

想象竞合犯的理论批判与实践重构

*Imaginative Joinder of
Offenses Theoretical
Critique and Practical
Reconstruction*

蔡军 © 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

想象竞合犯的理论批判与实践重构

*Imaginative Joinder of
Offenses Theoretical
Critique and Practical
Reconstruction*

蔡军 © 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

想象竞合犯的理论批判与实践重构 / 蔡军著. —北京: 法律出版社, 2012. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4208 - 4

I. ①想… II. ①蔡… III. ①刑事犯罪—研究 IV.
①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 258594 号

想象竞合犯的理论批判与实践重构
蔡 军 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 聂 颖
责任编辑 聂 颖
装帧设计 赵 楠

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印刷厂
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 9
字数 204千
版本 2012 年 12 月第 1 版
印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4208 - 4

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

本书是蔡军博士在其博士学位论文《想象竞合犯理论的批判与重构》的基础上加以修改、完善而成。该文在蔡军博士毕业4年后即将交由法律出版社出版,作为他的博士导师,我感到十分欣慰。他邀我为之作序,我欣然应允。

想象竞合犯理论是大陆法系部分国家刑法学罪数形态论或竞合论的有机组成内容,该理论的形成与特定国度刑法基本理论、刑事立法规范和刑事司法操作具有难以分割的联系。我国刑法学理论对此虽有吸纳,但是欠缺深入探讨和研究,具有创新性的学术专著和论文并不多见。因此,作者以“想象竞合犯理论的批判与重构”为学位论文的选题,具有重要的理论价值和实践价值。

纵观全文,作者在翔实充分的文献资料梳理的基础上,以细致入微的观察力和逻辑严谨的思辨力,对想象竞合犯的基本结构、本质特征、处断原则作出了言之有据、令人信服的分析。论文的基本观点正确,结构安排严谨,论证依据充分,符

合学术规范。本书虽然只有6章,但是读其内容,仍感到相当充实。

在我看来,本书有一定的创新之处:其一,作者通过对行为概念的重新诠释,解构与重建了想象竞合犯的基本结构,从而提出了想象竞合犯从形式上看是“一个行为”符合数个犯罪构成,而实际上是“数个行为”符合数个犯罪构成的观点。这是一个过去未曾见过的观点,作者正是基于这一观点,展开了对想象竞合犯理论的批判与重构。其二,为了论证想象竞合犯属于数行为符合数个犯罪构成,作者对传统的犯罪构成的行为为“核心”的理论进行了批评,提出了以“罪过”作为犯罪构成核心的观点。这虽是我在数十年前在硕士论文中提出的见解,但作者将其运用于具体刑法理论的批判与构建之中,亦属创新。其三,正是在这些理论的牵引下,作者进一步提出,对于想象竞合犯,应当实行“数罪并罚”的结论。并指出,只有对想象竞合犯实行数罪并罚,才能体现其实质为数罪的本质所在。

当然,受作者工作经历及学术功底所限,文中的论证及表述仍有一些问题,如对想象竞合犯实为“数行为符合数个犯罪构成”的论证稍显粗糙;文中结合我国刑事立法及司法操作的分析研究尚显薄弱;文中一些地方的表达还需精练。尽管该文有如此缺陷,但是作为青年学者,能够大胆提出并论证创新观点实属不易,值得赞扬。

在刑法理论的汪洋大海中,想象竞合犯只不过是罪数理论或刑法竞合论中的一个犯罪形态,属于刑法学中的一个很小的问题,以此为题撰写博士论文绝非易事。但勤奋、刻苦、治学严谨的作者凭借辛苦、扎实的分析、写作和不畏困难的意志,圆满地完成了博士学位论文,并以优异的成绩获得了博士学位,作为他的导师,我

既为他以往取得的成绩而感到欣慰,同时也期待他能一如既往地努力,在罪数形态及其他刑法学领域中刻苦钻研,在刑法理论的研究上取得更大的建树。

是为序。

陈忠林*
2012年10月

* 重庆大学法学院院长、教授、博士生导师,意大利法学博士,第十一届全国人大代表,国务院学位委员会法学学科评议组成员,中国刑法学会副会长,中国犯罪学会副会长。

目 录

引言 1

- 一、本书的研究目的与意义 1
- 二、本书的研究思路与主要内容 7

第一章 绪论:问题展开 12

第一节 想象竞合犯的概念及结构分析 12

- 一、从名称说起:想象竞合犯的概念性分析 13
 - (一)“想象”的意味 14
 - (二)“竞合”的语义 15
 - (三)“想象竞合”的刑法学含义分析 15
- 二、当前理论中想象竞合犯的基本结构 18

