

# 吸收犯研究

Xi Shou Fan Yan Jiu

杨国举◎著



中国检察出版社

本书得到兰州商学院专项科研经费资助

# 吸收犯研究

杨国举 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

吸收犯研究/杨国举著. —北京: 中国检察出版社, 2010. 6  
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0297 - 1

I. ①吸… II. ①杨… III. ①刑法 - 研究 IV. ①D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 106355 号

吸收犯研究

杨国举 著

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www.zgjccbs.com](http://www.zgjccbs.com))

电子邮箱: [faccount@163.com](mailto:faccount@163.com)

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 8.875 印张

字 数: 243 千字

版 次: 2010 年 7 月第一版 2010 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0297 - 1

定 价: 25.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

# 目 录

<b>第一章 导论</b> .....	( 1 )
<b>第一节 吸收犯存在的问题及研究吸收犯的意义</b> .....	( 1 )
一、吸收犯存在的问题 .....	( 1 )
二、研究吸收犯的意义 .....	( 4 )
<b>第二节 本书的研究方法和主要内容</b> .....	( 13 )
一、本书的研究方法 .....	( 13 )
二、本书的主要内容 .....	( 15 )
<b>第二章 吸收犯概念的重构</b> .....	( 17 )
<b>第一节 刑法理论中的吸收犯概念概览</b> .....	( 17 )
一、德、日刑法理论中的吸收犯概念 .....	( 17 )
二、我国刑法理论中的吸收犯的概念 .....	( 26 )
<b>第二节 吸收犯的概念新论</b> .....	( 48 )
一、吸收犯概念的重构 .....	( 48 )
二、吸收犯的罪数本质 .....	( 66 )
<b>第三节 吸收犯的构成</b> .....	( 68 )
一、数个符合犯罪构成的行为 .....	( 69 )
二、数个犯罪构成的实现 .....	( 80 )
三、触犯不同的罪名 .....	( 83 )
<b>第三章 吸收关系概念的重构</b> .....	( 86 )
<b>第一节 中外关于吸收关系的概念综览</b> .....	( 86 )
一、德国刑法中的吸收关系及其评述 .....	( 86 )
二、日本刑法理论中的吸收关系及其评述 .....	( 89 )
三、我国刑法理论中的吸收关系概念及其评述 .....	( 94 )

第二节 吸收关系概念的重构 .....	(105)
一、吸收关系中的“吸收”的含义 .....	(105)
二、吸收关系概念的重构 .....	(109)
第三节 吸收关系成立的范围 .....	(123)
一、数个行为具有交错关系的情形 .....	(123)
二、数个行为具有相邻关系的情形 .....	(129)
<b>第四章 吸收关系的判断标准 .....</b>	<b>(131)</b>
第一节 中外刑法理论在吸收关系上的判断标准 .....	(131)
一、德国、日本刑法理论在吸收关系上的判断标准 ..	(131)
二、我国刑法理论在吸收关系上的判断标准 .....	(134)
第二节 吸收关系的判断标准新论 .....	(140)
一、吸收关系的判断标准的重新思考 .....	(140)
二、吸收关系的判断标准新论 .....	(140)
<b>第五章 吸收关系的形式新论 .....</b>	<b>(151)</b>
第一节 吸收关系形式的争议 .....	(151)
一、我国台湾地区刑法理论在吸收关系形式上的不 同观点 .....	(151)
二、我国大陆刑法理论在吸收关系的形式上的不同 观点 .....	(155)
第二节 吸收关系的形式新论 .....	(160)
一、关于吸收关系形式的观点的评述 .....	(160)
二、吸收关系形式新论 .....	(171)
<b>第六章 吸收犯与其他罪数形态 .....</b>	<b>(174)</b>
第一节 吸收犯与牵连犯 .....	(174)
一、牵连犯概说 .....	(174)
二、牵连犯的废除及其处置对策 .....	(180)
第二节 吸收犯与连续犯 .....	(195)
一、连续犯概述 .....	(195)
二、连续犯的概念应该废除 .....	(199)
第三节 吸收犯与想象竞合犯 .....	(203)

