

# 罪刑相适应原则在刑法 解释中的适用研究

陈洪兵\*

---

## 目次

- 一、竞合时“特别法优先”还是“重法优先”
  - (一)“特别法优先”与“重法优先”两派的分歧
  - (二)分歧的解决
- 二、是数罪并罚还是应以一罪论处
  - (一)一行为还是数行为?
  - (二)同种数罪应否并罚?
  - (三)选择性罪名能否数罪并罚?
  - (四)是应数罪并罚还是评价为一罪的加重情节?
- 三、罪刑相适应原则在个罪解释中的指导机能
  - (一)限制解释
  - (二)刑法用语含义的相对性
  - (三)刑法分则中致人重伤、死亡的相对性解读
- 四、“量刑反制定罪论”的疑问
  - (一)“量刑反制定罪论”的由来
  - (二)“量刑反制定罪论”的缺陷

**摘要** 无论法条竞合还是想象竞合,竞合时从一重处罚,是罪刑相适应原则的当然要求;刑法分则中数罪并罚的规定均为注意性规定,若评价为一罪的加重情节处罚更重的,就应放弃数罪并罚;同种数罪应以并罚为原则,不并罚为例外,并罚与否,取决于是否罪刑相适应;所谓选择性罪名,应以数罪并罚为原则,不并罚为例外;刑法分则中的“致人重伤、死亡”是否包括故意伤害、故意杀人,取决于法定刑的轻重;罪刑相适应原则要求对某些构成要件进行限制性解释,对刑法用语的含义进行相对性解读;“量刑反制定罪论”无视实行行为及犯罪构成的定型性,违反罪刑法定原则,根本不同于“以刑释罪”,故不值得提倡。

**关键词** 罪刑相适应 刑法解释 竞合 以刑释罪 量刑反制定罪

---

\* 南京师范大学法学院教授、法学博士。本文系“江苏高校优势学科建设工程资助项目”的成果之一。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在注释中的日文部分添加了下划线。】

我国刑法第5条明文规定了罪刑相适应原则：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”〔1〕域外刑法典中通常对此并无明文规定，但理论上均承认其为刑事立法及司法的重要指导性原则，本身蕴含于作为罪刑法定原则实质侧面之一的禁止残虐的、不均衡的刑罚，以及宪法所规定的实体的正当程序或者比例原则之中。〔2〕

一直以来，人们普遍重视罪刑相适应原则在配刑（立法）和量刑（司法）过程中的指导性作用，但对于该原则作为刑法解释目标的机能，〔3〕即其在刑法解释中的指导性地位重视不足，以致近年来学界矫枉过正地提出了“量刑反制定罪论”。“在刑法理论中，人们历来重视罪刑法定与刑法解释之间的关系。罪刑相适应虽同样作为刑法基本原则，其之于刑法解释论的意义与功能却没有得到系统的揭示。刑法解释中‘以刑制罪’现象的存在，必然要求将罪刑相适应作为刑法解释的指导原则。”〔4〕罪刑相适应原则如何在刑法解释中得到适用，如何看待“量刑反制定罪论”，无疑是值得认真研究的问题。

## 一、竞合时“特别法优先” 还是“重法优先”

### （一）“特别法优先”与“重法优先”两派的分歧

国内对法条竞合的关注肇始于20世纪80年代初发生在四川省岳池县的粟登荣制造、贩卖假药案。冯亚东教授与肖开权教授围绕此案首开论战。〔5〕目前，有关特别关系的法条竞合，在“特别法优于普通法”适用原则之外，能否有条件地适用“重法优于轻法”的问题，刑法理论界基本形成了“特别法优先”〔6〕与“重法优先”两派。〔7〕两派的共识在于：凡是存在“本法另有规定的，依照规定”（刑法第233、234、235、266、397条），应坚持特别法优于普通法。分歧主要在于两点：一是不存在“本法另有规定的，依照规定”时，是绝对优先适用特别法，还是可以为了罪刑相适应而允许有条件的重法优先；二是因数额等因素不符合特别法构成要件或者说立案条件，但符合了普通法构成要件或者说达到了普通法定罪标准的，能否以普通法定罪处罚。

笔者认为，上述分歧根源于对三个问题的不同认识：一是特别关系法条竞合时国外公认的特

〔1〕关于罪刑相适应原则，我国刑法理论中还存在罪刑相当原则、罪刑均衡原则、罪责刑相适应原则等称谓，本文基本上在同一意义上使用这些称谓。

〔2〕参见网上雅美「いわゆる『罪刑均衡原則』について——その法哲学的根拠と近時の国際的展開を背景とする一考察——」（川端博、浅田和茂、山口厚、井田良（編）『理論刑法学の探究（2）』（成文堂，2009年）第2頁以下）；林山田：《刑法通论》（上册）（增订十版），北京大学出版社2012年版，第50～51页。

〔3〕参见孙道萃：《论罪责刑关系作为刑法解释对象》，载《中国刑事法杂志》2013年第4期，第8页；廖斌、何显兵：《论罪刑相当原则的刑法解释机能》，载《人民司法》2008年第11期，第64页。

〔4〕劳东燕：《刑事政策与刑法解释中的价值判断：兼论解释论上的“以刑制罪”现象》，载《政法论坛》2012年第4期，第40页。

〔5〕参见陈兴良：《法条竞合的学术演进：一个学术史的考察》，载《法律科学》2011年第4期，第65页。

〔6〕参见前注〔5〕，陈兴良文，第66页以下；刘明祥：《嫖宿幼女行为适用法条新论》，载《法学》2012年第12期，第137页以下；周光权：《法条竞合的特别关系研究：兼与张明楷教授商榷》，载《中国法学》2010年第3期，第163页以下；车浩：《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系》，载《法学研究》2010年第2期，第141～142页。

〔7〕参见张明楷：《法条竞合中特别关系的确定与处理》，载《法学家》2011年第1期，第36页以下；吴振兴：《罪数形态论》，中国检察出版社1996年版，第171页；庄劲：《犯罪竞合：罪数分析的结构与体系》，法律出版社2006年版，第131页以下。

别法优于普通法适用原则的背景是什么?二是刑法第149条以及第329条第3款是注意性规定还是特殊规定?三是如何理解刑法分则中的“本法另有规定的,依照规定”?

## (二) 分歧的解决

### 1. 我国缺乏照搬特别法优于普通法适用原则的立法基础

在特别关系法条竞合的场合,国外理论与实务的确遵循着特别法优于普通法的适用原则。但是,在我国“特别法条并不必然具有优先适用的属性”〔8〕,域外之所以承认特别法适用优先,是因为存在公认的作为封闭特权条款的减轻构成要件的规定,如同意杀人罪、生母杀婴罪、义愤杀人罪、亲属盗窃罪等。〔9〕而我国刑法并不存在类似的规定。对于我国所谓“特别法条惟轻”〔10〕,一种可能的解释是,刑法配置法定刑时所考虑的是行为对主要法益的侵害程度,而不是对次要法益的侵害程度。例如,保险诈骗罪所侵犯的主要法益是保险市场的秩序,因此配置十五年有期徒刑就足以评价行为对法益的侵害。保险公司的财产权只是该罪所保护的次要法益。倘若行为对次要法益的侵害(保险公司的财产权)超出了十五年有期徒刑所能评价的程度,则应根据行为对次要法益的侵害程度以诈骗罪进行评价。再如,虽然立法者知道已被国家机关查封、扣押、冻结的财产属于公共财产(刑法第91条第2款),但仍然仅配置三年有期徒刑,是因为该罪所侵害的主要法益是国家的财产保全等司法制度。当非法处置查封、扣押、冻结的财产同时构成盗窃、诈骗、故意毁坏财物罪等财产犯罪时,就可能根据行为对非法处置查封、扣押、冻结的财产罪的次要法益(公共财产权)的侵害程度,以相应的财产犯罪定罪处罚。

总之,由于我国刑法中不存在所谓封闭的特权条款的规定,照搬“特别法优于普通法”的适用原则在我国会“水土不服”。

### 2. 刑法第149条及第329条第3款均为注意性规定

刑法第149条第1款规定:“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品,不构成各该条规定的犯罪,但是销售金额在五万元以上的,依照本节第一百四十四条的规定定罪处罚。”第2款规定:“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品,构成各该条规定的犯罪,同时又构成本节第一百四十四条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”该条规定很受重法论的“青睐”,被视为一种注意性规定,但特别法优先论却认为其是一种例外、特别性规定。〔11〕

