



“转化型故意杀人罪”立论之质疑

利子平 詹红星

根据我国《刑法》第238条第2款、第247条、第248条第1款和第292条第2款的规定，行为人实施某一犯罪之时或之后，如果又出现了使用暴力致人死亡或者致人死亡的情形，就不再以该罪定罪，而“依照本法第232条的规定定罪处罚”，即依照故意杀人罪定罪量刑。我国刑法学界将这种立法例概括为转化犯。由于这些犯罪最终都是以故意杀人罪定罪处罚，为了表述的方便，本文将这些立法例统称为“转化型故意杀人罪”。但上述立法例是否如许多学者所言都属于“转化型故意杀人罪”呢？笔者拟在对我国现行刑法相关立法例进行评析的基础上，就这一问题进行探讨。

一、“转化型故意杀人罪”的立法解读

关于“转化犯”概念的具体含义，刑法学界意见不一，归纳起来共有八种之多。由于篇幅所限，我们不能对诸种观点进行逐一评析，这也非本文主旨所在。但大多数学者都认为，转化犯是指实施某一较轻的故意犯罪，在一定条件下转化为另一较重的故意犯罪，并且法律规定以较重的犯罪定罪量刑的情况。学者们一般认为转化犯具有以下几个特征：其一，转化犯存在两个罪质不同的故意犯罪（我们将前一犯罪称之为“本罪”，后一犯罪称之为“转化罪”），其发展过程表现为一个故意犯罪向另一个故意犯罪的转化。在既存的各种观点中，对于转化犯本罪的罪过形式，大多数学者认为必须是故意。虽然有些学者认为过失犯罪也可以向故意犯罪转化，但学界对此普遍持否定态度。然而，对于转化罪的罪过形式，学界却意见分歧较大。笔者认为，转化罪也只能由故意构成。因为转化犯是由一个轻罪转化成一个重罪，而故意犯罪又重于过失犯罪，因此，事实上不可能存在转化罪是过失的情形。即使有这样的转化犯，其实际上也是没有定罪量刑价值的。其二，转化犯中两个不同罪质的犯罪行为，虽然罪质不同，但在构成要件要素上具有重合性和延展性，即本罪的构成要件要素可以被转化罪的构成要件要素覆盖，本罪的构成要件要素可以发展成为转化罪的构成要件要素。其三，由于某种情节的出现，使行为的性质发生变化，从而符合了另一犯罪的构成特征，即发生了罪的转化，并且这种转化是由某一较轻的犯罪向另一较重的犯罪转化。其四，罪的转化必须由法律明确规定。如果没有法律的规定，犯罪便不能任意转化，这是罪刑法定原则的必然要求。

依据上述转化犯的概念和特征，我国许多学者认为，我国现行刑法中转化成故意杀人罪的情形主要有以下几种：（1）《刑法》第238条第2款规定的非法拘禁罪转化为故意杀人罪。（2）《刑法》第247条规定的刑讯逼供罪、暴力取证罪转化为故意杀人罪。（3）《刑法》第248条第1款规定的虐待被监管人罪转化为故意杀人罪。（4）《刑法》第292条第2款规定的聚众斗

殴罪转化为故意杀人罪。

因此，我国现行刑法中属于“转化型故意杀人罪”的立法例可以概括为“四个条文，五个罪名”。并且，它们都有一个共同的特征，就是造成致人死亡的结果时，本罪除了可能构成故意杀人罪之转化犯，还可能转化成故意伤害罪(致人死亡)。有学者认为，凡出现致人死亡结果的，本罪均转化为故意杀人罪。这样的理解不但从法律条文中无法得出，更为严重的后果是，将会导致故意伤害罪致人死亡情形的结果加重犯不复存在。

二、“转化型故意杀人罪”的理论解构

虽然现行刑法的“四个条文，五个罪名”存在着“依照本法第232条的规定定罪处罚”，即依照故意杀人罪定罪量刑的规定，但是，这“四个条文，五个罪名”是否就如学者所言的那样是“转化型故意杀人罪”呢？笔者的回答是否定的。因为要判断这“四个条文，五个罪名”是否属于“转化型故意杀人罪”，关键是要看它们是否符合转化犯的构成条件。在此，有必要对刑法中的这些立法例进行具体分析：

