

法条竞合与想象竞合的区分

张明楷*

内容提要：法条竞合与想象竞合的法律后果存在明显区别，对二者必须进行严格区分。不借助具体案件事实的联结，仅通过对构成要件的解释，就能够肯定两个法条之间存在包容或交叉关系，是法条竞合的形式标准。实质标准之一是法益的同一性，即一个行为侵害了两个以上犯罪的保护法益时，就不可能是法条竞合，而只能认定为想象竞合。实质标准之二是不法的包容性，即在一个行为同时触犯两个法条，只适用其中一个法条就能够充分、全面评价行为的所有不法内容时，两个法条才可能是法条竞合；倘若适用任何一个法条都不能充分、全面评价行为的不法内容，即使符合形式标准与法益的同一性标准，也只能认定为想象竞合。法条竞合与想象竞合的区分并不是固定不变的。

关键词：法条竞合 想象竞合 法益的同一性 不法的包容性

一、区分的必要性

法条竞合与想象竞合的法律后果存在两个区别：其一，在法条竞合的特别关系中，当减轻法条属于特别法条时，根据特别法条优于普通法条的原则，不能从一重罪论处，而必须适用减轻法条。⁽¹⁾与之不同，想象竞合采取从一重罪处罚的原则。其二，即使对于法条竞合的其他关系（如补充关系）适用重法条，也仅适用一个法条，而排斥适用其他法条。与之相反，成立想象竞合时并不是只适用一个法条，而是同时适用行为所触犯的数个法条。因此，在判决中应当明示行为触犯的数个罪名（想象竞合的明示机能，详见本文第三部

* 清华大学法学院教授。

(1) 法条竞合并不限于形式上的此法条与彼法条之间的关系，同一法条内的不同款项之间，以及同一款项内的不同构成要件之间，也可能存在法条竞合关系。例如，刑法第236条的第1款与第2款、第1款与第3款、第2款与第3款之间均存在法条竞合关系。再如，刑法第263条只有一款，其中后段规定的8项加重抢劫与前段规定的普通抢劫，就是典型的法条竞合（特别关系）。

分),⁽²⁾只是按其中较重犯罪的法定刑量刑而已。正因为如此,法条竞合仍属单纯一罪(或本来的一罪),而想象竞合原本为数罪,只是作为科刑上一罪来处理。⁽³⁾显然,“如果将想象竞合与法条竞合的法律后果相比较,就会证实一个论断,即除了在法条竞合里也可能优先适用较轻的刑罚,它们的法律后果几乎没有差异。”但是,“不应由此得出结论认为,除了特殊关系,法条竞合的其他情况都可以被当做想象竞合处理。”⁽⁴⁾所以,各国刑法理论与司法实践都区分法条竞合与想象竞合;主张不区分二者的大竞合论观点,⁽⁵⁾并不可取。

如所周知,我国刑法分则没有根据地设置了不少“特别法条”,⁽⁶⁾其中存在如果严格遵循特别法条优于普通法条的原则,就会导致罪刑不相适应的现象。最典型的是,“特别法条”设置的法定刑虽然轻于普通法条,却不具有减轻根据,反而具有加重理由(表面上是基本类型与减轻类型的竞合,实质上是基本类型与加重类型的竞合)。例如,按照刑法理论公认的说法,诈骗罪仅侵犯了财产,保险诈骗罪不仅侵犯了财产,而且侵犯了金融管理秩序。既然如此,设置有关保险诈骗罪的特别规定时,其法定刑应当重于(至少同于)诈骗罪的法定刑。⁽⁷⁾但刑法第198条恰恰相反,对保险诈骗罪规定了轻于诈骗罪的法定刑。⁽⁸⁾罪刑相适应是刑法的基本原则,必须得到贯彻。如果采取重法条优于轻法条的原则,虽然可以贯彻罪刑相适应原则,却可能违反刑法第266条“本法另有规定的,依照规定”的规定。就保险诈骗罪与合同诈骗罪的关系来说,保险诈骗罪被认定为特别法条,从而适用特别法条,这样也不可能做到罪刑相适应。倘若认定保险诈骗罪与诈骗罪(或合同诈骗罪)并不是法条竞合而属于想象竞合,⁽⁹⁾则适用从一重罪处罚的原则。如此可以贯彻罪刑相适应原则,但人们可能对二者属于想象竞合的结论存在疑问。

长期以来,我国刑法理论基本上采用了单一的形式标准来区分法条竞合与想象竞合,甚至通过介入案件事实来判断两个法条之间是否存在包容(包摄)与交叉等关系。如此做法的结局是将大量想象竞合纳入法条竞合(尤其是其中的特别关系),从而导致案件的处理

(2) 参见[日]只木诚《罪数论研究》,成文堂2009年补订版,第187页以下。

(3) 参见[日]前田雅英《刑法总论讲义》,东京大学出版会2015年第6版,第392页,第399页;[日]山口厚《刑法总论》,有斐阁2007年第2版,第365页,第379页;[日]井田良《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第523页,第532页。

(4) [德]冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦《刑法总论I:犯罪论》,杨萌译,法律出版社2006年版,第445页。

(5) 参见陈洪兵《不必严格区分法条竞合与想象竞合——大竞合论之提倡》,《清华法学》2012年第1期,第38页以下。

(6) 之所以使用引号,是因为刑法理论通说认为这些法条是特别法条,但本文可能认为它们不是特别法条。

(7) 诚然,人们也可能认为保险诈骗罪具有减轻处罚的根据(参见蔡道通《特别法条优于普通法条适用》,《法学家》2015年第5期,第31页以下)。但是,从不法内容来看,由于保险制度与秩序对于人们越来越重要,保险公司的财产应当得到同等保护,所以,保险诈骗的不法程度不可能轻于普通诈骗与合同诈骗。刑法没有理由对保险诈骗的被害人,采取弱保护的刑事政策立场。日本刑法没有规定特别诈骗罪,对保险诈骗行为按诈骗罪处理(绝大多数国家刑法都是如此)。德国刑法第265条设置了保险诈骗预备犯既遂化的规定,并且处罚其中的未遂犯(相当于处罚未完成的预备行为)。该条同时规定,如果行为符合诈骗罪的构成要件,则按诈骗罪论处。这足以说明,对保险诈骗罪的处罚不得轻于诈骗罪。

(8) 此外,我国刑法中还存在特别法条与普通法条设置的法定刑完全相同(基本类型与相同类型的竞合)的情形。例如,刑法第375条第1款规定的伪造、变造、买卖、盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章犯罪的法定刑,与第280条第1款规定的伪造、变造、买卖、盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章犯罪的法定刑完全相同(而且前者还遗漏了毁灭行为)。

(9) 为了论述的方便,以下仅以保险诈骗罪与诈骗罪的关系为例展开讨论。

不能贯彻罪刑相适应原则。换言之，许多学者虽然严格坚持德国、日本处理法条竞合特别关系的原则（即特别法条优于普通法条的原则），却没有按照德国、日本的刑法理论来确定特别关系，从而导致特别关系的范围包含了德国、日本的吸收关系与部分想象竞合。所以，如何区分法条竞合与想象竞合，是需要我国刑法理论重新审视的问题。

在本文看来，形式标准是必要的，但只是一个前提性标准。除了形式标准之外，还必须有实质标准：法益的同一性与不法的包容性。亦即，即使符合了形式标准，如果不符合实质标准，也不能认定为法条竞合，而只能认定为想象竞合乃至实质的数罪。

二、形式标准

法条竞合与法条关系不是等同概念。但是，只有理顺了法条关系，才能明确其中的哪些情形可能成立法条竞合，哪些情形不可能成立法条竞合。

大体而言，刑法分则条文之间存在如下几种关系：（1）对立关系（异质关系、排他关系），表现为属于 A 概念的事项不可能也属于 B 概念；反之亦然。因此，一个行为只能触犯其中一个法条，而不可能同时触犯两个法条。典型适例是侵占（委托物）罪与盗窃罪，⁽¹⁰⁾ 前者的行为对象是行为人自己占有的财物，后者的行为对象是他人占有的财物，所以，一个行为不可能同时触犯侵占（委托物）罪与盗窃罪（当然，共同占有时除外）。（2）包容关系（包摄关系），表现为属于 A 概念的所有事项都属于 B 概念，但反过来不成立。例如，任何杀人行为必然经过一个伤害过程，不可能存在没有伤害过程却直接致人死亡的情形（如投毒致人死亡必然经过伤害肠胃的过程，勒杀致人死亡时必然出现“颈部损伤出现窒息征象”的轻伤），因此，所有的故意杀人行为都触犯了故意伤害罪。或者说，故意杀人罪包含了故意伤害罪，但是，不能说故意伤害行为同时触犯了故意杀人罪。（3）交叉关系，表现为属于 A 概念的事项有一部分属于 B 概念，属于 B 概念的事项有一部分同时属于 A 概念。换言之，A 法条与 B 法条所规定的构成要件存在部分重合时，就属于交叉关系（参见后述内容）。（4）中立关系，即从法条的文字表述及内容看，二者之间不存在上述三种关系，但一个行为可能同时触犯这两个法条。例如，故意杀人罪与故意毁坏财物罪是互不相干的两个犯罪，但故意杀人行为完全可能同时触犯故意毁坏财物罪（如刺杀行为同时毁坏了被害人身着的价值数额较大的西服）。⁽¹¹⁾

显然，在对立关系的场合，不仅不可能存在法条竞合，而且基本上不可能成立想象竞合。我国刑法理论一般认为，法条之间存在包容或交叉关系时便是法条竞合。⁽¹²⁾ 法条之间的包容与交叉关系，不需要借助具体案件事实的联结，而是通过对构成要件的解释就可以

