

# 竞合处断原则探究

兼与周光权、张明楷二位教授商榷

陈洪兵<sup>\*</sup>

**摘要** 只有包容、交叉关系的法条之间才能成立法条竞合,而想象竞合的成立与法条关系无关,完全取决于偶然的案件事实“激活”法条之间的关系。法条竞合的本质是犯罪构成要件的重合,旨在防止重复评价,而想象竞合的本质是法益侵害事实(结果)的叠加,旨在避免遗漏评价和双重处罚。法条竞合中被排除的法条(劣位法)也能发挥作用,想象竞合的所谓“明示机能”不过是犯罪事实的查明与宣告;只要查明了全部案件事实并在判决书中予以宣告,并从一重处罚,严格区分法条竞合与想象竞合已然失去意义。刑法分则中“本法另有规定的,依照规定”不过是提醒适用重法的补充性条款,并非特别关系法条竞合适用原则的重申。《刑法修正案(九)》中“同时构成其他犯罪”条款的大量增设,说明立法者已经厌倦了是“特别法优先”还是“重法优先”的无谓争论,认可了无论法条竞合还是想象竞合,均从一重处罚。

**关键词** 法条竞合 想象竞合 特别法优先 重法优先

## 一、问题的提出

2008年4月间,陈某在天津市蓟县“婆媳山庄”西侧山上林地内,盗挖村集体所有的油松8棵后变卖。经鉴定,所盗油松立木材积为1.8立法米,价值1.2万元。<sup>[1]</sup>司法实践中,盗伐林木2至5立方米,才能达到盗伐林木罪数量较大的立案标准,而盗窃财物价值1000元至3000元以上即达盗窃罪数额较大的定罪起点。本案中,陈某的行为未达盗伐林木罪立案标准但超

<sup>\*</sup> 南京师范大学法学院教授。本文系“江苏高校优势学科建设工程资助项目”的成果之一。

[1] 参见林卫清:“一起盗伐林木案的认定”,载《检察日报》2011年2月17日,第3版。

过了盗窃罪定罪起点,能否以盗窃罪定罪处罚?如果陈某盗伐林木数量特别巨大,而且林木本身的财产价值远远超过盗窃罪数额特别巨大的法定刑升格标准,能否弃轻法盗伐林木罪(法定最高刑为十五年有期徒刑),而以重法盗窃罪最重判处无期徒刑?盗伐林木罪与盗窃罪之间,是法条竞合还是想象竞合?若认为是法条竞合,而且属于特别关系的法条竞合,是应坚持特别法优先,还是允许重法优先?这些可谓中国式的刑法竞合问题。〔2〕

国内学者对法条竞合的关注肇始于上世纪八十年代初发生在四川省岳池县的粟登荣制造、贩卖假药案。冯亚东教授与肖开权教授围绕此案,就“根据特别法定罪量刑不能做到罪刑相适应时,能否撇开‘特别法优于普通法’适用原则,转而适用‘重法优于轻法’原则”的问题,首开战。〔3〕之后,“特别法优先”与“重法优先”两大阵营之间的战火愈演愈烈。近年来则以周光权教授与张明楷教授的立场为代表。两种立场的主要分歧在于:在特别关系法条竞合的场合,是特别法绝对优先还是允许有条件的重法优先,以及在数额未达司法解释所确定的特殊诈骗罪定罪标准但超过(普通)诈骗罪时,能否以诈骗罪定罪处罚。〔4〕目前学界基本上形成了以陈兴良教授、刘明祥教授、周光权教授、车浩博士为代表的特别法绝对优先的通说派,〔5〕与以张明楷教授、吴振兴教授、庄劲博士为代表的有条件的重法优先派〔6〕之间针锋相对的局面。

法条竞合与想象竞合是罪数论与竞合论共同的核心问题。一般认为,特别关系法条竞合的适用原则是所谓“特别法优于普通法”(以下简称“特别法优先”),而想象竞合适用原则为“从一重处断”,于是我国刑法理论与实务长期致力于二者的区分研究。〔7〕可是,我们应否以及能否严格区分法条竞合与想象竞合?《刑法修正案(九)》(以下简称《修九》)陡增八处“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”的类似条款,是否说明,立法者已经厌倦了理论界在有关特别关系法条竞合适用原则上的“特别法优先”还是“重法优先”的无谓争论?这些问题无疑值得我们认真反思!

## 二、法条(构成要件)关系梳理

“只有理顺了法条关系,才能明确其中的哪些情形可能成立法条竞合,哪些情形不可能成

〔2〕 参见王强:“法条竞合特别关系及其处理”,《法学研究》2012年第1期,页144。

〔3〕 参见冯亚东:“论法条竞合下的从重选择”,《法学》1984年第4期,页22-24;肖开权:“法条竞合不能从重选择——与冯亚东同志商榷”,《法学》1984年第8期,页19-20;冯亚东:“法条竞合可以从重选择——与肖开权同志再商榷”,《法学》1984年第12期,页10-11。

〔4〕 参见周光权:“法条竞合的特别关系研究:兼与张明楷教授商榷”,《中国法学》2010年第3期,页158;张明楷:“法条竞合中特别关系的确定与处理”,《法学家》2011年第1期,页29。

〔5〕 参见陈兴良:“法条竞合的学术演进:一个学术史的考察”,《法律科学》2011年第4期,页66;刘明祥:“嫖宿幼女行为适用法条新论”,《法学》2012年第12期,页137;周光权,见前注〔4〕,页163;车浩:“强奸罪与嫖宿幼女罪的关系”,《法学研究》2010年第2期,页141-142。

〔6〕 参见张明楷,见前注〔4〕,页36;吴振兴:《罪数形态论》,中国检察出版社1996年版,页171;庄劲:《犯罪竞合:罪数分析的结构与体系》,法律出版社2006年版,页131。

〔7〕 参见张明楷:“法条竞合与想象竞合的区分”,《法学研究》2016年第1期,页127。

立法条竞合”。〔8〕换言之,法条关系,即犯罪构成要件之间的关系是决定成立法条竞合还是想象竞合以及何种类型法条竞合的前提和基础。

德国学者 Klug 早在 1956 年就将犯罪构成要件之间的关系分为异质关系、同一关系、从属关系、交错关系四种类型。〔9〕我国台湾地区学者柯耀程将犯罪间的关系分为异质关系、交集关系、内含关系三种。〔10〕大陆学者张明楷认为,刑法规定的具体犯罪类型之间的关系主要存在排他关系(或对立关系、异质关系)、同一关系、中立关系、交叉关系、特别关系以及补充关系六种类型。〔11〕还有学者指出,法条上各罪名间的关系主要有完全的绝对排斥异质关系、个别构成要件上的交叉关系、干涉关系即局部上的交叉关系、包容从属关系以及等同关系五种类型。〔12〕另有学者声称,犯罪构成要件之间“主要存在同一关系、排斥关系、包容关系、交叉关系四种逻辑关系”。〔13〕此外,还有学者明确主张“互斥论”,认为所有犯罪之间都是全异、排他关系。〔14〕

很显然,两个法条规定的犯罪类型完全相同的所谓同一关系(即同圆关系),不可能存在于同一刑法体系之内,而只可能存在于国际刑法中。〔15〕笔者认为,从外延上看,我国刑法规定的法条(犯罪构成要件)之间,可能存在中立关系、对立关系、包容关系以及交叉关系四种类型。

所谓中立关系,是指两个罪名从构成要件的内涵看,没有重合的部分,从外延上看,呈现两个独立圆关系(如图一);完全是因为具体、偶然的案件事实,“激活”了二罪之间的关系,比如故意杀人罪与盗窃罪,强奸罪与故意毁坏财物罪。有观点认为,发生想象竞合的两个罪名之间必然存在某种交集,否则不可能竞合。〔16〕这种看法并不符合事实。例如,虽然盗窃他人的急救药品(假定价值数额较大)会使盗窃罪与故意杀人罪“巧遇”,但二罪构成要件本身并没有什么关联。还有学者认为,想象竞合犯“所涉数个犯罪构成之间不存在内涵上的包含关系”。〔17〕这也过于绝对。例如,从逻辑上看,盗窃枪支罪与盗窃罪之间,以及杀害尊亲属罪(我国台湾地区“刑法”至今仍有规定)与故意杀人罪之间,原本存在包含关系,但在明知警察挎包中既有钱又有枪而盗窃的情况下,通常会认为成立盗窃枪支罪与盗窃罪的想象竞合犯。〔18〕看到父亲身后站着他人仍不失时机地开枪射杀而一枪打死两人的,也会认为成立杀害尊亲属罪与故意

〔8〕 张明楷,见前注〔7〕,页 129。

〔9〕 Vgl. Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 68 (1956), 399, 403ff. 转引自许玉秀:《当代刑法思潮》,中国民主法制出版社 2005 年版,页 776—779。

〔10〕 参见柯耀程:《刑法竞合论》,中国人民大学出版社 2008 年版,页 110—114。

〔11〕 参见张明楷:“犯罪之间的界限与竞合”,《中国法学》2008 年第 4 期,页 87—88。

〔12〕 参见陈珊珊:“法条竞合的内涵与处断规则探析:以嫖宿幼女罪与强奸罪的法条竞合关系为例”,《中国刑事法杂志》2013 年第 7 期,页 38。

〔13〕 黄京平、陈毅坚:“法条竞合犯的类型及其法律适用”,《中国刑事法杂志》2007 年第 4 期,页 20。

〔14〕 参见周铭川:“论犯罪之间的界限:与张明楷教授商榷”,《交大法学》2013 年第 2 期,页 124。

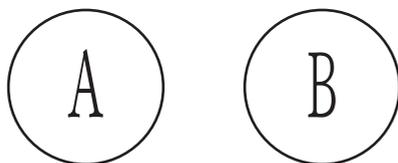
〔15〕 参见张明楷,见前注〔11〕,页 87。

〔16〕 参见吕英杰:“刑法法条竞合理论的比较研究”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第 23 卷),北京大学出版社 2008 年版,页 478。

