

# 论选择性要素的认识错误

柏浪涛\*

**内容提要：**关于选择性要素的认识错误，首要的问题在于选择性要素是不是独立的客观构成要件要素。从罪刑规范的角度看，法条描述的用语不等于构成要件要素，处在同一罪刑规范内的选择性要素不一定具有等价性。从违法性的角度看，“立法意思的完备性”标准具有适用上的随意性，“条文宣示”标准则有机械主义之嫌。应根据逻辑关系和规范目的来判断选择性要素的地位。如果选择性要素具有共同上位概念，且该概念满足构成要件要素的类型性与违法性特征，则该概念是不成文的构成要件要素，选择性要素是其具体示例。这种选择性要素的对象错误不能排除故意。并列关系、互斥关系、交叉关系及特别关系的选择性要素的对象错误，均可依这种“上位概念法”予以处理。具体符合说的“具体”是指具体的构成要件要素，而非构成要件要素的具体示例。法定符合说以罪刑规范的一体性为由，认为选择性要素一律具有等价性，这种认定等价性的理由并不充分，且未指出故意的认识对象究竟是哪个客观构成要件要素，实际上违反了客观构成要件要素的故意规制机能。

**关键词：**选择性要素 对象错误 打击错误 法定符合说 具体符合说

## 一、问题意识与研究反思

我国刑法规定了数量众多的选择性要素，如拐卖妇女、儿童，伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章等。行为人对这些选择性要素产生认识错误时，该如何处理，一直是理论与实务界的疑难问题。以走私对象错误案为例，刑法第151条第2款规定了走私文物、贵金属、珍贵动物及其制品等，而王某误以为走私出境的是贵金属，实际上却是文物的，对王某该如何处理？2002年最高人民法院、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》指出：“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的，可以从轻处罚。”根据该意见，对王某应以走私文物罪（既遂）论处。这种处理结论受到的批评是，忽视了行为人的主观故意内容，

\* 华东师范大学法学院教授。

本文系国家社科基金一般项目“公共危险防控背景下的监督过失理论研究”（20BFX071）的阶段性研究成果。

有客观归罪之嫌；〔1〕并且不当地扩大适用了“概括故意”概念。〔2〕

我国刑法分则中规定的选择性要素数量庞大，此类认识错误问题频繁发生，是实务中的棘手问题。然而，我国理论界对该类问题鲜有研究，且研究路径与重心值得反思，亦即认为选择性要素错误实质上是因果流程偏离问题，从而将研究重点放在德国刑法学客观归责理论与主观归责理论的辨析上。〔3〕实际上，选择性要素的认识错误主要是对象错误，而在对象错误中因果流程并未发生偏离。

根据客观构成要件的故意规制机能，客观构成要件要素决定了故意的认识内容。〔4〕这意味着，某个要素若是客观构成要件要素，则应成为故意的认识内容。反之，某个要素若不是客观构成要件要素，则不是故意的认识内容；对其产生的认识错误并不重要，不影响故意的成立。因此，研究选择性要素的认识错误，首要的问题在于该选择性要素是不是客观构成要件要素。构成要件要素应具有类型性与违法性特征，而法条描述的用语不一定是构成要件要素，即法条描述的选择性要素有可能只是构成要件要素的具体示例，而非具有独立性的构成要件要素。对这些问题需依据构成要件要素理论作深入研究。

申言之，选择性要素的认识错误问题，是构成要件要素理论与错误理论相交织的问题。对此，理论上存在两种分析路径。一是衡量选择性要素在罪刑规范中的地位。如果选择性要素能够塑成独立的罪刑规范，则选择性要素具有独立性，这种分析路径侧重构成要件的类型性特征。二是考察选择性要素在法益侵害方面的特征。如果选择性要素制造的法益侵害具有等价性，则选择性要素不具有独立性，这种分析路径侧重构成要件的违法性特征。本文拟从这两种路径展开分析，并认为只有厘清选择性要素之间的逻辑关系，考察其共同上位概念是否具有独立的构成要件要素地位，才能为我国选择性要素认识错误问题的处理提供解决方案。

