

# 论想象竞合与法条竞合在刑事司法活动中的区分与运用

李荆树

青岛大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2023年5月11日; 录用日期: 2023年7月3日; 发布日期: 2023年7月12日

## 摘要

法条竞合和想象竞合一直都是刑法学罪数形态中比较难以区分的两个理论, 尤其在刑事司法活动中涉及到一个犯罪行为同时触犯刑法中的两个罪名时, 是按照想象竞合择一重罪论处, 还是法条竞合特别罪名优先于普通罪名, 不同的主张会导致案件出现不同的结果。本文提出“二阶层区分法”, 能够更有效地区分想象竞合与法条竞合, 做到罪责刑相适应, 同时结合司法案例将该理论融入到犯罪形态、情节加重犯和结果加重犯等一些复杂情况中, 希望能够更好地实现打击犯罪与保障人权的兼顾。

## 关键词

法条竞合, 想象竞合, 二阶层区分法

# On the Distinction and Application of Imagination Concurrence and Law Concurrence in Criminal Judicial Activities

Jingshu Li

School of Law, Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: May 11<sup>th</sup>, 2023; accepted: Jul. 3<sup>rd</sup>, 2023; published: Jul. 12<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Article conjunctivism and imaginary conjunctivism have always been two theories that are difficult to distinguish in the number of criminal law crimes. Especially, when a criminal act is involved in criminal justice activities, whether to choose a felony according to imaginary conjunctivism or

whether the special charge of article conjunctivism takes precedence over the ordinary charge, different opinions will lead to different results in the case. This paper puts forward the “two-class division law”, which can more effectively distinguish the imagination conjunctive cooperation and the law conjunctive cooperation, so as to achieve the adaptation of crime, responsibility and punishment. At the same time, combining with judicial cases, this theory is integrated into some complex situations such as crime form, circumstance aggravated crime and consequence aggravated crime, hoping to better realize the balance between fighting crime and protecting human rights.

## Keywords

Concurrence of Legal Articles, Imaginative Concurrence, Two-Level Separation Method

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

在我国刑法中，法条竞合的存在形式表现为专门在法条的最后加上一句“本法另有规定的，依照规定”的规定(例如刑法第 266 条诈骗罪)。对于想象竞合，刑法分则条文的表述一般为“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”的规定(例如刑法第二百六十条之一虐待被监护、看护人罪)。但是由于我国法制建设起步较晚，前期存在司法工作队伍的职业化、专业化程度较弱，在司法实践中导致一些司法工作人员对于法律规范与案件事实的分析存在偏颇，尤其在出现一个行为触犯两个罪名的时候，可能导致机械适用法条规定，进而导致量刑不合理，司法公信力和司法权威受到很大的挑战和威胁。

故本文将法条竞合与想象竞合进行了两个位阶上的区分，一是从不法性质的角度，根据法益进行法条形式上的区分；二是从法益充分保护的角度，即从不法程度上进行二次区分。根据二阶层区分法，将法条竞合和想象竞合进行了体系审查后，便可以在司法实务中真正做到准确区分运用。

## 2. 想象竞合与法条竞合理论概述

### 2.1. 定义辨析

法条竞合和想象竞合一直都是刑法学罪数形态中比较难以判断的两个理论，有些学者提出“大竞合提倡”即不用严格区分法条竞合和想象竞合[1]，但是我国刑事司法中，法条竞合的结果往往是特别法条优先于一般法条适用，而想象竞合是重法优于轻法适用，在法条竞合中的特别法条不一定会比普通法条处罚要重，所以我们在司法实践中仍要严格区分二者，以达到罪责刑相适应。

目前学界中主流的想象竞合概念是指行为人实施一个犯罪行为，同时触犯数个罪名的情况。法条竞合是指在刑法中有一些条文之间在内容上存在重复或交叉的情况；法条竞合犯就是一个行为触犯数个法条的犯罪。这样我们就有必要先从刑法理论上去分析想象竞合和法条竞合的概念存在目的和我国刑法典中的各法条之间关系入手，从本质出发去理清想象竞合和法条竞合的真正含义。

