

法条竞合特别关系及其处理

王 强 *

内容提要：特别法条惟轻，造成法条竞合特别关系的中国式争议。法条竞合与想象竞合的结构差异，表明不必区分二者的“大竞合论”不能成立。法益同一是判断法条竞合的实质标准；“本法另有规定的，依照规定”是注意规定，是法条竞合适用原则的重申。“异质的法条竞合”现象下特殊法条数额标准的双重任务以及“典型（常态）立法技术”，表明“特别法条惟轻”立法并非没有章法；即便立法有误，适用重法优先原则也无异于让行为人为立法错误“埋单”；罪量要素的特殊性表明，应先运用法条竞合理论决定行为类型定型，再根据数量要素，判断该行为是一般违法抑或犯罪、轻罪抑或重罪。只有交叉、双包容关系下的法条竞合，方有“重法优于轻法”之适用。

关键词：法条竞合 特别关系 想象竞合 罪量要素 双包含关系

法条竞合特别关系的“特别法（条）优于普通法（条）”原则，在德日及我国台湾地区的学说中已成共识。但因为所谓“没有章法”的刑事立法和司法解释，法条竞合特别关系却成为中国式竞合论的主要争点：若特别法处罚轻于普通法，是坚持特别法优先，还是补充适用“重法优于轻法”？数额未达特别法定罪起点而超过普通法数额起点时，能否以普通法论处？

特别法绝对优先论（简称特别法论）主张：特别法与普通法竞合，除法律明文规定外，都适用特别法优于普通法的原则，不能根据个人价值判断对法条从重选择。^{〔1〕}

重法补充适用论（简称重法论）主张：原则上行为符合特别法条，适用特别法条，但两种特殊情况下适用重法优于轻法的原则：一是法律明文规定重法优先；二是法律虽无规定适用普通法条，但对此也无禁止规定，而且按特别法条定罪明显不能罪刑相适应时，重法优先，条件有三：（1）触犯的是同一法律的普通法条与特别法条；（2）特别法条的法定刑明显轻于普通法条，并缺乏法定刑减轻的根据，而且适用特别法条明显违反罪刑相适应原则；（3）刑法没有禁止适用普通

* 南京师范大学法学院博士生。

本文得到江苏省普通高校研究生创新项目（cxzz11_0836）和南京师范大学优博培育计划资助。

〔1〕 参见陈兴良：《教义刑法学》，中国人民大学出版社2010年版，第703页以下；周光权：《法条竞合的特别关系研究》，《中国法学》2010年第3期；阮齐林：《对未溢出特别法的行为排斥“重法优先”规则》，《检察日报》2011年2月17日；刘士心：《竞合犯研究》，中国检察出版社2005年版，第110页以下；等等。

法条，或者说没有指明必须适用特别法条。^{〔2〕}

另有学者主张：分属侵犯个人法益与侵犯国家、社会法益的过失致人死亡罪与玩忽职守、交通肇事、医疗事故等罪，诈骗罪与合同诈骗、金融诈骗罪等普通法与特别法轻重倒置的法条之间，虽形式上具有包含、交叉关系，但因“法益不同一”，故不是法条竞合，而应作为想象竞合从一重处断，既防止重罪轻判，又避免与“本法另有规定的，依照规定”的法条竞合适用规定相冲突。^{〔3〕}此说姑且称法条竞合限制论。

还有学者提倡一种“大竞合论”，即无需严格区分法条竞合与想象竞合，只要构成要件间存在竞合关系，从一重处罚即可；“本法另有规定的，依照规定”，不是法条竞合适用规定，而应在想象竞合“从一重处罚”的意义上把握。^{〔4〕}

修法论则认为，特殊条款和一般条款入罪数额标准，有严重的差异化错位现象。如司法解释对既侵害财产权又侵害金融管理秩序、社会危险性明显更重的金融诈骗罪规定了较诈骗罪更高的数额标准，导致原本可以以诈骗罪处罚的行为进入金融领域反而不构成犯罪或处罚更轻，如此规定匪夷所思，解决思路是法条竞合入罪标准的统一化。^{〔5〕}修法论虽不属规范刑法学视角，但其修法理由却是特别法论以外其他三说共同的立论基础。

法条竞合与想象竞合，确如“大竞合论”所言，不必区别？若有必要区分，法条竞合限制论的标准是否合适？特别法条惟轻真的“没有章法”？对于这些问题，笔者下文一一展开论述。

一、法条竞合与想象竞合仍有必要区分

法条竞合和想象竞合的区分，的确是尚未完全厘清的刑法难题。倘若处理结果完全相同，区分二者就显得画蛇添足；倘若处理结果有差异，学理理应为界分二者不遗余力。

在竞合论视野下，法条竞合是与纯正竞合的想象竞合相区别的不纯正竞合。之所以不纯正，是因为法条竞合看似有数个构成要件可资适用，但只要适用其中一个，就足以包涵该行为全部非价内容，基于禁止重复评价而排斥其他构成要件的适用；即实际上仅有一个构成要件该当，欠缺复数构成要件实现之（纯正）竞合论基础。^{〔6〕}在罪数论视野下，法条竞合是单纯一罪或评价一罪，即犯罪成立上的一罪，该当一次构成要件，与实质性的符合数个构成要件、构成数罪、科刑上以一罪处断的想象竞合截然不同。^{〔7〕}可见，无论竞合论抑或罪数论，法条竞合与想象竞合在构造上都存在本质区别：法条竞合是一行为该当一个犯罪构成，成立一罪，依该罪法定刑处罚；想象竞合则是一行为该当数个犯罪构成，构成数罪，只是科刑上作为一罪处理。“就构成要件适

〔2〕 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社2011年版，第702页以下。重法论主张也见庄劲：《犯罪竞合：罪数分析的结构与体系》，法律出版社2006年版，第131页以下；吴振兴：《罪数形态论》，中国检察出版社1996年版，第171页。

〔3〕 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482页以下。

〔4〕 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》（未刊稿）；陈洪兵：《刑法分则中“本法另有规定的依照规定”的另一种理解》，《法学论坛》2010年第5期。

〔5〕 参见于志刚：《刑法学总论》，中国法制出版社2010年版，第295页以下。

〔6〕 参见〔德〕耶塞克、魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第873页，第892页；〔德〕韦塞尔斯：《德国刑法总论》，李昌珂译，法律出版社2008年版，第472页，第477页。

〔7〕 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第444页；〔日〕山口厚：《刑法总论》，有斐阁2007年版，第365页。

用而言，法条竞合的构成要件是选择适用，而想象竞合犯可称为构成要件累积适用。”〔8〕

竞合关系的处理受制于竞合形态的结构特征，构造的本质差异决定了二者处理结果的重大差别：法条竞合，一个刑法法规排除其他法规，被排除的法规并不出现在有罪判决中；想象竞合，必须将所有同时被触犯的刑法法规一一列出，因为行为的全部不法内容产生于所有将被适用的刑法法规本身，〔9〕即“想象竞合的明白记载功能（Klarstellungsfunktion）”〔10〕。

对此，“大竞合论”质疑：“是否在判决书中列明被排斥的罪名，只是问题的表象，实质在于是否存在重要的法益侵害事实需要评价，如果存在，无论哪种竞合都应在判决书中列明。例如通常认为盗伐林木罪与盗窃罪系特别关系法条竞合，即便因为林木价值特别巨大而最终以盗窃罪论处，法官也不可能不在判决书中指明盗窃的对象是生长中的树木，因为这是重要的法益侵害事实。又如同种类想象竞合，开一枪打死两人，即便只构成一个杀人罪，也必须在判决书中指明一枪打死了两人，因为这是重要的法益侵害事实。所以，是否在判决书中列明被排斥的罪名，与是法条竞合还是想象竞合无关，凡是重要的法益侵害事实均应列明。”〔11〕

在笔者看来，“大竞合论”的第一个问题是误解明白记载功能、混淆事实记载与事实评价。明白记载功能不是记载案件事实，而是通过数罪名（条文）在判决主文中的引用，完整评价行为事实，呈现想象竞合包涵的复数构成和不法全貌。例如开一枪打死一人重伤一人，重要的不是记载这一事实，而是评价行为同时该当故意杀人罪和故意伤害罪（或过失致人重伤罪）的构成要件。“想象竞合‘从一重处断’，实务见解向来认为，就所成立数罪名中，比较轻重，在判决主文中只论以重罪，不论轻罪。此作法实属误解‘从一重处断’真义，抹煞想象竞合‘明白记载功能’。从一重处断只是法定刑的从一重，并非罪名的从一重，应该是论以数罪名中最重罪名的法定刑，宣告所应科处的刑罚，轻罪和重罪的条文均应在判决主文中全部引用。”〔12〕

第二，事实上，想象竞合的处理并无统一的立场：有从一重处断（吸收原则），如2005年修正前的我国台湾刑法；有从一重加重处罚，如瑞士、意大利刑法；有“从一重处断，但不得科以较轻罪名所定最轻本刑以下之刑”（结合原则、轻罪封锁作用），如我国台湾、德国、日本〔13〕、奥地利〔14〕刑法；也有数罪并罚的立法谏言。〔15〕唯有认识到想象竞合不同于法条竞合的数罪特质，才能理解如此琳琅满目的处理原则，才能解释为何意大利刑法会分别规定法条竞合与想象竞合的适用原则，才能解释为何“想象竞合，被排斥的轻罪的附加刑仍应适用”。难以想象“大竞合论”如何解释上述现象，无论如何，法条竞合都不该有数罪并罚的可能。

