



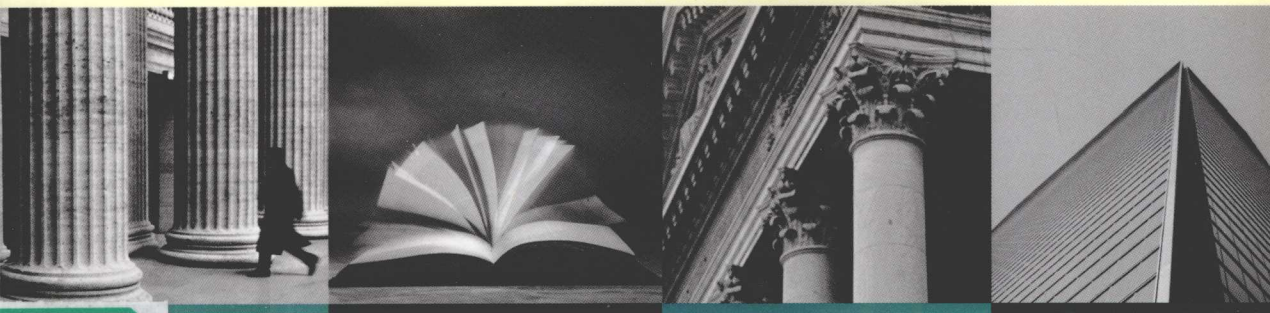
国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

罪数的理论与实务

ZUISHU DE LILUN YU SHIWU

庄 劲 著



114

2



中国人民公安大学出版社



中青院 11 000671182



国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

罪数的理论与实务

庄 劲 著



中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

罪数的理论与实务 / 庄劲著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 5
(中国刑事法制建设丛书 / 陈国庆, 孙茂利主编. 刑法系列)

国家出版基金资助项目

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0850 - 5

I. ①罪… II. ①庄… III. ①刑事犯罪 - 研究 - 中国 IV. ①D924. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 097911 号

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

罪数的理论与实务

庄 劲 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2012 年 5 月第 1 版

印 次: 2012 年 5 月第 1 次

印 张: 17

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 333 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0850 - 5

定 价: 40.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

公安业务分社电话: 010 - 83905641

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

本书咨询电话: (010) 63485228 63453145

中国刑事法制建设丛书·刑法系列

编 委 会

总 顾 问 高铭暄 马克昌 陈光中

总 主 编 陈国庆 孙茂利

编 委 (以姓氏笔画为序)

于志刚	王 晋	王宏勇	王茂华
曲新久	刘国祥	孙茂利	李希慧
李睿懿	杨万明	陈兴良	陈国庆
陈泽宪	周光权	赵学颖	高 峰
高憬宏	黄 河	黄京平	黄海龙
韩耀元	裴显鼎		

总 策 划 赵学颖 王宏勇

前 言

我国第一部刑法典诞生至今已三十余年，1997 年进行了全面修正，尤其最近对刑法又进行了较为全面的修改，刑事法网日渐严密。刑法为惩罚犯罪，保护人民，维护社会和谐稳定发挥了重要作用。与之相应，刑法学可谓是我国法学领域里起步最早的学科之一，也是研究相对成熟的学科，涌现了大量的研究成果。随着我国市场经济的发展，各种社会关系愈加错综复杂，刑法学的研究日渐深入，但包括刑法学的基础理论问题仍需要进行深入研究，大量实践中出现的复杂疑难案件亟待从理论上加以解决。这就要求刑法学研究在积极吸取国外优秀成果的同时努力实现与本国刑事立法和司法实践的对接，在致力于对现行刑法规范进行注释解读的同时综合运用哲学、社会学、政治学、经济学等手段，从刑事政策、犯罪学、国际刑法学等多角度拓展刑法学研究视野，并最终服务于刑法目的的实现。

受国家出版基金的资助，中国人民公安大学出版社启动了《中国刑事法制建设丛书》出版项目，将“刑法系列”作为丛书的重要组成部分。为了给广大从事刑法学研究的专家学者提供一个高层次的交流平台，也使广大读者系统和全面地了解刑法理论和实践研究的成果，本丛书力求兼顾以下几方面特点：

