

再论具体的方法错误

张明楷*

摘要 讨论具体的方法错误时,必须明确错误论与故意论是表里关系;各种学说都不能将自己的结论当作理由,不得将具体的方法错误置换为概括故意或间接故意等情形(反之亦然),不应将解释论上的不妥当结论归责于立法。法定符合说并不违反责任主义,数故意说适应处理具体案件的现实需要(具体符合说也可能采取数故意说),符合构成要件的类型化特点,没有将故意的认识内容过度抽象化;认为法定符合说导致对防卫行为造成第三者伤亡的案件成立故意杀人罪的观点,是对法定符合说的误解。具体符合说存在明确的缺陷:在难以区分对象错误与方法错误的场合导致处罚的恣意性;不能确定符合的“具体”程度,或者所确定的“具体”程度不能适用于所有案件;不能解决选择性要素时的认识错误问题。对具体的方法错误的处理,不能简单地接受德国刑法理论的结论,因为德国刑法采取主观的未遂犯论,而我国刑法并非如此。倘若采取客观的未遂犯论,就不可能坚持具体符合说。

关键词 具体的方法错误 法定符合说 具体符合说 未遂犯论

如所周知,关于具体的方法错误(具体的打击错误),德国的通说采取具体符合说,法定符合说(等价值说)只是少数学说;日本的通说与判例则采取了法定符合说,但具体符合说则是有力的学说。在我国,具体符合说与法定符合说的争论比较激烈,而且采取具体符合说的学者似乎有增加的趋势。笔者曾经在《中外法学》(2008年第2期)上发表了《论具体的方法错误》一文,该文所持的法定符合说受到了一些学者的批判。本文对讨论的前提再作说明,对相关的批判再作回应,并对具体符合说的缺陷再作评论。

一、讨论的前提

与讨论其他问题一样,对具体的方法错误的讨论,也必须有一些共同的前提。如果前提完

* 清华大学法学院教授。

全不同,就无法展开讨论。基于我国当下的理论现状,关于具体的方法错误的讨论,需要明确和把握以下三个前提。

(一)表里关系

事实的认识错误理论(错误论),讨论的是什么样的错误影响故意的成立,什么样的错误不影响故意的成立。^{〔1〕}换言之,事实的认识错误,以行为人具有犯罪的故意为前提,所解决的是行为人对实际发生的构成要件事实是否具有故意的问题。如果事实错误导致行为人对所发生的构成要件事实没有认识,就阻却故意。所谓阻却故意,不是指完全否认行为人具有犯罪的故意,而是指对基于错误所实际产生的构成要件结果不承担故意责任。

例如,甲误以为树丛中是珍贵野生动物而开枪,但事实上击中的是他人。由于甲对已经实现的构成要件事实(致人死亡)没有认识(没有故意),所以不能认定为故意杀人(阻却故意),只能认定为过失致人死亡。对此,具体符合说与法定符合说没有争议,因为两种学说都认为,只有当行为人认识到自己射击的是人时,才可能认定行为人具有杀人的故意。

再如,甲瞄准乙开枪射击,但由于打击错误而击中了丙,导致丙死亡(典型案例)。具体符合说认为,甲对乙成立杀人未遂,对丙成立过失致人死亡。换言之,该打击错误阻却故意,即甲对丙的死亡没有故意,但不可能否认甲对乙具有杀人故意(只是认为甲对乙仅承担未遂犯的责任)。具体符合说之所以得出这一结论,是因为甲虽然具体认识到自己的行为会致乙死亡,但乙并没有死亡;甲又没有具体地认识到自己的行为会致丙死亡,因而对丙的死亡没有故意。显而易见,根据具体符合说,成立故意杀人罪,要求行为人认识到自己的行为会导致某个“特定的人”的死亡。根据法定符合说,甲的行为致人死亡,而且甲具有杀人的故意,所以,甲的行为成立故意杀人既遂。亦即,甲的认识错误不阻却其对丙的杀人故意。法定符合说之所以得出这一结论,是因为根据刑法对构成要件描述,成立故意杀人罪只需要行为人认识到自己杀害的是人,而不要求认识到杀害某个“特定的人”。显然,故意杀人罪的成立,除了要求对方是人之外,是否要求行为人必须认识到是某个“特定的人”,就成为争论的问题。

不难看出,错误论实际上讨论的是故意的认识因素的内容与限度。错误论与故意论是表里关系,对认识错误的处理在于解决行为人对于现实发生的结果是否具有故意责任。如果行为人对构成要件的该当事实缺乏故意,就不可能通过“事实的认识错误”理论使得行为人具有故意。^{〔2〕}概言之,“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”。^{〔3〕}既然事实的错误与故意的认识内容与限度是表里关系,那么,不管是方法错误还是对象错误,判断行为人主观上是否具备成立故意所需要的认识内容与限

〔1〕 参见(日)平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第78页。

〔2〕 参见(日)山口厚:《刑法总论》,有斐阁2016年第3版,第216—217页。

〔3〕 (日)平野龙一:《刑事法研究最终卷》,有斐阁2005年版,第3页。

度的标准,就是完全相同的。

例如,拐卖妇女、儿童罪的行为对象为妇女与儿童,那么,本罪的成立需要对行为对象认识到何种程度?质言之,以为是男性儿童而拐卖,但实际上是已满14周岁的少女的,是否成立拐卖妇女罪的既遂犯?这既是故意论的问题,也是错误论的问题。如果采取具体符合说,那么,只有当行为人拐卖的是妇女而且认识到自己所拐卖的是妇女时,才成立拐卖妇女罪的既遂犯;如若根据法定符合说,由于妇女和儿童在《刑法》第240条中是完全等价的,所以,只要客观上拐卖了妇女或者儿童,即使误将妇女当作儿童或者误将儿童当作妇女,也不影响拐卖妇女、儿童罪的既遂犯的成立。

不言而喻,虽然方法错误与对象错误有别,但其反面的故意论则没有不同。或者说,不管是方法错误还是对象错误,其所对应的故意论完全相同。例如,甲原本要伤害男童,但由于行为差误却伤害了妇女。这是具体的方法错误。同样,乙原本要拐卖男童,却误将妇女当作男童拐卖。这是对象错误。但从故意的认识内容来说,对二者的要求应当是一样的,而不可能有所区别。例如,持任何一种学说的人都不可能说:在前例中,行为人没有认识到伤害的是妇女,所以对妇女是过失伤害;而在后例中,行为人虽然没有认识到是妇女,但依然成立拐卖妇女罪的既遂犯。同样,持任何一种学说的人也不可能说:在前例中,行为人对妇女成立故意伤害既遂;在后例中,行为人对拐卖妇女仅有过失。

刘明祥教授指出:在日本,持法定符合说的许多学者自觉不自觉地认为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其有故意。由于日本刑法规定对未遂犯可以减轻其刑,如果采取具体符合说会导致对具体的方法错误处罚过轻;又由于日本刑法原则上不处罚过失行为,对轻罪的未遂也不处罚,如果采取具体符合说,可能导致某些本来有必要处罚的未遂行为无法处罚。正是为了应对这种局面,刑法理论界就出现了用错误论代替故意论的倾向。^{〔4〕}然而,在本文看来,这样的说明不无疑问。

第一,诚然,不排除日本有个别学者认为,在不能正面肯定行为人具有故意时,可以通过错误论认定行为人具有故意。但是,主张法定符合说的学者并没有认为在行为人没有故意时通过错误论使行为人具有故意,^{〔5〕}而是认为,主观故意与客观事实只要在法定的构成要件内相符合时,就能认定行为人具有故意。例如,赞成法定符合说的大谷实教授指出:“事实错误,是行为当时认识的犯罪事实与现实发生的犯罪事实之间在何种程度一致,对于所发生的结果能够认定成立故意的问题。在事实错误中,认定成立故意所需程度的‘认识’与‘结果’相一致就称为符合。”^{〔6〕}显而易见,大谷实教授认为,事实错误实际上是故意的认识程度问题。再如,

〔4〕 参见刘明祥:“论具体的打击错误”,《中外法学》2014年第2期,第388页。

〔5〕 正因为如此,刘明祥教授也未能注明采取这种观点的学者。在本文看来,认为日本持法定符合说的学者持这种观点,只是刘明祥教授的想象,而不是事实。

〔6〕 (日)大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂2012年新版第4版,第167页。

前田雅英教授采取法定符合说,但他指出:“严格地说,事实的错误论除了具有‘成立某犯罪的故意必须具有何种事实的认识’这种故意论的内容外,还存在‘实际发生的事态(包括作为未遂结果的危险性)能否归责于故意’这种主观的归责论。但是,事实的错误论是以‘如果有事实的错误就欠缺成立故意所必要的认识’这种故意论为中心而进行思考的。”〔7〕不难看出,前田雅英教授同样认为事实的错误所解决的也是成立故意需要什么样的认识的问题。〔8〕所以,认为日本的法定符合说论者“用错误论代替故意论”的说法,并不符合日本学术现状。〔9〕

第二,如果说日本刑法规定对未遂犯可以减轻其刑(得减主义),以及对轻罪的未遂不处罚与过失犯处罚的例外性,是日本刑法的通说与判例采取法定符合说的实质理由〔10〕,那么,我国也同样具备这样的理由。首先,我国刑法对未遂犯处罚也采取了得减主义。其次,虽然我国刑法总则规定似乎处罚所有的未遂犯,但在司法实践中仅处罚部分严重犯罪的未遂犯;事实上,未遂犯的处罚范围并不宽于日本。例如,日本刑法明文规定处罚盗窃罪与诈骗罪的未遂犯,但我国司法实践事实上仅处罚严重盗窃与诈骗的未遂犯。最后,我国对过失犯的处罚同样具有例外性。如果说在日本,采取具体符合说可能导致某些本来有必要处罚的未遂行为无法处罚,那么,在中国也同样如此。例如,甲原本要毁坏乙左手携带的乙的电脑,但由于打击错误,却毁坏了乙右手携带的丙的电脑。如果采取具体符合说,这种行为在日本不会受到处罚,在中国也同样不会受到处罚。因为中国的司法实践既不会处罚故意毁坏财物的未遂犯,也不能处罚毁坏财物的过失犯。

(二) 错误范围

在刑法理论上,学者们大多以杀人、伤害等为例讨论事实的认识错误。但是,事实的认识错误并不限于杀人与伤害等罪,而是包括所有的故意犯罪。因为任何故意犯罪都有构成要件,对构成要件该当事实的错误,就是事实认识错误。因此,任何一种关于事实错误的观点,倘若只能适用于杀人与伤害罪,而不能适用于其他故意犯罪,就表明这种观点并不妥当。即使是关于杀人、伤害的事实错误,也存在不同的类型。如果某种观点仅适用于一种类型,而不能适用于其他类型,也表明这种观点不可取。同样,具体的方法错误也不限于杀人与伤害,而是存在

