

论虚假的选择性罪名

桂 亚 胜^{*}

摘 要:选择性罪名可以分为真正的选择性罪名与虚假的选择性罪名。真正的选择性罪名具有“可合可分不并罚”的特点,故在逻辑关系上,当选择性要素之间具有同一关系、包含关系或是交叉关系时,该罪名都是虚假的选择性罪名。而在选择性要素是全异关系的场合,是不是真正的选择性罪名还需要进一步判断。只有那些符合法益侵害相当性而无需数罪并罚的,才是真正的选择性罪名;不符合这一标准的,均为虚假的选择性罪名。选择性罪名的真假区分,不仅在理论上是必要的,而且在司法实践中也有其现实意义。虚假的选择性罪名应当进行必要的整合,以还原其属于单一罪名、并列罪名的本来面目。

关键词:选择性罪名 虚假的选择性罪名 选择性要素 数罪并罚 罪名整合

一、问题的提出:《中华人民共和国刑法》第 341 条第 1 款的罪名演变与司法适用

《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第 341 条第 1 款对国家重点保护的珍贵、濒危野生动物作了专门规定。^① 该款的罪名最初确定为“非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪”和“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”两个选择性罪名。但是这两个罪名过于冗长、烦琐,不够简明。并且,实践中对于“非法猎捕、杀害”野生动物后又“非法收购、运输、出售”的,是否要数罪并罚争议较大。^② 为此,2021 年 2 月 21 日最高人民法院和最高人民检察院联合发布的《关于中华人民共和国刑法确定罪名的补充规定(七)》将《刑法》第 34 条第 1 款的两个罪名予以简化,统一确定为“危害珍贵、濒危野生动物罪”。该罪名高度概括了本罪的行为方式,但对本罪的行为对象,即“珍贵、濒危野生动物”的表述予以保留。问题在于:《刑法》第

^{*} 上海对外经贸大学法学院副教授

^① 该款规定:“非法猎捕、杀害国家重点保护的珍贵、濒危野生动物的,或者非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节严重的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。”

^② 参见李静、姜金良:《〈关于执行刑法确定罪名的补充规定(七)〉的理解与适用》,《人民司法》2021 年第 10 期。

341 条第 1 款的“珍贵、濒危野生动物”究竟指的是“珍贵濒危野生动物”一种动物,还是指“珍贵野生动物”和“濒危野生动物”两种不同的动物?换句话说,能否认为“危害珍贵、濒危野生动物罪”仍然是一个选择性罪名,司法实践中是否还需要根据野生动物的不同种类来确定具体的罪名?

从司法实践看,司法机关倾向于不区分“珍贵野生动物”与“濒危野生动物”,而是笼统地将涉案动物认定为“珍贵、濒危野生动物”。但是也确有一些司法机关有意识地对“珍贵野生动物”与“濒危野生动物”加以区别,并据此对二者适用不同的罪名。以下试举几例:(1)以红腹锦鸡为例。红腹锦鸡系中国特产物种,属于我国国家二级保护动物,在《中国濒危动物红皮书》中,被列为“易危”物种,故实务上一般都将其认定为“珍贵、濒危野生动物”,并据此确定罪名。但也有人民法院认为红腹锦鸡系珍贵野生动物,并不是濒危野生动物,故仅以危害珍贵野生动物罪而非以危害珍贵、濒危野生动物罪定罪。^①(2)以舟山眼镜蛇为例。舟山眼镜蛇系我国地方重点保护动物,且被列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》(以下简称《公约》)附录二中,通常也都会被认定为“珍贵、濒危野生动物”。不过,也有人民法院只是将其认定为濒危野生动物,而不认为其属于珍贵野生动物,故判决被告人触犯的罪名为危害濒危野生动物罪而非危害珍贵、濒危野生动物罪。^②(3)以穿山甲为例。穿山甲原为我国国家二级保护动物,2020 年 6 月被提升为国家一级保护动物。同时穿山甲还被列入《公约》附录一中,且在《世界自然保护联盟濒危物种红色名录》中被称为“极危”,故各地司法机关的共识是穿山甲属于“珍贵、濒危野生动物”。即便如此,一些地方的司法机关在认定上也还是存在一定的分歧:有的认定穿山甲属于“珍贵野生动物”而非“濒危野生动物”;^③而有的则相反,认为穿山甲是“濒危野生动物”而非“珍贵野生动物”。^④不仅各地司法机关做法各异,而且同一地方司法系统内的不同机关,对穿山甲的法律属性也存在不同的认识。实践中就曾出现公诉机关对杀害穿山甲的被告人以“杀害珍贵、濒危野生动物罪”的罪名提起公诉,而当地人民法院则对此持不同意见,认为穿山甲是濒危野生动物,而不是珍贵、濒危野生动物,并据此认定公诉机关指控罪名不当。^⑤

由此可见,对于“珍贵、濒危野生动物”的不同理解,直接影响罪名的确定。如果认为珍贵野生动物与濒危野生动物属于不同的动物,那么危害珍贵、濒危野生动物罪就是典型的选择性罪名,对该罪名可以分开使用也可以合并使用。而如果二者系同一动物,那么危害珍贵、濒危野生动物罪的罪名就不可拆分,只能认为该罪名是徒有选择性罪名“外观”的虚假的选择性罪名。虚假的选择性罪名与真正的选择性罪名不仅会导致罪名适用的不同,而且在罪数的认定、既遂未遂的判断等方面都会产生影响,有必要予以厘清。

