

陕西省法学会刑法学研究会会刊
西北政法大學刑事法律科學研究中心主辦

CRIMINAL
JUSTICE
REVIEW

刑事司法评论

贾宇 主编
王政勋 周少华 副主编

CRIMINAL JUSTICE
第二卷
REVIEW

人民法院出版社

陕西省法学会刑法学研究会会刊
西北政法大学刑事法律科学研究中心主办

CRIMINAL JUSTICE
REVIEW

贾 宇 主 编
王政勋 周少华 副主编

人民法院出版社

刑事司法评论

第二卷

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法评论. 第2卷/贾宇主编. —北京:人民法院出版社, 2008. 11

ISBN 978 - 7 - 80217 - 679 - 9

I. 刑… II. 贾… III. ①刑法 - 中国 - 文集②刑事诉讼法 - 中国 - 文集
IV. D924. 04 - 53 D925. 204 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 084507 号

刑事司法评论 (第二卷)

主编 贾 宇

责任编辑 张承兵

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550567 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550551 67550558 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 395 千字

印 张 20.75

版 次 2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 679 - 9

定 价 42.00 元

版权所有 侵权必究

刑事司法评论

顾 问 赵秉志 陈兴良 张明楷

郎 胜 张 军 熊选国

朱孝清 柯良栋 田文昌

编委会 (以姓氏汉语拼音为序)

白少康 杜发全 顾德熹

贾 宇 康宝奇 刘忠诚

毛 海 任高潮 田平利

王政勋 宣炳昭 张晓建

周作斌

序 言

所谓“理论是灰色的，生活之树常青”，此言不谬。我与西北政法大学的同事和陕西省刑事法律界的朋友们创办《刑事司法评论》，本就是基于对实践的优越性、重要性的共识，对刑法学理论必须密切关注刑事司法活动的共识而为。而近年刑事司法活动的飞速进展和变化，仍然令我们的研究者目不暇接，常有追之不及的感慨。

本刊第二卷组稿中，我们认为关于死刑具体适用、刑事和解制度、犯罪嫌疑人诉讼权利救济机制等方面的研究，都是当前形势司法活动中热门的话题。但实际上，还有更多的现实问题期待我们去关注：宽严相济刑事政策的全面贯彻落实、刑事司法如何实现法律效果与社会效果的统一，如何理解法律规定、公众感受、治安状况对于死刑裁量的影响，还有一系列典型案例值得我们去评析——许霆案、假虎案、杨佳袭警案，等等。这些都只能待下卷再组编了。

本卷共编发了22篇论文。

“刑事司法研究”历来是《刑事司法评论》的重点栏目。在本卷中，陈兴良教授的《法条竞合的法理分析》是一篇有分量的专论。兴良教授很早就致力于对法条竞合的研究，出版过专著《法条竞合论》（复旦大学出版社1992年版），并发表了《法条竞合初探》（《法学杂志》1986年第6期）、《晚近刑事立法中的法条竞合现象及其评释》（《当代法学》1992年第6期）、《刑法竞合论》（《法商研究》2006年第2期）等重要论文，我们看到，兴良教授在本文中就对法条竞合问题的研究和论述又有了进一步的深化。从旧兼从轻原则是罪刑法定原则的必然要求，对于罪刑法定原则的贯彻具有重要意义，王政勋的《从旧兼从轻原则适用研究》对该问题进行了非常深入的研究和分析，解决了理论上和实践中的许多困惑。传统刑法理论将危害行为区分为作为和不作为，但理论界相当一部分学者认为持有是危害行为的第三种表现方式，胡万霞的《持有型犯罪若干问题研究》对持有型犯罪进行了较为细致的研究。郭洁、于阳的《法定免刑情节研究》对法定免刑情节这一重要问题进行了论述。

“理论探索”栏目编发了7篇论文。我国刑法分则条文对罪状、法定刑都作了明确规定，但对罪名在立法上却未做任何处理，杜发全、王耀忠的《罪刑法定之罪名法定化》在罪刑法定原则视野下研究了罪名法定化的必要性、合理性、可行性等问题，是一篇有价值的论文。在社会主义刑法学体系中犯罪

