

区分即成犯、状态犯与继续犯的再审视

陈洪兵

(南京师范大学法学院, 江苏南京, 210046)

摘要: 属于何种犯罪形态, 主要关系到共犯、罪数的认定与追诉时效起算时间的确定。区分即成犯与状态犯仅具有观念上的意义, 而区分状态犯与继续犯则具有重要的现实意义。属于何种犯罪形态, 背后的规范性考量还是法益的保护。值得持续地肯定构成要件符合性的, 属于继续犯, 否则属于状态犯或即成犯。典型继续犯有非法拘禁罪、不真正不作为犯、持有型犯罪、危险驾驶罪、非法侵入住宅罪。重婚罪、绑架罪、收买被拐卖的妇女、儿童罪、拐骗儿童罪属于状态犯而不是继续犯, 拐卖妇女、儿童罪不属于继续犯而是即成犯。窝藏罪、赃物犯罪属于何种犯罪形态应根据行为表现具体确定。

关键词: 即成犯; 状态犯; 继续犯; 法益

中图分类号: D914

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2012)03-0075-07

一、区分的意义

根据犯罪既遂时期、终了时期、法益侵害状态及构成要件符合性之间的关系, 刑法理论通常对具体犯罪进行即成犯、状态犯与继续犯的归类。一般来说, 即成犯是指随着法益侵害结果的发生, 犯罪即成立而且同时终了的犯罪。杀人罪、放火罪等大多数犯罪都是即成犯。继续犯(也称持续犯)是指随着法益侵害结果的发生, 犯罪便既遂, 但其后不法行为与不法状态仍然处于持续状态的犯罪。逮捕监禁罪(即非法拘禁罪)与不保护罪(即遗弃罪)是其适例。状态犯是指随着法益侵害结果的发生, 犯罪便终了, 但法益侵害的状态仍在持续的犯罪。盗窃罪与伤害罪是其适例。^{[1](55)}

对犯罪进行分类一定是服务于某种目的, 否则就纯属学者们的游戏。刑法理论通常认为进行这种区分具有如下理论意义:

第一, 犯罪实施期间出现新法或刑罚变更时会存在适用新法还是旧法的不同。^{[2](131)}我国相关司法解释也肯定了这一立场。例如, 1997年10月6日最高人民检察院《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》指出, 如果当时的法律不认为是犯罪, 修订刑法认为是犯罪的, 适用当时的法律; 但行为连续或者继续到1997年10月1日以后的, 对10

月1日以后构成犯罪的行为适用修订刑法追究刑事责任。学界均认为这里的“继续到”指的是继续犯的情形, 即假定行为人从旧法实施期间非法拘禁他人一直持续到新法生效之后, 则可以适用新法一并追诉。本来, 新法原则上没有溯及既往的效力, 但继续犯可能适用新法而排斥旧法的适用。

但是, 以前不受惩处的情形, 即便是继续犯也并不当地适用新法而追究责任。例如, 刑法理论一般认为持有型犯罪属于继续犯。^[3]《刑法修正案(八)》增设了持有伪造的发票罪作为第210条之一。假定行为人在该修正案通过之前一直在家中藏有大量伪造的发票, 修正案通过之后, 行为人虽然知道持有伪造的发票的行为已经入罪, 但由于本人从该修正案通过之前(2011年2月25日之前)直至生效之后(2011年5月1日之后)一直处于被非法拘禁的状态, 而无法消除非法持有伪造的发票这种状态。行为人虽然已经意识到非法持有伪造的发票是犯罪, 但没有消除非法持有状态的可能性, 根据责任主义原则, 还是没有适用新法的可能性。因此, 所谓继续犯可能适用新法, 其实不过是可以根据刑法评价新法生效之后的符合犯罪构成的行为, 并非能够以新法评价生效之前的行为。^{[4](29)}

第二, 涉及不可罚的事后行为问题。理论上通常认为, 状态犯完成后, 在法益侵害状态持续期间, 只要是在该构成要件已经完全评价的范围内, 不另外构成犯罪。例如, 盗窃财物后加以毁坏、抛弃的, 不在

