

总 论 篇

罪数形态理论就其自身的体系来说，也存在着一般性理论与具体罪数形态的关系问题。其一般性理论对于各种具体的罪数形态的研究具有普通指导意义，而具体罪数形态的研究则是一般性理论的贯彻和深化。总论篇所要探讨的内容就是罪数形态的一般性理论和范畴。它包括罪数的概念、本质、标准和类型等。

第一章 罪数的概说

什么是罪数、罪数论、罪数形态论？应当以何为标准判断罪数单复？这是罪数形态专题研究中必须首先明确的基本问题。

第一节 罪数的意义

犯罪与罪数之间，必须先有犯罪的成立，然后才有罪数问题。所以罪数的研究应以行为人的行为业已构成犯罪为基础。

一、罪数的概念

所谓罪数，就是犯罪的单复或个数。罪数仅就其本身来说，并不是一个多么复杂的问题，至多只有算术学上的意义。

但是，法律生活中的犯罪现象千姿万态、纷繁复杂，犯罪的

个数或说一罪与数罪在实质上与形式上、法律上或处理上有时并不一致，甚至很不一致。例如，开一枪打死一人，打伤一人，这就产生了形式数罪与本来数罪的区分问题。再如，基于同一犯意，连续实施数个可以独立成罪的盗窃行为，这就产生了本来为数罪但如何处断的问题。如此等等，不一而足。那么，究竟什么是一罪，是什么样的一罪？什么是数罪，是什么样的数罪？它们各自的特征及其区别的界限是什么？这些都是罪数论要研究的基本问题。由此可以认为，所谓罪数论，就是研究犯罪在实质上与形式上、实质上与法律上、实质上与处理上的个数的理论。它既包括罪数的一般性、普遍性理论，也包括各种具体的罪数形态的研究。

至于罪数形态，从严格的意义上来说，是指在实质与形式、与法律、与处断的错综交织的复杂关系中的各种类型化的罪数个体形态。而罪数形态论则是研究各种罪数个体形态的理论和学说。但是，罪数个体形态的研究，离不开罪数的一般性理论。所以，从广义上来解释，罪数形态论也同样应当包含罪数总论和罪数各论。

罪数与并罚是姊妹篇，二者之间有着密切的联系。研究罪数，归根结底是为了正确地区分并罚数罪与非并罚数罪、本来数罪与实质一罪，在此基础上，对于并罚数罪按照数罪并罚的原则和方法去处理，而对于非并罚数罪以及虽有一定的数罪特征，实质上仍为一罪的诸种犯罪形态，根据不同情况，分别按照不同的原则和方法去处理。本专题的研究重点是非并罚数罪以及虽有一定的数罪特征，究其实质仍为一罪的诸种犯罪形态，而不是并罚数罪，所以称其为“罪数形态论”。对于数罪并罚方面的理论、学说、原则和方法等，则较少涉及。

罪数形态的研究，无论在理论上和实践上，都是有其重要意义的。从理论上来看，它已成为犯罪论体系中与排除犯罪性行为、故意犯罪停止形态、共同犯罪等平起平坐的重要范畴之一。而各种具体的罪数形态与犯罪总论、刑罚总论中的基本原理、原则、范畴，与罪刑各论中具体犯罪的罪名、罪状和构成，往往呈现一种

纵横交错的复杂情景。所以,罪数形态研究的深入,不但有助于它本身的理论系统的完善,而且有助于整个刑法理论的深化。

从实践上来看,国内法学刊物研讨的疑难案件,大多是比较复杂的罪数案件,或者与较为复杂的罪数问题相关的案例。这就给了我们一个重要启示:正确地处理司法实践中的疑难罪数案件,是我们理论工作者和法律工作者共同负有的义不容辞的重要任务。

从立法上来看,除了第 78 条关于追诉时效的规定中反映出来法律上承认连续犯和继续犯而外,其他诸种罪数形态刑法中尚未进行一般性的专门规定。特别是现行刑法的制订,是采取宁疏勿密的原则,或是一条数罪,过于疏简,如第 151 条并列规定罪质根本不同的三个罪名(盗窃、诈骗、抢夺)或应设独立罪名而未设,遗下“祸患”,例如抢劫杀人、强奸杀人,以致理论上对第 151 第 2 款和第 139 条 3 款长时间里争论不休;或是法律用语含义模糊,缺乏统一,造成理解上的歧议,如第 191 条 2 款关于犯妨害邮电通讯罪而窃取财物的,依照贪污罪从重处罚的规定,等等。这些问题通过罪数形态理论的深入研究,在认识较为统一且比较成熟的基础上,逐步纳入刑事立法中,也是十分必要的。

