

抽象事实错误的问题在于轻罪既遂犯的认定

——“包容性评价说”之提倡

陈洪兵

内容提要 一概认为抽象事实错误成立未遂与过失的想象竞合犯,可能导致处罚不均衡。抽象符合说因违反了罪刑法定主义与责任主义而开错了“药方”,而各种法定符合说尽管坚持在罪刑法定框架内认定符合,也均有缺陷。构成要件要素之间通常可以进行包容性评价,“包容性评价说”可为各种抽象事实错误“对症下药”,故值得提倡。中国式的构成要件间存在重合的情形包括:(1)基本构成要件与加重、减轻构成要件之间;(2)存在交叉关系的构成要件之间;(3)行为方式存在包容关系的构成要件之间;(4)侵害同一法益的选择性构成要件之间;(5)对象、结果要素具有包容性的构成要件之间。

关键词 抽象事实错误 抽象符合说 法定符合说 包容性评价说 构成要件的重合

陈洪兵,东南大学法学院教授 211189

一、问题的提出

案1:行为人向他人价值昂贵的宠物狗开枪射击,未击中狗却意外地击中宠物狗的主人致其死亡。

案2:行为人朝仇人开枪射击,不料未击中仇人却击中了仇人的价值昂贵的宠物狗致狗死亡。

案3:行为人误以为便衣警察包中为普通财物而窃取之,不料包中只有一支手枪。

案4:行为人原以为警察背包中所装之物为枪支而窃走,结果发现包中只有数万元现金。

案5:行为人误以为公交司机旁边座位上的小包系刚刚下车的乘客的遗忘物而顺手牵羊拿走,而实际上该包为公交司机所有。

案6:行为人误以为是女尸而实施了奸“尸”行为,而事实上所奸对象系处于假死状态的活人。

案7:行为人受朋友之托携带一包“文物”到国外,实际上是伪造的货币。

案8:行为人误以为受托运输进境的是国家禁止进出口的珍稀植物制品,实则为国家禁止进口的

本文为2016年度江苏省社会科学基金课题“环境刑法适用与体系构建研究”(16FXB004)阶段性成果。

固体废物。

案9:行为人为泄私愤而教唆甲去毁坏乙家的财物。甲到乙家后发现室内无人,便放弃了毁坏念头,悉数卷走了乙家值钱物品。

上述设例的共同点是,行为人主观上所认识的事实与客观上所发生的事实不一致,而且跨越了不同的构成要件,这种认识错误在刑法理论上被称为抽象事实错误。概括起来,抽象事实错误包括三种类型:(1)主观方面轻而客观方面重,即行为人本来欲犯轻罪,客观上实现的却是重罪的事实,如案1、案3、案5、案6、案7、案9。(2)主观方面重而客观方面轻,也就是行为人本打算犯重罪,客观实现的却是轻罪的事实,如案2、案4。(3)主观认识的事实与客观实现的事实所对应罪名的法定刑相同,如案8^[1]。根据故意的认定规则,对于抽象事实错误一般只能对所认识的事实成立未遂犯,同时对客观发生的事实成立过失犯,二者成立想象竞合而从一重论处,但当根据刑法规定或者司法实践并不处罚未遂犯与过失犯时,可能导致无罪的结论,而且,即便同时成立未遂犯与过失犯,处罚上也可能有失均衡。抽象符合说与法定符合说,便由此产生。尽管各自内部观点林立,论证思路也各有不同,但基调都是试图肯定轻罪既遂犯的成立^[2]。此外,行为人教唆的事实与正犯所实现的事实往往不一致,故共犯的错误可谓抽象事实错误的延长线。借鉴国外经验,解决中国式的相关问题,当具有一定的意义。

二、抽象符合说的缺陷

案1中,行为人只有毁坏财物的故意,未毁坏财物却导致人的死亡。按照故意的认定规则,应成立故意毁坏财物罪的未遂与过失致人死亡罪的想象竞合犯。日本刑法并不处罚故意毁坏财物罪(日本刑法中相应的罪名为损坏器物罪)的未遂,而其《刑法》第210条所规定的过失致人死亡罪的法定最高刑仅为50万日元的罚金。这就出现了一个悖论:倘若行为人如愿打死了他人的宠物狗,依照日本《刑法》第261条损坏器物罪的规定,最高可判处三年有期徒刑,现在实际上打死了人,反而最重只能判处50万日元的罚金,说明“人命”不如“狗命”。为消除这种处罚上的不均衡,日本刑法后来增设了法定最高刑可达五年有期徒刑的重过失致死伤罪。即便如此,还是有人认为,致人死亡的未必都属于“重过失”致死的情形,也就是单纯过失致人死亡时仍然存在处刑不均衡的问题,故解释论仍有发挥作用的余地^[3]。

为解决抽象事实错误中处罚不均衡的问题,抽象符合说提出了各种解决方案,代表性观点有牧野说、草野说、可罚符合说以及合一评价说。

1. 牧野说

日本主观主义大师牧野英一认为,由于犯罪是行为人危险性格的征表,故出于轻罪的故意实现了重罪的事实时,成立轻罪的既遂与过失重罪的想象竞合犯;反之,出于重罪的故意发生了轻罪结果时,构成重罪的未遂与轻罪既遂的想象竞合犯。易言之,只要行为人主观上出于犯罪的意思,客观上实现了犯罪事实,即便主观认识与客观事实在构成要件范围内完全不一致,也当然成立轻罪的既遂^[4]。