第一，本丛书入选书目的内容全面覆盖我国现行刑法中各项重要制度和刑法学中若干重大理论问题。本丛书对刑法理论研究和司法实践中的热点问题予以充分关注，着力推荐针对刑法学中某一具体制度

或理论进行系统深入研究的作品。近年来，我国刑法学者对德日刑法理论进行了更为细致的研究，引起了对犯罪论体系进行改造等诸多关于刑法基础理论问题的争鸣，这些争论有助于进一步深化刑法学研究的根基和深层次解决当前司法实践中遇到的重大疑难问题。因此，本丛书吸纳了一批介绍国外刑法理论，并能对我国司法实践作出积极回应的具有开创性的作品。

第二，本丛书的出发点是在现行刑法典的基础上，深入研究刑法学的基本原理、刑法的基本制度和刑法解释方法，以期对刑法立法的完善起到积极作用，帮助广大司法工作者正确理解法律精神，在办案中准确解释法律。为此，本丛书选择了一批对我国现行刑法及其相关司法解释的制定背景、具体内容进行解读或者阐释的作品。希望这些成果能直接服务于刑事立法和司法工作，尤其是对公检法机关的司法工作人员规范执法、提高办案质量发挥指导作用。

第三，本丛书由最高人民检察院、公安部等长期从事刑事业务指导工作的专家担任总主编，选择了具有前瞻性、创新性、实用性和建设性的刑法领域的优秀研究成果收入本丛书。

希望在国家出版基金的资助下，《中国刑事法制建设丛书》为我国的刑事法制建设发挥积极的推动作用。

欢迎广大读者批评指正。

中国刑事法制建设丛书·刑法系列编委会

2011年5月

目 录

第一章 罪数论的前提与体系	(1)
第一节 罪数论的前提与机能	(1)
一、“竞合”的语源与“罪数”的前提	(1)
二、罪数论的机能	(6)
第二节 罪数论的体系	(7)
一、德国的竞合论体系	(7)
二、本书的罪数体系	(11)
第二章 罪数判断的原则与标准	(31)
第一节 罪数判断的原则	(31)
一、评价的基准	(31)
二、禁止重复评价原则	(37)
三、全面评价原则	(48)
四、禁止得益原则	(52)
第二节 罪数判断的标准	(54)
一、对犯罪构成标准的检讨	(54)
二、犯罪构成标准的缺陷	(57)
三、法益重合性罪数标准的提倡	(62)
第三节 罪数判断的疑难问题	(73)
一、附随法益与罪数判断	(73)

二、加重构成的法益与罪数判断 (75)

三、关联法益与罪数判断 (77)

四、递进法益与罪数判断 (80)

第三章 法条竞合犯 (83)

第一节 法条竞合的本质 (83)

一、法条关系还是犯罪形态 (83)

二、犯罪形态论的提倡 (86)

第二节 法条竞合犯的构成 (88)

一、当前之学说 (88)

二、法条竞合的构成 (92)

第三节 法条竞合犯的适用范围 (95)

一、方法论上的更新 (95)

二、法条竞合犯的范围 (97)

三、保护法益与法条竞合之判断 (106)

第四节 法条竞合犯的适用原则 (108)

一、适用原则的争议 (108)

二、法条逻辑主义的困境 (110)

三、法条适用的原则 (114)

第五节 被斥法条的封底效力 (122)

一、被斥法条封底效力之论争 (122)

二、两分法的解决方案 (123)

第六节 特别法的出罪效力 (127)

一、特别法出罪效力之论争 (127)

二、可罚说的不足 (128)

三、具有出罪效力的特别要素 (129)

四、特别法出罪效力之根据 (131)

