

刑事法学

想象竞合与法条竞合的界分与反思

——以“三段论”为视角的分析

张 森

(南京大学法学院,江苏 南京 210093)

摘 要:在法学三段论法运用的维度中,法条竞合与想象竞合的处断有着不同的进路。想象竞合以一行为无法被单一刑法规范完整评价为基础,因而需要多次适用三段论在数结论之间进行优选;法条竞合则以规范之间的交错重合关系为前提,因而根据彼此间的逻辑关系在大前提之间予以优选即可。不同的刑法理论选择构建了不同的犯罪构成、行为与刑罚理论,不同刑法理论对想象竞合与法条竞合的界分也有着明显差异,在具体探讨时需要从上述的基础要素出发区分想象竞合与法条竞合。

关键词:想象竞合;法条竞合;界分;三段论

中图分类号:D616

文献标识码:A

文章编号:1008-2433(2019)04-0093-07

DOI:10.16231/j.cnki.jhpc.2019.04.006

一、竞合的内涵界定与类型通览

案件事实与刑法规范之间并不都是一一对应关系,同一案件事实同时符合两个以上刑法规范的构成要件,也就是数个刑法规范竞相适用于同一法律事实,理论上被形象地称作法律的竞合^[1]。实际上,竞合关系不仅存在于分则规范对行为性质的评价方面,而且也存在于总则刑法规范的竞相适用方面,如一般累犯和特殊累犯、特殊再犯之间也会出现“竞合关系”,也就是会存在着既符合一般累犯的成立条件,又同时符合特殊累犯和特殊再犯的成立条件的情形^[2]。但我国理论界往往只在刑法分则规范适用的层面使用竞合一词,也因此,竞合的通常意义就是指一行为同时符合数个犯罪构成且触犯数罪名的情形^[3]。竞合就不仅

强调数个规范的竞相适用性,而在于数个犯罪构成的符合性,还有触犯数罪名。进一步说,强调数个刑法规范竞相适用的范围涉及整个刑法规范,包括刑法总则与分则规范在内;而同时符合数个犯罪构成且触犯数罪名则只能是指刑法分则的构成规范,这一概念也就将刑法中的竞合限定在了分则规范之上,从而将总则竞合排除在外。再进一步讲,这个竞合概念依其意义来讲则是纯描述性的,也就是强调在规范适用时存在着—行为同时符合数个构成的“客观状态”,并没有给出任何关于处断结论方面的限制和说明。也因此,这一竞合概念的外延是最大的,不仅包括了传统意义上的想象竞合与法条竞合,还包括承接竞合等多种类型在内。但无论进行怎样的理解,“同一法律事实”都是竞合的基础。对法条竞合与想象竞合

收稿日期:2018-11-12

基金项目:教育部基金项目“刑法变革中的罪数形态与数罪并罚研究”(项目编号:16YJA820026)的阶段性成果。

作者简介:张森(1975-),男,吉林长春人,南京大学—约翰斯·霍普金斯大学中美文化研究中心教授,南京大学法学院副教授,南京大学中国法律案例研究中心研究员,刑法学博士,政治学博士后,主要研究方向:刑法学、犯罪学。

进行综合归纳,尤其在法条竞合概念中,除了上述的一行为同时触犯了数个罪名的描述之外,还都包括处断结论在内,也就是只选择其中一个而排斥其他条文适用的具体处断要求^[4]。

一般认为刑法中的“竞合”(konkurrenz)一词源自德语,在德国刑法及理论中使用竞合一词的内容具体包括想象竞合(idealkonkurrenz)和实质竞合(realkonkurrenz),同时也将规范单一(gesetzes-essenheit)置于同二者相同的地位,共同构成了犯罪行为的单数与复数^[5]。我国刑法中的竞合一词源自对日本刑法理论的引进和介绍。时人以为日本与中国“同文同种”,所以只要“直接移植,略微调整便易成书”^[6],所以在引进的时候往往就将日文中的汉字写法直接借鉴过来;而竞合一词的日文表述则是根据其德语原意进行的翻译,将konkurrenz翻译成“竞合”,但在具体使用时似乎仅仅保留了其“形”和大致的含义,并没有完全接受德国刑法的做法也没有对德国刑法理论以及规范方面的变动进行追踪;所以日本刑法及理论中使用竞合一词的部分包括了法规竞合与想象竞合。我国在术语使用上基本沿袭了日本的做法,刑法理论中也有想象竞合与法条竞合,但对其本质以及处断上则又持不同观点。具体来说,想象竞合犯在日本属于处断的一罪,而我国将其归入本质或者本来一罪。随着开始直接从德国引进刑法理论,我国刑法所探讨的“竞合”一词的内涵出现了变化。晚近的一段时间,作为同罪数形态论地位相近的“竞合论”开始出现并占据了相当的主导地位,“竞合论的价值已经为人所知,从罪数论到竞合论的转变也在悄然发生。”^[7]基于这一前提,并通过对新近刑法修正案尤其是《刑法修正案(九)》的具体规定进行归纳与整理,更进一步确定我国采用了“分则个罪立法模式”的竞合条款已基本呈现类型化和规模化,直接根据“从一重处断”“从特别规定”和“数罪并罚”的三元处断结论出发,得出了立法区别对待想象竞合、法条竞合与实质竞合的基本立场^[8]。