立法者之所以对性质同一的行为规定数法条、数罪名，是由于性质同一的行为在不同的构成要件下，不同的主体、针对不同的对象、在不同的场合、不同的犯罪目的、采取不同的方法等而实施时所反映的

社会危害性大小不同[2]。比如说诈骗罪与金融诈骗类的犯罪,本来金融类的诈骗罪(如集资诈骗罪、贷款诈骗罪等等)其犯罪手段均是以虚构事实或隐瞒真相的方法进行诈骗,但因为金融类的诈骗是在金融领域这一特殊情景中进行的犯罪,且危害的不仅仅是被害人的财产权益,还有就是国家的金融管理秩序,所以立法者在规定诈骗罪的时候,认为有必要单独规定在金融领域内的诈骗,所以在刑法典破坏社会主义市场经济秩序类罪中单独规定了金融诈骗罪。

想象竞合犯的原因则是一行为的多重属性,其本质上是事实的竞合,从不同的案情角度考察该行为具有不同的危害性,因此该一个行为的多重的危害性才导致其触犯数法条。这种情况有很多比如说一对母女在外散步,甲用刀劫持女儿,当面要求母亲给钱,该一个行为具有双重性质,其拿刀向母亲要钱这一个行为是当面使用暴力强行劫取财物,构成抢劫罪;该行为又是在劫持女儿下进行的,是绑架人质向第三人索要非法利益,构成绑架罪;甲的这一个行为同时触犯了绑架罪和抢劫罪,这两个罪之间存在想象竞合关系。

既然我们从想象竞合和法条竞合的概念存在目的上区分了两,下面我们就要从法条上分析,何时才可能构成法条竞合和想象竞合。在刑法理论上,我们把法条分为包容关系、交叉关系、对立关系以及中立关系;包容关系表现为当行为符合A罪的构成要件时,必然同时符合B罪构成要件,如果从法益的角度更能清晰的描述出来,即A罪的法益为A+B,而B罪的法益为A,A罪的法益能够包容B罪;交叉关系即指A罪构成要件是B罪构成要件的一部分,但实施A罪并不必然触犯B罪,反过来也是一样[3],从法益的角度分析,即A罪的法益为A+B,而B罪的法益为A+C,所谓的交叉表现为两罪在A法益上存在共同;而对立关系和中立关系指两个法条之间没有任何在构成要件上相同的部分。在上面笔者所写的两个概念的区分目的上我们可以看到,只有在法条包含情况、法条交叉情况,法条竞合才可能存在;但只要是法条包含关系或者是法条的交叉关系,一定会法条竞合吗?这个笔者在下面会具体论述。

## 2.2. 目前区分理论

笔者在这里列举几个目前在法考中和司法实践中存在的几个区分方法:

① 有没有触犯的必然性,有就是法条竞合,没有则是想象竞合。法条竞合就是法条存在竞合,一个法条有另一个法条的影子;想象竞合是想象形成的事实上的竞合,本来毫无任何关联的两个罪名也可以发生竞合,如:偷了被害人速效救心丸而导致被害人死亡,而导致盗窃罪和故意杀人罪发生竞合。但笔者认为所谓的触发的必要性又是因人而异,判断标准过于模糊。

② 从侵害法益角度,法条竞合中的特别法条包含了普通法条的法益;而想象竞合是一个行为触犯数个法益,但择一重后牺牲了一个法益没有被评价;即“法条竞合时只有一个法益侵害事实,想象竞合时则有数个法益侵害事实”[4]。但笔者认为法条竞合也可能侵犯数个性质的法益,比如说抢劫过程中杀人后劫取财物的,通说认为触犯抢劫罪与故意杀人罪的法条竞合,定抢劫罪,但抢劫罪与故意杀人罪法益并不完全相同,抢劫罪中还多了一个财产法益,并不是只有一个法益侵害事实,所以该理论并不能完全解决问题;而且想象竞合其实并不是牺牲一个法益没有评价,而是将两个罪都进行了评价,因为想象竞合具有明示功能[5],最后根据量刑的不同,选择了一个重的罪名来定罪。