第三，为证明法条竞合“择一适用”与想象竞合“从一重处断”同质，“大竞合论”援引黄荣坚教授的论述：“法条单一的法律效果固然是罪名的择一适用，然而被排斥的法条并非完全没有作用，例如轻罪的封锁作用就是一个很清楚的例子。此外，在优先法因时效消灭、欠缺告诉或

〔8〕 许玉秀：《一罪与数罪的理论与实践（七）》，《台湾本土法学杂志》2006年第84期。我国传统刑法理论认为想象竞合只有一个行为，属实质一罪。此说不能揭示想象竞合符合复数构成要件的数罪特征。

〔9〕 参见前引〔6〕，耶塞克等书，第892页，第882页。

〔10〕 前引〔8〕，许玉秀文。

〔11〕 参见前引〔4〕，陈洪兵未刊稿。

〔12〕 参见林山田：《刑法通论》下册，作者发行2008年版，第308页，第319页；黄荣坚：《基础刑法学（下）》，中国人民大学出版社2009年版，第602页，第606页。我国传统刑法理论也存在同样误解。

〔13〕 日本刑法第54条虽规定“按照其最重的刑罚处断”，但通说理解是“比较成立的犯罪的法定刑，上限和下限均相对更重的刑罚范围内处断”（前引〔7〕，大谷实书，第445页），故归于此类。

〔14〕 奥地利刑法采取不区分想象竞合与实质竞合的单一刑罚原则（瑞士亦如此），想象竞合和实质竞合适用相同处理原则，也从一侧面表明想象竞合的数罪特征。

〔15〕 参见前引〔12〕，黄荣坚书，第610页；前引〔2〕，庄劲书，第210页以下。

是刑法本身没有处罚未遂之规定而无法论罪的时候，是否可以退而适用基本法作为论罪依据，就成为问题。就此问题，基本原则是，必须依立法意旨来做决定。”在笔者看来，这段论述不能证成中国刑法视野下的“大竞合论”：

1. 关于“轻罪的封锁作用”。许玉秀教授指出：“（想象竞合）从一重处断，法官仍有刑罚裁量权，法官并没有依照重罪名最轻本刑量定刑罚的义务，纵然没有该项决议（轻罪封锁作用之规定），法官依照轻罪封锁原理量刑，并不违反罪刑法定原则，而且顾及侵害数法益的事实，所量定的刑罚反而符合罪刑相当原则，该项决议应该解释为提醒法官注意罪刑相当原则的行政指导，还不至于抵触宪法原则。”〔16〕可见，轻罪封锁作用无非是将衡平（比例）原则对司法裁量权的制约转变为可操作的刑法规则而已，衡平原则不会因为法条竞合没有类似规则而否定其制约司法裁量的要旨。轻罪封锁之于法条竞合，也是衡平原则制约司法裁量的当然结果；轻罪封锁对想象竞合是显性制约，对法条竞合则是隐性制约；不能因为法条竞合也有轻罪封锁效果，就误认为是法条竞合准用了想象竞合的适用规则，将法条竞合与想象竞合混同。

2. 关于“优先法不处罚未遂”。依托我国台湾刑法“处罚未遂由分则特别规定”模式的论述，难以适用于我国刑法“处罚未遂由总则一般规定”的模式。

3. 关于“优先法未经告诉”。首先，我国刑法中的亲告罪仅限极少数轻微犯罪，并且都有情节严重时“公诉化”的规定，黄教授例举的情状在大陆并不存在；其次，黄教授也认为，刑法是否规定告诉乃论，除犯罪轻重因素外，还有其他因素，如被害人名誉或其他利害关系，在此前提下，退而适用被排斥的基本规定显然会使原来的立法意旨落空。

4. 关于“优先法时效消灭”。真正成问题的是非严谨的法条单一，特别是所谓前行为与后行为的吸收关系。而这在我国刑法理论中根本没有作为法条竞合来处理，黄教授本人否定吸收关系法条竞合，“大竞合论”也认为所谓吸收关系法条竞合应作为吸收犯或包括一罪来处理。〔17〕就严谨的法条单一，消灭时效当然应以优先法为准。

可见，上述四种情状，或是论者理解有误，或是不适合我国刑法语境，或是非针对严谨的特别关系法条竞合。而且，黄教授明确主张严格区分法条竞合与想象竞合，难以想象上揭论述如何为“大竞合论”提供论据。〔18〕

综上，想象竞合是一行为数罪一罚（以一罪处断），法条竞合是一行为一罪（形似数罪）一罚；前者一般定位于法律效果论，后者定位为构成要件该当性的内容较为妥当。〔19〕构造与位阶的差异决定了处理结果上罪名宣告（行为评价）的区别，“大竞合论”恐难成立。

二、逻辑关系和法益同一——法条竞合与想象竞合的区分

（一）法条竞合与想象竞合的区分标准

既然有必要区分，那应如何区分法条竞合与想象竞合？最常见的标准立足于法条关系：一行为触犯的数法条间存在重合或交叉关系时，是法条竞合；法条竞合中数法条间的重合或交叉关系，不以犯罪行为的发生为转移，而想象竞合中数法条的关联，以特定行为的实施为前提或中

〔16〕 许玉秀：《一罪与数罪的理论与实践（三）》，《台湾本土法学杂志》2006年第80期。

〔17〕 参见前引〔4〕，陈洪兵未刊稿。

〔18〕 以上黄荣坚教授主张，参见前引〔12〕，黄荣坚书，第596页，第600页以下。

〔19〕 参见陈兴良主编：《刑法总论精释》，人民法院出版社2010年版，第606页；柯耀程：《刑法竞合论》，中国人民大学出版社2008年版，第25页以下，第94页。

介。^[20]于是,法条竞合的研究重心转向法条关系问题。

可是,法条间的逻辑关系真的可以脱离具体行为事实存在吗?在确定法条关系时,实际上我们已经预设了一个假想案例:诈骗罪与招摇撞骗罪是交叉关系,是因为有行为人冒充国家机关工作人员骗取公私财物;盗窃枪支罪与盗窃罪是特别关系,也是以行为人明知是枪支而窃取为前提,倘若行为人明知他人包中既有枪支又有现金而一并窃取,则无论二罪如何有特别关系,都不是法条竞合(实为想象竞合)。可见,“谈论法条关系必须以犯罪行为为契机和归宿,是为了解决罪数问题,空谈法条关系没有意义。”^[21]此其一。

其二,这一区分只是一种形式上的区分,并未涉及法条竞合与想象竞合的事实结构和法益侵害。将法条竞合问题求诸法条竞合分类方式,是把法条竞合当做一个集合概念处理,诸关系类别放在一起思考,不是因为它们之间有什么共同特征,而是因为它们基于各自不同理由,而恰好都被赋予一个相同的法律效果。^[22]这种以法条竞合的法律效果来界定法条竞合的方法,并不能为法条竞合的认定提供可资借鉴的标准。

在竞合问题上,我们关心的是一个适度的、合于比例原则的犯罪宣告及刑罚。法条竞合与想象竞合的显著差异正是犯罪宣告,“审判工作并不只是判一个刑就好,而是也要让人知道,行为人错在那里。犯罪宣告本身,也就是在宣示行为人犯错的地方。……所谓作错了什么事,从刑法保护法益的目的看,所指的就是,行为人侵害了什么法益。”^[23]

如此,是法条竞合还是想象竞合,就成为构成要件的该当性判断问题:充分评价和禁止重复评价是判断准则;法益侵害则是判断的实质标准。“判断法律单数(法条竞合)的标准应该是不法及罪责内涵,应视整体犯行的不法及罪责内涵是否透过其中一个法条便得以完整宣示而定。学说上各种法律单数类型,只是辅助我们理解的现象描述而已,充其量只能看做法律单数的‘表征’,不能取代实质判断。”^[24]

刑法对行为事实的评价,不能不足、也不能超过,必须不多不少刚刚好地完全评价。^[25]当一行为侵犯的法益,非某一个犯罪构成能够完全评价时,则应有复数犯罪构成之宣告,只因是单一行为,故在评价上,仅能为单一不可分割的可罚性评价;其基本性质固属单一,但绝非犯罪单数,而是可罚性及法律效果的单数,此即想象竞合。当一行为侵犯的法益,存在两个以上为保护同一法益而设立的数个犯罪构成可资适用时,由于禁止重复评价,只能择一适用最能反映行为不法全貌的犯罪构成,此即法条竞合。可见,对于法条竞合,“构成要件之间的包容或交叉关系只是形式要件,保护法益的同一性则是实质要件。”^[26]

形式要件的研究相当丰富,在此不赘,仅就法益同一性多着笔墨:

第一,法益同一性判断的前提是厘清个罪保护的法益。个罪保护的必要法益必须是成立该罪的诸多具体情状中的“最大公约数”。例如,诈骗罪与招摇撞骗罪,通常认为二者系交叉关系法条竞合。实质上,诈骗罪保护的仅为财产权益,而既然冒充国家机关工作人员,骗取金钱、职位、荣誉抑或资格,都构成招摇撞骗罪,就表明该罪预设的必要法益只有国民对国家机关的信赖,而不包括财产权益。因此,行为人冒充国家机关工作人员骗取数额较大公私财物时,仅宣告

[20] 参见前引[1],陈兴良书,第709页;赵秉志主编:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2009年版,第218页。

