

刑法竞合问题研究

中国检察出版社

赵丙贵 路军 王明辉 / 著

XINGFA JINGHE WENTI YANJIU



刑法竞合问题研究

中国检察出版社

赵丙贵 路军 王明辉 / 著

XINGFA JINGHE WENTI YANJIU



- 本书系教育部人文社会科学研究规划基金项目(项“刑法竞合问题研究”的最终成果
——主持人: 赵丙贵; 参加人: 路军 王明辉
- 辽宁大学法学学术文库
- “特色学科建设工程”立项重点课题资助



图书在版编目 (CIP) 数据

刑法竞合问题研究 / 赵丙贵, 路军, 王明辉著. —北京: 中国检察出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0873 - 7

I. ①刑… II. ①赵… ②路… ③王… III. ①刑法 - 研究 - 中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 076828 号

刑法竞合问题研究

赵丙贵 路军 王明辉 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 11 印张

字 数: 303 千字

版 次: 2013 年 5 月第一版 2013 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0873 - 7

定 价: 36.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

罪数论抑或竞合论

——一个思维视角的转换

(代序)

一罪与数罪，是刑法的客观现实。在我国刑法学界，将研究一罪和数罪的理论称之为罪数论。迄今为止，罪数论的研究范式仍然占据统治地位，并深深地影响着司法实践。但是，罪数论的重心甚至唯一的研究视角是一罪的概念及其类型，致使较为复杂的一罪与数罪问题在刑法评价方面过于简单化，所提出的处罚原则因缺乏理论支撑而沦为立法和司法的恣意。面对罪数论本身存在的诸多问题，能否另辟他途以新的视角来研究一罪数罪问题，应当成为刑法学界的课题。而竞合论的出现则迎合了这一期待。

一、罪数论及其局限

罪数论，“就是研究犯罪在实质上与形式上、实质上与法律上、实质上与处理上的个数的理论。它既包括罪数的一般性、普遍性理论，也包括各种具体的罪数形态的研究。”^①由此可见，罪数论所要解决的主要或核心问题是行为事实（评价对象）与犯罪构成（对象评价）之间的关系问题。进而言之，罪数论所要解决的是一行为与数个犯罪构成之间的关系、数行为与一个犯罪构成之间的关系、数行为与数个犯罪构成之间的关系。由此发展出的行为数理论和犯罪数理论可谓五花八门，迄今为止也莫衷一是。难怪初学刑法的人一遇到罪数理论，便觉得仿佛坠入五里雾之中。即便是专

① 吴振兴：《罪数形态论》，中国检察出版社1996年版，第5页。

司刑法研究的学者也认为罪数论是“刑法大陆中的百慕大三角洲，依然是刑法领域中的危险丛林地带。”^① 罪数理论之所以陷入如此境地，除了罪数形态本身具有复杂性这个客观因素以外，恐怕与理论界在罪数论的研究方法及思维方式上的缺陷有关。罪数论虽然以“罪数”为名，但最终却以研究一罪及其类型为归宿，把一些本来属于数罪的形态强行地归结为一罪形态。在罪数论看来，只要搞清楚一罪及其类型，数罪就自然而然地呈现在我们面前。这种研究范式，使得简单问题复杂化或者说复杂问题简单化了。

就作为评价对象的行为事实与作为对象评价的犯罪构成的关系而言，两者具有相对的独立性。刑法的评价对象，是客观存在的人类举止，属于存在面。存在面的现象，应当是客观的和无评价色彩的，其本身并无所谓合法、不法或许可、禁止之分，作为存在面的行为事实之所以具有合法或不法的性质，是受到规范这个“当为”评价的结果。换言之，作为存在面和评价对象的行为事实仅有存在或不存在的问题，并没有无中生有或由有变无的情况。一个盗窃犯变卖赃物行为的存在，并不能任意认为其不存在，而认为并没有“卖”的行为发生，从而强行认为该盗窃犯只实施了一个行为；只有作为对象评价的规范介入评价对象时，才会发生评价与否和评价取舍问题。对于盗窃犯变卖赃物的行为，因在盗窃罪中已被完整评价，所以，对其“卖”的行为，不再予以评价，但并不能因此而否定盗窃与变卖行为在规范（对象评价）介入之前是数行为这一客观存在。而罪数理论在行为事实与犯罪构成之间的关系上（即评价对象与对象评价的关系）始终处于模糊状态，最明显的例证就是将犯罪个数取代行为个数，从而否定行为事实及其个数在规范介入前所具有的相对独立性和内在规定性，由此所发展出的实质一罪、包摄一罪、科刑一罪、法定一罪等罪数理论，实在令人眼花缭乱、匪夷所思。

