

想象竞合犯中的‘行为’与‘罪过’探析

卢山,韩晶

(西北政法学院 刑事法学院,陕西 西安 710063)

摘要 对想象竞合犯的处罚原则依赖于对其罪数本质的准确判断,自然意义上的一行为实质上为数个犯罪行为之竞合,且数个罪过的共同存在,都证明了想象竞合犯为实质数罪,对其实行数罪并罚是其行为、罪过本质的必然要求。

关键词 想象竞合犯 行为 罪过 数罪并罚

中图分类号 D914

文献标识码 A

文章编号 1671-4970(2006)03-0023-04

想象竞合犯虽然是客观存在的一种特殊的犯罪形态,但它的产生及其理论化、系统化,却是随着刑事司法的发展和进步而逐步前进的。它是刑法理论中的一个重点问题,虽然我国《刑法》对其并未具体规定^①,但从刑法理论界对这一问题的争论来看,认识不一致,疑点颇多。而这一理论难点同时也与现实生活中的许多司法实践问题密切相关,牵涉定罪量刑等一系列基本问题。因此,对其本质的正确把握,便显得尤为重要。

在我国刑法理论界,对想象竞合犯的界定并非一致。通说认为,想象竞合犯,是指一个行为触犯数个罪名的情况,为实质一罪。但是也有许多学者作了不尽相同的具体表述:如有学者认为,想象竞合犯,亦称想象数罪,是指行为人基于一个犯罪意图所支配下的数个不同的罪过,实施一个危害行为,而触犯两个以上异种罪名的犯罪形态^{[1]392}。有学者认为,想象竞合犯,是指一个犯罪行为而触犯数个罪名的犯罪。具体的说,是指基于一个犯意的发动,实施一个犯罪行为,侵犯数个客体,成立数个罪名的情况^{[2]671}。还有的学者认为,想象竞合犯又称为想象并犯或想象的数罪,是指一个犯罪行为触犯数个罪名的情形,也就是以一个故意或过失,实施了一个行为,侵害了数个刑法所保护的客体,数次符合犯罪构成要件的情况^{[3]655}。此外,还有其他许多观点,可以这样说,盖凡涉及想象竞合犯的论著,作者都会给出自己的‘恰当’解释。仅从以上几种对想象竞合犯

的界定,足以看出这一理论问题的复杂性,但同时,也能看出上述的界定,无非是从行为、罪过这两个方面来进行,而对想象竞合犯的处罚原则也必然因这两个方面的差异而有所不同。所以,笔者认为,要把握想象竞合犯的本质,也必然要从行为与罪过这些基本问题入手,进而才能做到处罚得当,不仅理论上能自圆其说,更能服务于司法实践。笔者的思路是,对想象竞合犯这一理论问题中的行为与罪过进行分析,以求对这一刑法难题有更深入的认识。

一、想象竞合犯的‘行为’本质

行为是刑法的基础,是犯罪的基本存在形式。处于犯罪概念基底的,首先是行为^{[4]94}。犯罪的成立必须有行为的实施,无行为则无犯罪可言。同时,行为也是刑事责任赖以建立的基础。因此,对刑法中行为的理解,是解决刑法理论问题的前提和关键所在,只有把握好刑法中行为的含义,才能更好地把理论运用到司法实践中去。在界定刑法中行为的含义时,既要从实证的角度考察有关立法内容,又要注重理论研究的目的及重心。刑法中的行为概念总是与犯罪成立、刑事责任有无及大小程度紧密联系,在界定罪与非罪,合法行为与违法行为方面,行为的观念起着过滤作用^{[1]152}。所以,与刑法规范有联系的行为不应局限于危害行为,更不应局限于犯罪客观方面的犯罪行为,它在不同场合具有不同含义。在想象竞合犯中,我们同样要对‘行为’的含义有一个

收稿日期 2006-04-16

作者简介 卢山(1984—),男,江苏宿迁人,硕士研究生,从事刑事法学研究。

①《刑法修订草案》(第22稿)第72条规定:“一行行为触犯两个以上罪名或犯一个罪而犯罪的方法、结果触犯其他罪名的,应当就最重的一个罪处罚”。该条即包含了想象竞合犯的情形,但在后来的刑法草案修订中,此条规定被删除。我国《刑法》中无想象竞合犯的规定,不失为我国刑事立法的一个缺憾。

正确的理解与把握,因为,这一“行为”的理解,是决定我们对想象竞合犯的罪数本质及处罚原则等问题的理解与否的关键。想象竞合犯中的“行为”究竟是危害行为,犯罪行为,还是其他意义上的行为?

