

论表面的构成要件要素

张明楷*

内容提要 刑法所规定的某些构成要件要素,并不为违法性、有责性提供根据,只是对犯罪分类起作用,这类要素属于表面的构成要件要素;合理确定表面的构成要件要素,对于理解犯罪之间的关系、解释事实认识错误、解决共犯过剩现象以及处理事实不明案件具有重要意义;承认表面的构成要件要素并不违反罪刑法定原则。

关键词 表面 构成要件要素 意义 罪刑法定原则

一、表面的构成要件要素的概念

不管采取何种犯罪论体系,从实质的观点进行考察,只有具备以下两个条件,才能认定为犯罪:其一,发生了值得科处刑罚的法益侵害事实,此即违法性;其二,能够就法益侵害事实对行为人进行非难,此即有责性。德国、日本等国采取了构成要件符合性、违法性、有责性(责任)的犯罪成立理论体系。这种三阶层体系“虽然区分了第一阶段的构成要件符合性的判断与第二阶段的违法性阻却事由存否的判断,但两个阶段都是违法性的判断。所以,可以从大的方面将实质的刑法评价区分为违法性判断与有责性判断。换言之,犯罪论体系的支柱是不法与责任两个范畴。”依照 Hans Welzel 的看法,将不法与责任作为构筑刑法体系的材料,是最近这二到三代学者在释义学上最为重要的进展;按照 Wilfried Kötter 的观点,发现不法与责任是刑法解释学的重大成就。

犯罪的违法性与有责性与刑法的法益保护机能和人权保障机能相对应。在实行依法治国的时代,值得科处刑罚的行为必须限于刑法明文规定的行为。司法工作人员不能离开刑法的规定认定行为的违法性与有责性。刑法将违法且有责的行为类型化,何种行为违法,具备何种要素时才有责,需要根据刑法的规定(犯罪构成要件)判断。在此意义上说,犯罪是符合构成要件的违法且有责的行为。

构成要件是违法类型还是违法有责类型在刑法理论上存在争议。如果认为构成要件是违法类型,那么,构成要件要素就是表明违法性的要素;如若认为构成要件是违法有责类型,那么,一部分构成要件要素是表明违法性的要素,另一部分要素是表明有责性的要素。因为刑法总是将值得科处刑罚的行为类型化为构成要件的行为;立法者在规定构成要件时,必然对符合构成要件的行为进行实质的评价。正如德国学者 Roxin 所说,所有的刑法规则都命令公民实施一定行为或者禁止公民实施一定行为;这些规定同时也对违反规则的行为进行了评价:它们至少在原则上是需要谴责的。当立法者在刑法法规中规定了盗窃、敲诈勒索等行为时,他们并不是这么想的:“我在一个段落中描写了一个法律值得注意的行为,但我不想发表我的看法,我不肯定我所描述的行为是好的还是不好的;我的描写只是说明,这些行为不是无足轻重的,它要么是合法的,要么是违法的。事实上,立法者在想:“我描写的这些行为是社会无法忍受的,我要对这些行

* 清华大学法学院教授、博士生导师。

参见 [日] 前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会 2006 年第 4 版,第 36 页以下。

[日] 井田良:《刑法总论の理论构造》,成文堂 2005 年版,第 1 页。德国刑法理论一般将符合构成要件的违法称为“不法”。

参见 [德] 许迺曼:《区分不法与罪责的功能》,彭文茂译,许玉秀、陈志辉编:《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》,台北春风和煦学术基金 2006 年版,第 416 页。

为进行谴责,所以我要通过构成要件规定这些行为并惩罚它们。”基于上述理由,构成要件要素都是为刑罚处罚提供根据的要素。如果行为不具备这些要素,就表明缺乏处罚根据,因而不构成犯罪。

但是,倘若仔细研究刑法关于构成要件要素的规定就会发现,刑法明文规定的某些要素并不是为了给违法性、有责性提供根据,只是为了区分相关犯罪(包括同一犯罪的不同处罚标准)的界限。这种构成要件要素称为“表面的构成要件要素”或“虚假的构成要件要素”,也可以称为分界要素。从实体法的角度而言,表面的构成要件要素不是成立犯罪必须具备的要素;从诉讼法的角度而言,表面的构成要件要素是不需要证明的要素。例如,《刑法》第114条规定:“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全,尚未造成严重后果的,处三年以上十年以下有期徒刑。”尚未造成严重后果显然不是为违法性、有责性提供根据的要素,更非表明“倘若造成严重后果”便不构成犯罪之意,仅仅在于说明该条规定的违法程度轻于《刑法》第115条规定的违法程度(故法定刑有区别),因而属于表面的构成要件要素。又如,《刑法》第270条第1款规定了委托物侵占的构成要件与法定刑,第2款规定:“将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不交出的,依照前款的规定处罚。倘若将该款所规定的构成要件改写为“将他人的物品非法占为己有,数额较大,拒不交出”,其违法性、有责性不仅没有减少,反而会增加。那么,《刑法》第270条第2款为什么要将行为对象限定为遗忘物与埋藏物呢?这是因为盗窃罪的对象必须是他人占有的财物,委托物侵占的对象是受委托而占有的他人财物,剩下的便是侵占脱离占有物了。换言之,《刑法》第270条第2款之所以将行为对象限定为遗忘物与埋藏物,一方面是为了与盗窃罪相区别,另一方面也是为了与委托物侵占相区分。“遗忘物”、“埋藏物”这一构成要件要素,便是表面的构成要件要素。再如,根据《刑法》第153条的规定,只有“走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品的,才成立走私普通货物、物品罪。虽然黄金、白银等贵金属属于《刑法》第151条规定的货物、物品,但这并不意味着走私贵金属的行为不可能构成《刑法》第153条规定的犯罪。例如,走私贵金属入境的,以及误将贵金属当作普通金属走私出境的,都构成《刑法》第153条规定的犯罪。显然,《刑法》第153条所规定的“本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品”这一要素,只是对区分不同的走私犯罪起作用,属于表面的构成要件要素。