第二节 问题的展开 21

- 一、想象竞合犯立法和理论的发展历程 21
- 二、一个从未解决的问题 24

第三节 研究进路分析 27

- 一、刑法的基本立场之争 27
- 二、行为——打开一切刑法理论疑难的钥匙 29
- 三、研究进路 30

第二章 想象竞合犯结构论(上)

——“一行为”之辩 32

第一节 行为概念的批判与重新表述 34

一、行为的学说与批判 34

(一)行为的学说 35

(二)上述行为观的批判 38

二、行为概念的误区 41

三、行为概念的重新表述 43

(一)“行为”是对人类能动实践活动的抽象 43

(二)行为概念的重新表述 46

四、新表述行为概念的检验与说明 50

第二节 想象竞合犯中的“行为”解析 51

一、大陆法系刑法理论上有关想象竞合犯“行为”性质的分歧 52

(一)分歧 52

(二)上述分歧的评析 53

二、我国刑法理论上有关想象竞合犯“行为”性质的见解 及其评判 55

(一)观点介绍 55

(二)分歧的原因分析及评判 57

三、想象竞合犯的“行为”本质解析 62

(一)“行为”、“危害行为”、“犯罪行为”和 “构成要件客观要件的行为” 62

(二)想象竞合犯的“行为”本质及其含义解读 64

第三节 想象竞合犯中“一行为”的判断 68

一、判断“一行为”的学说 69

二、上述观点的评析 72

- (一) 上述标准的评判 72
- (二) 上述分歧的根源解析 75
- 三、“行为”的层次性理解及“一行为”的判断标准新说 76
- (一) 行为的层次性解读 76
- (二) “一行为”的判断标准及其论证 77
- 四、结论：“一行为之表”掩盖着“数行为之实” 86

第三章 结构论(下)

——犯罪构成“数”之判断 88

第一节 犯罪构成与相关范畴的关系 88

- 一、犯罪构成的概念分析 89
- 二、犯罪构成与罪名 90
- 三、犯罪构成与刑法规范 92

第二节 犯罪构成理论之评介 94

- 一、大陆法系犯罪构成理论 95
- 二、我国刑法理论上的犯罪构成 97
- 三、犯罪构成要件理论的本原：中外犯罪构成理论上的殊途同归 99
- (一) 中外犯罪构成理论体系的简要比较分析 99
- (二) 殊途同归揭示了事物的本原 100

第三节 犯罪构成之“数”判断 108

- 一、犯罪构成的属性 109
- (一) 不同观点的简要介绍 109
- (二) 笔者见解：犯罪构成法定性的属性分析 109
- 二、犯罪构成上的分类 111
- (一) 犯罪构成内部结构上的分类 111

