华南农业大学学报(社会科学版)
2006年第2期 JOURNAL OF SOUTH CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY No. 2 2006
(第5卷) (SOCIAL SCIENCE EDITION) (Vol. 5)

我国刑法中的包容犯问题研究

邓定远

(华南农业大学 法律系,广东 广州 510642)

摘 要:包容犯是法定的一罪和加重的犯罪构成中出现的一种新的罪数形态,在我国新刑法中存在多处包容犯立法例,其和结合犯、吸收犯、牵连犯等一罪的形态存在差异,对包容犯应依法按照包容罪名的加重构成论处。包容犯立法例存在一定事实和逻辑上的依据,体现了立法者对公正和效率的追求,但包容犯立法例也存在不少弊端。刑法学界应在对包容犯进行充分的研究和比较论证的基础上来探讨这种立法例的存废。

关键词:包容竞合;包容犯;法定一罪

中图分类号:D924.11 文献标识码:A 文章编号:1672-0202(2006)02-0119-80

包容犯的概念由我国刑法学者在研究法条竞合问题和注释刑法条文(严格说是单行刑法条文)时所首倡,作为一种新的罪数形态,其被提出以后虽得到了部分学者的赞同但并未引起刑法学界足够的重视,本文试就包容犯的有关理论问题和包容犯立法例的相关问题略作探讨,以期能抛砖引玉,引起更多的人们对此问题进行研究。

一、包容犯的概念与特征

我国著名刑法学者陈兴良教授在研究法条竞合问题时接受了另一学者姜伟对法条竞和所作的分类,即将法条竞合分为四种:一为局部竞合即独立竞合;二为全部竞合即包容竞合;三为重合竞合即交互竞合;四是偏一竞合[1]。所谓包容竞合,是指整体法规定的犯罪包含着部分法规定的犯罪,两者发生竞合,应以整体法所规定的犯罪论处的情形①。在法条之间发生包容竞合的情况下,一个法条所规制罪名的概念的内涵是另一个法条所规制罪名概念的内涵的一部分而形成的法条竞合,两个法条之间具有整体法与部分法的从属关系。其中整体法规定的是包容罪名(属罪名),部分法规定的是被包容罪名(种罪名)。在发生包容竞合的两个罪名概念中,被包容罪名由于法律的规定而被涵括在包容罪名之中,因而使其在特定条件下(即行为充分整体法所规定的犯罪构成时)丧失其作为独立评价标准的地位,两者之间存在内涵的包含关系,这是一种逻辑上的吸收关系,因此包容竞合在大陆法系刑法理论中称为吸收关系的法条竞合[2]。

在此基础上,陈兴良教授又将包容竞合分为三类:结果加重犯、结合犯和第三种类型的包容犯(简单地概括为包容犯或狭义上的包容犯)。他在首先提出包容犯这一概念的同时,也对包容犯立法例所存在的弊端作了深入的剖析,并主张在今后刑事立法中应该废除这一立法例[3]。不过,1997年《刑法》似乎并没有接受这一主张,不但没有废除反倒增加了此类立法例。对于结果加重犯、结合犯,尽管在一些理论问题上仍存在分歧,但不可否认,大陆法系刑法理论和我国刑法学者

收稿日期:2006-02-21

作者简介:邓定远(1975-),男,湖北安陆人,华南农业大学法律系助教,主要研究方向为刑法学.

① 在此基础上陈兴良教授提出了包容犯的概念,参见陈兴良:《转化犯与包容犯:两种立法例之比较》,载《中国法学》1993年第3期。在其所著的其他著作如《法条竞合论》、《当代中国刑法新理念》、《刑法适用总论》(上)、《本体刑法学》等书中所持观点基本一致。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

对结果加重犯、结合犯的问题研究还是颇为深入的,这两种罪数形态也为人们所熟知,因此本文仅就由我国刑事立法所创而由刑法学者所总结出的第三种类型的包容犯或狭义上的包容犯进行集中探讨。

