

# 机能的思考方法下的罪数论

庄 劲<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**奉行“本来的思考方法”的传统罪数论，把罪数视为犯罪本来的数量属性。这种朴素的思考方法造成罪数论庞杂的问题域、双主线的矛盾体系和不合理的结论。移植竞合论也不能摆脱上述困境，因为二者在思考方法上是相似的。在罪数论中应提倡“机能的思考方法”，以罪数论在刑法学体系中的机能为导向，限制其问题域，重新确立界分一罪和数罪的罪数标准。罪数论承担的是并罚前的过滤机能：在进入数罪并罚之前，把诸罪名之间存在重复不法评价的情形过滤出来，避免对其进行并罚。据此，只有触犯不同罪名的情形才需要判断罪数；罪数判断并非对犯罪个数进行计算，其标准应是诸罪名所评价的法益侵害之重合性；若诸罪名所评价的法益侵害存在重合，为一罪，反之则一律数罪并罚。

**关键词：**罪数论 竞合论 罪数标准

---

传统罪数论遵循“本来的思考方法”，罪数被作为犯罪的数量问题来研究。该方法由于缺乏目的性导向，造成了罪数论杂乱无章的体系和不合理的罪数区分。我国的罪数论借镜德、日刑法学，而德、日刑法对罪数问题皆有明文规定，其学理研究往往依循立法。但我国刑法中并无罪数的规定，罪数论的发展本应有更自由的空间。罪数判断是规范判断，规范判断的检验标准是方法与结论的合目的性。因而，在罪数论中应放弃“本来的思考方法”，从合目的性之角度来讨论罪数问题，而合目的性之角度就是罪数论在刑法学体系中的机能。换言之，对罪数的研究应遵循“机能的思考方法”，并依此检讨罪数论中“本来的思考方法”，重新确定罪数论的体系轴线和罪数标准，重新界分一罪与数罪。

## 一、基于“本来的思考方法”的传统罪数论

在罪数论中，“本来的思考方法”与“机能的思考方法”的根本区别在于，是从犯罪数量的本来属性，还是从罪数论的体系机能出发，来理解罪数的本质。在传统罪数论中，“所

---

<sup>\*</sup> 中山大学法学院副教授。

谓罪数，是指犯罪的个数”；〔1〕“罪数就其本身来说，并不是多么复杂的问题，至多只有算术学上的意义”。〔2〕其体系特征表现为：

其一，罪数判断是定罪的必经阶段。既然犯罪都有数量属性，犯罪的个数当然是定罪过程中必须讨论的问题。罪数被视为犯罪本质上的个数，“一罪与数罪的区分标准只能根据犯罪的本质予以确定，而不是以最终是否并罚来确定。”〔3〕这样，即便是那些只触犯一罪名而完全无应否并罚疑问的情形，如“单纯一罪”，也必须在罪数论中讨论。〔4〕

其二，形成双主线的罪数论体系。“本来的思考方法”并非完全不考虑刑罚的公正性这一罪数标准，其也意识到，对某些根据犯罪构成标准而判断得出的本来数罪进行并罚可能过于严厉，于是，通说在沿用本来一罪和数罪的区分的基础上，通过创设例外来加以补救。亦即，在本来数罪中甄选出不应并罚的情形，例外地将其作为“处断一罪”（又称“科刑一罪”）来处罚。比如，牵连犯等处断一罪都是符合多个犯罪构成的，属于本来数罪，只是例外地按一罪来科刑。〔5〕于是，罪数论形成了两条主线：一是讨论行为人所犯的罪数本来是一罪还是数罪；二是讨论在本来数罪的情形中，基于什么样的评价标准，某些情形可以仍按一罪来处罚。〔6〕这又称为“两段论判断方式”：在犯罪成立阶段，要解决的是行为事实涉及几个犯罪的问题（以犯罪构成为标准），此为“罪数的区分标准”；进而探究在处罚上究竟是一罪还是数罪，此为“罪数的处断标准”。〔7〕我国通说将一罪分为三类：实质一罪，包括继续犯、想象竞合犯、结果加重犯、法条竞合（有人认为还应包括接续犯与徐行犯）；法定一罪，包括结合犯、集合犯和惯犯；处断一罪，包括连续犯、牵连犯和吸收犯。〔8〕其中，实质一罪和法定一罪属于上述第一条主线，处断一罪属于上述第二条主线。

其三，“编外”的体系地位。罪数论是为计算犯罪个数而设立的，但为什么要将它置于犯罪论的尾端，理由并不清楚。这是因为罪数论的体系机能是什么，它与刑法体系中其他子系统（如犯罪构成论、数罪并罚论）存在何种协同、承接关系，学理上并不重视。罪数论之前被置于刑罚论中，〔9〕即使回归犯罪论，其与犯罪论其他子系统的关系仍显得疏离。通说认为，犯罪的未完成形态、共同犯罪和罪数属于犯罪的特殊形态。〔10〕但前二者是犯罪构成的修正形态，而罪数论并非对犯罪构成的修正。如果说基本形态和修正形态已是对犯罪构成形态的周延划分，那么，罪数论只能被作为一种“编外”形态，位于犯罪论的边缘。

然而，罪数判断是一个规范问题，规范问题不是天然存在的，而是源于有目的的设置。如“本来的思考方法”那样，脱离罪数的规范目的来判断罪数，会陷入一系列困境。

首先，造成臃肿低效的罪数体系。“本来的思考方法”并未合目的地筛选研究对象，为罪数论划定了庞大的问题域。由于罪数判断被视为定罪的必经阶段，这就需要设置大量的一罪概

〔1〕〔日〕山口厚：《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社2011年版，第366页。

〔2〕吴振兴：《罪数形态论》，中国检察出版社1996年版，第1页。

〔3〕张明楷：《罪数论与竞合论探究》，《法商研究》2016年第1期，第128页。

〔4〕参见前引〔1〕，山口厚书，第368页。

〔5〕参见黎宏：《刑法学总论》，法律出版社2016年版，第323页。

〔6〕参见前引〔3〕，张明楷文，第118页；前引〔1〕，山口厚书，第367页。

〔7〕参见刘宪权：《罪数形态理论正本清源》，《法学研究》2009年第3期，第129页。

〔8〕参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社2016年版，第180页；前引〔2〕，吴振兴书，第46页。

〔9〕例如参见高铭暄主编：《刑法学》，法律出版社1984年版，第276页以下。

〔10〕参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第54页。

念,从而产生了实质一罪、法定一罪等庞杂的概念群。但是,大部分一罪概念对司法实践并无助益,因为司法实务对多数情形下的“罪数”几乎不觉得有疑问存在。当然,这些概念也并非毫无价值,只是其价值不在罪数论上。比如,继续犯是行为的持续性问题,与追诉时效的起算有关,而与罪数问题无关,实务中几乎无人认为一次非法拘禁可能构成数罪。<sup>[11]</sup>集合犯概念的价值在于犯罪构成上的特征,即以反复多次实施同种行为为预想,但由于法律已明文将多次实施同种行为规定为一罪,故无讨论罪数问题之必要。<sup>[12]</sup>结合犯虽有多个犯罪行为,但它已被刑法规定为一罪,因而演变成犯罪成立问题,不再有所谓数罪问题。<sup>[13]</sup>连续犯概念是为了与同种数罪相区分,但在我国的司法实务中,对连续犯和同种数罪的处罚方式是完全一样的,因而连续犯作为罪数概念对司法实务毫无意义。<sup>[14]</sup>另外,罪数论还讨论结果加重犯,因为结果加重犯在基本犯的基础上导致了更严重的结果,却只成立一罪。<sup>[15]</sup>这仍然是“本来的思考方法”的体现,即将所有可能成立本来一罪或数罪的情形,都纳入罪数论。也有学者认为,之所以需要讨论结果加重犯的罪数,是因为“必须说明结果加重犯与基本法条是法条竞合的特别关系,结果加重犯与加重结果所触犯的法条之间则可能是想象竞合”。<sup>[16]</sup>但是,既然上述问题的结论要么是法条竞合,要么是想象竞合,就说明结果加重犯不具有罪数上的独立性,其涉及的罪数问题完全可以通过法条竞合或想象竞合的原理来解决。可见,传统罪数论中充斥着大量并无罪数问题讨论价值的内容。诚如杨兴培所言,罪数论中诸如持续犯、连续犯、惯犯、结果加重犯、结合犯、常业犯、继续犯、徐行犯等概念,不过是牵强设立的“新大陆”。<sup>[17]</sup>也诚如陈兴良所言,罪数论中的“大多数概念从规范刑法学的视角来看,都是没有必要存在的,而且显得烦琐,有理论脱离实际之嫌。”<sup>[18]</sup>