根据牧野说,案1中的行为人成立损坏器物罪的既遂与过失致人死亡罪的想象竞合犯,案2中的行为人成立故意杀人的未遂与损坏器物罪的既遂。然而,案1中实际并未损坏财物,却评价为损坏器物罪的既遂,明显与事实不符;同时,案2中的行为人只有杀人的故意而无损坏器物的故意,认定成立

[1]参见〔日〕松原芳博:《刑法总论》,〔东京〕日本评论社2013年版,第226页。

[2]参见〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),东京大学出版会2015年版,第195页以下。

[3]参见〔日〕日高义博:《刑法总论》,〔东京〕成文堂2015年版,第316页。

[4]参见〔日〕牧野英一:《刑法总论》(下卷)(全订16版),〔东京〕有斐阁1966年版,第574页。

损坏器物罪的既遂,也有违责任主义。因此,牧野说并不可取。

2. 草野说

日本学者型法官草野豹一郎认为,以轻罪的故意实现了重罪的犯罪事实时,成立轻罪的未遂与过失重罪的想象竞合犯,为了避免处罚的不均衡,即便刑法中并无轻罪未遂的处罚规定,也能以轻罪的未遂处断;反之,若以重罪的故意实现了轻罪的结果时,构成重罪的未遂与过失轻罪的想象竞合犯,如果过失轻罪不受处罚,则定重罪的未遂,若重罪的未遂也不受处罚,则成立轻罪的既遂^[1]。

根据草野说,虽然刑法并不处罚损坏器物罪的未遂,但案1中的行为人也能成立损坏器物罪的未遂,因而明显违反罪刑法定原则;当以重罪的故意实现轻罪结果时,即便行为人并无轻罪的故意,也能肯定轻罪既遂犯的成立,也有悖责任主义。因此,草野说也难言合理。

3. 可罚符合说

日本学者宫本英脩认为,在抽象事实错误中,需要假定三种犯罪的成立:一是针对所认识的事实的未遂;二是针对所实现的事实的过失;三是针对所实现的事实的既遂。然后,首先认定成立前两种犯罪的想象竞合犯,而后认定最后一种犯罪与前两种犯罪的法条竞合关系^[2]。

按照可罚符合说,案1中,首先肯定成立损坏器物罪的未遂与过失致人死亡罪的想象竞合犯,然后再与杀人罪的既遂实现法条竞合,最终认定为杀人罪既遂,但囿于日本《刑法》第38条第2款^[3]的规定,只能在损坏器物罪既遂的法定刑限度内处刑。案2中,也是首先认定成立杀人未遂与过失损坏器物的想象竞合犯,再与损坏器物罪的既遂实现法条竞合,最终认定为杀人未遂。很显然,没有杀人的故意却认定成立杀人既遂,明显有违责任主义;而且认定构成甲罪,却以乙罪科刑,导致定罪与科刑相分离,也广为学者所诟病。故可罚符合说,也不具有合理性。

4. 合一评价说

日本学者植松正认为,出于轻罪的故意实现了重罪事实时,应对轻罪的既遂与重罪的既遂进行合一评价,成立重罪既遂,但囿于日本《刑法》第38条第2款的规定而仅在轻罪既遂的法定刑幅度内处断;反之,若以重罪的故意实现轻罪的结果,应对重罪的未遂与轻罪的既遂进行合一评价,依照较重的罪名处断,如果重罪无处罚未遂的规定,则成立轻罪的既遂^[4]。

日本学者日高义博也支持合一评价说,认为应分三种情形讨论:(1)在出于轻罪的故意实现了重罪的结果时,即案1中,成立损坏器物罪的既遂与杀人的既遂,二者合一评价而从一重,成立杀人罪既遂,只是仅在损坏器物罪的刑罚限度内处罚。(2)在出于重罪的故意发生了轻罪的结果时,如案2中,首先对杀人未遂与损坏器物罪的既遂进行合一评价,从一重以杀人未遂论处。(3)如果认识的事实与实现的事实所对应的罪名法定刑相同,则按照所实现事实的故意犯既遂论处,即在案8中,按照走私废物罪既遂论处^[5]。

虽然合一评价说可谓评价精细且用心良苦,但在行为人并无犯罪的故意而肯定故意犯既遂时,无疑违反了责任主义;而且,在客观上并未发生损坏器物的结果时,却认定成立损坏器物罪的既遂,也明显不符合事实。因而,合一评价说也不可取。

[1]参见〔日〕草野豹一郎:《刑法要论》,〔东京〕有斐阁1956年版,第94页。

[2]参见〔日〕宫本英脩:《刑法大纲》,〔东京〕弘文堂书房1935年版,第144、166页。

[3]日本《刑法》第38条第2款规定:“实施了本应属于重罪的行为,但行为时不知属于重罪的事实的,不得以重罪处断。”

[4]参见〔日〕植松正:《再订 刑法概论 I 总论》,〔东京〕三和书房1964年版,第276页。

[5]参见〔日〕日高义博:《刑法总论》,〔东京〕成文堂2015年版,第320-321页。

综上,抽象符合说要么将本没有故意的行为认定为故意犯既遂,而有违责任主义;要么将刑法并不处罚的未遂行为也作为犯罪处理,而有违罪刑法定原则。因而,如今支持抽象符合说的只是极少数学者。多数学者试图坚持罪刑法定主义,即在构成要件框架内,解决抽象事实错误中出现的处刑不均衡的问题。也就是说,目前关于抽象事实错误的处理,基本上限于法定符合说内部的争论。