客体取代了法益的概念,近年来国内一些学者提出应以“法益”取代“犯罪客体”,但理论界对犯罪客体的研究尚欠深入。余高能的《犯罪客体基本问题之反思》是犯罪客体研究领域一篇有分量的论文。陈京春的《人格刑法定位》研究了犯罪人格在刑法中的地位等重要问题,可以给人们以很多启迪。期待可能性理论近年来引起我国刑法学界的持续关注,今年在南京召开的第五届中青年刑法学者高级论坛对此问题进行了深入系统的讨论,本卷中我们编发了倪业群、陈家林的《期待可能性理论与我国刑法的借鉴》,这是研究期待可能性问题的又一篇有分量的论文。邹家铭的《论刑法对公民性权利的干涉度》从刑法对性权利的保护和限制之间的矛盾入手,研究了刑法介入公民性权利的原则,并提出了聚众淫乱罪的非犯罪化、增设公然淫乱罪等建议,对我国刑法的过度道德化倾向提出了批评意见。刘守芬、李瑞生的《刑事和解机制建构基础论》分别从被害人、犯罪人和公权力的角度研究了刑事和解制度这一新兴学术领域,具有重要的理论意义。孙运梁的《内幕交易的经济学分析与刑事法规制》以经济学分析的方法研究了内幕交易的刑法规制问题,在方法论上具有重要意义,其研究过程、研究结论都能给人们以启示。

“死刑研究”是本卷特别设立的栏目。在该栏目中,两篇由实务部门的专家常青等撰写的论文《死刑的司法限制》具有相当的理论价值和实践意义。我们欣喜地看到,作者既对司法实务非常熟悉,又具有深厚的理论基础;既具有现代刑事法治理念,又通晓实证研究方法,他们的文章是值得充分肯定的,也是值得向刑法学界大力推介的。吕晓伟的《死刑赦免制度初探》研究了死刑赦免这一限制死刑的本来非常有效,但在实践中和理论上一直未能引起重视的途径。

在“刑法分论研究”中编发了张利兆的《非法侵入住宅罪犯罪客体新解》、孟璐的《论侵占罪的犯罪对象》和熊永明的《也论组织乞讨罪》,对这些个罪在司法实务中有关问题的研究都很有针对性。

孙洪坤、姚尚武的《犯罪嫌疑人诉讼权利救济机制研究》、蔡桂生的《刑事诉讼第三人理论下的被害人诉权》组成了“刑事司法制度研究”这一栏目。刑事法治的实现既依赖于实体法治的建立,更依赖于程序法治的落实,从某种意义上说,程序是否实现法治,对法治的实现意义也许更为重大。这两篇文章分别从不同角度研究了犯罪嫌疑人的权利救济和被害人的诉权,研究了刑事诉讼权利保障的机制,体现了刑事法治保障人权的宗旨。

在“多重视角”、“他山之石”、“窗体顶端”3个栏目中共编发了4篇文章。周建军的《我国经济犯罪的发案问题》是一种犯罪学的研究,舒洪水的《“东突”恐怖主义本质、原因及其刑法规制》集犯罪学、刑法学的研究于一体,这样的研究是刑法学——大刑法学——不可或缺的部分,是有价值的。朴

宗根充分利用他韩国求学经历、人脉资源和语言方面的优势，在《韩国检察制度中存在的问题及改革思路》详细阐述了韩国检察制度的有关问题，相信他的研究对我国检察制度、司法制度改革具有重要参考意义。陈虎翻译的《书评：宪法与刑事诉讼——基本原理》原作者罗纳德为《宪法与刑事诉讼》一书作者艾玛的知交，他对《宪法与刑事诉讼》这一经典著作的评介是独到的、精细的，该文章对我们阅读和理解已经由中国政法大学出版社出版的《宪法与刑事诉讼》一书肯定有所帮助。

是为序。

贾 宇

2008年10月16日于古都长安

目 录

刑事司法研究

法条竞合的法理分析	陈兴良 (2)
从旧兼从轻原则适用研究	王政勋 (15)
持有型犯罪若干问题研究	胡万霞 (46)
法定免刑情节研究	郭 洁 于 阳 (66)

理论探索

罪刑法定之罪名法定化	杜发全 王耀忠 (76)
犯罪客体基本问题之反思	余高能 (86)
人格刑法定位	陈京春 (102)
期待可能性理论与我国刑法的借鉴	倪业群 陈家林 (117)
论刑法对公民性权利的干涉度	邹佳铭 (134)
刑事和解机制建构基础论 ——社会主义法治理念视角	刘守芬 李瑞生 (147)
内幕交易的经济学分析与刑事法规制	孙运梁 (163)

