

刑法法条竞合理论的比较研究

吕英杰*

法条竞合在体系上属于罪数论的问题,是“本来一罪”;又其本质是非真正竞合,因此“法条竞合”应名之为“法条一罪”。法条一罪不仅是法条自身的形式逻辑关系,只有数法条侵害的法益具有“同一性”时,才成立法条一罪。大陆法系传统的法条一罪分类并不科学,有的类型不是法条一罪;有的类型应该合并;有的类型应该重新界定。我国刑法理论对法条一罪的分类——包含关系与交叉关系——值得肯定,但鉴于大陆法系法条一罪理论的启示,并为了实现刑罚均衡的目的,在我国的现行立法体系下,实质地、限制性地界定两种法条一罪的成立范围具有现实意义。

刑法主要是由若干刑罚法规组成的刑事法律规范系统,为了合理解释法条含义、正确适用法律,乃至提高立法技术,有必要系统地研究法条关系。法条一般有其各自的管辖领域,法律解释、法律适用也相对简单。然而,基于刑事立法活动的复杂性等原因,在具体适用法律时有些法条之间可能会发生“竞合”的现象,本文拟就大陆法系与我国刑法学中法条竞合的基本理论及现象类型进行比较研究。

一、法条竞合的基本理论

(一) 法条竞合的概念

我国刑法学理论所称的“法条竞合(Gesetzeskonkurrenz, concours de lois)”(或者“法规竞合”),在大陆法系刑法中有十来种称谓。虽然传统上也叫做“法条竞合”,但近年来,德国有学者主张称其为“法条单一”^[1],持相似主张的有我国台湾的林山田教授,他将法条竞合称为“法律单数”^[2]。日本刑法学者中,有人主张法条竞合属于本来

* 作者系厦门大学法学院讲师,法学博士。

[1] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第892—893页。

[2] 林山田:《刑法通论》(下册),台大法学院图书部1982年版,第586页。

的一罪,称为“法条一罪”^[1],也有学者认为法条竞合与单纯一罪近似,称为“当然一罪”。^[2]此外,还有学者将法条竞合命名为“不纯正竞合”、“假性或表面竞合”、“法规单一”等。名称使用上的混乱,大体可以显示出法条竞合本身的复杂性以及对其体系地位及本质理解上的差异。在确定究竟哪一个称谓更为贴切之前,必须厘清法条竞合的本质以及在刑法理论体系中的地位,这将在下文予以阐述。既然“法条竞合”已经成为法学理论中约定俗成的术语,为了论述与理解的方便,本文暂且沿用该用语。

对于法条竞合的概念,大陆法系学者有着大体相同的见解,但并非没有差别。例如,日本学者团藤重光认为:“对一个行为有必要进行数个构成要件的评价时成立数罪,构成……观念竞合;但有的时候,数个构成要件只单纯地具有外观上的竞合,实际上其中一个构成要件的适用排除其他适用,这就是所谓的法条竞合。”^[3]平野龙一认为,法条竞合是指:“初看具有适用数个法条的可能,尽管因此看似存在数个单纯的一罪,但由于该数个法条的逻辑关系已经事实上预定了一个法条的适用,因此只存在一个单纯一罪的场合。”^[4]大塚仁认为,法条竞合是指:“一个行为在外表上可以认为相当于数个构成要件,但是,实际上只适用其中某一个构成要件,其他的构成要件当然应该被排除的场合。”^[5]山口厚认为:“一个构成要件的该当事实,即只惹起了一个法益侵害的场合是单纯一罪;其中,对于一个法益侵害事实看似可能适用数个刑罚法规,但基于这些法条的相互关系只有一个法条可能被适用,只成立一罪的场合就叫做法条竞合。”^[6]综合以上定义,可以概括出法条竞合的基本要素及特点:第一,存在一个犯罪行为或者构成要件的该当事实;第二,该犯罪行为只侵害一个法益;第三,该犯罪行为表面上符合数个刑法法条;第四,该数个法条之间存在某种逻辑关系;第五,对该行为实际上只该当某一个法条,其他法条被排除适用;第六,法条竞合属于单纯一罪^[7],与观念竞合相区分。

以上是学者们在给法条竞合下定义时所总结出来的法条竞合的所有要素和特征,但并非对每个要素和特征都达成了共识,事实上,学者们对发生法条竞合时是否只能有一个犯罪行为,存在争议。就笔者所掌握的资料看,虽然学者对法条竞合的定义一般都采取“一行为”说,然而,在分析具体的法条竞合的类型时,学者却一般都承认数个行为也会发生法条竞合,如下文将要论述的不可罚的事后行为。也有学者反对一行为说,如团藤重光认为,虽然对法条竞合的定义中往往使用了“一个行为”,但这“只不过

[1] [日]山中敬一:《刑法总论》,成文堂2000年版,第903页以下。

[2] [日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第4版),东京大学出版会2006年版,第497页以下。

[3] [日]团藤重光:《刑法纲要总论》(第3版),创文社1990年版,第445页。

[4] [日]平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,第409页。

[5] [日]大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第418页。

[6] [日]山口厚:《刑法》,有斐阁2005年版,第180页。

[7] 有人认为是本来的一罪,但这与单纯一罪没有本质差别。

是用语的问题”〔1〕,“即使数行为符合数个不同的构成要件,其中一个构成要件能够包括地评价其他构成要件时,也是法条竞合”〔2〕。德国也有学者并没有将法条竞合局限于只有“一个行为”的场合,指出同时存在行为单数和行为复数的情形,它们分别与想象竞合和实质竞合相对应,称为非真正的想象竞合与非真正的实质竞合〔3〕。笔者认为,法条竞合的核心是法条关系问题,而不是行为评价关系的问题,所以只能存在一个行为,这一点还将在下文法条竞合的类型部分具体分析。

这里必须指出的是,我国刑法理论理解的法条竞合中的“法条”与大陆法系有所不同。我国学者所说的法条一般是指刑法分则中以“第X条”的形式出现的刑罚法规。但这是一种形式化的理解,将法条竞合的法条限于刑法分则中具体的某一条甚至某一罪,不利于法条竞合理论的深化。事实上,法条是法律规范的载体,一个条件假设和一个法律后果就构成一个独立的法律规范。就刑罚法规而言,它是由构成要件加上刑罚后果构成的,但构成要件本身又是复杂的,即使一个罪名也可以存在多种构成形态,也就是存在数个法律规范,即数个法条。因此,当我们能够结合刑法总则的规定从刑法分则的“第X条”中分析出数个相对独立的构成要件形态时,就应该认为存在数个相对独立的“法条”。例如,某一基本犯罪的加重、减轻构成要件也可以看作独立的法条;既遂犯之外的未遂犯、预备犯,正犯之外的共犯也可以认为是独立的法条,也就是通常所说的修正的构成要件。总之,应该对法条做出广义的解释,这更利于我们对整个刑法分则体系的深入理解和把握。

(二) 法条竞合的体系定位

因为我国的刑法理论通常认为法条竞合是刑法分则某条与某条之间的逻辑关系问题,所以,通常在进入对刑法分则具体个罪的阐释之前,将法条竞合作为刑法分则条文关系的总纲来讨论〔4〕。在德国、日本以及我国台湾地区的刑法理论体系中,对法条竞合的定位更加复杂,有人将法条竞合置于犯罪论,有人将其置于刑罚论,也有人将其置于犯罪论后、法律效果论之前;有人将法条竞合视为超法规的犯罪竞合,还有人将其作为构成要件解释的问题来看待。对于法条竞合究竟应该如何定位,奥地利学者 Wegscheider 认为可以做如下考量〔5〕:

第一,视法条竞合为犯罪竞合的特例。即认为法条竞合是想象竞合与实质竞

〔1〕〔日〕团藤重光:《刑法纲要总论》(第3版),创文社1990年版,第446页注24。

〔2〕同上,第445页。

〔3〕〔德〕汉斯·海因里斯·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,第892—893页。

〔4〕我国学者陈兴良教授在其《刑法适用总论》(法律出版社1999年版)一书中,将法条竞合置于罪数论之后作为犯罪论的最后部分来论述,是值得注意的见解。

〔5〕参见高金桂:《论刑法上之法条竞合》,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,台湾五南图书出版公司1998年版,第169页以下。

合之外的竞合论的特例。但法条竞合并非真正竞合,因此体系上将其置于竞合论并不妥当,除非是为了对比的需要。第二,认为法条竞合是个人的可罚性障碍,即认为法条竞合是刑罚阻却事由。但后者是行为不具有可罚性,而前者总会因为符合某一构成要件而可罚。第三,将法条竞合类比于客观处罚条件。对于客观的处罚条件不需要行为人有认识,这一点二者有共通之处;但客观处罚条件的缺乏导致行为不可罚,而法条竞合的存在或者阙如与可罚性并无干系。第四,将法条竞合与量刑相比较。两者的相似之处在于都涉及到不法、罪责的衡量,但量刑是以确定的罪为前提,只是刑罚定量的问题,而法条竞合则是要确定应该适用哪一法条的定性问题。第五,视法条竞合为构成要件解释问题。这是 Wegscheider 教授自己所持的见解,即法条竞合是解释时初步产生数个包摄可能性推论的“印象”,但经由目的解释,决定只适用其中一个法条。第六,视法条竞合为罪责问题。即形式上该当的数个法条是否实质上真的符合罪责原则从而应该被适用的法律适用问题。

