

特别条款优先效力的理论困境及其 解决路径

——以特别关系的类型区分为视角

邓毅丞^{*}

内容提要：特别关系是指，普通条款与特别条款之间具有法益同一性和逻辑包容性的竞合类型。关于特别条款的优先效力，存在两个理论误区，一是夸大特别条款对普通条款的排斥作用，二是消解法条竞合与想象竞合的界限。对此，应当以特别关系的类型区分作为纠偏路径。特别关系的具体类型取决于特别条款与普通条款在不法和责任上的不同点。据此，特别关系可区分为特别减轻关系和特别加重关系，前者排除普通条款的重刑适用功能和补充适用功能，后者则不然。特别加重关系和特别减轻关系的区分，不能仅依据司法解释确立的立案标准，而应当根据法定的处罚效果进行综合比较，法定最高刑、法定最低刑、附加刑等都是处罚效果的判断因素。基本犯和加重犯的处罚效果不能混同，应当在罪刑构造的基础上，以罪刑均衡为导向，确定特别关系类型的区分范围在基本犯层面和加重犯层面是整体评价还是个别评价。据此，盗伐林木罪、贪污罪、金融诈骗罪等争议条款的优先效力需要重新审视。

关键词：法条竞合 特别条款 特别加重关系 特别减轻关系 处罚效果

一、问题的提出

所谓特别条款，是指在普通条款的基础上另作特别规定的刑法条款。例如，集资诈骗罪在诈骗罪的基础上对集资方式的诈骗类型作了特别规定。因此，集资诈骗罪是特别条款，诈骗罪是普通条款，二者构成特别关系。一般来讲，特别条款具有排除普通条款适用的优先效力。构成集资诈骗罪的场合，不再以诈骗罪论处。但是，在我国刑法中，普通条款和特别条款的适用条件未必一致，如金融诈骗罪的立案标准要高于诈骗罪，贪污罪的立案标准要高于诈骗罪和盗窃罪，交通肇事罪（致人死亡）的立案标准要高于过失致人死亡罪，等等。而且，特别条款规定的处罚效果也可能较普通条款轻缓，如保险诈骗罪的法定最高刑轻于诈骗罪的法定最高刑，盗伐林木罪的法定最高刑轻于盗窃罪的法定最高刑，等等。在上述情况下，如果坚持特别

^{*} 华南师范大学法学院教授。

条款的优先效力,就可能产生处罚漏洞,或者导致罪刑不均衡的结果。

对上述问题,存在两个对立的理论阵营——特别条款优先论和充分评价论。前者主张特别条款具有彻底排除普通条款适用的优先效力,对符合特别条款的行为类型,无论如何都不得适用普通条款加以处罚。^{〔1〕}后者则主张在特别条款不能适用,或者特别条款的适用会导致罪刑不均衡等情况下,保留普通条款的适用余地。^{〔2〕}上述特别条款优先论与充分评价论的对立,折射出罪刑法定原则与罪刑相适应原则的紧张关系。如果放任这种紧张关系发展为不可调和的矛盾,就会陷入不可调和的价值冲突:要么走向形式主义的道路,要么陷入重刑主义的窠臼。这不仅难以形成合理化和系统化的刑法教义学知识,也无法对司法实务产生积极作用。

基于此,本文试图以特别关系的界定及分类为聚焦点,重塑特别条款的优先效力。一方面,特别条款的优先效力以特别关系的存在为前提。如果混淆特别关系和想象竞合,就会扼杀特别条款的优先效力。如果不当扩大特别关系的范围,又会滥用特别条款的优先效力。因此,特别关系与想象竞合的区分既是特别条款优先适用的前提,也划定了特别条款优先效力的可能边界。另一方面,特别关系的具体类型对特别条款的优先效力有直接影响。特别减轻关系排除普通条款的补充适用功能和封底处罚功能,而特别加重关系则不然。因此,普通条款与特别条款的轻重关系,对划定特别条款优先效力的具体界限起着关键性作用。通过这两方面的重塑,特别条款的优先效力将受到合理约束,从而摆脱形式主义与重刑主义的双重困局。

二、特别关系类型的区分意义:特别条款优先效力的理论误区及纠偏

(一) 理论误区之一:特别条款对普通条款的排斥性误区

特别条款优先论的基本逻辑是:根据罪刑法定原则,既然刑法已经通过专门规定的方式对特殊的财产侵害行为类型予以规制,就不能为了实现对财产侵害行为的充分评价而放弃特别条款的优先效力。^{〔3〕}其主要理据如下:其一,特别条款是立法者有意为之,因而无论特别条款

〔1〕 参见刘士心:《竞合犯研究》,中国检察出版社2005年版,第110页以下;黎宏:《刑法学总论》,法律出版社2016年版,第317页;周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2021年版,第399页以下;周光权:《法条竞合的特别关系研究——兼与张明楷教授商榷》,《中国法学》2010年第3期,第165页以下;陈兴良:《法条竞合的学术演进——一个学术史的考察》,《法律科学》2011年第4期,第69页;黎宏、赵兰学:《论法条竞合的成立范围、类型与处罚规则》,《中国刑事法杂志》2013年第5期,第38页以下;蔡道通:《特别法条优于普通法条适用——以金融诈骗行为类型的意义为分析视角》,《法学家》2015年第5期,第37页以下;庄劲:《牵连夹结与法条竞合:数额犯之罪数问题》,《中国刑事法杂志》2021年第1期,第156页以下。

〔2〕 充分评价论有两条基本路径:一是补全法。该路径最早由张明楷提出并一直沿用(参见张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2003年版,第293页以下;张明楷:《刑法分则的解释原理》下,高等教育出版社2024年版,第780页以下;张明楷:《法条竞合中特别关系的确定与处理》,《法学家》2011年第1期,第43页),也得到了不少学者的支持(参见周铭川:《法条竞合中特别法条和普通法条的关系探析》,《中国刑事法杂志》2011年第3期,第25页以下;黄小飞:《法条竞合之特别关系类型及其适用规则》,《中国刑事法杂志》2017年第3期,第34页以下)。二是从重法。该路径最早由冯亚东提出(参见冯亚东:《论法条竞合后的从重选择》,《法学》1984年第4期,第23页),后来由张明楷、陈洪兵作了进一步发展(参见上引张明楷《法条竞合中特别关系的确定与处理》文,第37页;张明楷:《法条竞合与想象竞合的区分》,《法学研究》2016年第1期,第140页;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》,《清华法学》2012年第1期,第56页以下)。

〔3〕 参见前引〔1〕,刘士心书,第110页以下;前引〔1〕,黎宏书,第317页;前引〔1〕,周光权书,第399页以下;前引〔1〕,周光权文,第165页以下;前引〔1〕,黎宏等文,第38页以下;前引〔1〕,蔡道通文,第37页以下;前引〔1〕,庄劲文,第156页以下。

的处罚是重是轻,都必须尊重立法者的意思。〔4〕其二,特别条款规定的构成要件有其特殊的定型性,这意味着普通构成要件被排除适用。〔5〕其三,法条竞合理论有其重要价值,不能为了实现所谓充分评价而动摇法条竞合理论。〔6〕对于上述理据,本文不敢苟同。

第一,不能僵化地看待特别条款的立法意图。有学者指出:“既然承认司法解释是有法律效力的,但又通过解释变相规避了司法解释的约束,则司法权威又何在呢?”〔7〕但是,司法解释只规定了特别条款的立案标准,却从未明确规定特别条款的优先效力。实际上,刑法的立法意图不可避免地处罚效果相关联。例如,故意伤害罪(致人死亡)的处罚效果,较之故意的基本犯(故意伤害)和加重结果的过失犯(过失致人死亡)的刑罚之和还要更加严厉。对此,不能简单地认为规定该结果加重犯是为了处罚而处罚,而必须发现其背后的立法意图,如预防基本行为的特别危险性等。〔8〕因此,断言特别条款的立法意图就是排除普通条款的适用,未免过于武断。

第二,特别构成要件的特殊定型性不等于特别条款绝对排斥普通条款的适用。即使某一行为进入特别条款的涵摄范围,也无法否定该行为同时符合普通条款这一事实。否则,在行为至少符合普通构成要件但无法证明是否符合特别构成要件的场合,两罪的适用都无法排除合理怀疑,这将导致两罪都不构成从而该行为被认定为无罪,但这一结论显然不符合择一认定的解释原理。〔9〕另外,特别条款优先论将特别条款对普通条款的排斥贯彻到底。例如,刑法第280条第1款与第375条第1款被公认属于特别关系,但前者规定了“毁灭”这一行为类型,后者则没有规定。根据特别条款对普通条款的排斥适用,毁灭武装部队公文、证件、印章的行为不应以毁灭国家机关公文、证件、印章罪来处罚。但事实上,特别条款优先论者却持相反的结论。〔10〕由此可见,特别条款对普通条款的绝对排斥,在逻辑上很难一以贯之。

第三,法条竞合理论并不完全排斥充分评价。法条竞合理论是从德国刑法学引进的舶来品,而德国刑法学通说并未机械地主张特别条款的绝对优先效力。根据德国通说,在判断特别条款的优先效力时,充分评价是难以回避的考量因素。例如,在不违反禁止重复评价原则的前提下,被排除的法律能够在量刑时被考虑(包括附加刑以及其他附随后果),而且宣告刑不得低于被排除的普通条款的最低刑。〔11〕也有德国学者主张,法条竞合与想象竞合之间没有绝对的界限,在特定情况下,法条竞合有可能向想象竞合转化。〔12〕还有见解主张,在特别条款不符合

〔4〕参见前引〔1〕,周光权文,第165页;前引〔1〕,陈兴良文,第69页;徐光华:《金融诈骗罪特别从宽于诈骗罪的再认识》,《中国法学》2024年第1期,第95页。

〔5〕参见龚培华:《评法条竞合重法优于轻法原则》,《中国法学》1992年第4期,第80页;前引〔1〕,刘士心书,第113页;前引〔1〕,周光权文,第168页;叶良芳:《法条何以会“竞合”?——一个概念上的澄清》,《法律科学》2014年第1期,第105页。