罪数论对于复数规范被实现的情形，向来均认为是“罪数”

① 柯耀程：《刑法竞合论》，台湾元照出版公司2000年版，第1页。

问题，并认为复数规范被实现的情形又可分为形式数罪和科刑一罪（或称处断上的一罪）以及实质数罪。但令人疑惑的是，既然是复数规范被实现，理应是数罪，怎么能将数罪任意压缩成一罪呢？尽管复数规范的实现，可能是一行为所致（如想象竞合），也可能为数行为所致（如牵连犯或实质竞合），但这是复数规范被实现后的内部形态问题，根本不涉及一罪和数罪的判断。至于对复数规范被实现的数罪是否并罚，那是在复数规范被实现的前提下，由其内部不同形态所呈现的不法内涵和罪责内涵所决定的问题，根本关涉不到一罪与数罪的判断问题。就拿想象竞合来说，既然是一行为触犯数罪名，其复数规范被实现的特征十分明显，怎么能将之视为实质一罪或科刑一罪呢？将其视为实质一罪的观点，是对想象竞合犯具有的复数规范被实现的特征的漠视；将其视为科刑或处断上一罪的认识，试图绕过想象竞合是一罪与数罪这一关口，用处断上的问题来取代其数罪的性质，不但本末倒置，而且认识模糊。实际上，对想象竞合犯之所以按一罪之刑作为量刑的准据，是因其具有一行为的特质而在刑事责任程度上低于数行为触犯数罪名的实质竞合；又由于其具有数罪的特质，使得其刑事责任程度高于一行为触犯一罪名的单纯一罪。因而，其处罚原则又不能与单纯一罪同日而语。所以，想象竞合犯的核心问题并不在于其是一罪还是数罪，而是在一行为已经实现复数规范的前提下，解决其刑事责任的实现和整合问题，这应当成为想象竞合犯的核心和本体。因此，将想象竞合犯定位于罪数论，从而将其研究重心置于罪数的判断上，甚至将想象竞合犯的本质在一罪与数罪之间进行寻找，恐怕是罪数论的一个误区。

在一罪与数罪的判断标准上，通说一直坚持构成要件标准说或者称之为犯罪构成标准说。认为判断罪数是一罪还是数罪，应当以犯罪构成的实现个数为标准，行为具备一个犯罪构成的，是一罪；行为具备数个犯罪构成的，是数罪。应当说，这一罪数判断标准的观点没有错误，而且简单明快。但是，通说在贯彻这一标准时却未能一以贯之。突出的表现就是将想象竞合犯视为实质的一罪，试

问：既然认为想象竞合犯是一行为实实在在地触犯了数个犯罪构成，而判断一罪与数罪的唯一标准又是犯罪构成标准说，那么，为什么不认为它是数罪呢？为什么将之视为一罪甚至是实质一罪呢？这种不能将犯罪构成标准说一以贯之的思维，不正显示了罪数论的局限甚至缺陷吗？

罪数论的上述问题只是传统罪数论存在局限性的一角，仅仅这些，就足以逼使我们去寻找新的解释方法和思维方式，以便更好地来说明和解释罪数的问题。

二、竞合论的引入

竞合论是德国刑法学界专门为解决数个刑罚法规被实现后的法律效果整合问题所创立的一种理论。我国台湾地区学者林山田教授是将竞合论引入台湾地区的主要代表人物。在他看来，所谓竞合论，“乃指研究行为人之行为构成多数之犯罪时，究竟如何宣告其罪名，并且决定其法律效果之刑法理论。换言之，他所要探讨的是在多数之刑法条款竞合在一起之情况下，所触犯之数个刑法条款是否可以并行适用；如可，则应如何适用。”^①我国台湾地区学者柯耀程教授进一步解释道：“刑法所称竞合者，系指行为实现多数刑法规则，而各规范均确实存在，为使得法律的评价标准得以确实适用，以决定罪刑关系，就所实现之规范间，撷取适当之法律效果。在结构上，复数之规范确实被侵害，而由于个别规范间法定之法律效果，无法也不能单纯地加以结合，乃至欠缺具体的制裁效果，为求取具体的法律效果，必须从所实现的规范间，审酌一足以反应被实现规范之非价内容的法律效果，此一撷取过程即为竞合论的核心任务。因此，竞合论所称之竞合，并非罪之竞合，详言之，竞合者并非被实现构成要件之具体适用衡量，因为被实现的构成要件均已具体存在，并无取舍问题，也不生争取适用的关系，反而竞合问题，是以复数构成要件的存在，作为成立的前提要件。如对于竞合

