

选择性罪名与并罚的脱离

晋涛¹

摘要:

选择性罪名是罪名用语含有选择性要素的罪名。司法罪名愈发契合一条一罪名的罪名生成理念,将一个条文拟定为选择性罪名、单一罪名抑或是数个罪名,没有一定之规,具有偶然性。是时候反思同种数罪不并罚的僵化结论了,选择性罪名不并罚导致了奇怪的“免疫评价”现象,当存在定性争议或者想象竞合时还会出现并罚的盲动。选择性罪名不并罚使选择性罪名背负了不能承受之重,是选择性罪名招致诸多责难的根源。根据一罪一刑和罪刑均衡原理,选择性罪名应坚持并罚为原则,不并罚为例外。选择性罪名与并罚问题的形式分离,可以为选择性罪名的生成提供更多自由度。

关键词: 选择性要素、同种数罪、一罪一刑、包括一罪、数罪并罚

Abstract: Selective charges are charges contain selective elements. Judicial charges are increasingly in line with the formulation criteria of one charge according to article (paragraph), There is no fixed rule to formulate a provision into selective charges, single charge or several charges, which is accidental. It's time to reflect on the rigid conclusion that multiple crimes of the same kind are not punished together. Selective charges will not be punished simultaneously, which leads to a strange phenomenon of "immune evaluation". When there are qualitative disputes or imaginative concurrence, there will be blind action of concurrent punishment. The non combination of selective charges makes selective charges bear an unbearable burden, which is the root of many criticisms of selective charges. According to the principle of one crime, one punishment and balance between crime and punishment, selective charges should adhere to the principle of concurrent punishment of several crimes, and no concurrent punishment of several crimes should be the exception. The formal separation of selective charges and concurrent punishment can provide more freedom for the generation of selective charges.

Key Words: Selective elements, Multiple crimes of the same kind, One crime and one punishment, Inclusive offences, Concurrent punishment of several crimes

选择性罪名是罪名用语自身含有选择性要素的罪名,但含有选择性要素的罪状并不意味着一定被拟定为选择性罪名。选择性罪名的生

成具有偶然性、随意性和可变更性。选择性罪名不并罚说制约了选择性罪名的生成、适用,从实质上损害了罪刑均衡。选择性罪名原则上应当并罚,例外情况不并罚,并罚与否取决于

行为类型，更决定于刑法具体的规定。甚至可以说，选择性罪名并罚与否的讨论已经溢出了选择性罪名本身，而是讨论选择性罪名征表的犯罪构成涵摄的具体行为的处罚路径。

I. 选择性罪名的界定及生成趋势

界定选择性罪名以及对选择性罪名的分类，应切断其与犯罪构成的关联，回到选择性罪名本身的用语、表述，这是识别选择性罪名的出发点。

1. 选择性罪名的再界定

“选择罪名，是指因罪状所包含的犯罪构成的具体内容比较复杂、罪名形式上表现为并列特点的罪名。”^{高铭暄，马克昌^[1]}选择性罪名的判定应该脱离犯罪构成，从罪名自身用语、表述作为判断的唯一素材。选择性罪名是罪名用语自身含有选择性要素的罪名。选择性罪名的判定只需关注罪名用语、表述，鉴别选择性罪名不应深入罪名征表的犯罪构成的具体内容。选择性要素是选择性罪名的标志和判定标准。由于罪名与犯罪构成之间存在征表和实质的关系，罪名不完全契合犯罪构成的情况并不罕见。

有学者对选择性罪名进行了重新界定，认为是针对同一对象先后、连续实施的行为，才是选择性罪名。“选择性罪名不过是立法者将针对同一对象通常相继发生的、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作重复评价的罪名。换言之，应当将对象、主体、手段、后果全部排除在选择性要素之外，仅承认针对同一对象通常相继发生的行为型选择性罪名，将不具有针对同一对象通常相继发生性质的行为的并列式规定划归排列式罪名的范畴。”^{陈洪兵^[2]}这种界定旨在赋予选择性罪名实质功能，即这种情况下，选择性罪名不并罚。将选择性罪名限于针对同一对象先后、连续实施的行为，已经超出了选

择性罪名的功能范畴，是根据具体案情判断是否需要并罚的问题。这样限制选择性罪名，赋予其实质功能，会造成选择性罪名认定的任意性，更无章法可言。如下所述，罪名功能与是否并罚，是两个问题，不应混淆。选择性罪名以并罚为原则，以不并罚为例外，选择性罪名存在并罚与不并罚两种可能。因此，试图通过限定的方式限缩选择性罪名，是为了维持选择性罪名不并罚的僵化观点，扭曲了选择性罪名认定的形式标准，增加了选择性罪名认定的不稳定性，不过是削足适履的举措。

2. 质疑罪名分类的非逻辑性

学界对罪名的分类基本形成了共识，多数将罪名分为单一罪名、选择性罪名、概括罪名。

^{张明楷^[3]}着眼分类的逻辑要求，根据罪名用语自身是否带有选择性要素，罪名应分为单一罪名和选择性罪名。^{晋涛^[4]}概括罪名是罪名征表的犯罪构成含有多种行为方式的罪名。“我国刑法中的罪名，一般认为有单一性罪名、概括性罪名与选择性罪名。其中概括性罪名与选择性罪名的区分是司法实践中的难点，因为两者在罪状上都表现为具有选择性构成要件要素。”^{刘凌梅^[5]}只要认识到选择性罪名是罪名用语自身含有选择性要素的罪名，选择性罪名与概括罪名就不存在所谓的“区分难点”。“排列式罪名，又叫并列式罪名，是指将数个犯罪构成要件不同的犯罪，规定在一个刑法分则条文中，只能单独使用，不能概括使用。”^{刘艳红^[6]}并列罪名是指两个以上的罪名来自于同一条文，它们之间具有同一条文关系。根据罪名用语自身是否含有选择性要素，并列罪名也不过是单一罪名或者选择性罪名，前者如放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪（第114条、第115条第1款），后者如国有公司、企业、事业单位人员失职罪、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪（第168条）。概括罪名着眼于犯罪构成规定的行为方式的多样性，并列罪名强调两个以上的罪名来自于同

一条文。罪名分类需要反思和再造，依据罪名是否包括选择性要素这一标准，罪名应分为单一罪名和选择性罪名，概括罪名、并列罪名要么属于单一罪名、要么属于选择性罪名。

3. 选择性罪名的生成趋势

选择性罪名一定来自于含有选择性要素的罪状，但是含有选择性要素的罪状不一定被拟定为选择性罪名。有的含有选择性要素的罪状被拟定为一个选择性罪名，有的含有选择性要素的罪状被拟定为一个单一罪名，有的含有选择性要素的罪状被拟定为两个及两个以上的并列罪名。以前被拟定为一个选择性罪名的罪状现在被拟定为了单一罪名，以前被拟定为两个选择性罪名的罪状现在被拟定为了一个单一罪名，以前被拟定为两个选择性罪名的罪状现在被拟定为了一个选择性罪名。可见，含有选择性要素的罪状被拟定为选择性罪名或者单一罪名还是数罪名，没有确定的方案。只能说，含有选择性要素的罪状通常会被拟定为选择性罪名。当然，罪状中不含选择性要素时，一定不会被拟定为选择性罪名。

(1) 选择性罪名与一条一罪名原则。罪名生成应当遵循基本的逻辑和规则，罪名应当尽力遵守一条一罪名的规则，并且坚信这是对立法原意的尊重。“起草者的潜意识里就是用一个法条塑造一个犯罪，这也符合基本的认知心理。作为一种形式上的判断，一法条一罪名是立法和生成罪名应坚持的基本逻辑，在没有优势理由的情况下，不应打破一条一罪名的准则。”^{晋涛^[7]}随着《罪名补充规定（六）》《罪名补充规定（七）》的出台，将原有罪名进行合并的现象多次出现，印证了司法罪名坚持推进一条（款）一罪名的罪名生成准则。例如，《罪名补充规定（六）》将出售、非法提供公民个人信息罪（第253条之一第1、2款）和非法获取公民个人信息罪（第253条之一第3款）合并为侵犯公民个人信息罪。将非法走私制毒物品罪

