，是以行为人对该等具体的危险性状态有无认识为标准的。有学者认为，“如果导致一结果或一具体的危险的产生属于构成要件，则故意必须适用于结果和危险的产生”。[226]

b）以行为人对行为结果的认识程度为标准，行为人对行为结果的认识可以分为两种情况：一是认识到行为结果必然发生。这里讲的必然，主要是指结果的发生反映了事物发展的一般规律，具有主观上的肯定性，而非指相关结果一定会

---

[225] 具体如何处***理有***关构成要件事实的认识错误，详见本章第六节“第六节　主观要素•事实错误”。

[226]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 357 页。

发生。比如，甲将乙从十层高的楼顶推下，或在仇人乙的食物中投入足以致人死命的毒药，就可以认为甲主观上已认识到其行为必然会导致（或肯定会导致）乙死亡的结果，因人从十层高的楼顶摔下而死亡或人喝下足以致死的毒药而死亡，都是符合客观规律的，至于乙是否真的会被摔死或被毒死，与甲对结果的认识程度无关。二是认识到行为结果可能发生。可能发生是相对于必然发生而言的，也就是指行为人对其行为结果会否发生并无充分的把握，或持不肯定的态度。比如，对“诈骗罪”（第 197 条）来说，行骗人往往对他人是否会受骗并无充分的把握，只是希望他人受骗而已，这表明行为人对“诈骗罪”构成要件所要求的实害性行为结果的认识程度只是认识到该等实害性行为结果可能发生。

c）应当指出，在大陆法系刑法理论中，通说认为，故意的认识因素只包括行为人对行为事实及行为结果的认识，并不包括行为人对行为性质即行为是否违法的认识，也就是“故意不是以认识违法性为前提条件的”。[227]行为人主观上缺乏行为违法性的认识，但对行为事实及行为结果有认识的，并不会影响犯罪故意的成立。[228]

2、故意的意志因素

所谓故意的意志因素，就是指行为人对行为结果的必然或可能发生所持有的主观上的“意欲”态度，这种“意欲”态度可以包括两种表现形式：

（1）希望性的“意欲”态度，即行为人希望行为结果发生；当行为人对行为结果抱有希望性的“意欲”态度时，这样的行为结果实际上就成了行为人实施构成要件行为所追求的目的性结果。比如，甲朝乙开枪就是想把乙杀死，其对乙死亡的结果当然是持希望发生的追求态度，乙死亡的结果也就是甲开枪行为的目的性结果。

（2）容忍性的“意欲”态度，即行为人容忍行为结果发生，或者说是行为人对结果的发生持听之任之、无所谓的放任态度，也有学者称容忍结果发生，也就是指该等结果的发生不违背行为人的本意。比如，甲半夜开车不小心将行人乙撞倒，下车一看，乙头部流血不止，甲见四周无人，开车逃走，乙被人发现时因流血过多抢救无效死亡；在这种情况下，甲对乙的死亡结果就是持听之任之的放任态度。

由上可知，故意的认识因素和意志因素是一个不可分割的统一体。认识因素是意志因素的前提和基础，而意志因素则是认识因素的派生心理因素。所谓刑法中的故意，就是指行为人在认识构成要件客观要素的基础上，希望或容忍构成要件行为结果发生的一种心理态度。

（二）故意的种类

理论上，学者们往往将故意按不同标准分成不同的故意，如确定故意和不确定故意、择一故意和概括故意、事前故意和事后故意等，但在大陆法系刑法理论和立法例中，最常见的分类法是按照行为人对行为结果所持的意志因素，将故意分为直接故意和间接故意两大类。直接故意就是指行为人希望行为结果发生，间接故意就是指行为人容忍*行为*结果发生。此外，*有些国家*如葡萄牙的刑法典，又根据行为人对行为结果的认识程度，将间接故意再分为两类，即必然的故意和或然的故意。必然的故意就是指行为人认识到行为结果必然会发生且容忍其发生，

[227]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 355 页。

[228] 此为违法性错误。有关这方面的问题，本教科书将在第六章“有责性”中加以具体阐述。

或然的故意则是指行为人认识到行为结果可能会发生且容忍其发生。[229]《澳门刑法典》第 13 条关于故意的规定就是采用此种分类法，将故意分为直接故意、必然故意和或然故意。

1、直接故意

根据《澳门刑法典》第 13 条第 1 款规定，“行为时明知事实符合一罪状，而有意使该事实发生者，为故意”。所谓明知事实符合一罪状，指的是故意的认识因素，即行为人对犯罪构成要件客观要素的事实均有认识，包括认识到行为结果的必然发生或可能发生。所谓有意使该事实发生，指的是故意的意志因素，即行为人对行为必然或可能会发生的结果持希望、追求的心理态度。在刑法所规定的各种犯罪中，主观上出于直接故意实施的犯罪是最典型的故意犯罪，包括行为犯、危险犯和结果犯，行为人主观上都要求具有犯罪的直接故意。

2、必然故意

根据《澳门刑法典》第 13 条第 2 款规定，“行为时明知行为之必然后果系使符合一罪状之事实发生者，亦为故意”。如前所述，所谓认识到行为必然会发生某种结果，主要是指该等结果的发生反映了事物发展的一般规律，行为人主观上对该等结果的发生具有肯定性，至于结果是否实际发生，不影响行为人对结果必然发生的主观认识程度。

值得注意的是，必然故意的本质是行为人对结果的发生持容忍的心理态度，而非追求、希望发生的***心理态度***，所以仍然属于间接故意的范畴。行为人之所以在已经认识到其行为必然会发生某种结果的情况下，还要执意为之，并对该等结果的发生持容忍的态度，根本原因是行为人为了执意追求、希望发生另一种结果即行为的目的结果。[230]比如，甲意图杀死仇人乙，并知道乙与丙住一起同住并同锅吃饭，但仍然在乙饭锅中下毒；事实上，甲与丙无怨无仇，也不想杀死丙，但为了达到毒死乙的目的，对毒死乙必然会毒死丙的后果就听之任之，弃置不顾，表现出明显的容忍态度。在这种情况下，乙的死亡是甲追求、希望发生的目的结果，而丙的死亡则是甲为达到杀死乙的目的而容忍其必然发生的附属结果，就故意的形态而言，甲杀死乙主观上是有意为之的直接故意，而甲杀死丙主观上则为容忍性质的必然故意。

3、或然故意（也称未必故意）

根据《澳门刑法典》第 13 条第 3 款规定，“明知行为之后果系可能使符合一罪状之事实发生，而行为人行为时系接受该事实之发生者，亦为故意”。这一规定表明，或然故意也是一种容忍结果发生的间接故意，其认识因素是行为人已经认识到其行为可能会发生某种符合罪状的结果，意志因素则为接受即容忍该等结果的发生。比如，甲在林中打猎，发现一棵树上有一只漂亮的鸟，树下有一个放牧的小孩；甲极欲打鸟做成标本，同时也知道自己枪法不好，打鸟时很可能会打中小孩。但为了实现打鸟做标本的目的，仍然执意开枪，***结果把小孩打死；***在这种情况下，甲对小孩的死亡主观上就属于或然故意。

《澳门刑法典》第 13 条将间接故意分为必然故意和或然故意，体现了立法

---

[229] 但具体名称可能有所不同。如在德国刑法理论中，也有将故意分为蓄意、直接故意和间接故意的分类法，而这里的蓄意即指追求结果发生的直接故意，直接故意指认识到结果必然发生且容忍其发生的必然故意，间接故意指认识到结果可能发生且容忍其发生的或然故意。

[230] 对不作为犯罪来说，情况会有所不同。比如，甲发现乙遇意外身受重伤，生命垂危，不及时施救必然会死亡。但甲抱着“多一事不如少一事”的观念，能救而不救，也不报警匆匆离去，最后乙因抢救太晚而死亡。在这种情况下，甲足以构成“帮助之不作为罪”（第 194 条），其主观上虽无追求、希望发生的目的结果，但对乙的死亡后果显然也属容忍的必然故意。

者有两个方面的观念取向：

第一种观念取向表明，当行为人已经认识到其行为必然会发生某种结果时，若行为人不是希望该等结果发生的，则只能是容忍该等结果发生，[231]而不可能是不希望该等结果发生，这就排除了有认识的过失。因此，在必然故意的规定中，既然已排除了希望结果发生的直接故意（已由第 13 条第 1 款规定），那么唯一的结论就是容忍结果发生，无须再作“接受该事实发生”的表述。

然而，当行为人已经认识到其行为可能会发生某种结果时，行为人除了是希望该等结果发生而构成直接故意外，还可以是容忍或不希望该等结果发生。因此，在或然故意的规定中，尽管排除了希望结果发生的直接故意（已由第 13 条第 1 款规定），但仍有容忍或不希望结果发生两种可能。立法者在或然故意的条款中明确加入行为人“系接受该事实发生”的表述，其意就在于排除不希望结果发生的情况，以示与有认识过失之区别。

第二种观念取向表明，认识到结果必然发生和认识到结果可能发生，虽同为容忍结果发生，但行为人对结果的容忍程度是不同的；这种程度的不同，也反映了行为人主观恶性程度不同。所以，将间接故意分为必然故意和或然故意，有助于在刑罚个别化方面，更充分地体现以行为人主观恶性为标准来判断罪与刑之间的均衡。比如，在情节相似情况下，甲为必然故意的杀人，乙为或然故意的杀人，法官在量刑时，就必须考虑行为人通过不同故意表现出来的主观恶性。

（三）犯罪动机与犯罪目的

在刑法理论中，犯罪动机和犯罪目的是两个与犯罪故意既有联系又有所区别的概念。

1、犯罪动机

一般来说，动机是指直接引起和推动人作出或不作出相应行为，以满足某种需要的内心动力，犯罪行为同样如此。比如，同是杀人，有的是出于泄愤报复的动机，有的是出于贪利的动机，有的是出于保护某种秘密的动机；但不管是出于何种动机，只要行为人知道自己在杀人且希望把他人杀死，就构成杀人的直接故意。为此，有学者在区分故意与动机时认为，“启动犯罪之故意者，为犯罪之动机，动机实为故意之原动力。因动机而生故意，因故意而生行为。是故动机是静态的存在，建立于外界之刺激；而故意则是动态的存在，建立于对构成犯罪事实的认识”。[232]就故意和犯罪动机对构成要件的影响而言，故意是作为构成要件的主观要素而存在的，而犯罪动机通常情况下并非是构成要件的主观要素，它不会影响故意的成立，但能影响刑罚的裁量。比如，同是盗窃，为贪财盗窃，贪财是犯罪动机，为给母亲治病盗窃，给母亲治病是犯罪动机，不管是为贪财还是为给母亲治病，都不会影响盗窃罪的成立，但法官量刑时就应当考虑不同犯罪动机所表现出来的行为人的主观危险性。

2、犯罪目的

目的是指人追求一定结果的主观愿望，而犯罪目的同样也是指行为人通过犯罪行为希望实现某种结果的主观愿望。正是从这一意义上说，犯罪目的与直接故意不可避免地会具有同一性，这种同一性主要表现为在很多情况下，行为人通过犯罪行为希望发生的结果实际上也就是犯罪目的；比如，甲为报复而杀死了仇人

---

[231] 在中国大陆刑法理论中，有学者认为，当行为人认识到其行为必然会产生某种结果时，就只能是希望而不可能是容忍该等结果发生，也就是只能构成直接故意，而不能构成间接故意。本教科书认为，这种观点不符合心理学理论，也不符合犯罪实际情况。

[232] 黄仲夫编著：《刑法精义（上）》，台湾元照出版有限公司 2010 年修订版，第 77-78 页。

乙，就甲实施的杀人行为来说，甲希望发生的结果当然是将乙杀死，而这一结果也可以说是甲实施杀人行为的目的即犯罪目的，由此就体现了直接故意和犯罪目的的同一性，至于报复，就成为甲实施杀人行为的起因，也就是犯罪动机；同理，实施盗窃的行为人希望发生的结果无外乎是将他人财产占为己有，而占有他人财产既是行为人实施盗窃行为希望发生的结果，也可以说是行为人实施盗窃行为的犯罪目的，至于行为人为什么要盗窃，是为了贪财追求享受还是为了筹钱为母亲治病，就属于犯罪动机的范畴。

但是，应当看到，哲学意义上的目的毕竟不像构成要件行为结果那样单纯，它具有相当的复杂性；从事物的关联性考察，目的和动机往往是你中有我，我中有你，很难区分，由此就产生了将目的分为直接目的、间接目的、最终目的的分类法，间接目的或最终目的换一个角度看，实际上也可以说是行为人实施某种行为的动机。正因为目的与动机之间具有这种连哲学家都说不清的复杂性，所以，当我们在考察直接故意与犯罪目的之间的关系时，就不能简单地用同一性来解释直接故意与犯罪目的之间的关系，而是要注意犯罪目的与犯罪动机之间的错综复杂性，要看到犯罪目的的多重性，即犯罪目的和一般意义上的目的一样，也可分为直接犯罪目的、间接犯罪目的和最终犯罪目的。说直接故意与犯罪目的具有同一性，只能是相对于直接犯罪目的而言的，间接犯罪目的或最终犯罪目的相对于直接犯罪目的来说，往往属于犯罪动机的范畴。比如，在上述为报复而杀人，为给母亲治病而盗窃的例子中，杀人的直接犯罪目的是将仇人杀死，盗窃的直接犯罪目的是将他人财产占为己有，这样的直接犯罪目的与杀人、盗窃的直接故意显然具有同一性；但是，为报复而杀人，为给母亲治病而盗窃，报复和给母亲治病既可以说是犯罪的动机，但换个角度也可以说是行为人实施杀人行为或盗窃行为间接要达到的目的，也就是间接犯罪目的，这样的间接犯罪目的与杀人、盗窃的直接故意当然不具有同一性。

有的情况可能更复杂，比如，甲因缺钱而无法与其女友结婚，为了筹钱结婚，甲铤而走险，将祖传的一件属国家珍贵文物的器物走私出境，以此换取暴利后来操办婚事；在此案例中，我们可说甲实施走私行为的直接犯罪目的就是将珍贵文物偷偷运出国外，间接犯罪目的就是牟取暴利，最终犯罪目的则是与女友成婚。在这三种犯罪目的中，第一个直接犯罪目的也就是甲实施走私行为首先希望发生的结果，它与走私珍贵文物的直接故意具有同一性；第二个间接犯罪目的则属于连接第一个直接犯罪目的和第三个最终犯罪目的的中间犯罪目的，它与走私珍贵文物的直接故意不具有同一性；第三个最终犯罪目的实际上就是促使甲实施走私行为的起因，也就是犯罪动机，它更与走私珍贵文物的直接故意不具有同一性。此案例表明，当一个犯罪的犯罪目的可分为直接、间接和最终三种目的时，直接犯罪目的与直接故意具有同一性，而最终犯罪目的则属于犯罪动机的范畴。

基于上述分析，本教科书认为，如果排除了在直接故意中行为人所希望发生的结果，也就是在排除了直接犯罪目的之后，我们再来区分犯罪目的和犯罪动机是没有多大实际意义的。在大陆法系刑法理论中，有些学者将直接故意之外的主观因素称之为意图，如有学者认为，“意图是目的上明确的结果意志，同时也可以是但不必然是行为的起因”；[233]也有学者认为，“故意之认识对象为构成犯罪之事实，意图则建立于犯罪事实以外之企求”。[234]其实，这些学者所讲的意图，如果说是一种犯罪目的的话，当然只能是指间接犯罪目的或最终犯罪目的，而非直

[233]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 125 页。
[234] 黄仲夫编著：《刑法精义（上）》，台湾元照出版有限公司 2010 年修订版，第 78 页。

接犯罪目的；如果不以犯罪目的考察的话，所谓意图就是一种犯罪动机。

值得注意的是，意图无论是作为间接犯罪目的或最终犯罪目的，还是作为犯罪动机，通常都不是构成要件的主观要素，但在法律对相关意图有特别规定的情况下，相关意图则应属于构成要件的主观要素，此类犯罪理论上也称其为意图犯或目的犯。如有学者认为，“如果对于行为人来讲，法律对此以意图性的行为作为前提条件的构成要件性结果或者情形的导致或者实现，恰恰是他的行为预期目的之所在，则（作为直接故意之升级形式的）意图便已构成”；[235]“具意图的目的犯除一般要素之故意外，尚以超越该故意之认识范围的内心现象为必要。……故意是犯罪成立的一般要件，得为一般抽象之审查；在目的犯而言，意图是属于犯罪的特别构成要件，须加以检验。”[236]可见，意图犯或目的犯的构成要件在主观方面不仅要求行为人具有犯罪的直接故意，即具有直接犯罪目的，而且还必须具有法律所特别规定的相关意图，即间接犯罪目的。比如，对“贩卖人口罪”（第153条-A）来说，按照法律规定，其主观方面必须具有“对他人进行性剥削、劳动或服务剥削，尤其是强迫或强制劳动或服务、使人成为奴隶或类似奴隶，又或切除人体器官或组织的目的”，方能符合“贩卖人口罪”构成要件的主观要素，不具备这些目的而实施了提供、送交、引诱、招募、接收、运送、转移、窝藏或收容他人的，即便是故意而为，也不符合“贩卖人口罪”的主观要素，这就使“贩卖人口罪”成为意图犯或目的犯。还比如，《中华人民共和国刑法典》第152条规定的“走私淫秽物品罪”因特别规定了牟利目的和传播目的，所以也属于目的犯，行为人偷带淫秽物品入境而无牟利或传播目的的，就不构成此罪。

顺便指出，判断某种犯罪是否属于意图犯或目的犯，不能简单地以法律规定中有无意图一词作为标准，而要对该等犯罪的主观要素作具体分析。比如，《澳门刑法典》分则中许多犯罪在主观表述上都使用了意图一词，但决非等于该等犯罪就是意图犯或目的犯；举例来说，在“盗窃罪”（第197条）中，立法者使用了意图一词，但“盗窃罪”显然不是意图犯或目的犯，否则，如果说“盗窃罪”是意图犯或目的犯的话，那么直接故意犯罪与目的犯就没有区别了。又比如，在“暴力变更已确立之制度罪”（第297条）、“破坏罪”（第299条）、“煽动集体违令罪”（第300条）等行为犯的规定中，立法者也都使用了试图或意图的表述，这些行为犯当然也不是什么意图犯或目的犯。总之，某种犯罪是否属于意图犯或目的犯，要看法律所规定的意图是否可包含在直接故意之中，是否就是指直接犯罪目的：是，就不属于意图犯或目的犯；不是，方可构成意图犯或目的犯。同时，作为立法者来说，也应当注意在使用意图一词时要谨慎，如果立法者的原意并不是要将有关犯罪作为意图犯或目的犯来规定的话，就应当尽可能避免使用意图一词。

二、过失

在传统的大陆法系刑法理论中，过失犯罪通常是被视为一种特殊的犯罪类型，即刑法“以处罚故意犯罪为原则，以处罚过失犯罪为例外”。言外之意，过失行为要构成犯罪并对其处以刑罚，必须由法律作出特别规定，这一刑事责任原则在有些国家的刑法典中也得到了体现。比如，《德国刑法典》第15条规定，“本法只处罚故意行为，但明文规定处罚过失行为者，不在此限”；《日本刑法典》第38条第1款也有类似的规定，即“无犯罪故意之行为，不罚。但法律有特别规

[235]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社2008年版，第124页。
[236] 黄仲夫编著：《刑法精义（上）》，台湾元照出版有限公司2010年修订版，第78页。

定者，不在此限”。《澳门刑法典》同样遵循了这一刑事责任原则，并在第 12 条中明确规定，“出于故意作出之事实，或法律有特别规定时，出于过失作出之事实，方予处罚”。

（一）注意义务

目前，在立法上，关于过失的概念如同故意的概念一样，有些国家或地区的刑法典有规定，有些则没有规定。一般来说，凡是在刑法典中对故意概念作出规定的，立法者同时也会对过失概念作出规定。然而，不管立法上有无对过失概念作出规定，从理论上看，对过失概念的理解，最关键之处是要把握“注意义务”（或称之为“谨慎义务”）这一特定内涵。因为任何一种因过失而构成的犯罪，行为人在意志因素方面都不是希望或容忍结果发生，而是不希望结果发生，这是故意犯罪和过失犯罪主观上最本质的差别；立法者之所以要立法处罚某些过失行为，根本原因在于过失行为人在一定情况下没有尽到注意的义务，也就是应该注意而没有注意，以致发生了本不应该发生的结果。所以，无论是作为的过失犯罪还是不作为的过失犯罪，注意义务乃是过失犯罪构成要件中最核心的问题。正如有的德国学者指出的那样，“故意是对属于法律上之构成要件的行为之客观的特点的认识与意欲。反之，由于违反注意义务，使不意欲的刑罚法规的构成要件实现，并且违反义务没有认识该构成要件的结果，或者虽然认为可能发生该构成要件的结果，但违反义务相信其不发生而实施的，是实施过失行为。从而，过失不是故意的减轻的形式，而是与故意不同的范畴”。[237]在刑法中，“对故意的行为，要求行为人要有对所有的客观方面的构成要件特征的认识和在这个认识中的实现行为构成要件的意志，而对于过失的行为，其标志性的是行为人违反义务地松懈了在生活交往中所要求的谨慎义务”。[238]

关于注意义务，理论上应当注意两个问题：

1、注意义务的来源

对过失犯罪来说，行为人应当承担的注意义务，主要来自两个方面：

（1）法律规定的注意义务。所谓法律规定的注意义务，就是指通过法律规定来表明的一种注意义务；这里讲的法律要作广义的解释，即包括所有应当遵守的规章制度，比如，关于规范道路交通的法规、关于规范生产、作业流程的安全规章、关于职业操作的各项制度，等等，其所表明的注意义务都属于法律规定的注意义务；当行为人违反了这些法律规定时，就表明行为人已经违反了其应当承担的注意义务。举例来说，机动车辆的驾驶者一旦违章开车，如闯红灯、超速行驶等，就表明其已经违反了法律所规定的注意义务；如果在违章状态下发生交通事故，如闯红灯时撞伤过路行人，超速导致车辆失控而引致他人死伤，驾车者主观上就存在应注意而不注意的过失，因为“司法判决把这些归纳为这样一个原理：交通法规是‘根据经验和思考对可能危险进行全面预见的结果；交通法规通过自身的存在表明：在这个领域中，违反这些规定就可能存在发生事故的危险’”。[239]

（2）共同生活产生的注意义务。所谓社会共同生活产生的义务，就是指社会作为一个整体，人们相互之间在共同生活中应当承担的注意义务。有学者认为，这种由共同生活产生的注意义务，也是一种“以习惯乃至条理为基础的注意义务”，此类注意义务“应该适用具体的事案，考虑社会的现实要求，由裁判官适

[237]【德】耶赛克等主编，西原春夫监译：《德国刑法总论》（第 5 版），成文堂 1999 年版，第 439 页（转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 248 页）。

[238]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 388 页。

[239]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）-犯罪原理的基础构造》，法律出版社 2005 年版，第 716 页。

当地论定这种注意义务。因此，把过失犯的构成要件称为被开放的构成要件。作为裁判官在决定注意义务时应该依据的标准，可以参考在德国所使用的‘社会生活上必要的注意’这种观念”。[240]由此可见，在过失犯罪中，行为人应当承担的注意义务是相当广泛的，不仅仅是法律规定的问题；判断行为人是否应当承担某种注意义务，一定要从社会实际出发，站在一般人的立场上，作具体分析和考察。比如，甲住高层且酷爱养花，在自家阳台上摆满花盆；某日台风来临，甲却忘记将花盆从阳台上搬下，致使花盆落下将一行人砸死；在这种情况下，甲显然是有过失的，而甲之所以有过失，乃是因为甲违反了注意义务，这种注意义务就是产生于社会共同生活的注意义务。

2、注意义务的类型

在刑法理论中，学者们通常以过失犯罪的行为人对其行为结果是否有认识为标准，将注意义务分为结果的预见义务和结果的回避义务。

（1）结果的预见义务。所谓结果的预见义务，就是指行为人对其行为可能发生某种符合一定构成要件的结果主观上虽然没有预见，但行为人当时是应当预见的，之所以没有预见是因为行为人没有尽到注意义务，此类注意义务就属于结果的预见义务。有学者将结果的预见义务也称之为“内部性注意义务”，“因为所谓不注意本来是以行为人虽然应该并且能够使其意识充分紧张却没有使其紧张这种内心态度为基础的观念，所以，注意义务也必须被理解为应该保持一定内心态度的义务”。[241]传统的过失犯罪理论也即旧过失论往往将结果的预见义务看成是注意义务的核心。

（2）结果的回避义务。所谓结果的回避义务，就是指行为人对其行为可能发生某种符合一定构成要件的结果主观上已经有了预见，但行为人却没有尽到避免该等结果发生的注意义务，此类注意义务就属于结果的回避义务。有学者将结果的回避义务也称之为“外部性注意义务”，因为“它不外乎是为了使犯罪结果不发生，应该实施必要的一定的作为. 不作为的义务”。[242]从过失犯罪的理论发展来看，不少学者认为，强调结果预见义务的旧过失论是有明显缺陷的，比如，以结果预见义务作为注意义务的核心，容易从行为与结果之间的因果关系，直接推导出行为人违反了结果的预见义务，因而导致客观归责，不适当地扩大了过失犯罪的范围；又比如，以结果预见义务作为注意义务的核心，也容易将过失行为人对结果有预见但并不希望结果发生的情况视为故意犯罪，以致混淆了故意犯罪和过失犯罪的本质区别。因此，在对旧过失论进行批判时，新过失论也就应运而生。新过失论并不排除结果的预见义务，但将注意义务的中心移至结果的回避义务，认为结果预见义务只是结果回避义务的前提条件，如何采取措施回避结果发生，才是注意义务的核心。为此，“有力的立场主要着眼于结果回避义务”。[243]

本教科书认为，结果的预见义务和结果的回避义务是从两个不同的角度揭示了注意义务的实质，不应当厚此薄彼，有所侧重。旧过失论因为只强调结果的预见义务，才容易导致客观归责或不适当地扩大过失犯罪范围；同样的道理，新过失论将结果的回避义务视为注意义务的核心也是不科学的，起码这是不符合过失犯罪大多表现为疏忽性过失的实际情况的。因此，客观而公正地去看待结果的预见义务和结果的回避义务在注意义务中所扮演的角色及其应有的地位，有助于注

[240]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 200 页。
[241] 同上，第 205 页。
[242] 同上。
[243] 同上，第 204 页。

意义务理论的深化和发展。

（二）过失的种类

根据不同的标准，对过失可以有不同的分类，比如，根据过失的轻重，可分为重过失和轻过失；根据注意义务的内涵，可分为普通过失和业务过失。但理论上最基本的分类，还是以行为人对可能发生的结果有无预见为标准，将过失分为有认识的过失和无认识的过失。凡在刑法典中对过失犯罪概念作出规定的，立法者都会采用这一基本分类法，《澳门刑法典》同样如此。

《澳门刑法典》第 14 条首先以注意义务作为过失犯罪的核心，即行为人在该条规定的两种情况下，只要“按情节行为时必须注意并能注意而不注意者，为过失”。而该条所列举的两种情况，分别为有认识的过失和无认识的过失。

1、有认识的过失

根据《澳门刑法典》第 14 条 a）项规定，所谓有认识的过失，就是指行为人“明知有可能发生符合一罪状之事实，但行为时并不接受该事实之发生”。首先，这里讲的“明知有可能发生符合一罪状之事实”，就是指行为人主观上已经预见到自己的行为有可能会发生某种符合一定构成要件的结果；其次，这里讲的“但行为时并不接受该事实之发生”，就是指行为人主观上并不希望该等结果发生。毫无疑问，对有认识的过失来说，行为人因对其行为可能发生的结果已经有了预见，故行为人违反的注意义务是结果的回避义务；为此，在理解有认识的过失时，就要注意划清有认识的过失与间接故意之间的界限。

（1）划清有认识的过失和必然故意之间的界限。从理论上考察，有认识的过失和必然故意除了意志因素上的差别外，在认识因素上的差别就在于两者对结果发生的预见程度不同，而正是这种认识上的程度差别，就为我们区分有认识的过失和必然故意提供了最有效的标准。因为有认识的过失只能是预见到结果的可能发生，而必然故意是预见到结果的必然发生；所以，只要是行为人已经预见到其行为必然会也就是会合乎客观规律地引致某种结果的发生，就不可能构成有认识的过失；在排除了直接故意的前提下，行为人的主观罪过形式就只能属于必然故意。比如，甲明知乙和丙同锅吃饭，为了达到杀死乙的目的，仍然在乙饭菜中投下足以致人死命的毒药，结果将乙和丙同时毒死。在这种情况下，丙的死亡对甲来说虽然不能说是其所希望发生的结果，但因甲已经预见到其行为必然会同时毒死丙，故甲对丙死亡结果的发生在主观意志方面就只能是容忍、放任其发生，或者说是接受该事实的发生，构成必然的故意。

（2）划清有认识的过失和或然故意之间的界限。关于如何区分有认识的过失和或然故意的问题，在刑法理论上是一个非常有争议的问题。因为在认识因素上，两者在对结果预见的程度上没有本质上的差别，行为人都是已经预见到其行为有可能会发生某种结果，即认识到危险性的存在，它们的区别仅在于意志因素不同，即有认识过失是不希望、不接受结果的发生，而或然故意是容忍、接受结果的发生。但是，究竟如何来判断行为人是不希望或不接受结果的发生，还是容忍或接受结果的发生，判断的标准是什么，理论上就会产生不同的观点，这些不同观点主要有可能性说、盖然性说、同意或赞同说和避免说。

a）可能性说。该说认为，只要行为人认识到自己的行为“存在侵害法益的具体可能性，而仍然实施了行为的，即构成间接故意”。[244]本教科书认为，按可能性说理论，只要行为人预见到自己的行为可能会发生某种侵害法益的结果，就是间接故意，这就从根本上否定了有认识过失的存在，当然是不科学的，“因为

[244]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 127 页。

它把构成要件故意延展得太远，伸进了有意识的过失的范围”。[245] b）盖然性说。该说认为，如果行为人认为自己的行为对法益的侵害是“很有此可能”，[246]或者说“实现犯罪的盖然性是相当高的却实施了行为时，是未必故意；认为它是极低的而实施了行为时，是有认识的过失”。[247]本教科书认为，盖然性说最致命的缺陷是以认识程度为作为区分有认识的过失和或然故意，何谓盖然性，这是一个相当模糊、实际上是很难界定的标准，因而盖然性说欠缺合理性和操作性。 c）同意或赞同说。该说认为，如果“行为人对他认为有发生之可能性的结果持一个‘同意’的态度或者‘赞同地予以容忍’的态度”的，[248]就构成间接故意，反之，则属于有认识的过失。本教科书认为，同意或赞同说作为德国司法实践中常常被运用的理论，相对于盖然性说明显具有一定的合理性，其合理性在于该学说不是从行为人对结果的认识程度，而是从行为人对结果所持之意志态度来区分有认识的过失和或然故意，并将那些行为人对其已经预见的可能会发生的结果持无所谓态度或侥幸态度的情况，纳入了或然故意的范畴，因为“‘行为人如果尽管知道是极其危险，却仍然打算付诸实施而又不能确信不会出事的，以及行为人如果将他认识到的危险交付给由偶然性来决定危险是否将发生或者将不发生的，有理由认为是构成了赞同。同时，如果结果对于行为人来说本身是他并不希望的，但他仍然不顾一切地坚持寻求他的直接目的，也可以考虑构成赞同’”。[249]但是，本教科书认为，仅仅用对结果的同意或赞同来区分有认识的过失和或然故意是不够的，因为它没有直接回答行为人对结果的可能发生为什么是同意或赞同，或者说为什么是不同意或不赞同（当然是不希望）这样一个最关键的问题，而恰恰是这个关键性的问题，才是区分有认识过失和或然故意的根本标准。d）避免说。该说认为，当行为人对其行为可能发生的结果有预见时，如果行为人自信或确信该等结果不会发生，也就是可以避免的，构成有认识的过失；否则，无此等自信或确信的，则构成或然故意。

本教科书认为，避免说是一种比较合理的学说，该学说不仅从行为人对结果所持之意志因素方面去区分有认识的过失和或然故意，更重要的是，该学说还回答了一个最关键的问题，即行为人之所以是不希望结果发生，或者说行为人之所以对结果的发生是持不同意或不赞同的态度，乃是因为行为人自信或确信其行为可能引致发生的结果可以避免。

然而，必须指出，无论是在理论还是在司法实践中，如何去辨别行为人是否有避免结果发生的自信或确信，是一个很值得研究的问题。关于这个问题，理论上有主观说和客观说之分。主观说认为，行为人自信或确信可以避免结果的发生，只是指行为人主观上的一种意愿，为此，只要行为人主观上有这种自信或确信就可认定为有认识的过失；比如，有学者认为，“行为人无忧无虑地相信，自己作为可能认识的危险的确是不存在的；因此，他在损害和危险方面，同样都只是有意识过失地行为的”。[250]客观说则认为，行为人自信或确信可以避免结果的发生，必须要有一定的客观依据，正是因为有了这种客观依据，才使行为人主观上自信或确信可以避免结果的发生；比如，有学者认为，当行为人对结果的可能发生有

[245] 同上，第 121 页。
[246] 同上，第 128 页。
[247]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 208 页。
[248]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 129 页。
[249] 同上，第 130 页。
[250]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）-犯罪原理的基础构造》，法律出版社 2005 年版，第 729 页。

预见时，“倘行为人以具体行动显示其有避免构成犯罪事实发生之意愿，即属有认识过失”。[251]

本教科书赞同客观说的观点。因为过失行为人自信或确信可以避免结果发生虽然是一种主观意愿，但这种主观意愿应当建立在一定的客观依据基础之上；没有任何客观依据的自信或确信，其实质就是对结果的发生持漠不关心的放任态度，或者至少是对结果的发生抱有侥幸的态度，这种意志态度恰恰表明行为人主观上是容忍了结果的发生；只有当行为人的自信或确信是建立在一定的客观依据基础之上时，才能表明行为人主观上具有不希望结果发生的意志态度。所以，本教科书认为，辨别行为人主观上是否自信或确信可以避免结果的发生，关键是看行为人的这种自信或确信有无一定的客观依据*作*支撑；没有任何客观依据*作*支撑，就是或然故意，有客观依据*作*支撑，就是有认识的过失。

比如，甲想打树上的鸟，而树下有一牧童，甲在打鸟时，应当说已经预见到有可能发生打中牧童的危险，但甲是射击冠军，自信凭自己过硬的射击技术，完全有把握不会打中树下的牧童，但就在其开枪的一刹那，其手背被一只黄蜂蜇了一下，结果将牧童打死；在这种情况下，甲之所以自信不会打到牧童，凭借的客观依据是自身过硬的射击技术，因而罪过形式属于有认识的过失。但是，如果情况不是这样，甲既没有过硬的射击技术，也无其他使其自信可以避免打中牧童的客观依据，只是打鸟心切，唯恐失去机会，冒然开枪而将牧童打死；在这种情况下，甲即便自己说本来以为结果不会发生，那也不构成自信，充其量是侥幸，其罪过形式就属于或然故意。

再比如，当整个村子的村民为庆祝新教堂上梁而聚会时，甲放火点燃了自己家装满麦草的仓库，以其获得保险公司赔款；而流浪汉乙有时会在该仓库里过夜，甲对此是知道的，不料今天乙因为在聚会上多喝了几杯，提前离开回到仓库睡觉，结果在火中丧生。[252]在此案例中，甲放火烧自家仓库时虽然也预见到乙可能会在仓库，但又认为乙是个从不会放过任何聚会吃喝机会的流浪汉，因而自信此时乙不在仓库，不会被烧死，其自信的客观依据一则是村里有聚会，二则是流浪汉平时的表现，故甲对乙死亡结果的发生主观上就属于有认识的过失。反之，如果村里没有聚会，甲只是估计乙有可能在仓库，也有可能不在仓库，但为了达到骗取保险的目的，仍然置其于死活不顾实施了放火行为，而乙也正好在仓库被烧死，在这种情况下，说甲主观上自信乙不会被烧死显然是不能成立的，这种所谓的自信充其量是一种侥幸，故甲对乙死亡结果的发生主观上就属于或然故意。

还应当指出，作为行为人自信或确信可以避免结果发生的基础的客观依据，其阻止结果发生的有效性程度也是值得关注的问题。试举两例加以说明。

例一：甲自家的花圃经常被偷，于是在花圃周围设置了铁丝网，并在晚上通上电。甲知道这是很危险的行为，一旦偷花者碰上电网就会产生严重的死伤后果，于是为了避免该等结果发生，同时也为了达到吓唬偷花者的目的，甲便在家中电闸旁安装了一个自动断电器，一旦有人偷花触动电网自动断电器就会自动断电；但在第二天早晨，甲还尚未关上电闸时，本村一个小孩不慎碰到电网而触电死亡，经查，原来甲所购自动断电器乃是一个伪劣产品。在本案中，甲自信可以避免人被电死的客观依据是自动断电器应有的物理功能，正是这种应有的物理功能表明甲之所以自信可以避免结果发生，其凭借的客观依据是有效的、可信的，故甲的

---

[251] 邱忠义著：《刑法通则新论》，台湾元照出版有限公司 2009 年第二版，第 81 页。

[252] 此案例参阅【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 119 页。

主观罪过就属于有认识的过失。

例二：甲在位于路边的自家地中种植了南瓜，*惟*南瓜熟了经常被人偷走，于是，为防偷窃，甲就在地边竖了一块牌子，上写“瓜中有毒，请不要偷摘”，然后又在一个最大的南瓜中注射了剧毒的农药；第二天，此有毒的南瓜被一青年摘走，并将其转送给*亲戚，亲戚食用*后中毒，致使一六岁女孩因抢救无效死亡。在本案中，甲主观上究竟是有认识的过失还是间接故意（或然故意），看法是不一致的，之所以不一致，就在于对甲所采取的自信可以避免结果发生的措施，即在地边竖起“瓜中有毒，请不要偷摘”的牌子这一措施是否有效产生分歧。有人认为，甲既然这样做了，就说明甲主观上自信可以避免中毒结果发生，也就是不希望发生该等结果，故属于有认识的过失；但也有人认为，人有逆反心理，甲采取的措施很容易给人“此地无银三百两”的感觉，事实证明确实如此，因而甲采取的措施根本不足以避免结果的发生，甲本人也认识到这一点，否则就没有必要真的在南瓜中下毒，甲主观上显然属于放任结果发生的间接故意（或然故意）。本教科书赞同第二种观点，即甲主观上的罪过形式是间接故意（或然故意）。此案表明，为了辨别行为人究竟是放任还是不希望结果的发生，对行为人自信可以避免结果发生所凭借的客观依据包括采取的行动要作具体分析，如果行为人凭借的客观依据根本不足以防止结果发生，行为人对结果的发生仍然属于放任的态度，构成或然故意。当然，如果行为人出于可信的无知，确实对客观依据的有效性产生了错误认识，即行为人认为是有效的，实际上是无效的，那么，鉴于这种错误已经表明行为人对结果的发生是持不希望的意志态度，故应按有认识的过失处理。

2、无认识的过失

根据《澳门刑法典》第 14 条 b）项规定，所谓无认识的过失，就是指“完全未预见符合一罪状之事实发生之可能性”。这里讲的“完全未预见符合一罪状之事实发生之可能性”，是指行为人对其行为可能发生某种符合一定构成要件的结果事先没有预见，但行为人本来是应当预见的，之所以没有预见，是因为没有尽到注意义务。可见，对无认识的过失来说，行为人因对其行为可能发生的结果没有预见，故行为人违反的注意义务是结果的预见义务，有些学者也将无认识的过失称之为疏忽大意的过失。

无认识的过失因行为人对其行为可能发生的结果无预见，故不易与或然故意相混淆，但很容易同不负刑事责任的意外事件相混淆；为了区分无认识的过失和意外事件，关键是看行为人是否应当预见结果的可能发生。关于这个问题，理论上主要有三种观点：一是客观说，即以社会上一般人的看法或注意能力为标准，来确定行为人是否应当预见结果的发生。二是主观说，即以过失行为人自身的认识能力为标准，来判断行为人是否应当预见结果的发生。三是折衷说，即将社会上一般人的注意能力和行为人自身的注意能力结合起来，作综合考察。

本教科书赞同折衷说，因为犯罪总是错综复杂的，过失犯罪同样如此，对不同的情况，应当适用不同的标准。一般来说，普通过失因通常都是指在日常生活中发生的过失，故按客观说来判断行为人是否应当预见结果的发生就比较合理。比如，在上述台风来临之际，甲因未及时将窗户阳台上的花盆拿走，以致花盆被风刮落砸死一过路人的例子中，认定甲之所以是应当预见到结果的发生，当然是根据一般生活常识，也就是按照社会上一般人的认识能力作为判断的标准。又比如，某地下仪器仓库一个月进一次货，有一次进货时，一小偷乘保管员不注意，溜进仓库意图实施盗窃，保管员进完货后大声叫喊有人没有，小偷自然不敢回答，

保管员就将仓库铁门关闭离去，一个月后发现小偷饿死在仓库；像这种情况，认定保管员之所以是不应当预见到结果的发生，小偷死亡属意外事件，也是按照社会上一般人的认识能力作为判断的标准。但是，业务过失则不同，这种过失因通常都与具体业务有关，故必须结合行为人自身的业务情况才能作出合理的判断；举例来说，甲是一名护士，在给病人打青霉素时，因未给病人打试验针而导致病人过敏死亡，在这种情况下，认定甲之所以是应当预见结果的发生，乃是从甲的护士职业身份能力上作出的判断，而非以社会上一般人的认识能力作为判断的标准。

（三）信赖原则

在德国、日本刑法学界，有关过失犯罪中注意义务的确定，盛行一种被称之为信赖原则的理论。

1、信赖原则的产生

随着社会的发展，以汽车为主的交通工具日益普及，因交通事故而导致的人身伤亡也越演越烈；在这些交通事故中，有的是驾驶者违规违章所致，但也有的是驾驶者循规循章而被害人违规违章所致。对此，就有学者提出了一种“被容许危险”的理论，即当一个驾驶者是循规循章驾驶时，尽管客观上存在着因他人违规违章而引致的危险，但这种危险应当是被容许的，也就是不能要求循规循章驾驶汽车的人对因他人违规违章引致的危险承担注意义务。这一“被容许危险”的理论在 1935 年被德国交通法庭的判例所采纳，后经学者归纳，理论上就称其为信赖原则，其“具体内容是，参与交通的人根据交通规则而行动时，只要没有特别情况，就可以信赖其他参与交通的人也会遵守规则而行动，如果由其他参与交通的人实施的无视规则的行动致事故发生，遵守了规则的行为人就不能被追究对事故的责任”。[253]比如，货车司机甲驾车循规直线行驶，行至一横向交叉道时，突然一辆私家车违反让先规则，高速冲出，致使甲刹车不及，撞上私家车，私家车司机当场死亡；在这种情况下，甲因遵守了交通规则，私家车司机属违规驾驶，故甲主观上无过失，对私家车司机的死亡不负刑事责任。由此可见，按照信赖原则，“自己遵守交通规则的驾驶人只要信赖其他交通参与人也遵守交通规则即可，而并不要求具有预见他人违反交通规则的非理性行为而采取预防措施的义务”。[254]在日本司法实践中，信赖原则不仅得到承认，而且在关于交通事故的判例中得到了迅速运用。

2、信赖原则的限制

为了适用信赖原则，客观上要求具备一定的社会环境条件，比如，交通设置的齐全，对交通环境的必要整治，交通规章制度的普及宣传，等等，没有这些社会环境条件，信赖原则就很难得到保证。除此之外，学者们还普遍认为，适用信赖原则还应当受到必要的限制，这些限制主要包括：（1）对驾驶者本人违反交通规则的情况，不能适用信赖原则；（2）倘驾驶者已发现他人违反交通规则，且有时间采取避免措施的，不能适用信赖原则；（3）从一般生活常识来看，对方倘属很难期待其会遵守交通规则或不作出违规行为的特殊人群的，驾驶者应承担注意义务，不能适用信赖原则，如对方是老人、无大人陪伴的幼儿、残疾人士、醉汉等；（4）在特殊场所，如人群密集场所、幼儿园、小学等场所，驾驶者应承担注意义务，不能适用信赖原则。

3、信赖原则的扩张

---

[253]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 201 页。

[254]【韩】李在祥著，【韩】韩相敦译：《韩国刑法总论》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 167 页。

信赖原则虽源自于交通判例，但在现代刑法关于过失犯罪的理论中，逐步被推广到其他领域，成为确定行为人是否具有注意义务的一项原则。比如，在医疗领域，负责手术的医生因使用了护士提供的未按严格程序消毒的手术工具而致使患者*伤口感染死亡，在*这种情况下，负责手术的医生可以信赖护士提供的手术工具已按正常程序经过消毒，故医生没有违反注意义务，主观上无过失，不能要求医生对患者死亡的后果承担过失犯罪的刑事责任。在生产场所，日本法院也曾使用信赖原则作出无罪判决：在制造集装箱的工厂里，现场负责人指挥用顶棚上的吊车吊起集装箱时，没有注意到有工人走近，致使该工人被夹在集装箱和台柱子之间而死亡。日本法院判决认为，现场负责人既然确认了在集装箱和台柱子之间没有人，那么，只要不发生特别情况，该负责人就可以信赖其他工人都会遵守工作规则，按照铃声的警告不会走近被吊起的集装箱，该负责人不承担预想其他工人会不顾铃声警告而走近危险区域引致事故发生的注意义务，因而其主观上没有过失。[255]

本教科书认为，建立在“被容许危险”理论基础上的信赖原则，对于认定无认识的过失具有一定的现实意义，*惟*在扩大适用信赖原则时，要结合实际情况作具体分析，也要有所限制。比如，在医生与护士之间，医生对护士的信赖，只能是相对于具有独立操作资格的熟练护士而言的，如果护士是一位实习生，就不能适用信赖原则。又比如，甲在自家院中养了一条大狼狗，白天用铁链锁上，晚上为了看家就将铁链解开，乙不知而深夜潜入，结果被大狼狗咬死，对甲就不能以信赖他人不会作出违法行为为由而免除其主观上的注意义务。

（四）过失危险犯

传统的过失犯罪理论，通常都将过失犯罪视为结果犯，即只有当过失行为已经造成相应的实害性的危害结果时，方能构成过失犯罪，故也有学者将过失犯罪称之为实害犯。究其原因，主要是考虑到处罚过失犯罪作为一种例外，当然不同于故意犯罪。对过失行为来说，“可能发生危害结果的过失行为只有与实际发生的危害结果相结合，才会表现出严重的社会危害性”。[256]然而，随着社会经济的发展，尤其是科学技术的日新月异，过失犯罪也经历了一个从少到多、从简单到复杂的演变过程，有些过失行为如从事与致险源有关的工作人员的过失行为所引致的危害结果，达到了令人吃惊甚至令人震撼的程度。于是，为了切实维护正常的社会秩序和社会公众的生命、健康、财产安全，不少国家或地区的刑法典开始出现了过失危险犯的规定，即过失行为虽未发生实害性的危害结果，但只要造成法律所规定的具体危险状态，就构成过失犯罪，并处以刑罚。这一关于过失犯罪的立法格局显然动摇了过失犯罪只能是结果犯或实害犯的传统理论和立法，并正如有学者指出的那样，刑法理论“一反以结果为中心的过失论，提出以行为为中心的过失论。即处罚过失犯罪不是因为造成危害结果，而是因为行为人违反注意义务，这昭示着过失犯罪由结果责任向行为责任转化的倾向”。[257]

应当指出，过失犯罪理论从以结果为中心向以行为为中心的转化，并不意味着全盘否定传统过失犯罪的理论，大多数过失犯罪仍然属于结果犯或实害犯，如“过失杀人罪”（第 134 条）、“过失伤害身体完整性罪”（第 56 条）。[258]目前，在

---

[255] 案例引自【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 202 页。

[256] 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 350 页。

[257] 俞利平等：《论过失危险犯》，载北京《法律科学》1999 年第 3 期。

[258] 中国内地刑法典关于过失犯罪的立法更是如此。比如，中国内地刑法典共规定了 52 个过失犯罪，绝大多数为结果犯，其中只有“妨害传染病防治罪”（第 330 条）和“妨害国境卫生检疫罪”（第 332 条）属于真正意义上的过失危险犯；而“过失泄露国家秘密罪”（第 398 条）、“过失泄露军事秘密罪”（第 432 条）

大陆法系国家或地区的刑法典或特别刑法中，通常都是对某些足以危害社会公共安全的犯罪采用过失危险犯的立法例。比如，《德国刑法典》规定的 16 个过失危险犯，都属于过失引起火灾危险、过失引起核能爆炸、过失侵害交通安全、酒后驾车、过失污染环境等危害公共安全方面的犯罪。《日本刑法典》关于过失危险犯的规*定同样*适用于危害公共安全方面的犯罪，并在日本的特别刑法中也规定了相应的过失危险犯。[259]

《澳门刑法典》的立法者显然认同过失危险犯的立法依据，并在《澳门刑法典》总则和分则中体现了这一立法宗旨。比如，在总则中，关于过失的概念，立法者强调的是“注意义务”，而非实害结果；在分则第四编第三章关于“公共危险罪”和第四章关于“妨害交通安全罪”两章中，则具体规定了 11 个过失危险犯的罪名，即“过失造成火警、爆炸及其他特别危险行为罪”（第 264 条第 2 款和第 3 款）、“过失核能罪”（第 265 条 b 项和 c 项）、“过失违反建筑规则及扰乱事业罪”（第 267 条第 2 款和第 3 款）、“过失污染罪”（第 268 条第 2 款和第 3 款）、“过失使供应养料之物质或医疗物质腐败罪”（第 269 条第 2 款和第 3 款）、“过失传播疾病或将化验或处方改变罪”（第 270 条第 2 款和第 3 款）、“过失造成与动物或植物有关之危险罪”（第 272 条第 2 款和第 3 款）、“过失妨害运输安全罪”（第 276 条第 2 款和第 3 款）、“过失危险驾驶交通工具罪”（第 277 条第 2 款和第 3 款）、“过失妨害道路运输安全罪”（第 278 条第 2 款和第 3 款）、“过失危险驾驶道路上之车辆罪”（第 279 条第 2 款和第 3 款）。这些过失危险犯所造成的法定危险有的包括“对他人生命造成危险，对他人身体完整性造成严重危险，或对属巨额之他人财产造成危险”，有的则仅包括“对他人生命造成危险，或对他人身体完整性造成严重危险”。

值得注意的是，上述过失危险犯不仅包括因过失直接造成法定危险的过失危险犯，而且包括因过失而作出相关行为的过失危险犯。比如，对“造成火警、爆炸及其他特别危险行为罪”来说，属因过失行为直接造成法定危险的，行为人处 1 年至 8 年徒刑（第 264 条第 2 款）；属因过失而作出该条所规定之特别危险行为的，则行为人处最高 5 年徒刑。这一规定显然与《德国刑法典》第 310 条 A 的相关规定是一致的。比如，将未熄灭的烟头扔在草丛中引起法定危险的，属于因过失行为直接造成法定危险的过失危险犯；而在家中因使用煤气不慎引起法定危险的，就属于因过失而作出特别危险行为并造成法定危险的过失危险犯。

（五）注意义务与归责关联

毫无疑问，无论是过失结果犯还是过失危险犯，从过失犯罪构成要件的客观要素考察，过失行为与实害性结果或危险性结果之间必然存在着因果关系，否则就不会构成过失犯罪。然而，由于过失犯罪的本质特征在于行为人违反了相应的注意义务，因此，对于过失犯罪构成要件的客观要素来说，仅具备了行为与结果之间的因果关系是不够的，“过失犯的结果只有在其因违反注意义务而发生时才能客观地归属于行为人。因此，即使是在行为人违反了注意义务且发生了构成要件性结果的情况下，若足以认定履行了注意义务也会发生同样结果，客观归属也只能被否定。这被称为违反注意义务关联性”。[260]由此可见，构成过失犯罪，不仅要具备行为与结果之间的“因果关联”，而且还必须具备注意义务与结果之间

和“遗失武器装备罪”（第 441 条）因使用了“情节严重”或“其他严重情节”的表述，也只能视为准过失危险犯。

[259] 如日本 1971 年 7 月开始实行的《公害罪法》。

[260]【韩】李在祥著，【韩】韩相敦译：《韩国刑法总论》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 172 页。

的“归责关联”。

举例来说，甲以每小时 70 公里的时速超速行驶，突然乙横穿马路，甲刹车不及，撞到乙致其死亡；在这种情况下，甲的违规行为虽然表明其违反了注意义务，而其超速行为也与乙死亡结果之间存在“因果关联”，但要认定甲主观上对乙的死亡结果有无过失，还必须看甲违反注意义务与乙死亡结果之间有无“归责关联”：假设在当时情况下，如果甲不超速驾驶，并且尽到注意义务，即便乙突然跑出，也可以避免撞上乙，那就说明甲违反注意义务与乙死亡结果之间具有“归责关联”，甲主观上有过失；反之，在当时情况下，即使甲没有超速行驶，并且也注意到了道路上的情况，突然跑出的乙也会被撞上和死亡，这就表明甲违反注意义务与乙死亡结果之间不具有“归责关联”，甲主观上无过失。对此，有学者认为，“所有这些对于问题的解决的寻求，背后都是一个正确的思考，即在过失行为构成要件情况中，造成结果和违反谨慎义务之间不能是无关系的并列，换言之不能是简单的相加”；[261]“如果客观上的不可避免性成立，则在构成要件的层面上就已经排除义务违反性关联，由此是排除对结果的归责。因为，假如是即使举止合法无缺陷的也仍旧不能避免发生社会侵害性的结果，那么在具体的情况中曾经存在的谨慎不足对于结果的产生也不为重要”。[262]

第六节　主观要素·事实错误

刑法理论中所讲的错误，是针对人的主观认识而言的。“所谓错误，一般指客观的实在与主观的认识的不一致，完全不认识实在，作为全面的不一致的‘不知’也是错误”；[263]或者“一般说来，可以将错误定义为‘对任何事实真实的自然或法律性质的不正确认识或缺乏（应有的）认识”。[264]刑法中的错误理论因与行为人的主观罪过直接相关，故对于定罪量刑具有重要的现实意义，同时也具有相当的复杂性。

一、构成要件错误与禁止错误的基本分类

从行为人主观认识错误涉及的内容来看，刑法中的错误无外乎包括两个方面：一是行为人对其行为过程中发生的事实情节产生错误认识；二是行为人对其行为性质在法律上的定位即行为是否违法产生错误认识。于是，学者们据此将刑法中的错误分为两大类：一类是对行为事实情节方面的认识错误，简称事实错误；另一类是对行为是否违法方面的认识错误，简称违法性错误或禁止错误。

（一）构成要件错误

犯罪作为一种行为，其行为过程中涉及的事实情节是形形色色、多种多样的。比如，对杀人行为来说，行为的动机，行为指向的客体是男人还是女人、是成年人还是未成年人，行为的方式、地点、时间，等等，都可以成为杀人行为过程中的事实情节；盗窃行为同样如此，诸如盗窃的客体是现金还是银行存折或是金银首饰，盗窃的财物为谁所有等情况，也都是盗窃行为过程中的事实情节。然而，不少学者认为，研究事实错误的理论，旨在解决事实错误与主观罪过之间的关系，*惟*有的事实错误可以阻却故意而构成过失甚至无罪过，有的事实错误则对故意的

---

[261]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 401 页。

[262] 同上，第 402 页。

[263]【日】大谷实著：《刑法讲义总论》（第 4 版），成文堂 1994 年版，第 201 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 280 页）。

[264]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 238 页。

成立没有影响，而能够阻却故意成立的事实错误，不外乎是对法律所规定的作为构成要件客观要素的事实情节产生错误认识，换句话说，行为人也只有对属于构成要件客观要素范围内的事实情节产生错误认识，才可能阻却主观上的故意。基于此，有的学者就将这种对构成要件客观要素的事实情节的认识错误称之为构成要件错误，并认为只有构成要件错误才会影响故意的成立；有的学者则干脆将事实错误与构成要件错误合并，认为刑法中的事实错误就是指构成要件错误，即“事实上的认识错误是指对故意必须具备的构成要件性不法要素没有认识的情况。即行为人在行为时没有认识到属于法律构成要件的情况。这种情况包括所有的客观构成要件要素。对成为故意的对象的一切情况的认识错误就是事实上的认识错误”。[265]

（二）禁止错误

禁止错误也就是指违法性错误，它和构成要件错误是相对的。“如果行为人没有认识到故意（依据相关构成要件）所涉及的要素之一，即具有构成要件错误”，[266]如果“一个特定的行为人对其客观特征有正确认识的行为被法律所禁止”产生错误认识，这就构成禁止错误；[267]或者说，禁止错误就是指行为人在已经正确认识其行为过程涉及的各种事实情节包括属于构成要件客观要素的事实情节基础之上，仅仅对行为是否被法律所禁止产生了错误认识，故称之为禁止错误。比如，甲为来澳门旅游的外国公民，某晚在与朋友一起喝酒后，又驾驶租来的车辆返回酒店，路上被警察查获，血液酒精含量达 1.5 克，甲辩称自己并不知道醉酒驾驶在澳门是一种刑事犯罪行为，[268]这种错误认识就属于禁止错误。同样的道理，甲未经乙同意而将乙的电话录音，如果甲自以为未经他人同意而将他人电话录音的行为并不为法律所禁止，[269]这种错误认识也属于禁止错误。

在大陆法系刑法理论中，将刑法中的错误分为构成要件错误和禁止错误的观点已为大多数刑法学者所接受，有的德国学者更是明确指出，对刑法中的错误“首先要区分构成要件错误和禁止错误”，[270]日本刑法学界也逐步将此分类视为主流学说[271]。在 1975 年的《德国刑法典》总则中，这一关于刑法中的错误的分类被立法者用法律条文的形式固定下来，[272]类似的立法例还包括意大利、韩国、葡萄牙等国家的刑法典。

值得注意的是，在大陆法系刑法理论体系中，构成要件错误因与主观罪过密切相关，故很多学者通常将其放在构成要件主观要素中加以论述；而禁止错误则与行为人是否需要承担刑事责任密切相关，学者们又将其放在责任要素中加以论述。本教科书认为，这样安排构成要件错误与禁止错误在刑法理论体系中的归属，具有相当的合理性，并予以采纳，将构成要件错误置于本章论述，而禁止错误则放在第六章中作为责任要素论述。

---

[265]【韩】李在祥著，【韩】韩相敦译：《韩国刑法总论》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 151 页。

[266]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 368 页。

[267] 同上。

[268] 根据澳门的《道路交通法》（第 3/2007 号法律）第 90 条规定，每公升血液中的酒精含量等于或超过 1.2 克的醉酒驾驶，构成刑事犯罪行为。

[269] 根据《澳门刑法典》分则第 191 条规定，对未经他人同意而将他人电话私下录音的行为，可按“不法之录制品罪”定罪处罚。

[270]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 368 页。

[271] 参阅刘明祥：《刑法中错误论》，中国检察出版社 2004 年版，第 21 页。

[272]《德国刑法典》第 16 条属构成要件错误的规定，第 17 条即为禁止错误的规定。

二、构成要件错误与禁止错误的区分标准

构成要件错误与禁止错误尽管是放在不同章节中阐述，但这并不等于两者之间没有关联。由于构成要件错误可以阻却故意，而禁止错误在一般情况下不能阻却故意，[273]因此，能否做到正确区分构成要件错误和禁止错误，就会直接影响到对行为人的定罪与量刑。

（一）描述性构成要件要素和规范性构成要件要素

在德国刑法理论中，不少学者将构成要件客观要素分为描述性或记述性的构成要件要素和规范性的构成要件要素。所谓描述性或记述性的构成要件要素，就是指那些由法律规定的具有身体性或心理性特征的事情或过程，或者是指那些由法律规定的且与日常生活密切相关并用来描述现实世界情况的概念；比如，“人”、“建筑物”、“封闭的场所”、“拿走”、“杀人”、“损害健康”等概念就属于描述性或记述性的表明外部世界的概念，而“贪财”、“占有目的”、“厌恶”等概念就属于描述性或记述性的表明内心世界的概念。所谓规范性的构成要件要素，就是指所有以评价为条件而存在的概念，包括在法律意义上或文化道德观念意义上的评价；比如，“婚姻”、“公务员”、“他人的”、“重要性欲行为”、“侮辱”、“损坏”、“违反义务”、“文书”、“财产利益”、“卑鄙”、“善良风俗”等概念，就属于具有评价意义的规范性的构成要素。将构成要件客观要素分为描述性或记述性的客观要素和规范性的客观要素，对于正确界定构成要件错误和禁止错误具有重要的实际意义。如有学者认为，“对于故意的理论来说，这个区别很重要，因为描述性的因素要求一种感性的表象，相反，规范性的因素要求一种精神上的理解”；[274]还有学者认为，“规范的构成要件要素在故意论和错误论中，因‘外行的相似的评价’概念而受到特别对待”。[275]

（二）规范性构成要件要素错误与“归类性错误”

一般来说，对描述性或记述性的构成要件客观要素事实产生错误认识，主要是通过人的感官直接表现出来的，行为人的错误认识具有“没有看到”或者“没有感觉到”这样的直观性，故判断其认识错误是构成要件错误还是禁止错误就比较容易。比如，甲黄昏打猎时误以为前方小树林中的黑影是野兽而开枪射杀，结果发现黑影不是野兽而是一个放羊的牧童；在这种情况下，甲对黑影自然属性的错误认识就具有一种“没有看到”或“没有感觉到”的直观性，正是这种直观性的错误认识，很容易使人得出甲主观上没有杀人故意的判断，并将甲的错误归入构成要件错误的范畴。

但是，对规范性的构成要件客观要素事实产生错误认识，往往是通过行为人对规范性客观要素事实的评价或理解来表现的，这种通过评价产生的错误认识没有直观性，有的只是一种思想，其错误认识的性质究竟是构成要件错误还是禁止错误就具有了相当的模糊性。在德国刑法理论中，德国学者经常用来解释这种模糊性的案例是“毒狗案”和“轮胎放气案”。“毒狗案”讲的是甲用毒药毒死他人的狗而受到“损坏财物罪”的指控，甲对此辩解称，尽管根据德国民法规定，动物也是物品，但自己在毒狗时一直认为动物不属于物品，主观上没有损坏他人财物的故意；换而言之，其对狗非财物的错误认识在性质上属于阻却故意的构成要

---

[273] 有关禁止错误与主观罪过之间的关系，详见本教科书第六章三节“违法性意识”。

[274]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）-犯罪原理的基础构造》，法律出版社 2005 年版，第 201 页。

[275]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 330 页。

件错误。“轮胎放气案”讲的是甲将他人汽车轮胎中的气放掉而受到“损坏财物罪”的指控，甲对此辩解称，尽管在德国司法判决看来，只要是对物品的使用性进行各种不是不重要的损害，包括短暂的损害，就可视为对物品的损坏，但自己在给汽车轮胎放气时一直认为对财物的损坏只能是对一个物品的物质性侵犯，如将轮胎割破，而仅仅给轮胎放气并不会造成物质性的侵犯，所以主观上没有损坏他人财物的故意；换而言之，其对放气行为的错误认识在性质上也属于阻却故意的构成要件错误。显然，在这两个案例中，无论是“财物”还是“损坏行为”，都属于“损坏财物罪”构成要件的客观要素事实，前者为行为客体，后者为构成要件行为，而行为人甲确实也对这两种客观要素事实产生了错误认识，并基于这种错误认识，才认为自己的行为不具有损坏他人财物的违法性。于是，对甲的这种错误认识在性质上究竟如何定性就成为一个至关重要的问题：如果认为是构成要件错误，就会阻却损坏财物的故意而不构成“损坏财物罪”，如果认为是禁止错误，就不能阻却损坏财物的故意而构成“损坏财物罪”。

对上述两个案例，德国司法判决和德国刑法理论中的主流观点都一致认为，行为人甲的错误认识在性质上不属于构成要件错误，而属于禁止错误，因而认定甲主观上有损坏他人财物的故意。如有学者认为，在“毒狗案”中，不能因为甲的辩解就“免除对故意构成行为的谴责”；[276]而对“轮胎放气案”来说，“将他人汽车轮胎中的气放掉，对行为人损坏财物（第 303 条）的指责，不是基于行为人以为‘损坏’意味着对物的物质损害，因为如果汽车不再能使用，且行为人只要知道该点，第 303 条所包含的法益即受到破坏”。[277]理论上，有学者将这种行为人对规范性构成要件要素在法律意义上进行评价称之为“在外行领域中的平行性评价”，而将由此评价产生的错误认识称之为“归类性错误”，并认为这种“归类性错误”的性质属禁止错误，而非构成要件错误，“因为故意的对象不是法律上的概念，也不是行为的违法性，而是‘构成行为的情节’，也就是说，是外部现实连同其社会意义”。[278]比如，在“轮胎放气案”中，给汽车轮胎放气，这是属于外部现实的行为情节，给汽车轮胎放气可以使汽车不能再行驶，这是行为情节的社会意义，既然行为人甲对这两点都有认识，这就足以构成损坏他人财物的故意，至于“损坏行为”在法律上究竟如何评价，行为人通过法律意义上的评价是否将自己给轮胎放气的行为归类到“损坏行为”之中，这不属于“损坏财物罪”故意所包含的内容。所以，“在行为人根据一种错误的归类而认为自己的举止行为不是被禁止的，而是认为，例如，这种把轮胎放气之类的‘恶作剧’是立法者所容忍的，这时，他就建立了一种禁止性错误，并且应当根据第 17 条进行处罚”。[279]

值得注意的是，德国学者虽然用与“在外行领域中的平行性评价”密切相关的“归类性错误”来区分构成要件错误和禁止错误，但同时又认为“归类性错误”并非绝对属于禁止错误，有的情况下也可以属于阻却故意的构成要件错误；而“归类性错误”究竟是属于禁止错误还是属于构成要件错误，关键要看行为人在法律意义上对构成要件客观要素事实的评价是否影响到对其行为所带来的社会意义的认识。“如果一个构成行为情节的社会意义，在人们没有认识用以标记它的法

[276]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）-犯罪原理的基础构造》，法律出版社 2005 年版，第 318 页。
[277]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 330 页。
[278]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）-犯罪原理的基础构造》，法律出版社 2005 年版，第 317 页。
[279] 同上，第 318 页。

律概念时，也是可以理解的和已经被人所理解了，那么，错误的法律解释（错误的归类）就会让故意处于不受影响的境地了”。[280]比如，在“轮胎放气案”中，因为给汽车轮胎放气可以使汽车不能行驶的社会意义与“损坏行为”的法律解释无关，行为人甲即使对“损坏行为”的法律标记不认识，也完全足以认识到其行为会带来使他人汽车无法行驶的社会意义，因此，行为人甲由对“损坏行为”在法律意义上的错误评价而产生的“归类性错误”，就属于不影响“损坏财物罪”故意成立的禁止错误。但是，“相反，在一种错误的法律看法已经掩盖了行为人自己行为的社会意义之处（他相信，自己拿的是自己的而不是他人的物品，得到支持的是一个无罪的人而不是一个犯有罪行的人），这样一种错误在关于规范的构成行为的情节方面，就排除了故意。因此，故意在现行刑法的意识方面，是作为对社会意义的认识来构想的，而不是作为法学上的禁止来构想的。这就是在第 16 条和第 17 条的不同规定（区分了行为构成错误和禁止性错误）所具有的思想”。[281]也正因为“归类性错误”具有这种左右摇摆的不确定性，而“平行评价的需要并不总是清楚的，其结论在有些地方并不是以完全有说服力的方式依赖于行为构成表述的偶然性”，[282]所以，有的德国学者又把“归类性错误”的属性问题视为“当代一般错误理论中最没有得到解决的问题”。[283]

（三）评析

对上述两个案例，本教科书认同德国司法判决及理论上的主流观点，即行为人甲基于法律意义上的错误评价而对“财物”及“损坏行为”产生的错误认识，属于禁止错误，不属于阻却故意的构成要件错误。德国学者将该等错误认识视为一种“归类性错误”，并将不影响行为人认识其行为社会意义的“归类性错误”定性为禁止错误，也是合理的。

然而，本教科书认为，德国学者以行为人是否认识其行为的社会意义为标准，将有的情况下的“归类性错误”，如误将他人物品当成自己物品拿走的“归类性错误”，定性为构成要件错误，这就使“归类性错误”的性质具有了构成要件错误和禁止错误的双重性，客观上就很难再用“归类性错误”作为区分构成要件错误和禁止错误的标准。为此，本教科书认为，要正确区分构成要件错误和禁止错误，关键还是要把握构成要件错误的本质特征。具体来说，构成要件错误作为一种对构成要件客观要素事实的错误认识，无论是针对描述性或记述性的构成要件要素还是针对规范性的构成要件要素，这种错误认识一定是直观的，也就是人的感觉器官具有“没有看到”或者“没有感觉到”这样的直接感受，行为人正是基于这种带有直观性的错误认识，才会对自己的行为性质产生误解，以至不知道自己的行为是违法的，这就是构成要件错误的本质特征。以此为标准，我们就不难得出这样一种结论，即如果行为人对某种构成要件客观要素事实在感官上已经能够直接感受到，仅仅因为这种直接感受是错误的，致使行为人对该等构成要件客观要素事实的性质产生了误解，那么，行为人的这种错误认识就属于构成要件错误；如果行为人对客观要素事实在直接感受上没有错误，也就是知道自己在干什么，仅仅是因为在法律意义或道德文化意义上的评价出现错误，那么，由此产生的错误认识就属于禁止错误。正从这一意义上说，构成要件错误对构成要件客观要素事实产生的错误认识属于一种感觉上的错误，而禁止错误对构成要件客观要

[280] 同上。
[281] 同上。
[282] 同上，第 322 页。
[283] 同上。

素*事实*产生的错误认识只能是一种评价上的错误。

比如，在上述所举甲黄昏打猎时误以为前方小树林中的黑影是野兽而开枪射杀，结果发现黑影不是野兽而是一个牧童的案例中，黑影就是甲直接感觉到的客观要素事实，*惟*甲的直接感觉是错误的，误将黑影当成了野兽；正是这种由直接感觉导致的错误认识，致使甲没有认识到自己行为的性质，也就是不知道自己在开枪杀人，这种错误认识就成为阻却杀人故意的构成要件错误。如果我们换一种情况，同样是行为人对其行为客体产生错误认识，*惟*这种错误认识不是来自行为人对行为客体的直接感觉，而是来自行为人对行为客体在法律意义上的错误评价，那么，所得出的结论就会完全不同。比如，甲因偷电而受到“盗窃罪”（第197条）的指控，甲辩解称，自己一直认为只有偷有形的动产才会构成盗窃，电既然是无形的，就不属于动产，电既然不是动产，就表明自己主观上没有盗窃动产的故意，当然也不构成盗窃行为。显然，甲的辩解之所以不能成立，关键在于甲对盗窃行为客体即动产的错误认识，不是来自对电的直接感觉，因为甲很清楚自己在干什么，他的错误认识完全是来自其本人对电这一行为客体在法律意义上的错误评价，所以，甲对电的错误认识不属于可以阻却故意的构成要件错误，而属于不能阻却故意的禁止错误，甲的偷电行为仍然构成“盗窃罪”。

本教科书认为，将具直观性的感觉上的错误认识视为构成要件错误的本质特征，对于正确界定构成要件错误和禁止错误具有很重要的实际意义。比如，甲出于好玩的动机，将乙的头像与他人的裸体连接起来放在网上，当乙以“侮辱罪”（第175条）控告甲时，甲辩称不知道自己在网上的行为是侮辱行为，这种辩解是不能成立的，因为甲的错误认识非属对侮辱行为在直接感觉上的错误认识，甲知道自己在干什么，甲的错误认识完全是基于对侮辱行为在法律意义上的错误评价而产生的错误认识，所以其错误性质不属于可以阻却故意的构成要件错误，而是属于典型的禁止错误，甲构成“侮辱罪”。

三、《澳门刑法典》关于构成要件错误的规定

《澳门刑法典》关于刑法中错误的规定，如同《葡萄牙刑法典》一样，基本上参照了《德国刑法典》的分类法，即把刑法中的错误分为构成要件错误和禁止错误。《澳门刑法典》第15条关于“对事实情节之错误”的规定，主要是针对构成要件错误而言的，*惟*立法者将能够阻却故意的正当化事由的错误也放在一起规定；而第16条关于“对不法性之错误”的规定，则为禁止错误。如上所述，因禁止错误属于责任的范畴，故本节内容只涉及第15条关于“对事实情节之错误”的规定。

（一）关于对罪状事实要素和法律要素的错误认识

根据《澳门刑法典》第15条第1款规定，行为人“对一罪状之事实要素或法律要素之错误，阻却故意”。对该款规定的理解，需要注意以下三个方面的问题：

1、罪状事实要素与法律要素的区别

首先，所谓罪状事实要素，通常是指法律所规定的构成某种犯罪必须具备的客观方面的要素；从这一意义上说，《澳门刑法典》第15条第1款所指的罪状事实要素，无疑可以包括所有属于构成要件客观要素的事实情节，对罪状事实要素的认识错误，也就是构成要件错误；*惟*从罪刑法定原则出发，某种犯罪究竟具有哪些罪状事实要素，必须严格依照法律规定。

其次，所谓法律要素，从性质上看本来也属于构成要件客观要素即罪状事实

要素的范畴，正如有学者指出的那样，“与故意一样，构成要件错误同样可涉及构成要件的全部客观要素，连同构成要件中所包含的法概念（如财产、文书、婚姻、公务员）和其他规范要素（如性行为、人的尊严、秘密）。如果行为人不能在外行的评价范围内正确理解此等要素的内容，即可认定缺乏故意”。[284]只不过《澳门刑法典》的立法者考虑到法律要素在构成要件客观要素中的特殊性，才将其从一般罪状事实要素中抽出来单独予以规定。如前所述，德国学者之所以在理论上将作为罪状的构成要件客观要素分为描述性或记述性的构成要件要素和规范性的构成要件要素，其实也是考虑到两者之间的区别。当然，德国学者所指的规范性构成要件要素不纯粹是指与法律直接有关的法概念，还包括其他规范概念，即“属于规范性构成要件要素的有本来的法概念、与评价有关的概念和与意识有关的概念”。[285] 可见，《澳门刑法典》第 15 条第 1 款所指的法律要素，就大范围而言，从属于德国学者所说的规范性构成要件要素；但由于立法者已明确指明是法律方面的要素，因此，就小范围而言，这里讲的法律要素又只能是指与法概念直接相关的规范性构成要件要素，也就是“本来的法概念”，而不能包括“与评价有关的概念和与意识有关的概念”。比如，“盗窃罪”（第 197 条）构成要件要素中的“他人之动产”、“重婚罪”（第 239 条）构成要件要素中的“婚姻”、“违反抚养义务罪”（第 242 条）构成要件要素中的“抚养义务”、“蓄意破产罪”（第 223 条）构成要件要素中的“债权人”、“抗拒及胁迫罪”（第 311 条）构成要件要素中的“正在执行职务的公务员”，就属于构成要件要素中的法律要素。至于诸如“胁迫罪”（第 148 条）构成要件要素中的“重大恶害”、“性胁迫罪”（第 158 条）等侵犯性自由及性自决罪构成要件要素中的“重要性欲行为”、“违反保密罪”（第 189 条）构成要件要素中的“秘密”，就不属于构成要件要素中的法律要素，而只属于其他与评价或与意识有关的规范性要素，对这些规范性要素的错误认识，可以归入罪状事实要素的错误。除此之外，在理解法律要素的范围时，还要将法律要素本身与对某种罪状事实要素在法律意义上的评价区分开来；比如，在上述侮辱行为一案中，甲虽然因对侮辱行为在法律意义上作出了错误评价而认为自己的行为不构成侮辱行为，但这并不代表侮辱行为就是“侮辱罪”（第 175 条）构成要件要素中的法律要素。

最后，应当指出，从立法上看，有无必要将罪状中的一般要素和罪状中的法律要素分开规定，实属一个可以研究的问题；事实上，在立法上作此区分的立法例除《葡萄牙刑法典》外并不多见。比如，《德国刑法典》第 16 条关于构成要件错误的规定，仅仅指出当行为人对构成要件事实要素缺乏认识的，就阻却故意，并没有法律要素事实方面的特别规定；类似的立法例还有《意大利刑法典》第 47 条第 1 款规定，即“行为人对构成犯罪的事实的认识错误排除可罚性”。本教科书对立法上作此分类持反对态度，其主要理由就是法律要素的界定本身具有模糊性。即便是将构成要件客观要素分为描述性客观要素和规范性客观要素的德国学者，也认为这种划分不可能是绝对的，因为“在描述性的和规范性的特征的通常定义中，很难出现纯粹的描述性或者规范性的情节。……在这样的观点下，对描述性和规范性特征的（几乎不可能的）区别的依靠，不如依靠于把大部分行为构成的特征看成一种规范性和描述性因素的混合，在这里，一会是这个要素占了

[284]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 369 页。
[285] 同上，第 330 页。

上风，一会是那个要素占了上风”。[286]可见，对法律要素的事实情节的界定，可以在理论上研究，但没有必要在立法上作出硬性规定，不知《澳门刑法典》的立法者出于何种考虑，在立法上作此本身具有模糊性的分类。

2、客体错误的等值性理论

所谓客体错误，就是指行为人主观上对作为构成要件客观要素事实的行为客体产生了错误认识，比如，对故意杀人罪来说，“人”就是构成要件客观事实所要求的一种行为客体。在客体错误的情况下，该等错误能否阻却故意，多数学者都主张用等值性理论进行分析。

所谓等值性理论，就是指当行为人主观设想的行为客体与真实存在的行为客体在价值上具有等值性时，其错误认识不属于构成要件错误，因而不能阻却故意的理论。比如，甲在黑暗中持枪等待仇人乙出现后将其射杀，*惟*将先于乙出现的丙当成乙而射杀；在这种情况下，尽管甲错将丙当成乙而射杀，对其想要射杀的特定目标乙产生了错误认识，但由于对“杀人罪”来说，特定目标乙的生命与误杀目标丙的生命是等值的，甲既然主观上有杀“人”的意图，且对故意杀人罪所要求的行为客体即“人”这一价值体又有认识，这就足以表明其开枪射杀丙的行为完全符合“杀人罪”的构成要件，其认识上的错误不属于可以阻却故意的构成要件错误，甲意图射杀乙结果却射杀丙的行为仍然构成故意杀人既遂；*质而言之*，甲原本对乙的杀人故意已在丙的身上实现，故对乙的杀害故意就不再独立评价，即对乙来说不再构成杀人未遂。[287]还比如，甲经营的商店时常被盗，尤其是名贵高档酒，于是，甲就在一瓶茅台酒中放入足以致人死命的毒药，意图毒死偷酒的小偷；某天，小偷乙利用深夜又潜入商店盗窃，恰巧偷走了那瓶已被甲放入毒药的茅台酒，但乙本人并没有喝，而是将带毒的茅台酒转送给朋友丙，结果，丙喝过酒后中毒不治身亡。这种情况对甲来说，同样属于行为客体具有等值性的客体错误，只要甲主观上知道自己毒杀的特定目标是“人”，结果不管是否毒死谁，都不会影响杀人既遂的成立。

等值理论的反面自然是不等值。当行为人主观设想的行为客体与真实存在的行为客体在价值上不具有等值性时，其错误认识就属于构成要件错误，因而可以阻却故意的成立。比如，在上述所举甲黄昏打猎时误以为前方小树林中的黑影是野兽而开枪射杀，结果发现黑影不是野兽而是一个牧童的案例中，行为人主观设想的行为客体是野兽，但真实存在的行为客体却是人，这两种行为客体在价值上显然是不等值的，这种对不等值的行为客体的错误认识就属于阻却故意的构成要件错误，甲只有杀野兽的故意，而无杀人的故意，至多构成过失杀人。

值得注意的是，对客体错误等值性理论的理解，一定要与打击错误区分开来。所谓打击错误，就是指行为人在实施打击行为时，其行为本身发生了偏差，以致出现了行为人并不希望发生的结果。举例来说，甲出于杀人意图举枪对准乙射击，结果子弹打偏，不仅没有射中乙，而且打在墙上后反弹击中刚从墙角拐弯处走出来的丙，致丙死亡；像这种情况，就属于对行为客体的打击错误，不能运用客体错误的等值性理论，认为甲对丙也是构成故意杀人既遂，因为这种情况和上述甲

---

[286]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）-犯罪原理的基础构造》，法律出版社 2005 年版，第 201-202 页。

[287] 理论上也有学者并不赞同客体错误的等值性理论。这些学者认为，在客体错误的等值情况下，甲开枪的行为实际上构成了两个罪，即对乙来说是杀人未遂，对丙来说只要甲主观上有过失，就构成过失杀人，故属于一行为触犯数罪名的想象竞合犯。比如，在日本刑法学界，涉及客体错误的“具体符合说”就是这样一种观点，而“法定符合说”则赞同等值性理论。目前，在大陆法系刑法理论中，客体错误的等值性理论是主流观点，司法实践也是这样认定。

错将丙当成乙射杀或甲想毒死小偷而毒死他人的情况是不一样的。甲之所以想打死乙，结果却打死丙，其失误不在于对行为客体的认识发生了错误，而是在于其打击的行为即开枪行为出现了失误，产生了偏差，以致打死了甲根本没有想到的丙，所以对丙来说，甲是不存在杀人故意的。在这种情况下，甲一个开枪行为同时构成了两个罪，即对乙来说，甲是故意杀人未遂，对丙来说，甲是过失杀人（无认识的过失），此情况属于想象竞合犯。

3、因果关系错误的特殊性

就理论而言，因果关系当然属于构成要件客观要素的事实情节，因而认定故意也要求行为人认识因果关系；然而，因果关系总是客观的，不受人的主观意志影响，行为人也不可能对因果关系过程中的所有细节都能认识，于是，当行为人对其行为与结果之间的因果关联产生错误认识后能否阻却故意，学者们的普遍观点是要作具体分析，不能一概而论。

关于因果关系错误，目前理论上的主流观点是“本质与非本质说”。该学说将因果关系错误分为两类，一类是行为人设想的因果关系与实际发生的因果关系之间具有本质性的差别，这种因果关系错误属于构成要件错误，可以阻却故意；另一类是行为人设想的因果关系与实际发生的因果关系之间具有非本质性的差别，这种因果关系错误不属于构成要件错误，不能阻却故意。至于如何界定本质性的差别和非本质性的差别，学者们大多用“预见说”来解释非本质性的差别。如有学者解释说，“主流的观点认为，如果是保持在根据普遍的生活经验可以预见的范围之内，也不构成对行为进行另外的价值评判提供理由的，所设想的和所实际上发生的因果经过之间的不一致便属于‘非本质性’，对构成要件故意不为重要”。[288]比如，甲用斧子击打乙头部意图将其杀死，甲以为乙头盖骨碎裂已必死无疑，便当场逃离，***惟***乙当时未死，后因伤口感染而死；此案中，因按照普遍的生活经验，甲对乙死于伤口感染的后果是可以预见的，所以该等因果关系错误属非本质性的，甲构成故意杀人既遂。还比如，甲为溺死小孩乙而将其从桥上扔到河里，***惟***小孩乙不是依照甲的设想被水淹死，而是在坠河时撞在桥墩上或撞在正在桥下行驶的货船桅杆上直接导致死亡；此案中，因按照普遍的生活经验，甲对小孩乙撞桥墩或桅杆死亡的后果是可以预见的，所以该等因果关系错误也属非本质性的，甲构成故意杀人既遂。从非本质性的因果关系错误中，我们不难得出这样一个结论，即按照普遍的生活经验，如果行为人对结果的发生是无法预见的，那么，这种因果关系错误就属于本质性的因果关系错误，也就是构成了可以阻却故意的构成要件错误。比如，***甲深夜抢劫乙，乙逃甲追，当乙逃至一路口时，被一辆疾驶而过的汽车撞死；在这种情况下，按照条件说，甲抢劫的行为虽与乙死亡后果之间具有因果关系，但甲是无法预见乙的死亡后果的，所以这种因果关系错误属本质性的因果关系错误，足以阻却甲的杀人故意。由此可见，所谓本质性的因果关系错误，实际上相当于意外事件。***

关于非本质性的因果关系错误，还可以包括由前后两个行为组成的因果关系错误。比如，甲向乙开枪意图射杀之，见乙中弹倒地以为乙已死亡，为掩盖罪迹便将乙扔入河中，***惟***乙当时未死，后在失去知觉的情况下被水淹死；有学者认为，此案中，“构成这里的关键性的联结点的，是行为人带着杀害受害人的故意所实施的‘第一行为’。由第一行为引发的第二行为产生了进一步的结果，在整个一体事件中第二行为导致的因此只是实际上的发生与先前的设想过程之间的不一致，这个不一致属于非本质性质，许可对行为人因故意行为既遂处罚，因为最终

[288]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 149 页。

结果的出现是在可以预见的范围之内，就从行为人的实现意图角度而言也非一个‘非相当性’的结果”。[289]本教科书认同这样的观点，甲构成故意杀人既遂。[290]

4、法律要素错误与构成要件错误的本质特征

法律要素错误本质上也是一种构成要件错误，只不过引发行为人产生错误认识的对象属构成要件要素中的法概念。比如，甲不知对方为正在执行公务的公务员而将其打伤，因正在执行职务的公务员为一法概念，所以甲的这种错误认识就属于可以阻却相关故意的法律要素错误，甲主观上只有伤害的故意，而无妨碍公务员执行职务的故意，甲不构成“抗拒及胁迫罪”（第 311 条）。

法律要素错误既然本质上也是一种构成要件错误，那么，分析某种错误认识是否属于法律要素错误，不仅仅要看导致行为人产生错误认识的客观要素是否属于构成要件中的法律要素，而且同样应当从构成要件错误的本质特征出发，正确区分行为人的错误认识是法律要素错误还是禁止错误。

比如，对“盗窃罪”（第 197 条）来说，动产的所有权当然是构成要件客观要素中的法律要素；但是，同样是对动产的所有权产生错误认识，其错误认识究竟是属于法律要素错误还是禁止错误，也要从构成要件错误的本质特征进行分析。举例来说，甲在公共场合，误将放在自己箱子边上的与自己箱子外形极相似的他人箱子当成自己的箱子拿走，这种错误认识毫无疑问是来自于甲的直接感受，因为甲的直接感受告诉他，这个箱子是自己的，其中并不存在甲对箱子所有权从法律意义上进行评价的问题，所以甲的错误认识属于可以阻却故意的法律要素错误，而非禁止错误。但是，如果换一种情况，甲对财物的所有权产生错误认识并非出于直接感受，不带有直观性，而是在法律意义上作出了错误评价，那么，这种基于错误的法律评价而产生的错误认识，就不属于法律要素错误，而属于禁止错误。举例来说，甲认为乙手中所持有的某个物品从法律意义上评价理应是属于自己的，于是深夜潜入乙的住宅将该物品拿走，甲觉得拿走属于自己的东西，不存在盗窃的故意，自己的行为不构成盗窃；然而，像这种情况，由于甲在物品所有权方面的错误认识不是通过直接感受获得的错误认识，而是来自法律意义上的错误评价，因此，甲对物品所有权的错误认识只能属于禁止错误，而非法律要素错误，甲的行为构成盗窃。

同理，对《德国刑法典》第 356 条规定的“对当事人之背信罪”来说，“违反义务”当然也是构成要件客观要素中的法律要素；但是，律师同样是对“违反义务”产生错误认识，其错误的性质却可以不同。比如，律师甲对其代理的双方当事人的事实情节都很清楚，他仅仅是认为从双方当事人的事实情节来分析，同时为双方当事人提供建议或服务并不存在利益冲突，不违反义务，但实际上是存在利益冲突的；像这种情况，由于律师甲的错误认识并非来自对双方当事人事实情节的直接的错误感受，而是在完全了解事实情节的前提下，来自其本人对事实情节在法律意义上的性质作出的错误评价，因此，律师甲对“违反义务”这一法律要素的错误认识，性质上就属于禁止错误，而非属法律要素事实的错误，其行为仍然构成“对当事人之背信罪”。反之，如果律师甲之所以认为自己同时为双方当事人提供建议或服务并不存在利益冲突，不违反义务，其原因是他把双方当事人的事实情节都搞错了，也就是对事实情节的真假产生了感性上的错误认识，甚至对应该了解的事实情节根本就没有了解，那么，律师甲的这种错误认识在性质上就属于法律要素事实的错误，而非属禁止错误，其行为不构成“对当事人之

[289]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 152 页。

[290] 当然，理论上也有学者反对这样的观点，认为甲的行为属于故意杀人未遂和过失杀人的竞合。

背信罪”。

由上可知，法律要素错误作为一种对事实情节的认识错误，其错误源头必然是来自对事实情节的错误认识，而非来自对事实情节在法律意义上的错误评价。

（二）关于对禁止事实要素的错误认识

根据《澳门刑法典》第 15 条第 1 款规定，“如行为人必须对禁止有所认识方能合理意识到事实之不法性，则对该禁止之错误，亦阻却故意”。关于这一规定，理论上必须注意以下两个方面的问题：

1、禁止事实要素错误的本质

无庸置疑，由于《澳门刑法典》第 15 条讲的都是对事实情节的认识错误，它并不涉及单纯的对行为是否违法的认识错误，因此，我们必须非常明确的是，这里讲的禁止，一定是针对某种事实情节来说的，行为人对禁止发生错误认识，也就是指行为人对被禁止的事实情节产生了错误认识，而不是指行为人对其行为本身是否***被法律禁止***产生错误认识。认识不到这一点，就会将这种对被禁止的事实情节的认识错误同《澳门刑法典》第 16 条所规定的“对不法性之错误”混为一谈，实际上也就是同本教科书上面所引用的德国刑法理论中的禁止错误混为一谈。比如，在澳门，有一种观点认为，《澳门刑法典》第 15 条第 1 款所讲的与禁止有关的错误，主要是针对“行政犯”而言的，这种观点是不能令人接受的。举例来说，甲知道不正当竞争的行为是违法的，但他以为自己所做的行为不属于法律禁止的不正当竞争行为，这种对禁止的错误认识完全属于《澳门刑法典》第 16 条“对不法性之错误”规定的内容，也就是德国刑法理论中典型的禁止错误，怎么可以同对事实情节的错误相提并论呢？

2、禁止事实要素错误是构成要件错误

根据罪刑法定原则，某种事实情节被禁止，只能是被法律所禁止；而某种事实情节一旦被法律所禁止，这种事实情节就必然会成为相关犯罪构成要件的客观要素；正是从这一意义上说，行为人对法律所禁止的事实情节产生错误认识，实际上就是对属构成要件客观要素的事实情节产生错误认识，这种错误认识当然属于构成要件错误的范畴。

德国学者在解释禁止事实要素错误时曾举例指出，“例如，《联邦狩猎法》第 38 条第 1 款规定，违反保护期的规定将受刑法处罚。关于保护期的时间界限或关于日期的错误是构成要件错误，关于禁止在保护期狩猎是禁止错误”。[291]比如，假设法律规定的保护期是 7 月，也就是在 7 月是禁止打猎的，而甲知道有保护期，只不过以为保护期是 8 月，因此他认为自己在 7 月去打猎就是合法的，这种错误认识就属于对法律禁止的事实情节的错误认识，因而构成阻却故意的禁止事实要素错误。如果换一种情况，即甲根本不知道有保护期的存在，因而认为自己的打猎行为是合法的，这种错误认识就不属于阻却故意的禁止事实要素错误，而是属于《澳门刑法典》第 16 条规定的“对不法性之错误”，也就德国刑法理论中所说的禁止错误。

除时间要素外，被法律禁止的事实情节还经常包括某种或某类特定的物品，如果行为人对法律禁止的特定物品缺乏认识，也一样阻却故意。比如，甲欲将自己家祖传的一件文物带去国外交给姨妈，甲知道在法律上珍贵文物是禁止出境的，但他以为自己家祖传的文物只是一般文物，按照法律是可以带出境的；过海关时，甲主动出示该文物时，却被告知此文物属国家禁止出境的珍贵文物；在这

[291]【德】海因里希.耶赛克、托马斯.魏根著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 371 页。

种情况下，法律禁止的特定物品是珍贵文物，而甲并没有认识到其持有的文物属珍贵文物，这种错误认识也属于阻却故意的禁止事实要素错误，甲主观上不存在偷运珍贵文物出境的故意。

在立法上，有无必要将禁止事实要素错误单独规定，也是一个值得研究的问题。如果说，本教科书之所以反对将法律事实要素错误单独规定，主要是考虑到法律要素概念本身具有模糊性的话，那么，本教科书之所以反对将禁止事实要素错误单独规定，一方面是基于法律所禁止的事实情节本身就是作为构成要件客观要素事实而存在的，对该等事实情节的错误认识完全可以包括在构成要件错误之中，无必要单独分类规定，另一方面也是基于对禁止事实情节单独规定，容易与真正的禁止错误，也就是与不法性错误混淆。为此，本教科书认为，《澳门刑法典》第 15 条第 1 款规定从立法上看欠缺科学性，立法者可参照《德国刑法典》第 16 条规定，将法律要素错误和禁止事实要素错误合到罪状事实要素错误中一并规定，通称为构成要件错误即可。

（三）关于对事物状况的错误认识

根据《澳门刑法典》第 15 条第 2 款规定，所谓事物状况错误，就是指行为人对某种事物状况的性质在整体上都产生了错误认识，即行为人设想的事物状况与实际发生的事物状况在性质不相符合，但是，如果实际发生的事物状况在性质上真的像行为人设想的事物状况那样，可以阻却行为的不法性或行为人罪责的话，那么，这种对事物状况的错误就可以阻却行为人的相关故意。《澳门刑法典》第 15 条第 2 款关于“如该事物状况之出现系阻却事实之不法性或行为人之罪过”的规定，讲的就是这个意思。

严格地说，事物状况错误并不属于对构成要件客观要素事实情节的错误认识，也就是不属于构成要件错误，因为在事物状况错误情况下，行为人不是对某个构成要件客观要素的事实情节产生错误认识，而是把整个事情的性质都搞错了，行为人主观上将一种事物状况在性质上错误地判断为他种事物状况。在大陆法系刑法理论中，有的学者将这种事物状况错误称之为“正当化原因的错误认识”，或称之为“阻却违法性事由的错误认识”。在意大利 2001 年的刑法典草案中，第 29 条的标题就是“关于事实或正当化原因的错误”，并规定“对构成犯罪的事实的无知或错误……排除故意”，[292]而所谓对构成犯罪事实的无知，其实就是正当化原因的错误。

比如，甲深夜经过一树林，听见林中传来女子的求救声，进去一看，发现一男子正骑在一女子身上，求救声为该女子所叫。于是，甲主观上就对该事物状况的性质作出判断，以为是发生了强奸案，遂手持就近找到的棍子，从后面将该男子打成重伤；事后才知，此为一对情侣之间的戏闹而已。很明显，在这种情况下，甲虽然看到了整个事情的发生过程，可惜把整个事情的性质理解错了，把情侣之间的打闹设想成强奸犯罪，并以为自己的行为是“英雄救美”式的正当防卫行为；但是，不可否认的是，如果整个事情真的像甲设想的那样是强奸犯罪，那么，这样的事情一旦发生，当然可以阻却甲的行为的违法性，正因为如此，甲对整个事情的错误认识，就属于可以阻却故意的事物状况错误，甲主观上没有伤害的故意。其实，这种情况在正当防卫理论中，就是一种可以阻却故意的“假想防卫”。

四、阻却故意与过失犯罪

[292] 参阅【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 214 页。

根据《澳门刑法典》第 15 条第 3 款规定，在因以上三类对事实情节的错误而阻却故意的情况下，行为人“如有过失，仍可依据一般规定予以处罚”。这一规定表明，构成要件错误及事物状况错误只能阻却故意，但不能阻却过失；至于判断行为人主观上有无过失，一定要根据案件的实际情况作具体分析：如果行为人主观上对错误认识存在过失，且法律有处罚该等过失犯罪规定的，就可按相应的过失犯罪处罚；如果行为人主观上对错误认识不存在过失的，则属意外事件，不构成犯罪。比如，在上述打猎者误将牧童当野兽而射杀一例中，打猎者对打死牧童主观上是否有过失，要从打猎的时间、地理环境、打猎者是本地人还是外地人、打猎者本身的认识等各种主客观因素，作全面分析。同样的道理，在上述将情侣戏闹当成强奸案而将人打伤一例中，也要从行为人的主观认识、当时的环境以及一般人的看法等各个方面进行综合分析。将有过失的事实错误依法按过失犯罪处理，已成为大陆法系国家或地区刑法典的立法通例。

第七节　结果加重犯

在刑法理论中，所谓结果加重犯，通俗地说，就是指行为人先实施了一个刑法所规定的基本犯罪行为，但接下去该基本犯罪行为又引致发生了一种不属该基本犯罪构成要件所要求的结果即加重结果，且行为人主观上对加重结果的发生有罪过，然后再通过法律规定，对实施了基本犯罪的行为人加重刑罚的犯罪情况。结果加重犯在性质上属于一罪，而非数罪，有学者认为，“所谓结果的加重犯，是由于基本犯罪的行为，进而发生较重结果的场合，将该基本犯罪与加重的结果视为一个犯罪，处罚较基本犯罪的刑罚为重的犯罪类型”。[293]

一、结果加重犯的构成条件

从上述结果加重犯的定义不难发现，构成结果加重犯，必须符合四个条件：

第一个条件是基本犯罪条件。所谓基本犯罪条件，就是指行为人的行为首先必须符合刑法所规定的某种犯罪的所有构成要件，也就是成立一种基本犯罪。这里讲的基本犯罪，可以是故意的结果犯、危险犯或行为犯，如抢劫致人死亡（第 204 条第 3 款），其基本犯罪是故意的结果犯，故意造成火警、爆炸及其他特别危险行为致人死亡（第 264 条第 1 款和第 273 条），其基本犯罪是故意的危险犯，非法剥夺他人行动自由致人死亡（第 152 条第 3 款），其基本犯罪是故意的行为犯；除此之外，基本犯罪也可以是过失的结果犯或危险犯，如因过失伤害身体完整性致严重伤害（第 142 条第 3 款），其基本犯罪是过失的结果犯，过失造成火警、爆炸及其他特别危险行为致人死亡（第 264 条第 2 款、第 3 款和第 273 条），其基本犯罪是过失的危险犯。

值得注意的是，理论上也有学者反对将过失犯罪纳入结果加重犯的基本犯罪范畴。如有的日本学者认为，“刑法上作为基本的行为以过失为必要的结果加重犯是不存在的”。[294]本教科书认为，目前，在大陆法系国家或地区的刑法典分则中，不仅规定了不少危害公共安全的过失危险犯，而且大都对引致死伤的后果设置了加重处罚的条款，也就是结果加重犯的规定，即使在《日本刑法典》及相关特别刑法中，也都存在着由过失危险犯构成的结果加重犯；可见，硬将过失犯罪

[293]【日】藤木英雄等编：《刑法的争点》（新版），有斐阁 1987 年版，第 76 页（转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 270-271 页）。

[294]【日】木村龟二：《刑法总论》（增补版），有斐阁 1984 年版，第 172 页（转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 273 页）。

排除在结果加重犯的基本犯罪之外，是不符合现行立法实践的。

第二个条件是加重结果条件。所谓加重结果条件，就是指行为人实施的基本犯罪行为必须引致发生了某种非属基本犯罪构成要件所要求的实害性的加重结果，换句话说，基本犯罪行为与这种实害性的加重结果之间具有因果关系。本教科书认为，认定基本犯罪行为与实害性的加重结果之间有无因果关系，同样应以条件说为妥；唯这里讲的实害性的加重结果，必须是物质性的、看得见的、有形的实害性结果。比如，抢劫致人重伤或死亡的结果（第 204 条第 2 款和第 3 款）、强奸致被害妇女怀孕或自杀的结果（第 171 条第 3 款），都属于此类实害性的加重结果。

第三个条件是法定条件。所谓法定条件，包括两个内容的法定。一是加重结果的法定，即某种基本犯罪引致发生什么样的实害性加重结果，应当由法律作出明确规定；比如，对“抢劫罪”（第 204 条）来说，法律规定的加重结果有致人重伤和致人死亡两种实害性的结果；对“强奸罪”（第 157 条）来说，法律规定的加重结果则包括引致被害人怀孕、重伤、患后天性免疫力缺乏症、自杀、死亡等实害性加重结果（第 171 条第 3 款）。二是加重刑罚的法定，即当实害性加重结果发生后，立法者又对此明确规定应加重刑罚，该等加重可以有不同的立法形式，如规定将基本犯罪的法定最低和最高限度均加重几分之几，或干脆规定一种比基本犯罪法定刑要重的新的法定刑。

结果加重犯的法定条件表明，没有法律的明确规定就没有结果加重犯。在有的情况下，基本犯罪行为虽然引致发生了某种实害性的危害结果，但法律没有对此实害性的危害结果有规定的话，法官若要加重基本犯罪行为人的刑罚，就只能在基本犯罪的法定刑幅度内加重刑罚，而该等实害性的危害结果在理论上就属于由法官自由裁量的酌定量刑结果。比如，“诱拐未成年人罪”（第 241 条）引致被拐未成年人母亲自杀的，因法律没有关于“诱拐未成年人”结果加重犯的规定，所以法官如果要对行为人加重刑罚，就只能将此作为一种酌定加重处罚的情节，在“诱拐未成年人罪”的法定刑幅度内适当加大刑罚的份量。当然，如果因为基本犯罪引致发生的实害性危害结果符合其他犯罪构成要件的，也可以按他种罪名定罪后实行并罚。

第四个条件是罪过条件。所谓罪过条件，就是指实施基本犯罪的行为人对法律规定的加重结果的发生，主观上要有罪过。

应当指出，在结果加重犯的理论中，前三个条件理论上并无太大的分歧，也比较简单明了；唯独罪过条件是一个理论性最强，也最为复杂的条件，学者之间分歧较大。本教科书考虑到《澳门刑法典》第 17 条对结果加重犯的罪过条件作出了相应的规定，而澳门学者及法律工作者对此规定又有不同的理解，因此，本节关于结果加重犯的论述，宗旨在于从大陆法系学者关于结果加重犯罪过条件的各种学说出发，并结合《澳门刑法典》分则关于结果加重犯的具体规定，来解释《澳门刑法典》第 17 条的立法含义。

二、罪过条件的不同学说

基本犯罪的行为人对加重结果的发生，主观上持何种罪过形式方能依法加重刑罚，这是刑法理论中长期争论不休的问题。对此，从结果加重犯理论的发展轨迹考察，主要有三种不同的学说：

（一）偶然、故意、过失说

该学说认为，构成结果加重犯只须基本犯罪行为与加重结果之间具有因果关

系即可，至于行为人对加重结果有无罪过，或在有罪过的情况下，不论是何种罪过，均不影响结果加重犯的构成。比如，在德国，曾有学者将结果加重犯分为三类：第一类是偶然的结果加重犯，即基本犯罪的行为人对加重结果的发生即使客观上无法预见，也要对加重结果的发生承担被加重处罚的刑事责任；第二类是过失的结果加重犯，即基本犯罪的行为人对加重结果的发生主观上有过失；第三类是故意的结果加重犯，即基本犯罪的行为人对加重结果的发生主观上有故意。

在日本，也有学者持类似的观点。如有日本学者认为，构成结果加重犯，虽然一般不以故意为必要，但以故意为必要的场合还是存在的，该种场合就叫有故意的结果加重犯。除此之外，有过失的结果加重犯就叫由于过失的结果加重犯，无故意也无过失的结果加重犯就叫偶然的结果加重犯。

（二）故意、过失说

该学说认为，构成结果加重犯，行为人主观上对加重结果的发生必须要有罪过，无罪过就不构成结果加重犯，其理由是：如果行为人对加重结果的发生主观上既无故意也无过失，就表明缺乏追究刑事责任的主观责任基础；在这种情况下，要求行为人对加重结果承担被加重的刑事责任，显然违背了现代刑法的罪责原则，属于“客观归罪”，可见“偶然的结果加重犯”是不能成立的。

该学说还认为，在行为人对加重结果有罪过的情况下，其罪过形式可以是过失，也可以是故意，究竟是故意还是过失，要具体情况具体分析。在有的情况下，如故意伤害致人死亡，基本犯罪行为人对致人死亡的加重结果，主观上只能是过失，否则就构成故意杀人罪。但是，这并不能排除基本犯罪行为人对加重结果持故意心理态度的情况。比如，有意大利学者认为，对某些故意危害公共安全的危险犯如有关放火、投放危险物质、爆炸等犯罪来说，只要造成危险性的行为结果就足以构成犯罪既遂，如果一旦再发生实害性的行为结果且法律有规定的话，基本犯罪行为人（故意危险犯的行为人）对实害性的行为结果（加重结果）的发生主观上显然是持希望发生的心理态度，这就会构成故意的结果加重犯，对此类故意的危险犯的结果加重犯来说，“加重处罚结果的规范的作用仅限于认可在危害结果未出现时，就提前对相应法益进行保护的规范”。[295]在中国大陆，也有学者认为，排除基本犯罪行为人对加重结果的故意，目前在立法上至少还不能成立，如对抢劫致人死亡，中国大陆的刑法理论和司法实践一般都认为可以包括间接故意，中国大陆的司法解释甚至还规定，行为人为劫取财物而预谋故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人反抗而故意杀人的，以抢劫的结果加重犯定罪处罚，这实际上认可了抢劫致人死亡还可以包括直接故意杀人的情况。[296]

（三）过失说

该学说认为，构成结果加重犯不仅要求行为人对加重结果的发生主观上有罪过，而且其罪过形式只能是过失，不包括故意。日本学者大塚仁认为，既不应承认基于偶然情形即行为人没有过失的结果加重犯，而且，故意的结果加重犯这种观念也不妥当；故意的结果加重犯，其实体不外乎是纯粹的故意犯；因此，只应该把所谓过失的结果加重犯理解为结果加重犯。[297]中国大陆也有学者认为，结果加重犯的重结果不可能出于故意，因为这容易与结合犯混淆；同时，有故意的结果加重犯，归根结底是故意犯，并非故意犯以外的东西。[298]

---

[295] 参阅【意】杜里奥帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 206 页（本教科书引用的主要是原译文所包含的意思）。

[296] 参阅陈兴良主编：《刑法学》，复旦大学出版社 2003 年版，第 249 页。

[297]【日】大塚仁著、冯军译：《刑法概说》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 181 页。

[298] 马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 275 页。

过失说还可以分为狭义和广义两种。狭义的过失说认为，行为人对加重结果的过失只能是一种无认识的过失，即行为人应当预见而无预见加重结果的发生，也就是存在预见的可能性。比如，日本学者西原春夫认为，“所谓结果加重犯，指由作为基本的犯罪行为产生行为人没有预见的重结果的场合，对此追究加重责任的犯罪”。[299]广义的过失说则认为，行为人对加重结果的过失既包括无认识的过失，也包括有认识的过失。

在上述三种关于结果加重犯罪过条件的学说中，第一种“偶然、过失、故意说”因属“客观归罪”之理论，理所当然被学者所淘汰。***惟***第二种“故意、过失说”和第三种“过失说”长期以来一直困惑着众多的刑法学者。从目前情况来看，在德国刑法理论界，主流观点是“故意、过失说”；在日本刑法理论界，主流观点则是“过失说”。

三、罪过条件的立法例

在所有大陆法系国家或地区的刑法典分则或特别刑法中，立法者都会或多或少地对相关基本犯罪设置结果加重犯的条款；至于基本犯罪的行为人对加重结果的罪过条件，通常要么是在刑法典总则中作统一规定，要么就由学者通过理论研究去进行解释。在刑法典总则中对结果加重犯的罪过条件作出明确规定的，其立法例主要包括“过失说立法例”和“至少过失说立法例”。

（一）过失说立法例

此立法例明确表明了基本犯罪行为人对加重结果的发生，主观上只能是过失而不能是故意的立法态度。比如，1902 年的《挪威刑法典》第 43 条规定，“法律上之可罚行为，由于非因故意之结果而规定加重刑者，仅在行为人能预见此结果之可能性，或行为人能注意其危险而不为防止发生结果时，科以其加重之刑罚”。2001 年的意大利刑法典草案，似乎也有意采取“过失说立法例”，因为该草案第 31 条（因结果加重的重罪）规定，“如果法律为故意重罪所造成的非（行为人）希望的结果规定了更重的刑罚，只有在这种结果出于过失的情况下行为人才对该结果承担责任”。[300]

（二）至少过失说立法例

采此立法例的如《德国刑法典》第 18 条规定，即“本法对犯罪特别结果之加重处罚，仅在正犯和共同正犯对特别结果的产生至少具有过失时，始适用之”。1975《奥地利刑法典》第 7 条第 2 款也作了类似的规定，即“犯罪行为有结果加重之规定者，以行为人至少对此结果有过失时，始予以加重处罚”。采此立法例的尚包括《葡萄牙刑法典》，其第 18 条规定，“如果对某一行为可科处的刑罚是因产生某一结果而加重的，则只有当行为人对该结果之发生至少有过失而可将该结果归责于行为人时，方得加重刑罚”。

