

连续犯的证成与重构

吴盛文

(中国政法大学法律硕士学院,北京 100088)

摘要:在当下的刑法理论中,连续犯是一个不受待见的结构。在德国、日本和我国台湾地区,连续犯要么从来没有出现在刑法中,要么已经从刑法中删除。而在我国大陆地区,也有学者认为连续犯的概念应当废除,但是持这种观点的人都把注意力放在连续犯可能给行为人带来的不适当的刑罚优惠上,却很少从功能性之外的角度来思考连续犯本身是否合理,从而带来一系列理论上的难题。为了化解这些难题,有必要摆脱传统的量刑上的争论,从卢曼的社会系统论为基础的规范论的角度证成连续犯存在之依据,反驳前述的应当废除连续犯的观点,并且通过引入“理性第三人”作为连续犯的新判断标准,从而重构连续犯概念。

关键词:连续犯;规范论;理性第三人

中图分类号:D924.1 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-4824(2020)05-0099-08

连续犯是始创于欧陆,经由日本最终传入我国的刑法理论结构。而前述这些法域中,德国刑法典自1871年后始终没有规定连续犯,日本刑法已于1947年废除连续犯,而我国台湾地区也于2005年放弃连续犯。我国学者中也有人历数连续犯的缺陷,认为我国也应该从司法实务中废除连续犯。^[1]虽然连续犯是一个存在诸多问题的结构,但是这些问题并非不能解决。相反,如果废除连续犯,可能会带来更大的问题。因此,下文将通过规范论的角度来证成连续犯,并以规范论为基础重构连续犯的成立条件。

一、连续犯的困境

1. 主客观之间的循环论证。我国权威刑法教科书对于连续犯的定义是:基于同一的或者概括的犯罪故意,连续实施性质相同的数个行为,触犯同一罪名的犯罪;而连续犯应该满足的条件是:(1)必须是行为人基于同一的或者概括的犯罪故意;(2)实施性质相同的数个行为;(3)数次行为具有连续性;(4)数次行为必须触犯同一罪名。^{[2]478}

如果我们观察这些论述,就会发现在连续犯的定义中强调的是故意同一或者是概括和行为的

连续。问题首先在于,如何证明故意的同一或者概括?很显然,由于意识与外在世界之间的鸿沟,我们并不能直接进入行为人的意识世界来观察是否有一个连续的故意存在,只能通过外在世界中表现的行为来观察。但是问题是行为之间的连续是如何可能的?我国权威刑法教科书认为:“是否具有连续性,应从主客观两个方面进行判断。既要通过客观行为的性质、对象、方式环境、结果来判断是否具有连续性,又要看行为人有无实施某种犯罪行为的故意。”^{[2]478}也就是说,单凭客观上的因素无法判定行为具有连续性,还需要考察主观上的因素。这样一来,就会陷入主观取决于客观,而客观又决定于主观的循环论证中。

2. 对于客观论的反驳。德语区的刑法学者显然注意到了上述理论上的尴尬,因此提出了客观论,也就是说把连续犯成立的条件架构在客观之中。客观论的主张者并没有否认连续犯的成立应该有主观要素,而是认为主观要素并不是故意,而应当是罪责的同类性(Gleichartigkeit der Schuld)。所谓罪责的同类性就是从连续关系的结构观察,确定行为的一致性和规范侵害的一致性,同时可确认行为间既有连续关系,乃可确认各

收稿日期:2020-07-11

作者简介:吴盛文(1994-),男,湖北孝感人,中国政法大学法律硕士学院硕士研究生。

行为的罪责具有同类性,进而得以认定连续关系的成立。^{[3]267}或者表述更清晰一些,客观论的支持者认为在主观上同一的不应该是故意,而应该是罪责形式。如果数个行为在主观上都是故意或者都是过失,那么它们之间就有可能成立连续关系。反之,如果数个行为中有一部分在主观上是故意,另一部分在主观上是过失,那么它们之间就不可能存在连续关系。由于摆脱了循环论证,客观论看上去是颇有说服力的。不同的学者也有自己的客观论学说。

德国学者斯特里(Walter Stree)认为,尽管把连续关系的判断标准置于客观的标准上,有可能会使得连续关系的判断变得不确定,但是对于个别行为而言,如果它们之间具有时空上的相对性关系的时候,如果不从客观的方向观察就很难认定它们之间有连续关系。因此,连续关系应该依照二重客观结构形态加以认定:首先是先后分次实现的同种犯罪类型;其次是构成要件所规定的同种或同类犯罪形态的实现。我国台湾地区学者柯耀程认为斯特里提出的条件类似于台湾地区关于连续关系的“同一罪名”的认定^{[3]267}。