二、罪数的本质

关于罪数的本质,在资产阶级学者中间有所谓“犯罪形态论”与“刑罚量定论”两种不同的主张。这实际上是客观主义刑法理论与主观主义刑法理论在罪数问题上的延续和反映。

“犯罪形态论”主张犯罪是刑罚的前提和基础,刑罚的适用因犯罪的个数而有所不同。所以,罪数在实质上应归入犯罪论范畴,是犯罪理论的一部分,属于犯罪形态问题。为此,有些学者把这种观点称之为“犯罪形态论”,或犯罪形态论的罪数论。该说还认为,犯罪的本质决定于刑罚的对象。而刑罚的对象则是客观的犯罪行为,犯罪的个数归根结底取决于客观的犯罪事实的个数,即

行为及其所造成的危害结果和被害法益的个数。为此，“犯罪形态论”又被称为“罪质论”。

在持此说者中间，又有所谓纯粹的客观主义罪数论与充足的构成要件罪数论。前者以费尔哈所说的“刑罚要与犯罪个数相当”为其思想典型。后者在日本通常列举小野清一郎所说的“以犯罪构成事实（行为）的个数来决定犯罪的个数”。

“刑罚量定论”主张罪数本身在刑法上并无重要性，只有涉及到刑罚适用，如何将一罪与数罪区别对待，始有意义。因此，罪数的固有领域不在犯罪论，而在刑罚论。究其实质是个刑罚量定论的罪数论。该说还认为，刑罚的对象不是行为，而是行为人。犯罪的个数取决于行为人主观犯意或决意的个数。刑罚的适用要根据行为人的反社会性即行为人的主观恶性程度来决定。换言之，在“刑罚量定论”者看来，罪数问题归根结底是对犯罪人的主观恶性程度裁量适用刑罚问题，所以又被称为“罪量论”，如牧野英一，他认为：“解决罪数的根本性前提是犯罪的实害度和潜在度。法益及行为可以理解为犯罪的实害度，犯罪决意则是判断犯罪潜在度的标准。作为犯罪潜在度标准的犯意，实际上是通过作为犯罪实害度的行为和被害法益表现的犯罪人的危险性。所以，犯罪人的危险性就是犯罪的实害度和潜在度的乘积。”^①

综观上述两种主张，“犯罪形态论”的罪数论是客观主义理论的演绎，而“刑罚量定论”的罪数论则是主观主义理论的衍变。二者各执一端，均有积极之处，也各有偏颇所在。

首先，是行为和行为人。二者是对立的统一。行为是由行为人实施的，没有行为人的行为是不存在的。反过来说，没有实施任何犯罪行为的行为人（犯罪人）也是不可思议的。所以，既不能脱离开行为来论行为人，也不能脱离开行为人来谈行为。一罪是如此，数罪也是如此。这是正确理解罪质与罪量的基础。

其次，社会实害和人身危险。对于同一犯罪现象来说，既有行为对客体造成的损害，又反映了行为人的身危险性（主要是

就故意犯罪而言)。在通常的情况下,客体遭受损害的程度可以反映行为人人身危险性的大小,而人身危险性的大小也往往直接影响客体遭受损害的程度。所以,刑罚的适用应当以客观的犯罪事实为主,适当兼顾行为人的 人身危险性。一罪是这样,数罪也是这样。

再次,罪质和罪量。行为与行为人是统一体,罪质与罪量也是统一体。罪质决定罪量,但又寓于罪量之之中。对于犯罪的量的研究,既包括对行为所造成的实害和行为人的反社会性的分析,也包括对于犯罪的质所做的判断。在刑罚的适用上,既有对罪质的认定,又有对罪量的裁量,二者缺一不可。只有这样,才能在法定刑中择一适当刑罚。