收稿日期: 2012-02-22; 修回日期: 2012-03-16

基金项目: 江苏高校优势学科建设工程资助项目

作者简介: 陈洪兵(1970-), 男, 湖北荆门人, 法学博士, 南京师范大学法学院副教授, 主要研究方向: 刑法解释学研究。

盗窃罪之外构成故意毁坏财物罪。这就是理论上所称的不可罚的事后行为(即共罚的事后行为)。但是事后行为若超出构成要件预定的范围,侵害了新的法益,则仍有另外定罪的可能性。例如,盗窃他人银行存折后到银行柜台取款,则在盗窃罪之外因为侵害了新的法益而另外构成诈骗罪。^{[5](131)}事后行为能否进行单独评价,与属于何种犯罪形态并没有关系,而是取决于是否实施了新的行为、侵害了新的法益,是否已由前行为所符合的构成要件进行了充分的评价,以及是否存在期待可能性等方面。例如,盗窃之后窝藏赃物,之所以不另外成立赃物犯罪,是因为缺乏期待可能性。盗窃之后加以毁坏,是因为法益侵害事实已由盗窃罪进行了包括性评价,没有侵害新的法益。但如果十六周岁生日这一天进行盗窃,因未达到刑事法定责任年龄而不成立盗窃罪,若生日过后第二天加以毁坏的,无疑符合故意毁坏财物罪构成要件。因为,先前盗窃行为(符合盗窃罪的客观违法构成要件)没有对法益侵害事实进行评价。不知是枪支而盗窃,之后予以藏匿的,是因为在侵害财产权之外,藏匿枪支的行为还对公共安全形成了抽象性危险,尽管期待可能性也较低,但为了有效保护法益,还是可能在盗窃罪之外另外评价非法持有枪支罪。又如,理论上一般认为杀人罪是典型的即成犯,而且认为杀人后碎尸的,不另定侮辱尸体罪。但是,尸体的尊严显然不同于活人的生命法益。从有效保护法益角度考虑,杀人后碎尸的,应当数罪并罚。

第三,涉及能否进行正当防卫的问题。理论上通常认为,在状态犯的场合,由于犯罪终了后仅仅是法益侵害状态的继续,因而不能进行正当防卫;而在继续犯的场合,由于实行行为在继续,犯罪并未终了,因而有实施正当防卫的可能。^{[2](131)}但是,进行正当防卫的前提并非必须存在该当构成要件的行为,只要具有防卫的紧迫性、挽救法益的可能性,就能进行正当防卫。这样不仅继续犯,对于状态犯也可能进行正当防卫。^{[6](105)}例如,盗窃犯刚离开现场,虽然已经既遂,之后仅仅是法益侵害状态的持续,但理论上公认,只要还存在及时挽回法益的可能性,仍有成立正当防卫的可能。同样,虽然一般认为伤害罪是状态犯,但在已经造成伤害结果(如受伤流血,被害人正忍受着剧痛),被害人本人或者其他实施正当防卫逼迫加害人救助法益(如强迫送医)也是可能的。

第四,涉及何时开始计算追诉时效的问题。刑法理论公认,属于何种犯罪形态,直接关系到从何时开始计算追诉时效。^{[7](158)}我国刑法第89条第1款后段规定:“犯罪行为有连续或者继续状态的,从犯罪行为

终了之日起计算。”理论通说认为,这是关于连续犯和继续犯的规定,继续犯的追诉时效从犯罪行为终了之日起计算。例如,非法拘禁罪的追诉时效从结束非法拘禁状态(即被拘禁人重获自由)之日起计算。^{[8](315)}又如,如果认为重婚罪是继续犯,则意味着追诉时效从结束重婚状态而不是从重婚之日起计算。重婚罪法定最高刑为二年,追诉时效为五年。若坚持认为重婚罪是继续犯,则意味着即便已经重婚三十年(已经抱上了孙子)也没有超过追诉时效。还如,若认为收买被拐卖的儿童罪(法定最高刑为三年)与拐骗儿童罪(法定最高刑为十年)是继续犯,则意味着只要被拐卖、拐骗的儿童不被解救,则追诉时效就一直不能开始起算。相反,若认为重婚罪、收买被拐卖的妇女、儿童罪、拐骗儿童罪是状态犯或者即成犯,则追诉时效从重婚、收买、拐骗之日起开始计算。因此,犯罪形态的确定对于追诉时效的计算具有重要现实意义。

第五,涉及到罪数认定的问题。例如,理论通说认为,非法拘禁罪是典型的继续犯,犯罪既遂之后,因为犯罪的实行行为还处于继续中,而仅成立非法拘禁罪一罪。^{[9](175-176)}又如,如果认为拐骗儿童罪是继续犯,则拐骗儿童后非法剥夺儿童自由的,不另外成立非法拘禁罪。相反,若认为拐骗儿童罪是状态犯,则因为拐骗者实施了新的行为,侵害了新的法益,应当以非法拘禁罪与拐骗儿童罪数罪并罚。再如,若认为绑架罪是继续犯,则绑架之后继续非法剥夺自由的,不另外成立非法拘禁罪。相反,若认为属于状态犯,则应以非法拘禁罪与绑架罪数罪并罚。可见,属于何种犯罪形态直接关系到罪数的认定。