奥地利学者诺瓦科夫斯基(Friedrich Nowakowski)认为对于多数同类行为的个别认定不但不可可能,而且毫无意义,因此在这种情况下应该摒弃个别认定或者是个别处理方式,而应采用连续关系处理。^{[3]267}具体而言,诺瓦科夫斯基认为在判断行为客观上的连续时,应该将重点放在法益侵害的同类性的结果之上,也就是说,多数同类行为侵害的同类法益,而且多数行为侵害法益的结果只是引起法益侵害上的量变时,就可以应该认为存在行为客观上的连续。^{[3]268}但是诺瓦科夫斯基认为罪责的同类性也是必要的。

奥地利学者施穆勒(Kurt Schmoller)使用“动态系统(bewegliches System)”来认定连续犯,其认为连续犯具有结构上的不可分割的一致关系,而连续犯中的第一个行为开始就是整体连续行为的未遂,如果行为人在实施连续犯中的第一个行为时已经克服了“重要障碍程度(entscheidende Hemmstufe)”,能够确定行为之间具有连续关系。^{[3]268}施穆勒采用“类型比较(Typenvergleich)”的方式来确定行为人已经克服了“重要障碍程度”,具体而言,从动态标准对于个别行为加以分析,进而讨论整体行为结构,在经过类型比较之后,发现具有同类性或一致性的条件存在时,就可

以认定具有连续关系;而所谓的“类型比较”是指个别行为的类型,以及行为所侵害的情状,如果个别行为经由条件之检视,认为具有同类性关系,则不需拘泥于倾向何种层面之一致性认定。^{[3]268}

不过这些看似有说服力的学说或多或少都有问题。首先,以上所有的客观论学说都建立在无视“同一或概括的故意”的前提之下,而把连续犯的认定重心转向客观层面,但是这样做只是因为“同一或概括的故意”难以得到证明。仅仅因为证明上的原因而舍弃连续犯中处于核心地位的“同一或概括的故意”,会使连续犯本身失去意义。

其次,当我们用“罪责的同类性”来作为主观上的标准时,很有可能出现这样的情况:数个行为具有罪责的同类性,但是各个行为的故意均不相同。这样的话,即使这些行为符合一个构成要件,侵害同类法益,也与普通的数个行为没有差别。因此“罪责的同类性”并不能达成将普通的数个行为与连续犯区分开的效果。如果客观论的支持者坚定地认为连续犯的判断标准中不应该出现“概括或同一的故意”,那么也就意味着他们可能认为故意是否有连续是无关紧要的,只要行为在客观上有连续,就可以认定为连续犯。可如果这样做的话,一来会扩大连续犯的适用范围,二来可能使连续犯与接续犯的概念产生混淆。因此,“同一或概括的故意”这个要素在连续犯的认定中是不可放弃的。

最后,客观说的一个特点就是把过失行为也纳入到连续犯结构之中。过失行为确实有可能在客观上存在连续,但是与“同一或概括的故意”不同,过失是不可能出现“同一或概括”的,因此过失行为有可能与以故意为主观层面的连续犯存在一定的相似性,但是并不能等同于连续犯,所以把过失行为纳入连续犯的观点本身就存在疑问。

3. 行为性质相同或行为形式同类性是否有必要?无论是大陆学者所说的“行为性质相同”或者是台湾学者所说的“行为形式同类性”,都是对行为的形式作出了一定的要求,并以此作为对于行为客观上的连续性的补充与加强。但是问题在于这种形式上的要求本身意义何在?

我国权威刑法教科书认为是为了区分连续犯与徐行犯,其对于徐行犯的理解是:实施同一种行为,但是每次都不能构成独立犯罪,只有这些行为的总和才能构成犯罪。^{[2]478}如果按照这样的理解,那么在徐行犯之中,行为单数就是自然的行为单

数;这和连续犯中的行为单数(法的行为单数)区别很大,因此完全不需要这个形式上的条件来区分连续犯与徐行犯。所以我国权威教科书的说法值得商榷。而大多数学者认为徐行犯与接续犯没有区别,我国台湾地区学说中对于接续犯的条件要求如下:(1)犯意单一;(2)反复实施同种类的行为;(3)反复实施的时间具有密接性;(4)侵害单一法益。^[4]如果观察主观方面,就会发现单一的犯意与“同一或概括的故意”之间有本质上的差别,单一的犯意是指单纯的一罪所需要的意,概括的故意是指行为人在行为时,没有设立明确的目标,而结果所实现的目标,也符合行为人的本意,因此可以认为概括的故意是介于单一故意和数个故意之间的故意。^[5]客观层面的“时间上的密接性”也比“行为之间的连续性”要更为严格,因此,即使没有“行为性质相同”的要求,徐行犯(接续犯)也不会和连续犯产生混淆,所以在此处,设置一个特别的条件以区分连续犯与徐行犯(接续犯)并无意义。

