

组织他人偷越国(边)境罪“实行行为” 及相关问题研究

李永升¹, 李江林²

(1. 西南政法大学 法学院, 重庆 401120; 2. 日喀则公安边防支队, 西藏 日喀则 857000)

[摘要] 组织型犯罪的“组织行为”外延宽泛, 能否将其所有具体样态纳入组织他人偷越国(边)境罪的实行行为, 值得商榷。根据实行行为理论中的实质客观说, 通过解构组织他人偷越国(边)境行为, 作为其实行行为的“组织行为”应为领导、策划、指挥他人偷越国(边)境。在此基础上, 组织他人迂回偷渡和合法出境后非法滞留的, 宜非犯罪化; 其犯罪既遂标准宜采取偷越成功说; 同时, 对《刑法》第318条第1款第3、4、5项等实践中常见的几种行为的罪数形态如何认定, 也是司法实务中值得认真研究的问题。

[关键词] 组织行为; 实行行为; 行为样态; 罪数形态

[中图分类号] D 914.3 **[文献标志码]** A **[文章编号]** 1004-1710(2015)01-0088-07

DOI:10.15886/j.cnki.hnus.2015.01.015

组织他人偷越国(边)境罪肇始于1979年《刑法》规定, 与运送他人偷越国(边)境罪并列, 作为选择性罪名适用。但改革开放后, 偷渡犯罪日益猖獗, 特别是以营利为目的的组织他人偷越国(边)境犯罪成为妨害国(边)境犯罪的常发、多发案件之一, 为此, 全国人大常委会于1994年3月5日通过《关于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充规定》(以下简称《补充规定》)将组织他人偷越国(边)境罪单独规定, 并配置了相应法定刑, 增设了加重情节。1997年《刑法》修订时, 将《补充规定》中关于组织他人偷越国(边)境的内容全部纳入了新《刑法》。针对司法实践中存在的突出问题, 最高人民法院于2002年1月30日发布了《关于审理组织、运送他人偷越国(边)境等刑事案件适用法律若干问题的解释》(已失效), 明确了“组织行为”的内涵和外延; 2012年8月20日, 最高人民法院、最高人民检察院共同发布了《关于办理妨害国(边)境管理刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》), 在前述解释的基础之上, 进一步明确了组织他人偷越国(边)境罪的既遂标准。但是, 法律规定的抽象性与法律术语外延的不确定性, 致使第318条在适用中仍然存在诸多问题, 特别是有关组织他人偷越国(边)境罪的实行行为的论争, 对组织他人偷越国(边)境罪成立范围和既遂、未遂标准以及犯罪形态有深刻影响。

一、组织他人偷越国(边)境罪的实行行为

众所周知, 行为作为整个犯罪构成理论的基石, 具有根本性的地位。然而, 行为理论纷繁芜杂, 行为样态万千各异, 且在说明具体行为的性状与法益侵害性方面未尽充分。但是, 无论何种刑法理论, 具化于具体犯罪时, 都必须阐明其实行行为。实行行为作为刑法分则规定的构成要件行为, 不仅是犯罪成立的首要条件, 还是确定犯罪未遂或预备形态的主要标志^[1]。

在我国刑法中, 有大量的组织型犯罪^①。在不同的犯罪中, 组织行为的外延不尽相同, 如一般的组织型犯罪中, 组织行为包括拉拢、引诱、劝说、领导、策划、指挥等; 但在组织黑社会性质组织罪中, 组织行为

[收稿日期] 2014-10-16

[作者简介] 李永升(1964-), 男, 安徽怀宁人, 西南政法大学法学院教授, 博士生导师, 博士后合作导师, 主要从事中外刑法学、犯罪学研究。

^① 组织型犯罪不同于组织犯。组织型犯罪是指刑法分则规定的以组织行为及其具体内容为犯罪构成客观方面要件的犯罪。组织犯, 是指在共同犯罪关系中实施组织、领导、策划、指挥等犯罪非实行行为的犯罪人类型, 或者以组织、领导、策划、指挥等犯罪非实行行为为行为构成特征的共同犯罪形态。见胡选洪《组织犯研究》, 成都: 西南财经大学法学院, 2010年, 第47页。

