

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2016.05.012

# 论刑法中的注意规定

周铭川

(上海交通大学法学院, 上海 200030)

**摘 要:** “提醒”不是注意规定的本质特征,对构成要件及量刑情节的规定不属于注意规定。由于法律拟制存在着违背罪刑法定原则和构成要件理论等缺陷,应当尽量将可疑条款解释为注意规定而缩小法律拟制的外延。除了刑法明文规定者外,不应承认法律拟制,不应承认过失犯罪向故意犯罪的拟制。但是,与其用注意规定与法律拟制去解释可疑条款,不如适用传统的构成要件理论、罪数形态理论和共犯理论去解释,因为对注意规定与法律拟制的区分,必须以正确适用传统刑法理论为前提。

**关键词:** 注意规定; 法律拟制; 构成要件; 罪数形态; 共犯

**中图分类号:** DF 61

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1008-3758(2016)05-0518-07

## On the Provisions of Attention in Criminal Laws

ZHOU Ming-chuan

(Law School, Shanghai Jiaotong University, Shanghai 200030, China)

**Abstract:** “Reminding” is not an essential feature of provisions of attention in that what stipulates constructive conditions and sentencing circumstances is not included in the provisions of attention. Given such defects as the violation of prescribed principles of legality and the shortage of constructive condition theories, it is necessary to confine the scope of legal fictions by interpreting dubious clauses as attention provisions. Except for what is stipulated explicitly in criminal laws, it is not recommended to acknowledge legal fictions and take unintentional crimes as intentional ones. However, it is better to interpret dubious provisions with such theories as constructive conditions, crime quantity and complicity rather than attention provisions and legal fictions because the distinction between attention provisions and legal fictions should be based on the proper applications of traditional criminal laws.

**Key words:** provision of attention; legal fiction; constructive condition; crime quantity; complicity

在刑法分则中,有些条款并不独立规定犯罪构成要件,而只是对其他条文部分内容的重复,或者只是规定将本来不符合某种犯罪构成要件的事实按某种犯罪论处,前者被称为注意规定,后者被称为法律拟制。准确理解注意规定与法律拟制,涉及罪与非罪、此罪与彼罪、故意犯罪与过失犯罪的区分认定问题,因而是理论和司法实践中无法

回避的疑难问题之一,本文拟对注意规定的若干问题展开探讨。

### 一、“提醒”不是注意规定的本质特征

注意规定作为我国刑法学者独创的一个概

念,目前已得到许多学者认同,其概念界定基本一致,都强调注意规定的“提醒”功能。例如,张明楷教授认为,注意规定是在刑法已作基本规定的前提下,提示司法人员注意、以免司法人员忽略的规定,它具有两个基本特征:一是其设置不改变基本规定的内容,只是对基本规定内容的重申,即使不设置注意规定,也存在相应的法律适用根据(按基本规定处理);二是其只具有提示性,表述的内容与相关基本规定的内容完全相同,因而不会导致将原本不符合相关规定的行为也按相关规定论处<sup>[1]587</sup>。这种观点得到许多学者的赞同<sup>[2-5]</sup>。

笔者不赞同“提醒”的提法:①“提醒”之类的用词,无法成为规范的法言法语,也难以对其进行论证;②与注意规定相比,法律拟制更应当强调提醒功能,因为若忽略了注意规定,还有基本规定可以适用,不会影响定罪量刑,但若忽略了法律拟制,却直接影响罪与非罪或此罪与彼罪的认定;③“提醒”的说法只是论者的一种感觉,目前尚未有哪位学者对“提醒”功能进行过充分而有说服力的论证;④虽然立法者在设置注意规定时,可能确实有提醒某类人群注意的意图,但是,仅凭这种“可能”的感觉尚不足以构成充分而有说服力的论证。因此,将“提醒”当做注意规定的本质特征并不妥当。

所谓本质特征,是指一事物所特有的使其与其他事物相区别开来的特征。注意规定的本质特征,必须是能够使其与基本规定和法律拟制区别开来的其所独有的特征。由于目前学者们对三者基本特征的认识基本一致,因此本文省略对注意规定本质特征的详细论述,而只在下文中进一步引申。简言之,在这三者当中,基本规定是独立规定犯罪构成要件的规定,是将A行为类型设置成A罪的规定;注意规定则不规定犯罪构成要件,只是重申对符合某种犯罪构成要件的行为要按某种犯罪论处,是将事实上本来就属于A行为类型的A1规定为属于A因而要按A罪论处的规定;法律拟制也不独立规定犯罪构成要件,只是对某行为类型赋予另一行为类型的效果,是将事实上本来不属于A行为类型的B规定为要按A罪论处的规定。