虽然生产、销售伪劣商品罪一节将伪劣商品分为关系到消费者生命、健康或者农业安全的食品、药品、种子等特殊伪劣商品,以及仅关系到市场经济秩序和消费者财产权的普通伪劣商品两类,但是应当认识到,生产、销售特殊伪劣商品也会侵害到消费者的财产权及扰乱市场经济秩序。因此,生产、销售特殊伪劣商品金额达到五万元以上的,完全符合生产、销售伪劣产品罪的构成要件。故而可以认为,刑法第149条第1款的规定,可谓当然之理!刑法第149条第2款也是如此。

〔8〕 许鲤燕:《浅议法条竞合中的特别关系:以普通诈骗与金融诈骗的关系处理为例证》,载《福建法学》2012年第1期,第64页。

〔9〕 参见川端博《刑法総論講義(第3版)》(成文堂,2013年)頁639;〔德〕冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第426页;〔韩〕金日秀、徐辅鹤:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社2008年版,第655页;前注〔2〕,林山田书,第212页。

〔10〕 王强:《法条竞合特别关系及其处理》,载《法学研究》2012年第1期,第144页。

〔11〕 参见陈兴良:《规范刑法学》(上册)(第二版),中国人民大学出版社2008年版,第279页;李翔:《读职犯罪罪数相关问题探析:兼评〈关于办理读职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)〉》,载《法学杂志》2013年第12期,第81页。

换言之,刑法第149条第2款不过是一种提示性规定。<sup>[12]</sup>此外,刑法第329条第3款规定,抢夺、窃取国有档案、擅自出卖、转让国有档案,同时又构成本法规定的其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。因为国有档案也可能具有财产性质或者属于国家秘密,实施上述行为可能同时构成抢夺、盗窃罪,或者非法获取国家秘密罪、故意泄露国家秘密罪,这时理应从一重处罚。<sup>[13]</sup>故而该款也可谓重法优于轻法的提示性规定。

同理,即便认为司法解释关于特殊诈骗罪立案数额标准的规定是合理的,<sup>[14]</sup>未达特殊诈骗罪立案标准,也只是说明行为对特殊诈骗罪所保护的主要法益——金融管理秩序或者诚实信用的交易秩序的危害,没有达到值得作为特殊诈骗罪科处刑罚的程度,而丝毫不能说明,这种行为不值得科处刑罚。质言之,不符合特别法条构成要件,并不当然意味着行为不值得科处刑罚。如果认为这种行为对特殊诈骗罪次要法益的侵害——相关方的财产权的侵害,达到了值得作为(普通)诈骗罪科处刑罚的程度,理所应当以诈骗罪论处。使用假币罪也是如此。使用假币购买商品,倘若因为使用假币的总面额没有达到司法解释所确定的4000元以上,但因使用假币所骗取的他人财产的价值达到了成立诈骗罪所要求的“数额较大”(3000元以上),当然可以而且应当以诈骗罪定罪处罚,否则便是对受害者财产权保护的不周全。

### 3. “本法另有规定的,依照规定”是指引适用重法的提示性规定

我国刑法分则第233条、第234条、第235条、第266条以及第397条五个条文中,规定了“本法另有规定的,依照规定”。笔者注意到,特别法优先论将“本法另有规定的,依照规定”视为一种注意性规定,看作是“特别法优于普通法”的特别关系法条竞合适用原则的法律根据或重申。<sup>[15]</sup>而重法论者往往视之作为一种特殊规定,即禁止适用普通法而必须适用特别法的指引性规定。<sup>[16]</sup>但特别法优先派似乎并没有将该主张坚持到底。例如,学者周光权一方面在将故意伤害罪条文中的“本法另有规定的,依照规定”理解为,“这里的另有规定,是指为实施其他犯罪致使他人身体健康受到损害,即刑法分则其他条文中关于‘致人重伤’的规定,应当按照该条文的特别规定定罪处罚,不再适用故意伤害罪的规定”。另一方面,在解释可能包括故意伤害情节的有关犯罪时,不是无视其与故意伤害罪条文的关系,就是将暴力行为限定为不包括轻伤或者重伤的所谓轻微暴力,如妨害公务罪。<sup>[17]</sup>然而,将暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪等行为限定为轻微暴力,不包括轻伤、重伤行为,是存在疑问的。

有关司法解释一方面坚持认为“国家机关工作人员实施滥用职权或者玩忽职守犯罪行为,触犯刑法分则第九章第三百九十八条至第四百一十九条规定的,依照该规定定罪处罚”,另一方面又认为,因不具备徇私舞弊等情形,不构成相关特殊渎职罪,可以滥用职权罪定罪处罚;<sup>[18]</sup>问题是,具备徇私舞弊情节的,以相关犯罪论处,如招收公务员、学生徇私舞弊罪,最高只能判处三年有期

[12] 参见陈洪兵:《以罪刑相适应原则破解刑法中的注意规定:以生产、销售伪劣商品罪的相关规定为切入点》,载《政治与法律》2013年第2期,第55页。

[13] 没有必要严格区分法条竞合与想象竞合,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》,载《清华法学》2012年第1期,第38页以下。

[14] 参见前注[6],周光权文,第165页以下;前注[10],王强文,第155页。

[15] 前注[10],王强文,第153页;前注[6],车浩文,第140页。

[16] 张明楷:《刑法分则的解释原理》(下)(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第703页。

[17] 参见周光权:《刑法各论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第23、76、79、339页。

[18] 参见2012年12月7日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》第2条。

徒刑, 而因不具备徇私舞弊情节, 不构成徇私舞弊型渎职罪, 以滥用职权罪论处, 倒有可能最重判处七年有期徒刑。

其实, 我国刑法之所以规定“本法另有规定的, 依照规定”, 是因为在基本规定之外, 还存在为数不少的处罚更重的法条, 为了提醒司法人员注意: 应当适用更重的法条定罪量刑, 以做到罪刑相适应。例如, 在故意伤害罪之外, 还存在为数不少的处刑更重的条文。在过失致人重伤罪、过失致人死亡罪之外, 还存在法定刑更重的可能包括过失致人重伤、死亡情节的罪名, 例如强奸罪、劫持航空器罪等。1997年刑法在诈骗罪之外, 存在因规定有死刑而法定刑重于诈骗罪的集资诈骗罪(现已废除死刑), 故有提醒司法人员适用重罪的必要。同样, 在滥用职权、玩忽职守罪之外, 还存在法定刑更重的徇私舞弊不征、少征税款罪等, 故亦有提醒司法人员适用重罪的必要。

综上, 在特别关系法条竞合的场合, 我国并无照搬域外特别法优于普通法适用原则的立法基础; 刑法第149条以及第329条第3款均为注意性规定; 刑法分则中的“本法另有规定的, 依照规定”, 属于指引适用重法的提示性规定。因而, 即便在特别关系法条竞合的场合,<sup>[19]</sup>也应适用重法优于轻法; 在行为不符合特别法构成要件但符合普通法构成要件时, 可以普通法定罪处罚。

## 二、是数罪并罚还是应以一罪论处

我国立法及司法解释均偏好“同时构成其他犯罪的, 依照处罚较重的规定定罪处罚”这样的表述。这种规定至少存在两个问题: 一是所谓“同时”构成其他犯罪, 是只有一个行为还是存在数个行为? 二是在从一重处罚还是数罪并罚的选择上, 应否考量罪刑相适应?

### (一) 一行为还是数行为?

德国学者罗克辛(Roxin)感叹“具体场合是一行为还是数行为, 系竞合论中最为重要的问题, 但至今都没有圆满解决”。<sup>[20]</sup> 而行为数的判断, “犹如铁轨的转辙器……经判定为一行为或数行为之后, 竞合关系从此各奔前程, 一行为不可能实质竞合, 数行为不可能想象竞合”<sup>[21]</sup>。

日本判例曾经指出, “所谓‘一个行为’, 是指撇开法律性评价并抛弃构成要件性评价, 进行自然观察, 同时根据社会的一般观念, 可以将行为人的状态评价为‘一个’的情形”。<sup>[22]</sup> 这可谓“自然观察说”。我国台湾地区学者黄荣坚认为, “决定行为数的唯一标准就是行为人的行为决意。”<sup>[23]</sup>

笔者认为, 确定行为数首先应立足于具体构成要件行为的解释, 其次应考虑行为人规范意识突破的个数、行为所侵害的是否个人专属法益、行为的主要部分是否重合。

例一, 强迫数人同时将小指伸到铡刀下后, 用一个自然意义上的“铡”的动作瞬间切断数人的小指头。倘若认为只有一个伤害行为, 顶多判处三年有期徒刑, 这种结论很难为被害人所接受。事实上, 行为人明确认识到一次铡下去会切断数人的小指头而执意为之, 说明行为人存在多次规范意识的突破, 多次违背了不得伤害他人的法律期待, 行为亦侵害了数个一身专属法益。因而, 应

[19] 理论上一般认为, 在想象竞合以及其他类型法条竞合的场合, 均适用重法优于轻法的原则。

[20] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil; Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Band II, C. H. Beck, 2003, S. 799.

