

论想象竞合犯的处罚原则及其适用

何荣功, 黄 丽

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 何荣功(1977-)男,湖北襄樊人,武汉大学法学院法律系博士生,主要从事刑法学研究;黄 丽(1974-)女,四川成都人,武汉大学法学院教师,法学硕士,主要从事刑法学研究。

[摘 要] 想象竞合犯的的处罚原则是有关想象竞合犯争议问题的焦点之一。鉴于想象竞合犯中行为人一行为造成了数个法益侵害的事实,我们提出对想象竞合犯应当采取从一重重处的处罚原则,并分析了该原则的具体适用。

[关键词] 想象竞合犯;从一重重处;附加刑

[中图分类号] D921 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)03-0403-04

想象竞合犯,又称观念的竞合犯、想象的数罪,是刑法罪数论中的一个重要问题,在各国的司法实践中也多有发生,因此,历来受到各国学者的重视,并对其中的一些问题取得了共识,但仍然存在不少问题争议激烈,需要认真研究。本文主要对我国想象竞合犯的处罚原则及其适用中存在的疑难问题提出一己之见。

一、想象竞合犯的处罚原则概述

想象竞合犯,世界各国的立法态度并不一致。在德国,想像竞合犯是一个法定的概念,其刑法典第 52 条明确规定:“同一个犯罪行为触犯数个刑法法规,……只判处一个刑罚。”“触犯数个法规的,依规定刑罚最重的法规为准。”由于刑法对想象竞合犯的概念和处罚原则都作有明确规定,因此,德国刑法理论中有关想象竞合犯的概念和处罚原则争议并不大。与德国刑法不同,想象竞合犯在我国并非是一个法定概念,但对其概念的认识,我国多数学者也同样认为是指一行为触犯数罪名的情况。只是在对想象竞合犯的处罚上,我国学者仁智互见。

1. “数罪并罚说”。该说主要从想象竞合犯的法律本质入手,在坚持想象竞合犯是实质数罪的前提下,认为既然想象竞合犯是实质的数罪,就应当实行数罪并罚。比如有学者论道:“由于想象竞合犯是异质数罪,一行为竞合了不同犯罪性质,仅以一行为处断不足以全面反映行为的多重性,对想象竞合犯只有以数罪处断,才能对行为进行全面的刑事评价。”^[1](第 26 页)这种意见在世界上得到了一些国家和地区刑法立法和司法的支持。1996 年颁布的现行俄罗斯刑法典规定:“一个行为含有本法典两条或更多条规定的犯罪要件的,应视为数罪,实行数罪并罚。”^[2](第 28 页)我国澳门地区的刑法典也规定:“一个行为符合数个不同罪状为数罪,实行数罪并罚。”另外,在英美法系国家或地区的司法实践中,一行为触犯数罪名也均实行数罪并罚^[3](第 152 页)。

2. “一罪处断说”。“一罪处断说”认为,想象竞合犯虽然行为触犯了数个罪名,但毕竟行为人只实施了一个行为,所以,只能按照一罪处理。其具体又可分为:

(1) 从一重处断说。“从一重处断说”是指按照所触犯数罪中最重的刑法处断,轻的刑罚不再适用。这种对想象竞合犯的处理方法得到大陆法系德国、日本、韩国和我国台湾地区刑事立法的支持。如前述德国刑法典第 52 条第 1、2 款规定,“同一犯罪行为触犯数个刑法法规,……只判处一个刑法。”“触犯数个刑法法规的,依规定最重的法规为准。”由于受到其刑法规定的制约,在德日的刑法理论上,“从一重处罚”的观点一直处于绝对通说的地位,即使是将想象竞合犯的

本质视为实质数罪的学者也强调想象竞合犯应当按照“从一重处罚”的原则处理。大谷实教授就特别指出：“观念竞合，本来是数罪，但由于是一个行为造成的，所以，数罪就被科刑上最重的刑所包括，作为一罪从一重处断。”^[4]（第 365 页）

在我国刑法理论上，多数学者和教材在论及想象竞合犯的处罚时，都是持该种看法的，如高等学校法学教材《刑法学》就指出：“对想象竞合犯应采用‘从一重处断’的原则予以论处。即：对想象竞合犯无须实施数罪并罚，而应按照其犯罪行为所触犯的数罪中最重的犯罪论处。”^[5]（第 331 页）这种意见在我国刑法理论也是通说。