至此,竞合一词在我国具有了更加丰富的内涵,不仅将三种“竞合”都包括在内,而且将其统称为一种独立的理论。日本刑法中,竞合不是一种独立的理论体系,仅仅用其表述罪数形态中犯罪之间关系的概念体系,在整个罪数论的体系中,法

规竞合属于本来一罪,观念竞合也就是想象竞合则被置于科刑一罪之中;而基于数个犯罪对数刑罚进行合并的则被称为并合,也就是数罪并罚。德国刑法中,竞合确实被分成观念竞合和实质竞合,其中观念竞合实际上就是指想象竞合,被归入纯正竞合之中;而实质竞合则是指数罪并罚,数个刑罚的并合,也被归入实质竞合之中;而我们所熟知的法条竞合在德国被冠之以法条单一且被归入不纯正竞合之列。

综上,从竞合的概念运用来说,德国刑法中的竞合包括了观念竞合与实质竞合,竞合与法条单一相对应;日本刑法中的竞合并不是真正意义的独立分类,都属于罪数形态体系中的最小结构单元,如果将想象竞合与法条竞合中的竞合一词独立出来,其大致对应的概念体系是并合,也就是数罪并罚。德国刑法中并没有法条竞合,我们所提到的法条竞合在德语中使用的词汇则是法条单一;而日本刑法中则并没有实质竞合,日本将实质竞合称之为并合;我国刑法理论界采用了与日本相似的做法,但是在数罪并罚的称谓上有所不同。因此,抛开体系地位方面的差异进行比较,德国刑法中的法条单一、想象竞合与实质竞合,日本将其分别称之为法条竞合、想象竞合与并合罪,我国则分别冠之以法条竞合、想象竞合与数罪并罚。进一步说,除了在想象竞合一词完全重合外,我国与日本所称的法条竞合则被德国刑法称之为法条单一,在数刑罚合并方面的差异最为明显,德国刑法依旧将其视为一种竞合,而日本认为其属于并合,我国直接将其称之为数罪并罚。

法条竞合、想象竞合与实质竞合虽然都被称为“竞合”,但三种不同类型的竞合并没有在同一刑法体系中形成融合和统一。但近年随着德国刑法学在国内的传播发展,一种新的观点逐渐兴起,即我国应当改变或放弃传统的罪数论,转向竞合论。以三大竞合的想象竞合、法条竞合和实质竞合,代替单纯一罪、包括一罪、科刑一罪和并合罪的划分^[9]。也由此,竞合论就成为统括三种“竞合”的综合性理论体系。

值得注意的是,竞合一词在德语和日语中的差异并非源于翻译或者语言习惯方面的不同,在两种不同的理论体系中,竞合所对应的概念范畴也有着显著的区别;在刑法理论以及刑事立法领