〔17〕 王明辉、唐煜枫:“非并罚数罪研究”,《法商研究》2010 年第 1 期,页 55—56。

〔18〕 参见丁慧敏:“想象竞合的功能及其存在根据”,《现代法学》2013 年第 3 期,页 133。

杀人罪的想象竞合犯。所以,成立想象竞合犯的两个犯罪构成要件之间,并不需要事先存在特别的关系。不过,处于中立关系的罪名之间,只可能发生想象竞合,而不可能形成法条竞合。



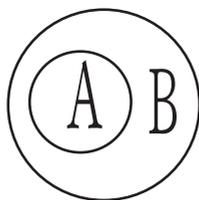
图一

所谓对立关系,是指犯罪构成要件的外延之间呈现一个圆的两半、非此即彼的反对关系(如图二),如盗窃罪与侵占罪。不过,这种所谓对立、排斥关系,只是就构成要件本身而言的。为了防止在认识错误、事实不明、共犯过限时出现处罚漏洞,往往需要将犯罪构成要件之间解释为一种规范上的包含关系,而不是泾渭分明、势不两立的“互斥”关系,所以“互斥论”存在疑问。<sup>[19]</sup>



图二

所谓包容关系,是指一罪构成要件的内涵完全包含了另一罪构成要件的内涵,在外延上二罪呈现大小圆的关系(如图三);当行为符合A罪构成要件时,必然同时符合B罪构成要件,反之则不然。<sup>[20]</sup>这种关系就是学界常称的包含、包摄、从属关系、特别关系。例如,我国刑法规定的保险诈骗罪与诈骗罪,域外刑法规定的杀害尊亲属罪与故意杀人罪。需要注意的是,所谓大小圆、全包含,是仅就外延而言的;从内涵而言,大小圆关系就会完全颠倒过来,即,内涵丰富的法条“逆袭”成为大圆。例如,就外延而言,诈骗罪是大圆,保险诈骗罪是小圆,若从内涵而言,保险诈骗罪就是大圆,诈骗罪则屈居为小圆。笔者倾向于将这种关系称作包容关系。之所以舍弃根据内涵大小所称的特别关系而直接根据逻辑关系称为包容关系,是因为学界总是将逻辑上的包容关系与所谓特别法优先的法条竞合适用原则做硬性捆绑。

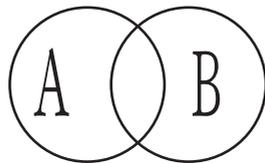


图三

[19] 参见蔡圣伟:“论排他互斥的犯罪构成要件”,《东吴法律学报》2010年第4期,页9;黄荣坚:《基础刑法学》(下),中国人民大学出版社2009年版,页589—590。

[20] 参见(日)平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,页411。

所谓交叉关系,是指构成要件内涵存在部分重合、外延呈现交叉圆的关系(如图四)。<sup>[21]</sup>也就是说,A罪构成要件是B罪构成要件的一部分,但实施A罪并不必然触犯B罪,反过来也是一样。这种关系在刑法中普遍存在,例如招摇撞骗罪与诈骗罪,交通肇事罪与过失致人死亡罪,妨害公务罪与故意伤害罪,虐待罪与故意伤害罪。笔者将这种外延上呈现交叉关系的法条关系从特别关系中独立出来,也是为了免遭“特别法优先”与“重法优先”之争的战火“涂炭”。



图四

综上,我国刑法规定的法条(犯罪构成要件)之间的关系仅表现为中立、对立、包容、交叉四种类型。包容、交叉关系其实就是犯罪构成要件之间存在重合的部分。所谓可能形成法条竞合的只有包容、交叉关系,<sup>[22]</sup>以及法条竞合的本质是犯罪构成要件的竞合,<sup>[23]</sup>均说明犯罪构成要件本身存在部分重合正是法条竞合的前提与基础。诚如德国学者耶塞克所言:“法条单一……至少以构成要件的行为部分重叠为前提。”<sup>[24]</sup>而想象竞合的成立,与法条或者构成要件本身的关系无关,完全是因为一个行为造成了数个法益侵害事实(结果),而偶然“激活”了可能本不相干的数个犯罪构成要件之间的关系。所以,法条竞合纯属法条选择适用的问题,而想象竞合系犯罪事实的查明与宣告的问题,本不应有什么瓜葛。

### 三、特别关系法条竞合适用原则

#### (一)“特别法优先”抑或“重法优先”

一般认为,法条竞合可以分为包容关系的法条竞合与交叉关系的法条竞合,前者遵循“特别法优于普通法”即“特别法优先”的适用原则,后者遵循“重法优于轻法”的适用原则。<sup>[25]</sup>不

[21] 同上注,页411。

[22] 参见(日)山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年版,页366;张明楷:《刑法分则的解释原理》(下),中国人民大学出版社2011年版,页683;古加锦:“金融诈骗罪的罪数形态探析”,《政治与法律》2014年第2期,页29。

[23] 参见左坚卫:“法条竞合与想象竞合区分标准之评析与重建”,《华南师范大学学报》(社会科学版)2009年第6期,页111;齐晓伶:“法条竞合之法条关系探析”,《兰州大学学报》(社会科学版)2010年第3期,页109。

[24] Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S.734.

[25] 参见付立庆:“论抢劫罪与强拿硬要型寻衅滋事罪之间的关系:以孙某寻衅滋事案为切入点”,《法学》2015年第4期,页115;古加锦,见前注[22],页29。

过,近年来有权威学者对“特别法优先”的特别关系法条竞合适用原则提出质疑。例如,张明楷教授提倡有条件的重法优先(以下简称“重法优先”),认为当行为触犯的是同一法律的普通法条与特别法条,特别法条规定的法定刑明显轻于普通法条规定的法定刑时,而且缺乏减轻处罚的根据,只要不存在“本法另有规定的,依照规定”这种禁止适用普通法的明文规定,就可适用普通法条即重法定罪量刑。<sup>[26]</sup>

张教授上述“重法优先”论,近年来受到很多学者的质疑。例如,陈兴良教授指出,“既然立法者已经将特殊法独立加以规定,就应该严格依法办事,不能由司法机关司法人员随意选择。”<sup>[27]</sup>刘明祥教授认为,只有适用特别法条的规定,才符合立法精神,才可能实现立法目的;如果以该条规定的处罚过轻为由,适用处罚更重的其他法条,就明显违反罪刑法定原则。<sup>[28]</sup>周光权教授称,“法条竞合概念意味着只要存在特别关系,特别法条的适用优先性是无可动摇的,而无须过问特别法条的刑罚轻重”。<sup>[29]</sup>蔡道通教授言道,“重法补充适用说可能会直接导致司法的越权,进而危及罪刑法定原则的人权保障基础。”<sup>[30]</sup>车浩博士亦认为:司法者故意搁置和架空某一个他自己认为罪刑不相适应的特别条款并转而适用普通条款的作法是比类推更隐蔽也更严重的对罪刑法定原则的破坏,对此应该拒绝。<sup>[31]</sup>

可以说,目前“特别法优先”与“重法优先”之间的论争,事实上已经演变成罪刑法定原则与罪刑相适应原则之争。<sup>[32]</sup>“特别法优先”论认为,特别法条规定的是一种特殊的行为类型,具有定型性,弃特别法而适用普通法,违反了罪刑法定原则。<sup>[33]</sup>而“重法优先”论反驳认为,我国刑法中规定特别法条的法定刑轻于普通法条,如保险诈骗罪,并无减轻的根据,这类特别法条并不属于国外刑法中的同意杀人罪、生母杀婴罪等所谓封闭的特权条款,因而只要刑法分则中不存在“本法另有规定的,依照规定”这类明文规定,为了实现罪刑相适应,就必须适用普通法条即重法定罪量刑;而且,“罪”与“刑”本身都是刑法事先明文规定的,适用重法并不存在违反罪刑法定原则的问题。<sup>[34]</sup>

笔者以为,所谓行为类型、行为定型,其实似是而非。说金融诈骗行为就不再是诈骗行为,就如同说男人不再是人一样。其他金融诈骗罪的法定最高刑均为无期徒刑,实在看不出保险

[26] 参见张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,页320。“重法优先”论也不乏支持者,参见付立庆:“交叉式法条竞合关系下的职务侵占罪与盗窃罪:基于刑事实体法与程序法一体化视角的思考”,《政治与法律》2016年第2期,页48—49。

[27] 陈兴良,见前注[5],页66。

[28] 参见刘明祥,见前注[5],页138。

[29] 周光权,见前注[4],页163。

[30] 蔡道通:“特别法条优于普通法条适用:以金融诈骗犯罪行为类型的意义为分析视角”,《法学家》2015年第5期,页37。

[31] 参见车浩,见前注[5],页141—142。

[32] 参见陈兴良,见前注[5],页65—66;付恒、张光云:“论兼具‘法条竞合与想象竞合色彩’的个案之断原则”,《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2015年第8期,页107。

[33] 参见蔡道通,见前注[30],页29;周光权,见前注[4],页158。

[34] 参见张明楷,见前注[4],页36。

诈骗罪的法定最高刑仅为十五年有期徒刑具有合理性,也难以明白为何保险诈骗罪的主体实施保险诈骗,相对于非保险诈骗罪的主体诈骗保险公司的财产而言,应当享受处刑的优待(前者以保险诈骗罪最高处十五年有期徒刑,后者以诈骗罪最高可处无期徒刑)。同样,也说不清楚何以盗伐成片森林的以盗伐林木罪最高仅处十五年有期徒刑,而盗窃他人已经伐倒的原木或者偷砍他人房前屋后、自留地种植的零星树木的,以盗窃罪最高可处无期徒刑。<sup>[35]</sup> 所以,“特别法优先”论要么不过是一种简单的、过于形式的法律实证主义的观点,<sup>[36]</sup> 要么不负责任地将责任推给立法者。<sup>[37]</sup>