本教科书认为，至少过失说的立法例表明，基本犯罪的行为人对加重结果的发生，主观上既可以是过失，也可以是故意，实际上是采用了“故意、过失说”的观点。理由有三：

1、立法目的之考察

所谓立法目的之考察，就是从立法者制定“至少有过失说”条款的目的的角

---

[299]【日】西原春夫著：《刑法总论》（改订版）（上卷），成文堂 1995 年版，第 214 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 274 页。。

[300]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 205 页。

度，来考察该立法例的立法原意。如前所述，在不讲“罪责”的中世纪刑法年代，“客观归罪”盛行，在结果加重犯问题上，其处理原则是只重结果，不重主观，只要有加重结果发生，不管基本犯罪的行为人对加重结果主观上是否有罪过，都予以加重处罚。对此，德国学者曾明确指出，“结果加重犯的概念还要追溯到宗教法“Versari”理论，该理论在普通法的‘概括故意’、‘间接故意’中有所反映。在 1871 年的《帝国刑法典》中，加重处罚只适用于发生犯罪结果，行为人是否预见该结果的发生无关紧要”。正是“在结果加重犯情况下实施罪责原则，导致了于 1953 年在《刑法典》中增加了第 56 条；现在为第 18 条，该条规定，如果行为人对结果的发生至少有过失时，始可对行为人加重处罚。”[301]由此可见，《德国刑法典》第 18 条关于“至少过失说”的立法，其最根本的目的是要坚持主客观统一的罪责原则，排除“客观归罪”，即排除偶然的结果加重犯，而非排除故意的结果加重犯。正因为如此，德国学者举例说明：“被害人在逃跑过程中摔死的，不得适用《刑法典》第 226 条（伤害致死）”；“被抢劫者在危及情况下意外致死的，不得适用第 251 条（抢劫致死）”。[302]

类似的观点在日本刑法学界一样存在。如有日本学者认为，“关于严重的结果，过去的通说认为只要是从基本的犯罪中发生的就足够了，判例现在也站在这个立场上，但是，这是把结果加重犯罪理解为古代的结果责任主义的遗物，与近代刑法学中的责任主义原理不符。因此，今日的学说一般认为，对严重结果的发生，也需要行为人存在过失”。“从同样的旨趣出发，（日本刑法）草案第 22 条设立了如下规定，即‘关于因结果的发生而加重其刑的罪，在不可能预见其结果时，不能作为加重犯处断’。虽然草案理由书说不能预见结果与无过失没有不同（草案解说第 66 页），严密地说，应该需要过失（参见德国刑法第 18 条）”。[303]这一表述清楚说明，日本学者理解《德国刑法典》第 18 条规定，也是从排除“古代的结果责任主义”出发，认为其立法宗旨就是要排除偶然的结果加重犯。当行为人“不可能预见其结果时，不能作为加重犯处断”；至于行为人对加重结果的发生是否持故意心理态度，并不在法律的限制之内。

2、文字本意之考察

所谓文字本意之考察，就是从语言逻辑的角度，来考察“至少有过失说”的文字本意。何谓“至少”？如果我们将行为人对加重结果的发生在心理态度上划一条上、中、下线的话，上为故意，中为过失，下为意外（无故意或过失），那么，“至少过失”就意味着过失之下即意外是不行的，而过失之上即故意并不排除。这就是“至少有过失说”的文字本意，逻辑上不存在什么分歧。如果把“至少有过失”解释成“只能是过失”，那就是对文字本意的曲解。

关于“至少有过失说”的文字本意，对中国学者来说，是根本不成问题的。如有中国学者认为，“至少有过失，即最小限度须有过失，也可以说对重结果即使有故意，也不影响结果加重犯罪的成立。采用至少过失说的立法例，实际承认有故意的结果加重犯”。[304]“德国刑法典要求对结果至少负有过失，言外之意包括故意，或至少不排除故意”。[305]即使是德国学者也同样作如此理解，如有德国学者认为，“在结果加重犯情况下，严重的犯罪结果必须‘至少是由于过失’造

[301]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 319 页。

[302] 同上，第 320 页。

[303]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 180-181 页。

[304] 马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 275 页。

[305] 陈兴良主编：《刑法学》，复旦大学出版社 2003 年版，第 249 页。

成的，正犯或其共犯始受处罚。同时可得出结论认为，如果犯罪结果是由正犯故意的行为所致，同样成立结果加重犯。但在这种情况下，其他刑法规定可能规定科处较高的刑罚，从而实际上排除了结果加重犯”。[306]

3、分则规定之考察

由上可知，从“至少有过失说”的立法目的和文字本意考察，德国学者从来都没有排除过故意的结果加重犯，更没有得出“只能是过失”的结论。在他们看来，当行为人对加重结果的发生具有故意时，之所以不能按结果加重犯论处，根本原因不是因为立法规定排除了故意的结果加重犯，而是因为当基本犯罪的行为人对加重结果的发生主观上有故意时，按结果加重犯论处可能会导致刑罚不合理的现象，具体地说，也就是当“其他刑法规定可能规定科处较高的刑罚”时，实际上就“排除了结果加重犯”。正因为如此，当涉及基本犯罪的行为人对致人重伤或致人死亡的加重结果主观上有故意的情况时，是按结果加重犯以一罪论处，还是再定其他罪名以数罪论处，关键要看刑罚效果是否合理。

以致人死亡的加重结果为例。毫无疑问，在因实施基本犯罪而发生致人死亡的加重结果情况下，只要基本犯罪行为人对致人死亡的加重结果主观上有故意，就可以说符合了《德国刑法典》第 211 条规定的“谋杀罪”和第 212 条规定的“故杀罪”的全部构成要件，对这种情况能否按结果加重犯论处，要从刑罚效果上作具体分析：如果按结果加重犯论处刑罚效果是不合理的，就不能按结果加重犯论处；如果按结果加重犯论处刑罚效果是合理的，就可直接按结果加重犯论处。而判断刑罚效果是否合理，就是将法律规定的相关结果加重犯的法定刑与“谋杀罪”或“故杀罪”的法定刑进行比较，前者法定刑轻于后者法定刑的，就表明刑罚效果不合理，如果两者的法定刑一样，则可认为刑罚效果是合理的。比如，《德国刑法典》第 239 条第 3 款规定的剥夺他人自由致人死亡的结果加重犯，其加重后的法定刑是 3 年以上徒刑，而“谋杀罪”和“故杀罪”的法定最高刑则为终身自由刑，前者法定刑明显轻于后者，由此就可以认定，剥夺他人自由的行为人如果是故意致被害人死亡的，就不能按结果加重犯论处，而是要按“剥夺自由罪”和“故杀罪”实行并罚。如果我们换一种情况，结论就会不一样，比如，《德国刑法典》第 239 条a第 2 款规定的掳人勒索致人死亡的结果加重犯，以及第 251 条规定的抢劫致人死亡的结果加重犯，其加重后的法定最高刑可判处终身自由刑，与“谋杀罪”和“故杀罪”的法定最高刑一样，由此就可以认定，掳人勒索或抢劫的行为人如果是故意致人死亡的，就可直接按此两罪的结果加重犯论处。关于这一点，德国的学者和判例都已给予确认。比如，有德国学者指出，尽管“在结果加重犯的情况下，立法者虽然越来越要求将轻率作为过失的一种加重形式（例如第 176 条第 4 款、第 177 条第 3 款、第 218 条第 2 款第 2 项、第 239 条a第 2 款、第 251 条）”，但是，“在具备杀人故意的情况下，量刑和对未遂犯的处罚的困难产生这样的结果，即第 18 条中所包含的‘至少’要素在上述条款中并不存在”；为此，“联邦法院的大判决委员会通过一裁定排除了这一困难，裁定指出，在此等情况下结果加重犯的构成要件，还包括故意导致死亡结果”。[307]

四、《澳门刑法典》关于罪过条件的规定

[306]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 353 页。

[307]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 320 页。

根据《澳门刑法典》第 17 条规定，“如可科处于一事实之刑罚，系因一结果之产生而加重，则必须系有可能以行为人至少有过失而将该结果归责于行为人时，方得加重之”。这一规定同《德国刑法典》和《葡萄牙刑法典》的立法例是完全一致的，它不仅显示了成立结果加重犯的基本犯罪可以是故意犯罪，也可以*是过失犯罪*，而且在结果加重犯的罪过条件方面，也是采纳了“至少过失说”的立法例。在澳门，有人认为结果加重犯只能由过失构成，这种观点在理论上当然可以研究，但决不能以此来解释《澳门刑法典》第 17 条关于“至少有过失”的含意，否则如前所述就是违背了基本的立法含意。

然而，必须指出的是，当我们说根据《澳门刑法典》第 17 条规定不排除故意的结果加重犯时，并不意味着每一种结果加重犯的罪过条件都可以既包括过失，也可以包括故意。事实上，由于在澳门的刑罚种类中不但没有死刑，而且还没有无期徒刑，单罪徒刑最高是 25 年徒刑，数罪并罚最高为 30 年徒刑，因此，出于刑罚效果的考虑而导致结果加重犯的罪过条件只能由过失构成的情况就更为普遍。换句话说，分析《澳门刑法典》分则以及特别刑法所规定的各种结果加重犯的罪过条件能否包含故意的罪过要素，一定要从刑罚效果出发，对结果加重犯的法定刑与相关犯罪的法定刑作放在一起比较后，方能得出正确的结论。下面，本教科书以致人重伤的加重结果与致人死亡的加重结果为例，对澳门刑法中的结果加重犯作一简单剖析。

以致人重伤的加重结果为例。根据《澳门刑法典》第 138 条规定，故意的“严重伤害身体完整性罪”的法定刑为 2 年至 10 年徒刑，以此为参照数，判断基本犯罪的行为人故意致人重伤的情况能否按结果加重犯论处，就要将“严重伤害身体完整性罪”的法定刑与结果加重犯的法定刑进行比较。比如，根据《澳门刑法典》第 146 条第 3 款规定，虐待致人重伤的，结果加重犯的法定刑为 2 年至 8 年，此结果加重犯的法定刑明显轻于“严重伤害身体完整性罪”的法定刑，如将虐待他人并故意致人重伤的情况按第 146 条第 3 款按虐待致人重伤的结果加重犯论处，其刑罚效果当然是不合理的，由此我们就可以确认，虐待致人重伤的结果加重犯，其罪过条件只能是过失，不能是故意。

然而，《澳门刑法典》所规定的致人重伤的结果加重犯的法定刑，不少都是略高于“严重伤害身体完整性罪”的法定刑，比如，《澳门刑法典》第 152 条第 2 款 e）项规定的剥夺他人行动自由致人重伤的结果加重犯，其法定刑是 3 年至 12 年，略高于“严重伤害身体完整性罪”的法定刑。于是，理论上就会产生这样一个疑问，即是否只要致人重伤的结果加重犯的法定刑高于“严重伤害身体完整性罪”的法定刑，不管高多少，都可以包括故意致人重伤的情况；如果不是，那么要高出多少才能包括故意致人重伤的情况呢？关于这一点，本教科书认为，鉴于《澳门刑法典》的立法者在规定抢劫致人重伤的结果加重犯（第 204 条第 2 款 a）项）时，再次使用了“最少系有过失”的表述，说明抢劫致人重伤在立法原意上已经明确表明可以包括故意致人重伤的情况，因此，在故意致人重伤的情况下，对刑罚效果的比较可参照抢劫致人重伤的结果加重犯的法定刑，即以法定最高刑 15 年徒刑为参照数。具体来说，如果致人重伤的结果加重犯的法定最高刑达到或超过 15 年徒刑，就可以认为在罪过条件方面包括了故意致人重伤的情况，反之则不能包括故意致人重伤的情况。比如，绑架致人重伤（第 154 条第 2 款）的法定最高刑为 15 年徒刑，强奸致人重伤（第 171 条第 3 款）的法定最高刑为 18 年徒刑，由此我们就可以认为此两种致人重伤的结果加重犯，其罪过条件就包括了故意致人重伤的情况，对实施绑架行为而故意致人重伤的，或实施强

奸行为故意致人重伤的，都可以按结果加重犯论处。如果不是这样，比如，故意造成火警致人重伤（第 264 条第 1 款与第 273 条）的结果加重犯的法定最高刑只有 13 年 4 个月徒刑，因尚未达到 15 年徒刑，故就应当认为不能包括故意致人重伤的情况，如果是故意致人重伤，就要再按“严重伤害身体完整性罪”论处，上述剥夺他人行动自由致人重伤的结果加重犯同样如此。

以致人死亡的加重结果为例。根据《澳门刑法典》第 128 条规定，故意的“杀人罪”的法定刑为 10 年至 20 年徒刑，第 129 条规定的“加重杀人罪”，其法定刑则为 15 年至 25 年徒刑。通观《澳门刑法典》分则和特别刑法规定的各种致人死亡的结果加重犯的法定最高刑，几乎都没有超出 25 年徒刑；[308]为此，本教科书认为，在澳门刑法中，所有造成致人死亡加重结果的结果加重犯，基本犯罪的行为人对死亡结果的发生，主观上只能是过失，不能是故意；如果基本犯罪的行为人对死亡结果有故意，就要按“杀人罪”或“加重杀人罪”定罪，并与基本犯罪一起实行并罚。比如，纵火犯放火烧毁明知有人住的房屋，导致三人死亡的，就要按“故意造成火警罪”（第 264 条第 1 款）和三个“加重杀人罪”实行并罚。

除了致人重伤或致人死亡的加重结果外，澳门刑法中还有基本犯罪造成其他加重结果的结果加重犯。此类结果加重犯的罪过条件能否包括故意，当然也要考察刑罚效果是否合理，同时也要结合具体的情况进行分析。比如，对因性犯罪致被害女性怀孕的结果加重犯（第 171 条第 3 款）来说，其行为人对怀孕这一加重结果的发生可以是过失，如与无经验之未成年女性发生性关系而不小心使之怀孕；但同样也可以是故意，甚至可以是直接故意，比如，行为人在实施此类性犯罪之前，已经抱有使对方怀孕的意图，那就是直接故意了。在这种情况下，如果认为使妇女怀孕只能是过失而不按结果加重犯论处的话，定罪时就会碰到麻烦，因为澳门刑法中并没有“故意使人怀孕”这样的罪名。

第八节　构成要件类型

根据不同的分类标准，可以将各种犯罪的构成要件分成若干类型。如以危害结果的形式及其在构成要件中的地位为标准，可将构成要件分为结果犯、危险犯和行为犯的构成要件；以行为人主观罪过为要件，则可将构成要件分为故意犯、过失犯的构成要件。但是，如果我们仅仅是从解释论的角度来考察构成要件，理论上又可对构成要件的类型作不同的分类，这些分类主要包括：

一、基本的构成要件与修正的构成要件

所谓基本的构成要件，是指立法者在刑法典分则或特别刑法中对各种具体犯罪所规定的构成要件，因而也有学者称其为分则的构成要件。此类构成要件形成的犯罪类型具有两个方面的特点：第一，犯罪形态均为既遂；第二，犯罪行为人是单数，即为单独犯。比如，甲杀死仇人乙，其杀人行为即符合“杀人罪”（第 128 条）的基本构成要件，构成杀人既遂。

所谓修正的构成要件，是指在基本构成要件基础上，为适应不同的犯罪形态而对其作出修正后形成的构成要件。修正的构成要件主要包括两种情况：第一，犯罪未完成形态中的犯罪预备和犯罪未遂的构成要件，属修正的构成要件；第二，

[308] ***惟***第 154 条规定的“绑架罪”和第 155 条规定的“挟持人质罪”，如果被故意杀死的受害人是未满 16 岁或无能力自我防卫或反抗的人，其结果加重犯的法定最高刑则可达 26 年 6 个多月。

在共同犯罪中，教唆犯和帮助犯的构成要件也属修正的构成要件。修正的构成要件通常会被规定在刑法典总则中，因而也有学者称其为总则的构成要件。但有的情况下，刑法典分则也会对具体的修正构成要件作出规定；比如，《澳门刑法典》第 266 条规定的“预备行为”，即属对“造成火警、爆炸及其他特别危险行为罪”（第 264 条第 1 款）和“核能罪”（第 265 条 a 项）的基本构成要件进行修正后形成的预备犯的构成要件。

二、封闭的构成要件和开放的构成要件

所谓封闭的构成要件，是指其内涵已包括构成具体犯罪所需要的各种主客观要素，且无须法官在适用时再加以补充的构成要件，因而也有学者称其为完结的构成要件。在一般情况下，刑法典分则或特别刑法所规定的具体犯罪的构成要件，如“杀人罪”（第 128 条）、“强奸罪”（第 157 条）、“抢劫罪”（第 204 条）的构成要件，都属于封闭的构成要件。

所谓开放的构成要件，是指其内涵只包括构成具体犯罪所需要的部分主客观要素，其他部分主客观要素则需要由法官在适用时加以补充的构成要件，因而也有学者称其为补充的构成要件。开放的构成要件主要包括过失犯和不纯正不作为犯的构成要件。因为在过失犯罪情况下，行为人是否履行了注意义务作为过失犯罪的构成要件要素，需要由法官从案件本身及行为人的实际情况出发来作出判断；同理，在不纯正不作为犯的情况下，不作为人是否具有作为的法义务，也需要由法官作出判断。可见，开放的构成要件因主要是对法官开放，理论上不能排除法官滥用职权的可能性，并会对罪刑法定原则造成冲击，故在不同程度上受到学者的质疑。但必须看到，对过失犯罪以及不纯正不作为犯来说，要规定封闭的构成要件是不现实的，由法官加以补充是不得已的办法，***惟***有从理论上作出适当的限制。

三、积极的构成要件和消极的构成要件

所谓积极的构成要件，是指立法者通过立法，积极地规定构成具体犯罪所需要的各种主客观要素的构成要件，从这一意义上说，刑法典分则或特别刑法所规定的具体犯罪的构成要件，都属于积极的构成要件。而所谓消极的构成要件只是作为一种例外，即立法者通过例外性的规定，来否定具体犯罪的构成要件；因此，严格地说，消极的构成要件只是立法者在规定具体犯罪时，再针对某种情况作出例外性的规定，以此来否定相应的具体犯罪。比如，“诽谤罪”（第 174 条）中关于不予处罚的规定（第 174 条第 2 款），“侵入私人生活罪”（第 186 条）中关于不予处罚的规定（第 186 条第 2 款），“帮助之不作为罪”（第 194 条）中关于不予处罚的规定（第 194 条第 3 款），“非蓄意破产罪”（第 224 条）中关于不在此限的规定（第 224 条第 2 款但述规定），这些规定都属于消极的构成要件。

第五章　违法性

如前所述，在大陆法系犯罪论体系中，所谓违法性要素并非是指行为违反了法律规定，而是指行为破坏了法秩序。将违法性和构成要件该当性相比，两者之间的互动关系表现为积极与消极、肯定与否定的关系，构成要件该当性是一种积极的、肯定的要素，违法性则是一种消极的否定的要素。构成要件该当性作为一种积极的肯定要素，具有价值上的推定作用，因为立法者一旦将某种行为规定为犯罪，实际上就意味着对该等行为在一般情况下的社会价值作出了否定性的评价；所以，只要某种行为符合了具体犯罪的构成要件，我们就可以推定该等行为在社会价值上属于破坏法秩序的行为，也就是具备了违法性。然而，鉴于社会现象的复杂性，这种推定并非是绝对的，在某些情况下，基于特定的事由，某种行为尽管符合了具体犯罪的构成要件，但在性质上却不具有破坏法秩序的社会价值，甚至还有助于维护法秩序；如果发生了此类情况，该等行为就会因不具有违法性即阻却了违法性而被排除在犯罪行为之外。正如有学者指出的那样，“对于构成要件符合性的举止必须要在一个特别的评判层面上以整个法制秩序作为标准来进行评判，以这个方式对它做附加的审查。只有到了‘违法性’的评判层面上，才能对行为是合法还是违法做最终的决定”。[309]由此可见，研究违法性要素，最核心的内容就是要从否定构成要件该当性的角度，去探索、识别究竟发生了什么样的特别情况，或者说基于哪些特殊事由，才能够足以阻却违法性，并以此来否定行为的犯罪性质。如果说，研究构成要件该当性的宗旨主要是根据法律规定，对行为的犯罪性质予以肯定的话，那么，研究违法性的宗旨，则主要是从社会价值的角度，对行为的犯罪性质予以否定。

第一节　阻却违法性事由概述

一、阻却违法性事由的概念

顾名思义，所谓阻却违法性事由，就是指足以将具备构成要件该当性行为的违法性排除出去的情况，理论上也有学者将此类情况称之为合法化事由或正当化事由。[310]对此，有学者认为，“构成要件相当性，本具有推定违法性之机能，称此推定，为基本推定。惟遇有例外事由，足以阻却其违法性者，则为阻却违法性之推定，称此推定，为阻却推定。称此阻却违法之事由，为阻却违法性事由”。[311]还有学者认为，“最终的违法性判断，须经过两个思考过程。首先，探讨行为的构成要件该当性，进而探讨是否介入了合法化事由。第一个探讨得出肯定结论后，只要能够肯定第二个问题，便能够阻却违法性。但是，被合法化的行为，依然符合构成要件”[312]

---

[309]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译，法律出版社 2008 年版，第 155-156 页。

[310] 但也有学者将阻却违法性事由与正当化事由加以区分，认为存在正当化事由表明行为适法，而存在阻却违法性事由表明行为在法律上无重要性而被放任。这种观点受到不少学者的批评，认为行为要么是适法，要么是违法，不存在放任问题，两者只是对同一现象的单纯表述方法不同而已。本教科书认同第二种观点（参阅张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 148 页。参阅马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 324-325 页）。

[311] 陈朴生：《实用刑法》，台湾三民书局 1972 年版，第 136 页。

[312]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版

在英美法系国家或地区，虽无阻却违法性的概念，但在刑事判例及单行法中，同样包含着因类似于阻却违法性而不负刑事责任的情况，只不过有的学者将这些情况称之为在诉讼过程中的“一般辩护理由”，[313]有的学者则直接将其称之为“影响刑事责任的因素”。[314]

必须指出，在刑法理论中，承认阻却违法性事由的存在具有非常重要的法治意义。如果说，立法者通过制定刑法来确定犯罪类型，这是体现了罪刑法定原则法治意义的话，那么，从理论和立法上来确认阻却违法性事由的存在，则无异于在人权层面上提供了一种保障，这种保障对国家刑罚权构成了一种合理的限制，使其不得对虽符合刑法规定但不破坏法秩序的行为施以惩罚，从而起到保障人权的作用。从这一意义上说，承认阻却违法性事由的存在，实际上就是在特定情况下对罪刑法定原则的一种否定。对此，有葡萄牙学者认为，“订定罪状与给罪状以合理化解释在形式上是不同的，前者的目的是为违法性提供依据，而后者的目的是排除违法性。这不同之处会导致这样一种结果，即与订定罪状的形式在宪法和法律上的意义不同，给罪状以合理化解释的形式不受罪刑法定原则的约束，也不受其行为后果的约束。.....换言之，（合理化解释）就是创设一种保障，以对抗国家惩罚权无理的介入，因而也成为公民权利与自由在宪法上及法律系统内的重要约制”。[315]

二、阻却违法性事由的认定

承认阻却违法性事由的存在，这一点无论是在理论上还是立法上都无异议，但究竟什么样的情况，或者说什么样的事由，才能阻却违法性，这一问题因涉及阻却违法性事由的本质，学者之间就产生了不同的观点。这些观点主要包括：

（一）法益衡量说

该学说认为，刑法的根本任务是保护相关法益，而犯罪的本质则在于侵害了刑法所保护的法益，因此，判断符合构成要件的行为是否存在违法性，应对刑法保护的法益和符合构成要件的行为侵害的法益在价值上进行衡量。只要被保护的法益价值高于或者相等于被侵害的法益，则阻却违法性，如正当防卫和紧急避险行为；或者被保护的法益事实上不存在时，也阻却违法性，如被害人同意的行为。在这些学者看来，“‘冲突利益的平衡’是确立正当化原因的原则。根据这个原则，在两个利益发生冲突的情况下，法律优先保护的利益应通过价值比较来确定”[316]

葡萄牙学者也持有类似的观点。他们认为应该以双重的观点进行阻却违法性合理解释理由的系统化工作。第一个观点是以优先利益原则适用于一般的合理解释理由，第二个观点是用欠缺利益原则来解释合法化理由，如被害人同意就属于因欠缺利益而引致的合法化事由。有的葡萄牙学者更强调利益优先原则，认为“合理解释经常用于存在冲突的情况，在这种情况内，人们讨论相互对立的利益，以及必须决定给哪一个利益占优。从目的及功能的角度考察，一个利益的法律份量较另一利益为重就成为合理解释。简单来说，就是以法律上的份量较重的利益为

社 2001 年版，第 388 页。

[313] 参阅【英】J.C.史密斯、B.霍根著：《英国刑法》，法律出版社 2000 年版。该书将正当防卫、紧急避险、执行命令等阻却违法性事由称为“一般辩护理由”。

[314] 参阅赵秉志主编：《香港刑法学》，该书将合法使用武力、紧急避难等情况，直接视为影响刑事责任的因素。

[315]【葡】迪亚士：《刑法总论 I》,葡萄牙科英布拉出版社 2007 年第二版，第 385 页。

[316]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 147 页。

优先。所以，合理解释的情况总是涉及对相冲突的利益作出‘法律上的抉择”。[317]

（二）目的正当说

该说认为，违法性的实质在于对法秩序的侵害，这种侵害从目的论的角度来看，就是违反了国家所承认及倡导的共同生活的目的。因此，只要行为的性质与达到该等共同生活的目的相一致或并不矛盾，且采用的手段是适当的，就可以阻却违法性，如执行正当命令的行为。在这些学者看来，“对行为的实体内容进行认定时，必须以国家规定的产生于经验的共同生活目的为依据。如果一个行为表明是实现国家规定的共同生活目的的适当的方法，那么，虽然该行为符合构成要件的适当性，但也不是违法的。毫无疑问，由该原则产生的只是一个与法律本质相适应的起调节作用的准则，借助于该准则，法官在仔细斟酌案件事实的每一个细节情况下，能够作出公正的判决”。[318]

（三）社会相当说

该说认为，任何一种社会秩序，都反映了特定的社会伦理观念，因而也是一种现实的社会伦理秩序。在这一社会伦理秩序内，判断行为是否具有违法性，既要看行为是否侵害了相关的法益，还要看行为是否为现实的社会伦理秩序所容许。如果行为虽侵害了相关法益，但就其性质而言并不违反现实的社会伦理秩序，或为现实的社会伦理秩序所容许，该等行为就具有社会相当性，并可以阻却违法性。在这些学者看来，现实生活中即使发生了某种程度上的法益侵害行为，如属不可避免，且具有社会相当性，就不构成违法。比如，医生为挽救患者生命而割除其失去机能的手臂的行为，拳击运动中相互攻击对方的行为，从一般社会伦理观念上考察，都是被容许的行为，因而都属于具有社会相当性的行为，理应阻却违法性。[319]该学说还认为，法益衡量说和目的正当说只有结合起来，才能说明阻却违法性事由的本质。因为“符合构成要件的行为之所以阻却其违法性，不外乎是因为其行为不具备实质的违法性。因此，可以说，行为最终被上述国家•社会的伦理规范所允许，乃是统一地把握所有违法性阻却事由的原理。实质上，这一立场是对目的说和优越利益说的综合。所谓行为的社会相当性观念也应该在这个意义上来理解”。[320]为此，判断行为是否具有社会相当性，应当从法益价值的均衡性、目的的正当性和手段的适当性多个方面进行综合考量。

本教科书认为，关于阻却违法性事由的认定依据及其本质，社会相当说从现实的社会伦理秩序出发，既考虑到法益价值的均衡性，也照顾到行为目的的正当性和行为手段的适当性，因而是比较合理的学说。

三、阻却违法性事由的种类

要从理论和实践中，将每一种阻却违法性事由都予以列明，既不现实也不可能。为此，学者们也只能从理论上对阻却违法性事由进行基本的分类。比如，德国学者李斯特将阻却违法性事由分为三类，即正当防卫、作为应急权的紧急避险和排除违法性的其他情况，包括符合法律义务等行为。[321]日本学者川端博将阻却

---

[317]【葡】迪亚士：《刑法总论 I》,葡萄牙科英布拉出版社 2007 年第二版，第 391 页。

[318]【德】弗兰兹.冯.李斯特著,【德】埃贝哈德.施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2000 年版，第 214 页。

[319] 参阅【日】木村龟二主编，顾肖荣、郑树周等译：《刑法学词典》，上海翻译出版公司 1991 年版，第 177 页。

[320]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 320 页。

[321]【德】弗兰兹.冯.李斯特著，[德]埃贝哈德.施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2000 年版，目录及第 239 页。

违法性事由分为两类，即一般的正当行为和紧急行为。前者包括法令行为、正当业务行为、劳动争议行为、被害人的承诺与推定的承诺、治疗行为、安乐死及尊严死；后者包括正当防卫、紧急避险、自救行为、义务的冲突。[322]法国学者卡.斯特法尼将阻却违法性事由分为三类，即以有法律命令与合法当局的指挥作为合法的证明的行为、以有法律允许作为合法证明的行为、被害人的同意。[323]俄罗斯学者则将排除行为有罪性质的情节（相当于阻却违法性事由）分为两类，即对社会有益的行为以及其他被认为是合法、无罪的行为。前者如正当防卫和拘捕犯罪人，后者如身体或心理受到强制和执行命令或指令。[324]

一般来说，在大陆法系国家或地区的刑法典中，都会对阻却违法性的事由作出相应的规定。因此，也有学者以法律有无明确规定为标准，将阻却违法性事由分为法定的阻却违法性事由和超法规的阻却违法性事由。关于法定的阻却违法性事由，各国或各地区的刑法典比较一致之处，就是都会对正当防卫和紧急避险作出明确规定，至于其他的阻却违法性事由则有多有少。比如，《德国刑法典》和《中华人民共和国刑法典》只规定了正当防卫和紧急避险；《日本刑法典》除此之外还规定了依照法令或正当业务上之行为；《葡萄牙刑法典》除此之外还规定了义务冲突、执行正当命令和被害人同意等行为；《俄罗斯刑法典》规定的排除行为有罪性质的情节除正当防卫和紧急避险外，尚包括在拘捕犯罪人时造成损害、身体或心理受到强制、正当风险、执行命令或指令等行为。

值得注意的是，通过刑法典明确规定阻却违法性事由，并不意味着排除超法规的阻却违法性事由的存在，这一点无论是在理论上还是在实践中，都是得到普遍认可的。比如，《德国刑法典》虽没有规定执行正当命令、被害人同意等阻却违法性事由，但这些事由在德国司法实践中同样可以阻却违法性。对此，德国学者李斯特曾指出，“并非只是刑法才具有合法化事由；法秩序的整体均具有合法化事由。与构成要件相反，在成文法和习惯法中，合法化事由的完整的无漏洞的体系是不存在的，这些漏洞只能以‘法律补充’方法加以堵塞，也就是说，用实体上的犯罪学说的评价尺度对行为的实体内容，其社会危害性或社会有益性作出检验，在确定行为实体合法性情况下，否定违法性的存在”。[325]

四、《澳门刑法典》规定的阻却违法性事由

《澳门刑法典》总则第二编第三章专章规定了“阻却不法性及罪过之事由”。从总体上看，对该章规定的理解要注意以下几个问题：

（一）关于第 30 条的列举性规定

根据《澳门刑法典》第 30 条第 1 款规定，“从法律秩序之整体加以考虑，认为事实之不法性为法律秩序所阻却者，该事实不予处罚”。这一规定表明，只要行为对法律秩序整体即法秩序不构成侵害的，或者说是法秩序所容许的，就可以阻却违法性；很明显，这一规定实际上为所有的足以阻却违法性的事由提供了法律依据，包括法定的阻却违法性事由和超法规的阻却违法性事由。

在此基础上，《澳门刑法典》第 30 条第 2 款又明确列举了四种情况下的阻却违法性的行为，即“尤其在下列情况下作出之事实，非属不法：a）正当防卫；b）

---

322 参阅马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 328 页。

323 同上。

324【俄】库兹涅娃、佳日科娃主编，黄道秀译：《俄罗斯刑法教程（总论）》（上卷），中国法制出版社 2002 年版，第 442-443 页。

325【德】弗兰兹.冯.李斯特著，[德]埃贝哈德.施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2000 年版，目录及第 212 页。

行使权利；c）履行法律规定之义务或遵从当局之正当命令；d）获具有法律利益而受侵害之人同意”。这四种阻却违法性事由既然已通过法律作出了规定，故可称之为法定的阻却违法性事由。除此之外，有些阻却违法性事由尽管法律没有列举，但因有第 30 条第 1 款作依据，只要为法秩序所容许，同样可以阻却违法性；举例来说，依法律规定所作之行为（如司法警察依法逮捕犯罪嫌疑人的行为）、正当业务行为（如医生为病人切除器官的行为）等行为，也可以成为阻却违法性事由。

（二）关于“行使权利”与“紧急避险权”

本教科书之所以提出这个问题，乃是因为《澳门刑法典》第 30 条第 2 款在列举四种阻却违法性事由时，其 b）项使用的概念是“行使权利”，但在以下各条款中，则并没有出现“行使权利”的概念，除正当防卫、义务冲突、遵从当局正当命令和被害人同意外，则只有“紧急避险权”（即阻却违法性的紧急避险）的规定。由此就会产生一个疑问：“行使权利”和“紧急避险权”是同一个概念吗？

关于这个问题，我们不妨先来看一下《意大利刑法典》的相关规定。关于阻却违法性事由，《意大利刑法典》也采用列举性规定，***惟***《意大利刑法典》是将“行使权利”（第 51 条）和“紧急避险”（第 54 条）作为两种不同的阻却违法性事由加以规定的。为此，意大利学者在解释“行使权利”这一阻却违法性事由时指出，“对行使权利中的‘权利’必须作广义的理解，即这种权利应该包括主体在特定情况中可合法实施的任何行为。按此理解，刑法典第 51 条规定的行使权利，就应包括下列情况：亲权（即所谓父母对未成年子女的管教权）、对权利的处分权（如民法典第 1456 条规定的撤回权）、私人的职能（如监护权）、合法的利益（即主体的法律状况承认其可为一定的行为）；至于那些严格意义的‘主观权利’（如对财产的所有权和处分权）、合法的权能（如刑事诉讼法典第 383 条规定的私人对现行犯的当场抓捕权）、公共机关的法定权力（如刑事诉讼法典第 384 条规定的检察官拘留犯罪嫌疑人的权力），显然更应属于刑法典第 51 条规定的‘权利’范围”。[326]从意大利学者对“行使权利”的解释来看，“行使权利”与“紧急避险”明显属于两种不同的阻却违法性事由；既然如此，《澳门刑法典》第 30 条第 2 款列举性规定中使用的“行使权利”的概念与第 33 条规定的“紧急避险权”之间的关系就值得研究。如果说，“行使权利”指的就是“紧急避险权”，这一解释显然站不住脚，甚至可以说是错误的；如果说两者不一样，则表明“行使权利”在澳门刑法中也是一种法定的而非超法规的阻却违法性事由，这样解释虽然符合理论，***但***从立法技术的层面上看，确有点牵强，也很值得商榷。

（三）关于阻却违法性和阻却责任的混合规定

阻却违法性与阻却责任是两个既有联系又有区别的概念。阻却违法性是针对符合构成要件的行为的性质而言的，也就是从客观上对该等行为是否侵害了或威胁到作为整体的法秩序作出判断，如果行为因某种事由的发生而从整体上对法秩序不构成侵害或威胁，那就意味着阻却了违法性。阻却责任则是针对行为人***能否承担刑事责任***而言的，如果行为人因某种事由的发生而被视为***不应承担相应的刑事责任，也就是不应对其进行非难，***那就意味着阻却了责任。由于《澳门刑法典》总则第二编第三章采取了这样一种混合性规定，因此，该章所规定的同一事由中，往往既包含了阻却违法性的内容，也包含了阻却责任的内容。比如，关于正当防卫，合理限度内的正当防卫不负刑事责任（第 31 条），属阻却违法性的范畴；而

[326]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 143 页。

出于精神紊乱防卫过当不负刑事责任，则属于阻却责任的范畴（第 32 条第 2 款）。关于紧急避险行为，立法者不仅规定了阻却违法性的紧急避险（第 33 条），而且还规定了阻却责任的紧急避险（第 34 条）。关于执行正当命令的行为，立法者既规定了因价值判断所引致的阻却违法性情况，同时也规定了因不知情而阻却责任的情况。为此，考虑到阻却违法性与阻却责任应分属违法性要素和责任要素的内容，不宜相提并论，故为了体例的合理性，本章之论述只涉及阻却违法性的内容，而有关阻却责任事由的规定，将统一放在下一章“有责性”中阐述。

第二节　正当防卫

在现实生活中，正当防卫可以说是一种最常见也是最主要的阻却违法性事由。关于正当防卫的理论，主要包括两个部分，即正当防卫的成立条件及防卫过当的认定标准。

一、正当防卫的法律概念

在古代，早期的正当防卫权通常被视为一种个人复仇的形式，如日耳曼法中关于对暴力允许以暴力进行反击的规定。以后的刑事法律如加洛林纳刑事法典虽然规定了正当防卫的法律概念，但其防卫的范围只限于对侵害生命、身体的行为进行防卫。“作为刑法总则中的一般概念，承认针对所有的法益侵害进行正当防卫，是 18 世纪末以来的德国刑法学特别是费尔巴哈的主张所作出的贡献。其后，经过 1851 年的普鲁士刑法典（第 41 条）、1871 年的德国刑法典（第 53 条），在各国刑法典中广为普及了这一立场”。[327]

在大陆法系国家或地区的刑法典中，一般都有关于正当防卫的法律概念。目前，从各国或各地区刑法典规定的正当防卫的法律概念来看，基本上是大同小异。比如，根据《德国刑法典》第 32 条规定，“为使自己或他人免受正在发生之不法侵害而实施之必要防卫行为，为正当防卫”。根据《日本刑法典》第 36 条规定，“为防卫自己或他人之权利，对于急迫不正侵害而采取之出于不得已之行为”属正当防卫。而《澳门刑法典》第 31 条也规定了类似的正当防卫的法律概念，即“为击退对行为人本人或第三人受法律保护之利益正在进行之不法侵犯而作出之事实，如其系击退该侵犯之必要方法者，为正当防卫”。

在大陆法系刑法理论中，关于正当防卫权的本质，学者之间的看法与表述虽不尽一致，但主要还是从以下两个方面进行考察：

第一，从个人权利的角度考察，正当防卫权主要来自于个人的基本防护权。如有的德国学者认为，“被作为个人权利来理解的正当防卫，是每一个人与生俱来的通过防止他人对自己的不法侵害的自我主张权，在这一意义上，所谓的古典时期的正当防卫被视为人的不需要其他根据的原始权利”。[328]也有日本学者认为，“社会的公共力量不可能使人们避免一切危险，即使能够避免但也有不充分的场合。在这些场合，人们为了避免自己所遭遇的危险，具有根据自己的实力保护自己的权利。它由来于人所固有的权利即‘自我保护的权利’”。[329]

第二，从社会责任（或社会利益）的角度考察，正当防卫权可以来自于公民对社会应尽的保护社会的责任。如有的德国学者认为，正当防卫之所以为法秩序

[327]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 323 页。
[328]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 402 页。
[329] 黎宏著：《日本刑法精义》，中国检察出版社 2004 年版，第 125 页。

所认可甚至鼓励，是因为如果不存在官方的帮助，被侵害人的自卫行为同时还是在维护公共和平秩序。因此，只强调个人权利，只允许为保护个人的利益而行使正当防卫权，显然不足以保护公共秩序或法秩序。[330]也有意大利学者认为，“正当防卫是与犯罪作斗争的需要，在任何情况下，法律都不能给犯罪以可乘之机”。[331]有的法国学者甚至认为，正当防卫不仅是一种权利，“而且是履行一种司法性责任。因为，击退不法侵害犯之行为的人是在为法律而战，并以此为防卫作出了自己的努力与贡献。进行正当防卫的人恢复了受到威胁的法律”。[332]

本教科书认为，要正确理解正当防卫权的本质，必须将个人权利和社会责任结合起来考察，仅强调个人权利，不足以揭示正当防卫权的社会意义。正当防卫行为代表的是“正”，不法侵害行为代表的是“邪”，“邪不压正”，“正不畏邪”，此乃正当防卫依据之精义所在。正因为正当防卫权的本质不仅仅是为了保护个人权利，同时也在于维护正常的社会秩序，所以，为了保护第三人的合法权益或社会公共秩序免受不法侵害，任何人对不法侵害行为同样可以进行正当防卫。

二、正当防卫的成立条件

所谓正当防卫的成立条件，就是指构成正当防卫必须具备的条件。从各国刑法典关于正当防卫的规定来看，一种行为要构成正当防卫，应当符合以下四个方面的条件：

（一）正当防卫的前提条件

不法侵害是正当防卫的起因，没有不法侵害就没有正当防卫。正是从这一意义上说，人的不法侵害行为乃是构成正当防卫的前提条件。为此，对任何合法的行为，均不能以正当防卫为名实施反击，如小偷被警察追捕而殴打警察的行为不构成正当防卫。除此之外，就不法侵害所侵犯的法益来说，此类法益既可以是正当防卫人本人的法益，也可以是与其无关的他人的法益，甚至可以是社会公共法益；无论是何种法益受到侵害，对不法侵害都可以进行正当防卫。

在司法实践中，对不法侵害的理解必须注意以下几个方面的问题：

1、不法侵害的客观性

所谓不法侵害的客观性，就是指只要某种行为客观上足以对他人之合法权益或社会公共秩序造成危害，不管行为人是否具备刑事责任能力，也不管行为人是否存在故意或过失的罪过心理态度，都可视为不法侵害。[333]本教科书认为，强调不法侵害的客观性，是符合实际情况的，也有利于正当防卫权的行使。比如，当甲走在路上见一少年举刀向自己砍来时，要求甲先判断该少年是否已达到刑事责任年龄，或是否属精神病患者，这显然是不现实的，也不利于甲适时行使正当防卫权来保护自己。因此，对精神病患者、未达刑事责任年龄者、醉酒者、认识错误者、过失者实施的客观上足以侵害他人合法权益或社会公共秩序的行为，都可以进行正当防卫。

2、不法侵害的紧迫性

在现实生活中，不法侵害的范围是非常广泛的。杀人、强奸、抢劫是不法侵害，贪污、受贿、诽谤也是不法侵害。那么，是否对所有的不法侵害都可以进行

---

[330] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 402 页。

[331]【意】杜.帕多瓦著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 161 页。

[332]【法】卡.斯特法尼等著，罗结珍译：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 354 页。

[333] 显然，这一理解是建立在“客观的违法性”观点基础之上的。因为在“主观的违法性”者看来，不法侵害行为只能是指具有故意或过失的行为。

正当防卫呢？答案是否定的。比如，甲知道乙在贪污公款，但甲只能通过举报的方式使乙受到法律制裁，而不能以保护公共财产为名对乙进行正当防卫。又比如，乙对甲实施了诽谤，但甲也只能通过法律途径讨回公道，而不能以保护个人名誉为名对乙进行正当防卫。由此可见，并非是对任何不法侵害都可以进行正当防卫。事实上，在司法实践中，能够对其进行正当防卫的不法侵害，都是那些对法益之侵害具有紧迫性的不法侵害。

所谓不法侵害的紧迫性，就是指如果被侵害人不进行正当防卫，某个方面的合法权益就会马上受到损害。通常情况下，不法侵害是否具有紧迫性，主要取决于不法侵害的行为方式。行为方式具有暴力性或破坏性的不法侵害，往往具有紧迫性；比如，对暴力性的杀人、抢劫、强奸等侵犯个人法益的不法侵害，以及对爆炸、放火等侵犯公共利益的不法侵害，其不法侵害的紧迫性是显而易见的，故都可以进行正当防卫。反之，对非暴力性的犯罪，如贪污、受贿、侵占等不法侵害，就不能进行正当防卫。在英美法系刑法理论中，也有类似之观点。如有学者认为，“因此，正当防卫对于任何包含暴力要素或使用暴力实施的犯罪来说，都是一种辩护理由”。[334]

应当注意的是，对不法侵害的紧迫性来说，行为方式的暴力性或破坏性不是绝对的，关键是看法益有无即刻受到侵害的危险。有的情况下，不法侵害即便具有暴力性，但因对法益的侵害不具有紧迫性，故不能进行正当防卫。比如，“抢劫罪”（第 204 条）和“勒索罪”（第 215 条）的构成要件行为客观上都可以使用暴力威胁的暴力性方式；但对“抢劫罪”来说，由于暴力威胁具有紧迫性，也就是马上就可能实现，因此，被害人对以暴力威胁方式实施抢劫的行为人就可以进行正当防卫；而“勒索罪”则不同，因其暴力威胁不具有紧迫性，也就是只有在事后才可能实现，所以，被害人对以暴力威胁方式实施勒索行为就不能进行正当防卫，而应寻求公权力的保护。当然，如果实施勒索的行为人使用暴力而非暴力威胁进行勒索，也就是被勒索者若不答应勒索者的要求，其人身法益即刻就有受到侵害的危险的话，被勒索者就可以进行正当防卫。其次，有的情况下，不法侵害虽不具有暴力性，但却因对法益的侵害具有紧迫性，故就存在进行正当防卫的必要性。有学者认为，对不法侵害来说，“受到威胁的利益必须是法律但不一定是受刑法保护的。例如，针对私生活进行的窥探行为——如利用隐藏起来的相机拍照——可以进行自卫，但刑法对此并未作出规定”。[335]本教科书认同此观点。很显然，在这种情况下，不法侵害——对私生活的窥探——并不具有暴力性，但对法益的侵害却具有紧迫性，若不制止的话，个人隐私权马上就会受到侵害，故应当允许相关法益的利害关系人对不法侵害进行正当防卫，以防止侵害后果的发生。

事实上，有的国家的刑法典在规定正当防卫时，从立法上已经明确表明了这一立场。比如，根据《日本刑法典》第 36 条规定，对于急迫不正侵害而采取的正当防卫措施，必须是在“不得已”的情况下为之；这里讲的“不得已”，实际上就包含了如果不制止不法侵害，行为结果马上就要发生的意思。此外，根据德国《基本法》第 20 条第 4 款规定，当民主自由秩序受到威胁时，只有在“没有其他补救可能”的情况下，才允许进行反抗。而“没有其他补救可能”的本意，也就是指不法侵害具有紧迫性，*只有*通过自卫才可能补救。

---

[334]【英】J.C.史密斯、B.霍根著：《英国刑法》，法律出版社 2000 年版，第 289 页。

[335]【德】冈特.施特拉腾韦、洛塔尔.库著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 163 页。

3、不法侵害的真实性

所谓不法侵害的真实性，就是指在当时情况下，确实已经发生了不法侵害的事实。如果仅仅是因为“防卫”人的认识错误而对客观上不存在的不法侵害实施了所谓的“防卫”行为，就不能构成正当防卫，这种情况理论上通常称之为“假想防卫”或“误想防卫”。在澳门刑法中，关于“假想防卫”引致的认识错误，实际上就是属于《澳门刑法典》第 15 条第 2 款所规定的“事物状况之错误”。如前所举，甲深夜经过一树林，听见林中传来女子的求救声，进去一看，发现一男子正骑在一女子身上，求救声为该女子所叫；甲以为发生了强奸案，遂手持就近找到的棍子，从后将该男子打成重伤；事后才知，此为一对情侣之间的戏闹而已，客观上并不存在“强奸”的不法侵害。对甲的行为来说，从正当防卫的角度考察，这种情况就属于“假想防卫”；从认识错误的角度考察，这种情况就属于《澳门刑法典》第 15 条第 2 款规定的“事物状况之错误”。类似的例子还比如：甲用枪指向乙，大喝一声“要钱还是要命！”乙快速进行反击致甲重伤或死亡；其后才发现，甲只是一个具异常幽默感的风趣小子，当时他仅想令乙吓一跳，而且使用的枪也是一支玩具枪。

在大陆法系刑法理论中，“假想防卫”的情况一旦发生，可以阻却“假想防卫”人的故意，是否构成过失犯罪，就要根据具体案情来定。如果在当时情况下，“假想防卫”人主观上确实不存在过失，就不构成犯罪；如果在当时情况下，“假想防卫”人主观上因没有尽到注意义务而有过失，且法律对此过失犯罪又有规定的，就要按相关过失犯罪论处。如有学者认为，“如果在假想防卫时对假想的加害人造成损害的人没有意识到侵害实际上并不存在，善意地在评价环境情况方面发生了误解，但是根据案情他应该和可能意识到这一点，则对所造成的损害应该按过失犯罪承担责任”；[336]若没有过失，则不承担刑事责任。关于这一处理原则，《澳门刑法典》第 15 条针对“事物状况之错误”也作了明确的规定。

值得一提的是，在日本刑法学界，有一种观点认为，如果法律对“假想防卫”有特别规定的，就应当按法律规定处理。比如，根据日本《关于盗犯等的防止及处分法律》第 1 条第 2 项规定，在已有入侵者的时候，“虽非对自己或他人的生命、身体或贞操的现在的危险，但行为人由于恐怖、惊愕、兴奋或者狼狈而现场杀伤犯人，不处罚”；对此，日本通说、判例都认为这是限于误（假）想当时存在着现在的危险的原因所致。[337]但本教科书认为，日本的这一法律规定讲的并非是“假想防卫”，而是对非法入侵住宅行为进行正当防卫的强度问题，其性质与英美法中关于屋主将非法侵入住宅者开枪打死具有合法性的情况相似。

（二）正当防卫的时间条件

在不少国家或地区的刑法典关于正当防卫的规定中，对不法侵害都规定了“正在发生”、“正在进行”或“急迫”的时间条件，而不法侵害的时间条件也就是正当防卫的时间条件。具体来说，正当防卫的时间条件就是指对不法侵害予以“掐头去尾”，对尚处于犯罪预备阶段的不法侵害和已经结束的不法侵害，不能进行正当防卫。

1、对处于预备阶段的不法侵害不能进行正当防卫

判断不法侵害是处于预备阶段还是实行阶段，关键是看不法侵害人是否已经开始着手实施法律所规定的实行行为。比如，甲为杀乙而去购买枪支，对杀人的

---

[336]【俄】斯库拉托夫、列别捷夫主编，黄道秀译：《俄罗斯联邦刑法典释义（上册）》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 92 页。

[337] 引自陈立、陈晓明主编：《外国刑法专论》，厦门大学出版社 2004 年版，第 286 页。

不法侵害来说，甲购买枪支只是杀人的预备行为，而非杀人的实行行为，所以，乙即使知道甲正在购买枪支准备杀害自己，也不能对甲进行正当防卫。至于如何去判断某种行为能否构成不法侵害的实行行为，则应当根据关于实行行为的理论学说或相关法律规定予以认定。举例来说，甲携带凶器在银行门口盯上刚取了钱的乙，并开始紧紧尾随在乙身后，意图到人少僻静之处用暴力实施抢劫；在此情况下，因根据《澳门刑法典》第 21 条第 2 款c）项规定，甲尾随乙的行为可视为抢劫罪的实行行为，[338]而非抢劫罪的预备行为，故乙一旦发现，理论上就可以对甲进行正当防卫。[339]

2、对已经结束的不法侵害不能进行正当防卫

有学者认为，“不法侵害的终止应以不法侵害的危险是否排除为其客观标准”，[340]这种观点具有合理性。本教科书认为，判断不法侵害是否已经结束，一定要结合当时的具体情况进行分析；如果在当时的情况下，不法侵害的行为人不可能再把不法侵害实施下去的，即应视为不法侵害已经结束，对不法侵害人不能再进行正当防卫；如不法侵害者已经离去，或在侵害过程中确已自动放弃侵害，或不法侵害人已被制服或已失去继续侵害能力的，都应视为不法侵害已经结束。举例来说，甲男乘乙女丈夫不在家时进入乙家对乙实施强奸，乙反抗并将石灰撒入甲眼中，甲因眼看不见只能坐床上揉搓眼睛，再无法对乙实施奸淫行为，乙乘机逃出屋外，恰逢丈夫回家，便告知此事；乙丈夫愤怒之下持棍入室，将正在床上揉眼睛的甲打成重伤。此案表明，在当时情况下，甲实际上已失去了侵害能力，不可能再把强奸行为实施下去，故应视为强奸的不法侵害已经结束，对甲的强奸行为来说，已不再具备正当防卫的时间条件；在此情况下，乙丈夫将甲打成重伤的行为尽管具有减轻处罚的情节，但不具有正当防卫的性质，仍属一般意义上的故意伤害行为。

应当注意的是，判断不法侵害是否已经结束，不能同犯罪是否既遂混为一谈；只要不法侵害对法益造成的危险或损害还存在，就允许对不法侵害进行正当防卫，尤其是对现行犯。比如，当盗窃者拿着他人钱包逃跑，被害人或其他人在追赶过程中，就允许对盗窃者行使正当防卫权。而对于继续犯如“非法剥夺他人行动自由罪”（第 152 条）、“绑架罪”（第 154 条）来说，只要不法状态处于继续之中，就应当认为不法侵害没有结束，可以进行正当防卫。

在大陆法系刑法理论中，对不符合正当防卫时间条件的所谓“防卫”行为，称之为“防卫不适时”，“防卫不适时”具体又可分为对处于预备阶段的不法侵害进行“防卫”的“事前防卫”，以及对已经结束的不法侵害进行“防卫”的“事后防卫”。不管是“事前防卫”还是“事后防卫”，只要是“防卫不适时”，就不能成立正当防卫。

（三）正当防卫的目的条件

所谓正当防卫的目的条件，就是指防卫人对正在发生的不法侵害实施反击的目的，是为了保护本人或他人的合法权益。在刑法理论中，学者们通常将正当防卫的目的条件称之为防卫意图，即防卫意图要具有正当性。防卫意图是否能够作为正当防卫的成立条件，理论上是有分歧的。有的学者对此持否定态度，认为“防卫行为不少是突然反射地实施的，以防卫的意思为要件就会显著地缩小其成立范

[338] 关于实行行为的认定，详见本教科书第七章“故意犯罪的未完成形态”。
[339] 如果事实并非如乙所想，也可按“假想防卫”情况处理。
[340] 新纪元高等政法院校系列教材：《刑法学》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 55 页。

围”；[341]同时，行为是违法还是适法，应当是客观的，不应当考虑行为人的主观因素。但也有学者持肯定态度，认为，“防卫行为，首先必须基于防卫意思才能承担”；[342]如果“连仅仅偶然地产生了防卫的结果时和明显以犯罪的意图实施了时的情形，都视为正当防卫，是不妥当的。而且，毋庸置疑的是，刑法中的行为应该由主观的要素和客观的要素来构成，对防卫行为也必须如此。防卫的意思，应该是作为违法性阻却事由的正当防卫行为中的主观的正当化要素”。[343]有葡萄牙学者也持肯定态度，认为对阻却违法性的合理理由来说，“要求有合理理由的主观要素的真正原因在于：合理理由的客观要素仅用于阻却结果的非价，而主观要素则用于表明行为的非价。如果有人对合理理由的客观要素缺乏认识，那么，他所做的行为，就与不出现合理理由情况下实施的正犯行为一样，主观上应受到否定性评价。换言之，他在行为时的主观意愿，就是要实施符合构成要件的不法行为，故其行为本身也是非价的。所以，合理理由的主观要素，应该被视为对违法性的阻却是不可或缺的”。[344]

本教科书赞同防卫意图正当化之必要说，即不具备正当化防卫意图的“防卫”行为，不成立正当防卫。从防卫意图的正当化条件出发，以下三种情况是值得注意的：

1、关于偶然防卫

所谓偶然防卫，就是指虽然某种不法侵害正在发生，但“防卫”人在不知情的情况下对该不法侵害者实施了一种侵害行为，客观上产生了与正当防卫相同的效果的情形。比如，甲正在自己家中强奸乙女，丙在不知情的情况下，仅仅是为了杀甲而冲入甲家，并将甲杀死，从而客观上制止了甲对乙女的不法侵害。在这种情况下，丙就属于偶然防卫，并因主观上不具有行为前确立的反击不法侵害的防卫目的，缺乏防卫意图的正当化条件，故不成立正当防卫，对丙仍应以故意杀人（既遂）论处，[345]*惟*其阻止甲实施强奸不法侵害的事实，可作为酌定减轻处罚的理由考虑。

2、关于相互斗殴

在通常意义上，相互斗殴是指斗殴双方各自出于不法侵害的故意而向对方发起攻击的行为。在早期的、传统的日本刑法理论中，基于“打架双方都不对”的理念，很多学者均认为在相互斗殴中因不具备防卫意图的正当化，故不存在正当防卫问题，这一传统观点至今仍有很强的影响力。但是，后来相互斗殴不存在正当防卫的观念在日本刑法理论界受到了挑战，不少学者认为，即便是相互斗殴，如果一方急剧加重攻击强度，如从赤手空拳突然变为持有武器；或者一方决意中止斗殴并向对方作出明确表示，而另一方置之不理继续侵害的，那么，在这两种情况下，攻击强度明显处于弱势的一方，或决意中止斗殴的一方，就可以对另一方的侵害进行正当防卫。本教科书赞同此观点，有的俄罗斯学者也持类似的观点，认为“对打斗中致人死亡或造成重伤的某些情形也可能适用防卫规定。……⑴打架的一方已经大大超出了斗殴的限度而力图造成更严重的损害，并且⑵一方已经放弃继续打架或事实上已经终止打架（跌倒、开始逃走等），而另一方还继续打

[341]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 331 页。
[342]【德】耶赛克等著，西原春夫监译：《德国刑法总论》（第 5 版），成文堂 1999 年版，第 259 页。转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 350 页。
[343]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 331 页。
[344]【葡】迪亚士：《刑法总论 I》,葡萄牙科英布拉出版社 2007 年第二版，第 392 页。
[345] 但也有少数学者认为，在此情况下，因客观上不存在“违法结果”，故主张按故意杀人未遂论处。

人”。[346]只不过俄罗斯学者与日本学者不同的地方在于，俄罗斯学者是将两种情况合二为一，即两种情况同时具备才会产生正当防卫权，而日本学者认为只要具备其中一种情况就可以进行正当防卫。

3、关于防卫挑拨

所谓防卫挑拨，就是指“故意地挑逗对方进行不法侵害而借机加害于不法侵害人的行为”。[347]防卫挑拨能否构成正当防卫，学者之间看法不一致，主要有否定说、限定说和并存说三种观点。

（1）否定说。该说认为，在防卫挑拨情况下不存在正当防卫，因“该不法侵害是在挑拨人的挑逗下故意诱发的，其主观上具有犯罪意图而没有防卫意图，客观上实施了犯罪行为，因而依法构成犯罪”；总之，[348]“为了在正当防卫的外衣下伤害对方，而故意挑衅对方实施侵害行为的，不能以正当防卫或者其他任何紧急权利为由伤害对方”。[349]

（2）限定说。该说认为，在防卫挑拨情况下，可以存在有限度的正当防卫权。因为“如果行为人故意挑起侵害行为，以便在正当防卫的幌子下能够对侵害人进行侵害，这一所谓的维护法秩序的观点应当被法律否定（故意挑衅）。在大多数情况下，此等所谓的防卫行为的合法化是被否定的。但是，并不能完全否定挑衅人的正当防卫权，……在不可能回避的场合，挑衅人也应当有权进行正当防卫，因为，法律不允许将其逼到这样一种毫无出路的境地，他要么不防卫任由侵害人侵害他的身体和生命，要么接受刑罚处罚”。[350]所以，在防卫挑拨的情况下，挑拨者的正当防卫权只能是一种受限制的正当防卫权，“根据这种理解，防卫者首先应该避开对方进攻，采用‘抵抗’性措施前，应该尽可能地采取‘防护’性措施[351]，无论如何，他应为造成正当防卫状况（从过失的角度来看）承担责任”[352]

（3）并存说。该说认为，在防卫挑拨情况下，防卫意思与攻击意思可以并存，*惟*两者相比，如果攻击意思处于优越的支配地位，则防卫行为应被否定；反之，如果防卫意思处于优越的支配地位，防卫行为就能成立。比如，有日本判例的判示认为，“不是仅以专门出于防卫的意思为必要，即使并存其他附随的攻击意思，只要它与防卫意思相比不是主要的，不妨称为正当防卫”。[353]

从以上三种学说来看，限定说和并存说实际上并没有本质上的区别，因为当防卫意思占主导地位时，根据限定说也就产生了有限度的正当防卫权。本教科书赞同限定说和并存说的观点，并认为在防卫挑拨情况下，绝对排除正当防卫权是不妥的；尽管挑拨者对由此发生的不法侵害须承担相应的责任，但在无法回避的情况下，应当允许其进行适当的正当防卫。比如，甲故意用刺激性的语言挑拨乙对自己实施殴打，意图通过反击来伤害乙；但乙实施的不法侵害强度超出了甲的预料，乙使用了甲事先并不知道的刀具对甲进行攻击；在这种情况下，甲应先尽

---

[346]【俄】斯库拉托夫、列别捷夫主编，黄道秀译：《俄罗斯联邦刑法典释义（上册）》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 93 页。

[347] 陈兴良：《陈兴良刑法学教科书》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 115 页。

[348] 新纪元高等政法院校系列教材：《刑法学》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 53 页。

[349]【德】冈特.施特拉腾韦、洛塔尔.库著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 169 页。

[350]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 416-417 页。

[351] 实际上就是指相对比较温和的防卫手段。

[352]【德】冈特.施特拉腾韦、洛塔尔.库著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 170 页。

[353] 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 353 页。

可能采取回避的方法，逃避乙的攻击；在无法逃避的情况下，方可进行正当防卫，并应尽可能控制对乙的反击强度。

（四）正当防卫的对象条件

所谓正当防卫的对象条件，就是指防卫行为只能针对不法侵害者本人，[354]正如有学者指出的那样，“‘防卫’行为，在其性质上必须是指向侵害者的反击”。[355]因此，凡是对非不法侵害者的第三者实施的攻击行为，都不能成立正当防卫；具体如何处理，要根据不同情况作具体分析。比如，对明知是非不法侵害者的第三人故意造成损害的，此情况应按照刑法规定，以故意犯罪论处。又比如，防卫人在防卫过程中误将非不法侵害者的第三人当成不法侵害者而造成损害的，按“假想防卫”的处理原则定性。

关于正当防卫的对象条件，理论上比较值得注意的是误伤情况。举例来说，甲见乙用枪向其射击，便也用枪进行还击，但子弹贯穿乙后又打中边上与不法侵害无关的丙，致乙和丙两人死亡。在这种情况下，甲打死乙属正当防卫并无异议，但甲打死丙属什么性质的行为，学者间则有正当防卫、假想防卫和紧急避险三种不同观点。一般来说，更多的学者还是认同紧急避险的观点。因为丙实和不法侵害无关，认定甲打死丙是正当防卫，不符合正当防卫的前提条件；其次，甲也并非将丙视为不法侵害人，不属于在防卫对象方面的认识错误问题，故也不能作假想防卫处理。所以，从某种意义上说，甲归根结底是为了保护自己而开枪并避免了危险，认定甲打死丙的行为构成紧急避险有其合理性。本教科书赞同紧急避险的观点。

三、正当防卫的归责条件

何谓正当防卫的归责条件？其实，这里讲的正当防卫的归责条件，就是指正当防卫的行为是否超过了防卫的必要限度。超过者，正当防卫的行为人应承担相应的刑事责任；不超过者，则不罚。学者们通常将超过防卫必要限度的正当防卫称之为防卫过当。

（一）防卫过当的性质与地位

所谓防卫过当的性质，简单地说，就是指正当防卫的必要限度究竟是正当防卫的成立条件，还是正当防卫人负刑事责任的条件。从目前情况来看，绝大多数涉及正当防卫的理论书籍，均将正当防卫的必要限度作为正当防卫的成立条件即限度条件来阐述，[356]言外之意，如果防卫人的防卫行为超过了必要限度，即使上述四个条件符合了，其行为也不成立正当防卫。本教科书认为，这种传统的观点是值得商榷的，本教科书之所以将正当防卫的必要限度从正当防卫的成立条件中分离出来，并将其视为正当防卫的归责条件，主要基于下列两个方面的原因：

1、理论上的原因

从理论上我们不难作出这样的判断：对不法侵害进行反击的防卫行为是否属于正当防卫，关键是看其行为符不符合上述四个条件，即前提条件、时间条件、目的条件和对象条件；防卫行为只要符合了上述四个条件，就完全可以认定该等防卫行为在性质上属于正当防卫；即使防卫行为超过了必要限度，构成防卫过当，也不会改变其正当防卫的性质。这就是说，正当防卫是否能够成立与正当防卫是

---

[354] 如果是由多个人共同实施的不法侵害，则每一个共同犯罪人都可以成为防卫行为的对象。

[355]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 329 页.

[356] 如中国大陆所有的刑法教材及刑法理论书籍，均将正当防卫不得超过必要限度视为正当防卫的成立要件之一。

否超出必要限度是两码事，防卫过当是以正当防卫为前提的，没有正当防卫就没有防卫过当，只有正当防卫，才有防卫过当的问题。比如，在德国曾发生这样一个案例：被告人与妻子的父亲和哥哥发生争吵，父亲用拳头殴打被告人的后脑部，哥哥用刀袭击被告人；于是，被告人拿出手枪，父亲见状便逃走了，而后被告人连开四枪，其中一枪打中哥哥的大腿，另一枪打死了妻子。德国法院在判决中指出，被告人对其兄开枪时，存在正当防卫的状况，但开枪打伤其兄的大腿后，就不存在正当防卫的状况；既然不存在正当防卫的状况，后面的开枪行为就不是防卫过当行为。此案很明显地表明，要构成防卫过当，首先要求存在正当防卫状况，也就是其防卫行为属于正当防卫，否则，就不会有防卫过当的问题。此案中，甲打死妻子的行为之所以不属于防卫过当，就是因为该等行为不符合正当防卫的对象条件，将非不法侵害者当成不法侵害者，这样的“防卫”行为根本就不能成立正当防卫，当然也不可能是防卫过当。

2、立法上的原因

有的国家或地区的刑法典在关于正当防卫的规定中，也表明了正当防卫与防卫限度之间不具有必然联系的立法原意。比如，《中华人民共和国刑法典》第 20 条第 1 款规定，“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任”。从这一规定可以看出，正当防卫的本质就是制止不法侵害，至于制止不法侵害的行为是否超出必要限度，不属于正当防卫的成立条件，不影响正当防卫的成立。接下去，《中华人民共和国刑法典》第 20 条第 2 款规定，“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任”。该款规定实际上就是上款的但述性规定，即：只要符合第 20 条第 1 款规定，就构成正当防卫，而正当防卫一般是不用负刑事责任的；但是，如果正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，则应负刑事责任。这种但述性规定的本意非常清楚，也就是只有在成立正当防卫的前提下，才可能发生防卫过当的问题。

类似的立法例也包括《澳门刑法典》第 31 条关于正当防卫概念的规定，即“为击退对行为人本人或第三人受法律保护之利益正在进行之不法侵犯而作出之事实，如其系击退该侵犯之必要方法者，为正当防卫”。本教科书认为，该条文中所指的“必要方法”，是以能否制止不法侵害为标准的，换句话说，只要是能够制止不法侵害的方法，都属于“必要方法”，至于“必要方法”是否超过限度，并不影响正当防卫的成立。这一解释实际上也被第 32 条第 1 款关于防卫过当的规定所佐证，因为根据该款规定，“在正当防卫时采用之方法过当者，该事实为不法”;“在正当防卫时”的表述清楚地表明，只有在成立正当防卫的前提下，防卫人采用的“必要方法”超过了一定限度，才会构成防卫过当。

综上所述，本教科书认为，正当防卫的成立条件与制止不法侵害的行为是否超过必要限度无直接关系。正当防卫在性质上可以分为不负刑事责任的正当防卫和负刑事责任的正当防卫。前者反映了正当防卫的主流本质，具有普遍性和一般性；而后者作为一种例外，不代表正当防卫的主流本质。正是从这一意义上说，要考察制止不法侵害的行为是否超出必要限度，首先必须判断该等行为是否构成正当防卫；如果构成正当防卫，才有正当防卫是否超出必要限度的归责问题。

（二）防卫过当的认定标准

正当防卫一旦超出必要限度，即构成防卫过当（有学者也称之为“过剩防卫”），防为人对此应当承担相应的刑事责任，这一点无论是在理论还是在立法上，都是无异议的。“因为法秩序不允许对较小价值的法益或者对轻微的侵害行为，

以造成侵害人巨大损害为代价来进行防卫。因此，如果被攻击的利益和侵害人的侵害或危险之间的关系明显失衡，此等情况下的防卫是不被允许的”。[357]

那么，究竟如何来判断正当防卫的行为是否超出必要限度呢？换句话说，认定防卫过当的标准是什么？关于这个问题，理论上很难找到一个统一的答案。

不少日本学者以“相当性”的理论来解释正当防卫的必要限度，他们认为，在正当防卫过程中，防卫行为除属必要性外，还要求具有“相当性”。作为“相当性”的内容，既包括防卫行为与侵害行为在形态上的相当性，如对只是赤手空拳的不法侵害人，用刀子进行反击，就可以说欠缺相当性；也包括防卫行为保护的法益与防卫行为侵害的法益之间的均衡性，如不能为保护微不足道的法益而行使正当防卫权侵害了不法侵害人的重大法益。[358]此外，也有的学者用“客观需要说”来解释正当防卫的必要限度，他们认为，防卫行为只要是为制止不法侵害所需要的，就是没有超过必要限度。[359]

本教科书认为，判断正当防卫是否超出必要限度，不能机械地套用“相当性”学说。比如，就手段的相当性而言，对赤手空拳的不法侵害能否用刀子进行防卫，一定要从实际情况出发；如果是多个人赤手空拳打一个人，或不法侵害人为一懂武术之人，而被打者为一不懂武术之人，就应当允许被打者用棍子或刀子进行防卫。同样，就利益的相当性而言，也不能是绝对的。正如有学者指出的那样，“就正当防卫行为的合法性而言，并不要求正当防卫是为保护重大利益。根据案件情况，当对攻击的行为不能以其他方式进行防卫时，即使最微不足道的法益也可以通过杀死攻击者的方法来加以保护”。[360]至于“客观需要说”，则很容易将正当防卫的限度无限扩大，因为即使是明显超出防卫限度的防卫行为，对制止不法侵害来说，仍然可以说是一种客观需要。

关于防卫过当的认定标准，本教科书比较赞同“最小限度说”的观点。[361]因为从制止不法侵害的手段方法、防卫强度考察，不同的防卫手段或防卫强度实际上都可以达到制止不法侵害的效果；在这种情况下，正当防卫人采取最小限度的防卫手段或防卫强度显然是最稳妥的。比如，对某种不法侵害进行正当防卫，如果将不法侵害人打倒制服、打伤或打死，都可以有效制止不法侵害的话，那么，将不法侵害人打倒制服就是“最小限度”的最稳妥的防卫手段或防卫强度；在此情况下，如果正当防卫的行为人是用将不法侵害人打伤或打死的防卫手段或防卫强度来制止不法侵害，就属于防卫过当。当然，这仅仅是从理论上得出的结论，具体如何来认定哪一种防卫手段或防卫强度才是“最小限度”的防卫手段或防卫强度，应当从实际情况出发，对不法侵害行为和防卫行为的强度、法益轻重、时间缓急程度、不法侵害人和防卫人的个人特征等各种情况作具体分析。比如，有学者对此作了比较精彩的对比：“如果一个少女顺手拿起手边的水果刀杀伤或杀死了企图强奸她的人，完全符合防卫的必要；但如果是一个可以轻易制服对手的空手道冠军，扭断小流氓胳膊的行为，就是过当了”。[362]再比如，甲想劝止喝醉酒已东倒西歪的乙撒野，不料乙却对甲进行殴打，恼怒之下，甲用酒瓶将乙打成

[357]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 418 页。

[358] 参阅马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 358 页和第 359 页。

[359] 陈兴良：《陈兴良刑法学教科书》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 117 页。

[360]【德】李斯特著、施密特修订、徐久生译、何秉松校订：《德国刑法教科书（修订译本）》，法律出版社 2006 年版，第 225 页。

[361] 参阅马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 357 页。

[362]【意】杜.帕多瓦著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 166 页。

重伤，在这种情况下，甲正当防卫的行为显然不是“最小限度”的防卫手段，因为甲完全可以用不重伤乙的方法制止乙的不法侵害，故构成防卫过当。

值得一提的是，在《中华人民共和国刑法典》中，规定了一种被学者称之为“无过当之防卫”，即“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡，不属于防卫过当，不负刑事责任”。本教科书认为，在立法上对上述严重危及人身权利的暴力性犯罪规定无过当之正当防卫是否妥当，乃是一个值得研究的问题。首先，在司法实践中，正当防卫权的行使通常都是由危及人身权利的暴力性犯罪引发，这样一来，似乎绝大多数的正当防卫都属于“无过当之防卫”了，这是否合适呢？其次，这种绝对性的规定很难符合实际情况。比如，当一精通武术的女性深夜遭遇抢劫时，她完全可以轻而易举地制服抢劫犯，以制止不法侵害，但她却将其打死，是否有防卫过当存在呢？

（三）防卫过当的刑事责任

对超出必要限度的正当防卫行为，各国或各地区的刑法典都明确规定须负相应的刑事责任，但通常也规定可以减轻或免除处罚。如根据《中华人民共和国刑法典》、《日本刑法典》规定，对防卫过当的，可以减轻或免除处罚；根据《葡萄牙刑法典》和《澳门刑法典》规定，对防卫过当的，可以特别减轻刑罚；《德国刑法典》虽然没有关于对防卫过当可以减轻或免除刑罚的规定，但理论上仍然认同可以减轻处罚。

除此之外，有的国家或地区的刑法典包括《澳门刑法典》对正当防卫人因惶恐、害怕等心理因素而造成防卫过当的情况，作出了免责性的规定。由于这种免责性的规定属阻却责任的范畴，故本教科书将在有关阻却责任的章节中统一阐述。

（四）防卫过当的罪过形式

防卫过当既然要负刑事责任，那么，在定罪时究竟是按故意犯罪还是按过失犯罪处罚，这就涉及到防卫过当的罪过形式问题。关于这个问题，理论与立法上都不完全一致，大致可分为以下三种观点：

第一种观点是故意说。该观点认为，正当防卫人在进行防卫时，对其行为过程及行为结果主观上都有认识，在意志形态上也都是抱希望或容忍的态度，因此，防卫过当的罪过形式自然是故意，包括直接故意和间接故意，对防卫过当应按故意犯罪论处。比如，甲在正当防卫过程中将不法侵害人打死，若构成防卫过当，则按故意杀人论处。这一观点也是以德国、日本为代表的大陆法系刑法理论界的通说，因为在大陆法系刑法理论中，学者们普遍认为，故意仅是针对行为事实和行为结果而言的，行为人是否认识到自己的行为违法，不包括在故意的认识范围之内，不影响故意的成立。正因为如此，在《德国刑法典》和《日本刑法典》中，都没有规定防卫过当的罪过形式。

第二种观点是过失说。该观点认为，在防卫过当的情况下，由于防卫人的防卫目的是正当的，因此主观上不可能是犯罪的故意，只能是过失，故对防卫过当的行为，应当按过失犯罪论处。此说只是一种理论上的观点，并未见诸于立法例。

第三种观点是故意和过失并存说。该观点认为，防卫过当的罪过形式既可以是故意，也可以是过失。具体是故意还是过失，视不同情况而定。为此，有的国家的刑法典对过失构成的防卫过当作了规定。比如，根据《意大利刑法典》第55条规定，在正当防卫、紧急避险等情况下，“因过失而超过由法律或主管机关规定的限度，或者超过取决于需要的限度，如果行为被法律规定为过失犯罪，适

用关于过失犯罪的规定”。《巴西刑法典》也有类似的规定，即“行为人过失地超越合法防卫的限度，如果实施的行为应受过失罪惩罚的，应当负刑事责任”。《奥地利刑法典》则规定，“逾越正当程度之防卫，或显不相当之防卫，如纯系由于慌乱、恐惧或惊愕者，以其因过失而逾越，且对其过失行为有处罚之规定者为限，罚之”。

本教科书赞同第一种故意说的观点，因为从故意和过失的本意考察，故意和过失均是针对行为事实包括行为结果而言的；而在正当防卫情况下，行为人既然主观上对其行为事实都有认识，这就表明行为人主观上是有故意的，只不过在正当防卫没有超出合理限度，也就是不构成防卫过当的情况下，这种故意因违法性被阻却，所以也就不再具有实际意义；但是，如果正当防卫超出合理限度而构成防卫过当时，这种故意将被“复位”，并成为追究防卫人刑事责任的主观基础。据此，本教科书认为，对防卫过当主观罪过的考察，不能同“假想防卫”相提并论，“假想防卫”之所以可以阻却故意，乃是因为行为人对事实发生了错误认识，而防卫过当并不存在事实上的认识错误。《澳门刑法典》对防卫过当的罪过形式既然没有作出特别规定，那么，对防卫过当的行为按故意犯罪论处是比较合理的做法。

第三节　阻却违法性的紧急避险

紧急避险与正当防卫一样，也是司法实践中比较常见的一种阻却违法性的行为。*惟*在理论上由于学者之间对紧急避险的性质认识有异，故关于紧急避险的立法也存在较大的差异，有的国家或地区的刑法典只规定了一种紧急避险，也就是阻却违法性的紧急避险，有的国家或地区的刑法典则规定了两种紧急避险，除规定了阻却违法性的紧急避险外，还规定了免除责任的紧急避险。因此，要正确理解《澳门刑法典》关于紧急避险的规定，首先要对紧急避险的性质从理论上有所认识。

一、紧急避险的性质

所谓紧急避险，通常是指面对某种现实的危险，行为人在不得已的情况下实施了避险行为，而这种旨在保护受危险威胁的合法权益的避险行为，同时又侵害了与危险之发生无关的他种合法权益。正如有德国学者指出的，紧急避险是指“只能够通过侵害他人的正当利益来避免要保全的正当利益所面临的现实危险的状态”。[363]由此可见，在紧急避险情况下，必然存在两个合法权益：一个是被危险威胁而要保护的合法权益，另一个是遭避险行为侵害而被牺牲的合法权益。正因为如此，面对两种合法权益，紧急避险权的行使理应受到严格的条件限制。

（一）关于紧急避险性质的学说

然而，从法律上要给紧急避险下一个确切的定义，则颇为不易。原因在于学者之间对紧急避险的行为为什么不受处罚的解释各不相同，这一问题直接涉及到紧急避险行为的性质。对此，理论上主要有四种观点：

第一种观点是阻却处罚事由说。该学说受中世纪宗教法中“紧急不具有法律”格言之影响，认为在紧急情况下作出的避险行为体现了人情的弱点，行为人不再被法律要求去做合法的行为，故基于公平原则不受处罚。

第二种观点是阻却违法性事由说。该学说认为，“在紧急避险情况下实施的

[363] 转引自【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 423 页。

符合构成要件的行为，从社会的整体利益来看，必须被视为完全是理智的、有益的、适当的行为方式；尤其当不实施此等虽然同样对一定的法益造成损害的紧急避险行为，就会产生更大的损失，且社会利益将更多地被减少（如中止妊娠以挽救孕妇的生命），则更是如此。在这些将紧急避险行为视为实现法律予以认可之目的的适当手段情况下，必须认定存在合法化事由”。[364]也有日本学者认为，根据利益权衡原则，当受保护之权益价值大于被牺牲之权益价值时，避险行为显然阻却了行为的违法性；即便是两种权益相等，避险行为也是法所容许的放任行为，阻却违法性。[365]

第三种观点是免除责任事由说。该学说认为，在紧急避险情况下实施的避险行为因侵害了他种合法权益，故应视为违法行为，不能阻却违法性。但因行为人之所以实施避险行为，是在没有选择的情况下不得已而为之，也就是在当时情况下，不能期待行为人采取其他不侵害合法权益的方法来达到避险目的，所以，在紧急避险情况下，避险行为人因缺乏期待可能性而等同于失去了责任能力，故紧急避险不负刑事责任，乃属于免除责任的事由。

第四种观点是二分说或折衷说。该学说认为，紧急避险行为不负刑事责任究竟是阻却违法还是免除责任，不同情况应作不同解释：在受避险行为保护之权益价值与被避险行为牺牲之权益价值具有可比性的情况下，只要受保护权益之价值大于被牺牲权益之价值，就属于阻却违法性事由的紧急避险。反之，在两种合法权益不可比的情况下，只要避险行为确实是在缺乏期待可能性的情况下实施，就属于免除责任事由的紧急避险。值得注意的是，大多数持二分说观点的学者认为，因一般情况下，受保护之权益与被牺牲之权益的价值都具有可比性，所以阻却违法性是紧急避险不负刑事责任的主要依据，这是一种原则，如为救火而破门闯入他人住宅，被狗袭击者为保护自己而杀死他人之狗，汽车司机为挽救病人生命而违章逆向行驶，等等。而免除责任则是紧急避险不负刑事责任的次要依据，是一种例外，如受保护的权益是人的生命权益，被牺牲的权益也是人的生命权益，在这种情况下，两个生命权益之间就不具有可比性，既然权益不可比，就不能适用利益权衡原则，而只能运用期待可能性理论来免除责任。这种以阻却违法性事由为原则、以免除责任事由为例外的二分说，也是德国刑法理论之通说。

（二）评析

本教科书认为，以上四种学说中，阻却处罚事由说显为不妥，因为在一个法治社会中，即使紧急情况下的行为也应当受到法律制约，否则，法秩序就会受到破坏。其次，阻却违法性事由说和免除责任事由说也都有明显的欠缺之处，就阻却违法性事由而言，从利益权衡原则出发来排除紧急避险的刑事责任，虽具有合理性，但无法解释权益不可比的情况；而就免除责任事由说而言，以缺乏期待可能性为由排除紧急避险的刑事责任，虽对于权益不可比的紧急避险具有合理性，但在权益可比的情况下，将避险行为视为违法行为则不符合社会相当性的理论。由此可见，无论是从理论还是从实践考察，以阻却违法性事由为原则，以免除责任事由为例外的二分说，应当是一种比较合理、比较科学的观点。

二、紧急避险的立法例

理论是立法的指导和依据。由于在紧急避险的性质上有不同的学说，因此，

[364]【德】李斯特著、施密特修订、徐久生译、何秉松校订：《德国刑法教科书（修订译本）》，法律出版社2006年版，第229页。

[365]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社2003年版，第339页和第340页。

各国或各地区刑法典关于紧急避险的立法也有所不同。目前，关于紧急避险的规定主要有以下几种立法例：

（一）只规定阻却违法性紧急避险的立法例

此立法例以利益权衡原则为基础，明确规定在紧急避险情况下，受保护的权益价值必须大于被牺牲的权益价值，否则，即属避险过当，具有可罚性。采此立法例的主要有日本、俄罗斯等国家的刑法典。比如，根据《日本刑法典》规定，构成紧急避险，避险行为所产生之危害（被牺牲之权益价值）不得超过其所欲避免之危害限度（受保护之权益价值）；《俄罗斯刑法典》也明确规定，如果避险行为造成的损害（被牺牲之权益价值）等于或者大于所防止的损害（受保护之权益价值）的，则认为是避险过当；类似的立法例还包括《中华人民共和国刑法典》，《中华人民共和国刑法典》虽然只是笼统地规定紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，并无明确指明保护的权益一定要大于被牺牲的权益，但中国大陆刑法学界都一致认为，紧急避险的必要限度，就是指紧急避险所造成的损害，必须小于所避免的损害。[366]

（二）只规定合二为一的紧急避险的立法例

此立法例以二分说为基础，虽然只规定了一种紧急避险，但该等紧急避险包含了阻却违法性的紧急避险和免除责任的紧急避险。采此立法例的如意大利等国家的刑法典。比如，根据《意大利刑法典》规定，在紧急避险情况下，只要避险行为与所面临的危险相对称，避险行为就不受处罚。何谓对称？比如，甲为了逃脱绑匪的追赶而被迫偷车逃跑的行为（此紧急避险显属阻却违法性的紧急避险），甲为了拯救自己而将一个昏迷的同伴从舢板上仍在水里的行为（此紧急避险显属免除责任的紧急避险），都可以构成受保护之权益价值与被牺牲之权益价值“对称”的紧急避险。[367]正因为如此，有意大利学者认为，在紧急避险性质问题上，《意大利刑法典》可以说是采取了一种名副其实的折中主义，即将阻却违法性事由说和免除责任事由说揉合为一种紧急避险。[368]

（三）分别规定两种不同紧急避险的立法例

此立法例虽然也是以二分说为基础，但为示区别，立法者对阻却违法性的紧急避险和免除责任的紧急避险分别作了规定，因而在刑法典中就有了两种不同的紧急避险。采此立法例的有德国、葡萄牙等国家的刑法典。比如，《德国刑法典》第 34 条规定的是“阻却违法性之紧急避险”，构成该等紧急避险，受保护之权益必须大于被牺牲之权益，否则不足以阻却违法性；而第 35 条规定的则是“免除责任之紧急避险”，构成该等紧急避险强调的不是利益权衡原则，而是避险行为人应缺乏期待可能性。《葡萄牙刑法典》参照了《德国刑法典》立法例，其第 34 条和第 35 条分别规定了“紧急避险权”（也就是阻却违法性的紧急避险）和“免除责任之紧急避险”。

三、阻却违法性紧急避险的成立条件

《澳门刑法典》是以《葡萄牙刑法典》为蓝本的刑法典，其关于紧急避险的立法完全等同于《葡萄牙刑法典》。在《澳门刑法典》中，第 33 条规定的“紧急避险权”就是阻却违法性的紧急避险，而第 34 条规定的“阻却罪过之紧急避险”则为*免除*责任的紧急避险。因本章只涉及违法性问题，故《澳门刑法典》第 34

366 赵秉志主编：,《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 266 页。

367【意】杜.帕多瓦著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 158 页。

368 同上，第 156 页。

条关于免除责任之紧急避险的规定，将在下一章“有责性”中阐述。

应当注意的是，阻却违法性的紧急避险不仅为《澳门刑法典》第 33 条所规定，而且也为《澳门民法典》第 331 条所规定，两个法典关于阻却违法性的紧急避险规定是完全相同的。从《澳门刑法典》第 33 条规定来看，构成阻却违法性的紧急避险，应当同时具备下列要件：

（一）避险行为的前提条件

根据《澳门刑法典》第 33 条规定，所谓避险行为的前提条件，就是指行为人实施的行为必须是“为排除威胁行为人本人或第三人受法律保护之利益之正在发生之危险而作出之事实”，简单地说，也就是指行为人本人或第三人的合法权益受到了正在发生的危险的威胁。对此前提条件的理解，理论上须把握以下几个方面的问题：

1、关于受危险威胁的利益范围

一般来说，法律所保护的利益可以分为两大类，即个人法益和社会公共法益（包括国家法益）。当个人法益如人身法益和财产法益受到危险威胁时可以实施避险行为，这并无异议；但当社会公共法益、国家法益受到危险威胁时能否实施避险行为，立法上则不尽相同。比如，《德国刑法典》第 34 条明确规定，除本人或他人之生命、身体自由、名誉、财产等个人法益受危险威胁时可以实施避险行为，其他法益受危险威胁时也可以实施避险行为，而其他法益当然可包括社会公共法益和国家法益。因此，正如有的德国学者指出的那样，“任何一种法益都能够承认紧急避险，其中包括公共法益（例如，粮食供给、交通安全、国家存亡利益等）”。[369]《中华人民共和国刑法典》第 21 条则更将国家、公共利益明确列为避险行为保护的法益。但在有的国家的刑法典如《日本刑法典》和《法国刑法典》关于阻却违法性紧急避险的条款中，则仅规定当个人法益受到威胁时方可实施避险行为，为此，该等国家的学者对社会公共法益和国家法益受到危险威胁时能否实施避险行为，理论上就存在分歧。如在日本，有的学者持否定说，理由是法律没有规定；而有的学者则持肯定说，理由是社会相当性理论，并认为当社会公共法益、国家法益受到危险威胁时实施的避险行为因法律没有规定，故属于超法规的紧急避险。

《澳门刑法典》第 33 条在受危险威胁的法益方面使用了“本人或第三人受法律保护之利益”的表述，这就涉及到对“第三人”的理解问题。本教科书认为，这里讲的“第三人”，首先是指除本人之外的其他人的个人法益，如在紧急情况下为保护孕妇生命而实施的堕胎行为；其次，这里讲的“第三人”还应当作广义上的解释，即包括了澳门社会的整体利益，如在发生自然灾害情况下为保护重要公共设施而采取适当的避险行为。由此表明，根据《澳门刑法典》第 33 条规定，当社会公共法益受到危险威胁时，亦可实施紧急避险行为。

2、关于危险的来源

与正当防卫不同的是，正当防卫只能是基于人的不法侵害行为才得以进行，而紧急避险中危险的发生则呈现出多元化的特征。具体地说，构成紧急避险的危险可以来自于自然灾害、突发事故，如在洪水来临的危急关头炸堤泄洪，汽车司机为抢救重病人而违反交通规则；危险也可以来自于动物的攻击，如动物园的猛兽逃出后闯入住宅小区可将其击毙；[370]危险还可以来自于人的不法行为，如因人

[369]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 435 页。

[370] 关于动物的袭击究竟是构成紧急避险还是正当防卫，要作具体分析。比如，同样是狗袭击人，如果是无

的故意或过失行为发生爆炸而引起的危险，*惟*需要注意的是，对合法行为是不能实施紧急避险行为的，如越狱犯为逃脱警察的追捕而擅自开走他人汽车就不能构成紧急避险。

3、关于危险的现实性

危险的现实性主要包括两个方面的内容：

第一，危险必须是现实的，而非假想的。如果行为人出于认识上的错误，误以为发生了某种危险而采取了所谓的“避险”行为，则构成“假想避险”。比如，远洋船在海上航行，因故障无法收听气象预报；夜晚海上突然刮起大风，船剧烈晃动，船长认为碰上台风，遂命令将船上货物抛下海，以避免船翻人亡，但很快风过浪平，只是一场虚惊。类似的例子还比如：甲男应乙女要求中止其怀孕，其理由是诊断到乙患有某种疾病，如果继续怀孕会危及其生命；其后发现，此为甲的误诊，乙并没有患上继续怀孕即威胁其生命的疾病。“假想避险”的行为不构成紧急避险，在法律没有特别规定的情况下，可按“假想防卫”即《澳门刑法典》第 15 条第 2 款关于事物状况之错误的规定处理。

第二，危险正在发生。所谓危险正在发生，首先就是指危险已经出现，或者说是迫在眉睫，如不采取避险行为，马上就会对合法权益造成实际损害。比如，山下村庄发生火灾，眼看火借风势越烧越大，如不采取措施，很快就会烧到山上，后果严重，这就是一种正在发生的危险；为此，军队动用坦克，将山边的屋子全部推倒，开出一条防火道，防止火势向山上扩展，这就属于对正在发生的危险采取的避险行为。当然，现实中的危险总是十分复杂的，危险是否已经出现，是否已对法益构成紧迫的危险，还需要结合实际情况作具体分析。正因为如此，“紧急避险作为一项法律原则的特殊性在于很难或不可能用固定的方法来规定它”。[371]

其次，如同正当防卫中的不法侵害一样，正在发生的危险也包括已经发生但还没有结束的危险状态，尤其继续犯，更是如此。比如，对非法剥夺他人行动自由的不法侵害来说，只要自由被剥夺的不法状态没有结束，就意味着危险正在发生，被害人在任何时候都可以实施正当防卫行为（针对不法侵害者本人）或紧急避险行为（如毁坏他人财产后脱逃）。

4、关于自招的危险

所谓自招的危险，就是指危险的发生是由避险行为人自己有责地（包括故意或过失行为）造成的。对自招的危险能否实施紧急避险行为，理论上存在分歧，主要有肯定说、否定说、区别说三种观点：

（1）肯定说。该说认为，避险行为往往是人的一种本能反应，法律对这种人的本能行为应持宽容的态度，即便是自招的危险，只要符合紧急避险的其他条件，也应当肯定紧急避险的成立。（2）否定说。该说认为，鉴于紧急避险过程中遭避险行为打击受损害的是与危险无关的第三者的合法利益，因而对紧急避险必须设定更严格的要求，如果危险是由避险行为人自己有责地造成的，就不能允许其再实施紧急避险行为来危害他人的合法权益。[372]（3）区别说。该说认为，对

人唆使的狗袭击，将狗打死属紧急避险；如果是受人唆使的狗袭击，将狗打死就属于正当防卫。

[371]【英】J.C.史密斯、B.霍根著：《英国刑法》，法律出版社 2000 年版，第 280 页。

[372] 比如，有的法国学者认为，“行为人没有过错，看来是成立紧急避险的必要条件”（引自[法]卡.斯特法尼著，罗结珍译：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 368 页）。有的前苏联学者认为，如果危险由于自己的罪过所形成，紧急避险就不能成立（引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 382 页。有的意大利学者认为，“紧急避险中的危险必须具备‘非自愿（形成）性’……这里的‘非自愿（形成）性’，意味着危险不是由行为人引起的”（引自[意]杜.帕多瓦著，陈忠林译：《意大利

自招危险全部肯定或全部否定紧急避险都是不符合实际的，正确的评价应当是通过区分不同情况后采取不同的处理方法。比如，有的学者人为，对故意自招的危险，原则上应当否定紧急避险权，但如果是为了保护他人的合法权益，仍应允许行使紧急避险权；至于对过失自招的危险，则应当肯定紧急避险权。也有学者认为，对故意挑拨引发的自招危险，应当否定紧急避险权，对因偶然情况下发生的自招危险（包括故意或过失自招的危险），则应当肯定紧急避险权。

就理论而言，在上述三种观点中，本教科书比较倾向于将自招危险分为故意和过失自招危险的区别说。因为对故意自招的危险之所以原则上应当否定紧急避险权，乃是因为危险状况是行为人有意造成的，行为人主观上的恶性远大于过失，他必须忍受自己恶意造成的危险；因此，为了充分保护无辜第三者的合法权益，不应当允许故意自招危险的行为人为了自己本人的合法权益再去损害他人的合法权益，即使保护的利益价值大于牺牲利益的价值，也不成立阻却违法性的紧急避险，仅可作为减轻处罚的因素考虑。至于对过失自招的危险来说，法律应体现出相应的宽容，允许成立紧急避险。比如，游客甲因过失致使森林起火，威胁到自己的生命，为了保命，甲擅自开走林场大卡车逃生，理应构成紧急避险。

应当指出，关于自招危险能否实施紧急避险，有的国家或地区的刑法典作了相应的规定，在这种情况下，自然应按法律规定处理。比如，根据《瑞士刑法典》第 34 条规定，紧急避险行为不处罚，但以该正在发生的危险非因行为人所致……为限；根据《葡萄牙刑法典》第 34 条规定，对因行为人己意造成的危险不得实施避险行为，除非避险行为是为了保护第三人之利益。但不少国家或地区，包括德国和日本的刑法典，对此都无规定。

《澳门刑法典》第 33 条与《葡萄牙刑法典》第 34 条一样，也明确规定要成立阻却违法性的紧急避险，必须是“危险情况非因行为人己意造成，但为保护第三人之利益者，不在此限”。本教科书认为，《澳门刑法典》第 33 条在自招危险问题上，显然是采用了区别说的观点。首先，所谓“己意”，实际上也就是指“有意”，“非因行为人己意”，也就是指相关危险不是行为人有意造成的，这就意味道着对出于行为人的故意所造成的危险，行为人不得实施紧急避险，但对因行为人的过失而造成的相关危险，仍然应当允许行为人行使紧急避险权。其次，即使是行为人有意自招的危险，法律也只禁止行为人为保护本人利益实施紧急避险，但不禁止行为人为他人的合法权益实施紧急避险。比如，甲与太太乙发生争吵，情急之中，甲将一花瓶向乙投去，打中乙头部，乙流血倒地，伤势严重；甲害怕，急送医院，为赶抢救乙的时间，多次闯红灯，逆向行驶，甲违反交通规则的行为应视为紧急避险。

（二）避险行为的主观条件

根据《澳门刑法典》第 33 条规定，行为人实施避险行为的目的，是“为排除威胁行为人或第三人受法律保护之利益之正在发生之危险”而所为，这种避险意思，就是成立阻却违法性紧急避险的主观条件，也有学者称其为避难意思的正当性，这一点与正当防卫主观目的的正当性是一样的。否则，如果行为人主观上没有这种正当的避险目的，避险行为无疑就成了一种非价的侵害他人合法权益或社会公共利益的行为，当然不应当阻却违法性。在上述对自招危险能否实施避险行为的分歧中，即便是同意对故意自招的危险也可以允许紧急避险的学者，也明确表示不允许行为人对挑拨性的自招危险实施紧急避险，其主要理由就在于挑拨

刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 159 页）。

。

性的自招危险的行为人，主观上不具备避险目的的正当性。[373]

除此之外，如同偶然防卫一样，如果客观上虽然已经发生了威胁到某种合法权益的危险，但行为人并不知晓，在这种情况下，即使行为人在损害第三者合法权益的同时，实际上又起到了保护该等合法权益的客观效果，也不能成立阻却违法性的紧急避险。比如，小偷甲乘保管员不注意时，潜入一地下仓库意图行窃，因保管员不知仓库里有人，便关上铁门离去；由于该仓库为一个星期才进出一次货且在地下，几天后小偷甲自知不妙便呼救，但无人知晓，其生命处于危险之中；恰在此时，小偷乙在不知情的情况下来到仓库，用专门工具打开铁门大锁，潜入仓库也意图行窃，*惟*触动警铃被抓。在这种情况下，虽然小偷乙的盗窃行为客观上救了小偷甲，但因缺乏避险目的的正当性而不能以紧急避险为由阻却其盗窃行为的违法性。

（三）避险行为的方法条件

根据《澳门刑法典》第 33 条规定，要成立阻却违法性的紧急避险，行为人所使用的排险方法必须是“排除该危险之适当方法者”，这就是成立阻却违法性的紧急避险的方法条件。在理论上，判断避险方法是否适当，应当包括以下三个方面的标准：

1、方法种类的适当

所谓方法种类的适当，就是指面对正在发生的危险，可以使用不侵害他人合法权益的方法来避险的，就不能使用侵害他人合法权益的方法来避险，否则，避险行为就是不适当的。对避险行为作方法种类上的限制，主要是因为避险行为保护和牺牲的都是合法权益，所以必须严格限定避险行为的使用，防止他人的合法权益受到不必要的侵害。为此，当危险发生时，只有在不得不使用侵害他人合法权益的方法来避险的情况下，避险行为才可能是适当的。比如，当船在大海遇上台风时，如果时间允许到附近避风港避风的，船长就不能采用将货物丢到海里的方法避险；只有在来不及去避风港避风的紧急情况下，才允许抛弃船上货物进行自助。

关于方法种类的适当性，很多国家或地区的刑法典如《德国刑法典》、《日本刑法典》、《中华人民共和国刑法典》都是以“不得已”作为适当性的标志性概念；有的国家或地区的刑法典虽没有使用“不得已”的表述，但这种方法种类的限制仍然是非常明确的，如《俄罗斯刑法典》关于“如果该危险不能用其他手段排除”的表述，就是对避险行为的方法种类作了相当清楚的限制。也正因为如此，几乎所有的学者在论述阻却违法性的紧急避险时，都把避险行为的“不得已”，视为成立紧急避险的必要条件。如日本判例认为，“不得已”是指“除损害他人的法益外其他没有救助之途的状态”；[374]有的德国学者认为，“不得已”是指“不能采用其他方法加以回避”，[375]也就是“对生命、身体、自由、荣誉、所有权财产或

---

[373] 对挑拨性的自招危险虽不能为保护本人利益实施避险行为，但如同本教科书在论述防卫挑拨时指出的那样，在一定条件下，却可以产生正当防卫权。比如，甲故意用刺激性的语言挑拨乙对自己实施殴打，意图通过反击来伤害乙；但乙实施的不法侵害强度超出了甲的预料，乙使用了甲事先不知道的刀具对甲进行攻击。在这种情况下，尽管甲的人身权益因受乙持刀攻击而处于危险之中，但由于这种危险属甲挑拨性的自招危险，因此，如果甲通过毁损他人财产的方法来避险，就不构成紧急避险，也就是不能以避险为由来阻却毁损行为的违法性。然而，在这种情况下，尽管属于防卫挑拨，但甲针对乙的持刀攻击的不法侵害行为，却可以有条件地针对乙进行正当防卫。

[374] 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 384 页。

[375] [德]汉斯海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社

者其他法益构成了现时的危险，又不能以别的其他方式而只能通过对同样受到了法律认可的利益的影响来排除的情况”；[376]有的意大利学者则将避险行为的“不得已”解释成避险行为的“不可避免性”；[377]我国台湾学者也认为，“阻却违法的避难行为，必须在客观上是出于不得已且不过当”。[378]

本教科书认为，《澳门刑法典》虽然和《葡萄牙刑法典》一样，没有直接使用“不得已”的表述，但我们决不能由此得出《澳门刑法典》第 33 条规定的阻却违法性的紧急避险并不需要“不得已”的避险方法种类方面的限制。基于此，在解释该条所指之“适当方法”时，首先必须包容“不得已”的含义。因此，如果当某种危险发生时，行为人只要还有其他不对他人合法权益造成损害的方法来避险的，如有逃避或及时求助政府机关的可能性时，就要利用这些可能性，而不能选择对他人合法权益造成损害的方法来避险，否则不能成立阻却违法性的紧急避险。须知，紧急避险毕竟不同于正当防卫，因为在正当防卫过程中，合法的防卫行为没有必要退让于不法侵害，但在紧急避险过程中，只要还有可能性，行为人则必须回避危险，以防止损害他人合法权益。

2、方法强度的适当

所谓方法强度的适当，就是指采用侵害他人合法利益的方法来避险时，应尽可能采用侵害强度较小的方法来达到避险的目的。如果能采用较小侵害强度的避险行为就可以达到避险目的，行为人却采用了侵害强度较大的避险行为来避险，其避险行为也是不适当的。有学者将此方法强度的适当，称之为避险行为的“最小限度手段性”，认为“行为人在排除危险时，只能选择损害最小的手段”。[379]当客观上存在数个都会对他人合法权益造成损害的避险方法时，就应当选择相对来说对他人合法权益损害最小的避险方法。

3、方法效果的适当

所谓方法效果的适当，就是指从社会上一般人的经验判断，行为人采用的避险行为客观上具有防止危险造成实际损害或减小实际损害的效果。如果因行为人的认识错误，避险行为客观上不可能达到避险效果，这样的避险行为同样是不适当的，不能阻却违法性。当然，避险行为客观上是否达到避险效果，那是另一码事，不影响避险行为的适当性。比如，为防止火灾扩展至山上而推倒山下房屋，开出一条防火道，本来，此方法是能够有效达到避险效果的，但由于突然气候发生变化，刮起大风，以至没有达到避险效果；在这种情况下，推倒房屋开辟防火道的避险行为仍然成立阻却违法性的紧急避险。

（四）避险行为的利益条件

根据《澳门刑法典》第 33 条，要成立阻却违法性的紧急避险，必须是“保全之利益明显大于牺牲之利益”，这就是避险行为的利益条件，也是区分阻却违法性的紧急避险与*免除*责任的紧急避险的主要标志。

但是，关于保全之利益与牺牲之利益的大小通过什么标准来比较，这在理论上是一个比较复杂的问题，很难找到一个统一的利益衡量标准，只能通过整体衡量，具体分析，才能找到一个相对合理的答案。如有的学者指出，“在这样的利益衡量中，相关财产的价值以及已经发生或者有可能发生的物质的和精神的损害，是进行评价时需要考虑的重要因素，但并非是唯一的或者是决定要素。被保

2001 年版，第 436 页。

[376]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译，法律出版社 2008 年版，第 169 页。

[377]【意】杜.帕多瓦著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 158 页。

[378] 许泽天著：《刑总要论》，台湾元照出版公司 2009 年第二版，第 132 页。

[379]【意】杜.帕多瓦著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 160 页。

护法益所受到危险的迫切程度以及危险的大小、相关法益的功能意义、避免危险的紧急避险行为的适当性程度、将会发生的损害的不可替代性、行为人对被害人是否具有保证人义务，最后，还有紧急避险人所追求的最终目的，等等，均应进行综合的衡量”。[380]总之，对保全之利益与牺牲之利益的衡量，是一种整体衡量，一定要结合具体案情，作全方位的分析。

在司法实践中，根据不同利益的法律位阶关系，当保全之利益和牺牲之利益都是财产性利益时，一般来说，数字的衡量是决定性的因素；举例来说，为防止大城市被淹而泄洪淹没数十个已将居民撤离的小村，其利益价值之大小不言而喻。其次，当保全之利益和牺牲之利益分别为人身法益和财产等其他法益时，人身法益之价值显然高于财产等其他法益之价值；举例来说，监狱着火后在押犯因生命受到威胁而逃离监狱，为抢救重病人的生命而擅自开走他人的汽车，这些为保护人身法益而牺牲非人身法益的避险行为，都可视为合理的阻却违法性的紧急避险。否则，为保护较低法律位阶的利益而牺牲较高法律位阶的利益，就不能说符合阻却违法性紧急避险的利益条件；比如，为救治自己的爱犬而擅自开走他人的汽车，就不能成立阻却违法性的紧急避险，因动物的生命虽也应当给予保护，但在法律位阶上，就很难说动物的生命权就要高于个人的财产权。

除此之外，在有的情况下，危险的种类、后果性质的强度及其可能性的大小，也会对利益衡量产生作用。比如，当汽车司机为了挽救重病人的生命而违反交通道路规则时，我们之所以说汽车司机违章的行为属于合理的避险行为，主要原因就在于司机违章驾驶的避险行为虽然也会对道路上其他人员的生命、健康造成危险，但这种危险毕竟是一种抽象的、可能性较小的危险；反之，司机需要保护的利益即重病人的生命却命在旦夕，这种危险就属于一种临近的、即刻可能造成损害的现实危险，两厢比较，孰轻孰重，就很容易得出清晰的结论。

这样的避险情况在现实中是经常可能发生的。举例来说，一辆载满旅客的长途客车司机甲见对面有辆货车越过中间线高速向自己冲来（后发现货车司机因高度疲劳而处于迷糊状态），为避免两车相撞酿成惨祸，甲不得已向左猛打方向盘，致使客车翻落在路旁不深的水沟里，车上一位老人心脏病复发而死亡，此外，尚有数位乘客受伤。在这种情况下，只要我们从危险可能造成的后果强度、可能性同避险行为可能造成的后果强度、可能性进行比较就不难发现，如果任由两车高速相撞，因客车满载，其可能造成的损害后果将是十分惨烈的，必然会造成很多人死伤；反之，司机甲的避险行为虽也可能致人受伤甚至死亡，但相对于前者来说，其避险行为可能造成的损害后果不仅在强度方面，而且在可能性方面都要低多了要低多了；正因为如此，将司机甲的避险行为认定为保全之利益明显大于牺牲之利益，并按阻却违法性的紧急避险处理，就是一种合理的结论。[381]

必须指出，在大陆法系刑法理论中，生命的价值是不能相比的。有学者认为，“在生命与生命冲突的紧急避难中，绝对不能以生命的数量或以生命的品质做为利益衡量之标准，亦即，法律秩序不因为行为人所救助的人系属多数，就会肯定

[380]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 436-437 页。

[381] 当然，此类情况按《澳门刑法典》第 34 条规定，视其为“免除责任之紧急避险”也是完全可以的。但本教科书认为，象这种情况，无须动用《澳门刑法典》第 34 条“免除责任之紧急避险”来为司机甲开脱罪责，其理由是：第一，当从具体案情出发，能够区分权益大小时，就应当用阻却违法性的紧急避险进行解释；第二，用阻却违法性的紧急避险来解释此类情况，也可以充分说明，进行利益衡量必须考虑各种因素，包括损害后果的强度及其可能性；第三，事实上，很多国家或地区的刑法典都只规定了阻却违法性的紧急避险，并没有关于免除责任紧急避险的规定，在这些国家或地区，对本案当然应解释为保全的利益大于牺牲的利益。