对于狭义上的包容犯,我国刑法学者并未给其作明确的定义,而仅仅罗列了包容竞合的立法例。这里我们结合自己的理解和刑法的规定在更狭义上给包容犯作出一个定义,即包容犯是指行为人在实施一个犯罪行为(包容之罪)的过程中由于犯意的增加或转化而实施另外一个犯罪行为(即被包容之罪且为异种罪名),而刑法明确规定只以其中一个罪(包容罪名或属罪名)的加重构成定罪处刑的罪数形态。基于该定义和刑法分则的具体立法例,我们认为,包容犯具有如下特征:第一、行为人实施了包容之罪(由该罪基本构成所规定的)和被包容之罪这两个相对独立且完整的犯罪行为。行为人分别实施了符合包容之罪的基本犯罪构成和被包容之罪犯罪构成的两个独立行为,在本质上属实质数罪,并且两个行为之间不存在原因行为与结果行为、手段行为与目的行为的牵连关系,不符合牵连犯的成立条件。有学者在论及包容竞合与吸收犯的区别时主张:行为的个数,对于吸收犯与法条竞合的区分具有决定意义:凡是二行为的,必然不是法条竞合;只有一行为的,才是法条竞合[4]。而包容竞合是法条竞合的一种,自是针对一行为而言的。但我们认为,狭义上的包容犯在本质上是规制两个行为的,其和吸收犯一样,是数行为按照一罪论处,只不过吸收犯是处断的一罪,而包容犯是法定的一罪。第二、刑法明确规定将构成实质数罪的两行为按照包容之罪一罪论处。即对于包容犯刑法规定按照一罪处断,而不实行数罪并罚。第三、刑法明确规定将符合两个犯罪构成的两个行为按照包容之罪的加重构成论处。即刑法虽不将包容犯按照数罪并罚的原则进行处断,但为了实现罪刑相当,而将被包容之罪视为包容之罪的加重处罚条件,并规定了比包容之罪基本犯罪构成更为严厉的法定刑,形成了包容之罪的加重构成。这也是包容犯和一般的吸收犯在处断原则上所体现出的区别。可以说,包容犯是结果加重犯、情节加重犯、数额加重犯之外的一种新的加重的犯罪构成形式,称其为包容加重犯或吸收加重犯也未尝不可。比较典型的例子是1997年《刑法》239条规定对于在绑架过程中杀害被害人的只以绑架一罪定罪但加重处刑(处绝对确定的死刑)。

这里要指出的是,在陈兴良教授提出包容犯的概念后,陆陆续续得到了一些学者的认同,在随后的一些刑法学论著中也有学者使用了这一概念,但这些学者对包容犯立法例的科学性、合理性还是提出了质疑①。另一著名刑法学者张明楷教授在研究绑架勒赎罪时虽积极主张:将"撕票"(杀害被绑架人的行为)另定为独立的故意杀人罪没有必要,可以只定绑架勒赎罪。但同时,他还认为连续犯、牵连犯、吸收犯这些概念是刑法理论根据数行为在处断上应作一罪的若干现象概括出来的,犯罪是一种复杂的社会现象,不可否认存在一些数行为在处断上应作一罪的情况而没有上升为理论上的概念的现象[5]。在他随后所著的一部影响较大的刑法学教材中,在介绍和评述刑法学界对一罪的分类时指出:还有一些属于一罪的行为(如绑架他人后又杀害他人的、强奸后迫使卖淫的),难以归入上述分类,刑法理论上也没有形成统一概念[6]。可见,尽管此前比较早地规定包容犯立法例的《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》已经颁行多年,其他学者也于数年前提出"包容竞合"和"包容犯"的概念,但张明楷教授只提倡包容犯的处断原则而对"包容竞合"或"包容犯"的概念并不完全接受。

① 参见赵秉志主编:《刑法相邻相近罪名界定与运用》(上),吉林人民出版社2000年版,第728页;赵秉志主编:《侵犯人身权权利犯罪疑难问题司法对策》,吉林人民出版社2001年版,第256页;陈兴良著:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第406页、第409—410页,等著作。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

二、我国刑法中包容犯的立法例

我国刑法较早规定的包容犯立法例是全国人大常委会 1991 年 9 月 4 日所通过的《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》。在该决定的第一条第一款第(三)、(四)项规定在拐卖妇女、儿童的过程中"奸淫被拐卖妇女的"、"诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫的"属该罪加重处罚的情形。鉴于此种立法例存在诸多弊端，有学者建议在刑法修改时，应取消这一规定[7]。但 1997 年《刑法》在吸收保留上述规定的同时，还在其他条文中增加了此种立法例，比较典型的有：

