

# 刑法中行为单复数的判断:事实与规范之间

王彦强\*

**摘要** 行为单数与行为复数是竞合论的分水岭,也是想象竞合与实质竞合的区分标准。行为数乃前构成要件的事实概念,不应以“构成要件该当次数”“法益数”等规范标准来判断行为单复数,只能从事实层面根据类型化的“单一行为的客观结构形式”,并结合主观意思决定的单一性来判断。但规范并非无所作为,除了以“前见”介入事实判断外,它还通过其立法创制机能实现对行为单数的拟制;不作为犯、过失犯等特殊犯罪形态的行为单复数也离不开解释论上的规范性判断。

**关键词** 行为单数 行为复数 事实论 规范论

在竞合·罪数论中,行为单数(一行为)与行为复数(数行为)是一组基础概念。只要采区别制竞合体系,行为单数与复数就发挥着分水岭的作用,透过它们才能进而区别犯罪单数与犯罪复数。但在我国,区分行为单复数并未得到与其地位相匹配的足够重视,究其原因,一是受日本罪数体系影响,行为数在我国基本只在想象竞合中论及,无法如德国竞合体系那般显性地呈现该概念的重要地位;二是因为我国刑法缺少竞合一般规定,法无明文自难引起教义学的足够重视。如今,竞合论的引入、区别制立法例的日渐明晰,区分行为单复数这一基石问题亟待明确。鉴于此,本文结合域外经验,探讨中国刑法视阈下行为单复数的判断标准。

\* 南京师范大学法学院副教授。本文系国家社科基金一般项目“竞合理论的体系构建和适用问题研究”(项目编号:20BFX116)的阶段性成果。

## 一、事实抑或规范:行为单复数概念的基本属性

一般认为,行为单数与复数系相对关系,非行为单数即为行为复数。区分行为单复数基本不出“自然标准”和“构成要件标准”两种立场:前者从自然生活认知上,根据行为主客观特征来判断行为单复数;后者则根据行为违反规范、侵害法益的个数来区分行为单复数。前者立足事实,后者着眼规范。

德国实务及一般学理见解认为,判断行为单数应从自然考量的方式进行;但学理上愈来愈多认为,应从规范的观点认定,这种倾向于法规范的思维方式使构成要件的行为单数渐有取代自然行为单数成为通说之势。在日本,判例认为一个行为是指抛开法律评价并舍弃构成要件性观点,在自然观察下,行为人的动态可以接受社会观念上“一个动态”这一评价的场合;<sup>〔1〕</sup>但学理上,构成要件标准也是有力主张。<sup>〔2〕</sup>在我国,以“法益数”“该当构成要件个数”作为行为数判断标准的规范论主张同样拥有相当市场。<sup>〔3〕</sup>

在构成要件标准看来,自然标准模糊、定位不准,应当舍弃。从自然标准到构成要件标准,标志着行为单复数判断从存在面的事实判断转向规范面的价值判断。可问题是,在事实与规范二元视野下,行为数究竟属于哪个范畴,倘若行为数本是个前法律的事实概念,那将法规范的构成要件作为判断标准,恐怕就是个根本的错误。

竞合论中,想象竞合与实质竞合都该当数罪,区别仅在于是以一行为还是数行为该当之。行为是否该当数罪,判断标准是构成要件,倘若行为数判断也遵循同一标准,无异于彻底否定想象竞合与实质竞合的区分。这在明确规定区别制的立法背景下显然不能成立。倘若刑法缺乏竞合一般规定,或许可以主张:生活事实意义上的一行为,侵犯了数法益或违反了数规范,因此是规范意义上的数行为,应当数罪并罚。<sup>〔4〕</sup>但这样的立法背景已时过境迁,尽管依然缺乏竞合总则规定,但自《刑法修正案(九)》后,我国刑法分则中类型化的竞合条款——从一重处断条款、从特别规定条款和数罪并罚条款——三足鼎立格局已基本形成,立法区分对待想象竞合、法条竞合和实质竞合的区别制体系已基本确立。<sup>〔5〕</sup>简言之,构成要件标准及其处置后果,与我国刑法日益明朗的区别制竞合体系格格不入;此其一。

其二,在区别制背景下,构成要件标准容易陷入循环论证和自相矛盾的谬误。

〔1〕 最高裁判所 1974 年 5 月 29 日大法庭判决,最高裁判所刑事判例集 28 卷 4 号 114 页。

〔2〕 川端博『刑法総論講義』(成文堂,2006 年)628 页;团藤重光編『注釈刑法(2)のⅡ』(有斐閣,1969 年)628 页(高田卓爾執筆)。

〔3〕 参见陈兴良:《规范刑法学》,中国人民大学出版社 2013 年版,第 277 页;陈忠林、李瑞杰:“犯罪行为个数的认定”,《法治社会》2016 年第 6 期,第 1—8 页;陈洪兵:《中国式的刑法竞合问题研究》,中国政法大学出版社 2016 年版,第 179—190 页。

〔4〕 刘刚:“论罪数评价”,《法律科学》2011 年第 3 期,第 97 页。

〔5〕 参见王彦强:“‘从一重处断’竞合条款的理解与适用”,《比较法研究》2017 年第 6 期,第 98—100 页。

依构成要件标准,侵犯一法益、符合一个犯罪构成的是一行为,而一行为该当一个犯罪构成,是一罪;侵犯数法益、符合数个犯罪构成的是数行为,而数行为该当数个犯罪构成,是数罪。“固然人类行为必须经过刑法规范之评价,但不能以评价的标准反溯认定受评价之客体,作为决定行为的单复数,否则只要有二以上构成要件被实现,即需视为二行为,此种认定恐又陷入循环论证的谬误。”〔6〕

不仅如此,自相矛盾也是构成要件标准常犯的错误。例如,根据德国学者观点,一方面,“(想象竞合条款)同一行为违反了数个刑罚法规或数次违反同一刑罚法规”中所谓“同一行为”,可以是自然意义上的一行为,也可以是一个综合了数个动作的构成要件上的或自然的行为单数;另一方面,行为单数这一标准正是用于判断究竟出现了针对同一法规的一次违反还是数次违反,不论自然意义上的一行为、自然的行为单数还是构成要件上的行为单数,本质都是实现了一次构成要件(一次违反法规)。<sup>〔7〕</sup>问题是,如果行为单数(同一行为)只实现了“一次构成要件(一次违反法规)”,又怎么可能出现行为单数(同一行为)违反“数个刑罚法规或数次违反同一刑罚法规”的想象竞合呢?

再如,国内规范论者认为,一个行为应从规范意识的突破次数判断,规范性意义上只有一次突破规范意识的,为一个行为成立想象竞合;有数次规范意识突破的,为数个行为原则上数罪并罚。若行为对象在刑法评价上具有不同属性,行为人对此有认识时,即便自然意义上仅有一个行为,也应在规范意义上认定存在数个行为进而数罪并罚。当侵害人身专属法益,行为人对此存在认识而有意选择以自然意义上的一个行为完成犯罪时,原则上应根据被害者人数确定行为个数;对自然意义上的行为应尽量细分,细分后行为为主要部分不重合时存在数个行为应数罪并罚。<sup>〔8〕</sup>据此,只要行为指向数个对象、侵害数法益,而行为人对此有认识的,即存在数次规范意识突破,是数行为应予并罚。问题是,既然想象竞合“侵犯了数法益、该当数个犯罪构成”,按论者观点,行为人必定具有数次规范意识突破,就应认定系数行为,这无异于彻底否定“一行为”的想象竞合!可在论者同一或同期文献中,还有5个想象竞合例证:①捡拾枪支后杀人,若行为人一开始就有用之杀人的念头,成立非法持有枪支罪与故意杀人罪的想象竞合;②参加恐怖组织、黑社会性质组织,又实施具体犯罪的,应认为参加者只有一个行为,成立参加恐怖组织、黑社会性质组织罪与所实施犯罪的想象竞合;③醉酒后追逐竞速的,行为在驾驶上重合,只有一行为成立一个危险驾驶罪;④就生产、销售伪劣商品罪的五个实害犯罪名,其实行行为与假冒注册商标罪、非法经营罪重叠,只有一个行为,成立想象竞合;<sup>〔9〕</sup>⑤杀人时毁坏被害

〔6〕 柯耀程:《刑法竞合论》(第二版),2012年自版发行,第93页。

〔7〕 参见(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第485、475—478页。

〔8〕 参见陈洪兵:“自然与规范双重视角下行为个数的认定”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第3期,第130—131页。

〔9〕 同上注,第125—128页。

人衣服的,乃一行为侵害数法益的想象竞合。<sup>[10]</sup>

但以上例证未必符合论者自己的行为数判断标准:①非法持有枪支与故意杀人,行为对象不同,突破“不得持有枪支”和“不得杀人”两个规范意识,为何不是数行为?②参加恐怖组织、黑社会性质组织又实施杀人等行为的,同样存在“不得参加组织”和“不得杀人”两个规范意识突破,为何也不是数行为?③以犯罪构成(而非罪名)作为讨论平台,不得醉驾和不得追逐竞逐也系两个规范意识突破,也应是数行为才对;④生产、销售伪劣商品罪的对象是商品(不管有无注册商标),假冒注册商标罪的对象是商标(不管是否附着于商品),前者突破“不得生产销售伪劣商品”的规范意识,后者有违“不得假冒注册商标”的规范意识,为何亦非数行为?⑤杀人毁衣,根据论者“若行为对象在刑法评价上具有不同属性,行为人对此有认识时,即便自然意义上仅有一个行为,也应在规范意义上认定存在数个行为”的标准,也应是数行为吧?