（第350条）和非法买卖制毒物品罪（第350条）合并为非法生产、买卖、运输制毒物品、走私制毒物品罪。《罪名补充规定（七）》将非法捕猎、杀害珍贵、濒危野生动物罪（第341条第1款）、非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪（第341条第1款）合并为危害珍贵、濒危野生动物罪。将非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪（第344条）、非法收购、运输、加工、出售国家重点保护植物、国家重点保护植物制品罪（第344条）合并为危害国家重点保护植物罪。《刑法修正案（十一）》增加了“药品使用单位的人员明知是假药而提供给他人使用的，依照前款的规定处罚。”（141条第2款）、“药品使用单位的人员明知是劣药而提供给他人使用的，依照前款的规定处罚。”（142条第2款），对于两项新增内容是否应拟定为新罪名，学界存在争议。“经过梳理，我国刑法中共有42个条款采用了‘依照前款的规定处罚’这种立法例，其中有15个条款确定了独立罪名，占比35.7%；27个条款没有作为独立罪名，占比64.3%。通过分析发现，前述15个条款之所以确定了独立罪名，究其原因，是因为这些条款对犯罪构成要件的规定不能被包含在前款规定的构成要件中，也不能被前款规定的构成要件所解释。参照刑法类似条款罪名确定的先例，《刑法》第141条第2款、第142条第2款的罪名也应当分别确定为‘非法提供假药罪’和‘非法提供劣药罪’。”但《罪名补充规定（七）》没有将第二款拟定为独立罪名，而是将整个条文拟定为生产、销售、提供假药罪、生产、销售、提供劣药罪。可以说《罪名补充规定（七）》对罪名的拟定，遵守了一条一罪名的罪名生成原则，这从新罪名中多次使用了概括性强的“妨害”“危害”等词语可以看出。²罪状之外的概括词汇“妨害”“危害”等在罪名中的普遍使用，一方面由于罪状本身规定的行为类型跨度过大，另一方面是罪名拟定者更加重视罪名生成的形式标准，坚持推进一条一罪名的罪名生

成模式。必须指出的是,学界并没有意识到一条一罪名作为罪名数量基准的指导作用,对于《刑法修正案(九)》《刑法修正案(十一)》新增或者修改的罪刑条款,仍然根据自己理解的类型拟定学理罪名,致使这些学理罪名中存在大量的并列罪名。这些学理上的并列罪名并没有被《罪名补充规定(六)》《罪名补充规定(七)》采纳,也没有干扰到司法罪名坚持一条一罪名。司法罪名回归、推进一条一罪名削减了并列罪名大量存在的不正常现象。

(2) 选择性罪名的变更。根据罪名自身是否存在选择性要素,罪名分为单一罪名和选择性罪名。单一罪名与选择性罪名是可以相互转化的。随着一系列罪名补充规定的出台,很多选择性罪名被重新拟定为单一罪名,即呈现出由选择性罪名向单一罪名的变更。“无论从刑法理论还是司法实践的角度看,选择性罪名与单一罪名的区分都是相对的,而且是相互转化的,没有截然不同的界限。”^{胡云腾[8]}原来的欺诈发行股票、债券罪(第160条)被拟定为欺诈发行证券罪。非法捕猎、杀害珍贵、濒危野生动物罪(第341条第1款)、法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪(第341条第1款)被合并为危害珍贵、濒危野生动物罪。非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪(第344条)、非法收购、运输、加工、出售国家重点保护植物、国家重点保护植物制品罪(第344条)被合并为危害国家重点保护植物罪。“基于罪名精练性的考虑,新近罪名确定在特定情形下采取了不同款合并确定选择性罪名的方法……基于便利司法的考虑,对同条(款)多罪名予以整合,包括对同条多款统一确定为选择性罪名的势头已然出现,甚至有理由相信未来会进一步强化。”^{喻海松[9]}

将具体犯罪拟定为选择性罪名还是拟定为单一罪名,没有一定之规,具有偶然性。刑法中的并列罪名(排列罪名)事实上,根据一条一罪名,都应该被拟定一个单一罪名或者一个

选择性罪名。例如,并列罪名的代表,放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪(第114条),这五个罪名,根据一条一罪名的原则,完全可以拟定为“以危险方法危害公共安全未遂罪(或者以危险方法危害公共安全罪)”。^{晋涛[7]}将这五个罪名拟定为一个罪名,并不妨碍构成要件内每一种子类型行为的认定,还大幅削减了死刑罪名,将五个带有死刑的罪名压缩为了一个罪名。罪状中含有选择性要素的,有的被拟定为选择性罪名,有的被拟定为单一罪名,有的起初被拟定为单一罪名,之后又被拟定为选择性罪名。大体而言,如果罪刑条文中存在选择性要素,罪名有可能是选择性罪名也有可能是单一罪名。如果罪刑条文没有选择性要素,只存在单一行为、单一对象、单一结果等单一要素,只能是单一罪名。

II. 选择性罪名的痛点——“不并罚”说的困境

罪名分为单一罪名和选择性罪名,罪名只标记罪刑条文的大概内容。选择性罪名中的选择性要素,可以拆分使用也可以整体使用,多次触犯选择性罪名以及实施了选择性罪名中的不同行为,原则上应当并罚。选择性罪名不并罚,是选择性罪名招致一系列责难的根本原因,也是在拟定罪名时应该选择拟定为一罪还是数罪(并列罪名)争议的症结。解决之道不是限缩选择性罪名(实质、个别认定选择性罪名),而是应该摒弃选择性罪名不并罚的认知,提倡、坚持选择性罪名原则上并罚,例外情况下不并罚,就会在拟定罪名时无须考虑是否应该数罪并罚、如何实现罪刑均衡等问题,终结将一个罪刑条款拟定为单一罪名还是选择性罪名乃至数个罪名的纠结。

罪名与是否并罚没有必然关联,是否并罚取决于行为类型、犯罪构成和罪刑均衡。罪名只是犯罪构成的征表,主要承担着标记符号和

链接条文的功能。“在罪数问题上，只要坚持以犯罪构成为问题讨论平台，就应当解除罪数与罪名的绑定关系，转而以犯罪构成为标准建立罪数问题的讨论框架。”^{丁胜明^[10]}甚至可以说，罪名与是否需要并罚没有必然关系，是否并罚取决于刑法的具体规定，将并罚与否归结于罪名，超出了罪名的功能辐射，导致了并罚问题的扭曲、偏差。认清罪名与犯罪构成各自的功能，给罪名生成更大的自由度，《罪名补充规定（六）》《罪名补充规定（七）》对一些罪名的调整体现了罪名生成开始摆脱与并罚纠缠的羁绊。

1. 同种数罪不并罚的反思

根据通说，同种数罪不并罚。“大部分国家对同种数罪是要并罚的……但我国刑法对同种数罪是不并罚的……在我国刑法中，同种数罪是不并罚的，这是一个基本的原理。”^{陈兴良^[11]}是时候反思、推翻同种数罪不并罚的观念了，应该确立同种数罪原则上并罚的理念。“同种数罪也是数罪的一种，与异种数罪除了触犯罪名的相同与否之外，其他方面并无不同之处。因此，对同种数罪的处罚也必须是数罪数罚的方式。”^{张爱晓^[12]}从比较法来看，国外和我国台湾地区刑法都认可同种数罪的并罚。“如果行为人实施了数次独立且可罚的法规违反，则这些法规违反之间不具有一罪的关系，便成立数罪。因而，数罪是否定了一罪后的一个结果。”^{金德霍伊泽尔^[13]}“实质竞合（即数罪，引者注）也区分为同种的实质竞合和不同种的实质竞合。如果行为人数次实施同一个犯罪行为，即存在同种之实质竞合，如果不同的犯罪构成要件相竞合，就存在不同种之实质竞合。”^{汉斯·海因里希·耶赛克，托马斯·魏根特^[14]}“并合罪是这样一种认识，一个人犯了数罪，可以同时审判，总括处理是合理的。”^{川崎一夫^[15]}“所谓‘数罪并罚’，亦称‘并合罪’，系指未经裁判确定之数罪而言。”^{陈子平^[16]}“数罪并罚亦如同想像竞合，可分为同种的实质竞合（即同种数罪，引者注）与异种的

