

牵连犯的概念保留与范围确定

——以《刑法》第229条第2款之修正为契机

张梓弦

【摘要】我国既往观点对于牵连犯的羸弱说理致使部分学者渐次转向了牵连犯取消论的立场,但《刑法修正案(十一)》对《刑法》第229条的修正使得牵连犯的问题再一次进入解释者的视野中。通过比较分析可知,域外国家及地区不存在牵连犯这一概念的事实并不直接彰显其本身的谬误;取消牵连犯后的替代方案亦会致生更为严重的疑障。基于科刑一罪的法理,“纯粹结果犯”原则上不与其他罪名存有牵连关系,仅可于“举止关联犯”中筛查牵连犯的证立。至于立法者将本应为数罪的情形拟制为一罪的理由,也可视为是对部分罪名中存疑的刑期设置的一个婉转回应。

【关键词】牵连犯;重复评价;量刑;举止关联犯

【作者简介】张梓弦,北京大学法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2021.11.70~85

在罪数论的话语体系中,牵连犯向来是以一个近乎被遗忘的姿态蜷缩在诸多罪数形态的周遭一隅。一方面,我国刑法总则长久缺失对牵连犯的一般规定,司法实务对于何种情形可成立牵连犯亦未有定论,以至于是否有必要在科刑一罪的体系内继续保留牵连犯这一罪数形态饱受质疑;另一方面,域外国家对于牵连犯规定的阙如也数度激发了学界的省思,牵连犯取消论便在这样的背景下应运而生。

然而,从本次《刑法修正案(十一)》(以下简称《修十一》)对于《刑法》第229条第2款的修正可以看出,立法者仍有意无意地在刑法分则中将可能具有“手段一目的关系”之外观的两罪拟定为一罪,但如此立法的理由却在起草过程中无以得见。与此同时,笔者在“北大法宝”数据库以“牵连犯”为关键词检索,以审结日期为结算点,仅2020年内论及牵连犯的判决书数量为416篇;相比之下,2010年这一数字仅为46篇。由此可见,牵连犯这一罪数形态至少在司法实务界立足已稳。若欲彻底取消牵连犯,则势必背离司法实践的惯性;而若欲肯定牵连犯的存立意义,

就不得不面临来自牵连犯取消论者的诘难。立足于这一拐点处,本文认为,《修十一》对于《刑法》第229条第2款的修正并不代表着立法者为可能成立牵连犯的情形另开先河,而是从另一个角度唤起学界对于牵连犯实质意义的探寻。一方面,无论牵连犯是存是废,解释者必须积极证明牵连犯本身的实益或废除牵连犯后依然存在较之先前更优的罪数论路径;另一方面,如果仍然能够肯定牵连犯的实益,那么解释者务必对其范围予以理性廓清。本文正是基于这两点问题意识,以求证立牵连犯的法理依据,并对其成立范围予以类型化梳理。

一、问题意识的源起

《刑法》第229条(提供虚假证明文件罪)第2款原本规定:“前款规定的人员(承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织人员——引者注),索取他人财物或者非法收受他人财物,犯前款罪的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处罚金。”依既往观点,本款旨在将受贿行为作为情节加重犯,既非意指结合犯,也非意指这类行为是特

殊受贿罪。^①但如学者所言,如果将受贿行为作为本罪的情节加重犯,由此而生的问题是,本罪原刑期为5年至10年有期徒刑,但在非国家工作人员受贿罪中,“受贿数额巨大”原本对应的刑期却为5年以上有期徒刑。^②据此,当受贿数额巨大时,坚持适用本罪原第2款便会导致刑罚配置失当。显然,立法者意识到了这个问题,在扩张第229条主体范围的同时对其法定刑升格要件予以了类型化列举,受贿行为不再是本罪的法定刑加重情节,而是当出具证明文件者具有受贿或者索贿情节时“依照处罚较重的规定定罪处罚”,进而保证了罪刑均衡的效果。此外,对于《修十一》做此更动的另一个猜测是,立法者旨在将本条与《刑法》第399条徇私枉法罪中“司法工作人员收受贿赂,有前款行为的,同时又构成本法第385条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”这一规定保持一致。于是,提供虚假证明文件罪的存在便可被赋予于“非国家工作人员”这一主体概念群内规制相应的徇私渎职类行为的意义。

(一)受贿或索贿后提供虚假证明文件的行为数

在修法前,部分学者论及《刑法》第399条第4款时指出,虽然行为人受贿后徇私枉法具有“复数行为”之外观,但由于收受型受贿罪要求行为人“为他人谋取利益”,因而可将徇私枉法评价为“谋取利益之行为”,进而认定此时仅存在“受贿谋利”这一单一行为。此时,从一重处罚便是针对单一行为触犯数个不同构成要件时的评价结果之宣示。^③依其观点,收受他人财物后提供虚假证明文件也理应被视为“一行为”。

但是,这一观点不无疑问。首先,“为他人谋取利益”这一要件的存在并不昭示着受贿罪应为复行为犯,^④也不意味着受贿后为他人谋利应为罪数论意义上的行为单数。原因在于,针对“为他人谋取利益”,无论是采用现今学界主流的“许诺说”^⑤或“主观说”^⑥,抑或依照司法解释的立场,^⑦诸多见解的主旨均在于,受贿行为的完成并不需要行为人实施一个独立于收受财物之外的具体谋利行为;谋取利益是独立于受贿行为的构成要件但非罪数论语境下的一

个单位。^⑧其次,《刑法》第229条第2款还额外对索贿的情形加以规制。但在索贿无须额外为他人谋取利益这一立场已成学界共识的前提下,如何将索贿后提供虚假证明文件的情形包摄至“一行为”的解释中仍然存疑。至于立法者缘何在《刑法》第229条和第399条中刻意容认了索贿行为的规制之差难以得知,但无论如何,在前者的语境下,受贿或索贿后再提供虚假证明的,即便两行为出于一个连带的犯罪决意,但鉴于行为人无论是从自然意义上还是构成要件意义上都存在着两个相异的行为,因而此处即可确定行为人的犯行并非单一。

(二)可能的罪数形态之筛别:牵连关系的表象与实质

在犯行并非单一的前提下,对行为人所触犯之罪予以数罪并罚当为惯常之举。但是,《修十一》对第229条的修正明确传递了否定数罪并罚之适用的外观。因此,可对本条予以说明的理应为“包括一罪”中的部分情形及作为科刑一罪的“牵连犯”的情形。通常认为,包括一罪意指行为人具有单一的意思决定,且被害人、被害法益具有实质一体性的情形。^⑨因此,诸如连续犯或吸收犯等均可属包括一罪。但是,行为人提供虚假证明文件和受贿行为即便可认定为是基于单一的意思决定,但从被害法益具有实质一体性这一角度审视之,前述两种行为显然指向不同的法益,因而无法以包括一罪释明。余下可对本罪第2款予以说明的,仅存在牵连犯这一罪数形态。

从行为人收受贿赂是为了提供虚假证明这一表象来看,具有“手段一目的”行为之外观或可成为肯定牵连犯的关键。但依通说,肯定牵连犯的前提在于行为人所实施的“手段一目的”行为具有“类型化”之牵连关系,^⑩而非只要具有“手段一目的”之外观便足够。鉴于受贿行为只可能是提供虚假证明文件的诸多动因之一,甚至并不具有经验层面的牵连性,《刑法》第229条第2款便沦为了徒有牵连犯之表的例外宣示。进言之,即便肯定牵连犯的外观,但忽略类型化的限定而对“手段一目的”行为予以扩张,显

然已超越了国民的合理预测范围。至此,若想对这一现象加以说明,要么需对牵连犯本身加以解构,要么需对现有罪数类别加以重组。在我国罪数论体系渐已成型的现阶段,后者之进路自不可取;但牵连犯这一罪数形态的例外存在,不仅没能为现行诸多条文提供法理依据,立法者反而数次逾越学者们先前所构建的牵连犯的本来内涵。较之于其他罪数形态,围绕牵连犯而生的学理论述和立法实践之间的差距不禁让人开始反思牵连犯本身的意义,以至于立法层面的过多“例外”直接导致了部分学者渐次转向“牵连犯取消论”之立场。

