

犯罪形态

研究系列

5

想象竞合犯 研究

赵丙贵 著

中国检察出版社

想象竞合犯研究

赵丙贵 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

想象竞合犯研究/赵丙贵著. —北京: 中国检察出版社, 2007

ISBN 978 - 7 - 80185 - 776 - 7

I. 想… II. 赵… III. 犯罪—研究—中国
IV. D924.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 071166 号

想象竞合犯研究

赵丙贵 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京东海印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 7.875 印张

字 数: 198 千字

版 次: 2007 年 3 月第一版 2007 年 3 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 776 - 7/D · 1752

定 价: 19.00 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

《犯罪形态研究系列》丛书编辑委员会

总 主 编：吴 振 兴

副总主编：张明楷 陈兴良

编 委：刘明祥 李 洁 张 旭

张明楷 陈兴良 陈忠林

吴振兴 邱兴隆 谢望原

曲新久

总 序

犯罪形态是刑法理论中重大而深邃的研究课题，其研究状况不仅能够反映刑法理论的发展程度，而且往往直接关涉司法实践中刑事个案的法律适用。犯罪形态的研究虽然颇为重要，理论界也给予了一定的关注，但在研究范围上尚未充分展开，理论内容上除少数犯罪形态研究较为深入而外，大多还比较薄弱，有相当数量的犯罪形态甚至还没有进入研究视野。特别值得提出的是，犯罪形态究竟意指何物，学术界亦未作深入探讨。这就为犯罪形态的研究提供了很大的空间。

所谓“形态”，在汉语语义上是指事物的存在状态或者存在形式。而犯罪形态，简单说来可以理解为犯罪的样态或者存在类型，它可以是行为类型，如自手犯、不作为犯；也可以是结果类型，如结果犯、危险犯；还可以是罪过类型，如过失犯、故意犯；可以是停止类型，如中止犯、未遂犯；也可以是共犯类型，如必要共犯、片面共犯；还可以是罪数类型，如想象竞合犯、结果加重犯；如此等等，不一而足。

然而，对于犯罪形态的定义不应只停留在简单的字面意义上，而应以犯罪构成为中心来认识犯罪形态。从这样一个前提出发，我们认为犯罪形态的严格含义，是与定罪量刑有关的犯罪构成特定特征的类型化样态。它既不是刑法分则规定的个罪，也不



是任何法定类罪（如金融诈骗罪）或者学理类罪（如货币犯罪），而是根据一定的标准对具有特定共性的犯罪进行相应概括形成的样态类型。它既是各种具体犯罪的抽象和升华，又是刑法一般原理的深入和展开，是犯罪总论与各论错综交织、有机结合、样态繁复的结晶体。

犯罪形态在研究范围上是相当广泛的。大陆法系的刑法理论中几乎已经约定俗成的就有几十种。这些犯罪形态中大多是常见的，而且如前所述国内有些学者对有的常见性犯罪形态已有了较深入的研究，本《丛书》中收集的大多是关于常见性犯罪形态的研究。还有少部分犯罪形态，国内外刑法学界研究较弱，如以是否危及国家安全为标准而划分的国事犯、混合犯等；以行为入主观心理状态为标准而划分的倾向犯、表现犯等。本《丛书》虽有部分非常见性犯罪形态的研究论著，但数量较少，如不能未遂犯、复行为犯的研究。这固然与国内外的理论研究现状有关，也因有的犯罪形态作为研究论著尚嫌题目过小。除此而外，本《丛书》中还有一定数量的论著，是以我们自己概括出来的一些犯罪形态为研究对象的，如过当犯、假想犯、过限犯。这些犯罪形态的研究在国内刑法学界是开创性的，在大陆法系刑法理论中也是前所未见的。但我们认为，国内外刑法理论中未见的，未必就是不当。数额犯、情节犯等概念，过去国内外刑法学界也未曾见，但是国内刑法学界现已几乎尽人皆知，并被普遍接受。所以问题在于犯罪形态是否可以理解为犯罪的样态或存在类型，以及过当犯、过限犯等究竟是不是不同的犯罪样态或存在类型。现在，我们将这类研究论著收入《丛书》中，也有敬请同行赐教之意。