刑法中为什么会存在表面的构成要件要素?罪刑法定原则决定了刑法必须将各种犯罪进行分类,即使是侵害相同法益的行为,为了避免构成要件过于抽象与概括,也必须尽可能地进行分类,否则罪刑法定原则就不可能在任何程度上得以实现。所以,通过设定某些要素对犯罪进行分类,既是为了明确处罚范围,也是为了标明此罪与彼罪的关系(界限)。从立法技术上说,“所谓不法,是对于行为的一个负面(因此该入罪)的评价。因此构成不法之要件,必然也是能够符合此一基本性质。逻辑上不可能的是,一个概念被列为某一犯罪类型的非法要件的同时,此一要件的负面概念也被列为同一犯罪类型的非法要件。”¹用一个比喻的说法:如果‘凶狠’被列为杀人罪的非法要件,那么‘仁慈’就不可能也是杀人罪的非法要件。如果在杀人罪的犯罪条文体系中,在‘凶狠’作为非法要件的同时,又出现‘仁慈’的文字,那么后者并不是在表达一个构成犯罪的要件,而是在强调其与凶狠杀人的不法(因此影响法定刑)程度上的区别而已。”基于同样的理由,在我国刑法分则中,情节严重与情节较轻不可能同时成为一个犯罪的构成要件要素。所以,《刑法》第232条规定“情节较轻”,只是为了区分违法、责任程度不同的故意杀人罪(进而分别规定不同的法定刑)。这种“情节较轻”便成为表面的构成要件要素。

表面的构成要件要素不同于分则条文对正当化事由的提示性规定。例如,我国《刑法》第238条、第245条分别对非法拘禁罪、非法搜查罪、非法侵入住宅罪规定了“非法”要素。类似的规定在国外刑法中也不少见。国外刑法理论普遍认为,这种“非法”要素,只是对正当化事由的提示性规定,而不是构成要件要素。例如,日本刑法第220条规定:“非法逮捕或者监禁他人的,处三个月以上七年以下惩

¹ Vgl. Claus Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Walter de Gruyter & Co 1970, S. 171.

前引,第485页。

役。山口厚教授指出：“法文中的‘非法’，是由于存在基于法令的逮捕、监禁属于适法行为的情况，为了确认一般的违法性要件而规定的（违法要素），其自身不是特别的构成要件要素。”曾根威彦教授指出：“成立逮捕监禁罪，要求行为必须是‘非法’地实施的。这是因为在社会生活上，在他人的自由行动对自己或者第三者并非理想之事的场合，逮捕监禁该他人属于适法的情形并不少见，所以，注意性地规定违法性的一般原则。”德国刑法理论一般认为，分则条文所规定的“非法”、“违法”只是对整个行为的价值评判，是对违法性的一般犯罪要素的多余提示，旨在提醒法官，特别要注意触犯这种条款的案件是否存在正当化事由。例如，德国刑法第303条规定：“违法地损坏或者毁坏他人的财物的，处二以下自由刑或者罚金。德国刑法理论没有争议地认为，其中的“违法”只是对正当化事由的提示规定（甚至是多余的规定）。在笔者看来，我国《刑法》第238条、第245条中的“非法”也只是对正当化事由的提示性规定。因为，即使在将行为符合犯罪构成与行为违法相等同的我国四要件体系中，行为是否非法，也是由行为是否符合犯罪构成以及是否具有排除犯罪的事由共同决定的，而不是由独立的“非法”要素决定的。另一方面，既然最终成立犯罪的行为都是非法的，就表明非法不是构成要件要素。例如，正当防卫的杀人行为，并不成立故意杀人罪，但《刑法》第232条并没有将故意杀人罪的构成要件表述为“故意非法杀人”，因为杀人一般是非法的，不需要对正当化事由作特别提示规定；而剥夺他人自由、进入他人住宅的行为，往往具有正当化事由，故刑法需要做出提示性规定。所以，即使在我国，也应认为上述条文中的“非法”是关于正当化事由的提示性规定。这种提示性规定的内容，不属于表面的构成要件要素。因此，在具备正当化事由的案件中，不得以“非法”属于表面的构成要件要素为由认定行为构成犯罪。

表面的构成要件要素也不同于分则条文的多余表述。刑法是由人起草的，而不是神制定的，难免存在多余的表述。例如，《刑法》第133条第1款前段规定：“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役。其中的“发生重大事故”就是多余的表述，因为只要违反交通管理法规，过失致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，就构成交通肇事罪。再如，《刑法》第154条、第174条第1款、第179条第1款、第190条、第230条、第329条第2款、第343条第1款中的“擅自”，《刑法》第399条第1款中“枉法”，第401条、第402条、第403条、第414条中“舞弊”都是多余的、完全可以删除的表述。与表面的构成要件要素相同的是，这些多余的表述，并不为违法性与有责性提供任何根据；与表面的构成要件要素不同的是，这些多余的表述，并不具有区分此罪与彼罪、重罪与轻罪的机能，充其量可以视为同位语。所以，不能将多余的表述所描述的内容视为表面的构成要件要素，更不能将其视为违法性、有责性提供根据的要素。

明确刑法分则规定的哪些构成要件要素属于表面的构成要件要素，对于理解犯罪之间的关系、解释事实认识错误、解决共犯过剩现象以及处理事实不明案件具有重要意义。此外，承认表面的构成要件要素是否与罪刑法定原则相冲突也是需要说明的问题。^⑩

[日]山口厚：《刑法各论》，有斐阁2005年补订版，第83-84页。

[日]曾根威彦：《刑法各论》，弘文堂2001年第3版，第49页。还有学者认为，有些表述虽然出现在刑法分则条文中，但仅具有语感上的意义，而不具有实质内容。例如，日本学者泷川幸辰、木村龟二认为，日本刑法第220条所规定的“非法”，仅具有语感上的意义，既不是构成要件要素，也不是特别的违法性要素（[日]泷川幸辰：《刑法各论》，日本评论社1933年版，第73页；[日]木村龟二：《刑法各论》，法文社1957年版，第62页）。

Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 30. Aufl., C. F. M. Üler 2000, S. 42; C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München: C. H. Beck, 2006, S. 508.

刑法分则条文中的“非法”并非都是对正当化事由的提示性规定。分则条文中的“以非法占有为目的”中的“非法”以及空白刑法规范中的“非法”就具有实质意义。此外，我国刑法分则的某些条文所规定的“非法”的确仅具有语感上的意义，既不是构成要件要素，也不是关于正当化事由的提示规定。例如，《刑法》第225条第3项所规定的“未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务”中的“非法”就仅具有语感意义。再如，《刑法》第228条所规定的“以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权”中的“非法”也是多余的表述。

⑩ 本文中的“表面的构成要件要素”主要指成文的表面的构成要件要素。为了充分展开讨论，必要时还包括刑法理论所承认的不成文的表面的构成要件要素，此外还会涉及未遂犯的构成要件要素。