我国台湾地区学说认为,行为形式的同类性既是为了符合相同的构成要件,也是为了确定法的行为单数(rechtliche Handlungseinheit),也就是连续犯的行为单数的基础与前提。^{[3]272}但是我国台湾地区的早期学说是这样规定连续犯的:(1)存在数行为;(2)连续数行为而犯之;(3)连续数行为而犯同一罪名;(4)连续数行为而犯同一罪名于裁判确定前。^[6]观察上述早期学说,我们发现并没有“行为形式同类性”这样的要求,因此,笔者猜测这样的要求可能是来自于对德国学说的引入。罗克辛在其刑法教科书中论及连续犯的行为形式同类性时如是说:“在案件事实中,行为方式通常或多或少都是相同种类的。”^[7]因此,连续犯的“行为形式同类性”这个构成条件可能只是来源于实务上对于案件的经验观察,是为了构建“法的行为单数”这个几乎是专门为连续犯而特设的概念而提出的要求。这样的经验观察不仅缺乏理论上的依据,而且会造成不必要的麻烦,例如在不真正不作为犯的情况下,如果行为人先后以作为和不作为的方式构造构成要件,那么是否应该在这些作为和不作为之间成立连续犯?我国台湾地区学者对此产生了激烈的争论。^{[3]273}但是如果把这个出于经验观察而产生的要求去掉的话,那么这些争论就是没有必要的。因此,“行为形式同类性”的合理性颇值得怀疑。

4. 量刑与刑事诉讼上的难题。与德语区学者

关注的理论问题不同,包括台湾地区学者在内的我国学者更关心的是量刑上的问题。连续犯位于竞合论中,而连续犯是否成立直接关系到行为人所需承受的刑罚。那么一个新的问题就产生了:为什么仅仅因为连续犯的存在,就能让行为人享受刑罚上的优惠?一般而言,连续犯理论的支持者认为如果不适用连续犯的话,可能产生一个过大的刑度范围,从而制造量刑上的难题。^{[3]259}我国台湾地区学者柯耀程举了一个例子:“某人犯六十次轻微窃盗,其行为均个别为构成要件该当、违法且有责之独立行为,如依实质竞合限制加重原则处理,每个行为若均处四个月有期徒刑,则其刑度将为四月以上,二十年以下。”虽然我国台湾地区于2005年修改“刑法”,删去了有关连续犯的规定,但是这并不意味着过大的刑度范围问题已经得到解决。事实上,台湾地区的诸多学者在2005年之后纷纷发表论文,讨论连续犯废除之后相应的问题如何解决,有人认为应该使用接续犯的概念,有人认为应该扩大自然的行为单数(natürliche Handlungseinheit)的概念,有人认为应该坚持连续行为的使用,莫衷一是。^[8]但是从上述各种观点中我们可以发现一个共同点,即大多数学者不同意把原属于连续犯范畴内的问题全部按照实质竞合处理。

不过,在刑事诉讼中,连续犯也会带来问题。在罪数论中,连续犯被视为一罪,而在竞合论中,连续关系被视为一行为。但是无论是一罪还是一行为,在程序法的问题上,都会被视为一个整体,因此对于连续犯中某一部分的判决,会对连续犯的所有部分产生效力(既判力)。因此,如果连续犯的其他部分未经审判,由于一事不再理的原则的限制,对于这些部分就不能再次审判。^[9]在连续犯的框架下,行为人实施的行为次数越多,那么可能不被追究的行为的次数也就越多。

5. 接续犯能否取代连续犯。事实上,由于连续犯存在如此之多的问题,因此我国台湾地区在2005年废除了“刑法”中关于连续犯的规定。我国台湾地区的“立法院”在“立法”删除连续犯的相关法条时作出了如下说明:“废除连续犯之后,在例如盗窃、吸毒等犯罪的部分习惯犯,会发生因适用数罪并罚,而产生刑罚过重的不合理现象,宜委由学界及实务以‘补充解释之方’,发展‘接续’的概念,对于合乎‘接续犯’或‘包括的一’的情形,认定为构成单一的犯罪,以限缩数罪并罚的范围,用

以解决上述问题。”^[8]而在这项“立法”通过数年之后,我国台湾地区的“最高法院”在2010年第五次刑事庭会议中认为:“删除连续犯规定后,苟行为入主观上基于单一之犯意,以数个举动接续进行,而侵害同一法益,在时间、空间上有密切关系,依一般社会健全观念,难以强行分开,在刑法评价上,以视为数个举动之接续实行,合为包括之一行为予以评价,较为合理,于此情形,即得依接续犯论以包括之一罪。否则,如系分别起意,则仍依数罪并合处罚,方符立法本旨。”^[10]