实质竞合（即不同种数罪，引者注）二种类型。同种的实质竞合，系指行为人多次实行相同的犯罪行为，而数次实现同一的构成要件；而异种的实质竞合，则系行为人多次实行不同的犯罪行为，而数次实现不同的构成要件。”^{余振华^[17]}“侵入公寓，从数个家庭以同一机会窃取财物，占有侵害以各家庭的财物进行计算，因此数罪成立，处于合并罪的关系。”^{大谷实^[18]}美国判例中，存在大量的同种数罪并罚的案例。例如，在 *United States v. Angelos* 案中，针对 Angelos 三次的携带枪支行为成立三个罪名，数罪并罚。“政府依赖于一个法令（18 U.S.C. § 924（c））要求法院在毒贩第一次携带枪支时判处 5 年监禁，随后每次判处 25 年监禁。根据 924（c）的规定，这三项罪名将对携带枪支带来 55 年的惩罚。”^{Markus D. Dubber, Tatjana Hömle^[19]}

同种数罪不并罚的潜台词、下意识是异种数罪要并罚。可是，刑法中存在异种数罪无须并罚的规定。如，“盗窃信用卡并使用的”（196 条第 3 款），无须并罚；“有前款行为（提供虚假证明文件罪——引者注），同时索取他人财物或者非法收受他人财物构成犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”（229 条第 2 款），无须并罚；“杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的”（第 239 条第 2 款），无须并罚；“奸淫被拐卖的妇女的”（第 240 条第 1 款第 4 项），无须并罚；“司法工作人员收受贿赂，有前三款行为的（徇私枉法罪；民事、行政枉法裁判罪；执行判决、裁定失职罪；执行判决、裁定滥用职权罪——引者注），同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”（399 条第 4 款），无须并罚。可见，无论是同种数罪还是异种数罪，都存在应当并罚和不需要并罚的情况。无论是同种数罪还是异种数罪，都应当坚持同种数罪并罚是原则，不并罚是例外。³一罪一刑原理决定了数罪就应并罚，罪刑均衡要求务实地看待是否需要数罪并罚，因为刑法

可能对数罪配置了专门的量刑体系,无须并罚,这在刑法中并不鲜见。

同种数罪包括单一罪名的同种数罪和选择性罪名的同种数罪。针对选择性罪名中的不同行为方式,不管是个别行为还是整体行为,都属于同种数罪,可以并罚。“刑法分则一些条文中规定的选择性罪名,以行为手段相互联系,行为对象或者犯罪主体具有相似性质,属于性质相同的犯罪,只要行为人实施了其中一种行为就可以构成犯罪,并相应确定其罪名;实施了两种或者两种以上行为的,仍为一罪,不实行数罪并罚。”^{周道鸾,张军^[20]}选择性罪名不并罚是选择性罪名背负的最大负担,是时候推翻这种主张、提倡选择性罪名可以并罚。“对同种数罪,原则上是应当分别定罪实行并罚。”^{李永升^[21]}“无论是同种或异种数罪,无论是牵连犯、吸收犯还是连续犯、合并犯等,只要是实质数罪,立法和司法均应作数罪的评价并实行数罪并罚,这不但使复杂的罪数理论简单化,实务操作简便易行,而且有助于实现刑法公平、公正的价值。”^{孙国祥^[22]}选择性罪名不并罚是“估堆”量刑观念的实践,不具有合理性,无法体现刑法规定的多样性,无法显示具体行为的法定内容,无法展现定罪量刑的动态过程,容易导致量刑畸轻畸重,有违罪刑均衡要求,进而抵触法益原则和保障原则。选择性罪名不并罚不能清晰展示刑罚种类和刑法总量的获取路径,是量刑规范化、合理化的主要阻碍之一。“我国罪数论通说忽略了罪数论的终极目的在于实现罪刑相适应。”^{陈洪兵^[23]}选择性罪名因属于同种数罪而不并罚的主张,存在诸多不合理之处。

2. 选择性罪名不并罚,会让“定性争议”左右并罚

由于真实案件的复杂性、证据收集的不完全性、法官适用的能动性,面对一些复杂案件,罪名确定会存在很大的争议,但“法官不得拒绝裁判”的规则,要求法官必须给出选择,因此就会呈现出大体相同(经过必要的抽象)的

案件被确定为不同的罪名。面对争议案件,从学理角度通常会存在哪个罪名更为合适的角逐;在司法实践中,存在多样的罪名选择,是一个无法回避的事实。对于定性争议案件,不同的法官或者同一法官会先后选择不同的罪名。如果行为人以前实施过一个犯罪(前罪还未处理),又发现存在还存在相同或者类似的行为,如果前罪与后面的犯罪属于相同的罪名,就不能并罚。如果前罪与后面的犯罪被确定为不同的罪名,就应该并罚。这样就会产生是否并罚取决于法官对前后行为的罪名确定,等于将是否并罚纯粹受制于法官对罪名的理解。如果坚持选择性罪名也应当并罚,即使确定罪名存在偏差,能够最大程度上减少罪名确定差异对罪刑均衡的影响。

3. 选择性罪名不并罚,想象竞合现象让并罚具有了偶然性

随着刑法适用水准的提高,人们更加认识到了犯罪现象的复杂性以及全面评价犯罪的必要,使得想象竞合理论有了巨大的发挥空间。想象竞合就是从不同层面评价侵犯数法益的多个单一行为,最终确定一个重罪名。刑法中增加了很多“有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”以及类似表述,这些规定是注意规定,是对想象竞合适用规则的明确。想象竞合能够充分反应一个行为具有的多面属性。如果前罪与后一个行为原本属于同一选择性罪名,根据选择性罪名不并罚的见解,就不能并罚。如果前罪与后一个行为原本成立相同的选择性罪名,前(后)一个犯罪因为想象竞合的原因,成立另外一个重罪,因为不再是选择性罪名,就需要并罚。因此,在想象竞合的情况下,选择性罪名不并罚的不合理性就更加凸显:如果前罪与后罪(轻罪名)是同一选择性罪名,不并罚;如果前罪与后罪(重罪名)不是同一选择性罪名,反而并罚。还存在相反情况,前罪与后罪名(轻罪),是不同罪名,并罚;前罪与后罪名(重罪),是同一

选择性罪名,不并罚。例如,甲以前为因杀人、抢劫的五人提供躲避场所,帮助他们逃脱了警察的抓捕,从此逍遥法外。一天,其中的一人A又来投奔甲,要求甲提供藏身之处,同时把自己近期的一起绑票勒索的五十万存入银行。甲前罪构成窝藏罪(假设法定刑为8年),后行为构成窝藏罪(假设法定刑为8年)与掩饰、隐瞒犯罪所得罪(假设法定刑为6年,并处罚金),根据司法解释⁴成立两罪的想象竞合,后行为应定窝藏罪,因为同种数罪不并罚,最终前后两个行为成立窝藏罪,不并罚,最后只能选择最高法定刑为十年有期徒刑。如果甲拒绝了A提供藏身之处的请求,仅帮助A将近期的一起绑票勒索的五十万存入了银行,只成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪(假设法定刑为6年,并处罚金)。这样,前罪成立窝藏罪(假设法定刑为8年),后罪成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪(假设法定刑为6年,并处罚金),因为不是同种数罪,两者需要并罚,最高可以判处十四年(八年以上十四年以下)有期徒刑,并处罚金。可以看出,前一种设例比后一种情况严重,最终的法定刑却较轻,显然不合理。