(10) 完整的表述应当是规定侵占（委托物）罪的法条与规定盗窃罪的法条。为了表述方便，本文一般以罪名指代法条。

(11) 以上参见 [日] 山火正则 《法条竞合の诸问题（1）》，《神奈川法学》第7卷（1971）第1号，第5页以下。

(12) 参见陈兴良、龚培华、李奇路 《法条竞合论》，复旦大学出版社1993年版，第22页以下；吴振兴 《罪数形态论》，中国检察出版社1996年版，第173页；王作富主编 《刑法》，中国人民大学出版社2009年版，第171页；高铭暄、马克昌主编 《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第186页。本文只是照顾到这种通说，才将交叉关系当作法条竞合的形式标准。但如后述，交叉关系均属于想象竞合。

发现。换言之，法条竞合是逻辑关系，而不是事实关系。⁽¹³⁾ 想象竞合则是行为触犯了数个法条，是具体案件事实使得数个法条被触犯，而被触犯的数个法条之间不一定具有包容与交叉关系。

在本文看来，这一形式标准大体是成立的。例如，规定诈骗罪的刑法第266条与规定票据诈骗罪的第194条，均使用了“诈骗”这一动词，且诈骗的对象均为“财物”；而且，所有票据诈骗行为都同时符合诈骗罪的构成要件，但诈骗行为并不一定属于票据诈骗，据此就能确定二者之间存在包容关系，因而符合法条竞合的形式标准。再如，刑法第260条之一规定的虐待对象是未成年人、老年人、患病的人、残疾人，第260条规定的虐待对象是家庭成员。当行为人虐待未成年的、老年的、患病的或者残疾的家庭成员时，二者之间就存在交叉关系，因而符合法条竞合的形式标准。刑法第263条规定了8种加重抢劫情形，其中存在诸多交叉关系，如入户抢劫与持枪抢劫（持枪入户抢劫）、持枪抢劫与抢劫银行（持枪抢劫银行）、持枪抢劫与在公共交通工具上抢劫（持枪在公共交通工具上抢劫），因而符合法条竞合的形式标准。

当然，并不是只有两个法条使用了相同的表述时，才属于法条竞合；只要对构成要件的解释使得两个法条规定的行为之间存在包容或交叉关系，就符合了法条竞合的形式标准。例如，规定滥用职权罪的刑法第397条与规定私放在押人员罪的第400条，并没有使用相同的表述，但通过对构成要件的解释可以得知，私放在押人员是一种特殊的滥用职权行为；不管私放在押人员的行为表现为何种样态，都不影响两个法条之间的包容关系。倘若不考虑其他标准，后者就是前者的特别法条。再如，规定重大飞行事故罪的刑法第131条与规定交通肇事罪的第133条，虽然没有使用相同的表述，但对二者规定的构成要件进行解释的结论是，后者可以包含前者，即造成重大飞行事故的行为同时符合交通肇事罪的构成要件，但构成交通肇事罪的行为不一定符合重大飞行事故罪的构成要件，因而符合法条竞合的形式标准。

但是，倘若只有借助特定的案件事实，才能使两个法条产生关联（甚至是包容关系），而案件事实改变之后，两个法条之间即为中立关系乃至对立关系时，就不应当认定为法条竞合。例如，刑法第232条规定的是故意杀人罪，第275条规定的是故意毁坏财物罪，二者之间不存在法条竞合关系。倘若借助杀人时毁坏他人衣着衣物（假定价值数额较大）的行为仅成立故意杀人罪这一案件事实与合理结论，也可能认为二者之间存在特别关系。亦即，衣服是财物，故意毁坏衣服的行为成立故意毁坏财物罪，但故意杀人行为导致衣服毁坏的仅成立故意杀人罪，所以，故意杀人罪包含了故意毁坏财物罪。于是，故意杀人罪与故意毁坏财物罪之间是包容关系，前者成为后者的特别法条。但是，一旦改变案件事实，就并非如此。例如，甲毁坏了乙的汽车，构成故意毁坏财物罪；随后甲杀害了乙，构成故意杀人罪。对此，无论如何也看不出二者之间存在包容或交叉关系。再如，规定破坏电力设备罪的刑法第118条与规定盗窃罪的第264条，也不存在法条竞合关系。一方面，前者使用的动词是“破坏”，只要使电力设备的效用减少或者丧失，就属于破坏，而不要求转移电力设备的占有；后者使用的动词是“盗窃”，要求转移财物的占有，而不要求使财物的效用减少或者丧失。因此，一个行为能否同时触犯刑法第118条与第264条，取决于具体的案件事实。亦即，

(13) 参见陈兴良《口授刑法学》，中国人民大学出版社2007年版，第372页以下。

如果行为人仅仅毁坏电力设备，就不可能同时触犯刑法第 264 条。只有当行为人将电力设备转移给自己或者第三者占有，并且使电力设备的效用减少或者丧失，进而危害公共安全时，才同时触犯刑法第 118 条与第 264 条。所以，这种情形不可能是法条竞合，而只能是想象竞合。

我国刑法理论之所以将大量想象竞合纳入法条竞合，一个重要原因就是具体案件事实来确立两个法条之间的包容与交叉关系。例如，有教科书指出：“《刑法》第 305 条规定的伪证罪与《刑法》第 310 条规定的窝藏、包庇罪，在行为人都想包庇犯罪分子的情况下，就可能发生交叉性的法条竞合。”⁽¹⁴⁾显然，这是借助了“行为人都想包庇犯罪分子”这一案件事实，才得出了成立法条竞合的结论。然而，从对构成要件的解释来说，窝藏、包庇罪与伪证罪在行为主体、行为状态、行为内容方面存在明显差异，难以认定二者为法条竞合。⁽¹⁵⁾

随着德国刑法理论的引进，而且有学者主张我国现有的罪数论应转向德国的竞合论，⁽¹⁶⁾所以，有必要讨论中立关系的法条之间能否成立法条竞合。贝林认为，两个法条处于中立关系时，既可能出现法条竞合，也可能出现想象竞合。⁽¹⁷⁾这种观点也是德国当今刑法理论的通说。在中立关系的场合，由行为触犯两个法条的通常性来决定法条竞合与想象竞合的区分。详言之，一个行为通常同时触犯 A 罪与 B 罪时，A 罪与 B 罪就属于法条竞合；不具有通常性时，则成立想象竞合乃至数罪（实质竞合）。例如，故意伤害与故意毁坏财物两个罪是中立关系，在故意伤害行为同时毁坏被害人衣着衣物的场合，由于二者同时发生具有通常性，故属于法条竞合（吸收关系）；但在其他不具有通常性的场合，则认为两个法条之间没有法条竞合关系。再如，入户盗窃与故意毁坏财物（指破坏门窗等）是法条竞合关系（吸收关系）；但在其他不具有通常性的场合，则不是法条竞合，一个行为同时触犯这两个法条时，就是想象竞合。⁽¹⁸⁾可是，这样的观点恐怕难以被我国学者接受。

德国竞合理论的基本框架是，将仅适用一个法条的情形均作为法条竞合来处理，所以，法条竞合就是法条单一的情形；虽然应当适用数个法条，但只有一个行为或者一个所为时，就是想象竞合，所以，想象竞合就是行为单一或者所为单一；如果既不是法条单一，也不是行为单一，那就是实质竞合。换言之，在德国，某个可罚行为的不法内容（指有责的不法内容，下同）能够由一个法条予以充分评价时，就适用该法条而排除其他法条的适用，此时便是法条竞合。显然，德国的法条竞合并没有要求法条之间具有逻辑上的包容或交叉关系，而只是看适用一个法条能否充分评价行为的不法内容。所以，德国的法条竞合概念并不名副其实。正因为如此，德国学者建议，以法条单一的概念替代传统的且有争议的法条竞合概念。⁽¹⁹⁾

从德国的竞合论体系来看，将所有仅适用一个法条的情形均归入法条竞合，没有明显

(14) 前引〔12〕，王作富主编书，第 170 页。

(15) 法条之间是否存在包容与交叉，首先取决于构成要件内容，不能仅因为两个罪的主观目的或者动机相同，就认为二者之间具有包容或交叉关系。例如，盗窃罪与诈骗罪都以非法占有为目的为前提，但不能因此认为二者之间存在包容与交叉关系。

(16) 参见陈兴良《刑法竞合论》，《法商研究》2006 年第 2 期，第 100 页以下；陈兴良《从罪数论到竞合论——一个学术史的考察》，《现代法学》2011 年第 3 期，第 99 页以下。

(17) 参见前引〔11〕，山火正则文，第 8 页以下。

(18) Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck, 2003, S. 858f; 前引〔4〕，施特拉腾韦特等书，第 436 页。

(19) Vgl. H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 732.

的缺陷。在德国,所有的罪数与竞合问题,都必须分别归入法条竞合、想象竞合与实质竞合这三类之中,于是导致法条竞合的范围较宽,尤其是导致法条竞合的吸收关系的范围宽泛。⁽²⁰⁾可是,我国刑法理论起先并没有接受这种法条竞合理论,而且,我国刑法理论已经将法条竞合限定为法条之间具有包容或交叉关系的情形。这可谓约定俗成,再改变这一形式标准并不合适。刑法学不是自然科学,当人们已经完全习惯于将法条竞合限定为法条之间具有包容或交叉关系的情形时,推翻这种观念恐怕很不现实。例如,竞合论的概念较少固然是一种优势,但从我国刑法分则的规定来看,过少的概念并不能归纳全部情形。而且,我国已经接受了日本刑法理论的诸多概念,放弃这些概念几乎不可能。事实上,我国刑法理论也不可能完全接受德国刑法理论关于法条竞合的界定。例如,在我国,不管是根据“竞合”的日常含义,还是根据学术传统,恐怕没有人会赞成故意伤害罪与故意毁坏财物罪之间存在法条竞合关系。再如,甲侵占了代为保管的乙的财物后,向乙谎称财物被盗,导致乙放弃了财物的返还请求权(所谓护赃诈骗)。对此,德国刑法理论重视的是所谓共罚的事后行为与主犯罪之间的关系,并将其提升到法条竞合关系。亦即,如果事后的护赃诈骗行为属于确保侵占行为所获取的利益的行为,它就应当退居于主犯罪(侵占罪)之后。于是认为,共罚的事后行为与侵占罪属于法条竞合的吸收关系。⁽²¹⁾但在我国,刑法理论重点讨论的是,护赃行为是另成立诈骗罪,还是在侵占罪中一并处罚(共罚的事后行为),而不会认为二者属于法条竞合。⁽²²⁾由此看来,我国没有必要肯定中立关系的法条之间存在法条竞合。