二、牵连犯取消论的基本立场

基于牵连犯取消论的立场,学者们提出了形形色色的见解以形容这一罪数形态的不足。大体而言,取消论者的观点可归纳为如下两个类别。

第一,针对牵连犯的法理根基及判断标准的直接批判。由我国肯定牵连犯形态的论者于著述中的描述可知,学者们在论及牵连犯时多只说明存在“手段—目的”之关系。在此之上,对“手段—目的”之类型性的牵连关系应如何判断,以及为何将本不属一行为之列而分别该当两个不同构成要件之情形列入同一个科刑单位的实质法理依据却难见一以贯之的逻辑叙述。周光权教授曾指出,肯定牵连犯会致生“牵连关系难以判断”“对某些完全构成其他犯罪的行为不予置评以致评价不足”“仅从一重处断的结果可能会轻纵犯罪进而导致罪刑不均衡”等疑问。^①可见,这一批判直指牵连犯这一罪数形态的根本,亦是否定牵连犯的直接要因。

第二,以取消牵连犯后完全可能存在其他替代方案及以域外国家与地区对牵连犯立法的消极态度为依据的指摘。有学者认为,牵连犯属于法教义学理论移植失败的范例,“其理论的原产地酝酿废弃相关立法、立法及理论移植地已删除牵连犯立法的背景下……原来统合于牵连犯概念下的罪数内容会分散于一罪类型和数罪中”。^②此外,部分论者进一步对取消牵连犯后的可能路径予以了精细化描述,并指称通说认可的牵连犯之情形“部分可归为不可罚

的事前行为或想象竞合”“部分应依刑法特别规定”“部分仅于表象上存在一定因果联系但欠缺类型化的重罪则应数罪并罚”。^③是故,即便牵连犯在我国不复存在,解释者仍可通过其他方式对曾被认为具有牵连犯之外观的情形予以合理的罪数评价;而这一逻辑也在本不存在牵连犯立法的诸多域外国家得到了印证。^④

从具体的司法适用层面来看,以上见解部分切中了问题之肯綮,特别是从《刑法》第229条第2款的修正即可知晓,牵连犯概念界定的肆意性及法理依据的缺失致使牵连犯肯定论者务必积极地做出回应。但笔者仍然认为,取消牵连犯并不会导致问题简单化。一个至关重要的原因在于,牵连犯取消论者或站在纯粹的批驳之角度,或立足于法律移植这一语境下讨论应对域外学说抱有怎样的姿态之省思,但对真正取消牵连犯之后可能直面的问题仅有提点却无深究。在本文看来,彻底取消牵连犯会直接加重部分我国原有罪数形态的负荷,乃至使得部分既已成型的罪数形态彻底丧失原有的边界。另观域外,这样的弊端要么以别样的外形、外观同样凸显于部分国家的竞合论体系中,要么是因分则立法体例的不同而在独立于竞合论的另一个场域得以消弭。故此,在分则立法例全然不同的语境下,我国自然无法盲从“域外无,故我国亦不应有”的态度。

三、域外的例外与本土的实然

本来,如果能够确证域外国家不存在牵连犯这一罪数形态其实务也可全然正常运作,那么前述取消论者的观点自有被采纳之余地。但是,这一论断恰恰忽略了一个至关重要的问题,即域外国家不存在牵连犯是因并无于总则中新设此规定的必要,还是因为域外学者早已认识到了牵连犯的弊端?通过下文阐述可知,牵连犯之所以未在部分国家显现的主要原因在于其分则立法例导致了并不存在滋养牵连犯这一罪数形态的土壤,而并非在于这一罪数形态本身的谬误。以下以我国学者多肯定牵连犯成立的伪造文书类犯罪与欺诈类犯罪之关系为例,佐以德语圈三国的现况加以说明。

首先,以德国为例。立法者并未将伪造文书类犯罪作为欺诈类犯罪的附庸品,而是在“诈骗和背信罪”后另起一章,规定了以“私文书、机械记录、有证明重要性之电子资料、官方证明文件”等为保护对象,以“伪造、变造及使用”为规制手段的伪造文书类犯罪。在这样的体系框架内,“使用伪造文书”的处罚并未被让渡至其他罚则,而是和“伪造、变造文书”被规定在了同一条款下。^⑤因此,判例和学说一致认为,行为人基于同一个既定计划或犯意而伪造文书后再使用该文书的,只存在“一行为”;但若行为人伪造文书既遂后,基于另起的犯意而实施了另外的使用行为,可肯定行为复数。^⑥更确切地说,伪造和变造是以使用为目的的实质准备行为,因而如下所述,在德国的语境下前者即为后者的“共罚(不可罚)的事前行为”。^⑦由此而最终得出“一罪性”之结论在德国将伪造、变造和使用伪造文书等行为样态均纳入同一条款内的立法例下并无争议,如此的立法例亦使得行为人基于同一犯意而伪造文书用以诈骗的情形在德国的竞合论语境下也不会以“数行为”加以论定。如Puppe/Schumann所言,“当欺诈行为是借助于虚假文书而实施的,当欺诈意图既已赋予了伪造行为以动机,那么伪造和使用行为即成立构成要件层面的行为单一,同样,也可肯定欺诈类犯罪与伪造类犯罪的行为单一。”^⑧

其次,以奥地利为例。奥地利《刑法》第223条规定了与德国《刑法》第267条近乎相同的内容,只是将“伪造、变造”和“使用”分列在了第1款和第2款中。^⑨但在论及伪造文书后用以诈骗等情形时,奥地利的立法者并未在竞合论层面开疆拓土,而是直接将“利用伪造文书而实施的欺诈”规定为“重诈骗罪”(第146条诈骗罪的法定刑升格条款)的构成要件之一(第147条第1款第1项)。其内容为:“将虚伪或变造的文书,虚伪、变造或窃取的非现金式支付手段,非现金式支付手段的数据侧录,虚假或变造的数据,以及其他类似证明手段或者不正当的测量仪表用以实施欺诈,进而犯诈骗罪者,处3年以下自由刑(俗称‘文书诈骗罪’)。”据此,与德国的最终处理模式相

同,行为人基于一个犯罪决意伪造文书后并用该虚假文书诈欺取财时,可肯定伪造行为与使用行为的共罚属性,并在此之上仅依第147条第1款认定为“一罪”即可。^⑩换言之,“文书诈骗罪”的存在实际上在牵涉两罪竞合时取代了伪造文书类犯罪的适用,而仅以后续的诈骗论定。^⑪

最后,以瑞士为例。瑞士刑法中的伪造文书罪有着较之德、奥两国更为贴合“财产犯”的色彩,其《刑法》第251条规定:“基于损害他人财产或权利,或为自己或他人不法获利之意图,以伪造或变造文书,或将真实的签名或画押用以制造虚假文书,或以不实地证明法律上具有重要性的事实等方式将文书用以欺诈的,处5年以下自由刑或罚金。”通说指出,如果认为伪造文书类犯罪因和诈骗罪保护的是不同法益而认为两罪应成立实质竞合,那么必然会招致重复评价的结果。因为,诈骗罪中“欺诈(Arglist)”^⑫和伪造文书类犯罪中“证据效力”的论证在实践层面具有本质的相通性。若虚假文书本即用于诈骗罪的实施,那么仅以诈骗罪一罪论处即为最合理的结果。^⑬在此之上,“一罪性”的思考路径同样可适用于伪造文书类犯罪和妨害市场竞争及妨害税制等经济类犯罪的关系中。^⑭

综上所述,“伪造—使用—欺诈”的类型化牵连性实际上已被德语圈三国的立法者所考虑。只是,三个国家均是通过分则立法的方式(或扩张诈骗罪的行为类型,或扩张伪造文书罪的行为类型),肯定了基于同一个犯罪决意而实施这一类“虽指向不同法益但却因具有类型化关系而最终可归结于欺诈”的行为群的“一罪性”。实际上,不局限于伪造类犯罪和欺诈类犯罪的牵连关系,在我国颇具争议的“行为人放火毁坏财物以骗保”是否构成牵连犯的问题,在德国也因其诈骗罪明确规定了“基于诈骗保险金之目的,由自己或他人向具有重大价值之物放火,或以放火的方式将其全部或部分烧毁”这一法定刑升格要件而丧失了竞合论意义上的争议价值。而与德语圈三国选择以分则立法消弭竞合问题的路径相反,我国伪造文书类犯罪的规定仅涵盖伪造、变造等