③ 全部评价说:该学说认为行为人的一个行为触犯的数个罪名,如果其中有一个罪名能够完全评价这个犯罪人的犯罪行为,那么这个数个罪名之间是法条竞合的关系,反之则为想象竞合。笔者认为该行为有其合理的地方,比如像法益的性质相近其考虑到了,但笔者认为该理论还是存在一些不够完善的地方,比如说当出现特别法条不能充分保护法益时,这个时候如果依然坚持法条竞合的话就会导致无法实现罪责刑相适应。

### 3. 二阶层分析法在法条竞合和想象竞合上的区分思路

对于区分法条竞合和想象竞合，笔者提出了自己的理论即二阶层分析法。这个方法所强调的是先根据法条(基本构成要件)提取出该罪的法益；从形式上先进行第一阶层的区分，然后再考虑法益是不是能够得以充分的保护，即是否能够达到罪责刑相适应。而笔者之所以把其称为二阶层分析法，是因为我所强调的是要按照这个体系逻辑来进行，而不能颠倒其顺序。

#### 3.1. 第一阶层：不法性质上的评价

从基本构成要件上去分析两个法条之间是什么关系，而基本构成要件上的分析，我把它分为两个部分

I 从主体行为去提取该罪的法益，通过法益性质去辨别这两个罪是交叉还是包含关系；

II 仅仅是主体行为存在交叉或者包含还不足够成立法条竞合，“法益的同一性还意味着法益主体的同一性。”[6]亦即，如果一个犯罪行为侵害了不同主体的相同法益，也不可能属于法条竞合，法条竞合是不可能发生在针对两个被害人上的竞合。

之所以从主体行为去提取法益，这是因为一个罪的构成要件最核心的是主体行为，根据行为提取法益就成了必然。比如说：抢劫罪的主体行为是以暴力、胁迫或者其他强制性手段强行劫取他人财物，根据主体行为就能提出抢劫罪保护的法益是人身法益和财产法益；盗窃罪的主体行为是以平和的手段非法转移占有他人财物，根据主体行为可以提取出盗窃罪保护的法益是财产法益；如果我们把抢劫罪的人身法益当做 A、财产法益当做 B；盗窃罪的财产法益因为和抢劫罪一样没有任何区别，也当做 B；根据本文第一部分，我们知道法条竞合只有出现法益是 A + B 与 A/B 或者 A + B 与 A + C 时才是法条竞合；而抢劫罪与盗窃罪正好就是满足了 A + B 与 B，所以这两个罪是包容关系。

以上是关于去提取一个罪名法益的方式，但是其中有一个问题，就是在对提取出的两个罪名的法益进行对比的时候，我们如何进行认定是相同或者相近法益，这关系到两个法条是否是包容关系、交叉关系、还是对立关系的关键。笔者认为既然我国刑法典将分则区分为十章，即是按照一定的犯罪客体进行的分类，在同一章节下，保护的法益具有相同性或者相似性，对于只具有单一法益的罪名可以直接作出判断；但是有的罪名是具有双重法益的，而位于同一章节也只是主法益相同，比如抢劫罪位于我国刑法典分则第五章(侵犯财产罪)即保护的主法益是财产法益，但根据抢劫罪的主体行为表述：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的”，所以抢劫罪还保护人身法益，之所以没有把抢劫罪放于刑法典分则第四章(侵犯公民人身权利、民主权利罪)就是因为立法者认为抢劫罪主要是侵犯的是财产法益，而人身法益则属于次要的法益。