三、法定符合说的启示

1. 法定符合说评析

对于抽象事实错误,原则上成立所认识事实的未遂与所实现事实的过失的想象竞合犯。但学者们普遍意识到,这样处理难免出现处罚不均衡的结果,而不利于保护法益。学者们既要追求处罚均衡的结果,又不至于被指责违反罪刑法定主义与责任主义,于是均声称自己属于法定符合说阵营,即在构成要件框架内讨论抽象事实错误的问题。目前法定符合说内部存在构成要件符合说、罪质符合说以及不法·责任符合说等的分歧。

(1) 构成要件符合说

构成要件符合说认为,在主观与客观构成要件性(法定性)相符合的范围内,可以肯定轻罪既遂犯的成立。问题在于,应承认何种程度的符合方能肯定轻罪既遂犯的成立。为此,构成要件符合说内部又存在所谓强硬的构成要件符合说和温和的构成要件符合说之间的分歧。

强硬的构成要件符合说重视构成要件的故意规制机能,强调对故意的构成要件关联性进行严格把握,因而认定符合的范围极窄,例如仅肯定盗窃与抢劫、伤害与杀人、侵占与业务上侵占之类的基本类型与加重类型,以及法条竞合的情形存在构成要件的符合^[1]。

温和的构成要件符合说,也被称为实质符合说,主张构成要件重合的判断基准是法益的共通性与行为的共通性。这可谓日本的通说^[2]。例如,脱离占有物侵占与盗窃、公文书的无形伪造与有形伪造、敲诈勒索与抢劫。此外,构成要件之间存在内涵或者外延的包容性的场合,也能肯定构成要件的重合。前者如杀人与同意杀人、杀人与伤害、盗窃与脱离占有物侵占;后者是指在同一构成要件中存在择一规定的场合,如同意杀人与自杀帮助、一项诈骗与二项诈骗,还有虽因立法技术上的原因分别进行规定而实际上可以解读为同一构成要件的场合,例如有形伪造与无形伪造、持有麻药与持有兴奋剂。

法益共通性与行为共通性的判断有时并不容易。例如,有认为伤害罪与损坏尸体罪,在人体的损坏这一点上是共通的,因而存在构成要件上的重合^[3];不过也有观点认为,考虑到二罪的法益不具有共通性,难以肯定二者构成要件之间存在重合;同样,严格说来,盗窃罪与脱离占有物侵占罪、盗窃罪与损坏器物罪、制作虚伪公文书罪与公文书伪造罪、杀人罪与尸体损坏罪,在法益上也不具有共通性,因而不能肯定构成要件上的重合^[4]。

应该说,构成要件符合说强调在构成要件框架内考虑符合,这一点是可取的。强硬的构成要件符合说将符合限定于基本类型与加重类型和法条竞合的情形,会使得认定重合的罪名范围过于狭小,不

[1]参见〔日〕浅田和茂:《刑法总论》(补正版),〔东京〕日本评论社2007年版,第191页以下;〔日〕大越义久:《刑法总论》(第5版),〔东京〕有斐阁2012年版,第125页。

[2]参见〔日〕团腾重光:《刑法纲要总论》(第3版),〔东京〕创文社1990年版,第298页以下;〔日〕平野龙一:《刑法总论I》,〔东京〕有斐阁1972年版,第178页以下;〔日〕大塚仁:《刑法概说(总论)》(第4版),〔东京〕有斐阁2008年版,第197页以下。

[3]参见〔日〕平野龙一:《刑法总论I》,〔东京〕有斐阁1972年版,第179页。

[4]参见〔日〕高桥则夫:《刑法总论》(第2版),〔东京〕成文堂2013年版,第199-200页。

能有效克服处罚不均衡的问题。温和的构成要件符合说强调法益与行为的共通性,企图适当扩大构成要件重合的范围,但存在判断的恣意性以及重合范围仍然过窄的问题。例如,在遗弃生死不明的对象时,由于日本刑法并不处罚遗弃罪的未遂和过失遗弃尸体罪,而只能做无罪处理。案6中,也会因为不存在法益的共通性,而只能成立侮辱尸体罪的不能犯(实际上没有尸体存在)与过失强奸(不可罚),结果也只能宣告无罪。因而,构成要件符合说虽然基本方向是正确的,但尚需进一步完善。

(2) 罪质符合说

罪质符合说认为,对构成要件重合的判断不应过于严格,只要罪质上存在符合,就应在重合限度内肯定故意既遂犯的成立^[1]。关于罪质同一性的判断,不仅考虑法益的同一性,行为样态的符合也应一并考虑。例如,盗窃罪与抢劫罪、脱离占有物侵占罪与盗窃罪,在构成要件上存在重合,能够肯定轻罪既遂犯的成立。遗弃尸体罪与遗弃罪之间,所保护的法益存在差异,罪质上本来不存在重合,因刑法不处罚遗弃尸体罪的未遂和过失遗弃,结果只能宣告无罪;但当行为人遗弃生死不明的对象时,社会一般观念仍会认为存在罪质的符合,而应肯定遗弃尸体罪的成立^[2]。对此,有学者指出,罪质符合说相对于构成要件符合说,对故意的抽象化又向前推进了一段,对于遗弃生死不明的所谓临界案件,也肯定了遗弃尸体罪的成立,而从根本上动摇了构成要件的故意规制机能^[3]。

应当认为,罪质符合说为了得出妥当的结论,对故意进行一定程度的抽象是可取的,但问题在于如何抽象。就遗弃生死不明的对象而言,与其考虑社会的一般观念,还不如从尸体与活人对象要素本身的包容性评价入手,将活人评价为尸体可能更为妥当。所以,与其抽象地考虑所谓罪质的符合,还不如从行为、结果、对象、故意等具体要素的规范性、包容性评价着手进行重合与否的判断。