[21] 前引[3],吕英杰文,第480页。

[22] 参见黄荣坚:《刑法问题与利益思考》,中国人民大学出版社2009年版,第201页。

[23] 同上书,第208页以下。

[24] 蔡圣伟:《从刑总法理检视分则的立法》,《月旦法学杂志》2008年第157期。

[25] 参见前引[19],柯耀程书,第49页。

[26] 前引[3],吕英杰文,第481页。

诈骗罪，不能体现行为对公共秩序的伤害；仅宣告招摇撞骗罪，又不能反映财产侵害的性质，唯有同时宣告二罪，方能完整评价行为不法，因此，诈骗罪与招摇撞骗罪实为想象竞合。

又如，诈骗罪与使用假币罪，有想象竞合与法条竞合两种主张。笔者认为，既然“将假币赠与他人、用于赌博也是使用假币行为”〔27〕，那么表明使用假币罪保护的必要法益只有货币公共信用，不包括财产法益。因此，主张想象竞合，方能完整宣示使用假币骗取他人财物行为的不法全貌。

再如，诈骗罪与合同诈骗、金融诈骗罪。法条竞合限制论主张，诈骗罪侵犯个人财产法益，而合同诈骗、金融诈骗罪的保护法益首要是社会法益，其次才是对方财产权，虽说合同诈骗、保险诈骗罪都侵犯他人财产权，但因为是侵犯社会法益犯罪，它们与诈骗罪不是法条竞合，而是想象竞合。〔28〕对此笔者不能赞同：想象竞合意味着需要同时宣告诈骗罪与合同诈骗、金融诈骗罪，而论者也承认合同诈骗、金融诈骗罪必然侵害他人财产权，若同时宣告，必然导致对财产法益侵害的重复评价。可见，诈骗罪法益与合同诈骗、金融诈骗罪法益实为包容关系，具有法益的同一性。

法条竞合限制论还提到，在日本刑法中，特别公务员暴行凌虐罪是对国家法益的犯罪，强制猥亵罪、强奸罪是对个人利益的犯罪，二者罪质不同，将猥亵、奸淫作为特别公务员凌虐行为实施时，成立特别公务员暴行凌虐罪与强制猥亵罪、强奸罪的观念竞合。〔29〕这也值得商榷。如果是因罪质不同，就成立想象竞合的话，那么，难以理解为什么在特别公务员暴行凌虐罪与同样是个人利益犯罪的暴行罪、胁迫罪的关系上，同一学者却不主张想象竞合，而认为“暴行罪、胁迫罪被本罪（特别公务员暴行凌虐罪）所吸收。”〔30〕合理的解释是，暴行凌虐一定有对个人法益的侵害，但因为特别公务员暴行凌虐罪保护的主要法益是国家法益，次要的个人法益难以得到充分保护，或者说次要保护的個人法益只能限定在相当于暴行罪、胁迫罪的较轻程度。当暴行凌虐表现为猥亵、奸淫时，非特别公务员暴行凌虐罪一罪能完全评价，只能同时宣告数罪，即想象竞合，以完整评价不法全貌。之所以认定本罪次要保护的個人法益限定在较轻程度，重要依据之一就是本罪法定刑与暴行罪、胁迫罪相当，而与强制猥亵、强奸罪相差较大。如此看来，对个罪构成要件及其保护法益的解释，法定刑配置是重要的考量因素。如我国刑法中的抢劫罪与暴力干涉婚姻自由罪，法定刑差距悬殊，说明二罪暴力程度理应不同，法益内容也就程度有别，从而导致二罪与伤害等罪不同的法条竞合范围。

第二，法条竞合是构成要件的竞合，当一罪名包含多种行为类型时，应根据不同的行为类型来确定不同犯罪构成保护的法益内容。例如强奸罪，包括普通强奸罪和奸淫幼女罪，前者保护妇女的性自由决定权，后者则是幼女身心健康；再如数额型盗窃罪保护的是公私财产权，而入户盗窃罪则保护住宅安全和公私财产权。

第三，我国刑事立法常采用加重犯模式，有的将新的法益内容作为某罪的加重构成，这实际上设立了新的犯罪构成，应根据该加重构成来界定其法益内容，即所谓包容关系。如抢劫罪包容杀人罪、伤害罪，绑架罪包容杀人罪，拐卖妇女罪包容引诱、强迫卖淫罪、强奸罪，组织他人偷越国（边）境罪包容妨害公务罪，强迫卖淫罪包容强奸罪等。包容关系有别于传统的、基于逻辑关系的特别关系，是一种法律拟制的竞合关系，是立法上想象竞合或实质竞合的法条竞合化。对于包容竞合，既然有更完整的包容法条可资适用，被包容的法条就不再适用。

〔27〕 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第679页。

〔28〕 参见前引〔3〕，吕英杰文，第483页。

〔29〕 同上文；结论见〔日〕大谷实：《刑法各论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第572页。

〔30〕 同上书，第572页。

有学者认为,以杀人方式抢劫的应定故意杀人罪,原因是抢劫杀人未遂,以抢劫罪论处只能处3年以上10年以下有期徒刑,而故意杀人罪(未遂)则可能判处10年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑,罪刑不均可见一斑。^[31]问题是:(1)定故意杀人罪,无法反映行为对财产法益的侵害,明显评价不足;(2)抢劫杀人未遂实为加重抢劫罪未遂,法定刑基准是10年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑,罪刑不均并不存在。

论者还主张,认为放火罪等以危险方法危害公共安全犯罪包容故意杀人罪、故意伤害罪,排斥适用后者,可能不合理。行为人意图以放火方式杀死剧院中数百号人,但因被害人逃生及时,未造成人员伤亡。以放火罪定罪只能适用第114条,最高10年有期徒刑。若以故意杀人罪(未遂)论处,则可能判处10年以上有期徒刑、无期徒刑甚至死刑。又如,认为绑架罪包容故意杀人罪而绝对排除适用后者,并不符合事实。15岁少年绑架杀人,就只能以故意杀人罪论处。在所谓包容关系场合,不可否认成立包容罪名与被包容罪名的想象竞合犯,即便最终以所谓包容法条定罪处刑,也是想象竞合“从一重处断”的结果。^[32]论者的上述主张存在如下问题:

首先,15岁少年绑架杀人的例证不妥当。未满16周岁的人绑架杀人以故意杀人罪论处,只是因为行为人的年龄尚未达到绑架罪的刑事责任年龄要求。以责任阻却事由对犯罪认定的影响来驳斥属于构成要件该当领域的法条竞合适用原则,实属不当。

其次,关于放火罪包容故意杀人、故意伤害罪的例证也不合适。即便论者反驳的、主张包容关系的周光权教授也特别强调,“放火等以危险方法危害公共安全犯罪包容故意杀人、故意伤害罪,这只是通说的观点,对此,还值得进一步研究。”^[33]如此,将此作为驳斥对象就难说合适了。在笔者看来,通说的确值得商榷,放火罪等以危险方法危害公共安全罪以不特定或多数人的生命、健康、公私财产为保护法益,故意杀人罪的保护法益则是特定人生命;当行为人实施放火等危害公共安全行为,造成不特定或多数人伤亡,并对该结果有认识且持希望、放任态度时,应适用第115条第1款,^[34]因缺乏侵害特定人生命的主观意图,不能认定为杀人罪。当行为人以侵害特定人生命的意图,向他人的独门独院放火,因未涉及公共安全,只能论以故意杀人罪。当行为人为侵害特定人生命,而实施放火等危害公共安全行为时,即便该特定人没有伤亡,而导致其他人伤亡时,也应适用第115条第1款,而就该特定人,才存在杀人未遂问题。这表明,以放火等方式实施杀害特定人行为时,放火等罪的公共安全法益,并非通过该特定人的生命法益表现出来,即公共安全法益与特定人生命法益并不同一。以放火等危害公共安全方法实施杀人行为的,应认定为想象竞合犯。^[35]

第四,社会法益是个人法益的集合,最终可还原为个人法益。当社会法益通过个人法益呈现时,对同一结果不能再有保护个人法益罪名的宣告,否则即是对同一结果的双重评价。例如交通肇事、责任事故等过失危害公共安全罪,只有公共安全具体化为现实危害后果时,方有该过失犯的成立。换言之,具体的伤亡或财产损失,正是各罪公共安全法益的具体内容。因此,当具体伤亡结果被评价为危害公共安全而成立交通肇事等罪时,再以此认定为过失致人死伤等侵犯个人法益犯罪,就是对同一伤亡结果的重复评价。可见,交通肇事罪、责任事故罪、医疗事故罪、玩忽职守罪等过失危害公共安全、社会法益犯罪与过失致人死伤罪系法条竞合,主张想象竞合^[36]

[31] 参见陈洪兵:《抢劫杀人的应定故意杀人罪》,《法律适用》2007年第8期。

[32] 前引[4],陈洪兵未刊稿。

[33] 前引[1],周光权文。

[34] 前引[2],张明楷书,第693页。

[35] 相同结论参见张明楷:《论以危险方法杀人案件的性质》,《中国法学》1999年第6期。

[36] 参见前引[3],吕英杰文,第483页。

难以成立。

第五，行为方式表述不同，法益可能同一（上揭“过失致人死伤”、“肇事”、“事故”等）；表述相同，却未必指向同一法益。例如，同为窃取行为，在盗窃罪与盗窃枪支、弹药、爆炸物罪、盗伐林木罪、盗窃武器装备、军用物资罪之间，因为枪支弹药爆炸物、林木、武器装备、军用物资在社会观念中被认为是有价值的特殊财物，与公私财物属特殊物与一般物关系，盗窃罪与这些犯罪系法条竞合。但在盗窃罪与为境外窃取国家秘密、情报罪、非法获取公民个人信息罪、侵犯商业秘密罪、窃取国有档案罪、盗窃国家机关公文、证件、印章罪之间，因为秘密情报、档案、证件等以标识内容而具有意义，载体本身一般并无价值，与公私财物犹如书证与物证的关系，不能认定为法条竞合，若载体本身也有较大价值，则系想象竞合。