以上第五、第六两种观点都是值得考虑的见解。首先,法条竞合是法律解释的问题。之所以会发生表面上数个法条被符合的情况,是因为形式化的法条解释造成的;而如果经由实质的、目的的解释,“竞合”完全可以避免,最终只有一个法条被适用。换言之,法条竞合是形式上的“竞合”、实质上的“择一”关系。其次,法条竞合也是法律适用的问题。法条竞合最终是要判断某个假象地符合数个构成要件的犯罪行为实际上应该适用哪个法条,因此也就是要根据罪责原则来判断法条的适用。当然,法条适用总是以法条解释为前提,而法条解释要以法条适用为目的。如果强调法条解释,就会将法条竞合置于总则之后、个罪之前作为分则的一般理论进行探讨,我国刑法理论就是采取的这种思路;如果强调法条适用,则可能会置于总则的罪数论乃至刑罚论中加以探讨,但因为如前所述,法条竞合不是量刑的问题,而是定性的问题,因此作为罪数论问题加以阐述是合适的,大陆法系的刑法教科书大多就是如此安排的。如果两种体系安排都有道理,那么,是否有优劣之分呢?

笔者认为,虽然通过对刑法法条的终极解释可以剥开法条竞合的假象而确立某一法条的适用,但毕竟解释的目的是为了正确地进行法律评价,对于手段与目的这种偏正关系,我们当然应该立足于目的而非手段;其次,将法条竞合置于罪数论中并没有忽视法律解释的方面,一罪与数罪的判断仍然是法律解释的结果,甚至可以说其本身就是一种法律解释;再次,虽然说法条竞合是法条本身的关系造成的,但毕竟要归结于对某个犯罪行为的评价,因此,将其仅仅作为分则条文关系的总述是不全面的;又次,如上文所述,我国刑法理论对法条竞合的体系安排是基于对“法条”理解过于狭隘的缺陷,不利于理论的深化;最后,法条竞合确实可能导致构成数个犯罪的错误判断,放在罪数论中利于与数罪和其他一罪的形式相区分,有利于对犯罪行为作出正确的法律评价。因此,笔者认为,将法条竞合问题置于罪数论中讨论更为妥当。

(三) 法条竞合的本质

上述法条竞合的定义告诉我们,法条竞合都存在“表面上”或者“假象上”符合数个构成要件的特征,然而实际上只受一个构成要件的评价。因此,法条竞合并不是在同时满足数个法条的构成要件的基础上,再“选择”适用某一法条,而是本来就只满足某一犯罪的构成要件,并“当然”适用该法条。概言之,虽然称为法条竞合,但实际上并不存在“竞合”的问题,而是本来地、当然地构成一罪。之所以把法条竞合单独作为罪数问题来研究,是基于可能发生的由于一行为表面上触犯数法条而构成数罪的误认,但法条竞合只不过是假象,不存在真正的竞合。正如 Greerds 所说,被排斥之构成要件,在规范评价上,根本不能有丝毫作用,甚至应视其根本未被侵害,亦未被该当^[1];又如李斯特所言,虽然“法规竞合”的表述已经深入人心,但遗憾的是,它完全具有欺骗性,事实上并不存在“数个法规的竞合”,因为毫无疑问的是只能适用其中的一个法规。^[2]可见,法条竞合是一个骗局、假象,研究法条竞合理论的目的就是要揭露这种骗局、假象,从而正确适用法条,避免重复评价的发生。总而言之,法条竞合的实质是:不存在法条的真实竞合。但是必须强调的是,这是剥开了一切法条竞合的表象之后,在本来只应该构成一罪的意义上得出的最终结论。虽然我们揭露了法条竞合的本质,但不能就此认为表象地符合数个法条这一现象没有意义,它也不能成为反对、取消法条竞合的理由,法条的表象竞合在刑法理论上具有重要价值,这一点将在“法条竞合的原因与必要性”中详加论述。

为了进一步理解法条竞合的实质,我们必须区分法条竞合与想象竞合及法条适用。

法条竞合不同于想象竞合,二者的主要区别在于:想象竞合虽然称为“想象”(或者“观念”)竞合,但却是真的竞合,是一行为同时触犯数个罪名,也就是同时符合数个罪的构成要件,侵害了数个法益。因此,想象竞合要在判决书中写明所触犯的数个罪名,但由于只有一个行为,认定数罪会有“一事二罚”、“重复评价”之嫌,因此,最终从一重罪处罚,但并非轻罪的刑罚完全不受评价。^[3]法条竞合则由于法条之间具有某种特殊的逻辑关系,而只能适用其中一个法条并排除其他法条的适用,在判决书上只需写明所适用的法条即可。Beling 对法条竞合与想象竞合的区别有过精彩的论述:法条竞合是不仅某一法规的刑罚部分被排除适用,同时法规作为构成要件类型本身也不被评价,也就是该法规全体都具有补充性。而想象竞合是在构成要件的认识上构成二重犯罪,某些法规的刑罚不予适用,即仅就该法规的刑罚部分具有补充性。^[4]

[1] 转引自柯耀程:《刑法竞合论》,台湾元照出版公司2000年版,第105页注1。

[2] 参见〔德〕李斯特:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2000年版,第393页注2。

[3] 笔者认为,对想象竞合犯应该从一重罪从重处罚,同时兼顾轻罪的阻止作用,而且轻罪中特别规定的附加刑也可并科适用。

[4] 转引自〔日〕山火正则:《法条竞合的诸问题(一)》,载《神奈川法学》(第7卷第1号),第8页以下。

法条竞合更区别于单纯的法条适用。法条适用的基础是法条解释,某些易混罪名或者疑难案件往往会导致法条适用的困难,但不能因为解释论上难以区分某些法条或者现实中的案件难以定性就武断地认为该行为同时符合两个法条,属于法条竞合。任何易混罪名或者疑难案件都可以通过解释来厘清,除非数法条之间存在特殊关系,否则就不存在法条竞合的问题。

行文至此,可以对“法条竞合”理论应该采用哪个称谓作出恰当的判断。因为不存在实际上的竞合,所以“法条竞合”、“法规竞合”的称谓显然不够妥当;又因为法条竞合属于犯罪论中的罪数问题,“法条单一”或者“法律单数”不能反映其体系中的地位,也不妥当;“当然一罪”的用语虽然揭示了法条竞合的实质,但忽视了法条本身的特点。因此,相比之下,“法条一罪”的称谓更为妥当,既揭示了法条竞合的表面特征、体系地位,又反映了它的本质。

(四) 法条竞合的原因与必要性

许玉秀教授将法条竞合的原因概括为两点:第一,立法者对于犯罪事实具有多个评价角度,因此,只有通过数个构成要件才能对某种类型的犯罪进行完整地规范,那么一个犯罪事实设计数个构成要件的情形就必然会出现,即发生竞合。第二,法条竞合也可能因为立法者的疏失造成,这种情况比较罕见,通过立法技术的改进可以避免。^[1]然而,就第一点而言,用多个构成要件来规制一个犯罪行为似乎应该是想象竞合产生的原因,例如,盗窃使用中的电线,我们既可以从侵犯财产的角度进行评价,也可以从危害公共电力设施的角度进行评价。就第二点而言,立法疏失确实是导致法条竞合的原因,但应该是次要原因。笔者认为,除了立法疏失外,产生法条竞合的主要原因有:第一,在立法逻辑上,针对同一类型的犯罪,通常就其基本类型与加重、减轻类型予以规定,因此会发生包含关系;第二,立法上为了充分保护法益,对不同行为阶段以及危害阶段进行规定,这主要是指既遂犯、未遂犯、预备犯以及实害犯、危险犯等情形;第三,为了适应社会发展和充分保护法益的需要,立法上对原来规定的构成要件的某些要素予以演变或者增删,而产生新的构成要件,并予以加重或者减轻处罚。由此可知,正常情况下,法条竞合均是立法者基于充分、全面的保护法益的目的而有意造成的,法条竞合并非只会给法律解释与适用带来麻烦,相反它是不可避免的立法现象,发挥着不可替代的功能。

20世纪80年代,Wegscheider提出通过对构成要件的目的和体系解释来取消法条竞合。^[2]这一观点基于对法条竞合本质的分析,揭示出了法条竞合只不过是表面的竞合,实质的竞合并不存在,并认为通过法律解释可以确定应当适用的法条。例如,对