域中,经过多年的积淀,已经形成了现有的内涵与类型划分。

二、“三段论”运用维度中的大前提区分

采用精确计量的方法可以有效消除社会争议。莱布尼茨曾有一个设想:把人类的一切推理、思想、辩论过程都用计算来代替,谁是谁非不用争吵,只需平心静气地坐下来,说一声:“让我们计算一下吧!”算完以后,问题就解决了。这个设想如今已经部分成为现实,虽然在法学领域仍无法完全实现,但三段论为我们提供了统一的语法规范,使得讨论与推理具有了共同的方法论。三段论的逻辑方法是最传统、最典型的逻辑说明方法,从古希腊迄今历经二千余年而不衰,它具有不必是专家就能理解的普遍性。三段论不同于直接推理,是用于性质判断的间接推理方法;三段论适用需要有两个前提,亦即大前提与小前提,而且大、小前提实际上是两个判断。需要指出的是,三段论的逻辑方法并不是思考的方法,而是论证与推理的方法;从严格意义来说,思考是可以完全自由的,而进行说明与论证却是不自由的,说明与论证要经得起逻辑的考验^[10]。简单来说,三段论中的三段是指“大前提、小前提和结论”,在法律领域中就表现为“法律、事实和结论”,刑法规范适用时具体指“刑法规范、案件事实和判定结论”。

世界各国刑法典虽然在结构上存在着较大差异,但在具体规范表述方式上则有着相同和相通之处,也就是在刑法的表述上都采用基本相同的语法结构^[11]。进一步说,无论是总则的规定还是分则的条款,刑法的规范结构都遵循着“适用前提——适用条件——法律后果”三个部分。具体说,刑法分则的规范结构内容之中也包括“刑罚适用前提、刑罚适用条件和刑罚适用”三个组成部分^[12]。从这个意义来说,刑法分则的规范结构以刑罚适用为指向,而三段论适用则是以性质判定为目标,二者存在着一定的差距。简化来说,刑法分则规范就是以“对象——后果”的二元结构为基本框架,其中的对象就是指刑法规范所确定的犯罪构成,而三段论法则是对刑罚适用对象进行符合性判定时才运用的逻辑方法。换句话说,三段论是从法律规范出发进行行为性质符合性判断,在得到肯定结论之后进一步根据刑罚制度的有关

规定进行惩罚性后果的量定。从这个意义来说,在刑法中尤其是刑法分则中运用三段论只能对行为性质进行判断。

三段论古已有之,而且历史久远,但三段论的论证方法也仅仅是一种逻辑推理方法,是对行为性质符合性进行判定的方法性工具。从某种意义上说,只有存在着作为大前提而适用的刑法对犯罪行为类型的设定,才有运用三段论进行评价的必要。从历史发展的维度来进一步分析,在三段论中注入罪刑法定理念之后,才实现了从法律权威主义向法律合理主义的转变,完成了从形式符合性向实质合理性的转变^[13]。罪刑法定要求立法者事先明确设定特定犯罪的成立条件并予以公示,因此刑法规范往往将犯罪构成或者犯罪构成要件预先规定在刑法典之中,不仅将其作为行为约束规范,对被约束对象形成心理上的预先强制,同时也将其作为限制司法者动用刑罚权的实质限定,不得法外施刑。

刑法规范与刑法条文之间既有联系又有着明显区别,刑法条文是载体或者表现形式,而刑法规范则是实质的行为约束体系。进一步说,犯罪构成就是基于刑法条文的规范表述得出来的对成立特定犯罪必须具备的要件与要求;而针对具体行为运用三段论进行评价的大前提就是犯罪构成或者犯罪构成要件。所谓的构成符合性也就是根据刑法对特定犯罪的设定对行为事实进行符合性判断,从具体结果来说,得到肯定结论就应该运用该规范构成进行评价,得到否定结论则无法运用该规范予以处断。如前所述,规范只能依附于刑法条文,所以在判决中只能直接将具体的刑法条文作为根据予以表达,由此,规范的符合性尤其是犯罪构成的符合性就由刑法条文的符合性替代。由多个条文共同发挥作用形成的特定刑法规范,在具体引用时并不需要将其所涉及的诸多因素都一一予以表述,往往采用取舍技术,如我国通行的犯罪构成理论包括犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客观方面和犯罪客体等方面的要件,但在判决中往往只表述其符合的分则规范,若不存在特殊之处的话,对于犯罪主体、犯罪停止形态和共同犯罪等部分所涉及的总则条文就不再列出。

