试论“从一重重处断”原则

吴振兴

对想像竞合犯的处罚适用“从一重处断”原则，这是我国学术界公认的。但笔者近日在研究罪数形态理论中偶有所得，认为它未能贯彻罪刑相适应的刑法原则，应以“从一重重处断”替代“从一重处断”，兹敷陈管见。

一、“从一重重处断”原则的提起

综观当代各国的刑事立法，想像竞合犯尚未得到一致确认。英美法系诸国一般不承认想像竞合犯，在司法判例中将想像数罪当作数个犯罪合并处罚。大陆法系诸国和前苏联东欧国家的刑事立法虽然大多未设想像竞合犯条款，但在审判实践和刑法理论中是普遍承认的。

从现在一些国家刑法中关于想像竞合犯的规定来看，其处罚多系采用“从一重处断”原则。所谓“从一重处断”，我国有的刑法著述解释为“在所触犯的数罪中，按最重的一罪处罚”。① 这是符合其本意的。例如，日本刑法第54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”。这里的“同一行为而触犯数个罪名”，就是指想像竞合犯；“按照其最重刑判处”，就是我们通常所说的“从一重处断”。至于一行为所触犯的数个罪名之刑的轻重如何比较，日本的司法判例和刑法理论普遍认为，应当依据数个罪名的法定刑。在法定刑相同的情况下，参照犯罪情节比较轻重。再如，1951年保加利亚刑法第23条规定：“如果以一个行为触犯了几个犯罪，或者一个人实施了几个独立的犯罪，并且对其中任何一个罪所作出的判决都没有产生法律效力的情况下，法院先对这些罪中的每一个都分别决定刑罚，然后判决执行其中最重的一个”。这里的“一个行为触犯了几个犯罪”，就是指想像竞合犯。其处罚原刑也是“从一重处断”。但是，想像的数罪之间刑之轻重的比较方法与日本不同。它们不是根据法定刑的轻重进行比较，而是“先对这些罪中的每一个都分别决定刑罚，然后按照其中最重者确定宣告刑。这样就无须考虑法定刑相同的情况下如何比较刑之轻重的问题了。

由此看来，同样是采用“从一重处断”原则，但是如何“从一重”或者如何判定刑之轻重，不同国家采取的方法有所差异。日本是先比较法定刑的轻重，然后确定应判处的刑罚，这里称其为“先比后定法”；保加利亚是分别决定刑罚，然后再比较刑之轻重，这里称其为“先定后比法”。以上这两种方法各有利弊。“先定后比法”比起“先比后定法”自然要相对精确一些，而且采用“先定后比法”少了一个法定刑相同如何比较刑之轻重的难题。但是，少了这个难题，又增加了另一个难题，即先对每个罪名决定刑罚时，遇有数罪名刑罚相同的情况怎么办？这是一个更加

① 见《犯罪通论》第655页，武汉大学出版社1991年版。

难于解决的难题,此为其一;其二,采用"先定后比法",法院最后宣告判决的只是数罪名最重的一个,较轻者即弃置一旁,等于法院做了一定的"无用功"。所以,两种方法各有优劣。相比之下,"先比后定法"更为适宜。

但是,无论是"先定后比法"还是"先比后定法",都存在这样一个通病:按照一行为所触犯的数罪名中较重的罪定罪量刑,决不包含按照较重罪从重处罚的意义。这样,想像竞合犯虽然一行为侵害了两个以上客体,造成了两个以上的危害结果,甚至具有两个以上罪过,却与只齐备了一个较重之罪构成要件的单纯一罪的处罚无异,起码在较轻之罪未处附加刑的情况下是如此。比如,甲为了复仇,开一枪打死了仇人乙,又过失重伤无辜的丙。这是典型的一行为同时触犯故意杀人罪和过失重伤罪的想像竞合犯。按照从一重处断原则,应依较重之罪即故意杀人罪定罪量刑。这与甲基于复仇,开一枪只打死了仇人乙的处罚结果并无不同。显然,这有悖于罪刑相适应的原则。因此,应当另外探求既有别于实际数罪又不同于单纯一罪的、切合想像竞合犯实际的处罚原则,那就是"从一重重处断"。

