

# 论短缩的二行为犯

张明楷

**内容提要** 短缩的二行为犯(间接目的犯)是以实施第二行为为目的的犯罪,但只有第一行为是构成要件行为,第二行为不是构成要件行为;间接故意可以成立短缩的二行为犯;短缩的二行为犯的目的实现与否,既不影响犯罪的成立,也不影响犯罪既遂的认定;行为人实施了作为目的的第二行为时,应根据四种不同情形区分罪数;不具有特定目的的人与具有特定目的的人共同实施短缩的二行为犯中的第一行为的,以及后行为人参与实施第二行为的,应当根据刑法规定及部分共同犯罪原理,分别不同情形判断是否成立共犯。

**关键词** 短缩的二行为犯 范围 形态 罪数 共犯

## 一、短缩的二行为犯概说

刑法上的目的犯(Absichtsdelikte),是指以特定目的作为主观构成要件要素的犯罪。例如,《刑法》第363条规定的制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪,必须“以牟利为目的”,因而属于目的犯。其中的特定目的,不是指直接故意的意志因素,而是故意的认识因素与意志因素之外的,对某种结果、利益、状态、行为等的内在意向;它是比直接故意的意志因素更为复杂、深远的心理态度;其内容也不一定是观念上的危害结果。<sup>①</sup>

从目的与行为的关系考察,目的犯的目的表现为两种情形:一种是行为人实施符合构成要件的行为就可以(但并非必然)实现的目的。如贷款诈骗罪,只要行为人实施了诈骗银行或者其他金融机构的贷款诈骗行为,就可以实现非法占有贷款的目的。另一种是实施符合构成要件的行为后,还需要行为人或第三者实施其他行为才能实现的目的。如走私淫秽物品罪,实施了符合构成要件的走私淫秽物品的行为,还不能直接实现牟利或者传播的目的,只有在走私行为完成之后实施其他相关行为,才能实现牟利或者传播目的。德国刑法理论称前者为断绝的结果犯(kupierte erfolgsdelikte)、后者为短缩的二行为犯(verkuemmert zweiaktige delikte)或者不完全的二行为犯(nuvollkommene zweiaktigen delikte)<sup>②</sup>;日本有学者称前者为直接目的犯、后者为间接目的犯。<sup>③</sup> 本文在此讨论短缩的二行为犯。<sup>④</sup>

① 刑法分则所规定的各种“目的”是否含义相同,以及目的犯与意图犯是否等同含义,都是需要研究的问题。本文暂且在等同意义上使用这些概念。在德国,由于刑法总则没有规定故意的含义,刑法学者通常根据刑法分则的描述概括故意的种类。一般认为,故意分为意图(Absicht)、直接故意(direkter vorsatz; dolus directus)与间接故意(bedingte vorsatz; dolus eventualis),其中的意图主要强调的是意志因素,即行为人努力促使结果发生;直接故意主要强调认识要素,即行为人确信结果会发生;间接故意也主要强调认识因素,即行为人认为结果可能发生(但对意志因素存在争议)。于是,目的犯的目的(Absicht,也可译为意图)与故意是什么关系,就成为不明确因而有争议的问题。我国刑法总则明文规定了故意的含义与种类,因此,容易理顺目的与故意的关系。虽然在一般意义上说,直接故意的意志因素也是一种目的,但它明显区别于目的犯中的目的;目的犯的目的是故意内容之外的一种主观要素,而不是故意的一种形式。

② C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck 1997. S. 263; H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996. S. 319.

③ [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁1997年第3版,第131页。

④ 在本文中,直接目的犯与断绝的结果犯、间接目的犯与短缩的二行为犯是通用的概念。

短缩的二行为犯的基本特点是,“完整”的犯罪行为原本由两个行为组成,但刑法规定,只要行为人以实施第二个行为为目的实施了第一个行为(即短缩的二行为犯的实行行为)<sup>①</sup>,就以犯罪(既遂)论处,而不要求行为人客观上实施第二个行为;与此同时,如果行为人不以实施第二个行为为目的,即使客观上实施了第一个行为,也不成立犯罪(或者仅成立其他犯罪)。在此意义上说,短缩的二行为犯实际上是将二行为犯或复行为犯缩短为一行为犯或单行为犯<sup>②</sup>。也可以说,短缩的二行为犯,是刑法将并没有完成的二行为犯作为追求第二个行为的目的犯予以规定的,因而也可以称为以第二个行为(后行为)为目的的犯罪。短缩的二行为犯,可以分为明文的短缩的二行为犯与不成文的短缩的二行为犯。前者是指刑法分则明文将实施第二种行为的目的规定为主观构成要件要素的犯罪。分则最典型的表述是“以……为目的”,如第126条第1、2项、第152条、第239条前段(以勒索财物为目的绑架他人的,以下所称绑架罪,一般限于这一情形)、第240条等。此外还有“为……”与“意图……”的表述方式,如《刑法》第269条。<sup>③</sup>不成文的短缩的二行为犯,是指刑法分则条文虽然没有明文将某种目的规定为主观构成要件要素(可谓有意的省略),但根据条文对客观要件的表述以及条文之间的关系,该犯罪的成立必须以实施第二个行为为目的的情况。例如,《刑法》第177条规定的伪造、变造金融票证罪。当然有的犯罪存在争议。如伪造货币罪,德国、日本等诸多国家的刑法都明文规定必须“以行使为目的”,但我国刑法没有明文规定。如果认为我国刑法中的伪造货币罪也应“以行使为目的”,那么,伪造货币罪则属于短缩的二行为犯。

