

# 法条竞合与想象竞合的双重界限

## ——以盗窃罪与盗伐林木罪关系为例

薛明雨

(云南大学法学院, 云南昆明 650031)

**摘要:** 法条竞合与想象竞合的区分,我国通说采取的是单一的形式标准或者单一的实质标准。但是,单一形式标准会导致明显的罪刑不均衡问题,而单一的实质标准虽致力于解决罪刑均衡问题,却导致想象竞合与法条竞合区分的混乱。基于此,有学者提出应当依据双重标准解决法条竞合与想象竞合的区分问题。双重区分标准较单一标准而言更加全面,但就双重标准中的形式标准而言,应当通过法条竞合与想象竞合的处断原则予以限制。至于双重标准中的实质标准,则应当依据“共同的不法核心理论”判断法益是否同一。

**关键词:** 法条竞合;想象竞合;单一区分标准;双重区分标准

**中图分类号:** D924.1

**文献标识码:** A

**文章编号:** 2096-7853(2021)04-0217-04

### 一、问题的提出

我国《刑法》规定,盗窃罪法定刑最高为无期徒刑。而盗伐林木罪所规定的最高刑为十五年有期徒刑。这就导致了一个棘手的问题,即当行为人盗伐的林木已达到盗伐林木罪的数量标准,同时林木价值也已超出盗窃罪数额标准,是依特别法条——盗伐林木罪处置,还是需要比较两罪刑罚轻重,择一重罪处罚?<sup>[1]</sup>

针对这一问题,学界有不同观点。有学者认为,法条竞合时应当坚持优先适用特别法条的处断原则。这一观点被称为“特别法绝对优先”理论。与此相对,有学者认为,法条竞合时应当优先适用特别法,唯在特殊场合,可以按照重法条优于轻法条的原则定罪量刑。这种做法被称为“重法例外适用”理论。上述两种解决途径皆有值得商榷之处。法条竞合与想象竞合区分的核心在于依划分结果,适用不同的处断原则,从而实现正确的刑罚裁量。针对该问题,可以从以下几个方面进行分析:(1)法条竞合与想象竞合的单一区分标准有哪些不足?(2)形式与实质双重标准为何值得提倡?(3)相较于法益同一,是否还有更为贴切的实质判断标准?

### 二、单一区分标准的反思

长期以来,在区分想象竞合与法条竞合这一问题上,我国学者倾向于采取单一标准。而在这些标准中,占据主导地位的是法条之间的逻辑关系与罪行均衡原则。这种采取单一标准对法条竞合与想象竞合进行区分的做法并不全面。

#### (一)形式的单一区分标准评述

依据我国法学界通说,法条之间存在包容或交叉关系时便是法条竞合<sup>[2]</sup>。这种区分标准导致了法条竞合成立范围无端扩张。特别关系又称包含关系,指刑法规范当中的两个条文具有特别法与一般法的关系。特别关系的基本特征是,某个法条(特别法条)在另一法条(一般法条)规定的基础上增加了特别要素<sup>[3]</sup>。

依据我国通说,法条之间存在逻辑上的交叉关系时,也应当认定为法条竞合。但这种观点似乎有待商榷。交叉关系又称交集关系。依据德国学者Klug的定义,交叉关系是指一个构成要件所具有的对于评价客体的要素,在另一个构成要件中亦可发现,但其他要素则各有不同<sup>[4]</sup>。在法条之间属于交叉关系的场合,法条之间只有部分重合,任何一个独立的条文都不足以详尽地涵盖犯罪行为的不法内容和罪责内容,换言之,处于交叉关系中的任一法条都不具有排除其余法条进而独立适用的能力。因此,若案件事实一次性具有交叉关系的两个法条时,可以认为这两个法条不具有被认定为法条竞合的前提。

特别法绝对优先论认为,法条竞合时应当坚持优先适用特别法条的处断原则,且该理论在对法条竞合与想象竞合进行区分时,与我国通说保持一致,以法条之间的逻辑关系为标准。该理论强调,特别法无论在何时都应优先于一般法适用,一般法在此时被特别法所排斥,且不得对定罪量刑产生影响。以盗窃罪与盗伐林木罪为例,特别法绝对优先论者认为,二者之