〔6〕参见陈志辉:《刑法上的法条竞合》,1998年作者自版,第258页;前引〔1〕,周光权文,第168页。

〔7〕前引〔5〕,叶良芳文,第107页。

〔8〕参见邓毅丞:《结果加重犯基本行为的判断规则——兼对日本相关学说的评述》,《政治与法律》2014年第4期,第154页。

〔9〕所谓择一认定,是指“虽然不能确信被告人实施了某一特定犯罪行为,但能够确信被告人肯定实施了另一处罚较轻的犯罪行为时,可以认定另一犯罪的成立”。参见张明楷:《刑法学》上,法律出版社2021年版,第76页。

〔10〕参见前引〔1〕,周光权书,第394页。

〔11〕参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第1007页;〔德〕乌尔斯·金德霍伊泽尔:《德国刑法教科书》,蔡桂生译,北京大学出版社2015年版,第480页;〔德〕罗克辛:《德国刑法学总论》第2卷,王世洲、劳东燕、王莹等译,法律出版社2013年版,第650页以下。

〔12〕参见〔德〕乌韦·穆尔曼:《德国刑法基础课》,周子实译,北京大学出版社2023年版,第761页。

适用条件的场合，普通条款仍有适用余地。^{〔13〕}由此可见，法条竞合理论已经呈现出实质化的趋势，其并不完全排斥充分评价原理，这与坚持形式解释的特别条款优先论形成了鲜明对照。

（二）理论误区之二：特别条款与普通条款的兼容性误区

充分评价论以罪刑均衡原则为出发点，消解特别条款与普通条款的界限，使二者相互兼容，从而在二者发生竞合时保留了普通条款的适用空间。充分评价论包括两种路径——补全法和从重法。所谓补全法，是指在特别条款不能周全适用的场合，以普通条款补充适用，以之弥补处罚漏洞。^{〔14〕}所谓从重法，则力求在法条竞合中适用择一重处罚规则，使得法定刑较轻的特别条款不再“特别”，以此避免处罚上的不均衡。^{〔15〕}这两种技术路径对于贯彻罪刑均衡原则具有积极意义，但也存在不少问题。

第一，普通条款的补充适用范围存在疑问。对于普通条款而言，特别条款既可能是减轻处罚类型，也可能是加重处罚类型。作为减轻处罚类型的特别条款，符合该特别条款的行为本来就在违法程度或者责任程度上轻于符合普通条款的行为，在这种场合当然不能适用处罚更重的普通条款。否则，不符合特别条款适用条件的行为较之符合该条件的行为却处罚更为严厉，这无疑是不公正的。

第二，罪刑均衡原则并不优位于特别法优先原则。有学者认为，特别条款优先适用是下位原则，而罪刑均衡是上位原则。^{〔16〕}这种见解不甚妥当。特别法优先适用与罪刑均衡是同一层面的问题，虽然特别法优先适用是法条竞合的适用原则，但其是由罪刑法定原则推导出来的。实际上，特别条款优先论者正是以罪刑法定原则优位于罪刑均衡原则来反对充分评价论的。与此同时，对充分评价论而言，罪刑均衡原则在法条竞合中的体现是从一重罪处断。也就是说，与特别法优先适用原则相对应的是从一重罪处断原则。这两个原则的冲突，隐含了罪刑法定原则与罪刑均衡原则之间的紧张关系。将特别法优先适用看成是下位原则，是对特别法优先适用原则的误解。

第三，特别条款的特别之处既有可能是加重处罚事由，也有可能是减轻处罚事由。充分评价是对不法构造和责任构造的充分评价，在特定情形下，不法构造和责任构造具有从宽处罚事由乃至出罪事由。例如，在亲属相盗的情况下，一般不按照犯罪处理。那么，特别条款也完全可能基于特别减轻事由规定较轻的处罚。因此，充分评价不仅包括对加重处罚事由的充分评价，也包括对减轻处罚事由的充分评价。但是，根据充分评价论的主张，哪个条款规定的法定刑更重，就适用哪个条款。这其实是只关注特别加重事由，而忽视特别减轻事由。这无疑为重刑主义埋下了伏笔。

（三）理论纠偏路径：区分特别加重关系和特别减轻关系

1. 特别关系类型论的提出

从上述分析可知，特别关系优先效力的理论误区，根源于对特别关系的类型认识不足。从

〔13〕 参见前引〔11〕，罗克辛书，第656页。

〔14〕 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》下，高等教育出版社2024年版，第780页以下；前引〔2〕，张明楷《法条竞合中特别关系的确定与处理》文，第43页；前引〔2〕，周铭川文，第25页以下；前引〔2〕，黄小飞文，第30页以下。

〔15〕 参见前引〔2〕，冯亚东文，第23页；上引张明楷文，第37页；前引〔2〕，陈洪兵文，第56页以下。

〔16〕 根据冯亚东的见解，罪刑相适应原则是大原则，特别法优于普通法原则是小原则，在大原则与小原则相冲突时应优先适用大原则。因此，一般情况下应当优先适用特别法，但如果适用特别法导致罪刑不相适应，就应当适用普通法。参见上引冯亚东文，第23页。

立法的经济性来看,立法者不会平白无故设置特别条款,而必然有其规范目的。刑法的目的是保护法益或者预防侵犯法益的犯罪行为。那么,特别条款的立法意义,就在于设置区别于普通条款的处罚效果。据此,特别关系可区分为特别加重关系和特别减轻关系。

这两种特别关系类型的划分,对于特别条款的优先效力有着不可忽视的意义。

第一,这一类型划分破解了特别关系是否适用从一重罪处断原则的难题。在特别加重关系中,特别条款的处罚较之普通条款更为严厉。那么,特别条款理所当然应当优先适用,这不会与罪刑均衡原则发生任何冲突。例如,结果加重犯是基本犯的特别加重类型,在符合结果加重犯构成要件的情况下,基本犯没有适用的余地。与之相对,在特别减轻关系中,特别条款是基于特别减轻事由而作出的特别立法。既然如此,就应当充分评价特别减轻事由,而绝对不能以罪刑均衡为由适用处罚更为严厉的普通条款。

第二,特别条款对普通条款的冻结功能,也取决于特别关系的类型划分。在特别条款属于特别减轻类型的场合,由于特别减轻事由的存在,行为人享有不受重罚的“特权”,因此普通条款被永久性冻结。如果不顾及特别条款的轻缓化处罚要素而适用更为严厉的普通条款,就是对罪刑法定原则的公然违背。因此,即使特别条款的适用条件不充足,普通条款也没有适用的余地。如后文所述,诈骗罪与盗窃罪是特别减轻关系(诈骗罪轻于盗窃罪),在不符合诈骗罪立案标准的情况下,不能补充适用盗窃罪。相反,如果特别条款属于特别加重类型,普通条款就只是因为特别加重事由而被暂时冻结。此时,普通条款具有补充性质,在不符合特别条款适用条件的场合,存在适用普通条款的余地。

第三,特别减轻关系和特别加重关系的区分,避免了对特别关系与想象竞合的混淆。有学者将罪刑均衡与特别关系捆绑起来,其认为,只有在法定刑足以处罚的不法范围内才成立特别关系,否则就构成想象竞合。^{〔17〕}但是,在特别加重关系与特别减轻关系相区分的逻辑下,特别条款的不法构造未必与重刑相匹配,也可能与轻刑相匹配。不能因为特别条款未规定重刑,就认为特别条款的不法涵摄范围未及于与重刑相适应的不法范围。处罚效果实际上是特别加重关系和特别减轻关系的区分标准,其与特别关系的界定没有必然联系。在特别条款的处罚效果轻于普通条款的场合,并不意味着特别条款仅限于在与处罚效果相适应的范围内适用,而是表明立法者基于特别减轻事由规定了更轻的处罚效果。

第四,特别加重关系和特别减轻关系的区分,避免了对“本法另有规定”的误读。有学者将“本法另有规定”解释为“提醒适用重法的补充性条款”。^{〔18〕}这种解读令人生疑。在我国刑法中,“本法另有规定的,依照规定”(简称“依照规定模式”)和“同时又构成……罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”^{〔19〕}或者“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”^{〔20〕}(二者简称“较重规定模式”),是两种平行的规定模式。“依照规定模式”属于特别关系的注意规定,既可能指向特别加重关系,也可能指向特别减轻关系。相反,“较重规定模式”属于想象竞合等一罪类型的注意规定,不可能指向特别减轻关系。实际上,在历次

〔17〕 参见前引〔2〕,张明楷《法条竞合与想象竞合的区分》文,第143页以下。

〔18〕 参见陈洪兵:《竞合处断原则探究——兼与周光权、张明楷二位教授商榷》,《中外法学》2016年第3期,第824页以下。

〔19〕 例如刑法修正案(十一)增设的刑法第236条之一,该条第2款规定:“有前款行为,同时又构成本法第二百三十六条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。

〔20〕 例如刑法修正案(十一)增设的刑法第133条之二,该条第3款规定:“有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。

刑法修正中，有对“较重规定模式”的立法修改，却未见“依照规定模式”有任何变动，由此可见，“依照规定模式”并不等同于“较重规定模式”。再者，刑法第31条对单位犯罪规定了双罚制，但同时规定“本法分则和其他法律另有规定的，依照规定”。这无疑是有关单罚制的补充性规定，而不可能是提示适用重法。何况，我国刑法对单位犯罪的处罚往往较之自然人犯罪更为轻缓。^{〔21〕}因此，“本法另有规定”不能被简单地解释为“本法另有更重的处罚规定”。

综上，特别条款的优先效力取决于特别关系的类型划分，这主要涉及特别减轻关系和特别加重关系的区分。这种见解可称为“特别关系类型论”。

2. 特别关系类型论的根据

根据罪刑均衡原则，处罚效果的差异反映了不法程度和责任程度上的区别。因此，特别加重关系应当是在不法或者责任上存在特别加重事由，而特别减轻关系应当是在不法或者责任上存在特别减轻事由。基于此，特别关系类型论的实质根据在于，特别条款对不法或者责任的规定有别于普通条款对不法或者责任的规定，其中包括不法的特别加重、不法的特别减轻、责任的特别加重、责任的特别减轻。