4. 选择性罪名不并罚,会出现奇怪的“免疫评价”(“装瞎评价”)现象

选择性罪名不并罚,是刑法“粗操时代迫不得已的一种做法”,对此应该保持清醒的认识。“过去,因为刑法没有颁布,对罪名和量刑原则及幅度等,都没有统一的规定,再加上很多同志对数罪并罚的科学性认识不足,因而常常采用‘估堆’的办法,即对一人犯数罪(不论是同种的或是不同种的)不是分别定罪量刑,而是‘一锅烩’,从重确定应执行的刑罚。”

宫长文^[24]随着刑法立法的快速发展以及刑法适用理论的精细化,一罪一罚、数罪并罚成为必然选择。传统做法、已有理论不是不能否定的“金科玉律”,根据新情况不断放弃、调整、更新过去的认知,从而更好服务于定罪量刑、罪刑均衡才有出路。固守残破的固化结论,面对新

方案、好思路,不能大胆接受,不是辩证唯物主义思维,也不符合用发展眼光看问题的认知要求。选择性罪名不并罚,会产生一种奇怪的“免疫评价”(“装瞎评价”)现象,极不合理。所谓的“免疫评价”(“装瞎评价”)就是一旦一个人实施选择性罪名中的行为,对后续具有独立性的其他行为就不再评价,而是认为可以包含在第一个行为的评价中。例如,收买被拐卖的妇女、儿童罪(第241条)只有一档法定刑“处三年以下有期徒刑、拘役或者管制”,从与拐卖妇女、儿童罪的对向、共生关系可以看出,收买被拐卖的妇女、儿童罪法定刑偏低。⁵因此,收买一位被拐卖的妇女或者儿童,就有可能被判处三年有期徒刑。假设张三收买了被拐卖的妇女A,应该被判处三年有期徒刑。⁶后续为了组建一个完整的家庭,又收买了一位被拐卖的男童B(应该被判处三年有期徒刑),之后又收买了一位被拐卖的女童C(应该被判处三年有期徒刑)。如果坚持选择性罪名不并罚,意味着张三收买了妇女A之后,以后的收买被拐卖的妇女、儿童就只能定罪免刑了。这意味着,在第一个违法行为之后,行为人为人实施选择性罪名中的其他行为就具有了不再被评价的“免疫力”。如此做法显现不符合实际,也有违人们普遍的法感觉和事物通理。

5. 选择性罪名不并罚,会导致罪刑不均衡

“罪刑是否相适应,本来就是一种仁智互见的价值性判断。”^{车浩^[25]}罪刑是否适应(均衡),在立法层面可以说是价值判断,在司法层面更多是数理判断。换言之,依据纵横比较,是否罪刑均衡还是比较容易判断的。选择性罪名不并罚意味着不管是实施一个要素行为、还是实施多个要素行为都是一罪,不管是先后、多次实施同一要素还是不同要素,因为是选择性罪名,就被认定为同种数罪,同罪数罪并不罚,这会导致罪刑的不均衡。在只有一档法定刑的选择性罪名中,刑罚无法随着犯罪行为数量增加而递进,自然就导致了刑罚不均衡。这在法

定刑较低的选择性罪名中,体现的更为明显。刑法中存在大量的只有一档法定刑且最高刑是不超过三年有期徒刑的选择性罪名,如使用虚假身份证件、盗用身份证件罪(第280条之一)、侵害英雄烈士名誉、荣誉罪(第299条之一)、非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪(第344条之一)。这些选择性罪名的最高法定刑都不超过三年有期徒刑,其中有些选择性罪名的法定最高刑不超过两年甚至是一年有期徒刑,个别选择性罪名的最高法定刑为拘役。如果坚持选择性罪名不并罚,由于这些选择性罪名只有一档较轻的法定刑,意味着多次实施选择性罪名中的一个或者多个行为时,很难增加刑罚的总量,就会产生非常吊诡的现象:一次恶与多次恶的无差别的对待,违背罪刑均衡的要求和直觉正义。“罪有应得是一种流行的刑事量刑模式,它认为罪犯应受到国家的惩罚,并建议惩罚应适合于所犯罪行的类型和严重程度。”Frank Schmalleger, Daniel E. Hall^[26]选择性罪名不并罚,在轻罪、微罪立法时代来临之后,⁷会带来灾难性的后果。选择性罪名不并罚的固守,会让人误认为一个行为是那么多刑罚量,实施多个行为还是那么多刑罚量,选择性罪名不并罚不符合数理思维的常识,违背了罪与刑之间的匹配关系,妨害了刑罚的功能,阻碍了预防犯罪的目的实现。

III. 选择性罪名的出路——原则并罚说的提倡

选择性罪名因为存在多个行为(不管是行为选择、对象选择、结果选择等,整体上都可以认为是不同类型的行为选择),根据一罪一刑和罪刑均衡原理,原则上应当并罚。“数罪并罚应成为选择性罪名的适用原则,只有在不并罚也能做到罪刑相适应,而并罚可能违反禁止重复评价时,才例外地允许对选择性罪名不并罚。”陈洪兵^[27]简言之,选择性罪名并罚是原则,不并罚是例外。“罪名与罪数并没有必然关联,只能以犯罪构成为标准认定罪数,遵循全面评价和禁止重复评价原则,考虑罪刑是否

相适应,确定是以一罪论处还是数罪并罚。即便对于选择罪名和概括罪名,也完全可能数罪并罚。”陈洪兵^[28]将选择性罪名与是否并罚彻底解绑,选择性罪名的生成和适用就甩掉了枷锁,实现了完全自由。

1. 选择性罪名原则上应当并罚

(1) 一罪一刑原理。一罪一刑原理意味着针对一个犯罪行为需要发动一次刑罚。数次犯罪行为,存在数个刑罚,为了合理评价积累的犯罪,在一次处理过程中,需要逐一评价行为,也需要逐一分配刑罚,自然需要并罚。“数罪并罚制度的设置,是贯彻罪刑相适应原则的要求和体现,既要实现社会的公平、正义,又要避免刑法的过于苛厉,还要体现刑法的人道精神和保障刑罚的目的和功能得以实现。”石经海^[29]选择性罪名不并罚,违背了行为刑法的基本主张。选择性罪名不并罚,是“估堆”评价法的表现。估堆评价法认为对于一个犯罪行为、数个同类型犯罪行为,只要确定一个罪名,就相当于整体上都评价过了。估堆评价法忽视了罪名与法定刑的一一对应关系,是一种整体评价法。估堆评价法是一种粗糙的操作,随着定罪量刑的精细化,估堆评价法的弊病会更加明显、突出。估堆评价法,在面对漏罪、新罪时,毫无办法,也无法提出细致的处置方案。坚持一罪一刑,就应舍弃估堆评价法。“如果行为人实施的选择性罪名的选择构成之间不具有密切关系,则应当将选择性罪名分解拆开使用,数行为分别构成相应的独立的分解罪名,并且分解罪名之间应当实行数罪并罚。”唐仲江^[29]选择性罪名中选择性要素决定了选择性罪名中存在多个独立类型的选择性行为,这些独立类型的选择性行为能够独立成罪,根据一罪一刑,需要并罚。实务界认为“强制猥亵妇女罪与猥亵儿童罪系同一法条下规定的不同罪名,并非同种数罪,予以并罚是有法律依据的。”最高人民法院刑事第一、二、三、四、五庭^[31]实际上,一个条文是一个罪名还是两个以上的罪名,是单一罪名,还是选择性罪名,