(二) 同一犯罪的犯罪构成之类型分类 113

三、行为符合数个犯罪构成的判断 114

(一) 犯罪构成“数”的判断 115

(二) 行为符合数个犯罪构成的判断 116

四、判断之外的相关问题 117

(一) 同种想象竞合犯的问题 117

(二) 全面评价的制约 118

第四章 想象竞合犯本质论

——兼谈罪数标准及其适用 120

第一节 想象竞合犯本质的争论 121

一、实质的一罪说(或想象的犯罪竞合说) 121

(一) 以想象竞合犯只有一个行为为立论根据 122

(二) 以想象竞合犯只充足符合一个犯罪构成为立论根据 123

(三) 以想象竞合犯仅出于单一犯意为立论根据 124

二、实质的数罪竞合说 124

(一) 以想象竞合犯的一行为符合数个犯罪构成为立论根据 124

(二) 以想象竞合犯的一行为与数结果间存在因果关系为
立论根据 127

(三) 以想象竞合犯的一行为在法律上为数行为为立论根据 128

(四) 以想象竞合犯是一行为侵害了数个法益为立论根据 128

三、科刑的一罪说(又称处断的一罪或裁判的一罪) 129

四、法规竞合说 130

第二节 评析、批判与反思 131

一、对上述诸观点的评析与批判 131

二、反思 137

(一)想象竞合犯本质分析的基点选择	137
(二)想象竞合犯本质分析的方法选择	140
第三节 罪数标准的讨论	141
一、罪数判断标准的学说	142
(一)外国刑法理论上罪数判断标准学说	142
(二)我国刑法理论上罪数判断标准学说	144
二、检讨	146
第四节 “罪过”标准的确立	148
一、罪过标准相关问题的论证:从义务、刑法义务、犯罪构成 再到罪过的阐述	148
(一)确立罪数标准的前提说明	148
(二)义务、刑法义务与犯罪构成	151
(三)罪过在犯罪构成要件中的地位	155
二、罪数标准的确立:从刑法义务到主观罪过的推理	158
第五节 想象竞合犯的本质——实质竞合的论证	161
一、罪数判断上的基本原理	162
(一)穷尽判断原则	162
(二)禁止重复评价原则	163
二、想象竞合犯的数罪本质:对罪数判断标准的运用	165
(一)一个不该存在的“理论怪胎”	165
(二)想象竞合犯是行为人在数个罪过的支配下实施的数个行为, 从而符合数个犯罪构成的犯罪形态	167
第五章 想象竞合犯与相关范畴的关系论	170
第一节 想象竞合犯与法条竞合	171
一、法条竞合的定位	172

二、法条竞合的概念解析	177
三、法条竞合的类型理论	182
四、犯罪构成的竞合还是犯罪构成的排除：以犯罪构成为根据 对法条竞合类型的分析	184
五、法条竞合排除原则的评析	189
六、想象竞合犯与法条竞合的关系	191
第二节 想象竞合犯与牵连犯	192
一、牵连犯的基本理论	193
(一) 牵连犯的基本结构	193
(二) 牵连犯的类型	197
(三) 牵连犯的处断	198
二、想象竞合犯与牵连犯的关系	199
第三节 想象竞合犯与继续犯	201
一、涵摄与除摄的学说之争	203
(一) 问题之产生	203
(二) 涵摄和除摄的处断方式及其评析	204
(三) 涵摄和除摄的处理效果之比较	205
二、涵摄与除摄的中国问题分析	206
(一) 涵摄与除摄的实质	206
(二) 对我国刑法中继续犯相关规定的反思	207
第六章 想象竞合犯的处断论	209
第一节 想象竞合犯的处断原则概说	211
一、有关想象竞合犯处断的学说	212
(一) 从一重处断原则	212
(二) 从一重重处断原则	214

(三)数罪并罚处断原则	215
二、上述观点的几个问题说明	217
(一)“罪的吸收”还是“刑的吸收”	217
(二)“从一重”或“从一重重”处断的根据	219
三、对上述处断原则的批判	220
(一)“从一重”处断原则的逻辑缺陷分析	220
(二)“从一重重”处断原则的逻辑缺陷分析	224
(三)“数罪并罚”处断原则的评析	226
第二节 影响想象竞合犯处断的原理	228
一、决定想象竞合犯处断的刑法原理	228
(一)刑法基本立场上的游移对想象竞合犯处断原则的影响	229
(二)刑法的基本原则对想象竞合犯处断的制约	233
二、影响想象竞合犯处断的诉讼考量	236
(一)一事不再理原则对想象竞合犯处断的影响	237
(二)诉讼经济原则对想象竞合犯处断的影响	239
第三节 想象竞合犯的处断原则——并罚制的论证	241
一、数罪的处断制度:单一刑罚制与并罚制	241
(一)单一刑罚与并罚	241
(二)确定刑罚上下限的方式	242
二、数罪处罚的基本理论	243
三、数罪处断的区别制之检讨	246
(一)量刑客观性的考量	247
(二)诉讼经济的反思	248
(三)责任衡平的思考	249
四、对数罪并罚的辩护	251
(一)数罪并罚的适用原则	251

(二)对数罪并罚误解的澄清 252

五、结论:想象竞合犯数罪并罚处断的合理性论证 253

结语 258

参考文献 260

后记 267

引 言

一、本书的研究目的与意义

依据刑法规定,行为人实施某个犯罪行为后,拟进一步对其加以处罚时,需要先确定行为人究竟触犯何种罪名,触犯一个还是数个罪名,而后始能决定应当如何予以处罚。如果行为人仅触犯一个罪名,则仅依据该罪名所预定的法定刑加以适当量处即可;如果行为人所触犯的是数个罪名,则必须依照刑法总则有关数罪并罚的规定予以论罪科刑。可见,行为人所触犯的究竟是一罪还是数罪,其在刑法上所发生的法律效果相差甚远。因此,行为人实施某个犯罪行为后,法院在裁决时,首先须就行为人所触犯的究竟为一罪还是数罪予以确认。然而,由于法律规范生来就具有原则性、抽象性和普适性的特点,其不可能对世间万事都能作出明确预判和具体规定,因而,事实与法律之间必然会存在一些间隙,而这些间隙就需要通过解释和理论研究来加以澄清和弥补。在刑法中,

