

# 牵连犯的犯罪属性和处断原则

——以宽严相济的刑事政策为视角

龙腾云

(华北水利水电学院 法学系,河南 郑州 450011)

**[摘要]** 牵连犯因行为人主观意思上的牵连或者客观行为上的牵连而减轻了行为的社会危害性和人身危险性,为了贯彻宽严相济刑事政策之“轻刑化”理念,“牵连关系”的界定应该采用较为宽泛的标准——主观和客观择一说;牵连犯之“轻轻重重”的犯罪属性,与宽严相济的刑事政策基础理念相暗合;对于牵连犯之处断要“宽严相济”,即牵连犯之定罪要从宽——择一重定罪而不是数罪并罚,牵连犯之处罚要从严——“择一重从重处罚”而非“择一重处罚”;牵连犯“择一重从重处罚”应该统一规定于刑法总则之中,并删除所有刑法分则关于牵连犯之具体处罚规定。

**[关键词]** 牵连犯; 牵连关系; 宽严相济; 刑事政策

**[中图分类号]** D924 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2008)05-0063-03

牵连犯之成立,以数个独立的犯罪行为之间具有牵连关系为必要;“牵连关系”是牵连犯的本质属性,也是牵连犯处断原则的基础,因此,要讨论牵连犯的处断原则,首先要对“牵连关系”进行科学界定。

## 一 牵连关系的新界定:坚持“主观和客观择一说”

一般情况下认为,几种犯罪行为之间“手段与目的、原因与结果之关系”就是刑法上的牵连关系。但是,从何角度理解这种牵连关系,有多种学说,现归纳总结如下:

一是主观说,或曰犯意继续说。该说认为,牵连关系的连接点是主观犯罪意思,牵连关系是行为人犯罪意思上“手段与目的、原因与结果”的牵连,至于客观上两种犯罪行为之间是否有一种必然的顺承和继续,在所不问。日本学者牧野英一、木村龟二均持此观点。例如木村龟二指出,“牵连犯因在手段与结果之关系上,实现一个犯罪意思所综合、统一之两个部分的行为,故系一罪。其所以成立一罪者,乃系行为人曾在手段与结果之关系下,预见数个行为故也。”<sup>[1]</sup>依此种学说,行为人为了去B地实施绑架而筹集路费,在A地实施了抢劫行为,行为人主观上将抢劫行为当作实现绑架犯罪的手段,绑架犯罪是行为人的最终目的,因此,行为人的犯罪意思在主观上有牵连关系。

二是客观说,即客观事实说。该说认为,牵连关系的连接点是客观事实上的牵连,这种牵连不以行为人的主观意思为转移,也不因人因案而异,而是一种稳定的、固定不变的模式。这种牵连中,手段行为是本类犯罪的必然经过,结果行为是本类犯罪的当然结果,行为人的主观意思在所不问。例

如,入室盗窃犯罪,无论行为人侵入他人住宅之目的为何,该类盗窃犯罪与进入住宅的行为都是必要且密不可分的,因此,依据客观说,入室盗窃已经成为一种稳定的、固定不变的牵连关系模式,这种牵连不以行为人主观方面为转移,即使行为人为了与他人约会而侵入他人住宅,见财后转而实施了盗窃行为,依据客观说仍然构成非法侵入住宅罪与盗窃罪的牵连犯。

三是折衷说,即主客观相统一说。该说认为,牵连关系的确定既要求行为人主观上有“牵连意思”,还要求客观上数犯罪行为之间有必然的因果联系。

需要说明的是,本文所阐述的主观说,不是说不考虑客观因素;客观说,也并非不考虑主观因素,张明楷教授曾指出“客观主义不是客观归罪”,“主观主义也不是主观归罪”,“既然客观主义与主观主义在认定犯罪方面实际上都主张主客观主义相统一,为什么被分别称为客观主义和主观主义呢?回答是,虽然客观行为对客观主义与主观主义而言,都是成立犯罪的条件,但在各自理论体系中的地位不同”。<sup>[2]</sup>我们这里所说的牵连关系主观说,是指行为人主观上有牵连犯罪的故意,客观上前后两种行为虽然没有形成固定的牵连模式,但牵连的客观事实还是存在的;我们所讲的牵连关系客观说,指的是客观上已经形成了固定的、公式般的牵连关系,并且主观上对此牵连关系也是一种默认,尽管不是积极的追求。因此,这里的牵连关系主观说考虑了客观事实,牵连关系客观说也考虑了行为人的主观心态,只是主客观因素在不同学说中的地位不尽相同。