二、虚假的选择性罪名的基本类型:基于选择性要素的逻辑审视

从罪名确定的形式看,选择性罪名一般将诸如行为方式、犯罪对象中的选择性要素作并列规

① 参见陕西省西县人民法院(2021)陕 0724 刑初 61 号刑事附带民事判决书。

② 参见广东省佛山市南海区人民法院(2021)粤 0605 刑初 2021 号刑事附带民事判决书。

③ 参见江西省南昌市青云谱区人民法院(2014)青刑初字第 188 号刑事判决书。

④ 参见浙江省乐清市人民法院(2020)浙 0382 刑初 835 号刑事判决书。

⑤ 参见云南省楚雄市人民法院(2019)云 2301 刑初 105 号刑事判决书。

定,以顿号(、)相连接,且以“罪”为结尾。典型的如“持有、使用假币罪”“拐卖妇女、儿童罪”等罪名。如果以这一形式上的标准来衡量,那么《刑法》分则中无疑存在大量的选择性罪名,其数量甚至可达总罪名数的三分之一。但是,这种形式上的并列规定并非认定选择性罪名的可靠依据。真正的选择性罪名应当还有其本身内在的要求。通说认为,选择性罪名是指因罪状所包含的犯罪构成的具体内容比较复杂而既可以统一使用也可以分解使用的罪名。^①既如此,就应当将罪名的“可合可分”作为认定真正选择性罪名的首要标准。对于徒有选择性罪名的“外观”,但只能分解使用而不能合并使用或是只能合并使用而无法分解使用的罪名,不能认为是真正的选择性罪名。

一般认为,具体罪名的确定与各罪的罪状表述密不可分。罪名是对罪状的概括和提炼。之所以选择性罪名具有可选择性,关键是因为相关罪状中存在选择性要素,不同的选择性要素对应不同的罪名。具体而言,当具有选择性要素A时,定A罪;具有选择性要素B时,定B罪;既有A要素,又有B要素的,定AB罪。在逻辑关系上,要素A与要素B应为全异关系,也即A、B的涵摄范围不存在任何重合。因为只有在这种逻辑关系下,A罪、B罪和AB罪才各自具有独立性,“可合可分”才有实际意义。选择性要素之间不符合这一逻辑关系的,就不可能是真正的选择性罪名。由此应当认为,以下3种情况下的选择性罪名均为虚假的选择性罪名:

第一种情况是:选择要素A、B与AB具有同一关系,A、B虽然概念不同,但其涵摄范围完全重合。在这种情况下,选择性要素A与选择性要素B实际上无法区分,从而也使得该罪名难以真正分开使用。

以危害珍贵、濒危野生动物罪为例,表面上看,该罪名并列规定了“珍贵野生动物”和“濒危野生动物”两种不同的犯罪对象,如果二者确实可以做出明确区分,那么显然该罪名就应是真正的选择性罪名,但是,这一看法未必妥当。“珍贵野生动物”和“濒危野生动物”具有同一性,不应也无法在刑法上相区别。其理由在于:(1)刑法中的“珍贵、濒危野生动物”的概念来源于《中华人民共和国野生动物保护法》(以下简称《野生动物保护法》)。^②但《野生动物保护法》本身并没有对“珍贵”与“濒危”做出区别。在具体分类上,《野生动物保护法》虽然强调分级分类管理,但也只是规定野生动物有“一级保护”与“二级保护”、“人工驯养”与“野外种群”之别,而无“珍贵”与“濒危”之分。既如此,那么刑法再去区分“珍贵野生动物”与“濒危野生动物”就缺乏前置法的根据。(2)从历史上看,刑法上的“珍贵、濒危野生动物”和“珍贵动物”的范围完全相同。除了《刑法》第341条第1款出现了“珍贵、濒危野生动物”概念外,在《刑法》第151条第2款的走私珍贵动物罪、走私珍贵动物制品罪中,还出现了“珍贵动物”这一概念。而一直以来,相关司法解释对这两个概念

^① 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第315页。

^② 我国刑法最初并没有“珍贵、濒危野生动物”的概念。1979年《中华人民共和国刑法》所规定的非法狩猎罪中只有“珍禽、珍兽”的表述。1988年11月8日第七届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过的《中华人民共和国野生动物保护法》首次以法律的形式明确将“珍贵、濒危野生动物”作为拯救和保护的对象。在此基础上,该次会议又同步通过了《全国人民代表大会常务委员会关于惩治捕杀国家重点保护的珍贵、濒危野生动物犯罪的补充规定》,从而将“珍贵、濒危野生动物”这一概念引入刑法,并沿用至今。

的外延规定完全一致,^①属于珍贵动物的也就属于珍贵、濒危野生动物,反之亦然。2022 年《最高人民法院 最高人民检察院关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第 4 条虽然对珍贵、濒危野生动物的范围作了调整,^②但其目的只是在于弱化国际公约对我国司法的直接影响,并强调把国内的“重点保护”作为认定“珍贵、濒危”的依据。在此情形下,更没有必要对珍贵、濒危野生动物予以进一步区别。(3)从文意上看,“珍贵”与“濒危”各有侧重,并不是非此即彼的对立关系。珍贵野生动物与濒危野生动物各自是从不同的角度所确定的概念,前者是从价值(有用性)角度界定的,而后者是从事实(生存状态)角度界定的,二者在逻辑上无法区分。^③换句话说,珍贵野生动物与濒危野生动物是从不同侧面对同一物种作出的认定,彼此不具有法律上的区分性。并且,我国采取以名录的形式来确定国家重点保护野生动物的范围,属于国家重点保护的野生动物,既是“珍贵”的也是“濒危”的。不应该认为实践中存在“珍贵”而不“濒危”或是“濒危”而不“珍贵”的野生动物,故在刑法上区别“珍贵野生动物”与“濒危野生动物”实无必要。由是观之,《刑法》第 341 条第 1 款的“危害珍贵、濒危野生动物罪”的罪名其实不能分开使用,是一个虚假的选择性罪名。

再以《刑法》第 224 条之一的“组织、领导传销活动罪”为例。本罪的选择性要素为“组织”与“领导”,如果认为组织行为与领导行为是不同的行为,那么本罪似乎可以分解为“组织传销活动罪”与“领导传销活动罪”。在理论上,确实也有论者主张刑法中的“组织”与“领导”是性质不同的两种行为,应分别构成不同的罪名。^④但是,在一个参与人员众多的犯罪中,组织行为本身就是领导行为的典型表现,而领导行为也一定具有组织行为的特征,“组织”与“领导”难分彼此,二者之间不存在清晰的界限。从司法实践看,相关司法解释并未区别传销活动的组织者和传销活动的领导者,实际上也是将传销活动的组织行为与领导行为视为一体。^⑤由此可见,本罪中的“组