其次,无法保证罪数论与整个刑法学体系之间的协调以及罪数论内部的协调。“本来的思考方法”缺乏自觉的体系观,造成罪数论与犯罪构成论在机能上重叠。传统罪数论研究继续犯、徐行犯、接续犯、集合犯、常业犯等概念,认为这些情形虽有多个自然行为,但实际上只一次符合犯罪构成,因而上述概念的机能是判断多个自然行为是一次还是多次符合犯罪构成。但是,犯罪构成符合性的判断就是以犯罪构成涵摄行为事实的过程,在这一判断中必须搞清楚犯罪构成每次涵摄了哪些行为,是一个行为还是多个行为,是涵摄了一次还是数次。若在罪数论中讨论行为符合犯罪构成的次数,则不过是把犯罪构成论中已解决的问题,重新讨论一遍。另外,在传统罪数论中,犯罪构成标准只能解释实质一罪和法定一罪,却无法解释处断一罪。<sup>[19]</sup>处断一罪似乎既属于一罪又属于数罪,这使得一罪和数罪这两个本应对立的范畴,竟然产生了交叉,导致一罪和数罪在逻辑上的混乱。<sup>[20]</sup>这还意味着,犯罪构

[11] 参见陈兴良:《刑法的知识转型》,中国人民大学出版社2012年版,第508页。

[12] 参见陆诗忠:《我国罪数论之基本问题研究》,《法律科学》2007年第2期,第100页。

[13] 同上文,第101页。

[14] 参见阮齐林:《论构建适应中国刑法特点的罪数论体系》,《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》2006年第3期,第65页。

[15] 参见前引〔2〕,吴振兴书,第80页。

[16] 前引〔3〕,张明楷文,第126页。

[17] 参见杨兴培:《论一罪的法律基础和事实基础》,《法学》2003年第1期,第50页。

[18] 陈兴良:《规范刑法学》上,中国人民大学出版社2013年版,第276页。

[19] 参见王明辉、唐煜枫:《论刑法中的一罪概念》,《政治与法律》2009年第3期,第140页。

[20] 参见张爱晓:《犯罪竞合基础理论研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第29页。

成标准的判断是做无用功，因为真正决定应否数罪并罚的是对处断一罪的判断。然而，既然“罪数论与竞合论都旨在使刑罚合理化，而不在于罪数评价或认定本身的合理化”，<sup>[21]</sup>那么，为何不抛弃犯罪构成标准，而直接将判断处断一罪的标准作为唯一的罪数标准？

最后，至今未找到判断处断一罪的共通标准。通说对处断一罪的判断，是采取类型化策略，即依照具体类型（连续犯、吸收犯、牵连犯等）分别判断。而对于判断处断一罪的共通根据和标准为何，学理上却含糊其词。有人认为，处断一罪是因为多个犯罪是出于一个意思决定或可视为出于同一意思决定，从而其有责性降低。<sup>[22]</sup>而所谓同一意思决定，只能算是支配多个犯罪的同一动机。但是，出于同一动机实施多个犯罪而应数罪并罚的情形比比皆是，如出于筹钱结婚之动机而盗窃、诈骗、抢夺的，但这显然不属于处断一罪。而且，责任（有责性）的本质是“就行为之不法而对行为人的可谴责性”。<sup>[23]</sup>本来数罪具备数个犯罪的不法，当然也具备数个犯罪的有责性，其有责性不会因为数个犯罪出于同一意思决定而降低。也有人认为，处断一罪的正当性根据是，在本来数罪的全部法定刑中，仅适用一个重罪的法定刑即可全面清算数罪的不法与责任。<sup>[24]</sup>但是，既然本来数罪符合多个犯罪构成，具备数罪的不法与责任，当然应以数罪的刑罚来清算。还有人论证了确立处断一罪的标准应考虑罪刑均衡要求和诉讼效益等要求，但具体标准为何，最终语焉不详。<sup>[25]</sup>处断一罪的判断标准在理论上争议纷纭，恰恰凸显了传统罪数论的困境：以犯罪本来的个数来理解罪数，是不可能找到合理的罪数标准的。

## 二、能否借鉴竞合论体系

一种有力观点认为，应移植德国的竞合论来取代罪数论。陈兴良认为，罪数论中真正有讨论价值的只有想象竞合、法条竞合和实质竞合等基本概念，因此可以在竞合论的框架内进行讨论。据此，首先区分一行为与数行为，在一行为中区分法条竞合和想象竞合，凡数行为者为实质竞合。<sup>[26]</sup>周光权则认为，区分一行为和数行为之后，在一行为的犯罪竞合中，区分形式竞合和实质竞合，即法条竞合和想象竞合；在数行为的犯罪竞合中，也区分形式竞合和实质竞合，前者包括共罚的事前、事后行为，后者包括同种数罪、不同种数罪。<sup>[27]</sup>这里的形式竞合和实质竞合，相当于德国竞合论中的假性竞合和真正竞合。

提倡竞合论的一个初衷是，竞合论不讨论一罪和数罪，放弃罪数论而改采竞合论，可回避最棘手的罪数标准与罪数判断问题。<sup>[28]</sup>但是，“德国学理之竞合论与日本学理之罪数论，虽名称不同，但究其内容，并无多大差别。”<sup>[29]</sup>竞合论同样以罪数区分为任务，它虽

[21] 前引〔3〕，张明楷文，第118页。

[22] 参见〔日〕西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第348页。

[23] Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, C. F. Müller, 2010, S. 155.

[24] 参见张明楷：《刑法学》上，法律出版社2016年版，第458页。

[25] 参见前引〔7〕，刘宪权文，第131页。

[26] 参见前引〔11〕，陈兴良书，第511页。

[27] 参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2016年版，第248页以下。

[28] 参见前引〔18〕，陈兴良书，第278页以下。

[29] 甘添贵：《罪数理论之研究》，中国人民大学出版社2008年版，第3页。

无一罪和数罪的提法，但有对应的概念——假性竞合和真正竞合。若行为虽表面上触犯多个法条，但在裁判程序中只能择一适用的，就是假性竞合，这相当于“一罪”；若行为触犯的多个法条可以在同一裁判程序中同时适用，即多个法条最终汇聚于判决，就是真正竞合，这相当于“数罪”。<sup>[30]</sup> 同样，竞合论体系也包括两条主线：一是区分案件属于行为单数还是行为复数；二是区分属于假性竞合还是真正竞合。<sup>[31]</sup> 在行为单数中，剔除假性竞合的情形，剩余的是单一行为的真正竞合，即想象竞合；在行为复数中，剔除假性竞合（共罚行为）的情形，剩余的就是复数行为的真正竞合，即实质竞合。<sup>[32]</sup> 可见，借鉴竞合论同样无法避免一罪（假性竞合）和数罪（真正竞合）的区分。进而言之，竞合论同样奉行“本来的思考方法”，因而无法避免传统罪数论的弊端。