[21] 林钰雄:《刑法与刑诉之交错适用》, 中国人民大学出版社2009年版, 第133页。

[22] 参见日本最大判昭和49.5.29刑集28卷4号114页。

[23] 黄荣坚:《基础刑法学》(下)(第三版), 中国人民大学出版社2009年版, 第580页。

认为存在数个伤害行为。同样，一次非法拘禁多人，一次性收买多名妇女、儿童，一次拐骗多名儿童供自己收养，均应认为存在数个行为。

例二，小偷到警察局长家盗窃，发现左边抽屉装有五百万美元，右边抽屉装有三支手枪。无论行为人是将钱与枪装进一个麻袋而一次背走，还是分两趟分别拿钱和取枪，只要行为人认识到所盗窃的对象既有钱又有枪，就应认为行为人既存在不得盗窃枪支的规范意识的突破，也存在不得盗窃他人普通财物的规范意识的突破。因而，认识到既有钱又有枪而盗窃的，不应仅从自然意义上把握行为个数，而应认为在规范性意义上存在数个行为，应以盗窃枪支罪与盗窃罪数罪并罚，而非想象竞合从一重处罚。同理，行为人租用一艘巨轮，故意一次性走私武器、伪造的货币、文物、贵重金属、淫秽物品、珍稀动物制品等多种禁止进（出）口的特殊物品通关。虽然在自然意义上只有一次通关行为，但行为人是一次通关，还是分船装运后分别通关，在对行为个数的法律评价上不应存在区别，均应认为存在数个特殊的走私行为进而数罪并罚。这在学界也基本形成共识。<sup>〔24〕</sup> 行为人同时运输枪支与毒品，或者一次交易同时出售伪造的增值税专用发票与伪造的用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，也应认为存在数次规范意识的突破，宜评价为数个行为而数罪并罚。台湾学者黄荣坚也认为，同时运输多种违禁品的应当数罪并罚。<sup>〔25〕</sup>

例三，对于行为人持枪杀人、持枪抢劫的，只要不是持枪的目的就在于伺机杀人、抢劫，而是持枪一段时间后起意杀人、抢劫的，就应认为持枪行为与杀人、抢劫行为并不重合，即存在数个行为，从而以非法持有枪支罪与故意杀人罪、抢劫罪数罪并罚。

例四，刑法第 133 条之一第 3 款规定：“有前款追逐竞驶、醉酒驾驶行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”刑法通说教科书对该款的解读是，假如行为人在追逐竞驶或者醉酒驾驶过程中，不慎撞死一人的，“行为人前行为构成危险驾驶罪，后行为构成交通肇事罪，因为后罪的刑罚比前罪重，所以，对行为人应按交通肇事罪定罪处罚，不实行数罪并罚”。<sup>〔26〕</sup> 不过也有学者指出，“只有当一个醉酒驾驶行为同时构成其他犯罪时，才能评价为‘同时’构成其他犯罪。所以，尽管危险驾驶行为具有连续性，但应当评价为两个行为与结果时，就不应当认定为‘同时’触犯其他犯罪，因而并不排斥数罪并罚”。<sup>〔27〕</sup> 日本判例认为，醉酒驾驶中致人死亡的，并非想象竞合，而是成立醉酒驾驶罪与业务过失致死罪的并合罪（即数罪并罚）。理由在于，醉酒驾驶行为与其途中某个时点发生的业务过失致死行为之间，并无重叠部分。<sup>〔28〕</sup> 还有判例指出，因为无证驾驶与醉酒驾驶行为，以及无证驾驶行为与驾驶未经年检车辆的行为，在“驾驶”这一点上重叠，故而只有一个行为，成立想象竞合。<sup>〔29〕</sup> 日本刑法理论通说也对上述判例的结论表示支持。<sup>〔30〕</sup>

笔者认为，行为人在醉酒状态下追逐竞驶的，可以认为（驾驶）行为存在重叠，而成立想象竞

〔24〕 参见阮齐林：《刑法学》（第三版），中国政法大学出版社 2011 年版，第 390 页；张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社 2011 年版，第 663 页。

〔25〕 参见黄荣坚：《刑法问题与利益思考》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 206 页。

〔26〕 参见王作富主编：《刑法》（第六版），中国人民大学出版社 2016 年版，第 274 页；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第六版），北京大学出版社、高等教育出版社 2014 年版，第 358 页。

〔27〕 参见张明楷：《危险驾驶罪的基本问题：与冯军教授商榷》，载《政法论坛》2012 年第 6 期，第 140～141 页。

〔28〕 参见日本最大判昭和 49.5.29 刑集 28 卷 4 号 114 页。

〔29〕 参见日本最大判昭和 49.5.29 刑集 28 卷 4 号 151 页；最大判昭和 49.5.29 刑集 28 卷 4 号 168 页。

〔30〕 参见山口厚《刑法総论（第 2 版）》（有斐阁、2007 年）頁 379—380；大谷实《刑法講義総論（第 4 版）》（成文堂、2012 年）頁 487—488。

合;行为人断断续续地追逐竞驶的,可以认为存在数个追逐竞驶行为,不排除以危险驾驶罪同种数罪并罚的可能;<sup>[31]</sup>开始醉酒驾驶时头脑尚且清醒,后来酒精发作而完全失去操控车辆的能力,继续让车辆狂奔的,成立危险驾驶罪与以危险方法危害公共安全罪两罪而数罪并罚;一开始追逐竞驶或醉酒驾驶就肇事的,成立危险驾驶罪与交通肇事罪的想象竞合;追逐竞驶或醉酒驾驶一段时间后肇事的,因行为主要部分并不重叠,成立危险驾驶罪与交通肇事罪,应当数罪并罚。

例五,我国刑法第294条第4款以及第120条第2款均规定,参加黑社会性质组织或者恐怖组织,同时实施杀人等犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚。通说认为参加这类组织的人实施了杀人、放火、伤害、抢劫、非法经营(例如受首要分子指使专放高利贷)等犯罪活动的,一律以参加黑社会性质组织罪与相关犯罪数罪并罚。<sup>[32]</sup>不过,也有个别学者对这种不加区别的并罚论表示警惕:“如果一个组织没有实施任何违法犯罪活动,司法机关不可能将其认定为黑社会性质的组织。在此意义上,本罪具有重复评价的性质。从立法论上来说,其合理性值得研究。”<sup>[33]</sup>

数罪并罚的立场在德国也得到广泛的支持,理由是作为这种组织成员资格的可罚性,并不包括其为这个组织所实施的犯罪行为。但也有判例明确反对这种立场,而主张作为想象竞合处理(BGHSt 29,288,290)。罗克辛教授对此判例态度表示赞赏,理由是:“作为这种组织成员资格的可罚性,正是体现在其为这个组织所实施的犯罪活动上;除去所实施的犯罪行为,参加行为就只剩下一个躯壳,而不具有可罚的基础。”<sup>[34]</sup>

笔者认为,对于组织、领导黑社会性质组织、恐怖组织的首要分子而言,由于其对组织的建立和发展发挥着重要的作用,故对于组织、领导者应当坚持数罪并罚。但对于一般参加者而言,其对于组织的建立和发展并不发挥关键作用,其作为组织成员的作用,正是体现在听从组织安排所实施的具体犯罪行为上。故而,除非其是组织的骨干成员而多次实施违法犯罪活动,否则原则上只能成立参加黑社会性质组织罪、参加恐怖组织罪与所实施的具体犯罪的想象竞合犯,从一重处罚即可。

## (二) 同种数罪应否并罚?

我国刑法理论通说一直认为,除判决以后发现同种漏罪或者又犯了同种新罪而可能数罪并罚外,其他同种数罪即判决前同种数罪,一律不实行数罪并罚。<sup>[35]</sup>不过也有学者不赞同通说的立场,提出以并罚为原则的折中说,认为“从原则上说,对同种数罪应当并罚;从结局上说,对判决宣告以前一人犯同种数罪的,既可能实行并罚,也可能以一罪论处”<sup>[36]</sup>。

只要心存罪刑相适应观念,就不可能得出同种数罪原则上不应并罚的结论,故通说的立场明显不妥。对于同种数罪,根据一罪一刑原理,原则上应当实行数罪并罚,只有在不实行数罪并罚也

[31] 参见黄荣坚:《刑法与刑诉之交错适用》,中国人民大学出版社2009年版,第131页。

[32] 参见苏惠渔主编:《刑法学》(第五版),中国政法大学出版社2012年版,第466页;周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》(第四版),人民法院出版社2013年版,第734页。

[33] 前注[24],张明楷书,第942页。另参见石经海:《黑社会性质组织犯罪的重复评价问题研究》,载《现代法学》2014年第6期,第94页。

[34] Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil; Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Band II, C. H. Beck, 2003, S. 827.