概念是对事物本质特征的抽象概括,在给注意规定下定义时,与其将重心放在未经充分论证的“提醒”功能上,不如从其与基本规定和法律拟制相区别的本质特征着手,将其定义为“注意规

定,是指并不改变行为本来所应当适用的罪名,而仅重申其应当适用的条款或者如何论处的规定”。

## 二、注意规定与法律拟制的区分问题

与独立而完整地规定犯罪构成要件的基本规定不同,注意规定和法律拟制均不规定犯罪构成要件,因而两者如何区分,是目前理论和司法实践中的疑难问题。

对于两者的区分,最早提出注意规定这一概念的张明楷教授认为,可以从以下几点考虑入手:一是是否存在设立注意规定的必要性,如果有必要作出注意规定,则可能是注意规定;如果根本没有必要作出注意规定,则可能是法律拟制,例如,为了提醒司法人员,不要将为保险诈骗提供虚假证明文件的行为认定为提供虚假证明文件罪,《刑法》第198条第4款规定要将这种行为以保险诈骗罪的共犯论处。二是是否存在作出法律拟制的理由?如果不具有法律拟制的理由,则宜解释为注意规定,反之,则应解释为法律拟制,比如,《刑法》第259条第2款关于利用职权或从属关系以胁迫手段奸淫现役军人的妻子要按强奸罪论处的规定,就属于注意规定,因为恐怕找不出将它认定为法律拟制的理由。三是某条款的内容与基本条款的内容是否相同?如果相同,原则上应解释为注意规定,否则就具有解释为法律拟制的可能性,例如,《刑法》第183条第1款表述的内容与《刑法》第271条规定的职务侵占罪的罪状内容相同,因此该款属于注意规定。四是某一规定的行为与基本条款规定的行为,在法益侵害方面是否存在重大区别?如果没有,可能解释为法律拟制;如果有,则只能解释为注意规定,只有在行为完全符合某一犯罪的构成要件时才能按该罪定罪量刑,因为法律拟制的两种行为在法益侵害上必须没有重大区别,否则无法拟制。五是某条款是否具有特殊内容?注意规定往往只具有提示性,并没有在基本规定之外增添特殊内容,而法律拟制则增添了特殊内容。总之,要通过体系解释、目的论解释等多种解释方法,准确区分刑法分则中的注意规定和法律拟制<sup>[1]587</sup>。

以上观点值得商榷,以下针对上述几点理由逐一进行反驳。

第一,既然注意规定并未修改基本规定所规

定的犯罪构成要件,既然不设置或删除注意规定不会影响定罪量刑,则注意规定在根本上即属于一种可有可无的规定,刑法中完全没有必要设置注意规定,因此不存在是否有设立注意规定的必要性的问题。如果认为虽然对法学水平高的人没有必要设立,但是对法学水平低的人还是有必要设立的,因为前者容易准确把握犯罪构成要件而后者很容易搞错,则如何区分各人的法学水平高低、如何认定某一条款在设立时考虑了何种程度的法学水平的人的理解能力,根本就是一个无解的问题。

第二,对于是否存在法律拟制的理由,也完全取决于各人对行为可罚性及构成要件理论的理解,如果认为A事实即使不完全符合B罪的构成要件也应当按照B罪论处,就会认为具有法律拟制的理由,反之,如果认为A事实没有必要按照B罪论处,则会认为没有法律拟制的理由。例如,对于《刑法》第247条中关于刑讯逼供致人死亡要按故意杀人罪论处的规定,由于刑法并未明文规定致人死亡的罪过,而司法实践中行为人完全可能对致人死亡仅持过失,因此对该规定到底是注意规定还是法律拟制,就不是一个仅根据条文的字面含义就能判断的问题。如果认为对刑讯逼供过失致人死亡应当按故意杀人罪论处,则会认为它属于法律拟制,认为即使行为人对致人死亡结果仅持过失,也要按故意杀人罪论处;反之,如果认为对刑讯逼供过失致人死亡不应当按故意杀人罪论处,则会认为它是注意规定,认为只有对致人死亡结果具有故意时才能认定故意杀人罪。