二、"从一重重处断"原则的论证

所谓"从一重重处断"是指对想像竞合犯按其行为触犯的较重罪名从重处罚。笔者所以认为对想像竞合犯应当采用"从一重重处断"原则,其主要理由是:

(一)理论上顺理成章

想像竞合犯的基本特征是一行为触犯数罪名,即一行为同时在形式上、外观上符合数个刑法规范规定的犯罪特征。这里的"一行为"使其与实际数罪相互分际;"触犯数罪名"又使其与单纯一罪界定范围。

在中外学术界有一种观点,认为想像竞合犯应为实质的数罪。这是不妥的。想像竞合犯虽然在形式上、外观上具有数罪特征,但是根据我国通行的犯罪构成标准说,它只具备了一个充足的犯罪构成,因此只能是实质的一罪。这是想像竞合犯的实际。

尽管如此,想像竞合犯比起实质一罪中的其他罪数形态,如结果加重犯、持续犯等等,其数罪特征毕竟更强一些。它除了只有一个行为以外,在危害结果、犯罪客体甚至主观罪过方面,都是复数的。就是说比起单纯一罪,它在齐备一个犯罪构成要件的基础上,还有超出的结果要件、客体要件甚至罪过要件。其社会危害性程度决不同于单纯一罪。这同样也是想像竞合犯的实际。

与想像竞合犯的社会危害性程度具有双向性的实际相适应,在其处罚上只有轻于实际数罪,同时又重于单纯一罪,才能切实体现罪刑相适应原则。这是顺理成章的逻辑结论。

从这样一个基点出发,从一重处断无论是采用"先比后定法"还是"先定后比法",都是殊途同归,最终按照较重的一个罪适用刑罚。尽管根据一些学者的意见,从一重处断不是完全不考虑较轻的罪,但也仅限于附加刑。所以,从最后的结果看,基本上是(起码从主刑上看是)以对较重之罪的裁判代替了对较轻之罪的制裁。而从一重重处断则与此不同,它除了对较重之罪进行应有的制裁以外,又通过加重处罚的办法,弥补了从一重处断的不足,从而不但更为切合想像竞合犯的特定实际,而且"从一重"与其较重之罪相适应,"重处罚"也能够更好地避免对较轻之罪的宽待,是切实贯彻罪刑相适应原则的"上策"。

(二)司法上循此有据

我国刑法中对想像竞合犯未作规定,但司法实践中涉及想像竞合犯的实例屡见不鲜,理论

上对此问题的研讨也有所深入。理论能够指导实践，然而学理解释毕竟不同于有权解释，它没有约束力。如果有司法解释作为法律根据，也许会更有一点说服力。

最高人民法院、最高人民检察院1987年11月27日《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释》第3条第2项规定："破坏珍贵文物、名胜古迹的犯罪行为，同时又触犯其他罪的，应按其中的重罪从重追究刑事责任。"这里边就包括想像竞合犯，如明知是珍贵文物而用它做武器伤害他人的，即为一行为而触犯了破坏珍贵文物罪和故意伤害罪两个罪名。根据上述规定，应当按照其中的重罪从重处罚。这就是"从一重重处断"原则。

尽管这一司法解释还仅限于实施破坏珍贵文物、名胜古迹行为同时又触犯其他罪名的想像竞合犯，但在刑事立法与有权解释中尚无关于对想像竞合犯处罚的规定这种情况下，即使还不能扩大适用于其他想像竞合犯，但在论证"从一重重处断"原则方面，总是有一定价值的。

(三)立法上适例可鉴

目前，各国的立法例中也有采用"从一重重处断"原则的。例如，1971年3月18日修正的瑞士刑法第68条规定："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，并应受该刑种法定最高限之限制。"这里的一行为触犯数自由刑之罪者就是指想像竞合犯。对于想像竞合犯的处罚原则是在从一重处断的基础上，还要适当加重刑期，即从一重刑再加重处罚，简称为从一重重处断。但是按照该条规定，从一重重处断不得超过该刑种的法定刑上限。至于从一重时如何比较所触犯的数个自由刑之罪的刑之轻重，则是采用"先比后定法"。

