

规范性构成要件要素的错误类型分析

柏 浪 涛*

摘要:根据违法性标准,规范性构成要件要素应分为真正的构成要件要素与虚假的构成要件要素。整体评价要素属于虚假的构成要件要素,不是故意的认识内容。就真正的构成要件要素而言,“外行人的平行评价”公式降低了故意的认识要求,有类推评价之嫌;相反,借助中间概念,因循涵摄过程可以鉴别真正的构成要件错误与不重要的涵摄错误。就空白要素而言,若其功能是补充构成要件要素,则其错误是构成要件错误;若其功能是补充说明违法性,则其错误是涵摄错误或违法性错误。其中,行政违法性认识与刑事的实质违法性(社会危害性)认识具有同质关系,与刑事的形式违法性(被刑法禁止性)认识具有条件关系,而构成要件故意的认识内容是能体现社会危害性的基础事实,既不包括社会危害性本身,也不包括被刑法禁止性。

关键词:规范性构成要件要素 外行人的平行评价 构成要件错误 涵摄错误 违法性错误

晚近以来,在法定犯中因认识错误而引发的案件时有发生。其中,关于规范性构成要件要素的认识错误是错误论中颇为疑难的问题,为因应实务的需求,对这种错误亟须进行深入系统的研究。构成要件要素分为描述性构成要件要素与规范性构成要件要素。前者是指根据事实判断即可确定的要素,后者是指需要进行价值判断才能确定的要素。^① 不过,这种区分具有相对性,即使是纯粹的描述性构成要件要素也多少带有规范性质,因此可以说大多数构成要件要素均属于规范性构成要件要素。关于规范性构成要件要素的种类,达成共识的有以下两种:一种是法律的评价要素,即必须根据相关法律、法规做出评价的要素,如我国刑法条文中的“依法”“非法”“违反”“公私”财产等;另一种是社会的评价要素,即需要根据社会的一般观念或社会意义做出评价的要素,如我国刑法条文中的“猥亵”“淫秽物品”“特别严重”“特别恶劣”等。^② 在法律的评价要素中,“违反……规定”的要素又被称为空白的构成要件要素,这些要素的内容需要援引其他法律规范予以确定。^③ 在社会的评价要素中,“情节严重”“情节恶劣”等要素又被称为整体的评价要素。^④ 本文拟根据上述分类,对我国刑法中的规范性构成要件要素的认识错误逐一进行分析。

一、法律评价要素的认识错误

对于法律的评价要素,有学者主张:“只要行为人认识到作为评价基础的事实,一般就能够认定行为人认识到了规范的要素。例如,只要行为人认识到自己的财产处于国家机关管理、使用、运输中,就应认定行为人认识到了该财产属于公共财产”。^⑤ 然而,由于法律评价要素的情形比较复杂,因此这种一般化的认

* 华东师范大学法学院副教授
基金项目:教育部人文社会科学研究项目(16YJC820001)

① Vgl. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 190 ff.
② 参见张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社 2010 年版,第 197~198 页。
③ Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, § 9, Rdn. 14.
④ 参见张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社 2010 年版,第 238 页。
⑤ 张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社 2010 年版,第 215 页。

定方法有将问题简单化之嫌。

这种认定方法背后的依据是著名的“外行人的平行评价”公式。^①其主要内容是,关于故意的认识内容,不要求行为人认识到构成要件要素的法律概念及其含义,否则,只有法学家才能构成故意犯罪;只要求行为人站在外行人的领域或立场,认识到构成要件要素的基础事实及其社会意义即可。这里的“平行评价”,是指法学家对法律概念的认识、理解与外行人对基础事实的认识、理解在方向上是相同的、相类似的两种认识活动,对这两种认识活动可以做相同评价。^②例如,甲的汽车被交警依法扣押并开到交警大院。甲认为自己对该车享有所有权,偷回该车不会构成盗窃罪,遂将该车偷回。然而,法学家知道,根据1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第91条第2款的规定,甲的汽车此时属于公共财产。站在法学家的立场看,甲盗窃公共财物,构成盗窃罪。虽然甲没有认识到该车属于公共财物,但是即使站在一般人、外行人的立场看,甲也认识到“该车被依法扣押在交警大院”。甲认识到这一点,就等同于法学家认识到该车属于公共财物。因此,甲具有盗窃公共财物的故意。这便是前述有的学者所述认定方法的背后逻辑。简言之,只要行为人认识到作为评价基础的事实,一般就能够认定其认识到规范的要素。

(一)“外行人的平行评价”公式的不足

“外行人的平行评价”公式虽然广为流传,但是在实体结构与判断方法上均存在明显不足。对此需作细致的剖析。

1. 构成要件故意的认识要求被不当降格

构成要件故意的认识内容由构成要件的内容(构成要件要素)所决定,因为构成要件具有故意規制机能,亦即构成要件的内容决定故意的认识内容。^③而构成要件具有违法性特征,因为构成要件是违法性的存在根据。^④因此需要回答一个问题:故意的认识内容既然是构成要件要素,那么其是否包含构成要件要素的违法性特征?对此需要根据形式的违法性与实质的违法性分别考察。一般认为,形式的违法性是指被刑法禁止性,实质的违法性是指法益侵害性。^⑤然而,“法益侵害性”这个术语含有被刑法禁止性,因为“法益”是指刑法所保护的人的生活利益。既然如此,“法益侵害性”就是指刑法所禁止的一种侵害性,是形式违法性与实质违法性的综合概念。因此,在表达实质违法性时,使用“社会危害性”更为恰当。

第一,构成要件故意的认识内容不包括形式违法性(被刑法禁止性,下同)。持“故意理论”者认为,故意的认识内容包括形式的违法性,而持“责任理论”者则对此持否定意见。^⑥责任理论是今天的主流理论。^⑦因为行为人是否认识到行为的被刑法禁止性与行为人是否制造违法事实没有关系,而与能否谴责行为人有关系。行为人只有认识到行为的被刑法禁止性,才能形成反对动机,由此才能对行为人进行非难、谴责。例如,甲明知自己患有性病仍从事卖淫活动,但甲不知道刑法规定有“传播性病罪”,禁止性病患者从事卖淫活动。甲所产生的认识错误不属于构成要件认识错误,而属于(形式)违法性认识错误(也称禁止错误),亦即误以为自己的行为不被刑法禁止,而实际上该行为被刑法禁止。只要这种认识错误具有避免可能性,那么甲就具有责任。

第二,构成要件故意的认识内容是能体现社会危害性的基础事实,但不包括社会危害性本身。因为社会危害性是一种价值评价,是法官对基础事实所做的否定评价。行为是否具有社会危害性,是法官的评价事项,而不是行为人的评价事项。法官需要评价行为人是否制造违法事实,行为人不需评价自己是否制造违法事实,行为人只需要判断自己是否制造能够体现实质违法性(社会危害性,下同)的基础事实。如果

① 该公式由德国刑法学家宾丁提出,由德国刑法学家梅茨格尔发展完善,主要解决规范性构成要件要素的认识问题。该公式应用广泛,既被应用于法律的评价要素,也被应用于社会的评价要素。

② Vgl. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 328; Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, § 22, Rdn. 49.