## 二、选择性要素在罪刑规范中的地位

关于选择性要素在罪刑规范中是否有独立地位，一种观点认为，选择性要素既然被法条描述出来，便具有独立地位；行为人若没有认识到选择性要素，则排除故意。另一种观点认为，既然选择性要素处在同一个罪刑规范内，其就具有等价性、无独立地位；行为人即使没有认识到某个选择性要素，也不能排除故意。对这两种观点，应作进一步细致论证。

### （一）选择性要素具有独立地位的论证

关于选择性要素认识错误的研究，最早可以追溯到宾丁。宾丁基于自己的规范论，认为每个选择性要素的背后都有自己的独立规范。立法者为了表述的经济性，将数个选择性要素的罪刑规范混合在一起，形成混合型罪刑规范；在混合型罪刑规范中，各选择性要素的独立地位并未被抹杀。基于此，如果行为人对选择性要素缺乏认识，则排除故意。〔5〕然而，这种观点没有说明选择性要素拥有独立规范的实质根据，没有阐述各选择性要素的罪刑规范之间的实质差

〔1〕 参见曹坚：《以主客观相一致的视角检视走私犯罪的主观故意》，《政治与法律》2007年第2期，第51页。

〔2〕 参见甘伟宏、余辉胜：《走私犯罪若干疑难问题之探析——兼评〈关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见〉》，《国家检察官学院学报》2003年第5期，第31页。

〔3〕 参见赵春玉：《选择性构成要件要素错误的归责方法》，《法学家》2021年第2期，第150页以下。

〔4〕 参见〔日〕佐伯仁志：《刑法总论的思之道·乐之道》，于佳佳译，中国政法大学出版社2017年版，第35页。

〔5〕 Vgl. Schroeder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, S. 321 f.

异，也没有阐明各选择性要素的罪刑规范之间是竞合关系还是聚合关系。

库伦从实质的角度出发，认为罪刑规范描述的是不法的行为类型，因此，应当根据行为类型来判断选择性要素的地位。如果罪刑规范描述的是“一个”结构性的行为类型，那么各选择性要素不具有独立性；如果罪刑规范描述的是“数个”独立的行为类型，那么各选择性要素具有独立性。既然立法者明确描述了具体的行为样态、具体的行为对象等要素，就表明立法者在作定型性描述，以此描述不法行为类型。因此，选择性要素拥有独立的罪刑规范，能够形成独立的构成要件。而主观构成要件对客观构成要件具有从属性，即客观构成要件的内容决定了故意的认识内容。基于此，关于选择性要素的认识错误能够排除故意。<sup>〔6〕</sup>

然而，以法条描述为依据来判断选择性要素的独立性，值得商榷。法条通过语句来表述，该语句首先是陈述性语句，然后上升为规范性语句。陈述性语句通过连结客体表达行为方式，其特征是描述关系或事实的存在或发生，对其可以用真假标准来判断。如果为这些关系或事实赋予一种法律后果，便成为规范性语句。此时立法者不仅在描述一个事实，更是在发布一个适用命令，此时陈述的事实是真是假并不重要，重要的是法律后果的有效性。<sup>〔7〕</sup>因此，陈述性语句并不直接等同于规范性语句，二者之间有个提炼、阐释的过程。通过法解释学会发现，在陈述性语句中，有些用语并无实际意义，而仅具有语感上的意义。例如，刑法第225条第3项前段的罪状是“未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务”，其中的“非法”就是指“未经国家有关主管部门批准”。即使删除“非法”，也不会产生任何歧义，不会影响法条的适用。反之，有时陈述性语句中又会欠缺某些用语，需要通过法解释学予以补充。例如，刑法第264条、第266条在描述盗窃罪、诈骗罪的罪状时缺少“非法占有目的”的表述。对此，应当将“非法占有目的”解释为不成文的构成要件要素。归纳言之，陈述性语句并不能被直接“复制”为规范性语句，陈述性语句中的某些用语与规范性语句中的构成要件要素并非必然一一对应。因此，库伦以法条描述为依据来判断选择性要素的独立性，难以证立。