〔7〕 (日)前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2015年第6版,第188页。

〔8〕 另参见(日)团藤重光:《刑法纲要总论》,创文社1990年第3版,第291页以下(团藤重光教授是在“犯罪事实的表象、容认”的标题下讨论事实错误的);(日)大塚仁:《刑法概说(总论)》,有斐阁2008年第4版,第186页以下;(日)福田平:《全订刑法总论》,2001年第3版增补版,第112页以下;(日)川端博:《刑法总论讲义》,成文堂2006年第2版,第232页以下;(日)林幹人:《刑法总论》,东京大学出版社2008年第2版,第249页以下;等等。

〔9〕 不仅如此,在本文看来,即使有学者主张所谓“在不能正面肯定行为人具有故意时,可以通过错误论认定行为人具有故意”,也只是意味着在根据具体符合说不能正面肯定行为人具有故意时,可以通过法定符合说认定行为人具有故意。

〔10〕 不过,本文并不认可刘明祥教授的这种说法。

于其他故意犯罪中。

因此,一方面,在讨论具体的方法错误时,不能仅以杀人、伤害为例,还必须考虑其他类型犯罪的方法错误,而且,各位学者提出的各种理论必须能够适用于所有可能发生的具体的方法错误,而不能只解决部分案件。另一方面,关于具体的方法错误的处理根据与结论,还必须与其他事实认识错误的处理根据与结论相协调,否则会有损理论的体系性。例如,对于具体的方法错误与对象错误的处理,必须采取相同的理论,因为二者的反面都是故意的认识内容与认识程度问题。再如,甲向乙开枪射击,但子弹穿过乙的身体后还击中了丙(并发事例)。不管采取哪一种学说,不管是否承认甲具有数故意,都需要与择一故意的处理相协调。

哪些错误重要、哪些错误不重要,一般来说是比较清楚的。例如,原本想到厨房拿一把砍刀杀人,但因为慌忙却错拿了一刀普通菜刀杀人。任何学说都不会认为这种错误具有意义,这是因为刑法并没有规定杀人的工具与手段。但是,如果行为人原本想手持铁棒实施抢劫,但却误将枪支当作铁棒实施抢劫的,任何学说都会认为这种错误具有意义。这是因为刑法对持枪抢劫有特别规定。不难看出,某种错误重要与否,首先与构成要件的内容密切相关。但是,某种错误是否具有意义即是否影响故意既遂犯的认定,还取决于采取何种学说。

有学者举例指出:

行为人本想用棍棒打断甲的左腿,但由于甲抬起了左腿,结果右腿被打断;行为人用石头对准乙的电视机砸过去,但砸偏了方向砸毁了乙的电脑……由于是对同一法益主体的同种法益造成侵害,故而不存在打击错误的问题。因为行为人实际侵害的对象与意图侵害的对象是否一致,不能完全以行为人的主观认识为标准来判断,而应该按照刑法规定的构成要件进行评价。既然行为人想打断甲的左腿,那就是想要伤害甲的身体,甲的左腿和右腿乃至左右臂,都是其身体的有机组成部分,而甲的右腿被打断就意味着其身体受到了伤害,也就是说,行为人意图侵害的对象是甲的身体,实际上也侵害了甲的身体,二者之间不存在不一致的问题。同样道理,行为人本想砸毁乙的电视机却砸毁了旁边摆放的乙的电脑,行为人是想毁坏乙的财物,既然电视和电脑都是乙所有的财物,那就意味着行为人实际上也侵害了乙的财物故(原文如此——引者注),以构成要件为标准来判断,自然应该认为其主观认识与客观事实是一致的。^[11]

在本文看来,上述说明存在疑问。

一方面,上述行为人是否存在事实认识错误,取决于采取什么学说。如果采取法定符合说,上述行为人当然不存在认识错误(或者说,该认识错误不阻却故意)。但是,如果采取具体符合说,则取决于如何理解符合的“具体”程度。根据彻底的具体符合说,只有当行为人认识到具体的结果内容时,才对该结果承担故意责任。因此,上述行为人对甲的左腿成立伤害未遂,

[11] 刘明祥,见前注[4],第377页。

对甲的右腿成立过失伤害;对乙的电视机成立毁坏财物未遂,对乙的电脑属于过失毁坏财物。^{〔12〕}显然,刘明祥教授认为上述事例不属于具体的方法错误,是以自己的结论为根据的。

另一方面,既然主张“应该按照刑法规定的构成要件进行评价”,或者“以构成要件为标准来判断”行为人是否存在事实认识错误,同时认为“具体的打击错误,则是指行为人侵害的对象与实际侵害的对象虽不一致,却是在同一构成要件范围之内”^{〔13〕},那么,作者采取具体符合说就是自相矛盾的。

不难看出,什么样的错误重要、什么样的错误不重要,虽然取决于刑法对构成要件要素的规定,但是也取决于对事实认识错误的处理采取什么学说。所以,在讨论事实认识错误时,只能将公认的不重要的错误排除在外;对于存在争议的错误都需要进一步讨论。特别重要的是,不能因为自己的学说不能解决部分认识错误,就将该认识错误排除在讨论范围之外。

(三)论证方法

具体符合说与法定符合说对解决具体的方法错误都有一定的优势,也都有一定的缺陷。但是,在展开争论时,各自应当注意自己的论证方法。

第一,采取某种学说的学者,不能将自己的结论作为理由反驳另一种学说;否则,不仅缺乏说服力,而且明显存在方法论的缺陷。

例如,持具体符合说的学者指出:“就基本性质而言,打击错误其实是一个主观认识与客观效果不一致的问题,也是一个未遂犯与过失犯的观念竞合问题。”“对实害结果而言,行为人主观上显然不仅缺乏基本认知,而且根本上也没有积极追求或放任的心理,法定符合说依据实害结果径直追究行为人故意犯罪既遂的刑事责任,显然无视了故意的事实性基础,存在对故意进行拟制的嫌疑。”^{〔14〕}然而,认为具体的打击错误是未遂犯与过失犯的观念竞合,以及认为行为人对实害结果没有故意,都只是具体符合说的结论,而不能成为反驳法定符合说的理由。

又如,持具体符合说的学者指出:“行为人对甲开枪射击,未击中甲却杀死了其未看到的乙时,持法定符合说的论者都认为,行为人对乙构成故意杀人(既遂)罪。这显然与客观事实不符合,因为行为人只想杀甲而根本不想杀乙,在现场他并未看到乙,也只是对甲实施了开枪射击行为,这足以说明行为人主观上根本不具有杀害乙的故意。”^{〔15〕}可是,这同样是具体符合说得出的结论,这一结论不是反驳法定符合说的理由。因为法定符合说也完全可以说,行为人客观

〔12〕 参见(日)町野朔:《刑法总论讲义案I》,信山社1995年第2版,第242页;(日)斋野彦弥:“彻底した具体化された故意の概念と故意の認定について”,载(日)芝原邦尔等编:《松尾浩也先生古稀祝贺论文集》(上),有斐阁1998年版,第303页以下;(日)斋野彦弥:“事实の错误と故意概念”,《现代刑事法》第6号(1999年),第49页。

〔13〕 刘明祥,见前注〔4〕,第377页。

〔14〕 谢望原、张宝:“论打击错误及其理论选择”,《现代法学》2015年第5期,第97、100页。

〔15〕 刘明祥,见前注〔4〕,第381页。

上杀害了人而且具有杀人的故意,所以,行为人对他人的死亡具有故意。

再如,持具体符合说的学者指出:“数故意说还认为,在行为人意图杀死甲而对甲开枪射击时,子弹穿过甲的身体又击中了乙,如果甲乙均未死的,对甲乙分别构成二个故意杀人未遂;如果甲乙均死亡的,则对甲乙分别成立二个故意杀人既遂。这明显同民众的观念和刑法理论相悖。”〔16〕可是,这样的批判有失公允。一方面,民众完全可能说“行为人一枪杀了两个人”,认为数故意说“明显同民众的观念相悖”显然缺乏实证根据。另一方面,数故意说和什么刑法理论相悖呢?无非是和论者所主张的具体符合说相悖。可是,关于具体的方法错误的刑法理论,并非只有具体符合说,法定符合说也是一种刑法理论。倘若法定符合说不是一种刑法理论,论者就毋需批判了。

第二,在讨论具体的方法错误时,不能将对方设定的方法错误的案件改编为间接故意、择一故意、概括故意的案件,反之亦然。或者说,不能因为自己所主张学说不能妥当处理某些具体的方法错误的案件,就否认这些案件属于具体的方法错误。

例如,笔者曾经指出:“根据具体符合说,行为人A在公共汽车上原本要扒窃身穿西服的X的钱包,因为方法错误事实上却扒窃了身穿夹克的Y的钱包时,对X成立盗窃未遂,对Y成立过失盗窃……在我国,对盗窃未遂通常不处罚,过失盗窃不可能构成犯罪,结局是A的行为无罪,这似乎不合理。”〔17〕

持具体符合说的学者反驳道:

然而,这种分析是建立在抽象事实的基础上。该案件应具体描述和分析:①X与Y距离很远,车厢里乘客稀少,A向X口袋伸手,很难想象A能因为过失而伸到了Y的口袋。如果伸到Y的口袋,就是故意心态,构成盗窃既遂;②车厢里非常拥挤,X与Y身体紧挨,A向X口袋伸手时,对可能伸到另一人口袋是有预见的,但是基于非法占有他人财物目的,仍然实施盗窃,结果伸到了Y或Z的口袋,此时属于间接故意或择一故意,仍构成盗窃既遂。法定符合说还举了许多类似案例,例如,甲本欲砍伤乙的手指,但因为行为误差,却砍伤了丙的手指。这些案例描述过于简单,仅仅交待了欲害对象与实害对象不一致。如果补全具体细节,仔细分析其中行为的具体危险,大多是一些间接故意、概括故意的情形,不是真正的打击错误问题,不会造成处罚漏洞。〔18〕

但是,这样的反驳明显不合适。既然法定符合说的论者设定的是打击错误的案件,具体符合说的论者就不能将其改编或者置换为间接故意或者择一故意的案件。例如,行为人就是打算将手伸进穿西服的X的口袋里(以为X是富人),而根本不想盗窃X身边的穿夹克的Y的