首先，竞合论将行为单复数的区分视为定罪过程中的必经阶段，同样造成了庞杂的概念体系。行为单复数的计算，不仅是为了区别想象竞合和实质竞合，而且是为了判断到底是一次还是数次违反同一罪名。如果只有单数行为，就可能只一次符合同一犯罪构成，不可能成立数罪。<sup>[33]</sup> 因此，区分行为的单数与复数成为竞合论的起点。但是，在行为单数的体系中，传统罪数论中那些无用的一罪概念，几乎都可以找到原型。行为单数的种概念包括：<sup>[34]</sup>（1）自然意义的行为单数，即出于将一个行为决意实现于一个意志动作之中的情形，这相当于单纯一罪。（2）自然的行为单数，即出于同一意志而实施的多个性质相同的动作，它们在空间和时间上联系得非常紧密，以至于作为第三人的观察者认为属于一体的行为。它包括：数个指向同一法益的多个动作，如以一连串脏话侮辱他人，这相当于包括一罪；直接、接续地数次实现同一构成要件，这相当于接续犯；有步骤地以数个逐步推进的动作推进构成要件结果的实现，或一再实施构成要件（尽管失败）直到目标实现为止，这相当于徐行犯。（3）构成要件的行为单数，即构成要件将数个自然行为联结成法律上的一行为，这其实就是复行为犯、结合犯和持续犯。（4）连续行为，即出于概括故意以数个空间、时间上有联系的同种行为侵犯同种法益，这其实就是连续犯。（5）集合犯罪，即在构成要件上将职业性、习惯性或业务上的多个犯罪，设置为成立犯罪或加重处罚的情节，这其实就是集合犯。也就是说，竞合论中的行为单数，大体上相当于罪数论中实质一罪、法定一罪、连续犯等概念之集合。在我国一些学者的竞合论体系中，“一行为”概念同样包括了继续犯、连续犯、常业犯、转化犯罪等罪数论概念。<sup>[35]</sup> 可见，“在属概念即类别名称上，德国刑法竞合理论与日本罪数理论大相径庭；但在种概念方面，德国刑法竞合理论所包含的竞合形态，与日本罪数理论所包含的罪数形态基本相同。”<sup>[36]</sup>

其次，竞合论对行为单复数的判断，同样混淆了犯罪构成论和竞合论的功能。在德国

[30] 周光权也默认了这一观点，其不加区分地使用一罪和数罪、形式竞合（假性竞合）和实质竞合（真正竞合）这两组概念。参见前引〔27〕，周光权书，第248页以下。

[31] 参见林山田：《刑法通论》下，北京大学出版社2012年版，第251页。

[32] 参见前引〔23〕，Wessels等书，第337页。

[33] Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Nomos, 2008, S. 372.

[34] Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Carl Heymanns Verlag, 2004, S. 331; 上引 Kindhäuser 书，第372页以下。

[35] 例如参见前引〔27〕，周光权书，第249页以下。

[36] 方鹏：《德国刑法竞合理论与日本罪数理论之内容比较与体系解构》，《比较法研究》2011年第3期，第120页。

刑法学体系中,竞合论同样位于犯罪构成论之后。这意味着在进入竞合论之前,犯罪构成的判断已完结。然而,竞合论在行为单数的判断中,又要重新讨论行为是一次还是多次符合构成要件。而搞不清楚行为符合构成要件的次数,就是搞不清楚每次适用构成要件时到底涵摄了哪些行为事实,这就意味着犯罪构成的判断其实并未完成。

最后,竞合论同样无法调和体系内两条主线之间的矛盾,无法把一条主线中的区分标准(真假竞合的区分),贯彻到另一条主线(行为单复数的区分)之中。因而有学者认为,竞合论和罪数论的两条主线并非实质上的区别,而只是形式上的差异。<sup>[37]</sup>一方面,这表现在真正竞合中对想象竞合的处理上。在真假竞合的区分中,竞合论认为想象竞合是真正竞合,应以数罪名宣告。但在真正竞合内部,又认为它属于行为单数,只判处一罪的刑罚。换言之,就是在一条主线中将想象竞合列入数罪范畴,在另一条主线中又将其纳入一罪范畴。这使得想象竞合如同罪数论中的处断一罪,陷于类似的尴尬境地。另一方面,这表现在假性竞合中对共罚行为的界定上。尽管竞合论也承认,成立假性竞合的基础是禁止重复评价,<sup>[38]</sup>但其并没有将这一标准完全贯彻于假性竞合内部。第一,在共罚的附随行为中,认为杀人时附随毁损被害人衣服的,毁坏衣服是不罚的附随行为,只按主行为故意杀人处罚。<sup>[39]</sup>但故意杀人和毁坏财物所侵犯的法益不同,不罚后者显然不是因为重复评价。吊诡的是,学理上又认为若附随行为是重罪,主行为在刑罚上无法“消化”它时,则可例外地按实质竞合处罚。比如入户盗窃而损坏财物的,若损坏的财物价值特别贵重(如教堂的门窗),则应例外地按实质竞合处罚。<sup>[40]</sup>可见,共罚的附随行为的正当性基础其实是“微罪不举”,而与是否重复评价无关。第二,在共罚的事前行为中,认为侵占他人汽车钥匙后再将汽车偷走的,只定盗窃罪,先前的侵占罪不再处罚。<sup>[41]</sup>但是,车钥匙和汽车是两个财产法益,侵占罪和盗窃罪并不存在不法评价上的重复。第三,在杀人后侮辱尸体、毁灭证据的情形中,侮辱尸体、毁灭证据的行为被认为属于共罚的事后行为。<sup>[42]</sup>但是,故意杀人与侮辱尸体、毁灭证据所侵犯的法益显然不同,不法评价并无重合之处。

### 三、基于“机能的思考方法”的罪数论

“一罪”和“数罪”是刑法上的规范概念,要正确解释其含义,须将它们置于刑法学体系当中,追问它们具备什么样的体系机能,进而据此确定“一罪”和“数罪”的含义与界分标准,此即“机能的思考方法”。

#### (一) 罪数论的体系机能

在刑法学体系中,罪数论(竞合论)位于犯罪论的尾部,刑罚论展开之前,因而可以说“竞合论是犯罪论与刑罚论之间的缝合点”。<sup>[43]</sup>在罪数论之前,是犯罪构成论、犯罪的

[37] 参见前引[3],张明楷文,第118页。

[38] Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, 1996, S. 732.

[39] 参见上引Jescheck等书,第736页。

[40] 同上。

[41] Vgl. Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 1997, vor § 52, Rn. 119.

[42] 参见前引[27],周光权书,第384页。

[43] 前引[23],Wessels等书,第296页。

未完成形态论和共同犯罪论。如果说犯罪构成论研究的是基本的犯罪构成,犯罪的未完成形态论、共同犯罪论研究的是修正的犯罪构成,那么进入罪数论的时候,犯罪构成符合性——无论是基本构成或者修正构成——必已判断完毕。德国学者认为,竞合论的实质是同一行为人在行为多次实现或实现多个犯罪构成的前提下,对被触犯的法条的适用问题。<sup>[44]</sup>我国台湾学者也认为,竞合论(罪数论)的问题就是行为人的行为在犯罪构成要件的检讨上可以构成数个犯罪时,刑法上要如何处理的问题。<sup>[45]</sup>可见,进入罪数论的前提是行为已经实现了完备的犯罪构成。但有论者认为,“罪数判断的实质是检视行为事实与犯罪构成是否相符合的过程。”<sup>[46]</sup>然而,如果连行为与犯罪构成是否符合都还要检视,案件就必须在犯罪构成论中继续讨论,而不能进入罪数论。总之,罪数论要解决的并不是犯罪构成是否符合的问题,而是在符合犯罪构成的前提下,就紧接而来的刑罚论确定方向。

若行为只符合一个犯罪构成,直接依该罪的法定刑量刑即可,而没有必要讨论罪数问题;只有行为符合多个犯罪构成,存在应否对其并罚的考虑时,才需要讨论罪数问题。因为触犯多个罪名者原则上应按刑法第69条并罚。但有时行为虽有数罪之名,却无数罪实质的不法,并罚会不当加重行为人的责任。比如,诈骗他人财物后又将其毁坏的,虽符合诈骗罪和故意毁坏财物罪的犯罪构成,但被害人总共只损失一件财物,若两罪并罚,是不公正的。因此需要讨论,行为触犯多个罪名时,哪些情况下不应并罚。换言之,我们需要在进入数罪并罚论之前,设置一个承担过滤机能的理论(或者制度),把那些虽触犯数罪名但不宜并罚的情形过滤出来,而这就是罪数论。