第一，不法的特别加重事由，主要包括保护法益的重大性、法益侵害的多重性、法益侵害的危险性以及实施法益侵害的便利性。首先，保护法益的类型与不法的严重性直接相关。侵害的法益越重要，处罚往往越严厉。因此，在特别条款的保护法益较之普通条款的保护法益更为重要的场合，加重处罚效果就具有实质理由。例如，珍贵、濒危野生动物资源比一般的野生动物资源更为重要，因此刑法在非法狩猎罪以外规定了处罚效果更为严厉的危害珍贵、濒危野生动物罪，以保护更为重要的珍贵、濒危野生动物资源。其次，法益侵害的数量对不法的严重性有重大影响。侵犯法益的数量越多，不法的严重程度往往越高。最为典型的例子就是抢劫罪与盗窃罪的关系。两罪都侵犯财产法益，但抢劫罪在此以外还侵犯人身权利。^{〔22〕}因此，抢劫罪作为盗窃罪的特别加重类型有其合理性。再次，法益侵害的样态是不法严重性的动态指标。不同的行为样态对同样的法益可能造成完全不一样的不法侵害程度。例如，盗窃罪和抢夺罪都是侵犯财产的犯罪，但抢夺属于对物的暴力占有转移，^{〔23〕}其不法样态较之以平缓手段转移占有的盗窃更为严重，因此抢夺罪与盗窃罪构成特别加重关系。最后，实施法益侵害的便利性与不法的严重性有密切关联。在行为人处于保护法益的特殊地位的场合，对其实施的法益侵害有必要予以更高强度的预防。例如，与普通入相比，邮政工作人员不仅更容易接触到邮件、电报，还具有保护邮件、电报不受侵犯的特殊地位。通说也认为，私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪以职务便利为要件，^{〔24〕}因此，私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪较侵犯通信自由罪（犯罪主体为一般主体）具有更严重的不法侵害程度。

第二，不法的特别减轻事由，主要包括被害人过错、允许的危险以及一般预防的必要性较低。首先，被害人过错对不法程度的降低有显著影响。根据风险分配原理，被害人可能因其在法益侵害进程中的过错而承担部分风险。在法益侵害进程中，被害人对法益侵害的发生及完成

〔21〕 例如，单位行贿罪、单位受贿罪的法定刑明显轻于行贿罪、受贿罪。又如，单位走私犯罪的立案标准较之自然人走私犯罪的立案标准明显要高。

〔22〕 2005年最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》规定：“抢劫罪侵犯的是复杂客体，既侵犯财产权利又侵犯人身权利，具备劫取财物或者造成他人轻伤以上后果两者之一的，均属抢劫既遂”。

〔23〕 参见张明楷：《盗窃与抢夺的界限》，《法学家》2006年第2期，第130页。

〔24〕 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2022年版，第487页。

所具有的过错越大,其自身承担的风险就越大,危险和结果对不法行为的客观可归属程度也就越低。因此,被害人过错有可能成为减轻处罚的特别事由。例如,日本刑法在杀人罪以外另行规定了处罚效果相对轻缓的同意杀人罪,这实际上就是考虑到同意杀人罪中的被害人过错(自主决定放弃生命)降低了杀人行为的不法程度。^[25]其次,允许的危险具有降低不法程度的作用。通说认为,允许的危险是指刑法为了社会的整体发展而在特定领域所容忍的危险。^[26]社会对危险的容忍存在不同程度,即使不能完全容忍,也可能在一定程度上予以容忍,从而在不法评价上予以减轻处理。最为典型的例子就是,我国刑法规定了大量的业务过失犯罪,其中交通肇事罪、医疗事故罪等业务过失犯罪的处罚比普通过失犯罪要更为轻缓。对此立法模式,曾有不少争议,^[27]但从允许的危险的角度来看,交通运输、治病救人等重要业务领域对社会的整体发展至关重要,如果对这些业务过失犯罪的处罚过于严厉,就有可能严重抑制相关专业领域的发展。因此,在这些领域,较低地评价业务过失的不法程度具有一定的合理性。最后,一般预防的必要性较低对不法程度的降低有一定影响。一般预防必要性与不法程度有相当密切的关联性。^[28]从罪刑法定原则出发,一般预防的必要性原则上不能脱离法益保护而成为独立的加重处罚事由。但是,在对被告人有利的立场上,犯罪预防的必要性则可能在不法程度的降低评价上发挥作用。在犯罪难度高、发生概率低等特定领域,一般预防的必要性会有所降低,从而导致不法程度的降低。例如,在虚假破产罪中,公司、企业通过隐匿财产、承担虚构的债务或者以其他方法转移、处分财产,可被视为欺骗法院以免除债务,不无构成对财产利益的三角诈骗的嫌疑。^[29]但是,虚假破产的实施条件非常严苛,必须发生在破产程序之中,而破产程序的启动及审查都十分严格,^[30]因此虚假破产相比一般的诈骗行为更加难以达成。从这个角度看,虚假破产罪的预防必要性要低于诈骗罪的预防必要性,因此该罪可视为诈骗罪的不法减轻类型。

第三,责任的特别加重事由主要是指目的犯中的目的。目的犯中的目的是重要的责任要素,直接反映对不法行为的谴责可能性。^[31]在故意实施同一不法行为的场合,特定目的有无会直接影响谴责可能性的程度。例如,成立贷款诈骗罪须具备非法占有目的,成立骗取贷款罪则不需要具备非法占有目的,因此贷款诈骗罪(既遂)可以视为骗取贷款罪的责任加重类型。

[25] 参见[日]大谷实:《刑法讲义各论》,黎宏、邓毅丞译,中国人民大学出版社2023年版,第18页。

[26] 参见[德]罗克辛:《德国刑法学总论》第1卷,王世洲译,法律出版社2005年版,第251页以下。

[27] 参见梁云宝:《业务过失的刑法惩处不必重于普通过失》,《法学评论》2020年第1期,第177页以下。

[28] 一般预防被区分为消极的一般预防和积极的一般预防,前者重视对犯罪行为的消极遏制,后者则注重培养国民对法的忠诚意识(参见[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第5页)。本文主要从消极意义上理解一般预防。

[29] 参见潘家永:《虚假破产罪探析——兼论破产犯罪的相关问题》,《政法论坛》2008年第2期,第144页。

[30] 2002年《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第12条规定:“人民法院经审查发现有下列情况的,破产申请不予受理:(一)债务人有隐匿、转移财产等行为,为了逃避债务而申请破产的;(二)债权人借破产申请毁损债务人商业信誉,意图损害公平竞争的。”

[31] 有学者认为,目的犯中的目的是不法要素而非责任要素(参见周光权:《行为无价值论与主观违法要素》,《国家检察官学院学报》2015年第1期,第82页以下;刘艳红:《主观要素在阶层犯罪论体系的位阶》,《法学》2014年第2期,第56页)。但是,从不法的客观性来讲,不宜承认主观的不法要素;另外,如果承认目的是不法要素,就可能使危险的判断主观化,从而不当提前未遂时点(参见黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2016年版,第104页以下;张明楷:《行为无价值论的疑问——兼与周光权教授商榷》,《中国社会科学》2009年第1期,第104页)。本文采责任说,将目的犯中的目的视为责任构成要素。

第四，责任的特别减轻事由主要是指期待可能性的降低。根据规范责任论，期待可能性是重要的责任要素。^{〔32〕}在期待可能性降低的场合，谴责可能性也随之减轻。如果特别条款犯罪的期待可能性较之普通条款犯罪更轻，就可能构成特别减轻关系。例如，聚众哄抢是对堆放或散落财物的“公然盗窃”^{〔33〕}或者“公然夺取”，^{〔34〕}在聚众哄抢的状态下，参与人受到从众心理的驱使，其行为的期待可能性有所降低，因此，与盗窃罪或者抢夺罪相比，聚众哄抢罪具有较低的期待可能性，在处罚上具备特别减轻理由。

综上，立法者区分特别减轻关系和特别加重关系有其实质根据，而非任意安排。需要注意的是，特别关系类型区分的事实与特别关系类型区分的根据之间并非完全对应，即使某一特别关系类型有其区分的实质根据，立法者也完全可能不作区分。这正如有些犯罪行为在立法上具备予以重罚的正当理由，但事实上却只被处以较轻的刑罚。^{〔35〕}因此，上述实质根据仅构成解释论上的指引，而不意味着我国刑法的特别关系规范毫无问题。另外，对上述实质根据的理解也不能绝对化。例如，我国刑法对业务过失基本采取从宽处理的态度，但不少国家却将业务过失犯罪规定为普通过失犯罪的加重处罚类型，如日本刑法上的业务过失致死伤罪。因此，对上述实质根据的理解，必须以我国刑法的规定为基础。

三、特别关系类型的区分前提：以法益同一性和逻辑包容性为界限

不当扩大或者限缩特别关系的成立范围，都会使特别加重关系和特别减轻关系的区分失去正当性。例如，如果误将想象竞合认定为特别关系，就会不当限制从一重罪处罚原则的适用，从而造成罚不当罪的局面。又如，如果误将特别关系认定为想象竞合，就扼杀了区分特别关系类型的机会，可能导致特别减轻关系也适用从一重罪处罚。因此，正确区分特别关系与想象竞合，是特别关系类型的区分前提。

特别关系与想象竞合的根本区别，在于不法的数量。根据禁止重复评价原则，对同一个不法行为不能作多次评价。^{〔36〕}重复评价包括定罪意义上的重复评价和量刑意义上的重复评价，想象竞合主要涉及定罪意义上的重复评价。在想象竞合中，同一行为实现了数个不法，为了不对重合的不法部分或责任部分作重复评价，故只认定一罪。^{〔37〕}未被用于定罪评价的不法，则可作为想象竞合从重处罚的量刑要素发挥作用。与之不同，特别关系同时涉及定罪和量刑上的重复评价。在特别关系中，从始至终只存在单一的特别不法，也就是说，特别条款规定的不法完全包容普通条款规定的不法。这也是想象竞合具有明示机能，而特别关系不具有明示机能的原因。^{〔38〕}就此而言，不法单一是特别关系的本质特征。有关不法单一的判断，主要有法益同

〔32〕 参见钱叶六：《期待可能性理论的引入及限定性适用》，《法学研究》2015年第6期，第118页。

〔33〕 参见张明楷：《刑法学》下，法律出版社2021年版，第1302页。

〔34〕 参见前引〔1〕，黎宏书，第308页。

〔35〕 例如，在理论上，贩卖人口是重罪，但以营利目的买卖成年男性的行为，在我国却只能处以非法拘禁罪。与之相对，类似行为在德国可能构成以性交易为目的的贩运人口罪、为获取劳动利益的贩运人口罪等重罪，在日本则可能构成以营利等为目的的绑架、诱拐罪等重罪。