最后,犯罪形态与刑罚适用。我们学术界过去一直把数罪与并罚合为一章,作为刑罚论的研究内容。自 1985 年起,全国高校《刑法学教学大纲》中把罪数与数罪并罚分为两章,分别放在犯罪论与刑罚论中以后,多数教材、讲义循此体例,也将刑法学的体系进行了相应的调整,这是有道理的。罪数问题既有犯罪形态问题、罪质问题,也有刑罚适用问题、罪量问题,只讲罪质,连续犯、牵连犯本属数罪,却不按数罪并罚,这不好解释。只讲罪量,特别是主观主义的罪量论,结果加重犯有双重罪过,也不按数罪并罚,这同样难以解释。所以,罪数问题,从一罪与数罪的分析 和认定角度,应列入犯罪形态范畴;从数罪并罚的原则、方法角度,应归为刑罚适用之列。

总之,笔者认为,特殊的罪数形态是特殊犯罪的质与量、罪与罚的有机统一。罪数在本质上是犯罪形态与刑罚适用的有机统一体。

第二节 罪数的沿革

本来,罪数是与犯罪现象相伴而生的。就是说有了犯罪,就

有了犯罪的个数问题。但是,现有的历史资料还无法为我们描绘罪数沿革的清晰轮廓,而只能为我们提供基本的思维线索,那就是罪数成为一种理论形态,乃至在法律上得到反映,是人类法律思想和法律文化发展到一定程度的产物。

一、外国刑事法律文化史中的罪数

在古罗马法中,有公法与私法之分。与此相对应,违法行为也有私犯与公罪之别。^②公罪通常是指侵犯公共利益的犯罪,私犯则指侵犯私人利益的行为,例如伤害或者财物毁损。由于私犯往往牵涉到民事赔偿,所以需要按照“私诉”^③各别的审查处理。这样“在一个行为可能产生数个刑事诉权的场合,如果是属于不同的伦理范畴,可以一并行使数个刑事诉权。反之,如果是基于同一伦理根据,则只能行使一个诉权,排除其他诉权的行使。这符合现代的想像竞合、法规竞合观念。可是,在观念竞合的场合,如果允许行使数个诉权,其结果就是将其视为数个犯罪。”^④到了罗马法后期,又开始将数罪分为实质竞合与观念竞合,并采用不同的处罚原则。罗马著名法学家之一乌尔比安认为,私罪(即私犯)之竞合应当并科,而保罗(也是古罗马著名法学家)则主张,私罪竞合应当执行各刑中之最重者,即在论罪方面可以大包小,在科刑方面可以重含轻。对于公罪的处罚,可因想像竞合和实体竞合而异。想像竞合采取保罗的从一重处断,实体竞合采纳乌尔比安的并科主张。

中世纪以后意大利的市民刑法,因受日耳曼法的影响对于数罪仍采并科主义。后意大利刑法学者根据他们对于罗马法研究的结果,认为并科主义过苛,应谋修正之道,于是将罪数形态分为实在竞合、观念竞合、法条竞合和连续犯。同时,兼采加重主义。对于观念竞合和连续犯,则以加重其刑代替并科主义。但观念竞合仍按数罪看待,只是处罚上仅科以一加重刑,比实在竞合轻。意大利法学对于罪数理论的贡献不仅在于对罪数形态的进一步划分

和处罚原则上由单纯的并科主义向兼采加重主义、吸收主义的转变，还在于重视对犯罪人主观意思的考察。这与只重视犯罪结果的日耳曼法比较，是法律文化包括罪数理论发展史上的一个重大进步。

意大利法学对于德国、法国和日本等大陆法系国家的刑法具有决定性影响。卡洛林纳刑法典就是在意大利法学的影响下制定的。该法典中虽无犯罪竞合的明文规定，但在犯罪观念上已注重“恶意”的存在。这有助于促进从客观行为和主观意思的综合上来研究罪数的认定。然而该法典并未贯彻这一点，而是依旧未脱结果主义的窠臼。后来德国各邦编纂刑法吸收了卡洛林纳刑法典的积极因素，使数罪处理上的吸收主义得到进一步发展。