需要指出的是,无论“特别法优先”论还是“重法优先”论,都无法回避对刑法分则中第 149 条以及“本法另有规定的,依照规定”的条款性质的理解。

## (二)《刑法》第 149 条只是注意性规定

《刑法》第 149 条第 1 款规定:“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品,不构成各该条规定的犯罪,但是销售金额在五万元以上的,依照本节第一百四十条的规定定罪处罚。”第 2 款规定:“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品,构成各该条规定的犯罪,同时又构成本节第一百四十条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”该条规定很受“重法优先”论的“青睐”,视之作为一种注意性规定,而“特别法优先”论认为其是一种特殊、例外规定。<sup>[38]</sup>

刑法分则第三章第一节将伪劣商品分为两类:一类是药品、食品、医用器材、电器、农药、化妆品等特殊伪劣产品。生产、销售特殊伪劣产品所侵害的法益主要是消费者的人身安全或者国家的农业安全,因而通常以危及人体健康的程度(伪劣农产品犯罪除外)作为犯罪成立或法定刑升格的标准。另一类是上述特殊伪劣产品之外的普通伪劣产品。生产、销售普通伪劣产品通常只是侵害消费者的财产权和扰乱市场经济秩序,而不会侵害消费者的人身权,故以实际销售伪劣产品的金额作为成立犯罪和法定刑升格的条件。两类伪劣产品性质不同,成立犯罪的要求自然也不同,但特殊伪劣产品也是伪劣产品,生产、销售假药之类的特殊伪劣产品,也会侵害到消费者的财产权和扰乱市场经济秩序。当生产、销售特殊伪劣产品对消费者人身权的侵害达不到值得作为生产、销售特殊伪劣产品犯罪科处刑罚的程度时,如果这种行为对次要法益即消费者财产权的侵害以及市场经济秩序的破坏,达到了值得作为生产、销售普通伪劣产品犯罪科处刑罚的程度时,理所应当以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

例如,甲因不知情而购买了乙价值五万元的伪劣皮鞋,乙的行为构成生产、销售伪劣产品罪,甲受到了刑法的保护。而丙购买了丁价值五万元的劣药,因服用劣药尚未对人体健康造成

[35] 参见 2000 年 11 月 22 日最高人民法院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条。

[36] 参见张明楷,见前注[4],页 40。

[37] 参见肖中华:“也论法条竞合犯”,《法学论坛》2000 年第 5 期,页 92。

[38] 参见陈兴良:《规范刑法学》(上册),中国人民大学出版社 2008 年版,页 279;李翔:“渎职犯罪罪数相关问题探析:兼评《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》”,《法学杂志》2013 年第 12 期,页 81。

严重危害,丁的行为不构成生产、销售劣药罪,若因此宣告丁的行为无罪,则意味着法益受到了更大侵害的丙反而不能受到刑法的保护。因此,即便没有《刑法》第149条第1款的规定,也应如此处理,该款规定可谓注意性规定。

同样的道理,对于虽未达到特殊诈骗罪立案标准,但达到了普通诈骗罪立案起点的诈骗行为,只是说明行为对特殊诈骗罪所保护的主要法益——金融管理秩序的伤害,没有达到值得作为金融诈骗罪科处刑罚的程度,并非表明行为本身不值得科处刑罚。也就是说,如果这种行为对特殊诈骗罪次要法益的伤害——对方财产权的伤害,值得作为诈骗罪科处刑罚,就没有理由不以诈骗罪论处。盗伐林木罪以破坏林木的数量作为犯罪成立的条件,当盗伐林木未达到司法解释所确定的数量较大的标准(2至5立法米),只是说明行为对环境资源的破坏还不值得作为破坏环境资源保护罪科处刑罚,但如果所盗林木的财产价值达到了盗窃罪“数额较大”标准时,没有理由不以盗窃罪定罪处罚,否则,就是对他人林木财产权保护的不公平对待。因此,对于本文开头的“盗伐林木案”中陈某的行为,应以盗窃罪定罪处罚。

特殊伪劣产品犯罪与普通伪劣产品犯罪因所保护法益的侧重点不同,成立犯罪及法定刑升格的条件存在差异。当生产、销售特殊伪劣产品达到了特殊伪劣产品犯罪成立犯罪的要求,但根据行为对次要法益即消费者财产权的侵害和市场经济秩序的破坏,值得以更重的刑罚予以评价时,理所应当以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚,否则,也是对生产、销售普通伪劣产品与生产、销售特殊伪劣产品犯罪行为的歧视性对待。例如,A因不知情购买了B价值五十万元的假药,因尚未对人体健康造成严重危害,也没有其他严重情节,对B以生产、销售假药罪定罪最高只能判处三年有期徒刑。而C因不知情购买了D价值五十万元的伪劣服装,D的行为构成生产、销售伪劣产品罪,可被判处七年以上有期徒刑。两相比较,处罚之不公有目共睹。因此,第149条第2款的规定也不过是“自明之理”,系提醒司法人员注意的注意性规定。

同理,对于本文开头的“盗伐林木案”,如果陈某盗伐林木数量特别巨大,而且林木本身的财产价值也特别巨大,由于活着的林木也属于盗窃罪的对象“公私财物”,故完全可能弃轻法盗伐林木罪而适用重法盗窃罪定罪处罚。

### (三)“本法另有规定的,依照规定”属于提醒适用重法的补充性条款

刑法分则第233条(过失致人死亡罪)、第234条(故意伤害罪)、第235条(过失致人重伤罪)、第266条(诈骗罪)以及第397条(滥用职权、玩忽职守罪)五个条文中,规定了“本法另有规定的,依照规定”。笔者注意到,“特别法优先”论将“本法另有规定的,依照规定”(以下简称“另有规定”)视为一种注意性规定,看作是“特别法优于普通法”的特别关系法条竞合适用原则的法律根据或重申。<sup>[39]</sup>而“重法优先”论往往视之作为一种特殊规定,即禁止适用普通法而必须适用特别法的指示性规定。<sup>[40]</sup>

尽管“特别法优先”论将“另有规定”看作一种注意性规定,但事实上并未贯彻到底。例如,周光权教授一方面在解释《刑法》第234条故意伤害罪中“另有规定”时指出,“这里的另有规

[39] 参见王强,见前注[2],页153;车浩,见前注[5],页140。

[40] 参见张明楷,见前注[22],页703。

定,是指为实施其他犯罪致使他人身体健康受到损害,即刑法分则其他条文中关于‘致人重伤’的规定,应当按照该条文的特别规定定罪处罚,不再适用故意伤害罪的规定。如因抢劫致人重伤的定为抢劫罪;强奸致人重伤的定为强奸罪等。”另一方面,在解释可能包括故意伤害情节的相关犯罪时,要么忽略与故意伤害罪的关系,如打击、报复会计、统计人员罪,抗税罪,要么将暴力行为限定为所谓的轻微暴力,不能包括故意伤害,尤其是不能包括故意重伤行为,如暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪,要么认为与故意伤害罪之间形成想象竞合,如妨害公务罪。<sup>[41]</sup> 值得玩味的是,周光权教授在解释“另有规定”时以抢劫致人重伤、强奸致人重伤为例,而这两个罪名的加重法定刑并不轻于故意伤害罪,因而与“重法优先”论结论一致。但是,将暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪等行为限定为轻微暴力,恐怕存在疑问。因为打几耳光、踹几脚尚且构成犯罪,切掉指头、打断腿的行为反倒不构成暴力干涉婚姻自由罪、虐待罪了吗? 再则,认为以轻伤的方式妨害公务时,妨害公务罪与故意伤害罪成立法条竞合(仅侵害了一个犯罪所保护的法益),而以故意重伤的方式妨害公务时,妨害公务罪与故意伤害罪却成了想象竞合关系(这时又侵害了两个犯罪所保护的法益)。这恐怕也存在疑问。

司法实务的立场也是自相矛盾。例如,有关司法解释一方面坚持认为“国家机关工作人员实施滥用职权或者玩忽职守犯罪行为,触犯刑法分则第九章第三百九十八条至第四百一十九条规定的,依照该规定定罪处罚”,另一方面又认为“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守,因不具备徇私舞弊等情形,不符合刑法分则第九章第三百九十八条至第四百一十九条的规定,但依法构成第三百九十七条规定的犯罪的,以滥用职权罪或者玩忽职守罪定罪处罚”;林业主管部门工作人员以违法发放林木采伐许可证以外的方式滥用职权、玩忽职守,以及林业主管部门工作人员以外的国家机关工作人员,违反森林法的规定,滥用职权或者玩忽职守致使森林遭受严重破坏的,依照滥用职权罪或者玩忽职守罪定罪处罚。<sup>[42]</sup> 问题是,具备徇私舞弊情节的以相关犯罪论处,如招收公务员、学生徇私舞弊罪,最高只能判处三年有期徒刑,而因不具备徇私舞弊情节,不构成徇私舞弊型渎职罪的,以滥用职权罪论处倒有可能最重判处七年有期徒刑。而且,(故意)徇私舞弊招收不合格公务员、学生的,以招收公务员、学生徇私舞弊罪最重只能判处三年有期徒刑,而在招收公务员、学生工作中,玩忽职守(过失)的,倒可能以玩忽职守罪最重判处七年有期徒刑。林业主管部门违法发放林木采伐许可证的,以违法发放林木采伐许可证罪最高只能判处三年有期徒刑,而林业主管部门以其他方式破坏林木资源的,以及林业主管部门以外的国家机关工作人员利用职权破坏森林资源的,以滥用职权、玩忽职守罪,倒有可能最高判处七年有期徒刑(具有徇私舞弊情节的还可能最高判处十年有期徒刑)。这就是机械地理解和坚守“特别法优先”原则所形成的诸多悖论。

