

顾肖荣 主编

经济刑法

Economic Criminology

9

涂龙科

论经济刑法中的法条竞合

贪污犯罪法律适用研究课题组

贪污罪法律适用若干问题研究

李晓明 霍磊

从美国CCI案谈我国反腐败的法律机制建设

陈玲

背信犯罪比较研究



上海社会科学院出版社

Econo

经济刑法

Economic Criminology

9

顾肖荣 主编



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济刑法. 第9辑/顾肖荣主编. —上海: 上海
社会科学院出版社, 2010

ISBN 978-7-80745-757-2

I. ①经… II. ①顾… III. ①经济犯罪—刑法—研究—文集 IV. ①D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 176579 号

经济刑法(第九辑)

主 编: 顾肖荣

责任编辑: 周 河

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海信老印刷厂

开 本: 710×1010 毫米 1/16 开

印 张: 31.5

插 页: 2

字 数: 550 千字

版 次: 2010 年 10 月第 1 版 2010 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-80745-757-2/D·161

定价: 60.00 元

版权所有 翻印必究

卷首语

《经济刑法》第九期又与读者见面了!

本期以上海社会科学院法学所主持或参与的研究课题为依托,组织了三个专题研讨,分别为“经济刑法基础理论问题研究”、“走私犯罪法律适用问题研究”和“贪污贿赂犯罪研究”;另外,作为《经济刑法》的一个传统栏目“经济刑法专论”,本期也精心组织了20篇论文,对刑法中的新罪名或热点罪名进行了研究。

《论经济刑法中的法条竞合》一文资料翔实,论证旁征博引。全文在厘清法条竞合的一般理论的前提下,从经济刑法同类罪之间的法条竞合、经济刑法各类罪之间的法条竞合,以及经济刑法条文与刑法分则其他条文之间发生的法条竞合三个层次,详细分析了经济刑法中法条竞合的各种情形,有较高的理论价值。《中国银行卡产业风险治理研究》从我国银行卡产业未来发展的高度,对我国银行卡风险案件的现状作出了客观、全面的剖析,并深入透析银行卡业务风险的成因,提出了我国银行卡风险案件综合治理的原则和思路,内容有的放矢,对策性强。《论经济、财产犯罪基准刑的确定方法》给司法实务部门在经济犯罪的量刑问题上提供了一种新思路、新方法,也为我国目前正在进行的量刑制度的改革提供一种新视角。

“走私犯罪法律适用问题研究”专题遴选了上海社会科学院法学所与上海市人民检察院第一分院合作开展的“走私犯罪研究课题”中的部分论文和调研报告,《2005~2009年上海走私犯罪调研报告》以详细的数据直接、客观、全面地展示了上海市2005~2009年走私犯罪的基本情况,分析了走私犯罪的突出特点及问题,提出了惩治走私犯罪的对策与建议。报告分析深入,对策、建议具体务实。《单位走私犯罪法律适用若干问题探讨》对司法实务中遇到的单位走私犯罪的8个疑难、热点问题进行了系统的梳理,从源头上为司法操作提供了理论保障和智力支持。

《贪污罪法律适用若干问题研究》以典型案例为视角,集中探讨了贪污罪的主体、贪污对象、贪污罪客观要件的认定,以及贪污罪与近似犯罪的界定。论文

以案说法,以案明理,具有相当的理论说服力。《新类型受贿犯罪行为的认定问题》选择了若干新类型犯罪行为,从理论和司法实践相结合的角度深入论证,具有强烈的时代气息。《从美国 CCI 案谈我国反腐败的法律机制建设》以 2009 年轰动全球的美国控制组件公司行贿案为视点展开论述,提出反腐败必须通过国家法律制度建设,对腐败进行有效的律动性和自动纠偏性控制。