杀人行为的正当性；也不因为行为人所救助的人是国家元首，即肯定其杀害流浪汉或重病患的行为系属正当”；[382]“因为法制秩序对每个人的生命都是依据他的现实存在，并不考虑他的将来长短，以完全相同的方式予以保护”。[383]比如，有这样一个关于紧急避险的经典案例：在海难中，甲与乙同时抓住一块木板，但该块木板只能承载一个人的份量，两个人一起抓住，木板就会沉下去；于是，甲为了获得救助的机会，就将乙推入水中，致其被淹死，自己最终获救。学者们一致认为，象这种情况，按照“绝对保护生命原则”，是不能成立阻却违法性的紧急避险的。具体如何处理，不同的道德准则观念以及不同的法律规定，都会产生不同的处理结果。对此，本教科书将在***免除***责任的紧急避险中作必要的论述。

值得注意的是，在不少国家或地区的刑法典关于阻却违法性的紧急避险条款中，都有处罚避险过当的规定，但《澳门刑法典》第 33 条对阻却违法性的紧急避险则无处罚避险过当的规定；为此，本教科书认为，在澳门，当保全之利益没有达到明显大于牺牲之利益这一条件时，行为人的避险行为就不成立阻却违法性的紧急避险。在此情况下，若具体案情显示符合第 34 条***免除***责任之紧急避险规定的，就按***免除***责任的紧急避险处理，如上述海难案例即属此情况；若不能按***免除***责任的紧急避险处理的，就应当追究避险行为人的刑事责任，***惟***法官在具体量刑时可将避险行为作为酌定的特别减轻刑罚情节考虑。

（五）避险行为的合理条件

根据《澳门刑法典》第 33 条规定，成立阻却违法性的紧急避险，还附带了一个合理性条件，这就是“按照受威胁之利益之性质或价值，要求受害人牺牲其利益属合理者”。言外之意，如果要求受害人牺牲其利益属不合理者，就不成立阻却违法性的紧急避险。

本教科书认为，对避险行为设置合理性条件的目的，主要是基于这样一种理念，即对避险行为从法律的角度进行评价，即使保全之利益明显大于牺牲之利益，避险行为也可能不具有阻却违法性的正当理由。从这一意义上说，考察避险行为是否具有合理性，要注意以下三个方面的因素：

1、法定程序与合理性

根据《德国刑法典》第 34 条第 2 款规定，“仅在行为属于避免该危险的适当的措施的情况下”，方能成立阻却违法性的紧急避险。对此，有的德国学者认为，“从《刑法典》第 34 条第 2 款的规定中，可以推导出对紧急避险的如下限制：如果法秩序为了克服面临的危险，规定了特定的程序，但行为人未能遵循该规定时，不得援用紧急避险法则”。[384]比如，为了挽救孕妇生命而中止妊娠，只有在取得孕妇同意后方能中止妊娠行为，缺乏这一法律明确规定的程序，即便是挽救了孕妇的生命，其行为也因缺乏合理性而不成立阻却违法性的紧急避险。[385]

2、法义务与合理性

法义务对避险行为合理性的影响主要表现为：对某些在公务上或业务上负有承担特定危险的法义务的保证人来说，如果发生此类危险，则有关义务保证人就必须忍受该等危险，不能以避险为理由作出相应的避险行为，否则，其避险行为也因缺乏合理性而不能成立阻却违法性的紧急避险。比如，军人、警察、消防员就属于此类义务保证人，他们必须承担因职务行为所面临的职业风险，在执行职

[382]许泽天著：《刑总要论》，台湾元照出版公司 2009 年第二版，第 135 页。
[383]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译，法律出版社 2008 年版，第 175 页。
[384]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 439 页。
[385] 但如果存在推定同意的情况，则另当别论。

务时，不得为保护自己的利益而作出避险行为。

3、社会秩序与合理性

社会秩序对避险行为合理性的影响主要表现为：在有些情况下，仅就保全之利益与牺牲之利益相比较，孰轻孰重，一目了然；然而，从社会整体秩序也就是法秩序的角度考察，这种避险行为因缺乏合理性而令人无法接受。比如，医院为了抢救重病人，急需输血，而医院库房里却无可输的血浆，于是，医院就不顾来医院看病的某个人的反对，强行从他身人抽取了抢救重病人所需之血浆；对这种避险行为，如果单就保全之利益（生命）与牺牲之利益（无足轻重的损害健康）进行衡量，根本无须评价，但从整个法秩序的角度来看，无疑是不能被允许的，因为这种避险行为侵犯了“人的基本权利的内核核心”。[386]还比如，有学者举例说，“一个身着昂贵貂皮大衣的女士，在突然下雨时，为保护自己的服装，抢夺衣着朴实的女行人的大衣和雨伞”，[387]在此情况下，尽管利益衡量很清楚，不会产生异议，但这种避险行为同样是破坏了整体上的法秩序，是社会共同体最高价值观念所不能允许的，因而也不应当被合法化。为此，正如有学者指出的那样，“为了挽救生命而闯入药店的行为，（在个案里）乍一看是为了更加重要的利益，但若进一步考虑（到对财产制度产生的影响），结论就不是如此，所以它并非是一种制止危险的适当方法”。[388]

在英美法系刑法理论中，紧急避险作为一种辩护理由，其合理性同样受到学者的关注。比如，“对于谋杀罪或盗窃罪（即使出于饥饿）、强行进入私人处所罪（即使由于寒冷），以紧急避难作为抗辩理由并不成立”。[389]因为，“如果饥饿者一旦被允许以紧急避险作为盗窃借口，那么将为一切无法无天及无秩序的行为大开方便之门”；[390]让无家可归者随意进入空房也是不合法的，“因为无家可归的人一旦被允许这种侵犯可以辩护，那就不会再有安全的房屋。紧急避险将打开一扇任何人都关不上的门”。[391]

综上所述，如同正当防卫的成立条件一样，上述五个关于阻却违法性的紧急避险的成立条件是一个不可分割的整体，缺一不可。只有同时符合五个成立条件的避险行为，方能成立阻却违法性的紧急避险，因而非属不法。

第四节　义务冲突与执行正当命令

关于阻却违法性事由，不少国家或地区的刑法典只规定了正当防卫、阻却违法性的紧急避险两种事由，其他的事由则属于超法规的阻却违法性事由；比如，《德国刑法典》仅规定了紧急防卫（即正当防卫）和紧急状态（即包括阻却违法性的紧急避险和阻却责任的紧急避险）两种事由，《中华人民共和国刑法典》仅规定了正当防卫和阻却违法性的紧急避险两种事由。但也有些国家或地区的刑法典，还规定了诸如义务冲突、执行正当命令、被害人同意等阻却违法性事由。《澳门刑法典》效仿于《葡萄牙刑法典》，将义务冲突和执行正当命令也列入法定的阻却违法性事由。

---

[386]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译，法律出版社 2008 年版，第 177 页。

[387]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 430 页。

[388]【德】冈特.施特拉腾韦、洛塔尔.库著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 183 页。

[389] 罗德立、赵秉志主编：《香港刑法纲要》，北京大学出版社 1996 年版，第 29 页。

[390] 【英】J.C.史密斯、B.霍根著：《英国刑法》，法律出版社 2000 年版，第 282 页。

[391] 同上。

一、义务之冲突

根据《澳门刑法典》第 35 条第 1 款规定，“在履行法律义务时出现冲突情况，……而行为人履行之义务之价值相等或高于被牺牲而不履行者，……所作之事实非属不法”。该款规定讲的就是因义务冲突而阻却违法性的情况。

应当注意的是，义务冲突是否具有免除责任而非阻却违法性的问题？对此，不少德国学者认为，如果两种义务的价值不能衡量或属等价义务，而行为人在当时情况下又确实只能履行一种义务的，行为人不负刑事责任不是因为阻却了违法性，而是因为缺乏期待可能性免除了责任，故属于超法规的免责事由。如有学者认为，当两种义务价值都涉及生命时，“由于人命的价值具有不可比性，任何一种纯量的和质的差异均被排除，……该场合，人们将之称为不能衡量的义务或者等价义务。为了救助多数人的生命或认为较重要的生命，而牺牲他人的生命，无论该价值维护的倾向如何，该行为是非法的，因为相对于必须作出牺牲的人而言，相同序列义务被违反了”。[392]换句话说，“在这样如此特别，几乎是不可解脱的义务冲突中，行为人如果是依据最善的良知作出了决定，……法制秩序不能够对他提起责任遣责。这里，以认可超法律的免除责任紧急状态的方式，应当对行为人同意可罚性缺失”。[393]然而，很显然，在起草《澳门刑法典》的这位葡萄牙学者看来，因两种义务价值相等也就是在等价义务的冲突情况下，行为人不负责任仍然属于“所作之事实非属不法”，即阻却了违法性；当然，如果履行的义务价值小于被牺牲的义务价值，那就不构成阻却违法性的义务冲突，即便行为人因无法选择而不负责任，也属于缺乏期待可能性的免责问题。

关于这个问题，本教科书赞同德国学者的观点。因为如同紧急避险一样，避险行为要成为合法行为，保护的利益一定要大于牺牲的利益，两种利益一旦处于等价地位，如为救自己而牺牲另一个人的生命，就不能认为避险行为是合法行为；在这种情况下，避险行为人不负刑事责任，只能以免除责任的紧急避险作为依据。***惟***《澳门刑法典》第 35 条第 1 款既然已经作出了阻却违法性的规定，本教科书还是以现行法律规定，从阻却违法性的角度来论述义务冲突。

（一）义务冲突的概念与性质

所谓义务冲突，就是指在法律上负有同时履行两个以上义务的人，在特定情况下，如果履行了其中一种义务而不履行他种义务，且不履行他种义务可足以构成应当受处罚的作为犯或不作为犯的情况。如德国学者认为，“如果某人将自己应当承担的法律义务，只能以牺牲他人的法律义务的方式履行，同时，违反义务的行为构成应当受处罚的作为或不作为的，就构成合法化的义务冲突”；[394]日本学者也认为，“所谓义务的冲突，是指存在互不相容的多项法律上的义务，为了履行其中的某项义务，就不得不懈怠履行其他义务的情形”。[395]

关于义务冲突的性质，主要存在着以下两种不同的观点：

第一种观点为阻却违法性的紧急避险说。此说认为，义务冲突都是发生在紧急状态下，行为人不履行他种义务实际上是为了保护另一种合法利益而牺牲了他种合法利益，故义务冲突的实质是一种阻却违法性的紧急避险。如有的德国学者

---

[392]【德】汉斯海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 600 页。

[393]【德】约翰内斯韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 245 页。

[394]【德】汉斯海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 442 页。

[395]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 368 页）。

认为，“合法化的紧急避险还有可能出现合法化义务冲突这样一种情况”。[396]也有学者认为，义务冲突“系紧急避难之补充性原则”。[397]

第二种观点为独立的正当化事由说。此说认为，阻却违法性的紧急避险和义务冲突“两者的共同点是都发生在紧急事态之时。但是，紧急避险的行为是由作为实施的，而在义务的冲突之中，被放置的义务是由不作为所懈怠的；另外，关于紧急避险，只要避险者忍受危险，也允许不进行避险行为，但是，在义务冲突的情形中，法律上要求行为人应该履行其义务，这是它们的不同，必须在概念上将两者加以区别”。[398]

如上所述，在现行法律已有明确规定的前提下，本教科书还是赞同第二种观点。因为阻却违法性的紧急避险和合法化的义务冲突除了在行为方式和作出避险行为的要求上有所区别外，两者在利益平衡上也是不同的。当保护之利益与牺牲之利益处于同价地位时，对紧急避险来说仅可免除责任，如为保护自己的生命而牺牲他人之生命，但不能阻却违法性；而对义务冲突来说，则可以阻却违法性。从这一意义上说，将义务冲突视为一种独立的阻却违法性事由，显得更为妥当。

（二）义务冲突的成立条件

根据《澳门刑法典》第 35 条第 1 款规定，要成立足以阻却违法性的义务冲突事由，应当同时符合下列三个条件：

1、前提条件

所谓义务冲突的前提条件，就是指客观上必须同时存在两个或两个以上行为人都必须履行的法律上的义务，否则，就无义务冲突可言。*值得*注意的是，这里讲的法律上的义务如同不纯正不作为中的法义务一样，非仅指法律明确规定的义务，也包括由法律行为、先行行为等因素引致的法义务。也有学者这样来解释义务冲突中的义务范畴，即“应该作为义务冲突的对象来考虑的义务，必须是法律上的义务，不包括纯粹道德上的义务和宗教上的义务。但是，既然是法律上的义务，就不需要法令直接规定，只要在习惯上或者条理上承认就够了”。[399]

2、对立条件

所谓义务冲突的对立条件，就是指多个存在的义务处于互不相容、相互对立的状态，由此才会产生多个义务之间的冲突。值得注意的是，在多个义务同时存在的情况下，多个义务之间是否存在冲突，还要注意需要履行的义务之间有无轻重缓急之分；如果多个义务的履行在轻重缓急上非常清楚的话，就不能认为存在义务冲突。比如，医生同时接待了两个病人，一个是重病人，一个是轻病人，医生先救治重病人，后再为轻病人治疗，因这是很正常的情况，故不存在义务冲突问题。

从义务履行的方式来看，有作为的义务，也有不作为的义务，因此，义务冲突在表现形式上也会有所不同：（1）作为义务与不作为义务之间的冲突。比如，对患者来说，医生在职业上负有保密的义务（不作为义务），但医生也有为防止传染病而向有关机关报告的义务（作为义务）；若医生为防止传染病而向有关机关报告患者病情，泄露了患者秘密，即属作为义务与不作为义务的冲突。还比如，律师为了维护当事人的利益（作为义务）而泄露了不该泄露的当事人秘密（不作为义务），也属于此类义务冲突。（2）作为义务与作为义务之间的冲突。比如，

[396]【德】汉斯海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 442 页。

[397] 邱忠义著：《刑法通则新论》，台湾元照出版公司 2009 年第 2 版，第 213 页。

[398]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 368 页）。

[399] 同上，第 369 页。

甲带邻居家的两个孩子去河中游泳，一个孩子在东端，一个孩子在西端，如果两个孩子同时发生危险，甲救了东端的孩子后（作为义务），西端的孩子却已死亡（作为义务），即属作为义务与作为义务的冲突。类似的情况还包括医院同时来了两个急病患者，因设备的缘故，救了一个就不能救另一个，也构成作为义务之间的冲突。（3）不作为义务与不作为义务之间的冲突。这种义务冲突的情况是比较少见的，有的德国学者将其解释为在当时情况下，“行为人没有任何一个被允许的行为可能性”。[400]举例来说，在高速公路上，甲为避免撞到前方出车祸的车辆而紧急刹车，致使后面车辆撞击甲的车辆，造成乘客受伤的情况，即属于两种不作为义务即不得撞击前方车辆的不作为义务与不得突然刹车的不作为义务之间的冲突。本教科书认为，不作为义务之间的冲突实际上属于紧急避险的范畴，不应当视为义务冲突的情况。如上例，甲紧急刹车无疑是一种避险行为。

关于义务冲突的理论，也有学者认为，如果两种义务产生冲突是由行为人故意或过失引起的，就不能阻却违法性。比如，某父因经济不景气而故意将二子推入河中欲一起死，推掉河中后父反悔，自行脱困，并只能救起一子，此情况不能以义务冲突为由阻却违法性。又比如，保姆在客厅看电视入迷而忘记厨房在煮饭，引致火灾，有二个幼儿需要照顾，并只能救起一个幼儿，此情况也不能以义务冲突为由阻却违法性。[401]本教科书认为，这种观点是值得商榷的。因为即便是紧急避险，故意引致危险时只要是为保护他人利益就可以允许实施避险行为，而过失引致危险更应当允许行为人实施避险行为，所以，武断地认为只要是行为人故意或过失地引致义务冲突，就不能阻却违法性，这既不合理，也不公正。在上述两例中，某父没有救起另一个儿子而构成故意杀人既遂并非是义务冲突不能阻却违法性，而是因为某父的行为符合故意杀人罪的主、客观要件，这与义务冲突并不发生直接关系，至于对另一个被其救起的儿子来说，当然属于故意杀人的中止未遂。同理，保姆之所以因没有救出另一个幼儿而构成失火致人死亡的结果加重犯，也非因义务冲突不能阻却违法性的问题，而是保姆的过失行为符合失火罪的主、客观构成要件，且有加重结果发生。

3、利益条件

所谓义务冲突的利益条件，就是指“行为人履行之义务之价值相等或高于被牺牲而不履行者”，这一利益条件乃是判断义务冲突能否阻却违法性的最本质的条件。同紧急避险中保护之利益与牺牲之利益的价值衡量一样，不同义务的价值衡量也必须结合具体案情作综合分析，它既涉及到法律位阶层面的高低，也涉及到社会公众的价值观念以及社会的整体利益，因此很难找到一个绝对的标准。原则上，当某种义务的价值高于他种义务的价值时，因履行价值较高的义务而放弃履行价值较低的义务，应当阻却违法性。比如，在上述医生为防止传染病而向有关机关报告患者病情，泄露了患者秘密的义务冲突中，医生泄露患者秘密的行为之所以不负刑事责任，就是因为其履行向有关机关报告传染病的义务价值关系到社会公众整体利益，其价值显然要高于对患者履行保密义务的价值。还比如，当出现交通意外时，责任人为了履行抢救生命有危险的受害者的义务，放弃履行等待处理的义务，同样因生命价值的崇高而可以阻却不等待处理的违法性。

值得注意的是，对义务冲突来说，价值相等也可以阻却违法性。当然，这种情况主要发生在与人身法益尤其是与生命法益相关的义务冲突之中。比如，在上

[400]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 442 页。

[401] 参阅邱忠义著：《刑法通则新论》，台湾元照出版公司 2009 年第 2 版，第 214 页。

述所举游泳过程中东、西两端孩子同时发生危险的情况下，甲无论抢救哪一端的孩子，都可以阻却其不履行对另一端孩子抢救义务的违法性。同理，当医院里同时有两个需要靠呼吸器来挽救生命的病人而医院只有一个呼吸器时，给哪一个病人安装呼吸器也都可以阻却违法性。

顺便指出，有德国学者主张，在作为义务与不作为义务发生冲突时，如果冲突义务是等价的，“一般认为不作为义务应优先，因此，如果行为人由于履行不作为义务而违反作为义务时，应当承认合法化”。[402]但如何来判断作为义务与不作为义务的等价性，则是一个需要具体分析的问题。比如，律师为维护被告人利益而泄露职业秘密，两种义务价值究竟谁高谁低或是否处于等价地位，就要从所泄露秘密之价值和被告人所主张之权利大小作具体的考量。

二、遵从当局之正当命令

根据《澳门刑法典》第 35 条第 1 款规定，“……遵从当局之正当命令时出现冲突情况，而……遵从之命令之价值相等或高于被牺牲而不遵从者，所作之事实非属不法”。该款规定讲的就是因遵从当局之正当命令而阻却违法性的情况。显然，同义务冲突一样，这里也有一个当遵从命令的价值与不遵从命令的价值处于等价地位时，遵从命令的行为究竟是阻却违法性行为还是免除责任行为的问题。因现行法律已经作出了明确规定，故本教科书也效仿等价义务的冲突行为，将其视为阻却违法性行为予以阐述。

（一）遵从当局之正当命令的性质

遵从当局之正当命令作为一种阻却违法性事由，可以从广义和狭义两个方面作不同的理解：

从广义方面解释，遵从当局之正当命令的性质实际上属于法令行为的范畴。如有学者认为，“所谓法令行为，指基于成文的法律或命令的规定作为权利或者义务而实施的行为。由于该行为由法令本身所承认，形成法秩序的一部分，所以它是适法的事由是当然的”；[403]而法令行为也包括了职权（职务）行为，这种职权（职务）行为，除了“直接在法令上具有根据的之外，还有基于上级的职务命令的行为”。[404]前者如司法警察对犯罪嫌疑人实施逮捕、监狱人员对罪犯实施关押及检查信件等行为，后者如上级对下级发出指令而下级必须执行的行为。

从狭义方面解释，遵从当局之正当命令与法令行为是两种相互独立的阻却违法性事由，法令行为的正当性直接来源于法律规定，而遵从当局之正当命令的正当性则来源于上、下级之间的服从义务。虽然服从义务也是来源于法律规定，但毕竟与直接以法律规定为依据作出的行为有所不同。为此，有的国家的刑法典也是将其分开规定的；比如，根据《意大利刑法典》第 51 条第 1 款规定，“履行由法律规范或公共权力机关的合法命令赋予的义务，排除可罚性”，其中，履行由法律规范赋予的义务，就是指法令行为，而履行公共权力机关合法命令规定的义务，就属于遵从当局之正当命令的行为。我国台湾地区刑法典也对两者作了区分，其第 21 条第 1 款规定的是“依法令之行为，不罚”，第 21 条第 2 款则规定“依所属上级公务员命令之职务上行为，不罚”。有的国家的刑法典，如《俄罗斯刑法典》第 42 条第 1 款则对执行命令或指令的阻却违法性事由作了单独规定，即

---

[402] 同上，第 444 页。

[403]【日】川端博著：《刑法总论讲义》，成文堂 1997 年版，第 296 页（转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 399 页）。

[404]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 348 页。

行为人为了执行对他具有强制力的命令或指令而对受刑法保护的利益造成损害的，不是犯罪。

本教科书认同从狭义方面对遵从当局之正当命令作出解释。正如有学者指出的那样，执行当局之正当命令的行为，本质上就是“要处理公务员的服从义务与不得违反刑事规范的义务之间的冲突”。[405]《澳门刑法典》第 35 条将执行当局之正当命令放在义务冲突中一起规定，其道理也在于此。

（二）执行当局正当命令的成立条件

根据《澳门刑法典》第 35 条第 1 款规定，要成立足以阻却违法性的遵从当局正当命令事由，应当同时符合下列三个条件：

1、前提条件

所谓执行当局之正当命令的前提条件，就是指行为人与当局之间要具有服从义务；无服从义务，就无遵从的问题。无论是在理论上还是在实践中，因执行命令而阻却违法性的行为人，必须具有服从该项命令的义务，也就是“必须以命令者和执行者间的依赖关系为前提，即义务的承担者必须服从上级机关的意志”。[406]有学者认为，“这种义务是‘公共权力机关’意志的表现，私人权力机关的命令不具有这种效力（即使私人的权力具有法律承认的权威，如企业主对雇员，或父母对子女也不例外）。法律之所以要将这两种权力区别对待，是因为公共权力机关只能以追求公共利益为目的，而这种公共利益可能优先于刑法保护的其他（公共）利益。私人的命令只能影响罪过，如果执行人不知情，应因此而免除刑事责任（例如，某工人在不知道安全生产设施用途的情况下，按雇主的命令搬走了设施，其行为仍然具备刑法典第 437 条第 1 款规定的典型事实和客观违法性）”。[407]

由此我们可以得出这样一个非常明确的结论，即因执行当局之正当命令而阻却违法性的，执行人必须是法律意义上的公务员，而当局必须是法律意义上的公共权力机关。只有这样一种关系，才能产生该等服从义务。俄罗斯学者也认为，执行命令或指令，“首先这涉及到军人、内务机关、联邦安全机关、联邦国家保卫机关、税务警察、海关的工作人员和其他种类的国家机关工作人员”。[408]

2、正当性条件

所谓执行当局之正当命令的正当性条件，就是指行为人执行的当局命令必须是正当命令。判断当局发出的命令是否正当，主要看是否违反法律规定；而判断当局命令是否违法，首先可以从形式意义上作出判断，即发出命令的当局是否在法律授予的权限内发出命令，其次可以从实质意义作出判断，即当局发出的命令在内容上是否违反法律。有学者认为，“就形式而言，只有颁布命令和执行命令的人都有相应的职能，并且颁布命令的形式符合法律规定时，执行命令才能排除犯罪的成立。同时，只有在存在授权规范要求的事实和法律前提，并且符合命令涉及的公共利益时，命令的颁布才谈得上实质合法。如果命令本身不合法，就没有排除犯罪的效力；执行这种命令，就是具有客观违法性的典型事实”。[409]

本教科书认为，尽管判断当局命令是否合法要从形式和实质上作出评价，但对执行命令的人来说，更注重的是形式的合法性，因为让执行命令的人去具体判

---

[405]【德】冈特.施特拉腾韦、洛塔尔.库著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 188 页。

[406]【意】杜.帕多瓦著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 147 页。

[407] 同上。

[408]【俄】斯库拉托夫、列别捷夫主编，黄道秀译：《俄罗斯联邦刑法典释义（上册）》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 109 页。

[409]【意】杜.帕多瓦著，陈忠林译：《意大利刑法学原理》，法律出版社 1998 年版，第 147 页。

断相关命令是否在实质上违反法秩序是不合理的。所以，只要当局的命令遵守了形式合法的要求，如没有超越法定权限、符合法定程序等，且在命令内容上没有明显的违反法律，如不属于明显的法律禁止的犯罪行为，一般就应当承认是正当命令。比如，无权进入民宅进行搜查的行政当局对部下发出搜查令，该等命令因明显在形式上违反法律，当属不正当之命令；又比如，具有发出羁押令的机关对犯罪嫌疑人发出的羁押令，就属于正当命令，哪怕该犯罪嫌疑人是被冤枉的，执行羁押令的人也是在执行正当命令。

那么，对当局发出的不正当命令，负有服从义务的人是否应当服从而予以执行呢？关于这一点，在法律上可以产生两种效果：第一，如果执行人认识到该等命令属不正当的可引致犯罪的违法命令，则终止发出命令之当局与执行人之间的服从义务。对此，《澳门刑法典》第 35 条第 2 款作了明确规定，即“如履行服从上级之义务导致实施犯罪，则终止该服从义务”。第二，如果执行人没有认识到该等命令是不正当的可引致犯罪的违法命令，并加以执行，则阻却执行人的责任而不罚。对此，《澳门刑法典》第 36 条也作出了专门的规定，因该法律效果属责任的范畴，故将在下一章“有责性”中统一阐述。

3、利益条件

所谓执行当局之正当命令的利益条件，就是指行为人“遵从之命令之价值相等或高于被牺牲而不遵从者”，这一利益条件也是判断遵从当局之正当命令能否阻却违法性的最本质的条件。值得注意的是，由于发出命令的当局都是公权力机关，是代表国家或地区在行使相关权力，因此，执行当局发出的正当命令，其最终利益价值都体现了对法秩序的维护，如对犯罪行为的侦查活动，或对社会公共利益的追求，如实行旧区重建、征地、拆迁等活动；而所谓被行为人牺牲的利益，则都是指在执行正当命令过程中被剥夺或侵害的利益，这些利益大都涉及个人利益，如在征地或拆迁过程中，被牺牲的利益主要就是个人的合法财产权益。可以说，在执行正当命令过程中，两种利益之冲突主要表现为法秩序整体利益或社会公共利益与个人利益之间的冲突，正因为如此，对执行当局之正当命令而引致的利益衡量，必须充分考虑到两种利益价值衡量的特殊性，要在公共利益与个人利益之间统筹兼顾，以便找到一个合理的平衡点。比如，为某项事关社会发展的大型工程或旧区重建，当局对某住户的房屋下达了强制拆迁的命令；在屋中无人的情况下，执行人强行推倒该房屋的行为所体现出的社会公共利益价值，显然大于屋主对房屋所拥有的财产利益价值，故可阻却违法性；但是，在屋中有人的情况下，执行人置他人生命、健康而不顾，强行推倒房屋，致屋中之人死亡或受伤的，就不能说社会公共利益价值大于个人生命或健康权益的价值，故执行人对他人死亡或受伤的结果，应承担相应的刑事责任。还比如，当局对劫持人质者下达了开枪的命令，执行人将其击毙，在这种情况下，为了保护被劫持的人质的生命及出于维护法秩序的需要，尽管被牺牲的是个人的生命权益，但仍应认为执行正当命令的利益价值要高于或最起码相等于被牺牲的利益价值。

第五节　被害人同意

“经同意的行为不违法”是一句古老的格言。在罗马法中，这一格言意味着经过同意的行为，任何时候都具有阻却违法性的力量。基于此，有的国家的刑法典，如《意大利刑法典》第 50 条关于“权利人同意”的规定，《葡萄牙刑法典》第 38 条关于“同意”的规定，都将被害人同意明确规定为一种法定的阻却违法性事由。而未在刑法典中规定被害人同意这一阻却违法性事由的国家，如德国、

日本等国家，其刑法理论和司法实践也都一致认为，被害人同意可成为一种超法规的阻却违法性事由。《澳门刑法典》属于前者，其第 37 条和第 38 条专门就被害人同意和推定同意的阻却违法性事由作出了规定。

一、被害人同意的概念

所谓被害人同意，理论上也叫被害人承诺，意思是指某人同意他人对属其所有且可以支配的相关合法权益实施侵害性的行为，而他人又按其同意对该等合法权益实施了侵害性行为；在这种情况下，作出同意之人实际上就成为其合法权益受到侵害的被害人，故称之为被害人同意（或被害人承诺）。关于被害人同意的概念，理论上要注意三个问题：

（一）被害人同意的个人利益性

所谓被害人同意的个人利益性，就是指被害人同意作为一种个人行为，其涉及的利益只能是个人的法益，对国家利益或社会公共利益，不存在被害人同意的问题。正因为被害人同意只涉及对个人法益的侵害，当被害人作出同意后，行为人的侵害行为既可以阻却刑事上的违法性，也可以阻却民事上的违法性，为此，如同阻却违法性的紧急避险一样，有的国家或地区的民法典对被害人同意作出了专门的规定，《澳门民法典》第 332 条就是关于被害人同意的规定。

（二）构成要件排除性同意与被害人同意

所谓构成要件排除性同意，简单地说，就是指在某种犯罪的构成要件中，法律明确规定同意是一种构成要件客观要素，行为人只要取得法律规定的当事人的同意，就不会构成此类犯罪，故称之为构成要件排除性同意，也有学者称之为阻却构成要件的同意；比如，在“侵犯住所罪“（第 184 条）、”侵入私人生活罪”（第 186 条）、“侵犯函件或电讯罪”（第 188 条）、“违反保密罪”（第 189 条）、“不法之录制品及照片罪”（第 191 条）等犯罪中，未经同意是作为构成要件被规定的，行为人一旦取得了有关当事人的同意，就不会符合此类犯罪的构成要件，当然也不会构成此类犯罪；有些犯罪虽然在构成要件中没有明示同意为客观要素，但构成此类犯罪显以违反被害人意愿为要件的，如“强奸罪”（第 157 条）、“背信罪”（第 217 条）。

然而，被害人同意则不同，它是作为阻却违法性的正当化理由而存在的，而非属构成要件的内容，被害人同意的本质在于当事人对属其所有的合法权益放弃了法律上的保护权，从而体现了基本人权中为法秩序所保障的自主决定权；比如，甲雇人将自己的房屋拆除，这是甲对属本人所有的财产理应享有的合理的支配权，折屋之人因是在甲同意之下毁掉了甲的房屋，其行为不具有违法性，当然不会构成“毁损罪”（第 206 条）。

正因为构成要件排除性的同意与被害人同意在法律上的地位有所不同，前者是从构成要件的角度考察，而后者是从法秩序的角度考察，所以，在构成同意的相关条件方面，两者会有所不同。比如，构成要件排除性的同意侧重于同意人所作出的事实上的表面的同意，而被害人同意则更侧重于同意人的真实意思及理智成熟程度。举例来说，甲尽管是受骗而同意乙进入自己的住宅，但这种同意既然是甲的意思表示，就足以使乙进入甲住宅的行为不再符合“侵犯住所罪”的构成要件；反之，如果甲是使用欺骗的手段使乙同意将自己的财产送给甲，乙的同意就是无效的，不能阻却甲所实施的欺诈行为的违法性。

当然，因受骗而让人进入自己的住宅能否构成“侵犯住所罪”，理论上是有分歧的。有学者认为屋主在受骗情况下作出的同意为无效的同意，进入者仍然构

成“侵犯住所罪”，日本最高裁判所也曾有过将强盗隐瞒意思敲门进入他人住宅的行为认定为侵入住宅罪的判例。但本教科书并不认同此观点。比如，对强奸罪来说，未经妇女同意乃是构成要件的客观要素，假设甲男为达到奸淫乙女的目的，谎称自己有百万身家，从而取得乙女同意后与其发生性关系，难道能因为乙女是受骗作出同意而认定甲男构成强奸罪吗？正因为如此，有的德国学者在谈到骗取房主同意后进入住宅的情况时，非常明确地认为，房主尽管是受骗作出同意，但该等同意一样可以阻却构成要件该当性，换句话说，“在骗取房主同意的情况下进入住宅的，则不存在非法侵入他人住宅的构成要件”。[410]我国台湾地区有的学者也认为，对屋主受骗让人进屋的同意来说，“此同意应属于阻却构成要件的同意，……谁要是允许他人进入其屋内，则系一种有认知的同意，即使同意系他人经由骗来的也一样，因为此同意并非系出于强制，故同意者的行为仍系出于自由意思”；可见，“阻却构成要件之同意只需同意人认识或了解法益在事实上的意义即可，至于其对法律上的意义是否认识，则非所问，因构成要件该当性与否仅涉及事实上之问题，因此，该同意之表示是否具有瑕疵，例如因行为人施诈术而表示同意，并不影响同意之效力”。[411]

（三）被害人同意合法化的依据

被害人同意为什么能够阻却违法性，理论上有不同的观点。主要包括四种观点：（1）法律行为说。该说认为，被害人同意实际上具有授权性质，即授权他人对自己的法益实施侵害，故他人的侵害行为相当于一种经授权的法律行为，而同意是否有效，也要按民法上关于法律行为的原则认定。（2）利益欠缺说。该说认为，被害人同意他人对自己的某项法益实施侵害，就意味着本人已经放弃了此项法益，同时也表明该项法益在刑法上已不存在；对刑法上不存在的法益，自然谈不上用刑法去加以保护，也就是没有必要用刑法去处罚行为人。也有学者主张“客体脱落说”，[412]但此说与利益欠缺说并无本质上的区别。（3）放弃保护说。该说认为，被害人同意他人侵害自己的法益，实际上就是放弃了法律对该项法益的保护，法益所有人既然放弃了法律的保护，就无处罚的必要。（4）自由决定说。该说认为，放弃法益，使其脱离法律的保护，这是个人自由意志的表现，这种自由意志的价值，要高于被侵害的法益，所以阻却违法性。

本教科书认为，上述各种观点均是从不同的角度来解释被害人同意所产生的法律效果，可以说是殊途同归，实际意义不大；从某种程度来说，利益欠缺说和放弃保护说可能更为合理些。因为某项法益的拥有者，即法益主体既然表示同意他人对该项法益实施侵害，确实意味着在法律保护层面上已欠缺此项法益，或者说法益主体自动放弃了法律对此项法益的保护，在这种情况下，对侵害行为进行处罚就变得毫无意义。

二、被害人同意的成立条件

在理论上，为了防止被害人同意这一阻却违法性事由被任意滥用或恶意使用，学者们都一致认为，被害人同意要阻却违法性，必须符合一定的条件，否则不能阻却违法性。据此，在刑法典中规定被害人同意，同样会设立相应的构成条

---

[410]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 452 页。

[411] 黄惠婷著：《刑法案例研习（一）》，台湾新学林出版股份有限公司 2006 年版，第 21 页。

[412] 该学说认为，犯罪的构成要件不仅保护各种实质的法益，而且也保护法益保持者的处分权限。法益保持者的同意，实际上使受保护的客体脱落（参阅张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 180 页）。

件。从《澳门刑法典》第 37 条规定来看，除法律特别规定同意可阻却不法性的情况外，[413]其他经被害人同意而阻却违法性的情况，必须同时符合以下几项条件：

1、同意的法益条件

所谓同意的法益条件，就是指被害人同意所涉及的个人法益，不仅为被害人所有，而且被害人对其还依法享有自行处分权。众所周知，个人法益主要包括人身法益和财产性法益，人身法益又包括生命、健康、自由、人格、性等各种法益，财产性法益也可包括动产、不动产等多种法益。在这些个人法益中，是否所有的个人法益都可以由被害人自由作出同意处置的表示呢？答案是否定的。根据《澳门刑法典》第 37 条第 1 款规定，在被害人同意情况下，“如涉及之法律利益可自由处分”的，被害人方可作出同意；否则，因被害人无权对该项法益作出自由处分，同意就是无效的。

这方面最典型的例子就是关于生命权的法益。在澳门法律体系中，生命权是不能由个人自由处分的，如果被害人同意甚至请求他人剥夺自己的生命，对他人来说，就是构成犯罪的行为。对此，《澳门刑法典》第 132 条特别规定了“应被害人请求而杀人罪”，即“凡受被杀之人认真、坚决及明示之请求所驱使而杀之者，处最高 5 年徒刑”。类似的例子也包括经孕妇同意而为其堕胎的行为，为此，《自愿中断怀孕制度》专门规定了“经同意之堕胎罪”。[414]但对健康权法益来说，根据《澳门刑法典》第 143 条关于“同意”的规定，身体完整性视为可自由处分的法益；比如，甲脚被毒蛇咬伤后，在紧急情况下，请求乙用刀砍断脚以保住性命，乙对甲的伤害行为因甲的同意而阻却违法性。

除此之外，如某项法益属二人或多人共有的，尤其是财产性利益，则必须由所有共同权益人都作出同意方为有效。比如，为夫妻共同的房屋，丈夫在针对房屋利益作出某项同意前，必须同时取得妻子的同意，否则同意无效。

2、同意的风俗条件

所谓同意的风俗条件，就是指经被害人同意后实施的行为不得违反社会的善良风俗。根据《澳门刑法典》第 37 条第 1 款规定，在被害人同意情况下，同意不仅在法益范围方面有所限制，“且事实不侵犯善良风俗”。关于善良风俗，一定要从每个国家或地区的实际情况出发；当经被害人同意后实施的行为与本国或本地区的善良风俗发生抵触时，该项同意即为无效的同意，不能阻却经同意而实施的行为的违法性。

应当强调的是，判断被害人同意是否违反善良风俗，不是指同意本身是否违反善良风俗，而是针对经被害人同意后作出的行为而言的。本教科书认为，判断经被害人同意后实施的行为是否违反善良风俗，应当遵循以下三个标准：

（1）法律标准。这里讲的法律标准，就是指经被害人同意后实施的行为本身不得明显违反相关的法律规定，否则即属违反善良风俗。因为，当某种重要的、社会一致公认的善良风俗或道德准则一旦被法律明确规定后，违反该等法律就意味着违反善良风俗。比如，对切除人体器官来说，尽管人的身体完整性是可以由个人自由处分的权益，但立法者从切除人体器官的严重性以及必要的社会管理出发，认为切除人体器官必须要有严格的管理程序和条件，不符合这些程序和条件的切除人体器官的行为，都是应受惩罚的违法行为，即便被切除器官者本人同意，

[413] 应当注意，《澳门刑法典》第 37 条第 1 款所说的“法律特别规定同意阻却事实之不法性之情况”，就是指在具体犯罪的构成要件中，将当事人同意作为构成要件客观要素加以规定的情况，实际上也就是指构成要件排除性同意。

[414] 根据《自愿中断怀孕制度》规定，只有在法律有特别规定的几种情况下，经孕妇同意后才能为其进行堕胎。

也不能阻却切除器官行为的违法性。于是，当一个国家或地区立法者专门制定了规范切除人体器官的法律时，凡是违反该等法律规定的程序和条件而实施的切除人体器官的行为，都是不能被允许的违法行为；即使行为人取得了被切除器官者本人的真实的同意，也因违反善良风俗而不具有阻却其行为违法性的法律效力。在澳门，《规范人体器官及组织之捐赠、摘取及移植》（第 2/96/M 号法律）就是这样一种法律。举例来说，澳门居民甲得知珠海成年居民乙急需大笔钱，于是劝说乙到澳门高价出卖自己的器官，并负责提供乙在澳门的住处；如果乙确实为了钱而作出真实的***同意赴澳门***，此后甲也按照事先约定付了款。在这种情况下，因为乙是成年人，甲客观上没有使用“贩卖人口罪”构成要件所要求的不法手段，所以不构成“贩卖人口罪”（第 153-A 条），但应对甲按照《规范人体器官及组织之捐赠、摘取及移植》的法律追究其刑事责任。

（2）人权标准。这里讲的人权标准，就是指经被害人同意后实施的行为不得侵犯基本人权的核心价值，否则即属违反善良风俗。比如，人身自由是一种基本权利，不得因本人同意而受到侵犯，假设甲女因经济上的原因，自愿同意做他人的奴隶，在这种情况下，经甲女同意而使其成为奴隶的行为，就因违反基本人权核心价值而被视为违反了善良风俗，所以甲女的同意是无效的同意，不能阻却“使人为奴隶罪”***（第 153 条）***的违法性。对此，正如有台湾学者指出的那样，“妨害自由罪，为侵害他人人身自由之犯罪。人身自由，为宪法所保障基本人权之核心，他人不得恣意加以侵犯。……无论积极自由与消极自由，均不许任意抛弃（民 17I），倘被害人任意抛弃其自由，例如，同意为他人之奴隶，该他人仍应成立使人为奴隶罪，不能阻却违法”。[415]

（3）道德标准。这里讲的道德标准，就是指经被害人同意后实施的行为不得抵触社会公认的道德准则，否则即属违反善良风俗。比如，在德国的司法实践中，基于施虐淫的殴打虽是在被害人同意之下所为，但因违反了当地的善良风俗，故经同意造成的伤害仍然是违法的，[416]究其原因，当然在于施虐淫的殴打行为是不符合德国社会公认的道德准则的。类似的例子还包括按黑社会组织行规实施的自愿“断指”行为。

值得一提的是，关于善良风俗的问题，还有学者认为，如果作出同意之人是出于违法的动机而作出同意，就意味着该等同意因不符合善良风俗而无效。本教科书认为，此观点是不妥的。举例来说，甲基于诈领保险金的目的，让不知情的乙放火烧自己的房子（不危害社会公共安全），此同意难道因为甲的同意是出于保险诈欺的违法动机而无效吗？如果无效的话，不知情的乙岂不构成了“毁损罪”（第 206 条）或“加重毁损罪”（第 207 条）？这显然是不合理的。由此可见，在这种情况下，甲的同意仍然有效，甲作出同意的违法动机不影响阻却违法性的认定，乙不构成毁损他人财物方面的犯罪。当然，如果甲与乙有合谋，则属于保险诈骗的共同犯罪问题，与被害人同意无关。

3、同意的真实性条件

所谓同意的真实性条件，就是指同意必须是被害人真实意思的表示。关于同意必须是真实意思表示的条件，应当注意以下几个问题：

（1）真实意思的认定标准。根据《澳门刑法典》第 37 条第 2 款规定，“同意得以任何方法表示，只要该方法能表现出受法律保护利益人之认真、自由及已

---

[415] 甘添贵著：《刑法各论（上）》，台湾三民书局 2010 年版，第 109-110 页。

[416] 参阅【德】汉斯海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 458 页。

明了情况之意思”。这一规定表明，认定被害人的同意是否属于真实意思的表示，关键是抓住认真、自由和明了三个标准。所谓认真，就是指被害人的同意是在一定目的或原因支配下，经过认真考虑后方作出的同意表示，而非戏言性的玩笑；如上例中甲被毒蛇咬伤后之所以让乙砍断自己的脚，是出于保命的目的，显属经过认真考虑和权衡。所谓自由，就是指被害人作出同意是自由意志的决定，并没有受到任何外来的威逼，否则，在他人逼迫之下作出的同意视为无效；比如，甲以揭露乙受贿事实为要挟，胁迫乙将祖传文物赠送自己，乙虽表面同意，但此同意为非自由意思表示，并不能阻却乙犯“勒索罪”（第 215 条）的违法性。所谓明了情况，就是指被害人作出同意是在了解所有真实情况的基础上作出同意，如果被害人是在不了解真相或受骗情况下作出了同意，该同意即属无效的同意，不能阻却违法性。举例来说，医生对甲作出了错误的诊断，告知甲患了胃癌，必须立即动手术，甲只得作出同意，让医生动手术切除了胃，事后才知得的不是胃癌，而是胃溃疡；在这种情况下，甲的同意就属于被医生误导后不了解事实真相而作出的同意，故同意无效，不能阻却医生过失行为的违法性。再举例说，甲接受乙的请求，为乙鉴定某件文物，甲明知这是一件真实的文物，却说是赝品，并让乙送给自己，乙想既然是赝品，就同意将该文物送给甲；在这种情况下，乙的同意就属于被甲欺骗后作出的同意，故同意无效，不能阻却甲欺诈行为的违法性。总之，***被骗***的同意之所以是一种无效的同意，关键在于如果被害人知道了真相就不会作出同意。

（2）受骗同意的无效性不适用于构成要件排除性的同意。如前所述，构成要件排除性的同意与阻却违法性事由的被害人同意是不一样的。在被害人受骗的情况下，将被害人的同意视为无效的同意，只能适用于阻却违法性事由的被害人同意，但不能适用于构成要件排除性的同意。

（3）同意的外部形态。作为真实意思表示的同意，在外部形态上应当达到何种程度才能被视为同意，关于这个问题，理论上有不同的观点。有学者持意思表示说，认为被害人同意作为一种法律行为，必须在外部得到明确的表示方可视为同意，此学说实际上否认默示的同意。但也有学者持意思方向说，即无论是明示还是默示，只要能够表示出被害人内心意思方向的，都可视为同意。本教科书赞同意思表示说，即不管以什么方法表示同意，该等表示都应当在外部得到明示。否则，认同被害人默示的同意，不仅不易找到一个合理的判断标准，而且也极易被他人所利用。

（4）同意的收回。同意作为被害人在自由意志状态下作出的一种意思表示，明显带有授权性质，既然是授权，当被害人反悔时，就应当允许其收回同意，但收回同意在时间上会受到限制，即必须在行为人按照被害人同意实施相关行为之前收回同意，一旦行为人已经实施了被害人同意的行为，被害人再反悔也不影响阻却违法性。对此，《澳门刑法典》第 37 条第 2 款明确规定，“同意并得在事实实行前自由废止”，言外之意，在行为实行后就不存在自由废止问题。

4、同意的能力条件

所谓同意的能力条件，就是指作出同意的被害人应当具有一定的成熟的思维能力，能够认识到放弃法益的结果及影响，能够对事物的发生和发展过程作出合理的判断。从理论上分析，足以影响被害人同意能力的因素主要有年龄和精神障碍两种因素，故对儿童或精神病患者来说，其同意通常是无效的。对此，《澳门刑法典》第 37 条第 3 款也作了规定，即在被害人同意情况下，“同意之人必须满 14 岁，且在表示同意时具有评价同意之意义及其可及范围之必要辩别能力者，

同意方生效力”。这一限制性的规定表明，在澳门，被害人同意要阻却违法性，被害人必须年满 14 岁，这是前提条件，也是形式上的条件；如果要得到未满 14 岁的人同意，该等同意只能由在法律上享有同意权的人作出，如法定代理人、监护人。此外，同意之人即使已满 14 岁，还必须对同意的性质具有必要的辩别能力，这是实质性的条件。当然，具体如何判断同意之人是否具备必要的辩别能力，要从同意之内容、同意之人的实际辩别能力等因素，进行综合分析。如对于一个患有高度精神障碍的人来说，显然是不具备实际辩别能力的。

5、同意的认知条件

所谓同意的认知条件，就是指行为人在作出某种行为前，应当对被害人的同意事先要有认识；如果行为人事先并不知被害人已作出同意，就不能阻却其行为的违法性。比如，在一次化装舞会后，外甥将其因扮“垄断资本家”而向伯父借的金手表在当铺典当了；回家后，他看见了伯父将该金表赠送给他的信。[417]在这种情况下，外甥对其伯父赠送金手表的同意显然是在作出侵占行为后才获知的，这种事后获知的同意就不能阻却外甥侵占行为的违法性。当然，关于这个问题，理论上也是有分歧的。

有学者认为，对被害人同意来说，起决定作用的是客观上是否存在同意这一要素，而获知同意的时间不是阻却违法性必备的要素；只要客观上存在被害人的同意，即便行为人事后获知，也说明其行为的结果是无价值的，结果的无价值就可以阻却违法性；按照这种观点，上述案例中外甥将伯父金表擅自典当的行为就不构成侵占行为。但是，从目前情况来看，在此问题上占主导地位的还是“入罪说”，即事后获知的被害人同意不能阻却行为的违法性。大多数学者认为，如同正当防卫、阻却违法性的紧急避险需要主观上的合法化条件一样，在被害人同意的情况下，也应当存在主观的合法化要素，即行为人主观上必须在行为前对被害人的同意要有认识，否则，行为人主观上不知同意而作出明知违法的行为，其行为就是无价值的，因而不能阻却违法性。

既然不能阻却违法性，就需要依法定罪。*惟*在定罪时，究竟是按犯罪既遂论处，还是按犯罪未遂论处，理论上又分为既遂说和未遂说两种观点。（1）既遂说认为，在行为人对同意未获知的情况下，其行为无论是在客观方面还是在主观方面，都完全符合某种具体犯罪的构成要件，理应按犯罪既遂论处。按此观点，上例中外甥典当金手表的行为客观上符合侵占罪的构成要件行为特征，主观上又有侵占的故意，自然应按侵占罪的既遂论处。（2）未遂说认为，在这种情况下，“一方面由同意消除了结果的不法，另一方面，尚残留着行为不法”，[418]故从结果的非价性考察，类似于犯罪未遂。也有葡萄牙学者持相同的观点，即认为“当出现支撑合理理由类型的所有客观前提时，便欠缺了结果的非价，故此，这种情况类似于犯罪未遂”。[419]按此观点，上例中外甥典当金手表的行为，就构成了未遂的侵占罪。

对以上两种观点，《葡萄牙刑法典》第 38 条第 4 款规定采纳的是未遂说，《澳门刑法典》当然是紧随其后，不能例外。为此，根据《澳门刑法典》第 37 条第 4 款规定，“如同意并未为行为人所知悉者，行为人处以可科处于犯罪未遂之刑罚”。这里值得注意的是，对事先未获知同意而作出的行为按犯罪未遂处罚，必

[417] 案例引自【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 465 页。

[418]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 465 页。

[419]【葡】迪亚士：《刑法总论 I》,葡萄牙科英布拉出版社 2007 年第二版，第 393 页。

须遵守《澳门刑法典》第 22 条第 1 款关于处罚犯罪未遂的规定，即只有当既遂犯的法定刑最高限度超逾 3 年徒刑时，犯罪未遂方予处罚，除非法律有特别规定。因此，如果行为人未获知同意而实施的行为按澳门刑法规定其法定刑最高限度是 3 年徒刑以下，且法律又无处罚犯罪未遂特别规定的，实际上就应按无罪处理。

三、推定同意

推定同意因其同意的主体还是被害人，故在本质上仍然属于被害人同意的范畴，但因其同意的方式非出于被害人的明示，而是通过其他人的推定，且又与阻却违法性的紧急避险具有密切的联系，所以理论上往往对其另加阐述，有的国家或地区的刑法典也对其作专门的规定。《澳门刑法典》第 38 条就是关于推定同意的特别规定。

（一）推定同意的概念与性质

推定同意，也称推定承诺。学者们普遍认为，“所谓基于推定性承诺的行为，是指虽然实际上并不存在被害人自己作出的承诺，但是，可以认为在被害人知道情形时就当然会给予承诺，从而推定其意思所实施的行为。例如，发生火灾时，为了避免烧到没有人在家的房屋上，而将其房屋的一部分破坏或者进入家中搬出贵重物品的行为等即是”。[420]

关于推定同意的性质，理论上主要有三种不同的观点：⑴被害人同意延伸说。该观点认为，推定被害人同意而实施的行为必须被理解为处在基于被害人同意而实施的行为的延长线上，通过推测被害人的真实意思去实施行为，故也一样因利益欠缺原则而阻却违法性。⑵民事上的事务管理行为说。该观点认为，在推定同意的情况下，行为人实际上是在按照民事上的事务管理原则而实施行为，即可通过推定的意思管理事务，所以能够阻却违法性。⑶超法规的紧急避险说。该观点认为，推定同意下作出的行为，通常都是在紧急状态下实施，因其保护的和牺牲的利益都属于同一主体，故与一般的阻却违法性的紧急避险有所不同，是一种比较特殊的或称之为超法规的紧急避险，具有阻却违法性的功能。

本教科书认为，根据《澳门刑法典》第 38 条第 1 款规定，“推定同意等同于实际同意”，由此可以得出这样一个结论，即《澳门刑法典》的立法者认同的是上述第一种观点，即被害人同意延伸说。

（二）推定同意的成立条件

根据《澳门刑法典》第 38 条规定，“行为人作出行为时之情况，可合理使人推测，假设受法律保护利益之人知悉作出事实时之情形，将就该事实作出有效同意者，推定为同意”。这一规定表明，推定同意要阻却违法性，应当同时符合以下三个条件:

1、前提条件

所谓推定同意的前提条件，就是指只有在发生需要进行紧急处理的情况时，才可能存在推定同意。比如，未经孕妇同意而为其堕胎的，会构成“堕胎罪”（第 136 条），未经病人同意进行手术或治疗的，会构成“擅作之内外科手术或治疗罪”（第 150 条）；假设某孕妇需要马上堕胎，或某病人需要马上截肢，否则都会有生命危险，但她（他）都处于昏迷状态，且暂时联系不到亲人，这就属于需要进行紧急处理的情况。作出推定同意之所以要求有紧急情况发生，其道理与阻却违法性的紧急避险是一样的，即通过推定同意而实施的行为，其保护的利益是合法利益，其侵害的利益也是合法利益，既然两种利益都是合法利益，就应当受到

[420]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 359 页）。

严格限制，非紧急情况不能以推定同意为由而侵害他人的合法利益。比如，在上述两种情况下，即便孕妇或病人昏迷，但只要情况不是很紧急，就应先寻找其有签字权的亲人；只有在孕妇或病人生命极其危险，其亲人又一时找不到，才允许医生在无人同意情况下进行堕胎或实施截肢手术，以挽救孕妇或病人的生命。

2、利益的同一性条件

所谓推定同意的利益同一性条件，就是指构成推定同意，行为人保护的合法利益与牺牲的合法利益应当是属于同一主体的合法利益。比如，甲在邻居乙家着火来不及通知的情况下破门而入灭火，保护的利益（乙住房与房内财产利益）和牺牲的利益（乙的居住权和门的财产利益）都属于乙自身的合法利益。上两例中，紧急情况下医生给孕妇进行堕胎或为病人实施截肢手术，保护的利益（生命权利益）和牺牲的利益（身体完整性）都属于病人自身的合法利益。

但也有学者认为，对推定同意来说，利益的同一性条件不是绝对的，因为在行为人与被害人之间具有一种特别亲密的关系的情况下，推定同意也可以允许是推定被害人为了行为人或者第三人的利益而放弃自身的利益。比如，某人为了不延误乘上重要的列车而擅自利用朋友临时停放的自行车；家庭保姆将主人的旧衣服送给乞丐。[421]本教科书认为此观点是值得商榷的。因为，在为行为人或者第三人的利益的情况下，如果无紧急情况发生，就应该首先设法取得他人同意后再作出行为，而不应该以推定同意的方式来损害他人利益；比如，家庭保姆送主人旧衣给乞丐，假设无紧急情况发生，该保姆应先取得主人同意，主人不在，也应设法与其取得联系；反之，如果有紧急情况发生，那也不应当属于推定同意的范畴，而是属于一般意义上的阻却违法性紧急避险的范畴。比如，乞丐即将冻死，等不及主人回家，保姆将主人旧衣服送给乞丐保暖，即属一般意义上的阻却违法性的紧急避险。

由此可见，保护利益与牺牲利益在主体上的一致性，乃是区分推定同意与一般意义上的阻却违法性紧急避险的重要标准；没有这个标准，两者就很难区分。比如，甲为救重病人去医院而擅自动用了他人车辆，如果不以利益在主体上的一致性标准区分，就很难说这是一般意义上的阻却违法性紧急避险还是推定同意，因为事实上，我们也可以通过推定，说车主得知真实情况后就会同意甲动用其车辆抢救病人。正因为如此，本教科书认为，推定同意实际上是一种特殊的阻却违法性的紧急避险，其特殊之处主要在于主体利益归属的一致性。

3、合理性条件

所谓推定同意的合理性条件，就是指作出推定同意要具有合理性，只有合理的推定，才能防止推定同意被滥用；《澳门刑法典》第 38 条第 2 款之所以要强调“可合理使人推测”，其道理就在于此。从理论与实践考察，这种推定的合理性应当包括两个方面的内容：

首先，是指利益均衡方面的合理性。如前所述，利益衡量原则乃是成立一般意义上的阻却违法性紧急避险的必要条件，这一点对推定同意来说也是如此；因为只有当保护的利益大于牺牲的利益时，我们才能合理地推定两种利益的拥有者会作出同意。如医生为病人截肢是为了挽救病人生命，保护的是生命权，牺牲的是健康权，前者当然大于后者，所以才能推定病人知道后会作出同意。

其次，是指推定标准的合理性。推定被害人同意，究竟是以行为人的认识还

[421] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 467 页和第 468 页。参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 360 页）。

是以被害人的认识或是以社会上一般人的认识为标准，这就涉及到推定标准的合理性问题。关于这一点，学者的普遍看法是应以社会上一般人的认识为标准。有学者指出，“这种推定要以合理的一般人为基准，不以被害人的实际意思为基准”，[422]本教科书赞同此观点。如上例，医生在紧急情况下，为了挽救病人的生命而为其截肢，因为在一般人看来是合理的，所以就可以认定被害人知道真相后也会同意；假设病人醒来后出于某种原因并不同意，在这种情况下，被害人的不同意不影响推定同意的成立，医生的截肢行为既不构成“严重伤害身体完整性罪”（第 138 条），也不构成“擅作之内外科手术或治疗罪”（第 150 条）。

[422] 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 184 页。

第六章　有责性

如前所述，本教科书认为，在大陆法系犯罪论体系中，责任并非仅仅是指一种非难或否定性评价，它的实质内涵应当包括行为人为其行为所需要承担的一种法律后果，或者说需要付出的一种法律代价。而有责性要素在犯罪论体系中所扮演的角色，如同违法性要素一样，是一种否定性要素，即在特定情况下，不仅对构成要件该当性作出否定，而且对违法性也会作出否定。正如有学者指出的那样，“某人的行为实现了犯罪构成要件，并且是违法的，这还不足以说明，对他处以刑罚是正确的。更确切地说，只有当行为人还应该受到责难时才能判决其行为无价值，并处以刑罚”。[423]正因为如此，有责性作为犯罪论体系中的最后一个要素，就是要从法律后果的层面即从责任的角度，分析行为人的行为是否足以构成刑法意义上的犯罪，一句话，也就是要确认行为人是否应当为其行为承担刑法上的后果，是否应当受到刑罚的制裁。

第一节　责任的学说与要素

一、学说观点

责任的本质虽然是一种法律后果，或者说是一种法律代价，而对行为人可以进行非难或对其行为可以作出否定性评价，只是行为人为其行为承担法律后果或法律代价的依据，但是，由此也必然会引伸出另外一种依据，即对行为人进行非难或对其行为作出否定性评价的依据又是什么呢？关于这个问题，很多学者认为与责任的本质有关，纷纷从不同的角度进行探讨，因而形成了各种不同的学说；从大陆法系刑法理论的发展来看，这些不同的学说主要包括以下四种观点：

（一）道义责任论

道义责任论的理论基础是刑事古典学派提倡的自由意志论。该观点认为，正常的一个人都具有自由意志，这种自由意志主要表现为对自己行为的选择，即面对合法行为和违法行为，你可以自由地根据自己的意志去决定做哪一种行为。因此，在自由意志支配下，选择了做违法行为的人，就必须对其违法行为负责，并受到非难。正如有的学者指出的那样，“行为人自由地决定违反法律，是一切归责的根据，基于自由意志的违法活动或对自由的滥用，就产生责任”；[424]“责任原则，是以个人的决定自由为逻辑前提的，因为，原则上只有在根据法规范具备决定能力的场合，行为人才应承担不抑制犯罪冲动、避免违法行为发生的责任”；[425]由此可见，“刑罚以罪责为前提。罪责是非难可能性。……责任非难的内在理由是，人类天生能够自由和有责任地作出符合道德的自主决定，因此，就有能力选择法，反对不法”。[426]

以行为人的自由意志为依据提出的非难之所以称为道义责任论，乃是因为在

[423]【德】冈特. 施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论Ⅰ——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 202 页。

[424] 转引自张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 191 页。

[425]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 491 页。

[426] 参阅【德】冈特. 施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论Ⅰ——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 204 页注释（5）。

自由意志支配下作出的违法行为是反伦理、反道义的，故对行为人进行非难是一种道义上的非难，由此产生的责任就属于道义上的责任。道义责任论还认为，自由意志的存在是以能够形成自由意志的辨别或控制能力为条件的，无此辨别或控制能力就无自由意志。为此，未达刑事责任年龄的幼年人或精神病人因不具备这种辨别或控制能力而无自由意志；既无自由意志，就不能对其行为进行非难，也就无责任可言。换而言之，正是因为缺乏了责任要素，才不应当要求未达刑事责任年龄的人或精神病人对其行为承担刑事责任。

（二）心理责任论

心理责任论也是刑事古典学派所倡导的一种责任理论，它的基本出发点在于将责任与人对行为的心理态度联系起来。该观点认为，“责任的实体是行为人的心理关系，基于心理关系不同，将责任分为故意与过失，行为人在具有责任能力之外，还具有故意或过失时，就追究行为人的责任。这一学说在 19 世纪末 20 世纪初占统治地位”。[427]正因为如此，“责任不外是故意、过失这样的心理的事实的类概念，有故意或过失就有责任，无故意或过失则无责任”。[428]

也有学者将责任视之为一种罪责，而“罪责要素必须与心理学之罪责要素合二为一，以便故意和过失作为罪责形式或种类展示在我们的面前，因为我们有权做的是指责行为人知道或应当知道行为结果；行为人的行为是‘故意’的或‘过失’的；我们在这一指责中看到了行为人的有责性”。[429]所以，“罪责只存在于行为人与客观意义上的行为之间的心理上的联系之中，是现实在心理上的反映。……作为行为人与行为之间的两种不同形式的精神联系，故意与过失应该是罪责的核心”。[430]

心理责任论无疑是传统的犯罪论体系之所以将构成要件看成是纯客观的主要理论依据，因为正是心理责任论将故意和过失这样一种主观罪过与构成要件剥离开来，并纳入了责任的范畴。

（三）社会责任论

社会责任论的理论基础是刑事社会学派主张的社会防卫论。该观点认为，一个人犯罪取决于个人素质和环境，而非自由意志，故不可能以自由意志为依据对违法行为人进行非难。从社会防卫的角度考察，对任何犯罪处以刑罚，都是为了保护社会；社会正是为了维护自身的安全，避免受违法行为的侵害，才要求违法行为人对其违法行为负责。由此可见，保护社会是每一个社会成员应尽的义务，当一个社会成员违反了这种社会义务时，就应当受到来自于社会的非难，并为其违反社会义务的行为承担责任，故称为社会责任论。

社会责任论因完全将责任与社会防卫联系起来，一切都是出于保护社会的需要，所以，判断有无责任与一个人的辨别或控制能力无关。无论是未达刑事责任年龄的幼年人还是精神病人，只要其行为危害了社会，对社会构成危险，就应当让行为人为其行为承担责任，这是社会责任论与道义责任论在责任主体方面的最大分歧。

（四）规范责任论

规范责任论的基本出发点在于将责任与法律规范的识别与遵从联系起来。该

---

[427] 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 194 页。

[428] 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 437 页。

[429]【德】李斯特著、施密特修订、徐久生译、何秉松校订：《德国刑法教科书（修订译本）》，法律出版社 2006 年版，第 263-264 页。

[430] 参阅【德】冈特. 施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I ——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 203 页。

观点最早由德国学者提出，后得到众多德国学者的支持与发展，继而成为目前大陆法系刑法理论关于责任本质学说的主流观点。该观点认为，责任的本质不是由人对行为的心理态度即故意和过失决定的，而是在于“意志形成和意志动作的可遣责性”，[431]或者说取决于人对法律规范的识别及遵从能力。根据规范责任论，责任的产生要取决于以下三种与法律规范有关的要素：

首先是法律规范的识别要素。该要素表明，法律规范作为一种客观的评价规范，乃是衡量一个人的行为是否适法的准绳；但法律规范要真正发挥作用，即被人们自觉遵守，必须以被规范之人具有了解该等法律规范的识别能力为前提，也就是要具有相应的责任能力。正因为如此，无责任能力的人因对法律规范无识别能力而无责任可言。

其次是法律规范的心理要素。该要素表明，法律规范要对具有责任能力者的违法行为作出客观评价时，必须考虑到违法行为人对其行为结果的心理态度。只有当违法行为人是出于故意或过失的心理态度去作出违法行为的，才应当受到非难；否则，也无责任可言。

最后是法律规范的期待要素。该要素表明，对行为人来说，法律规范要得到遵从，还必须存在一个可供遵从的适当的外部环境。如果在特定情况下，行为人面对适法行为和违法行为别无选择，不得已只能作出违法行为，也就是不可能期待行为人去做合法行为的话，就应当认为当时已不存在遵从法律规范的适当的外部环境；在这种情况下，行为人即使作出了违法行为，也因缺乏期待要素而不可对行为人进行非难，故同样无责任可言。有德国学者将此期待要素称之为“附随情况的正常性”，即“为了归责于行为人，除了要考虑责任能力、故意过失外，还要考虑第三个责任要素——‘附随情况的正常性’”。[432]可见，如果情况不正常，就意味着失去了期待要素。

二、学说评析

本教科书认为，在上述四种关于责任依据的观点中，比较全面考察问题的应当是道义责任论和规范责任论。除此之外，即便是对心理责任论和社会责任论，也应当从特定的历史背景出发，作客观的分析。

比如，心理责任论作为刑事古典学派的主要学说，它的产生必然与特定的反封建政治背景有着密切的联系；刑事古典学派倡导心理责任论，实际上是对封建刑法客观归罪的彻底否定，旨在突出主、客观相统一的刑事责任原则，这无疑具有深刻的历史进步意义，并对大陆法系刑法理论的形成和发展作出了积极的贡献。心理责任论的缺陷主要是将责任的依据仅仅限定在心理因素之中显得过于偏颇，尤其是将故意和过失作为责任的核心，而非作为构成要件的主观要素，显然是欠妥的。

又比如，社会责任论作为刑事近代学派的主要学说，它的产生是与当时西方国家因犯罪率上升、再犯率大幅提高所导致的社会不稳定环境密切相关的；刑事近代学派倡导社会责任论，主要是为了体现刑法对犯罪的一般预防和特殊预防作用，强化刑法对社会的保护功能，尤其是在对无刑事责任能力者的处置问题上，社会责任论为保安处分的产生作出了积极的贡献。社会责任论的缺陷主要是过于强化了社会防卫功能，忽视了刑法应有的谦抑性，因而极易与国家主义结合，导致刑罚权的滥用，或产生不适当地扩大刑罚权的倾向，从而不利于现代法治社会

[431]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 219 页。
[432] 转引自张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 194 页

对人权的保障。

当然，关于道义责任论和规范责任论，很多学者认为两者依据的理论基础不同，故不能相提并论；对此，本教科书认为，这种看法缺乏全面性，因为道义责任论和规范责任论是十分相似的，只不过看问题的角度不同罢了。中国台湾地区学者韩忠谟在对道义责任论进行评价时曾指出，道义责任论的内在要素包括了是非辨别能力、自由意志和犯罪意识（故意和过失）三种内在要素，其中是非辩别能力为犯罪意识的基础，自由意志是责任的起因，而犯罪意识则为决定责任的标准。[433]这一分析和评价尽管强调了自由意志是责任的本质，但从其分析与规范责任论相比较，实有共通之处：比如，规范责任论指的对法律规范的识别要素与道义责任论包含的是非辨别能力是相通的；规范责任论指的故意或过失的心理要素与道义责任论包含的犯罪意识也是相通的；规范责任论指的期待要素与道义责任论包含的自由意志选择还是相通的，[434]两者的区别只不过是道义责任论侧重于自由意志，而规范责任论则侧重于法律规范。

本教科书认为，道义责任论和规范责任论的共通之处表明，对一个人的行为能否进行非难或作出否定性评价，关键在于行为人对其行为的识别能力或控制能力。就识别能力或控制能力本身的性质而言，它们是主观的，属于意识范畴的东西；[435]比如，当行为人明知其行为是违法的、不道德的且还要去做，这就充分体现了行为人主观意识的反社会性。对此，有学者认为，“如同行为的不法性取决于行为的行为无价值和结果无价值那样，对行为有责性的确定是根据与具体实现了的犯罪构成要件相关联的思想上无价值。……但是，行为人被指责的不是他的思想作为这样的意识本身，而是由这种思想所造就的犯罪行为。在行为中表露出来的（较严重或者很严重的）法制思想缺乏，是对行为人就其实施行为根据他的责任程度提起谴责的唯一理由”。[436]由于刑法对人的刑事责任年龄和精神障碍作了比较明确的规定，一般情况下人的识别能力都是比较容易判断的；因此，在确定行为人有无责任的过程中，行为人的控制能力就是一个十分重要的问题，在这一点上，道义责任论提出的自由意志学说和规范责任论提出的期待要素理论，可以说是殊途同归，都是为了解决对控制能力的判断问题，甚至有学者将此种能力视为责任原则的基础，认为“责任和承担责任原则的构建基础，是人的能力，即人的可以自由地和正确地在合法和不法之间作出决定的能力。只有当这个决定自由存在时，对行为人提起责任谴责才有意义”。[437]本教科书赞同此观点，可以说，在责任判断过程中，无论是责任能力要素，还是违法性要素，抑或是期待可能性要素，都与人的决定能力密切相关，尤其是期待可能性要素，更是以决定能力作为责任判断的唯一依据。

三、责任要素

这里讲的责任要素，其实同阻却违法性事由一样，就是指在什么情况下，才足以阻却行为人的责任而不构成刑法意义上的犯罪，因而不会受到刑罚处罚；或者说，在实际定罪过程中，对责任之有无具有决定性影响力的要素是什么？关于

---

[433] 韩忠谟：《刑法原理》，台湾雨利美术印刷有限公司 1981 年增订十四版，第 174 页。

[434] 当特定的外部环境使行为人不可能去做合法行为时，其实质也就是失去了根据自由意志对其行为作出选择的自由。

[435] 但正如本教科书在第三章“犯罪论体系概述”中指出的，评价一个人是否达到刑事责任能力或有无精神障碍的标准则是客观的，从这一意义上说，责任本身的属性中应当具有客观的成分。

[436]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 216-217 页。

[437] 同上，第 213 页。

这个问题，学者之间有不同看法，这些不同看法主要围绕着四种要素即责任能力要素、故意过失要素、违法性意识要素以及期待可能性要素的不同组合而展开，并形成以下四种观点：⑴二要素说。该观点认为，只有责任能力和故意过失两种要素才是责任的要素。⑵三要素旧说。该观点认为，只有责任能力、故意过失和期待可能性三种要素才是责任的要素，这是基于传统的犯罪论体系将构成要件视为纯客观要件的理论而提出的三要素说，故称之为旧说。⑶三要素新说。该观点认为，只有责任能力、违法性意识和期待可能性三种要素才是责任的要素，这是基于修正后的犯罪论体系将构成要件视为主、客观相统一要件的理论而提出的三要素说，故称之为新说。⑷四要素说。该观点认为，责任能力、故意过失、违法性意识和期待可能性四种要素都是责任的要素。

很显然，由于本教科书赞同构成要件包括主观和客观两个方面的要素，故意和过失不属于责任的要素，而属于构成要件的主观要素，因此，在上述四种观点中，本教科书认为当以第三种观点即三要素新说为妥。质而言之，责任要素包括了责任能力、违法性意识和期待可能性三种要素。

值得注意的是，在大陆法系犯罪论体系中，关于有责性的要素，也有学者主张应当区分排除责任的要素和免除责任的要素；比如，缺乏责任能力以及不可避免的禁止性认识错误属于排除责任的要素，而缺乏期待可能性要素则属于免除责任的要素。本教科书认为，对阻却责任作此种分类从阻却责任的程度上分析，是有一定道理的，本书将在第四节“期待可能性”中作具体阐述。

第二节　责任能力

一、责任能力概述

何谓责任能力，简单地说，责任能力就是指一个人对其行为的认识能力或控制能力。如有的德国学者认为，“对特定行为人的行为进行罪责非难，认为其行为是有责的先决条件是他具备正确认识社会要求并以该认识而行为的一般能力。立法和刑法科学将该能力表述为‘责任能力’。……只有当行为人在行为时具备该能力，才能认定该行为是有责的反社会的行为”。[438]有的日本学者认为，“所谓责任能力，归根到底可以解释为辨别是非，根据这种辨别而行动的能力。在行为人有这样的能力而实施违法行为时，行为人就要负担责任，科处作为规范的报应的刑罚。在行为人没有这样的能力时，即使实施了违法行为，对这种违法行为也不能给予规范的非难”。[439]有的前苏联学者认为，“责任能力……是指某人在实施危害社会的行为时，能够清醒地认识和控制自己的行为，并能对自己的行为负责的能力”。[440]

从学者关于责任能力的解释中不难得知，判断一个人有无责任能力，取决于两种心理因素：一是对行为的认识能力，即行为人对自己行为的意义或性质是否有认识能力，有学者将这种认识能力称之为“了解自己行为对自己与他人关系的价值的能力”。[441]二是对行为的控制能力，即行为人在对自己行为意义有认识的

[438]【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书（修订译本）》，法律出版社2006年版，第269页。

[439]【日】西原春夫：《刑法总论》（改订准备版）（下卷），成文堂1993年版，第450页。转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第446页。

[440]【苏】H.A.别利亚耶夫等主编，马改秀等译：《苏维埃刑法总论》，群众出版社1987年版，第110页。

[441]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》（注评版），中国人民大学出版社2004年版，第171页。

基础上，有无抑制自己作出某种行为或不作出某种行为的能力，有学者将这种控制能力称之为“根据行为的意义有目的地引导行为的能力”。[442]值得注意的是，判断一个人有无责任能力，要从对行为的认识能力和控制能力两个方面进行分析，认识能力和控制能力并非是都不存在才可视为无责任能力。在司法实践中，无认识能力的，即应视为无责任能力；但有认识能力而无控制能力的，也应视为无责任能力。

还应当注意，在刑法中，责任能力作为责任的要素，与责任密切相关；缺乏责任能力，阻却的是责任，而非阻却违法性。从这一意义上说，刑法中所规定的无责任能力的情况，如未达刑事责任年龄的人或精神病人作出违法行为，实际上都属于法定的阻却责任事由。同时，由于刑法中的责任能力都与犯罪与刑罚密切相关，是一种刑事责任能力，因此，阻却责任即阻却刑事方面的责任，也就是不构成犯罪，不受刑罚处罚。有的国家的刑法典如《意大利刑法典》对此作了明确规定：“如果行为时没有刑事责任能力，任何人不得因实施被法律规定为犯罪的事实而受处罚”。

二、刑事责任年龄

（一）刑事责任年龄的概念

所谓刑事责任年龄，就是指刑法所规定的行为人对其作出的触犯刑法规范的行为应负刑事责任而必须达到的年龄。在大陆法系国家或地区，由于刑法典均规定了相应的刑事责任年龄，因此，刑事责任年龄就成为决定行为人有无刑事责任能力的重要标准。

关于刑事责任年龄，必须注意以下两个方面的问题：

1、规定刑事责任年龄的依据

立法者之所以在刑法中规定刑事责任年龄，主要是依据两个方面的因素：第一，人对自己行为的认识能力和控制能力与年龄密切相关，这是无可怀疑的自然规律。尤其是像刑事责任能力这样一种必须承担法律后果的责任能力，更需要与一定的年龄相配合。第二，对未成年人的违法行为应侧重于贯彻教育、感化的保护政策，这与未成年人本身的特点如可塑性密切相关，因为刑罚是一种最严厉的处罚，足以影响未成年人的身心成长，将一定年龄之下作出违法行为的未成年人视为无责任能力而免予刑罚处罚，符合对未年人侧重教育、感化的刑事政策。

2、规定刑事责任年龄的标准

究竟多少年龄以上的未成年人可视为具备刑事责任能力，这在理论上并没有一个统一的标准。一般来说，学者们认为，判断一个未成年人对其行为是否具备认识能力的标准，应当是一种道德标准，而非法律标准，具体地说，也就是看未成年人对其行为是否违反社会公认的道***德准则具有识别力***。比如，对杀人、抢劫、盗窃、放火、绑架等犯罪行为，未成年人是否意识到此类行为是不应该做的；如果意识到，就可以视为具备了刑事责任能力，至于此类行为在法律上如何评价，构成什么罪，判什么刑罚，这不属于认识能力的范畴。正因为如此，刑事上的责任能力与民事上的责任能力是有所不同的，前者的年龄起点要比后者低多了。

从目前的立法情况来看，由于各国或各地区在文化传统、经济发展、教育水平、价值观念等各个方面存在着差异，因此，在刑事责任年龄的起点上，找不到一个统一的起点。比如，从有关国家或地区的刑法关于刑事责任年龄的规定来看，葡萄牙为 16 岁，丹麦、瑞典为 15 岁，中国内地、德国、日本、意大利、韩国、

[442] 同上。

俄罗斯为 14 岁，法国为 13 岁，加拿大为 12 岁，英国、中国香港地区为 10 岁；即使是同一个国家如美国，各州刑法规定的刑事责任年龄也不同，有 8 岁、10 岁、12 岁的，也有 13 岁、14 岁、15 岁的。一般来说，刑事责任年龄的立法例涵盖了 10 岁到 16 岁这一年龄段，其中最多的是以 14 岁作为刑事责任年龄的起点。

（二）刑事责任年龄的立法模式

综观各国各地区刑法关于刑事责任年龄的规定来看，其立法模式大致可分为两种立法模式：

1、两分法立法模式

所谓两分法立法模式，就是指将刑事责任年龄分为完全不负和完全负两个年龄段，故为两分法。比如，根据《德国刑法典》第 19 条规定，凡不满 14 岁的人，不管作出什么样的行为，均视为无刑事责任能力而不构成犯罪，不得对其处以刑罚。反之，凡已满 14 岁（包括 14 岁）的人，就视为有刑事责任能力，须对自己的行为承担刑事责任。这就是在刑事责任年龄上典型的两分法立法模式。除德国外，日本、瑞典、葡萄牙、韩国等国家的刑法也采用了刑事责任年龄的两分法立法模式。

2、三分法立法模式

所谓三分法立法模式，就是指除了将刑事责任年龄分为完全负和完全不负两个年龄段之外，还增设了一个相对负刑事责任的年龄段，即在这个年龄段，对有些行为要负刑事责任，对有些行为则不负刑事责任，故为三分法。比如，根据《中华人民共和国刑法典》第 17 条规定，凡不满 14 岁的人，不管作出什么样的行为，均视为无刑事责任能力而不构成犯罪，不得对其处以刑罚；凡已满 16 岁的人，就视为有刑事责任能力，须对自己的行为承担刑事责任；凡满 14 岁而未满 16 岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任，犯其他罪的，就不用负刑事责任。这就是在刑事责任年龄上典型的三分法立法模式。除中国内地外，意大利、法国、英国、俄罗斯、加拿大等国家的刑法也采用了刑事责任年龄的三分法立法模式。

对三分法的立法模式来说，在相对负刑事责任的年龄段，行为人究竟对哪些行为须负刑事责任，立法上也有两种标准：⑴重罪标准，即在相对负刑事责任年龄段，如其行为涉及重罪的，就要负刑事责任；而且为了体现罪刑法定原则，立法者对重罪的范围也会作出明确规定。如上所述，根据《中华人民共和国刑法典》第 17 条第 2 款规定，在相对负刑事责任的年龄段，只对八种重罪须负刑事责任。类似的重罪标准还包括《俄罗斯刑法典》和美国纽约州刑法：根据《俄罗斯刑法典》规定，满 14 岁不满 16 岁的人犯 19 种重罪的，须负刑事责任；而根据美国纽约州刑法规定，满 14 岁不满 16 岁的人犯一级非预谋杀人、一级绑架、一级强奸、一级伤害、一级二级破门入户、一级二级抢劫、一级二级放火罪的，须负刑事责任。⑵认识标准，即在相对负刑事责任年龄段，行为人对其行为是否需要负刑事责任，要由法官来判断该行为人对其行为是否具备认识能力：有认识能力，须负刑事责任；无认识能力，就不负刑事责任。比如，根据英国刑法规定，满 10 岁不满 14 岁的人如果作出了触犯刑律的行为，只要被证明作出行为时具备了“作恶的辨别力”，就应当负刑事责任。又比如，根据《意大利刑法典》规定，满 14 岁不满 18 岁的人实施了触犯刑律的行为，如果具有理解和意思能力，则须负刑事责任；至于如何判断，当然要由法官按照案件的实际情况作出决定。类似的立法例还包括中国的香港特别行政区刑法。

3、评析。客观地说，在刑事责任年龄的立法上，无论是两分法的立法模式还是三分法的立法模式，都有其合理与不合理之处。两分法的利在于简单明了，满一定年龄就负刑事责任，不满就不负；这样，通过立法就能使“责任能力原则”在年龄上得到统一贯彻，不会产生歧义；而二分法的弊则在于太死板，不具有缓冲余地，对有些虽未达到刑事责任年龄，但显已具有识别能力的未成年人实施的触犯刑律的行为一概不追究刑事责任，既有失刑法之公正，也极易使其成为他人的犯罪工具，或成为社会不安定的因素。同样的道理，对三分法来说，其利在于有了相对负刑事责任的年龄段后，不管是采重罪标准还是认识标准，都会产生积极的社会效果：采重罪标准，可有利于打击严重的刑事犯罪，维护社会稳定；采认识标准，可防止出现明显有认识能力而被视为无责任能力，或确实无认识能力而被视为有责任能力等有失公正的现象，体现了一定的灵活性和合理性。而三分法的弊则在于规定了相对负刑事责任的年龄段后，在执行或理解过程中就可能会出现问题，进而产生歧义。比如，根据《中华人民共和国刑法典》第 17 条第 2 款规定，满 14 岁不满 16 岁的人并不需要对绑架罪负刑事责任，于是，在执行过程中，碰到满 14 岁不满 16 岁的人参与绑架并对人质“撕票“的，能否追究其刑事责任就产生了歧义，为此，中国最高人民法院不得不作出司法解释，表明《中华人民共和国刑法典》第 17 条第 2 款规定的不是罪名，而是行为，满 14 岁不满 16 岁的人在绑架过程中“撕票”属于杀人行为，所以要负刑事责任。至于对“认识标准”来说，就更容易产生不同的看法，法官的观念不同，就可能对同一现象作出相反的解释。

（三）《澳门刑法典》关于刑事责任年龄的规定

《澳门刑法典》第 18 条规定，“未满 16 岁之人，不可归责”。毫无疑问，此立法规定源自于《葡萄牙刑法典》的相关规定，属于典型的二分法立法模式，即不满 16 岁的人，对其行为完全不负刑事责任；满 16 岁的人，对其行为完全负刑事责任。

对《澳门刑法典》第 18 条规定，长期以来澳门社会上就存在着分歧，主要有三种观点：第一种观点为二分法的修改说，即主张将 16 岁降为 14 岁，理由是澳门满 14 岁的青少年已具备是非辨别能力，让其负刑事责任既体现了刑法的公正性，又有利于预防犯罪。第二种观点为三分法的修改说，即主张未满 14 岁的完全不负刑事责任，满 16 岁的完全负刑事责任，满 14 岁而未满 16 岁的，有条件地即相对负刑事责任，理由是这样做既可体现刑法的公正性，又有利于贯彻对违法青少年侧重教育、感化的刑事政策。第三种观点为维持说，即主张不能改，理由是 16 岁的标准既体现了澳门的立法传统，又有利于最大限度地贯彻对违法青少年的教育、感化政策。

针对上述不同观点，澳门政府有关部门进行了调研，调研结果表明，凡满 14 岁的澳门青少年，应当认为已经具备了是非识别能力。为此，政府有关部门采纳上述第二种三分法修改说的观点，正式向澳门立法会提交了《修改刑事归责制度（草案）》。根据该法律（草案）规定，满 14 岁而未满 16 岁的人，只有当其行为符合 19 种重罪情况的，才负刑事责任，而这 19 种重罪情况，都属于涉及危害人身权益的犯罪，故不包括放火等危害公共安全的犯罪。但是，在澳门立法会的审议过程中，该法律（草案）遭到了部分立法会议员的质疑，如有些议员质疑，为什么在相对负刑事责任年龄段不包括放火等严重危害公共安全的犯罪？有些议员则质疑此法律（草案）的必要性和可行性，反对修改现行的刑事责任年龄制度。最后，由于诸多因素作用使然，澳门政府决定撤回该法律（草案），继续研

究，该法律（草案）终于夭折流产。

本教科书认为，关于刑事责任年龄的立法模式，三分法更具有科学性和合理性，故赞同按照上述第二种观点即三分法修改说来修改澳门现行的刑事责任年龄制度，*惟*在相对负刑事责任年龄段，究竟对哪些犯罪须负刑事责任，要作更科学、更专业的研究。政府有关部门提出的法律（草案）恰恰在这个方面缺乏专业性的研究，引致质疑，此教训值得吸取。

三、精神障碍

（一）精神障碍概述

所谓精神障碍，通常是指一个人受到某种因素制约或影响后，对其所作所为无法像正常人那样去作出判断或加以控制。精神障碍可以阻却责任能力，这在刑法理论上并无异议，而大陆法系国家或地区的刑法典，一般也都有因精神障碍而阻却责任能力的规定。关于精神障碍对责任能力的影响，应当注意以下三个方面的问题：

1、精神障碍的范围

精神障碍的范围实际上也就是指精神障碍的类型，它与引发精神障碍的原因密切相关。在理论上，学者们都一致认为，由于导致精神障碍的原因是多种多样的，因此，精神障碍不仅包括传统意义上的精神病（可称狭义上的精神病），而且也包括其他原因引致的各种精神障碍。比如，德国法院判决认为，“精神障碍不仅包括精神病，还包括所有‘形式的理智行为的障碍，以及意志生活、情感生活和性生活障碍，这些障碍会损害一个普通的、精神发育正常的人应该具有的正常的认知和感觉，从而影响意志的形成’”；当这些障碍达到一定严重程度时，就会“被视为类等同于精神病，有了‘疾病的特质’”。[443]有的日本学者认为，心神丧失“既可以是起因于狭义的精神病、精神病质、精神薄弱和麻药觉醒剂中毒等的继续性精神病变，也可以是基于酩酊、催眠状态的暂时性精神状态异常”。[444]有的意大利学者则认为，精神障碍“是指‘医学意义’的精神缺陷（即因疾病而产生的精神病状态），并不一定要求行为人实际患有精神病，因为有些生理疾患确实也可能导致行为人丧失认识能力和控制能力”。[445]

在立法上，各国或各地区关于精神障碍的表述不尽一致。有的比较简单、概括，如《葡萄牙刑法典》将因精神障碍而丧失责任能力的情况称之为精神失常，《印度刑法典》称之为精神不健全，《日本刑法典》称之为心神丧失，《意大利刑法典》称之为心智丧失；有的相对复杂点，如《法国刑法典》将因精神障碍而丧失责任能力的情况分为精神紊乱和神经精神紊乱两种精神障碍，《瑞士刑法典》分为精神病、弱智、严重之意识错乱三种精神障碍，而《德国刑法典》则分为病理性精神障碍、深度的意识错乱、智力低下和其他严重的精神反常四种精神障碍。

2、精神障碍的认定标准

由上可知，精神障碍具有多元化的特征，因而在司法实践中究竟依据什么标准来认定精神障碍，就成为学者们关注的一个问题。对此，理论上占主导地位的观点是生物学方法和心理学方法的双重标准说：

⑴生物学方法。对精神障碍的认定之所以要用生物学的方法，乃是因为精神

---

[443]【德】冈特. 施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论Ⅰ——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 213 页

[444]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 387 页。

[445]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》（注评版），中国人民大学出版社 2004 年版，第 178 页。

障碍对人来说是一种生物学意义上的反映；什么是精神障碍，法律规定的精神障碍究竟包括哪些精神方面的障碍，都必须从生物学的角度加以分析和认定，离开了生物学的标准，就无精神障碍可言。正如有学者指出的那样，精神障碍“不仅仅包含了本来意义上的所谓精神疾病，而且也包含了发育障碍（白痴、弱智）和精神退化状况（未老先衰），此外，还包括与精神障碍有关的狭义上的身体疾患（神志昏迷、神经机能症），暂时性的精神活动障碍（中毒）等。但它总是涉及一个‘病态的’，也即一个‘与器质有关的’障碍”。[446]理论上，也有学者鉴于精神障碍与医学具有不可分割的关系，故将精神障碍的生物学认定标准称之为医学标准，其实意思并无区别，生物学或医学，只是叫法不同罢了。

有的国家的刑法典，如《意大利刑法典》之所以将精神障碍描述为“因疾病”而丧失责任能力，《中华人民共和国刑法典》之所以将精神障碍描述为因“精神病”而丧失责任能力，也都是从生物学的角度出发，将精神障碍纳入生物学的范畴。正因为如此，从生物学的角度来认定精神障碍，就具有很强的专业性；在司法实践中，法官为了能够对精神障碍作出准确的判断，通常要请求专业人员的协助，如对精神障碍作出医学上的鉴定。

⑵心理学方法。对精神障碍的认定之所以要用心理学的方法，乃是因为法律规定精神障碍的目的，是要阻却责任能力，而责任能力作为一种法律概念，包含了人对其行为的认识能力和对其行为的控制能力，这两种能力都属于心理学的范畴；因此，要分析和认定行为人在精神障碍情况下是否对其行为已经丧失了认识能力或控制能力，必须从心理学的角度作出判断。正如有的学者指出的那样，“法律能够根据两种因素作出积极的确认：第一，必须存在法律所列举的心理障碍之一种。第二，该障碍必须对决定人的意志形成中两个能力之一有重大影响”。[447]显然，这里讲的第一种因素就是指生物学的因素，而第二种因素就是指心理学的因素。可见，精神障碍本身并不能当然地排除责任能力，关键还要看精神障碍是否使行为人丧失了对其行为的认识能力或控制能力，这就涉及心理学标准的问题。

应当注意，在刑法中，由于精神障碍直接与责任能力相关，而责任能力又属于法律上的概念，关系到行为人有罪还是无罪，因此，就心理学方法而言，对责任能力的最后认定，属于法律问题，必须由法官负责，也就是由专家确认的精神障碍是否足以达到阻却责任能力的程度，要由法官依据自身的经验作出判断。此外，还应当注意，在运用心理学标准判断精神障碍者有无责任能力时，不能要求同时排除认识能力和控制能力，方可阻却责任能力；如前所述，两种能力中只要排除其中一种能力，就可产生阻却责任能力的效力。

3、精神障碍的影响程度

所谓精神障碍的影响程度，就是指精神障碍对责任能力的影响程度。学者们一致认为，精神障碍对责任能力的影响有轻重之分：重者，可以使行为人对其行为丧失全部认识能力或控制能力；轻者，可以使行为人对其行为丧失部分认识能力或控制能力。这两种情况引致的法律后果是不同的：因精神障碍而完全丧失认识能力或控制能力的，即意味着责任能力全部丧失，理论上称其为完全无责任能力，在此情况下，行为人当然没有责任可言。然而，当行为人因精神障碍而只是降低或减弱了认识能力或控制能力时，即意味着行为人还保留着部分责任能力，

[446]【德】李斯特著、施密特修订、徐久生译、何秉松校订：《德国刑法教科书（修订译本）》，法律出版社2006年版，第280页。

[447]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社2001年版，第522页。

并没有完全丧失责任能力，理论上称其为限制责任能力或限定责任能力；[448]在此情况下，限制责任能力者对其行为就应当承担责任，不能免责，*惟*考虑到责任能力减弱的情况，量刑时可减轻处罚而已。关于这一点，理论上并无分歧。正如有的学者指出的那样，“在限定责任能力的场合，行为人毫无疑问是具有责任能力的，只不过因为认识能力或者行为控制能力受到限制而减轻刑罚而已”。[449]

值得注意的是，限制责任能力者对其违法行为应当负刑事责任已不仅仅是理论上的一种共识，而且也已成为一种立法上的共识，许多国家或地区的刑法典如《德国刑法典》、《日本刑法典》、《意大利刑法典》、《瑞士刑法典》、《法国刑法典》，都明确规定限制责任能力者应当负刑事责任，*但*处罚时可减轻刑罚。1979 年的《中华人民共和国刑法典》本无此项规定，*后*在学者的呼吁下，1997 年修改《中华人民共和国刑法典》时，立法者采纳了学者的建议，在第 18 条特别增加了一项关于限制责任能力者应负刑事责任，但可从轻或减轻处罚的规定。

（二）《澳门刑法典》关于精神障碍的规定

《澳门刑法典》第 19 条关于“因精神失常之不可归责性”的规定共分为四款，这四款分别涉及以下四种情况：

1、无条件地阻却责任能力之精神障碍

根据《澳门刑法典》第 19 条第 1 款规定，“因精神失常而于作出事实时，无能力评价该事实之不法性，或无能力根据该评价作出决定者，不可归责”。本教科书认为，与下款所规定的精神障碍相比较，该款所规定的精神障碍，主要包括两种情况下的精神障碍：一种是常态性的精神障碍，也就是指一个人因某种原因，如受到刺激或遗传，致使精神失常，从此后在相当时间内就失去了对其行为的认识能力或控制能力；此类常态性的精神障碍者，均属于无责任能力者，故对其作出的行为不负刑事责任；比如，长期处于无认识能力状态下的精神病患者（传统意义上或狭义上的精神病）或对其行为已完全失去认识能力的弱智者，即属常态性的精神失常者，这些常态性的精神失常者对其触犯刑法的行为不负刑事责任。另一种是偶然性的精神障碍，也就是指一个人在偶然情况下，出于某种原因致使自己丧失了认识能力或控制能力，比如，甲在不知自己是病理性醉酒者的情况下，偶然喝了酒引致失去认识能力或控制能力而作出触犯刑法的行为，甲因属偶然性的精神失常者而对其行为不负刑事责任。

2、有条件地阻却责任能力之精神障碍

根据《澳门刑法典》第 19 条第 2 款规定，“患有非偶然之严重精神失常之人，如精神失常之后果不受其控制，且不能因此而对其加以谴责者，即使其于作出事实时有明显低弱之能力评价该事实之不法性，或有明显低弱之能力根据该评价作出决定，得宣告为不可归责”。本教科书认为，要正确理解该款所规定的精神障碍，须把握以下三个方面的问题：

⑴非偶然之严重精神失常的内涵定义。按中文解释，非偶然者即为经常者；所谓非偶然之严重精神失常者，也就是指经常会处于严重精神失常状态的人。因此，非偶然之严重精神失常的精神障碍首先不同于常态性的精神障碍，换句话说，非偶然之严重精神失常者在一般情况下属于精神正常者，其在精神正常情况下作出触犯刑法的行为，当然要负刑事责任。其次，非偶然之严重精神失常的精神障碍又不同于偶然性的精神障碍，具体来说，这种精神障碍的发生概率很高，不是

[448]《日本刑法典》将限制责任能力的情况称之为心神耗弱，《意大利刑法典》则称之为部分心智丧失。

[449]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 530 页。

偶然的一次或二次，而是经常、多次发生。

⑵非偶然之严重精神失常的认定条件。在现实生活中，导致一个人经常严重精神失常的原因是多种多样的，有的是生理上的原因，如某些“具有间歇性发作特点的精神病，包括精神分裂症、躁狂症、抑郁症、癫痫性精神病、周期性精神病、分裂情感性精神病、瘾症性精神病等”；[450]有的则是外部刺激方面的原因，如精神药物（包括毒品）、酒精的刺激导致的精神障碍，正如有德国学者在解释《德国刑法典》第 20 条规定的“深度的意识错乱”时指出的那样，“意识障碍的事例中最为经常发生的，是因酒精导致的酩酊状态。……吸毒者同样属于这种情况”。[451]

正因为导致非偶然之严重精神失常的原因是多种多样的，所以，立法者为了突显刑事责任的公平性和合理性，对此类精神障碍能否阻却责任能力，规定了不受控制和不可谴责两个限制性条件。同时符合这两个限制性条件的，即可阻却责任能力，不负刑事责任；否则，应负刑事责任。所谓不受控制，就是从后果的角度来看，指行为人对这种经常发生的严重精神失常的状态，本人是无法控制的；所谓不可谴责，就是从原因的角度来看，指行为人之所以经常会严重精神失常，社会不应对其加以谴责。比如，甲是一个夜游症患者，经常会梦游，若其在梦游过程中作出了杀人、放火等行为，因甲对自己经常处于梦游状态既无法控制，社会也不应对其谴责，所以就属不可归责者，不对其行为负刑事责任。又比如，甲经常喝醉酒，若其在醉酒状态下，即使失去了认识能力或控制能力，也应对其作出的触犯刑律的行为负刑事责任，因为无论是从后果还是从原因考察，甲喝醉酒而丧失认识能力或控制能力，既属本人可控制的行为，又属可受社会谴责的现象。类似的情况还包括吸毒导致的精神障碍情况，当一个吸毒者即便因毒瘾发作而丧失控制能力，但从原因的角度分析，其吸毒行为本身是可受社会谴责的行为，故仍应对其行为承担刑事责任。

顺便指出，有的国家的刑法典对醉酒和吸毒有专门的规定。如根据《意大利刑法典》规定，属产生于偶然事件或不可抗力的醉酒的，不负刑事责任；属自愿、过失或预先安排的醉酒的，负刑事责任；属为犯罪而预先安排的醉酒以及惯常性醉酒的，不仅要负刑事责任，而且刑罚也要加重，这些规定同样适用于吸毒引致的精神障碍。又如根据《中华人民共和国刑法典》规定，醉酒的人应对其触犯刑律的行为负刑事责任。《澳门刑法典》虽然没有对醉酒或吸毒作专门规定，但从上述非偶然之严重精神失常的规定来看，除病理性醉酒外，醉酒、吸毒等引起的精神障碍显然是不能阻却责任能力的。除此之外，值得注意的是，根据《澳门刑法典》第 284 条规定，如果一个人“使自己处于因饮用或吸用酒精饮料或有毒物质而产生不可归责之状态，且在此状态下作出符合罪状之不法事实者，即使系因过失而使自己处于该状态”，也会构成“醉酒及吸用有毒物质罪”，受到刑罚处罚。比如，甲因喝醉酒而强奸妇女，甲的行为不仅构成“强奸罪”（第 157 条），而且还构成了“醉酒及吸用有毒物质罪”（第 284 条），应按数罪并罚原则定罪量刑。

⑶非偶然之严重精神失常引致的限制责任能力情况。从《澳门刑法典》第 19 条第 2 款规定来看，非偶然之严重精神失常显然可导致两种不同程度的精神障碍，一种是完全丧失责任能力，另一种是部分丧失责任能力。无论是完全丧失责任能力还是部分丧失责任能力，只要同时符合上述不受控制和不可谴责两个限

[450] 赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 112 页。

[451]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 525-526 页。

制性条件的，都“得”[452]宣告为不可归责者而不负刑事责任。本教科书认为，虽然立法者用的是“得”字，但是，对两种不同程度的精神障碍来说，其阻却责任能力的效力还是有区别的：比如，因非偶然之严重精神失常而完全丧失责任能力，且符合两个限制性条件的，就是应当阻却责任能力，即必须宣告为不可归责者；而因非偶然之严重精神失常而部分丧失责任能力，且符合两个限制性条件的，则可以阻却责任能力，宣告为不可归责者，也可以不阻却责任能力，宣告为可归责者，具体如何宣告，应由法官视案情而定。

本教科书认为，《澳门刑法典》的立法者在限制责任能力方面的立法价值取向是值得商榷的。首先，如前所述，限制责任能力者应对其触犯刑律的行为负刑事责任，这无论在理论上还是在立法上都已成为一种通说和通例，但按照《澳门刑法典》第 19 条第 2 款规定，限制责任能力者也可以对其行为不负刑事责任，这显然不符合大陆法系刑法理论的通说和立法通例。其次，由于《澳门刑法典》未对限制责任能力者作出减轻刑罚的专门规定，因此，如果对限制责任能力者减轻刑罚，就只能作为一种酌定减轻刑罚的情节，而不能成为法定减轻刑罚的情节。为此，本教科书认为，澳门立法者有必要对限制责任能力者的刑事责任问题作出检讨，适时修改《澳门刑法典》，单列一条或一款，明确规定限制责任能力者对其作出的触犯刑律的行为须负刑事责任，但应特别减轻刑罚。

3、无能力受刑罚影响之情况

根据《澳门刑法典》第 19 条第 3 款规定，“行为人经证实无能力受刑罚影响，可作为上款所规定之情况之参考依据”。这就是说，行为人实施行为时为有责任能力者，按理应对其行为负刑事责任，但如果确能证明该行为人已无能力受刑罚影响，即对其判处刑罚已无意义的话，也可宣告其为不可归责者。比如，甲抢劫后在逃跑过程中被车撞倒成“植物人”，对其判处刑罚显然不可能达到使其回归社会的刑罚目的。

4、故意造成精神失常之情况

根据《澳门刑法典》第 19 条第 4 款规定，“行为人意图作出事实，而造成精神失常者，不阻却可归责性”。这就是说，行为人为了某种目的，有意使自己陷入精神失常的状态，而后凭借该等精神失常状态去作出行为，属此情况者，不能阻却责任能力，行为人应对其行为负刑事责任。值得注意的是，如前所述，如果行为人是为了实施犯罪而有意使自己陷入精神失常状态，而后再去犯罪的话，就会因构成“醉酒及吸用有毒物质罪”（第 284 条）而构成数罪。

四、法人犯罪

（一）法人犯罪概述

1、法人犯罪的产生根源

法人犯罪理念的产生绝对与社会经济的发展密切相关：在以自然经济为主的社会，因经济活动的主体基本上是以自然人为主，故不存在法人犯罪理念产生的社会土壤；但到了二十世纪以后，经济活动的主体发生了根本性的变化，公司、企业等法人组织成为主宰经济活动的主体，这些法人组织在创造、积累社会财富的同时，出于追逐利润的目的，往往也会不择手段地作出危害人类、破坏正常社会秩序的行为，其危害之大，远远超出个人犯罪，从而迫使学者们不得不考虑法人能否构成犯罪的问题。

[452] 葡文中的“得”字，即相当于中文的“可以”，具有灵活性。

当然，早期的大陆法系刑法理论通常不认可法人也能成为犯罪主体，主要理由是法人作为一种虚拟的人格，本身无法产生犯罪的意图和动机。但随着法人犯罪现象的加剧及其危害的加大，仅自然人才能成为犯罪主体的理念受到了挑战。到目前为止，无论是在理论上还是在立法上，法人犯罪的理念已经得到了普遍认同。

2、法人犯罪的立法模式。

在大陆法系国家或地区，关于法人犯罪的立法模式主要有三种：⑴刑法典总则模式。所谓刑法典总则模式，就是指立法者在刑法典总则中不仅明确认可法人可以成为犯罪主体，而且对法人犯罪的构成、处罚等作出相应的指导性规定，采此立法例的如《法国刑法典》、《葡萄牙刑法典》、[453]《中华人民共和国刑法典》。⑵特别刑法模式。所谓特别刑法模式，就是指立法者在刑法典中并不涉及法人犯罪，而是将法人犯罪规定在特别刑法之中，比如，在《日本刑法典》中，并无关于法人犯罪的规定，但在日本的《公害犯罪处罚法》、《所得税法》、《水产资源保护法》等单行法律中，都有对法人违法处以罚金刑的规定。⑶行政刑法模式。所谓行政刑法模式，就是指立法者在刑法典中也不涉及法人犯罪，而是将法人犯罪视为一种行政刑法指向的对象，故在行政刑法中对法人犯罪问题有所规定。比如，有德国学者认为，在法人犯罪问题上，“应当受到刑罚的行为与违反秩序的行为的区别以及刑罚与秩序罚的区别提供了一个解决方法”，[454]所以，德国的法人犯罪，也被规定在 1952 年制定的《违反秩序法》中。[455]

英美法系的国家或地区虽无刑法典，但对于法人犯罪却比大陆法系国家或地区持更加开放的态度，并在制定法中对法人犯罪作出了明确规定。比如，早在 1889 年，根据英国《1889 年解释法》规定，“人”这一概念就包括了“组织起来的人的群体”；“因此，如果任何制定法认定‘一个人’做某些事情或没有做某些事情为犯罪，那么此罪的犯罪主体可以是一个法人，除非出现矛盾。之所以可能出现矛盾，是因为按照此罪的性质，一个法人在生理上不可能作为主犯干犯此罪，即使是通过其控制者也不可能”。[456]1962 年的美国《模范刑法典》也有类似的规定，将“人”分为自然人、法人和非法人团体三类。我国香港特别行政区的刑法同样如此，通过制定法明确规定了社团的刑事责任。尤其值得注意的是，鉴于公司疏于管理而导致重大人员伤亡的公共事故不断发生，英国内政部于 2006 年正式提出了《公司过失杀人法案》，交由议会讨论，以期通过成文法的形式，对传统普通法原则进行一系列改革。[457]“该法案抛弃了普通法中有关过失杀人犯罪对公司的适用原则，重新创制出一种专门针对公司这类法人组织的刑事犯罪罪名，通过成文法的形式克服了传统‘同化原则’在实践中设立的障碍”。[458]很显然，英国的《公司过失杀人法案》目前虽未正式通过，但其关于法人可以构成过失犯罪尤其是侵犯人身法益的过失犯罪的立法理念，很值得我们思考。

---

[453] 1982 年的《葡萄牙刑法典》总则并无法人犯罪的规定，但在 ***2007*** 年，葡萄牙立法者通过修改刑法典，增设了关于法人犯罪的条款。

[454]【德】托马斯.莱塞：《德国的法人犯罪理论》，载《经济刑法（2）》，上海人民出版社 2004 年 5 月出版，第 143 页。

[455] 根据该法律第 30 条规定，因实施犯罪行为或违反秩序行为而违反了法人或人合团体的义务，或者使法人或人合团体获益或意图使法人或人合团体获益的，可以对法人或人合团体处以秩序罚。故意犯罪的秩序罚数额为一百万欧元以下，过失犯罪的秩序罚数额为五十万欧元以下。

[456]【英】J.C.史密斯、B.霍根著：《英国刑法》，法律出版社 2000 年版，第 206 页。

[457] 参阅赵渊：《英国刑法中公司过失杀人刑事责任之发展与改革》，载《刑法论丛》（第 13 卷），法律出版社 2008 年 3 月出版，第 463 页。

[458] 同上，第 481 页。

3、法人犯罪的法定性

所谓法人犯罪的法定性，就是指法人可以构成哪些犯罪，必须由法律明确规定；凡法律没有规定可以由法人构成的犯罪，则只能由自然人构成。对此，有的国家在刑法典总则中就作了相应规定。比如，根据《中华人民共和国刑法典》第30 条规定，单位实施的危害社会的行为，只有在法律规定处罚单位犯罪的情况下，才可追究单位的刑事责任；为此，在中国内地，何种犯罪可由单位构成，均须看刑法典分则关于具体犯罪的条款中，有无处罚单位犯罪的规定。还比如，根据《葡萄牙刑法典》第 11 条第 2 款规定，法人只有实施了该款明文规定的若干种具体犯罪的，才负刑事责任；超出这个范围的犯罪，就只能由自然人构成。

（二）澳门刑法中的法人犯罪

1、关于法人犯罪的立法模式

根据《澳门刑法典》第 10 条规定，“仅自然人方负刑事责任，但另有规定者除外”。这一规定表明，在《澳门刑法典》的立法者看来，个人归责乃是最基本的归责原则，而法人承担刑事责任只是一种例外；正因为如此，在《澳门刑法典》中，无论是总则还是分则，都没有关于法人犯罪的规定。澳门刑法中的法人犯罪，全部规定在特别刑法之中，其立法模式当属特别刑法模式。

目前，在澳门特别刑法中，规定有法人犯罪的单行法律共有 11 个，它们分别是：《惩治妨害公共卫生及经济违法法》（第 6/96/M 号法律）、《保险业务法律制度》（第 27/97/M 号法令）、《工业产权法》（第 97/99/M 号法令）、《关于遵守若干国际法文书之法律》（第 4/2002 号法律）、《对外贸易法》（第 7/2003 号法律）、《预防及遏止清洗黑钱犯罪》（第 2/2006 号法律）、《预防及遏止恐怖主义犯罪》（第 3/2006 号法律）、《打击贩卖人口犯罪》（第 6/2008 号法律）、《维护国家安全法》（第 2/2009 号法律）、《打击电脑犯罪》（第 11/2009 号法律）、《预防及遏止私营部门贿赂法》（第 19/2009 号法律）。在这 11 个单行法律中，可由法人构成的具体罪名共有 44 个。

