

刑法分则解释与判例研究丛书

XINGFAFENZEJIESHIYUPANLIYANJIUCONGSHU

中国式的刑法竞合 问题研究

陈洪兵◎著



中国政法大学出版社

刑法分则解释与判例研究丛书

XINGFAPENZEJIESHIYUPANLIYANJIUCONGSHU

中国式的刑法竞合 问题研究

陈洪兵◎著



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国式的刑法竞合问题研究/陈洪兵著. —北京:中国政法大学出版社, 2016. 11

ISBN 978-7-5620-7159-4

I. ①中… II. ①陈… III. ①刑法—研究—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第271365号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437 (编辑室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	8.5
字 数	200 千字
版 次	2016 年 11 月第 1 版
印 次	2016 年 11 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

本书受“江苏高校优势学科建设工程资助项目”出版资助

前 言

日本罪数论研究的是，一个人的行为成立犯罪的个数及其处罚。一般将罪数分为单纯的一罪、包括的一罪、科刑的一罪以及并合罪四种类型，并将法条竞合与想象竞合分别归入单纯的一罪与科刑的一罪。德国竞合论探讨的是，当一个人的行为可能构成数个犯罪时如何在一个刑事诉讼程序中处理的问题。其实质属于量刑问题，而非一般的解释论问题。根据行为系单数还是复数，分为法条竞合、想象竞合与实质竞合。法条竞合与想象竞合均属行为单数，实质竞合是行为复数。法条竞合系假性竞合，想象竞合与实质竞合才是真实竞合。

法条竞合与想象竞合是罪数论与竞合论共通的核心问题。由于通常认为特别关系中法条竞合的适用原则是所谓“特别法优于普通法”，而想象竞合的适用原则为“从一重处断”，故而理论界与实务界长期困惑于二者的区分。一行为触犯数罪名是法条竞合与想象竞合共通的前提，二者的不同之处在于一行为侵害一法益而触犯数罪名，是法条竞合；一行为侵害数法益而触犯数罪名，是想象竞合。

一、竞合论的逻辑起点：一行为还是数行为

“什么情况下存在一个行为，什么场合下是数个行为，乃竞



合论最重要的问题，但至今都没有得到满意的解决。”（罗克辛语）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，一行为不可能实质竞合，数行为不可能想象竞合。罪数论者也承认，犯罪的核心是行为，想象竞合犯与并合犯的关键区别在于一行为还是数行为，认定为一行为的，不可能数罪并罚，亦不可能属于牵连犯、连续犯、吸收犯及包括一罪之罪数形态；而若判断为数行为，则不可能成立法条竞合、想象竞合与单纯一罪。故而无论是罪数论还是竞合论，行为数的确定都是无法绕开的话题。

判断行为个数，既离不开对人的身体动静进行自然意义上的观察，也离不开构成要件意义上的规范性评价。此外，确定行为个数还应考虑行为所侵害的法益是否为人身专属法益，行为人基于对行为对象性质的认识所产生的对规范意识的突破次数，以及行为重叠的程度等因素。

（一）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

如果行为人认识到存在多种性质不同的对象，就说明行为人存在多次规范意识的突破，在规范意义上应当评价为多个行为，进而数罪并罚。如，认识到警察挎包中既有钱又有枪而窃取的，存在盗窃普通财物与盗窃枪支两个行为，应以盗窃枪支罪与盗窃罪数罪并罚；行为人故意一次性走私武器、假币、文物、贵重金属等多种禁止进（出）口的特殊物品的，应认为存在数个特殊走私行为，应当数罪并罚；同时运输枪支与毒品的，应以非法运输枪支罪与运输毒品罪数罪并罚。

（二）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个数。例如，一次性非法拘禁多人；一次投毒杀死一家三口；一次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；使用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，原则上应根据被害者人数确定行为个数，然后以同种数罪进行并罚。

（三）看行为主要部分是否重叠，认定是想象竞合犯还是数罪并罚

作为构成要件的行为应重合到什么程度，方可认为属于一行为而成立想象竞合，刑法理论上有所谓全部重合说、部分重合说、着手重合说、主要部分重合说的争论。多数学者赞同主要部分重合说。