虽然可以将目的犯分为断绝的结果犯与短缩的二行为犯,但完全可能出现这样的情况,即同一目的犯中既包括断绝的结果犯,也含有短缩的二行为犯。换言之,由于一个犯罪可能包含多种行为,同一目的相对于此行为而言,属于断绝的结果犯;相对于彼行为而言,成为短缩的二行为犯。例如,赌博罪必须以营利为目的,而其行为包括聚众赌博、开设赌场与以赌博为业的行为。虽然赌博行为可以直接营利,但聚众赌博与开设赌场的行为并不能够直接营利。所以,以营利为目的,相对于不同的行为具有不同的意义。相对于以赌博为业的行为,是指直接通过赌博行为赢得他人财物的意图;而聚众赌博与开设赌场时的以营利为目的,是指以服务费、手续费等名义,在赌博场所从赌博者处获取作为赌博开张的代价的不法财产利益的意思<sup>④</sup>;但又不需要行为人实际上取得了利益。因此,在赌博罪中,以赌博为业的行为属于断绝的结果犯,聚众赌博或者开设赌场的行为属于短缩的二行为犯。

与断绝的结果犯中的目的一样,短缩的二行为犯中的目的只要存在于行为人的内心即可,不要求有与之相对应的客观事实。在大陆法系国家刑法理论中,主观要素与构成要件的客观要素之间的关系是比较复杂的问题。但大体可以肯定的是,故意的内容与构成要件客观要素的内容具有一致性。换言之,构成要件的客观要素规制故意的内容。<sup>⑤</sup>例如,就故意杀人既遂而言,其客观要素为杀人行为致人死

① 本文以下所称“第一个行为”均指短缩的二行为犯的实行行为。“第二个行为”则是指短缩的二行为犯的目的内容,而非短缩的二行为犯的构成要件的实行行为。

② 这里的一(单)行为犯,同与结果犯相对应的行为犯不是等同含义。

③ 一般来说,“意图……”也可谓对目的犯的表述方式,诬告陷害罪与伪证罪也是目的犯。但是,短缩的二行为犯的目的,必须是由行为人或者第三者实施第二个行为才能实现的目的,因此,如果认为这里的第三者应是大体或观念上属于行为人一方的第三者,而不包括查处犯罪的司法机关,那么,由于行为人实施诬告陷害罪与伪证罪的目的需要司法机关的行为才能实现,而不是由行为人或者属于行为人一方的第三者的第二个行为实现,便不能归入短缩的二行为犯。

④ 参见日本最高裁判所1959年6月18日判决,载日本《最高裁判所刑事判例集》第3卷第7号,第1094页。

⑤ 德国现行刑法第16条第1款规定:“行为人在实施行为时没有认识属于法律的构成要件的情况的,不是故意行为。因为过失而实施的可罚性,不受影响。”由于德国刑法理论现在的通说认为,作为犯罪要素的构成要件,不仅包括客观构成要件,而且包括故意、过失等主观构成要件,但故意的成立只要求认识到属于构成要件的客观情况,而不可能要求行为人认识到自己的主观情况;不仅如此,部分客观情况也不需要行为人认识。所以,德国刑法第16条中的“构成要件”是仅指成立故意所要求认识到的客观的构成要件。这个意义上的构成要件称为错误构成要件(Irrtumstatbestand)或法律构成要件(gesetalichen Tatbestand)。这个构成要件是从体系构成要件中分离出来的一部分;正是这个意义上的构成要件具有故意规制机能。

亡;与此相对应,故意内容是认识到自己的行为会致人死亡,并且希望或者放任这种死亡结果发生。<sup>①</sup>但是,目的犯中的目的,则不要求存在与之相对应的客观事实,只要存在于行为人的内心即可。如上所述,德国、日本刑法规定的伪造货币罪都要求行为人主观上“以行使为目的”,但客观上又不要求行为人已经行使(使用)了所伪造的货币,因此,“以行使为目的”就是超过构成要件客观要素范围的主观要素。刑法理论将它称为超过的内心倾向(Uberschiessende Innentendenz)<sup>②</sup>,也称为主观的超过要素。<sup>③</sup>“在直接目的犯中,要求行为人将目的的内容作为确定的东西加以认识;与此相反,在间接目的犯中,一般只要有未必的认识就够了。”<sup>④</sup>换言之,在短缩的二行为犯の場合,不需要目的是确定的,只要知道或许有谁实施实现目的的行为就够了。<sup>⑤</sup>短缩的二行为犯中的目的,不以实行犯本人实现目的为限;易言之,为了他人实现目的时,也不妨碍短缩的二行为犯的成立。也可以说,实现目的的人既可以是实行犯本人,也可以是第三者。

目的与违法性的关系,即目的是否影响法益侵害,是国外刑法理论存在争议的问题。众所周知,在大陆法系国家刑法理论中,占通说地位的犯罪论体系是构成要件符合性、违法性(法益侵害性)与有责性(非难可能性)。起初由贝林格倡导的构成要件理论认为,构成要件只包含客观的、记述的要素,而不包括主观的、规范的要素(行为构成要件论),而且构成要件与违法性没有直接联系。但后来发现,有些行为如果离开了行为人的主观要素,便不能判断其是否符合构成要件;再者,刑法分则有不少条文明文规定了主观要素。于是,形成了不同观点。德国刑法学者 A. Hegler 提出,目的犯中的目的虽然只要存在于行为人的内心即可,但它不是责任要素,而是构成要件要素与违法要素。例如,德国的伪造货币罪必须出于“行使的目的”,如果行为人不是出于行使的目的伪造货币的,其行为便不符合伪造货币罪的构成要件,没有侵害和威胁法益,不具有违法性。<sup>⑥</sup>但持反对观点的学者认为,主观的要素都属于责任要素,不管主观要素是否主观的超过要素,对违法性(法益侵害性)没有任何影响。<sup>⑦</sup>