二、表面的构成要件要素与犯罪之间的关系

由于表面的构成要件要素包括主观的构成要件要素,所以,这里所称的犯罪之间的关系,既包括故意犯罪与过失犯罪之间的关系,也包括刑法分则所规定的具体犯罪之间的关系。

(一)故意犯罪与过失犯罪之间的关系

故意犯罪与过失犯罪之间的关系,也可谓故意与过失之间的关系。在我国,故意与过失究竟是对立关系还是位阶关系或等级关系,取决于是否承认表面的构成要件要素。

认为故意与过失是对立关系的德国学者指出:“过失不是故意的减轻形式,而是与故意不同的概念。与对应的故意犯罪相比,过失犯罪行为的不法内容与责任内容较轻。因为在过失情况下,行为人对法秩序的要求的违反不是有意识,而是因为不注意。因此,就同一事实而言,故意和过失是相互排斥的。……过失构成要件不允许作为证据不充分时的‘兜底构成要件’来适用,做出有罪判决时,必须明确认定过失的前提条件。”^①根据这种观点,不能将故意行为认定为过失犯罪;在行为人的心理状态不明的情况下,也不能认定为过失犯罪。我国台湾地区的判例也认为故意与过失是对立关系。如1989年台上字第4682号判决指出:“刑法上之故意犯与过失犯,其意义不同,且互相排斥。换言之,一个犯罪行为,不可能成立以故意为必要之犯罪,又同时成立以过失为必要之犯罪。”^②

但是,德国的主流观点认为,故意和过失处于一种位阶关系,即在不清楚一个行为是出于故意还是出于过失时,根据存疑时有利于被告人的原则,能够认定为过失犯罪。这并不是说,故意概念中包含了过失的要素,一个放任结果发生的人,不可能轻信可以避免结果的发生;一个明知结果发生的人,不可能没有预见结果的发生,但不能据此否认故意与过失之间的规范性位阶关系。亦即与过失相比,对故意的要求更多。^③德国的审判实践也持这种观点。“在不能认定行为人是实施了故意行为还是过失行为的场合,判例认为可以按照过失行为做出有罪判决。”^④

持位阶关系说的日本学者指出,如果说故意责任的本质是“认识到了构成要件事实”,过失责任的本质是“没有认识到构成要件事实”,那么,故意与过失的责任内容在逻辑上就是相互排斥的,不可能存在共通之处。但这种观点以过失的本质是“违反预见义务”为前提。如果说违反预见义务是过失犯的本质,那么,故意犯罪时因为履行了预见义务,责任就应更轻了,但事实上并非如此。所以,故意责任的本质是认识到了构成要件事实,过失责任的本质是具有认识构成要件事实的可能性。“因此,不应将预见义务违反作为过失犯的要素。故意与过失存在大小关系或者位阶关系,两者都是为责任提供根据的心理要素。过失中并非没有任何心理状态,而是存在可能预见犯罪事实特别是法益侵害的心理状态。”^⑤据此,对于故意行为可能认定为过失犯罪。

我国刑法明文规定了故意与过失的定义。如果按照刑法的字面含义理解和适用刑法,倘若没有认识到刑法中的表面的构成要件要素,必然认为故意与过失是一种对立关系(笔者曾经持此观点)。^⑥但是,如若从规范意义上理解刑法的规定,认识到表面的构成要件要素的存在,则应认为故意与过失是位阶关系而非对立关系。先看疏忽大意的过失。根据《刑法》第15条的规定,只有当行为人“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见”时,才可能成立过失犯罪。问题在于:在具有预见可能性的情况下,倘若不能证明行为人已经预见,也不能证明行为人没有预见时怎么办?显然,只要行为人具有预见可能性,就意味着应当预见。即使不能查明行为人是否已经预见,也仅意味着

^① H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 563.

^② 转引自前引,第484-485页。

^③ 前引, C. Roxin书, S. 1091.

^④ 前引^①。

^⑤ [日]高山佳奈子:《故意と违法性意識》,有斐阁1999年版,第137页。

^⑥ 参见张明楷:《罪过形式的确定》,载《法学研究》2006年第3期,第109页。

不能认定行为人构成故意犯罪和过于自信的过失犯罪,但不影响将其行为认定为疏忽大意的过失犯罪。倘若因为没有查明行为人是否已经预见,既否认行为人具有故意,也否认行为人具有过失,就必然形成处罚的漏洞。所以,“因为疏忽大意而没有预见”是一种表面的构成要件要素。再看过于自信的过失。根据《刑法》第15条的规定,只有当行为人已经预见自己的行为可能发生危害社会的结果,“而轻信能够避免”时,才可能成立过于自信的过失犯罪。问题是:在查明行为人已经预见的前提下,如若不能证明行为人希望或者放任危害结果发生,也不能证明行为人轻信能够避免时怎么办?显然,只要行为人已经预见结果发生的可能性,即使不能查明行为人是否轻信能够避免,也只是意味着不能认定行为人构成故意犯罪,但不影响将其行为认定为过于自信的过失犯罪。如若因为没有查明行为人是否轻信能够避免,既否认行为人具有故意,也否认行为人具有过失,就必然造成处罚的空隙。所以,“轻信能够避免”只是表面的构成要件要素。

以上结论并非仅仅出于防止处罚漏洞的刑事政策的理由,而是具有法律上的根据。(1)从构成要件符合性的角度来说,在上述场合,实际上是将可能构成重罪的事实评价为性质相同的轻罪事实。换言之,只是在认定为故意尚存疑问时才认定为过失。这对于被告人而言并非不利而是有利。从诉讼法的角度而言,“没有……”、“尚未……”之类的要素一般是不需要证明的。(2)从实质角度来说,只有“应当预见”、“已经预见”才是为有责性提供根据,表明行为人具有非难可能性的要素;而“因为疏忽大意而没有预见”与“轻信能够避免”并不是表明行为人具有非难可能性的因素,只是与故意相区别的要素。所以,在应当预见的情况下,即使没有查明行为人是否没有预见,在已经预见的前提下,即使没有查明行为人是否轻信能够避免,也不表明行为人缺少过失犯的非难可能性。(3)从故意与过失的关系来说,不管是认为故意犯比过失犯的违法性重,还是认为故意犯比过失犯的责任重,都只是表明二者是一种阶段关系或位阶关系,而不能表明它们是对立关系。因为从违法角度来说,结果回避可能性是故意与过失的共同要件,从责任角度来说,行为可能性是故意与过失的共同前提(或基础)。换言之,回避可能性是故意与过失的基础概念。“故意概念与过失概念在刑法上的意义是确立入罪的要件,从此一目的来看,一个较低回避可能性的主观状态(过失)可以跨过入罪的门槛,一个高回避可能性的主观状态(故意)当然也可以跨过入罪的门槛。”^①所以,故意与过失之间的关系是回避可能性的高低度关系,是责任的高低度关系,也是刑罚意义的高低度关系,因而是一种位阶关系。