则不包括领导行为,一旦实施领导行为,则可能构成组织、领导黑社会性质组织罪或者领导黑社会性质组织罪。关于组织他人偷越国(边)境罪中的组织行为,最高人民法院和最高人民检察院发布的《解释》第1条第1款规定“组织他人偷越国(边)境”是指领导、策划、指挥他人偷越国(边)境或者在首要分子指挥下,实施拉拢、引诱、介绍他人偷越国(边)境的行为。第3款规定:以组织他人偷越国(边)境为目的,招募、拉拢、引诱、介绍、培训偷越国(边)境人员,策划、安排偷越国(边)境行为,在他人偷越国(边)境之前或者偷越国(边)境过程中被查获的,应当以组织他人偷越国(边)境罪(未遂)论处。据此,《解释》似乎将个人以组织他人偷越国(边)境为目的实施的招募、拉拢、引诱、介绍等行为也界定为组织他人偷越国(边)境的行为,使组织行为的外延包含了招募、拉拢、引诱、介绍、领导、策划、指挥等具体行为样态。但理论通说认为,个人仅实施拉拢、引诱、招募他人偷越国(边)境的行为,不属于组织他人偷越国(边)境行为^[2]。笔者以为,无论是个体犯罪还是共同犯罪视野下,能否将所有的“组织行为”都认定为组织他人偷越国(边)境罪的实行行为,是值得商榷的。

《刑法》第318条第1款的罪状为“组织他人偷越国(边)境的”,就笔者的理解而言,组织他人偷越国(边)境的行为构造应当包括两部分:一是组织行为,即行为人的拉拢、引诱、招募、领导、策划、指挥等行为,二是偷越国(边)境行为,即被组织者偷越国(边)境的行为。两部分行为的有机结合,才能构成组织他人偷越国(边)境罪的实行行为。

首先,偷越国(边)境行为是确定组织行为性质的根据。关于组织他人偷越国(边)境罪的实行行为,以及其他组织型犯罪的实行行为,我国刑法理论通常着重从组织行为的角度考察,固然实现了组织行为的定型性,但是,没有内容的形式是空瘪的,忽略被组织的具体活动必然难以正确认定组织行为的性质。这是因为,组织行为作为行为方式,是否被刑法所禁止,必须考察组织行为的具体内容,以被组织的具体活动或者被组织者的行为性状为依据,综合确定组织他人实施某种活动的行为的性质;一旦撇开被组织的具体活动,将内容与形式剥离,组织行为就成为没有灵魂的空壳,其性质就难以确定。如组织拔河比赛与组织他人偷越国(边)境,有了拔河比赛与他人偷越国(边)境的内容,很容易确定组织拔河比赛和组织他人偷越国(边)境两个行为的性质;如果抽去拔河比赛与他人偷越国(边)境的内容,组织行为仅存空洞的形式,性质就会不明。就组织他人偷越国(边)境罪而言,考察行为人的组织行为是否构成组织他人偷越国(边)境罪,必须紧密结合被组织者是否实施偷越国(边)境的行为:如果被组织者没有偷越国(边)境,组织行为内容缺失,性质难以确定;如果被组织者在组织者的领导、策划、指挥下实施偷越国(边)境行为,侵犯了刑法所保护的法益,组织行为的性质昭然若揭,不言自明。所以,组织他人偷越国(边)境罪“以被组织者的行为属于偷越国(边)境为前提”^{[3]977},必然要综合考察组织者的组织行为与被组织者的偷越国(边)境行为。