〔16〕 同上注,第381页。

〔17〕 张明楷:“论具体的方法错误”,《中外法学》2008年第2期,第221—222页。

〔18〕 柏浪涛:“打击错误与故意归责的实现”,《中外法学》2015年第4期,第1079页。

财物(认为 Y 是穷人),但是在行为人为了掩饰自己的扒窃行为而东张西望的时候, X 与 Y 挪动了身体, 行为人误将手伸进了 Y 的口袋, 但他根本没有想到自己的手会伸进 Y 的口袋。在这种情形下, 认定行为人属于间接故意或者择一故意, 明显不当。关于伤害的打击错误也是如此。例如, 行为人本想用木棒伤害乙, 但挥动的木棒却先打在丙的手臂上, 导致丙的手臂受轻伤。这当然是打击错误。按照论者的观点, 行为人向前方的甲瞄准开枪射击, 但因为没瞄准而打中乙的, 也是间接故意与概括故意。依照这个逻辑, 基本上就没有打击错误可言。概言之, 当他人设定的是打击错误的案件时, 具体符合说的论者可以补全为打击错误的案件; 但不能因为他人的设例不具体, 就置换为间接故意、择一故意、概括故意的案件, 从而否定这种类型的打击错误, 进而回避具体符合说的问题性。事实上, 论者也只是说“大多是”而不能说“完全是”间接故意、概括故意的情形。这说明, 具体符合说还是会导致部分处罚漏洞。

第三, 在判断何种学说对具体方法错误的处理具有合理性时, 不能添加其他不确定的要素。换言之, 不能因为某种学说得出了不妥当的结论, 就通过添加其他要素, 论证该学说具有合理性。

例如, 笔者针对具体符合说的缺陷指出, 行为人本欲砍伤甲的手指, 但因为行为误差, 却砍伤了乙的手指(误伤手指案)。根据具体符合说, 行为人对甲属于故意轻伤未遂, 对乙属于过失轻伤, 结局是二者都不可罚, 显然不合理。^[19] 对此, 持具体符合说的学者指出: “行为人……若能得到乙的谅解, 不作为犯罪处理, 也是能为被害人和一般民众所认可的。如果情节比较严重, 确实有作为犯罪处理的必要性, 那么, 将其按故意伤害(未遂)定罪处罚也未尝不可。”^[20] 显然, 在论者看来, 如果不能得到乙的谅解, 不作为犯罪处理是不能为被害人和一般民众所认可的。可是, 我们根据什么说行为人的伤害行为能够得到乙的谅解呢? 换言之, 论者的结论是建立在得到乙的谅解基础之上的, 但乙谅解与否是不确定的。那么, 如果不能得到乙的谅解, 又该如何处理呢? 论者不得不说, 情节严重时也可以按伤害未遂定罪量刑。然而, 如果情节不严重, 被害人也不谅解, 又该如何处理呢? 论者只好避而不谈。更为重要的是, 姑且不论司法实践是否追究伤害未遂的刑事责任, 即使对行为人以故意伤害罪的未遂犯论处, 也只是对甲的伤害未遂, 而不是对乙的伤害未遂。于是, 甲仍然是本案的被害人, 而乙在刑事诉讼中不能作为刑事案件的被害人参与诉讼, 不能享受被害人应有的诉讼权利, 充其量只能被作为证人对待, 这显然不合适。再者, 按照上述观点, 即使通过刑事和解处理本案, 也只是行为人与被害人甲的和解, 而不可能是行为人与乙的和解(因为乙根本不是被害人, 只是证人)。既然如此, 说若能得到乙的谅解, 就可以不作为犯罪处理, 显然是不自觉地乙当作了刑事案件的被害人, 这显然又与论者所持的具体符合说相矛盾。

[19] 参见张明楷, 见前注[17], 第 222 页。

[20] 刘明祥, 见前注[4], 第 387 页。

又如,A想砸坏X的财物,但实际砸坏的是Y的财物(错毁财物案)。根据具体符合说,对A的行为也不能以犯罪论处。但持具体符合说的学者指出:“如果A主动向Y做出赔偿,由于Y知道A与自己并无仇怨,因而也会予以谅解,在这种情况下,对A不予以定罪处罚,自然是合理的。”〔21〕可是,如果A不主动赔偿会得出什么结论呢?即使A主动赔偿,也不能断定Y会予以谅解吧!倘若不管A是否赔偿,Y都不谅解,又该如何处理呢?结局又是如果情节严重按故意毁坏财物罪的未遂犯处罚。可是,这必然出现上述同样的问题。

第四,不能将解释论与立法论相混淆,质言之,不能在自己的观点存在缺陷时,将该缺陷归责于立法。这是因为,错误论是法解释学的课题,论者都是在现行立法之下就何种学说具有合理性展开讨论。或者说,各种学说都是以现行刑法的有效性、合理性为前提的,如果将解释论层面的缺陷归责于立法缺陷,就无法展开讨论。

例如,甲本来想毁坏X的车,但由于行为差误,却毁坏了Y的车。根据具体符合说,由于毁坏财物的未遂与过失毁坏财物均不可罚,故甲的行为不成立犯罪。但这样的结论并不妥当。持具体符合说的学者指出:“既不处罚未遂形态也不处罚过失形态的犯罪,往往是相当轻的犯罪,有没有必要一定要把它看作故意的既遂犯加以处罚,本身就值得考虑。换言之,即使说上述结论(即甲的行为不成立犯罪——引者注)不合理,它也是源于立法本身,而不是来自具体符合说。”〔22〕但是,如果承认上述甲无罪的结论不合理,就不能说该不合理结论源于立法本身,而应说不合理结论源于具体符合说。反之,如果采取法定符合说,甲的行为就成立故意毁坏财物罪的既遂犯,而不会形成不合理的结论。

再如,甲为了抢劫X的财物而对X实施暴力,但由于打击错误,其行为同时导致X与Y摔倒在地并短暂昏迷(事后查明没有造成伤害结果),且Y口袋的钱包掉出来,甲将Y的钱包拿走(仅800元现金)后,自动放弃劫取X的财物。根据具体符合说,甲对X成立抢劫中止,对Y仅成立盗窃,但由于对抢劫中止只能免除处罚,对Y的盗窃又数额不大,结果甲不需要承担任何刑事责任。但是,这样的结论明显不合理。然而,我们不能认为,该结论之所以不合理,是由于刑法对中止犯的处罚规定和盗窃罪的构成要件规定不合理。质言之,如果该结论不合理,只能意味着具体符合说不合理。反之,根据法定符合说,甲成立抢劫既遂。

第五,不能用空话、大话反驳对方。因为任何一方的空话、大话,对方都是可以反驳的,因而导致争论缺乏意义。

例如,主张具体符合说的论者指出:具体符合说“符合认定故意的逻辑规则,有利于限制故意犯的成立范围”“契合责任的本质,有利于贯彻责任主义”“注重侵害客体的特定化,有利于实

〔21〕 刘明祥,见前注〔4〕,第388页。

〔22〕 黎宏:《刑法学总论》(第二版),法律出版社2016年版,第207页。

现预防犯罪的刑罚目的”“着重于不同性质犯罪的区别对待,有助于贯彻宽严相济的刑事政策”。〔23〕

但是,这些为具体符合说辩护的抽象理由,都是可以被反驳的。其一,法定符合说也有认定故意的逻辑规则,即在构成要件内或者构成要件层面认定故意的成立。限制故意犯的成立范围并不就是正确的,如果明显成立故意犯罪却要限制就是不当的。刑罚处罚范围不是越窄越好,而是越合理越好。〔24〕其二,认为具体符合说符合责任主义,也是以自己的结论为理由的,法定符合说也会说自己并没有将过失认定为故意,也没有将未遂犯认定为既遂犯。其三,认为具体符合说有利于实现预防犯罪的目的,而法定符合说不利于实现预防犯罪的目的,没有任何事实依据。相反,人们也可能说,法定符合说有利于保护法益,有利于预防犯罪。因为根据具体符合说,行为人在实施了构成要件行为并具有犯罪故意的情况下,完全可能因为具体的方法错误而导致其行为不受刑事追究(如误伤手指案、错毁财物案),这显然不利于特殊预防与一般预防,而法定符合说则并非如此。其四,具体符合说、法定符合说与宽严相济的刑事政策没有直接关系。如果有人说法定符合说不符合宽严相济的刑事政策,对方也完全可以说具体符合说不符合宽严相济的刑事政策。

二、具体符合说对法定符合说的批判

具体符合说对法定符合说的批判主要集中在以下三个方面〔25〕,有必要对这些批判展开讨论。

(一)责任主义的违反

认为法定符合说违反责任主义,主要是因为法定符合说将一故意认定为数故意。例如,西田典之教授指出:“在甲只想杀害乙而开枪,却将预想外的丙、丁打死的场合,就不能作为想象竞合而科处死刑。因为只有一个故意却要让其对三个人的死亡负责,是违反责任主义的。因此,基于数故意犯说按想象竞合处理,尽管是权宜之计,但仍然违反了责任主义。”〔26〕黎宏教授也对法定符合说提出了相同的批评。〔27〕

但是,认为法定符合说将一故意认定为数故意,是持具体符合说的部分学者以自己的结论为理由的。按照法定符合说的结论,完全可能认为甲对数人的死亡均有故意。所谓“甲只想杀害乙”只是就事前的行为意志或者行为计划而言,但行为意志或者行为计划不等于责任故意。

〔23〕 谢望原、张宝,见前注〔14〕,第103—104页。

〔24〕 参见(日)前田雅英:《现代社会と实质的犯罪论》,东京大学出版社会1992年版,第24页。

〔25〕 关于类似或其他方面的批判以及相关回应,参见张明楷,见前注〔17〕,第229页以下。

〔26〕 (日)西田典之:《刑法总论》,弘文堂2010年第2版,第223页。

〔27〕 参见黎宏,见前注〔22〕,第206页。

责任故意所解决的问题是,在结果已经发生的情况下,能否认定结果是基于行为人的故意,因而令行为人承担故意责任。按照法定符合说,完全可以独立地逐一判断甲分别对乙、丙、丁是否存在杀人故意:在独立判断甲对乙的死亡是否成立故意杀人既遂时,法定符合说会得出肯定结论;在独立判断甲对丙的死亡是否成立故意杀人既遂时,法定符合说认为,甲的行为造成了他人死亡,主观上也具有杀害他人的故意,所以,甲对丙成立故意杀人既遂;对丁的死亡也是如此。于是,甲对乙、丙、丁均成立故意杀人既遂。在上述并发事例的场合,肯定甲对乙、丙、丁三人的死亡具有故意,同时认定为想象竞合,的确是权宜之计,但是,这种权宜之计使得甲最终并没有因为杀害三人而对之实行数罪并罚,仍然是按杀害一人的法定刑科处刑罚,所以,在最终处理上并没有违反责任主义。亦即,在采取数故意说的同时,裁定与行为人的认识相适应的刑罚,就可能谋取与责任主义之间的协调。〔28〕