由以上论述可知,主观说侧重考虑犯罪人在具体案件中

**[收稿日期]** 2008-08-12

**[作者简介]** 龙腾云(1981-),男,辽宁省朝阳市人,华北水利水电学院法学系教师。

的主观情况,反映了行为人主观恶性比单纯的数罪要小,但又比单纯的一罪要大,客观说则侧重考虑此类犯罪先验的客观情况,反映了这类犯罪行为的客观危害性比单纯的数罪要小,但又比单纯的一罪要大,在刑法理论上,牵连关系主观说和牵连关系客观说都有各自的道理和单独存在、研究的意义。同时,依据主观说或者客观说来确定牵连关系的范围,都是比较广泛的。折衷说将主客观因素等量齐观,并且要求同时具备,将牵连关系的范围严重缩小,没有充分考虑到牵连犯与单纯一罪、单纯数罪存在重大区别,不符合客观实际,也与当前宽严相济的刑事政策背道而驰。因此,我们认为,无论是牵连关系主观说还是牵连关系客观说,都是对“一罪轻”和“数罪重”的调和,都暗含了“协调”、“宽严有度”的思想,都符合实际情况,这也是牵连犯存在的重大意义所在,应该加以提倡。所以只要符合牵连关系主观说或者客观说的任何一种,就应该认为牵连关系成立,我们把它称之为“主观和客观择一说”。

## 二 牵连犯之“轻轻重重”的犯罪属性

我们知道,牵连犯是实质的数罪,但数罪之间又有着或主观或客观的牵连关系,因此牵连犯在行为的社会危害性和主管恶性上表现出一种“轻轻重重”犯罪属性,而这种“轻轻重重”的犯罪属性,正是牵连犯处罚的事实基础和理论基础,因此对其进行介绍十分必要。

### (一) 牵连犯的犯罪属性之轻

1、牵连犯犯罪目的之同一性:依据牵连犯的含义,牵连犯数个犯罪行为都是在同一犯罪目的支配下而为,这与单纯数罪有着根本的区别。行为人在一个犯罪目的支配下实施了数个有牵连关系的犯罪行为,这与行为人起意犯罪两次、独立实施两次犯罪行为相比,前者主观恶性较小。

2、牵连犯犯罪时间之延续性:牵连犯犯罪时间之联系性,既包括犯罪时间客观上的延续性,也包括行为人观念上犯罪时间的延续性。依据客观说,行为人前后数个犯罪行为在时间上一般都有客观续接性;依据牵连关系主观说,牵连犯行为人主观上将数个犯罪行为看做是一个有机联系的整体,前后数个犯罪行为在犯罪时间上都有主观的续接性。这种时间上的续接性,使得犯罪人没有时间和机会停下“犯罪的步履”来反省和自责已经实施的行为,因而其犯罪的完成是计划内的必然。牵连犯实施数个具有牵连关系的犯罪行为,一般时间上相对紧凑,观念上认为是一个犯罪行为整体,犯罪人失去了一次国家机关强力矫正或社会矫正或自我矫正的机会,反观实施单纯数罪的行为人,他们经历了初次犯罪的自我心理调整,仍然实施独立的第二次犯罪,显然牵连犯主观恶性要小,与单纯数罪犯罪人相比,也容易改造。

3、牵连犯犯罪损害之牵连性:牵连犯前后数罪存在着牵连关系,决定了两罪的损害必然存在牵连性,这种牵连有两种情况。第一种情况是:两罪侵害的是同一对象,如以暴力、威胁方法抗拒缉私的行为,如利用会道门、邪教组织奸淫妇女诈骗钱财的行为,这种前后罪损害对象同一,缩小了受害人的范围,使得牵连犯的社会危害性相对较小;第二种情况是:两罪侵害对象不同但损害之间有某种牵连:一类是“手段

行为侵害与目的行为侵害”的牵连,如金融票据诈骗罪中,一般在诈骗之前都会有伪造、变造金融票据的行为;另一类是“原因行为与结果行为侵害”的牵连,如海关人员在接受贿赂后放纵走私的行为。这两类有牵连的损害,或是为完成某一犯罪所必不可少的手段行为,导致了目的损害之外的损害,或是犯罪人为实现某一犯罪结果行为,不可避免带来的附加损害,只要我们不苛求(也不可能苛求)牵连犯即刻消灭,又承认牵连关系是牵连犯的本质属性,那么我们就必须容忍这种牵连损害的存在。因此,从这种牵连损害客观上不可避免来考虑,牵连损害在主观上减轻了牵连犯犯罪人的主观恶性。

### (二) 牵连犯犯罪属性之重

1、牵连犯犯罪行为之复数性:构成牵连犯,前提必须要有数个独立的符合犯罪构成要件的行为,因此,从本质上来说,牵连犯是实质的数罪,犯罪人在一个犯罪目的支配下先后数次起意并实施了数个犯罪行为,这种行为的复数性,使得牵连犯区别于继续犯、想象竞合犯和结果加重犯,和构成本牵连犯数罪中的任何一罪相比,行为人的主观恶性也更大。