当然，法益同一的实质条件也受制于法条间交叉或包容关系的形式要件。同一法益下，当法律根据行为类型设置不同罪名时，如盗窃、诈骗、侵占等财产犯罪，因基本行为要素变异、没有形式上的包容交叉，应当择一适用；^{〔37〕}当法律对同一行为类型根据行为对象不同设立不同罪名时，如走私武器、文物等特殊走私罪，虽说是同一法益下的数个罪名，但考虑到个罪之间的对立关系，当行为人一次走私多种特殊物时，基于完整评价，应宣告数罪。^{〔38〕}

（二）关于“本法另有规定的，依照规定”

区分法条竞合和想象竞合，不得不涉及对刑法第 233 条、234 条、235 条、266 条、397 条中“本法另有规定的，依照规定”的理解。通说法条竞合说主张，“这是特别关系或补充关系法条竞合适用原则的强调”；也有人主张“应该在想象竞合犯‘从一重处罚’意义上把握”这一规定。^{〔39〕}

但上述后一种主张所列例证或引证，都难以证成其合理性：

其一，以想象竞合的例证质疑通说，实属“栽赃”。例如论者质疑通说：“冒充国家机关工作人员骗取少量财物，是招摇撞骗，哪有骗取数额巨大的财物反而不成立招摇撞骗罪的道理？”“以轻伤方式尚构成妨害公务罪，何以比较伤害更重的重伤、杀人方式阻碍公务的，反而不构成妨害公务罪？”“未达伤害程度的暴力行为尚能构成暴力干涉婚姻自由罪，有什么理由认为，以轻伤以上的暴力方式干涉婚姻自由的，反而不构成此罪？”^{〔40〕}笔者认为，这些例证实际上都是想象竞合。不是不成立招摇撞骗罪、妨害公务罪、暴力干涉婚姻自由罪，而是还同时构成更重的诈骗罪、故意杀人罪、故意伤害罪，只是为防止对一行为的双重处罚，才按一重罪处罚而已。法条竞合说从来都不限制上述各罪与他罪想象竞合的认定和适用。

论者还援引日本学者观点：在颠覆无人电车而造成车外的人死亡的场合（颠覆案），应构成交通危险罪（第 125 条）与杀人罪、过失致死罪等的观念竞合；污染净水致死伤时（污染案），如果对死伤结果存在故意，则分别构成污染净水罪、污染水道罪、将毒物混入净水罪与伤害罪、杀人罪的观念竞合。^{〔41〕}可是，（1）尽管日本刑法第 127 条交通危险致使电车颠覆等罪属于交通危险罪（第 125 条）的结果加重犯，但“由于第 127 条规定依照第 126 条处断，因而本条至少以其客体是有人在内的电车等为前提。在运行无人电车的场合，只有在因此造成其他有人在内的电车颠覆之时才依照第 126 条处断。如果造成车内的人或者车外的人死亡时，则应适用第 126 条第

〔37〕 即传统的法条竞合择一关系，但这种意义上的择一关系已多遭否定。参见前引〔7〕，山口厚书，第 366 页。

〔38〕 张明楷教授则主张，一次走私活动中同时走私毒品与武器的，主要部分不重合，应认定为数罪，而非想象竞合犯。参见前引〔27〕，张明楷书，第 434 页，注〔41〕。

〔39〕 前引〔4〕，陈洪兵文。

〔40〕 同上文。

〔41〕 参见〔日〕山中敬一：《刑法概说Ⅱ》（各论），成文堂 2008 年版，第 166 页。

3项。”〔42〕如此理解127条，颠覆案自无法该当第127条构成要件，无法按第126条第3项颠覆火车等致死罪处断，只有宣告交通危险罪与杀人罪、过失致死罪等的观念竞合，方能完整描述行为不法。但也有学者认为：“由于故意颠覆现在没有人的火车、电车或舰船的行为，不是刑法第126条的犯罪，而是构成本罪（第127条）。因此，本罪中的火车、电车或舰船中即便现在没有人也行……在使无人电车颠覆，致使旁边的人死亡的场合，也应该根据刑法第126条第3款规定，作相同处罚。”〔43〕显然，在大谷教授看来，颠覆案可直接适用第127条，而无需认定为交通危险罪与杀人罪、过失致死罪等的观念竞合。因为学者对日本刑法第127条构成要件的不同理解，导致想象竞合和法条竞合两种解决方案，但这绝不是将想象竞合和法条竞合混同，“学说和实务上会有纷争，不过是出于对个别犯罪类型的理解上的纷争，不是法条竞合标准本身的问题。”〔44〕（2）污染案根本就是对日本刑法第145条想象竞合处理原则的重申。论者由此断言“域外刑法理论通常认为，实施特殊类型的犯罪而致人死伤的，构成特殊类型犯罪与普通致人死伤罪的想象竞合犯，从一重处罚”，难以成立。

其二，将法条竞合的实例也按想象竞合处理，也就应同时宣告数罪，必然导致同一法益的重复评价。“双重评价禁止原则要禁止的不仅仅是不合理的多重处罚，而是一开始就禁止不合理的多重犯罪宣告。”〔45〕论者全然不顾想象竞合与法条竞合在犯罪宣告上的差异。

依论者的主张，国家工作人员利用职务之便骗取公共财物之诈骗罪〔46〕与贪污罪的法条竞合，也从一重定罪处刑：若骗取3000元以下的，是贪污罪；〔47〕3000—5000元的，是诈骗罪；〔48〕5000—4万元的，是贪污罪；〔49〕4—5万元的，视情节定诈骗罪或贪污罪；〔50〕5万元以上的，是贪污罪。〔51〕相同行为模式仅因数额多寡几易罪质，行为定型荡然无存。再如，销售伪劣产品是诈骗罪与销售伪劣产品罪的法条竞合，依论者的主张，销售金额5万元以下的，构成诈骗罪；销售金额5万元以上时，诈骗罪法定刑远高出销售伪劣产品罪，也只能构成诈骗罪。相同分析也适用于盗窃罪与盗伐林木罪、诈骗罪与保险诈骗罪等法条竞合。论者也强调：“为限制销售伪劣产品罪的处罚范围，立法特意规定销售金额达到五万元的才值得作为犯罪处罚”；“保险诈骗罪、盗伐林木罪法定刑轻于相关财产犯罪，是因为立法者认为，就主要法益的侵害而言相关法定刑已经能够做到罪刑相适应”。〔52〕可依论者的前述主张，立法限制处罚范围的意图难以落实，与主要法益的保护相适应的特别法条被废黜不用。论者说：“‘本法另有规定的，依照规定’是立法者考虑到在上述普通罪名之外，还存在一系列特殊罪名，故立法者特意提醒司法人员注意，不要忽视其他特殊罪名的适用。”〔53〕这没有错，但在论者的前述主张下，这一说辞就像“放羊娃喊狼来了”

〔42〕〔日〕西田典之：《日本刑法各论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第247页以下。

〔43〕前引〔29〕，大谷实书，第378页以下。

〔44〕前引〔22〕，黄荣坚书，第219页。

〔45〕同上书，第215页。

〔46〕仅以3000元、4万元和50万元之数额较大、巨大和特别巨大标准为例。

〔47〕贪污数额不满5千元，情节较重的，处2年以下有期徒刑或拘役，说贪污罪没有数额起点也不过分。参见前引〔27〕，张明楷书，第1047页。

〔48〕此时诈骗罪3年以下有期徒刑高于贪污罪2年以下有期徒刑。

〔49〕此时诈骗罪3年以下有期徒刑低于贪污罪“1年以上7年以下有期徒刑，情节严重的，7年以上10年以下有期徒刑”。

〔50〕系诈骗罪3年以上10年以下有期徒刑与贪污罪“1年以上7年以下有期徒刑，情节严重的，7年以上10年以下有期徒刑”比较的结果。

〔51〕此时贪污罪法定最高刑为死刑，而诈骗罪最高为无期徒刑。

〔52〕前引〔4〕，陈洪兵未刊稿。

〔53〕前引〔4〕，陈洪兵文。

——只是提醒注意，从不适用。

其三，援引“明示的补充关系的规定”的相关论述不仅不能证成论者的主张，反倒是对该说的证否。黄荣坚教授指出：补充条款在立法技术上颇有商榷的余地。补充条款实质的条件是保护法益的同一性，如果两条文之间具有保护法益的同一性，那么在解释上补充关系是当然的结果，而无待立法者提示。如果不具备保护法益的同一性，那么补充条款的存在反而有误导作用，使人误以为任何事实上可能和补充规定相竞合的条文都有排斥补充规定的作用。基于此，补充条款的存在，固然有提示法条单一的作用，但作用有限，反而误导甚巨。立法上不如删除。^{〔54〕}

基于禁止重复评价，法益同一时，禁止对一行为宣告数罪，明示补充关系规定才有合理根据。“所谓其他法律有较重之规定（即明示补充关系规定），一定限于真正具备保护法益同一性的法律才是。”^{〔55〕}但明示补充关系规定中并无法益同一的限制文字，容易误导人们将这种排斥适用的效果扩大到不具备法益同一的想象竞合，导致评价不足。若做出法益同一的限制，又可能产生“如此做法与法条字义不符，将补充条款的适用做了不利于行为人的限缩，引起抵触罪刑法定的质疑”^{〔56〕}。正因如此，黄教授才主张删除。可见，明示补充关系规定是法条竞合当然的适用原则，质疑只是因为立法不精准，可能导致该规定被误用于想象竞合。

