

## 两种概括故意概念的区分与适用

——以《刑事审判参考》第 1243 号指导案例为切入点

汪雪城

**内容提要:**刑法中有两种不同内涵的概括故意易被混淆:一种是作为不确定故意类型的概括故意,另一种是作为连续犯主观要件的概括故意。前者指对危害结果如何发生的概括认识,是“一行为”对应的“一故意”形态,适用于主观罪过领域,用来解决犯罪故意的成立范围问题,如涉及数罪则按照想象竞合犯处理;后者指对危害行为连续内容的概括认识,是“数行为”对应的“数故意”形态,适用于罪数领域,用来解决连续犯的成立范围问题,在罪数认定上按照处断的一罪处理。具体适用时,不确定概括故意可重点解决法定性质、罪量程度的认识不明问题,并以“知道可能性”标准划定归责界限;连续犯概括故意可用于解决网络连续犯罪问题,并对实践中按一罪处断并累计罪量的做法给予理论支撑。当行为人对危害行为连续内容及(每次行为对应的)危害结果如何发生处于双重概括认识状态时,可以重叠适用两种概括故意解决刑事归责问题。

**关键词:**不确定故意 概括故意 连续犯 明知

汪雪城,华南理工大学法学院副教授。

在刑法中,经常会出现一词多义的情况。作为本文研究对象的概括故意,就被赋予了三种不同的内涵:第一种是作为不确定故意类型的概括故意,简单而言就是对危害结果仅具有概括认识而不确定其如何发生的心理态度。第二种是指由两个行为组成的事件过程,行为人以为第一个行为已经实现了结果,但事实上这个结果是通过第二个行为才实现的,而第二个行为是为了掩盖先前的行为。<sup>[1]</sup>这又被称为“韦伯的概括故意”。第三种是指连续犯的主观要件,即“行为人概括地具有实施数次同一犯罪的故意,每次实施的具体犯罪并非都是明确地包含在行为人的故意内容之中”。<sup>[2]</sup>

[1] 参见[德]克劳斯·罗克辛著:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第343页。

[2] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第191页。

这三种概括故意,分别对应故意的学理类型、因果关系的错误和处断一罪的认定三个截然不同的领域,但相互之间仍容易发生混淆,尤其是第一种和第三种概括故意,因二者混淆而误用的情况更为普遍。司法实践中,以《刑事审判参考》第 1243 号指导案例为代表的案件就存在误用嫌疑。在本案中,张某明向董某虎左面部猛砍一刀,又向赵某的多个部位猛刺数刀,致赵某死亡,董某虎受轻伤。法院认为,行为人主观上属于“对危害结果范围认识不明确的概括故意”,并否定连续犯的成立,说明其使用的是第一种概括故意;但是,法院又认为本案涉及的是“连续的行为”,应构成“处断的一罪”,这种概括故意实际上应属于第三种。<sup>[3]</sup>由此可见,法院将第一种和第三种概括故意不当地混淆在一起。在学界,这两种概括故意也存在不当纠缠的情况:有学者在讨论第一种概括故意时,将连续犯中总的犯罪意图纳入概括故意的范畴;<sup>[4]</sup>也有学者提出,如果迎合通说的界定,可以认为连续犯中的同一故意是一种确定的故意,概括故意则是不确定的故意。<sup>[5]</sup>面对这种混用现象,有必要对作为不确定故意类型以及连续犯主观要件的概括故意正本清源,在系统区分二者的基础上分别阐明其适用价值,以协助解决刑法理论和司法实践中的疑难问题。

## 一 两种概括故意的基本内涵

为有效区分两种概括故意,首先要对它们各自的基本内涵作出准确界定。

### (一) 作为不确定故意类型的概括故意

概括故意是不确定故意的下位概念,后者一般分为未必故意、概括故意和择一故意三种类型,欲明确概括故意的基本内涵,首先要对不确定故意作出界定。不确定故意概念肇始于德国,由费尔巴哈(Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach)首创,其提出故意有两种,一种是故意产生的违法后果在多大程度上是犯罪人所追求的直接的、最终的目的,另一种是犯罪人的故意指向特定种类的数个违法行为,前者叫确定故意,后者叫不确定故意。<sup>[6]</sup>之后二者的内涵发生重大转变,逐渐偏向于“知”的要素,在德国也经历了从刑法学界普遍认可到饱受抨击的过程,慢慢淡出了德国刑法的历史舞台,<sup>[7]</sup>但这一对概念在其它国家和地区仍广受认可。当前,就不确定故意的概念而言,学界存在诸多分歧。根据笔者的研究,不确定故意作为故意的一种,其认识内容无外乎结果是否发生以及结果如何发生,前者指结果可能发生也可能不发生,后者则包括结果的侵害范围、作用对象、法定性

[3] 参见余净:《张志明故意杀人案:概括故意下实施的连续行为可认定为一罪》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办《刑事审判参考》(总第 113 集),法律出版社 2019 年版,第 47 页以下。此指导案例的选取以及问题意识的确立受到北京大学法学院张文先生的启发和指引,并由付立庆教授给予进一步指导,在此特别感谢。

[4] 参见张永红:《概括故意研究》,《法律科学(西北政法大学学报)》2008 年第 1 期,第 81 页。

[5] 参见杨彩霞:《论连续犯的认定》,《河南省政法管理干部学院学报》2003 年第 2 期,第 98 页。

[6] 参见[德]安塞尔姆·里特尔·冯·费尔巴哈著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国方正出版社 2010 年版,第 64 页。

[7] 参见徐育安:《间接故意理论之发展——兼论不确定故意、未必故意与附条件故意》,我国台湾地区《东吴法律学报》2010 年第 3 期,第 95 页。

质和罪量程度;在意志内容上则包括希望和放任意志。由此,可将不确定故意界定为:虽明知自己的行为可能会发生危害社会的结果,但对于危害结果是否实际发生或者危害结果涉及的侵害范围、作用对象、法定性质和罪量程度的认识并不明确,而希望或者放任结果发生的心理态度。

概括故意作为不确定故意的类型之一,其概念的界定与未必故意、概括故意和择一故意的区分标准密切相关。理论上通常以行为人的认识内容与认识程度作为区分依据。<sup>〔8〕</sup>大体而言,未必故意着眼于对危害结果是否发生的不确定认识,概括故意和择一故意则集中于对危害结果如何发生的不确定认识。在危害结果如何发生的多项内容中,择一故意持“择一认识”,其本质在于预见到多种结果只能部分发生,如射出一颗子弹预见到要么杀死甲、要么杀死乙,但二人不会同时死亡;概括故意则是一种“概括认识”,核心在于预见到多种结果可能全部发生,如投一枚炸弹预见到可能炸死甲、可能炸死乙,也可能同时炸死二人。基于此,概括故意的基本内涵应是:行为人明知会发生危害社会的结果,但对危害结果的侵害范围、作用对象、法定性质和罪量程度具有不确定认识,同时预见到自己所认识的多种结果可能全部发生,并希望或者放任结果发生的心理态度。