由上可见,刑法规定“因为疏忽大意而没有预见”与“轻信能够避免”只是为了使过失犯罪与故意犯罪相区别,而不是为过失犯提供处罚根据。当案件事实表明行为人至少有过失,但又不能证明行为人具有故意时,当然只能以过失犯论处。这并不是意味着一个犯罪的主观要件既可以是故意也可以是过失,只是意味着故意与过失不是对立关系,而是位阶关系,可以将故意评价为过失。显然,承认故意与过失是位阶关系,是以承认“因为疏忽大意而没有预见”与“轻信能够避免”属于表面的构成要件要素为前提的。

(二)具体犯罪之间的关系

刑法遵循罪刑法定原则,通过构成要件要素对犯罪进行分类。在绝大多数情况下,为违法性、有责性提供根据的构成要件要素同时起到了分类作用。但是,在少数情况下,为违法性、有责性提供根据的要素还不足以使犯罪之间相区别,于是刑法不得不设置表面的构成要件要素。另一方面,表面的构成要件要素只是在通常情形下对犯罪分类起作用,因而并不意味着表面的构成要件要素是成立犯罪必须具备的要素。

例如,《刑法》第209条第1款规定了非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪,第2款规定:“伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的前款规定以外的其他发票的,处二以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处一万元以上五万元以下罚金。”从文字表述看,第2款规定的非法

^① 前引,第483-484页。

制造、出售非法制造的发票罪的构成要件与第 1 款规定的犯罪的区别在于发票的性质不同。换言之,如若适用第 2 款,就要求行为人所非法制造、出售的是不能用于骗取出口退税、抵扣税款的发票(第 2 款是第 1 款的兜底规定)。尽管在通常情形下这样的解释结论是成立的,但在特殊情形下会带来问题。例如,甲在擅自制造可以骗取出口退税的发票时,却误以为自己擅自制造的是不能骗取出口退税的发票的,应当如何处理?这虽然与后述事实认识错误相关,但从上述两罪之间的关系来看,《刑法》第 209 条第 2 款所规定的“前款规定以外的其它”发票的要素,显然只是为了对第 2 款与第 1 款的犯罪做出区分,而不是为违法性、有责性提供根据。所以,只要认为“前款规定以外的其它”发票的要素,是表面的构成要件要素,因而不是需要具备的要素,就可以直接认定上述甲的行为成立第 2 款规定的犯罪。

不难看出,虽然从法条的文理上说,《刑法》第 209 条第 2 款与第 1 款之间是一种排它关系,即只有不符合第 1 款规定的行为,才可能符合第 2 款的规定,但事实上并非如此。因为即使客观上符合第 1 款规定的行为,也可能仅适用第 2 款的规定,这说明第 2 款规定的发票实际上包括了第 1 款规定的发票(甚至可能包括《刑法》第 206 条规定的增值税发票)。于是,《刑法》第 209 条第 2 款与第 1 款的犯罪之间,以及《刑法》第 209 条与第 206 条的犯罪之间,形成了位阶关系、包容关系。换言之,承认表面的构成要件要素,有利于减少具体犯罪之间的对立关系、排它关系,增加具体犯罪之间的位阶关系、包容关系,进而使具体犯罪之间更为协调,从而实现刑法的正义性。

既然法律明文规定的表面的构成要件要素都是可以不需要具备的要素,那么,刑法理论就不应当随意设定区分两罪界限的因素,更不应将随意设定的因素视为(不成文的)构成要件要素。例如,《刑法》第 363 条规定的传播淫秽物品牟利罪要求“以牟利为目的”,刑法理论普遍认为,《刑法》第 364 条规定的传播淫秽物品罪必须“不以牟利为目的”,^⑩以便两罪之间有明确的界限。但这样要求不合适。因为如果明确要求行为人不以牟利为目的,那么在不能查明传播淫秽物品的行为人是否具有牟利目的时,根据存疑时有利于被告人的原则,一方面不能认定行为人具有牟利目的,故不能认定为传播淫秽物品牟利罪;另一方面不能证明行为人“不以牟利为目的”,也不能认定为传播淫秽物品罪。这显然不合理。只有并不要求传播淫秽物品罪的行为人“不以牟利为目的”时,上述行为才成立本罪。所以,不应将“不以牟利为目的”设定为传播淫秽物品罪的构成要件要素。《刑法》第 364 条在规定传播淫秽物品罪时,没有规定“不以牟利为目的”,正是为了解决这一问题。^⑪退一步说,即使假定《刑法》第 364 条明文规定“不以牟利为目的”,也应当认为“不以牟利为目的”只是表面的构成要件要素,因为这一要素并不为违法性、有责性提供根据。

又如,盗窃罪的成立是否以采取和平非暴力手段为前提?日本学者大塚仁指出:“所谓‘窃取’是指单纯的盗取,即不采取暴力、胁迫,违反占有者的意思,侵害其对财物的占有,将财物转移为自己或者第三者占有。”^⑫台湾地区学者指出:“所谓窃取系指行为人违背他人的意思,或者至少未获得他人同意,而以和平非暴力的手段,取走其持有物,破坏他人对其持有物的持有支配关系。”^⑬笔者以前也采取了这种观点。^⑭显然,要求盗窃行为必须采取和平非暴力手段,主要是为了区分盗窃罪与抢劫罪。正因为如此,持这种观点的学者指出:“行为人若以暴力强加夺取,或以强暴、胁迫、药剂、催眠术等,致使他人不能抗拒的情状下,始破坏他人对物的持有、支配关系者,则为抢夺或强盗,而非窃盗。”^⑮然而,在此产生的

⑩ 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 2007 年第 3 版,第 538 页;陈兴良:《规范刑法学》(下册),中国政法大学出版社 2008 年第 2 版,第 959 页;张明楷:《刑法学》,法律出版社 2003 年第 2 版,第 708 页。

⑪ 参见张明楷:《犯罪之间的界限与竞合》,载《中国法学》2008 年第 4 期,第 87 页以下。

⑫ [日]大塚仁:《刑法概说(各论)》,有斐阁 2005 年第 3 版增补版,第 191 页。

⑬ 林山田:《刑法各罪论》(上册),作者发行 2005 年增订 5 版,第 311 页。

⑭ 张明楷:《刑法学》,法律出版社 2007 年第 3 版,第 727 页。

⑮ 前引⑭,第 315 页。日本学者大塚仁也指出:“使用暴力或者胁迫强取他人的财物。由于本罪的暴力、胁迫是作为强取财物的手段而使用的,故意味着最狭义的暴力、胁迫,即必须达到足以压制对方反抗的程度。前引⑭,第 212 页。”