笔者坚持通说法条竞合说。当法律为同一法益设定普通法与特别法时，基于禁止重复评价，一行为只能择一罪宣告，因特别法较普通法有更丰富的内涵，若行为已达致特别法构成要件要求，适用特别法当然更能完整呈现行为不法全貌。“构成要件对行为的评价，系一种‘包摄过程’，必须对所评价之行为，无增损减补地完全含纳，不能有任何将行为削足适履的适用情况，也不能产生尚游刃有余的空间。构成要件对于行为的包摄，必须是完全饱足，不能大也不能小，否则不得谓行为具有构成要件该当性。”^{〔57〕}法条竞合的构成要件竞合属性和法益同一的实质表明，特别法优于普通法是法条竞合特别关系的一般适用原则，“本法另有规定的，依照规定”正是对该原则的重申，属于注意规定，而非拟制规范。

三、重法论与“特别法条惟轻”

以上论述的商榷重点是“大竞合论”和法条竞合限制论，但也可局部审视重法论：

其一，关于“本法另有规定的，依照规定”。重法论赞同法条竞合说，^{〔58〕}可重法论补充适用重法的条件之一，即刑法没有指明必须适用特别法条，不免让人产生疑问：如上所述，特别法优于普通法是合乎法理的法条竞合特别关系的一般适用原则，“本法另有规定的，依照规定”是对该原则的重申，属注意规定。这表明不论是否规定该条款，对法条适用都不会产生实质影响。既如此，同为特别关系法条竞合的盗窃罪与盗伐林木罪、合同诈骗罪与保险诈骗罪之间，就不应该因为没有该注意规定，就适用“重法优先”。重法论改变了“本法另有规定的，依照规定”的注意规定属性，值得商榷。

其二，轻重乃法定刑轻重，刑随罪生，只有该当数罪才有数罪法定刑的轻重比较。想象竞合正是在数罪基础上比较法定刑轻重后的从一重，而法条竞合形似数罪，实为一罪，既是一罪，何

〔54〕 参见前引〔12〕，黄荣坚书，第587页。

〔55〕 前引〔22〕，黄荣坚书，第224页。

〔56〕 前引〔24〕，蔡圣伟文。

〔57〕 前引〔19〕，柯耀程书，第106页以下。

〔58〕 参见前引〔2〕，张明楷书，第684页；前引〔27〕，张明楷书，第921页。

来两罪比较、何来重法优先？缺乏数罪基础的重法优先犹如无源之水无本之木，而以刑罚轻重来决定属于构成要件恰当的法条竞合的处理，确有颠倒定罪量刑之嫌。^{〔59〕}

其三，联系前文关于明示补充关系规定的争论，可以发现，即便是对该规定作出合乎法理、限制适用的解释，也因“与字义不符，做了不利于行为人的限缩”，而遭致“罪刑法定与正当解释的冲突、抵触罪刑法定”的质疑，而重法论不仅不利于行为人，而且还有悖法条竞合的法理。“重刑主义观念的迷恋，有悖法条竞合法理”^{〔60〕}、“对罪刑法定原则的破坏”^{〔61〕}的批评并非空穴来风。

但面对反对者的批评，重法论的反驳非常干练：“以上批评均以刑法分则对特别关系的设置完全合理为前提，我国刑法分则设置特别法条基本上是没有‘章法’的。”^{〔62〕}问题回到原点：特别法条惟轻，真的“没有章法”？

重法论、法条竞合限制论和“大竞合论”均以“没有章法的特别法条惟轻”为立论依据——特别法条较普通法条侵害的法益更多，违法性更重，理应确定相同或更低的数额标准、配置更高的法定刑，而现实恰恰相反。特别法条法定刑轻于普通法条，不具有减轻根据，相反只具有加重的理由。^{〔63〕}

问题是，第一，作为法定刑设定根据的社会危害（法益侵害），不是指具体的客观事实，而是一种价值事实，一种对客观事实的评价，反映评价者的价值观念。^{〔64〕}价值评价可能因人而异。例如，放火罪与故意杀人罪，通说认为，不特定或多数人的生命、健康等公共安全高于特定人的生命法益，而相反结论也是有力主张^{〔65〕}。再如，奸淫幼女罪与嫖宿幼女罪，有人认为，嫖宿幼女是以嫖娼形式奸淫幼女，被害人具有牟利目的，被告人自认为是一种性交易，无论如何嫖宿幼女轻于奸淫幼女；^{〔66〕}也有人主张，幼女处于卖淫状态，嫖宿者更胆大妄为，对幼女的性侵犯更恶劣、结果更严重；幼女处于卖淫状态，导致对嫖宿行为进行一般预防的必要性增大，故嫖宿幼女罪的法定刑高于奸淫幼女罪。^{〔67〕}这表明“根据个人价值判断而反致定罪、对法条从重选择，其合理性是极为可疑的”。^{〔68〕}

那么，存在特别法条惟轻现象的盗窃罪与盗伐林木罪、诈骗罪与金融诈骗罪之间，是否也可能做出截然不同的价值评价呢？陈兴良教授持肯定态度：“在此涉及刑法对于普通诈骗罪与金融诈骗罪分设普通法与特别法的立法目的之理解。我认为，并不能从法条中得出金融诈骗一定比普通诈骗罪更为严重的结论。”^{〔69〕}笔者亦赞同。

盗窃罪与盗伐林木罪、诈骗罪与金融诈骗、合同诈骗罪和上揭奸淫幼女强奸罪与嫖宿幼女罪，都有一突出特点：二罪属不同类罪，保护法益系包容关系，而非等同关系；普通法条保护的

〔59〕 关于“量刑反制定罪”，笔者赞同个罪的解释应考虑刑罚轻重，合理限定构成要件内容。但具体个案的处置，应否定这种反制：定罪先于量刑，行为定性取决于构成要件的合致，与刑罚轻重无关。这也是张明楷教授赞同的观点，参见张明楷：《许霆案的刑法学分析》，《中外法学》2009年第1期。

〔60〕 前引〔1〕，周光权文。

〔61〕 车浩：《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系》，《法学研究》2010年第2期。

〔62〕 前引〔2〕，张明楷书，第707页。

〔63〕 同上书，第709页；前引〔3〕，吕英杰文，第482页；前引〔4〕，陈洪兵文。

〔64〕 参见李洁：《论罪刑法定的实现》，清华大学出版社2006年版，第208页。

〔65〕 参见前引〔35〕，张明楷文。

〔66〕 参见前引〔64〕，李洁书，第220页；陈兴良：《形式解释论的再宣示》，《中国法学》2010年第4期。

〔67〕 参见张明楷：《嫖宿幼女罪与奸淫幼女型强奸罪的关系》，《人民检察》2009年第17期。

〔68〕 前引〔66〕，陈兴良文。

〔69〕 同上文。

法益，在特别法条中只是作为次要法益予以保护。笔者称其为“异质的法条竞合”。

在异质的法条竞合中，特别法条中体现次要法益侵害程度的构成要素（数额），同时承担着反映主要法益侵害状况乃至全罪可罚违法程度的功能。如金融诈骗、合同诈骗罪的“数额较大”不仅体现被害人的财产损失，也反映的对主要法益——金融管理秩序、合同交易秩序的侵害程度；盗伐林木罪的“数量较大”不仅体现林木财产损失，也反映对森林资源环境的破坏程度。如此，肩负双重任务的特别法条的数额标准高于仅需反映单一财产法益侵害的普通法条，并非无稽之谈——两三千元的损失，可以认为对个人财产法益的侵害达到了刑罚介入的程度，而金融管理秩序、合同交易秩序恐怕不至于脆弱到两三千元数额就需要动用刑罚的程度；不足 2m^3 的林木损失，恐怕也还不足以体现对生态环境的侵害达到了犯罪的可罚程度。为此，司法解释只能确立较普通法条更高的数额标准，以期能够体现行为对特别法条主要法益的侵犯达到了犯罪所需的可罚的违法程度。

严格地讲，选择以诈骗罪定型技术规制金融犯罪，难说合理。因为“诈骗犯罪这种定型技术是保护财产权立法目的的产物，而金融犯罪所侵犯的主要是一种超个人法益的金融秩序，诈骗犯罪定型技术与保护金融秩序立法目的不相匹配。”〔70〕但只要立法未修正，唯一的补救措施就只有拔高数额标准，以期较高数额的财产损失能够与达到可罚程度的对金融秩序的侵害之间尽量耦合；而且在我国金融诈骗罪立法倾向保护国家金融机构的状况下，提高金融诈骗罪数额标准，恐怕也是唯一能做到的对处弱势地位的行为人的“怜悯”。

第二，张明楷教授指出：“通常对盗窃价值100万元的普通财物处无期徒刑，对盗伐价值100万元的林木仅处15年有期徒刑时，罪刑不相适应有目共睹。……笔者只好以盗窃价值1000万元的普通财物为例，对这种盗窃行为处无期徒刑恐怕没人提出疑问。如此，对盗伐价值1000万元的林木，判处15年有期徒刑就是不合适的。”〔71〕