第六,涉及到共犯的认定。例如,理论通说认为,对于非法拘禁罪这种典型的继续犯,将他人关押在某一场所,只要不释放他人,该当构成要件的行为便尚未终了,只要行为尚未终了,如果其他人在这期间参与了犯罪,则可成立非法拘禁罪的共犯。^{[10](86)}又如,若认为收买被拐卖的妇女、儿童罪与拐骗儿童罪是继续犯,则收买、拐骗之后参与抚养的,构成收买被拐卖的妇女、儿童罪与拐骗儿童罪的共犯。相反,若认为属于即成犯或者状态犯,则不成立上述犯罪的共犯,对被拐卖人、被拐骗人存在非法剥夺自由行为的,单独成立非法拘禁罪。再如,若认为重婚罪是继续犯,则在他人重婚之后劝说他人继续保持重婚状态的,有成立重婚罪帮助犯的余地。反之,若认为属于状态犯,则没有成立重婚罪共犯的余地。还如,若认为绑架罪是继续犯,则在他人绑架人质后参与看管人质的,成立绑架罪的共犯。反之,若认为属于状态犯或者即成犯,则只能单独成立非法拘禁罪。可见,属于何种犯

罪形态，对于确定共犯的成立范围具有重要意义。

综上，虽然理论上认为属于何种犯罪形态关系到新法的适用、不可罚的事后行为、正当防卫、罪数、共犯与追诉时效等的认定处理，但主要涉及到的还是罪数、共犯及追诉时效的认定处理。正确确定犯罪形态具有重要的现实意义。

二、如何区分

德国学者一般仅区分状态犯(Zustandsdelikte)与继续犯(Dauerdelikte)，而日本学者与我国学者则区分即成犯、状态犯与继续犯。^{[11](330)}

关于即成犯的概念，代表性的观点有：①“即成犯，是指犯罪行为实行终了，犯罪即行完成的犯罪形态。它有两种情况：一是犯罪实行终了，犯罪既遂成立，没有不法状态继续的犯罪，例如，杀人罪。二是犯罪实行终了，仍有不法状态继续的犯罪，例如，盗窃罪。也有学者认为，第一种是即成犯，第二种是状态犯。我们认为，从犯罪行为实行终了，犯罪即行完成这一特征来看，状态犯也是具备的，所以将它作为即成犯的两种情况之一，更符合实际。”^{[12](184-185)}②“由于一定法益之侵害或侵害危险之发生，犯罪即行完成，或同时终了之犯罪类型。例如放火罪、杀人罪，刑法上大部分犯罪属于即成犯。”^{[13](76)}③“即成犯是指犯罪与法益的侵害同时结束。杀人罪就是典型的即成犯，一旦发生杀害了他人这一结果，由于不可能再一次杀害，其时犯罪也便终了。”^{[10](85)}④“即成犯，是指一旦发生法益侵害结果，犯罪便同时终了，犯罪一终了法益就同时消灭的情况。故意杀人罪便是如此。”^{[14](171)}

关于状态犯的概念，代表性的观点有：①“所谓的状态犯，是指犯罪既遂以后，实行行为所导致的不法状态处于持续之中的犯罪形态。”^{[15](388)}②“情况犯(Zustandsdelikte或译状态犯)是指，特定情况的引发，犯罪就已结束。犯罪是否已经结束，与行为人的意志不再有关系，犯罪状态不能被持续地实现。刑法所规定的犯罪类型，大多属于情况犯，例如：杀人、伤害、毁损、重婚。杀人后，被害人死亡，犯罪状态即已结束，行为人不可能对于一个死人，持续再加以伤害；犯罪人意志不能左右犯罪状态是否持续。重婚者虽然持续利用自己所制造的违法情况，但无须反复实施重婚行为。至于窃盗，行为人将窃取的物品放回原处，已经无改财产监督权一度被侵犯的状态，所以窃盗是情况犯。”^{[16](49)}③“人们用状态犯这一概念来表示这样一些随着造成一种确定的状态(通常是结果犯意义

上的结果)而结束的构成行为，也就是说，对这种状态不能也不需要通过行为人来维持。经典的例子是杀人罪，但是，还有身体伤害和毁坏财产。人们还应当将重婚罪或者伪造身份这些行为过程计算在状态犯之中。虽然行为人在这里继续利用自己创设的这个状态，但是在这里并不存在经常重复的重婚性结婚，并且在大多数案件中，也不存在对一次性完成的伪造身份的重复情况。”^{[11](330)}④“对某种法益实施侵害之后，犯罪即告结束，但之后，由于行为人的干预，使对法益的不法侵害处于继续状态，但这种状态并不构成新的犯罪的情况，盗窃罪就是适例。犯人在盗窃取财之后，即便又实施运输、损坏、消费、销赃等行为，这种行为只要是在当初的犯罪构成要件所预定的范围之内，就不构成新的犯罪。”^{[17](128)}⑤“状态犯，是指一旦发生法益侵害结果，犯罪便同时终了，但法益受侵害的状态仍在持续的情况。如盗窃罪。”^{[7](158)}