“经济刑法专论”所选的 20 篇论文,主要集中在一些新型或热点犯罪如背信犯罪,组织、领导传销活动罪,信用卡诈骗罪,公司破产犯罪,逃税罪等展开研讨。《背信犯罪比较研究》以德国和日本对背信犯罪的法条规定及理论研究为参照,对我国背信损害上市公司利益罪和背信运用受托财产罪从犯罪构成的四个要件方面进行了分析、论证、比较,以此为鉴,作者对我国背信犯罪提出了若干建设性的立法完善建议。2009 年 12 月 15 日最高人民法院、最高人民检察院共同发布《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,推进了我国刑事法学界研究信用卡犯罪的持续深入,从本栏目下的 4 篇专论或许可见一斑。以《信用卡犯罪案件司法认定最新若干疑难问题》为例,全文从信用卡犯罪中三个常见的客观行为着手,以具体案例展开论述,对司法认定中的疑难问题抽丝剥茧,深入剖析,论证有力。栏目所选的 4 篇论文或许从不同角度为实务部门切实把握信用卡犯罪定罪量刑的规则与尺度,准确适用最新信用卡犯罪司法解释提供参考。组织、领导传销活动罪是我国《刑法修正案(七)》的新增罪名,对新法条的正确理解无疑是该罪名在司法实践中科学适用的前提,本栏目下的 3 篇论文从不同角度探讨了该罪名的立法背景、法条含义、认定标准等,为该罪的正确理解与适用提供了理论支持。

本辑所选论文众多,编者难以一一细数,我们诚挚地希望读者能与我们互动,在您赐稿的同时,别忘记对我们的编辑提出宝贵的意见和建议,让这本专业书刊在编者、作者和读者的共同努力下茁壮成长。

《经济刑法》编委会

2010 年 6 月

目录

CONTENTS

第九辑

001 卷首语

[经济刑法基础理论问题研究]

- | | | |
|-----|------------------|---------|
| 003 | 论经济刑法中的法条竞合 | 涂龙科 |
| 025 | 中国银行卡产业风险治理研究 | 李 睿 |
| 048 | 论经济、财产犯罪基准刑的确定方法 | 毛国芳 |
| 058 | 公司犯罪国际化及其法律规制 | 安文录 范红旗 |
| 071 | 浅析金融犯罪之防控 | 李 波 |

[走私犯罪法律适用问题研究]

- | | | |
|-----|-------------------------|--------------|
| 085 | 2005~2009 年上海走私犯罪调研报告 | 上海市走私犯罪调研课题组 |
| 099 | 2005 年上海走私犯罪情况报告 | 林勇康 张雅馨 |
| 105 | 2006 年上海走私犯罪情况报告 | 吕 洁 李雅璇 |
| 110 | 2007 年上海走私犯罪情况报告 | 王龙国 |
| 115 | 2008 年上海走私犯罪情况报告 | 褚志远 袁列文 |
| 121 | 2009 年上海走私犯罪情况报告 | 徐 洁 王邦冲 |
| 126 | 单位走私犯罪法律适用若干问题探讨 | 单位走私犯罪课题组 |
| 143 | 办理走私犯罪案件中若干疑难问题探讨 | 走私犯罪课题组 |
| 154 | 特别关税税率变化对走私行为的定罪量刑有否溯及力 | 黄卓昊 |

- | | | | |
|-----|-----------------------|-----|-----|
| 159 | 公式定价贸易方式下如何认定走私犯罪 | 陈卫星 | 胡春健 |
| 165 | 查办走私普通货物、物品案件情况的分析与思考 | | 陈霁蕾 |
| 174 | 单位走私犯罪争议问题研究 | | 陈 璐 |

[贪污贿赂犯罪研究]

- | | | |
|-----|--|---------------|
| 187 | 贪污罪法律适用若干问题研究 | 贪污犯罪法律适用研究课题组 |
| 202 | 新类型受贿犯罪行为的认定问题 | 曹 坚 |
| 214 | 私分国有资产罪司法认定中的若干疑难问题研究 | 肖晚祥 |
| 222 | 交易型受贿犯罪中的数额认定问题研究——以《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》为视角 | 张 炜 祝 越 |
| 232 | 贪污罪与挪用公款罪的区别 | 吴允锋 |
| 238 | 共同贪污犯罪与私分国有资产犯罪的区别 | 王佩芬 |
| 243 | 从美国 CCI 案谈我国反腐败的法律机制建设 | 李晓明 霍 磊 |
| 255 | 职务犯罪的管理学研究 | 唐保银 |
| 266 | 国际反腐败视野下的可疑交易报告制度 | 林雪标 |