此外,我国刑法理论与司法实践原本就过于宽泛地肯定了法条竞合,特别明显的是将诸多想象竞合误认为法条竞合的特别关系。⁽²³⁾在这种理论背景下,再肯定中立关系的法条之间也存在法条竞合,无疑会导致对案件的处理更加不符合罪刑相适应原则。

总之,两个法条之间存在包容或交叉关系,是法条竞合的形式标准。如果不符合这一标准,就必须将其排除在法条竞合之外。但是,符合这一形式标准的也不必然是法条竞合,而是需要在此基础上进行实质标准的判断。

三、法益的同一性

如上所述,包容与交叉关系是通过法条规定的构成要件的解释而形成的,但构成要件

(20) 需要说明的是,德国法条竞合中的特别关系与补充关系的范围并不宽泛。

(21) 参见[德]Ingeborg Puppe《基于构成要件结果同一性所形成不同构成要件实现之想象竞合》,陈志辉译,台湾《东吴法律学报》第17卷(2006年)第3期,第322页。

(22) 参见陈兴良主编《刑法总论精释》,人民法院出版社2011年版,第703页以下;张明楷《刑法学》,法律出版社2011年版,第432页,第906页;周光权《刑法总论》,中国人民大学出版社2011年版,第260页。

(23) 刑法理论一直认为,刑法第140条是普通法条,第141条至第148条是特别法条,但第149条规定了重法条优于轻法条的例外原则。现在看来,这种观点值得反思。例如,刑法第140条规定的生产、销售伪劣产品罪的最高刑为无期徒刑,而第148条规定:生产不符合卫生标准的化妆品,或者销售明知是不符合卫生标准的化妆品,造成严重后果的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金。倘若说第148条是特别法条,再联系第149条的规定,就不能回答如下问题:立法者对生产、销售不符合卫生标准的化妆品的犯罪,究竟是想科处较轻的刑罚,还是想科处较重的刑罚?主张第148条是特别法条的观点实际上意味着,立法者原本打算对生产、销售不符合卫生标准的化妆品犯罪科处较轻的刑罚,于是设置了第148条,但随即又担心处罚较轻,于是再设置第149条。对此,或许否认存在特别关系,而认定为相互补充关系或者想象竞合,才能理顺其间的法条关系。

件解释的结果必然是，即使两个法条所保护的法益完全不同，也可能出现法条交叉的情况。例如，刑法第 293 条规定的寻衅滋事罪包括“随意殴打他人，情节恶劣的”行为，第 309 条规定的扰乱法庭秩序罪包括“殴打司法工作人员”的行为，两个法条都使用了“殴打”一词，而且后者要求殴打的是司法工作人员，于是二者之间具有包容关系。但是，如果将二者认定为法条竞合，会导致认定扰乱法庭秩序罪是特别法条，从而适用特别法条优于普通法条原则，其结局是：随意殴打他人情节恶劣的，适用 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制的法定刑，殴打司法工作人员的，反而仅适用 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金的法定刑。这明显不妥。再如，刑法第 275 条规定的故意毁坏财物罪的最高刑为 7 年有期徒刑，而扰乱法庭秩序罪包括“毁坏法庭设施……情节严重”的行为。单纯从逻辑关系来看，由于后者的行为地点与行为对象具有特殊性，所以会认为后者是特别法条。然而，倘若得出这种结论，适用特别法条优于普通法条原则的结局就是：毁坏普通财物的最高可能判处 7 年有期徒刑，而毁坏法庭设施的最高只能处 3 年有期徒刑。这显然不当。⁽²⁴⁾

正因为如此，国外刑法理论一直注重从实质上区分法条竞合与想象竞合。例如，小野清一郎指出：“犯罪不是单纯的侵犯规范，而是对道义的背反、对道义的侵犯，而且是在国家的刑法中作为应受处罚的行为而予以规定的，国家作出这样的规定是为了实现自己的道义……必须在这种根本观念下讨论犯罪的单复……构成要件本身就是反道义行为的定型，构成要件的充足就体现了行为的反道义性……想象竞合与法条竞合的区分应以道义的意义单复为依据。道义的意义同一的场合就是法条竞合，道义的意义不同的场合就是想象竞合。”⁽²⁵⁾ 但是，其一，犯罪是对道义的背反或者对道义的侵犯的观点，已经落后于我们的时代，因而不再有人赞成；其二，道义的意义同一与否，也是无法具体判断的。小野清一郎在其教科书中认为，杀人罪与毁坏财物罪之间也可能存在法条竞合；⁽²⁶⁾ 可是，“在这种场合，在什么意义上存在构成要件的道义的意义同一性呢？”⁽²⁷⁾

法益的同一性是德国学者毛拉赫强调的区分标准。“法条竞合时，虽然可以评价说一个行为符合数个构成要件，但只适用其中一个构成要件就可以充分评价完事实上的不法内容。”数个构成要件“完全保护的是同一法益时，应认定为法条竞合；侵害了不同的法益时，则应认定为想象竞合”。⁽²⁸⁾ 只要承认犯罪的本质是侵害法益，并且法条竞合时适用一个法条就可以充分评价行为的不法内容，而成立想象竞合时只适用一个法条并不能充分评价行为的不法内容，就首先必须承认法益的同一性是区分法条竞合与想象竞合的一个实质标准。亦即，法条竞合时只有一个法益侵害事实，成立想象竞合时则有数个法益侵害事实。详言之，法条竞合时，虽然行为同时违反了数个罪刑规范，但仅侵害了其中一个罪刑规范

(24) 当然，肯定会有人说“这是立法问题，只能通过修改法律来解决，而不能通过另设法条竞合与想象竞合的区分标准来解决。”但本文认为，这是解释论问题，而不是立法论问题。

(25) [日] 小野清一郎 《犯罪构成要件理论》，有斐阁 1953 年版，第 402 页。

(26) 参见 [日] 小野清一郎 《犯罪讲义》，有斐阁 1948 年版，第 266 页。

(27) 前引〔11〕，山火正则文，第 12 页。

(28) R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965, S. 636f. 这一观点在日本得到了众多学者的支持。参见 [日] 山火正则 《法条竞合の本质》，《法学》1971 年第 4 号，第 69 页以下；[日] 铃木茂嗣 《刑法总论》，成文堂 2011 年第 2 版，275 页以下；[日] 町野朔 《法条竞合论》，载 [日] 内藤谦等编 《平野龙一古稀祝贺论文集》上卷，有斐阁 1991 年版，第 410 页以下；[日] 前田雅英 《刑法总论讲义》，东京大学出版会 2011 年第 5 版，第 555 页；前引〔3〕，山口厚书，第 365 页，第 379 页。

的保护法益；因为规范之间存在包容或交叉关系，不需要也不应当认定行为触犯数罪，否则就是重复评价。亦即，“就同一的法益侵害、法益危殆适用复数的刑罚予以处罚，从法益保护的观点来看是不当的二重处罚。”⁽²⁹⁾ 而成立想象竞合时，由于行为侵害了数个罪刑规范的保护法益，触犯了数个罪刑规范，故需要认定行为触犯数罪。

需要说明的是，刑法规定的某些犯罪所保护的是双重法益（复杂客体），因此，所谓“只有一个法益侵害事实”，是指行为仅侵害了一个犯罪的保护法益；所谓“有数个法益侵害事实”，是指行为侵害了两个以上犯罪的保护法益。例如，抢劫行为既侵犯了人身也侵犯了财产，虽然其同时触犯盗窃罪，但其侵害的法益并没有超出抢劫罪的保护法益，其与盗窃罪属于法条竞合（特别关系）。⁽³⁰⁾ 反之，在他人心脏病发作时，盗窃他人的急救药品（假定数额较大）导致他人死亡的，则属于想象竞合。因为故意杀人罪的保护法益是生命而不包括财产，盗窃罪的保护法益是财产而不包括生命，上述行为侵害了两个犯罪的保护法益，故不属于法条竞合而是想象竞合。

在上述盗窃药品致人死亡的案件中，为什么最终按故意杀人罪的法定刑量刑，却又不能仅适用一个故意杀人罪的法条，承认二者之间为法条竞合？或者说，为什么虽然最终仅按故意杀人罪的法定刑量刑，却必须认定为想象竞合，并在判决书中明示行为同时构成故意杀人罪与盗窃罪？

首先，刑法的机能是保护法益和保障国民自由。对任何一个案件的不法内容，只有既充分评价又不重复评价，才能既保护法益又保障国民自由。如果一个人的行为同时侵害了他人的生命与财产，而法官仅评价其行为构成故意杀人罪，便没有对他人的财产予以保护，这不利于实现刑法的保护法益机能。反之，如果宣告一个杀人行为同时构成故意杀人罪与故意伤害罪，就属于重复评价，有悖刑法保障国民自由的原理。

其次，刑法规范是裁判规范，法官必须根据刑法的规定、犯罪的本质以及具体的案件事实判断犯罪的个数。一罪与数罪的区分，与对数罪是否并罚是两个不同的问题。其一，虽然可能以犯罪构成为标准区分一罪与数罪，但由于犯罪构成包含了成立犯罪所要求的全部要素，一个案件完全可能在某一方面只符合一个犯罪构成的相关要件，而在另一方面完全符合两个犯罪构成的相关要件，故需要以实质标准来决定犯罪构成符合性的评价次数。其结局是，只能以犯罪的本质为标准来判断行为符合几个犯罪构成。质言之，由于刑法的目的是保护法益，犯罪的本质是侵害法益，所以，应当根据行为侵犯的法益数量来评价其符合几个犯罪构成或者构成几个犯罪。或者说，行为侵犯了一个犯罪的保护法益时，成立一罪；行为侵犯了数个犯罪的保护法益时，成立数罪；行为数次侵犯一个犯罪的保护法益时，成立数罪。概言之，在被告人的行为侵害了数个法条保护的不同法益时，判决书必须肯定被告人的行为触犯了数罪。