再如，1950年朝鲜民主主义人民共和国刑法第50条规定："同时审理由一种行为构成的数个犯罪，或尚未判决的数个犯罪时，对每个犯罪分别地确定相当刑罚后，依照规定最重刑罚的条文，判处最重的刑罚。"我国学术界有人认为这一规定也是采取从一重处断原则。[①] 笔者认为，这样理解不妥。因为该条中的"依照规定最重刑罚的条文"，明显已有"从一重"的意思，又何必再加上"判处最重的刑罚"这么一句呢？所以，朝鲜刑法对想像竞合犯也是采取从一重重处断原则的，只是不像瑞士刑法第68条表述得那样清晰明确而已。

同样是采取从一重重处断原则，但"从一重"以何为准，也是存在"先比后定"和"先定后比"两种方法。瑞士刑法是采用"先比后定法"解决从一重问题，朝鲜刑法则是先"对每个犯罪分别地确定相当刑罚后"，再行比较轻重，采用的是"先定后比法"。

三、"从一重重处断"原则的实施

假如前述论证"从一重重处断"原则的理由基本可以站住脚的话，那么，接着就需要探讨如何对想像竞合犯实行这一处罚原则。

只要对"从一重重处断"原则略加分析，就可以看到"从一重"着重要解决的是如何判定一行为触犯的数罪名哪个较重的问题，而"重处断"着重要解决的则是如何从重处罚的问题。简言之，前者是"从一重"的标准问题；后者则是"重处断"的方法问题。

(一)从一重的标准

关于"从一重"，我国的通例不是采用"先定后比法"，而是采用"先比后定法"，即以数罪名

① 参见《刑法中的一罪与数罪问题》，学林出版社1986年版，第71页。

的法定刑为标准比较孰轻孰重,然后按照法定刑较重的一个罪名适用刑罚。一般说来,法定刑的轻重表现为主刑刑种的轻重。根据我国刑法第28条的规定,主刑刑种是按照管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑由轻到重依序递进的。倘若数罪名的法定刑中有不同刑种者,以重刑种为准。如一行为同时触犯故意杀人罪与过失重伤罪两个罪名,其法定刑中最重刑种为故意杀人罪中的死刑,即按照故意杀人罪适用刑罚。倘若数罪名的法定刑中重刑种相同,则以重刑种的上限为准。如一行为同时触犯窝赃罪和私藏枪支弹药罪,二者的法定刑中重刑种相同,均为有期徒刑,但窝赃罪的法定刑上限为3年有期徒刑,私藏枪支弹药罪的法定刑上限为2年有期徒刑,这样就可以按照窝赃罪适用刑罚。倘若数罪名的法定刑中的重刑种相同,重刑种的上限也相同,则以重刑种的下限为准,下限较高者为较重之罪,按比较重之罪适用刑罚。倘若数罪名的法定刑中有两个以上主刑,重刑种种类相同,重刑种的上限和下限也都相同,则以另一较重的主刑刑种和刑度为准进行比较,然后按照较重之罪适用刑罚。

除了以上法定刑不同的诸种情况,有时还有法定刑相同的情况。如果一行为触犯数罪名的法定刑相同,则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。例如,一行为同时触犯暴力干涉婚姻罪和过失重伤罪两个罪名,二者的法定刑都是2年以下有期徒刑或者拘役。这就需要根据犯罪情节来确定按照哪个罪名处罚较重。

在法定刑的比较中,有一个问题需要说明,那就是有些同一罪质的犯罪因社会危害性程度上有很大差别,根据罪刑相适应和刑罚个别化原则,我国刑法设置了阶梯式罪刑单位(这里暂称之为"罪刑阶梯")。罪质的一定层次与罪责的一定等级相互对应,统一共存于一个罪刑阶梯之内,由轻到重,依序规定于同一罪质的犯罪中。例如,我国刑法第155条规定:"国家工作人员利用职务上的便利,贪污公共财物的,处5年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处5年以上有期徒刑;情节特别严重的,处无期徒刑或者死刑"。根据这一规定,贪污罪有三个罪质层次,即贪污罪的基本犯、情节加重犯和特别情节加重犯。与这三个罪质层次相适应,刑法规定了三个罪责等级,即5年以下有期徒刑或者拘役、5年以上10年以下有期徒刑和无期徒刑或者死刑。三个罪质层次与三个罪责等级分别对应规定于三个罪刑阶梯中。当一行为触犯的数罪名之一是贪污罪,是按照哪个罪刑阶梯中的法定刑与他罪名的法定刑相比较呢?遇有这种情况,需要先根据犯罪情节,确定其符合哪个罪刑阶梯,然后用该一罪刑阶梯中的法定刑与他罪名的法定刑比较孰轻孰重,进而确定应按哪个罪名适用刑罚。