[41] 参见周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,页23、75、293、76、79、339。

[42] 参见2012年12月7日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》第二条;2007年5月16日最高人民检察院《关于对林业主管部门工作人员在发放林木采伐许可证之外滥用职权玩忽职守致使森林遭受严重破坏的行为适用法律问题的批复》;2006年7月26日最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》。

解决上述悖论的途径之一,当然是废除刑法分则中的“本法另有规定的,依照规定”。这种规定相当于域外刑法理论所称的补充条款,而补充条款的规定一直备受诟病。例如,我国台湾地区黄荣坚教授就指出,补充条款作用有限,反而误导甚巨,立法上不如全部删除。<sup>[43]</sup> 删除也许是最理想的解决方案。目前,“重法优先”论显然视“本法另有规定的,依照规定”为“绊脚石”。而“特别法优先”论事实上也不能将“另有规定”在解释论中贯彻到底。实际上,我国“另有规定”的规定,具有相当的随意性。在盗窃、抢夺、抢劫、故意毁坏财物罪之外,也存在大量的特殊盗窃、特殊抢夺、特殊抢劫、特殊故意毁坏财物犯罪。“另有规定”,本来不过是立法者的善意提醒,却不经意成为了“画蛇添足”之笔。<sup>[44]</sup>

途径之二,保留“本法另有规定的,依照规定”,但将其把握为国外的提醒适用重法的补充性条款。“在补充关系的场合,只有不存在法定刑更重的犯罪构成要件加以处罚时,才能启用补充构成要件。因此,这种补充构成要件,可谓救援构成要件或者收拾构成要件。”<sup>[45]</sup> 例如,根据《德国刑法》第265a条,<sup>[46]</sup>对于滥用自动装置的案件,符合法定刑更重的盗窃罪构成要件的(如非法从自动售货机中取得财物),优先适用法定刑更重的盗窃罪,余下的部分如滥用自动设备无偿取得服务,才有适用该罪的可能。又如,为了避免侵占罪与其他取得型财产罪之间形成互斥关系而导致处罚漏洞,德国1998年修订刑法时,将侵占罪条文修改为“为自己或第三人侵占他人动产,如行为在其他条款未规定更重之刑罚的,处三年以下自由刑或罚金刑”,从而使“侵占罪成为一切侵害所有权之犯罪类型的基本构成要件”。<sup>[47]</sup> 一般认为,“没有其他更重的刑罚规定予以处罚,可谓补充性条款规定的定式。”<sup>[48]</sup> 我国刑法中除第149条第2款相当于这种提醒适用重法的补充性条款外,第329条抢夺、窃取国有档案罪、擅自出卖、转让国有档案罪第3款“有前两款行为,同时又构成本法规定的其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”,以及第133条之一危险驾驶罪第3款“有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”,也可谓提醒适用重法的补充性条款。值得注意的是,《刑法修正案(九)》增加了八处“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”的类似条款。应该说,这些均属于提醒适用重法的补充性条款。这也从侧面说明了,法条之间存在竞合时,立法者更倾向于适用“重法优于轻法”原则进行简单明快地处理。

我国刑法分则之所以规定“本法另有规定的,依照规定”,是因为在这些基本规定之外,还

[43] 参见黄荣坚,见前注[19],页587。

[44] 参见陈洪兵:“刑法分则中‘本法另有规定的依照规定’的另一种理解”,《法学论坛》2010年第5期,页141。

[45] Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Band II, 2003, S.851f.

[46] 《德国刑法》第265条a关于滥用自动设备罪中规定:“意图无偿地骗取自动售货机或公用通讯网的给付,骗取无偿使用交通工具、或骗取无偿进入某一活动场所或某一机构的入场券的,若在其他规定中未规定更为严厉的刑罚,处1年以下自由刑或罚金刑。”

[47] 蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,台湾元照出版公司2008年版,页421。

[48] Claus Roxin (Fn.45), S.852.

存在为数不少的处罚更重的法条,因而有必要提醒司法人员:为了实现罪刑相适应,不要忽视对重法条的适用。例如,在故意伤害罪之外(故意伤害致死和残忍伤害除外),还存在大量处罚更重的法条,如抢劫致人重伤、强奸致人重伤、劫持航空器致人重伤。在过失致人重伤罪、过失致人死亡罪之外,还存在法定刑更重的包括了过失致人重伤、死亡情节的罪名,如非法拘禁罪、拐卖妇女、儿童罪、组织他人偷越国(边)境罪。1997年刑法中存在因规定有死刑而法定刑重于诈骗罪的集资诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪,<sup>[49]</sup>故有提醒司法人员适用重罪的必要。此外,在第397条滥用职权、玩忽职守罪之外,还存在诸如徇私枉法罪、私放在押人员罪、失职致使在押人员脱逃罪等法定刑更重的罪名,因而也有提醒司法人员适用重法条的必要。

#### (四)“特别法优先”在我国既不是法律规定,亦不是当然之理

目前只有极个别国家在刑法中明文规定“特别法优先”的法条竞合适用原则,而且“特别法优先”也存在例外,如《意大利刑法》第15条规定“当不同的法律或同一刑事法律中的不同条款调整同一问题时,特别法或法律中的特别条款优于普通法或法律中普通条款,法律另有规定的除外”。

“特别法条并不必然具有优先适用的属性”。<sup>[50]</sup>域外法律未明确规定特别法适用优先,理论与实务之所以均承认在特别关系法条竞合的场合特别法适用优先,是因为,这些国家和地区的刑法中均存在作为封闭特权条款的减轻构成要件的规定,如同意杀人罪、生母杀婴罪、义愤杀人罪、亲属盗窃罪。<sup>[51]</sup>而我国,并不存在类似所谓封闭特权条款的减轻构成要件的规定。尽管有人认为保险诈骗罪法定刑低于诈骗罪具有合理性,<sup>[52]</sup>还有人认为“考虑到林木远在山林之中、考虑到林木的笨重、考虑到砍伐林木的劳动付出”,因而盗伐林木罪法定刑轻于盗窃罪也不是没有道理。<sup>[53]</sup>但这种法定刑的设置至少导致与相关犯罪不协调。例如,没有理由认为可能导致社会保障体系崩溃的保险诈骗罪的违法性与有责性轻于信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪。而且,对于骗取保险金因不符合保险诈骗罪主体条件而不成立保险诈骗罪(最高刑为十五年有期徒刑)的,应以诈骗罪定罪处罚(最高可处无期徒刑),<sup>[54]</sup>这与符合保险诈骗罪主体资格的人实施保险诈骗的处罚明显不协调。再则,相关司法解释也认为,盗伐他人房前

[49] 2015年11月1日刑法修正案(九)正式实施之后,金融诈骗类犯罪的死刑规定已经全部废除。

[50] 许鲤燕:“浅议法条竞合中的特别关系:以普通诈骗与金融诈骗的关系处理为例证”,《福建法学》2012年第1期,页64。

[51] 参见(日)川端博:《刑法总论讲义》,成文堂2013年版,页639;(德)冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦:《刑法总论I——犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,页426;(韩)金日秀、徐辅鹤:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社2008年版,页655;林山田:《刑法通论》(下册),北京大学出版社2012年版,页212。

[52] 参见蔡道通,见前注[30],页35;王强,见前注[2],页157。

[53] 参见阮齐林:“对未溢出特别法的行为排斥‘重法优先’规则”,载《检察日报》2011年2月17日,第3版。

[54] 参见张明楷,见前注[26],页761。

屋后、自留地种植的零星树木,以及非法实施采种、采脂、挖笋、掘根、剥树皮等对生态资源破坏较小的行为,以盗窃罪定罪,最重可判处无期徒刑。<sup>[55]</sup>这与盗伐具有生态价值的林木的处罚(盗伐林木罪最高刑为十五年有期徒刑),也明显不协调。

对于我国保险诈骗罪之类所谓“特别法条惟轻”<sup>[56]</sup>的现象,或许可以这样解释:刑法分则配置法定刑的基准在于行为对主要法益的侵害程度,而非对次要法益的侵害。例如,就保险诈骗罪而言,其所保护的主要法益是保险市场秩序,而随着保险市场机制的日益完善,配置十五年有期徒刑就能做到罪刑相适应。一旦保险诈骗行为对次要法益即保险公司财产权的侵害,超出了十五年有期徒刑所能评价的程度时,就应根据行为对次要法益的侵害进行评价,即应以诈骗罪定罪处罚。又如,立法者明知已被查封、扣押、冻结的财物应被视为公共财产(《刑法》第91条第2款),但考虑到非法处置查封、扣押、冻结财产的行为所侵害的主要法益是国家的司法作用,配置三年有期徒刑就能做到罪刑相适应,而一旦行为对次要法益即公共财产权的侵害超出了三年有期徒刑所能评价的程度时,就应以盗窃、诈骗、故意毁坏财物罪等财产罪进行定罪处罚。<sup>[57]</sup>也就是说,“特别法条惟轻”并不是固守特别法优先适用的理由。

“在德国,竞合论的目的就是为了使量刑合理,因此,竞合论并非一种形式化的理论,而是相当实质化的理论。”<sup>[58]</sup>我国刑法中并无域外刑法中属于封闭特权条款的减轻构成要件的规定,倘若无条件地接受作为舶来品的“特别法优先”的法条竞合适用原则,只会给理论和实践带来困扰。

## 四、法条竞合与想象竞合的区分

### (一)区分的意义

我国传统观点认为,区分法条竞合与想象竞合具有重要意义,因为二者适用原则不同:(特别关系)法条竞合的适用原则是所谓“特别法优先”,而想象竞合的适用原则为“从一重处断”。<sup>[59]</sup>随着近年来德、日刑法理论的引入,现在刑法理论认为,区分二者的意义除适用原则不同外,法条竞合中被排除的法条不再发挥作用,而想象竞合被排除的法条还具有所谓的“明白记载功能”(也称“明示机能”)以及轻罪的封锁作用。<sup>[60]</sup>具体而言,区分法条竞合与想象竞