疑问是,倘若行为人以暴力方法取得财物,但又没有达到使他人不能抗拒的程度,却破坏了他人对财物的持有、支配关系,取走其持有物的,该如何定罪?持上述观点的人恐怕不得不承认,对此也只能认定为盗窃。既然如此,就应当认为,成立盗窃罪并不以采取和平非暴力手段为前提。换言之,刑法理论不应将“以和平非暴力的手段”设置为盗窃罪的构成要件要素。退一步言,即使假定刑法明文规定只有采取“和平非暴力手段”才能构成盗窃罪,也应当认为“和平非暴力手段”只是表面的构成要件要素。

综上所述,将传播淫秽物品牟利罪与传播淫秽物品罪、盗窃罪与抢劫罪设计或解释成对立关系或排他关系时,二者便不可能形成竞合关系。“然而,当我们把任何的两罪设计或解释成排他互斥时,将无法避免地会造成许多刑事政策上所不能忍受的刑罚性漏洞。^⑭其实,应当从实质的不法内涵着眼,将上述犯罪解释成一种包含关系:传播淫秽物品罪是普通条款,传播淫秽物品牟利罪是特殊条款;盗窃罪是普通条款,抢劫罪是特别条款。在行为符合普通条款的构成要件的前提下,不能证明行为符合特别条款的,当然应适用普通条款。

三、表面的构成要件要素与事实认识错误

在此讨论的是,承认表面的构成要件要素对于处理部分抽象的事实认识错误所具有的意义。通说认为,对抽象的事实认识错误应当采取法定符合说,亦即在客观事实与行为人的主观认识相重合的范围内认定犯罪的成立。^⑮应当认为,在的确存在“重合”的情况下,法定符合说是完全成立的。例如,在刑法不仅规定了普通杀人罪、而且规定了杀害尊亲属罪的场合,行为人发生了误将尊亲属当作普通人杀害的认识错误时,完全可以在普通杀人罪与杀害尊亲属罪相重合的范围内认定为普通杀人罪。因为行为人既有杀人的客观行为与结果,也有杀人的故意,认定为普通杀人既遂没有丝毫疑问。

问题出在刑法明文将此罪与彼罪设计为排它关系或对立关系的情形。例如,甲误以为他人占有的财物是遗忘物而据为己有的,应当如何处理?根据法定符合说,既不能直接根据行为的客观事实认定为侵占罪,也不能直接根据行为人的故意内容认定为盗窃罪,而应在盗窃罪与侵占罪相重合的范围内认定为轻罪(侵占罪)的既遂犯。换言之,盗窃罪与侵占罪在“不法取得他人的财物”这一点上具有实质的重合关系,甲的客观行为与主观故意都具有“不法取得他人的财物”的内容,所以,应认定为侵占罪。^⑯可是,在上例中,甲客观上并没有侵占“遗忘物”,怎么能够通过错误论说明行为人侵占了“遗忘物”呢?这便涉及错误论与故意论的关系。一种观点认为,错误论是对故意实施行为整体(包括发生结果)的评价,具有与故意论不同的独立的作用,因而具有与故意论不同的原理。^⑰这种观点的实质是,在不能根据故意论认定行为人对某种结果具有故意时,可以根据错误论认定行为人对该结果具有故意。于是,错误论成为认定故意的另一途径。本文难以赞成这种观点。我国《刑法》第14条明文规定了故意的一般定义,此外,具体犯罪的客观构成要件规制了具体犯罪故意的认识内容与意志内容。显然,在行为人的主观内容不符合《刑法》第14条规定的要求,对属于客观构成要件的事实缺乏认识时,不可能成立故意。在此情形下,当然不能将错误论作为认定行为人具有故意的途径。另一种观点认为,错误论是故意论的反面。本文持此观点。因为,“刑法学中所讨论的错误,并非主观面与客观面之间存在不一致的所有情形,而是限于故意(犯)的成立与否成为问题的场合。客观面发生了某种重大的事项(如发生了人死亡的结果),主观面对一定的事态具有认识时,主观面的这种认识,可否认为是与该客观事实相对应的

^⑭ 蔡圣伟:《刑法问题研究(一)》,元照出版公司2008年版,第249-250页。

^⑮ 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年第2版,第228页以下。

^⑯ 参见[日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第178-179页;[日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2007年新版第2版,第190页;[日]西田典之:《刑法总论》,弘文堂2006年版,第219页;前引^⑮,第256页以下;前引^⑮,第211页;等等。笔者在此之前也是这样解释的参见前引^⑮,第229页。

^⑰ [日]佐久间修:《错误论における结果归属の理论》,载福田平:大塚仁博士古稀祝贺论文集:《刑事法学の综合的检讨》(上卷),有斐阁1993年版,第146页。

故意(如杀人罪的故意),才是刑法中的错误论的问题。^⑩显然,认识错误与故意是表里关系,对认识错误的处理在于解决行为人对于发生的结果是否具有故意责任。所以,“必须维持‘错误论是故意论的反面(Kehrseite)’这一命题。因此,在故意成为问题的时候,不存在‘不适用错误论’的情形;在根据故意论不认为有故意的场合,也不能根据错误论认定有故意。”^⑪概言之,即使适用错误论认定为犯罪,也要求行为完全符合所定犯罪的构成要件。

但是,在甲误将他人占有的财物当作遗忘物侵占的场合,由于轻罪(侵占罪)的构成要件是以排除在重罪(盗窃罪)之外的形式规定的,导致法定符合说的说理并不透彻。这是因为,倘若认为“遗忘物是成立侵占罪必须具备的要件,那么,当甲客观上没有侵占遗忘物时,就不能简单地适用错误论认定甲侵占了遗忘物。于是,主张通过设定两罪的“共通构成要件”认定构成要件符合性的学者指出:“遗忘物侵占罪以‘不处于他人占有下的他人的财物’为对象,作为盗窃罪对象的‘处于他人占有下的他人的财物’被排除在遗忘物侵占罪之外(以此意义上说,两罪形式上没有重合)。在主观上是遗忘物侵占罪,客观上是盗窃罪的场合,实际上与上述普通杀人、杀害尊亲属的事例相同,而且,一般来说解释为成立遗忘物侵占罪在实质上是妥当的。但是,为了得出这样的结论,有必要通过对两者的法律条文解释,导出、包摄‘他人占有下的他人的财物’、跨越遗忘物侵占罪与盗窃罪的‘共通构成要件’(这是以基于取得意思侵害所有权为内容的构成要件,与盗窃罪的构成要件处于加重减轻关系),上述行为在客观上与主观上都充足了这一要件。”^⑫