自相矛盾恐怕还是因为规范论立场和“规范意识突破次数”标准的问题。诚如学者所言:“在想象竞合情况下,行为人以同一行为实现数个犯罪构成,就每一具体犯罪构成实现来说都有一个反规范的意识形成,或以故意形式体现对法规范的积极背反态度,或以过失形式体现对法规范的消极不保护态度。”<sup>[11]</sup>想象竞合本就是以一行为实现两次以上规范意识的突破,再以规范意识的突破次数作为行为单复数标准,矛盾自然无法避免。

其三,规范的构成要件标准混淆了作为评价对象的行为数与作为评价结果的犯罪数,混淆了前法律的行为论的行为概念与规范的实行行为概念。

规范的构成要件标准或法益标准是犯罪数的判断标准,若再以规范标准区分行为数,实则将犯罪数与行为数等同。并且,犯罪数是评价之结果,行为数乃评价之对象,而犯罪构成乃评价之标准;作为评价对象的行为数,其逻辑位阶只能是在构成要件该当的规范判断之前的行为论中;作为前法律的事实概念,行为数当然应当依据规范前的自然标准或社会标准判断,正所谓“存在面的评价客体判断,仅能从存在面去探求决定的标准”,如果依据法规范的思维逻辑来理解,将使一行为的判断丧失其应有的存在面上的自身标准,混淆行为与构成要件、评价客体与客体评价、存在与当为的关系,逻辑上本末倒置。<sup>[12]</sup>

其四,规范的构成要件标准亦不符合想象竞合一罚(一罪性)的实质理由。

一行为是想象竞合一罚(日本学者称一罪性)的事实依据,而事实依据与实质理由密切相关——要决定行为单数或行为多数以作为决定竞合问题的基础,最终的考量是在刑法目的上的合理性。<sup>[13]</sup>

想象竞合一罚的实质理由基本采责任减少说的立场,即一罚的根据在于责任减少,由于是

[10] 陈洪兵:“罪数论的中国方案”,《华东政法大学学报》2020年第3期,第178页。

[11] 王明辉、唐煜枫:“想象竞合犯之‘同一行为’判断”,《中国刑事法杂志》2009年第12期,第4页。

[12] 参见柯耀程,见前注[6],第113—114页。

[13] 黄荣坚:《基础刑法学》,台湾元照出版公司2012年版,第906页。

一个意思发动而造成的一次规范意识突破,相比数个行为引起的场合,责任非难程度要低。<sup>[14]</sup>日本学者“一次规范意识突破”的表述,也成为前揭国内规范论者提出“规范意识的突破次数”标准的重要论据,但这恐怕混淆了规范的意思决定功能与评价功能。其实,日本学者所谓一次规范意识突破,指的就是意思活动的单一性:“一个意思活动是一次规范意识的突破;二个意思活动是二次规范意识的突破”;想象竞合是以“同一时间表明法敌对态度”这种责任要素的重复评价为由,认为是类型上责任减少的情形,区别于“以个别的意思违反数个规范”“规范违反之间具有熟虑可能性”的数罪并罚。<sup>[15]</sup>可见,日本学者所谓一次规范意识突破侧重于规范的意思决定功能。

而在我国,我们更习惯“该当数罪,就有数个规范违反,也就存在多个规范违反的主观意识”等类似表述,即更习惯在“规范评价功能”语境下使用规范违反、规范意识等概念。如此,如下表述或许更容易理解想象竞合一罚的实质理由——想象竞合的实质根据是数个反规范意识产生于同一行为契机,使行为人的可非难程度降低,责任减轻。<sup>[16]</sup>同一行为契机,意味着没有重新熟虑的可能、无法期待行为人面对不法时重新做心理抉择,与日本学者的观点异曲同工。

简言之,想象竞合一罚是基于一次意思决定引起的责任减少,而“一个行为”属于将意思发动的一次性予以类型化的要件;<sup>[17]</sup>出于一个意思决定这一点可谓是“一个行为”的实质意思;<sup>[18]</sup>根据意思发动的一次性来判断一行为,显然是事实的而非规范的,“数个反规范意识产生于同一行为契机,这里同一契机应该是一种犯罪发生意义下的自然机会,是一种前规范评价意义上的事实机会”。<sup>[19]</sup>

其五,规范的构成要件标准难以实现一行为与诉讼法上“一事”的协调。

尽管在刑法的“一行为”与刑法的“一事”是否等同问题上存在争议,但没有争议是一行为的想象竞合属于一事不再理的一事。这是因为二者制度目的的共通性——都是对一个行为(一事)的双重评价禁止。<sup>[20]</sup>因此,想象竞合的一行为与一事不再理的一事的判断标准应保持一致:如果诉讼法中的一事是犯罪事实本身,而非对犯罪事实的法律评价;那想象竞合的一行为也应同样如此。吊诡的是,部分规范论者,一方面认为一事不再理的一事应指自然意义上的一个行为,采自然观察的方法认定;想象竞合中的行为也是自然意义上的一个行为,受一事不再理的约束;另一方面又认为想象竞合中的一行为应从构成要件的角度进行规范评价,即便从自然意义上

[14] 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣,1975年)420頁。

[15] 参见(日)只木诚:《罪数论之研究》,余振华、蔡孟兼译,台湾新学林出版公司2019年版,第142、40、43、64—65页。

[16] 許玉秀:“一罪與數罪之分界——自然的行為概念”,《台湾本土法学杂志》2003年第46期,第90页;王明辉等,见前注[11],第5页。

[17] (日)松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第382页。

[18] (日)山口厚:《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2018年版,第405页。

[19] 王明辉等,见前注[11],第5页。

[20] 倪潤『罪数論と一事不再理効の關係の再構成(1):『かすか』、集合犯を中心として』北大法学論集65卷6期(2015年)574頁。

是一个行为,只要存在数次规范意识突破,就宜评价为数个行为。<sup>[21]</sup>令人不解。

综上,行为数判断存在事实论与规范论两种立场,这涉及行为数基本属性之争。从想象竞合的基本结构、想象竞合一罚的实质根据、想象竞合与一事不再理的关联等考察,行为数应该是独立于犯罪构成而存在的概念。并且,规范论本身也存在自相矛盾、循环论证等逻辑错误。

## 二、客观与主观:行为单复数判断的一般标准

事实论的基本定位表明,所谓一行为,是未经法的评价,根据自然观察所得到的事实现象的概念,与经过法评价的一罪数罪概念相对应。行为数判断标准只能首先从行为事实面属性中寻找。

行为事实层面的属性,即主客观——客观因果(有体性)和主观意思决定(有意性)——两方面。不过,既然是“行为”个数,处于因果末端的法益(结果)可能影响行为不法评价,但对行为个数的决定意义不大——“过去根据所发生结果的数量来划分的做法如今已经放弃了。”<sup>[22]</sup>因此,界定行为的必要及充分要素只有意思决定和身体举动状态,行为数判断亦应围绕二者展开:

首先,一般而言,行为单数总是以“单一行为的客观结构形式”表现于外,也只有通过该外在形式才能捕捉到行为单数的轮廓或雏形。单一行为的客观结构形式,是自然观察、生活经验认知的结果,提供了判断行为单数的客观标准。

其次,行为的客观形式乃行为人主观意思决定的外在化,在客观的轮廓范围内,意思决定的单一性将发挥证成、补强、纠偏和限界的作用,最终完成行为单数判断。刑法意义上的行为,一般并不仅指一个单独的身体举动,反而通常表现为一系列举动组成的持续状态,……将这些洒落的“珍珠”串成一条“项链”的,正是主观要件。<sup>[23]</sup>但作为前法律的行为论的行为概念,起决定作用的主观要件不该是论者提到的“罪过”,而应是“意思决定”。意思决定与故意过失是两回事,单一的意思决定是指一个发动行为的决定,并未指明包含对几个构成要件的认识或意欲,或对几个构成要件发动行为。正因为在日常生活经验上只有一个意思决定,却包含数个构成要件故意,才会让它所造成侵犯数个规范的效果,引起应该论处一罪或数罪的疑惑。<sup>[24]</sup>

从“单一行为的客观结构形式”到“意思决定的单一性”,二者共同构建起事实论下行为单数的判断标准;一个行为乃是将意思发动的一次性予以类型性的要件。因此,结合行为人意思决定的单一性,寻找单一行为类型化的客观结构形式,不失为判断行为单数的优质径路。

