

日本的罪数论与数罪并罚

张 绳 祖

罪数不仅是刑法中的一个重要理论问题,而且也直接关系到如何定罪量刑的实际问题,因而被世界各国刑法学者和司法工作者所关注和研究。但是,由于他们各自所持的立场、观点、方法不同,在对待罪数问题上也有不同的看法。本文仅就日本学者对罪数的论述和日本刑法对数罪并罚的规定作一概要介绍,以飨读者。

一、区别罪数的标准

是一罪,还是数罪,如何加以区分,其标准是什么,在日本刑法学者中是有不同看法的,形成了不同的标准。大体有以下六种:

(一)行为标准说。持这种观点的人认为,犯罪是人的行为,犯罪的罪数(一个或数个)是由作为犯罪事实的行为的数(一个或数个)来决定的。行为人实施了一个行为,就是一罪;实施了数个行为,就为数罪。持这种观点的有山岗万之助、下村康正等教授。山岗在其《刑法原理》中说:“犯罪是一种行为,它是伴随有结果的人的意思的表露。因此,区别一罪与数罪应该取决于行为的单数还是复数”,又说“行为是犯罪的本体,应该承认它是区别一罪与数罪的根本”。下村康正除同意上述基本观点外,在其《犯罪论的基本思想》一书中,还就“行为”作了具体说明。他说:“我所说的‘行为’,是指综合人的意思活动和身体动止以及结果的概念,不是单纯的客观行为。它仍然是应当作为表露人格的社会学的行为。照此来理解,决定行为的单复也就理应考虑行为人的意思,时间的、场所的关系,侵害法益的结果等所有其他的因素。”

(二)法益标准说,或称结果标准说。持这种观点的人认为,犯罪是侵害法益的行为,是侵害行为所造成的危害结果。犯罪之所以应受到惩罚,就在于它侵害了法益,侵害法益是犯罪的本质。因而侵害法益的个数(犯罪结果的个数)也就决定犯罪的个数。侵害一个法益的为—罪,侵害数个法益的为数罪。持这种观点的有滝川幸辰、宫本英脩等教授。滝川在《犯罪论序说》中写道:“犯罪是符合构成要件的行为,对每一个具备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”。宫本在《刑法大纲》一书中也写道:“一般来说,犯罪是不能离开保护法益的刑法法律条文的概念,同时也应该承认有刑罚规定的一个法律条文必定是保护一个法益”。滝川春雄在《刑法总论讲义》中还进一步写道:“即使据结果说,所谓一个结果,也未必能从结果本身就可明白,因为它毕竟还要根据社会的一般观念来决定。……不过尽管那样,作为问题的结果,最重要的还必须首先把各个构成要件作为基准来加以考察。”

持法益说观点的人还认为,由于人的生命、身体、名誉等是各人自身专属的法益,因而必须各自独立为一个法益。除此之外,如侵犯财产权等,则为非人身专属的法益,它是作为同一个管理或所有而包括起来的一个法益。例如行为人开枪射击,一发子弹打死了数人,

即为数罪。但是如果同一个人一个放火行为烧毁了他人数个建筑物，则为一罪。

(三) 意思标准说，或称犯意标准说。持这种观点的人认为，犯罪是行为人为了实施自己的犯罪意图，是犯意的体现。因而犯意的个数（单复）也就决定犯罪的个数（单复）。行为人出于一个犯意所实施的犯罪为一罪，出于数个犯意的为数罪。这里所说的犯罪意思是包括故意的犯罪意思和过失的犯罪意思两个方面。持这种看法的有牧野英一、木村龟二等教授。牧野英一在《日本刑法》一书中写道：“如果出于单一决心的行为，而该行为即使与牵连和连续没有特别关系，也必须把它断定为一罪。可是因为，一般认为犯意必须由行为来表现，所以意思的单一也应当由行为来表现。刑法之所以特设第54条及第55条的规定，应当做这样的理解，就是只有在这三种情况下，决心的单一，由行为来表现。”木村龟二在《刑法总论》中说：“行为，符合构成要件，法益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，不能说有充分道理的。相比之下，犯罪的意思是因为由符合构成要件的行为来体现的，而作为成为违法、有责评价对象的行为又能综合地包括构成犯罪的所有要素，所以把犯罪的意思的单复作为决定犯罪单复的标准是最为妥当的。”

