

# 牵连犯成立要件的判例研究

## 基于对 1700 余件裁判文书的观察分析

王彦强\*

**摘要** 通过分析否定牵连犯成立的裁判文书中的否定理由,可以反向凝练出牵连犯成立的必要条件及其司法适用难题。类型化牵连关系、客观牵连事实和主观牵连意图是牵连犯成立的必要条件。类型化牵连关系的判断,应当在“通常性”(罪质的通例性)标准的基础上补充适用“必然性”标准;手段过剩、牵连搭扣等特殊情状的处理,误将同为手段(或目的)的数行为当作牵连犯以及手段与目的行为顺序颠倒等现象,是“客观牵连事实”要件在司法适用中的突出问题;主观牵连意图则强调在实施一个犯罪目的的统率下,行为人对数行为之间手段(原因)与目的(结果)关系的认识,并在此基础上意将该数行为付诸实行的主观心理状态。

**关键词** 牵连犯 判例研究 类型化牵连关系 客观牵连事实 主观牵连意图

案例指导制度、文书公开制度的推行使判例研究成立法学研究新的增长点,而罪数·竞合论素有“判例·实务主导”的显著特征,判例研究为真实呈现源自域外的罪数·竞合理论在我国司法实务中的适用状况提供了可能,补足判例研究的“短板”是罪数·竞合研究的当务之急。以牵连犯为例,因缺乏刑法明文规定,牵连犯被学者视为“教义学理论搬移中的虚像效应”,认为“作为脱离法律制度而存在的虚像,应当废弃”。〔1〕可立法阙如能否成为废弃的充分理由?依论者逻辑,想象竞合等罪数形态在我国同样缺乏一般规定,岂不也是虚像都要废弃?诚如学者所言,“牵连犯是客观存在的一种犯罪形态。在理论上可以不提牵连犯概念,可以将其并入其他概念,甚至取消这一概念;但实践中,牵连犯现象却是确实客观存在的,不会因理论上

\* 南京师范大学法学院教授。本文系国家社科基金项目“竞合理论的体系构建与适用问题研究”(项目编号:20BFX116)阶段性研究成果。

〔1〕 参见路军:“移植与限度:牵连犯教义学理论引入之反省”,《法学杂志》2019年第6期,第96页。

的反复而消亡,不会因理论上不提这一概念而不复存在”。〔2〕因此,本文无意纠结于牵连犯概念之存废,而是更务实地聚焦实务中的牵连犯现象,围绕其成立要件这一核心问题尝试判例研究,在判例中发现问题解决问题。

## 一、样本选择与总体印象

### (一)样本选择

牵连犯是指犯某罪而实施的手段或结果行为又触犯其他罪名,进而科刑上作为一罪处置的情形,牵连犯的成立以数罪间存在牵连关系为必要。实务中如何判断牵连关系、认定牵连犯成立又存在哪些疑难争议,这些都非判例研究不能解决。

为此,笔者在北大法宝案例库,以“全文:牵连犯;案件类型:刑事案件”为关键字检索,截至2022年11月共命中4649件裁判文书,排除重复和无效样本,得有效样本3775件,根据“是否成立牵连犯”的裁判结论分成肯定型与否定型两类。成立牵连犯意味着数罪不并罚、仅从一重处断,是对犯罪人有利的处置结果,〔3〕因而在肯定型文书中鲜有详细论证牵连犯为何成立的(实际也没必要);反倒否定型文书中,要否定牵连犯、作出对犯罪人不利的处置,要求详细阐释牵连犯为何不成立,这些证否理由的反面正是牵连犯成立的必要条件。如此,对牵连犯成立要件的判例观察应该聚焦否定型文书。

有效样本中否定型文书1562件;另有131件属于部分肯定部分否定型;〔4〕48件虽否定牵连犯,但仍以想象竞合、共罚之事后行为等理由从一重处断。这1700余件文书成为本文判例研究的素材。

### (二)总体印象

文书中约325件,针对牵连犯的控辩意见,法院未予置评,至多以简单一句“与案件事实或法律规定不符”为由不予采纳。剩余文书都或多或少阐述了否定的具体理由;约208件文书援引立法、司法解释规定否定牵连犯主张,其他否定理由大体包括(部分文书综合多个否定理由):

#### 1. 以缺乏“类型化牵连关系”为由否定牵连犯

如后所述,类型化说是判断牵连关系的主流观点。根据类型化说,牵连犯的成立仅具体的手段目的或原因结果关联还不够,还要求抽象的罪质层面的类型化牵连关系。反映在实务中表现为,文书高频次地使用“惯常性”“通常性”“必然手段、必然结果”“当然联系”“内在的直接联系”“经验意义上的密切关联”“高度关联性”“不可分割的内在联系”等措辞,表达对类型化牵

〔2〕 高铭暄、叶良芳:“再论牵连犯”,《现代法学》2005年第2期,第106页。

〔3〕 文书样本中所涉犯罪绝大多数都是至多判处有期徒刑的轻罪或中等程度犯罪,以牵连犯从一重处断一般要轻于并罚的效果,因而对犯罪人是有利的。

〔4〕 包括两种情形:一是同一文书涉及两组以上罪名的牵连犯认定,文书肯定一组而否定另一组;二是仅涉及一组罪名,文书仅就部分事实认定为牵连犯。

连关系的要求,借以限制牵连犯的成立。类似情形在约 218 件文书中均有体现。

#### 2. 以不存在“客观牵连事实”为由否定牵连犯

牵连犯建立在具体的客观牵连事实基础之上,即处于手段与目的(原因与结果)关系中的数行为确实客观存在。在约 533 件文书中,法院通过“分别实施的两个行为”“两个独立的行为、两起独立的犯罪”“行为各自独立”“出于另一目的而单独实施的行为”“两起犯罪事实之间没有直接联系”“都是手段行为,不构成手段目的的牵连关系”等描述,说明数行为是独立的,不具有手段目的、原因结果的客观联系,继而否定牵连犯。

#### 3. 否定“主观牵连意图”继而否定牵连犯

主观牵连意图,是行为人主观上认识到行为间手段目的的关联性,并有意识地利用这种关联性实施数行为,以实现特定目的的主观心理态度,被认为是牵连犯的主观要件。样本中以“前行为时并无实施后行为的故意”“故意犯罪与过失犯罪之间不符合牵连犯‘出于一个犯罪目的’的条件”“临时起意”“另起犯意”“出于两个犯罪目的,主观上无意思牵连”“两个独立犯意支配下实施”等理由否定主观牵连意图,进而否定牵连犯的情形约有 323 件(次)。

#### 4. 以“数行为侵害数法益构成数罪”为由否定牵连犯

在约 304 件文书中,法院以“数行为侵害数法益构成数罪”为由否定牵连犯、主张并罚。但这恐怕难以成立。在区分想象竞合与牵连犯的背景下,牵连犯指向的正是“数行为侵害数法益构成数罪”的情形,这与并合罪(数罪并罚)的事实基础并无差别,凭此理由不能否定牵连犯。

#### 5. 其他理由

“罪刑均衡、充分评价、不会重复评价”(约 46 件)和“证据不足”(5 件)也被作为否定牵连犯的理由,但这两点理由存在明显瑕疵:前者直接使用抽象的刑事法原则来否定具体的刑法教义学规则,存在方法论上的错位;而后者则存在对刑事诉讼原理和证据规则的重大误解。还有 6 件文书以“行为主要部分没有重合”“不是单一行为”“不是同一犯罪事实”“没有包含于一个犯罪构成客观要件中”等理由否定牵连犯,而这显然是错用想象竞合的“一行为”特征来否定牵连犯。另有 2 件文书以“触犯相同罪名”为由否定牵连犯,对此,尽管学理上确实曾有类似主张,但今天看来,没有实质理由将牵连犯局限在相异罪名之间。

综上,证成或证否牵连犯的适格理由仅限于抽象层面的类型化牵连关系以及具体层面的客观牵连事实和主观牵连意图,它们正是牵连犯成立的必要条件。

## 二、抽象的牵连性:类型化牵连关系

科刑的一罪,不论想象竞合还是牵连犯,将实体上该当数罪的情形仅适用一次刑罚处断,究其原因是因为该当数罪的行为事实是“社会一般观念上类型化的一体的事实”(作为社会事实的一体性),正是基于一体性评价而要求处罚的一次性:想象竞合的“单一行为”特征足以满足一体性要求;但牵连犯,仅数行为之间存在现实的手段目的、原因结果关联还不够,还需要犯

罪之间类型化的牵连关系。<sup>〔5〕</sup>因此,牵连犯的成立,除现实的手段目的、原因结果关联(具体的牵连性)以外,还要求抽象层面类型化的牵连关系(抽象的牵连性)。

如上所述,类型化牵连关系(类型化说)也是我国司法实务证成或证否牵连犯的重要理由,但类型化的判断却颇为混乱,突出表现就是,即便公认最典型的牵连关系类型(如伪造文书类犯罪与诈骗犯罪之间),也会有判例以“不具备类型化”为由否定牵连犯。例如,在明星买卖国家机关证件、诈骗案中,法院认为,只有当某种手段通常用于实施某种犯罪,或者某种原因行为通常导致某种结果行为时,才成立牵连犯;本案中,买卖国家机关证件并非实施诈骗的通常手段行为,故牵连犯不成立。<sup>〔6〕</sup>在杨如岩、杨涛和合同诈骗、伪造公司印章案中,法院也认为,伪造印章行为相对于诈骗犯罪不具有类型化及通常性的手段特征,两行为之间不存在牵连性,应当并罚。<sup>〔7〕</sup>再如,对于猎捕、杀害珍贵濒危野生动物并运输、出售的行为,在罪名修订前,作为牵连犯从一重处断是普遍的共识,但仍有判例以“猎捕并非出售的通常手段”为由否定牵连犯。<sup>〔8〕</sup>可以说,类型化说在实务中的适用多是流于表面的:只是选用了其“表达”,对其内涵及判断标准并未深究。