1. 绑架罪对故意杀人罪的包容。我国《刑法》第 239 条规定："以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或没收财产；致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。"这里稍作说明的是，在绑架过程中致人死亡的情形属于结果加重犯而不是我们所指的包容犯。只有在绑架过程中的控制人质阶段行为人犯意发生变化，出于"撕票"或灭口的目的而杀害被害人的(此处的故意杀人行为既不能归入绑架罪的手段行为，也不能归入绑架罪的结果行为)，依法以绑架罪的加重构成所规定的法定刑判处刑罚，刚好符合包容犯的特征。至于绑架罪的暴力方法(手段)是否包含杀害被害人，尚值得进一步研究[8]。如果暴力方法中包含故意杀人行为，则故意杀人行为是作为绑架手段而存在的，其应该包含在绑架罪的构成要件之中而不具有独立意义，行为人在绑架罪的犯罪目的支配下实施的故意杀人行为同时触犯绑架罪和故意杀人罪两个罪名，属于想象竞和的情形。相对于一般的暴力方法而言，杀害被害人最为极端，属绑架犯罪的加重情节，构成情节加重犯。基于这种分析，我们认为，在绑架犯罪中"杀害被绑架人的"包含两种情况：一是在绑架人质阶段行为人在绑架罪的犯罪目的支配下为排除反抗而杀害被绑架人的，构成绑架罪的情节加重犯；二是在控制人质阶段行为人因犯意变化而"撕票"的，构成绑架罪的包容加重犯。

2. 拐卖妇女、儿童罪对其他罪名的包容。我国《刑法》第 240 条在规定了拐卖妇女、儿童罪的基本犯罪构成的基础上，又列举了该罪需要加重处罚的情形。其中第(三)项规定"奸淫被拐卖妇女的"，第(四)项前半段规定"诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫的"，这是对前述《决定》所规定的内容的保留。由于行为人在出卖被害人牟利的犯罪目的之外又增加了新的犯意，并在新的犯意的支配下实施了拐卖妇女、儿童罪的基本犯罪构成所不能容纳的且符合其他犯罪构成的新的犯罪行为，而这里的拐卖行为与奸淫行为以及拐卖行为与诱骗、强迫卖淫行为并无必然的手段行为与目的行为、原因行为与结果行为的牵连关系，立法者规定按照拐卖妇女、儿童罪的加重构成论处而不实行数罪并罚，所以这属典型的包容犯立法例。

3. 组织他人偷越国(边)界罪对其他犯罪的包容。我国《刑法》第 318 条在规定了组织他人偷越国(边)界罪的基本犯罪构成的基础上，又列举了该罪需要加重处罚的情形。其中第(三)、(四)、(五)分别规定了"造成被组织人重伤、死亡的"、"剥夺或者限制被组织人人身自由的"、"以暴力、威胁方法抗拒检查的"，这三种情形在某些情况下可以归结为结果加重犯或牵连犯，但这三种情形既非实施组织他人偷越国(边)界罪所必需的手段行为，也非实施组织他人偷越国(边)界罪所必然导出的结果行为，在行为人犯意发生转化的情况下，完全符合过失重伤罪、过失致人死亡罪、非法拘禁罪、妨害公务罪的构成要件，立法者规定这些情形按照组织他人偷越国(边)界罪的加重构成论处，所以也采属于包容犯的立法例。

4. 强迫卖淫罪对其他犯罪的包容。我国《刑法》第 358 条在规定了强迫卖淫罪的基本犯罪构成的基础上，又列举了这种犯罪需要加重处罚的情形。该条第(四)项规定"强奸后迫使卖淫的"，此项规定既可包括把强奸被害人当作强迫卖淫罪的手段情形下的强奸行为，也可以包括与强迫被害人卖淫行为并无牵连的强奸行为。在前一情形下以一罪论处可勉强归入牵连犯，在后一情形下

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.