犯罪形态理论还有个自身的体系问题。为了便于研究，我们在本《丛书》中对于具有一定共性特征的犯罪形态进行了必要的梳理和分类。在此过程中，我们借用了陈兴良教授提出的罪体和罪责概念，将可以列入客观方面的犯罪形态归为罪体形态，将可以列入主体和主观方面的犯罪形态归为罪责形态，然后将普遍

认可的停止形态、共犯形态和罪数形态与之相提并论。此外，在逻辑上还应当为难以列入前五类的犯罪形态留下一定的空间，如亲告犯等，这一类暂其名曰其他形态。这样，就形成了一个罪体形态、罪责形态、停止形态、共犯形态、罪数形态、其他形态六大门类的犯罪形态理论体系。这种体系的建构也是尝试性的，尚祈学界同仁评说。

深入地、系统地研究犯罪形态理论是我多年的学术夙愿。何鹏教授在我国老一辈刑法名家中是以研究外国刑法与比较刑法见长的。我是何鹏教授硕士生和博士生的开门弟子，对犯罪形态的研究兴趣，始自何鹏教授的“传道、授业、解惑”。师恩不忘，古之名训，吾之永志。如果说1980~1983年的硕士生阶段我对犯罪形态还仅仅是初始性了解，则1986~1990年的博士生阶段我对犯罪形态已有了细化性认识。1996年我曾申请去武汉大学法学院博士后流动站从师于马克昌教授，当时申报的研究计划即为“犯罪形态论”，这个研究计划曾得到马克昌教授的首肯。虽然由于特定的客观原因我的进站申请未果，但一是对马克昌教授为此而做的努力，特别是他老人家对我的学术成长一直热切关怀，晚生始终铭记在心，终生难以忘怀；二是这个研究计划虽然没有实施，但却奠定了我研究犯罪形态的思想基础。

其后，我所指导的研究生，凡理论功底和研究功底好，又对刑法理论研究有兴趣的，大多是从我的“犯罪形态论”（提纲）中选择毕业论文题目，从而使我指导的研究生在研究内容上也多多少少地形成了一点学术风格。这也算是为今天本《丛书》的出版打下了一点点的客观基础。

为了保证本《丛书》的质量，2002年下半年我们曾就《丛书》原写作计划征询了国内诸多刑法专家的意见，其中不少专家学者给予口头答复或书面函复，如北京大学的陈兴良教授，清华大学的张明楷教授，中国政法大学的梁华仁教授、侯国云教授，中国人民公安大学的李文燕教授，武汉大学的莫洪宪教授等。他（她）们在对本《丛书》出版计划给予高度评价的同时，



也提出了宝贵的意见，并推荐了一些博士生和年轻的刑法学者加入到本《丛书》的作者队伍中。这也是本《丛书》作者从校内扩展到国内的重要原因。

为了保证本《丛书》的质量，2003年8月，由吉林大学法学院博士点牵头，与国内部分高校的部分著名刑法学家齐聚北京，正式宣布《犯罪形态研究系列丛书》编委会成立。这里特别需要说明的是，以陈兴良教授、张明楷教授刑法名家的地位而能屈尊在本《丛书》中担任副主编，同学术成果丰硕、学术造诣深湛而在国内刑法学界享有盛誉的邱兴隆教授、谢望原教授、刘明祥教授、曲新久教授、陈忠林教授，却在本《丛书》中屈尊担任一般编委，这不仅使本《丛书》增添了光彩，也必将使本《丛书》扩大影响，是本人之幸，也是本《丛书》之幸。