1. 刑法中的行为

关于刑法中的行为的理论学说论争不息,其中比较典型的学说有以下几种。

因果行为论是最早系统论述刑法行为的理论。该理论受19世纪自然科学的影响,所以又称自然主义行为论,为德国著名刑法学家李斯特和贝林等人创立。因果行为论认为,行为是由意志支配的(有意的)人的态度,它在外产生特定的后果,这一后果要么仅仅是一种身体运动(行为犯),要么是造成某种结果的身体运动(结果犯)^[5]。因果行为论既指出行为的有意性,又强调行为的结果性,无论在立法上,还是司法上,都有助于批判客观归罪和思想犯罪,具有其自身的合理性^{[1]154}。但是,这一理论随着犯罪类型的变化,在理解刑法中的行为时,又显得过于机械,它难以解释不作为在刑法中的行为性,其强调“因”“果”的重要性,也使得刑法中规定的危险犯、行为犯等尚未造成危害后果的行为失去了刑事可罚性,这些都是这一理论在理解刑法中的行为时所不能克服的缺陷。

目的行为论是由德国刑法学家威尔策尔等人在20世纪30年代所创立的行为理论。目的行为论认为,行为是对目的的实现,它不单纯是由意识支配的因果过程,而且是有目的的活动。在此,目的性是构成行为的核心要素,也就是人的行为不仅是因果关系的整个过程,而且是目的活动的整个过程^{[6]66}。目的行为论把在因果行为论中作为责任要素的故意(事实上的故意)看作是行为的本质要素(主观的评价要素)。在目的行为论中,目的性是行为的核心要素,而不作为与作为一样都是具有目的性的行为,这样就克服了因果行为论所不能克服的不作为的行为性难题,但是,目的行为论却无法解释过失行为的行为性,因为,过失行为不存在目的性(间接故意行为同样也不存在目的性)。因此,目的行为论也存在对刑法中行为的理解不足。

社会行为论,又称为规范行为论,从价值论的角度出发,把行为理解为价值关系的概念,着重于行为的社会价值和意义,用社会评价的眼光来看待行为。它结合了因果行为论和目的行为论各自的优点,比较完善地反映了行为概念的功能和效用,具有较大的合理性,且依据行为当时的法律规范来评价行为,使理论与司法实践都非常易于操作,这些都使得这一理论能够成为大陆法系行为理论的通说^[7]。尽管

如此,这一理论成为通说,但它用来作为确定行为范围的标准——社会价值或社会意义本身,也是一个不确定的概念。社会评价与法律评价是相互关联的,而且社会评价原则上也先于法律评价,但是,如果以行为的社会意义、社会价值来评价刑法中的行为,界限则不够明确,很多有重要社会意义的行为,未必就是刑法中的行为。同时,社会行为论忽视了行为的自然因素和行为主体的内在结构,过分强调精神要素的作用,这势必导致主观归罪^{[1]155}。

人格行为论认为,行为人实施犯罪是基于其犯罪人格,法律之所以处罚行为人,也就在于行为人主观的人身危险性,即行为人反社会的人格。这一理论由日本著名刑法学家团藤重光所创立,把刑法中的行为理解为行为者人格的主体实现或者说是行为者人格的发现,行为是在人格与环境的相互作用中,依据行为主体的人格态度而形成,并将主体的人格现实化。人的身体动静,只有与主体的人格态度相结合,并认为是其人格现实化时,才能认为是行为^{[6]67}。人格行为论是在因果行为论和目的行为论的基础上,加入行为者的人格要素而形成的行为理论,这一理论从行为者行为的个别化出发来理解行为,为行为理论的发展提供了一种新的思路,也在逐渐得到一些学者的支持。但是,人格的表现千姿百态,其涵义也相当丰富,而其在刑法适用中又显得过窄,同时人格也是一个相当抽象的范畴,评判一个人人格好坏的标准又是什么呢?