但是从前述(三)中我们可以发现,连续犯与接续犯的成立要件是截然不同的。“同一或概括的故意”显然不同于接续犯的“单一故意”,“数行为的接续进行”也比“行为之间存在连续”要更为严格。值得注意的是,德国通说将接续犯中的行为单数纳入自然的行为单数(Die natürliche Handlungseinheit)之中。这就意味着接续犯中行为单数的形成原理与连续犯中“法的行为单数”这样近乎拟制的行为单数也是截然不同的。并且,前述我国台湾地区关于接续犯的成立要件中有“单一法益”这一项要求,而我国台湾地区的判例也持上述观点。所以此处我们就可以理解为什么有学者提出要扩张“自然的行为单数”的适用范围;如此一来,就可能将连续犯的部分领域纳入接续犯之中。具体而言,就是要让涉及不同的法益主体的侵害时,也能成立接续犯。但是这样的扩张能够取得成功吗?显然不能。在自然的行为单数扩张的情形下,的确可以容纳一小部分原属于连续犯的情形,但是连续犯的大部分情形被置于数罪并罚的境地时,仍然会存在量刑幅度过大的问题。有学者试图引入奥地利刑法中的单一刑罚制来解决这个问题。^[11]但是这样一来,就会对竞合论本身造成过大的冲击,因此不可行。

6. 我国司法实践中的连续犯。我国刑法中没有明确规定连续犯。不过有观点认为实际上存在连续犯,其理由是我国刑法第89条之规定:“追诉期限从犯罪之日起计算;犯罪行为有连续或者继续状态的,从犯罪行为终了之日起计算。在追诉期限以内又犯罪的,前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。”虽然法条中出现了“连续”的字样,但是这只是关于追诉期限的规定,难以认定这能够成为连续犯在法条之中的基础。在实务中,最高人民法院在其作成的通知书中是这样定义连续犯的:“出于同一犯罪目的实施数个独立的同一性质

的犯罪行为,触犯同一罪名,属连续犯。”根据该裁判文书所针对的案件,这里的“同一犯罪目的”可以被理解为“同一或概括的故意”,但是“同一性质的行为”意义不明。因此最高法院的这个定义难以得出一个确切且实用的连续犯概念。而与最高人民法院给出的定义不同,各个下级法院在案例中也纷纷得出自己关于连续犯的定义。因此,在我国的司法实践中,连续犯的定义并不统一。立法上的缺失,适用上的不一致、定义的含混造成了我国的连续犯比其他的国家或者地区有更大的缺陷。

与法院的结论相反,有学者认为我国刑法中的“多次犯”结构就可以包含所有连续犯的情形。^[12]但这种说法有很大的问题。首先,多次犯本身是一个非常不确定的概念,按照该学者的说法,多次犯包括作为实质数罪的多次犯和视具体情况才能决定是一罪抑或数罪的多次犯。这种不确定给司法带来的困境远大于连续犯中的主客观循环论证。其次,多次犯依赖于刑法分则条文的存在,因此如果真的想用多次犯覆盖连续犯,就只能大幅度地修改刑法分则,这样一来,不仅会造成立法上的困难,也会使刑法条文变得臃肿。

综上所述,无论是我国的同罪并罚之下的连续犯,还是域外同罪不并罚背景之下的连续犯,都存在很多问题,似乎废除连续犯能够一劳永逸地将这些问题解决。可是如果在废除连续犯之后采用前述的解决方案,可能不仅难以处理好旧问题,还会带来新问题。由此可见,连续犯的存在确有其价值,但是有价值不代表其在理论上合理。为了确证连续犯的成立,我们首先要解决的问题就是连续犯与同种数罪之间到底有什么不同。下面我们将从规范论的视角来分析这个问题。

二、连续犯的规范论分析

1. 以社会系统论为基础的规范论。规范论认为刑法保护的并不是法益(或者至少不完全是法益),而是规范适用。德国学者雅科布斯(Günther Jakobs)认为:“犯罪使得规范,即人与人之间的规定就被否定了,犯罪因此是一种规范的否定,或者重新联系到犯罪人,是证实了对法律忠诚的缺乏。”^[13]而我国台湾地区学者许玉秀则将雅科布斯的理论概括如下:“维护对规范的信赖——(要求)受规范对象必须防止规范受破坏=赋予罪责。”^[14]