死刑研究

死刑的司法限制 ——以一审法院为视角	常 青 姚 斌 王叔谋 (180)
死刑赦免制度初探	吕晓伟 (194)

刑法分论研究

非法侵入住宅罪犯罪客体新解	张利兆 (210)
论侵占罪的犯罪对象	孟 璐 (219)

也论组织乞讨罪	熊永明 (242)
---------------	-----------

刑事司法制度研究

犯罪嫌疑人诉讼权利救济机制研究	孙洪坤 姚尚武 (252)
刑事诉讼第三人理论下的被害人诉权	蔡桂生 (264)

多重视角

我国经济犯罪的发案问题	周建军 (282)
“东突”恐怖主义本质、原因及其刑法规制分析	舒洪水 (293)

他山之石

韩国检察制度中存在的问题及改革思路	朴宗根 (306)
-------------------------	-----------

窗体顶端

书评:《宪法与刑事诉讼——基本原理》	陈虎 (314)
征稿启事	(324)

刑事司法

研究



法条竞合的法理分析

陈兴良*

法条竞合是刑法中的一个重要问题，同时也是一个最为混乱的问题，以至于有些学者将法条竞合称为“学理上无奈的痛”。^① 中外刑法理论对法条竞合的各种观点莫衷一是，似无定论。另外，法条竞合与各国刑法关于罪名的设置有着密切的联系，而各国刑法在罪名设置上存在着较大差异，又为法条竞合理论带来更大的歧义。本文拟从犯罪构成理论出发，对法条竞合的一般原理进行论述。

一、法条竞合的概念

法条竞合，又称法规竞合，是法律中的一种较为常见的现象，无论在刑法中还是在民法中都存在法条竞合现象。刑法关乎生杀予夺，因而刑法中的法条竞合与公民的权利保障存在重要关系。所以，对法条竞合的研究刑法较之民法更为深入。

在论及法条竞合的时候，首先涉及对竞合一词的理解。竞合，在汉语中是争相符合之意，竞为竞争，合为符合。在英文中指 Concurrence，在德文中指 Konkurrenz，本义是同时发生、出现或竞争。在大陆法系刑法理论中，传统的罪数论正在逐渐演变为竞合论，并且主要讨论三种竞合形态，这就是想象竞合、法条竞合和实质竞合。在竞合论中，法条竞合是讨论的重点之一，尤其是法条竞合和想象竞合的关系，更是讨论的难点之一。当然，对于法条竞合的称谓并非不存在争议。德国刑法学界现在越来越倾向于把法条竞合称为法条单一，认为竞合只有想象竞合和实质竞合，法条竞合是非真正的竞合或假性竞合。根据犯罪的单数和复数的区分，德国学者根据《德国刑法典》的规定，区分以下三种情形：一是行为单数，即一行为触犯数法规，这是想象竞合。二是行为复数，即数行为在同一个诉讼程序中触犯数法规，这是实质竞合。三是法条单一，即一行为表面上符合数法规，但只能适用其中的一个法规，其他的

* 陈兴良，北京大学法学院教授、博士生导师。

① 参见柯耀程：《刑法竞合论》，台湾地区元照出版社2000年版，第1页。

法规不得适用。德国学者认为,由于只适用主要的刑法法规,且被排除的法规并不出现在有罪判决中,用“法条单一”(Gesetzeseinheit)来替代传统的、但误导性的表述“法规竞合”(Gesetzeskonkurrenz),看起来似乎是适当的。^①但在法条竞合的情况下,一行为同时符合数法条规定的犯罪构成要件,在这个意义上,法条竞合并非法条单一,同时亦是法条复数。例如盗窃罪之规定与盗窃枪支、弹药罪之规定,两个规定之间存在着法条竞合关系。在行为人实施盗窃枪支、弹药行为时,形成法条竞合。在这种法条竞合的情况下,当然涉及数法条之间的关系。所谓法条单一,是指在竞合的数法条中选择其一适用,其他法条被排除而言的。如果因此称为法条单一,那么想象竞合又何尝不是法条单一呢?想象竞合也是择其重罪处罚之,最终同样仅适用一个法条。由此可见,将法条竞合改称为法条单一,反而增添了理解上的困难。因此,笔者认为,法条竞合的概念既然已经约定俗成,被刑法学界所普遍接受,以不改变为宜。