为了扩大本《丛书》的社会效应，在吉大法学院的大力支持下，我们还在中国人文社会科学核心期刊《法制与社会发展》杂志上开辟了《犯罪形态研究》专栏，该杂志自2002年第4期

始，不定期地刊载研究犯罪形态的专题文章，现已发表十几篇。为了扩大本《丛书》的社会效应，2005年3月，我们还出版了《犯罪形态研究精要》（上、下册），以此作为本《丛书》的序曲，并申请后头大戏即《犯罪形态研究系列丛书》。

20世纪80年代以来，我国刑法理论获得长足发展，现今已是姹紫嫣红。与此同时，一些研究犯罪形态的专著也已陆续出版，如80年代的专门研究未遂犯、教唆犯、故意犯和过失犯的专著；90年代专门研究危险犯、行为犯、间接正犯、预备犯的专著；最近几年专门研究不能犯、持有犯、身份犯、帮助犯、结果加重犯的专著；而且，其中有几本就是本人和我所指导的硕士生或博士生的论著。这些专著的陆续问世，反映的并不仅仅是犯罪形态研究的状况，主要的是反映了犯罪形态的深入研究及刑法理论发展之必然这样一种态势。换句话说，它与刑法理论的深入发展是相伴而行的，甚至在一定的意义上说，也是刑法理论深入发展的一个标志。文章大家写，何必限一人。同样的题目或者

同样内容的题目，出版几部不同的专著，这不仅是学术争鸣的需要，也是学术繁荣的表现。为此，已经问世的犯罪形态研究专著，虽然题目与本《丛书》相同，但只要谋篇布局、基本内容和观点论证有着较大差别的，我们仍作为本《丛书》之一列入出版计划。

对于本《丛书》的撰写，我们力求体现如下三个特色：

一是小题目与大规模相结合。本《丛书》的写作采用小题大做的方式，各个专题基本上是定位于末级犯罪形态，题目小，资料少，难度大。但是，《丛书》是按30本构设，每本20万字左右，总计约600万字，分三年陆续完成并出版，也称得上是鸿篇巨制。

二是创新性与深入性相结合。本《丛书》的部分专题系国内外刑法理论中前所未论，具有开创性，大部分专题在国内外的刑法著述中虽曾论及，但仅一带而过，未曾展开。而这些专题的研究要达到本《丛书》的篇幅要求，是必须依托于深入性的。换句话说，本《丛书》的每一个专题只有将创新性和深入性结合起来，才能完成撰写任务。

三是理论性与实用性相结合。本《丛书》的理论性已不言自明。其实用性则体现在《丛书》的每一本都有结合分则或实践进行研究的内容，这是由犯罪形态本身就具备刑法总论与各论错综交织的天然特征所决定的。

近些年来，中国检察出版社为繁荣和发展我国法学特别是刑法学的研究，已陆续出版了大量学术专著，贡献不菲。也许正是基于这种学术青睐，中国检察出版社对于本《丛书》给予了大力支持。借此机会，我本人并代表编委会对该社、该社的安斌编审及其他责任编辑致以由衷的谢意。

在本《丛书》业已付梓之际，略赘数语，是为总序。

吴振兴

2005年5月26日于深圳

序 一

赵丙贵博士的博士毕业论文《想象竞合犯》就要出版了，他要我为之作序。实在说来，研究想象竞合犯，丙贵博士属于专家，我不是。只是作为一个刑法学者，我对于想象竞合犯这个刑法学的问题有一定的了解，这种了解当然是粗浅的。正是基于这样的原因，本来我是无资格做这项工作的。但作为他的论文指导教师之一，作序想来也是一种责任，于是只好勉为其难。不过这样的序言也就与其他的序言不同，我无能力全面评价论文的得失，只能记录一些我的感想。