[经济刑法专论]

- | | | |
|-----|-------------------------|-------------|
| 277 | 背信犯罪比较研究 | 陈 玲 |
| 296 | 背信损害上市公司利益罪若干问题研究 | 王 瑞 |
| 310 | 洗钱罪的国外立法及其对我国的启示 | 杜文俊 林勇康 |
| 326 | 试论澳门预防及遏止清洗黑钱犯罪立法特点 | 黄来纪 谢宝朝 |
| 334 | 信用卡犯罪案件司法认定最新若干疑难问题 | 谢 杰 |
| 344 | 恶意透支信用卡犯罪行为的司法认定 | 胡健涛 |
| 353 | 恶意透支型信用卡诈骗犯罪中客观要件的认定 | 吴 波 姚 熙 |
| 360 | 恶意透支型信用卡犯罪若干问题初探 | 李雅璇 |
| 366 | 组织、领导传销活动罪的认定及其与近似犯罪的界限 | 马长生 罗开卷 |
| 378 | 组织、领导传销活动罪客观认定问题论析 | 刘晓莉 逢晓枫 |
| 389 | 审理非法传销犯罪案件法律适用若干问题探讨 | 周 蔚 汪 敏 任志中 |
| 398 | 从国外立法看我国破产犯罪的修改完善 | 金泽刚 赵 艳 |

411	公司破产犯罪研究		安文录
423	虚假诉讼应受刑法调整的正当性确证及规则构建		
		李康民	陈 丽
437	逃税罪中的“出罪”规定：初犯免责的理解和适用		宋爱琴
450	非法转让、倒卖土地使用权罪认定中的难点问题	贺 卫	黄伯青
458	强迫交易罪的司法认定及其与近似犯罪的界限	罗开卷	胡春健
472	利用未公开信息交易罪若干问题研究		陈 恒
479	举证责任倒置在侵犯商业秘密刑事案件中的运用	李 翔	侯倩倩
488	追债中非法拘禁行为定性之探究		何 涛
			张 建

经济刑法基础理论问题研究

经济刑法

Economic Criminology

论经济刑法中的法条竞合

涂龙科*

国内在法条竞合领域,从法条竞合的称谓、概念、有无、归属到法条竞合的本质、类型、存在的范围、适用的原则等各方面,都有为数不少的研究,出现诸多不同观点,尤其是在经济刑法条文中法条竞合关系的具体判断上,诸多问题,需要进一步地分析、探讨。

一、法条竞合的肯定

法条竞合不同于想象竞合,前者是形式上的竞合,是不纯正竞合;后者是实质上的竞合,是纯正竞合。在想象竞合的场合,一个行为在实质上符合数个犯罪构成,任何一个犯罪构成都无法完全评价该行为。因此,必须要选择其一加以适用。而在法条竞合的情形下,行为虽在形式上符合数罪,实际上只有其中一个犯罪构成足可评价该行为,而且也只有其中一个犯罪构成评价起来最为精当。如果割裂不同的罪名之间犯罪构成要件的逻辑关系,从刑法对行为类型特定化的角度分析,设立独立的罪名后,每一行为对应唯一的罪名,每个罪名的行为类型都是唯一的。

正因为此,国外有不少学者对法条竞合持否定态度。如德国刑法学者Wegscheide教授在较彻底的立场上,否定法条竞合的意义,提出通过对构成要件的目的和体系解释来取消法条竞合。Wegscheide的最终目的在于保证刑法意义上的行为类型化,分清各罪之间的界限。他认为,如果要保留法条竞合的概念,必须将法条竞合定义为犯罪彼此之间相互排斥的关系^①。该类观点主张,不论不同罪名之间,作为构成要件的对象、主体等在逻辑上具有什么关系,一般刑法单独立罪,就成为另一变体,具有独立的意义,否认竞合关系的存在。我国台湾学者许玉秀也持同样观点,她认为,台湾地区“刑法”第321条加重窃盗罪就是第320条窃盗罪的变体,杀害直系血亲尊亲属罪第272条就是杀人罪