我国现行犯罪论体系采取的是主观的违法性说,即只有同时符合主客观要件的行为,才具有违法性。果真如此,目的当然影响违法性。但是,并不是任何目的都影响法益侵害性。例如,一般认为,盗窃罪必须以非法占有为目的,但与故意毁坏财物罪相比,后者对法益的侵害并不轻于前者;前者的处罚之所以重于后者,是因为前者的罪过性(非难可能性)重于后者。所以,盗窃罪的非法占有目的,不是影响法益侵害性的要素,而是影响非难可能性的要素。但是,短缩的二行为犯的目的,一般是影响法益侵害性的要素。其中表现为两种情形:一是如果没有特定目的,其行为的法益侵害性便没有达到值得科处刑罚的程度。例如,倘若行为人没有牟利或者传播的目的,其走私淫秽物品的行为的法益侵害性就没有达

- ① 但如果是杀人未遂则存在问题了。因为杀人未遂时,行为人虽然对死亡结果具有希望或者放任的态度,但死亡结果并没有发生,所以,故意的意志因素便成了超出客观要素范围的要素,因而也被一些学者称为主观的超过要素。参见[日]平野龙一:《刑法总论 II》,有斐阁 1975 年版,第 124 页;[日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁 2001 年版,第 88 页。但是,即使将未遂犯中的故意的意志因素视为主观的超过要素,它与目的犯中的目的这一主观的超过要素具有明显区别。前者仍然是故意的构成因素,后者则是故意内容之外的因素。另一方面,短缩的二行为犯也存在未遂犯,例如,以勒索财物为目的着手实施绑架行为,但由于意志以外的原因未能将他人置于行为人或者第三者实力支配下。在这种情况下,既存在绑架罪故意的意志因素,也具有故意内容之外的目的。所以,不能因为故意的意志因素没有实现,就将该意志因素视为目的犯的目的。
- ② 少数学者认为,之所以称为超过的内心倾向,是因为它超出了故意的认识范围。参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂 1994 年第 4 版,第 150 页。实际上,由于故意的认识内容是构成要件的客观要素,故超出了故意的认识范围的内容,也就是超出了构成要件客观要素范围的内容。
- ③ 不过,并非任何目的犯中的目的都是主观的超过要素,换言之,有些目的犯中的目的,实际上需要客观化。限于篇幅,不能对此展开讨论。
- ④ [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁 1997 年第 3 版,第 131 页。
- ⑤ Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner teil, 30. Aufl., C. F. Mueller 1996, S. 72.
- ⑥ 同④,第 130~131 页。
- ⑦ [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会 1998 年第 3 版,第 63 页。

到值得科处刑罚的程度。再如,如果没有出卖目的,单纯接送妇女的行为,不可能侵害法益。二是如果没有特定目的,其行为的法益侵害性就不可能达到较重犯罪的程度,因而只能以较轻犯罪论处。例如,倘若不以勒索财物或者满足其他不当要求为目的,将他人置于自己或者第三者实力支配下的行为,就不构成绑架罪,只成立非法拘禁罪。

可以肯定,不管是否承认目的影响违法性,短缩的二行为犯的目的具有两个方面的机能:一是区分罪与非罪的机能(如果认为目的是违法性要素,则是通过违法性的有无与程度区分罪与非罪;如果认为目的是罪过性要素,则是通过罪过性的有无与程度区分罪与非罪);二是区分此罪与彼罪的机能(区分机能同上)。因此,如果某种目的不具有上述任何一个方面的机能,就不能将其视为主观构成要件要素。在确定不成文的目的犯时,必须牢记这一点。因为将不具有上述机能之一的要素列入构成要件要素,要么导致犯罪的处罚范围不当,要么导致犯罪的相互界限不明。

## 二、短缩的二行为犯的存在范围

我国刑法理论的通说认为,目的犯只能由直接故意构成;易言之,如果刑法将某罪规定为目的犯,那么,该罪就不可能由间接故意构成。但是,这种观点存在疑问。本文认为,短缩的二行为犯可以由间接故意构成。从规范层面而言,刑法总则规定的故意犯罪包括直接故意犯罪与间接故意犯罪,因此,只要刑法分则所规定的犯罪为故意犯罪,那么,就既可以由直接故意构成,也可以由间接故意构成。短缩的二行为犯在刑法分则中都属于故意犯罪,当然也可以由间接故意构成。或许有人认为,当刑法将某种犯罪规定为目的犯时,就已经表明该罪为直接故意犯罪。本文认为,这种观点缺乏合理根据。首先,一方面,在一个国家,旧刑法可能将某种犯罪规定为目的犯,而新刑法却取消目的犯的规定,或者相反;另一方面,就同一犯罪而言,有的国家刑法规定为目的犯,有的国家刑法没有规定为目的犯。但在上述场合,故意的内容与形式相同,换言之,不可能因为刑法将其规定为目的犯,就将间接故意犯罪排除在外。其次,刑法将某种犯罪规定为目的犯时,只是将不具有特定目的的行为排除在犯罪之外,而不是将间接故意行为排除在犯罪之外。因为一方面在刑法上直接故意与间接故意的非难可能性是等价的,刑法分则没有理由将某种犯罪限定为直接故意;另一方面,即使刑法分则要排除间接故意在犯罪之外,也不会通过规定目的犯的方式来排除间接故意,目的与故意的机能并不是完全等同的,所以,当刑法将某种犯罪规定为目的犯时,只要行为人在具有故意(不管是直接故意还是间接故意)的前提下,另具有特定目的即可,而不表明只能由直接故意构成。例如,立法者通过牟利或者传播目的限制走私淫秽物品罪的处罚范围,因此,即使行为人具有直接故意,但如果缺乏牟利或者传播目的,也不成立走私淫秽物品罪;反之,即使行为人具有间接故意,但如果具有牟利或者传播目的,也应当以走私淫秽物品罪论处。从心理事实来说,当行为人所放任的结果与行为人所追求的目的不具有同一性时,即二者分别为不同的内容时,完全可能并不矛盾地存在于行为人的主观心理中。短缩的二行为犯的重要特点在于:第一个行为的结果与行为人实施第二行为的目的并不相同,因此,对第一个行为的结果的放任与对第二个行为的目的完全可以并存。刑法理论公认,间接故意犯罪的发生情形之一是,行为人为了实现另一犯罪目的而放任此种犯罪结果的发生。之所以如此,是因为行为人的目的与其所放任的结果并非同一。这便可以佐证本文的观点,即当目的犯的目的与其结果并不同一时,行为人完全可能在具有特定目的的同时,对结果持放任态度。例如,就违规制造枪支罪而言,行为人在具有非法销售目的的同时,完全可能对行为危害公共安全的结果持放任态度。将目的犯限定于直接故意犯罪,或者是因为将目的犯中的目的内容狭窄地限定为犯罪结果,或者是由于自觉或者不自觉地将目的犯的目的与直接故意的意志因素相混同。