五、特别法出罪效力之例外	(132)
第四章 吸收犯	(134)
第一节 吸收犯的机能主义思考	(134)
一、存与废的理论争议	(134)
二、吸收犯的理论机能	(137)
第二节 吸收犯的构成	(141)
一、何谓吸收关系	(142)
二、是否存在犯罪构成的性质要求	(147)
第三节 吸收犯的存在形式	(150)
一、对现存学说的批评	(150)
二、本书的分类：垂直型与水平型	(153)
第四节 吸收犯的处罚	(162)
一、吸收犯的罪数本质	(162)
二、择一重罪处罚	(163)
三、轻罪的封底效力	(164)
第五节 不可罚行为的理论	(165)
一、不可罚行为的范围	(165)
二、不可罚行为的概念	(168)
三、不可罚的根据	(170)
第六节 吸收犯的“夹结效力”	(180)
一、“典型夹结”的吸收犯	(180)
二、“不完整夹结”的吸收犯	(182)
第七节 吸收犯与开放性的加重构成	(184)
一、基于开放性加重构成的吸收犯	(184)
二、受贿罪与附随犯罪的吸收关系	(185)

第五章 想象竞合	(188)
第一节 备受争议的一罪处罚说	(188)
一、复数行为的观念竞合	(188)
二、单数说与复数说	(189)
三、夹结的困境	(191)
第二节 想象竞合之特征	(194)
一、真的只有一行为?	(194)
二、何种性质的数罪名?	(204)
第三节 想象竞合的罪数本质	(206)
一、有关的学说	(206)
二、实质数罪说的倡导	(208)
第四节 想象竞合的处断原则	(212)
一、对峙的学说	(212)
二、数罪并罚说之倡导	(213)
第六章 牵连犯与异种数罪	(219)
第一节 牵连关系与类型	(219)
一、客观说的立场	(219)
二、主观说的立场	(220)
三、主客观统一说的立场	(220)
第二节 牵连犯的罪数本质	(221)
一、牵连犯与吸收犯	(221)
二、牵连犯的罪数判断	(222)
第三节 牵连犯的处断	(223)
一、牵连犯的二元处断	(223)
二、作为异种数罪的牵连犯	(228)

第七章 连续犯与同种数罪	(230)
第一节 连续犯的立法与理论	(230)
一、在德、日刑法中的演变	(230)
二、在我国近现代刑法中的演变	(233)
第二节 连续犯的存废之争	(240)
一、主存论的见解	(240)
二、主废论的见解	(243)
第三节 连续犯的罪数与处断	(245)
一、根据本书的罪数标准,连续犯属于实质的数罪	(246)
二、只有对连续犯数罪并罚,才能够实现罪刑相适应原则	(246)
三、将连续犯作一罪处断,在法律上并无根据	(247)
四、从刑法发展方向来看,将连续犯作数罪处理是大势所趋	(248)
五、连续犯也不能带来诉讼经济	(248)
第四节 同种数罪处罚的争议	(249)
一、一罚说	(249)
二、并罚说	(250)
三、折中说	(250)
主要参考文献	(255)
后 记	(259)

第一章 罪数论的前提与体系

在传统的学理看来，罪数论的核心是判断一罪与数罪，若为一罪，则从一罪处断；若为数罪，则数罪并罚。问题是，衡量“一罪”的标准是什么呢？以前，人们一致认为这是犯罪构成的任务——既然犯罪构成是确定行为是否构成犯罪、构成何种犯罪的唯一根据，自然也是计量犯罪个数的准绳。但若如此，为什么还存在所谓“处断的一罪”之类型呢？处断的一罪不正是以复数行为充足复数的犯罪构成为前提的吗？若犯罪构成真的是罪数判断标准，似乎就不应该存在“处断的一罪”。

其实，要回答“一罪”的标准是什么，就必须搞清楚“一罪”的内涵是什么。而要确定“一罪”的内涵，就必须回答，我们为什么需要“一罪”和“数罪”的概念，在什么场合下会使用它们。这便需要先确定罪数论的机能，在机能主义的思考下确定“一罪”和“数罪”的概念。

第一节 罪数论的前提与机能

如何确定罪数论的机能呢？一个概念的应用语境决定了这个概念的机能，要界定概念的机能，就要确定它在使用时面临什么样的问题。因此，首先需要讨论罪数论的研究前提，即在何种情况下需要罪数论解决问题，罪数论解决的是什么问题。