* 涂龙科 上海社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士。

第 271 条的变体。然而,依据立法者对不同构成要件的功能设定,基本形态和特别形态之间不仅是量的变化,而且是质的变化,所以是异质的关系,因此不可能发生竞合,犯罪事实符合特殊形态时,直接适用各规定即可^②。在大陆,也有学者持类似观点,如有学者认为刑法中并不存在法条竞合现象,从犯罪性质与犯罪构成的关系上看,不存在法条竞合的情况;从我国刑法分则的实体法中,并没有法条竞合的存在^③。

笔者认为,否定法条竞合的观点并不妥当。理由在于:

其一,作为法条竞合基础的法条逻辑关系是一种客观现象。法条竞合否定论从刑法的行为类型化的层面否定了法条竞合的存在。从某种意义上,法条竞合论也是一种形式的理解。在更深的层面上,法条竞合有其客观事实基础。这表现在两个方面:一是法条竞合的发生,有其逻辑基础。之所以会有法条竞合的存在,是由于构成竞合的行为类型之间,由于其对象、行为手段、行为主体等一个或几个要素之间,具有客观上存在的逻辑上的包容或交叉关系。二是由于上述逻辑关系的存在,导致立法上出现的法条之间的逻辑关系。法条之间的逻辑关系同样具有客观性,是不可避免的。因此,否定论局限于行为类型化的层面视角,认为即使在构成要件上存在种属的从属关系,由于刑法的单独规定而使其从属性失去意义,而忽视客观的法条逻辑关系,有失妥当。

其二,法条竞合理论具有立法上的意义。正如前述,法条之间逻辑关系是客观的,因此,在立法上就必须面对相互之间逻辑关系的处理。一方面,避免相互之间照应的不周延,而出现逻辑上的漏洞,导致立法的缺陷。另一方面,要注意逻辑上的协调,避免出现不必要的重复,提高立法的科学性。可以说,作为法条关系研究组成部分的法条竞合研究,是立法层面的重要课题。以我国刑法第 149 条第 1 款的立法为例,该款规定,生产、销售本节第 141 条至第 148 条所列产品,不构成各该条规定的犯罪,但是销售金额在 5 万元以上的,依照本节第 140 条的规定定罪处罚。该款的意义在于弥补了第 141 条至第 148 条与刑法第 140 条竞合之后的处罚漏洞。如果离开法条竞合关系的考察,显然不利于立法的完善和周全。

其三,否定法条竞合会带来司法适用的困难。否定法条竞合的观点在论证逻辑上其实有一定的问题。该观点认为,每个具体行为都具有独立意义,每一个特定的行为类型都对应一个特定的条文,不会有认定上的困难。笔者认为,每个行为类型尤其是具有从属关系的行为类型的刑法适用结果,也正是法条竞合关系处理得出的结论,不经过竞合法条之间关系及其适用的判断,无法进行行为性质的认定。否定论的论证有将论点作为论据的逻辑问题。实际上,在包容竞合的场合,行为符合两个犯罪构成,具体如何适用哪个法条,并不存在不证

自明的可能,还是需要法条竞合的处理原则来指引具体法条的选择适用。在我国刑法立法中,就明确了法条竞合时适用法条的原则。刑法第149条规定: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。该规定从立法上也明确了法条竞合的存在及其适用原则的必要性。

二、法条竞合的归属

法条竞合,就其研究的归属来说,学界历来有不同的意见。在传统上,大多数学者是研究罪数形态时论及法条竞合现象。也有部分学者是在刑法分则中,作为分则的一般问题加以讨论。作为罪数形态研究的法条竞合,称为法条竞合犯。法条竞合犯研究的关注点在于与想象竞合犯之间的联系与区别。从法条竞合的角度,其研究的理论起点是犯罪行为。例如,高铭暄教授认为,法条竞合又称法规竞合,是指同一犯罪行为因刑事立法对法条的错综规定,出现数个法条所规定的构成要件在其内容上的重合或者交叉^④。又如,马克昌教授认为,所谓法规竞合是指一个犯罪行为,同时触犯数个法律条文,其中一个法律条文成为他一法律条文的一部分^⑤。这类概念的研究起点是具体的犯罪行为,其目的是要解决该具体犯罪行为的刑法适用。