#### (一)类型化判断:通常性抑或必然性(当然性)

实务中,对类型化的理解基本局限在“通常性”与“必然性(当然性)”两种立场:前者认为,只有当某种手段通常用于实施某种犯罪、某种原因行为通常会导致某种结果行为时,才能肯定牵连关系;后者认为,如果A不是B的必要手段(必然结果),行为间没有不可分割的手段目的的必然(当然)联系,就不具有牵连关系。

至于判断标准,多数文书语焉不详,仅在个别文书和法官撰写的案例分析文字中可管窥一二:①关于“通常性”的判断,有认为,“不能片面考虑被告人主观方面的心态,而应结合客观事实,综合主客观两个方面,判断行为之间是否存在客观的内在联系,是否具有通常意义上的牵连关系”;<sup>〔9〕</sup>“应按照社会的一般观念来判断是否属于通常的手段与目的的关系”。<sup>〔10〕</sup>在刘忠海扰乱无线电通讯管理秩序、非法经营案中,针对行为人私设“黑广播”传播非法医药广告、非法经营药品的行为,检察院以“不具有类型化牵连关系,应当并罚”抗诉,法院认为,“争论焦点在于私设无线电台进行非法医药宣传是否为通常手段。通说认为一行为是某种犯罪之普通

〔5〕 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第4巻』(青林書院,2013年)301-302、371頁[中谷雄二郎]参照。

〔6〕 参见重庆市北碚区人民法院(2015)碚法刑初字第00637号刑事判决书。

〔7〕 参见江苏省泰州市医药高新技术产业开发区人民法院(2019)苏1291刑初129号刑事判决书。

〔8〕 参见山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01刑终177号刑事裁定书。笔者收集此类样本36件,有34件肯定牵连犯从一重处断,另一否定样本针对的是“另起犯意实施后行为”的情况,参见贵州省湄潭县人民法院(2017)黔0328刑初311号刑事判决书。“两高”后来将罪名修订统一为危害珍贵、濒危野生动物罪一罪,也是为了进一步明确和巩固按一罪处置的司法适用立场,参见喻海松:“罪名司法确定的实践逻辑与理论探究”,《法学》2021年第10期,第92页。

〔9〕 广东省深圳市南山区人民法院(2019)粤0305刑初1412、1428号刑事判决书。

〔10〕 重庆市江北区人民法院(2013)江法刑初字第00060号刑事判决书;卢君等:“利用虚假信息租赁汽车再质押借款构成合同诈骗罪”,《人民司法·案例》2015年第6期,第24页。

手段的情况下成立牵连犯。无线电通讯技术已广泛应用于生产生活,利用非法无线电设备传播非法医药广告、诈骗信息等行为在全国各地非常突出。判断某一手段是否是某种犯罪之普通手段亦应结合社会发展现状来判断,目前利用黑广播进行非法医药广告已成为普通性手段。故认为二者具有牵连关系并无不当”。〔11〕在李宗佩诈骗、妨害信用卡管理案中,对于使用他人银行卡接收诈骗款的情形,法院认为,在电信网络诈骗中,行为人通常不会让被害人将钱打入其实名认证的信用卡,使自己轻易暴露,使用他人信用卡收款可以起到掩饰作用,也是电信网络诈骗的常用手段,故非法持有他人信用卡实施电信网络诈骗,属于类型化的手段和目的行为的牵连犯。〔12〕

②关于“必然性”的判断,例如在杨某等串通投标案中,对于负责招投标工作的国家机关工作人员指使投标人围标的行为,法官指出,国家机关工作人员与投标人串通投标必然要滥用职权,而滥用职权行为是串通投标行为的应有之义和必要保证,二者间存在必然关系,应按牵连犯从一重处断。〔13〕在涂志荣等非法买卖、运输、储存爆炸物、非法采矿案中,法院认为,开采煤矿通常采用电镐等方式直接采煤,偶尔需要爆炸物爆破,行为人只是在两处矿井开采时使用爆炸物爆破,但在实施非法采矿过程中也并非都必须使用爆炸物。对于其长期进行的开采行为,使用爆炸物爆破并非每次开采的通常、必要手段,两行为之间不成立牵连关系,应当并罚。〔14〕

可见,关于通常性,司法实务是基于社会一般观念,通过与同类案件常见多发情状的比照,判断行为之间是否在社会生活经验意义上通常具有手段目的的密切关联;而必然性,则是基于客观案件事实对行为之间是否必然伴随发生所作的判断。不得不说,两种判断都存在随意性:通常性判断,依照以上标准,收买被拐妇女进而实施强奸等行为;以强奸为手段迫使妇女卖淫;甚至组织偷越国境从事赌博、电信诈骗等情形,是否也因惯常性、是现实中同类案件的常见多发情况,而认为是牵连犯呢?同类案件的常见多发形态为何能成为从一重处断的理由?而必然性判断也是如此,仅以上揭“涂志荣等案”为例,法院将行为人长时间进行的采矿行为作为整体,并根据爆炸物仅用于其中两次采矿的事实,认为购买、储存爆炸物行为不是作为整体的采矿行为的必要手段。但牵连关系毕竟还是具体行为之间的关联性,如果仅就那两次采矿行为而言使用爆炸物可能是必然的,它们之间的牵连关系恐不能否定。

在日本,类型化牵连关系判断同样存在“通常性”与“必然性”两种立场。早期大审院判例要求牵连关系必须是“某犯罪在性质上是通常(普通)作为另一犯罪之手段而使用的行为,或者是某犯罪所产生之当然结果”,但后来的大审院判例认为,“一行为对于一犯罪之所谓手段的关系,是以该行为在性质上作为该犯罪的手段通常(普通)被使用为己足,并不必要求二者间存在

〔11〕 浙江省绍兴市中级人民法院(2017)浙06刑终193号刑事裁定书。

〔12〕 参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01刑终846号刑事裁定书;张榆:“应根据介入时间认定电信诈骗中的帮助取款行为”,《人民司法·案例》2019年第5期,第22—24页。

〔13〕 参见江苏省淮安市中级人民法院(2013)淮中刑二终字第26号刑事裁定书;钱斌、马作彪:“串通投标罪之主体认定”,《人民司法·案例》2014年第10期,第53—57页。

〔14〕 参见福建省泉州市中级人民法院(2019)闽05刑终1743号刑事判决书。

必然或当然的牵连关系”，至此，“必然·当然性”被放弃；进入最高裁时代，表述略有变化为“该数罪之间存在罪质上通例的一方为另一方的手段或结果的关系”“作为犯罪通常形态之手段或结果的关系”。判例使用“普通”“通例”“通常”等表述，是相同意义还是不同含义尚无定论，但无论如何都包含了“A罪与B罪立于作为性质上通例的手段与结果的关系”这一语境下的“性质、罪质”上关联的“通例性”的意思。可见，判例要求抽象的牵连性（类型化牵连关系），至于其内容，“必然·当然性”逐渐被消解，“通常性”成为基本要求，并逐渐形成“在罪质上具有通例性（通常性）的手段·结果关系”的基本共识。<sup>〔15〕</sup>我国新近文献尝试“在立法者预设的构成要件要素所对应的量刑事由的框架内”限定牵连犯成立范围的观点，<sup>〔16〕</sup>与这种罪质上的通例性判断颇为相似。

限定在“罪质上的通例性”，强调在犯罪构成要件自身的预设中界定类型化牵连关系，这一立场有利于判断标准的明确性，但也消减了牵连犯存在的部分意义和功能，因为“如果这样的话，现在一般认为是牵连犯的侵入住宅盗窃的情形的牵连性也不得不被否定，因为无论是侵入住宅罪还是盗窃罪的构成要件都无法认为其内部预设了相互的手段目的、原因结果关系。牵连关系并不仅限于以在构成要件内部预设了手段·结果关系的情形作为前提”。<sup>〔17〕</sup>

或许正因如此，学理上“必然性说”大有复辟之势。高桥则夫教授就认为，“与想象竞合相同，由于在实行作为目的的行为规范违反行为之际，必然会因手段行为而违反其他行为规范，因此只要从一重处断就足够了”；<sup>〔18〕</sup>江藤隆之教授更是在参照西班牙刑法的基础上，明确主张以具体的客观必然性（必要之手段）判断，取代“罪质上通例性”的抽象的牵连性要求。在他看来，“必然性”被大审院表述为“当然的结果”，但犯某罪必然之“手段”（手段的必然性）与所犯之罪必然附随的“结果”（结果的必然性）是不同的，日本判例与学说在正当地否定“结果的必然性”的同时，却一并将关于“手段的必然性”的检讨也驳回了，这就好比是将孩子连同洗澡水一起倒掉一样。<sup>〔19〕</sup>

必然性说可以弥补通常性说的不足——“即便平时不认为是牵连犯的两罪，根据具体状况，为了某罪的实行，它罪是必要之手段时，如果确已犯下该罪，应当认定为牵连犯”，<sup>〔20〕</sup>但它也存在判断主体（谁的判断）、判断时间（事前抑或事后、行为时抑或审判时）、判断资料（事后查明的事实？行为时行为人认识的事实？行为时一般人认识的事实？）等方面的疑难。另外，在日本刑法语境下，因为缺少像西班牙刑法“必要手段”的明文，该说也被质疑“是不利于行为人

