



江西财经大学

JIANGXI UNIVERSITY OF FINANCE & ECONOMICS

学校代码 \_\_\_\_\_

密 级 \_\_\_\_\_

中图分类号 \_\_\_\_\_

UDC \_\_\_\_\_

# 硕士学位论文

## MASTER DISSERTATION

论文题目 \_\_\_\_\_ 罪后行为对刑事责任的影响  
(中文)

论文题目 \_\_\_\_\_ Impacts on Criminal Responsibility for  
(英文) Acts after the Crime

作 者 \_\_\_\_\_ 艾诗羽 导 师 \_\_\_\_\_ 徐光华 教授

申请学位 \_\_\_\_\_ 硕士 培养单位 \_\_\_\_\_ 法学院

学科专业 \_\_\_\_\_ 刑 法 研究方向 \_\_\_\_\_ 中国刑法

二〇一六年六月

## 独创性声明

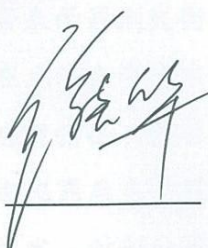
本人声明所呈交的论文是我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得江西财经大学或其他教育机构的学位或证书所使用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

签名： 艾诗羽 日期： 2016.6.19

## 关于论文使用授权的说明

本人完全了解江西财经大学有关保留、使用学位论文的规定，即：学校有权保留送交论文的复印件，允许论文被查阅和借阅；学校可以公布论文的全部或部分内容，可以采用影印、缩印或其他复制手段保存论文。

(保密的论文在解密后遵守此规定)

签名： 艾诗羽 导师签名：  日期： 2016.6.19

## 摘要

罪后行为所关注的是犯罪成立后，行为人实施的与前罪（本罪）相关联并具有相对独立性，进而影响其刑事责任的行为。我国刑法分则、司法解释中存在大量关于罪后行为影响刑事责任轻重的规定。行为人实施既定的犯罪成立之后，基于其在犯罪后实施了特定的行为，或加重或减轻先前的刑事责任：或被免除刑事责任、不以犯罪处理，或被从轻、减轻、免除刑罚处罚，或在原罪的基础上从重、加重刑罚处罚，甚至变更认定为其他罪名。不同的罪后行为对刑事责任轻重的影响存在差异，有必要进行系统梳理。然而，从现行刑事立法及审判实践来看，现有的规定存在不少问题：理由随意且标准不明确，未遵循同类规则，部分规定背离罪刑法定与罪刑均衡，司法实践中的适用存在偏差。如何将罪后行为影响刑事责任的规定更加规范、合理，使之更具正当性，对罪后行为与刑事责任间的关系进行理论上的深层解读便显得尤为重要。建立在前罪成立基础上的“罪后行为”，其必须在坚持刑法基本原则（罪刑法定、罪刑相适应）和刑法谦抑性精神的前提下，以增强刑法的法益保护功能、预防犯罪为宗旨，遵循宽严相济的刑事政策。通过分析罪后行为得以影响刑事责任的依据（再犯可能性和法益侵害性）以及对罪后行为所涉犯罪的类型化分析，加强规则设置及解释适用中的理论说明性，以尽可能地获得公众的认同。

具体而言，应对部分现有规定进行重新解释，严格解释以维护罪刑法定、罪刑均衡，对违反公平原则的相关解释予以废止。同时，建议在立法上明确关于“量刑根据”的规定，尤其是在刑法总则中肯定罪后行为对刑事责任的影响，对较具普遍性、典型性的情节（退赃、积极赔偿、挽回或减少因自己犯罪所造成的损失等），通过总则予以法定化；仅存在于个罪中具有典型性的情节（如绑架后主动释放人质、危险犯既遂后阻止实际损害结果发生），则以分则规定的形式予以法定化。建议在立法上明确轻罪、重罪，使罪后行为对刑事责任影响的幅度依罪行本身的严重程度而有所区别，以利于立法者在规定相应的刑罚加减制度时注重与罪行本身轻重的关联，避免因轻、重罪界限不明带来的罪刑失衡。针对分则的特殊性规定，若因罪后行为避免了严重后果的，应在立法上考虑减轻或免除处罚，如对危险状态出现后主动实施排除危险行为的，应视情况（是否有效避免损害发生）予以减轻或免除处罚；如对实施侵犯人身自由犯罪后主动释放人质的，综合考虑其

他情节（是否勒索财物等）作适度的减免规定。对部分重罪减免幅度过大的，如对强奸罪后多次自愿发生性行为的拟制为无罪，对“战时缓刑”撤销原判、拟制出罪，由于已背离罪刑法定和罪刑均衡，需要进一步修正和限制。

**【关键词】** 罪后行为 刑事责任 再犯可能性 法益侵害性 罪刑均衡

## **Abstract**

Acts after the crime mean that, the relatively independent implementation of actors associated with the base crime, more importantly, influence the whole criminal responsibility. There are a large number of sentence reductions for acts after the crime in specific provisions of criminal law as well as judicial interpretation: aggravating or mitigating the responsibility, such as be given a lesser punishment or a mitigated punishment or be exempted from punishment, even not be deal with as a crime ;be given an aggravated punishment or a heavier punishment, even be converted to anther charge. It is necessary to have a systematic analysis especially when limitations exist: the rule setting is too casual and indeterminate, no following the same rules, moreover, some of them have breached the principle of statutory crime as well as the principle of crime and punishment accordance, the unbalance of sentencing in judicatory practice, and so on. It's essential to observe the fundamental principle of criminal law and "ultima ratio of penalty", like principle of "a legally prescribed punishment for a specified crime" and "balance between crime and punishment", even further due to "the possibility of committing a crime again" and "the damage on legal interest". On this basis, to analysis the types of acts after the crime and argue the rule setting in adequacy.

Therefore, this article specially advises that reinterpreting current provisions, in addition, revising legislation: put the influence on responsibility for acts after the crime into general provisions of criminal law, especially for details of the case with universal significance like recovering damages and more; match the severity of the crime clearly in legislation; give a mitigated punishment or be exempted from punishment if actors mitigate or exempt eliminate the danger to avoid real harm results occur(in the dangerous crime, the actor has caused the dangerous state and then eliminated it in order to prevent the damaging result); restrict irrational mitigation, especially of these serious crimes.

**【Key words】** Acts after the crime; Criminal responsibility; the Possibility of committing a crime again; the Damage to legal interest; Balance between crime and punishment



# 目 录

引 言 .....	1
一、罪后行为对刑事责任影响的立法、司法梳理 .....	2
(一) 罪后行为致免除刑事责任或不作犯罪处理 .....	2
(二) 罪后行为致从轻、减轻或者免除处罚 .....	4
(三) 罪后行为致从重、加重处罚或者变更罪名 .....	6
二、现行规定存在的问题 .....	12
(一) 相关规定的设置理由及标准不明确 .....	12
(二) 对刑事责任的加减未遵循同类规则 .....	13
(三) 部分规定背离了罪刑法定 .....	14
(四) 部分规定明显背离罪刑均衡 .....	15
(五) 司法实践中的适用存在偏差 .....	16
三、罪后行为影响刑事责任的法理解读 .....	18
(一) 罪后行为得以影响刑事责任的依据 .....	18
1. 特定罪后行为得以减免刑事责任——再犯可能性 .....	18
2. 特定罪后行为得以加重刑事责任——法益侵害性 .....	20
(二) 罪后行为所涉犯罪的类型化分析 .....	22
四、对现行立法、司法的反思 .....	26
(一) 现有规定的重新解释 .....	26
1. 严格解释以维护罪刑法定、罪刑均衡 .....	26
2. 对违反公平原则的相关解释予以废止 .....	27
(二) 刑法立法的修改建议 .....	27
1. 明确“量刑根据” .....	27
2. 在立法上明确轻罪、重罪 .....	29
3. 部分犯罪可加大从宽幅度 .....	30
4. 部分重罪减免需修正限制 .....	32
参考文献 .....	35
致 谢 .....	41





## 引言

行为人实施既定的犯罪之后，本该符合该罪的构成条件，但基于其在犯罪后实施了特定的行为，而减轻或者加重其刑事责任：或被免除刑事责任、不以犯罪处理，或被从轻、减轻、免除刑罚处罚，或在原罪的基础上从重、加重刑罚处罚，甚至变更认定为其他罪名。这种现象存在于我国刑事立法和审判实践中，在遵循刑法基本理论和原则的基础上，还主要出于刑事政策的合目的性。如收买被拐卖的妇女、儿童后，没有虐待行为，不阻碍其返回原居住地或对其进行解救的，可被免除刑事责任。<sup>1</sup>审判实践中，罪后退赃、退赔或赔偿损失的，能弥补损害结果、获取被害人谅解，是得以减免刑罚处罚的普遍性、典型性情节。<sup>2</sup>从现行刑事立法及审判实践来看，罪后行为还可能加重行为人的刑事责任，如交通肇事后逃逸的适用加重法定刑，挪用公款后携款潜逃的转化为较重的贪污罪等。由于我国刑法采取了“并合主义立场”<sup>3</sup>，加上刑事立法、审判实践基于刑事政策、司法功利、处罚经济性等多种因素的考量，肯定罪后行为对刑事责任的影响，有其理论和现实的积极意义。在域外审判实践中，犯罪后的行为表现同样是被考量的重要因素。相比那些存在争议的案件，对于被告人主动认罪的案件，法官在确定其最终宣告刑时，通常会予以从宽处理。<sup>4</sup>美国对罪前行为（如累犯、前科等）已经进行了较为深入的研究，1980年代以来，量刑领域的一个重要变化就是注重罪后行为对刑罚减免的影响。<sup>5</sup>例如，在刑事法典或量刑指南中将犯罪后赔偿损失或以其他方式弥补损害的作为“减轻事由”。我国现有规定及做法较为零散、随意且具有反复性，理论上仍缺乏系统性的研究。罪后行为能否影响刑事责任、可以在多大程度上影响刑事责任，如何在法理上对罪后行为影响刑事责任进行规范分析，进而正确评价现行的立法、司法的合理性，以指导将来的立法、司法，是相当具有梳理和研究意义的。

<sup>1</sup> 见刑法第 241 条第 6 款。此款规定已经《刑法修正案（九）》修改为：“收买被拐卖的妇女、儿童，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以从轻处罚；按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，可以从轻或者减轻处罚。”

<sup>2</sup> 见 2014 年 1 月 1 日最高人民法院《人民法院量刑指导意见》第 8 条、第 9 条规定：“综合考虑犯罪性质，退赃、退赔行为对损害结果所能弥补的程度，退赃、退赔的数额及主动程度等情况，可以减少基准刑的 30% 以下。”“对于积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的，综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力以及认罪、悔罪程度等情况，可以减少基准刑的 40% 以下；积极赔偿但没有取得谅解的，可以减少基准刑的 30% 以下。”

<sup>3</sup> “并合主义（综合说），亦即，刑罚的正当化根据一方面是报应的正义性，另一方面是预防犯罪目的的合理性。”引自张明楷：《论同种数罪的并罚》，《法学》2011 年第 1 期，第 XX 页。

<sup>4</sup> Julian V. Roberts & Ben Bradford, "Sentence Reductions for a Guilty Plea in England and Wales: Exploring New Empirical Trends." *Journal of Empirical Legal Studies* 12.2 (2015), 187.

<sup>5</sup> See Durham, Alexis M. "Justice in sentencing: The role of prior record of criminal involvement." *Journal of Criminal Law and Criminology* (1987): 614-643.

## 一、罪后行为对刑事责任影响的立法、司法梳理

本文所指“罪后行为”是指犯罪后的行为，与其密切联系的先前行为应当已经构成犯罪，包括犯罪的未完成形态。“罪后行为”须具有刑法学上的意义，或减轻或加重刑事责任。比如非法种植毒品原植物，在收获前自动铲除的，主动弥补并有效地防止犯罪结果产生危害的进一步扩大，虽不符合犯罪中止，但对行为人最终的刑法评价会产生积极影响（可以免除处罚）；而像盗窃普通财物后的消费行为，由于“消费”（纯事实性质）本身不具有刑法学上的意义，因此不可能是罪后行为。<sup>6</sup>至于虽然可能具有量刑上的意义（可以作为酌定量刑情节考虑），但由于未超过原法益侵犯范围和程度而可以被评价在前罪（状态犯）中，没有处罚的必要性，即传统理论上的“事后不可罚行为”<sup>7</sup>，由于其并不会“法定地”影响刑事责任的轻重，如盗窃普通财物后的毁损行为，并不涉及对犯罪定性的影响，也不会导致法定刑升格，因而不在本文的研究范围内。<sup>8</sup>此外，本文所研究的“罪后行为”的终点“止于行为人刑事责任最终确定之时，刑事责任的最终确定是司法机关对行为人的最终评价”。<sup>9</sup>这在现行规定中能得到有力印证，如：恶意透支后在法院判决宣告前全部偿还的，可以从轻或免除处罚，“法院判决宣告”即司法机关对行为人的最终评价。我国现行刑法分则、司法解释的规定中，存在大量的关于罪后行为影响刑事责任的相关规定，或减轻或加重，不同的罪后行为对刑事责任轻重的影响存在差异，有必要进行系统梳理。

### （一）罪后行为致免除刑事责任或不作犯罪处理

从现行刑事立法和司法解释规定来看，部分罪后行为免除前罪的刑事责任，或者使得前罪作不归罪处理，其通常表述为“不予追究刑事责任”、“不以犯罪处理”、“不予起诉”等。

1. 信用卡恶意透支后的特定行为免除刑事责任。对于刑法第 196 条（信用卡诈骗罪）第 1 款第 4 项“恶意透支”的认定：恶意透支数额较大，在立案前已偿还全部款息，情节显著轻微的，可不追究刑事责任。<sup>10</sup>对于信用卡诈骗罪中“恶

<sup>6</sup> 参见郭小亮、朱炜：《盗窃后处分财物行为的刑法评价——基于不可罚的事后行为之考察》，《中国刑事法杂志》2014 年第 3 期。

<sup>7</sup> “事后不可罚行为是指在状态犯的场合，为了确保利用或处分本罪行为所获不法利益而针对同一法益（即本罪法益）实施的，尽管形式上符合相关犯罪的构成要件，但因未超过原法益侵犯范围和程度而不可罚的行为。”引自贾学胜：《事后不可罚行为研究》，《现代法学》2011 年第 5 期。

<sup>8</sup> 在具体司法实践中事后不可罚行为是否会“酌情地”影响量刑，属于司法自由裁量空间，具有相对的不确定和不可控性。

<sup>9</sup> 董晓松：《事后行为论》，法律出版社 2011 年版，第 22、23 页。

<sup>10</sup> 见 2009 年 11 月 12 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条第 5 款。

意透支”的认定，是为了有效惩治数量不断增多、手段不断翻新的信用卡犯罪，贯彻宽严相济的刑事政策，针对经济犯罪的特殊性，而在符合刑法规定的前提下明确从宽处罚的事由。<sup>11</sup>

2. 逃税后的特定行为免除刑事责任。刑法第 201 条第 4 款规定，逃税后补缴税款、滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任，但五年内因逃税受过刑罚或被给予二次以上行政处罚的除外。根据该规定，行为构成逃税罪后，符合特定条件的行为才可以阻却刑事责任的追究。同“恶意透支”型信用卡犯罪的规定一样，这一规定也主要是考虑到经济犯罪与传统财产犯罪的不同，基于刑事政策而提出的特殊从宽处罚规定。<sup>12</sup>

3. 对强奸后通奸的拟制出罪。强奸后被害人并未告发，且多次自愿与行为人发生性行为的，一般不作为强奸罪处理。<sup>13</sup>该司法解释自出台以来就不断引发争议。“犯罪既遂后的行为不能反过来冲击犯罪的基本构成，理论界未对上述规定与犯罪构成的关系及二者如何协调作出有力解释。”<sup>14</sup>即便争议不断，在适用中存在诸多困境，但《解答》在应对司法实践中确实存在的现实问题上是有一定积极意义的。

4. 收买人质后的特定行为免除刑事责任。原刑法第 241 条第 6 款：收买被拐卖的妇女、儿童后，没有虐待行为，不阻碍其返回原居住地或对其进行解救的，可被免除刑事责任。针对拐卖妇女、儿童犯罪活动猖獗且屡打屡发、屡禁不止，为了加强对人身权利的保护、加大对买方市场的惩治力度，《刑法修正案（九）》已将上述“可以不追究刑事责任”改为“可以从轻或者减轻处罚”，这意味着收买行为将一律入刑。事实上，按通过前的《刑法修正案（九）（草案）》规定，收买后按被害人意愿不阻碍返回、解救的，仍可获免除处罚。但这一规定最终未获通过，因为立法者认为不应发出拐卖人口可以被免罚的信息，否则更难减少当前通过买卖方式解决农村娶妻问题的现象，因为如果保留“免除处罚”，发出的信息就是“只要善待该妇女可以不受罚”，这将形成鼓励收买妇女的作用，并不

<sup>11</sup> 陈国庆、韩耀元、吴峤滨：《〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉理解与适用》，《人民检察》2010年第2期。

<sup>12</sup> 全国人大常委会法制工作委员会《关于〈刑法修正案（七）（草案）〉的说明》：“考虑到打击偷税犯罪的主要目的是为了维护税收征管秩序、保证国家税收收入，对属初犯经税务机关指出后积极补缴税款和滞纳金，履行了纳税义务、接受行政处罚的，可不再作为犯罪追究刑事责任，这样处理可以较好地体现宽严相济的刑事政策。”

<sup>13</sup> 见 1984 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》。但这一解释已被废止，见 2013 年《最高人民法院、最高人民检察院关于废止 1980 年 1 月 1 日至 1997 年 6 月 30 日期间制发的部分司法解释和司法解释性质文件的决定》。