[55] 参见2000年11月22日最高人民法院《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9、15条。

[56] 王强,见前注[2],页144。

[57] 即便是主张特别法优先的学者也不否认这一点,参见周光权,见前注[41],页399。

[58] 张明楷:《刑法的私塾》,北京大学出版社2014年版,页240。

[59] 参见刘艳红:《刑法学》(上),北京大学出版社2016年版,页298—299;冯军、肖中华:《刑法总论》,中国人民大学出版社2016年版,页375—378。

[60] 参见张明楷,见前注[7],页127;梁云宝:“论我国想象竞合的规则及其限制”,《政法论坛》2016年第1期,页52。

合具有四方面的意义：一是二者适用原则不同，前者（限于特别关系的法条竞合）适用“特别法优先”，后者适用“从一重处断”原则；二是想象竞合犯<sup>〔61〕</sup>具有“明示机能”，即被触犯的所有罪名都必须在判决书中明确宣告，而法条竞合中被排除的法条并不出现在判决书中；三是想象竞合犯具有所谓的“轻罪封锁作用”，即不能判处低于轻罪最低刑的刑罚，而法条竞合中被排除的法条对最终的刑罚不产生影响；四是想象竞合中被排除的罪名的附加刑也能得到适用，而法条竞合中被排除法条的附加刑不发挥作用。质言之，法条竞合中只有一个法条得到适用，被排除的法条不再发挥作用，而想象竞合犯中被排除的罪名也能发挥作用，与所适用的罪名形成“结合刑”、“组合拳”。

想象竞合中被排除的法条能够发挥作用，难道法条竞合中被排除的法条就不能发挥作用？近年来域外一些知名学者认为，法条竞合中被排除的劣位法依然可以发挥作用，<sup>〔62〕</sup>而且这种观点如今俨然成为德国理论与判例的主流观点。<sup>〔63〕</sup>

法条竞合中只有一个法益侵害事实（结果），因而劣位法无需在判决书中列明，但是劣位法并非虚无，其构成要件也是得到满足的。故德国自帝国法院以来，判例一直承认占优势地位的犯罪在不能受到惩罚或不能受到足够制裁时，这个被排除的法条就能够以多种方式起作用。判例的这种态度使得法条竞合的法律后果与想象竞合近乎同一，以致于学者惊呼，区分法条竞合与想象竞合“几乎失去了意义”。<sup>〔64〕</sup>

德国学者罗克辛将劣位法在司法实践中可能发挥的作用总结为五个方面：①在优位法因为实体或者程序法方面的原因不能适用时，劣位法通常会重新得到启用（复活）；②只要不违背量刑的一般原则，就能在量刑时考虑劣位法的作用；③最终判处的刑罚不得低于劣位法的最低刑；④虽然不能处罚本犯，但参与事后行为的人仍可作为事后行为的共犯受到处罚；⑤劣位法中所规定的附加刑以及保安处分等附随后果，必须尽可能地得到适用。<sup>〔65〕</sup>我国台湾地区黄荣坚教授也认为，法条竞合的法律效果固然是罪名的择一适用，但被排除的法条仍会起作用，轻罪的封锁作用就是一个很明显的例子。此外，在优位法因为时效消灭、缺乏告诉或是刑法本身没有处罚未遂之规定而无法论罪的时候，是否可以退而适用基本法条作为论罪的依据，原则上必须依立法旨来做决定。<sup>〔66〕</sup>

笔者以为，由于法条竞合与想象竞合最本质的区别在于法益侵害是否唯一。法条竞合只侵害一个法益，因而被排除的法条不必在判决书中同时引用，即不具有所谓的“明示机能”，但

〔61〕 本文中，“想象竞合”与“想象竞合犯”概念在同一意义上使用。

〔62〕 参见（日）松原芳博：《刑法总论》，日本评论社2013年版，页444；黄荣坚，见前注〔19〕，页600—602。

〔63〕 RGSt 59, 321(325)；RGSt 73, 148(150).；Claus Roxin (Fn.45), S.863f.；Jescheck/ Weigend (Fn.24), S.737f.；冈特等，见前注〔51〕，页440；（德）约翰内斯·韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，页480。

〔64〕 Vgl. Roxin (Fn.45), S.863.

〔65〕 Vgl. Roxin (Fn.45), S.863ff.

〔66〕 参见黄荣坚，见前注〔19〕，页600。

实际上这不过是犯罪事实的查明与宣告的问题。比如行为人仅盗窃枪支的,的确无需在判决书中多此一举地宣告行为人还构成(普通)盗窃罪,因为毕竟只有一个盗窃枪支的法益侵害事实。但如果行为人明知军人挎包中既有钱又有枪而一并取走的,为了充分评价盗窃枪支与盗窃普通财物两个法益侵害事实(结果),就必须在判决书中明确记载行为人既盗窃了枪支又盗窃了普通财物。同理,在规定有杀害尊亲属罪的国家与地区,对于杀害自己父亲的,因为只有“父亲死亡”这么一个法益侵害事实或者结果,当然无需在判决书中宣告行为人除构成杀害尊亲属罪以外还构成(普通)故意杀人罪。但是,倘若行为人明知父亲身边还站着他人仍不失时机地开枪射杀而同时导致父亲与他人死亡,由于存在“父亲死亡”与“他人死亡”两个法益侵害事实(结果),当然需要在判决书中明确宣告行为人除构成杀害尊亲属罪外还构成故意杀人罪。

法条竞合与想象竞合除在上述“明示机能”上存在些许差异(其实不过是犯罪事实的记载而已)外,在轻罪是否有封锁作用以及当出现优位法超过时效、作为亲告罪的优位法缺乏告诉、优位法因主体未达刑事责任年龄等情形时能否启用劣位法上,二者并无差异,都必须根据法律本身的意旨决定是否重新启用被排斥的法条。<sup>[67]</sup>

## (二)区分的标准

“可以说,从概念上将想象竞合与法条竞合明确地区分开,迄今为止都没有取得成功。”<sup>[68]</sup>有学者甚至感叹:“法条竞合与想象竞合犯的界限问题可以说是刑法学中的‘哥德巴赫猜想’”。<sup>[69]</sup>如何区分法条竞合与想象竞合,理论上存在法条关系说、犯罪构成要件说、客体说、全部评价说等主张。<sup>[70]</sup>目前主要存在“逻辑关系说”、“全面评价说”以及“法益同一性说”三种代表性观点。

“逻辑关系说”即形式标准说主张,法条之间存在包容或者交叉关系时便是法条竞合;这种包容与交叉关系,不需要借助具体案件事实的联接,而是通过对构成要件的解释就可以发现,因而法条竞合是逻辑关系,而非事实关系;想象竞合则是具体案件事实使得数个法条被触犯,而被触犯的数个法条之间不一定具有包容与交叉关系。<sup>[71]</sup>如黎宏教授所言,“当一个犯罪行为同时触犯的数个法条之间存在重合或者交叉关系时,是法条竞合犯,而不是想象竞合犯;相反地,一行为所触犯的数个法条之间不存在重合或者相互包含关系时,只能是想象竞合犯,而不可能是法条竞合。”<sup>[72]</sup>其实,即便存在重合或者交叉关系的法条,也可能成立想象竞合犯。例如,通常认为盗窃

[67] 参见陈珊珊:“法条竞合时的量刑衡平方法研究:以嫖宿幼女罪与强奸罪间的量刑衡平问题为例”,《法商研究》2012年第6期,页74;陈山:“刑法法条竞合之特别关系的法律适用”,《政治与法律》2012年第3期,页106。

[68] Roxin(Fn.45),S.847.

[69] 古加锦:“法条竞合与想象竞合犯的界限新探”,《中国刑事法杂志》2012年第10期,页14。

[70] 参见周建军:“法条竞合犯抑或想象竞合犯:法条竞合犯与想象竞合犯的界限之争”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第22卷),北京大学出版社2008年版,页477;左坚卫:“法条竞合与想象竞合的界分”,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第20卷),法律出版社2009年版,页181。

[71] 参见陈兴良,见前注[5],页62。

[72] 黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,页314。

枪支罪与盗窃罪法条之间存在包容关系,但当行为人明知他人挎包中既有钱又有枪而一并提走的,通说也会认为成立盗窃枪支罪与盗窃罪之间的想象竞合犯。也就是说,是否成立想象竞合,与法条本身是否存在重合或者包含关系并没有必然联系,而完全取决于可否因偶然的“激活”二者之间的想象竞合关系。比如盗窃罪与故意杀人罪构成要件之间可谓中立关系,但如果明知是心脏病人的救心丸(假定价值数额较大)而盗窃的,也可能使二罪发生想象竞合关系。所以,难以根据所竞合的法条之间是否存在包容或者交叉关系区分二者。

“全面评价说”,也称“完整评价说”,认为区分法条竞合与想象竞合的关键在于,能否以其中的一个法条实现对行为的非价内涵的全面评价,如果能实现就是法条竞合,否则是想象竞合。<sup>[73]</sup> 刘明祥教授主张“完整评价说”,认为“在一行为触犯刑法规定之数罪的场合,如果选择适用一个刑法条文,就能对案件事实作出完整评价的,这是法条竞合,只需宣告行为人构成一罪;若不能对案件事实作出完整评价,则属于想象竞合,应宣告行为人构成数罪,只是要从一重处断”。<sup>[74]</sup> 所谓全面评价或者完整评价,看似十分有理,但事实上并非如此。按照该说,妨害公务致人重伤的,以妨害公务罪能够进行完整评价,故仅成立妨害公务罪;冒充党和国家高级领导人骗取他人价值上千万元财物的,因只有以招摇撞骗罪才能进行完整评价,故只能以招摇撞骗罪定罪处罚;盗窃、毁坏已被查封、扣押的价值特别巨大的财产的,因以非法处置查封、扣押的财产罪能够进行完整评价,故仅以该罪定罪处罚,等等。