① 2000 年《最高人民法院关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条规定:“《刑法》第 341 条第 1 款规定的‘珍贵、濒危野生动物’,包括列入国家重点保护野生动物名录的国家一、二级保护野生动物、列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录一、附录二的野生动物以及驯养繁殖的上述物种。”2014 年《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》第 10 条规定:“《刑法》第 151 条第 2 款规定的‘珍贵动物’,包括列入《国家重点保护野生动物名录》中的国家一、二级保护野生动物,《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录 I、附录 II 中的野生动物,以及驯养繁殖的上述动物。”

② 该条规定:“《刑法》第 341 条第 1 款规定的‘国家重点保护的珍贵、濒危野生动物’包括:(1)列入《国家重点保护野生动物名录》的野生动物;(2)经国务院野生动物保护主管部门核准按照国家重点保护的野生动物管理的野生动物。”

③ 参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》(第 125 辑),人民法院出版社 2020 年版,第 79 页。

④ 例如,有论者主张在适用“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”时,必须把该行为的性质搞清楚,弄清楚究竟属于组织黑社会性质组织、领导黑社会性质组织、还是参加黑社会性质组织,在此基础上,准确适用相对应的罪名。参见胡云腾:《论社会发展与罪名变迁——兼论选择性罪名的文书引用》,《东方法学》2008 年第 2 期。

⑤ 例如,2013 年《最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》对传销活动的组织者与领导者就未作任何区别。该意见第 2 条规定:“下列人员可以认定为传销活动的组织者、领导者:(1)在传销活动中起发起、策划、操纵作用的人员;(2)在传销活动中承担管理、协调等职责的人员;(3)在传销活动中承担宣传、培训等职责的人员;(4)曾因组织、领导传销活动受过刑事处罚,或者一年以内因组织、领导传销活动受过行政处罚,又直接或者间接发展参与传销活动人员在 15 人以上且层级在 3 级以上的人员;(5)其他对传销活动的实施、传销组织的建立、扩大等起关键作用的人员。”

织”与“领导”实为同一关系,二者不存在罪名上的选择关系,“组织、领导传销活动罪”并不是真正的选择性罪名。

第二种情况是:选择性要素 A、B 具有包含关系,其中一个要素(属要素)的涵摄范围包含另一个要素(种要素)的涵摄范围的全部,要素合并后的涵摄范围与属要素的涵摄范围完全重合。在此情形下,以属要素为标准来确定罪名即可,没有设置选择性罪名的必要。

以《刑法》第 140 条的“生产、销售伪劣产品罪”为例。理论上一般认为该罪名是选择性罪名,可以将其分解为“生产伪劣产品罪”和“销售伪劣产品罪”。这似乎表明“生产”与“销售”都是本罪的实行行为,只要完成其中任何一个行为,都成立犯罪既遂。但是考虑本罪位列“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章,其同类客体应为市场经济秩序,那就应当认为只有“销售”才会对该客体的破坏具有现实紧迫性,销售行为才是本罪的实行行为。换句话说,本罪中的“生产”实际上只是“销售”的预备行为,在评价上,完全可以包含在“销售”中(销售预备行为)。基于此,《刑法》第 140 条就没有必要分解出“生产伪劣产品罪”,仅保留“销售伪劣产品罪”就完全可以满足本条的罪状要求。此外,如果认为本条可以分解出“生产伪劣产品罪”,那么在只生产而尚未销售的场合,理应认定为“生产伪劣产品罪”的既遂。但是根据相关司法解释,这种情况应当以“生产、销售伪劣产品罪”(未遂)定罪处罚。^① 显然司法实践也是排斥“生产伪劣产品罪”这一罪名。这也说明“生产、销售伪劣产品罪”实为虚假的选择性罪名。^②

再以《刑法》第 221 条的“损害商业信誉、商品声誉罪”为例。商业信誉,是指经营者在商业活动中的商业信用和商业名誉,前者是指商业行为在经济活动中所受到的信赖,后者则是指社会对商业活动的客观评价。而商品声誉则是指社会对商品的良好称誉或积极评价。^③ 商品声誉是商业名誉的重要内容。应当认为:损害他人的商品声誉也同时会损害他人的商业信誉,但损害商业信誉未必都需要损害他人的商品声誉。损害商业信誉与损害商品声誉实际上是包含与被包含的关系,二者不应当作为并列的选择性要素。

第三种情况是:选择性要素 A、B 具有交叉关系, A 与 B 的涵摄范围存在部分重合。对于重合部分而言,既可以定 A 罪,也可以定 B 罪,还可以定 AB 罪,这就使得该罪名在使用上失去“可合可分”的意义,从而不应将其视为真正的选择性罪名。

以《刑法》第 237 条的“强制猥亵、侮辱罪”为例。该罪原罪名为“强制猥亵、侮辱妇女罪”,2015 年《刑法修正案(九)》对该罪进行了修订,将原文中的“猥亵妇女”修改为“猥亵他人”,相应地对该罪的罪名也作了一定的调整。不管是修改前,还是修改后,理论和实务部门一般都认为

^① 2001 年《最高人民法院 最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条规定:“伪劣产品尚未销售,货值金额达到《刑法》第 140 条规定的销售金额 3 倍以上的,以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚。”

^② 但需要指出的是,并非所有并列规定生产、销售要素的罪名都只按照销售行为定罪处罚。以“生产、销售、提供假药罪”为例。该罪属于抽象危险犯,只要生产了假药就对法益造成了值得科处刑罚的抽象性危险,有必要以独立罪名专门评价。正如立法者鉴于枪支对公共安全、假币对于货币的公共信用的危险性而规定非法制造枪支、伪造货币即构成犯罪一样,应当认为生产系实行行为,生产假药单独成立生产假药罪。故“生产、销售、提供假药罪”属于真正的选择性罪名。参见陈洪兵:《生产、销售伪劣商品罪立法模式研究》,《南通大学学报》(社会科学版)2018 年第 3 期。