行为本身,即便在虚假文书的市场流通这一意义上存在着诸如“出售、买卖”等行为类别规制,但从整体而言,我国立法是将处罚伪造文书的使用行为之任务让渡给了其他财产类犯罪或经济秩序类犯罪。^⑤基于此,域外国家业已成形的伪造文书类犯罪的体系基础决定了“伪造—使用—欺诈”这一类型化行为群本即可囊括至一罪中加以论处,而我国分则对于此类型化行为群的立法阙如,致使学界务须将视线转至罪数论中,以探讨将“手段—目的行为之牵连关系”纳入同一科刑单位下的可能。这正说明,牵连犯的存废理应是一个中国语境下的中国问题,这一特性不应因域外国家不存在这一罪数形态而偏倚。以结果论之,无论是我国还是域外,不同时空环境下的立法者和解释者针对“伪造—使用—欺诈”这一类行为群均在往“以一罪论处”的方向上努力。只是,这一努力的方式既可经由分则立法体系的完善,也可经由罪数论层面的增补。前者的进路并不妨碍后者的施展。

四、替代方案的疑障

除前述论证外,是否有着更为明晰且合理的罪数形态用以替代牵连犯同样存疑。持取消论的学者虽指出可将既往被认为成立牵连犯的情形归于共罚的事前行为或想象竞合等,但罪数论的目标并不在于但凡存在可能的替代方案就断然否定被替代者的存立意义。若想要得出废除牵连犯的决定性理由,那么就应论证曾作为牵连犯的部分情形本即属于共罚的事前行为或想象竞合,以及共罚的事前行为和想象竞合较之牵连犯而言有着更为清晰的内涵和外延。但遗憾的是,通过和不存在牵连犯这一罪数形态的德国相比对,这一立论最终归于失败。

(一)共罚的事前行为

以共罚的事前行为为例,我国牵连犯取消论者将其内涵描述为“在着手实施某一重罪行为之前,可能有一些轻罪行为或预备行为,但在行为人实施重罪行为后,对着手重罪行为之前的行为不单独定罪处罚”,并举例“在实行行为着手后……预备行为都作为实现构成要件的必经阶段,不再予以单独处

罚……遗弃被害人之后又杀害被害人的,遗弃行为作为故意杀人罪的不可罚的事前行为”。^⑥但这样的界定并未触及共罚的事前行为的实质。质疑者会追问,哪些轻罪可成为共罚的事前行为?为何不能单独处罚这类行为?其法理依据为何?不仅仅是取消论者对于共罚的事前行为语焉不详,大多对牵连犯持肯定态度的学者于著述中同样未能廓清共罚的事前行为的边界,乃至仅在“吸收犯”这一罪数形态之下论及“高度行为吸收低度行为”“主行为吸收从行为”“实行行为吸收非实行行为”,^⑦甚至未提及共罚的事前行为这一称谓。而即便将共罚的事前行为作为吸收犯的亚类型,但“主行为吸收从行为和重行为吸收轻行为的类型涉及数行为之间关系的处理,而实行行为吸收预备行为却仅涉及一个构成要件”。这一内部逻辑难以自洽的分类模式导致我国学者也发出了“相比于牵连犯,吸收犯引发的混乱要更严重”的感叹。^⑧以上种种,都从侧面传递出了如下讯息:如果将共罚的事前行为作为取消牵连犯后的替代方案,鉴于其于概念界定层面的语焉不详及体系化归类层面的莫衷一是,那么学界的重心便只能从如何解释牵连犯跨度至如何解释共罚的事前行为。显然,这并不是在解决问题,而是在用另一个悬而未决的问题取代现今被认为是问题的问题。

同样,在德国的竞合论体系下,共罚的事前行为历来聚讼不已。一方面,从具体的概念界定而言,旧时观点仅指出“当某一犯行作为符合其他犯罪的通常过程之手段而被立法者默认为前提时”可成立共罚的事前行为,^⑨但和我国学者提出的定义类似,这样的说辞也未对共罚的事前行为划清界域。晚近的观点将目光聚焦于“不法评价的单一”这一层面,并指出“当犯罪的事象经过中存在着不同客体被侵犯的事实,但具体的事态形成昭示了不法的重点在于后行为及两个犯行的整体脉络只能由后续行为的视角加以评价时”方可肯定前行为的共罚属性。^⑩但是,牵连犯同样也是将不法评价的重点置于其中一个行为上,而何种情形可肯定只有数行为中的一行为为是不法的重点才是更应回答的问题。在这个意义

上,承认牵连犯所直面的问题在共罚的事前行为中仍然存在。

另一方面,从类型化归纳的角度而言,德国学界及司法实务界明确肯定可作为共罚的事前行为论处的情形极为有限,更多是以限定性列举的方式而阐述这一概念的存立价值。譬如,通说认为,诸如实害犯的成立需经由危险犯之阶段、既遂犯的成立需经由未遂或预备犯之阶段等“历程犯(Durchgangsdelikte)”中,危险犯和未遂或预备犯分别为实害犯和既遂犯的共罚的事前行为。^③此外,德国司法实务曾就“侵占他人车钥匙以窃取该车辆”这一事实关系肯定了侵占罪之于后续盗窃罪的共罚属性;^④而就“盗窃他人借记卡后取款”这一事实关系,则因行为指向的是不同的法益主体而否定了先前的盗窃为共罚的事前行为。^⑤但是,如果肯定上述学界和实务界的设例,那么不难发现,并不需要援用“共罚的事前行为”这一称谓也可对前述设例的“一罪性”予以说明。正如Puppe指出,历程犯中的“未遂行为”完全可视作“一般法(lex generalis)”而退居“既遂行为”这一主行为之后;此外,其他被认为真正属于共罚的事前行为的情形应以想象竞合犯论处(Puppe的竞合论体系肯定行为复数亦可构成想象竞合)。^⑥在此之上,Paulusch甚至明确指出了共罚的事前事后行为本即是一个存疑且可被弃置的概念。^⑦由此可见,共罚的事前行为这一概念在德国亦有趋于被解构之势,因此,这一于我国悬而未决的问题在德国也未见明朗。

不过,从这些为数不多的公认可评价为共罚的事前行为的设例来看,其共性在于仅当“行为所指向的法益及被害客体同一的情形下方可成立共罚的事前行为”。^⑧这样的论证模式也得到了我国学者的间接认可。例如,我国的牵连犯取消论者指出,包括一罪的前置条件理应为“法益的同一性”,^⑨并举“伪造文书类犯罪可评价为诈骗罪的共罚的事前行为而成立包括一罪”之例以兹证明。^⑩但伪造文书类犯罪显然和诈骗罪指向不同的保护法益。^⑪如以肯定事前行为共罚属性的事例的共性审视之,那么伪造类犯罪实际上理应作为“伪造物使用罪”的共罚事前行为

予以确证,而并非诈骗罪的共罚事前行为(只是我国对伪造文书的单纯使用一般不予处罚)。因此,即便是在取消论者的观点内部,这样的自相抵牾也在所难免,这也从另一个层面凸显了规制“异质数行为”牵连犯的必要性。

综上所述,上述替代方案或可成为一个值得考量的进路选择,但仍不构成对牵连犯存立意义的否定。究其原因,在于牵连犯取消论者大多默认了“共罚的事前行为是一个相较牵连犯而言内涵和外延更为明晰的概念”这一前提。但从前述论证来看,这一立论前提本身尚存疑虑,更遑论其作为牵连犯的“完美替代”。

(二)想象竞合

牵连犯取消论者另指出,部分原应以牵连犯论的情形可适用想象竞合的规则加以处理。然而,虽然筛查中德判例可找出在我国论以牵连犯而在德国论以想象竞合的情形,但鉴于德国学界不存在规制“指向不同被害客体和法益的异质数行为”的罪数形态,因而若想要认定前述情形的“一罪性”,仅能以歪曲想象竞合的边界为代价。