③ 参见[日]大塚仁:《刑法概说》(总论),冯军译,中国人民大学出版社2003年第3版,第116页。

④ Vgl. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 182.

⑤ 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年第5版,第107~108页。

⑥ BGHSt 2, 194(200).

⑦ Vgl. Joecks, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, 2003, § 17, Rdn. 1.

要求行为人认识到基础事实的实质违法性,那么会不当阻却构成要件故意。例如,甲将横行乡里的孽子杀死,并认为自己是在大义灭亲、造福乡里,行为不具有社会危害性。如果认为构成要件故意的成立需要行为人认识到社会危害性,那么甲便不具有故意杀人罪的构成要件故意。这显然是不妥当的。又如,乙杀害甲时,甲出于防卫目的将乙杀死,甲认为自己的行为没有社会危害性。如果认为构成要件故意的成立需要认识到社会危害性,那么甲便不具有杀人的构成要件故意。然而,不能否认的是,在事实层面,甲具有杀人的构成要件故意,只是因为甲具有防卫意思,阻却了违法性,进而阻却杀人的构成要件故意。

持“修正的故意理论”者认为,故意的认识内容包括行为的社会危害性。其理由是:故意具有双重属性,既是主观不法要素,也是责任要素,承担“思想无价值”的推定机能。^①不可否认,故意具有双重属性,也因此故意被分为构成要件故意与责任故意。然而,在讨论构成要件的认识及认识错误时,显然是就构成要件故意而言的。“修正的故意理论”实际上是将责任故意的内容混同为构成要件故意的内容。德国学者金德霍伊泽尔指出,除了对基础事实的认识之外,故意不应再有其他内容;将社会危害性塞入故意的认识内容,既是不准确的,也是多余的。^②

1997年《刑法》第14条第1款规定:“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。”可能有人认为,该规定表明,成立故意要求行为人认识到行为的社会危害性。然而,根据条文的表述,该规定是指成立故意要求明知自己的行为会发生能体现社会危害性的结果,而不是明知行为的社会危害性。有学者指出,该条规定并不意味着,认定故意要求行为人必须同时认识到自己行为的违法性。^③也有学者指出,该规定只是表明,行为人认识到自己的行为会发生符合构成要件的法益损害或危险结果时,才对构成要件的实现具有故意。^④

第三,有些基础事实不能体现社会危害性,仅仅认识这些基础事实不能满足故意的认识要求。故意的认识内容必须是能体现社会危害性的基础事实。

在此需要对“构成要件要素”这一概念进行澄清。该概念有两层含义:一层是指作为构成要件要素的基础事实,另一层是指不法构成要件要素。前者是进行违法性评价的原始素材,后者是经过违法性评价后能够为违法性提供存在根据的要素。二者在德国刑法中有明确的区分,前者被称为“行为情状”,后者被称为“构成要件要素”;在表述构成要件错误时,会明确指出故意的认识对象是行为情状。^⑤我国刑法学使用的“构成要件要素”涵盖“作为构成要件要素的基础事实”和“不法构成要件要素”,但在讨论故意的认识对象时应指出认识对象是前者而非后者,因为形式违法性和实质违法性均不是故意的认识对象。

由于构成要件要素是违法性的存在根据,因此并非所有的基础事实都能成为构成要件要素的基础事实,只有能够体现实质违法性的基础事实才能成为构成要件要素的基础事实。例如,就国家机关的公文而言,自然范畴的基础事实是一张纸、一些文字或符号,而社会范畴的基础事实是其具有的思想内容和证明功能。这种社会性的基础事实能够体现买卖国家机关公文罪的社会危害性,为违法性提供实质根据。相应的,故意的认识内容不能仅仅是自然范畴的基础事实,而应包括能体现社会危害性的社会范畴的基础事实。因此,买卖国家机关公文罪的构成要件故意的认识内容,既包括自然范畴的基础事实(一张纸及其文字符号),又包括社会范畴的基础事实(这张纸所具有的思想内容和证明功能)。正如德国学者韦塞尔斯所言,行为人必须认识到具有法律意义和社会意义的基础事实。^⑥

在厘清构成要件故意的认识内容后,便不难发现“外行人的平行评价”公式存在的问题。构成要件故意的认识内容是能够体现实质违法性的基础事实。然而,作为法律的门外汉,外行人对许多能够体现实质

① Vgl. Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, FS—Mayer, 1966, S. 317 ff.

② Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, § 28, Rdn. 6.

③ 参见车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,《清华法学》2015年第4期。

④ 参见王钢:《非法持有枪支罪的司法认定》,《中国法学》2017年第4期。

⑤ Vgl. Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 16, Rdn. 1f. 德国刑法学在表达“行为情状”时所用的术语是“Tatumstand”,在表达“构成要件要素”时所用的术语是“Tatbestandsmerkmale”。

⑥ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., 2013, § 7, Rdn. 243.

违法性的基础事实难以认识和理解。例如,侵犯著作权罪中的“邻接权”、侵占罪中被害人的“返还请求权”、诈骗罪中的“财产性利益”、虐待被监护人罪中的“监护”等法律术语是法律专业之外的人难以理解的。正因如此,“外行人的平行评价”公式只要求行为人认识到基础事实,而未要求认识到能够体现实质违法性的基础事实。这便导致故意的认识要求被不当降格。例如,在前述盗车案中,根据“外行人的平行评价”公式,只要甲认识到“自己的汽车被扣押在交警大院”这一基础事实,就可以认定甲具有盗窃公共财物的故意。但是,甲完全可以辩解:“我没有盗窃公共财物的故意,因为我又不知道《刑法》第91条第2款的规定;我是汽车的主人,我取回自己的车,不构成盗窃罪”。由于“自己的汽车被扣押在交警大院”这一基础事实并不能反映出盗窃罪的实质违法性,因此甲的这种辩解具有一定合理性。不难看出,“外行人的平行评价”公式在认定故意的认识要求时,存在论证不充分的问题。德国学者普珀指出,这些外行人的认识和所做评价并不能直接代替立法者赋予这些法律要素的意义。^①

2. “平行评价”实际上是类推评价

虽然“外行人的平行评价”公式只要求行为人认识到一般的基础事实,但是根据该公式,行为人只要认识到一般的基础事实,就能推导出其认识到能够体现社会危害性的基础事实。具体而言,在认识水平上,“普通人认识到一般的基础事实”就相当于“法学家认识到蕴含社会危害性的法律概念”,因此,“普通人认识到一般的基础事实”就等于“普通人认识到了能体现社会危害性的基础事实”。例如,在前述盗车案中,甲认识到“自己的汽车被扣押在交警大院”,相应的,法学家认识到“甲盗窃了公共财物,具有社会危害性”。从平行评价的角度看,甲便认识到“自己盗窃了公共财物,具有社会危害性”。然而,虽然对甲(外行人)与法学家的认识活动可以进行类比,但是通过这种类比并不能直接推导出“普通人认识到了能体现社会危害性的基础事实”。不难看出,所谓“平行评价”实际上是一种类推。