## （二）选择性要素不具有独立地位的主张

关于构成要件事实的认识错误，存在具体符合说与法定符合说之争。法定符合说认为，只要行为人认识的事实与现实发生的事实在同一个构成要件范围内，两种事实便具有等价值关系，不具有独立的特殊地位；基于此，行为人必须对现实发生的事实承担故意责任。<sup>〔8〕</sup>将这种理念应用于选择性要素，便会认为诸多选择性要素之间具有等价值关系，故对故意的判断无需具体化、个别化，在诸多选择性要素之间发生的认识错误并不重要，均不排除故意。<sup>〔9〕</sup>不难看出，法定符合说认为选择性要素没有独立地位的依据是，这些选择性要素处在同一个构成要件（罪刑规范）范围内。然而，这种看法的理由并不充分。

性质不同的两个要素被规定在同一个罪刑规范内，还是被规定在两个或多个罪刑规范内，有时是立法技术的产物。立法者基于方便性的考虑，完全有可能将性质不同的两个要素规定在同一个罪刑规范内。例如，刑法第323条规定：“故意破坏国家边境的界碑、界桩或者永久性

〔6〕 Vgl. Lothar Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 513.

〔7〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第320页以下。

〔8〕 参见张明楷：《论具体的方法错误》，《中外法学》2008年第2期，第233页；〔日〕大谷实：《刑法讲义总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第165页。

〔9〕 参见张明楷：《再论具体的方法错误》，《中外法学》2018年第4期，第930页。

测量标志的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”其中,“界碑”“界桩”仅限于国家边境的界碑、界桩,而“永久性测量标志”既包括国家边境的测量标志,也包括不处于国家边境的测量标志,如许多水准点、地形点、炮控点等。处于国家边境的界碑、界桩、测量标志与不处于国家边境的测量标志,属于不同性质的对象,然而,立法者出于方便性的考虑,将二者规定在同一个罪刑规范内。又如,刑法第408条之一规定:“负有食品药品安全监督管理职责的国家机关工作人员,滥用职权或者玩忽职守,有下列情形之一,造成严重后果或者有其他严重情节的”,构成食品、药品监管渎职罪。其中“滥用职权”属于故意犯罪、“玩忽职守”属于过失犯罪,二者性质完全不同,但立法者出于简洁性的考虑,将二者规定在同一个罪刑规范内。反之,性质相同的两个要素也完全有可能被规定在不同的罪刑规范内。例如,刑法将国家机关证件、身份证件规定在不同的罪刑规范内,行为人误以为买卖的是身份证件,实际上是国家机关证件的,这种认识错误并不重要,不影响买卖国家机关证件罪的成立。

归纳言之,法定符合说认为,选择性要素处在同一个罪刑规范内,因此不具有独立地位,而具有等价性。这种论证具有形式地理解规范的倾向。施罗德也认为,关于选择性要素的认识错误问题,等价值理论(法定符合说)并没有说服力,已经属于过时的理论;该理论曾经被应用于打击错误中,认为不排除对实害结果的故意,然而在今天这种结论应当被拒绝。<sup>[10]</sup>