再次，刑法虽然具有行为规范的一面，但事实上，一般人并不直接阅读刑法条文，而是通过起诉书、判决书（包括刑事裁定书）来了解刑法的内容。判决书是对刑法的活生生的解读，解读得越明确，刑法的内容就越容易被一般人理解，刑法就越能发挥行为规制机

(29) 前引〔28〕，町野朔文，第420页。

(30) 参见前引〔3〕，山口厚书，第367页。

能,从而实现特殊预防与一般预防。⁽³¹⁾就本文所讨论的问题而言,要发挥刑法的行为规制机能,就必须注重想象竞合的明示机能。想象竞合的明示机能,是指由于被告人的行为具有数个有责的不法内容,故在判决宣告时必须将其一一列出,做到充分评价,以便被告人与一般人能从判决中了解被告人的行为触犯几个犯罪,从而得知什么样的行为构成犯罪。⁽³²⁾在上述盗窃急救药品致人死亡的案件中,倘若判决仅宣告被告人的行为构成故意杀人罪,则可能使被告人与一般人产生盗窃药品的行为不构成盗窃罪的误解,这不利于对盗窃罪的特殊预防与一般预防。再如,被告人甲、乙、丙等人酒后无故殴打被害人A、B、C,造成A轻伤、B轻微伤,并摔坏了C的手机(数额较大)。倘若判决仅宣告甲、乙、丙等人的行为构成寻衅滋事罪,就可能使被告人与一般人误认为醉酒后致人轻伤的行为不构成故意伤害罪、酒后毁坏他人财物的行为不构成故意毁坏财物罪,而这不利于发挥刑法的行为规制机能。只有——指明甲、乙、丙等人的行为构成寻衅滋事罪、故意伤害罪与故意毁坏财物罪,才有利于实现对随意殴打他人行为、酒后伤人行为、酒后故意毁坏他人财物行为的特殊预防与一般预防。

最后,刑事判决不仅对被害人的心理起安抚作用,而且涉及对被害人的赔偿等问题。在法条竞合的场合,没有必要将被告人触犯的法条全部列举出来,就可以解决问题。例如,对抢劫案件仅适用刑法第263条,就足以对被害人的心理起安抚作用,而且能够解决退赔等问题,根本不需要适用刑法第264条。但在上述甲、乙、丙等人寻衅滋事的案件中,如果仅认定甲、乙、丙等人的行为构成寻衅滋事罪,由于该罪是破坏公共秩序的犯罪,就不足以对被害人A起到心理安抚作用,也不利于通过附带提起民事诉讼使被害人C获得赔偿。

总之,将法益的同一性作为区分法条竞合与想象竞合的标准,既具有理论根据,也具有现实意义。根据法益的同一性这一实质标准,一般来说,刑法分则不同章节规定的犯罪之间基本上不可能是法条竞合关系(或许存在例外)。例如,生产、销售伪劣产品罪与诈骗罪的保护法益分别为经济秩序(消费者享用合格产品的权利)与财产,使用假币罪与诈骗罪的保护法益分别为货币的公共信用与财产,⁽³³⁾过失致人死亡罪与交通肇事罪的保护法益分别为人的生命与公共安全,诈骗罪与招摇撞骗罪的保护法益分别为财产与国家机关工作人员的信用,盗窃罪与盗伐林木罪的保护法益分别为财产与森林资源,报复陷害罪与滥用职权罪的保护法益分别为公民的民主权利与国家机关公务的合法、公正、有效执行以及公民对此的信赖,这些犯罪之间都不可能是法条竞合关系,而应认定为想象竞合。⁽³⁴⁾再如,过失致人死亡罪的保护法益是个人的生命,医疗事故罪的保护法益是公众生命、身体的安全 and 国家的卫生管理秩序。虽然说保护社会法益以保护个人法益为最终目的,但不能说个人法益等同于或者包括了社会法益或者国家法益。因此,过失致人死亡罪与医疗事故罪不是法条竞合,而是想象竞合。⁽³⁵⁾

(31) 参见张明楷《明确性原则在刑事司法中的贯彻》,《吉林大学社会科学学报》2015年第4期,第28页。

(32) 参见前引〔18〕,Roxin书,第831页;前引〔19〕,Jescheck等书,第718页。

(33) 日本刑法理论通说也不承认二者为法条竞合,而是认定为包括的一罪。参见〔日〕西田典之《刑法各论》,弘文堂2012年第6版,第331页;〔日〕山口厚《刑法各论》,有斐阁2010年第2版,第423页。

(34) 参见丁慧敏《论刑法中的法条竞合》,清华大学2013年博士学位论文,第107页以下。

(35) 参见吕英杰《刑法法条竞合理论的比较研究》,载陈兴良主编《刑事法评论》第23卷,北京大学出版社2008年版,第483页。

法益的同一性还意味着法益主体的同一性。亦即，如果行为侵害了不同法益主体的相同法益，也不可能属于法条竞合。例如，虽然故意杀人罪与故意伤害罪是特别关系，但这只是就同一法益主体而言；一个行为同时致A死亡和B伤害时，就不可能属于法条竞合，而要认定为想象竞合。⁽³⁶⁾再如，公司人员甲将自己职务上占有的手提电脑谎称是自己所有而出卖给乙。甲的行为虽然侵犯的只是财产，但由于法益主体不同（分别为公司与乙），故不可能属于法条竞合。如果认为甲只实施了一个行为，则必须认定为想象竞合。⁽³⁷⁾

如果严格采取法益同一性的实质标准，基本上可以明确区分法条竞合与想象竞合。正如町野朔所言：“作为判断是否存在法条竞合的标准，仅刑罚法规保护的同一性这一点即为已足，而且这一点也必须是决定性的。”⁽³⁸⁾不过，在我国当前的理论背景下，或许还需要被迫承认，如果此章（节）规定的犯罪保护双重法益，彼章（节）规定的犯罪仅保护前者中的一个法益时，不排除成立法条竞合的可能。例如，诈骗罪与金融诈骗罪虽然分别规定在刑法分则的第5章与第3章，但由于前者保护的法益是单一的财产，而后者保护的法益包括财产与金融秩序，故人们完全可能认为二者之间存在法条竞合关系。此外，某个法条究竟是保护单一法益，还是保护双重法益，首先是一个解释论问题；而人们在解释法条时，又会考虑到法定刑的轻重，因此会得出不同结论。例如，人们可能认为，盗窃罪保护的是单一的财产，而盗伐林木罪保护的是财产与森林资源，故前者是普通法条，后者是特别法条。再如，在刑法修正案（九）废除嫖宿幼女罪之前，人们可能认为，嫖宿幼女罪既保护幼女的性行为自主权（或所谓身心健康），也保护社会管理秩序，而奸淫幼女的保护法益是单一的幼女的性行为自主权，故二者之间存在法条竞合的特别关系。⁽³⁹⁾

然而，如果一概承认上述情形属于特别关系，并且只能适用特别法条，就必然导致罪刑不相适应。⁽⁴⁰⁾换言之，如果仅以上述形式标准与法益同一性的实质标准为根据进行判断，有时会出现违反罪刑相适应原则的情况。例如，倘若认为嫖宿幼女罪与奸淫幼女是特别关系，按照特别法条优于普通法条的原则，对于嫖宿幼女致幼女重伤、死亡的行为，也仅适用嫖宿幼女罪的法定刑，而不能适用奸淫幼女的规定，这种违反罪刑相适应原则的结论显然不能被人接受。这或许也是刑法修正案（九）废除嫖宿幼女罪的一个重要原因（只不过这一废除建立在错误判断法条关系的基础上）。倘若认为嫖宿幼女致幼女重伤、死亡的行为成立奸淫幼女与嫖宿幼女罪的想象竞合，则可以解决所有问题，因为嫖宿幼女罪的不法内容并不能包含致人重伤、死亡的不法内容。所以，需要在前述区分标准的基础上，进一步增加不法的包容性这一实质标准。

四、不法的包容性

如前所述，只有当两个法条之间存在包容或交叉关系时，才有可能属于法条竞合。包容

(36) 行为人开一枪导致两人死亡时，也是想象竞合。因为生命为个人专属法益，两人死亡意味着存在两个法益侵害事实。

(37) 参见前引〔18〕，Roxin书，第822页。

(38) 前引〔28〕，町野朔文，第420页。

(39) 参见陈兴良《法条竞合的学术演进——一个学术史的考察》，《法律科学》2011年第4期，第68页。

(40) 如果特别法条的法定刑较重或者与普通法条的法定刑相同，则没有明显缺陷。

关系是特别关系的外在表现形式。如所周知，特别关系的基本特征是，甲法条（刑罚法规）记载（包含）了乙法条的全部特征（或要素），但同时至少还包含一个进一步的特别特征（要素），从而使之与乙法条相区别。^{〔41〕} 其中的甲法条是特别法条，乙法条是普通法条。例如，之所以说故意杀人罪是故意伤害罪的特别法条，是因为故意杀人罪的犯罪成立条件不仅包含了故意伤害罪的全部要素，而且有多于（或高于）故意伤害罪的要素（杀人行为与杀人故意）。之所以说抢劫罪是盗窃罪的特别法条，是因为盗窃是指违反他人意志，将他人占有的财物转移给自己或第三者占有，而抢劫罪的强取行为也是违反他人意志，将他人占有的财物转移给自己或第三者占有；抢劫罪不仅包含了盗窃罪的全部特征，而且包含一个进一步的特别特征（使用暴力、胁迫或者其他方法）。^{〔42〕} 在我国，最成问题、最有争议的主要是法条竞合的特别关系。因为处理法条竞合的其他关系时，尽管表述不同，但结局基本上是适用重法条，而特别关系的处理原则是特别法条优于普通法条，所以，当面临“特别法条”的不法内容重而法定刑轻时，就必然出现应当如何处理的争论。换言之，处理特别关系是否必须严格遵守特别法条优于普通法条的原则？如果严格遵守该原则会导致罪刑不相适应时，应当如何处理？笔者现在见到和想到的是三种做法：