其次,偷越国(边)境行为是确定组织行为法益侵害性的根据。组织他人偷越国(边)境的实行行为是否包括以组织他人偷越国(边)境为目的的拉拢、引诱、招募、培训等行为,根据当前刑法关于实行行为理论,需要据其法益侵害性做出判断。我国刑法理论长期坚持的形式客观说认为,实行行为是刑法分则中具体犯罪构成客观方面的行为。虽然形式的客观说明确了实行行为的法定性、抽象性,但“形式的客观说没有从实质上回答什么是实行行为,也没有回答什么叫‘着手’和如何认定‘着手’。离开犯罪的本质的观点讨论实行行为,必然使实行行为成为没有边际、没有定型的抽象概念。……这既可能使犯罪客观要件化为泡影,也可能使客观要件成为行为人危险性格的征表……”^[4],甚至无法将实行行为与非实行行为区别开来。面对形式客观说的困境,理论上开始转向实质客观说,将实行行为的本质与法益侵害性或者社会危害性联系起来,认为实行行为是“实施刑法分则规定的直接威胁或侵害某种社会关系而为完成该种犯罪所必须的行为”^[5]。实行行为是“刑法分则所规定的、具有一定程度抽象且具有侵害法益的紧迫危险的类型性的行为”^{[3]147}。与之相对的则是非实行行为,包括预备行为、共同犯罪中的组织行为、教唆行为、帮助行为。根据实质的客观说,只有某种行为导致刑法所保护的法益遭受紧迫危险时,这种行为才能被认定为实行行为。故实行行为的着手,必须体现刑法所保护的法益遭受紧迫危险。就组织他人偷越国(边)境罪而言,“组织他人偷越国(边)境应以组织者实施使我国国(边)境管理秩序受到危害或面临实际存在威胁的行为开始认定为着手”^[6],即,只有被组织者偷越国(边)境时,我国刑法所保护的国(边)境秩

序才会受到侵害或者面临遭受侵害的紧迫危险,组织行为的法益侵害性才会得以彰显,实行行为的范围才能合理确定。

综上所述,笔者认为,组织他人偷越国(边)境罪的实行行为应是组织者安排、领导、指挥被组织者非法进(出)国(边)境的行为,其行为阶段包括在组织者的领导、指挥、安排下,被组织者开始前往国(边)境地区、出境港口或者使用虚假证件进入安检至越过国(边)境。以组织他人偷越国(边)境为目的的拉拢、引诱、招募、煽动、串联、欺骗、培训等行为,无论是个体犯罪,还是共同犯罪,只要未进入领导、指挥、安排被组织者实施偷越国(边)境的行为阶段,充其量只能算是组织人员偷越国(边)境的预备行为。

二、组织他人偷越国(边)境的行为样态

通过上述论证,我们明确了组织他人偷越国(边)境的实行行为。从实践情况来看,组织他人偷越国(边)境的行为仍然是千姿百态,迥然各异。除了一些业已达成共识的组织他人偷越国(边)境行为外,一些新的行为样态是否构成组织他人偷越国(边)境罪,尚存争议。

(一) 组织他人迂回偷渡

目前来看,组织他人迂回偷渡主要存在两种情况:一种是组织他人持合法证件出境后转道偷渡第三国;另一种是持合法证件前往第三国,途经中转国时,非法滞留该国^[7]。从实践的情况来看,组织者通常为被组织者办理旅游、商务考察等要求较低的签证,使其合法出境,进入中转国择机偷渡至第三国,或者途经目的地国时,非法滞留。目前,司法实践和理论上均将其认定为组织他人偷越国(边)境^[8]。

笔者以为,司法实践和理论上将组织迂回偷渡的行为认定为“组织他人偷越国(边)境犯罪”是欠妥的。首先,就组织他人偷越国(边)境的客观方面来看,其核心在组织偷越国(边)境,被组织者持合法证件出境,行为人对他的组织行为,不属于组织他人偷越国(边)境。这是因为,“骗取出境证件罪的核心在于‘弄虚作假’,表现为故意向发证机关提供虚假证明材料、邀请函等。而转道偷渡的组织者利用办理旅游、商务考察签证比较容易的便利条件,在办证时提供的所有资料可能都是真实的,所掩盖的只是其存于内心的非法目的,而其内心活动尚未表现于客观行为,刑法不能适用于人们的内心思想活动,故不属于骗取出境证件罪所要求的‘弄虚作假’的客观要件。”^[9]所以,对于被组织者持合法证件出境,无论从形式上还是实质上,都不存在瑕疵,绝不能因其有组织他人转道偷渡的目的而将组织他人合法出境的行为认定为犯罪。其次,组织他人偷越国(边)境罪的客体是我国的国(边)境管理秩序。行为人持合法证件从指定口岸出境,没有侵犯我国的国(边)境管理秩序;至中转国后,组织他人偷渡至第三国或者非法滞留中转国的行为,依然没有侵害我国的国(边)境管理秩序。再次,“组织他人偷越国(边)境的目的”不是本罪的构成要件要素,不能成为判定行为性质的依据。行为人组织他人隐瞒真实目的、提供真实申请资料获取签证后出境、从中转国偷渡至第三国或者非法滞留中转国的行为,没有侵犯我国国(边)境秩序,不符合组织他人偷越国(边)境罪的犯罪构成,仅根据特定目的将其犯罪化无合理依据。所以,行为人持旅游、商务考察证件出境后迂回偷渡的,不属于“偷越国(边)境”,其组织行为当然不构成组织他人偷越国(边)境罪。