费尔巴哈是刑事古典学派的重要代表人物，他为十九世纪德国刑法学奠定了基石。在罪数问题上，费尔巴哈把犯罪竞合分为观念竞合、客观竞合和主观竞合三种。观念竞合指的是同一行为触犯不同的法条；客观竞合指的是数行为触犯不同的法条；主观竞合指的是数行为触犯同一法条。“主观竞合在数行为对同一对象实施的场合是连续犯，在对不同对象实施的场合是反复犯。他把以上各种竞合都视为数罪的竞合，而且对数罪竞合采取并科主义。”^⑤这些理论思想在他起草的 1813 年的《巴伐利亚刑法典》中得到反映。当时的刑法学界对此展开了猛烈的批评，其要点是费尔巴哈所谓的客观竞合和反复犯与实质竞合是一回事；应区分观念竞合与法规竞合的界限；对于连续犯不应只以侵害同一对象为要件，还应考虑结果和犯意的同一。后来，费尔巴哈在受命起草 1824 年的《巴伐利亚刑法典(草案)》时，汲取了当时的一些积极的思想成果，改变了并科主义的处罚原则。该草案第 5 部分第 14 条（相当于原法典的第 110 条第 2 项）规定：“犯罪人（1）以同一行为违反不同的刑罚法规，或者（2）确以不同行为实行了不同犯罪，但这一行为仅是实现主要犯罪的手段，或者同一主犯罪的结果，应视为附带的情形，可考虑不作加重情节，适用所违反的

最重罪名之刑。”^⑥据此可以看出,在当时的刑法理论中,多数罪数形态从概念表述到基本特征已有一定研究,有些如牵连犯、连续犯等已具雏形。

1871 年的德国刑法典基本上反映了十九世纪刑法学的研究状况。该法典第 73 条规定:“一个行为侵犯数个刑罚规定的,适用数刑最重的规定。”这里的侵犯数个刑罚法规,指的就是触犯数个罪名。这是按照费尔巴哈所说的“侵犯刑罚法规”的观念而形成的关于想像竞合犯的专条规定。至于连续犯,则未加规定。此后德国的学术界对观念竞合和连续犯的概念、实质和要件等依然争议不休,如观念竞合究竟是数罪的竞合,还是外观的形式的竞合,抑或法条的竞合;连续犯是不是以意思(犯意)和目的物的同一为要件,从而形成主观与客观两派学说。

1907 年颁布的日本刑法(现行刑法)以德国刑法典为蓝本,在总则第九章第 54 条第 1 项中,对想像竞合和牵连犯作了专条规定:“同一行为而触犯数个罪名,或作为犯罪手段或结果的行为,触犯其他罪名的,按照其最重刑判处。”1932 年法国的“修正刑法预备草案”(总则篇)第 110 条规定:“同一行为而触犯数罪名者,从一重处断”。^⑦这些规定与目前关于想像竞合犯和牵连犯的定义已基本一致。

二、我国刑事法律文化史中的罪数

在我国西周时期的刑律中就有所谓“其刑上备,有并两刑”^⑧的记载。丘濬云:“两刑谓一人有两罪,一罪有两法,并其上之,所听命于上,不敢专也。”这是讲断狱之书的上报,有一人犯两罪者,必须讲明情节,不得疏漏。“轻重同犯,则以轻罪并入重罪,不复科其轻;两罪俱发,但科其一,而不复责其余。”^⑨

秦律中对一人犯两罪或客观上具有一定的数罪形式的,一般也是采取重罪吸收轻罪的原则。如《法律答问》中说:“把其假以亡,得及自出,当为盗不当自出,以亡论。其得,坐赃为盗盗

罪轻于亡,以亡论”。^⑩“把其假”,是携带所借官有物品。得,是捕获。自出,是现代所说的自首。意即携带借用的官有物品逃之,被捕获或者自首,应否作为盗窃自首,以逃之论。如系捕获,按赃数论以盗窃。如以盗窃罪轻于逃亡罪,则仍以逃亡论罪。这种情况大体上相当现代的想像竞合,一行为触犯了逃亡罪与盗窃罪两个罪名,处理上哪个罪重按哪个罪论。

