

QINGNIANXUEZHE



顾肖荣著

CONGSHU

刑法中的
一罪与数罪问题

青年学者丛书

青年学者丛书

刑法中的 一罪与数罪问题



学林出版社 · 顾肖荣 著

责任编辑：陈政文

封面设计：沈蓉男

刑法中的一罪与数罪问题 顾肖荣 著

学林出版社出版 上海绍兴路5号
新华书店上海发行所发行 上海中华印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 5 插页 2 字数 114,000

1986年7月第1版 1986年7月第1次印刷 印数 1—15,500册

书号：6259·004 定价(软精装) 1.15元



作者简介

顾肖荣，男，上海市人，1948年9月出生。

毕业于上海社会科学院研究生部刑法专业，获法学硕士学位。现任上海社会科学院法学研究所刑法研究室副主任。中国法学会会员。上海市法学会刑事法律研究会学术秘书。1983年以来，在《法学研究》、《国外法学译丛》、《社会科学》、《政治与法律》等全国性和地方性刊物上发表论文、译文等四十多篇。其中《也谈刑法中的因果关系》一文获1984年上海社会科学院科研成果奖。参加中国百科词典的编写工作。

有位未来学者声称，今天社会的显著变化之一是：人类社会已从“年轻人向长者学习”的“后喻”文化，转变为“成年人和儿童主要都向同代人学习”的“同喻”文化；下一阶段将是“长者向年轻人学习”的“前喻”文化。

事实上，年轻人与年长者之间总是互相学习的。如果把这位未来学者的说法绝对化，不免失之偏颇；但他指出年轻人越来越走在前头的趋势，则是很有见地的。八十年代中期，我国学术理论界就有一股颇为引人瞩目的“前喻”文化潮流。一批青年学者奋然崛起，以犀利的锐气、独到的见识和严谨的学风，向我们展现了不少令人振奋的新的研究成果。这决不是偶然的，是党的十一届三中全会以来的新形势为这批新人的茁壮成长提供了清新的空气和肥沃的土壤。

当前，世界性的新技术革命迅速而又深刻地改变着人类的社会生活和观念形态，同时推动着人类知识系统的高度互渗，新领域、新学科、新课题不断地被开拓。面对这新情况，年长

出版前言

CHUBAN
QIANYAN

者和青年人必然地处在同一起跑线上。由于青年人拥有思维结构灵活的优势，因此可能思想更解放，更勇于探索，他们的研究也就可能更富有生命力，更富于创造性。

面对学术理论界新人辈出的形势，出版工作者有责任把他们的有价值的研究成果推向社会。这对于我国学术的繁荣和新人的成长都将是十分有益的。为此，我社决定出版“青年学者丛书”。

出版“青年学者丛书”是个新的尝试。我们渴望这套丛书能获得青年学者们的支持，向我们出示你们的最新、最佳的研究成果。同时，我们也期待德高望重的前辈学者给予热忱的关怀和帮助。毫无疑问，任何新的成果都是在继承传统的基础上获得的；任何一个青年学者的成长都有赖于前辈的扶持。

我们和青年学者一起瞻望着中国学术的未来。

学林出版社

一九八五年十一月

一罪和数罪，即罪数问题，是刑法学中一个很重要的问题，也是司法实践中每时每刻都要遇到的问题。这个问题既关系到犯罪论中犯罪的形态，也关系到刑罚论中对行为是否实行并罚。因此它与定罪量刑是息息相关、密不可分的。

但是，如何对罪数问题进行系统的研究，从理论和实践的结合上作出回答，这在我们的刑法学界做得还比较少，尤其还缺乏这方面的专著。大家都殷切期望早日有这样的专著问世。

法学硕士顾肖荣同志，勤奋治学，勇于探索，前不久撰写了一本《刑法中的一罪与数罪问题》，恰好适应了这方面的急需。我有幸预先读到原稿，觉得作者在收集中外古今有关材料的基础上，对罪数问题确是作了全面深入的研究，提出了诸多有益的见解。特别是对一罪和数罪的各种表现形态，论述得系统周到，分析得具体细致。其中引用的一些案例，也能给人以举一反三的启迪。应当说这本书是对我国刑法学在罪数问题研究上的一个重要的贡献，也为我国刑法学界在深入进行专题研究上提供了一个可喜的成果。