### 三、选择性要素在法益侵害方面的特征

单纯依据罪刑规范的同质性来判断选择性要素的独立性,过于形式主义。与之相反,第二种路径是从实质角度分析选择性要素的法益侵害特征,对此要作进一步深入分析。

#### (一) 法益侵害的等价性

认定犯罪的实质根据是行为人制造了法益侵害事实,并且就法益侵害事实能够谴责行为人;前者表示不法性,后者表示有责性。<sup>[11]</sup>法益侵害事实(不法事实)包括行为无价值(行为不法)与结果无价值(结果不法)。沃尔特认为,各选择性要素的行为无价值与结果无价值是相同的,所以它们没有独立地位、具有等价性,法官对此不需要特别判断。<sup>[12]</sup>然而,选择性要素的种类较多,对此不能一概而论。就选择性对象而言,例如买卖国家机关公文、证件、印章罪,行为方式均为“买卖”,可以说行为无价值是相同的。但是,“公文”“证件”“印章”是不同的行为对象,不能一概说结果无价值是相同的;不能因为行为方式相同,便认为侵害结果也相同。侵害这三种对象所体现的结果无价值是否相同,正是需要进一步论证的问题。就选择性结果而言,例如刑法第115条放火罪中的“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”,其中“致人重伤、死亡”与“使公私财产遭受重大损失”所体现的结果无价值显然是不同的。因此,认为选择性要素的行为无价值与结果无价值一概相同,过于武断。

法定符合说认为,选择性要素的认识错误中,就责任非难的层面来说,行为人主观认识的结果与现实发生的结果之间的差异,并不影响对行为人的责任非难,责任非难的程度基本没有区别,这是因为反对动机的形成可能性完全相同,适法行为的期待可能性也完全一致。<sup>[13]</sup>然

[10] 参见前引〔5〕, Schroeder文,第321页以下。

[11] 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51页。

[12] 参见前引〔5〕, Schroeder文,第324页。

[13] 参见前引〔8〕,张明楷文,第228页;前引〔9〕,张明楷文,第931页。

而，不法与责任具有对应关系，责任是对不法事实的否定评价，不法内容决定了责任谴责的内容。<sup>[14]</sup>而且，反对动机也不是抽象的，是有具体内容的，具体内容构成要件规定。正如西田典之所言，在故意犯的场所，刑罚这一制裁只会就行为人认识到的事实形成反对动机，这就要求不能将个别具体的行为对象予以抽象化。<sup>[15]</sup>因此，应当先判断选择性要素的不法事实是否相同，才能判断责任非难是否相同。在这个前提未明确之前，不能仅依据抽象的反对动机就认为针对选择性要素的责任非难是相同的。

## （二）立法意思的完备性

施罗德是研究选择性要素认识错误的代表性人物，认为应当根据立法者意思来判断选择性要素的独立性；如果立法者详尽地考虑了可能的侵害方式和侵害对象，划定了一个完备的涵盖范围，诸多选择性要素处于该涵盖范围内，这些选择性要素就不具有独立性，关于它们的认识错误就不重要。例如，德国刑法第142条规定了逃离事故现场罪，其第1款第1项和第2项分别规定了两种可能的情形，一是调查人员在场的情况下行为人逃离现场；二是调查人员不在场的情况下，行为人没有等候其到来而逃离现场。立法者完整地设想了逃离时间上的可能情形，除了这两种情形，不可能有其他情形。如果行为人在这两种情形之间发生认识错误，譬如误以为调查人员在场而逃离，实际上调查人员当时不在场，这种认识错误就是不重要的，不能排除故意；如果行为人从这种认识错误中受益，则不合理。这种判断标准被称为完备性标准。<sup>[16]</sup>

完备性标准认为，选择性要素若处在同一个完备的涵盖范围内则不具有独立性。这种思路是妥当的，正因如此，完备性标准成为德国的有力学说。<sup>[17]</sup>但问题是，如何确定这个完备的涵盖范围，完备性标准给出的判断依据是立法者的意思。然而，如何探寻立法者的意思，又成为问题。由于完备性标准带有主观解释色彩，导致该标准在适用上具有一定的恣意性。例如，德国刑法第315条c规定了危害道路交通安全罪，行为对象是“危及他人身体、生命或者贵重物品”。该罪规定了故意犯和过失犯的情形。施罗德认为，虽然“身体、生命”与“贵重物品”的法益性质不同，但均处于立法划定的保护范围内，因此它们之间的认识错误并不重要。譬如甲醉酒驾驶，误以为街边有一个雕像，向该方向驶去，实际上前方是一个人；甲对被害人应承担故意犯的责任。又如，1871年德国刑法典第308条规定了放火罪，行为对象有“农产品或者建筑材料”。施罗德认为，立法者在此并未划定一个完备的保护范围，因此“农产品”与“建筑材料”具有独立性。譬如甲点燃了一堆稻草，他以为这堆稻草是乙储存的农产品，实际上却是乙用作覆盖屋顶的建筑材料；甲的这种认识错误是重要的，能够排除故意。<sup>[18]</sup>对比可以发现，“身体、生命”与“贵重物品”的法益性质差异显著，但施罗德认为二者不具有独立性；“农产品”与“建筑材料”的法益性质基本相同，施罗德却认为二者具有独立性。库伦便指出，由于完备性标准缺乏精确的限制，容易导致这种不合理的结论。<sup>[19]</sup>