2、关于法人犯罪的主体表述

在澳门回归之前，关于法人犯罪的主体表述不尽一致，有的笼统表述为“法人”，有的表述为“法人或无法律人格之社团”，有的表述为“法人或公司，即使为不当设立者，及纯为无法律人格之社团”。但从澳门回归后新制定的特别刑法来看，立法者对法人犯罪的主体表述趋于一致，即统一将法人犯罪的主体表述为“法人，即使属不合规范设立者，以及无法律人格之社团”。由此可见，澳门刑法中的法人犯罪，其主体可包括三类实体：一是具有法律人格的法人组织，如民商法中的公司法人或企业法人，行政法中的社团法人或财团法人。二是不合规范设立的法人组织，对此类法人实体来说，只要实施了足以构成犯罪的行为，就不能以设立程序不合法而免除法人的刑事责任。三是无法律人格的社团，此类社团依照法律规定不具有法律人格，但也可以成为法人犯罪的主体，比如，澳门有许多同乡会、联谊会之类的组织，这些组织均属于无法律人格的社团。

3、关于法人犯罪的构成要件

分析法人犯罪的构成要件，要从两个不同层面作出判断：

第一个层面是指具体犯罪本身要求的主、客观构成要件。比如，对“洗黑钱罪”来说，要认定某个法人实体是否构成“洗黑钱罪”，首先要分析该法人实体中的相关责任人员实施的行为是否符合法律所规定的“洗黑钱罪”的主、客观构成要件；如果不符合，说明就不存在洗黑钱的行为，当然也就谈不上法人洗黑钱的问题；如果符合，接下去才会分析第二个层面的构成要件。

第二个层面是指法人犯罪本身要求的主、客观构成要件。从澳门回归后制定的特别刑法来看，在以下两种情况下实施的犯罪，可构成法人犯罪：第一种情况是法人实体的机关或代表人以该等实体的名义及为其利益而实施法律所规定的犯罪；第二种情况是听命于法人实体机关或代表人的人以该等实体的名义及为其利益而实施法律所规定的犯罪，且因该机关或代表人故意违反本身所负的监管或控制义务，方使该犯罪有可能发生。凡不符合这两种情况的犯罪，均不构成法人犯罪。

4、关于法人犯罪的处罚制度

法人犯罪的处罚制度可分为单罚制和双罚制。所谓单罚制，就是指当法人构成犯罪时，不处罚法人实体，只处罚相关的责任人员；所谓双罚制，就是指当法人构成犯罪时，不仅要处罚法人实体，而且也要处罚相关的责任人员。在澳门特别刑法中，关于法人犯罪的处罚制度，立法者均采用了双罚制，即明确规定追究法人实体的刑事责任，并不排除有关行为人个人的刑事责任。

5、关于法人犯罪的具体刑种

当法人构成犯罪时，对法人实体可科处什么样的刑罚，立法上不完全一致。从上述 11 个规定了法人犯罪的特别刑法来看，主要有四种立法情况：

第一种情况是对构成犯罪的法人实体只规定了罚金一种主刑，且由于该等特别刑法本身没有规定任何附加刑，故对法人实体也不能科处附加刑。采此立法例的如《对外贸易法》。

第二种情况是对构成犯罪的法人实体也是只规定了罚金一种主刑，但由于在该等特别刑法中对具体犯罪规定了若干种附加刑，故这些附加刑中的某些附加刑对自然人和法人实体显然都是适用的，如“禁止从事某些职业或活动”、“剥夺参与直接磋商”、“暂时或永久封闭场所”等附加刑；当然，从附加刑内容来看，有些附加刑不可能对法人实体适用，如“剥夺政治权利”、“禁止执行公共职务”、“驱逐出境”等附加刑。采此立法例的如《关于遵守若干国际法文书之法律》。

第三种情况是对构成犯罪的法人实体规定了罚金和法院命令解散两种主刑，同时在该等特别刑法中也对具体犯罪规定了若干种附加刑。采此立法例的如《惩治妨害公共卫生及经济违法法》。

第四种情况是对构成犯罪的法人实体不仅规定了罚金和法院命令解散两种主刑，而且为了与自然人犯罪相区别，还专门为构成犯罪的法人实体规定了相关的附加刑。采此立法例的均为 2006 年或以后制定的特别刑法，如《预防及遏止清洗黑钱犯罪》等 6 个单行刑事法律。在这些单行刑事法律中，专门适用于法人实体的附加刑包括禁止从事某些业务（或活动）、剥夺获公共部门或实体给予津贴或补助的权利、暂时封闭场所、永久封闭场所、受法院强制命令约束和公开有罪裁判六种附加刑。

（三）评析

本教科书认为，综观澳门特别刑法中的法人犯罪规定，以下两个方面的问题值得立法者思考，并有必要作出相应的立法上的改进：

1、刑法典总则是否应当规定法人犯罪

在大陆法系国家或地区，刑法典总则应当对特别刑法具有指导和制约作用，这不仅是为了保证刑事立法的科学性，也是为了防止刑罚权的滥用，法人犯罪的立法同样如此。目前，由于《澳门刑法典》总则没有规定法人犯罪，因此，在特别刑法中规定法人犯罪就失去了制约，立法者想怎么立法就怎么立法，这样做既容易造成立法上的不统一，如上述关于法人犯罪主体的表述以及对法人实体科处

的具体刑种，都存在不一致的地方；同时也容易产生种种不合理现象：如同样是法人犯罪，为什么对法人实体有的只规定一种主刑，有的却规定两种主刑；为什么对法人实体有的没有规定附加刑，有的则专门规定附加刑；为什么对法人实体科处罚金有的最高额是法律规定的徒刑日数的两倍，[459]有的则为 2000 天。[460]凡此种种，都表明在《澳门刑法典》总则中增设关于法人犯罪的指导性规定，如关于法人犯罪的主体表述、构成要件、处罚制度、具体刑种等方面的规定，是非常必要的。值得注意的是，作为《澳门刑法典》母本的 1982 年《葡萄牙刑法典》，原来在总则中也没有规定法人犯罪，但在 2007 年的修改中，葡萄牙立法者与时俱进，专门在总则中增设了关于法人犯罪的指导性规定，此立法措施值得澳门立法者借鉴。

2、与腐败有关的犯罪是否应当纳入法人犯罪的范畴

2006 年 2 月 12 日，《联合国反腐败公约》同时在中国内地、香港和澳门两个特别行政区生效。该公约不仅督促各国必须制订相应的反腐败预防措施，而且还要求或建议各缔约国以立法形式，将一些与腐败有关的行为规定为犯罪，如贿赂本国公职人员或外国公职人员或国际公共组织官员、贪污或挪用公款、洗黑钱、妨碍司法、滥用职权、影响力交易、资产非法增加、窝藏犯罪所得以及私营部门内的贿赂和侵吞财产等行为。此外，值得注意的是，该公约并建议对上述犯罪应当设立法人犯罪制度。因此，《联合国反腐败公约》在澳门的适用，客观上对澳门反腐败方面的刑事立法提出了更高的要求，澳门立法者应当顺应这种立法要求，对原有的反腐败刑事立法进行改革，而改革内容之一，就是要考虑将某些与腐败有关的犯罪如贿赂犯罪纳入法人犯罪的范畴，对构成犯罪的法人实体给以必要的惩治。

五、以他人名义行为

《澳门刑法典》第 11 条是关于“以他人名义行为”的规定。从立法上看，该条规定并不涉及法人犯罪，而仍然属于个人归责方面的规定。根据《澳门刑法典》第 11 条规定，对以他人名义行为的认定，可分为一般条件下的认定和特别条件下的认定

（一）一般条件下的认定

一般条件下的认定，就是指凡“作为法人、合伙或仅属无法律人格之社团之机关据位人，或作为他人之法定或意定代理人，因己意作出行为者”，均可按“以他人名义行为”处罚之。可见，一般条件下认定以他人名义实施犯罪，关键是把握两个要件：⑴主体要件，即行为主体必须是法人实体、合伙组织或无法律人格社团的机关据位人，如公司董事和总经理、社团组织的理事、监事等，都属于机关据位人；或是法定代理人，如法律规定的监护人；或是意定代理人，即委托代理人。⑵主观要件，即行为主体必须是出于自己的意思而以他人名义作出行为，这里的“己意”，应当理解为故意实施犯罪，所以，以他人名义行为构成的犯罪，不应当包括过失犯罪。

值得注意的是，以他人名义行为而构成犯罪，在一定情况下与法人犯罪会发生重合。比如，某公司总经理以该公司的名义且为公司利益实施了犯罪，在这种情况下，该公司总经理实施的犯罪究竟是法人犯罪还是以他人名义实施的个人犯罪？对此，本教科书认为，是按法人犯罪处理还是按个人犯罪处理，关键要看该

[459] 如《关于遵守若干国际法文书之法律》。若按法定最高徒刑两倍计，法人的罚金最高数额可达 5760 天。

[460] 采此立法例的均为 2006 年或以后制定的单行法律，如《预防及遏止清洗黑钱犯罪》等 5 个单行法律。

公司总经理以法人名义实施的犯罪能否由法人构成。如果该公司总经理以公司名义实施的犯罪属于法人犯罪范畴的，也就是可以由法人构成犯罪的，就可以按法人犯罪处理，如“洗黑钱罪”；如果该公司总经理以公司名义实施的犯罪不属于法人犯罪范畴的，也就是不能由法人构成犯罪的，就只能按“以他人名义行为”的个人归责原则处理，如“诈骗罪”。

（二）特别条件下的认定

特别条件下的认定，就是指只要符合上述一般条件，即使在以下三种情况下，也可按“以他人名义行为”对行为人进行处罚：

1、法律规定的罪状中要求行为人具备特定的个人要素，而该等要素仅被代表人具备。比如，根据《澳门刑法典》第 222 条规定，“损害债权罪”的行为人，必须是受已提起之执行之诉所拘束之债务人，这就是特定的个人要素。假设A公司已受提起的执行之诉所拘束，而A公司的总经理甲却实施了通过转移该公司财产以达到逃避对该公司财产强制执行的行为，在这种情况下，尽管甲不具备法律所规定的“损害债权罪”行为人的个人要素，因为依照法律规定，甲不具有债务人的身份，债务人是A公司，但甲仍然属于“以他人名义行为”实施的犯罪，对甲可按“损害债权罪”追究其个人的刑事责任。[461]

2、法律规定的罪状中要求行为人系为其本身利益而作出事实，但该代表人系为被代表人之利益而作出行为。这里讲的代表人，包括机关据位人和代理人。比如，根据《澳门刑法典》第 200 条规定，构成“不正当据为己有罪”，行为人必须将不正当取得的他人之物据为自己所有。假设甲作为乙的代理人，将不正当取得的他人之物归乙所有，在这种情况下，尽管甲不是为自己而是为被代表人乙作出行为，但仍然可以构成“不正当据为己有罪”。

3、作为代表依据之行为不生效力。比如，甲作为乙的委托代理人，以乙的名义实施了某种触犯刑律的行为，尽管甲的行为超出了乙的授权范围属于无效，但甲仍然构成以他人名义行为，并对其行为承担相应的刑事责任。

第三节　违法性意识

一、违法性意识的内涵

所谓违法性意识，简单地说，就是指行为人是否认识到自己的行为是一种被法秩序所禁止的行为。如果行为人认识到自己的行为是被法秩序所禁止的，说明行为人具有违法性意识；反之，则表明行为人无违法性意识。有学者认为，对违法性意识的评价，“并非指对违反法律规范的认识或者对行为可罚性的认识”，原则上，“只要行为人知道，自己的行为与社会共同体的要求是相矛盾的，因而是被法律所禁止的便足以”。由此可见，从内涵上分析，违法性意识的本质，是指行为人对实质违法性的认识。举例来说，医生甲故意不对病人实施救治行为，尽管甲不一定知道自己不对病人实施救治的行为是被刑法规范所禁止的，也就是足以构成犯罪，但因为甲可以认识到自己的这种不作为与其所从事的职业是相矛盾的，也就是违背了基本的职业道德，所以，在这种情况下，应当认为甲主观上已经具备了违法性意识。正如有学者指出的那样，“所谓实质性的违法性认识，意味着行为人认为违反刑法上的规范、民法上的规范或者公法上的规范”。

二、违法性意识的定位

[461] 如上所述，因对“损害债权罪”来说，法人是不能构成此罪的。

违法性意识是否能够作为一种独立的责任要素，在理论上存在分歧，究其原因，主要还是涉及到违法性意识和故意的关系。这种分歧的焦点表现为：构成犯罪的故意，是否一定要求行为人在主观上首先必须具备违法性意识；换句话说，当行为人主观上缺乏违法性意识时，还能否构成犯罪的故意。关于这个问题，理论上主要形成两种不同的观点：

（一）违法性意识不必要说

有学者将违法性意识不必要说称之为责任说。该种观点认为，故意中的认识因素，仅仅是针对行为人对构成要件所要求的客观事实的认识而言的；只要行为人对该等客观事实有认识，并执意为之或容忍之，就足以构成犯罪的故意。至于行为人主观上是否认识到自己的行为被法秩序所禁止，不属于犯罪故意的认识因素，即使行为人缺乏违法性意识，也不会影响故意的成立。因此，“故意仅能在构成要件论上或者应该在更前阶段之行为论上来加以讨论”，[462]而违法性意识（包括违法性意识可能性）则属于责任要素。

（二）违法性意识必要说

有学者将违法性意识必要说称之为故意说。该种观点认为，构成犯罪的故意，行为人除了要认识构成要件所要求的客观事实外，尚须认识到自己的行为是被法秩序所禁止的。如果行为人主观上缺乏这种违法性意识，那么，即使行为人对构成要件所要求的客观事实有认识，也不能成立犯罪的故意。[463]因为与过失犯罪相比，故意犯罪应当具有更高的非难性，所以，只有当行为人至少要知道其行为缺乏法律上的正当性时，方能构成犯罪的故意。这样，刑法中的故意内容“应以‘犯罪事实之认识或容认+违法性认识’之形式来加以理解”。[464]

（三）评析

本教科书赞同第一种观点，即“违法性意识不必要说”。正如本教科书前面已经指出的那样，大陆法系犯罪论三要素是一个科学的统一体，每一种要素都承担着不同的角色：构成要件该当性是从法律的层面来确定行为***是否符合法律规定的主、客观要件***；违法性是从法秩序的层面来确定具有构成要件该当性的行为***是否侵害了法秩序***；有责性是从个人责任的层面来确定具有构成要件该当性和违法性的行为***最终***能否构成***刑法***意义上的犯罪，行为人能否对其行为承担刑事上的法律后果。这三种要素由于定位不同，所以不能相互渗透、相互混杂，否则，就会破坏犯罪论三要素体系的完整性和科学性。正因为如此，当我们在判断行为人主观上是否具备刑法中的故意时，应仅限于从法律规定的角度，分析行为人对构成要件所要求的客观事实是否有认识，而不应当涉及犯罪的本质即对法秩序的破坏问题。至于行为人的行为客观上是否破坏了法秩序，这属于违法性要素研究的范畴；而行为人主观上是否对其行为破坏了法秩序有认识即有无违法性意识，这又属于有责性要素研究的范畴。

三、违法性意识的错误

所谓违法性意识的错误，就是指行为人在作出行为时，并不知道自己的行为是被法秩序所禁止的，但该等行为实际上是被法秩序所禁止。在德国刑法理论中，学者们之所以将违法性意识的错误统称为禁止性错误，其道理就在于此。如有学

---

[462]【日】川端博著，甘添贵监译，余振华译：《刑法总论》，台湾元照出版有限公司 2008 年版，第 255 页。

[463] 在日本刑法理论中，有学者将故意说又分为严格故意说、自然犯和法定犯区别说以及限制故意说。自然犯与法定犯区别说认为对自然犯来说，违法性意识不是故意的内容，而对法定犯来说，违法性意识则是故意的内容；限制故意说认为，构成犯罪的故意，只要具备违法性意识可能性便足够。

[464] 同上，第 256 页。

者认为，“在行为人虽然完全认识了不法的案件事实，但仍然不知道自己的行为是不允许的时候，就存在着禁止性错误”。[465]

由于在违法性意识能否作为责任要素问题上，学者之间的看法不尽一致，有学者认为是责任的要素，也有学者认为不是责任的要素，因此，对违法性意识的错误能否阻却责任，就形成了两种不同的观点。

（一）不知法不赦

不知法不赦，这是罗马法的传统格言；显然，这种观点是建立在上述“违法性意识不必要说”基础之上的。因为当行为人主观上对构成要件所要求的客观事实有认识并执意为之时，就表明行为人主观上已经具备了犯罪的故意；在这种情况下，行为人主观上尽管缺乏违法性意识，但既然犯罪故意成立，客观上又实施了符合构成要件且破坏了法秩序的行为，就应当按故意犯罪处罚。当然，考虑到行为人毕竟不知自己的行为被法秩序所禁止这一事实，在具体追究刑事责任时，可以减轻处罚。“不知法不赦”的观点作为一种比较古老的观点，目前仍然被不少国家的立法所采纳。比如，根据《日本刑法典》规定，“即使不知法律，也不能据此认为没有犯罪的故意，但根据情节可以减轻刑罚”；根据《意大利刑法典》规定，则“不得因不知法律而免除刑事责任”。

（二）有条件地不赦

该种观点认为，刑事法律与社会经济的发展密切相关。在古代自然经济条件下，因经济不发达，犯罪类型基本上都属于违反一般伦理道德的自然犯，行为人对其行为是否违反一般伦理道德通常都会有认识，所以产生“不知法不赦”的观点并无不妥。然而，现代社会属市场经济，为了适应社会管理尤其是经济领域的管理，法律越来越多，越来越复杂，专业性也越来越强；一句话，在犯罪类型方面，纯粹属违反相关行政管理方面的法律而构成的犯罪即法定犯越来越多。在这种情况下，鉴于行政管理法规的多样性、专业性和复杂性，而人们的认识能力又会受到各种环境、条件的制约，因此，再绝对地套用“不知法不赦”的做法，欠缺公正性和合理性。这样，作为一种折衷观点，不少学者认为，在行为人缺乏违法性意识也就是发生违法性错误的情况下，行为人应否承担刑事责任，要区分产生违法性错误的原因：

1、可避免的违法性意识错误

所谓可避免的违法性意识错误，就是指虽然行为人确实不知其行为是法律或整个法秩序所禁止的，但行为人之所以缺失这种违法性意识，乃是因为从其个人能力、社会义务等情况分析，属应当注意而没有注意才导致了违法性意识的缺乏，学者们将这种违法性意识的错误情况称之为“违法性认识过失”或“违法性意识可能性”。同时，学者们还普遍认为，“违法性认识过失”不能阻却责任，行为人应当为其行为承担相应的刑事责任。

需要指出的是，在存在“违法性认识过失”的情况下，对行为人究竟是按故意犯罪处罚，还是按过失犯罪处罚，理论上存在不同的解释和观点。第一种观点是故意说。该观点认为，由于“违法性认识过失”并非是对构成要件事实的过失，行为人对事实不仅有认识，而且都是有意为之或容忍之，因此，“违法性认识过失”实际上仍然是故意犯罪，不能将其与作为构成要件主观要素的过失混为一谈；对其进行处罚，要按照故意犯罪处罚。对“违法性认识过失”按故意犯罪处罚，成为德国刑法理论的主流观点，根据该主流观点，即便行为人缺乏违法性意识，但只要“行为人如果调动他的可以要求于他的认识能力和价值观念，是有能力能

[465]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 609 页。

够认识到行为的不法性质”的，[466]就足以构成故意犯罪的不法性。第二种观点是过失说。该观点认为，故意犯罪的本质在于行为人主观上具有藐视法秩序的敌对意识，主观恶性较深，但“违法性认识过失”的行为人主观上并无这种藐视法秩序的敌对意识，按过失犯罪处罚应更为合理。第三种观点为折衷说，该观点认为，对“违法性认识过失”是按故意犯罪处罚还是按过失犯罪处罚，应从实际情况出发，对事实认识符合故意要求的，按故意犯罪处罚；对事实认识符合过失要求的，则按过失犯罪处罚。

2、不可避免的违法性意识错误

所谓不可避免的违法性意识错误，就是指行为人对其行为性质之所以欠缺违法性意识，有着正当、合理的解释理由。对不可避免的违法性意识错误，很多学者认为可以阻却行为人的责任，不应当让行为人受到刑罚处罚。

3、立法例

“有条件地不赦”的观点被不少国家的立法所采纳。比如，根据《德国刑法典》规定，“行为人行为时没有认识其违法性，如该错误认识不可避免，则对其行为不负责任。如该错误认识可以避免，则依第 49 条第 1 款减轻处罚”。《德国刑法典》对“违法性认识过失”虽然没有明确规定是按故意犯罪还是按过失犯罪处罚，但德国刑法理论界的主流观点一致认为应按故意犯罪处罚。对此，《葡萄牙刑法典》的规定就比较明确，即“行为时并未意识到行为的不法性，而该认识错误的发生不可谴责行为人的，其行为无责任。如果该认识错误的发生可以谴责行为人的，以可判处有关故意犯罪的刑罚处罚，但可以特别减轻处罚”。关于“违法性认识过失”，《奥地利刑法典》则采用了折衷说的观点，即“因不知法律致对不法行为欠缺认识，而其认识错误系不可归责于行为人者，其行为无责任。……如可归责于行为人，则于其故意犯罪时，依故意犯罪处罚；于其过失犯罪时，依过失犯处罚”。

四、《澳门刑法典》关于违法性意识错误的规定

《澳门刑法典》第 16 条关于“不法性错误”的规定，也就是对违法性意识错误的规定。该条规定分为两款，实际上就是上述《葡萄牙刑法典》条款的翻版，第 1 款指的是不可谴责的违法性意识错误，对该等认识错误，行为人无责任；第 2 款指的是可谴责的违法性意识错误，对该等认识错误，行为人要负故意犯罪的刑事责任，但可特别减轻刑罚。可见，《澳门刑法典》同《葡萄牙刑法典》一样，在违法性意识错误问题上，完全是采纳了“有条件地不赦”中对“违法性认识过失”采故意说进行处罚的观点。

本教科书认为，要正确理解《澳门刑法典》第 16 条的规定，应当注意三个方面的问题：

1、正确区分不法性错误与“禁止错误”

如前所述，《澳门刑法典》第 15 条规定的“禁止错误”，是指对构成要件中所包含的被禁止的事实的认识错误，该等认识错误属于构成要件错误的范畴；而“不法性错误”是针对行为本身的性质而言的，这种不法性错误可以由对构成要件事实的内在评价引起，但切不能与对构成要件事实的外部认识混为一谈。比如，将他人的狗打死，以为狗不是财产，所以认为其行为不构成毁坏财物罪，这种认识错误就属于不法性错误，它是由对狗这一毁坏财物罪构成要件事实的评价引起

[466]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 231 页。

的，而非对狗没有认识。尤其值得注意的是，在解释构成要件错误中的“禁止错误”时，更不能将对事实的“禁止错误”解释成所谓的行政犯的“不法性错误”。

2、正确区分可谴责与不可谴责的不法性错误

就理论而言，在可遣责与不可遣责的不法性错误之间，是很难找到一个确切的认定标准的，这就要求法官必须从实际案情出发，尤其是要结合行为人的认识能力以及应当履行的社会义务作具体分析。

在司法实践中，可以说，绝大部分缺乏违法性意识的情况，都是表现为行为人以为自己的行为不违法，但实际上是违法的，也就是“误非法为合法”，有学者称这种违法性意识错误为“包摄错误”；如上例中，将他人狗打死，自己以为不构成毁坏他人财物的犯罪，但实际上构成。分析此类违法性意识错误究竟是可谴责还是不可谴责，主要就是看行为人是否具有正常人的识别能力，以及行为人是否有社会义务去了解相关的法律；如果行为人有正常人的识别能力，又有社会义务去了解相关法律，那么，由此产生的“误非法为合法”的违法性意识错误就属于可谴责的违法性错误，行为人须为自己的行为承担相应的责任。举例来说，将自己偶然得知的他人私生活秘密到处宣扬而自以为不违法，或未经他人同意而擅自闯入他人住宅自以为不违法，或未经他人同意而将他人电话录音自以为不违法，等等，通常情况下只要行为人有正常人的识别能力，都可以认定为属可谴责的违法性意识错误，因为对每一个在澳门地区生活或进入澳门地区的人来说，当然都有社会义务去了解澳门地区的法律。

值得注意的是，在现实生活中，我们对“误非法为合法”的行为人不能提出过于苛刻的要求，当行为人在行为之前通过合理的、正当的渠道对其行为的合法性履行了咨询的义务时，由此产生的违法性意识的错误应当认为是不可遣责的。比如，甲不知自己的某种收入是否应当纳税，于是便向政府税务机关提出咨询，如果政府税务机关的工作人员因其理解错误或素质问题而提供了错误的答复，明确告知不用交税，那么，即便甲是应当交税而不交税，其不交税的行为也不应被问责，因为甲对其行为是否合法客观上合理地通过正当渠道尽到了自己的咨询义务，由此产生的违法性意识错误属于不可谴责的不法性错误。关于这一点，正如有学者指出的那样，“在禁止性错误的案件中，当行为人满足了通常的对法律忠诚的要求时，人们就也必须允许无罪的出现了。如果他只能在极端的努力中，才能赢得对自己举止行为违法性的依据时，……那么，就仍然还存在着一种（很轻微的）罪责；但是，因为这类努力并不再是能够被高标准要求的，所以，行为人将‘被免责’；更准确地说，刑法性责任将被排除”。[467]由此可见，在“误非法为合法”情况下，对行为人的违法性意识错误究竟是否可以进行谴责，关键要看行为人是否尽自己的努力去履行查明法律真相的义务（也有学者称此义务为“机会”），如果行为人完全不去努力查明真相，或虽然尽了努力但其努力显然是不充分、不足够的，由此产生的违法性意识错误就属于可谴责的不法性错误；反之，则属于不可谴责的不法性错误。

因不可谴责的不法性认识错误而阻却责任的情况，往往也包括了构成要件事实的认识错误。比如，甲在深山打猎时误将人当野兽打死，如果这种认识错误确实是甲无法预见的，那么，甲没有意识到其行为是杀人行为的不法性错误就属于不可谴责的不法性错误，因而不仅阻却了甲故意杀人的责任，而且也阻却了甲过失杀人的责任。类似的情况还包括行为人无法预见情况下的假想防卫或假想避险等正当化事由的认识错误。

[467]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 621 页。

3、阻却责任的不当服从

根据《澳门刑法典》第 36 条规定，“公务员遵从一命令而不知该命令导致实施犯罪，且在其知悉之情节范围内，该命令导致实施犯罪并不明显者，其行为无罪过”。由此可见，所谓阻却责任的不当服从，就是指下级公务员在执行上级命令时，并不知道执行该命令会构成犯罪，而且就下级公务员所了解的情况来看，也很难发现执行命令就是在实施犯罪，在这种情况下，执行命令的下级公务员因阻却责任而不构成犯罪。比如，出纳员甲受上级首长指令，将一笔巨款存入某公司的指定账户，因该公司与其服务的政府机关素有密切往来，所以甲无法知悉自己执行上级首长指令而去银行存款的行为，实际上就是替侵占公款的上级首长实施了洗钱行为，但甲无法知悉，故不构成洗钱罪。阻却责任的不当服从之所以能够阻却行为人的责任，理论依据就是行为人主观上缺乏违法性意识，而且是属于不可谴责的不法性错误。

第四节　期待可能性

一、期待可能性的免责依据

期待可能性作为影响责任的一种要素，目前在大陆法系刑法理论中得到了普遍认同。所谓期待可能性，简单地说，就是指从行为人实施违法行为时的具体情况考察，期待行为人不去实施该等违法行为而作出其他适法行为是可能的；可见，这里讲的可能性，显指期待行为人作出适法行为的可能性。如有学者认为，期待可能性就是指“在行为当时的具体状况上，必须能够期待行为人不实施符合构成要件的违法行为而实施其他的合法行为”。[468]当行为人作出违法行为时，如果具备了这种期待可能性，行为人就应当为其作出的违法行为承担罪责；反之，当行为人作出违法行为时，如果不具备这种期待可能性，也就是缺乏期待可能性（也有学者称其为“期待不可能性”），就不能要求行为人对其违法行为承担罪责，这就是期待可能性要素在犯罪论体系中的地位与作用。

（一）期待可能性的渊源

有学者认为，期待可能性理论的产生，乃是实务在先，学说在后，也就是先有法官判案释法，再有理论跟进归纳。据学者考证，期待可能性的理论源于德意志帝国法院 1897 年 3 月 27 日关于“癖马案”的著名判决。在该案中，被告人是一位马车夫，从 1895 年起受雇于一经营马车出租业务的雇主。在受雇期间，被告人所驾驭的双辔马车中，有一匹马为绕缰之马，惯用尾巴绕住缰绳，并用力往下压低缰绳，对该匹马的这种具有危险性的癖习，雇主和被告人都清楚。1896 年 7 月 19 日，被告人驾驭马车行走于街头，上述绕缰之马恶癖又犯，致使马车失控，被告人虽极力控制却无法奏效，最后撞伤一过路人。检察官以过失伤害罪对被告人提起公诉，但原审法院宣告被告人无罪；检察官不服上诉至德意志帝国法院，法院驳回上诉，理由是：“肯定基于违反义务之过失责任（即不注意之责任），如仅凭被告曾认识驾驭有恶癖之马或将伤及行人一点者，则不能谓为得当；更应以被告当时是否得以基于其认识，而向雇主提出拒绝驾驭此有恶癖之马一点为必要条件。然而，吾人果能期待被告不顾自己职位之得失，而违反雇主之命令拒绝驾驭该有恶癖之马乎？此种期待，恐事实上不可能也。因此，本案被告不应

[468]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 403 页。

负过失之责任”。[469]

支持期待可能性的理论依据无疑是规范责任论。如前所述，按照规范责任论，行为人对其行为承担责任，必须具有对法律规范的认识、心理和期待三种要素；而期待要素的核心，就是必须存在一个可供行为人遵从法律规范的适当的外部环境，没有这样一种适当的外部环境，被迫作出违法行为的人不应当受到非难。如德国学者弗兰克认为，责任的本质在于非难可能性，并将这种实施违法行为的外部环境称之为“附随情况”；“附随情况”属正常者，行为人应受非难，也即应负责任，“附随情况”不正常者，则责任就轻，以至可以免责。经过不断地研究、修正和完善，至 20 世纪 20 年代，有关期待可能性的理论在德国受到广泛认可，成为一种通说。第二次世界大战后，期待可能性理论传入日本，并逐步为日本学者所接受。

本教科书认为，在大陆法系犯罪论体系中，引入期待可能性理论可以说是刑法人性化的一种表现，同时也反映了刑罚的必要性原则。但在运用期待可能性理论作为免责依据时，必须注意以下两个界限。

（二）阻却违法性与免责

虽然，无论是阻却违法性还是免责，从效果来看都是不处罚，但两者的本质及不处罚的理据是不同的。在存在阻却违法性事由的情况下，行为之所以不可罚，乃是基于行为并没有破坏法秩序甚至对维护法秩序有益这一点考虑的，不可罚的理据蕴含在犯罪的本质特征之中；而以期待可能性理论作为免责依据的情况下，行为之所以不可罚，乃是基于责任的减轻，以致减轻到免除行为人的责任，不可罚的理据蕴含在刑罚的必要性之中。正如有德国学者在对《德国刑法典》第 34 条“阻却违法性的紧急避险”和第 35 条“阻却责任的紧急避险”进行比较后指出的那样，“在正当化的紧急状态中，行为人要协助实现一种明显占优势的利益，因此，他的侵犯行为是作为对社会有益的和合法的而受到评价的，但是，这种侵犯在第 35 条中完全是另一种样子。第 35 条的条件是，行为人举止行为的正当性这个首先提出来的问题被明确拒绝了，也就是说，行为人所干的事是受到谴责并被宣布为对社会有损害性的”。[470]所以，用一句话来概括，就是“被合法化的行为，是被法秩序所认可的，被免责的行为只不过是被法秩序所宽恕而已”。[471]

（三）阻却责任与免责

如前所述，在有责性中，责任能力和违法性意识作为责任的要素，其意义在于，如果行为人无责任能力，或因不可谴责的原因而欠缺违法性意识，则阻却责任；这里讲的阻却责任，并非是责任的减轻，而是责任的排除，即不存在责任，因为在这两种情况下，行为人均表现对其行为的违法性缺乏认识，且属不可遣责的情况，所以理应排除责任。正如有学者指出的那样，“责任排除事由指无责任能力和不可避免的禁止性认识错误；具备时，对行为人提起责任谴责就缺乏责任的前提条件或者是缺乏责任的构成特征”。[472]

但是，在缺乏期待可能性而免责的情况下，行为人不仅具有责任能力，而且对其行为的不法性同样有认识，或者起码存在违法性意识的可能性；正因为如此，

---

[469] 洪福增著：《刑法之理论与实践》，台湾刑事法杂志社 1988 年版，第 98 页。

[470]【德】克劳斯罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 635 页。

[471]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 570 页。

[472]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 232 页。

缺乏期待可能性引致的免责，非属排除责任，即不能够阻却责任，而只是使行为的不法性程度和行为人的责任程度减轻而已。有学者认为，在缺乏期待可能性而免责的情况下，“所有对行为人均有利的评价导致，法秩序——不法以及责任仅仅是减少而非被排除——放弃提高刑法上的责任非难，但是似乎还应当肯定行为的道义上的非价。刑法如此宽容处理是以在很大程度上属于立法者的裁量权的对行为情况的评价为基础的”；[473]或者说，“立法者对此之所以规定不予处罚，是因为尚未达到可罚性的界限”，[474]即“免责事由只是对行为的不法性和有责性产生极大的降低作用，使得刑罚必要性的底部边界未被达到，而鉴于行为人的特殊动因方面的情况，立法者规定要放弃提起责任谴责即给予宽容”。[475]由此表明，有责地实施了对法秩序构成危害或威胁的行为，应当受到刑罚惩罚，但并非一定要受到刑罚惩罚；当一个人在特定情况下，出于无奈而实施了危害他人合法权益的行为时，只要不超出法秩序可以容忍的限度，放弃刑罚也是合理和必要的。

二、期待可能性的认定标准

缺乏期待可能性虽然可以成为免责的依据，但如何来判断行为人缺乏期待可能性，在理论上就有不同的标准：一是行为人标准说，或称主观说。该观点认为，判断期待可能性的有或无，应当以行为人实施违法行为时的自身能力为标准，如果在当时的具体情况下，从行为人自身的种种能力出发，认为不能期待行为人作出合法行为的，就表明行为人缺乏期待可能性。二是一般人标准说，或称客观说。该观点认为，判断期待可能性的有或无，应当以社会上一般人的判断能力为标准，如果在当时的具体情况下，社会上一般人都认为，不能期待行为人作出合法行为的，就表明行为人缺乏期待可能性。三是法秩序标准说，或称国家标准说。该观点认为，判断期待可能性的有或无，应当以国家或法秩序对行为人的期待为标准，而不是以行为人的期待或社会上一般人的期待为标准，因为，允许一个人作出违法行为，只能从国家或法秩序的角度作出判断。

从目前情况来看，认同法秩序标准说的学者是少数，大多数学者倾向于行为人标准说或一般人标准说。比如，在日本刑法理论界，一般人标准说被认为是一种通说，但也有学者认同行为人标准说，如有学者认为，“期待可能性的理论，其意向本来在于对行为人人性的脆弱给予法的救助，判断其存否的标准也自然必须从行为人自身的立场去寻找。认为在法秩序期待时就存在期待可能性的法规范标准说，有违反该理论的本旨之嫌”。[476]在中国大陆，也有学者认同行为人标准说，认为“国家标准说不仅没有提供判断期待可能性的实质标准，而且从国家方面寻求标准本身就是不妥当的。因为这里要解决的是行为人的行为的期待可能性的问题，不从行为人方面考虑，这个问题就不可能解决”。[477]

本教科书认为，在上述三种学说中，法秩序标准说或国家标准说确实欠缺合理性。因为从国家或法秩序的角度考察，结论必然是不允许任何人实施违法行为，所以，正如中国大陆学者批判的那样，用国家或法秩序作为判断缺乏期待可能性的标准，等于没有标准。至于针对行为人标准说和一般人标准说，本教科书认同一般人标准说，理由主要有两点：第一，从标准的属性考察，判断行为人在当时

[473]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 573 页。
[474] 同上，第 571 页。
[475]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 232 页。
[476]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 406 页。
[477] 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 508 页。

情况下是否缺乏期待可能性，判断标准应当是客观的，不应当是主观的。从社会上一般人的角度作出判断，就属于客观的标准，而从行为人个人的角度作出判断，必然离不开行为人个人的认识，这就属于主观的标准。因此，只有从客观的角度来判断行为人是否缺乏期待可能性，才是合理的、公正的。第二，从行为人的个人能力考察，同样离不开社会上一般人的概念；比如，判断具有某种专业的行为人是否缺乏期待可能性，就要从具有该等专业的社会一般人的角度作出判断；判断具有特定个人能力的行为人是否缺乏期待可能性，就要从具有同等个人能力的社会一般人的角度作出判断；总之，不管行为人具有何种专业或具备何种个人能力，都可以从社会上找出类似或同等的一般人，这是不言而喻的。

三、期待可能性的免责事由

所谓期待可能性的免责事由，就是指究竟在什么情况下，行为人才能因缺乏期待可能性而被免责，即不受刑罚处罚。关于这个问题，理论上最大的分歧在于：构成期待可能性的免责事由，能否包括超法规的免责事由。如前所述，就阻却违法性事由而言，学者们几乎一致认为，立法者不可能通过立法来穷尽所有的阻却违法性事由，因而无论是理论还是实践，都允许存在超法规的阻却违法性事由。但是，在期待可能性的免责事由方面，否定存在超法规的免责事由的观点和肯定存在超法规的免责事由的观点却相互排斥，错综复杂，尤以德国和日本最为明显。

（一）德国学者的观点

有学者认为，“德国当前对期待可能性作为超法规的免责事由持否定态度”，[478]，但本教科书认为，这种说法并不完全符合德国理论的实际情况。应当指出，在德国早期的有关规范责任的理论中，因缺乏期待可能性而产生的免责事由，均被视为一般的超法规的免责事由，甚至有学者认为，只要根据行为时的具体情况，行为人实施犯罪属不可避免的，就不应受到刑罚处罚；这种扩大化的期待可能性理论显然会给整个法秩序带来“危险”，故未能得到普遍认同；但是，以社会上普通人的动机能力作为期待可能性判断标准的超法规的免责事由却在一段时间内得到了学者及司法实践的认同。

二次大战后，由于超法规免责事由在判断标准上的模糊性以及由此可能产生的影响法秩序稳定性的“法律风险”，德国刑法理论界及司法界，确实逐渐对超法规的免责事由进行了检讨，并最终对超法规的免责事由提出了质疑，倾向于否定。比如，有德国学者指出，有关承认超法规免责事由的立场在今天的德国“已经变得无足轻重了。在帝国法院首先表明‘根据现行法，行为人在故意犯罪情况下，法律规定之外的免责事由，不得予以承认’的立场后，在学术界贯彻了这样一种认识，即刑法在责任领域需要标准，这些标准虽然应当包含对意志形成的评价，但必须被形式化，并从法律上加以规定。不可期待性这一超法规的免责事由，无论是从主观上还是从客观上加以理解，均会消弱刑法的一般预防效果，以至于导致法适用的不平等现象，因为所谓的‘不可期待性’，并不是可适用的标准。此外，免责事由根据法律明确的体系表明了例外规定，这些例外规定不能够被扩大适用。甚至在困难的生活状况下，即使要求当事人作出巨大牺牲，社会共同体也必须要求服从法律”。[479]从这一意义上说，“考虑到相关行为的不法、责任的减轻，是否提起责任非难这一问题，原则上只能由刑事立法者来决定，而不能由法

[478] 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 500 页。

[479]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 603 页。

律适用者作主观评价”。[480]正是在这样一种观念影响下，德国刑法理论界及实务界在因缺乏期待可能性而引致的免责事由的立场上发生了根本的转变，对超法规的免责事由持非常谨慎的态度，即“依照主流的观点，规范性举止的不可期待性不能被普遍视为是‘超法律的免除责任事由’。……假如认可了这样的如此模棱两可的，在前提条件和界限上都不确定的免除责任事由，将对法律的不安全性开启大门”。[481]对此，也有日本学者认为，“在德国刑法学中，以期待可能性为规范的责任概念的核心，并且承认一般的阻却责任事由的见解已被克服”。[482]

但是，值得注意的是，在德国刑法理论界，对超法规的免责事由并非是绝对地加以否定，因为“依照绝大多数论者的观点，在特别不同寻常的冲突情况中对超法律的免除责任事由也有予以认可的空间”；[483]或者说，“超法规的免责事由，只能被视为在下列情况下的受到严格限制的例外，即行为的不法内容和责任内容以特有的方法被减轻”，这些情况包括义务冲突、对过失犯罪的注意义务及不作为犯罪的作为义务范围的实际限制、基于良心决定的不法行为等情况。[484]

（二）日本学者的观点

在日本刑法理论界及实务界，认为应当将缺乏期待可能性引致的免责事由看成是超法规的免责事由的观点，则成为占据着主导地位的主流观点。比如，有日本学者认为，“现在虽然被认为‘期待可能性的理论的实践作用相对低下’，但在学说中，位于规范的责任论的核心，给予作为阻却责任论的理论以支柱的作用，并且认为期待可能性的不存在是超法规的阻却责任事由，是压倒的通说”。[485]也有日本学者认为，“像往往所担心的一样，无限制地适用期待可能性的理论有招致刑法的软弱化之虑。在这个意义上，必须充分注意德国的理论动向。但是，如果认为基于期待不可能性的责任阻却是仅限于刑法典有规定时的解释原理，就有难以充分发挥其理论的本来意图之憾。虽然有必要慎重地适用这一理论，但是，应该认为其不存在是一般的超法规的责任阻却事由”。[486]为此，该学者举例说，因期待可能性的不存在或者减少而阻却或者减轻责任的，有刑法总则对过剩防卫行为、过剩避险行为的规定，有刑法分则关于亲属实施藏匿或隐灭证据行为等规定；在超法规的解释上，如有基于违法约束命令的行为、在强制状态中的行为等。[487]

（三）评析

本教科书认为，因缺乏期待可能性而引致的免责事由究竟应当通过法律作出明确规定，还是可以包括超法规的免责事由，需要作具体的分析，特别是要注意以下三个方面的问题：

1、法概念的统一性

对一个问题的讨论，首先要求讨论双方对涉及的概念保持统一性，如果概念不一致，你说你的，我说我的，当然不可能得出正确的结论。在期待可能性的免

---

[480] 同上，第 598 页。

[481]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 244 页。

[482]【日】《西原春夫先生古稀祝贺论文》（第 2 卷），成文堂 1998 年版，第 149 页（转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 499 页）。

[483]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 244 页。

[484]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 599 页。

[485]【日】《西原春夫先生古稀祝贺论文》（第 2 卷），成文堂 1998 年版，第 150 页（转引自马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 499 页）。

[486]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 403 页。

[487] 参阅同上，第 403-404 页。

责事由问题上，德国学者与日本学者恰恰对期待可能性的免责事由这一概念的外延认识是不一致的。

如上所述，在德国学者看来，免责虽然与阻却责任不同，即免责只是表明行为的不法性程度和行为人的责任程度得到极大的降低，以致使得刑罚必要性的底部边界未被达到，而阻却责任则为完全排除责任，以致根本无法对行为人提起责任谴责，但是，从客观效果来看，两者却是一致的，即行为人都不承担责任，都不会受到刑罚处罚。由此可见，德国学者在讨论免责事由时，免责事由的功能是免除责任，也就是消灭责任，尽管这种责任的免除或消灭是通过责任程度的降低来实现的；换句话说，在德国学者眼中，免责就是免除责任，不受刑罚处罚，而非减轻刑罚处罚或者是免除刑罚。正是在这样一种对免责事由概念的认识基础上，德国学者对超法规的免责事由进行了反思，并认为超法规的免责事由概念对法秩序而言，存在着很大的潜在“风险”，应当谨慎使用，甚至不宜使用。

然而，日本学者对期待可能性的免责事由的认识却并非如此。因为在日本学者看来，“虽然存在适法行为的期待可能性，但是，其程度低时，就减轻责任。在这个意义上必须说期待可能是关于与责任减轻事由相联系的刑罚法规的解释原理，同时也是超法规的责任减轻事由”。[488]这就是说，期待可能性对责任的影响可以表现在两个方面：第一个方面是缺乏期待可能性，或者说“期待可能性不存在”，在这种事由情况下，期待可能性对责任的影响就是阻却责任，也就是行为人不承担责任，因而不受刑罚处罚。第二个方面是减少期待可能性，在这种事由情况下，期待可能性对责任的影响就是减轻责任，也就是行为人应当承担责任，并受刑罚处罚，但可以减轻处罚。日本学者所举之过剩防卫行为或过剩避险行为，不都是属于减轻或免除其刑的例子吗？由此可见，日本学者在讨论期待可能性的免责事由时，免责事由的功能仅仅是减轻刑罚或免除刑罚，而非免除责任，不受刑罚处罚。

两相比较，我们很容易发现，在日本学者看来，将免责事由视为超法规的事由，实在是很正常的，因为免责事由既然仅仅只是减轻刑罚或免除刑罚，这样的事由怎么可能通过立法来穷尽呢？说其是超法规的，当然没错。举个简单的例子来说，甲为了给母亲治病，无可奈何之下实施了盗窃行为，对日本学者来说，这当然也是期待可能性的免责事由，因为在那种情况下，我们既然无法期待甲去通过适法行为来获得给母亲治病的金钱，那就可以对甲减轻刑罚。然而，在德国学者看来，这样的事由就不能成为期待可能性的免责事由，因甲仍然要为其盗窃行为承担责任，尽管可以减轻刑罚，但不能免除责任。可见，德国学者所说的期待可能性的免责事由，完全是因缺乏期待可能性而免除责任的免责事由，而不是因减少期待可能性而减轻刑罚的减罚事由。

基于上述概念上的不一致，本教科书认为，日本学者对期待可能性的免责事由的解释，实际上已经“走调了”，这些学者仅仅是将期待可能性的免责事由看成是减轻刑罚的事由，这不能不说是对真正意义上的期待可能性免责事由的一种曲解，故根本不足以成为解释超法规免责事由存在的理由。

2、法秩序的稳定性

所谓法秩序的稳定性，就是指当我们在运用期待可能性理论来解释责任时，必须充分关注现代社会对法秩序稳定性的要求。毫无疑问，如上所述，期待可能性理论的产生，有其积极的应给予肯定的一面，如关于刑法的人性化及刑罚的必要性，这也是期待可能性理论能够在大陆法系犯罪论体系中占有一席之地的最重

[488] 同上，第 403 页。

要的原因。但是，任何事物都可能存在正反两个方面，期待可能性也是如此。因为当我们运用期待可能性理论来解释责任时，永远是同一定的符合具体构成要件的违法行为联系在一起的，这就意味着刑法所保护的法益已经受到了实际的损害；所以，可以肯定地说，无限制地运用期待可能性理论来免除责任，必然会给整个法秩序的稳定带来“危险”。比如，在强制状态下，为保护自己的生命而杀死多人，能成为期待可能性的免责事由吗？当然不能，这就是一种必要的限制。从这一意义上说，对期待可能性的免责事由作一定的限制，这是现代刑法理论发展的必然结果和要求，而这种限制首先应当通过立法来限制，德国刑法理论及实务之所以对超法规的免责事由基本上持否定态度，其道理就在于此。

必须指出，社会是在不断发展的，现代社会对法秩序稳定性的要求也会随着经济、科技的发展而不断提高，这种提高必然又会影响刑法理论包括期待可能性理论的发展与完善。德意志帝国法院 1897 年 3 月 27 日关于“癖马案”的著名判决在当时的社会背景下，可以说具有积极的现实意义，体现了刑法理念的一种进步，为期待可能性理论的产生与发展铺平了道路。但是，本教科书认为，在经济、科技发展迅速，在人的生命价值不断受到重视的今天，这样的情况已不足以再成为因缺乏期待可能性而免除责任的免责事由；现代社会对法秩序稳定性的要求，已不能再允许一个人以害怕失业为理由，而置他人之生命或健康而不顾；否则，法秩序就会失去稳定性，人的生命和健康就会得不到法秩序有力的保障。这样一种事由，至多可以成为减轻刑罚的事由（如日本学者所说），但不能成为免除责任的事由。

值得注意的是，关于上述德意志帝国法院“癖马案”的判决，有德国学者认为“这里涉及的不是一个超法规的免责事由，而是涉及个人的注意义务的界限问题”，[489]这种解释是很牵强的。本教科书认为，对注意义务中的注意程度的限制以及动机方面的判断，包括对不纯正不作为犯罪中的作为义务的限制，都不属于法律规定的范畴；德意志帝国法院关于“癖马案”的判决，在当时的情况下，其实质就是运用超法规的免责事由来解释期待可能性。

在中国大陆，有些学者对期待可能性的免责事由同样持相当谨慎的态度，这是值得充分肯定的。比如，有学者指出，“我们认为，从主客观相统一的犯罪观来看，期待可能性理论是有道理的，但把它作为超法规的阻却责任事由不加限制地适用，也会产生副作用。因而在我们看来，一方面应当肯定这种理论，同时对它的适用特别是作为超法规的阻却责任事由要持慎重态度”。[490]但是，也有个别中国大陆学者，却将期待可能性完全与经不起贪念的利诱混为一谈，比如，有学者认为，“许霆案件[491]是否承担责任或者是否减轻责任，我们可以尝试从‘期待可能性理论’中找到可以说服的理由。众所周知，期待可能性的基本含义是指基于对人性弱点的同情，法律不可能期待许霆在当时极具诱惑的前提下，做出理智的、合法的行为”。[492]本教科书认为，这种对期待可能性的理解是非常错误的，必须加以纠正；照此解释，既然大多数犯罪都是经不起诱惑而发生，那么，期待可能性理论岂不成了为大多数犯罪人减轻刑罚的依据？这当然是一种曲解。

---

[489] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 604 页。

[490] 马克昌：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 500 页。

[491] 许霆案发生在中国广州，被告许霆利用取款机出错，取 1000 元只从其信用卡上扣除 1 元，疯狂取钱 170 来次，最后被法院以盗窃罪判处 5 年徒刑。

[492] 李兰英：《量刑的技术与情感——以许霆案为例》，载 2008 年中国刑法学年会文集《刑法实践热点问题探索（下）》，中国人民公安大学出版社 2008 年出版，第 389 页。

3、立法例的不可比性

所谓立法例的不可比性，就是指关于期待可能性免责事由的立法，各国或各地区不完全一致，因此，分析期待可能性的免责事由，还应当从本国或本地区的立法规定出发，作综合的考虑。从德国学者的举例来看，在德国刑法中，关于期待可能性的免责事由的立法，可以包括刑法典总则的规定和刑法典分则的规定。比如，在《德国刑法典》总则中，关于期待可能性免责事由的立法包括第 33 条因恐惧等原因“防卫过当”不负刑事责任的规定，以及第 35 条因免责的紧急避险而不负刑事责任的规定。在《德国刑法典》分则中，则包括诸如第 258 条第 5 款关于不构成“阻挠刑罚罪”的规定，第 258 条第 6 款关于不构成“阻挠刑罚罪”的规定，第 139 条第 3 款关于不构成“不告发计划的犯罪行为罪”的规定，第 323 条 c 关于不构成“不进行救助罪”的规定，等等。日本学者也举《日本刑法典》总则或分则的相关规定来说明期待可能性的免责事由，***惟***如上所述，因日本学者已将期待可能性的免责事由看成是减轻刑罚的事由，故其所举之例实已同真正意义上的期待可能性的免责事由大相径庭，不足并论。

在德国学者看来，超法规的期待可能性免责事由只能在特定情况下受到严格限制后才能适用，其中包括：因义务冲突而引致的超法规免责事由，因对过失犯罪中注意义务或纯正不作为犯罪中作为义务的限制或动机判断而引致的超法规免责事由，以及因出于良心而引致的超法规免责事由。

然而，本教科书认为，从澳门地区的刑事立法及实务来看，德国学者上述所指超法规的免责事由情况在澳门是不能成立的。因为：

（1）就义务冲突而言，德国学者之所以将其列为超法规的免责事由， 一方面是因为在《德国刑法典》总则中并没有关于义务冲突的规定；另一方面，这些学者又认为在义务价值不可比的情况下，义务冲突又不属于免除责任的紧急避险；于是，无奈之下，只能将其视为超法规的免责事由进行解释。比如，不少德国学者所举的例子就是 1939 年在纳粹德国期间发生的杀害精神病人案件。该案件大致情况如下：精神病院接到指令，让他们拟定一个所谓的“迁移名单”（其实就是“死亡名单”），参与希特勒命令实施的“安乐死行动”。在此情况下，医生们只有两种选择，即要么是挑出少数几个无希望的精神病人，将他们列入“迁移名单”，并利用医生职权将这些病人说成是能劳动或可治愈的人，以此来保护其他大多数的精神病人；或者要么就是拒绝参与这个违法的秘密行动，但这样做的后果就是由政府的忠实追随者来取代这些医生，这些取代者就会随意所欲地杀害其他病人，因为他们不会珍惜人的生命；无奈之下，一部分医务人员带着极大的良心责备，做出了第一种选择。对此，德国学者认为，这就是一种等价义务关系的义务冲突，它表明“在特别不同寻常的冲突情况中对超法律的免除责任事由也有予以认可的空间”。[493]

本教科书不赞同德国学者的上述分析。正如本教科书在第五章论述义务冲突时指出的那样，理论上义务冲突可以分为阻却违法性的义务冲突（履行义务的价值大于被牺牲义务的价值）和免除责任的义务冲突（两种义务价值不能衡量或属等价义务）；正因为如此，有学者认为，鉴于阻却违法性的义务冲突同样是在紧急情况下才会发生，所以从性质上可将其归类于阻却违法性的紧急避险。[494]对此学者间虽有不同观点，但毕竟说明义务冲突与紧急避险有相通之处。既然如此，

[493]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 244 页。

[494] 本教科书之所以认为两者可以分开，主要还是考虑到《澳门刑法典》第 35 条已对义务冲突作了明确规定，尤其是将等价义务冲突也视为阻却违法性。

当两种义务价值不能衡量或等价时，为什么不能将义务冲突视为免除责任的紧急避险呢？如在上列中，从纳粹政府下令拟定死亡名单开始，该精神病院的病人的生命就面临着一种现实的、迫在眉睫的危险；而医生做出第一种选择，实属不得已的缺乏期待可能性的选择；由此可见，在《德国刑法典》已明确规定了免除责任的紧急避险前提下，将此类义务冲突说成是超法规的免责事由，不如解释为法律规定的免除责任的紧急避险。

（2）就过失犯罪中的注意义务及不纯正不作为犯罪中的作为义务而言，对其义务的解释无疑是超法规的，如“癖马案”；在这种情况下，如前所述，对义务的解释就必须从法秩序稳定性出发加以限制；换句话说，有过失就应当承担责任，不能免责；即便有令人同情的构成过失的理由，也只能作为减轻刑罚或免除刑罚的依据，而不能成为免责事由。类似于德国“癖马案”的判决，不应当成为现代法治社会运用缺乏期待可能性来免除责任的司法依据。

（3）就良心行为而言，也只能成为阻却故意的依据，或成为减轻刑罚或免除刑罚的依据。关于良心行为能否成为超法规的免责事由，在德国刑法理论界也存在着分歧。比如，有德国学者举例说，作为宗教团体成员的丈夫（或父母），因出于宗教信仰而阻制妻子（或子女）为挽救生命而去医院接受输血，结果因耽误输血时间而引致妻子（或子女）死亡，这就是一种基于良心决定而实施的违法行为，应作为超法规的免责事由而免除责任。[495]但本教科书并不认为这种出于宗教信仰的良心行为可以成为超法规的免责事由；如果这样的话，那么出于狂热宗教信仰而作出恐怖犯罪行为的人，岂不也可以免除责任？这当然不符合社会对法秩序稳定性的基本要求。有德国学者对此解释说，“在国家能够通过其他可选择的、在良心上是中性的方法来实现自己的目的之处，就不可以使用刑罚（或者以任何方式）来惩罚一种良心行为”，因为“在这类案件中，个人的这种良心为条件的举止行为，并不威胁国家的目的”；[496]“因此，一个人，由于良心的原因而实施背叛国家的行为，进行一种内部颠覆，或者为了毁坏制度而进行恐怖打击，就不能诉诸《德国基本法》第 4 条。[497]因为这部基本法仅仅在国家的范围内来保护良心确定的自由，并且只有国家才能实现这种保护；那种认为基本法本来已经通过容忍对国家保护的犯罪，从而编定了自身的程序的想法，因此是荒谬的”；[498]至于“在其他反对公众的犯罪中，人们必须进行权衡。在良心行为破坏了国家履行重要任务之处，《德国基本法》第 4 条就走到了自己的界限上了；否则，国家自己就瘫痪了。然而，如果这个行为并不意味着对国家核心利益的危险，那么，《德国基本法》第 4 条就将导致免除刑事惩罚”。[499]本教科书认为，德国学者如此解释良心行为的超法规性是值得商榷的。且不说上述德国学者所说的“中性的方法”以及“国家履行重要任务”的标准应当如何界定，就以上述案例来看，也不应当得出免责的结论。难道有效地保护个人的生命不是国家的重要任务吗？难道国家允许以他人的生命或健康为代价，将法外特权授予那些实施良心行为的个人或群体吗？可见，将违法的良心行为从超法规的免责事由中加以排除，并不违

[495] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 605 页。参阅【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2004 年版，第 244 页。参阅【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 669 页。

[496]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 669 页。

[497]《德国基本法》第 4 条第 1 款规定：“信仰、良心、宗教自由以及世界观的自由，不受侵犯。”

[498]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 670 页。

[499] 同上。

反宪制性法律所保障的基本人权，这是对权利的一种必要的限制，也有利于法秩序的稳定性。除此之外，关于良心行为，还有德国学者举例说，当自杀未遂后丧失意识的患者明确表明不同意进行积极治疗的，医生尽管在死神来临前无所事事，也“不能视为是不正当的”。[500]这种说法更是不能令人赞同，因为这种以不作为方式实现的“安乐死”，与以作为方式实现的“安乐死”，实在没有本质上的差别。

由上可知，对期待可能性免责事由的超法规意义上的评价，还必须结合本国或本地区的立法情况尤其是刑法典总则的规定进行分析。比如，对于日本学者来说，因《日本刑法典》总则既无防卫过当的免责规定，又无紧急避险的免责规定，所以，即便日本学者同德国学者一样，也将期待可能性的免责事由看成是免除责任而非减轻刑罚或免除刑罚事由，日本学者还是必然会将期待可能性免责事由看成是超法规的免责事由。但《德国刑法典》总则对防卫过当和紧急避险都有免责的规定，因此，德国学者从总体上对超法规的免责事由持否定态度就有了相应的法律依据。

综上所述，为了防止并克服期待可能性理论可能会给法秩序的稳定性带来的负面作用，同时也考虑到澳门本地区刑法典总则的相关规定，本教科书认为，在澳门的司法实务中，对期待可能性的超法规的免责事由应当持果断的否定态度，不能有例外；同时，随着社会的发展，也要对期待可能性的理论及立法问题从世界性的角度加强研究，一旦发现不足，应及时完善。

四、《澳门刑法典》规定的免责事由

在《澳门刑法典》分则中，很少发现与期待可能性有关的免责事由，比如，根据第 194 条第 3 款规定，如果对有难之人提供帮助会危及自身人身安全的，则不提供帮助的行为不构成“帮助之不作为罪”，这是一例。但根据第 328 条规定，为避免本人或其亲属受刑罚处罚而作虚假陈述、声明、证言、鉴定、传译或翻译的，只是减轻刑罚或免除刑罚，而非免除责任，所以这并不构成因缺乏期待可能性而免除责任的免责事由。在《澳门刑法典》总则中，有关因缺乏期待可能性的免责事由的立法同《德国刑法典》一样，主要规定了防卫过当的免责事由和紧急避险的免责事由。这两种总则性的免责事由的规定，不仅体现了期待可能性理论在澳门刑法中的地位和作用，而且也为因缺乏期待可能性而免除责任提供了法律依据。

（一）关于防卫过当的免责事由

根据《澳门刑法典》第 32 条第 1 款规定，“在正当防卫时采用之方法过当者，该事实为不法，但得特别减轻刑罚”，这一规定表明防卫过当者是应当负刑事责任的。但是，根据该条第 2 款规定，“因不可谴责于行为人之精神紊乱、恐惧或惊吓而导致过当者，行为人不予处罚”，这一规定就属于因缺乏期待可能性而免除责任的免责事由。

对防卫过当作免责性的规定由来已久，早在 1851 年，普鲁士刑法典第 41 条就对因惊恐、惊愕等因素导致的防卫过当作出了免责的规定，其理由是防卫人出于“虚弱的”激情导致的防卫过当，不能够仅仅归责于行为人。[501]现行《德国

[500] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 605 页。

[501] 【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 605 页。

刑法典》第 33 条也明确规定，“防卫人由于慌乱、恐惧、惊吓而防卫过当的，不负刑事责任”。在德国刑法理论中，学者们对防卫过当免责规定的共识是关于免责的依据，也就是“双重免责论”；根据这种共识，在特定情绪支配下的防卫过当之所以可以免责，“不仅因为行为人面临的正当防卫状况减轻了行为的不法，而且这种情绪使得防卫人很难正确评价和衡量必要的防卫措施，所以可以双重减轻罪责。行为人的责任很轻，还没有达到犯罪的显著性的要求”，[502]故可以放弃刑罚。但在司法实务中，要正确理解《澳门刑法典》第 32 条第 2 款的免责规定，应当注意以下三个方面的问题：

1、关于特定情绪的认定

从法律规定来看，防卫人在当时的情况下，只有出于“不可谴责”的精神紊乱、恐惧和惊吓三种特定情绪而防卫过当的，才可免责。这里就有两个问题值得研究：

第一，何谓“不可谴责”？“不可谴责”针对的是不法侵害行为产生的原因，还是针对特定情绪产生的原因？比如，甲与乙发生争吵，甲确实先辱骂了乙，并揭了乙的隐私，乙愤怒之下对甲进行徒手殴打，甲恐惧之下拔刀反击，并刺中乙要害部位，致乙死亡。在这种情况下，如果我们从乙为什么打甲的原因来看，甲的辱骂行为是应当受到谴责的；但是，如果我们从甲为什么会产生恐惧心理来看，甲在受到殴打时产生恐惧心理又不应当受到谴责。本教科书认为，《澳门刑法典》第 32 条第 2 款所指“不可谴责”，并非是针对不法侵害产生的原因来说的，因此，在上述情况下，对甲因恐惧造成防卫过当的行为，可适用第 32 条第 2 款防卫过当的免责规定。[503]

第二，愤怒情绪能否视为法律规定的特定情绪。德国联邦最高法院的判决曾指出，“当行为人的举止行为也能够由于愤怒而与攻击人共同决定时，只要进行防卫的意志在此之外并没有完全退到次要的地位上去，行为人也能够扩诸超过限度”；[504]言外之意，可以适用防卫过当的免责规定。本教科书不认同这种观点。本教科书认为，对愤怒情绪要区分不同情况：首先，当防卫过当完全是基于愤怒情绪支配时，不能适用防卫过当的免责规定，因为愤怒情绪与精神紊乱、恐惧或惊吓的特定情绪毕竟是不同的，不能混为一谈。比如，甲女为一空手道高手，乙男在深夜手持匕首，威胁甲女，意图强奸；甲女当时并不恐惧，也不惊吓，因她知道自己可以轻而易举地制服乙男，但甲女被乙男发出的猥亵言语激怒，在愤怒之下，甲女用强有力的一连串反击，打断乙男双腿，废了乙男的生殖能力。像这种完全受愤怒情绪支配的防卫过当，不能适用防卫过当的免责规定，只能减轻刑罚。其次，当愤怒情绪与恐惧、惊吓等特定情绪混合时，可以适用防卫过当的免责规定，因为在恐惧、惊吓等特定情绪下伴随着愤怒情绪，这是可以理解的。比如，高中生甲男因男女纠纷受到多个同学的围殴，甲男当时心中既充满愤怒，也

---

[502]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2004 年版，第 175 页。

[503] 关于这一点，在 1962 年的德国刑法典草案中，也曾有在特定情绪前加上“不应当指责”行为人的表述，但最终在咨询过程中被删除，因特别委员会认为：“对于这样一种如此严厉的规则，根据委员会的看法……并不存在着实践的需要。”有学者认为，“这种超过限度的情况所具有的可预见性和可避免性，并不一定排除诉诸第 33 条；因为这个行为人没有义务来避开这种能够产生情绪冲动的攻击。这种冲动也不需要是无过错的”（参阅【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 669 页）。基于此，本教科书认为，将《澳门刑法典》第 32 条第 2 款中的“不可谴责”四个字删除，是完全可以考虑的。

[504] 引自【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 660 页。

深感恐惧，情急之下拔出小刀挥舞自卫，将一同学刺死；像这种情况，愤怒与恐惧并存，可以适用防卫过当的免责规定。

2、关于有意识和无意识的防卫过当

在德国刑法理论中，主流观点认为，不管是有意识的防卫过当，还是无意识的防卫过当，只要防卫过当是受法律规定的特定情绪影响，就可以适用防卫过当的免责规定，法律规定本身并无限制。但本教科书认为，对防卫过当作这样一种区分理论上本身是值得商榷的。因为这里讲的有意识或无意识，显然是针对防卫限度而言的；问题是，在防卫过当情况下，防卫人并非是对行为事实缺乏认识，而是对防卫限度缺乏认识，也就是存在防卫限度认识上的“过失”，属应当认识而没有认识。正是这样一种防卫限度认识上的“过失”，才使防卫过当者需要承担故意罪（因对行为事实有认识）的刑事责任；也正是这样一种防卫限度认识上的“过失”，才会被精神紊乱、恐惧或惊吓等特定情绪减轻罪责，以致无罪。所以，说防卫人已经认识到防卫限度并有意识地超越，这种情况实际上是很难成立的。本教科书认为，在司法实务中，适用防卫过当的免责规定，关键是要判断防卫人实施防卫行为是否受法律规定的特定情绪影响；一旦有迹象显示防卫人已经认识到防卫限度，且有意超越的，就不能适用防卫过当的免责规定。

3、关于防卫过当与正当防卫的关系

本教科书在前面已明确指出，防卫过当的前提是正当防卫，只有在成立正当防卫的前提条件下，才可能存在防卫过当的问题；没有正当防卫，就没有防卫过当。这一点，对适用防卫过当的免责规定是必须注意的。比如，防卫人在恐惧情绪下将不法侵害者打得失去知觉，没有任何反抗能力，然后仍“不解气”，再将不法侵害者的手搞断，其搞断不法侵害者手的行为就属于“不适时防卫”；这种行为连正当防卫也不构成，当然不能再适用防卫过当的规定，包括适用防卫过当的免责规定，理应以故意伤害罪论处。同样的情况还比如“假想防卫”，对“假想防卫”应当根据《澳门刑法典》第 15 条第 2 款关于事物状况的认识错误（即正当化事由的认识错误）的规定处理。

（二）关于紧急避险的免责事由

如前所述，《澳门刑法典》参照《德国刑法典》模式，将紧急避险分为阻却违法性的紧急避险和免除责任的紧急避险。这里所讲的紧急避险的免责事由，就是指《澳门刑法典》第 34 条规定的“免除责任的紧急避险”。[505]根据该条第 1 款规定，“作出可适当排除危险之不法事实者，如该危险属威胁行为人本人或第三人生命、身体完整性、名誉或自由之正在发生而不能以他法避免之危险，且按照案件之情节，期待作出其他行为属不合理者，其行为无罪过”。可见，从免除责任的角度来看，免责的紧急避险实际上就是通过缺乏期待可能性，“表明法秩序的宽容也涉及到以牺牲被刑法保护的第三者的利益保全自己的意图者”。[506]

本教科书认为，在很多情况下，因缺乏期待可能性而免除责任的免责事由，基本上都可以从免责的紧急避险中得到回答；甚至从某种程度上解释，免责的紧急避险所要求的危险的紧迫性和方法的无可选择性，恰恰也涵盖了期待可能性最本质的特征，从而使免责的紧急避险的法律规定成为排除超法规免责事由最有力

[505]《澳门刑法典》的翻译者将第 34 条译为“阻却罪过的紧急避险”，但此翻译有两个地方是值得研究的：第一，“罪过”一词应译为“责任”或“罪责”，理由已在前面提及。第二，“阻却”应译为“免除”，因如前所述，阻却责任与免责是有所区别的，将阻却责任译为免除责任更为合理。为此，本教科书将第 34 条表述为“免除责任的紧急避险”。

[506]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 574 页。

的法律依据。有德国学者从犯罪预防的角度对免责的紧急避险作了解释，认为免责情况下实施的紧急避险行为之所以足以免除行为人的罪责，乃是与缺乏期待可能性的外部条件是密切相关的，因为在现实生活中，这种足以促使行为人因无可选择而作出违法行为的特定外部条件是“非常罕见”的，它不仅使刑罚“威慑其他人的一般预防需要并不存在”，而且鉴于行为人作出违法行为是无可选择，如果有所选择，行为人也不会去实施违法行为，因此，刑罚对行为人本身来说，“也不需要特殊预防的作用”。由此可见，既然缺乏刑罚的一般预防和特殊预防作用，那么，对无可选择的行为人给予刑罚处罚，“在刑事政策上就是不适当的。也就是说，尽管有（减弱的）罪责，仍然要给予宽容，同时，刑法上的责任将予以排除”。[507]

本教科书赞同上述德国学者的观点，同时认为，免责的紧急避险与阻却违法性的紧急避险在危险的紧迫性和方法的无可选择性方面是一致的。具体而言，不管是阻却违法性的紧急避险还是免责的紧急避险，都要求对合法权益造成威胁的危险必须是现实的、紧迫的危险，否则就不叫紧急避险了；此外，在当时的情况下，也都要求行为人之所以选择侵害他人合法权益的方法进行避险，必须是不得已的唯一选择，也就是不可能期待避险行为人去实施适法的行为进行避险。[508]阻却违法性的紧急避险和免责的紧急避险最根本的区别，就在于保护的法益与牺牲的法益是否具有可比性：阻却违法性的紧急避险因具有可比性，所以要求保护的法益必须大于牺牲的法益，由此也决定了避险行为的合法性及正当性，并表明对这种具有合法性的避险行为是不能进行正当防卫的；反之，免责的紧急避险因不具有可比性，所以保护的法益与牺牲的法益之间无法用大或者小进行衡量，由此也决定了避险行为的违法性及非正当性，并表明对这种具有违法性的避险行为是可以进行正当防卫的。

本教科书认为，基于免责的紧急避险所具有的违法性，在两种法益不具有可比性的情况下，我们分析避险行为是否可以免除行为人的责任时，要更加谨慎，更加应当对危险的紧迫性和方法的无可选择性把好“标准关”，因为在阻却违法性的紧急避险情况下，如果说还有一个“法益比较”可供参考或者说补救的话，那么，在免责的紧急避险情况下，除了期待可能性理论就一无所有了。既然如此，对危险的紧迫性和方法的无可选择性的“标准关”如果放得太松，无疑会最大限度地释放出期待可能性理论可能产生的负面作用，从而会导致法秩序的稳定性受到蔑视甚至被破坏的后果；反之，如果控制得太严，显然又不利于发挥期待可能性理论在免除责任方面应有的地位和作用，有悖于刑罚的必要性原则。这是我们在研究和理解免责的紧急避险规定时必须引起重视的问题。从这一视角出发，本教科书认为，对《澳门刑法典》第 34 条规定的“免除责任的紧急避险”的理解，除了在构成条件方面要看到免责的紧急避险与阻却违法性的紧急避险具有的一致性外，还必须注意以下几个方面的问题：

1、免责紧急避险的法益条件

根据《澳门刑法典》第 34 条第 1 款规定，与阻却违法性的紧急避险不同，免责的紧急避险行为所保护的法益，只能是避险人本人或第三人的生命、身体完

[507]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 638 页。

[508] 值得注意的是，在《澳门刑法典》第 33 条关于“紧急避险权”（即阻却违法性的紧急避险）的规定中，虽然立法者没有使用“不得已”或“期待作出其他行为属不合理者”的表述，但是，正如本教科书在阐述阻却违法性的紧急避险中指出的那样，“不得已”必然是阻却违法性的紧急避险的应有之义，它必须包含在避险方法的“适当”性解释之中。《德国刑法典》第 34 条和第 35 条之所以在“阻却违法性的紧急避险”和“免除责任的紧急避险”中，都使用了“不得已”的表述，其道理就在于此。

整性、名誉或自由四个方面的人身法益。这是一种法定限制，如果避险人不是为了保护这四种人身法益，就不能适用免责的紧急避险规定。

应当指出，在澳门刑法中，生命和身体完整性是两个比较清晰的概念，它们只能是针对自然人而言的；但对自由和名誉来说，则有一个如何理解的问题。

首先，就自由而言，可以包括行动自由、性自由以及意志决定自由，那么，这三种自由是否都可以包容在免责的紧急避险所保护的法益之中呢？《德国刑法典》第 35 条关于免责的紧急避险中，也包含了自由法益，而大多数德国学者认为，这里讲的自由法益，只能包括《德国刑法典》第 239 条所指的行动自由，以及第 177 条和第 178 条意义上的性自由，但不包括第 240 条“强制罪”所涉及的一般的行为自由和意志决定自由。因为只有行动自由和性自由，才“享有一种与身体或者生命相类似的重要地位”。[509]本教科书同意这种看法，即《澳门刑法典》第 34 条所讲的自由法益，是指《澳门刑法典》第 152 条所保护的行动自由和第 157 条所保护的性自由。

其次，名誉能否成为免责的紧急避险所保护的法益，理论及立法上本身就是有争议的。比如，在《德国刑法典》第 35 条关于免责的紧急避险条款起草过程中，诸如名誉、财产以及其他“与人格相近的法益”，都被立法者有意识地排除在外；因为这种法益的扩张不利于刑法的一般预防，有损于刑法的严肃性。本教科书认同德国刑法理论界对免责的紧急避险所保护的法益作出一定限制的观点。如上所述，免责的紧急避险在本质上是一种侵害他人权益的违法行为，任何不适当的扩张都可能会对法秩序的稳定性带来“危险”，必须要有严格的限制。名誉权是一种重要的与人身有关的权益，但名誉权本身毕竟不能同人的生命、健康、行动自由及性自由相提并论；名誉受损，如果是他人用不法侵害的行为来损害行为人的名誉，紧急情况下，行为人可以实施必要的反击来保护自己的名誉，但这是正当防卫，非紧急避险；若属一般情况，则可以通过相应的司法程序讨回公道，无须用损害他人合法权益的方法来维护自己的名誉。基于此，本教科书认为，《澳门刑法典》第 34 条将名誉权也包括在免责的紧急避险所保护的法益范围之内，有失妥当；这样做，不仅在理论上欠缺理据，在实务中也极易为法秩序的稳定带来负面影响，应予以删除。当然，葡萄牙学者在制定《葡萄牙刑法典》时可以有自己的观点，但《澳门刑法典》代表的是澳门地区，而今天澳门的刑事立法更应当注重先进的大陆法系国家或地区的立法及其理论。

除上述对自由及名誉法益的理解和评判外，关于免责紧急避险的法益条件，还应当注意四种法益的主体范围。《德国刑法典》第 35 条在规定法益主体时明确表明了这样一种立场，即避险行为人保护的法益，必须是与自己、亲属或其他与自己关系密切者的生命、身体或自由方面的法益，否则不能成立免责的紧急避险，这一规定当然体现了德国立法者为防止过度扩大期待可能性理论的适用范围而对法秩序产生不利后果的立场。正因为如此，有德国学者认为，“一个人以另一个人为代价来援救一名不是与自己亲近的人，无论如何都是应受刑事惩罚的”；[510]换而言之，如果一个人以牺牲另一个人为代价来援救自己的生命就可以构成免责的紧急避险。《澳门刑法典》并没有这样在法益主体方面的限制性规定，而仅仅将法益主体表述为“第三人”，因此，如果一个人在极其危险的情况下，迫不得已地为了拯救与自己无关者的生命而牺牲了他人的生命，其行为仍然可以构成免责的紧急避险。

[509]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 641 页。
[510]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 638 页。

最后，还应当指出，当法律规定的四种法益受到侵害时，侵害的程度问题也是不可忽视的。对此，正如德国学者指出的那样，“一种‘危险’的存在，是以对法益损害可以期待的一种确定的强烈程度为条件的；一种（借助这种可能性也总是）有威胁的轻微身体性损害或者剥夺自由，绝对还不是第 35 条第 1 项意义上的‘健康危险’或者‘自由危险’”。[511]本教科书认为，这一观点完全适用于《澳门刑法典》第 34 条第 1 款关于免责的紧急避险的规定。因此，只有在生命、健康、名誉或自由法益受到比较严重的危险威胁时，才可能成立免责的紧急避险。

2、免责紧急避险的外部条件

免责紧急避险的外部条件就是指危险的紧迫性及避险方法的无可选择性。如上所述，这一外部条件虽是免责的紧急避险和阻却违法性的紧急避险应当共同遵守的外部条件，但对于免责的紧急避险来说，把好这一外部条件的“标准关”却更加至关重要。

（1）危险的紧迫性。如同阻却违法性的紧急避险一样，危险的紧迫性是相对于正在发生的危险而言的。所谓正在发生的危险，就是指如果当时不立即采取避险行为，对本人或第三人的生命、身体完整性、名誉或自由一定会发生或极有可能发生实际损害的一种状况。通常情况下，正在发生的危险并不难认定；比如，甲用枪指着乙的头，让乙即刻杀死丙，在这种情况下，毫无疑问，乙的生命当然是处于正在发生的危险之中，其危险的紧迫性是不言而喻的。但是，如果甲只是威胁乙，让乙杀死丙，否则将杀死乙，在这种情况下，乙的生命客观上也处于危险之中，问题是，这种并非马上会发生的危险，是否属于免责的紧急避险所要求的正在发生的危险呢？

关于这一点，在德国刑法理论界及实务界，有一种“持续危险论”的主流观点值得注意。如有些德国学者认为，在免责的紧急避险中，“以下这种案件在事实具有特别的意义：危险的现实性包含的时间范围，要大大多于第 32 条（正当防卫——本教科书注）中侵犯的现实性所说的时间范围。这首先适用于所谓的持续性危险。在这种危险中，一种受到危险威胁的状态在任何时候都能够转变为一种损害，但是人们还不能准确地说，这种损害什么时候会发生。……同样，如果一种危险的实现本身虽然还需要等待一定的时间，但是，人们现在就必须对之加以处理，否则，在此之后进行防卫就会太晚了，那么，这种危险就是当前的危险；这一类案件经常与持续性危险的案件相互交叉”。[512]因此，“与第 32 条的情形相异，持续的危险，只要它在任何时候均能够成为现实，也可成为‘正在发生’的危险。例如，为保护母亲和妹妹免遭更严重的伤害，杀害了癫痫病发作期间因醉酒而入睡的父亲的行为；受到政敌的复仇恐惧而作伪证；受到因证言而不利者的杀害威胁而作伪证；以殴打或者将其从家里赶出去相威胁，强迫妻子与未成年儿子性交；受到死亡威胁的年轻人被迫实施的杀人行为；陌生人在夜间反复进入一夫妻的寝室 ，致使后者陷入恐慌的行为”。[513]针对作伪证者K因受到“打成残废”的威胁而被迫作伪证的行为，有学者进一步指出，“虽然不必担心在法院询问过程中威胁就会成为现实，但所形成的并非仅仅是一个未来的而是一个现时的‘持续危险’，时刻都有可能导致恐吓的伤害，把K推向了要么是立即采取防卫措施要

[511] 同上，第 639 页。

[512]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 640 页。

[513]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 576 页。

么是屈服于压力的选择”。[514]

关于上述已在德国刑法理论界形成共识并被德国法院判例实际采用的“持续危险论”，本教科书表示赞同。虽然这种持续危险从时间上看确实不会立即发生，但它毕竟是现实的，如果行为人不采取相应的避险措施，它随时可能发生，故将其视为构成免责紧急避险所要求的正在发生的危险，具有合理性。

（2）方法的无可选择性。所谓方法的无可选择性，就是指针对正在发生的危险，避险行为人不能以其他方法去排除危险，而且在当时的情况下，期待避险行为人作出适法行为是不合理的。可以说，避险方法的无可选择性乃是认定免责的紧急避险最重要的客观条件，也是免责的紧急避险之所以能够得到刑罚宽容而免除责任的根本原因；因此，准确把握好免责紧急避险的这一外部条件，对于正确运用期待可能性理论具有相当重要的实际意义。

本教科书在第五章“违法性”中，就阻却违法性的紧急避险情况下的利益比较曾举过这样一个例子，即一辆载满旅客的长途客车司机甲见对面有辆货车越过中间线高速向自己冲来（后发现货车司机因高度疲劳而处于迷糊状态），为避免两车相撞酿成惨祸，甲来不及多想，向左猛打方向盘，虽避开了直冲过来的大货车，但却导致客车翻落在路旁不深的水沟里，车上一位老人心脏病复发而死亡，并有数位乘客不同程度受伤。对此，本教科书之所以将其作为阻却违法性的紧急避险的例子，一是为了说明在利益比较过程中，危险可能造成的后果强度以及可能性也是判断两种利益大小的重要标准，二是考虑到没有规定免责紧急避险的立法例，必然会将此例视为具有合法性的紧急避险。其实，此例如果发生在澳门，按第 34 条“免除责任的紧急避险”定性也是完全合理的；因为此例中的司机甲面对正在发生的危险，为了保护本人及他人的生命、健康，在客观上不存在其他任何避险方法的情况下，果断而为，拯救了大多数乘客的生命，实属无可非议之举。

本书在论述“阻却违法性的紧急避险”时，曾以希腊哲学家所创设的木板案例来解释避险行为的利益比较。在该案例中，当一艘船即将沉没时，两个遇难者抓住一块木板，但木板仅能支撑一个人，于是两人中的强者将弱者推进海里溺死。此案例表明，在当时的情况下，强者面对正在发生的生命危险，为了拯救自己，给自己创造一个活命的机会，除了将另一人推入海中之外，他是别无选择的；也就是说，从案件的实际情况出发，我们期待强者为拯救自己的生命而作出其他行为是不合理的，故***强者的自救行为就会***构成《澳门刑法典》第 34 条所规定的免责的紧急避险。

然而，德国刑法理论界及实务界对上述“持续危险”所持的判断避险方法是否属于无可选择的观念却是很难令人认同的，其中最典型的案例就是在受到生命、健康的威胁时作伪证的案例。比如，有德国学者一方面认为，“当一种危险本来可以通过其他方式加以避免时，就不能考虑对责任的排除，尤其是在可能使用合法方式排除这种危险的时候”，因此，“一个人在面临别人强迫自己作伪证的威胁时，如果能够通过向法院申请保护来避免这种威胁时，那么，只要他还是做了伪证，他的责任就不能根据第 35 条加以排除”。[515]但另一方面又认为，“然而，人们不允许轻率地认定其他避免的可能性。因此，在法庭之外，为受威胁的证人提供有效的保护在大多数情况下是不可能的，因为这个证人不能持续地得到这种

[514]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 238 页。

[515]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 640 页。

保护”。[516]于是，因受到威胁的证人在法庭上作伪证的行为，就成了一种无可选择的避险行为。毫无疑问，这也是德国法院之所以对受威胁作伪证的行为按免责的紧急避险免除责任的主要理由；同时，也可能是考虑到受威胁的法益是生命或身体，而被侵害的法益只是司法公正，比较两者，还是以前者为重，正如像有的德国学者所说的那样，“紧急避险对象面临的人身伤害并非很轻，就可能使得伪证情有可原，但却不能让故意杀人得以被宽恕”。[517]本教科书认为，德国法院将受到威胁而作伪证的行为视为无可选择的避险行为是值得商榷的。

诚然，如上所述，生命或身体受到严重威胁的证人，可以被认定为其生命或身体处于正在发生的危险之中，但正因为这种“持续危险”并非即时发生，起码在证人作证之前还不会发生，所以，受到威胁的证人就可以有较充足的时间进行思考，去分析有无其他方法来避免这种“持续危险”；关于这一点，一般人都会想到，可以向警察机构或法院求助，一句话，就是向国家或地区的权力机关求助。不过，德国学者却认为这是一条“行不通”的选择，保护的力度不够，可能性不高，故在法庭上作伪证就是无可选择的避险方法，我们不应当期待证人去向国家或地区权力机关求助。这样一种对无可选择性的理解显然是有问题的：第一，从理论角度分析，国家或地区的权力机关完全是有责任、也有能力去保护人民的人身安全，既然如此，为什么向权力机关求助就不是一种有效的避险方法的合理选择呢？第二，从实际效果分析，要求其他的避险方法百分之百地有效，这是不切合实际的；权力机关的保护是有可能失败，但这种失败并不能否定权力机关保护的有效性；否则，就会得出国家或地区的权力机关根本保护不了人民人身安全的错误结论。第三，从概率角度分析，在现实生活中，一个人因受到严重威胁而被迫作为或不作为，这并非是“十分罕见”的情况；如果认为受到威胁作伪证就是免责的紧急避险，那么，生命受到威胁的人是不是就可以去杀死另一个人，健康受到威胁的人是不是就可以去伤害另一个人？如果可以的话，法秩序的稳定性就必然会受到动摇，期待可能性理论的负面作用就会最大限度地得到释放，而不是被压制；如果不可以的话，为什么作伪证就可以呢？

总之，本教科书认为，分析“持续危险”状况下避险方法是否属无可选择，必须十分谨慎，因为“持续危险”必然会给避险行为人留下一定的时间去考虑，去选择，从某种意义上说，这种危险缺乏紧急性。如果从法秩序的角度出发，社会上一般人都会认为存在另一种适当的、合理的避险方法的话，应当认为避险方法不具有无可选择性，受威胁作伪证就属于这样一种情况。因此，对作伪证的行为可以减轻处罚，但不能按免责的紧急避险免除责任。

3、免责紧急避险的限制条件

从理论及立法来看，阻却违法性的紧急避险的限制条件同样适用于免责的紧急避险，*惟*两者在法益比较方面的限制条件会有所不同。概括而言，免责紧急避险的限制条件包括自招危险的限制、特定法律关系的限制、法秩序稳定性的限制以及功利主义后果的限制。

（1）自招危险的限制。《澳门刑法典》第 34 条虽然没有像第 33 条那样，明确规定对因己意而自招的危险不能构成免责的紧急避险，但第 33 条关于自招危险不构成阻却违法性的紧急避险的规定对免责的紧急避险同样是适用的。关于这一点，《德国刑法典》第 35 条关于免责的紧急避险就有明确的表述，即行为人自

[516] 同上。

[517]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2004 年版，第 240 页。

己引起危险的，不适用免责的紧急避险规定。

值得注意的是，正如本教科书在阐述阻却违法性的紧急避险与自招危险的关系时指出的那样，本教科书比较倾向于将自招危险分为故意和过失自招危险的区别说，并认为对过失自招的危险来说，法律应体现出相应的宽容，允许成立紧急避险；比如，游客甲因过失致使森林起火，威胁到自己的生命，为了保命，甲擅自开走林场大卡车逃生，就可以成立紧急避险。但是，对免责的紧急避险来说，因不存在利益之比较，避险行为具有明显的违法性，故应当禁止对过失自招的危险实施免责性的避险行为。举例来说，甲、乙同时登山，甲忽视了山上天气的多变性，不带保暖棉衣就开始登山，乙则带了保暖棉衣；到山顶时天气突变，为免自己被冻死，甲以暴力抢走乙的保暖棉衣穿在自己身上，致同伴被冻死；像这种情况，即便甲的生命危险属其过失的自招危险，甲的行为也不能构成免责的紧急避险，而应承担故意杀人的罪责。由此可见，在免责的紧急避险情况下，不管是故意的自招危险还是过失的自招危险，都不允许当事人为了保护自己而实施免责的避险行为。在这里，“人们能够看出紧急避险免责的第一限制的指导理念，即如果行为人无论是客观上还是主观上因违反义务而引起冲突状况，均不存在免责事由”。[518]

顺便指出，根据《澳门刑法典》第 33 条规定，在阻却违法性的紧急避险情况下，为了保护第三人利益的，即便是自招的危险也可以实施避险行为；那么，这一对自招危险的例外规定是否也适用于免责的紧急避险呢？本教科书认为应当同样适用，因为对自招的危险来说，立法原意主要是针对本人而言的，并不能一概排除紧急状态下对他人的救助行为。事实上，正如有德国学者指出的那样，“因为，行为人如果是自己对出现的紧急情况负有责任，会觉得特别有义务要救助亲属”。[519]

（2）特定法律关系的限制。所谓特定法律关系的限制，就是指当行为人处于某种特定的法律关系之中时，他必须承担忍受危险的义务，不得实施侵害他人法益的避险行为，这一点与阻却违法性的紧急避险是相同的。对此，《德国刑法典》第 35 条明确规定，处在特定的法律关系中而须容忍该危险的限度内，不适用免责的紧急避险的规定。

产生特定法律关系的情况是多种多样的，比如，军队中的士兵不允许在救灾过程中因生命有危险而拒绝执行命令，警察在逮捕持枪歹徒、消防队员在救火时必须忍受生命危险，医生或医务工作人员不能害怕被疾病感染而拒绝为病人治病，法官不允许因受到恐吓就作出违法判决，海难中父亲不得以牺牲儿子为代价来进行自救。在特定的法律关系中，免责的紧急避险之所以被排除，学者们通常认为是因为行为的不法性程度以及行为人承担的责任加大了，以至于刑罚无法对此持 免除责任的宽容态度。如有学者认为，“在应当经受紧急避险义务的场合，对于排除紧急避险的免责效果来说重要的因素是，行为不法的增大和行为人责任的增大。……行为的不法之所以增大，是因为行为人同时侵害了自己接受的经受紧急避险的义务”；[520]也正因为这些处于特定法律关系中的人负有特定的义务，在特定情况下，社会寄望于他们来维护社会自身的安全，来挽救他人的生命、健

[518]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 581 页。

[519]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 236 页。

[520]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 583 页。

康及财产安全，所以，他们在特定情况下不履行义务所引致的责任就必然增大，更应当受到社会的严厉谴责。

（3）法秩序稳定性的限制。所谓法秩序稳定性的限制，就是指从法秩序整体考虑，避险行为必须被禁止。法秩序稳定性的限制无论是对阻却违法性的紧急避险还是对免责的紧急避险，都是同样适用的，有时甚至是相互交叉、混合在一起。比如，乞丐快饿死或快冻死时冲入面包店抢夺面包或闯入他人住宅取暖，医院为抢救多位病人生命强行拉人献血，为给母亲紧急治病而去盗窃或抢劫，***因这些所谓的“避险行为”都严重破坏了法秩序的稳定性，一旦允许成立紧急避险，将为一切无法无天及无秩序的行为打开方便之门，所以既不能成立阻却违法性的紧急避险，也不能成立免责的紧急避险。***对此，无论是理论界还是实务界，都是予以认同的，不存在分歧。

顺便指出，在谈到免责的紧急避险的外部条件时，本教科书对德国刑法理论界及实务界将受威胁作伪证的行为看成是免责的紧急避险的观点及做法提出了质疑，其理由是作伪证不属于无可选择的避险方法。现在我们退一步说，从法秩序稳定性的限制考察，即便认为在受威胁作伪证的情况下，期待证人向国家或地区权力机关求助是不合理的，作伪证就是一种无可选择的避险方法，受威胁作伪证的行为也不能被认定为免责的紧急避险。因为这样做，任何一个人都可以受威胁为理由去做破坏司法秩序的行为，如作虚假翻译、虚假鉴定，等等，如此一来，作为法秩序的重要组成部分的司法秩序还有稳定、公正可言吗？再推论之，除了司法领域外，在其他领域因受威胁而作违法行为，如在选举过程中作假，又该如何处理呢？这些都是值得研究和深思的问题。

（4）功利主义后果的限制。所谓功利主义后果的限制，就是指避险行为所保护的法益与避险行为所造成的损失不得明显地不成比例。关于这一点，阻却违法性的紧急避险和免责的紧急避险是有所区别的。对阻却违法性的紧急避险来说，两种利益因具有可比性故以利益大小为标准，但对免责的紧急避险来说，两种利益因不具有可比性故只能以比例为标准。而本教科书认为，这里讲的比例，实际上就是从功利主义的后果进行考察。比如，甲被人用枪指着头，威胁其杀死乙，否则即杀死甲；在这种情况下，甲和乙的生命价值虽不可比，但从功利主义后果的角度分析，并没有明显不成比例，故可认为甲杀死乙的行为属无可选择的避险行为，构成免责的紧急避险，此情况与上述希腊哲学家所创设的木板案例性质上是相同的。但是，如同有学者指出的那样，如果“一个人，为了拯救自己的生命，却给许多人带来了死亡，就无论如何不是不受刑事惩罚的”；[521]“免责的紧急避险的最后一个要求是，救助行为对法律保护的利益所造成的侵害程度，不允许与所制止的危险失当”。[522]

关于免责的紧急避险，颇有争议的另一个经典案例就是发生在英国的一个真实案例，即“女王诉达德利和斯蒂芬斯案”：一艘英国船“木犀草号”在南大西洋距好望角 1300 英里处沉没了，船长达德利、大副斯蒂芬斯、水手布鲁克斯、服务生派克在船沉没后共处一救生艇内，仅有的食物就是两罐腌萝卜，没有淡水。在第 20 天的时候，两罐腌萝卜及捕获的海龟全部吃完，于是，船长达德利示意大副斯蒂芬斯用小刀割破正在生病的派克的颈静脉，杀死了派克。整整四天，剩下的三个人就靠派克的尸体和血液为食，最后获救。这个案例引起社会的震惊，

[521]【德】克劳斯.罗克辛著，王世洲译：《德国刑法学总论（第 1 卷）》，法律出版社 2005 年版，第 637 页。
[522]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2004 年版，第 240 页。

水手布鲁克斯成了目击证人，达德利和斯蒂芬斯成了被告；他们对事实供认不讳，但他们声称此行为是迫不得已，他们这样为自己辩称："牺牲 1 人保全 3 人"是更好的结果；但控方并不为之所动，*并*认为谋杀就是谋杀，所以此案被送上法庭，*被告一*审被判终身监禁，上诉后改判为 6 个月监禁。本教科书认为，此案情节虽然残忍，但为了挽救三个人的生命，杀死病中的派克，实属无可选择的避险方法，且符合功利主义的后果主义道德标准。英国法院因并没有将缺乏期待可能性视为免除责任的依据，故只能是减轻刑罚；但对于德国、葡萄牙、澳门这样已在刑法典中明确规定免责的紧急避险的国家或地区来说，将类似情况认定为免责的紧急避险则是符合期待可能性理论的，也符合刑法典所规定的免责紧急避险的构成条件。

4、免责紧急避险的认识错误

所谓免责紧急避险的认识错误，就是指行为人误认为存在可使其行为免责的情况而实施了避险行为，实际上也就是一种"假想避险"，比如，行为人以为自己的生命处于极度危险之中而杀死他人。关于免责紧急避险的"假想避险"要注意分清以下三个界限：第一，分清此类"假想避险"与构成要件事实认识错误的界限，因此类"假想避险"不涉及对构成要件中的某种客观事实的认识错误，它涉及的是对整个事物状况的认识错误，故属于《澳门刑法典》第 15 条第 2 款所指的事物状况的认识错误。第二，分清此类"假想避险"与"假想防卫"及阻却违法性紧急避险中的"假想避险"的界限，因这三种认识错误虽都属于《澳门刑法典》第 15 条第 2 款所规定的事物状况的认识错误，但"假想防卫"和阻却违法性紧急避险中的"假想避险"在性质上属于正当化事由的认识错误，而免责紧急避险中的"假想避险"属于违法性事由的认识错误。第三，分清此类"假想避险"与不法性错误的界限，因此类"假想避险"的行为人对其行为的违法性是有认识的，而不法性错误的行为人对其行为的违法性没有认识，如在上述所举以为自己的生命处于极度危险中而杀死他人一例中，行为人对其杀人行为的违法性显然是有认识的。

值得注意的是，对免责紧急避险的认识错误，德国学者均认为可按《德国刑法典》第 17 条规定的"禁止错误"（也就是《澳门刑法典》第 16 条规定的"不法性错误"）处理，即若该错误对行为人而言是不可避免的，可以免责；若该错误是可以避免的，则应按《德国刑法典》第 49 条第 1 款规定减轻处罚。德国学者对免责紧急避险的认识错误之所以这样处理，与《德国刑法典》总则的相关规定是分不开的：因为一方面，《德国刑法典》第 16 条关于"事实上的认识错误"的规定既不包括正当化事由的认识错误，也不包括免责事由的认识错误；另一方面，《德国刑法典》第 35 条关于"免除责任的紧急避险"的条款中，第 2 款明确规定了免责紧急避险的认识错误及其处理原则，即"行为人行为时，误认为有第 1 款规定不负责任的情况，仅在他能够避免该错误时，才予处罚"，并"可依第 49 条第 1 款减轻处罚"，其处罚原则显与《德国刑法典》第 17 条规定的"禁止错误"相一致。但是，本教科书认为，在澳门，由于《澳门刑法典》第 15 条第 2 款所规定的"事物状况之错误"既包括了"阻却事实之不法性"的正当化事由的认识错误，如"假想防卫"和阻却违法性紧急避险的"假想避险"，同时也包括了"阻却行为人之罪过"的免责事由的认识错误，因此，对免责紧急避险的认识错误，理应按第 15 条规定的"事物状况之错误"处理，不能按第 16 条规定的"不法性错误"处理，即首先可以阻却故意，不构成故意犯罪；如有过失且法律有规定的，再按过失犯罪处理。*如在上述所举以为自己的生命处于极度危险之中*

而杀死他人一例中，对杀人行为应按“过失杀人罪”处罚。

除此之外，关于免责紧急避险的认识错误，还涉及到行为人对避险行为*界限*的认识错误问题，但这一问题实际上是与免责紧急避险的限制条件密切相关的。比如，错误地认为对自招的危险也可以实施免责的避险行为，或错误地认为在负有特定义务情况下本人也享有免责的紧急避险权力，或错误地认为当自己生命因饥饿而发生危险时实施盗窃、抢夺食品可以免除责任，或错误地认为在危险状况下为保护自己的生命而杀死多人是可以免责的，都属于此类认识错误。本教科书认为，此类错误不能成为免责的理由，因为免责紧急避险的界限或程度，不是由避险行为人的认识来决定的。

5、免责紧急避险的减轻情节

根据《澳门刑法典》第 34 条第 2 款规定，“危险所威胁之法律利益与上款所指之法律利益不同，而符合上款所提及之其他前提者，得特别减轻刑罚”。这一规定表明，虽然行为人受到危险威胁的法益不属于生命、身体完整性、名誉及自由四种法益，但从当时的外部条件来看，行为人确实没有任何其他方法来避免该等危险，以保护相关法益，且期待行为人去做适法行为也是不合理的，在这种情况下，行为人如果实施了避险行为，则不能免责，*但*可以特别减轻刑罚。

本教科书认为，对第 34 条第 2 款规定的理解，要注意法益的可比性问题。比如，甲为了防止巨额财产受损而在无可选择的情况下不得已伤害了他人，这就属于第 34 条第 2 款规定的减轻情节。但是，如果甲为了防止巨额财产受损而在无可选择的情况下不得已损害了他人价值明显要小的财产，这就构成阻却违法性的紧急避险，属合法行为，具有正当性，而非属第 34 条第 2 款规定的减轻情节。

第七章　故意犯罪的未完成形态

第一节　概述

一、故意犯罪发展过程的基本内涵

通常来说，一个完整的故意犯罪，可以包括犯意的产生、犯罪的预备、犯罪的实行和犯罪的完成这样一个发展过程。由于犯意的产生是纯主观的内容，属于思想范畴，不是犯罪行为，故一般不作为故意犯罪过程中的研究对象。因此，在刑法上，故意犯罪的发展过程是以犯罪预备为起点，到犯罪实行，再从犯罪实行开始，至犯罪完成。由此可见，如果我们将故意犯罪的这一发展过程比作一条直线的话（见直线图），那么，在这条直线上就可以包括“两个阶段”和“三个点”。

故意犯罪的发展过程直线图：

犯罪预备————————犯罪实行————————犯罪完成

（一）两个阶段

1、犯罪预备阶段：犯罪预备阶段始于犯罪预备行为实施之时，终于犯罪预备行为完成但尚未开始着手实施犯罪的实行行为。

2、犯罪实行阶段：犯罪实行阶段始于着手实施犯罪实行行为之时，终于犯罪全部完成。

（二）三个点

1、犯罪预备行为的起点——表明犯罪预备行为开始实施。

2、犯罪实行行为的起点——表明犯罪实行行为开始实施。

3、犯罪行为完成的终点——表明犯罪行为完成。

二、故意犯罪的完成形态

应当特别注意的是，由于故意犯罪的未完成形态是相对于完成形态而言的，因此，要了解故意犯罪的未完成形态，首先应当正确把握故意犯罪完成形态的概念和内涵。

（一）犯罪既遂

在刑法理论中，学者们通常都是将故意犯罪的完成形态称之为犯罪的既遂，至于何谓犯罪的既遂，大陆法系刑法理论的通说则持“构成要件充足说”。[523]该学说认为，所谓犯罪既遂，就是指行为人故意着手实施的犯罪行为已经完全具备了法律所规定的全部构成要件的情况。*推*对不同的故意犯罪来说，因法律所规定的构成要件有所不同，所以故意犯罪的既遂形态在表现形式上也有所不同。

1、行为犯的既遂

正如本教科书在解释构成要件的行为结果形态时指出的那样，所谓行为犯，

[523] 关于犯罪既遂的概念及认定，除“构成要件充足说”外，还有的学者持“犯罪结果或目的说”、“事实上的终结说”等观点。但这些观点因具有明显的缺陷，故不属于主流观点。比如，对故意杀人、抢劫等故意的结果犯来说，因特定的危害结果的发生被视为构成要件的内容，所以可按“犯罪结果或目的说”来认定犯罪既遂的概念；但是，对某些危害国家安全的犯罪、侮辱罪等行为犯来说，以及对危害公共安全的危险犯来说，因这些犯罪的构成要件中并不要求发生特定的危害结果，所以用“犯罪结果或目的说”来认定犯罪既遂概念显然不妥当。

就是指在具体犯罪的构成要件中，只要求发生侵害性的行为结果即足以的犯罪形态；只要行为人开始着手实施犯罪的实行行为，就意味着行为人的行为已经完全符合了该等犯罪的全部构成要件，因而也就构成了犯罪的既遂。在大陆法系刑法理论中，以开始着手实施犯罪的实行行为作为认定行为犯既遂的标准，乃是学者们普遍认同的主流观点。比如，《澳门刑法典》分则规定的“恐吓罪”（第 147 条）、“诽谤罪”（第 174 条）、“侮辱罪”（第 175 条）、“侵入私人生活罪”（第 184 条）、“暴力变更已确立之制度罪”（第 297 条）、“煽动以暴力变更已确立之制度罪”（第 298 条）等犯罪，都属于行为犯的范畴，只要行为人实施了该等犯罪的实行行为，就表明犯罪已经完成，也就是构成了犯罪既遂。

值得注意的是，对行为犯来说，如果犯罪既遂后，行为人的行为又造成了实害性结果的，这与行为犯的既遂无关，具体如何处理要以法律规定为准。比如，当法律有结果加重的规定，且行为人对加重结果的发生符合法定罪过形式时，就可以按结果加重犯处理。[524]如果法律没有结果加重的规定，则法官在量刑时可作为酌情加重处罚的依据。在一定情况下，还可对该等实害性的行为结果按其他相关罪名另行定罪，实行并罚。[525]

2、结果犯的既遂

同理，从构成要件的行为结果形态来看，所谓结果犯，就是指在具体犯罪的构成要件中，必须要求发生了某种实害性的行为结果方为足以的犯罪形态，这种实害性的行为结果通常是看得见的、有形的、物质性的行为结果，但也可以是看不见的、无形的、非物质性的行为结果。正因为如此，构成结果犯的既遂形态，就不仅要求行为人已经开始着手实施犯罪的实行行为，而且还要求实行行为已经造成某种构成要件所包含的实害性的行为结果；如果该等行为结果最后没有发生，就表明犯罪没有完成，不能成立犯罪既遂。[526]比如，对“加重杀人罪”（第 129 条）来说，只有在被害人死亡的情况下，才能成立犯罪既遂；被害人未死亡的，只能构成犯罪未遂。又比如，对“胁迫罪”（第 148 条）来说，只有在受胁迫者被迫作出某种行为，或被迫不作出某种行为，或被迫容忍了某种行为的情况下，才能成立犯罪既遂，否则也只能构成犯罪未遂。

3、危险犯的既遂

同理，从构成要件的行为结果形态来看，所谓危险犯，就是指在具体犯罪的构成要件中，法律明确规定犯罪的实行行为必须已对相关行为客体造成具体危险的犯罪形态；由此构成的危险犯也就是大陆法系刑法理论中所指的“具体的危险犯”[527]。可见，危险犯必然是法定的，没有法律的明确规定就没有危险犯。

对危险犯来说，由于其构成要件中包含了具体的法定危险状态，因此，当行

---

[524] 比如，剥夺他人行动自由后又引致他人自杀的，因《澳门刑法典》分则第 152 条第 2 款特别规定了这种加重结果，所以对行为人就可按“剥夺他人行动自由罪”引致被害人自杀的结果加重犯处罚。

[525] 本教科书在阐述结果加重犯时指出，在澳门刑法中，凡是致人死亡的结果加重犯，行为人主观上对死亡结果的发生只能是过失，不能包括故意；如果行为人对死亡结果主观上有故意，就要按“杀人罪”（第 128 条）或“加重杀人罪”（第 129 条）另行定罪并罚。举例来说，甲在剥夺乙的行动自由后，故意对乙实施严重殴打，致乙死亡。在这种情况下，因为甲对乙的死亡主观上起码具有或然故意，所以，对甲就不能以“剥夺他人行动自由罪”引致被害人死亡的结果加重犯处理，而是应当按“剥夺他人行动自由罪”和“加重杀人罪”对甲实行并罚。

[526] 大多数过失犯罪其实也都属于结果犯的范畴，但过失犯罪没有未遂之说，比如，对过失杀人罪来说，如果过失行为没有造成他人死亡的，就不构成犯罪，不存在犯罪未遂的问题，所以这里讲的结果犯是针对故意的结果犯而言的。

[527] 正是从这一意义上理解，在大陆法系刑法理论中，不少学者将行为犯称之为“抽象的危险犯”。然而，法律一旦对具体危险状态作了特别规定，该犯罪就成了具体的危险犯，而非行为犯。本教科书使用的危险犯概念，若无特别指明的话，均指具体的危险犯。

为人开始实施犯罪的实行行为时，只要客观上造成了法律所规定的具体的危险状态，就表明犯罪行为已经符合全部的构成要件，犯罪既遂成立。从现代刑事立法来看，很多国家或地区的刑法典所规定的危害公共安全的犯罪，大多属于危险犯的范畴。比如，纵火者只要一点火，就意味着具体的法定危险状态已经形成，从而成立“故意造成火警罪”（第 264 条第 1 款）的既遂。至于危险犯既遂后，造成危险状态的实行行为接下去又引致实害性结果发生的，同样与危险犯的既遂无关，具体处理方法和行为犯相似，即要么按结果加重犯处罚，[528]要么由法官酌定加重处罚，要么另定新罪实行并罚。[529]

（二）犯罪既遂的处罚

由于任何犯罪的构成要件都是由法律明确规定的，因此，不管是行为犯还是危险犯抑或是结果犯，立法者在制定刑法规范时都会对犯罪的全部构成要件作出界定，并为其规定相应的法定刑。由此表明，立法者在立法时对每一种故意犯罪所规定的法定刑，实际上都是以犯罪既遂为基准的；换而言之，对故意犯罪的既遂予以处罚，只须按照刑法所规定的法定刑进行处罚即可，不存在减轻还是加重处罚的问题。至于法官在量刑时根据法律规定的量刑原则及具体的案件情节对行为人予以减轻或加重处罚，这与故意犯罪的既遂无关。

三、故意犯罪的未完成形态

如上述直线图所示，故意犯罪的发展过程可以包括犯罪的预备阶段和犯罪的实行阶段。正因为如此，在刑法理论中，很多学者也将故意犯罪的完成与未完成形态称之为故意犯罪行为的诸阶段，[530]或称之为实施犯罪的阶段，[531]或称之为故意犯罪阶段上的犯罪形态。[532]从故意犯罪发展的阶段考察，当一个故意犯罪在其发展过程中，因某种原因而未达至完成形态即未达至犯罪既遂时，就既可能停留在犯罪的预备阶段，也可能停留在犯罪的实行阶段。这样，在刑法理论中，学者们就将停留在犯罪预备阶段的未完成形态称之为犯罪预备，将停留在犯罪实行阶段的未完成形态称之为犯罪未遂，由此构成了故意犯罪发展过程的犯罪预备和犯罪未遂两种未完成形态。