<sup>14</sup> 董晓松：《一个司法解释的困境与出路——“先强奸后通奸不宜以强奸罪论处”的再审视》，《吉林省教育学院学报》2007年第4期。

符合禁止人口贩卖的原意，而且对这种犯罪者，至少可以判处管制，使其在社区矫正中接受教育。<sup>15</sup>

5. 盗窃、诈骗、敲诈勒索后的特定行为免除刑事责任。盗窃公私财物数额较大，行为人认罪、悔罪，退赃、退赔，且具有特定情形，情节轻微的，可不起诉或免于刑事处罚。<sup>16</sup>关于诈骗、敲诈勒索的司法解释中也有类似规定。<sup>17</sup>其中，两高对于“不起诉”而免责的理解较慎重：“限于边缘案件，且全额退赃、退赔，后者须直接弥补被害人物质损失，前者须间接具有这一效果。”<sup>18</sup>

6. 收受财物后及时退交的，不认为是受贿罪。2007年《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》：国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿。该《意见》的出台，主要是为了解决司法实践中出于各方压力而被迫收受他人财物，或者说主观上没有受贿的意图，这种情形下及时上交的，不认为是犯罪。<sup>19</sup>但审判实践中却走向了极端，对于收受他人财物后及时上交的，即便收受财物时有受贿意图，也有的不认为是犯罪。

7. 战时戴罪立功的，不以犯罪论处。战时对被判处三年以下有期徒刑没有现实危险宣告缓刑的犯罪军人，允许戴罪立功，确有立功表现，可撤销原判刑罚，不以犯罪论处。<sup>20</sup>如果说强奸后多次自愿发生的性行为，可以将已经构成的强奸罪拟制无罪，那么，战时特别缓刑制度的从宽幅度更大，罪后的立功行为甚至使得先前的既定判决丧失效力，即“视为自始没有宣告罪刑，犯罪人的法律地位与没有犯过罪的人相同”。<sup>21</sup>

## （二）罪后行为致从轻、减轻或者免除处罚

部分罪后行为致前行为从轻（法定刑限度以内）、减轻（法定刑以下，不包括本数）或免除处罚（免除刑罚处罚，适用非刑罚处罚或者单纯宣告有罪）。其中，

---

<sup>15</sup> 参见张鑫（责任编辑）：《收买被拐卖妇女者不应免责》，资料来源：法制日报——法制网 [http://www.legaldaily.com.cn/index\\_article/content/2015-08/26/content\\_6238673.htm?node=5955](http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2015-08/26/content_6238673.htm?node=5955)，访问日期：2015年9月5日；白宇（责任编辑）：《讨论刑九修改：收买被拐卖妇女不可“免除处罚”》，资料来源：人民网——中国人大新闻网 <http://npc.people.com.cn/n/2015/0826/c14576-27516132.html>，访问日期：2015年9月5日。

<sup>16</sup> 见2013年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条规定。

<sup>17</sup> 见2011年《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条、2013年《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条的规定。诈骗、敲诈勒索已达到“数额较大”的标准，但具有下列情形之一，且行为人认罪、悔罪的，可不起诉或免于刑事处罚：（一）具有法定从宽处罚情节；（二）一审宣判前全部退赃、退赔；（三）没有参与分赃或获赃较少且不是主犯；（四）被害人谅解；（五）其他情节轻微、危害不大。

<sup>18</sup> 王利荣：《划分盗窃犯罪圈的基本规律》，《现代法学》2011年第4期。

<sup>19</sup> 参见刘为波：《〈关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见〉的理解与适用》，《人民司法》2007年第5期。

<sup>20</sup> 见刑法第449条规定。

<sup>21</sup> 左坚卫：《缓刑制度比较研究》，中国人民公安大学出版社2004年版，第30页。

对于罪后行为免除刑罚处罚的，部分规定又表述为“免于刑事处罚”。<sup>22</sup>

1. 非法吸收公众存款后的特定行为可以免除处罚。非法、变相吸收公众存款，主要用于正常生产经营活动，能及时清退资金，可免于刑事处罚。<sup>23</sup>这主要是考虑到目前融资渠道的现状、中小企业的发展需要以及社会稳定等多方面因素，对非法集资予以一定条件下的免罚。

2. 信用卡恶意透支后以及盗窃、诈骗、敲诈勒索后的特定行为可以免除处罚。根据相关司法解释规定，恶意透支，在立案后宣判前已偿还全部款息的，情节轻微，可免除处罚（案件已进入审判环节）。<sup>24</sup>此外，关于盗窃、诈骗、敲诈勒索的司法解释也作了类似规定。<sup>25</sup>

3. 拒不支付劳动报酬后的特定行为可以减者轻或免除处罚。刑法第 276 条之一第 3 款：拒不支付劳动报酬，尚未造成严重后果，在追诉前支付劳动报酬并承担相应赔偿责任的，可减轻或免除处罚。具体而言，一审宣判前支付劳动报酬并承担相应赔偿责任的，可从轻处罚；拒不支付造成严重后果，但在宣判前已支付并赔偿了的，可酌情从宽处罚。<sup>26</sup>适用本罪的目的在于促使行为人积极履行支付义务，以维护劳动者的合法权益，立法及解释根据宽严相济刑事政策作专门的从宽规定，以促使行为人主动承担支付和赔偿义务。<sup>27</sup>

4. 污染环境、非法处置进口的固体废物、擅自进口固体废物后的特定行为可以酌情从宽处罚。实施刑法第 338 条（污染环境罪）、第 339 条（非法处置进口的固体废物罪、擅自进口固体废物罪）规定的犯罪行为，但及时采取措施，防止损失扩大、消除污染，积极赔偿损失的，可酌情从宽处罚。<sup>28</sup>基于环境污染已成为重大社会公害，本解释着重突出了从严惩处环境污染犯罪的指导思想，<sup>29</sup>降低了环境污染犯罪的定罪量刑标准，但同时考虑到宽严相济的区别对待，对有关人员在实施环境犯罪后及时采取补救措施的，酌情从宽处罚，以期尽量减轻对环境造成的实际损害。

5. 非法种植毒品原植物后的特定行为可以免除处罚。刑法第 351 条第 3 款规

<sup>22</sup> 根据刑法第 37 条规定，对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。可知，“免于刑事处罚”是指刑罚处罚的不适用，同“免除刑罚处罚”，只是表述略有不同。

<sup>23</sup> 见 2011 年最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条第 4 款规定。

<sup>24</sup> 同 10。

<sup>25</sup> 同 16、17。

<sup>26</sup> 见 2013 年最高人民法院《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第 6 条规定。

<sup>27</sup> 喻海松：《〈关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法》2013 年第 7 期。

<sup>28</sup> 见 2013 年 6 月 17 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第 5 条规定。

<sup>29</sup> 参见孙佑海：《明确环境司法依据，从严打击环境犯罪——关于〈最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释〉的解读》，《环境保护》2013 年第 15 期。

定，非法种植罂粟或其他毒品原植物，在收获前自动铲除的，可免除处罚。立法目的旨在鼓励犯罪人在收获前自动铲除，消除毒源，防止犯罪结果的发生。符合本款免罚规定的应限于案发前的“自动铲除”和案发但行为人并不知晓司法程序介入情况下的“自动铲除”这两种情形。若行为人在已知晓案发的情况下主动铲除的，虽然也是在收获前进行，但其“自动性”削弱，这种情况下行为人会有此举动，并不是完全出于自愿消除毒源而是主要出于害怕被追究刑事责任的心理，甚至是为了规避法律惩罚而被迫作出，属于一般的悔罪或畏罪表现，可以作为量刑情节酌情从宽，但不能免除处罚。<sup>30</sup>

6. 贪污后的特定行为可以减轻或者免除处罚。原刑法第 383 条第 1 款：……数额在五千元以上不满一万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可减轻或免除处罚。《刑法修正案(九)》修改了贪污罪的法定刑标准和幅度，删去具体数额而增加情节考量，行为人在追诉前如实供述罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果的发生，根据不同情节，可予以从轻、减轻或免除处罚。修改后的刑法对贪污罪处罚的从宽力度下降。

7. 行贿、单位行贿、介绍贿赂及对外国公职人员、国际公共组织官员行贿后主动交待的，可以减轻或者免除处罚。原刑法第 390 条第 2 款：行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可减轻或免除处罚。”对于犯单位行贿罪、介绍贿赂罪及对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪后主动交待的，2012 年 12 月 26 日《关于办理行贿刑事案件具体应用若干问题的解释》第 7 条第 2 款<sup>31</sup>、刑法第 392 条第 2 款<sup>32</sup>及刑法第 164 条第 4 款<sup>33</sup>也作了相类似的从宽规定。不同的是，原刑法第 390 条第 2 款经《刑法修正案(九)》修订后变更为“可从轻或减轻处罚”。这一修改，明显严格了对行贿罪从宽处罚的条件。

### (三) 罪后行为致从重、加重处罚或者变更罪名

罪后行为对刑事责任的影响，不仅有积极的一面，也有消极的一面，既可能减轻刑事责任，也可能导致刑事责任加重。至于某一特定罪后行为是减轻还是加重刑事责任，则取决于行为本身所体现的法益侵害性和行为人的再犯可能性，亦即，特定罪后行为之所以减轻刑事责任，在于其所反映出行为人再犯可能性的减

---

<sup>30</sup> 参见刘丽、岳振：《自动铲除所种罂粟为什么不能免刑责》，《检察日报》2009 年 8 月 1 日，第 3 版。

<sup>31</sup> 该款规定，单位行贿的，在被追诉前，单位集体决定或者单位负责人决定主动交待单位行贿行为的，依照刑法第 390 条第 2 款的规定，对单位及相关责任人员可以减轻处罚或者免除处罚；受委托直接办理单位行贿事项的直接责任人员在被追诉前主动交待自己知道的单位行贿行为的，对该直接责任人员可以依照刑法第 390 条第 2 款的规定减轻处罚或者免除处罚。

<sup>32</sup> 该款规定，介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

<sup>33</sup> 该款规定，为谋取不正当商业利益，给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物的，行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

弱，而特定罪后行为之所以加重刑事责任，在于其本身所体现的法益侵害性的上升。这一点，将在后文关于“罪后行为影响刑事责任的法理解读”部分具体阐述。从现行规定来看，罪后行为加重刑事责任主要表现在：在认定为本罪（前罪）的基础上从重处罚、加重处罚，或是被认定为其他罪名（较重的罪）。

1. 交通肇事后逃逸的，加重处罚（即升格法定刑）。刑法第 133 条规定：交通肇事后逃逸的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。“逃逸”行为作为一项量刑情节适用加重的法定刑档次。<sup>34</sup>但随后司法解释将“逃逸”解释为“为逃避法律追究而逃跑”，并赋予其在特定情形下的定罪意义，<sup>35</sup>为此受到学者们的质疑批评。“逃逸”是否能成为加重处罚的要件，取决于对其的具体理解。如果将“逃逸”理解为单纯的逃跑行为，确实不具有刑法上的期待可能性，不应受到处罚。事实上，大量的侵犯人身权利的犯罪，行为人造成危害结果之后逃跑的，只要没有进一步扩大法益侵害，也未见将其作为加重处罚要件的规定。

2. 伪造货币后出售或运输的，以及购买假币后使用的，按前罪（较重的罪）从重处罚（见刑法第 171 条第 3 款）。学界对这一规定的定性存在不同看法，主要有“事后不可罚”、吸收犯、牵连犯以及法条竞合等观点。<sup>36</sup>2000 年 4 月 20 日《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条对购买假币后的使用行为也作了类似规定，即按购买假币罪从重处罚。与前款规定一样，符合刑法罪数形态的理论，是数罪并罚还是以一罪从重处罚，区别的关键在于涉案假币是否为同宗假币。<sup>37</sup>

3. 盗窃信用卡后使用的，按盗窃罪处理。<sup>38</sup>该规定起初源自最高院对下级法院的答复，<sup>39</sup>此后，1995 年颁布的《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》采纳了上述意见，2005 年的《刑法修正案（五）》则完全吸收《决定》的相关内容。由于信用卡本身的经济价值低廉，且盗窃后不使用，也不会使他人遭受财产损失，因此

<sup>34</sup> 目前学界通说及司法适用中，普遍将交通肇事后逃逸行为作为情节加重犯考虑，有些学者则提出了将交通肇事后逃逸加重法定刑的情况作为交通肇事罪与遗弃罪的结合犯的观点，参见劳东燕：《交通肇事逃逸的相关问题研究》，《法学》2013 年第 6 期。

<sup>35</sup> 见 2000 年 11 月 10 日最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》：交通肇事致 1 人以上重伤，负事故全部或者主要责任，为逃避法律追究逃离事故现场的，以交通肇事罪定罪处罚。但一般情况下，构成交通肇事罪需符合“死亡 1 人或者重伤 3 人以上，负事故全部或者主要责任”。

<sup>36</sup> 参见韩金柱：《货币犯罪研究》，吉林大学 2004 届博士学位论文，第 160 页；胡云腾、刘树德：《刑法若干条款罪数形态之分析》，《现代法学》2005 年第 5 期。

<sup>37</sup> 参见孙军工：《〈关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法》2000 年第 10 期。

<sup>38</sup> 见刑法第 196 条第 3 款。

<sup>39</sup> 即最高人民法院于 1986 年 11 月 3 日对上海市高级人民法院就王平盗窃信用卡骗取财物如何定性问题的请示所作的答复：被告人盗窃信用卡后又仿冒卡主签名进行购物、消费的行为，是将信用卡本身所含有的不确定价值转化为具体财物的过程，是盗窃行为的继续，因此不另定诈骗罪，应以盗窃一罪定性。

盗窃信用卡本身尚不构成犯罪，<sup>40</sup>事后的使用行为并不属于本文研究的罪后行为（先前行为已经构成犯罪）范畴。然而，立法将盗窃信用卡后使用的按盗窃罪定罪处罚，而不是按照盗窃罪从重处罚，显然是按照“不可罚之事后行为”对待的，实际上是认为盗窃信用卡本身已构成盗窃罪，但现行刑法并未将单纯的盗窃信用卡行为纳入盗窃罪的处罚范围，因而这样解读显然自相矛盾。<sup>41</sup>实际上，因为使用行为（对象为自然人）而侵害了他人财产，本应认定为“信用卡诈骗罪”，该款规定属于法律拟制。<sup>42</sup>

4. 特定罪后行为与先前行为间具有目的或原因牵连关系，按牵连犯处理。刑法第 208 条第 2 款规定，非法购买或购买伪造的增值税专用发票后又虚开、出售的，按第 205、206、207 条处理。<sup>43</sup>对此，刑法学界及司法实践普遍将其作为牵连犯处理，这里法律规定择一重罪处断。<sup>44</sup>原刑法第 205 条第 2 款曾引发不少争议。<sup>45</sup>“本罪是轻罪，但立法者将虚开以后的骗取税款行为也包含进来，从而出现轻罪包含重罪的现象，应该说，虚开与骗取税款之间存在牵连，或以重罪论，或并罚。”<sup>46</sup>2011 年的《刑法修正案（八）》已将该款规定删去，以利于法规范间的协调性，是一大进步。现行刑法第 253 条第 2 款：私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报后窃取财物的，按盗窃罪从重处罚。1979 年《刑法》将本罪（私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪，前身为破坏邮电通讯罪）规定在渎职罪中，并规定邮政工作人员犯本罪而窃取财物的，以贪污罪论处。<sup>47</sup>这一罪名改变主要是因为邮政工作人员身份性质不再是国家工作人员，但并不影响前后行为间的牵连关系，属于牵连犯，

<sup>40</sup> 参见刘明祥：《“盗窃信用卡并使用”的含义解析与司法认定》，《中国法学》2010 年第 1 期。也有学者认为应将盗窃信用卡认定为盗窃罪。“对于那些记名的金融票证或国家有价证券，如信用卡等，有时无法通过挂失等方式避免损失，或即使可以避免损失，但在其实施这些补救行为之前，行为人往往已经对这些金融票证或国家有价证券予以了兑现。可见，金融票证或国家有价证券作为人们日常生活中的重要财产凭证，持有人失去了对其控制的话，便往往意味着持有人相应财产的实际损失或损失的紧迫危险。从刑法的法益保护目的出发，有必要将盗窃金融票证或国家有价证券的行为认定为盗窃罪。”引自古加锦：《金融诈骗罪的罪数形态探析》，《政治与法律》2014 年第 2 期。

<sup>41</sup> 参见赵秉志、许成磊：《盗窃信用卡并使用行为的定性分析与司法适用》，《浙江社会科学》2000 年第 6 期。

<sup>42</sup> “行为人盗窃他人信用卡后在自动取款机上使用的，理所当然成立盗窃罪。行为人盗窃他人信用卡后并对自然人使用的行为（在银行柜台或者特约商户使用），就使用信用卡而言，应属于冒用他人信用卡，理应成立信用卡诈骗罪。但是，刑法第 196 条第 3 款明文规定对盗窃信用卡并使用的，应按盗窃罪定罪处罚；或者说，该款规定将部分信用卡诈骗行为认定为盗窃罪。就此而言，该规定属于法律拟制。”引自张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社 2011 年版，第 714 页。

<sup>43</sup> 即按虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，非法出售增值税专用发票罪处理。

<sup>44</sup> 也有部分学者认为该款规定属于转化犯。参见邵维国：《论虚开增值税专用发票犯罪的罪数形态》，《福建法学》2003 年第 2 期。

<sup>45</sup> 按该款规定，有前款虚开行为（虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪）骗取税款的，情节特别严重，数额特别巨大，处无期徒刑或死刑，并处没收财产。学界对此主要存在法条竞合说、合并说、牵连犯说、加重行为说等观点。参见谢望原、郭立锋：《虚开增值税专用发票罪若干疑难问题探析》，《山东审判》2002 年第 5 期。