第三,除了那些明显属于法律拟制或注意规定的条款以外,要判定某一条款的内容与基本条款的内容是否相同,可能存在循环论证问题。仍以《刑法》第247条为例,由于刑法只是规定对刑讯逼供致人死亡的要按故意杀人罪论处,却未明文规定“致人死亡”是否包括过失致人死亡,而在司法实践中,故意刑讯逼供但过失致人死亡的情形也非常常见,显然,要判断该条款的内容与基本条款的内容是否相同,从该条款的字面含义是无法进行的,而更多地取决于判断者对该条款是注意规定还是法律拟制的先决理解。同理,在那些仅规定要按共犯论处但又没有通过“通谋、伙同、勾结”等词语明示构成共犯的条款能否适用于片面共犯情形,也取决于对该条款是注意规定还是法律拟制的先决理解,在此之前,根本无法从条款

的字面含义判断它的内容与基本条款的内容是否相同。

第四,认为法律拟制的两种行为在法益侵害方面不能有重大区别不符合立法实际。例如,根据《刑法》第289条的规定,如果在聚众“打砸抢”过程中毁坏了公私财物,对于首要分子要以抢劫罪论处。本来,毁坏公私财物至多仅构成故意毁坏财物罪,如果数额未达定罪标准或过失毁坏财物,则不构成犯罪,但刑法规定对首要分子要按抢劫罪论处,这显然属于法律拟制。故意毁坏财物罪仅侵犯财产权利,抢劫罪既侵犯财产权利又侵犯人身权利,决定抢劫罪法定刑中的死刑的,正是其侵犯人身权利的一面,两罪在法益侵害方面是有重大区别的。至于认为如果两条款侵犯的法益具有重大区别时只能属于注意规定的观点,恐怕也没道理,因为除了复合行为犯的不同行为针对不同法益之外,同一种犯罪不可能同时侵犯两种具有重大区别的法益。

第五,认为法律拟制是在基本规定之外增添特殊内容而注意规定并未增添特殊内容的观点也是错误的。在我国现行刑法中,法律拟制仅指法律效果的拟制,是将本来不符合B罪构成要件的A事实拟制为按B罪论处,既不是将A事实拟制为B事实,也不是对B罪的构成要件进行修改。以《刑法》第267条中关于携带凶器抢夺要按抢劫罪论处的规定为例,行为事实是抢夺,行为性质仍属抢夺,虽然刑法规定对这种抢夺要按抢劫论处,但刑法并未将这种抢夺事实拟制为抢劫事实,也没有修改抢劫罪的构成要件,并未在抢劫罪的构成要件之外增添特殊内容,从“以某罪论处”的规定中也推不出某罪的构成要件已被修改的结论,一种犯罪也不可能同时具有两种完全不同的构成要件。

另有学者认为,对于注意规定与法律拟制的区分,可以考察以下几点:第一是刑法的立法意旨,立法意旨的确定则要综合考虑诸多主客观因素,如行为对法益的侵害、法定刑的均衡、条文之间的调控范围及社会一般人的法经验和感受等。第二是条文的内容,如果某条文的内容相对于基本规定没有增减,说明其属于注意规定,反之,则属法律拟制。第三是保护法益与法定刑均衡角度,如果可疑条款与基本规定的保护法益相同、法定刑也均衡,则可能是注意规定;如果可疑条款侵犯的法益比基本规定更为重要,并且适用基本规



定可能会导致罪刑失衡,则可能是法律拟制<sup>[3]</sup>。

这种观点的缺陷并不比第一种观点少,因为在没有分清某一可疑条款到底是注意规定还是法律拟制之前,根本无从考察该条款的立法意旨。例如,《刑法》第247条只是规定对刑讯逼供致人死亡者要按故意杀人罪论处,但未明文规定对致人死亡是持故意还是过失,如何来确定它的立法意旨是什么?怎样来判断此规定是否在故意杀人罪的构成要件之外增添了特殊内容?怎样判断对刑讯逼供过失致人死亡按刑讯逼供罪或故意伤害(致死)罪论处是否罪刑失衡?