^③ 参见楼伯坤主编:《经济刑法学》,浙江大学出版社 2022 年版,第 375 页。

该罪名是选择性罪名,司法机关可以根据案件具体情况,对该罪名选择适用。^①但是,也有论者认为“猥亵”与“侮辱”具有同一性,不应将其分开使用,没有必要将强制猥亵、侮辱罪视为选择性罪名。^②还有论者认为“猥亵”和“侮辱”只具有修辞意义上的强调作用,而没有选择性罪名中的区分作用。^③在笔者看来,《刑法修正案(九)》修改了猥亵的对象,同时坚持保留了“侮辱妇女”的表述,应该认为是立法者有意而为之。既如此,就不应无视这一立法态度,故将“猥亵”“侮辱”视为同一关系缺乏依据。从修辞意义上看,也无法将“猥亵”等同于“侮辱”。并且,由于本罪修改后,“猥亵”和“侮辱”分别指向不同对象,如果认为本罪为选择性罪名,那么其选择性要素就不宜简单确定为“猥亵”和“侮辱”,而应该将“猥亵他人”与“侮辱妇女”视为选择性要素。显然,这两个要素之间是一种交叉关系:一方面,从行为对象上看,猥亵的对象(他人)包括侮辱的对象(妇女),前者的范围比后者宽。另一方面,从行为方式看,“侮辱”又包含“猥亵”。通说认为:猥亵是指除奸淫以外能够满足性欲、性刺激的,有伤风化或损害他人性心理、性观念从而有碍其身心健康的性侵犯行为。而侮辱妇女是指实施具有挑衅性有损妇女人格或者损害其性观念、性心理的行为。^④猥亵行为本身就是侮辱行为的一种具体表现,“猥亵”属于“侮辱”,但不是所有的“侮辱”都属于“猥亵”。基于这样的理解,“猥亵他人”与“侮辱妇女”重合与否,对罪名的适用影响重大:在行为人以暴力、胁迫或者其他方式针对妇女实施除奸淫之外的强制性侵害行为的场合,“猥亵他人”与“侮辱妇女”存在重合,对此既可以定“强制猥亵罪”,也可以定“强制侮辱罪”,还可以定“强制猥亵、侮辱罪”。而在此重合范围之外,只存在单独的“强制猥亵罪”与“强制侮辱罪”,二者无法合并成立“强制猥亵、侮辱罪”,选择性罪名无法真正发挥应有的作用。可见,即便不承认“猥亵”与“侮辱”具有同一性,但是由于“猥亵他人”与“侮辱妇女”存在交叉关系,也应当认为“强制猥亵、侮辱罪”不是真正的选择性罪名,而是虚假的选择性罪名。

三、区分真、假选择性罪名的实质标准:基于法益侵害相当性的考察

“可合可分”是选择性罪名的首要特征,从逻辑关系上看,唯有选择性要素之间具有全异关系时,“可合可分”才有实际意义。因此,在选择性要素是同一关系、包含关系或是交叉关系的情形下,只存在虚假的选择性罪名。但是,不能就此认为,凡是具有全异关系选择性要素的就一定都是真正的选择性罪名。从我国现有的罪名看,虚假的选择性罪名早已“扩张”至具有全异关系的场合。并且在该场合下,虚假的选择性罪名与真正的选择性罪名更易混淆,因其貌似同样符合“可合可分”的要求。此时,选择性罪名究竟是真是假,还需要从设定选择性罪名的目的进一步考察。

在理论上,刑法设置选择性罪名,除了有精简罪名的原因之外,还有避免重复评价、减少数罪并罚的考量。^⑤最高司法机关也是将是否需要数罪并罚来作为是否确定选择性罪名的重要依

① 参见张勇、郑天成:《猥亵犯罪的刑法体系解释》,《青少年犯罪问题》2019年第6期。

② 参见丁友勤、胡月红:《强制猥亵、侮辱妇女罪争议问题研究》,《中国刑事法杂志》2007年第1期。

③ 参见王政勋:《强制猥亵、侮辱罪构成要件的法教义学分析——基于原型范畴理论的研究》,《法律科学》(西北政法大学学报)2018年第4期。

④ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第464页。

⑤ 参见黄京平、彭辅顺:《论选择性罪名》,《山东公安专科学校学报》2004年第3期。

据。例如,在确定《刑法》第 237 条第 1 款的罪名时,最高司法机关起初曾考虑将该款的罪名调整为“强制猥亵罪”“强制侮辱妇女罪”两个罪名,但是经征求意见,再次研究认为,强制猥亵、强制侮辱的危害性质类似,且实践中强制猥亵、强制侮辱常会针对同一对象接连实施,若确定为两个罪名,对相关案件则需实行数罪并罚,可能会量刑过重,故最终决定将该两款罪名确定为“强制猥亵、侮辱罪”。^①又如,对于《刑法》第 350 条,原先确定的罪名为“走私制毒物品罪”“非法买卖制毒物品罪”,但司法实践中对于走私以后又出售的行为是否需要数罪并罚存有不同的认识。基于此,以《刑法修正案(九)》对该条罪状修改为契机,最高人民法院和最高人民检察院以选择性罪名的形式将该条的罪名调整为“非法生产、买卖、运输制毒物品、走私制毒物品罪”,以期避免数罪并罚的适用。^②虽然这些罪名未必是真正的选择性罪名,但从最高司法机关对罪名设置的目的看,其所表现出的对选择性罪名不并罚的立场应该是十分明确的。

值得注意的是,虽然存在对选择性罪名不并罚的理论共识,但还是有学者对此表示质疑,认为选择性罪名亦可数罪并罚。例如,对于《刑法》第 241 条第 1 款的“收买被拐卖的妇女、儿童罪”,有论者就认为,“收买被拐卖的妇女、儿童罪”最重的法定刑也仅为 3 年有期徒刑。如果不数罪并罚,那么在行为人既收买被拐卖的妇女又收买被拐卖的儿童且都情节严重的场合,对行为人最多也只能判处 3 年有期徒刑,显然有失罪刑均衡。唯有对收买被拐卖的妇女、儿童分别定罪,并数罪并罚,才具有合理性。^③但是,这一困局的出现并不是由选择性罪名不能并罚所致,而是源于刑法本身对“收买被拐卖妇女、儿童罪”的法定刑的配置过低。这完全是立法上的原因,而不是因为司法上不能数罪并罚。用司法变通来解决立法问题是不可取的。再如,对于“强制猥亵、侮辱罪”,有论者一方面认为本罪名属于(真正的)选择性罪名,同时又认为对于既实施强制猥亵行为又实施强制侮辱行为的,不能以“强制猥亵、侮辱罪”一罪论处,而应视为“两个独立的行为”,应以“强制猥亵罪”和“强制侮辱罪”数罪并罚,以此实现刑法的全面评价。^④笔者同意“强制猥亵、侮辱罪”可以分解使用且可以数罪并罚,但这并不与“选择性罪名不并罚”相悖,因为正如上文所言,“强制猥亵、侮辱罪”只是虚假的选择性罪名而非真正的选择性罪名,而虚假的选择性罪名当然可以数罪并罚。由此可见,上述主张(真正的)选择性罪名亦可并罚的观点,要么是意图通过司法上的数罪并罚解决法定刑设置过低的立法问题,要么是将虚假的选择性罪名视为真正的选择性罪名,据此得出的结论恐难言妥当。