上述推论并非空穴来风。笔者一直主张抢劫故意杀人的,应以故意杀人罪定罪处罚。理由主要是,故意杀人罪的法定刑与抢劫罪相比更重,不论两罪关系如何,从一重处罚的结果,都应当定故意杀人罪。况且将抢劫故意杀人的评价为故意杀人罪,不仅符合一般人杀人偿命的报应观念,还能在事实上减少我国的死刑罪名。<sup>[75]</sup> 王强博士则批评认为,如此处理无法反映行为对财产法益的侵害。<sup>[76]</sup> 可是,“劫财”作为一种动机,与情杀、仇杀、奸杀没有本质差别。后面几种杀人情形的首选刑种是“死刑”,而抢劫杀人的首选刑罚是十年以上有期徒刑。这难道不是一种处罚上的不公平?其实,充分评价原则只能是在不违背罪刑相适应原则前提下的充分评价,不可能因追求充分评价而容忍罪刑失衡的结果。

“法益同一性说”,即实质标准说认为,“一行为而触犯数罪名是法条单一(即法条竞合——引者注)与想象竞合共通的前提,因此所侵害之法益是否同一,就成为区分想象竞合与法条单一的界限之所在。一行为侵害一法益而触犯数罪名,是法条单一。一行为侵害数法益而触犯数罪名,是想象竞合”。<sup>[77]</sup>

张明楷教授指出,法条竞合与想象竞合的区别在于法益侵害事实的个数。换言之,行为仅

[73] 参见付恒等,见前注[32],页109;蔡道通,见前注[30],页39;左坚卫,见前注[23],页111。

[74] 参见刘明祥,见前注[5],页136—137。

[75] 参见陈洪兵:“抢劫杀人的应定故意杀人罪”,《法律适用》2007年第9期,页95—96;陈洪兵:“论‘抢劫致人重伤、死亡’”,《法学论坛》2013年第5期,页103。

[76] 参见王强,见前注[2],页150。

[77] 黄荣坚,见前注[19],页605。

侵害了一个刑法规范所保护的法益的,是法条竞合,同时触犯了两个刑法规范所保护的不同法益的,则属于想象竞合。<sup>〔78〕</sup> 张明楷教授进而认为,盗伐林木罪与盗窃罪,嫖宿幼女罪与强奸罪,招摇撞骗罪、组织、领导传销活动罪、使用假币罪与诈骗罪,均为想象竞合而非法条竞合。理由是,实施前罪行为均侵害了两个刑法规范所保护的法益。他还批评指出,我国刑法理论的最大问题之一,在于将想象竞合归入法条竞合。<sup>〔79〕</sup> 问题是,我们能否认为上述前罪均属于单法益犯,而不能对行为所侵害的法益进行全面评价? 换言之,在我国就没有侵害双重法益的罪名存在? 因抢劫罪位于侵犯财产罪一章,就可以得出抢劫罪仅侵害财产权单一法益,抢劫致人重伤、死亡的,成立抢劫罪与故意伤害罪、过失致人重伤罪、故意杀人罪或者过失致人死亡罪的想象竞合犯的结论?

笔者注意到,日本刑法中规定有抢劫致死伤罪,该罪是否包括抢劫伤人、抢劫杀人的情形,理论与实务也曾争执不休。对于抢劫杀人的,过去曾有判例认为成立杀人罪与抢劫致死罪的想象竞合犯,也曾有权威学者对此判例结论表示支持。但后来判例改变了立场,认为只能适用抢劫致死罪法条。如今通说也支持判例立场的改变,认为如果认定成立二罪,无疑是对死亡结果作了双重评价。<sup>〔80〕</sup> 可见,关于抢劫杀人,日本现在判例与通说之所以不再坚持成立想象竞合犯,是因为,如若认为成立想象竞合,就必须存在两个“死亡”的法益侵害结果,但事实上仅发生了一个“死亡”的法益侵害结果,评价为想象竞合就是对一个“死亡”的法益侵害事实进行了双重评价。正如,若将儿子杀死父亲的行为评价为杀害尊亲属罪与杀人罪的想象竞合犯,就是对“父亲死亡”这一个法益侵害结果进行了双重评价。

或许张明楷教授认为盗伐林木罪所保护的法益仅为林木资源,但就破坏林木资源而言,盗伐林木与滥用林木并无差异(后者对林木资源的破坏或许更为严重),何以盗伐林木罪法定刑远远高于滥伐林木罪(前者最高刑为十五年有期徒刑,后者仅为七年有期徒刑)? 因而我们必须承认,盗伐林木罪既保护林木的环境功能,也保护他人林木的财产所有权。既然如此,就不能认为盗伐林木的行为造成两个法益侵害事实(结果),侵害了两个刑法规范所保护的法益。易言之,对于盗伐林木的行为,以盗伐林木罪一个罪名就能对行为所造成的法益侵害事实(结果)进行全面评价(罪刑是否相适应则另当别论)。其实,张明楷教授也承认,“由于刑法规定的某些犯罪所保护的是双重法益(复杂客体)……所谓‘有数个法益侵害事实’,是指行为侵害了两个以上犯罪的保护法益。例如,票据诈骗行为既侵害了财产权利,也侵害了金融管理秩序,但其侵害的法益,并没有超出票据诈骗罪的保护法益,故‘只有一个法益侵害事实’,其与诈骗罪属于法条竞合,而不是想象竞合。”<sup>〔81〕</sup>但盗伐林木罪与盗窃罪之间的关系,何尝不是如此呢?

〔78〕 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,页436—437。

〔79〕 同上注,页437、749、921。

〔80〕 参见(日)西田典之:《刑法各论》,弘文堂2012年版,页185;(日)大谷实:《刑法讲义各论》,成文堂2015年版,页248;(日)前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会2015年版,页211—212。

〔81〕 张明楷,见前注〔4〕,页31。

同样的道理,倘若认为嫖宿幼女罪所侵害的法益系单一法益——社会管理秩序,而不保护幼女的性的自己决定权和身心健康,则从刑法不处罚嫖宿成年妇女的行为来看,配置五年以上有期徒刑的刑罚明显过重。因而,即使主张嫖宿幼女罪与强奸罪之间系想象竞合关系的张明楷教授也不得不承认,“完全将嫖宿幼女罪当作是妨害社会管理秩序的犯罪,不考虑幼女本身的个人法益,可能也不太合适”。<sup>〔82〕</sup>因此,应当认为嫖宿幼女罪所保护的法益也包括了幼女的性的自己决定权和身心健康。既然嫖宿幼女的行为并没有发生两个法益侵害事实或者结果,何以认为成立嫖宿幼女罪与强奸罪的想象竞合犯?同样,由于招摇撞骗罪、组织、领导传销活动罪、使用假币罪都包含对财产法益的保护,因此也不应认为,这些罪名与诈骗罪之间不是法条竞合而是想象竞合关系。

应该说,盗伐林木罪与盗窃罪,嫖宿幼女罪与强奸罪,组织、领导传销活动罪与诈骗罪,均为包容关系的法条竞合,因为符合前者的构成要件,必然符合后者的构成要件(不考虑数量、数额)。招摇撞骗罪、使用假币罪与诈骗罪之间属于交叉关系的法条竞合,因为触犯前者并不必然触犯后者,反过来也是一样。而无论是包容关系的法条竞合,还是交叉关系的法条竞合,均应适用重法优于轻法原则处理。

张明楷教授新近意识到,区分法条竞合与想象竞合,仅以形式标准与“法益同一性”的实质标准为根据进行判断,有时会出现违反罪刑相适应原则的情况,于是提出在上述区分标准的基础上,应增加不法的包容性这一实质标准:即使所侵害的法益相同或者不法的性质相同,如果适用一个法条不能充分评价行为的不法内容时,也必须认定为想象竞合。据此,“法条竞合与想象竞合的区分并不是固定不变的,而是取决于适用一个法条能否充分评价行为的不法内容。换言之,当A、B两个法条在通常情况下是法条竞合关系时,不排除在特殊情况下(适用一个法条不能充分评价行为的不法内容时)属于想象竞合”。例如,只有当保险诈骗数额在普通诈骗数额较大或者巨大范围内时,才承认保险诈骗罪与诈骗罪之间属于(特别关系)法条竞合,如若行为人保险诈骗的数额达到了普通诈骗应当判处无期徒刑的数额特别巨大标准,那么此时保险诈骗罪与诈骗罪之间便是想象竞合。又如,倘若认为盗伐林木罪与盗窃罪之间是特别关系的法条竞合,则这种特别关系仅限于盗伐林木的财物价值(不法程度)没有超出15年有期徒刑程度的情形,当盗伐林木造成的财产侵害程度需要被判处无期徒刑时,盗伐林木罪与盗窃罪便是想象竞合关系。此外,张明楷教授还指出,只要重视想象竞合的明示机能,就应否认交叉关系属于法条竞合。<sup>〔83〕</sup>

可以看出,张明楷教授为了绕开“本法另有规定的,依照规定”以实现罪刑相适应,可谓殚精竭虑,明修栈道、暗度陈仓地适用重法优于轻法。仅就结论而言,这或许是合理的。但从判断过程来讲,至少存在三点疑问:一是犯罪之间的关系何以会因犯罪数额等不法程度的变化而

〔82〕 张明楷,见前注〔58〕,页241。

〔83〕 参见张明楷,见前注〔7〕,页136;张明楷:“论《刑法修正案(九)》关于恐怖犯罪的规定”,《现代法学》2016年第1期,页35。

在法条竞合与想象竞合之间摇摆不定?二是想象竞合的实质是法益侵害事实(结果)的叠加,何以认为不法程度轻时只有一个法益侵害结果而属于法条竞合,而因数额等的变化导致不法程度重时,就变成两个法益侵害结果,进而法条关系演变成想象竞合?三是法条之间是包容还是交叉,具有相当的偶然性,何以包容关系时可能成立法条竞合,而交叉关系时不能是法条竞合而只能是想象竞合?