事实上,即使采取具体符合说,在某些场合也会承认数故意。例如,逃犯甲的手枪只有一发子弹,警察A与B在后面追捕甲,甲认识到回头射击只能打中一名警察,但事实上却打中了A和B,导致二人死亡,或者导致A死亡、B重伤(择一故意事例)。对于本案,德国的通说认为,甲对已经实现的构成要件成立既遂,对未实现的构成要件成立未遂,两者之间构成想象竞合。〔29〕据此,如果A与B死亡,则甲对A与B均成立故意杀人既遂;如果A死亡、B重伤,则甲对A成立故意杀人既遂,对B成立故意杀人未遂。在日本,持具体符合说的佐伯仁志教授就上例指出:

在考虑甲对A是否成立故意杀人既遂时,不应当考虑甲对B是否成立故意杀人既遂;反之亦然。因此,甲应当分别成立对A的故意杀人既遂与对B的故意杀人既遂。只有把对A的杀人与对B的杀人一并考虑时,才能说只有杀害一人的意思却认定为两个杀人罪是不当的。这样来考虑的话,在认定成立数罪的前提下作为想象竞合来处理为数故意犯说,仍然是妥当的。〔30〕

不难看出,“故意的个数”是法定符合说与具体符合说的共通的课题,即使在具体符合说的内部也存在数故意犯说与一故意犯说的对立观念”。〔31〕既然如此,具体符合说对法定符合说的数故意说违反了责任主义的批评,就有失公允。事实上,西田典之教授就择一故意造成重叠结果的事件,也是采取了数故意说。〔32〕

本文也承认,“故意的个数”的确是数故意说的难点,但笔者之所以采取数故意说,是因为

〔28〕 参见(日)松原芳博:《刑法总论》,日本评论社2017年第2版,第238页。

〔29〕 Vgl.C.Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4.Aufl., C.H.Beck, 2006, S.480f;H.Jescheck/T.Weigend, Lehrbuch des StrafrechtsAllgemeiner Teil, 5.Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S.304.

〔30〕 (日)佐伯仁志:《刑法总论の考え方・楽しみ方》,有斐阁2013年版,第265页。

〔31〕 松原芳博,见前注〔28〕,第238页。

〔32〕 参见西田典之,见前注〔26〕,第218页。

一故意说存在更加难以克服的缺陷。例如,甲向 A 开枪,由于打击错误却同时打中了 B、C,导致二人死亡时,如果认定 A 只有杀害一人的故意,那么,在刑事诉讼中认定甲对谁成立故意杀人既遂呢?可以想象的是:①认定甲对“某个人”成立故意杀人既遂,但不作具体表述;②认定甲对 B 或者对 C 成立故意杀人,但不具体确定对谁;③由检察官任选一人作为故意杀人罪的被害人;④由法官任选一人作为故意杀人罪的被害人。但是,这些做法在刑事诉讼法上根本行不通。^[33] 所以,只要考虑到对真实案件的现实处理需要,就不得不回到数故意说。再如,甲(近视眼)误以为自己是在向前方肥胖的 X 瞄准开枪,其实前方是并排站立的 Y 与 Z 两个人,甲射击的子弹从 Y 与 Z 的中间穿过。^[34] 对此,也只能认定甲对 Y 与 Z 均成立故意杀人未遂(数故意说),而不可能仅认定为一个故意杀人未遂(一故意说)。然而,一旦采取数故意说,就不得不承认法定符合说的合理性:甲想杀死前方的人(X),其行为也对前方的人(包括 Y 与 Z)产生了紧迫的生命危险;X 与 Y、Z 都是故意杀人罪中的“人”,所以,甲对 Y 与 Z 均成立故意杀人未遂。

(二) 构成要件的抽象化

具体符合说认为,法定符合说将构成要件抽象化,进而将故意的认识内容抽象化,于是认为被害的法益主体是谁不重要。例如,在杀人的场合,行为人对 A 有杀人故意还是对 B 有杀人故意,并不重要,只是考虑行为人有无“杀人的故意”。但是,倘若一发子弹打中了 A 与 B,法定符合说还是针对具体的被害人认定行为人具有数个故意,这便存在论理上的跨越。^[35] 松原芳博教授认为,法定符合说将故意的内容本身以“杀害一般意义上的人的意思(大体是杀害人的意思)”这种形式予以抽象化,故意就属于游离于事实之外的一种观念存在,无法发挥将外界所发生的犯罪事实作为行为人意思的产物,而归属于行为人的机能。^[36] 佐伯仁志教授指出:

构成要件是抽象的、类型的,这是将犯罪记述在法律中形成的界限,而不是说具体适用的构成要件本身是抽象的。例如,杀人罪的规定是‘杀了人’,但实际适用的杀人罪的构成要件并不是‘凡是杀了人’这种抽象的形式。体现这一点的是,一个行为杀害了 A 和 B 二人时,并不是成立‘凡是杀了人’这种一个杀人罪,而是成立杀害 A 与杀害 B 两个杀人罪。这样,如果 A 的死与 B 的死对于杀人罪的构成要件来说就是重要的事实,需要分别处理的话,在故意方面,也要分别处理对 A 的死的故意与对 B 的死的故意,必须说,这是

[33] 参见松原芳博,见前注[28],第 238 页。

[34] 参见(日)井田良:“构成要件该当事实の错误”,载(日)阿部纯二等编:《刑法基本讲座》(第 2 卷),法学书院 1994 年版,第 236 页。

[35] 参见山口厚,见前注[2],第 224 页。

[36] 参见松原芳博,见前注[28],第 234 页。

以构成要件为基准的法定符合说的逻辑的忠实立场。^{〔37〕}

但在本文看来,对法定符合说的上述批判难以成立。

首先,从刑法规定上看,被害的法益主体是谁,的确不影响故意杀人罪的成立。《刑法》第232条并没有将故意杀人罪的对象规定为具体的张三、李四,而是规定为任何人。既然如此,故意的认识内容当然只需要认识到人,而不需要认识到是具体的张三、李四。亦即,甲认识到杀张三事实上也杀害了张三,乙认识到杀李四事实上也杀害了李四,以及丙认识到杀张三但事实上杀害了李四这三种情形,不管是在不法层面还是在责任层面,没有任何区别。我们既不能认为丙的不法程度减轻,也不能认为丙的非难可能性减少。^{〔38〕}

其次,针对具体的被害人认定数故意,与法定符合说并不矛盾。故意杀人罪是侵害一身专属法益的犯罪,每个人的生命都是作为独立的法益予以保护的,所以,在认定行为人是否成立故意杀人罪时,当然需要将被害人作为独立的法益主体予以判断。但将被害人作为独立的法益主体,并不意味着只能采取具体符合说。法定符合说同样认为,丙杀害了一个独立的法益主体(李四),而且具有杀害独立的法益主体(张三)的故意,而张三与李四都是《刑法》第232条中的“人”,所以完全符合《刑法》第232条的规定,成立故意杀人既遂。至于一个行为导致两个被害人死亡的情形,之所以能认定为数故意,也只是意味着刑法规定的故意杀人通常是指杀害一个人,或者说,只要杀害一个人就符合了故意杀人的构成要件。所以,一个行为导致两个人死亡时,就是一个行为符合了同种的两个构成要件,因而被称为想象竞合。在一个行为导致数人死亡的场合,法定符合说肯定数个故意正是为了将每个人的生命作为独立的法益予以保护。不难看出,法定符合说虽然不要求行为人认识到被害人是“特定的人”,但仍然是将各个被害人作为独立的法益主体予以保护的。

再次,数故意说强调的是,任何人都可以成为故意杀人罪的被害人。任何人是指所有的具体人,而不是所谓“一般人”“抽象的人”。数故意说只是将甲想杀X的意思抽象为甲想杀人的意思,而没有以“想杀一般人并导致一般人死亡”这一理由将故意内容过度的抽象化;也没有将甲想杀X的意思抽象成甲想杀一般人的意思。法定符合说所要求的故意,仍然是行为人是否认识到自己的行为会发生他人死亡的结果并且希望或者放任他人死亡,至于这个“他人”是哪一个具体的人则并不影响故意杀人罪既遂的成立。事实上,只要行为人认识到自己的行为会导致他人死亡,就应当产生反对动机。而不是说,行为人在认识到自己的行为会导致X死亡时,会产生反对动机,而在认识到导致Y死亡时就不可能产生反对动机。所以,法定符合说仍然能够使故意发挥主观归责的机能。

最后,构成要件具有类型性,所谓具有类型性实际上就是将具体的值得科处刑罚的行为进

〔37〕 佐伯仁志,见前注〔30〕,第259页。

〔38〕 倘若认为故意是违法要素,同样也不能认为丙的不法程度降低。

行了一定的抽象化。认定犯罪就是将具体事实与抽象的刑法规范进行对应的过程。具体适用的构成要件仍然是抽象的,而不可能是具体的。^[39]故意杀人罪的构成要件并不因为具体案件的行为对象的不同而发生变化。例如,当甲认识到杀张三事实上也杀害了张三时,不可能认为《刑法》第232条的构成要件就具体化为“故意杀张三”。“故意杀张三”是案件事实,而不是构成要件,构成要件永远是“故意杀人”,所以,凡是杀了人的都符合故意杀人罪的构成要件。这并不意味着故意杀人罪的构成要件所指称的被害人只能是特定的某个人,也不存在所谓将构成要件抽象化的问题。

(三) 防卫对象错误的处理不当

日本学者松宫孝明指出:“‘法定符合说’的缺陷在于,如果对急迫的不法攻击人以正当防卫进行反击,但是偏离目标而命中第三人时,就会直接被认定为故意犯。”^[40]黎宏教授也对法定符合说提出了同样的批评:

所谓防卫对象错误,又称防卫效果影响到第三人的场合,正如市民甲向抢劫自己钱包后逃跑的罪犯乙投掷石块,不料砸中电线杆,石头反弹回来,砸中路人丙,致其死亡的场合一样,是指正当防卫行为过失地对不法侵害人以外的第三人造成了损害的场合。由于法定符合说认为,行为人的认识 and 实际发生的结果之间,只要在法定范围即犯罪构成的范围内一致,就可以说行为人对所发生的结果具有故意。上述场合下,乙的生命和丙的生命在故意杀人罪的范围内完全一致,因此,市民甲对路人丙的死亡结果,要承担故意杀人的刑事责任。^[41]