当行为人主观上持不确定故意时,由于认识内容不明确,对行为造成的结果能否一律认定为故意犯罪往往存在争议;又因为可能涉及多个构成要件结果,面临着罪数认定的问题。相应地,作为不确定故意类型的概括故意,解决的就是行为人主观上对危害结果持概括认识时,故意犯罪的成立范围及罪数认定问题。而且,这里的概括故意,是对“一行为”可能产生的危害结果的概括认识,即使涉及多个构成要件结果,对这些结果的认识也是综合在一个罪过心态之下,是包含数个结果的整体认识,表现为“一故意”。因此,讨论作为不确定故意类型的概括故意,是以“一行为”为基础的,是“一行为”对应的“一故意”,对此要区别于“数行为”对应的“数故意”。

需要注意的是,虽然根据我国《刑法》第14条的规定,法定故意类型依据意志内容的不同被区分为直接故意和间接故意,但这与依据认识内容是否明确区分为不确定故意与确定故意的学理分类并不矛盾,二者是基于不同标准作出的不同分类。直接故意和间接故意是对某一构成要件结果的认识,而不确定故意则往往涉及多个构成要件结果,此时首先要确定多个具体结果是否都在行为人的故意认识范围之内,能否都认定为故意犯罪,之后才能根据行为人针对每个构成要件结果的意志内容,最终分别认定为直接故意犯罪或者间接故意犯罪。由此可见,不确定故意及其下位概念概括故意等,都只是界定故意犯罪的理论工具,是认定法定故意类型的“跳板”,所以并未绕过刑法的规定而另立炉灶,不存在违反罪刑法定原则的问题。

由于概括故意往往涉及多个构成要件结果,而直接故意和间接故意是对一个构成要件结果的认识,因而可以说,概括故意通常是多个法定故意的集合形态。具体而言,当概括故意涉及多种(有预想或无预想范围的)法定性质或者作用对象时,因为行为人预见到

〔8〕 参见高铭喧主编:《刑法学原理》(第二卷),中国人民大学出版社2005年版,第67页;杨芳著:《犯罪故意研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第239页。

这些法定性质或者作用对象对应的危害结果都有可能发生,并且可能同时发生,那么对预见范围内实际发生的所有结果(包括既遂和未遂结果)都可以成立故意犯罪。由于法定性质或者作用对象对应的构成要件结果有多个,那么法定故意的数量也就有多个,从这个意义上讲,概括故意可谓多个法定故意的集合形态(“数故意论”),并且多个故意之间是聚合关系,彼此不会发生竞合。当概括故意仅涉及罪量程度时,由于构成要件结果只有一个(“量”上有所不同),那么法定故意的数量也就仅有一个,此时从法定故意类型的角度而言亦属于“一故意”形态。

## (二)作为连续犯主观要件的概括故意

关于连续犯,各国刑事立法态度不一。在德国,连续犯的规定首见于费尔巴哈起草的1813年《巴伐利亚刑法典》,但现行德国刑法典已无连续犯的规定;在日本,新刑法规定连续犯之后又于1947年废除。<sup>[9]</sup>我国曾于1979年刑法草案第22稿第73条以及1988年全面修订刑法开始后当年11月16日稿本第71条规定了连续犯,但考虑到理论和实践对连续犯的认识分歧较大,后又删除了相关规定。<sup>[10]</sup>可以说,“纵观中外刑事立法,连续犯是存是废,尚处于矛盾、冲突之中,废止是某些国家立法的既成事实,存置则为另一些国家的立法所坚持。”<sup>[11]</sup>当前我国刑法理论和司法实践亦普遍认可连续犯。关于其概念,通说认为是“基于同一或者概括的犯罪故意,连续实施性质相同的独立成罪的数个行为,触犯同一罪名的犯罪形态”。<sup>[12]</sup>由此可知,成立连续犯,要求行为人必须具有同一(的)故意或者概括(的)故意,概括故意可谓连续犯的主观要件之一。

为界定概括故意,首先要将其与同一故意区分开。一般认为,同一故意是指行为人预计实施数次同一犯罪的故意,每次实施的具体犯罪都明确地包含在其故意内容之中;概括故意则指行为人概括地具有实施数次同一犯罪的故意,但每次实施的具体犯罪并非都明确地包含在其故意内容之中。<sup>[13]</sup>详言之,持同一故意的行为人对将要连续多次实施的犯罪行为有着明确的认识,通常表现为事前有详尽、具体的作案计划,每次实施的犯罪都在其计划之内,明确地包含在同一的故意内容之中。而概括故意则“对于数行为的实施没有明确计划,只有一个大概的犯罪意向”,<sup>[14]</sup>对意图连续进行的具体犯罪的对象、时间、地点、次数等缺乏十分明确的认识,<sup>[15]</sup>其每次实施的犯罪行为具有一定的随机性,是否包含在故意内容之中并非都能事前确定。这两种主观心态虽无本质区别,但内容上却存在重大差异,认为“同一的故意也是一种‘概括的故意’”或者区分二者“不仅困难,而且也没有必要”的观点并不准确。<sup>[16]</sup>至此,可将作为连续犯主观要件的概括故意界定为:行为人对

[9] 参见叶肖华:《连续犯在我国的批判解读》,《中国刑事法杂志》2009年第10期,第19页;庄劲:《论连续犯概念之废除——兼论同种数罪的并罚模式》,《求索》2007年第1期,第91页。

[10] 参见高铭暄著:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第66、262-263页。

[11] 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第692页。

[12] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第191页。

[13] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社2022年版,第191页。

[14] 陈兴良著:《刑法适用总论(上卷)》(第三版),中国人民大学出版社2017年版,第624页。

[15] 参见高铭暄主编:《刑法学原理》(第二卷),中国人民大学出版社2005年版,第575页。

[16] 杨彩霞:《论连续犯的认定》,《河南省政法管理干部学院学报》2003年第2期,第98页;詹红星:《连续犯的基本问题探究》,《兰州学刊》2007年第9期,第107页。

多次实施性质相同的危害行为具有大概的犯罪意向,但对行为的具体次数、对象、手段、时间以及地点等内容缺乏明确认识的心理态度。

连续犯属于独立成罪的数个行为,本质上是数罪,<sup>[17]</sup>引入此概念,是为了限制实质竞合的适用范围,对于实现相同构成要件的一连串行为,以特殊的一罪科处刑罚。作为连续犯主观要件的概括故意,解决的就是行为人对将要连续实施的犯罪持概括认识时,哪些犯罪可纳入“一连串行为”以一罪处断而避免并科的问题,即连续犯的成立范围问题。而且,由于连续犯是数个连续危害行为对应的数个独立犯罪,其犯意虽是一次产生的,但分开看其实施的每一个行为,都有针对具体对象的具体犯意。<sup>[18]</sup>亦即,“行为人的数个呈连续状态的犯罪行为,是在数量对等的具体犯罪故意支配下实施的”,<sup>[19]</sup>对每次实施的犯罪而言,行为人都有相互独立的犯罪故意。<sup>[20]</sup>因此,概括故意作为连续犯的主观要件,实质上属于包含多个犯罪故意的“数故意”形态,并且是“数行为”对应的“数故意”。不仅如此,数个故意之间还可以呈现出不同的故意类型。例如,甲为了报复社会,用霰弹枪先射击距自己很近的乙,再换地方射击相距甚远的丙,又换地方向人群中开出一枪。对此,甲成立连续犯,总犯意属于杀人的概括故意,而三次枪击行为对应的具体犯意分别为确定故意、未必故意和(作为不确定故意类型的)概括故意。

