

论想象竞合犯视阈中的“罪名”及应用

张 淼

(南京大学-约翰斯·霍普金斯大学中美文化研究中心, 江苏 南京 210093)

摘 要:想象竞合犯是一行为触犯数罪名的犯罪形态。在想象竞合犯的概念维度中,数罪名是指数个性质不同的犯罪;在想象竞合犯的复杂结构之中,数罪名是指同时符合数个犯罪构成。对想象竞合犯处断时,罪名则属于对犯罪构成事实进行加工的运用与结论。对于想象竞合犯的处断,需从本质上理解罪名的涵义与数量,将罪名与刑法条文结合起来对想象竞合犯进行判定。

关键词:想象竞合犯;犯罪构成;罪名应用

中图分类号:D901

文献标识码:A

文章编号:1673-131X(2019)02-0044-04

On the Content and Application of Crime Name from the Perspective of Concurrence

ZHANG Miao

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

Abstract: Concurrence defines that one perpetration satisfies several various crimes at the same time. In the perspective of definition, several crime names refer to various crimes with different nature, while in the structure of concurrence, several crime names mean that several constituent elements are satisfied at one time. As for the sentence for concurrence, crime name is the application of assessment and the conclusion for the criminal facts. For the legal conclusion of concurrence, the crime name and the articles should be combined for analysis, while the content and the number of crime name shall be comprehended in essence.

Key words: ideal concurrence; crime constituent elements; the application of crime name

罪名的内涵与外延对于想象竞合犯的理解与适用起着至关重要的作用。在对想象竞合犯进行讨论时,罪名在不同层级上被使用,实际上也有着不同的含义。罪名并不仅仅是犯罪的名称,同时也是评价的结论,是犯罪构成运用的结论,在对犯罪构成进行选择与运用的过程中,对罪名进行理解时也应将法定刑纳入考量范畴。对罪名的理解,不能单纯从想象竞合犯的概念表述中进行分析 and 展开,而应该从想象竞合犯的内在结构上进行诠释和判断,同时还需要从处断层级上加以剖析和构建。

一、想象竞合犯概念维度中的“罪名”内涵界定

刑法是以犯罪、刑罚以及罪刑间关系为内容的法律规范,犯罪与刑罚之间的关系贯穿了刑法内容中和运行过程内。具体来说,犯罪与刑罚之间,在性质上具有应然的制约关系,在程度上具有实然的对等关系,而在数量上也应当具有观念上的对应关系^[1]。要在实然上实现罪刑间在程度上对等关系

收稿日期:2019-03-18

基金项目:教育部人文社科基金项目“刑法变革中的罪数形态与数罪并罚研究”(16YJA820026)

作者简介:张淼(1975-),男,吉林长春人,副教授,博士,主要从事中国刑法、外国刑法、犯罪学研究。

的前提就是要确定犯罪的个数,而确定犯罪之量为单数或复数则是罪数形态的核心内容。罪数形态是一罪与数罪中诸种复杂的犯罪形态的统称,其之所以能够成为理论研究中的独立篇章,就在于其在表现形式上具有一定独特禀赋,既不同于典型的一罪,又不同于典型的数罪,具有易使人在罪数判断上产生困惑的特点,因而需要从结构入手进行深入剖析,进而确定处断的原则。从这个意义来说,我国刑法中的罪数形态应该被称之为“罪数不典型”。不典型是与典型相对的存在,而所谓的典型即指按照单一的标准和方法就可以得出相对确定结论的罪数形态^[2]。想象竞合犯是罪数形态中本质一罪的特殊形态,总体上具有一行为触犯数罪名的特征。