可能会有人认为,“平行评价”不是类推,而是一种推定。不可否认,在司法实务中对行为人是否“明知”的确可以进行推定。例如,对实施窝赃的行为人是否“明知”对象是赃物,可以根据一些因素进行推定,如行为人窝藏物品的时间、地点、数量、价格、品种、行为人与本犯的关系、了解程度等,但是这种推定是依据证据进行的,而不是用其他人的“明知”代替行为人的“明知”。有学者指出:“由于行为对象是特定的,属于客观的构成要件要素,行为人对此必须有认识;如果不具有明知,就不可能明知自己的行为会发生特定的危害结果,就不会存在犯罪故意,因此,对于明知,是在行为人具有这种认识的情况下,司法上去认定该明知是否存在,而不是在行为人不具有这种认识的情况下,去推定明知存在。就此而言,对于明知,原则上,应当是认定的明知,或者至多是推论上的明知。”^②

(二)涵摄过程与中间概念

1. 涵摄过程

行为人对事实的认识过程实际上是一个涵摄过程。人们认识现实世界是通过建立概念及涵摄概念来实现的。例如,人们看到一个小容器,可以用来喝水,因此建立一个概念“水杯”,以后人们再看到另一个类似的小容器,就称其为“水杯”。这个认识过程实际上是一个涵摄的过程。上位概念是“水杯”,下位概念是一个具体的小容器,然后判断下位概念(该容器)能否涵摄于上位概念(水杯)之下,是否符合“水杯”的要件;若能实现涵摄,则结论是该容器也是一个水杯。有些认识过程比较简单,通过一次涵摄便能得出结论,但有些认识过程比较复杂,需要多次涵摄才能得出结论。多次涵摄过程必须环环相扣,形成一个涵摄链条。例如, T 是上位概念, T_1 是下位概念, T_1 能涵摄于 T 之下; T_1 是上位概念, T_2 是下位概念, T_2 能涵摄于 T_1 之下;结论: T_2 能涵摄于 T 之下。此时, T_1 就是一种中间概念,具有承上启下的作用。^③

就构成要件要素的认识过程而言,自然范畴的基础事实属于下位概念,能体现社会危害性的基础事实

① Vgl. Puppe, in: Nomos Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl., § 16, Rdn. 45ff.

② 周光权:《明知与刑事推定》,《现代法学》2009年第2期。

③ Vgl. Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl., S. 79.

是上位概念。有些认识过程相对简单,一次涵摄就可以认定行为人认识到能体现社会危害性的基础事实。例如,甲将刀刺进乙的心脏。由于“将刀刺进乙的心脏”是自然范畴的基础事实(下位概念 T_1),“杀人行为”是能体现社会危害性的基础事实(上位概念 T),“将刀刺进乙的心脏”完全符合“杀人行为”的要件,能够涵摄在“杀人行为”之下,因此,甲认识到“将刀刺进乙的心脏”,就等于认识到“杀人行为”这一体现社会危害性的基础事实。然而,有些认识过程相对复杂,需要多次涵摄才能认定行为人认识到能体现社会危害性的基础事实。以前述盗车案为例,盗窃罪的实质违法性是破坏他人对财物的占有,建立自己对财物的占有,亦即将他人占有的财物转移为自己占有。^①“将他人占有的财物转移为自己占有”是能体现盗窃罪社会危害性的基础事实(上位概念 T)。由于这个概念是一个法律概念,法学家对此能够理解,而外行人对此不一定能够理解,因此,需要分解出一个上位概念能够涵摄的下位概念(T_1),亦即“将他人享有支配力、控制力的财物转移为自己支配、控制”。盗车案的基础事实是“甲将被交警扣押在交警大院的汽车转移到自己家”(下位概念 T_2)。由于交警将甲的汽车扣押在交警大院便依法享有对该车的支配权、控制权,因此,下位概念 T_2 符合下位概念 T_1 ,能够涵摄在 T_1 之下;而 T_1 又能涵摄在上位概念 T 之下,因此下位概念 T_2 能涵摄在上位概念 T 之下。由于这个涵摄链条是成立的,因此,甲认识到下位概念 T_2 的基础事实,就认识到(中间概念) T_1 的基础事实,也就认识到上位概念 T 的基础事实。基于此,故意的认识要求便能够得到充分论证。

相比较而言,“外行人的平行评价”的特点是平行评价,而涵摄过程的特点是垂直涵摄。前者是外行人与法学家的平行评价,后者是上位概念与下位概念的垂直涵摄。与前者相比,后者为故意的认识要求提供了更充分的理由。

2. 涵摄错误

就前述盗车案而言,由于能够证明甲对能体现盗窃罪社会危害性的基础事实有认识,具有盗窃罪的构成要件故意,因此就表明甲对规范性构成要件要素的基础事实不存在真正的认识错误。甲所存在的认识错误是一种不重要的涵摄错误。^② 具体而言,甲的涵摄过程是:“成立盗窃罪要求盗窃他人所有的财物”(上位概念),“我拿回的是自己所有的财物”(下位概念);由于下位概念不符合上位概念,不能涵摄在上位概念之下,因此结论是:“我不构成盗窃罪”。这个涵摄过程的错误在于,甲错误地定义了上位概念(盗窃罪的构成要件)。具体而言,盗窃罪的构成要件是将他人占有的财物非法转移为自己占有,而甲认为盗窃罪的构成要件是将他人所有的财物非法转移为自己所有,亦即盗窃罪的对象是他人占有的财物,而甲认为盗窃罪的对象是他人所有的财物。这种涵摄错误是一种不重要的认识错误,不阻却构成要件故意。^③ 因为涵摄错误是对上位概念的理解错误。该问题在本质上是一个对构成要件的解释问题。^④ 虽然每个人均可以对某个罪名的构成要件进行解释,但是仍需要确立一个合理的解释作为一种法律适用标准。立法者、法官、法学家依据各种解释方法,对盗窃罪的构成要件已经达成基本共识,亦即将他人占有的财物非法转移为自己占有。^⑤ 该解释结论已经成为法律适用标准。相对的,甲作为行为人对盗窃罪构成要件所作的解释并不重要,不影响达成共识的解释结论。对照达成共识的解释结论,甲的解释是错误的,这种解释错误不阻却构成要件故意。

二、空白要素的认识错误

前文已述,在法律的评价要素中存在一种空白构成要件要素。例如,某些犯罪的成立,以“违反……规

① 参见周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社 2016 年第 3 版,第 117 页。

② Vgl. Puppe, in: Nomos Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 16, Rdn. 47f.

③ Vgl. Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., § 15, Rdn. 4.

④ 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版,第 142 页。

⑤ 参见周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社 2016 年第 3 版,第 117 页;张明楷:《刑法学》,法律出版社 2016 年第 5 版,第 949 页;黎宏:《刑法学各论》,法律出版社 2016 年第 2 版,第 317 页;[日]山口厚:《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社 2011 年第 2 版,第 225 页。

定”为前提。这种“违反……规定”便是一种空白构成要件要素。填充空白构成要件要素,需要援引某项非刑罚规范。由于援引的非刑罚规范主要是行政法规,因此这类犯罪也被称为行政犯或法定犯。由此产生的问题是,成立此类行政犯,是否要求行为人对“违反某项行政法规”有认识?具体而言,“违反某项行政法规”是否构成要件故意的认识内容?如果其是构成要件故意的认识内容,那么对其产生的认识错误属于构成要件认识错误;如果其不是构成要件故意的认识内容,那么需要追问对其产生的认识错误是否违法性认识错误?