但是,这样的批评多少对法定符合说存在误解。

法定符合说也可谓等价值说,因为只要不同对象处于同一构成要件范围内,那么,不同对象在刑法上就是等价值的。例如,在盗窃枪支、弹药罪中,枪支与弹药就是等价的。但是,等价与否也不能仅从形式上判断,还必须进行实质的考察。在黎宏教授所举的案例中,乙处于被防卫的地位,而丙并不处于被防卫的地位,乙与丙作为行为对象实际上并不等价。所以,法定符合说不可能认为上例中的甲对丙成立故意杀人既遂。^[42]至于甲的行为对丙是否成立犯罪以及成立何种犯罪,与法定符合说、具体符合说没有关系,是需要另外探讨的问题。^[43]正如罗克辛教授所言:

当所指向的对象与击中的对象在构成要件上不等价时,打击错误在任何情况下都是

[39] 为了表述方便,一些场合所使用的“构成要件”是指广义的构成要件即犯罪成立条件。

[40] (日)松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,第147页。

[41] 黎宏,见前注[22],第207页。

[42] 参见大塚仁,见前注[8],第388—389页;大谷实,见前注[6],第278—279页;前田雅英,见前注[7],第264页。

[43] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年第5版,第210~211页。

没有争议地需要考虑的。当 A 瞄准的是一个昂贵的花瓶,但没有打中却打中了旁边的 B 致其死亡时,当然只能认定为毁坏财物(第 303 条)的未遂和某些情况下的过失致人死亡(第 222 条)。同样的情形是,虽然对象确实在构成要件上是相互等价的,^[44]但对瞄准的对象存在正当化事由,而击中的对象并不存在正当化事由。《帝国法院刑事判例集》第 58 卷第 27 页:A 用棒子殴打侵害者进行防卫,但因打击错误打中了无关的 A 的夫人 B。在这种场合,等价值说也认为,虽然对侵害者存在基于正当防卫的正当化的伤害未遂,但对妻子则应当进一步审查能否肯定过失伤害。^[45]

显然,即使在具体符合说占通说地位的德国,也没有就防卫行为造成第三者伤亡的案件批判等价值说。因为法定符合说在考虑不同对象在刑法上是否具有等价值性,而上述场合在法律上出现了不等价性。反之,倘若在前例中,丙与乙是抢劫的共同正犯,甲在针对乙进行正当防卫时却打中了丙,根据法定符合说,由于二者的地位相同,所以,甲对丙也成立正当防卫。^[46]

总之,具体符合说对法定符合说的批判是难以成立的,或者说,法定符合说并不存在具体符合说所指出的缺陷。

三、法定符合说对具体符合说的批判

具体符合说当然也有一定的合理性,尤其是在处理并发事例、过剩结果时,可以得出符合一般人感觉的结论。但在法定符合说看来,具体符合说也存在明显的缺陷。

(一)对象错误与方法错误的区分困难

如所周知,只要采取法定符合说,即使不能区分对象错误与打击错误,也不会影响处理结论。反之,如果采取具体符合说,就必须明确区分对象错误与打击错误。所有持具体符合说的学者,都认为自己能够明确区分对象错误与打击错误。但令人遗憾的是,学者之间的区分标准并不统一,持具体符合说的学者之间也相互展开了批评。

“风险标准说认为,打击错误与对象错误的区分标准在于风险对象的单复数方面的不同。前者是针对复数法益主体制造风险,即对行为人目标客体与实害客体都制造了风险;后者则是

[44] 以本文看来,这里的“相互等价”只是意味着被防卫人与第三者都是刑法上的“人”。但是,由于前者处于被防卫的地位,后者并不处于被防卫的地位,故二者在刑法上的地位存在明显区别(“行为客体出现法律上相关的不对等性”),因而不能等同对待,参见(德)乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第六版),蔡桂生译,北京大学出版社 2015 年版,第 265 页。

[45] C.Roxin,(Fn.29),S.516.

[46] 顺便指出的是,倘若采取具体符合说,同时主张正当防卫以具有防卫意识为前提,那么,甲在针对乙进行正当防卫却打中了丙时,由于对丙缺乏防卫意识,便可能得出甲对丙成立过失致人死亡罪的不当结论。

对单数法益主体制造风险,即仅对实害客体制造风险。”^[47]但是,这种区分标准明显不当。例如,在前方并排站着 X 和 Y 时,行为人甲误将 X 当作仇人 Y 开枪射击时,该行为在客观上对两个法益主体都制造了风险,而不是仅对实害客体制造风险。更为重要的是,这种学说基本上只是就行为人视觉范围内的打击错误与对象错误而言,对于离开了行为人视觉范围的情形,这种学说不可能区分打击错误与对象错误。

持原因标准说的论者认为:

对象错误的情况下,行为人对所要侵害的对象在主观认识上发生了错误……打击错误的情况下,行为人对所要侵害的对象在认识上并没有发生错误,而是对可能介入的客观因素等缺乏认识,如果没有客观因素的介入,或者行为人能够认识并回避客观介入因素,行为人是能够完成对特定对象的侵害。只是由于疏忽了认识,导致行为发生了误差,以致发生了不是行为人所希望或者放任的结果。^[48]

概言之,对象错误是主观认识出错,打击错误是客观行为出错。诚然,一般来说这样区分是可能的,但客观行为出错也可能是由于行为人的主观认识出错所导致,于是二者仍然难以区分。例如,A 为了勒索财物,向 X 的办公室拨打恐吓电话,但接电话的是 X 的秘书 Y,Y 基于恐惧心理交付了财物。这是主观认识出错,还是客观行为出错? 显然难以得出一致结论。

行为指向说认为,行为指向的对象与行为人意欲侵害的对象相一致,但因为行为发生偏差引起的结果与行为人的认识不符时,是打击错误;行为指向的对象与行为人意欲侵害的对象不一致时,则是对象错误。例如,行为人前一天晚上在仇人(丈夫)专用的汽车上安装炸弹意欲炸死仇人,但第二天仇人的妻子偶然开启车门时被炸死(汽车爆炸案)。“由于行为人想炸死仇人,安装炸弹时虽然可以认为已着手实行杀人行为,但炸弹只有爆炸才可能引起死亡结果的发生,所以,应以炸弹爆炸时爆炸行为的指向作为认定错误性质的基础,因其指向的是开启车门的人(不开启车门并不会爆炸),而开启车门的人并非行为人想杀害的人,这属于误把他人当作仇人杀害的对象错误。”^[49]亦即,行为指向的对象是妻子,而行为人意欲杀害的是丈夫,由于二者不一致,所以是对象错误。然而,其一,人们也可能认为,本案中行为指向的对象与行为人侵害的对象是一致的,即行为指向的对象是开启车门的人,行为人意欲侵害的对象也是开启车门的人,所以两者的对象是相一致的。按照上述观点,要么没有任何错误,要么只能是打击错误。其二,不管是对象错误还是打击错误,都是在最终指向上存在错误。按照行为指向说,当行为人原本想砍(射杀)甲但由于行为差误而砍中(射中)乙时,也应当以刀砍中(射中)时的人作为判断行为对象与打击错误的标准,因而也是对象错误。概言之,以结果发生时的行为指

[47] 转引自谢望原、张宝,见前注[14],第 97 页。

[48] 孙国祥:《刑法基本问题》,法律出版社 2007 年版,第 236 页。

[49] 刘明祥,见前注[4],第 392 页。

向为标准,就几乎不存在打击错误了。其三,对上例稍加改变,论者恐怕就难以自圆其说。例如,第二天仇人的妻子开启车门后,仇人紧接着进入副驾驶位,汽车爆炸导致夫妻二人死亡(炸死夫妻案)。如果说行为人对妻子是对象错误,那么,不管对仇人是对象错误还是打击错误,结论都不可能令人满意。如果说行为人对妻子是打击错误,对仇人没有错误,就意味着行为人具有数个故意,因而与论者对数故意说的批评相冲突。正因为如此,同样持具体符合说的学者指出:

基于生活经验,甲对于乙的家人(例如妻子等)可能会使用这辆车是有认识的,对他们的死亡存在概括故意。因此,甲既不存在对象错误,也不存在打击错误,对甲应以故意杀人罪既遂论处。当然,如果甲知道乙单身生活,并且离群索居,认为不会有其他人使用其车辆,给其车辆安装了炸弹,但乙的朋友丙来访并使用了该车辆,被炸死,则甲对丙的死亡具有过失,属于打击错误。^[50]

然而,其一,对方原本设定的是没有认识到妻子会使用这辆车,但论者却改编成概括故意的案例,这显然不合适。其二,如认为是打击错误,则意味着具体符合说就打击错误与行为对象的区分不可能形成一致意见,因而必然导致部分案件处理的恣意性。其三,倘若认定为打击错误,那么,对于炸死夫妻案也不能得出妥当结论。

实行行为的危险力标准说认为,行为人虽然可以现实地将行为的危险指向当初的对象进而控制自己的行为,但现实的实行行为的危险力出现了问题的,是方法错误;在不受行为人控制的被害人或者他人将来的行为违背了行为人的预测时,就是对象错误。据此,汽车爆炸案中的行为人是对象错误。^[51]其实,这个学说与行为指向说只是表述上的差异,同样难以区分方法错误与对象错误。根据这种观点,行为人开枪后打中了突然移动到弹道上的人的,是对象错误。可是,例如,甲开枪射击前方的X,但由于突然的大风导致弹道改变因而射击了Y(弹道改变案);乙开枪射击前方的A,但由于突然的大风将B吹入弹道因而射击了B(被害人进入弹道案)。这两种情形不存在任何实质区别,但将二者区别处理恐怕不合适。^[52]

其他一些学说只不过是表述上的差异,或者只是就自己所能想象到的案件按照自己的结论归纳出区分标准,因而难以适用于所有案件。例如,有学者提出的区分标准是:“时间上以行为人着手实行行为为起点,内容上以行为人目标客体与实害客体是否可能重合为核心。即如果从一开始行为人便不可能对目标客体造成实际侵害的是对象错误;可能对目标客体造成实际侵害,只是由于技术错误而使实害结果最终发生在了目标客体之外的其他客体上的是打击错误。”^[53]这一区分标准综合了上述风险标准说与原因标准说,但显然只能适用于部分情形。因为其所预想的是,在对象错误的场合,行为对象具有单一性,或者说预测到目标客体不可能