关于危险驾驶，行为人在醉酒状态下追逐竞驶的，可以认为行为的主要部分存在重合，属于想象竞合，仅成立危险驾驶罪一罪；行为人断断续续地追逐竞驶的，可以认为存在数个追逐竞驶行为，不排除以危险驾驶罪同种数罪并罚的可能；开始醉酒驾驶时头脑尚且清醒，后来因酒精发作而完全失去操控车辆的能力，继续让车辆狂奔的，成立危险驾驶罪与以危险方法危害公共安全罪，进而数罪并罚；一开始追逐竞驶或醉酒驾驶就肇事的，成立危险驾驶罪与交通肇事罪的想象竞合；追逐竞驶或醉酒驾驶一段时间后肇事的，因行为主要部分并不重合，成立危险驾驶罪与交通肇事罪，数罪并罚；醉酒驾驶一段路程后发生交通事故致人重伤、死亡，之后因神经高度紧张而惊慌失措，以致在逆向、高速驾车逃逸过程中又连续撞车、撞人的，应认为存在危险驾驶、交通肇事（首次交通事故）以及以危险方法危害公共安全的情形，这是三个主要部分并不重合的行为，



因而应以危险驾驶罪、交通肇事罪及以危险方法危害公共安全罪三罪数罪并罚。

关于组织、领导、参加黑社会性质组织罪，对于组织、领导黑社会性质组织的首要分子而言，由于其对黑社会性质组织的建立、巩固、维持和发展起着关键性作用，即便这种组织不实施具体的犯罪行为，组织的存在本身对于公共秩序、公共安全也具有抽象性危险，故对于组织、领导者而言，对其成员所具体实施的犯罪活动，只要不超出其所能预见的范围，就应坚持数罪并罚。但由于普通参加者对于组织的建立、维持与发展并不发挥关键性作用，其作用只是体现在听从组织安排所实施的具体犯罪行为上，如其受组织、领导者指使所实施的仅为一般违法活动，仅成立参加黑社会性质组织罪；如其受指使所实施的行为本身构成犯罪，则因行为的主要部分存在重合，应成立参加黑社会性质组织罪与其所实施的具体犯罪之间的想象竞合犯，从一重处罚即可。组织、领导、参加恐怖组织犯罪的处罚亦同。

虽然通说认为盗割电线以及在输油管道上打孔盗油，均从一重处罚，但对于盗割正在使用中的电线而言，实际上存在剪断电线和取走电线两个行为，二者侵害不同的法益，应以破坏电力设备罪与盗窃罪数罪并罚。同样，在输油管道上打孔盗油的，存在打孔与盗油两个行为，二者侵害不同的法益，应以破坏易燃易爆设备罪与盗窃罪数罪并罚。

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评价，还要充分考量行为所侵害的法益是否为人身专属法益，行为人是否认识到行为对象的不同性质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判定。

二、犯罪（构成要件）之间是互斥还是竞合

我国刑法理论通说一直以来主张“互斥论”，认为犯罪构成要件之间系相互排斥的关系，彼此界限分明，但互斥论因在事实不明、认识错误、共犯过限时会导致明显的处罚漏洞，而早已被国外主流观点所抛弃。事实上，犯罪构成要件之间存在广泛的重合，构成要件要素之间也普遍存在规范性包含关系。所谓构成要件符合性判断，只需满足最低限度的要求即可，故而，完全可以将高度（重度）要素事实评价为低度（轻度）要素事实。例如，可将故意评价为过失、故意杀人评价为故意伤害、强奸评价为强制猥亵、抢劫评价为盗窃、盗伐评价为滥伐、贪污评价为挪用公款、滥用职权评价为玩忽职守、伪造评价为变造、机密评价为秘密、增值税发票评价为普通发票、死亡评价为重伤、重伤评价为轻伤、一级文物评价为二级文物、活人评价为尸体等。

虽然构成要件之间存在广泛的竞合或者重合，但不宜认为其都是想象竞合。因为成立想象竞合必须以侵害数个法益，即以发生数个违法事实为前提。故而，张明楷教授关于在构成要件之间出现竞合时一律按照想象竞合犯原理处理的主张，可能招致混同法条竞合与想象竞合的指责。而且，我国刑法理论界多数学者还在坚守特别法优于普通法的特别关系法条竞合适用原则，若将犯罪构成要件之间的关系均称作竞合，难免卷入特别法优先还是重法优先之争的漩涡。正因如此，域外刑法理论为了处理事实不明、认识错误、共犯实行过限等问题，将构成要件之间的关系不是解释为存在“竞合”，而是说存在“重合”或者“重叠”。因此，将构成要件之间逻辑上存在的竞合关系，称为构成要件之间存在“重合”，可能更为妥当。



三、法条竞合时是“重法优先”还是“特别法优先”

关于特别关系法条竞合适用原则，目前主要存在“特别法绝对优先”与“有条件的重法优先”两种立场，其主要分歧在于：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，以及在数额未达特殊诈骗罪定罪标准但超过普通诈骗罪时，能否以普通诈骗罪定罪处罚。本书认为，除特别刑法优于普通刑法外，均可根据罪刑相适应的要求适用重法。本书在“有条件的重法优先论”的基础上补强了以下几点：