我国古代刑法理论中并不存在法条竞合的概念,法条竞合是从大陆法系国家引入的理论。我国古代刑法虽无竞合的概念,但有俱发的概念。《唐律·名例律》规定:“诸二罪以上俱发,以重者论。”这里的俱发,指的是一人犯有数罪,在这种情况下实行重刑吸收轻刑的原则。日本旧刑法(1880年公布、1882年1月1日施行)称数罪俱发,这里的俱发一词即来自《唐律》。日本新刑法(1907年公布,即日本现行刑法)改俱发罪为并合罪,遂有并合一词。日本改正刑法草案将并合罪改为竞合犯,但该草案并未通过。从俱发到并合,再到竞合,这些概念之间的关联性隐约可见。我国在民国初年的《暂行新刑律》(1911年)称俱发罪,1928年刑法改称并合罪,由于当时刑法的制定是聘请日本东京大学冈田朝太郎为顾问^②,因而受到日本刑法的影响。我国现在使用的法条竞合概念,从何时产生已经无从考证。但在1913年商务印书馆出版的日本著名刑法学家牧野英一的《日本刑法通义》一书中已有法条竞合一语。该书是我国学者陈承泽根据《日本刑法通义》(1908年日文版)翻译的。该书在论及并合罪时指出:“并合罪者,现行法之数罪俱发也,并合确定判决以前之数罪而对之科一个之法律效果(即刑罚)之谓也。”由于日本旧《刑法》第54条对想象竞合犯、牵连犯,第55条对连续犯,以作为并合罪之例外。为与想象竞合及并合罪相区分,牧野英一在论及法条竞合时指出:“法条竞合者,同一行为,虽然二个之法条,其法条非互相独立,其一当然为他所吸收者也。别之为二:其一为特别法与普通法之关系,特别法常排除普通法

① 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著,徐久生译:《德国刑法教科书》(总论),中国法制出版社2001年版,第892~893页。

② 参见谢振民:《中华民国立法史》(下册),中国政法大学出版社2000年版,第888页。

(按即谓先普通法而适用)。”^① 这是在我国刑法文献中看到较早的关于法条竞合的论述。及至 20 世纪 30 年代,我国法条竞合理论已经相当发达。例如,陈瑾昆在《刑法总则讲义》(该书 1934 年由北京好望书店出版发行)一书中,就对法条竞合作了相当完整的论述,指出:“法条竞合(Gesetzeskonkurrenz),又称外观上之法条竞合。即谓一个行为虽与数个刑罚法规定之要件相当,而因该各法规相互之关系,应排除他法规只适用一法规之时也。此只法条之竞合,非犯罪之竞合,故仍为一罪,而非数罪,不应并合论罪,尤其与想象竞合犯相区别之。”^② 该书还对法条竞合的四种情形,即特别关系、补充关系、吸收关系和择一关系作了较为详细的论述。我国目前关于法条竞合的理论,基本上是在继承大陆法系刑法理论关于法条竞合概念的基础上发展起来的,因为在前苏联刑法理论中,只是特拉伊宁、库德里亚夫采夫等刑法学家在犯罪构成论中对法条竞合有所涉及,但并没有建立起法条竞合的一般理论。例如,特拉伊宁在论及一般构成和特殊构成时指出:“一般构成和特殊构成的特点,在于这些构成实质上是相同的,但它们概括着同样一些犯罪的类和种。这些特点,对于正确定罪来说,有着巨大的政治意义。”^③ 特拉伊宁论述了一般构成与特殊构成的两种形式:一是在具有两个规范——一个规定着类的构成;另一个规定着特殊的、种的构成时,犯罪行为永远无条件地不应当依照一般规范,而应当依照特殊规范定罪。特殊构成,对于类的构成来说,是优先适用的。因此,类的构成似乎是为了在特殊构成没有概括的场合留作后备用的。这种情形,实际上是指法条竞合中的普通法与特别法的竞合。二是某一特殊构成,实际上包含着另一犯罪的构成因素,这时一般构成和特殊构成的相互关系与上面所讲的相同。这种情形,则是指法条竞合中的部分法与整体法的竞合。由于在特拉伊宁的犯罪构成体系中,没有涉及罪数论,因而法条竞合也并没有在罪数论中讨论,而是作为犯罪构成的一种特殊形式加以讨论,并且没有采用法条竞合这个概念。