复合行为论是日本学者大冢仁对人格行为论进行修正而形成的另一种行为理论,它在支持人格行为论的前提下,引入“社会意义”来限制人格行为的范围,把某些行为可以视为行为人人格的现实化,但由于其不具有社会意义,因而就不能作为刑法评价的对象,从而认为刑法中的行为是“作为行为人人格主体性表现的基于有意性的身体动静,是由一般人的认识性判断能肯定其社会意义的东西”^{[4]100-102}。复合行为理论是对人格行为论的修正,是将人格行为论与社会行为论加以综合的理论结果,故又被称为“社会人格行为论”。这一行为理论的进步之处,在于将行为人的危险人格与行为的社会意义相结合,但是,同样也存在范围过宽的缺陷,从而也未能给刑法中的行为一个明晰的概念。

我国刑法理论对行为概念的理解,是纳入犯罪构成中来加以讨论的,即在刑法理论上,作为犯罪客观方面的行为,是犯罪构成要件中的危害行为,是指刑法明文禁止,表现人的意识和意志的危害社会的身体动静或者言词。这一危害行为具有有体性,即是行为人的身体动静、有意性,即行为人的身体动静

是由行为人的心理态度所支配的,危害性,即由行为人的心理态度支配的身体动静,必须对社会具有危害性这样三个特征^{[2] (156-157)}。当然,也有人认为,应将刑事违法性作为危害行为的法律特征,以加强对行为规范的确定性^{[1] 157}。无论是大陆法系上述几种典型的行为理论,还是我国刑法理论对危害行为的理解,其意旨均在于为我们在刑法上评价某种行为划定一条界限,因为这一界限的确定对于刑法功能的发挥,社会意义的实现均有重要作用。简言之,只有值得用刑法加以评价的行为,我们才会把它纳入刑法的视野。对于想象竞合犯中“行为”的理解,也必须从我国刑法的理论评价范畴进行。

2. 想象竞合犯中“行为”的解析

从前述有关想象竞合犯的定义中,就已看出,对其中的“行为”,学者的理解是大不相同的。理解的分歧也必然导致对罪数、处罚等一系列问题的理解不尽相同,因而对这一“行为”进行解析,以澄清其本质,就显得更为必要。

行为符合数个犯罪构成或者说触犯数个罪名,是所有想象竞合犯定义中的共同点,否认这一点,也就不存在想象竞合犯这一理论问题了。我国的犯罪构成是以主客观相统一为原则的,是客体、客观方面、主体、主观方面四大要件的有机统一。既然如此,从学者所公认的“符合数个犯罪构成”出发,笔者认为,以下的推论是自然的了 符合数个犯罪构成→符合数个犯罪构成的要件规定(包括主体、主观方面、客体、客观方面)→符合数个犯罪中的客观方面要件的规定,而我们知道,在犯罪构成客观方面要件中,行为人的行为是必备要件,所以,数个符合犯罪构成要件的行为(即犯罪行为)的存在,也就是肯定的了(见图1)。

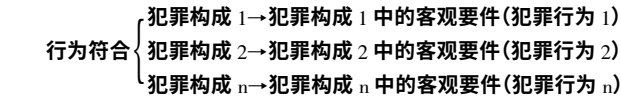


图1 犯罪构成的客观要件(行为)示意图

另外,笔者认为触犯数个罪名的含义,也无非是指符合数个犯罪构成要件的规定,否则又何以能触犯数个罪名呢?同时,刑法上的行为是具有刑法规范评价意义的,也是主、客观相统一的范畴。想象竞合犯中的一“行为”,在评价时也必然要与主观因素相结合,而其结论也必然是每一犯罪构成中又有与之相应的“人格要素”。

对于想象竞合犯中“行为”的界定,有的认为是“一个危害行为”^{[1] 392},有的认为是“一个犯罪行为”^{[2] 671},但无论是危害行为,还是犯罪行为,都与以上推论相矛盾。笔者认为,数个危害行为是存在的,而这“一个行为”,并非我们所说的危害行为,因为,刑法上的危害行为的含义是特定的,是具有刑法规