因此，如何根据立法者意思划定明确的涵盖范围，是问题的关键。然而，完备性标准并未

[14] 参见许玉秀：《当代刑法思潮》，中国民主法制出版社2005年版，第81页。

[15] 参见〔日〕西田典之：《日本刑法总论》，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第175页。

[16] 参见前引〔5〕，Schroeder文，第325页以下。

[17] Vgl. Roxin, Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., 2020, § 12 Rn. 136; Joachim Vogel, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2007, § 16 Rn. 42.

[18] 参见前引〔5〕，Schroeder文，第325页。

[19] 参见前引〔6〕，Kuhlen书，第511页。

提供具体的操作方法。正如普珀所言，如果完备性标准不能将这个界限范围用一个辅助性概念描述出来，该标准便徒具形式意义。<sup>[20]</sup>并且，普珀对于能否提出这样一个辅助性概念表示质疑，因为立法者为了让法律文本保持一定的适应性，对某些概念的界限范围有意创设了一定的模糊性。<sup>[21]</sup>规则具有“模糊性边缘”，这实际上是一个优点；语言的不确定性允许语言不断发展以容纳新的发现，“数”的概念范围从正整数到复数的逐步扩大便是例证。<sup>[22]</sup>

### （三）条文宣示的独立性

关于如何明确立法者意思，蔡圣伟认为，原则上同一条文中的选择性要素应被推定为单一的构成要件要素，具有等价性，除非这种推定被推翻；这种推定被推翻的情形应限于一种情形，即“立法者在其他条文中，业已宣示过相关选择要素的内容应被独立评价、相异处理”，此时便形成一种立法者的自我束缚，法律适用者才不得将这些选择要素合一评价。<sup>[23]</sup>例如，德国刑法第315条c（危害道路交通安全罪）规定的行为对象是“危及他人身体、生命或者贵重物品”。由于立法者在其他条文中分别规定了故意杀人罪和故意毁坏财物罪，表明立法者已经宣示了对“人”和“物”应当独立评价，所以，危害道路交通安全罪中的“身体、生命”与“贵重物品”在法益价值上具有独立性。醉酒驾驶的司机如果误把街边的人当作雕像予以撞击，则对被害人仅承担过失犯的责任。

上述标准（条文宣示标准）依据法律的明文规定来判断选择性要素的独立性，具有明确性的优点。但是，法律在规定一个要素时不一定考虑到该要素的独立性，所以，即使单独规定某个要素，也不意味着该要素具有独立性。由此，条文宣示标准会导致两方面的不妥结论。一方面，将具有等价性的选择性要素认定为具有独立性。例如，刑法第236条规定了强奸罪、第237条规定了猥亵儿童罪、第262条规定了拐骗儿童罪，依照条文宣示标准，这表明立法者宣示了对“妇女”和“儿童”应当独立评价。基于此，拐卖妇女、儿童罪中的“妇女”与“儿童”在法益价值上应具有独立性。例如，乙想收买一个不满14周岁的男童，甲得知后，误以为在本村附近流浪的丙是男童，遂将其卖给乙，但实际上丙是15周岁的女性（误卖妇女案）。依照条文宣示标准，对甲只能认定为拐卖儿童罪未遂，而不能认定为拐卖妇女罪既遂。然而，这种结论可能并不妥当。另一方面，将具有独立性的选择性要素认定为具有等价性。例如，王某欲破坏国内某地的测量标志，实际上却破坏了国家边境的界桩。除刑法第323条之外，立法者未在其他条文中规定过“界桩”“测量标志”。按照条文宣示标准，立法者没有将二者独立评价，二者应具有等价性，所以，王某的认识错误不能排除故意，对王某应认定为破坏界桩罪。然而，这种结论并不合理。从以上举例可以发现，条文宣示标准虽然弥补了完备性标准的模糊性，但有机械主义之嫌。