第一，容忍罪刑不相适应的局面，将问题交由立法者解决，或者不承认存在罪刑不相适应的局面（既然立法者如此规定，就是罪刑相适应的，解释者不能认为罪刑不相适应）。^{〔43〕}

但是，将问题都交由立法者解决，不是解释者应有的态度；使刑法条文相协调，不仅是立法者的任务，也是解释者的任务。既然刑法第5条规定了罪刑相适应原则，就必须遵循该原则，在解释论上使各种犯罪都受到相应的处罚。

坚持认为适用所谓“特别法条”不会导致罪刑不相适应，也不是实事求是的态度。例如，刑法第264条规定的盗窃罪的法定最高刑为无期徒刑，第345条对盗伐林木罪规定的最高刑为15年有期徒刑。倘若认为盗伐林木罪是特别法条，那么，其不法程度是否轻于盗窃罪？显然不是。例如，2000年《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第15条规定：非法实施采种、采脂、挖笋、掘根、剥树皮等行为，牟取经济利益数额较大的，依照刑法第264条的规定，以盗窃罪定罪处罚。显然，倘若行为人剥100棵树树皮的盗窃行为，其数额达到100万元时判处无期徒刑，那么，行为人盗伐了相同的100棵树，其价值远远超过100万元时，不可能因为其行为符合了盗伐林木罪的构成要件，就认为（或者声称立法者认为）其不法程度低于盗窃罪，更不能认为仅判处15年以下有期徒刑是罪刑相适应的。

在此，笔者不得不引用耶林的名言：“在我眼里，那种完全不顾其裁判所带来之结果，并且将责任完全推给立法者，而仅对法典的条文进行机械式适用的法官，其实不能被称为法官；他只是司法机器中一个无感情、死板的齿轮。法官不应该是这样的。在我眼里，正

〔41〕 参见前引〔18〕，Roxin书，第848页。

〔42〕 当然，与德国、日本不同的是，我国刑法对普通盗窃有数额较大的要求，因而难以认为在任何情形下抢劫罪都是盗窃罪的特别法条。但是，一方面，可以肯定，对于不要求数额较大的盗窃类型而言，持枪抢劫是携带凶器盗窃的特别法条，入户抢劫是入户盗窃的特别法条；另一方面，在数额较大的前提下，抢劫罪无疑是盗窃罪的特别法条。

〔43〕 参见周光权《法条竞合的特别关系研究——兼与张明楷教授商榷》，《中国法学》2010年第3期，第165页以下；车浩《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系》，《法学研究》2010年第2期，第137页以下。

义的理想,并非要法官扑灭心中的法感,也不是要他在那种错误的忠诚观念下,放弃所有对制定法做出评断的机会。过去曾经有一个时期,人们把扑灭法官心中的独立思考与感受、完全无主体性以及将自身主体性完全托付给制定法这些现象,看作正义理念的胜利。诸位先生们,这个时代已经被我们抛诸脑后。因为,我们发觉到,在所有的生活关系里,死板的规则并不能取代人类;世界并不是被抽象的规则统治,而是被人格统治。”^[44] 总之,一直主张实质解释论并且主张通过解释解决立法缺陷的笔者,不会采取上述第一种做法。

第二,有条件地适用重法条优于轻法条的原则,以便做到罪刑相适应。

如所周知,冯亚东在三十多年前针对一起按销售假药罪论处只能适用2年以下有期徒刑、拘役或者管制,按诈骗罪论处则应适用10年以上有期徒刑或者无期徒刑的案件,提出了重法条优于轻法条的适用原则。^[45] 笔者也一直主张,当存在法条竞合的特别关系时,通常按特别法条优于普通法条处理,但在例外情况下按重法条优于轻法条处理。“适用重法条优于轻法条的原则必须符合以下三个条件:其一,行为触犯的是同一法律的普通法条与特别法条。其二,同一法律的特别法条规定的法定刑,明显轻于普通法条规定的法定刑,并缺乏法定刑减轻的根据,而且,根据案件的情况,适用特别法条明显违反罪刑相适应原则。其三,刑法没有禁止适用普通法条,或者说没有指明必须适用特别法条。否则,必须适用特别法条。”^[46] 笔者的上述主张,一方面是顾及我国刑法理论将诸多想象竞合认定为法条竞合的现象,另一方面也是考虑到我国刑法理论中已经出现了重法条优于轻法条的表述。

重法条优于轻法条的表述虽然受到了强烈批判,^[47] 但其结论的实质合理性(符合罪刑相适应原则)是毋庸置疑的。一方面,“法条竞合不是构成要件符合性判断的问题,而是犯罪成立后的刑罚法规(法条)的适用问题”,^[48] 因而,选择重法条并不存在违反罪刑法定原则的疑问。另一方面,在笔者提出的限制条件下,重法条的选择符合罪刑相适应原则,而不是所谓的重刑主义。

事实上,即使在德国当两个法条之间存在特别关系时,也不是绝对适用特别法条,而是存在被排除法的重生或者劣位法的复活。例如,强奸罪是强制猥亵罪的特别法条,然而,一旦行为人强奸中止或者未遂,德国判例与刑法理论就会按强制猥亵既遂定罪量刑。行为成立谋杀罪的中止时,虽然不处罚谋杀罪(因为对中止犯免除处罚),但如果造成了伤害,则应认定为故意伤害罪的既遂犯。^[49] 这种被排除法的重生或者劣位法的复活,实际上也是重法条优于轻法条,只不过德国刑法理论使用了另一种表述。

尽管如此,本文不打算为重法条优于轻法条进行辩护和进一步论证,而只是借鉴德国、

[44] [德] 鲁道夫·冯·耶林《法学是一门科学吗?》,李君韬译,法律出版社2010年版,第81页。

[45] 参见冯亚东《论法条竞合后的从重选择》,《法学》1984年第4期,第22页。不过,冯亚东没有严格区分法条竞合与想象竞合。在本文看来,销售假药罪与诈骗罪属于想象竞合而非法条竞合。

[46] 前引[22],张明楷书,第424页。

[47] 参见肖开权《法条竞合不能从重选择——与冯亚东同志商榷》,《法学》1984年第8期,第19页以下;前引[39],陈兴良文,第67页以下;刘明祥《嫖宿幼女行为适用法条新论》,《法学》2012年第12期,第134页以下;前引[43],周光权文,第163页以下;前引[43],车浩文,第139页以下;王强《法条竞合特别关系及其处理》,《法学研究》2012年第1期,第153页以下。

[48] 前引[3],井田良书,第524页。

[49] 参见前引[19],Jescheck等书,第549页;[日]山火正刚《法条竞合の诸问题(2)》,《神奈川法学》第7卷(1971年)第2号,第42页。

日本区分法条竞合特别关系与想象竞合的实质标准，提出第三种做法，即将不法内容重于法定刑轻的情形排除在法条竞合之外，将其认定为想象竞合。亦即，在一个行为同时触犯两个法条时，只有当适用其中一个法条能够包含另一法条的不法内容时，或者只适用其中一个法条就能够充分评价行为的所有不法内容时，在符合前述两个标准的前提下，两个法条之间才是法条竞合；倘若适用任何一个法条都不能完全评价行为的不法内容，即使符合前述两个标准，也只能认定为想象竞合。⁽⁵⁰⁾ 换言之，倘若学者坚持认为，“既然立法者已经将特殊法独立加以规定，就应该严格依法办事，不能由司法机关司法人员随意选择”；⁽⁵¹⁾ “法条竞合概念意味着只要存在特别关系，特别法条的适用优先性是不可动摇的，而无须过问特别法条的轻重”，⁽⁵²⁾ 那么，可以通过否认其成立特别关系，承认其成立想象竞合来解决我国刑法分则中的相关问题。

“罪数论、竞合论是在实体法上经过了对某一行为的违法、责任的判断阶段后，为量刑提供基础的领域的讨论。”⁽⁵³⁾ “竞合理论是犯罪行为理论和不法结果理论之间的缝合点。”⁽⁵⁴⁾ 所以，罪数论也好，竞合论也罢，都是为了解决量刑问题。或者说，“正确的刑罚裁量终究是整个竞合理论的目的。”⁽⁵⁵⁾ 据此，不考虑罪刑相适应的要求，单纯从形式逻辑出发研究罪数或者竞合问题，是一种方向性的偏差。

量刑的基准是责任，或者说是有责的不法。⁽⁵⁶⁾ 如果 A 法条的不法内容（程度）完全能够包容 B 法条的不法内容（程度），那么，只需要适用 A 法条，而无需适用 B 法条。如果 A 法条的不法内容不能包容 B 法条的不法内容，当甲的行为同时存在 A 法条的不法内容与 B 法条的不法内容时，适用其中任何一个法条，都不能对甲的行为的不法内容进行充分评价。在这种场合，就必须认定为想象竞合。在德国，“一个行为（犯罪事实）的不法内容，只要适用一个刑罚法规就能够穷尽全部评价时，便是法条竞合；在有必要适用数个刑罚法规进行评价时，就是想象竞合（观念的竞合）。”⁽⁵⁷⁾ 罗克辛也明确指出：“特别关系的确定，也并不一定总是一个纯粹的逻辑问题。必须通过对被排除适用一方的构成要件的不法程度进行目的论考量，从而予以补充的现象并不罕见。”⁽⁵⁸⁾

在日本，刑法理论在区分法条竞合与想象竞合时，也充分考虑法定刑的轻重，判断适用一个法条能否充分评价行为的不法内容。例如，日本刑法第 223 条第 1 项对强制罪作了如下规定：以加害生命、身体、自由、名誉或者财产相通告进行胁迫，或者使用暴行，使他人实施并无义务实施的事项，或者妨害他人行使权利的，处 3 年以下惩役。第 193 条规定：

(50) 再次特别声明：不法内容仅限于有责的不法内容，而不包括没有责任的不法内容。因为没有责任的不法既不成立犯罪，也不能作为量刑情节予以考虑。参见张明楷《论影响责任刑的情节》，《清华法学》2015 年第 2 期，第 5 页以下。