借鉴国外的学说与实务,也可以得出短缩的二行为犯可以出于间接故意的结论。在国外,“意图”

与‘未必的故意’通常可以两立”<sup>①</sup>或者“意图并不意味着确定的故意,可以是未必的故意”<sup>②</sup>的观念可谓通说。例如,日本《爆炸物取缔罚则》第2条规定:“以前条目的(即以妨害治安或者危害人的身体、财产为目的——引者注),制造、输入、持有或者定购爆炸物或者可能供爆炸物使用的器具的,处三年以上十年以下惩役或者监禁。”日本最高裁判所1991年2月1日的判决指出:“《爆炸物取缔罚则》第1条至第3条所规定的‘以危害人的身体为目的’,只要求对危害身体的结果具有未必的认识、认容就够了,不应对上述结果的发生具有确定的认识或者意图为必要。这样的理解是合适的。”<sup>③</sup>不难看出,日本《爆炸物取缔罚则》第2条所规定的是短缩的二行为犯;而该判决明文指出,行为人对于结果可以持认容态度(即只要认同、容忍即可),不要求有意图(希望)心态。这意味着,间接故意可以成立短缩的二行为犯。<sup>④</sup>不仅如此,即使是断绝的结果犯,刑法理论也没有把间接故意排除在外,例如,日本刑法第161条之二第1款规定:“以使他人的事务处理出现错误为目的,不正当制作该处理事务使用的有关权利、义务或者证明事实的电磁记录的,处五年以下惩役或者五十万元以下罚金。”日本刑法理论认为,只要行为人主观上认识并认容自己制作电磁记录的行为违反了电磁记录制作权人的本来意图,并具有使他人的事务处理出现错误的目的即可。<sup>⑤</sup>其中的“认容”包含了间接故意。

成文刑法是正义的文字表述,但这并不意味着仅仅根据文字就可以发现刑法的全部真实含义。“一个词的通常的意义是在逐渐发展的,在事实的不断出现中形成的”<sup>⑥</sup>;活生生的正义还需要从活生生的社会生活中发现;制定法的真实含义不只是隐藏在法条文字中,而且同样隐藏在具体的生活事实中。任何一种解释结论的正义性,都只是相对于特定的时空、特定的生活事实而言,生活事实的变化总是要求新的解释结论。“任何一种解释如果试图用最终的、权威性的解释取代基本文本的开放性,都会过早地吞噬文本的生命。”<sup>⑦</sup>解释者应当正视法律文本的开放性,懂得生活事实会不断地填充法律的含义,从而使法律具有生命力。但是,通过事实解释规范,决不意味着以某种有限的事实限制规范。“将熟悉与必须相混淆”是人们常犯的错误。<sup>⑧</sup>人们见到目的犯一般出于直接故意时,便习惯于认为目的犯的成立只限于直接故意。这显然混淆了事实与规范,而且使规范处于封闭状态,进而使规范丧失生命力。现实生活中不断出现新的犯罪,即使是传统犯罪,也不乏新的手段与形式。所以,人们所熟悉的只是部分有限的事实。构成要件所描述的是犯罪类型,只要属于某犯罪类型,就被描述该类型的构成要件所涵摄。所以,将规范的涵摄范围限定为解释者所知的有限事实并不合适。质言之,以解释者自己所掌握或者推测的部分事实为根据,将短缩的二行为犯限定为直接故意犯罪并不妥当。

### 三、短缩的二行为犯的犯罪形态

关于犯罪既遂与未遂的一般区分标准,刑法理论上一直存在构成要件充足说、犯罪结果发生说、主观目的的实现说等争议;不仅如此,就许多具体犯罪而言,即使在同一学说内部,也存在不同观点。但反过来也存在这样的情况:即不管人们对一般区分标准持何种立场,对某些犯罪的既遂与未遂的区分标准却不存异议。例如,被害人是否死亡,是故意杀人既遂与否的区分标准,这是没有争议的。同样,不管采取哪一种学说,短缩的二行为犯都不以目的的实现作为既遂标准。

首先,短缩的二行为犯只需要以实现第二个行为为目的,而不要求现实地实施第二个行为。换言之

① [日]阿部纯二、板仓宏等编:《刑法基本讲座》第2卷,法学书院1994年版,第166页。

② D. Oehler, Neues strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 163ff.

③ 日本《最高裁判所刑事判例集》第45卷第2号,第1页。

④ 这一判例承认对目的内容本身就可以是未必的故意。既然如此,当目的内容与结果不一致时,行为人对结果更可能是未必的故意。

⑤ 参见[日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁1996年第3版,第491页。

⑥ [法]基佐:《欧洲文明史》,程洪远、沅芷译,商务印书馆1998年版,第7页。

⑦ [英]韦恩·莫里森:《法学理》,李桂林等译,武汉大学出版社2003年版,第555页。

⑧ David Nelken, Contrasting Criminal Justice, England: Ashgate Publishing Ltd. 2002. P. 241.