2、犯罪损害之多重性:既然牵连犯是数罪,那么其侵害的客体必然是多重的,无论数个犯罪行为罪质如何、是否既遂,都必然对犯罪客体造成了损害,因此牵连犯的社会危害性比构成本牵连犯之数罪中的任何一罪,社会危害性都大。

## 三 牵连犯“定罪之宽”与“处罚之严”

依据目前我国刑法之规定,牵连犯有“择一重定罪处罚”的,有“择一重从重处罚”的,还有数罪并罚的。现将刑法分则及有关司法解释的有关规定总结如下:

### (一) 择一重定罪处罚

1、《刑法》第300条第3款:组织和利用会道门、邪教组织或利用迷信奸淫妇女、诈骗财物的,分别依照本法第236条、第266条的规定定罪处罚。

2、《刑法》第329条第2款:有前两款行为(抢夺、窃取国家档案罪,擅自出卖、转让国家档案罪),同时又构成本法规定的其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

3、《刑法》第399条第3款:司法工作人员贪赃枉法,有前两款行为的,同时又构成本法第385条规定之罪(受贿罪)的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

### (二) 择一重从重处罚

1、《刑法》第157条:武装掩护走私的,依照本法第151条第1款、第4款的规定从重处罚。

2、《刑法》第171条第3款:伪造货币并出售或者运输伪造的货币的,依照本法第170条的规定定罪从重处罚。

3、《刑法》第253条第2款:犯前款罪而窃取财物的,依照本法第264条的规定定罪从重处罚。

### (三) 数罪并罚

1、《刑法》第120条第2款:犯前款罪(恐怖组织犯罪)并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。

2、《刑法》第157条:以暴力、威胁方法抗拒缉私的,以走

私罪和本法第277条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪,依照数罪并罚的规定处罚。

3、《刑法》第198条(保险诈骗罪)第2款:有前款第四项、第五项所列行为,同时构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。

4、《刑法》第208条第2款:非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票又虚开或者出售的,分别依照本法第205条、第206条、第207条的规定定罪处罚。

5、《刑法》第318条第2款:犯前款罪,对被组织人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为,或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚。

6、《刑法》第321条第3款:犯前款罪(运送他人偷越国(边)境罪),对被运送人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为,或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚。

7、最高人民法院、最高人民检察院、海关总署制定的《办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》(2002年7月8日)第16条规定:海关工作人员收受贿赂又放纵走私的,应以受贿罪和放纵走私罪数罪并罚。

8、最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》(1998年5月9日)第7条规定:因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。挪用公款进行非法活动构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。

从上面的总结可知,我国刑法对牵连犯之处断,规定混乱、标准不一,极大的误导了司法实践。对那些已构成牵连犯但刑法未做具体规定的情形,到底如何定罪处罚,司法者倍感茫然。我们认为,依据宽严相济的刑事政策,对牵连犯定罪要宽缓,对牵连犯处罚要严厉,这也正是牵连犯“轻轻重重”犯罪属性之必然要求,因此建议对牵连犯“择一重从重处断”:

牵连犯定罪之宽——择一重定罪:上述法律规定说明,大多数情况下,我国刑法分则将牵连犯实行了数罪并罚。我们认为,这种规定没有把牵连犯与普通的单纯数罪相区别,没有体现牵连犯犯罪属性之轻,是不科学的。从这个意义上来说,将牵连犯“择一重定罪”,是很有道理的:一方面,主观上构成牵连犯之数行为是受到同一个犯罪故意的支配,客观上因数个犯罪行为具备牵连关系而相互依存,形成了一个不可分割的有机整体,完全具备了法律形式上的一罪,如果评价时将其拆开数罪并罚,势必会远远超过了其社会危害性,也可能超出了其应承担的刑事责任范围;另一方面,牵连犯之犯罪者主观恶性相对于分别起意实施数罪的犯罪者主观恶性要小得多,定一罪更能罪刑相适应。

牵连犯处罚之严——从重处罚:对牵连犯选择一重罪,“从重”处罚,体现了牵连犯犯罪属性之重。由于牵连关系

的存在,牵连犯数行为之客观方面和主观方面都有相互依存的情况,如果数罪并罚,势必违反刑法“禁止重复评价原则”;如果仅仅择一重定罪处罚,又有矫枉过正之嫌,从一个极端走向另外一个极端。考虑到牵连犯毕竟有数个犯罪行为,其损害也有多重性,因此,牵连犯按照某一重罪量刑时,有必要将其它未作出刑法评价的情况,做为法定量刑情节从重处罚。