那么,为何有时行为触犯数罪名,对其并罚却会造成不公?回答这一问题需要与禁止重复评价原则相联系。法条对行为之适用,是通过定罪及相应的刑罚评价行为的过程。多个法条被触犯后却只能择一法条适用,原因只能是诸法条对行为的评价存在重复,导致过量的刑罚。那么,诸法条对行为重复评价是指哪方面的重复评价?就此主要存在两种学说:其一是不法内涵说,认为行为虽同时符合多个构成要件,但只要构成要件的不法评价存在重复,便是重复评价。<sup>[47]</sup>其二是不法与责任内涵说,认为行为虽触犯多个法条,但如果行为的不法内容和责任内容能够根据可供考虑的法条之一被详尽确定,这多个法条便对行为存在重复评价。<sup>[48]</sup>我国学者多支持后者,因为犯罪的内涵不仅是法益侵害,还有责任非难,在重复评价的考察中只考察前者会导致片面性。<sup>[49]</sup>本文认为两种学说并无本质区别,但不法内涵说更妥当。罪数论的前提是行为符合不同的犯罪构成,而犯罪构成是违法与责任的统一体。“责任是一个关系概念,它与不法相关联——行为人对其实实施的不法行为负有责任。”<sup>[50]</sup>若多个法条对行为的不法存在重复评价,则必有重复的责任评价;反之亦然。因而在考察多

[44] 参见前引[33], Kindhäuser书,第369页。

[45] 参见黄荣坚:《基础刑法学》下,中国人民大学出版社2009年版,第564页;王皇玉:《刑法总则》,台湾新学林出版社2016年版,第529页。

[46] 叶良芳:《罪数论的体系性反思与建构》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2007年第4期,第72页。

[47] Vgl. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil (2), C. F. Müller, 2014, S. 659.

[48] 参见前引[38], Jescheck等书,第732页。

[49] 参见赵炳贵:《刑法竞合问题研究》,中国检察出版社2013年版,第130页;王明辉、唐煜枫:《论刑法中重复评价的本质及其禁止》,《当代法学》2007年第3期,第15页。

[50] Puppe, Der Aufbau des Verbrechens, Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Bücher Carl Heymanns Verlag, 2007, S. 389.

个法条对行为的评价是否重复时，没有必要同时考察不法与责任评价，只需考察不法评价即可。

综上，在刑法学体系中，罪数论承担的是并罚前的过滤机能：把虽触犯数罪名但存在不法评价重复的情形过滤出来，避免对其并罚。在罪数论的机能中，除了考虑禁止重复评价原则，是否还应考虑全面评价原则？从刑法学体系来观察，行为触犯多个罪名时，便需要进入罪数论进行甄别和分流：若诸罪名的不法评价无重叠，便应进入数罪并罚论，讨论如何在定罪和处罚上实现对行为的全面评价；若诸罪名的不法评价有重叠，则需作为一罪在罪数论中讨论如何择一定罪以避免对行为的重复评价。我国台湾有学者主张全面评价原则（又称“穷尽判断原则”）是罪数论的基本原则，<sup>[51]</sup>但必须注意的是，我国台湾的罪数论是广义罪数论，包括了数罪并罚论。另一方面，在罪数论内部，尽管某些一罪类型在选择罪名适用时须确定能够全面评价行为不法的法条，但这只是罪数论中的局部规则。另外，在其他一罪类型中，有时任一法条都无法全面评价，有时虽存在全面评价的法条，最终适用的却是重法条。可见，罪数论中真正一以贯之的原则，只有禁止重复评价。

### （二）进入罪数论的前提

“机能的思考方法”意味着，罪数判断并非定罪的必然阶段。进入罪数论的前提是行为触犯不同罪名，若行为自始只触犯一罪名，不存在数罪名重复评价的可能，自然无需讨论罪数问题。因此，传统罪数论中很多一罪概念，应清理出罪数论，在犯罪构成论中研究。这包括：（1）仅具有犯罪构成特殊性之一罪概念，比如继续犯、复行为犯、结合犯、集合犯、结果加重犯、转化犯等。由于刑法已明确规定对这些情形的处罚，故无应否数罪并罚之疑问，不应再纳入罪数论。（2）只一次符合犯罪构成的罪数概念。首先是单纯一罪，由于是一行为一次触犯一罪名，故不可能有数罪名的重复评价。其次是接续犯和徐行犯，<sup>[52]</sup>二者都自始仅一次符合同一犯罪构成，并无重复评价的疑问，故无讨论罪数的必要。（3）多次符合同一犯罪构成，自始仅触犯同一罪名的情形，即所谓连续犯和同种数罪。这两种情形都是多次犯同种罪，根据多次犯罪不法与责任的叠加，依相应犯罪的法定刑幅度或档次对之从重或加重处罚即可，并无重复评价的疑问，自然无需纳入罪数论。

### （三）机能的罪数标准

罪数论承担的是并罚前的过滤机能，以确保数罪名对行为有重复评价之情形不会被并罚。从这一机能出发，判断罪数的标准就是诸罪名不法评价的重复性。若诸罪名对行为的不法评价存在重复，为一罪，不可并罚；若诸罪名对行为的不法评价并无重复，为数罪，必须并罚。如此，一罪和数罪的概念，便和应否数罪并罚的法律效果直接且必然地关联起来。

为何不依通说，以犯罪构成个数为罪数标准？这是因为：其一，罪数论的前提是，同一主体的行为符合复数的犯罪构成。若以犯罪构成个数为罪数标准，就只能得出“罪数论处理的所有情形都是数罪”的结论，这样一来罪数论就没有了实质意义。其二，犯罪构成的机能在于判断行为是否构成犯罪，但罪数论的实质是是否存在多个犯罪构成对行为的重复评价，而这是犯罪构成本身无法回答的。其三，有学者提出应以构成要件评价行为的次

[51] 参见前引〔29〕，甘添贵书，第165页。

[52] 参见顾肖荣：《刑法中的一罪与数罪问题》，学林出版社1986年版，第50页；前引〔2〕，吴振兴书，第150页。

数为罪数标准。<sup>[53]</sup> 这等于承认，行为符合的构成要件个数不能等同于罪数，有时多个构成要件不能同时评价行为。但如果追问为什么不能同时评价，就又回到了本文的思路——因为存在多个构成要件对行为的重复评价。与其这样，不如直接承认犯罪构成个数和罪数并无必然关系，罪数判断的关键是不法评价的重复性。

那么，判断不法评价重复性的基准是什么？不法的本质是违反规范地侵害法益，故判断不法评价重复性的标准自然是法益。“刑法之规范目的，即重在法益之保护，犯罪乃系对于法益加以侵害或危险之行为……因此，应以法益侵害性作为重复评价之基础。”<sup>[54]</sup> 尽管规范违反也是违法的本质要素，但规范评价的重复终究是规范欲保护的价值观之重合，亦即法益的重合。因此，若多个犯罪构成评价的是对相同法益的侵害，则可以认为此多个犯罪构成对行为的不法评价有重复。

简言之，机能的罪数标准就是法益侵害的重合性。若诸罪名评价的法益侵害存在重合，为一罪；若诸罪名评价的法益侵害不存在重合，为数罪。法益侵害的重合性包括两方面：一是法益的重合性，即各罪名保护的具体法益重合；二是侵害进程的同一性，即各罪名评价的是对同一法益的同一侵害。关于侵害进程同一性的判断，在下文第五部分讨论，这里着重讨论对法益重合性的判断。