收稿日期:2021-03-12

作者简介:薛明雨(1994—),男,山东日照人,云南大学法学院刑法学专业2018级硕士研究生。研究方向:中国刑法。

间属于法条竞合的关系，且盗伐林木罪是盗窃罪的特别法条。但这是以法条之间的逻辑关系为单一标准进行判断所得出的结论。从两个法条保护法益的角度出发，则会得出完全不同的结论。众所周知，盗伐林木罪的保护法益是在盗窃罪基础上增添了一重对林木资源的保护，因而盗伐林木罪较之盗窃罪而言具有更重的违法性。也就是说，同等数额下，盗伐林木罪的法定刑理应重于盗窃罪，但立法实际却与此相反。

特别法绝对优先论支持者为了解决违法要素增加而法定刑却降低这一悖论，声称对林木资源的保护非但不能使盗伐林木罪的法定刑升高，反而认为，由于该罪的对象被限定为“林木”，相较于盗窃罪的对象“财物”而言，其被侵犯的可能性较小，因而法定刑的降低是合理的。换言之，因为盗伐林木罪发案频率低于盗窃罪，所以预防必要性较低，因此，盗伐林木罪法定刑低于盗窃罪法定刑并无不妥。但是，将预防必要性低作为法定刑降低的理由并不充分。首先，发案频率低，引起社会恐慌小作为一种学理解释，并不存在于我国刑法盗伐林木罪的罪状当中。构成要件与法定刑之间是一条笔直的通路，所有导致法定刑升高或降低的要素都应反映在构成要件中，质言之，发案频率低、引起社会恐慌小不能作为法定刑降低的直接依据。其次，发案率的高低与预防必要性之间并不具有必然联系，危害公共安全与危害国家安全的犯罪发生频率较低，但其法定刑设置却没有因此而降低。

### （二）实质的单一区分标准评述

针对上述形式单一标准存在的问题，有学者提出重法例外适用理论。该理论主张，法条竞合时应当优先适用特别法，但出现以下两种情况时例外：第一，法律明文规定按重罪定罪量刑；第二，法律虽然无明文规定，但对此也没作禁止性规定，且按特别法定罪不能做到罪刑相适应时<sup>[5]</sup>。重法例外适用理论的支持者认为，我国刑法当中存在特别法条规定的犯罪违法程度并不低于一般法条，但其法定刑却比一般法条的法定刑重的现象，如果采取特别法条优于一般法条的原则定罪量刑，就会造成罪刑不均衡的现象。在这种情况下，只要刑法没有禁止适用重法条，或者说只要刑法没有指明适用轻法条，为了贯彻罪刑相适应的基本原则，就应按照重法条优于轻法条的原则定罪量刑。

对于这种重法的例外适用，有学者认为“重法有限利用理论指出了问题所在，‘特别法条’设置的法定刑虽然轻于一般法条，却不具有减轻根据，反而具有加重理由”<sup>[3]</sup>，并且针对这一问题提出了解决路径。但是，重法例外适用理论没有从法理角度为这种例外适用重法的思路寻找到站得住脚的理由。事实上，上述重法例外适用论采取的是一种以罪行是否均衡为标准区分法条竞合与想象竞合的做法。与形式标

准不同，该标准侧重于实质层面，也就是法定刑层面的考察。依上述标准，即使法条之间属于特别法条与一般法条的关系，也可以依据想象竞合的处断原则处置。竞合论的目的在于实现正确的刑罚裁量，对于法条竞合与想象竞合的区分而言，重点在于二者处断原则的不同，法条竞合时适用想象竞合处断原则，实际上就是一种将某些本应属于法条竞合的情况归类于想象竞合的做法。诚然，竞合论的功能在于提供正确的刑罚裁量，但功能性并不等同于正当性，重法的例外适用虽解决了罪刑不相适应的问题，但是否能仅仅依据罪行相适应原则便可以说明此种做法的正当性，关于这一点并不是全然没有疑问的。