我国现在刑法中的法条竞合理论,主要是从大陆法系国家引入的,并且结合我国的刑法规定进行了研究,形成了一定的理论框架。当然,在我国刑法理论上,关于法条竞合的概念还是存在争议的,但法条竞合的概念已经被我国司法实践所接受。例如,孟祥国、李桂英、金利杰侵犯著作权案^④,被告人孟祥

① [日]牧野英一著,陈承泽译,李克非点校:《日本刑法通义》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 69~74 页。

② 陈瑾昆:《刑法总则讲义》,中国方正出版社 2004 年版,第 246 页。

③ [苏]A. H. 特拉伊宁著,王作富等译:《犯罪构成的一般学说》,中国人民大学出版社 1958 年版,第 204 页。

④ 本案刊登在最高人民法院刑一庭、刑二庭编:《刑事审判参考》2003 年第 4 辑,法律出版社 2003 年版。

国等人自2000年3月至2001年2月间为牟取非法利益,在明知无复制、发行等权利的情况下,未经许可复制发行外语教育出版社享有专有出版权的《大学英语》系列教材、高等教育出版社享有出版权的《中专英语综合教程》、《高等教育》等教材共计22万余册,非法经营数额达人民币272万余元。对于本案,北京市通州区人民法院以侵犯著作权罪对上述三名被告人定罪处罚。但在司法实践中,对于盗印他人享有专有出版权图书构成犯罪的行为,仍然存在着是定侵犯著作权罪还是定非法经营罪的争论。如本案在审理过程中,就有一种观点认为,被告人孟祥国不是《大学英语》、《中专英语综合教程》、《高等数学》等教材的出版者,被告人李桂英、金利杰身为印刷业务的从业人员对此也是明知的,却为了牟取非法利益,违反《出版管理条例》第33条第3款关于“印刷或者复制单位不得接受非出版单位和个人的委托印刷报纸、期刊、图书或者复制音像制品、电子出版物,不得擅自印刷、发行报纸、期刊、图书或者复制、发行音像制品、电子出版物”的规定,接受个人的委托,违法印刷《大学英语》、《中专英语综合教程》、《高等数学》等教材,不仅侵犯了外语教育出版社和高等教育出版社的著作权,还严重扰乱了出版物市场管理秩序,情节特别严重,其行为同时触犯了《刑法》第217条和第225条的规定,根据最高人民法院、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10条关于“实施生产、销售伪劣商品犯罪,同时构成侵犯知识产权、非法经营等其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”的规定,应当依照处罚较重的非法经营罪定罪处罚。对此,本案的裁判理由明确指出:以非法出版物为犯罪对象的非法经营罪与侵犯著作权罪之间属于普通法条与特别法条之间的法条竞合关系。所谓法条竞合,是指行为人实施一个犯罪行为同时触犯数个法律条文,仅选择适用一个法条定罪处罚的情形。在普通法条与特别法条发生竞合的情况下,适用特别法条对行为人定罪处罚是法律适用的一般原则,其根据在于:特别法条的规定已被包含于普通法条之中,触犯特别法条的行为必然同时触犯普通法条,当立法机关在已经规定了普通法条,能够对行为人的犯罪行为进行刑法评价的情况下,又规定特别法条,说明立法者认为适用普通法条不足以对行为人的行为进行全面、恰当的评价,故需要适用特别法条对行为人的行为进行特别评价,故一般应当适用特别法条对行为人定罪处罚。否则,必将使特别法条的规定虚置,这也不符合立法本意。当然,特别法条优于普通法条的原则也有例外,那就是当立法机关认为适用特别法条不能对某一行为作出全面、恰当的评价时,在立法中特别规定普通法条与特别法条发生竞合时需要适用普通法条。如现行《刑法》第149条第2款规定:生产、销售本节第141条至第148条所列产品,构成各该条规定的犯罪,同时又构成本节第140条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处