[35] 参见前注[26],王作富书,第209页;曲新久主编:《刑法学》(第四版),中国政法大学出版社2011年版,第177页;黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第384页。

[36] 张明楷:《论同种数罪的并罚》,载《法学》2011年第1期,第127页。

能做到罪刑相适应,或者说以一罪论处可能比数罪并罚处罚更重时,才无须数罪并罚。具体而言,对于规定有多个法定刑幅度的数额(数量)犯,或者能将同种数罪的犯罪事实评价为加重情节,通过数额累计计算或者评价为加重情节而能做到罪刑相适应的,就无须数罪并罚。反之,只有一个法定刑幅度,或者无法评价为加重情节,不数罪并罚就不能做到罪刑相适应的,原则上应数罪并罚。例如,多次轻伤多人的,由于无法将多个轻伤评价为重伤、故意伤害致死或者残忍伤害致人严重残疾,以一个故意伤害(轻伤)罪论处最高只能判处三年有期徒刑,而无法做到罪刑相适应。这时,应以故意伤害(轻伤)罪数罪并罚。同样,收买多名被拐卖的妇女、儿童,拐骗多名儿童供自己收养,非法拘禁多人,猥亵儿童多人或者强制猥亵妇女多人,<sup>[37]</sup>由于只有一个法定刑幅度或者无法评价为加重情节,唯有数罪并罚方能做到罪刑相适应。但强奸妇女多人,绑架多人,拐卖妇女、儿童多人,多次盗窃,多次抢劫,多次盗伐、滥伐林木,多次逃税等,由于可以评价为加重情节或者通过数额(数量)累计计算而适用加重法定刑,不数罪并罚也能做到罪刑相适应,甚至以一罪论处比数罪并罚处罚更重,这时就不应数罪并罚。

总之,对于同种数罪是否并罚,除法律明文规定外,罪刑是否相适应是唯一的考量因素;通说不顾及罪刑相适应原则而主张原则上不并罚,显然是错误的。

### (三) 选择性罪名能否数罪并罚?

所谓选择性罪名,是将针对同一对象可能相继发生的、侵害同一法益、原本属于共罚的事后行为的情形,并列规定于一个刑法条文中,以减少刑法条文的数量并避免对同一法益侵害事实进行重复性评价。<sup>[38]</sup>“我们不要把一个罪名是选择性罪名还是单一罪名的问题绝对化,不过是个符号而已。”<sup>[39]</sup>通说之所以孜孜不倦地区分选择性罪名与非选择性罪名,不过是因为误读了选择性罪名,认为选择性罪名不是数罪,不能数罪并罚。但如果认为选择性罪名也可能认定为数罪,而且以数罪并罚为原则,则是否属于选择性罪名,就没有实质性意义了。

理论与实务一致认为,针对不同的对象实施选择性罪名中的多个行为的,仅成立一罪。例如,走私此毒品、贩卖彼毒品的,也仅成立走私、贩卖毒品罪一罪。又如,既收买被拐卖的妇女,又收买被拐卖的儿童的,也仅成立收买被拐卖的妇女、儿童罪一罪。这种立场可能存在疑问。一是,根据罪数标准——“犯罪构成标准说”,实施数个行为,符合数个犯罪构成的,应当成立数罪。二是,所谓选择性罪名,不过是将可能针对同一对象相继发生且法益侵害性与有责性相当的数个行为,为节省刑法条文而并列表述在一个条款中而已。如果认为走私此毒品而贩卖彼毒品的,仅成立走私、贩卖毒品罪一罪,就与走私此批枪支、非法买卖彼批枪支,成立走私武器罪与非法买卖枪支罪的罪数认定上不协调。三是,针对不同对象实施的行为,仅认定为一罪,还会导致罪刑不相适应。例如,收买多名被拐卖的妇女与儿童,论以收买被拐卖的妇女、儿童罪一罪,最高判处三年有期徒刑,与为自己收养拐骗多名儿童而可能数罪并罚相比,在处罚上有失均衡。四是,对于数额(数量)犯,将数额累计计算,可能导致处罚过重,甚至不当扩大死刑的适用,也与非数额犯的处罚不协调。例如,走私此宗40克海洛因、贩卖彼宗30克海洛因,将毒品数量累计计算超过了50克,最高可被判处无期徒刑甚至死刑,而如果认定为数罪,以走私毒品罪与贩卖毒品罪数罪并罚,则最高不超过

<sup>[37]</sup> 《刑法修正案(九)》对于强制猥亵他人或者侮辱妇女,增加了“有其他恶劣情节的,处五年以上有期徒刑”的情节加重犯规定,因此从理论上讲,对于强制猥亵妇女多人的,不以同种数罪并罚而是评价为情节加重犯,也能做到罪刑相适应。

<sup>[38]</sup> 参见陈洪兵:《选择性罪名若干问题探究》,载《法商研究》2015年第6期,第149页。

<sup>[39]</sup> 胡云腾:《论社会发展与罪名变迁:兼论选择型罪名的文书引用》,载《东方法学》2008年第2期,第74页。



二十年。<sup>[40]</sup>然而,故意重伤三人(未致人死亡也不属于残忍伤害),以故意伤害罪同种数罪并罚,最重判处二十年。

总之,为克服选择性罪名的致命缺陷,贯彻罪刑相适应原则,对于针对不同对象实施多个行为的选择性罪名,原则上应认定为数罪,进而数罪并罚。<sup>[41]</sup>

(四)是应数罪并罚还是评价为一罪的加重情节?

刑法第318条组织他人偷越国(边)境罪第1款规定,组织他人偷越国(边)境的,处二年以上七年以下有期徒刑,并处罚金,造成被组织人重伤的,处七年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。第2款规定,犯前款罪,对被组织人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚。如果机械地适用第2款关于数罪并罚的规定,就会得出行为人故意重伤被组织人时,应以组织他人偷越国(边)境罪与故意伤害(重伤)罪数罪并罚的结论。可是,如果不是故意伤害致死或者残忍伤害致人严重残疾,数罪并罚的结果是,以组织他人偷越国(边)境罪的基本犯(二年以上七年以下)与故意伤害(重伤)罪(三年以上十年以下)并罚,最高只能判处十七年有期徒刑。而过失造成被组织人重伤的,因属于组织他人偷越国(边)境罪的情节加重犯(不必深究是情节加重犯还是结果加重犯),而最重可被判处无期徒刑。很显然,故意重伤被组织人与过失造成被组织人重伤的,在处罚结果上严重失衡。因此,第1款中的“造成被组织人重伤”,既包括过失造成重伤,也包括故意重伤,故意造成被组织人重伤的,不应适用第2款数罪并罚的规定,<sup>[42]</sup>而应直接评价为第1款的情节加重犯,处七年以上有期徒刑或者无期徒刑,以做到罪刑相适应。

刑法第240条第1款规定,造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,情节特别严重的,处死刑。假定行为人在控制被拐卖的妇女之后出卖之前,为防止被害人逃跑而打断被害人的腿(重伤但不属于残忍伤害)。如果认为应当数罪并罚,则以拐卖妇女罪的基本犯(五年以上十年以下)与故意伤害(重伤)罪(三年以上十年以下)并罚,结果是最重判处二十年有期徒刑。这与过失造成被拐卖的妇女重伤作为情节加重犯,而可能被判处无期徒刑乃至死刑相比较,明显失衡。因此,无论过失还是故意造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤,评价为情节加重犯比数罪并罚更能做到罪刑相适应。