对个案的法律适用,系属逻辑学上“三段论法”的运用过程。传统意义上的三段论实际上是

基于三个判断之间的关系进行的论证,在整个过程中涉及三个概念范畴,对三者之间的关系予以深入分析,会形成对行为性质的判定。而在法学领域,我们往往使用简版的三段论,也就是大前提、小前提和结论。亦即,以规范作为大前提,以法律所规范对象之生活事实作为小前提,以法律效果作为结论。其中,大前提的“规范”,往往需先予解释,由此乃产生如何解释的“法学方法论”。小前提的“事实”,需依“证据”所认定或“依经验法则”所推定的事实始能加以认定,此一阶段乃涉及“证据方法与举证责任”的问题。结论,则属具体法律效果的形成^[14]。虽然称之为三段论运用方法,但实际上一般认为广义上的法学三段论法包括了四个部分和阶段:调查证据而认定事实、解释及确定法律构成要件之含义、案件事实与刑法犯罪构成的符合性判断、确定法律效果。其中的符合性判断不仅是一种寻求逻辑结果的过程,还是一个评价性的认识过程。

犯罪构成复合性的判断基本上是三段论的演绎推理过程。三段论的大前提是刑法明文规定的,其真实性毋庸置疑。但刑法的许多规定较为抽象,需要具体解释。因此,大前提的真实性便取决于解释的正确性。运用法学方法论构建的大前提整体也就是犯罪构成规范体系应形成严密的法网,各犯罪构成的外延清晰、明确,而且彼此之间既无重合,又不存在着遗漏。实际上,刑法允许有漏洞,甚至必须有漏洞,因此残缺不全是刑法的特色之一,而追求构建毫无瑕疵与漏洞的刑法是徒劳也是危险的^[15]。法条竞合发生的原因就是刑法对犯罪的错综规定导致了一行为虽然形式上同时符合数个刑法条文,但数个刑法条文之间存在着对立排斥关系,因而只能选择其中一个条文而排斥其他条文适用的情形。

综上,三段论维度中的法条竞合就应该被界定为大前提之间的竞合关系。从这个意义来说,法条竞合本来也不是罪数形态的研究内容,而应该属于刑法规范的适用。因此也有学者认为,法条竞合根本不存在,只要对各犯罪构成的外延精确界定,各分则条文所规定的犯罪构成在外延上就不会出现交叉^[16]。我国刑法分则第三章中生产、销售伪劣商品罪一节的普通产品和特殊商品之间原来并没有竞合关系,对犯罪对象的外延进

行界定时,需要采用体系解释的方法,应该将产品的外延理解为除去假药、劣药和食品等一系列特殊商品之外的普通产品,而一般产品由于并无特殊的功能表现,所以只能通过销售金额来认定对市场的侵害及程度;而对特殊商品则通过特殊功能的角度来判定其社会危害性及其程度。但刑法第149条则规定了本节法条的适用,其含义非常明确。生产、销售特殊商品不构成各该条规定的犯罪但符合生产、销售伪劣产品罪成立条件的则需要依照生产、销售伪劣产品罪,或者同时符合生产、销售特殊商品罪与生产、销售伪劣产品罪的,则需要依照处罚较重的规定定罪处罚,该条规定被我国刑法理论界确定为“典型的法条竞合”。但是,在特殊法与普通法已经得到明确区分的前提下,再度对“重法优于轻法”的处断方法加以明示似乎并不是为了强调,而是推翻了采用体系解释方法所得出的结论,此时将产品的外延理解为包括假药、劣药、食品等一系列特殊商品和普通产品在内的广义产品。该条文将原来各自独立的犯罪又进行了融合,因此才出现了“法条竞合”;质言之,此时的法条竞合关系原来并不存在,是刑法自己增设的。与此形成鲜明对比的就是诈骗罪与金融诈骗罪的适用,诈骗罪属于普通诈骗,而金融诈骗则属于采用特殊方法针对特定对象的诈骗,所以在界定诈骗罪的成立条件时自然就要将保险诈骗等“特殊”类型的诈骗行为排除在外,而且由于没有类似刑法第149条的适用规定,也就导致被分立的犯罪并没有融合,依旧保持着独立的状态。所以,作为三段论大前提的刑法规范的外延是进行刑法评价的前提,对刑法分则规范的内涵以及相互之间的关系进行不同解读,也决定着竞合论的存在范围与刑法条文适用。

从三段论法适用的维度对竞合进行分析,法条竞合其实属于大前提层次的规范间的关系问题;而想象竞合则是指同一物理性的身体动静触犯了数个刑法分则规范,而且各规范间也不存在着静态上的逻辑对立关系,所以就需要结合小前提进行处断^[17]。