之,目的所指向的第二个行为本身并不是构成要件的内容。所以,根据构成要件充足说,目的没有实现时,仍然充足了构成要件,因而成立犯罪既遂。其次,短缩的二行为犯的结果是第一个行为所造成的结果,而不是第二个行为所造成的结果。例如,绑架罪的结果是使他人的人身自由受侵害,而不要求使第三者的财产受损害,因此,根据犯罪结果发生说,即使短缩的二行为犯没有实现目的,但如果发生了侵害人身自由的结果,也成立犯罪既遂。最后,短缩的二行为犯的目的与故意的意志因素并不等同,即使目的没有实现,行为人所意欲的结果也完全可能实现。例如,行为人在违规制造枪支时,即使非法销售的目的没有实现,但非法制造枪支的意志因素完全可能实现,制造行为所意欲的结果完全会发生。主观目的的实现说中的“目的”并不包括目的犯的目的,而是指直接故意的意志因素,<sup>①</sup>所以,即使采取主观目的的实现说,在短缩的二行为犯的场合,只要第一个行为的结果发生,就意味着行为人追求的目的(指故意的意志因素)实现;即使没有实现第二个行为的目的,也完全符合既遂标准。

总之,短缩的二行为犯的目的的实现与否,既不影响犯罪的成立,也不影响犯罪既遂的认定。换言之,短缩的二行为犯的既遂与未遂的区分,应以第一个行为的结果发生与否为标准。例如,行为人以勒索财物为目的绑架他人,将他人置于行为人或者第三者的实力支配下时,便属于绑架既遂。即使行为人还没有开始向被绑架人的亲属等人实施勒索财物的行为,或者虽然实施了勒索行为但还没有取得赎金,也不影响既遂的成立。因为刑法将绑架罪规定为侵犯人身权利的犯罪,其首要保护法益是人身自由,所以,当绑架行为已经侵害了被绑架人的人身自由时,就成立既遂,而不是未遂或者其他形态。不仅如此,即使将本罪规定在财产犯罪中,其既遂标准也是如此。例如,我国台湾地区刑法将掳人勒索(即以勒索财物为目的的绑架)罪规定在诈骗罪、背任罪、重利罪之后,赃物罪之前,这意味着掳人勒索罪属于财产罪;尽管如此,也不是以取得财物为既遂标准。如台湾学者林山田指出:“既遂与未遂之区别乃以被掳者已否丧失行动自由,而处于行为人之实力支配之状态为标准。行为人若出于勒索之意图,已将被掳人架离其原来处所,而移置于其实力支配下,则为本罪之既遂。至于被掳人之亲属是否依照行为人之勒索指示而交付财物,则为本罪之既遂无关。换言之,即掳人既遂,本罪即属既遂,至于行为人之勒索意图是否得逞,则非所问。因此,例如行为人已将被掳者架离离开原来处所,但因疏于看守致使被掳者得以乘机脱逃,或掳人后竟为被掳者之亲属所寻获,而将被掳人救回等,均为掳人既遂而应负本罪既遂之刑责。相反地,行为人已着手掳人行为,但尚未将被掳者架离其原本处所,例如行为人绑架时,被害人全力抗拒而未被架走,则成立本罪之未遂。”<sup>②</sup>再如,根据《刑法》第269条的规定,犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,以抢劫罪论处。但是,行为人是否实现了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证的目的,并不是影响抢劫罪既遂与否的因素。<sup>③</sup>

由于短缩的二行为犯的第一个行为的完成导致法益受侵害便成立犯罪既遂,所以,行为人放弃实施第二个行为的,不成立犯罪中止;由于行为人意志以外的原因没有实施第二个行为的,不成立犯罪未遂。例如,某日,谢某与洪某等四人将小学生钟某绑架,然后打电话给钟某的父亲,索要人民币30万元。两天后,被告人未领取到赎金,觉得无法勒索到财物,便将钟某送至路边村庄释放,并给了他10元钱做路费,钟某被群众发现后送回家中。有人认为,本案应成立绑架中止。<sup>④</sup>其实不然,尽管行为人完全出于自愿释放被害人,但其绑架行为在释放前已经既遂,如同行为人在非法拘禁过程中自动释放他人一样,由于释放前的非法拘禁行为已经侵害了被害人的人身自由,构成非法拘禁既遂,所以,后来的释放行为不可能成立犯罪中止。类似的绑架案之所以被一些司法机关认定为犯罪中止,一方面是因为一些司法机关误将绑架罪视为财产犯罪,将取得财产视为犯罪既遂的标准;另一方面是因为绑架罪的法定刑过

① 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年第2版,第293页。

② 林山田:《刑法各罪论》(上册),作者发行,1999年增订2版,第466~467页。

③ 参见[日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁1996第3版,第224页。

④ 赖泽明、曾延陵:《犯罪既遂、未遂还是中止》,载《人民法院报》2001年7月9日,第3版。

高,试图通过认定为犯罪中止来实现罪刑相适应。前者是对绑架罪性质的误解,显属不当;后者确实是因为我国刑法缺乏释放减轻处罚规定所致。许多国家和地区的刑法对绑架罪规定了释放减轻处罚的规定。例如,日本刑法第228条之二规定,犯绑架罪,“在提前公诉前,将被略取或被诱拐的人解放至安全场所的,减轻刑罚。”我国台湾地区刑法第347条第5款规定,犯掳人勒赎罪,“未经取赎而释放被害人者,得减轻其刑。”但即使存在类似规定时,对于既遂后主动释放被绑架人的,也不是认定为犯罪中止,只是适用特别的减轻刑罚规定。我国刑法没有关于绑架后自动释放被害人减轻刑罚的规定,这或许是一个缺陷,但不能因此将绑架既遂后主动释放被害人的行为认定为犯罪中止。如果判处法定最低刑仍然过重的,只能根据《刑法》第63条规定的程序减轻处罚。