关于继续犯的概念，代表性的观点有：①“所谓继续犯，亦称持续犯，是指犯罪行为自着手实行之时直至其构成既遂，且通常在既遂之后至犯罪行为终了的一定时间内该犯罪行为及其所引起的不法状态同时处于持续过程中的犯罪形态。”^{[18](123)}②“继续犯是指违法行为着手实施后，在停止之前持续地侵害同一客体的犯罪……有人认为，继续犯的本质特征，是行为与不法状态同时继续，如通说就是持这种观点……所以，不能把非法拘禁行为对客体侵害的继续等同于非法拘禁行为本身的继续。”^{[19](145)}③“继续犯，是指实行行为以及法益侵害状态在一定时间内一直处于持续状态的情形。如非法拘禁罪，行为人采取一定的非法方法将他人的人身自由予以剥夺后，其犯罪行为在释放被害人之前的时间内一直处于持续状态。此外，绑架罪、重婚罪、遗弃罪、非法持有毒品罪等也属于继续犯。”^[20]④继续犯则比如像刑法第22条的监禁罪这样的，由于发生了法益侵害等结果，犯罪就成立了，在法益侵害等结果持续期间，犯罪也持续地成立着……继续犯在法益侵害等的结果持续期间持续地成立，这是因为持续地肯定了引起了属于构成要件要素的法益侵害等的结果(由于具备了同等的侵害性)，从而持续地肯定了构成要件该当性(构成要件该当性的继续或持续的更新)。^{[21](47-48)}⑤“继续犯，是指在法益侵害的持续期间，实行行为或者构成要件符合性也在持续的情况。危险驾驶罪与非法拘禁罪是其适例。”^{[14](171)}

如何区分即成犯、状态犯与继续犯，其实需要回答4个问题：①应否严格区分即成犯与状态犯？②状态犯是否必须存在法益侵害状态的持续？③继续犯的本质特征是否在于行为与不法状态同时在持续，或者

说持续的是行为还是行为的效果?④区分三种形态的规范性考量是什么?

首先, 应否区分即成犯与状态犯? 日本刑法理论区分即成犯与状态犯, 而德国刑法理论中只有状态犯与继续犯的区分, 认为即成犯是能够被状态犯所包含的一种构成要件类型。^{[22](144)}不过, 日本学者山口厚指出, “由于即成犯与状态犯无论何者都是由于法益侵害的发生而导致犯罪的成立并且终了, 在此之后不过是法益侵害状态在继续, 在这些点上都是共通的, 所以两者在概念上加以区分的意义、并且这种区分是否可能, 都是有疑问的。”^{[21](48)}国内也有学者认为, “从犯罪行为实行终了, 犯罪即行完成这一特征来看, 状态犯也是具备的, 所以将它作为即成犯的两种情况之一, 更符合实际。”^{[12](185)}

的确, 即成犯与状态犯的共通之处在于, 犯罪完成及既遂的同时, 犯罪也随之终了, 不管是否存在法益侵害状态的继续, 都不影响共犯、罪数的认定及追诉时效的起算。例如, 承认即成犯与状态犯的分类的学者公认, 杀人罪和盗窃罪分别是即成犯与状态犯的适例。^{[23](129)}杀人罪与盗窃罪在共犯、罪数的认定与追诉时效的起算上并没有区别。区别仅在于, 杀人导致他人死亡后, 法益即消灭, 而盗窃导致他人丧失对财产的占有后, 不法占有他人财物的状态或者说他人财产被剥夺的状态还在持续, 还可能通过追缴挽回损失(如后所述, 盗电等即时消费型的盗窃犯罪既遂之时也是法益消灭之时), 包括被害人在内的他人还可能通过正当防卫(例如刚刚离开现场)和自救行为挽回财产的损失, 而且既然法益侵害状态还在持续, 他人事后参与的, 还可能成立如赃物犯罪在内(传统上的事后共犯)的其他犯罪。例如, 故意杀人中, 死亡结果的发生, 意味着犯罪的完成与犯罪的既遂, 也意味着他人生命法益的消灭。而一般盗窃罪, 控制被害人的财物后虽然是盗窃犯罪的完成, 同时意味着盗窃罪的既遂, 也可谓盗窃犯罪的终了。但毕竟不法占有他人财产的这种状态, 即法益侵害的状态还在持续, 他人的财产法益并没有消灭(盗电等即时消费的除外), 除可能针对这种不法占有他人的财产的状态实施正当防卫或自救行为外, 他人事后参与窝藏、转移赃物的, 他人还单独成立赃物犯罪, 而且犯罪查获后对于盗窃所得还能进行追缴, 以消除这种法益侵害状态。而这些对于故意杀人罪这种即成犯而言, 显然不会发生。又如, 就拐卖妇女、儿童罪而言, 出卖成功, 将被拐卖的妇女、儿童交付给收买者, 则意味着人不能被作为商品出售这种人格尊严法益已经受到侵害, 被拐卖的妇女、儿童已由收买人接管, 完全进入收买人的管辖领域, 因此, 不存在法益侵害状态的继续的情形, 故可以认为