三、“三段论”运用的小前提反思

三段论法的小前提也就是案件事实也要真实,在进行构建时,也要运用分析与综合的方法。

既要把客观对象的整体分为各个部分、方面、特征和因素加以认识;也要将已有的关于客观对象的各个部分、方面、特征和因素的认识联结起来,形成对客观对象的统一整体的认知。正确的具体三段论,是前提真实而形式又正确的三段论^[18]。作为被评判对象的小前提,并不都是简单的单一具体事实,有时需要先对其内部的复杂样态进行解构,确定行为单复之后才能进一步进行刑法条文的适用。想象竞合的前提与适用对象必定是“一行为”,而关于“一行为”的认定,在理论上以及实践中都是非常复杂的问题。所谓一行为,不是从构成要件的评价上看是一个行为,而是基于自然的观察,在社会的一般观念上被认为是一个行为;在一个行为可以被分解为两个更小的组成部分时,就需要对两个部分之间的重合性进行判断,虽然多数学者持主要部分重合说,但一部重合说、着手一体说和不可分割说等学术见解也有一定的市场^[19]。而且进一步说,行为人仅仅为了杀人而不法持有枪支,然后实施杀人行为的,应该认为主要部分是重合的,属于一个行为而成立想象竞合犯^[20]。上述例证似乎更符合我们通常意义上的“牵连关系”,而非“想象竞合关系”。在三段论法中,虽然想象竞合犯与牵连犯有着明显的区别,想象竞合犯的小前提是一行为,而牵连犯的小前提应是数行为,但无论在理论上还是在实践中,对想象竞合犯与牵连犯进行区分都是一个相当棘手的问题,原因在于对“一行为”的理解过于宽泛和复杂^[21]。

“一行为”的认定之所以至关重要,不仅可以从法律传统角度进行探寻,也可以从规范构建的方面找到答案。从古罗马以来一直强调的“一行为只能一罚”的历史传统得到了遵循;虽然刑法规范具有最高的权威性,但刑法中的犯罪构成是从社会生活尤其是规范观念的演进中逐渐形成的,因而刑法规范的类型化构建无法脱离社会生活尤其是社会观念的基本向度,无论在规范层面上如何表述,都要受到相对朴素的社会观念的影响。也正是基于“一行为”只能受一罚的现实性制约,将一行为作为适用前提的法条竞合与想象竞合的刑罚结论都只能是一罚。行为的单一实际上限定了处罚的单一,即便作为单一行为的小前提可以被数个前提所评价,也就是可以被多个刑法分

则的构成规范所评价,但其惩罚结果只能是一个。得到确定结论后,也只能在一行为概念的外延上做文章,导致概念外延也因此出现了扭曲性的异变。从另外的角度来说,刑法理论与实践应用所面临的难题都一样,采用不同的理论也只不过将争议的焦点从确定犯罪构成外延方面转移到了行为单复判断方面而已^[22]。因此,理论构建过程中的基础层次选择与先后顺序设定问题有时会成为比较关键的因素,如果不对学术理论形成的历史进行追溯性考察,仅对现有理论与制度的地位以及外延进行揭示,并不能自然而然地完全理解个中缘由。而一旦经过叠加与累积演化成了相对成型的理论,并且上升为刑法制度之后,就开始了理论的固化并开始既定知识的传播;学术界也往往采用遵循通说的做法,除非理论积弊到无法弥补或者出现了野心勃勃的理论创新者之后,这种既定的理论体系和知识传授才会被动摇。而理论知识在进行继受传播时,鲜有二战后那种彻底地割裂性地全面抛弃的革命性转变,这种转变方式往往导致思想、理论、制度乃至知识上的真空。一般来说,知识传播都是渐进的,不会从整体上进行引进,相反,只能从某些概念、制度等具有更多相同之处的概念与理论中加以引进。

我国对于竞合论的探讨,无论是对想象竞合还是法条竞合,主要的观点都是从域外继受而来。而在接受的过程中,出于特定时期的制度基础方面的原因,也必然会采取相当的省思与重新定位,因此也并没有完全接受域外相关制度的全部内容。日本将法条竞合置于本质一罪中,而将想象竞合置于处断一罪之中;我国在一段时间内认为法条竞合属于法律适用问题将其放到刑法分则的一般理论中进行探讨,而将想象竞合纳入到本质一罪中予以探讨和分析。从某种意义上来说,虽然对想象竞合的处断结论都是只给予一罚,但在具体的体系地位上却出现了如此迥异的观点,原因确实值得深思。实际上,形成目前状态的原因是多方面的,既有学术历史维度的原因,也有基础理论上的差异。相反,忽略各方面差异或者前提基础方面差异的做法可能才真正危险,这不仅导致在方法论上出现了重大偏差,而且也在具体制度构建方面打破了原有体系的统一性。