对此,有学者认为:“违法性认识是刑事责任的一般要素,所有犯罪的成立都需要行为人认识或可能认识到行为的违法性……在有些犯罪中,则需要对行为人是否认识到其行为的违法性的问题进行特别的考察。这些犯罪主要有:第一,刑法条文明确规定‘违反……法规’的犯罪。例如,刑法第129条规定,^①只有‘违反保护水产资源法规’的,才构成非法捕捞水产品罪。在处理这类案件时,应当查明行为人是否知道保护水产资源法规中的有关规定”。^②依照这种观点,“违反某项行政法规”属于构成要件故意的认识内容,缺乏这种认识,则不成立犯罪。然而,由于“违反某项行政法规”的情形比较复杂,因此这种绝对化的观点值得商榷。

空白要素所援引的行政法规具有两项功能:一项是补充基本罪状的构成要件要素。例如,1997年《刑法》第340条规定:“违反保护水产资源法规,在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品,情节严重的,处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金”。其中,“禁渔区”“禁渔期”便是非法捕捞水产品罪的构成要件要素。这些要素该如何确定,应依据水产资源法规的规定。另一项是补充说明行为的行政违法性。就行政犯而言,构成要件行为首先具有行政违法性,亦即违反行政法规,被行政法规所禁止,其次具有刑事违法性,亦即被刑法禁止性。依据法秩序统一性原理,行政违法性是刑事违法性的前提,行为要具有刑事违法性,首先必须具备行政违法性。例如,一个行为要构成非法经营罪,首先必须是行政法上的非法经营行为。但是,一个行为具有行政违法性,并不一定就具有刑事违法性。例如,甲经营餐馆没有申办卫生许可证,该行为属于行政法上的非法经营行为,但不构成非法经营罪。

(一)补充基本罪状的构成要件要素

根据补充的功能,行政法规补充基本罪状的构成要件要素包括两种情形:一种是补充说明构成要件要素的含义,另一种是补充构成要件要素。

1. 补充说明构成要件要素的含义

这是指虽然基本罪状规定了完整的构成要件要素,但是其中某些构成要件要素的含义需要依据行政法规予以确定。例如,关于非法捕捞水产品罪,1997年《刑法》第340条规定了完整的构成要件要素,亦即“违反保护水产资源法规,在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品,情节严重的行为”。但是,其中“禁渔区”“禁渔期”及“禁用的工具”的具体含义,需要依据水产资源法规予以确定。对此需要研究的问题是,行为人的确认为自己在禁渔区之外捕捞水产品,而实际上是在禁渔区内捕捞水产品,对此该如何处理?由于“禁渔区”是非法捕捞水产品罪的构成要件要素,因此对其产生的认识错误应属于构成要件错误,能够阻却构成要件故意,行为人的行为不构成非法捕捞水产品罪。

同理,关于非法持有枪支罪,1997年《刑法》第128条规定了完整的构成要件要素,亦即“违反枪支管理规定,非法持有枪支的行为”。但是,其中“枪支”的具体含义,需要依据枪支管理规定予以确定。在“赵春华案”^③中,被告人赵春华以为自己持有的枪形物不是非法持有枪支罪中的“枪支”,而实际上是该罪中的“枪支”。由于“枪支”是该罪的构成要件要素,因此对其产生的认识错误属于构成要件错误。^④如果被告人的这种认识错误经调查是真实的,那么能够阻却构成要件故意,被告人不构成非法持有枪支罪。

① 此处所说的“刑法第129条规定”现为1997年《中华人民共和国刑法》第340条的规定。

② 冯军:《论违法性的认识》,载赵秉志主编:《刑法新探索》,群众出版社1993年版,第266~267页。

③ 参见天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号刑事判决书,天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书。

④ 参见陈兴良:《赵春华非法持有枪支案的教义学分析》,《华东政法大学学报》2017年第6期。

2. 补充构成要件要素

这是指基本罪状没有规定或者没有完整规定构成要件要素,需要行政法规予以补充。例如,对于妨害国境卫生检疫罪,1997 年《刑法》第 332 条仅规定:“违反国境卫生检疫规定,引起检疫传染病传播或者有传播严重危险的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金”,并没有规定构成要件的行为类型。对此,需要依据《中华人民共和国国境卫生检疫法》予以补充。根据该法第 20 条的规定,下列两种行为属于妨害国境卫生检疫的行为:一种是逃避检疫,向国境卫生检疫机关隐瞒真实情况的;另一种是入境人员未经国境卫生检疫机关许可,擅自上下交通工具,或者装卸行李、货物、邮包等物品,不听劝阻的。

在此需要研究的问题是,甲来自某检疫传染病(黄热病)疫区,入境时未经国境卫生检疫机关许可,擅自带着行李入境,不听劝阻,有引起黄热病传播的严重危险。甲称不知道自己的这种行为属于妨害国境卫生检疫罪的构成要件行为,对此该如何处理? 构成要件故意的认识内容是能体现社会危害性的基础事实,不包括刑事的形式违法性。就行政犯而言,如果行为人认识到自己在实施行政违法行为,那么也就认识到自己在实施具有社会危害性的行为。甲入境时未经许可擅自入境,并且不听劝阻。“不听劝阻”意味着执法人员向甲告知了行政禁令,但甲置若罔闻。这表明甲认识到自己在实施行政违法行为,也就认识到自己在实施具有社会危害性的行为。甲认识到这一点,就意味着其认识到能体现社会危害性的基础事实,具备该罪的构成要件故意。甲没有认识到自己的行为构成犯罪,亦即没有认识到行为的被刑法禁止性,则属于违法性错误。该错误若具有避免可能性,则不阻却责任。由于执法人员已经告知其行为的法律后果,因此该错误具有避免可能性,不会阻却责任。当然,如果甲没有认识到具有行政违法性的基础事实,如甲被随行人员欺骗,不知道自己属于“未经许可,擅自上下交通工具”,执法人员也未进行劝阻,那么甲缺乏实施该罪的构成要件故意。

(二)补充说明行为的行政违法性

空白要素所援引的行政法规诸如“违反……规定”,能够补充说明行为的行政违法性。就行政犯的行为而言,只有具有行政违法性,才可能具有刑事违法性。这里的问题是,成立行政犯是否需要行为人认识到自己的行为“违反某项行政法规”,具有行政违法性? 这个问题与上述“行政法规补充基本罪状的构成要件要素”的认识问题不同。后者的认识对象是补充的构成要件要素,而这无疑是构成要件错误问题。前者的认识对象是行政法规的效力,对此产生认识错误是属于构成要件错误还是属于违法性错误,则是需要研究的问题。例如,甲误以为行政法规允许任何人买卖进出口原产地证书而实施买卖行为,实际上,根据我国《进出口货物原产地条例》第 23 条的规定,“提供虚假材料骗取出口货物原产地证书或者伪造、变造、买卖或者盗窃出口货物原产地证书的”,属于行政违法行为;构成犯罪的,依法追究刑事责任。根据 1997 年《刑法》第 225 条第 2 项的规定,违反国家规定,买卖进出口原产地证明,扰乱市场秩序,情节严重的,构成非法经营罪。那么,对甲的这种认识错误该如何处理?