完全取决于罪名制定者的认识，完全可以认为第二百三十七实际上就只有一个罪名（强制猥亵他人、儿童罪或者强制猥亵儿童罪），⁸根据一罪一罚和罪刑均衡原理，即便罪名为强制猥亵他人、儿童罪，猥亵他人与猥亵儿童是选择性罪名中的两个行为，因为人身法益具有一身专属性，它们是两个独立的行为，也需要并罚，所以区分的重点不在于是否是同一罪名，而在于不同行为的并罚是否必要。

（2）未完成形态的妥善处理。由于我国同一犯罪的完成形态与未完成形态是同一罪名，选择性罪名中的数个行为，可能有些行为存在完成形态、未遂形态、中止形态，未遂形态“可以从轻、减轻处罚”，中止形态“应当减轻、免除处罚”。选择性罪名中的不同行为存在既遂、未遂、中止时，需要分别定罪，按照法律规定量刑，然后选择刑罚种类、计算刑罚总量。这样，刑罚的选择、计算的路径是清晰的、可知的。选择性罪名不并罚，无法清晰显示选择性罪名中未完成形态的精准刑罚配置。

（3）共同犯罪的清晰评价。在共同犯罪中，我国刑法存在主犯、教唆犯、从犯、胁从犯的分类，并且规定了不同的处置方式。如果行为人前罪是单独实施的选择性罪名，后罪是与他人共同实施的选择性罪名。在共同犯罪中，因为存在主犯、教唆犯、从犯、胁从犯的作用和分工，还可能存在未遂、中止、脱离等情况。如果坚持选择性罪名不并罚，就不能将选择性罪名中在共同犯罪中评价的差异性传达于量刑，进而无法实现精准量刑。

（4）罪刑均衡的完全落实。“在可能被定罪的情况下，许多被告人并不否认自己的罪行，对是否被定罪，可能被定什么罪不再关心，但对量刑可能会比较关注，因为其事关被告人的切身利益。”⁹周光权^[32]罪刑均衡是公平正义理念在刑法中的落实、实现。罪刑均衡首先强调单个

犯罪与刑罚的对应、匹配，在此基础上，强调数罪与刑罚总量的匹配和对接关系。“因为惩罚以谴责为基础，它不仅是一种暴力，而且是一种表达实践。惩罚谴责罪犯在于他应对被禁止的行为负责。通过谴责罪犯，惩罚含蓄地证明了它强加的暴力作为不当行为是正当的。”Guyora Binder^[33]人类的直觉思维、逻辑能力、数理认知要求对于多行为刑罚数量的累计和叠加。

①选择性罪名不并罚可能导致量刑过轻。

483 个罪名行为内容丰富多样，法定刑差别很大。如果坚持选择性罪名不并罚，不管行为人实施多少次的选择性罪名中的行为，都只能在法定刑幅度内选择刑罚。面对一个选择性罪名中的极端情况，就存在适用最高法定刑的可能。一个极其严重的选择性罪名中的行为可以使用该罪的最高法定刑，如果实施了数个选择性罪名中的行为，坚持选择性罪名不并罚，结果就是一个行为与数个行为是同样的法定刑，这不符合基本的逻辑和思维，有违正义理念。例如，行为人在一次走私过程中，走私了气枪四支、走私了气枪铅弹二千四百九十九发。根据司法解释的规定，⁹假设走私气枪四支应该判处五年有期徒刑，并处罚金五千元；走私了气枪铅弹二千四百九十九发应该判处五年有期徒刑，并处罚金五千元。如果坚持选择性罪名不并罚，那么就会导致单独走私气枪四支或者单独走私气枪铅弹二千四百九十九发与一同走私气枪四支、走私气枪铅弹二千四百九十九发相同的处罚。这样显然没有充分体现有责的不法的差异性，只有将走私了气枪四支、走私了气枪铅弹二千四百九十九发的行为并罚（处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金一万），才能够实现完全评价和罪刑均衡。选择性罪名不并罚给犯罪人实施多种行为或者继续犯罪提供了免罚金牌和“免疫”评价。

②选择性罪名不并罚可能导致量刑过重。

我国刑法中很多犯罪都不是一档法定刑，而是规定了多档法定刑。面对犯罪现象的复杂性，立法者通常会想尽可能周全的规定加重法定刑

的情况,就会在一些开放性、模糊性的措辞的基础上规定加重法定刑的条件。如果严格遵守刑法文本的内在要求、准确理解加重法定刑的规范目的,就能够做到罪刑相适应。坚持选择性罪名不并罚,但无论是立法者还是法官都不可能无视选择性罪名中多个独立的犯罪,本能性的会进行法定刑的攀比,从而自然而然的选择了加重法定刑,会导致比同种数罪并罚还要重的刑罚被采用。“在我国目前同种数罪不并罚的情况下,在对某一具体犯罪设置法定刑的时候,就不仅要考虑犯一罪的情形,而且要考虑犯同种数罪的情形,因而不得不设置较重的法定刑。在这种情况下,无形当中使我国刑法分则的法定刑加重。”^{陈兴良[34]}“对于数额(数量)犯,将数额累计计算,可能导致处刑过重,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20年。”^{陈洪兵[35]}因此,“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。”^{陈洪兵[36]}

③选择性罪名的并罚,能够清晰展示刑种选择和刑罚计算。选择性罪名不管是拆分使用还是整体使用,都被认为是一个罪名。如果行为人一次实施了选择性罪名的中的不同行为,一般会被认为是实施了多个独立成罪的行为。严格意义上,即使是同种数罪,每次犯罪之间也存在差异性,量刑是具有实质判断的理性活动。年龄、精神状态、自首、累犯等法定量刑情节的适用应在每一次罪中被考量。自首仅限于自首的行为,是一次适用的事项。累犯意味着构成累犯要素之一的后罪名应当按照累犯处罚规定在法定刑范围内从重处罚。针对每一个犯罪行为,全面考虑影响责任刑和预防刑裁量的情节,然后根据并罚原则,确定最后的法定刑,能够让犯罪人、辩护人、社会大众清楚刑

罚总量的计算方法,有利于增强裁判文书的确定性和权威性。

2. 选择性罪名不并罚——作为例外

选择性罪名应当并罚,是原则,是通常做法。由于犯罪的复杂性、刑法规定的多样性,即便是选择性罪名的数个行为,有时也不需要并罚。因此,选择性罪名并罚是原则,不并罚是例外。选择性罪名不并罚,是指不需要法院按照数罪并罚的原则进行刑罚裁量,多数情况是因为立法已经对选择性罪名中多种行为进行了法定刑配置,不需要在量刑环节继续并罚。坚持选择性罪名不并罚,混淆了司法上数罪并罚与立法上对同种数罪的预先处置。选择性罪名并罚是常态,是一罪一刑的落实和贯彻,但立法上确实存在一定数量的数额加重犯、次数加重犯等各种类型的情节加重犯,这些情节加重犯中很多包含了、考虑了选择性罪名中多个行为的量刑需求。对于这些情节加重犯,立法已经做了明确对待,无须并罚。特殊情况下选择性罪名不并罚,是指不需要针对个案中再次数罪并罚,因为立法已经对选择性罪名在立法层面做了科学规定,立法经过并罚计算后在一些选择性罪名中配置了并罚后的加重法定刑。可以说,选择性罪名并罚包括分为立法上预先并罚和司法上数罪并罚。换言之,选择性罪名原则上应当并罚,需要法官在判刑时做计算题;例外情况向不并罚,因为立法对并罚已经做了预先规定,法官只需要做选择题。选择性罪名不并罚,因为立法已经事先将并罚结果、处置程度规定在了法定刑中。有必要指出的是,选择性罪名不并罚除了立法上的预先并罚处置之外,还包括选择性行为针对在同一机会里侵犯同一法益或者不具有期待可能性的情况。