例如,我国实务界存在被告人在交警执行公务时对交警辱骂、推搡,并醉酒驾驶私家车刚蹭警车后逃跑并撞坏后续追赶的警车的判例。该案中,法院指出行为人成立危险驾驶罪和妨害公务罪的牵连犯,并最终以后者的一罪论处。^⑫另观德国1967年的一起判例,无驾驶证且既已饮酒的行为人在醉驾过程中以放置障碍物等方式持续实施了数个违抗警察检查的行为。针对此事实关系,联邦法院指出,“行为人在被警察B和W追上并被叫停,直至做出决意要逃脱后,其在单一且连续的逃跑过程中实施了本案全部的可罚行为。其全部行为均是基于单一的行为意志,是被逃避追查这一想法所支配的”,并最终宣告行为人的数行为成立想象竞合。^⑬

但是,前述判例并未形成具体的判断标准,反而吹响了肆意扩张想象竞合边界的号角。此后,德国实务中甚至出现了在“行为人拿走装有现金的匣子后为隐匿罪证而在屋外倒置汽油并放火”这一事实

关系中也因“密切的动机关联性”而肯定了盗窃与放火的想象竞合并最终判处一罪的判例。^④显然,囿于德国不存在专门将“针对不同的被害客体及法益的异质数行为”纳入同一科刑单位下的竞合模式,若立足于应对行为人予以轻判的价值立场,唯一能够采取的举措仅为不当扩张想象竞合犯语境下“自然的行为单一”之判断基准。但这样的扩张非但未得到德国学者的首肯,反而招致了相当程度的非议。如Kühl在评论以1967年判例为首的一系列“避捕案(Polizeiflucht)”时指出,“我们应知悉判例,但不应该被其误导以至于陷入仅基于整体计划可包摄复数的独立行为便肯定这些异质行为可成立行为单一的错误中。”^⑤自此,德国学界对于异质数行为之探讨渐次从“可否成立想象竞合”转向了“如何明确想象竞合的成立范围”,这样的理论趋势和我国想象竞合的理论土壤形成了鲜明对比。

不难发现,如果废除牵连犯最终是以僭越想象竞合犯既已定型的边界为代价,那么这一替代方案显然无益于我国罪数论体系的明确化。即便本身存有争议,但不可否认的是,牵连犯的存在实际上从另一个侧面确保了想象竞合及共罚的事前行为(吸收犯)的外延明晰,^⑥进而确保了我国既往观点所构建的“一行为与数行为”之体系基础不会在司法实务中存在过大的波动性。

五、牵连犯的法理依据与范围确定

通过上述分析,我们暂且于“否定牵连犯的间接要因”这一层面驳斥了取消论者的部分质疑。详言之,罪数论本即与刑法分则的立法体例存有联动性,忽略此而直接于罪数论体系内部加以平行比对并不能得出合适的结论。另外,鉴于取消牵连犯后反而会导致原本已近乎定型的罪数形态进一步膨胀乃至边界缺失,贸然取消牵连犯显然并非理智之举。接下来,笔者的论证将会进入“牵连犯的法理依据及其判断标准”这一环节。

(一) 牵连犯“一罪性”的法理依据

1. 罪数论的实质内涵

从结果的角度而言,“牵连犯的法理依据为何”

这一问题实际上可被“牵连的二行为为何最终只处一罪并只获得一个处断刑”这一问题所替换。对这一问题的回答取决于如何理解罪数论的本质。如所周知,犯罪的成立意味着原则上应由国家发动刑罚权。而国家具体发动刑罚权的过程,则是一个由法定刑至处断刑再至宣告刑的动态过程。在这一动态过程中,行为人仅实施单一行为触犯单一罚则最易处理;但若行为人的犯行牵涉复数罚则,那么刑罚适用的难度便会加剧。第一,应对行为人适用单一或复数罚则,抑或对同一罚则予以复数次评价是首先应阐明的问题;第二,如果确实需由复数罚则予以评价,那么应如何确定处断刑和宣告刑则是另一个位阶的问题。确切而言,前者属于“犯罪个数的问题”,后者属于“犯罪竞合的问题”,二者相结合构成了罪数论的全貌。^⑤

广义的量刑是指从设置法定刑到确认宣告刑的整个刑罚创设和适用的过程。^⑥在此过程中,除根据被告人的具体情状等确定处断刑时的必要判断外,构成要件要素本身也理应被视为是立法者先于司法者而“预先考虑到的量刑事由”,^⑦是整个量刑过程的起始线,^⑧也即,构成要件要素本身便是形塑“作为量刑过程起始线的法定刑”的量刑事由。这也说明了在量刑过程中构成要件要素所折射的事实本身不能再作为处断刑、宣告刑的量刑情节予以考量的原因,这明显违反了重复评价原则。因此,立法者在预设法定刑这一广义的量刑阶段所考虑的事由,不可能在确定处断刑或宣告刑这一狭义的量刑阶段被司法者重复考察和评价。^⑨

通过上述分析不难发现,以法定刑为起点,以宣告刑为终点的量刑过程,就是一个立法者和司法者分工的过程,而非由司法者独自施展智慧的过程。^⑩在这一过程中,立法者通过预设类型化、细分化的犯罪构成要件,并将构成要件要素对应的事由作为法定刑的基础而设定或宽或窄的法定刑幅度;司法者则在这一或宽或窄的法定刑幅度内进一步做出判断。因而可知,某一行为适用何种罚则、是否适用复数罚则,以及适用复数罚则后的处断刑选择,其终极

目标都是确保合适的量刑(宣告刑)。^④因此,罪数论作为连接犯罪论和狭义的量刑论的桥梁,同样可被视为是量刑论的一部分,而不仅仅具有犯罪论层面的意涵。^⑤

2. 科刑一罪的实质内涵

有了以上逻辑基础,再将其纳入科刑一罪的体系中便可发现,诸如想象竞合等罪数形态之所以可作为一种一罪处罚,原因便在于重复量刑评价之避免。围绕想象竞合,既往学说针对其“一罪性”的法理依据存在着三种不同的理解。持责任减少说的Baumgarten指出,“犯罪作为唤起我们报应感情的外界经过,经一次射击而杀死了A并对B造成身体损伤的情况下,于我们而言是激发了两种不同的愤慨情绪,其中一个来源于杀人而另一个来源于身体伤害……但此处根本谈不上两个独立的有责之意志决定……针对更为高阶的秩序之反抗这一责任的外在要因,要么只存在一次,要么完全不存在。”^⑥与此相对,持不法减少说的Puppe指出,“想象竞合这一制度服务于,在不法内容部分相同或部分相异的复数构成要件实现的场合,寻得一个和犯行相适的量刑……如果我们对既具有共通性但分属于不同的作为刑罚基础之要件予以分别量刑,即便这一共通要件可满足于共同的事实,但也是对二重评价禁止原则的违反。”^⑦责任减少和不法减少的一元化对立也催生了二者的折衷说,如Werle同样基于禁止重复评价的立场,认为“不法减少说仅在被违反的刑法条文具有等同或相似的要素,即具有不法亲缘性时是恰如其分的,但在不同构成要件存在不等质的不法描述时则无法自圆其说……但正确的理解是,行为单数和行为复数的刑法规范违反之间存在着责任的量差”。^⑧至此,前述三种学说逐步形成了在阐述想象竞合作为科刑一罪之实质时三足鼎立的局面。

本文意不在对想象竞合予以置评。但由上亦可知,三种学说虽存有显著分歧,可这些分歧都是为了达成“避免重复评价”这一终极目标而存在的。^⑨亦即,违法或责任的减少只是不同情形下对于怎样避

免重复评价这一问题的证立方式不同而已;而责任或不法会在行为单数的情形下减少的原因,也应归结于同一个责任或不法要素不可能在不同构成要件评价中“分饰两角”。如在施加暴行以妨害公务的场合,以及在以他人所有的花瓶实施杀人之例中,无论是对于暴行这一违法要素的重复评价抑或因存在“同一法敌对态度的表明”这一责任要素的重复评价而应予以刑罚的减轻等,均可在回避重复评价的语境下自圆其说。^⑩那么,如果将视线移至牵连犯,是否有可能在禁止重复评价的语境下找出其法理依据?笔者认为,答案是可能的。但是,牵连犯毕竟是由指向不同法益侵害的两个异质行为而构成,因而此处应被回避的是对什么的重复评价有必要区别于想象竞合。