<sup>46</sup> 陈兴良：《刑法竞合论》，《法商研究》2006 年第 2 期。

<sup>47</sup> 胡云腾、刘树德：《刑法若干条款罪数形态之分析》，《现代法学》2005 年第 5 期。



这里法律规定择一重罪重处断。

5. 中介组织人员索取、收受财物后提供虚假证明文件的，加重处罚（见刑法第 229 条第 2 款）。从其字面意义看，必须是中介组织人员索取或收受财物在先，提供虚假文件在后，否则不符合该款的规定，应与非国家工作人员受贿罪数罪并罚。对该款规定，学界也存在不同观点，如认为前后行为是牵连关系，或是认为属于结合犯、特殊类型的受贿罪，抑或是将其作为提供虚假证明文件罪的情节加重犯。甚至有学者认为，“从实践情况看，该款规定的行为并非总是具有受贿的性质，比如利用已经掌握的知识、技术甚至当事人的秘密、把柄要挟当事人，迫使当事人交付财物的，则实为一种恶意的敲诈。”<sup>48</sup>“应当区分来看，对该行为应视为提供虚假证明文件罪的情节加重犯，但若中介组织人员索取或非法收受财物数额巨大的，是本罪的情节加重犯与非国家工作人员受贿罪的想象竞合犯，宜认定为非国家工作人员受贿罪。”<sup>49</sup>

6. 法定的罪后行为与先前行为构成结合犯<sup>50</sup>，以前罪定罪并加重处罚。如原刑法第 239 条第 2 款：致使被绑架人死亡或杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。（《刑法修正案（九）》修改为“杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产”）绑架杀人属于结合犯，对于绑架杀人未遂的，应当在适用该款规定的基础上，同时适用刑法关于未遂犯从轻、减轻处罚的规定。<sup>51</sup>

7. 收买被拐卖的妇女、儿童及拐骗儿童后又将其出卖的，按拐卖妇女、儿童罪处理。<sup>52</sup>有学者认为，对比第 240 条最后一款的规定“拐卖是指以出卖为目的，有拐骗、收买等行为之一的”，应认定先前的收买行为已经具有出卖目的，即刑法第 241 条第 4 款属于注意规定。<sup>53</sup>但 2010 年 3 月 15 日《关于依法惩治拐卖妇女儿童犯罪的意见》第 15 条第 2 款规定“以抚养为目的拐骗儿童后又予以出卖的，以拐卖儿童罪论处”，司法者更倾向于认定出卖目的是产生于收买、拐骗行为之后，即事后出卖行为使先前行为转化为拐卖妇女、儿童罪。

<sup>48</sup> 张天虹：《论提供虚假证明文件罪》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2003 年第 3 期。

<sup>49</sup> 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社 2011 年版，第 754 页。

<sup>50</sup> 传统理论上，结合犯是指刑法将两个独立的犯罪结合在一起，规定为一个新罪，即“甲罪+乙罪=丙罪”的模式，如日本刑法典第 241 条规定的“强盗强奸罪”，是将第 177 条规定的强奸罪与第 236 条规定的强盗罪结合。但在我国现行刑法规定中，并不存在将两个独立罪名结合为一个新罪名的现象，甲罪与乙罪相结合仍只成立甲罪或乙罪，然而是否认定为一个新罪名并不影响罪数的认定，且若像日本刑法那样确定罪名，我国刑法第 239 条便规定了三个罪名：“绑架罪、绑架致死罪、绑架杀人罪”，其中第 2 款的规定便相当于“绑架杀人罪”，是实质上的结合犯。

<sup>51</sup> “应当判处死刑的，依然可能判处死刑，不应当判处死刑的，可以适用对未遂犯减轻处罚的规定，判处无期徒刑，这样既不会导致刑罚过于严厉，有利于减少死刑，也不至于轻纵犯罪，有利于实现罪刑相适应原则，鼓励行为人中止犯罪，保障被绑架人生命安全。”引自张明楷：《绑架罪中“杀害被绑架人”研究》，《法学评论》2006 年第 3 期。

<sup>52</sup> 见刑法第 241 条第 5 款。

<sup>53</sup> 参见胡云腾、刘树德：《刑法若干条款罪数形态之分析》，《现代法学》2005 年第 5 期。

8. 法定的罪后行为导致犯罪转化的, 依转化后的重罪定罪处罚。犯盗窃、诈骗、抢夺罪, 为窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证而当场使用暴力或以暴力相威胁的, 转化为抢劫罪。<sup>54</sup>此外, 挪用公款后拒不退还或携款潜逃的, 也导致犯罪转化。相关的立法、司法解释曾将挪用公款后不退还的情形作为贪污罪处理,<sup>55</sup>遭到学界广泛批评, 被认为违背了犯罪构成原理和转化犯的原理。<sup>56</sup>后来 1997 年新刑法第 384 条改为: “挪用公款数额巨大不退还的, 处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑。”随后司法解释也进一步明确, 所谓“不退还”, 是指因客观原因在一审宣判前不能退还, 若携带挪用的公款潜逃的, 以贪污罪定罪处罚。<sup>57</sup>“这表明对挪用公款后因客观原因不能归还的, 不再以贪污论处, 而将其作为本罪的加重处罚情节, 这是一个很大的进步。”<sup>58</sup>因此, 挪用公款后能退还而不退还(拒不退还)非法占有公款的, 以及携款潜逃的, 则转化为贪污罪。对此, 也有学者认为, 转化犯必须以刑法明文规定, 因而该解释规定情形不属于转化犯。<sup>59</sup>

9. 司法工作人员受贿后实施特殊渎职行为的, 择一重罪适用。刑法第 399 条第 4 款: 司法工作人员收受贿赂, 有前三款行为<sup>60</sup>, 又构成受贿罪的, 按重罪定罪处罚。受贿后实施其他犯罪行为的, 理应数罪并罚, 该款规定择一重罪适用, 实为将数罪拟制为一罪, 属于特别、例外规定, 不得普遍适用, 须是收受贿赂行为在前, 特殊渎职行为在后, 即前者为后者的诱因, 且仅限于“收受贿赂”而不能适用于“索取贿赂”。<sup>61</sup>

**总结:** 现行刑事立法及解释中, 一方面, 罪后行为对刑事责任的减免规定分布于破坏社会主义市场经济秩序罪(破坏金融管理秩序罪、金融诈骗罪、危害税收征管罪), 侵犯公民人身权利、民主权利罪(侵犯性自由及人身自由犯罪), 侵犯财产罪, 妨害社会管理秩序罪(破坏环境资源保护罪、毒品犯罪), 贪污贿赂罪和军人违反职责罪这六章中。特定的罪后行为得以减免刑事责任的规定, 主要在针对人身、财产、经济和社会法益的犯罪领域里。从立法及解释出台的背景和理由来看, 这些减免规定更多的是基于特定时期的刑事政策的考量。例如, 早期的刑事政策的态度倾向于惩罚受贿人, 而寄希望于从行贿人中寻找突破口, 给

<sup>54</sup> 见刑法第 269 条的规定。

<sup>55</sup> 1988 年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 3 条第 1 款曾规定: “挪用公款数额巨大不退还的, 以贪污罪论处。” 1989 年 11 月 6 日最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》第 2 条第 3 项还曾明确规定: “不退还”既包括主观上不想还的, 也包括客观上不能还的。不退还, 使被挪用的这部分公款遭到不可弥补的损失, 这种行为应定为贪污罪。”

<sup>56</sup> 参见肖中华: 《论转化犯》, 《浙江社会科学》2000 年第 3 期。

<sup>57</sup> 见 1998 年 4 月 29 日《关于审理挪用公款案件具体应用法律问题的解释》。

<sup>58</sup> 杜国强: 《挪用公款不退还的司法适用》, 《国家检察官学院学报》2002 年第 6 期。

<sup>59</sup> 参见刘士心: 《论刑法中的事后危害行为》, 《北华大学学报》(社会科学版) 2004 年第 3 期。

<sup>60</sup> 即徇私枉法罪, 民事、行政枉法裁判罪, 执行判决、裁定失职罪和执行判决、裁定滥用职权罪。

<sup>61</sup> 参见张明楷: 《刑法学》(第四版), 法律出版社 2011 年版, 第 1103、1104 页。

予行贿人很大力度的从宽处理。而现阶段，更强调对贪腐犯罪（包括行贿犯罪）的打击，因而对行贿犯罪的从宽力度明显减弱。减免处罚的规定所涉罪名的数量共 20 个，其中财产、经济犯罪（包括贪污贿赂罪）占 13 个，这类犯罪的主要特点是造成财产、经济损失，具有可弥补性的特点。相较于一般财产犯罪，经济犯罪造成的损失更大，涉案面广、人数众多、返回率低、损失惨重，容易引发大规模群体事件，司法机关更多地是从稳定社会秩序的角度考虑，鼓励犯罪人积极退赔、主动弥补被害人因犯罪所遭受的损失，因而在立法及解释上对其罪后的退赔行为尽量作从宽处理。另一方面，罪后行为加重刑事责任所涉规定的数量共 17 个，主要针对侵犯个人人身、财产法益，以及危害公共安全等领域内的犯罪，从立法目的来看，更多的是旨在既不违反禁止重复评价原则又贯彻全面评价原则得以实现罪刑均衡的前提下，为犯罪后的还存在的、可能遭受进一步侵害的法益提供持续、动态的保护。例如，对交通肇事后逃逸的适用加重的法定刑，对收买妇女、儿童后又出卖的按较重的拐卖妇女、儿童罪定罪处罚，对绑架人质后将其杀害的适用绝对重刑等，正是为了尽可能的保护被害人而在立法上警告犯罪人不要再次侵害法益或是让法益受损程度扩大，否则将受到更严厉的刑法评价。

## 二、现行规定存在的问题

现行立法、解释肯定罪后行为对刑事责任的影响，有其现实、理论积极意义。例如，对行贿犯罪后如实供述自己罪行的行为予以刑罚上的从宽，对收买被拐卖的被害人后不阻碍其返回、对其解救的免于追究刑事责任，这有利于鼓励犯罪人自动投案、引导案件得以及时侦破与审判，有利于促使犯罪人解放被害人、保证被害人安全等。以非刑罚措施（如训诫、赔礼道歉等，予以行政处罚或单纯宣告有罪）制裁罪犯，则有利于鼓励罪犯自我改善，增强罪犯的主动性和社会性，降低适用刑罚所导致制裁成本较高的局面，缩小罪犯与社会和家庭的距离，促使罪犯复归正常的社会生活。<sup>62</sup>另一方面，当罪后行为致使法益侵害程度扩大，甚至已符合较重罪的犯罪构成，肯定罪后行为对刑事责任的加重，是罪刑相适应原则的使然，有利于实现罪刑均衡和加强犯罪打击。例如，犯罪人挪用公款后拒不退还甚至携款潜逃的，尽管造成的后果与客观上不能退还的并无不同，但其主观恶性却要大得多（已经具备非法占有目的），如果仍以挪用公款罪定罪处罚无疑会放纵犯罪，造成打击不力，因而将此种情形作为更严重的贪污罪的处理。<sup>63</sup>此外，从刑法理论上来看，研究还有助于厘清罪后行为与罪数理论间的关系，以利于准确的定罪、公正的量刑、贯彻宽严相济的刑事政策。然而，现有规定过于零散、随意，如何对罪后行为与刑事责任的影响进行系统性的归纳，厘清二者之间的关系并从法理上展开思考，进而提出更有针对性的意见，首先，必须把握现行规定具体存在哪些方面的问题。

### （一）相关规定的设置理由及标准不明确

例如，对于行贿罪、单位行贿罪、介绍贿赂罪，虽然立法、司法解释规定了在被追诉前主动交待罪行的，可减、免处罚。但《刑法修正案（九）》对行贿罪的相关减免规定进行了修改，从宽力度降低。修改理由是：在进一步完善反腐败制度规定的思想指导下，加大对行贿犯罪的处罚力度，进一步严格从宽的条件。“两高”态度转变（从过去的“重受贿轻行贿”转变为“行贿与受贿并重惩处”）和社会上“严惩行贿”的声音不可避免地会影响刑法的修改，但修改的说理性不充分，并且，也难以解释为何不对类似的单位行贿罪、介绍贿赂罪作相应的修改。实际上，对于对合犯场合的刑罚配置，从来都不能简单地一视同仁，对行贿犯罪的从严打击，也并非一定能够有效地从整体上打击贿赂犯罪，如果完全是为了加大犯罪打击，只处罚行贿或受贿一方，而完全免除相对方的责任，可能是更快速有效

<sup>62</sup> 参见杜雪晶：《中国非刑罚化论纲》，吉林大学2005年博士学位论文，第79页。

<sup>63</sup> 参见杜国强：《挪用公款不退还的司法适用》，《国家检察官学院学报》2002年第6期。

的方案。<sup>64</sup>“司法机关打击贿赂犯罪的效率不高一直被持‘立法因果论’（即认为行贿是因，受贿是果）者所诟病，通过刑法修正案来加大处罚行贿的力度就成为一项重要的立法政策选择，但这在逻辑上存在重大瑕疵，目前对行贿与受贿实行双罚制不仅不能杜绝贿赂犯罪的发生，且愈演愈烈，仅靠加大处罚行贿的力度并不能从根本上解决问题。”<sup>65</sup>又如，司法解释认为国家工作人员受财后及时退交的不是犯罪。域外鲜见这样的规定，相反，更注重对贿赂犯罪的打击。例如，《联合国反腐败公约》第1条（宗旨）就强调，要促进和加强各项措施来更加高效而有力地预防和打击犯罪，其关于贿赂犯罪的范围、主观方面的推定、特殊侦查手段以及举证责任倒置等的规定，都体现了“严密法网、从严惩处”的精神。<sup>66</sup>“从收受财物后退交行为的经济成本分析，非罪化处理不仅减少了犯罪成本，还降低了定罪概率，这两项因素的负增长就成为受贿犯罪不断滋生的重要动力。”<sup>67</sup>因此，必须有明确的说理才能使该规定的存在更具正当性。再如，关于伪造货币后出售、运输及购买假币后使用的，“针对同宗假币，在前罪成立的基础上，若后行为已达到后罪的成立标准，则属刑法理论上的牵连关系行为，应择一重罪从重处罚；当尚未达到后罪的成立标准，则属犯罪从重情节可加以考虑。针对不同宗假币，若已达到后罪构罪程度，则应以前罪与后罪数罪并罚；若未达构罪程度，则属犯罪从重情节可加以考虑。”<sup>68</sup>那么，当出售、运输、使用的对象为非同宗假币且已构成出售、运输假币罪或使用假币罪，理应与伪造货币罪或购买假币罪数罪并罚，按解释规定却仅以一罪从重处罚，并不符合理论逻辑。由于相关解释规定并未区分行为的对象及违法性程度，设置标准不够明确、清楚，又欠缺充分的说理性，因而容易产生争议空间。

### （二）对刑事责任的加减未遵循同类规则

例如，对于收买被拐卖的妇女、儿童罪，对行为人收买之后让其重获自由的，刑法主要是基于对被害人的人身自由的保障，而规定不追究刑事责任。然而，绑架罪同样是侵犯人身自由的犯罪，其法定刑更重，对人身自由权利的侵犯也更严重，从鼓励犯罪分子主动悔改、停止犯罪、释放人质的角度看，似乎更有必要对绑架后主动释放人质的行为予以从宽处理，但现行立法未规定。而审判实践中，对于绑架他人后主动释放人质的，也有被判处重刑的，判决结果往往难以被公众

<sup>64</sup> 参见何荣功：《“行贿与受贿并重惩罚”的法治逻辑悖论》，《法学》2015年第10期。

<sup>65</sup> 姜涛：《废除行贿罪之思考》，《法商研究》2015年第3期。

<sup>66</sup> 参见孙国祥：《我国惩治贪污贿赂犯罪刑事政策模式的应然选择》，《法商研究》2010年第5期。

<sup>67</sup> 任磊：《收受财物后退交行为的理性审视——以经济成本分析为视角》，《中国政法大学学报》2014年第5期。

<sup>68</sup> 汤新祥：《购买并使用假币等数行为具体应用法律问题解析》，《九江职业技术学院学报》2006年第3期。

接受。<sup>69</sup>域外，对于绑架人质之后主动释放的，许多国家的立法都将类似情况规定为减免处罚的情节。又如，根据1984年关于强奸罪的《解答》的规定，强奸后双方多次自愿发生性关系的，不作为强奸罪处理。即便该规定在实践中有其合理性，但将本构成重罪的行为直接拟制为无罪处理，从宽力度太大，也受到了不少非议。关键的是，针对妇女性自由的其他犯罪，如强制猥亵、侮辱妇女罪（《刑法修正案（九）》修改为“强制猥亵罪、强制侮辱妇女罪”），犯罪后又自愿与妇女发生性关系或实施其他行为的，立法、司法解释并没有类似的从宽规定。再如，对行贿罪、单位行贿罪、介绍贿赂罪的，诉前主动交待自己罪行的，都有规定减轻或免除处罚，而其他“行贿型”犯罪，如“对单位行贿罪”，罪后主动交待罪行的，立法及解释上却未见类似的减免处罚规定。此外，按司法解释规定，“重伤1人以上”要构成交通肇事罪，还需具备“为逃避法律追究而逃离事故现场”的行为。但这会导致其与同类的“过失致人重伤罪”之间不协调，在交通肇事罪（基本犯）与过失致人重伤罪两者的法定刑幅度相同的情况下，又在入罪条件上，将作为危害公共安全犯罪的交通肇事罪设置的比一般领域内的过失致人重伤罪（只要重伤1人即可入罪）更为严格，不得不说，这样设置有欠妥当。<sup>70</sup>