序
XU

我在为顾肖荣同志这位年轻作者取得科研
成绩感到高兴的同时,特缀数语,以誌贺忱。

高铭暄

一九八五年九月

目 录

MU LU

序	1
---	---

第一章 绪论	1
--------	---

第一节 罪数论的概念 和意义	1
-------------------	---

第二节 区别一罪与数 罪的标准	5
--------------------	---

第三节 分类	8
--------	---

第二章 理论上的一罪	12
------------	----

第一节 单一罪	12
---------	----

第二节 吸收犯	25
---------	----

第三节 继续犯	30
---------	----

第四节 结合犯	33
---------	----

第五节 结果加重犯	40
-----------	----

第六节 接续犯	49
---------	----

第七节 集合犯（营利 犯、常业犯、惯 犯）	52
-----------------------------	----

第八节 法规竞合	59
----------	----

第三章 处断上的一罪 69

第一节 想象竞合犯 69

第二节 牵连犯 86

第三节 连续犯 97

第四章 数罪并罚 117

第一节 数罪并罚的概念 119

第二节 数罪并罚的原则 125

第三节 适用数罪并罚原则的不同情况 130

第四节 有关数罪并罚的若干值得探讨的问题 135

结束语 147

第一章 绪 论

第一节 罪数论的概念和意义

确定犯罪人的行为究竟是构成一罪还是数罪，这是司法实践中经常遇到的问题，也是刑法理论中最基本的问题之一。在一般情况下，一罪与数罪是容易分清的。例如，张三发一枪，故意杀死李四，就是犯了一个故意杀人罪。再如，某农场青工林某，一天傍晚在农村偏僻小路上，用暴力抢劫了一位过路老人的财物；几天后的一个晚上，又在农场附近的麦地里强奸了一位农村姑娘。这样，林某就犯了两个罪：抢劫罪和强奸罪。

但是，犯罪形态是多种多样的，在某些案件中，一罪与数罪的界限往往不容易划清，这就给正确定罪量刑带来了一定的困难。例如，1983年12月，某刊物就下列案件究竟应定为一罪还是数罪，以及应定为何种罪名展开了讨论：被告人陈某，是某医院主管血库的医务人员。她受过专门的医务训练，一人主持医院的体检、验血、抽血、入库、供血工作。被告人于1981年9月至1982年3月间，为了获得非法利益，无视国家对献血者一次最高抽血量的限制和再

次抽血时间的间隔规定,采取欺骗手段,用填写假姓名、假日期等方法,先后对二十余名未经体检的献血者进行了超血量和短间期抽血。更为严重的是,陈明知其中八名献血者患有乙型肝炎病,也对他们抽了 29 次血,并把血送入病房注入 22 位病人体中,未用完部分与其他同型血液混制成血浆待用。前后有 4 名癌症患者因输入了这种血液而提前死亡。陈从上述二十余名献血者手中收受了大量贿赂物品,共值人民币五百余元。案例刊登后,编辑部在短短不到两个月的时间内就收到全国各地 229 篇来稿,对定性问题发表了各种不同的看法。这些看法,归纳起来大致有如下三种:第一种认为应定为单一罪,其罪名包括投毒罪;故意伤害罪;受贿罪;以危险方法致人重伤、死亡罪等。第二种认为应定为数罪,包括受贿罪(比照贪污罪)和投毒罪;受贿罪(比照贪污罪)和伤害罪;受贿罪和违反危险物品管理规定肇事罪;受贿罪和以危险方法致人重伤、死亡罪等。第三种认为应定为牵连犯,是受贿、伤害二罪相牵连、以受贿罪从重处罚,等等。犯罪的单复不同,罪名的性质不同,对被告人的利害关系极大,因为这直接关系到适用刑罚的轻重。本案如果定为单一的故意伤害罪,那么,依我国刑法第 134 条第一款的规定,对被告人最重也只能判处三年有期徒刑;但如果定为受贿罪(比照贪污罪)和以危险方法致人重伤、死亡罪二罪并罚,则依我国刑法第 155 条、第 106 条、第 64 条的规定,最重可以对被告人判处死刑。可见,同一个案件,因罪名和罪数认定的不同,量刑的结果就可能差别很大。因此,罪名和罪数的认定问题,很自然地引起了政法战线和其他各条战线许多同志的关注。

刑法中的一罪、数罪问题(即罪数论)大致包括以下内容:

(一) 什么是一罪?什么是数罪?区分一罪与数罪的标准是什么?

(二) 对各种形态不同的一罪和数罪,应当如何认定和处罚?

(三) 各种形态不同的一罪和数罪, 应当如何适用刑事诉讼程序?