这种问题在认定犯罪及进行处罚时体现得尤为明显。当行为人的一个行为只触犯了一个罪名,该行为人的行为只会构成一个犯罪,依据刑法规定的一个法定刑来量刑;当行为人实施的数个行为符合数个犯罪构成,因而触犯了数个罪名时,就应当按照刑法中数罪并罚的规定来裁量刑罚。但是,事实的判断往往没有法律规定那样明确、具体。当行为人实施行为的表面上看似一个“行为”而触犯了数个罪名后,就产生了如何对该行为人的行为数予以判断、对其行为定什么罪、是一罪还是数罪以及该如何处罚等疑难问题。因此,在理论上对这些问题的研究与探讨就成为一门学问,被称为罪数论(或者竞合论)。所谓罪数,即指犯罪的个数,亦即行为人所触犯的究竟是一罪抑或数罪。而针对被告具体的犯罪行为事实,探讨其犯罪的个数究竟为一罪或数罪,如是数罪,应如何加以处罚的理论,就是所谓的罪数论。在当前的罪数论中,当形式上的“一行为”触犯数个罪名(或符合数个犯罪构成)时,被称为想象竞合犯(又称为观念竞合犯)。

关于罪数论的理论被誉为“令学者绝望,实务上无解”的问题。作为罪数理论重要形态之一的想象竞合犯,更是汇集了罪数论的所有理论及疑难问题,成为专家学者揭开罪数之谜的突破口。然而,多年来学者们对于想象竞合犯的研究,不仅没能使想象竞合犯的根本问题获得解决,反而在研究的视角和方法等问题上又另添枝节,使对该理论的研究更加纠缠不清,成为说不清、理还乱的历史话题。^{〔1〕} 纵观当前刑法理论界对罪数及想象竞合犯的

〔1〕 近些年来,对于这种研究罪数及其处罚问题的理论,其研究内容和研究方法究竟为何,在中外刑法学界产生了一定的分歧,主要存在两种不同的研究思路 and 方向,即罪数论的主张和竞合论的主张。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”。(参见吴振兴:《罪数形态论》,中国

研究,会发现学术观点虽然经常“推陈出新”,但是众说纷纭的局面丝毫未见改观,甚至可以说学界对想象竞合犯中的任何一个重要问题均未能取得一致认识。例如,在罪数本质上,想象竞合犯一直存在实质的一罪说、实质的数罪说和裁判的一罪说等观点,各种观点

检察出版社 1996 年版,第 5 页。)一般认为,在罪数论中,所要解决的主要问题是行为事实与犯罪构成之间的关系问题,因而,罪数论的核心是“罪数”决定的问题,从而其所发展出的理论架构,完全将问题的焦点放在罪数的判断上。也就是说,将理论的重点置于决定何种情况下,行为人所犯的是“一罪”,何种情况下,对于行为人的归责应属于“数罪”。从而,整个罪数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。从“罪数”决定的见解所产生的体系构架,在于“一罪”与“数罪”的区隔。在日本、我国大陆及台湾地区的刑法理论上,通常将“一罪”分为各种类型,如单纯的一罪、实质的一罪和裁判或者处断的一罪等,并对各种“一罪”的类型中到底包括哪些形态进行着激烈的争论。同时,关于罪数判断的标准,学说上也有意见分歧。有人主张法益判断说、行为判断说,也有人主张主观判断、构成要件判断等,可谓众说纷纭,莫衷一是。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,它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”。[参见林山田:《刑罚通论》(下册),台湾三民书局 1998 年版,第 569 页。]竞合论是德国刑法学界为专门解决数个刑罚法规被实现后的法律下效果整合问题所创立的一种理论。竞合论者认为,“称竞合者,系指在同时存在数规范的情况下,检讨究竟如何从该数规范中,对于评价对象的行为做完整之评价”。(参见柯耀程:《刑法竞合论》,台湾元照出版有限公司 2000 年版,第 7 页。)这样,行为单、复数的认定,只是竞合论首先需判断的前提条件,其本身并非竞合论的本体。或者说,竞合论解决的都是复数犯罪情况下如何裁量刑罚的问题。客观地说,尽管竞合论是根据德国刑法规定而展开的一种理论,但是它将罪数判断的问题摒弃于其理论研究范畴之外,单纯地就符合复数法律规范的行为之法律效果问题进行探究,大大地简化了传统的罪数理论,改变了罪数理论的体系性框架,具有一定的启发性。也正是基于此,在当前的日本、我国大陆和台湾地区理论界,希望引进竞合论来简化刑法中罪数的研究的呼声不断增强,一些学者也作出了种种尝试。但是,传统的罪数论并没有因此而萎缩,对罪数论的探讨仍然在日本、我国大陆及台湾地区刑法理论界占据主流。可以想象,罪数论和竞合论的争论会在很长时间内继续。