^① 林山田：《刑法通论》（下册），作者发行1998年版，第569页。

论的结构而言，实系被实现构成要件的组合与整合，构成要件间并无竞合存在，而是并存结构。其所竞合者，应为法律效果，也即为反应复数构成要件实现的不法内涵，在被实现构成要件的基本法律效果间，衡量撷取一个适当的法律效果，作为实现复数构成要件行为的具体反应。所以，竞合者并非构成要件之竞合，而是法律效果的竞合。因此，竞合论所处理的问题，必须以复数构成要件实现作为基础，简言之，竞合论的结构，是建立在‘数罪’的基础上。不论该复数构成要件实现是由一行为所实现，还是数行为所实现。由不同评价对象所实现的复数构成要件，仅是竞合论中之形态差异而已，如果该复数构成要件，是由一行为所实现，则为‘想象竞合’。如果复数构成要件实现的评价，于同一程序中处理，而且是由数个独立且不具相关性的行为所实现，即为‘实质竞合。’”^①对于柯先生的以上论述，笔者除了不赞成其将刑法竞合问题定位于法律效果论（理由后述）以及他所说的“实质竞合”与中国大陆地区刑法所规定的数罪并罚不尽一致^②以外，深以为然。根据上述观点，笔者试将竞合论的概念按照刑法理论作如下界定：刑法中的竞合论，是指在数个犯罪构成被触犯的情况下，研究究竟如何从被实现的数个犯罪构成中，对于作为评价对象的行为事实的不法内涵和罪责内涵以及由此决定的刑事责任程度做完整评价的理论。对于竞合论的这个定义，须作如下说明：

第一，竞合论是以复数犯罪构成被实现作为其成立的前提条件，如果无此前提，就没有竞合问题。至于所实现的数个犯罪构成是由一行为所致，还是由数行为所致，那是诸如想象竞合、牵连犯和实质竞合等竞合犯内部的形态划分问题。但是，正如前提不等于事物本身一样，多数犯罪构成被实现，并不等于竞合论本体和核

① 柯耀程：《刑法竞合论》，台湾元照出版公司2000年版，第12页。

② 实质竞合导致并罚的结果，是受同一个诉讼程序限制的。而根据中国大陆地区刑法的规定，数罪并罚没有同一程序的限制，即使在刑罚执行过程中发现漏罪或新罪，也同样按照数罪并罚的原则处理。

心。因为多数犯罪构成如何被实现的，那是犯罪论或犯罪行为论所要解决的问题，与竞合论本体和核心无涉。只有坚持这一点，才能把竞合问题从“一罪与数罪”这一刑法危险丛林中解脱出来，把重心投入到如何处理多数犯罪构成被实现后的刑事责任组合和整合问题中来。但是，也不能因此而对作为竞合论前提条件的多数犯罪构成的实现问题置之不理。因为要想认识诸如想象竞合犯等竞合问题的全貌，必须一并研究多数犯罪构成如何被实现这个问题，否则，竞合理论就会既不系统也不全面。由此可见，竞合论既与犯罪论密切相关，又有自己独立的核心内容和任务。

第二，竞合论的核心内容和任务是要解决在多数犯罪构成被实现的情况下，如何确定归责原则（或处罚原则）问题。详言之，在上述前提存在的情况下，只有透过被实现的每个犯罪构成的刑事责任进行整合，才能使作为评价对象的行为事实的不法内涵和罪责内涵被完整充分地得到评价，而这才是竞合论的本体和核心。诚如柯耀程先生所言：“在一行为实现一构成要件的结构中，可罚性乃源自于该构成要件禁戒规范的非价判断，而不法内涵则反映在法律效果（即该罪的法定刑）的规定中。反之，如行为（不论是单一还是多数）所实现的构成要件，并非单一，而是复数时，则可罚性之确认，势必不能从个别构成要件中求得，必须借助创设之法理，方得以对于反应可罚性之法律效果明确加以决定，而此一认定工作即落入竞合论之中。从而，竞合论所要处理的问题并非构成要件该不该当的问题，也非罪成不成立的问题，而是以数个被该当的构成要件为基础，确认可罚性的法律效果决定问题。”^①因此，竞合论的核心任务就在于救济法定刑所反应的复数规范实现的不足，进而提出归责原则，以便为法官具体量定刑罚提供依据。就此点而言，竞合论又与刑罚论密切相关，但其核心内容显然不同于刑罚论。