范上的评价意义的,而强加某些限定词于想象竞合犯的“行为”之前,只会给我们的理解增添麻烦。既然确实存在着需要用刑法去评价的多个符合犯罪构成要件的危害行为,那么,为什么还要用“一个危害行为”甚至“一个犯罪行为”去限定想象竞合犯呢?我们惟有重新界定这“一个行为”的本质内涵,其结果也只能是这一“行为”是不掺杂任何刑法意义或评价色彩的自然意义上的行为。自然意义上的行为是危害行为在现实生活中的原型,但这并不是说自然意义上的行为就决定了危害行为的全部意义,二者的区别才是刑法研究应予关注的重要方面,这要从以下几方面来理解。

其一,自然意义上的行为是对行为属性的客观描述,归属于事实范畴,如“杀人”行为在自然意义上就是行为人的一系列动作(组合);而刑法意义上的危害行为,是主体(即社会)对某一行为的价值评判,是刑法规范上的评价,同时,它也是客观面(自然意义上的行为)与主观面(行为人的罪过心理)的统一体;“这些有意识的人类行为必须引起外部世界发生具有刑法重要性之后果,即引起了对刑法所保护的法益的侵害或造成了侵害法益的危险,始可称为刑法意义上之行为”^[8]。所以,刑法意义上的“杀人”行为就是刑法规范基于行为人的动作(组合)与罪过所作的规范评价。

其二,二者的机能或功能不同。自然意义上的行为通过对动作的客观描述而起的界定功能和区分功能不具有刑法的意义。而刑法意义上的危害行为,则既有刑法理论机能,其内容包括基本要素机能,概括分类机能和排斥机能,又具有法律实践机能,即对立法、司法的导向功能——立法的规制对象和司法的评价对象^[9]。如,同属自然意义上的“杀人”行为对于无刑事责任能力的精神病人和具有完全刑事责任能力的正常人二者的刑法意义就明显不同,而这种机能差异又不得不归根于其内涵的不同。

其三,自然意义上的行为是对已然客观描述,具有单一性、确定性;而刑法意义上的危害行为,其复杂性在于其是客观面与主观面的统一体,在考察其客观面的同时我们要兼顾其主观的一面;“犯罪构成的评价,不能只拘泥于行为的自然性质,而应力图发掘行为中所包含的全部法律意义”^[9]。而这“发掘”过程,就必然要将行为的客观面置于其主观面之中加以探讨,主观面的存在也就决定必然有其支配下的客观面,否则,只注重单一的客观面分析,则有失评价之全面。

总之,刑法意义上的危害行为才是刑法须加以评价的范畴,而自然意义上的行为,由于基内涵、机能的局限,则不能成为刑法之评价标准。“对于一个

行为(自然意义)造成(可能造成)多种危害结果,侵犯数罪客体之情况,在刑法上给予多重之评价,只是社会对行为的多重价值评价在刑法领域上的体现,因而是完全可能的^[9]。想象竞合犯中的这‘一个行为’应界定为自然意义上的行为,其中包含了多个危害行为的法律意义,“该行为从因果关系上决定了必然发生几个后果甚至不同种类的几个后果。这样一来就会对刑法典分则不同条所保护的不同客体造成损害。当犯罪人一个行为对不是部分与整体关系的几个客体造成两个以上不同种类的后果或者几个同类的后果时,就是想象的数罪。在这种情况下,行为不能被一个刑法规范所涵盖,而必须适用刑法典分则两个以上的规范^[10]。否则,它也不会符合数个犯罪构成或触犯数个罪名。刑法上的危害行为或犯罪行为是犯罪构成意义上的行为,若只有一个则仅构成一罪,而无数个犯罪之间的竞合关系。

从上可看出,这一自然意义上的行为,充当了表现数个犯罪行为的角色。因此,在想象竞合犯中,自然意义上的行为只有一个,而犯罪行为却有数个,但从外部表现来看,这数个犯罪行为把各自的危害特征集中地体现在了这一个自然意义上的行为之上,易言之,想象竞合犯的‘行为’;本质上是数个犯罪行为竞合于一个自然行为。