### （三）部分规定背离了罪刑法定

例如，司法解释规定，国家工作人员收受财物后及时退交的不是受贿。但所谓“不是受贿”，是指先前收受财物的行为本身就不构成受贿罪还是指因为事后及时退交而对先前受贿行为不作为犯罪处理继而免于追究受贿罪的刑事责任，究竟是哪一层含义，从现行规定来看，相当不明确。“从刑法理论上来说，一旦利用职务便利收受财物就已经构成受贿罪，至于事后又将财物退交的，只是对赃款赃物的处置，反映了受贿人对行为事后的否定性评价和主动纠错的态度，但不影响受贿罪的构成。”<sup>71</sup>若按这层含义理解，该司法解释规定无疑是违反罪刑法定的。实际上，该司法解释规定的本意是针对行为人无受贿意图而“误收”的情况设置的，但由于现有规定的不清晰，导致理论和审判实践中的理解存在争议和偏差。又如，对交通肇事后单纯逃逸行为以定罪意义化的司法解释规定，更是明显背离了罪刑法定的应有之意。首先，将“逃逸”解释为“为逃避法律追究而逃跑”对行为人而言并不具有期待可能性也不符合规范保护目的。之所以对交通肇事后逃逸加

<sup>69</sup> 参见云南呈贡县“善良绑匪案”：农民余有在他人唆使下绑架了3个孩子，勒索15万元。虽幡然悔悟，用身上仅有的20元钱送孩子们平安回家，但最终还是获刑6年，罚金3万元。针对该案判决结果，很多民众认为该量刑结果不够人性化，量刑过重，让绑匪没了退路，不利于鼓励犯罪分子中止犯罪。雷成：《“善良绑匪”被判6年引争议》，《中国青年报》2007年6月6日。

<sup>70</sup> 参见劳东燕：《交通肇事逃逸的相关问题研究》，《法学》2013年第6期。

<sup>71</sup> 李建明：《收受他人财物后退还或者上交对受贿罪构成的影响》，《人民检察》2007年第16期。

重处罚，主要是基于对尚存的被害人人身权益的保护，因而在先前的交通肇事行为导致被害人受伤，在有救助的义务、有救助的可能的情况下而不救助，这种“不作为”是有行为价值的，而非现行解释下的所谓“为逃避法律追究而逃跑”。其次，“仅仅根据肇事后果(1人或2人重伤)是不足以认定行为人的行为构成交通肇事罪的，但具有‘逃逸’情节的话，就要构成交通肇事罪，使犯罪构成受制于肇事后态度，这种规定实质上是对现行刑法第133条交通肇事罪的罪状作了修改，是司法机关的司法解释超出刑法条文的规定进行的解释。”<sup>72</sup>再如，司法解释规定，对“强奸后通奸”的一般不作为犯罪处理。“行为人的先前行为无疑构成了强奸罪，此时又因‘事后自愿发生性行为’而对其不以强奸罪论处，明显违反了罪刑法定。将其直接除罪化，缺乏理论依据，同时还导致了法规范的不协调。”<sup>73</sup>由于在当前国际社会的刑事司法实践中，犯罪不再仅仅被看作是针对社会的危害，而是更多地作为针对被害人的侵犯，故出于预防必要性的考虑，被害人的意见在量刑中的地位得到逐步的提高，当前社会普遍开展的刑事和解即是例证。“但被害人及其家属的谅解不是减少责任刑的情节，而是使一般预防必要性减少的情节。”<sup>74</sup>应当在多大程度上考虑被害人的意见，必须受到罪刑法定的制约，不应以司法解释来冲击既定的犯罪构成。

#### (四) 部分规定明显背离罪刑均衡

犯罪后反映行为人再犯可能性升降的一系列表现，虽是刑罚加减设置的必要因素，但其最终仍应受到罪刑相适应原则下罪行本身轻重的制约。现行减免处罚的规定，尤其是对重罪免罚，过度地注重结果，而没有注重行为本身。“刑罚是对规范违反行为的确认、反击。利用刑罚处罚个人，是规范效果的反射，从中可以看出规范违反者对其行为应当付出的代价。”<sup>75</sup>刑法不仅仅是从法益侵害及其修复的程度来判断行为的社会危害性及其程度，进而决定适用刑罚的轻重，还应该考虑到对行为本身的价值判断及规范。过度扩张结果无价值，只要罪后能对结果进行了修复，就无论行为本身反价值性的轻重而予以从宽，这种做法是需要反省的。即便需要对某一犯罪规定免除处罚或不予追究刑事责任甚至拟制无罪的特殊事由，也应当尽量区分该罪的不同情形予以区分对待。例如，刑法第351条（非法种植毒品原植物罪）有两个法定量刑幅度，<sup>76</sup>但刑法规定在收获前自动铲除的都免

<sup>72</sup> 黎宏：《论交通肇事罪的若干问题——以最高人民法院有关司法解释为中心》，《法律科学（西北政法学院学报）》2003年第4期。

<sup>73</sup> 秦晓：《“先强奸后自愿发生性行为”除罪化的困境及其出路》，《湖南公安高等专科学校学报》2009年第2期。

<sup>74</sup> 张明楷：《论影响责任刑的情节》，《清华法学》2015年第2期。

<sup>75</sup> 周光权：《行为无价值论与积极一般预防》，《南京师大学报（社会科学版）》2015年第1期。

<sup>76</sup> 一般情形下是5年以下有期徒刑、拘役或管制并处罚金，达到数量大标准（非法种植罂粟三千株以上或大麻3万株以上）的则是5年以上有期徒刑并处罚金或没收财产。

除处罚，并未考虑到前行为的严重程度存在区别。又如，对强奸后通奸的不作为犯罪处理的规定，不考虑对象、情节、后果等犯罪事实的约束，若只要是多次自愿发生性关系的，就不以强奸罪处理，那么对于当众轮奸、因强奸已经造成严重后果等情节恶劣的，本该判处无期徒刑或死刑的，也拟制为无罪，不仅导致罪刑失衡，更违反社会伦理，长远来看不利于犯罪预防。

### （五）司法实践中的适用存在偏差

由于现行刑法尚未将罪后积极补救行为上升为法定量刑情节，而是以相关司法解释作出规定，酌定情节具有很大随意性，所以便容易导致其在审判实践中的适用存在较大偏差，甚至可能影响量刑公正。以普通的刑事犯罪如盗窃罪为例，相关司法解释规定对行为人犯盗窃罪认罪、悔罪，退赃、退赔，且情节轻微的（如具有坦白、自首等法定从宽情节或取得被害人的谅解），可以不起诉或者免于刑事处罚。“被告人构成盗窃罪（数额较大），犯罪后自动投案，并如实供述了自己的罪行，是自首可以从轻处罚。且案发后能够积极退赃，确有悔罪表现，可酌情从轻处罚。判决被告人犯盗窃罪，判处管制 1 年，并处罚金 1000 元。”<sup>77</sup>自首系法定从宽情节，属于司法解释规定的“情节轻微”，行为人又积极退赃的，宜免于刑事处罚（已经进入审判阶段，不存在不起诉的可能）。当然，酌定量刑情节本身就具有自由选择 and 裁量的空间，本无可厚非，但由此产生的随意、不确定性甚至影响量刑公正的话就值得进一步思考了。例如下面案例：“被告人构成盗窃罪（数额较大），案发后已将赃款退赔被害人。判决被告人犯盗窃罪，并处罚金 2000 元。”<sup>78</sup>在不具有坦白、自首等“情节轻微”情形下，却比前面被告人具有此种情形的案例判得更轻，不免有违背罪刑均衡之嫌，至少从判决理由来看是不充分的。再如，“被告人当庭自愿认罪，认罪态度较好，其家属能和受害人达成协议，取得了受害人的谅解，对以上情节本院予以充分考虑，但其盗窃财物价值数额较大，不属于情节轻微。”<sup>79</sup>将“情节轻微”（具有坦白、自首等法定从宽情节或取得被害人的谅解）理解为数额微小（尚不构成犯罪），显然司法实践中对该解释的理解也存在误区，这在一定程度上与司法者的个人素质有关。此外，经过之前对现行相关司法解释的梳理，也可以发现，由于部分规定本身存在问题，也会影响司法实践中的适用。如将“交通肇事后逃逸”中“逃逸”解释为“为逃避法律追究而逃跑”，给审判实践发出的信号，只要撞了人后逃离事故现场的，就很可能被评价

---

<sup>77</sup> 参见朱 xx 等盗窃罪，甘肃省庆阳市中级人民法院(2015)庆中刑终字第 160 号。

<sup>78</sup> 参见袁某某盗窃罪，河南省延津县人民法院(2015)延刑初字第 280 号。

<sup>79</sup> 参见曹某甲盗窃罪，河北省磁县人民法院(2015)磁刑初字第 00172 号。



为“交通肇事后逃逸”，<sup>80</sup>然而先前交通肇事已经导致被害人当场死亡，行为人逃离现场但并未造成新的交通事故，将这种不具备救助可能性和期待可能性的情形也认定为“逃逸”进而适用加重法定刑并不合理。

---

<sup>80</sup> 对经审理查明“被告人在交通肇事后逃离事故现场的”32个案例（来源北大法宝网），判决认定为“交通肇事后逃逸的”共有30个（包括9个被害人当场死亡的案例），从判决理由看，则多从客观上不保护现场、不立即报警或主观上为了逃避法律追究来认定，显然审判实践是依据司法解释规定的“为逃避法律追究而逃跑”来判断交通肇事后逃逸的。

### 三、罪后行为影响刑事责任的法理解读

就目前国内的相关研究状况来看，学界尚未对“罪后行为”这个概念给出一个统一的定义，而且基本上是从更广义的“事后行为”切入视角，给出的定义和研究范围也各自不同。主要争议点在于：前行为是否须已构成犯罪；后行为是否须本身具备构成要件符合性等。<sup>81</sup>尽管存在不少争议，但无可厚非的是，“事后行为理念的提出是对传统犯罪构成要件行为的一种扩张解释（尤其是作不归罪处理即“拟制无罪”的情况），它在坚持罪刑法定原则的前提下，增强了刑法的法益保护功能”。<sup>82</sup>笔者认为，本文研究的建立在前罪成立基础上的“罪后行为”，其必须在坚持刑法基本原则（罪刑法定、罪刑相适应）和刑法谦抑性精神的前提下，以增强刑法的法益保护功能、预防犯罪为宗旨，遵循宽严相济的刑事政策，加强规则设置及解释适用中的理论说明性，以尽可能地获得公众的认同。因此，如何将罪后行为影响刑事责任的规定更加规范化、合理化，使之更具正当性，对罪后行为与刑事责任间的关系进行理论上的深层解读就显得尤为重要。

#### （一）罪后行为得以影响刑事责任的依据

从各国刑事立法来看，罪后行为对刑事责任的影响已经得到普遍认同，而肯定罪后行为得以影响刑事责任，从根本上而言是罪刑相适应原则的要求。

##### 1. 特定罪后行为得以减免刑事责任——再犯可能性<sup>83</sup>

“现代的罪刑相适应原则要求在定罪量刑时，除了行为的社会危害性，还要考虑犯罪人再犯可能性的大小，全面把握犯罪前、中、后的各种情节。”<sup>84</sup>因此，罪后反映犯罪人个人情况特别是再犯可能性的情节，是量刑时必须考虑的因素，表明犯罪人再犯可能性减弱的特定罪后行为得以减免刑事责任。“《德国刑法典》第46条（量刑的基本原则）：特别应注意行为后的态度，尤其是行为人为了补救损害所作的努力。”<sup>85</sup>《意大利刑法典》第133条第2款也规定，法官应当根据诸多情况包括“犯罪后的品行”来认定犯罪人的犯罪能力（再犯可能性），并进一步明

<sup>81</sup> 参见李丽涓：《事后行为的出罪功能及其限制》，中国政法大学2011年硕士学位论文，第4-6页；张鹏翀：《事后行为研究》，南昌大学2011年硕士学位论文，第2页；郑莹：《可罚事后行为研究》，南昌大学2013年硕士学位论文，第1页。

<sup>82</sup> 刘士心：《论刑法中的事后危害行为》，《北华大学学报》（社会科学版）2004年第3期。

<sup>83</sup> 不少学者在讨论这一问题时使用“人身危险性”，但学界对其涵义的具体界定却相当不统一，从现有关于“人身危险性”研究的成果来看，毫无疑问的是，“再犯可能性”几乎都被涵盖其中，实际上，“再犯可能性”即再次实施犯罪的可能性，是“人身危险性”最基本的涵义。再犯可能性只具备单向性功能，即“只减不增”，具体而言，再犯可能性较小或没有，可以成为对犯罪人从轻、减轻、免于处罚甚至不认定其行为构成犯罪的理由。参见游伟、陆建红：《人身危险性在我国刑法中的功能定位》，《法学研究》2004年第4期。

<sup>84</sup> 高铭暄、张海梅：《论赔偿损失对刑事责任的影响》，《现代法学》2014年第4期。

<sup>85</sup> [德] C Roxin：《刑法中的责任和预防》，宫泽浩一监译，成文堂1984年版，第116-117页。

确：审判前通过赔偿或返还完全弥补了损害的，或采取措施自动、有效地消减犯罪后果的（第 56 条最后一款规定的“犯罪中止”除外），属于第 62 条“普通减轻情节”之一，“使犯罪变得较轻”。<sup>86</sup>《俄罗斯联邦刑法典》第 61 条第 1 款第 10 项“犯罪后立即给予医疗等帮助（叫来救护车，将受害人送到医疗机构救治，将所发生的事情通知受害人的亲属或将受害人送回家），自愿赔偿自己的犯罪行为所造成的财产损失或精神损害（公开表示道歉或根据对受害人所造成的精神损害的性质和程度用金钱形式进行赔偿），以及由其他旨在弥补对被害人造成的损失的行为”属于“与犯罪人个人情况有关的减轻刑罚的情节”。<sup>87</sup>此外，从域外的量刑指导性规定来看，肯定对犯罪人的罪后表现比如主动认罪的予以从宽处罚，可以使被害人和证人免除作证义务，还能缩短刑事诉讼进程，节约司法成本，<sup>88</sup>因而还具有明显的刑罚经济性及司法功利性方面的意义。

从我国现行规定及解释来看，特定罪后行为得以减免刑事责任的根据同样在于其能够表明犯罪人的再犯可能性减弱。根据罪刑相适应原则，刑事责任的轻重虽然主要由犯罪的主客观事实决定，但也会受到许多案件外的表明犯罪人再犯罪可能性大小的事实或情节的影响，如犯罪后的认罪悔罪表现、积极补救行为。<sup>89</sup>“再犯可能性即人身危险性，并不因为犯罪的完成就固定不变，其从犯罪预备至犯罪完成再到审判量刑乃至刑罚执行（死刑除外）之时，都具有可变性，这是预防之刑的基础。”<sup>90</sup>因此，行为人通过犯罪后的努力表现，承认了其罪责和被其违反的规范的社会有效性，其再犯可能性明显降低，以至于可以用较轻的刑罚甚至不需要用刑罚（罪行本身较轻）来证明规范的有效性，从而使特定的罪后行为得以减免刑事责任。具体而言，立法规定特定罪后行为可以减免刑事责任，还可能基于多方面的理由。一方面，出于法益保护的目地：犯罪人对被害人的事后弥补行为，如盗窃后的退赃、退赔，非法吸收公众存款后的及时清退，收买人质后主动释放或是不阻碍其返回等，由于使得犯罪所造成的损害减轻，或在一定程度上获得了被害人的谅解，有利于最大限度的保护或恢复被害人的人身或财产利益，因而降低了对犯罪人处罚的必要性。另一方面，基于政策的考量：如对逃税后补缴税款的免于追究刑事责任等，这样处理能够较好地体现宽严相济的刑事政策，因为处罚逃税罪的目的在于保障国家税收，而对初犯免责有利于税收的增加，如果行为人在做了一系列努力后依然被追究刑事责任，就会促使其想方设法逃避缴纳义务，

<sup>86</sup> 参见黄风译：《最新意大利刑法典》，法律出版社 2007 年版，第 29、49 页。

<sup>87</sup> 参见 [俄] Н·Ф·库兹涅佐娃、И·М·佳日科娃主编：《俄罗斯刑法教程（总论）》（下卷），黄道秀译，中国法制出版社 2002 年版，第 669、670 页。

<sup>88</sup> E. g., Sentencing Guidelines Council 2007; New South Wales Sentencing Council 2009; Law Reform Commission of New Zealand 2008.