(51) 前引〔39〕，陈兴良文，第 66 页。

(52) 前引〔43〕，周光权文，第 163 页。

(53) [日] 只木诚《罪数论·竞合论》，载 [日] 山口厚、甲斐克则编《21 世纪日中刑事法的重要课题》，成文堂 2014 年版，第 73 页。

(54) [德] 约翰内斯·韦塞尔斯《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社 2008 年版，第 458 页。

(55) 前引〔21〕，Puppe 文，第 321 页。

(56) 参见张明楷《责任刑与预防刑》，北京大学出版社 2015 年版，第 239 页以下。

(57) [日] 只木诚《观念竞合的明示机能》，《研修》2011 年 4 月号（总第 754 号），第 6 页。

(58) 前引〔18〕，Roxin 书，第 850 页。

公务员滥用职权,使他人履行没有义务履行的事项,或者妨害他人行使权利的,处2年以下惩役或者监禁。由于滥用职权包括利用职权相要挟的行为,所以,从逻辑关系上看,两个法条之间也存在特别关系(第193条为特别法条)。但是,由于公务员滥用职权罪的法定刑轻于强制罪的法定刑,仅适用一个法条不能充分评价行为的不法内容,所以,日本刑法理论通说认为,“公务员使用暴力、胁迫手段实施滥用职权的行为时,成立本罪与强制罪的想象竞合”。⁽⁵⁹⁾再如,日本刑法第195条规定了特别公务员暴行、凌辱、虐待罪,⁽⁶⁰⁾其中的暴行、凌辱、虐待包括使被害人产生肉体、精神痛苦的一切行为,这当然也包括强制猥亵、强奸行为。⁽⁶¹⁾在此意义上说,特别公务员暴行、凌辱、虐待罪与强制猥亵罪、强奸罪是特别关系(前者为特别法条)。但是,由于特别公务员暴行、凌辱、虐待罪的法定刑低于强制猥亵罪、强奸罪的法定刑,而且适用其中任何一个法条都不可能充分评价行为的不法内容,所以,日本刑法理论通说与判例认为,特别公务员在执行职务之际实施强制猥亵、强奸行为的,属于想象竞合而非法条竞合。⁽⁶²⁾

概言之,前述法益的同一性重在解决对行为不法性质的评价问题,而没有完全解决对不法程度的评价问题。对不法性质的充分评价,不等于对不法程度的全面评价。充分评价不法程度具有重要意义:首先,刑法的目的是保护法益,犯罪的本质是侵害法益。行为对法益的侵害不仅存在同一与否的问题,而且存在轻重不同的问题。将一个严重侵害A法益的行为,评价为轻微侵害A法益的行为,明显不当;反之亦然。例如,将盗窃数额特别巨大评价为盗窃数额较大,就明显不符合刑法的法益保护目的与犯罪的本质。其次,刑法分则规定的法定刑之所以存在区别,一个重要原因是不法内容(程度)不同。所以,一个不充分的评价会导致法定刑选择的错误,进而导致量刑的偏差,这必然违反罪刑相适应原则。只有充分评价行为的不法内容,才能保证法定刑选择的正确与量刑的适当。最后,如前所述,刑法虽然是裁判规范,但无疑具有行为规制机能。只有充分评价行为的不法内容,才能使行为规范发挥应有的作用。例如,在刑法修正案(九)施行之前,当行为人嫖宿幼女致幼女死亡时,倘若仅认定为嫖宿幼女罪,就没有评价其致人死亡的不法内容。这会导致被告人与一般人认为,嫖宿幼女致人死亡时,也不会因为致人死亡而加重处罚。这显然不利于发挥刑法的行为规制机能,也不利于实现刑罚的特殊预防与一般预防目的。

所以,即使侵害的法益相同或者不法的性质相同,但如果适用一个法条不能充分评价行为的不法内容时,也必须认定为想象竞合(参见后述内容)。这是因为“通过设立想象竞合,能够在判决中充分评价行为人的法益侵害态度(想象竞合的明示机能)……对一个行

(59) [日]山中敬一:《刑法各论》,成文堂2009年第2版,第766页。另参见[日]团藤重光《刑法纲要(各论)》,创文社1990年第3版,第125页;[日]大塚仁《刑法概说(各论)》,有斐阁2005年第3版增补版,第622页;[日]大谷实《刑法讲义各论》,成文堂2013年新版第4版,第631页。

(60) 特别公务员是指执行或者辅助执行审判、检察或者警察职务的人员。

(61) 参见前引〔59〕,大谷实书,第633页;前引〔59〕,山中敬一书,第768页;前引〔33〕,山口厚书,第609页;大审院1915年6月1日判决,载《大审院刑事判决录》第21辑,第717页。

(62) 参见前引〔59〕,团藤重光书,第128页;前引〔59〕,大塚仁书,第624页;前引〔59〕,大谷实书,第634页;前引〔59〕,山中敬一书,第768页;前引〔33〕,西田典之书,第486页;[日]前田雅英《刑法各论讲义》,东京大学出版会2015年第6版,第481页;前引〔33〕,山口厚书,第609页;大阪地方裁判所1993年3月25日判决,载《判例タイムズ》第831号,第246页。

为必须在妥当的、所有的法律观点之下作出判断。”⁽⁶³⁾反过来说，在符合法益同一性标准的场合，只有当适用一个法条也能充分评价行为的不法内容，且法条之间具有包容关系时，才应认定为法条竞合的特别关系。于是，法条竞合与想象竞合的区分并不是固定不变的，而是取决于适用一个法条能否充分评价行为的不法内容。换言之，当 A、B 两个法条在通常情况下是法条竞合关系时，不排除在特殊情况下（适用一个法条不能充分评价行为的不法内容时）属于想象竞合。

借鉴德国、日本刑法理论与判例的基本观点，联系我国刑法分则的具体规定，通常属于法条竞合但特殊情况下（或相对于其他情形）属于想象竞合的情形，主要有以下几类：

第一，既遂的 A 重罪与较轻的 B 罪是法条竞合关系时，未遂的 A 重罪与较轻的 B 罪可能是想象竞合。

例如，在德国，虽然抢劫罪是盗窃罪的特别法条，但如果一个行为同时构成抢劫未遂与盗窃既遂，则二者不再是法条竞合而是想象竞合。⁽⁶⁴⁾因为在这种情况下，如果仅认定为抢劫未遂，就没有评价盗窃既遂的不法内容；仅评价为盗窃既遂，则没有评价抢劫未遂的不法内容，所以，必须用想象竞合来评价这一犯罪事实。再如，虽然德国联邦最高法院的判例认为，杀人与伤害是法条竞合中的补充关系，⁽⁶⁵⁾但根据作为通说的“单一理论”，杀人故意必然同时包含伤害身体的故意，身体伤害是发生死亡的必经状态，于是杀人行为完全包含了伤害行为，故规定杀人罪与伤害罪的条文是特别关系。⁽⁶⁶⁾罗克辛也认为，二者是特别关系，因为在概念上杀人必然伴随了伤害这一过渡阶段。但他同时指出：不管二者是什么关系，“在杀人罪与多种形态的伤害罪中，对杀人罪的处罚不能充分包含案件的不法内容时，就可能存在想象竞合。”⁽⁶⁷⁾换言之，如果认定为杀人罪导致处罚较轻，因而不能评价特殊伤害的不法内容时，就不得按照法条竞合处理，而应认定为想象竞合，按特殊伤害的既遂量刑。

我国刑法也存在这样的情形。例如，甲准备了入户抢劫的工具，以抢劫故意侵入他人住宅后发现住宅内没有人，于是盗窃了他人价值 1 万元的财物。虽然抢劫罪是盗窃罪的特别法条，但如果将甲的行为仅认定为抢劫罪，就没有评价盗窃既遂的不法内容；如果仅认定为盗窃既遂，就没有评价抢劫预备的不法内容。因此，只有认定为想象竞合，才能做到充分评价并实现想象竞合的明示机能。再如，一般来说，故意杀人罪是故意伤害罪的特别法条，所以，在通常情况下，对故意杀人行为（不管是既遂还是未遂）要适用特别法条，按故意杀人罪论处。但是，在行为人以特别残忍手段实施杀人行为致人重伤造成严重残疾时，如果还按特别法条认定为故意杀人未遂，就有可能对行为人从轻或者减轻处罚。然而，这样的处罚不能充分评价行为人“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”的不法内容，所以，此时应认定为想象竞合，从一重罪处罚。亦即，认定行为触犯数罪，同时适用故意伤害罪的 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑的法定刑，且不再适用未遂犯的从宽处罚规

(63) 前引〔19〕，Jescheck 等书，第 718 页。

(64) 参见前引〔18〕，Roxin 书，第 851 页；前引〔19〕，Jescheck 等书，第 720 页。

(65) BGHSt 16, 123. 其实，补充关系与特别关系只是观察角度不同。参见柯耀程《刑法竞合论》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 142 页。

(66) Vgl. Volkey Krey, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 11. Aufl., Kohlhammer 1998, S. 114ff.