[50] 柏浪涛,见前注[18],第1083页。

[51] 参见(日)山中敬一:《刑法总论》,成文堂2015年第3版,第348页。

[52] 参见松原芳博,见前注[28],第240页。

[53] 谢望原、张宝,见前注[14],第98页。

与实际客体处于同一位置,但事实上并非如此。例如,对于上述弹道改变案与被害人进入弹道案,这种区分标准就难以得出合理结论。

总之,各种学说充其量只能区分眼前的或者视觉范围内的方法错误与对象错误。亦即,在行为人可以经由视觉将被害人特定化时,具体符合说大体可以区分方法错误与打击错误。然而,一旦超出了视觉范围,具体符合说就缺乏明确的标准,因而在具体符合说的内部产生深刻的对立。前述汽车爆炸案就充分说明了这一点。再如,教唆犯教唆甲杀害乙,但是,甲误将丙当作乙杀害的,甲肯定是对象错误,教唆犯是什么错误?反过来说,如果甲由于打击错误杀害乙时,教唆犯的行为偏差何在?教唆犯是何种错误?这样的问题在具体符合说内部不可能形成共识。^[54]

山口厚教授指出:“对象错误与方法错误,是错误案件的事实上的分类,即使说有的场合区分不明确,也不应动摇具体符合说的作为规范的基准的妥当性。”^[55]可是,具体符合说对于对象错误与方法错误得出的处理结论大不相同。既然具体符合说不能明确区分对象错误与方法错误,就表明具体符合说必然导致对部分案件的处理具有恣意性(有的当作对象错误以故意的既遂犯处理,有的当作方法错误以未遂犯处理)。然而,刑法学不是纯粹的理论学说,作为法解释学的刑法学是一项实践性工作,旨在为刑事司法服务,并意图指导、检验刑事司法活动。“法官意图通过适用法律来控制社会生活,法解释学通过说服法官,进而对法官的行动进行控制。法律学被称为‘控制的控制’,法解释学不是科学,而是技术,说的就是这种意思。”^[56]既然具体符合说缺乏区分对象错误与方法错误的确定标准,进而导致处罚程度的恣意性,就难以对法官的行动进行控制,因而在法解释学上缺乏优越性。

(二)“具体”符合的程度不确定

如前所述,错误论是故意论的反面。所以,具体符合说的“具体”符合程度与故意认识的“具体”程度,是完全相同的问题。换言之,如果采取具体符合说,那么,成立故意所认识的内容也必须是同样具体的。但是,“具体”到何种程度,具体符合说并没有完全解决。

例如,甲误将自己的女儿 X 当作仇人 Y 而开枪射击(误杀女儿案)。具体符合说的解释是,甲的客观行为指向的对象杀害了眼前的“那个人”,主观上也想杀眼前的“那个人”,所以,甲成立杀人既遂。^[57]反之,方法错误时,行为人想杀害眼前的“这个人”,但事实上却杀害了“那个人”,因此不能成立杀人既遂。问题是,“这个人”“那个人”是如何被特定的?在行为人的视觉范围内,“这个人”“那个人”显然是以时间、地点为标准将对象特定化的。可是,为什么被害

[54] 参见(日)井田良,见前注[34],第238页以下。

[55] 山口厚,见前注[2],第226页。

[56] (日)平野龙一:《刑法的基础》,黎宏译,中国政法大学出版社2016年版,第193页。

[57] 参见(日)平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第175页;山口厚,见前注[2],第222—223页。

人的身份反而并不重要?为什么在误杀女儿案中,仇人与女儿的区别没有任何意义?亦即,在故意杀人罪的场合,为什么只需要认识到站在那个地方的那个人,而不要求认识到那个人究竟是谁?这是具体符合说难以回答的问题。

诚然,具体符合说一般考虑了所谓法益主体的同一性,亦即,只要行为人意图侵害的法益主体与实际侵害的法益主体具有同一性,就满足了具体符合的要求。^[58]但是,在对象错误时,行为人意图侵害的对象与其实际侵害的对象原本也不同意,^[59]具体符合说为什么在对象错误时肯定法益主体的同一性,而在打击错误时却否认法益主体的同一性?具体符合说的回答并不令人满意。例如,德国持具体符合说的学者指出:

行为人必须认识到他所创设的风险,并且已经预见到通过事实上的因果流程会在结果中实现这一风险。这种认识至少适用于行为人针对他所具体化地认识了的行为客体已经做出了行为决意的场合。否则,他就可能也要为他完全没有预见到了的结果的发生承担责任了。进一步说,在针对人或者客体的认识错误的场合,行为人仅仅产生了和构成要件没有关系的动机错误;而在打击错误的场合,则在此外出现了对因果流程的认识错误。在针对人的认识错误的情况下,如果行为人正确地确认清楚了攻击客体,就不会再开枪了……在打击错误的场合,行为人在动机上正好就没有出现动机错误。他所瞄准的攻击客体,正是他在事实上想要射杀的客体;他只是(由于没有正确地预计因果流程)(从而)在事实上未击中他的目标。^[60]

但在本文看来,这也没有回答上述问题。

首先,如果要求行为人对结果承担故意责任,就要求行为人认识到自己的行为会实现这种结果。这也是我国《刑法》第14条明文规定的,本文对此持肯定态度。但是,将这种认识限定为“行为人针对他所具体化地认识了的行为客体已经做出了行为决意的场合”,则是具体符合说根据自己的结论提出的要求。法定符合说完全可以说,“只要行为人认识到了自己的行为会发生构成要件结果即可,而不要求具体地认识到对哪一个行为客体造成结果”。因为面对任何一个行为客体,行为人都应当产生反对动机。其次,在甲误将女儿当作仇人开枪的场合,甲如果认清了事实,就不会再开枪。但是,在乙因为打击错误而导致女儿死亡的场合,乙如果明知自己会发生打击错误,也不会再开枪。为什么前一错误(没认清行为对象)不重要,而后一错误(没正确地预计因果流程)重要?行为对象与因果关系都是构成要件要素,但具体符合说唯独将对因果流程的错误进行特别处理,缺乏理论根据。^[61]

[58] 参见(日)内藤谦:《刑法讲义总论(下)I》,有斐阁1991年版,第942页。

[59] 如果说是同一的,就意味着没有认识错误,当然也不能认定为对象错误。反过来说,既然承认对象错误,就意味着行为人意图侵害的对象与实际侵害的对象不一致。

[60] 乌尔斯·金德霍伊泽尔,见前注[44],第266页。

[61] 参见林幹人,见前注[8],第253—254页。

具体的事实错误多种多样,许多错误不涉及法益主体的同一性。例如,国家工作人员对行贿人以及职务权限的认识错误是否影响具体符合的判断,具体符合说就没有直接的答案。例如,A国有企业向私营企业购买一批价格800万元的设备,副总经理甲负责采购事宜,但价格在500万元以上的需要总经理乙批准。甲与私营企业负责人丙谈判时,将价格降低为700万元,但向国有企业隐瞒价格,乙不知情并同意购买,甲将100万元据为己有。甲担心被乙发现以及希望乙发现后也隐瞒事实,便将其中的50万元送给甲,并谎称是私营企业负责人丙的行贿款,乙收下。乙存在两个认识错误:其一,贿赂原本源于甲,但乙误以为来自丙;二是贿赂是乙对甲的监督权这一职务的不正当报酬,但乙误以为是采购设备决定权这一职务的不正当报酬。那么,这样的错误是否影响受贿既遂的成立?人们从具体符合说的标准中找不到答案。

即使是法益主体同一性的标准,也没有在具体符合说内部形成共识。例如,甲瞄准乙的宠物开枪,却击中了乙的盆栽。一种观点认为,不管是宠物还是盆栽,都是同一法益主体的财物,所以,甲的行为构成故意毁坏财物罪的既遂犯。^[62]但另一种观点则认为,故意毁坏财物罪是对个别财产的犯罪,由于甲对盆栽的毁坏没有认识,所以,甲对宠物成立故意毁坏财物的未遂,对盆栽的毁坏仅有过失,所以最终不能以犯罪论处。^[63]不难看出,具体符合说内部对于“具体”的符合程度仍然存在明显的争议,或者说,具体符合说并没有解决故意认识的“具体”程度问题。因为具体符合说不可能像法定符合说那样存在一个法定的标准。然而,只要没有法定标准,就必然缺乏统一标准。

(三)选择性要素的处理失当

刑法分则的不少条文规定了选择性要素(如选择性行为对象、选择性结果要素)。根据具体符合说,如果法条在列举各种选择性对象要素时使用了一个上位(或者兜底)概念,那么,行为人在列举的对象之间存在认识错误的,不影响故意的既遂犯的成立。但是,如果法条在列举各种选择性对象要素时没有使用上位(或者兜底)概念,那么,行为人在列举的对象之间存在认识错误的,则分别成立故意的未遂犯与过失(犯),二者属于想象竞合。

例如,《德国刑法》第123条规定:“非法侵入他人住宅、经营场所、安宁的地产或者用于公共事务或公共交通的封闭场所的,或者无权在其中滞留,经权利人要求仍不离去的,处一年以下自由刑或者罚金。”案件是,“小偷T侵入了某家住宅,但原以为这是一家商店”。根据具体符合说,“若行为人针对构成要件的选择要素发生了认识错误,而认识错误所涉及的要素只是某一上位概念之下的次级情况(Unterfälle),那么,该认识错误就不值得加以考虑”。因此,针对这一案例,德国学者认为:

T的认识错误就根本没有任何影响;第123条的构成要件的叙述所覆盖到的只是受

[62] 参见西田典之,见前注[26],第225页。

[63] 参见町野朔,见前注[12],第243页;松原芳博,见前注[28],第241页。

保护的空間领域,而没有给列举出来的这些领域分别赋予独立的意义。毋宁说,这些领域只是统一的保护对象的具体例子而已。但若行为客体在性质上各不相同(如第274条第1款中的文书和技术图样),那么,情况便有所不同。在该种情况下,根据第274条,错误地混淆了某一技术图样,对于事实上的客体而言,则导致阻却故意,对于设想中的客体而言,则成立力图。^{〔64〕}