[21] 参见陈洪兵,见前注[3],第226、229—232、189、186页。

[22] (德)汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第965页。

[23] 陈忠林等,见前注[3],第2页。

[24] 许玉秀,见前注[16],第88—89页;高山佳奈子「相当因果關係」山口厚編『クローズアップ刑法総論』(成文堂,2003年)15頁以下。

### (一)单一身体举动之行为单数判断(自然意义的一行为)

例 1:A 扔了一颗手雷,炸死 B 家三人。

例 2:C 开了一枪,打中 D 家珍贵瓷瓶的同时,也击中 D,致其重伤。

例 3:E 用铡刀一刀将多人小指砍断(轻伤)。

例 4:F 醉酒驾驶严重超载的长途客车。

扔一颗手雷、开一枪、铡一刀,行为人实现之单一身体举止,在社会一般观念上再无切割可能,不问行为人主观犯意如何,在刑法评价上恒属一行为,此单一身体举动之行为单数学理上称“自然意义的一行为”,是行为单数的最小单位。

即便如此,围绕自然意义的一行为的争论依然存在。学者指出:学说上提出所谓单纯一行为的概念(即自然意义的一行为——引者注),恐怕是个无法使用的概念,因为单纯本身是个有待定义的概念,究竟根据什么标准认定一个行为是单纯或不单纯?如果根据的是一个举动,那么一个举动是什么意思,不见得没有疑义,如果数个举动可以是一个行为,那么一个行为和举动之间的关系,需要有个标准来帮忙确定。一个举动究竟是不是人的肢体几个关节的连结,同样需要解释,这是概念和事实之间如何对应的问题。这种对应问题,是概念需要层层解释的原因,“单纯”可惜正是一个完全没有显示最起码的认定标注的用语,不能直接拿来和其他行为概念并列。<sup>[25]</sup>

除对“单纯”这一用语的质疑外,这里涉及两个问题:①自然意义的一行为概念有无存在必要?②若有必要,判断自然意义的一行为的标准是什么?

首先,本文认为,自然意义的一行为概念有其存在的必要。如所周知,大陆法系竞合理论中,自然意义的一行为,是与自然的行为单数、构成要件的行为单数并列的行为单数概念;作为行为单数的最小单位,它是其他单数类型建构的基础,离开这一基础,其他单数类型势将沦为无源之水、无本之木。例如,自然的行为单数,乃是时将时空上密接的数个举动作为一整体构成一个行为的行为单数类型。时空上密接的数个“举动”,指的正是自然意义的一行为,这些举动是“独立起来看均已实现了构成要件的数个(自然的)行为”。<sup>[26]</sup>而构成要件的行为单数,其构成要件所规定的举止行为不论在概念上、事实上或特征上均系以多个单独行为为条件的。<sup>[27]</sup>多个“单独行为”,指的也正是自然意义的一行为。可见,自然的行为单数和构成要件的行为单数,都系由数个自然意义的一行为组合而成。

其次,关于自然意义的一行为的判断。严格说来,任何行为都具有延续性,即便“开一枪”这样看似瞬间完成的动作,从自然科学的角度,也集合了“端枪、瞄准、扣动扳机”等多个肌肉动作,但“根据肌肉神经分布的数量(生理上的行为单数)来作极细的划分显然是没有意义

[25] 许玉秀,见前注[16],第87页。

[26] 金德霍伊泽尔,见前注[7],第477页。

[27] (德)克劳斯·罗克辛:《德国刑法总论(第2卷)》,王世洲等译,法律出版社2013年版,第604页。

的”,<sup>[28]</sup>刑法关注的行为必须是具有“社会意义的单元”。自然意义上的一行为,实际上是在行为人持续不断的身体举止中截取的可以进入刑法视野的最小、不可再分的行为片段,系“行为下限的问题”;<sup>[29]</sup>毋宁说,自然意义的一行为,重点并非行为个数判断(作为最小单位的自然意义的行为恒为单数),而是满足刑事可罚性最低要求的刑法中行为的特定问题。

自然意义一行为意义上的“行为的特定”,就是将值得纳入刑法评价的最小之行为片段从案件事实中选取出来。作为犯罪论的判断对象,只有那些基于人的自由意志而实施的,违反行为规范从而导致对刑法法益至少形成抽象危险的外部身体动静,亦即指向法益侵害的行为意思支配下的身体动静,才能成为刑法关注的行为。<sup>[30]</sup>从这点上讲,构成要件、法益等规范内容将以一种“前见”的方式介入,但它介入的只是作为构成要件评价对象之行为的选定,而非选定之行为的单复数判断;倘若选定的案件事实仅有一个不可再细分的行为片段,那无论其该当多少犯罪构成,都恒为行为单数;倘若选定的案件事实包含多个值得刑法评价的行为片段,是综合处理(一行为)还是分断处理(数行为),则有待其他标准的检验。

就具体判断而言,第一,例1-3扔一颗炸弹、开一枪、铡一刀这样的行为举止,作为刑法评价对象,再无细分的意义及可能,无论侵害的法益数量和种类,均为行为单数。当然,判断自然意义的一行为的重点在于身体各别活动的数目(个别性),而非同时性。<sup>[31]</sup>据此,左右手同时开枪射杀二人,仅有时间上的同时性,不是自然意义的一行为。

第二,即便是具有时空延续性的行为类型,如驾驶、运输等,只要主观上基于一个行为意思(未另起犯意),客观上行为延续无明显间隔(难以切割为不同行为片段,强行切割只会显得“不自然”,有违国民预测可能),亦为自然意义的一行为。如例4醉酒驾驶严重超载客车的,驾驶行为客观上不间断延续,主观上基于一个行为意思而实施,可确定是自然意义的一行为,醉驾与超载客运共享同一驾驶行为;而一艘船同时走私枪支弹药、文物和普通货物的,则难以认为是一个单一的走私行为,因为走私行为的特殊性在于对象物直接决定了运送、通关等行为举止的意义——针对不同种物品的收集、装箱、运输、通关等行为举止完全可以分离,因此,走私行为的行为单数以针对同一(类)对象物的一次走私为限。

综上,自然意义的一行为概念旨在选定能够纳入刑法评价之最小单位的行为举止,它是最基础的行为单数类型。可问题是,此最基础的单数类型是否可能基于某种价值考量而例外地视为数行为呢?

对此,我国台湾学者黄荣坚就认为,行为数概念的基本意义在于责任(期待可能性)概念的具体应用,……期待可能性的应用,也不能无限上纲,而是必须与规范目的之达成保持衡平关

[28] 耶塞克等,见前注[22],第965页。

[29] 甘添贵:《罪数原理之研究》,中国人民大学出版社2008年版,第115页。

[30] 李世阳:“刑法中行为论的新展开”,《中国法学》2018年第2期,第156页;仲道祐樹『行為概念の再定位:犯罪論における行為特定の理論』(早稲田大学2012年博士学位論文)62-64頁。

[31] 林山田:《刑法通论(下)》,北京大学出版社2012年版,第191页。

系。……例如行为人持枪在公共场所扫射,按照行为数基本概念,虽然杀死多人,但行为人既系出于一个无间断之情绪上的冲动而持枪扫射,所以是一行为触犯数罪名的想象竞合。问题是,如果就生命这样高度且无可取代的人身法益,论以想象竞合从一重处断,是否有失整体法律(对于生命尊重之)基本价值体系思考上的衡平性?就此,德国刑法学在老旧之连续犯概念上的讨论,即已经认为应该排除于连续犯概念之外。则举轻以明重,此处在一行为概念(想象竞合从一重处断)的讨论上,似乎更应排除于一行为概念之外。<sup>〔32〕</sup>大陆学者也提到,我国非法拘禁罪基本犯、故意伤害致人轻伤、诽谤罪、收买被拐卖的妇女儿童罪基本犯的法定最高刑仅为三年有期徒刑,当行为人以自然意义的一行为侵害多人法益时,若认为是一行为的想象竞合,明显罪刑不相适应,放纵犯罪;故应规范地视为数行为,数罪并罚。<sup>〔33〕</sup>上述观点基于衡平或罪刑均衡的考量,否定部分自然意义一行为的单数性质。但这种观点值得商榷。

其一,黄荣坚认为,一行为导致多人死亡的,以想象竞合从一重处断,似有失整体法律(对生命尊重之)基本价值体系思考上的衡平性。可问题是,刑法体现对生命价值尊重的方式无非定罪和量刑两个环节;就定罪而言,基于想象竞合的明示机能,一行为致多人死亡的,也必须宣告行为人构成数个杀人罪;就量刑而言,即便从一重处断,选择适用的也是“死刑、无期徒刑、10年以上有期徒刑”这样顶格的法定刑。可见,无论定罪还是量刑,想象竞合从一重的方案都能够满足对生命法益的充分尊重和保护。并且,德国法连续犯的类比也不合适,因为连续犯的数行为特征非常明显,按一罪处断主要是基于诉讼便利的考量,但实践证明这种考量反而会导致对实质正义的巨大冲击,在德国法并无连续犯明文的背景下,恢复其数行为数罪原状是顺理成章的,这与想象竞合恐不能同日而语。

其二,轻罪视野下基于罪刑均衡的否定亦不可行。的确,前面列举的非法拘禁罪基本犯等罪,立法仅有“三年以下有期徒刑”的刑罚配置,当行为人以自然意义的一行为侵犯多人法益时,仅从一重处断,与导致相同后果的实质竞合的并罚效果,存在较大差异。但这不正是区别想象竞合和实质竞合的意义所在吗?区别想象竞合和实质竞合本就是要赋予想象竞合相对较轻的处置效果,怎么可以以实质竞合并罚的结果为参照,认为想象竞合处断“放纵犯罪”呢?是否也可以认为,相较于想象竞合,实质竞合并罚的结果“矫枉过正”呢?