如前所述,罪数论本即为量刑论的一部分。因而在达成为被告人寻得一个合适的量刑这一终极目标的过程中,立法者对于构成要件要素本身的描述以及法定刑的预设也应是必须考察的前提之一。从这个角度出发,如果行为人实施的前后两个行为都被叠合地纳入立法者所预设的构成要件要素所对应的量刑事由的框架内,那么这一在作为量刑过程的起始阶段所被考察过的事由便不可能再于确认处断刑和宣告刑的量刑过程中被额外考察。仍以伪造类犯罪和欺诈类犯罪的关系为例,欺诈类犯罪的成立均以存在“虚伪意思表示”为前提,而伪造文书本就是一种和虚伪的语言表达或动作举止所并立的,甚至是更为司空见惯的虚伪意思表示。循此逻辑,在肯定行为人基于同一个犯罪决意的前提下,“虚伪意思表示”这一由立法者于欺诈类犯罪中所预设的作为法定刑的量刑事由则不能在之后的量刑阶段被重复评价。因此,与行为人的单一犯行同时符合A罪的B要件和C罪的D要件,但此单一犯行却无法在A罪和B罪中分饰两角的想象竞合不同,牵连犯是行为人所实施的前后两个行为均可被纳入同一个由立法者所预设的构成要件要素所对应的量刑事由中,因而在作为量刑过程起始点的法定刑设定阶段就意味着已被立法者体察,此时方可肯定行为人的不法

减少。

(二) 牵连犯的成立范围

1. 纯粹结果犯与举止关联犯

由上可见,如何描述构成要件代表了立法者对某罪应有怎样的实现图景的基本价值倾向之呈现。是否可能和另外的罪名产生牵连关系,也应从立法者对于构成要件的描述这一角度进行深度挖掘。笔者主张,以立法者是否在作为量刑过程起始点的不同构成要件要素描述中有着不同的预设倾向为线索,可将分则各罪区分为“纯粹结果犯”和“举止关联犯”。前者并不为学界所陌生,后者意指“在纯粹的结果惹起之外,构成要件所描述的举止方式对不法内涵亦具有决定作用的犯罪群”。^⑤如诈骗、强奸等便属典型的举止关联犯。依此前提,纯粹结果犯原则上不与任何手段行为构成牵连犯,理由在于:放火、故意杀人、故意伤害及故意毁坏财物等纯粹结果犯并不意味着“实现相应结果无需以任何既定的行为样态为前提”,而应理解为“存在着无数种可等同引发结果的行为样态之可能”。在这个意义上,实现纯粹结果犯中的结果之手段存在着无数种可能的样式,这就表明立法者无意对此情形预设任何手段行为可能与本罪的行为样态存有类型化牵连关系,也无意将任何行为样态作为可能被重复评价的基础量刑事由而框定在构成要件要素的范畴内。据此,任何行为样态用以引发纯粹结果犯中的结果的盖然性和惯常性均为等同,行为人以任意手段作为实施纯粹结果犯的前阶段附着行为也只能可能存在经验上的惯常性,而非规范意义上的牵连关系。即便行为人非法侵入住宅后实施杀人符合通常之设想,这也仅表明故意杀人于经验逻辑层面往往可由行为人侵入他人住宅后得以实施。

总之,在纯粹结果犯的场所,鉴于立法者并未在量刑过程的起始点处对结果惹起的方式做出任何预设,因而没有理由肯定任何手段行为的实施可能会导致行为人的不法减少。否则,就会导致对非惯常的手段行为之实施进而被认定为数罪并罚的情形的不公允评价。仍以故意杀人罪为例,无论是

盗窃枪支后杀人,还是非法侵入住宅后杀人,都不能肯定存在牵连犯所要求的“手段一目的关联”。如果得出了非法侵入住宅后杀人可成立牵连犯并最终肯定行为人的“一罪性”,那么无疑会致生“既然最终结果无异,那么在室内杀人或许较之于室外更妥帖”的谬论。^⑥这样的结论也促使司法实务者在认定牵连犯时将视野移至“举止关联犯”的场域中。

2. “手段一目的”关系的拟制

在举止关联犯中,存在着一种特殊的情形,即立法者将手段和目的行为分别规定为不同罪名,且要求手段行为的实施须以目的行为的实现为目的,但手段行为所对应的A罪的既遂并不要求目的行为所对应的B罪的必然实现。如果可以肯定存在这种情形,那么就说明立法者已经预设了A罪与B罪的类型化牵连性。有心人或已发现,前述情形完全符合目的犯论中所谓的“短缩的二行为犯”的情形。至于立法者为何要求行为人实施A罪时需以B罪之实现为目的,一方面,这样的做法实际上限制了A罪的处罚范围;^⑦另一方面,立法者实际上是从另一个角度肯定了“一行为”和“二行为”之间的紧密承接关系,因而才有理由将二者缩短至一个行为内。立法者不会对A罪附加与其全无牵连关系的B罪之目的,正如立法者不会要求行为人在走私淫秽物品时应具备“非法占有目的”,不会要求行为人在绑架他人时应具备“猥亵目的”。由此可见,立法者本应将手段行为和依此引发的结果规定在同一构成要件内部,但出于特殊考量而将“手段”与“目的”予以分述;而如果对二者予以完整规定,那么短缩的二行为犯的完整形态本即是举止关联犯。同时,这一结论的意义也在于,肯定了立法者对于短缩的二行为犯中“手段一目的关联”的预设是一种超然于一般性、经验性的类型化拟制。

需注意的是,笔者并非意指所有短缩的二行为犯都可能和牵连犯存有理论交叠。因为我国部分短缩的二行为犯中的目的并非指向的是既定罪名。例如,要求以“泄愤报复或其他个人目的”为前提的破

坏生产经营罪当属短缩的二行为犯之列,然而,虽可认为立法者此时仍肯定了手段和目的行为的类型化牵连,但目的行为本身的边界不明属性导致了这种情况无法肯定破坏生产经营行为和其他泄愤报复目的所具化的犯罪行为存在牵连关系。另外,立法者将部分短缩的二行为犯的手段和目的以选择性罪名的方式规定在了同一条文内,如《刑法》第126条所称“以非法销售为目的制造枪支”虽可该当短缩的二行为犯,但制造枪支后销售的显然仅以第126条一罪论处即可,全无必要再论及牵连犯之证成。在筛除此类情形后,不难发现,可与后续目的行为所触犯的罪名构成牵连关系的短缩的二行为犯是“绑架罪”和“走私淫秽物品罪”。即当行为人通过绑架而勒索财物的,可成立绑架罪和敲诈勒索罪的牵连犯而从一重论处;当行为人走私淫秽物品后在国内销售传播的,亦无须数罪并罚。^④

3. 举止关联犯的结果型(开放型)叙述和行为型(定式型)叙述

但是,能否就此认为余下所有的举止关联犯都有和其他手段行为构成牵连犯的可能?显然,得出这一论断还为时尚早。在这一阶段,仍需判断立法者对举止关联犯中的行为样态之描述采取了怎样的价值倾向。在此,笔者进一步主张,区分“结果型(开放型)叙述的举止关联犯”和“行为型(定式型)叙述的举止关联犯”。如果举止关联犯中存在结果型叙述的行为样态,那么则和纯粹结果犯相同,表明立法者在确定此类犯罪的构成要件时仍未预设任何可能存在的类型化牵连犯行,而是对这类犯罪的结果发生持相当程度的开放态度,旨在将可能引发“部分结果”的任意手段均纳入处罚范围内。

据此,寻衅滋事罪等虽可纳入举止关联犯之列,但由于其构成要件中存在着诸如“起哄闹事”“损毁公私财物”等结果型描述的行为样态,因而在这一类犯罪中,实际上并不存在可被视为具有类型化牵连性的手段犯行。因此,我国实务中存在大量肯定寻衅滋事罪和其他犯罪成立牵连犯的判决均属不妥。例如,在黄某寻衅滋事案中,被告人无故用扳手砸损