对于一行为而触犯数罪名的形态,大陆学术界大多称之为想象竞合犯,日本、德国的理论界则称之为想象数罪,苏联和东欧一些国家则称为想象并合犯^[3]。顾名思义,想象竞合并不是真正意义的竞合,而是想象出来的竞合关系,因此有时被称为观念竞合。想象竞合(iealkonkurrenz)与实质竞合(realkonkurrenz)相对,实质竞合是指数刑罚之间出现了重合性关系,即通常意义上的数罪并罚^[4]。需要指出的是,大陆法系国家刑法理论中的想象竞合犯概念源自刑法规范,许多国家的刑法中都对其做了明文规定。我国刑法草案中曾规定:“一行为触犯两个以上罪名或者犯一个罪而犯罪的方法、结果触犯其他罪名的,应当就最重的一个罪处罚。”^[5]该规定的前半部分是典型的想象竞合犯,后半部分则属于牵连犯。我国现行刑法中并无想象竞合犯的规定,但在刑法理论和司法实践中都承认想象竞合犯。纵观刑法教材的表述,虽然对其性质存在着本质一罪与处断一罪之争,但想象竞合犯都是罪数形态中的重要组成。虽然在规范性的司法文件中并没有想象竞合犯的相关表述,这一用语从未出现在官方文件之中,但司法实践中承认想象竞合犯却是不争的事实。而且,从教义学对想象竞合犯概念的表述来看,其核心部分都包括一行为触犯数罪名。但在进行扩展时会发现上述概念也存在一定的差异,一般认为一行为系基于一个罪过,同时触犯数罪名^[6]。与此观点相对,认为只有一个罪过的一行为,显然只能符合一个犯罪构成,就不会出现触犯数罪名的情形,因此应该将想象竞合犯的概念调整为“基于数个罪过,实施一个行为,触犯数罪名”^[7]。

罪名就是犯罪的名称,根据前述想象竞合犯的概念表述,罪名与想象竞合犯密切相关,想象竞合犯的前提就是一行为触犯数罪名。在我国刑法中,除去极少数规定于刑法分则之中的罪名,大多数罪名都需要依据罪状对犯罪特征的描述来确定。罪名虽然并不是刑法所确定的规范要素,但通过最高司法机关发布司法解释的方式得以确定之后,罪名的表述及使用都具有了规范性。从这个意义来说,想象竞合犯概念中的数罪名就应该是完全不同的、彼此独立的罪名。对于想象竞合犯涉及的数罪名问题,大陆法系刑法则认为,一行为所触犯的既可以是不同的数罪名,也可以是相同的数罪名^[8]。如此一来,想象竞合犯的外延就被扩展到一行为触犯数相同罪名的范围,并导致想象竞合犯的内在结构发生变化。

实际上,罪名在不同法律制度中有着较为明显的差异,不仅规定方式上存在巨大的差异,而且在具体的使用规则方面也有着相当大的区别。从某种程度来看,罪名不仅是犯罪名称,还包括司法传统和法律观念等一系列内在因素。总体上,罪名在我国刑法中承载着概括功能、个别化功能与评价功能等诸多作用^[9]。其中评价功能来自于罪状,在进行表述时,往往直接用高度简略的罪名来指代罪状的详细表述。从这个意义来说,想象竞合犯概念中的罪名实际上是指犯罪构成的称谓,其实质仍是刑法分则的构成规范,因此想象竞合犯的概念应该适当调整为“一个行为触犯数个刑法分则的构成规范”的犯罪形态。但构成规范则是抽象的概括性存在,各具体构成规范的外延存在重合与交叉,进行如此表述后会发现这一概念混同了想象竞合犯与法条竞合犯,形成了同时包括法条竞合与想象竞合在内的大竞合犯概念。因而,传统意义上的想象竞合犯概念中的数罪名就是实质意义的数个犯罪,也就是一行为实质上构成了数个犯罪。

二、想象竞合犯结构视阈中的“罪名”功能分析

刑法理论中的想象竞合犯是特殊犯罪形态,属罪数形态的组成内容。从体系地位来说,罪数形态论部分前接犯罪构成论,后启刑罚适用论^[10]。因此,想象竞合犯以犯罪构成与犯罪成立理论为基础,同时也以准确适用刑罚为目标指向。以犯罪构

成为前提,决定了分析想象竞合犯所能够借助的工具;而以刑罚适用为目标,则决定了分析的方法和路径。

从结构上来说,想象竞合犯是数个犯罪之间的重合与交叉关系,而且这种重合与交叉关系又不同于法条竞合犯。法条竞合也被称为法规竞合,是指一个犯罪行为同时触犯两个法条,而两个法条之间存在包容或者交叉关系的罪数形态^[11]。法条竞合之所以存在,是因为法律规范之间存在内在的包容或者交叉关系,而这种关系是“静态的”,可通过对数个刑法规范之间的内在逻辑关系进行分析后得到最优选项。想象竞合犯中各犯罪之间的重合与交叉关系存在于共同的行为或者犯罪事实之中,而各规范之间的关联性是由于评价对象的特殊样态才显现出来,从这个意义来说,这种重合与交叉关系是“动态的”。质言之,对法条竞合犯进行处断时往往不涉及案件事实,运用思辨逻辑对规范之间的关系进行揭示即可。法条竞合的本质可以归纳为从不同的角度对同一案件事实进行评判,所以并无内部结构方面的问题。而对想象竞合犯内部的各组成要素进行组合时会出现结构上的分化,也会触及犯罪构成要件的核心内容。