既然最高人民法院和最高人民检察院设置选择性罪名具有避免数罪并罚的“初衷”,那么能否认为最高司法机关创设了新的司法适用规则呢?笔者认为答案是否定的。实际上,真正的选择性罪名本身就具有按一罪论处的内在要求,最高司法机关所强调的选择性罪名不并罚只是对这一内在要求的重申。进一步还可以认为,那些表面上看具有“可合可分”特征但不符合按一罪论处要求的,并不是真正的选择性罪名。真正的选择性罪名之所以不并罚,在根本上是因为其选择性要素所反映出的法益侵害相当性。这种相当性不仅体现为侵害对象的同一性,也体现为侵害程度的等价性。具体而言,在以行为作为选择性要素的场合,如果数行为针对同一对象,且行

① 参见周家海:《关于执行刑法确定罪名的补充规定(六)解读》,《人民司法》2015 年第 23 期。

② 参见喻海松:《罪名司法确定的实践逻辑与理论探究》,《法学》2021 年第 10 期。

③ 参见杜文俊、陈洪兵:《选择性罪名亦可并罚》,《人民检察》2011 年第 21 期。

④ 参见张勇、郑天成:《猥亵犯罪的刑法体系解释》,《青少年犯罪问题》2019 年第 6 期。

为之间具有前后相继的关系,那么就应当认为数行为侵害同一法益,依据禁止重复评价原则应以一罪论处。毕竟,“在行为仅侵害一个法益的情形下,缺乏实行数罪并罚的实质根据”。^①从罪数理论上,对前后不同阶段,持续侵害同一对象(法益)的数行为之间,一般存在类型化的牵连关系。^②虽然数行为符合数个不同的犯罪构成,但是最终也只是处断的一罪,而不考虑并罚。例如,对于《刑法》第 172 条的“持有、使用假币罪”,相关司法解释将其确定为选择性罪名,并规定对同一宗假币持有、使用的,不实行数罪并罚。^③其实,即便没有这一司法解释,根据刑法理论,对于持有假币又使用的,按照牵连犯或吸收犯的处理原则,最终也仍然是以一罪论处。在以行为对象为选择性要素的场合,只要对象 A 与对象 B 具有同质性,那么对 A、B 的法益侵害就没有本质的不同,理应按一罪论处。例如,不管是妇女还是儿童,从“拐卖妇女、儿童罪”的立法目的看,二者在刑法中完全等价,^④拐卖妇女与拐卖儿童法益侵害性相当,没有必要分别评价。甚至可以认为,妇女儿童整体上就是一个犯罪对象,只不过是该整体的两个具体示例,而非两个不同的对象。^⑤并且,由于具有等价关系,这些对象可以通过量的累计而产生提升法定刑的效果。当行为人为人拐卖妇女 2 人又拐卖儿童 2 人的,完全可以直接按“拐卖妇女、儿童三人以上”以一罪提升法定刑,而无需数罪并罚。

综上所述,真正的选择性罪名不仅具有“可合可分”的逻辑表现,而且还具有“不并罚”的规范要求。在选择性要素具有全异关系时,即便该罪名在形式上能够呈现出“可合可分”的“外观”,但从实质角度看,如果选择性要素不能体现法益侵害相当性以至于无法满足“不并罚”要求,那么该罪名也仍然不是真正的选择性罪名,而是虚假的选择性罪名。基于这样的认识,下列情形的罪名应当认定为虚假的选择性罪名:

第一,以对象为选择性要素而对象不具有等价性的,是虚假的选择性罪名。例如,《刑法》第 122 条的“劫持船只、汽车罪”。作为选择对象的船只、汽车虽然都属于交通工具,但二者在驾控系统、人员配备、载重载客、发生场域、危及对象等情况差异显著,其法益侵害程度并不相同,并且同一劫持行为无法同时作用于船只和汽车。行为人劫持船只又劫持汽车的,显然是两个不同的行为,针对不同的犯罪对象,应当分别定罪、数罪并罚。故“劫持船只、汽车罪”是虚假的选择性罪名。再如,《刑法》第 151 条第 1 款的罪状表述为“走私武器、弹药、核材料或者伪造的货币”,最高人民法院和最高人民检察院将其罪名确定为“走私武器、弹药罪”“走私核材料罪”和“走私假币罪”三个并列罪名。实际上,最高司法机关也完全可以直接照搬本款的罪状,以选择性罪名的方式将本款罪名确定为“走私武器、弹药、核材料、假币罪”,但即便如此,也因为“武器、弹药”“核材料”与“假币”差异明显,彼此所反映的法益侵害显著不同,所以该罪名不能成为真正的选择性罪名。

第二,以行为为选择性要素但行为不具有前后相继性或并发性而是各自独立的,是虚假的选

① 张明楷:《协助组织卖淫罪的重要问题》,《中国刑事法杂志》2021 年第 5 期。

② 参见王彦强:《牵连关系的类型——基于刑事立法、司法解释规定的分析》,《法学研究》2022 年第 3 期。

③ 2001 年最高人民法院发布的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定:“对同一宗假币实施了法律规定为选择性罪名的行为,应根据行为人所实施的数个行为,按相关罪名刑法规定的排列顺序并列确定罪名,数额不累计计算,不实行数罪并罚。”