应该说,法条竞合的本质是犯罪构成要件之间的重合,当一个行为仅造成了一个法益侵害事实(结果),仅以一个法条就能进行充分评价时,为避免重复评价,只能选用其中最合适的一个法条进行评价;而想象竞合的本质在于法益侵害事实(结果)的叠加,为避免遗漏评价(因存在数个法益侵害结果)和双重处罚(仅存在一个行为),而选用其中重法条定罪处罚。换言之,只要从逻辑上能够看出犯罪构成要件之间存在重合的部分,就可以肯定两个法条之间的法条竞合关系,而不需要具体案件事实的联接,因而,成立法条竞合与否以及成立何种类型的法条竞合,取决于犯罪构成要件的解释。而想象竞合成立与否,完全取决于具体案件事实能否“激活”沉睡的法条之间的关系,与法条本身的关系无关。所以,法条之间不应因数额等不法程度的变化而改变相互之间的关系,不能认为保险诈骗10万的,保险诈骗罪与诈骗罪之间属于法条竞合,而当保险诈骗3000万时,二罪之间就摇身一变成为想象竞合关系。

此外,从法条关系上看,金融诈骗罪与诈骗罪之间是包容关系,而招摇撞骗罪与诈骗罪之间是交叉关系。不难看出,立法者将法条之间是设置成包容关系还是交叉关系,具有相当的偶然性甚至随意性,但无论包容关系还是交叉关系,共通点在于犯罪构成要件之间具有重合的部分,而构成要件之间的重合正是形成法条竞合的基础和原因。然而,想象竞合完全形成于偶然的法益侵害事实(结果)的叠加,与法条或者构成要件本身的关系无关。何以包容关系时可以成立法条竞合,而交叉关系时就只能是想象竞合呢?

总之,只要认识到我国刑法中并不存在国外刑法中作为封闭特权条款的减轻构成要件的规定,只需意识到我国刑法分则中的“本法另有规定的,依照规定”的设置具有相当的随意性,因而应将其把握为提醒适用重法的补充性条款,同时,查明所有案件事实并在判决书中一并宣告,最终从一重处罚,严格区分法条竞合与想象竞合,就已然失去意义。

值得一提的是,刑法分则中五处“本法另有规定的,依照规定”均为1997年全面修订刑法时所规定,之后九个《刑法修正案》均未增设此种规定。不仅如此,《刑法修正案(八)》与《刑法修正案(九)》增设了九处“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”相关条款,这是否意味着,立法者已经意识到“另有规定”这种条款的设置系“画蛇添足”呢?

## 五、“同时构成其他犯罪”相关条款的解读

在《修九》之前,我国现行有效的司法解释中共有45处“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”的相关表述,刑法分则中存在两处(第133条之一第2款、第329条第3

款)类似的规定,但《修九》陡增八处类似条款,致使现行刑法中的类似规定俨然达到十处。<sup>[84]</sup> 具体而言,1997年《刑法》第329条第3款中存在“同时又构成本法规定的其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”的表述,以及《刑法修正案(八)》增设的第133条之一第2款(《修九》将其调整为第3款)中存在“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”的规定。《修九》在此基础上,增加了六处“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”条款,即《刑法》第120条之二、第260条之一、第280条之一、第286条之一、第287条之一、第287条之二,一处“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚”的规定,即《刑法》第307条之一第4款,以及一处“又构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚”之规定,即《刑法》第307条之一第3款。符合上述规定的情形究竟是法条竞合还是想象竞合,抑或是将数罪拟制为一罪,是我国罪数(竞合)论应当着重研究的问题。<sup>[85]</sup> 首先必须明确,“同时构成其他犯罪的,必须是一个行为。如果数个行为中,一个行为触犯该条第1款,另一行为构成其他犯罪的,就应当实行数罪并罚”。<sup>[86]</sup> 问题是,如何认定“同时”,即“一个行为”?

### (一)行为个数的认定

“竞合论中最重要的问题,在于确定什么样的场合存在一个行为,什么样的场合存在数个行为。关于这个问题应当如何分别具体地处理,至今也没有得到满意的说明。”<sup>[87]</sup> 行为个数的判断“犹如铁轨的转辙器……经判定为一行为或数行为之后,竞合关系从此各奔前程,一行为为不可能实质竞合,数行为不可能想象竞合”。<sup>[88]</sup> 日本判例认为,所谓“一个行为”,是指“撇开法律性评价并且舍弃构成要件性观点,从自然观察的角度,可以将行为人的行动于社会观念上评价为一个的情形”。<sup>[89]</sup> 判例的这一立场似乎也得到了理论通说的支持。<sup>[90]</sup> 我国台湾地区实务认为,基于一个行为决意或者出于一个意思活动实施的是“一个行为”,即以“行为之决意数作为判断行为数的标准”。<sup>[91]</sup> 我国台湾地区理论界对此也表示赞同,例如黄荣坚教授就认为,“决定行为数的唯一标准就是行为人的行为决意;一个行为决意(冲动)所支配之身体现象是一行为,另行起意所生之身体现象是另外一个行为。”<sup>[92]</sup>

可是,不考虑构成要件因素,仅从自然意义上观察人的身体动静或者仅从纯主观的行为决意的数量判断行为个数,恐难得出合理结论。应当说,判断行为个数,既离不开对人的身体动

[84] 参见张明楷:“罪数论与竞合论探究”,《法商研究》2016年第1期,页127。

[85] 同上注,页127。

[86] 张明楷:“论帮助信息网络犯罪活动罪”,《政治与法律》2016年第2期,页16。

[87] Vgl. Roxin(Fn.45),S.799.

[88] 林钰雄:《刑法与刑诉之交错适用》,中国人民大学出版社2009年版,页133。

[89] 参见日本最大判昭和49·5·29刑集28卷4号114页。

[90] 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2015年版,页399—400;(日)西田典之:《刑法总论》,弘文堂2010年版,页418;(日)大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2012年版,页487。

[91] 参见黄荣坚,见前注[19],页578;甘添贵:《罪数理论之研究》,中国人民大学出版社2008年版,页111。

[92] 黄荣坚,见前注[19],页580。

静进行自然意义上的观察,也不可或缺构成要件意义上的规范性评价。<sup>[93]</sup>此外,还应考虑行为所侵害的是否属于人身专属法益,行为人基于对行为对象不同属性的认识所产生的规范意识的突破次数,以及行为重叠的程度这些因素。

首先,侵害人身专属法益的,原则上应根据被害者的人数确定行为个数。

如果行为侵害的是生命、健康、自由、名誉、人格等人身专属法益,而且行为在规范性意义上可以进行分割评价的,原则上应根据被害者的人数确定行为的个数。<sup>[94]</sup>例如,同时非法拘禁多人;一次投毒杀死一家三口;同时收买多名被拐卖的妇女、儿童;为了自己收养而一次拐骗多名儿童;合一次铡刀切断多人手指;一状诬告多人;在网上发一个帖子诽谤多人;同时强制多名妇女观其露阴等,原则上根据被害者人数确定行为个数,进而以同种数罪并罚。<sup>[95]</sup>

其次,应考虑行为人是否明确认识到对象的不同性质而存在数次规范意识的突破。

“想象竞合因为存在数个法益侵害事实,故违法性程度与并合罪并没有差异。其作为一罪处罚的根据应在于责任的减少,因为只有一次意思发动,一次规范意识的突破。”<sup>[96]</sup>既然行为人认识到存在多种属性不同的对象,就说明行为人存在多次规范意识的突破,有多次形成反对动机的机会,而多次违反法律对其的期待,故其行为在规范性意义上应被评价为多个行为,进而数罪并罚。例如,A到警察局长家行窃,撬开保险柜发现有手枪和五百万美元。按照社会的一般观念,不可能认为一趟全部拿走,与分两趟分别取走枪和钱,在法律评价上应该有所不同。尽管理论上通常认为,明知他人提包中装有枪支与现金而一并窃取的,因自然意义上只有一个行为,而成立盗窃罪与盗窃枪支罪的想象竞合犯。<sup>[97]</sup>但是笔者坚持认为,行为人既然认识到所盗对象既有钱又有枪,就可以认为行为人既违反了法律对其不得盗窃枪支的期待,又违反了法律对其不得盗窃普通财物的要求,行为人两次突破规范意识,有两次形成反对动机的机会,因此应认定存在两个行为,应以盗窃枪支罪与盗窃罪数罪并罚。同样,一次走私多种特殊对象,也应认为存在多个走私行为而应数罪并罚;<sup>[98]</sup>同时运输枪支和毒品的,应认为存在运输枪支与运输毒品两个行为,进而以运输枪支罪与运输毒品罪数罪并罚;<sup>[99]</sup>一次性出售增值税专用发票、增值税以外的其他抵税发票以及普通发票的,应以非法出售增值税专用发票罪、非法出售抵扣税款发票罪、非法出售发票罪数罪并罚;一次收买被拐卖的妇女与儿童的,应以收

[93] 参见张明楷,见前注[84],页127。

[94] 参见林山田,见前注[51],页201;(德)乌尔斯·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年版,页477。

[95] 参见前田雅英,见前注[90],页394;(日)佐久间修:《刑法总论》,成文堂2009年版,页425;甘添贵,见前注[91],页175;陈洪兵:“应从法益视角规范性考量行为个数”,《天府新论》2012年第2期,页90-91。虽然我国刑法理论通说认为同种数罪无需并罚,但对于法定刑较低,且没有规定加重情节的同种数罪,应当数罪并罚。参见张明楷:“论同种数罪的并罚”,《法学》2011年第1期,页131。