一、“竞合”的语源与“罪数”的前提

我国刑法的罪数论，沿袭于日本刑法的称谓，在研究内容上，其实相当于德国刑法的竞合论（Konkurrenzlehre）。但是，罪数论往往并不研究罪数的研究前提，相反，德国竞合论“竞合”（Konkurrenz）的含义，即与竞合论的前提密切相关。我们可通过厘清“竞合”的含义，探讨罪数论或竞合论的前提。

（一）竞合的语源

以往的理论认为，刑法中的“竞合”是“竞争”或“竞争适合”之意，但

是，这种理解可能不正确。现代德语中，Konkurrenz 确有“竞争、竞赛”的意思，而竞合论又是解决如何从诸多罪名中择适者而用的问题，望文生义，竞合似乎是指多个条文的竞争适用。但果真如此，就难以解释德国竞合论中的具体概念。在德国竞合论体系中，“假性竞合”和“真正竞合”是两个基本的范畴。所谓假性竞合（scheinbare Konkurrenz），又称为不真正竞合（unechte Konkurrenz），其实就是法条竞合，学理之所以称法条竞合为假性或不真正的竞合，是因为法条竞合虽表面上触犯多个法条，但最终仅得一法条可适用，其余的法条实际上未被触犯，也无需出现在判决书当中，故所谓多个法条被触犯，不过是表面的假象；所谓真正竞合（echte Konkurrenz），是指行为确实触犯了多个法条的情形，包括想象竞合（Idealkonkurrenz）和实质竞合（Realkonkurrenz），其触犯的所有法条对定罪和量刑都可能产生影响，在判决书中必须被明确援引，故所谓多个法条被触犯，不是表面的，而是真真正正的。换言之，在德国竞合论中，当法条确有竞争关系时，称之为假的竞合；而当法条并行不悖时，反称之为真的竞合。可见，假性竞合中所假者和真正竞合中所真者，并非法条之间的竞争，似乎更像是法条之间的共存关系。

Konkurrenz 源于拉丁语名词 concursus，本意是聚合或碰撞的意思。在 concursus 中，前缀 con 是“共同、一起”的意思，词根 curro 是“跑步”的意思。因此，从拉丁语的构词法来看，竞合的本义是“大家一起跑”或“跑到一起”的意思。那么，大家跑到一起干什么呢？这便产生了两项引申意：其一是“汇聚、融合”，其二是“碰撞、冲击”。如果立足于第一项意思，刑法之竞合就是法条之共存、融合；如果立足于第二项意思，刑法之竞合就是法条之竞争。这一点也可以从“竞合”对应的英语单词 concurrence 中得到印证。在英语中，concurrence 本身是“发生”的意思，前缀 con 就是“一同”，concurrence 为“同时发生”的意思。英语的 concurrence 和德语的 Konkurrenz 同源于拉丁语 concursus，且至今其拼写也相似，但意义并不相同。但如果了解到 concursus 的两项含义，问题就不难解释：由于后来语言的发展，现代英语采用了 concursus 的第一项意思，而现代德语采用了 concursus 的第二项意思。

问题是，对竞合的理解，不能照搬现代德语的意思，相反，只有立足于拉丁语 concursus 的第二项意思，才能与竞合论的脉络相一致。德国刑法学家罗克辛（Roxin）就认为，“竞合”（Konkurrieren）的同义词就是 zusammenlaufen。^① 注意，罗克辛的这个解释，和竞合的拉丁语构词刚好相对应，其中，zusammen 就是“一起”的意思，laufen 就是“跑步”的意思，合起来就是“跑到一起”，即“聚拢、融合、汇合”之意。近代刑法学巨匠费尔巴哈（Feuerbach）也认为，犯

^① Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S. 797.