罪数论是刑法学中一个重要的问题, 也是一个比较复杂的问题。刑法学总论由绪论、犯罪总论和刑罚总论等组成。犯罪总论以犯罪的概念, 犯罪构成, 故意犯罪的阶段, 共同犯罪, 以及一罪和数罪等有关犯罪的普遍性问题为研究对象; 而刑罚总论, 则是论述有关刑罚的一些普遍性问题, 例如刑罚的概念和目的, 刑罚的体系、种类和具体运用等等。罪数论本质上属于犯罪论, 但罪数之单复, 又关系到刑罚的适用, 因而有人主张把罪数论划入刑罚论。我们认为, 刑罚的适用是以罪数为前提的, 而区分一罪和数罪又以犯罪的主客观要件为标准, 所以刑罚的适用不过是罪数决定以后的当然结果而已。既然刑罚不是决定罪数的标准, 那么, 把罪数论归入刑罚论, 就不免有倒果为因之嫌。但由于在实际工作中, 人们总是把定性(构成什么罪, 构成几个罪)和效果(如何适用刑罚)放在一起研究, 所以两者又不可能截然分开。罪数论本质上属于犯罪论, 但也离不开刑罚论, 我国刑法把“数罪并罚”规定在总则第四章“刑罚的具体运用”中, 其原因就在于此。总之, 罪数论本身确是一门专门的学问, 需要我们作深入的研究。

研究罪数论大致有以下重要意义:

(一) 罪数论与刑罚适用的轻重直接有关。

根据罪刑法定原则和我国刑法的有关规定, 一罪只能科一个刑罚, 数罪则须在分别科刑的基础上实行并罚, 所以, 一罪还是数罪, 就与刑罚适用的轻重直接有关。例如, 马某以查失落的鸽子为名, 纠集了 4 个人将张某从某市福建南路, 绑架到南塘浜路, 历时 5 小时。途中马某等人对张某拳打脚踢, 用香烟头烫其皮肉, 并强迫张某写了所谓“偷鸽子”的口供。本案若定为一个非法拘禁罪, 根据我国刑法第 143 条第一款的规定, 最重只能判处三年有期徒

刑;但若认定为非法拘禁、流氓、伤害三个罪,则依刑法第 143 条第一款、第 160 条、第 134 条第一款,及第 64 条的规定,最重便可处十三年有期徒刑。可见,一罪还是数罪,与刑罚适用的轻重有很大的差别。这一层意思,还较易理解。再进一步看,实施了一个行为并不一概等于犯了一个罪。例如,开一枪打死一人,又破坏宝贵文物一件的,就是一行为触犯数罪名而构成了想像竞合犯;还有数行为构成一罪的,如惯犯、结合犯、吸收犯等;也有数罪作为一罪处理的,如连续犯、牵连犯等。不同性质的行为,因其所构成犯罪个数的不同,适用刑罚的轻重也就不同。例如对想像竞合犯应采取吸收原则,以重罪之刑吸收轻罪之刑;结合犯和惯犯是特种一罪,刑法分则对它们都特别规定了加重的法定刑;牵连犯是处断上的一罪,因我国刑法对其处罚无明文规定,因而在司法实践中,有的以重罪之刑吸收轻罪之刑,有的作数罪并罚,不太统一。连续犯也是处断上的一罪,一般适用一个法定刑而从重处断。这些在后面各有关章节将分别具体论述。

(二) 罪数问题跟犯罪的时间和地点有关,涉及到管辖、追诉权时效、民事赔偿和刑罚的赦免等一系列问题。所以,它与刑事诉讼法的适用也有关系。例如,盗窃犯商某在甲地窃得自行车两辆,数月后在乙、丙两地将赃物诈称为己有而分别出卖。有人认为这是吸收犯,是以在先的盗窃行为吸收了在后的诈骗行为,故只能定一个盗窃罪,不能再另定诈骗罪。但这样定罪并不十分妥当,因为在后的诈骗行为与犯罪的时间和标准有关,涉及到管辖、追诉权时效等问题,因此在后的诈骗行为不能认为被吸收而无罪,本案只能认为是牵连犯,或者干脆定为各自独立的盗窃、诈骗二罪。否则,乙、丙两地的法院就无权管辖(根据我国刑事诉讼法第 19 条的规定,在一般情况下,只有犯罪地和居住地的法院才有管辖权,如果认定商某只犯有盗窃罪,不构成诈骗罪,则乙、丙两地就不是犯罪

地,这两地的法院也就没有管辖权)。此外,对商某的追诉权时效也毫无理由地缩短了几个月,因犯盗窃罪的时间先于诈骗几个月,如不构成诈骗罪,对该犯的追诉时效只能从犯盗窃罪之日起算,这显然不利于打击犯罪分子。

(三) 罪数论还关系到对数罪如何正确地适用并罚原则。

适用数罪并罚原则,当然应以数罪的存在为前提,但如何对数罪实行并罚,又是一个复杂的问题。各国刑事立法和理论所采用的办法不尽相同:有的采用绝对相加原则;有的采用吸收原则;有的采用限制加重原则;有的采用综合原则,等等。我国刑法采用综合原则。但如何根据各种具体情况,正确实施上述原则,审判实践已经提出了许多问题,需要我們进行研究和探索。