在大陆法系刑法理论中，对故意犯罪的未完成形态在性质上的定位，学者之间有不同的看法，主要包括：（1）构成要件修正说。此说认为，刑法分则对各种犯罪所规定的构成要件，均是建立在犯罪既遂基础之上的；而故意犯罪的未完成形态，则是立法者通过立法，对成立犯罪既遂的基本构成要件进行修正后形成的犯罪形态；比如，刑法典总则中关于犯罪预备或犯罪未遂的规定，以及刑法典分则中关于处罚犯罪预备或犯罪未遂的规定，都属于对构成犯罪既遂的基本构成要件所作的一种立法修正。（2）基本犯罪补充说。此说认为，立法者规定各种基本犯罪类型，旨在通过刑罚来保护正常的社会秩序，其处罚的对象是犯罪既遂。然而，为了更有效地保护正常的社会秩序，对故意犯罪的未完成形态也给予处罚，这样做旨在弥补基本犯罪类型的不足。（3）刑罚原因扩张说。此说认为，对行为

---

[528] 比如，在醉酒状态下开车撞死路人的，应按“危险驾驶道路上之车辆罪”引致他人死亡的结果加重犯（第 279 条和第 281 条）处罚。

[529] 比如，对纵火且烧死他人的行为，因为行为人对烧死他人的结果主观上有故意，就不能按“故意造成火警罪”（第 264 条第 1 款）引致他人死亡的结果加重犯处罚，而应当按“故意造成火警罪”（第 264 条第 1 款）和“加重杀人罪”（第 129 条）分别定罪，并予以并罚。

[530] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 610 页。

[531] 参阅【俄罗斯】库兹涅娃、佳日科娃主编，黄道秀译：《俄罗斯刑法教程（总论）》（上卷），中国法制出版社 2002 年版，第 360 页。

[532] 参阅马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 405 页。

给予刑罚处罚的原因，乃是基于犯罪既遂的成立，故意犯罪的未完成形态本身其实并非是给予刑罚处罚的原因；立法者之所以通过立法对其进行处罚，实是对犯罪既遂的刑罚原因作了扩张，将适用于犯罪既遂的刑罚扩张至故意犯罪的未完成形态。[533]此三种学说中，当以构成要件修正说为大陆法系刑法理论中的主流学说。

第二节　犯罪预备

一、犯罪预备的概念

关于犯罪预备的概念，许多国家或地区的刑法典总则都没有规定，只有少数国家或地区的刑法典总则才会作出规定。[534]在刑法典中是否规定犯罪预备的概念，通常与立法者对犯罪预备的处罚理念有着直接的关系。比如，对犯罪预备持原则上不处罚理念的国家或地区，其刑法典总则就不会规定犯罪预备的概念，反之，往往就会在刑法典总则中规定犯罪预备的概念。

在大陆法系国家或地区，因其刑法典一般都不规定犯罪预备的概念，故对犯罪预备概念的解释，只是一种理论上的观点。就理论而言，所谓犯罪预备，就是指行为人在产生犯意后，为了顺利着手实施和完成犯罪而开始准备犯罪工具或为下一步犯罪创造条件。构成犯罪预备，必须具备以下三个方面的要件：

（一）客观要件

所谓犯罪预备的客观要件，就是指行为人在客观上必须已经开始实施犯罪的预备行为，如果行为人还没有开始实施犯罪的预备行为，只能说明故意犯罪的发展过程尚未展开，因为单纯的犯意并不具有刑法上的意义。比如，甲与乙有仇，有一天对丙说“我要杀了乙”，这仅仅是一种犯意；只要甲不为此犯意采取预备行为，就不成立犯罪预备；但如果甲为此去购买了刀具，就会构成杀人的犯罪预备行为。

在实践中，犯罪预备的行为可以是多种多样的，主要表现形式有两种：一是为犯罪准备工具，比如，为谋杀他人而去购买毒药或枪支、弹药，为伪造货币而去购买印刷机、纸张或制造模具，都属于为犯罪准备工具的预备行为。二是为犯罪创造条件，比如，为抢劫银行而事先对银行周围地形进行观察，为杀人而事先了解被害人的行踪，都属于为犯罪创造条件的预备行为。

（二）主观要件

所谓犯罪预备的主观要件，就是指行为人实施犯罪的预备行为，其目的是为下一步犯罪服务，也就是为了实现既定的犯罪意图。正因为如此，犯罪的预备行为和接下去实施的犯罪实行行为之间具有紧密的不可分割的联系，这种联系表现为前者是为后者服务的，如果前后两种行为不具有这种联系，就不能将前行为认定为犯罪的预备行为。比如，甲出外旅游路过某地见一刀具很喜欢就将其买下，后用该刀具将仇人杀死；在这种情况下，因甲购买刀具时并无杀人意图，也就是说甲购买刀具的目的并不是为以后实施的杀人行为服务的，所以，尽管甲用此刀具杀了人，也不能认为甲购买刀具的行为构成杀人的预备行为。

应当指出，基于犯罪的预备行为具有为下一步犯罪的实行行为服务这样一个相当明确的目的，因此，学者们普遍认为，构成犯罪预备主观上只能由直接故意

---

[533] 参阅蔡墩铭著：《刑法总论》，台湾三民书局股份有限公司 2009 年修订八版，第 229 页。

[534] 比如，根据《中华人民共和国刑法典》第 22 条规定，“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备”。又比如，根据《俄罗斯联邦刑法典》第 30 条第 1 款规定，“为实施犯罪而寻求、制造或加工犯罪手段和工具，寻找共同犯罪人，进行犯罪勾结或者以其他方式故意为犯罪创造条件，如果在这种情况下由于犯罪人意志以外的情况而未将犯罪进行至底的，是预备犯罪”。

构成。

（三）阶段条件

所谓犯罪预备的阶段条件，就是指犯罪预备行为必须在故意犯罪发展过程中的预备阶段停顿下来而不再向前发展；如果行为人接下去开始实施犯罪的实行行为，就表明犯罪行为已进入了故意犯罪的实行阶段，而非预备阶段。一旦犯罪行为进入实行阶段再停顿，那就只能成立犯罪未遂，而不会再有犯罪预备的问题，原来实施的预备行为在理论上就会被实行行为吸收，不再具有独立存在的意义，除非该等预备行为本身已足以构成其他犯罪。所以，阶段条件乃是区分犯罪预备和犯罪未遂的根本标志。

关于犯罪预备行为在预备阶段停顿的原因，学者们普遍认为只能是出于行为人意志以外的原因，而非行为人自动停止；如属自动停止，就属于预备阶段的犯罪中止，而不再成立犯罪预备。对此，《俄罗斯联邦刑法典》总则第 30 条第 1 款明确规定，在犯罪预备阶段由于犯罪人意志以外的情况而未将犯罪进行到底的，才构成预备犯罪。

二、犯罪预备的处罚

（一）犯罪预备的处罚原则

在立法上，对犯罪预备的处罚原则主要有以下三种立法例：

1、不处罚主义

不处罚主义就是指对犯罪预备行为不予处罚。采这一立法例的如《法国刑法典》。因为法国刑法理论一般认为，犯罪的预备行为具有模棱两可的性质，既不能说明行为已进入故意犯罪的实行阶段，也不能说明行为人已经具备犯罪意图。例如，某人购买枪支，他可能是为了杀人，也可能是为了自杀，还可能是为了自卫，所以，对于尚不明确的行为不应当给予处罚。其次，从危害性来说，犯罪预备行为毕竟尚未给法秩序造成实际的损害，无必要动用刑罚权。

本教科书不认同此种观点。因为如前所述，构成犯罪预备主观上必须是具有明确的犯罪意图，而确认有无这种犯罪意图，属于证据的问题，而非刑法讨论的范畴，不能因证据问题而否认犯罪预备本身具有的犯罪主观属性。其次，就危害性而言，犯罪预备行为本身已对法益构成威胁，有无必要动用刑罚权，要看威胁的严重程度。

2、有条件地处罚主义

有条件地处罚主义就是指对犯罪预备行为原则上不处罚，只有当法律有特别规定时才处罚。采这一立法例的可以分为两种情况：

（1）刑法典总则不对犯罪预备作出任何规定，仅在刑法典分则中对个别特别严重的犯罪如危害国家安全方面的犯罪，规定可对预备犯进行处罚。如《德国刑法典》总则对犯罪预备未有规定，但其分则中却有关于“预备侵略战争”、“内乱罪之预备”等涉及处罚犯罪预备的规定。类似的立法例还包括《日本刑法典》。

（2）刑法典总则明确规定对犯罪预备行为不予处罚，但法律另有特别规定的除外。这里讲的“法律另有特别规定”，实际上就是指刑法典分则或特别刑法中的特别规定。采这一立法例的如《葡萄牙刑法典》和《韩国刑法典》。

3、处罚主义

处罚主义就是指对犯罪预备行为原则上都可以处罚，但在处罚对象或量刑方面作出一定的限制。比如，根据《俄罗斯联邦刑法典》总则规定，只有对严重或特别严重的犯罪的预备行为，才追究刑事责任。又比如，根据《中华人民共和国

刑法典》总则规定，对于预备犯 ，可以比照既遂犯从轻、减轻或免除处罚。

（二）《澳门刑法典》关于犯罪预备的处罚规定

根据《澳门刑法典》总则第 20 条规定，立法者显然是采用了上述第二种立法例，即原则上对犯罪预备行为不予处罚，但法律另有规定者除外。因此，在澳门刑法中，只要在规定具体犯罪的条款中没有处罚预备行为的特别规定，就意味着对该等犯罪的预备行为是不处罚的。比如，即便是对于故意杀人、强奸、抢劫等比较严重的犯罪来说，因分则条款中没有处罚预备行为的特别规定，故对这些犯罪的预备行为都不予处罚。

从《澳门刑法典》分则的相关规定来看，犯罪预备行为应予以处罚的犯罪只有三类：（1）某些伪造类犯罪。比如，根据《澳门刑法典》分则第 261 条规定，对“假造货币罪”（第 252 条）、“使硬币价值降低罪”（第 253 条）、“假造印花票证罪”（第 258 条）、“假造印、压印、打印器或图章罪”（第 259 条第 1 款）及“假度量衡罪”（第 260 条）的预备行为，依法给予处罚。（2）某些公共危险罪。比如，根据《澳门刑法典》分则第 266 条规定，对“造成火警、爆炸及其他特别危险行为罪”（第 264 条）及“核能罪”（第 265 条）的预备行为，依法给予处罚。（3）某些妨害政治、经济及社会制度的犯罪。比如，根据《澳门刑法典》分则第 305 条规定，对“暴力变更已确立之制度罪”（第 297 条）、“煽动以暴力变更已确立之制度罪”（第 298 条）及“破坏罪”（第 299 条）的预备行为，依法给予处罚。

除《澳门刑法典》分则的上述规定外，在澳门的特别刑法中，也有相关的处罚犯罪预备行为的特别规定。比如，根据《维护国家安全法》（第 2/2009 号法律）规定，对“颠覆中央人民政府罪”和“分裂国家罪”的预备行为，依法给予处罚；*惟*值得注意的是，在《维护国家安全法》中，对“煽动叛乱罪”，则没有处罚犯罪预备行为的特别规定。本教科书认为，由于在《澳门刑法典》分则中，立法者已对“煽动以暴力变更已确立之制度罪”（第 298 条）设置了处罚预备行为的特别规定，而在《维护国家安全法》中，对同样是煽动他人以暴力来推翻中央人民政府或分裂国家的犯罪行为却没有设置处罚预备行为的特别规定，这是明显不协调的，有必要作出立法上的调整。具体调整措施可以是：要么对两种煽动性的犯罪都不设置处罚预备行为的特别规定，要么都设置处罚预备行为的特别规定。像现在这样，针对澳门地区的煽动性犯罪要处罚预备行为，但针对整个国家的煽动性犯罪却不处罚预备行为，这是不合情理的。

关于澳门特别刑法中处罚犯罪预备行为的特别规定，还有一种不协调的现象值得关注。比如，在 1996 年制订的《与动物竞跑有关之刑事不法行为制度》（第 9/96/M 号法律）中，规定了“物质的不法使用罪”、“虐待罪”、“接受不法投注罪”及“不法投注罪”四个罪名，前三种犯罪的法定刑均为 3 年以下徒刑或科处罚金，第四种犯罪的法定刑则只能科处罚金。对这四种犯罪，立法者不仅规定要处罚未遂行为，而且还明确规定要处罚预备行为。[535]本教科书认为，这四种犯罪在性质上显然都是比较轻微的犯罪，对其设置处罚预备行为的特别规定是没有必要的；立法者在设置处罚犯罪预备行为的特别规定时，应当对犯罪性质作综合性的平衡比较，不能随心所欲，想怎么立法就怎么立法。

三、犯罪预备的竞合

所谓犯罪预备的竞合，就是指一种行为从不同的角度考察，它既是某种犯罪

[535] 处罚犯罪预备行为的法定刑为既遂犯法定最高刑减二分之一。

的预备行为，但同时也构成刑法规定的另一种独立的犯罪。比如，为了杀人购买枪支后将其藏于家中的行为，既构成杀人的预备行为，同时也构成“禁用武器及爆炸物质罪”（第 262 条）。本教科书认为，根据澳门刑法，对犯罪预备的竞合如何处置，要区分两种不同的情况：（1）如果根据澳门刑法规定，对这种犯罪预备行为是不予处罚的，则只能按另一种独立的罪名处罚。如上例中，因杀人的预备行为是不处罚的，所以就只能按“禁用武器及爆炸物质罪”处罚。（2）如果根据澳门刑法规定，对这种犯罪预备行为是应当处罚的，则应当按一行为触犯数罪名的想象竞合犯处罚。举例来说，如果行为人是为了实施“暴力变更已确立之制度罪”（第 297 条）而购买枪支，在这种情况下，行为人购买枪支的行为既构成可处罚的“暴力变更已确立之制度罪”的预备行为，又构成“禁用武器及爆炸物质罪”，成立想象竞合犯，就能予以并罚。[536]

第三节　犯罪未遂的一般理论

如前所述，犯罪未遂是一种将犯罪既遂的基本构成要件修正后而形成的犯罪形态，犯罪未遂只能发生在故意犯罪的实行阶段。关于犯罪未遂的一般理论，主要涉及犯罪未遂的概念、实行行为的认定、犯罪未遂的存在范围、犯罪未遂的处罚依据等方面的问题。

一、犯罪未遂的概念

关于犯罪未遂的概念，各国或各地区的刑法典均有明确的规定。*惟*学者们对犯罪未遂概念的解释有大、小之分，且这种理论上的差异直接影响到立法，因而在各国或各地区的刑法典中，就形成了犯罪未遂的大概念和犯罪未遂的小概念两种立法模式。

（一）犯罪未遂的小概念

对犯罪未遂持小概念的学者认为，犯罪一旦开始实行以后，之所以未达至既遂而处于停止状态，无外乎出于两种原因：一种原因是出现了对行为人来说属意志以外的种种情况，致使犯罪未达至既遂；另一种原因则是出于行为人意志以内的种种考虑，致使犯罪未达至既遂。毫无疑问，这两种不同的原因虽然客观上都使犯罪未达至既遂，但它们所反映的行为人的主观恶性却是截然不同的，故在立法上有必要加以区分，并分别确立不同的处置原则。为此，这些学者认为，当行为人开始实施犯罪的实行行为之后，只有当行为人是出于意志以外的原因而致使犯罪未达至既遂的，才能成立犯罪未遂；如果行为人是出于意志以内的原因使犯罪未达至既遂的，就成立犯罪中止，而非犯罪未遂。由此可见，对犯罪未遂的小概念来说，犯罪未遂和犯罪中止就成了故意犯罪发展过程中两种不同的、相互独立的未完成形态。

在立法上，不少国家或地区的刑法典对犯罪未遂采用了小概念的立法模式。比如，根据法国旧刑法典第 2 条规定，“已着手犯罪行为之实行，而非因己意中止或因犯罪不能发生结果而不遂者，按既遂之刑罚处罚之”，这一规定实际上是将犯罪中止排除在犯罪未遂之外；而法国新刑法典第 121-5 条规定，则非常明确地将犯罪中止排除在犯罪未遂之外。[537]鉴于法国旧刑法典在大陆法系国家中的影响，学者们通常也将犯罪未遂的小概念在立法上称之为“法国模式”的犯罪未遂

---

[536] 在澳门刑法中，对想象竞合犯之所以应当实行并罚，本教科书将在第九章“犯罪竞合”中作出详细解释。

[537] 根据《法国刑法典》第 121-5 条规定，“已着手实行犯罪，仅仅由于犯罪行为人意志以外的情事而中止或未能得逞，构成犯罪未遂”。

概念。持犯罪未遂小概念的立法例还包括《中华人民共和国刑法典》，根据《中华人民共和国刑法典》第 23 条第 1 款规定，“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂”；第 24 条第 1 款则规定，如果“在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止”。除此之外，《西班牙刑法典》、《巴西刑法典》、《俄罗斯刑法典》也有类似的规定。

（二）犯罪未遂的大概念

对犯罪未遂持大概念的学者认为，犯罪预备和实行犯罪是故意犯罪发展过程中两个不同的阶段，只要犯罪一旦开始实行，凡未达至既遂的，都表明犯罪是停留在实行阶段，从这一意义上说，不管是出于什么原因，在性质上都是一种未遂的未完成形态。因此，对于犯罪未遂来说，关键是看犯罪的实行行为是否已经开始实施，而后是看犯罪是不是达至既遂。显而易见，根据犯罪未遂的大概念，如果行为人在犯罪实行阶段因意志以内的原因而自动防止犯罪既遂的，在性质上也属于犯罪未遂。换句话说，犯罪中止在犯罪未遂的大概念看来，仅仅是犯罪未遂的一种表现形式，而非属具有独立地位的犯罪未完成形态。

在立法上，也有不少国家或地区的刑法典对犯罪未遂采用了大概念的立法模式。比如，根据《德国刑法典》第 22 条规定，“行为人已直接实施犯罪，而未发生行为人所预期结果者，为未遂犯”。学者们通常也将犯罪未遂的大概念在立法上称之为“德国模式”的犯罪未遂概念。持犯罪未遂大概念的立法例还包括《葡萄牙刑法典》。《日本刑法典》第 43 条关于犯罪未遂的规定，实际上也是采用了犯罪未遂的大概念。[538]在英美法系国家或地区，尽管没有刑法典，但其理念上也往往采用犯罪未遂的大概念，如英国刑法和美国不少州的刑法对犯罪未遂都采用了大概念的犯罪未遂理念。

（三）《澳门刑法典》关于犯罪未遂概念的规定

根据《澳门刑法典》第 21 条第 1 款规定，“行为人作出一已决定实施之犯罪之实行行为，但犯罪未至既遂者，为犯罪未遂”。这一关于犯罪未遂概念的规定实际上也是《葡萄牙刑法典》的规定，它表明《澳门刑法典》的立法者采用的同样是犯罪未遂的大概念。因此，在澳门刑法中，只要行为人开始实施犯罪的实行行为，不管是出于行为人意志以外的原因还是出于行为人意志以内的原因致使犯罪未达至既遂的，都属于犯罪未遂。《澳门刑法典》第 23 条关于“犯罪中止”的规定之所以采用“犯罪未遂不予处罚”的表述，其道理就在于此。

二、实行行为的认定

如上所述，犯罪未遂的小概念和大概念尽管在犯罪未达至既遂的原因方面有所不同，但对于犯罪未遂的起点则完全是一致的，即都是把开始实施犯罪的实行行为作为犯罪未遂的起点。言外之意，只要行为人还没有开始实施犯罪的实行行为，犯罪就仍然停留在预备阶段，行为一旦停止，至多成立犯罪预备；如果行为人开始实施犯罪的实行行为后再停止下来，就成立犯罪未遂。可见，正确认定犯罪的实行行为，无疑成为区分犯罪预备和犯罪未遂的根本标志，同时也会直接关系到行为人的刑事责任。

认定犯罪的实行行为虽然重要，但在立法上，一般国家或地区的刑法典对实行行为的认定标准都没有相应的规定，并且对实施犯罪实行行为的表述也比较模糊且不统一。比如，《中华人民共和国刑法典》和《日本刑法典》对犯罪未遂用

[538] 根据《日本刑法典》第 43 条规定，“已着手实行犯罪未遂者，得减轻其刑；但自动中止犯罪者，应减轻或免除其刑”。

的是“着手实行犯罪”，《德国刑法典》对犯罪未遂用的是“直接实施犯罪”，《瑞士刑法典》对犯罪未遂用的是“开始实施重罪或轻罪”，《西班牙刑法典》对犯罪未遂用的是“行使一切可造成犯罪结果之行动”，《意大利刑法典》对犯罪未遂用的是“实施毫不含糊地表明旨在犯罪的、适当的行为”。由于立法上对实行行为的认定没有明确规定，再加上表述上的不一致性，因此，如何正确地来解释并认定实行行为，就成了区分犯罪预备与犯罪未遂最重要的***理论问题***。

（一）实行行为的基本特征

在刑法理论中，实行行为作为一种专门术语，通常是指符合构成要件所要求的行为特征的行为。比如，秘密窃取是“盗窃罪”（第 197 条）的构成要件所要求的行为特征，所以秘密窃取的行为就是“盗窃罪”的实行行为。正因为如此，很多学者在解释实行行为时，往往将其与构成要件行为相提并论，认为这是实行行为最基本的内涵。

刑法中的实行行为具有两个基本的特征：

1、实行行为的主、客观统一性

如前所述，刑法中的行为必须是人的有意识的行为，实行行为作为一种构成要件行为，其主观意识与构成要件的主观要素即故意和过失是一致的。正如有学者指出的那样，“实行行为，当然必须是客观面和主观面的统一体。即，它是由作为主观要素的构成要件故意或者构成要件性过失主导的，因而，可以区别为基于故意的实行行为和基于过失的实行行为”。[539]

2、实行行为的具体性

刑法所规定的构成要件并非是抽象的构成要件，每一种不同的犯罪都有其独特的构成要件，从这一意义上说，构成要件都是具体的，也是互不相同的；因此，认定某种行为是否属于犯罪的实行行为，须以刑法对相应犯罪规定的具体的行为特征为依据。比如，根据刑法规定，“抢劫罪”（第 204 条）的构成要件行为的特征表现为“对人施以暴力，以生命或身体完整性有迫在眉睫之危险相威胁，又或使之不能抗拒”，凡符合这一行为特征的行为，即为“抢劫罪”的实行行为；但对“诈骗罪”（第 211 条）来说，其构成要件行为的特征则表现为隐瞒真相，虚构事实。不同的犯罪有不同的法定行为特征，这就是实行行为的具体性。

（二）实行行为的认定学说

在大陆法系刑法理论中，实行行为尽管通常被视为犯罪的构成要件行为，但是，为了达到区分犯罪预备和犯罪未遂的目的，实行行为是否可以与构成要件行为完全相提并论呢？关于这一点，学者们的看法是不一致的，这种不一致主要表现为主观说和客观说之争，而客观说又可分为形式的客观说和实质的客观说。为解释不同的学说，我们先举一个简单的案例，以此来说明不同学说的理据：

甲意图实施抢劫行为，他发现 A 银行经常有人挟着鼓鼓的皮包从银行出来，便估计包里都是刚从银行取出的钱，于是决定对挟包者实施抢劫。甲花了两天的时间，一直蹲守在 A 银行门口，一方面观察银行营业情况以及门口人流情况，另一方面也对 A 银行周围的道路状况作了观察。第三天中午，甲决定动手，于是在家里取出事先准备好的匕首和铁棍，将其藏入衣服里层，出发前去 A 银行门口蹲守。半小时后，甲见有一中年人挟着鼓鼓的皮包从银行出来，出门拐弯向右走去，甲见状急忙跟上，紧紧尾随在中年人身后。由于当时路上行人较多，不便动手，甲便想等走到一个稍微僻静的地方，再从后面用铁棍对中年人进行袭击，将皮包抢走。五分钟后，中年人拐弯走入一条小道，而小道上人很少，甲一看时机已到，

[539]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 134 页。

便快跑几步，用铁棍对准中年人的后脑就是一棍，乘中年人倒地之际，夺过皮包转身逃去。

在上述案例中，甲构成抢劫是没有疑问的，但对于甲实施抢劫的实行行为应当从什么时候开始，也就是甲实施了什么行为，才能视为抢劫罪的实行行为已经开始着手实施，不同的学说就会得出不同的结论。

1、主观说

该学说认为，根据主、客观相统一的刑事责任原则，只要行为人实施的某种行为本身已经足以识别出行为人清晰的犯罪决意的，那么，这种行为就可以视为犯罪的实行行为；当然，这种犯罪决意并非指一般的犯罪意图或犯罪计划，而必须是一种包含有明确性、坚定性和具体性的犯罪故意。有学者认为，主观说重视的是行为人的主观意图，按照主观说认定实行行为，“实行行为之客观面并不具意义，重要者始终系在该行为中是否可看见行为人主观要素之故意确定的表现出来，故主观说可说是故意之认定论”。[540]比如，甲意图杀死乙，他从家中箱子里取出手枪并装上子弹，然后携枪直奔乙的住所，准备一见到乙就向其开枪。按照主观说，在这一杀人过程中，杀人的实行行为应从甲在家中取出手枪并装上子弹开始，因为甲在家中取枪并装上子弹的行为，已经充分表露出甲主观上杀人决意的确定性、坚定性和具体性，故也有学者将主观说称之为主观表露说。

用主观说来分析上述案例，得出的结论显然是：当第三天中午，甲决定动手实施抢劫，并在家中取出事先准备好的匕首和铁棍时，就使甲主观上具体的抢劫故意得到了充分的表露，基于此，就可以认定抢劫罪的实行行为已经开始着手实施；此时如果甲被发现抓获，就构成抢劫未遂。当然，就抽象的抢劫故意而言，甲事前在 A 银行观察营业、道路等情况，也可以说已表露出抢劫的故意，但因甲并没有确定哪一天动手，所以，从其观察性的行为中还不能认定具体的抢劫故意，或者说其抢劫的故意尚不具有确定性和坚定性的特征，因而只能视为一种抢劫的计划，故属犯罪预备行为的范畴。

2、客观说

该学说认为，认定犯罪的实行行为，应当以行为对法益已经构成实际的侵害为标准，“因此，在客观说上，与法益侵害无关系之行为或其先前阶段之行为，不能被视为实行行为。即使有故意（即使确定的认定故意），但因为其并无法益侵害之危险性，所以不能成为处罚性或可罚性之基础”。[541]然而，究竟在什么情况下才能认定行为对法益构成实际的侵害，或者说已经产生对法益侵害的危险性，学者之间看法不尽一致，由此客观说又可以分为形式的客观说和实质的客观说。

（1）形式的客观说。形式的客观说认为，认定行为是否对法益构成实际侵害的危险性应以法律规定的行为特征为准，质而言之，只有当行为人的行为符合法律所规定的作为构成要件行为的特征时，方能认为该等行为对法益构成了实际侵害的危险性，也就是说构成了犯罪的实行行为。比如，对盗窃罪来说，法律规定的构成要件行为的特征是秘密窃取，所以，只有当行为人开始实施秘密窃取他人财物的行为时，才能认定行为人开始着手实施盗窃罪的实行行为；凡在秘密窃取行为之前实施的行为，如解决看门狗的行为，撬锁的行为，都不属于盗窃罪的实行行为，而属于盗窃罪的预备行为。同样的道理，对于开枪杀人来说，只有当行为人向被害人进行射击时，才能表明行为人实施了杀人罪的实行行为；在此之

[540]【日】川端博著，甘添贵监译，余振华译著：《刑法总论》，台湾元照出版有限公司 2008 年版，第 277 页。
[541] 同上，第 278 页。

前的行为，如出发前往埋伏地点的行为以及在树林中埋伏的行为，都只能视为杀人罪的预备行为。正是基于形式的客观说是以法律规定的构成要件行为作为认定实行行为的标准，学者们通常也将形式的客观说称之为构成要件说。

用形式的客观说来分析上述案例，我们不难发现，由于根据法律规定，作为抢劫罪的构成要件行为，客观上必须符合使用暴力或暴力威胁的特征，因此，在上述案例中，当甲用铁棍对中年人后脑实施打击时，才表明甲开始着手实施抢劫罪的实行行为，而此前的行为，如对银行营业及道路情况进行观察的行为，在银行门口蹲守的行为，以及紧紧尾随中年人身后的行为，都不具备暴力或暴力威胁的特征，因而不属于抢劫罪的实行行为，只能视为抢劫罪的预备行为。

（2）实质的客观说。实质的客观说认为，认定法益是否遭受到实际侵害的危险性，不能单纯地以构成要件行为作为标准，这样考虑问题过于机械、呆板，不利于保护被害人的权益，也不利于打击犯罪。为此，有学者主张，有些行为如果仅仅从行为表面特征观察，确实还不符合法律所规定的某种犯罪的构成要件行为，但由于无论是从行为人的主观故意内容考察，还是从行为时间的连续性考察，客观上都已经对刑法所保护的法益构成了直接危险，在这种情况下，这些对法益构成直接危险的行为虽不属于构成要件行为，但也可以认定为犯罪的实行行为，故实质的客观说*往往被称为*直接危险说。*还*有学者认为，有些行为虽然不符合构成要件行为的特征，但从这些行为与构成要件行为之间的联系来看，只要不发生意外，在这些行为之后，行为人接下去就会实施符合法律所规定的构成要件行为，由此表明，这些行为与构成要件行为之间客观上形成了一种必要的关联，*将其视为实行行为具有合理性，*故实质的客观说*也往往被称为*必要关联说。总之，不管是将实质的客观说称之为直接危险说，还是称之为必要关联说，将某些不属于构成要件的行为认定为犯罪的实行行为，根本目的都是为了更有效地保护法益，惩治犯罪，以最大限度地发挥刑罚对犯罪的一般预防和特殊预防作用。比如，甲为杀害乙，持枪在路边的小树林等候乙的到来；当乙走近时，甲举枪瞄准，准备向乙开枪，但发现有人过来，于是匆匆逃走。在这种情况下，甲虽然还未向乙开枪，客观上尚不符合开枪杀人的构成要件行为特征，但因其举枪瞄准的行为已对乙的生命权益构成了直接的危险，或者说举枪瞄准的行为与接下去的开枪杀人行为之间具有必要的关联，故应将甲举枪瞄准的行为认定为开枪杀人的实行行为，甲构成杀人未遂，而非杀人预备。

用实质的客观说来分析上述案例，我们可以得出这样一种判断：当甲紧紧尾随在中年人身后时，其尾随跟踪的行为客观上就对中年人的人身及财产权益构成了直接的危险，因为如果不出意外的话，甲接下去就会实施法律所规定的抢劫罪的构成要件行为即暴力行为，尾随跟踪的行为与接下去的暴力行为之间具有不可分割的必要关联。所以，在该案中，当甲开始尾随跟踪中年人时，就表明抢劫罪的实行行为已经着手开始实施。在此之前的行为，因尚未对中年人的人身及财产权益构成直接危险，且与暴力行为之间也无必要的关联，故都属于抢劫的预备行为。

（二）实行行为的学说评析

本教科书认为，在上述关于犯罪实行行为的认定学说中，主观说欠缺科学性和合理性。因为这种学说最致命的弱点就是混淆了犯罪预备行为与实行行为之间应有的界限。比如，针对一个人为了杀人而在家中磨刀的行为，我们当然也可以说磨刀行为已经足以表明行为人的杀人意图；如果按照主观说，磨刀行为似乎也应视为杀人的实行行为，问题在于，这样来认定实行行为的话，杀人的预备行为

和实行行为就很难区分。这也是主观说之所以被大多数学者抛弃的原因所在。

形式的客观说严格按照法律所规定的构成要件行为特征来认定犯罪的实行行为，这从罪刑法定的角度考察，具有合理性。但是，犯罪现象具有复杂性，在很多情况下，刑法对法益的保护也具有紧迫性，因此，机械地用构成要件行为作为认定犯罪实行行为的标准，往往就很难适应犯罪的复杂性，不利于有效地发挥刑法对法益的保护作用。从这一点考察，实质的客观说紧紧抓住行为对法益的直接威胁，强调某些行为与构成要件行为之间不可分割的必要关联，就具有相当的合理性。为此，本教科书认为，正确认定犯罪的实行行为，应以客观说为妥。具体而言，认定犯罪的实行行为，要在形式的客观说基础上，以实质的客观说为补充，只有这样，才能既体现了法制原则，又有利于充分发挥刑法对法益的保护作用以及对犯罪的打击功能。

在大陆法系主要国家或地区，客观说在认定犯罪实行行为的审判实践中占据着重要地位。有学者认为，在日本的审判实践中，认定实行行为主要采用实质的客观说。比如，在盗窃案中，侵入他人住宅后开始物色财物的行为，或侵入仓库的行为，或为了窃取他人口袋中的财物而用手接触到他人口袋的行为，均构成盗窃罪的实行行为。在强奸案中，行为人为了强奸妇女而将妇女拉入汽车驾驶席上，构成强奸罪的实行行为。[542]但本教科书认为，从这些判例来看，说日本的审判实践采用形式的客观说应当更为妥切。比如，对盗窃罪来说，不管是盗窃他人住宅的财物还是盗窃仓库的财物，当行为人进入他人住宅或仓库时，秘密窃取的行为就应当认为已经开始着手实施，而非一定要等到行为人开始拿财物时才认为是秘密窃取。当小偷企图从他人口袋中窃取钱财时，其手触到他人口袋就应当视为已经开始着手实施秘密窃取行为。

有学者认为，德国对犯罪实行行为的认定，更注重的是主观说。比如，为了盗窃没有上锁的房屋中的财物，站在该房屋门前的行为，构成盗窃罪的实行行为；为了扫除盗窃财物的障碍，将看门狗引走的行为，构成盗窃罪的实行行为；为了盗窃他人住宅内的财物而爬上屋顶的行为，构成盗窃罪的实行行为；甚至为了给盗窃屋内财物找借口而请求进入屋内的行为，也构成盗窃罪的实行行为。[543]但本教科书认为，德国审判实践采用的才是真正意义上的实质的客观说，将德国的审判实践解释为采用主观说是不确切的，其理由有三：

第一，采用客观说包括实质的客观说并非是否定行为人的主观意图在认定犯罪实行行为中的作用。因为如果不存在犯罪决意，就不会有犯罪预备和未遂的问题，认定犯罪的实行行为离不开犯罪决意的认定，这是不言而喻的。德国学者在阐述犯罪未遂的构成要素时，之所以将此类要素分为主观要素（犯罪决意）和客观要素（直接开始实施），[544]其道理就在于此。因此，我们不能因为认定实行行为离不开行为人主观上的犯罪决意，就将其归纳为采用主观说。这样一来，客观说既然也离不开主观上的犯罪决意，那么客观说和主观说又有什么区别呢？

第二，客观说的核心是在确定行为人主观上有犯罪决意的前提下，从客观方

---

542 参阅张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 262 页。

543 同上。

544 参阅【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》（修订译本），法律出版社 2006 年版，第 328 页。

参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 615-619 页。

参阅【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 256-263 页。

面来判断哪些行为才可视为实行行为。关于这一点，首先从《德国刑法典》第22条规定就可发现，只有那些“直接实施犯罪”的行为，才能被认定为实行行为；既然是直接，就表明不可能完全脱离构成要件行为去讨论实行行为，这决非主观说能解决的问题。其次，在德国刑法理论中，学者们对“直接实施犯罪”的解释其实也是以实质的客观说为基础的。比如，有德国学者指出，“实质的客观论试图通过各种不同的方式，在这个问题上（指以实现犯罪为目的的行为当中，哪些才可以被视为真正的实行行为的组成部分——本教科书注）取得进展。弗兰克提出了一个重要范式：可以‘在所有行动中找到’实施行为的起点，‘根据自然的理解，这些行动因为与构成要件行为具有必然的紧密联系，而显得是构成要件的组成部分’”。[545]因此，根据《德国刑法典》第22条关于“直接实施犯罪”的规定，“行为人是否根据其构想，开始实施应该直接导致实现构成要件的行为，或者‘在制定犯罪计划后直接开始实现构成要件’，被视为有决定性意义”。[546]尤其值得注意的是，有的德国学者在充分肯定构成要件行为乃是实践中认定行为人是否“直接实施犯罪”的标准后，更明确地指出，对“直接实施犯罪”的认定，只要行为人实施了“‘直接处于实现构成要件之前的，或者与实现构成要件具有直接的空间以及时间联系的’行为也已足够”。[547]这些关于认定实行行为的理论，无疑体现了实质的客观说，而非主观说。

第三，从具体案例来看，德国的审判实践采用的也是实质的客观说。比如，将意图行窃的行为人站在没有上锁的房门前的行为认定为盗窃的实行行为，乃是因为在此种行为后，行为人不用撬锁就可以直接进入屋内实施盗窃罪的构成要件行为即秘密窃取行为，两种行为在空间与时间上具有直接的关联，前者的行为已对他人的财产权益构成直接的危险，符合实质客观说的直接危险或必要关联特征，故才被认定为盗窃罪的实行行为。

综上所述，本教科书认为，中国大陆学者之所以会产生日本刑法理论及司法判例是采实质的客观说，而德国刑法理论及司法判例是采主观说的观点，根本原因就在于这些学者是以日本学者对实质客观说的诠释为标准所得出的结论。然而，正如本教科书在上面所剖析的那样，日本学者所诠释的“实质客观说”，说到底无非还是属于形式客观说的范畴，比如，*强行将妇女拉上车*，然后开到某个地方实施强奸，其强行行为难道不是暴力行为吗？而暴力行为难道不是强奸罪的构成要件行为吗？难道法律规定在暴力行为与奸淫行为之间不能有间隔，有了间隔，暴力行为就不再成为强奸罪的构成要件行为吗？可见，日本学者自己说“我们是采用实质的客观说”，那只是表明日本学者是用自己创设的、与形式的客观说无本质区别的“实质客观说”在解释实行行为。由此可见，德国刑法理论中的实质客观说才是真正意义上的实质客观说，因为正是这种实质客观说，才将“直接处于实现构成要件之前的，或者与实现构成要件具有直接的空间以及时间联系的行为”纳入了实行行为的范畴。而日本刑法理论中所谓的“实质客观说”与德国刑法理论中的实质客观说并非是同一个概念，日本刑法理论中的实质客观说，充其量是在用很狭义的观点来解释什么样的行为才是构成要件行为。如上所述，在日本学者看来，小偷偷他人口袋里的钱，一定要手触碰到钱包，才叫秘密窃取，而手触碰到口袋，还不能叫秘密窃取；小偷夜间侵入电器店行窃，进入电器店后

[545]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 259 页。
[546] 同上，第 260 页。
[547] 同上，第 261 页。

进行观察还不能说是着手实施秘密窃取行为，一定要进入电器店并接近存放现金的柜台才叫秘密窃取行为的着手实施（真不知小偷究竟离放有现金的柜台几米远才叫接近），这实际上等于说，“入室行窃”者入室后进行观察甚至翻查物件还不能叫秘密窃取，一定要等到小偷发现了装有财物的抽屉或容器才叫秘密窃取，这难道不是在用狭义的观点来解释什么叫盗窃罪的秘密窃取行为吗？但德国学者所举的“站在没有上锁的房屋门前的行为”就是盗窃罪的实行行为，这才真正揭示了实质的客观说和形式的客观说的本质差别所在，因为站在门前的行为显然完全不包括可以由秘密窃取行为所能包容的内容。总而言之，如果我们看不到德国学者与日本学者在实质客观说诠释上的差别，***不去仔细研究形式的客观说与实质的客观说真正的内涵，***人云亦云，***这不是一种科学论证的态度。***

（三）特殊犯罪形态实行行为的认定

这里所指的特殊犯罪形态，主要是指间接正犯和原因自由行为。

1、间接正犯的实行行为

实行行为可以分为直接的实行行为和间接的实行行为。直接的实行行为是指行为人在一定的主观意识支配下，亲身直接实施了***犯罪的实行行为***，而间接的实行行为是指行为人在一定的主观意识支配下，通过他人的有罪过或无罪过的行为来实施犯罪的***实行行为***（但不构成共同犯罪）。在刑法理论中，直接的实行行为称为“直接正犯”，间接的实行行为称为“间接正犯”。比如，利用未达到刑事责任年龄的人去实施放火，利用者就构成“造成火警、爆炸及其他特别危险行为罪”的间接正犯；又比如，甲为达到杀死仇人丙的目的，故意欺骗乙说枪中无子弹，并唆使乙用枪瞄准丙扣动板机，以此吓唬丙，结果将丙打死，甲即构成透过他人的过失行为来实施“杀人罪”（第 128 条）的间接正犯。

关于如何认定间接正犯的实行行为，理论上有三种观点：（1）主观说。该说认为，在构成间接正犯的情况下，当利用者（间接正犯）开始实施利用他人的行为时，就表明犯罪的实行行为已经开始着手实施。比如，甲指使不知情况的乙去实施某种犯罪，按主观说，甲指使乙去实施犯罪的行为，就是该种犯罪的实行行为；即便乙还没有去实施该种犯罪就被发现，甲也构成犯罪未遂。（2）客观说。该说认为，在构成间接正犯的情况下，认定犯罪的实行行为，应以被利用者的行为作为认定实行行为的标准。如上例中，甲指使乙去实施某种犯罪的行为还不是该种犯罪的实行行为，只有当乙开始着手实施该种犯罪的实行行为时，才表明甲也开始实施该种犯罪的实行行为；如果乙还没有去着手实施该种犯罪的实行行为就被发现，甲只构成犯罪预备。（3）折衷说。该说认为，在构成间接正犯的情况下，认定犯罪的实行行为，要区分不同的情况：当被利用者无故意时，应采主观说；当被利用者有故意时，应采客观说。

本教科书认同第一种观点即主观说。首先，从实质的客观说考察，间接正犯非共同犯罪，当间接正犯利用他人实施犯罪时，其利用行为与他人实施犯罪之间就已经存在着不可分割的必要关联，也就是利用行为本身已对刑法保护的法益构成了直接危险，在这种情况下，将利用行为视为犯罪的实行行为是符合实质的客观说的。其次，间接正犯的“实际利用情况”是多种多样的，如果按照上述第二种观点即客观说来解释间接正犯的的实行行为，就无法适用于所有的间接正犯；比如，当间接正犯是利用他人的过失行为来实施犯罪的话，显然不能以他人的过失行为作为犯罪的实行行为。最后，上述第三种观点即折衷说虽然有一定的道理，但缺陷也是明显的；比如，甲教唆 12 岁的少年放火，对 12 岁的少年来说，因其还不具备刑事责任能力，能否确认其主观上是否有刑法中的故意呢？如果甲教唆

18 岁的青年放火，在这种情况下，一旦 18 岁的青年主观上有故意，那就不是间接正犯而是共同犯罪的问题了，既然是共同犯罪，当然要按照放火罪的实行行为来认定，而不能将教唆行为本身视为放火罪的实行行为。

2、原因自由行为的实行行为

原因中的自由行为，就是指“利用行为人自己缺乏责任能力的状态即心神丧失状态实施了实行行为的场合”。[548]比如，甲知道自己为一病理性醉酒者，即一喝酒就会醉，一醉就会处于无责任能力状态；甲为了杀死自己的仇人，故意喝酒使自己处于无责任能力状态，然后在无责任能力状态下杀死了仇人；在这种情况下，尽管甲是在无刑事责任能力的状态下杀了人，但因喝酒属于原因中的自由行为，所以要对自己的杀人行为承担“杀人罪”（第 128 条）的刑事责任。由此可见，原因中的自由行为人之所以构成相关犯罪并须承担刑事责任，关键在于其无刑事责任能力状态的造成，乃是其“自由行为”的结果，也即属其“自由意志”选择的结果。如上例中，甲明知自己是一个病理性醉酒者，理应克制自己不喝酒，但为了杀人却蓄意为之，有意造成本人处于无刑事责任能力的状态，并在此状态下实施了杀人行为；很明显，甲喝酒的行为就是导致其处于无刑事责任能力状态的原因，也是其实施杀人行为的原因，而喝酒又是甲的“自由行为”，并无人强迫其喝酒，由此就构成了原因中的自由行为。

关于如何认定由原因自由行为而构成的犯罪的实行行为，理论上有两种不同的观点：（1）原因行为说。该说认为，在原因自由行为的情况下，应以设定原因的行为作为认定犯罪实行行为的标准，因设定原因的行为本身对法益已构成了直接危险；如上例中，甲的饮酒行为就可视为杀人的实行行为。（2）结果行为说。该说认为，在原因自由行为的情况下，引起结果发生的行为才是犯罪的实行行为；如上例中，甲的饮酒行为本身还不能视为杀人的实行行为，只有当甲饮酒后开始实施杀人行为时，才能认定杀人的实行行为开始着手实施。

本教科书赞同第一种观点即原因行为说。因为在原因自由行为情况下，类似于间接正犯，其原因行为本身已对刑法保护的法益构成了直接危险，原因行为与接下去实施的犯罪之间具有必要的关联，所以，按实质的客观说，可将原因自由行为认定为犯罪的实行行为。

值得注意的是，在澳门刑法中，立法者对原因自由行为本身也采取了比较严厉的禁止措施，并直接将原因自由行为规定为一种具体的犯罪，即“醉酒及吸用有毒物质罪”（第 284 条）。根据这一规定，凡“使自己处于因饮用或吸用酒精饮料或有毒物质而产生不可归责之状态，且在此状态下作出符合罪状之不法事实者，即使系因过失而使自己处于该状态，处最高 5 年徒刑，或科最高 600 日罚金”。就法定刑而言，其处罚之程度，此罪在澳门刑法中也可视为重罪了，而且原因自由行为即使是过失行为，也一样须受处罚。尤其是，根据《澳门刑法典》规定的犯罪竞合处罚制度，在这种情况下，行为人通常不是构成一个罪，而是两个罪；比如，在上例中，甲喝醉酒使自己处于无刑事责任能力状态并杀死仇人的行为，既符合“醉酒及吸用有毒物质罪”（第 284 条）的构成要件，也符合“杀人罪”（第 128 条）的构成要件，须两罪并罚。当然，从“醉酒及吸用有毒物质罪”的构成要件考察，即便喝醉酒，只要未达到“不可归责之状态”的，就不会构成此罪；反过来说，即便喝醉酒达到了“不可归责之状态”，但只要醉酒者没有在“不可归责之状态”下作出“符合罪状之不法事实”的，也不会构成此罪。至于醉酒者是否达到“不可归责之状态”，这就需要由司法鉴定加以甄别。

[548] 【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 148 页。

（四）《澳门刑法典》关于实行行为的规定

值得注意的是，关于犯罪实行行为的认定，《葡萄牙刑法典》作了明确的规定，这在大陆法系国家或地区的刑法典中是不多见的。本教科书认为，在刑法典总则中对犯罪的实行行为作出立法上的规定是可取的，这样做，有利于防止因理论上的分歧而出现执法不统一的现象。《澳门刑法典》是以《葡萄牙刑法典》为蓝本起草的，在《澳门刑法典》总则中，同样对犯罪的实行行为作出了与《葡萄牙刑法典》一致的立法规定。

根据《澳门刑法典》第 21 条第 2 款规定，有三类行为被视为犯罪的实行行为，这三类行为实际上分别反映了理论上不同的学说：

1、符合构成要件的行为

根据《澳门刑法典》第 21 条第 2 款 a）项规定，“符合一罪状之构成要素之行为”，构成犯罪的实行行为。很明显，所谓“罪状之构成要素”，也就是指大陆法系犯罪论要素中的构成要件，这也表明在澳门刑法中，对犯罪实行行为的认定，首先依据的是构成要件，即将构成要件行为视为犯罪的实行行为，这一规定体现的是形式的客观说，也即构成要件说。

2、可适当产生构成要件结果的行为

根据《澳门刑法典》第 21 条第 2 款 b）项规定，“可适当产生符合罪状之结果之行为”，构成犯罪的实行行为。从理论上看，这一规定反映的其实是认定犯罪实行行为的因果关系说，而这种因果关系说主要是针对距离犯而言的。

所谓距离犯，就是指行为人所实施的某种行为与该行为所引起的结果在时间、空间上存在一定的距离。比如，甲为了杀死其妻，早上在其妻牛奶杯中投下毒药，但其妻要在晚上回来才喝，这样，甲的投毒行为与其妻喝下毒牛奶死亡之间，时间上就存在着一定的间隔，因而构成时间上的距离犯。又比如，甲为骗钱，伪造了假的汇票，然后到 A 城市邮局寄付，再由 A 城市邮局将假汇票寄到 B 城市的银行，业务员经过查对，没发现问题，最后按票面额付款。这一诈骗过程从寄付假汇票行为到诈骗成功，除时间外，在空间上也存在着一定的距离，因而同时构成空间上的距离犯。对距离犯实行行为的认定，很多学者都持因果关系说，即只要行为人实施的行为在客观上能够合理地、符合客观规律地产生行为人预期的结果的，就可以将该等行为视为距离犯的实行行为。比如，在上述两例中，甲在其妻牛奶杯中下毒的行为因可符合客观规律地导致其妻中毒死亡的结果，所以甲下毒的行为就构成杀人的实行行为；如果其妻没有喝有毒的牛奶，甲也构成杀人未遂。同样的道理，在后一个案例中，当甲在 A 城市邮局作出寄付假汇票行为时，就意味着诈骗罪的实行行为已经开始着手实施，因为寄付假汇票的行为可以合理地引致他人被骗的结果；如果假汇票在 A 城市邮局就被查获，甲也构成诈骗未遂。

由上可知，《澳门刑法典》第 21 条第 2 款 b）项的规定，旨在认定距离犯的实行行为。所谓“适当”地产生结果，就是指合理地、符合客观规律地产生结果；所谓“符合罪状之结果”，就是指法律所规定的作为构成要件的结果，故将能够合理地、符合客观规律地产生构成要件结果的行为视为犯罪的实行行为，反映了认定距离犯实行行为的因果关系说。

3、某些行为

根据《澳门刑法典》第 21 条第 2 款 c）项规定，“某些行为，除非属不可预见之情节，根据一般经验，在性质上使人相信在该等行为后将作出以上两项所指之行为”的，也构成犯罪的实行行为。毫无疑问，该项规定所指的“某些行为”，

并不属于第 21 条第 2 款 a）项和 b）项规定的构成要件行为或原因行为，但它们与其有着密切的联系，这种密切联系表现为该等行为与构成要件行为或原因行为之间具有直接的、必要的关联，或者说，该等行为本身已对刑法保护的法益构成了直接的危险。显而易见，《澳门刑法典》第 21 条第 2 款 c）项的规定，非常清楚地反映了实质的客观说。

应当指出的是，以实质的客观说作为认定犯罪实行行为的标准，不能无限超前，否则，就会像主观说一样，极易混淆犯罪预备行为与实行行为之间的界限。为此，本教科书认为，在运用《澳门刑法典》的该项规定去判断犯罪的实行行为时，要特别注意以下两个方面的问题：

（1）直接危险（或必要关联）的限定。正如德国学者指出的那样，实质的客观说以直接危险（或必要关联）作为认定实行行为的标准，这种观点“未能赢得精确性”，因为“其实从最初的预备行为开始，法益就已受到威胁，因此，一切只取决于这种威胁必须达到何种程度，才可以说构成了未遂，但是，这种程度被不太确定地描写为‘直接的’或者‘重大的’威胁”。[549]据此，本教科书认为，要将一种非构成要件的行为视为犯罪的实行行为，必须充分把握该等行为与构成要件行为在空间及时间上的联系，这种联系应当是一种直接衔接的关系。而所谓直接衔接，也就是指该等行为与构成要件行为之间具有直接的过渡关系，两者之间不应当再有另一种行为将它们联结起来。正因为如此，有学者认为，对法益构成直接危险的行为，“应当移近‘构成要件行为的界限’。因此，未遂行为[550]仅仅意味着能够‘直接实现构成要件的先行行为’。这里，起决定作用的是，根据行为人的整体计划，即使是不符合构成要件的行为，也必须与本来的实行行为[551]紧密相连，以至于它们无重要的中间步骤过渡到行为的决定性阶段”。[552]有的德国学者在解释《德国刑法典》关于“直接实施犯罪”的规定时，之所以特别强调“所谓直接开始，就是指着手某一行为，该行为没有中间环节直至构成要件实现”，[553]其道理就在于此。

很显然，对法益构成直接危险的行为与构成要件行为之间“没有中间环节”的含义，讲的就是一种直接衔接和直接过渡的关联，它再一次佐证了德国刑法理论及审判实践在实行行为的认定方面采用的是实质的客观说，而非主观说。如前所述，在德国审判实践中，之所以将意图行窃的行为人站在没有上锁的房门前的行为认定为盗窃的实行行为，其道理也在于此房的门没锁，行为人站在房门的行为与进屋实施秘密窃取的行为之间不再存在需要由另一种行为（撬锁行为）联结起来的“中间环节”。反之，本教科书认为，如果意图行窃的行为人是站在有锁的房门前，其站的行为就不应当视为盗窃罪的实行行为，因为站在房门前的行为与接下去实施的秘密窃取行为之间还有一道“中间环节，即撬锁的行为；只有当行为人开始撬锁时，撬锁的行为才能视为盗窃罪的实行行为，因为撬锁的行为与进屋行窃的行为之间不再具有“中间环节”。当然，如果某房屋有几道门锁，那么，当行为人开始撬第一道门锁的时候，就可视为盗窃罪的实行行为已经开始着手实施。在德国审判实践中，法院之所以将看门狗引走的行为也视为盗窃罪的实行行为，其道理就在于看门狗的功能等同于门锁，引走看门狗，性质上等同于撬

[549] 同上，第 259 页。
[550] 这里讲的“未遂行为”，显然就是指虽非构成要件行为，但已对法益构成直接危险的行为。
[551] 这里讲的“本来的实行行为”，显然是指法律所规定的构成要件行为。
[552]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 621 页。
[553] 同上，第 617 页。

开门锁。由此可见，将对法益构成直接危险的行为与构成要件行为之间无中间环节视为实质客观说的认定标准，具有相当重要的现实意义。

（2）犯罪决意（或具体故意）的限定。如前所述，区分主观说和客观说的标准，并不在于认定实行行为是否需要看行为人的犯罪决意，而在于看构成要件之前的行为与构成要件行为之间的联系程度。主观说认为只要行为足以表露出行为人的犯罪决意，就可将该等行为视为犯罪的实行行为，这无疑会混淆犯罪预备行为与实行行为的界限；而实质的客观说则在确认行为人具有犯罪决意的前提下，将足以表露行为人犯罪决意的行为与构成要件行为结合起来考察，并通过直接危险或必要关联加以限定，这样就可以将犯罪预备行为与实行行为区分开来，这才是主观说与实质的客观说在本质上的差别。为此，本教科书认为，在运用实质的客观说来认定犯罪实行行为时，首先要充分注意到行为人的主观意图，而后再来分析其行为与构成要件行为之间的联系程度。

1968 年，在德国曾发生过这样的判例：被告人为了兜风，意欲盗用他人汽车；当被告人与其他共同犯罪人一起发现有两辆汽车时，被告人便上前摇动车轮，以确定汽车的方向盘是否上锁。被告人当时的想法：如果方向盘没上锁就将汽车开走，否则就罢手；后发现两辆汽车都已上了锁，便打消了盗用的念头。德国地方法院认定，被告人的行为构成无权限使用汽车罪的未遂犯。被告人不服提出上诉，认为自己的行为是不可罚的预备行为，但被上诉审法院驳回。此案表明，被告人之所以被认定为未遂，原因在于法院以实质的客观说为依据，将其摇动车轮的行为视为窃用他人车辆罪的实行行为；而法院之所以作出这样的判断，原因就在于被告人主观上已存在盗用他人汽车的犯罪决意，***客观上摇动车轮的行为与接下去窃用车辆的行为（如果方向盘没有上锁）之间又存在着“必要的关联”。***

由上可知，充分注意行为人是否存在犯罪的决意，对于认定犯罪的实行行为同样具有重要的实际意义。比如，甲是一位医生，他打算根据对妇女的检查情况再决定是否实施堕胎的行为，即通过检查，只要有安全堕胎的可能性，就实施堕胎行为；反之，无此可能性，就放弃堕胎行为，甲就是抱着这样一种心理对妇女进行了检查。在这种情况下，如果甲在对妇女进行检查时停顿下来，其行为是否构成堕胎的未遂呢？本教科书认为，因甲主观上已具有了堕胎的犯罪决意，故其给妇女检查的行为就不再是一般的医学检查行为，而是被打上了违法行为的烙印；在此前提下，由于甲为妇女检查的行为与接下去可能实施的堕胎行为之间已无中间环节，因此，甲构成堕胎的未遂。

三、犯罪未遂的存在范围

如果说认定犯罪的实行行为的宗旨，是为了确定犯罪未遂的起点，以便正确区分犯罪预备和犯罪未遂的话，那么，认定犯罪未达至既遂的宗旨，就是为了确定犯罪未遂的终点，以便正确区分犯罪未遂和犯罪既遂。犯罪未达至既遂作为构成犯罪未遂的基本条件，实际上揭示了犯罪未遂和犯罪既遂的矛盾对立关系。具体地说，也就是在故意犯罪的发展过程中，犯罪未遂和犯罪既遂不可能同时存在：当故意犯罪的实行行为一旦开始实施，并在实行阶段停顿下来构成未遂形态时，理论上就不可能再向前发展，以达到既遂形态；同样，当某种犯罪的既遂已经成立时，理论上也不可能再使犯罪返回到未遂形态。

如上所述，所谓犯罪既遂，是指行为已全部符合法律所规定的构成要件的情况。但是，鉴于法律对不同犯罪的构成要件的规定有所不同，不同犯罪的既遂形态也会不同。正因为如此，在确定犯罪未遂的存在范围时，学者们对故意的结果

犯存在犯罪未遂持统一观点，如故意杀人者，只要法定的构成要件结果即被害人死亡的结果没有发生，就构成杀人未遂。问题在于，对故意的行为犯或危险犯来说，是否存在犯罪未遂的情况，理论上就产生了分歧，立法上也没有相应的规定。此外，关于结果加重犯有无犯罪未遂问题，以及关于间接故意犯罪有无犯罪未遂问题，理论上也存在分歧。

（一）行为犯与犯罪未遂

传统的刑法理论认为，由于对行为犯来说，只要行为人实施了符合法律规定的构成要件行为，犯罪就达至既遂，因此，在行为犯情况下，实施构成要件行为与犯罪既遂的成立实际上是同步的，故行为犯不可能再有成立犯罪未遂的余地。但也有学者认为，行为犯并非是一经着手就表明构成要件行为实施终了，有的行为犯的构成要件行为往往需要有一定的过程才能完成；既然如此，如果行为犯的构成要件行为尚未实施终了就停止了犯罪，一样可以构成犯罪未遂。比如，有学者举例说，脱逃罪是一种行为犯，但在脱逃过程中，只要没有逃出有效监管范围，仍然可视为脱逃未遂。

本教科书认为，如果我们用“实质的客观说”来考察犯罪的实行行为，那么，在某些情况下，行为犯是可以有犯罪未遂的。

毫无疑问，传统观点之所以否定行为犯有犯罪未遂，其理论依据在于行为犯的既遂完全是以构成要件行为为标准的，换句话说，行为犯既遂的起始点就是构成要件行为，只要行为人一开始实施犯罪的构成要件行为，就成立行为犯的既遂，至于构成要件行为再继续发展，并不影响行为犯既遂的成立。正因为如此，有德国学者认为，“凡法律对犯罪行为的‘举动’也以科处刑罚相威吓的，既遂和力图[554]等同”。[555]从这一意义上说，上述持反对观点的学者以实施构成要件行为需要有一个过程为理由来肯定行为犯有犯罪未遂，这是不能成立的；因为认定行为犯是否既遂，不是看构成要件行为是否实施终了，而是看行为人是否开始实施构成要件行为。比如，类似颠覆国家政权或分裂国家的犯罪，都属于行为犯，只要行为人开始实施法律规定的构成要件行为，就成立犯罪既遂，而不是等行为人将构成要件行为实施终了了再定既遂，事实上也不可能。所以，对脱逃罪来说，如果将其定性为行为犯，[556]那么，只要行为人一开始脱逃，就应当成立脱逃罪的既遂，至于是否逃离监管范围，并不影响脱逃罪既遂的成立，至多影响量刑。当然，如果在脱逃过程中有杀人、伤人或毁损财物行为的，则应依照刑法分则的相关条款另行定罪，实行并罚。

应当承认，传统观点针对反对观点的质疑是有道理的，即构成要件行为一旦开始实施就构成行为犯的既遂，不存在因构成要件行为在实施过程中停顿而构成犯罪未遂的问题。然而，正如本教科书在阐述实行行为时指出的那样，按照实质的客观说，实行行为并不等于是构成要件行为，当某种行为与构成要件行为之间无“中间环节”，也就是当该种行为已对刑法保护的法益构成直接危险，或者说该种行为与接下去的构成要件行为之间存在着必要关联时，该种行为虽非构成要件行为，但也属于犯罪的实行行为，只要行为人一旦实施该种行为，即表明犯罪已进入实行阶段。由此可见，按照实质的客观说来解释行为犯，被看成是实行行为的行为，就不一定是法律规定的构成要件行为，在这种情况下，因实行行为与构成要件行为之间毕竟存在着一定的时间上的“空隙”，那么，如果行为人在这

---

554 这里的“力图“，相当于刑法理论中的“未遂”。

555【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 17 页。

556 关于脱逃罪是否属于行为犯，理论上有分歧。

段“空隙”中出于某种意外的原因而停顿下来，能否构成犯罪未遂呢？举例来说，“绑架罪”（第 154 条）是一种行为犯，只要行为人出于勒索的目的，用暴力、威胁或诡计实施绑架行为，且行为人认识到自己的行动自由已被剥夺的，就构成“绑架罪”的既遂；假设绑架者使用诡计实施绑架，诱骗被害人在某个酒店房间见面，并派人陪同被害人一起前往该酒店，*惟*在刚进入酒店尚未进入房间时就事败被发现，象这种情况，能否构成“绑架罪”的未遂呢？本教科书认为，在这种情况下，虽然被害人仍然是自由的，但因陪同被害人前往酒店房间的行为与接下去的剥夺被害人行动自由的绑架行为之间只要不发生意外就不存在“中间环节”，陪同行为已构成绑架的实行行为，所以，对策划此次绑架的行为人*按“绑架罪”的未遂论处是合理的。*

综上所述，本教科书尽管也认同行为犯可以有犯罪未遂，但并不是以构成要件行为有一个实施过程为依据，而是以实质的客观说对实行行为的认定为依据。*概括地说，本教科书的观点是：行为犯的既遂应以法定的构成要件行为为标准，只要行为人开始实行构成要件行为，就成立行为犯的既遂。如果行为人尚未开始实行法定的构成要件行为，但其行为根据实质的客观说已构成实行行为而被迫停止的，可成立行为犯的未遂。*

（二）危险犯与犯罪未遂

关于危险犯有无犯罪未遂的问题，理论上也有不同的看法。有学者认为，危*险犯无犯罪未遂*问题，因为对危险犯来说，只要行为人的行为客观上足以引起法律所规定的某种具体的危险状态，就成立犯罪既遂。比如，实施放火罪的行为人只要一点火，法定的危险状态就会形成，放火罪的既遂也就即刻成立；至于着火后再造成什么样的实害结果，都不会影响放火罪既遂的成立。反之，如果法定的危险状态没有形成，就不构成危险犯，既然连危险犯都不构成，又何来危险犯的未遂呢。所以，在犯罪未完成形态方面，危险犯与行为犯一样，也只有犯罪预备问题，而无犯罪未遂可言。

但也有学者认为，危险犯中的“危险状态”，是指一种迫在眉睫的对法律所保护的法益的一种严重威胁。在有些情况下，从行为的实施到这种危险状态的形成，客观上有一个过程；只要危险还未非常迫近，就应该认为法定的危险状态尚未发生，此时行为停止下来，就属于危险犯的未遂。比如，甲意图在公共场所安装定时炸弹制造事端，当他正在安装定时炸弹时被人抓住，应该认为爆炸罪的实行行为已经开始，但法定的危险状态尚未形成，所以对甲可按爆炸罪的未遂处置。如果甲将定时炸弹安装完毕后离开，就意味着法定的危险状态已经形成，此时甲被抓获，就应按爆炸罪的既遂论处。

应当指出，关于危险犯有未遂的观点，在日本刑法*理论中已形成*共识。比如，有日本学者认为，“关于具体的危险犯，因为危险的发生是构成要件的要素，为了成立既遂，危险的发生是必要的，在实行行为实施之后危险没有发生的阶段，*有成立未遂的余地”。*[557]

本教科书赞同上述日本学者的观点。主要理由是：对危险犯来说，法定的具体危险状态是一种紧迫的、现实的危险状态，该等危险状态必须与危险犯的构成要件行为同步，即只要行为人开始实施危险犯的构成要件行为，就意味着法定的具体危险状态已经形成，故成立危险犯的既遂，反之，则表明法定的具体危险状态尚未形成。然而，如同行为犯一样，从实质的客观说考察，实行行为并非等同于构成要件行为，当行为人的行

[557]【日】山中敬一著：《刑法总论》II，成文堂 1999 年版，第 671-672 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 546 页）。

为虽不符合构成要件行为的特征，但因对法益构成直接危险而成立实行行为时，一方面应认为法定的具体危险状态尚未形成，另一方面则表明犯罪已进入实行阶段，在这种情况下，对危险犯按犯罪未遂论处，显然是合理的。举例来说，甲出于放火的意图，将他人的名贵房车淋上汽油后还未点火就被抓获的，因甲淋汽油的行为与接下去的点火行为之间已不存在“中间环节”，按照实质的客观说，淋汽油的行为当然构成放火的实行行为，但毕竟还不属于放火的构成要件行为，所以对甲可按“故意造成火警罪”（第 264 条第 1 款）的未遂处罚。

（三）结果加重犯与犯罪未遂

对于结果加重犯来说，如果加重结果没有发生，实施基本犯罪的行为人对加重结果没有发生这样一种情况，能否承担结果加重犯未遂的刑事责任，理论上存在着分歧。（1）分别说。该说认为，如果行为人对加重结果的发生主观上是过失，就不构成结果加重犯的未遂，因犯罪未遂只存在于故意犯罪之中，过失犯无未遂；[558]如果行为人对加重结果的发生主观上是故意，则就有结果加重犯的未遂。有些日本学者即持分别说的观点。[559]（2）否定说。该说认为，即便是行为人主观上对加重结果的发生有故意，也无未遂可言；因为对结果加重犯来说，只有构成不构成的问题，而非未遂与既遂的问题。比如，甲为了实施抢劫，故意从后面用铁棍对被害人实施打击，如果造成被害人重伤的，就构成抢劫致人重伤的结果加重犯；如果仅造成被害人轻伤的，就不构成抢劫致人重伤的结果加重犯，而非抢劫致人重伤的未遂。（3）主从说。该说认为，结果加重犯可以有未遂，但这种未遂是建立在故意的基本犯罪未遂基础之上的，换句话说，如果基本犯罪是未遂的，那么相应的结果加重犯也是未遂。[560]

本教科书赞同第二种“否定说”的观点，即对结果加重犯来说，不管是基本犯罪的行为人对加重结果的发生主观上是过失还是故意，都不存在结果加重犯的未遂问题。加重结果没有发生，就表明不成立结果加重犯，故不会有结果加重犯的未遂问题。比如，对故意纵火犯来说，如果造成了烧死人的后果，就要看纵火犯对死亡后果的主观罪过是什么形式：是过失，就按“故意造成火警罪”致人死亡的结果加重犯处罚（第 264 条第 1 款和第 273 条）；是故意，就按“故意造成火警罪”（第 264 条第 1 款）和“加重杀人罪”（第 129 条）予以并罚。但是，如果没有造成任何人死亡，那就只能构成“故意造成火警罪”（第 264 条第 1 款），不会发生犯罪未遂的问题。

（四）间接故意犯罪与犯罪未遂

大多数学者认为，在间接故意犯罪的情况下，由于行为人主观上对行为结果是持听之任之的容忍态度，客观上发生了相应的结果，就构成间接故意犯罪；否则，结果没有发生，就不构成间接故意犯罪。因此，对间接故意犯罪来说，结果发生不发生，只涉及罪与非罪的问题，不存在犯罪未遂问题。比如，甲打树上的鸟却容忍树下小孩被打死或打伤结果的发生，在这种情况下，就是以实际结果作为定罪标准：小孩被打死，甲构成间接故意的杀人罪；小孩被打伤，甲构成间接故意的伤害罪；小孩既未被打死，也未被打伤，则甲属无罪。

本教科书对上述观点持保留态度。因为正如《澳门刑法典》第 13 条所规定的那样，间接故意可分为两种：一种是行为人已认识到结果的必然发生，叫必然

---

[558] 对坚持认为实施基本犯罪的行为人对加重结果的发生主观上只能是过失的学者来说，结果加重犯自然不存在未遂问题。

[559] 参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 217 页。

[560] 同上。

故意；另一种是行为人只认识到结果的可能发生，叫或然故意。本教科书认为，在间接故意犯罪能否有未遂问题上，对两种不同的间接故意应采不同的处理原则。具体来说，对必然的间接故意，应允许犯罪未遂的存在。比如，甲为害死乙而在乙饭菜中下毒，甲明知乙的女儿天天与乙一起吃饭，毒死乙必然也会同时毒死其女儿，但为了达到杀死乙的目的，甲容忍了乙女儿一起被毒死的结果发生；在这种情况下，如果乙的女儿中毒后经抢救未死，对甲就可按间接故意杀人的未遂处罚，而非不构成间接故意的杀人罪；否则，显然是不合理的。至于对或然的间接故意，则可按结果是否发生处理，即结果发生的构成间接故意犯罪，结果没有发生的不构成犯罪，不存在犯罪未遂问题，如上述甲打树上之鸟案例。本教科书之所以对间接故意犯罪的未遂问题持区别对待的观点，乃是基于必然的间接故意在主观恶性方面远远大于或然的间接故意，实际上已接近于直接故意，理应从严论处。[561]

四、犯罪未遂的处罚依据

在犯罪未遂的理论中，关于犯罪未遂的处罚依据问题，可以说是大陆法系刑法关于不法理论的核心内容之一，也是讨论最多、争议最大的问题之一，有关讨论至今仍在继续。

（一）犯罪未遂处罚依据学说

关于犯罪未遂的处罚依据，理论上有三种不同的学说，这些学说直接影响到对犯罪未遂的处罚原则。

1、客观说

持客观说的学者认为，无论是犯罪预备还是犯罪未遂，就行为人的主观故意内容来说并无不同，之所以要处罚犯罪未遂，是因为行为人实施的行为本身已经包含了对法益的侵害性和危险性。比如，早期的德国学者费尔巴哈就认为，犯罪未遂是一种以实现犯罪为目的的外部行为，这种行为具有客观危险性，事实上，“只有当某一行为违反了或者威胁到了法律”，它“才是（外部）违法的”，如果“仅仅只具备违法企图”，“不可能给行为打上违法性的标记”。因此，费尔巴哈进一步认为，认定违法性，不仅需要具备通过外部行为得以证实的指向犯罪的意志，而且还需要具备特定之质的、侵犯或者威胁到法律规范的违法行为，该等违法行为应当是“罪犯已经开始实施主要行为，或者结束后应该且可以直接产生违法结果的行为”。这样，就可以将可罚的未遂行为与不可罚的预备行为区别开来。[562]由此可见，客观说侧重的是行为本身，它反映了刑事古典学派“行为刑法”的观念。正如有的德国学者指出的那样，“根据比较古典的理论，未遂的可罚性仅存在于对构成要件保护的行为客体的危害之中（客观理论）。因为在行为的所有阶段（预备、实行、既遂），故意都是同一的，犯罪预备行为与未遂的界限，应当在客观领域去寻找。根据该理论，未遂的可罚性的根据不是存在于行为人的意思之中，而是存在于即将实现构成要件该当的结果的危险之中。因此，未遂因结果不法的发生具有高度盖然性而应受处罚”。[563]

在对犯罪未遂具体如何处罚问题上，客观说采取了应当比照犯罪既遂减轻处

---

[561] 有学者认为，对行为结果如认识到必然发生，就不能构成间接故意，只能认定为直接故意。此观点在心理学上虽有所欠妥，但毕竟也是因考虑到这种必然的间接故意的主观恶性实与直接故意相似。

[562] 参阅【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 253-254 页（为表述通顺起见，有关费尔巴哈的论述，本教科书作了相应的编辑，特此注明）。

[563]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 612 页。

罚的处置原则。因为在客观说看来，尽管犯罪未遂对法益构成了一定的危险性，但客观上毕竟没有发生对法益造成实际损害的构成要件结果，其危害程度相对于犯罪既遂当然要轻，所以应当减轻处罚。如有的学者认为，“由于犯罪行为从预备至未遂进而发展为既遂，其所表现的危险性程度逐渐增大，最终造成现实的侵害，所以，未遂犯比预备犯，既遂犯比未遂犯，应被追究更重的罪责”。[564]在理论上，学者们将这种处罚犯罪未遂的原则称之为“必减主义”，即对犯罪未遂必须比照犯罪既遂减轻处罚。在立法上，有些国家或地区的刑法典因采用了客观说的观点，故明确规定对犯罪未遂应比照犯罪既遂减轻处罚。如《意大利刑法典》第 56 条第 2 款规定，“未遂犯处罚之程度如下：法定刑为无期徒刑时，未遂犯应处 12 年以上有期徒刑，其他情形，以依本刑减轻三分之一至三分之二处罚之”。类似的立法例还包括《葡萄牙刑法典》。

2、主观说

持主观说的学者认为，处罚犯罪未遂的依据不应当从行为本身的危险性中去寻找，而应当从行为人的主观犯意中去评价；犯罪未遂之所以要受到处罚，乃是因为行为人主观上具有侵害法益的故意；“未遂的可罚性根据，是实现的对法律的敌对意识”。[565]可见，主观说站在刑事社会学派“行为人刑法”的立场上，“将犯罪意志置于首要位置，它认为，从行为人的角度出发，行为人违反法律的禁止或要求时，在这些违反了受保护的规范的行为中，就已存在着刑法上重要的不法。这是主观的未遂理论的核心观点所在，是否对法益造成具体侵害，或者是否有侵害的危险，都不重要。因此，也就没有理由区别对待犯罪未遂与既遂，或者根据其危险性来决定未遂的可罚性”。[566]

在对犯罪未遂具体如何处罚问题上，主观说采取了原则上应当比照犯罪既遂同等处罚的立场。因为在主观说看来，无论是犯罪未遂还是犯罪既遂，行为人对法律的敌对意识都是同一的，没有必要减轻处罚。在理论上，学者们将这种处罚犯罪未遂的原则称之为“不减主义”，即对犯罪未遂原则上应当按犯罪既遂处罚。但在立法上，采主观说的国家或地区很少。比如，根据旧《法国刑法典》第 2 条规定，“已着手于犯罪行为之实行……而不遂者，按既遂犯之刑罚处罚之”。现行的《法国刑法典》虽已没有类似的明确规定，但法国学者还是认为现行的《法国刑法典》第 121-4 条保留了旧刑法典对犯罪未遂的处罚原则。[567]

3、折衷说

持折衷说的学者认为，对犯罪未遂给予处罚，既有客观方面的因素，也有主观方面的因素。处罚犯罪未遂在客观上要考虑到未遂行为已对法益造成的侵害性及危险性，而主观上也要考虑到行为人实施犯罪所表现出来的主观上对法秩序的敌对意识；机械地将两者对立起来的观点是不可取的，也不符合实际情况。据此，折衷说认为，在对犯罪未遂给予处罚时，客观说只从未遂行为的侵害性和危险性出发，绝对地认定犯罪未遂要比犯罪既遂危害程度轻，因而采“必减主义”处罚原则；而主观说又只从行为人的主观犯意出发，将犯罪未遂与犯罪既遂同等看待，

[564]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 214 页。

[565]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 613 页。

[566]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 254 页。

[567] 因为现行的《法国刑法典》第 121-4 条只是规定了罪犯行为人的概念，包括意图实施重罪或在法定场合下意图实施轻罪的行为人，而第 121-5 条则规定了犯罪未遂的小概念，但并没有对犯罪未遂的处罚作出规定，所以法国学者认为新刑法典在对犯罪未遂的处罚上，仍然是采用旧刑法典的立场。

因而采“不减主义”处罚原则，这都是有失偏颇的。对犯罪未遂合理的处罚原则应当是比照犯罪既遂，让法官从实际案情出发，对犯罪未遂的行为人是否要减轻处罚，享有一定的裁量权，即法官既可以比照犯罪既遂减轻处罚，也可以不减轻处罚。在理论上，学者们将这种处罚犯罪未遂的原则称之为“得减主义”。从目前的立法例来看，大多数国家或地区的刑法典都比较赞同折衷说，故对犯罪未遂的处罚均采用了“得减主义”。比如，根据《德国刑法典》第 23 条第 2 款规定，“未遂可比照既遂从轻处罚”，类似的立法例还包括《中华人民共和国刑法典》。

值得一提的是，个别国家的刑法典在处罚犯罪未遂时，是以实行行为是否终了为标准，分别采用“必减主义”和“得减主义”的处罚原则。比如，根据《瑞士刑法典》第 21 条和第 22 条规定，对未实施终了的未遂，采“必减主义”处罚原则，对实施终了的未遂，则采“得减主义”的处罚原则。

本教科书赞同折衷说的观点。

（二）《澳门刑法典》关于犯罪未遂的处罚规定

《澳门刑法典》第 22 条是关于“犯罪未遂之可处罚性”的规定。该规定第 1 款规定了对犯罪未遂给予处罚的范围，第 2 款则规定了对犯罪未遂给予处罚的原则。

1、处罚范围

根据《澳门刑法典》第 22 条第 1 款规定，“有关之既遂犯可处以最高限度超逾三年之徒刑时，犯罪未遂方予处罚，但另有规定者除外”。该规定表明，在澳门刑法中，只要既遂犯的法定刑最高限度超过 3 年徒刑（不包括 3 年）的犯罪，无须刑法分则再作特别规定，都是可以处罚未遂犯的。比如，诸如杀人、重伤、强奸、抢劫、加重盗窃等犯罪，因其法定刑最高限度都超过 3 年徒刑，所以对该等犯罪的未遂犯依据第 22 条第 1 款规定都可以处罚。反之，如果既遂犯的法定刑最高限度低于 3 年徒刑（包括 3 年）的，则该等犯罪的未遂犯就不会受到处罚，除非在有关具体犯罪的法律条款中明确规定处罚犯罪未遂。比如，《澳门刑法典》分则规定的“胁迫罪”（第 148 条）、“盗窃罪”（第 197 条）、“窃用车辆罪”（第 202 条）、“毁损罪”（第 206 条），其法定刑最高限度虽然都不超过 3 年徒刑，但因分则条款中都有“犯罪未遂，处罚之”的特别规定，所以对此类犯罪的未遂犯，都可以处罚。

2、处罚原则

根据《澳门刑法典》第 22 条第 2 款规定，对犯罪未遂，“以可科处于既遂犯而经特别减轻之刑罚处罚之”。该规定表明，《澳门刑法典》与《葡萄牙刑法典》一样，在对犯罪未遂处罚问题上，以客观说为依据，采用了“必减主义”的处罚原则。凡属犯罪未遂，在处罚时法官必须对行为人依法给予减轻处罚。

但是，正如本教科书在第二章第二节中指出的那样，在修改《选民登记法》的法律中，《澳门刑法典》总则关于犯罪未遂的处罚规定却遇到了挑战，因为修改《选民登记法》的法律对该法律规定的四种犯罪的未遂，采用了主观说的“不减主义”。为此，本教科书认为，这种公然抵触刑法典总则规定的立法倾向是不可取的，其错误并不在于对犯罪未遂的处罚是以客观说为基础采用“必减主义”，还是以主观说为基础采用“不减主义”，而是在于违背了大陆法系刑法体系中刑法典总则对特别刑法应有的主导地位与指导作用，破坏了澳门刑事立法的统一性和科学性。如果特别刑法的起草者确实需要对某些犯罪的未遂不予减轻处罚的，也应当先修改《澳门刑法典》总则关于处罚犯罪未遂的规定，不应当“先斩后奏”。

最后，关于犯罪未遂的处罚依据和处罚原则，本教科书比较倾向于折衷说，

因为折衷说既看到了行为客观上未造成实际的损害结果，也考虑到了行为人主观上的恶性，在处罚时留给法官一定的灵活裁量权，这样就可以在量刑时尽可能适应犯罪的复杂情况，因而更有利于体现罪刑相当的量刑原则。据此，本教科书建议修改《澳门刑法典》总则关于处罚犯罪未遂的规定，以折衷说为基础，采用“得减主义”的处罚原则。

第四节　不能犯未遂

关于不能犯未遂，在大陆法系刑法理论中，是一个颇为复杂的问题。从立法上看，不少国家或地区的刑法典总则，都对不能犯未遂作出了相应的规定，如《德国刑法典》、《意大利刑法典》、《瑞士刑法典》、《韩国刑法典》、《葡萄牙刑法典》等国家的刑法典，都有关于不能犯未遂的规定，且在处罚时采用了不同于一般犯罪未遂的处罚原则，《澳门刑法典》受《葡萄牙刑法典》的影响也不例外。根据《澳门刑法典》第 22 条第 3 款规定，“行为人采用之方法系明显不能者，或犯罪既遂所必要具备之对象不存在者，犯罪未遂不予处罚”，这一规定讲的就是不能犯未遂问题。但是，应当指出，鉴于不能犯问题的复杂性，要正确把握《澳门刑法典》总则第 22 条第 3 款关于不能犯未遂的规定，必须对大陆法系刑法中有关不能犯的基本理论，尤其是对不能犯性质的学说及其立法有所了解，否则不可能正确掌握和解释《澳门刑法典》第 22 条第 3 款的规定。

不能犯的性质，涉及不能犯与犯罪未遂之间的关系问题。大陆法系国家的学者围绕着不能犯究竟是不是犯罪未遂，它和一般的犯罪未遂有没有区别，如果有区别的话，区别的标准又是什么等问题，理论上展开了长期的争论。从目前理论界的讨论来看，主要形成了以德国学者为主的未遂行为说和以日本学者为主的非罪行为说两种观点。

一、未遂行为说

（一）未遂行为说的理论依据

所谓未遂行为说，顾名思义，就是将不能犯看成是犯罪未遂的一种形态，该说的理论依据主要是建立在主观理论基础之上。如前所述，在犯罪未遂处罚依据问题上，主观说强调的是行为人对法秩序的敌对意识，也就是行为人主观上的危险性。《德国刑法典》尽管对犯罪未遂的处罚以折衷说为依据，采用“得减主义”，但在涉及犯罪未遂本质问题上，主观说仍占据着主导地位。根据这种主观理论，“特定的已实行的行为在造成特定的结果方面，要么只能是能犯未遂，要么只能是不能犯未遂，也就是说，要么有因果关系，要么没有因果关系，而不存在或多或少的因果关系。缺少客观构成要件的未遂的本质特征，存在于行为人的意志的体现上；而行为人这种意志的体现以同样的方式也存在于所谓的不能犯未遂中”。[568]这一认定犯罪未遂本质特征的主观理论在 19 世纪后半叶得到了德国法院的“完全赞同”。[569]“确切地说，法律基本上采纳了主观的未遂理论，这不仅是帝国最高法院在这场争论中从一开始就选择的立场，也是理论界经过数十年的抵抗后，最终在很大程度上同意的观点”。[570]因此，在德国刑法理论中，主流的观点是根据主观说理论，将所有的不能犯一概划入犯罪未遂的范畴；这样，在理论

[568]【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》（修订译本），法律出版社 2006 年版，第 340-41 页。

[569] 同上，第 341 页。

[570]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 267 页。

上，不能犯就成为犯罪未遂的一种表现形式，学者们通常在表述时也将不能犯称之为不能犯未遂；在立法上，《德国刑法典》第 23 条第 3 款则将不能犯明确作为犯罪未遂加以规定。除《德国刑法典》外，对不能犯采用未遂行为说的立法例还包括瑞士、葡萄牙、韩国等国家的刑法典。

（二）未遂行为说的处罚原则

即便是对不能犯采未遂行为说，但在对不能犯未遂是否可罚的问题上，学者之间的看法并不一致，由此形成了不同的观点和立法例。

1、区别说

该观点认为，不能犯未遂尽管属于犯罪未遂的范畴，但是否可罚必须要有所区别。比如，德国著名学者费尔巴哈认为，只有具有危险性的未遂行为，才应得到处罚；为此，他将不能犯未遂分为两类，即绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂。绝对不能犯未遂是指行为人的实行行为对法益在任何情况下都不具有危险性的不能犯未遂，如费尔巴哈认为，行为人用“想象的毒药”下毒杀人，或者将死人当活人加以杀害的未遂，就属于绝对不能犯未遂，因该类不能犯未遂对法益不具有任何危险性。而相对不能犯未遂是指实行行为虽在当时具体情况下不可能实现行为人预期的目的，但在一般情况下却足以实现行为人预期的目的，也就是对法益具有危险性的不能犯未遂，如用已损坏的手枪杀人构成的不能犯未遂，向穿有防弹衣的仇人开枪构成的不能犯未遂，因都对法益具有危险性，故属于相对不能犯未遂。在此分类基础上，费尔巴哈作了区别对待，他认为，应受处罚的是相对不能犯未遂，而绝对不能犯未遂应不予处罚。

在立法上，有的国家的刑法典对不能犯未遂的处罚采用了区别说。比如，根据《韩国刑法典》第 27 条规定，“因实行的手段或者对象错误，致使结果不可能发生，如果存在危险性，仍予处罚，但可以减轻或者免除处罚”。该规定所指的不能犯未遂显指对法益具有危险性的相对不能犯未遂；言外之意，如果对法益不具有危险性，不能犯未遂就不属于处罚的对象，而这种不属于处罚对象的不能犯未遂，也就是指绝对不能犯未遂。可见，《韩国刑法典》关于不能犯未遂的处罚规定，实际上是采用了区别说：对绝对不能犯未遂不予处罚，对相对不能犯未遂则减轻或免除处罚。

2、不可罚说

该观点与区别说在本质上具有一致性，它们的区别主要在于认定不能犯未遂的概念不同。因为在区别说看来，不管是绝对不能犯未遂还是相对不能犯未遂，都属于不能犯未遂，只不过前者是不可罚的，而后者是可罚的。但在不可罚说看来，不能犯未遂只能是指对法益不具有任何危险性的绝对不能犯未遂，对法益具有危险性的相对不能犯未遂不属于真正意义上的不能犯未遂；这样，不可罚说就将相对不能犯未遂排除在不能犯未遂的概念之外。正因为对不能犯未遂的概念作了严格限定，排除了相对不能犯未遂，所以才对不能犯未遂采用了不可罚说，实际上也就是认同区别说关于不处罚绝对不能犯未遂的观点。

在立法上，有的国家的刑法典对不能犯未遂明确规定不予处罚。比如，根据《葡萄牙刑法典》总则第 23 条第 3 款规定，“行为人采用的方法为明显不能的，或成立犯罪既遂所必须具备的对象不存在的，犯罪未遂不予处罚”。[571]毫无疑问，《葡萄牙刑法典》因对不能犯未遂采用了不可罚说的立场，所以，如上所述，我们可以肯定地认为，《葡萄牙刑法典》第 23 条第 3 款所讲的不能犯未遂，只能是指对法益不具有任何危险性的绝对不能犯未遂，并不包括对法益具有危险性的相

[571] 关于不能犯未遂，《澳门刑法典》的规定完全来自于《葡萄牙刑法典》，所以条款数和内容都是一样的。

对不能犯未遂；否则，如果认为对相对不能犯未遂也是不予处罚的，这显然有悖于立法原意以及大陆法系基本的刑法理论。

3、可罚说

该观点认为，不能犯未遂既然属于犯罪未遂的范畴，那就应当具有可罚性，其可罚性的依据在于行为人主观上具有危险性。可见，对不能犯未遂采可罚说的理论依据，还是主观说理论。当然，这里所讲的可罚性只是针对不能犯未遂的性质而言的，而非一定要处罚；即便是对不能犯未遂的行为人免除刑罚，也没有改变不能犯未遂的可罚性。值得注意的是，在对不能犯未遂采可罚说的前提下，理论上所指的不能犯未遂概念究竟是包括了绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂，还是只包括绝对不能犯未遂而不包括相对不能犯未遂，学者的解释也是不同的。从立法上看，主要包括广义说和狭义说两种立法例：

（1）广义说。所谓广义说，就是指将绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂都纳入不能犯未遂的概念范围之内，也即统统视为不能犯未遂，然后再以对法益有无危险性为标准，对两种不能犯未遂分别规定不同的处罚原则。比如，根据《瑞士刑法典》第 23 条第 1 款规定，“行为人实施重罪或轻罪的方法或对象事实上不可能使犯罪行为实施终了的，法官以自由裁量减轻处罚”；接下去第 2 款又规定，“行为人因无知而行为的，法官可免除其刑罚”。本教科书认为，从该条两款的关系考察，第 1 款指的应当是相对不能犯未遂，因尽管对法益具有危险性，但毕竟在当时情况下不可能达至犯罪既遂，所以规定减轻刑罚；而第 2 款指的就是“因无知”而构成的绝对不能犯未遂，因此类不能犯未遂对法益不具有危险性，所以规定免除刑罚。

（2）狭义说。所谓狭义说，就是指仅仅是将绝对不能犯未遂纳入不能犯未遂的概念范围之内，从而在不能犯未遂概念中排除了相对不能犯未遂，并对绝对不能犯未遂采减轻或免除刑罚的立场。采狭义说立法例的如《德国刑法典》。因为根据《德国刑法典》第 23 条第 3 款关于不能犯未遂的规定，只有当行为人是出于严重无知而对行为对象和手段判断错误的情况下，才构成不能犯未遂，对不能犯未遂可免除刑罚或酌量减轻刑罚。很显然，同上述《瑞士刑法典》所说的“无知”一样，所谓“严重的无知”，就是指“对众所周知的原因关联的十分荒唐的想法，比如是认为可以用吓唬人的玩具手枪击落飞机。行为人在这里发生的错误，必须是对每个具有一般经验知识的人而言都是一看就知的”；[572]学者的解释表明，因“严重的无知”而构成的不能犯未遂，实际上就是指对法益不具有任何危险性的绝对不能犯未遂。正如有学者指出的那样，关于划分绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂标准的争论，虽然“一百多年前就已逐渐放弃对这两者加以区别——但这并不能阻止立法者再次将这种差异规定在第 23 条第 3 款里，该条里所指到的，是‘根本’不可能完成的犯罪的未遂”。[573]由此可见，在德国刑法理论中，只有对法益“根本”不具有危险性的绝对不能犯未遂才是真正意义上的不能犯未遂；反之，对法益有危险性的相对不能犯未遂，即使客观上不可能既遂，也不属于《德国刑法典》第 23 条第 3 款所指的不能犯未遂。

顺便指出，德国刑法理论和立法例之所以将不能犯未遂限定在绝对不能犯未遂范围之内，主要是受到了行为无价值论向结果无价值论转化的影响。因为早期的德国刑法理论比较推崇主观说，学者们普遍认为行为的不法性应受制于行为人

[572]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 356-357 页。

[573]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 265 页。

的主观意志，也就是把行为人的主观意志看成是决定行为不法性的唯一要素，由此形成一元化的行为无价值论；将绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂都视为犯罪未遂，正是这种一元化的行为无价值论在不能犯问题上的体现。此后，不少学者主张将客观的法益侵害引入行为不法性的判断标准，认为行为的不法性既受制于行为人的主观意志，也受制于行为对法益的客观侵害，由此就在行为无价值论基础上，又形成了结果无价值论，两者共同决定了行为的不法性。正是从结果无价值论出发，德国刑法理论的主流观点才将对法益具有危险性的相对不能犯未遂排除在不能犯未遂的概念之外。

除此之外，值得一提的是，尽管《德国刑法典》第 23 条第 3 款将绝对不能犯未遂视为可罚性的行为，但在关于诸如使用诅咒、巫术等迷信方法杀人构成的绝对不能犯未遂（或称之为迷信犯）的处罚问题上，德国刑法理论界与立法者似乎存在着很大的分歧。比如，德国刑法理论界几乎一致认为，对此类迷信犯不应予以处罚，也就是不具有可罚性；因为在迷信犯情况下，行为人的认识是违反常识、超乎自然的，行为人主观上“已经欠缺故意，即使从形式上肯定未遂，使用咒语及与其类似的方法，都不再可能对社会产生任何影响”；[574]甚至更有学者认为，“使用超自然的（祈求他人死亡，施魔力杀人等）永远不构成应处罚的未遂犯”。[575]但是，与理论界的主流观点相反，“立法者认为有必要通过第 23 条第 3 款中对‘彻底的不能犯，甚至是愚蠢的或者迷信的’未遂进行处罚，因为，在‘这种未遂里（可能）存在的犯罪意志如此明显，以至于让人担心，行为人失败后，还会尝试通过其他可能的方式实施犯罪’”。[576]德国立法者的这种观点受到理论界的强烈批评，认为将刑罚与行为人的犯罪倾向直接联系起来，是不合法的。为此，德国学者也感叹：《德国刑法典》第 23 条第 3 款是否适用于迷信犯，目前还是个问题。

二、非罪行为说

非罪行为说在日本刑法理论界是一种主流观点，占据着主导地位。该学说认为，未遂犯与不能犯是两种不同性质的行为：未遂犯属可罚的行为，而不能犯属不可罚的行为；所以，将未遂犯和不能犯区别开来，其实质就是罪与非罪的区别，由此就形成了不能犯的非罪行为说，即不能犯不属于可罚的犯罪未遂行为，而是一种不可罚的非罪行为。如有日本学者认为，“不能犯没有处罚的必要，不成为未遂犯。有见解把不能犯的本质解释为不可罚的未遂，但是，这是不正确的，因为不可罚的未遂并不仅限于不能犯的情形。[577]应该认为，不能犯的本质是缺乏实现犯罪的危险性的行为”。[578]更有日本学者认为，“在行为人的主观上即使以实行某种犯罪的意思实施行为，但行为的性质上完全不能发生符合构成要件的结果时，由于不能说是符合构成要件的实行行为，不成为未遂犯。这样的行为叫不能犯。在德国虽然称为‘不能未遂’，但由于从开始就是没有构成要件符合性，不成为未遂的行为，因而称为不能未遂是不确切的措词”。[579]基于此，日本学者在

[574]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 638 页。

[575]【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》（修订译本），法律出版社 2006 年版，第 345 页。

[576]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 268 页。

[577] 比如，不少国家或地区的刑法典对中止未遂也采用不可罚的立场——本教科书注。

[578]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 225 页。

[579]【日】板仓宏著：《新订刑法总论》，劲草书房 1998 年版，第 151 页（转引自马克昌著：《刑法比较原理》，

解释不能犯时，通常不会使用不能犯未遂的表述，而是强调不能犯与未遂犯的区别标准，而这种标准基本上都是围绕着行为对法益有无现实危险性展开的，并由此形成了不同的危险说。

（一）抽象的危险说

该说以行为人认识的情况为基础，然后根据社会上一般人的认识，再来判断行为人预期进行的犯罪计划在客观上是否有实现犯罪的可能，即是否对法秩序具有抽象的危险。如果一般人认为行为人的行为有可能实现犯罪意图的，就成立未遂犯；反之，没有可能实现犯罪的，就成立不能犯。比如，误将白糖当毒药投毒杀人，或投下的毒药剂量不足的杀人，就成立未遂犯。但是，如果行为人认为白糖本身能毒死人，或以为用诅咒等迷信方法能致人于死而杀人，就成立不能犯。

（二）具体的危险说

该说与抽象危险说不同之处在于，它既以行为人认识的情况为基础，同时也以社会上一般人认识的情况为基础，将两者结合起来，共同判断行为人的行为是否具有实现犯罪的危险性。有危险的，成立未遂犯；无危险的，成立不能犯。比如，行为人误将尸体当活人而向其开枪，如果根据当时的情况，社会上一般人也会认为该尸体有可能是活人的，就成立未遂犯；但是，社会上一般人认为明显是尸体的，就成立不能犯。

（三）客观的危险说

该说的宗旨主要是在行为发生后，也就是事后再通过科学的因果法则，由社会上一般人针对当时的情况，去客观地评价行为人的行为是否具有法益侵害的危险性。有危险性，就成立未遂犯；无危险性，就成立不能犯。有学者认为，客观的危险说，就是“以行为当时存在的所有客观的情况为基础，从科学的一般人的立场判断结果发生的危险性，危险被肯定的场合是未遂犯，被否定的场合是不能犯，是客观的危险说的原则”。[580]比如，与投下的毒药剂量不足的杀人相似，向被害人注射不足量的空气而杀人，就成立未遂犯；但以为硫磺能致人于死而将少量硫磺投放在他人酱汤中，或以上述迷信方法杀人，就成立不能犯。同理，向仇人房中投掷炸弹而恰巧仇人不在房中，成立未遂犯；但上述向尸体开枪的行为，就成立不能犯。

综上所述，日本学者关于不能犯的理论，主要表明了以下几点：第一，在日本学者看来，不能犯的性质不是犯罪未遂，而是一种非罪行为，犯罪未遂与不能犯的区别，属于罪与非罪的区别。第二，正因为不能犯属于非罪行为，所以是不可罚的。第三，也正因为不能犯是不可罚的非罪行为，所以成立不能犯，必须是对法益不具有任何危险性。第四，有无危险性的标准，主要应以社会上一般人的认识为标准。顺便指出，日本学者之所以在不能犯性质问题上持非罪行为的立场，理论上主要受到一元化的结果无价值论影响。因为当行为客观上对法益不具有任何危险性时，其行为结果是无价值的，此类行为非属违法行为，因而不具有构成要件的符合性，当属非罪行为而不可罚。

除日本之外，意大利刑法理论在不能犯性质问题上，也倾向于非罪行为说。因为根据《意大利刑法典》第 49 条第 2 款规定，“当因行为不适当或者行为的对象不存在而不可能发生损害结果或者危险结果时，也排除可罚性”，这一条款并未放在第 56 条关于犯罪未遂的条款之中一并加以规定，立法上具有独立性。对

武汉大学出版社 2002 年版，第 558 页）。

[580]【日】山中敬一著：《刑法总论讲义》（第 2 版），东京大学出版会 1996 年版，第 207 页（转引自马克昌著：《刑法比较原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 558 页）。

此，意大利刑法理论界的传统观点认为，该款规定实际上是第 56 条第 1 款规定的“反面规定”，即第 49 条第 2 款规定的是不可罚的行为，而第 56 条第 1 款规定的是可罚的犯罪未遂，两者在性质上显然是不能相提并论的。[581]

三、对不能犯学说之评析

本教科书认为，关于不能犯，从理论上讲应当注意以下三个方面的问题：

（一）不能犯的概念

不能犯的概念直接关系到不能犯的认定，其实这是一个很重要的问题，因为对某个概念的理论探讨，应当在概念一致的前提下进行才有实际意义；否则，概念不统一，概念范围有大有小，就很难形成比较一致的看法。比如，对未遂行为说来讲，有的学者或立法例将绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂都视为不能犯未遂，而有的学者或立法例则仅仅将绝对不能犯未遂视为不能犯未遂，将相对不能犯未遂排除在不能犯未遂概念之外。这样，不能犯未遂的概念实际上就有了广义的不能犯未遂和狭义的不能犯未遂之分，前者包括了相对不能犯未遂，后者则不包括相对不能犯未遂。

有鉴于此，本教科书认为，关于不能犯的讨论，首先必须对不能犯的概念要有一个明确的界定，即在实行行为客观上不可能达至犯罪既遂的情况下，应当符合什么样的条件才可成立不能犯，然后再去讨论不能犯的性质、处罚以及危险性的判断标准等问题。对此，先不谈不能犯的性质是未遂行为还是非罪行为，本教科书赞同狭义的不能犯概念，即真正意义上的不能犯，只能是指绝对不能犯，而不能包括相对不能犯。具体来说，成立不能犯，必须具备两个要素：第一，实行行为不可能达至犯罪既遂，这是成立不能犯的前提性条件；第二，实行行为在任何情况下对相关法益都不具有现实的危险性，这是成立不能犯的实质性条件。如果实行行为虽然不可能达至犯罪既遂，但在通常情况下对相关法益具有现实危险性的，就不成立不能犯。质而言之，只有绝对不能犯才属于真正意义上的不能犯。

（二）不能犯的性质

在统一了不能犯概念的前提下，我们再来看不能犯的性质，分歧主要出于主观说与客观说之争：比如，尽管德国学者在决定行为不法性问题上持行为无价值论和结果无价值论的二元化观点，但以行为人主观意志来决定行为是否不法的行为无价值论仍然占据着重要地位，这也是德国学者乃至立法者将绝对不能犯纳入未遂行为范畴的根本原因所在，故带有明显的主观说痕迹。然而，日本学者之所以将绝对不能犯纳入非罪行为的范畴，其依据就在于将行为对法益的客观危险性视为决定行为不法的关键要素，此为客观说，也是一元化的结果无价值论在不能犯性质问题上的体现。

在不能犯性质问题上，本教科书认同未遂行为说，即不能犯属于犯罪的未遂行为。其实，关于不能犯性质的分歧，本质上还是反映了刑事古典学派的“行为刑法”和刑事社会学派的“行为人刑法”之争。但本教科书认为，不管是哪一种学派，都不能离开主、客观相统一的刑事责任原则；而在客观方面，不能仅以结果为唯一的判断要素，行为本身要比结果更为重要。在成立绝对不能犯的情况下，行为人主观上的“敌对意识”是相当明显的，客观上也实施了行为人自以为有效的符合构成要件的行为，这就使行为人的行为具有了犯罪的性质，行为人因无知才使其行为不可能对法益构成任何危险，并不能改变行为的犯罪性质；至于对这

[581] 参阅【意】杜里奥帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 128 页。

种行为是否处罚，那是另一个问题。不可罚不等于一定是非罪行为，比如，对犯罪的中止未遂也有不可罚的立法例，但我们不能由此就说犯罪的中止行为就属于非罪行为。

（三）不能犯的处理原则

如上所述，关于不能犯的处理，持非罪行为说的学者当然认为是不可罚的。问题在于，即便同样是持未遂行为说的学者以及立法例，对不能犯未遂的处理也有区别说、不可罚说和可罚说三种处理原则。本教科书认为，在统一了不能犯概念之后，区别说和不可罚说实际上是一致的，因为两者都认为绝对不能犯未遂是不可罚的。这样，对于绝对不能犯未遂来说，就只有不可罚说（如《韩国刑法典》和《葡萄牙刑法典》）和可罚说（如《德国刑法典》和《瑞士刑法典》）二种观点和立法例。

本教科书认同不可罚说，即对绝对不能犯未遂应当不予处罚，而不是减轻或免除处罚。在这一点上，结果无价值论的观点具有合理性，既然对法益在任何情况下都不可能构成危险，就无必要动用刑罚权。

（四）危险性的判断

在不能犯理论中，关于危险性的判断应当是最核心的理论，无论是未遂行为说还是非罪行为说，都无法回避危险性的判断标准问题。比如，对未遂行为说而言，危险性的判断旨在区分绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂；对非罪行为说而言，危险性的判断旨在区分未遂行为和非罪行为。由于非罪行为说中的不能犯实际上就是指未遂行为说中的绝对不能犯未遂，只是对两者的性质辨别不同罢了，因此，抛开不能犯性质不谈，从某种意义上说，对危险性作出判断的根本目的，也就是为了区分绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂。

应当指出，当德国学者费尔巴哈以对法益是否具有危险性为标准，将不能犯未遂分为绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂时，该观点确实受到了不少学者的质疑，认为这种分类实际上很难区分，正如有学者指出的那样，“尽管进行了多种尝试，也不能令人信服地将这两种不能犯加以区分”。[582]有学者举例说，给实际上没有怀孕的妇女实施堕胎行为而构成的不能犯未遂，究竟是绝对不能犯未遂还是相对不能犯未遂，理论上就很难区分。正因为如此，关于绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂的划分理论，在日本受到众多批评，甚至有学者认为，“今日在理论上已无人主张”。[583]

然而，本教科书认为，这种批评是没有道理的。费尔巴哈将不能犯未遂分为绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂的观点尽管在今天看来似乎是扩大了不能犯未遂的范围，[584]但对于如何确立认定真正意义上的不能犯未遂的标准来说，仍然具有相当重要的启示作用和现实意义。日本学者之所以对绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂的划分大加指责，主要原因并非是绝对不能犯未遂和相对不能犯未遂难以划分，而是因为在日本学者看来，这种划分没有指出绝对不能犯未遂从本质上说是缺乏构成要件符合性的行为，因而应当属于非罪行为的范畴，但这种批评显然只涉及不能犯的性质问题，而非划分标准问题。日本学者热衷于判断行为对法益有无危险性，从某种意义上说不也是一种绝对与相对之分吗？由此可见，费尔巴哈以对法益有无危险性为标准，将不能犯未遂分为绝对不能犯未遂与相对不

---

582 同上，第 265 页。

583 高仰止：《刑法总则之理论与实用》，台湾五南图书出版公司 1983 年版，第 322 页。

584 因费尔巴哈将相对不能犯未遂也视为不能犯未遂，故不符合《德国刑法典》第 23 条第 3 款关于不能犯未遂的规定。

能犯未遂的观点，与日本学者同样以对法益有无危险性为标准来区分不可罚的不能犯和可罚的未遂行为，可以说有殊途同归之效，因为双方的最终目的都是想找到一个判断危险性的标准，从而为绝对不能犯未遂（未遂行为说）或者是为非罪行为（非罪行为说）找到一个合理的认定标准。

本教科书认为，判断一个实行行为对法益是否具有危险性，日本刑法理论中的抽象危险说和客观危险说其实都包含了一定的合理性，其中尤以客观的危险说为妥。如果将它们综合起来，我们就可以得出这样一个结论，即判断危险性的标准，首先应当以行为人已经具体认知的事物状况为基础，然后再按照一般的经验法则进行判断：如果按照一般的经验法则判断，某种实行行为对相关法益在任何情况下不具有现实危险性的，就构成不可罚的不能犯未遂（即指绝对不能犯未遂）或不能犯（非罪行为）；反之，如果按照一般的经验法则判断，某种实行行为对相关法益在通常情况下具有现实危险性，仅仅由于行为人的认识错误才使这种危险性在特定情况下消失的，就构成可罚的未遂行为（即指相对不能犯未遂）。

四、《澳门刑法典》关于不能犯未遂的规定

《澳门刑法典》第 22 条第 3 款关于不能犯未遂的规定，在不能犯性质问题上，采用的是未遂行为说，即把不能犯看成是犯罪未遂的表现形式。而在对不能犯未遂的处罚问题上，则同《葡萄牙刑法典》一样，采用的是不可罚说，即对不能犯未遂不予处罚。如前所述，对不能犯未遂采不可罚说的立法例，其不能犯未遂的概念必然是一种狭义的不能犯未遂，即只包括绝对不能犯未遂，不包括相对不能犯未遂。因此，要正确理解《澳门刑法典》第 22 条第 3 款关于不能犯未遂的规定，就必须从实行行为对法益是否具有危险性出发，将该款规定的不能犯未遂限定在绝对不能犯未遂的范围之内。下面，笔者就该款规定的方法（或手段）不能犯未遂和对象（或客体）不能犯未遂分别举例说明之。

（一）方法不能犯未遂

根据《澳门刑法典》第 22 条第 3 款规定，所谓方法不能犯未遂，就是指行为人实施实行行为所采用的方法明显不可能使其达至犯罪既遂而构成的不能犯未遂。在方法不能犯未遂的情况下，运用上述经验法则去认定不能犯未遂，关键是从行为的功能出发，看实行行为本身在一般情况下是否足以对法益构成威胁：有威胁，应视为具有现实危险性，因而构成可罚的其他未遂行为；反之，就应视为不具有任何现实危险性，因而构成不可罚的方法不能犯未遂。比如，甲想用砒霜杀人而误将白糖当砒霜放入仇人杯中；或者甲想用毒药杀人唯因认识错误而致使所用毒药份量不够；或者甲并不知仇人穿了防弹衣而向其开枪，这些情况都不属于该款所指的方法不能犯未遂，而属于其他可罚的未遂行为。因为在这些情况下，经验法则告诉我们，行为人已认识并加以实施的用毒药杀人的行为以及开枪杀人的行为，在通常情况下都属于足以致人死亡的危险行为，因而对相关法益明显具有现实的危险性，仅仅是由于行为人的认识发生了错误，错把白糖当毒药，或错以为毒药份量已经足够，或不知他人身上穿有防弹衣，才致使其行为在当时情况下不可能达至犯罪既遂，所以，这些情况都属于可罚的未遂行为。与此不同的是另外一种情况，比如，甲以为头痛片可以致人死亡而将头痛片放入仇人杯中意图杀人，或者甲以为硫磺可以致人死亡而将少量硫磺放在仇人喝的酱汤中意图杀人，或者甲甚至使用诅咒等迷信方法意图杀人，这些情况就属于该款所指的不予处罚的方法不能犯未遂。因为在这些情况下，经验法则告诉我们，行为人已认识并加以实施的所谓杀人行为本身在任何情况下都不可能实现行为人想要达到