第三，要想将竞合论引入中国刑法理论中来，还须将其中的一

^① 柯耀程著：《刑法竞合论》，台湾元照出版公司2000年版，第9页。

些语言转换为中国刑法的语言习惯和表述，否则可能导致竞合论的水土不服。比如，法律效果一词在中国刑法中就难以找到对应的语言，所以应当用刑事责任一词来取代（理由容后详论）。

三、罪数论与竞合论的比较

通过以上对罪数论和竞合论各自核心内容的揭示，可以发现，罪数论将问题的焦点放在了罪数的判断上，也即将理论的重点置于何种事实情况下，行为人所触犯的是“一罪”，何种事实情况下，对于行为人的归责应属于“数罪”，整个理论体系便以此种区分“一罪”与“数罪”的认定关系，作为诠释与适用的基础。使得刑法竞合问题始终未能跳出行为与构成要件关系认定这个犯罪论的窠臼，而沦为犯罪论的附庸，从而使本来具有相对独立性的刑法竞合问题仍然迷失在刑法领域中的“危险丛林地带”。就拿想象竞合犯来说，很多学者对想象竞合犯的本质纠缠于“一罪”与“数罪”问题上，使得想象竞合犯被弄得面目皆非。人们不禁要问：既然想象竞合犯是一行为真实地实现了数个犯罪构成，触犯了数罪名，为什么将之视为一罪（不管是实质一罪还是科刑一罪）呢？既然是数罪名，为什么要按照其中的一个重罪处理，而对被实现了的轻罪置之不理呢？若按其中的一个重罪处理，其与一行为触犯一罪名的单纯一罪又有什么区别呢？对这些问题，很多学者做了艰辛的努力，但至今仍未达成共识，致使实务界无动于衷、我行我素。笔者收集了国内一些有关想象竞合犯方面的判例，令笔者遗憾的是，没有一份判决书在判决理由部分提到想象竞合犯一词，也不知道其将触犯两个罪名的情况最后作为一罪处理的法律根据和理论依据是什么。之所以出现这种理论界自说自话、实务界我行我素的尴尬局面，恐怕与理论界将诸如想象竞合犯等刑法竞合问题纠缠于罪数论这一定位失误有关。如果说罪数论到了“山穷水尽疑无路”的地步，那么，竞合论概念的引进和提倡可能会出现“柳暗花明又一村”的景象。

由于竞合论将多数犯罪构成的实现作为其成立的前提，这就意

味着竞合论所关注的核心问题并非罪数判断问题。至于罪数判断问题，作为竞合论的前提，完全交由犯罪论去完成。从而使得竞合论能够将重心置于多数犯罪构成被实现后的刑事责任程度的确认和整合上，其目标是为刑法竞合问题寻找适合的处理原则，以便为立法上规定不同竞合形态的归责原则和实务界对不同竞合形态的刑罚量定提供理论依据和具体规则。

可见，罪数论与竞合论对于竞合问题研究的切入点有明显的不同。罪数论的切入点是多数犯罪构成实现的形成过程，也就是一罪与数罪的认定和区别问题。因而，其思维方式仍是犯罪论的思维方式；而竞合论的切入点是多数犯罪构成被实现后的不法内涵确定和刑事责任整合问题。因而，其思维方式已脱离犯罪论的思维方式，而进入到刑事责任的确定和整合的思维方式中。同时，罪数论的重心是确定一罪及其类型，而竞合论的重心是确定数罪及其类型和由此带来的特殊处罚原则。

在笔者看来，以竞合论这一新的视角来研究刑法竞合问题，并不意味着要彻底而全盘地否定罪数论。实际上，罪数论的一些研究成果是值得竞合论借鉴甚至作为前提的，正如客观归责理论的出现并非是相当因果关系理论之外的产物一样。我们想做的是，在借鉴罪数论以往有益成果的基础上，引入竞合论的思维视角，使刑法竞合问题的研究获得意外的收获。比如，按照竞合论，法规竞合根本就不是罪数或竞合问题，它是假性竞合。既然如此，用罪数论来解读法规竞合问题，就会出现南辕北辙的结论。我国目前在法规竞合研究上的种种混乱的局面以及司法实务界的困惑，就是用罪数论解读法规竞合的结果。因此，鉴别真假竞合便是竞合论题中应有之义。再比如，按照竞合论，行为数与犯罪数是犯罪论要解决的问题，作为竞合论的重要内容当然应当予以重视。但它只是竞合论的前提。在具备这一前提下，才可能发生竞合问题。而竞合论所关注的核心问题是各种竞合形态的刑事责任大小和程度的确认问题。竞合论所关注的核心问题恰恰是罪数论所忽略甚至缺乏的。正是这一忽略和缺乏才使得罪数论的实践功能大打折扣。也许运用竞合论来