(四) 构成要件标准说。持这种观点的人认为，犯罪是符合构成要件的有责任的违法行为。如果将行为、结果、意思属于犯罪的某一个要素单独抽出来作为标准是不能决定犯罪个数的，而应当将上述诸要素已经综合成一定规格整体的具体和现实的刑法各本条的构成要件作为标准。凡具备了一个构成要件事实的为一罪，具备了数个构成要件的为数罪。在日本最初表明这种见解的为大场茂马教授，而小野清一郎教授则以明确的语言提出了上述理论主张。小野在《新订刑法讲义总论》一书中写道：“以我之见，一罪与数罪应以刑法各本条以及其他有刑罚法规规定的构成要件作为标准来决定。即具备了一个构成要件事实的为一罪，具备了两个构成要件事实的为两罪，以此类推。换言之，以犯罪构成事实（所为）的个数来决定犯罪的个数。……达到了何种程度的事实为具备了一个构成要件呢？这完全是属于刑罚法规的适用解释问题。在适用解释上，则必须参酌犯意、行为、结果等情况。然而仅从其中的一个以形式逻辑进行推理是不能解决问题的。由法律规定一定规格的构成要件才是问题的核心。”赞同或基本支持这种观点的有佐伯千仞、团藤重光、大塚仁等教授。

(五) 目的标准说。持这种观点的人认为，犯罪是具有作为社会行为的主观的、客观的，即主体的、整体的结构。从行为一方面表现意思，一方面转向结果的观点来看，在意思的支配下达到一个目的为一罪。而且目的数由应达到结果的数而决定。但是结果的数不是现实发生的结果，而是由意图达到结果的数来决定。持这种观点的人为平场安治教授。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”，然而必须注意“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，如果没有由意思这个实际上的支配，仅仅依据朝向某一方向的目的不足以称为一罪的。”

(六) 折衷说。持这种观点的人认为，应根据具体情况选择哪一个标准来确定罪数。持这种观点的为佐漱昌三教授。他在《刑法大意》一书中写道：“罪数毕竟不是被授予于刑法的时代程度那样的重要。因此，其标准论也不能以简单的主观说或者客观说中哪一个而定。而应当依据各罪所决定的直接目的和刑法第54条、第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。”

从目前对罪数问题的争论情况来看，日本学者中似乎比较多的是赞同以构成要件作为标

准来区分罪数的。然而从司法实践来看，法院的判例与各种学说是并非一致的。其中有：以行为标准说所作的判决，有以法益标准说所作的判决，有以意思标准说所作的判决，也有以构成要件标准所作的判决。此外还兼有意思标准说和法益标准说所作的判决以及兼有行为标准说和法益标准说所作的判决。

二、一罪之种种

罪数问题除了要了解区别罪数的标准外，还有必要进一步分清形似数罪实为一罪或者实为数罪而作一罪处理的问题。对此，日本学者的意见也不是一致的，不过相当一部分学者是把一罪分为本来的一罪和科刑上的一罪来加以说明的。

(一) 本来的一罪，又称单纯一罪、实质上的一罪或者说理论上的一罪。它是指行为人实施了刑法规定的一个构成要件的行为。例如行为人为了报复，决心杀死某甲，一天乘某甲熟睡之机将其杀死等场合。本来的一罪主要有以下几种情况：

1. 结合犯。是指数个行为分别符合数个构成要件，但法律上规定作为结合成一个构成要件的犯罪。如日本刑法第240条规定，犯强盗罪而又伤人致人于死的构成强盗致死罪及日本刑法第241条规定，犯强盗罪而又强奸妇女的，结合而构成强盗强奸罪。前者是带有一定牵连关系的结合犯，而后者是由于两种犯罪往往同时发生而结合成为一罪的结合犯。

2. 集合犯。是指已经实施或预料其反复实施符合一定构成要件的同种类行为的犯罪。通常指常习犯，又称惯行犯或惯犯。例如日本刑法第186条第一款规定的常业赌博犯。此外，还包括营业犯、职业犯。所谓营业犯、职业犯是指那些反复多次地实施一定行为为业，前者以营利为目的谓之营业犯，而后者不一定以营利为直接目的而从事一种职业的罪犯。例如日本刑法第175条规定的散布或贩卖或公然陈列猥亵的文书、图画或其他猥亵物的罪犯就是属于营业犯的集合犯；而无开业许可证非法行医的，属于职业犯的集合犯。