〔15〕 江藤隆之「牵连犯（手段的競合）の再構成」桃山法学第34号（2021年）60—65頁参照。

〔16〕 参见张梓弦：“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”，《法学》2021年第12期，第80—83页。

〔17〕 山火正則「牵连犯」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院，2002年）295頁。国内学者因此干脆否定侵入住宅型牵连关系（同上注，第83页），但在立法和社会观念并未发生重大变迁的背景下，仅因与自己观点不符，就无视实务高度一致、普遍的适用状况，未免草率。

〔18〕 高橋則夫『刑法總論』（成文堂，2022年）566頁。

〔19〕 江藤·前掲注〔15〕73—74頁。

〔20〕 江藤·前掲注〔15〕79頁。

的限缩而有违罪刑法定”。〔21〕

## (二) 本文立场

本文基本立场是应将“必然性”标准置于“通常性”(罪质上的通例性)标准的补充地位,共同完成类型化牵连关系的判断。以下从“判断标准”与“判断位阶”两个维度展开:

### 1. 判断标准

首先,通常性的判断标准。如前所述,通常性不是指实践中某类案件的常见多发样态,而是所涉数罪之间具有罪质上的通例性。一方面,罪质上的通例性,典型的表现是在所涉犯罪的构成要件中“预设”了手段目的(原因结果)的关系,最明显的就是目的犯(短缩的二行为犯)与实现目的的犯罪之间,如伪造文书罪与行使伪文书实行的犯罪之间。伪造文书罪的成立要求“以行使为目的”(法条明文规定或作为不成文的构成要件要素),伪造的目的在于行使,伪文书的使用正是伪造罪“行使目的”的现实化,而现实化的伪文书使用行为又正好是实现目的之罪的构成行为——使用虚假身份证件罪的使用行为、诈骗罪的使用骗术行为等。据此可以认为,在构成要件中,伪造文书罪与行使伪文书实行的犯罪之间“预设”了手段目的的类型化牵连关系,“伪造文书型”亦成为公认的最典型的牵连关系类型。同理,绑架继而勒索财物所涉及的绑架罪与敲诈勒索罪之间,走私淫秽物品后销售传播所涉及的走私淫秽物品罪与贩卖淫秽物品牟利罪、传播淫秽物品罪之间,伪造货币继而使用所涉及的伪造货币罪与使用假币等罪之间,也同样有预设的类型化牵连关系。

另一方面,如果构成要件之间的牵连关系不甚明朗,但犯罪的规范目的(法益侵害内容)可能包含强烈的手段目的的牵连内容或属性,也宜肯认类型化的牵连关系。典型如侵入住宅实施杀人、抢劫、强奸、盗窃等行为所涉及的侵入住宅罪与故意杀人等罪之间。显然,侵入住宅罪与故意杀人等罪的构成要件中并没有可明示存在内在牵连关系的“立法预设”,可无论在日本还是我国,学理和司法实务都压倒性地肯认侵入住宅型牵连关系。本文看来,类型化的牵连关系在侵入住宅罪的法益内容中体现的淋漓尽致。侵入住宅罪的法益存在住宅安宁(平稳)说与(新)居住权(管理权)说的争论,国内有力观点认为,基于国情与刑事政策考量,当下中国宜采安宁(平稳)说。〔22〕该说认为,刑法规定侵入住宅罪固然有保护住宅权的一面,但并不是为了保护住宅权的形式的权限,而是为了保护存在于其背后的利益,即居住者生活的平稳安宁。安宁平稳,其实质只能是住宅内部所应保护的某种实质性利益,即侵入后可能受到危害之生命、身体、财产等诸多利益的集合体。因此,从安宁平稳说的观点来看,侵入住宅罪就变成了仅在

〔21〕 这是明治大学川口浩一教授授课时的观点。对此,江藤教授在回复笔者邮件中解释:一则,日本现在判例和通说都认为,牵连犯的成立要求数罪间必须存在“罪质上通例的手段·结果关系”,这同样缩小了牵连犯成立范围。相比而言,必然性说较之通说立场反而更广泛地承认牵连关系(即便不是罪质上的通例,但在具体事件中承认必然性的情形也成立牵连犯),且较之暧昧的“罪质上通例”的基准也更明确。因此,至少相较于现在判例和通说,不会违反罪刑法定;二则,高桥教授在教科书中也使用“必然”的文言,而这与西班牙刑法毫不相干。因此可以说,作为解释,这也是可行的立场。综上,牵连犯中的必然性乃是基于与想象竞合相同处置的法的意旨(以条文为前提)而提出的要求,并不违反罪刑法定。

〔22〕 参见张明楷:《法益初论》,商务印书馆2021年版,第674—724页。

“侵入”这一行为形态上具有共同性的“一般性利益侵害的预备罪”或者说“以侵入后的违法行为为目的的包括的预备罪”。〔23〕可见,正是在住宅安宁平稳的法益内容中,侵入住宅与杀人、盗窃等侵害人身或财产法益的犯罪之间类型化的牵连关系得以证成。〔24〕

简言之,不止于立法预设的构成要件要素,也要结合规范保护目的、法益侵害内容来进行通常性(罪质上的通例性)判断。

其次,必然性的判断标准。江藤教授认为,牵连犯中的必然性不是抽象的牵连中的必然性,而是具体所为语境下,先行之罪的行为在先行之罪行为时是为达成后行之罪所必要的、不可或缺的,以公式表示即“若无作为手段之罪,就没有作为结果之罪”。〔25〕必然性判断涉及判断主体、判断时间、判断资料等问题,与未遂犯与不能犯区分问题颇为相似,因此,借鉴未遂犯与不能犯区分理论,站在行为时的立场,以行为时存在的客观事实为基础,根据客观因果法则来判断前行为的施行(所创造的条件或达致的状况)是否是实施或达成后行为所必需的、不可或缺的。

江藤教授还指出,通说“罪质的通例性”属于抽象的牵连性判断,而必然性则是基于客观事实的具体的牵连性判断,与客观牵连事实同时判断。〔26〕但本文看来,一方面,即便是“抽象的”罪质上通例的牵连性判断,也是指向具体的行为类型的;另一方面,必然性标准也不可能将客观存在的所有细节都作为判断资料,否则将会得出“所有业已发生的皆是必然”的结论,因此必然性判断也必须对客观发生的事实进行一定程度的抽象,要舍弃一些细微的具体事实,这与未遂犯与不能犯区分理论之修正客观危险说颇为相似。因此,抽象与具体是相对的,相较于客观牵连事实与主观牵连意图的“具体”,不论罪质的通例性还是必然性都更“抽象”,二者共同完成类型化牵连关系的判断。

## 2. 判断位阶

首先,通常性是首要标准。具备通常性的情形,无需考虑必然性就能肯认牵连关系、牵连犯。例如,伪造文书罪与诈骗罪之间存在罪质上通例的类型化牵连关系,对此,只要现实中行为人实行了伪造等行为并将伪文书实际用于诈骗活动,即便从客观事实上看,伪造文书并非诈骗之必要手段(即便不使用伪文书,被害人也会被骗,伪文书的使用在诈骗中并未发挥决定性作用),也不影响牵连犯成立。

其次,必然性是补充标准。对于不具备通常性的情形,若符合必然性标准仍可肯认牵连关系、牵连犯。瞬息万变的社会现实与相对滞后的刑事立法之间存在天然鸿沟,社会变迁可能

〔23〕 参见(日)山口厚:《刑法分论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第134页;松原芳博『刑法各論』(日本評論社,2021年)120頁。

〔24〕 即便持(新)住宅权说的法益观也不会否定这种预定的牵连关系。因为(新)住宅权说质疑安宁平稳说,是认为住宅安宁平稳的内容过于宽泛且与其他犯罪的法益过于关联,难以体现侵入住宅罪作为独立犯罪在保护法益上的独特性。显然,(新)住宅权说从未否认侵入住宅行为对住宅安宁的危害威胁,住宅权背后确实存在某种实质利益,这是任何法益观都承认的。

〔25〕 江藤·前掲注〔15〕79—80頁。

〔26〕 江藤·前掲注〔15〕78—81頁。



“出乎立法者意料”，立法时原本没有交集的犯罪之间可能产生密切关联，这是立法者无法“预设”的，此时，必然性就担负起消弭立法与现实之间沟壑的重任，这也是将其作为补充标准的意义所在。例如，在破坏易燃易爆设备罪与盗窃罪之间，难以发现罪质上通例的手段目的关联，但司法解释规定盗窃油气同时构成这两罪的，从一重处断，在本文看来正是因为此类案件中存在“如果不破坏输油管道就不可能盗窃原油”的必然性。再如，“重点排污单位篡改、伪造自动监测数据或者干扰自动监测设施，排放化学需氧量、氨氮、二氧化硫、氮氧化物等污染物，同时构成污染环境罪和破坏计算机信息系统罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”的司法解释规定，同样无法用“罪质上的通例性”来解释，不过，只要认识到随着国家对重点排污单位污染物排放自动监测设施的普及和强制使用，篡改伪造监测数据、干扰监测设施等行为客观上已成为逃避监管排放污染物的必要手段，上述规定就能够理解了。