然而,联系我国刑法分则的规定,就很容易发现难以贯彻具体符合说的上述观点。

例如,《刑法》第118条规定:“破坏电力、燃气或者其他易燃易爆设备,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。”其中“其他易燃易爆设备”属于兜底规定或者上位概念,因此,如果行为人主观上想破坏电力设备,但实际上破坏了燃气设备的,也必须认定为破坏易燃易爆设备罪的既遂犯。^{〔65〕}就此而言,具体符合说与法定符合说的结论是一致的。再如,《刑法》第116条规定:“破坏火车、汽车、电车、船只、航空器,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险,尚未造成严重后果的,处三年以上十年以下有期徒刑。”倘若行为人主观上想破坏汽车,但实际上破坏了电车的(误毁电车案),根据具体符合说,仅成立破坏汽车的未遂和破坏电车的过失(如果没有造成严重后果,则不成立过失犯)。但是,这样的结论明显不合理。或许有人认为,这是对象错误,仍应认定为(故意)破坏交通工具罪的既遂犯。但是,其一,事实上,就毁坏交通工具的行为而言,也完全可能存在方法错误。其二,如前所述,事实的错误论是故意论的反面,所解决的是故意的认识内容与认识程度问题。既然刑法将汽车与电车分开规定,而且没有“交通工具”这一上位概念,那么,根据具体符合说,行为人必须对实际的对象具有认识;既然行为人对电车没有认识,对电车的毁坏就不成立故意犯,但对汽车的损害充其量成立未遂犯。或许持具体符合说的学者认为,认定为未遂犯也可以使之受刑罚处罚。然而,如下所述,认为成立未遂犯基本上是主观的未遂犯论的结论;如果采取客观的未遂犯论,在许多场合根本不可能成立未遂犯。

再如,乙想收买一个不满14周岁的男童,甲得知后就将在本村附近流浪的丙拐给乙。其实,丙是15周岁的少女,只是因为担心受侵害才打扮成男孩(误卖妇女案)。按照具体符合说,甲对拐卖儿童成立未遂犯,对拐卖妇女属于过失,但由于过失拐卖妇女不成立犯罪,仅以拐卖儿童罪的未遂犯处罚。然而,这样的结论明显不当。不仅如此,甲能否成立拐卖儿童的未遂犯,也不无疑问。

将上述案件归入对象错误,也不能解决问题。如前所述,在故意杀人的场合,如果行为人误将乙当作甲杀害,具体符合说的解答是:因为在行为的当时,行为人想杀的是“那个人”(乙),

〔64〕 乌尔斯·金德霍伊泽尔,见前注〔44〕,第257页。

〔65〕 虽然我国的司法解释将本条规定的犯罪确定为两个罪名,但即使认定为抽象的事实错误,也可以认为在易燃易爆的范围内是重合的,因而能够认定为破坏易燃易爆设备罪。

而事实上也杀了“那个人”(乙),因而属于具体的符合,成立故意杀人既遂。这样回答是因为刑法规定的故意杀人罪的对象是“人”。但是,在误卖妇女案中,不能说行为人想拐卖的是“那个人”,事实上也拐卖了“那个人”,所以成立拐卖人口既遂。因为这样的解答显然提升了概念,属于类推解释。人们只有说,行为人想拐卖的是“那个男童”,但事实上却拐卖了“那个妇女”。儿童与妇女虽然都是人,但《刑法》第 240 条没有使用“人”这个上位概念。所以,只要采取具体符合说,对误卖妇女案就不可能认定为故意的既遂犯,甚至只能认定为不能犯。或许有人认为,对于上述情形可以按抽象的事实错误来处理。然而,对于抽象的事实错误,也只能在重合的限度内认定为轻罪的既遂犯。可是,妇女与男童并无重合之处。也许有人认为重合之处是“人”,但“人”不是二者的重合之处,而是二者的上位概念。

将前述具体符合说的理论运用到故意杀人、故意伤害之类的犯罪时,更能说明具体符合说的缺陷。根据具体符合说,倘若刑法条文规定的构成要件是,“故意杀张三、李四、王五或者其他人的”,那么,由于法条在列举的具体人之外存在“他人”这一上位概念,而张三、李四、王五只是次级情况,所以,如果行为人原本想杀张三,但由于打击错误导致李四死亡的,仍然成立故意杀人既遂。但是,如果刑法条文规定的构成要件是“故意杀人的”,那么,因为没有上位概念与次级情况,于是,如果行为人原本想杀张三,但由于打击错误导致李四死亡的,反而仅对张三成立故意杀人未遂,对李四成立过失致人死亡。可是,为什么刑法明文列举了具体的行为对象之后使用了上位概念——“人”的,列举的具体行为对象不具有独立意义,而法条没有列举具体的行为对象,仅使用了包括一切人的概念——“人”时,各个具体的被害人反而具有独立意义?不难看到具体符合说的自相矛盾。按理说,刑法规定的行为对象越抽象,越不需要行为人认识到对象的具体性;反之,如果刑法规定的行为对象越具体,就越需要行为人认识到行为对象的具体性。但具体符合说则相反,在刑法规定的行为对象越抽象时,反而要求行为人认识的行为对象越具体。这恐怕是具体符合说的论者没有充分考虑的问题。

显然,如果要认定上述类型的事实错误成立故意的既遂犯,就只能采取法定符合说。亦即,各种交通工具在《刑法》第 116 条中是等价的,同样,妇女与男童在《刑法》第 240 条中是等价的。因此,不管是误毁电车案还是误卖妇女案,都成立故意的既遂犯。

选择性结果要素面临同样的问题。例如,《德国刑法》第 226 条规定了重大伤害罪,其中第 1 款第 1 项规定的重大伤害包括使人一目或者双目失明、使人丧失听力、语能或者丧失生殖能力。如果行为人使用一种毒药旨在使他人丧失生殖能力,但却没有实现,而是以可能预见的样态使他人双目失明时,虽然确实实现了第 226 条第 1 款第 1 项规定的客观构成要件,但根据具体符合说,^[66]对于被害人的双目失明这一结果就不能归属于行为人的故意,只能认定为过失,而对于

[66] 罗克辛教授虽然采取的是行为计划说,但他自己也认为行为计划说接近具体符合说。

生殖能力的丧失,只能以未遂犯处罚。^[67] 据此,只要行为人对构成要件的结果存在认识错误,即使现实发生的结果与行为人意图造成的结果均属于同一构成要件内的内容,也不能认定为故意的既遂犯。然而,倘若在中国采取这一观点,所得出的结论大概不会得到认同。

例如,我国《刑法》第273条前段规定:“挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物,情节严重,致使国家和人民群众利益遭受重大损害的,对直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役。”其中的“和”显然是“或者”的意思,亦即,只要致使国家利益或者人民群众利益遭受重大损害,就符合本罪的结果要件。按照前述具体符合说提出的标准,甲挪用特定款物时,认识到自己的行为致使人民群众利益遭受重大损害,但事实上仅使国家利益遭受重大损害的,也只能认定为本罪的未遂犯。然而,这样的结论同样不具有合理性。又如,《刑法》第286条之一第1款规定:“网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务,经监管部门责令采取改正措施而拒不改正,有下列情形之一的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金:①致使违法信息大量传播的;②致使用户信息泄露,造成严重后果的;③致使刑事案件证据灭失,情节严重的;④有其他严重情节的。”根据前述具体符合说提出的判断标准,如果行为人认识到自己拒不履行网络安全管理义务的行为,会导致违法信息大量传播,但事实上却是使用户信息严重泄露的,也仅成立拒不履行信息网络安全管理义务罪的未遂。但是,这样的结论难以被司法实践所接受。反之,只有采取法定符合说,才能没有障碍地认为上述行为成立故意的既遂犯。

(四)与客观的未遂犯论不协调

就具体的方法错误而言,具体的符合说得出的结论一般是未遂犯与过失犯的想象竞合;如果不处罚过失犯则仅成立未遂犯;如果不处罚未遂犯,则不构成犯罪。问题是,能否认为在所有的具体方法错误的场合,行为人对自己所指向的行为对象均成立未遂犯?

例如,甲殴打眼前的X,但由于打击错误却给X身边的Y造成了重伤。在这种场合,不管采取何种未遂犯论,认定甲对X构成故意伤害未遂,是可以被接受的。至于司法实务是否处罚伤害未遂,则是另一回事。

但是,如果行为人所欲侵害的对象并不存在,却要认定为未遂犯,则只能以主观的未遂犯论为根据。例如,如前所述,《德国刑法》第274条第1款第1项中的行为对象包括文书和技术图样。行为人原本以为自己将要毁坏文书,但事实上毁坏了技术图样(误毁图样案)。采取具体符合说的德国通说认为,行为人成立毁坏文书的未遂犯,而对技术图样的毁坏仅成立过失(不受处罚)。一方面,由于对行为人仍然能以未遂犯处罚,而不是完全无罪,所以,没有形成处罚漏洞。另一方面,之所以能认定为未遂犯,是因为《德国刑法》及其刑法理论采取了主观的未遂犯论。因此,即使客观上根本不存在文书,但只要行为人具有毁坏文书的故意,即使针对其他对象实施了毁坏行为,也对毁坏文书成立未遂犯。

再如,偷猎者看到树丛中晃动的对象,但不确定是野生动物还是散步的人,于是向该对象开枪。按照德国刑法理论的通说,对已经实现的构成要件要作为既遂犯来归责,而对没有实现

[67] Vgl.C.Roxin, (Fn.29), S.514.

的构成要件要作为未遂犯来归责,如果没有实现任何构成要件,则存在两个未遂犯。例如,倘若对象是人,则偷猎者成立故意杀人罪的既遂犯与非法狩猎罪的未遂犯;如若对象是野生动物,则偷猎者成立非法狩猎罪的既遂犯与故意杀人罪的未遂犯。^[68]德国的通说之所以主张成立故意杀人的未遂犯,是以其主观的未遂犯论为根据的。亦即,只要行为人以为或者怀疑前面有人而开枪的,即使前方是动物乃至只是风吹草动,行为人也成立故意杀人未遂。

如所周知,关于未遂犯的处罚根据,在德国占支配地位的是印象说。根据印象说,之所以处罚未遂犯,是因为行为人已经落实的法敌对意思在客观上动摇了公众对法秩序效力的信赖,扰乱了公众对法安定性的感觉。换言之,由于行为人以其行为明确地表达他不想遵守法规范,因而使规范的效力恶化或者使人们遵守规范的信赖落空,所以要给予处罚。^[69]在不能犯与未遂犯的区分标准上,印象说具体表现为抽象的危险说。^[70]即只要行为人计划实施可能发生结果的行为,因而征表出对法规范的背反态度或者反社会性格,就应当作为犯罪处罚。抽象的危险说之所以能在德国刑法理论与司法实践中得到维持,一个重要原因是《德国刑法》第23条第3款明文规定处罚不能犯。亦即,即使行为人出于重大无知导致其行为根本不可能达到既遂,也要以未遂犯论处。印象说正是为这种不能犯提供处罚根据的学说,或者说,印象说在德国具有法律根据。因此,行为人以杀人故意向“被害人”扳动扳机时,即使枪中没有子弹或者前方根本没有人,也应认定为犯罪未遂。可以认为,印象说是将行为的危险性思考转换为社会心理学的思考,但如何判断某种行为是否产生了法秩序受到动摇的印象,恐怕没有明确、具体的标准。

但在我国,抽象的危险说缺乏法律根据。我国《刑法》第23条第1款明文规定:“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。”实行行为是具有导致法益侵害结果发生的危险的行为,一个行为是否具有导致法益侵害结果发生的危险,需要根据客观因果法则进行判断,而不是由行为人的主观想法决定的。“我们来看一个行动,比如,按门铃。其结果是:铃响了。是按门铃的意向或意志促成了这一结果吗?显然,是不可能直接做到这一点的。一个人不可能单凭决意(willing)就能让门铃响起来。在意志与行动结果之间必定有中间环节——譬如,手臂抬起,按钮被推压下去。”^[71]即使认为犯罪故意是引起犯罪行为的原因,但是,当客观行为与犯罪故意不一致,或者说,客观行为根本不符合客观构成要件时,就不能仅根据犯罪故意肯定行为符合构成要件。否则,主观归罪就不可避免,国民自由也便缺乏保障。概言之,在我国,只能采取客观的未遂犯论。^[72]

然而,一旦采取客观的未遂犯论就会发现,就具体的方法错误而言,我们不可能跟着德国刑法理论得出相同的结论。例如,就前述误毁图样案而言,倘若同时采取具体符合说与客观的

[68] Vgl. C.Roxin, (Fn.29), S.480.