[1] 许玉秀:《法条“应该”如何竞合——检索特别、补充、吸收关系》,载《刑法的问题与对策》,台湾春风煦日论坛——刑事法丛书系列4,1999年版,第259页。

[2] 参见陈志辉:《刑法上的法条竞合》,台湾“春风煦日论坛——刑事法丛书系列1”,1998年版,第215页以下。

于我国《刑法》的盗窃罪(第264条)和盗窃枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪(第127条第1款)而言,我国学者一般认为二者具有逻辑包含关系,但是按照 Wegscheider 的观点进行解释的话,根据法条相互排斥的原则,会认为盗窃罪的对象是指除了枪支、弹药、爆炸物、危险物质以外的其他财物,这样当行为人盗窃了枪支、弹药、爆炸物、危险物质时就只符合一个构成要件,就不会有竞合现象的发生。再如,故意伤害罪(第234条)与故意杀人罪(第232条),按照 Wegscheide 的观点,伤害行为、伤害故意是指排除了杀害行为和杀害故意的伤害,因此,故意伤害罪与故意杀人罪是完全排斥的关系。

诚然,Wegscheider 的解释方法有利于划分法条之间的界限,但法律解释是否合理的标准不仅在于是否尽可能地厘清了构成要件的射程范围,更在于是否符合正义原则、是否能够有效防止处罚漏洞。Wegscheider 的解释实际上是在某些构成要件中加入了不成文的排除性构成要件要素,这样的解释不仅于法无据,而且有导致处罚漏洞之虞。例如,二人共同盗窃,望风者不知盗窃对象为枪支,以为只是一般财物,因此难以成立盗窃枪支罪的共犯。但根据法条竞合的理论,因为枪支也属于财物,所以,该人也触犯了盗窃罪,二人可以在盗窃罪的范围内成立共同犯罪。但如果按照 Wegscheider 的观点进行推论,则该人既不可能构成盗窃枪支罪,也不可能构成盗窃罪,这当然不妥当。又如,二人共同导致被害人死亡,一人抱有杀人的故意,另一人抱有伤害的故意,如果难以证明究竟是谁的行为导致被害人死亡,那么就沒有人对死亡结果负责。但根据法条竞合理论,认为故意伤害罪包含故意杀人罪的话,就可以判定二人在故意伤害(致人死亡)的范围内成立共犯;然而,如果将故意伤害罪与故意杀人罪解释为完全排斥的关系,只能按照同时犯处理,谁也不可能对死亡结果负责,这显然不够妥当。Wegscheider 的观点不仅在共同犯罪的法律适用上暴露出重大缺陷,而且其解释方法必将导致法条内涵、外延的不确定。因为随着时代的发展、立法的变化,他必须不断对以往的法律解释做出新的调整,以致使法律失去其应有的稳定性和权威性。

因此,法条竞合是必要的,不可取消的。法条竞合理论的意义在于:第一,既然符合数法条的假象存在,就要有相应的理论来避免理论和实践上的误认,达到正确适用法律的目的;第二,在共犯领域,法条竞合发挥其独特的作用;第三,司法实践中,如果遇到疑难案件,由于某些证据的缺失或者不充分难以按照某罪定罪时,不能轻易认为无罪,可以试着从其他可能发生竞合的法条中寻找定罪的线索。当然,也不能因为法条竞合具有上述作用,就忽视法条的界限。原则上,每个刑罚法规都有其各自的保护目的和射程范围,互相排斥仍然是法条关系的常态。

(五) 法条竞合的分析方法

根据我国的通说,法条竞合是形式逻辑关系的产物,这种形式逻辑的分析方法就是刑法法条的内涵和外延关系进行解释和判断。学者根据法条之间的重合、排斥、包容、部分重合关系将法条关系概括为同一关系、排斥关系、包含关系和交叉关系,并认为在包容关系、交叉关系的情况下可能发生竞合。这种方法不仅适合于分析法条之间

的关系,而且适用于分析世界上一切“概念”之间的关系。

在德国,着眼于法条之间的形式逻辑关系的学者代表是 Ulrich Klug。他将法条关系划分为异质关系、同一关系、包摄关系、交叉关系,这与我国学者的分析没有本质区别。并且认为大陆法系法条竞合的各种类型(详见下文)中,特别关系的法条竞合是包摄关系;补充关系的法条竞合是交叉关系;吸收关系不是法条竞合的类型,因为它不属于交叉关系,当然更不是特别关系。^[1] Beling 也同样采取了形式逻辑的分析方法,对法条竞合的分类也与 Klug 大致相同。^[2]

几乎没有学者反对以形式逻辑的分析方法解释法条竞合,但同时很多人认为这种方法过于形式化,应该从实质的角度进一步限制性地理解法条竞合。

在日本,小野清一郎采取了构成要件的分析方法,即“构成要件的形态类型论”,在实质化的方向上发展了法条竞合论。小野博士认为,“构成要件作为法律化、定型化的特殊犯罪概念,在各条中规定了犯罪类型,若对此法律化、定型化的犯罪概念进行分析和比较观察的话,就会发现其间存在某种一般的形式,例如,侵害犯与危险犯。而且,我们还可以在某两个或两个以上的构成要件之间发现某种形态化的、或更宽意义上的类型性。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,它们分别是独立的构成要件,但同时也可以在更宽的意义上视为同一犯罪类型”。^[3] 概言之,小野博士认为,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。虽然构成要件同一类型性可以限制法条竞合的范围,但是一般认为构成要件在大陆法系的犯罪论理论中仍然具有形式化的特征,必须进一步在违法性的阶段探讨法条竞合问题。

德国学者 Geerds 认为,对于刑罚权,决定性的因素是刑罚法规的意义;但就一个或数个刑罚法规而言,构成要件所记述的行为只不过是单纯观念上的,必须与其违法性内容相对应。因此,他的法条竞合论是:如果一个刑罚法规能够充分对某事件的违法内容进行评价,而其他构成要件的违法内容完全被该刑罚法规的违法内容所包含,那么处罚时再考量该构成要件不仅是不必要的而且是被禁止的。也就是说,只有唯一的刑罚法规具有刑罚权,否则就违反立法者的意志。但正如 Geerds 本人所说,很难说刑罚较轻的法规的违法内容会包含刑罚较重的法规的违法内容,如果所有情形下都按照包含违法内容更广的重罪来处罚的话,就事实上否定了轻法作为特别法的可能性。^[4] 这当然是不妥当的。

近年来,日本学者在探讨法条竞合的论述中,一般采取了“法益同一性”说,以此修正形式逻辑的法条竞合理论。前田雅英提出,法条竞合之所以实质上是一罪,在于只

[1] [日]山火正则:《法条竞合的诸问题(一)》,载《神奈川法学》(第7卷第1号),第5页以下。

[2] 同上,第8页以下。

[3] 参见[日]小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,有斐阁1953年版,第123页。

[4] [日]山火正则:《法条竞合的诸问题(一)》,载《神奈川法学》(第7卷第1号),第16页以下。

不过侵害了一个法益。^[1]山口厚、野村稔也表示了同样的观点。^[2]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,仅刑罚法规保护的同一性这一点即为已足,而且这一定也是决定性的。”^[3]山火正则论述道:法条之间具备包含(或者交叉)的逻辑关系只是认定法条竞合的第一阶段,只有进一步判定该数个法条是为了保护同一法益而设立时,才可能发生二重评价的问题,因此才会为了避免二重评价,优先适用某一法条,而排除其他法条。^[4]笔者认为“法益同一性”的观点是妥当的,它为法条竞合的判断提供了实质的可供操作的标准。总而言之,我们在判断是否存在法条竞合时,一方面,不能摆脱形式逻辑的分析方法;另一方面也不能仅仅依靠形式逻辑进行分析,还必须通过“法益的同一性”限制法条竞合的范围,并区别法条竞合与想象竞合。

二、法条竞合类型的比较分析

(一) 大陆法系刑法理论中的法条竞合类型

大陆法系刑法学界对于法条竞合的类型存在很大争议,日本学界通说认为包括四种类型——特别关系、补充关系、吸收关系、择一关系,下文将一一进行分析。

1. 特别关系(Lex specialis derogat legi generali),即两个以上的刑罚法规之间具有特别法和一般法的关系。这时适用特别法,这是由法条的构成要件的包摄关系所决定的。学界对于特别关系是法条竞合的类型几乎没有争议。德国自19世纪中叶刚刚萌发法条竞合意识时就承认特别关系的法条竞合而且只承认这一种类型,此后也普遍为大陆法系国家所接受,意大利、荷兰还在刑法典中对此类型做出了明示规定。^[5]

林山田教授把特别关系总结为以下四种具体情形:变体构成要件与基本构成要件(故意伤害致死罪与故意伤害罪,杀害直系血亲尊亲属罪与杀人罪)之间的特别关系,加重结果犯的构成要件与过失犯构成要件(故意伤害致人死亡罪与过失致人死亡罪)之间的特别关系,结合犯构成要件与单一构成要件(强盗杀人罪与强盗罪和杀人罪)之间的特别关系,个别构成要件与概括构成要件(职务侵占罪与侵占罪)之间的特别关系。^[6]以上几种是较为典型的特别关系类型,此外,德国有学者还提出,被提升为独立