由于新中国刑法学研究的不间断进行与达到繁荣是从20世纪80年代开始的，而且这种研究一开始就在不同法系之刑法学理论之间进行选择，并对之进行学习、借鉴、改造、创新，于是中国刑法学的发展历程，也就是在不断地借鉴他国的理论与制度，并且依据中国的独有状况进行消化、吸收的过程。在这个过程中，如何使学习、借鉴的各种理论与制度植活于我国，需要多种条件的支撑，其中，对“拿来”的各种理论或者制度之意义与价值的了解是前提之一；对该种制度或者理论的生存环境以及我国的现状是否符合这样的生存环境之了解是前提之二；该理论或者制度在植入我国的过程中与在其他国家相比可能产生哪些变异或者需要进行哪些校正是将其植活于我国的前提之三。从这个

意义上看,刑法中的任何一个问题,尤其是一个处在刑法学理论问题之网的非边缘地带的问题之研究,都不能孤立地进行。想象竞合犯就是这样的一个问题。对其所进行的研究只有在厘清了能够认可的刑法学理论体系的构架、对想象竞合犯的定位,以及想象竞合犯的问题域之确定、与周边问题的联接与关系状况等前提之下,其研究才是具有实在价值的。

作者对想象竞合犯的研究正是在这个方面,显示出了其研究问题基本思路的明确,问题设定的独特,逻辑思维的细密,得出结论之顺畅,反映出作者深厚的理论功底和驾驭复杂问题的能力。

以下论文的内容可以作为上述评价的依据:作者将想象竞合犯定义为行为人以一个意思之发动基于数个罪过,实施一个危害行为,侵害了数个法益(或客体),必须透过数个犯罪构成方足以评价的竞合形态。依据这样的界定提出了论文的基本体系设定与逻辑关系,即以想象竞合犯定位论、想象竞合犯前提论、想象竞合犯本体论、想象竞合犯关系论、想象竞合犯适用论作为其自身的理论体系。其间的内在逻辑联系是:定位论是基础,因为地位决定价值,“地位不牢,地动山摇”,想象竞合犯在刑法体系中的地位决定了想象竞合犯的本质及研究重心;前提论是想象竞合犯存在的根据,正是一行为和数罪名发生了现实的关系,才产生了想象竞合犯;本体论是想象竞合犯自身质的规定性,是想象竞合犯之所以成为想象竞合犯的内在原因;关系论是想象竞合犯自身的规定性在与相关犯罪形态的联系与区别中得以进一步展现的外部环境,是想象竞合犯“真身”的进一步暴露;适用论是研究想象竞合犯的归宿,是全文的高潮。上述五大部分之间依次递进,环环相扣,一以贯之,基本囊括了想象竞合犯的热点和难点问题,从而初步建构了想象竞合犯的理论体系。^①而能够进行这样的研究,也确实需要作者具有深厚的刑法学理论功底,敏锐

^① 以上内容引自作者论文摘要。

地观察问题与把握复杂的问题之网中一个具体网结的真实意蕴之能力。

借此之机，也想对博士论文的写作发点感想。大题大作的博士论文不免文章很长，鸿篇巨制虽然应该赞赏，但受到学习期限的限制，不是博士们都能做到的；小题小作难于符合博士论文的要求；大题小作非圣手难于染指；而小题大做是博士学位论文的重要选题方式。在这样的论文中，如何做到与作者赞同或者选择的总体刑法理论体系的和谐是一个不可小视的问题，而这是检验一个学者理论功底的方式之一，也是博士学位论文之学术贡献大小的重要判断指标。如果博士学位论文都能够在了解了理论体系之网并且在学术的网络关系中选择一个问题作为自己的研究内容，而且这样的研究是在了解学术之网的学术意义，并且对于自己研究内容的多层理论前提有了必要的思考之前提下进行的，那么博士学位论文体现的学术创造力在整体学术研究中的地位将是更加令人瞩目的。