与德国的刑法理论相比较,我国除了引进前

苏联的刑法制度与理论之外,更多地受到日本刑法理论的影响,而日本刑法理论则属于中华法律与德国刑法的融合,同时也受到法国乃至英美法系刑法的影响^[23]。中华法系早期所采取的重刑主义是针对人的刑罚而设定,在“恶”的人设基础上构建的处罚制度连数罪并罚与累犯都不大区分,那么竞合关系或者牵连关系等也没有存在的必要和空间。在这一思想基础上构建的刑罚制度连“数罪也一罚”,那么“一罪自然也只能一罚”。此外,虽然各国刑法都强调主客观方面的统一性,但在具体设定方面仍然会存在差异。具体来说,中国刑法和英美法系刑法更强调行为人的主观方面,也因此,美国刑法对于预谋等具有强烈主观色彩的犯罪进行了特殊规定,对于夜盗罪的惩罚也具有相当的代表性;相比而言,以德国与日本为代表的大陆法系则更加强调客观方面,也就是行为所造成的侵害后果,但由于受到行为单复方面的限定,也只能对造成复数侵害结果的一行为按照一罪处罚,这本质上是一种违背,也因此才需要在理论上进行重新地诠释。

实际上,上述针对一行为只能进行一罚的基本理念也仅仅是一种观念上的归纳,即便强调行为具有单一的“目的性”而只能按照一罪处罚,但在我国刑法分则以及司法解释的具体规定中仍然存在着基于一个行为目的实施一个行为而仍按照数罪并罚的情形。深入探寻其原因,可以归纳为客观行为以及犯罪结果的独立性已经非常明显地超越了主观意图的单一性,因而需要认定为数罪进行并罚。而理论上提出的“一行管二说”的表述非常形象地诠释了单一行为在规范评价方面的复杂表现,但这种解释方法并没有被广泛接受。尤其在我国,刑法适用强调用不同罪名来区分犯罪之间的性质差异,也强调罪名确定对性质判断的关键作用,所以一行为同时触犯数个相同罪名的,罪名之间并无对立性的竞争关系,而属于择一关系,无论选择哪一个都应有相同的效果。

而对于传统意义上的法条竞合关系进行展开,会发现法条竞合关系的种类划分实际上就是形式逻辑中三段论规则运用时的两个前提之间四种可能性表现的进一步演绎。虽然对法条竞合关系的本质存在着不同的见解,通说往往认为法条竞合或者法规竞合首先是个犯罪形态问题,其次

才是法条适用问题,故而把它放在实质的一罪中加以研究^[24]。进一步说,一个犯罪行为虽然从外观上看,好像与数条刑罚法规都相符合,但实际上,由于这些刑罚法规构成要件的内容是相互重复的,所以只能从这些法规中适用一条而排除其他条文的适用^[25]。

但是,法条或者法规范之间的关系并不容易确定。从某种意义来说,规范之间的竞合应该从有刑法规范之时就存在着,但无论在中华法系早期还是古罗马时期,无论在立法技术发达的时期还是三段论已经深入人心的时代,规范竞合都没有成为具有理论价值和实践意义的问题,甚至都没有相关的论述。从这个意义来说,法规竞合之所以成为理论上的问题,不在于有无刑法规范,也不在于刑法规范之间是否存在着错综的重合交叉关系。应该将其归结为刑法适用精细化的产物,而且,也在于概念法学所确定的构成规范愈来愈有权威性,而且这种权威性也需要从正当性与合理性方面去深入挖掘和维系。

传统观念认为应该从法条规范之间的逻辑关系来诠释法条竞合与想象竞合之间的差异,实际上,三段论法适用的小前提,也就是单一行为的内涵与外延也决定着法条竞合与想象竞合的适用范围,也会对结论产生相当的影响。