然后第二步要求法益主体同一性，也就是说抢劫罪与盗窃罪都是发生在同一个被害人身上，如果是针对不同犯罪对象，因为法益主体不具有同一性，这时我们不能认定为法条竞合。

比如说，甲在火车上，既偷了王五的钱包，又抢了妇女的项链。这种情况下，因为抢劫罪与盗窃罪不是发生在同一个被害人身上，虽然从形式上来看抢劫罪与盗窃罪是法条的包容关系，但是不具备法益主体的同一性，所以不满足法条竞合的形式要件。

当满足 I 两罪是交叉或者包容关系，II 法益主体又具有同一性，那么就符合法条竞合的形式标准了。

之前很多关于法条竞合与想象竞合的区分讲到这里就结束了，但笔者认为只具有法条竞合的形式标准是不足以认定为法条竞合的，笔者在这里举一个符合法条竞合的形式要件，但是认定为法条竞合去适用特别法条是达不到罪责刑相适应的情况：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，刑法第 277 条规定的妨害公务罪包括“以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的”行为，从主体行为上可以看出两罪保护的法益都有人身健康权利，满足法条竞合的形式要件，而且妨害公务罪因为还多了一个法益即国家机关工作人员执法秩序，所以是所以法条之间的关系是包容



关系，妨害公务罪是特别法条；但是妨害公务罪是处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金，而寻事滋事罪是适用 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制的法定刑，如果适用特别法条，将会导致适用了一个更轻的法定刑，不能满足刑法所要求的罪责刑相适应的原则。

### 3.2. 第二阶层：不法程度上的评价

在具备了第一个阶层所具备的两个要件以后，我们还要从罪责刑相适应的角度考虑，如果特别法条的罪名量刑较普通法条的罪名量刑轻，而法条竞合择一重罪论处需要有法律明文规定，所以这种情况下，为了充分保护法益，只能想象竞合。

比如说盗伐林木罪与盗窃罪，两个罪名肯定都是符合第一阶层所要求的两个要件，是形式上的法条竞合；但我们看一下量刑，盗伐林木罪(其第三档的法定刑：数量特别巨大的，处七年以上有期徒刑，并处罚金)；盗窃罪(其第三档的法定刑：数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产)。

盗伐林木“数量特别巨大”，以一百至二百立方米或者幼树五千至一万株为起点<sup>[7]</sup>；而盗窃罪中数额特别巨大，或者有其他特别严重情节一般指三十万以上，那么如果行为人盗伐林木的数量，折算成市场价格已经达到三十万以上的市场价格，甚至是说砍伐的树木价值远高于三十万，按照法条竞合而言，特别法条优先于普通法条，那么我们只能给他定盗伐林木罪。相比于盗伐林木罪的七年以上有期徒刑，也就是说最高刑也就是 15 年有期徒刑，而盗窃罪的最高刑无期徒刑是不是用来定罪更加合理呢？所以如果说我们给他定盗伐林木罪，很显然不能做到罪责刑相适应。但如果坚持法条竞合，但法条竞合的择一重罪论处必须要有刑法明文规定，这样法官判刑时是不是也很无奈？既然想要突出盗伐林木罪的法益，但是在量刑上却无法做到。而想象竞合择一重罪处罚，却能很好的解决这个问题。想象竞合既明示了盗伐林木罪所保护的法益，又可以最终定盗窃罪以满足罪责刑相适应。有学者指出，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<sup>[8]</sup>；我们司法工作人员就要坚持按照根据法条竞合的推导，适用特别法条，不能认为罪刑是不适应的<sup>[9]</sup>。但是作为司法工作人员，所要做到的就是既打击犯罪又保障人权，我们不能因为强行套用法条竞合的形式标准，去使得案件的判决不符合逻辑，罪责刑相适应的原则应该被我们的司法工作人员所实质落实。