罪数的判断并非以法益个数为标准。有人认为，既然犯罪的本质是侵害法益，因而罪数判断中起决定作用的就是结果（法益侵害）的个数，“侵害一个法益成立一罪，侵害数个法益成立数罪”。<sup>[55]</sup> 但是，这并不准确。尽管行为侵害多个法益，但各罪名的保护法益若存在重合，则仍只成立一罪。如以伪造的票据作为担保与他人签订合同骗取其财物的，构成票据诈骗罪和合同诈骗罪。前者的保护法益是财产和票据流通秩序，后者的保护法益是财产和合同管理秩序，由于两个罪名的保护法益在财产这一法益上是重合的，故只成立一罪。法益的重合性只要求各罪名的保护法益部分重合，而不要求完全相同。如上例，尽管票据诈骗罪和合同诈骗罪的保护法益并不完全相同，但只要二者有部分保护法益是重合的，二者对行为的不法评价就存在重复，就只能择一罪适用。

值得讨论的是，若一罪保护的是集体法益（超个人法益），另一罪保护的是个人法益，二者的法益能否重合。有学者认为，集体法益和个人法益往往被规定在刑法分则的不同章节，故二者之间并无重合。据此，过失致人死亡罪和交通肇事罪的保护法益分别是人的生命和公共安全，故两罪名之间是想象竞合关系。<sup>[56]</sup> 持类似见解的学者也认为，虽然保护社会（集体）法益以保护个人法益为最终目的，但不能说个人法益就等同于或者包括了社会（集体）法益或者国家法益。因此，医疗事故中致人死亡的，由于医疗事故罪的保护法益是公众的生命、身体安全和国家的卫生管理秩序，故该行为只成立医疗事故罪和过失致人死亡罪的想象竞合。<sup>[57]</sup>

但是，本文认为，只要集体法益可以还原为个人法益，二者之间就具有重合性。“超个

[53] 参见前引〔1〕，山口厚书，第367页。

[54] 前引〔29〕，甘添贵书，第7页。

[55] 前引〔5〕，黎宏书，第312页。

[56] 参见张明楷：《法条竞合与想象竞合的区分》，《法学研究》2016年第1期，第135页。

[57] 参见吕英杰：《刑法法条竞合理论的比较研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第23卷，北京大学出版社2008年版，第483页。

人法益乃是多数个人法益的集合,可最终还原为个人法益。”“这种还原关系为不属于同类法益的个人法益和超个人法益之间存在‘法益同一性’提供了可能。”〔58〕比如,放火罪的保护法益虽名为公共安全,但放火行为可伤害者不外乎人的生命、健康和财产等。〔59〕另外,刑法分则将不同罪名列入不同章节,有时是为了突出不同法益的不同特点,而不代表它们之间完全没有重合的可能。如保险诈骗罪和诈骗罪,虽然二者分属刑法分则第3章和第5章,但二者在保护财产法益上是重合的。

若两罪名评价的是对同一法益的不同侵害程度,此时是否存在法益同一性?有学者认为,各罪名保护同种但程度不同的法益时,各法益之间并不重合。如暴力干涉婚姻自由罪与故意伤害罪,二者虽然都侵犯他人的人身法益,但前者保护的是较低度的人身法益,倘若以故意伤害(造成轻伤甚至重伤结果)的方式干涉他人婚姻自由,应成立两罪的想象竞合,因为两罪保护的是不同的法益。〔60〕然而,重度法益侵害由同质的轻度法益侵害累积而成,法条对重度法益侵害的评价,当然包括了对同质的轻度法益侵害的评价。如在人体伤害中,根据2013年《人体损伤程度鉴定标准》的规定,牙齿脱落2枚以上构成轻伤二级,脱落7枚以上构成重伤。显然,没有2枚牙齿脱落,就不可能有7枚以上牙齿脱落的重伤结果,重伤的质变往往由轻伤的量变累积而成。因此,同质的重度法益侵害和轻度法益侵害之间当然是重合的。

有些罪名规定了概括情节(如“情节严重”、“造成严重后果”等),当概括情节涵盖了实施本罪时常见的侵害同类法益的附随他罪时,本罪与附随的他罪是否存在不法评价上的重复?回答是肯定的。这里以受贿后并发渎职犯罪为例加以分析。该例中,是从一重罪处罚,还是数罪并罚,一直存在争议。〔61〕根据2016年“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第17条的规定,“国家工作人员利用职务上的便利,收受他人财物,为他人谋取利益,同时构成受贿罪和……渎职犯罪的,除刑法另有规定外,以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。”这里的“刑法另有规定”,是指刑法第399条第4款的规定,即司法工作人员收受贿赂,有徇私枉法等行为的,同时又构成受贿罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。显然,司法解释遵循了当前学理的主流意见,即受贿罪的法益是职务行为的不可收买性,受贿者为他人谋取利益而触犯其他罪名的,侵犯新的法益,只有数罪并罚才能实现罪刑等价。〔62〕然而,上述司法解释忽视了受贿罪的概括情节。根据刑法第383条,受贿罪定罪量刑的根据除了受贿数额,还有“其他较重情节”、“其他严重情节”、“其他特别严重情节”等概括情节,与受贿罪并发的渎职犯罪,可纳入该概括情节进行评价。上述司法解释也认为,受贿罪的概括情节包括“为他人谋取不正当利益,致使公共财产、国家和人民利益遭受损失”的情形,这当然包括受贿后渎职犯罪造成的损失。而渎职犯罪侵害的法益是职务行为的公正性或者廉洁性,其与受贿罪的保护法益属同类法益,二者存

〔58〕 王彦强:《犯罪竞合中的法益同一性判断》,《法学家》2016年第2期,第66页。

〔59〕 参见周漾沂:《从实质法概念重新定义法益》,台湾《台大法律论丛》2012年第3期,第1039页。

〔60〕 参见前引〔58〕,王彦强文,第72页。

〔61〕 参见冯亚东:《受贿罪与渎职罪竞合问题》,《法学研究》2000年第1期;陈兴良:《渎职犯罪中的罪数问题研究》,《检察日报》2009年5月4日第3版;王作富:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社2007年版,第124页;张明楷:《论受贿罪中的“为他人谋取利益”》,《政法论坛》2004年第5期,第154页。

〔62〕 参见上引张明楷文,第154页。

在重合，故只能择一重罪处罚。

综上，可描述出“机能的思考方法”下罪数论的体系脉络：同一主体的行为符合不同犯罪构成的，才能进入罪数论的问题域；上述情形经罪数标准甄别，分为一罪和数罪两大基本类型，罪数标准是罪数论唯一的体系轴线；凡为一罪须择一罪处罚，凡为数罪须并罚。

#### 四、同一自然行为的罪数区分

##### （一）法条竞合和想象竞合的区分

只要不同罪名评价的自然行为完全或部分相同，便可认为是同一自然行为触犯数罪名。这可能是法条竞合，也可能是想象竞合，因而需讨论二者的区分。

在“本来的思考方法”下，二者的界限是不清楚的。通说认为二者的区别在于，法条竞合是法条关系，而想象竞合是事实关系。“法规竞合是由于法规的错综规定即法律条文内容存在着包容或交叉关系，以致一个犯罪行为触犯数个刑法规范；想象竞合是由于犯罪的事实特征，即出于数个罪过、产生数个结果，以致一行为触犯数罪名”。〔63〕法条竞合“是可以脱离具体行为而进行分析的，这是一种法条现象与法条形态。但想象竞合是一行为触犯数罪名，而这些罪名之间不存在逻辑上的从属或者交叉关系。”〔64〕也就是说，法条竞合的法条之间存在逻辑关系，不需借助具体案件事实的联结，而想象竞合的法条之间缺乏逻辑关系，须依赖案件事实而发生关系。〔65〕