二、想象竞合犯的‘罪过’本质

关于想象竞合犯中的罪过问题,在我国刑法理论界也是颇有争议的,有的学者认为是‘基于一个犯罪的发动^{[12]671},也有学者认为是‘基于一个犯罪意图所支配下的数个不同的罪过^{[11]392},还有学者认为是‘以一个故意或者过失,实施了一个行为^{[13]655},等等。笔者认为,对于想象竞合犯中罪过的判断,是离不开对于其中的‘行为’的界定的。从犯罪构成的角度来分析,我们知道,想象竞合犯是一个行为(即自然意义的行为)触犯数个罪名或符合数个犯罪构成要件的情形,与前述推理(符合数个犯罪构成——存在数个犯罪行为)同样,我们可以得出在想象竞合犯中存在数个罪过的结论,而不论这数个罪过是同还是异(从绝对意义上讲,不可能存在相同的罪过)。正如马尔柯夫所说:“行为人可以利用一个行为同时完成数项任务,就是说,人可以利用一个作为实施出自二个意志的犯罪。因此,一个行为可以有两个故意,此外一个行为也可以同时出自一个故意和一个过失^[11]。当然,在想象竞合犯中,数个不同的罪过(从绝对意义上讲)是与数个犯罪行为相对应的,这数个犯罪行为,是这数个罪过支配下的行为,而不可能是脱离罪过的纯客观的行为,这数个犯罪行为不过是这数个罪过的客观外在表现而已。因此,在想

像竞合犯中,对犯罪行为或者说刑法意义上的危害行为的判断,是与对罪过的判断相一致的。

那么,对于这些罪过的形式有无限制?笔者认为,并无限制。故意与故意并存或者故意与过失并存并不难理解,关键在于,过失这一罪过形式,能否并存于想象竞合犯之中。过失的本质在于对注意义务的违反,故这一问题就自然表现为在想象竞合犯中行为人的自然意义上的一行为,能否同时违反两个以上的注意义务,这不仅在理论上是可能的,而且在现实中也是可能的。如甲在打猎过程中发现一猎物,但该猎物与乙、丙均距离较近,甲自以为射击技术高,不会伤害到乙、丙,即开枪射杀猎物,结果却致乙死亡、丙重伤。在这里,笔者认为,过失致人死亡罪与过失致人重伤罪发生竞合,行为人甲同时违反了两个注意义务(致乙伤或死和致丙伤或死)。故笔者认为,故意尚且不是必备要件,就更无必要强调犯罪意图在想象竞合犯中的必然存在了(间接故意犯罪与过失犯罪中均无犯罪意图)。

所以,在想象竞合犯中,行为人的罪过并非一个,而是数个,行为是在数个罪过支配下实施的数个犯罪行为的竞合,想象竞合犯中罪过的本质为数个罪过的并存。

因此,想象竞合犯表面上为‘一个行为’,其实质为数个犯罪行为之竞合,存在支配这数个犯罪行为的数个罪过,同时数个犯罪行为侵害了刑法所要保护的数个法益,充足数个犯罪的构成要件,为实质数罪。因此,对想象竞合犯应实行数罪并罚。

参考文献:

- [1] 高铭暄.刑法专论:上[M].北京:高等教育出版社,2002.
- [2] 马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999.
- [3] 陈兴良.刑法适用总论:上卷[M].北京:法律出版社,1999.
- [4] 大冢仁.刑法概说(总论)[M].冯军,译.北京:中国人民大学出版社,2003.
- [5] 汉斯海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].徐久生,译.北京:中国法制出版社,2001:69.
- [6] 张明楷.外国刑法纲要[M].北京:清华大学出版社,1999.
- [7] 向朝阳,甘华银.刑法中行为理论探微[J].中国刑事法杂志,2005(1):13.
- [8] 赵秉志.中国内地与澳门刑罚之比较研究[M].北京:中国方正出版社,2000:126.
- [9] 庄劲.论想象竞合犯的罪数本质与处断原则[J].刑事法学,2001(12):10.
- [10] 俄罗斯联邦总检察院.俄罗斯联邦刑法典释义[M].黄道秀,译.北京:中国政法大学出版社,2000:30.
- [11] 转引自顾肖荣.刑法中的一罪与数罪问题[M].上海:学林出版社,1986:16.