以一罪论处则应属于包容犯。该条第(五)项规定"造成被强迫卖淫的人重伤、死亡或者其他严重后果的"情形是行为人强迫行为的加重结果,此项应属于结果加重犯。

5. 抢劫罪立法中是否存在包容犯的情形值得探讨。有学者主张由于牵连犯、结果加重犯、结合犯等理论都不能很好地解决"抢劫罪中致人重伤、死亡"的定性问题(尤其是抢劫的暴力方法是否可以包括直接故意杀人的问题),只能用包容竞合的理论才能圆满解决这一难题[9]。我们认为,抢劫罪属典型的复合行为犯,其实行行为分为手段行为(强制行为)和目的行为(取财行为)。最高人民法院2001年5月23日公布的《关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》中规定,"行为人为劫取财物而预谋故意杀人,或者在劫取财物过程中,为制服被害人反抗而故意杀人的,以抢劫罪定罪处罚",这表明在抢劫罪的暴力方法中可以包含故意杀人行为。由于作为抢劫手段的故意杀人行为应该包含在抢劫罪的构成要件之中而不具有独立意义,但相对于一般的暴力方法而言,杀害被害人最为极端,属抢劫罪的加重情节,构成本罪的情节加重犯。当然,为当场劫取财物而杀害被害人的行为同时触犯抢劫罪和故意杀人罪两个罪名,也属于观念竞合的情形。对于行为人实施抢劫后为灭口而故意杀人的,根据前述《批复》应以抢劫罪和故意杀人罪定罪,实行数罪并罚,这和刑法明确规定在绑架过程中杀害被绑架人的以绑架罪一罪加重处罚是不同的。可见,根据我们对包容犯从狭义上所作的定义,抢劫罪中是不存在包容犯立法例的。

三、我国包容犯立法例的事实根据和立法精神探究

我国刑法是在刑法学界没有对包容犯问题进行充分的研究论证并形成成熟、统一的理论的情况下率先在单行刑法中推出此种罪数形态的,这里有必要对立法者规定包容犯立法例的立法根据、立法目的和价值追求作简略的探究。

刑法中的罪数形态理论尤其是复杂一罪按照一罪论处都应该有一定的事实和逻辑上的根据。对于实质的一罪,诸如想象(观念)竞合犯、持续犯、结果加重犯,在本质上仅存在一个符合构成要件的行为,按照"一行为一罪"的原则,应以一罪论处;对于法定的一罪,诸如结合犯、惯犯,虽存在数行为,但这些行为存在一定的时空联系和并发性(结合犯)或行为、犯意的相似性(惯犯);对于处断上的一罪,诸如连续犯、吸收犯、牵连犯,虽存在数行为,但数行为(指吸收犯、牵连犯)之间或支配行为的犯意(指连续犯)之间存在密切的关联,因而按照一罪论处。对于包容犯而言,立法者之所以将数行为规定为一罪,也是基于一定的事实和逻辑根据。从我国刑法中较典型的包容犯立法例来看,包容之罪和被包容之罪的发生在时空上存在密切的联系,行为人犯一种罪行,在同一时间、地点或相当密接的时间、地点针对同一行为对象或相关对象又犯另一罪(如绑架杀人、强盗强奸),而且实践中这种数行为的并发还具有经常性,为了实现司法实践中对此类并发犯罪处断的统一,立法者便选择结合犯或包容犯的立法例将这些并发性犯罪进行归并性的重组。

这里我们也就包容犯立法例所反映出的罪名之间如何相包容的规则进行初步的揭示。如同吸收犯存在重行为吸收轻行为的吸收规则一样,现行刑法中的包容犯立法例或多或少也体现了罪名之间的包容规则。首先,大部分包容犯立法例体现出重罪包容轻罪的规则,但绑架罪包容故意杀人罪似乎是个例外。所以,我们不认为重罪包容轻罪的规则适用于所有包容犯立法例。其次,从刑法分则中规定包容犯立法例的具体条文结构来看,目的性犯罪包容并发性犯罪(或称随附性犯罪)应是所有包容犯立法例所遵循的一个规则。刑法分则条文一般是在规定了目的性犯罪之后,将在目的性犯罪过程中经常随附并发的犯罪作为对目的性犯罪进行加重处罚的条件。如绑架罪中,绑架罪是行为人的目的性犯罪,"撕票"而杀害被害人的行为是并发性犯罪;在拐买妇女、儿童罪中,拐卖妇女、儿童行为是目的性犯罪,奸淫被害人或强迫被害人卖淫的行为属随附性的犯罪。当然,这一罪名包容规则使得罪名之间的关系变得不确定,也显示出刑事立法一定程度上的