在以上关于规范论的学说中我们可以发现,规范违反的行为本身并不会直接损害规范的效力,而是通过影响大众对于法规范的信赖来损害规范的效力。大众对于法规范的信赖(以下简称法信赖)是规范的效力的基础,按照卢曼的社会系统论,规范(法)是一个自我指涉的社会系统,所以对于规范而言,其他的事物只不过是和规范这个系统相对应的环境。但是系统之所以能存在,并不完全取决于系统自身,也要依靠环境。因此,规范这个系统的存在事实上依赖于人的心理系统。正如人的心理系统和沟通的关系一样,规范这个系统与人的心理系统之间也存在着结构耦合,如果我们以沟通作为系统来观察环境,那么如果现实世界中发生的一切事情(例如下雨、地震等)只能是先由人(心理系统)来观察到这些现象,再通过与沟通系统的耦合在沟通系统中得到体现;事实上,如果不通过人的心理系统,规范不可能获得来自环境中的任何信息,当我们从这个角度来思考前述雅科布斯理论时,就会发现雅科布斯的理论其实是站在社会系统论的角度来思考的。所以规范违反行为是通过法信赖来间接影响规范的效力。法信赖与规范的效力之间不是直线性的因果关系,而是环境与系统的关系。^[15]但是与沟通和意识之间的关系类似,法信赖与规范之间具有结构上相互耦合的关系,因此作为环境的心理系统有能力去激扰并引发规范效力上的变化。这个过程是通过法信赖的震惊完成的。所谓法信赖的震惊,就是观察者在观察到行为人实行违法行为之时,不相信行为人所违反的规范对于行为人有约束力的状态。例如观察者发现行为人A实施盗窃行为,就会处在不相信“不得盗窃”的法律规范对于行为人A具有约束力的法信赖震惊的状态之下。同时,法信赖的震惊是一种能激扰规范效力变化的状态,如果在法信赖的震惊不存在时,法信赖本身不会发生变化,规范效力也不会发生变化。因此,法信赖的震惊不同于法信赖本身。

既然犯罪行为是通过制造法信赖的震惊进而损害规范效力的,那么法信赖在被震惊之后,但行为人尚未被公权力机关予以追究的时候,是否会一直处于持续震惊的状态之下?显然不会。人格体(Person)作为与个体(Individuum)不同的概念,是社会的成立条件,本身就是一种规范的产物。^[16]因此对于规范的信赖是人格体的一种本质属性。这种信赖在人格体观察到发生规范违反行

为之时会处于震惊的状态之下,但是从理论上讲,由于人格体具有的这种信赖规范的本质,在没有进一步的外来刺激之下,人格体的法信赖震惊会慢慢平息。如果法信赖的震惊无法平息,那么由于作为系统的规范与心理系统的结构耦合,心理系统就会持续向规范系统传递意义(Sinn),引发规范效力上的变化,最终可能会产生一个微小的犯罪导致规范效力最后荡然无存的结论。从经验的角度讲,正如涂尔干所认为的,犯罪是不可避免的社会现象,在实务中,也有许多已经产生的犯罪,却由于种种原因没有被公权力机关察觉,因此成为“犯罪黑数”。在这种情形下,只要其他条件不发生大的改变,那么某一个地区并不会仅仅因为有一两次偶发的犯罪而直接导致犯罪率的大幅上涨。或者换一个角度说,我们可以想象一个人格体在观察到规范违反行为(例如盗窃)之后,可能会因为法信赖受到震惊而处于惊慌失措甚至是草木皆兵的预防盗窃的状态之下,但是过上一段时间这个人格体就会像往常一样正常的生活,甚至会把观察到的犯罪归咎于概率问题。因此,无论从哪一个角度来观察,人格体的法信赖震惊都会在没有进一步外来刺激的情况下随着时间流逝而慢慢平息。综上所述,一次法信赖的震惊就会对规范造成一次破坏。

但是规范效力所遭受到的破坏并不会因为法信赖震惊的平息而得到恢复。从理论上讲,规范效力的破坏来源于法信赖的震惊,但是规范作为一个自我指涉的社会系统独立于人格体的法信赖,因此规范效力上的问题,只能由规范自己来解决。所以在“犯罪黑数”的情况之下,规范效力遭受到的破坏会持续存在。而从经验的角度上来看,人们在某一次犯罪后虽然最终会像平常那样平静地生活,但是却会采取种种注意措施来防止未来可能出现的同类犯罪,因此可以观察到由犯罪行为最终造成的规范效力损害。

而当某一项规范的效力在已经遭到破坏的情况下,又产生了新的违反该项规范的行为,那么人格体就会产生新的法信赖震惊,该项规范效力就会遭到进一步的破坏。在实务中我们观察到的“破窗效应”就是这个过程的实际描述。

有一点我们需要注意,规范效力的破坏有严重或者轻微的程度之分,而人格体的法信赖震惊没有程度之分。换句话说,人格体的法信赖只有震惊或者不被震惊这两个状态。这是因为人格体

作为一个系统,在区分法与不法这个差异时,是通过标示出区别的一面来确定另一面,因此在区分法与不法这个被卢曼(Niklas Luhmann)称之为“一阶观察的过程中,世界是表现为单一脉络(mono-kontextural)的,所以在单一脉络的世界中所观察到的一切都是二值的,要么是正值,要么是负值,不可能出现第三个值(见图1)。因此,人格体的法信赖震惊也只有震惊与不被震惊这两种状态。