(一)《刑法》第238条第2款。该款规定：“犯前款罪(非法拘禁罪)，致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人死亡的，处10年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第234条、第232条的规定定罪处罚。”笔者认为，非法拘禁本身不应包容故意伤害行为，因此，第238条第2款前段对非法拘禁致人重伤、死亡的，规定为结果加重犯；而该款后段又另行规定“使用暴力致人伤残、死亡的”情形，这里的“使用暴力”致人伤残、死亡的行为和结果不仅超出了非法拘禁罪的犯罪构成，而且足以独立构成故意伤害罪或故意杀人罪。而转化犯中两个不同罪质的犯罪行为要求构成要件要素上具有重合性和延展性。“假若两个犯罪的构成要件要素之间不存在任何重合的地方，也没有延展的可能，则不可能形成转化犯形态，法律也无法将之规定为转化犯。”因此，行为人在非法拘禁过程中，使用暴力致人伤残、死亡的，成立事实上的数罪。对事实上的数罪以重罪论处的，与其说是转化犯，不如说是属于吸收犯的立法例。

(二)《刑法》第247条。该条规定，司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言，“致人伤残、死亡的，依照本法第234条、第232条的规定定罪从重处罚。”笔者认为，该立法例并不符合转化犯的构成要件。按照转化犯的特征，只有在行为人实施某个犯罪过程中故意内容发生了变化，即前罪和后罪必须具有两个犯罪故意的情形下，才有成立转化犯的必要。有学者认为，前罪和后罪之间的故意内容并不发生转化。这种观点是笔者所不能认同的。因为转化犯是罪质不同的两个罪之间的转化，不同的故意犯罪，其故意内容是有所区别的。如果故意内容没有发生变化，就无所谓成立不同的犯罪。而刑讯逼供和暴力取证过程中致人伤残或死亡的情况，按照立法原意，行为人的故意内容和逼取口供的目的并没有发生改变。对此，张明楷教授指出：“既然行为人主观上是为了逼取口供或者证言，就不可能具有杀人故意；所以要求刑讯逼供和暴力取证致人死亡时具有杀人故意，是不合适的。”因此，将其视为转化犯的主观条件并不存在。换言之，致人伤残或死亡这个后果并没有超出行为人的故意内容。为了论证刑讯逼供罪是转化犯，有学者认为：“当刑讯逼供罪向故意伤害罪、故意杀人罪转化时，行为人的主观故意内容也必然是发生变化的，尽管行为人的最终目的仍然是为了逼取口供。”这实际上是循环论证，即在承认刑讯逼供罪是转化犯的前提下，由于转化犯的犯罪故意是会发生变化的，因而得出行为人的故意内容也必然是发生变化的。即使这样，也无法论证当行为人对刑讯逼供的死亡结果存在过失心理的情况成立转化犯。张明楷教授虽然认为刑讯逼供和暴力取证致人死亡时不具有杀人故意，但认为刑法这一规定属于法律拟制，只要刑讯逼供和暴力取证致人死亡，即使没有杀人的故意，也应认定为故意杀人罪。这是笔者所不能赞同的，因为不考虑行为人的主观罪过，仅仅根据结果定罪，违背了主客观相统一原则。

(三)《刑法》第248条第1款。该款规定，监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员对被监管人进行殴打或者体罚虐待，“致人伤残、死亡的，依照本法第234条、第232条的规定定罪从重处罚。”如果认为该条的规定属于转化犯，无疑会得出这样的结论：只要出现致人伤残、死亡的结果，都应当按照故意伤害罪或者故意杀人罪定罪并从重处罚。但是，这样的结论显然难以让人接受。因为它完全忽视了行为人的主观罪过而仅仅根据结果定罪，这必然会遭到和结果责任论者同样的责难。于是，主张该款规定是转化犯的学者又认为，对殴打、体罚虐待被监管人造成被监管人伤残、死亡的，应具体分析，分别处理：(1)行为人在殴打、体罚虐待过程中有轻伤的故意但过失地引起被监管人伤残或死亡的，应以故意伤害罪(引起死亡的为故意伤害致死)定罪处罚。(2)行为人在殴打、体罚虐待过程中有重伤故意，过失地造成被监管人死亡的，仍应以故意伤害罪定罪处罚。(3)行为人殴打、体罚虐待被监管人造成轻伤结果的，定虐待被监管人罪。(4)行为人在殴打、体罚虐待过程中，明知殴打、体罚虐待行为可能造成被监管人死亡，却有意放任的，应对行为人以故意杀人罪定罪处罚。(5)行为人在殴打、体罚虐待过程中，出于挟愤报复、显示淫威等动机故意杀害被监管人的，对行为人应以虐待被监管人罪和故意杀人罪实行数罪并罚。上述结论与其主张该款规定是转化犯的观点显然相矛盾。实际上，虐待被监管人罪的虐待行为本身就不能排除有伤害他人的故意。也就是说，虐待被监管人罪和故意伤害罪的主观故意并没有本质区别，严重后果并没有超出行为人的故意内容之外。因此，认为出现严重后果就转化成故意伤害罪是不能成立的。而在监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员明知殴打、体罚虐待行为可能造成被监管人死亡，却有意放任的情形下，完全符合故意杀人罪的犯罪构成，可以直接按照故意杀人罪定罪处罚，而无需借助转化犯的理论。