然而，通说的上述观点难以成立。既然上述论者认为“法条竞合是一行为而符合数个法条规定的犯罪构成要件”，〔66〕那就意味着须借助“一行为”才能成立法条竞合，这恰恰是以案件事实为中介。有学者认为，“想象竞合成立与否，完全取决于具体案件事实能否‘激活’沉睡的法条之间的关系，与法条本身的关系无关。”〔67〕但是，如果想象竞合的各法条之间本身就没有关系，又如何激活“沉睡”的法条之间的关系？其实，“在确定法条关系时，实际上我们已经预设了一个假想案例：诈骗罪与招摇撞骗罪是交叉关系，是因为有行为人冒充国家机关工作人员骗取公私财物。”〔68〕可见，法条竞合和想象竞合都既是法条关系，又是事实关系。

另有观点认为，区分法条竞合与想象竞合，不仅应考察法益的同一性，还须考察不法的包容性。因为前者只解决不法性质的评价问题，后者才能解决不法程度的评价问题。不法程度之评价以法定刑的轻重为标准，法定刑越重，不法程度评价越重。即使甲法条的法益包括了乙法条的法益，但如果乙法条的法定刑重于甲法条，说明两个法条都不足以全面评价行为的不法，此时应构成想象竞合。如行为人保险诈骗 2000 万元，尽管保险诈骗罪对法益的评价更全面，但其法定最高刑仅为有期徒刑，而认定为诈骗罪可判处无期徒刑，后

〔63〕 前引〔8〕，高铭喧等主编书，第 187 页。

〔64〕 陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 708 页。

〔65〕 参见前引〔56〕，张明楷文，第 130 页。

〔66〕 前引〔64〕，陈兴良书，第 708 页。

〔67〕 陈洪兵：《竞合处断原则探究》，《中外法学》2016 年第 3 期，第 834 页。

〔68〕 王强：《法条竞合特别关系及其处理》，《法学研究》2012 年第 1 期，第 148 页。

者对不法程度的评价更全面,因而此情形属于想象竞合,应择一罪按诈骗罪处罚。<sup>[69]</sup>但是,既然认为侵犯法益是违法性的实质,<sup>[70]</sup>那么,对违法性质和程度的考察就只能围绕法益侵犯本身,而非看哪个罪名的刑罚重。比如,侵犯财产法益的违法程度往往通过财产损失数额来表现,而和法定刑轻重没有必然关系,这是因为法定刑的设置除了考虑犯罪的不法性质及程度,还要考虑预防的必要性,而预防的必要性和不法的性质及程度并无必然关系。而且,刑法第266条规定,“本法另有规定的,依照规定”。其意思很明确,行为人构成诈骗罪同时符合特别诈骗罪的犯罪构成时,应以特别诈骗罪定罪处罚。上述观点显然与该条的立法精神相矛盾。然而,主张上述观点的论者似乎认为,由于我国的立法和司法解释考虑不周,导致大量出现“特别法惟轻”的现象;若严格适用特别法,会导致罪刑不适应;只有扩张想象竞合概念,扩大重法的适用范围,才能实现罪刑公正。<sup>[71]</sup>这种看法其实源于一种误解:特别法保护的法益种类多于一般法,因而其法定刑应高于一般法。<sup>[72]</sup>然而,“法定刑设定,法益是主要根据,但非唯一根据。”<sup>[73]</sup>法定刑的设置也必须考虑刑罚上的预防需求,而一旦考虑预防需求,法定刑的设置就可能因预防需求的增大或者减小而进行相应调整。比如,尽管两个罪名的保护法益相同,但可能由于此罪名的预防需求没有彼罪名大,最终此罪名的法定刑更轻。同理,即使犯罪数额相同,如果在该数额区间内一般法的预防需求较特别法更大,就会出现一般法的处罚重,而特别法的处罚轻。而且犯罪的法定刑设置总是和该类犯罪常态下的典型特征相关,而非考虑特殊情形下的个别案件。<sup>[74]</sup>将有限的刑罚资源以理论上无限可分的犯罪数额为标准进行分配,不可能平均分配,而应集中分配给该类犯罪常态下集中出现的数额区间。如诈骗罪和集资诈骗罪,对前者而言,诈骗几千元、几万元是常态,但对后者而言,超过1亿元都不罕见。故诈骗罪的刑罚资源主要分配给低端数额区间,而集资诈骗罪的刑罚资源主要留给高端数额区间。这导致在犯罪数额的低端区间,集资诈骗罪的法定刑比诈骗罪轻。可见,“特别法惟轻”是立法和司法基于预防需要而理性分配刑罚资源的结果,故无需扩张想象竞合概念来弥补所谓“漏洞”。

其实,学理上无法清楚区分法条竞合和想象竞合,其原因仍在于罪数论中“本来的思考方法”。既然罪数是犯罪的个数,而法条竞合和想象竞合都是一行为,都属于实质一罪,二者之间的界限自然模糊。从机能的罪数论来看,应根据这两个概念的机能来确定二者之间的界限。法条竞合概念的机能是禁止重复评价,故只能择一罪评价。想象竞合概念则具有释明功能,所有法条都应参与评价,以揭示行为全部的不法与责任。<sup>[75]</sup>可见,二者的界限在于数罪名对法益侵害的评价是否重复。若是,则为法条竞合,属于一罪;若否,则为想象竞合,属于数罪。据此,若数罪名的法益仅存在部分重合,即使任一罪名不足以全面评价,则仍为法条竞合;即使一般法较特别法的处罚更重,只要两法条的法益存在重合,便为法条竞合,而不构成想象竞合。

[69] 参见前引〔56〕,张明楷文,139页以下。

[70] 参见前引〔24〕,张明楷书,第109页。

[71] 参见前引〔56〕,张明楷文,第146页。

[72] 参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第342页。

[73] 前引〔68〕,王强文,第156页。

[74] 参见梁根林:《合理地组织对犯罪的反应》,北京大学出版社2008年版,第257页。

[75] 参见前引〔38〕,Jescheck等书,第718页,第732页。

## （二）想象竞合的罪数与处罚

近年有学者主张，既然法条竞合和想象竞合都是择一罪处罚，就无需纠缠于二者的区分，采用“大竞合”概念即可。<sup>[76]</sup>然而，按照机能的罪数标准，想象竞合属于数罪，应并罚，和法条竞合不可混同。但通说认为，想象竞合只有单一行为，是实质一罪，只能处一罪的刑罚。<sup>[77]</sup>也有观点认为，想象竞合虽是本来数罪，但只有一行为，导致量刑情节高度重合，因而属于处断一罪。<sup>[78]</sup>可见，对想象竞合以一罪处断的最终根据，仍在于它只有“一行为”。

然而，上述学说混淆了自然意义和刑法意义的“一行为”概念。从自然意义和刑法意义来谈论行为，对行为数会有不同判断。讨论想象竞合的行为数，当然应从刑法规范的视角来把握。“通说对想象竞合定罪时，用行为个数取代了犯罪构成，这是一种放弃规范对事实的评价，转而用事实来‘评价’事实的不当做法。”<sup>[79]</sup>其实，学说上对想象竞合行为数的讨论，除了单数说，还有支持者甚众的复数说。如宾丁认为，对同一事实的评价可以存在不同的视角和观点，当然存在对单一对象的复数认定关系；想象竞合只有一个行为，但具有复数的规范评价意义，因而是犯罪复数。<sup>[80]</sup>雅科布斯也认为，行为单数与犯罪复数本来就有兼容共存的可能；想象竞合的行为单数并非构成要件意义上的单数，因而可以实现复数的犯罪。<sup>[81]</sup>