(3) 不法·责任符合说

不法·责任符合说认为,构成要件形式性符合不过是表象,实质在于构成要件的不法、责任内容的符合;即便没有该当构成要件的事实认识,只要有对属于构成要件基础的不法、责任的认识即可;因此,即使所认识的事实与所实现的事实在构成要件的范围上并不符合,但只要在各个构成要件的不法、责任内容上存在符合,就能肯定故意既遂犯的成立^[4]。例如,杀人罪与损坏器物罪、伤害罪与尸体损坏罪之间,因在不法上存在质的不同,而应否定构成要件的符合。盗窃罪与毁弃罪,虽然在不法上具有一致性,但因在非法占有目的有无的责任内容上明显不同,故也应否认构成要件的符合。与此相对,公文书伪造罪与制作虚伪公文书罪之间,因在财产转移的动机上具有共通性,因而在责任内容上存在符合。同样,麻药输入罪与兴奋剂输入罪之间,也能肯定构成要件上的符合^[5]。日本学者认为,不法·责任符合说否认了故意的构成要件关联性,致使构成要件概念空洞化;成立故意还是应以对该当构成要件的事实认识为必要^[6]。

应该说,不法·责任符合说看到了构成要件的不法与责任的本质,具有一定的合理性,但是,完全抛弃具体构成要件判断,而从虚无缥缈的不法与责任着手进行判断,有使构成要件的故意规制机能与构成要件观念土崩瓦解,挣脱罪刑法定主义缰绳的危险。正确的做法还是应回到构成要件的轨

[1]参见〔日〕小野清一郎:《新订 刑法讲义总论》(增补版),〔东京〕有斐阁1950年版,第160以下;〔日〕西原春夫:《刑法总论》,〔东京〕成文堂1977年版,第198页以下。

[2]参见〔日〕西原春夫:《刑法总论》,〔东京〕成文堂1977年版,第199页。

[3]参见〔日〕日高义博:《刑法总论》,〔东京〕成文堂2015年版,第318页。

[4]参见〔日〕町野朔:“论法定符合(下)”,载〔东京〕《警察研究》第54卷3号(1983年),第8页。

[5]参见〔日〕町野朔:《刑法总论讲义案I》(第3版),〔东京〕信山社1995年版,第230页。

[6]参见〔日〕山中敬一:《刑法总论》(第3版),〔东京〕成文堂2015年版,第357页。

道进行符合与否的判断。

2. 包容性评价说的提出

国内有学者在借鉴日本相关理论的基础上,提出一种罪质共通性说,认为“解决抽象的事实错误的关键在于对罪质重合(即共通性)程度的判断,而这种判断取决于‘可罚故意’与‘罪质共通性’两项要素”;具备罪质共通性的犯罪类型必须在行为与保护法益上都具备共通性,换言之,保护法益不具有共通性的犯罪之间不会出现符合,例如盗窃尸体罪与盗窃罪、侮辱尸体罪与强奸罪之间,构成要件不存在符合^[1]。

应该说,上述学者因强调行为与法益的共同性,而与日本的实质符合说(即温和的构成要件符合说)与罪质符合说具有相似性。该说得出的多数结论是可取的,但在说理上还存在一定的欠缺,个别结论也有待商榷,例如否认侮辱尸体罪与强奸罪构成要件之间的重合。

可以说,无论哪一种学说,都旨在追求妥当的处理结论,只是法定符合说披上了罪刑法定主义的外衣,试图在构成要件框架内解决问题。但应认识到,所谓构成要件,不过是学者根据具体条文的表述进行提炼、加工的结果,而丰富多彩的生活事实从未与所谓构成要件进行过“无缝对接”,具体案件的判决也都是对刑法的规定进行解释或者主观加工的结果。而无论著书还是立说,反对他人意见者,几乎无一例外地指责对方违反了罪刑法定原则。其实,各种分歧根源于对构成要件本身“符合”的理解。

无论对故意等主观构成要件,还是对行为、对象、结果等客观构成要件,评价时都需要一定程度的抽象把握,即“对构成要件的评价只要满足了最低限度的要求即可,白话版就是‘可以多而不能少’,因而,我们在进行构成要件符合性判断时,根据需要可将高度(重度)要素事实评价为低度(轻度)要素事实”^[2]。“因为所谓构成要件符合性,不是指案件事实与构成要件完全吻合,而是指案件事实并不缺少相关犯罪的构成要件要素”^[3]。是故,如果认为构成要件要素之间可以进行包容性评价(大包小),则可以得出构成要件存在重合或者符合的结论,进而肯定轻罪既遂犯的成立。笔者将这种观点概括为“包容性评价说”。

三、包容性评价说的贯彻

日本刑法理论与判例一般认为,构成要件之间存在重合的类型包括:(1)基本构成要件与派生构成要件之间,即存在加重或者减轻关系,例如,杀人罪与杀害尊亲属罪、杀人罪与同意杀人罪、侵占罪与业务上侵占罪等;(2)构成要件之间在内涵或者外延上存在包容关系,例如盗窃罪与脱离占有物侵占罪、盗窃罪与抢劫罪、敲诈勒索罪与抢劫罪等;(3)同一条文中的选择性规定,例如同意杀人与自杀帮助、一项诈骗与二项诈骗等;(4)虽因立法技术上的原因分别规定于不同的条文,但实为保护同一法益而选择性规定的等价值要素,因而可以作为同一构成要件进行把握的情形,例如有形伪造与无形伪造、持有麻药与持有兴奋剂等^[4]。