罪竞合就是“Zusammenfluss von Verbrechen”，即未经处罚的数个犯罪行为一并审理。^①其中，Zusammenfluss 的 fluss 就是河流的意思，Zusammenfluss 就是河流流到一起，即“汇合、融汇”的意思。可见，德国刑法学者对 Konkurrenz 的理解，并非当代德语所理解的“竞争”，而是“汇合、共存”的意思。

类似地，法哲学家拉伦茨（Larenz）也认为，法律中的竞合就是汇聚的意思。拉伦茨在讨论法条竞合时，认为法条竞合（Konkurrenz）就是法条汇聚（Zusammentreffen），即同一案件事实为多个法条或法律所指涉，他直接将“竞合”和“汇聚”等同使用。^②需注意，拉伦茨并没有将法条汇聚和法条竞争相提并论。他解释道，“很多法条的构成要件，相互间会全部或部分重合，故同一案件事实可能被多个法条调整，人们对这种情况称为法条的汇聚或竞合（ein Zusammentreffen oder eine Konkurrenz der Rechtssätze）”。正是因为同一案件牵涉了许多法条，这许多法条便在同一案件中汇聚了。如果两项法条的法律效果不同，且相互不排斥，就必须探究这两种法律效果是否应并行适用；如果法律效果间相互排斥，则只有其中之一得以适用，就必须决定哪一条具有优越地位。^③可见，拉伦茨的法条竞合包括了两种情况：或者是两种法效果应并行适用，或者是此一法效果排斥彼一法效果的适用，这时需依立法者的规整意向来决定应适用何种法律效果。换言之，竞合只是在某一案件中多个法条同时符合的现象，它既包括法条间彼此竞争的情形，也包括多个法条同时适用的情形。

拉伦茨的“法条竞合就是法条汇聚”，与德国旧刑法——1871年《德国刑法典》的规定相一致。在1871年《德国刑法典》中，犯罪竞合规定于第一章第五节“复数犯罪行为之汇聚”（Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen）中，该节第78条相当于现行刑法典第52条想象竞合之规定，该节第79条相当于现行刑法典第53条实质竞合之规定。在该节的标题中，将学理所谓的“竞合”表述为“汇聚”（Zusammentreffen），与拉伦茨的解释完全一样。

由此可见，无论是德国立法还是学理文献，无论是刑法学抑或法哲学的使用习惯，竞合一词的意思都不宜理解为“竞争”，而应理解为“共存”或者“汇合、汇聚”的意思。

（二）竞合的含义与罪数的前提

那么，刑法上的竞合，到底是什么同时发生汇聚到一起呢？从“犯罪竞合”的本意来看，刑法上的竞合原指犯罪行为的竞合。犯罪竞合的拉丁语是 concur-

① Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1986, Neudruck der 14. Aufl. (1847), Aalen: Scientia Verl., § 126.

② Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 87.

③ Larenz/Canaris, a. a. O., S. 87 ff.

sus delictorum,^① 其中, delictorum 是 delictum (犯罪行为) 的复数属格, 本意是“复数犯罪行为的”, 故 concursus delictorum 本意是“复数犯罪行为的共存与聚合”。真正竞合中的实质竞合(现实竞合)和想象竞合(观念竞合)就是复数犯罪行为竞合的两大种类, 前者是指复数犯罪行为在现实中的共同实现, 后者是指复数犯罪行为因聚合于同一自然行为, 因而只能在观念上共同实现。^② 因此, 在 1871 年《德国刑法典》中, 规定竞合的标题也是“复数犯罪行为之汇聚”。

但法学家和立法者对概念的理解多少像“格莱美奖”, 不爱墨守成规, 喜欢随潮流而推陈出新。现在, 人们已不流行将“竞合”理解为行为的聚合了, 而是理解为条文的聚合。这一点可以从德国现行刑法典中得到印证, 其关于竞合一节的标题已不采“犯罪行为聚合”的提法, 而改为“触犯数个法条时的刑罚裁量”, 即在同一诉讼程序中, 发现同一行为人触犯了多个条文时的刑罚裁量。这是因为竞合论中包括法条竞合, 而法条竞合可能是单一犯罪行为, 也可能是多个犯罪行为(不可罚的前、后行为); 同时, 想象竞合是否有复数的犯罪行为, 有较大争议。