李 洁

2007年2月12日于长春

序 二

适值赵丙贵同志的博士论文《想象竞合犯研究》即将出版之际，作为他的导师，我感到非常高兴，现应邀作序，以示祝贺。

想象竞合犯是大陆法系刑法学界为了追求定罪量刑精致化所创设出的一个概念，并被许多国家和地区规定在刑法中，也是司法实践中经常遇到的竞合形态之一。想象竞合犯是一个既简单又复杂的问题。说它简单，是因为在所有的竞合形态中，想象竞合犯的定义和处罚原则是字数最少的，也是最容易记住的。对诸如开一枪打死一人、同时打伤一人的典型案例，用“一行为触犯数罪名”这一想象竞合犯的定义一套，便可轻易地得出结论。说它复杂，是因为想象竞合犯所蕴含的理论问题和实践问题并非“一行为触犯数罪名”这一简单的定义所能解决。围绕想象竞合犯诸多问题所出现的各种理论之争，便反映了其具有相当的复杂性。比如，如何界定一行为和数罪名的内涵和判断标准，刑法学界就有不同的观点。由于所持的观点不同，对同一个案件就有不同的结论。再比如，对于想象竞合犯，是从一重罪处断还是从一重罪重处断，理论界也是见仁见智，争论不休，致使实务界的做法极不统一。问题还不止这些，诸如想象竞合犯与法规竞合等犯罪形态的区别，更是令人头疼的事情。所以，想象竞合犯是一个

很值得研究的问题。

在我看来，本书作为国内第一本研究想象竞合犯的专著，至少有以下创新之处：

1. 视角新。本书摆脱了以罪数论的视角来研究想象竞合犯的窠臼，借鉴了德国和我国台湾地区刑法学界所创制的竞合理论来研究想象竞合犯的诸问题，从而使想象竞合犯的研究有了新的思维视角。由于竞合论是以复数构成要件被实现的法律效果的确定为研究对象的，所以，运用这一理论研究想象竞合犯，就使得想象竞合犯的定位、本质、处罚原则以及与其他犯罪形态的关系问题有了新的结论。

本书所有新的观点，都是竞合论的贯彻和展现。

2. 体系新。本书共分为五大部分，即定位论、前提论、本体论、关系论和适用论。这五大部分几乎囊括了想象竞合犯的所有问题。其间的内在逻辑联系可以概括为：定位论是基础，也是研究想象竞合犯的切入点，决定着想象竞合犯研究的重心；前提论是想象竞合犯存在的根据，正是一行为和数罪名发生了现实的关系，才产生了想象竞合犯；本体论是想象竞合犯质的规定性，是想象竞合犯之所以成为想象竞合犯的内在原因；关系论是想象竞合犯的内在规定性在与相关犯罪形态的联系与区别中得以进一步展现的外部环境，是想象竞合犯自身特质的进一步彰显；适用论是研究想象竞合犯的归宿和高潮，显示了研究想象竞合犯的实践意义。这五大部分之间依次递进，环环相扣，一以贯之，从而形成了想象竞合犯研究的理论体系。

3. 观点新。本书在梳理有关想象竞合犯问题的各理论争议点的基础上，提出了很多新的见解。主要体现在：对于想象竞合犯的定位，作者以竞合论为视角，认为在我国应当将想象竞合犯定位于刑事责任论，并对此做了详细而充分的论证；对于一行为的判断标准，作者运用评价客体与客体评价关系的刑法原理，认为一行为作为刑法的评价客体，其判断标准应严格杜绝构成要件这个客体评价的介入，只能从自然意义和社会通念上加以判断；

对于一罪与数罪的判断标准，作者在坚持构成要件标准这个通说的基础上，提出了一行为如果既触犯了基本构成要件又触犯了修正构成要件或派生构成要件的情况下，也属于触犯数罪名，也有想象竞合犯存在的余地；对于想象竞合犯与法规竞合的区别，基于想象竞合犯的本质是刑事责任竞合的观点，认为法规竞合根本不存在刑事责任竞合问题，因而它是假竞合，并以此作为两者的根本区别；对于想象竞合犯的处罚原则，认为既然想象竞合犯是刑事责任的竞合，就应当实行从一重重处断的处罚原则，以使每个被触犯的构成要件都能参与到对一行为的评价中来。