(四)《刑法》第292条第2款。该款规定：“聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第234条、第232条的规定定罪处罚。”这一款也被许多学者归属为转化犯的立法例。笔者不赞同这种观点。因为聚众斗殴行为本身就可能是故意伤害、杀人行为的一种客观表现形式，实施聚众斗殴的行为人本来就具有杀伤他人的故意，所以，“致人重伤、死亡”根本就没有超出行为人原来的故意内容之外。也就是说，行为人的主观故意内容没有发生变化，因而不符合转化犯的条件。事实上，聚众斗殴罪是从原流氓罪中分解出来的一个罪名，在现行刑法修订前，根据1984年11月2日“两高”发布的《关于当前办理流氓案件中具体应用法律的若干问题的解答》的规定，行为人在流氓犯罪中，“携带并使用凶器，已造成重伤、杀人后果的，应与伤害罪、杀人罪并罚。”在当时，流氓罪不存在转化的问题，解决流氓罪的罪数问题是按数罪并罚的原则来处理的。现行刑法规定在聚众斗殴犯罪中致人重伤、死亡的，分别按故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚，也并不是转化犯的立法例，而是属于一行为触犯数罪名的想象竞合犯。

三、“转化型故意杀人罪”的现实困境

(一)困境之一：主客观相统一原则的彻底贯彻。主客观相统一是我国刑事司法活动中的一项重要原则。它是指犯罪的成立不仅要求在客观上实施了危害社会的行为，而且要求主观上具有犯罪的故意或过失，还要求主客观的内容具有一致性；刑事责任程度的确定不仅要考虑行为的客观危害，还要考虑行为人的主观罪过及其人身危险性。虽然大多数学者都认为转化罪是故意犯罪之间的转化，但是，在“转化型故意杀人罪”的语境下，是很难将主客观相统一原则贯彻到底的。

按照刑法规定，刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人，致人伤残、死亡的；聚众斗殴致人重伤、死亡的，都应当以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。对这些致人伤残、死亡的后果，从司法实践的情况来看，行为人可能是出于故意，也可能是出于过失。有学者指出：

“现行刑法对转化犯的规定实际就是把对伤残、死亡的故意或者过失心态的情况，都纳入转化犯的范畴，所以法律没有再规定结果加重犯的处罚条款。即使以想象竞合犯的原理处理刑

讯逼供的结果加重犯，也无法解决结果加重犯之刑应当高于过失致人死亡罪或者过失致人重伤罪的问题。由此可见，有些转化罪没有犯罪故意，显然是不可避免的现实。”对持故意心态的，以转化的故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚完全符合主客观相统一原则；而对持过失心态的，也以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚，显然是与主客观相统一原则相矛盾的。有学者认为：“在转化条件是某一严重危害结果时，行为人对结果的出现，只要主观上有过失即可，不要求出于故意。”反对论者则认为，这是把结果加重犯按照转化犯处理。

“我国刑法对结果加重犯也按照转化犯来论处，这不仅使现有的转化犯在转化罪的主观罪过方面产生了混乱(转化罪在罪名形式上是故意犯罪，实际上却可能根本没有故意)，而且也使转化犯与结果加重犯之间的界限已经无法区分。”笔者认为，反对论者的责难是有道理的。如果只要出现致人死亡的后果，即不考虑主观具体罪过，都按故意杀人罪处理，显然是有悖于主客观相统一原则的。而之所以得出这样的结论，恰恰是将这种情形理解成转化犯的结果。