国内学者认为,构成要件之间存在重合的类型包括:(1)存在法条竞合关系的构成要件之间;(2)存在交叉或者包容关系的构成要件之间,例如故意杀人罪与故意伤害罪、抢劫罪与抢夺罪、抢劫罪与

[1]参见张小宁:《“可罚故意”与“罪质共通性”对于抽象的事实错误的意义:罪质共通性说的提出》,〔西安〕《法律科学》2016年第5期。

[2]陈洪兵:《犯罪构成要件之间的重合与竞合》,〔武汉〕《法学评论》2016年第3期。

[3]张明楷:《贪污贿赂罪的司法与立法发展方向》,〔北京〕《政法论坛》2017年第1期。

[4]参见〔日〕大谷实:《刑法讲义总论》(新版第4版),〔东京〕成文堂2012年版,第177页;〔日〕松原芳博:《刑法总论》,〔东京〕日本评论社2013年版,第224页以下;〔日〕高桥则夫:《刑法总论》(第2版),〔东京〕成文堂2013年版,第199页。

盗窃罪、抢劫罪与敲诈勒索罪、诈骗罪与敲诈勒索罪、盗窃罪与侵占罪、非法拘禁罪与绑架罪等；(3)因行为方式和保护法益上的共同性，而实质上存在重合的构成要件之间，例如走私核材料罪与走私武器罪；(4)形式上包摄且实质上共通的犯罪类型，例如抢劫罪与抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪，盗窃罪、抢夺罪与盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪，诈骗罪与特殊诈骗罪，生产、销售伪劣产品罪与其他生产、销售伪劣商品罪；(5)形式上不包摄但实质上共通的、需要借助表面的构成要件要素加以说明的犯罪类型，例如盗窃罪与侵占罪，发票犯罪之间，特殊走私罪与普通走私罪之间^[1]。

应该说，上述关于构成要件间存在重合的犯罪类型的概括基本上是合理的，只是在分类依据和逻辑关系上不够清晰。笔者认为，可以将中国式的构成要件间重合的犯罪类型归纳为如下几个方面：

1. 基本构成要件与加重、减轻构成要件之间

这种类型的构成要件间属于一种完全包容的关系(大小圆关系)，即从条文表述上就可看出，若不考虑数额、情节，行为符合甲罪的构成要件时，必然符合乙罪构成要件。例如，合同诈骗罪、骗取出口退税罪、组织、领导传销活动罪、金融诈骗罪与诈骗罪；盗窃、抢夺、抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪与盗窃、抢夺、抢劫罪；盗伐林木罪与盗窃罪；职务侵占罪与侵占罪^[2]；生产销售特殊伪劣产品的犯罪与生产、销售伪劣产品罪，等等。因此，案3与案4中的行为人均成立盗窃罪的既遂。

2. 存在交叉关系的构成要件之间

这种类型的构成要件间存在部分重合(交叉圆关系)，但不能认为符合甲罪构成要件的，必然符合乙罪构成要件。例如招摇撞骗罪与诈骗罪；生产、销售伪劣产品罪与诈骗罪；强奸罪、抢劫罪、交通肇事罪、妨害公务罪、暴力干涉婚姻自由罪、劫持航空器罪等与过失致人死亡罪、过失致人重伤罪、故意伤害罪、故意杀人罪；贪污罪与职务侵占罪；抢夺、窃取国有档案罪与抢夺、盗窃罪；侵犯商业秘密罪与盗窃罪；盗窃尸体罪与盗窃罪，等等。

3. 行为方式存在包容关系的构成要件之间

这类犯罪的行为方式虽然在自然意义上存在差异，但在规范性意义上存在包容关系。例如，对于杀人与伤害、“故意”杀人与“过失”致人死亡，虽然早期观点认为是对立、排斥关系，但由于杀人必然经历伤害的过程，“故意”并不缺乏“过失”的本质性要素——预见可能性，因而现在刑法理论一般认为，故意杀人罪与故意伤害罪、“故意”杀人罪与“过失”致人死亡罪构成要件之间存在重合^[3]。即使认为滥用职权罪与玩忽职守罪的罪过形式不同(前者是故意，后者为过失)，也可以认为滥用职权行为与玩忽职守行为之间可以进行包容性评价。假定行为人一次滥用职权的行为造成经济损失10万元，一次玩忽职守的行为造成经济损失20万元。根据司法实践，滥用职权罪与玩忽职守罪的立案标准均为造成经济损失30万元^[4]，不予立案显然不合适。因为如果行为人两次均为玩忽职守行为，显然会认为达到

[1]参见周光权：《刑法总论》(第三版)，[北京]中国人民大学出版社2016年版，第183-184页；张小宁：《“可罚故意”与“罪质共通性”对于抽象的事实错误的意义：罪质共通性说的提出》，[西安]《法律科学》2016年第5期。

[2]我国职务侵占罪与贪污罪的条文表述明显不同，前者并未明文规定除狭义侵占外还包括窃取、骗取等手段，刑法理论通说无端添加客观行为方式要素，应该说是违反罪刑法定原则的，而且导致处罚不均衡，故应认为“职务侵占罪是一种业务侵占罪，客观方面是将基于业务占有的财物变为自己所有的侵占行为；公司、企业或者其他单位的人员窃取、骗取不属于自己占有的本单位财物，不成立职务侵占罪，而是成立盗窃罪、诈骗罪”(参见陈洪兵：《财产犯罪之间的界限与竞合研究》，[北京]中国政法大学出版社2014年版，第237页；张明楷：《贪污贿赂罪的司法与立法发展方向》，[北京]《政法论坛》2017年第1期)。