四、结 论

从法学三段论法运用的视角能够对法条竞合与想象竞合进行初步界分。想象竞合表现为任何一个大前提都无法完全评价单一的犯罪事实,因此需要多次适用三段论后在结论之间进行优选;而法条竞合正好相反,在能够得到全面评价的前提下,要根据规范之间的逻辑关系才能确定所适用的大前提而排斥其他。实际上,法条之间的逻辑关系本身并不容易确定,很多隐性的内在关系会随着刑法适用过程不断出现的复杂样态而被揭示出来;而且一行为的外延也存在着诸多争议,这也导致了上述的区分方法无法被贯彻到底。此外,作为想象竞合与法条竞合共同基础的犯罪成立理论与刑罚制度也是影响二者区分的重要因素,在犯罪成立理论没有出现根本性变更以及刑罚制度也并无根本性调整的背景下,仍应继续沿用通行的做法。

参考文献:

- [1] 刘士心. 竞合犯研究 [M]. 北京: 中国检察出版社, 2005: 1.
- [2] 张森. 一般累犯的结构解析及完善进路 [J]. 法学杂志, 2014(4): 65.
- [3] 黎宏. 刑法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2012: 313.
- [4] 马克昌. 犯罪通论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 628.
- [5] Hans - Heinrich Jescheck, Thomas Weigend. Lehrbuch des Strafrechts(Allgemeiner Teil) [M]. Duncker und Humblot, 1996: 718 - 738.
- [6] 黄源盛. 法律继受与近代中国法 [M]. 台北: 元照出版公司, 2007: 73.
- [7] 陈兴良. 从罪数论到竞合论——一个学术史的考察 [J]. 现代法学, 2011(3): 110 - 111.
- [8] 王彦强. “从一重处断”竞合条款的理解与适用——兼谈我国竞合(罪数)体系的构建 [J]. 比较法研究, 2017(6): 98 - 100.
- [9] 胡洋. 罪数论与竞合论的体系之争及我国刑法的路径选择 [J]. 河南大学学报(社会科学版). 2018, 58(1): 84.
- [10] 郑逸哲. 法学三段论下的刑法与刑法基本句型(一): 刑法初探 [M]. 台北: 作者自版, 2005: 5 - 10.
- [11] George P. Fletcher. The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International [M]. Oxford University Press, 2007: 5.
- [12] 张森, 付立庆. 刑法分论 [M]. 长春: 吉林人民出版社, 2018: 2.
- [13] 张森, 高红银. 罪刑法定性质辨析 [J]. 政治与法律, 2010(1): 121 - 123.
- [14] 李惠宗. 案例式法学方法论 [M]. 台北: 新学林出版公司, 2009: 216.
- [15] 林东茂. 一个知识论上的刑法学思考 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 286.
- [16] 冯军, 肖中华. 刑法总论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 375 - 376.
- [17] 蔡军. 想象竞合犯的理论批判与实践重构 [M]. 北京: 法律出版社, 2012: 86.
- [18] 金岳霖. 形式逻辑 [M]. 北京: 人民出版社, 1997: 177.
- [19] 大谷实. 刑法总论讲义 [M]. 东京: 成文堂, 1991: 489.
- [20] 张明楷. 刑法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 368.
- [21] 赵丙贵. 想象竞合犯研究 [M]. 北京: 中国检察出版社, 2007: 52 - 57.
- [22] 张森. 罪数个体标准的反思 [J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版), 2008(3): 137.
- [23] 张森, 徐辉. 中、法、德等国刑法对日本近代刑法发展的影响 [J]. 日本研究, 2006(2): 96.
- [24] 吴振兴. 罪数形态论 [M]. 北京: 中国检察出版社, 1996: 151.
- [25] 顾肖荣. 刑法中的一罪与数罪问题 [M]. 上海: 学林出版社, 1986: 61.

(责任编辑: 王利宾)

Rethinking on the Distinctions between Ideal Concurrence and Regulatory Concurrence

——From the Perspective of Legal Syllogism

ZHANG Miao

(The Johns Hopkins University - Nanjing University Center for Chinese and American Studies, Nanjing Jiangsu 210093, China)

Abstract: In the perspective of legal syllogism, ideal concurrence and regulatory concurrence share the different logic methods. Ideal concurrence can only be concluded after several syllogism, owing to not a specific article can cover the crime; while regulatory concurrence can be solved through the selection among big premises according to the logic relationship. The distinctions should be comprehended from the essential factors, including theories of perpetration, penalty and crime, which will really help to solve the problem.

Key words: ideal concurrence; regulatory concurrence; distinctions; syllogism