〔36〕 参见王彦强：《犯罪竞合中的法益同一性判断》，《法学家》2016年第2期，第63页。

〔37〕 参见〔日〕只木誠：《罪数論の研究》，成文堂2009年版，第44页。

〔38〕 想象竞合的明示机能，是指“由于被告人的行为具有数个有责的不法内容，在判决宣告时，必须将其一一列出，做到充分评价，以便被告人与一般人能从判决中了解其行为触犯几个犯罪，从而得知什么样的行为构成犯罪”。参见张明楷：《论“依照处罚较重的规定定罪处罚”》，《法律科学》2022年第2期，第72页。

一性和逻辑包容性这两个标准。

（一）法益同一性

法益同一性标准来源于法益侵害原理。日本学者铃木茂嗣从法益侵害的理念出发，提出了“构成要件的充足个数应和法益侵害个数相一致”的论断，从而将法条竞合视为“法益侵害的一罪”。^{〔39〕}日本学者町野朔继承了这一观点，并进一步区分法益（违法）关联的特别关系和责任关联的特别关系；其认为，盗窃森林罪与盗窃罪是在“森林”这一违法关联要素基础上形成的特别关系，而业务侵占罪相对于侵占罪则属于特殊的责任加重类型。^{〔40〕}

法益同一性标准与当下盛行的法益侵害原理相吻合，因而在我国获得了众多支持者，如张明楷、^{〔41〕}黎宏、^{〔42〕}叶良芳、^{〔43〕}王彦强、^{〔44〕}吕英杰^{〔45〕}等。然而，有关法益同一性的理解，存在不少疑问。首先，法益同一性的应用逻辑并不清晰，存在自相矛盾的可能。例如，有学者一方面主张放火罪和故意杀人罪不具有法益同一性，另一方面却认为交通肇事罪与过失致人死亡罪具有法益同一性。^{〔46〕}但是，这两组罪名都分别涉及危害公共安全犯罪和侵犯生命的犯罪，不应区别对待。其次，不同学者对法益同一性的理解存在较大分歧。例如，关于金融诈骗罪与合同诈骗罪的关系，有学者认为属于想象竞合，^{〔47〕}也有学者主张区别对待不同情形。^{〔48〕}又如，关于盗窃罪与盗伐林木罪的关系，有学者主张成立法条竞合，^{〔49〕}也有学者主张成立想象竞合。^{〔50〕}再如，关于诈骗罪与保险诈骗罪的关系，通说认为二者都具有财产侵害性，因而具有法益同一性。^{〔51〕}但也有学者认为，诈骗罪侵犯财产，保险诈骗罪主要侵犯保险市场的正常秩序，因而二者成立想象竞合犯。^{〔52〕}由此可见，有关法益同一性的理解并不统一。

上述问题的产生，主要是因为对法益同一性的理论根据发生了理解上的错位。如前文所述，法益同一性标准起源于法益侵害原理。但是，法益侵害原理主要针对不法侵害的具体认定问题，而在数个罪名中的法益侵害性都能被肯定的场合，法益侵害原理难以进一步生发出如何甄别各罪名之间关系的判断规则。因此，由法益侵害原理推导出来的法益同一性标准，仍有进一步明确化的必要。

法益同一性是指不同罪名的保护法益发生重合。这包括三种情形：一是法益的完全同一，如故意杀人罪和过失致人死亡罪都以他人生命为保护法益；二是法益内涵的包容，如生产、销

〔39〕 参见〔日〕铃木茂嗣：《罪数论》，载〔日〕中山研一、西原春夫、藤木英雄等：《现代刑法讲座（第3卷）：过失から罪数まで》，成文堂1979年版，第287页。

〔40〕 参见〔日〕町野朔：《法条竞合论》，载〔日〕内藤谦、松尾浩也、田宫裕等：《平野竜一先生古稀祝贺论文集》上卷，有斐阁1990年版，第425页以下。

〔41〕 参见前引〔2〕，张明楷《法条竞合与想象竞合的区分》文，第135页。

〔42〕 参见前引〔1〕，黎宏等文，第34页。

〔43〕 参见前引〔5〕，叶良芳文，第104页。

〔44〕 参见前引〔36〕，王彦强文，第64页。

〔45〕 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472页。

〔46〕 参见前引〔36〕，王彦强文，第68页。

〔47〕 参见前引〔1〕，黎宏等文，第39页。

〔48〕 参见王强：《法条竞合特别关系及其处理》，《法学研究》2012年第1期，第162页。

〔49〕 参见前引〔1〕，黎宏等文，第39页；前引〔5〕，叶良芳文，第106页。

〔50〕 参见前引〔2〕，张明楷《法条竞合与想象竞合的区分》文，第135页。

〔51〕 参见前引〔36〕，王彦强文，第74页；前引〔1〕，黎宏等文，第35页。

〔52〕 参见前引〔45〕，吕英杰文，第483页。

售不符合标准的医用器材罪所保护的医用器材管理秩序，就包容了生产、销售伪劣产品罪所保护的产品管理秩序；三是法益数量的包容，如金融诈骗罪同时保护金融秩序法益和财产法益，而诈骗罪只保护财产法益。前两种情形无疑可以认定为具有法益同一性，最后一种情形则需要区分情况处理。

法益有主次之分，在重合的法益是主要法益的场合，可以直接认定具有法益同一性。例如，生产、销售不符合安全标准的产品罪以产品管理秩序为主要法益，以人身法益、财产法益为次要法益，而生产、销售伪劣产品罪仅以产品管理秩序为保护法益，两罪重合的法益是产品管理秩序这一主要法益，因而两罪具有法益同一性。在重合法益是次要法益的情况下，需要根据主要法益与次要法益的关联性来判断是否具有法益同一性。在两种法益存在密切关联的场合，对其中一个法益侵害结果的评判必然会牵扯到另一法益，此时两种法益之间就具有同一性。相反，如果两种法益的关系比较疏远，无太大的关联性，对两个法益侵害结果就不能作同一性评价。例如，诬告陷害罪以人身法益为主要法益，以刑事诉讼活动的正常秩序为次要法益，^{〔53〕}而伪证罪以刑事诉讼活动的正常秩序为法益。^{〔54〕}表面上看，两罪在刑事诉讼活动的正常秩序上具有法益同一性，但人身法益与刑事诉讼活动的正常秩序关系甚远，其中一个法益受到侵害并不必然导致另一法益受到侵害或者陷入危险，因此两罪不能被认为具有法益同一性。又如，金融诈骗罪同时侵犯金融安全（秩序）和财产法益，由于金融安全直接关联财产安全，对财产法益的保护具有重大意义，因此金融安全与财产法益存在密切关联。也就是说，金融诈骗罪与财产犯罪具有法益同一性。

（二）逻辑包容性

所谓逻辑包容性，是指特别条款规定的不法构造在逻辑上包容了普通条款的所有适用条件。也就是说，“实现特殊构成要件的事实中完全包含了实现一般构成要件的事实”。^{〔55〕}具体而言，不法构造的逻辑包容性有两种表现形式。

一是概念包容性，即特别条款对普通条款的某一不法内容作了更为具体的规定。例如，盗窃罪的不法构造是占有转移，诈骗罪、敲诈勒索罪的不法构造是基于错误、恐惧交付财产。有见解认为，占有转移与交付财产是互斥的不法类型。^{〔56〕}但是，无论是诈骗罪还是敲诈勒索罪，被害人对交付财产的同意都是无效的，^{〔57〕}如果同意有效，诈骗、敲诈勒索就不会构成犯罪。那么，诈骗、敲诈勒索实际上就是通过被害人交付财产来转移财产占有，这可被视为特殊的占有转移。因此，诈骗罪、敲诈勒索罪的财产交付在逻辑上就包容了盗窃罪的占有转移，二者之间构成特别关系。

二是要素包容性，即所有普通条款规定的不法构成要素都包含在特别条款之中，而特别条款规定的某个或某些要素则不为普通条款所包含。例如，盗伐林木罪中的林木资源具有一定的财产价值，但这不等于盗伐林木罪的保护法益包括了财产。根据刑法的规定，盗窃罪、盗伐林木罪的构成要件中都包含有罪量要素，前者是“数额较大”，后者是“数量较大”。显然，二

〔53〕 参见前引〔24〕，高铭喧等主编书，第480页。

〔54〕 同上书，第562页。

〔55〕 [德] 英格博格·普珀：《德国刑法总论：以判例为鉴》，徐凌波、喻浩东译，北京大学出版社2023年版，第448页。

〔56〕 参见张明楷：《犯罪之间的界限与竞合》，《中国法学》2008年第4期，第88页；王钢：《盗窃与诈骗的区分——围绕最高人民法院第27号指导案例的展开》，《政治与法律》2015年第4期，第30页。

〔57〕 参见付立庆：《诈骗罪中被害人同意的法律效果》，《法学》2023年第3期，第52页以下。

者的性质并不相同。数量较大的林木未必达到数额较大财物的要求,而数额较大的林木(具有财产价值)也未必符合数量较大林木的要求。根据实质的客观要件理论,客观的罪量要素在本质上是不法构成要素,罪量本质上是法益侵害程度的评价要素。在罪量要素性质不同的情况下,两罪的不法构造存在差异。以桉树为例,相对于普通树种,其具有很大的经济价值,但桉树的吸水性特别强,在不适当的地方种植,反而有破坏生态的效果。多地对桉树种植都作了严格规定,禁止在耕地和基本农田上种植速生桉树。^[58]那么,即使盗伐耕地上的桉树数量较大,也不应按照盗伐林木罪来认定。从这个意义上讲,盗伐林木罪与盗窃罪的罪量要素不同,也就意味着二者不具有逻辑包容性。

有学者反对将要素包容性纳入逻辑包容性的范畴,其主要论据是“整体不能限制为部分”,因而整体部分关系不能成立特别关系。^[59]但是,包容关系本质上是一种内涵的逻辑构造上的涵摄性。特别构成要件包容普通构成要件,是指普通构成要件的内涵为特别构成要件所涵摄,只要符合特别构成要件,就符合普通构成要件。^[60]因此,作为规定整体要素的特别构成要件,实际上涵摄了作为规定部分要素的普通构成要件,这与概念包容性并无二致。至于整体能否包含部分,完全是语义辨析的问题,对特别关系的认定不构成实质影响。由此可见,不管是要素包容性,还是概念包容性,都能成为特别条款对普通条款的逻辑包容性。