(1)选择性罪名不并罚主要情形是成立包括的一罪。罪数理论需要在借鉴、争鸣的基础上构建包括的一罪理论。尽管存在几个构成要件符合行为,但给予一次构成要件评价就可以的情

况下,基于实质性评价,即鉴于法益侵害行为、法益侵害的实质一体性为根据的类型是包括一罪。包括的一罪的类型包括:1.共罚的事前行为•共罚的事后行为。2.接续犯。3.集合犯。4.包括一罪(狭义):狭义的包括一罪是对多个符合构成要件的行为将其包含在一次构成要件评价即可,又不能包含在上述整理中的情况。也就是说,作为基于构成要件解释的实质性判断的产物,是一次评价的性质很强的情况。5.混合的包括一罪。如果法益具有单一性,即使符合不同构成要件的犯罪行为双方也可以认定为包括的一罪。这种类型一般被称为混合包括一罪。^{桥本正博[37]}包括一罪之形态有二种:一、行为之外观数次该当同一构成要件之情况,称为“同质性的包括一罪”;二、行为之外观该当不同构成要件之情况’称为“异质的包括一罪”。一、同质性的包括一罪包括:(一)集合犯。(二)对同一个犯罪所为的数行为:1.同一机会所为的数行为。2.时日、场所有所间隔的数行为。3.存在数个不同性质之行为。(三)狭义的包括一罪:1.构成要件上的包括。2.接续犯。二、异质性的包括一罪(吸收一罪):(一)不可罚的事前行为(与罚前行为)。(二)不可罚的事后行为(与罚后行为)。(三)法益侵害的一体性。(四)被害法益的同一性。^{陈子平[16]}包括的一罪,可以分为同质的包括一罪与异质的包括一罪。前者如连续犯、集合犯、发展犯,后者如附随犯。共罚的事后行为,既可能是同质的包括一罪,也可能是异质的包括一罪。包括的一罪的具体种类有:一、连续犯,二、集合犯,三、数额犯、多次犯与情节犯,四、吸收一罪,五、狭义的包括一罪:第一,一个行为对同一被害人造成数个法益侵害结果。第二,数个行为造成一个法益侵害结果。第三,数个行为具有前后发展关系(前行为是后行为的所经阶段,后行为是前行为发展的当然结果或者通常结果),侵害相同法益的,从一重罪论处。第四,数个行为触犯数个不同罪名,但数个行为之间具有紧密的关联性,且仅侵害一

个法益(或者一个法益能够包含另一法益)的,从一重罪论处。^{张明楷[3]}包括的一罪认为存在一个或者数个犯罪行为,存在数个法益侵害,只需要适用一个主要罪名,就能实现对行为的全面评价,同时能够满足罪刑均衡的要求。对于包括的一罪的认定,既需要考虑理论研究的共通性,还需要依据刑法的具体规定。结合我国刑法规定,包括的一罪应该包括连续犯、集合犯、数额(次)犯、共罚的事前行为、共罚的事后行为以及狭义的包括一罪。包括的一罪,本质上还是一罪,适用一个法条就能完成充分、全面评价,自然无须数罪并罚。当选择性罪名成立包括的一罪时,自然无须并罚。

数额犯和数次犯是典型的包括的一罪,鉴于它们的常见性和规定的明确性,需要将它们单列从而划分为一种独立的不并罚的类型。

(2)选择性罪名成立数额犯时不并罚。刑法中存在四处犯罪数额累计计算的规定,¹⁰这里的数额犯包括定罪数额还包括量刑数额。数额累计计算应理解为属于包括一罪的连续犯。此外,刑法中还存在大量的“数额巨大”“数额特别巨大”的规定,这些“数额巨大”“数额特别巨大”一般是相对于犯罪成立条件的“数额较大”的法定刑升格的条件。“对于数额(量)犯,如接续多次盗窃、逃税、伪造货币,由于规定有加重情节,而且法定刑并不轻,只需将数额(量)累计计算后认定为相应犯罪的加重情节即可。”^{陈洪兵[35]}数额累计计算,是注意规定,但仅限于涉及财产性质的犯罪,即累加符合数理计算公式。该注意规定不能类推适用于侵犯人身专属法益的犯罪,因为人身法益、价值判断无法适用单纯的数理计算。数额累计计算是注意规定,即使在其他罪名中没有该规定,也可以适用累计计算。例如,针对假币类犯罪,虽然刑法没有数额累计计算的规定,但不影响“对不同宗假币实施法律规定为选择性罪名的行为,并列确定罪名,数额按全部假币面额累计计算,不实行数罪并罚。”¹¹

(3) 选择性罪名包括数次犯时不并罚。刑法中存在许多“多次”犯的处罚规定。¹²当刑法专门规定了数次犯时,意味着立法已经充分考虑了选择性罪名的情况并且为其设置了法定刑。对于数次犯,不并罚就能做到罪刑均衡。例如,刑法第240条第1款第2项明确规定了“拐卖妇女、儿童三人以上的”是法定刑升格的情形之一,这里显然包括每次拐卖妇女或者儿童一人,三次以后达到“拐卖妇女、儿童三人以上的”情形。“既包括在一次犯罪活动中拐卖妇女、儿童三人以上,也包括多次进行拐卖活动,累计拐卖妇女儿童三人以上。”^{王爱立[38]}“多次实施犯罪包括两种情形。一是构成连续犯,也即基于同一或者概括的故意,连续实施数个性质相同的行为,触犯同一个罪名。对盗窃罪的连续犯,应当按照一罪处理,根据累计数额来量刑……二是不具有连续犯特征形成同种数罪的情形。对此,基于一罪一刑的原理,原则上应数罪并罚,但是,‘当刑法分则条文将数额(数量)较大作为犯罪起点,并针对数额(数量)巨大、数额(数量)特别巨大的情形,规定了加重法定刑时,不应当并罚。应当累计计算数额,以一罪论处,不实行并罚。’”^{柏浪涛[39]}

(4) 选择性罪名存在加重犯时不并罚。我国刑法的罪刑条款,普遍存在多档法定刑。法定刑升格的条件中,很多犯罪规定了“情节严重”(“情节恶劣”)(“情节特别严重”(“情节特别恶劣”)这类整体性量刑情节,阐明“情节严重”(“情节恶劣”)(“情节特别严重”(“情节特别恶劣”)有助于准确选择法定刑,实现罚当其罪、罪刑均衡。“情节严重”(“情节恶劣”)(“情节特别严重”(“情节特别恶劣”)极具包容性、开放性。“情节严重”(“情节恶劣”)(“情节特别严重”(“情节特别恶劣”)仅限于有责的违法性的情节,不包括预防刑情节(即罪犯的事前、事后表现),不包括支撑再犯可能性的判断材料。“情节严重”

(“情节恶劣”)(“情节特别严重”(“情节特别恶劣”)作为加重法定刑的整体性量刑情节,多数情况下包含了同种数罪并罚的结果。选择性罪名中加重法定刑的“情节严重”(“情节恶劣”)(“情节特别严重”(“情节特别恶劣”),可以包括实施了选择性罪名中的多个行为的情况,即针对实施了选择性罪名中的多个不同行为,适用“情节严重”(“情节恶劣”)(“情节特别严重”(“情节特别恶劣”)就能够实现对行为的全面评价、完全评价。如此,选择性罪名中法定刑升格的“情节严重”(“情节恶劣”)(“情节特别严重”(“情节特别恶劣”)可以包括实施了选择性罪名中的多个行为的情况。

(5) 选择性罪名针对同一对象先后、连续实施的不同行为,不并罚。选择性罪名中的行为通常具有类型上的关联性,通常会先后发生或者伴随发生。犯罪对象通常体现保护法益,针对同一对象实施的选择性罪名中的行为,是数行为侵害一法益或者不具有期待可能性,作为一罪处理即可。