---

一、想象竞合犯的概念及罪质 .....	(203)
二、想象竞合犯的特征 .....	(208)
三、想象竞合犯的处罚 .....	(212)
四、想象竞合犯与吸收犯的异同 .....	(213)
<b>第四节 吸收犯与法条竞合 .....</b>	<b>(214)</b>
一、法条竞合的概念 .....	(214)
二、法条竞合的特征 .....	(215)
三、法条竞合的形式 .....	(221)
四、法条竞合的适用原则 .....	(229)
五、吸收犯和法条竞合的区别 .....	(235)
<b>第七章 吸收犯与罪数论的完善 .....</b>	<b>(236)</b>
<b>第一节 罪数论及其存在的问题 .....</b>	<b>(236)</b>
一、罪数论概述 .....	(236)
二、罪数论存在的问题 .....	(245)
<b>第二节 罪数论的重新建构 .....</b>	<b>(247)</b>
一、建构罪数论体系的目的与方法 .....	(247)
二、新的罪数论体系初论 .....	(252)
<b>参考文献 .....</b>	<b>(259)</b>
<b>后    记 .....</b>	<b>(273)</b>

# 第一章 导 论

## 第一节 吸收犯存在的问题及 研究吸收犯的意义

### 一、吸收犯存在的问题

吸收犯是罪数理论中最具争议的问题之一。在吸收犯中，作为评价客体的犯罪行为 and 作为评价标准的犯罪构成都有数个。这样一来，就会衍生很多问题：在这两个方面都是数个的情况下，为什么最终只以一罪论处？什么是吸收关系？什么是吸收？怎么确定吸收犯的成立范围？怎样才能使数个犯罪都能参与吸收犯的定罪量刑？这些问题，不仅影响到吸收犯的运用，也使吸收犯的存在面临空前的危机。概而言之，吸收犯存在的问题主要有以下两个方面：

#### （一）吸收犯的概念和成立标准混乱

“概念是自由的原则，是独立存在着的实体性的力量。概念又是一个全体，这全体中的每一个环节都是构成概念的一个整体，而且被设定和概念有不可分离的统一性。”<sup>①</sup> 但是，在吸收犯的概念上，理论上却见仁见智。例如，有学者认为，吸收犯是指数个不同的犯罪行为，依据日常的一般观念或法条内容，其中一个行为当然为他行为所吸收，只成立吸收行为的一个犯罪。<sup>②</sup> 也有学者认为，吸收犯是指数个独立的犯罪，其中一个犯罪吸收其他犯罪而成为实

---

<sup>①</sup> [德] 黑格尔著：《小逻辑》，贺麟译，商务印书馆1980年版，第327页。

<sup>②</sup> 马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第664页。

质上的一罪。<sup>①</sup>如此等等，我国理论上关于吸收犯的定义有十余种之多。至于学者们为什么如此定义，则往往不是很清楚。这不禁让人想起“明希豪森困境”这个术语。该术语的起源是：在十八世纪，德国汉诺威有一乡绅叫明希豪森，早年曾在俄罗斯、土耳其参加过战争，退役后为家乡父老讲述其当兵、狩猎和运动的一些逸事，从而名噪一时。后来，他出版一部故事集《明希豪森男爵的奇遇》，其中有一则故事讲道：他有一次行游时不幸掉进一个泥潭，四周旁无所依，于是他就用力抓住自己的头发把自己从泥潭里拉了出来。<sup>②</sup>这个故事被卡尔·波普尔的学生、德国当代批判理性主义哲学家汉斯·阿尔伯特藉以用以批判启蒙时期的两个传统哲学，即理性主义和经验主义。在阿尔伯特看来，任何科学的命题都有可能遇到“为什么”之无穷追问的挑战，即人们可能会就任何陈述或者命题的理由、基础等提出疑问。这个过程会一直进行下去，直到出现下面三种结果：第一，无穷的递归（无穷的倒退），以至无法确立任何论证的根基；第二，在相互支持的论点（论据）之间进行循环论证；第三，在某个主观选择的点上断然终止论证过程，例如通过宗教信条、政治意识形态或者其他方式的“教义”来结束论证的链条。这三种结果被称为“明希豪森——三重困境”。<sup>③</sup>