的目的，由此表明这些杀人行为本身对相关法益不具有现实的危险性，行为人之所以认为可行，无非是出于“严重的无知”，因而构成该款所指的方法不能犯未遂，不予处罚。

（二）对象不能犯未遂

根据《澳门刑法典》第 22 条第 3 款规定，所谓对象不能犯未遂，就是指行为人的行为要达至犯罪既遂所必须具备的对象根本不存在而构成的不能犯未遂。在对象不能犯未遂情况下，判断行为对相关法益是否具有现实危险性，关键是看实行行为指向的有关对象即客体是绝对不存在还是相对不存在：若是绝对不存在的，应视为不具有任何现实危险性，因而构成不可罚的对象不能犯未遂；反之，则具有现实危险性，因而构成可罚的其他未遂行为。比如，向死尸开枪，或对实际上没有怀孕的妇女堕胎，在这些情况下，因构成杀人既遂必须具备的对象即活的人，以及构成堕胎既遂必须具备的对象即胎儿是绝对不存在的，所以就构成了该款所指的对象不能犯未遂，不予处罚。与此不同的是另外一种情况，比如，甲意图偷窃而将手伸进路人的空口袋，或者甲打开以为里面有钱的空保险箱，或者甲以为仇人在房内而向房内投掷炸弹但仇人并未在房内，在这些情况下，因构成盗窃既遂所必须具备的对象即财物，以及构成杀人既遂所必须具备的对象即活着的人并非是绝对不存在，而只是在特定情况下的相对不存在，所以就不能构成该款所指的对象不能犯未遂，而属于其他可罚的未遂行为。

顺便指出，*关于对象不能犯未遂的危险性判断标准，还应当注意行为与对象之间的时间关系。只有当行为之前对象已绝对不存在的，方能构成对象不能犯未遂，如上述向死尸开枪，或对未怀孕的妇女实施堕胎，因行为前对象已绝对不存在，故构成对象不能犯未遂而不予处罚。但是，如果行为之前对象存在，行为之后对象才绝对不存在的，就不构成对象不能犯未遂，而属可罚的其他未遂行为。比如，甲在乙杯中下毒时，乙还活着，甲下毒后，乙在回来的路上遇车祸死亡，在这种情况下，甲仍然应按可罚的犯罪未遂予以处罚。*

第五节　中止未遂

所谓中止未遂，就是指在故意犯罪的实行过程中，因行为人意志以内的原因致使犯罪未达至既遂的情况。关于中止未遂，应当注意以下三个方面的问题：

一、中止未遂的原因

如前所述，关于犯罪未遂的概念，素有法国模式的大概念和德国模式的小概念之分。犯罪未遂的小概念主要是将犯罪未遂和犯罪中止加以区分，使其成为两种独立的犯罪未完成形态，故其犯罪中止既可包括预备阶段的中止（预备中止），也可包括实行阶段的中止（实行中止）。而犯罪未遂的大概念则将故意犯罪实行阶段的中止也一并纳入犯罪未遂的范畴，这样，犯罪未遂的大概念不仅排除了预备中止的概念，而且在分类方面，按照犯罪未达至既遂的原因又将犯罪未遂分为两类，即障碍未遂和中止未遂，前者是指实行行为开始后，因行为人意志以外的原因未达至犯罪既遂的未遂，后者是指实行行为开始后，因行为人意志以内的原因未达至犯罪既遂的未遂。

值得注意的是，在大陆法系许多国家或地区的刑法典中，鉴于中止未遂毕竟是出于行为人意志以内的原因致使犯罪未达至既遂，行为人主观恶性大为减小，具有可恕性，因此，立法者通常都会在刑法典关于犯罪未遂的规定中，对中止未遂作出特别规定，并对其采用不同于一般障碍未遂的处罚原则。由此可见，在犯

罪的实行阶段，正确区分行为人是出于意志以外的原因还是出于意志以内的原因而致使犯罪未达至既遂，直接关系到行为人的刑事责任。

（一）意志以外的原因

对意志以外的原因，可以按犯罪的实行行为尚未实施终了和实行行为已经实施终了两种不同情况进行判断。

1、实行行为未实施终了

在犯罪实行行为尚未实施终了的情况下，所谓意志以外的原因，就是指使行为人被迫停止实行行为而未达致犯罪既遂的各种情况；在这些情况下，认定意志以外的原因最重要的是抓住“被迫”这个关键词，也就是看行为人停止实行行为是不是不得已被迫停止。比如，抢劫犯正在对被害人实施暴力或暴力威胁时，碰上警察巡逻、有路人经过而逃走；或者盗窃犯进入他人住宅后恰好碰上主人返回、有人敲门而逃走；或者强奸犯实施强奸时遇到被害人的强烈反抗无法得逞而放弃强奸，这些情况都说明行为人放弃预定的犯罪都是因为发生了其本人没有预料到的情况而被迫停止犯罪的实行行为，所以都属于意志以外的原因。

必须指出，意志以外的原因之所以会发生，在大多数情况下都是外界作用的结果，也就是指在实行行为过程中发生了某种行为人没有预料到的、迫使其停止犯罪实行行为的情况，如上述各种情况。但是，意志以外的原因有时也会因行为人主观上的失误而发生，比如，甲在实施抢劫的过程中，发现路边楼房二楼的灯亮了，便以为有人要下来，于是停止抢劫匆忙逃走，实际上并无人下来，像这种情况，行为人主观判断的失误并不影响意志以外原因的成立，因为甲放弃抢劫是被迫的，故构成抢劫的障碍未遂。又比如，甲携带工具进入一公司财务室盗窃，在打开保险箱的过程中，发现有一个必备的工具放在家中忘了带，于是不得不停止盗窃返回，像这种情况，行为人主观上的失误同样不影响意志以外原因的成立，甲构成盗窃的障碍未遂。

2、实行行为已经实施终了

在犯罪实行行为已经实施终了的情况下，所谓意志以外的原因，就是指实行行为虽然已经实施完毕，但发生了行为人没有预料到的某种情况，正是该种情况，致使犯罪没有达至既遂。比如，甲早上在其妻牛奶杯中投下毒药后离去，本来其妻晚上下班回家后就会喝下有毒的牛奶，但其妻下班后正要喝有毒的牛奶时，不小心失手将牛奶杯掉在地上，因而未中毒身亡；很显然，这是甲没有预料到的，当然属意志以外的原因，甲的行为构成杀人的障碍未遂。

（二）意志以内的原因

对意志以内的原因，也可以按犯罪的实行行为尚未实施终了和实行行为已经实施终了两种不同情况进行判断。

1、实行行为未实施终了

在犯罪的实行行为尚未实施终了的情况下，所谓意志以内的原因，就是指使行为人自动停止实行行为而未达致犯罪既遂的各种情况。这里所讲自动性，前提是建立在行为人对当时情况的主观判断基础之上的。具体来说，判断是否成立意志以内的原因，首先是看行为人在当时的情况下，是否确信自己可以继续实施犯罪的实行行为。如果发生了某种行为人没有预料到的情况，行为人自以为已无法继续实施犯罪而停止，但实际上是可以继续实施犯罪的，也只能视为意志以外的原因而构成犯罪的障碍未遂。比如，甲男骑电单车经过公路岔道时，见乙女一人在行走，周边无人，便起歹意；于是，甲男将乙女拖至路边，欲行奸淫，并以暴

力威胁乙女不准喊叫；乙女在挣扎过程中，突然急中生智，谎称其丈夫骑电单车就在身后，马上就会赶到；甲男紧张之中信以为真，心虚害怕，便将乙女摔倒在地后，威胁其不得起来，而后匆匆骑上电单车逃离现场。像这种情况，尽管客观上甲男的强奸行为可以继续进行下去，但因甲男自以为强奸行为已不能再继续下去而停止强奸，所以应当按强奸罪的障碍未遂论处。

其次，在行为人确信自己完全可以继续实施犯罪的实行行为基础上，如果行为人出于本人的意志，决定停止犯罪的实行行为的，就构成意志以内的原因，不管这种意志决定是客观原因还是主观原因使然，都不影响意志以内原因的成立。比如，在犯罪实行过程中，行为人自以为在当时情况下可以继续将犯罪完成，但出于对被害人的同情和怜悯，或慑于法律的威严和惩罚，或受他人的规劝的影响，或内心感到恐惧、害怕，自愿停止犯罪实行行为的，都构成意志以内的原因，属于中止未遂。即便在他人看来，行为人已不可能达至犯罪既遂，也不会影响意志以内原因的成立。比如，在敲诈案件中，由于被害人的报案，警察已派员埋伏在约定的交钱地点，客观上敲诈者已无法实现敲诈目的；但敲诈者对此却一无所知，自以为可以取到钱而前去约定的交钱地点拿钱，结果半路上又心存恐惧而放弃敲诈返回，像这种情况，仍然构成犯罪的中止未遂。

2、实行行为已经实施终了

在犯罪实行行为已经实施终了的情况下，所谓意志以内的原因，就是指实行行为虽然已经实施完毕，但在构成要件所要求的结果尚未发生之前，促使行为人自动采取有效措施，来防止构成要件结果发生的各种情况。这里所讲的自动同上述情况一样，是指行为人本人的意志决定，不管这种意志决定是客观原因还是主观原因使然，都不影响意志以内原因的成立。比如，甲早上在其妻牛奶杯中下毒，晚上回家见其妻正在挣扎而心生怜悯，便将其妻送医院抢救，使其妻得救，这就属于意志以内的原因，构成杀人的中止未遂。

二、中止未遂的种类

不少大陆法系国家或地区的刑法典在规定中止未遂的种类时，通常都只规定两种中止未遂的表现形式，即实行行为未实施终了的中止未遂和实行行为实施终了的中止未遂。[585]但根据《澳门刑法典》第 23 条规定，中止未遂则包括了四种表现形式，下面分别介绍之。

（一）实行行为未实施终了的中止未遂

根据《澳门刑法典》第 23 条第 1 款规定，所谓实行行为未实施终了的中止未遂，就是指“行为人因己意放弃继续实行犯罪”的中止未遂；这里讲的“己意”，等同于意志以内的原因，具体来说，该规定表明，在实行行为开始后，只要行为人出于意志以内的原因而自动停止实行行为，致使犯罪未达至既遂的，构成中止未遂。认定实行行为未实施终了的中止未遂，应注意两个问题：

1、犯罪未达至既遂

在理论上，犯罪未遂与犯罪既遂在一般情况下是不可能同时存在的，[586]一旦犯罪达至既遂，就不可能再返回到犯罪未遂的形态。因此，要构成实行行为未实施终了的中止未遂，犯罪必须没有达至既遂。如果犯罪已既遂，即便行为人停止实行行为，也不构成中止未遂。比如，甲出于杀人意图用刀砍乙，在砍了数刀后

[585] 理论上，前者中止通常称之为着手中止，而后者中止则称之为实行中止。

[586] 这里之所以要加“一般情况”，乃是因为对下面提到的危险犯的中止未遂来说，这一理论恰恰是不适用的。

突然害怕受到法律制裁，于是自动停止杀人行为，并将乙送医院抢救，*惟*乙因伤重而死，在这种情况下，甲仍然构成杀人既遂，其悔悟表现只能作为量刑的一种情节考虑。

2、自动停止具有彻底性

自动停止犯罪的实行行为必须具有彻底性，这是构成中止未遂的重要条件之一。这一条件表明，行为人自动放弃犯罪的实行行为，应当是完全的、坚决的、真诚的，也就是彻底放弃了原有的犯罪意图。如果行为人仅仅是有条件地放弃实行行为，或只是认为时机不成熟而暂时放弃实行行为，就不能成立中止未遂。比如，甲男使用强制手段企图强奸乙女，后乙女假装同意，甲男遂放弃强制行为，稍事休息后准备再对乙女实施奸淫，此时如果甲男被抓，就不构成强奸的中止未遂，因为甲男之所以“自动”放弃强制行为是以乙女不得反抗为条件的，一旦乙女反抗，甲男仍会继续实施强制行为。又比如，甲潜入某公司财务室盗窃，当撬开保险箱时，发现里面钱太少，怕偷走后引起公司警觉，不利于下次盗窃，于是原封不动地退回离开，准备下次再伺机实施盗窃，这种情况也不构成盗窃罪的中止未遂，因为甲之所以“自动”放弃盗窃，只是有目的的暂时放弃，其原有的盗窃意图并没有彻底放弃；即便甲在对该公司实施第二次盗窃之前，因实施了其他盗窃行为而被抓获，甲的第一次盗窃未遂在性质上仍然属于障碍未遂。当然，彻底停止犯罪是具有相对性的，也就是只能是针对同一行为客体而言，并非是指行为人以后任何时候都不再实施同种类的犯罪。比如，甲本想对一妇女实施强奸，后出于同情而放走了该妇女，此后甲又对另一妇女实施了强奸，在这种情况下，甲的第一次强奸与第二次强奸都是独立的行为，对第一次强奸未遂来说，性质上仍然属于中止未遂，并不受第二次强奸行为的影响。

（二）实行行为实施终了的中止未遂

根据《澳门刑法典》第 23 条第 1 款规定，所谓实行行为实施终了的中止未遂，就是指行为人“因已意防止犯罪既遂”的中止未遂。该规定表明，在实行行为已经终了的情况下，只要构成要件所要求的结果尚未发生，行为人出于意志以内的原因而自动有效地防止了该等结果发生的，也构成中止未遂。

从某种意义上说，在作为犯的情况下，实行行为未实施终了的中止未遂与实行行为实施终了的中止未遂的重要区别在于：前者属消极的中止未遂，而后者属积极的中止未遂。因为对实行行为未实施终了的中止未遂来说，行为人只要消极地停止实行行为，以阻止犯罪既遂，即可成立中止未遂；但对实行行为已经实施终了的中止未遂来说，行为人必须积极地采取相应措施，以便有效地防止犯罪既遂。因此，在实行行为实施终了的情况下，认定中止未遂必须注意三点：

第一，行为人采取防止犯罪既遂的措施是否积极，是否有效，是否作出了认真的努力，是否“用尽可避免结果发生的一切可能性”。[587]有学者指出，“如果中止行为人仅采取可能是不充分的措施，尚不足构成中止，即使此等措施从结果上看是行为结果未发生的原因之一”。[588]由此表明，“防止结果发生的行为，必须是为了防止结果表示出真挚努力的行为”，[589]否则，不能成立中止未遂。比如，甲意图杀害乙，将毒药放入乙酒中交给乙，后因心生悔意，乃请求乙将酒还给自己，乙回答说已将酒喝完；此时，甲心想可能毒药没有产生药效，因而就离去；数日

[587]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 655-656 页。

[588] 同上，第 655 页。

[589]【日】团藤重光著：《刑法纲要总论》（改订版），创文社 1979 年版，第 339 页（转引自马克著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 596 页）。

后，乙虽喝下毒酒，但因毒药未达致死之量，仅导致肠胃不适。[590]像这种情况，甲虽有悔意，也采取了相应措施，但甲明知乙已喝下毒酒，却又弃而不管，说明其并未“用尽可避免结果发生的一切可能性”，故*不构成中止未遂。*

第二，行为人采取的措施必须是有效地防止了犯罪既遂，如果行为人尽管采取了避免结果发生的措施，但结果还是发生了，行为人就应当承担犯罪既遂的刑事责任。比如，投毒者在投毒杀人后虽对被害人采取积极的抢救措施，*惟*被害人最终死亡的，仍构成杀人罪的既遂。

第三，一旦犯罪既遂后，即便行为人再生悔意，并采取积极的补救措施，也不构成中止未遂。比如，盗窃犯将已经窃得的他人财物再送回原处，或侵占公款者主动退回赃款的，都不构成中止未遂。

（三）既遂犯的中止未遂

根据《澳门刑法典》第 23 条第 1 款规定，所谓既遂犯的中止未遂，就是指“犯罪虽已既遂，但因己意防止不属该罪状之结果发生”的中止未遂。毫无疑问，从表面上看，这样的规定显然是与犯罪未完成形态的基本理论相矛盾的，因为犯罪一旦既遂，理论上就不可能再返回到未遂状态，如杀人、伤害、强奸、抢劫、盗窃等犯罪一旦既遂，不管行为人怎么努力，都不可能成立中止未遂。由此可见，《澳门刑法典》第 23 条第 1 款规定的既遂犯的中止未遂，只能是一种例外性的或称之为变通性的规定，它只能是指特定的犯罪而言的，而这种特定的犯罪就是危险犯。

危险犯之所以在其既遂后还能成立中止未遂，取决于危险犯的既遂特点。如前所述，危险犯是否既遂，是以行为人的行为是否足以造成法定的危险状态为标准，而并非是以实际发生的实害结果为标准。比如，对“故意造成火警、爆炸及其他特别危险行为罪”（第 264 条第 1 款）来说，只要行为人的行为对他人生命造成危险、对他人身体完整性造成严重危险，或对属巨额之他人财产造成危险的，就构成既遂，至于行为是否造成他人死亡、受伤或巨额财产受损等实害结果，不影响犯罪的既遂，这些实害性结果都不属于构成危险犯罪状的结果。这样，从时间上考察，危险犯的既遂与接下去可能会发生的实害结果之间，往往就有一段时间差。正是考虑到危险犯既遂的这一特点，为了促使实施此类犯罪的行为人在犯罪已既遂与实害结果尚未发生的这段时间差中，努力地、积极地去防止实害结果的发生，避免给社会造成更大的实际损失，更有效地保障他人的人身和财产安全，立法者才特别规定，危险犯的行为人在犯罪既遂后，只要其自动有效地防止了非罪状之实害结果发生的，仍能成立中止未遂。比如，甲为了实施爆炸罪，在某公共场所安装了定时炸弹，三小时后爆炸。在这种情况下，当甲将定时炸弹安装完毕时起，因法定的危险状态已经形成，故甲的行为构成爆炸罪的既遂；如果甲在定时炸弹爆炸前悔悟并主动报警，避免了爆炸结果的发生，甲仍然构成中止未遂。又比如，对放火罪也是如此，只要行为人在点火后主动将火扑灭，尽管放火罪已既遂，仍然成立中止未遂。

应当指出，在大陆法系国家或地区的刑法典中，像《澳门刑法典》[591]这样在总则中明确规定既遂犯的中止未遂，实不多见，但对危险犯采取这样的特别规定，学者们是普遍认同的，司法实践也多予以采纳。本教科书认为，在刑法典总则中明确规定特定的既遂犯的中止未遂具有合理性，它既有利于鼓励危险犯的行为人

[590] 案例引自【日】川端博著，甘添贵监译，余振华译著：《刑法总论》，台湾元照出版有限公司 2008 年版，第 275 页。

[591] 其实也就是指《葡萄牙刑法典》，因《澳门刑法典》是以《葡萄牙刑法典》为蓝本的。

去防止实害结果的发生，避免在同类问题上出现执法不统一的现象，同时也符合罪刑法定原则的基本要求。

值得注意的是，在《德国刑法典》总则中，并没有此类关于既遂犯中止未遂的规定，但有德国学者认为，“即使在既遂的场合，法律在若干构成要件里，规定将行为自动放弃的场合不予以处罚。属于这种情况的有：例如，纵火罪、劫持飞机罪的‘真诚悔悟’，以及阻止犯罪组织的存续”。[592]但是，根据《德国刑法典》分则的相关规定，在实施上述三种犯罪时，行为人自动防止非罪状之结果发生或自愿停止行为的，仅是依据《德国刑法典》总则第 49 条第 2 款减轻或免除处罚，而《德国刑法典》第 24 条对中止未遂则明确规定“不受处罚”。因此，本教科书认为，实施上述三种犯罪而自动防止非罪状之结果发生或自愿停止行为的，并非属于严格意义上的中止未遂，至少不属于《德国刑法典》总则所规定的中止未遂，而只是一种减免刑罚的情节；否则，实有刑法典分则规定抵触刑法典总则规定之嫌。

（四）努力型的中止未遂

根据《澳门刑法典》第 23 条第 2 款规定，所谓努力型的中止未遂，就是指防止犯罪既遂或防止非罪状之结果发生的事实虽与犯罪中止人的行为无关，但犯罪中止人曾认真作出努力防止犯罪既遂或防止非罪状之结果发生的中止未遂。该规定的意思是指，只要行为人为防止犯罪既遂或防止非罪状之结果发生曾经作出了认真的努力，即便犯罪未达至既遂或非罪状之结果没有发生实际上与行为人作出努力的行为无因果关系，也一样视为中止未遂。

关于努力型的中止未遂能否成立，理论上是有分歧的：（1）否定说。该说认为，“成立中止犯要求行为人的中止行为与结果不发生之间具有因果关系，即结果之所以不发生，是因为行为人的中止行为所致”。[593]如果“在认真的中止行为与结果没有发生之间不存在因果关系时，例如，行为人虽然中止了犯罪，但是，由其他人的行为防止了结果，或者从一开始结果就不可能发生时，是否成立中止犯？通说.判例否定成立中止犯”；[594]否定说在日本的刑法理论和审判实践中，属于主流的观点。（2）肯定说。该说认为，只要行为人为防止犯罪既遂作出了认真的努力，就表明行为人有悔悟之意，其责任就已减少或消灭，因此可以成立中止犯，即便中止行为与结果没有发生之间不具有因果关系，也不影响中止犯的成立。肯定说为德国刑法理论和审判实践中的主流观点，《德国刑法典》第 24 条第 1 款也明确规定，如果犯罪没被完成与中止者的行为无关，只要中止者自愿地和认真地努力阻止犯罪完成，同样成立中止未遂。

本教科书认为，对中止未遂的认定，最重要的是看中止行为人是否认真作出了努力，即是否有悔意并为此采取了行动，这是中止未遂的本质所在，即便在特定情况下，行为人的认真努力与结果没有发生之间不存在因果关系，也不应当否定中止未遂的本质。为此，本教科书赞同肯定说，《澳门刑法典》第 23 条第 2 款对中止未遂的规定显然也是采用肯定说的观点。比如，甲在其妻牛奶中下毒，见其妻中毒后又后悔，便打急救电话求救，送医院后经检查，甲下的毒份量不够，即使甲不将其妻送医院，其妻也无性命之忧。在这种情况下，尽管甲将其妻送医院抢救的行为与其妻没有死亡之间并不存在因果关系，但甲作出了认真的努力，

[592]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 657 页。

[593] 张明楷著：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 278 页。

[594]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 223 页。

所以仍然构成实行行为实施终了的中止未遂。又比如，甲在森林中放火，点火后悔悟，于是想将火扑灭，无奈风助火势，靠甲一个人的力量根本不可能将火扑灭；此时，山下村民发现火情，便出动上百人一起扑火，并将火扑灭。在这种情况下，尽管甲个人扑火的行为与火灾的实害结果没有发生之间不具有因果关系，但甲作出了认真的努力，所以同样构成既遂犯的中止未遂。

三、中止未遂的处置

对中止未遂如何处置，学者之间的一致看法是应当区别于障碍未遂，但究竟如何处置，理论上有不同的解释，立法例也不尽一致。

（一）立法例

关于对中止未遂的处置，从立法上看有三种不同模式：

1、减免模式

所谓减免模式，就是指在立法上对中止未遂采用减轻或免除刑罚的原则，采此立法例的如日本、瑞士、韩国、中国等国家的刑法典，*惟*具体减轻还是免除刑罚的标准不太一致。比如，根据《日本刑法典》第 43 条和《韩国刑法典》第 26 条规定，凡中止未遂的，应当减轻或免除刑罚，具体标准由法官酌情判断。又比如，根据《瑞士刑法典》第 21 条第 2 款和第 22 条第 2 款规定，对实行行为未实施终了的中止未遂是免除刑罚，但对实行行为实施终了的中止未遂则为减轻刑罚，其减轻还是免除刑罚的标准是看实行行为是否实施终了。还比如，根据《中华人民共和国刑法典》第 24 条规定，对没有造成损害的中止未遂是免除处罚，对造成损害的中止未遂则为减轻处罚，其减轻还是免除刑罚的标准是看实行行为有无造成实际损害。

2、不予处罚模式

所谓不予处罚模式，就是指在立法上对中止未遂采用不予处罚的原则，采此立法例的如德国、葡萄牙、蒙古等国家的刑法典。比如，根据《德国刑法典》第 24 条第 1 款规定，凡中止未遂的，不受处罚；而《蒙古刑法典》则规定，凡中止未遂的，免除刑事责任。

3、减轻与不罚模式

所谓减轻与不罚模式，就是指在立法上对实行行为未实施终了的中止未遂采不予处罚的原则，对实行行为实施终了的中止未遂则采减轻处罚的原则，采此立法例的如《意大利刑法典》。因为根据《意大利刑法典》第 56 条第 3 款规定，“如果犯罪人自愿中止行为，只有当已完成的行为本身构成其他犯罪时，才处以为该行为规定的刑罚”，言外之意，如果实行行为不构成其他犯罪的，对中止未遂就不予处罚。其次，《意大利刑法典》第 56 条第 4 款又规定，“如果自愿阻止结果的发生，处以为犯罪未遂规定的刑罚并减轻三分之一至一半”。

（二）立法依据

立法例的不一致，与学者对中止未遂性质的解释是密切相关的。关于中止未遂性质的解释，理论上主要有三种学说：

1、政策说

政策说旨在从刑事政策的角度来考察中止未遂的性质，它又可分为一般预防政策说和特别预防政策说。一般预防政策说认为，对中止行为人给予宽大处理，无疑于“在已经犯了罪的行为人之间架设一座中止犯罪的黄金桥”，[595] “会鼓励

[595]【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》（修订译本），法律出版社 2006 年版，第 346 页。

更多的人中止犯罪，符合预防犯罪的刑事政策的要求”。[596]特别预防政策说则侧重于中止行为人，认为中止行为表明“消灭.减少了犯人的危险性”，[597]因此，“彻底免除刑罚的希望可能最容易促使行为人选择回头——而这种考虑可能始终都切合实际”。[598]政策说在德国刑法理论中占据主导地位，这也是《德国刑法典》对中止未遂采不予处罚模式的主要立法依据。

2、法律说

法律说旨在从构成犯罪的诸要素角度来考察中止未遂的性质，它又可分为违法性减少.消灭说和责任减少.消灭说。“前者认为，由于中止，行为的违法性就减少或者消灭了；后者认为，由于中止，就减少、消灭了对行为人的责任非难”。[599]对中止未遂采减免刑罚模式的立法例，通常都是以法律说作为主要的立法依据。

3、综合说

此说认为，上述两种学说都有其合理之处，也有其不尽完美之处，应将两者结合起来，综合考察中止未遂的性质。此说在日本刑法理论中得到较多学者认同。如有日本学者认为，“首先，在这里考虑政策是不容置疑的。中止的动机不要求出于道德的悔悟，明显是出于政策。然而仅仅用政策不能完全说明这一规定的本质……我认为中止犯立法的重点在于承认责任的减少”。[600]也有日本学者认为，“关于我国刑法典规定的中止犯的性质，我认为应该综合上述各见解的所有主张来理解。首先，当然应该以法律说为基调，……另外，当然必须一并考虑一般预防和特别预防来减免刑罚”。[601]

本教科书赞同综合说。因为从法律说的角度，认为中止行为人的违法性或责任减少或消灭，此为对中止行为人减免刑罚提供了依据。而后从刑事政策的角度考虑，为了鼓励犯罪人中止犯罪，减少犯罪对社会的危害，对中止行为人不予处罚具有一定的合理性。

（三）不予处罚的中止未遂与可罚的犯罪既遂

对中止未遂采不予处罚的立法例来说，正确理解不予处罚的中止未遂与可罚的犯罪既遂之间的关系，是十分重要的。正如德国学者李斯特指出的那样，“中止犯罪虽不处罚但它并未根本改变未遂犯的犯罪性质，就此点而言，它有与个人之阻却刑罚事由一样的意义”；据此，“不处罚的只是未遂行为，在未遂犯行为中已实行终了的其他犯罪，仍应处罚。自费尔巴哈以来，人们称之为‘结果加重’的未遂犯”。[602]也有德国学者认为，“如果在未遂中包含了已经既遂的犯罪行为，则该行为不因自动中止而不处罚（所谓的加重的未遂）。该情形既可出现于想象竞合的场合也可出现于法条竞合的场合。既遂行为不能因行为人同时实现其他犯罪的未遂而不予处罚”。[603]这一在中止未遂中处罚既遂行为的理论，被德国审判实践广为采纳。“例如，在入室盗窃不处罚的中止情况下，能够成立损坏财物罪

---

596 马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 581 页。

597【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 219 页。

598【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 273 页。

599【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 219 页。

600【日】植松正著：《刑法概论 I 总论》（再订版），劲草书房 1974 年版，第 324 页（转引自马克著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 591 页）。

601【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 219-220 页。

602【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》（修订译本），法律出版社 2006 年版，第 349-350 页。

603【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 659 页。

和侵犯住宅安宁罪。中止强奸未遂者，根据不同的情节，可能构成第 178 条规定的强制猥亵，或者构成第 223 条a规定的应受处罚的危险伤害。……中止毒杀未遂的，因投毒按照第 229 条规定的过失伤害处罚。中止谋杀未遂的，已经构成既遂的身体伤害”。[604]

本教科书认为，《澳门刑法典》因对中止未遂采用了不予处罚的模式，故应特别注意对中止未遂情况下其他既遂行为的处罚。比如，甲出于杀人目的致被害人重伤而中止杀人行为的，应按“严重伤害身体完整性罪”（第 138 条）的既遂处罚。又比如，甲深夜实施抢劫，将被害人打成重伤后出于同情中止抢劫，这属于“抢劫罪”（第 204 条）和“严重伤害身体完整性罪”的法条竞合，对甲虽不能以“抢劫罪”处罚，但可按“严重伤害身体完整性罪”的既遂处罚。还比如，甲在停放电单车的场所放火烧电单车，火起后又因害怕而将火扑灭，*惟*其中有两辆电单车已被严重损毁，这属于“故意造成火警罪”（第 264 条第 1 款）和“加重毁损罪”（第 207 条）的想象竞合，对甲虽不能以“故意造成火警罪”处罚，但可按“加重毁损罪”的既遂处罚。

值得注意的是，在日本刑法理论中，有些日本学者认为，“行为人中止了甲罪，但是，至此产生的事实即使符合乙罪的构成要件，也不成立乙罪，只作为甲罪的中止犯来对待就够了。例如，成立杀人罪的中止犯时，即使存在现实发生的伤害事实，也不能成立伤害罪”。[605]本教科书认为，日本学者之所以有如此观点，主要是因为《日本刑法典》对中止犯采用的是减免刑罚模式，杀人者造成伤害后果的，可以按杀人罪减轻处罚。而《德国刑法典》对中止未遂是采用不予处罚模式，如果对造成被害人重伤的杀人中止犯不予处罚，显然是不合理的。[606]即便如此，当中止犯与其他犯罪形成竞合关系时，日本学者还是认为应当处罚其他犯罪的既遂行为。因为“中止犯的效果，当然不及于与中止的犯罪处在并合罪关系上的其他犯罪，也不及于处在科刑上一罪（观念的竞合、牵连犯）的关系上的其他犯罪。例如，以窃盗的目的侵入他人的住居后，即使中止了窃盗，也不免除关于侵入住居罪的既遂的责任。另外，中止行为本身符合其他罪的构成要件时，也可以作为独立的犯罪被处罚。例如，放火犯人因为灭了火，其损坏建筑物一部分的行为就成立损坏建造物罪（第 260 条）”。[607]

（四）预备中止的处置原则

对于持犯罪未遂小概念的立法例来说，预备中止因已包括在犯罪中止的概念之内，按犯罪中止的规定处置当然不成问题。然而，对于持犯罪未遂大概念的立法例来说，犯罪中止仅仅是指犯罪实行阶段的中止未遂，并不包括预备阶段的中止，为此，对预备阶段的中止行为如何处置，就没有了法律依据。事实上，这种情况是客观存在的。比如，在澳门刑法中，如前所述，虽然一般不处罚犯罪预备行为，但法律有特别规定的预备行为，却是可罚的行为。那么，对这些经法律特别规定可处罚预备行为的犯罪来说，行为人就可能在预备阶段自动停止，由此就构成预备中止。对这样的预备中止是否应当处罚，《澳门刑法典》并无规定。

本教科书认为，在法律无明文规定的情况下，对预备中止行为可准适用中止未遂的规定，即对预备中止行为不予处罚，但与中止未遂一样，如果在预备中止

---

[604] 参阅：同上，第 659-660 页。

[605]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 224 页。

[606] 本教科书同时还认为，日本学者之所以有这样的观点，也是有一定道理的。因为杀人的中止犯本来是杀人的故意，现在定伤害罪，似乎有悖于主、客观相统一的刑事责任原则。但有学者认为，杀人的故意包含了伤害的故意，这样解释未免牵强。

[607] 同上。

情况下包含了已经既遂的其他犯罪行为的，则仍应处罚。

第八章　共同犯罪

第一节　共同犯罪概述

一般来说，除非法律有特别规定（如聚众性犯罪），刑法分则所规定的各种具体犯罪，都是以个人单独实施犯罪为模式。因此，在二人以上共同实施犯罪的情况下，如何解决每一个共同犯罪人的刑事责任，刑法分则并无规定。为了解决这个问题，在大陆法系国家或地区的刑法典总则中，立法者通常都会对共同犯罪的刑事责任问题，作出相应的规定。

一、共同犯罪的概念

关于共同犯罪的概念，大陆法系国家的刑法典一般均无规定，如《德国刑法典》、《日本刑法典》、《法国刑法典》、《葡萄牙刑法典》等国家的刑法典仅在总则中对共同犯罪人的分类作出规定，但无共同犯罪概念的规定。也正因为刑法典没有对共同犯罪的概念作出明确规定，所以对共同犯罪概念的解释也就成为一种学理上的解释。如有的学者认为，“所谓共犯，是指二人以上的行为人共同实现犯罪的情形”；[608]或者是“指本由一人实施之犯罪，而由数人实施之情形”；[609]概括地说，“共同犯罪仅仅是参与犯罪的一种形式。共同犯罪不是由一人单独实行犯罪，而是有数人一起实行犯罪”。[610]

很显然，学者对共同犯罪概念的解释主要侧重于犯罪的主体和犯罪的客观方面，即共同犯罪的主体必须是二人以上，否则就无共同犯罪可言；而客观方面则必须是共同实施犯罪，即“指数人为了一个犯罪结果发生而协力”。[611]至于在共同犯罪过程中，每一个共同犯罪人主观上是否要有一定的意思联络，如果有，这种意思联络究竟应当如何理解，则并没有在上述共同犯罪的概念中加以说明。究其原因，主要在于大陆法系国家或地区的刑法学者对共同犯罪的主观意思联络内涵往往有着不同的看法。比如，在共同犯罪能否由共同过失构成或片面的意思联络能否构成共同犯罪等问题上，学者之间就存在着分歧。

二、共同犯罪的成立要件

关于共同犯罪的成立要件，应当把握以下三个方面：

（一）共同犯罪的主体要件

构成共同犯罪，其主体要件必须是二人以上。首先，这里讲的“人”，既可以是自然人，也可以是法人。比如，甲、乙分别以A公司和B公司的名义，相互勾结，相互串通，共同走私逃税，其逃税所得均为公司所有；在这种情况下，根据对法人犯罪的双罚制原则，不仅甲和乙构成自然人的共同犯罪，而且A公司和B公司也会构成法人的共同犯罪。其次，对自然人来说，构成共同犯罪主体的行为人，都必须是达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人。比如，甲作为一个成年人本身具有刑事责任能力，他教唆乙去放火，但乙是一个尚未达到刑事

---

[608]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 234 页。
[609] 蔡墩铭著：《刑法总论》，台湾三民书局 2009 年修订八版，第 259 页。
[610]【法】卡.斯特法尼等著，罗结珍译：《法国刑法总论精义》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 299 页。
[611] 转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 643 页。

责任年龄的少年；在这种情况下，由于乙不具备刑事责任能力，其行为不构成犯罪，实际上只剩下甲一个犯罪人，因此就不构成共同犯罪。如果甲的行为符合间接正犯的条件，即甲是将乙作为犯罪工具而加以利用的话，可对甲按间接正犯[612]定罪处罚。

（二）共同犯罪的主观要件

所谓共同犯罪的主观要件，就是指二个以上的行为人在主观上对共同参与的犯罪要有一定的犯罪意思联络，也有学者称之为“参与者的全体成员必须具有关于实现特定犯罪的意思联络”。[613]共同犯罪人之间的意思联络，直接关系到共同犯罪能否成立，对共同犯罪的成立起着决定性的作用。纵观学者们对共同犯罪主观要件的解释及探讨，主要包括以下几个方面：

1、同时犯不构成共同犯罪

当二个以上的行为人在没有意思联络的情况下，同时或接近于同时而前后对同一法益实施了侵害行为的，刑法理论上通常称之为同时犯。同时犯因不存在共同犯罪的意思联络，不构成共同犯罪，行为人各自承担单独犯罪的刑事责任。比如，甲、乙都想杀死丙，两人并不认识，事先也无任何联络，但在同一日同一时间共同埋伏在丙经过的道路的两旁，彼此都没有发现对面有人；当丙经过时，甲与乙几乎同时向丙开枪，甲开枪击中丙的要害，直接致丙死亡，而乙开枪击中的是丙的胳膊。在这种情况下，甲和乙就构成同时犯，不构成杀人的共同犯罪，应分别处罚：甲负杀人既遂的刑事责任，乙负杀人未遂的刑事责任。

值得一提的是，在同时犯的情况下，当因果关系无法确定时，学者们通常主张按“有利于被告”原则处理。比如，在上例中，如果丙的死亡结果不知是出于甲的射击还是出于乙的射击，也就是无法确定是甲的子弹还是乙的子弹击中丙的要害的，对甲和乙就都以杀人未遂进行处罚。有的国家的刑法典，甚至对此都作出明确规定；比如，根据《韩国刑法典》第 19 条（独立行为的竞合）规定，“同时或者先后的独立行为竞合，无法判明孰为结果发生之原因行为的，各行为均以未遂犯处罚”。当然，如果法律一旦对同时犯的处罚原则有特别规定的，也应当按法律规定处理。比如，根据《日本刑法典》第 207 条关于“同时伤害之特例”的规定，如果“二人以上施加暴力致使他人受伤害，在不能辩识所加伤害之轻重或不能辩识为何人所伤时，虽非共犯亦依共犯之规定处断”，这一规定显然是针对因果关系不明的同时犯而言的，即在因果关系不明的情况下，对同时犯按共同犯罪处理，*行为人*都须对实际造成的后果负责。本教科认同“有利于被告”的处置原则。像《日本刑法典》这样将因果关系不明的同时犯当作共同犯罪处理，理论上明显违反共同犯罪的主观要件，也有悖于刑事证据原则，所以只能称之为是“特事特办的特例”，不应作为一般原则对待。

2、意思联络非指向同一特定犯罪的不构成共同犯罪

在共同犯罪过程中，二个以上的行为人相互之间的意思联络，应当指向同一个特定犯罪；换句话说，二个以上的行为人在主观上应当具有相同的具体故意内容；如果二个以上的行为人相互之间虽有意思联络，但具体故意内容明显不同，非指向同一特定犯罪的，不能构成共同犯罪。举例来说，甲男经常调戏乙女，乙女跟其丈夫丙男诉说，于是两人商议后决定：如果甲男再来勾引乙女，就将其腿打断。有一天夜里，甲男又去乙女家门前轻声呼叫乙女，乙女叫醒丈夫丙男，丙男拿起铁锹冲出门外，见甲男躲在墙下，遂当场萌发了打死甲男的念头，于是拿

---

[612] 关于间接正犯的性质，本教科书始终认同区别说，即将间接正犯与共同犯罪中的正犯相区别。

[613] 马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 644-645 页。

起铁锹对准甲男的头部猛击，将甲男打倒在地；当甲男挣扎着想逃跑时，乙女拿着扁担赶到，于是又和丈夫丙男一起按照事先约定对准甲男的腿部猛打，直至将甲男打倒不起；后甲男被他人抬回家，次日凌晨死亡；经鉴定，甲男死于严重脑挫伤。在这个案例中，乙女和其丈夫丙男主观上虽有意思联络，但两人的具体故意内容显然不同，乙女只有伤害的故意，而其丈夫丙男原先是伤害的故意，后见到甲男后则临时产生了杀人的故意，并实施了杀人行为，直接导致了甲男的死亡结果。所以，既然乙女主观上没有杀人的故意，就不能视其为共同杀人，而应将乙女和其丈夫丙男分开处理，分别定罪：乙女*和其丈夫丙男构成共同故意伤害罪*，其丈夫丙男*另*构成故意杀人罪。

应当指出，从主观内容来看，当意思联络非指向同一个特定犯罪时，实际上也就是表明二个以上的行为人在具体犯罪故意内容方面发生了差异，这种差异可以表现在两个方面：（1）犯意升级导致的差异。所谓犯意升级导致的差异，就是指某个共同犯罪人实施的犯罪行为实际上已经超出了原先商定的故意内容。如上例中，丙男的杀人故意已经超出了夫妻二人原本商定的伤害故意，应属故意内容因犯意升级导致的差异。对此，德国的司法判决也明确指出，“共同正犯的共同的刑法责任只及于共同的犯罪决意所包含的范围。具体的参与人超越共同的犯罪决意所实施的行为，只能被视为单独正犯的行为”。[614]（2）犯意不同导致的差异。所谓犯意不同导致的差异，就是指共同犯罪人的故意内容南辕北辙，互不相通。比如，甲与乙通过商量，共同租借了一条船搞偷运，租金分摊，其他互不相干，装什么货物也相互保密：甲装的是武器和弹药，其主观上是走私武器、弹药的故意；乙装的是毒品，其主观上是走私毒品的故意。像这种情况，就属于质的差异，甲和乙不构成共同犯罪，应各自按刑法规定的相关罪名定罪处罚。

关于意思联络非指向同一个特定犯罪的情况，还可以包括因二个以上的行为人罪过形式不同而不构成共同犯罪的情况。比如，甲将装上子弹的枪交给乙，对乙谎称枪中无子弹，并让乙拿枪瞄准丙，唆使乙扣动板机吓唬一下丙，甲的本意是想借乙的手打死丙；乙信以为真，未对枪加以检查，就对准丙扣动板机，结果将丙打死。在这种情况下，甲的罪过形式显然是故意，其性质属利用他人的过失行为来实现犯罪目的的间接正犯，应单独构成故意杀人罪；而乙的罪过形式则为过失，应单独构成过失杀人罪；两人应分别定罪，不能按故意杀人罪的共同犯罪处理。

由上可知，对共同犯罪来说，每个行为人在主观上的意思联络必须是出于同一个犯罪决意，其具体故意的内容和指向应当是一致的；正因为如此，共同犯罪只能是针对同一个具体的特定犯罪的共同犯罪，这是认定共同犯罪必须注意的重要问题。

3、共同过失能否构成共同犯罪

在二个以上的行为人主观上有共同过失的情况下，能否构成共同犯罪，理论上存在着否定说和肯定说两种截然不同的观点：

（1）否定说。持否定说的学者认为，构成共同犯罪的意思联络，各个行为人的主观罪过形式只能是故意，不应当包括共同过失。正是从这一意义上说，共同犯罪的主观要件，实际上就是指每个参与共同犯罪的行为人，主观上必须具有同一的犯罪故意。只有在这种同一的犯罪故意基础上，每个共同犯罪人才能知道自己在做什么，并且知道自己不是孤立地在实施某种犯罪，而是同他人一起共同

[614]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 820-821 页。

实施犯罪；才能根据约定或协商，与他人相互沟通，相互配合，共同完成犯罪。持否定说的学者之所以认为共同犯罪的主观要件必须是具有共同的犯罪故意，不应当包括共同过失，主要是基于两个方面的理由：a）从共同犯罪的本质出发，认为构成共同犯罪，每个参与的行为人不仅客观上要有针对特定犯罪的共同的行为，而且主观上也要以认识犯罪事实为必要；只有这样，才能按照“一部行为全部责任”的理论，让只实施了部分犯罪行为的共同犯罪人对整个犯罪负刑事责任。很显然，要做到认识犯罪事实，只能是故意，因为对过失来说，不存在对犯罪事实的认识。b）从过失行为的本质出发，认为过失行为通常包括意识性部分和非意识性部分，而意识性部分绝非过失行为的本质，过失行为的本质应当是无意识性部分。所以，对共同犯罪的主观要件来说，“在意识性部分之意思连结下论究过失犯之共同正犯者，应不能说是依据过失犯本质之议论”。[615]

（2）肯定说。持肯定说的学者认为，在共同过失的情况下，除了客观上二个以上的行为人有共同的过失行为外，主观上也有一种通过单个行为人的不注意转化而成的整体上的不注意；正是这种整体上的不注意，构成共同犯罪的意思联络，因而一样可以构成共同犯罪。比如，一个公司的负责人明知一辆汽车刹车失灵，仍派遣一个知道汽车刹车失灵的雇员去驾驶这辆汽车，结果由于刹车失灵撞死一位路人。在这种情况下，雇主和雇员各自的不注意就转化成整体上的不注意，即对刹车失灵的汽车可能会威胁到路人生命、健康的不注意，因而构成共同过失的共同犯罪。也有学者认为，当因果关系不明时，如果否认共同过失也可以构成共同犯罪，就会处于进退两难的境地。比如，甲与乙共同负责将一堆石头丢往下方，因两人都不注意，结果将下方一过路人砸死，但事后无法证明是甲还是乙丢下的石头将路人砸死。在这种情况下，如果不承认有共同过失的共同犯罪，就因缺乏证据而无法对甲或乙以过失杀人罪论处；反之，因缺乏证据而不对甲和乙以过失杀人罪论处，又显得不合法理，即既然有过失行为，又造成路人死亡结果，为什么不能定过失杀人罪呢？为此，日本名古屋高等法院在 1986 年作出的一项判决中指出，共同过失之所以可以构成共同犯罪，在于共同过失中的各行为人具有“违反预见义务之心理状态”的意思联络，“换言之，即处于平等之法地位之两人以上，共同实施危险行为时，各参与者皆被课以共通之注意义务，而此注意义务并非仅止于对自己要付出注意，亦以使其他共同者遵守注意义务为必要，亦即要求各共同者对其他共同者行为导致结果发生有预见可能性”。1992 年，日本东京地方法院判决更是将这种“共通之注意义务”解释为除上述之预见义务外，还应当包括监视其他共同者行为之义务。[616]

本教科书赞同否定说的观点，即认为在有共同过失的情况下，各过失行为人不构成共同犯罪，应各自单独定罪。正如有的学者指出的那样，“过失共犯不是根本不受处罚，而是可以作为过失正犯处罚”。[617]对此，有的国家的刑法典如《俄罗斯刑法典》和《中华人民共和国刑法典》都作了明确规定[618]。有的国家或地区虽然刑法典没有作出规定，但理论上的主流观点也以否定说作为通说，如德国[619]以及我国台湾地区的刑法理论。[620]***惟***在日本刑法理论界及实务界，对共同

[615] 蔡墩铭主编：《刑法争议问题研究》，台湾五南图书出片公司民国 90 年出版，第 284 页。
[616] 参阅同上，第 281 页。
[617]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 780 页。
[618] 根据《俄罗斯刑法典》第 32 条规定，“二人上故意共同参加实施故意犯罪，是共同犯罪”。根据《中华人民共和国刑法典》第 25 条规定，“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”。
[619] 参阅【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书（修订译本）》，法律出

过失能否构成共同犯罪的问题，长期以来反反复复，争议较大。本教科书认为，《澳门刑法典》虽然也没有明确规定共同过失能否构成共同犯罪，但在葡萄牙的刑法理论以及司法实践中，共同过失是不能构成共同犯罪的，澳门应当同样如此。

4、片面的意思联络能否构成共同犯罪

所谓片面的意思联络，就是指在共同犯罪的意思联络上具有单方面的特征，如故意帮助他人犯罪，但被帮助的人并不知道有人在帮助他。举例来说，甲持枪追杀乙，被乙的仇人丙看到，于是丙就想帮助甲杀死乙，并故意在乙逃跑的路上设置了障碍，致乙跌倒，结果被甲追上杀死，这就构成片面意思联络的情况。在偏面意思联络的情况下，对帮助之人能否与被帮助之人一起按共同犯罪处理，理论上有不同的观点：

（1）肯定说。持肯定说的学者认为，片面的意思联络虽然具有片面性，但对于帮助之人来说，毕竟存在着意思联络，按共同犯罪处理，比较合理。否则，处理起来就会进退两难。比如，在上例中，对丙不按故意杀人的共同犯罪处理，就无法单独定罪，因单独地将丙设置障碍的行为视为杀人行为，显得非常勉强；反之，如果不处理丙，又会显得不公平，即丙主观上明明有杀人的故意，客观上又实施了帮助杀人的行为，理应构成故意杀人罪。所以，按共同犯罪处理片面意思联络，就是一种比较合理的解决办法；为此，学者们通常将在片面意思联络情况下构成的共同犯罪称之为片面共犯。

（2）否定说。持否定说的学者认为，作为共同犯罪主观要件的意思联络，应当是各行为人相互之间彼此了解各自的犯罪故意内容，片面意思联络因缺乏这种相互了解，所以不能构成共同犯罪。如有学者认为，“因为作为共犯成立要件的意思疏通，必须是相互的，例如甲知道乙的犯意，单方面参与乙的犯罪的这种片面的共犯的场合，不成立共犯；从而甲的参与，除了其本身独立成为某些犯罪的场合外，甲为无罪”。[621]可见，在上例中，乙的行为既然不能独立构成其他犯罪，就只能宣告无罪。

本教科书赞同肯定说的观点，即认为在偏面意思联络的情况下，按共同犯罪处理是妥当的；将片面的意思联络视为一种特殊情况下的共同犯罪的意思联络，理论上也是可以成立的。对此，有的国家的刑法典作出了明确规定，比如，根据《泰国刑法典》第 86 条规定，“在他人犯罪前或犯罪时，以任何方法帮助或便利其犯罪者，为从犯……犯罪人不知帮助或便利之情者亦同”。

5、后继的意思联络能否构成共同犯罪

所谓后继的意思联络，就是指先行行为者在实行行为的一部分已经终了之后，后行行为者参与形态下的意思联络。比如，甲闯入他人住宅并将住宅主人打成重伤后进行抢劫，因东西较多，于是打电话让朋友乙开车到楼下帮助搬东西，乙知道甲是在抢劫，但出于朋友义气，仍然开车帮助甲搬运东西。像这种情况，甲与乙之间就构成了后继的意思联络。

在日本刑法理论界，主流观点及司法实务均认为对后继的意思联络，也应按共同犯罪处理，*推*对先行行为造成的后果，后行行为人是否需要一起承担刑事责任，理论上有分歧。有的学者认为，后行行为人对先行行为造成的后果也应承担罪责，如在上例中，甲和乙不仅构成抢劫的共同犯罪，而且乙还须对致人重伤的

版社 2006 年出版，第 376 页。

[620] 参阅【台湾】蔡墩铭主编：《刑法争议问题研究》，台湾五南图书出片公司民国 90 年出版，第 278 页。

[621]【日】西原春夫著：《刑法总论》（改订准备版）（下卷），成文堂 1995 年版，第 384 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 647 页。

加重结果承担责任，所以构成抢劫致人重伤的从犯。但有的学者认为，后行行为人对先行行为造成的后果不必承担罪责，如在上例中，甲和乙仅构成抢劫的共同犯罪，其中，甲应对致人重伤的加重结果承担责任，乙则无须对致人重伤的加重结果承担责任。

本教科书赞同对后继的意思联络按共同犯罪处理的观点，并且认为，后行行为人对先行行为人在其参与前已经造成的结果，不负相应的刑事责任，因为在后行行为人不知道的情况下，先行行为人所造成的后果实际上已经超出了后行行为人的主观故意范围，所以不应该让后行行为人对超出其主观故意部分的后果负责。此外，值得注意的是，如果先行行为已经实行终了，犯罪已经达致既遂状态的，即使有后行行为人加入，也不能按共同犯罪处理。比如，甲杀死了仇人，然后给朋友乙打电话，让其开车过来帮助他将仇人的尸体运往其他地方灭迹，乙明知甲杀了人，但仍然开车帮助甲灭迹。像这种情况，就不能按故意杀人的共同犯罪处理，因为当甲杀死仇人后，甲的故意杀人罪已经既遂，乙的加入只是帮助其消灭罪证，其主观上既无杀人的共同故意，也无杀人的共同行为，所以当然不能按故意杀人的共同犯罪处理；乙帮助甲消灭罪证的行为构成其他犯罪如包庇罪的，可按包庇罪论处。

（三）共同犯罪的客观要件

所谓共同犯罪的客观要件，就是指二个以上的行为人必须具有共同的犯罪行为。如上所述，由于本教科书认为共同犯罪在主观上的意思联络只能由共同的犯罪故意构成，因此，以共同的犯罪故意为基础，共同犯罪在客观方面就具有了充分的协调性和统一性。所谓协调性，主要表现为参与共同犯罪的每一个行为人都会相互配合，紧密联系，不管是以作为方式参与共同犯罪，还是以不作为方式参与共同犯罪，每一个行为人的行为，都是整个犯罪活动不可分割的组成部分，并由此形成一个有机的犯罪活动整体。所谓统一性，主要表现为参与共同犯罪的每一个行为人所处的地位、具体的分工、参加的程度甚至参加的时间虽然可能有所不同，但他们作为一个整体，其行为都是围绕着一个统一的犯罪目的而展开；从因果关系的角度考察，每一个行为人所实施的行为与犯罪结果之间，都具有因果关系，因为在共同犯罪情况下，犯罪结果的发生乃是参与共同犯罪的每一个行为人同心协力的结果，考察共同犯罪的因果关系，不能孤立地只看个人行为，而应当将每个行为人的行为统一起来进行考察。比如，甲、乙、丙合谋杀死丁，甲负责提供丁的行踪，乙负责提供枪支，丙负责找到丁然后开枪杀死丁。在这种情况下，我们不能认为只有丙开枪的行为和丁死亡结果之间才有因果关系，事实上，丁的死亡结果乃是甲、乙、丙三人合力的结果，甲、乙、丙三人所实施的行为与丁死亡结果之间，都具有因果关系，都应当负杀人既遂的刑事责任。

三、共同犯罪的形式

所谓共同犯罪的形式，就是指共同犯罪的内部结构和共同犯罪人之间的结合方式。内部结构主要是讲共同犯罪内部有无分工，结合方式主要是讲共同犯罪是否具有一定的组织形式。了解共同犯罪的形式，有助于更好地认识共同犯罪的危害性，也有助于对共同犯罪人做到区别对待，分清责任，以便正确适用法律。

按照不同的标准，理论上可以对共同犯罪进行不同的分类，这些分类相互之间可以形成交叉关系。

（一）任意的共同犯罪和必要的共同犯罪

这是按照法律规定的犯罪是否必须通过共同犯罪的方式予以实施为标准进

行的分类。

1、任意的共同犯罪

一般来说，刑法所规定的各种具体犯罪，绝大多数都是为个人单独犯罪预定的，理论上将此类犯罪称之为单独犯；毫无疑问，刑法所规定的单独犯当然也可以通过共同犯罪的方式来实施。因此，所谓任意的共同犯罪，就是指二人以上共同实施刑法所规定的可由个人实施的犯罪的共同犯罪。比如，刑法所规定的杀人、强奸、抢劫、盗窃等犯罪，既可以由一人实施，也可以由二人以上共同实施；当二人以上共同实施此类犯罪时，就属于任意的共同犯罪。司法实践中的共同犯罪基本上都属于任意的共同犯罪，而刑法理论所研究的共同犯罪，也主要围绕着任意的共同犯罪而展开。

2、必要的共同犯罪

所谓必要的共同犯罪，就是指根据刑法分则规定，必须由数人共同实施方能构成犯罪的共同犯罪。有学者认为，“必要的共犯，是构成要件上以两人以上的行为为必要的犯罪，也可以称为多主体犯”。[622]在刑法理论上，也有学者将必要的共同犯罪分为对向犯和集合犯两大类：

对向犯是指“两人以上的行为者互相对向的行为的存在为其成立要件的犯罪”，[623]如受贿与行贿，即为必要的共同犯罪中的对向犯，因没有行贿就没有受贿。类似的对向犯还包括重婚罪。

集合犯主要是指聚众性的犯罪，如《澳门刑法典》规定的“犯罪集团罪”（第288条）、“参与骚乱罪”（第291条）、“参与武装骚乱罪”（第292条），以及澳门《有组织犯罪法》规定的“黑社会罪”、《预防及遏止恐怖主义犯罪》规定的“恐怖组织罪”，都属于必要的共同犯罪中的集合犯。

本教科书认为，将对向犯称之为必要的共同犯罪是不妥当的。事实上，无论是行贿与受贿，或者是重婚，理论上都不能构成共同犯罪。比如，对行贿与受贿来说，因罪名不同，行贿者与受贿者的意思联络并非是指向同一个特定的犯罪，所以不能构成共同犯罪。对重婚来说，如果一方并不知对方已婚，就不会构成重婚罪，也无所谓共同犯罪；即便是男女双方都具有重婚的故意，都构成重婚罪，其主观上的重婚故意以及客观上的重婚行为因本身属于重婚罪构成要件的内容，所以也并非属于共同犯罪的意思联络以及共同的犯罪行为，不能视其为共同犯罪。作为必要的共同犯罪，实际上只能包括刑法所规定的必须由多人构成的带有聚众色彩的共同犯罪即集合犯。

（二）事先有通谋的共同犯罪和事先无通谋的共同犯罪

这是按照参与共同犯罪的行为人事先有无通谋为标准进行的分类。

1、事先有通谋的共同犯罪

所谓事先有通谋的共同犯罪，是指参与共同犯罪的行为人在共同实施犯罪之前，已经形成共同的犯罪故意。这里讲的通谋，是指参与共同犯罪的行为人彼此之间的相互联络和沟通，它可以是口头的，也可以是书面的；可以是全面策划，也可以是简单的表态。比如，甲、乙、丙口头约定共同贩毒，甲负责制造毒品，乙负责将毒品运出境外，丙负责寻找买家，这就是事先有通谋的共同犯罪。

2、事先无通谋的共同犯罪

---

[622]【日】板仓宏著：《新订刑法总论》，劲草书房1998年版，第347页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第667页。

[623]【日】大塚仁著：《注解刑法》（增补第2版），青林书院新社1977年版，第385页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第667页。

所谓事先无通谋的共同犯罪，是指参与共同犯罪的行为人在共同实施犯罪之前，尚未相互联络和沟通，其共同的犯罪故意是在刚开始实施犯罪之时或在犯罪实施过程中形成。比如，甲去看朋友乙，正好赶上乙与丙在打架，于是甲上前帮助乙，共同将丙打成重伤，像此类故意伤害的共同犯罪，就属于事先无通谋的共同犯罪。一般来说，事先无通谋的共同犯罪因属临时起意，其危害性比事先有通谋的共同犯罪相对要小。

值得一提的是，事先有无通谋不仅是共同犯罪的一种分类，而且在特定情况下，有时也会涉及到是否构成共同犯罪的问题。比如，对窝藏赃物来说，如果窝赃者事先与盗窃者有通谋，相互作了分工，窝赃者与盗窃者就会构成共同盗窃；反之，如果双方事先无通谋，则不构成共同盗窃，而应分别定盗窃罪和窝赃罪。

（三）一般的共同犯罪和有组织的共同犯罪

这是按照共同犯罪内部是否存在一定的组织形式为标准进行的分类。

1、一般的共同犯罪

所谓一般的共同犯罪，是指共同犯罪内部不存在一定的组织形式，参与共同犯罪的每个行为人在结合程度上比较松散，一旦共同犯罪实施完毕，参与共同犯罪的行为人通常都会自动分开，不再共同实施犯罪。有的情况下，尽管固定的多人在一起多次或经常共同实施犯罪，但因彼此之间尚无形成一定的组织形式，所以此类共同犯罪还是属于一般的共同犯罪。比如，甲、乙、丙因臭味相投，经常不定期地纠集在一起，共同实施盗窃、抢劫等犯罪活动，但彼此之间无固定的组织形式，像这样的共同犯罪，仍然属于一般的共同犯罪。

2、有组织的共同犯罪

所谓有组织的共同犯罪，通常也就是指犯罪集团。此类共同犯罪，其内部结构严密，分工明确，而且具有较强的组织性和固定性，多次或长期以实施同种或多种犯罪为目的，如专门实施盗窃、抢劫或贩毒的犯罪集团，都属于有组织的共同犯罪。在现代社会中，黑社会组织通常也被视为一种有组织的犯罪集团。比如，根据《中华人民共和国刑法典》分则第 294 条规定，针对黑社会性质的组织，专门设置了“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”、“入境发展黑社会组织罪”以及“包庇、纵容黑社会性质组织罪”。澳门《有组织犯罪法》则明确规定，凡为取得不法利益或好处所成立的所有组织，而其存在是以协议或协定或其他途径表现出来，特别是从事一项或多项法定罪行的，概视为黑社会。同时，为了严厉打击黑社会组织，澳门《有组织犯罪法》还专门制定了发起或创立黑社会组织、参加或支援黑社会组织、领导或指挥黑社会组织的“黑社会罪”，甚至对自称是黑社会组织的行为，也设置了“自称黑社会罪”。

应当指出，从司法实践来看，有组织的共同犯罪所表现出来的社会危害性要远远高于一般的共同犯罪，因此，如何有效地惩治及遏止有组织的共同犯罪，乃是学者们长期关注的一个重点。

第二节　共同犯罪人的一般理论

在很多刑法理论著作中，都大量使用了共犯这个概念。*惟*值得注意的是，从中文的角度考量，在刑法中使用“犯”这个字，通常可以有两种解释：一是将“犯”解释为一种犯罪形态或犯罪情况，比如，预备犯、未遂犯、中止犯、牵连犯、连续犯、法条竞合犯等概念，其中的“犯”就是指一种犯罪形态或犯罪情况。二是将“犯”视为犯罪人或有犯罪嫌疑的人，如“人犯”、“囚犯”、“疑犯”等概念，其中的“犯”就是指人。那么，对共同犯罪来说，学者们经常使用的共犯概念，

其“犯”字究竟是指犯罪情况，还是指参与共同犯罪的人呢？对此，学者们并没有一个严格的约定，有时往往是两者兼而有之，比如，在阐述共同犯罪情况时，用共犯表述；在分析共同犯罪人时，也用共犯表述。

为了避免概念上的混乱，本教科书所使用的共犯，主要还是针对共同犯罪人而言的，故将共同犯罪人的分类，简称为共犯的分类，以示与共同犯罪的分类相区别。为此，在阐述共犯分类理论时，涉及到的正犯、共同正犯、教唆犯和从犯等概念，相应地也是指共同犯罪人。

除此之外，值得注意的是，在共犯理论上，也有学者将共犯分为广义的共犯和狭义的共犯。广义的共犯是所有共同犯罪人的总称，包括共同正犯、教唆犯和从犯，而狭义的共犯则仅指共同犯罪中的教唆犯和从犯，并不包括共同正犯。为了区分广义的共犯和狭义的共犯，本教科书所使用的共犯概念，均指广义的共犯；若涉及狭义的共犯概念，则一概标明为狭义的共犯。

一、共犯的基本分类

综观大陆法系各国刑法典对共犯的分类，大多数国家的刑法典都是按照每个行为人在共同犯罪中的分工为标准对共犯进行分类。而所谓共同犯罪的分工内涵，主要包括三个方面，即直接实施犯罪、教唆他人犯罪和帮助他人犯罪。根据这三种分工，立法上就将共犯分为相应的三类人：

（一）共同正犯

在刑法理论中，所谓正犯，其本意是指直接实施犯罪的行为人，而这里讲的直接实施犯罪，也就是指直接着手实施犯罪的实行行为，在犯罪的实行行为尚未开始实施之前，行为人不构成正犯。比如，甲为杀人而在家中磨刀时被人制止，甲的行为因尚处于犯罪的预备阶段，故不构成杀人罪的正犯；只有当甲举刀砍杀他人时，不管是否将他人杀死，方能构成杀人罪的正犯。

正犯理论上可分为单独正犯、间接正犯和共同正犯。所谓单独正犯，是指单独直接实施犯罪的行为人，也就是指个人直接实施了刑法所规定的各种具体犯罪。所谓间接正犯，是指将他人作为犯罪工具使用且不构成共同犯罪的行为人，比如，甲利用尚未达到刑事责任年龄的少年放火，甲就构成放火罪的间接正犯。所谓共同正犯，是指数个共同实施犯罪的实行行为因而构成共同犯罪的行为人，有学者也将共同正犯称之为“二人以上共同实行犯罪之行为者”。[624]

关于共同正犯，几乎所有国家或地区的刑法典都有相关的规定。比如，《德国刑法典》第 25 条规定，“自己实施犯罪，或假手他人实施犯罪，依正犯论处。数人共同实施犯罪者，均依正犯论处（共同正犯）”。《日本刑法典》第 60 条规定，“二人以上共同实行犯罪者，皆为正犯”。

在共同犯罪中，共同正犯虽然起着举足轻重的作用，但因立法者对各种具体犯罪所规定的法定刑本来就是为单独正犯设置的，所以，对共同犯罪中的共同正犯的处罚与单独正犯一样，按法定刑处罚即可，不存在加重处罚问题。

（二）教唆犯

所谓教唆犯，就是指故意唆使他人产生犯罪意图，并使他人基于这种犯罪意图进而去实行犯罪的人。可见，构成教唆犯，必须是通过教唆行为，使原来没有犯意的人产生犯意，从这一意义上说，教唆犯也就是造意犯。必须注意的是，当一个人已经产生了犯意后，其他人即便使其更坚定犯罪信念或为其实施犯罪提供帮助，也不能构成教唆犯。比如，甲想贩毒获取暴利，但苦于找不到货源，于是

[624] 蔡墩铭著：《刑法总论》，台湾三民书局 2009 年修订八版，第 265 页。

向乙请教，乙不仅为其介绍买家，还向其传授了不少贩毒的诀窍。像这种情况，因甲事先已经产生了贩毒的故意，乙不可能再构成教唆犯，而只能构成给予帮助的从犯。同样的道理，甲想杀死仇人而向朋友乙借枪，乙知甲要杀人就劝其不要用枪，并向其介绍用一种毒药杀人的方法，甲的行为也只能构成杀人的帮助犯，而不构成教唆犯。

除此之外，还需要注意的是，当一个人产生了犯罪意图，但犯罪意图不坚决，甚至犹豫不决时，他人用言语去激发或鼓励，促其坚定犯罪意图，象这种情况能否构成教唆犯呢？关于这一点，有的学者持肯定的观点，理由是“因为教唆犯的本质特征是促使他人实施犯罪，他要解决的是被教唆人是否实施犯罪的问题”，所以，既然“坚定犯意仍是促使他人实施犯罪”，“自应构成教唆犯，而不是构成帮助犯”。[625]本教科书并不赞同此种观点。因为使他人产生犯意和坚定他人犯意是不能相提并论的，教唆犯的本质特征是使他人产生犯意，而非坚定他人犯意；如果将坚定他人犯意也看成是教唆犯的本质特征，那么很多帮助犯客观上也会产生坚定他人犯意的作用，这样的话，帮助犯与教唆犯又有何区别呢？本教科书认为，对教唆犯概念的认定，应当抓住使他人产生犯意这一本质特征，对已经产生犯意但不坚定的人用言语去坚定其犯意的行为，只能视为一种精神上的帮助行为。对此，“日本学者普遍认为，仅仅使他人已经产生的犯意加强时，不是教唆犯，而是从犯”。[626]

教唆犯作为一种共犯，其特殊性得到了众多国家立法者的认可。不少国家的刑法典都将其作为一种独立的共犯加以规定；惟在对教唆犯的处罚问题上，因考虑到教唆犯乃是一种造意犯，从犯罪起因的角度考察，教唆犯在共同犯罪中的作用并不比正犯小，所以，对教唆犯按照人共同正犯处罚，就成为一种立法通例。比如，《德国刑法典》第 26 条规定，“故意教唆他人故意实施违法行为为教唆犯。对教唆犯之处罚与正犯相同”。《日本刑法典》第 61 条也明确规定，“教唆他人实行犯罪者，按照正犯论处”。但是，有的国家的刑法典并不是将教唆犯作为一种独立的共犯加以规定，而是将教唆犯直接规定为一种共同正犯，并将其放在正犯的条款中加以规定。比如，《葡萄牙刑法典》第 26 条是关于“正犯”的条款，其中就包括了教唆犯的规定，即“如故意使他人产生实施犯罪决意的，只要该犯罪已实行或开始实行，亦以正犯处罚之”。正因为如此，在理论上，有学者认为大陆法系国家或地区的刑法典对共犯的分类有三分法和二分法之分，前者将共犯分为共同正犯、教唆犯和从犯三类，而后者将共犯仅分为共同正犯和从犯两类。本教科书认为，这两种对共犯的分类方法并无实质性的区别，因无论是采用三分法还是二分法，对教唆犯均是按共同正犯处罚之。

（三）从犯

所谓从犯，就是指对他人实行犯罪故意提供帮助的行为人，学者们通常也将从犯称之为帮助犯。由于从犯仅仅是对其他共犯实施犯罪提供帮助，本人并不直接参与实施犯罪，因此，与共同正犯和教唆犯相比，其可罚性最轻。从各国刑法典关于从犯的规定来看，立法者一般都对从犯采用减轻刑罚的处理原则。比如，根据《德国刑法典》第 27 条规定，“对他人故意实施违法行为故意予以帮助者为帮助犯。帮助犯之处罚参照正犯之刑罚，并依第 49 条第 1 项减轻刑罚”。又比如，根据《日本刑法典》第 62 条和第 63 条规定，“帮助正犯之人为从犯”，“从犯之

[625] 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 558 页。
[626] 马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 707 页。

刑罚，比照正犯之刑罚减轻判处”。《葡萄牙刑法典》也规定对从犯应当减轻刑罚。

二、共同正犯的认定学说

如上所述，正犯的本意是指直接实施犯罪的实行行为的人。然而，在共同犯罪过程中，由于分工的不同，并非是每一个共犯都会去直接实施犯罪的实行行为；在这种情况下，对共同犯罪中没有直接实施犯罪实行行为的人，能否认定为共同正犯，在共犯理论上就出现了不同的学说。这些学说主要包括：

（一）因果关系说

该学说的核心在于：在共同犯罪过程中，凡是对犯罪构成要件的实现起到原因力作用的人，都视为参与了犯罪构成要件行为的实施，因而都是共同正犯。*惟*学者间对因果关系的看法不同，其结论就会存在差异：

比如，对因果关系理论中的“条件说”来说，由于共同犯罪中所有行为人的行为都可以说是实现犯罪的条件，而条件即原因，且所有的条件在原因力上都是等价的，因此，所有参与共同犯罪的人都是共同正犯，有学者将其称之为“统一正犯概念”，即“将所有对构成要件的实现起到原因作用的共犯均视为正犯，而不考虑其共同影响的意义如何”。[627]

又比如，对因果关系理论中的“*决定*说”和“相当因果关系说”来说，因这两种因果关系理论将原因和条件作了区分，所以，在共同犯罪中，其行为起到原因力作用的人就是共同正犯，而其行为只起到条件作用的人则为从犯。

应当指出，在共同正犯的认定学说方面，因果关系说存在着明显的缺陷，因而基本上不被学者认同，大陆法系的司法实践也不予采用。比如，德国刑法学界在因果关系理论方面，素以“条件说”为通说，但德国刑法理论和司法实践均不认同因果关系说的共同正犯理论。正如有的德国学者指出的那样，“德国刑法因此没有接受统一正犯原则，而是区分共犯的不同形式。这一立场体现在德国刑法中。第 25 条-第 27 条的规定明确地表明了拒绝统一正犯概念”。[628]至于对因果关系理论中的“*决定*说”和“相当因果关系说”来说，尽管这两种因果关系理论将原因和条件作了区分，但这种区分的界限是相当模糊的，且其理论的科学性本身就受到质疑，即便是对以“相当因果关系说”为通说的日本刑法学界来说，也不认同将因果关系说作为认定共同正犯的理论依据。[629]

（二）构成要件说

该学说的核心在于：在共同犯罪过程中，凡是直接参与实施犯罪实行行为的人，均为共同正犯。这里讲的犯罪实行行为，主要是指符合法律所规定的构成要件该当性的行为，故称之为构成要件说。关于构成要件说，理论上又可以分为限制的正犯概念和扩张的正犯概念。

1、限制的正犯概念

顾名思义，限制的正犯概念就是要求严格按照正犯的本意来认定共同犯罪中的共同正犯。换句话说，正犯的本意既然是指直接实施了符合构成要件该当性行为的人，那么，在共同犯罪中，也只有那些“以自己的手直接实现了构成要件的人才是正犯”，[630]“而那些仅通过非构成要件该当的行为对结果的产生起一定原

---

[627]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 778 页。

[628] 同上，第 779 页。

[629] 参阅张明楷著：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 291 页。

[630]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 238 页。

因作用之人，不能构成正犯”。[631]由此，根据限制的正犯概念，共犯得以被区分为不同的共犯形式，除直接实施构成要件该当性行为的人被视为共同正犯外，其余的共犯就被划分为教唆犯和从犯，这两种共犯相对于共同正犯来说，就是狭义的共犯。

限制的正犯概念从刑事责任的归责立场来看，往往被学者视之为“刑罚扩张事由”。因为根据犯罪构成要件和正犯的理论，在共同犯罪中，本来只有那些实施了符合构成要件该当性行为的共同正犯，才具有违法性，因而应受刑罚处罚；而那些并未参与符合构成要件该当性行为的实施的教唆犯和从犯，因其仅仅实施了非构成要件的教唆行为或帮助行为，按理不应受到刑罚处罚，但立法者却在刑法典总则中明确规定处罚教唆犯和从犯，这就意味着把刑罚处罚权扩张到了共同正犯以外的共犯身上，所以限制的正犯概念实际上就是将刑罚的可罚权扩张至非构成要件的行为，继而构成了“刑罚扩张事由”。在共犯的处罚依据上，学者们之所以将共犯的构成要件称之为被修正的构成要件，其实也就是针对狭义的共犯即教唆犯和从犯而言的；对共同正犯来说，不存在构成要件被修正的问题。

限制的正犯概念由于以法律所规定的构成要件行为的客观特征作为认定共同正犯的依据，因而不少学者将其与刑事古典学派以行为为中心的客观理论结合在一起。*惟*在处理共同犯罪过程中透过他人之手来实施犯罪的共同正犯问题上，限制的正犯概念又被分为形式的限制正犯概念和实质的限制正犯概念。

（1）形式的限制正犯概念。所谓形式的限制正犯概念，就是指“严格以构成要件对行为的描述为准，不考虑行为人在整个犯罪过程中所发挥作用的重要性如何，只将那些完全实现构成要件中所规定的行为之人看成是正犯，而任何其他对犯罪行为的产生起到因果作用之人只能被看作是共犯”。[632]正因为如此，形式的限制正犯概念“虽然有其无可争辩的明确性之优点，但这一优点因与法条的僵硬的联系的形式主义而付出太高的代价。对该理论的一个有影响的异议主要在于这样的事实：它完全不想将间接正犯[633]包括在内，对于共同正犯，也只是将那些至少实现一部分构成要件的共犯包括在内”。[634]比如，根据形式的限制正犯概念，对于那些在共同犯罪中起组织、领导、指挥作用的人，因其并无直接参与符合构成要件该当性行为的实施，所以也就不能以共同正犯处罚之，这显然是不合理的。

（2）实质的限制正犯概念。所谓实质的限制正犯概念，就是指在按照构成要件行为来判断共同正犯的基础上，还应当从实质方面，以行为人在共同犯罪中对实现构成要件所起的作用作为补充。在某些情况下，参与共同犯罪的行为人尽管没有直接实施符合构成要件该当性的行为，但其作出的行为对符合构成要件该当性行为的完成来说，具有重要的甚至是*决定性的作用，这些人也应当*视为共同正犯。比如，根据实质的限制正犯概念，对于那些在共同犯罪中起组织、领导、指挥、策划作用的人，尽管其并无直接参与符合构成要件该当性行为的实施，但因其在共同犯罪中具有举足轻重的地位，对犯罪的实施起着决定性的作用，其行为的原因力对构成要件的实现来说，甚至超出直接实施犯罪的共同正犯，所以也

631【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 782 页。

632 同上。

633 在德国刑法理论中，往往将在共同犯罪过程中透过他人之手来实施犯罪的行为人，也称之为间接正犯。但本教科书认为这种表述因混淆了间接正犯与共同犯罪的区别，故值得商榷。

634【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 782 页。

应当视为共同正犯。很显然，根据实质的限制正犯概念，那些在共同犯罪中虽然未直接参与犯罪的实施，但透过他人行为对犯罪的完成起着重要作用的人，也是共同正犯。实质的限制正犯概念，乃是日本刑法学界及司法实务界的通说。

2、扩张的正犯概念

扩张的正犯概念在共同正犯的认定标准上，其实与上述“统一正犯概念”并无实质性的区别，其理论依据也是因果关系理论中的“条件说”。因为按照扩张的正犯概念，在共同犯罪过程中，只要是对实现构成要件来说起到任何条件作用的人，都被视为参与实施了符合构成要件该当性行为的人，因而也都是共同正犯。有学者认为，“该理论的教义学基础是——仅就此点而言与统一正犯概念是一致的——为条件理论所主张的、所有结果条件具有同等重要性的思想。根据该理论，正犯是指每个造成构成要件该当结果之人，不管其行为是否为构成要件该当的行为所规定。因此，教唆犯和帮助犯也是正犯”。[635]

扩张的正犯概念与“统一正犯概念”的区别在于对狭义共犯即教唆犯和从犯的处罚原则不同。按照“统一正犯概念”，既然所有参与共同犯罪的人都是共同正犯，其处罚当然也应以正犯的刑罚处罚之。但按照扩张的正犯概念，教唆犯和从犯作为共同正犯应与其他真正参与犯罪实施的共同正犯在处罚时有所区别。正是基于这种考虑，立法者才在刑法典总则中对教唆犯和从犯作了特别的例外性规定，将对教唆犯和从犯的刑罚在共同正犯刑罚的基础上加以必要的限制，如对教唆犯的处罚以从属性限制之，对从犯可以减轻处罚。在刑事责任的归责问题上，学者们之所以在理论上将扩张的正犯概念视之为“刑罚限制事由”，其道理也在于此。

（三）行为支配说

行为支配说是德国刑法学界和司法实务界的通说，甚至有德国学者认为在今天的德国刑法理论中，该学说具有领导地位。持行为支配说的学者认为，由于法律所规定的具体构成要件行为，都是一种主、客观相统一的有意识的行为，因此，在共同犯罪过程中，凡通过行为人的主观意志，对构成要件行为具有支配力或控制力的人，就构成共同正犯；反之，只能构成狭义的共犯。根据行为支配说，在共同犯罪中，共同正犯的概念不应当仅仅局限于直接实施了符合构成要件该当性行为的人，那些虽未实施形式意义上的构成要件该当性行为的人，只要其对该等行为具有支配力或控制力，也应当构成共同正犯。

比如，在透过他人行为实施犯罪的情况下，站在幕后操纵犯罪的人利用他人作为自己犯罪的工具，其对他人所实施的符合构成要件该当性的行为具有明显的、毫无疑问的支配力和控制力，理应视为共同正犯。

又比如，在数人共同实施犯罪但有角色分工合作的情况下，每一个人的行为从单个人的角度来看，可能都不会完全符合构成要件该当性行为的客观特征，但从整体来看，每一个人的行为都是全部犯罪计划中不可分割的、必要的组成部分，换句话说，每一个人对符合构成要件该当性行为的实施都具有一定的支配力，他们实际上都是实施符合构成要件该当性行为的直接参与者，因而都是共同正犯。举例来说，甲、乙、丙事先共同商议盗窃汽车的计划，甲负责直接盗窃汽车，乙负责将甲盗窃来的汽车藏于某空屋之中，丙负责寻找买主，所得赃款三人平分。象这种情况的共同盗窃，乙和丙虽未直接实施符合盗窃罪构成要件该当性的行为即秘密窃取汽车的行为，但其主观上的盗窃决意表明，他们的行为都是整个盗窃计划中不可缺少的组成部分，他们对整个盗窃行为都具有相应的支配力，因而都

[635] 同上，第 784 页。

构成盗窃罪的共同正犯。

行为支配说进一步认为，认定是否对犯罪的实行行为具有支配力，关键是根据行为人的故意内容，考察行为人是否把犯罪的实行行为看成是“自己的行为”；正因为行为人把犯罪的实行行为看成是“自己的行为”，才可以认定该行为人对犯罪实行行为具有相当的支配力。关于这一点，正如有学者指出的那样，“行为支配在这个意义上，指的是‘由故意所包容的对构成要件符合性的发生过程把握在手’”。[636]从表现形式来看，“这个行为支配的表现形式，对于直接行为人而言是他的‘行为支配’，对于间接正犯而言是幕后人的‘意志支配’或者是利用信息了解知道的优势的支配，对于共同正犯而言是分工行为之共同行为人的‘功能性的行为支配’”。[637]

（四）评析

在上述三种学说中，本教科书赞同行为支配说或实质的限制正犯概念。本教科书认为，行为支配说与实质的限制正犯概念并无本质上的差别，只不过两者考察问题的出发点有所不同而已。行为支配说在认定共同正犯标准时，强调的是行为人在共同犯罪过程中对符合构成要件该当性行为的实施有无支配力，而实质的限制正犯概念强调的是行为人在共同犯罪过程中对实现构成要件行为有无重要的作用。显而易见，支配力和重要作用是没有什么本质上的差别的。如果一个人的行为对符合构成要件该当性行为的实施具有支配力的话，那么，换个角度考察，也就是对实现构成要件行为具有重要作用，反之一样。比如，甲为盗窃犯罪集团的头目，每次重大盗窃，甲都是策划者和指挥者，但本人却不直接参与盗窃。像这种情况，按支配行为说将甲认定为共同正犯，乃是因为甲对盗窃行为具有“意志支配”力；而按实质的限制正犯概念，甲之所以被认定为共同正犯，乃是因为甲对实现盗窃罪的构成要件来说，起着十分重要的作用。可见，两者考虑的角度不同，但结论是一样的。又比如，在上面所举甲、乙、丙事先共同商议盗窃汽车的案例中，行为支配说之所以认为甲、乙、丙都是共同正犯，乃是因为三个人对整个盗窃行为的进行和完成，都将其看成是“自己的行为”而对其具有“功能性的行为支配”力；同样的道理，如果我们从实质的限制正犯概念出发，也会认为甲、乙、丙都是盗窃汽车的共同正犯，因为他们每个人的行为都是整个盗窃计划中不可缺少的一个环节，对实现整个盗窃计划都起着重要的作用。基于此，本教科书认为，无论是在理论上还是在司法实践中，我们应当关注的不是持行为支配说还是持实质的限制正犯概念，而是必须对支配力或重要作用的内涵，即何谓有支配力，何谓有重要作用，进行深入研究，以便找出一条更加明确、清晰的界限。

三、狭义共犯的属性学说

如前所述，共犯有广义和狭义之分，广义的共犯包括共同正犯、教唆犯和从犯，而狭义的共犯仅指教唆犯和从犯。很多学者在阐述共犯的属性学说时，其共犯概念实际上是针对狭义的共犯而言的，也就是讲共同正犯与狭义共犯（教唆犯和从犯）之间的关系。本教科书之所以明确使用狭义共犯的概念，目的正是为了避免共犯概念上的混乱。

关于狭义共犯的属性，理论上有两种学说：

（一）狭义共犯的从属性说

该学说认为，作为狭义共犯的教唆犯和从犯之所以应受到刑罚处罚，乃是基

[636]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 288 页。
[637] 同上，第 289 页。

于共同正犯的行为具有刑法意义上的可罚性；因此，对同时存在共同正犯和狭义共犯的共同犯罪来说，共同正犯与狭义共犯并不处于同一个层次：共同正犯永远是以直接或间接的方式去实施符合构成要件该当性行为的人，而狭义共犯则仅仅是参与犯罪的人。正因为如此，作为狭义共犯的教唆犯和从犯的成立，必须以共同正犯的存在为前提；如果没有共同正犯，狭义共犯也就不能成立，这就是狭义共犯的从属性，即狭义共犯必须从属于共同正犯而存在。德国学者贝林格在其早期著作《犯罪论》中曾经指出，“所谓从属的共犯，如果缺乏‘正犯’，就完全难于构成”。[638]由此可见，狭义共犯的从属性说主要是从客观行为的角度对狭义共犯的性质进行考察，认为共同正犯是实施犯罪，狭义共犯只是参与犯罪；而对参与者来说，自然要依附于实施者；如果没有了实施者，参与者失去了存在的意义，其道理与“皮之不存，毛将焉附”一样。

对狭义共犯从属性的理解，应当特别注意狭义共犯的成立对共同正犯实行行为的依赖性。所谓狭义共犯对共同正犯实行行为的依赖性，就是指在共同犯罪中，只有当共同正犯已经着手开始实施犯罪的实行行为时，才能成立狭义共犯；否则，狭义共犯不能成立。对此，有的德国学者明确指出，“因为由于正犯行为的实行，才完成第 26、27 条的不法构成要件，所以共犯（教唆犯与帮助犯）依存于故意的正犯行为的存在（从属性）”。[639]

构成狭义共犯对正犯实行行为依赖性的依据主要有二：第一，从正犯的概念出发。如前所述，在刑法理论中，正犯就是指直接实施犯罪的人，也就是指直接着手实施犯罪实行行为的人；在犯罪的实行行为尚未实施之前，不存在正犯。正如有学者指出的那样，“由于正犯系亲自实行者，故正犯与未着手于实行之预备犯与阴谋犯有别”。[640]可见，既然在犯罪实行行为没有开始实施之前还不存在共同正犯，那么，没有了共同正犯，自然也不成立狭义的共犯。第二，从行为的可罚性出发。单纯的教唆行为和帮助行为因不符合法律所规定的构成要件行为，本身不具有可罚性，其可罚性源自于共同正犯的实行行为；既然共同正犯的实行行为还没有实施，那就意味着教唆行为和帮助行为尚缺乏可罚性。比如，德国学者李斯特在早期著作《德国刑法教科书》中针对教唆犯的从属性写道，“不管是不成功的教唆还是未实行终了的教唆，均不作为教唆犯处罚，因为这里缺乏正犯的应受处罚的行为，也不能作为未遂之独立犯罪受处罚”。[641]

应当指出，正是根据狭义共犯对共同正犯实行行为的依赖性，在定罪量刑时，狭义共犯与共同正犯之间就具有了“共进退”的依附关系：当共同正犯的犯罪实行行为还未实施时，狭义共犯就不能成立，因而不具有可罚性；当共同正犯实施了犯罪的实行行为，且构成犯罪未遂时，狭义共犯同时成立，其犯罪形态与共同正犯一样，都属于犯罪未遂；当正犯实施了犯罪的实行行为，且构成犯罪既遂时，狭义共犯不仅成立，同时也构成犯罪既遂。举例来说，甲教唆乙去杀人，乙没有去实施杀人的实行行为，甲就不成立教唆犯，其教唆行为不具有可罚性；如果乙开始实施杀人的实行行为而未将被害人杀死的，甲与乙一起构成杀人罪的未遂；如果乙开始实施杀人的实行行为且将被害人杀死的，甲与乙一起就构成杀人罪的

---

[638] 转引自【日】木村龟二著：《犯罪论的新构造》（下），有斐阁 1978 年版，第 136 页。再转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 659 页。

[639]【德】耶赛克等著，西原春夫监译：《德国刑法总论》（第 5 版），成文堂 1999 年版，第 514 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 659 页。

[640] 蔡墩铭著：《刑法总论》，台湾三民书局 2009 年修订八版，第 253 页。

[641]【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书（修订译本）》，法律出版社 2006 年出版，第 378 页。

既遂。

（二）狭义共犯的独立性说

该学说认为，狭义共犯虽然是参与犯罪，但其行为所表露出来的反社会性与共同正犯的实行行为并无本质上的差别；狭义共犯的行为人主观上与共同正犯具有反社会性的意思联络，且为明知故犯（如教唆犯具有教唆的故意，从犯具有帮助的故意），客观上其行为与共同正犯的实行行为一起共同成为引致犯罪结果发生的原因。正是这种主、客观方面的反社会性，表明狭义共犯的行为明显具有犯罪的本质特征，理应具有相对的独立性，而非完全依赖于共同正犯的实行行为而成立。只要狭义共犯的行为人故意实施了教唆他人犯罪或帮助他人犯罪的行为，教唆者或帮助者就必须对其反社会性的行为承担相应的罪责；即使被教唆的人或被帮助的人没有去实施犯罪的实行行为，也不影响按照犯罪未遂去独立追究教唆者或帮助者的刑事责任。对此，有学者指出，共犯（这里讲的共犯当然是指狭义共犯——本教科书注）对于共同正犯来说是独立的犯罪，共犯的可罚性对于共同正犯的可罚性也是独立的；共犯之所以被处罚，不是因为他人实施了可罚的行为，而是因为共犯者自身犯罪，共犯从属性的童话必须抛弃。[642]

（三）评析

本教科书认为，对狭义共犯属性学说的解释，首先应当明确一个界限，即狭义共犯的成立与共同犯罪的成立之间的界限。具体来说，当我们在阐述狭义共犯的从属性或独立性时，并非是在论证共同犯罪是否能够成立，而是在论证作为狭义共犯的行为即教唆行为或帮助行为是否在刑法上具有独立存在的价值，其实质内涵就是为了论证在不构成共同犯罪的前提下，对相应的教唆行为或帮助行为还能否给予独立的评价，还能否给予刑罚处罚。举例来说，甲教唆乙去杀人，乙没有听从甲的教唆，没有产生杀人决意，当然也没有去实施杀人的实行行为。在这种情况下，无论是从狭义共犯的从属性学说考虑，还是从狭义共犯的独立性学说考虑，都会得出一个共同的结论，即杀人的共同犯罪是不成立的，因为乙既然没有去实施杀人的实行行为，自然就不构成故意杀人罪，只有甲一个人的教唆行为，是不可能构成共同犯罪的。但是，正是在这种不构成共同犯罪的前提下，对甲的教唆行为还能不能从刑法意义上进行独立的评价，也就是还能不能再对甲的教唆行为独立地给予刑罚处罚，恰恰在这一点上，狭义共犯的从属性说和独立性说就产生了分歧：从属性说认为在这种情况下教唆行为就不成立了，既然不成立教唆行为，当然也不能再对教唆行为人独立地给予刑罚处罚。而独立性说则认为在这种情况下教唆行为仍然成立，既然成立教唆行为，对教唆行为人自然可以独立地给予刑罚处罚。由此可见，在狭义共犯的属性学说中，当我们说狭义共犯能否成立的时候，并非是指共同犯罪能否成立，而是指在不成立共同犯罪的前提条件下，狭义共犯所涉及的教唆行为或帮助行为还有没有独立评价的意义。没有独立评价的意义，就表明狭义共犯不再成立，故没有必要再对教唆行为或帮助行为独立地给予刑罚处罚；有独立评价的意义，就表明狭义共犯仍然成立，故有必要对教唆行为或帮助行为独立地给予刑罚处罚。

基于这样一种认识，本教科书总体上赞同狭义共犯的独立性说。曾几何时，在欧洲中世纪的封建刑法中，对共犯的界限的划分是非常模糊的，甚至根本不予区分，对所有的共犯一律给予同等的处罚，中国封建刑法中的“连坐”规定就是

---

642 转引自【日】本村龟二著：《刑法总论》（增补版），有斐阁 1984 年版，第 394 页。再转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 662 页。

一个很好的佐证。因此，与封建刑法不分轻重、无端扩张共犯刑事责任的制度相比，狭义共犯的从属性说严格按照共同犯罪中实施犯罪和参与犯罪的分工，限制共同犯罪参与者的刑事责任，使其依附于共同正犯的实行行为而成立，无疑具有进步意义。但是，由于狭义共犯的从属性说过于机械地按照共同犯罪的分工原则来评价教唆行为或帮助行为的性质，完全忽视了该等行为在共同犯罪中可能起到的重要作用，以及该等行为本身所具有的反社会性，这就从一个极端走到了另一个极端，不利于刑法对反社会性行为的惩治作用，也不利于充分保障被纳入刑法保护范围的法益的安全；因此，从总体上分析，狭义共犯的从属性说应予以否定。然而，本教科书认为，在具体处理上，还需要结合一般的犯罪阶段理论去理解，对狭义共犯也要区别对待。

首先，对教唆犯来说，应完全否定狭义共犯的从属性说，因为教唆犯作为一种造意犯，其行为的反社会性是十分明显的；从没有教唆犯就没有共同正犯的角度考察，教唆行为在共同犯罪中所起的作用绝不亚于共同正犯，这也是各国或各地区刑法典为什么要将教唆犯按共同正犯处罚的原因所在。既然如此，怎么能让反社会性明显且作用不亚于共同正犯的教唆犯去依附于共同正犯而存在呢？这是很不合理的。

其次，对从犯来说，应承认其从属性说具有一定的合理性。因为，当被帮助的人还未实施犯罪的实行行为前，犯罪毕竟处于预备阶段，而对犯罪预备行为本身，理论上及立法上一般都不予处罚；既然如此，对仅仅是帮助了犯罪预备的帮助行为不予处罚，自然具有合理性。但是，如果法律对某些犯罪设置了处罚犯罪预备的特别规定时，从犯的从属性说同样应受到质疑；因为在这种情况下，共同正犯的界限实际上已被立法者前移了，既然预备犯要受刑罚处罚，那么，帮助预备犯的从犯也理应受到刑罚处罚。

四、共同正犯实行行为对狭义共犯成立与否的影响

所谓共同正犯实行行为对狭义共犯成立与否的影响，就是指在共同正犯已经开始实施犯罪实行行为的情况下，其实行行为必须具备什么样的条件，狭义共犯才能够成立。其实，关于共同正犯实行行为与狭义共犯成立与否之间的关系，说到底仍然还是回到狭义共犯的属性问题上，*惟*不同的是考察的时间段不同而已。比如，学者们在讨论狭义共犯的从属性和独立性时，是从犯罪的实行行为还没有开始实施的角度进行考察，而学者们在讨论共同正犯实行行为对狭义共犯成立与否的影响时，是从犯罪的实行行为已经开始着手实施的角度进行考察。但不管是从实行行为开始前进行考察还是从实行行为开始后进行考察，其终结点仍然是为了认证狭义共犯的属性问题，即如果离开了共同正犯的实行行为，狭义共犯还能否成立，也就是还能否对狭义共犯给予独立的刑事评价并处以刑罚。有些学者将这一问题放在狭义共犯的属性学说中进行阐述，[643]其道理就在于此。也正因为如此，有的学者认为，共同正犯实行行为对狭义共犯成立与否的影响，实际上反映了狭义共犯对共同正犯的从属性程度。[644]

（一）基本理论学说

关于共同正犯实行行为对狭义共犯成立与否的影响，学者们通常是从大陆法系犯罪论三要素的角度进行考察，理论上主要有四种不同的学说观点：（1）最小限度从属性说。该学说认为，只要共同正犯的实行行为具备了构成要件该当性，

[643] 参阅马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 658-661 页。
[644] 参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 244 页。

狭义共犯就可以成立；至于共同正犯的实行行为是否符合违法性要素和有责性要素，与狭义共犯的成立无关。（2）限制从属性说。该学说认为，当*共同*正犯的实行行为具备了构成要件该当性和违法性两种要素时，狭义共犯方能成立；而有责性要素作为责任的要素，不影响狭义共犯的成立。（3）严格限制从属性说。该学说认为，只有当*共同*正犯的实行行为同时具备了构成要件该当性、违法性和有责性三种要素时，狭义共犯才能成立；少了其中一种要素，狭义共犯就不能成立。（4）极端限制从属性说。该学说认为，要成立狭义共犯，不仅要求共同正犯的实行行为应同时具备构成要件该当性、违法性和有责性三种要素，而且还要求狭义共犯同时具备与共同正犯有关的影响犯罪成立或刑罚轻重的个人特征，否则仍然不成立狭义共犯。

从德国和日本的立法及司法实践来看，大致都经历了一个从严格限制从属性说向限制从属性说转化的历程。比如，以德国为例，在 1943 年之前，由于根据当时德国的刑法典规定，构成教唆犯和帮助犯，应以共同正犯的实行行为属“应受处罚的行为”作为前提条件，而根据德国学者对“应受处罚的行为”的解释，该等行为就是指同时具备了构成要件该当性、违法性和有责性三种要素的行为，因此，德国刑法学界普遍认为，从当时的立法来看，狭义共犯的成立采用的是严格限制从属性说。1943 年之后，德国修改了刑法典，将教唆犯和帮助犯的成立，修改为以共同正犯实施的实行行为属“应受刑罚处罚的行为”（也有学者将其称之为“应受刑罚威吓”的行为）作为前提条件，并且明确规定对每一个共犯的处罚“不考虑其他共犯的责任，以自己的责任受处罚”；对此，德国学者普遍认为，所谓“应受刑罚处罚的行为”就是指具备了构成要件该当性和违法性两种要素的行为，而涉及责任要素的问题，应由每一个共犯各自承担，互不影响；这样，从立法上看，德国刑法典就完成了从严格限制从属性说向限制从属性说的转化。1975 年，现行的《德国刑法典》更是明确规定，教唆犯和帮助犯的成立，仅以共同正犯“故意实施违法行为”作为前提条件，且明确规定所有共犯“各依自己的罪责受处罚，而对他人之处罚如何，对其无影响”。由此，限制从属性说就成为德国刑法学界一致公认的通说。

日本的情况也基本相似。早期的日本审判实践因根据当时的日本刑法典第 61 条“犯罪”一词的规定，对教唆犯和从犯的成立采用的是严格限制从属性说；1984 年，日本最高裁判所在判决中指出，利用未达到刑事责任年龄的少年进行犯罪时，除了成立间接正犯外，也可能成立教唆犯，这实际上就意味着将共同正犯实行行为的有责性要素排除在外，故被日本学者视为开始向限制从属性说转化；今天，支持限制从属性说的立场在日本刑法理论界和司法实务界已经被通说化了。[645]

（二）评析

本教科书认为，对上述四种学说，可以从两个方面进行分析：

1、关于第一种学说和第四种学说

首先，在上述四种学说中，第一种学说即最小限度从属性说是不可取的。该学说放得太宽，正犯的实行行为只要具备构成要件该当性，就可以成立并处罚狭义共犯，这显然是不合理的，因为这种学说完全忽视了犯罪行为所具有的反社会

[645] 以上关于德国和日本的资料来自：【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 792-793 页。【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 244 页。张明楷著：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 297-298 页。

性的本质特征。举例来说，在紧急避险情况下，甲唆使乙以毁坏他人财物的行为来避免危险，只要紧急避险成立，不管甲对乙的避险行为在法律上的意义是否清楚，甲的教唆行为客观上就不具有反社会性，不应当受到刑罚处罚。其次，第四种学说即极端限制从属性说也是不可取的。该学说卡得太严，除要求共同正犯的实行行为要具备构成要件该当性、违法性和有责性之外，在法定个人特征方面，也要求狭义共犯与共同正犯保持一致，这也是不合理的。举例来说，非公务员甲教唆公务员乙侵占公款，因法律规定“公务上之侵占罪”只能由公务员构成，这样一来，按照极端限制从属性说，甲因不具备公务员身份，就不成立教唆犯，因而不受处罚，这当然是不合理的。在大陆法系关于共同犯罪的理论中，最小限度从属性说和极端限制从属性说都受到了大多数学者的批判和否定，立法例也不予采用。相反，很多国家或地区的刑法典都明确规定，共同正犯和狭义共犯在个人身份或特征上的不同，不影响共同犯罪的成立。

2、关于第二种学说和第三种学说

本教科书赞同第二种学说即限制从属性说，主要理由在于：

第三种学说即严格限制从属性说实际上体现了狭义共犯的从属性说在共同正犯实行行为性质上的延伸。因为按照从属性说，狭义共犯的成立以共同正犯的存在为前提，当共同正犯的实行行为因不具备有责性而成为不可罚的行为时，共同正犯就不构成犯罪；而共同正犯不构成犯罪，也就意味着共同正犯不复存在；既然共同正犯不复存在，那么，以共同正犯的存在为成立条件的狭义共犯自然也不能成立。质而言之，在共同正犯的实行行为因缺乏有责性而不构成犯罪的情况下，狭义共犯就不能成立；因为狭义共犯不能成立，所以对狭义共犯的行为人就不能按教唆犯或从犯予以处罚。

反之，第二种学说即限制从属性说实际上体现了狭义共犯的独立性说在共同正犯实行行为性质上的延伸。因为按照独立性说，狭义共犯的成立并不以共同正犯的存在为前提，没有共同正犯也可以成立狭义共犯。因此，即便共同正犯的实行行为因不具备有责性而不构成犯罪，也不会影响狭义共犯的成立；既然狭义共犯得以成立，那么，对狭义共犯的行为人也就可以独立地给予刑事评价并处以刑罚。

根据以上分析，本教科书认为，当狭义共犯的行为符合间接正犯的条件时，严格限制从属性说和限制从属性说最后的处罚原则并无实质的差别。因为按照严格限制从属说，尽管狭义共犯因共同正犯的实行行为不构成犯罪而不能成立，所以不能对狭义共犯的行为人按教唆犯或从犯独立地给予处罚，但这并不等于不能适用其他处罚原则；因为当狭义共犯的行为符合间接正犯的条件时，就可以按间接正犯来处罚狭义共犯的行为人。比如，甲为了达到杀死仇人乙的目的，教唆未达刑事责任年龄的人去投毒杀死乙；像这种情况，甲显然符合将他人作为犯罪工具加以利用的间接正犯的条件，当然可以对甲按故意杀人罪的间接正犯处罚。这一结论对限制从属说也是适用的，由此可以得出这样的结论：在共同正犯的实行行为因不具备有责性要素而不构成犯罪的情况下，如果狭义共犯的行为符合间接正犯条件的，理论上首先应按间接正犯处罚。

但是，问题在于，在共同正犯的实行行为不构成犯罪的情况下，并非所有狭义共犯的行为都可以符合间接正犯的条件。举例来说，甲将枪借予未达刑事责任年龄的人，帮助他杀人，因甲主观上并无将他人作为犯罪工具的目的，不构成间接正犯。于是，当共同正犯的实行行为不构成犯罪，同时狭义共犯的行为又不符合间接正犯条件时，按照严格限制从属性说，其结论只能是对狭义共犯的行为人

不予处罚，如上例中，对甲借枪的行为就不能处罚，这明显欠缺合理性，并反映了严格限制从属说的致命弊端所在。反之，按照限制从属性说，结论就不一样了，因为在限制从属*性*说看来，即便共同正犯的实行行为不构成犯罪，也不会影响狭义共犯的成立；既然狭义共犯得以成立，对狭义共犯的处罚就具有了灵活性：如果狭义共犯的行为符合间接正犯条件的，对狭义共犯的行为人就按间接正犯处罚；如果狭义共犯的行为不符合间接正犯条件的，就可以对其按相关罪名独立定罪处罚。如上例中，对甲的借枪行为就可以按故意杀人罪处罚，这也正是限制从属*性*说获大多数学者支持并为立法及司法实务乐意采纳的道理所在。上述日本最高裁判所的判决对利用未达到刑事责任年龄的少年进行犯罪的行为之所以认为除了成立间接正犯外，还可能成立教唆犯，其主要目的也正是为了消除严格限制从属性说的致命弊端。

基于以上分析，本教科书赞同第二种学说即限制从属性说。

第三节　《澳门刑法典》关于共同犯罪人的分类

《澳门刑法典》参照了《葡萄牙刑法典》关于共同犯罪人的分类规定，对共同犯罪人采用的是两分法立法例，即将共同犯罪人分为共同正犯和从犯。

一、共同正犯

如前所述，在共同犯罪过程中，对共同正犯的认定有着不同的学说，其中比较合理的是实质的限制正犯说和行为支配说，两者本质上具有一致性，只不过考察问题的角度不同罢了。按照这两种认定共同正犯的学说，每一个共同正犯并不一定要亲自去实施符合构成要件该当性的行为，在共同的行为决意范围内，所有共同正犯作出的行为，已被彼此之间相同的犯罪决意结合在一起，形成了共同犯罪的合力，正是这种合力，共同促成了构成要件的实现。正如有学者指出的那样，“由此得出结论认为，在多行为犯情况下，对认定共同正犯而言，实施一部分行为即足已”。[646]《澳门刑法典》第 25 条规定正是遵循着这样的学说，将共同正犯分成了四类：

（一）亲身型的共同正犯

所谓亲身型的共同正犯，就是指在共同犯罪过程中亲身参与犯罪实行行为的共同犯罪人，毫无疑问，亲身的中文含义也就是指行为人直接参与了犯罪的实行行为，从这一意义上说，亲身型的正犯反映了正犯的本意。

关于亲身型共同正犯的认定，关键在于把握何为亲身。本教科书认为，认定行为人是否亲身参与了犯罪的实行行为，主要标准是看行为人实施的行为是否符合实行行为的特征。比如，甲、乙、丙三人同时对丁进行殴打，致其重伤，在这种情况下，因甲、乙、丙的行为都符合故意伤害罪实行行为的特征，所以三人都属于亲身型的正犯。值得注意的是，有些犯罪的实行行为具有复合性，比如，将妇女捆绑后实施奸淫，捆绑的行为和奸淫的行为都属于强奸罪实行行为的组成部分；假设甲男勾结乙女，二人一起将丙女捆绑后，由甲男对丙女实施奸淫，在这种情况下，乙女尽管不可能对丙女实施奸淫行为，但因其参与了对丙女的捆绑行为，符合强奸罪实行行为的特征，所以一样构成亲身型的正犯。还比如，构成“贩卖人口罪”可以由引诱、运送、转移、收留等多种行为构成，这些行为都属于“贩卖人口罪”的实行行为，假设甲、乙、丙三人合谋共同贩卖人口，甲负责引诱，乙负责接送，丙负责安置收留，在这种情况下，甲、乙、丙三人的行为都符合“贩

[646] 同上，第 824 页。

卖人口罪”实行行为的特征，因而都属于亲身型的正犯。

对亲身型共同正犯的认定，还必须注意分析行为人是否直接到达犯罪现场直接参与了犯罪。因为大陆法系刑法理论关于共同犯罪人的分类侧重于分工分类法，也就是从共同犯罪的分工进行考察，而非依据每个共同犯罪人在共同犯罪中的作用进行分类，这一点澳门刑法与中国大陆刑法是有差异的。比如，澳门刑法是按分工对共同犯罪人进行分类，故将共同犯罪人分为正犯和从犯，凡直接参与犯罪的共同犯罪人，不论其在共同犯罪中起的作用如何，都是正犯，*惟*在按正犯量刑时可考虑其作用的大小，但不能改变正犯的身份；至于从犯就只能是指对共同犯罪提供了帮助的人，从犯不能是直接参与犯罪的人，从犯在共同犯罪中一定是作为帮助犯而存在的。然而，中国大陆刑法是按作用对共同犯罪人进行分类的，故将共同犯罪人分为主犯和从犯，直接参与犯罪的人不一定是主犯，只要其在共同犯罪中所起的作用是次要的作用，仍然构成从犯，所以中国大陆刑法所指的从犯，不一定是帮助犯，也可能是直接参与犯罪者。举例来说，甲、乙、丙三人共同对一仓库实施盗窃，考虑到丙胆小且瘦弱，甲和乙就让丙站在仓库门口，一则看管甲和乙搬出来的东西，二则也负责望风，若有人来就以学狗叫为警示。在这种情况下，按照澳门刑法关于共同犯罪人的规定，丙虽然在整个共同盗窃过程中所起作用不大，或者说只起到了次要的作用，但因丙直接到达了盗窃现场，也就是直接参与了盗窃，故在该起共同盗窃案件中，丙非为共同盗窃的从犯，而是构成了共同盗窃的正犯，即属亲身型的正犯，*惟*法院在对丙量刑时，可将丙在共同犯罪中的所起的次要作用视为一种酌定量刑情节，适当考虑减轻刑罚。但是，如果按照中国大陆刑法关于共同犯罪人的规定，丙虽然直接参与了盗窃，但因为在整个盗窃过程中只起到了次要的作用，所以就会被视为从犯，而非主犯。