拐卖妇女、儿童罪属于即成犯。而收买被拐卖的妇女、儿童罪, 虽然随着收买行为的完成, 也意味着犯罪的完成、既遂与终了, 但被拐卖的妇女、儿童被非法控制的状态还在持续, 本人或者他人非法剥夺其人身自由的, 还能另外构成非法拘禁罪。而且, 既然法益侵害状态还在持续, 国家机关工作人员还负有解救的职责, 收买人或者其他人员阻止国家机关工作人员对被拐卖的妇女、儿童进行解救的, 还能另外构成聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪或者妨害公务罪。同样, 就拐骗儿童罪而言, 虽然随着拐骗行为的完成, 也意味着犯罪既遂与终了, 但非法控制儿童的状态还在持续, 本人或者他人在拐骗之后非法剥夺其人身自由的, 还能另外构成非法拘禁罪。而且, 由于法益侵害状态还在持续, 国家机关工作人员还负有解救的职责, 拐骗人或者其他人员阻碍解救的, 还能另外构成妨害公务罪。因此, 相对于拐卖妇女、儿童罪这种即成犯而言, 收买被拐卖的妇女、儿童罪和拐骗儿童罪属于状态犯(笔者反对认为属于继续犯的观点)。

综上, 区分即成犯与状态犯旨在强调犯罪既遂之后法益侵害状态是否还在持续, 能否实施正当防卫与自救, 是否存在赃物犯罪及其他犯罪的可能性, 国家机关工作人员是否负有结束法益侵害状态的职责等。因此, 区分即成犯与状态犯具有一定的意义, 但由于这种区分通常并不直接涉及到共犯、罪数与追诉时效等问题, 难以明确区分时, 没有必要强行进行区分。或者说, 即成犯与状态犯的区分, 相对于状态犯与继续犯的区分, 基本上仅具有观念上的意义。

其次, 主张区分即成犯与状态犯的学者通常认为, 即成犯意味着犯罪完成的同时, 犯罪即终了, 法益亦消灭, 不存在法益侵害状态的持续, 而状态犯均存在不法状态的持续, 即两者的根本区别在于是否存在法益侵害状态的继续。笔者认为这种观点过于绝对。例如, 他们认为杀人罪与放火罪属于即成犯。^{[9](174)}但是, 杀人也未必意味着一蹴而就。假定行为人在为他人装修房屋时, 有意在墙中安装一种挥发致癌性物质的材料, 自然意义上的杀人行为已经结束, 但直到被害人死亡可能要经过很长时间, 在被害人死亡之前也可谓法益侵害状态的持续。又如, 国外刑法理论在放火罪既遂标准问题上, 多数说主张独立燃烧说。^{[24](371)}按照独立燃烧说, 放火形成独立燃烧状态虽已既遂, 但只要火势还处于蔓延、公共危险还处于扩大状态, 就不能说犯罪已经终了、法益已经消灭。因此, 即便是所谓典型的即成犯, 也不能说就不存在法益侵害状态继续的情形。再如, 主张区分即成犯与状态犯的学者公认盗窃罪是状态犯, 但在盗电这种即时消费的场所(例如将他人家的电通过电线引入到自家的冰箱上使用),

犯罪完成、既遂后，犯罪即終了，法益也随之消灭，并不存在所谓法益侵害状态的继续。^{[4](29)}因此，即便是典型的狀態犯，也未必存在法益侵害状态的持续。总之，即成犯存在法益侵害继续的情形，状态犯也存在法益随之消灭的状况。简言之，犯罪終了后是法益随之消灭还是存在法益侵害状态的持续，只是即成犯与状态犯的一般性区别，并不是绝对性的区分标志。

再次，通常认为继续犯的本质特征是不法行为与不法状态的同时持续，^{[25](177)}但持续的到底是行为本身还是仅为行为的效果，值得研究。就非法拘禁罪这种典型继续犯而言，若认为非法拘禁行为一直在持续，假定国庆长假前图书馆管理者不小心将认真读书的学生锁在图书馆，过失非法拘禁显然无罪，行为人锁门之后立即回到乡下老家，几天后方才想起可能将学生锁在图书馆了，这时因为无法与学校取得联系，直到长途跋涉从老家返回后学生才得以解救(但已奄奄一息)。若认为继续犯存在行为本身的继续，则只要行为入中途意识到了非法拘禁他人的事实，就意味着不仅具有非法拘禁的行为，还具有非法拘禁的故意，即便此时并没有释放的可能性，也能成立非法拘禁罪，这恐怕存在疑问。对此，日本学者山口厚认为，继续犯中所谓行为的继续不过是拟制而已，实际上持续的只是行为的效果。上述设例中，在意识到把他人锁在图书馆之后，是否构成犯罪，取决于是否具有作为的可能性，即属于不作为犯的问题。由于没有作为的可能性，当然不成立监禁罪。^{[21](48)}国内也有学者认为，“不能把非法拘禁行为对客体侵害的继续等同于非法拘禁行为本身的继续。”^{[19](145)}