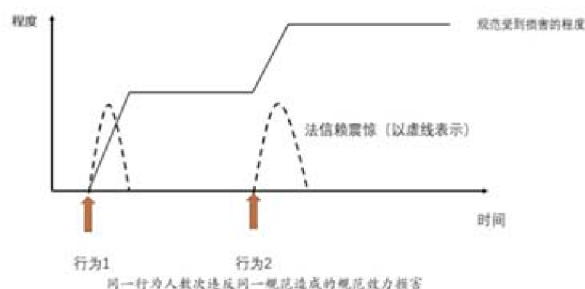


图1

2. 规范论证成连续犯之应用。当我们明确了上述规范论之后,我们就会明白连续犯为什么应该享有刑罚上的优惠。在连续犯的状况之下,由于人格体因为第一次犯罪而产生的法信赖震惊并没有平复,因此人格体仍然处在法信赖震惊的状态之下,此时,连续犯的行为并没有造成新的法信赖震惊,最多是延续了上一次法信赖震惊的持续时间(见图2)。因此,连续犯中的行为人最终对于规范的效力并没有造成进一步的破坏,所以此时恢复规范的效力也就比不能被算作连续犯的数次犯罪要来的容易。而刑罚的目的就在于肯定规范的有效性。^[14]所以连续犯中的行为人享有刑罚上的优惠是合理的,而不仅仅是出于量刑方面的考量。

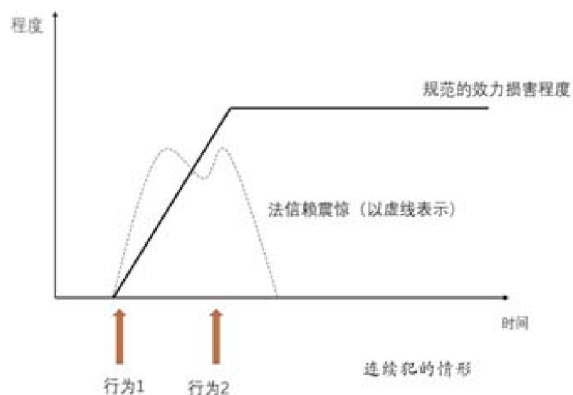


图2

三、连续犯的重构

笔者认为,连续犯的成立条件应该是行为之

间的连续性、同一或概括的故意和该当同一构成要件这三个条件。由于笔者对于现存的认定该当同一构成要件的方法并无异议,所以对于这三个条件中的最后一个无需太多解释,因此,以下论证的重点在于前两个条件。

1. 行为之间的连续性。为了避免客观上的连续和主观上的连续出现“判断客观靠主观,判断主观靠客观”这样的循环论证,我们有必要架构一个不依赖于行为人主观层面的行为之间的连续。如前所述,既然连续犯的合理性来源于同一次法信赖震惊,那么行为在客观上连续的实质就是一次法信赖震惊之内的多次行为。所以判断行为是否具有连续,就需要引入理性第三人(Reasonable person)的标准。因此,行为之间是否存在连续的标准就是在知道行为人所有规范违反行为的理性第三人看来,行为人向犯罪对象接近(可以是时空意义上的接近,可以是过程意义上的接近)这个日常生活行为是否能被理解为只具有犯罪的目的,而不具备其他目的。例如在一个熙熙攘攘的大街上,某个行为人连续实施盗窃行为的情况下,如果一个理性第三人清楚地知道行为人所有的盗窃行为,那么当行为人向这个理性第三人走来时,如果其他的条件(环境条件等)不发生明显的改变,这个理性第三人是否确信行为人向自己走来的唯一目的就是盗窃自己的财物。如果理性第三人认为是,那么就证明理性第三人所产生的法信赖震惊仍然没有得到平息,因此,行为人最终实际上的盗窃行为就存在连续;反之,如果理性第三人认为行为人向自己走来,可能还会有其他的目的(例如问路、搭讪或者求助),那么就证明理性第三人的法信赖震惊已经得以平息,这时,行为人的规范违反行为之间就不再具有连续性。我们再举一个例子,一个经常非法制造枪支的行为人,向其他人购买钢铁。如果理性第三人认为购买钢铁的行为只是为了制造枪支,那么行为人非法制造枪支的行为就具有连续性。如果理性第三人认为行为人购买钢铁可能有其他的用途(如制造水果刀、制造炊具等),那么行为人(实际上用购买的钢铁制造枪支)的行为就不具有连续性。

之所以会有这个标准,是因为人格体作为一个系统,在对行为是否符合规范进行观察的时候,使用的是法/不法这组区别。当观察者观察到行为人的违反规范行为而处于法信赖震惊的情况下时,观察者将行为人的行为标识为不法。但是某