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

随意性和无章法，所以这种立法形式不宜过多采用。

立法者基于数个犯罪行为经常性的并发的事实而创制了包容犯立法例，不可否认，这种立法例承载了立法者一定的价值追求，也正是这种内在的价值追求驱动立法者进行包容犯立法。从包容犯的立法例中我们至少可以发现立法者如下的价值追求：一是公正，即罪刑均衡，量刑公正、统一。包容犯虽是将数行为按照一罪处断，但也是以一罪的加重构成论处，这样立法并不导致重罪轻判，而且这样还可能避免不同的法院或法官对同样的罪行因为在实行数罪并罚的过程中的裁量和考虑不同所导致的量刑失衡和不统一。以行为人在绑架过程中杀害被绑架人的行为为例，依据包容犯的立法例，对此行为应以绑架罪的加重构成论处，处绝对死刑，但若实行数罪并罚，则法官有可能在死刑、无期徒刑的量刑幅度内进行裁量，最终不同的法官可能做出不同的裁决。如此虽显得僵化，但却在一定程度上实现了司法的公正和统一，也照顾了我国目前法官素质参差不齐的国情。二是效率，即适用法律过程中的便宜和高效。对密切联系、同时发生的数行为是以一罪论处还是以数罪论处，还应考虑刑事司法的难易性。如果以数罪论处过于复杂，不利于司法机关定罪量刑，则应主张以一罪论处[5]。由于包容犯的处断原则是以一罪的加重构成论处，对数行为以一罪加重论处而不实行数罪并罚既便利司法操作，也坚持了罪刑均衡，可以说体现了立法的便宜原则。

四、包容犯在罪数理论中的归属和处断原则

我国刑法学界在罪数论方面的通常是将一罪分为单纯一罪与复杂一罪，复杂一罪中又分为实质的一罪、法定的一罪、处断的一罪（裁判的一罪）[6]。从包容犯的定义和特征来看，包容犯是法律明确规定将数行为按照一罪（加重）处理的罪数形态，属于法定的一罪。包容犯既然是法定的一罪，在定罪量刑时就不可能数罪并罚，但为了实现罪刑均衡，也不是仅按照包容之罪的基本构成论处，而是将被包容之罪的发生视作包容之罪加重处罚的条件，并相应地规定了比基本构成更为严厉的法定刑，在新的罪刑单位的基础上形成了包容之罪的加重构成。由于被包容之罪具有罪质上的相对独立性：发生了和包容之罪基本不存在牵连关系的独立的犯罪行为；存在增加的或转化的犯意；侵害了包容之罪基本构成所没有侵害的法益等——这种独立性使学者们很难再将被包容之罪解释成情节加重犯之情节，也难以完全用法条竞合的理论来解释这一立法想象。可以说，包容犯是兼具法定的一罪和加重的犯罪构成特征的一种新的罪数形态。

如前所述，包容犯的处断原则是依照法律明确规定按照包容之罪的加重构成论处，被包容之罪不再独立成罪。当然，这种处断原则也有例外，即当已满 14 周岁未满 16 周岁的人实施相关危害行为时则应具体分析，可能出现包容之罪不成立而被包容之罪独立成罪的局面，此问题可参见本文后面相关内容。

五、包容犯与相关罪数形态的比较

包容犯和结合犯、吸收犯、牵连犯在行为数量、处断原则等方面都存在相似之处，但是包容犯和这些罪数形态还是有明显的差别。

包容犯和结合犯都是法定的一罪，即法律明确规定将两个经常同时发生但又彼此独立的行为按照一罪论处；都不实行数罪并罚但法定刑又都分别高于两个原本相互独立的犯罪。但是结合犯最重要的特征是法律明确规定将两个彼此独立的犯罪结合成另一个新的独立犯罪的情况，即甲罪＋乙罪＝甲乙罪或丙罪，甲乙罪或丙罪就是结合犯；而包容犯最重要的特征是法律明确规定将两个彼此独立的犯罪只按照其中一罪的加重构成论处的情况，即甲罪＋乙罪＝甲罪的加重构成，甲罪的加重构成就是包容犯。可见，包容犯和结合犯在立法精神、特征、法律效果等方面存在众多的

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.