综上,应当消除数罪并罚一定比以一罪论处处刑更重的认识误区;不管刑法分则有无数罪并罚的明文规定,是数罪并罚还是评价为一罪的加重情节,唯一考量的因素就是罪刑是否相适应。

### 三、罪刑相适应原则在个罪解释中的指导机能

罪刑相适应原则对构成要件的解释无疑具有重要的指导机能。其对个罪构成要件解释的影响与制约,可以说是全方位的,本文略举几例进行说明。

[40] 参见张亚平、王东风:《论选择性罪名的适用》,载《天中学刊》2004年第1期,第28页。

[41] 参见蒋兰香:《论选择性罪名》,载《河南省政法管理干部学院学报》2001年第1期,第81页;卢有学:《关于选择犯的两个基本理论问题》,载《福建公安高等专科学校学报》2004年第2期,第69页;任彦君:《论选择性规范中的罪数》,载《淮海工学院学报(社会科学版)》2011年第5期,第29页;前注[40],张亚平、王东风文,第28页;杜文俊、陈洪兵:《选择性罪名亦可并罚》,载《人民检察》2011年第21期,第57页以下。

[42] 刑法分则中关于数罪并罚的规定,均可谓注意性规定。因为根据犯罪构成原理,存在两个以上的行为,侵害两个以上的法益,符合两个以上的犯罪构成要件的,原则上都应数罪并罚。但罪刑相适应作为刑法的基本原则,显然应优先于数罪并罚原则的适用。

### （一）限制解释

#### 1. 对索债型非法拘禁罪成立范围的限制性解释

刑法第238条第3款规定,为索取债务非法扣押、拘禁他人的,以非法拘禁罪定罪处罚。实务认为,行为人为索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务,非法扣押、拘禁他人的,依照非法拘禁罪定罪处罚。<sup>[43]</sup>

该款规定旨在告诫普通民众:即便与他人之间存在合法的债权债务关系,也不能采取扣押、拘禁债务人,剥夺他人人身自由的方式讨债。因而该款规定可谓注意性规定,原本是可以删除的。该款规定绝非表明,原本符合抢劫罪、绑架罪构成要件的,只要事出有因,也只能以非法拘禁罪“从宽发落”。或许在《刑法修正案(七)》增设绑架罪的减轻法定刑幅度以前,<sup>[44]</sup>司法解释及实务扩大索债型非法拘禁罪适用范围,以减少绑架罪重刑的适用,尚具有现实的合理性。但在《刑法修正案(七)》通过之后,应当对该款的适用范围进行限制。

具体而言:第一,索债型非法拘禁罪仅限于当事人之间存在合法的债务,而且限于债务范围内索债,对为索取高利贷、赌债、青春损失费等法律不予保护的债务,而非法扣押、拘禁“债务人”,旨在向“债务人”本人索要财物的,应构成抢劫罪;意在向第三人勒索财物的,当构成绑架罪。第二,即便存在受法律保护之债务,非法、扣押拘禁债务人,旨在以债务人作为人质向第三人勒索财物的,因存在绑架罪的三面关系,理应成立绑架罪;向债务人本人索要明显超出合法债务数额的财物的,超出部分成立抢劫罪,与非法拘禁罪数罪并罚。第三,即使存在合法的债务,雇佣他人帮忙讨债的,由于期待可能性并不低,无论雇佣者还是受雇者,其违法性与有责性均达到了值得评价为抢劫罪(指向本人索取财物)和绑架罪(指以向第三人勒索财物为目的)的程度,应以抢劫罪或者绑架罪论处。第四,误以为委托人与他人之间存在债权债务关系,而帮忙讨债的,由于违法性和有责性并不低,应当评价为抢劫罪或绑架罪。第五,即便存在正常的债权债务关系,扣押、拘禁的对象并非债务人本人,而是其他人(如债务人的近亲属),由于期待可能性并不低,违法性与有责性达到了值得评价为抢劫罪或绑架罪的程度,当以抢劫罪或者绑架罪定罪处罚。<sup>[45]</sup>

#### 2. 职务侵占罪客观行为方式的限制解释

理论与实务笃信,职务侵占罪的客观行为方式与贪污罪一样,除狭义的侵吞外,还包括所谓的窃取、骗取及其他手段。<sup>[46]</sup>可是,通说会导致罪刑失衡:公司以外的人员窃取、骗取公司财物的,成立法定最高刑为无期徒刑的盗窃、诈骗罪,同样是将自己事先并不占有的财物占为己有(夺取罪),公司人员实施的,在期待可能性并不低、违法性完全相同的情况下,却成立法定最高刑仅为十五年有期徒刑的职务侵占罪。我们显然不能,一方面将职务侵占罪客观行为方式解释为包括窃取与骗取,另一方面又指责立法将职务侵占罪与盗窃、诈骗罪的法定刑配置得不平衡。<sup>[47]</sup>

[43] 参见2000年7月13日最高人民法院《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》。

[44] 1997年刑法规定绑架罪的法定最低刑为十年有期徒刑,后来发现这种过高法定刑的设置不能适应情况复杂的各种绑架案件(如为给母亲筹集手术费而绑架),于是,2009年2月28日通过的《刑法修正案(七)》在原条文的基础上,增加了“情节较轻的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”的减轻法定刑幅度。

[45] 参见陈洪兵:《人身犯罪解释论与判例研究》,中国政法大学出版社2012年版,第175~176页。

[46] 参见谢望原、赫兴旺主编:《刑法分论》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第249页;周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》(第四版)(下),人民法院出版社2013年版,第660页。

[47] 参见肖中华:《也论贪污罪的“利用职务上的便利”》,载《法学》2006年第7期,第140~141页。另参见郭泽强:《关于职务侵占罪主体问题的思考——以对“利用职务上的便利”之理解为基点》,载《法学评论》2008年第6期,第146页以下。

职务侵占罪紧随侵占罪之后,而且法定刑重于侵占罪,可以认为我国的职务侵占罪,其实相当于域外刑法中的业务侵占罪,其行为方式为将本人基于业务占有下的本单位财物易为自己所有。所谓利用职务上的便利,就是基于业务而事先占有、支配、控制着本单位财物,属于狭义的利用职务上的便利,不同于贪污罪中“利用职务上的便利”。因此,公司、企业或者其他单位的人员窃取、骗取不属于自己基于业务事先占有下的本单位财物的,不成立职务侵占罪,而是成立盗窃、诈骗罪。<sup>[48]</sup>

### 3. 雇佣童工从事危重劳动罪成立条件的限制性解释

刑法第244条之一规定:“违反劳动管理法规,雇佣未满十六周岁的未成年人从事超强度体力劳动的,或者从事高空、井下作业的,或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动,情节严重的,对直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”由于“‘……的,’标示罪状的表述完结”<sup>[49]</sup>,仅从条文表述上,似乎雇佣童工从事超强度体力劳动或者高空井下作业,无须“情节严重”就成立犯罪。可是,根据常理,雇佣童工在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动,比雇佣童工从事超强度体力劳动以及从事高空、井下作业,违法性与有责性更重,而前者成立犯罪尚且要求“情节严重”,后者反而不需要,这显然严重违背罪刑相适应原则。因此,为保持三种行为类型成立犯罪条件上的平衡,应对雇佣童工从事高强度体力劳动以及雇佣童工高空、井下作业两种行为类型进行补正解释,或者实质解释,只有达到“情节严重”程度的,才成立犯罪。

### 4. “二人以上轮奸”的限制性解释

虽然从量刑规则与加重的犯罪构成区分上看,“二人以上轮奸的”属于加重的犯罪构成,<sup>[50]</sup>但因“二人以上轮奸的”属于强奸罪的加重情节,可处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,故有必要对其进行限制解释。具体而言,“二人以上轮奸”,在性质上属于强奸罪的共同实行犯;成立轮奸,不仅要求行为人具有共同强奸的故意,而且要求被害人客观上遭受了二人以上轮奸的结果;企图轮奸但仅一人奸淫成功的,不成立“轮奸”,仅成立普通强奸的既遂;因至少有二人以上奸淫成功,才能认定成立“二人以上轮奸”,故而“二人以上轮奸的”,只有成立与否的问题,而没有轮奸未遂与轮奸中止成立的余地。<sup>[51]</sup>