④ 参见张明楷:《再论具体的方法错误》,《中外法学》2018 年第 4 期。

⑤ 参见丁胜明:《以罪名为讨论平台的反思与纠正》,《法学研究》2020 年第 3 期。

择性罪名。例如,刑法中有不少罪名都以“盗窃”“抢夺”作为选择性要素(如《刑法》第127条第1款的“盗窃、抢夺枪支弹药、爆炸物、危险物质罪”,《刑法》第280条第1款的“盗窃、抢夺毁灭国家机关的公文、证件、印章罪”,《刑法》第375条的“盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪”,《刑法》第329条第1款的“抢夺、窃取国有档案罪”,《刑法》第438条的“盗窃、抢夺武器装备、军用物资罪”等)。这些罪名中的“盗窃”(“窃取”)与“抢夺”既非通常并发,也非性质相同,且不存在目的和手段、前后行为相继的关系,而是性质完全不同的两种行为,其法益侵害程度也并不相当,即便其针对同一对象,也应该认为其分属不同的犯罪构成,而不能合并为一罪。^①再如,《刑法》第294条第3款的“包庇、纵容黑社会性质组织罪”,本罪名中的“包庇”是指国家机关工作人员帮助黑社会性质组织及其成员逃避查禁,而“纵容”是指国家机关工作人员放纵黑社会性质组织及其成员进行违法犯罪活动,二者各有侧重,缺乏关联。在实践中,无论是先包庇后纵容,还是先纵容后包庇,都不具有选择性罪名所要求的客观的承继关系,不是真正的选择性罪名。^②又如,《刑法》第446条的“战时残害居民、掠夺居民财物罪”,“残害居民”“掠夺居民财产”分别侵害人身权利和财产权利,显然构成两个独立的犯罪,应当分别评价。

第三,以主体为选择性要素的是虚假的选择性罪名。以主体为选择性要素的犯罪实为身份犯,但在具体案件中,犯罪实施者不可能同时具备刑法上规定的两个不同的主体身份。^③例如,《刑法》第168条的“国有公司、企业、事业单位人员失职罪”。行为人先后以不同身份造成国家利益损失的,分别符合完全不同的犯罪构成,理当认定为两个独立的犯罪。

此外,除了单一的选择性要素外,选择性罪名中还存在着行为、对象、主体等同时作为选择性要素的情况。^④对于这种具有混合型选择性要素的罪名,笔者认为其均为虚假的选择性罪名,不能当然以一罪论处。以《刑法》第127条“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪”为例,本罪名包括5种行为方式和3种行为对象,系行为和对象的同时选择。虽然同样行为针对不同对象或不同行为针对同一对象,根据刑法理论都可以将其按一罪论处,但是在行为人对不同对象实施不同行为的场合,以一罪评价就难言妥当。例如,行为人非法制造枪支,又非法邮寄爆炸物,如果合并为“非法制造、邮寄枪支、爆炸物罪”一罪,那么显然无法看出行为与对象的对应关系。只有以“非法制造枪支罪”和“非法邮寄爆炸物罪”数罪并罚才能准确反映案件事实,才可以做到罪刑相适应。

四、区分真、假选择性罪名的意义及对虚假的选择性罪名的整合

有论者认为,选择性罪名与其他罪名的区分是相对的,并且是相互转化的。从法律解释的角度看,选择性罪名的确定并没有什么刚性的标准,不应夸大选择性罪名的作用。^⑤笔者并不完全同意这一观点。或许最高司法机关在确定罪名时未必对每一个罪名都深思熟虑,其所确立的一

① 参见任彦军:《论选择性规范中的罪数》,《淮海工学院学报》(社会科学版)2011年第5期。

② 参见牛忠志:《包庇黑社会性质组织罪与纵容黑社会性质组织罪是并列罪名》,《法学论坛》2010年第3期。

③ 参见张惠芳、周琴、尹渝钧:《正确适用选择性罪名探讨》,《法律适用》2014年第11期。

④ 参见胡云腾:《论社会发展与罪名变迁——兼论选择性罪名的文书引用》,《东方法学》2008年第2期。

⑤ 参见胡云腾:《论社会发展与罪名变迁——兼论选择性罪名的文书引用》,《东方法学》2008年第2期。

些选择性罪名也可能名不副实。但这并不意味着选择性罪名与其他罪名之间没有明确的界限,也不意味着虚假的选择性罪名与真正的选择性罪名可以互相替代。实际上,真正的选择性罪名具有“可合可分不并罚”的特点,这一点明显有别于其他罪名。区别虚假的选择性罪名与真正的选择性罪名不仅在理论上是必要的,在实践中也有其现实意义。以下试举几例:

一是关于既遂未遂的认定。在以行为为选择性要素的情形下,当出现部分行为既遂、部分行为未遂时,如何处理?对于虚假的选择性罪名,如行为人盗窃枪支既遂,又抢夺枪支未遂的,根据上文的分析,对此应当分别定“盗窃枪支罪”(既遂)和“抢夺枪支罪”(未遂),数罪并罚。而对于真正的选择性罪名,如行为人为贩卖毒品而运输,运输行为完成但贩卖行为未遂的,对此理论上有不同的处理意见:有的主张定“贩卖、运输毒品罪”,全案未遂;有的主张定“贩卖、运输毒品罪”,全案既遂;也有的主张只按既遂部分定一罪,还有的主张未遂部分与既遂部分分别定罪,数罪并罚。^①对于类似的案件,实践中也存在不同的做法。例如,在“傅某某非法收购、出售珍贵、濒危野生动物案”^②中,被告人傅某某购买凤头鹰(属国家二级保护动物)后,欲转让他人,但在交易过程中被抓获。公诉机关以“非法出售珍贵、濒危野生动物罪”(未遂)提起公诉。而一审法院则认为:被告人傅某某向他人非法收购珍贵、濒危野生动物的行为已经完成,属犯罪的既遂形态,其后续的非法出售行为由于客观原因尚未完成,属犯罪的未遂形态,对被告人傅某某本应分别以“非法收购珍贵、濒危野生动物罪”和“非法出售珍贵、濒危野生动物罪”(未遂)给予评价,但由于本案是选择性罪名,即使被告人的行为触犯数个罪名,也应以既遂形态的一个罪名给予评价和定性。故公诉机关指控被告人构成犯罪未遂的定性不当,并予以纠正。又如,在“何某某等购买、运输、出售假币案”^③中,被告人共同购买假币后,又运输至事先联系地点准备交易,但因被查获而未完成。对此,公诉机关指控被告人犯“购买、运输假币罪”和“出售假币罪”(未遂),应予数罪并罚。而人民法院则认为:被告人虽有未得逞的出售假币的行为,但从选择性罪名的定罪原则和针对全案科学量刑的考虑,应对被告人以“购买、运输假币罪”(既遂)一罪定罪处罚,并在量刑时考虑其出售未遂的情节予以从重确定刑罚。笔者认为既然在真正的选择性罪名中,作为选择性要素的行为是前后相继的,前后行为之间本身就具有不可罚的事前(后)行为的特点,那么在部分行为既遂、部分行为未遂的情况下,仅以既遂行为确定罪名即可。故上述有关贩卖、运输毒品的案例应以“运输毒品罪”(既遂)一罪论。只不过在量刑时应考虑贩卖毒品未遂的情节。由此可以看出,在既遂未遂的认定上,真、假选择性罪名在处理方式上是不同的。