由上可知，在认定亲身型正犯时，充分注意到共同犯罪人分类理论中的分工分类法与作用分类法的区别，这对于正确认定亲身型正犯来说是相当重要的，应当引起澳门司法实践的注意。比如，2008 年 9 月在澳门发生了一件性质严重的杀人案，被害人为香港男性居民，因欠赌债而招致被人碎屍的杀身之祸；在澳门初级法院审理过程中，参与此案的十名被告中有三名泰国籍男子因属在杀人时仅负责在门外看守而被认定为从犯，三名被告各被科处 6 年徒刑。对此，澳门检察院不服向澳门中级法院提出上诉，认为这三名被告人虽只负责在门外看守，但显属直接参与了共同杀人，不论其在共同杀人中所起作用如何，都应视为正犯，而非从犯；澳门中级法院经审理后否决了检察院的观点，维*持*原判，于是，澳门检察院又依照《澳门刑事訴訟法》的有關規定，再向澳门终审法院提出上诉。澳门终审法院经过审理后，支持澳门检察院的观点，裁定检察院上诉得直，遂改判三名被告为“加重杀人罪”（第 129 条）的共同正犯，各被判处 16 年徒刑，并与其他相关犯罪实行并罚，最后判处三名被告各 18 年徒刑。[647]本教科书认为，澳门检察院的观点及澳门终审法院的最终裁决无疑是正确的，之所以正确，就在于考虑到了共同犯罪人分类理论中分工分类法与作用分类法的区别，不以共同犯罪人在共同犯罪中的作用，而是以共同犯罪人是否直接参与共同犯罪为标准，来识别共同犯罪人究竟是正犯还是从犯。

（二）透过型的共同正犯

所谓透过型的共同正犯，就是指在共同犯罪过程中透过他人来实施犯罪实行行为的共同犯罪人。从司法实践来看，这样的共同犯罪人通常都是指共同犯罪的组织者、指挥者、领导者或策划者，尤其是在有组织的共同犯罪如犯罪集团中，

[647] 参阅 2011 年 9 月 29 日《澳门日报》：“差佬文案三犯加刑至 18 年”。

这样的共同犯罪人对整个共同犯罪的实施起着决定性的作用，其对犯罪实行行为的支配力或控制力实超出一般的亲身型正犯，故理应按共同正犯论处。关于透过型的共同正犯，需要注意以下两个方面的问题：

第一，要将透过型的共同正犯与间接正犯区分开来。透过型的共同正犯虽然也是间接通过他人的行为来实施犯罪，某种意义上也可以说是将他人当作犯罪工具使用，但这种透过型的共同正犯是与共同犯罪密不可分的，其存在是以共同犯罪的成立为前提的；而共同犯罪中一旦存在透过型的共同正犯，就一定会伴随着存在亲身型的共同正犯，没有亲身型的共同正犯也就没有透过型的共同正犯，正是两者的结合，才构成了共同犯罪。

然而，如前所述，间接正犯并非共同正犯，作为一种独立的正犯形态，间接正犯恰恰是与共同犯罪分离的。将他人作为犯罪工具使用而间接透过他人的行为来实施犯罪的，只有在不成立共同犯罪的情况下，才会构成间接正犯，并按间接正犯处罚。比如，利用无刑事责任能力的人来实施犯罪的情况，或利用他人的过失行为来实施犯罪的情况，都会因缺乏共同犯罪的主体条件或缺乏共同犯罪的主观条件而不能成立共同犯罪，所以才对利用者按间接正犯处罚。反之，同样是将他人作为犯罪工具使用而间接透过他人的行为来实施犯罪并成立共同犯罪的，利用者就不再是间接正犯，而是应按共同犯罪中的共同正犯处理，即利用者属于透过型的共同正犯，被利用者则属于亲身型的共同正犯。

第二，对透过型的共同正犯与亲身型的共同正犯在刑事责任上要有所区分：

首先，要注意透过型的共同正犯所作出的成立、组织、领导、指挥等行为本身可能触犯其他罪名，如果刑法对此有特别规定的，就要按刑法的特别规定定罪处罚，而不仅仅是共同犯罪的问题。比如，根据《澳门刑法典》分则第 288 条规定，对发起或创立以实施犯罪为目的，或其活动主要是以实施犯罪为目的的团体、组织或集团的行为，以及对领导或指挥这些团体、组织或集团的行为，都应以“犯罪集团罪”论处。又比如，根据澳门《有组织犯罪法》规定，对发起或创立黑社会组织的行为，以及对领导或指挥黑社会组织的行为，都应以“黑社会罪”论处。由此可见，如果透过型的共同正犯所作出的成立、组织、领导、指挥犯罪集团的行为符合上述罪名的构成要件的，除应按共同正犯的身份对具体的共同犯罪承担刑事责任外，还必须按单独犯（个人）或亲身型共同正犯（多人）的身份，[648]对上述罪名承担刑事责任。

其次，要注意在犯罪集团中，对整个犯罪集团握有组织、领导、指挥、策划权的透过型共同正犯，应当为犯罪集团所实施的全部罪行承担共同犯罪的刑事责任，这是透过型共同正犯为共同犯罪承担刑事责任的一个不同于亲身型共同正犯的重要特征。比如，对一个专门实施贩毒的犯罪集团来说，其组织者、领导者应对所有的贩毒行为承担共同犯罪的刑事责任；但对于其他贩毒集团的成员来说，则只须对其直接参与的贩毒行为承担共同犯罪的刑事责任。关于这一点，有的国家的刑法典作了明确的规定。比如，根据《中华人民共和国刑法典》第 26 条规定，对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚；对于犯罪集团中的其他主犯，则应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。《澳门刑法典》对透过型的共同正犯虽未作出上述规定，但在理论与司法实务中，同样应当遵循这样一种处罚原则。但是，值得注意的是，同其他共同犯罪一样，如果在犯罪集团中，执行者实施的犯罪超出了组织者或领导者事先预谋的犯罪范

[648] 因为对“犯罪集团罪”或“黑社会罪”来说，组织、领导、指挥、策划等行为已直接成为该等犯罪的实行行为。

围，则超出部分应由执行者个人承担刑事责任。比如，甲根据犯罪集团头目乙的命令去盗窃某个商店，在盗窃过程中甲擅自对商店女值班员实施了强奸行为，在这种情况下，乙只对共同盗窃负透过型共同正犯的刑事责任，对甲实施的强奸行为则不负刑事责任。

（三）协议型的正犯

所谓协议型的共同正犯，就是指在共同犯罪中行为人相互之间透过协议直接参与或共同直接参与犯罪实行行为的共同犯罪人。关于协议型的共同正犯，需要注意以下两个问题：

第一，关于协议的形式。犯罪的协议当然不同于一般的民事协议，从形式上看，这种共同犯罪的协议无任何形式上的要件，无论是口头形成的协议还是文字记录的协议，无论是通过信件、电话达成的协议还是通过计算机邮件达成的协议，无论是一句话的协议还是内容详细的协议，统统都可以构成共同犯罪的协议，只要协议各方能够明白就行。*惟*值得一提的是，对共同犯罪的协议来说，即便是被迫达成，也不会影响共同犯罪的成立，但可能会影响量刑。

第二，关于协议的内容。共同犯罪协议的内容主要是一种分工协议。但在理解这种分工协议时，必须注意协议型的共同正犯与亲身型的共同正犯之间的联系和区别：

首先，从两者的联系来看，如果共同犯罪的协议分工已为亲身型的共同正犯所包容时，就应将相关共同犯罪人视为亲身型的共同正犯。比如，甲、乙、丙和丁四人密谋抢劫银行，甲负责持枪威胁银行职员，乙负责用包装钱，丙负责看住在银行内的顾客，丁负责将车停在银行门口并使汽车处于发动状态；像这种情况的共同抢劫，尽管密谋也是一种共同犯罪的协议，但因甲、乙、丙和丁四人都到达犯罪现场，其行为都符合抢劫罪实行行为的特征，所以四人都属于亲身型的共同正犯，而非协议型的正犯；否则，鉴于大多数共同犯罪都属于有密谋的共同犯罪，而既然密谋也是协议，那么，大多数共同犯罪中的共同正犯岂不都成了协议型的共同正犯，这显然不是《澳门刑法典》第 26 条规定协议型共同正犯的立法本意，换句话说，立法者之所以规定协议型的共同正犯，其本意并非是要替代亲身型的共同正犯。

其次，从两者的区别来看，只有当共同犯罪的协议难以为亲身型的共同正犯所包容时，方可构成协议型的共同正犯。比如，甲为杀死仇人，用钱买通乙，让乙为其杀死仇人；像这种“买凶杀人”的共同犯罪，对雇凶者来说，因其既未亲身参与实施犯罪，也不是在共同犯罪中起组织、领导、指挥、策划作用的人，所以就不属于亲身型的共同正犯或透过型的共同正犯，而是属于通过交易型的协议来直接参与实施犯罪的协议型共同正犯，而杀人者当然属于亲身型的共同正犯。除此之外，有些犯罪因不具有比较明显的特定的犯罪现场，对共同犯罪人亦可按协议型的共同正犯处罚。比如，在多次发生于澳门的“祈福党”诈骗事件中，多名共同犯罪人都是通过事先密谋协议，作出分工，由各人扮演寻路人、过路人、“神医”孙女等角色，共同对被害人实施诈骗行为；像此类诈骗案件，很难说有一个比较明显的特定的犯罪现场，而作为诈骗罪的实行行为即虚构事实、隐瞒真相的行为又是通过各人的分工来共同完成的，因此，对这些通过分工来共同完成犯罪实行行为的共同犯罪人，就可以按通过协议来共同直接参与实施犯罪的协议型共同正犯处罚。还有些犯罪尽管有特定的犯罪现场，但通过协议，亦可对不在犯罪现场的共同犯罪人按协议型共同正犯处罚。比如，甲、乙、丙三人密谋共同盗窃汽车并作出分工，甲负责盗窃汽车，乙负责办一个简陋的汽车修理厂专门将

赃车改头换面，丙则负责寻找销路；像此类共同盗窃案件，乙和丙表面上虽没有亲身参与盗窃汽车的行为，但三人因有分工协议，所以乙和丙就属于通过协议共同直接参与盗窃汽车行为的协议型共同正犯。

（四）教唆型的共同正犯

所谓教唆型的共同正犯，就是指在共同犯罪中故意使他人产生犯罪决意的共同犯罪人。关于教唆型的正犯，需要注意以下四个问题：

1、教唆犯的主观构成要素

教唆型共同正犯也就是指教唆犯。如前所述，教唆犯作为一种造意犯，主观上必须具有教唆的故意，这一点在学者之间并无分歧，学者们也一致认为过失的教唆犯是不成立的。但是，关于教唆犯的故意究竟应当包括哪些认识因素，其故意的类型能否由间接故意构成，理论上则有分歧。

首先，就教唆犯故意的内容来说，理论上有两种不同的观点：第一种观点认为，教唆犯的故意内容应当包括两个方面的认识因素：第一个方面的认识因素是指对其教唆他人去实行的犯罪行为的认识，第二个方面的认识因素是指对其通过教唆行为使他人产生犯罪决意的认识；这两种认识因素合在一起，方能构成教唆犯的故意。比如，甲引诱乙贩毒，其教唆的故意就包括了甲对贩毒行为本身的认识以及甲希望通过其教唆行为使乙产生贩毒决意的认识。第二种观点认为，构成教唆犯的故意，只要教唆者对其教唆行为能够使被教唆者产生犯罪决意有认识即足矣，至于教唆者对教唆他人去实行的犯罪行为有无认识，与教唆犯的故意无直接关系。如在上例中，只要甲认识到自己的教唆行为旨在使乙产生贩毒决意，就足以构成教唆犯的故意，至于甲对贩毒行为有无认识，不影响其教唆故意的成立。

本教科书赞同第二种观点。理由有三：第一，从常理判断，当一个人去教唆他人实行特定的犯罪行为时，教唆者本人对该等犯罪行为必然已有一定的认识，否则，设想一个人去教唆他人做连教唆者本人都不认识、不知道的行为，这是有悖于常理的。第二，如果将教唆者对教唆他人去实行的犯罪行为的认识也作为构成教唆犯故意的条件，理论上也会出现模糊的界限，比如，教唆者对该等犯罪行为究竟认识到何等程度方为有认识，教唆者对该等犯罪行为的认识是否要与单独犯对该等犯罪的认识等同，这些问题恐怕连持第一种观点的学者也说不清。第三，如果说，教唆者对其教唆他人去做的犯罪行为不认识，那也至多是对行为的性质产生错误认识。比如，甲唆使乙去做某种行为，甲对该等行为本身有认识，但不知道该等行为是一种犯罪行为，像这种认识错误的情况，显然属于违法性认识的问题。而在大陆法系刑法理论中，大多数学者都认为违法性认识不属于故意的认识内容，既然这样，怎么能够在教唆犯的故意内容中加入教唆者对行为违法性的认识呢？

其次，就教唆犯故意的类型来说，理论上也有两种不同的观点：第一种观点认为，教唆犯的故意只能是希望性的直接故意，不能是容忍性的间接故意。换句话说，只有当教唆者认识到自己的行为旨在使他人产生特定的犯罪决意，而且希望出现这种后果时，方构成教唆犯的故意。第二种观点则认为，“教唆的故意，通常是直接故意，但也不排除间接故意的可能。如教唆犯知道自己的行为可能引起他人实施犯罪的意图，而对此采取放任的态度”。[649]本教科书赞同第一种观点，因为教唆行为应当是一种有目的的行为，其目的就是希望被教唆者去实施某种特定的犯罪行为，这也是立法者决意惩治教唆犯并将其视为共同正犯的主要依据；既然有此目的，就自然排除了间接故意。

[649] 高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社 1984 年版，第 202 页。

2、教唆犯的客观构成要素

关于教唆犯的客观构成要素，首先是对教唆行为的理解。事实上，教唆行为是一个集合概念，构成教唆行为，方法可以是多种多样。如有的学者认为，教唆行为“在其手段、方法上没有限制，命令、嘱托、威吓、胁迫、欺罔、甜言、诱导、怂恿、哀求、提供利益等，采取各种各样的手段、方法都是可能的”。[650]正因为如此，各国刑法典在规定教唆犯时，通常不对教唆的内涵作出规定，但也有少数国家的刑法典会对教唆的定义设置列举性的规定。比如，根据《泰国刑法典》第 84 条规定，“利用聘雇、强迫、恐吓、雇工、利诱、煽动或其他方法，使他人犯罪者，为教唆犯”。《俄罗斯刑法典》对教唆行为的方式也有列举性规定，但正如俄罗斯学者指出的那样，“刑法典第 33 条第 4 款远没有指出教唆的全部手段和形式，因为要详尽无遗地列举它们是不可能的”。[651]

其次，要构成共同犯罪中的教唆犯，需要注意教唆行为指向的被教唆者应当符合两个条件：第一个条件是被教唆者必须属于具有刑事责任能力的人，若被教唆者无刑事能力，则形同教唆者将他人作为犯罪工具使用，可按间接正犯处罚。第二个条件是被教唆者必须属于特定的人，若教唆行为指向的是不特定的人或群体，则属煽动性的行为，不成立共同犯罪；至于教唆者是否构成单独犯罪，要视刑法有无规定相应的罪名而定。比如，利用互联网公然散布虚假信息，引起或煽动他人实施某一犯罪的，根据《澳门刑法典》分则第 286 条规定，就会构成独立的“公然教唆犯罪罪”。

再次，要构成共同犯罪中的教唆犯，需要注意教唆行为与他人产生犯罪决意之间应当具有因果关系。如果教唆犯虽然实施了教唆行为，但被教唆者早在教唆犯实施教唆行为之前已经产生了相关犯意，[652]或者被教唆者犯意的产生实为他种原因引发的，不成立教唆犯。对此，有学者举例论述了教唆行为与他人产生犯意之间的因果关系：“甲威吓乙而教唆犯罪，未使乙产生决意，其后与甲无关系的丙亦教唆乙，因之至于犯罪的场合，甲的教唆与乙的犯罪决意之间没有因果关系，所以只有丙可认为教唆犯，而甲则不能作为教唆犯处分。然而如果乙由于甲的教唆与丙的教唆至于作出犯罪的决意的场合，又无共同教唆的意思，作为甲、丙两人同时对乙实施教唆的结果，乙作出决意的情况下，甲、丙可各自作为单独教唆负全部之责。”[653]

最后，要构成共同犯罪中的教唆犯，需要注意教唆行为仅限于教唆他人去实施特定的犯罪。关于这一点，理论上有所分歧。有的学者认为，只有在教唆他人去实施特定的犯罪的情况下，才构成共同犯罪中的教唆犯；但有的学者则认为，即使是教唆他人去实施不特定的犯罪，也可以构成共同犯罪中的教唆犯。在日本司法实务界，第一种观点是通说。比如，有日本判例写道：“然而，因为教唆要求使产生实行特定犯罪的决意，所以仅仅漫然地说‘犯罪吧’、‘盗窃吧’则不成为教唆”。[654]本教科书赞同第一种观点，即认为构成共同犯罪中的教唆犯，必须是教唆他人去实行特定的犯罪。当然，在对特定犯罪的理解方面，要有相对的灵

---

[650]【日】团藤重光编：《注释刑法》（2），有斐阁 1981 年版，第 775 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 708 页。

[651]【俄】俄罗斯联邦总检察院编，黄道秀译：《俄罗斯联邦刑法典释义》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 79 页。

[652] 有学者称这种不成功的教唆为“不能犯教唆”。

[653]【日】团藤重光编：《注释刑法》（2），有斐阁 1981 年版，第 783 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 710-711 页。

[654]【日】团藤重光编：《注释刑法》（2），有斐阁 1981 年版，第 776 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 707 页。

活性，不能局限太死。比如，甲教唆乙去“教训教训”丙，在这种情况下，尽管“教训”一词在中文里面是个不太确定的概念，但也应当认为教唆者是在教唆他人实施特定的犯罪，因为此处的“教训”实际上包含了伤害的意图，所以，不管乙将丙打成重伤还是轻伤，甲都构成共同伤害的教唆犯。有学者将此类相对比较模糊但带有一定侵害范围的教唆称之为盖然性教唆。

3、教唆犯与实行过限及其加重结果的关系

所谓教唆犯的实行过限，就是指被教唆者在实施被教唆的犯罪时，明显超出了教唆犯所教唆的犯罪范围；对教唆过程中的实行过限行为，超出部分的刑事责任由被教唆者个人承担。比如，甲教唆乙去贩毒，乙在贩毒过程中又实施了盗窃行为，对此，甲只负共同贩毒的刑事责任，对盗窃行为则不负刑事责任。

然而，在司法实践中，教唆犯的实行过限问题往往与加重结果的发生纠合在一起。比如，甲因其妻子和丁发生争吵时被丁所打，便指使朋友乙和丙去教训一下丁；乙和丙找到丁后与其理论，随后就对丁进行殴打，丁奋起反抗；在打斗过程中，乙随手拿起一根木棍猛击丁的头部，致丁头部受伤，医治无效死亡。在这种情况下，甲对丁构成共同伤害的教唆犯并无疑义，问题在于，甲是否要对伤害致人死亡的加重结果承担共同犯罪的刑事责任呢？对此，理论上也有不同的观点。第一种观点认为，教唆犯仅对被教唆者所实施的基本犯罪承担共同犯罪的刑事责任，对被教唆者实施基本犯罪时造成的加重结果则不承担共同犯罪的刑事责任。[655]第二种观点认为，教唆犯对被教唆犯实施基本犯罪所造成的加重结果是否需要承担共同犯罪的刑事责任，应视教唆犯的主观认识而定；如果教唆犯对加重结果的发生主观上有预见或应当预见的，应承担共同犯罪的刑事责任，反之，则不承担共同犯罪的刑事责任。[656]

本教科书基本同意第二种观点。本教科书认为，关于教唆犯是否需要对加重结果承担共同犯罪的刑事责任问题，应当从被教唆者和教唆犯两个层面同时去考察。具体来说，如果被教唆者对加重结果的发生无故意也无过失的，那么，无论是被教唆者还是教唆犯，都无须对加重结果承担刑事责任。如果被教唆者对加重结果的发生持过失甚至是故意心理态度的，就要分析教唆犯对加重结果的发生是否有预见，或是否应当预见；有预见或应当预见的，就要对加重结果的发生与被教唆者一起承担共同犯罪的刑事责任，否则仅由被教唆者个人对加重结果的发生承担刑事责任。比如，在上例中，甲指使乙和丙去教训丁，其教唆的内容当然包含了伤害，既然包含了伤害，甲对伤害这种危险行为可能引致的重伤或死亡后果，主观上就应当有所预见；既然应当预见，就表明甲对丁死亡的后果主观上有过失，所以需要为此和乙、丙一起共同承担伤害致人死亡的刑事责任。

4、教唆犯的从属性与独立性在立法中的体现

如前所述，关于狭义共犯的属性，理论上有从属性说和独立性说两种学说，这两种学说在不同程度上会影响立法。从《澳门刑法典》第 25 条“关于只要该事实已实行或开始实行”的规定来看，立法者显然是采用了狭义共犯的从属性说，即只有在被教唆者已经实行或开始实行被教唆的罪的情况下，教唆犯方能成立；言外之意，当被教唆者还没有实行或还没有开始实行被教唆的罪时，因共同正犯尚未成立，所以教唆犯也不复存在；在这种情况下，对教唆犯就不予处罚。由此可见，澳门刑法中的教唆犯，必须是建立在教唆既遂 [657]基础之上，如果是教唆

---

655 参阅吴振兴著：《论教唆犯》，吉林人民出版社 1986 年版，第 126 页。

656 参阅陈兴良著：《共同犯罪论》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 240 页。

657 所谓教唆既遂，就是指被教唆者已经开始实行被教唆的罪。

未遂[658]，则不成立教唆犯。比如，甲教唆乙去盗窃，乙经过考虑后因害怕而未去盗窃，甲就不成立教唆犯，对甲的教唆行为也不予处罚。

然而，正如理论上狭义共犯的从属性说受到众多学者的批判一样，在立法上，很多国家或地区的刑法典也拒绝采用狭义共犯的从属性说，转而采用狭义共犯的独立性说，明确规定处罚教唆未遂行为，只不过范围有大有小而已。比如，根据《德国刑法典》第 30 条第 1 款规定，“教唆他人实施重罪而未遂的，依该重罪的未遂论处”；可见，《德国刑法典》对教唆未遂的处罚仅限制在重罪范围之内。又比如，根据《俄罗斯刑法典》第 34 条第 5 款规定，教唆者“由于与之无关的情况而未能怂恿他人实施犯罪”的，应当独立追究教唆者的刑事责任；而根据《中华人民共和国刑法典》第 29 条第 2 款规定，“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪”，教唆犯一样成立，并可按被教唆的罪独立追究教唆犯的刑事责任；这就表明，《俄罗斯刑法典》和《中华人民共和国刑法典》对教唆未遂的处罚并无重罪或轻罪的限制。

值得注意的是，上述立法例对教唆未遂给予处罚，有的是按犯罪预备进行处罚，比如，根据《俄罗斯刑法典》第 34 条第 5 款规定，教唆未遂者应承担犯罪预备的刑事责任。有的则按一般的犯罪未遂进行处罚，比如，根据《德国刑法典》第 30 条第 1 款规定，对重罪的教唆未遂是按重罪的未遂论处，***惟***在处罚时除可按第 49 条第 1 款规定减轻处罚外，还可相应适用第 23 条第 3 款规定（不能犯未遂）免除处罚；有德国学者之所以认为《德国刑法典》第 30 条“规定的所有情况下的处罚，均是预备的重罪的未遂处罚，但减轻处罚必须与第 23 条第 2 款的规定有所区别”，[659]其道理就在于对重罪的教唆未遂的处罚，除可减轻处罚外，还多了一个免除处罚。至于根据《中华人民共和国刑法典》第 29 条第 2 款规定，因其对教唆未遂采用的是可以从轻或减轻处罚原则，与犯罪未遂的处罚原则完全一致，故对教唆未遂的处罚实际上是按犯罪未遂进行处罚。

本教科书认为，鉴于教唆犯本身的性质及对法秩序的侵害，《澳门刑法典》第 25 条对教唆犯的成立采从属性说从理论上考察是值得商榷的，不符合大陆法系国家或地区刑法典对教唆犯的立法趋势，除此之外，在司法实务中也可能会碰到合法却不合理的情况。举例来说，甲教唆乙去伪造货币，乙正在制造伪钞印版时被抓获；在这种情况下，根据《澳门刑法典》第 261 条规定，对这种伪造货币的预备行为是可以定罪处罚的，问题是，法官可以按第 261 条规定对乙按“假造货币罪”（第 252 条）的预备行为处罚，但却无法对甲按共同犯罪处罚，因为按第 25 条采用的教唆犯从属说，被教唆者乙还没有开始实行伪造货币的实行行为，教唆犯不能成立。然而，象这种情况，只处罚乙的犯罪预备行为，却不处罚甲对乙的教唆行为，显然是不合理的；如此一来，司法实务就会陷入进退两难的困境。因此，本教科书建议，有必要修改《澳门刑法典》第 25 条规定，对教唆犯采独立性说，至少要像《德国刑法典》那样，对重罪的教唆未遂独立给予刑罚处罚。

二、从犯

从犯也就是帮助犯。所谓从犯，就是指故意帮助共同正犯实行犯罪的共同犯罪人。根据《澳门刑法典》第 26 条第 1 款规定，“对他人故意作出之事实，故意

---

[658] 所谓教唆未遂，就是指被教唆者没有去实施被教唆的罪。理论上，有的学者还将教唆未遂分为失败的教唆未遂和无结果的教唆未遂：若被教唆者根本不接受教唆，称之为失败的教唆未遂；若被教唆者没有去实施被教唆的罪，称之为无结果的教唆未遂。

[659] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书（总论）》，中国法制出版社 2001 年版，第 853 页。

以任何方式提供物质上或精神上之帮助者，以从犯处罚之”。构成从犯，必须具备以下几个方面的要素：

（一）从犯的客观要素

构成从犯，客观上必须要有帮助的行为。

1、帮助行为的内容

无论是在理论上还是在司法实践中，从犯的帮助行为可分为物质上的帮助行为和精神上的帮助行为，前者也叫有形的帮助，后者则叫无形的帮助。比如，将金钱借贷予行贿者使其实施行贿犯罪的行为，将枪支或刀具借予杀人者的行为，为盗窃者配制钥匙的行为，为抢劫者提供银行具体房屋构建图的行为，为贩卖人口者提供住宿场所的行为，都属于有形的物质上的帮助行为。又比如，对伤人者用言词加以激励强化其犯意的行为，为杀人者提供杀人方法的行为，对杀人者讲述被害人生活习惯的行为，为实施电脑诈骗者提供专业操作方法的行为，都属于无形的精神上的帮助行为。

在一般情况下，从犯的帮助行为都是通过作为方式来完成的，但在有些情况下，从犯的帮助行为也可以通过不作为的方式来完成，比如，负有巡查义务的建筑工地保管员，故意喝醉酒不履行巡查义务，为他人实施盗窃创造条件的，就属于不作为的帮助行为。

2、帮助行为的作用

所谓帮助行为的作用，就是指帮助行为对共同正犯实施的犯罪须产生什么样的作用，或者说须达到何种帮助的程度，方能成立共同犯罪中的从犯。关于这一点，理论上有几种不同的说法：一为促进说。比如，在早期的德国刑法理论中，不少学者认为，根据 1871 年《德国刑法典》第 49 条关于从犯的规定，帮助行为必须对犯罪结果的产生起到促进作用的，始可认为成立帮助犯。[660]二为支持说。比如，在后期的德国刑法理论尤其是在司法实务界，“法院判决采用的规则是，帮助犯不需要成为主要正犯的行为成功的原因，而只需要为这种行为提供支持，所以，即使借给正犯的工具最后并没有被使用，仍然应作为帮助犯承担责任”。[661]三为容易说。比如，日本刑法理论界普遍认为，帮助行为“必须使正犯者的实行行为变得容易。但是，并不需要是对正犯者的实行而言不可缺少的行为”；[662]“从犯本身不实行犯罪，仅仅帮助正犯行为使其容易实现”。[663]

本教科书赞同支持说。因为帮助行为对共同正犯来说，主要作用就在于从心理上对正犯实施犯罪给予一种支持，正是这种心理上的支持，使共同正犯实施犯罪的危险程度得以增加，而这恰恰也是立法者对从犯给予刑罚制裁的依据所在。至于帮助行为客观上是否对共同正犯实施犯罪起到了促进作用，或者是否使共同正犯实施犯罪变得更加容易，并非从犯的本质特征所在，它可以影响从犯的量刑，但不应当影响从犯的成立。正因为如此，有的学者认为，共同正犯行为的实施并不完全依靠帮助犯，“帮助犯只不过为其提供了支持。正是由于这一点，才将帮助与共同正犯对犯罪的贡献区分开来，而共同正犯的特征是，整个行为与之一道成功或失败”。[664]

---

[660] 参阅【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书（修订译本）》，法律出版社 2006 年出版，第 374 页

[661] 参阅【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，第 335 页。

[662]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 273 页。

[663] 马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 717 页。

[664]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社 2006 年版，

本教科书认为，要确认帮助行为对共同正犯实施犯罪在心理上有无支持作用，还应当结合共同正犯具体的犯罪行为或犯罪计划作对应的分析。对此，日本东京法院有一个判例很有启示意义：宝石商B把宝石等财物交予A保管，A为了不返还宝石等财物，决意杀害B。A原本计划在公司地下室枪杀B，并将此计划告知C，C为了防止被人听到枪声，帮助A将地下室的换气口用毛巾和胶带堵住。但是，A最后改变了杀人计划，决定在行驶的汽车内杀死B，为此，C又向A提供精神上的支持，以帮助的意思，开车跟着A驾驶的车，直至A在车内杀死B。东京法院判决认为，由于A转换了杀人地点，改变了犯罪计划，因此，C实施的用毛巾和胶带堵住地下室换气口的帮助行为，客观上就不能再为A提供精神的力量，起不到维持乃至强化其强盗杀人意图的作用，故不构成从犯的帮助行为；但是，C开车跟着A到杀害B的现场的行为，则因A强烈地感到C从后面跟来，强化了A抱有的强盗杀人意图，所以构成从犯的帮助行为。[665]本教科书赞同该判决关于认定从犯的观点，即认定从犯的帮助行为是否对共同正犯在心理上起到支持作用，要结合共同正犯实际的犯罪行为或犯罪计划进行具体的分析。比如，在这个案例中，日本东京法院判例之所以认为C的第一次帮助行为不成立从犯，原因就在于A改变了犯罪计划，即将杀人行为从地下室移至汽车内，而对在汽车内杀人的行为来说，C将地下室换气口堵住的帮助行为就失去了实际价值，故无法对A在汽车内杀人的行为产生心理上的支持作用。但C第二次开车跟着到杀人现场的帮助行为因直接针对的就是A在汽车内杀人的行为，对A在汽车内杀人显然具有心理上的支持作用，故构成从犯的帮助行为。由此可见，判断某种帮助行为是否对共同正犯产生心理上的支持作用，不能脱离具体的案情。再举例来说，乙想用枪杀死仇人，向甲借枪；而甲将枪借予乙后，乙最后听从了丙的建议，采用下毒方法杀死了仇人，实际上并没有使用甲借给其使用的枪支。在这种情况下，因为乙改变了杀人计划，将开枪杀人变为投毒杀人，所以，甲借枪的帮助行为对投毒杀人行为来说就失去了实际价值，故不能认为对乙投毒杀人的行为有心理上的支持作用；既然不认为对共同正犯有心理上的支持作用，就不能将甲视为从犯。反之，如果情况不是这样，假设乙仍然是采用开枪杀人的计划，只不过在开枪时，枪发生故障无法开枪，乙最后不得已而使用随身携带的刀具杀死了仇人；像这种情况，因乙的杀人行为并没有发生变化，甲借枪的帮助行为对乙心理上具有明显的支持作用，只不过发生了某种意外而没有使用开枪杀人的方法，因而对甲借枪的帮助行为应按从犯论处。同样的道理，甲为了帮助乙实施盗窃行为，特别配制了一把“万能钥匙”交给乙，并说保证能打开所有的门，同时告知乙具体的使用方法；结果乙用甲提供的“万能钥匙”无论如何也打不开门，最后只好撬门而入。在这种情况下，尽管甲的帮助行为并没有促进乙的盗窃犯罪，也没有使乙的盗窃行为变得更容易，但对甲实施盗窃犯罪无疑起到了一种心理上的支持作用，故仍然构成共同盗窃的从犯。反之，如果乙表示拒绝甲为其配制“万能钥匙”的帮助行为，或者乙虽接受甲的帮助，但在取得“万能钥匙”后又改变盗窃计划，从窗户入室而没有使用“万能钥匙”；在这种情况下，乙对甲的帮助行为也因甲临时改变犯罪计划而失去实际价值，所以不构成从犯。在德国刑法理论中，有学者将该等情况称之为“力图的帮助”，[666]并认为力图的帮助在重罪情况下不应受到处罚，也就是

第 335 页。

[665] 参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 276-277 页。

[666] 如前所述，这里讲的“力图”即指未遂的意思，力图的帮助，实际上就是指未遂的帮助。

不成立从犯。[667]

在德国刑法理论中，还有一个经常被举例的案件，对认定从犯的帮助作用也具有一定的启示意义：当盗窃者甲意欲翻墙偷盗时，乙把甲翻墙需要使用的梯子搬来放在翻墙处，在这种情况下，即便事实上表明甲不用乙帮助，自己也能够将梯子搬动，但乙的行为仍然属于帮助偷盗的行为，构成从犯，。[668]该案例说明，帮助行为与共同正犯实施犯罪所引致的犯罪结果之间是否具有因果关系，并不是构成从犯的必要要件，只要帮助行为能够对共同正犯实施具体犯罪产生心理上的支持作用，就符合了帮助行为的本质特征。正因为如此，在一般情况下，帮助行为人向共同正犯提供的帮助工具只要共同正犯使用了，就可以成立从犯，至于实际效果如何，不影响从犯的成立，除非帮助者有意欺骗共同正犯。比如，甲要杀人，让乙为其提供毒药，乙因被甲掌握某种“把柄”，不敢不从，但又不想卷入杀人行为之中，于是就向甲提供了一种毒不死人的“毒药”，甲不知，用其杀人。在这种情况下，甲自然构成杀人未遂，[669]乙就不应当成立杀人的从犯。

3、帮助行为的时间

所谓帮助行为的时间，就是指帮助行为与共同正犯的犯罪行为在时间上的先后关系。一般来说，帮助行为通常发生在共同正犯犯罪的预备阶段，即当共同正犯犯意已决，准备实施犯罪，但犯罪的实行行为尚未开始之前，向共同正犯提供帮助，此种帮助行为因发生在犯罪的预备阶段，具有预备的意义，故有学者称之为预备的从犯。[670]比如，将自己的汽车借予准备实施抢劫的犯罪人、向准备杀人者提供被害人资料等帮助行为，都属于预备的从犯。

除此之外，在犯罪的实行行为开始之后，只要犯罪未达致既遂的，也一样可以提供帮助行为。比如，甲在实施盗窃过程中，因打不开保险箱，便打电话向朋友乙求教，乙向其传授开启保险箱的方法，即构成犯罪实行过程中的帮助行为；还比如，对片面共犯来说，其帮助行为一般也属于犯罪实行过程中的帮助。即便在犯罪实行行为终了后，只要犯罪未达至既遂的，仍然可以提供帮助；比如，甲早晨在其妻牛奶中投了毒，其妻要晚上下班后才会喝有毒的牛奶；甲离家后总感觉投放的毒药剂量不够，于是向当药剂员的朋友乙请教；乙明确告知，甲投放的毒药足以将人毒死，于是甲才觉释然。在这种情况下，乙的帮助行为就属于实行行为终了但犯罪未至既遂的帮助行为。

值得注意的是，当犯罪已经既遂后，还能否提供从犯性质的帮助，理论上有不同看法，有的国家甚至还规定了“事后从犯”，尤其是在一些英美法系的国家，但对大陆法系刑法理论而言，“事后从犯”的概念为绝大多数学者所否定，本教科书也持否定态度。对犯罪既遂后提供的帮助行为，如果刑法规定了独立罪名的，可按相关罪名定罪处罚；比如，在杀人者杀死仇人后，帮助杀人者毁尸灭迹的，可定“袒护他人罪”（第 331 条）；为盗窃者隐藏赃物的，可定“赃物罪”（第 227 条）。

（二）从犯的主观要素

构成从犯，主观上必须要有帮助的故意。对从犯来说，要构成帮助的故意，首先要求提供帮助的行为人认识共同正犯的实行行为，也就是知道被帮助的对象

---

667 参阅【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 332 页。

668 案例来源参阅【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译:《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 330-331 页。

669 值得注意的是，在这种情况下，因甲以为该“毒药”可以毒死人，所以其行为具有现实危险性，不能构成《澳门刑法典》第 22 条第 3 款所规定的手段不能犯未遂。

670 【日】大塚仁著，冯军译:《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 275 页。

是企图实施或正在实施故意犯罪的人，否则即使提供了帮助，也不成立从犯。比如，甲向乙借枪，谎说是去打猎，其实是想用枪去杀人；乙信以为真，便把枪借予甲。像这种情况的帮助，乙主观上因不知甲借枪是为了杀人，所以不成立从犯；反之，如果乙知道甲借枪是为了杀人而将枪借予甲，就成立从犯。

应当指出，要求提供帮助的行为人知道被帮助的对象是企图实施故意犯罪的人，乃是一种概括性的认识，即只要认识到被帮助的对象是企图犯故意罪的人即可，至于犯何种故意罪、被害人是谁、在什么地方犯罪等情况，无须要求提供帮助的行为人认识。比如，甲向乙借枪，只要乙知道甲借枪是为了去故意实施犯罪即构成从犯的帮助行为，至于甲借枪是为了去杀人还是去伤害他人，或者是去抢劫，并不影响帮助行为的成立。对此，有学者认为，“帮助人的故意，必须是包含支持行为和指向完成某个一定的，但不需要是在所有的细节上都已经具体化了的行为。也就是说，帮助人必须具有这样的意志和意识，即要促成他人的行为，该行为在那个该他人身上满足‘故意实施的违法行为’的所有特征，这之中如果有这个情况就已经足以，即在他的想法图上包含主要行为的本质上的不法性”。[671]除此之外，从认识的程度来说，这种概括性的认识既包括认识到被帮助的对象必然是实施故意犯罪的人，也包括认识到被帮助的对象可能是实施故意犯罪的人。比如，甲向乙借枪，乙问为什么借枪，甲吞吞吐吐、支支吾吾，最后说“你不用管我干什么，借枪给我就行”。在这种情况下，乙如果将枪借给甲，甲拿去杀人，乙就成立从犯，因为按一般人的经验判断，应当认为乙已经认识到甲借枪可能会去干坏事，也即可能会去实施故意犯罪，因而具备了帮助的故意。

其次，要构成帮助的故意，还要求提供帮助的行为人认识到自己的行为是在帮助企图实施或正在实施故意犯罪的人，也就是认识到是在对他人故意实施犯罪提供一种支持。正是从这一意义上说，从犯的帮助行为不可能由过失构成，因为过失而对故意实施犯罪的人提供了帮助，连共同犯罪都不能成立，又哪来的从犯呢？值得注意的是，在日本刑法理论界，大多数学者认为，从犯的故意，可以是直接故意，也可以是未必故意即间接故意。[672]本教科书认为这种观点是***有道理的，事实上，为犯罪提供帮助的从犯往往意识到被帮助者可能去实施犯罪，只不过出于某种原因如“朋友关系”、“义气”而提供帮助，此种心理态度实际上是一种容忍性质的间接故意。***

在日本刑法理论界，关于从犯与共同正犯之间是否需要有相互的意思联络，学者间有不同看法，有的认为应当要求有意思联络，有的认为无须要求有意思联络。[673]本教科书赞同应当说。因为如前所述，构成共同犯罪在主观上必须要求每一个共同犯罪人之间存在意思联络，从犯既然也是共犯，当然也要求与其他共同犯罪人之间存在意思联络，否则，如果认为从犯与共同正犯之间无须存在意思联络，就会使共同犯罪的主观要件理论出现前后不一致而无法自圆其说的情况。但是，应当指出的是，从犯与共同正犯之间的意思联络与共同正犯之间的意思联络在联络内容、程度等方面毕竟还是有所区别的：共同正犯之间的意思联络主要内容是共同去实行犯罪进而达到实现犯罪目的的意思联络，故意思联络的联系程度就比较紧密，颇有生死存亡共进退之意；而从犯与共同正犯之间的意思联络主要内容仅仅是帮助与被帮助之间的意思联络，从犯既不会去参与犯罪的实行，也不会去操心犯罪目的能否达到，故意思联络的联系程度就比较松散。持无须说的学

[671]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 331-332 页。
[672] 参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 272 页。
[673] 参阅马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 719 页。

者之所以认为从犯与共同正犯之间无须要求有意思联络，其原因可能也在于此。但问题是：意思联络的主要内容与联系程度不同，仅是量的差异，而非质的差异，所以并不等于没有意思联络。

（三）从犯的从属性

如前所述，狭义共犯具有从属性说和独立性说之分，从犯既然是一种狭义的共犯，自然也会涉及从属性说和独立性说的问题。对此，有学者认为，“帮助行为即使已经实施，只要被帮助者没有实行，从犯就不成立”；[674]换句话说，从犯的成立是以“需要被帮助者即正犯者实行了犯罪”[675]为前提条件的，如果共同正犯还没有开始实施犯罪的实行行为，就不成立从犯。

本教科书认为，当共同正犯还没有开始实施犯罪的实行行为时，从犯能否成立不能一概而论，而是应当以法律有无处罚犯罪预备的特别规定为标准。对依照法律规定无须处罚犯罪预备的故意犯罪来说，成立从犯除了应具备客观、主观方面的要素外，还必须以共同正犯开始实施犯罪的实行行为作为必备条件；只要被帮助人还未开始实施犯罪的实行行为的，不成立从犯，也就是不能对提供帮助的行为人独立地给予刑罚处罚。比如，甲为杀仇人向乙借枪，乙知甲要杀人而将枪借予甲，甲拿了枪后因发生了某种情况而放弃了杀人行为；像这种情况，甲的杀人预备行为都不予处罚，乙的帮助行为当然也不应处罚。但是，对法律特别规定需要处罚犯罪预备的故意犯罪来说，则只要向实施了犯罪预备行为的人提供了帮助，即便犯罪实行行为还没有开始实施，帮助者也应成立从犯，并给予相应的刑罚处罚。比如，对意图实施《澳门刑法典》分则第 299 条“破坏罪”的人在犯罪预备阶段提供了帮助，而被帮助者在尚未开始实施破坏行为前已被抓获，在这种情况下，因“破坏罪”的预备行为是要处罚的，所以，提供帮助的人仍然应成立共同犯罪的从犯并受刑罚处罚。

第四节　共同犯罪中的若干问题

在《澳门刑法典》总则中，与共同犯罪相关的若干问题，主要包括中止未遂、身份犯及个人罪责等问题。

一、共同犯罪与犯罪未遂

如前所述，犯罪的实行行为开始着手实施后，按犯罪未达至既遂的原因可将犯罪未遂分为障碍未遂和中止未遂。在共同犯罪情况下，认定障碍未遂和中止未遂应当注意：

（一）共同犯罪与障碍未遂

认定共同犯罪情况下的障碍未遂，要区分共同正犯与狭义共犯的障碍未遂。

认定共同正犯的障碍未遂实际上与认定单独犯的障碍未遂并无本质上的差别。在共同犯罪情况下，只要有一个共同正犯开始着手实施犯罪的实行行为，即表明其他共同正犯也已开始着手实施犯罪的实行行为，或者说整个共同犯罪已处在犯罪的实行阶段。同样的道理，当共同犯罪处于实行阶段后，只要未达至既遂的，全体共同正犯都属犯罪未遂；若共同犯罪一旦达至既遂，即便既遂只取决于某部分共同正犯的行为，全体共同正犯也都成立犯罪既遂。

然而，在共同犯罪情况下，狭义共犯即教唆犯或从犯是否构成障碍未遂，就会与狭义共犯的从属性学说和独立性学说直接相关。比如，按照狭义共犯的从属

---

[674] 同上，第 720 页。

[675]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 276 页。

性说，因狭义共犯的成立受制于共同正犯的实行行为，故只有当共同正犯构成障碍未遂且该等未遂依法应受处罚时，教唆犯或从犯才会一起成立障碍未遂。然而，根据狭义共犯的独立性说，即便共同正犯还没有开始着手实施犯罪的实行行为，即共同正犯都不构成障碍未遂的情况下，教唆犯或从犯也可基于自身的教唆行为或帮助行为而构成教唆的未遂或帮助的未遂。

不过，按照狭义共犯的独立性说，教唆犯或从犯虽可因自身的教唆行为或帮助行为在理论上脱离共同正犯的实行行为而构成障碍未遂，但从立法上看，这种狭义共犯的未遂也只是针对教唆未遂而言的，并不包括帮助未遂。如前所述，《德国刑法典》、《俄罗斯刑法典》和《中华人民共和国刑法典》在明确规定处罚教唆未遂时，并未规定处罚帮助未遂；既未规定，就表明在缺乏共同正犯实行行为的情况下，只能处罚教唆未遂，而不能处罚帮助未遂。不但如此，有的国家的刑法典对从犯的帮助行为甚至采取了更为宽松的处罚原则，即哪怕共同正犯已开始着手实施犯罪的实行行为，但只要共同正犯未遂的，就不处罚从犯。比如，根据《泰国刑法典》第 88 条规定，在共同正犯未完成犯罪的实行行为而构成未遂，或者在共同正犯虽已完成犯罪的实行行为但未发生犯罪结果而构成未遂的情况下，都不处罚从犯。《澳门刑法典》因对狭义共犯采从属性说，故不存在成立教唆未遂或帮助未遂的问题，***但法律明文规定处罚预备犯的帮助行为不在此限。***

（二）共同犯罪与中止未遂

由于共同犯罪非一个人单独犯罪，而是多个人在一个统一的犯罪决意支配下共同犯罪，因此，在共同犯罪情况下，其中某部分共同犯罪人要想中止犯罪，就必然会与其他共同犯罪人的意愿发生直接联系。那么，其他共同犯罪人是否会同意中止呢？同意或不同意又会导致什么样的法律后果，这些问题正是处理共同犯罪和中止未遂关系的核心所在。对此，大多数国家或地区的刑法典都不会作出立法规定，但也有少数国家或地区的刑法典会作出规定，比如，《德国刑法典》和《葡萄牙刑法典》即对共同犯罪情况下的中止未遂作了专门的规定，《澳门刑法典》既然以《葡萄牙刑法典》为蓝本，当然不会例外。从《澳门刑法典》第 24 条“共同犯罪情况下之犯罪中止”的规定来看，有关共同犯罪的中止未遂，具体可分为以下两种情况：

1、防止犯罪既遂或防止犯罪结果发生的共同犯罪中止未遂

根据《澳门刑法典》第 24 条前半部分规定，“如属由数行为人共同作出事实，其中因己意防止犯罪既遂或防止结果发生之行为人之犯罪未遂不予处罚”。这里讲的共同犯罪情况下的中止未遂，就是指防止了犯罪既遂或防止了犯罪结果（针对危险犯而言的非罪状之结果，下同）发生的共同犯罪中止未遂。对此类共同犯罪中止未遂，要注意区分两种情况：（1）如果是全体共同犯罪人一起中止犯罪，从而防止了犯罪既遂或防止了犯罪结果发生的，全体共同犯罪人一起构成中止未遂。（2）如果是某部分共同犯罪人产生中止犯罪的意愿后，用实际的中止行动积极地防止了犯罪既遂或防止了犯罪结果发生的，该部分共同犯罪人构成中止未遂自无疑义，其他共同犯罪人是否构成中止未遂则要视其本人的具体表现而定。比如，当其他共同犯罪人同意中止犯罪并予以配合，中止了由其实施的实行行为或共同防止了犯罪结果发生的，就一起构成中止未遂；反之，如果其他共同犯罪人不同意中止犯罪，或对共同犯罪未达至既遂或犯罪结果没有发生感到意外的，那就不能构成中止未遂，而是应当以障碍未遂或犯罪既遂论处。比如，甲、乙、丙三人共同实施爆炸罪，甲负责提供制造定时炸弹的材料，乙负责制造定时炸弹，丙负责安放定时炸弹；当丙将定时炸弹安放好后，乙后悔，想中止犯罪，并通知

甲和丙，希望共同中止犯罪；甲同意中止，丙却不同意且威胁乙，乙报警，从而防止了爆炸罪的非罪状之结果发生。在这种情况下，乙同甲一起构成共同犯罪情况下的中止未遂，而丙则应以爆炸罪的既遂论处。

2、未防止犯罪既遂或未防止犯罪结果发生的共同犯罪中止未遂

根据《澳门刑法典》第 24 条后半部分规定，在共同犯罪情况下，“其中曾认真作出努力防止犯罪既遂或防止结果发生之行为人之犯罪未遂，即使其他共同犯罪人继续实行犯罪或使之既遂，亦不予处罚”。这里讲的共同犯罪情况下的中止未遂，就是指未防止犯罪既遂或未防止犯罪结果发生的共同犯罪中止未遂，或可称之为共同犯罪情况下的努力型中止未遂。

值得注意的是，如同单独犯的努力型中止未遂一样，对共同犯罪情况下的努力型中止未遂，理论上也有分歧。日本刑法理论及司法实务界普遍持否定说，如有的日本学者认为，“即使共同者中的一部分人任意地中止了犯罪行为，但是，其他人实现犯罪时，也不能认为中止者是中止犯”。[676]而在德国，学者及司法实务界则普遍持肯定说，认为只要某部分共同犯罪人为防止犯罪既遂作出了认真的努力，即使其他共同犯罪人仍然继续实施犯罪的，该部分共同犯罪人也构成中止未遂。对此，《德国刑法典》第 ***31 条第 2 款对这种共同犯罪***情况下的努力型中止未遂作出了相应的规定，即只要某部分共同犯罪人作出了认真的阻止共同犯罪既遂的努力，即使共同犯罪未达至既遂与该部分共同犯罪人的中止行为无关，或者其他共同犯罪人继续实施犯罪，也一样构成共同犯罪情况下的中止未遂。

本教科书赞同肯定说的观点。《澳门刑法典》第 24 条后半部分的规定，显然也是采用了肯定说的立场。由此表明，在共同犯罪情况下，认定中止未遂应以共同犯罪人的主观努力为基础，只要某部分共同犯罪人为防止犯罪既遂或防止犯罪结果发生作出了认真的努力，不管其他共同犯罪人是否继续实施犯罪，也不管共同犯罪最后是否既遂，该部分作出认真努力的共同犯罪人都成立中止未遂。可见，按照《澳门刑法典》第 24 条后半部分规定，认定共同犯罪情况下的中止未遂，关键是看意图中止犯罪的共同犯罪人是否作出了认真的努力，这种努力的标准同单独犯的中止未遂应当是一致的。举例来说，甲教唆乙杀死其妻，乙产生了杀意，并在其妻牛奶杯中投下毒药，而后告知甲；***惟***甲此时已生后悔之意，便劝乙不要实施杀人行为，赶快回家将毒牛奶倒掉，但乙不听，执意要杀死其妻，甲于是不再作声，放弃劝说，心想自己已尽到责任，听不听由你，故任乙作为。像这种情况，不管乙妻最后是否死亡，甲都不构成共同犯罪情况下的中止未遂，因其没有尽到应尽的中止努力；乙妻死亡的，甲、乙均构成共同杀人既遂，乙妻没有死亡的，甲、乙均构成共同杀人的障碍未遂。

二、共同犯罪与身份犯

关于共同犯罪与身份犯的关系，《澳门刑法典》第 27 条作出了相应的规定。对该条文的理解，首先应把握有关身份犯的基本理论及立法例。

（一）关于身份犯的概念与分类

所谓身份犯，就是指因行为人具有特定身份而足以影响犯罪成立或刑罚轻重的各种犯罪情况。这里讲的身份应作广义的理解，它既包括因职业、特殊场合或个人特征形成的某些特定身份，也包括因人与人之间的社会关系而形成的特别关系，前者如公务员、医生、律师、有选举投票权的人、证人或从事某种特定业务的人所具有的身份，后者如亲属关系、抚养与被抚养关系、债务与债权关系等特

[676]【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 294 页。

别关系。在刑法中，什么情况下才能成立身份犯，必须依照法律规定予以确认，没有法律规定就没有身份犯；从这一意义上说，任何身份犯都是法定的。

按照身份在定罪量刑过程中的地位与作用，理论上可将身份犯分为两大类：

1、影响犯罪成立的身份犯

所谓影响犯罪成立的身份犯，就是指在某种犯罪的构成要件中，行为人必须具有一定的身份方能构成该等犯罪的身份犯。有学者将影响犯罪成立的身份犯也称之为真正的身份犯，[677]或纯正的身份犯。[678]此类身份犯的特点在于：法律所规定的某种身份是一种构成要件的要素，如果行为人不具备这种法定身份，就不构成相应的犯罪。比如，在《澳门刑法典》分则第五篇第五章规定的“执行公共职务时所犯之罪”中，除个别犯罪如“行贿罪”（第 339 条）外，其余犯罪均只能由具有公务员身份的人构成，此类犯罪就属于影响犯罪成立的身份犯。除此之外，像“背信罪”（第 217 条）、“重婚罪”（第 239 条）、“作虚假之当事人陈述或声明罪”（第 323 条）等犯罪中，也属于对行为人身份有特别要求的影响犯罪成立的身份犯。

2、影响刑罚轻重的身份犯

所谓影响刑罚轻重的身份犯，就是指因行为人具有法律规定的一定的身份而足以影响刑罚轻重的身份犯。有学者将影响刑罚轻重的身份犯也称之为不真正的身份犯，[679]或不纯正的身份犯。[680]此类身份犯的特点在于：法律所规定的某种身份实际上是一种加重、减轻或免除处罚的情节。影响刑罚轻重的身份犯在立法上可以包括两种情况：一种情况是将因具有一定身份而影响刑罚轻重的情况另定一新罪名，由此与无身份规定的相应罪名就构成一般法条和特别法条之间的法条竞合关系；比如，***情节恶劣的***儿子杀死父亲的，构成“加重杀人罪”（第 129 条），并与“杀人罪”（第 128 条）构成法条竞合关系；又比如，参与诉讼程序的公务员袒护他人，意图使已实施犯罪的行为人免受刑罚的，构成“公务员袒护他人罪”（第 332 条），并与“袒护他人罪”（第 331 条）构成法条竞合关系。另一种情况是将因具有一定身份而影响刑罚轻重的情况只是规定为一种量刑情节，比如，“加重盗窃罪”（第 198 条）中规定的以盗窃为生活方式的情节，实际上就是一种影响刑罚轻重的身份犯。在日本司法实务中，《日本刑法典》分则规定的杀害尊亲属的卑亲属身份、常业赌博罪中的具有赌博常习者、业务侵占罪中的因业务占有他人财物者，也都属于影响刑罚轻重的身份犯。

（二）关于共同犯罪与身份犯的立法例

无论是影响犯罪成立的身份犯还是影响刑罚轻重的身份犯，在个人犯罪情况下，按法定的身份犯定罪量刑固无疑义；但在数人共同实施犯罪的情况下，如果有的共同犯罪人有法定身份，有的共同犯罪人无法定身份，还能不能构成身份犯的共同犯罪，理论上就会成为一个问题。为此，不少国家或地区的刑法典总则都对此作了明确的规定。

1、关于影响犯罪成立的身份犯立法例

从相关国家或地区的立法例考察，在影响犯罪成立的身份犯的共同犯罪中，立法者采取的一致立场是：对此类共同犯罪而言，不因有的共同犯罪人缺乏法定身份而影响共同犯罪的成立。比如，根据《德国刑法典》第 28 条（特定之个人

---

[677] 参阅：同上，第 281 页。

[678] 参阅蔡墩铭著：《刑法总论》，台湾三民书局 2009 年修订八版，第 283 页。

[679] 参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 281 页。

[680] 参阅蔡墩铭著：《刑法总论》，台湾三民书局 2009 年修订八版，第 283 页。

特征）第 1 款规定，如果正犯之刑罚取决于特定的个人特征（第 14 条第 1 项），即便正犯（教唆犯或帮助犯）缺少此特征的，仍成立共同犯罪，***惟***对缺少此特征的共同犯罪人依第 49 条第 1 项减轻刑罚。[681]又比如，根据《日本刑法典》第 65 条（共犯与身份）第 1 项规定，“凡参与因犯人身份而构成犯罪行为之人，虽不具有此种身份，仍为共犯”。还比如，根据《意大利刑法典》第 117 条（对某些共同犯罪人改变罪名）前半段规定，“如果由于犯罪人的人身条件或身份或者由于犯罪人与被害人之间的关系而对某些共同犯罪人改变罪名，其他人也对相同的犯罪负责”。再比如，根据《韩国刑法典》第 33 条（共犯与身份）前半段规定，“因身份关系成立的犯罪，其参与者即使没有身份关系，也适用前三条的规定”。[682]

2、关于影响刑罚轻重的身份犯立法例

从相关国家或地区的立法例考察，在影响刑罚轻重的身份犯的共同犯罪中，立法者采取的立场有所不同：（1）有的立法例采区别说。比如，根据《德国刑法典》第 28 条第 2 款规定，如果法定刑因行为人特定的个人特征而加重、减轻或免除的，那么，该等法定刑只能适用于具有这些特定的个人特征的共同犯罪人。言外之意，对不具有这些特定个人特征的共同犯罪人，则应适用其他法定刑。类似的立法例还包括《日本刑法典》第 65 条第 2 款规定，根据该款规定，“因身份致刑罚有轻重时，无此种身份之人，仍判处通常之刑”。所谓通常之刑，当然是指非身份犯的刑罚。（2）有的立法例采减轻说。比如，根据《意大利刑法典》第 117 条后半段规定，“但是，如果这后一犯罪比较严重，对于不具备上述条件、身份或者关系的人，法官可以减轻处罚”。（3）有的立法例采有利于被告人说。比如，根据《韩国刑法典》第 33 条后半段规定，“但身份关系影响刑罚轻重时，对没有身份关系的人不科以重刑”。言外之意，如果因身份关系引致刑罚变轻的，就可以适用于没有身份关系的共同犯罪人。

值得注意的是，第一种立法例因采用了区别说，所以，司法实务中就会产生一个问题，即如果对不具有特定身份的人不能科以加重或减轻的法定刑，而科以“通常之刑”，那么，其定罪的罪名究竟是涉及身份犯的罪名，还是另外一个不涉及身份犯的罪名呢？比如，在《日本刑法典》分则中，遗弃罪有一般遗弃罪和保护责任者之遗弃罪之分；假设甲教唆乙遗弃了甲的父亲，二人究竟都构成保护责任者之遗弃罪并按该罪法定刑处罚，还是分而定之，即甲定保护责任者之遗弃罪，而乙定一般遗弃罪并处以一般遗弃罪的法定刑。对此，日本学者的解释也有分歧，有的认为应分而定之，不能罪名定的是涉及身份犯的罪名，适用的法定刑却是另一个不涉及身份犯罪名的法定刑。但有的学者则认为，罪名还是应当定涉及身份犯的罪名，量刑时可适用另一个不涉及身份犯罪名的法定刑。日本刑法理论通说和判例均支持第一种分而定之的观点，如在上例中，甲构成保护责任者之遗弃罪的教唆犯，乙则构成一般遗弃罪，并按一般遗弃罪的法定刑量刑。

但本教科书并不认同上述第一种分而定之的观点，因为这样一来，有违反共同犯罪必须是针对同一犯罪的基本理论之嫌。相反，都定涉及身份犯的罪名，但对不具有特定身份的共同犯罪人按另一个不涉及身份犯罪名的法定刑量刑，即定 A 罪而按 B 罪法定刑量刑，可能更为妥当。当然，表面上看这是不符合刑法典分则规定的，问题是刑法典总则既然规定可按其他罪名的法定刑量刑，就表明立法

[681] 在影响犯罪成立身份犯的共同犯罪中，对缺乏法定身份的共同犯罪人减轻刑罚反映了《德国刑法典》的立场，其他立法例很少有此规定。

[682] 前三条是关于共同正犯、教唆犯和从犯的规定，也就是指不影响身份犯的共同犯罪的成立。

者已经授权，故这样定罪量刑具有合法性。

（三）《澳门刑法典》关于共同犯罪与身份犯的规定

根据《澳门刑法典》第 27 条（共同犯罪中之不法性）[683]规定，“如事实之不法性或其不法性之程度系取决于行为人之特定身份或特别关系，则只要任一共同犯罪人有该等身份或关系，即足以使有关刑罚科处于所有共同犯罪人，但订定罪状之规定另有意图者，不在此限”。本教科书认为，与上述关于共同犯罪与身份犯的立法例相比，《澳门刑法典》（其实也是《葡萄牙刑法典》）第 27 条关于共同犯罪与身份犯的规定，既有与其他立法例的相通之处，但也确有其独到之处。

所谓相通之处，主要表现为两点：第一，关于身份犯的分类，《澳门刑法典》第 27 条也将其分为两类，即事实之不法性取决于行为人的特定身份或特别关系的，构成影响犯罪成立的身份犯；事实之不法性程度取决于行为人的特定身份或特别关系的，构成影响刑罚轻重的身份犯。第二，关于身份犯的共同犯罪，该条规定也体现了共同犯罪人的不同身份不影响共同犯罪成立的立场，即“只要任一共同犯罪人有该等身份或关系，即足以使有关刑罚科处于所有共同犯罪人”。比如，公务员甲教唆其妻受贿，其妻即便不具有公务员身份，也构成“受贿*作不法行为*罪”（第 337 条）的共同犯罪；不具证人身份的甲串通证人乙共同作假证，二人都构成“作虚假之当事人陈述或声明罪”（第 323 条）的共同犯罪；甲勾结朋友乙杀害其父亲*且情节恶劣*的，乙虽与被害人不具有尊亲属关系，也构成“加重杀人罪“（第 129 条）的共同犯罪。类似的案例还包括澳门赌场工作人员与非赌场工作人员相互勾结，弄虚作假，共同侵吞赌场筹码的，都一起构成“公务上之侵占罪”（第 340 条）的共同犯罪。[684]

所谓独到之处，主要表现为在影响刑罚轻重的身份犯情况下，对不具有特定身份或特别关系的共同犯罪人的处罚，既不采类似《德国刑法典》和《日本刑法典》的区别说立场，也不采类似《意大利刑法典》的减轻说立场以及类似《韩国刑法典》的有利于被告人立场，而是采有特定身份或特别关系的共同犯罪人与无特定身份或特别关系的共同犯罪人“一视同仁”予以处罚的立场。本教科书认同《澳门刑法典》第 27 条采取的“一视同仁”处罚立场，理由主要有三：第一，对具有特定身份或特别关系的共同犯罪人和不具有特定身份或特别关系的共同犯罪人都以身份犯的刑罚给予同等处罚，理论上就可以避免上述关于罪名与法定刑适用方面的分歧。第二，符合共同犯罪的复杂情况，因为在很多情况下，无论是从主观还是从客观上分析，对不具有特定身份或特别关系的共同犯罪人一概采用减轻处罚的原则并不合理，比如，甲教唆乙杀死乙的父亲，就没有减轻甲的刑罚的必要。第三，同等处罚并不等于法官绝对不能减轻刑罚，只不过没有将其作为法定的减轻刑罚情节明确规定而已；如果按照具体案情，对不具有特定身份或特别关系的共同犯罪人有必要减轻刑罚的话，法官仍然可以按酌定量刑情节给予减轻刑罚。[685]

最后，《澳门刑法典》第 27 条关于“但订定罪状之规定另有意图者，不在此限”的规定，相对于其他立法例来说，也具有独到之处。所谓“另有意图者”，

---

[683] 本教科书认为，《澳门刑法典》第 27 条标题使用“共同犯罪中之不法性”，看来令人费解。不法性是个很广泛的概念，而该条仅是指行为人的身份与共同犯罪的关系，不知是翻译问题还是葡萄牙学者本身使用了这个概念。如果是葡萄牙学者本身使用这个概念，第 27 条的标题显然是不确切的，也未见其他立法例有此表述。

[684] 根据《澳门刑法典》第 336 条关于“公务员之概念”的规定，赌场工作人员也是公务员。在本教科书看来，这种规定是不合理的，应予以修订。

[685] 《澳门刑法典》第 66 条对此作了专门的规定。

主要是指在某种身份犯的立法中，立法者在订定罪状时已表明该等身份不得扩展适用于其他行为人的立场；*惟*在判断立法者是否表明此等立场时，除了要看法律是否有特别规定外，还应当注意从立法原意及实际情况进行分析。比如，当某种犯罪规定了常习犯并加重刑罚时，该等常习犯也会构成影响刑罚轻重的身份犯，如《日本刑法典》分则规定的常习赌博罪中的常习犯；[686]在《澳门刑法典》分则规定的“加重盗窃罪”（第 198 条）和“暴利罪”（第 219 条）中，也有常习犯的规定。本教科书认为，由常习犯构成的影响刑罚轻重的身份犯，应当属于立法者已表明该等身份因具有专属性而不得扩展于非常习犯的情况。举例来说，甲与乙共同实施了盗窃行为，其盗窃行为的性质尚属于《澳门刑法典》第 197 条规定的“盗窃罪”，还不构成第 198 条规定的“加重盗窃罪”；此案中，甲是一个盗窃常习犯，而乙非为盗窃常习犯；在这种情况下，如果仅因为甲具有盗窃常习犯的身份而使乙也共同承担“加重盗窃罪”的刑事责任，显然是不合理的。比较合理的处置应当按立法者“另有意图者”的规定，对甲和乙分别定罪量刑，甲构成“加重盗窃罪”，乙则构成“盗窃罪”。*（后段被删除）*

三、共同犯罪与个人罪责

根据《澳门刑法典》第 28 条规定，“共同犯罪人各按其罪过处罚，而不论其他共同犯罪人之处罚或罪过之程度如何”，这一规定讲的就是共同犯罪中的个人罪责问题。

共同犯罪虽然是各共同犯罪人在统一的犯罪决意支配下有分工地共同实施犯罪，*惟*对各共同犯罪人处以处罚时，既要考虑到各共同犯罪人在共同犯罪中的地位与作用，准确界定共同正犯与从犯，还应当考虑到每个共同犯罪人的具体情况，这些涉及个人罪责的具体情况，是不受共同犯罪关系影响的，具有明显的独立性和针对性。比如，甲、乙、丙共同杀人，甲虽是共同正犯，但未满 18 岁，且系初犯，有悔改表现；乙也是共同正犯，且有前科，属累犯；丙虽是从犯，但正处于假释考验期间。在这种情况下，法官量刑要既要按照共同正犯和从犯的区别依法确定量刑原则，同时也要考虑到甲、乙、丙在个人罪责方面不同的量刑情节，这些量刑情节是独立的，互不影响，甲的减轻情节不能惠及乙或丙，乙的加重情节也不能累及甲或丙。

顺便指出，《澳门刑法典》第 28 条规定中所指的罪过一词，*如前所述*应当解释成*是一种罪责。有关共同犯罪中的个人罪责问题，*《德国刑法典》第 29 条（对共犯处罚的独立性）也作了明确的规定，其中文译本均为罪责，而非什么罪过，故将罪责译成罪过是不妥当的。

[686] 参阅【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 286 页。马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 729 页。

第九章　犯罪竞合

犯罪竞合也就是指数罪。在刑法理论中，通常可将数罪理论分为罪数论和并罚论两个部分。罪数论旨在解决一罪和数罪的认定标准以及对数罪是否需要并罚的问题，它属于犯罪论的范畴；而并罚论旨在解决对需要实行并罚的数罪应当如何进行并罚的问题，它属于刑罚论的范畴。*惟*学者在研究罪数理论时，鉴于罪数论和并罚论之间的联系，往往将罪数论和并罚论合在一起，或置于犯罪部分一并阐述，或置于刑罚部分一起阐述，甚或将其放在犯罪和刑罚之后一并阐述。本教科书因考虑到《澳门刑法典》总则对罪数论和并罚论采用的是分别规定的立法模式，故与立法例保持一致，将罪数论放在犯罪部分阐述，将并罚论放在刑罚部分阐述。本章即为罪数论。

第一节　数罪的认定标准及其种类

毫无疑问，所谓数罪，就是指行为人的行为构成了两个或两个以上的犯罪。但是，究竟以什么标准来判断行为人的行为是构成一个罪还是构成数罪，如果构成数罪的话，数罪又具有哪些不同的表现形式，这些问题就与数罪的认定标准及数罪的分类密切相关。

一、数罪的认定标准学说

关于数罪的认定标准，理论上存在分歧，学者间也形成不同的学说，主要有：

（一）行为标准说

该学说主张以行为的个数作为界定一罪和数罪的标准，其理由在于：犯罪既然是一种行为，就应当以行为的个数来确定罪数，一个行为就是一罪，数个行为就是数罪。至于对行为的认定，则又有自然意义上的行为和法律意义上的行为之分。比如，甲向乙开枪，连着开了三枪，才将乙打死。从自然意义上的行为来看，甲实施了三个开枪行为，应构成三个杀人罪；但从法律意义上的行为来看，甲只实施了一个杀人行为，应构成一个杀人罪。对此，大多数学者还是持法律意义上的行为的观点。如日本学者冈田庄作认为，“我赞成行为说。然而行为之数应以什么标准来确定，有与举动之数一致的情况：如在一击之下斩杀人时，是一举动为一行为；如以数个打击扑杀人时，是数举动组成一行为。总之，必须根据法的旨趣确定举动之数与行为之数的关系”。[687]这样，按照法律意义上的行为标准说，认定数罪就是以法律意义上的行为个数为标准。比如，甲意图杀死仇人一家，在仇人一家吃饭的汤锅中一次下毒，共毒死仇人一家五口人。在这种情况下，从法律意义上判断，甲只实施了一个杀人行为，所以构成一个杀人罪；如果甲持枪冲进仇人家，连着开五枪，一枪打死一个人，从法律意义上判断，甲就是实施了五个杀人行为，所以构成五个杀人罪。

（二）法益标准说

该学说主张以行为侵害的法益个数作为界定一罪和数罪的标准，其理由在于：犯罪的本质乃是对刑法所保护的法益构成了侵害，据此，行为侵害了一个法

[687]【日】冈田庄作著：《刑法原论. 总论》（第 22 版），明治大学出版部 1934 年版，第 435-436 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 752 页。

益就是一个罪，侵害了数个法益就是数个罪。由于犯罪对法益的侵害往往会导致实际的损害结果，因此，法益标准说也被有些学者称之为结果标准说。除此之外，有的学者还将法益分为个人专有的专属法益和非为个人专有的专属法益，前者如生命、健康、自由、隐私等人身或与人身相关的法益，后者如财产、公益等法益。对个人专有的专属法益，“应以所有者之数，计算法益之数”，对非为个人专有的专属法益，“遂以管理者之数，计算法益之数”。[688]比如，在上例中，不管甲是一次下毒杀死仇人一家五口人，还是连开五枪杀死仇人一家五口人，因甲的行为都是侵害了五个人的生命法益，所以构成五个杀人罪。

（三）犯意标准说

该学说主张以行为人犯罪意思的个数作为界定一罪和数罪的标准，其理由在于：行为或结果都无外乎是犯罪意思的外在表现，而“犯罪的意思作为符合构成要件的行为被实现，是成为违法、有责的评价对象的行为的主干，因为构成犯罪的所有要素都综合地包含在内，所以，以犯罪的意思的单复为犯罪的单复的标准是妥当的”。[689]据此，按照犯意标准说，行为人主观上只有一个犯罪意思的，是一个罪；行为人主观上存在数个犯罪意思的，即为数罪。比如，在上例中，甲一次下毒杀死仇人一家五口人，实际上只有一个杀人故意，所以只能构成一个杀人罪。

（四）构成要件标准说

该学说主张以行为符合构成要件的次数作为界定一罪和数罪的标准，其理由在于：任何犯罪均为符合构成要件的行为，而构成要件不仅包括了犯罪的主、客观要素，并且都是由法律明确规定的；以构成要件作为认定一罪和数罪的标准，既体现了主、客观相一致的刑事责任原则，又符合罪刑法定原则的基本要求。据此，按照构成要件标准说，凡行为一次符合构成要件的，为一罪；数次符合构成要件的，即为数罪。比如，在上例中，不管甲是一次下毒杀死仇人一家五口人，还是连开五枪杀死仇人一家五口人，从构成要件的角度判断，甲杀死一个人就一次符合杀人罪的构成要件，杀死五个人，就是五次符合杀人罪的构成要件，所以构成五个杀人罪。

二、对数罪认定标准学说的评析

在上述关于数罪认定标准的四种学说中，本教科书认同构成要件说。

行为标准说的致命缺陷在于完全忽视了行为人的主观罪过及刑法所保护的法益，在实践中很难对数罪作出符合实际情况的判断。比如，甲向乙开枪结果子弹打偏，将一过路人丙打死。像这种情况，按行为标准说因甲只实施了一个行为，当然只能定一个罪，但定一个什么罪呢？若因乙未死定一个故意杀人（未遂）罪，那么丙已死还能否定过失杀人罪呢？反之一样，这就是行为标准说无法解决的问题。其次，行为标准说还有一个摆脱不了的困境，即认定数罪往往取决于行为方式；比如，在上述甲杀死仇人一家五口人案例中，同样是杀死五口人，投毒杀死五口人构成一个杀人罪，而开枪杀死五口人却构成五个杀人罪，这样以行为方式认定数罪明显是不妥的。

法益标准说严格按照法益个数来认定数罪，应当说具有一定的合理性，体现了刑法的根本宗旨在于保护法益。但法益标准说的缺陷在于脱离了行为人的主观

---

[688] 蔡墩铭著：《刑法总论》（修订八版），台湾三民书局股份有限公司 2009 年版，292 页。

[689]【日】本村龟二著：《刑法总论》（增补版），有斐阁 1984 年版，第 429-430 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 751 页。

罪过去看法益被侵犯的个数或对法益的损害结果，未免太过机械、僵化，不能适应犯罪的实际情况。比如，在故意犯罪情况下，当行为人是出于单一的具体的犯罪故意而反复多次地实施同一个构成要件时，就不能认为是数罪，而只构成“自然的行为单数”。[690]在过失情况下，如果行为人是出于同一个具体的过失而侵害多个法益的，也只构成行为的单数；举例来说，行为人明显违反道路规则而导致数人受伤的，只能构成一个“危险驾驶道路上之车辆罪”（第 279 条），并按致人重伤的结果加重犯（第 281 条）处罚。

犯意标准说比较重视行为人的主观罪过，也具有一定的合理性，*惟*认定数罪完全脱离犯罪的客观方面也是不妥的。如有学者认为，“因为罪数是客观的问题，仅以主观的犯意之数为标准不可能决定。如果犯意是一个，可是客观上实施多数行为、产生多数结果，认为是一个犯罪是不合理的。再者，按照犯意说，没有犯罪的意思的过失犯的罪数就不可能决定”。[691]事实上，当行为人出于一个犯意，即使实施了一个行为时，也很可能在客观上对多个法益构成侵害，并造成多种损害结果，比如，盗窃正在通电的电线，既侵害了他人的财产法益，又破坏了电力设备安全，理应认定为数罪，而非一罪。

正因为上述三种学说都只强调了犯罪的某个方面，而未将犯罪的客观方面和主观方面结合起来作综合考察，构成要件说才得以成为今日大陆法系刑法理论中认定一罪还是数罪的通说。正如有的学者指出的那样，“构成要件标准说的……这一主张，由于综合了（a）、（b）、（c）说（指行为标准说、法益标准说和犯意标准说——本教科书注），易于得出合理的结论”。[692]“因此，对于确定是行为单数还是行为复数起决定性作用的，可能是各自被破坏的法定构成要件的意义”。[693]除此之外，构成要件标准说还有一个优势就是具有明确性，而构成要件之所以会有明确性，主要在于每一种犯罪的构成要件，都是由法律明确规定的，因此在认定行为是否符合构成要件问题上，界限相对就比较清楚。

然而，也有学者对构成要件标准说提出批评，如有的日本学者认为，“此说虽能有像后述那样的所长，但是例如，像前述那样的杀人罪与盗窃罪同是结果犯，结果产生数个的场合，认为前者是数罪、后者是一罪，[694]用构成要件充足的单复，理论上不能指导。再者所谓接续犯[695]的场合，只认定一罪的成立，不用构成要件充足的单复以外的标准也不可能。更且法条竞合与观念竞合的区别，仅仅根据构成要件的观点是否能够说是正确，也是问题”。[696]本教科书并不认同此种批评观点。因为运用构成要件标准说来认定一罪还是数罪，首先应当有一个如何解释的问题，比如，对接续犯来说，将行为人的主观故意解释为只有一个故意而认定为一个罪，并不违反构成要件标准说；反之，将接续犯解释成存在几个相同的犯罪故意，那就不符合构成要件说；所以，这是一个解释的问题，日本学者之所以

---

690 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 865 页。

691【日】板仓宏著：《新订刑法总论》，劲草书房 1998 年版，第 354 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 751 页。

692【日】前田雅英著：《刑法总论讲义》（第 2 版），东京大学出版会 1996 年版，第 536 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 753-754 页。

693【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 863 页。

694 因杀人罪侵害的生命权属专属的个人人身法益，所以要按法益个数来定罪——本教科书注。

695 何谓接续犯，见本教科书第四节“《澳门刑法典》关于犯罪竞合的规定”。

696【日】西原春夫著：《刑法总论》（改订准备版）（下卷），成文堂 1995 年版，第 419-420 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 754 页）。

将接续犯视为评价上的一罪，其道理也在于此。其次，法条竞合与观念竞合的区别，与构成要件标准说无直接关系，前者之所以是一罪，而后者属数罪，这是立法造成的区别。[697]最后，任何一种原则总有例外的情况存在，将个人的人身法益视为专属法益，并按法益个数作为故意犯罪情况下认定数罪的标准，显然是一种例外。

三、数罪的种类

关于数罪的分类，不同的标准会有不同的分类，而且不同的数罪认定标准学说，也会对数罪的分类有所影响。为此，从理论上看，如果我们以构成要件标准说作为出发点，对数罪可以作以下几种分类：

（一）实质的数罪与形式的数罪

这是一种按照行为人实施的行为个数对数罪所作的分类。

所谓实质的数罪，就是指行为人实施了两个以上的行为，这两个以上的行为分别符合了多个构成要件，因而分别构成不同的犯罪的数罪情况。比如，甲通过伪造文件的方法，诈骗了乙的钱，再用诈骗来的钱，雇用他人将仇人丙打成重伤（共同犯罪）；在这种情况下，甲因实施了伪造文件、诈骗和伤害他人三个行为，分别符合了“伪造文件罪”（第 244 条）、“诈骗罪”（第 211 条）和“严重伤害身体完整性罪”（第 138 条）的构成要件，所以属于实质的数罪。

所谓形式的数罪，就是指行为人虽然只实施了一个行为，但该行为同时触犯了多个构成要件，因而分别构成不同的犯罪的数罪情况。比如，甲用危害公共安全的放火方法去杀死仇人，其放火行为因同时符合了“故意造成火警罪”（第 264 条）和“加重杀人罪”（第 129 条）的构成要件，所以构成两个罪，这种数罪就属于形式的数罪。

（二）异种数罪与同种数罪

这是一种按照行为人触犯的罪名是否属于同种犯罪对数罪所作的分类。

所谓异种数罪，就是指行为人的行为触犯的数个罪名分别为不同罪名的数罪情况，而按照行为的个数，异种数罪又可分为实质的异种数罪和形式的异种数罪。如上述两例，前者因行为人实施了伪造文件、诈骗和伤害三个行为，所以就属于实质的异种数罪；后者因行为人只实施了放火一个行为，所以就属于形式的异种数罪。

所谓同种数罪，就是指行为人实施的行为触犯的数个罪名为同一个罪名的数罪情况，而按照行为的个数，同种数罪也可分为实质的同种数罪和形式的同种数罪。比如，甲一个月内因强奸三个妇女而构成三个强奸罪，这属于实质的同种数罪；上述甲在仇人家的汤锅中一次投毒杀死仇人一家五口人而构成五个杀人罪的案例，则属于形式的同种数罪。

（三）可并罚的数罪与不可并罚的数罪

这是一种按照数罪是否需要并罚对数罪所作的分类。

必须指出，在数罪理论中，是否构成数罪与数罪是否需要并罚并不能相提并论，换句话说，数罪并不是都要并罚。关于数罪与并罚的关系，我们只能这样来解释：数罪原则上都要并罚，但在有的情况下，数罪不需要并罚；至于究竟有哪些类型的数罪不需要并罚，不仅理论上有分歧，而且各国或各地区的立法例及司法实务也不尽统一，要作具体分析，如想象竞合犯、连续犯等问题。但不管怎样，无论是在理论上还是在实践中，总是存在着不需要并罚的数罪。鉴于此，数罪就

[697] 详见本章第二节“立法上的一罪”与第三节“科刑上的一罪”。

可分为需要并罚的数罪和不需要并罚的数罪，前者就叫可并罚的数罪，而后者则叫不可并罚的数罪。

第二节　立法上的一罪

所谓立法上的一罪，就是指行为人的行为尽管从表面上看符合不同的构成要件或多次符合同一个构成要件，但从立法层面考察，该等符合实为立法者有意造成，故应视为一罪的情况。日本学者将立法上的一罪往往也称之为本来的一罪或单纯的一罪，认为“所谓单纯一罪，指外形上一次符合一个构成要件是明明白白的，没有必要特别给予构成要件的评价的犯罪”；[698]德国学者将立法上的一罪则称之为“狭义的构成要件的行为单数”，认为“从单纯实现构成要件本身就可认定行为单数”，[699]如继续犯、多行为犯等，都属于狭义的构成要件的行为单数。

认定立法上的一罪必须以法律规定的构成要件为依据，即便行为人反复多次地实施同一性质的行为，或实施了数个不同行为，只要一次性地符合一个构成要件，就是一罪，而非数罪。从各国或各地区的立法例来看，立法上的一罪主要包括以下几种情况：

一、继续犯

继续犯也叫持续犯，它是指某种行为从开始着手实行一直到行为实施终了，其行为的实施以及由该行为所引起的不法状态同时处于持续之中的犯罪情况。这一概念表明，构成继续犯必须具备两个要素：一是行为处于持续之中，二是由该行为引致的不法状态处于持续之中，两个要素同时具备才能构成继续犯；而在继续犯的两个要素中，当以第一个要素即行为处于持续之中为继续犯的本质特征，它是区分继续犯和其他犯罪情况的根本标志。比如，甲将乙打成重伤，甲的伤害行为所造成的不法状态即乙身受重伤虽然处于持续状态之中，但甲的伤害行为早已结束，不再持续，故这种情况只属于理论上的“即成犯”，[700]而非属继续犯。又比如，甲将盗窃所得赃物藏于家中，甲的盗窃行为所造成的不法状态即他人财物被甲占有虽然处于持续状态之中，但甲的盗窃行为早已结束，不再持续，故这种情况只属于理论上的“状态犯”，[701]而非属继续犯。

对继续犯来说，所谓行为的继续，一定是指同一个行为的继续，而非指数个可独立成罪的性质相同行为的继续，比如，甲一个月之内连续实施了五次盗窃行为，就会构成盗窃的数罪，而非属继续犯。问题在于：认定继续犯的同一个行为，应当以什么为标准呢？具体而言，究竟在什么情况下，我们才能认定这是同一行为处于持续之中，而非属数个可独立成罪的性质相同行为的继续。对此，本教科书认为，要正确认定是同一个行为还是数个可独立成罪的性质相同的行为，必须结合继续犯的构成要件行为特征进行考察；而从法律规定的继续犯的构成要件行为特征来看，以下两种情况应视为构成继续犯的同一个行为的继续：

第一种情况是单一性的行为处于持续之中。所谓单一性的行为持续，就是指

---

[698]【日】大谷实著：《刑法讲义总论》（第 4 版），成文堂 1994 年版，第 489 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 761 页）。

[699] 【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 863 页。

[700] 所谓即成犯，就是指一旦实施犯罪实行行为，就会即刻对法益造成实际损害的犯罪情况。

[701] 所谓状态犯，就是指构成要件上的结果发生之后，由犯罪行为所造成的侵害法益的状态仍处于继续状态之中，但这种继续与构成要件无关。参阅【日】小野清一郎著，王泰译：《犯罪构成要件理论》，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 107 页。

继续犯的构成要件行为本身具有单一性，正因为构成要件行为具有单一性，所以这种单一性行为的持续必然会要求行为不能间断，即从行为开始实施到行为实施终了，该等单一性行为不能停止，也不会中断。比如，“剥夺他人行动自由罪”（第 152 条）就属于同一个行为具有单一性的继续犯；从行为人开始剥夺他人行动自由一直到被害人恢复行动自由，单一的剥夺自由的行为始终不会停止和中断，由此也表明这种具有单一性的同一个行为处于持续之中。类似的继续犯还包括持有武器、持有毒品等持有型的犯罪。

第二种情况是复数性的行为处于持续之中。所谓复数性的行为持续，就是指继续犯的构成要件行为本身具有复数性，正因为构成要件行为具有复数性，所以这种复数性行为的持续必然会要求行为人反复多次地实施性质相同的行为，否则就不能符合构成要件行为的复数性要求。比如，对“虐待罪”（第 146 条）来说，其虐待行为就是一种具有复数性的构成要件行为；如果行为人是偶尔实施打骂或精神虐待，就不会符合“虐待罪”构成要件行为的复数性，当然也不会构成“虐待罪”；但是，如果行为人在一定期间内经常性地、反复多次地实施打骂或精神虐待行为，即便每次打骂或精神虐待行为之间有间隔，也会被认定为是同一个行为处于持续之中，也就是虐待行为处于持续之中。由此表明，构成要件行为具有复数性的继续犯，其构成要件行为必须被行为人反复多次地实施，尽管每次行为之间或多或少会出现不定期的间隔，但这种间隔并不影响构成要件行为的持续性，也不会改变被反复多次实施的构成要件行为属同一个行为的性质。

综上所述，无论是构成要件行为具有单一性还是具有复数性，从立法上看，继续犯只有一个行为，故属于单纯的一罪，而非数罪。正如有学者指出的那样，“在继续犯的情况下，尽管行为具有持续性，但并不能改变一行为的事实。换言之，行为的持续并不增加行为的个数。因此，继续犯是单纯的一罪”。[702]

二、结合犯

所谓结合犯，就是指立法者将本来属于数个不同性质的独立的犯罪行为，通过立法将它们结合在一起，构成另外一个独立罪名的情况。一般来说，立法者之所以要将两个性质不同的犯罪合在一起规定，主要是考虑到在司法实践中这些不同的犯罪行为之间具有比较密切的联系，为了刑事程序的经济、方便原则，便将它们合成一个罪名。比如，《日本刑法典》规定的“强盗强奸罪”，就是强盗罪和强奸罪的合成；《德国刑法典》规定的“强盗过失杀人罪”，就是强盗罪与过失杀人罪的合成；[703]我国台湾地区刑法典规定的“犯强奸罪而故意杀死被害人罪”，就是强奸罪与故意杀人罪的合成。

结合犯是一种立法规定，凡符合结合犯构成要件的，即便可独立构成两个不同的犯罪，也要按结合犯的罪名以一罪论处。***惟***本教科书认为，通过结合犯的立法方式将两种犯罪合成一个罪名，缺乏必要性，尤其是将一个故意罪和一个过失罪放在一起，实际上就是结果加重犯，更无必要再在立法上规定一个新罪名。各国或各地区的刑法典分则之所以很少规定结合犯，其原因恐怕也在于此。

三、法条竞合犯

（一）法条竞合犯的概念与特征

所谓法条竞合犯，就是指一个行为同时触犯了数个法条，但数个法条之间因

[702] 陈兴良著：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 598 页。
[703] 但是，大多数国家或地区的刑法典，通常都是将这种情况规定为抢劫罪的结果加重犯。

存在着某种特别的关系，故只能适用其中一个法条，按单纯一罪处理的情况。从法条竞合犯的概念不难发现，构成法条竞合犯必须具备两个基本特征：第一个是外观特征，即构成法条竞合犯外观上只能有一个犯罪行为，且该犯罪行为表面上又同时符合了数个法条规定的构成要件。第二个是内在特征，即构成法条竞合的数个法条之间，必须存在着某种特殊的立法上的关系；正是这种特殊的立法上的关系，才使法条竞合犯从立法的角度考察，构成立法上的一罪，并只能按单纯的一罪处理。有学者指出，法条竞合犯“虽然呈现出只是符合复数构成要件的外观，但是由于其构成要件具有相互的逻辑上的包含关系，实际上不过是受到其中一个构成要件的评价”。[704]也有学者干脆认为传统的法条竞合犯概念具有误导性，法条竞合的实质应该是“法条单一”，也即“非真正的竞合”。[705]

（二）法条竞合犯的内在关系

作为立法上的一罪，正确把握构成法条竞合的数个法条之间在立法上究竟存在着什么样的关系，这是区分法条竞合犯与想象竞合犯最根本的标志。[706]学者们普遍认为，要构成法条竞合犯，数法条在立法上必须存在以下两种重合关系：

1、包容性的重合关系

所谓包容性的重合关系，就是指数个法条之间有一般法条和特别法条之分，如果立法者没有对特别法条作出规定的话，那么，特别法条的构成要件完全可以被一般法条的构成要件所包容；这样，在一般法条和特别法条之间，就会形成一种包容和被包容的关系。比如，《澳门刑法典》规定的“杀人罪”（第 128 条）与其他诸如“加重杀人罪”（第 129 条）、“减轻杀人罪”（第 130 条）之间，就存在着一般法条和特别法条的包容关系；“杀人罪”是一般法条，“加重杀人罪”或“减轻杀人罪”是特别法条。在包容性的法条竞合关系中，立法者都是出于某种考虑，如出于加重或减轻处罚的考虑，或出于表明立法态度的考虑，才将一般法条所包容的某种或某些情况剥离出来，另行规定为一种独立的罪名。这种通过法条之间包容性的重合关系构成的法条竞合犯，理论上称之为包容性的法条竞合犯。

2、交叉性的重合关系

所谓交叉性的重合关系，就是指数个法条之间虽不存在包容和被包容的内在关系，但在一定情况下，数法条规定的构成要件在内容上会发生交叉，继而形成一种重合关系。比如，对《中华人民共和国刑法典》规定的“诈骗罪”（第 266 条）和“招摇撞骗罪”（第 279 条）来说，因“诈骗罪”的构成要件要求行为人主观上必须具有骗财的目的，但没有限制行为人以何种方式行骗；而“招摇撞骗罪”的构成要件没有要求行为人主观上必须具有骗财的目的，但要求行为人必须以冒充国家工作人员的方式行骗；所以，在一定情况下，两罪就会发生部分交叉重合的关系；举例来说，甲冒充国家工作人员去骗取他人钱财，就会同时符合“诈骗罪”和“招摇撞骗罪”的构成要件。同理，对《澳门刑法典》规定的“强奸罪”（第 157 条）和“对儿童之性侵犯罪”（第 166 条）来说，因“强奸罪”的构成要件要求行为人客观上必须使用暴力或严重威胁等手段，但没有限制被害人的年龄；而“对儿童之性侵犯罪”的构成要件没有要求行为人必须使用暴力或威胁等手段，但要求被害人的年龄必须不满 14 岁；所以，在一定情况下，两罪也会发生部分交叉重合的关系；举例来说，甲使用了暴力奸淫了不满 14 岁的幼女，就

[704] 参阅【日】野村稔著，何力译，邓又天审校：《刑法总论》，法律出版社 2001 年版，第 448 页。
[705] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 893 页。
[706] 有关想像竞合犯的问题，本教科书将在下一节具体阐述。

会同时符合“强奸罪”和“对儿童之性侵犯罪”的构成要件。这种通过法条之间交叉性的重合关系构成的法条竞合犯，理论上称之为交叉性的法条竞合犯。

（三）法条竞合犯的处罚原则

法条竞合犯既然是立法上的一罪，当然是按其中一个法条定罪处罚；但究竟按哪一个法条来定罪，不同的竞合关系有不同的处罚原则：

1、特别法条优于一般法条的处罚原则

所谓特别法条优于一般法条的处罚原则，就是指在法条竞合犯的情况下，优先适用特别法条规定的罪名，这一处罚原则仅仅是针对包容性的法条竞合犯而言的。举例来说，儿子杀死父亲，根据《澳门刑法典》规定，只要显示出杀人行为属特别可谴责或特别具有恶性情况的，就会同时符合“杀人罪”和“加重杀人罪”的构成要件，从而构成包容性的法条竞合犯；在这种情况下，应按特别法条“加重杀人罪”定罪处罚。对包容性的法条竞合犯之所以要采用特别法条优于一般法条的处罚原则，根本原因在于特别法条作为一种特别规定，乃是立法者有意而为；既然有意而为，按特别法条定罪处罚，自然就最能体现立法者的立法意图。

遗憾的是，直到目前为止，在澳门的刑事司法实践中，包容性的法条竞合犯的处罚原则仍没有得到应有的重视。举例来说，“过失杀人罪”（第 134 条）或“过失伤害罪”（第 142 条）从构成要件来看，并没有场合的限制，在任何场合下只要行为人主观上有过失，客观上导致了他人死亡或重伤的结果，都可以构成“过失杀人罪”或“过失伤害罪”，这是无庸置疑的。但是，如果立法者出于一定的考虑，在某些特定场合如交通、生产、医疗等场合下，又特别规定了因过失致人死亡或重伤的结果加重犯；这样的话，当行为人是在这些特定场合下因过失致人死亡或重伤时，就会同“过失杀人罪”或“过失伤害罪”构成包容性的法条竞合犯：“过失杀人罪”或“过失伤害罪”的条款属于一般法条，特定场合下过失致人死亡或重伤的结果加重犯条款属于特别法条。在这种情况下，按照上述包容性的法条竞合犯的处罚原则，理应以特别法条作为定罪处罚的依据。然而，澳门法院在审理因交通肇事如醉酒驾驶或明显违反交通规则导致他人死亡或重伤的案件时，却一律按“过失杀人罪”或“过失伤害罪”定罪处罚，而不是按“危险驾驶道路上之车辆罪”（第 279 条）的结果加重犯（第 281 条）定罪处罚，这样定罪是否合理呢？

有人认为，“危险驾驶道路上之车辆罪”是一种危险犯，对危险犯不能按结果加重犯处理，只能定“过失杀人罪”或“过失伤害罪”。这种辩护理由因明显对刑法基本理论缺乏认识而不值一驳，危险犯与结果加重犯怎么会发生冲突呢？《澳门刑法典》规定的所有危险犯不都有结果加重的规定吗？也有人说，“过失杀人罪”的法定最高刑（5 年徒刑）高于“危险驾驶道路上之车辆罪”结果加重犯的法定最高刑（4 年徒刑），按重法优于轻法定“过失杀人罪”更为合理。这种观点且不说立法的不合理不能改变基本的定罪原则，单就澳门法院的实际判决来看，也是自相矛盾的：因为对危险驾驶车辆致人重伤的，澳门法院也按“过失伤害罪”定罪，但“过失伤害罪”的法定最高刑（3 年徒刑）明显低于“危险驾驶道路上之车辆罪”结果加重犯的法定最高刑，既然如此，为什么还要按轻法定“过失伤害罪”，而不以重法定“危险驾驶道路上之车辆罪”的结果加重犯呢？更有甚者，有人干脆不讲理由，说葡萄牙人就是这么判的，这是“葡国学说”，*本教科书不知道这是哪门子的学说。为此，本教科书认为，*只要行为人是在醉酒情况下驾驶，或明显违反了在道路上的交通规则，一旦过失地致人死亡或重伤，就与“过失杀人罪”或“过失伤害罪”构成包容性的法条竞合犯，理应以特别法

条即“危险驾驶道路上之车辆罪”定罪，并按结果加重犯处罚，而不是按“过失杀人罪”或“过失伤害罪”定罪处罚。否则，不仅违反了包容性的法条竞合犯的处罚原则，而且《澳门刑法典》分则第 181 条关于“危险驾驶道路上之车辆罪”的结果加重犯规定就形同虚设，变得多余而没有任何实际意义了。

2、重法条优于轻法条的处罚原则

所谓重法条优于轻法条的处罚原则，就是指在法条竞合犯的情况下，优先适用重法条规定的罪名，这一处罚原则仅仅是针对交叉性的法条竞合犯而言的。在上述所举“诈骗罪”与“招摇撞骗罪”一例中，要根据《中华人民共和国刑法典》的相关规定以及具体的犯罪情节，看适用哪个法条处罚相对较重，就适用哪个法条定罪处罚。同理，对“强奸罪”与“对儿童之性侵犯罪”来说，也要根据《澳门刑法典》的相关规定以及具体的犯罪情节，看适用哪个法条会判得重，就适用哪个法条定罪处罚。

（三）法条竞合关系的认定与构成要件

无论是包容性的法条竞合犯还是交叉性的法条竞合犯，其构成前提都是一个行为必须同时符合两个条款所规定的构成要件，否则就不可能有法条竞合的关系。因此，在司法实践中，认定法条竞合犯首先必须严格按照法律所规定的具体构成要件进行分析，然后才能正确认定是否存在法条竞合关系，并得出合理的结论。

举例来说，针对放高利贷的行为，澳门刑法中有两个罪名，一个罪名是《澳门刑法典》第 219 条规定的“暴利罪”，该罪的适用范围是不分场所的，无论在什么地方实施都可以构成。另一个罪名是《不法赌博法》（第 8/96/M号法律）第 13 条规定的“为赌博的高利贷罪”，该罪的适用则仅局限于在赌场内[707]实施。假设甲在赌场内将钱借给乙，能否既构成“暴利罪”，又构成“为赌博的高利贷罪”，然后将其认定为包容性的法条竞合犯，再按特别法条“为赌博的高利贷罪”论处呢？答案应当是否定的。因为根据法律规定，这两种犯罪在构成要件上存在着很大的差别，在赌场内将钱借与他人赌博的行为，并不符合“暴利罪”的构成要件；[708]既然不构成“暴利罪”，当然也就不会发生“为赌博的高利贷罪”与“暴利罪”的法条竞合问题。

再举例来说，甲对其父长期嗜赌、嗜酒且虐待其母的行为积怨在心，有一次甲父酒后又对甲母进行殴打，甲在激愤之下杀死了其父亲。像这种情况，究竟是按“加重杀人罪”（第 129 条）定罪还是按“减轻杀人罪”（第 130 条）定罪，就要注意对“加重杀人罪”构成要件的分析。因为从表面来看，甲激愤之下杀死其父亲的行为符合“加重杀人罪”关于血缘关系加重情节的规定，故构成“加重杀人罪”；同时又因出于可理解的激动情绪杀死其父亲，故构成“减轻杀人罪”；***这样的话，***“加重杀人罪”和“减轻杀人罪”就会构成交叉性的法条竞合犯，理应按重法条优于轻法条的处罚原则，定“加重杀人罪”，但这样的结论显然是不合理的。事实上，这种情况根本就不存在法条竞合的关系。因为从“加重杀人罪”法条的两款规定来看，第 2 款虽然通过列举的方式将行为人与被害人之间的血缘关系列为加重情节，但这种列举是在第 1 款基础上的列举，对第 2 款规定的加重情节的认定不能违反第 1 款规定的构成要件要求；而按照第 1 款规定，只有在被

[707] 根据《不法赌博法》第 13 条第 2 款规定，这里讲的赌场范围比较广，除用来博彩的赌场外，还包括一些特别用于经营博彩的附属设施及其他从事艺术、文化、康乐、商业或与旅业相关活动的邻接设施。

[708] 因为根据《澳门刑法典》第 219 条规定，只有当行为人是利用债务人的困厄状况、精神失常、无能力、无技能、无经验或性格软弱，又或者是利用债务人的依赖关系时，才能构成“暴利罪”。而在赌场放贷的行为，显然不符合“暴利罪”的构成要件。

害人死亡“显示出行为人之特别可遣责性或恶性之情节下产生”的，方能构成“加重杀人罪”，这才是真正体现“加重杀人罪”构成要件要素的规定；它非常清楚地表明，只有当杀人情节显示出“特别可谴责性或恶性”时，才会符合“加重杀人罪”的构成要件；否则，即便杀人行为具有第 2 款所列举的情节，只要不能由此显示出“特别可遣责性或恶性”的，仍然不构成“加重杀人罪”。在上例中，甲出于激愤杀父的行为因明显不具有“特别可谴责性或恶性”，故不构成“加重杀人罪”；既然不构成“加重杀人罪”，当然也不会与“减轻杀人罪”产生法条竞合关系。这样，我们就能得出一个正确的结论：甲出于激愤杀死其父亲的行为同时构成了“杀人罪”（第 128 条）和“减轻杀人罪”（第 129 条），两罪之间的竞合关系属于包容性的重合关系，理应按特别法条优于一般法条的处罚原则定罪，即按“减轻杀人罪”定罪处罚。

四、集合犯

（一）集合犯的概念及其性质

所谓集合犯，有学者认为是指“以一定的意思倾向，反复实施同种犯罪行为”的犯罪情况，[709]也有学者认为，集合犯就是指“作为构成要件性行为预想着反复实施数个同种类的行为的犯罪”。[710]关于集合犯，学者们对其行为的反复多次性并无异议；***惟***对集合犯的性质究竟是立法上的一罪还是评价上的一罪，理论上有不同看法。有的学者认为集合犯是“依法律特别规定，成立一罪的犯罪”，[711]言外之意，集合犯属于立法上的一罪；但在日本刑法理论界，通说观点则将集合犯视为包括的一罪，也就是评价上的一罪。

本教科书认同将集合犯视为立法上一罪的观点。主要理由是：集合犯都是指具体犯罪的集合犯，而具体犯罪是否有集合犯，必须由法律明确规定，没有法律规定就没有集合犯。比如，不少国家或地区的刑法典所规定的盗窃罪，其中都有关于处罚盗窃惯犯的规定，这种盗窃惯犯就是指盗窃罪的集合犯；当行为人多次反复地实施盗窃行为，且符合盗窃惯犯的构成要件行为特征的，就只构成一个盗窃罪，而非属盗窃的数罪。但对抢劫罪来说，所有国家或地区的刑法典都没有关于处罚抢劫惯犯的规定，这就表明抢劫罪是不存在集合犯的；当行为人多次反复地实施抢劫行为，就不会只构成一个抢劫罪，而会构成抢劫的数罪。由此可见，认定集合犯，并将其作为单纯的一罪处理，依据的是法律规定，而非理论上的评价；将集合犯视为立法上的一罪，符合集合犯的法定特征。

（二）集合犯的种类

集合犯是一种类概念。从立法的角度考察，集合犯主要包括两种类型，即常业犯和营业犯。

1、常业犯

所谓常业犯，就是指行为人反复多次地实施同一种行为已经习以为常，或者说已经成为一种习惯的犯罪情况，故不少学者也将其称之为常习犯或惯行犯。比如，《德国刑法典》第 243 条“窃盗罪”规定的“常业窃盗者”，以及第 302 条 a“暴利罪”规定的“常业性犯本罪者”，《日本刑法典》第 186 条规定的“常业赌博罪”，《中华人民共和国刑法典》第 303 条“赌博罪”规定的“以赌博为业”的犯罪情况，《澳门刑法典》第 198 条“加重盗窃罪”规定的“以盗窃为生活方

[709] 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 661 页。
[710] 【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 415 页。
[711] 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 661 页。

式”的犯罪情况，以及第 219 条“暴利罪”规定的“以犯暴利罪为生活方式”的犯罪情况，都属于常业犯的范畴。

常业犯具有三个比较明显的特征：（1）同一种行为必须被多次反复地实施，这是常业犯构成要件的客观要素，仅一次、二次或三次实施同一种基本行为，尚不构成常业犯；究竟多少次才能构成常业犯，需要结合具体案情分析，如行为人是否以此作为主要生活来源，等等。（2）常业犯只能是一种具体犯罪的常业犯，如上述法律规定的常业犯，都属于具体犯罪的常业犯，包括盗窃罪的常业犯、赌博罪的常业犯或暴利罪的常业犯，抽象的常业犯仅仅是学者理论上的分析。（3）具体犯罪的常业犯必须是由法律明确规定的，没有法律规定，就不存在常业犯。在法律没有规定的情况下，如果行为人多次反复地实施同一种构成要件行为，就会构成同种数罪。

2、营业犯

所谓营业犯，就是指“为了营利以反复一定的行为为业为构成要件要素的犯罪”[712]。营业犯与常业犯的最大区别，在于营业犯必须具有营利目的，而常业犯不是以营利为目的。比如，《德国刑法典》第 260 条规定的“职业性窝赃罪”，《日本刑法典》第 139 条“吸食和供给吸食房屋罪”规定的“意图营利而供给他人吸食鸦片烟之房屋者”，就属于法律规定的营业犯。一般来说，常业犯所具有的上述三个特征，营业犯也是同样具备的；尤其是法律规定这一特征，对营业犯来说更为重要。因为法律所规定的以营利为目的犯罪有很多，尤其是在经济领域中，以营利为目的的犯罪比比皆是，如《德国刑法典》分则第 25 章“应处罚之利欲性犯罪”中规定的贪利性犯罪，《意大利刑法典》分则第 8 章“妨害公共经济、工业和贸易罪”中规定的经济犯罪，《中华人民共和国刑法典》分则第 3 章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中规定的经济犯罪，大多具有贪利或营利的目的，而对此类犯罪来说，只要法律没有关于营业犯的特别规定，就不属于营业犯的范畴。正因为不是营业犯，所以此类犯罪尽管具有营利性目的，但其构成要件行为并不具有多次反复性，行为人哪怕只实施一次构成要件行为，就足以构成犯罪；如果多次实施，那就可能构成数罪。

顺便指出，关于集合犯的类型，有些学者认为还可以包括职业犯。但本教科书不认同此种分类。主要理由是：职业与营业并无本质的差别，从事某一项营业活动，也可称之为职业，反之一样，如上述所举《德国刑法典》第 260 条规定的“职业性窝赃罪”以及《日本刑法典》第 139 条规定的“吸食和供给吸食房屋罪”，若称其为职业犯也未必不可。学者之所以在营业犯和职业犯的认定问题上会产生分歧，原因也在于营业犯和职业犯本身就无质的差别，只不过是观察问题的角度不同罢了。个别国家的刑法典如《意大利刑法典》总则第 105 条*确实也规定*了“职业犯”的概念，但这种“职业犯”的概念如同《意大利刑法典》总则相关条款规定的“惯犯”、“倾向犯”概念一样，并不涉及集合犯的问题，其立法宗旨仅仅是为了加重处罚及科处保安处分，更与数罪的认定不发生直接关系。

综上所述，将集合犯视为一罪，乃是因立法者对集合犯作出了具体的特别规定，故属于立法上的一罪。集合犯构成要件行为的显著特征就是要求行为具有反复多次性，否则就不构成集合犯。有学者正是从集合犯的这一特征出发，认为集合犯“由于是以同种行为的反复为构成要件要素的犯罪，所以被反复的同种行为即使各个行为每一个都符合其构成要件，在构成要件性质上，被评价为一个犯

[712] 引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 778 页。

罪”。[713]本教科书认为，该学者将集合犯之所以构成一罪的原因定位在构成要件行为具有反复多次性要素上，这一观点是正确的，因为没有反复多次地实施同种行为就不会构成集合犯。但是，该学者将集合犯又视为评价的一罪，这一观点却值得商榷。如前所述，集合犯既然是法定的，理应属于立法上的一罪，而非评价上的一罪。

五、多行为犯

在立法上，所谓多行为犯，就是指某种犯罪的构成要件本身可以包含多种不同行为的情况。也有学者以构成要件中的行为的数量为标准，将构成要件的类型分为一行为犯和多行为犯。[714]在多行为犯的情况下，如果行为人实施了数个构成要件所包含的行为，则仍然构成一罪，而非数罪。从立法上看，多行为犯主要包括两种情况：

（一）手段与目的关系的多行为犯

所谓手段与目的关系的多行为犯，就是指某种犯罪构成要件中的多行为，按手段与目的关系可分为手段行为和目的行为的多行为犯。在这种情况下，即便手段行为可以独立构成其他犯罪，也不能独立定罪，实际上也就是被目的行为所吸收，构成立法上的一罪。比如，根据《澳门刑法典》规定，构成“绑架罪“（第 154 条）、“强奸罪”（第 157 条）、“抢劫罪”（第 204 条），其作为构成要件要素的手段行为都可以包括暴力或威胁行为，而暴力或威胁行为在《澳门刑法典》中本身也是可以独立成罪的，如实施暴力行为可独立构成“普通伤害身体完整性罪”（第 137 条）或“严重伤害身体完整性罪”（第 138 条），实施威胁行为可独立构成“恐吓罪”（第 147 条）或“胁迫罪”（第 148 条）。当行为人使用暴力或威胁手段实施绑架、强奸或抢劫行为时，其涉及暴力或威胁的手段行为就不会再独立定罪，而是被绑架、强奸或抢劫的目的行为所吸收，行为人只构成绑架、强奸或抢劫一个罪名。