有的研究路径则不同,将法条竞合与犯罪行为分割开来,单独从法条关系的角度对法条竞合进行研究。这种研究路径认为,法条竞合是数个法条分别规定的具体犯罪构成要件的重叠或交叉,与行为人所实施的具体行为无关^⑥。按照法条关系论的观点,法条竞合是法条形态,而不是犯罪形态,因为法条竞合是被看作刑法分则条文之间关系的一种理论^⑦。在这种研究方法下,并没有具体犯罪行为的存在,其目的也不是为了解决具体犯罪行为的适用,而是从形式上解读法条之间存在的相互竞合的特定关系,以及竞合法条之间的协调。在这一意义上,有的学者认为,所谓法条竞合,是指由刑事立法决定的,数个规定具体犯罪构成要件的刑法条文,因其在构成要件之间存在从属或交叉关系而形成数法条对于同一犯罪行为予以不同概括规定的法律现象^⑧。

需要注意的是,从形式上研究法条竞合虽然不涉及具体的犯罪行为,但还是离不开犯罪行为,只不过不是具体的犯罪行为,而是抽象的犯罪行为。吴振兴教授认为,法条关系是与行为人的犯罪行为无关的单纯的法条之间的关系。笔者认为,上述论断是不准确的。如果完全离开犯罪行为,法条也失去存在的根据和意义。但是,法条关系的法规竞合与罪数形态的法规竞合,其中的犯罪

行为是有区别的。表现在：(1) 后者的逻辑起点是犯罪行为，是从犯罪行为到法律条文的研究；前者的逻辑起点是法律条文，是从法律条文到抽象犯罪行为的研究。(2) 后者是抽象的犯罪行为；前者是具体的犯罪行为。(3) 后者的犯罪行为需要判断是否会发生竞合；前者的犯罪行为已经预设了竞合的存在，不再需要对行为本身是否会发生竞合做出判断。也即是说，在前者中，已经架设了一个抽象的存在竞合的犯罪行为，至于该犯罪行为的具体类型，无关紧要。

犯罪行为是刑法的核心，离开行为，刑法条文的研究就必然走向空洞和虚置，因此不能彻底脱离犯罪行为进行单纯的法条关系研究。实际上，也无法做到无行为的条文关系研究。针对从单纯条文关系角度界定法条竞合的不足，有学者提出了“动态法条竞合论”。该观点主张立法上的法条竞合是静态的，这种静态的竞合不涉及法条适用选择，当某一符合这种静态竞合关系的具体犯罪行为介入时，这种法条之间内在的竞合关系外化为动态的法条竞合，使得法条竞合情况下法条的适用选择成为必要^⑨。可以看出，所谓的“动态法条竞合论”，其实质还是在法条竞合关系的讨论中加入了犯罪行为的因素。

在学界讨论法条竞合的归属时，比较多地存在一种择一的倾向，即法条竞合的研究归属，必须在罪数形态和法条关系两者中择其一。笔者认为，这一倾向有待商榷。实际上，上述两个方面是法条竞合研究的一体两面，两者缺一不可。单纯的法条设定的犯罪构成的包容或竞合关系是法条竞合的立法特征，具体犯罪行为介入之后的法条竞合意义在于罪数形态中法条竞合犯的界定。两者缺其一，都无法完全明确法条竞合。此外，对具体行为的罪数形态的判断自然离不开法条关系的研究，同时，相对独立的法条关系的法条竞合研究，也具有立法和司法的重要意义。对此，本文前述已经交待清楚，不再赘述。因此，笔者主张，法条竞合主要在法条的逻辑关系中进行讨论，但不否认、排斥罪数形态中有关法条竞合的研究。在法条竞合的具体研究中，必须包括对具体犯罪行为的考虑，通过犯罪行为作为媒介，不但不会有损法条关系研究的意义，而且更有利于法条关系的厘清。