唐律是我国封建法律集大成者,是封建专制主义法典的典型代表。唐律中关于“二罪以上俱发,以重罪论”的规定是尽人皆知的。此外,还有关于罪数问题的一些更细的规定。如《名例律》中规定:“以赃致罪,频犯者并累科”。^⑪所谓累科,是指累计科处。《唐律疏议》解释该规定时说:“假有受所监临,一日之中,三处受绢十八疋”。^⑫从这个解释中可以看出,所谓“频犯”与现代刑法理论中的连续犯有些类似,其处理办法一般则因“罪法若等”或“罪法不等”而有所不同。再如《名例律》中还规定“一事分为二罪,罪法若等,则累论;罪法不等者,则以重法并满轻法”。^⑬《唐律疏议》举例解释该规定说:“假将私马值绢五疋,博取官马值绢十疋。……须分官马十疋出两种罪名:五疋等者,准盗论,合徒一年。五疋利者,以盗论,亦合徒一年。累为十疋,处徒一年半是也”。^⑭就是说用值绢五疋的私马换取值绢十疋的官马,这一个违反了唐律中禁止贸易官物的规定;五疋等者,准盗论”,即就此而言;另一个是多得了五疋,即所谓“五疋利者,以盗论”。前者是“赃罪”中的枉法问题,后者是“赃罪”中的盗窃问题。处罚时因其罪法相等,按盗窃定罪,以十疋科刑,徒一年半。此例与现代刑法理论中的想像竞合有些接近,其处罚原则是从重。

清朝末年,清政府仿效资本主义发达国家进行立法,制定了一部“以洋为师”,维护帝制,又有殖民地烙印的《大清新刑律》(1910年颁布)。其中总则的第五章是“俱发罪”;对于牵连犯、连续犯等作了专门规定。辛亥革命后,《大清新刑律》被北洋政府更

名为《暂行新刑律》，于 1912 年颁行。国民党政府 1928 年和 1935 年颁行的两部刑法也都沿袭了这些规定。这里以连续犯的规定为例，说明罪数问题在旧中国法律中的发展情况。《暂行新刑律》第 28 条规定：“凡连续犯罪者，以一罪论”；国民党政府 1928 年刑法以《暂行新刑律》中的规定失诸宽泛，不足以收遏犯罪之效果为由，在其第 75 条中修改为：“连续数行为而犯同一罪名者，以一罪论”。后又感到连续犯有数个犯罪行为与结果，虽出于一个概括的犯意而论以一罪，然其恶性与实害较单一罪重大，故于 1935 年在刑法第 50 条中增列但书规定，即“连续数行为而犯同一罪名者，以一罪论，但得加重其刑至二分之一”。

建国以后，在“中华人民共和国刑法”的某些草案中，曾对连续犯、想像竞合犯和牵连犯作过专门规定，后均因故删去。我国现行刑法中第 78 条关于“犯罪行为处于连续或继续状态者”的追诉时效的规定，则是研究和认定连续犯与继续犯的法律依据。此外，84 年最高人民法院和最高检察院《关于当前办理盗窃案件中具体应用法律的若干问题的解答》和 87 年《关于办理盗窃、盗掘、非法经营和走私文物的案件具体应用法律的若干问题的解答》中的某些规定，也是我们研究和认定牵连犯和想像竞合犯的司法解释上的依据（详见本书第四章：《想像竞合犯》和第十二章：《牵连犯》）。

三、罪数演变历程的启迪

综上所述，罪数形态问题从客观存在的犯罪现象，到成为刑法理论中的重要组成部分，乃至由立法者在刑事立法中明文规定，是与人类文明同步进行的。它经历了一个从客观到主观、从个别到一般、从朦胧到明确、从简单到系统的演变过程。

但是，必须看到由于各国刑法法律渊源、法律传统和法律意识不同，对于罪数形态的研究也迥然有别。英美法系诸国以判例法为主，不研究罪数形态。无论是异种数罪、同种数罪，均按数

罪起诉和审判,一个行为触犯数个罪名,也按数罪起诉和审判。只是在数罪并罚时,根据法官的自由裁量,决定是连续执行或同时执行,这自然就用不着研究罪数形态。而大陆法系以成文法为多,不断汲取刑法理论的研究成果,并根据时代和形势要求,经常补充和修改成文法典。这就必然要促进刑法理论包括罪数理论的研究。当前大陆法系国家学术界关于诸种罪数形态的百家争鸣、诸说林立的活跃局面便是明证。

注:

- ①参见《犯罪的个数》(日文版),久礼田益喜撰,《刑事法讲座》第3卷第534页,有斐阁1956年5月再版。
- ②参见《外国法制史》第66页,北京大学出版社1982年3月版。
- ③在古罗马与区分公法和私法相适应,其诉讼分为“公诉”与“私诉”两种。所谓私诉,是指根据个人的申告而对案件进行审理。
- ④、⑤见《犯罪构成要件理论》(日文版)第351页和第357页,小野清一郎著,有斐阁1955年版。
- ⑥转引自《新中国刑法理论与实践》第334页,河北人民出版社1988年2月版。
- ⑦参见《现代刑法思潮与刑事立法》第313页,(台湾)蔡墩铭著,汉林出版社1977年6月版。
- ⑧参见《尚书·吕刑》。
- ⑨见《中国法律与法治思想》第70页,(台湾)王洁卿著,三民书局1982年10月版。
- ⑩见《睡虎地秦墓竹简》第207页,文物出版社1978年11月版。
- ⑪. ⑫. ⑬. ⑭见《唐律疏议》第124~127页,中华书局1985年11月版。

第二章 罪数的判断

罪数的判断，是指罪数的分辨判定。它包括罪数判断的标准和罪数判断的要素。

第一节 罪数判断的标准

如何区分一罪与数罪，其判断的标准是什么？这个问题在中外学术界历来是众说纷纭，但归纳起来，主要有以下几种学说：

一、客观主义标准说之偏颇

在客观主义标准说中，可以分为行为标准说和法益标准说。

(一)行为标准说

持此说者认为，犯罪的本质是行为，罪数的单复应当以行为的个数为标准。行为人实施了一个行为，为一罪；实施了多个行为，为数罪。在持此说者中间，又有所谓自然行为标准说与法律行为标准说之分。前者主张，行为的单复应以自然意义上的身体动作的个数来判断。行为人之一举动，为一个行为。即使发生了数个结果，亦视为一行为。后者主张，行为的单复应从法律意义上来认定，而与自然意义上的行为区别开来。在法律意义上，犯罪行为的单复，应结合考虑行为人的犯罪意思、危害结果及被害法益等等。日本的山岗万之助即持此说，他在其《刑法原理》一书中说：“犯罪是一种行为，它是引起一定结果的人的意思的外观”，因此，区别一罪与数罪应当取决于行为的单数还是复数。

(二)法益标准说

法益标准说，亦称结果标准说。持此说者认为。犯罪的本质

是对法益的侵害。因此,侵害法益(或者犯罪结果)的个数也就决定着犯罪的个数。侵害一个法益者,为一罪;侵害数个法益者,为数罪。如泷川幸辰在其《犯罪论序说》一书中提出“犯罪是符合构成要件的行为。对每一个具有构成要件的法益的侵害。也就意味着发生了与侵害法益个数相应的可以处罚的侵害事实,因而应该理解为构成了数个犯罪”。至于法益个数的单复,则因法益种类而有所不同。国家法益和社会法益为公法益,他们称其为概括的法益,其性质为单数。私法益中又分为一身专属法益与非专属法益。前者是指与法益持有人不可分离之法益,如生命、身体、人格等法益,其法益的单复以法益持有者的个数为准。后者是指财产法益,包括动产和不动产,其法益的个数以具有财产监督权(包括所有权和管理权)者的个数为准。

以上两说所以概括为客观主义标准说,是因为二者同以客观主义刑法理论为基础,是客观主义罪数论在罪数标准问题上的两个分支,尽管行为标准说和法益标准说大多都提到还要结合其他要素来确定罪数的单复,但是强调和突出的毕竟是犯罪行为或被害法益。犯罪行为或者被害法益(我们大多称之为犯罪结果),特别是犯罪行为,确是区分一罪与数罪的重要条件之一。然而,无论哪一种犯罪,都是其构成要件的有机统一,并非机械组合体。诸构成要件缺乏其一,固然不可(以基本犯为模式)将诸构成要件分为主要次要、为主为副,亦为不当。尤其是在犯罪构成的两大系列要件——客观要件与主观要件之间,缺少其一,或者偏重一方,就更为不妥。而客观主义标准说犯的正是这个毛病,这是客观主义刑法理论的弱点,也是罪数判断上的客观主义标准说的偏颇所在。