还有学者认为,区分注意规定与法律拟制,应综合考察以下方面:某条款存在与不存在时得出的结论是否相同、法条所蕴涵的立法意图、某条款是否具有普遍适用性或可推广性<sup>[4]</sup>。

这种观点也没有什么作用。例如,《刑法》第248条只是规定对虐待被监管人致人死亡者要按故意杀人罪论处,却未明文规定对致人死亡是持故意还是过失,如果行为人在实施虐待行为时,根本没有想到被害人会因此死亡,对其能否按故意杀人罪论处?显然,如果刑法中没有此条款,则对于故意虐待但过失致人死亡者,要按过失致人死亡罪和虐待被监管人罪中的一重罪论处,因为它符合想象竞合犯的特征。但问题是,即使有了此规定,如果认为它是注意规定的话,也同样会得出构成想象竞合犯的结论,并认为只有对故意虐待并对致人死亡持故意者才能以故意杀人罪论处;只有在首先认定它属于法律拟制时,才会认为此条款的存在(因此过失致人死亡被拟制为故意杀人)与不存在会影响定罪结论。可见,不是根据假设此条款的存在和不存在对结论有无影响来决定其是注意规定还是法律拟制,而是相反,必须首先认定此条款到底是注意规定还是法律拟制,才能根据这一认定来判断它的存在能否影响定罪结论。

可见,以上三种观点所提及的区分方法其实没有多少用处。问题的症结在于,法律拟制是将原本并不符合B罪的事实拟制为按B罪论处,并且在目前许多学者眼里,往往是将过失致人重伤、死亡的行为拟制为按故意伤害罪、故意杀人罪论处,因而天然地存在违背构成要件理论、违背主客观相统一原则和罪刑法定原则的缺陷,一旦可疑条款对某方面的要素规定得不够明确,就很容易被人根据传统刑法理论解释为注意规定,从而难

以判断它到底是注意规定还是法律拟制。这种理论困境,有可能通过修改刑法来解决,例如,刑法可以明文规定行为人对致人伤残、死亡的故意或过失心理,也可以明文规定对片面共犯能否“以共犯论处”。而在刑法修改之前,则有必要根据传统刑法理论,尽量缩小法律拟制的范围而将那些可疑条款都解释为注意规定。只有在法律有明文规定时,比如《刑法》第267条第2款将抢夺拟制为抢劫、第289条后段中将毁坏拟制为抢劫时,才能认为此条款属于法律拟制,否则,不应承认法律拟制,尤其是不应承认过失犯罪向故意犯罪的拟制。

### 三、注意规定的存在范围

除了将注意规定解释为法律拟制以外,学术界的另一错误倾向,是想当然地将许多基本规定解释为注意规定。

有学者认为,刑法中存在如下三类注意规定:提示构成要件的注意规定,包括提示客观要件、主体要件、主观方面要件的注意规定;提示共犯的注意规定;提示罪数(指数行为数罪)的注意规定<sup>[5]</sup>。

有学者认为,注意规定大致包括以下几种类型:从重处罚情节,包括针对某些主体、犯罪对象、客观行为所作的从重处罚规定;值得注意的共同犯罪问题;容易忽略或引起争议的罪数形态问题,包括数行为数罪、牵连犯的处断、法条竞合犯的处断;相似犯罪构成要件之间的提示;对某些非典型犯罪作特意提示<sup>[6]</sup>。

有学者认为,刑法分则中的注意规定有如下七类:提示需“明知”的规定;提示以共犯处断的规定;提示应数罪并罚的规定;提示按强奸罪论处的规定;提示依照职务犯罪论处的规定;提示依照特殊规定定罪处罚的规定,即“本法另有规定的,依照规定”的五个条款;提示其他的注意规定,如《刑法》第149条第1款、第210条和第265条、第234条之一第2款、第238条第3款、第355条第1款的规定等<sup>[7]</sup>。

虽然不同学者的概括归类不尽相同,但出发点仍属一致,都是在“注意规定不改变基本规定所规定的犯罪构成要件”的基础上,来寻找刑法中的注意规定的,只是由于对某些刑法理论的把握理解不同,才导致就同一条款到底是注意规定还是法律拟制产生相反观点。例如,如果严格坚持主客观相统一原则和犯罪构成原理,就会认为《刑