#### 四 宽严相济刑事政策视野下关于牵连犯的立法建议

宽严相济的刑事政策,既是刑事司法政策、执法政策,也是刑事立法政策。“只有把宽严相济的刑事政策上升为刑事立法政策,才能更加充分地发挥这种政策的作用。与刑事立法政策相比,刑事司法政策仅仅是一种下游的政策,而刑事立法政策则是一种上游的政策。如果上游的政策不合理或者没有得到充分的贯彻落实,没有给刑事司法活动提供良好的法律框架和标准,那么,下游政策能够发挥作用的空间和余地就会是很有限的,刑事司法人员的司法活动就会受到很多不合理的限制和约束,他们只能‘带着镣铐跳舞’,而无法科学、有效地应对和处置刑事犯罪。”<sup>[3]</sup>因此,在我国刑事立法中贯彻宽严相济的刑事政策,统一对牵连犯“从一重从重处断”原则进行规定,是十分必要的。具体建议为:

在刑法总则第69条关于数罪并罚的第二款内容之后,增加两款,对牵连犯处断做出明确规定,同时取消一切刑法分则关于牵连犯处罚的具体规定。

修改后的刑法第69条完整表述是:

第69条 判决宣告以前一人犯数罪的,除判处死刑和无期徒刑的以外,应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上,酌情决定执行的刑期,但是管制最高不超过三年,拘役最高不能超过一年,有期徒刑最高不能超过二十年。

如果数罪中有判处附加刑的,附加刑仍须执行。

如果数罪构成牵连犯的,按照数罪中处罚较重的犯罪定罪,从重处罚。

本法所称的牵连犯是指,犯罪人以实施某一犯罪为目的,但犯罪的方法或结果行为又触犯其他罪名的情形。

#### [参考文献]

- [1] [日]本村龟二. 新刑法读本[M]. 3034. 转引自:吴振兴. 罪数形态论[M]. 北京:中国检察出版社,1996. 227.
- [2] 张明楷. 刑法的基本立场[M]. 北京:中国法制出版社,2002. 57-59.
- [3] 吴宗宪. 解读宽严相济的刑事政策[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版). 2007, (1): 48.

(下转第92页)

- [12] [13][31] 张京媛. 当代女性主义文学批评[C]. 北京: 北京大学出版社, 1992. 209. 200-201. 192. [C]. 上海: 上海文艺出版社, 1984. 436. 337. 28. 414.
- [18] 何 颖(茅盾). “革命”与“恋爱”的公式[J]. 文学: 第四卷第一号. 1935, (1). [29] 丁 玲. 丁玲全集: (8)[M]. 石家庄: 河北人民出版社, 2001. 230.
- [22] 茅 盾. 女作家丁玲[J]. 文艺月报, 第1卷第2期. 1933, (7). [10] 旷新年. 1928: 革命文学[M]. 济南: 山东教育出版社, 1998. 104.
- [25] [26][27][28] 巴金序. 中国新文学大系: 第六集

## The Unharmonious Voice Hiding in “the Discourse of Revolution”

—A View on the Contradiction Appearance Hiding in the “Revolution and Love” Fictions of Ding - ling

CHEN Jiao - hua

(Suzhou University, Suzhou 215009, China)

**Abstract:** The contradiction of Ding - ling's writing exploration has been showed in her ‘Revolution and Love’ fiction, in which she wanted to express ‘the discourse of revolution’, but to be disturbed by ‘the discourse of female.’ It makes the subjective intention deviate the objective effect. It reflects on that the female figures which are created to be reformed or to be taught, express strongly the author's female - consciousness; the crossing using of many angles of view show deliciously the author's female consciousness and female position; the degree of expression and the manner of feeling on ‘the discourse of revolution’ appear disorderedly and complicatedly also because of the author's female consciousness and female position. The result of Ding - ling's writing exploration is important to the female's liberation and the female writing.

**Key words:** the sexual consciousness; the discourse of revolution; the inner view of narrative; the female writing

(上接第 65 页)

## The Crime Attributes and Convicting Principles on Implicated Offense

—From the Criminal Policy of Combining Strictness with Leniency

LONG Teng - yun

(Water Conservancy and Power College of North China, Zhengzhou 450011, China)

**Abstract:** The implicated offense has lightened the harm to society and persons because of the criminal's subjective implication or objective behavior implication. To carry out the idea of “light punishment” about the criminal policy of combining strictness with leniency, we should define “implicated relationship” with wide - ranging standard, the theory of choosing subjectivity or objectivity. The “light or strict” attributes of implicated offense are consistent with the criminal policy of combining strictness with leniency. We should treat the implicated offense with the criminal policy of “combining strictness with leniency”: the implicated offender should not be convicted strictly, choosing the more serious accusation, not all the accusations at the same time; the implicated offense should be punished strictly, choosing the more serious accusation and punishing severely, and we should put this rule into the general part of the criminal law, and delete all the other punishment rules on the implicated offense in other part of the code.

**Key words:** implicated offense; implicated relationship; combining strictness with leniency; criminal Policy.