选择性罪名不并罚,只不过没有按照通常的并罚逻辑计算刑罚总量,而是借助刑法规定的阶梯式刑罚实现了并罚结果。选择性罪名应该以并罚为原则,以不并罚为例外。具体操作就是依据刑法规定(结合犯、集合法、连续犯等),考察犯罪行为自然性质,辨明具体犯罪的类型,确定法益数量等,在做到全面评价和避免重复评价的同时,以罪刑相适应作为判断、检验标准。

IV. 结语

选择性罪名本来不应该有那么多争议。理清选择性罪名在概念、分类和使用规则的逻辑,全面提升选择性罪名从生成到适用的自由度,可以为选择性罪名更好发挥标记符号功能提供可能。

选择性罪名不并罚的观点的下意识是异种数罪要并罚。“对于异种数罪，必须实行并罚”。

最高人民法院刑事第一、二、三、四、五庭^[40]可是，深入刑法规定，会发现刑法中存在异种数罪无须并罚的规定。如，“伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，依照本法第一百七十条的规定定罪从重处罚。”（第171条第3款）“盗窃信用卡并使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。”（第196条第3款）“有前款行为，同时索取他人财物或者非法收受他人财物构成犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”（第229条第2款）“收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照本法第二百四十条的规定定罪处罚。”（第241条第5款）“司法工作人员受贿赂，有前款行为的，同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”（第399条第4款）。是时候反思、推翻“同种数罪不并罚，异种数罪并罚”的公式性结论了，选择性罪名原则上应当并罚，例外情况下不并罚。实质上，不管是同种数罪还是异种数罪都需要并罚，原则上应当并罚，需要法官在判刑时做计算题；例外情况向不并罚，因为立法对并罚已经做了预先规定，法官只需要做选择题。选择性罪名不并罚，因为立法已经事先将并罚结果、处置程度规定在了法定刑中。总体来讲，不管是同种数罪还是异种数罪，在司法阶段都存在并罚与不并罚的可能。

罪名是犯罪构成的标记符号，罪名包括选择性罪名不应成为犯罪构成内容的判定渠道。选择性罪名虽然表面涉及犯罪构成、犯罪后果论及刑法裁量论的内容，但这些问题的判定和解决还是要回到刑法条文以及对条文本身的规范适用。

选择性罪名应当并罚，例外不并罚。针对一个罪刑条款是拟定为选择性罪名或者拟定为单一罪名还是拟定为数罪名（并列罪名），没有一定之规，完全依赖于司法罪名的选择。罪名没有了并罚与否的牵绊，今后更有利于在单一罪名、选择性罪名（二元存在且可以自由切

换）的支撑下推进一条一罪名的实现。

注释 *

¹ 晋涛，河南大学法学院犯罪控制与刑事政策研究所副教授，法学博士，社会学博士，教育学博士后。电话：15237107066 邮箱：jintao2030@163.com

² “妨害”型罪名、“危害”型罪名基本上都是弃用了罪状用语，采用了概括性极强的“妨害”“危害”作为罪名核心内容。随着法定犯的增多以及轻罪、微罪的大量增加，刑法规定的新罪罪状涉及内容通常比较复杂、子类型也较多，对于罪名的概括提炼存在一定的难度，“妨害+对象”“危害+对象”成为了罪名生成的一种标准化路径。《罪名补充规定（七）》体现了这种趋势，增加了妨害安全驾驶罪（第133条之二）、妨害药品管理罪（第142条之一）、妨害兴奋剂管理罪（第355条之一）、危害珍贵、濒危野生动物罪（第341条第1款）、危害国家重点保护植物罪（第344条），使“妨害”型罪名由八个增加到了到了十一个，使“危害”型罪名由三个增加到了五个。应该说这是概括原则与文本原则之间的竞赛。《刑法修正案（十一）》第44条：“在刑法第三百五十五条后增加一条，作为第三百五十五条之一：引诱、教唆、欺骗运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛，或者明知运动员参加上述竞赛而向其提供兴奋剂，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。组织、强迫运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛的，依照前款的规定从重处罚。”“从全面准确概括罪状的角度出发，该条的罪名宜确定为‘引诱、教唆、欺骗使用兴奋剂参加重大体育竞赛罪’‘提供兴奋剂参加重大体育竞赛罪’和‘组织、强迫使用兴奋剂参加重大体育竞赛罪’。这也符合传统确定罪名的基本考虑，但可能会带来罪名过多、过长的问题。在准确与精练之间，《罪名补充规定（七）》优先选

择了后者，将该条的罪名确定为一个罪名；为防止罪名过长，没有使用选择性罪名，而是统一确定为“妨害兴奋剂管理罪”。（喻海松：《罪名司法确定的实践逻辑与理论探究》，《法学》2021年第10期，第85页。）“妨害+对象”“危害+对象”成为了罪名生成的一种标准化路径，对此应保持一定的警惕，防止罪名生成的呆板化、单一化。

将“妨害”作为罪名动词的一共有十一个罪名：妨害安全驾驶罪（第133条之二）、妨害药品管理罪（第142条之一）、妨害清算罪（第162条）、妨害信用卡管理罪（第177条之一第1款）、妨害公务罪（第277条第1款、第2款、第3款、第4款）、辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪（第306条）、妨害作证罪（第307条第1款）、妨害传染病防治罪（第330条）、妨害国境卫生检疫罪（第332条）、妨害动植物防疫、检疫罪（第337条）、妨害兴奋剂管理罪（第355条之一）。

将“危害”作为罪名动词的一共有五个罪名：资助危害国家安全犯罪活动罪（第107条）、以危险方法危害公共安全罪（第114条，第115条第1款）、过失以危险方法危害公共安全罪（第115条第1款）、危害珍贵、濒危野生动物罪（第341条第1款）、危害国家重点保护植物罪（第344条）。“妨害+对象”“危害+对象”不应成为罪名生成的最优选择、通常做法，只能在采用罪状“动词”用语无法概括罪名时，才能出于无奈采用“妨害”型罪名、“危害”型罪名。

³ 有学者认为同种数罪不并罚是原则，并罚是例外。“对同种数罪例外地实行并罚，必须遵循两个条件：一是符合罪责刑相适应原则的要求；二是不违反刑法规定。否则，对同种数罪不能实行并罚。”参见黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第388页。“种类相同的数罪，除非有特殊情况，一般不并罚，只需要按照一个罪名，根据法律规定，从重处罚即可。”参见王世洲：《世说刑语：你不能不知道的刑法知识》，江苏人民出版社2021年版，第198

页。

⁴ 《最高人民法院最高人民检察院关于办理窝藏、包庇刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2021〕16号）第七条：“为帮助同一个犯罪的人逃避刑事处罚，实施窝藏、包庇行为，又实施洗钱行为，或者掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益行为，或者帮助毁灭证据行为，或者伪证行为的，依照处罚较重的犯罪定罪，并从重处罚，不实行数罪并罚。”

⁵ 有学者建议“将收买被拐卖妇女、儿童罪的法定刑上限由现在的3年有期徒刑提升到7年有期徒刑，在此基础上，为避免上下限之间法官裁量幅度过大，参考我国刑法分则中的法定刑刑格设置，可以将下限设置为3年有期徒刑，即将收买被拐卖的妇女、儿童罪的基本款法定刑修改为‘处三年以上七年以下有期徒刑’为宜。”参见：贾健：《收买被拐卖的妇女、儿童罪之法定刑反思》，《西南政法大学学报》2022年第2期，第125页。

⁶ “司法实践中对收买被拐卖的妇女、儿童罪的量刑存在明显倾向，即轻刑化与非实刑化。这种刑罚轻缓化的背后，正是长期以来偏重打击拐卖行为而忽略对收买行为规制的刑事政策之体现。由此，司法机关广泛适用从轻处罚情节，尤其是将法外因素普遍作为从轻处罚依据。从现实来看，非实刑化与从轻处罚情节的大规模运用，有放纵违法犯罪的法治风险。”参见：夏伟：《收买被拐卖的妇女、儿童罪定罪量刑规则研究》，《西南政法大学学报》2022年第2期，第146页。