法》第238条第2款中关于“非法拘禁使用暴力致人伤残、死亡”、第247条中关于“刑讯逼供、暴力逼取证人证言致人伤残、死亡”、第248条中关于“虐待被监管人致人伤残、死亡”、第289条中关于“聚众打砸抢致人伤残、死亡”、第292条第2款中关于“聚众斗殴致人伤残、死亡”要按故意伤害罪、故意杀人罪论处的规定都属于注意规定,只有在行为人对致人伤残、死亡具有明知并且希望或放任其发生的犯罪故意时,才能按故意伤害罪、故意杀人罪论处,如果持过失心理则不能认定<sup>[8]</sup>;反之,如果从所谓法律拟制的必要性、正当性出发,不严格坚持主客观相统一原则和犯罪构成原理,则会认为这些规定属于法律拟制,即使行为人对致人伤残、死亡仅有过失而无故意,也要按故意伤害罪、故意杀人罪论处,是将过失致人伤残、死亡拟制成故意伤害、故意杀人<sup>[9]</sup>。又如,如果赞同无身份者与有身份者共同故意实施身份犯罪能够成立真正身份犯的共犯原理,就会认为《刑法》第382条第3款关于非国家工作人员与国家工作人员伙同贪污要按贪污罪的共犯论处的规定属于注意规定,因为非国家工作人员本来就应当构成贪污罪的共犯<sup>[7]</sup>;反之,如果认为无身份者即使与有身份者共同故意实施身份犯罪也不能成立真正身份犯的共犯,则会认为这一规定属于法律拟制,因为它将本来不能成立共犯的无身份者也拟制成了真正身份犯的共犯<sup>[10]</sup>。

笔者认为,没有必要将注意规定的范围划得过宽。

首先,划定注意规定的范围,应坚持必要性原则<sup>[11]</sup>,只有确实有必要作为注意规定去研究的,才能认为是一种注意规定。这种必要性,一是体现为与基本规定相区别,二是体现为与法律拟制相区别。

就与基本规定相区别而言,如果某一规定本来就属于对犯罪构成要件的规定,则它本来就是基本规定而不是注意规定,因为刑法本来应当完整地规定犯罪的构成要件。

例如,许多学者认为分则中的“明知”条款是注意规定,理由是犯罪故意一般均由总则规定,其他故意犯罪中也未规定“明知”因素,故特定犯罪条款中出现“明知”,显然是为了提醒司法人员注意。但这种看法不妥:一则,既然构成要件由总则和分则共同规定,并且有些构成要件尚需根据刑法理论补充,则在分则中规定某些构成要件,就不

能称之为注意规定,而仍属于基本规定。二则,总则中的“明知”只是对犯罪故意的笼统定义,尚无具体内容,实践中也不可能根据这种“明知”去认定犯罪故意;分则中的“明知”则是具体犯罪中对特定事项的明知,具有明确具体的内容,实践中正是根据该种“明知”的具体内容去认定行为人有无犯罪故意。三则,认为分则中的“明知”条款属于注意规定,会导致认为特定犯罪没有基本规定或基本规定不完整的错误,实际上是将总则或分则中的其他条文作为基本规定,从而产生参照对象错误。四则,认为分则中的“明知”条款属于注意规定,还可能导致将注意规定当做法律拟制的基本规定,甚至认为规定特定犯罪的条款中都是注意规定而无基本规定,从而既混淆了注意规定与基本规定,又容易造成理解上的混乱。例如,《刑法》第310条第1款规定:“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物,帮助其逃匿或者作假证明包庇的,处……。”第2款规定:“犯前款罪,事前通谋的,以共同犯罪论处。”《刑法》第362条规定:“旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员,在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时,为违法犯罪分子通风报信,情节严重的,依照本法第310条的规定定罪处罚。”显然,第310条第2款是注意规定,因为它只是对共同犯罪原理的重申,并未将本来不构成共同犯罪的情形拟制为按共犯论处;而第362条则是法律拟制,本来,只有窝藏“犯罪的人”才能构成窝藏罪<sup>[12]</sup>,但是,为了严厉打击卖淫嫖娼活动,刑法特意将特定主体为卖淫嫖娼者通风报信的行为也规定为按窝藏罪论处;但如果认为第310条第1款也是注意规定,则第310条的第1、2款都是注意规定,并且第1款还是第362条法律拟制的基本规定,这显然不妥。