#### 四、短缩的二行为犯的罪数问题

短缩的二行为犯以实施第二个行为为目的,也不要求行为人客观上实施第二个行为,但这并不意味着刑法规范完全放任目的的实现,并不意味着已经实现的第二个行为不构成犯罪。因为,如果将没有实现目的短缩的二行为犯与实现了目的两个行为等同处理,便损害了刑法的公正性。于是出现了以下问题:如果行为人不仅以实施第二个行为为目的,而且客观上已经实施了第二个行为,又完全符合某种犯罪的构成要件时(第二个行为本身不符合任何犯罪构成的,不在本部分讨论之列),是成立一罪还是数罪?这便是短缩的二行为犯的罪数问题。通过分析我国刑法分则规定的短缩的二行为犯,本文认为,应当根据不同情形得出不同结论。

第一种情形:行为人实施了第二个行为,第一个行为与第二个行为侵犯的是相同法益,两个行为属于选择性罪名或者概括性罪名时,仍然成立一罪。例如,根据《刑法》第126条的规定,依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业,违反枪支管理目的,以非法销售为目的,制造无号、重号、假号的枪支的,即使没有实施销售行为,也成立违规制造枪支罪;如果行为人进而非法销售所制造的枪支的,成立违规制造、销售枪支罪,既不属于牵连犯、吸收犯、想象竞合犯,也不存在数罪并罚问题。

第二种情形:即使实施了第二个行为,但第二个行为可以评价在第一个行为中或者被第一个行为吸收时,仅成立第一个行为的犯罪。例如,《刑法》第239条第1款规定:“以勒索财物为目的绑架他人的,……处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”勒索财物的目的,不需要现实化。换言之,只要行为人具有这种目的,即使客观上没有对被绑架人的近亲属或其他人勒索财物,也成立绑架罪而且既遂。但是,如果行为人客观上向被绑架人的近亲属或其他人勒索财物,甚至已经取得赎金的,也不另成立敲诈勒索罪。因为虽然本罪的罪质主要是侵犯被绑架人的人身自由,但从勒索型绑架罪的特点来看,勒索财物的行为并没有超出绑架罪的观念,绑架行为理所当然地吸收勒索财物的行为与结果。<sup>①</sup>况且绑架罪的法定刑很重,将勒索行为与结果评价在绑架罪中,仍然符合罪刑相适应原则。

第三种情形:行为人实施了第二个行为,虽然第一个行为与第二个行为侵犯的是同类法益,但第二个行为对法益的侵害重于第一个行为时,应根据第二个行为的性质定罪。<sup>②</sup>如前所述,《刑法》第177条规定的伪造、变造金融票证罪,应以使用或行使为目的,果真如此,则本罪属于短缩的二行为犯。那么,当行为人伪造、变造金融票证后予以使用,取得非法利益的,应当如何处理?根据刑法理论的通说,这种行为属于牵连犯,而牵连犯在没有特别规定的情况下,应当从一重处罚。显然,金融诈骗罪的法定刑重于伪造、变造金融票证罪的法定刑,故对行为人应以金融诈骗罪论处。例如,行为人以使用为目的伪造信用卡后,又使用所伪造的信用卡骗取他人财物的,应认定为信用卡诈骗罪;行为人以使用为目的伪造

① 这种行为完全可能被刑法理论认定为牵连犯。因为行为人以勒索财物为目的实施绑架行为后又勒索财物的,完全符合牵连犯的概念。即便如此,由于绑架罪的法定刑远远重于敲诈勒索罪的法定刑,按照从一重处罚的原则,也应认定为绑架罪。

② 这种情况可能属于刑法理论所说的牵连犯;但如果从一重处罚的结局仍按第一个行为定罪,则属于上述第一种情形。这里仅限于按第二个行为定罪的情形。

汇票、本票、支票后,又使用所伪造的汇票、本票、支票,骗取他人财物的,应认定为票据诈骗罪。

第四种情形:行为人实施了第二个行为,但第二个行为侵犯了新的法益,由于符合数个犯罪构成,应当认定为数罪。例如,《刑法》第152条第1款规定:“以牟利或者传播为目的,走私淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金……”本文认为,行为人以牟利、传播为目的,从境外走私淫秽物品,然后在境内贩卖、传播走私入境的淫秽物品的,应当实行数罪并罚。首先,行为人的行为侵犯了两个不同的法益:走私淫秽物品行为侵犯的是对外贸易管理秩序;在境内贩卖、传播的行为,侵犯的是国家对文化市场和性风尚的管理秩序。其次,行为人的行为完全符合两个犯罪即走私淫秽物品罪与贩卖、传播淫秽物品牟利罪的构成要件。即行为人实施了两种不同性质的行为,具有两种犯罪的故意与目的,完全符合数罪的标准。最后,或许有人认为,这种情况也属于牵连犯,但本文认为,即使承认牵连犯概念,对牵连关系也应采取类型论说,即根据刑法规定与司法实践,将牵连犯的手段与目的、原因与结果的关系类型化;只有具有类型化的手段与目的、原因与结果的关系时,才存在牵连关系。例如,非法侵入住宅杀人的,宜认定为牵连犯(如果不承认牵连犯概念,则可将这种情况认定为想象竞合犯);但非法盗窃枪支后杀人的,不宜认定为牵连犯(虽然枪支经常用于杀人,但盗窃枪支并不是杀人的通常手段行为)。