二、主观主义标准说之弊端

在主观主义标准说中,又可以分为意思标准说和目的标准说。

(一)意思标准说

意思标准说,或称犯意标准说。持此说者主张犯罪是行为人主观上的犯罪意思或犯罪意图的外部体现。因此,犯罪意思或犯意的单复决定着犯罪的个数。行为人的犯罪基于一个犯意或意思的,为一罪;基于数个犯意或意思的,为数罪。牧野英一和木村龟二均持此说。木村龟二在其《刑法总论》一书中说,行为和法益都是构成犯罪的重要要件。“如果只将其中一个要件作为标准来决定犯罪的单复,那是一种片面的见解,不能说有充分的道理。相比之下,犯罪的意思是由构成要件的行为来体现的,而作为违法、有责评价对象的行为又能综合地包括构成犯罪的的所有要素。所以把犯罪意思的单复作为决定犯罪个数的标准是最为适当的”。

(二)目的标准说

此说是在意思标准说基础上的进一步发展。持此说者认为,作为社会行为的犯罪是主客观的整体结构。而犯罪意思支配下的目的,一方面外化为行为,另一方面又通过行为转化为结果,是个核心的东西。从这个意义看,意思支配下的目的数决定着犯罪的个数。日本学者平场治安教授即持此见解。他在《刑法总论讲义》一书中写道:“在意思支配下达到一个目的总是一个犯罪”,“但仅仅目的不是标准,不能忘记有一个被决意所支配的限定,也就是说如果没有意思的实际支配,仅仅依据朝向某一方向的目的是不足以称为一罪的”显然,这是为了弥补意思标准说的不足而提出的一种见解。

以上两说在论证中,除了“犯罪意思”或“犯罪意思支配下的目的”而外,并未将构成犯罪的其他要件弃置一旁,似乎比较全面。然而,其最后的归宿仍然是“犯罪意思”或“犯罪意思支配下的目的”的个数决定犯罪的个数。这是主观主义刑法理论在罪数标准问题上的体现。正是基于这一点,我们把这两说概括为主观主义标准说。勿庸置疑,主观犯意与犯罪构成的其他要件是有密切联系的,如犯意与行为、犯意与结果等等。但是,这种联

系不是单向的，而是双向的，是相互之间的一种有机联系，相辅相成，相互依赖。主观主义标准说把这种双向性联系说成了单向性联系，单纯强调行为或结果等客观要件对犯罪意思的依赖关系，于是就得出了犯罪意思的单复决定犯罪的个数的片面性结论。这正是主观主义标准说的弊端之所在。

三、构成要件标准说之欠缺

持此说者认为，应以刑法各本条和其他刑法法规中规定的构成要件为标准确定犯罪的个数。在资产阶级学者中间力倡此说的是小野清一郎。他认为，无论是行为、意思、结果，都只能是一般犯罪概念上的一个重要要素，不能决定犯罪的个数。^①他自称是因受到德国古典学派学者贝林格和日本大场茂马的启示，而提出了与行为说、意思说和结果说不同的第四种学说，即构成要件标准说。^②小野在《新订刑法讲义(总论)》一书中说：“以我之见，一罪与数罪应以刑法各本条以及其他有关刑法法规规定的构成要件为标准来决定，即充足了一次构成要件事实的为—罪，充足了两次构成要件事实为两罪，以此类推。换言之，应以犯罪构成事实的个数来决定犯罪的个数”。佐伯千仞、团藤重光、大塚仁等是基本支持这个观点的，台湾学术界也大多赞成此说。

比起行为说、法益说、犯意说、目的说，构成要件标准说比较合理，但他们所说的构成要件标准说与我们所说的犯罪构成标准说是不一样的。在大陆法系国家的刑法理论中，犯罪构成是三要件，即构成要件符合性、违法性和有责性。三者呈阶梯式，犯罪是具有构成要件符合性、违法性和有责性的行为。构成要件符合性是首要要件，处于第一阶梯，行为人的行为在具备了构成要件符合性之后，还要依次踏上第二和第三个阶梯，即具备违法性和有责性之后，才能构成犯罪。这就是说根据他们的犯罪构成理论，行为符合构成要件的次数不一定就完全等于犯罪的个数。以充足了构成要件的次数来决定犯罪的个数是有条件的，即必须同