个时间点上只能有标签的一面被标识出来,因此如果想标识出标签的另一面(也就是“法”),就需要一定的时间。^[15]这个时间的过程就是法信赖震惊平息的过程。所以当观察者仍然处于法信赖震惊的状况时,会把行为人可能并无犯罪意图的行为标识为“不法”,于是我们可以通过观察者是否将行为人的日常生活行为视为“不法”而反推观察者的法信赖震惊是否已经平息。

2. 同一或概括的犯罪故意。由于人类很难有跨过主客观之间的鸿沟的能力,因此,在司法实践中确定行为人的故意是“同一或者概括的故意”,还是要依靠外在的行为体现出的内在意志。但是,在将行为人的行为是否存在连续交由理性第三人判断之后,以往用来判断行为之间是否存在连续的条件,例如时空上的相关性,法益侵害的同类型等都可以用来判断“同一或者概括的故意”,而不会造成主客观之间的循环论证。

四、连续犯在竞合论中的定位

连续犯到底应该是行为单数还是行为复数?在回答这个问题之前,我们需要知道为什么要区分行为单数与行为复数。事实上,行为是犯罪论的评价客体,而犯罪单数(想象竞合)或者犯罪复数(实质竞合)是竞合论的最终判断结果。所以竞合论所处理的问题就是把行为最终确定为犯罪,区分行为单数与行为复数是为了更好地进行犯罪单数或者犯罪复数的判断,不是为了确定行为的单复数而确定行为的单复数。因此,如果我们把行为视为有意有责地违反规范的举止,那么从前述的行为的定义角度看,连续犯理应是行为复数。但是行为复数并不一定意味着犯罪复数(实质竞合)。由于前述的规范论上的结构,连续犯并没有引起新的规范效力的损害,因此在行为的无价值性上连续犯要明显低于典型的由数行为构成的数罪,而与行为单数造成的规范效力损害的效果相近。笔者认为,连续犯在判断行为单复数时应该认定为行为复数,但是最终确定犯罪的单复数时应认定为犯罪单数。这样的结构事实上也是可能的。我国台湾地区学者林钰雄绘制了一幅竞合论中的审查顺序图(见图3)^[17]。

在图3中我们可以发现行为在行为单复数的区分之后,似乎是处于平行而互不干扰的状态之下。而只有最后的夹结效应(Klammerwirkung)才能使得已被认定为行为复数的客体按照行为单

数的效果来处理。但是这样的沟通行为单数与行为复数的“桥梁”不能只有一个。如果只按照行为单数与复数的区分标准来确定犯罪的单数与复数,显然难以应对变化多端的现实生活,也难以使犯罪的处理结果符合大众的法感情与习惯。因此,连续犯也应该像夹结效应那样成为一个行为复数的“例外”,在承认其行为复数的同时,按照想象竞合的原则来处理。当然了,我国如果将来以立法的形式确立了连续犯,可以在连续犯的法条中作加重法定刑的规定,以避免给行为人不当的刑罚优惠。

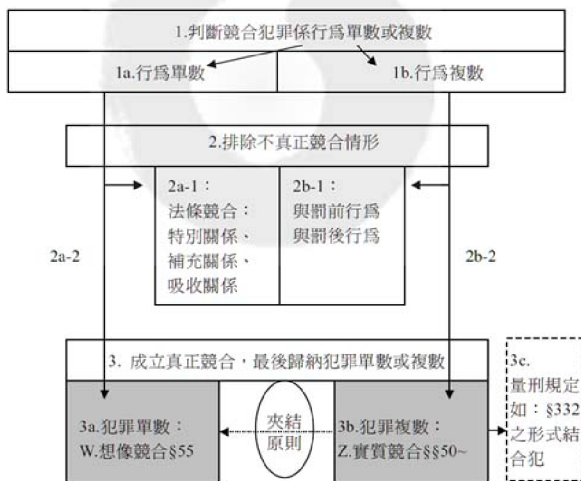


图3

如果我们这样处理的话,那么连续犯的定位问题和量刑上的困境就可以迎刃而解。而且,连续犯在刑事诉讼上造成的问题也可以得到解决,如果认为连续犯并非行为单数,那么即使是在存在连续关系的十次盗窃中,检方只有三次盗窃的切实证据的情况下,其余的七次盗窃也不能与这三次盗窃形成行为单数。我们姑且不论“实体法上一罪,诉讼法上同一客体”这个命题本身可能存在的问题。^[17]在承认这个命题的前提下,最终形成的一罪也只是三次盗窃的一罪,和另外七次盗窃并无关系。因此如果日后再查明其余七次盗窃的证据,就不会受到“既判力”的束缚。事实上,在我国的司法实践中,本应按照连续犯作一罪处理的数个犯罪行为,由于侦查、起诉、审判阶段的割裂,导致这数个犯罪行为被分别立案起诉,且其中某些犯罪行为已经审理并执行完毕,某些犯罪行为刚刚进入审理阶段时,对这些犯罪行为实行数罪并罚,但应当在量刑中进行合理调整。这样的做法也正好与本文的结论相符合。