其三,前列轻罪,当行为造成多人法益侵害时,真的要科以重刑才合适吗?诚如学者所言,中、轻程度的犯行在本质上就不是严重犯行,数量的多少固然会影响刑罚评价,却无法改变其非严重犯行的本质。当数罪并罚最高可达25年有期徒刑的刑罚也可适用于中、轻程度犯行时,不禁让人严肃质疑,我们的社会是否已经形成一行为导致多人轻伤的行为人,其整体罪责将超越故意重伤、杀人犯罪的共识,以致出现轻伤多人可判25年徒刑,重伤、杀人者仍可判处

〔32〕 黄荣坚,见前注〔13〕,第907—908页。

〔33〕 参见陈洪兵,见前注〔8〕,第125页。

十几年徒刑的价值错乱现象!<sup>[34]</sup>

可见,以衡平、罪刑均衡为由,否定自然意义一行为的行为单数性质并不妥当;脱离生活实践经验将一行为强行切割为数行为,只会造成解释结论与国民预测可能之间的冲突。自然意义的一行为是刑法评价的最小单位,建立在此基础上的是最典型的想象竞合类型,如果连它都否定,无异于想象竞合与实质竞合区别体系的彻底坍塌。

## (二)持续(继续)行为中的行为单数判断

例 5:A 醉酒驾车行使,途径一路口时,因酒精作用意识不清,将正常通过的行人撞死。

例 6:B 持有手枪,后用该枪将 C 枪杀。

例 7:D 将 E 囚禁,某日,E 欲逃跑被发现,D 对 E 一通暴打,并用绳索捆绑,致 E 窒息而死。

如上所述,在自然意义的一行为中,像醉驾、持有枪支、拘禁等行为具有时空持续的特征,这虽不影响行为单数判断,但倘若在行为持续过程中介入其他行为片段或发生特定结果该当其他犯罪时(如例 5—7 所示),是一行为的想象竞合还是数行为的实质竞合呢?

对此,学理上通过“数个构成要件该当行为之间的重合性”来判断。这并不意味着行为单数的判断标准变成了规范的构成要件标准,实际上,是“先从自然的、社会的角度,提取具有一定广度的行为人的一个动态,然后再看该动态之中是否有数个构成要件该当行为”,还是“先确定数个构成要件该当行为,然后再看这些该当行为之间是否重合”,不过是思考顺序不同罢了。<sup>[35]</sup>

关于重合性判断,大陆法系刑法理论形成一部重合说、主要部分重合说、实行行为重合说等争议,但国内学者几乎清一色主张主要部分重合说,即符合构成要件的各自然行为至少主要部分重合,才是一个行为。<sup>[36]</sup> 但,何为主要部分重合却又莫衷一是。

例如,例 6 持枪杀人案,有论者认为,如果行为人以前一直非法持有枪支,后来产生杀人故意,则主要部分不重合,不是一个行为;如果行为人仅仅是为了杀人而持有枪支,则主要部分重合,是一个行为,成立想象竞合犯。<sup>[37]</sup> 可是,既然主要部分重合指的是该当的数个构成行为在存在面的自然行为事实上的重合程度,那么,为何几乎完全相同的客观事实会因杀人故意形成的时间不同而重合程度有别呢? 如果为杀人而持有枪支,是主要部分重合,为何为实施爆炸等恐怖活动而参加恐怖组织,进而实施爆炸行为的,却“主要部分不重合,应当数罪并罚”<sup>[38]</sup>

[34] 参见许泽天:“‘一罪一罚’作为废除连续犯理由的迷思”,《台湾法学杂志》2013 年第 215 期,第 105—106 页(根据我国刑法和本文事例略作改动)。

[35] 松原芳博,见前注[17],第 382 页。

[36] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社 2016 年版,第 482 页;马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社 2012 年版,第 721—722 页;刘士心:《竞合犯研究》,中国检察出版社 2005 年版,第 125 页;李昕霞:“论想象竞合犯中一行为的认定”,《福建法学》2017 年第 2 期,第 50 页;陈洪兵,见前注[8],第 125 页;王明辉等,见前注[11],第 6 页。

[37] 张明楷,同上注,第 482—483 页。

[38] 张明楷,见前注[36],第 483 页。

呢？难道“为杀人而持有枪支，在持枪30天后遇见目标，继而杀之”与“持有枪支的第2天，与他人发生口角，举枪杀之”相比，前者重合程度真的更高吗？

另有论者主张，想象竞合中的数个构成行为，在存在面上重合部分必须是每个行为的主要部分，在决定行为不法内涵时发挥主要作用，如果剥离重合部分，则剩余部分不能独立充足构成要件。在例5醉酒过失致死案中，作为继续犯的醉酒型危险驾驶罪与其途中一个时点的交通肇事罪之间并无作为社会性现象的重合部分；剥离交通肇事罪所涵盖的瞬间过失致死行为，行为人的其他行为仍足以充足醉酒驾驶罪的构成要件，故为并合罪。<sup>〔39〕</sup>这一结论也体现在日本的判例中。<sup>〔40〕</sup>但这一判断值得商榷。就例5而言，如果站在“继续犯危险驾驶罪”的视角，在醉酒持续行为范围内，肇事之瞬间行为确实仅占很小比重，二者主要部分不重合；但若站在“即时犯交通肇事罪”的视角，肇事行为与危险驾驶行为在过失致死行为的范围内完全重合。如此，是否主要部分重合，岂不因参照系不同而不同？并且，倘若行为人刚开始驾驶就撞死人的，不少学者认为主要部分重合，是想象竞合。<sup>〔41〕</sup>如此，究竟经过多长时间和位移才会导致主要部分不重合？是否主要部分重合，岂不又因事故发生之间隔时间不同而不同？即便在日本，判例也没有将上述判旨贯彻到底，针对工厂持续流出的废水导致接二连三死伤所作的水俣病判决，就认定成立观念竞合，<sup>〔42〕</sup>而此案与醉酒驾驶接二连三撞伤人的情形并无二致。<sup>〔43〕</sup>持主要部分合致说的川端博也认为，在醉酒程度高，驾驶行为本身有发生事故的高度危险时，驾驶行为本身是过失行为，由此发生事故，醉酒驾驶成为过失的内容，醉酒驾驶罪与业务过失致死伤罪因主要部分重合而成为观念竞合。<sup>〔44〕</sup>可见，主要部分重合说“应称为主要部分的内容，特别是在并发继续犯与即成犯之情形中，仍然不明确”。<sup>〔45〕</sup>

还有学者认为，主要部分重合包含自然重合与规范限定两个层面：自然重合，即数个犯罪构成必须在自然层面上依赖同一犯罪事实；规范限定，即自然状态下所共同依赖的行为必须在所成立的数个犯罪构成中分别发挥主要作用。在一起毒品+现金购枪案中，刘平平将1把自制手枪、1发子弹以人民币3500元出售给郑斌，郑斌除支付2100元现金外，剩余1400元以1.7克左右的冰毒作价支付。<sup>〔46〕</sup>论者认为，“从自然重合的角度看，郑某交付冰毒的行为是购买枪支和出售毒品所共同依赖的行为。但从规范限定的角度看，交付冰毒行为在反映非法买卖

〔39〕 李昕霞，见前注〔36〕，第50—51页；王明辉等，见前注〔11〕，第5—7页。

〔40〕 最高裁判所1974年5月29日大法庭判决，最高裁判所刑事判例集28卷4号114页。

〔41〕 参见曾根威彦『刑法の重要問題(総論)』(成文堂，2005年)383页；甘添贵，见前注〔29〕，第113页；陈洪兵：“《刑法修正案(九)》中‘同时构成其他犯罪’相关条款的理解适用”，《政治与法律》2016年第2期，第26页。

〔42〕 最高裁判所1988年2月29日决定，最高裁判所刑事判例集42卷2号314页。

〔43〕 松宫孝明『刑法総論講義[第4版]』(成文堂，2009年)331页。

〔44〕 川端博，见前注〔2〕，第630页。

〔45〕 只木诚，见前注〔15〕，第112页。

〔46〕 参见最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭：《刑事审判参考》(总第59期)，法律出版社2008年版，第1—7页。