这一“三重困境”是继“休谟问题”（事实与价值的关系问题）之后困扰人类智慧的又一难题。现在，人们发现，无论是启蒙时期的理性主义还是经验主义，都不再能够保证知识的完全确实性。无论通过我们的直觉还是通过内在的反思所获得的知识，现在看起来都不是那么可靠的。于是，知识的“确实性之墙”就出现

<sup>①</sup> 曲新久：《论吸收犯》，载《中国法学》1992年第2期。

<sup>②</sup> 参见[德]罗伯特·阿勒可西著：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，代译序第1页。

<sup>③</sup> 参见[德]罗伯特·阿勒可西著：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第223—224页。



了深深的裂痕。在吸收犯的概念上,也存在同样的问题。由于一直找不到吸收犯的生成之根,学者们关于吸收犯的定义就变为“公说公有理,婆说婆有理”或“自说自话”的尴尬局面。更为糟糕的是,在进行吸收犯概念的建构上,很多人往往受到非理性的情绪的左右,会并且愿意将一些没有多少意义的争论继续下去,要么导致了概念的无限递归的恶性循环,要么在对吸收犯进行定义的时候,以一种二元的思维方式,要求思想上做到非此即彼、有或全无的清一色。一种理论必须在现实中是切实可行的,陈义过高而绝对化,不能为大多数人所接受并付诸实践的理论,就不免成为大言欺世的骗局。因此,寻求吸收犯的“确实性的”或“正确性的”生成之根,是本书的基本任务。虽然不可能找到百分之百的确实性,以克服人们在这个问题上无根据或者无理由的认识,但还是可以通过范式的转换,为吸收犯的概念奠定较为坚实的基础。

在吸收犯问题上,不仅在概念上存在问题,在成立要件上也存在不一致的见解。如有的学者认为吸收犯是由数个触犯同一罪名的犯罪构成的<sup>①</sup>,有的学者认为是由数个触犯不同罪名的犯罪构成的<sup>②</sup>,有的认为触犯不同罪名和同一罪名的数个犯罪都可以成立吸收犯<sup>③</sup>。此外,在吸收关系、吸收内容、吸收形式等问题上也都存在严重的分歧。这些问题,不仅影响到吸收犯的认定,而且影响到吸收犯的存在,从而导致吸收犯已经处于存与废的边缘。

---

① 参见姜伟:《犯罪形态通论》,法律出版社1994年版,第355页;高铭喧主编:《刑法专论》(上编),高等教育出版社2002年版,第414页。

② 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第664页;曲新久:《论吸收犯》,载《中国法学》1992年第2期。

③ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社1997年版,第329页;陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第617页;林亚刚:《论吸收犯的若干问题》,载《政治与法律》2004年第2期;黄村力:《刑法总则比较研究——欧陆法比较》,三民书局1995年5月初版,第283页;张小虎:《犯罪论的比较与建构》,北京大学出版社2006年版,第784页。

## （二）与其他罪数形态的界限模糊

与其他罪数形态的界限模糊也是吸收犯理论面临的最大的问题和挑战之一。在所有的罪数形态中，与吸收犯最难区分的是牵连犯。虽然理论上有很多关于如何区别二者的学说，但都是在做无用功。目前，理论上一般认为，牵连犯有两种存在形式：一是手段行为和目的行为的牵连，二是原因行为和结果行为的牵连。但是，在手段行为和目的行为、原因行为和结果行为的认定上，理论上存在恣意的倾向，从而导致概念的异化和滥用。比如，有的论著认为盗窃枪支后私藏的是牵连关系，即认为盗窃枪支的行为是原因，私藏的行为是结果，盗窃和私藏具有引起和被引起的关系；而有的论著认为它们是吸收关系。此外，在我国刑法理论中，吸收犯与法条竞合的界限也存在混淆不清的现象，由于对“一行为”的认定上的误解，有很多学者将属于法条竞合的情形误认为吸收犯，如有的学者认为针对同一对象的犯罪未遂行为与既遂行为之间可以成立吸收犯。

## 二、研究吸收犯的意义

一个理论的建立，主要有两种进路：一种是务虚，通过形而上的理论建构而达至理论上的自主，就像康德所做的那样；另一种是务实，通过实证的研究，将理论建立在经验的基础上，就像实证主义所做的那样。刑法学是个工具性很强的科学，其理论的建立不仅要务虚，而且要务实，就是要虚实兼顾。吸收犯的理论也是如此，一个完善的吸收犯的理论不仅要具有理论上的自主性，也应该具有现实上的意义。