## 二 两种概括故意概念的区分

通过梳理两种概念的基本内涵不难发现,作为不确定故意类型的概括故意与作为连续犯主观要件的概括故意(为叙述方便,以下简称“不确定概括故意”与“连续犯概括故意”)确有近似之处:主观上对犯罪事实都存在一定程度的不确定认识;通常都对应多个构成要件结果,是数个法定故意的集合形态;往往都涉及罪数认定问题。正是如此,在司法实践和刑法理论中经常会出现混用两种概括故意的情形。对此,亟需对二者作出准确区分。本文以《刑事审判参考》第1243号指导案例为例,纠正实务中的不当认识。

### (一) 两种概括故意概念的本质区别

不确定概括故意与连续犯概括故意作为具有本质差异的两种心理态度,其区别主要表现为:

第一,行为个数不同。刑法学界在研究不确定概括故意乃至其上位概念不确定故意时,虽未强调以“一个危害行为”作为行为人主观罪过的认识对象,但这正如讨论预谋故意与突发故意、直接故意与间接故意等其他故意类型一样,都是默认将“一行为”作为讨论主观罪过的基础。但对于连续犯概括故意而言,是以行为人连续实施的数个性质的危害行为作为认识基础的,是对“数行为”及其对应的数个危害结果的概括性认识。因

[17] 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第694页;梁丹丹:《严格解释路径下多次型加重犯的认识——以“多次抢劫”为切入点》,《法治社会》2024年第1期,第116页。

[18] 参见林亚刚著:《刑法学教义(总论)》(第二版),北京大学出版社2017年版,第558页。

[19] 黄京平:《论连续犯的构成特征》,《中南政法学院学报》1993年第4期,第96页。

[20] 参见赵秉志主编:《刑法总论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第271-272页。

此,不确定概括故意与连续犯概括故意的认识对象分别是“一行为”和“数行为”,二者对应的行为个数明显不同,这是两种概括故意的重要区别。

第二,故意个数不同。从形式上看,两种概括故意都是对应一个总犯罪意向,并往往包含数个法定故意,在故意个数上有相似之处。但进一步分析,不确定概括故意仅是对一个危害行为可能造成的危害结果的概括认识,这种认识即可构成刑法上的罪过,所以其属于支配“一行为”的“一故意”;连续犯概括故意看似只有一个总犯罪意向,但这种连续实施犯罪行为的概括意向还不能构成刑法上的罪过,只有当行为人具体实施每个犯罪行为时,才会分别产生支配每个危害行为、预见每个危害结果的故意罪过,所以其属于与“数行为”对应的“数故意”。落脚于法定故意时,连续犯概括故意对应多个构成要件行为和结果,必然属于“数故意”形态,而不确定概括故意却未必如此,因为当其仅涉及罪量程度的概括认识时,就只对应一个法定故意。由此可见,不确定概括故意与连续犯概括故意包含的故意个数并不相同。

第三,故意内容不同。不确定概括故意,主要是对危害结果如何发生的概括认识,即未明确认识到危害结果的侵害范围、作用对象、法定性质和罪量程度,对这些内容的不同认识会影响到犯罪故意成立范围的认定。此种概括故意对行为次数的认识是确定的,即只有一次行为,对诸如手段、时间以及地点等行为内容是否缺乏明确认识则不在其关注范围内。而连续犯概括故意,则主要是对危害行为连续内容的概括认识,持此种概括故意的行为人对法定性质的认识是确定的,即事先明确知道自己实施的是何种类型的犯罪,但未明确认识到危害行为的具体次数、对象、手段、时间、地点等,对这些内容的不同认识影响的是连续犯成立范围的认定。其中,当侵害范围与行为对象或地点相联系时,可能影响连续犯概括故意的认定,而对罪量程度是否缺乏明确认识则与之无关。需要说明的是,由于连续的危害行为是不明确的,那么其对应的总体危害结果自然也是不明确的,只是行为人对这一总体结果的概括认识是附属于危害行为的,所以此种“数行为”对应的危害结果并不属于连续犯概括故意的核心内容,对这种总体危害结果的概括认识也不具有刑法上的评价意义,而且其与不确定概括故意中“一行为”所指向的危害结果亦明显不同。

第四,理论争点不同。不确定概括故意是为了解决行为人主观上对危害结果仅具有概括认识时,对于实际发生的结果,尤其是发生多种构成要件结果时,能否都认定为故意犯罪的问题。其理论争点在于,如何划定行为人的概括认识范围进而确立故意犯罪的成立范围,当涉及数个罪名时,还要进一步解决罪数认定问题。连续犯概括故意是为了解决行为人主观上总的犯罪意图或者连续的犯罪意思并不明确而仅具有概括认识时,对于多次实施的同一性质的犯罪行为,能否都纳入连续犯以一罪处断的问题。其理论争点在于,如何认定行为人连续意思的概括范围进而确立连续犯的成立范围。由此可见,两种概括故意的关注焦点并不相同。而且,即使某一犯罪超出行为人连续实施犯罪的概括故意范围,不成立连续犯,也不影响故意犯罪的成立,只是要按照同种数罪予以处理。

第五,罪数认定不同。不确定概括故意的本质在于认识到可能发生多个构成要件结果,并且这些结果可以同时发生,针对每个构成要件结果,可以说行为人均具有一个法定

故意。既然涉及多个构成要件结果,并且对每个结果均具有犯罪故意,那么从理论上讲,针对这些结果都可以成立故意犯罪。通常而言,这些结果会作用于不同的对象,那么无论结果既遂与否,均可以分别成立故意犯罪,由于只有一个行为却成立数罪,故而按照想象竞合犯处理。个别情况下,作用于一个对象却可能涉及多个法定性质结果时也可以产生不确定概括故意,如帮助他人走私,对于走私对象是贵重金属、淫秽物品还是普通物品仅具有概括认识,此时,对于已经发生的结果成立既遂犯自无疑义,对于未发生的结果,由于客观上并不具有产生相应法定性质结果的危险,所以应属于不可罚的不能犯。换言之,此种情形下仅对实现结果成立犯罪,当实现结果涉及一个法定性质时,按照单纯一罪处理;涉及两个以上法定性质时,才按照想象竞合犯处理。至于对罪量程度的概括认识,不涉及数罪,也就不存在罪数问题。而连续犯概括故意所涉及的罪数认定,是为了避免对同一客体反复实施的犯罪在刑罚上适用并科主义,失之过苛,<sup>[21]</sup>将实质的数罪按照处断的一罪处理,这与不确定概括故意涉及数罪时按照想象竞合犯从一重罪处断明显不同。

## (二)对《刑事审判参考》第1243号指导案例的分析

或许是受到学界部分观点的误导,法院在《刑事审判参考》第1243号指导案例中亦混淆了两种概括故意,从而得出有所偏差的裁判结论:

第一,本案在引入概括故意概念时,就已经混淆了不确定概括故意和连续犯概括故意。法院在裁判理由部分指出:“概括的犯罪故意则是指行为人对于认识的具体内容并不明确,但明知自己的行为会发生危害社会的结果,而希望或者放任该结果发生的心理态度。根据行为人认识的具体内容的不同,概括故意可以分为对行为性质认识不明确的概括故意、对行为对象认识不明确的概括故意以及对危害结果认识不明确的概括故意三种。”<sup>[22]</sup>这里对概括故意的界定,与连续犯概括故意明显不同,与不确定概括故意相对接近,确切地讲,更近似于不确定故意的概念,<sup>[23]</sup>因为其并未突出“概括认识”的本质。在之后的裁判中,法院又明确否定被告人构成连续犯,进一步说明此处的概括故意不是指连续犯概括故意。不过,在上述界定的前后,法院又提到:“在行为人实施多个连续的、近似的自然行为时,其主观心理有两种表现形式:同一的犯罪故意或概括的犯罪故意。……这便是我们通常所称的概括的犯罪故意作用下的连续犯。”<sup>[24]</sup>这里的概括故意,显然又是指连续犯概括故意。由此可见,法院在一开始引入概括故意时就已经混淆了两个概念。