枪支罪的犯罪内涵方面并不发挥主要作用。实际上支付现金 2100 元的行为已足以反映非法买卖枪支罪的犯罪内涵,就该罪成立来说,交付冰毒行为完全是一个过剩的部分。因此,本案中郑某交付冰毒的行为不属于实现非法买卖枪支罪和贩卖毒品罪的‘同一行为’,不成立想象竞合犯”。而在“甲基于杀害故意向乙连续开枪,第一枪落空,第二枪未击中乙却过失重伤丙,第三枪才将乙杀害”(连续开枪杀人案)中,论者则认为:“在接续犯场合,实行行为虽由数个动作组成,但基于数个动作在时间、场所上的密接性,本身并不独立,因此,在自然重合的判断中,始终应将数个动作做整体观察。即使实施某个动作时触犯了其他罪名,也应视为数个接续动作的整体与其他罪名之间的关系,只成立一个想象竞合犯,就本案而言,甲的数次射击行为均是故意杀人罪实行行为的组成部分,尽管第二枪误伤丙,也应将三次射击行为作为一个整体评价,认为是故意杀人罪与过失致人重伤罪的想象竞合。”〔47〕依论者观点,在毒品+现金购枪案中,一个自然的买卖交易行为,基于规范限定,被分割为“非法买卖枪支罪(现金购枪部分)”和“贩卖毒品罪(毒品换枪部分)”;而在连续开枪杀人案中,连开三枪的行为,却没有基于规范限定分割为“故意杀人(乙)罪”和“过失致人(丙)重伤罪”。可是,以现金+毒品组合方式换购枪支弹药的交易行为,其自然的一行为属性,要远强于针对数人生命专属法益的接续、连续行为,为何前者可以一分为二,后者反而不能呢?既然“支付 2100 元现金部分的行为就已足以反映非法买卖枪支罪的犯罪内涵,就该罪成立来说,交付冰毒的行为完全是一个过剩的部分”,为何不可说“开第一枪第三枪的行为,就已足以反映故意杀人罪的犯罪内涵,就该罪成立来说,开第二枪的行为完全是一个过剩的部分”呢?退一步讲,即便毒品+现金购枪案可以如论者那样拆分,就毒品换枪部分,也应认为是贩卖毒品罪与非法买卖枪支罪的想象竞合。如此一来,加上现金购枪部分,岂不应该同时宣告行为人构成两个非法买卖枪支罪和一个贩卖毒品罪?如此结论着实不妥。可见,所谓规范限定同样无法提供确切标准。

综上,各主要部分重合说的尝试皆以失败告终。究其原因乃是误将判断方法当作判断标准所致。重合性判断只是判断行为单数的思考方法,不能充当行为单数的判断标准。“重合”的真实含义应该是,该当的数个构成要件的实行行为,是否共享同一个行为事实;是,即为重合。因此,在“并发继续犯与即成犯/状态犯”的情形中,判断行为单数的关键是,介入的即时犯/状态犯的构成行为,究竟是指向继续犯持续行为以外的另一行为事实,还是指向继续犯持续行为本身(同一行为事实)。

首先,如果介入的行为,主观上不是“为了维持既存的违法状态的犯罪”,〔48〕客观上“没有对继续犯构成要件之充足作出贡献”,〔49〕自然无法保持与持续行为在状态和内容上的同一性,难以认为系同一行为。据此,例 7 中,对被害人一通暴打、绳索捆绑是为了防止其外逃,巩

〔47〕 王明辉等,见前注〔11〕,第 5—8 页。

〔48〕 耶塞克等,见前注〔22〕,第 985 页。

〔49〕 (德)克劳斯·罗克辛:《德国最高法院判例·刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,中国人民大学出版社 2012 年版,第 271 页。

固维持拘禁状态,应当认为系一个拘禁行为的延续,构成非法拘禁罪与故意伤害致死罪的想象竞合。而例6中,无论是持枪后临时起意杀人,还是为杀人而持有枪支,杀人行为都难以认为是“为了维持持有枪支的违法状态”“对继续犯构成要件之充足作出贡献”,仅时间上的同时性难以认为系同一行为。

其次,如果说例6、7是一种“主动”介入,那么,例5醉驾致死案中交通肇事罪的介入算是一种“被动”介入。例5中,死亡结果正是醉驾行为引起的,危险驾驶罪和交通肇事罪的构成为,共享同一个醉驾行为事实,“醉态驾车是继续犯,如果在仍处醉态下肇事,继续行为并不会因为后来的肇事行为而变成两个行为”,<sup>[50]</sup>正所谓“行为的持续并不增加行为的个数”。<sup>[51]</sup>

### (三)连续行为、方法目的(原因结果)关联行为的行为单数判断(自然的行单数)

例8:A潜入B家,将3件珍贵藏品分3次偷走,其中两件分别系C、D所有。

例9:E出于一时破坏的欲望,用石块砸了F家窗户,随即又抄起另一石头将G家窗户也砸了。

例10:H连续用拳猛击I头部,最后一击将I昂贵眼镜打坏。

例11:J为杀K向K连开三枪,其中一枪击中致K死亡,另一枪误中L,致其重伤。

例12:M连开三枪,将熟睡中的N及其妻儿枪杀。

例13:O伪造货币后,持假币购物。

与单一的自然行为不同,例8—13的案件事实包含数个行为片段,每个片段都已足够充当刑法评价的对象,但这些行为主观上常常基于单一的意思决定,客观上呈现连续、反复实施、手段目的(原因结果)关联等特征,且时空上紧密关联。如此,有无整体评价为行为单数的可能?对此,学理上提出“自然的行单数”概念予以讨论。

自然的行单数,是指基于一个意思决定,而在时空上紧密相接的数个举动,在旁观者看来是一个整体,则外观上可分成数个部分的事件流程,可构成一个行为。<sup>[52]</sup>唯数个举动之间,有的要求“必须是实施同种类的行为举止”;<sup>[53]</sup>有的则认为,不仅连贯的复制(同种类的行为举止),方法目的或原因结果关联类型也包括在内。<sup>[54]</sup>据此,可区分“连贯复制型自然行单数”与“方法目的(原因结果)关联型自然行单数”分别讨论。

#### 1.连贯复制型自然行单数

连贯复制型自然行单数,强调反复实施同种类的行为举止,得整体视为一个行为的情形,又可细分“反复实现构成要件”和“逐步实现构成要件”两种情形,可谓是自然行单数的经典情况。<sup>[55]</sup>此类行单数的关键在于同种类行为举止的认定:同种类是否仅限于针对同一

[50] 许玉秀,见前注[16],第98页。

[51] 林沈节:“论单个应受行政处罚行为及其处罚规则”,《行政法学研究》2010年第3期,第81页。

[52] 许玉秀,见前注[16],第87页。

[53] 罗克辛,见前注[27],第607页;这也是德国联邦最高法院的态度。

[54] 参见许玉秀,见前注[16],第93—94页;林山田,见前注[31],第191页。

[55] (德)约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第465页。

法益主体的侵害之时?对人身专属法益和财产法益有无区别对待的必要?

可以肯定的是,当行为人以一连串行为作用于同一法益主体时,只要主观上基于一个行为意思(非另起犯意)而实施,即为自然的行为单数。如例8,A分3次盗走藏品,是在一个盗窃B家财物的意思支配下实施的,尽管三件藏品并非全系B所有,但为B实际占有的事实表明,A的行为是对B实际占有财物的侵害,藏品实际所有权归属不影响行为单数认定。再如例10,H连续拳击行为是在一个伤害I的意思支配下实施的,即便行为人认识到其行为有毁坏被害人眼镜的危险,也不影响行为人一个发动行为的意思,此一连串行为动作应视为一个行为,同时该当毁损财物罪的,以想象竞合论处。

争议较大的是,如果一连串行为涉及不同法益主体时(例9、11、12),是否仍成立自然的行为单数?在德国,学理上多主张区分财产法益与人身专属法益;认为财产法益可以通过量的叠加,综合捆绑为构成要件的一次实现;而人身专属法益是绝对的,无法量化,需要区分对待。在此,迈瓦尔德(Maiwald)的见解被广为援引:“相对于所有权或财产受侵害,高度个人专属法益具有较高的重要性,形成绝对无法被量化的一个单元。无论从法律上或道德上的评价都一样,侵害第二个生命或第二个人的名誉,并非只是单纯对生命法益或名誉法益的加强侵害而已。因此,对于侵害数个高度个人专属法益之处罚,不能论以行为单数。”<sup>[56]</sup>据此,在机场传送带上以迅速手法盗取数名旅客钱包;在同一时地以相同方法偷盗三部汽车;佯装成售票员收取数人入场费;以及例9出于一时破坏欲望接连砸破两家窗户等,都系自然的行为单数,成立一个财产犯罪。而在相同情况下以近似方式侮辱数人、伤害数人或对数人猥亵,以及例12连开三枪枪杀三人的,系行为复数,成立数罪。实务观点虽然暧昧,但也被认为基本坚持了区分的立场。<sup>[57]</sup>

可问题是,究竟为何要区别对待财产法益和人身专属法益?区分论的德国立场是否适合中国法的现实场域?