[1] [日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第4版),东京大学出版会2006年版,第497页。

[2] 参见[日]山口厚:《刑法》,有斐阁2005年版,第180页;[日]野村稔:《刑法总论》(改订版),青林书院1997年版,第269页。

[3] [日]町野朔:《法条竞合论》,载《平野龙一先生古稀祝贺论文集》(上卷),有斐阁1990年版,第420页。

[4] [日]山火正则:《法条竞合的诸问题(一)》,载《神奈川法学》(第7卷第1号),第42页以下。

[5] 同上,第24页以下。

[6] 参见林山田:《刑法总论》(下册),台大法学院图书部1982年版,第600页以下。

犯罪的特别构成要件与其本来的构成要件之间也具有特别关系^{〔1〕},例如,抢劫罪与盗窃罪和强制罪之间,抢劫罪相对于盗窃罪和强制罪而言是特别法条。

对于特别关系,值得讨论的是:一个一般法条存在数个与其相对的特别法条时,该数个特别法条之间是什么关系?基本可以分为三类:(1)特别法条相对一般法均是加重法,例如,我国《刑法》规定的滥用职权罪(第397条)与徇私枉法罪(第399条)、私放在押人员罪(第400条),盗窃罪(第264条)与抢夺罪(第267条第1款)、抢劫罪(第263条);(2)特别法条相对一般法均是减轻法,例如,《德国刑法》规定的单纯盗窃罪(第242条)与穷困盗窃罪(第248条)、消费物盗窃罪(第370条);(3)特别法条相对于一般法分别是加重法和减轻法,例如,《日本刑法》规定的杀人罪(第199条)与尊亲属杀人罪(第200条,已废止)、同意杀人罪(第202条)。

对以上三种类型进行分析可以看出,有的特别法条之间是彼此排斥的,互不相干,例如,徇私枉法罪与私放在押人员罪,对于排斥的法条定罪量刑上不会有争议;有的特别法条之间是彼此包含的,构成法条竞合关系,例如抢夺罪与抢劫罪,这时仍然根据法条竞合的原理按照特别法定罪处罚;有的特别法条之间是相互交叉的,例如穷困盗窃罪与消费物盗窃罪,尊亲属杀人罪与同意杀人罪,对于这种情形应该如何适用法律呢?笔者认为,应该根据具体情况具体分析。

第一,如果特别法全部都是加重法,那么就按照交叉型法条竞合的处罚原理从一重罪定罪处罚。

第二,如果特别法全部都是减轻法,是否也适用从一重罪定罪处罚呢?例如,同时触犯《德国刑法》上的穷困盗窃罪和消费物盗窃罪时,Beling认为,此时应该适用“轻刑吸收重刑”,成立“倒置的(裏返す)观念竞合”,并且认为这并不违反《德国刑法》第73条的规定,不过是实现了其基本观念的发展。^{〔2〕}我们一般认为想象竞合犯应该按照一重罪定罪处罚,这一方面既避免了对一个行为的重复评价,又能充分保护法益,不至于轻纵犯罪。但是对于刑法上特别规定的减轻的构成要件而言,从一重的处罚原则未必适用,从一重处罚会完全忽视犯罪行为的某些减轻情节,导致对法益的过分保护,违背立法目的。我们既不能对行为进行重复评价,也不能导致对某些行为的评价阙如,无论它是加重情节还是减轻情节,否则都会背离承载着正义的法律真意。因此,Beling的观点有其很大的合理性。但笔者认为Beling的观点也并不完备,仅仅从一轻罪处罚仍然不足以达到减轻刑罚的立法目的,因为除了该轻罪的减轻情节外,另一较重的犯罪中相对于一般法的减轻情节并没有被评价,因此仍然存在着评价缺失的问题。所以,笔者主张应该从一轻罪定罪处罚的基础上从轻处罚。我国《刑法》目前似乎没有规定类似的情形。

〔1〕〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第894页。

〔2〕参见〔日〕山火正则:《法条竞合的诸问题(一)》,载《神奈川法学》(第7卷第1号),第31页。

第三,如果特别法相对于一般法分别是加重法和减轻法,应该如何定罪处罚?例如,尊亲属杀人罪与同意杀人罪。Maurach 主张此时应该考虑减轻构成要件的阻止作用,只成立减轻法条的犯罪。^[1] Geerds 认为不能仅仅考虑减轻要件,还必须同时考虑加重的特别要素。^[2] Beling 认为“如果加重类型的刑罚相对基本犯比减轻类型的刑罚离得更远,应该考虑《刑法》第73条(即关于观念竞合的规定——笔者注)”,反之“如果加重类型的刑罚相对基本犯比减轻类型的刑罚离得更近,则适用倒置的观念竞合”^[3],即通过比较特别法相对于一般法的构成要素的特殊程度、刑罚的差别大小来确定哪个特别法更具有独立存在的意义,以此来决定适用哪个法条。笔者认为应该像 Beling 那样,首先选择一个更加特别的特别法,作为定罪量刑的基准,但在此基础上应该考虑另一个加重或者减轻的情节以加减其刑,不能简单地从一重处罚或者单纯适用减轻法。

虽然如上文所述,学者普遍承认特别关系是法条竞合的类型,但近来也有学者对此予以否认,例如,台湾的许玉秀教授。她质疑的理由是:特别关系中的特殊法条是一般法条的各个构成要素——主体身份、行为方式、法益侵害强度等各自变化而来,例如,台湾地区“刑法”加重窃盗罪(第321条)就是窃盗罪的变体(第320条),杀害直系血亲尊亲属罪(第272条)就是杀人罪(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。^[4] 这一观点与上文提到的 Wegscheider 的观点类似。诚然,任何变体或者派生的构成要件都是基于特定的目的对基本构成要件的某些要素变化而来,并因此发挥独特的功能,但毕竟变化后的构成要件仍在形式上保持着与原来构成要件的特别与一般的关系,因此才可能发生形式上触犯数个法条而实质上只该当一个法条的情形出现,也就是发生法条竞合。不仅如此,这种观点还会导致处罚漏洞的危险。

2. 补充关系 (Subsidiarität),即在两个以上刑罚法规之间,其中一个法条(补充法条)具有补充其他法条(基本法条)的性质。因为补充法条只具有辅助基本法条适用的功能,因此只有在不适用基本法条时,才适用补充法条。通说认为补充关系的法条竞合包括明示和默示两种。^[5] 明示的补充关系是指法条以“但书”的形式明文规定只有在不适用其他规定时才适用本罪。例如,我国《刑法》第233条的过失致人死亡罪规

[1] [日]山火正则:《法条竞合的诸问题(一)》,载《神奈川法学》(第7卷第1号),第37页以下。

[2] 同上,第38页。

[3] 同上,第39页。

[4] 许玉秀:《法条“应该”如何竞合——检索特别、补充、吸收关系》,载《刑法的问题与对策》,台湾春风煦日论坛——刑事法丛书系列4,1999年版,第272页。

[5] 同上,第245页以下。另参见林山田:《刑法通论》(下册),台北大学法学院图书部1982年版,第600页以下。林山田称明示和默示的补充关系分别为形式补充关系和实质补充关系。

定：“本法另有规定的，依照规定”（《刑法》第266条诈骗罪中也有类似规定）。〔1〕按照大陆法系法条竞合的观点，一般认为，过失致人死亡罪是补充法条，诸如危险物品肇事致人死亡、交通肇事致人死亡、抢劫致人死亡等法条是基本法条。默示的补充关系则是指法条上没有明文规定而事实上具有上述关系的情形，一般认为默示的补充关系包括：由于侵害阶段不同造成的补充关系，例如，杀人预备罪、杀人未遂罪、杀人既遂罪，即不可罚的事前行为；由于参与形态、攻击方法不同造成的补充关系，例如，教唆犯、帮助犯、正犯；由于侵害强度不同造成的补充关系，例如，我国《刑法》规定的故意伤害罪（第234条）与故意杀人罪（第232条），《日本刑法》规定的暴行罪（第208条）与伤害罪（第204条），以及危险犯与实害犯等。

在大陆法系，对于明示的补充关系基本达成了共识，但对以上三种默示的补充关系的法条竞合形式，却均存在争议。有人否认它们是法条竞合的类型，有人认为不是补充关系，而是吸收关系或者择一关系。

笔者认为，首先就预备罪、未遂罪、既遂罪而言，例如，行为人在杀人行为中既实行了准备工具的预备行为，也实施了杀人的实行行为，并且发生了侵害结果的，其预备行为应该被实行行为吸收不再评价，实行杀人行为尚未发生侵害结果的应该被实际发生了侵害结果的行为吸收也不再评价。概言之，预备罪、未遂罪、既遂罪应该是行为的吸收关系，而不是法条的补充关系，不属于法条竞合的类型。