六辆小汽车的挡风玻璃和车身及邻居家的不锈钢防盗门,本案法院认定被告人的行为构成寻衅滋事罪和故意毁坏财物的牵连犯。^⑤但显然,本案中被告人的行为完全符合寻衅滋事罪中“任意损毁公私财物”这一类型,全然没有必要僭越牵连犯本来的理论前提。在郭某寻衅滋事案中,被告人授意同案人刘某教训、恐吓被害人,并将被害人住址告知刘某后纠集多人到其家中,对被害人及其家人进行辱骂、恐吓及殴打,法院亦肯定了被告人的非法侵入住宅行为与寻衅滋事罪构成牵连犯。^⑥但与前述非法侵入住宅与故意杀人或强奸等并不构成牵连犯的理由相同,本案中也并无肯定非法侵入住宅和寻衅滋事构成牵连犯的实质理由。

此外,诸如侵犯公民个人信息罪中存在着“提供公民个人信息”等开放型结果叙述,也不宜认定存在任何可与之构成牵连关系的罪名。在金某侵犯公民个人信息罪一案中,法院指出“金某非法获取计算机信息数据和侵犯公民个人信息,属于手段和目的的牵连犯……择一重罪处罚符合法律规定”。^⑦显然,这一判决也不当地扩张了牵连犯的界域,应以数罪并罚论。

4. 量刑过程起始点的叠合评价

至此,可能成立牵连犯的类别最终仅可在“行为型(定式型)叙述的举止关联犯”这一框架内筛查,这也是基于科刑一罪的法理依据而生的应然结果。只有在立法者预先赋予某构成要件以类型化的涵摄力时,才决定了其还可以辐射至其他指向不同法益的不同构成要件要素,因而致生了作为量刑过程起始点的法定刑量刑事由被重复评价而使得行为人不法减少的可能。基于此立场,前文所述伪造类犯罪和欺诈类犯罪之所以可成立牵连犯,便在于二者均在“虚伪意思表示”这一层面存在完整叠合,立法者在预设欺诈类犯罪的构成要件要素时,自然也预设了行为人须通过前阶段的伪造、诈伪行为以对外达成虚伪意思表示。^⑧

或许会有人指出,牵连犯的成立是否只可存在于伪造文书罪和诈骗罪之间?需注意的是,笔者一直

强调可成立牵连关系的是“伪造类犯罪”和“欺诈类犯罪”，因而并未将“手段”和“目的”分别局限于“伪造文书罪”和“诈骗罪”。实际上，如果认为伪造类犯罪和欺诈类犯罪成立牵连犯的原因在于对“虚伪意思表示”这一构成要件要素所对应的法定刑量刑事由的重复评价之避免，那么显然，无论是手段行为还是目的行为都存在进一步延展的可能。首先，以手段行为论，刑法意义上的文书是指“具有证据、证明机能以适用于法律交涉的、可作为文书名义人思想表示的具象化载体”。^⑥依此视角，任何具有前述机能的有形或无形载体均可该当文书之列；至于作为虚假意思表示载体的非真实文书的生成方式，也不应仅限于“伪造”“变造”“非法制造”等，诸如可单独构成犯罪的非法持有其他名义人的证明文件等亦可被涵摄于“用以彰显虚伪意思表示的载体”这一范畴内。^⑦因为，“非法持有他人名义的文书”和“伪造文书”仅表明了虚假意思表示的生成方式不同，但在虚假意思表示内容这一层面并无二致。其次，以目的行为论，欺诈类犯罪以诈骗罪为典型但却不局限于财产犯中的诈骗罪，诸如涉及身份型欺诈、市场经济秩序等金融类欺诈抑或资质型诈伪等罪名中，立法者同样将“虚伪意思表示”预设至作为量刑过程起始点的法定刑量刑事由中。

基于前述论证，可肯定牵连关系之成立的“行为型(定式型)叙述的举止关联犯”可归纳如下：①伪造身份类证明文件和身份型欺诈罪可成立牵连关系，如伪造身份证、伪造武装部队证件等罪与(冒充军人)招摇撞骗罪；②伪造用于经济交涉的证明文书和(金融类)诈骗罪等可成立牵连关系，如伪造信用卡、其他金融票证、有价证券等罪与诈骗罪、票据诈骗罪、信用卡诈骗罪和有价证券诈骗罪等；③伪造资质类证明文书和资质诈伪类犯罪，如伪造金融机构许可证和擅自设立金融机构等。

以上类型化的梳理，也分别在我国司法实务中有所体现。例如，陆静信用卡诈骗案中，被告人携读卡器和带摄像功能的录音笔以摄取他人银行卡信息及密码，并以此伪造信用卡后使用。法院最终认

定被告人的行为构成伪造金融票证罪和信用卡诈骗罪的牵连关系。^⑧王彤等骗取贷款案中，被告人等向银行提供加盖了私刻印章的《应收账款转让通知书》并从银行骗取贷款1500万元。法院最终认定被告人的伪造国家机关印章行为和后续的骗取贷款成立牵连关系。^⑨严某诈骗案中，被告人非法持有他人信用卡51张诈骗223万余元。法院指出“被告人持有他人银行卡及帮助电信网络诈骗犯罪取现系犯罪手段行为与犯罪目的行为的牵连，按牵连犯的处罚原则，以罪行较重的诈骗罪定罪处罚”。^⑩赵某冒充军人招摇撞骗案中，被告人伪造现役中校“赵锦涛”的身份证并身穿具有该中校姓名标识的军服并以此骗取现金1600元。法院指出“被告人买卖身份证件的行为系被告人冒充‘赵锦涛’诈骗行为的牵连犯，系处断的一罪，应择一重罪”。^⑪胡铁平擅自设立金融机构案中，被告人伪造企、事业单位印章和身份证用以非法设立“中国开发银行储蓄管理处”。法院指出“伪造企、事业单位印章和居民身份证是擅自设立金融机构的手段行为，相互间形成一个有机整体，具有牵连关系”。^⑫

与此相对，诸如抢劫、敲诈勒索、强奸等侵犯财产或人身类举止关联犯便难以和非法侵入住宅、盗窃枪支或危害公共安全等行为存在牵连关系，原因在于：立法者虽然对“暴力胁迫+取财/侵犯性自决权”等行为样态有所铺陈，但对以何种方式、样态使用暴力胁迫及具体实施暴力胁迫的语境并未作任何预设。在不存在任何立法者预设的情形下，作为量刑过程起始点的法定刑量刑事由便不存在任何被重复评价的可能，因而无法肯定行为人的不法减少。这一判断倾向同样可于我国司法实务中得见。例如，在“张志良强奸案”^⑬及“杨冬敲诈勒索案”^⑭中，法院分别肯定两名被告人所实施的非法侵入住宅与强奸、敲诈勒索成立数罪并罚。

(三)本文观点的解释力：牵连犯与吸收犯的界分

针对以上观点，或许有人会存有如何界分牵连犯和吸收犯的疑虑。诚然，牵连犯和吸收犯的部分类型都可谓是为行为人基于同一犯罪决意而实施的数

行为,若仅凭行为人的主观层面对二者予以阐释,那么质疑者的忧虑定会长久存在。但在本文立场下,牵连犯的成立自然应基于行为人的同一犯罪决意,但这仅仅是牵连犯成立的必要条件而非充分条件。更何况,是否基于同一犯罪决意也绝非牵连犯区别于其他罪数形态的积极要素,而仅具有消极层面的意义。也即,若行为人实施的数行为并非基于同一犯罪决意,那么显然无法将其作为科刑一罪予以论处。