首先,诚如许玉秀所言:“自然意义的行为概念(即自然的行为单数——引者注)利用法益是否为行为人一身专属,以限制行为数界定罪数的功能,并不是透过行为本身完成这项任务,而是从外面找来帮手。既然能找上法益,或许也能找到其他概念要素,却为什么找上法益?还必须提出具体的理由,而自然意义的行为概念没有针对这一点说明理由。”<sup>[58]</sup>按区分说,区分的理由似乎是法益属性不同:人身专属法益是绝对、不可转让、无法量化的,故“四枪杀害四人,成立四个杀人罪,不可能因为行为紧密接连不间断,把四个杀人罪转化成一个唯一在质量上被提升的杀人罪”;<sup>[59]</sup>而财产法益的归属并不受重视,“一个偷窃的同一性并不取决于这些被偷

[56] Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, 1964, S. 81. 转引自陈志辉:“自然的行为单数”,《刑事法学的新视野》,台湾元照出版公司2011年版,第403—404页。

[57] 参见罗克辛,见前注[27],第609页;陈志辉,见前注[56],第401页。

[58] 许玉秀,见前注[16],第91页。

[59] 陈志辉,见前注[56],第402—403页。

窃的对象是属于谁的。窃贼自己经常不知道这一点,并且这对他来说也无关紧要”。〔60〕

但法益属性作为影响行为单数判断的因素,不无疑问:(1)竞合形态关注的是法益个数,而非非法益属性,尤其这里讨论的同种想象竞合,其侵害之数法益只能通过法益主体的复数性来体现。作为个人法益,无论人身还是财产,都强调他人之归属,强调活生生的人,这是以人为本、个人本位法益观的基本要求,绝不可能因为是财产法益,就将数个法益当成一个、数个个人捆绑为一人。诚如耶塞克所言,由于财产权“归属于”个人,如果犯罪行为损害了数个被害人,那么,对受刑法保护的法益的尊重要求也就被数次触犯。〔61〕(2)盗贼的确可能不知道、不关心物品归属何人,但盗窃罪的成立要求盗贼必须认识到物品为他人占有的事实,当他认识到不同物品分别为两人占有时,可以说他已经有两个盗窃他人财物的犯意,再加上分别取之的客观行为,理应为两个盗窃罪;更何况,杀人狂魔也同样可能不知道、不关心杀害的对象究竟何人!

其次,的确,不同于财产法益,多个主体的人身专属法益难以简单累计叠加为一个程度更重的人身法益。但这种法益性质不同导致的处置方案不同,不可能也不应该反溯决定处在因果前端的行为的单复数判断。更何况在我国,立法或司法解释常将“侵害多人或致多人损害”作为法定刑升格条件,加重犯的处罚模式使得区分制的德国立场在我国失去了存在的立法根基。

可见,区别对待财产法益和人身法益的理由并不充分,也不切合中国现实。如果连开三枪杀害三人,构成三个故意杀人罪,那么一夜洗劫三家,同样应构成三个盗窃罪。法益归属对财产犯罪和侵害人身法益犯罪同样重要。

当然,累计叠加或加重犯的处罚模式,将使行为单复数乃至同种想象竞合与同种数罪的区分意义大打折扣,但一则,如果立法并未作特别规定,同种想象竞合还应从一重处断,而同种数罪原则上应并罚,二者并不相同;二则,在诉讼法上,一行为的同种想象竞合受一事不再理的制约,而数行为的同种数罪则不然。〔62〕因此,区分行为单复数进而区分同种想象竞合与同种数罪仍有必要。

综上,连贯复制型自然行为单数应仅限于对同一法益主体的法益侵害之时;如果行为指向多个法益主体,不论人身还是财产法益,只要行为人主观上对复数主体有认识,并在客观上以一连串行为举动分别侵害时,就应否定自然的行为单数。据此,例9连续毁损两家窗户、例12连开三枪枪杀三人,都是行为复数;而例11对K连开三枪,其中一枪误中L的行为,乃是基于一个杀K的行为意思而实施的一个连贯的杀人行为,过失致人(L)重伤行为也正指向该连贯行为,故为行为单数,系故意杀人罪与过失致人重伤罪的想象竞合。

〔60〕 罗克辛,见前注〔27〕,第608页。

〔61〕 耶塞克等,见前注〔22〕,第982页。

〔62〕 根据一事不再理,如果是一行为导致二人死亡,若法院已就其中一个死亡事实作出生效判决,对遗漏的另一死亡事实,不能启动诉讼程序追诉;而如果是两个行为导致二人死亡,对其中一个事实的生效判决并不影响对另一事实的追诉。我国刑法未规定一事不再理,即便如此,对前者,要追诉另一死亡事实,也只能启动再审程序纠正;对后者,直接另案处理即可。

## 2.方法目的(原因结果)关联型自然行为单数

除连贯复制型自然行为单数,还有学者主张方法目的(原因结果)关联型自然行为单数概念。例如,林山田在分析例 13 伪造货币进而持假币购物以及伪造公印用以伪造护照,并持伪造护照通关等事例时认为,行为人的一连串动作均是出于单一的意思决定,尽管实现了多数不法构成要件,但不影响其行为被评价为自然的行为单数。在他看来,牵连犯可谓是想象竞合的例示概念,同样是一行为触犯数罪名而从一重处断的情形。<sup>〔63〕</sup> 而许玉秀提出“经验上一行为”概念,以重新定义自然的行为单数,她认为只要一个意思决定所启动的一个复合的因果流程,其中数个相互连结的因果事实彼此具有方法目的、原因结果或持续复制的关系时,即为一行为。因此,偷枪而拥有枪,持枪而杀人,绑人而杀人,侵入住宅窃盗,杀人而弃尸等,皆为经验上一行为,所触犯的两罪为想象竞合关系。<sup>〔64〕</sup> 将方法目的或原因结果关联的牵连犯作为想象竞合,放在我国台湾地区 2005 年“刑法”修正废止牵连犯的立法背景下,难免遭人质疑这种看法“牵连犯名义上被废除,实际上仍藉由想象竞合败部复活”。<sup>〔65〕</sup>

牵连犯概念一般用来描述复数行为之间存在手段与目的、原因与结果密切关联的犯罪形态,与想象竞合的单一行为存在鲜明对比。如果牵连犯之数行为和想象竞合之一行为都指向同一行为概念,那么将复数行为解释为一行为在逻辑上是行不通的。

例如,林山田认为,所谓牵连犯本就属想象竞合一行为触犯数罪名之例,只是两个罪名之间具有方法目的、原因结果的牵连关系而已。例如,行使伪造文书诈欺取财的,行使伪造文书的方法行为与诈欺取财的目的行为形成牵连关系;窃取手枪进而持有的,窃盗的原因行为与非法持有的结果行为形成牵连关系。<sup>〔66〕</sup> 可问题是,首先,就方法目的牵连而言,与“行使伪造文书诈欺取财”相比,例 13 伪造货币进而持假币购物的行为,明显多出一个伪造行为,为何依论者观点后者仍是一行为(是自然的一行为还是拟制的一行为)? 在本文看来,行使伪造文书诈欺取财行为之所以为一行为,是因为以伪造文书向他人主张本就是实施诈术的一部分,也即行使伪造文书行为与诈骗之诈术行为之间具有同一性,系典型的想象竞合;而如果行使之前还有伪造行为的,则不可能基于同一性原理而认定为一行为,这才涉及是否论以手段行为与目的行为的牵连犯问题。其次,原因结果牵连的例证也有问题。在分析“A 制造爆裂物后,又继续持有达 3 年之久”时,林教授认为,A 论以普通制造危险物罪即可,其后的持有行为虽另构成普通持有危险物罪,但为前行为吸收,属不罚的后行为。<sup>〔67〕</sup> 同样都是非法获取继而持有,窃取继而持有是行为单数的牵连犯(想象竞合),而制造继而持有则属于行为复数的不罚的后行为,岂不矛盾?

〔63〕 参见林山田,见前注〔31〕,第 191—192、205 页。

〔64〕 参见许玉秀,见前注〔16〕,第 92—94 页;许玉秀:“一罪与数罪的理论与实践(二)”,《台湾本土法学杂志》2006 年第 79 期,第 191—193 页。

〔65〕 陈志辉:“牵连犯与连续犯废除后之犯罪竞合问题”,《月旦法学杂志》2005 年第 122 期,第 21 页。

〔66〕 参见林山田,见前注〔31〕,第 205 页。

〔67〕 参见林山田,见前注〔31〕,第 242 页。

而许玉秀所谓“由方法目的或原因结果关系复合而成的一个因果流程”则像个筐,里边既有像扔一颗手榴弹造成数死数伤这样“行为与结果”的因果关联类型;也有侵入住宅窃盗、绑人杀人这样“手段(原因)行为与目的(结果)行为”的关联类型;还有像伪造文书继而行使伪造文书骗财这种包含三个行为——伪造文书(手段行为)、行使文书(目的行为又手段行为)和取财(目的行为)——的关联类型。按许教授观点,客观上,这些因果事实之间有方法目的、原因结果关系而彼此连结为一个因果流程,流程中的各因果事实彼此在生活经验中经常融成一体,没有独立理解的意义;主观上,行为人只有一个意思决定,因而它们都是自然的行为单数。可上述理由不过是牵连犯成立条件——主观上的牵连意图与客观上类型化的牵连关系——的另一种表述而已,仅此直接得出“一行为”的结论未免草率。无论如何,牵连犯(后两种关联类型)“行为与行为”的特殊关联,与想象竞合(第一种关联类型)“行为与结果”的因果关联之间还是存在显著区别的。