其次，就共犯、正犯而言，例如，行为人在实施了教唆行为之后，又实施了对正犯的帮助行为，而后又自己实施了正犯行为，此时，不应该再将行为人作为教唆犯或者帮助犯看待，而应该作为正犯处罚，但在量刑时还必须考虑教唆与帮助的情节从重处罚。因此，正犯与共犯之间也是行为之间的关系，一方面共犯行为被正犯行为吸收，另一方面为了充分评价行为人的罪责必须酌量考虑共犯行为予以量刑。所以，共犯与正犯之间不是补充关系的法条竞合，也不是一般的行为的吸收关系，它有类似于想象竞合之处，却也有很大的不同。究竟是何关系，尚有待于进一步研究。

再次，对于侵害强度不同的犯罪则应该具体情况具体分析。第一，就故意伤害罪与故意杀人罪而言，虽然在刑法解释上，看似二者互相排斥，不会竞合〔2〕，但是，如果我们对构成要件要素进行分析，就会发现故意伤害罪包含了故意杀人罪所有的构成要件要素。这里的“包含”不是在构成要件要素多寡的意义上讲的，而是从构成要件要素的外延或者射程范围出发得出的结论。详言之，在规范的意义，故意伤害罪的伤害行为与伤害故意分别包含着故意杀人罪的杀人行为与杀人故意。因此，故意伤害罪与故意杀人罪是包含与被包含的关系，构成特别关系的法条竞合，前者是一般法，后者是特别法。第二，就暴行罪与伤害罪而言，虽然，在《日本刑法典》的立法目的上，暴行罪可

〔1〕 对此究竟是否是补充关系的法条竞合，下文予以详述。

〔2〕 故意伤害罪是指故意伤害他人而不希望或者放任死亡结果发生的行为，故意杀人罪指故意杀害他人、希望或者放任死亡结果发生的行为。

能是为了补充伤害罪而设立,日本刑法学者也普遍认为这是一种补充关系的法条竞合形态,但与故意伤害罪与故意杀人罪的关系类似,暴行罪与伤害罪之间实际上也是特别关系,前者是一般法,后者是特别法。第三,就危险犯与实害犯而言,必须区分抽象的危险犯与具体的危险犯,一般认为具体的危险犯与实害犯是法条竞合的关系,例如遗弃罪^[1]与杀人罪,遗弃罪比杀人罪的外延要广,遗弃罪包含杀人罪,因此,二者本质上可以看作是特别关系的法条竞合;但是因为抽象的危险犯的保护法益具有抽象的、概括的特征,尤其当抽象危险犯是为了实现警察国家而设立时,它的保护法益与具体危险犯、实害犯有本质的不同,所以不能构成法条竞合。

最后,无论明示的补充关系还是构成法条竞合的默示的补充关系实际上都只不过是包含与被包含的特别关系。平野龙一就曾经论述道:“可以说,特别关系与补充关系都是指大圆(一般法·补充法)全面地包摄小圆(特别法·基本法)的场合”,只不过二者在考虑是以大圆、小圆哪个为主、哪个为辅的问题上有所不同。^[2]山口厚也认为,补充关系与特别关系没有本质区别,都是包摄关系。^[3]

3. 吸收关系(Konsumtion),是指“如果一个构成要件该当行为的不法内容和罪责内容包含了另一行为或另一构成要件,以至于在一个法律观点下的判决已经完全表明了整体行为的非价”,那么这两个构成要件之间成立吸收关系。^[4]此时吸收法优于被吸收法。德国学者提出两种吸收关系的法条竞合。第一,是共罚的犯罪后行为(也称不可罚的事后行为),即紧接着第一次犯罪行为实施的确保、使用、利用其违法所得利益的行为,如果未侵害新的法益,即使另行符合犯罪构成要件,也不再处罚,而是被吸收在以前的犯罪行为当中。第二,是典型的伴随犯,即如果立法者在制定加重的刑法规定时已经考虑到,行为通常会与另一具有明显较轻不法内容的行为存在联系,且后者相对于前者是微不足道的,那么,后者就是前者的伴随犯。^[5]吸收关系的特点是刑法主要是为了保护某一法益,仅就违法性重的主行为进行处罚,违法性轻的从行为被吸收,不作单独评价。

从上述定义可以看出,吸收关系不同于特别关系(包含补充关系)的主要特征是存在两个行为:基本行为与事后行为,主要行为与伴随行为。吸收关系是不是法条竞合的形态呢?需要对学者通常所举的例子进行分析。例如盗窃财物的行为与事后毁坏

[1] 关于遗弃罪究竟是具体的危险犯还是抽象的危险犯,学者存在争议。日本通说认为是抽象的危险犯,德国通说认为是具体的危险犯。笔者认为遗弃罪是具体的危险犯。

[2] [日]平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,第411页。这说明补充关系与特别关系在实质上是同一的。

[3] [日]山口厚:《刑法》,有斐阁2005年版,第180页。德国否定补充关系的学者有M. E. Mayer, Mezger等。参见[日]虫明满:《法条竞合与包括一罪》,载《香川法学》(第4卷第1号),第99页以下。

[4] [德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(总论),徐久生译,中国法制出版社2001年版,第897页。

[5] 同上,第898页以下。

该财物的行为,通说认为,毁坏财物的行为并没有再次侵犯法益,只不过是盗窃行为的违法状态的延续,因此被包括地评价在盗窃犯罪当中;再如,用尖刀杀人同时毁损他人珍贵衣物的,认为毁损财物只不过伴随杀人行为发生,只要包括在杀人罪中评价即可,无须单独评价。这样处理的理由是在犯罪形态上通常相继发生或者伴随发生的两个行为,当存在重行为和轻行为的差别时,只适用较重行为所触犯的法条即可。但是,吸收关系并不是法条之间的关系,而是行为之间的吸收与被吸收的关系;不是吸收法吸收被吸收法,而是重行为吸收轻行为。试想,盗窃罪、杀人罪的构成要件如何吸收损坏财产罪的构成要件?尽管有学者提出吸收关系是“规范与规范间适不适用的取舍问题,以及除斥规范与适用规范间的关系,并不涉及评价客体的行为”^[1],还有学者将吸收关系描述为“某一构成要件行为的不法、责任内容,包含其他行为的不法、责任内容,适用一个构成要件能够充分评价全体事象的场合,对于其他行为的评价被吸收”^[2],但也有学者批判道,吸收关系与特别关系(包含补充关系)不同,不是构成要件的逻辑性的包摄关系,而是各个事态的价值关系^[3],因此,不是法条竞合,而是包括的一罪。^[4] 尽管还有学者提出,在基本犯罪的立法中,已经考虑到了共罚的事前、事后行为以及伴随犯的情形,且在重行为的法定刑中已经体现了对轻行为的处罚,所以可以认为重行为触犯的法条与轻行为触犯的法条存在吸收法与被吸收法的关系^[5],但笔者认为,即使如此,也只是某个法条的构成要件内容中吸收了某种特殊的行为而不是另一个法条,因此,不能承认吸收关系是法条竞合的类型,而应该是吸收犯。

4. 择一关系(Alternativität),最早提出择一关系法条竞合的是 Binding, Binding 对择一关系的定义是:“立法者对于完全同一的违法行为,有时会基于数个不同的刑事上的观点立法规定数个法规的构成要件。虽然完全相同的构成要件在不同的法律中,两度考虑刑罚的情况几乎没有,但是,两个构成要件如两个相互交叉的圆那样存在的情形却常常发生。对于同时属于两个圆的构成要件,存在数个刑罚法规,但是通常只应该适用其中一个构成要件。这样的关系可以称为法规的择一关系。”对于择一关系的刑罚适用, Binding 认为当两个刑罚法规规定了相同的法定刑时适用哪个法规都可以,否则必须对被告人适用最不利的法规。 Binding 举出的择一关系的类型主要是保险诈

[1] 柯耀程:《刑法竞合论》,台湾元照出版公司2000年版,第174页。

[2] [日]山中敬一:《刑法总论》,成文堂2000年版,第917页以下。

[3] [日]大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第419页注8。

[4] 参见[日]平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,第407页以下;[日]町野朔:《法条竞合论》,载《平野龙一先生古稀祝贺论文集》(上卷),有斐阁1990年版,第423页;[日]野村稔:《刑法总论》(改订版),第272页;[日]前田雅英:《刑法总论讲义》(第4版),东京大学出版会2006年版,第498页;[日]山口厚:《刑法》,有斐阁2005年版,第180页。

[5] 许玉秀:《法条“应该”如何竞合——检索特别、补充、吸收关系》,载《刑法的问题与对策》,台湾春风煦日论坛——刑事法从书系列4,1999年版,第274页以下;林山田,《刑法通论》(下册),台大法学院图书部1982年版,第605页。