有关逻辑包容性,以下几个特殊问题值得注意。

第一,不同犯罪形态在逻辑包容性上有所区别,不能片面地将某一罪名的全部犯罪形态视为另一罪名的特别条款。一般来讲,刑法分则规定的具体罪名以既遂为基本形态。因此,特别条款与普通条款的关系,也是在既遂的语境下展开的。特别条款犯罪的未完成形态与普通条款犯罪的既遂形态之间,未必发生特别关系。例如,放火罪(故意致人死亡)在逻辑上包容故意杀人,在以放火方式故意杀人的情况下,应当以作为特别条款的放火罪论处。但是,放火罪(故意致人死亡)以致人死亡为成立条件,^[61]在未发生致人死亡结果的情况下,放火罪无法在逻辑上包容故意杀人罪,因此这种场合应以放火罪与故意杀人罪(未遂)的想象竞合论处。

第二,逻辑包容性包括选择性要素的逻辑包容性。在犯罪构成中,有的构成要件要素是选择性要素,如交通肇事罪的致人死亡结果(刑法第133条)。在交通肇事致人死亡的场合,交通肇事罪在逻辑上包容过失致人死亡罪。值得注意的是,选择性要素必须有明确的成文规定,欠缺成文规定的可能情形欠缺定型性,不能成为不法构成要素。例如,诈骗罪中的诈骗行为有可能以招摇撞骗的方式实施,而招摇撞骗罪中骗取的利益有可能是财产。但是,无论是在诈骗罪中,还是在招摇撞骗罪中,以招摇撞骗方式骗取财产都没有成文规定,因而不属于选择性要素。因此,骗取财产的招摇撞骗在逻辑上不能包容诈骗罪。

第三,不法构成要件的解释会直接影响逻辑包容性的判断。有学者为了避免特别条款的优

[58] 如2003年重庆市人民政府、国家林业和草原局《关于印发重庆市科学绿化试点示范市建设实施方案的通知》(渝府发〔2023〕13号);2020年广西壮族自治区河池市宜州区石别镇人民政府《关于严厉整治规范速生桉树种植的通告》(石政发〔2020〕3号);2023年云南省文山州富宁县人民政府《关于规范桉树种植及采伐有关事项的通告》等。

[59] 参见前引〔2〕,黄小飞文,第21页。

[60] 参见叶良芳:《从吴英案看集资诈骗罪的司法认定》,《法学》2012年第3期,第17页。

[61] 在加重结果未发生的场合,是不构成结果加重犯,而不是构成结果加重犯的未遂。参见邓毅丞:《结果加重犯的基本原理与认定规则研究》,法律出版社2016年版,第242页以下。

先效力所带来的处罚不公，对不法构成要件予以重新解释，以否定逻辑包容性。例如，通说认为，诈骗罪、盗窃罪与骗取型、窃取型贪污罪是特别关系。但有学者认为，贪污罪的行为本质上是业务侵占，不包括通常意义的诈骗和盗窃，因此贪污罪不是盗窃罪、诈骗罪的特别条款。^{〔62〕}由此可见，如何理解贪污罪的行为类型，会直接影响对贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间关系的认定。^{〔63〕}

四、特别关系类型的区分标准：以法定的处罚效果为中心

特别加重关系与特别减轻关系的区分，以处罚效果的轻重为标准。然而，如何判断处罚效果的轻重，存在诸多疑问。

（一）立案标准与处罚效果

罪量要素是我国刑法立法的一大特色。但是，大多数罪量要素都含糊其辞，如数额较大、后果严重、情节严重等。因此，司法解释不遗余力设立立案标准，以明确处罚界限。在特别条款的立案标准较之普通条款更为严格的场合，特别条款往往被认为是轻法，普通条款被认为是重法。^{〔64〕}由此，特别条款与普通条款就是特别减轻关系，在不符合特别条款立案标准的场合，不能补充适用普通条款。这种见解有一定道理。具有严重危害性的不法类型通常不需要设置罪量要素，危害轻微的不法类型则需要设置较为严格的罪量要素或者立案标准。例如，成立抢劫罪就没有罪量要素的要求，而成立盗窃罪以“数额较大”为条件。又如，盗窃罪一般被认为是较之诈骗罪更为严重的不法类型，因而盗窃罪的立案标准低于诈骗罪。因此，在一定条件下，立案标准的高低与处罚效果的轻重成反比关系。

但是，仅凭立案标准就立即确认特别关系的类型，很容易使处罚效果的比较陷入逻辑混乱。不同罪名的立案标准未必是单一的轻重关系，在司法解释对特别条款规定了多个选择性立案标准的场合，这些立案标准有可能同时表现出较之普通条款更为狭窄和更为宽泛的处罚范围。例如，根据司法解释，教育设施重大安全事故罪的立案标准是造成死亡1人以上或重伤3人以上。^{〔65〕}从致人死亡的角度看，本罪与过失致人死亡罪都以致1人死亡为立案标准，二者的严厉程度是对等的。在致人重伤的场合，本罪以致3人重伤为立案标准。如果以立案标准区分罪名的处罚效果轻重关系，本罪就对等于过失致人死亡罪而轻于过失致人重伤罪。同时，死亡结果较之重伤结果更为严重，因而过失致人死亡罪必然重于过失致人重伤罪。由此，上述罪名之间的轻重关系就呈现为以下公式：过失致人死亡罪=教育设施重大安全事故罪<过失致人重伤罪<过失致人死亡罪。这个公式简化以后就是：过失致人死亡罪<过失致人死亡罪。这未免有杂乱无章而又自相矛盾之嫌。

〔62〕 参见王彦强：《业务侵占：贪污罪的解释方向》，《法学研究》2018年第5期，第143页以下。

〔63〕 本文认为，通说的见解更为合理。首先，国家工作人员对公共财产的占有状态有可能是共同占有。其次，监守自盗也可以转移占有，并不完全等同于业务侵占。最后，业务侵占说只不过限制了贪污罪的主体，而没有从根本上改变贪污罪的基本构造，更没有改变其与盗窃罪、诈骗罪之间的关系。有关财产上占有的具体认定，参见车浩：《占有概念的三重性：事实与规范》，《中外法学》2014年第5期，第1194页以下；黎宏：《论财产犯中的占有》，《中国法学》2009年第1期，第149页以下。

〔64〕 参见前引〔1〕，黎宏等文，第40页。

〔65〕 参见2015年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条。

也有学者以一般预防必要性作为立案标准区分功能的辩护理由。以金融诈骗罪与诈骗罪的关系为例,不少学者认为,金融诈骗罪的一般预防必要性较低,因而司法解释为其设立了高于诈骗罪的立案标准。〔66〕但是,这种论断有诸多谬误,不能得到支持。

第一,金融效率与公平价值的实现并不依赖于对金融诈骗罪的轻纵。有见解认为,“市场领域涉及民商事行为引发犯罪的刑法介入范围与程度,就可能以效率与公平价值优位于安全价值进行立法,而区别于社会领域的诈骗犯罪认定”。〔67〕对此见解,本文不敢苟同。金融秩序是重要法益,有独立保护的必要。从立法的角度看,在日常领域不被处罚的侵犯财产行为却有可能成立金融犯罪。例如,普通的背信行为不受刑法规制,但背信损害上市公司利益等行为则成立犯罪。〔68〕又如,一般的骗用行为不构成犯罪,但骗取贷款的行为则有独立的罪名对其予以规制。概言之,金融诈骗罪不仅侵犯被害人的财产,还侵犯金融秩序这一重大利益,从这种双重危害性很难推导出刑法介入时点应当延后或者介入力度应当放缓的结论。另外,诚信是保障金融活力的基石,金融的本质是资金融通。“市场经济是建立在全社会诚信基础之上的法制经济,稳定可靠的社会信用体系是市场经济有效运行的基石。”〔69〕一个金融主体之所以能够向另一个金融主体的事业给予资金上的投入和支持,就是基于对投资前景的信任。“企业诚信的缺失导致金融资产质量的低下。”〔70〕在没有诚信的社会中,金融主体之间无法有效沟通和合作,这对金融的效率来讲有百害而无一利。因此,不能认为对金融领域中故意非法占有他人财产的诈骗行为降低责任追究,是实现效率和公平的途径。事实上,放纵金融诈骗罪,只会使从事金融交易的主体人人自危,不断通过繁复的审查程序来降低风险,这对提高金融效率而言有百害而无一利。

第二,行为人与被害人的隔离性不能说明金融诈骗罪的预防必要性较低。有学者认为,传统诈骗的对象是狭义财物,被害人与行为人往往需要直接接触,很容易引发暴力犯罪或者危及被害人的人身安全,但金融领域的诈骗行为不具备此类特点,因此刑法介入金融行为的时点和力度应当有别于诈骗罪。〔71〕这种逻辑不能成立。例如,电信诈骗中的行为人也不需要与被害人直接接触,根据这一逻辑,对电信诈骗犯罪也应当从宽处罚,但事实上,司法解释将电信诈骗作为更严重的诈骗形态来对待。

第三,行为人与被害人的金融合作关系不构成允许的风险。有学者认为,金融风险在一定程度上是刑法上允许的风险,“金融诈骗中的交易双方是为了实现特定金融目的的合作关系,交易主体通过金融交易实现获利目的、助力经济社会发展”,〔72〕并认为这种金融合作关系“决定了对金融诈骗罪的认定应注重结果导向”。〔73〕因此,对金融诈骗罪应当从宽处罚。对此见解,本文不敢苟同。首先,金融风险在符合金融交易规范的前提下才是被允许的。逐利是商业交易的天性,对财富的渴望使得从事商业交易的人具有一般人所不具备的冒险精神,这种冒