(二) 组织他人合法出境后非法滞留境外

根据实践情况,主要是组织者为被组织者办理旅游、探亲、留学等签证,使其合法出境,前往他国(地区),被组织者超期滞留。上海李英组织他人偷越国(边)境案中,司法机关认定李英的行为构成犯罪,但理论上认为其不应构成犯罪^[10]。

笔者以为,对于组织他人合法出境后、被组织者非法滞留境外的情况,不应将组织者的行为认定为组织他人偷越国(边)境罪。首先,如前所述,本罪不是目的犯,具备何种犯罪目的不是本罪的构成要件,亦不能说明行为性质。其次,不管行为人的真实目的为何,只要其提供的申请资料属实,出境事由符合申请条件,其取得的出境证件均属合法,不宜以骗取出境证件论处,行为人持该证件出境的行为不宜被认定为偷越国(边)境,其组织行为不能被认定为“组织他人偷越国(边)境”。

三、组织他人偷越国(边)境罪的既、未遂标准

关于组织他人偷越国(边)境罪的既遂与未遂标准,在我国刑法理论及司法实践中存在着不同观点的

聚讼。归纳起来,其划分标准有以下四种学说:第一种学说是偷越成功说,即偷渡人员在组织者的安排下成功越过国(边)境的,组织他人偷越国(边)境罪既遂;反之,被组织者偷越国(边)境未成功的,就是未遂。最高人民法院、最高人民检察院发布的《解释》支持此说,张明楷教授亦赞成此观点^{[3]977}。第二种学说是组织完成说,即行为人煽动、诱使、串联等组织被组织者偷越国(边)境的行为实施完毕,且被组织者接受安排,不管被组织者偷越国(边)境是否成功,均为既遂;反之,行为人虽然实施了组织行为,但由于行为人意志以外的原因,被组织者没有进行偷渡,说明组织他人偷越国(边)境的实行行为未能实施完毕,即为未遂。当前在司法实践中采此观点^[11]。第三种学说是分段说,即将《刑法》第318条第1款的规定分为两段,前半段为基本的犯罪构成,以被组织者是否成功偷越国(边)境作为区分本罪既遂与未遂的标准;后半段为加重的犯罪构成,行为人组织行为实施完毕,不论被组织者是否成功偷越国(边)境,均以既遂论。第四种学说是分段修正说,即以分段说为基础,前半段规定的基本的犯罪构成,以被组织者是否被行为人组织起来偷越国(边)境作为既遂与未遂的区分标准;后半段为加重的犯罪构成,只要发生了法定加重情节或法定加重结果,不论被组织者是否偷越国(边)境,都视为既遂。目前,理论上以第四种观点为主导^[12]。对于以上四种不同的学说,究竟应当采取哪种学说更为科学,笔者拟就此作一具体探讨。

首先,分段说与分段修正说认为加重结果或者加重情节出现,就视基本犯为既遂,这种观点是不合理的。其理由如下:第一,加重结果、加重情节的机能在于表明行为侵害法益的严重性,为提高法定刑提供依据,而不是为区分既遂、未遂提供标准。第二,即使加重结果或者加重情节出现,基本犯罪未遂的情况比比皆是。如在组织他人偷越国(边)境过程中,即使导致被组织者死亡的加重结果出现,并不能表明被组织者已经身处境外或者组织行为业已完成。故加重情节或加重结果出现,视基本犯罪既遂与实际状况不符。第三,加重结果、加重情节出现,只需依法律规定和事实提高法定刑,犯罪是否既遂,不是提高法定刑的前提性条件,故不需要先行确定犯罪是否既遂,再行决定是否提高法定刑。如组织10人以上偷越国(边)境的,直接适用7年以上有期徒刑或者无期徒刑的法定刑,与其组织偷越成功与否没有关系。所以,加重结果或者加重情节的出现不是既遂与未遂的区分标准,分段说与分段修正说均不可取。