### 五、短缩的二行为犯的共犯关系

关于短缩的二行为犯的共犯关系,首先遇到的问题是,没有特定目的的人与具有特定目的的人共同实施短缩的二行为犯时,应当如何处理?有的国家刑法对共犯与身分的问题作了明文规定,即非身分者与身分者共同实施以身分作为构成要件的犯罪时,构成共犯。例如,日本刑法第65条第1项规定:“对于因犯人身分而构成的犯罪行为进行加功的人,虽不具有这种身分的,也是共犯。”这种规定虽能解决非身分犯与身分犯的共同犯罪问题,却不能直接解决上述问题。于是,部分刑法学者便将目的解释为身分,使身分犯包括目的犯,以此解决上述共犯问题。因为“身分”一语虽然看上去具有持续性,但从实质上看属于责任要素,故不一定要具有持续性。<sup>①</sup>但是,目的是一种暂时的、心理的犯罪要素,而身分意味着行为人的地位与状态,二者性质不同,将目的解释为身分也存在疑问。<sup>②</sup>虽然我国刑法没有明文规定共犯与身分问题,但从刑法的相关规定来看,认定非身分者与身分者成立共犯具有法律根据。<sup>③</sup>尽管身分概念难以包含目的,但本文认为,处理上述问题并没有特别的障碍,只不过要分清不同情况。

第一,当甲具有短缩的二行为犯的目的,乙明知甲具有该目的而与甲共同实施短缩的二行为犯的行为时,当然成立共犯。首先,短缩的二行为犯的目的,并不要求实行犯本人实现,行为人出于第三者付诸实现的目的时也成立短缩的二行为犯。这意味着,短缩的二行为犯的目的,可以是“为了他人实现目的”。既然如此,当乙明知甲具有某种目的而与之共同实施犯罪行为时,当然具备了“为了他人实现目的”的主观要素,因而也具有了短缩的二行为犯的目的。其次,“行为的一方既然知道另一方具有构成某种犯罪的特定主观要件或主体要件,而又同他共同实施犯罪行为,则意味着彼此的主、客观都趋于一致,性质已经转化,应当按同一个犯罪构成负共同犯罪的责任。”<sup>④</sup>易言之,当乙明知甲具有短缩的二行为犯的目的而与之共同实施短缩的二行为犯的行为时,就完全符合共同犯罪的本质特征,应当以共同犯罪论处。

第二,具有特定目的的甲利用没有特定目的的乙实施短缩的二行为犯,但乙并不知道甲具有特定目

① 参见[日]团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年第3版,第419页;[日]平野龙一:《刑法总论II》,有斐阁1975年版,第372页;[日]山口厚:《刑法总论》,有斐阁2001年版,第283页。

② 参见[日]福田平:《刑法总论》,有斐阁1996年全订3版,第283页。

③ 参见张明楷:《受贿罪的共犯》,《法学研究》2002年第1期,第36~37页。

④ 曾宪信、江任天、朱继良:《犯罪构成论》,武汉大学出版社1988年版,第161~162页。



的时,如果乙的行为成立其他犯罪的,乙与甲在性质重合的范围内成立共犯。这涉及间接正犯的问题。一般来说,间接正犯是指利用非正犯的他人实行犯罪的情况。间接正犯的成立范围,除了包括利用没有达到法定年龄或者没有辨认控制能力的人的身体活动、利用“死亡的工具”或者基于“受拘束的命令”的身体活动、利用缺乏故意的行为、利用他人的正当防卫、紧急避险等正当行为、利用被害人的行为外,还包括利用有故意的工具的情形。有的犯罪的成立除了要求有故意之外,还要求行为人具有一定身分或者具有一定目的。所谓利用有故意的工具,就是指被利用者虽然具备犯罪主体的一般条件,但缺乏身分犯中的身分,或者被利用者虽然具有故意,但缺乏目的犯中的目的的情形。在利用有故意的工具的情况下,利用者与利用者可能构成共同犯罪。例如,国家工作人员利用妻子收受贿赂时,妻子知情并接受贿赂,当然成立受贿罪的共犯;尽管如此,刑法理论依然认为国家工作人员是间接正犯。<sup>①</sup>就短缩的二行为犯,也可能存在共同犯罪。例如,具有牟利目的的甲利用没有该目的的乙传播淫秽物品。如果乙不具有牟利目的,也不知道甲具有牟利目的,那么,乙的行为不可能成立传播淫秽物品牟利罪。但乙具有传播淫秽物品罪的故意与行为,而传播淫秽物品牟利罪的故意与行为包括了传播淫秽物品罪的故意与行为;所以,根据部分犯罪共同说<sup>②</sup>,乙与甲成立传播淫秽物品罪的共同犯罪;但利用者仍然是传播淫秽物品牟利罪的间接正犯。由此可见,认为间接正犯与被利用者一概不形成共犯关系的观点,存在疑问。

第三,具有特定目的的甲利用没有特定目的的乙实施短缩的二行为犯,但乙并不知道甲具有特定目的时,如果乙的行为并不成立其他犯罪的,则乙与甲不构成共同犯罪。例如,依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业经集体研究实施违规制造枪支罪,由负责人甲私下编排假号,交由企业职工乙、丙等人制造。由于乙、丙等人并不知道企业具有非法销售的目的,也不知道所制造的为假号枪支,故乙、丙等人的行为并不构成任何犯罪。在这种情况下,不能认为乙、丙等人与甲构成违规制造枪支罪的共犯。<sup>③</sup>

短缩的二行为犯的共犯关系还存在另外一个问题。实行短缩的二行为犯的人,在实施了构成要件行为(即第一个行为)之后,还可能继续实施实现目的的行为即第二个行为(短缩的二行为犯构成要件之外的行为;如前所述,该行为既可能不另成立独立的犯罪,也可能另成立独立的犯罪)。问题是,第三者没有实施短缩的二行为犯的构成要件行为,但参与实施了第二个行为时是否成立共犯?成立何种犯罪的共犯?对此,应根据前述罪数的四种情形进行讨论<sup>④</sup>。