相应地, 德国学者罗克辛就认为, 竞合的主体就是法条, 从行为人的角度来表述, 就是复数法条被触犯(Gesetzesverletzungen)。因此, “竞合”就是同一行为人对法律的多次触犯出现于同一裁判程序中。^③ 这个定义包含三方面的含义: 其一, 必须是同一行为人, 如果是不同的行为人分别触犯不同的罪名, 不构成竞合; 其二, 必须是对法律的多次触犯, 亦即多次实现了刑法上的构成要件, 既包括实现不同种类的构成要件, 也包括实现相同种类的构成要件; 其三, 多个构成要件的实现必须聚合在同一裁判程序之中, 如果发生在不同的诉讼程序里面, 即

^① Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 708.

^② 需要指出的是, 现行学理将 Realkonkurrenz 和 Idealkonkurrenz 分别译为“实质竞合”和“想象竞合”, 这并不准确, 且易生误解。因为, Realkonkurrenz 和 Idealkonkurrenz 是“真正竞合”概念属下相对应的两个种概念, 如果将前者理解为实质竞合, 则后者是非实质的竞合, 这意味着, 想象竞合是“真正竞合概念下非实质的竞合”, 这不仅与“想象”拉不上关系, 而且在意思上自相矛盾。其实, real 在拉丁语和德语中, 除了有“实质”的意思, 还有“物质、现实”的意思; ideal 是德语 Idee 的意思, 不仅有“想象”之义, 还有“精神、观念”的意思。据此, Realkonkurrenz 应译为“现实竞合”, Idealkonkurrenz 应译为“观念竞合”, 这样, 二者的对应关系便成立了。若多个犯罪行为在现实中可区分为多个自然行为, 即属“现实竞合”; 若多个犯罪行为重合于同一自然行为, 由于它们不可能在现实中被区分, 只能从观念上来把握其复数性, 故称之为“观念竞合”。可见, 将 Realkonkurrenz 和 Idealkonkurrenz 分别译为“现实竞合”和“观念竞合”, 不仅与其竞合论的地位协调, 而且与其拉丁语源的意思相一致。当然, 语言的发展本身就是“误读”的过程, 本书无意在翻译的问题上标新立异, 仍会采用通行的翻译方法。

^③ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S. 797.

使多次触犯刑法，亦无所谓聚合了。这三个要素中，第二个要素最为关键，是它使得竞合论与犯罪论的其他领域得以区分。对刑法而言，对多个法条的触犯即是对多个罪名的触犯，亦即多个构成要件的实现。

德国刑法学的竞合论体系分为真正的竞合（echte Konkurrenz）和不真正的竞合（unechte Konkurrenz）。如前所述，真正的竞合包括想象竞合（Idealkonkurrenz）和实质竞合（Realkonkurrenz），前者是指同一自然行为触犯数个法规或数次触犯同一法规的情形，后者是指实施了数个独立的犯罪行为，可以对这些犯罪行为同时宣判的情形。不真正的竞合是指法规竞合（Gesetzeskonkurrenz），即表面上实现了多个构成要件，但只要基于其中一个构成要件而处罚，即可反映其他构成要件的全部的不法与责任因素。当然，也有人认为“竞合”应指真正的竞合，不应包括不真正的竞合。“法规竞合”并非竞合，因其所触犯的多个法条最终仅一条得以适用，其余的法条均被排斥而不会出现在判决之中，故应舍弃“法规竞合”这种传统的、但有误导的表述，代之以“法条单一”（Gesetzeinheit）的称谓。^①但是，也有人认为，法条竞合中行为人的行为满足了多个构成要件，故这种“不真正的竞合”确实也是一种竞合。^②尽管有争议，学理仍一致认为，法条竞合的问题应当在竞合论中讨论，这是因为，当行为触犯多个罪名时，可能是真正的竞合也可能是不真正的竞合，这正是竞合论得以展开的动因所在。