### 5. 抢夺罪中“严重情节”的妥当解释

刑法第267条规定:“抢夺公私财物,数额较大的,或者多次抢夺的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。”司法解释曾经规定,抢夺公私财物同时造成被害人重伤、死亡,构成过失致人重伤罪、过失致人死亡罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。<sup>[52]</sup>这可谓想象竞合说立场。该立场被学者批评为罪刑失衡。<sup>[53]</sup>最近司法解释指出,抢夺公私财物导致他人重伤或者他人自杀的,应当认定为“其他严重情节”;导致他人死亡的,应当认定为“其他特别严重情节”。<sup>[54]</sup>该解释依然

[48] 参见陈洪兵:《通说误读了侵占犯罪构成要件》,载《东北大学学报(社会科学版)》2014年第4期,第412页。

[49] 张明楷:《刑法分则的解释原理》(上)(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第170页。

[50] 加重的犯罪构成与量刑规则最重要的区别在于,加重的犯罪构成存在未遂犯,而量刑规则不存在未遂犯。参见张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,载《清华法学》2011年第1期,第7页。

[51] 参见陈洪兵:《“二人以上轮奸”的认定》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2012年第6期,第69页。

[52] 参见2002年7月16日最高人民法院《关于审理抢夺刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第5条。

[53] 参见前注[24],张明楷书,第869页。

[54] 参见2013年9月30日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》第3、4条。

存在疑问：一是当抢夺数额未达较大亦不属于多次抢夺时，仅因为致人重伤就被评价为“其他严重情节”而处三年以上十年以下有期徒刑，就与过失致人重伤罪（法定最高刑为三年有期徒刑）的处罚不协调；二是如果抢夺数额较大或者多次抢夺，仅因他人自杀就被评价为“其他严重情节”而处三年以上十年以下有期徒刑，意味着行为人因抢夺导致他人自杀而承受三年以上十年以下的刑罚，从而形成了不当的间接处罚；三是抢夺数额不大或者较大导致他人死亡的，被评价为“其他特别严重情节”而科处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，使得行为人实际承受的刑罚远远重于抢夺罪的基本犯与过失致人死亡罪的刑罚之和。总之，上述司法解释的做法严重违背罪刑相适应原则。

正确的做法是，在成立抢夺罪（即至少达到数额较大或者多次抢夺）的前提下，对于抢夺致人重伤、死亡的（不包括自杀），在根据抢夺的财产数额所对应的法定刑幅度的基础上提升一个法定刑幅度即可。具体而言：一是如果抢夺财物未达数额较大亦不属于多次抢夺，无论导致他人重伤还是死亡，均仅成立过失致人重伤罪、过失致人死亡罪；二抢夺数额较大或者多次抢夺的，无论致人重伤还是死亡，均应评价为“其他严重情节”，而处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；三是抢夺数额巨大的，无论抢夺致人重伤还是死亡，均应评价为“其他特别严重情节”，而处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；四是抢夺导致他人自杀的，只能在抢夺数额所对应的法定刑幅度内酌情从重处罚。

## （二）刑法用语含义的相对性

“刑法用语的相对性，是指一个相同的刑法用语，在不同条文或者在同一条文的不同款项中，具有不同的含义（或者必须解释为不同含义）。之所以对同一用语在不同场合做出不同解释，是为了实现刑法的正义理念，使值得科处刑罚的行为置于刑法规制之内，使不值得科处刑罚的行为置于刑法规制之外；使‘相同’的行为得到相同处理，不同的行为受到不同处理。”<sup>〔55〕</sup>为了实现罪刑相适应，在必要时应当对相同用语的含义进行相对性解读。下面举例说明。

### 1. “强奸”“奸淫”及“猥亵”

首先，由于刑法第 236 条将强奸罪的对象明文限定为妇女，故而凡是最终以强奸罪定罪处罚的，如刑法第 259 条第 2 款“利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的，依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚”以及第 300 条第 3 款“组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信奸淫妇女、诈骗财物的，分别依照本法第二百三十六条、第二百六十六条的规定定罪处罚”，均应将强奸的对象限于妇女（包括幼女）。但如果最终不是评价为强奸罪，就没有必要将强奸的对象限定为妇女。如刑法第 358 条将“强奸后迫使卖淫的”<sup>〔56〕</sup>规定为组织卖淫罪、强迫卖淫罪的加重情节，而组织卖淫与强迫卖淫的对象为“他人”，“他人”显然包括了男人。故而强奸男人后迫使卖淫的，可以评价为组织卖淫罪、强迫卖淫罪的加重情节。

其次，由于通常认为奸淫幼女型强奸罪所侵害的主要法益是幼女的身心健康，而有别于强奸成年妇女所侵害的主要法益为妇女的性的自己决定权。<sup>〔57〕</sup>故而对于成年妇女而言，为了使强奸罪<sup>〔58〕</sup>与强制猥亵罪量刑平衡，可以将自然性交以外的方式，如以阴茎以外的身体其他部位（如手

〔55〕 张明楷：《刑法分则的解释原理》（下）（第二版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 778 页。

〔56〕 《刑法修正案（九）》废除了“强奸后迫使卖淫”的情节加重犯规定，而增设了第三款“犯前两款罪，并有杀害、伤害、强奸、绑架等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚”的规定。

〔57〕 参见刘宪权主编：《刑法学》（下）（第三版），上海人民出版社 2012 年版，第 541 页。

〔58〕 如今其他国家和地区大多不再将强奸的对象限定为妇女，亦不再将强奸限定为狭义的生殖器性交。也就是说，在我们看来属于猥亵的行为，可能被评价为强奸。德国甚至取消了强奸罪，而全部评价为猥亵罪。

指)或者物体(如树枝)进入女性生殖器,或者男性用阴茎强行插入女性口腔(口交)或者肛门(肛交)的,考虑继续评价为强制猥亵罪。但是,因为上述方式可能严重损害幼女的身心健康,为了有效保护幼女的身心健康,应将上述非自然性交行为评价为强奸罪,并根据刑法第236条第2款的规定<sup>[59]</sup>从重处罚。也就是说,应将猥亵儿童的行为限定为抚摸、搂抱、接吻等对儿童身心健康损害较为轻微的行为。

最后,刑法第240条将“奸淫被拐卖的妇女”规定为拐卖妇女罪的加重情节,由于这种行为既侵害被拐卖妇女的不得被作为商品买卖的人格权,又侵害被拐卖妇女的性的自己决定权,因而应当从严打击。立法者明知存在“强奸”罪与强制“猥亵”罪的规定,而不使用“强奸”与“猥亵”的表述,说明立法者有意或者至少并不排斥将这里的奸淫解释为包括强奸与猥亵。故而,这里“奸淫被拐卖的妇女”既包括强奸被拐卖的妇女(包括幼女),也包括强制猥亵被拐卖的妇女(包括幼女)。

## 2. “入户”的相对性解释

由于“入户”抢劫为抢劫罪的加重情节,配置了十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑的法定刑,而“入户”盗窃仅为盗窃罪的人罪条件,法定刑为三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金,故而对于“入户”的认定应当宽严有别。也就是说,“入户”抢劫加重法定刑,决定了对入户抢劫的成立条件必须进行限制解释;成立入户抢劫,要求行为人认识到自己所侵入的是“户”;入户的目的仅限于为了抢劫;入户方式应限定为携带凶器入户或者使用暴力、胁迫方式入户”<sup>[60]</sup>。对于“户”的范围的掌握也应有所区别。对于在家中开设赌场,以及前店后院,在赌博期间或者营业时间进入室内抢劫或者进入后院抢劫的,不宜评价为入户抢劫。对于分别租住几室一厅各个房间的住户,一个住户进入另一住户的房间抢劫,以及联租房住户进入其他住户房间抢劫的,也不宜认定为入“户”抢劫。但如果是进入这样的“户”实施盗窃,完全可能被认定为入“户”盗窃。总之,由于入户抢劫的法定刑远远重于入户盗窃,只有对入户抢劫相对于入户盗窃,进行更严格的解释,才能做到罪刑均衡。

## 3. “多次”的相对性解释

多次抢劫属于抢劫罪的加重情节,而多次盗窃仅为盗窃罪的人罪条件,故为了罪刑均衡,应对“多次”抢劫进行限制解释。实务认为,对于行为人基于一个犯意实施犯罪的,如在同一地点同时对在场的多人实施抢劫的;或基于同一犯意在同一地点实施连续抢劫犯罪的,如在同一地点连续对途经此地的多人进行抢劫的;或在一次犯罪中对一栋居民楼房中的几户居民连续实施入户抢劫的,一般应当认定为一次犯罪。<sup>[61]</sup>上述不认定为“多次”抢劫的情形,在盗窃的情况下完全可能被认定为多次盗窃而入罪。