## 四、选择性要素的对象错误

前述分析方法均希冀用一个标准解决所有的选择性要素认识错误问题，然而，如韦塞尔斯

[20] Vgl. Ingeborg Puppe, in: Nomos Kommentar StGB, 4. Aufl., 2013, § 16 Rn. 117.

[21] 同上引评注，第16节，边码119。

[22] 参见[美]布赖恩·比克斯：《法律、语言与法律的确定性》，邱昭继译，法律出版社2007年版，第8页。

[23] 参见蔡圣伟：《难湮之隐——构成要件选择要素之间的事实错误》，《月旦法学教室》第204期（2019年10月），第26页。

所言,对该问题要找到一个普遍适用的解决方案是不可能的。<sup>[24]</sup>这是因为,选择性要素有多种类型,选择性要素的认识错误也有多种类型,现实的做法是类型化分析。选择性要素主要包括三种:(1)选择性行为对象,例如拐卖妇女、儿童罪中的“妇女”“儿童”;(2)选择性实害结果,例如抢劫致人重伤、死亡(结果加重犯)中的重伤、死亡;(3)选择性行为类型,例如刑法第194条为票据诈骗罪规定了五种行为类型。选择性行为对象的认识错误,主要属于对象错误;选择性实害结果的认识错误,主要属于打击错误;选择性行为类型的认识错误,需要具体分析是属于对象错误还是属于打击错误。

选择性对象是数量最多的选择性要素,因此关于选择性对象的对象错误是选择性要素的认识错误中占比最多的。前文已述,传统的解决路径有两种,一是考察选择性要素在罪刑规范中的地位,二是论证选择性要素在法益侵害方面的特征。在判断选择性要素的独立性时,前者过高估计了罪刑规范的作用;后者则侧重选择性要素的违法性特征,基本方向正确,但在认定标准上要么具有模糊性、要么具有机械性。妥当的做法是,根据逻辑关系和法解释学方法来阐述选择性要素的类型性与违法性特征,以此判断选择性要素的独立性。这是因为,与单一的构成要件要素相比,选择性要素的特点是逻辑关系比较复杂,只有厘清它们之间的逻辑关系,才能进一步明确它们的地位。

从逻辑上看,如果诸多选择性要素拥有共同上位概念,且该上位概念属于构成要件要素,那么上位概念(属概念)与诸多选择性要素便是属种关系,诸多选择性要素属于下位概念(种概念),不具有独立的构成要件要素地位,而属于上位概念的具体示例。<sup>[25]</sup>例如,刑法第350条规定:“违反国家规定,非法生产、买卖、运输醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用于制造毒品的原料、配剂,或者携带上述物品进出境,情节较重的”,构成非法生产、买卖、运输制毒物品、走私制毒物品罪。其中,“用于制造毒品的原料、配剂”与“醋酸酐、乙醚、三氯甲烷”是属种关系,前者是上位概念,后者是下位概念;前者具有独立的构成要件要素地位,后者虽然是条文描述的用语,但不具有独立的构成要件要素地位,而属于构成要件要素的具体示例。这在立法技术上呈现的是所谓例示法,即将个别情形的列举与概括规定相结合的一种立法技术。<sup>[26]</sup>在认识内容方面,行为人只需认识到例示法中的属概念即可。<sup>[27]</sup>