可问题是，“设置罪种的法定刑幅度，存在一个常被人忽视的立法方法问题，即根据罪种的特例特征还是典型特征决定法定刑上下限。任何罪种性质、特征和危害程度必有常态和非常态之分。常态即一般情况下表现出的典型特征，非常态即个别情况下表现出的特殊例外。以发生概率极小的特例作为法定刑上下限的依据，虽在个案中也符合刑责相适应原则和实现刑罚目的，但特例立法必然会提高法定刑上限，带动整个刑罚幅度上涨和趋重，导致多数普通案件的行为人负担超过其罪责的过量刑罚，造成个案合理而多数罪案不合理，特例立法以个别正义牺牲一般正义。典型立法正好相反，它舍弃罪种在个别情况下的特殊性，以最具代表性、典型性和一般性的案例作为判断犯罪危害性、决定法定刑上下限的依据，虽在个别情况下处理不公（轻纵犯罪），但能够实现对多数罪案的公正有效处理，满足一般正义要求，有利于控制法定刑上下限，减少刑罚幅度过大。从立法方法论和立法效果上权衡，典型立法方法显然优于特例立法方法。”〔72〕以盗伐林木罪为例，北大法意网收录的330余起盗伐林木案件，达到“数量特别巨大” 100m^3 标准的仅11起，数量最大、刑罚最重的王培贵盗伐林木案，盗伐原木数量 197.667m^3 ，折合立木数量 321.299m^3 （系多次数量累计），有期徒刑8年零6个月，并处罚金人民币1万元。这表明盗伐林木罪最高15年有期徒刑的法定刑配置，是符合典型立法方法的。事实上，盗伐林木罪、保险诈骗罪等特别法条，因主客观情状的特别限定，使其内涵更丰富、外延更小，“常态”更容易把握，因而法定刑上下限的确定也更合理。反倒是盗窃罪、诈骗罪等普通法条，内涵太小外延过宽，立法者不得不

〔70〕 刘远：《金融欺诈犯罪立法原理与完善》，法律出版社2010年版，第328页。

〔71〕 前引〔2〕，张明楷书，第711页。

〔72〕 梁根林：《合理地组织对犯罪的反应》，北京大学出版社2008年版，第257页以下。

预设更宽泛的法定刑幅度，这也诱发配刑趋重。^{〔73〕}

周光权教授指出：“特别法定罪起点高于普通法、处罚范围相对较小，是因为立法上认为特别关系所规范的行为容易发生，或者该行为一旦实施，通常行为人取得的数额较大，为缩小刑罚打击面，而特别考虑对某些行为不处罚。”^{〔74〕}张明楷教授质疑说：“‘容易发生’不是缩小处罚范围的理由。盗窃罪最容易发生，发案最多，可司法解释确定的数额起点反而低于诈骗罪。普通诈骗比金融诈骗更容易发生，但司法解释却没有对普通诈骗罪确定更高的数额标准。‘一旦实施，通常行为人取得的数额较大’更不是缩小处罚范围的理由。信用证诈骗罪一旦实施，通常行为人取得财物的数额巨大乃至特别巨大，事实上比保险诈骗等危害更大，但刑法反而没有要求数额较大。”^{〔75〕}在笔者看来，周教授所谓“容易发生”、“一旦实施，通常行为人取得的数额较大”，合理的理解应当是上段提到的罪种一般情况下表现出的典型特征，即常态，即根据典型形态，确定某罪的法定刑幅度和数额标准。

典型立法方法表明，用非常态（盗窃盗伐百万、千万）甚至根本不可能发生的设例（如盗伐整个大兴安岭）来证明常态立法的法定刑配置不当、罪刑失衡，并不合理。

行文至此，问题仍未完全解决：甲盗伐林木“数量特别巨大”，林木价值也超过盗窃罪“数额特别巨大”标准；乙则是将已伐倒的同等数量原木盗取。乙构成盗窃罪，处10年以上有期徒刑或无期徒刑，而对甲，若论以盗伐林木罪，处7年以上有期徒刑，的确罪刑失衡。重法论主张对甲亦以盗窃罪论处。可为何要舍弃一个最能完整评价行为不法，而且配刑更合理、罪刑等级更均衡的犯罪定型，而削足适履，选择一个明显缩小评价、配刑趋重的法条呢？难道不是“量刑反制定罪”？

笔者主张，通过限制乙的盗窃罪刑罚（不得适用无期徒刑，参考等量的盗伐林木罪的量刑标准酌情从轻，必要时动用酌定减轻处罚条款），缓解上述罪刑失衡。理由是：（1）法定刑设定，法益是主要根据，但非唯一根据。例如，从法益侵害看，毁损明显高于盗窃，但盗窃罪法定刑普遍高于毁损罪，发生概率更高、破案率更低、更难防范，国民的受害预测和报复欲更强烈也是重要因素。^{〔76〕}林木盗窃案（如盗窃已伐倒原木，实施采种、采脂、挖笋、掘根、剥树皮等行为牟利的），无论危害性，还是发生概率和规模、林业部门、森林公安等的防范和补救措施、案件对普通民众受害预测和报复欲的影响，都与盗伐林木更为接近，远不比普通盗窃案。（2）即便同额盗窃罪，也可能因情状不同而危害性各异。Andrew von Hirsch与Nils Jareborg提出生活标准观念（the notion of a living standard），主张犯罪的严重性取决于其对被害人生活质量要件的影响。对基本生存维持（mere subsistence as the lowest level）的损害最重，即一级危害；对最低福利（minimal well-being）、基本福利（adequate well-being）、提高福利（enhanced well-being）的损害以及“虽不影响被害人获得提高福利的途径，但致使其生活质量原地踏步”分属2至5级危害。^{〔77〕}盗窃罪的配刑与科刑，理应受到对被害人生产生活质量损害不同的影响，考虑到林场以国家或集体所有为主的所有制形态（上规模的国有、集体林场也是盗伐可能达到数量特别巨大的客观条件），林木盗窃、盗伐恐怕都难以与同额的其他针对一般民众的普通盗窃案对被害人生产

〔73〕 白建军教授的研究表明，保险诈骗罪、盗伐林木罪的罪刑等级均衡一致（刑级与罪级级差为±1），而诈骗罪刑量偏重（级差为4），合同诈骗罪、盗窃罪也趋于偏重（级差均为3）。参见白建军：《关系犯罪学》，中国人民大学出版社2005年版，第543页，表9-3。

〔74〕 前引〔1〕，周光权文。

〔75〕 前引〔2〕，张明楷书，第736页以下。

〔76〕 参见高艳东：《从盗窃到侵占：许霆案的法理与规范分析》，《中外法学》2008年第3期。

〔77〕 See Tatjana Hörnle, *Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective*, 3 (1) Buffalo Criminal Law Review 189-194 (1999).

活生产质量的影响相提并论。可见，盗窃罪的无期徒刑不应当为盗窃林木案配置，盗窃林木应该与盗伐林木罪的罪责相当。

综上，只要盗伐林木、金融诈骗等罪依然仿效传统盗窃、诈骗罪的结果立法模式，就必然造成异质法条竞合现象下特殊法条数额标准的双重任务，加上我国“违法+犯罪”的多重治理模式和典型（常态）立法方法，特别法惟轻现象就有其存在的合理性。以特别法“没有章法”为由拒绝适用较轻的特别法的观点，恐怕也就失去了立论基础。

第三，退一步讲，即便“特别法惟轻”的确无章可循（如医疗事故罪法定刑明显轻于过失致人死亡罪），也没有理由让行为人为立法或司法解释的错误“埋单”。

非“封闭特权条款”的特别法惟轻现象在我国台湾地区也曾发生。我国台湾1983年6月27日实施的《枪炮弹药刀械管理条例》第10条第3项规定：“未经许可无故持有、窝藏或意图贩卖，而陈列第一项所列各项枪炮之一者，处三年以下有期徒刑。”而我国台湾刑法第186条规定：“未受允准而制造、贩卖、运输或持有炸药、棉花药、雷汞或其他相类之爆裂物或军用枪炮、子弹而无正当理由者，处二以下有期徒刑、拘役、五百元以下罚金。”第187条则规定，意图供自己或他人犯罪之用，而制造、贩卖、运输或持有前揭枪炮等物者，处5年以下有期徒刑。上述两法之规定，属特别刑法与普通刑法的法条竞合，特别刑法之犯罪，处罚重于刑法第186条，轻于第187条，乃发生“意图供犯罪之用而持有枪炮者，如何适用法律”的争论（重法说与特别法说）。

对此，我国台湾最高法院1984年刑事庭第一次会议最后决议采特别法说，同年第三次会议复议维持原决议。最高法院1984年度台上字第2113号、4752号、1985年度台上字第4443号判决，亦明揭此旨。其间，我国台湾行政院曾以特别法说与枪炮条例从重处罚之本旨相去甚远，函请其司法院建议改采重法说，司法院函复：“采特别法说乃本院一致之见解”。行政院知已不可能经解释途径达从重适用之目的，遂提出条例修正草案，增订第13条之一：“犯本条例之罪，其他法律有较重处罚之规定者，从其规定。”该条文于1985年1月20日完成立法程序。同年，我国台湾最高法院刑事庭第二次会议决议，认为此系以立法解释方式，解决实务争议，前开特别法说决议不再援用。台湾地区《儿童及少年性交易防制条例》第22条与刑法第221、224和227条之竞合问题，亦通过条例修正案——“与未满十六岁人为性交易者，依刑法之规定处罚之”——协调解决。^{〔78〕}

上揭实例，体现了行使司法权的谨慎：明知特别法“颠倒轻重”，司法者却没有以所谓实质合理、罪刑均衡，通过有违基本法理、对行为人不利的解释或法条适用，遮蔽、弥补立法“失误”，而是“将错就错”，通过合乎法理、有利行为人的法律解释和适用，促成立法者及时“知错能改”。司法者对立法失误导致的轻罪重罚要毫不犹豫地纠正，对重罪轻罚，则无论如何，都没有理由让行为人为立法错误“埋单”。

当然，上揭实例属相异法律的特别刑法与普通刑法之法律适用问题。而重法论主倡者张明楷教授明确指出：“一个行为同时符合相异法律的普通法与特别法规定的犯罪构成时，应严格依照特别法优于普通法原则。”^{〔79〕}上揭实例岂不是无的放矢？