正因如此,英格博格·普珀(Ingeborg Puppe)提出“基于方法目的关系或结果单一所衍生的想象竞合类型”,但她自己也承认这种衍生类型在德国刑法典中从未存在过,德国刑法典只承认一种想象竞合态样,即所谓的行为单数,要将这种衍生类型纳入其中,唯一的出路是重新审视行为单数概念,建议一种“因结果同一性而衍生特殊形式的行为单数”;她感慨“删除台湾地区刑法第55条后段的牵连犯规定是立法者不幸的决定,如果在德国刑法第52条想象竞合的规定中能看到如此文句,我就会非常高兴”。<sup>[68]</sup>可见,所谓方法目的(原因结果)关联型自然行为单数实为一种拟制,是在否认牵连犯概念的立法背景下,为依法实现按一罪处断的适用效果,而将具有方法目的(原因结果)特殊关联的复数行为“视为”行为单数。<sup>[69]</sup>而在承认牵连犯概念的日本,这种复数行为的特殊关联“可以按照一个意思决定看待”<sup>[70]</sup>“可以准照于一个‘意思发动’”,<sup>[71]</sup>即牵连犯乃是一个不同于想象竞合,但又参照想象竞合处置的概念。在我国,与其牵强附会通过拟制形成一个臃肿的想象竞合概念,不如大方承认牵连犯是与想象竞合并列的罪数不典型类型,诚如学者所言,在我国已经接受了日本刑法中的牵连犯概念作为想象竞合与实质竞合间的缓冲,不真正法条竞合等德国立法的特殊产物确实没有为我国所接受的必要。<sup>[72]</sup>

综上,或许行为单数的范围确实会因牵连犯承认与否而不同,但无论如何,牵连犯复数行为的手段目的或原因结果关联,与典型想象竞合的单一行为存在明显区别。在我国基本肯认牵连犯概念的背景下,没有必要承认方法目的(原因结果)关联型自然行为单数概念,以免造成

[68] 参见 Ingeborg Puppe:“基于构成要件结果同一性所形成不同构成要件实现之想象竞合”,陈志辉译,《东吴法律学报》第17卷第3期(2006年),第318、326—327页。

[69] 德国通说则认为由于存在数个行为的差别,将上述关联类型直接评价为想象竞合是有障碍的,从而将其作为不成文的法条竞合的类型——辅助关系或吸收关系,即不真正的法条竞合。

[70] 山口厚,见前注[18],第406页。

[71] 松原芳博,见前注[17],第384页。

[72] 徐凌波:“犯罪竞合的体系位置与原则”,《比较法研究》2017年第6期,第92页。

一行为、想象竞合等概念的肥大症。

### 三、从事实到规范:行为单数的拟制与特殊犯罪形态的行为单数判断

尽管从事实面确立了行为单数的一般标准,但刑法学毕竟乃规范之学,要隔绝规范的影响是不可能的。规范的影响在于:①如前所述,构成要件、法益等规范内容以“前见”的方式介入自然一行为的判断;②规范还可以实现从“自然意义的数行为”到“法律上的一行为”的拟制;③在不作为犯、过失犯等以义务违反为核心的犯罪形态中,行为构造的特殊性决定了规范判断的必要性。

#### (一)规范对行为单数的拟制(构成要件的一行为)

规范的续造、拟制机能决定了,在是否为一行为的判断上,立法者具有相当大的裁量权,只要不违反比例原则、不会造成残酷及不寻常的处罚。<sup>[73]</sup> 据此,自然意义上的数行为可以经由法律拟制为法律上的一行为,此即“构成要件的一行为”。

构成要件的一行为,乃是透过刑法分则各构成要件的规定,使数个自然的意思活动融合成为法概念的一行为,系立法拟制的一行为。唯文献中关于构成要件一行为的范围众说纷纭:多行为犯、结合犯、意图犯、继续犯、集合犯、构成要件等价选择行为、结果加重犯、情节加重犯、接续犯、连续犯、牵连犯、转化犯都有被纳入其中。本文看来,从构成要件一行为的内涵看,结果加重犯、情节加重犯、接续犯、连续犯、牵连犯、转化犯、意图犯、结合犯都不应纳入。

首先,认为接续犯、结果加重犯、情节加重犯是构成要件一行为的观点,<sup>[74]</sup>不能成立。接续犯,如接连殴打他人拳脚,如前所述属于自然的行为单数;结果加重犯,乃基本犯罪行为导致加重结果发生的情形,其行为数与基本犯并无二致;而情节加重犯,实为时间地点加重、数额加重、结果加重、行为加重等的大杂烩,难以打包作为一种行为单数类型。

其次,我国台湾地区刑法已废止的连续犯和牵连犯被视为构成要件的一行为。<sup>[75]</sup> 不过,既然是构成要件认定的一行为,就应当仅根据分则具体构成要件来判断,与总则竞合规定无关。

再次,转化犯被认为是构成要件的一行为。<sup>[76]</sup> 从例证看,刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人、聚众斗殴,致人伤亡;组织、强迫卖血,对他人造成伤害等转化犯,都是基本犯罪行为引发伤亡结果时的“转处”,自始至终只有基本犯一个行为,不存在对复数行为的拟制。至于转化型抢劫,如后所述用多行为犯概念即可。如此,至少在竞合领域,转化犯似乎是多余的概念。

[73] 参见王兆鹏:《一事不再理》,台湾元照出版公司2008年版,第14—15页。

[74] 参见李昕霞,见前注[36],第47页。

[75] 参见许玉秀,见前注[16],第92页。

[76] 参见陈兴良主编:《案例刑法研究(总论)》(下册),中国人民大学出版社2020年版,第312页。书中区分构成要件的行为单数与法律拟制的行为单数,转化犯属于后者。但构成要件的行为单数本就是拟制的产物,似无需再细分。

从次,意图犯,也称不完全之多行为犯、短缩的二行为犯,则被更多人视为构成要件的一行为。<sup>[77]</sup>例如,意图供行使而伪造货币进而行使的,只是将行使意图实现,被评价成构成要件的一行为,只成立伪造罪;以勒索财物为目的绑架他人进而勒索财物的,仅成立绑架罪。可是,“以行使为目的”“以勒索财物为目的”只是伪造货币罪、绑架罪的主观目的要素,犯罪成立(既遂)并不需要客观上实施第二个行为。既然构成要件上只要求一个客观行为,自然不存在两个行为因构成要件规定被拟制为一行为,也就不属于构成要件的一行为。至于客观上实施了第二行为的,在承认牵连犯的视阈下以牵连犯论即可。

最后,关于结合犯,学理上区分实质结合犯与形式结合犯,实质结合犯是指立法将两个本质上可以各自评价的多个不法构成要件行为,结合为一个新的独立的不法构成要件,如我国台湾刑法中的掳人勒索罪就是将妨害自由行为与恐吓取财行为结合成一个新的独立的构成要件,实质结合犯实属后述多行为犯范畴;而形式结合犯只是在法条形式上结合了两个不同的构成要件,但却没有自己的构成要件,需要回溯到被结合的各构成要件来个别判断。<sup>[78]</sup>国内学者基本只是在形式结合犯的意义上使用结合犯概念,即A罪+B罪=加重的A或B罪,如绑架杀害被绑架人的,以绑架罪加重处罚;拐卖妇女又奸淫被拐妇女的,以拐卖妇女罪加重处罚。<sup>[79]</sup>

形式结合犯亦被作为构成要件的一行为。<sup>[80]</sup>可问题是,一般认为,构成要件的一行为,是刑法上的一罪,构成诉讼法上的一个犯罪事实(一事)。如此就难免产生疑虑。例如,倘若行为人因拐卖妇女行为以拐卖罪定罪处罚,判决生效后,才发现行为人还曾奸淫该被拐妇女。对此,如果认为加重的拐卖罪(拐卖+奸淫)是结合犯,是构成要件的一行为,继而系诉讼法上的一个犯罪事实,那么,在诉讼法上就只能启动再审程序推翻原判全案再审。但这是否适当,值得思考:启动再审程序的条件是原审生效判决认定事实认定或法律适用错误,但正所谓不告不理、审判范围以起诉范围为限,当检察机关仅就拐卖行为提起公诉时,法院当然应当仅就拐卖行为定罪量刑,就此难以认为原审判决存在事实认定或法律适用错误。或许有人会说,本案中,作为加重情节的奸淫乃是影响拐卖罪量刑的情节,因而属于发现新证据导致的原审事实认定错误。但在本文看来,不论定罪还是量刑情节,都应是表征具体犯罪不法或责任的事实,当检察机关仅就拐卖行为提起公诉时,法院只能也仅应当依据与拐卖行为的不法和责任相关的情节定罪量刑,显然,奸淫不是与拐卖行为的不法和责任有关的情节事实(否则就意味着每一起以拐卖起诉的案件,法院都有义务去调查有没有奸淫行为)。可见,认为原审判决确有错误非常牵强,启动再审程序的条件并不充分。尤其是,若放在一事不再理视阈下,弊端更为凸显:因为构成要件的一行为在程序法上形成单一的犯罪事实,因此,生效判决尽管仅针对拐卖部分,但