总之,在一般情况下,把一罪当作数罪实行并罚,就会轻罪重判;反之,把数罪当作一罪来判处,则会导致重罪轻判,这两种倾向都违背了“罪刑相适应”和“以事实为根据、以法律为准绳”的社会主义法制原则,不利于准确有效地同犯罪作斗争,也不利于实行一般预防和特殊预防。为了克服上述两种倾向,我们必须对罪数问题作一番系统的考察。

第二节 区别一罪与数罪的标准

一、关于罪数标准的各种学说

什么是一罪?什么是数罪?区分罪数单复的标准是什么?对这些问题历来众说纷纭,归纳起来,大致有以下数说:

(1) 行为标准说(客观主义的罪数论)。此说认为,犯罪的本质是行为,只有犯意不能构成犯罪;刑法所保护的客体受到侵害,也是由于犯罪行为引起的,所以,应以行为的单复数作为区分犯罪单复数的标准。而这里所说的行为又以自然的行为做根据。从此

说,想象竞合犯因只有一个行为,故为本来的一罪(当然的一罪)。牵连犯则为本来的数罪。

(2) 法益标准说(又称结果标准说)。此说认为,一切犯罪都程度不同地侵害了或可能侵害刑法所保护的客体(法益),这也就是犯罪的本质。所以,应以所侵害法益的单复数作为区分犯罪单复数的标准。从此说,则想象竞合犯和牵连犯都侵害了数个法益,应构成本来的数罪,只是例外当作一罪处理而已。

(3) 意思标准说(主观主义的罪数论)。此说认为,犯罪是一种负有刑事责任的能力,而刑事责任的根据则为犯意,行为和结果不过是犯意的体现,犯意才是犯罪的本质。因此,应把犯意的单复作为决定罪数的标准,而不问行为、结果,被害法益的个数如何。从此说,想象竞合犯和牵连犯都必须预先限定在单一犯罪决意的范围内,才能视作一罪。

(4) 构成要件标准说。此说认为,构成要件是决定罪数的标准,即犯罪事实一次符合犯罪构成要件的为一罪,二次以上符合的为数罪。从此说,想象竞合犯和牵连犯都是本来的数罪。

(5) 综合标准说。此说认为,应对结果、行为、犯意、构成要件等综合判断才能得出决定罪数的标准。

二、刑法规范和理论是解决罪数问题的根据

实际上,只有刑法规范和理论才是解决罪数问题的根据。关于罪数标准的学说,大致有以上数说,但仅有这些还不行,因为它们都离不开刑法的具体规定。例如,法益说以被害法益的单复数作为划分犯罪单复数的标准。但我国刑法分则中的某些条文,例如第106条却把侵害了二个以上法益(个人生命、健康、财产、公共安全等)的放火行为规定为单一罪——一个放火罪;再如行为说以自然行为的单复数作为划分犯罪单复数的标准,但在持械聚众叛

乱罪中,可能同时伴有杀人、伤害、放火、毁坏公私财物等多种自然行为,但依刑法第95条的规定,只作一个持械聚众叛乱罪,而不作为数罪;又如构成要件标准说以符合构成要件的次数作为划分犯罪单复数的标准,但接续数次殴打他人,其中每一次都符合伤害罪的构成要件,也不过只构成一个伤害罪(内含多个殴打动作)。可见,解决罪数问题不仅要以一定的学说为标准,而且主要应根据刑法的规定,法无明文规定的才从法理,从司法实践。

在一般情况下,行为人出于一个故意(或过失),实施了一个行为,一次符合犯罪构成要件(又称必要条件)的,就是犯了一个罪。该定义中的所谓“犯罪构成要件”,就是刑事法律就各个犯罪列举一定的特征,并指明什么样形式的行为构成犯罪。但各人对此理解又有不同,有人认为,只有把刑法总则的一般构成要件和分则的特别构成要件联系起来综合考虑,才能确定行为人的具体行为是否构成了犯罪,犯了几个罪。但也有人认为,所谓构成要件,就是指刑法分则的特别构成要件。

从通常的见解来看,前一种观点较正确,因为某些案件形式上虽与刑法分则的特别构成要件相符,若不考虑总则的一般构成要件,便可能出问题,因为总则中关于责任能力、责任条件、追诉权时效、犯罪的预备、未遂和中止、共犯以及关于“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”等规定,都和罪数有关。例如某甲在14岁以前盗窃他人钱财,数额较大,14岁半时又重伤他人,两件事被同时发现。某甲所犯的究竟是一罪还是二罪?根据刑法总则关于责任年龄的规定,某甲只能定为一个重伤罪,其盗窃行为应不认为是犯罪。但若只看分则,便会算错罪数,作两罪并罚,因分则中无责任年龄的规定。

从一般原理讲,“一次符合犯罪构成要件”是指一次符合某罪的诸要件的总和(主体、罪过形式、行为、结果、法益等),而不是指