罚,因此,当刑法第140条生产、销售伪劣产品罪与第141条至148条生产、销售特别伪劣产品犯罪之间发生竞合时,不适用特别法条优于普通法条的法律适用原则,而应适用重法条优于轻法条的法律适用原则,按照处罚较重的法条定罪处罚。就以非法出版物为犯罪对象的非法经营罪与侵犯著作权罪而言,《刑法》第225条是普通法条,第217条是特别法条,在《刑法》没有作出特别规定的情况下,应当采用特别法条优于普通法条的适用原则,以侵犯著作权罪定罪处罚。最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第11条的规定也肯定了这一原则,即“违反国家规定,出版、印刷、复制、发行本解释第1条至第10条规定以外的其他严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物,情节严重的,依照刑法第225条第(3)项^①的规定,以非法经营罪定罪处罚”。也就是说,对于以非法出版物为犯罪对象的犯罪行为,只有在没有特别法条可以适用的情况下,才能适用《刑法》第225条,以非法经营罪定罪处罚。^②这一裁判理由正确地运用了法条竞合理论,解决了以营利为目的出版他人享有专有出版版权图书的行为到底是定非法经营罪还是侵犯著作权罪的问题。

二、法条竞合的类型

在法条竞合的理论中,关于法条竞合的类型是一个争议较大的问题,争议的实质还是如何理解法条竞合的性质。关于法条竞合类型的争议,主要集中在交叉关系的法条竞合是否存在这个问题上。对此,我国刑法学界存在两种观点:第一种观点认为交叉关系也存在法条竞合。因此,法条竞合包括以下两种情形:(1)两个法条之间具有包含关系,即一个法条的全部内容为另一个法条内容的一部分;(2)两个法条之间具有交叉关系,即两个法条各自一部分的构成互为交叉重叠。^③第二种观点认为交叉关系不存在法条竞合。根据这种观点,只有一个条文的全部内容包含于另一个条文的内容之中时,即两个法条之间具有包含关系时,才能将之视为法条竞合。一个法条内容的一部分是另一法条内容的一部分时,不是法条竞合,而是想象竞合。^④上述第二种观点涉及法条竞合与想象竞合的关系,将在本章下节探讨。在此,笔者仅就涉及法条竞合类型划分的一些基本理论问题加以讨论。

^① 根据1999年12月25日通过的《刑法修正案》,已将原《刑法》第225条第(3)款改为第(4)项。

^② 参见最高人民法院刑一庭、刑二庭编:《刑事审判参考》2003年第4辑,法律出版社2003年版,第23~24页。

^③ 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1997年版,第630页。

^④ 参见高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第217~218页。

(一) 从属关系的法条竞合

在讨论从属关系的法条竞合的时候,首先涉及形式逻辑中的内涵与外延的问题。因为法条竞合表现为罪名概念的竞合,而罪名概念作为一种特殊类型的概念,同样存在着内涵与外延之分。那么,罪名概念的内涵与外延对于确定法条竞合的类型起到什么作用呢?对于这个问题,以往在我国刑法学界关于法条竞合的讨论中重视不够,因而造成了一些逻辑混乱。对于这个问题,我国学者已经有所认识,指出:按照逻辑学原理,任何概念都包含内涵与外延两个方面的逻辑特征,内涵是概念对事物本质的反映,外延是概念对事物范围的反映。罪名是关于犯罪的概念,其内涵是犯罪构成的具体内容,如主体身份、罪过内容、行为方式、对象范围、客体性质等;其外延是犯罪构成所适用的犯罪事实范围,现实中发生的所有这类犯罪行为构成这种犯罪的外延。罪名的内涵与外延呈反比关系,构成要件内容越丰富,外延越小;构成要件越简单,外延越大。我国刑法学界关于法条竞合的分类虽然观点纷呈,但大多没有指明其所称之包容、从属、交叉等是指犯罪的内涵还是外延,这就必然造成类型含义的模糊与理论上的混乱。^①对于这一观点,笔者是十分赞同的。在讨论法条竞合类型的时候,首先要对罪名概念的内涵与外延加以区分。换言之,罪名概念之间既存在内涵上的竞合又存在外延上的竞合。