（一）刑法第149条只是注意性规定

刑法第149条的规定很受重法优先论的“青睐”，被视为一种注意性规定，而特别法优先论认为其只是一种例外、特别性规定。其实刑法第149条的规定，只是一种注意性规定。同理，对于虽未达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——金融管理秩序的侵害没有达到值得科处刑罚的程度，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的次要法益——他人财产权的侵害，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，当盗伐林木未达司法解释所确定的数量较大的标准（2至5立方米）时，只是说明行为对环境资源的破坏还不值得作为环境犯罪定罪处罚，但如果所盗伐的林木价值达到了盗窃罪“数额较大”的标准时，同样没有理由不以盗窃罪定罪处罚，否则，就是对他人林木财产所有权保护的不公平对待。

（二）“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

刑法分则中有5个条文规定了“本法另有规定的，依照规

定”(简称“另有规定”)。特别法优先论将“另有规定”视为一种注意性规定,看作是对“特别法优于普通法”这一特别关系法条竞合适用原则的法律根据或重申。而重法优先论往往视之为一种特殊规定,即禁止适用普通法,必须适用特别法的指引性规定。

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,司法解释的立场也是自相矛盾。摆脱解释论困境的途径之一,当然是废除刑法分则中的“另有规定”。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。事实上,我国“另有规定”的条款,具有相当的随意性。

途径之二,保留“本法另有规定的,依照规定”,但将其理解为国外的指引适用重法的补充性条款规定。我国刑法中除第149条第2款相当于这种提示适用重法的补充性条款外,第329条第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”,也可谓指引适用重法的补充性条款。特别值得一提的是,《刑法修正案(九)》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”,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”,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”的规定。应该说,这些均属于指引适用重法的补充性条款。这也从一个侧面说明了,立法者并不关心法条竞合与想象竞合的严格区分,也无意区别包容关系的法条竞合与交叉关系的法条竞合,只要法条之间、罪名之间存在重合或者竞合,一律采用“重法优于轻法”的原则处理。



(三) “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，而且该原则也存在例外，如《意大利刑法》第15条。域外法律未明确规定特别法适用优先，理论与实务之所以认为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有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。而我国并不存在类似规定。在德国，竞合论的目的就是使量刑合理，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。我国刑法并无域外刑法中作为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，只会给理论与实践带来困扰。

四、应否及能否严格区分法条竞合与想象竞合

(一) 严格区分法条竞合与想象竞合没有必要

国外竞合论通说之所以强调应严格区分想象竞合与法条竞合，是因为前者存在所谓“明白记载功能”与“轻罪的封锁作用”。问题是，想象竞合中被排斥的法条能够发挥作用，并不意味着法条竞合中被排斥的法条就不能发挥作用。相反，近年来域外不少有影响的学者坚持主张法条竞合中被排斥的劣位法仍能发挥作用，而且这种观点如今已经成为德国理论与判例的主流观点。

由于法条竞合与想象竞合最本质的差别在于法条竞合只有一个法益侵害事实，因而无须在判决书中同时宣告被排斥的法条，即不具有所谓的“明白记载功能”，但实际上这不过是犯罪事实的查明和宣告问题。例如，行为人仅盗窃枪支的，的确无须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

只有一个盗窃枪支的法益侵害事实。但如果行为人明知提包中既有钱又有枪而一并盗窃的，由于发生了盗窃枪支与盗窃普通财物两个法益侵害事实，因而，为了充分评价犯罪事实，就必须在判决书中明确记载这两个法益侵害事实。法条竞合与想象竞合除在上述“明白记载功能”上存在些许差异（其实不过是犯罪事实的记载而已）外，在轻罪的封锁作用、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原因无法启用，在能否启用劣位法上，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。

（二）严格区分法条竞合与想象竞合也无可能

张明楷教授主张，将行为是侵害一个法益还是数个法益，作为区分法条竞合与想象竞合的标准。可是张教授同时认为，盗伐林木罪与盗窃罪、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。但问题是，我们能说盗伐林木罪、招摇撞骗罪、组织、领导传销活动罪、使用假币罪仅侵害单一法益吗？申言之，在我国就没有侵害双重法益的罪名存在吗？其实，盗伐林木罪与盗窃罪，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。而无论包容关系的法条竞合，还是交叉关系的法条竞合，均适用重法优于轻法的处理原则。