### （一）吸收犯的存废之争

由于吸收犯与其他罪数形态，尤其是与牵连犯和连续犯之间存在交叉关系，以及出于是否应该简化非并罚数罪的理论模式的思考，在刑法理论上一直存在吸收犯是否应该存在的争论。

1991年4月中国政法大学法律系刑法教研室以“建立有中国特色的罪数理论”为目标，就罪数问题展开了深入讨论，其中一个重要议题就是吸收犯应否取消。从此，“取消论”和“保留论”

之争在我国刑法理论上一直在延续。

取消论者主张取消吸收犯，理由是：首先，牵连犯、想象竞合犯都是建立在吸收关系——罪的吸收、行为的吸收或刑的吸收——的基础上，因此，保留吸收犯的概念缺乏逻辑基础。其次，吸收犯的概念来自于大陆法系，是有利于被告的产物，不符合我国的国情。再次，吸收犯的概念在大陆法系的本来含义是同一罪名内部行为的吸收，以此来理解使用吸收犯的概念，难以将其纳入我国主客观相统一的犯罪构成的理论体系。<sup>①</sup> 又次，日本大多数刑法著作中都没有吸收犯的概念。如野村稔将罪数形态分为本来的一罪、科刑上的一罪和并合罪，<sup>②</sup> 大塚仁对罪数形态的分类和野村稔一样，<sup>③</sup> 西田典之将罪数形态分为单纯的一罪、包括的一罪、科刑上的一罪和并合罪，<sup>④</sup> 但无论哪种分类中，都没有吸收犯的概念。最后，我国台湾地区也有学者认为应该取消吸收犯。如林山田教授认为，由于吸收犯与法律单数之吸收关系究竟属一物，还是有所区别之两物，学说上亦是众说纷纭，莫衷一是，使本来已够混淆之概念，更显混乱，而令人不知所从。<sup>⑤</sup> 因此，他认为，吸收犯的概念应予扬弃，以免留之无益，不但无助于竞合论之判断，反而尚因概念之混淆，而造成竞合论判断之复杂性与困难性，并导致错误判断之结果。<sup>⑥</sup> 柯耀程教授认为，理论上创设的吸收犯的概念，是对吸收关

<sup>①</sup> 参见裴广川、张春龙：《建立有中国特色的罪数理论——罪数理论研讨会综述》，载《法制日报》1991年6月6日第3版。

<sup>②</sup> 参见〔日〕野村稔著：《刑法总论》，全其力、何力译，法律出版社2001年版，第448页以下。

<sup>③</sup> 参见〔日〕大塚仁著：《刑法概说》（总论），冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第414页以下。

<sup>④</sup> 参见〔日〕西田典之著：《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344页以下。

<sup>⑤</sup> 林山田：《刑法通论》（下），自发行2007年12月增订7版，第249页。

<sup>⑥</sup> 同上注，第249页、第360页。

系的误解和滥用。这种谬误的发生，不仅是对于吸收关系的概念有所误认，甚至对吸收关系形成的前提条件也发生混淆。<sup>①</sup>

保留论认为，现今刑法教材、刑法著述中吸收犯与牵连犯、想象竞合犯等诸概念确实界限不清，但仍有保留的必要。至于如何保留，有两种意见：一是重新界定，把吸收犯限制在前一犯罪是后一犯罪必备方法、必经过程，后一犯罪是前一犯罪必然结果的范围之内，如此则吸收犯仍然可以构成独立的犯罪形态；二是吸收犯仅指同一罪名内部行为的吸收，如故意杀人行为可以吸收故意杀人的预备行为。<sup>②</sup>