笔者认为，反对行为本身的持续而主张只是行为效果的持续的观点，的确值得倾听。但非法拘禁中的行为并非锁门、捆绑这类自然意义上的动作，而是规范性意义上的非法剥夺他人人身自由的状态。在过失非法剥夺他人人身自由的场合，符合了非法拘禁罪的构成要件符合性与违法性，只是不具有有责性(不具有故意)而不成立犯罪，但在意识到非法拘禁他人事实后，由过失的先前行为引起了释放被害人的作为义务，能释放而不释放的，才构成非法拘禁罪。也就是说，即便坚持行为继续说，按照不作为犯来处理，也不至于不当扩大处罚范围。因此，我们还是应坚持行为继续说。

最后，进行这种区分，背后的考量是什么？犯罪的本质是侵害或威胁法益，刑法的目的则是保护法益。^{[7](72)}共犯的认定、罪数的处理及追诉时效起算时间的确定，无不与法益的保护有关。例如，盗窃后不法占有他人财产的状态在继续，因而学界公认盗窃罪是状态犯，而非法拘禁罪虽然罪质轻于盗窃罪(从法定

刑上可以看出)，学界却公认非法拘禁罪是继续犯，在非法拘禁后参与看管的可以成立非法拘禁罪的共犯，追诉时效不是从非法拘禁之日而是从被害人重获自由之时，原因何在？盗窃后虽然不法占有他人财产的状态在持续，一方面，在一般观念上很难认为盗窃在持续(持续地侵害占有)，另一方面，盗窃后本人处分盗得财物的行为，要么属于不可罚的事后行为，如毁坏所盗窃的财物，或者因为缺乏期待可能性而不成立任何犯罪，如转移、窝藏、向知情者销售赃物，要么本犯以外的人参与窝藏、转移、销售赃物的，可以赃物犯罪论处。而且，对于盗窃后不法占有他人财产的状态，在追诉时效的起算上也没有必要从结束不法占有他人财产状态之日起计算。质言之，将盗窃罪作为状态犯对待，符合法益保护原则。而在非法拘禁状态持续期间，他人的人身自由在持续性受到侵害，刑法不可能坐视不管，必须要求行为入立即释放被害人。因而放任非法拘禁状态继续的，值得肯定持续性符合非法拘禁罪的构成要件，追诉时效当然应从结束非法拘禁状态之日起开始计算。他人参与看管的，由于继续恶化法益的侵害，因而应当认定为非法拘禁罪的共犯，否则，不利于有效保护法益。

又如，如果认为收买被拐卖的妇女、儿童罪是继续犯，则意味着收买后非法剥夺人身自由的行为，不能另定非法拘禁罪。这样处理，既不利于保护法益(收买被拐卖的妇女、儿童罪的法定最高刑仅为三年有期徒刑)，也有违第241条第3、4款关于数罪并罚的规定。只有认为该罪属于状态犯，才能对在收买后非法剥夺自由的，以收买被拐卖的妇女、儿童罪与非法拘禁罪数罪并罚。而且，即便由于认为是状态犯而导致追诉时效从收买之日起计算，如果收买后存在非法拘禁行为，同样可以按照继续犯来计算追诉时效，从而有效保护法益。

再如，之所以理论上认为持有型犯罪属于继续犯而不是状态犯，^{[15](388)}显然是因为，在非法持有状态持续期间，法益侵害在持续，构成要件符合性在持续性地得到肯定，中途参与的，应当认定为共犯，追诉时效也应从结束非法持有状态之日起计算。如巨额财产来源不明罪的追诉时效只能从结束非法持有来源不明的巨额财产之日起计算，否则，不利于保护法益。

综上，笔者认为，即成犯是指犯罪完成通常就意味着犯罪的終了、既遂及法益的消灭的一种犯罪形态。状态犯是指犯罪完成、終了及既遂之后，通常还存在需要加以消除的持续性法益侵害状态的犯罪形态。继续犯是指犯罪完成、既遂之后，规范性意义上的行为与法益侵害状态同时在持续，构成要件符合性在持续性地得到肯定的一种犯罪形态。区分即成犯与状态犯，

通常应看是否存在法益侵害状态的持续;区分状态犯与继续犯,通常应看是否存在行为与法益侵害状态的同时持续、能否持续性地肯定构成要件符合性。

三、具体分类

由于大多数犯罪属于即成犯,^{[9](174)}而且区分即成犯与状态犯在观念上的意义超过实际的意义,故犯罪形态区分的重点应放在继续犯与状态犯的区分,而继续犯只有少数几个罪名,因此只需辨析少数几个典型的状态犯与继续犯罪名即可。