第二,本案是针对两个连续行为的罪数认定,这进一步说明法院混淆了两种概括故意。根据“张某明用尖刀向董某虎左面部猛砍一刀,又在路口东侧辅路上用尖刀向赵某某

[21] 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第692页。

[22] 余净:《张志明故意杀人案:概括故意下实施的连续行为可认定为一罪》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办《刑事审判参考》(总第113集),法律出版社2019年版,第49页。

[23] 学界对不确定概括故意的常见表述,参见《中国刑法词典》编委会编著:《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第203页;赵远:《论概括故意的构造与司法运用》,《法学评论》2015年第3期,第181页。学界对不确定故意的常见表述,参见姜伟著:《犯罪故意与犯罪过失》,群众出版社1992年版,第193页;高铭喧主编:《刑法学原理》(第二卷),中国人民大学出版社2005年版,第66页。

[24] 余净:《张志明故意杀人案:概括故意下实施的连续行为可认定为一罪》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办《刑事审判参考》(总第113集),法律出版社2019年版,第49页。

的颈、左肩、胸及左臂等部位猛刺数刀”的案件事实, 张某明前后实施了两个行为, 而非一个行为。如果是一个行为, 应是张某明猛砍一刀, 砍到董某虎面部并划到赵某身上的事实, 即一刀造成两个结果。因此, 本案包含的是两个连续的行为, 而非一个行为, 这恰与标题中“概括故意下实施的连续行为”相对应。而且, 这两个行为侵害的是不同的对象, 并非针对同一对象的两个动作, 所以也不能因为两个行为之间具有连续性就视为一个行为。如上文所述, 本案采用的是不确定概括故意概念, 而不确定概括故意是以“一行为”作为讨论基础的, 连续犯概括故意解决的才是“数行为”的罪数问题; 而且, 在造成数个结果、成立数个罪名的情况下, 持不确定概括故意的行为人应按照想象竞合犯从一重罪处罚, 连续犯才属于裁判理由中再三认定的“处断的一罪”。这些都表明, 法院在适用概括故意时进一步混淆了两个概念。

针对本案的处理, 本文的初步看法是: 对于赵某, 张某明显然成立故意杀人罪(既遂), 故而, 如果能够证明张某明对董某虎怀有杀人的故意, 即使只造成轻伤, 也应成立连续犯, 按照故意杀人罪一罪处断; 反之, 如果仅能证明张某明对董某虎具有伤害的故意, 那么就不能成立连续犯, 由于张某明在两个犯罪故意支配下实施了两个不同的行为, 所以应以故意伤害罪和故意杀人罪数罪并罚。

### 三 不确定概括故意的具体适用

在现实案件中, 尤其是网络犯罪或共同犯罪的场合, 行为人对危害结果经常处于一种概括认识状态, 不确定结果如何发生但认识到结果发生的各种可能性, 通过引入不确定概括故意, 可以解决此类情形下的主观归责障碍问题。限于篇幅, 本文以危害结果中法定性质和罪量程度的认识问题为例, 阐明如何具体适用不确定概括故意。

#### (一) 法定性质的认识

行为人若要成立某种故意犯罪, 必须认识到自己行为的法定性质及对应危害结果。在认定有些罪名, 如帮助信息网络犯罪活动罪等网络犯罪, 以及在共同犯罪中, 还要以“明知”他人行为的法定性质为前提。当行为人明确认识到自己行为和他人行为的法定性质时, 是否成立乃至成立何种犯罪, 争议不大; 反之, 当行为人对法定性质认识不明确时, 就会出现故意认定难题。此时, 如果行为人的主观认识中包含有多种法定性质结果, 同时预见到这些结果可能全部发生而希望或者放任发生的, 其罪过形式就属于不确定概括故意; 只要实际发生的一种甚至多种法定性质在其概括认识范围之内, 就都可以成立故意犯罪, 而不能以未明确认识到自己的行为性质为由阻却故意的成立。

通过不确定概括故意解决法定性质的认识问题, 不会导致故意犯罪的不当扩张。基于责任主义原则的要求, 只有行为人对所实施的违法行为与结果具有非难可能性时, 才能对其进行非难。<sup>[25]</sup> 而当行为人对法定性质持概括认识时, 其主观故意中就包含了多种法定性质的内容, 对应多个构成要件结果, 此即为前文所说的多个法定故意的集合形态, 那

[25] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版), 法律出版社 2021 年版, 第 88 页。

么对于这些法定性质对应的构成要件结果,行为人就都具有非难可能性,符合责任主义的要求。因此,当行为人概括认识范围内的法定性质得以实现时,就会成立相应的故意犯罪。不仅如此,对于持不确定概括故意的行为人而言,在认定犯罪时还会受到客观主义原则的限制。亦即,行为人明知并希望或者放任发生的多种法定性质结果,只有实际发生或者具有客观发生危险的,才能成立相应的故意犯罪;反之,在行为人概括认识范围之内但没有客观发生危险的,则属于不可罚的不能犯。

基于不确定概括故意,可以对某些饱受质疑的司法解释重新进行说明。例如,《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第6条规定:“走私犯罪嫌疑人主观上具有走私犯罪故意,但对其走私的具体对象不明确的,不影响走私犯罪构成,应当根据实际的走私对象定罪处罚。但是,确有证据证明行为人因受蒙骗而对走私对象发生认识错误的,可以从轻处罚。”此规定曾受到学界质疑,认为其不符合认识错误原理,有违反责任主义原则之嫌。<sup>[26]</sup>实际上,本条所说的行为人“具有走私犯罪故意,但对其走私的具体对象不明确”指代的就是不确定概括故意,即行为人并未明确知道走私的具体对象,但对走私对象可能归属的种类具有概括认识,这种认识不影响走私犯罪构成的认定,只要处于行为人概括认识范围之内,就可以“根据实际的走私对象定罪处罚”,所以该解释的前句并不违反责任主义原理。当然,如果实际走私对象已经超出行为人的概括认识范围,则只能按照事实认识错误处理,所以该解释后句确实不符合认识错误原理,适用时需予以纠正。

不确定概括故意在应对相关疑难案件时也会更加游刃有余。例如,在“代某某非法狩猎、非法猎捕珍贵、濒危野生动物案”中,法院认为,代某某主观上具有猎捕野生动物的概括故意,客观上在禁猎区内使用禁用工具捕得国家二级重点保护野生鸟类1只及其他野生鸟类4只,其行为同时触犯非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪和非法狩猎罪。<sup>[27]</sup>本案中,行为人主观上并不确定自己的猎捕对象是国家重点保护野生动物还是一般野生动物,但认识到这两类动物都可能猎捕到,即未明确自己行为的法定性质但又知其处于一定范围之内。法院主动采用不确定概括故意概念,解决了行为法定性质的认识问题,可谓适用该概念的司法范例。在类似案件中,司法机关只要能够证明行为人主观上具有不确定概括故意,实际发生行为的法定性质又处于其概括认识范围之内,即可成立一个乃至多个故意犯罪。行为人以自己未明确认识到实际发生行为的法定性质进行辩解的,并不会阻却故意的成立,因为刑法中的故意以认识到结果的发生可能而予以放任为最低标准,并不限于“确知”和“意图”。