此外,抛开主观层面的近似之处,以科刑一罪的法理依据为着眼点的路径展开,足以为我们提供另一条可能的界分路径。如前所述,科刑一罪的含蕴并非在于行为人通过单一或复数行为侵害了同一法益(科刑一罪的外观只可能是行为人基于单一或复数行为侵犯了“复数法益”),而是在于为回避不法或责任的重复评价而最终仅以较重犯罪的法定量刑刑。与之相反,吸收犯的出发点则是因法益侵害的一体性进而可以通过一个法条予以撮括性评价。以前述“行为人实施的预备行为被后续既遂行为吸收”“侵占他人车钥匙后盗走该车辆”“盗窃他人手机后将该手机损毁”等为例,这三种情形分别被学界赋予了“历程犯”“共罚的事前事后行为”之名。但从中可发现,前两类情形都可被归纳为“行为人在同一犯意和计划内进阶性地实施了指向同一法益乃至同一被害客体的侵害行为”;而后一种情形则至少可以肯定行为人的前后行为均指向了同一法益侵害。至于以往被认为是隶属于吸收犯的“附随犯”的情形(甲开枪将乙击毙时损坏了其高档西服),由于仅指向同一客体但非指向同一法益,则理应将之排除吸收犯的范畴。此时,行为人是基于单一行为侵犯了数个不同法益,此单一的不法有责行为却无法在故意毁坏财物罪和故意杀人罪中分饰两角,因而最终应以想象竞合论。^⑤

基于此结论,既往观点多将部分明显应归于吸收犯的情形纳入牵连犯的范畴中,这显然也间接为牵连犯招致了“边界不明”的恶评。例如,有学者指出,“购买假币后使用该假币”^⑥及“盗窃枪支后私藏

枪支”^⑦的情形皆属牵连犯,但根据本文观点,前者的设例属于二者均侵犯了货币的公共信用,而后的设例中二者则均侵犯了公共安全法益,因而在吸收犯的框架内将两种类型分别评价为“共罚的事前事后行为”即可。^⑧实际上,如果能够肯定前文所述“包括一罪”这一罪数形态,那么传统观点所称吸收犯的各种次位类别具体有着怎样的称谓便不再具有决定性的意义,只需将其作为包括一罪的亚类型并归纳其共性便可。换言之,侵害法益乃至被害客体的一体性并不是为了共罚的事前事后行为等吸收犯而单独设立判断依据,而是作为包括一罪这一罪数形态的整体共性。这能够避免我国罪数论体系中充斥过多杂乱无章的罪数形态称谓,也从另一个角度说明了需要进行区分的理应是“包括一罪”和“科刑一罪”这两个大类,且这一区分本是基于其法理依据而生,而并非基于外在形态之异。在这个意义上,对各种牵连犯的学说到底是冠以“主观”“客观”抑或“折衷”之名已不再重要,是否应将牵连犯概念描述为“手段—目的关系”抑或“原因—结果关系”同样微不足道。因为,这些描述都仅仅在勾勒牵连犯的外在形象,而非实质内容。

六、余论:作为“立法回应”的罪数论

回到本文开篇的问题意识,鉴于《刑法》第229条对实行行为的表述除“提供”这一样态外别无他述,因而无法归类于“行为型(定式型)叙述的举止关联犯”。这意味着,本罪与受贿或索贿行为无法成立规范意义上的牵连关系,本罪第2款也无外乎是立法者将本应成立数罪的情形拟制为了一罪。然而,本文的意图并不在于为立法者所创设出的这些例外予以纠偏,而是企图通过以上论证找出立法者此番举措的背后逻辑。

前文已述,罪数论的目标在于为被告人寻得一个合理的量刑。因此,立法者在部分罪名下设置相应的罪数规则,也无外乎是对各罪刑期设定的一个回应。本来,如果分则各罪刑期设置得当,罪数论的适用本身就是为被告人寻得一个更合理的宣告刑的过程之彰显。但是,如果分则存在部分罪名刑期设

置失当、刑期幅度过宽或过窄的情形,立法者则可能被迫僭越解释者们所预想的罪数理论而设置独立的罪数规则以期补救。此时,立法者在分则某罪中对于罪数规则的订立,便同时具有婉转回应立法的机能,但却不可于罪数理论层面推而广之。这样的思路不仅可见于《刑法》第229条第2款,同样可见于《修十一》所增设的其他条文中。

《修十一》于《刑法》第280条之二增设了冒名顶替罪,其第3款规定“国家工作人员有前两款行为,又构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。”但是,诸如国家工作人员利用职权地位,组织、指使亲属冒用他人身份取得公务员录用资格时,该行为除本罪外往往同时构成《刑法》第397条滥用职权罪或第418条招收公务员徇私舞弊罪等。鉴于此时行为人是基于单一犯罪决意及单一犯行而侵犯了数个非同类法益,因而理应成立《刑法》第280条之二和第397条或第418条的想象竞合,进而归于科刑一罪之列。与本文的问题意识相结合,不难发现,立法者将这些本应为数罪或一罪的情形拟制为一罪或数罪,其根源便在于前述罪名的刑期幅度均存在过宽或过窄的疑点。据此,一个可能的猜测是,《刑法》第280条之二与其他国家工作人员可能触犯的罪名的法定刑均较低(多为3年以下有期徒刑),因而立法者基于刑事政策的考量认为数罪并罚并不会致生罪刑不相适的局面;而《刑法》第229条和第163条的刑期又过于宽泛(后者低至拘役高至无期徒刑),因而在较大的刑期幅度内根据行为人的犯行情节予以单一评价亦不会横生罪刑不均之弊,进而基于谦抑性的考量将其拟定为从一重处罚。

诚然,上述猜测更多是在提示解释者要尽可能理解立法者,并不意味着对现行立法的无条件赞誉。在这个意义上,前述两罪只是以一种迂回婉转的方式回应了我国部分罪名法定刑设置存疑的事实;但罪名之刑期设定这一本该由立法者所辖的问题,最终却动用了罪数论得以裨补阙漏。如此,本属于立法者的“分内事项”则被挪移至解释者处,这既是对立法者自身的警醒,也是解释者的使命。

注释:

①参见张明楷:《刑法学》(第5版下),法律出版社2016年版,第845页。

②《刑法修正案(十一)》同样修正了非国家工作人员受贿罪的刑期。现三档刑期分别为“3年以下有期徒刑或者拘役”“3年以上10年以下有期徒刑”“10年以上有期徒刑或者无期徒刑”。

③参见黄奇中:《刑法第399条第4款的理解与适用——兼论法规竞合与想象竞合犯、牵连犯、吸收犯的界限》,载《中国刑事法杂志》2004年第4期,第5页。

④参见劳东燕:《论受贿罪的实行行为》,载《政法论坛》2020年第3期,第25页。

⑤参见张明楷:《论受贿罪中的“为他人谋取利益”》,载《政法论坛》2004年第5期,第146页。

⑥同前注④,劳东燕文,第26页。

⑦参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条。

⑧参见胡东飞:《论受贿罪中“为他人谋取利益”构成犯罪的罪数问题——兼论刑法第399条第4款的性质及其适用范围》,载《中国刑事法杂志》2006年第1期,第67页。

⑨参见橘爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣・2020年)442頁。

⑩参见张明楷:《刑法学》(第6版上),法律出版社2021年版,第651页;黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第331页。

⑪参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,第387页(在周光权教授最新版教科书中,其立场已由原本的彻底取消转至了严格限制,但对于牵连犯的疑点之论述未有变更,对于如何限制亦未提点,本文在引述其对牵连犯的批判时仍从旧版,但除此之外则引新版);陈洪兵:《罪数论的中国方案——包括的一罪概念之提倡》,载《华东政法大学学报》2020年第3期,第172页。

⑫路军:《移植与限度:牵连犯教义学理论引入之反省》,载《法学杂志》2019年第6期,第103页。

⑬同前注⑪,周光权书,第387页。

⑭参见庄劲:《犯罪竞合:罪数分析的结构与体系》,法律出版社2006年版,第236页。

⑮德国《刑法》第267条第1款:“意图于法律交涉中欺诈,而制作虚假文书、变造真正文书或者使用虚假或变造文书者,

处5年以下自由刑或罚金。”

①⑥ Vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht, BT, 38. Aufl, 2014, § 18, Rn. 853; Zieschang, in: LK-StGB, 12. Aufl, 2009, § 267, Rn. 287; Erb, in: MK-StGB, 3. Aufl, 2019, § 267, Rn. 217; Puppe/Schumann, in: NK-StGB, 5. Aufl, 2017, § 267, Rn. 108; auch BGHSt 5, 291.