〔66〕 参见前引〔1〕,蔡道通文,第32页以下;前引〔4〕,徐光华文,第89页;前引〔1〕,庄劲文,第158页。

〔67〕 上引蔡道通文,第32页。

〔68〕 值得注意的是,刑法修正案(十二)增设了大量背信犯罪。

〔69〕 吴弘:《诚信价值观融入信用立法研究》,《东方法学》2018年第1期,第82页。

〔70〕 黎和贵:《区域金融生态环境差异与经济增长效率》,《金融论坛》2007年第3期,第49页。

〔71〕 参见前引〔1〕,蔡道通文,第32页。

〔72〕 前引〔4〕,徐光华文,第90页。

〔73〕 同上文,第91页。

险精神正是市场经济发展和激活经营效率的重要动力,^[74]法律应对这种冒险精神予以保护而非扼杀,但即便如此,也不能以之作为不法减轻的佐证。另外,信息对称是正常金融合作的基石。^[75]金融诈骗却是利用被害人的信息不对称来骗取财产,此类行为明显制造了不正常的金融风险,不在被允许的风险的射程之内。其次,对金融风险的宽容不应当以结果为导向。金融活动是高风险活动,发生损失的可能性很高,如果以结果为导向,就很容易导致刑法对金融活动的不当干预。^[76]不少地方司法机关以刑事手段插手经济纠纷,就与结果(数额)导向的思维方式脱不了干系。最后,较之一般的交易风险,刑法对金融风险的干预力度显然更强。与一般的财产犯罪相比,我国刑法对金融犯罪的处罚范围显然更广。例如,在欠缺非法占有目的的情况下,以欺骗方式侵犯普通财产的行为不构成犯罪,但骗取金融利益的行为则可能构成相应犯罪,如骗取贷款、票据承兑、金融票证罪、妨害信用卡管理罪(如骗领信用卡)、诱骗投资者买卖证券、期货合约罪等。由此可见,我国刑法对于金融风险并不像一些学者认为的那样宽容。

第四,金融诈骗罪的一般预防必要性并不低于诈骗罪。有学者认为,市场主体通常是公开的且具有真实性,因而金融诈骗在案件的发现、立案、侦查、追诉以及利益追索方面都较普通诈骗容易,故不必对其用重刑。^[77]这是对现实的重大误解。就立案而言,包括金融诈骗罪在内的经济犯罪的刑事立案非常困难。在控告或举报材料不够夯实的情况下,公安机关经济犯罪侦查部门基本上不会立案。即使进入了立案程序,如果行为人能够及时退还赃款赃物,也很可能因为难以证明非法占有目的等情况而很难定罪。另外,在市场经济中,市场主体往往是企业法人,其财产完全可以通过各种手段在关联企业之间进行转移。因此,市场交易中不乏真真假假的信息交织在一起。因此,与普通诈骗相比,金融诈骗行为的识别更加困难。更重要的是,金融诈骗罪所涉及的金融行为类型不一定需要行为人提供真实的身份信息,如票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪等,这些金融诈骗犯罪很难说比诈骗罪更容易被发现。因此,市场主体的身份公开性和真实性,不能成为金融诈骗罪的一般预防必要性较低的正当理由。

第五,轻纵金融诈骗罪并不能实现刑罚结构阶梯化的预防效果。有见解指出,集资诈骗罪等金融诈骗罪一般都不会出现在金额较少的场合,因而“为保证在该罪常见的高位数额区间能够形成‘罪刑阶梯’,便需要将起刑点的数额提高,进而将刑罚资源整体移向数额的高位领域”。^[78]金融诈骗行为一旦实施,行为人不太可能因为惧怕刑罚的惩处而控制诈骗数额,绝大部分金融诈骗罪的行为人都不太可能出于未来量刑的考虑而对诈骗数额精打细算。很难想象一个原本打算集资诈骗5亿元的行为人,会为了避免无期徒刑而只诈骗50万元。何况,金融诈骗数额也未必完全由行为人掌控。例如,集资诈骗的数额一般定格在“爆雷”的时点,也就是行为人不能再支付被害人本息的时候。至于什么时候“爆雷”,取决于行为人的诈骗能力(欺骗被害人投资的能力),而不是行为人对高位量刑的畏惧。行为人的诈骗能力越强,“爆雷”的时点越会往后推延,被骗的人也就越多,诈骗金额自然就累积得越多。由此可见,以

[74] 参见梁洪学:《激发释放企业家精神的制度环境——对企业家精神的再认识》,《学习与探索》2019年第2期,第140页。

[75] 参见郝艳兵:《互联网金融时代下的金融风险及其刑事规制——以非法吸收公众存款罪为分析重点》,《当代法学》2018年第3期,第44页。

[76] 参见汪明亮:《经济犯罪的主流犯罪倾向及其司法应对》,《中国应用法学》2024年第4期,第53页。

[77] 参见前引[4],徐光华文,第89页。

[78] 前引[1],庄劲文,第158页。

提高金额数量实现金融诈骗罪的一般预防功能,是很难实现的。相反,为了防止诈骗数额陷入不可控的状态,应当提前扼杀行为人的犯罪动机和犯罪可能。也就是说,如果要提高金融诈骗罪的一般预防效果,就应当降低入罪门槛,从而避免犯罪人陷入追求巨额诈骗金额的狂热而不可自拔,也由此压缩其扩大损害范围和程度的空间。因此,限制金融诈骗罪的处罚范围,并不符合一般预防目的。

总而言之,当前司法解释规定的立案标准未必正确反映特别条款犯罪的一般预防必要性,其或许对于区分特别加重关系和特别减轻关系具有积极意义,但难以成为唯一的判断因素。

(二) 处罚效果的判断因素

处罚效果与法定刑直接关联,法定刑越重,处罚效果就越严厉;反之亦然。法定刑的轻重比较,分为程度上的比较和刑种上的比较。就前者而言,法定最高刑和法定最低刑是最主要的判断因素;后者则分为主刑的比较和附加刑的比较。除了法定刑,定罪量刑情节也对处罚效果有重要影响。对于这些判断因素,下面进行详细分析。

第一,特别条款和普通条款在法定最高刑和法定最低刑上的差异,是区分特别加重关系和特别减轻关系的首要标准。原则上讲,法定最高刑体现了对犯罪行为适用刑罚的极限,是判断处罚效果的首要标准。^[79]在法定最高刑相同的情况下,以法定最低刑为比较标准。^[80]例如,贪污罪的法定最高刑为死刑,高于盗窃罪、诈骗罪;贪污罪的法定最低刑是拘役并处罚金,盗窃罪、诈骗罪的法定最低刑是单处罚金。不难发现,无论是法定最高刑还是法定最低刑,贪污罪都重于盗窃罪、诈骗罪,贪污罪理应是盗窃罪、诈骗罪的特别加重类型。因此,在未达到贪污罪立案标准的场合,盗窃罪、诈骗罪有补充适用的余地。又如,敲诈勒索罪的法定最高刑是15年有期徒刑,盗窃罪的法定最高刑是无期徒刑,因此敲诈勒索罪与盗窃罪是特别减轻关系。再如,集资诈骗罪的法定最低刑是3年有期徒刑,较之诈骗罪显然更为严厉,因此集资诈骗罪与诈骗罪是特别加重关系。

第二,法定刑的轻重比较不能局限于主刑上的差异,还要关注附加刑的不同。无论是法定最高刑,还是法定最低刑,都必然属于主刑。主刑的差异对处罚效果的比较当然有约束力,但除了主刑,附加刑也会影响处罚效果。在特别条款规定的附加刑较普通条款规定的附加刑更为严厉的情况下,也能构成特别加重关系,相反则构成特别减轻关系。例如,刑法第375条第1款和第280条第1款规定的行为类型和法定刑基本相同,只不过第375条第1款没有“并处罚金”的处罚规定,而第280条第1款有“并处罚金”的规定,因此375条第1款与第280条第1款应视为特别减轻关系。由于第375条第1款没有规定毁灭武装部队公文、证件、印章罪,那么能否按照第280条第1款(毁灭国家机关公文、证件、印章罪)处罚毁灭武装部队公文、证件、印章的行为,就成为问题。对此,多数学者采肯定说。^[81]这种见解显然忽略了第375条第1款与第280条第1款之间的特别减轻关系。作为特别减轻关系中的普通条款,第280条第1款并无补充适用的余地。另外,盗窃、抢夺行为不仅侵犯所有权,还转移了占有,较之毁灭行为危害性更大。如果以毁灭国家机关公文、证件、印章罪处罚毁灭武装部队公文、证件、印章的行为,就相当于将刑法没有规定的轻行为类型类推为处罚更重的重行为类

[79] 参见郑丽萍:《轻罪重罪之法定界分》,《中国法学》2013年第2期,第136页。

[80] 参见何荣功、黄丽:《论想象竞合犯的处罚原则及其适用》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2005年第3期,第405页。

[81] 参见前引[1],周光权书,第394页;前引[33],张明楷书,第1550页。

型，这不仅违反罪刑法定原则，还与罪刑均衡原则相悖。当然，否定说很可能面临造成处罚漏洞的质疑。毁灭武装部队公文、证件、印章的行为，往往以转移对公文、证件、印章的占有为前提。盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪不是财产犯罪，其犯罪构成不必严格遵从财产犯罪的认定规则。本罪的保护法益是国防利益，不管行为人是否有非法占有的目的，只要行为人故意实施盗窃、抢夺行为，转移武装部队公文、证件、印章的占有，就严重侵犯了国防利益，应当受到严厉的罪责谴责。因此，盗窃、抢夺后毁灭武装部队公文、证件、印章的行为，也能认定为盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪。同时，公文、证件、印章都是小件物品，只要行为人握在手中，就可以认定为占有转移，构成既遂。在拿到武装部队公文、证件、印章后再毁灭的场合，应当认定为盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪。从这个意义上讲，否定说基本上不会造成处罚漏洞。

第三，犯罪情节的具体功能对处罚效果的判断有重要影响。首先，同一情节在不同犯罪中可能产生不同的处罚效果。例如，“携带凶器”在盗窃罪中属于定罪情节，而携带凶器抢夺则构成抢劫罪，后者的处罚效果显然更重。根据2013年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，“导致他人重伤”“导致他人自杀”是抢夺罪的“其他严重情节”，“导致他人死亡”是“其他特别严重情节”。与之相对，根据2013年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》等司法解释，这些情节并不是盗窃罪的法定刑升格条件，而只能是盗窃罪的从重处罚情节。因此，抢夺罪是盗窃罪的特别加重类型。其次，在同一情节下，不同犯罪有不同的处罚范围，这也反映出处罚效果上的不同。例如，盗窃罪和诈骗罪的法定刑无甚差别，但盗窃罪除了处罚数额型盗窃以外，还处罚非数额型盗窃，诈骗罪则必须以“数额较大”为成立要素。就此来看，诈骗罪应视为盗窃罪的特别减轻类型。