## (二) 罪量程度的认识

在司法实践中,诸如“天价葡萄案”“天价种鸡案”等案件层出不穷,引发社会广泛关注。此类案件的争议在于,当行为人认识到的盗窃数额与被盗物品实际价值产生巨大差异时该如何定罪处罚,其背后实际是罪量程度的认识问题。

[26] 参见张明楷著:《刑法学(下)》(第六版),法律出版社2021年版,第961页;黎宏著:《刑法学各论》(第二版),法律出版社2016年版,第106页。

[27] 参见叶菊芬:《非法狩猎行为触犯数个罪名时的罪数认定》,《人民司法》2012年第10期,第69-70页。

当然,这里还涉及一个前提问题,即罪量程度是否属于故意的认识内容,这在理论上素有争议。以各类天价型盗窃案件为例,传统做法是按照实际侵害结果定罪处罚,认为行为人明确认识到盗窃对象并具有非法占有目的,那么造成多大损失就承担多大后果。有学者就指出,被盗物品的具体价值不是犯罪故意的认识因素,是否知道其价值并不影响盗窃行为的性质。<sup>[28]</sup> 反对观点则认为,财产价值应属于故意的认识内容。例如,在被问及盗窃特殊试验品行为能否以盗窃罪追究刑事责任时,周光权教授提出,行为人对财物的价值无法认识时,也就欠缺对行为对象的认识,最终缺乏盗窃罪的犯罪故意。<sup>[29]</sup> 本文支持反对观点,认为传统做法及其派生观点并不妥当。我国采用“立法定性+定量”的犯罪化模式,罪量决定定罪与否及量刑幅度,根据我国主流观点,以财产数额为代表的罪量属于构成要件要素,<sup>[30]</sup> 那么根据责任主义原则的要求,只有行为人对危害结果的罪量程度具有认识时,才能承担相应的故意责任。反之,让行为人为自己未认识到的罪量程度承担故意责任,就是对其没有故意罪过的内容进行非难,这与行为人的罪过程度明显不符。这里的罪量程度,既包括财物的价值,也包括数额、数量、结果大小及其他衡量罪量的情节。

既然罪量程度属于故意的认识内容,那么行为人欠缺认识的更重程度的罪量结果,就只能按照事实认识错误处理。但在司法实践中,行为人对自己的犯罪行为究竟会产生多大程度的危害结果,通常很难精准预见并加以控制,绝大多数情况下对罪量程度都是处于概括认识状态,即对危害结果的严重程度表现为范围性认识,对应的是“一定幅度”而非“具体数目”。这意味着,只要实际发生的罪量程度处于行为人概括认识范围之内,就符合责任主义原则的要求,自然可以成立故意犯罪,而不能以其未明确认识到这些结果阻却犯罪故意。在判断罪量程度的概括认识范围时,一般需要综合考量以下要素:第一,行为人的认识能力,可结合其年龄、阅历、职业、受教育程度、特殊认知等进行判断;第二,行为的目的和动机;第三,作用对象是否具有特殊性,对象越特殊,危害结果在程度上越容易脱离认识范围;第四,罪量结果是否具有通常性,危害结果的罪量越具有经常性、日常性和一般性,具有高度的可发生性,则越容易处在概括故意之中。此外,基于罪量程度的概括认识认定故意犯罪时,同样受到客观主义原则的限制,不能一律按照行为人认识到的最严重后果定罪处罚,以避免单纯的主观归罪。

激活不确定概括故意概念,可以更好地解决司法实践中罪量程度的认识难题。以“张某春等诈骗案”为例,被告人依次向下介绍他人,再由他人骗取被害人财产。法院认为,本案相邻环节被告人之间存在共同犯罪的意思联络,而且,相邻被告人在向下介绍时,虽未对具体诈骗金额作出指示,但主观上对诈骗行为具有共同犯罪的概括故意。<sup>[31]</sup> 由

[28] 参见莫晓宇、刘建:《对“天价”葡萄案的若干思考》,《中国刑事法杂志》2004年第3期,第109页;贾学胜:《盗窃科研用葡萄是否构成盗窃罪》,《人民法院报》2004年11月2日第3版。

[29] 参见刘卉:《“天价太空豆角案”考问刑法基本理论》,《检察日报》2004年7月21日第3版。

[30] 参见梁根林:《但书、罪量与扒窃入罪》,《法学研究》2013年第2期,第138页;付立庆著:《刑法总论》,法律出版社2020年版,第118页。

[31] 参见张小延:《渐次递进型链式共犯的切分》,《人民司法》2020年第23期,第47-49页。

此,只要下一环节被告人的诈骗数额具有通常性,那么无论骗得多少,都在上一环节被告人的概括认识范围内,也就要承担共同责任,从而解决犯罪参与者之间对诈骗数额的共同故意认定。

当然,如果实际发生的罪量结果超出行为人的概括认识范围,那么应按照事实认识错误处理,行为人不承担故意责任。例如,在“仇某盗窃案”中,仇某窃得公司手机1部。该机外形无特殊之处,但机内装有专用软件,采购单价11.6万元。<sup>[32]</sup>一般而言,在盗窃案件中,行为人通常抱着“能偷多少是多少”的心态实施犯罪,无论盗得多少数额的财物都可认为是一种概括的故意,根据实际窃得数额定罪即可。<sup>[33]</sup>具体到本案,行为人具有盗窃手机的概括故意,凡是与手机相关的财物,包括手机硬件和内置软件,通常都在其概括认识范围内,故而应按照手机的 actual 价值承担故意责任。但是,对手机尤其是内置软件的价值,很容易出现评估偏差,产生事实认识错误。对此,需结合行为人的认识能力、目的和动机以及财物的特殊性,包括财物性质的特殊性和价值的特殊性,<sup>[34]</sup>基于后文提出的“知道可能性”标准,判断财物实际价值是否处于概括故意当中。详言之,第一,仇某仅概括地知道手机内含常见软件,不具备知晓此款特殊软件的认识能力;第二,仇某盗窃手机是为了一般性地卖钱,并无盗窃手机的特别目的和动机;第三,此款内置软件在性质和价值上具有特殊性。因此,手机内置软件的高额价值,已超出仇某的概括盗窃故意,在罪量程度上发生重大偏离,不应计入犯罪数额。

### (三) 归责界限:“知道可能性”标准

不确定概括故意虽是一种概括性认识,但这种认识是有范围限制的。当某种危害结果超出概括认识范围,就不能再认定为故意犯罪,“仇某盗窃案”即为示例。对此则要回答,如何划定行为人的概括认识范围以确定其归责界限。根据不确定概括故意的概念,行为人对危害结果的概括认识表现为认识到(即知道)危害结果多种发生样态的可能性,包括在多大范围内、对哪些人、产生哪些性质以及多大程度的危害结果的可能性。换言之,凡知道某种危害结果发生的可能性而仍实施行为的,相应结果即处于行为人概括认识范围之内,此即为“知道可能性”标准。据此,对于实际发生的危害结果,只要行为人事前已经认识到其发生可能性的,即可成立故意犯罪;反之,如果连其发生可能性都未认识到,则不能承担故意责任。