持“违法性错误说”者认为,对行政法规效力的认识错误不属于构成要件错误,而属于违法性错误。^① 其主要理由是:第一,认为这种错误属于构成要件错误的看法,是依据故意理论得出的结论。因为根据故意理论,故意的认识内容包括违法性认识。然而,故意理论因存在明显弊端而早已被淘汰。第二,关于构成要件行为的行为规范规定在被援引的行政规范中与规定在刑法规范中具有同等效力。因为该行政规范是空白要素指示援引的,是刑法规范的组成部分,所以被援引的行政规范的违法性与刑法规范的违法性具有同等效果,对该行政规范违法性的认识错误就是刑法中的违法性认识错误。依据这种观点,在上述买卖原产地证书案中,甲的认识错误属于违法性错误,不阻却构成要件故意,甲具有实施非法经营罪的故意,如果这种认识错误具有避免可能性,那么不能阻却甲的责任,甲的行为构成非法经营罪。

持“构成要件错误说”者认为,对行政法规效力的认识错误不属于违法性错误,而属于构成要件错

^① Vgl. Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, § 8, Rdn. 30., § 23, Rdn. 9.

误。^①其主要理由是：第一，具有补充性质的行政法规范，即使是一般性、整体性的补充，也应与个别性的补充具有相同功能，亦即均是对构成要件要素的补充。第二，行为人对行政法规范的违法性即使产生认识错误，这种认识错误产生的根源也是行为人对构成要件要素产生认识错误。行为人没有认识到构成要件要素，才导致没有认识到自己行为的行政违法性。例如，“未经许可”属于构成要件要素，行为人若对此没有认识，则不会认识到行为的行政违法性。第三，认为甲的认识错误属于违法性错误是依据责任理论得出的结论。因为根据责任理论，违法性认识不是故意的认识内容，而是责任要素。然而，责任理论所指的违法性是指刑法的违法性，而非行政违法性。这两种违法性在性质上是有区别的。

持上述两种学说者得出的结论均过于绝对。关于行政法规效力的认识问题，应弄清以下几种关系。

第一，构成要件错误与违法性错误的勾连关系。行为人若产生构成要件错误，则也会由此产生违法性错误。例如，甲以为自己贩卖的是普通文物，但实际上是国家禁止经营的文物。这种针对行为对象的构成要件错误会导致甲产生违法性错误，亦即甲以为自己的行为具有合法性，不构成倒卖文物罪。不过，这种情形应被认定为构成要件错误，而非违法性错误。因为一方面，这种违法性错误依赖构成要件错误而产生，从犯罪论体系的审查顺序上看，应优先认定为构成要件错误；另一方面，如果将这种错误认定为违法性错误，那么意味着甲已经具有构成要件故意，且原则上甲具有责任，构成倒卖文物罪，除非甲的错误不具有避免可能性。这种结论显然不妥当。甲因缺乏构成要件故意，故不应构成倒卖文物罪。由此也表明，真正的违法性错误必须不依赖构成要件错误而独立产生，以不存在构成要件错误为前提。如果行为人存在构成要件错误，那么案件在主观构成要件阶层便应排除故意，对案件的审查不会进入责任阶层，不会考察违法性错误。

关于“赵春华案”，有学者认为，赵春华的认识错误属于违法性错误，亦即认为自己的行为是合法的，没有认识到自己的行为构成犯罪。^②然而，赵春华的这种违法性认识错误源于构成要件错误，亦即认为自己所持有的枪形物不是非法持有枪支罪中的“枪支”，因此，赵春华的这种认识错误在属性上应被认定为构成要件错误。如果将案件事实修改为“赵春华认识到自己持有的枪形物是管制类枪支，但认为用于摆摊游戏不构成犯罪，实际上构成犯罪”，那么属于违法性错误。此时对案件的审查才进入责任阶层，才需要考察这种错误有无避免可能性。

第二，行政违法性认识与刑事实质违法性认识的同质关系。就行政犯而言，行为人只要具有行政违法性认识，就意味着其具有刑事的实质违法性认识。因为行政法不可能将对社会无害的行为认定为违法行为，具有行政违法性的行为一定是具有社会危害性的行为。^③反之，行为人不具有行政违法性认识，则意味着其不具有刑事的实质违法性认识。例如，行为人认为自己的行为是合法经营行为，就不会认为自己的行为具有社会危害性。这表明对行政违法性与刑事的实质违法性可作相同的理解。由此可以得出两个结论：（1）实质违法性不是构成要件故意的认识内容，但能体现社会危害性的基础事实是构成要件故意的认识内容。依此，就行政犯而言，行政违法性不是构成要件故意的认识内容，但能体现行政违法性或社会危害性的基础事实是构成要件故意的认识内容。（2）刑事违法性认识不是指对实质违法性的认识，而是指对形式违法性的认识。依此，就行政犯而言，刑事违法性认识不是指对行政违法性的认识，而是指对被刑法禁止性的认识。

当行为人具有行政违法性认识错误，认为自己的行为不具有行政违法性，而实际上具有行政违法性，该如何处理？（1）这种错误不是刑事违法性错误。（2）这种错误是否构成要件错误，需要考察行为人对能体现社会危害性的基础事实有无认识错误。如果有认识错误，那么属于构成要件错误，可以阻却构成要件故意。如果没有认识错误，那么属于涵摄错误，亦即对上位概念（行政违法的构成要件）理解有误，导致认

① Vgl. Puppe, Vorsatz und Rechtsirrtum, FS—Herzberg, 2008, S. 289 ff.

② 参见江溯：《规范性构成要件要素的故意及错误——以赵春华非法持有枪支案为例》，《华东政法大学学报》2017年第6期；王钢：《非法持有枪支罪的司法认定》，《中国法学》2017年第4期。

③ 不可否认，在现实中有个别行政法规将对社会无害的行为规定为违法行为，但是这种立法现象是个例，应予以纠正。

为自己的行为不具有行政违法性。这种涵摄错误不重要,不阻却构成要件故意。

第三,行政违法性认识与刑事形式违法性认识的条件关系。(1)行为人具有行政违法性认识,并不意味着其具有刑事形式违法性认识。因为基于刑法的谦抑性原理,不是所有的具有行政违法性的行为均被规定为犯罪行为。同理,行为人具有实质违法性认识,认识到行为的社会危害性,也不意味着其具有形式违法性认识。因为不是所有的具有社会危害性的行为均被规定为犯罪行为。(2)行为人不具有行政违法性认识,则一定不具有刑事的形式违法性认识。因为就行政犯而言,若一个行为在行政法上是合法行为,则一定不是犯罪行为。同理,行为人不具有刑事的实质违法性认识,则一定不具有刑事的形式违法性认识。因为一个没有社会危害性的行为一定不会被规定为犯罪行为。相反,行为人具有刑事的形式违法性认识,便必然具有行政违法性或社会危害性认识。例如,甲认识到自己的行为被刑法禁止,构成非法经营罪,便必然认识到自己的行为具有行政违法性,属于行政法上的非法经营行为。概言之,行政违法性认识与刑事的形式违法性认识是必要条件关系,无前者则无后者。刑事的形式违法性认识与行政违法性认识是充分条件关系,有前者则必有后者。