其次,组织他人偷越国(边)境的实行行为为领导、策划、指挥被组织者偷越国(边)境,为此而招募偷渡者的行为只能是组织他人偷越国(边)境的预备行为。组织完成说以广义的“组织行为”外延为基础,抛开具体组织型犯罪的特点,忽略了各组织型犯罪可能在外延上不一致的可能,千篇一律地将预备行为纳入实行行为范畴,为本文所不取。同时,组织他人偷越国(边)境的行为千姿百态,究竟哪个阶段属于组织行为完成,在不同的个案中有不同的界定,如有的组织行为完成,被组织者偷越国(边)境成功;有的组织行为完成后,被组织者尚在偷越国(边)境过程中;有的组织行为完成,犯罪还可能处于预备阶段,如被组织者仅接受安排。所以,“组织行为完成”没有统一、明确、具体的标准,组织完成说亦不可取。

最后,新近的司法解释倡导了偷越成功说。这一学说在界定犯罪既遂、未遂时简单明了,但正如众多学者批评的那样,有轻纵犯罪之虞,一旦组织他人偷越国(边)境成功,相关犯罪证据难以收集,甚至犯罪难以被发现。尽管如此,笔者认为,鉴于组织完成说的困境,理论上不如接受《解释》所提倡的标准,以偷越成功说作为组织他人偷越国(边)境罪既遂与未遂的区分标准。其理由如下:第一,关于犯罪既遂的标准,存在着“构成要件齐备说”、“犯罪目的实现说”和“犯罪结果发生说”,学者们见仁见智,当前较为普遍接受的标准是“构成要件齐备说”。无论坚持何种学说,我们都必须得承认,构成犯罪既遂,客观上必须要求行为人着手实行犯罪,即着手实行行为。如前所述,组织他人偷越国(边)境罪的实行行为是组织者指挥、领导、安排被组织者偷越国(边)境,其实行行为终了则意味着被组织者偷越国(边)境成功。第二,犯罪未遂是指行为人着手实行犯罪以后,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞。那么,行为人着手实行犯罪以后,没有意志以外的因素,行为人顺利完成犯罪的,应为犯罪既遂。在组织他人偷越国(边)境犯罪中,行为人着手犯罪即为组织他人开始前往国(边)境地区非法出入境;行为人顺利完成犯罪,则意味着组织他人偷越国(边)境成功。第三,以偷越成功说为组织他人偷越国(边)境罪的既遂标准,将行为人实施组织他人偷越国(边)境、但未成功的全部定性为未遂形态,不仅与最高人民法院、最高人民检察院的《解释》相符,理论和实践也比较容易接受。

因此,笔者认为,组织他人偷越国(边)境罪的既遂、未遂标准宜采偷越成功说,被组织者在组织者的

领导、安排、指挥下,成功越过国(边)境的,为既遂;组织者召集、聚拢被组织者后,前往国(边)境地区,但由于行为人意志以外的原因而没有成功越过国(边)境的,为未遂。

四、几种常见组织他人偷越国(边)境行为的罪数形态

组织他人偷越国(边)境的罪数问题亦是学者们热衷的论题,但由于组织他人偷越国(边)境罪的实行行为界定不同,处理方法和结论也有可能不同。笔者仅基于前述关于组织他人偷越国(边)境罪的实行行为的界定和偷越成功说,对《刑法》第 318 条第 1 款第 3、4、5 项规定和骗取出境证件后用于组织他人偷越国(边)境以及组织、运送同一批人偷越国(边)境、组织他人偷越国(边)境同时自己偷越国(边)境的罪数问题予以探讨。