二是关于对象认识错误的处理。由于部分虚假的选择性罪名具有实质的数罪的特征,因此在发生对象认识错误时,应按照抽象的事实错误处理,一般应认为阻却故意的成立。以《刑法》第369条第1款的“破坏武器装备、军事设施、军事通信罪”为例,“武器装备”“军事设施”与“军事通

① 参见《走私、贩卖、运输、制造毒品罪如何适用选择性罪名》,《检察日报》2002年7月18日;张亚平、王东风:《论选择性罪名的适用》,《天中学刊》2004年第1期;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。

② 参见广东省惠东县人民法院(2019)粤1323刑初430号刑事判决书。

③ 参见胡乾锋:《选择性罪名中既遂与未遂并存时应定既遂犯罪》,《人民司法》2012年第14期。

信”并不具有等价性,应当分属不同的犯罪构成。^① 如果行为人意图破坏武器装备,但实际破坏了军事通信,那么应按想象竞合犯的处理原则以“故意破坏武器装备罪”(未遂)和“过失损坏军事通信罪”,从一重罪处断。而在真正的选择性罪名中,由于作为选择性要素的对象具有同质性,对其认识错误属于具体的事实错误,因此按照“法定符合说”,此种错误不影响故意的认定与既遂的成立。^② 故误以为是儿童而拐卖而实际上拐卖的是妇女的,应直接认定为“拐卖妇女罪”既遂。从中可以看出,不准确地界定选择性罪名的范围,可能导致将原本属于抽象的事实认识错误当作具体的事实认识错误,造成对被告不利的处罚后果,违反责任主义。而与此相反,将原本属于具体的事实认识错误的当作抽象的事实认识错误处理,就会形成处罚空隙,从而损害刑法的保护机能。^③

三是关于特殊自首的认定。《刑法》第 67 条第 2 款规定了特殊自首制度。根据该款规定,对“如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的”,以自首论。对于何为“其他罪行”,相关司法解释的立场是以罪名作为认定标准。只有所供述的罪行与司法机关掌握的罪行在罪名上是不同的,才属于“其他罪行”。但如果供述的犯罪与司法机关掌握的犯罪属于选择性罪名的,应认定为同种罪行,不能以“自首论”。^④ 笔者认为,从鼓励自首的角度看,不宜过严限缩自首的成立条件。此处司法解释中的“选择性罪名”应从实质上把握,其范围仅限于真正的选择性罪名。而对于那些具有实质数罪特点的虚假的选择性罪名,应当认定为不同罪行。例如,行为人因涉嫌盗窃枪支被采取强制措施后,又如实供述了抢夺枪支的犯罪事实,抢夺枪支与盗窃枪支并不属于“同种罪行”,可以成立特别自首。

此外,在数额计算、共犯的认定等问题上,虚假的选择性罪名与真正的选择性罪名也存在认定上的差异。限于篇幅,本文不再展开。综上,虚假的选择性罪与真正的选择性罪名虽然“外观”相似,但性质迥异,应予区别。为避免虚假的选择性罪名被误认为是真正的选择性罪名,有必要对虚假的选择性罪名予以一定的整合,以还原其单一罪名或并列罪名的本来面貌。对此可以考虑从以下几个方面入手:

首先,恰当合并选择性要素。选择性要素具有同一关系的,应当将其合并为单一要素。例如,《刑法》第 341 条第 1 款罪名中的“珍贵、濒危野生动物”可以合并为“国家重点保护野生动物”。使用这一概念,可以避免产生关于野生动物究竟属于“珍贵”还是“濒危”的不必要的争议,同时也有利于准确界定本罪的保护范围,既然国家对“珍贵、濒危野生动物”的认定依据是“国家

① 针对本款规定,有学者就指出:在军事领域,“军事通信”作为专业术语,是指为军事目的而运用通信工具或其他方法进行的信息传递活动,而不仅仅是特定的设施或装备。故破坏“军事通信”不同于破坏“武器装备”和“军事设施”,有必要对现有的罪名予以分解。参见曾志平:《“危害国防利益罪”中的若干概念辨析》,《西安政治学院学报》1999 年第 4 期。

② 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社 2021 年版,第 366 页。

③ 参见张明楷:《法定刑升格条件的认识》,《政法论坛》2009 年第 5 期。

④ 2010 年《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第 3 条规定:“犯罪嫌疑人、被告人在被采取强制措施期间如实供述本人的其他罪行,该罪行与司法机关已掌握的罪行属同种罪行还是不同种罪行,一般应以罪名区分。虽然如实供述的其他罪行的罪名与司法机关已掌握犯罪的罪名不同,但如实供述的其他犯罪与司法机关已掌握的犯罪属选择性罪名或者在法律、事实上密切相关,如因受贿被采取强制措施后,又交代因受贿为他人谋取利益行为,构成滥用职权罪的,应认定为同种罪行。”

重点保护野生动物名录”,那么用“国家重点保护野生动物”的表述岂不更清晰明了?并且,这一表述也与《刑法》第 344 条罪名中的“国家重点保护植物”的表述协调一致。对于选择性要素是包含关系的,可以考虑在罪名中仅保留“属要素”。例如,以“生产、销售伪劣产品罪”为例,由于本罪的实行行为只是销售行为,因此可以将该罪名修改为“销售伪劣产品罪”。再如,以“损害商业信誉、商品声誉罪”为例,损害他人商品声誉也是对他人商业信誉的损害,故可以将该罪确定为“损害商业信誉罪”或“损害商誉罪”。