对论者所涉及的包含关系而言,我国学者解释为:这种竞合,是以两个法条犯罪构成性质的同一性为前提,对犯罪构成的一个或数个要件进行外延范围量的比较,范围大的包含范围小的,就形成了两个法条的犯罪构成包含的重合关系,即所谓“一法条的全部内容为他一法条的内容的一部分”。^②在这一论述中,论者将所谓包含关系理解为是一种外延关系而未涉及内涵关系。这种所谓包含关系,实际上是刑法理论上所称的特别关系。德国学者指出:如果一个刑法规定具备了另一个刑法规定的所有要素,且它只能通过具有将案件事实以特殊的观点来理解的其他要素而与该刑法规定相区别的,即存在特别关系。在特别关系情况下,也就产生了从属的逻辑上的依赖关系,因为实现特有犯罪构成要件的每一个行为,还同时实现一般犯罪的构成要件,否则的话不构成特别关系。^③在此,德国学者虽然也未提及这种从属的逻辑上的依赖关系是外延关系还是内涵关系,但由于作者在论及吸收关系时,指的是“一个构成要件在该行为的不法内容和罪责内容包含了另一行为或另一构成要件,以至于在一个

① 参见刘士心:《竞合犯研究》,中国检察出版社2005年版,第96页。

② 参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1997年版,第630页。

③ [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著,徐久生译:《德国刑法教科书(总论)》,中国法制出版社2001年版,第894页。

法律观点下的判决已经完全表明了整体行为的非价。”显然,这种吸收关系是构成要件之间的内涵关系,由此可以得出结论:特别关系是构成要件之间的外延关系。因此,如果将包含关系的法条竞合仅限于外延关系而将内涵关系排除在外,显然是人为地缩小了法条竞合的范围。笔者认为,包含关系应理解为是一种逻辑上的从属关系,也就是种属关系。这种从属关系又可以分为两种:外延上的从属关系与内涵上的从属关系。

外延上的从属关系,是指一个犯罪构成要件的外延是另一个犯罪构成要件的外延的一部分。例如,我国《刑法》关于生产、销售伪劣商品罪的规定,《刑法》第140条规定的生产、销售伪劣产品罪与《刑法》第141条至148条规定的犯罪是一般与特殊的关系,这是一种外延上的从属关系。从法律上来说,假药、劣药等都是伪劣产品,这是一种外延上的从属关系,对于具有外延上的从属关系的情形,以法条竞合论处似乎并无争议。

内涵上的从属关系,是指一个犯罪构成要件的内涵是另一个犯罪构成要件的内涵的一部分。例如,我国《刑法》第232条规定了故意杀人罪,同时第239条规定的绑架罪中也包含“杀害被绑架人”的内容。这里的“杀害被绑架人”,是指在劫持被绑架人后,由于勒索财物或者其他目的没有实现以及其他原因,故意将被绑架人杀害的行为。由此可见,在绑架罪的构成要件中,包含故意杀人罪的内容,这是一种内涵上的包含而非外延上的包含。在大陆法系刑法理论中,这种内涵上的从属关系被称为吸收关系,其适用于一个行为的数个构成要件中,禁止构成要件比其他构成要件具有完全性时,完全法拒绝不完全法。^①笔者则将这种法条竞合称为整体法与部分法的竞合,整体法就是指完全法、部分法就是指不完全法。

应当指出,无论是外延上的从属关系还是内涵上的从属关系,都离不开对刑法规定的犯罪构成要件的具体分析,因而它必然以对刑法的解释为其前提。例如,我国现行《刑法》中的盗窃罪与盗窃枪支、弹药罪之间存在特别法与普通法的竞合关系,因为现行《刑法》规定盗窃罪的客体是公私财物,对财物的外延没有限制,枪支、弹药也可以包括在财物概念之中。但我国《刑法》中的受贿罪与公司、企业或者其他单位工作人员受贿罪之间就不存在特别法与普通法的竞合关系。因为受贿罪的主体限于国家工作人员,因而它与非国家工作人员受贿罪不存在外延上的从属关系而是一种并列关系。又如,故意杀人罪与绑架罪之间是部分法与整体法之间的竞合关系,因为现行《刑法》第239条关于绑架罪的规定中包含了杀害被绑架人的内容。但放火罪与故意杀人罪之

^① 参见[日]大塚仁著,冯军译:《刑法概说(总论)》(第3版),中国人民大学出版社2003年版,第476页。