<sup>89</sup> 张明楷：《新刑法与并合主义》，《中国社会科学》2000 年第 1 期。

<sup>90</sup> 赵永红：《论人身危险性在刑法中的定位》，《法学评论》2002 年第 2 期。

这样国家的财政收入反而会减少。<sup>91</sup>此外，立法规定特定罪后行为可以减免刑事责任，还有司法功利的因素在起作用，如对行贿后主动交待的从宽处罚，显然是基于一定功利的考虑，以促使案件迅速侦破，节省司法资源。这些具体理由，在本质上都反映了犯罪人再犯可能性的减弱。

### 2. 特定罪后行为得以加重刑事责任——法益侵害性

罪后行为本身所体现出法益侵害性范围或程度的扩张，因而具有了处罚的必要性，导致刑事责任加重。例如，“在伪造货币基础上的出售、运输行为是对货币公共信用的再次侵犯，不对其进行刑法评价不符合罪刑相适应原则的要求”。<sup>92</sup>再如，对犯盗窃、抢夺、诈骗罪后当场使用暴力或以暴力相威胁的犯罪转化处理，也正是因为这一罪后行为使得对法益的侵犯范围由单数法益升层到复数法益，显然已经无法被前罪所包容，而当场使用暴力或以暴力相威胁的行为与前罪构成要件要素（非法占有财物的目的）的结合又完全符合抢劫罪的犯罪构成，因而刑事立法将其认定为抢劫罪。从域外刑事立法来看，犯罪后再次侵害法益的行为也是具有可罚性的。例如，《意大利刑法典》第 61 条第 8 项，“加重或者试图加重已实施的犯罪后果的，使犯罪变得较为严重”，并将其作为“普通加重情节”在总则中予以规定。<sup>93</sup>“刑法目的是保护法益，分则的具体罪刑规范都是为了保护特定的法益，应从是否加重、增加了法益侵害来限定刑罚加重的范围。”<sup>94</sup>无论是将罪后行为作为前罪法定刑升格条件从而加重处罚，还是将前后行为具有牵连关系的按牵连犯处理，抑或是于刑事立法上，明文规定将犯罪性质由轻趋重的按转化后的较重的罪处罚，甚至将前罪与独立构成异质犯罪的后行为结合为一个新罪名，都是也必须是基于法益保护目的且符合罪刑相适应原则的。例如，收买被拐卖的妇女、儿童后以及拐骗儿童后将其卖出的，按刑法规定转化为拐卖妇女、儿童罪。这两种情形下，行为人实施了收买（或拐骗）与拐卖两个独立的行为，本应数罪并罚。但从法益和罪刑均衡的角度分析，刑法之所以规定以拐卖妇女、儿童罪一罪定罪处罚，其原因在于：收买被拐卖的妇女、儿童罪（拐骗儿童罪）与拐卖妇女、儿童罪侵犯的对象同一且在法益侵害性上具有升层结构关系（或者说在构成要件要素上具有重合性和延展性），在刑法评价上只能以升层后的法益覆盖之前的法益，<sup>95</sup>又因拐卖妇女、儿童罪是重罪，法定刑较重，定此罪能较好的实现罪刑均衡，因而在立法上予以犯罪转化。此外，作为加重刑事责任的罪后行为，须是与前罪（本

---

<sup>91</sup> 参见张明楷：《逃税罪的处罚阻却事由》，《法律适用》2011年第8期。

<sup>92</sup> 贾学胜：《事后不可罚行为研究》，《现代法学》2011年第5期。

<sup>93</sup> 参见黄风译：《最新意大利刑法典》，法律出版社2007年版，第27、28页。

<sup>94</sup> 张明楷：《刑法学者如何为削减死刑作贡献》，《当代法学》2005年第1期。

<sup>95</sup> 参见董晓松：《事后行为论》，法律出版社2011年版，第56、57页；肖中华：《论转化犯》，《浙江社会科学》2000年第3期。

罪)的各种构成要素,主要是和前罪罪行造成的的法益侵害状态相关联并直接体现违法性和有责性的行为,行为人一般在主观上意识到这种联系并且希望或放任这种联系发生,客观上则表现为促成这种联系发生的作为或不作为,<sup>96</sup>如挪用公款后的故意携款潜逃行为,交通肇事后逃逸(不救助)行为等。从现行规定看,加重刑事责任的罪后行为,又是与前罪行为具有相对独立性的,其往往已经符合另一个犯罪构成(包括基本犯的加重构成),但立法者选择以一罪论处而非并罚,主要是因为对其中一个犯罪行为法律评价能够包含对另一犯罪行为法律评价,有些情况下也会基于刑事政策、处罚的经济性等因素,将整个事实情状作综合考虑,如刑法对司法工作人员收受贿赂后徇私枉法的按较重的罪定罪处罚的特殊规定。

从现行规定来看,加重刑事责任的罪后行为大多涉及数罪间的定性问题,具体而言,可以从罪数理论上的转化犯、牵连犯、结合犯或是犯罪间的竞合关系来理解分析。对此,不再赘述具体概念,但对其界限和适用作简要分析。如同样是数罪,牵连犯是将存在牵连关系的数罪(前罪与独立构成异质犯罪的后行为)作为一罪处断的罪数形态,即处断的一罪,而转化犯是法律规定将实质数罪(“基本罪的危害行为”+“法定的条件”-“转化罪”)以一罪论处的罪数形态,即法定的一罪。<sup>97</sup>传统理论上,基于罪刑法定原则,转化条件(特定罪后行为)必须由刑法明文规定,因而司法解释关于挪用公款后拒不退还或携款潜逃的定性为贪污罪的规定,究竟是不是转化犯,学界存在不少争议。<sup>98</sup>更有学者提出转化犯不应限于法定转化,还应包括事实转化。<sup>99</sup>挪用公款罪与贪污罪的主要区别在于犯罪人主观上是否具有非法占有公款的目的,司法解释将挪用公款后拒不退还或携款潜逃的转化为贪污罪,其旨意显然是认为罪后行为显现了犯罪人主观上企图永久控制挪用的公款的心态,且客观上已存在非法占有挪用的公款的事实,因而将此种情形认定为贪污罪方能实现罪刑均衡,这符合司法实践常态和转化犯构成理论,但为了更好的遵循罪刑法定原则,应当将其上升为刑法规定。与转化犯不同,构成牵连犯的具有牵连关系的前后行为必须基于一个主导犯罪意图的支配。<sup>100</sup>如行为人私自开拆他人邮件以窃取财物的,存在侵犯他人通信自由和非法占有他人财物的故意,其中后者占主导地位,即行为人开拆邮件主要是受非法占有财物目的的驱使,

<sup>96</sup> 柴静:《罪后行为研究》,吉林大学2005年硕士学位论文,第9-10页。

<sup>97</sup> 参见王俊平:《转化犯及相关立法研究》,《河南省政法管理干部学院学报》2002年第1期。

<sup>98</sup> “转化犯说在过去《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》明确规定‘挪用公款数额较大不退还的,以贪污罪论’的情况下是成立的,但现行刑法中已经取消了这一规定,这种立法前提下便不能再套用转化犯理论解释了。”引自刘士心:《论刑法中的事后危害行为》,《北华大学学报》(社会科学版)2004年第3期。

<sup>99</sup> 参见董晓松:《事后行为论》,法律出版社2011年版,第54、55页。

<sup>100</sup> “行为人实施数个性质不同的犯罪行为,相应存在数个性质不同的主观心态,其中有一个居于支配地位,贯穿并统治着整个犯罪的进程。”引自张小虎:《论牵连犯的典型界标》,《中国刑事法杂志》2013年第5期。

因而使前后行为间具有了手段与目的间的牵连关系。而转化犯则不具备这一主导犯罪意图，如收买被拐卖的妇女后又出卖的，先前行为系出于收买意图而实施，出卖目的是事后才产生的，两者间并不存在支配关系，即行为人收买妇女时并没有将其出卖的打算，否则便直接构成拐卖妇女罪而不存在犯罪转化的问题。与日本刑法典中的“强盗强奸罪”的模式不同，我国并不存在典型意义上的结合犯，现行刑法中关于结合犯的规定，都是将前后两个相互独立的行为纳入前罪（本罪）罪名中处理，并适用加重的法定刑。例如，绑架杀人的，杀人行为是独立于先前的绑架行为的，但由于刑法并未设置“绑架杀人罪”，因而仍将此种情形认定在绑架罪中，但与绑架罪的基本犯相区别，将法定刑档次上升为“无期徒刑或死刑，并处没收财产”。除涉及犯罪定性的规定之外，还有一些特定罪后行为加重刑事责任的规定并不改变犯罪的性质。如挪用公款后因客观原因不退还的，罪后行为作为加重情节导致法定刑升格，但不影响对犯罪的定性。

### （二）罪后行为所涉犯罪的类型化分析

在保证个罪罪刑均衡的前提下，从整个刑罚配置的体系性来看，对于某一类型的或者相似类型的犯罪，若出现相同的罪后事由，理应予以较为相同程度的刑事责任加减。然而现行刑事立法中，有关罪后行为加减刑事责任的规定，彼此间仍缺乏统一性，尤其是同类犯罪间，刑事责任加减事由、程度的设定和理由说明，尚欠缺统一标准。

对于财产类犯罪，罪后赔偿损失或以其他方式弥补损害的（综合考虑数额、能力和主动性等情况），应当予以较大幅度的从宽处罚。因为财产类犯罪，从犯罪行为对财产性或经济性利益的侵犯这个层面考虑，应该注重犯罪后赔偿损失、取得被害人谅解在减免刑事责任上的意义。这从公平角度来讲，符合赔偿损失在民法上的补偿功能、修复功能，以及刑法上的罪刑相适应原则（因犯罪给被害人造成的主要损害已经挽回）；从功利角度来讲，则更有利于鼓励未来潜在的犯罪人主动赔偿损失。<sup>101</sup>尤其是目前我国的刑事司法实践中，被害人的损害赔偿情况不甚乐观，得不到赔偿的被害人或其家属成为犯罪后果的最终负担者。“对安徽省某县级法院 2001 至 2002 年 307 起刑事附带民事诉讼案件赔偿部分的执行情况调查显示，财产犯罪案件中只有约 47% 的人获得了完全赔偿，约 12% 的人完全没有得到或得到极少的赔偿。”<sup>102</sup>刑事附带民事诉讼案件中被害人获得赔偿的比例低，但损害赔偿的绝对数量却又在逐年增多，且执行难、实际执行率偏低，因而愈发的不

<sup>101</sup> 参见王文华、刘宏武：《“赔偿损失”对刑事责任的影响——兼论我国〈刑法〉中“赔偿损失”的类型化研究》，《法学杂志》2014 年第 1 期。

<sup>102</sup> 刘东根：《犯罪被害人地位的变迁及我国刑事立法的完善》，《中国人民公安大学学报》（社会科学版）2007 年第 2 期。

协调。“2011年至2013年，长沙市某区法院刑事附带民事诉讼案件所占刑事案件比例呈上升趋势，案件数量几乎翻了一倍，但案件执结率一直不高，始终在低位徘徊保持在40%左右，低于其他类型的案件执结率。”<sup>103</sup>因此，在这种情况下，对罪后积极赔偿、弥补损害的，予以立法上较大幅度的从宽处罚，更是有其重要的现实意义。在域外的刑事立法与司法实践中，赔偿损失或以其他方式弥补损害的，一般被作为减免处罚的普遍量刑情节。例如，美国刑法理论认为，以赔偿为典型的民事补救方法有助于刑法目的的实现。<sup>104</sup>以美国《伊利诺伊州刑法典》第38篇（刑法和程序）第1005章第5节第3.1条为例，量刑中的“减轻事由”（factors in mitigation）就包括“赔偿了或愿意赔偿因其犯罪行为所造成的损失或伤害”。<sup>105</sup>而且美国刑事司法标准与目标咨询委员会早在1973年就将犯罪人事后赔偿作为减轻监禁刑的一个重要因素。<sup>106</sup>《俄罗斯联邦刑法典》第75条规定，对于初犯，罪后主动赔偿损失或是以其他方式（如退赃、退赔）弥补损害的，甚至可以免除刑事责任。但从我国现行规定来看，罪后赔偿损失等补救行为得以减免处罚并未普遍适用于财产类犯罪。如信用卡诈骗罪、盗窃罪、敲诈勒索罪、拒不支付劳动报酬罪、贪污罪等，罪后积极退赃、退赔、支付、偿还的，立法或解释都作了相似的刑罚从宽处理规定；然而，对于另一些财产类犯罪，如抢夺罪、侵占罪、故意毁坏财物罪、挪用资金罪等，却未见有类似的规定。站在经济学的角度分析，破坏型的财产犯罪，即便事后补偿，被毁坏的财物已经失去经济价值，导致社会总价值减少；取得、挪用型的财产犯罪，表面上看只是财产所有权发生了转移，财产本身仍存在于社会，存在财产法益弥补的空间。<sup>107</sup>这样或许可以解释为什么同样是数额较大、法定刑档次为三年以下有期徒刑，刑法规定了对盗窃罪而没有规定对故意毁坏财物罪的减免。但对于同是取得、挪用型的，如抢夺罪，却也未见类似的罪后减免刑事责任的规定。“盗窃罪与抢夺罪在一般场合下的立法定罪量刑标准相同，且司法解释规定抢夺的数额标准参照盗窃，可见在一般场合二者的区分没有实益（罪责的有无和轻重）。”<sup>108</sup>对于抢夺罪，罪后主动退赃、退赔的，刑法不予以类似盗窃罪的从宽处罚，也许是基于在某些特殊场合下（刑法第267条第2款

<sup>103</sup> 杨璇：《刑事附带民事诉讼案件执行问题的研究》，湖南师范大学2014年硕士学位论文，第4页。修改后的刑法颁布以来，死亡赔偿金、残疾赔偿金不再纳入赔偿范围，刑事案件被害人的赔偿范围比以前的审判实践赔偿范围更小了，刑附民案件移送执行数同比下降明显，2013年全国刑附民案件移送执行数低于近五年均值，也低于前四年均值。参见杨良胜等：《努力发挥刑事附带民事诉讼制度价值功能——安徽马鞍山中院关于刑事附带民事诉讼案件疑难问题的调研报告》，《人民法院报》2015年9月10日，第008版。

<sup>104</sup> See Mary M. Cheh, “Constitution Limits on Using Civil Remedies to Achieve Criminal Law Objectives: Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction”, 42 *Hastings L.J.*(1991),1325.

<sup>105</sup> 参见储槐植、江湖：《美国刑法》（第4版），北京大学出版社2012版，第271页。

<sup>106</sup> 王春业：《试论“判前赔偿减刑制”》，《安徽警官职业学院学报》2009年第2期。

<sup>107</sup> 参见李锡海：《财产犯罪类型、特点及其控制》，《江苏警官学院学报》2009年第5期。

<sup>108</sup> 阮齐林：《论盗窃与抢夺界分的实益、倾向和标准》，《当代法学》2013年第1期。

规定的“携带凶器抢夺的，以抢劫罪论”），抢夺可能升级为抢劫重罪，但在一般场合（数额较大、无其他严重情节），对行为人罪后积极实施补救行为的，刑法有区别地规定适度的刑罚减免，似乎更符合罪刑均衡的理念。

侵犯人身权利的犯罪，也需要类型化分析。对于侵犯人身自由的犯罪，鼓励行为人在实施犯罪后主动释放被害人，应肯定该行为对刑事责任的减免。我国现行刑法第 241 条规定：对儿童没有虐待不阻碍对其进行解救的，可以从轻处罚；按妇女意愿不阻碍返回原居住地的，可以从轻或减轻处罚。日本刑法典也有类似规定，且涉及面更广，包括拐取型和收受拐取型的犯罪。“由于勒索赎金目的的拐取罪以及相关的犯罪对被拐取者的生命、身体的危险性很大，所以，有必要为被害人的安全而设立政策性规定，减轻刑罚旨在鼓励解放被害人（日本最决昭和 54·6·26 刑集 33 卷 4 号 364 页）。”<sup>109</sup>俄罗斯联邦刑法典中对拐取型的犯罪也作了类似的减免规定，且幅度更大。<sup>110</sup>除了拐取型的犯罪，域外如法国刑法典中还有对侵犯人身自由的持续犯的罪后减免规定。<sup>111</sup>相较之下，我国刑法只规定了对收受拐取型犯罪（收买被拐卖的妇女、儿童罪）的刑罚减免，却未对上游的拐取型犯罪（如绑架罪，拐卖妇女、儿童罪）及其他侵犯人身自由的犯罪（如非法拘禁罪）作类似规定。<sup>112</sup>这样在立法体系上是否全面、协调，于实践中是否有利于鼓励犯罪人解放被害人、保证其人身安全，确实有待进一步探讨。另一方面，对于罪后行为导致法益受损范围或程度扩大从而加重刑事责任的设置，同样需要考虑法规范间的协调性。例如，对于交通肇事后逃逸的，应将其理解为交通肇事罪（基本犯）与遗弃罪的结合，而非与故意杀人罪的结合，否则便会与第 232 条的故意杀人罪间不相协调。“逃逸行为（不救助）一般情况下成立遗弃罪，但也存在构成故意杀人罪的可能，即使考虑不作为的故意杀人性质较轻，并且适用‘交通肇事后逃逸’

<sup>109</sup> [日] 西田典之：《刑法各论》（第六版），弘文堂 2012 年版，第 86 页。“日本刑法第 228 条之 2：犯第 225 条之 2（勒索赎金目的的拐取罪、要求赎金罪）、第 227 条第 2 款（勒索赎金目的的拐取的事后帮助罪）或者第 4 款（勒索赎金目的的收受罪、收受者要求赎金罪）之罪的人，在提起公诉前，将被略取或被诱拐的人解放至安全场所的，减轻刑罚。

<sup>110</sup> 其第 126 条（绑架）附注规定：“主动释放被绑架人的，如其行为不含有其他犯罪构成，可以免除刑事责任。”以及第 127 条之一（贩卖人口）附注规定：“初次实施本条第 1 款或第 2 款第 1 项所规定行为的人，主动释放被害人并协助揭露所实施犯罪的，如果其行为不含有其他犯罪构成，则免除刑事责任。”

<sup>111</sup> 《法国刑法典》第 224-1 条（非法拘禁罪）第 3 款规定，被拘留或被非法拘禁的人自其被扣留之日起未满 7 天之前，得到罪犯的自愿释放，罪犯所受之刑罚为 5 年监禁并科 75000 欧元罚金。而在一般情况下，根据其第 224-1 条第 1 款的规定，没有指定权力机关之命令且在法律规定之情况外，拘留或非法拘禁他人的，需要处 20 年徒刑。

<sup>112</sup> 事实上，域外许多国家的刑法都将释放人质作为减免刑事责任的情节加以规定。德国刑法典第 239 条 a（擄人勒索）第 4 款：“1. 行为人又将被害人带回其生活环境的，法院可依第 49 条第 1 款减轻处罚。2. 被害人回到其生活环境并非因行为人所致，只要行为人真诚努力追求此结果，即可视为已具备第 1 句之条件。”第 239 条 b（扣作人质）第 2 款：“相应适用第 239 条 a 第 4 款的规定。”美国模范刑法典规定，被告人“在审判前自愿将被害人在安全的地方活着释放”，绑架罪就从一级重罪降为二级重罪，被告人获得减轻处罚，大约有一半的州在绑架罪中作了相同或类似的规定。