这种观点没有将“遗忘物”这一要素视为表面的构成要件要素,也较为合理地说明了甲的行为客观上符合“遗忘物侵占罪”的客观构成要件。可是依然存在疑问:其一,这种观点承认,根据刑法的文字规定,盗窃与遗忘物侵占是一种对立关系:盗窃罪只能以他人占有的财物为对象;遗忘物侵占以他人没有占有的财物为对象。既然如此,二者怎么可能有“共通构成要件”?换言之,既然认为遗忘物侵占犯罪的构成要件已经将盗窃罪的构成要件排除在外,就难以认为二者有“共通构成要件”。其二,构成要件具有法定性,通过想定“共通构成要件”来解决上述抽象的事实认识错误不免有些勉强。

其实,刑法就侵占罪所要求的“遗忘物”并不是真正的构成要件要素,只是表面的构成要件要素,即它并不是为违法性、有责性提供根据的要素,而是为了与盗窃罪相区别规定的要素。因此,就盗窃罪与侵占罪的关系而言,虽然认为二者在通常情况下处于对立关系的观点是成立的,但在发生事实认识错误等特殊情形下,只要行为人客观上侵占了他人的财物,主观上不具有盗窃罪的故意时,就应认为符合侵占罪的构成要件(既遂)。正如日本学者所言:“遗忘物侵占罪,是‘领得罪’的最单纯的类型,以所谓‘拾东西’等行为为对象;其客体是‘他人的物’。本罪的成立,既不要求像盗窃罪那样的夺取(侵害占有),更不要求像诈骗罪那样的被害人交付财物(处分行为),更不要求像委托物侵占罪那样的委托关系。本罪作为对所有权其他本权的犯罪,在由于某种理由不成立其他侵害财物所有权的犯罪时,发挥对这些犯罪的兜底作用(‘兜底构成要件’或者‘截堵构成要件’)。例如,误将他人有意识地放在公园椅子上的财物当作遗忘物而拿走时,因为没有侵害占有的故意而不成立盗窃罪,但代之以本罪的成立。”^⑬

德国刑法关于侵占罪构成要件规定的修改,能够说明侵占罪中的“遗忘”、“脱离他人占有”、“自己占有”等要素不是真正的构成要件要素,只是表面的构成要件要素。德国刑法第246条原本规定:“意图自己不法所有而侵占自己持有或保管的他人动产的,处三年以下自由刑或者罚金。侵占他人委托的动产的,处五年以下自由刑或者罚金。”本条实际上规定了两种侵占:一是侵占脱离他人占有的财物(行为人拾得他人遗忘物本身当然并不构成犯罪,但将拾得的即自己占有的他人财物据为己有或使自己所

⑩ [日] 井田良、丸山雅夫:《ケーススタディ刑法》,日本评论社2004年第2版,第112页。

⑪ [日] 平野龙一:《刑事法研究最终卷》,有斐阁2005年版,第3页。

⑫ [日] 山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年第2版,第222页。

⑬ [日] 松宫孝明:《刑法各论讲义》,成文堂2006年补订版,第269页。

有时,则属于侵占自己占有的他人财物);二是侵占委托物。但是,由于这样的规定难以解决发生在侵占罪与盗窃罪之间的抽象的事实认识错误问题,德国刑法删除了“自己持有或保管”的构成要件要素。修改后的德国刑法第246条第1款规定:“行为人为自己或者第三者违法地侵占他人的动产,如果该行为没有在其他规定中以更重的刑罚加以威吓的,处三年以下自由刑或者罚金。第2款规定:“如果在第1款的情形中,动产是被委托给行为人的,处五年以下自由刑或者罚金。据此,侵占罪的对象既可以是自己占有的财物,也可以是他人占有的财物,盗窃罪与侵占罪便不再是对立关系,而是包容关系。换言之,在行为成立盗窃、诈骗罪的同时,往往也同时成立侵占罪。侵占罪的构成要件成为取得型财产罪的兜底构成要件,凡是不法取得他人财产的行为,只要不成立其他财产罪的,一定成立侵占罪。于是,行为人误将他人占有的财物当作遗忘物侵占时,完全符合了侵占罪的构成要件。这表明,侵占罪中的“遗忘”、“脱离他人占有”、“自己占有”之类的要素,完全是可以删除的要素,因而是表面的构成要件要素。

将我国侵占罪中的“遗忘”物理解为表面的构成要件要素,就意味着即使某种行为不具备这种要素,也不妨害侵占罪的成立。换言之,在通常情况下,肯定行为对象属于遗忘物是为了排除行为成立更重的盗窃罪。因此,当行为人误将他人占有的财物当作遗忘物予以侵占时,没有疑问地成立侵占罪。这样解释,既能贯彻法定符合说,也不存在设想“共通构成要件”所存在的问题。再如,《刑法》第126条规定:“依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业,违反枪支管理规定,有下列行为之一的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑;情节严重的,处五年以上十年以下有期徒刑;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑:(一)以非法销售为目的,超过限额或者不按照规定的品种制造、配售枪支的;(二)以非法销售为目的,制造无号、重号、假号的枪支的;(三)非法销售枪支或者在境内销售为出口制造的枪支的。”《刑法》第125条对非法制造、买卖枪支罪规定了更重的法定刑,单位也可以成为此罪的主体。显然,就非法制造、销售枪支的行为而言,《刑法》第125条规定的单位主体与第126条规定的单位主体是对立的:前者不包括依法被指定、确定的枪支制造企业;后者仅限于依法被指定、确定的枪支制造企业。问题发生在直接负责的主管人员发生认识错误的场合。例如,受雇负责X企业的生产、销售工作的甲,因受蒙骗,误以为X企业属于依法被指定的枪支制造、销售企业,以非法销售为目的,指示生产人员制造无号枪支。对此应如何处理?甲的行为客观上符合《刑法》第125条规定的构成要件,但其主观上产生了认识错误,导致其不具备《刑法》第125条所要求的故意。这种情形虽然属于抽象的事实认识错误,但即使适用错误论,也不可能认定X企业属于依法指定的枪支制造、销售企业。换言之,适用错误论也不能使本案的行为主体符合《刑法》第126条的规定。另一方面,以某种理由宣告甲的行为无罪也明显不当。惟一的出路在于承认表面的构成要件要素。亦即《刑法》第126条所规定的“依法被指定、确定的”枪支制造企业、销售企业并不是真正的构成要件要素,只是表面的构成要件要素,即它并不是为违法性、有责性提供根据的要素,而是为了与《刑法》第125条的犯罪相区别所设立的要素。因此,就《刑法》第126条与第125条的关系而言,虽然认为二者在通常情况下处于对立关系的观点是成立的,但在发生事实认识错误等特殊情形下,只要某企业(不管是否属于“依法被指定、确定的”枪支制造企业、销售企业)客观上非法制造、销售了枪支,直接负责的主管人员与直接责任人员缺乏《刑法》第125条所规定的犯罪的故意(如误以为所属企业是“依法被指定、确定的”枪支制造企业、销售企业),也应认为符合《刑法》第126条的构成要件,认定为违规制造、销售枪支罪的既遂。