当想象竞合犯的内部结构中包括了数个具有交叉与重合关系的犯罪构成事实时,想象竞合关系就被当成一种构成要件结构^[12]。从结构上来说,想象竞合犯的构成事实中,包括一个犯罪主体、一个危害行为、数个犯罪客体和数个主观罪过。而侵犯不同客体的行为要素之间,既可以完全重合,也可以一个包容另一个^[13]。而罪名仅是上述数个犯罪构成事实的评价结论,如前所述,虽然罪名也具有规范性,但毕竟不同于犯罪构成事实。如果说罪名是犯罪名称的话,那么犯罪事实就是罪实。因为罪实自身比较复杂,数个罪实的客观行为出现了重合与交叉的现象,因而单一犯罪构成无法完成评价的任务,才会被认定为实际上触犯数罪名。罪实是客观事实,法律也无法改变客观的犯罪事实,所以想象竞合犯中的数罪名应该是指符合数个犯罪构成后的评价结论。严格意义来说,虽然罪名与刑法条文之间并没有严格的对应关系,但一般认为罪名与犯罪构成之间应是一一对应关系。或者说,一个构成要件只能有一个罪名,一个罪名只能对应一个构成要件。在承认同种罪名也可以成立想象竞合的情况下,如果一行为同时符合了基本构成又符合

了修正构成或派生构成,尽管是同一个罪名,仍然有发生想象竞合犯的可能^[14]。

无论怎样理解,一行为触犯数罪名并形成复杂结构的前提就是罪名之间存在交叉或者重合关系,否则基于一个犯罪事实的重合与交叉关系无法出现^[15]。一般来说,罪名之间的关系就应该是犯罪构成事实之间的关系,但犯罪构成事实之间的交叉或者重合关系,无法自然地延伸到罪名之上。当我们说两个罪名之间有或无交集时,是把罪名作为一个概念来看的,其外延就是符合某个罪名的构成要件的全部行为的集合。换言之,罪名外延中的每一个对象,就是符合该罪名的构成要件的具体行为。如前所述,罪名在不同的刑法制度中承载着不同的功能,将罪名作为犯罪的名称来使用也仅仅是最为基本的功能而已,从更加宽泛的维度来看,罪名实际上也是评价活动与评价结论的综合体现。所谓评价活动实际上是主体对客体是否具有某种价值的判断过程,因而评价本身就是主体的一种价值判断活动。在刑事司法领域,对行为性质的判断并不会直接使用罪名,而需要看刑法分则规范中犯罪构成具体的要求。

综上,通过对想象竞合犯结构维度中的罪名内涵进行解析,会发现在遇到具体问题时,便往往将法律因素与非法律因素搅在一起、混为一谈^[16]。这一点不仅体现在对一行为的理解存在着不同上,而且也体现在对数罪名的含义也有着完全不同的理解上。在规范的概念体系中,罪名指规范学上的犯罪名称,但在结构维度中,罪名实际上仅仅是评价的结论,其本质仍是犯罪构成,因而想象竞合犯就是指一行为实质上触犯数个不同的犯罪构成。

三、想象竞合犯处断层级中的“罪名”应用展开

刑法中处断的含义包括前后相继的两个部分,即定罪与量刑。而依照罪刑法定原则要求,刑罚后果是由犯罪构成决定的。从分则的具体规定来看,“罪状—法定刑”这一基础结构具有真正的实践操作意义。刑法分则规范中的罪状用来构建犯罪构成的基本要件,对行为性质进行判断,而法定刑则作为罪状的后果,具备构成符合性之后方可以动用刑罚予以惩处,且不得超越法定刑的限制。从这个

意义来说,刑法分则的具体设定就具有限制刑罚发动并限制刑罚程度的重要功能。

虽然在概念表述上存在一定差异,但想象竞合犯的结论都只能定一罪。从这个意义来看,想象竞合犯虽形式上符合了数个犯罪构成,但根据其最为核心的本质特征,对想象竞合犯的评价只能在数个犯罪构成之间进行选择,更进一步说应该是在数个评价结论之中予以优选。罪名的竞争结果就是“从一罪”处断,而不会进行数罪并罚。如果进行并罚的话,那么想象竞合犯就是数罪并罚中的具体内容,而非罪数形态的组成部分。因为触犯了数个罪名,所以“从一罪”的具体选择方法就是从一重罪。比照大陆法系刑法中“从一重罪并加重处罚”的做法,我国刑法理论中也有“从一重”和“从一重从重”的不同观点。