[3]参见黄荣坚：《基础刑法学》(下)(第三版)，[北京]中国人民大学出版社2009年版，第587页。

[4]参见2012年12月7日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》第一条。

了立案标准,而现在行为人实施了比玩忽职守更为严重的滥用职权行为,反而认为无罪,而明显失衡。正确的做法是,将滥用职权造成10万元经济损失的行为,评价为玩忽职守造成10万元经济损失,这样,玩忽职守行为累计造成的经济损失达到了30万元,进而以玩忽职守罪进行立案。

此外,为了满足罪刑法定的明确性要求,现代刑法往往将侵犯同一法益的行为细化为不同的行为方式,但这些行为方式在规范性意义上存在包容关系。例如,虽然我国刑法将侵犯财产法益的行为方式细分为盗窃、诈骗、抢劫、敲诈勒索、抢夺、侵占、挪用、毁坏等,但这些行为方式之间存在规范性包容关系。例如,根据是否具有非法占有的目的,可将财产犯罪首先分为取得罪(盗窃罪等)与毁弃罪(故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪)。相对于盗窃罪等取得罪而言,毁弃罪的内涵最少,只需要满足侵害他人财产所有权这一要求,因此可以认为,凡是符合取得罪构成要件的,必然不会缺少成立毁弃罪的最低限度的要求——侵害他人财产所有权,故意毁坏财物罪可谓财产犯罪的兜底性犯罪。于是,案9中,二人能够在故意毁坏财物罪的范围内成立共犯^[1]。

根据是否侵害他人的占有即是否转移占有,又可将财产犯罪进一步分为夺取罪(盗窃罪、诈骗罪、抢劫罪等)与侵占犯罪(侵占罪、职务侵占罪、侵占型贪污罪、挪用资金罪、挪用公款罪)。侵占罪相对于盗窃罪等夺取罪而言,只需满足侵害他人财产所有权并具有利用的意思即可,因而可以认为,侵占罪可谓取得罪中的兜底性犯罪,案5中的行为人应当成立侵占罪的既遂^[2]。

根据取得财物是否违反被害人的意志,财产犯罪又可进一步分为盗取罪(盗窃、抢夺、抢劫罪)与交付罪(诈骗罪、敲诈勒索罪)。从表面上看,盗窃罪与诈骗罪、抢劫罪与敲诈勒索罪构成要件之间是互斥关系。其实,诈骗罪实质上也是违反被害人的真实意志的,故可以将盗窃罪看作夺取罪的兜底性犯罪,只要具有非法占有的目的,违反被害人的真实意志,将他人占有下的财物转移为自己或者第三人占有,即可认为满足了盗窃罪构成要件的最低限度的要求,因此,不仅盗窃罪与抢夺罪、抢劫罪之间存在包容性关系,而且盗窃罪与诈骗罪构成要件之间也可以进行包容性评价。否则,甲教唆乙盗窃丙家财物,丙碰巧在家,乙通过诈骗手段取得丙的财物的,互斥论会导致甲仅成立盗窃的未遂或者盗窃预备的教唆的不当结论。至于抢劫罪与敲诈勒索罪之间,由于抢劫罪要求完全压制被害人的反抗,因而并不缺少成立敲诈勒索罪所要求的、使被害人陷入恐惧状态的最低限度的要求,故可认为抢劫罪与敲诈勒索罪构成要件之间存在包容关系。抢劫罪与抢夺罪构成要件之间的关系也是如此。

刑法理论通说认为,贪污罪、职务侵占罪与挪用公款罪、挪用资金罪之间的区别在于,行为人是否打算归还,即有无永久性占有的意思^[3]。按照这种观点,贪污、职务侵占与挪用之间就不存在重合。应该说,贪污、职务侵占相对于挪用而言,不仅侵害了使用权,还侵害了所有权,是比挪用要求更多的,故可认为贪污罪、职务侵占罪与挪用公款罪、挪用资金罪构成要件之间存在包容关系。教唆他人挪用公款,他人实际上贪污的,二者完全可能在挪用公款罪范围内成立共犯;长期挪用不还的,不管主观上想不想还,都应以此贪污罪或者职务侵占罪定罪处罚^[4]。

盗伐林木罪与滥伐林木罪构成要件之间也存在包容关系,即盗伐林木的行为并不缺少滥伐林木的要素,因为盗伐林木的行为在侵害森林资源的基础上还侵害了他人的林木所有权。根据司法实践,

[1]参见陈洪兵:《财产犯罪之间的界限与竞合研究》,[北京]中国政法大学出版社2014年版,第305-306页。

[2]参见陈璇:《论侵占罪处罚漏洞之填补》,[武汉]《法商研究》2015年第1期;陈洪兵:《财产犯罪之间的界限与竞合研究》,[北京]中国政法大学出版社2014年版,第307页。

[3]参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第七版),北京大学出版社、[北京]高等教育出版社2016年版,第515、628页。

[4]参见陈洪兵:《贪污贿赂渎职罪解释论与判例研究》,[北京]中国政法大学出版社2015年版,第182页以下。

盗伐林木罪与滥伐林木罪的立案标准分别为2立方米以上与10立方米以上^[1]。假定行为人盗伐了林木1立方米并滥伐了林木9立方米,均不予立案显然不合适。因为如果行为人分别滥伐了林木1立方米与9立方米,通过数量累计计算无疑达到了滥伐林木罪的立案标准。正确的处理方式是,由于盗伐林木与滥伐林木的行为方式之间可以进行包容性评价,即盗伐林木的行为可以评价为滥伐林木的行为,故行为人盗伐林木1立方米的事实,可以评价为滥伐林木1立方米,因而可以认为行为人滥伐了林木10立方米,进而以滥伐林木罪立案。