笔者认为，其一，诚如黄荣坚教授所言：“通说所谓特别法优于普通法，意思不可能是特别法规定的任何犯罪都优先于刑法规定的犯罪而适用，因为不管是刑法或单行刑法，本身都是错综复杂的犯罪类型以及构成要件的规定，如果欠缺个别条文间保护法益上的关联，根本欠缺任何仅

〔78〕 参见刘文仕：《刑法类推与司法造法》，台湾学林文化事业有限公司2001年版，第136页以下，第148页以下。

〔79〕 前引〔2〕，张明楷书，第702页。

能论以一罪的法理基础，也不是立法意旨所在。”〔80〕“刑法和附属刑法之间竞合关系还是完全依照一般的竞合规则来解决。”〔81〕

其二，张明楷教授也强调：“即使就不同文本的特别刑法与普通刑法而言，也只是在个别条文之间存在竞合关系时，才适用特别刑法优于普通刑法原则。”〔82〕这表明相异法律的普通刑法与特别刑法和同一法律的普通条款与特别条款无非是法条竞合特别关系的不同表现形式而已。既然相异法律的特别刑法与普通刑法也必须是个别条文之间存在竞合关系方能成立，这意味着相异法律的特别刑法与普通刑法和同一法律的普通条款与特别条款，法条竞合基本法理并无差异。既然如此，有何理由对前者适用严格的特别法优先，对后者却主张重法补充适用呢？

何况，倘若坚持金融诈骗罪和盗伐林木罪原先的单行刑法、附属刑法模式，〔83〕依张教授观点，作为特别刑法的保险诈骗罪、盗伐林木罪，与普通刑法的合同诈骗罪、盗窃罪，就应适用严格的特别法优先。可仅因立法模式不同，就导致相同犯罪的竞合关系适用不同处理原则，理由未免单薄。

四、罪质与罪量——行为不符合特别法条时的普通法条适用

特别法惟轻，表现之一即司法解释中特别法条数额标准常高于普通法条，如诈骗罪“3000至1万元以上”的数额较大标准与贷款诈骗、票据诈骗、保险诈骗等罪的1万元，合同诈骗罪的2万元，集资诈骗罪的10万元等数额标准。

倘若行为人主观上打算、客观行为也足以达到特别法条数额标准，因意志以外原因未得逞的，宜以特别法条未遂犯定罪处罚。倘若行为人主观上并无打算（或无法证明），客观行为未达特别法条数额标准，但已超出普通法条数额标准，能否以普通法条论处？如保险诈骗8000元，合同诈骗4000元，应如何处理？未达盗伐林木罪数量起点，但林木价值已超过盗窃罪数额标准，应如何处理？特别法论主张依特别法条，不构成犯罪的，也不能转以普通法条论处，而重法论主张以普通法论。

重法论主张以普通法论，论据之一是法条竞合理论。即行为未达到特别法条数额标准，不符合特别法条构成要件，也就缺乏适用特别法优于普通法原则的前提。不符合特别法条构成要件，但符合普通法条构成要件，不存在法条竞合问题，按普通法条处理即可。〔84〕

论据之二是罪刑均衡、刑法公正。即“盗窃普通财物数额较大以盗窃罪论处，盗伐林木且林木价值数额较大的，反而不以犯罪论处；采取其他方法骗取2000元以上的以诈骗罪论处，骗取贷款或保险金，或使用伪造金融票据、信用卡等诈骗2000元以上未达5000元的，反而不以犯罪论。显然有悖刑法的公平正义性。”〔85〕

上述两个论据都值得商榷：

其一，重法论认为，由于行为未达到特别法条数额标准，因而不符合特别法条的构成要件，进而不具备适用特别法优于普通法的前提——行为同时符合特别法条与普通法条规定的构成要件

〔80〕 前引〔12〕，黄荣坚书，第595页。

〔81〕 前引〔22〕，黄荣坚书，第226页。

〔82〕 前引〔2〕，张明楷书，第702页。

〔83〕 金融诈骗罪原见于1995年6月30日全国人大常委会《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》。盗伐林木罪虽在1979刑法中规定，但1984年森林法第34条“比照盗窃罪类推适用”的规定对该罪作了实质修正。

〔84〕 参见前引〔2〕，张明楷书，第730页以下，第732页以下。

〔85〕 同上。

件。但在“特别法条的适用前提”一节中，论者指出：“由于刑法分则许多条文将‘数额较大’规定为构成要件要素，导致有些特别法条的适用并不以具备普通法条‘数额较大’构成要件要素为前提。但是，即使在这种情况下，特别法条的适用，也要求行为具备普通法条所规定的构成要件的基本要素。”^{〔86〕}既然行为可以因为没有达到特别法条数额标准，而不符合特别法条构成要件，进而认为不是同时符合特别法条和普通法条构成要件，不存在法条竞合问题，那么，行为也同样可以因为不具备普通法条数额标准，而不符合普通法条构成要件，同样不是同时符合特别法条和普通法条构成要件，也不应认为是法条竞合才对。可为何对后者，论者“网开一面”，“只要求行为具备普通法条所规定的构成要件的基本要素”即可认定为法条竞合、适用特别法条呢？都是数额，为何仅因一个是特别法条构成要件、一个是普通法条构成要件，就“差别对待”？可见，在适用抑或不适用法条竞合理论的标准上，论者并不统一。

其二，以普通法论同样难说罪刑均衡、刑法公正。例如，集资诈骗罪数额起点为10万元，依以普通法论，若行为人集资诈骗9万元，应构成诈骗罪；集资诈骗10万元，构成集资诈骗罪。前者属诈骗罪数额巨大，法定刑为“3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金”，后者法定刑则为“5年以下有期徒刑或拘役，并处罚金”。亦即，集资诈骗9万元，刑罚为3—10年有期徒刑，再多骗1万，刑罚则为5年以下徒刑，甚至拘役。罪刑不均、刑法不公一目了然。“比较犯罪轻重，不能只是在同一行为类型内部比较，还需要将刑法处罚的其他行为进行比较。”^{〔87〕}这没有错，但若比较其他行为类型后得出的处理意见却导致同一行为类型内部罪刑失衡，就得不偿失了。

其三，以普通法论牺牲的是犯罪定型。构成要件是刑法规定的行为类型，任何犯罪所固有的、类型的可罚要素，表明该罪与众不同的行为类型特征，但数额不是影响行为类型的要素。盗窃2000元、2万元或者20万元的行为类型或特征完全相同，只是违法程度存在差异。^{〔88〕}依重法论，这一论断反而被推翻：骗取保险金不足1万元的，构成诈骗罪；1万元以上的，构成保险诈骗罪；数额特别巨大时，则构成合同诈骗罪。盗伐林木，数量不足2m³，但价值数额较大时，构成盗窃罪；数量超过2m³，则要比拟盗伐林木罪与相应价值的盗窃罪，以重罪论；若林木价值数额特别巨大，不论数量几何，构成盗窃罪。如此，同一行为方式，仅因数额几易罪质，构成要件之行为定型荡然无存，数额成为决定行为类型的要素。

以上意见，归根结底缘于我国刑法犯罪构成罪量因素的特殊性。法条竞合理论不能忽视其原产地的生长环境——刑罚统一制裁体系、个罪仅定性的行为类型模式，与我国刑法的特殊土壤——“刑罚+行政处罚”的多元惩治模式、个罪“定性+定量”的“行为类型+行为程度”模式之间的差异。在“行为类型+行为程度”模式下，不仅有表明侵害法益之质的罪体，还有表明法益侵害程度的数量要件的罪量。罪体表征个罪行为类型化，是从横向、此罪彼罪的类型划分意义上作为犯罪成立要件，也限定了公权力介入的界域。罪量则是在行为类型（罪体）确定的前提下，从纵向、轻罪重罪（罪与违法）的程度层次意义上决定犯罪成立与否，是对同类行为根据程度进行公权力处置分工。数额要素正是将同质行为类型界分为一般违法与犯罪的重要指标。显然源自行为类型模式的法条竞合理论，可以选择最合适的构成要件、行为类型，却无法体现行为程度的罪量要求。从这个意义上讲，移植法条竞合理论，需要给予其“犯罪+一般违法”的“大犯罪”环境，或者说“对（法条竞合）罪名的构成要件及构成要件要素的理解，只限于涉及‘有无’判断的质的要素，而不关涉‘大小多少、程度高低’的量的要素”^{〔89〕}。因此，应当先用法条竞合理论对行为类型进行甄

〔86〕 前引〔2〕，张明楷书，第721页。

〔87〕 同上书，第737页。

〔88〕 参见张明楷：《加重构成与量刑规则的区分》，《清华法学》2011年第1期。

〔89〕 前引〔19〕，陈兴良主编书，第626页。

别、锁定,再根据行为程度标准,进行公权力分工,决定行政制裁抑或刑罚处罚。可见,“‘本法另有规定’是指:本法对‘是否’处罚的‘定型性’另有规定,而非仅仅包括本法对‘需要’处罚的特殊行为有规定之‘另有规定’”〔90〕的解读,是可以成立的。

张明楷教授亦主张,对法定刑升格条件应区分加重犯罪构成和量刑规则,前者是刑法分则因为行为、对象等构成要件要素的特殊性使行为类型发生变化,导致违法性增加,并加重法定刑;后者是刑法分则单纯以情节(特别)严重、数额(特别)巨大等作为法定刑升格条件,它们只是违法程度变化(量的变化),违法行为类型或特征并无变化。〔91〕既然数额(特别)巨大是量刑规则,仅影响违法程度,不影响行为类型,那么,保险诈骗行为就不应该因为数额特别巨大而发生合同诈骗的行为类型变异。而作为构成要件要素的数额较大,又何尝不是“只是违法程度变化,违法行为类型并无变化”。只不过量刑规则之数额巨大的违法程度变化是在构成犯罪基础上的轻罪重罪变化,而构成要件要素之数额较大的违法程度变化却有了区分行政违法与刑事犯罪的意义。但无论如何,盗窃就是盗窃,盗窃2000、2万、20万抑或100元、10元,都是盗窃,只是前者是盗窃罪、后者是一般违法盗窃;盗伐林木就是盗伐林木,盗伐5m³、50m³、500m³抑或不足2m³,都是盗伐林木,不会因为数量不足或太大而影响行为类型定型。