笔者认为，取消说的观点虽然有合理的地方，但也有商榷的必要：

首先，吸收犯的存在缺乏逻辑基础的论点不能成立。主张吸收犯的概念存在缺乏逻辑基础的论者，实际上是以我国台湾地区学者所主张的“三种吸收理论”<sup>③</sup>为逻辑起点的。但是，以该理论作为区别罪数形态的标尺，在逻辑起点上就是错误的。仅仅根据这种理论，是不可能区分想象竞合犯、牵连犯、法条竞合和吸收犯的。在我国刑法理论上，想象竞合犯被认为和法条竞合一样是行为的吸收，但是，想象竞合犯和法条竞合在性质是不一样的，处理的原则也是不一样的。根据“三种吸收理论”，无法对二者进行区分。再如，我国理论上一般认为，牵连犯是实质的数罪，处断上的一罪，即牵连犯是刑的吸收。但是，既然是数罪，各罪对应的法定刑也应该在宣告刑中被反映出来，否则，仅有罪而无刑，与现代的法制观念相抵触。还有，我国刑法理论上一般认为，吸收犯是数罪，

---

① 柯耀程：《刑法总论释义——修正法篇》（下），元照出版有限公司2006年3月初版第二刷，第181页。

② 参见裴广川、张春龙：《建立有中国特色的罪数理论——罪数理论研讨会综述》，载《法制日报》1991年6月6日第3版。

③ 胡开诚认为，刑法上之吸收，可以分为刑之吸收、罪之吸收及行为之吸收三类。参见胡开诚：《刑法上之吸收》，载蔡墩铭主编：《刑法总则论文选辑》（下），五南图书出版有限公司1984年版，第691—703页。

只是由于吸收关系的存在而成为一罪，即吸收犯是犯罪的吸收。那么，数罪为什么可以互相吸收？被吸收的罪不能参与吸收犯的法效果，是否与罪刑相适应原则处于紧张关系？这些都是“三种吸收理论”无法解决的问题，这说明，仅仅依据该理论是不能对罪数形态进行明确区分的。

根据我国传统的刑法理论，吸收犯和牵连犯、连续犯是有交叉的。如有的刑法论著认为，“先伪造印章而后伪造有价证券的，既是吸收犯，又是牵连犯，分析成哪一个都行。”<sup>①</sup>有学者认为，“在某种意义上说，牵连犯往往都是吸收犯，但是，反之则不然。吸收犯并不都是牵连犯，还有一些情况，是牵连犯所包括不了的，用其他概念也不能科学地加以说明。”<sup>②</sup>笔者认为，这些罪数形态之间的交叉并不是由于吸收犯的存在导致的，而是由于概念界定的错误导致的。因此，重新界定吸收犯的概念及正确地确定其成立范围，才是对待吸收犯的正确态度。

其次，不符合国情论也不妥当。第一，我国现在正在进行法制现代化的建设，刑法的现代化建设也是刑法学面临的急迫问题。在刑法现代化的过程中，我们不能不吸收西方先进的刑法理论和制度。对吸收犯概念也是如此，我们不能因为这个概念是从国外来的，就排斥它，而是应该对其进行合理界定，使之与我国的刑法理论兼容，为我所用。虽然吸收犯的理论确实存在“水土不服”的问题，这恰恰是由于我们没有正确界定其内涵与外延导致的。第二，以有利于被告为借口否定吸收犯的概念也不能成立。虽然我国刑法在以前的一段时间里更多地发挥了“刀把子”的功能，但是，现在我国刑法的功能就不能仅仅体现在对被告人的威慑和镇压的方面，被告人的利益也是刑法应该保护的，这是现代刑法必备的品格。无罪推定原则、罪刑法定原则早已成为我国刑事诉讼法和刑法

<sup>①</sup> 《刑法总论》，西南政法学院刑法教研室1985年印，第467页。

<sup>②</sup> 王作富主编：《中国刑法适用》，中国人民大学出版社1996年版，第208—209页。

的基本原则，这都是为了顺应刑法现代化的趋势而加强对被告人权利的保护。虽然在这方面的保护还有很多不足之处，但加强这方面的保护，是我国刑法的发展方向。因此，有利于被告不适合我国国情不是否定吸收犯的理由。