通常认为,相对于变造,伪造属于实质性变更,但不能认为伪造缺少变造的要素,而应认为伪造行为可以包容评价为变造行为。根据司法实践,伪造货币罪与变造货币罪的立案标准均为面额2000元^[2]。假定行为人伪造了面额1000元的货币并变造了面额1000元的货币,不予立案也显然不合适。因为如果行为人两次均为变造尚且认为达到了立案标准。正确的做法是,将伪造面额1000元货币的事实评价为变造面额1000元的货币,通过累计计算,变造货币面额达到了2000元,进而以变造货币罪立案。

强奸罪与强制猥亵罪之间的关系也是如此。由于强奸并不缺少猥亵的要素,故强奸未遂、中止的行为,完全可能被评价为强制猥亵罪的既遂。教唆他人实施强制猥亵的,他人实则强奸的,二人在强制猥亵罪范围内成立共犯。同样,杀人未遂或者中止,但造成了被害人伤害结果的,完全可以评价为故意伤害罪的既遂。

4. 侵害同一法益的选择性构成要件之间

日本刑法第155条与第156条,分别规定了公文书伪造罪(有形伪造)与制作虚伪公文书罪(无形伪造)。日本判例以两罪的罪质与法定刑相同为由,认定两罪构成要件之间存在重合^[3]。此外,日本相关法律根据毒品的不同种类设置了不同的罪名,但日本判例以“麻药与兴奋剂,同属于存在因滥用而形成针对该物的精神上或者身体上的依赖状态,对个人以及社会造成重大危害的药物,且外观上相似的东西,鉴于此,麻药与兴奋剂之间,存在可实质性地视为服从于同一法律之规制的类似性”为由,肯定走私进口兴奋剂罪与走私进口麻药罪构成要件之间存在重合^[4]。基于类似的理由,日本判例还肯定了持有麻药罪与持有兴奋剂罪的构成要件之间存在实质性重合^[5]。对于日本判例的上述立场,日本虽有个别学者认为判例有违反罪刑法定原则之嫌^[6],但多数学者不持异议^[7]。

上述日本判例实际上是对构成要件要素进行抽象后,借用共同的上位概念进行评价。例如,有形伪造文书与无形伪造文书共同的上位概念是“伪造文书”,所共同侵害的法益为文书的公共信用。麻药与兴奋剂均属于精神依赖性药品,上位概念为“毒品”,走私、持有这类物品均侵害了公众健康这一法益。

我国刑法中也有将有形伪造与无形伪造分别规定的立法例。例如,相对于《刑法》第280条的伪

[1]参见2000年11月22日最高人民法院《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》第四、六条。

[2]参见2010年5月7日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第十九条;2000年9月8日最高人民法院《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》第六条。

[3]参见日本最高裁昭和23年10月23日判决(刑集2卷11号1386页)。

[4]参见日本最高裁昭和54年3月27日决定(刑集33卷2号140页)。

[5]参见日本最高裁昭和61年6月9日决定(刑集40卷4号269页)。

[6]参见〔日〕松宫孝明:《刑法总论讲义》(第4版),〔东京〕成文堂2013年版,第191页。

[7]参见〔日〕山口厚:《刑法总论》(第3版),〔东京〕有斐阁2016年版,第237-238页;〔日〕前田雅英:《刑法总论讲义》(第6版),东京大学出版会2015年版,第201页。

造、变造国家机关公文罪而言,第412、413条规定的商检徇私舞弊罪、动植物检疫徇私舞弊罪可谓无形伪造国家机关公文。如果行为人教唆商检机构的工作人员伪造检验结果,而商检机构的工作人员实际上有形伪造了检验结果的,应当认为伪造国家机关公文罪与商检徇私舞弊罪构成要件之间存在重合,二者在伪造国家机关公文罪范围内成立共犯。

我国刑法未根据毒品种类设置不同的罪名,毒品种类的认识错误属于同一构成要件内的错误,不阻却故意的成立。但我国刑法根据不同的对象,设置了“琳琅满目”的走私罪罪名。关于走私对象的认识错误的处理,有司法解释认为“走私犯罪嫌疑人主观上具有走私犯罪故意,但对其走私的具体对象不明确的,不影响走私犯罪构成,应当根据实际的走私对象定罪处罚。但是,确有证据证明行为人因受蒙骗而对走私对象发生认识错误,可以从轻处罚”^[1]。张明楷教授认为上述立场违反了责任主义原则,主张应在主客观事实重合的限度内认定为轻罪的既遂犯^[2]。