为更好阐明本文立场，以下就“获取、持有他人银行卡用于接收诈骗款项”事案再进行实操演练：①首先进行通常性判断。此类案件所涉罪名——妨害信用卡管理罪、伪造金融凭证罪等与诈骗罪，属于“伪造文书罪与诈骗罪”这一牵连关系类型，但要注意的是，伪造文书罪与诈骗罪之间预设的罪质上通例的手段目的牵连，是针对将伪造的文书作为诈骗手段骗取财物的情形——伪造罪的目的在于行使，而该行使应当是以假充真或冒用性质的使用，这样才正好对应诈骗罪“使用骗术”的构成要素，才能肯定二者间类型化的牵连关系。“使用他人银行卡接收诈骗款项”显然不属于这种预设的牵连关系情形，不符合通常性标准。②再考虑必然性，即是否只有通过使用他人银行卡接收款项的手段，才能完成作为目的的诈骗犯罪？答案是否定的，因为诈骗中使用他人银行卡收款，主要是为了避免自己身份暴露；无论提供谁的银行卡收款，都不至影响诈骗犯罪进行（提供行为人本人银行卡收款反倒可能更有利于诈骗得逞）。因此也难以认定行为之间的必然性。既然两个方面都无法证成类型化牵连关系，那么就应否定牵连犯，以数罪并罚之。

### 三、具体的牵连性之一：客观牵连事实

除了抽象的牵连性，牵连犯成立还须有具体的牵连性。伪造文书或行使伪造文书与诈骗罪，虽然一般认为是牵连犯，但若伪造文书现实上并未作为诈欺手段使用，则伪造文书罪与诈骗罪之间并非牵连犯，而是成立数罪并罚。<sup>〔27〕</sup> 行为人某日实施盗窃，他日又实施与前记盗窃无关的侵入住宅时，从一开始就不会产生是否适用牵连犯的问题，因此可以确认，具体的牵连是当然的前提存在。<sup>〔28〕</sup> 具体的牵连性，在客观层面就表现为作为手段与目的的先后行为是现实存在的，这一般不难判断，但实务中仍发现一些特殊情状值得研究。

#### （一）手段过剩情形的处理

手段与目的牵连的客观事实，表现为通过手段行为取得某物或达到某种状态，然后再利用

〔27〕（日）只木诚：《罪数论之研究》，余振华、蔡孟兼译，新学林出版有限公司2019年版，第272—273页。

〔28〕江藤·前掲注〔15〕66页。

该物或状态实施目的行为,达成犯罪目的;如果手段行为后并未实施目的行为,或者实施的目的行为并未利用手段行为取得之物或达成之状态,就不存在客观牵连事实,无所谓牵连犯。但实务中存在一种中间形态,即手段行为取得之物仅部分用于目的行为(手段过剩了),这种情形在非法获取信用卡实施信用卡诈骗案件中尤为常见。

对此,实务中有三种处置方案:①即便只是部分使用,也全案以牵连犯处置。例如前述“李宗佩案”,对于持有32张信用卡,仅2张实际用于诈骗的情形,法院全案作为牵连犯处置;承办法官指出:“公诉机关认为被告人持有32张信用卡,其中只有2张在本案中取过款,另30张可能用来贩毒、洗钱等其他犯罪。但这些猜测并无依据。……实践中,电信诈骗活动往往会准备很多信用卡,查获时自然有的用了有的没用,甚至犯罪分子会把用过的卡及时丢弃,剩下的都没用过。如果将被告人非法持有的信用卡按用过与没用过机械划分,对没用过的都定妨害信用卡管理罪,会使这条法律规定虚化,在实践中没有适用空间。本案中,被告人供述查扣在案的32张信用卡系杨明一次性交给他的,让其根据指示取款。其中2张被证明在本案中取款用过,又没有相反证据证明被告人持卡还有其他用途,故应认定被告人非法持有他人信用卡系为了从事电信诈骗活动。”<sup>[29]</sup>②作拆分处理,实际使用部分按牵连犯从一重处断,然后再与未使用部分构成的伪造文书罪并罚。例如在高峰窃取信用卡信息、伪造金融票证、信用卡诈骗案中,法院认为,除高峰窃取的部分信用卡信息已用于其他犯罪而被认定为牵连犯择一重处罚外,其余窃取的43条信用卡信息在没有证据证明将实施其他犯罪的情况下,对其以窃取信用卡信息罪定罪处罚,既符合充分评价原则,也不违背禁止重复评价原则。法官进而解释:“当然并不排除若没有案发,被告人可能会将这些银行卡信息全部非法套现,此种情况可能会因牵连而认定信用卡诈骗罪一罪。但这仅是假设,裁判者无法也不应随意推定行为人的主观意图,而只能仅根据现有客观事实进行处断选择。……虽然本案部分行为本身存在牵连性,但从整体案情来看,被告人在窃取大量银行卡信息后,仅利用部分信息派生出伪造金融票证和信用卡诈骗两个犯罪行为,由于被告人主观缺乏一个明确的主导性犯罪意图,进而导致行为之间关系松散,因而这3个独立异质的行为之间并非主从关系而是并列关系。考虑到本案侵犯了多种法益和行为社会危害性非常严重以及罪数的禁止重复评价和充分评价原则,对本案适用数罪并罚是正确的。”<sup>[30]</sup>③无视部分使用事实,全案数罪并罚。例如在李某伟诈骗、妨害信用卡管理案中,针对持有他人银行卡20余张,仅6张用于诈骗的事实,法院认为,非法持有他人信用卡并非通常或必然是诈骗的手段,也不会通常或必然导致诈骗罪发生;且上诉人非法拥有的他人

[29] 张瑜,见前注[12],第24页。相同处置也见广州市海珠区人民法院(2013)穗海法刑初字第1202号刑事判决书;江苏省徐州市中级人民法院(2016)苏03刑终133号刑事裁定书;江西省萍乡市安源区人民法院(2016)赣0302刑初404号刑事判决书;珠海市香洲区人民法院(2016)粤0402刑初1625号刑事判决书;深圳市宝安区人民法院(2017)粤0306刑初3237号刑事判决书;江西省萍乡市安源区人民法院(2018)赣0302刑初224号。

[30] 参见上海市第二中级人民法院(2016)沪02刑终1047号刑事裁定书;潘庸鲁、邱波:“窃取银行卡信息后仅部分信息派生出不同犯罪行为的处断”,《人民司法·案例》2017年第26期,第21页。相同处置也见广西壮族自治区柳州市中级人民法院(2018)桂02刑终19号刑事裁定书。

信用卡数量远大于其实施诈骗所用的信用卡数量,两者间并不具有一一对应关系,不能构成牵连犯。<sup>[31]</sup>

三种方案中,方案③从整体上否定妨害信用卡管理罪与诈骗罪的牵连关系,但无法确切知悉“仅部分使用的事实”对法院判断的影响:倘若银行卡全部用于诈骗时,法院依然否定牵连犯主张并罚,表明法院乃是否定二罪之间类型化的牵连关系,与这里探讨的主题无关;倘若法院认为“全部使用时”应以牵连犯论处,则表明“仅部分使用的事实”影响了牵连关系的认定(全部使用时,以牵连犯从一重处断;部分使用时,不是牵连犯应当并罚),但这显然缺乏判断立场和标准的一贯性。方案②看似最贴近案件真实,但当手段行为系单一行为时(如一次性购买多张银行卡),单一行为不可能因为之后仅部分使用的事实而被拆分开来处理。方案①正好相反,能较妥善解决手段行为单一时的情形,却无法准确体现手段行为复数时的牵连关系。

本文主张,在区分手段行为单复的基础上,综合运用方案①和②处置:首先,若手段行为为复数,即行为人通过同种类的  $A_1 \cdot A_2$  等多个行为获取多张银行卡,而只有  $A_1$  获取的银行卡实际用于诈骗时,仅在  $A_1$  与诈骗罪之间成立牵连犯,然后再与  $A_2$  数罪并罚。这是因为,尽管我国司法实务对数额犯同种数罪( $A_1 \cdot A_2$ )“仅宣告一罪(A罪),数额累计处刑”,但处置方式并不能改变  $A_1 \cdot A_2$  等作为单独行为、同种数罪的性质(数额累计不过是数额犯同种数罪并罚的一种方式)。因而理应分别判断  $A_1 \cdot A_2$  等行为与诈骗之间的牵连关系,互不影响。这样也能与“实施  $A_1$  行为取得银行卡用于诈骗,然后又单独实施  $A_2$  行为”的处置结果保持一致。<sup>[32]</sup>

其次,若手段行为单一,即行为人通过一个行为  $A$  获取多张银行卡,然后仅部分银行卡用于诈骗时,单一行为  $A$  不可能因后续使用状况而被分割成  $A_1 \cdot A_2$  等数行为,因此,只要没有充分证据证明剩余银行卡被用于其他犯罪,就应当承认作为整体一行为的  $A$  与诈骗之间的牵连关系,这也是存疑有利于被告的适用结果。

最后,若手段行为为复数( $A_1 \cdot A_2$ ),但无法查明诈骗中使用的银行卡源于哪一个行为。此时同样基于存疑有利于被告考量,全案以  $A$  罪( $A_1 \cdot A_2$  数额累计而成)与诈骗罪的牵连犯从一重处断。

## (二) 并联式牵连搭扣现象的处理

牵连犯引发的“搭扣现象”(Klammerwirkung; かすがい現象),简称牵连搭扣,是指两个原本处于并合罪(数罪并罚)形态的犯罪( $A \cdot B$ ),各自分别与另一犯罪( $X$ )之间存在牵连犯关系,继而是否基于  $X$  的搭扣作用而全体作为科刑一罪(牵连犯)处置的情形。根据搭扣方式的