### 三、双重标准判断之形式标准再思考：功能性反推正当性的新路径

正是因为认识到上述单一标准在处理想象竞合与法条竞合区分问题时的无力，我国学者在借鉴国外竞合理论的基础上提出了新的区分路径，即以形式与实质双重标准区分法条竞合与想象竞合的路径。具体而言，此处的形式标准是法条之间的逻辑关系，实质标准则是法益同一。张明楷教授主张，双重判断路径的第一重在于法条之间的逻辑关系，当法条之间具有特别关系或交叉关系时，符合法条竞合的前提。但如前所述，当法条之间处于交叉关系时，认定二者成立法条竞并不合适。长期以来，我国学者在处理竞合问题时侧重于一罪与数罪的区分，但探讨一罪与数罪的区分必然要考察罪与罪之间的逻辑关系，这就导致了我国通说所肯定的法条之间的逻辑关系这一判断标准，一定程度上偏离了竞合论的核心——刑罚裁量。既然竞合问题的核心在于刑罚裁量，相较于单纯地探讨法条之间的逻辑关系，通过法条竞合与想象竞合各自特殊机能作反向推导，对其各自成立范围进行进一步限制似乎是更为合理的做法。

基于此，法条竞合与想象竞合的区分问题，首先应被讨论之处是其处断原则及特殊机能的不同。换言之，法条竞合与想象竞合各自的成立范围应从其各自的处断原则及特殊机能出发，作反向推导，从而得出结论。这种通过功能性反推正当性的做法并非毫无依据。事实上，德国刑法学通说对于竞合论许多概念的建构便源自这种思维模式。例如，罗克辛教授指出，法条竞合是指，虽然在形式上实现了多个行为构成，但是，通过对其中一个行为构成的惩罚就已经可以清偿这个事件所具有的不法内容与责任内容。很明显，罗克辛教授对法条竞合的定义来源于法条竞合的功能，这种通过功能性定义法条竞合的方法导致德国法条竞合所涵盖的范围大于我国法条竞合圈定的范围，这是因为在德国竞合论的语境下，法条竞合是一个概念的集合，所有需要发挥法条竞合绝对排斥作用的情况，都会被收入这个概念的集合当中。

### （一）绝对排斥作用对法条竞合成立范围的限制

法条竞合的绝对排斥作用是指，法条竞合时，优位法得以排除劣位法适用，且劣位法不得以任何形式对最终的刑罚裁量产生影响。法条竞合之所以具有这种绝对排斥作用，是因为法条竞合可以被看作一种规范内部的逻辑关系，这种逻辑关系的存在使得当行为人的行为触犯具有包容关系或交叉关系的两法条时，应当适用相对而言下位、狭义的法条对案件事实进行评价。

由此，如果下位法、狭义法无法对案件事实进行充足评价，则该法条便在事实上丧失了其优位法的地位，此时也就不能肯定两法条之间属于法条竞合关系。值得注意的一点是，此处的充分评价并不仅仅指构成要件对案件事实的包摄程度，还应包括法定刑对案件事实的评价。这是因为，竞合论的目的在于提供正确的刑罚裁量，这一目的也必然影响充分评价的标准。也就是说，即使一法条能更为全面地包摄案件事实，但如果随之而来的法定刑不足以回应案件事实中的不法，导致较为严重的不法程度对应着较轻的法定刑，那么也很难肯定这是一种竞合层面的充分评价。以盗窃罪与盗伐林木罪为例，假设行为人盗伐1000棵树，价值100万元，若依盗窃罪规定，则应以无期徒刑论处；若依盗伐林木罪规定，则行为人最高只面临十五年有期徒刑的刑罚规制。因而，此处面临的问题是，从构成要件涵摄能力的角度考察，盗伐林木罪是盗窃罪的特殊法条地位，应当依据特别法优于一般法的处断原则优先适用盗伐林木罪。但从刑法评价的角度出发，盗伐林木罪的法定刑并不能对多出的不法行为做出回应，因而不能认为盗伐林木罪较盗窃罪而言能够更加充分地评价案件事实，也就无法肯定盗伐林木罪之于盗窃罪的特殊法条地位。

绝对排斥机能生效的前提是一法条无论是从构成要件涵摄能力还是刑法评价层面，都能实现对另一法条的绝对排斥。也就是说，如果一法条从构成要件或法定刑维度，有二者任一维度不能充分评价，则事实上无法实现法条竞合的绝对排除机能，进而无法肯定相关法条之间的特别关系。因而，上文提及的，当法条之间具有特别关系时便可以成立法条竞合的观点只是大致成立，确切的表述应当是，当一法条能够绝对排除另一法条的适用时，便可以说二者之间具有了法条竞合关系成立所必须的前提。