3. 接续犯。是指在时间、场所非常接近的条件下，行为人实施了同种类的行为，触犯了同一罪名的犯罪。从表面上看接续犯似乎是实施了数个独立的犯罪行为，具备了数个构成要件，但是从总体上看，可以认为是只符合了一个构成要件，所以实质上还是一罪。例如行为人在两小时内从同一个仓库里分三次、每次各窃取三袋大米的盗窃案是以一个盗窃罪认定判刑的（参见日本最高法院1949年7月23日的刑事判决，载最高法院刑事判例集第3卷第1373页）。

4. 法条竞合。是指某一行为表面上符合数个有刑罚规定的条文，而实际上这个数个有刑罚规定的条文有关构成要件内容是重叠的，其中一方排斥另一方，适用某一个刑罚条文后就可排除适用其他条文。这种法条竞合实质上也是一罪，而不能因为它表面上符合数个有刑罚规定的法律条文而认为它是数罪。在法条竞合的关系中，通常有四种关系，即特别关系、吸收关系、择一关系、补充关系，应分别不同情况正确适用有关条文。

对法条竞合中的四种关系，日本有的学者认为择一关系、吸收关系也是一种特别关系或补充关系（平野龙一教授），也有的学者认为，可以更简略概括为特别关系和吸收关系（高田卓尔教授）或者更进一步统一于吸收关系为一种关系（内田文昭教授）。

法条竞合同观念的竞合（或称想象的竞合）是不同的。法条竞合不是一种犯罪的竞合，而只不过是两个有刑罚规定的法律条文表面上有竞合的情况，因而应当属于本来的一罪，或者说说是理论上的一罪。

(二) 科刑上的一罪。又称处罚上的一罪，或者说处分上的一罪。它是指行为人实施的

一个行为同时触犯了数个罪名，或者行为人作为犯罪手段或结果的行为触犯其他罪名的。

科刑上的一罪，实质上是犯罪的竞合，从性质上看本来是数罪，但法律上不以数罪合并处罚，而作为一罪处理。根据日本刑法第54条第一款的规定，分观念上的竞合犯和牵连犯二种。

1.观念的竞合犯。又称想象的竞合犯，是指一个行为触犯数个罪名的罪犯。观念的竞合犯分为两种，一是同种类的观念的竞合犯，另一是异种类的观念竞合犯。

同种类的观念竞合犯是指一个行为触犯了同种的数个罪名。例如一发子弹使二人受伤，一包毒药同时毒死了数人等。对此，在日本以牧野英一、木村龟二等教授持犯意说作为区别罪数标准而抱否定态度。他们认为，在这种场合下，犯罪意思是单一的，因而是单纯一罪，可直接适用该有关法律条文。承认那种所谓科刑上一罪的概念是无用的。但是持法益说、构成要件说等作为区别罪数标准的人则认为，在上述场合下，应认为这是一个行为触犯了同种类的数个罪名，是一种观念的竞合，承认它是必要的。日本法院无论过去和现在所作的判例也是持肯定态度的。

异种类的观念竞合犯，是指一个行为触犯了异种的数个罪名的犯罪。例如对执行公务的警官予以伤害，就触犯了日本刑法第95条妨害执行公务罪和日本刑法第204条的伤害罪。对此，日本学者没有什么不同意见。

2.牵连犯。是指作为犯罪手段或结果的行为触犯了其他罪名的犯罪。它同观念的竞合犯一样，是本来数罪，但在处罚上作一罪处理。例如侵入他人住宅盗窃财物。盗窃财物是行为人的目的，而侵入他人住宅是行为人的手段。侵入住宅罪同盗窃罪发生了牵连关系。

在什么情况下可以认为与犯罪手段或结果的行为之间存在有牵连关系？在日本学者中也有不同看法，大体有三种，即客观说、主观说和折衷说。持客观说的人（小野清一郎、团藤重光、大塚仁等教授）认为，有无牵连关系应以客观事实为标准。即行为人所实施的犯罪与触犯的其他罪名在客观上是否存在有手段或结果的牵连关系。持主观说的人（牧野英一、木村龟二教授）认为，有无牵连关系应以行为人主观的意思为标准。即行为人主观上事先是否意识到他所实施的犯罪与触犯的其他罪名有手段或结果的关系。例如教唆他人盗窃同收买赃物的场合，如果事先就打算收买该赃物而教唆他人去盗窃的，这就有牵连关系；反之，则无牵连关系。持折衷说的人（小泉英一、青柳文雄、西原春夫等教授）认为，有无牵连关系应以行为人主观的意识和客观的行为两方面去考察，不能以一个方面作为标准。此外有的学者还认为，手段与目的关系，不能将行为人主观上的意图置之度外，但原因与结果的关系则可事先不要求一定有牵连的意识（中野次雄教授）。从法院所作的判例看，也并不是十分明确和始终一致的。不过一般倾向于客观说，但以折衷说所作的判例也是有的。