(一) 第 318 条第 1 款第 3、4、5 项之规定

组织他人偷越国(边)境过程中,致被组织者重伤、死亡的,通说观点认为,仅限于过失^[13],笔者赞成通说观点。如果故意致被组织者重伤、死亡的,应适用《刑法》第 318 条第 2 款之规定,实行数罪并罚。

在组织他人偷越国(边)境过程中剥夺、限制被组织者人身自由或者以暴力、威胁方法抗拒检查的,先后有牵连犯说、包容犯说、合并犯说、结合犯说、数罪并罚说,但更多人趋向于结合犯说^[14],笔者亦赞同结合犯说。结合犯的本质是法律将两个或两个以上完全独立的犯罪结合成一个犯罪。其模式有:甲罪 + 乙罪 = 丙罪(甲乙罪或者新罪名)、甲罪 + 乙罪 = 甲罪(乙罪)。而包容犯与合并犯尚无统一认识,包容犯分属法条竞合与结合犯,合并犯本质上为结合犯^[14]。牵连犯是在同一犯罪目的下实施的手段行为与目的行为、原因行为与结果行为触犯不同罪名的情形。行为人在组织他人偷越国(边)境过程中剥夺、限制被组织者人身自由或者以暴力、威胁方法抗拒检查的,属于在犯罪过程中另起犯意,主观上明知自己在实施非法拘禁他人的行为或者妨害公务的行为,客观上实施了侵害刑法所保护的公民人身权利法益的行为,实质上构成数罪。但《刑法》第 318 条第 1 款明确规定仍以组织他人偷越国(边)境罪加重处罚,实质是将数罪结合为一罪,即“甲罪 + 乙罪 = 甲罪”的模式,故属结合犯。

(二) 骗取证件后组织他人偷越国(边)境的

对行为人骗取出境证件后,又用骗取的出境证件组织他人偷越国(边)境的,在理论上有三种不同观点:第一种观点认为,对于这种情形应当数罪并罚;第二种观点认为,对于这种情形应当成立吸收犯,以组织他人偷越国(边)境罪从重处罚;第三种观点认为,这种情形属于牵连犯,根据“从一重处断”原则,以组织他人偷越国(边)境罪论处^[15]¹⁸³。目前,主流观点认为这种行为构成牵连犯,以组织他人偷越国(边)境罪论处^[16]。笔者认为通说观点是妥当的。就组织他人偷越国(边)境的行为样态来看,其中一种就是骗取出境后,组织偷渡人员偷越国(边)境。显然,骗取出境证件是组织他人偷越国(边)境的手段行为,组织他人偷越国(边)境是其目的行为,手段行为是为目的行为服务的,但手段行为和目的行为分别规定于不同的犯罪构成中,构成不同的犯罪。所以,二者具有牵连关系,应成立牵连犯,根据“从一重处断”原则认定为组织他人偷越国(边)境罪。

(三) 行为人组织他人偷越国(边)境同时自身也偷越国(边)境的

行为人组织他人偷越国(边)境时,未必会同时偷越国(边)境,故对行为人组织他人偷越国(边)境同时自身也偷越国(边)境的,理论上区分为多种情形讨论,并形成了牵连犯说、数罪并罚说、数罪并罚与吸收犯区别说等理论^[17]。

就组织他人偷越国(边)境犯罪而言,行为人是否伴随性地偷越国(边)境,存在多种可能:有的组织者直接护送偷渡人员出境,有的送至国(边)境线后由偷渡人员自行出境,有的办理假证件后送至机场,等等。如果行为人组织他人偷越国(边)境同时自身也偷越国(边)境的,基于偷越成功说,行为人组织他人偷越国(边)境时,原则上自己也要偷越国(边)境来完成犯罪,即完整地将被组织者从境内送至境外。从客观上来看,行为人自身偷越国(边)境是其完成组织他人偷越国(边)境行为必不可少的一部分;从主观上来看,组织他人偷越国(边)境的故意内容包括行为人明知完成组织他人偷越国(边)境行为、自己也要同时偷越国(边)境;从法侵害方面来看,只侵犯了一个法益,即国(边)境管理秩序。所以,笔者以为,行为人在组织他人偷越国(边)境同时自身也偷越国(边)境的,只符合组织他人偷越国(边)境罪的犯罪构成,