（2）“从一重重处断说”。“从一重重处断”，是指对想象竞合犯的处罚应当选择行为所触犯的重罪名并适当从重或加重的处罚原则。从立法例上看，瑞士刑法典早有规定，其 68 条明确指出：“一行为或数行为触犯数自由刑之罪者，从一重处断并适当加重刑期。法官除得加重其刑至原定刑罚二分之一外，并应受该种刑种法定最高限之限制。”在我国，“从一重重处断说”是我国学者在批判上述“从一重处断说”的基础上提出的。较早提出该处罚原则的是吴振兴教授，他指出，从一重重处断不仅较之从一重处断更为适宜，而且在我国也有法律依据^[6]（第 72 页）。最近，我国学者马克昌先生在评价想象竞合犯的处罚原则时也作出了相同的认识，他说：“观念竞合毕竟侵害了数个法益，根据罪刑相适应的原则，当以瑞士的立法例为妥当。”^[7]（第 797 页）该说现在虽然不是我国刑法理论上的通说，但正变得越来越有力。

3. “具体分析说”。“具体分析说”，也可称“综合说”，持该论者指出上述“数罪并罚说”、“从一重处断说”、“从一重重处断说”都具有一定的合理性，但想象竞合犯具体表现形态多样，在处罚想象竞合犯时若只是单纯采用上述任何一种学说就有可能违反罪刑相适应的刑法基本原则，造成重罪轻判或轻罪重判，也可能违反禁止重复评价的定罪量刑原则。所以，该说提出：（1）行为人出于一个故意或者过失，实施了一个危害行为，造成一个危害结果，或者造成数个危害结果，但一个危害结果包含了另一危害结果的，应按从一重处断的原则处罚。并且举例说，我国刑法第 399 条第 1 款、第 2 款规定了徇私枉法罪、枉法裁判罪，第 3 款规定“司法工作人员贪赃枉法，有前两款行为，同时又构成本法第 385 条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”，该第 3 款的规定就是对想象竞合犯实行从一重处断的适例。（2）行为人出于一个犯罪意图而实施一个犯罪行为，既出现了预期的危害结果，也出现了预料之外的危害结果而触犯不同的罪名的，主张择一重罪从重处罚。（3）行为人出于一个总的犯罪故意，实施一个犯罪行为，故意造成多种不同的危害结果的想象竞合犯，由于刑事立法将同一行为所造成的多个不同的结果确定为不同的犯罪，对此情形应处以数罪并罚^[8]（第 50 页）。

二、“从一重重处”合理性之论证

想象竞合犯是一种社会现象，更是一种法律现象，因此，对想象竞合犯处罚的认识绝不能脱离一国的刑事立法的客观实际。在德国、日本、俄罗斯、澳门以及英美等相关国家和地区，由于刑法明确规定想象竞合犯要“从一重处”或实行“数罪并罚”，即使该处罚原则的合理值得研究，但从刑法解释学的立场看，其理论上主张对想象竞合犯实行“从一重处”或“数罪并罚”却是法律依据的。在我国，由于想象竞合犯并非是个法定概念，其处罚原则我国刑法也未作规定，这虽然给我国司法实践解决想象竞合犯的处罚问题带来了困难，但却给刑法理论上如何科学解决想象竞合犯的处罚问题留下了空间。在想象竞合犯场合，由于行为人只实行了一个行为，属于实质的一罪，若要对实行数罪并罚，显然有违我国罪数基本理论，正因为此，无论在我国刑法理论上，还是司法实践中，该说都未能获得多数学者的支持，一直以来只是为少数学者主张。

至于“具体分析说”，虽然其研究问题的方法不无借鉴之处，但若进一步分析该说，也并非没有疑问。其一、具体分析说没有对想象竞合犯的处罚提出一个统一的标准，若采用此说，必然会给司法实践带来困难。其二、从上述具体分析说论者的论述来看，该说仍存在不少值得研究之处，如上所述，该论者认为行为人出于一个故意或者过失，实施了一个危害行为，造成一个危害结果，即可成立想象竞合犯，并且指出刑法 399 条第 3 款的规定就是对想象竞合犯实行从一重处断的适例。我认为，想象竞合犯是行为人基于两个或两个以上的罪过实施了一个行为而触犯数罪名的犯罪形态，如前述，若行为人基于一个罪过实施一个行为，那么，就是单纯的一罪，并非成立想象竞合犯。关于这一点，可以说是我国学者的共识，并不存在争议。另外，就论者所根据的我国刑法 399 条规定看，当行为人收受贿赂之后，又枉法裁判的，在该种情况下，行为人实施的是两个行为，即不仅实施了受贿赂的行为，又实施了枉法裁判的行为，当然难以成立想象竞合犯。所以，具体分析说论者的理由有待完善和进一步论证。