所以，对于出现虽然第一步完全符合法条竞合的所有要件，但是在第二步中，如果按照法条竞合的特别法条很难做到罪责刑相适应，那么我们只能按照想象竞合来处理，去适用重法条，而不是特别法条，这样认定就是为了对法益做到最大限度的保护，张明楷教授在他的书中对这种情况专门列举了成立条件。<sup>[10]</sup>

综上，我们对于法条竞合和想象竞合的区分时，一定要按照第一阶层和第二阶层的顺序来进行，即按照体系审查的思维，一步步审查到底是法条竞合还是想象竞合，当然我的观点并不是说不是法条竞合，一定就是想象结合；无论是法条竞合还是想象竞合，他们的前提都是建立在对案件的正确分析上，只有犯罪人的一个危害行为确实符合数个犯罪构成，然后才是讨论想象竞合和法条竞合的时候。

## 4. 二阶层分析法在疑难案件中的应用

### 4.1. 第一个案例——犯罪形态与法条竞合的结合

一个携带了入室抢劫的工具的小偷，为了抢劫，故意侵入他人的住宅，在发现房子里没有人后，他从房主那里偷走了价值 1 万元的财物。

该小偷的一个危害行为，既构成了抢劫罪预备，又构成了盗窃罪既遂；首先在第一个位阶上，小偷既触犯了抢劫罪，又触犯了盗窃罪，两个罪的法条是包容的关系，具备法益的同一性；同时又满足法益

主体的同一性，所以具备法条竞合的形式标准。

满足第一个阶层后，进入第二个阶层的分析，虽然抢劫罪是盗窃罪的特别法条，但如果将小偷的行为仅认定为抢劫罪的犯罪预备，就没有充分评价盗窃既遂，如此认定会造成罪责刑不相适应；因此，只有认定为想象竞合，将抢劫罪的预备与盗窃罪的既遂，想象竞合，择一重罪论处，才能做到充分评价并实现想象竞合的明示机能。

#### 4.2. 第二个案例——情节加重犯与法条竞合的结合

甲进行了保险诈骗活动，骗取了保险公司 2000 万元的保费，毫无疑问，甲构成了保险诈骗罪的既遂，同时也构成了诈骗罪的既遂，甲的一个危害行为如何定罪，这就是下面我们要分析的内容。

首先，根据第一阶层，根据保险诈骗罪的主体行为提取出法益包括财产权和保险秩序，根据诈骗罪的主体行为提取出法益是财产权，两个罪是包容关系，符合法条竞合的形式标准，其中保险诈骗罪是特别法条。

根据第二阶层，保险诈骗罪的最高法定刑是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；诈骗罪的最高法定刑为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。可以看到本案中，甲骗取了保险公司 2000 万的保费，符合数额特别重大的加重情节，如果适用特别法条保险诈骗罪，最高刑也仅是 15 年有期徒刑，这时应当认定为想象竞合，最终按照诈骗罪定罪量刑。

倘若学者坚持认为保险诈骗罪是诈骗罪的特别法条<sup>[11]</sup>，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，才承认二者是法条竞合的关系。

#### 4.3. 第三个案例——结果加重犯与法条竞合的结合

甲为了抢走在他前面的妇女的 LV 包而杀死了妇女，拿走了 LV 包；很显然甲成立抢劫罪致人死亡的结果加重犯，因为抢劫罪本身就存在该结果加重犯的法条。

我们剖析结果加重犯的条款，可以看出其本质是抢劫罪与故意杀人罪的想象竞合，也即如果罪名中存在结果加重犯条款，那么优先成立结果加重犯，如果罪名法条中不存在结果加重犯，那么按照想象竞合处理，这是通说；而抢劫罪与故意杀人罪，从法条的关系上来看是包容关系，抢劫罪包容了故意杀人罪，这里之所以通说认为结果加重犯的本质是想象竞合，就是考虑到想象竞合具有明示的功能<sup>[6]</sup>。