其次,对于以“列举+兜底”型的罪状,应以“兜底”的要素确定单一罪名,而不宜根据列举中的要素确定选择性罪名。例如,《刑法》第 174 条的罪状表述为“……擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的……”最高人民法院和最高人民检察院没有采用选择性罪名的方式将本罪罪名确定为“擅自设立商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司、金融机构罪”,而是将其精简为“擅自设立金融机构罪”,这无疑是正确的。但最高人民法院和最高人民检察院并未将这一做法贯彻始终。例如,《刑法》第 205 条的罪状表述为“虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的……”这也是典型的“列举+兜底”的罪状模式,应按兜底要素确定单一罪名,但最高人民法院和最高人民检察院将该罪名确定为“虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪”,既烦琐又不科学,宜修改为“虚开专用发票罪”。再如,《刑法》第 282 条第 2 款的罪状表述为“非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品的……”该罪的现行罪名为“非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪”,但“文件”“资料”本就属于“物品”的范畴,没有必要将其确定为选择性罪名,宜将该罪名修改为“非法持有涉密物品罪”。

再次,合理使用并列罪名。并列罪名是指数个性质相同或相近的罪名并列规定在一个条文中,对其只能分开使用而不能合并使用。同时触犯同一个条文中的数个并列罪名的应当数罪并罚,而不能以一罪论处。虽然并列罪名与选择性罪名在适用效果上完全不同,但从立法中的罪状表述看,二者几乎没有差异。如何确定罪名,取决于司法机关对罪状的概括与提炼。例如,《刑法》第 358 条第 1 款规定的罪状为“组织、强迫他人卖淫的”,表面上看,完全可以以行为作为选择性要素,将该罪名确定为“组织、强迫卖淫罪”。理论上也确实有论者主张本罪为选择性罪名。^①但在法益侵害上,组织卖淫与强迫卖淫并不具有相当性,后者显然更为严重,因其还违背了他人意志、侵害了他人的人身权利。故最高人民法院和最高人民检察院以并列罪名的形式,将其确定为“组织卖淫罪”和“强迫卖淫罪”两个罪名。应当认为,这一做法是合理的。遵循这样的思路,对于那些具有实质数罪特征的虚假的选择性罪名都可以按照并列罪名予以整合。例如,《刑法》第 122 条的“劫持船只、汽车罪”可以修改为“劫持船只罪”“劫持汽车罪”,《刑法》第 237 条第 1 款的“强制猥亵、侮辱罪”可以修改为“强制猥亵罪”“强制侮辱罪”,《刑法》第 294 条第 3 款的“包庇、纵容黑社会性质组织罪”可以修改为“包庇黑社会性质组织罪”“纵容黑社会性质组织罪”,《刑法》第 310 条的“窝藏、包庇罪”可以修改为“窝藏罪”“包庇罪”,《刑法》第 329 条第 1 款的“抢夺、窃取国有档案罪”可以修改为“抢夺国有档案罪”“盗窃国有档案罪”,《刑法》第 446 条的“战时残害居民、掠夺居民财物罪”可以修改为“战时残害居民罪”“战时掠夺居民财物罪”等。

^① 参见周峰、党建军、陆建红等:《〈关于审理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2017 年第 25 期。

最后,审慎使用概括罪名。概括罪名是指其包含的犯罪构成的具体内容复杂,反映出多种具体行为类型,但只能概括使用而不能分开使用的罪名。^① 晚近以来,最高司法机关对概括罪名似乎青睐有加,倾向于将罪数把握困难的同条(款)多罪确定为统一的概括罪名。例如,《刑法》第253条之一原为“出售、非法提供公民个人信息罪”和“非法获取公民个人信息罪”两个独立的罪名,《刑法修正案(九)》修订后,这两个罪名被统一整合为“侵犯公民个人信息罪”。再如,对于《刑法修正案(十一)》新增的《刑法》第355条之一有关使用兴奋剂的规定,如果参考与之类似的《刑法》第353条的罪名(“引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪”“强迫他人吸毒罪”),那么《刑法》第355条之一的罪名本可以确定为“引诱、教唆、欺骗他人使用兴奋剂罪”和“组织、强迫他人使用兴奋剂罪”两个选择性罪名(其中后者属于虚假的选择性罪名)。但最高人民法院和最高人民检察院最终确定的罪名为“妨害兴奋剂管理罪”。这一概括罪名虽然通俗简明,也避免了罪数形态的纠结,但与之前的《刑法》第353条的罪名相对比,明显缺乏整体协调。并且这一罪名也无法反映出引诱、教唆、欺骗、组织、强迫等行为的性质差异,在罪名的准确性上恐也有所欠缺。同样,最高人民法院和最高人民检察院对《刑法》第341条第1款原有的两个罪名予以整合,概括为一个统一的“危害珍贵、濒危野生动物罪”。虽然该罪名中的“危害”可以涵盖非法猎捕、杀害、收购、运输、出售等行为,但该罪名中的“珍贵、濒危野生动物”却无法完全对应本款罪状中的“珍贵、濒危野生动物及其制品”,在这一点上,修订后的罪名仍欠妥当。考虑到野生动物与野生动物制品都可以评价为“野生动物资源”,结合上文分析,笔者主张,本款的罪名可统一确定为“危害国家重点保护野生动物资源罪”。

Abstract: Selective charges can be divided into real selective charges and false selective charges. The characteristic of real selective charges is “combined or divided with non—joint punishment”. Therefore, logically speaking, when the selective elements are in the same relation, inclusive relation or cross relation, the charges are false selective charges. Meanwhile, in the case where the selective element is in total—difference—relationship, whether they are true selective charges or not should be further judged; Only those whose legal interest infringement is equivalent and no need to combined the punishment are real selective charges. Otherwise, they are false ones. It is not only possible in theory, but also very necessary in judicial practice to distinguish selective charges. The false selective charges should be integrated in order to restore their true features as single charges or joint charges.

Key Words: selective charges, false selective charges, selective elements, combined punishment for several crimes, charge integration

责任编辑 田国宝

^① 参见张明楷:《刑法学》(下),法律出版社2021年版,第857页。