依据以上关系原理,对行政法规的效力认识问题可以分不同的情形讨论。

第一种情形,行为人认为自己的行为不具有行政违法性,进而认为不具有刑事的形式违法性,而实际上具有行政违法性,并具有被刑法禁止性。这种情形的适例便是前述买卖原产地证书案。首先,虽然甲存在违法性错误,认为自己的行为不构成犯罪,但是应先考察甲是否存在构成要件错误。如果甲存在构成要件错误,并由此导致违法性错误,那么这种违法性错误不值得关注。其次,行政违法性或社会危害性本身不是构成要件故意的认识内容,能体现社会危害性的基础事实才是构成要件故意的认识内容。因此,在考察甲的构成要件错误时,不需要考察甲是否认识到行政违法性或社会危害性,需要考察的是,甲是否认识到能体现社会危害性的基础事实。如果甲没有认识到自己买卖的是原产地证书,认为买卖的是普通证书,那么甲属于针对行为对象的构成要件错误,阻却故意的成立,不构成非法经营罪。甲认识到自己买卖的是原产地证书,则意味着认识到能体现社会危害性的基础事实。因为甲认识到买卖的是原产地证书,就知道原产地证书是出口商享受关税减免的一种凭证,而伪造、变造、买卖或骗取原产地证书是偷逃关税的一种手段,这种行为显然具有社会危害性或行政违法性。因此,甲具有构成要件故意,成立非法经营罪。甲所谓的“认识到在买卖原产地证书,但认为不具有行政违法性”,这种认识错误属于涵摄错误,亦即对上位概念(行政违法的构成要件)理解有误,导致认为自己的行为不具有行政违法性。这种涵摄错误不重要,不阻却构成要件故意。

第二种情形,行为人认识到自己的行为具有行政违法性,但认为没有刑事的形式违法性。例如,甲知道买卖原产地证书具有行政违法性,但认为这种行为不构成犯罪,实际上这种行为构成非法经营罪。甲具有行政违法性认识,并不意味着其具有刑事的形式违法性认识。甲的这种认识错误属于违法性错误。对此需要考察这种错误是否具有避免可能性,如果具有避免可能性,那么不阻却责任,仍构成非法经营罪。又如,在“王力军案”^①中,王力军未办理粮食收购许可证,擅自收购玉米。王力军知道自己未办理许可证而收购玉米,认识到自己的行为具有行政违法性,但没有认识到该行为具有被刑法禁止性(构成非法经营罪)。这种认识错误属于违法性错误。若该错误不具有避免可能性,则可以阻却责任,不构成非法经营罪。

第三种情形,行为人认识到自己的行为具有刑事的形式违法性,但认为没有行政违法性。例如,甲知道买卖原产地证书构成犯罪,但认为这种行为在行政法上并不违法。然而,就行政犯而言,行为人具有刑事的形式违法性认识,便必然具有行政违法性或社会危害性认识。因此,甲自称的这种认识错误仅仅是一种辩解,不影响对其定罪。

^① 参见内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内08刑再1号刑事判决书。

三、社会评价要素的认识错误

在规范性构成要件要素中,除了法律的评价要素外,还有社会的评价要素,即需要根据社会的一般观念或社会意义做出评价的要素,如我国刑法条文中的“淫秽物品”等。对此的认识错误问题是,行为人认为自己贩卖的是普通物品,但实际上是淫秽物品,对此该如何处理?

一般而言,传统方法是依据“外行人的平行评价”公式来处理,不要求行为人像法学家一样认识到构成要件基础事实的社会意义,只要求行为人在其所属的外行人领域的平行评价的意义上认识到相应法律概念所表达的社会意义。^①例如,关于“淫秽物品”,不要求行为人认识到“淫秽”的法律定义,只要求行为人认识到所贩卖的是一般人所指的不能公开的“黄色物品”“毛片”即可。如果行为人认为该物品不是“黄色物品”而是艺术作品,但认识到一般人可能将该物品评价为“淫秽物品”,那么就可以认定行为人认识到该物品是淫秽物品,进而成立故意犯罪。^②亦即,在认定行为人的认识问题时,可以采用社会一般人的标准。^③

然而,这种认定方法值得商榷。故意是一种主观认识活动,具有责任要素的属性,承载着责任推定机能。责任原则中的个人责任及罪责自负原则必须得到坚持,亦即责任必须是个人的。因此,故意的认识活动必须是指行为人自己的主观认识活动,而不能被其他人或一般人代替。而“外行人的平行评价”公式实际上是用外行人(社会一般人)的认识活动代替行为人的认识活动。这种做法有违罪责自负原则。例如,民国时期著名美术家刘海粟开创性地将裸体模特用于人体素描教学和创作,被当时社会一般人认为太伤风化、淫秽不堪,刘海粟也知道社会一般人的这种看法,但认为自己从事的是艺术创作。若依照上述社会一般人标准,则刘海粟具有制作、传播淫秽物品的故意。这样的结论显然是不妥当的。

不过,根据社会一般人标准,故意并非仅是责任要素,也是违法要素,而违法的实质在于法益的侵害,法益侵害的判断更多的是一种立法者站在社会通常立场上的旁观评价,因此,采用社会一般人、平均人标准作为“外行人的平行评价”更具有合理性。^④

然而,上述观点值得推敲。不可否认,“违法是一般的,责任是个别的”,但是,对其中的“一般性”应准确理解。这涉及法规范的规制对象是什么?是一般人还是行为人个人?持“主观违法论”者认为,由于违法的规制对象只能是具有责任能力的人,因此违法与责任是一体的。而持“客观违法论”者主张,违法的规制对象包括无责任能力的人,甚至包括自然事件,因此违法与责任是可分的。然而,二者均存在视角单一的问题。持“客观违法论”者具有唯结果论的倾向,认为只要是改变法规范状态的因素如自然事件均应纳入法规范的规制范围。这是持“极端结果无价值论”者的立场。而持“主观违法论”者将无责任能力的人排除出法规范的规制范围,导致刑法规范不能对其调整和适用,不当限缩了刑法规范的效力范围。相较于“主观违法论”与“客观违法论”各执一端,“人的不法论”可以妥当解决法规范的规制对象问题。持“人的不法论”者认为,关于不法的判断,不应从主观或客观这种割裂的视角观察,而应将二者结合起来,从“人的”行为的角度观察,不法事实是人的行为的作品。正如该理论的倡导者德国学者韦尔策尔所言:“与行为人在内容上相分离的结果(法益侵害)并不能说明不法。某个特定行为人基于意志内容的指导实施某个行为,该行为作为行为人的作品能够说明不法。行为人有目的地为客观行为设置了何种目标,出于何种态度实施了该行为,受到何种义务的约束,所有这些都在法益侵害之外对行为的不法判断发挥着决定性作用。违法性是针对行为的否定与禁止,这个行为是与特定行为人相联系的行为。不法是与行为人相关的‘人的’行为不法。”^⑤

① Vgl. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 328.