时具备违法性和有责性。这样,在符合构成要件的次数与犯罪的个数之间,在一定的情况下就会产生“断裂带”。这是由他们的犯罪构成理论体系决定的,也是他们的构成要件标准说之欠缺所在。

四、折衷主义标准说之不足

持折衷说者认为,确定犯罪的个数,不能简单地以哪一说为准,应当根据具体情况选择判断罪数的标准。日本的佐漱昌三在其《刑法大意》一书中说,确定罪数的标准“不能简单地以主观说或客观说中的哪一个来定,而应当依据各罪所决定的直接目的和刑法第 54 条、55 条等的各项规定,也就是依据各种不同的具体情况,选择上面诸说中适当的哪一个标准来区别罪数”。折衷主义标准说也许看到了以上诸说各自的偏颇,但却无力补救,于是提出了具体情况、区别对待的主张。理论纷争的折衷主义有时会有积极意义,但在罪数标准问题上却毫无价值。因为确定罪数必须采取统一的标准。如果忽而用主观主义标准,忽而用客观主义标准,那就使罪数的判定乱了套,不但会在理论上引起更多的麻烦,更重要的是会导致司法上的混乱。

五、犯罪构成标准说之论证

我们学术界在全面地分析资产阶级学者关于罪数标准各种学说的利弊优劣的基础上,提出了主客观相统一的犯罪构成标准说,即主客观统一说。该说主张,应以犯罪构成的个数为标准确定犯罪的单复,具备一个犯罪构成为一罪;具备数个犯罪构成的为数罪。

这里的犯罪构成,是以刑法分则条文就各种具体犯罪所规定的具体的犯罪构成(有的也叫做特殊的犯罪构成)为模式的,但并不仅限于具体的犯罪构成,还包括具体的犯罪构成与一般的犯罪构成的结合形态,如教唆盗窃罪,就是这种结合形态的犯罪。在一般的犯罪构成(即对刑法分则条文所规定的各种具体犯罪构成

要件加以科学地抽象概括而形成的犯罪构成的一般形态)中,不但包括基本的犯罪构成(即以各种具体犯罪的基本犯为模式而形成的犯罪构成类型),还包括与之相对应的对应构成群,如修正的犯罪构成、复杂的犯罪构成等等。这就可以看出,运用犯罪构成标准说判断犯罪的个数,并不是简单套用即可了事的,有时仍然是个较为复杂的问题。

在我们学术界,个别同志在判断罪数的标准问题上主张行为罪名结合说,认为一罪与数罪的区分,不能简单地看行为人实施犯罪行为的次数,关键是行为人实施犯罪行为而触犯的刑法所规定的罪名。当行为人一次或数次的个别行为触犯一个罪名或同一罪名,为一罪;当行为人数次的个别行为触犯二个以上独立罪名,为数罪。^③这种观点显然是为了克服行为标准说的偏颇而提出的,而且行为罪名结合说是向犯罪构成说靠近的。就此而言,它是积极的。但是正如有的同志所指出的,我国目前罪名尚未统一,刑法分则条文对罪名亦未作统一规定。在这种情况下,以罪名的个数来划分一罪与数罪,难求准确。而且即使罪名规定统一了,用行为罪名结合说代替犯罪构成说来分析罪数,也是困难重重,因为无论是认定一行为数行为、一罪名数罪名,归根结底都得到犯罪构成说中找答案。所以,相比之下,用犯罪构成说为标准判断罪数的单复是最为适宜的。

确定以犯罪构成说为标准划分一罪与数罪,主要是基于以下几点理由:

(一) 犯罪构成标准说在罪数领域贯彻了犯罪构成理论

犯罪构成理论是我国刑法学的核心理论。它贯穿于刑法学中
与认定犯罪进而适用刑罚有关的所有领域,如在故意犯罪过程中的犯罪形态、共同犯罪,以至刑法分则部分条文(如择一性条文)中,已经有了犯罪构成理论的分支或分支体系。但这还不够,应当在犯罪构成理论的相关领域建立和形成犯罪构成网络,这样才能真正反映和体现犯罪构成理论的核心地位。而犯罪构成标准