因此,不宜认为分则中出现“明知”的条款属于注意规定。同理,也不宜认为分则中就某些犯罪的客观要件或主体要件所作的规定属于注意规定。

至于认为分则中针对某些犯罪主体、犯罪对象或犯罪行为所作的从重处罚规定也属于注意规定的观点,似乎更加不妥:一则,实在没有必要将其作为注意规定进行研究;二则,混淆了注意规定与犯罪构成要件之间的区别,实际上,关于某些主体从重处罚规定中的主体,属于不真正身份犯中的身份要素<sup>[13]</sup>,关于某些行为或犯罪对象要从重处罚规定中的行为或犯罪对象也都是犯罪构成要

件；三则，如果这种观点站得住脚，则任何从重处罚、从轻处罚或减轻处罚的规定，都可被称为注意规定，甚至任何结果加重犯、情节加重犯、数额加重犯等的规定都可被称为注意规定，推而广之，所有规定都是注意规定，显然不妥。

就注意规定与法律拟制的区别而言，除了那些明显是注意规定或拟制规定的条文以外，将两者区分开来的关键，是有无将某条文解释为法律拟制的实质理由，如果有，则是法律拟制，如果没有，则是注意规定，但一般而言，除刑法有明文规定者外，不应承认法律拟制。换言之，只有在与法律拟制难以区别而又不得不予以区别的情况下，才有必要将某条文作为注意规定。

其次，就分则中明示“通谋”“勾结”“伙同”实施某种行为因而“按共犯论处”的规定而言，由于其已经明示为共同犯罪因而明显不是法律拟制<sup>[14]</sup>，但又与只规定犯罪构成要件的基本规定有较大区别，因此将其作为注意规定可能更好一些。比如《刑法》第156条第1款、第310条第2款、第349条第3款、第382条第3款等。但是，对于那些条文中没有通过“通谋”“勾结”“伙同”等词明示为共同犯罪而仅规定按共犯处理的条款，由于通说认为片面共犯不属于共同犯罪<sup>[15]</sup>，导致产生此条款能否适用于片面共犯情形的问题，从而有被解释为法律拟制的可能性，即，如果认为此条款也能适用于片面共犯场合，则属于法律拟制<sup>[16]</sup>；如果认为此条款不能适用于片面共犯情形，只有在行为完全符合共同犯罪的成立条件时才能按共犯论处，则属于注意规定<sup>[17]</sup>。不过，对此条款是法律拟制还是注意规定的判断，实际上又取决于对片面共犯是否属于共同犯罪的先决理解：如果认为片面共犯也是共同犯罪，本来就应当按共犯论处，则会认为其属于注意规定<sup>[7]</sup>；如果认为片面共犯不是共同犯罪，本来就不应当按共犯论处，则既可能认为是法律拟制，又可能认为是注意规定。例如，《刑法》第350条第2款规定，“明知他人制造毒品而为其生产、买卖、运输前款规定的物品的，以制造毒品罪的共犯论处。”假如某行为人明知他人委托其生产、买卖或运输的物品是醋酸酐、乙醚等用于制造毒品的原料、配剂，并且明知他人欲用这些物品去制造毒品，而制毒犯并未明示或暗示告知其该事实甚至刻意隐瞒该事实，由于双方之间并未就共同制造毒品形成意思联络，属于行为人单方面帮助他人实现犯罪的片面共犯情形，因

而对行为人就存在能否按制造毒品罪的共犯论处的问题。

再次，就刑法分则中将理论上的一罪按数罪、数罪按一罪或数罪按数罪论处的规定而言，区分注意规定与法律拟制的关键，在于准确认定是否存在“罪数不符”情况。如果本来应按数罪定罪，则规定为按数罪论处就是注意规定，反之，若规定为按一罪论处就是法律拟制；如果本来应按一罪定罪，则规定为按一罪论处就是注意规定，反之，若规定为按数罪论处就是法律拟制<sup>[5]</sup>。显然，要认定是否存在“罪数不符”，首先得准确认定行为所涉及的罪数形态，到底是法条竞合、想象竞合，还是牵连犯、吸收犯、结合犯、集合犯等<sup>[18]</sup>，可见，在与罪数形态理论“交叉”时，区分注意规定与法律拟制的前提，是正确认定罪数形态，但问题在于，若已能正确认定罪数形态，则就能正确定罪量刑，从而根本没有必要区分它是注意规定还是法律拟制。