诠释刑法竞合问题未必能把罪数论所遇到的难题一一加以解决，但换一个角度审视同一个问题，我们可能会有新的发现。

本书的写作，用意并非要解决刑法竞合的所有问题，我们也无力达此目标，只是想借助竞合论这种思维范式来重新审视刑法竞合的一些理论和实践问题，权且当作一种尝试而已。同时，由于本书是由我们课题组三人合著，尽管我们力争求同存异，但在一些问题的实然和应然方面难免会出现不甚和谐甚至矛盾之处。承蒙中国检察出版社不弃，使本书得以出版，在此深表感谢；也要感谢辽宁大学法学院将此书列为辽宁大学法学学术文库“特色学科建设工程”立项重点课题资助，使得本书的出版更加顺利；还要感谢辽宁大学法学院刑法专业甘雪懿、杨婧、刘明翹等研究生的悉心校对、辨正文义等辛劳，使得本书的遣词用语等错误率降到最低。

倘若本书能够给研习刑法者带来一丝春风，我们将十分欣然；即便成为批判的靶子，我们也会坦然面对，甚至更加欣然，因为真理总在辩论后。

作 者

2013 年 3 月

目 录

罪数论抑或竞合论——一个思维视角的转换（代序）	（ 1 ）
-------------------------	-------

上篇 基础理论篇

第一章 刑法竞合的定位和本质	（ 3 ）
第一节 刑法竞合定位的理论之争	（ 4 ）
第二节 刑法竞合定位的确定	（ 9 ）
第三节 刑法竞合的定位之于刑法竞合的本质	（ 23 ）
第四节 本章小结	（ 24 ）
第二章 竞合论的前提	（ 27 ）
第一节 行为数的判断	（ 28 ）
第二节 犯罪数的判断	（ 52 ）
第三章 真假竞合的厘定	（ 66 ）
第一节 法规竞合	（ 67 ）
第二节 结果加重犯	（ 96 ）
第三节 其他假性竞合	（ 108 ）
第四节 本章小结	（ 113 ）
第四章 竞合论的评价原理	（ 116 ）
第一节 评价根据和评价内容	（ 116 ）
第二节 评价的原则	（ 118 ）
第三节 评价的路径	（ 132 ）

中篇 具体分类篇

第五章 想象竞合犯	(137)
第一节 想象竞合犯的本质	(137)
第二节 想象竞合犯的概念	(146)
第三节 想象竞合犯的类型	(160)
第四节 想象竞合犯与法规竞合的界分	(177)
第五节 想象竞合犯与结果加重犯的区别	(181)
第六章 牵连犯	(187)
第一节 牵连犯肯定说之肯定	(188)
第二节 牵连犯范围之确定	(194)
第三节 牵连犯与想象竞合犯的区别	(199)
第七章 连续犯	(203)
第一节 连续犯的概念和特征	(204)
第二节 连续犯的存废之争	(212)
第三节 连续犯与相关犯罪形态的区别	(218)
第八章 吸收犯	(226)
第一节 吸收犯的基本概念	(226)
第二节 吸收犯的存在价值	(231)
第三节 吸收犯的评价原则	(237)
第九章 实质竞合	(241)
第一节 未决罪的并罚问题	(242)
第二节 漏罪的并罚问题	(252)
第三节 新罪的并罚问题	(259)

下篇 法律适用篇

第十章 形式竞合的处罚原则及其适用	(267)
第一节 形式竞合各种处罚原则或者归责原则之概览 ...	(268)
第二节 形式竞合犯各种归责原则之评析	(275)
第三节 形式竞合犯归责原则之确定	(281)
第四节 形式竞合犯归责原则的具体适用	(284)
第五节 本章小结	(299)
第十一章 形式竞合犯的诉讼问题	(302)
第一节 追诉时效问题	(302)
第二节 亲告罪问题	(303)
第三节 自首问题	(304)
第四节 既判力问题	(305)
第五节 起诉书和判决书主文的表述问题	(306)
第十二章 共同犯罪过程中的竞合问题	(308)
第一节 认定共同犯罪竞合问题应当确立的原则	(309)
第二节 共同犯罪与想象竞合犯	(313)
参考文献	(326)

上篇

基础理论篇