诈骗罪与放火罪,放火罪与爆炸物的使用,内乱罪与侮辱罪、杀人罪、伤害罪、剥夺自由罪,以及基本犯与数个加重犯、数个减轻犯的情形。^[1]

对于 Binding 的定义,本文作如下评价。首先,立法者不会对一个违法行为使用数个完全相同的刑罚法规进行规制,除非是立法的失误。这一点 Binding 也承认。其次, Binding 认为立法者可能对一个违法行为基于不同的刑事观点规定数个相互交叉的构成要件。这种情形虽然存在但没能区分想象竞合与法条竞合,想象竞合也基于两个彼此有交集的法条才可能发生。第三,就 Binding 所举的择一关系的例子来看,实际上应该考虑成立想象竞合、牵连犯甚至实质数罪,而不是法条竞合。虽然 Binding 的定义有这样那样的缺陷,但他揭示了择一关系的重要特征,那就是法条具有交叉关系。

李斯特继承了择一关系的概念,但鉴于 Binding 定义的缺陷,重新定义了其内容。李斯特认为择一关系是指“包含着矛盾的要素的犯罪,彼此相互排斥”^[2]的关系,李斯特的这一定义为后世许多学者所接受。例如,山中敬一也认为择一关系“是指数个构成要件之间具有互相矛盾的内容,从而相互排斥的情形。例如,窃盗罪(第235条)和横领罪(第252条)之间,因为具有无论哪一方成立时另一方就不成立的关系,所以是择一关系”^[3]。但根据这一定义,我们可以看出择一关系的数个刑罚法规之间并不存在法条竞合所必须具备的包含关系或者交叉关系,而是彼此具备相互矛盾的异质性构成要素,即使在其他要素上可能相同、相互包容或者相互交叉,但仅仅因为某一个要素的排斥,整个构成要件的射程范围就会变成彼此排斥的关系,然而不存在交集的构成要件之间如何可能发生竞合呢?正是基于此,有学者认为择一关系是与特别关系相对的法条关系类型,而法条竞合以至少存在构成要件行为的部分重合为前提,所以基于逻辑上的理由择一关系不是法条竞合。^[4]在德国不要择一关系的见解很有力^[5],日本学说最近也倾向于此。^[6]择一关系不要说的见解的确很有道理,像盗窃罪与横领罪,通说认为二者的区别在于行为人所取得的他人财物究竟是他人占有还是自己占有,也许在具体案例中在认定占有的主体方面会存在争议,但并不妨碍我们根据犯罪事实确定一个该当的法条。所以,二者不是择一关系的法条竞合,只不过是易混法条

[1] [日]山火正则:《法条竞合的诸问题(二)》,载《神奈川法学》(第7卷第2号),第33页、第37页以下。

[2] 同上,第33页。

[3] [日]山中敬一:《刑法总论》,成文堂2000年版,第915页。

[4] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法总论》(第5版),[日]西原春夫监译,成文堂1999年版,第577页。

[5] 德国学者如 U. Klug, Geerds, Honig。参见[日]山口厚:《刑法》,有斐阁2005年版,第34、36页。

[6] 参见许玉秀:《法条“应该”如何竞合——检索特别、补充、吸收关系》,载《刑法的问题与对策》,台湾春风煦日论坛——刑事法丛书系列4,1999年版,第289页。主张择一关系不是法条竞合的日本学者的观点,参见[日]大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第419页;[日]山中敬一:《刑法总论》,成文堂2000年版,第915页;[日]西田典之:《刑法总论》,弘文堂2006年版,第390页;[日]野村稔:《刑法总论》,全理其、何力译,法律出版社2001年版,第448页注2。

的法律解释与法律适用的问题。

但是,仍然存在一种相互交叉的法条,例如,《日本刑法》的未成年人诱拐罪(第224条)与营利目的诱拐罪(第225条),像Binding所说的那样,它们是刑法对一个违法行为所设定的相互交叉的刑罚法规,但不仅如此,两法规还是为了保护同一法益而设立,这一点区别于想象竞合。未成年人诱拐罪与营利目的诱拐罪的保护法益都是人在本来生活场所的自由与安全,只是对犯罪行为的规制角度不同,前者着眼于对未成年人的特殊保护,后者着眼于行为人主观目的的恶性。两个法条之间显然不具有相互排斥的要素,因此不是前文李斯特等学者所定义的“择一关系”,但正因为如此,它们才成立真正的择一关系的法条竞合。其实,早有学者从法条交叉的角度论述择一关系。例如,平野龙一曾经阐述道,择一关系不同于特别关系、补充关系,不是大圆全面地包摄小圆的关系,而是两个圆相互交叉的关系。^[1]山口厚继承了平野龙一的观点,认为择一关系的法条竞合是指“一个罚条所规定的构成要件与其他罚条所规定的构成要件部分交叉的场合,一般所说的择一关系的一部分属于这种情形(即使是择一关系,构成要件不交叉的场合也不可能发生罚条竞合的问题,因此不是法条竞合)。”^[2]可以看出,山口厚意识到传统学说认为的盗窃罪与横领罪这类包含相反要素的法条不是择一关系,但是未成年人诱拐罪与营利目的诱拐罪^[3]这样相互交叉的法条之间仍然可以成立择一关系的法条竞合。对于择一关系的法条适用,山口厚的见解与Binding相同,认为应该适用重法。^[4]

5. 小结

综上所述,大陆法系的法条竞合的成立条件及其类型可以概括出以下几点:

(1) 成立法条竞合必须在构成要件之间具备逻辑的包容关系或者交叉关系,存在排斥要素的法条之间不可能发生竞合。这是法条竞合的形式要件。

(2) 法条竞合的法条是为了多方位、多角度地保护同一法益。这是法条竞合的实质要件。

(3) 法条竞合不是数个犯罪行为或者事实样态之间的评价关系,而是法条之间的

[1] [日]平野龙一:《刑法总论Ⅱ》,有斐阁1975年版,第411页。

[2] [日]山口厚:《刑法》,有斐阁2005年版,第181页。

[3] 日本学者对于背任罪(第247条)与横领罪(第252条)是否为交叉关系存在很大争议。山口厚认为是交叉关系,成立择一关系的法条竞合([日]山口厚:《刑法》,有斐阁2005年版,第181页);大谷实认为是包含关系,背任罪是一般法,横领罪是特别法(参见[日]大谷实:《刑法各论讲义》(第4版补订版),成文堂1990年版,第310页)。但在学说上,学者提出了各种标准区分横领罪与背任罪,尽管可能区分标准各有不同,有事实行为与法律行为说,有侵占财物与侵占财物以外的财产性利益说,有超越权限与抽象权限范围内滥用权限说,有行为人名义和本人名义说等(参见[日]大谷实:《刑法各论讲义》(第4版补订版),第309页以下),但无论采用哪个学说都实际上在两罪之间确立了互相矛盾的构成要素。因此,笔者认为两法条之间应该是排斥关系,不构成法条竞合。

[4] [日]山口厚:《刑法》,有斐阁2005年版,第181页。

关系,当然,谈论法条关系必须以犯罪行为为契机和归宿,是为了解决罪数的问题,空谈法条关系没有意义。

(4) 吸收关系不是法条竞合的类型。

(5) 补充关系中,明示的补充关系、具体的危险犯与实害犯、处于不同侵害强度阶段的数个犯罪是法条竞合;预备罪、未遂罪、既遂罪,共犯、正犯不是法条竞合。

(6) 特别关系是法条竞合。补充关系与特别关系的本质相同,都是包含与被包含的关系。

(7) 择一关系是法条竞合,是法条之间交叉重合的关系。

(8) 虽然否定了某些传统的法条竞合类型,但必须看到它们对于深入理解刑法分则的法律体系、正确适用法律和确定罪数仍然具有重要的意义。

(二) 比较分析——我国刑法法条竞合类型理论中的问题与解决

通过以上对大陆法系法条竞合理论类型的分析,可以看出传统的四类型最终只剩下包含关系(特别关系与补充关系)和交叉关系(择一关系)^[1],这与我国刑法法条竞合的类型理论趋同。但是为什么大陆法系法条竞合理论的传统学说(现在应该依然是主流学说)会提出四种类型的法条竞合,而我国绝大多数学者只承认包含关系和交叉关系的法条竞合呢?^[2]笔者看来,之所以有这样的差异大概是基于以下两个原因。