### (三) 刑法分则中致人重伤、死亡的相对性解读

刑法分则中作为结果加重犯或情节加重犯,<sup>[62]</sup>表述为“致人重伤、死亡”“致人重伤”“致人死亡”“致使……重伤、死亡”的条文主要有:(1)第115条放火、决水、爆炸以及投放危险物质或者以

<sup>[59]</sup> 刑法第236条第2款规定,“奸淫”不满十四周岁的幼女的,以强奸论,从重处罚。立法者有意不使用“强奸”而使用“奸淫”的表述,也说明立法者有意将强奸成年妇女与强奸幼女区别对待。

<sup>[60]</sup> 张明楷:《论入户抢劫》,载《现代法学》2013年第5期,第97页。

<sup>[61]</sup> 参见2005年6月8日最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》。

<sup>[62]</sup> 本书不讨论作为基本犯的构成要件结果所规定的“致人重伤、死亡”,如第233条的过失致人死亡罪、第235条的过失致人重伤罪,第133条作为交通肇事罪成立条件的“致人重伤、死亡”等。

其他危险方法“致人重伤、死亡”;(2)第121条劫持航空器“致人重伤、死亡”;(3)第133条交通肇事因逃逸“致人死亡”;(4)第141条生产、销售假药“致人死亡”;(5)第144条生产、销售有毒、有害食品“致人死亡”;(6)第234条第2款故意伤害“致人重伤”以及“致人死亡”;(7)第236条强奸“致使被害人重伤、死亡”;(8)第238条第2款前段非法拘禁“致人重伤”“致人死亡”;(9)第239条第2款绑架“故意伤害被绑架人,致人重伤、死亡”;(10)第257条第2款暴力干涉婚姻自由“致使被害人死亡”;(11)第260条第2款虐待“致使被害人重伤、死亡”;(12)第263条抢劫“致人重伤、死亡”;(13)第292条第2款聚众斗殴“致人重伤、死亡”;(14)第443条虐待部属“致人死亡”;等等。

致人重伤、死亡是否包括故意致人重伤、死亡,以及致人死亡是否包括被害人自杀,最主要的考量因素就是罪刑是否相适应。具体而言,可以得出以下几点结论:第一,致人重伤、死亡包括故意与过失的条文为第115条、第121条、第234条、第236条、第263条、第238条第2款后段、第247条、第248条、第289条、第240条、第318条、第321条、第333条、第358条、第445条。第二,致人重伤仅限于过失的条文为第238条第2款前段、第260条。第三,致人死亡既包括故意也包括过失的条文为第115条、第121条、第133条、第238条第2款后段、第247条、第248条、第289条、第292条。第四,致人死亡仅限于过失的条文为第141条、第144条、第234条、第236条、第238条第2款前段、第239条、第257条、第260条、第263条、第443条、第240条、第318条、第321条、第336条第1、2款、第358条、第445条。第五,致人死亡包括被害人自杀的条文为第257条、第260条。

#### 四、“量刑反制定罪论”的疑问

##### (一)“量刑反制定罪论”的由来

行文至此,不得不讨论如今论战正酣的“量刑反制定罪”。梁根林教授在《中外法学》2009年第1期“主编絮语”中发出了这样的疑问:“刑从(已然的)罪生、刑须制(未然的)罪的罪刑正向制约关系是否就是罪刑关系的全部与排他的内涵,抑或在这种罪刑正向制约关系的基本内涵之外,于某些疑难案件中亦存在着逆向地立足于量刑的妥当性考虑而在教义学允许的多种可能选择之间选择一个对应的妥当的法条与构成要件予以解释与适用,从而形成量刑反制定罪的逆向路径?这种量刑反制定罪的逆向司法裁判思维是否违反法律教义学,甚或违反罪刑法定原则、破坏法治国家原则而可能导致不可欲的法律后果?”<sup>[63]</sup>梁根林教授此番言论并非空穴来风,而是起因于高艳东博士在《中外法学》2008年第3期上登载的《从盗窃到侵占:许霆案的法理与规范分析》一文中亮出的“量刑反制定罪论”,即,“刑事责任才是具有实质意义的刑法结论,也是被告人和民众关注的核心;如果根据犯罪构成判断出的罪名会使量刑明显失衡,就应适度变换罪名以实现量刑公正,让罪名为公正的刑事责任让路,不能把准确判断罪名作为优于量刑的司法重心”<sup>[64]</sup>。

高艳东博士提出的“量刑反制定罪论”不仅受到了张明楷与朱苏力两位教授的质疑,而且引发了越来越多的人的持续关注。<sup>[65]</sup>高艳东博士虽然受到大家的质疑,但仍然不改初心,大张旗鼓地

[63] 梁根林:《许霆案的规范与法理分析》,载《中外法学》2009年第1期,第5页。

[64] 高艳东:《从盗窃到侵占:许霆案的法理与规范分析》,载《中外法学》2008年第3期,第459页。

[65] 张明楷:《许霆案的刑法学分析》,载《中外法学》2009年第1期,第50页;苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期,第100页;金泽刚等:《“以刑制罪”思维模式辨析》,载《政治与法律》2010年第7期主题研讨部分,第2页以下。

继续撰文高唱“量刑反制定罪论”的正当性。<sup>〔66〕</sup>“量刑反制定罪论”的确看上去很美,但其论据是否牢靠呢?

## (二)“量刑反制定罪论”的缺陷

“量刑反制定罪论”的催化剂显然是所谓“许霆案”。广州中院一审判处许霆无期徒刑,被媒体披露后,立即在不懂法律的网民中引起轩然大波,众人纷纷将同情的目光投向许霆。众所周知,该案最终经最高院核准特殊减轻,法院以盗窃罪判处许霆五年有期徒刑。高艳东博士为了给从轻发落许霆找到法律根据,提出“在取款机出错时,银行虽然没有放弃所有权,但事实上无法占有出款口的资金,且该资金并非基于银行本意而脱离其占有,属于遗忘物。因此,‘从出款口拿钱’就只能评价为侵占行为”,应成立侵占罪。<sup>〔67〕</sup>

高艳东博士对案例事实的归纳与分析,明显存在疑问。首先,自动柜员机系统虽然出错,但并非自动柜员机失控地将钱源源不断地“吐到”柜员机外而撒落一地,而是许霆在第一次误操作<sup>〔68〕</sup>发现银行系统出错的“秘密”后大为兴奋,反复操作柜员机(多达一百七十余次!),导致柜员机将17万巨款吐入槽中或者卡在出款口。其次,即使因为许霆的有意操作致使银行钱款置于槽中或者卡在出款口,只要行为人没有取款的权限,按照社会的一般观念这时钱款仍属于银行占有。最后,许霆有意操作出错的自动柜员机并从出款口拿走现金,正如用自己的钥匙有意打开他人出错的门锁并取走他人房间内的财物,无疑属于通过打破他人占有的方式建立自己占有的夺取型犯罪,理当成立盗窃罪。<sup>〔69〕</sup>上述情形怎么可能相当于“何某系商场清洁人员,发现晚上10时左右,商场旁的取款机因失灵会自动吐出2000元,遂每晚在取款机旁边等候,共获取2万元”<sup>〔70〕</sup>的情形呢?!