(二)困境之二：故意杀人罪与故意伤害罪(致人死亡)的法律选用。由于“四个条文，五个罪名”对于所造成的严重后果，即当行为人犯本罪并使用暴力致人死亡或致人死亡时，可能同时转化成故意杀人罪或者故意伤害罪(致人死亡)。这样在司法实践中，就会产生故意杀人罪与故意伤害罪(致人死亡)在法律适用上的困难。虽然《刑法》第234条故意伤害罪致人死亡这一加重情节的法定刑是“10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”，第232条故意杀人罪的法定刑是“死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑”，但是，前者的法定刑是由低到高排列，而后者的法定刑则是由高到低排列，这种法定刑排列顺序上的不同已经表明了立法者对故意杀人罪和故意伤害罪的严重性程度评价不同。《刑法》第234条故意伤害罪在有其他严重情节时才适用无期徒刑或者死刑，而第232条故意杀人罪则首先考虑适用死刑，只有在一定的从宽情节下才不适用死刑。所以，尽管两罪的法定刑幅度完全相同，但是适用《刑法》第232条与第234条之加重情节的规定，会导致对行为性质的认定和量刑的结果完全不同。这就意味着对出现“致人死亡”结果的行为适用《刑法》第234条和第232条从表面上看尽管都是符合刑法规定的，但事实上却是给予同一犯罪行为以不同的定性和处罚。因此，在出现“致人死亡”的结果时，会事实上造成适用《刑法》第232条和第234条的困难。如果不认真考虑行为人对“致人死亡”结果的主观罪过，仅仅只根据结果的出现就认定属于转化犯，那么，究竟是转化为故意杀人罪还是故意伤害罪(致人死亡)呢？这无疑会给司法实践带来极大的混乱。

可喜的是，有的司法实务部门已经注意到了这一问题。2002年10月25日江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省公安厅《关于办理涉枪涉爆、聚众斗殴案件具体应用法律若干问题的意见》指出：“聚众斗殴致人重伤、死亡的，在适用《刑法》第234条和第232条时，要结合案件具体情况，对照故意伤害和故意杀人两个罪名的具体犯罪构成来认定，不能简单地以结果定罪。行为人具有杀人故意，实施了杀人行为，即使仅造成被害人重伤的，也可以依照《刑法》第232条定罪处罚；行为人仅具有伤害故意，造成被害人死亡的，也可以依照《刑法》第234条定罪处罚。行为人对杀人和伤害后果均有预见，并持放任态度的，也可以依结果定罪。”这一意见强调依照故意杀人罪和故意伤害罪的犯罪构成来定罪，显然是对所谓转化犯的否定。虽然，这一意见仅仅是针对聚众斗殴致人重伤、死亡的案件作出的，意见本身也不具有普遍的强制性效力，但是它却表明了“转化型故意杀人罪”理论的缺陷。

四、“转化型故意杀人罪”的价值反思

主张现行刑法的“四个条文，五个罪名”是“转化型故意杀人罪”的学者认为，其存在的价值主要在于：

(一)符合罪刑均衡原则，有助于实现刑罚协调。在转化犯中，由于法律规定的某种情况的出现，行为人的行为发生了质的变化，其主客观方面已经超出了基本罪的犯罪构成，而符

合另一罪的构成条件，即行为已经由原来较轻的犯罪转化为另一较重的犯罪。法律规定依照较重的犯罪论处，就是为了表明法律对该行为在出现特定情况时所应有的更为严厉的否定性评价。较轻的一罪具备一定情形时，如果不以较重的一罪定罪处罚，仍然以较轻之罪定罪处罚，就会导致重罪轻罚、罚不当罪，违背罪刑均衡原则。而且，在转化犯的情况下，由于此罪转化为彼罪，完全依彼罪论处，因而当彼罪的法定刑修改时，并不影响对转化犯的刑罚适用，这是转化犯优于包容犯之处。

(二)有助于压缩死刑罪名。有学者认为：“转化犯是由轻罪向重罪的转化，用重罪的法定刑就足以管住，所以它可以从立法技术上压缩死刑、减少重刑。比如，如果将一些包含故意杀人内容的犯罪从这些犯罪中排除出去，犯这些罪而故意杀人的，转化为故意杀人罪，就可以将这些犯罪的死刑废除，这是符合当代刑法的价值取向的。”我国著名刑法学家储槐植也认为，由于本罪不需要规定死刑，只要在本罪犯罪构成要件之后加转化条款(写出“以××罪论处”或者“以××罪从重处罚”即可)。“如果这样，我国刑法中至少可以减少10个左右死刑罪名，而实际效果不变。”