第一,源自体系的差异。如前文所述,大陆法系学者通常是在罪数问题中讨论法条竞合的,将法条竞合作为罪数形态的一种来定位。大陆法系通常把罪数划分为本来的一罪(单纯一罪、法条竞合、包括的一罪)^[3]、科刑上的一罪(想象竞合、牵连犯)以及并合罪。对于上文提到的吸收关系和部分补充关系,学者当然不会认为是单纯一罪,也不可能认为是并合罪,那么可以考虑的只能是法条竞合、包括的一罪或者想象竞合。例如伴随行为,行为人持刀杀害被害人的同时毁坏了被害人的衣物,如果着眼于刑法保护目的同一性(生命法益)以及行为的伴随性,就很可能认为是法条竞合;如果着眼于将复数的行为(杀人行为和损毁衣物的行为)包括地评价为一罪,就可能认为是包括的一罪;如果将持刀杀害和毁坏了衣物的行为视为一个行为,则还可能考虑想象竞合犯。所以,当日本学者把法条竞合作为与包括的一罪、想象竞合并列考虑时,由于其着眼点的不同,就可能对同样的事实做出不同的归类。而在我国,学者基本认为法条竞合就是刑法分则中法条的逻辑关系,因此,对于像伴随关系这样的行为形态一般都能够从法条逻辑上直观地看出不是法条竞合,而往往会认为是一行为触犯数罪名的想象

[1] 对法条竞合类型进行如此概括的日本学者有山口厚。参见〔日〕山口厚:《刑法》,有斐阁2005年版,第180页。

[2] 对于不同学者的见解,参见肖中华:《也论法条竞合》,载《法学论坛》2000年5月,第83页以下。

[3] 也有学者将本来的一罪分为单纯一罪和评价上的一罪,后者包括法条竞合与包括的一罪。并且认为法条竞合接近于单纯一罪,也可以叫做“当然一罪”;包括的一罪接近于科刑上的一罪(参见〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》(第4版),东京大学出版会2006年版,第497页以下)。

竞合犯(如果衣物价值达到数额较大的话)或者仅成立一个杀人罪。

第二,大陆法系学者一般是从数个刑法法规的法益保护的同一性的角度来探讨法条竞合的,认为法条竞合的原因是立法者为了充分保护某一个法益而规定不同的刑法法规,正源于日本大陆法系学者对于法益保护同一性的重视,所以学者很容易将不可罚的事前行为、不可罚的事后行为、伴随行为甚至在保护法益上具有相似性的易混法条都认为是法条竞合。但是,如果在重视法益保护的同一性之外,进一步关注法条本身的逻辑关系的话,就会发现上述情况下都不会发生法条竞合。我国学者正是因为比较重视法条本身的逻辑,才没有将上述情形列为法条竞合。

我国的法条竞合理论虽然避免了确定法条竞合类型上的误认,但也如前文所述,它也存在很多的缺陷,尤其在我国刑事立法和司法解释的现状之下,更是遇到了一些特殊的问题。下面针对不同的法条竞合类型具体分析如下。

1. 包含关系

包含关系遇到的主要问题是法条竞合的适用原则与刑罚均衡的问题。我国通说认为大陆法系明示的补充关系是一种包容与被包容的特别关系,即我国《刑法》的包含关系,下面举出两组典型法条进行例示说明。

(1) 过失致人死亡罪(第233条):处3年以上7年以下有期徒刑;情节较轻的,处3年以下有期徒刑。

交通肇事致人死亡的犯罪(第133条):死亡1人以上,行为人负事故全部或者主要责任,或者死亡3人以上行为人负事故同等责任的,处3年以下有期徒刑或者拘役。

医疗事故致人死亡的犯罪(第335条):处3年以下有期徒刑或者拘役。

玩忽职守致人死亡的犯罪(第397条):处3年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处3年以上7年以下有期徒刑。

(2) 诈骗罪(第266条):数额较大的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。根据司法解释,诈骗罪数额较大、数额巨大、数额特别巨大的起点分别是2000元、3万元和20万元。

合同诈骗罪(第224条):数额较大的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。根据司法解释,合同诈骗罪数额较大是指个人诈骗5000元—2万元以上;单位诈骗所得5万—20万元以上。

保险诈骗罪(第198条):数额较大的,处5年以下有期徒刑或者拘役,并处1万元以上10万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处2万元以上20万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处

10年以上有期徒刑,并处2万元以上20万元以下罚金。根据司法解释,数额较大、数额巨大、数额特别巨大的起点分别是:个人犯罪的,1万元、5万元、20万元;单位犯罪的,5万元、25万元、100万元。^[1]

依照通说,过失致人死亡罪与诈骗罪是一般法条,其他法条是特别法条,应该优先适用特别法条。但是这样的处理方式存在问题。详言之,就第一组法条而言,三个特别法条的刑罚比一般法条轻,尤其交通肇事罪的司法解释还引入了民法中的“过失相抵”的原则,更加提高了对交通肇事罪的处罚难度。医疗事故致人死亡的最高刑更是明显低于其他的过失致人死亡的犯罪。两罪都是业务过失的犯罪,业务过失比普通过失犯罪的违法性、有责性都更高,却规定较低的法定刑。玩忽职守致人死亡的,主体是国家机关工作人员,过失形态是职务过失,但刑罚也低于一般过失的犯罪。^[2] 如果按照特别法优于一般法的处罚原则,就会对业务过失、职务过失犯罪处以比一般过失更低的刑罚,这显然违背刑法面前人人平等的原则,有刑法特别保护特殊行业、国家机关工作人员之嫌。就第二组法条而言,一般认为合同诈骗罪、保险诈骗罪分别是诈骗罪的特别法条,同时保险诈骗罪又是合同诈骗罪的特别法条。合同诈骗罪的刑罚重于普通诈骗罪、保险诈骗罪;普通诈骗罪的刑罚又重于保险诈骗罪。那么,如果依照特别法优于一般法,个人非法骗取50万元保险金的,最多只能按照保险诈骗罪处以15年有期徒刑并处20万元罚金;但是如果按照普通诈骗罪或者合同诈骗罪处罚,就可以最高处以无期徒刑,并处罚金(无限数额)或者没收财产。事实上,保险诈骗罪不仅侵害了他人的财产权,而且侵害了国家的金融保险秩序,违法性更重,理应处以更高的刑罚。按照保险诈骗罪定罪处罚,会造成刑罚的不均衡。在当前的刑事立法和司法解释的现状下,应该如何解释法条关系,如何适用法条以及如何确定刑罚?

笔者认为,首先必须从头审视以上法条究竟是否包含关系(或者特别关系)的法条竞合,再来探讨法条的适用原则。如前文所述,法条竞合不仅仅是法条之间的形式逻辑关系,具有包含或者交叉关系的法条还必须是为了保护同一法益的目的而设立时方能构成法条竞合。否则,即使具有逻辑包含或者交叉关系,也只能作为想象竞合看待。其实,在大陆法系的学者有时也会遇到我们的问题,他们正是运用法益同一性的原则来解决这一问题的。例如,《日本刑法》规定的特别公务员暴行凌虐罪³⁾(第195

[1] 以上各罪法定型的比较结合了司法解释的规定。

[2] 虽然过失致人死亡罪与玩忽职守罪的最高法定刑都是7年有期徒刑,但是因为《刑法》对两罪法定刑的规定顺序不同——前罪的法定性顺序是自高而低,后罪的法定性顺序是自低而高,这就表明了刑法的意旨是:在过失致人死亡罪时,优先适用三年以上七年以下有期徒刑,其次适用三年以下有期徒刑;在玩忽职守罪时,优先适用三年以下有期徒刑或者拘役,其次适用三年以上七年以下有期徒刑。而且根据对玩忽职守罪的司法解释,在发生一人死亡的情况下,难以成立“情节特别严重”,所以只能处以三年以下有期徒刑。所以,应该认为玩忽职守罪的法定性低于过失致人死亡罪的法定性。

[3] “特别公务员”是指行使审判、检察或者警察职务以及辅助其职务的人。

条)与强制猥亵罪(第176条)、强奸罪(第177条)^[1]之间,通说认为特别公务员暴行凌虐罪的构成要件行为中包括了强制猥亵·强奸的行为,即构成形式逻辑上的包含关系。然而,学者并不当然地认为它们之间就构成特别关系的法条竞合,就特别公务员对被害人实行强制猥亵或强奸行为时应该如何定罪量刑,存在争议。有学者认为构成特别关系的法条竞合,只适用特别公务员暴行凌虐罪即为已足,但是通过法定刑的比较可以看出,这样处理会导致对特别公务员处以比一般人轻的刑罚,然而,特别公务员履行职务时的强制猥亵·强奸行为,理应受到更重的处罚。因此,为了保证刑罚的均衡,通说没有拘泥于法条形式上的关系,而是认为它们不是法条竞合而是想象竞合,应该从一重罪处罚,即按照强制猥亵罪·强奸罪定罪量刑。其理由就是特别公务员暴行凌虐罪是对国家法益的犯罪,强制猥亵罪·强奸罪是对个人法益的犯罪,二者罪质不同,只能成立想象竞合。^[2]