(67) 参见前引〔18〕，Roxin 书，第 856 页。

定。唯此，才能做到罪刑相适应。⁽⁶⁸⁾或许有人认为，刑法第234条第2款有“本法另有规定的，依照规定”的表述，本文的上述观点违反了这一规定。其实不然，“本法另有规定的，依照规定”是就法条竞合而言，在想象竞合的场合，必须从一重罪处罚。

第二，B罪与A罪的基本条款是法条竞合时，B罪与A罪的加重条款（或其中一部分）可能是想象竞合。

例如，刑法第151条第3款规定：走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处5年以上有期徒刑，并处罚金。第153条第1款规定：走私本法第151条、第152条、第347条规定以外的货物、物品的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：（1）走私货物、物品偷逃应缴税额较大或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金；（2）走私货物、物品偷逃应缴税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，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金；（3）走私货物、物品偷逃应缴税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，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。倘若以第151条为基准，可以认为第153条为补充法条；倘若以第153条为基准，则第151条是特别法条。当走私珍稀植物制品偷逃应缴税额较大或者巨大时，可以肯定第151条第3款是特别法条。但是，当走私珍稀植物制品偷逃应缴税额特别巨大时，如果依然认为第151条第3款是特别法条，将上述行为认定为走私国家禁止进出口的货物、物品罪，就不能充分评价偷逃数额特别巨大关税的不法内容，所以，对此必须认定为想象竞合，从而既评价了走私国家禁止进出口的货物、物品的不法内容，又评价了偷逃数额特别巨大关税的不法内容。

再如，刑法第198条规定：有下列情形（从略）之一，进行保险诈骗活动，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20万元以下罚金或者没收财产。第266条规定：诈骗公私财物，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。倘若学者坚持认为保险诈骗罪是诈骗罪的特别法条，⁽⁶⁹⁾也只有当保险诈骗数额在普通诈骗数额较大或者巨大的范围内时，才承认二者是特别关系。因为在这种场合，适用特别法条认定为保险诈骗罪，或许也能充分评价行为对保险秩序与财产的不法侵害内容。但是，如若行为人保险诈骗的数额达到了普通诈骗应当判处无期徒刑的数额特别巨大（如2000万元）标准，那么，此时保险诈骗罪与诈骗罪便是想象竞合。因为在这种场合，如果仍然认定为特别关系，适用特别法条将行为认定为保险诈

(68) 或许有人认为，将上述行为认定为故意杀人未遂但不从轻、减轻处罚，也能实现罪刑相适应。但是，在法定刑相同，认定为故意伤害罪时没有法定的从宽处罚情节，而认定为故意杀人罪时则有从宽处罚情节的情况下，当然应认定为前者，否则便没有对不法内容进行充分评价。

(69) 严格说，二者应是想象竞合而不一定是法条竞合。参见前引〔35〕，吕英杰文，第483页。

骗罪，此时适用的法定刑为10年以上有期徒刑，但这只能评价对保险秩序和数额巨大财产的不法侵害内容，而不能充分评价对数额特别巨大财产的不法侵害内容。所以，对此必须认定为想象竞合，认定行为同时触犯两罪，并按重罪（诈骗罪）的法定刑处罚。同样，刑法第266条的“本法另有规定的，依照规定”也只是就法条竞合而言。例如，在保险诈骗数额较大财物时，就属于“本法另有规定”，因而应依照保险诈骗罪论处。

再如，倘若学者坚持认为原有的嫖宿幼女罪是奸淫幼女的特别法条，⁽⁷⁰⁾那么，按照不法包容性的实质标准，这种特别关系就只存在于嫖宿幼女罪与通常的奸淫幼女（刑法第236条第2款）之间。⁽⁷¹⁾例如，当行为人实施一次嫖宿幼女行为时，按特别法条认定为嫖宿幼女罪，或许也可以实现罪刑相适应的要求。但是，当行为人嫖宿幼女致幼女重伤、死亡时，则必须认定为嫖宿幼女罪与奸淫幼女致人重伤、死亡的想象竞合；⁽⁷²⁾当行为人嫖宿3名以上幼女时，则必须认定为嫖宿幼女罪与“奸淫幼女多人”的想象竞合。只有这样，才能充分评价行为的不法性质与不法内容。

又如，倘若学者坚持认为盗窃罪与盗伐林木罪是法条竞合的特别关系，⁽⁷³⁾那么，按照不法包容性的实质标准，这种特别关系就仅限于盗伐林木的财物价值（不法程度）没有超出15年有期徒刑程度的情形。换言之，当盗伐林木造成的财产侵害程度需要被判处无期徒刑时，其与盗窃罪之间便是想象竞合关系。这是因为，如果仅认定为法条竞合的特别关系，就没有对重大财产侵害这一不法内容进行充分评价，而仅认定为盗窃罪，就没有评价对森林资源的不法侵害内容。所以，只有认定为想象竞合，才能充分评价行为的不法性质与不法内容。

在此可能遇到的诘问是，凭什么说适用一个法条没有充分评价行为的不法内容？由解释者自己决定会不会导致定罪量刑的恣意？答案其实很简单：根据法定刑与量刑规范（量刑实践）来判断适用一个法条是否充分评价了行为的不法内容，这不仅容易而且不会导致恣意。一方面，法定刑的轻重主要取决于有责的不法内容，而不是单纯取决于客观不法或责任类型。虽然一般预防必要性的大小也影响法定刑，但一般预防与责任是密切联系的。例如，盗窃罪的法定刑之所以高于故意毁坏财物罪，表面上说是因为前者具有非法占有目的，实质上说是因为具有非法占有目的（尤其是其中的利用意思）才使得一般预防的必要性大。亦即，一般人容易基于利用意思窃取他人财物。而故意毁坏财物罪的成立不以非法占有目的为前提，一般人不会轻易毁坏他人财物，故一般预防的必要性小。所以，一般预防必要性的大小实际上意味着有责的不法严重。另一方面，由于法定刑有一定的幅度，所以，在实行量刑规范化的当下，根据量刑规范可以进一步细化不法内容的判断。以保险诈骗罪与诈骗罪的关系为例。诈骗罪的最高刑是无期徒刑，保险诈骗罪的最高刑是15年有期徒刑。所以，关键在于骗取多少财物会被判处无期徒刑。倘若从2016年起，司法实践对诈骗价值3000万元以上财物的才判处无期徒刑，那么，对于保险诈骗低于3000万元的行为，认定为保险诈骗罪或许仍能充分评价行为的不法内容。而一旦保险诈骗数额超过了3000万

(70) 如前所述，笔者认为二者是想象竞合。因为二者不符合法益同一性的标准，从而不是法条竞合。

(71) 参见劳东燕《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系新论》，《清华法学》2011年第2期，第33页以下。

(72) 并非嫖宿幼女罪与过失致人重伤罪、过失致人死亡罪的想象竞合。

(73) 如前所述，从法益的同一性来看，将二者确定为想象竞合更为合适。

元,则应认为仅认定为保险诈骗罪不能充分评价行为对财产的不法侵害程度,所以,需要将其认定为想象竞合,从一重罪(诈骗罪)处罚。再如,倘若从2016年起,司法实践对盗窃价值200万元以上财物的判处无期徒刑,那么,在盗伐林木价值低于200万元时,认定为盗伐林木罪仍能充分评价行为的不法内容。而一旦盗伐林木价值超过了200万元,则应认为仅认定为盗伐林木罪不能充分评价行为对财产的不法侵害程度,所以,需要将其认定为想象竞合,从一重罪(盗窃罪)处罚。显然,在此问题上,只要对法定刑与量刑规范(量刑实践)稍作比较,就能得出合理结论,不会导致定罪量刑的恣意。

第三,结果加重犯与基本犯是法条竞合,但与加重结果所触犯的罪之间是想象竞合。

结果加重犯与基本犯是最典型的特别关系。⁽⁷⁴⁾例如,抢劫致人死亡与普通抢劫是特别关系。行为人抢劫致人死亡时,必须适用抢劫致人死亡的特别法条,不得适用基本法条认定为普通抢劫。但是,就与故意杀人罪、过失致人死亡罪的关系而言,抢劫致人死亡与故意杀人罪、过失致人死亡罪则是想象竞合。德国联邦法院认为,“谋杀罪与抢劫致死罪之间是想象竞合,因为故意引起的死亡正是抢劫的结果,据此,在有罪判决中就可能明确指出(明示)特别重大而且危险的抢劫行为。”⁽⁷⁵⁾亦即,对以杀人手段实现目的的抢劫行为,应认定谋杀罪与抢劫故意致人死亡是想象竞合,而不是法条竞合。这一观点也得到了德国刑法理论的普遍认可。例如,耶赛克与魏根特指出:“如果并不缺乏结果加重犯的基本构成要件,加重结果不仅可以由过失而且可以由故意实现时,就必须承认结果加重犯与该故意构成要件或过失构成要件之间是想象竞合。因为只有采用这样的认定方法,才能说明具体案件中加重结果是由故意引起还是由过失引起。”⁽⁷⁶⁾在我国,将抢劫故意致人死亡认定为抢劫致人死亡与故意杀人罪的想象竞合,不仅能够发挥上述明示机能,而且在基本犯中止或未遂时,有利于量刑的合理化。例如,行为人计划杀死他人后取得财物,但杀害他人后因害怕刑罚处罚而自动放弃了取得财物的行为,或者由于意志以外的原因而未能取得财物。在这种情况下,如果仅认定为抢劫(致死)罪,首先存在是否适用中止犯、未遂犯的规定的问题,如果适用则明显导致罪刑不相适应。倘若认定为抢劫(致死)罪与故意杀人罪的想象竞合,则最终可以按故意杀人罪的既遂处罚,从而保证量刑的合理性。存在疑问的是,将上述情形认定为想象竞合,是否存在重复评价的嫌疑?答案是否定的。一方面,上述评价首先旨在实现想象竞合的明示机能,从而有利于实现特殊预防与一般预防目的,而不是为了使行为人受到双重处罚。另一方面,成立想象竞合时,只是认定行为触犯数罪,而不是按数罪处罚,最终也只是适用一个最重的法定刑,所以,并不存在对行为人不利的重复评价。

此外,结果加重犯与基本法条之间是法条竞合,但形式上属于结果加重而刑法没有加重法定刑,因而不成立结果加重犯的,基本犯与加重结果属于想象竞合。例如,在刑法修正案(九)施行之前,绑架致人死亡是绑架罪的结果加重犯,故绑架致人死亡与普通绑架之间是特别关系。但是,刑法修正案(九)没有将绑架致人死亡规定为结果加重犯。于是,在行为人绑架致人死亡的场合,不能仅定绑架罪,而必须认定为绑架罪与过失致人死亡罪