[31] 参见广东省深圳市中级人民法院(2014)深中法刑二终字第231号刑事裁定书。相同处置也见辽宁省沈阳市中级人民法院(2014)沈中刑二终字第645号刑事裁定书;湖南省娄底市中级人民法院(2016)湘13刑终284号刑事裁定书;广东省中山市第二中级人民法院(2019)粤2072刑初3055号刑事判决书。

[32] 考虑到数额犯同种数罪( $A_1 \cdot A_2$ )一般数额累计以  $A$  罪一罪处置的现实做法,对这种情形最终并罚的结果,应当至少不轻于数额累计的  $A$  罪可能判处的刑罚。因为与仅实施  $A_1 \cdot A_2$  行为相比,在此基础上又实施诈骗罪的情形,理应科以更重的刑罚。这种因实务惯常做法而可能发生的罪刑失衡状况只能通过“打补丁”的方式避免了。

不同,可分为一因多果、多因一果的并联式搭扣和接续发生的串联式搭扣;前者如侵入住宅杀害多人、伪造多种文书并使用实施诈骗等情形,后者如非法获取他人信用卡信息,然后利用信息伪造信用卡,再实施信用卡诈骗的情形。这里先讨论并联式搭扣现象。

在日本,牵连搭扣的处理主要围绕“侵入住宅杀害多人”的并联式搭扣展开。“杀害多人”该当数罪(A·B)本应并罚,但因它们分别与侵入住宅罪(X)系牵连犯关系,当如何处置?日本判例及通说承认X的搭扣作用,全体作为科刑一罪从重处断(全体科刑一罪说)。可疑问是,本应并罚的数罪却因增加了新的犯罪,反而处断刑下降,未免有失公允、有违罪刑均衡;并且可能产生选择性起诉(故意不起诉充当搭扣的X罪)、一事不再理效力范围不当扩张(A·B本为数罪,若单独对A作出确定裁判,其效力并不及于B;但由于X的加入,使A·B·X成为科刑一罪,对A的裁判效力也将及于B)等程序法上的不当。于是学理上进行了各种修正:①主张X仅与A为牵连犯,然后再与B并罚(偏一牵连说);②主张X·A、X·B分别成立牵连犯,然后再将二者并罚(先牵后并说);③主张先将A·B并罚,然后再与X作为牵连犯从重处断(先并后牵说);甚至④否定牵连犯,全体并罚(全体并罚说<sup>[33]</sup>)。<sup>[34]</sup>

在我国相关讨论不多,个别学者提出类似“先并后牵说”的主张(论者称并罚夹结说)<sup>[35]</sup>。实务中则基本采纳“全体科刑一罪说”。例如在朱成芳等金融凭证诈骗、贷款诈骗案中,法院认为,本案中伪造公司、企业公文、印章,伪造金融凭证的行为分别触犯伪造公司、企业公文、印章罪和伪造金融票证罪,但两个行为都是金融凭证诈骗和贷款诈骗目的行为的手段行为,属牵连犯,只能按其中最重的金融凭证诈骗罪或贷款诈骗罪一罪从重处罚。<sup>[36]</sup>

本文认为,并联式牵连搭扣的处置,应当在如实反映犯罪间牵连关系客观事实的基础上,遵循充分评价与禁止重复评价原则,力求罪刑均衡的适当处置。就此而言,“先并后牵说”是合适的。

第一,“先并后牵说”承认X·A、X·B之间都存在牵连关系的客观事实,而这正是“偏一牵连说”的不足;承认两对牵连事实,但不能像“先牵后并说”那样先按两组牵连犯分别处置再予以并罚,因为这会导致对X的重复评价,“先并后牵说”将A·B并合处理后再与X按牵连犯处置,则可以避免重复评价问题。

第二,“先并后牵说”还能避免“全体科刑一罪说”备受质疑的“在A·B基础上增加新的X

[33] 朝山芳史「牽連犯に関する覚書—かすがい現象を中心として」『小林充先生 佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集・上巻』(判例タイムズ社,2006年)256頁以下参照。不过,该说仅针对“侵入住宅实施杀人、伤害等侵犯人身法益犯罪”的情形,是以否定侵入住宅与杀人、伤害等行为之间类型化牵连关系为前提的,与此处主题并无关联。

[34] 中谷·前掲注[5]390頁以下;青木陽介『包括一罪の研究』(成文堂,2021年)328頁以下;川端博『刑法総論講義』(成文堂,2015年3版2刷)665頁以下。

[35] 参见庄劲:“牵连夹结与法条竞合:数额犯之罪数问题”,《中国刑事法杂志》2021年第1期,第145页—151页。

[36] 参见最高人民法院刑事审判第一庭编:《刑事审判参考》(1999年第5辑),法律出版社1999年版,第1—8页;涉及类似情况的文书样本约35件,无一例外都是这样处理的。

罪,处断刑反而更轻”的不合理的“逆转现象”。有“全体科刑一罪说”者认为这种逆转现象并不奇怪,在搭扣现象场合,仅实现 A·B 的情形与在此基础上也实现 X 的情形,哪个应给予更重的处罚,仅通过犯罪个数的比较是无法明了的;在仅存在 A·B 的场合,因不满足科刑一罪的要件而成立并合罪,而在聚齐 X·A·B 三罪时,如果符合科刑一罪的要件,作为一罪处理并没有什么奇怪的。<sup>[37]</sup> 但这值得商榷。试比较“仅犯 A 罪”与“犯 A 罪的同时又犯 X 罪,A·X 间成立牵连犯”的情形,前者为单纯一罪,后者为科刑一罪,毫无疑问,对后者的处置要重于前者(宣告数罪、轻罪的封锁效果、轻罪附加刑的可附加适用等)。所以,被质疑的逆转现象,不是犯罪个数的简单比较,而是将“触发以科刑一罪处断的 X 罪发生后的情形”与“不存在 X 罪的情形”比较,对前者的处罚无论如何都不应轻于后者。在“仅 A 罪”与“A 与 X 为牵连犯”的比较中如此,在“仅 A·B 罪”与“A·B 与 X 为牵连犯”的比较中也理应如此。

第三,对“先并后牵说”的最大质疑是,该方法难以为现行法所承认;先解决一罪问题再进行并合罪的处理顺位,才是实务确立的惯例。<sup>[38]</sup> 质疑者还假设“在 X·A·B 罪之外,还有一个与它们完全处于并合罪关系的 C 罪存在”的情形,认为在此情形下,如果先将 A·B 作为并合罪处理,然后再肯定其与 X 之间的牵连犯,最后再次与 C 作为并合罪处理,这样并合罪处理适用了两次,这相当于“创造了没有现实法根据的新的科刑原理”,是不妥的。<sup>[39]</sup> 可是,一则,即便在日本也有学者主张:即便确实存在上述实务惯例顺位,但刑法上并没有明确规定;科刑一罪作为广义的并合罪的一种,可以理解为是与日本刑法第 72 条 3 号中的并合罪同时处理的。<sup>[40]</sup> 科刑一罪,名为一罪实为数罪,这一点与并合罪并无二致,对数罪是从一重处断还是并罚,是立场选择问题而无处理顺次问题。二则,对于“另有 C 罪”设例下的质疑,或许在日本刑法视域下有其合理性,但在中国则不然。在我国处理“发现漏罪或又犯新罪”的并罚问题时,如果原生效判决执行的本就是数罪并罚的结果,实务与通说都认为,应直接将该并罚结果与漏罪或新罪应当判处的刑罚,根据刑法第 70、71 条规定予以并罚。所以在我国,两次适用并合罪(数罪并罚)处理,不能算是没有法律根据的创造。

第四,日本刑法将牵连犯界定为“作为犯罪的手段或结果的行为又触犯其他罪名的情形”,这也得到我国刑法理论与实务的认可。其中,对于“行为”“其他罪名”并未限定只能是一个,换言之,手段·原因犯罪仅为一个,而与之成立牵连犯关系的目的·结果犯罪为复数的情况,也是完全可能的。<sup>[41]</sup> 是故,将“从一重处断”理解为手段·原因之罪(们)与目的·结果之罪(们)两个阵营的刑罚轻重比较后的择其重者,也是完全可能的。“先并后牵”可谓是妥当的解释结论。

### (三) 串联式牵连搭扣现象的处理

串联式牵连搭扣,表现为前后密接的三个行为(W·X·Y)之间呈现手段目的的牵连关

[37] 青木·前掲注[34]326、339 頁。

[38] 川端·前掲注[34]666 頁。

[39] 青木·前掲注[34]336 頁。

[40] 丸山雅夫「いわゆる『かすがい現象』について(二·完)」警察研究 64 卷 3 号(1993 年)44 頁。

[41] 青木·前掲注[34]338—339 頁。

系,如“非法获取他人信用卡信息(W)——伪造信用卡(X)——信用卡诈骗(Y)”的情形,其中充当搭扣的X具有两重性质:作为W的目的行为的同时也是Y的手段行为。

串联式牵连搭扣的处置,实务中几无争议地将全体作为牵连犯从一重处断(全体科刑一罪说)。应当说这是合适的。并联与串联两种搭扣现象存在结构上的差异:如上所述,并联式搭扣能适用“先并后牵”,正是因为其并联结构——搭扣之罪(X)与本为并合罪的数罪(A·B)分属手段·原因行为与目的·结果行为两个阵营;但串联式搭扣显然无法划分阵营,也就没有“先并后牵”可能,“全体科刑一罪说”是最佳也是唯一选择。