由此可见，现行德国刑法学的竞合，包括两种含义：其一是广义的竞合，即作为竞合论前提的竞合，凡行为表面上触犯了多个罪名，不论最后这些罪名之间是否有排除关系，都构成竞合，包括真正的竞合和法条竞合；其二是狭义的竞合，即作为竞合论结论的竞合，仅指在最终法律结果上可适用多个罪名的情形，不包括法条竞合。

但必须指出的是，如果我们要将“竞合”作为理解罪数论研究前提的线索，对竞合之理解宜采广义的竞合概念，即表面上多个构成要件的实现。正因为行为表面上触犯了多个构成要件，这些构成要件之间可能相互排斥，也可能并行适用，因而需要在竞合论（罪数论）当中加以探讨。

我国传统学理之体系，也反映出罪数论以复数构成要件的实现为前提。在通说的脉络中，罪数论往往置于犯罪的未完成形态和共犯形态之后，如果说犯罪构成论侧重于讨论基本的犯罪形态，未完成形态和共犯形态论侧重于讨论修正的犯罪形态，那么在罪数论之前，犯罪构成的判断理论已全部讨论完毕。换言之，罪

① Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, S. 733.

② Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Carl Heymanns Verlag, 2004, § 18, Rn. 1.

数论是在行为已符合特定构成要件的基础上讨论的问题。罪数论之后，即为刑罚论之问题，讨论对行为如何处罚。可见，从通说的体系来看，罪数论是连接犯罪论和刑罚论的连接点。德国学理也认为，竞合论是“犯罪论和不法结果理论之间的纽带”。^① 如果行为非常明显地只符合一个构成要件，按与构成要件相应的刑罚处罚即可，并不需要罪数论。罪数论的存在，正是因为行为符合了多个构成要件，需要在进入刑罚论之前，搞清楚是否每个构成要件都具有独立的可罚性，是应当择一处断还是数罪并罚。

因此，刑法上的“竞合”并非指多个罪名的竞争适合，而是表面上多个罪名的共同实现，这种共同实现可能是真正的，也可能是表面的。换言之，罪数论（竞合论）的前提，是同一行为人在同一司法程序中，表面上触犯了多个构成要件。这些构成要件只是“表面上”被触犯，它们可能是非此则彼的竞争，也可能是并行不悖的共融。正是这种二元的可能性，构成了罪数论的研究机能。

二、罪数论的机能

刑法分则的大部分条文，均奉行“构成要件 + 刑罚”的结构，这意味着，凡符合所规定的构成要件的行为，均须按规定的刑罚加以处罚。这样，符合一个构成要件则按一罪处罚，符合数个构成要件则数罪并罚，似乎天经地义。但果真如此，一切案件按其表面所触犯的条文处罚即可，罪数论便毫无研究价值了。然而在某些情况下，行为人虽然触犯多个构成要件，但数罪并罚亦可能不妥。

有时，某一构成要件已包含了其他构成要件，并罚似乎是多余的，如放火致人伤亡，虽同时触犯放火罪和故意杀人罪、故意伤害罪，但放火罪的构成要件已包含了“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的”，即已包含了故意杀人罪、故意伤害罪的构成要件，以放火罪处罚便可涵盖故意杀人罪、故意伤害罪的评价，不应数罪并罚。

又有时，某一构成要件虽未包含其他构成要件，但从司法经验上看，触犯该构成要件，极可能伴随着触犯另一构成要件，立法者似乎已将那些伴随的犯行，考虑在该构成要件的刑罚中，如偷了警察局的手枪，不仅构成盗窃枪支罪，往往会伴随着持有该枪支，触犯非法持有枪支罪。虽然持有枪支并非盗窃枪支罪的构成要件，理论上也可能发生盗窃枪支后并不持有的情形（如立即卖与、赠送他人），但立法者在设置盗窃枪支罪时，总是从最常见的司法现象来预想。这时，在处罚盗窃枪支罪之后，似乎没有必要再并罚非法持有枪支罪了。类似地，行为人制造假币后又使用该假币，触犯伪造货币罪和使用假币罪，虽然后者并非前者的构成要件，且造假币并不必然地附随有使用假币的行为，但人们还是会觉得，

^① Welssels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 40 Aufl., 2010, S. 308.