第一种情形,即成立选择性罪名或概括性罪名的情形。首先,就成立选择性罪名的情形而言。前行为人实施了短缩的二行为犯后,后行为人与前行为人共同实施第二个行为的,后行为人仅在第二个行为的范围内与前行为人成立共犯。例如,甲实施了违规制造枪支的行为后,乙在并未就违规制造枪支与甲通谋的情况下,与甲共同实施非法销售行为的,乙仅在违规销售枪支的范围内与甲成立共犯。结局:甲成立违规制造、销售枪支罪,乙违规销售枪支罪。因此,乙对其参与前的由甲所实施的行为及其结果不承担共犯责任。但是,如果乙与甲就违规制造枪支存在通谋,则成立违规制造、销售枪支罪的共犯。其次,就成立概括性罪名情形而言,前行为人实施了短缩的二行为犯后,后行为人与前行为人共同实施第二个行为的,就概括性罪名成立共犯,但在没有通谋的情况下,后行为人对前行为人的行为及其结果不承担责任。例如,甲以出卖为目的绑架了妇女A并致A重伤,乙事后知情,与甲共同出卖了A。乙虽然与甲构成拐卖妇女罪的共犯,但对甲的绑架行为以及造成的重伤结果并不承担责任。但是,如果乙事先与甲存在通谋,则乙仍应对全部犯罪行为与结果承担共犯责任。

① 参见[日]大谷实:《刑法总论》,成文堂2000年第2版,第85页。

② 关于部分犯罪共同说的原理,参见张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第253页以下。

③ 根据笔者的观点,虽然违规制造、销售枪支罪属于单位犯罪,单位本身与其成立犯罪的自然人之间不属于共同犯罪,但是,单位犯罪中的应当承担刑事责任的二个以上的自然人之间,仍然成立共同犯罪。换言之,单位犯罪中的直接负责的主管人员与其他直接责任人员之间,成立共同犯罪。

④ 基于此原因,本文先讨论罪数问题,后讨论共犯关系。

第二种情形,即实施第二个行为不另成立新罪的情形。对此应再分清两种情形讨论。如果前行为人所实施的短缩的二行为犯仍处于持续过程中,后行为人知道真情却实施第二个行为的,应认定为短缩的二行为犯的共犯。例如,甲事先以勒索财物为目的绑架了A,将A置于自己的实力支配下,乙知道绑架真情后,帮助甲向A的亲属B勒索财物。由于绑架行为仍在持续过程中,乙也知道真情,而且实施了勒索财物的行为,故应认定为绑架罪的共犯(共同正犯)。<sup>①</sup>这是承继的共犯的表现形式之一。如果前行为人所实施的短缩的二行为犯已经结束,不再处于持续状态,后行为人参与实施第二个行为的,不成立短缩的二行为犯的共犯,符合其他构成要件的,认定为其他犯罪。例如,丙事先以勒索财物为目的绑架了C,向C的亲属D勒索财物未果,便杀害了C。丁知道真情后,帮助丙继续实施勒索财物的行为。由于绑架行为不再处于持续状态,故丁的行为不可能成立绑架罪的共犯。但是,由于丁的行为符合敲诈勒索罪的构成要件,应认定为敲诈勒索罪。由于丙的勒索行为被绑架行为所包含,故丁与丙在敲诈勒索罪的范围内成立共犯。结局对丙以绑架罪论处,对丁以敲诈勒索罪论处。

第三种情形,即因实施第二个行为而成立第二个行为构成的犯罪的情形。前行为人实施了短缩的二行为犯后,后行为人与前行为人共同实施第二个行为的,构成第二个行为的共犯。例如,甲以使用为目的伪造了汇票,乙事后明知是伪造的汇票与甲共同使用,骗取他人财物。乙与甲不成立伪造金融票证罪的共犯,而成立票据诈骗罪的共犯。<sup>②</sup>

第四种情形,即构成数罪的情形。前行为人实施了短缩的二行为犯后,后行为人与前行为人共同实施第二个行为的,不管后行为人对前行为人的行为是否知情(但限于没有通谋的情形),都应认定为后罪的共犯。例如,甲以牟利目的将淫秽物品走私入境后,乙以牟利目的与甲共同贩卖淫秽物品的,即使乙不知道淫秽物品的来源,也应认定为贩卖淫秽物品牟利罪的共犯。但是,如果乙与甲就走私淫秽物品存在通谋,事后又共同贩卖淫秽物品的,则成立两罪的共犯。

---

**Abstract:** The incompletely two – conduct crime (crime of indirect intent) is the crime that the offender acts with the intention to carrying out the second conduct, while merely the first conduct satisfies the constitutional elements and the second conduct does not. Indirect intent may well make up of the incompletely two – conduct crime. Whether the intention of the incompletely two – conduct crime has been realized or not affects neither the establishment of crime, nor the identification of the accomplishment of crime. A person who exercises the second conduct, which is the intention of the crime, should be sentenced to different quantities of crime according to four distinct circumstances. Whether a person without the special intent and a person with the special intent co – operate the first conduct of the incompletely two – conduct crime constitutes complicity, and whether the subsequent offender participates in the second conduct constitutes complicity, should both be respectively judged by the criminal provision, the theory of criminal partialness and different circumstances.

---

[作者单位:清华大学法学院]

(责任编辑:白岫云)

① 旧中国最高法院的判例就是这样认定的。参见陈焕生:《刑法分则实用》,台湾汉林出版社1979年再版,第317页。

② 即使认为对甲应实行数罪并罚,对乙也只能认定为票据诈骗罪的共犯。