全体科刑一罪说也适用于同时基于想象竞合和牵连犯而引发的搭扣现象。例如在罗衍辉、周跃耀骗取贷款、滥用职权案中,行为人利用职务之便滥用职权办理虚假房产证书,然后虚构资金用途并使用假证书办理他项权证,骗取银行贷款。法院认为,上诉人同时构成滥用职权罪与骗取贷款罪,属牵连犯,以骗取贷款罪定罪处罚。<sup>[42]</sup>事实上,本案首先是滥用职权办理虚假房产证的行为同时构成滥用职权罪与伪造国家机关证件罪,应以想象竞合从一重处断;然后才是该行为作为手段行为,与骗取贷款行为之间形成手段目的的牵连关系,从一重处断。正是伪造国家机关证件罪充当搭扣,将滥用职权罪与骗取贷款罪连结,全案作为科刑一罪从一重处断。

另需注意的是,在W·X·Y的串联式牵连搭扣中,起串联作用的X必须是符合具体犯罪构成要件性质的行为,如果X不具有犯罪行为的性质(不是犯罪行为)或者是不受行为人控制的完全独立的他人行为,那么,串联搭扣并不存在,失去连结的W·Y两罪理应并罚。具体包括:

1. X是本人实施的非罪性质的行为。例如,行为人伪造身份证并使用假证乘坐飞机,在飞机上盗窃的案件,法院认为,被告人伪造身份证是为了在飞机上实施盗窃,属于牵连犯应择一重处罚。<sup>[43]</sup>可是,伪造身份证是为了乘坐飞机,乘坐飞机才直接为盗窃创造了条件;绕过乘坐飞机这一非罪行为,径直认定伪造身份证与盗窃之间存在牵连关系实属不当。又如,行为人伪造他人身份证应聘服务员,作为服务员利用协助顾客刷卡买单之机,通过读卡机窃取顾客信用卡卡号、记下密码,然后交给他人复制信用卡盗刷的案件,法院认为,伪造身份证与信用卡诈骗之间存在手段与目的的关系,属牵连犯应择一重处罚。<sup>[44]</sup>可是,从“伪造身份证”到“盗刷信用卡诈骗”中间还历经“应聘服务员、窃取信用卡卡号密码、复制信用卡”等诸环节,难以想象可以无视这些中间环节(尤其是应聘服务员这一非罪行为)直接认定两端行为具有牵连关系。

2. X是不受本人控制的、也非共犯关系的他人行为。例如,虚假出资以骗取公司注册,然后再利用成立的公司实施非法经营、贷款诈骗等行为的情形,被认为是虚假出资罪与非法经营

[42] 参见江西省抚州地区中级人民法院(2018)赣10刑终40号刑事判决书。

[43] 参见陕西省西安市莲湖区人民法院(2012)莲刑初字第00683号刑事判决书;陕西省西安市莲湖区人民法院(2013)莲刑初字第00204号刑事判决书。

[44] 参见浙江省宁波市江东区人民法院(2016)浙0204刑初405号刑事判决书。

罪、贷款诈骗罪等的牵连犯。<sup>〔45〕</sup>可在“虚假出资——获得公司注册登记——非法经营、贷款诈骗”的行为结构中,处于中间串联环节的公司能否注册登记,彼时尚取决于主管部门的审批,非行为人所能控制,这一他人的独立行为又如何可能充当搭扣串联起行为人的前后二行为而成立牵连犯呢?又如,为抢劫钱财,在高速公路上放置石块以制造交通事故后趁机实施抢劫的行为,法院认为是抢劫罪与以危险方法危害公共安全罪的牵连犯择一重处罚。<sup>〔46〕</sup>可在“放置石块——发生交通事故——对事故受害人实施抢劫”的结构中,放置石块,虽说能提升引发交通事故的概率,但是否发生、谁发生事故等都是行为人无法控制的,放置石块只是诱发了他人过失行为,行为人只是利用他人过失行为引起的便利条件实施抢劫。充当串联的同样是独立的他人行为,无法在行为人二行为间充当搭扣形成牵连关系。

#### (四)同为手段(或目的)行为的数行为之间不存在客观牵连事实

牵连关系是手段(原因)与目的(结果)的关联,如果数行为系同为实现某一目的的手段行为,它们之间不存在牵连关系。实务中误将同为手段(或目的)的数行为当作牵连犯处置的现象却不少见,例如,招投标活动中,投标人在向招标人行贿的同时,又伙同其他投标人以围标等方式串通投标的情形;抑或招标人收受投保人贿赂的同时,又指使或协助投标人串通投标的情形,有被作为贿赂罪与串通投标罪的牵连犯从一重处断。<sup>〔47〕</sup>但此类案件,贿赂行为与串通投标行为皆是实现中标目的的手段,彼此间并不存在手段目的的关系,理应否定牵连犯。<sup>〔48〕</sup>

类似情形也发生在套路贷案件中。行为人假借借贷之名,诱使或迫使被害人签订“借贷”协议,并通过虚增借贷金额、恶意制造或认定违约等方式形成虚假债权,然后再通过虚假诉讼、敲诈勒索、非法拘禁、侮辱伤害、侵入住宅等方式非法占有被害人财物,其中涉及多个犯罪,它们之间的罪数关系成为难题。对此,司法解释仅有提示性规定:对于在实施“套路贷”过程中多种手段并用,构成诈骗、敲诈勒索、非法拘禁、虚假诉讼、寻衅滋事、强迫交易、抢劫、绑架等多种犯罪的,应根据具体案件事实,区分不同情况,依照刑法及有关司法解释规定数罪并罚或者择一重处;<sup>〔49〕</sup>部分地方尝试出台具体适用规则,例如2019年浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅《关于办理“套路贷”相关刑事案件若干问题的纪要》(简称《浙江纪要》)对“准确区分一罪和数罪”作了明确规定:“5. 实施‘套路贷’过程中,行为人以非法占有为目的,虚构事实、隐瞒全部或者部分真相,通过诉讼、仲裁等手段,骗取他人财物的,以诈骗罪定罪处

〔45〕 参见上海市第一中级人民法院(2006)沪一中刑终字第464号刑事判决书;广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法刑二初字第110号刑事判决书。

〔46〕 参见广西壮族自治区横县人民法院(2013)横刑初字第59号刑事判决书。

〔47〕 参见宁夏回族自治区吴忠市中级人民法院(2017)宁03刑终112号刑事判决书;河南省新密市人民法院(2012)新密刑初字第537号刑事判决书;安徽省蚌埠市蚌山区人民法院(2018)皖0303刑初205号刑事判决书。

〔48〕 参见福建省永春县人民法院(2015)永刑初字第158号刑事判决书;宁夏回族自治区中卫市中级人民法院(2017)宁05刑初12号刑事判决书;云南省昭通市昭阳区人民法院(2019)云0602刑初27号刑事判决书;黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2019)黑01刑终999号刑事裁定书。

〔49〕 2019年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》。

罚。6. 实施‘套路贷’过程中,行为人针对同一人实施敲诈勒索、强迫交易、抢夺、抢劫、寻衅滋事等侵财型手段非法占有他人财物的,一般以牵连犯择一重罪处罚;针对不同人的,一般应数罪并罚。7. 实施‘套路贷’过程中,行为人通过实施故意杀人、故意伤害、绑架、非法拘禁、寻衅滋事等非侵财型手段非法占有他人财物的,一般应数罪并罚。”实务的做法也是分别考察债权形成阶段与债权行使阶段的行为,在分别定罪(前一阶段多认定为诈骗罪,后一阶段则根据行为性质定罪)的基础上,或全体以牵连犯从一重处断;或全体数罪并罚;或依据、效仿《浙江纪要》分别处置。

本文认为,依照类似《浙江纪要》区分处置是存在问题的。《浙江纪要》根据行为性质(侵财型抑或非侵财型,实际指向财产抑或非财产法益)、行为对象(针对同一人还是不同人)等标准,分别按牵连犯和数罪并罚处置。可问题是:①行为性质、法益类型和行为对象都不是牵连犯成立的限制条件。伪造文书罪与诈骗罪,侵入住宅罪与杀人、盗窃等罪,行为性质各异、侵害法益和对象也不同意,但不妨碍它们作为公认的典型的牵连犯类型;②上述规定本身也自相矛盾:一方面,区分“侵财型与非侵财型手段”意味着任何一种行为手段要么是“侵财型”,要么是“非侵财型”,不应该有第三种可能,可为何又将“通过诉讼、仲裁等手段”作为独立的第三种类型以诈骗罪处断呢?另一方面,所谓“通过实施故意杀人、伤害、绑架、非法拘禁、寻衅滋事等非侵财型手段非法占有他人财物”真的存在吗?既然是“非侵财型手段”如何可能“占有财物”?既然可以“占有财物”还能叫“非侵财型手段”吗?实际上这些行为都是实现虚假债权、占有他人财物的手段,都应是侵财型。例如故意伤害逼迫他人还债的情形,其中的伤害行为实际就是抢劫、敲诈勒索等罪中的暴力胁迫手段,即以故意伤害的方式抢劫、勒索财物,并不存在与侵财无关的非侵财型伤害,若真与侵财无关,恐怕也不会产生罪数认定难题。