三、法条竞合的概念与本质

国内学界对法条竞合的概念，观点比较多，比较有代表性的有以下四种：

第一种观点认为，所谓法条竞合，通常是指一种犯罪行为因刑事立法对法条的错综规定，导致数个法条所规定的构成要件在其内容上发生重合或者交叉的情形^⑩。

第二种观点认为,法条竞合是指一个行为同时符合了数个法条规定的犯罪构成,但从数个法条之间的逻辑关系来看,只能适用其中一个法条,当然排除适用其他法条的情况^⑪。

第三种观点认为,法条竞合是指一个犯罪行为同时触犯数个犯罪构成,而这些构成要件具有从属或者交叉的关系^⑫。

第四种观点认为,法条竞合指一个犯罪行为,因法律错杂规定,致有数法规(或法条)同时可以适用,但只在数法条中适用一法条,而排斥其他,成立单纯一罪的情况^⑬。

笔者认为,第二种观点关注的是法条竞合的适用,而对法条竞合发生的场合,数个法条之间的逻辑关系,并没有揭示,为此不妥。第三种观点也有不恰当之处,其关键在于没有揭示法条竞合与想象竞合犯之间的本质区别。例如,行为人甲偷窃了乙的行李包,并在预料之中窃取到枪支和钱财。在本案例中,行为人只实施了一个盗窃行为,同时触犯了盗窃枪支罪和盗窃罪,并且盗窃罪和盗窃枪支罪之间存在从属的包容竞合关系,按照第三种观点,行为人甲成立法条竞合。而实际上甲的行为是典型的想象竞合犯。第四种观点同样没有明确法条竞合的实质,没有说明在法条竞合的场合,何以会“有数法规(或法条)同时可以适用,但只在数法条中适用一法条,而排斥其他”法条的适用。与此相类似的还有“行为表面上同时符合数个犯罪构成,可以适用数个法律条文,而实质上只符合一个犯罪构成”的观点。

定义概念的目的在于明确事物特有的属性,界定彼此相近概念之间的界限。事物特有属性,即特质、本质,恰当的概念要挖掘待界定现象的本质。关于法条竞合的本质,学界有几种不同的观点,分别有:“法律条文竞合说”、“罪名竞合说”、“社会关系竞合说”、“犯罪构成竞合说”等^⑭。其中“犯罪构成竞合说”得到较为广泛的认同。

“法律条文竞合说”认为,法条的重合关系是法条竞合的本质特征,没有法条的重合即没有法条竞合^⑮。法律条文竞合说,其实是从法条竞合的表象上理解法条竞合,并没有揭示法条竞合的本质内容。从概念上,法条重合是法条竞合的直观理解。在方法上,法律条文竞合说,是一种回环的解释,其所谓的“重合”的内容所指,并不明了。所以,该观点实际上并没有提供法条竞合本质的答案。“罪名竞合说”认为,法条竞合的本质是一个犯罪行为涉及数个相关罪名^⑯。在法条竞合的场合,确实存在一个罪名涉及数个相关的罪名,但是,并不是所有此类情形都属于法条竞合。“罪名竞合说”首先的问题是没有提供区别法条竞合与想象竞合的途径。在构成想象竞合犯的场合,同样是一个犯罪行为

涉及数个相关罪名。因此,“罪名竞合说”并不可取。“社会关系竞合说”认为法条竞合的本质是刑法所保护的社会关系的竞合^⑦。在法条竞合中,有竞合关系的法条所保护的社会关系确实是竞合的。但是,反过来,所保护的社会关系发生竞合的法条之间,并不一定都构成法条竞合。例如,伪造货币罪和变造货币罪之间,保护的应当是同样的社会关系,但是,该两罪之间显然不是法条竞合关系。相反,保护同样社会关系的法条之间,很可能因为其行为对象等因素的并列,而成为条文的并列关系。例如,在走私罪中,走私不同种类的特殊物品,其侵害的社会关系是同样的,但是,由于各特殊物品之间的并列,这些条文形成并列关系,而不是竞合关系。除此之外,还存在有些复杂客体的罪名,该类罪名其中的一个客体和另一罪名保护的客体竞合,但该两罪名的条文之间就不一定竞合。例如,抢劫罪可能侵害了他人的财产所有权和他人的身体健康权,故意伤害罪侵害他人的身体健康权,两者保护的社会关系存在竞合,但一般不能认为两个条文之间存在竞合关系。