### （二）轻罪封锁作用对想象竞合成立范围的限制

想象竞合，是指一行为侵害数法益而触犯数罪名的情形<sup>[6] 898</sup>。不同于法条竞合，想象竞合时，争相适用的数法条都不具有排除其他法条独立适用的能力。这是因为二者具有本质上的区别，法条竞合是数法条对同一犯罪行为所造成的全部损害事实的多角度重复评价，想象竞合则是不同法条或者说不同罪名

对同一犯罪行为的损害事实的不同部分分别作出评价<sup>[7]</sup>。依据我国传统通说观点，想象竞合时，应当从一重罪论处，但这种处断原则并不全面。诚然，重罪的适用在此时无可厚非，但想象竞合有一个重要特点并未被这一处断原则关涉，即其构成要件的不完整性，这里的不完整性是相较于数罪并罚的情况而言的。数罪并罚时，以构成要件作为衡量基准判断行为人的犯罪行为，可以被截取为多个构成要件符合意义上的行为。但在想象竞合时，行为人的行为一旦充足数个构成要件之一，则剩余未被评价部分无法充足另一构成要件，因而，此时如果对行为人的行为实施数罪并罚，便相当于对行为人行为中的一部分进行了重复评价，违反了禁止重复评价的原则。但如果对剩余未评价部分置之不理，则违反了用尽原则。

针对想象竞合的这一特点，德国学者普珀教授指出，想象竞合时，法条之间实际上处于交叉状态<sup>[8]</sup>。因此，对于重叠部分，自然不能同时适用两个法条进行评价，但是对于非交叉部分，单独适用任意一个单独法条都不足以完全涵摄案件事实，因而，要依全面评价原则，使轻法的最低刑起到限制封锁宣告刑的作用，这种以轻罪的最低刑限制宣告刑底线的做法被称为轻罪的封锁作用。由此，想象竞合的范围应当被限定在虽有多于一个构成要件被考量，但最终适用最重的法定刑尚无法对案件事实充分评价，剩余部分又不足以充足独立的构成要件的情况。

### 四、双重判断标准之实质标准再思考：共同的不法核心理论

体系批判法益的观点认为，法益应当作为先实定法的存在指引构成要件的解释。判别两罪之间关系究竟是否属于法条竞合，也应当回溯到法益层面的考察。

#### （一）法益同一标准评述

张明楷教授指出，成立法条竞合应当经由双重判断，在经过法条之间逻辑关系的判断之后，还需要以法益的同一性为标准进行实质判断。法益同一性这一区分标准是由德国学者毛拉赫提出的<sup>[6] 133</sup>。这一标准在引入国内之后得到了不少学者的支持。例如，学者吕英杰认为：“‘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。我们在判断是否存在法条竞合时必须通过‘法益的同一性’限制法条竞合的范围。”<sup>[9]</sup>

法益同一性标准值得肯定。张明楷教授认为：“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）。”张明楷教授的观点旨在限制法条竞合成立范围的同时扩张想象竞合的成立范围，但这种做法将法益同一的标准限定得过于严苛。依据上述观点，盗伐林木罪的法益只是森林资源，因而否定二者之间的特殊关系，既二者并非法条竞合，由

此便可径行适用重法优于轻法的处断原则。这种解释路径虽有益于罪刑均衡的实现,但其背后的法益观却值得推敲。“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。”<sup>[6]</sup><sup>134</sup> 通过上述观点,张明楷教授对个人法益与集体法益做出了明确区分,并试图斩断二者之间的连接。但是,正如学者对其的批判,集体法益以其不确定性、模糊性、规则保护性闻名。因而,集体法益必须返回到人的利益或者说至少要与人的利益相勾连,才能获得刑法保护的入门资格<sup>[10]</sup>。有学者分析我国立法现状后指出,我国刑法当中确实存在“不重大的、不真正的、不明确的、不符合比例原则的集体法益”<sup>[11]</sup>。在这一立法背景下,将盗伐林木罪解释为单法益犯罪,并强调集体法益与个人法益的区别,虽然使得盗伐林木罪在与盗窃罪竞合的场合下得到合理的刑罚规制,但之于单独适用盗伐林木罪的场合,则会使得该罪的法益过分抽象,过分抽象的法益往往导致国家刑罚权对公民权利的过分侵犯。