关于有哪些典型状态犯与继续犯罪名,国内代表性观点有:①认为典型的继续犯有非法拘禁罪、窝藏罪以及非法持有、私藏枪支、弹药罪,遗弃罪、盗窃罪是典型的状态犯。^{[12](183-184)}②认为继续犯常见的类型有侵犯自由的犯罪如非法拘禁罪、绑架罪,非法持有的犯罪如非法持有毒品罪、非法持有枪支罪,不作为犯如遗弃罪、拒不执行判决、裁定罪,但挪用公款罪、挪用资金罪、脱逃罪不是继续犯。^{[8](315)}③认为非法拘禁罪、绑架罪、重婚罪、非法持有毒品罪、拐骗儿童罪属于继续犯。^{[26](73)}④认为典型的继续犯有非法拘禁罪、虐待罪、遗弃罪、重婚罪和持有型的犯罪。^{[15](388)}⑤认为典型继续犯有非法侵入住宅罪、虐待罪与非法拘禁罪。^{[27](136)}⑥认为盗窃罪是典型的状态犯,危险驾驶罪与非法拘禁罪是典型的继续犯。^{[14](171)}

笔者对上述主张评析如下:①重婚罪不应是继续犯而是状态犯。“虽然行为人持续性地利用自己所创设的重婚状态,但是并不存在经常性重复的重婚性结婚。”^{[11](330)}这是形式上的理由。实质理由是,由于重婚罪的法定最高刑只有2年有期徒刑,若行为人维持重婚状态超过5年以上,说明已经形成稳定性的婚姻关系,而婚姻的本质是感情的结合,“如果通过进行追诉或者执行刑罚来变更这种事实状态,反而有损刑法维护社会秩序的目的,”^{[7](515)}有违刑法设立时效制度的本旨。正因如此,域外刑法理论无可争议地认为,重婚罪属于状态犯,而不是继续犯。^{[27](15)}②虐待罪是徐行犯而不是继续犯。“继续犯的行为必须持续地侵害某一直接客体。这种持续,必须是没有间歇地持续。如果行为人经常以某种形式侵害某一直接客体或者把一个行为分解为许多细小的动作徐徐行之的,构成徐行犯,不构成继续犯。如虐待罪以经常打骂、冻饿、有病不给医治等行为逐渐地侵害被害人的身心健康。”^{[19](145)}③拐骗儿童罪应属于状态犯,而不是继续犯。拐骗儿童罪所保护的法益是儿童的生命、身体的

安全,而不是人身自由,若认为本罪的法益包括了儿童的人身自由,则意味着拐骗之后非法剥夺人身自由的,不再另外构成非法拘禁罪。然而,拐骗儿童罪的法定最高刑只有5年有期徒刑,而且没有结果加重犯的规定,作为继续犯处理显然不利于保护法益。而且,在他人拐骗之后参与抚养,没有非法剥夺自由行为的,属于降低法益风险的行为,若认为该罪是继续犯,则必须认定为拐骗儿童罪的共犯,也显然有悖常理。唯有认为该罪属于状态犯,拐骗之后非法剥夺自由的,以拐骗儿童罪与非法拘禁罪数罪并罚,非法拘禁致人重伤、死亡的,适用非法拘禁罪结果加重犯的规定,方能有效保护被拐骗儿童的人身自由。④绑架罪应属于状态犯,而不是继续犯。对于日本刑法中规定的略取、诱拐罪,虽然理论通说认为是继续犯,但判例认为以勒索赎金为目的诱拐后监禁被拐取者的,应当作为数罪并罚处理,说明判例采取状态犯说。日本学者西田典之教授认为,“如果将被拐取者的身体安全置于重要地位,那么,将被拐取者置于自己支配之下时,犯罪即告終了,此后是违法状态的继续,也可能认为本罪是状态犯。刑法规定对事后的参与行为按收受(被拐取者)罪(第227条)独立处罚,可以说是一种调和。”^{[28](75)}山口厚教授也指出,“略取、诱拐罪达到既遂之后,再实施其他犯罪的,不将这二罪作为想象竞合犯来处理,虽然这并不必然意味着是将略取、诱拐罪作为状态犯来处理,但是,首先,即便对被拐取者的实力支配可以继续,但构成略取、诱拐行为的暴行、胁迫、欺骗、诱惑本身并未继续;并且,另外还规定了收买、收受被略取、诱拐者的犯罪,因此,本书认为,将略取、诱拐犯罪理解为状态犯要更为合理。”^[29]在继续犯说和状态犯说之外,还有一种所谓二分说,认为“当被拐取者具有意识活动能力时,拐取行为侵害了其自由,因而本罪属于继续犯,但当被拐取者是没有行动自由的婴儿和高度的精神病患者时,则由于仅仅侵害了保护监督权,所以应为状态犯。”^{[30](166)}笔者认为,如果认为绑架罪属于继续犯,则意味着在他人绑架人质后,即便不知道他人具有绑架勒索的目的,只要事后参与看管人质的,也当然成立绑架罪的共犯,但这恐怕有违罪刑法定原则。由于绑架罪法定刑偏重,绑架后继续非法剥夺人质人身自由的,无需再以非法拘禁罪进行评价,也就是说,绑架罪可以包容非法拘禁罪。只有认为绑架罪属于状态犯,在绑架既遂之后参与看管人质的,若不知悉他人具有勒索财物或者提出不法要求的目的,才能与绑架人在非法拘禁罪范围内成立共犯,而不是成立绑架罪的共犯;若知悉他人的目的,则可以成立绑架罪的共犯(相当于利用事前状态型绑架罪)。⑤不作为犯未必就是继续犯。不作为犯