[69] 参见乌尔斯·金德霍伊泽尔,见前注[44],第286页。

[70] 参见(日)井田良:《讲义刑法学·总论》,有斐阁2008年版,第411页。

[71] (芬)冯·赖特:《解释与理解》,张留华译,浙江大学出版社2016年版,第71—72页。

[72] 关于抽象的危险说的其他方面的缺陷,参见张明楷,见前注[43],第353页以下。

未遂犯论,那么,由于客观上根本不存在文书,故只能认定行为人对毁坏文书成立不能犯,对毁坏技术图样成立过失,因而不可罚。再如,在误卖妇女案中,由于行为人根本没有拐卖其他人的意思,只具有拐卖眼前的流浪者的意思与行为,故客观上根本不可能拐卖其他男童。根据具体符合说与客观的未遂犯论,行为人对拐卖男童成立不能犯,对拐卖妇女成立过失,因而不构成犯罪。再如,行为人误以为他人提包中装的是手枪而实施盗窃行为,但事实上提包中只有弹药,行为人客观上窃取了弹药(误盗弹药案)。根据具体符合说与客观的未遂犯论,也不可能成立犯罪。因为客观上不存在枪支,所以,行为人对盗窃枪支是不能犯,而对于弹药仅有过失,但刑法不处罚过失的盗窃弹药。反之,如果持客观的未遂犯论,同时采取法定符合说,那么,上述案件都成立故意的既遂犯。

或许有人要问,日本持客观的未遂犯论的学者(如西田典之、山口厚等教授)为什么也采取具体符合说?这是否意味着同时采取具体符合说与客观的未遂犯论不会导致处罚上的漏洞?本文的回答如下:首先,采取具体符合说的学者大多没有在具体的事实错误中就行为人对选择性要素发生认识错误的案件展开讨论。如下所述,从侧面对此予以说明的学者,实际上采取了法定符合说。其次,在日本,与行为人在选择性要素之间发生认识错误的情形相似的是抽象的事实认识错误。但是,即使采取具体符合说的学者,对于抽象的事实认识错误,也同样采取了法定符合说,即在重合的限度内成立故意犯;但对于重合的判断,则存在形式的符合说、实质的符合说、不法责任符合说、罪质符合说等学说,其中,实质的符合说是通说。^[73]例如,日本以不同的单行刑法分别规定了有关麻醉药品的犯罪与有关精神药品的犯罪。以行为人客观上持有的是麻醉药品,但误以为自己持有的是精神药品的案件为例,实质的符合说认为,行为人成立非法持有麻醉药品的既遂犯。^[74]然而,倘若采取具体符合说与主观的未遂犯论,只能认定行为人成立非法持有精神药品的未遂与过失持有麻醉药品;倘若采取具体符合说与客观的未遂犯论,行为人只能成立非法持有精神药品的不能犯与过失持有麻醉药品,因而不具有可罚性。但是,这两种结论都不可取。^[75]于是,日本持具体符合说与客观的未遂犯论的学者也不得不对故意内容抽象化,进而回到法定符合说。^[76]不难看出,即使在日本,也不可能真正贯彻具体符合说。换言之,日本持具体符合说和客观的未遂犯论的学者,在面对具体的事实错误时反对故意的抽象化,但面对抽象的事实错误时却赞成故意的抽象化,导致对两种事实认识错误的处理明显失衡。^[77]事实上,只要面对选择性要素之类的情形,日本持具体符合说与客观的未遂犯论的学者,必然回到法定符合说。例如,就上述行为人对毒品种类发生认识错误的案

[73] 参见(日)伊藤真:《刑法总论》,弘文堂2007年第3版,第156页以下。

[74] 参见山口厚,见前注[2],第237页。

[75] 德国的特别刑法原本也是对各种毒品分别予以规定,但在采取具体符合说的理论背景下,由于存在不能合理定罪量刑的情形,德国于1982年将各种毒品统称为毒品,使得行为人对毒品种类的认识错误不影响犯罪的成立。

[76] 就抽象的事实错误而言,日本持具体符合说的论者所认定的符合范围并不窄于持法定符合说的论者所认定的范围,参见(日)浅田和茂:《刑法总论》,成文堂2007年补正版,第323页。

[77] 参见林幹人,见前注[8],第254页。

件,持具体符合说的西田典之教授指出:“可以将认识事实与实现事实实质性地评价为,如同同一法条内的择一的构成要件一样,作为认定符合的根据。”〔78〕根据西田教授的观点,前述误毁图样案、误卖妇女案、误盗弹药案,都是同一法条内择一的构成要件要素之间的错误,因而主观认识与客观事实是相符合的。既然如此,就表明西田教授对选择性要素的认识错误采取的不是具体符合说,而是法定符合说。以上充分说明,只要采取客观的未遂犯论,就难以坚持具体符合说,否则会形成巨大的处罚漏洞。

不仅如此,即使采取主观的未遂犯论,具体符合说对于一些特殊案件的处理结论,也是难以被人接受的。例如,行为人想枪杀躺在沙滩上睡觉的A、B二人,向A瞄准射击时却误打中了B,随后向B瞄准射击时却误打中了A的身体。根据具体符合说,第一枪成立对A的杀人未遂犯和对B的过失致人死亡罪,第二枪成立对B的杀人未遂犯(主观的未遂犯论)或者不能犯(客观的未遂犯论),对A成立过失致人死亡罪。然而,在行为人以两枪杀害了两个被害人的情况下,最终却只认定为两个杀人未遂,无论如何都是不可取的。

正因为具体符合说存在明显的缺陷,一些学者对具体符合说进行了修正。例如,井田良教授一方面认为法定符合说不妥当,同时又修正了具体符合说。井田教授认为,错误论或者故意论要讨论的是,具备什么样的条件,才能说现实所发生的结果不是故意行为所附随产生的偶然的结果,而是通过其实行行为故意地引起的结果。在具体条件下,如果实施这样的行为就会对某种同种的行为对象产生结果时,结果的发生只不过是行为危险现实化的一种类型。在此范围内,没有理由认可行为人所特定的行为对象在法律上的重要性,因而可以无视行为人“没有想到对该行为对象会产生结果”的辩解。〔79〕但在本文看来,这种观点已经不是对具体符合说的修正,而且完全采取了法定符合说。

四、简短的结语

综上所述,具体符合说存在明显的缺陷。联系我国的刑法规定而言,具体符合说尤其不能解决选择性要素的认识错误问题。就具体的方法错误而言,我们不能不假思索地跟着德国刑法理论得出未遂犯与过失(犯)的想象竞合的结论,因为德国刑法采取的是主观的未遂犯论,而我国刑法并没有采取主观的未遂犯论。换言之,倘若按照我国刑法规定采取客观的未遂犯论,我们就不可能采取具体符合说。此外,由于错误论是故意论的反面,所以,不能孤立地讨论具体的方法错误,而是必须将具体的方法错误与对象错误以及故意的认识内容紧密地联系起来加以讨论。在这一方面,我们也不能盲目地遵从日本的具体符合说。因为日本的具体符合说要么没有讨论选择性要素的认识错误,要么将这种认识错误作为抽象的事实错误处理,而对抽象的事实错误采取了法定符合说。

诚然,法定符合说也不是十全十美的学说,尤其是对并发事件、过剩结果的处理,法定符合

〔78〕 西田典之,见前注〔26〕,第237页。另参见(日)山中敬一,见前注〔51〕,第356页。

〔79〕 井田良,见前注〔70〕,第411页。

说的结论可能不符合一般人的感觉。但是,不能将一般人的感觉作为判断某种学说合理与否的唯一标准。而且,相比之下,就对各种具体案件的现实处理而言,法定符合说的数故意说还是优越于具体符合说与法定符合说中的一故意说。

Abstract: When discussing the concrete method mistake, we must be clear about the exterior—interior relationship between the theory of mistake and the theory of intention. Any theory cannot justify itself with its own conclusions. Concrete method mistake cannot be replaced by different circumstances such as general purpose or indirect intend, and vice versa. Any inappropriate conclusion deduced from theoretical interpretation should not be attributed to the legislation. The doctrine of legally prescribed accord is not against the principle of liability. The theory of numerous intentions adapts to the practical needs of specific cases, and this theory can also be adopted through the doctrine of concrete accord. The doctrine of legally prescribed accord confirms to the typology of constitutive elements of the crime and it doesn't make excessive abstraction of the content of intention. Suggestions that the doctrine of legally prescribed accord shall establish the crime of intentional homicide for defense conduct that causes injury or death to a third party misunderstand the doctrine of legally prescribed accord. There are clearly defaults in the doctrine of concrete accord: in those circumstances where it is difficult to distinguish object mistake from method mistake, it will result in arbitrary punishment; it is hard to determine the degree of 'concrete' or such kind of degree of 'concrete' cannot be applied in all criminal cases; and if there are selective constitutional elements involved in a case, the doctrine of concrete accord cannot be applied in this case. For concrete method mistake, we must not simply adopt conclusions deduced from the German criminal law theory because the German criminal law takes subjective theory for the crime of attempt while our criminal law adopts a different theory. If we take objective theory for the crime of attempt, we cannot stick to the doctrine of concrete accord.

Key Words: Concrete Method Mistake; The Doctrine of Legally Prescribed Accord; The Doctrine of Concrete Accord; The Theory of the Crime of Attempt

(学术编辑:车 浩)

(技术编辑:邓卓行)