应为实质的一罪,不能因其具有偷越国(边)境目的而将组织他人偷越国(边)境行为人为地分割开来处理。

(四) 组织、运送同一批人偷越国(边)境的

对行为人既组织又运送同一批人偷越国(边)境的,有的学者主张成立牵连犯,以组织他人偷越国(边)境罪定罪处罚,其运送行为可作量刑中从重情节^[18];有的学者则认为属吸收犯,应按“高度行为吸收低度行为”的原则,以组织他人偷越国(边)境罪论处^[15]⁹⁷。

目前,我国刑法理论关于罪数形态的划分标准以犯罪构成说为基本标准,兼顾例外情况,即行为符合一个犯罪构成的,为一罪;行为符合数个犯罪构成的,为数罪;行为数次符合同一犯罪构成的,为数罪。换句话说,当一个犯罪构成对行为人的行为能够完成评价时,就只构成一罪;如果一个犯罪构成难以完成对行为人行为的评价时,则需要根据行为之间的关系,运用罪数理论处断^②。所以,组织、运送同一批人偷越国(边)境的,是否需要运用吸收犯或者牵连犯理论处断,则需要看组织他人偷越国(边)境罪的犯罪构成能否一次完成对其评价,如果可以,则只认定为组织他人偷越国(边)境罪;如若不能,则需要运用罪数理论予以处断。在组织他人偷越国(边)境罪实行行为为领导、指挥、安排他人偷越国(边)境行为以及坚持偷越成功说为既遂标准的语境下,运送行为是组织行为的一部分,组织、运送同一批人偷越国(边)境当然以组织他人偷越国(边)境罪论处。首先,如本文前述,偷越国(边)境罪的实行行为阶段自被组织者在组织者的领导、指挥、安排下,开始前往国(边)境地区、出境港口或者使用虚假证件进入安检至越过国(边)境。在组织、运送同一批人偷越国(边)境的具体语境下,行为人不仅要组织好偷渡人员,还可能通过亲自带领、借助交通工具等方式将偷渡人员成功送出(进)国(边)境,故“组织他人偷越国(边)境罪中的组织行为,应当包含了运送行为。运送行为当然地也属于组织他人偷越国(边)境罪中的实行行为。”^[12]其次,虽然刑法将运送他人偷越国(边)境的行为独立成罪,也只是鉴于实践中存在值得科处刑罚的运送他人偷越国(边)境的情况,即明知是偷越国(边)境人员而将其运送出境,但这并不影响运用组织他人偷越国(边)境罪的犯罪构成完整评价组织、运送同一批人偷越国(边)境的行为。如同在抢劫罪中,暴力(威胁)与劫取财物是其构成要件必不可少的要素,但暴力行为亦可能单独构成其他犯罪。如果行为人实施暴力后(导致受害人轻伤)劫取财物的,当然只构成抢劫罪,而不是抢劫罪与故意伤害罪,不需要运用牵连犯或者吸收犯理论来解决其罪数问题^[19]。所以,组织、运送同一批人偷越国(边)境的,运用组织他人偷越国(边)境罪的犯罪构成就可以完成对所有行为的评价,属实质的一罪。

综上所述,组织、运送同一批人偷越国(边)境与牵连犯、吸收犯的罪数评价基础并不相同,我们绝不能因为刑法将部分组织行为单独成罪,就要生搬硬套地将组织、运送同一批人偷越国(边)境的运送行为从组织行为中剥离出来,以牵连犯或者吸收犯理论予以处断,将本来数罪、处断一罪的理论适用于实质一罪的情形。因此,笔者认为,组织、运送同一批人偷越国(边)境的,运送行为是组织行为的一部分,只构成组织他人偷越国(边)境罪。

五、结语

我国刑法规定了大量的组织型犯罪,关于组织行为的外延,在不同的组织型犯罪中有不同的应用范围,特别是随着实质客观说的实行行为理论日渐成为通说,对组织行为不加区别地一律视为组织型犯罪的实行行为的做法已不适应刑法客观主义立场和司法实践的要求。所以,笔者试图通过对组织他人偷越国(边)境罪的实行行为的探讨,以期抛砖引玉,共同对组织型犯罪的实行行为进行研究,合理地界定具体组织型犯罪的实行行为,克服当前眉毛胡子一把抓的困境。

[参考文献]

- [1] 朱平. 刑法实行行为论[D]. 北京: 中国政法大学研究生院, 2007: 36.
 [2] 张保平, 等. 边防刑事执法理论与实务研究[M]. 北京: 群众出版社, 2006: 27.
 [3] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2011.