### 5. 结论

对于法条竞合与想象竞合的区分，按照笔者所提的“二阶层分析法”，按照顺序，先进行不法性质上的评价，然后再进行不法程度上的评价；这样一步步审查就能准确判断是法条竞合还是想象竞合。但这里我还是想强调几点问题：

① 不能认为不是法条竞合就一定是想象竞合，所以该理论适用的大前提就是要求司法工作人员要对刑法典中的各个罪名的构成要件理解清楚，只有犯罪事实确实是一个行为符合两个罪名的时候，才能进入笔者理论的审查范围；如果从犯罪事实上来说就是两个行为分别构成两个罪名，那就数罪并罚就可以，不存在笔者所提的理论所涉及的问题。

② 在第一阶层审查的时候，对法条关系判断的时候，一定是要根据刑法典罪状所体现的基本的主体行为(客观行为)去判断法条关系，而不能根据事实主观臆断法条存在交叉或者包容关系，罪刑法定原则要坚决贯彻。

③ 对于法条中蕴含的法益的判断，原则上属于刑法分则同一章节的往往就是法益相同；但是这也并不是绝对的。对于这个法条中所蕴含的法益的判断，最关键的还是要求我们司法工作人员对于刑法典每

个罪名的罪状规定能够准确理解，然后从中抽离出法益。

④ 对于第二阶层的不法程度上的评价，如果第一阶层已经符合法条竞合的形式要求，虽然适用特别法条可能导致量刑偏轻，但是如果刑法分则中明确规定该法条竞合的适用是重法优于轻法，那么的话，我们就不需要使用想象竞合来充分保护法益了，还是依照法条竞合的特殊适用规定进行处理。因为这个时候我们刑法典已经对其做出了法益充分保护的明文要求。最典型的例子就是刑法典在规规定生产销售伪劣产品罪和生产销售特殊的伪劣商品罪的时候，直接规定是重法优于轻法条。之所以第二位阶还要求再进行不法程度上的评价，是因为法条竞合如果没有重法优于轻法的规定，而适用特别法条时会出现量刑过轻，这个时候只能认定为是想象竞合去弥补法条存在的“漏洞”。

⑤ 按照笔者的理论可能会导致很多传统的法条竞合的例子不再是法条竞合了，但笔者坚持认为不能宽泛的认定法条竞合，如果我们宽泛的认定法条竞合，最可能导致的后果就是无法做到罪责刑相适应，这样对于犯罪分子的特别预防，对于社会的一般预防，对于被害人及其家属的宽慰都是难以实现的，所以笔者所提的理论对于司法实践中实现合理的定罪量刑，能够起到一定的积极意义。

## 参考文献

- [1] 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[J]. 清华法学, 2012, 8(1): 38-63.
- [2] 古加锦. 法条竞合与想象竞合犯的界限新探[J]. 中国刑事法杂志, 2012(10): 10-15.
- [3] 陈洪兵. 竞合处断原则探究兼与周光权、张明楷二位教授商榷[J]. 中外法学, 2016(3): 817-839.
- [4] [日]山口厚. 刑法总论[M]. 第2版. 东京: 东京有斐阁, 2007: 366+379.
- [5] [日]只木诚. 罪数论研究[M]. 东京: 成文堂, 2009: 187.
- [6] 张明楷. 法条竞合与想象竞合的区分[J]. 法学研究, 2016, 38(1): 127-147.
- [7] 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》(2000.11.22 法释[2000] 36 号) 第四条的规定[EB/OL].  
<https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?NDAyODgxZTQ1ZmZmZjk1MDAxNjAwMDE3YmJlNjAwM2M%3D>, 2000-11-22.
- [8] 周光权. 法条竞合的特别关系研究——兼与张明楷教授商榷[J]. 中国法学, 2010(3): 158-171.
- [9] 车浩. 强奸罪与嫖宿幼女罪的关系[J]. 法学研究, 2010(2): 136-155.
- [10] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 424.
- [11] 吕英杰. 刑事法评论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008: 483.