从一重即从一重罪,是指对想象竞合犯触犯的数罪名加以比较,选择其中较重的罪名来进行定罪处断。实际上,罪名之间并无所谓的轻重之分,对罪名的比较仍需回到犯罪构成与法定刑的维度进行判定,即回到三段论法的方法维度进行分析。虽然也经过数次使用三段论法进行评价,但这种评价仅仅是进行比较的前提,其目的在于选定所能够适用的犯罪构成,也就是变相地确定了没有被评价的“冗余事实”。从某种意义上来说,这种剩余事实部分越小,证明我们的选择越正确。从合理性来说,想象竞合犯的复杂形态介于单一犯罪构成事实和数个犯罪构成事实之间,但从定罪或者构成符合性来说并不存在这种模糊形态,因而需要进行价值上的取舍。具体来说,要么按照符合复数犯罪构成进行数罪并罚,要么按照符合单一犯罪构成进行单一处罚。进行并罚时并不涉及犯罪构成选择问题,而按照单一犯罪进行处断时则需要在所涉及的数个犯罪构成之中进行选择,这时,从犯罪构成的覆盖范围来说应该选择最大的。其原因在于,选择最大的犯罪构成能够使剩余的犯罪构成事实最小,而犯罪构成事实外延大小并无直接比较的标准,而且也属于见仁见智的问题,因而可行的方法就是运用共同的参照系,即以法定刑标准进行分析和展开,且从技术方面来说这种做法也能够实现。

相比较而言,法条竞合犯的数个罪名之间的竞争关系并不是真正的竞争关系,因为从本质上来看,数个刑法规范之间实际上是对立性的存在。通过法学方法可以构建其外延,从而选定适用的法

条^[17]。与法条竞合处断方法中的“排斥性”相比,想象竞合犯中一行为所触犯的法条都应全部适用,然后比较其法定刑的轻重,择其重者,从一罪而处断之^[18],这在理论上被概括为“从一重处断”。与这种观点相对,也有人认为应该采用从一重罪并进行从重处罚的方法,亦即“从一重(从)重”的处断方法。从逻辑进路来看,“从一重处断”与“从一重重处断”应该是完全对立的。“从一重处断”是罪名的选择,或者说属于刑法分则规范的确定,从罪名或者刑法条文引用方面就排除了其他条文适用的可能。与此观点相对,“从一重再从重处断”的方法就值得商榷。确定罪名之后,也就是选定了所适用的刑法分则规范之后,却再度将已经被“忽略”的犯罪结果重新纳入考量的范畴,将其再度纳入另外一个犯罪构成之中进行考量,将其作为其他犯罪中影响量刑的因素予以展开,显然存在重复评价之嫌。换句话说,既然认为两罪之间唯一的关联是行为上的重合关系,而且已经进行了罪名的取舍,这种罪名的取舍实际上就是犯罪构成之间的取舍。用三段论法来分析,想象竞合犯是用任何一个犯罪构成去评价犯罪事实都无法实现充分评价的,都会有一定程度的遗漏,因而就可以将其表述为“一个半”犯罪事实。所以在处罚上才会适用从一重处断,选择一个而排斥“其他”犯罪构成的适用。

进一步分析,从一重罪定罪并在确定法定刑之后再从重处断的做法能够被接受,这主要出于两个方面的原因:其一,在进行刑罚后果设定时将可能的从严情形(如累犯)等都预见性地包括于其中了,如此一来,法定刑后果中自然就包括了想象竞合犯的情形;其二,对经过犯罪构成评价之后的冗余结果作为量刑因素进行评价,开始仅仅将其视为“符合一个犯罪构成”而进行罪名确定,这属于对犯罪构成事实进行取舍之后再进行处断,当然,这种取舍本身是受到三段论法处断方法限制的做法,并不是仅仅进行简单的事实选择,而是对各处断结论进行比较之后才确定的最终结论。

综上,从想象竞合犯处断的角度对罪名进行分析,定罪并不是仅对其中的构成事实予以评价,同时还涉及多个构成事实之间的关系,而在处断层面上作为结论出现的罪名,实际上也包括了对构成事实进行“加工”后的处断,因而本质上也突破了“一罪名”的涵摄范围。

(下转第65页)