在理解“知道可能性”标准时,要注意两点:第一,“知道”意味着行为人已实际认识到,并非仅仅具有认识的条件,相关危害结果已经处于行为人故意认识之中。对此,要严格区分于“应当知道”,即理应当知道但事实上不知道,<sup>[35]</sup>以及“可能知道”,即具备知道的条件但实际上或许不知道。在这两种情况下,行为人并未实际认识到危害结果,不同于

[32] 参见贺贤文、姚巍:《盗窃内置高价软件的手机如何确定盗窃数额——兼论盗窃罪中概括故意的认定》,《中国检察官》2007年第8期,第60页。

[33] 参见简爱:《论盗窃罪中的数额认识错误》,《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第6期,第92页。

[34] 参见朱孝清:《盗窃科研葡萄、豆角案定性探究》,《中国刑事法杂志》2005年第1期,第47页。

[35] 参见周光权:《明知与刑事推定》,《现代法学》2009年第2期,第115页。也有学者指出,“应当知道”是指推定知道,参见陈兴良:《“应当知道”的刑法界说》,《法学》2005年第7期,第83页。这种含义的应当知道,只是诉讼意义上的一种刑事推定方法,并未揭示故意认识即“明知”的实体要求。

“知道”。第二,“可能性”是指结果发生的可能性,而非主观认识的可能性,即行为人主观上处于可以预见状态,只是预见到的结果不具有必然性,可能发生也可能不发生,而行为人希望或者放任其发生。而且,这种发生可能性,是每次行为导致对应危害结果发生的具体可能性,而非多次行为作为整体会产生某种危害结果的抽象可能性。

将“知道可能性”作为不确定概括故意归责界限的判断标准,主要基于以下两方面考虑:一方面,“知道可能性”标准契合“明知”的基本内涵。根据我国《刑法》第 14 条规定,成立故意要求“明知”会发生危害社会的结果,“明知”即实际知道的意思,只有行为人真正认识到自己的行为会导致危害结果,才能认为是有意为之,从而具有更高的可谴责性。这里的实际知道,不仅包括明确知道会发生某种危害结果,也包括未明确知道但认识到危害结果的发生可能性,即确定性认识和可能性认识均属于明知的范畴,<sup>[36]</sup>“不能把‘不确定’与‘明知’对立起来”,<sup>[37]</sup>这也与第 14 条规定的“会发生”包括明知结果必然发生和可能发生的通说观点相对应。<sup>[38]</sup>另一方面,“知道可能性”标准能够有效区分故意和过失。根据我国《刑法》第 15 条规定,成立过失以行为人具有预见可能性为基础,而“知道可能性”不同于预见可能性:在认识因素上,“知道可能性”意味着真正认识到危害结果,并且是一种终局性认识,“可能”是指结果发生的可能,并非修饰“知道”;而在预见可能性中,“可能”是对“预见”的修饰,意味着行为人具备危害结果的认识条件但实际上并未认识到,或者即使有所认识也仅是阶段性认识,之后又否定先前认识而认为结果不会发生。在意志因素上,“知道可能性”表明行为人在知道结果发生可能之后采取行动,没有按照规范要求形成反对动机,属于有意识地违反规范,<sup>[39]</sup>主观上持希望或者放任意志;而预见可能性则说明行为人不存在反对动机的产生条件,主观上持排斥态度。

“知道可能性”标准兼具概括性和可操作性,可以解决司法实践中各类疑难案件涉不确定概括故意的责任认定问题。例如,在“曹某某等绑架案”中,曹某某等人受王某某雇佣,强行劫持陆某,并将其交给王某某。王某某带走陆某后将其杀死。有一种意见认为,受雇者主观上对雇佣者实施后续犯罪具有概括故意,雇佣者对被劫持人实施杀害、伤害、强奸等行为均未超出受雇者概括故意的范围,所以受雇者应认定为雇佣者后续犯罪的共犯。<sup>[40]</sup>笔者认为,在受雇者和雇佣者之间欠缺明确意思联络的场合,前者对于雇佣者如何处理被劫持者持概括故意,能够认识到雇佣者实施非法拘禁、故意伤害等常发性结果的可能性;至于杀人、强奸等结果,通常情况下至多是一种抽象意义上的猜测,如果没有相关事实予以证明,则难以纳入概括认识范围之内。因此,受雇者并非都能认定为雇佣者后续犯罪的共犯。在本案中,并未表明曹某某等人对王某某的后续行为有特别的认识,其概括故意应仅限于知道非法拘禁、故意伤害等结果的可能性,故而对王某某故意杀害陆某的行

[36] 参见王新:《我国刑法中“明知”的含义和认定——基于刑事立法和司法解释的分析》,《法制与社会发展》2013 年第 1 期,第 72 页。

[37] 高铭喧主编:《刑法学原理》(第二卷),中国人民大学出版社 2005 年版,第 66 页。

[38] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社 2022 年版,第 105 页。

[39] 参见储志豪:《法定犯未必的违法性认识:界定与适用》,《河南财经政法大学学报》2014 年第 1 期,第 112 页。

[40] 参见余剑:《受雇劫持他人后又向雇主勒索钱财构成绑架罪》,《人民司法》2013 年第 8 期,第 15-16、18 页。

为,应在构成要件重合限度内承担故意伤害罪的刑事责任。因此,上述意见并不完全准确。本案法官认为,共同故意要求对共同犯罪行为有明确的认知,而不能是不确定的预见,应排除对后续犯罪成立共犯。<sup>[41]</sup> 这种观点也不准确,会不当限制概括故意的成立范围。

## 四 连续犯概括故意的具体适用

成立连续犯,要求行为人主观上必须满足三个条件,即有数个犯罪故意、数个故意内涵相同以及数个故意之间有连续关系。<sup>[42]</sup> 司法实践中,很多行为人并未制定翔实的犯罪计划,主观上故意的数量、数个故意之间的连续关系并不明确(二者可合称为连续意思不明确),使用连续犯概括故意概念恰可以应对这类情形,发挥其适用价值。

### (一) 实践问题

面对行为人连续意思不明确的情况,要结合其概括认识的不同内容,确立连续意思的边界及连续犯的成立范围。大体而言,如果行为人对行为的次数或者对象具有概括认识的,那么要结合行为人的目的、动机以及对手段、时间、地点等内容的认识划定连续意思的范围;如果行为人对手段、时间、地点等具有概括认识的,那么对连续意思一般不作太多限制,只要在其确定的行为次数之内或者确定的侵害对象之上,通常都可以成立连续犯。