(二)重处断的原则

在大陆法系刑法理论中,从一重重处断一般是解释为按照较重罪名加重处罚。但是,这里的加重处罚(即重处断)与我们通常所说的作为量刑情节之一的加重在含义上不同,不是单指在法定最高刑以上适用刑罚,而是既包括从重,也包括加重。

在大陆法系刑法中,加重或减轻一般是按照他们规定的加减例进行的,没有从重与加重之分、从轻与减轻之别。所谓加减例,是指关于加重或减轻的方法、幅度及顺序的法律规定。在加减例中他们规定得比较细密,诸如在只有一个加重或减轻理由时如何加减;有两个以上加重或减轻理由时如何加减;既有加重理由又有减轻理由时,按照怎样的程序加减,等等。凡是刑事立法中明文规定了想像竞合犯的立法例,其处断原则均与加减例的规定相一致。如瑞士刑法中关于想像竞合犯的处罚除"得加重其刑至原定刑罚的二分之一外,并应受该刑种法定刑最高限之限制"的规定就是如此。

我国刑法中没有加减例的规定。那么,我们对想像竞合犯的重处断原则应是从重还是加重

抑或从重兼加重呢？这是必须加以解决的问题。

首先，重处断是以从一重为基础的。只有通过先行比较，确定了按照数罪名中的哪个罪名之后，才能谈得到重处断。这是毫无疑义的。否则，重处断就无处落脚。这是研究和探讨重处断原则的基本前提。

其次，从法定刑规定的情况看，我国刑法中的各种具体犯罪无非是有罪刑阶梯和无罪刑阶梯(即只有一个罪刑单位)二种类型。当想像竞合犯的一行为触犯的数罪名(或其一)是有罪刑阶梯的犯罪时，按照从一重的标准，需要先行确定其符合哪个罪刑阶梯，然后再比较数罪名孰轻孰重。实际上这是在解决重处断原则之前的从一重标准时，已经考虑到了该升格的升格问题。因此，无由在重处断阶段再行加重处罚。

再次，实行重处断，从通例上看几乎都是对数罪名中的轻重之罪适用刑罚时，不得超过该罪法定刑的最高限。瑞士刑法第68条中所说的“应受该刑种法定刑最高限之限制”，朝鲜刑法第50条所说的“依照规定最重刑罚的条文，判处最重的刑罚”，等等，尽管表述不同，但都是这个意思。我们不宜也不必例外。当想像竞合犯的一行为触犯数罪名均为单一罪刑单位的犯罪，或者触犯的数罪名之一虽有罪刑阶梯，但按照从一重标准，应按无罪刑阶梯的他罪名适用刑罚时，按照上述通例，也无须对想像竞合犯从一重加重处罚(指我们通常所说的加重处罚)。

据上所述，笔者认为，想像竞合犯的重处断原则理应是从重。

(三)有附加刑者的处罚

想像竞合犯的处罚是采用从一重重处断原则，只按照数罪名中较重之罪从重处罚，所以，当对较重之罪科以某种主刑之外，尚须附加判处从刑时，自然应当主刑从刑并科。如果对较重之罪仅科以某种主刑，而较轻之罪根据情况需要附加科处某种从刑时，也应当实行并科。因为想像竞合犯虽然是按一重罪适用刑罚，但并非将较轻之罪弃置一旁，根本不予考虑。重处断就是基于这一理由。在较轻之罪需要附加刑时，与较重之罪的主刑一并科处，也是基于这一理由。二者是异曲同工。