实际上,在套路贷案件中,债权行使阶段的行为大体可分为两种情况:一种是债权行使行为系典型的、单一的财产犯罪行为,仅该当敲诈勒索、抢劫、强迫交易等财产罪一罪;另一种则是债权行使行为,在构成财产罪的同时也该当其他非侵财型犯罪(想象竞合),或者为实现债权行使行为而采用的手段行为(如侵入住宅)又构成其他犯罪(牵连犯)。〔50〕所以,在债权行使阶段,当行为人对同一笔“债权”多次实施多种讨债行为该当数罪时,无论其行为属于上述哪种情况,它们都属于并列的目的行为,应当并罚(涉及第二种情况时,先对该想象竞合或牵连犯从一重处断,然后再与其余各次讨债行为构成之罪并罚);然后再结合债权形成阶段的行为:如果认为债权形成阶段的行为不构成任何犯罪,那么,上述数罪并罚结果即为案件最终处理结果;如果认为债权形成阶段的行为构成诈骗等罪,那么,前后两阶段的行为应根据牵连犯从一重处断,〔51〕即“先并后牵”处置。

综上,并列的、同为手段(或目的)行为的数行为之间没有牵连关系,原则上应当并罚。值得注意的是,2021年“两高”《关于办理窝藏、包庇刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条规定:“为帮助同一个犯罪的人逃避刑事处罚,实施窝藏、包庇行为,又实施洗钱行为,或者掩

〔50〕 套路贷案例中涉及的杀人、伤害、绑架、非法拘禁、侵入住宅等罪,大多正是这种情况。

〔51〕 参见徐凌波:“债权行使与非法占有目的的非法性认定”,《中外法学》2023年第3期,第716页。



饰、隐瞒犯罪所得及其收益行为,或者帮助毁灭证据行为,或者伪证行为的,依照处罚较重的犯罪定罪并从重处罚,不实行数罪并罚。”该规定列举的多个行为,都是为实现帮助他人逃避刑事处罚的目的而实施的手段行为,彼此间难言有手段目的的关系,但却从一重处断。<sup>[52]</sup> 本文看来,不并罚或许是因为尽管同为手段行为,但它们都指向同一对象、是对同一司法秩序法益(一次司法追责程序的不同阶段)的侵害,与“法益同一型牵连犯”的实质特征并无二致,简言之,对同一法益(对象)的一次侵害过程中的数个手段行为仍有从一重处断的余地。

#### (五)手段与目的行为的先后顺序

牵连关系,手段(原因)行为在先、目的(结果)行为在后,这本毋庸置疑,但实务中却常发生认识偏差。例如一起套路贷案件,行为人假借借款之名,诱使被害人签订“借贷合同”形成虚假债权,然后以虚增金额、肆意认定违约等名义,采用暴力威胁手段催债敛财。法院认为,敲诈勒索行为与之前的诈骗行为属手段与目的的关系,敲诈勒索是手段行为,诈骗是目的行为,依照牵连犯以诈骗罪定罪处罚。<sup>[53]</sup> 可是,手段行为为何发生在目的行为之后,既然目的行为都已达成又何需再实施手段行为? 正确理解应该是,行为人为非法占有财物,以诈骗手段形成虚假债权,然后再借口违约强迫被害人还债实现侵财目的;诈骗等形成债权行为是手段行为,敲诈勒索等实现债权行为才是目的行为。

更富争议的情况发生在诈骗罪与伪造文书罪之间。例如在蔡炳富诈骗、伪造国家机关证件案中,行为人以合作承包工程为名骗取被害人40万元,后被害人有所察觉怀疑被骗,行为人又伪造工程中标书等虚假材料、并以制作的假房产证做抵押以“稳住”被害人。一审法院认为,被告人将伪造的国家机关证件作为工具,使他人相信其有还款能力,从而继续实施欺骗,其行为分别触犯诈骗罪与伪造国家机关证件罪,构成牵连犯应择一重从重处断;二审法院则认为,原审被告伪造国家机关证件的行为发生在诈骗既遂之后,该行为不是诈骗的手段行为,不存在手段目的的牵连关系。<sup>[54]</sup> 在谢东阳伪造国家机关证件案中,行为人谎称自己在交警队有熟人,无需考试即可办理驾驶证,收受他人钱财,得款后办理假证交付受害人。法院认为,被告人伪造驾驶证是为了达到诈骗目的,存在手段目的的牵连关系,应择一重处罚。<sup>[55]</sup> 而在案情相似的权天宝等诈骗案中,行为人谎称是培训中心科长,可以不经培训直接办理特种机械操作证件,而以报名费等名目骗取他人财物,后在被害人催要证件时,谎称办证需要时间,可以先提供培训证明,而伪造公司印章开具虚假培训证明应付被害人。法院则认为,因被告人伪造印章行为发生在骗取钱财后,伪造并非诈骗的手段,与诈骗行为不具有牵连关系。<sup>[56]</sup>

这些案件的共同点是,诈骗在先,得款后通过伪造文书等手段继续欺骗被害人维持骗局。

[52] 如此看来,将该条款视为牵连关系的规定(参见王彦强:“牵连关系的类型——基于刑事立法、司法解释规定的分析”,《法学研究》2022年第3期,第166页),并不妥当。

[53] 参见安徽省蚌埠市中级人民法院(2019)皖03刑终499号刑事裁定书。

[54] 参见浙江省安吉县人民法院(2015)湖安刑初字第713号刑事判决书;浙江省湖州市中级人民法院(2016)浙05刑终66号刑事判决书。

[55] 参见福建省安溪县人民法院(2016)闽0524刑初311号刑事判决书。

[56] 参见甘肃省榆中县人民法院(2021)甘0123刑初259号刑事判决书。

因为伪造行为发生在诈骗得款后,自然无法认为是诈骗取得财物的手段行为,但这些案件的特别之处在于,行为的“业务性”、交易或委托关系的存在,使行为人和被害人在支付财物后还要“打交道”,被害人还有通过“返还请求”及时要回已给付财物的条件和可能,而行为人伪造文书并提供的行为,相当于对被害人的进一步欺骗,使其丧失或放弃请求返还可能,最终造成财产损失。因此,伪造行为是骗取被害人放弃或不能行使返还请求的手段行为,仍然在骗取被害人财物中发挥作用,但刑法上一般不会细分“骗取给付财物”与“欺骗被害人使其放弃或丧失返还请求”环节,而是整体的包括的作为诈骗罪一罪处理。如此,类似承继共犯的构造一样,可以承认伪造文书罪与作为整体包括一罪的诈骗罪之间的牵连关系。

综上,客观牵连事实是具体层面牵连犯成立的必要条件之一。对于手段过剩、牵连搭扣等特殊情状的处理,同为手段(或目的)行为的数行为之间关系的认定,以及手段行为与目的行为的顺位判断等问题,需要在充分评价和禁止重复评价原则的指导下,合理应用罪数理论妥善解决。

#### 四、具体的牵连性之二:主观牵连意图

主观牵连意图(主观牵连性)是否是牵连犯的成立条件,在日本存在主观说(以主观牵连性认定牵连关系)、客观说(仅客观牵连性就足以认定牵连犯)与折衷说(主观牵连性与客观牵连性都需要)的学说争论;判例中客观说占多数,不少判例明示无需牵连意思就可以认定牵连犯,但也有相当数量的判例又表达了需要牵连意思才能成立牵连犯的意旨。客观说是当前的通说,但在判断具体牵连性时,主观牵连意图也被认为是应当考虑的要素。<sup>[57]</sup>

类似争论在我国基本不存在。在主客观相统一原则指导下,学理和实务都主张牵连犯成立必须具备主客观两方面的条件;牵连意图是牵连犯成立的主观要件,与客观牵连事实一起组成具体牵连性的两面。牵连犯是以实施某一犯罪为目的,而其犯罪的方法行为或结果行为又触犯其他罪名的情形,其中“以实施某一犯罪为目的”即牵连犯成立的主观要件,行为人对实现一个犯罪目的的数行为之间所具有的手段目的或原因结果关系的认识,即牵连意图,牵连意图的本质在于犯罪目的同一性,正是这一共同的犯罪目的将手段行为与目的行为、原因行为与结果行为联为一体。<sup>[58]</sup>可见,主观牵连意图就是在实现一个犯罪目的的统率下,行为人计划为了实施某一犯罪的目的而以另一犯罪的实行作为手段的主观上的牵连性。“主观的牵连,对牵连犯而言是具有本质性的。因为在手段之罪实行时,正是主观的牵连,将特定犯罪从原本等价存在的其他所有抽象的犯罪中具体划出、确定下来,它是统合两罪主观不法(或责任)的要素。”<sup>[59]</sup>关于主观牵连意图,实务中的如下问题值得关注:

[57] 中谷·前掲注[5]372—373页;江藤·前掲注[15]60页以下。

[58] 参见陈兴良:《本体刑法学》,中国人民大学出版社2017年版,第495页;高铭暄主编:《刑法学原理(第二卷)》,中国人民大学出版社1993年版,第606页。

[59] 江藤·前掲注[15]76页。

1. 主观牵连意图中所追求的是“犯罪”目的,非犯罪目的(不违法的目的或一般违法目的)无法满足主观牵连意图的要求。例如在李金龙等敲诈勒索、破坏生产经营案中,辩护人主张行为人为阻止他人挖沙取土、保持水土的目的,而实施的强索财物和捣毁机器设施的行为,属于手段目的的牵连犯,但法院认为,阻止挖沙取土、保持水土的目的不是刑法意义上的犯罪目的,被告人索要现金和捣毁机器设施的犯罪目的明显不同,牵连犯不成立。<sup>〔60〕</sup> 在陈某某买卖身份证件、妨害信用卡管理案中,对于行为人为违法办理交通违章销分,而购入假身份证、驾驶证和骗领银行卡的行为,法院亦指出,刑法未将销分牟利行为规定为犯罪,销分牟利目的不属于犯罪目的,且两个犯罪行为实为并列关系,不是牵连犯。<sup>〔61〕</sup> 尽管两个案件的核心都是“并列的、同为手段的数罪不具有牵连关系”,但通过犯罪目的的补强说理值得肯定。