分为真正不作为犯与不真正不作为犯。对于遗弃罪、拒不执行判决、裁定罪、拒不救援友邻部队罪以及拒绝提供间谍犯罪证据罪,从产生作为义务之日起,在履行作为义务之前,通常可以持续性地肯定构成要件的成立。但对于故意杀人、放火这些不纯正不作为犯而言,通常还是应该认为与作为方式实施时一样属于即成犯为妥。

参考文献:

- [1] 张明楷. 外国刑法纲要(第二版)[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007.
- [2] [日]高桥则夫, 以东研祐, 井田良, 杉田宗久. 刑法总论(第2版)[M]. 东京: 日本评论社, 2007.
- [3] 林钰雄. 新刑法总则[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- [4] [日]松原芳博. 继续犯と状态犯[C]. 刑法の争点[M]. 东京: 有斐阁, 2007.
- [5] [日]大塚仁. 刑法概说(总论)(第四版)[M]. 东京: 有斐阁, 2008.
- [6] [日]井田良. 讲义刑法学·总论[M]. 东京: 有斐阁, 2008.
- [7] 张明楷. 刑法原理[M]. 北京: 商务印书馆, 2011.
- [8] 阮齐林. 刑法学(第三版)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.
- [9] [日]山中敬一. 刑法总论(第2版)[M]. 东京: 成文堂, 2008.
- [10] [日]西田典之. 刑法总论(第二版)[M]. 东京: 弘文堂, 2010.
- [11] Claus Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil Band I [M], 4., Auflage, C. H. Beck München, 2006.
- [12] 高铭暄, 马克昌. 刑法学(第五版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2011.
- [13] 陈子平. 刑法总论(2008年增修版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- [14] 张明楷. 刑法学(第四版)[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [15] 冯军, 肖中华. 刑法总论(第二版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [16] 林东茂. 刑法综览(修订五版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- [17] [日]大谷实. 刑法讲义总论(新版第3版)[M]. 东京: 成文堂, 2009.
- [18] 黄京平. 刑法学(第二版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [19] 王作富. 刑法(第五版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [20] 周光权. 刑法总论(第二版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [21] [日]山口厚. 刑法总论(第2版)[M]. 东京: 有斐阁, 2007.
- [22] [韩]金日秀, 徐辅鹤. 韩国刑法总论[M]. 郑军男译. 武汉: 武汉大学出版社, 2008.
- [23] [日]浅田和茂. 刑法总论(补正版)[M]. 东京: 成文堂, 2007.
- [24] [日]前田雅英. 刑法各论讲义(第4版)[M]. 东京: 东京大学出版会, 2007.
- [25] 曲新久. 刑法学(第四版)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.
- [26] 周光权. 刑法各论(第二版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- [27] 贾宇. 中国刑法(第2版)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.
- [28] [德]约翰内斯·韦塞尔斯. 德国刑法总论[M]. 李昌珂译. 北京: 法律出版社, 2008.
- [29] [日]西田典之. 刑法各论(第五版)[M]. 东京: 弘文堂, 2010.
- [30] [日]山口厚. 刑法各论(第2版)[M]. 东京: 有斐阁, 2010.

On the differentiation of Discontinuing Offense, State Offense and Continuous Crime

CHEN Hongbing

(School of Law, Nanjing Normal University, Nanjing 210046, China)

Abstract: When defining a criminal pattern, the identifying of accomplice, quantity of crime, the determination of the starting date of limitation of prosecution are the main concerns. The differentiation of discontinuing offense and state offense is of theoretical meaning, while differentiating discontinuing offense from state offense has a practical significance. When defining a criminal pattern, the protection of legal interest is still its normative consideration and examination. If a crime is of continued conformity of important constructive conditions, it should be defined as a continuous crime; otherwise, it should be defined as discontinuing offense or state offense. Typical continuous crimes are as crime of false imprisonment, nonstandard criminal omission, crimes of unlawful possessing, crime of dangerous driving, and crime of unlawfully intruding into the residence of another person. Crime of bigamy, crime of kidnapping, crime of buying abducted and trafficked, or kidnapped women and children, and crime of abducting children is state offenses, not continuous crimes. Crime of abducting and trafficking in women and children is discontinuing offense, not continuous crime. The classification of the criminal patterns of crime of harboring a criminal and crimes related to booties or stolen goods should be determined by specific criminal behaviors.

Key Words: discontinuing offense; state offense; continuous crime; legal interest

[编辑: 苏慧]