按照这个标准,回顾我们前文遇到的问题,就会发现:就第一组法条而言,过失致人死亡罪是侵犯个人法益的犯罪,其保护法益是个人的生命;交通肇事罪被安排在危害公共安全罪之中,是侵犯社会法益的犯罪,其保护法益是公众生命、身体及财产的安全;医疗事故罪被安排在妨害社会管理秩序罪之中,是侵犯社会法益的,其保护法益是公众生命、身体的安全和国家的卫生管理制度;玩忽职守罪被安排在渎职罪之中,是危害国家法益的犯罪,其保护法益首要的是国家机关的正常活动以及国民对于国家机关正常活动的信赖,其次才是公民的生命、身体及财产安全等。虽然说保护社会法益、国家法益都以保护个人法益为根基及最终目的,但我们不能说个人法益等同或者包括社会法益或者国家法益,三者刑法上具有质的区别。据此,过失致人死亡罪与其他三个法条的关系不能视为法条竞合,而是想象竞合。其次,就第二组法条而言,诈骗罪是侵犯个人法益的犯罪,其保护法益是个人的财产权;合同诈骗罪被安排在破坏社会主义市场经济罪的扰乱市场秩序罪之中,是侵犯社会法益的犯罪,其保护法益首要的是合同交易中的正常市场秩序,其次才是合同交易对方的财产权利;保险诈骗罪被安排在破坏社会主义市场经济罪的金融诈骗罪之中,是侵犯社会法益的犯罪,其保护法益首要的是保险市场的正常秩序,其次才是保险公司的财产权利。虽然合同诈骗、保险诈骗罪都表现为侵犯他人的财产权利,但是因为是侵犯社会法益的犯罪,它们与诈骗罪之间也不是法条竞合,而是想象竞合。

也许会有学者认为这样的处理将使“本法另有规定的,依照规定”的立法完全被搁置,也导致另外一些刑罚法规形同虚设,违背罪刑法定原则。笔者认为,第一,虽然诸如交通肇事罪、医疗事故罪、玩忽职守罪不属于“本法另有规定”,但强奸、非法拘禁、绑

[1] 特别公务员暴行凌虐罪的法定刑是7年以下尤其惩役或者禁锢;强制猥亵罪的法定刑是6个月以上10年以下有期惩役;强奸罪的法定刑是3年以上有期惩役。因此,强制猥亵罪、强奸罪的法定刑都高于特别公务员暴行凌虐罪。

[2] 参见〔日〕大谷实:《刑法各论讲义》(第4版补订版),成文堂1990年版,第599页。

架、拐卖妇女、儿童致人死亡的,仍然可以适用过失致人死亡罪的后段。第二,“本法另有规定的,依照规定”只针对具有法条竞合关系的法条而言,不能适用于想象竞合犯。合同诈骗罪、保险诈骗罪与普通诈骗罪不是法条竞合,当然不能排除普通诈骗罪的适用,并不违背罪刑法定原则。如果目前《刑法》没有特意规定排除普通诈骗罪的刑罚法规,那么当然适用普通诈骗罪,若日后《刑法》修订出现相关条文符合上述规定则当然可以排除普通诈骗罪的适用。第三,虽然最终按照重罪定罪处罚,但是并非轻法毫无意义,并不会导致轻法构成要件及刑罚的虚无化。因为,如前文所述,想象竞合犯与法条竞合不同的是,它是真正地触犯数个构成要件,构成数个犯罪,是真正的竞合,只不过因为是一个行为而在刑罚评价上只定一罪。法官也要在判决书上载明行为人所犯数罪,代表国家做出数罪宣示后,再最终判决一罪。而且,在确定刑罚时,法官在通过比较刑罚的上限确定一重罪予以定罪处罚的同时,也要考虑所犯轻罪的情节酌情从重处罚,同时必须考虑轻罪的刑罚下限所具有的“阻止作用”,即如果轻法的刑罚下限高于重法的刑罚下限,最终宣判的刑罚不得低于轻法的刑罚下限,并且,如果轻法规定了重法所没有规定的可以或者必须并科的附加刑时,可以或者必须与主刑并科适用。第四,这样的处理方式还能够避免处罚的漏洞。例如,如果行为人交通肇事致一人死亡且仅负事故的次要责任时,按照交通肇事罪的司法解释将无法按照交通肇事罪定罪处罚,但是这并不公平。如前文所述,我国司法解释在确定行为人的刑事责任时使用了民法的过失相抵的原理,然而刑法的过失犯罪理论一向不承认过失责任可以相抵从而免除行为人的责任,而只是在量刑时适当考虑从轻处罚。但是,如果把过失致人死亡罪与交通肇事罪看做是想象竞合的话,我们就完全可以根据过失致人死亡罪定罪处罚,以此防止轻纵犯罪。

2. 交叉关系

交叉关系中的主要问题是与想象竞合的区别以及处罚原则的问题。

我国学者区分法条竞合和想象竞合的标准是,究竟是法条构成要件自身的关系还是由犯罪行为惹起的法条关系?但如上文所述,想象竞合犯的前提是也必须存在相互交叉的法条,试想一个犯罪行为如何该当两个彼此矛盾、相互排斥的刑罚法规?另一方面,法条竞合也不仅仅是数个法条本身的关系,试想没有犯罪行为空谈法条又有何意义,法条竞合总是与特定的犯罪行为相联系。因此,我们应该从实质化的角度区分想象竞合与法条竞合,那就是,法条竞合的各法条之间具有“保护法益同一性”的特点,而想象竞合的数法条的保护法益则有所不同。

借鉴大陆法系的经验,并结合我国的立法现状,笔者认为判断交叉类型的法条竞合可以概括为以下几点:

(1) 存在交叉关系但保护法益不同的数法条之间,应该认为是想象竞合犯,而不是法条竞合。例如,诈骗罪与招摇撞骗罪(第279条)。前者的保护法益是他人的财产权,是个人法益;后者的保护法益是社会管理秩序,是社会法益,属于异质关系,不能成

立法条竞合。

(2) 虽然保护法益相同,但数个法条之间的交叉关系比较复杂、不易辨别时,宜认定为想象竞合犯,而不是法条竞合。我国目前的刑事立法技术不高,立法者的立法目的也不够明确,往往导致为了保护某一法益规定过多相互纠缠的法条,表现为交叉要素多、交叉内容、范围不明显。^[1]笔者认为,对于此种情形,认定为想象竞合比较直接、便利。

(3) 排除上述两种情形,余下的交叉关系的法条竞合基本只存在于某一基本法条的不同变体的特别法条之间,或者虽然不存在某一基本法条但为了保护同一法益而从不同形态、不同角度规定的数个法条之间。前者,是指一个基本法具有不同与之相对的特别法条之间的交叉竞合,分三种类型:数个特别法条之间都是加重法的情形,都是减轻法的情形,分别是加重法和减轻法的情形。对此情形应该如何定罪量刑上文已经阐述,在此不再赘述。后者,例如上文所列举的《日本刑法》的未成年人诱拐罪和营利目的诱拐罪,虽然二者没有共同的上位法条,但都是为了保护人在本来生活场所的自由与安全。法律适用上,从一重罪定罪处罚即可,而不用像想象竞合那样再考虑另一法条规定的刑罚。但是,观察我国刑法典,会发现对某一基本法条的变体法条或者为保护同一法益而从不同形态、不同角度规定的数个法条有时往往是以情节加重犯或者结果加重犯的形式予以规定,而且法定刑也往往相同,例如,《刑法》第236条抢劫罪中对在公共交通工具上抢劫和持枪抢劫的都规定了十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产。在法律适用上,不会有人考虑公共交通工具上抢劫的犯罪和持枪抢劫的犯罪两者构成交叉关系的法条竞合,而是直接会在法定刑的范围内同时考虑两种情节量定刑罚,因为立法者在设立法定刑时就已经包括地考虑了同时具有几种加重情节的犯罪情形,因此,不会导致刑罚的不均衡。

三、结论:我国刑法“法条一罪”理论的应然状态

作为本文的结论,笔者提倡以“法条一罪”代替“法条竞合”,并且提倡在我国确立如下的法条一罪的基本理论状态。

(1) 法条一罪的名称:传统的法条竞合应该称为法条一罪。

(2) 法条一罪的概念:表面上数个法条被符合,但由于数法条本身的逻辑关系及保护法益的同一性,实际上只符合一个法条,排除其他法条的适用。

[1] 例如,我国《刑法》妨害司法罪的诸法条——伪证罪(第305条)与包庇罪(第310条)之间,辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪(第306条)、妨害作证罪(第307条第1款)、帮助毁灭、伪造证据罪(第307条第2款)、包庇罪之间等就属于这种情形。然而,法条关系的常态本不该如此,在能够充分保护法益的前提下,应该尽量确立彼此不干扰的射程范围。

(3) 法条一罪的体系定位:应该在罪数部分进行讨论,属于本来的一罪。

(4) 法条一罪的本质:不存在法条的“竞合”,而是当然地构成一罪。

(5) 法条一罪的类型:包含关系和交叉关系。实质地、限制性地理解法条一罪的类型在我国《刑法》的现状之下,具有现实意义。