⁷ “从1997年刑法全面修订至今，立法机关共颁布了1部单行刑法和11个修正案，刑法分则条文从350条增加到387条，罪名从412个增加到483个。近年刑法修正过程中增加的新罪多为轻罪微罪，其中，危险驾驶罪是《刑法修正案（八）》新设的罪名，是典型微罪。微罪是指最高法定刑仅为拘役、管制的犯罪，或可判处拘役或以下之刑的罪。《刑法修正案（九）》又增设了两个微罪罪名，即使用虚假身份证件

罪（第 280 条之一）、代替考试罪（第 284 条之一第 4 款）。微罪出现以后，我国的犯罪结构发生了明显变化，基本形成了重罪（即可处三年以上有期徒刑以上刑罚的犯罪）、轻罪（可处拘役以上至三年以下有期徒刑的犯罪）与微罪（最高刑为拘役的犯罪）的三层次结构。《刑法修正案（十一）》又增加了新的轻罪，即第 133 条之二的妨害安全驾驶罪和第 291 条之二的高空抛物罪。”参见卢建平：《轻罪时代的犯罪治理方略》，《政治与法律》2022 年第 1 期，第 56 页。

⁸ 司法罪名原来存在奸淫幼女罪，《罪名补充规定》将取消了奸淫幼女罪，奸淫幼女成为了强奸罪的一种类型。可见，将猥亵儿童罪合并到强制猥亵、侮辱罪也不是不可能。

⁹ 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》（2014 年 9 月 10 日起施行）第一条：“走私武器、弹药，具有下列情形之一的，可以认定为刑法第一百五十一条第一款规定的“情节较轻”：

（一）走私以压缩气体等非火药为动力发射枪弹的枪支二支以上不满五支的；

（二）走私气枪铅弹五百发以上不满二千五百发，或者其他子弹十发以上不满五十发的；

（三）未达到上述数量标准，但属于犯罪集团的首要分子，使用特种车辆从事走私活动，或者走私的武器、弹药被用于实施犯罪等情形的；

（四）走私各种口径在六十毫米以下常规炮弹、手榴弹或者枪榴弹等分别或者合计不满五枚的。

¹⁰ 《刑法》第 153 条第 3 款“对多次走私未经处理的，按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚。”第 201 条第 3 款“对多次实施前两款行为，未经处理的，按照累计数额计算。”第 341 条第 7 款“对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。”第 383 条第 2 款“对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。”

¹¹ 参见《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（法〔2001〕8 号）。

¹² 刑法多处明确规定了“多次”构成一罪的情况，除了刑法中规定的四处“累计计算数额”之外，还有：第 237 条第 3 款第 1 项“猥亵儿童多人或者多次的。”第 263 条第 1 款第 3 项“多次抢劫或者抢劫数额巨大的。”第 264 条“多次盗窃。”第 267 条“多次抢夺的。”第 274 条“多次敲诈勒索的。”第 290 条第 3 款“多次扰乱国家机关工作秩序。”第 290 条第 4 款“多次组织、资助他人非法聚集。”第 292 条第 1 款第 1 项“多次聚众斗殴的。”第 293 条第 2 款“纠集他人多次实施前款行为”第 301 条“多次参加的。”第 318 条第 1 款第 2 项“多次组织他人偷越国（边）境”第 321 条第 1 款第 1 项“多次实施运送行为。”第 328 条第 1 款第 3 项“多次盗掘古文化遗址、古墓葬的。”

*参考文献

- [1] 高铭喧，马克昌：《刑法学》，北京大学出版社 2022 年第 10 版，第 319 页。
- [2] 陈洪兵：《选择性罪名若干问题探究》，《法商研究》2015 年第 6 期，第 149-150 页。
- [3] 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2021 年第 6 版，第 856 页；第 637-642 页。
- [4] 晋涛：《罪名分类的再造》，《南海法学》2020 年第 5 期，第 8-10 页。
- [5] 刘凌梅：《选择性罪名的司法适用》，《人民司法（应用）》2015 年第 13 期，第 94 页。
- [6] 刘艳红：《罪名研究》，中国方正出版社 2000 年版，第 23 页。
- [7] 晋涛：《论罪名的生成方法》，《政治与法律》2018 年第 3 期，第 112 页。
- [8] 胡云腾：《论社会发展与罪名变迁》，《东方法学》2008 年第 2 期，第 74 页。
- [9] 喻海松：《罪名司法确定的实践逻辑与理论探究》，《法学》2021 年第 10 期，第 93 页。

- [10] 丁胜明:《以罪名为讨论平台的反思与纠正》,《法学研究》2020年第3期,第150页。
- [11] 陈兴良:《口授刑法学》,中国人民大学2007年版,第388-389页。
- [12] 张爱晓:《犯罪竞合基础理论研究》,中国人民公安大学出版社2011年版,第229页。
- [13] 金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年第6版,第492页。
- [14] 汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社,2001版,第885页。
- [15] 川崎一夫:《刑法总论》,北树出版2009年版,第294页。
- [16] 陈子平:《刑法总论》,元照出版有限公司2017年第4版,第732页;第702-710页。
- [17] 余振华:《刑法总论》,三民书局股份有限公司2017年第3版,第498页。
- [18] 大谷实:《刑法讲义各论》,成文堂2015年第4版补订版,第216页。
- [19] Markus D. Dubber, Tatjana Hörnle, Criminal law, Oxford University Press 2014, p53.
- [20] 周道鸾,张军:《刑法罪名精释》,人民法院出版社2013年第4版,第26-27页。
- [21] 李永升:《刑法总论》,法律出版社2016年第2版,第267页。
- [22] 孙国祥:《刑法基本问题》,法律出版社2007版,第423页。
- [23] 陈洪兵:《实体与程序多层次罪数论体系的构建》,《国家检察官学院学报》2016年第6期,第93页。
- [24] 宫长文:《同种的数罪应当并罚》,《法学杂志》1981年第4期,第31页。
- [25] 车浩:《刑法教义学的本土形塑》,法律出版社2017年版,第267页。
- [26] Frank Schmalleger, Daniel E. Hall, Criminal Law Today, Sixth edition, Pearson Education 2017, p468.
- [27] 陈洪兵:《以罪刑相适应检视选择性罪名的范围及适用》,《江淮论坛》2019年第4期,第110页。
- [28] 陈洪兵:《罪名不等于犯罪构成:走出罪名的迷思》,《学术论坛》2023年第4期,第24页。
- [29] 石经海:《量刑的个别化原理》,法律出版社2021年版,第339-340页。
- [30] 唐仲江:《选择性罪名司法适用问题研究》,《中山大学法律评论》2017年第2辑,第110页。
- [31] 最高人民法院刑事第一、二、三、四、五庭:《刑事审判参考》(2014年第3集),法律出版社2014年版,第57页。
- [32] 周光权:《刑法公开课(第2卷)》,北京大学出版社2020年版,第265页。
- [33] Guyora Binder, Criminal law, Oxford University Press 2016, p6.
- [34] 陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2017年第3版,第710页。
- [35] 陈洪兵:《中国式的刑法竞合问题研究》,中国政法大学出版社2016年版,第158页;第218页。
- [36] 陈洪兵:《罪刑相适应原则在刑法解释中的适用研究》,《交大法学》2016年第4期,第138页。
- [37] 桥本正博:《刑法总论》,新世社2015年版,第308-310页。
- [38] 王爱立:《中华人民共和国刑法释义与适用(下册)》,中国民主法制出版社2021年版,第928页。
- [39] 柏浪涛:《错误论的新视角》,中国民主法制出版社2020年版,第310页。
- [40] 最高人民法院刑事第一、二、三、四、五庭:《刑事审判参考》(2007年第5集),法律出版社2007年版,第9页。