(四)有遗漏之罪者的处罚

在实际的数罪中，有时可能发生一罪已经判决执行后，又发现余罪未曾处罚的情况。在想像竞合犯中也可能发生这种情况。例如，某乡保卫干部甲男借口查获赃物，未经合法批准，滥用权力，对乙女进行人身搜查。搜查中多次强行抠摸乙女阴部和乳房，并导致乙女阴道发炎，治疗月余，方得痊愈，在当地造成很坏影响。这里甲男的一个非法搜查行为触犯了非法搜查罪和流氓罪两个罪名。但在侦查和审判阶段，乙女因为怕羞，陈述中未言及甲男抠摸其阴部和乳房的情节。据此，法院只按非法搜查罪判处甲男拘役6个月，缓刑1年。在刑罚执行期间，乙女因向甲男索要医疗费未果，又告发甲男的较重之罪流氓罪，甲男亦供认不讳。在这种情况下，由于流氓罪的法定刑高于非法搜查罪，根据想像竞合犯的处罚原则，本应以流氓罪适用刑罚，为此，可以认为原判决属于错判，理应通过审判监督程序，撤销原判，实行改判。如果反过来，所遗漏之罪属于较轻之罪，那么在定罪上并无不当，只是没有重处断罢了。在这种情况下，如果考虑原判仅是偏轻，并无畸轻之弊，可以维持原判。

(五)有告诉乃论者的处罚

在想像竞合犯中，如果发生一行为同时触犯的数个罪名均为亲告罪(即告诉才处理的犯罪)，或者数罪名有一个是亲告罪的情况，应当怎样处理呢？

首先，如果甲、乙两个罪名都是亲告罪，且甲罪为较重之罪，乙罪为较轻之罪，那么无非是

这样四种可能:1.二者均未告诉;2.二者均有告诉;3.较重之甲罪有告诉,较轻之乙罪无告诉;4.较重之甲罪无告诉,较轻之乙罪有告诉。在前三种情况下,或者不予追诉,或者按较重之甲罪追诉,较易于解决。难题出在第四种情况。对此,日本学术界有两种意见:有人认为想像竞合犯是处断的一罪,属于刑事诉讼中的一个犯罪事实,只要乙罪具备告诉要件,即使甲罪无告诉也可以追诉。也有人认为,从设立告诉乃论原则的本意看,不应追究甲罪的刑事责任,只能对具备了告诉要件的乙罪适用刑罚。① 笔者认为,想像竞合犯中的一行为为其所触犯的数罪名所共有,并非较重之甲罪所独有。从一重重处断是说在通常情况下,对数罪名中较重之罪从重处罚,并不意味着只能处罚较重之罪,不能处罚较轻之罪。为此,当较重之罪缺乏告诉要件不能追诉时,较轻之罪就具备了充足的构成要件,可以而且应当适用刑罚。

其次,如果甲、乙两个罪名甲罪是亲告罪,乙罪不是,且甲罪为较重之罪,乙罪为较轻之罪,那么无非是这样两种可能:1.甲罪具备了告诉要件;2.甲罪没有告诉,不得追诉。在第一种情况下,应按较重之甲罪从重处罚,自属无疑,因其正好符合从一重重处断原则。在第二种情况下,则只能按非亲告罪之乙罪处断,因甲罪没有告诉,不得追诉,但可以作为一个量刑情节考虑。

(六)与犯罪有关财物的处理

我国刑法第60条规定:"犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者退赔;违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。"按照这一规定,凡是同犯罪有关的财物,在对犯罪分子决定刑罚时,应当一并处理。这在过去的刑法理论中叫做"特别的没收"。对于想像竞合犯同样如此。无论是与数罪名中较重之罪有关的财物,还是与数罪名中较轻之罪有关的财物,均应一并处理。从一重重处断虽然是按照重罪适用刑罚,但这是对想像竞合犯进行刑罚处罚的原则,不适用于"特别的没收"。因为"特别的没收"与刑罚是性质不同的两码事。在我国的司法实践中,过去一般是把同犯罪有关的财物均按没收处理。现在根据刑法的上述规定,业已改变这种做法。理由是根据财物同犯罪的关系和性质,应当分别采取不同的处理办法。犯罪分子违法所得的财物,是予以追缴或者退赔;违禁品和供犯罪分子所用的工具等财物,则是予以没收。

(作者单位:吉林大学法学院)

责任编辑:庄 立

① 参见《告诉不可分原则》,中武靖夫,(日文版)《刑事法讲座》第3卷第1050~1053页。