笔者认为，上述两点理由难以成为支撑“转化型故意杀人罪”存在的辩解。具体理由如下：

第一，如前所述，我国现行刑法的“四个条文，五个罪名”规定，出现“致人伤残、死亡”的结果时可以同时成立故意杀人罪或故意伤害罪。在通常情况下，故意杀人罪和故意伤害罪的区分是相对比较容易的。但是，在使用暴力造成被害人死亡的结果时，由于两罪在主观上都是“故意”，客观上又都具有被害人死亡的结果，因而两罪界限是难以区分的。我国刑法理论上的通说主张以主观上的故意内容来区分两罪：明知并希望或者放任死亡结果发生的，就具有剥夺他人生命的故意，不论是否造成被害人死亡，行为人的性质都属于故意杀人；仅仅存在伤害他人身体健康的故意，却过失导致被害人死亡结果发生的，则属于故意伤害罪。通说的观点从理论上确立了区分两罪的界限，但是，理论上标准的明确并不等于实践中具体问题的解决。在具体案例中，由于客观情况的复杂性和主观故意的隐蔽性，要想准确认定故意的内容并非十分容易的。因此，当出现致人死亡的结果时，究竟是转化成故意杀人罪还是故意伤害罪难以确定，反而带来了选择适用故意伤害罪(致人死亡)和故意杀人罪的困难。

第二，我国的国情决定了现阶段不可能立即废除死刑，因此，限制死刑就成为目前刑事立法与刑事司法更为现实的选择。可以预计的是，死刑将会在我国刑法中较长时间存在。在限制死刑的语境下，故意杀人罪等严重危及人身安全的暴力犯罪配置死刑是可以肯定的，这也与我国的经济水平发展和老百姓的报应观念相适应。主张“转化型故意杀人罪”的学者基于压缩死刑罪名个数的考虑，应当说是符合我国的国情和国际上控制死刑的潮流的。但是，实际上，只要我国刑法保留故意杀人罪的死刑，只要行为人的行为符合故意杀人罪的犯罪构成，即使没有所谓转化条款的规定，我们同样可以直接适用故意杀人罪。这样，即使没有增加死刑的罪名，也能达到控制死刑罪名个数的目标。

五、“转化型故意杀人罪”的最终出路

转化犯是我国刑法学界总结立法实际而首创的术语，可以说是刑法学界对刑法规范的一种理论解释。“司法裁判及法学以如下的方式来分配各自的解释任务：后者指出解释上的问题，并提出解决之道，借以为司法裁判作好准备；前者则将法学上的结论拿来面对个别案件的问题，借此来检验这些结论，并促使法学对之重新审查。”因此，转化犯这一理论的生命力究竟如何还有待于司法实践来检验。但是，“转化型故意杀人罪”这一理论的存在则是没有实际意义的。

在我国刑法中，“以……罪定罪处罚”、“以……罪论处”的立法方法就内容而言可分为两种：一是注意规定。即在刑法已作基本规定的前提下，提示司法工作人员注意、以免司法工作人员忽略的规定。注

意规定的设置并没有改变相关内容的规定，只是对相关内容的重申，即使没有注意规定，也存在相应的法律适用根据(按照相关规定处理)。二是法律拟制(或称特别规定)。即使某种行为原本不符合刑法的相关规定，但在刑法明文规定的特殊条件下也必须按相关规定论处。法律拟制仅适用于刑法所限定的情形，而不具有普遍意义；对于类似情形，如果没有法律拟制规定，就不得对该行为比照拟制规定处理。笔者认为，只有在存在法律拟制的情形下才有必要将上述规定作为转化犯进行研究，而注意规定的情形则无需借助转化犯的概念便可以依照刑法的规定定罪处罚。我国现行刑法的“四个条文，五个罪名”按故意杀人罪处罚的规定显然不属于法律拟制的情形，而应属于注意规定。即只有在行为人的行为完全符合故意杀人罪的犯罪构成时，才能认定为故意杀人罪。因此，笔者主张抛弃“转化型故意杀人罪”这一理论，而将刑法的上述规定理解为注意规定。即使不存在这样的规定，也完全可以按照行为本身的性质处理。具体而言，当行为人出于伤害他人的故意造成致人死亡的结果时，就定为故意伤害罪；而出于杀害他人的故意致人死亡的，由于行为人的行为已经完全符合故意杀人罪的构成要件，就直接认定为故意杀人罪。只有这样，才能始终坚持刑法中的主客观相统一原则。

(利子平系南昌大学法学院院长、教授，中国法学会刑法学研究会理事)

更新日期：2007-1-8

阅读次数：861

上篇文章：擅自发行股票、公司、企业债券罪释析

下篇文章：非法发行股票、债券罪简析

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号