② 由于我国罪数理论研究不仅包括数罪的处断,也包括一罪的处断。笔者以为,对于实质的一罪,罪数理论研究的是运用何种犯罪构成对行为予以评价;对于法定的一罪和处断的一罪,罪数理论研究的是基于何种事由将两个以上犯罪行为只认定为一罪。本文表述只采后一种情形。

- [4] 张明楷. 刑法的基本立场[M]. 北京: 中国法制出版社, 2002: 214.
- [5] 马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 180.
- [6] 张松涛. 组织他人偷越国境犯罪既、未遂辨析[J]. 人民司法, 2009(10): 55.
- [7] 安翠丽. 打击迂回偷渡的警务协作模式构建[J]. 湖北警官学院学报, 2012(7): 143.
- [8] 池景阳. 略论组织他人偷越国(边)境罪若干问题[D]. 北京: 中国政法大学研究生院, 2009: 14.
- [9] 王红安. 论组织他人偷越国(边)境罪[D]. 哈尔滨: 黑龙江大学法学院, 2009: 43.
- [10] 赖娟. 论组织他人偷越国(边)境罪的司法认定[D]. 广州: 中山大学法学院, 2009: 15.
- [11] 万鄂湘, 张军. 最新刑事法律文件解读[M]. 北京: 人民法院出版社, 2006(3): 121.
- [12] 田宏杰. 组织他人偷越国(边)境罪法律适用疑难问题研究[J]. 法律适用, 2003(7): 23-25.
- [13] 林亚刚. 组织他人偷越国(边)境罪若干问题的探讨[J]. 法学评论, 2010(4): 154.
- [14] 许利飞, 周凯. 组织他人偷越国(边)境罪罪数问题研究——兼谈刑法第三百一十八条的理解与适用[J]. 人民司法, 2005(2): 50-51.
- [15] 田宏杰. 妨害国(边)境管理罪[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003.
- [16] 王明辉, 杜娟. 偷越国(边)境案件的法律适用问题探究[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报, 2007(2): 36.
- [17] 袁慧敏. 组织他人偷越国(边)境罪相关疑难问题研究[J]. 政法学刊, 2006(2): 66.
- [18] 陈兴良. 刑法疑难案例评释[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1997: 476.
- [19] 李永升. 犯罪论前沿问题研究[M]. 广州: 中山大学出版社, 2009: 320.

[责任编辑: 王 怡]

A Study of Perpetrating Act in the Crime of Organizing Other Persons to Secretly Cross the National Boundary (Borderline) and the Relevant Issues

LI Yong-sheng¹, LI Jiang-lin²

(1. School of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China;

2. Shigatse Public Security Border Defense Force, Shigatse 857000, China)

Abstract: It is questionable whether the “organizational behavior” of organized crime, due to its wide extension, shall identify all the specific behaviors as the perpetrating act of organizing other persons to secretly cross the national boundary (borderline). According to the actual objective standard in the theory of perpetrating act, the “organizational behavior” as the perpetrating act, by deconstructing the act of organizing other persons to secretly cross the national boundary (borderline), shall involve leading, plotting and conducting other persons to secretly cross the national boundary (borderline). Hence organizing the indirectly illegal border crossing and the illegal stay after the legal border crossing of other persons should not be defined as the crimes, and the standard of accomplished crime should adopt the identification of successfully secret border crossing. Meantime what is worth the serious study in the judicial practice is how to identify the types of crimes that are all the common criminal acts in the practice of No. 3, 4, and 5 of Paragraph 1, Article 318 in *Criminal Law of the People's Republic of China*.

Key words: organizational behavior; perpetrating act; behavior; style of crime