既然罪体与罪量、加重构成与量刑规则存在显著差异,那么,列举“不符合传播淫秽物品牟利罪构成要件的行为,也可能符合传播淫秽物品罪构成要件;国家机关工作人员不解救被非法拘禁者,造成严重后果的行为,虽不符合刑法第416条,但也不属于‘根据特别法条不值得处罚’的行为,相反必须适用普通法条(第397条);林业主管部门工作人员以违法发放林木采伐许可证以外的行为方式,导致森林遭受严重破坏的,虽不符合第407条特别规定,也同样应适用刑法第397条”;“当行为人以假币换取他人真币时,不能认为唯一的结论是‘以假币换取真币’,当行为人不是金融机构工作人员时,完全可能是盗窃、诈骗或使用假币”等例证,〔92〕来证成未达特别法数额标准的行为以普通法论的主张,就未必妥当了。因为上揭例证都属于因行为、对象等行为类型(罪体)构成要素而导致的典型的法条竞合现象,与因罪量(数额)标准不同而形成的中国式法条竞合问题不能相提并论,否则即是罪体与罪量、加重构成与量刑规则的混同。

综上,在个罪“定性+定量”立法模式下,构成要件有罪体与罪量之分,罪量只是违法程度变化,没有行为类型变异。舶来的法条竞合理论只能在行为类型意义上适用。先通过法条竞合理论实现对行为类型的定型,再根据罪量要素决定行政处罚抑或刑罚,轻刑抑或重刑。应当支持特别法论。

五、补论:双包含关系——法条竞合重法优于轻法的适用

那么,法条竞合还有没有适用重法优于轻法的可能呢?日本刑法第224条规定:“略取或者诱拐未成年人的,处三个月以上七年以下惩役。”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,处一年以上十年以下惩役。”当行为人以营利、猥亵等目的略取、诱拐未成年人时,两条文发生竞合,学者称其为交叉关系(择一关系)竞合,适用重法优于轻法原则。〔93〕台湾学者也提到一种双包含关系,即两个不同刑罚法条所规定的构

〔90〕 前引〔1〕,周光权文。

〔91〕 参见前引〔88〕,张明楷文。

〔92〕 详见前引〔2〕,张明楷书,第737页以下。

〔93〕 参见前引〔7〕,山口厚书,第368页。

成要件同时与另一法条之间呈现完全包含关系，例如甲法条构成要件是 ABCD，乙法条是 ABCE，丙法条是 ABC，当一个具有 ABCDE 性质的行为出现时，除该当基本的丙法条构成要件外，也必然同时该当甲乙二法条构成要件。若甲乙都是加重规定，应从其最重者。^{〔94〕}

交叉关系、双包含关系适用重法优于轻法，不是数罪基础上的从一重处断，而是禁止重复评价优先于充分评价的结果。“‘同一事实’具有多数‘构成要件实现性’，但以其中任何一个‘构成要件实现性’作为‘构成要件该当性’，均不足以‘充分评价’，但在罪刑法定限制下，仅能适用既有的构成要件，必须改采‘尽量充分评价’；若处罚效果轻重不一，则以处罚较重之‘构成要件实现性’作为‘构成要件该当性’。质言之，‘择一关系’实乃‘从重择一关系’。”^{〔95〕}

我国刑法是否存在类似的交叉、双包含、择一关系？常提到的例子是招摇撞骗罪与诈骗罪、拐骗儿童罪与拐卖儿童罪。但如前所言，将招摇撞骗罪与诈骗罪理解为想象竞合更为妥当，而拐卖儿童罪更像是在拐骗儿童罪普通法条基础上增加主观目的要素的特别法条。

张明楷教授认为，如果认为刑法第 344 条的非法采伐珍贵树木不限于盗伐，那么，盗伐珍贵树木时，似乎能形成交叉关系（非法采伐珍贵树木与盗伐林木的交叉）。^{〔96〕} 这应该是个合适的例证。若这一例证为真，那么，“盗伐普通林木最高 15 年有期徒刑；盗伐国家保护的珍贵树木，若只能以非法采伐国家重点保护植物罪论处，最高 7 年有期徒刑，就是典型的不公平、不均衡”^{〔97〕} 的论证，将交叉关系的实例误作特别关系，借以批评特别关系法条竞合以特别法论，就不合适了。

典型的双包含关系还存在于同为特别法条的金融诈骗罪之间、金融诈骗罪与合同诈骗罪之间。例如，利用伪造的银行存单作抵押骗取贷款的行为，同时触犯金融凭证诈骗罪与贷款诈骗罪，基于二罪财产法益的同一性，只能从重择一适用。

又如，票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用卡诈骗罪，未必利用经济合同，未必一定同时符合合同诈骗罪构成要件，表明它们与合同诈骗罪并非特别关系法条竞合，但“认定为想象竞合犯”^{〔98〕} 的观点不能成立，因为财产法益的同一性决定了不能对一行为同时宣告上述数罪，正确的理解是交叉关系，从重择一适用。保险诈骗罪与合同诈骗罪则系特别关系法条竞合，更非想象竞合。因为保险关系的存续都依赖保险合同，保险诈骗无非是签订或履行保险合同中的诈骗行为。

而对于奸淫幼女强奸罪与嫖宿幼女罪，本文不赞成特别关系法条竞合重法优于轻法的适用，也不赞同“互斥论”^{〔99〕}——“透过解释让各罪名的构成要件互斥、不会同时被实现，可提前解决竞合问题，不再需要透过法条竞合特别关系这个概念处理。这样的方式，乍看清楚分明，但在刑法上，却会因为罪疑唯轻原则、故意与客观事实对应合致原则以及共犯从属性要求，而在事实不明、事实化错误以及共犯过剩的情形导致处罚漏洞。漏洞之所以不可忍受，是因为无法论罪的原因居然是‘存在更高度的不法事实’，这显然是一个评价上的矛盾！”^{〔100〕} 笔者赞同“嫖宿幼女罪只能理解为第 236 条第 2 款强奸（幼女）罪的特别条款，而非整个第 236 条的特别条款”^{〔101〕}。法条竞合表面上是罪名的选择适用，实际上是构成要件的符合性判断。“拨开罪名的迷雾”会发

〔94〕 参见前引〔22〕，黄荣坚书，第 207 页，第 223 页。

〔95〕 郑逸哲：《“择一关系”与“想象竞合”》，《军法专刊》第 54 卷第 4 期。

〔96〕 参见前引〔2〕，张明楷书，第 691 页，注④。

〔97〕 同上书，第 712 页。

〔98〕 同上书，第 706 页。

〔99〕 参见前引〔61〕，车浩文。

〔100〕 蔡圣伟：《论排他互斥的犯罪构成要件》，《东吴法律学报》第 21 卷第 4 期。对强奸罪与嫖宿幼女罪互斥论的驳斥，详见劳东燕：《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系新论》，《清华法学》2011 年第 2 期。

〔101〕 上引，劳东燕文。

现：刑法第236条第2款规定了奸淫幼女型普通强奸罪，第360条第2款规定了奸淫卖淫幼女型特别强奸罪，而第236条第3款规定了加重型特别强奸（幼女）罪。如此，第236条第2款与第360条第2款之间、第236条第2款与第236条第3款之间是基本构成与加重构成的特别关系法条竞合，适用特别法条优先原则，而第360条第2款与第236条第3款之间形成双包含关系，适用从重择一原则。

Abstract: In Chinese criminal law, some special articles provide lighter punishment than the ordinary articles, which leads to a Chinese-style controversy about the special relationship of the concurrence of articles, i. e., whether to stick to the principle of “priority of special articles”, or to apply the principle of “severe articles are superior to lenient articles” supplementally?

Some scholars claim that there is no need to distinguish strictly the concurrence of articles and the imaginative concurrence of crimes, and all the concurrence should be treated according to the severer crime. But the structural difference of the concurrence of articles and the imaginative concurrence in “one crime” and “several crimes” shows their different treatments of declaration of crimes, thus the above claim cannot be established. The identity of legal interest is the substantive standard to distinguish the concurrence of articles and the imaginative concurrence.

The phenomenon of “special articles provide lighter punishment” appears in the heterogeneous concurrence of articles, which is not haphazard according to the dual tasks of the quota factors of the special articles of embodying the infringing extent to plural legal interests and the typical legislative method. Even if the special articles are really haphazard, there is also no reason to ask the actors to pay for legislator’s mistakes.

In Chinese criminal law, the constitutive elements of a crime can be divided into the “quality factors” and the “quota factors”, and the latter only shows the degree of the misfeasance or crime. However, the theory of the concurrence of articles from abroad can be applied only in the meaning of the type of act. Thus we should first use the theory of the concurrence of articles to decide the type of behavior, and then determine the division of public powers according to the quota factors. The behavior which did not reach the amount standard of the special article but had exceeded the amount standard of the ordinary article cannot be convinced according to the ordinary article. Only in the cross and double-inclusive concurrence of articles can we use the principle of “severe articles are superior to lenient articles”.

Key Words: concurrence of articles, special relationship, imaginative concurrence, quota factor, double-inclusive relationship