五、余论：过失行为与连续犯

过失行为到底能不能成立连续犯？前述主张客观论的德语区学者认为应该成立，我国也有人认为应该成立。^[18]如果认为过失行为不能成立连续犯的话，就会出现一个难以回答的问题：为什么可非难性高于过失行为的故意行为能够通过连续犯而得到较轻的处罚，而过失行为反而不能？^[3]如果按照我们已经进行的规范论分析，作为存在连续性而引起同一次法信赖震惊的行为既可以是故意行为，也可以是过失行为。因此我们在此处必须承认，过失行为之间也有可能存在客观上的连续性。但是这并不意味着连续犯就是同种数罪，前述的我国论文为了论证过失行为能够成立连续犯，从连续犯废除后按照数罪并罚来处理的司法实际情况来反推出连续犯本质上就是数罪，这明显是混淆了犯罪的单复数与行为的单复数。而前述论文又引用我国实务中的判例与司法解释（例如《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第4款规定：“多次实施生产、销售伪劣产品行为，未经处理的，伪劣产品的销售金额或者货值金额累计计算”）来论证司法解释采用客观说，从而应支持过失行为存在连续犯。然而这只是对于数额进行累计计算的规定，与连续犯行为单复数的区分并不相同，所以难以认定我国司法实务支持客观说。

过失行为在主观层面上是过失，这与连续犯成立条件的“同一或概括的故意”显然是不同的。那么这个问题就会变成“同一或概括的故意”在连续犯的成立中到底有多大的作用？很显然，同一或概括的故意能够在主观上将各个行为予以连接，这虽然不可能使各个行为成为行为单数，但是却可以使连续犯以行为复数的本体而产生行为单数的效果具有更为坚实的基础。其次，同一或概括的故意与典型的数次行为的数次故意相比，具有更低的法规范的敌对性，因此出于积极一般预防的因素，也能证成连续犯的刑罚优惠。可以说，连续犯之所以能按照犯罪单数处理，是由客观上的没有造成独立的规范损害与主观上的较低的法规范的敌对性共同决定的。

所以，与通常的同种数罪相比较，行为之间存

在连续关系的过失行为也确实具有更低的行为无价值性，但是它并不能与连续犯相提并论。或许我们可以发展一种独立的结构来处理过失行为的连续，不过在这种结构被发展出来之前，我们不能认为连续犯包括过失行为。

【参 考 文 献】

- [1] 庄劲.论连续犯概念之废除[J].求索,2007(1).
- [2] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2016.
- [3] 柯耀程.刑法竞合论[M].北京:中国人民大学出版社,2008.
- [4] 许玉秀.不能未遂与接续犯[J].台湾本土法学杂志,2000(8).
- [5] 韩忠谟.刑法原理[M].北京:北京大学出版社,1981:391.
- [6] 赵琛.想像数罪牵连犯及连续犯[J].法令月刊,1967,18(9).
- [7] 罗克辛.德国刑法学总论:第2卷[M].王世洲,译.北京:法律出版社,2013:656.
- [8] 林山田.牵连犯与连续犯删除后的处理[J].月旦法学杂志,2007(152).
- [9] 柯耀程.变动中的刑法思想[M].台北:元照出版社,1999:411.
- [10] 李圣杰.投票行贿罪的犯罪性质—兼评最高法院九十九年度第五次刑事庭会议(一)决议要旨[J].高大法学论丛,2011,7(1).
- [11] 许泽天.“一罪一罚”作为废除连续犯理由的迷思:单一刑罚制的引入[J].台湾法学杂志,2013(2).
- [12] 叶肖华.连续犯在我国的批判解读[J].中国刑事法杂志,2009(10).
- [13] 雅科布斯.刑法保护什么:法益还是规范适用[J].比较法研究,2004(1).
- [14] 吴情树.京特·雅科布斯的刑法思想介评[J].刑法论丛,2010(1).
- [15] 克内尔,纳塞希.卢曼社会系统理论导引[M].鲁贵显,译.台北:巨流图书公司,1998:36.
- [16] 雅科布斯.规范·人格体·社会——法哲学前思[M].冯军,译.北京:法律出版社,2001:131.
- [17] 林钰雄.新刑法总则与新同一案件——从刑法废除牵连犯、连续犯论诉讼上同一案件概念之重构[J].月旦法学杂志,2005(122).
- [18] 杨楠.过失连续犯之提倡[J].甘肃政法学院学报,2016(6).

(责任编辑:胡先砚)