关于抽象的事实错误,日本刑法理论通说与判例认为,如果行为人主观认识的事实与客观实现的事实所对应的犯罪构成要件之间存在实质性的重合,则认定成立轻罪的既遂,如果所对应罪名的法定刑相同,则以客观实现的事实所对应的罪名既遂论处^[3]。因此,对于走私对象的认识错误,应当确定这样的原则:(1)只有均成立犯罪时才能认为存在重合而成立轻罪的既遂犯,例如,误以为是普通物品而走私,实为淫秽物品的,由于走私淫秽物品不存在应当缴纳关税的问题,所以只能成立走私普通货物、物品罪的不能犯与过失走私淫秽物品罪,结局是无罪;(2)主客观所对应的罪名法定刑有轻重的,成立轻罪的既遂犯;(3)主客观所对应罪名的法定刑相同的,按照客观事实所对应的罪名既遂论处。由此,案7中,由于主观认识所对应的罪名为走私文物罪,法定刑轻于客观事实所对应的罪名走私假币罪,故应认定为走私文物罪的既遂。这样处理,可能的疑问是,客观上并未走私文物,何以成立走私“文物”罪的既遂?其实,对于走私罪而言,其不法与责任的实质是侵害了国家的对外贸易管制制度(这种概括是否准确,还可以讨论),无论走私何种物品,都侵害了走私罪的法益。故虽然实际上并未走私文物,并不缺乏走私的不法与责任,之所以不按照客观事实定罪,是因为行为人只有轻罪的责任,故认定为轻罪反而有利于行为人。对于案8,由于主客观所对应罪名的法定刑相同,故应按照客观事实认定为走私废物罪既遂。

5. 对象、结果要素具有包容性的构成要件之间

对象、结果要素内涵越丰富,外延就越小。刑法规定的对象、结果要素之间常常存在外延上的包容关系,因而可以将内涵丰富的对象、结果要素评价为内涵较少的对象、结果要素。例如,活人并不缺少尸体所需要的要素,相反,比尸体还多一口气。虽然国内外均有学者反对将活人评价为尸体^[4],但在行为人遗弃生死不明的对象,或者强奸生死不明的对象时,可能导致无罪的不当结论。因而应当认为,案9中的行为人成立侮辱尸体罪的既遂。

同样,可以将增值税专用发票(简称“增值税发票”)评价为可以用于骗取出口退税、抵扣税款的发票(简称“抵税发票”)或者普通发票,抵税发票也可以评价为普通发票。根据司法实践,非法出售增值

[1]2002年7月8日最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第六条。

[2]参见张明楷:《刑法学》(下)(第五版),[北京]法律出版社2016年版,第748页。

[3]参见[日]山口厚:《刑法总论》(第3版),[东京]有斐阁2016年版,第238页以下;[日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第4版),[东京]成文堂2012年版,第178页以下。

[4]参见[日]日高义博:《刑法总论》,[东京]成文堂2015年版,第318页;张小宁:《“可罚故意”与“罪质共通性”对于抽象的事实错误的意义:罪质共通性说的提出》,[西安]《法律科学》2016年第5期。

税发票、抵税发票及普通发票的立案标准分别是25份、50份、100份^[1]。假定行为人非法出售增值税发票20份、抵税发票30份、普通发票50份,由于相互之间可以进行包容性评价,因而既可以将案件事实归纳为非法出售抵税发票50份而认定为非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款的发票罪,也可以认定为非法出售普通发票100份而以非法出售发票罪立案。

秘密可以分为绝密、机密、秘密。不仅可以将绝密评价为机密、秘密,而且可以将故意泄露秘密评价为过失泄露秘密。根据司法实践,故意泄露绝密1件或者机密2件或者秘密3件以上,过失泄露绝密1件或者机密3件或者秘密4件以上的,应予立案^[2]。假定行为人故意泄露机密1件和秘密2件,不立案显然不合适。应将故意泄露机密1件评价为故意泄露秘密1件,因而综合评价为故意泄露秘密3件,进而以故意泄露国家秘密罪立案。如果行为人故意泄露机密1件并且过失泄露机密2件,不立案也显然也不合适。应当将故意泄露机密1件的事实评价为过失泄露机密1件,加之本来过失泄露机密2件,综合评价为过失泄露机密3件,进而以过失泄露国家秘密罪立案。一级、二级、三级文物之间,以及故意损毁文物罪与过失损毁文物罪之间,也可以如此评价。

多个司法解释将致人死亡、重伤、轻伤的人数作为立案和适用加重法定刑的条件。例如,根据司法实践,滥用职权或者玩忽职守造成死亡1人以上,或者重伤3人以上,或者轻伤9人以上,或者重伤2人、轻伤3人以上,或者重伤1人、轻伤6人以上的,属于滥用职权或者玩忽职守“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”;造成达到上述规定人数3倍以上的,属于情节特别严重。由于死亡结果、重伤结果与轻伤结果之间存在包容关系,即死亡可以评价为重伤或者轻伤,重伤可以评价为轻伤。于是,假定行为人滥用职权或者玩忽职守造成死亡1人、重伤8人,就可以考虑将死亡1人评价为重伤1人,这样造成重伤的人数就达到了9人,而能认定为滥用职权或者玩忽职守“情节特别严重”,而适用加重法定刑。

[责任编辑:钱继秋]

Abstract Errors of Fact Lie in the Identification of the Consummated Offender of Misdemeanor — the Recommendation of “the Theory of Inclusive Evaluation”

Chen Hongbing

Abstract: The indiscriminating determination of abstract errors of fact and faulty imaginative joinder of offense may cause unbalanced punishment. The theory of abstract conformation offers wrong prescription for going against the doctrine of legally prescribed punishment as well as the principle of criminal liability while the theories of statutory conformation all have defects. Inclusive evaluation can usually be conducted among components. Since the inclusive evaluation may suit methods to various abstract errors of fact, it is worth advocating. The Chinese-style overlapping of components includes that between basic components and aggravating or mitigating components, that between intersecting components, that between inclusive components in the way of behavior, that between optional components, and that between inclusive components like objects and results.

Keywords: abstract errors of fact; the theory of abstract conformation; the theory of statutory conformation; the theory of inclusive evaluation; the overlapping of components

[1]参见2010年5月7日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第六十三、六十七、六十八条。

[2]参见2006年7月26日最高人民检察院《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》。