以未出现致人死亡的结果为前提，也不可能对成立交通肇事罪与故意杀人罪的实质数罪仅处3年以上7年以下有期徒刑”<sup>113</sup>，否则将在实质上背离罪刑均衡。

对不同类型的犯罪，罪后行为得以影响刑事责任的程度，也需要区别对待。例如，侵害财产犯罪和侵害人身犯罪给被害人带来的损害和痛苦是不一样的，即使都是全额赔偿，也应在减免程度上有所区分。侵害人身的犯罪，赔偿损失只能缓解而不能消除人身损害的影响，从宽的力度较小，而对于未造成人身损害、“和平”取财的非暴力犯罪，如盗窃、诈骗及各种经济犯罪等，在赔偿损失、取得了被害人谅解的情况下，从宽幅度应更大。<sup>114</sup>此外，除了按财产犯罪、人身犯罪进行归类外，还可以进行其他归类。例如，对于对合型犯罪，如行贿与受贿罪，由于这种犯罪没有具体的被害人，通常较为隐蔽，双方的行为都是犯罪，容易达成信任同盟，犯罪暗数高，因而被发现、追诉的可能性很小。<sup>115</sup>因此，行为人犯罪后的行为（如实交待所犯罪行），对于案件侦破将会起到十分有力的作用，那么，刑法对此规定适度的刑罚减免，从犯罪预防的角度来看是相当合理的。我国《刑法修正案（九）》将对行贿罪诉前主动交待“减轻或免除处罚”改为“可以从轻或者减轻处罚”，但域外一些国家的刑法更为宽容：对行贿人在案发前主动交待行贿事实的，不予追诉。<sup>116</sup>我国刑法对行贿罪处罚规定的法定刑最高可至无期徒刑，而其他国家或地区的最高刑期通常为3至5年，且对主动交待罪行从宽的力度更大。<sup>117</sup>相较之下，我国行贿罪的法定刑偏重，《刑法修正案（九）》对于罪后主动交待行贿行为的从宽力度予以限制，这一修改的合理性还值得思考。

<sup>113</sup> 劳东燕：《交通肇事逃逸的相关问题研究》，《法学》2013年第6期。

<sup>114</sup> 王文华、刘宏武：《“赔偿损失”对刑事责任的影响——兼论我国〈刑法〉中“赔偿损失”的类型化研究》，《法学杂志》2014年第1期。

<sup>115</sup> 参见张明楷：《刑事立法的发展方向》，《中国法学》2006年第4期。

<sup>116</sup> 例如，蒙古国刑法典第131条附则规定，行贿或者介绍行贿的有罪人，如果是在行贿以后即行自首的，免除他的刑事责任。阿尔巴尼亚刑法典第213条第2款甚至规定，在追究刑事责任以前已经自首的行贿人，不负刑事责任。

<sup>117</sup> 在美国，关于公务、政治事务的贿赂罪（同时承担惩罚行贿者和受贿者的功能），若以影响司法或者行政程序进行威胁的，被认为是三级重罪，判处的不定期监禁刑的最低刑期由法庭在1年以上2年以下的范围内确定，最高刑期为5年。即便是被称为迄今为止处罚最严厉的贿赂犯罪立法——英国《2010年反贿赂法》（Bribery Act 2010），对于行贿，经公诉定罪，也就最高判处10年的监禁或者无限额罚金。我国台湾“刑法”第122条第3项：“对于公务员或仲裁人关于违背职务之行为，行求期约或交付贿赂或其他不正利益者，处3年以下有期徒刑，得并科3000元以下罚金。但自首者（应当）减轻或免除其刑。在侦查或审判中自白者得（可以）减轻其刑。”

## 四、对现行立法、司法的反思

### （一）现有规定的重新解释

#### 1. 严格解释以维护罪刑法定、罪刑均衡

现行刑法分则中关于罪后行为减免刑事责任的规定及相关司法解释，有些本身并不是特别科学合理，在维持现有立法的基础上，有必要对其进行重新解释，使之更具有合理性。例如，司法解释规定，收受财物后及时退交的，不是受贿。审判实践中出现了无论行为人受贿当时有无受贿的意图，事后及时退交的，都不被作为犯罪处理的做法。<sup>118</sup>从罪刑均衡的角度来看，行贿罪轻于受贿罪，既然前者诉前主动交待的也只是可以减、免处罚（《刑法修正案（九）》已改成“从轻或减轻”），而不是宣告其不是行贿，那么对于已经构成受贿罪的受贿人及时退交的，更不可能宣告其不是受贿。<sup>119</sup>因此，“不是受贿”应明确解释为先前收受财物的行为本身不构成受贿罪，这一点从最高人民法院发布的指导性案例的判决说明中也得以印证。<sup>120</sup>注意一点，由于要求没有受贿故意，该规定只适用于收受型，对于索取贿赂后退交的（索取型），依然成立受贿罪，不得适用该款规定。

此外，司法解释将“交通肇事后逃逸”理解为“为逃避法律追究逃离事故现场”并赋予其特定情形下的定罪意义，是极不合理的，也需要重新解释。首先，对“逃逸”的理解应以规范保护目的出发。实践中，交通肇事后逃逸行为往往导致被害人无法得到救助等而具有较大的危害性，必须依法予以严惩。<sup>121</sup>“将逃逸的动机限定为逃避法律追究明显不当，例如，甲驾车追杀乙，过失发生交通事故，导致丙重伤，甲为追杀而没有救助并导致丙死亡，若依司法解释，则不属于逃逸，这显然不合理。”<sup>122</sup>而将“逃逸”理解为“不救助”，由于行为人先前的肇事行为使他人生命处于危险状态，产生了救助义务而不履行，因而能够成为加重处罚的根据。反之，若采“为逃避法律追究而逃跑”的单纯逃逸之意，则无法解释为何不将其他过失犯罪后的逃跑行为作为加重处罚的理由，且对肇事后不逃逸但也不救助被害人致其死亡的，不加重处罚，而对将被害人送往医院抢救后再逃跑

<sup>118</sup> 这种审判实践中的做法是有理由支撑的，不少学者赞成将收受财物后及时退交分为“无受贿故意”和“有受贿故意”两种情况。“当然也适用于收受请托人财物的当时就有受贿故意，其行为已经构成受贿罪的情形，以非犯罪化处置来鼓励那些受贿的人及时改正错误，这是宽严相济刑事政策在这一问题上的具体贯彻。”参见李建明：《收受他人财物后退还或者上交对受贿罪构成的影响》，《人民检察》2007年第16期。

<sup>119</sup> 张明楷：《受贿罪中收受财物后及时退交的问题分析》，《法学》2012年第4期。

<sup>120</sup> 参见尚晓阳：“周标受贿案[第1017号]”，最高人民法院刑事审判一至五庭主办：《刑事审判参考·总第99集》，法律出版社2015年版，第112-117页。

<sup>121</sup> 孙军工：《正确适用法律、严惩交通肇事犯罪——〈关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法》2000年第12期。“立法者惩罚交通肇事后逃逸并不是基于对行为人事后逃避法律追究态度的考虑，而是因为逃逸极可能进一步扩大既有的法益侵害范围或加剧程度。”引自劳东燕：《交通肇事逃逸的相关问题研究》，《法学》2013年第6期。

<sup>122</sup> 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第635页。

的，仍加重处罚，<sup>123</sup>实在不合情理，也背离罪刑均衡。因此，对于“交通肇事后逃逸”中的“逃逸”，应明确解释为“不救助伤者”。其次，逃逸行为独立于交通肇事行为，将其作为交通肇事罪的定罪情节并无根据。先前的交通肇事行为（1人或2人重伤）按现行规定尚未达到构成犯罪的程度，只有作为后行为的逃逸行为成立犯罪，需单独评价，“司法解释无权擅自改变逃逸行为的定性，将原本应认定为遗弃罪或故意杀人罪的行为按交通肇事罪来处理。”<sup>124</sup>对此，建议在入罪标准上与过失致人重伤罪一致，重伤1人以上即可成立犯罪，而将事后逃逸加重处罚作为交通肇事罪（基本犯）与遗弃罪的结合犯理解。

## 2. 对违反公平原则的相关解释予以废止

关于交通肇事的司法解释<sup>125</sup>将财产损失数额限定为“无能力赔偿数额”。据此，在无人员伤亡的情况下，不管造成何种财产损失，只要事后能够赔偿，便不成立犯罪，然而，这会导致定罪的不均衡。<sup>126</sup>刑法中有大量的侵犯人身权利的责任事故犯罪，如重大责任事故罪、危险物品肇事罪等，也未见这样的规定，甚至于一些典型的财产犯罪，如盗窃罪、诈骗罪，仅给被害人造成财产损失的，也不存在只要能够赔偿就不成立犯罪的类似规定。以行为人有无赔偿能力作为定罪标准，混淆了刑事责任和民事责任，缺乏法理支持，还会破坏法律面前人人平等原则。<sup>127</sup>这不利于打击和预防交通肇事犯罪，相反还容易纵使一些富人无视生命安全甚至任意违反交通法规。<sup>128</sup>因此，建议废止该款规定或是重新作出更公平合理的新解释。

## （二）刑法立法的修改建议

### 1. 明确“量刑根据”

首先，应当在刑法总则中肯定罪后行为对刑事责任的影响。我国现行刑法关于量刑根据的规定，<sup>129</sup>笼统地涵盖了与犯罪有关的所有“情节”。从理论上分析，所

<sup>123</sup> 参见侯国云：《交通肇事罪司法解释缺陷分析》，《法学》2002年第7期。

<sup>124</sup> 劳东燕：《交通肇事逃逸的相关问题研究》，《法学》2013年第6期。逃逸本质上是不作为意义上的故意不救助，已然超出交通肇事罪基本犯的构成要件，与后者在罪质上欠缺同一性，且不存在成立牵连犯或吸收犯的余地，在行为复数的情况下，本应考虑成立犯罪复数。若非第133条之规定，交通肇事后逃逸的场合本来应当数罪并罚，因而有些学者提出建议将逃逸行为独立犯罪化（黄河：《论“交通运输肇事后逃逸”的罪名化》，《政治与法律》2005年第4期；李朝晖：《交通肇事后逃逸行为独立犯罪化刍议》，《郑州大学学报》（哲学社会科学版）2007年第4期）。但现行刑法已将其规定在交通肇事罪内，则适宜作为结合犯理解。

<sup>125</sup> 2000年11月10日最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，交通肇事无能力赔偿数额在30万元以上的，应以交通肇事罪定罪。

<sup>126</sup> 例如，甲的交通肇事行为造成财产损失31万，但他最多只能赔偿几千元，因而成立交通肇事罪；乙的交通肇事行为造成财产损失310万，但由于他具有赔偿能力，只要他已经赔偿的数额超过了280万，便不成立交通肇事罪。参见张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第632、633页。

<sup>127</sup> 王文华、刘宏武：《“赔偿损失”对刑事责任的影响——兼论我国〈刑法〉中“赔偿损失”的类型化研究》，《法学杂志》2014年第1期。

<sup>128</sup> 卢勇：《赔偿能力作为交通肇事罪定罪要件值得商榷》，《贵州民族学院学报》（哲学社会科学版）2007年第3期。

<sup>129</sup> 刑法第61条（量刑的事实根据与法律依据）：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”

谓“情节”应包括罪前、罪中、罪后的与犯罪有关的所有事实，<sup>130</sup>但现行规定比较模糊，存在不少争议，因而遭致学界的批评。“用词过于抽象、概括，无法对量刑起到具体引导作用，尤其是没有详细说明应当考虑哪些具体犯罪情节及其程度，”<sup>131</sup>例如犯罪后表明犯罪人个人情况特别是再犯可能性的情节，或者说“性格刑事责任”，<sup>132</sup>未能在刑法总则中得以明确地体现。域外的相关刑事立法则不同，<sup>133</sup>“刑法总则在规定量刑根据时尽可能详尽地标举出应考虑的基本因素，明确指出既包含有利于行为人的情节，也包含不利于行为人的情节，紧接着便以列举的形式备举出实践中具有常见性及普遍性的情节以提醒法官量刑时应特别注意。”<sup>134</sup>在我国，虽然行为人在犯罪后所实施的积极退赃、挽回损失等行为也通常会得到司法者的关注，即作为酌定的量刑情节予以适用，但由于刑法总则并未对其明确规定，导致在司法实践中适用的随意性很大，易造成量刑偏差，甚至影响量刑公正。<sup>135</sup>即便最高人民法院《量刑指导意见》规定了一个较为规范、统一的“量刑标准指南”，但其终究是司法解释性质，未能改变罪后行为仍是酌定量刑情节的本质。“中国内地刑法的量刑情节通常被分为法定情节和酌定情节两种，而澳门刑法中的量刑情节均由法律作出规定。由此不难得出结论，澳门刑法在量刑情节的规定上体现出了较严格的罪刑法定主义。”<sup>136</sup>因此，从根本上解决问题，还是要在立法上将罪后行为纳入刑法总则的明文规定中，并限定条件：内容具有明确性，不至于引起误解和非议。立法上应对属于罪后行为的退赃、积极赔偿、挽回或减少因自己犯罪所造成损失等较具普遍性、典型性的情节，通过总则法定化；仅存在于个罪中的典型情节则可以分则规定的形式法定化（如绑架后主动释放人质、危险犯既遂后阻止实际损害结果发生）。<sup>137</sup>需要说明的是，在立法上肯定罪后行为对刑事责任的影响的同时，应当赋予司法机关更多的自由裁量权，以期更好地实现罪刑均衡。<sup>138</sup>

<sup>130</sup> 黎其武：《量刑公正论》，法律出版社 2011 年版，第 73 页。

<sup>131</sup> 王恩海：《刑罚差异性研究》，上海人民出版社 2008 年版，第 101 页。

<sup>132</sup> 我国的量刑根据由行为刑事责任与性格刑事责任所构成，前者产生的原因是犯罪的社会危害，体现了刑罚的报应本质，后者产生的原因是人身危险性，反映了预防犯罪的需要。其中，影响性格刑事责任的因素：依据发生时间的不同，可以分为罪前情节和罪后情节，前者如累犯、犯罪人的一贯表现等，后者如立功等；依据是否存在法律的明文规定，可以分为法定情节和酌定情节，前者如自首，后者如犯罪后的态度、退赃情况等。参见王良顺：《论量刑根据——兼及刑法第 61 条的立法完善》，《法学家》2009 年第 5 期。

<sup>133</sup> 例如，澳门“刑法”第 65 条第 2 款：“法院须考虑所有对行为人有利或不利而不属罪状之情节，尤须考虑下列情节：作出事实之前及之后之行为，尤其系为弥补犯罪之后果而作出之行为。”紧接着在 66 条规定“刑罚之特别减轻”：“行为人作出显示真诚悔悟之行为，尤其系对造成之损害尽其所能作出弥补。”参见中国政法大学澳门研究中心、澳门政府法律翻译办公室编：《澳门刑法典-澳门刑事诉讼法典》，澳门政府法律翻译办公室译，法律出版社 1997 年版，第 30、31 页。

<sup>134</sup> 陈荣飞、秦志远：《酌定情节法定化的理据与路径》，《理论探索》2011 年第 1 期。

<sup>135</sup> 董晓松：《事后行为论》，法律出版社 2011 年版，第 261 页。

<sup>136</sup> 赵秉志主编、赵国强副主编：《中国内地与澳门刑法总则之比较研究》，澳门基金会 2000 年版，第 340 页。

<sup>137</sup> 陈荣飞、秦志远：《酌定情节法定化的理据与路径》，《理论探索》2011 年第 1 期。

<sup>138</sup> 参见 [日] 城下裕二：《量刑基准的研究》，成文堂 1995 年版，第 19-21 页。

美国自 1990 年以来，检察机关的自由裁量权的行使对于罪后行为在量刑中的意义起到了积极作用。<sup>139</sup>

## 2. 在立法上明确轻罪、重罪

罪后行为对刑事责任影响的幅度应该根据罪行的严重程度而有所不同，即结合犯罪本身的轻重有区别的进行。在域外，当发生非常严重的犯罪案件时，考虑到公众的抵触情绪，法院通常不会予以大程度的减轻处罚。<sup>140</sup>然而，我国现行规定中罪后行为对刑事责任的影响程度不一，部分重罪减免的程度太大，甚至被免除刑事责任或拟制无罪，而一些同类型的轻罪却没有被规定类似的罪后减免，以致罪刑体系不太均衡。“由于中国刑事法律未明确规定轻、重罪的概念和范畴，在一些本应因罪之轻重不同分别规定不同实体、程序制度的方面，相应地也就未区别对待。”<sup>141</sup>域外相关的立法较为注重对轻罪、重罪的界分，并结合犯罪的轻重来设置相应程度的刑罚减免。例如，俄罗斯联邦刑法对犯罪轻重等级的划分，就为实体上的刑事责任减免制度立下了基础，即罪后行为对刑事责任的减免须受到犯罪轻重等级的制约。<sup>142</sup>其刑法典第 75 条、第 76 条规定，罪后主动实施弥补行为因而可以被免除刑事责任的，限于初次实施轻罪和中等严重犯罪的人（分则另有特别规定的除外），其第 62 条还对罪后行为减轻处罚作了具体量上的原则性规定：在具有第 61 条第 1 款第 9 项和第 10 项所规定的减轻情节（罪后行为）而没有加重情节的情况下，刑罚的期限或数额不得超过分则相应条款规定的最重刑种最高刑期或数额的 3/4。<sup>143</sup>再如，《德国刑法典》第 60 条对“免除刑罚”也作了罪行性质的限制，即因罪行被判处 1 年以上（包括本数）自由刑的，不得免除处罚，而根据其第 12 条关于“重罪与轻罪”的规定，重罪是判处 1 年以上（包括本数）自由刑的行为，因此对重罪也是规定不得适用免除处罚的。<sup>144</sup>在规定减免刑罚时，明确指出了适用罪质和变更幅度，使得有法可依，这种立法方式既体现了罪刑相适应原则，又保证了罪刑法定原则。<sup>145</sup>在立法上明确区分轻罪与重罪，有利于使立法者

<sup>139</sup> Bjerck, David. "Making the crime fit the penalty: the role of prosecutorial discretion under mandatory minimum sentencing." *Journal of Law and Economics* 48.2 (2005).