应当说，复数说是正确的。想象竞合虽然只有单一的自然意义行为，但具备复数的刑法意义行为，即从不同的犯罪构成来审视行为，能够得到完全不同的描述和评价，因而在规范意义上是复数行为。法条竞合的诸罪名在法益上存在重合，在描述和评价上不可能完全不同，故不具有复数的刑法意义行为。但想象竞合的诸罪名在不法和责任上各自独立，从不同罪名来审视行为，会有完全不同的描述和评价，因而具备复数的刑法意义行为。可能有人反驳，即便自然意义和刑法意义的行为不尽一致，但自然意义行为起码是刑法意义行为的基本单位，若自然意义上仅有单一行为，刑法意义上就不可能有复数行为。然而，对行为的自然意义评价和刑法意义评价，并非递进关系，而是平行的两个视角，不存在谁以谁为基本单位的问题。雅科布斯甚至认为，因为犯罪是行为的规范表达，只有从“规范上的应当”出发才能正确把握行为的规范意义，自然意义上的要素有时甚至是没有价值的。<sup>[82]</sup>因此，自然意义上为“一”的行为，当然可作为刑法意义上的“多”来理解。也只有承认这一点，才能准确、全面地描述想象竞合案件。比如盗窃财物时将保险箱毁损的。若认为只有单一的刑法意义行为，那么，该单一行为是指盗窃还是故意毁坏财物？这是无法回答的。在财产犯罪中，盗窃罪和故意毁坏财物罪是相互排斥的概念，前者须具有非法占有目

[76] 参见陈洪兵：《不必严格区分法条竞合与想象竞合——大竞合论之提倡》，《清华法学》2012年第6期，第38页以下。

[77] 参见前引〔2〕，吴振兴书，第60页。

[78] 参见前引〔24〕，张明楷书，第490页；丁慧敏：《想象竞合的功能及其存在根据》，《现代法学》2013年第3期，第137页。

[79] 上引丁慧敏文，第132页。

[80] Vgl. Binding, Handbuch des Strafrechts, Band I, 1885, S. 570.

[81] Vgl. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin/New York, 1991, S. 892.

[82] Vgl. Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, Klostermann, 2012, S. 20 ff.

的,后者则无,二者无法统一在单一行为中。相反,只有承认单一的自然意义行为蕴含了两个刑法意义行为,才能圆融而完整地描述该案件。

或许有人认为,行为单数、复数的争论是没有意义的,因为复数论者最终都同意对想象竞合以一罪处罚。但这忽略了一个立法背景,即德国、日本的刑法和我国台湾的“刑法”都明文规定对想象竞合处一罪的主刑,学说上的争议自然须服从立法。相反,我国刑法对想象竞合的处罚没有一般性规定,学理研讨可以不受立法制约。事实上,德国刑法理论对德国刑法关于想象竞合择一重罪处罚的规定,有猛烈的批评。如罗克辛认为,区分想象竞合和实质竞合是非常困难的,而且这种区别的实践意义微不足道。如投一块石头同时砸坏玻璃和砸伤人(想象竞合),与投两块石头先砸坏玻璃后砸伤人(实质竞合),没有实质区别,不应有处罚上的差异,只是立法规定要区分想象竞合和实质竞合罢了。<sup>[83]</sup>施特拉腾韦特等人认为,对想象竞合判一罪刑罚的规定,模糊了想象竞合和法条竞合在法律后果上的区别,使二者的区分显得没有意义。<sup>[84]</sup>黄荣坚也认为,想象竞合虽是一行为,但制造的是多数法益侵害,本应接受多重评价,现行“立法”是值得检讨的。<sup>[85]</sup>

尽管我国刑法总则对想象竞合并无规定,但在分则中已表现出对想象竞合按数罪并罚处理的倾向。如刑法第204条第2款规定,纳税人缴纳税款后,采取假报出口或其他欺骗手段,骗取所缴纳的税款的,对骗取税款未超过所缴纳的税款部分,以逃税罪处罚;对骗取税款超过所缴纳的税款部分,依骗取出口退税罪处罚。这其实就是对同一骗取税款行为以逃税罪和骗取出口退税罪并罚。再比如2006年《最高人民法院关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第5条规定:“对在走私的普通货物、物品或者废物中藏匿刑法第151条、第152条、第347条、第350条规定的货物、物品,构成犯罪的,以实际走私的货物、物品定罪处罚;构成数罪的,实行数罪并罚。”据此,一次走私行为同时触犯走私普通货物罪、走私假币罪、走私淫秽物品罪、走私毒品罪等罪名的,应当数罪并罚。

总之,既然想象竞合具有复数的刑法意义行为,具备复数犯罪的不法与责任,我国刑法对其处罚原则又无一般性规定,对其进行数罪并罚,在理论上就是可行的。

## 五、相异自然行为的罪数区分

若不同罪名评价的是相异的自然行为,也有可能是一罪。对此,传统罪数论通过牵连犯、吸收犯等概念来界定一罪类型。过去认为,只要行为之间存在手段与目的或目的与结果的关系,即可成立牵连犯。<sup>[86]</sup>但这种界定导致废除牵连犯概念的呼声高涨,因为根据上述定义,牵连犯在形式和实质上均为数罪,对之进行并罚符合罪刑相适应原则与刑罚目的,也是立法和理论的主流方向。<sup>[87]</sup>然而,对牵连犯悉数并罚也非妥当方案,如盗得财物后又将其毁坏的,或制造毒品后又持有的,更宜以一罪处罚。于是,通说修正了对牵连犯的界

[83] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck, 2003, S. 799.

[84] 参见前引[34], Stratenwerth等书,第339页。

[85] 参见前引[45],黄荣坚书,第609页。

[86] 参见前引[2],吴振兴书,第281页。

[87] 参见储槐植、孟庆华:《论有牵连关系的两罪也应实行并罚》,《中外法学》1990年第5期,第18页以下;黄京平:《牵连犯处断原则辨析》,《中国人民大学学报》1993年第3期,第40页以下。

定，转而向吸收犯的定义方法靠拢，即试图透过行为关系的类型性特征来界定牵连犯。而类型性特征是指，多个行为在经验上具有通常的，甚至高盖然性的伴随发生关系。

现在的通说认为，牵连关系要求先行行为是目的行为的通常手段，或后行为是原因行为的通常结果。<sup>[88]</sup>如非法侵入住宅杀人的，前者是后者的通常手段，成立牵连犯；但盗窃枪支后杀人的，前者不是后者的通常手段，不成立牵连犯。<sup>[89]</sup>另一方面，吸收犯对行为间的伴随概率要求更高，要求前罪为后罪的当然阶段，如通过伪造印章而伪造有价证券；或后罪为前罪的当然发展结果，如盗窃枪支后又非法持有。<sup>[90]</sup>以类型性来界定一罪的理由在于：若两个犯罪行为在经验上具有伴随发生的通常性，说明立法者基于刑事政策的考虑，在设定一罪的刑罚时就已预想到另一犯罪的发生，因而仅处一罪之刑罚足矣。<sup>[91]</sup>但是，这一观点缺乏根据。其一，若刑法规定此罪时考虑了通常伴随的他罪，则应在此罪的构成要件中明示，如刑法第264条规定了“入户”盗窃。若没有明示，说明对伴随的他罪没有考虑。其二，若认为刑法在此罪的刑罚中考虑了他罪，则在实施此罪而未触犯他罪时，如杀人但没有非法侵入住宅的，就应从轻处罚，但这显然难以成立。其三，立法反而将一些通常伴随在一起的犯罪规定为数罪并罚，如收买被拐卖的妇女后通常伴随对其的拘禁、伤害、强奸，但刑法第241条第4款规定，对上述情形进行数罪并罚。

近年有不少学者提倡，以德国竞合论中的共罚行为概念取代或补充牵连犯、吸收犯概念。<sup>[92]</sup>如游伟等人认为，共罚的前行为是指在统一的犯意支配下，实施了前后两个不同阶段的行为，前阶段的行为可藉由对后阶段行为的处罚而不再予以论罪；共罚的后行为是指在统一的犯意支配下，实施一个行为后，在原法益范围内又实施了另一个对主行为所造成的不法状态加以利用与保持的行为，并且其不法内涵亦被包括在主行为的处罚范围之内。<sup>[93]</sup>张明楷则认为，除上述二者以外还存在共罚的附随行为（附随犯），即主行为在侵害主法益的过程中同时侵害了次要法益，但是对侵害次要法益的附随行为不独立处罚，仅在主行为的法定刑内一并考虑。如开枪杀人的同时致被害人身穿的西服毁损，毁坏行为作为附随行为不单独处罚。<sup>[94]</sup>共罚行为理论的特点是：行为间具备特定主从关系即成立一罪，并以主行为的罪名处罚，而无需衡量主从罪名的刑罚轻重。但是，根据行为的主从关系来界定一罪的思路并不合理。