[77] 参见陈兴良,同上注,第309页;罗克辛,见前注[27],第605页;林钰雄:《新刑法总则》,台湾元照出版公司2018年版,第585页。

[78] 林钰雄,同上注,第583—584页。

[79] 参见张明楷,见前注[36],第467页;陈兴良,见前注[76],第311—312页。

[80] 参见陈兴良,见前注[76],第311页;林山田,见前注[31],第192页。

既判力却也及于强奸部分,不能再追究强奸犯行,由此形成对行为人优待的不当结果。

因此,如果坚持认为构成要件的一行为形成诉讼法上的单一犯罪事实,那么,形式结合犯就不宜视为构成要件的一行为。事实上,它只是一种量刑规则,“立法者在此要指示的是:如果你犯了A罪又犯了B罪,这很严重,严重到用一般数罪并罚来论罪还不够,所以特别加重了量刑规定。”〔81〕量刑规则的变更并不能改变行为的复数性。如此,前例中,发现的强奸漏罪并不影响拐卖罪生效判决的效力,拐卖罪判决的既判力也不及于强奸漏罪,无需撤销原判全案再审,只需单独另案处理强奸罪即可。这既有利于诉讼效率和经济,也有利于诉讼安定价值的实现。

这样,真正属于构成要件一行为的只有多行为犯、继续犯、集合犯和构成要件等价选择行为:

### 1. 多行为犯

即立法在设定某一犯罪构成时,就要求必须有自然的数行为,它们共同结合形成一个构成要件行为。例如,抢劫罪同时包含暴力胁迫和取财行为;前文提到的转化型抢劫,亦是由盗窃、诈骗、侵占行为与暴力、胁迫等行为结合而成。多行为犯意义在于,自然意义的数行为被拟制为法律的一行为,其他犯罪行为如果与多行为犯中任一行为具有一行为关系,就等于和整个多行为犯是一行为关系。例如,在使用假币购物案中,诈骗罪由实施骗术与取财行为组合而成,使用假币行为与实施骗术行为二者重合具有一行为关系,继而使用假币罪与整个诈骗罪成立一行为的想象竞合。

### 2. 作为构成要件一行为的继续犯

继续犯是实行行为与所造成的法益侵害状态同时持续的犯罪类型。作为构成要件一行为的继续犯必须包含两部分内容:导致违法状态发生的行为和维持违法状态的行为,二者在刑法评价上不能分割,视为一完整行为。据此,持有型犯罪是不属于构成要件一行为的继续犯,因为其构成行为中并不包含导致违法状态发生的行为部分。作为构成要件一行为的继续犯,如非法拘禁罪,倘若导致违法状态发生的行为又构成其他犯罪,抑或为维持违法状态而实施的行为又构成其他犯罪的,为想象竞合犯。

### 3. 集合犯

指立法所制定的构成要件中本即预定有数个同种类行为反复实行的犯罪。是否集合犯,应斟酌法律规范的本来涵意、社会生活经验中该犯罪必然反复实行的常态等。据此,非法行医等职业犯、以赌博为业等营业犯以及虐待、伪造、生产、贩卖(经营、销售)、收集(吸收公众存款、集资)等行为都具有反复施行的特征,似皆属集合犯。

但集合犯作为构成要件的一行为,依照通说,同样可能产生与前揭将形式结合犯作为构成要件一行为时类似的诉讼法上的疑虑;并且从起源看,集合犯本是反映犯罪人恶习而以多次同类行为的集合而设立的犯罪,其浓烈的行为人刑法色彩,在行为刑法视野下自然显得格格不入。因此,限制其存在范围是待集合犯的正确姿态。鉴于此,本文主张仅非法行医之职业犯、以赌博为业之营业犯以及虐待罪(限同一被害人)等少数可视为集合犯,这三类犯罪都是对

〔81〕 林钰雄,见前注〔77〕,第584页。

一种健全生活方式与秩序的侵害,且侵害主要是通过行为人反复实施同类行为来呈现。而伪造、生产、贩卖、收集等行为类型则不同,它们所侵害的法益主要还是通过传统的行为后果规模来体现,不宜作为集合犯。

作为集合犯的非非法行医、以赌博为业和虐待等罪,当仅就部分行为作出生效判决时,判决的既判力原则上及于期间发生的、基于同一犯意实施的、未发现的那部分行为,除非新发现的部分,存在法定加重情节,完全溢出了原判决刑罚适用范围,例如行为人因非法行医罪被判处三年以下有期徒刑,判决生效后,发现在其行医期间还有一起或多起行医行为严重损害就诊人健康或造成就诊人死亡。对此,应启动再审程序全案再审。

#### 4. 构成要件的等价选择行为

包括选择性罪名中的行为选择,如走私、贩卖、运输、制造毒品罪;非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪;亦包括拐卖妇女儿童罪中拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转等行为方式选择。立法者使用这种立法模式,经常只是基于语言上的因素,因为在语词中并没有描述某种状态的词,或各选项间的共通上位概念过于模糊,或上位概念外延过广,所以采用选言式的描述来表达某个单一概念,而不是要创设数个不同的犯罪类型。<sup>〔82〕</sup> 作为构成要件的一行为,以行为人基于同一犯意对同一个对象实施的选择行为为限。

#### (二) 规范在特殊犯罪形态之行为单数判断中的作用

如果说构成要件的一行为是立法论上规范之创制机能的发挥;那么,不作为犯、过失犯等特殊犯罪形态的行为单数判断,则是解释论上规范性判断的体现。

由于“不作为犯中,并不存在识别不作为个数之外在事实现象”“过失犯中,特定实行行为本身存在困难”,<sup>〔83〕</sup>以故意作为犯为模型的事实论的行为单数标准难免失效。不作为犯、过失犯的行为单数判断,必须结合其规范(义务)违反的本质进行。

不作为犯中,假如作为义务只有一个,或者该当结果只出现一次,即便行为人错过数次救助可能,都只是一个不作为的行为单数。而如果存在多个作为义务,或者对于复数结果的发生未履行避免义务,不作为的行为数判断存在争议。本文认为,既然不作为的成立条件包括作为义务和作为可能、结果回避可能,那么,在存在复数作为义务的情况下,行为人是否可能履行复数义务、避免复数结果发生,就是区分不作为行为单复数的标准:如果违反某命令(结果发生)后,仍然可以避免违反其他命令(结果发生)而没有避免的,系行为复数;反之,在违反某命令(结果发生)后,无法介入其他行为来防止违反其他命令(结果发生)时,为行为单数。例如,不能认为“纯正不作为行为个数应以行为人肩负的作为义务个数决定,行为人同时拒不履行两份不同的判决裁定的,应视为数个不履行行为,成立同种数罪”,<sup>〔84〕</sup>因为它只考虑了作为义务,

〔82〕 蔡圣伟:《刑法案例解析方法論》,台湾元照出版公司2017年版,第95—96页。

〔83〕 只木诚,见前注〔15〕,第80、106页。

〔84〕 刘士心:“中国刑法中危害行为之单数与复数”,载南开大学法政学院编:《南开大学法政学院学术论丛(2001)》,天津人民出版社2002年版,第117页。

忽视了作为可能,如果行为人针对 A 判决的拒不履行行为,也导致 B 判决不能履行时,如行为人将两份判决指向的同一履行标的损毁,导致履行不能的,就应系不作为的行为单数。又如,子女两人同时落水,在只能救助其中一个的情况下,父亲皆不予救助致两人死亡。尽管存在两个作为义务,但其中一义务的履行将使另一个履行不能,即不履行有两个义务违反,但不能履行仅一个义务违反,故应为行为单数。相反,子女相继落水,父亲眼见其中一个溺亡后,仍不愿救助另一个,致其溺亡的,则为行为复数。

过失犯中,构成要件该当结果仅发生一次时,恒为行为单数,即便存在数次注意义务违反。当构成结果为复数时,行为数判断与不作为犯相似,即在违反注意义务导致某一结果发生后,是否有可能履行其他注意义务以避免另一结果发生。例如,行为人雨天超速行驶,车辆失控,与前车追尾致前车司机重伤后,又滑行数十米将一行人撞死。对此,与前车相撞后行为人再无控制车辆履行注意义务之可能,故为行为单数;而若撞上前车后行为人加速逃逸复撞死行人的,则为行为复数。

综上,义务犯的共同属性决定了不作为犯与过失犯行为数判断的相似性,即在违反复数义务导致复数结果发生时,应结合义务履行可能和结果回避可能来判断,“是否可能回避,并非事实上的判断,而是应讨论行为人想实行而能否实行之规范性判断”。〔85〕

---

**Abstract:** The number of behaviors is not only the dividing line of concurrence of offenses, but also the key to distinguishing constructed concurrence of offenses and real concurrence of offenses. Since the number of behaviors is an empirical fact, the judgment thereof should not depend on the number of constitutive requirements and legal interests, but on the human behavior and intentional decision. In the meantime, normative judgment can also play a role. Not only does it affect the judgment of the number of behaviors as “prior-knowledge”, but also realizes the fictionalization of the singular behavior through its creative function on the legislative theory. Moreover, the judgment of the singular behavior of obligation offenses, such as omission offenses and negligent offenses, cannot be separated from the normative judgment.

**Key Words:** Singular Behavior; Plural Behaviors; Factualism; Normativism

---

(责任编辑:车 浩)

---

〔85〕 只木诚,见前注〔15〕,第 120 页。