2. 犯罪目的统率下的主观牵连意图,决定了过失犯罪难以满足牵连犯主观要件要求。例如在刘某某交通肇事、伪造国家机关证件案中,针对“伪造国家机关证件罪与交通肇事罪系牵连犯”的辩护意见,法院认为,被告人在实施伪造国家机关证件犯罪时并未有事后实施交通肇事犯罪的故意,且伪造国家机关证件罪为故意犯罪,交通肇事罪为过失犯罪,不符合牵连犯的定义。<sup>〔62〕</sup> 在两起持枪打猎误伤他人致死的案件中,法院也以“过失犯罪的特征之一就是行为人主观上没有犯罪目的”“行为人在犯罪过失的主观状态下并不积极追求或放任结果发生”,故持有枪支与过失致人死亡行为不符合牵连犯“以实施一个犯罪为目的”的条件,不构成牵连犯。<sup>〔63〕</sup>

3. 主观牵连意图的时间性,强调行为人在实行手段行为时就有实行结果行为的意图,倘若手段行为结束后才产生实施结果行为的意图,则属于另起犯意实施新罪,应予并罚。例如,不具有盗窃目的的侵入住居,但在侵入后产生新的盗窃意图窃取财物的情形,就缺乏主观的牵连性,不认为是牵连犯。<sup>〔64〕</sup> 实务中常见行为人以侵害人身或财产相威胁勒索财物,勒索不成后将威胁内容转变为现实的案件,有判例认为是敲诈勒索罪(未遂)与故意伤害、破坏易燃易爆设备等罪的牵连犯。<sup>〔65〕</sup> 可客观上,伤害等行为是在敲诈勒索行为终了后才实施,显然不是敲诈勒索的手段行为,认为是敲诈勒索的结果行为也不合适;主观上,与其说行为人在勒索行为时就有将威胁内容付诸现实的意图,不如说是在敲诈勒索行为终了、犯罪未得逞后才产生伤害等的意图,属于另起犯意。因而在主客观两方面都不满足牵连犯的成立要件。

4. 主观牵连意图的明确性,要求行为人在实施手段行为时,对于计划实施怎样的目的行

〔60〕 参见甘肃省张掖市甘州区人民法院(2011)甘刑初字第168号刑事判决书。

〔61〕 参见江苏省徐州市铜山区人民法院(2016)苏0312刑初544号刑事判决书。

〔62〕 参见广西壮族自治区贺州市八步区人民法院(2014)贺八刑初字第394号刑事判决书;内蒙古自治区赤峰市红山区人民法院(2015)红刑初字第151号刑事附带民事判决书。

〔63〕 参见福建省三明市梅列区人民法院(2015)梅刑初字第139号刑事判决书;浙江省绍兴市上虞区人民法院(2018)浙0604刑初495号刑事判决书。

〔64〕 江藤·前掲注〔15〕76—78页。

〔65〕 参见湖南省新田县人民法院(2014)新法刑初字第20号刑事判决书;河南省封丘县人民法院(2009)封刑初字第072号刑事判决书。

为要有具体认识,但认识也不可能事无巨细。例如在李某甲故意伤害、非法持有枪支案中,法院认为,被告人持有枪支的目的就是当有人侵犯自己时好用枪保护自己,至于侵犯者是谁,侵犯何时发生,发生后如何保护,是将侵犯者打死打伤,还是用枪吓唬吓唬等诸多方面都处于模糊状态,可见,被告人不是为了一个明确的伤害(目的行为)而持有枪支,因此其持有枪支行为与伤害行为不构成牵连犯。<sup>[66]</sup> 确如法院所言,行为人在取得、持有枪支时,缺乏要利用枪支实施怎样行为、达到怎样目的的认识,难以满足主观牵连意图的明确性要求;但怎样才算明确?要求行为人对欲实施之目的行为的行为对象、程度、时间地点等诸多具体细节都有明确认识,这显然并不现实。本文认为,既然主观的牵连性发挥着“在手段行为实行时,从众多抽象犯罪中特定具体犯罪”的作用,那么,至少要求行为人在手段行为时对欲实施的目的行为的性质等犯罪罪质要件要有明确认知,因为行为性质等罪质构成要素就足以完成“具体犯罪的特定”任务;而对于客观发生的后行为是否属于目的行为,是否在主观牵连意图的射程之内,则需考量行为人主观认知的内容(具体抑或概括):例如为实施信用卡诈骗而伪造信用卡继而使用伪卡诈骗的情形,行为人对向谁实施、实施次数、金额等具体内容往往缺乏清晰认知,在这种概括的主观牵连意图下,对于该目的支配下实施的信用卡诈骗行为,不论次数、对象、金额,原则上都应视为目的行为,肯定牵连关系;而为杀害A而侵入A住宅,巧遇在A家做客的B而一并杀害的情形,因为相对具体的主观牵连意图,对B的杀人行为明显在行为人欲施行的目的行为之外,应否定侵入住宅与对B的杀人罪之间的主观牵连性。至于如何证明行为人主观牵连意图的具体内容,则与所有主观要素一样,都存在证据法上的难题:笼统地讲,应当在行为人供述的基础上,结合其他客观证据,特别是被害人介入状况、前后行为的时空密接关系等综合判断,并以存疑有利于被告原则兜底。

5. 是否要求主观目的、意图的唯一性? 如果行为人实施手段行为的目的不止一个目的行为,是否影响牵连意图的认定? 对此,实务看法不一:有认为即便行为人实施手段行为的目的不止一个,也不影响手段行为与该目的行为之间的主观牵连性。<sup>[67]</sup> 也有认为如果行为人实施手段行为的目的不止目的行为一个,就不符合牵连犯的构成要件。<sup>[68]</sup> 本文赞同前一观点,因为手段行为与某一目的行为之间的主观牵连性,不可能因为该手段行为与其他行为之间也存在主观牵连而改变或消失。当行为人为实现多个目的行为而实施某一手段行为时,应承认多个主观牵连性,再结合客观事实分别处置:①若未实施任何目的行为就案发,则仅按手段之罪处罚即可;②若只实施了其中一个目的行为,则按发生之罪与手段之罪的牵连犯处置;③若实施了计划中的多个目的行为,就属于一因多果型牵连搭扣,根据“先并后牵”处置;④若另起

[66] 参见陕西省铜川市耀州区人民法院(2013)耀刑初字第00042号刑事判决书。当然,2021年司法解释明确作出数罪并罚的规定,相当于直接否定了枪支犯罪与故意伤害等罪之间类型化的牵连关系。

[67] 参见黑龙江省大兴安岭地区中级人民法院(2020)黑27刑终19号刑事裁定书;浙江省舟山市中级人民法院(2018)浙09刑终121号刑事判决书。

[68] 参见安徽省淮南市中级人民法院(2020)皖04刑终287号刑事裁定书;湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院(2013)州刑一终字第18号刑事判决书;湖北省巴东县人民法院(2014)鄂巴东刑初字第00139号刑事判决书。

犯意实施其他犯罪的,则应并罚。

综上,主观牵连意图(主观牵连性)是在实施一个犯罪目的的统率下,行为人对数行为之间手段(原因)与目的(结果)关系的认识,并在此基础上意将该数行为付诸实行的主观心理状态。它是牵连犯成立的主观要件。

## 五、结 语

通过对否定牵连犯的裁判文书中否定理由的大样本分析,反向观察牵连犯成立的必要条件及其司法适用难题,这是牵连犯判例研究的一次尝试,但也只是初步尝试,距离完整的牵连犯教义学规则建构还有相当距离:一则,如所周知,牵连犯成立的核心是类型化牵连关系的认定,对此,除了提供抽象宏观的判断标准以外,还需提炼具体微观的牵连关系类型,为司法实务提供具体指引,这需要对立法、司法解释中的牵连犯条款以及裁判文书中的牵连现象进行大样本的类型化分析。二则,牵连犯处置包括定罪与量刑两个方面,本文是在“牵连犯从一重处断理应是较数罪并罚更轻的处置结果”这一理想情境下的定罪(定型)研究,但这一理想情境是否真实?除了呼吁“牵连犯从一重处断结果必须轻于(不重于)同等情形下构成的数罪并罚的结果”这一教义学规则以外,还有必要通过判例研究呈现实务中牵连犯的处刑均衡问题。诸多判例研究课题有待日后探究。

**Abstract:** By analyzing judicial documents that deny the establishment of implicated offenses, it can be found that typical implicated relationships, objective facts of implication, and subjective intentions of implication are necessary conditions for the establishment of such offenses. First, typical implicated relationships should be primarily judged based on the criterion of “commonality (generality in the nature of crime)” and then supplemented by the criterion of “necessity”. Second, regarding objective facts of implication, prominent judicial application problems include the treatment of special circumstances of implication, such as “excessive means” and the Clamp effect, as well as the phenomenon of mistaking multiple acts as implicated offenses and reversing the order of the means and the purpose acts. Third, the subjective intention of implication refers to the psychological state in which, for the purpose of committing a crime, the perpetrator understands the relationship between the means (cause) and the ends (result) of the behaviors and puts them into practice.

**Key Words:** Implicated Offense; Jurisprudence Study; Typical Implicated Relationships; Objective Facts of Implication; Subjective Intention of Implication

(责任编辑:车 浩)