问题是,若条文没有为选择性要素描述出共同上位概念时,该如何处理?对此,法定符合说的观点值得进一步细致讨论。

#### (一) 法定符合说判断“等价性”的问题

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”,成立破坏交通工具罪。法条没有为“火车”“汽车”“电车”“船只”“航空器”规定共同上位概念。以误毁电车案为例,甲想破坏汽车,黑暗中误以为是汽车而予以破坏,实际上破坏的是电车。对此,法定符合说的观点是,“汽车”与“电车”是等价的,甲的这种对象认识错误不重要,甲构成破坏交通工具罪(既遂)。<sup>[28]</sup>

[24] Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., 2013, § 7 Rn. 246.

[25] Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, § 27 Rn. 34.

[26] 参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2014年版,第151页。

[27] Vgl. Günter Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, FS - Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 281.

[28] 参见前引[9],张明楷文,第931页。

然而，法定符合说没有阐明“汽车”与“电车”等价的理由。

第一项可能的理由是，“汽车”与“电车”被规定在同一个罪刑规范中，因此二者是等价的。然而，这种理由过于形式主义。正如前文所述，立法者基于方便性的考虑，完全有可能将性质不同的两个要素规定在同一个罪刑规范中，或者将性质相同的两个要素规定在不同的罪刑规范中。因此，不能因为“汽车”与“电车”处在同一个罪刑规范内，就认为二者必然等价。

第二项可能的理由是，破坏“汽车”与“电车”的法益侵害性（违法性）相同。该结论本身无误，但这只是解决了构成要件要素的实质特征问题。一个要素要成为构成要件要素，不仅要具备实质特征（违法性特征），还要具备形式特征（类型性特征）。具体生活事实作为一种素材，要升华为规范事实，必须体现“事物本质”，必须具有理念性、图像性、模型性，即类型性；刑法的构成要件都是不法类型，即类型化的无价值的生活事实。<sup>[29]</sup>例如，“张三”这个人、“李四”这个人都是故意杀人罪的客观构成要件要素，只有“人”才是故意杀人罪的客观构成要件要素，因为其具有类型性特征，“张三”这个人、“李四”这个人都是“人”的具体示例。在此不能因为“张三”这个人、“李四”这个人具有违法性上的等价性，就认为二者是故意杀人罪的客观构成要件要素。同理，不能因为“汽车”“电车”具有违法性上的等价性，便认为二者属于破坏交通工具罪的构成要件要素。二者是不是破坏交通工具罪的构成要件要素，需要作类型性判断，对此后文会作专门论述。

根据客观构成要件要素的故意规制机能，一个要素如果是客观构成要件要素，则属于故意的认识内容；一个要素如果不是客观构成要件要素，则不属于故意的认识内容。法定符合说没有指明，“汽车”与“电车”是不是具有类型性特征的客观构成要件要素。如果“电车”是具有类型性特征的客观构成要件要素，则需要行为人认识到。而在误毁电车案中，甲没有认识到对象是“电车”，表明其主客观不一致，从而不能得出“甲构成破坏交通工具罪（既遂）”的结论。如果“电车”不是客观构成要件要素，“电车”便不是故意的认识内容。如此便需要指明，究竟哪个要素是客观构成要件要素，是破坏交通工具罪的行为对象，以及甲有无认识到该要素。法定符合说一方面指出，甲有无认识到“电车”并不重要，另一方面又没有指明，甲应该认识到什么，什么才是破坏交通工具罪的客观构成要件要素，以及究竟在哪个要素上甲做到了主客观相一致。法定符合说不回答这些问题，实际上是跳过了“客观构成要件要素具有故意规制机能”这一判断步骤。