对观念的竞合犯和牵连犯，根据日本刑法第54条的规定，“按照其最重刑判处”。所谓最重刑判处，日本大审院1914年3月11日所作的判例表明，是指适用数个罪名中规定最重刑罚的法律条文予以处罚。但是，1953年4月14日日本最高法院所作的判例，改变了上述在学说上称之为“单纯吸收主义”的做法，而采取“综合主义”的处罚方法。即不仅要根据数个罪名中规定最重刑罚的法律条文予以处罚，而且还应理解为包括不能根据比它规定轻的法律条文的最低刑罚予以处罚的意思。换句话说，就是要按照行为人所触犯的数罪名的法律条文所规定的法定刑无论上限或下限都以最重刑罚的范围内予以处罚。例如甲罪的法定刑为一年以上十年以下的惩役，乙罪的法定刑为三年以上七年以下的惩役时，应在三年以上十年以下而不是一年以上十年以下的惩役幅度内判处刑罚。但如果有两个以上没收的附加刑时，则

合并处罚。

关于连续犯。日本刑法在1947年以前，第55条就有规定，所谓连续犯，是指“连续实施数个行为触犯同一罪名的，以一罪处断”。这就是说过去在法律上承认有连续犯，并规定作为科刑上一罪给予处罚。在司法实践中，法院也作出过大量判例。但是后来由于扩大使用了连续犯触犯“同一罪名”的范围，将规定在该条同一章罪质相同的犯罪也解释为“同一罪名”。例如将盗窃罪同强盗罪、甚至将盗窃未遂与强盗致死之间也认为是连续犯的关系，因而造成较轻的盗窃罪经过确定判决后，因受既判力的制约，即使以后发现较重的强盗行为的事实也不能处罚的不合理现象，特别是随着新刑事诉讼法的施行，限制了强制侦查权，其结果要在短时期内发现范围广泛的连续犯全部犯罪事实而一并予以起诉是十分困难的。因而于1947年乘刑法修改之机，将第55条有关连续犯的规定予以删除。

连续犯的规定删除后，过去作为连续犯处罚的，之后以数罪并合处断。然而持犯意说的人仍主张如果在一个犯意下，在事先预见或在预见的范围内连续实施数个行为触犯同一罪名的，应当理解为一罪，而一般的说法和法院所作的判例则倾向将过去连续犯的一部分归属在接续犯范围内作为一罪来理解。

关于包括一罪。在有关日本刑法的教科书和其他著作中，一部分日本刑法学者使用包括一罪的概念。由于包括一罪不是成文法上的概念，而是由判例逐渐形成的，所以包括一罪究竟指什么，包括那些罪说法很不一致。但较多的学者认为，包括一罪有狭义与广义之分。狭义的包括一罪是指一个构成要件内规定有数种行为，而这数种行为不过是指向同一个被侵害的法益的诸种形态，这诸种形态属于一连串的行为包括起来成为一罪。例如，将人逮捕后又把该人监禁起来，构成日本刑法第220条的逮捕监禁罪。广义的包括一罪，除包含有狭义的包括一罪外，还包含有集合犯、接续犯、结合犯等多次实施某种行为而形成一罪的。也有的学者（藤木英雄教授）认为，过去作为科刑上一罪的连续犯实质上也是包括一罪。这样包括一罪似乎既不纯属本来的一罪，又不完全是科刑上一罪而是介于二者之间的一种罪。日本改正刑法准备草案第71条规定：“触犯同一罪名的数个行为，由于时间和场所的接近、方法的类似、机会的同一、意思的继续以及其他各个行为之间有密切关系，认为将其作为一个行为予以评价是恰当时，可以包括起来作为一个罪处断”。对此规定，不少人认为目前还不成熟，类似的判例也极少，马上从立法上加以固定下来是不当的，因而没有被现在的改正刑法草案所采纳。

三、刑法对数罪并罚的规定

对一人犯数罪如何处罚，总的来说是采取并罚的原则。在日本刑法上，一人犯罪谓之并合罪，它是指“未经确定判决的数罪”。“如果判处监禁以上刑罚的某罪，已经判决确定时，则只是该罪和其判决确定前所犯的罪是并合罪”（日本刑法第45条）。所谓未经确定判决，是指未经有罪判决的宣判，并且未经第一审、第二审宣告后经过14日以上的上诉期限或者未经第三审宣告后经过10日的。此外还包括具有同样效力的未经简易法院所作的简易命令或交通案件的即席判决。