在司法实践中,已有不少案件认定连续犯时使用概括故意的概念来应对行为人连续意思不明确的问题。以“中国裁判文书网”作为数据库,输入“连续犯”全文检索,案由限定为“刑事案由”,案件类型为“刑事案件”,命中 513 篇文书,再输入“概括”,命中 40 篇文书,其中与连续犯概括故意相关的文书有 30 篇(检索日期:2024 年 11 月 4 日),说明司法机关已经在部分案件中主动使用这一概念。不过,通过分析这 30 篇文书可以发现,法院在绝大多数案件中都是在阐述连续犯时,模板化使用“基于同一的或者概括的犯罪故意”这一表述,虽认可了连续犯概括故意的概念,但却未真正地发挥其适用价值。仅在个别案件中,法院将连续犯概括故意作为界定处断一罪成立范围的分析工具。例如,在“杨某贩卖毒品案”中,法院认为,被告人“出于概括的贩卖毒品故意,侵害了国家对毒品的管制及人民身体健康这一共同法益,实施性质相同的行为,属于连续犯,应评价为一罪”。<sup>[43]</sup> 再如,在“谢某某故意杀人案”中,法院认为,谢某某“基于一个故意杀人的概括故意,先后连续持刀砍击谢某 2、谢某 6、谢某 1,系故意杀人罪的连续犯,应当认定为一个故意杀人罪未遂”。<sup>[44]</sup> 总体而言,连续犯概括故意在司法适用上有待于进一步拓展和深化。

### (二) 适用新场域:网络连续犯罪的处理问题

前文与连续犯概括故意相关的 30 篇裁判文书主要集中在传统犯罪场域,包括线下的

[41] 参见余剑:《受雇劫持他人后又向雇主勒索钱财构成绑架罪》,《人民司法》2013 年第 8 期,第 18 页。

[42] 参见储槐植:《论罪数不典型》,《法学研究》1995 年第 1 期,第 75 页。

[43] 四川省旺苍县人民法院(2017)川 0821 刑初 141 号刑事判决书。

[44] 江西省吉安市中级人民法院(2021)赣 08 刑终 39 号刑事附带民事裁定书。

诈骗、盗窃以及受贿、行贿等,适用范围较为狭窄。当前,实践中以网络为工具连续实施犯罪的情形大量存在,相较于线下的连续犯罪更为普遍。这类网络连续犯罪,包含有多个独立的犯罪行为和犯罪故意,通常对应数罪,但司法机关往往将其认定为一罪,并累计罪量进而确定适用的刑罚。网络诈骗就是其中最典型的事例。与前述检索方法类似,关键词为“网络诈骗”,法院层级限定为“高级法院”,得到 36 篇有效文书。其中,35 篇文书包含有针对多名被害人实行的多个诈骗行为,最终都是累计数额按照一罪处理。

为解释这种现象,需要先回答一个问题:行为人多次实施犯罪行为,其犯罪数额能否累计?理论上往往认为,对于数额犯,“即使行为人数次实施的相同行为均独立构成犯罪,也不需要认定为数罪,而是包括地评价为一罪并且累计数额,适用相应的法定刑”。<sup>[45]</sup>但是,我国刑法总则中并不存在相关规定,而仅在分则中针对走私普通货物、物品罪、逃税罪、走私、贩卖、运输、制造毒品罪和贪污罪作出数额(数量)累计的安排。既然不存在一般性立法,那么对理论与实践通行的观点和做法,就有必要给出正当根据。有学者提出:“对数额犯,原则上应对多次行为涉及的数额累计计算,但以整体行为成立连续犯、徐行犯或者集合犯为限。”<sup>[46]</sup>也有学者指出,只有一个行为侵害数个对象的犯罪、复合性犯罪、基于徐行犯或连续犯等理论以及法律特别规定等情况下才可以累计犯罪数额。<sup>[47]</sup>由此可见,受到较多关注的解释方案就是借助连续犯、徐行犯、集合犯等原理,这也是本文所赞成的。仅就连续犯而言,通说认为数个独立的行为按照一罪处断,并依据刑法有关规定从重或者加重处罚;<sup>[48]</sup>对于经济上的连续犯,应以经济总数额作为定罪科刑标准。<sup>[49]</sup>因此,连续犯原理可以为数额累计提供理论支撑,并对其累计范围作出合理限定。

对于以网络诈骗为代表的网络连续犯罪,按照一罪处理并累计罪量的实践做法,借助连续犯原理自然也可以得到合理解释。相应地,连续犯概括故意可以解决网络连续犯罪的连续意思问题,进而确定连续犯的成立范围。详言之,对网络连续犯罪而言,其特点在于,客观行为具有连续性,主观上通常只有一个总体犯罪计划,除了行为性质明确,行为的次数、对象乃至手段、时间、地点等都是不确定的,仅具有概括的认识,属于典型的连续犯概括故意。因此,只要连续犯罪行为处于行为人总体犯罪意向中,都可以评价为连续犯,进而认定为一罪,累计罪量确定刑罚。并且,只要行为人的连续犯罪未中断,其概括故意往往就处于连续状态之中,同一性质的行为基本上都能被连续犯所涵盖。此外,如果网络连续犯罪涉及多种法定性质,只要行为人对每次行为的性质都有明确认识,那么也可以在同种性质的多次行为之间分别成立连续犯。例如,创建犯罪组织,同时连续实施网络诈骗和网络盗窃,就可以分别成立诈骗罪和盗窃罪的连续犯。

对于网络连续犯罪,在成立连续犯的基础上,除了财产数额,诸如人数、次数、网站数、

[45] 张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 639 页。

[46] 叶良芳:《刑法中数额的性质及其计算》,《云南大学学报(法学版)》2006 年第 4 期,第 29 页。

[47] 参见张伟:《数额犯若干问题研究》,《中国刑事法杂志》2010 年第 3 期,第 55 页。

[48] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第十版),北京大学出版社、高等教育出版社 2022 年版,第 193 页;陈兴良著:《刑法适用总论(上卷)》(第三版),中国人民大学出版社 2017 年版,第 627 页。

[49] 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社 1999 年版,第 702 页。

群组数等数量以及其他罪量要素均可以累计,并根据法定刑档次的规定情况从重或者加重处罚。其中,在认定行为次数时要尤其注意,连续犯虽然按照一罪处断,但其本身包含数罪,行为的数量是复次而非一次。在行为人连续实施三次以上行为而被认定为连续犯时,应属于“多次”行为。之所以强调这一点,是因为司法实践中存在认定偏差的情况。在“樊某某等盗窃案”中,法院认为,五人在北水村四队连续盗窃多台摩托车,是连续犯,应以一罪论处。然后另起犯意,到北水村二队实施新的盗窃,不是连续犯,而是同种数罪。最终,不成立多次盗窃。<sup>[50]</sup> 本案的说理明显有误:其一,既然认为在北水村四队盗窃三辆<sup>[51]</sup>摩托车的行为属于连续犯,那么就是承认盗窃每辆摩托车的行为分别成立盗窃罪,故而虽按照一罪处断,但属于三次行为,应成立多次盗窃;其二,五人当晚的盗窃行为,除非证明仅有去北水村四队盗窃的概括故意,否则应当认为,众人对盗窃的次数、对象、地点等仅有概括认识,到北水村二队盗窃并非另起犯意,而是处于概括故意之中,应与前三起盗窃成立连续犯。对此,切不可将一罪处断的连续行为认定为一次行为。在网络连续犯罪中也经常存在次数认定问题,如网络连续盗窃行为是否属于多次盗窃、网络连续猥亵儿童行为是否属于多次猥亵等,所以要特别注意这一点。