[96] 松原芳博,见前注[62],页453。

[97] 参见丁慧敏,见前注[18],页133;古加锦,见前注[69],页15。

[98] 参见阮齐林:《刑法学》,中国政法大学出版社2011年版,页90;张明楷,见前注[78],页663。

[99] 参见黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,中国人民大学出版社2009年版,页206。

买被拐卖的妇女罪与收买被拐卖的儿童罪数罪并罚;在森林中安装电网,既猎捕到普通野生动物,又猎捕到珍贵动物的,应以非法狩猎罪与非法猎捕珍贵动物罪数罪并罚。我国司法实践中,对于进入车间同时盗窃铜板与剧毒化学品氰化钠的,法院也认定同时构成盗窃罪与盗窃危险物质罪而数罪并罚。<sup>[100]</sup>

最后,看行为主要部分是否重叠,认定成立想象竞合犯还是数罪并罚。

关于构成要件的行为应重叠到什么程度,才应认为属于一个行为而成立想象竞合犯,在刑法理论上有所谓全部一致说、局部一致说、着手一致说、主要部分一致说之间的分歧。<sup>[101]</sup>多数学者赞成主要部分一致说(即主要部分重叠说)。<sup>[102]</sup>国外刑法理论关于行为重叠程度与行为个数的讨论,集中于继续犯与状态犯(包括即成犯)之间行为个数的确定。<sup>[103]</sup>持枪行为与绑架行为均为继续犯,只要认为这种行为与相关即成犯、状态犯行为主要部分不存在重叠,即可认为存在数个行为而应数罪并罚。例如,持枪的目的不在于杀人,而是持枪一段时间后产生犯意进而用之杀人的,应以非法持有枪支罪与故意杀人罪数罪并罚。<sup>[104]</sup>又如,绑架中劫取人质随身财物的,司法解释认为,“行为人在绑架过程中,又以暴力、胁迫等手段当场劫取被害人财物,构成犯罪的,择一重罪处罚”。<sup>[105]</sup>但是,绑架罪虽为继续犯,却并不保护人质的财产权,故而控制人质后又使用暴力、胁迫手段劫取人质随身携带的财物的,应认定存在两个行为,进而以绑架罪(继续犯)与抢劫罪(状态犯)数罪并罚。<sup>[106]</sup>

对于偷剪电线以及在输油管道打孔盗油的行为,理论通说及实务均认为,应以破坏电力设备罪、破坏易燃易爆设备罪与盗窃罪择一重处罚。<sup>[107]</sup>其实,上述行为并不重叠,而是可以分割评价。偷剪正在使用中的电线,必然包括剪断和取走剪下的电线两个行为,前者可谓破坏电力设备行为,后者可谓盗窃行为(剪下的电线仍属于电力公司占有和所有)。同样,在输油管道上打孔盗油,也存在在输油管道上打孔的行为以及随后的盗油行为,前者危害了公共安全,后者侵害了石油公司的原油所有权。所以,应认为存在两个行为,侵害了两种不同的法益,符合

[100] 参见山东省即墨市人民法院(2014)即刑初字第40号刑事判决书。

[101] 参见松原芳博,见前注[62],页454。

[102] 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,页354;甘添贵,见前注[91],页116—117。

[103] 参见韦塞尔斯,见前注[63],页473。

[104] 同上注,页473。

[105] 参见2001年11月8日最高人民法院《关于对在绑架过程中以暴力、胁迫等手段当场劫取被害人财物的行为如何适用法律问题的答复》。

[106] 参见陈洪兵:《人身犯罪解释论与判例研究》,中国政法大学出版社2012年版,页189;张明楷,见前注[78],页859。

[107] 参见谢望原、赫兴旺主编:《刑法分论》,中国人民大学出版社2011年版,页39—40;2007年8月15日最高人民法院《关于审理破坏电力设备刑事案件具体应用法律若干问题的解释》;2007年1月15日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

两个不同的犯罪构成,理应以破坏电力设备罪、破坏易燃易爆设备罪与盗窃罪数罪并罚。<sup>[108]</sup>同理,割断秦始皇兵马俑头颅并取走,也存在可以分开评价的故意损毁文物与盗窃文物两个行为;盗伐林木的,也存在伐倒林木及随后运走林木的行为(应否数罪并罚另当别论);破坏他人价值昂贵的防盗门后入户盗窃的,也存在故意毁坏他人财物以及盗窃他人财物两个行为。总之,上述情形均可能被认定存在数个行为而数罪并罚。

综上,认定行为个数,不应单纯从自然意义上观察行为人的身体动静,而应当从构成要件的角度进行规范性评价,同时从行为所侵害的是否人身专属法益,行为人是否认识到行为对象的不同属性而多次突破规范意识,行为的主要部分是否重叠等方面进行综合考量。

## (二)举例说明“同时构成其他犯罪”相关条款的含义

例如,《刑法》第280条之一第1款使用虚假身份证件、盗用身份证件罪规定:“在依照国家规定应当提供身份证明的活动中,使用伪造、变造的或者盗用他人的居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件,情节严重的,处拘役或者管制,并处或者单处罚金。”第2款规定:“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。”

如何理解这里的“同时”,应坚持如下原则:如果行为的主要部分存在重叠,则从一重处罚,否则,应当数罪并罚。例如,行为人使用伪造的居民身份证或者盗用他人的居民身份证骗领信用卡的,由于使用行为与骗领信用卡的行为的主要部分存在重叠,故属于“同时”构成其他犯罪,应以本罪与妨害信用卡管理罪从一重处罚。再如,行为人伪造、变造、购买居民身份证并使用的,虽然刑法理论通说会认为成立牵连犯,但笔者认为,如同制造枪支后用之杀人,由于行为的主要部分并不重叠,加之本罪的法定刑很轻,故应以伪造、变造、买卖身份证件罪与使用虚假身份证件罪数罪并罚。

又如,《刑法》第307条之一第1款虚假诉讼罪规定:“以捏造的事实提起民事诉讼,妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”第3款规定:“有第一款行为,非法占有他人财产或者逃避合法债务,又构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚。”第4款规定:“司法工作人员利用职权,与他人共同实施前三款行为的,从重处罚;同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚。”

这里所谓“又”构成其他犯罪,其实就是“同时”构成其他犯罪,是指与其他行为的主要部分存在重叠,如诉讼诈骗,既成立本罪,又成立诈骗罪,属于想象竞合犯而从一重重处罚。<sup>[109]</sup>但如果行为的主要部分并不重叠,例如为提起虚假诉讼而伪造国家机关公文、印章,由于伪造国

[108] 参见陈洪兵:《公共危险犯解释论与判例研究》,中国政法大学出版社2011年版,页112。

[109] 想象竞合犯毕竟造成了数个法益侵害事实,所以应从一重重处罚(参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,页388)。从这个意义上讲,“同时”构成其他犯罪的,只要属于侵害了数个法益的想象竞合犯,均应从一重重处罚。立法者之所以未统一规定“依照处罚较重的规定定罪从重处罚”,或许是考虑到,“同时”构成其他犯罪的,也可能仅侵害了一个刑法规范所保护的法益而属于法条竞合,但不管是法条竞合还是想象竞合,亦无论是特别关系的法条竞合还是补充关系的法条竞合,均应从一重处罚。

家机关公文、印章的行为,与使用伪造的国家机关公文、印章提起虚假诉讼的行为的主要部分并不重叠,故应以本罪与伪造国家机关公文、印章罪数罪并罚。

第4款中的“同时”,是指司法工作人员的行为在与他人成立本罪的共犯的同时,因其司法工作人员的身份使得行为本身还可能符合民事枉法裁判罪构成要件,由于行为的主要部分存在重叠,故成立想象竞合犯而从一重重处罚。但如果司法工作人员与行为人串通实施本罪行为后又收受行为人贿赂,则因为行为的主要部分并不重叠,应以受贿罪与本罪或者民事枉法裁判罪数罪并罚。<sup>[110]</sup>

---

**Abstract:** Only articles which have absorption and cross relationship can establish concurrence of articles. Imaginative concurrence has nothing to do with the article relationship. It depends on occasional criminal facts activating the relationship between articles. Concurrence of articles' essence is the superposition between constitutive elements of crime, which is set to prohibit repetitive assessment. Imaginative concurrence's essence is the superposition between the violation of legal interests, and its set to avoid valuation omission and guarantee the inferior articles could work. Inferior articles in concurrence of articles could also work. Imaginative concurrence's so-called "express function" is only the identification and declaration of the criminal facts, so we have only to find out all the facts of the cases, declare them in the verdict and adopt the method of heavier punishment. In this circumstances, it's meaningless to strictly distinguish concurrence of articles and imaginative concurrence. Provision "if there is another provision, please conform to it" in the criminal law is only an indicative regulation. It should conform to the principle "the punishment according to the heavier crime". Many new articles like "implementing other crimes at the same time" in Criminal Law Amendment (IX) illustrate that the legislators are tired of distinguishing "lex specialis rule" and "severe articles' priority" and they admit that no matter its concurrence of articles or imaginative concurrence, the crime should be punished by the heavier punishment.

**Key Words:** Concurrence of Articles; Imaginative Concurrence; Lex Specialis Rule; Severe Articles' Priority

---

(责任编辑:江 溯)

---

[110] 虽然《刑法》第399条第4款规定,司法工作人员收受贿赂,实施枉法行为,又构成受贿罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。但该款规定属于特别、例外的规定,而且这种规定不够合理,故应将其限定于收受贿赂后实施枉法裁判行为。如果枉法裁判后再收受贿赂,则应以枉法裁判犯罪与受贿罪数罪并罚。参见张明楷,见前注[78],页1104。