最后，一些条款到底是注意规定还是法律拟制，还取决于对犯罪构成要件的解释，既然如此，则将这些条款冠上注意规定或法律拟制的标签，似乎也没有什么意义。例如，《刑法》第385条第2款规定：“国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。”如果认为收受回扣、手续费构成受贿罪仍要以“为他人谋取利益”为要件，则会认为其属于注意规定，反之，如果认为收受回扣、手续费构成受贿罪不再以“为他人谋取利益”为要件，则会认为其属于法律拟制<sup>[19]</sup>，可见，区分注意规定和法律拟制的前提条件是对构成要件作出解释。

## 四、结 语

注意规定作为我国刑法学者首创的一个概念，自创立伊始便将其与法律拟制对立，并在两者相互区分和争夺地盘的基础上，大力拓展两者的外延，从而将许多根本没有必要作为注意规定或法律拟制的条款，纳入到两者的外延内。实际上，除了极少数明显是注意规定或法律拟制的条款以外，对于大多数可疑条款的定性，都得以准确界定犯罪构成要件、正确适用共犯理论和罪数形态理论为必要前提。即使成功地给某条款冠上了注意规定或法律拟制的标签，也可能在可罚性的理解



上,以适用传统刑法理论为借口,重新更换标签。从而,与其将在传统刑法理论中适用犯罪构成要件理论、共犯理论和罪数形态理论解决的问题,纳入到注意规定和法律拟制中去研究,不如继续深入研究传统刑法理论,因为相比较而言,刑法学界对传统刑法理论的研究,要远比对注意规定和法律拟制的研究系统、深入、精细且成熟得多,运用传统刑法理论更有利于实现刑法的目的,更能实现正义和保障人权。

参考文献：

[1] 张明楷. 刑法学[M]. 4 版. 北京:法律出版社, 2011.

[2] 宗德钧. 论我国刑法中的注意规定和特别规定及其司法认定[J]. 犯罪研究, 2003(1):62-65

[3] 吴学斌. 我国刑法分则中的注意规定与法定拟制[J]. 法商研究, 2004(5):49-56.

[4] 刘宪权,李振林. 刑法中的法律拟制与注意规定区分新论[J]. 北京社会科学, 2014(3):99-105.

[5] 吴江. 刑法分则中注意规定与法律拟制的区分[J]. 中国刑事法杂志, 2012(11):56-60.

[6] 利子平,詹红星. “转化型故意杀人罪”立论之质疑[J]. 法学, 2006(5):110-116.

[7] 李振林. 刑法中被误读之注意规定辨析[J]. 华东政法大学学报, 2014(5):112-121.

[8] 吴林生. 法律注意规定与法律拟制规定的区分——以一

则刑讯逼供致人死亡案例为分析样本[J]. 公民与法, 2011(9):38-40.

[9] 杜文俊. 以故意伤害罪,故意杀人罪论处的规定应属法律拟制[J]. 河南社会科学, 2011(6):72-75.

[10] 李振林. 无身份者构成身份犯共犯乃法律拟制——对《刑法》第 382 条第 3 款性质之辨析[J]. 南阳师范学院学报(社会科学版), 2012(8):15-22.

[11] 李海滢,刘洁. 国际刑法学研究范式初探[J]. 东北大学学报(社会科学版), 2016,18(1):74-80.

[12] 周光权. 指使交通肇事者逃逸应当以窝藏罪定性[J]. 人民检察, 2005(14):19-22.

[13] 王军明. 身份犯的本质及其类型化问题研究[J]. 东北大学学报(社会科学版), 2014,16(5):523-527.

[14] 黄丽勤. 论共犯关系之脱离[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2012,14(4):119-122.

[15] 周铭川. 片面共犯研究[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2009,33(4):51-56.

[16] 蔡新苗. 刑法拟制条款的考察[J]. 兰州学刊, 2007(8):89-92.

[17] 王焕婷. 保险诈骗罪共犯法条性质分析[J]. 河南司法警官职业学院学报, 2013(1):71-76.

[18] 吴振兴. 罪数形态论[M]. 北京:中国检察出版社, 2006:320-323.

[19] 张志平. “在经济往来中”的商业贿赂犯罪刑法适用情况调查与研究[C]//张仲芳. 刑事司法指南. 北京:法律出版社, 2009:123.

(责任编辑:王 薇)