### (三)与不确定概括故意的重叠适用

行为人基于大概的犯罪意向连续实施多个行为时,主观上除了对危害行为的连续内容处于概括认识状态,对每次行为对应的危害结果亦往往仅具有概括认识。这在网络连续犯罪中尤为明显。仍以网络诈骗为例,无论是个人单独实施,还是与他人共同实施,行为人多是基于一个概括的犯罪意图,而未限定诈骗的行为次数、对象、手段、时间等条件;对于每次诈骗行为涉及的对象、可能骗取的数额,一般也都具有随机性,主观上处于概括认识状态。面对行为人对危害行为连续内容及(每次行为对应的)危害结果如何发生的双重概括认识状态,可以重叠适用连续犯概括故意和不确定概括故意,以解决行为人的刑事归责问题。具体判断时,可以分为两个步骤:第一步,基于连续犯概括故意圈定连续犯的成立范围。处于连续犯概括认识之内的多个行为,成立处断的一罪,累计罪量,从重或者加重处罚,超出概括认识范围的则按照同种数罪处理。需要注意的是,在共同连续犯罪中,超出连续犯概括故意的实行行为,通常就超出了共同故意的范围,不仅不成立连续犯,而且应按照实行过限处理,不能进行共同归责。第二步,基于不确定概括故意划定每次行为对应故意犯罪的成立范围。对于“一行为”所产生的危害结果,只要处于概括认识范围之内,尤其是罪量程度方面,即可由行为人承担故意责任;反之,则只能按照事实认识错误处理。由此,可在第一步的基础上,对多个行为分别对应的危害结果予以累计,最终确定行为人适用的刑罚。

无论网络连续犯罪还是传统连续犯罪,都会出现双重概括认识的情况,同样可以重叠适用两种概括故意。例如,在“翟某生等盗窃案”中,翟某生、杨某涛等四人经合谋进入某公司仓库,窃得摄像头2万余只,在驾车返回途中,杨某涛因故下车离开,另三人待其下车

[50] 参见广东省珠海市斗门区人民法院(2018)粤0403刑初188号刑事判决书。

[51] 判决原文误写为四辆,但根据查明的案件事实,应为三辆。

后商议返回仓库盗窃剩余摄像头,又窃得 5 万余只。本案的争议焦点在于,杨某涛是否要对同伙的第二次盗窃承担责任?对此,本案裁判要旨载明:行为人与他人共同预谋,主观上对盗窃犯罪具有概括故意,两次盗窃均在共同故意范围内,时间、地点也具有连续性,应对第二次盗窃负刑事责任。<sup>[52]</sup>但是,本案的说理并不充分:一方面,法院所使用的对危害结果范围认识不明确的概括故意,就是指不确定概括故意,但这一概念并不解决连续行为即第二个盗窃行为是否处于杨某涛连续意思之内的问题。另一方面,两次行为在时间、地点上具有连续性,只能说明具备行为的连续性,但本案要解决的是意思的连续性问题。其实,本案的四个行为人,主观上都处于双重概括认识状态:一方面,四人事前具有连续盗窃仓库的概括故意,如果实施多次盗窃行为的,应成立连续犯以一罪处断。另一方面,对于每次盗窃的数额,四人主观上持不确定概括故意,盗窃的摄像头数量及其对应价值均在认识范围之内。因此,可以对多次盗窃的数额进行累计,并以盗窃罪一罪进行共同归责。以上分析是在四人连续犯罪的意思并未中断的情况下。但本案的特殊之处在于,第一次盗窃离开之后,在四人驾车返回仓库途中杨某涛因故下车,根据“另三人待其下车后商议返回仓库盗窃剩余摄像头”的表述,在事实上更偏于四人连续共同犯罪的意思已经结束,另外三人应属于另起犯意,由于杨某涛并未参与后续盗窃的共谋和实行,所以对第二次盗窃不应承担共同责任。

## 五 结语:两种概括故意概念的重申

“普通用语一般具有多义性,多义性产生于客观事物的复杂性与用语的有限性。”<sup>[53]</sup>面对刑法中一词多义的情况,如果其各项含义在学界已形成相对固定的认识,并且这些含义都有存在的必要性,那么就不能为了避免多义性而删减某些词义,而应在明晰各词义的基础上发挥各自的功用。对两种概括故意(乃至开篇提及的韦伯的概括故意)而言亦是如此。不确定概括故意,是关于危害结果的侵害范围、作用对象、法定性质和罪量程度的概括认识,适用于主观罪过领域,可基于“知道可能性”标准解决犯罪故意的成立范围问题;连续犯概括故意,是关于危害行为的次数、对象、手段、时间、地点等内容的概括认识,适用于罪数形态领域,在界定连续意思的基础上可用来解决连续犯的成立范围问题。学界对两种概括故意的具体内涵纵然还有些许分歧,但在基本内容上已达成共识,二者是内涵不同、表现各异,具有本质差别的两种心理态度。在今后的理论研究和司法活动中,一定要注意不能将两种概括故意相混淆,更不能用一个概念取代另一个概念,而应当使二者各司其职,在不同领域分别发挥它们特有的适用价值。

[本文为作者主持的 2023 年度中央高校基本科研业务费项目“刑民交叉视野下合同诈骗罪的教义学重塑”(QNMS202312)的研究成果。]

[52] 参见《翟某生等盗窃案:共同预谋并实施第一次盗窃后中途离开,对同伙的第二次盗窃行为是否担责的认定》,“人民法院案例库”2023-05-1-221-004 号参考案例。

[53] 张明楷著:《刑法分则的解释原理(上册)》,高等教育出版社 2024 年版,第 221-222 页。

---

---

## The Distinction between and Application of Two Types of General Intent - Taking Guiding Case No. 1243 of the Reference to Criminal Trial as the Starting Point

[ **Abstract** ] General intent in China can be divided into three different types according to connotations: namely, general intent as a type of uncertain intent, general intent as the subjective element of successive offenses, and Weber's general intent. The first two kinds of general intent can be easily confused with each other in criminal law theory research and judicial practice and thus need to be accurately distinguished from each other. General intent as a type of uncertain intent is a form of "one intention" corresponding to "one act", and focuses on solving the problem of unclear understanding of the legal nature and the degree of quantitative elements of crime, as well as delimiting the boundaries of criminal responsibilities in accordance with the standard of "the possibility of knowing the results caused". That is, if the perpetrator knows that a certain act will possibly lead to a harmful result but still carries out such an act, the corresponding result will be deemed to fall within the scope of the perpetrator's general cognition, and an intentional crime can be established in such cases. On the other hand, if the perpetrator doesn't even realize the possibility of harmful results, such results will be treated as a misunderstanding of fact. General intent as the subjective element of successive offenses is the form of "multiple intentions" corresponding to "multiple acts", and can be used to solve the problem of uncertainty over the perpetrator's continuous intent by defining the scope of continuous intent according to the perpetrator's purpose, motivation, as well as understanding of the means, the time, the place, and other elements. Especially in the case of continuously committing crimes through the internet, the perpetrator usually only has a general understanding of the continuous content of his harmful behavior, which is a typical general intent of successive offenses. In such a case, any successive criminal behavior that falls within the overall criminal intent of the perpetrator can be evaluated as a successive offense and punished as a single crime, and the quantitative elements of each behavior should be added up. When the perpetrator is in a dual general understanding of the continuous content of his harmful act and how the harmful result (corresponding to each act) would occur, two types of general intent can be applied in a combined way to deal with the issue of criminal liability. In sum, these two types of general intent are two fundamentally different psychological attitudes, which should not be confused with or replaced by each other. Each of them should be allowed to have its own unique application values in different fields.

---

---

(责任编辑:贾元)