<sup>140</sup> See Julian V. Roberts & Ben Bradford, "Sentence Reductions for a Guilty Plea in England and Wales: Exploring New Empirical Trends." *Journal of Empirical Legal Studies* 12.2 (2015), 191.

<sup>141</sup> 郑丽萍：《轻罪重罪之法定界分》，《中国法学》2013 年第 2 期。

<sup>142</sup> 《俄罗斯联邦刑法典》第 15 条规定，依照其社会危害性的性质和程度，分为轻罪、中等严重的犯罪、严重犯罪和特别严重的犯罪。轻罪是指故意或过失，最高刑罚不超过 2 年剥夺自由的行为；中等严重犯罪是指故意、最高刑罚不超过 5 年剥夺自由的和过失、最高刑罚超过 2 年剥夺自由的行为；严重犯罪是指故意、最高刑罚不超过 10 年剥夺自由的行为；特别严重犯罪是指故意、最高刑罚超过 10 年剥夺自由或更重的行为。

<sup>143</sup> 参见黄道秀译：《俄罗斯联邦刑法典》，北京大学出版社 2008 年，第 24、30 页。

<sup>144</sup> 参见冯军译：《德国刑法典》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 9、31 页。

<sup>145</sup> 参见赵秉志主编、赵国强副主编：《中国内地与澳门刑法总则之比较研究》，澳门基金会 2000 年版，第 340 页。

在规定相应的刑罚加减制度时注重与罪行本身轻重的关联，避免因轻、重罪界限不明带来的罪刑失衡。

### 3. 部分犯罪可加大从宽幅度

对因罪后行为避免了严重后果的，应在立法上考虑减轻或免除处罚。

(1) 对危险状态出现后主动实施排除危险行为的，应视情况（是否有效避免损害发生）予以减轻或免除处罚。在法定危险状态出现后，危险犯就已既遂，即使事后主动排除危险状态，如实施放火行为后又迅速将火扑灭的，也不可能成立犯罪中止，由于没有法定的刑罚减免事由，虽然可将这种悔罪表现作为酌定从宽情节来考虑，但不可能给予同犯罪中止犯那样宽大的待遇，因而不利于鼓励犯罪人及时悔悟、避免危害结果的发生。<sup>146</sup>事实上，行为人主动排除危险状态并防止实害结果发生的，一般也被认为没有处罚必要或处罚必要性明显降低。<sup>147</sup>因此，对于危险犯既遂后主动排除危险状态的，学界一直努力寻找更妥当的理由以期适用轻刑，但是无论是哪种观点，都陷入试图突破犯罪中止一般理论的困境，更未获得审判实践的普遍认同。审判实践中，对危险犯造成危险状态后又主动实施排除危险行为的，司法者通常仍是在既有的法定刑幅度之内量刑，但尽可能从宽。<sup>148</sup>也有的是对于危险犯已经造成危险状态（既遂）后又实施“中止”行为的，认定为犯罪中止，从而达到适用轻刑的目的。<sup>149</sup>还有的是对危险犯的既遂标准即“危险状态”作过度限制解释，以期适用轻刑实现罪刑均衡。<sup>150</sup>这些做法，其本质无非是为了实现罪刑均衡，但却背离了罪刑法定，导致同案异判的现象较为突出。域外立法中，行为人在危险状态出现后实施的避免实害结果发生的行为，一般都被作为特别的刑事责任减免事由。例如，《德国刑法典》“危害公共安全罪”一章中，在一个或一类罪名的处罚规定之后都附有“主动悔罪”的特别减免事由。针对个罪的规定如第 306 条 e：（纵火）行为人在严重损失产生之前主动将所纵之火扑灭的，法院可依其裁量减轻处罚或免除刑罚。针对一类罪的规定如第 314 条 a、第 320 条：（引起核能爆炸，引爆炸药，引起水灾，危害公共安全的投毒，侵害铁路、水路和航空交通，损坏重要设施等）行为人主动放弃该行为的继续实施或排除危险或防止行为结果产生的，法院可依其裁量减轻刑罚或依本规定免除处罚；危险的排除或

<sup>146</sup> 参见刘明祥：《论危险犯的既遂、未遂与中止》，《中国法学》2005 年第 6 期。

<sup>147</sup> 参见徐光华：《排除危险状态行为之认定》，《河北法学》2009 年第 3 期。

<sup>148</sup> 参见储某某投放危险物质案，上海市宝山区人民法院（2009）宝刑初字第 1058 号。被告人储某某在投放危险物质行为实施完毕后，主动在水井旁张贴警示字条，并积极配合公安人员排除危险（恢复至国家生活用水标准），未造成任何实害结果，但法院只是认为其归案后认罪态度较好，有悔罪表现，可酌情从轻处罚，并判处其有期徒刑三年，缓刑五年。

<sup>149</sup> 参见高立勇：《从一起案例看故意犯罪的完成形态》，《检察日报》2010 年 10 月 12 日，第 3 版。但也有判决认为，已经造成危险状态后实施“中止”行为的，仍然属于犯罪既遂，参见宋满良以危险方法危害公共安全案，北京市丰台区人民法院（2010）丰刑初字第 1297 号。

<sup>150</sup> 参见陆虞霖、史琦波：《索债欲爆煤气瓶维权不当苦自食》，《检察日报》2010 年 3 月 17 日，第 2 版。

行为结果非因行为人的行为所致，只要其主动且真诚为此努力的，即可减轻或免除其刑罚。<sup>151</sup>因此，要想获得犯罪中止的刑罚减免效果，并非一定要将此类行为认定为犯罪中止，完全可以在立法上参照刑法总则关于犯罪中止的规定，对危险犯设置一定条件的从宽处罚规定：危险状态出现后，行为人主动实施排除危险状态行为，并有效避免损害发生的，可免除处罚；未能避免损害发生的，可减轻处罚。

152

(2) 对实施侵犯人身自由犯罪后主动释放人质的，综合考虑其他情节作适度的减免规定。对于侵犯人身自由的犯罪，控制人质后主动释放的，因犯罪已既遂，同样不能认定为犯罪中止，又没有法定减轻或免除处罚的情节，很可能造成罪刑失衡，有必要将主动释放人质的情况规定为法定的减免刑事责任事由，以鼓励犯罪人及时放弃犯罪，保障人质的生命、身体安全。绑架罪是侵犯人身自由犯罪中最严重的，1997年刑法规定了较重的刑罚（法定最低刑为10年有期徒刑）。然而，相当一部分犯罪人在获取赎金后能及时放人，如果法定刑过高，又不在立法上给予一定的从宽事由，容易导致犯罪人选择杀害人质。于是最高人民法院通过司法解释的形式来尽量降低该罪的适用范围以期实现罪刑均衡，却在相当程度上背离了罪刑法定。例如，相关司法解释<sup>153</sup>将本来构成绑架罪的行为拟制为非法拘禁罪，在相当程度上可以说是为了贯彻罪刑相适应，但却违反了罪刑法定。同样，对绑架后主动释放人质的处理，也存在为了实现罪刑均衡而背离罪刑法定的问题。

绑架后主动释放人质的，域外许多国家或地区的刑法都将其作为减免刑事责任的情节加以规定，但我国刑法未见类似规定，而是在审判实践中将其作为一种酌定从宽情节加以考虑。由于我国《刑法修正案（七）》对绑架罪增设了“情节较轻的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金”，但仍偏重（域外刑法中绑架罪的法定最低刑通常为3年自由刑甚至更低），<sup>154</sup>因而审判实践对刑法第239条中的“情节较轻”进行了过度扩张解释以期更好地缓解绑架罪刑罚过重的问题：“情节较轻”可以表现为“主动释放人质”、“未对人质实施暴力”、“未勒索财物”、“亲属之间或事出有因”、“未造成严重后果”等多种情形。<sup>155</sup>但由于法无明文规定，如

<sup>151</sup> 参见徐久生、庄敬华译：《德国刑法典》（2002年修订），中国方正出版社2004年版，第149、159页。

<sup>152</sup> 参见徐光华：《排除危险状态行为之认定》，《河北法学》2009年第3期。

<sup>153</sup> 2000年7月13日最高人民法院《关于对索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》：“以索取赌债等法律不予保护的债务为目的而拘禁、扣押他人的，仅成立非法拘禁罪。”

<sup>154</sup> 关于绑架罪的法定最低刑，按德国刑法典第239条、日本刑法典第224条规定是3年自由刑；韩国刑法典第336条规定按抢劫罪处罚（3年自由刑）；瑞士刑法典第185条规定处重惩役（1-20年）是1年重惩役；俄罗斯联邦刑法典第126条规定是4年剥夺自由刑；加拿大刑事法典第279条仅规定最高可处无期徒刑，并无最低刑罚的限制。

<sup>155</sup> 参进程某某4为报复其舅父而绑架其表弟案，河南省焦作市中级人民法院（2000）焦刑终字第141号；张某某绑架案，江苏省淮安市中级人民法院[2004]淮刑一抗字第1号；方先平绑架案，浙江省桐庐县人民法院（2009）杭桐刑初字第66号；赵江游等绑架案，福建省泉州市中级人民法院（2009）泉刑终字第1140号；黄炳伍绑架案，陕西省黄陵县人民法院（2011）黄刑初字第44号。

何认定“情节较轻”存在偏差。同样是绑架后主动释放人质的，有的被判处10年有期徒刑；<sup>156</sup>有的被判处3年有期徒刑，再审又被免于刑事处罚；<sup>157</sup>还有的一审被判处11年有期徒刑，二审改判5年有期徒刑，再审被判处缓刑。<sup>158</sup>同一种情形，有的获得重刑，有的获得轻刑、缓刑甚至免除处罚，审判实践的做法并不一致甚至差异悬殊，虽然可能使具体个案实现罪刑均衡，但量刑跳跃的幅度太大，适用标准宽泛模糊，且即便在案件无加重情节下认定“绑架后主动释放人质”确属“情节较轻”，也应当至少被判处5年有期徒刑，对其适用缓刑或免于刑罚处罚也不免有违反罪刑法定原则之嫌。

现行立法对“情节较轻”的笼统规定，其不明确性可能会误导司法人员走向极端，将所有“主动释放人质”的绑架案都认定为“情节较轻”。为了维护罪刑法定的明确性，减少审判实践中出现的反复、偏差，应在立法上对绑架后主动释放人质的刑罚减免作专门规定。例如，我国台湾“刑法”对“掳人勒赎罪”就设有减刑特例，<sup>159</sup>并细化“绑架后主动释放人质”的具体情形，结合其他情节如是否勒索财物等，予以不同程度的减免，这一模式值得借鉴。同样，对其他侵犯人身自由的犯罪，如非法拘禁罪，拐卖妇女、儿童罪，罪后主动释放被害人的，可以参考域外相关规定，在立法上设立类似的刑罚减免规定，以避免严重后果，保护被害人安全。<sup>160</sup>

#### 4. 部分重罪减免需修正限制

部分罪后行为对刑事责任的减免幅度过大，明显违反罪刑法定、背离罪刑均衡，需要进一步修正。

(1) 对强奸罪的罪后减免应区分具体情形，从实体与程序两方面加以规范。之前司法解释将“先强奸后多次自愿发生性行为”拟制为无罪，主要是基于刑事政策和恢复性司法下刑事和解的考量。然而，强奸属于重罪，不惜违反罪刑法定给予如此从宽的处罚，其必要性何在？虽然该司法解释已被废止，但“一刀切”的做法并非明智之举。域外对强奸罪的相关罪后行为能否减免刑事责任，规定是

<sup>156</sup> 参见张锋绑架案，河南省南阳市宛城区人民法院(2010)南宛刑初字第117号。

<sup>157</sup> 参见李德新绑架案，四川省宜宾市中级人民法院(2008)宜中刑一终字第1号。

<sup>158</sup> 参见程某某绑架案，河南省焦作市中级人民法院(2000)焦刑终字第141号。

<sup>159</sup> “第347条第5项：犯第一项之罪（掳人勒赎罪），未经取赎而释放被害人者，（应当）减轻其刑；取赎后而释放被害人者，得（可以）减轻其刑”引自林山田：《刑法各罪论》（上）（修订5版），北京大学出版社2012年版，第364页。

<sup>160</sup> 例如，法国刑法典第224-1条（非法拘禁）第3款：“被拘留或被非法拘禁的人自其被扣留之日起未满7日之前，得到罪犯的自愿释放，罪犯所受之刑罚为5年监禁并科50万法郎罚金（一般情况下处20年徒刑），第224-2条（故意致受害人身体毁伤或永久性残疾；因拘留条件或者因缺乏食物或照管，造成受害人身体毁伤或永久性残疾；实行本罪之前或同时，实施酷刑或野蛮行为的，受害人随之死亡的）所指情况除外。”俄罗斯联邦刑法典第127条之一（贩卖人口）附注规定：“初次实施本条第1款或第2款第1项所规定行为的人，主动释放被害人并协助揭露所实施犯罪的，如果其行为不含有其他犯罪构成，则免除刑事责任。”以及我国台湾“刑法”第298条至第300条的“妨害自由罪”，于裁判宣告前，送回被掠诱人或指明所在地因而寻获者，得（可以）减轻。



较为慎重的，并不存在类似的刑罚减免甚至是拟制无罪的事由，但可能将强奸罪规定为亲告罪或者设定程序上的追诉阻却。比如美国《模范刑法典》（Model Penal Code）第 213.6 条适用于第 213 节的一般性规定（性犯罪）第 4 项规定，“被害人必须在犯罪行为发生之日起 3 个月内向公职机构告诉被指控的犯罪，否则不得提起或者维持对于本节所规定的犯罪的追诉”。<sup>161</sup>有学者认为，这种不走实体、走程序的做法，也许可以为寻找当前司法解释困境的出路参考借鉴，例如，在立法上将这种特殊情形的强奸罪规定为亲告罪，以避免直接除罪化所面临的违反刑法明文规定的窘境。<sup>162</sup>但美国这个规定已经名存实亡，“这种一刀切的做法，会导致那些由于害怕事情公开或因为受到犯罪人威胁等正当原因而没有及时提出控告的被害人得不到法律的保护，现在受《模范刑法典》影响的那六个州都先后废除了关于控告期限的规定”。<sup>163</sup>所以，问题症结不在于走实体还是程序，无论是拟制无罪还是规定为亲告罪，“一刀切”的做法都没有很好地考虑到强奸罪本身的罪行轻重和司法实践可能面临的实际情况。因此，建议在立法上对强奸罪的减免区分具体情形，并实体结合程序：被害人具有完全民事行为能力，表示对犯罪人谅解并经法院确认生效的，可以减轻或者免除处罚。<sup>164</sup>

（2）“战时缓刑”撤销原判、拟制出罪的规定并不合理，建议构建犯罪记录查询制度。“战时缓刑”在本质上是一种“消除犯罪记录的缓刑”<sup>165</sup>，该项制度源于法国及比利时，因迎合了刑罚轻缓化、社区矫正等观点得到了一定的发展。但由于我国现有刑法体系与国外立法的差异，此类缓刑模式会产生严重的结构失衡和逻辑缺陷，建议取消该规定，在立法上借鉴现有的青少年犯罪记录封存制度并加以改进，除刑事判决及公共利益的需求之外，其他需求（如就业、考试）的犯罪记录查询都应被拒绝。<sup>166</sup>也有学者试图从军事刑法的角度证明该规定的合理性：

<sup>161</sup> [美] 美国法学会编：《美国模范刑法典及其评注》，刘仁文、王炜等译，法律出版社 2005 年版，第 147 页。

<sup>162</sup> 参见秦晓：《“先强奸后自愿发生性行为”除罪化的困境及其出路》，《湖南公安高等专科学校学报》2009 年第 2 期。

<sup>163</sup> 刘士心：《美国刑法各论原理》，人民出版社 2015 年版，第 157 页。

<sup>164</sup> 董晓松：《一个司法解释的困境与出路——“先强奸后通奸不宜以强奸罪论处”的再审视》，《吉林省教育学院学报》2007 年第 4 期。之所以强调须经法院确认，是因为对于较为严重的刑事犯罪案件，司法机关本身就居于主动地位，其实质性审查必不可少，而且个案中的和解并不一定表明加害人就不再危害其他社会个体，还需要国家司法机关的介入，对被害人基于其刑事事实处分权提出的和解请求进行审查，然后根据案件的实际情况作出认可与否的判断。参见于志刚：《论刑事和解视野中的犯罪客体价值——对误入歧途的刑事和解制度的批判》，《现代法学》2009 年第 1 期。

<sup>165</sup> “对于犯一定罪行的犯罪人定罪量刑并加以宣告，同时宣布在一定时间内暂缓执行刑罚，犯罪人在暂缓执行刑罚的考验期内，如果没有出现应当撤销缓刑的情形，原判丧失效力，视为自始没有宣告刑罚，犯罪人的法律地位与没有犯过罪的人相同。”引自左坚卫：《缓刑制度比较研究》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 30 页。

<sup>166</sup> 参见于志刚：《关于增设消除犯罪记录型缓刑之立法建议的置疑》，《山东警察学院学报》2010 年第 2 期。在我国采取消除犯罪记录型缓刑会产生诸多问题：实体上，过度的从宽处罚会导致刑罚体系显失公平；程序上，原判决的撤销会导致再审程序无法进行，如果发现犯罪人缓刑考验期内再犯新罪，在逻辑上将无法撤销缓刑和执行原判刑罚。