可以认为，严格区分法条竞合与想象竞合的意义很有限。虽然区分法条竞合与想象竞合的初衷在于二者的处罚原则不同，即特别关系法条竞合的适用原则是“特别法优于普通法”，而想象竞合的适用原则是“从一重处断”。但是，除了封闭的特权条



款外，即使难以区分法条竞合与想象竞合，也基本上不会产生处罚上的差异。况且，学界所举的想象竞合的事例不过就是开一枪打死一人、打伤一人，或者开一枪打死两人，抑或以石击窗而伤人。这些例子基本上都限于教学案例，就算在现实生活中发生了，也只是犯罪事实的查明和宣告问题。只要在法条竞合的场合，适用重法优于轻法原则，则无论具体罪名之间的关系是认定为法条竞合还是想象竞合，最终都是从一重处罚。因而，毫不客气地说，为了这些有限的事例不遗余力地界分法条竞合与想象竞合，完全是司法与学术资源的浪费！

总之，只要坚持在法条竞合的场合一律适用重法优于轻法的原则，只要承认法条竞合中被排斥的法条也能发挥作用，只要承认侵害双重法益的罪名的存在，只要查明了全部的法益侵害事实并予以宣告，就根本不必严格区分法条竞合与想象竞合，全部从一重处罚即可。

五、路径选择：罪数论抑或竞合论

（一）“雾里看花”竞合论

陈兴良教授主张引进竞合论，并认为我国现在已经开始了从罪数论向竞合论的演变。其实，日本的罪数论与德国的竞合论的差别只是表面的，两者的实质、功用、效果基本相同。德国的竞合论并非“纯粹”。其不仅将本来具有数个行为的共罚的事后行为硬塞到吸收关系的法条竞合中，而且将预计有多数行为的集合犯、连续犯放进行为单数中讨论；而继续犯、结合犯作为本来的、单纯的一罪，根本无须在罪数论或者竞合论中讨论。

（二）从实体与程序构建双层次的罪数论体系

实体上的罪数论的目的在于追求罪刑均衡，而程序上的罪数论旨在禁止双重危险。我国刑法总则未规定一罪形态，使得我们可以分别基于罪刑均衡原则与禁止双重危险原则，构建实

体与程序双层次的罪数论体系。理论上的牵连犯、连续犯、吸收犯因有违罪刑均衡原则应被取消，分别作为包括一罪和数罪并罚处理。应以自然意义上的行为个数确定程序上的一罪与数罪，因而包括一罪（包括集合犯、连续犯、共罚的事后行为等）不具有一事不再理的效力，而法条竞合犯、想象竞合犯、继续犯、结果加重犯（限于一个行为的类型）因只有一个行为，应受一事不再理原则的约束，判决生效后对于遗漏的部分事实不得再进行追诉；复行为犯、结合犯因存在两个自然意义上的行为，不受一事不再理原则的约束。

目 录

前 言	1
第一章 大竞合论	1
一、目的困惑症：区分法条竞合与想象竞合的目的追问	1
二、人为复杂化：眼花缭乱的法条竞合类型辨证	5
三、理论上的纠结：“本法另有规定的，依照规定”的理解 ...	17
四、绞尽脑汁：法条竞合与想象竞合的区分	24
五、大竞合论之提倡：罪刑相适应是处理竞合问题的 根本原则	30
六、补论：大竞合论有助于解决“界限”及克服所谓立法 缺陷	43
第二章 “本法另有规定的，依照规定”的另一种 理解	47
一、问题的提出	47
二、通说“法条竞合说”之疑问	51
三、“想象竞合说”的合理性	58
四、总结	60



第三章 刑法第 149 条的理解及其展开	63
一、问题的提出	63
二、第 149 条规定的性质	65
三、法益保护要求罪刑相适应	68
四、结论	76
第四章 “同时构成其他犯罪” 相关条款的理解适用	77
一、问题源起	77
二、准确适用的前提：行为个数的认定	78
（一）行为人是否明确认识到对象的不同属性	79
（二）是否侵害一身专属法益	80
（三）行为主要部分是否重叠、可否分割	81
三、“同时构成其他犯罪” 条款的理解适用	83
（一）准备实施恐怖活动罪	83
（二）危险驾驶罪	84
（三）虐待被监护、看护人罪	88
（四）使用虚假身份证件、盗用身份证件罪	89
（五）虚假诉讼罪	90
四、刑法分则中数罪并罚条款的再审视	91
（一）组织、领导、参加恐怖组织、黑社会性质组织 犯罪	91
（二）强迫卖淫罪	93
五、总结	94
第五章 犯罪构成要件之间的重合与竞合	96
一、犯罪构成要件之间是互斥还是竞合	98