(74) 参见前引〔18〕,Roxin书,第849页以下;〔日〕平野龙一:《刑法总论II》,有斐阁1975年版,第410页。

(75) BGHSt 27 66〔67〕.转引自前引〔57〕,只木诚文,第6页。

(76) 参见前引〔19〕,Jescheck等书,第723页。

的想象竞合，再按绑架罪的法定刑处罚。

综上所述，特别关系与想象竞合的区分是相对的，而非固定不变的。接下来需要讨论的是，法条之间具有交叉关系的情形是否存在法条竞合？

例如，日本刑法第 224 条规定：略取或者诱拐未成年人的，处 3 个月以上 7 年以下惩役。第 225 条规定：以营利、猥亵、结婚或者对生命、身体的加害为目的，略取或者诱拐他人的，处 1 年以上 10 年以下惩役。山口厚认为，在以营利、猥亵等目的略取、诱拐未成年人这一部分，略取、诱拐未成年人罪与营利目的等略取、诱拐罪形成交叉关系，此时适用重法条优于轻法条的原则。⁽⁷⁷⁾但是，日本的通说以及德国的竞合理论并不承认法条竞合的交叉关系。这是因为，在上述交叉关系的场合，如果只适用一个重法条，就没有充分评价行为的不法内容，不能发挥想象竞合的明示机能。例如，当行为人以营利、猥亵等目的略取、诱拐未成年人时，如果仅适用日本刑法第 224 条，就没有评价不法目的；如果仅适用日本刑法第 225 条，就没有评价略取、诱拐未成年人这一不法内容。只有对此认定为想象竞合，在判决中明示行为同时触犯上述两个法条，才能实现对不法内容的充分评价。不难看出，只要重视想象竞合的明示机能，就会否认交叉关系属于法条竞合。

再如，我国有学者指出，当行为人冒充国家机关工作人员招摇撞骗，骗得财物时，就成立外延上的交叉关系。据此，刑法第 266 条与第 279 条之间是法条竞合的交叉关系，此时适用重法条优于轻法条的原则。⁽⁷⁸⁾可是，首先，招摇撞骗罪并没有将财产作为保护法益，因而不以骗取财物为要件。“招摇撞骗”并无宾语，只不过是“冒充国家机关工作人员”的同位语，只要向他人冒充国家机关工作人员，就属于招摇撞骗。换言之，实践中的冒充国家机关工作人员骗取财物只是案件事实，而不是刑法第 279 条的构成要件内容。因此，上述两个法条之间并无交叉关系。其次，退一步说，即使承认二者之间存在交叉关系，也不成立法条竞合。因为，如果仅适用刑法第 279 条认定为招摇撞骗罪，就没有评价行为对财产的不法侵害内容；如果仅适用刑法第 266 条认定为诈骗罪，就没有评价对国家机关公共信用的不法侵害内容。只有将其认定为想象竞合，在判决书中明示行为触犯上述两个罪名，只是适用一个重法定刑，才能全面评价行为的不法内容。最后，认为诈骗罪与招摇撞骗罪是法条竞合关系，同时主张实行重法条优于轻法条的观点，明显不符合刑法第 266 条“本法另有规定的，依照规定”的规定。亦即，如果将冒充国家机关工作人员骗取财物的行为认定为诈骗罪（重法条），就违反了这一规定。于是，持上述观点的学者指出：“可以将‘本法另有规定的，依照规定’理解为对诈骗罪的特别法与普通法的法条竞合的法律适用原则的规定，而不适用于诈骗罪中的择一关系的法条竞合。对于择一关系的法条竞合，可以径直采用重法优于轻法的原则。”⁽⁷⁹⁾但是，如此解释的根据还存在疑问。事实上，与其这样解释，不如承认冒充国家机关工作人员骗得财物的行为成立想象竞合。这样既可以就行为侵害了不同法益进行充分评价，又实现了想象竞合的明示机能，还维持了处罚的协调性，且不至于违反刑法第 266 条的规定。

(77) 参见前引〔3〕，山口厚书，第 368 页。

(78) 陈兴良《规范刑法学》上册，中国人民大学出版社 2008 年版，第 277 页以下。

(79) 陈兴良《判例刑法学》上卷，中国人民大学出版社 2009 年版，第 510 页。陈兴良认为，交叉（交互）竞合的两个法条之间存在择一关系。

再如,当行为人虐待的家庭成员属于未成年的被监护人时,如果认定此场合属于法条竞合,则要么仅适用刑法第260条将行为评价为虐待罪,从而没有评价虐待未成年的被监护人这一不法内容;要么仅适用刑法第260条之一将行为评价为虐待被监护人罪,从而没有评价虐待家庭成员这一不法内容。因此,只有认定为想象竞合,才能全面评价行为的不法内容。

综上所述,只要重视想象竞合的明示机能,在刑法分则条文之间存在交叉关系时,就不能认定为法条竞合,而只能认定为想象竞合。

结 语

总之,“一行为违反了数条相互之间不能通过法条竞合排除的刑法规定,就构成想象竞合”。⁽⁸⁰⁾而能否通过法条竞合排除,并非只是考虑数个法条之间是否存在包容与交叉关系,还必须考虑适用一个法条能否充分评价行为的不法性质与不法内容(程度)。只有当适用一个法条能够充分评价一个行为的所有不法内容时,才可能属于法条竞合。反之,则应当认定为想象竞合。本文的观点使得法条竞合与想象竞合的区分并不固定,但如此并不会导致区分的恣意。本文的观点会导致法条竞合减少、想象竞合增多,但如此并不是为了实现重刑主义,而是为了实现刑法的公平正义,实现特殊预防与一般预防目的。

“在特别关系的法条竞合中,能否采用重法优于轻法原则,始终是我国刑法学界关于法条竞合理论关注的一个核心问题,而且争论时间持续达25年之长。至今仍然没有平息的迹象。”⁽⁸¹⁾倘若从立法论的角度来说,如此持续的争论显然是立法者滥设法定刑不均衡的“特别法条”所致。虽然在刑法解释学上原本不应当有形式解释论与实质解释论的争论,但在对待法定刑不均衡的“特别法条”方面,的确存在形式解释论与实质解释论的争论。形式解释论者注重法条之间的逻辑关系,却不权衡法条之间是否协调,不顾虑个案的判决是否符合罪刑相适应原则,或者将问题推给立法者。实质解释论者则认为,法条竞合不是一个单纯的逻辑关系问题,而是要将公平正义、量化的合理化贯彻于法条竞合与具体个案之中。这是因为,“如果一项罪行与对之设定的刑罚之间存在着实质性的不一致,那么就会违背一般人的正义感。”⁽⁸²⁾同样,一项判决与所判之罪之间存在实质性的不一致,也会违背一般人的正义感。本文显然是实质解释论的产物,旨在实现刑法的公平正义,实现刑罚的特殊预防与一般预防目的。当然,本文不可能平息这方面的争论,相反,还可能使争论更加激烈(或者说,本文可能会受到更多的批判)。

还想再次说明的是,我国刑法理论不仅采用单一的形式标准区分法条竞合与想象竞合,而且离开法条的保护法益,通过设想具体事实来使法条之间产生包容或交叉关系,其结局是将大量想象竞合纳入法条竞合的特别关系。许多学者虽然将德国、日本处理法条竞合特别关系的原则(即特别法条优于普通法条)当作一项铁则,却没有按照德国、日本的刑法

(80) 前引〔4〕,施特拉腾韦特等书,第442页。

(81) 前引〔39〕,陈兴良文,第68页。

(82) [美] E. 博登海默《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第287页。

理论来确定特别关系，⁽⁸³⁾ 导致特别关系的范围包含了德国、日本的吸收关系与部分想象竞合。同样，我国刑法理论与司法实践虽然接受了源于德国的想象竞合概念，却忽略了想象竞合最重要的、德国刑法理论与司法实践最强调的明示机能，导致原本属于想象竞合的交叉关系都成了法条竞合。这是值得反思的现象。

笔者始终反对宽泛地确定法条竞合的范围，不顾及处理结论是否合理而坚持特别法条优于普通法条原则的做法。换言之，为了处理结论的合理，实现刑法的正义理念，实现特殊预防与一般预防目的，要么有限适用重法条优于轻法条的原则，要么限缩法条竞合的范围，将需要适用重法条的情形排除在特别关系之外。笔者以前赞成有限适用重法条优于轻法条的原则，即前一路径。本文提出的法条竞合与想象竞合的重新区分，⁽⁸⁴⁾ 采取的是后一路径。虽然前后路径不同，但对具体案件的处理结论完全相同，可谓殊途同归吧。

Abstract: The legal consequence of the overlap of articles of law is apparently different from that of the imaginative joiner of offenses. Therefore, the two must be strictly distinguished from each other. The formal standard of the overlap of articles of law is that the relationship of inclusion or intersection between two articles of law can be confirmed through the interpretation of constitutive requirements alone, without referring to conjunctions of actual case facts. The first substantial standard is the identification of legally protected interests, according to which where one act infringes legally protected interests involved in more than two crimes, the situation can only be considered as the imaginative joiner of offenses, rather than overlap of articles of law. The second substantial standard is the inclusion of illegality, according to which where one act violates two articles of law simultaneously, only when applying one of these two articles can fully and comprehensively evaluate all of the content of the illegality, can the situation be considered the overlap of articles of law; if applying any one of these two articles cannot fully and comprehensively evaluate all of the content of the illegality, the situation can only be considered as the imaginative joiner of offenses, even if both the formal standard and the identification of the legally protected interests standard are met. The distinctions between the overlap of articles of law and the imaginative joiner of offenses are not fixed.

Key Words: overlap of articles of law, imaginative joiner of offenses, identification of legally protected interests, full evaluation of the content of the illegality

(83) 例如，在德国的竞合理论中，特别关系仅限于加重或减轻（特权）构成要件、结合犯与存在加重的正犯者要素这三种情形（参见前引〔18〕，Roxin书，第848页以下）；在日本，特别关系仅存在于基本类型与加重类型、基本类型与减轻类型之间（参见前引〔3〕，山口厚书，第367页）。

(84) 本文观点是在比较系统地阅读德国、日本有关法条竞合与想象竞合的文献的基础上形成的，基本上是对德国、日本相关学说的借鉴与援引，但能妥当处理我国刑法的相关规定。