“军事刑法与普通刑法在价值取向上迥然不同，特殊情况下允许军人戴罪立功，化消极因素为积极因素。”<sup>167</sup>从行为无价值的立场来看，设置缓刑的目的在于促使没有再犯危险的犯罪人主动悔罪、认真改造，从而赋予其原判刑罚不再执行的奖励，但由于已经实施了犯罪，理应受到来自刑法的非难，故没理由作进一步的宽大处理即宣告原判决失效。即便是较为特殊的军人犯罪，考虑到情境的特殊性和所立功劳对国家、社会的积极意义，确实应当予以大幅度的从宽处理，也不应撤销原判决，使已经宣告的罪刑视为至始不存在，这是对已有犯罪构成理论的否定、冲击。笔者认为，对“战时缓刑”，不应该也没有必要撤销原判决，通过封存犯罪记录、限制查询，同样可以达到使犯罪军人复归社会的效果。

---

<sup>167</sup> 冉巨火：《军事刑法何以特殊》，《中国刑事法杂志》2010年第9期。

## 参考文献

## 著作类:

- 1、董晓松:《事后行为论》,法律出版社 2011 年版。
- 2、左坚卫:《缓刑制度比较研究》,中国人民公安大学出版社 2004 年版。
- 3、张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社 2011 年版。
- 4、黄风译:《最新意大利刑法典》,法律出版社 2007 年版。
- 5、中国政法大学澳门研究中心、澳门政府法律翻译办公室编:《澳门刑法典-澳门刑事诉讼法典》,澳门政府法律翻译办公室译,法律出版社 1997 年版。
- 6、储槐植、江湖:《美国刑法》(第 4 版),北京大学出版社 2012 版。
- 7、黄道秀译:《俄罗斯联邦刑法典》,北京大学出版社 2008 年。
- 8、许玉秀编:《新学林分科六法:刑法》,新学林出版股份有限公司 2012 年版。
- 9、黎其武:《量刑公正论》,法律出版社 2011 年版。
- 10、王恩海:《刑罚差异性研究》,上海人民出版社 2008 年版。
- 11、赵秉志主编、赵国强副主编:《中国内地与澳门刑法总则之比较研究》,澳门基金会 2000 年版。
- 12、冯军译:《德国刑法典》,中国政法大学出版社 2000 年版。
- 13、徐久生、庄敬华译:《德国刑法典》(2002 年修订),中国方正出版社 2004 年版。
- 14、刘士心:《美国刑法各论原理》,人民出版社 2015 年版。
- 15、石经海:《量刑个别化的基本原理》,法律出版社 2010 年版。
- 16、夏勇:《定罪与犯罪构成》,中国人民公安大学出版社 2009 年版。
- 17、陈兴良:《刑法的知识转型:学术史:an intellectual history》,中国人民大学出版社 2012 年版。
- 18、罗结珍译:《法国刑法典》,中国人民公安大学出版社 1995 年第 1 版。
- 19、高铭暄、马克昌:《刑法学》(第 5 版),北京大学出版社、高等教育出版社 2011 年版。
- 20、林山田:《刑法各罪论》(上)(修订 5 版),北京大学出版社 2012 年版。
- 21、[德] C·Roxin:《刑法中的责任和预防》,宫泽浩一监译,成文堂 1984 年版。
- 22、[日] 西田典之:《刑法各论》(第六版),弘文堂 2012 年版。
- 23、[俄] Н·Ф·库兹涅佐娃、И·М·佳日科娃主编:《俄罗斯刑法教程(总论)》(下卷),黄道秀译,中国法制出版社 2002 年版。
- 24、[日] 城下裕二:《量刑基准的研究》,成文堂 1995 年版。
- 25、[美] 美国法学会编:《美国模范刑法典及其评注》,刘仁文、王炜等译,法律出版社 2005 年版。
- 26、[德] 克劳斯 罗克辛著:《德国刑法学总论》(第 1 卷),王世洲译,法律出版社 2005 年版。

**论文集类：**

- 1、尚晓阳：“周标受贿案 [第 1017 号]”，最高人民法院刑事审判一至五庭主办：《刑事审判参考·总第 99 集》，法律出版社 2015 年版。
- 2、白建军：“犯罪定义学的理论方法与实证刑法学”，梁根林主编：《刑法方法论》（全国中青年刑法学者专题研讨会文集），北京大学出版社 2006 年版。
- 3、曾赞：“风险评估技术在刑事司法领域中的应用”，陈兴良主编：《刑事法评论》（第 32 卷），北京大学出版社 2013 年版。
- 4、赵廷光：“罪刑均衡论的兴衰与罪责刑均衡论的确立”，武小凤编著：《刑事责任专题整理》，中国人民公安大学出版社 2007 年版。
- 5、张旭：“免除刑事责任探析”，武小凤编著：《刑事责任专题整理》，中国人民公安大学出版社 2007 年版。

**期刊类：**

- 1、张明楷：《论同种数罪的并罚》，《法学》2011 年第 1 期。
- 2、郭小亮、朱炜：《盗窃后处分财物行为的刑法评价——基于不可罚的事后行为之考察》，《中国刑事法杂志》2014 年第 3 期。
- 3、贾学胜：《事后不可罚行为研究》，《现代法学》2011 年第 5 期。
- 4、陈国庆、韩耀元、吴峤滨：《〈关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉理解与适用》，《人民检察》2010 年第 2 期。
- 5、刘荣：《刑事政策视野下的逃税罪》，《刑事法杂志》2010 年第 12 期。
- 6、许明华、傅登平：《先强奸后通奸应以强奸罪论处》，《现代法学》1985 年第 3 期。
- 7、王利荣：《划分盗窃犯罪圈的基本规律》，《现代法学》2011 年第 4 期。
- 8、刘为波：《〈关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见〉的理解与适用》，《人民司法》2007 年第 5 期。
- 9、王树茂：《论我国战时特别缓刑制度的立法完善》，《法学杂志》2008 年第 4 期。
- 10、刘为波：《〈关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法》2011 年第 5 期。
- 11、喻海松：《〈关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法》2013 年第 7 期。
- 12、孙佑海：《明确环境司法依据，从严打击环境犯罪——关于〈最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释〉的解读》，《环境保护》2013 年第 15 期。
- 13、劳东燕：《交通肇事逃逸的相关问题研究》，《法学》2013 年第 6 期。
- 14、胡云腾、刘树德：《刑法若干条款罪数形态之分析》，《现代法学》2005 年第 5 期。
- 15、孙军工：《〈关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法》2000 年第 10 期。

- 16、刘明祥：《“盗窃信用卡并使用”的含义解析与司法认定》，《中国法学》2010年第1期。
- 17、古加锦：《金融诈骗罪的罪数形态探析》，《政治与法律》2014年第2期。
- 18、赵秉志、许成磊：《盗窃信用卡并使用行为的定性分析与司法适用》，《浙江社会科学》2000年第6期。
- 19、邵维国：《论虚开增值税专用发票犯罪的罪数形态》，《福建法学》2003年第2期。
- 20、谢望原、郭立锋：《虚开增值税专用发票罪若干疑难问题探析》，《山东审判》2002年第5期。
- 21、陈兴良：《刑法竞合论》，《法商研究》2006年第2期。
- 22、张天虹：《论提供虚假证明文件罪》，《山西大学学报》（哲学社会科学版）2003年第3期。
- 23、张明楷：《绑架罪中“杀害被绑架人”研究》，《法学评论》2006年第3期。
- 24、肖中华：《论转化犯》，《浙江社会科学》2000年第3期。
- 25、杜国强：《挪用公款不退还的司法适用》，《国家检察官学院学报》2002年第6期。
- 26、刘士心：《论刑法中的事后危害行为》，《北华大学学报》（社会科学版）2004年第3期。
- 27、何荣功：《“行贿与受贿并重惩罚”的法治逻辑悖论》，《法学》2015年第10期。
- 28、姜涛：《废除行贿罪之思考》，《法商研究》2015年第3期。
- 29、孙国祥：《我国惩治贪污贿赂犯罪刑事政策模式的应然选择》，《法商研究》2010年第5期。
- 30、任磊：《收受财物后退交行为的理性审视——以经济成本分析为视角》，《中国政法大学学报》2014年第5期。
- 31、汤新祥：《购买并使用假币等数行为具体应用法律问题解析》，《九江职业技术学院学报》2006年第3期。
- 32、阮齐林：《绑架罪的法定刑对绑架罪认定的制约》，《法学研究》2002年第2期。
- 33、李建明：《收受他人财物后退还或者上交对受贿罪构成的影响》，《人民检察》2007年第16期。
- 34、黎宏：《论交通肇事罪的若干问题——以最高人民法院有关司法解释为中心》，《法律科学（西北政法学院学报）》2003年第4期。
- 35、秦晓：《“先强奸后自愿发生性行为”除罪化的困境及其出路》，《湖南公安高等专科学校学报》2009年第2期。
- 36、张明楷：《论影响责任刑的情节》，《清华法学》2015年第2期。
- 37、周光权：《行为无价值论与积极一般预防》，《南京师大学报》（社会科学版）2015年第1期。
- 38、张建升、阮齐林、张远煌、张军、张敬博、徐伯黎：《职务犯罪的刑罚与轻刑化的遏制》，《人民检察》2010年第17期。
- 39、陆达新、胡彬：《渎职侵权犯罪轻刑化研究》，《犯罪研究》2012年第2期。

- 40、高铭暄、张海梅：《论赔偿损失对刑事责任的影响》，《现代法学》2014年第4期。
- 41、张明楷：《新刑法与并合主义》，《中国社会科学》2000年第1期。
- 42、赵永红：《论人身危险性在刑法中的定位》，《法学评论》2002年第2期。
- 43、张明楷：《逃税罪的处罚阻却事由》，《法律适用》2011年第8期。
- 44、贾学胜：《事后不可罚行为研究》，《现代法学》2011年第5期。
- 45、王俊平：《转化犯及相关立法研究》，《河南省政法管理干部学院学报》2002年第1期。
- 46、张小虎：《论牵连犯的典型界标》，《中国刑事法杂志》2013年第5期。
- 47、黄河：《论“交通运输肇事后逃逸”的罪名化》，《政治与法律》2005年第4期。
- 48、李朝晖：《交通肇事后逃逸行为独立犯罪化刍议》，《郑州大学学报》（哲学社会科学版）2007年第4期。
- 49、王文华、刘宏武：《“赔偿损失”对刑事责任的影响——兼论我国〈刑法〉中“赔偿损失”的类型化研究》，《法学杂志》2014年第1期。
- 50、周帆、张冬霞：《绑架罪之法定刑分析——兼论〈刑法修正案（七）〉对绑架罪的修改》，《中国人民公安大学学报》（社会科学版）2009年第2期。
- 51、刘东根：《犯罪被害人地位的变迁及我国刑事立法的完善》，《中国人民公安大学学报》（社会科学版）2007年第2期。
- 52、王春业：《试论“判前赔偿减刑制”》，《安徽警官职业学院学报》2009年第2期。
- 53、李锡海：《财产犯罪类型、特点及其控制》，《江苏警官学院学报》2009年第5期。
- 54、阮齐林：《论盗窃与抢夺界分的实益、倾向和标准》，《当代法学》2013年第1期。
- 55、张明楷：《刑事立法的发展方向》，《中国法学》2006年第4期。
- 56、张明楷：《受贿罪中收受财物后及时退交的问题分析》，《法学》2012年第4期。
- 57、孙军工：《正确适用法律、严惩交通肇事犯罪——〈关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法》2000年第12期。
- 58、侯国云：《交通肇事罪司法解释缺陷分析》，《法学》2002年第7期。
- 59、卢勇：《赔偿能力作为交通肇事罪定罪要件值得商榷》，《贵州民族学院学报》（哲学社会科学版）2007年第3期。
- 60、陈荣飞、秦志远：《酌定情节法定化的理据与路径》，《理论探索》2011年第1期。
- 61、郑丽萍：《轻罪重罪之法定界分》，《中国法学》2013年第2期。
- 62、刘明祥：《论危险犯的既遂、未遂与中止》，《中国法学》2005年第6期。
- 63、徐光华：《排除危险状态行为之认定》，《河北法学》2009年第3期。
- 64、董晓松：《一个司法解释的困境与出路——“先强奸后通奸不宜以强奸罪论处”的再审视》，《吉林省教育学院学报》2007年第4期。
- 65、于志刚：《论刑事和解视野中的犯罪客体价值——对误入歧途的刑事和解制度的批判》，《现代法学》2009年第1期。
- 66、于志刚：《关于增设消除犯罪记录型缓刑之立法建议的置疑》，《山东警察学院学报》2010年第2期。
- 67、冉巨火：《军事刑法何以特殊》，《中国刑事法杂志》2010年第9期。

- 68、张明楷：《论犯罪后的态度对量刑的影响》，《法学杂志》2015年第2期。
- 69、林竹静、徐鹏：《论罪后情节》，《中国刑事法杂志》2004年第3期。
- 70、游伟、陆建红：《人身危险性在我国刑法中的功能定位》，《法学研究》2004年第4期。
- 71、张明楷：《刑法学者如何为削减死刑作贡献》，《当代法学》2005年第1期。
- 72、王良顺：《论量刑根据——兼及刑法第61条的立法完善》，《法学家》2009年第5期。
- 73、Durham, Alexis M. "Justice in sentencing: The role of prior record of criminal involvement." *Journal of Criminal Law and Criminology* (1987).
- 74、Mary M. Cheh, "Constitution Limits on Using Civil Remedies to Achieve Criminal Law Objectives: Understanding and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction", 42 *Hastings L.J.*(1991).
- 75、Bjerk, David. "Making the crime fit the penalty: the role of prosecutorial discretion under mandatory minimum sentencing." *Journal of Law and Economics* 48.2 (2005).
- 76、Sentencing Guidelines Council 2007; New South Wales Sentencing Council 2009; Law Reform Commission of New Zealand 2008.
- 77、Julian V. Roberts & Ben Bradford, "Sentence Reductions for a Guilty Plea in England and Wales: Exploring New Empirical Trends." *Journal of Empirical Legal Studies* 12.2 (2015).
- 78、Albonetti C. A., "Sentencing under the Federal Sentencing Guidelines: Effects of Defendant Characteristics, Guilty Pleas, and Departures on Sentence Outcomes for Drug Offenses, 1991-1992," *Law & Society Review*, 31(1997).
- 79、Joanna Shepherd, "Blakely's Silver Lining: Sentencing Guidelines, Judicial Discretion, and Crime," *Hastings Law Journal*, 58(February 2007).

#### 学位论文类：

- 1、韩金柱：《货币犯罪研究》，吉林大学2004年博士学位论文。
- 2、杜雪晶：《中国非刑罚化论纲》，吉林大学2005年博士学位论文。
- 3、李丽涓：《事后行为的出罪功能及其限制》，中国政法大学2011年硕士学位论文。
- 4、张鹏翀：《事后行为研究》，南昌大学2011年硕士学位论文。
- 5、郑莹：《可罚事后行为研究》，南昌大学2013年硕士学位论文。
- 6、杨璇：《刑事附带民事诉讼案件执行问题的研究》，湖南师范大学2014年硕士学位论文。
- 7、柴静：《遂后行为研究》，吉林大学2005年硕士学位论文。

#### 网络文献类：

- 1、张鑫（责任编辑）：《收买被拐卖妇女者不应免责》，资料来源：法制网 [http://www.legaldaily.com.cn/index\\_article/content/2015-08/26/content\\_6238673.htm?node=5955](http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2015-08/26/content_6238673.htm?node=5955)，访问日期：2015年9月5日。
- 2、白宇（责任编辑）：《讨论刑九修改：收买被拐卖妇女不可“免除处罚”》，资料来源：

中国人大新闻网 <http://npc.people.com.cn/n/2015/0826/c14576-27516132.html>, 访问日期: 2015年9月5日。

3、The Bribery Act 2010, 资料来源: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>, 访问日期: 2015年5月28日。

### 报刊类:

1、刘丽、岳振:《自动铲除所种罂粟为什么不能免刑责》,《检察日报》2009年8月1日,第3版。

2、雷成:《“善良绑匪”被判6年引争议》,《中国青年报》2007年6月6日。

3、宋伟、马巧丽:《反渎职侵权,依法严惩“枉法庸官”》,《人民日报》2009年12月30日,第017版。

4、高立勇:《从一起案例看故意犯罪的完成形态》,《检察日报》2010年10月12日,第3版。

5、陆虞霖、史琦波:《索债欲爆煤气瓶维权不当苦自食》,《检察日报》2010年3月17日,第2版。

6、杨良胜等:《努力发挥刑事附带民事诉讼制度价值功能——安徽马鞍山中院关于刑事附带民事诉讼案件疑难问题的调研报告》,《人民法院报》2015年9月10日,第008版。



## 致 谢

三年光阴飞逝，又到了离别的季节，怀念曾在江财度过的点点滴滴，更感恩学校的培育。

拙稿成文之际，我要衷心感谢我的导师徐光华教授。在本文选题、定题、撰写、修改完善等各个环节和过程中，老师都多方面地给了我悉心的指导。在这三年的研究生学习阶段，更是感恩于老师的栽培，使我在对学术的研究上摆脱了“门外汉”的懵懂并小有所获。徐老师学术精专、注重实践，一切以数据说话，他严谨认真的工作作风和优秀突出的科研能力让我印象深刻并由衷敬佩！

三年的学习和生活时光离不开各位老师、同学的身影，感谢所有老师在这三年里授予我的专业知识和做人、做事的哲理，感谢同窗学友们的相助与陪伴！在开题答辩时，答辩组的老师提出了许多宝贵的建议，扩宽了我的成文思路，受益匪浅，再次感谢。此次撰写论文仍让我深感自己平时的阅读太有限，尤其是相关的外文资料，感谢同学帮助检索，减轻了我的忧虑，在排版校稿上，我们互帮互助，更激发和体现了团结意识。

最后，辛苦论文评审委员会的各位老师们在百忙之中对本文予以指正，我衷心感谢，表上敬意！