对数罪如何并罚历来有不同的主张和处理原则。在日本大体有以下三种：

（一）吸收主义（或称吸收原则）。就是以数罪中对最重的犯罪所规定的刑罚来处断。也就是以其中最重的一种刑罚作为执行的刑罚，其他与这较轻的刑罚被最重的刑罚所吸收而不再执行。例如日本刑法46条关于并合罪中的一罪应判处死刑的，不判处其他刑罚的规定就

是这种吸收原则的体现。采用这一原则，由于重罪吸收了轻罪，轻罪的刑罚不再执行，这就和有罪必罚的原则相违背，有轻纵犯罪的弊病，有害于对犯罪的预防。

(二) 并科主义(或称并科原则)。就是将具有并科关系的各罪分别定刑、合并处罚。如日本刑法第48条明确规定：“罚金与其他刑罚，应当并科”就是这一原则的具体化。采用并科原则是承袭“刑罚与犯罪的罪数相应”的罗马法以来的传统。由于各种刑罚无例外地合并处罚，特别在判处自由刑的情况下，以单纯相加造成刑期很长，未免使刑罚过于严酷。

(三) 加重单一刑主义，也称加重主义(或称限制加重原则)。就是以并合罪中对最重的犯罪所规定的刑罚为基础，再给以一定的加重变成一个刑罚予以处断。这种加重是有一定限制的。日本刑法第47条关于并合罪的最高刑期不得超过各罪所定刑罚的最高刑期的总和以及日本刑法第14条关于有期徒刑或有期监禁在加重时，只能加到20年的规定就是体现了这种限制加重的原则，采用这一原则，可以避免上述两种原则的缺陷，使刑罚更趋合理。

日本刑法如何按照上述三个原则具体加以运用的，现按照几种不同情况分别阐述如下：

(一) 未经确定判决前一人犯数罪的并罚。

1. 并合罪中有两个以上应判处有期徒刑或监禁的罪时，按其最重的罪所定刑罚的最高刑期加其半数做为应处刑的最高刑期，但不得超过各罪所定刑罚的最高刑期的总和(日本刑法第47条)。例如盗窃罪同毁损名誉罪并合罪的场合，盗窃罪的最高刑期为10年的惩役，而毁损名誉罪为3年以下惩役或监禁或1000元以下罚金，因而两罪并合处罚时，最高刑期不得超过13年的惩役。

2. 并合罪中的一罪应判处死刑的，其他罪就不判处刑罚。但没收不在此限(日本刑法第46条第一款)。并合罪中的一罪应判处无期的惩役或监禁时，其他罪也就不判处刑罚。但罚金、罚款及没收不在此限(日本刑法第46条第二款)。

3. 两个以上罚金并罚时，应当在各罪所定罚金的总和额以下判处(日本刑法第48条第二款)。

4. 罚金同其他刑罚并罚时，原则上实行并科。但其中一罪应判处死刑的，不在此限(日本刑法第48条第一款)。拘留或罚款同其他刑罚并罚时，也实行并科，但其中一罪应判处死刑、无期的惩役或监禁的，不在此限(日本刑法第53条第一款)。另外，两个以上的拘留、罚款，实行并科(日本刑法第53条第二款)。

5. 没收。没收不采取吸收主义。无论在并合罪中一罪应判处死刑、无期的惩役或监禁的情况下(日本刑法第46条)，还是在并合罪中重罪没有没收、但其他罪有没收规定时，都可附加判处没收(日本刑法第49条第一款)，两个以上的没收，实行并科(日本刑法第49条第二款)。

(二) 并合罪中，有已经判决的罪和未经判决罪的并罚，也就是已经确定判决后，发现余罪的并罚。应首先就未经判决的罪判处刑罚(日本刑法50条)，然后将两个以上的判决所判处的刑罚合并执行。但是应执行死刑的，除没收外，不再执行其他刑罚。应执行无期的惩役或监禁的，除罚金、罚款和没收外，不再执行其他刑罚。有期的惩役或监禁的执行，不得超过其最重罪所定刑罚的最高刑期再加其半数的总和(日本刑法第51条)。

(三) 已就并合罪被判处刑罚的人，其中某罪受到大赦时如何处理。根据日本刑法第52条规定：“应特就未经大赦的罪定罪”。而审判实践的案例表明，在此情况下，可以重新作出缓刑的宣判。