② 参见张明楷:《规范的构成要件要素》,《法学研究》2007年第6期。

③ 参见高巍:《论规范的构成要件要素之主观明知》,《法律科学》2011年第3期。

④ 参见高巍:《论规范的构成要件要素之主观明知》,《法律科学》2011年第3期。

⑤ Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems; Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 3. Aufl., 1957, S. 27.

不难看出,违法的规制对象应是行为人个人。所谓“违法是一般的”是就法规范的效力而言的,是指法规范作为一种命令规范,其效力具有普遍适用性。然而,在考察具体违法事实时,必须考察特定的行为人制造的违法事实。对此考察,离不开行为人的主观认识。特殊认知问题便是典型代表。例如,甲劝说乙乘坐被恐怖分子安装了炸弹的飞机。甲的行为是否具有违法性,取决于甲是否明知飞机上有炸弹这一事实。持“客观归责理论”者认为,应根据一般理性人的预见可能性来判断结果归责。然而,当一般理性人的预见与行为人的预见不一致时,实际上仍需以行为人的预见为标准。这意味着在故意的作为犯中,一般理性人的标准是一个多余的标准。^① 德国学者金德霍伊泽尔指出,只要行为人没有预见到导致结果的因果流程,这种结果便不能归属于行为人的故意;反之,如果行为人预见到这个因果流程,那么就不能说这个因果流程在客观上是不可预见的。^② 可见,在判断违法事实时,不能以一般理性人的认识代替行为人的认识。

既然“外行人的平行评价”公式存在不足,那么该如何处理行为人对社会评价要素的认识问题? 构成要件故意的认识内容是能体现社会危害性的基础事实,并不要求认识到社会危害性本身,而淫秽物品的“淫秽性”是一种社会评价结论,代表着社会危害性。又由于评价结论与评价素材有所区别,故意的认识内容不是评价结论而是评价素材亦即基础事实,因此能够得出“淫秽性”评价结论的基础事实是无端挑起人的性欲、令人心里不适的图画、文字描述等素材。关于行为人对社会评价要素认识的问题,可以分以下 3 种情形分别处理。

第一种情形,若行为人没有认识到这些基础事实的存在,则属于构成要件错误,能够阻却故意。例如,甲贩卖外文书籍,由于不认识外文,不知道书籍内容,实际上书籍内容是淫秽不堪的文字描写,因此甲缺乏贩卖淫秽物品牟利罪的故意。

第二种情形,若行为人认识到评价素材(基础事实)的存在,并且认识到这些素材会无端挑起人的性欲、令人心里不适,但不认为这就是淫秽性。由于“淫秽性”是评价结论,不是故意的认识内容,因此只要行为人认识到这些素材是无端挑起人的性欲、令人心里不适的素材,就满足认识“淫秽物品”的要求。如果行为人认为这些素材属于“不雅物品”,而不是刑法中的“淫秽物品”,并且认为后者应是指赤裸裸地暴露性器官、令人作呕的图画,那么这种认识错误属于涵摄错误。行为人对“淫秽物品”(上位概念)的含义范围取最狭义的理解,进而认为自己的物品(下位概念)不符合“淫秽物品”的特征,不能被其所涵摄。这种涵摄错误属于对上位概念的理解错误,不能阻却故意的成立。

第三种情形,若行为人认识到评价素材(基础事实)的存在,并且认为这些素材不会无端挑起人的性欲、令人心里不适,而是艺术作品,令人赏心悦目,但法官认为这些物品属于淫秽物品,则需要查证行为人的这种认识是狡辩还是真实看法。在此应当允许行为人提供证据证明自己的看法。例如,行为人将业界公认的许多艺术画作拿来对比,证明自己的图画具有其他画作的若干艺术要素。这证明行为人的这种认识是真实看法。此时,虽然法官或社会一般人认为该物品属于淫秽物品,但是不能因此认定行为人认识到该物品是淫秽物品,而应认定行为人缺乏贩卖淫秽物品的故意。其理由是:首先,对物品的淫秽性或艺术性的判断是一种价值评价。这种评价应是行为人主观的、个人的独立评价,而不是具有“普遍性”的评价或“权威阶层”的评价。^③ 换言之,当社会的普遍评价与行为人的个人评价不一致时,应以个人评价为准。其次,对描述性构成要件要素可以作真伪判断,但对规范性构成要件要素无法作真伪判断。^④ 申言之,就“淫秽性”而言,社会一般评价可以成为一种衡量标准,但不是衡量真假或对错的标准,只是一种参考标准。虽然个人评价与社会一般评价不一致,但是不能因此认为个人评价是虚假的或错误的。此外,如果行为人认为自己的画作是艺术作品而非淫秽物品,但无法提供充分证据证明自己的这种看法,而法官及社会一般人

① 参见劳东燕:《刑法中的客观不法与主观不法——由故意的体系地位说起》,《比较法研究》2014 年第 4 期。

② 参见[德]金德霍伊泽尔:《故意犯的客观和主观归责》,樊文译,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 222 页。

③ 参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社 2004 年版,第 136 页。

④ Vgl. Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl., 2014, S. 40.

认为该画作是淫秽物品,那么意味着行为人的看法属于狡辩,不足以采信。例如,若行为人虽然认为其画作中裸露的性器官具有艺术性,但提不出理由和根据,或其提出的理由和根据明显违反艺术或美学的基本规律,根本无法获得同行人士认可,则表明行为人的说辞不足以采信。

四、整体评价要素的认识错误

前文已述,在社会的评价要素中还存在一种整体的评价要素,如“情节严重”“情节恶劣”等。在我国刑法分则中,有 70 多个条文将“情节严重”“情节恶劣”规定为犯罪成立条件。需要探讨的问题是,行为人认识到具体情节,但认为情节“较轻”,实际上已经构成情节“严重”,对此能否适用“情节严重”的规定?