其一，这会导致处罚不公。共罚的前行为的预设是，前行为的刑罚更轻，可通过处罚后行为而包括地处罚前行为。但在我国刑法中，前行为的刑罚可能更重。比如，未经著作权人许可复制其作品又销售的，侵犯著作权行为是销售侵权复制品行为的前阶段，应属共罚的前行为，但其最高法定刑是7年有期徒刑，而后者为3年有期徒刑；若以后行为来包括地处罚，是不公正的。同理，若依据共罚的后行为进行处罚，有时也会造成处罚失衡。如

[88] 参见前引〔8〕，高铭喧等主编书，第195页。

[89] 参见前引〔24〕，张明楷书，第490页。

[90] 参见前引〔8〕，高铭喧等主编书，第196页以下。

[91] 参见李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第200页。

[92] 参见游伟、谢锡美：《论不可罚的前后行为》，《华东政法学院学报》2002年第2期，第15页；前引〔27〕，周光权书，第384页；前引〔5〕，黎宏书，第329页；前引〔24〕，张明楷书，第480页。

[93] 参见游伟、谢锡美：《双重评价禁止与充分评价原则剖析》，《法律适用》2007年第11期，第52页。

[94] 参见前引〔24〕，张明楷书，第480页。

侵占他人财物后又毁坏的，毁坏行为属于共罚的后行为，但侵占罪的最高法定刑是5年有期徒刑，而故意毁坏财物罪是7年有期徒刑；若以侵占罪来包括地处罚，也是不公正的。

其二，共罚的前行为和共罚的后行为理论是矛盾的。若前行为是后行为的前阶段，则后行为往往是对前行为结果的保持和利用。因而对同一情形，在共罚的前行为理论看来是前行为不罚，但在共罚的后行为理论看来反而是后行为不罚。如盗窃他人印鉴齐全的支票再到银行兑现的，盗窃行为是票据诈骗的前阶段，根据共罚的前行为理论，似乎盗窃是不罚的从行为；但由于票据诈骗是对盗窃结果的利用，根据共罚的后行为理论，似乎票据诈骗是不罚的从行为。

其三，共罚行为以诸行为出于同一目的为预想，未能考虑过失犯的问题，如交通肇事致人重伤后因草率的抢救行为致被害人死亡；也未考虑犯意转化的问题，即实施轻行为后产生犯意实施重行为之情形，如故意伤害他人后又起意将其杀害。

在机能的罪数标准看来，共罚行为之所以能够“共罚”，重要的不是行为之间的主从关系，而是前后行为分别触犯的罪名在不法评价上存在重复，即共罚行为的理论基础是禁止对相同不法内涵的重复评价。<sup>[95]</sup>而黎宏更加强调共罚行为成立的前提是，数行为侵犯同一法益。<sup>[96]</sup>因此，相异自然行为触犯数罪名而为一罪的条件是，各罪名的不法评价存在重复，即评价的是对重合法益的同一侵害。

难点在于，应如何判断相异自然行为属于对法益的“同一”侵害。黄荣坚主张以规范上的“同一行为”来判断，若有两个行为，即使侵犯同一法益，仍为数罪。行为的单一性应以行为决意来界定，因为刑法作为行为规范，就是要禁止人作出违法的决定。刑法对于人类每一次的意志发动与控制，就有一次的期待；相对的，刑法对于行为人次数的违法决定自然应有多数的评价。因而一个行为决意所支配的身体现象是一行为，另行起意所生的身体现象则是另一个行为。<sup>[97]</sup>但是，这种观点未必妥当。其一，以“同一行为决意”来界定“同一行为”，是循环定义。其二，刑法上有些行为是没有决意的，如忘却犯（疏忽大意的不作为犯）。其三，有时多个行为虽出于多个决意，却仍属于对同一法益的同一侵害。如交通肇事后又杀害伤者的，虽然前后行为出于两个决意，但仅导致一人死亡，以两个罪名来评价并不妥当。

本文认为，将相异自然行为捏合于侵害法益的同一进程，是一种违法性评价。能够形成这种评价，须存在特定的枢纽能将多个行为的违法性联结为一体。违法的本质是违反规范地侵害法益，因而这一联结枢纽也应从规范和法益两方面寻找。

其一，基于犯罪计划支配关系的同一进程。规范要禁止侵犯法益的行为，首先要遏制实施违反规范行为的主观意思。这个主观意思不宜理解为行为决意，而应理解为将前后行为有机联结的犯罪计划。行为人每产生一次犯罪计划，便导致规范对其守法期待的一次落空。这种规范期待的同一性，使得该计划下的复数行为具有违法评价的一体性。若诸犯罪行为均出于侵害同一法益之统一计划，则应评价为侵害该法益之同一进程。如行为人为杀死仇人，先投毒致其双目失明，继而将其杀死的，由于故意伤害和故意杀人的行为均出于

[95] 参见前引〔92〕，游伟等文，第51页。

[96] 参见前引〔5〕，黎宏书，第329页。

[97] 参见前引〔45〕，黄荣坚书，第580页。

同一犯罪计划，且侵害的都是被害人的人身安全，因而只成立一罪。相反，若行为人将被害人打伤，回家后害怕对方报复，于是第二天到被害人家中将其灭口的，由于两个行为并非出于同一犯罪计划，故应成立两罪。

其二，基于法益状态紧密关系的同一进程。即使多个行为非出于统一的犯罪计划，但如果它们对法益造成的侵害状态具有紧密的邻接关系，后行为是在前行为基础上的推进，则可视为具有不法评价的一体性。这一方面是指，前后行为处于侵害法益水平状态的同一进程。亦即，前行为使法益处于持续被侵害的状态，后行为对该法益的侵害程度未能超出前行为。如盗窃财物后又对之毁坏的，毁损行为不过是对盗窃行为法益侵害状态的延续，仍处于对该法益的同一侵害进程。另一方面是指，多个行为处于侵害法益递进状态的同一进程。亦即，行为人对同一法益主体先实施造成轻度法益侵害的行为，继而产生新的犯意实施造成重度法益侵害的行为。如强制猥亵被害人后临时起意而强奸被害人的，或挪用公款后再起意将该项公款贪污的。

---

---

**Abstract:** Traditional theory of quantity of crimes adheres to “the natural thinking method”. The quantity of crimes is regarded as the original quantitative attribute of crimes. This simple thinking method is causing not only a complicated problem domain in the theory on quantity of crimes, but also a double-mainstream malformed system and an unreasonable conclusion on the quantity of crimes. Transplantation of the concurrence theory cannot help avoid the dilemma of the theory on the quantity of crimes because the two systems are similar in methodology. We should promote the “functional thinking method” and accordingly limit the scope of the problem domain with the function of the theory on the quantity of crimes in criminal law system. On this basis, it is also necessary to establish new standard on the quantity of crimes and make new distinction between one crime and several crimes. The theory on the quantity of crimes has the filtering function before the imposition of combined punishment, namely to filter out the cases which are appraised repeatedly before the judgment on the number of crime is made, so as to avoid the imposition of combined punishment in these cases. Therefore the discussion of the quantity of crimes is needed not in all cases, but only in cases where different crimes are committed. The standard on the number of crimes is not the measurement unit of the number of crimes, but the embodiment of the function of the theory on the quantity of crimes, which is to evaluate whether there is an overlap of infringed legal interests between or among different crimes in a case. If there is, we see the case as that of one crime; if not, we see the case as that of several crimes and a combined punishment is needed.

**Key Words:** theory of quantity of crimes, theory of concurrence, standard on the number of crimes

---

---