四、表面的构成要件要素与共犯过剩现象

共犯过剩是指(广义的)共犯人的行为超出了共同犯罪范围的情形。最典型的情形是,正犯的行为超出了被教唆的范围,或者部分正犯的行为超出了共同正犯的犯罪范围。在通常情况下,根据共同犯罪原理处理共犯过剩现象不存在特别困难。但是,当共同犯罪涉及表面的构成要件要素时,只有承认表面的构成要件要素,才能使共犯过剩现象得到妥当处理。例如,甲教唆乙走私普通光盘进境,乙却出于牟利目的走私淫秽光盘进境。即使按照普通光盘对待,乙偷逃关税的数额也超过了10万元。对甲应当如

何处理?《刑法》第153条第1款规定:“走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品的,根据情节轻重”,分别处罚,而《刑法》第152条规定了走私淫秽物品罪。从理论上说,走私淫秽物品的行为,不符合《刑法》第153条的规定。倘若据此认为走私普通货物、物品罪的对象不可能是淫秽物品(走私淫秽物品罪与走私普通货物、物品罪是排除关系、对立关系),无论如何也不能得出正确结论。例如,根据共犯独立性说以及我国的二重性说,甲虽然成立走私普通货物、物品罪的教唆犯,但由于乙没有犯被教唆的罪,对甲必须适用《刑法》第29条第2款,从轻或者减轻处罚。但这种结论明显不当。因为即使乙走私的是普通光盘,甲也成立犯罪既遂,不适用《刑法》第29条第2款从轻、减轻处罚;而在乙走私了淫秽光盘的情况下,反而对甲适用《刑法》第29条第2款从轻、减轻处罚。这明显损害了刑法的正义性。根据共犯从属性说,甲不成立任何犯罪。因为乙并没有着手实行走私普通货物、物品的行为。但是,基于同样的理由,这一结论更不妥当。

其实,《刑法》第153条是关于走私犯罪的兜底规定,其中的“本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外”的要素是表面的构成要件要素。因为这一规定并没有为违法性、有责性提供根据,亦即将该条删改为“走私货物、物品的,根据情节轻重”分别处罚并不会减少该罪的违法性与有责性。所以,《刑法》第153条中的“本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外”的要素不是必须具备的要素,既然如此,就完全可以认定乙的行为既符合《刑法》第152条的构成要件,也符合了《刑法》第153条的构成要件。于是,不管是采取共犯独立性说,还是采取共犯从属性说,抑或采取二重性说,甲的行为都成立走私普通货物、物品罪(既遂)。

将上例中的甲与乙设定为共同正犯时也是如此。例如,甲与乙共谋从境外走私普通光盘到境内出售,由二人分别在境外某地购买普通光盘后,用一条船运入境内。但乙实际上购买的是淫秽光盘,回到境内之后,甲才知道真相。甲购买的普通光盘偷逃关税8万元;将乙购买的淫秽光盘按普通光盘计算,其偷逃关税数额也为8万元。对甲应如何处理?倘若认为走私普通货物、物品罪与走私淫秽物品罪是排他、对立的犯罪,那么,甲仅对走私普通光盘所偷逃关税(8万元)负责,适用“三年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑。但这样处理不合理,因为即使乙购买的是普通光盘,甲也应对共同走私普通货物、物品偷逃关税16万元负责,适用“三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑。在乙购买了淫秽光盘的情况下,对甲反而处罚更轻,明显损害了刑法的正义性。显然,只有认为《刑法》第153条中的“本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外”的要素是不需要具备的、表面的构成要件要素,就可以认定乙的行为也符合走私普通货物、物品罪的构成要件。因此,甲应对共同走私普通货物、物品偷逃关税16万元承担责任。

倘若将上例中的偷逃关税的数额分别设定为3万元,更能说明必须将《刑法》第153条中的“本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外”的要素解释为表面的构成要件要素。亦即倘若认为走私普通货物、物品罪与走私淫秽物品罪是排他、对立的犯罪,那么,甲仅对走私普通光盘所偷逃3万元关税负责,因而不构成犯罪。但这样处理不合理,因为即使乙购买的是普通光盘,甲也应对共同走私普通货物、物品偷逃6万元关税负责,适用“三年以下有期徒刑或者拘役”的法定刑。在乙购买了淫秽光盘的情况下,甲却反而不构成犯罪,明显损害了刑法的协调性(参见前论)。

五、表面的构成要件要素与事实不明案件

在司法实践中,总是存在一些事实不明的案件。事实不明的案件形形色色,既包括有罪与无罪之间事实不明的情形,也包括此罪与彼罪、重罪与轻罪之间事实不明的情形。

重罪与轻罪之间的事实不明又存在两种情形:一是可以直接根据存疑时有利于被告人的原则,认定为轻罪的情形。例如,甲抢夺乙的财物后逃离,在一个垃圾场隐藏了20多分钟后,出来时被警察抓获,警察从其身上搜出了凶器。警察指控甲携带凶器抢夺,应认定为抢劫罪,但甲供述凶器是刚从垃圾场捡到的,在抢夺乙的财物时并没有携带凶器。虽然能认定甲抢夺了乙的财物,但由于甲在抢夺财物时是否

携带凶器的事实不明,可以直接根据存疑时有利于被告人的原则认定为抢夺罪。二是需要适用表面的构成要件要素理论才能够以轻罪论处的情形。例如,查明行为人甲实施了投放毒害性物质的行为,且足以危害公共安全,虽然客观上发生了他人死亡的结果,但不能查明该死亡结果是否由甲投放毒害性物质的行为所引起,根据存疑时有利于被告人的原则,不能适用《刑法》第115条。那么,能否直接适用《刑法》第114条?笔者认为,在此案中不能简单地适用存疑时有利于被告人的原则而适用《刑法》第114条,因为即使按照存疑时有利于被告人的原则认定为轻罪时,也要求行为完全符合轻罪的构成要件。但是,倘若认为适用《刑法》第114条的前提是“尚未造成严重后果”,在不能证明行为“尚未造成严重后果”时就不能适用该条,那么,对甲的行为就不适用该条。可是,这样的结论不可能得到认可。其实,《刑法》第114条中的“尚未造成严重后果”并不是为违法性、有责性提供根据的要素,只是为了根据罪行轻重规定不同法定刑所设定的分界要素,因而属于表面的构成要件要素。换言之,只要行为属于投放危险物质,且足以危害公共安全,就能够适用《刑法》第114条。据此,对本案中的甲可以直接适用《刑法》第114条定罪量刑。基于同样的理由,对刑法分则第二章中的其他条款所规定的“尚未造成严重后果”,都应解释为表面的构成要件要素。