(二)“罪质+罪量”立法模式与共同不法核心理论的契合性

法益同一标准有其合理性,但尚未及全面。站在实质违法性立场上,结合我国“罪质+罪量”的立法模式,判断一罪与另一罪在考虑法益侵犯性质的同时不能忽略法益侵犯的程度。法益同一性标准仅关注罪质的区别,却忽略了罪量对于构建违法性特征<sup>[12]</sup>的重要意义。

与法益同一标准不同,共同的不法核心理论是一种既考虑相同法益又考虑相当不法程度的判断基准。依据共同不法核心理论,盗窃罪与盗伐林木罪所保护的财产法益既是相同的,也是不同的。具体而言,在盗伐林木价值没有超过盗窃罪数额较大构成要件时,二者对于财产法益的保护无论从质的角度评判还是从量的角度考察,都无甚区别,唯独在盗伐林木罪中增添了对于林木资源的保护。此时,应当肯定二者属于特别法与一般法的关系,从而肯定法条竞合关系,适用特别法优于一般法的处断原则。但是,当盗伐林木的数量已经不能为盗窃罪的数额较大构成要件所涵盖时,盗伐林木罪对财产法益的保护已然不能周全,如果仍要执意认定二者属于法条竞合,则与罪刑相适应原则相抵牾。从法条之间的逻辑关系层面考察,如果案件事实充足盗窃罪数额巨大这一构成要件时,则二者之间的法条关系就不再是特别关系而是交叉关系,此时二者在具有重叠部分的同时各自具有彼此所不能包含的违法要素,盗窃罪独有的是超过数额较大部分的对于财产法益的保护,盗伐林木罪独有

的则是对于林木资源的保护。此时,应当认为二者的法益不再同一,进而认定二者属于想象竞合,适用重法的同时发挥想象竞合的轻罪封锁作用。

从罪刑关系的角度考察,一方面,构成要件是一条笔直通向法定刑的道路。作为判断不法及不法程度的构成要件与法定刑的设置之间存在均衡的对应关系;另一方面,“由于受刑罚处罚的必要性及其程度是通过刑罚的严厉性来体现,这意味着,解释犯罪成立要件时必须考虑刑罚问题,确切地说是应当以相关法条所规定的法定刑及适用作为解释基点”<sup>[13]</sup>。

竞合问题所关心的是在寻求一个适度的犯罪宣告及刑罚,换言之,是在寻找一个合乎比例原则的评价方式。将盗窃罪的三种不同数额分别与罪状相连接,赋予其构成要件地位,有利于厘清其与盗伐林木罪的逻辑关系,并在此基础上依据不同案件事实给予最合适的刑罚回应。

### 参考文献

- [1] 王彦强. 犯罪竞合中的法益同一性判断[J]. 法学家, 2016(2): 60-75.
- [2] 高铭轩, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 186.
- [3] 张明楷. 法条竞合中特别关系的确定与处理[J]. 法学家, 2011(1): 29-46.
- [4] 柯程耀[M]. 刑法竞合论. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 37-38.
- [5] 张明楷. 盗伐林木罪与盗窃罪的关系[J]. 人民检察, 2009(3): 12-16.
- [6] 黄荣坚. 基础刑法学: 下[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2012: 898.
- [7] 陈兴良. 法条竞合的学术演进: 一个学术史的考察[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2011(4): 60-69.
- [8] 丁慧敏. 想象竞合的功能及其存在根据[J]. 现代法学, 2013(3): 130-139.
- [9] 吕英杰. 刑法法条竞合理论的比较研究[J]. 刑事法评论, 2008(2): 464-486.
- [10] 孙国祥. 集体法益的刑法保护及其边界[J]. 法学研究, 2018(6): 37-52.
- [11] 王永茜. 论集体法益的刑法保护[J]. 环球法律评论, 2013(4): 67-80.
- [12] 柏浪涛. 加重构成与量刑规则的实质区分: 兼与张明楷教授商榷[J]. 法律科学(西北政法学报), 2016(6): 52-61.
- [13] 赵春玉. 刑法中选择要素的规范关系建构: 以共同的不法核心为基准[J]. 政法论坛, 2020(4): 72-85.

(责任编辑: 张红雨)