“犯罪构成竞合说”是一个比较笼统的归类,所有从犯罪构成的角度寻求法条竞合本质的理解,都可以归为“犯罪构成竞合说”,因此,犯罪构成竞合说其实具有方法论上的意义,即从不同条文设定的犯罪构成(或者犯罪构成要件)之间的内涵或外延的大小比较,分析、描述两个法条的竞合关系。这也是目前我国学界比较通行的研究方法。实际上,该方法也是国外所普遍运用的方法。例如,在日本,提出“构成要件的形态类型论”的小野清一郎认为,只有不同的刑罚法规属于“同一构成要件类型”时才可能发生法条竞合,而并非只要具有某种形式逻辑的关系即可^⑧。该观点认为所说的同一构成要件类型,就包括两个构成要件的比较。例如,暴行罪、伤害罪、伤害致死罪,或者盗窃罪、强盗罪、强盗致死罪之间,虽然分别是独立的构成要件,但后者可以包括前者的构成要件内容,因此,可以在更宽的意义上视为同一犯罪类型。

在该方法的指引下,国内关于法条竞合的具体论述内容比较多样、杂乱。相对比较有说服力、得到较为广泛的观点认为,法条竞合是由于法律的错综规定,一个犯罪行为同时符合数个法条所规定的具有包容或交叉关系的犯罪构成。

(一) 犯罪构成之间存在包容或竞合关系不必然发生法条竞合

要区分法条竞合与想象竞合,有个问题必须回答,即犯罪构成之间存在包容或竞合关系是否必然会发生法条竞合?如果只要法条之间存在包容或交叉关系,任何行为就必然不二地出现法条竞合,则法条的犯罪构成的包容或者交

叉的逻辑关系就是法条竞合的本质;反之,就仅仅为一方面的特征。但事实上,一个行为同时符合数个在犯罪构成上具有包容或交叉关系的条文,并不一定就成立法条竞合。例如,前面所举行为人同时窃取钱财和枪支的案例中,从犯罪构成之间包容或交叉关系的存在与否,就无法判断法条竞合与想象竞合的区分界线。大体上可以认为,犯罪构成存在包容或交叉关系的条文之间,肯定存在法条竞合的情形。法条竞合发生的场合,必然存在条文设定的犯罪构成的包容或交叉;但是,犯罪构成存在包容或交叉关系,并不必然是法条竞合。

(二) 每个条文都足以完全评价

为了从本质上界定法条竞合,有必要合理区分法条竞合与想象竞合。不少学者从多个角度提出不同的解决方案。

(1) 行为目的区别说。该观点认为,法条竞合的场合,行为必须是出于一个犯罪目的。如果行为人出于两个行为目的,则不属于法条竞合而可能是想象竞合。例如,在前面所举的一人一个行为同时窃取钱财和枪支的行为,可以认为行为人具有两个罪过,而排除其成立法条竞合的可能^{①9}。(2) 行为结果区别说。该观点认为,在法条竞合的场合,只发生一个行为结果,如果一个行为产生了两个危害结果,则不属于法条竞合。例如,在开一枪,打死一个、打伤一个的场合,行为人虽同时符合故意杀人罪和故意伤害罪的构成要件,但由于有两个危害结果的产生,因此,不成立法条竞合,而应为想象竞合。(3) 法益同一性。法益同一性是近年来日本学者在讨论法条竞合的本质时采用的观点,得到较为广泛的支持。如前田雅英提出,法条竞合之所以实质上是一罪,在于只不过侵害了一个法益。町野朔认为:在同一的法益侵害、法益危殆上适用复数的刑法予以处罚,从法益保护的观点来看是不当的二重处罚。作为法条竞合存否的标准,仅刑罚法规保护的法益同一性这一点即为已足,而且这一定也是决定性的^{②0}。也就是说,即使法条之间存在包容或者交叉的现象,还不足以确定法条竞合的存在,接下来还要进行法益同一性判断,两者都相符的,才成立法条竞合。

笔者认为,行为目的区别说的观点比较牵强,事实上,行为人开一枪,打死一人,还意料之外地打伤一人的情形,很难说行为人主观上具有两个罪过。主张想象竞合犯具有两个罪过,是理论上解释的需要,实际上很可能导致加重行为人的罪责,为此并不妥当。结果区别说的观点也值得商榷,在危险犯与行为犯的场合,行为构成犯罪,并不需要犯罪结果的出现,因此,依靠危害结果区分法条竞合与想象竞合,也不合理。