想象竞合犯毕竟是一行为触犯了数罪名，造成了数个法益的侵害，因此，对想象竞合犯仅按照一重罪处罚，而不考虑较轻的法益侵害事实，从理论的科学性而言，也并非可取。因此，从法益侵害的事实出发，我认为，“从一重重处断”是正确的。但如何理解“重处断”中的“重”，是应当解释为“从重”，还是应当理解为“加重”？我认为，由于加重的标准在实

践中难以把握,有违罪刑法定主义,所以,“重”理解为“从重”为宜。其实,在我国,对想象竞合犯“从重罪从重处断”的原则也为司法实践所重视。如在最高人民法院发布的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 12 条第 5 项就规定:“实施盗窃犯罪,造成公私财物损毁的,以盗窃罪从重处罚;又构成其他犯罪的,择一重罪从重处罚。”

三、“从一重重处”的具体适用

1. 法定刑的轻重比较

从一重重处,是指对想象竞合犯的处罚应当选择行为所触犯的重罪名并适当从重的处罚,其核心问题就是理解和掌握“从一重”的含义和标准。在我国刑法理论和实践中,对于“从一重”含义和标准的理解意见是相当一致的,认为“从一重”是指应按照行为所处罚的数个罪名中最重罪名的法定刑定罪处罚。而当行为所触犯的多罪名的法定刑轻重完全相同时,应根据犯罪情节,比较孰轻孰重,然后按照较重之罪适用刑罚^[6](第 73 页)。因此,对法定刑的轻重比较,便成为对“从一重”的正确理解的前提和关键。

关于法定刑的轻重比较应以主刑的轻重为标准,主刑重时,法定刑便重,主刑轻时,法定刑便轻。具体来看:(1)主刑的轻重比较。我国刑法 33 条规定,主刑种类分为管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑。按照我国刑法的规定,主刑的轻重按照管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑依次递增。所以,在我国死刑最重,无期徒刑次之,有期徒刑又次之,拘役更次之,管制最轻。当数罪名的法定刑中有不同刑种时,应以重刑种为标准。(2)同种主刑的轻重比较。同种主刑的轻重,应以法定最高刑上限的高低为准,即高者或为重,低者为轻;若法定最高刑相同,则应以法定最低刑下限为准,即高者为重,低者为轻。(3)两种以上主刑轻重比较。当刑法对某种犯罪的法定刑规定有两种以上主刑时,其法定刑的轻重,应以最高主刑种类较重或刑期较长的为重;如果最重主刑种类或其刑期相同,则以最低主刑种类较重或刑期较长者为重;如果两种犯罪的刑罚种类和刑期完全相同,我们需要判断不同刑罚种类的排列次序,以优先适用的刑罚最重者为重。

2. 从一重重处适用的几个具体问题

(1)轻罪在“从一重”中的地位。对想象竞合犯实行“从一重”处时,只是说要按照重的罪名定罪处罚,并非对行为人所触犯的其他轻罪置之不理,相反,审判人员必须在判决书中载明行为人所触犯的其他轻罪名。另外,若在裁判之前,重罪遇有赦免,还必须就其他余罪即轻罪处断。若最重之罪的裁判确定后,重罪之刑未执行或尚为执行完毕之前,处刑之重罪被赦免或因法律变更而不处罚时,应免除刑罚的执行,并不再就犯罪行为所触犯的其他轻罪定罪处罚^[9](第 608 页)。

(2)附加刑在“从一重”中的适用。“从一重处”被认为是关于主刑的适用原则,当一行为触犯的几个罪名中,重罪没有附加刑或者重罪、轻罪都有附加刑时,附加刑应当如何适用?在我国台湾地区,学者们关注的较多并存在“肯定说”和“否定说”两种意见。“肯定说”为孙德耕、梁恒昌等教授所主张。如孙德耕教授认为,所谓从一重处断者,以其性质本非一罪,而法律规定从数罪中之一重罪处以最重之刑,是以如有两个以上之没收时,仍得予以并科,即重罪无可没收之物,而轻罪有可没收之物,仍应以没收^[10](第 337 页)。而蔡墩铭教授则持否定的意见,他指出既然想象竞合犯只选择一重罪科处,不再论以轻罪,而从刑是附加于主刑的刑罚,轻罪既不科以主刑,则从刑既无主刑存在而无所依附,所以,对于轻罪之从刑,似不应予以宣告,比较符合法理。