①⑦ Vgl. Hoyer, in: SK-StGB, 9. Aufl, 2019, § 267, Rn. 114. 但不可罚的事前行为这一称谓存在问题。事前或事后行为并非不可罚,仅仅意指不独立处罚。本文以下均采“共罚的事前行为”之表述。

①⑧ Puppe/Schumann(Fn. 16), § 267, Rn. 112.

①⑨ 奥地利《刑法》第223条:“1. 意图在法律交涉中用以证明权利、法律关系或事实而使用,故意制造虚假文书或故意变造真正文书的,处1年以下自由刑或720单位日额金以下之罚金;2. 在法律交涉过程中用以证明权利、法律关系或事实而使用虚假或变造的文书的,亦同。”

②⑩ Vgl. Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht, BT II, 12. Aufl, 2016, § 223, Rn. 22f; Kienapfel/Schmoller, Strafrecht, BT II, 2. Aufl, 2017, § 147, Rn. 33f.

②⑪ Vgl. Kirchbacher/Presslauer, in: Wiener Kommentar, StGB, 2. Aufl, 24a. Lfg, 2006, § 147, Rn. 23f.

②⑫ 瑞士《刑法》第146条:“基于为自己或他人不法获利意图,以虚构或隐瞒事实欺诈性地使他人陷入错误或强化既已陷入的错误,由此使得陷入错误者做出举止损害自己或他人财产者,处5年以下自由刑或罚金。”

②⑬ Vgl. Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 7. Aufl, 2013, § 36, Rn. 59.

②⑭ Vgl. Stratenwerth/Bommer(Fn. 23), § 36, Rn. 60.

②⑮ 参见姚诗:《增设伪造、使用伪造的文书罪:法理根据与条文设计》,载《现代法学》2020年第5期,第170页。

②⑯ 周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2021年版,第405页。

②⑰ 陈兴良:《本体刑法学》,中国人民大学出版社2017年版,第498页。

②⑱ 陈兴良、周光权总主编:《案例刑法研究总论·下卷》,中国人民大学出版社2020年版,第357页。

②⑲ v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21-22. Aufl, 1919, S. 227.

③⑰ v. Heintschel-Heinegg, in: MK-StGB, 4. Aufl, 2020, Vor

§ 52, Rn. 59; auch Otto, Grundkurs Strafrecht, AT, 7. Aufl, 2004, § 23, Rn. 37; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl, 2018, Vor § 52, Rn. 33.

③⑱ Vgl. Frister, Strafrecht, AT, 9. Aufl, 2020, § 31, Rn. 20; Kühl, Strafrecht, AT, 8. Aufl, 2017, § 21, Rn. 67.

③⑲ OLG Hamm MDR 1979, 421.

③⑳ BGH NJW 2001, 1058.

④⑰ Vgl. Puppe, Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA, 1982, S. 158.

④⑱ Vgl. Paulusch, Strafbare Nachtaten und tatbestandslose Nachhandlungen, 1971, S. 154ff.

④⑳ Vgl. El-Ghazi, Revision der Konkurrenzlehre, 2020, S. 246; Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl, 2019, Vor 52ff, Rn. 128; Jäger, in: SK-StGB, 9. Aufl, 2016, Vor § 52, Rn. 105ff.

④⑲ 同前注①①,陈洪兵文,第175页。此立场于牵连犯肯定论者处亦同。同前注①②,黎宏书,第329页。

④⑳ 同前注②⑥,周光权书,第408页。同前注①①,陈洪兵文,第172页。

④⑲ 牵连犯取消论者也指出伪造文书类犯罪的保护法益为“文书的公共信用”。参见杜文俊、陈洪兵:《文书伪造犯罪的构成要件解释论》,载《国家检察官学院学报》2011年第5期,第104-110页。

④⑳ 参见河北省平山县人民法院(2018)冀0131刑初4号刑事判决书。

④⑱ BGHSt 22, 67.

④⑲ BGH NSZ 1997, 276.

④⑳ Kühl(Fn. 31), § 21, Rn. 17.

④⑲ 类似主张参见徐凌波:《犯罪竞合的体系位置与原则——以德国竞合理论为参照》,载《比较法研究》2017年第6期,第96页。

④⑲ 参见井田良「刑法総論の理論構造」(成文堂・2005年)445-446頁。

④⑲ 同前注②⑦,陈兴良书,第597页。

④⑲ Vgl. Schröder, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, in: FS-Mezger, 1953, S. 426.

④⑲ 参见阮齐林:《中国刑法上的量刑制度与实务》,法律出版社2003年版,第4页。

④⑲ Vgl. Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl, 1974, S. 70.

⑤0 Vgl. Schröder(Fn. 47), S. 426.

⑤1 参见陈洪兵:《不必严格区分法条竞合与想象竞合——大竞合论之提倡》,载《清华法学》2012年第1期,第38-63页。

⑤2 参见吴振兴:《罪数形态论》,中国检察出版社2006年版,第7页。

⑤3 Baumgarten, Die Idealkonkurrenz, in: FS-Frank, 1930, S. 192f.

⑤4 Puppe, in: NK-StGB, 5. Aufl, 2017, vor § 52, Rn. 6.

⑤5 Werle, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981, S. 147.

⑤6 参见丁慧敏:《想象竞合的功能及其存在根据》,载《现代法学》2013年第3期,第130-139页。

⑤7 参见只木誠『罪数論の研究(補訂版)』(成文堂·2009年)46頁。

⑤8 吕翰岳:《作为与不为之区分的目的理性思考》,载《环球法律评论》2017年第4期,第94页。

⑤9 同前注①①,陈洪兵文,第172页。

⑥0 同前注①②,张明楷书,第394页。

⑥1 类似结论参见黎宏:《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第486页;周光权:《刑法各论》,法律出版社2021年版,第259页。另有学者以“侵犯不同法益”及“不具备类型化关系”为由反对将走私淫秽物品后再予贩卖认定为牵连犯(张明楷:《论短缩的二行为犯》,载《中国法学》2004年第3期,第154页)。本文不赞同这一观点。如前所述,牵连犯的存在本就旨在包摄指向不同法益的异质行为;且在短缩的二行为犯中,类型化关系本就是立法者的一种拟制性预设,全无必要再将一般性、经验性的类型化视角套用至此处。

⑥2 参见江西省赣州市中级人民法院(2020)赣07刑终649号刑事裁定书。

⑥3 参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01刑终746号刑事判决书。

⑥4 福建省龙岩市中级人民法院(2017)闽08刑终32号刑事

裁定书。

⑥5 同前注②③,陈兴良、周光权总主编书,第339页。

⑥6 Wessels/Hettinger(Fn. 16), § 18, Rn. 790.

⑥7 如我国《刑法》第177条之一所规定的“非法持有他人信用卡”便是适例。

⑥8 参见广西壮族自治区宜州市人民法院(2010)刑字第277号刑事判决书。

⑥9 参见天津市高级人民法院(2016)津刑终59号刑事裁定书。

⑦0 福建省长汀县人民法院(2016)闽0821刑初260号刑事判决书。

⑦1 青海省门源回族自治县人民法院(2020)青2221刑初88号刑事判决书。

⑦2 黄宝耀、范君:《胡铁平擅自设立金融机构案——擅自设立金融机构的行为如何适用法律》,载《法律适用》2000年第2期,第34-35页。

⑦3 参见江西省横峰县人民法院(2020)赣1125刑初78号刑事判决书。

⑦4 参见云南省宜良县人民法院(2013)宜刑初字第317号刑事判决书。

⑦5 同前注②③,陈兴良、周光权总主编书,第338-340页。

⑦6 参见庄劲:《从一重断还是数罪并罚——从牵连关系的限定看牵连犯的处断原则》,载《甘肃政法学院学报》2007年第1期,第115页。

⑦7 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社·高等教育出版社2019年版,第191页。

⑦8 伪造货币罪和伪造文书类犯罪虽有诸多相似点,但鉴于我国例外规定了“使用伪造货币罪”,因而当行为人先伪造货币后使用该货币实施欺诈活动的,可肯定伪造行为之于后续使用行为的共罚属性(二者侵犯同一法益),而使用伪造货币的行为则和后续诈骗成立想象竞合(行为人基于单一行为而侵犯不同法益)。