相似和异曲同工之处,是最为接近的罪数形态。在日本和我国台湾地区刑法中存在结合犯的立法例,如强盗杀人、强盗强奸、掳人(绑架)杀人,但我国刑法没有规定典型的结合犯[6]327。国内有些学者在研究绑架罪的过程中,将绑架过程中杀害被害人的行为按绑架罪一罪加重论处的情形视作结合犯[8]。这多少有些混淆二者的界限。

包容犯和吸收犯都是数行为按照一罪论处的罪数形态,都存在一行为吸收另一行为而使另一行为丧失独立性的情形。但吸收犯属于处断上的一罪,而包容犯属法定的一罪;吸收犯的处断原则是以吸收行为一罪论处,而包容犯是以包容行为一罪加重论处。另外,尽管我国刑法学界对吸收犯的概念和内涵存在较大争议,但有一点可以肯定的是:吸收犯所涉及的数行为之间的关联程度(如主行为与从行为、实行行为与预备行为、前后当然承接的重行为与轻行为等)高于包容犯所涉及的数行为之间的关联程度,立法者选择包容犯的立法例即是将彼此关联程度不高也不宜按照吸收犯来处断的数行为通过法定的一罪的形式将数行为之间的关系固定下来,以利于适用法律过程中在定罪量刑方面的统一。

包容犯与牵连犯同是数行为按照一罪论处的罪数形态,都存在一行为因为另一行为的存在而丧失独立性的情形。但是包容犯是法定的一罪,在司法活动中一般不存在罪名的选择问题;而牵连犯属于处断上的一罪,需要根据罪名之间法定刑的比较来选择适用的罪名(但也存在符合牵连犯的条件却被立法者明确规定按照数罪并罚处断的情形)。牵连犯之所以应按照一罪处断是因为数行为存在牵连关系,即一行为是目的行为的手段行为或是原因行为的结果行为,而包容犯则是一行为发生在另一犯罪行为的实行过程中,两行为彼此独立,只是因为两罪在时空上存在一定的联系和经常性的并发性,才由立法者将二者包容合并为一罪。也就是说,包容犯所涉及的数行为之间的关联程度同样大大不及牵连犯。

六、包容犯立法例在实践中所暴露出的弊端

在全国人大常委会于1991年公布的《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》采用包容犯立法例后不久,就有学者撰文指出了包容犯立法例的弊端[7]。这些弊端大体如下:一是欠缺合理的竞合根据。包容竞合的根据一般在于构成要件本身(比如结果加重犯),而狭义上的包容犯是将在构成要件上不相关联的一个犯罪行为包容于另一个犯罪之中,因而缺乏科学的竞合根据。二是混淆了罪名之间的界限。包容犯是将在构成要件上没有关联只是容易并发的数个犯罪包容合并为一罪,从而混淆相关犯罪的界限,不利于司法机关正确区分这些犯罪之间的界限。三是降低了数罪并罚制度的作用并增加了罪数认定的难确定性。包容犯将本属数罪的数行为硬性地捏合在一起作为一罪处例,其结果是有意无意中贬低了数罪并罚制度的作用,不利于刑法内部各项规定的协调发展。四是罪质轻重的相颠倒性。根据刑法观念,一般是重罪吸收轻罪,而且故意杀人罪重于绑架罪(这从故意杀人罪所侵害的法益及其法定刑中由重到轻的刑种排列顺序可以看出端倪),但刑法却规定绑架罪可以包容故意杀人罪,这就有颠倒罪质轻重之嫌,也欠缺理论根据。这也跟立法者在刑法学界未对包容犯问题进行充分研究并对罪名之间如何包容进行论证的情况下便率先立法有关。五是由于立法技术上的原因使刑法增加了死刑条款[9]538~539。主要是指重罪之间相包容尤其是其他犯罪对故意杀人罪的包容必然会导致该条款规定死刑,这样无疑会增加刑法分则的死刑条款。除了上述弊端外,自1997年刑法颁布以来,因包容犯立法例而产生的法律适用难题也暴露出来:

一是刑法的包容犯立法例和刑法第17条第二款相结合导致的司法适用难题。比较典型的是:《刑法》第239条规定在绑架过程中杀害被绑架人的以绑架罪一罪加重处罚,故意杀人罪不独立成罪;而刑法第17条第二款规定已满14周岁未满16周岁的人犯故意杀人等八罪应当负刑事责

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

任，但这八罪中不包含绑架罪，于是人们对已满 14 周岁未满 16 周岁的人参与绑架犯罪并杀害被害人的行为该不该负刑事责任产生了激烈辩论（另外，拐卖妇女、儿童罪、强迫卖淫罪中的包容犯立法例也会遇到上述难题）。有人主张不以绑架罪而应按照故意杀人罪定罪处罚[10]，有人则主张对绑架和故意杀人行为都不负刑事责任[11]。跟此争论相关的问题是：刑法 17 条第二款规定的八罪是指八种具体的罪名，还是八种具体的犯罪行为（八类犯罪）？由于新刑法首次明确规定了罪刑法定原则，根据罪刑法定主义的明确性原则的要求，刑法 17 条第二款所指八罪似应指八种具体罪名，大多数注释刑法的著作也持此观点[12]。尤其要提及的是，最高人民法院最初所公布的罪名中是将强奸罪和奸淫幼女罪分立的，但如果将刑法 17 条第二款规定的八罪理解为八种具体罪名则导致已满 14 周岁未满 16 周岁的人对奸淫幼女罪不负刑事责任。为此，最高人民法院、最高人民检察院只得“忍痛割爱”，于 2002 年 3 月颁布关于执行罪名的补充规定将沿用多年的奸淫幼女罪罪名废除，只保留统一的强奸罪罪名。奸淫幼女罪罪名废除的背后，反映出最高司法机关也是支持“刑法 17 条第二款规定的八罪是指八种具体的罪名”的观点，否则也不会废除奸淫幼女罪罪名以扩大强奸罪罪名的适用范围并最终适应这种观点。但这只是暂时解决了相对负刑事责任人奸淫妇女（含幼女）行为的刑事责任问题，而没有从根本上解决包容犯立法例所带来的法律适用难题。因此，最高人民检察院又就刑法 17 条第二款规定的适用问题向全国人大常委会法工委提请咨询。全国人大常委会法工委在答复中指出，刑法 17 条第二款规定的八种犯罪是指具体犯罪行为而不是具体罪名。对于刑法 17 条中规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡”，是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的，都应负刑事责任。而不是指只有犯故意杀人罪、故意伤害罪的，才负刑事责任，绑架撕票的，不负刑事责任①。此答复的出台，才在根本上解决了相对负刑事责任人参与绑架犯罪并杀害被绑架人、参与拐卖妇女儿童罪并奸淫被害人、参与强迫卖淫罪并强奸被害人等包容犯立法例所规制的情形的法律适用问题。现在看来，如果此“答复”能够早些出台，也许奸淫幼女罪罪名就不会被废除。不过，我们认为，答复的内容多少是有违罪刑法定主义的明确性要求和立法者的初衷的，而形成此局面的根本原因就是刑法 17 条第二款和分则包容犯立法例存在立法技术上的缺陷。

另一个问题是造成对抢劫杀人行为和绑架杀人行为的处断原则的不协调。抢劫杀人和绑架杀人是实践中经常并发的犯罪，为了司法活动的便宜，大陆法系国家一般采用结合犯的立法例对此类并发行为进行合并规制。我国刑法分则在绑架罪中规定了绑架罪包容故意杀人行为，而在抢劫罪中又没有明确规定抢劫罪可以包容故意杀人行为。这样导致在绑架罪中无论是符合情节加重犯条件的绑架杀人行为还是符合包容犯条件（即撕票行为）的绑架杀人行为都是以绑架罪一罪论处；而根据司法解释，符合情节加重犯条件的为劫财而杀人的行为以抢劫罪一罪论处，抢劫后为灭口而杀害被害人的以故意杀人罪和抢劫罪并罚。我们认为，要消除这种不统一的局面，应将这些类似的并发行为皆以结合犯的形式加以规制。