想象竞合犯研究是一个小题大做的题目，要想写出几万字的论文，并非难事。但是要想写出近 20 万字的专著，非有丰厚的刑法理论功底是难以驾驭的。好在赵丙贵同志在考取我的博士生之前，已经是刑法学教授了，并一直从事兼职律师业务，具备了坚实的刑法理论基础，积累了丰富的实务经验。使得本书不光有理论和逻辑的推演，也有实践素材为依托。本书观点明确，结构合理，层次分明，思路清晰，资料翔实，论证有力，语言流畅，显示出作者具有较强的科研能力，是一篇高质量的学术专著。

当然，作为第一本专门研究想象竞合犯的著作，不可能给想象竞合犯的所有争论问题都画上一个圆满的句号，有些问题的争论还将继续。本书中有些观点也有进一步探讨的空间。比如，将想象竞合犯定位于刑事责任论是否妥当就值得研究，对于想象竞合犯种类划分的实践意义还需要进一步的揭示。希望赵丙贵同志在此专著的基础上，下一番工夫，在刑法竞合论问题上取得新的成果。

吴振兴

2007 年 2 月 12 日于深圳

目 录

CONTENTS

绪论	(1)
第一章 想象竞合犯定位论	(4)
第一节 想象竞合犯定位的理论之争	(5)
一、犯罪行为论	(5)
二、法律效果论	(6)
三、刑罚裁量论	(8)
四、犯罪行为论与法律效果论结合论	(9)
五、犯罪行为论与刑罚裁量论兼顾论	(9)
第二节 想象竞合犯定位问题评析	(10)
一、刑事责任论之提倡	(10)
二、竞合论之引入	(19)
三、想象竞合犯定位论诸观点概评	(26)
第二章 想象竞合犯前提论	(34)
第一节 一个行为	(35)
一、刑法中的行为理论	(35)
二、一个行为的判断	(42)
三、小结	(57)
第二节 数个罪名	(59)
一、一罪与数罪的判断标准	(60)
二、同质想象竞合问题	(69)
三、罪名与构成要件的关系	(77)

第三章	想象竞合犯本体论	(82)
第一节	想象竞合犯的本质	(82)
一、	单数理论	(84)
二、	复数理论	(87)
三、	想象竞合犯本质之新论	(89)
第二节	想象竞合犯的概念	(92)
一、	想象竞合犯概念的立法规定和学理界定概览	(92)
二、	界定想象竞合犯概念的几个关键词	(95)
第三节	想象竞合犯的类型	(106)
一、	罪过形式之间的想象竞合犯类型	(107)
二、	犯罪完成形态之间的想象竞合犯类型	(109)
三、	犯罪停止形态之间的想象竞合犯类型	(111)
四、	实行犯与非实行犯之间的想象竞合犯类型	(112)
五、	行为方式不同的想象竞合犯	(114)
2 第四章	想象竞合犯关系论	(116)
第一节	想象竞合犯与法规竞合	(116)
一、	法规竞合的若干理论问题	(117)
二、	法规竞合的新解读	(125)
三、	想象竞合犯与法规竞合的区别	(131)
第二节	想象竞合犯与牵连犯	(136)
一、	研究想象竞合犯与牵连犯关系所遇到的尴尬	(136)
二、	牵连犯肯定说之肯定	(138)
三、	牵连犯范围之确定	(143)
四、	想象竞合犯与牵连犯的区别	(148)
第三节	想象竞合犯与结果加重犯	(151)
一、	结果加重犯的本然、已然及其应然	(152)
二、	想象竞合犯与结果加重犯的区别	(163)
第四节	想象竞合犯与共同犯罪	(167)
一、	共同正犯与想象竞合犯	(169)
二、	教唆犯与想象竞合犯	(173)