再如,根据《刑法》第351条第1款的规定,“种植罂粟五百株以上不满三千株”的,“处五年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金”;该条第2款规定:“非法种植罂粟三千株以上……的,处五年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。倘若司法机关所查明的事实是,行为人甲种植的罂粟肯定超过了500株,但不能证明其种植的罂粟是不满3000株还是3000株以上时,应当如何处理?首先,根据存疑时有利于被告人的原则,不可能对甲适用《刑法》第351条第2款的规定。其次,倘若认为只有查明甲种植的罂粟确实不满3000株时,才能适用《刑法》第351条第1款,那么,对甲的行为也不能适用该款。但这种结论的不合理性十分明显。不难看出,虽然“五百株以上”是为违法性提供根据的要素,但“不满三千株”则并非如此;另一方面,“不满三千株”只是刑法为了区分不同法定刑的适用条件所作的规定。换言之,只有认为《刑法》第351条第1款中的“不满三千株”属于表面的构成要件要素,因而不需要具备,才能对甲的行为适用该条第1款定罪量刑。

值得讨论的是未遂犯与既遂犯的区分。我国《刑法》第23条规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。”显然,“已经着手实行犯罪”是为违法性提供根据的要素,“由于犯罪分子意志以外的原因”是为有责性提供根据的要素(表明其有责性重于中止犯)。但“未得逞”既不违法性提供根据,也不为有责性提供根据,只是与既遂犯相区别的要素。所以,在不能查明行为是否造成了法益侵害结果时,必须将“未得逞”作为未遂犯的表面的构成要件要素,从而合理地认定未遂犯。例如,甲、乙二人在互不知情的情况下向丙开枪,其中一枪击中丙的头部,另一枪击中丙的心脏。事后虽能证明两枪均足以立即致人死亡,但无法进一步证明究竟谁击中何处以及哪一枪先击中被害人。显然,如果能够证明甲先击中被害人,那么,乙仅成立故意杀人未遂;反之亦然。^②易言之,甲、乙二人既都有成立杀人既遂的可能性,也都有成立杀人未遂的可能性。但是,倘若认为,只有确实证明甲、乙的行为“未得逞”时才能认定为杀人未遂,那么,对甲与乙的行为既不能认定为杀人既遂,也不能认定为杀人未遂。这显然违背常理,导致某种行为之所以不构成轻罪(未遂犯),是因为该行为可能构成重罪(既遂犯)。事实上,只要将“未得逞”解释为未遂犯的表面的构成要件要素,即已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因没有既遂的,就可以认定为犯罪未遂。所以,即使不能确实证明上例中的甲、乙“未得逞”,也应认定甲、乙均成立故意杀人未遂。由此看来,我国刑法理论对“未得逞”含义的激烈争议未必具有实际意义。

② 即使采取彻底的结果无价值论,也不可能认为甲、乙的行为属于不可罚的不能犯。

六、表面的构成要件要素与罪刑法定原则

一方面将某些要素称为构成要件要素,另一方面又认为其属于表面的构成要件要素,因而成立相关犯罪时并不需要具备,不需要证明,给人以违反罪刑法定原则之印象。其实,承认表面的构成要件要素并不违反罪刑法定原则。从文理上说,表面的构成要件要素只是在通常情形下发挥区分界限的作用,其表述方式使得不符合更重犯罪构成要件的行为都会具备表面的构成要件要素。从实质上说,承认表面的构成要件要素并不导致犯罪缺乏实质的处罚根据。“构成要件是刑罚法规规定的行为类型,其具体内容是通过刑罚法规的解释决定的。因此,构成要件并不一定等同于刑罚法规的文言。换言之,刑法条文所描述的要素并非都是构成要件要素,“只有某犯罪中所固有的、类型的、可罚的要素,才是构成要件要素。”^⑬根据违法类型说的观点,只有表明违法行为类型的特征才属于构成要件要素;根据违法有责类型说,表明有责性的要素也是构成要件要素。然而,表面的构成要件要素既不为违法性提供根据,也不为有责性提供根据。所以,即使行为不具备表面的构成要件要素,也不会使违法性、有责性减少,更不会导致违法性、有责性丧失。

不仅如此,承认表面的构成要件要素更利于维护罪刑法定原则。例如,根据修正前的《刑法》第201条第1款的规定,行为人实施偷税行为,“偷税数额占应纳税额的百分之十以上不满百分之三十并且偷税数额在一万元以上不满十万元的”,构成偷税罪。但现实发生的两个案件是,行为人甲的偷税数额占应纳税额的35%,但偷税数额仅有9万元;行为人乙的偷税数额占应纳税额的15%,但偷税数额为20万元。首先,倘若认为甲与乙的行为均不构成犯罪,明显不妥当。既然偷税数额占应纳税额的10%,并且偷税数额仅有1万元的行为都是犯罪,那么,甲与乙的行为更应该是犯罪。其次,如若认为修改前的《刑法》第201条中的“不满百分之三十”与“不满十万元”是为违法性、有责性提供根据的要素,也明显不符合事实。再次,如果认为修改前的《刑法》第201条中的“不满百分之三十”与“不满十万元”是成立偷税罪必须具备的要素,同时又将甲、乙的行为认定为偷税罪,则明显给人以违反罪刑法定原则的印象。最后,只有承认修改前的《刑法》第201条中的“不满百分之三十”与“不满十万元”是表面的构成要件要素,是刑法为了区分处罚标准所规定的要素,因而是不需要具备的要素,那么,将甲与乙的行为认定为偷税罪,反而坚持了罪刑法定原则。当然,根据罪刑法定原则,不能将为违法性、有责性提供根据的构成要件要素当作表面的构成要件要素。

Abstract: some elements in constitutional requirements in criminal law do not play the role of providing the basis for illegitimacy and responsibility, but of helping the classification of offences only. This kind of elements is called superficial elements of constitutional requirements, the reasonable certainty of which is of great meaning to catch the relations between crimes, interpret the cognition errors of facts, deal with the phenomenon of accomplice surplus and settle the cases of non liquet. It will not violate the principle of “nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege” when the concept of superficial elements of constitutional requirements is accepted.

(责任编辑:白岫云)

^⑬ [日] 町野朔:《犯罪论の展开 I》,有斐阁1989年版,第52页、第59页。