必须注意的是，对手段与目的关系的多行为犯来说，手段行为并非是无限度的；一旦超出了作为手段行为的限度，其手段行为就可以独立定罪，并与目的行为一起构成数罪。当然，至于如何来判断手段行为的限度，则应当依照法律规定，尤其要对结果加重犯的主观罪过形式作出准确判断。比如，对暴力手段来说，杀人也是一种暴力，那么，以暴力实施绑架、强奸或抢劫的，能否包括故意杀人呢？这就要看绑架致人死亡、强奸致人死亡或抢劫致人死亡的结果加重犯能否包括故意杀人。关于这一点，本教科书在阐述结果加重犯的罪过形式时已强调指出，在澳门刑法中，所有的致人死亡的结果加重犯，都不能包括故意杀人的行为；在绑架、强奸、抢劫致人死亡的情况下，若暴力手段属故意杀人的，说明这种手段行为已经超出了法定限度，应当独立定故意杀人罪，然后与绑架、强奸、抢劫等目的行为构成数罪，实行并罚。举例来说，甲从背后一刀将乙杀死后抢走其财物，甲的暴力因明显属于故意杀人，故超出了抢劫罪手段行为的限度，应独立构成故意杀人罪，然后与抢劫罪一起实行并罚。至于暴力能否包括故意重伤的行为，本教科书同样在阐述结果加重犯的罪过形式时已特别指出，在澳门刑法中，致人重伤的结果加重犯能否包括故意重伤行为，要以“抢劫致人重伤”的加重法定刑作

[713]【日】板仓宏著：《新订刑法总论》，劲草书房 1998 年版，第 359 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 778 页。

[714] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 324 页。

为参考系数；由于“绑架致人重伤”或“强奸致人重伤”的加重法定刑都要高于“抢劫致人重伤”，因此，本教科书认为，“绑架致人重伤”或“强奸致人重伤”的，可以包括故意重伤的暴力行为；若行为人采用故意重伤的暴力实施绑架、强奸或抢劫，仍然只构成“绑架”罪（致人重伤）或“强奸罪”（致人重伤）或“抢劫罪”（致人重伤），不存在数罪问题。

（二）部分与整体关系的多行为犯

所谓部分与整体关系的多行为犯，就是指某种犯罪构成要件中的多行为之间的关系，实际上是一种在同一犯意支配下的部分与整体关系的多行为犯。在这种情况下，即便行为人实施了数个部分行为，也只构成一罪，而非数罪。比如，《澳门刑法典》第 153-A 条所规定的“贩卖人口罪”，其构成要件行为可以包容提供、送交、引诱、招募、接收、运送、转移、窝藏或收容等九种行为方式；在这种情况下，即便行为人在贩卖人口的过程中，同时实施了其中的五种行为，也只能定一个“贩卖人口罪”，而非五个“贩卖人口罪”；因为行为人在一个贩卖人口故意支配下实施的五种行为，每一种行为都是整个***贩卖人口行为的一个组成部分，它们都被贩卖人口行为所吸收，***只构成一个“贩卖人口罪”。还比如，《禁止不法生产、贩卖和吸食麻醉药品及精神药物》（第 17/2009 号法律）第 8 条所规定的“不法贩卖麻醉药品及精神药物罪”，也属于存在部分与整体关系的多行为犯。

关于立法上的多行为犯，有学者视其为构成要件上的包括的一罪，也就是将其纳入评价的一罪。如有学者认为，“在一个构成要件中规定着指向同一法益侵害的数个行为形态，这些行为相互处于手段、目的或原因、结果的关系的情况，各行为被认为是行为人的一个犯意的实现行为时，受一次构成要件的评价，应认为成立一罪”。[715]但本教科书认为，多行为犯之所以被认定为一罪，其性质和集合犯是一样的，即源头在于法律规定，在于立法者已将多行为同时规定在某种犯罪的构成要件之中，理应视为立法上的一罪，而非评价的一罪。

第三节　科刑上的一罪

所谓科刑上的一罪，就是指行为本身已经构成了数罪，但从相关方面考虑，如果按一罪处罚更为合理的，就不按数罪实行并罚，而是只按一罪进行处罚。可见，科刑上的一罪，是以数罪的成立为前提条件的，没有数罪，就没有科刑上的一罪；而立法上的一罪，其实质是不成立数罪，而属于本来的一罪或单纯的一罪，故不能将科刑上的一罪与立法上的一罪相提并论。

应当注意的是，科刑上的一罪不具有绝对性，而仅仅是相对的。比如，在有的国家或地区的刑法典中明确规定按一罪科刑的数罪情况，在其他国家或地区的刑法典中不一定有规定；同理，在有些学者看来应按一罪科刑的数罪情况，在其他学者看来则应按数罪并罚。本教科书将想象竞合犯、连续犯和牵连犯视为科刑的一罪，也只是因为有的国家或地区的刑法典或有些学者将此三种数罪情况作一罪处理，但并不代表所有国家或地区的刑法典以及所有学者都将此三种数罪情况作一罪处理。

一、想象竞合犯

（一）想象竞合犯的概念

简单地说，想象竞合犯就是指一行为触犯了数罪名的数罪情况。在数罪分类

[715]【日】大谷实著：《刑法讲义总论》（第 4 版），成文堂 1994 年版，第 491 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 780 页。

上，由一个行为构成的数罪因只有一个行为，故理论上将此类数罪称之为形式上的数罪。在构成想象竞合犯的数罪中，以数罪名是否属相同罪名为标准，可将想象竞合犯分为异种数罪的想象竞合犯和同种数罪的想象竞合犯：一行为触犯了不同罪名的想象竞合犯叫异种数罪的想象竞合犯，比如，使用放火的方式烧死仇人，虽只有一个放火行为，但同时触犯了“故意造成火警罪”（第 264 条第 1 款）和“加重杀人罪”（第 129 条）两个不同的罪名，构成异种数罪的想象竞合犯；一行为多次触犯了同种罪名的想象竞合犯叫同种数罪的想象竞合犯，比如，一次投毒杀死仇人一家五口人的，虽只有一个投毒行为，但五次触犯了“加重杀人罪”的罪名，构成同种数罪的想象竞合犯。鉴于想象竞合犯是由一个行为构成的数罪，很多学者又将想象的竞合称之为观念的竞合，如有学者指出，“观念的竞合，被认为是行为人由于一个行为侵害数个刑罚法规或者数次侵害同一刑罚法规的情况”。[716]

想象竞合犯既然是由一个行为构成的数罪，那么，这种单个行为的性质究竟是自然意义上的行为还是社会价值上的行为，或者是构成要件意义上的行为，理论上有不同的观点：自然说认为，构成想象竞合犯的单个行为，“通常是指自然观念上的一个行为”；[717]社会说认为，构成想象竞合犯的单个行为，是指“舍去了离开法的评价的构成要件观点的自然观察下，行为人的动态在社会的见解上受一个行为评价的情况”；[718]构成要件说认为，构成想像竞合犯的单个行为，是指从法律规范的角度考察，必须是符合构成要件的行为。本教科书认同第三种观点即构成要件说。比如，非法持有枪支的人用该枪支去抢劫，从自然意义或社会价值的角度考察，似乎只有一个持枪抢劫的行为；但从构成要件的角度考察，就可以有两个符合不同构成要件的行为，即 “非法持有禁用武器罪”（第 262 条）的非法持有枪支的构成要件行为，以及“抢劫罪”（第 204 条）的持枪抢劫的构成要件行为。可见，对单个行为的判断，只有从构成要件出发，才能得出符合法律规定的结论。

在日本刑法理论中，对想象竞合犯单个行为的认定，有的学者还提出了构成要件的重合问题。所谓构成要件的重合，就是指从构成要件的角度考察，应该说存在着两个构成要件行为，但由于这两个构成要件行为的主要部分具有重合关系，[719]因此将它们合在一起，视为构成想象竞合犯的一个行为。比如，在上述非法持有枪支者用该枪支去实施抢劫一例中，虽然从构成要件的角度考察，存在着非法持有枪支的构成要件行为和持枪抢劫的构成要件行为，但只要能认定这两种构成要件行为的主要部分具有重合关系，就可以将这两种构成要件行为看成是一个行为，即行为人持所藏枪支实施抢劫的行为属于一行为触犯“非法持有禁用武器罪”和“抢劫罪”两个不同罪名的异种数罪的想象竞合犯，而不属于由数行为即非法持有枪支行为和持枪抢劫行为合成的数罪。[720]至于如何判断两种构成要件行为的主要部分是否存在重合关系，有学者就上例分析说，“如果行为人是以前所购买的枪支，后来产生了抢劫罪的犯意，将枪支作为抢劫的工具，则其主要部分不是重合的。如果行为人为了抢劫财物而购进枪支，然后实施抢劫行为，则主

[716]【德】耶赛克等著，西原春夫监译：《德国刑法总论》（第 5 版），成文堂 1999 年版，第 564 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 788 页）。

[717] 张明楷著：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 348 页。

[718] 引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 791 页。

[719] 在日本刑法理论中，对两个行为如何才能构成重合关系有不同的观点，如“主要部分重合说”、“一部分重合说”、“着手一体说”、“分割不能说”，但大多数学者还是认同“主要部分重合说”。

[720] 在这种情况下，如果两种行为具有手段行为和目的行为关系的话，就会构成牵连犯。

要部分是重合的”。[721]

关于构成要件的重合问题，本教科书持否定的态度。其主要理由是：第一，不同的构成要件行为既然是法律规定的，就不能人为地想合并就合并，即便是主要部分重合亦然；如果要合并，也只能通过立法，由立法者合并，如立法上的多行为犯；将不同的构成要件行为人为地随意合并，不符合罪刑法定原则的基本要求，也会破坏划分数罪的基本标准。第二，所谓主要部分重合，本身就是一种模糊的概念，很难找出一个统一的标准。第三，如此重合说给人以本末倒置之感。如上例，枪支是以前购买的，因不能重合，就会构成数行为触犯数罪名的实质上的数罪，很可能实行并罚，处罚相对就重；反之，如果枪支是为抢劫而购买，却因主要部分重合而只构成一行为触犯数罪名的形式上的数罪，通常不会并罚，处罚相对就轻。这样处理显然是不合理的，为了抢劫而购买枪支，从某种意义上说危害性更大，为什么处罚相对要轻呢？

（二）想象竞合犯与法条竞合犯的区别

如前所述，无论是包容性的法条竞合犯还是交叉性的法条竞合犯，它们都是一行为触犯了不同的法条，也就是一行为触犯了不同的罪名，这与一行为数次触犯了相同罪名的同种数罪的想象竞合犯明显不同，不可能相互混淆。其次，对包容*性*的法条竞合犯来说，数法条之间所存在的一般法条和特别法条的包容关系，通常比较容易识别，理论上也不会与一行为触犯不同罪名的异种数罪的想象竞合犯混淆。由此可见，关于想象竞合犯与法条竞合犯的区别，主要在于分清异种数罪的想象竞合犯与交叉性的法条竞合犯之间的区别；因为从表面上看，这两种犯罪情况都是一个行为同时触犯了数个不同的法条，符合数个不同罪名的构成要件，而且都具有不同法条之间的部分交叉竞合关系。于是，究竟什么情况下的交叉关系，应当属于异种数罪的想象竞合犯的交叉竞合关系；什么情况下的交叉关系，又是应当属于交叉性的法条竞合犯的交叉竞合关系，这个界限就具有模糊性。正因为如此，有的学者对以法条竞合犯的竞合关系作为区分想象竞合犯与法条竞合犯的标准表示异议，认为这种标准对认定包容性的法条竞合关系来说不存在问题，但在法条交叉竞合的情况下，这种标准就无法适用；[722]言外之意，以数法条之间是否存在交叉竞合关系作为标准，根本无法区分异种数罪的想象竞合犯和交叉*性*的法条竞合犯。

本教科书认为，尽管异种数罪的想象竞合犯和交叉*性*的法条竞合犯都存在着数法条之间的交叉竞合关系，但从一定的角度考察，两种交叉竞合关系的形成还是有区别的。如果我们能够合理地找到这种区别，当然可以对异种数罪的想象竞合犯和交叉*性*的法条竞合犯作出比较准确的区分。

本教科书认为，要正确区分法条竞合犯的交叉竞合关系和想象竞合犯的交叉竞合关系，关键在于把握单一行为所侵害的法益是否具有同一性，因为交叉关系的法条竞合犯，其本质在于立法者通过制定不同的法律规范来保护同种法益。因此，在数法条发生交叉竞合的情况下，只要单一行为侵害的法益不发生变化，也就是单一行为侵害的法益具有同一性，由此形成的数法条之间的交叉竞合关系就是法条竞合犯的交叉竞合关系；反之，如果单一行为侵害的法益发生了变化，也就是单一行为侵害了不同的法益，那么，由此形成的数法条之间的交叉竞合关系就是想象竞合犯的交叉竞合关系。

比如，甲威胁乙在选举活动中必须选举某某人，否则将其杀死，这种威胁行

[721] 张明楷著：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 349 页。
[722] 参阅马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 791 页。

为就会同时构成“恐吓罪”（第 147 条）和“胁迫罪”（第 148 条）。通过分析不难发现，在两罪交叉竞合关系中，单一行为是威胁行为，而这种单一行为侵害的法益并没有发生变化，因为它对“恐吓罪”来说，侵害的法益是乙对其行为的自主决定权，对“胁迫罪”来说，侵害的法益还是乙对其行为的自主决定权；所以，由此形成的交叉竞合关系就属于法条竞合犯的交叉竞合关系。

又比如，甲用暴力奸淫了不满十四岁的女童乙，这种暴力奸淫行为就会同时构成“强奸罪”（第 157 条）和“对儿童之性侵犯罪”（第 166 条）。通过分析不难发现，在两罪交叉竞合关系中，单一行为是暴力奸淫行为，而这种单一行为侵害的法益并没有发生变化，因为它对“强奸罪”来说，侵害的法益是乙的性权利和身心健康，对“对儿童之性侵犯罪”来说，侵害的法益还是乙的性权利和身心健康；所以，由此形成的交叉竞合关系就属于法条竞合犯的交叉竞合关系。

还比如，根据《中华人民共和国刑法典》规定，甲冒充国家工作人员骗取了乙的钱财，这种诈骗行为就会同时构成第 266 条规定的“诈骗罪”和第 279 条规定的“招摇撞骗罪”。通过分析不难发现，在两罪交叉竞合关系中，单一行为是诈骗行为，而这种单一行为侵害的法益并没有发生变化，因为它对“诈骗罪”来说，侵害的法益是乙的财产权益，对“招摇撞骗罪”来说，侵害的法益还是乙的财产权益；所以，由此形成的交叉竞合关系就属于法条竞合犯的交叉竞合关系。

再比如，根据《日本刑法典》规定，甲以营利为目的略诱或和诱了未成年人乙，这种略诱或和诱行为就会同时构成第 224 条规定的“略诱或和诱未成年人罪”和第 225 条规定的“以营利等目的而略诱或和诱罪”。通过分析不难发现，在两罪交叉竞合关系中，单一行为是诱拐行为，而这种单一行为侵害的法益并没有发生变化，因为它对“略诱或和诱未成年人罪”来说，侵害的法益是乙的健康成长权以及社会对未成年人的保护，对“以营利等目的而略诱或和诱罪”来说，侵害的法益还是乙的健康成长权以及社会对未成年人的保护；所以，由此形成的交叉竞合关系就属于法条竞合犯的交叉竞合关系。

上述四例表明，在交叉竞合情况下，只要单一行为侵害的法益不发生性变化，法益具有同一性，其交叉竞合就属于法条竞合犯的交叉竞合关系。下面，我们再举三例，以此来说明想象竞合犯的交叉竞合关系的形成。

比如，甲使用足以危害公共安全的放火方法去杀死特定的仇人乙，这种放火行为就会同时构成“故意造成火警罪”（第 264 条）和“加重杀人罪”（第 129 条）。通过分析不难发现，在两罪交叉竞合关系中，单一行为是放火行为，而这种单一行为侵害的法益在交叉竞合过程中就会发生性质上的变化，因为对“故意造成火警罪”来说，放火行为侵害的法益是社会公共安全，但对“加重杀人罪”来说，放火行为侵害的法益则是特定个人乙的生命权益，两种法益显然不具有同一性；所以，由此形成的交叉竞合关系属于想象竞合犯的交叉竞合关系。

又比如，甲使用由他人伪造的假文件诈骗了乙的财产，这种诈骗行为就会同时构成“伪造文件罪”（第 244 条第 1 款 c 项）和“诈骗罪”（第 211 条）。通过分析不难发现，在两罪交叉竞合关系中，单一行为是使用假文件进行诈骗的行为，而这种单一行为侵害的法益在交叉竞合过程中就会发生性质上的变化，因为对“伪造文件罪”来说，使用假文件进行诈骗的行为侵害的法益是政府对文件的管理机制，但对“诈骗罪”来说，使用假文件进行诈骗的行为侵害的法益则是乙的财产权益，两种法益显然不具有同一性；所以，由此形成的交叉竞合关系属于想象竞合犯的交叉竞合关系。

还比如，根据《中华人民共和国刑法典》规定，甲晚上偷割正在供电的电线，

然后将电线买给废品收购站，这种盗窃行为就会同时构成第 264 条规定的“盗窃罪”和第 118 条或第 119 条规定的“破坏电力设备罪”。通过分析不难发现，在两罪交叉竞合关系中，单一行为是秘密窃取行为，而这种单一行为侵害的法益在交叉竞合过程中就会发生性质上的变化，因为对“盗窃罪”来说，秘密窃取行为侵害的法益是财产权益，但对“破坏电力设备罪”来说，秘密窃取行为侵害的法益则是社会公共电力安全，两种法益显然不具有同一性；所以，由此形成的交叉竞合关系属于想象竞合犯的交叉竞合关系。

由上可知，只要我们从法益性质入手，要做到正确区分交叉关系的法条竞合犯和异种数罪的想象竞合犯并非是一件难事。有的学者之所以认为两者界限模糊，甚至无法区分，关键还是没有找到合理的区分标准。

（三）想象竞合犯的处罚

既然想象竞合犯是一种数罪，那么，对一行为同时触犯不同罪名的想象竞合犯也就是异种数罪的想象竞合犯能否实行并罚呢？关于这一点，应当说大陆法系国家或地区的大多数学者都认为，对异种数罪的想象竞合犯是无须实行并罚的，只要按一罪定罪处罚即可；究其原因，无外乎是因为异种数罪的想象竞合犯实际上只有一个行为，对一个行为按数个罪名实行并罚，有失公正、合理性。

异种数罪的想象竞合犯作为科刑上的一罪不仅在理论上得到认同，而且，从立法上看，不少国家或地区的刑法典总则也都有关于对异种数罪的想象竞合犯不得予以并罚的规定。比如，根据《德国刑法典》第 52 条规定，对同一犯罪行为触犯数个刑法法规的，只科以一个刑罚，也就是定一罪的意思。又比如，根据《日本刑法典》第 54 条规定，同一行为而触犯数个罪名的，按照其最重刑判处，也就是定一罪的意思。类似的立法例还包括《意大利刑法典》。

关于对异种数罪的想象竞合犯按一罪处罚的理解，有三种不同的观点和立法例：

一为结合制。该观点认为，对异种数罪的想象竞合犯按一罪处罚时，其具体刑罚“可按照结合原则产生的量刑范围来科处，该刑罚范围是由各被触犯的刑法法规的量刑范围共同构成。主刑的量刑范围向上不得高于被触犯的数个刑法法规的最高刑，向下不得低于最低刑”。[723]比如，《德国刑法典》第 52 条只规定对想象竞合犯按一罪处罚，但并未指出如何按一罪处罚，故有的德国学者认为应采结合制的处罚原则。

二为重罪制。该观点认为，对异种数罪的想象竞合犯定一罪，就是指定一重罪，即只要按照最重的罪定罪处罚即可，实际上就是用重法条优于轻法条的原则处理，如《日本刑法典》第 54 条明确规定，对想象竞合犯应“按照其最重刑判处”。*惟*值得注意的是，对最重的罪的理解，除了要看法定刑之外，还要看行为人有无加重或减轻处罚的情况；如果有，就要将加重或减轻后的刑罚拿出来作比较。比如，甲罪和乙罪的法定刑均为 3 年以下徒刑，但乙罪有减轻情节，减轻后乙罪的法定刑就是 2 年以下徒刑，此时，就应按甲罪定罪处罚。

三为重罪与加重制。该观点认为，因想象竞合犯毕竟是触犯了二个或二个以上的罪名，其不法性程度相对于只触犯一个罪名的情况来说要高，故除应按重罪定罪*处罚外，还可适当加*重处罚。比如，根据《意大利刑法典》第 81 条第 1 款规定，对单一作为或不作为触犯不同法条的想象竞合犯不仅应按重罪定罪处罚，而且还可在 3 倍的幅度内增加刑罚。

---

[723]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 882 页。

《中华人民共和国刑法典》虽无如何处罚异种数罪的想象竞合规定，但学者的解释几乎都认同重罪制，[724]并且在司法实践中，对异种数罪的想象竞合犯不仅定一重罪，而且在重罪的法定刑幅度内，还会适当体现从重处罚的精神。

二、连续犯

连续犯实际上属于实质的同种数罪，但关于连续犯的概念，学者之间的观点不完全一致，主要可分为广义的连续犯和狭义的连续犯。

（一）广义的连续犯

所谓广义的连续犯，就是指行为人基于同一的或概括的犯罪故意，连续多次实施数个性质相同的且可以独立成罪的行为，因而触犯同一罪名的犯罪情况。[725]根据广义的连续犯概念，构成连续犯的主、客观条件分别为：

1、主观条件

构成广义的连续犯，行为人主观上只要具有同一的或概括的犯罪故意即可。这里所说的同一的或概括的犯罪故意，主要是针对故意内容而言的，即只要故意内容一致，就可以认定为构成同一的或概括的故意。比如，甲在一年内多次实施了抢劫行为，就可以认定其主观上具有同一的或概括的抢劫故意。

2、客观条件

构成广义的连续犯，客观上要具备以下三个方面的要素：

第一，多个行为具有同一性。这里讲的行为的同一性，就是指行为人多次实施的数个行为必须是触犯同一个构成要件，从这一意义上说，连续犯都是指具体的特定犯罪的连续犯，如盗窃罪的连续犯、诈骗罪的连续犯、强奸罪的连续犯。但值得注意的是，对构成要件行为的同一性，理论上要作较为宽松的解释；在有些情况下，即使数行为触犯的罪名不同，但其行为侵害的法益、行为的方式以及行为的内涵明显具有一致性的，也应当认为具备构成要件行为的同一性。比如，行为人数次实施的行为中有“普通伤害身体完整性罪”（第 137 条）和“严重伤害身体完整性罪”（第 138 条）的，或数次实施的行为中有“盗窃罪”（第 197 条）和“加重盗窃罪”（第 198 条）的，或数次实施的行为中有“诈骗罪”（第 211 条）和“货物欺诈罪”（第 6/96/M 号法律《妨害公共卫生及经济违法行为之法律制度》）的，一样可以成立连续犯。

第二，多个行为具有独立性。这里讲的行为的独立性，就是指行为人多次实施的数个触犯同一个构成要件的行为都能够独立成罪。比如，甲在一年内多次实施盗窃，只有当每次盗窃依照法律规定都可以单独构成盗窃罪时，甲的多次盗窃行为才能成立连续犯。关于连续犯的多个行为的独立性，要注意划清与常业犯的界限。因为常业犯在客观方面必然是反复多次地实施同一种构成要件行为，其多次实施的行为往往也能够独立成罪，所以，当法律对某种犯罪规定了常业犯时，就不能以每次行为是否能够独立成罪来认定连续犯。比如，对以盗窃为业的常业犯（第 198 条第 1 款 h 项）来说，即便行为人反复多次实施的盗窃行为每一次都能够独立构成盗窃罪，但只要符合盗窃常业犯的条件，如行为人是以盗窃作为生活主要来源的，就不会构成连续犯，而只能构成盗窃的常业犯，应按立法上的一罪论处。

---

[724] 参阅马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 679 页。参阅赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 230 页。

[725] 参阅马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 691 页。参阅陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆 2001 年版，第 611-612 页。参阅何秉松主编：《刑法教科书》，中国法制出版社 1995 年版，第 346 页。

第三，多个行为具有连续性。这里讲的行为的连续性，就是指行为人在时间方面是连续多次实施同一种犯罪行为。其实，所谓连续是一个很宽泛的概念；事实上，只要行为人是出于同一或概括的犯罪故意，连着实施多个同种犯罪行为，就可视为连续。比如，行为人在一年内五次实施抢劫行为，或行为人三年内十次实施抢劫行为，都可以被认定为连续犯。

从广义的连续犯概念我们不难得出这样一个结论，即只要在一定期间内，行为人重复实施同一种犯罪，就可以构成连续犯，简而言之，广义的连续犯实际上就是一种被重复的同种数罪。在立法上，有的国家的刑法典对广义的连续犯也有规定；比如，根据《罗马尼亚刑法典》第 41 条第 2 款规定，“为了实施同一犯罪，在不同时间内重复实施分别代表同一行为的内容的作为与不作为，是连续犯”，这种法定的连续犯概念显然是指广义的连续犯概念。类似的立法例还包括《意大利刑法典》第 81 条第 1 款和第 2 款规定，即“实施违反同一法律条款的多次侵害行为的人”，以及“对于为执行同一犯罪计划，以数个作为或者不作为，实施包括在不同的时间中实施数项触犯同一或不同法律条款的人”，[726]都可按连续犯罪处置。

（二）狭义的连续犯

然而，在大陆法系刑法理论中，狭义的连续犯概念却具有更强的支配地位。所谓狭义的连续犯，就是指在广义的连续犯基础上，再加上其他必要的限制性条件来限制连续犯的成立。正如有的学者认为的那样，“通过解释构成要件，将数个具体的行为概括为一个行为单数仅在较小范围内是可能的”。[727]

关于狭义的连续犯概念，不少学者都有具体阐述。比如，有的学者认为,“所谓连续犯，指行为人虽然没有像接续犯那样各行为的间隔的密切相接性，但连续实施相当于同一构成要件的数个行为的情况。除了构成要件的同一性之外，作为主观的要件的犯意的继续性，作为客观的要件的法益的同一性、行为的连续性（实行行为形态的类似性、行为情况的同质性、行为经过的同种性、时间的接近性）等，认为是连续犯的要件”。[728]也有学者认为，“所谓连续犯，是指行为人连续实施符合同一构成要件的数个行为，侵害同一法益，反映一种人格态度，但在时间、场所上不具有接近性的情况。可见，连续犯除了时间、场所上没有接近性以外，其他方面与接续犯相同”。[729]还有学者认为，“连续犯，即利用同一个机会或与同一个机会有关之机会不间断地、间歇地、一而再再而三地实现同一个构成要件。由于数个同质行为具有一系列相同的特点，如相同的罪责形式、针对同一个法益、

---

[726] 值得注意的是，在 1974 年以前，《意大利刑法典》第 81 条规定的连续犯只能是同种犯罪，即连续实施的数个行为必须是“触犯同一法律规定”。但在 1974 年以后，根据现行的《意大利刑法典》第 81 条第 2 款规定，连续实施的数个行为即使“触犯……不同法律条款”，也构成连续犯。为此，有意大利学者指出，“1974 年之后，由于异种数罪的实质竞合也可能作为连续犯来处理，行为的主观方面就成了决定多个行为是否构成连续犯的唯一标准”（参阅杜里奥帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 370-371 页）。但笔者认为，从《意大利刑法典》第 81 条第 1 款和第 2 款规定的连续犯罪分析，其第 1 款规定的连续犯罪才应当属于严格意义上的连续犯；而第 2 款规定的连续犯罪由于是被限定在“执行同一犯罪计划”的范围之内，因此对“同一犯罪计划”来说，自然可以包括不同的罪名，但这种基于“同一犯罪计划”而触犯不同罪名的连续犯罪，并不属于严格意义上的连续犯。比如，为计划抢劫而盗窃枪支，在上述意大利学者看来也是连续犯（参阅杜里奥帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 370 页），而这显然属于犯罪预备行为独立触犯他种罪名的牵连犯情况，其性质如同伪造票据去实施诈骗一样。

[727]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 868 页。

[728]【日】山中敬一著：《刑法总论》II，成文堂 1999 年版，第 912 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 781 页）。

[729] 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 343 页。

相同的行为方式，共同利用同一个犯罪机会等，法律上将其视为一个行为”。[730]

从学者们对狭义的连续犯概念的表述来看，狭义的连续犯比广义的连续犯主要多了两个方面的限制性条件。具体来说，狭义的连续犯除了必须具备广义的连续犯应当具备的主、客观方面的条件外，还必须具备以下两个方面的条件：

1、法益的同一性

所谓法益的同一性，就是指行为人的多个行为所侵害的法益不仅在性质上属相同的法益，而且其法益的承载体即行为指向的客体也是同一个客体。比如，一年内连续对五个商场实施盗窃的，其侵害的法益性质上虽都属于财产法益，但因法益的承载体即盗窃行为指向的客体不同，故此种连续盗窃的情况不能说具备法益同一性的特征。反之，如果行为人一年内连续五次对同一商场实施盗窃的，就符合法益同一性的特征。

多个行为侵害的法益具有同一性，这是区分狭义连续犯与广义连续犯的重要标志。因为对广义的连续犯来说，只要求多个行为侵害的法益在性质上属同种法益即可，并不要求多个行为侵害的法益具有同一性。比如，针对上述一年内连续对五个商场实施盗窃的情况，在广义的连续犯看来当然可以成立连续犯，但对狭义的连续犯来说，这种情况因不具有法益的同一性而不能成立连续犯。在德国刑法理论中，有学者为了严格限定法益的同一性，也把法益的同一性称之为“结果不法的单一性”。[731]对此，有德国学者举例说，“仆人每天从其主人的雪茄盒内窃走一根雪茄等，是连续犯”；[732]也有日本学者举例说，某医生对同一麻药中毒者以治疗疾病之外的目的，在几个月时间内向其提供盐酸麻醉药达 38 次的行为，构成连续犯。[733]这些案例表明，如果是从不同人的雪茄盒内窃走他人雪茄，或者是向不同的麻药中毒者提供盐酸麻醉药，就会因不具有法益的同一性而不构成连续犯。

在大陆法系刑法理论对狭义连续犯的解释中，法益的同一性对个人专属的人身法益显得尤为重要；诸如连续杀害或伤害多人、连续强奸多个妇女、连续对不同的儿童实施性虐待，等等，都因不具有法益的同一性而不能成立连续犯，并应按实质的数罪实行并罚。有学者认为，“这一限制是有其道理的，因为在最高之个人法益情况下，每一个具体行为，无论是行为不法和结果不法，还是行为的罪责内容，在判决中均必须分别作出确认和评价”。[734]

2、外在情况的同一性

所谓外在情况的同一性，就是指行为人的多个行为不仅符合同一个法条所规定的构成要件，而且都是在相同情况下实施。学者们在解释狭义连续犯概念时提到的“共同利用同一个犯罪机会”或“行为情况的同质性、行为经过的同种性”，实际上就是指外在情况的同一性。比如，甲发现自家的锁匙能够打开邻居家的门锁，于是便利用这一外在条件，多次打开邻居家门实施盗窃；又比如，甲在自动取款机取款时，发现该取款机发生故障，取一千元只从其账户中扣除一元，于是便利用这一外在条件，多次取款。像此类连续多次实施的犯罪行为，就具备了狭

---

[730]【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》，法律出版社 2006 年版，第 387 页。

[731] 参阅【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 870 页。

[732] 引自【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》，法律出版社 2006 年版，第 388 页。

[733] 引自【日】大塚仁著，冯军译：《刑法概说（总论）》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 417 页。

[734]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 870 页。

义连续犯应当具备的外在情况的同一性。

多个行为的实施应当具备外在情况的同一性，也是区分狭义连续犯与广义连续犯的重要标志。因为对广义的连续犯来说，只要求多个行为属同种犯罪即可，并不要求多个行为是在同一外在情况下实施；但对于狭义的连续犯来说，不仅要求多次犯罪行为触犯同一法条，而且还要求多次犯罪行为必须是在同一外在情况下实施。比如，在上述仆人每天从主人雪茄盒内偷雪茄的连续犯例子中，德国学者继续举例说，“如果该雪茄窃贼将以前敞开着、后被关闭的雪茄盒用暴力撬开，则不能认为是连续犯”，[735]其理由就是因为原来偷雪茄的外在情况是从敞开着的雪茄盒中直接拿，现在雪茄盒关闭了，需要先撬开雪茄盒再拿，盗窃的外在情况就发生了变化，将后面用暴力撬开雪茄盒进行盗窃的行为与前面从敞开着的雪茄盒内进行盗窃的行为相比，前后行为也就不再具有外在情况的同一性，故不成立连续犯。同理，假设甲某晚发现有一个仓库的门是敞着的，没上锁，于是连着七天，天天晚上去该仓库中偷一些东西回来；到第八天，甲发现该仓库门已上锁，便撬开门进去偷。像这种情况，甲前七天的盗窃行为因属在同一外在情况下实施，成立连续犯，可定一个盗窃罪；但第八天的盗窃因已不是在同一外在情况下进行盗窃，就不能成立连续犯，应单独构成盗窃罪；这样，对甲的八次盗窃行为就要按两个盗窃罪实行并罚。

在司法实践中，正确认定行为人是否在同一外在情况下连续多次实施侵害同一法益的行为，具有很重要的实际意义。比如，甲使用同一种严重威胁的方法（如解雇），迫使妇女乙服从自己的淫威，在一年内对乙实施了多次奸淫，像这种情况，应认为甲的多次强奸行为不仅符合法益的同一性，而且具备了外在情况的同一性，构成连续犯，定一个强奸罪即可。但是，对不具有外在情况同一性的多次强奸，则应按数罪并罚。比如，甲在一年内对同一妇女乙使用了不同的方法实施了三次奸淫，第一次使用将乙灌醉的方法，第二次使用暴力的方法，第三次使用威胁的方法，像这种情况，甲的三次奸淫虽然符合法益的同一性，但不能认为具备外在情况的同一性，故不构成连续犯，对甲应按三个强奸罪实行并罚。

综上所述，构成狭义的连续犯，在成立要件方面应当特别注意把握两个同一性，即法益的同一性和外在情况的同一性；两者必须同时具备，方能构成连续犯。举例来说，某夜总会保管室保管员甲利用其为客人保管衣物和财物的同一机会，多次偷窃不同客人的财物；像这种情况，甲多次盗窃虽可视为具备了外在情况的同一性，但明显不符合法益的同一性，所以也不能构成连续犯。

（三）评析

本教科书认同狭义的连续犯概念。无庸置疑，广义的连续犯有着不可否认的优点，如简化了审判程序，使审判机关避免了对多次行为逐个确认、逐个收集证据、逐个进行审理的麻烦，符合审判的经济性原则，等等；但是，广义的连续犯却存在着严重的弊端，这种弊端主要表现在两个方面：

1、容易导致重罪轻判

许多大陆法系国家或地区的刑法典，对犯罪的处罚一般都是在刑事社会学派倡导的“教育刑”基础上，采用相对的轻刑主义，其轻刑的表现不仅是废除了死刑，而且大部分单罪的法定刑都较低。于是，在通常情况下，对数罪实行并罚的法律后果，总是要相对重于不实行并罚的法律后果。比如，假设甲一年内强奸了

[735]【德】李斯特著，施密特修订，徐久生译，何秉松校订：《德国刑法教科书》，法律出版社 2006 年版，第 388 页。

多名妇女，且无加重情节或加重结果的，按照《日本刑法典》规定，对甲以数罪实行并罚，最多可判 22 年 6 个月徒刑；以一罪论处，最多只能判 15 年徒刑。按照《法国刑法典》规定，对甲以数罪实行并罚，最多可判 30 年徒刑，以一罪论处，最多只能判 15 年徒刑。按照《葡萄牙刑法典》规定，对甲以数罪实行并罚，最多可判 25 年徒刑，以一罪论处，最多只能判 12 年徒刑。按照《澳门刑法典》规定，对甲以数罪实行并罚，最多可判 30 年徒刑，按一罪论处，最多只能判 12 年徒刑。正因为以数罪实行并罚与以一罪论处存在着上述差异，所以，如果持广义的连续犯概念且按一罪论处，极易造成重罪轻判的现象。据此，持狭义连续犯概念的学者坚持认为，必须对连续犯的成立条件作相应的限制，不能简单地将连续犯看成是同种数罪，并通过法益的同一性及外在情况的同一性对连续犯概念重新予以审定；尤其是对个人专属的人身法益的侵害，更是应当强调法益的同一性。德国学者及审判实践之所以坚决将杀害多人、强奸多人等侵犯人身法益的同种数罪排除在连续犯概念之外，并对其实行并罚，其道理就在于此。

当然，任何事物都有例外的时候。按数罪并罚和按一罪处罚孰轻孰重，有时也会受本国或本地区刑法典总则规定的刑罚种类体系以及分则规定的影响。比如，对上述一年内强奸多名妇女的同种数罪来说，按照《中华人民共和国刑法典》规定，情况可能会相反：实行并罚的话，因每次强奸行为不具有加重情况，故每次强奸最多只能判 10 年徒刑，并罚后，最多也只能判 20 年徒刑；但是，如果按一个强奸罪论处的话，因符合“强奸妇女多人”的加重情节，最高就可能判无期徒刑，甚至死刑。这也是中国大陆学者普遍持广义的连续犯概念，且对连续犯的理论研究不予重视的主要原因所在。

2、容易放纵剩余犯罪

许多学者认为，如果持广义的连续犯且按一罪论处的话，因受制于判决既判力的法律效力，客观上很容易放纵尚未发现的剩余犯罪。可以说，这个弊端也是众多学者甚至包括立法者对广义的连续犯持否定态度的一个重要理由。因为对广义的连续犯按一罪作出判决，一旦判决后再发现行为人犯有更严重的同种数罪的话，就会基于判决的既判效力而无法再追究行为人的刑事责任。比如，甲因强奸多名妇女被认定为强奸罪的连续犯而按一个强奸罪论处，判决后却发现在此期间甲还实施了一次强奸，且有法定的加重情节或发生了法定的加重结果，但苦于已经对此期间的犯罪作出判决，无法再将其作为余罪看待，因而只能放纵。正如有学者指出的那样，在这种情况下，“如果犯罪行为的主要部分被较迟发现，法效力阻止了对犯罪行为进行进一步追诉的可能性”。[736]

《日本刑法典》在 1947 年修订之前，其第 55 条规定了连续犯，即“连续实施数个行为触犯同一罪名时，作为一罪处断”；但在 1947 年修订刑法时，这一规定被删除，当时删除的主要理由就是基于判决的既判力所带来的负面效果。在德国，虽然根据《德国刑法典》第 52 条第 1 款规定，对“数个犯罪行为触犯同一刑法法规者，只科以一个刑罚”，但德国学者要求放弃连续犯概念的呼声则越来越多，以致无论是理论界还是司法实务界，都对连续犯概念作出了相应的限制。比如，考虑到反对将连续犯按一罪处罚的理由，德国联邦法院大刑事审判委员会作出决定，“关于连续行为的判例，至少在诈骗（第 263 条）和性滥用（第 173 条、第 174 条、第 176 条）方面……不再能够维持”。[737]此外，大刑事审判委员会

[736]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社 2001 年版，第 868 页。

[737] 同上，第 369 页。

对连续犯还作出了限制性解释，即“关于犯罪复数的法律规定，无论在何等情况下，均应在对同种类的犯罪行为进行量刑时从其整体非价来把握。因此，依赖连续关系的法形态只属于较少的例外情况。……将来只能对连续行为作最狭义的理解”。[738]在我国台湾地区，也有学者对连续犯按一罪处理提出质疑，认为这样做“无异鼓励行为人一再犯罪，尤其不合理的判决确定力的作用，使得未经发觉的犯罪，亦因‘既判力’的影响，无法再追诉，影响司法威信甚巨”，[739]因而主张废除台湾地区刑法典关于对连续犯按一罪处罚的规定。

本教科书认为，鉴于广义的连续犯所存在的上述严重弊端，对连续犯的成立从法益的同一性和外在情况的同一性两个方面作出必要的限制，严格控制连续犯成立的范围，是有必要的，这样做可以最大限度地消除因对连续犯按一罪论处所带来的负面效果。

（四）连续犯的处罚

无论是广义的连续犯还是狭义的连续犯，都将连续犯视为科刑上的一罪，即只要成立连续犯，就按一罪处罚。有学者也将连续犯按一罪处罚的情况称之为“在处决上待以一罪”的情况，[740]或认为“对连续犯应按形式的犯罪竞合处罚”，[741]也就是将连续犯与想象竞合犯并列，按科刑上的一罪论处。值得一提的是，从历史的角度考察，对连续犯按一罪处罚具有一定的时代进步性，如有学者指出，“从历史角度看，连续犯的概念最先是由中世纪的法律实践家提出来的。由于当时对犯罪竞合实行极其严厉的并科制度（例如，对盗窃罪数罪并罚就可处死刑），他们试图通过对各种犯罪实质竞合的研究，概括出一些不应该实行并科的情况”。[742]连续犯就属于这些不应该实行并科的情况。

在不少国家或地区如德国、意大利、葡萄牙以及我国台湾地区的刑法典中，对连续犯按一罪论处都有明确的规定。但与想象竞合犯一样，对按一罪处罚的理解及立法例，不完全相同，主要包括三种情况：（1）重罪制。所谓重罪制，就是按多次行为中的最重的一次行为定罪处罚；比如，《葡萄牙刑法典》关于对连续犯“以可科处于连续数行为中最严重行为之刑罚定罪处罚”的规定，就是采用重罪制的立法例。（2）重罪且加重制。所谓加重制，就是在按多次行为中的最重的一次行为量刑基础上，再加重处罚；比如，根据《意大利刑法典》第 81 条第 1 款和第 2 款规定，对连续犯按一罪处罚，“得加重本刑至 3 倍”。（3）加重或从重制。所谓加重或从重制，就是指在法律对特定犯罪的连续犯有规定的情况下，采加重制；无规定的，采从重制。[743]比如，在《中华人民共和国刑法典》分则中，有不少对多次犯同种罪须加重处罚的规定，有的比较明确，如对强奸多名妇女或多次抢劫的同种数罪，法定刑明显加重；有的则包含在“情节严重”或“情节特别严重”的规定之中，因为这样的规定当然可以理解为包括多次犯同种罪的情况。

三、牵连犯

（一）牵连犯的概念

所谓牵连犯，就是指行为人在实施一种具有特定目的的犯罪过程中，其犯罪

---

738 同上。

739 蔡墩铭主编、甘添贵副主编：《刑法争议问题研究》，台湾五南图书出版公司 2001 年第三版，第 361 页。

740 参阅【韩】李在祥著，【韩】韩相敦译：《韩国刑法总论》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 468 页。

741【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 369 页。

742 同上，第 370 页。

743 从重制就是指在法定刑幅度内酌情从重处罚。

的手段行为或结果行为又触犯其他罪名的情况。牵连犯的概念表明，牵连犯必须由数个行为构成，属实质的数罪，而想象竞合犯只能由一个行为构成，属形式的数罪，这是牵连犯与想象竞合犯最本质的区别。其次，牵连犯的数个行为必须触犯不同的罪名，属实质的异种数罪，而连续犯的数个行为触犯的是同一罪名，属实质的同种数罪，这又是牵连犯与连续犯最重要的区别。

在牵连犯的情况下，认定行为人的目的行为是必要的。因为目的行为是一种标尺，是一种主行为，有了目的行为才会有手段行为或结果行为，并由此形成一定的牵连关系，继而构成牵连犯。比如，甲为了实施诈骗行为，便伪造票据，像这种情况，诈骗行为当然是目的行为；正因为有了诈骗的目的行为，伪造票据的行为才会成为服务于诈骗行为的手段行为。

牵连犯的外部特征还表现为，无论是手段行为还是结果行为，都必须是依法能够独立成罪的行为，否则不会有牵连犯的问题。比如，行为人在实施一种目的行为时，其使用的方法虽然也是一种行为，但这种行为不能独立构成犯罪的，就不会构成牵连犯；举例来说，甲想杀死乙，去药店购买毒药，购买毒药的行为对杀人的目的行为来说虽然也是一种手段行为，但因不能独立成罪，故不涉及牵连犯的问题。但是，如果甲为杀人去购买枪支、弹药的话，因购买枪支、弹药的行为本身可以构成一种独立的犯罪，这样便会产生牵连犯的问题。

（二）牵连关系的认定

所谓牵连关系，就是指行为人的目的行为与其他行为之间具有手段与目的或者具有原因与结果之间的联系。

1、牵连犯的认定学说

如何认定数个行为之间具有手段与目的或者具有原因与结果之间的牵连关系，理论上有三种不同的学说：（1）客观说。此说认为，数行为之间是否存在牵连关系，应以客观上是否存在通常意义上的因果关系为标准，故也称因果关系说。（2）主观说。此说认为，数行为之间是否存在牵连关系，应当以行为人主观上存在将某种行为作为目的行为的手段行为实施的犯意，或存在将某种行为作为目的行为的结果行为实施的犯意为标准，故也称犯意说。（3）折衷说。此说认为，数行为之间是否存在牵连关系，既要考虑客观上是否具有因果关系，也要考虑行为人主观上对手段行为或结果行为有无明确的犯意。

就科学性而言，上述三种观点中似乎当以折衷说为妥，因为折衷说既考虑到客观的因果关系，也考虑到行为人的主观犯意，比较全面。然本教科书认为，牵连犯的成立与否非属定罪问题，无须全面考虑主、客观方面的因素，而是要有一个比较固定的标准，这个标准应当是客观的，故以客观说为妥。举例来说，甲男以实施强奸为目的非法侵入乙女住宅，进去后才发现乙女不在屋内，于是便乘机实施了盗窃行为。在这种情况下，按照主观说，尽管非法侵入住宅行为客观上可以说是盗窃罪的手段行为，但因甲男事先没有将非法侵入住宅作为盗窃罪手段行为实施的犯意，故非法侵入住宅行为与盗窃行为之间不构成手段与目的的牵连关系，也即不成立牵连犯；言外之意，如果甲男本来就是为了实施盗窃而非法侵入乙女的住宅，那么，非法侵入住宅的行为与盗窃行为之间就能构成手段与目的的牵连关系，也即成立牵连犯。这样一来，同样是非法侵入住宅后再实施盗窃，能否构成牵连犯明显取决于行为人的主观犯意。本教科书认为，正如因果关系的性质是客观的一样，牵连关系也具有客观性，不能以行为人的主观犯意为转移；只要数行为之间客观上存在通常意义上的手段与目的或原因与结果关系，不管行为人对手段行为或结果行为的犯意如何，都应当认定为具有牵连关系。在日本刑法

理论界以及司法实务界，关于认定牵连犯的客观说之所以时至今日仍然占据着主导地位，不能说没有道理。如果我们一定要说牵连犯的认定与行为人主观犯意有关，那也仅仅表明：构成牵连犯的数个行为都必须是直接故意犯罪，间接故意犯罪或过失犯罪不能成立牵连犯。

2、牵连犯的基本类型

按照牵连关系的类型，牵连犯也分为两类：

（1）手段与目的牵连犯。所谓手段与目的牵连犯，就是指行为人以实施某种犯罪为目的，但其使用的手段行为又触犯了其他罪名的牵连犯。比如，甲通过伪造票据的方法去实施金融诈骗，诈骗是目的行为，而伪造票据是手段行为，两个行为都能独立成罪，于是便构成了以“诈骗罪”（第 211 条）为目的行为、以“伪造具特别价值之文件罪”（第 245 条）为手段行为的牵连犯。在日本司法实务中，诸如侵入住宅罪与放火罪、侵入住宅罪与强奸罪、侵入住宅罪与杀人罪、侵入住宅罪与盗窃罪、侵入住宅罪与强盗罪、伪证罪与诉讼欺诈罪等，都视为牵连犯。[744]

必须注意的是，认定手段行为与目的行为之间的牵连关系，一定要考虑到立法上多行为犯的法律规定；即某种手段行为一旦通过立法成为目的行为犯罪的构成要件内容的，就不再与目的行为构成牵连关系，当然也不存在牵连犯能否成立的问题。比如，根据《澳门刑法典》第 198 条规定，非法侵入他人住宅是作为“加重盗窃罪”的构成要件行为特征规定的，如果行为人是通过非法侵入他人住宅的方法实施盗窃行为的，就只构成“加重盗窃罪”一个罪，不存在牵连犯的问题。又比如，根据《澳门刑法典》第 157 条规定，构成“强奸罪”不仅可以使用暴力或严重威胁的手段，而且还可以使用使妇女丧失意识的手段，或使用将妇女置于不能抗拒的状态的手段；法律既然作了这样的规定，那么，如果行为人使用暴力威胁的手段奸淫妇女，也只能构成一个“强奸罪”，不会再成立“胁迫罪”（第 148 条）与“强奸罪”的牵连犯。在日本司法实务界，法院之所以认为非法监禁罪与强奸罪之间不存在手段与目的的牵连关系，其原因恐怕也在于此。[745]

（2）原因与结果牵连犯。所谓原因与结果牵连犯，就是指行为人在开始实施目的行为之后，又在目的行为基础上实施了触犯其他罪名的结果行为的牵连犯。在此情况下，鉴于没有目的行为就没有结果行为这样一种关系，理论上就把目的行为也称之为原因行为，继而构成原因与结果的牵连犯。比如，甲出于盗窃的目的将他人邮包偷走，取走财物后又将邮包中的信件毁弃；甲就构成“加重盗窃罪”（第 198 条）和“侵犯函件或电讯罪”（第 188 条）的牵连犯，前罪为目的原因行为，后罪为结果行为。又比如，甲在公共巴士上盗窃了一便衣警察的手提包，包内还有一支手枪和子弹，甲便将枪和子弹藏于家中；甲就构成“加重盗窃罪”（第 198 条）和“禁用武器及爆炸性物质罪”（第 262 条）的牵连犯，前罪为目目的原因行为，后罪为结果行为。

认定原因与结果的牵连犯，也要注意结果行为的定性以及数罪的并罚问题。比如，甲将自己盗窃来的巨额财物隐藏起来，就不能认为甲构成“加重盗窃罪”（第 198 条）与“赃物罪”（第 227 条）的牵连犯，因甲隐藏盗窃所得的行为根本不构成“赃物罪”。又比如，甲出于恶劣动机杀人后又放火，企图毁灭罪迹，也不能认为甲构成“加重杀人罪”（第 129 条）和“故意造成火警罪”（第 264

[744] 资料引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 802 页。

[745] 参阅马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 802 页。参阅【韩】李在祥著，韩相敦译：《韩国刑法总论》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 475 页。

条第 1 款）的牵连犯，因牵连犯通常无须并罚，而这种情况必须并罚。

（二）牵连犯的处罚

理论上，牵连犯属于实质的数罪并无疑义，*惟*对牵连犯是否需要并罚，则有分歧，主要有三种观点：

1、一罪论

所谓一罪论，就是指对牵连犯无须并罚，按一重罪处罚即可。如有日本学者认为，“遂行某种犯罪之际，其客观的类型上以其他犯罪作为手段而实施，或者作为结果而伴随，是通常预想的情况；并且行为人也认识这种情况时，认为根据刑法规范的立场，与其对各个犯罪独立予以规范的非难，不如对其全体评价，予以最重的规范的非难，是合理的。这种情况是牵连犯实质上是数罪，作为科刑上一罪的理由”。[746]中国大陆也有学者认为，对牵连犯“不发生数罪并罚问题是容易理解的”。[747]

在立法上，有的国家或地区的刑法典，也对牵连犯作出了无须并罚的相应规定。比如，根据《日本刑法典》第 54 条规定，“作为犯罪手段或结果之行为，触犯其他罪名者，按照其最重刑判处”；类似的立法例还包括《西班牙刑法典》。

2、并罚论

所谓并罚论，就是指对牵连犯应当实行并罚。有学者认为，牵连犯既然属于数个行为触犯不同罪名的实质的数罪，就应当实行并罚，否则既不符合划分一罪和数罪的基本理论，客观上也会造成罪刑不相称的情况。

3、择一论

所谓择一论，就是指对牵连犯既可以并罚，也可以不并罚，按一罪论；*惟*对选择的标准，学者理解不同。有学者认为，对牵连犯是否要并罚，应以法律规定为准，即法律有明文规定应予以并罚的牵连犯，都要并罚；凡法律无明文规定要并罚的牵连犯，一律无须并罚，按一罪论。但也有学者认为，对牵连犯是否要并罚，要以危害性为标准，对危害性较大的牵连犯要并罚，对危害性不大或一般的牵连犯无须并罚，按一罪论。[748]目前，根据中国大陆刑法理论及司法实务，对牵连犯的处置就是采以法律规定为标准的择一论。

本教科书之所以将牵连犯视为科刑上的一罪，并非认同对牵连犯无须并罚的观点及立法例，而是考虑到无论是在理论上还是在立法上，都存在对牵连犯无须并罚的观点及立法例。关于在澳门刑法及司法实务中，对牵连犯是否需要并罚，本教科书将在下节中阐明立场。

第四节　《澳门刑法典》关于犯罪竞合的规定

在《澳门刑法典》中，关于犯罪竞合的规定主要涉及两个方面的内容，即犯罪竞合的标准以及连续犯的认定。澳门回归后，鉴于澳门长期以来没有本地法学理论，以致刑法领域严重缺乏大陆法系刑法理论的指导，司法机关在定罪量刑方面往往就显得力不从心，甚至有点随心所欲，这一缺陷在数罪问题上表现得尤为明显。本教科书认为，在大陆法系刑法理论中，关于数罪的理论博大精深，各种观点交错林立，百花齐放，而《澳门刑法典》关于数罪的规定，完全取之于大陆法系的刑法理论，因此，要真正懂得《澳门刑法典》关于犯罪竞合规定的真谛，

---

[746]【日】野村稔著：《刑法总论》（补订版），成文堂 1998 年版，第 455-456 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 800 页）。

[747] 高铭暄著：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社 1981 年版，第 106 页。

[748] 参阅赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 241 页。

对涉及数罪的实际案例作出比较合理、准确的判决，就必须了解并掌握大陆法系刑法中的数罪理论与实践。

结合《澳门刑法典》关于犯罪竞合的规定，本教科书就以下三个方面的问题进行解释及探讨。

一、关于包括的一罪

《澳门刑法典》第 29 条第 1 款对数罪的认定标准作出了明确的规定，即“罪数系以实际实现之罪状个数，或以行为人之行为符合同一罪状之次数确定”。这一规定起码表明了立法者的两个意图：第一，在数罪认定标准问题上，采用的是构成要件说，也就是以法律规定的构成要件作为划分一罪还是数罪的标准，因为该款所讲的罪状，就是指法律规定的构成要件。第二，在数罪种类问题上，既包括了“实际实现之罪状个数”的异种数罪，也包括了“符合同一罪状之次数”的同种数罪。

然而，构成要件说毕竟只是一种原则，针对复杂的犯罪情况，对该项原则的解释不能离开构成要件的理论，甚至要从有利于诉讼的角度进行考察，以便寻求合理的解决途径。关于这一点，大陆法系刑法中有关包括的一罪理论，值得我们重视。

所谓包括的一罪，就是指行为人的行为尽管从表面上看多次符合了同一个构成要件或不同的构成要件，但从犯意的内容、法益的性质以及行为之间的时空联系等多个层面考察，将该等多次符合评价为一次符合更为合理，故应视为一罪的情况。如有学者认为，“所谓包括一罪，指某一犯罪事实外形上似乎数次符合构成要件的场合，应包括于一次构成要件的评价的犯罪”。[749]在日本刑法理论界，学者们通常也将包括的一罪称之为评价上的一罪。包括的一罪既可用于对同种数罪的评价，也可用于对异种数罪的评价；前者叫同质的包括的一罪，后者叫异质的包括的一罪。

应当指出，包括的一罪尽管也是一罪，但不能同立法上的一罪相提并论。立法上的一罪之所以是一罪，其依据来自于法律规定，属本来的、法定的一罪，按一罪处理自无疑义。而包括的一罪之所以是一罪，其依据来自于理论上的评价，也就是将外形上数次符合构成要件的行为，通过对构成要件的合理解释，使之成为仅仅是一次符合构成要件的行为。正因为如此，认定包括的一罪就会产生一个如何解释、如何评价的问题；同样的情况，很可能会得出不同的解释和评价，这就是包括的一罪与立法上的一罪最本质的区别。

（一）同质的包括的一罪

所谓同质的包括的一罪，就是指将外形上数次符合同一构成要件的行为，通过对同一构成要件的评价，使其成为一次符合该等构成要件的一罪情况。这种同质的评价上的一罪，主要包括以下三种情况：

1、单一故意的包括一罪

所谓单一故意的包括的一罪，就是指行为人的行为虽然从表面上看多次符合同一个构成要件，但从行为人主观上的犯意考察，行为人只有一个犯罪故意，因而可认定为一罪的情况。下面，试举二个诈骗案例，以此说明单一故意的包括的一罪：

[749]【日】大谷实著：《刑法讲义总论》（第 4 版），成文堂 1994 年版，第 491 页（转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 775 页）。

案例一：2008 年 6 月，甲在澳门南湾一家大型百货公司装修期间，向两名在场装修的女工讹称可透过关系取得大量劳工配额，并安排中国大陆居民来澳从事装修工作，但每人需先缴付 6000 元介绍费。两女工随后返回中国大陆，先后物色了 89 人，包括自己的亲友。按甲的要求，每个人除提供所谓的个人资料外，还将介绍费存入甲指定的中国大陆银行户口。甲收到钱后，再无现身，两女工报警，澳门警方将周某某抓获。[750]

案例二：甲在山东某报章上刊登了一则澳门赌场招聘的虚假广告。2006 年 6 月，五名山东男子透过当地报章的招聘广告，支付了 3000 元至 3500 元不等的介绍费后来到澳门；甲托人安排五人住下后，又要求每人须先付 13000 元保证金及办证费用。同年 7 月，又有一个山东男子也误信招聘广告，被骗 24000 元。甲收钱后，便不知所踪。[751]

本教科书认为，上述二个诈骗案件虽涉及多人被骗，但从行骗人的主观犯意及行骗手段分析，实际上只存在一个诈骗故意，属于单一故意的包括的一罪。比如，在第一个案件中，甲是在一个特定的场合一次性地向他人实施诈骗，这种情况非常清楚地表明，甲主观上只有一个具体的诈骗故意，至于当时是几个人在听，并不能改变甲只有一个诈骗故意的事实，哪怕当场有几十个人信以为真而受骗，甲也只有一个诈骗故意。既然是一个诈骗故意，自然只能定一个诈骗罪。

又比如，在第二个案件中，甲是通过刊登虚假招聘广告来实施诈骗行为的，这种诈骗方式表明，行骗人主观上就是想以此来设计一个“骗局”，使他人上当受骗，至于在这个“骗局”中有多少人会受骗，甲也不可能知道，但有一点是肯定的，不管有多少人受骗，都包括在甲设计“骗局”的诈骗故意之中；换而言之，甲主观上只有一个具体的诈骗故意，这个诈骗故意不受被骗人数的影响，哪怕是几十个人、几百个人上当受骗，甲也只构成一个诈骗罪。

类似的情况还比如：甲贴出虚假的招工广告，并在酒店租了一间房，让每个来报名的人先交 2000 元报名费，前后三个月，共骗了 300 个人，然后携款逃走。像这种情况，甲诈骗的对象虽也不是一个人，但主观上很明显只有一个诈骗故意，客观上只有一个“骗局”，甲的诈骗目的恰恰是通过 300 个人的上当受骗而得以完成的，其对 300 个人的诈骗行为虽外形上具有独立性，但都是服务于一个具体的诈骗故意，时空上紧密联系，从而组成了一个完整的诈骗行为，因而将甲对 300 个人实施的诈骗行为评价为一次符合诈骗罪的构成要件，定一个诈骗罪，完全是合情合理的。反之，如果对甲定 300 个诈骗罪不仅不符合构成要件理论，而且还会严重影响正常的司法审判程序，实为劳民伤财。

本教科书认为，单一故意的包括一罪从构成要件理论上分析，应当具有确定性，不能任意破坏。财产法益不同于专属的人身法益，一次投毒杀死五个人，可以定五个杀人罪，但一个诈骗故意不管骗多少人，也是一个诈骗罪。在只有一个诈骗故意的情况下，定诈骗罪是不能以人头来计算的。

2、概括故意的包括一罪

所谓概括故意的包括一罪，就是指行为人基于一个明确的犯罪目的，出于一个概括的故意，且在时空上紧密联系、反复多次地实施同种构成要件行为，因而从整体上被认定为一罪的情况。在大陆法系刑法理论中，概括故意的包括一罪得到了很多学者认同，如有学者认为，“‘很多生活领域里的应受处罚的行为方式虽

[750] 案例改编参考 2009 年 11 月 25 日《澳门日报》。
[751] 案例改编参考 2009 年 11 月 11 日《澳门日报》。

然本身已经触犯了（同一个）罪名，但只有从整体上才能被正确理解’”；[752]通常情况下，“当数个基于同一意志而实施的同种的单独行为相互之间具有非常紧密的时空联系，根据自然的观察方式只是一个整体时”，[753]应当认为构成行为的单数，按一罪论处。由此可见，要构成概括故意的包括一罪，一般应具备三个要素：第一，基于同一意志，也就是出于同一个犯罪目的；第二，反复多次地实施符合同一构成要件的行为；第三，多次行为之间在时空上具有紧密联系。下面，试举三个案例，以此来说明概括故意的包括一罪。

案例一：甲为澳门某浴室经理，澳门警方根据举报到该浴室稽查，发现有21名来自中国大陆的按摩女均无澳门官方发出的“非本地劳工证”，仅持有中国大陆居民赴澳的“港澳通行证”或中国因私护照，她们承认获甲雇用。根据《非法入境、非法逗留及驱逐出境的法律》（第6/2004号法律）规定，甲违法招聘的行为，符合“非法雇用罪”的构成要件。[754]

案例二：甲自2007年9月开始，将某小区的两个单位作为非法旅馆进行经营，内设有多个床位，以日租二十元出租予非法留澳人士。警方根据举报搜查两个单位，在两个单位中共拘留了六名逾期的中国大陆居民。[755]

案例三：甲自2009年10月起，利用一些中国大陆居民希望来澳门工作的心态，到处讹称自己有“路子”可安排中国大陆居民来澳门酒店工作，但须支付介绍费。在两年多的期间内，甲共骗得数百名中国大陆居民中招，每人支付介绍费3000元至6000元人民币，甲共骗得百多万元。后有被害人因甲籍故久拖仍无工作安排而生疑报警，澳门警方将甲抓获。

在上述三个案例中，被告人的行为分别符合“非法雇用罪”、“非法收留罪”和“诈骗罪”的构成要件，***惟***究竟是定一罪还是数罪，值得研究。本教科书认为，上述三个案例中的被告人的行为，其实都符合概括故意的包括一罪，评价为一罪并按一罪论处是合理的。比如，从表面上看，上述三个案例中的被告人可以构成21个“非法雇用罪”（第一个案例）、6个“非法收留罪”（第二个案例）以及数百个“诈骗罪”（第三个案例），但通过分析我们不难发现，这三个案件中的被告人反复多次地实施的符合同一个构成要件的行为，都是在同一个犯罪目的（非法雇用目的、非法经营目的以及诈骗目的）支配下实施，且在时空上具有非常紧密的联系，从自然的角度观察，这些反复多次实施的行为实际上是一个为实现同一犯罪目的而组成的行为整体，它们符合构成概括故意的包括一罪的要素，以一罪论处具有合理性。

合理认定概括故意的包括一罪，对澳门来说也具有一定的现实意义。比如，近几年来，澳门频频出现使用境外伪造的假信用卡套现的“车手”，这些“车手”短时间内可以反复多次地实施套现行为，像这种情况，澳门法院通常都是以“将假货币转手罪”（第255条）[756]的数罪来定罪处罚的，套一次现就定一个“将假货币转手罪”。本教科书认为，这些“车手”出于同一个犯罪目的进行套现，如果在时空上符合紧密联系性的，理论上可以成立概括故意的包括一罪，将其视为

[752]【德】冈特.施特拉腾韦特、洛塔尔.库伦著，杨萌译：《刑法总论 I——犯罪论》，法律出版社2006年版，第431页。
[753] 同上。
[754] 根据澳门刑法规定，“非法雇用罪”不能由法人构成，该等犯罪的刑事责任只能由个人承担。
[755] 根据《非法入境、非法逗留及驱逐出境的法律》（第6/2004号法律）规定，收留非法在澳逗留者，可构成“非法收留罪”。
[756] 因根据《澳门刑法典》第257条规定，信用卡等同于货币，用假信用卡就等同于使用假币。

一个行为整体，按一个“将假货币转手罪”论处。[757]

3、法益同一的包括一罪

所谓法益同一的包括一罪，就是指当法益的承载体为同一个主体时，行为人反复多次实施的符合同一构成要件的行为因具有犯意的持续性或时空的接续性而被认定为一罪的情况；比如，若多次杀人或伤害行为是指向同一个人的，就会构成法益同一的情况。关于在法益同一的情况下，能否构成包括的一罪，理论上均持肯定的观点，*惟*对法益同一情况下认定评价上的一罪，要有一定的限制，而此等限制主要是看行为人主观的犯意有无持续性，或客观的行为在时空上有无接续性。

（1）主观犯意有持续性的包括一罪。比如，日本有一判例：甲男于某年从7月到10月之间，在东京和大阪五次投毒，对同一被害人实施毒杀行为，均以失败告终，遂于12月用弹簧刀将被害人杀死，法院判决甲成立一个杀人（既遂）罪。[758]在这一案例中，尽管行为在时间上具有一定的间隔性，但行为人多次杀人行为侵害的法益具有同一性，其犯意不仅具有内容上的一致性，而且在一定期间内具有持续性，故可视为包括的一罪，按一个杀人（既遂）罪论处，而非定五个杀人（未遂）罪与一个杀人（既遂）罪。

在法益同一情况下，犯意持续的包括一罪与继续犯的区别主要在于：首先，与构成要件行为具有单一性的继续犯相比，犯意持续的包括一罪客观上存在数个同种行为，而单一性的继续犯客观上只有一个行为，只不过该行为处于不间断的持续之中，如剥夺他人行动自由的行为。其次，与构成要件行为具有复数性的继续犯相比，尽管两者在客观上都存在数个行为，但对犯意持续的包括一罪来说，构成要件行为本身具有单一性，单个行为本来是可以独立成罪的，如杀人行为；但对于复数性的继续犯来说，构成要件行为本身具有复数性，只有反复多次实施单个行为才能符合构成要件行为的复数性，如虐待行为。在上述案例中，因杀人罪的构成要件行为具有单一性，不具有复数性，只要有一个杀人行为就足以构成杀人罪，所以多次对同一被害人实施杀人行为不属于继续犯的范畴，而只能按法益同一的包括一罪处理。

关于犯意持续构成包括一罪的情况，德国学者也持类似观点。如有德国学者认为，“行为单数还存在于针对同一犯罪被害人的数个杀人行为之中，即使间隔时间较长同样如此”。[759]

（2）客观行为具有接续性的包括一罪。比如，关于该等包括的一罪，日本学者常用的例子就是某人某夜从同一仓库里数次窃取几袋米的情况；在日本刑法理论中，客观行为具有接续性的包括一罪也被称之为接续犯；有日本学者认为，“所谓接续犯，指基于同一的故意，在时间、场所接近的情况下，所实施的向同

---

[757] *惟*值得注意的是，《澳门刑法典》分则在规定法定刑时，不知立法者出于何种考虑，经常使人难以理解。比如，按《澳门刑法典》第255条规定，“将假货币转手罪”法定刑最高为5年徒刑，而用假货币冒充真货币本质上也是一种诈骗行为，但“诈骗罪”的法定刑最高则为10年徒刑。于是，当一个人用假信用卡多次套现被定“将假货币转手罪”时，即便数额相当巨大，如果不按数罪定的话，最高也只能判5年徒刑，这与“诈骗罪”的最高刑相比，显然是不合理的，实际上也是促成司法机关为了达到罪刑相称的目的，将本来可以作为概括故意的包括一罪按数罪论处的重要原因。本教科书不明白：立法者在规定“将假货币转手罪”时，难道没有考虑到用假货币冒充真货币的欺诈行为要比一般的欺诈行为危害更大吗？为什么法定最高刑要比“诈骗罪”低二分之一？

[758] 引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第779页。

[759]【德】汉斯.海因里希.耶赛克、托马斯.魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社2001年版，第863页。

一法益侵害的数个同种行为”。[760]

本教科书认为，对接续犯按包括的一罪处理，应当是合理的，对澳门来说也具有一定的现实意义。比如，在赌场内因放贷而构成的“为赌博的高利贷罪”是一个常见罪，假设甲在一天时间内，五次向同一个人放贷，每次十万元港币，即便五次放贷行为是在不同的赌场实施，也可以认定为接续犯，按一个“为赌博的高利贷罪”处罚。因为在这种情况下，不仅法益具有同一性，而且五次行为在时空上具有接续性，可通过评价认定为包括的一罪。至于甲放贷的赌场不同，不应当影响接续犯的成立。[761]

当然，对接续犯来说，究竟数次同种行为在多长时间内发生属接近，学者们并没有统一的看法。如赌场放贷，一天内向同一个人放五次高利贷，可以说构成接续犯；但如果是五天内，每天放一次高利贷，是否能够构成接续犯呢？对此，本教科书认为，能否构成接续犯，要从具体案情作综合考察。比如，对同一人放贷来说，仅仅是五天，每天一次，仍然可以认定为接续犯，毕竟放贷行为有其特殊性，它与从同一仓库中一夜之间偷几袋大米不可相提并论。反之，如果具体案情显示，向同一人数次放贷间隔时间确实较长，且是在不同情况下实施，也可以按同种数罪论处。比如，甲今年在赌场内向乙放贷，两人相识，明年乙又来澳门，甲再向乙放贷，像这种情况，就可按两个“为赌博的高利贷罪”实行并罚。

（二）异质的包括的一罪

所谓异质的评价上的一罪，就是指将外形上数次符合不同构成要件的行为，通过对不同构成要件的评价，使其仅成为符合其中一个构成要件的一罪情况。异质的评价上的一罪，一般是通过对行为之间的吸收关系作出评价来完成的。

关于评价上的吸收关系，我们不妨先来考察一个颇具典型意义的案例：

舞会后，甲和乙许诺一对 19 岁的孪生姐妹送她们回家，将其诱骗上车后，根据二人事前约定好的行动计划，甲和乙使用暴力将两位姑娘劫持到他人的一处打猎用房，并用事先偷偷配制好的钥匙开门进去。关上门后，甲和乙先是将从武器柜里找到的武器拿在手上，然后威胁两位姑娘，令其脱衣，并在夜里多次对其进奸淫。离开打猎用房时，甲和乙又带走了武器和其他屋内物品；事后，甲和乙将带走的武器和其他物品卖给他人，所得钱财两人平分。[762]

从这个案例中，我们可以得出以下几种可以按评价上的吸收关系处理的情况：

第一，目的行为对预备行为的吸收

所谓目的行为对预备行为的吸收，就是指在犯罪过程中，凡属于为犯罪目的服务的预备行为，全部为目的行为吸收，继而不再另行定罪。有学者认为，“事前行为是共罚的，因为它属于补充性或者吸收关系”。[763]比如，在上述案例中，甲和乙的事先约定与策划行为、事前配制钥匙的行为因都属于强奸罪的预备行为，故为强奸既遂行为所吸收，不再另行定罪。[764]

---

[760]【日】川端博著：《刑法总论讲义》，成文堂 1997 年版，第 611 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 780 页。

[761] 本教科书认为，此类情况因符合同一外在情况的要求，故按连续犯处理也是可以的。事实上，接续犯与连续犯并无本质上的差别，只不过前者在时间、地点上的连接更为紧密罢了。

[762] 此案例原引自【德】约翰内斯韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 750 页，本教科书作了相应改动。

[763] 同上，第 794 页。

[764] 因为根据《德国刑法典》第 30 条第 2 款关于“共犯之未遂”的规定，如果是共同犯罪，只要示意他人犯罪或接受他人犯罪请求或与他人约定实施重罪或教唆他人实施重罪的，即使犯罪没有实行，也可按未遂处罚之。可见，本案中，甲和乙事先策划和配钥匙的行为因属于“与他人约定实施重罪”的共犯之行为，

第二，目的行为对附随行为的吸收

所谓目的行为对附随行为的吸收，有学者认为是“法益侵害的一体性”，即一个行为侵害的客体因不可分割而成为一体的数个不同的法益的情况。“例如，由于杀人行为损坏了被害人的衣服，产生损坏器物的结果时，因为同时侵害了人的生命和财物所有权，事实上成立杀人罪与损坏器物罪，但由于两法益的侵害，在犯罪的性质上是不可分割成为一体而被惹起的情况，轻的损坏器物罪被重的杀人罪所吸收被包括地评价”。[765]

比如，在上述案例中，甲和乙将两位姑娘关在打猎用房整整一夜，显然构成《德国刑法典》第 239 条规定的“剥夺自由罪”，因其使用了暴力强迫两位姑娘容忍被剥夺自由的状况，又构成了《德国刑法典》第 240 条规定的“强制罪”。但从“剥夺自由罪”和“强制罪”的关系来分析，“剥夺自由罪”其实就是一种强制行为，强制行为附随于剥夺自由的行为；因此，定罪时只按一重罪即“剥夺自由罪”定罪即可。当然，在这种情况下，“剥夺自由罪”和“强制罪”也可以说是构成交叉型的法条竞合关系，按重法条优于轻法条的处理原则定“剥夺自由罪”。但就剥夺他人行动自由必然是一种强制行为来说，将强制行为视为剥夺他人行动自由的附随行为，仍然可以成立。[766]

第三，目的行为对阶段行为的吸收

所谓目的行为对阶段行为的吸收，有学者将其称之为发展犯，即“指某种犯罪的实施过程中包含一些本身就可能构成独立犯罪的发展阶段，并且这些犯罪阶段与该犯罪所侵犯的是同一或同类犯罪客体的情况，例如，杀人罪一般都有先构成伤害罪的过程”。[767]发展犯之所以被认为是一罪，乃是因为“就客观方面而言，它们是侵犯主要法益的一系列有内在联系的举动；从主观方面看，它们都共同指向同一违法的结果”。[768]在司法实践中，这种目的行为对阶段行为的吸收还是比较常见的，像闯入他人住宅杀人或抢劫的，因非法闯入他人住宅的行为只是整个杀人或抢劫行为的发展过程中的一个阶段，它与目的行为具有不可分割的内在联系，其主观方面也与目的行为一样，是指向特定的违法结果，所以，杀人或抢劫的目的行为就可以吸收非法侵入他人住宅的行为，只按目的行为定一个罪。类似的情况还包括用打坏监狱门窗的方法越狱，毁损财物罪作为脱逃罪的一个不可分割的阶段行为，自然被目的行为即脱逃罪吸收。

应当指出，评价上的这种目的行为对阶段行为的吸收关系，与立法上的目的行为对手段行为的吸收关系是不能相提并论的。因为立法上目的行为对手段行为的吸收，是基于立法上的原因，即立法者将手段行为明确规定为另一个目的犯罪的构成要件行为，如使用暴力手段进行抢劫或强奸。但评价上的吸收关系仅为一

所以，作为强奸重罪的预备行为，即使没有实行强奸，也可按强奸未遂定罪处罚。但由于甲和乙强奸了两位姑娘，所以共同强奸既遂的目的行为就吸收了共同强奸未遂的行为。其实，正如德国学者指出的那样，《德国刑法典》第 30 条第 2 款关于“共犯之未遂”的规定本身，讲的就是犯罪的预备行为（参阅【德】约翰内斯韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 794 页）。

[765]【日】大谷实著：《刑法讲义总论》（第 4 版），成文堂 1994 年版，第 196 页。转引自马克昌著：《比较刑法原理》，武汉大学出版社 2002 年版，第 784 页。

[766] 但德国司法裁判认为“剥夺自由罪”与“强制罪”之所以定一罪，是因为两者构成“不同种类”的想象竞合犯（参阅【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 778-779 页）。但本教科书认为，在上述情况下，剥夺自由罪与强制罪构成的不是想象竞合关系，而是交叉型的法条竞合关系，因为剥夺他人行动自由必然是一种强制，但强制并不一定是为了剥夺他人行动自由，所以在一定情况下可以构成交叉型的法条竞合关系。

[767]【意】杜里奥.帕多瓦尼著，陈忠林译评：《意大利刑法学原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 374 页。

[768] 同上。

种评价，无立法上的依据。正如有的德国学者指出的那样，对评价上的目的行为与阶段行为的吸收关系来说，两种行为之所以能够产生吸收关系，乃是从评价的角度进行考察的结果，即“如果一犯罪行为构成要件，并未必然包括在另一个构成要件之中，但这一行为通常和典型地是与另一行为的实施竞合，以至于其不法性和有责性被更严重的犯罪形式所连同包容和耗尽。例如，按照主流意见，在入室盗窃案中《刑法典》第 242 条、第 243 条第 1 款第 1 项就对单纯的非法侵入他人房宅和财物损坏（《刑法典》第 123 条、第 303 条）产生吸收关系”。[769]

在上述案例中，甲和乙诱骗两位姑娘上车的行为，显然属于整个强奸罪发展过程中的一个阶段行为，因此，《德国刑法典》第 239 条 b 所规定的“略诱他人作为人质罪”，就被目的行为即强奸罪所吸收。同理，甲和乙所实施的非法侵入他人打猎用房的行为，也是整个强奸罪及剥夺自由罪发展过程中一个不可分割的阶段行为，自然也被目的行为吸收而不再另行定罪。

第四，目的行为对结果行为的吸收

所谓目的行为对结果行为的吸收，有学者称之为“共罚的事后行为”，也就是指作为目的行为的犯罪行为实施完毕后，行为人又接着实施了一种可以独立成罪的行为，但这种事后行为因与原先的目的行为具有紧密联系，故被目的行为吸收的情况。当然，吸收有一定的限度，正如有学者指出的那样，“构成要件符合性的、违法的和有责的行为之这个形态上的后续行为被吸收，如果它的情节或者情形没有超过通过先前行为的所获程度，没有对已经形成的法益损害造成本质性的扩大，没有侵犯新的法益”。[770]可见，被目的行为吸收的结果行为，不能对目的行为所侵害的法益造成更大的实质性的损害，也不能侵犯一种新的法益。比如，盗窃者将盗窃来的财物藏起来的行为，可以独立构成侵占或窝赃罪，但因这种事后的结果行为并未对盗窃罪侵害的法益造成更大的实质性损害，也未侵害新的法益，所以就可以被目的行为即盗窃罪所吸收，不再另行定侵占罪或窝赃罪。又比如，当盗窃者实施盗窃后，才发现所盗窃之物中有枪支、弹药，在这种情况下，盗窃者再将枪支、弹药藏起来的行为，就不能被目的行为即盗窃罪所吸收，因为该等结果行为已经侵害到社会公共安全这一新的法益，所以应另行定非法持有武器方面的犯罪，按牵连犯这一数罪情况处理。[771]同理，在上述案例中，甲和乙将盗窃来的武器和其他物品卖与他人的行为，因属于盗窃罪的事后行为，所以被目的行为即盗窃罪所吸收，不再另行按《德国刑法典》第 246 条定“侵占罪”，也不再定与销赃有关的犯罪。

综上所述，通过评价上的吸收关系，本教科书认为，上述案例中的甲和乙只构成强奸罪、剥夺自由罪和盗窃罪，应按三罪实行并罚。

二、关于连续犯的解读

《澳门刑法典》关于连续犯的规定来自于《葡萄牙刑法典》。根据《澳门刑法典》第 29 条第 2 款规定，“数次实现同一罪状或基本上保护同一法益之不同罪状，而实行之方式本质上相同，且系在可相当减轻行为人罪过之同一外在情况诱发下实行者，仅构成一连续犯”。应当指出，当法律明确规定对连续犯按一罪处罚时，理论上也可以将连续犯视为立法上的一罪，而本教科书之所以将连续犯作为科刑上的一罪论述，主要理由在于连续犯的实质是数罪，这一点与继续犯、结

[769]【德】约翰内斯.韦塞尔斯著，李昌珂译：《德国刑法总论》，法律出版社 2008 年版，第 792 页

[770] 同上，第 795 页

[771] 这也是目的行为对结果行为的吸收关系与牵连犯的主要区别。

合犯、法条竞合犯、集合犯以及立法上的多行为犯是不同的。有葡萄牙学者也认为，“连续犯是以实质的观点所设定，其前提是符合实质的犯罪竞合，但法律将其变成一种单一性的犯罪形态”。[772]尤其是，很多国家或地区并未规定对连续犯作一罪处理，因此，将连续犯视为科刑上的一罪是妥当的。

本教科书认为，在充分掌握上述狭义连续犯概念的基础上，对《澳门刑法典》关于连续犯规定的理解，应当注意以下几个问题。

（一）对同种犯罪的解读

如前所述，连续犯是同种数罪，这在理论上并无问题；*惟*对同种犯罪的解释，要有相应的灵活性。当行为侵害的法益、行为方式一致时，即使罪名不同，也可视为行为具有同一性，构成同种犯罪，如“诈骗罪”（第 211 条）、“保险诈骗罪”（第 212 条）与“货物诈骗罪”（《惩治妨害公共卫生及经济违法法》）。《澳门刑法典》第 29 条第 2 款所说的“基本上保护同一法益之不同罪状，而实行之方式本质上相同”，指的就是这个意思。

（二）对法益同一性的解读

《澳门刑法典》第 29 条第 2 款虽然没有指明法益应具有同一性，但本教科书认为，法益同一性仍然是构成《澳门刑法典》第 29 条第 2 款所规定的连续犯的必备要素。理由有三：第一，属狭义连续犯的应有之义。《澳门刑法典》的立法者既然是采用狭义的连续犯概念，理论上就应当包括法益的同一性，这是区别于广义连续犯概念的重要标志。第二，立法与学理解释不同。比如，《德国刑法典》第 52 条第 1 款也有关于连续犯的规定，该款规定不仅没有法益同一性的表述，连外在情况的同一性也没有包括，仅仅是规定“数个犯罪行为触犯同一刑法法规者，只科以一个刑罚”；这一规定从表面上看，无异于广义的连续犯概念；但是，德国刑法理论界包括司法实务界却普遍认为成立连续犯应具备法益的同一性和外在情况的同一性，也就是用狭义的连续犯概念来解释《德国刑法典》第 52 条第 1 款规定。同理，《澳门刑法典》第 29 条第 2 款没有指明法益的同一性，并不等于学理上就可以排除法益的同一性，尤其是当该款规定指明了是采用狭义连续犯概念的前提下，更没有理由排除法益的同一性。正因为如此，诸如连续多次杀害数人、连续多次强奸不同妇女、连续多次抢劫数人、连续多次在不同场所实施盗窃等法益不具有同一性的同种数罪，在澳门是不能成立连续犯的，而应当按照同种数罪实行并罚。第三，防止重罪轻判。根据《澳门刑法典》第 73 条规定，对连续犯仅按多次行为中的最严重的一次行为定罪量刑，其余的行为实际上被吸收了，这无疑体现了从轻处罚的原则；既然这样，就更应当强调法益的同一性，否则，在刑罚种类既无死刑又无终身监禁，且数罪并罚刑期明显高于单罪刑期的情况下，放弃法益的同一性条件，极易产生重罪轻判的负面效果。

（三）对外在情况同一性的解读

关于对外在情况同一性的理解，在澳门法学界存在着不同的观点，起因在于《澳门刑法典》第 29 条第 2 款在外在情况的同一性前面加了“可相当减轻行为人罪过”的表述。这一表述应当如何解释，澳门学者及司法实务界存在不同的看法，其分歧主要表现为“客观说”和“主观说”之争。“客观说”认为，只要具备了外在情况的同一性，就意味着已经相当减轻了行为人的罪过，不必再分析行为人实施犯罪的动机、目的等主观内容；如有的葡萄牙学者认为，“当去查究这一过错减轻的理据时，……应当在行为的外在时段和事物外部处置上寻找，因此，连续犯的前提确实应是外部与明显的连系方便了犯罪活动的再次出现，越来越不

[772] 【葡】迪亚士：《刑法总论 I》，葡萄牙科英布拉出版社 2007 年第二版，第 1038 页。

要求行为人以一种不同方式，即符合法律去作出行为”。[773]“主观说”则认为，认定连续犯，既要看有无外在情况的同一性，还要看行为人主观上有无可减轻罪过的情节。[774]

本教科书认同“客观说”。理由有三：

第一，从连续犯的理论来看，至今还未发现有学者将行为人的主观动机、目的是否具有减轻情节作为考察连续犯的标准。学者们普遍认为，构成连续犯的主观故意只要具有连续性和同一性即足以，并不要求其一定具有可减轻行为不法性程度的其他主观内容；将“可相当减轻行为人罪过”视为构成连续犯必备的主观要件，不符合大陆法系刑法理论关于连续犯的通说，故有标新立异之嫌。如果是这样的话，那就等于又产生了一种新的连续犯概念，而且是最狭义的连续犯概念。比如，甲见某仓库门没有锁，便连着几天从该仓库中盗窃财物，按“主观说”理解，只有当甲主观上是出于可同情的动机如为给父母治病或为生活所逼，才会成立连续犯，否则，甲仅仅是为了贪利而连续实施盗窃，尽管具备了法益的同一性和外在情况的同一性，也不成立连续犯。这样的连续犯概念确实有点过于“苛刻”了，看来很难令人接受。

第二，如前所述，《澳门刑法典》中“罪过”一词的原意应该是讲“罪责”或“责任”，并非单指主观上的罪过（即故意或过失、目的或动机），而“罪责”或“责任”的大小既取决于主观要素，也取决于客观要素，总体上就会反映出行为的不法性程度。因此，我们大可不必因为《澳门刑法典》翻译的错误而非要将“罪过”理解为主观的东西，“罪过”实为“罪责”，观念上必须纠正过来，这里讲的“罪过”，恰恰正是针对“同一外在情况”的客观属性而言的。

第三，那么，什么样的“同一外在情况”才能够具备“可相当减轻行为人罪过”的客观属性呢？这对于正确理解狭义连续犯所要求的外在情况的同一性是至关重要的。本教科书认为，判断“同一外在情况”是否“可相当减轻行为人罪过”的客观标准，就是看该等“同一外在情况”是否因方便了行为人多次实施同种犯罪而具有诱惑性；换句话说，“同一外在情况”等于为行为人多次实施同种犯罪打开了一道方便之门，使其犯罪更容易得逞。

比如，在上例中，甲见某仓库门没有锁，便连着几天从该仓库中盗窃财物，“仓库门没锁”就属于甲多次盗窃的“同一外在情况”，正是这种“同一外在情况”，不仅诱惑甲多次实施了盗窃，而且也为甲连续多次实施盗窃提供了方便，使其盗窃更容易得逞，故“仓库门没锁”这种“同一外在情况”就具有了可相当减轻甲的罪责的客观属性，甲多次利用该“同一外在情况”实施盗窃成立连续犯。如果情况不是这样，甲对同一仓库连续多次实施的盗窃都是用撬开门锁的方法来完成的，那么，在这种情况下，尽管甲多次盗窃符合法益的同一性条件，但事实上并不存在“可相当减轻行为人罪过”的“同一外在情况”，因为撬锁的方法不具备方便甲多次实施盗窃的客观属性，更谈不上什么诱惑甲多次盗窃的问题。由此可见，并非是所有的连续多次实施的同种犯罪都可以具备“可相当减轻行为人罪过”的“同一外在情况”的，只要没有这种可方便并诱惑行为人连续多次实施同种犯罪的“同一外在情况”，就无所谓连续犯问题，当然也不会成立连续犯。像上述用撬锁方法连续多次盗窃同一仓库的情况，甲的多次盗窃行为就不能成立连续犯；甲每撬一次锁实施盗窃，就构成一个“加重盗窃罪”，多次撬锁就构成多个“加重盗

[773] 引自澳门终审法院第 36/2007 号判决书，第 415 页。

[774] 徐京辉：《贿赂犯罪：反腐败过程中的老问题与新思考》，载澳门《法学论丛》第 11 期，2009 年 8 月出版。

窃罪”，应按同种数罪实行并罚。

同理，在甲见取款机出错而疯狂地多次取钱一例中，“取款机出错”就是甲多次取钱获取不当得利的“同一外在情况”，正是这种“同一外在情况”，对甲产生了极大的诱惑力，致使甲觉得机不可失，时不再来，于是就促成了其反复多次地实施同种犯罪，故该等“同一外在情况”也同样可以相当减轻甲的罪责，甲多次疯狂取钱就成立连续犯。如果情况不是这样，甲是用撬开取款机的保险装置，直接从里面取钱的话，哪怕是多次撬同一个取款机，也不会成立连续犯；撬一次，就构成一个“加重盗窃罪”，多次撬，就构成多个“加重盗窃罪”，应按同种数罪并罚。

由上可知，“同一外在情况”之所以“可相当减轻行为人罪过”，主要在于“同一外在情况”具有方便犯罪、诱惑行为人多次实施同种犯罪的客观属性，否则就不会存在成立连续犯所需要的“同一外在情况”；既然没有“同一外在情况”，当然也就不会成立连续犯。本教科书认为，充分认识“同一外在情况”所必须具备的“可相当减轻行为人罪过”的客观属性，有利于在司法实践中正确认定连续犯。举例来说，甲在两年时间内，多次在不同的地点用砸碎车门玻璃、强行撬开车门等方法，盗窃了不同车辆里面的音响设备、手表、现金等财物，像这种连续盗窃的行为，是不能成立连续犯的；且不说行为人盗窃的是不同车辆，本身已不符合构成连续犯所必须具备的法益同一性条件，即便是行为人用砸、撬方法连续多次盗窃同一辆车内的财物，也因不具备“可相当减轻行为人罪过”的“同一外在情况”而不能视为连续犯。

正是从“同一外在情况”所具备的“可相当减轻行为人罪过”的客观属性考察，本教科书认为上述葡萄牙学者关于“客观说”的表述显然是有道理的，这一表述其实也反映了大陆法系学者对外在情况同一性的普遍看法。值得一提的是，有的葡萄牙学者还“以一种较弱的可要求性作为减轻罪责的典型例子”来说明“可相当减轻行为人罪过之同一外在情况”：第一个例子是因为在行为人与被害人之间具有一定的关系或协议而方便了行为人多次实施相同的犯罪，如对同一名小孩多次实施性侵犯的情况；第二个例子是行为人利用某种有助于多次实施同种犯罪的机会连续作案，如发现一房屋门未关而利用此机会多次盗窃屋内物品；第三个例子是保存实施某种犯罪的设备或方法，继续用来实施同种犯罪，如假造货币者保存第一次用来制造假币的设备，以后再多次用来制造假币；第四个例子是行为人在实施某种犯罪时，出现使他扩大犯罪活动范围的可能性，如小偷进入房间先偷走一件珠宝，后又发现现金而拿走。[775]由此可见，对“可相当减轻行为人罪过之同一外在情况”的理解，关键是抓住“同一外在情况”是否具有方便犯罪的客观属性，正如有葡萄牙学者所指出的那样，连续犯的成立“要求连续实施是在‘相同的外在状况’的范围内发生，如银行职员多次滥用信任，每次偷取小量现金以满足其日常所需，而有一天该职员却侵占了一百万欧元去购买一间别墅，前面的小额犯罪与后来的巨额不法行为之间就存在连续的法定关系”。[776]

（四）公法益的同一性与连续犯的认定

理论上，刑法所保护的法益主要分为两大类，一类是个人法益，一类是社会公共法益。一般来说，当连续多次实施的行为侵害的法益是个人法益时，分析法

[775] 参阅【葡】迪亚士著：《刑法总论 I》，葡萄牙科英布拉出版社 2007 年第二版，第 1032 页。（本教科书认为，第四种情况其实不应该属于连续犯的情况，当盗窃犯进入屋内实施盗窃时，拿一样东西和拿两样东西都属于一次盗窃所为）。

[776] 同上，第 1030 页。

益是否具有同一性并不困难。比如，多次强奸不同妇女，只能说多次强奸行为侵害的法益具有同种性，而不能说具有同一性，除非是多次强奸行为针对的是同一个妇女，才能说法益具有同一性。同理，多次盗窃不同商场的财物，也只能说多次盗窃行为侵害的法益具有同种性，而不能说具有同一性，除非是多次盗窃行为针对的是同一个商场，才能说法益具有同一性。一旦法益被认定为具有同一性后，就要从多次同种犯罪行为是否具有“可相当减轻行为人罪过”的“同一外在情况”进行分析；有，就成立连续犯，没有，就按同种数罪并罚。

然而，对社会公共法益这样的公法益来说，认定多次行为侵害的法益究竟是具有法益的同种性还是同一性，就要比个人法益来得复杂，由此也会产生一个问题，即认定社会公共法益具有同一性的标准是什么？关于这个问题，本教科书试图以受贿罪和伪证罪为例加以说明。

1、关于受贿罪的连续犯

受贿罪侵犯的法益是公权力机构中公务人员职务行为的廉洁性和公正性，以及公权力机构本身在民众心目中的威望，这种法益当然是一种社会公共法益。假设公务员甲在任职期间，十次利用职务之便，受收了 10 个人的贿赂；在这种情况下，因甲多次受贿都是利用了职务之便，而利用职务之便又确实对甲具有诱惑性，且方便了甲多次受贿，所以，对受贿罪来说，利用职务之便应当属于“可相当减轻行为人罪过”的“同一外在情况”；这样的话，对甲的 10 次受贿行为究竟是按 10 个受贿罪实行并罚，还是按连续犯定一个受贿罪，关键就要看甲的 10 次受贿行为侵害的法益究竟是具有同种性还是具有同一性：如具有同种性，就应按同种数罪并罚；如具有同一性，就可按连续犯定一罪论处。

本教科书认为，在上述情况中，甲的十次受贿构成了 10 个受贿罪，应按同种数罪实行并罚，其理由是：分析多次受贿行为侵害的法益究竟具有同种性还是具有同一性，应当从行贿人是否属同一人以及行贿原因是否出于同一个原因两个方面进行分析。首先，从行贿人的角度分析，只要行贿人不是同一人的，受一次贿就意味着侵害了一次公法益，多次受收不同人的贿赂就意味着多次侵害了公法益，这种情况应视为多次受贿行为侵害了同种公法益，故属于公法益的同种性，而非属公法益的同一性，其多次受贿行为不能成立受贿罪的连续犯，应按同种数罪实行并罚。其次，从行贿原因的角度分析，即便行贿人为同一人，但行贿原因不是同一个原因的，也应认为不同原因的多次受贿行为侵害的公法益仍然具有同种性，而非同一性，故一样不成立受贿罪的连续犯，应按同种数罪并罚；举例来说，甲为使 A 项目中标向某官员乙行贿 100 万元，第二次又为使 B 项目中标再向乙行贿 100 万元，乙即构成两个受贿罪，应实行并罚。由此表明，多次受贿的行为能否成立连续犯，既要分析行贿人是否同一人，也要分析行贿原因是否同一个原因；正因为如此，坦率地说，虽然理论上不能绝对排除受贿罪的连续犯，但实践中受贿罪是很难成立连续犯的，澳门前司长欧文龙之所以被定数十个受贿罪实行并罚，其道理也在于此。

2、关于伪证罪的连续犯

伪证罪侵犯的法益是司法机关的审判活动，也就是侵害了司法机关审判活动的公正性和准确性，这种法益当然也是一种社会公共法益。假设一个人连续多次在不同场合作伪证，其多次作伪证的行为能否构成伪证罪的连续犯？本教科书认为，分析多次作伪证的行为能否构成连续犯，首先要区分伪证的内容。具体而言，如果多次作伪证的行为是针对不同的事项作伪证，那么，多次作伪证的行为所侵害的公法益应视为具有同种性，而不是同一性，故多次作伪证的行为构成多个伪

证罪，须按同种数罪并罚；但是，如果多次作伪证的行为是针对同一事项作伪证，那么，多次作伪证的行为所侵害的公法益应视为具有同一性，而非同种性，故多次作伪证的行为可按连续犯定一个伪证罪。

值得一提的是，对伪证罪的连续犯来说，其“可相当减轻行为人罪过”的“同一外在情况”的客观属性就不能简单的用方便犯罪来进行解释。因为在这种情况下，行为人多次作伪证的行为所共有的“同一外在情况”实际上是指在不同场合要对同一个特定事项作证，而对同一个特定事项来说，当行为人第一次作了伪证后，第二次作伪证就带有一定的“强制性”，即如果行为人不象第一次那样作伪证，对行为人本人是不利的。比如，甲告乙侵占了其所有的房屋，乙答辩说该房屋的所有权并不归甲；假设丙在此案中作了两次伪证，一次是当法院根据《澳门刑法典》第 112 条第 1 款 a）项规定，为判定此案标的房屋的所有权而将案件先由非刑事法庭审判时，丙在民事案件审理过程中对某一事项作了伪证，另一次是在确定了房屋所有权归甲所有后，丙在乙是否构成“侵占不动产罪”（第 209 条）的刑事案件审理过程中对同一事项又再次作了伪证；在这种情况下，丙作第二次伪证显然是被动的，否则，丙第二次对同一事项不作伪证的话，他就可能为其第一次的伪证行为承担相应的法律后果，这也是丙的二次伪证行为之所以可以成立连续犯的原因所在。正因为如此，对伪证罪的连续犯来说，“同一外在情况”所具有的“可相当减轻行为人罪过”的客观属性就与上述财产性犯罪的连续犯有所不同，它为行为人多次实施同种犯罪带来的不是便利性，而是强制性。

关于伪证罪的连续犯，值得一提的是，当行为人在同一个案件的侦查、一审和二审诉讼程序中多次就同一事项作伪证的，能否按连续犯论处？举例来说，在中国台湾地区有这样一个伪证罪判例：甲明知自己并未在特定时间及特定场所看到乙将二张支票交予丙，却在涉及乙是否诬告丙一案中作伪证，即以证人身份在该案的侦查程序和一审程序中分别作虚假证言，陈述说自己看见乙将二张支票交予丙。结果，台湾地区一审法院判决认定甲在案件的不同程序中连续作伪证，构成两个伪证罪，但属伪证罪的连续犯，仍只定一个伪证罪；对此甲提出上诉，二审法院驳回甲的上诉，维持一审法院的判决。最后，台湾地区最高法院又推翻原判决，认为甲只构成一个伪证罪，不存在连续犯问题。[777]台湾地区最高法院作此裁定的主要理由是：伪证罪所侵害的法益为司法审判权，故对于同一诉讼案件，证人即使在侦查、第一审及第二审程序中先后多次具结而作伪证，因所侵害的司法审判权法益仍属一个，自仅成立单一的伪证罪，不能因其分别在同一案件的不同程序中作伪证，就认为成立连续犯。[778]

对台湾最高法院的上述结论，有台湾学者从设定刑法规范的目的这一角度提出了反驳，认为“规范的宣示具有个别专属的效力，亦即一次之禁止违反，必然侵害一次之规范，即使对于整体性法益亦然”；[779]“是以成立伪证罪之个数，并不能以其所保护之法益为整体法益而论，必须是其行为所为虚伪陈述之待证事项为何而定，是以待证事项如有所不同时，身份关系亦随之发生变化，即使是同一个人在同一案件所为，因待证事项之差异，仍应就具体待证事实来观察，如事项不同，其所成立之伪证罪，亦非仅有一个而已。故而，如数个伪证行为合于连续犯规定，仍得适用之”。[780]

---

[777] 案例摘要参考柯耀程著：《刑法问题评释》，台湾元照出版社 2004 年版，第 123 页。
[778] 同上，第 133 页。
[779] 同上，第 126 页。
[780] 同上，第 133 页。

本教科书认同台湾地区最高法院的观点。因为对同一个案件来说，不同的诉讼程序只是表明同一案件审理的不同阶段，除第二审之外（如果不能再有第三审的话），其他各阶段的诉讼结果不等于是最终结果；从这一意义上说，将行为人在同一案件的不同诉讼阶段对同一事项所作之多次伪证，看成是对司法审判权法益的一次侵害，具有一定的合理性。既然对法益只构成一次侵害，当然也就没有法益的同种性或同一性可言，故行为人构成一个伪证罪属单一的伪证罪。

（五）关于“洗黑钱罪”有无连续犯的问题

在澳门前司长欧文龙之父帮助欧文龙洗黑钱一案中，澳门初级法院认定欧父三次洗黑钱的行为不成立连续犯，故裁定欧父构成三个须并罚的洗黑钱罪，判处10 徒刑；而澳门中级法院在上诉审中则认为，欧父三次洗黑钱行为成立连续犯，故裁定欧父只构成一个洗黑钱罪，改判为 4 年徒刑。本教科书认为，关于洗黑钱罪有无连续犯的问题，理论上很值得作深入探讨。

毫无疑问，洗黑钱罪侵犯的法益主要是社会的金融管理秩序，它属于社会公共法益的范畴。本教科书认为，假设一个人多次洗黑钱，对其多次洗黑钱的行为能否按同种数罪并罚，应当取决于黑钱的来源以及洗黑钱的方法。首先，从黑钱来源的角度分析，如果黑钱是数次犯罪所得，行为人把每次犯罪所得分别进行清洗的，即便使用同样的洗钱方法，都属于同种数罪，应按洗黑钱罪的同种数罪并罚。举例来说，甲第一次从乙处受贿 100 万元，而后在 A 银行开户存入受贿所得洗钱；第二次从丙处受贿 100 万元，再存入 A 银行同一帐户洗钱；第三次从丁处受贿 100 万元，又存入 A 银行同一帐户洗钱；像这种情况，就应当按三个洗黑钱罪实行并罚。其次，从洗钱方法的角度分析，即便黑钱为同一次犯罪所得，但洗钱方法不同的，也属于同种数罪，应按洗黑钱罪的同种数罪并罚。举例来说，甲一次受贿所得 300 万元，如果其中 100 万元被甲存入银行买债券进行清洗，另100 万元被甲在房地产市场购入一套住宅进行清洗，还有 100 万通过集资渠道进行清洗的，就构成三个洗黑钱罪，应按洗黑钱罪的同种数罪实行并罚。

那么，什么情况下才能对多次洗黑钱的行为定一个洗黑钱罪呢？本教科书认为，如果行为人是将同一次犯罪所得，用相同的洗钱方法分批进行清洗的，可按一罪论处。举例来说，甲一次受贿 300 万元，然后分三次存入同一个银行同一个帐户进行清洗的，就可以按一个洗黑钱罪定罪处罚。但是，必须指出，本教科书对这种情况的多次洗黑钱行为之所以认为定一个洗黑钱罪，其依据不是连续犯的规定，而是包括的一罪的理论评价。因为在这种情况下，行为人三次洗黑钱的行为，同出于一个以洗钱为目的的概括的故意，理论上完全可以按同质的包括的一罪理论按一罪处理。如果按连续犯处理，首先理论上就会产生一个疑问：行为人多次洗黑钱行为所依据的“可相当减轻行为人罪过”的“同一外在情况”在哪里？难道说，“银行可以存钱”就是方便行为人多次洗黑钱的“同一外在情况”？这种解释显然是很牵强的；其次，将这种情况按洗黑钱罪的连续犯定一罪，就只能“以可科处于连续数行为中最严重行为之刑罚处罚之”，而三次洗黑钱都是洗100 万元，这样的话，按 100 万元量刑是否合理呢？因此，本教科书认为，根据《澳门刑法典》第 29 条第 2 款关于连续犯的规定，洗黑钱罪是很难成立连续犯的，一般情况下应按同种数罪并罚，即便像上述情况按一罪论处，也是以包括的一罪为其定罪理论依据，而非属连续犯。

（六）对想象竞合犯与牵连犯的处理原则

如前所述，很多学者以及有关国家的立法例，都将想象竞合犯和牵连犯作为科刑上的一罪处理，即承认想象竞合犯和牵连犯是数罪，但科刑时作为一罪论处，

尤其是想象竞合犯。那么，在《澳门刑法典》并无对想象竞合犯和牵连犯的处理原则作出规定的情况下，想象竞合犯和牵连犯在澳门的司法实务中究竟是作为数罪实行并罚呢，还是作为科刑上的一罪不实行并罚。本教科书认为，关于这个问题，必须在遵守罪刑相称原则的基础上，结合《澳门刑法典》规定的刑罚体系进行具体分析。

1、关于想象竞合犯的处理原则

从《澳门刑法典》规定的刑罚体系来看，其总则性的重要特点是除了没有死刑外，也没有无期徒刑；而分则性的重要特点是除了极个别单罪在加重情况下可小小超出 25 年徒刑外，[781]所有单罪的法定刑最高是 25 年徒刑，而数罪并罚最高可达 30 年徒刑。由此我们不难推断，对一些严重的想象竞合犯来说，按数罪实行并罚一定会重于以一罪论处。比如，甲一次投毒行为毒死五个人，构成一行为触犯数个相同罪名的同种数罪的想象竞合犯，如果定一个“加重杀人罪”（第 129 条），最多只能判 25 年徒刑，若按 5 个“加重杀人罪”并罚，最高就可判 30 年徒刑，孰轻孰重，非常明显。对这两种处置结果来说，显然第二种数罪并罚的处置结果更能符合罪刑相称的原则。[782]

当然，应当承认，在大多数想象竞合犯情况下，不实行并罚也足以体现罪刑相称原则。比如，甲用枪故意杀乙，结果打偏了，没有打死乙，子弹打在墙上反弹后却将一过路人打死，这就同时构成了故意杀人未遂和过失杀人两个罪名，属异种数罪的想象竞合犯；对这种情况即便按故意杀人未遂一罪处罚，其法定刑的幅度也不会导致重罪轻判的现象。然而，这样一来，如果我们对想象竞合犯采取区别处置的原则，即情况严重的，为了体现罪刑相称原则，按数罪实行并罚；情况一般或不严重的，就按一罪处罚，这样做是否合理呢？本教科书不赞同这种区别处置的方法，因为区别处置会带来不少问题：如什么叫严重，什么叫不严重，区分的标准是什么；又如什么情况才会使罪刑不相称，罪刑不相称的衡量标准又是什么，等等。基于这样的考虑，本教科书认为，从《澳门刑法典》规定的刑罚体系特点出发，在澳门的司法实务中，对所有的想象竞合犯，包括同种数罪的想象竞合犯和异种数罪的想象竞合犯，都应统一按数罪实行并罚。这样做既符合《澳门刑法典》总则第 29 条第 1 款关于犯罪竞合标准的规定，也避免了因区别处置可能造成的理论及实践中的混乱，从而有利于执法的统一性和权威性。从理论上说，想象竞合犯既为数罪，其危害程度无疑要大于一罪，即便是一个行为，对其实行并罚也未必不可；事实上，如前所述，对想象竞合犯采科刑上的一罪的立法例或司法实务，在按一罪论处时也是可以加重处罚的。

2、关于牵连犯的处置原则

本教科书认为，在澳门司法实务中，对所有的牵连犯，一律应当按数罪实行并罚。因为关于牵连犯是按一罪处罚还是按数罪实行并罚的问题，一方面在理论上鉴于牵连犯属实质的异种数罪，故赞同按数罪并罚的观点比较强烈，另一方面在立法上明确规定对牵连犯按一罪论处的也很少。既然《澳门刑法典》规定的刑罚较轻，立法上也无对牵连犯作一罪处理的规定，就没有必要再将牵连犯作为科刑上的一罪处置，更不应当区别处置，即有的牵连犯按数罪实行并罚，有的牵连犯按一罪处罚。比如，当行为人以伪造身份证件的方法去实施诈骗或实施其他犯罪行为时，澳门司法机关通常都会作数罪处置；但最近在澳门的司法判决中，却

[781] 即第 154 条规定的“绑架罪”和第 155 条规定的“挟持人质罪”。

[782] 不少国家因刑法典规定的刑罚体系中有无期徒刑，而且单个重罪的法定刑最高也可达无期徒刑，这样的话，科一罪和按数罪并罚，最高刑当然是一样的。

出现了将伪造身份证件的牵连犯当作一罪论处的判例，[783]这种情况是值得注意的。本教科书并不是说将牵连犯作一罪论处本身是错误的，相信作出判决的法官也正是知道不少国家或地区的司法实务对牵连犯是作为一罪论处的，因而才会将牵连犯作为科刑上的一罪处理。问题在于，这样判决并非属于司法独立的范畴，它会导致澳门司法实务前后不一致的混乱。为此，本教科书建议，从澳门刑罚体系的实际情况出发，为了避免司法实务上的混乱，也为了更好地体现罪刑相称原则，澳门终审法院有必要对牵连犯作出按数罪实行并罚的统一司法见解。

[783] 参见 2011 年 7 月 28 日《澳门日报》载：“五‘车手’罪成重囚一缓刑”。其中，法官认为“伪造假身份资料属盗窃手段之一，不作独立处理”。