的确,作为寄生性犯罪的贪污受贿17万元,如今都基本上不会被判无期徒刑,而对于作为求生型犯罪的盗窃17万元的行为,判处无期徒刑显得过重。但过重的刑罚宣告并不能反过来说明行为本身不属于盗窃而属于所谓侵占。过重的刑罚宣告源于三点:一是该案量刑的依据是1997年11月4日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条的规定,而案件审判于2007年,时隔十年,国内生产总值可能都翻了几番,以上述司法解释规定的数额标准作为量刑依据,显然极其不合时宜。二是1997年全面修订刑法时矫枉过正,将旧刑法赋予下级法院审判委员会的酌定减轻权全部收归最高人民法院,在我国这种官僚主义色彩极其浓厚的国情下,下级法院即便认识到根据案件的特殊情况应当上报最高法院核准而在法定刑以下减轻处罚,也嫌费事而不愿上报。三是1997年刑法将盗窃金融机构数额特别巨大的情形规定为可判处无期徒刑或者死刑,而且司法解释也未对盗窃金融机构数额特别巨大规定专门的数额标准,的确不够妥当;

〔66〕 参见高艳东:《量刑与定罪互动论:为了量刑公正可变换罪名》,载《现代法学》2009年第5期,第164页以下。

〔67〕 参见前注〔64〕,高艳东文,第474页。

〔68〕 如果不考虑数额,许霆第一次误操作致使自动柜员机槽中出现1000元现金,其拿走超出其存款的部分也是构成盗窃罪的,而非众多学者所认为的属于不当得利。因为这1000元并非直接“吐”到许霆的口袋中,而是许霆伸手从自动柜员机出款口有意取走多余的钱款。也就是超出其存款部分的现金并未转移给许霆占有。事实上,只要许霆不从出款口取走超出其存款部分的现金,几秒钟后会被自动吞入自动柜员机中,因而不可能属于作为侵占罪对象之一的所谓脱离占有物。

〔69〕 参见前注〔65〕,张明楷文,第30页以下;陈洪兵:《滥用银行卡的刑事责任》,载《法治研究》2013年第5期,第30页。

〔70〕 前注〔64〕,高艳东文,第472页。

在立法未作修改的情况下，只需对盗窃金融机构数额特别巨大确定合理的数额标准即可解决；2011年通过的《刑法修正案(八)》也正是认识到该规定的不合理性而予以删除。

综上，法院如果要对许霆判处相对较轻的刑罚，并没有任何刑法上的障碍。何必削足适履、强词夺理地将许霆行为“辩解”为侵占罪呢？

高艳东博士非常坚信自己所主张的、为了所谓量刑公正<sup>[71]</sup>可以变换罪名的“量刑反制定罪论”的合理性，因为其断言“若被教义学束缚，刑法学一事无成”<sup>[72]</sup>。本人倒不是因为此言无异于砸碎了我们解释论学者的饭碗而愤懑，而是觉得这种“理论虚无主义”的立场或许有点过头了。在高艳东博士眼中，实行行为的定型性以及犯罪构成理论完全可以抛弃，因为他主张，为了自己所认为的量刑公正，必要时可以将绑架罪罪名变更为非法拘禁罪，可以将运输毒品罪变更为“非法持有毒品罪”或“转移毒品罪”，亦可将十五岁的人“抢劫”同学少量财物的行为评价为“抢夺”，将十五岁的人的贩卖毒品的行为定性为窝藏毒品、毒赃罪，还可将贪污既遂变更为挪用公款罪，将贩卖毒品罪变更为非法持有毒品罪，甚至可将故意伤害致死评价为过失致死，等等。<sup>[73]</sup>按照高博士所主张的“只要量刑符合行为的危害性程度，罪名也没有完全偏离同类客体的范围，那就是合理的判决”<sup>[74]</sup>的逻辑，只要自认为量刑公正，完全可以将故意杀人罪罪名变更为强奸罪，将故意伤害罪变为强制猥亵罪，将绑架罪变更为猥亵儿童罪，将拐卖儿童罪变更为拐骗儿童罪，如此等等。如果真是这样，大概法学院就要关门、法学教授就要下岗了，不能分到医院掌手术刀的转业军人，就完全可以胜任法院的审判工作了。因为，危害性轻重、量刑公正与否的判断“跟着感觉走”就行了，什么犯罪构成理论，什么实行行为定型性，都统统地不需要。

还有学者举了一些典型案例来佐证“量刑反制定罪论”的合理性。例如，有学者认为孙伟铭等几起严重醉酒驾车肇事案，“最终被以危险方法危害公共安全罪定性，其实也蕴含了‘以刑制罪’的思维模式”<sup>[75]</sup>。的确，几起严重醉酒案倘若不是因媒体的披露而广受关注，司法实践中通常会习惯性地作为交通肇事罪定罪处罚。但这也只能说明，以前相关案件以交通肇事罪定罪定性错误，而丝毫不能说明，孙伟铭等案件原本不符合以危险方法危害公共安全罪构成要件，只因“量刑反制定罪”而硬性以该罪定罪处罚。故而，所谓醉酒案并不能成为“量刑反制定罪论”的论据。

又如，有学者认为，“在寇平寻衅滋事案与肖永灵投放虚假炭疽菌案中，根据以刑制罪模式，对案中被告人处以寻衅滋事罪显然较为合理，既实现了罪责刑相适应，又体现了宽缓形势政策的精神。”<sup>[76]</sup>在寇平案中，被告人在火车上对被害人实施轻微暴力，抢得一包香烟和十几元钱。一审法院认定为“在公共交通工具上抢劫”，判处被告人寇平10年有期徒刑。二审法院则以寻衅滋事罪改判为1年有期徒刑。在肖永灵案中，被告人肖永灵在炭疽菌恐慌期间，为发泄不满，将一包白色粉末(实为无毒害的食品干燥剂)邮寄给时任上海市市长徐匡迪。法院以以危险方法危害公共安全罪判处被告人肖永灵4年有期徒刑。<sup>[77]</sup>

其实，所谓寇平案，因为暴力程度轻微而不足以压制被害人的反抗，原本就不成立抢劫罪，法

[71] 量刑公正与否，必然是仁智互见。

[72] 高艳东：《诈骗罪与集资诈骗罪的规范超越：吴英案的罪与罚》，载《中外法学》2012年第2期，第413页。

[73] 参见前注[66]，高艳东文，第170页以下。

[74] 前注[66]，高艳东文，第169页以下。

[75] 参见金泽刚、颜毅：《以刑制罪的学理阐释》，载《政治与法律》2010年第7期，第6页。

[76] 赵运锋：《以刑制罪司法逻辑的功能探析》，载《河北法学》2014年第4期，第81页。

[77] 参见前注[76]，赵运锋文，第81页。



院以寻衅滋事罪定罪处罚是正确的。这根本不是什么“以刑制罪”，只不过是二审法院纠正了一审判决的错误而已。所谓肖永灵案，既然所投放的物质为无毒害的食品干燥剂，连抽象性危险都没有，怎么可能成立与放火、爆炸罪等危害性相当的、作为具体危险犯的以危险方法危害公共安全罪？该案的悲剧不过是法官屈服于个别领导人的淫威而做出的错误判决而已。也根本与所谓的“以刑制罪”无涉。

再如，有学者指出，“在刘襄案中，‘量刑反制定罪’是显然的司法适用逻辑，其代价则是忽视了适用罪名的规范性要求”。〔78〕刘襄案中，刘襄等五人为牟取不法利益，生产、销售盐酸克伦特罗（俗称“瘦肉精”）2 700余公斤，销售金额高达640余万元，并造成数额特别巨大的财产损失。河南省焦作中院以以危险方法危害公共安全罪，判处主犯刘襄死刑，缓期两年执行。河南省高院二审予以维持。〔79〕

由于该案被告人的行为是否“已经对人身安全造成严重危害”，公诉机关并无证据予以证实，因而对于单纯造成财产损失的行为能否认定为以危险方法危害公共安全罪，则是该案的最大疑问。〔80〕从理论上讲，根据以危险方法危害公共安全罪与放火、决水、爆炸、投放危险物质罪并列规定，“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的法定刑配置，以及与法定最高刑仅为七年有期徒刑的故意毁坏财物罪进行横向比较，对于仅具有造成他人重伤、死亡的抽象性危险，而未实际致人重伤、死亡的，判处死缓，显然与故意毁坏财物罪的法定刑不协调。因而，在不能证明销售瘦肉精的行为已经致人重伤、死亡的情况下，即便以以危险方法危害公共安全罪定罪，也不宜判处无期徒刑或者死刑。也就是说，该案属于量刑畸重，也与所谓量刑反制定罪无关。

综上，所谓“量刑反制定罪论”，要么曲解了法定刑对于构成要件解释的制约功能，要么完全抛弃了实行行为定型性和犯罪构成理论而有违罪刑法定原则，故不值得提倡。

（责任编辑：林喜芬）

〔78〕 于志刚、李怀胜：《提供有毒、有害产品原料案件的定性思路》，载《法学》2012年第2期，第133页。

〔79〕 参见王立志：《人身安全是危害公共安全罪的必备要素：以刘襄瘦肉精案切入》，载《政法论坛》2013年第5期，第112页。

〔80〕 参见前注〔79〕，王立志文，第112页以下。