再次，以外国刑法中没有吸收犯来反对吸收犯的概念也不妥当。在现在的刑法研究中，存在着一种令人担忧的倾向，那就是在研究者的心态中，一直都缺乏自主性和对自身的自信心，从而在心态上常常存在着一种失衡的认知，亦即“当别人有，我们没有的，要赶快拿来用；当别人没有的，而我们有，那一定是我们的错；当别人有，而我们也有，一定是别人的比较好”。这样的偏差心态，在吸收犯的研究中，完全暴露无疑。这时，吸收犯的缺陷就不是最重要的了，而以这样的心态研究刑法的问题，则是值得忧虑的。我们何时能够找回刑法学研究上的自信，避免这种在自我认知上的被殖民，是一个重大的理论问题。

吸收犯的概念是在清末的修法中从日本引进的一个概念，到现在已经有一百年的历史了。经过这么长期的发展，吸收犯的概念在我国刑法理论上一般是予以承认的，这说明这个概念已经为大家所接受。现在，重要的是我们应该怎样去完善它，使它在概念上更清晰，适用起来更方便，而不是发现它有缺陷就取消它。

最后，我国台湾学者的废除吸收犯的观点也不可取。我国台湾地区一些留学德国的学者，受德国刑法理论的影响，主张取消吸收犯。理由是：吸收犯与法条竞合难以区分，或者吸收犯是对吸收关系的误解或滥用。但是，难以区分不是不能区分，吸收犯与其他罪数形态的混淆是由于对各罪数形态的概念没有进行正确的界定，而不是由于吸收犯的存在而使罪数形态难以区分了。如果不对各罪数形态的概念进行明确的界定，即使没有吸收犯，各罪数形态也是难以区分的。至于认为吸收犯是对吸收关系的滥用的观点，我们认为也是不妥当的。德国刑法的罪数论体系与我国刑法的罪数论体系是不一样的，以德国刑法理论中吸收关系的概念作为否定吸收犯的论据并不妥当。在德国刑法理论中，吸收关系是法条竞合中的一种。

而在我国刑法理论上，吸收犯和法条竞合是相区别的两个概念。虽然两者有时候区分起来有难度，但是，法条竞合是单纯一罪，吸收犯是数罪，它们的性质是不同的，只要正确界定彼此的含义，区分二者并不难。

笔者赞同保留说，但对保留说的两种主张却不赞同。第一种主张的意图是限制吸收犯的范围，使吸收犯的概念具有更明确的内涵，其初衷是好的，结果却使吸收犯更加不明确。什么是必备方法、必经过程？在牵连犯的牵连关系中，也存在“前行为是后行为的必备方法、必经过程”，“后行为是前行为的必然结果”这样的情况。如此一来，不但没有使吸收犯和牵连犯的界限更为明确，反而更为模糊了。第二种主张将吸收犯限定在同一罪名内部行为的吸收，这样做虽然容易区分吸收犯与牵连犯，但与连续犯又难以区分了。这涉及两个问题：一是同一罪名如何认定？二是数个犯罪如何认定？例如，行为人意图杀甲，在某天杀害未遂后，又基于同一的故意，于第二天将甲杀死。那么，行为人实施的行为是不是数个犯罪？杀人既遂是否可以吸收杀人未遂？笔者认为，在触犯同一罪名的情况下，没有成立吸收犯的余地，关于其理由后文有述，此处暂不论述。

吸收犯反映了客观世界实际存在的犯罪现象，有研究的必要，不应该取消。不过，由于传统的吸收犯概念与牵连犯、连续犯和法条竞合等界限模糊，因而需要对其内涵和范围进行重新界定，以为吸收犯的存在确立充分的正当性基础。

## （二）研究吸收犯的意义

吸收犯涉及对行为人实施的数个犯罪的定罪量刑问题，从而使犯罪论和刑罚论的理论都在此交会。因此，研究吸收犯不仅具有重大的理论意义，也具有重大的现实意义。

### 1. 研究吸收犯的理论意义

研究吸收犯的理论意义，主要表现在以下两个方面：

（1）有利于消除罪数论的冲突。在简单化的情况下，行为人犯一罪，应该处一个刑罚，犯数罪，就应该处数个刑罚。但是，由

于犯罪千情万状，行为人犯一罪，不一定都是一罪，犯数罪，也不一定是数罪。否则，罪数论就没有存在的必要了。在罪数论中，对于单纯一罪，比如法条竞合，按照一罪处罚就可以了，这实际上不属于罪数论讨论的范围。对于实质一罪，虽然其概念在理论界还有争议，但由于它与单纯一罪不同，对其的处罚应该与单纯一罪有别。对于数罪，如果不进行并罚，对其的处罚既应该和一罪有别，也应该和实质一罪有别。吸收犯是对数个犯罪作为一罪处理的一种形态，也是罪数论中最难解决的一个难题。如果将吸收犯的问题解决好，就能够对罪数论进行重新安排，从而有利于消除其内部冲突，也有利于完善罪数论的体系。