七、结语

包容犯立法例是在刑法学理论界没有对这一罪数形态进行充分研究并形成成熟理论的情况下为了有效打击犯罪而率先立法的结果，由于这种立法例自身存在不可忽视的弊端，使刑法学者在注释这一立法例时因难以运用刑法总论中既有的罪数理论而陷入窘境。这或多或少反映了我国刑法中罪数理论研究和刑事立法活动之间的脱节：有的罪数形态尚未经过理论上的研究论证便在立法中得以先行一步，把注释法律的任务留给刑法学者；有的罪数形态（如牵连犯）在经过理论

① 此内容转引自肖玮：《“答复”开创指导司法实践新方式》，载《检察日报》2002 年 8 月 29 日 1 版。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.

研究并形成成熟理论的情况下却又一再被立法所突破。但不可否认,罪数理论是我国刑法总论研究中极为复杂和活跃的一部分,甚至学者们至今对一些罪数形态(如吸收犯)的概念和特征都难以形成一致观点,这也为立法先行或立法突破提供了机会。

如前面所介绍,对于包容犯立法例,在刑法学界即有积极提倡者,也有明确反对者,还不乏对其科学性、合理性提出质疑者。我们认为,既然立法已经先行一步,对于包容犯立法例这类新鲜事物,刑法学界应该持谨慎和宽容的态度。我们一方面应该对包容犯自身的基础理论问题,如概念、构成、特征、包容的根据与规则、利弊等,进行深入、细致的研究,形成系统、成熟的理论;另一方面也要结合采用包容犯立法例多年来的司法实效同数罪并罚制度和结合犯立法例进行比较论证,通过对比分析,权衡各种立法模式的利弊得失,选择一种最适合我国国情并能获得足够的刑法理论支持的立法模式。基于这种考虑,我们认为,现阶段就包容犯立法例的存废问题作出结论还为时过早,在包容犯立法例被修改成结合犯或改按数罪并罚处理之前,有关包容犯的规定和处断原则应该得到严格执行,这也是刑事法治理念的基本要求。

参考文献:

[1] 姜 伟. 犯罪形态通论[M]. 北京:法律出版社,1994:415-418.
[2] (日)木村龟二. 刑法学词典[K]. 顾肖荣,等译. 上海:上海翻译出版公司,1991:397.
[3] 陈兴良. 转化犯与包容犯:两种立法例之比较[J]. 中国法学,1993,(3).
[4] 陈兴良. 刑法适用总论(上)[M]. 北京:法律出版社,1999:777-775.
[5] 张明楷. 论绑架勒赎罪[J]. 法商研究,1996,(1).
[6] 张明楷. 刑法学(上)[M]. 北京:法律出版社,1997:321.
[7] 陈兴良. 晚近刑事立法中的法条竞合现象及其评析[M]//当代中国刑法新理念. 北京:中国政法大学出版社,1996:501.
[8] 于志刚. 热点犯罪法律疑难问题研究(四)[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2001:181.
[9] 陈兴良. 当代中国刑法新理念[M]. 北京:中国政法大学出版社,1996:533-535.
[10] 肖中华. 绑架罪略论[J]. 山东法学,1999,(5).
[11] 孟庆华. 关于绑架罪的几个问题[J]. 法学论坛,2000,(1).
[12] 陈兴良. 刑法疏议[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1997:94.

Study on Inclusion Crime in the Criminal Law of China

DENG Ding-yuan
(*Law Department, South China Agricultural University, Guangzhou* 510642, *China*)

Abstract: Inclusion crime belongs to the statutory one crime and is a new form of quantity of crime in aggravated constitution of crime; There are some clauses of inclusion crime in the new Criminal Law of China. Inclusion crime is different from other forms of one crime such as combinational crime, absorptive crime, involved crime. Inclusion crime should be treated as the aggravated constitution of inclusion crime according to the Criminal Law. The clauses of inclusion crime are to some extent based on facts and logic. They embody the pursuing of the legislature for justice and efficiency, but they also have many defects. The academic frontier of the criminal law should argue their existence or abolition on the basis of full study and comparison.

Key Words: inclusive coincidence; inclusion crime; statutory one crime

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.