上述判断因素有位阶之分，高位阶的判断因素与低位阶的判断因素形成不同的位序——只有高位阶的判断因素不可适用的情况下，才能考虑低位阶的判断因素。首先，法定刑优位于定罪量刑情节。法定刑的严厉性直接决定了行为人的权利被剥夺的程度，应当成为确立处罚效果判断因素位阶关系的核心要素。在法定刑相同的情况下，才能考虑定罪量刑情节对处罚效果的影响。例如，敲诈勒索罪的法定最高刑轻于诈骗罪，但其处罚范围宽于诈骗罪。在此场合，敲诈勒索罪的处罚效果就轻于诈骗罪。其次，在法定刑的程度问题上，法定最高刑处于第一位序，法定最低刑次之。在法定最高刑相同的情况下，才能考虑法定最低刑的不同。例如，与强迫卖血罪相比，由强迫卖血转化的故意伤害罪（致人重伤、死亡）的法定最高刑更重，而法定最低刑更轻，二者间构成特别加重关系。再次，在法定刑的刑种问题上，主刑处于优先地位，附加刑是补充判断因素。最后，相对于定罪情节，加重情节（包括间接加重处罚情节）直接导致法定刑上的重大差异，因此加重情节在判断位序上优越于定罪情节。例如，携带凶器抢夺构成抢劫罪，而携带凶器盗窃就只是盗窃罪的成立条件，二者的法定刑差异巨大。即使抢夺罪基本犯的成立范围不及盗窃罪，二者之间也是特别加重关系。

五、特别关系类型的区分范围：以基本犯和加重犯的处罚效果为视角

我国刑法的一个重要特点，是将具体犯罪的处罚效果划分为不同档次的法定刑幅度，从而

形成基本构成犯罪（简称“基本犯”）和加重构成犯罪（简称“加重犯”）的区别。^{〔82〕}由此，处罚效果可以在基本犯层面和加重犯层面作不同的比较。从实际情况看，不同层面的比较结论未必一致。例如，职务侵占罪与盗窃罪在加重犯层面的处罚效果相当，但职务侵占罪基本犯的法定最低刑是拘役并处罚金，而盗窃罪基本犯的法定最低刑是单处罚金，因此职务侵占罪在基本犯层面的处罚效果要重于盗窃罪的基本犯。那么，处罚效果是应当在基本犯层面或者加重犯层面作个别比较，还是需要在整体上一并比较，就成为疑问。

本文认为，对此不能一概而论，而应当以罪刑构造为基础，在罪刑均衡的导向下确定特别关系类型的区分范围。其一，根据罪刑法定原则，由比较处罚效果而确定的特别关系类型，应当符合普通条款和特别条款的罪刑构造，刑法解释不得违反罪刑法定原则。罪刑构造由刑法所规定，具有罪刑法定功能，因此，处罚效果的比较范围，不得超出罪刑构造所展示的国民预测可能性。其二，根据罪刑均衡原则，犯罪的危害程度与处罚效果的轻重成正比。因此，普通条款之罪和特别条款之罪在危害程度上的轻重关系，对二者处罚效果上的轻重关系具有制约意义。法定刑的严重程度还与一般预防必要性有密切关联，“正由于对犯罪规定刑罚的目的是为了一般预防，法定刑幅度自然应该与一般预防相适应”。^{〔83〕}因此，对于处罚效果比较中的罪刑均衡问题，应当充分考虑一般预防必要性的影响。其三，罪刑法定与罪刑均衡互相制约。罪刑法定原则禁止超出国民预测可能性对被告人作出不利解释，^{〔84〕}因此，在处罚效果的比较中，不得以罪刑均衡为由确定国民不可预测的特别关系类型。但是，在国民可预测的范围内，罪刑均衡是区分特别加重关系和特别减轻关系的关键标准。具体而言，可以区分以下几种场合进行处理。

（一）普通条款和特别条款同时规定基本犯和加重犯的场所

1. 基本犯和加重犯的处罚效果存在局部差异的场合

在普通条款和特别条款都规定了基本犯和加重犯，但只有其中一个层面的处罚效果存在差异的情况下，应当根据不法和责任的涵摄范围来决定是整体比较还是个别比较。从不法和责任的涵摄范围看，基本犯处于不法和责任的基础性位置，其无法涵摄加重犯。相反，加重犯都是在基本犯的基础上提升不法和责任程度，其不法和责任能够涵摄基本犯的不法和责任。根据罪刑均衡原则，处罚效果与不法和责任相适应，因此加重犯的处罚效果可以推定整体处罚效果。也就是说，特别条款与普通条款在加重犯层面构成的特别关系类型，可以整体评价为特别条款与普通条款的特别关系类型。与之不同，基本犯层面的特别减轻关系或者特别加重关系，仅在基本犯层面发生效力。例如，贷款诈骗罪的基本犯较之诈骗罪的基本犯具有更重的法定刑，但两罪的加重犯在处罚效果上并无二致。因此，贷款诈骗罪和诈骗罪的基本犯构成特别加重关

〔82〕 法定刑升格和加重构成犯罪基本上是同一问题。法定刑升格条件种类多样，如行为、结果、情节等，因此加重犯相应被划分为行为加重犯、结果加重犯、情节加重犯等（有关法定刑升格条件的界定，参见前引〔14〕，张明楷书，第624页以下；有关加重构成犯罪的界定，参见卢宇蓉：《加重构成犯罪研究》，中国人民公安大学出版社2004年版，第17页以下）。也有见解将加重犯区分为直接加重犯和间接加重犯，直接加重犯是基于特定情节直接升格法定刑的犯罪形态，如刑法第234条第2款规定的故意伤害罪（致人重伤、死亡），间接加重犯是基于特定情节转化为其他犯罪的犯罪类型，如刑法第247条规定的刑讯逼供致人伤残转化为故意伤害罪（参见邓毅丞：《结果型转化犯法律属性新探》，《法商研究》2015年第5期，第124页以下）。本文认可包含间接加重犯的广义加重犯概念。

〔83〕 邱兴隆：《穿行于报应与功利之间——刑罚“一体论”的解构》，《法商研究》2000年第6期，第34页。

〔84〕 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏、姚培培译，中国人民大学出版社2023年版，第67页。

系,但这种特别关系不能延伸到二者的加重犯。也就是说,在不符合贷款诈骗罪的立案标准但符合诈骗罪的立案标准时,可以补充适用诈骗罪。但是,在不符合贷款诈骗罪的法定刑升格条件但符合诈骗罪的法定刑升格条件时,却不能适用诈骗罪的加重犯。又如,行贿罪和对单位行贿罪的基本犯的法定刑都是3年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金,但是,对单位行贿罪只有一档升格法定刑,即在“情节严重”的情况下升格到3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金,而行贿罪有两档升格法定刑,法定最高刑为无期徒刑。由此,两罪在整体上构成特别减轻关系(对单位行贿罪轻于行贿罪)。在不符合对单位行贿罪基本犯的成立条件但符合行贿罪基本犯的成立条件的场合,不得补充适用行贿罪。

2. 基本犯和加重犯的处罚效果比较结论明显冲突的场合

普通条款和特别条款在基本犯层面和加重犯层面处罚效果的比较结论有明显冲突的情况下,原则上应当分别认定为特别减轻关系或者特别加重关系。基本犯和加重犯有不同的罪刑构造,体现了立法者对规范目的等规范要素的实质性考量。如果处罚效果在基本犯层面的比较结论明显不同于加重犯层面的比较结论,就很难推测认为立法者会将两个层面的特别关系划归为相同类型。因此,两个层面的特别关系类型,就没有必要保持一致。

例如,保险诈骗罪的基本犯以5年有期徒刑为法定最高刑,其处罚效果较之法定最高刑只有3年有期徒刑的诈骗罪基本犯更为严厉,但在保险诈骗罪的加重犯中,法定最高刑却只有15年有期徒刑,而诈骗罪的加重犯以无期徒刑为法定最高刑,前者显然没有后者重。也就是说,在基本犯的范围内,保险诈骗罪是诈骗罪的加重处罚类型,但在数额特别巨大的情况下,保险诈骗罪则应当是诈骗罪的减轻处罚类型。因此,在保险诈骗罪的定罪数额不符合基本犯构成要件的场合,诈骗罪能够补充适用。但是,在保险诈骗未达到“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”时,不得以符合诈骗罪的法定刑升格条件为由,对行为人处以10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

可能有人担忧,上述拆解刑法条文并予以不同解读的做法,有害于刑法解释的安定性。这种担忧有一定道理。如果同一罪名的危害性增量与预防必要性增量不成正比,就很容易被指责在逻辑上飘忽不定。对于上述疑虑,本文的回应如下。

首先,刑法解释的安定性以坚持罪刑法定原则为前提。罪刑构造在犯罪构造的解释中具有决定性的意义,与传统见解不同,现代的罪刑关系论强调罪刑构造上的互动性,承认法定刑的严厉程度对犯罪构造的解释具有反制性影响。^[85]那么,在刑法对基本犯和加重犯已明确赋予不同处罚逻辑的情况下,特别关系的类型划分就应当以此为基础,而不能为了满足某一理论的一致性而不加区别地一体评价。尤其是金融诈骗罪已被多次修正的情况下,立法者对保险诈骗罪的罪刑构造却未作任何改变,由此可以推定,保险诈骗罪与诈骗罪的特别关系类型在基本犯层面和加重犯层面被区别对待,是立法者有意为之。

其次,保险诈骗罪的法定刑设置模式与不同数额保险诈骗的一般预防必要性有密切关联。公平和效率是保险理赔的两个价值目标,^[86]为了平衡这两个目标,保险公司对“数额较大”

[85] 参见劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,《政法论坛》2012年第4期,第40页。