## (2) 有利于明晰各罪数形态之间的界限。

目前，我国的罪数形态是比较混乱的。现在的通说将一罪分为三种：实质的一罪（包括继续犯、想象竞合犯和结果加重犯）、法定的一罪（包括结合犯和惯犯）和处断的一罪（包括连续犯、牵连犯和吸收犯）。<sup>①</sup>在实质的一罪中，对想象竞合犯是以一重罪论处的，而在处断的一罪中，对连续犯、牵连犯和吸收犯一般也是从一重处罚。这样，问题就出现了：既然法律效果是一样的，这样的区分还有什么意义？况且在连续犯、牵连犯和吸收犯的区别上，历来是理论上的难点。除此之外，还有学者提出徐行犯、选择犯、持续犯等分类，这些分类在理论上是否站得住脚，还是需要研究的。正如有学者批评的那样，“某些所谓的一罪形态，只不过是某些学者们的杜撰和臆想的”，“论者在论述某种‘犯’的时候，往往兴奋不已，从概念到特征，从认定到处罚，此犯与彼犯的区别，可谓面面俱到，唯恐挂一漏万。然而，每当我们掩卷长思之后细心设问，刑法中真的应该有这么多的‘新大陆’吗？学者们用学术泡沫堆砌起来的许多‘高山伟岸’，真的像论者们自信的那么坚固牢

---

<sup>①</sup> 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第189页。



靠吗?”<sup>①</sup>像徐行犯、持续犯等概念,实际上都是单纯的一罪,这些罪数形态在罪数论中没有讨论的必要。因此,创设这些概念,除了增加罪数论体系的复杂性之外,没有多少理论意义。

我国理论上一般认为,吸收犯属于实质的数罪,处断上的一罪。研究吸收犯,不仅可以将其与连续犯、牵连犯划清界限,也可以将其与想象竞合犯、法条竞合区别开来,从而重新思考我国关于罪数形态的分类,为罪数论体系的重新构建奠定基础。

## 2. 研究吸收犯的实践意义

### (1) 吸收犯在定罪上的意义。

吸收犯是由数个犯罪构成的,在定罪环节,需要在构成吸收犯的数个犯罪中,根据一定的标准,确定一个罪名作为宣告的罪名。但是,吸收犯的数行为毕竟实现了数个犯罪构成,每个犯罪构成都演绎出与其对应的行为规范以作为一般国民的行为标准,既服务于对犯罪的抑制(一般预防),又间接地担负着作为矫正特定犯罪人的犯罪性指针的任务(特殊预防)<sup>②</sup>。因此,吸收犯在定罪阶段的任务在于:既要在数个犯罪中选择一个罪名作为宣告的罪名,又要使其他的罪名能够发挥其应有的一般预防和特殊预防的机能,以避免在定罪阶段其他犯罪构成的机能的缺失。在定罪阶段,应该如何选择—个罪名作为宣告的罪名,又使其他罪名仍然能够发挥其应有的机能,这是应该首先予以解决的问题。该问题的解决与吸收关系和吸收的内容密切相关,根据吸收关系和吸收内容的研究,就可以为数罪之间的吸收确立一些标准,从而不仅为正确的定罪提供保

<sup>①</sup> 参见杨兴培:《论一罪的法律基础和事实基础》,载《法学》2003年第3期。

<sup>②</sup> 日本学者大塚仁认为,构成要件不仅具有刑法理论的机能,而且还具有社会的机能,其中,后者是指保证自由的机能和维持秩序的机能,即构成要件首先具有规制故意的内容的机能,其次通过从构成要件演绎出的行为规范,以作为一般国民的行为标准,以服务于犯罪的一般预防和特殊预防。参见〔日〕大塚仁著:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第115—116页。