关于附加刑在“从一重”中的具体适用问题,在我国刑法理论上探讨的并不够深入,但也有不同意见。如有学者认为:“如果对较重之罪仅科处某种主刑,而较轻之罪根据情况即使存在着适用刑罚即须科处一定的附加刑的可能,也不应于较重之罪的主刑并科。因为我们把想象竞合犯当作实质一罪处理的,适用的处罚原则是从一重重处断,对于较轻之罪已经没有适用刑罚的余地。”^[6](第 75、76 页)不过,也有的学者持相反的意见,指出,“所触犯的其他轻罪中有应予没收的,仍须按照刑法第 64 条的规定予以没收”^[9](第 608 页)。

我认为,肯定说的意见原则上是可取的。理由在于:

其一,从当今世界各国的立法看,刑罚一般都分为主刑和附加刑(从刑)两种,二者结合在一起共同对犯罪行为进行评价。虽然附加刑一般只能附加于主刑适用,但附加刑仍然具有独立的意义,因此,对刑罚轻重的比较既应当对主刑进行轻重比较,也应当考虑对附加刑进行轻重比较,理论上和实践中,由于考虑到附加刑的依附性特点,在判断不同罪名的法定刑轻重时,才优先适用以主刑的法定刑轻重为标准进行。所以,从一重重处断,既应当包括主刑的从一重重处断,也应当包括附加刑的从一重重处断。当重罪的主刑不存在附加刑,而轻罪存在附加刑时,当然应当考虑附加刑的适用。

其二,如前所述,对想象竞合犯实行“从一重”处时,只是说要按照重的罪名定罪处罚,并非对行为人所触犯的其他轻罪置之不理,相反,审判人员必须在判决书中载明行为人所触犯的其他轻罪名,所以对行为处以重罪之刑,并不意味着轻罪

“不存”,而是在与重罪的比较中为重罪所吸收,因此,适用轻罪中的附加刑并不背离附加刑的特点。从立法上看,我国刑法虽然对该种情况没有明确规定,但其他国家的刑法却不乏立法例,如德国刑法典第 52 条第 4 款规定:“如可适用的法规之一规定,应当或可以判处附加刑、附随后果或处分的(第 11 条第 1 款至第 8 款),依其规定。”也就是说,在德国,即使重罪没有没收或褫夺公权等从刑的宣告,然而轻罪却有从刑的宣告,最终也得宣告没收或褫夺公权等附加刑^[11](第 265 页)。德国刑法的规定尽管在我国不适用,但也可以在一定程度上反映肯定说意见的合理性。

[参 考 文 献]

- [1] 庄 劲. 对想象竞合犯法律本质与处断原则的反思 [J]. 贵州省政法管理干部学院学报, 2001, (4).
- [2] 黄道秀. 俄罗斯联邦刑法典释义 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000.
- [3] 储槐植. 美国刑法 [M]. 北京:北京大学出版社, 1996.
- [4] 大谷实. 刑法总论 [M]. 黎宏译. 北京:法律出版社, 2003.
- [5] 高铭喧, 马克昌. 刑法学 [M]. 北京:北京大学出版社、高等教育出版社, 2000.
- [6] 吴振兴. 罪数形态论 [M]. 北京:中国检察出版社, 1996.
- [7] 马克昌. 比较刑法原理 [M]. 武汉:武汉大学出版社, 2003.
- [8] 蒋兰香. 想象竞合犯处罚原则的重构 [J]. 中南林学院学报, 2003, (3).
- [9] 赵秉志. 犯罪总论问题探索 [M]. 北京:法律出版社, 2003.
- [10] 蔡墩铭. 刑法总论争议问题研究 [M]. 台北:五南图书出版公司, 1976.
- [11] 黄村力. 刑法总则比较研究 [M]. 台北:三民书局, 1997.

(责任编辑 车 英)

On Punishment and Application about Imaginative Joinder of Offenses

HE Rong-gong HUANG Li

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: HE Rong-gong (1977-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in criminal law; HUANG Li (1974-), female, Master, Wuhan University Law School, majoring in criminal law.

Abstract: The punishment of imaginative joinder of offenses is one of the controversies over imaginative joinder of offenses. As to its punishment, imaginative joinder of offenses encroaches on more than more legal interests, so it is necessary to give a more heavier punishment. In addition, the article also analyses the application of imaginative plural crimes of the same kind.

Key words: imaginative joinder of offenses; more heavier sentencing on the basis of the most serious crime; accessory punishment