[86] 参见樊启荣:《保险理赔程序及其时限立法規制论——兼评〈保险法修订草案〉的相关条款》,《法学》2009年第1期,第73页。

的保险诈骗和“数额特别巨大”的保险诈骗往往采取不同的防御强度。^{〔87〕}保险公司的防御强度与刑法的介入必要性成反比，保险公司的防御强度越低，犯罪完成的几率就越高，刑法介入的必要性也就越高；保险公司的防御强度越高，犯罪完成的几率就越低，刑法介入的必要性也就越低。因此，刑法对“数额较大”的保险诈骗采取较普通诈骗更强的预防力度，却对“数额特别巨大”的保险诈骗采取较普通诈骗更弱的预防力度，是可以理解的。因此，不能简单地将保险诈骗罪视为诈骗罪的加重处罚类型或者减轻处罚类型。

再次，从体系解释看，我国刑法对不同的金融诈骗罪采取了不同的处罚思路。根据我国刑法，银行贷款受到较之保险金更为严格的保护，除了贷款诈骗罪，我国刑法还规定了骗取贷款罪。但是，我国刑法在保险诈骗罪以外，并没有其他条文对保险金予以专门保护。因此，虽然贷款诈骗罪和保险诈骗罪同属对金融机构财产的诈骗，但刑法对二者的保护力度是不一样的。因此，对于不同的金融诈骗罪，有不同的规范保护力度。从贷款诈骗罪等其他金融诈骗罪的处罚效果，不能推导出保险诈骗罪的处罚效果。

最后，抛开特别关系不论，想象竞合等一罪形态受到从一重罪处罚原则的制约，因而也存在处罚效果的轻重冲突问题。例如，虐待部属罪以致人重伤为基本犯的不法构成条件，其法定刑为5年以下有期徒刑或者拘役（刑法第443条）。在致人重伤的情况下，虐待罪的法定刑是2年以上7年以下有期徒刑。由此可见，虐待罪（致人重伤）的处罚效果显然重于虐待部属罪的基本犯。但是，在致人死亡的情况下，虐待部属罪的法定刑升格为5年以上有期徒刑，而虐待罪的法定刑仍为2年以上7年以下有期徒刑。就此而言，虐待罪（致人死亡）的处罚效果又轻于虐待部属罪（致人死亡）的处罚效果。显然，在比较虐待罪和虐待部属罪的处罚效果时，不能在整体上认为虐待罪较重还是虐待部属罪较重，而只能根据具体情节分别比较。由此看来，不同罪名的基本犯和加重犯，可能基于不同的规范目的，造成处罚效果比较上的不对应。那么，普通条款和特别条款的处罚效果，也就没有必要一律进行整体比较。

（二）普通条款和特别条款未同时规定基本犯和加重犯的场所

在普通条款区分基本犯和加重犯而特别条款无此区分，或者特别条款区分基本犯和加重犯而普通条款无此区分的场合，应当在特别关系的成立范围内认定特别关系类型。

例如，虐待罪基本犯的法定最高刑是2年有期徒刑，而虐待被监护、看护人罪的法定最高刑是3年有期徒刑，虐待被监护、看护人罪理应与虐待罪的基本犯成立特别加重关系。但是，在致人重伤、死亡的场合，虐待罪的法定刑升格到2年以上7年以下有期徒刑，而虐待被监护、看护人罪则没有类似的加重处罚规定。如果认为虐待被监护、看护人罪的处罚效果整体上重于虐待罪或者轻于虐待罪，都会陷入左右为难的境地。在虐待被监护、看护人罪的处罚效果整体重于虐待罪的观点下，即使发生致人重伤、死亡的危害后果，也只能按照虐待被监护、看护人罪这一名义上的“重罪”处罚，其处罚效果实际上轻于虐待罪（致人重伤、死亡）。相反，在虐待被监护、看护人罪的处罚效果整体轻于虐待罪的观点下，虐待罪作为处罚较重的普通条款就不具有补充适用的功能。在不符合虐待被监护、看护人罪成立条件但符合虐待罪成立条件的场合，也不能按照虐待罪来处罚，从而造成明显不当的处罚漏洞。因此，虐

〔87〕 一般来讲，理赔数额越大，审核越严格。一些小额保险（如车险）理赔在线上免勘察理赔，但对于大额保险理赔，保险公司会采取严格的审查措施。参见谢晋君：《数字化背景下车辆保险理赔现状、面临挑战及应对策略》，《保险职业学院学报》2023年第5期，第70页。

待被监护、看护人罪与虐待罪的基本犯构成特别加重关系，而与虐待罪的结果加重犯构成想象竞合。

又如，妨害公务罪只有一档法定刑，而袭警罪同时具有基本犯和加重犯的不同规定。袭警罪是妨害公务罪的特别不法形态，无论是袭警罪的基本犯还是加重犯，都与妨害公务罪构成特别关系。因此，两罪的处罚效果应当进行整体比较。袭警罪的基本犯以3年有期徒刑为法定最高刑，以管制为法定最低刑，妨害公务罪同样以3年有期徒刑为法定最高刑，但以罚金为法定最低刑，因此袭警罪的基本犯是妨害公务罪的特别加重类型。由于同一罪名的加重犯是其基本犯的特别加重类型，因此袭警罪的加重犯当然也与妨害公务罪构成特别加重关系。

结 论

综上所述，特别条款的优先效力问题在本质上是特别关系类型的区分问题。

第一，特别条款的优先效力与特别关系的类型存在直接关联。特别关系有特别加重关系与特别减轻关系之分，这种区分的根据在于特别条款区别于普通条款的不法或者责任。在特别加重关系中，特别条款的处罚效果理应较之普通条款更为严厉，因此无所谓从一重处罚的问题。而且，特别加重条款的不法或责任较之普通条款更为严重，因此其适用条件更为严格。如果不符合特别加重条款的适用条件但符合普通条款的适用条件，就有可能补充适用普通条款。也就是说，特别加重关系中的普通条款具有补充适用功能。与之不同，在特别减轻关系中，由于特别减轻事由的存在，特别条款规定了轻于普通条款的处罚效果，从一重处罚规则没有适用的余地。同时，由于特别减轻事由并不在普通条款的处罚范围内，只要存在特别减轻事由，普通条款就没有补充适用的余地。

第二，特别关系的界定是区分特别关系类型的前提。法益同一性和逻辑包容性是区分特别关系和想象竞合的标准，不符合此标准的情形，都无所谓特别条款优先效力的问题。法益同一性包括全部法益同一、主要法益同一以及与主要法益密切关联的次要法益同一等情形；逻辑包容性则包括概念包容性和要素包容性，无论是概念包容性还是要素包容性，都受制于构成要件的解释；要素包容性还需要区分不同形态犯罪的要素包容性和不同规定形式的要素包容性。根据这种思路，盗伐林木罪与盗窃罪不构成特别关系，盗窃罪与诈骗罪、敲诈勒索罪构成特别关系，贪污罪与盗窃罪、诈骗罪构成特别关系。

第三，特别加重关系和特别减轻关系的区分，不能只关注司法解释所规定的立案标准，而是必须以法定处罚效果为出发点，法定最高刑、法定最低刑、附加刑、定罪量刑情节等因素对处罚效果均有重要影响。但是，上述因素的位阶并不相同：法定刑的位阶高于定罪量刑情节；在法定刑中，法定最高刑的位阶高于法定最低刑，主刑的位阶高于附加刑；在定罪量刑情节中，关联法定刑的犯罪情节较之关联处罚范围的犯罪情节具有更高位阶。据此逻辑，贪污罪与诈骗罪是特别加重关系，金融诈骗罪的基本犯与诈骗罪的基本犯构成特别加重关系。在不构成贪污罪、金融诈骗罪但构成诈骗罪的场合，可以补充适用诈骗罪。

第四，特别关系类型的区分范围，应当在罪刑构造的基础上，以罪刑均衡为导向，在不同场合作不同评价。首先，在基本犯和加重犯的处罚效果存在局部差异的场合，基本犯层面的处罚效果比较结论不及于加重犯，但加重犯层面的处罚效果比较结论及于基本犯。其次，在基本

犯和加重犯的处罚效果比较结论明显冲突的场合,原则上应当分别认定为特别减轻关系或者特别加重关系。最后,在普通条款和特别条款未同时规定基本犯和加重犯的场合,应当在特别关系的成立范围内认定特别关系的类型。依上述逻辑,保险诈骗罪与诈骗罪在基本犯层面成立特别加重关系,而在加重犯层面成立特别减轻关系;对单位行贿罪与行贿罪在整体上构成特别减轻关系;虐待被监护、看护人罪与虐待罪的基本犯构成特别加重关系,而与虐待罪的加重犯构成想象竞合;袭警罪与妨害公务罪在整体上构成特别加重关系。

由此可见,从罪刑法定原则推导出特别条款对普通条款的绝对排斥,罪刑均衡原则也并非只强调重罪适用的优先性。只有区别对待不同类型的特别关系,才能彰显特别条款的立法意义,并最大限度地实现处罚的公正性,从而避免罪刑法定原则与罪刑均衡原则的冲突。

Abstract: Special relationship refers to the type of concurrence where general and special provisions have the same legal interests and logical inclusiveness. There are two theoretical misunderstandings regarding the priority effect of special provisions: one is to exaggerate the exclusionary effect of special provisions on general provisions, and the other is to remove the boundary between concurrence of legal provisions and concurrence of imagined crimes. The type theory of special relationship should be adopted to rectify the above misunderstandings. The concrete type of a special relationship depends on the differences between special and general provisions regarding to illegality and liability. Based on this, special relationships can be classified into mitigating and aggravating relationships. The former excludes the application of general provisions for severe punishment and supplementary application, but the latter does not. The distinction between special aggravating relationships and special mitigating relationships should be made not solely based on the case-filing standards established by judicial interpretations, but through a comprehensive comparison of statutory penalty effects. The highest statutory penalty, the lowest statutory penalty, and additional penalties are all factors to be considered in determining the penalty effects. The penalty effects of a basic offense should not be confused with those of an aggravated offense. Whether the distinction scope of the type of special relationship is an overall evaluation or an individual one on the levels of basic offense and/or aggravated offense should be based on the structure of crime and punishment and guided by the principle of proportionality between crime and punishment. According to this, the priority effect of controversial provisions such as those on the crime of illegal felling of trees, the crime of corruption, and the crime of financial fraud, needs to be re-examined.

Key Words: concurrence of legal provisions, special provisions, special mitigating relationship, special aggravating relationship, the effect of legal punishment