构成要件错误是关于构成要件要素的认识错误。在刑法分则规定的罪状中有些要素并非构成要件要素,对其产生的认识错误并非构成要件错误。由于构成要件是违法性的存在根据,因此,一个要素要成为构成要件要素需要为行为的违法性提供实质根据,是违法性不可或缺的条件。然而,在刑法分则规定的罪状中的一些要素并未为违法性提供实质根据。例如,1997 年《刑法》第 277 条第 4 款规定:“故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务,未使用暴力、威胁方法,造成严重后果的,依照第 1 款的规定处罚”。该款规定中的“未使用暴力、威胁方法”显然没有为违法性提供实质根据,不是此类妨害公务罪的成立条件。这种要素不是真正的构成要件要素,而是一种表面或虚假的构成要件要素。^① 概言之,依据违法性的实质根据标准,可以将构成要件要素划分为真正的构成要件要素与虚假的构成要件要素。显然,后者不是故意的认识内容,对其产生的认识错误不属于真正的构成要件错误,不阻却构成要件故意。

依据违法性的实质根据标准,对“情节严重”中的“情节”与“严重”需要分别进行判断。“情节”是对具体的不法事实的一种概括描述,属于真正的构成要件要素。而“严重”是对构成要件的整体评价要素,是在行为已经具有违法性的基础上所做的程度评价,其作用是评价行为的整体违法性是否达到值得科处刑罚的程度。这种评价要素是立法者对行为违法程度设立的评价标准。从表面看,这种评价标准会影响行为的违法程度,但这种影响只是一种评价结论上的影响,而不是实体根据上的影响,其本身并没有为违法性提供新的根据。概言之,“情节严重”中的“情节”(具体违法事实)是真正的构成要件要素,属于故意的认识内容。“情节严重”中的“严重”是虚假的构成要件要素,不属于故意的认识内容,因此对其产生的认识错误属于虚假的构成要件错误,不阻却构成要件故意。“情节恶劣”中的“恶劣”亦是如此。

不过,学界对于整体评价要素的认识错误存在不同的看法。第一种观点是,行为人关于情节是否“严重”的认识错误属于构成要件错误,因为“情节严重”是规范性构成要件要素,要求行为人对情节及其是否“严重”有认识,但不要求有精确认识,只需根据“外行人领域的平行评价理论”认定即可。^② 然而,如前文所述,规范性构成要件要素并不都是真正的不法构成要件要素。该观点将“情节严重”捆绑在一起进行评价,忽略了其中的“情节”与“严重”的不同属性。虽然“情节严重”在整体上可以说是规范性构成要件要素,但是其中的“严重”不是真正的不法构成要件要素,对此不需要行为人认识。正如有的学者所言:“倘若将这种错误认定为构成要件的错误,那么,对于这种情形的处罚轻重,就完全取决于行为人主观上的(不合理)评价,这会严重损害刑法的正义性与安定性。”^③

第二种观点是,关于情节是否“严重”的认识错误属于涵摄错误。^④ 然而,涵摄的过程是指将具体案件事实置于法定构成要件要素之下,考察其是否符合该法定构成要件要素。这里的法定构成要件要素显然是指真正的不法构成要件要素。然而,“情节严重”中的“严重”不属于真正的不法构成要件要素。在此不存在涵摄所需要的上位概念,因此不存在涵摄的问题,也就不存在行为人涵摄错误的问题。情节是否“严重”,是法官判断的事项,判断“情节”(具体违法事实)的违法性是否达到“严重”的程度(值得科处刑罚的

① 参见张明楷:《论表面的构成要件要素》,《中国法学》2009 年第 2 期。

② 参见王莹:《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》,《法学研究》2012 年第 3 期。

③ 张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社 2010 年版,第 253 页。

④ 参见张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社 2010 年版,第 253 页。

程度)。

第三种观点是,关于违法性的整体评价要素的认识错误属于违法性错误。因为违法性的整体评价是关于违法性的评价。例如,德国学者罗克辛认为,《德国刑法》第240条第2款中规定的“卑鄙的”不是构成要件要素,^①而是关于违法性的整体评价要素,意指行为的危害性达到社会难以容忍的程度。^②如果行为人误认为自己的行为不具有卑鄙性,那么这不是关于规范性构成要件要素的错误,而是违法性错误。因为对卑鄙性的评价就是对违法性的评价。^③然而,这种观点值得商榷。首先,虽然行为具备“卑鄙性”便具有违法性,但是“卑鄙性”本身不等于违法性。在此存在3个要素:一是“卑鄙性”的基础事实,二是“卑鄙性”,三是违法性。前二者的关系是,“卑鄙性”的基础事实是评价素材与依据,“卑鄙性”是评价结论;后二者的关系是,“卑鄙性”是违法性的评价依据,违法性是评价结论,对评价依据的认识不等于对评价结论的认识。其次,如果认为对卑鄙性的评价就是对违法性的评价,对卑鄙性的认识就是对违法性的认识,那么当行为人对卑鄙性存在认识错误且这种错误不具有避免可能性时就可以阻却责任。这种结论显然是不妥当的。例如,甲从小生活在不良环境中,缺乏基本的道德感,不可能认识到自己行为的“卑鄙性”,却可以阻却责任。这种结论显然令人难以接受。

五、结语

自从德国学者梅茨格尔发现规范性构成要件要素后,德国学者贝林价值中立的构成要件理论就发生了动摇。然而,规范性构成要件要素的发现给责任主义提出了难题。为此,梅茨格尔提倡适用“外行人的平行评价”公式。该公式影响甚远,在我国已经成为主流观点。^④然而,如德国学者普珀所言,该公式像一支凯旋的队伍持续行进了50年,但今天其说服力已经受到越来越多的质疑,在实务中也越来越少地被采纳。^⑤构成要件故意的认识内容既不是形式的违法性,也不是实质的违法性,而是能体现实质违法性的基础事实。而“外行人的平行评价”公式只要求行为人认识到基础事实,未要求行为人认识到能体现实质违法性的基础事实,导致出现故意的认识要求被不当降格的结果。“外行人的平行评价”的特点是平行评价,亦即外行人与法学家之间的平行评价。实际上,行为人的认识过程是一个涵摄过程。涵摄过程的特点是上下推导,亦即上位概念与下位概念之间的垂直涵摄。

基于以上认识理念的转变,可以对诸多规范性构成要件要素的错误类型予以合理解读。其一,针对法律评价要素的认识错误,应考察行为人对法律概念(上位概念)有无理解错误。若有错误,则表明其认识错误是一种不重要的涵摄错误。其二,针对空白要素的认识错误,需要考察其功能是补充构成要件要素还是补充说明违法性。若是前者,则是构成要件错误;若是后者,则有可能是违法性错误或涵摄错误。其三,针对社会评价要素的认识错误,不应使用“外行人的平行评价”公式。因为用社会一般人标准代替行为人标准有违罪责自负原则,而应根据涵摄过程来判断。其四,针对整体评价要素的认识错误,应根据违法性的实质根据标准,区分“情节严重”中的“情节”与“严重”的不同属性。由于情节“严重”不是真正的构成要件要素,因此不是构成要件故意的认识内容。对情节“严重”产生的认识错误既不是真正的构成要件错误,也不是涵摄错误以及违法性错误。

责任编辑 田国宝

① 《德国刑法》第240条规定的是强迫罪,该条第2款规定:“若使用暴力或者以恶害相胁迫相对于所欲达成的目的而言是卑鄙的,则前款行为具有违法性”。其中“卑鄙的”一词原文是“verwerflich”。

② Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 10, Rdn. 47.

③ Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 12, Rdn. 105.

④ 参见张明楷:《规范的构成要件要素》,《法学研究》2007年第6期;王钢:《非法持有枪支罪的司法认定》,《中国法学》2017年第4期;等等。

⑤ Vgl. Puppe, in: Nomos Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 16, Rdn. 50 f.