## （二）共同上位概念的存在必要性及确定方法

世界上没有两个事物是完全相同或等价的。所谓相同性或等价性，是依据某种观念或视角所得出的结论；离开这个观念或视角，无法谈论等价性。例如，孤立地看“汽车”与“电车”这两个概念，二者没有等价性可言。所谓“汽车”与“电车”具有等价性，是在某个观念或视角下得出的结论。这个观念或视角便是“汽车”“电车”的某项共同特征，这个共同特征用语言表述出来就是二者的共同上位概念，例如“会产生公共危险的交通工具”。只有在这个共同上位概念之下，才能说“汽车”与“电车”是等价的，即二者均为“会产生公共危险的交通工具”这一概念的具体示例。因此，若条文没有为选择性要素描述出共同上位概念，就必须从违法性与类型性的视角，判断诸多选择性要素是否存在共同上位概念。若存在共同上位概

[29] 参见[德]亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，学林文化事业有限公司1999年版，第103页以下。

念，并且满足构成要件要素的特征，则可以视其为不成文的构成要件要素，此时选择性要素便只是构成要件要素的具体示例。若不存在共同上位概念作为构成要件要素，则每个选择性要素具有独立地位，均属于构成要件要素。

判断是否存在共同上位概念，有两个基本步骤。第一，考察违法性特征，即考察选择性要素的法益侵害性是否相同。如果法益侵害性不同，则选择性要素不具有等价性，各自具有独立地位，不需要寻找共同上位概念；选择性要素均是客观构成要件要素，属于故意的认识内容，如果行为人没有认识到，会导致排除故意。例如，刑法第115条放火罪规定了“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”，其中“致人重伤、死亡”与“使公私财产遭受重大损失”虽然都是危害公共安全的表现，但前者是人的生命、身体健康法益受到侵害，后者是财产法益受到侵害，法益侵害属性不同，因此二者具有独立地位，均属客观构成要件要素，均为故意的认识内容。例如，甲想在深夜放火烧毁本公司仓库内的货物，以为仓库地板上都是货物，但实际上地板上睡着两名库管员，最终两名库管员被烧死。虽然甲对烧毁财物持有故意，但不能因此认为其对被害人的死亡结果也持有故意，甲的这种对象认识错误能够排除故意杀人罪的故意。对甲只能认定为放火罪（过失）致人死亡，而不能认定为放火罪（故意）致人死亡。

第二，考察类型性特征。如果选择性要素具有相同的法益侵害性，则需要进一步考察类型性特征。在寻找共同上位概念时，必须根据罪刑规范的保护目的及保护范围进行限定，否则对于任何两个概念，只要无限上溯，均能找到共同上位概念。例如，对于“国家机关证件”和“枪支”，不断上溯，可以找到的共同上位概念是“物”。虽然“物”这个上位概念具有类型性特征，但由于超出了盗窃国家机关证件罪的保护范围，也超出了盗窃枪支罪的保护范围，不能成为这两个罪名的客观构成要件要素。概念的建构，由目的性（规范意旨）所决定。<sup>[30]</sup>为此，一方面要保证法益保护的周延性，禁止遗漏；另一方面，也要保证法益保护的法定性，禁止间接处罚，即不应处罚罪刑规范保护范围之外的行为及结果。因此，在寻找具有类型性特征的共同上位概念时，要以罪刑规范的保护范围为指南，在具体概念与一般概念之间不断往返。例如，刑法第116条没有为“火车”“汽车”“电车”“船只”“航空器”规定明文的上位概念，而“火车”“汽车”“电车”“船只”“航空器”的共性特征是均属于“交通工具”。但是，“交通工具”中包括自行车，而自行车并不在破坏交通工具罪的保护范围内，因为破坏自行车一般不会造成公共危险。因此，对“交通工具”这一概念应当进行目的性限缩。破坏交通工具罪的保护目的是公共安全，这里的“交通工具”应限缩为“会产生公共危险的交通工具”。“会产生公共危险的交通工具”这一概念满足了构成要件要素的类型性与违法性特征，应成为破坏交通工具罪不成文的构成要件要素，“火车”“汽车”“电车”“船只”“航空器”都只是该构成要件要素的具体示例。以前文误毁电车案为例，甲误将电车当作汽车而破坏，根据客观构成要件的故意规制机能，行为人只需要认识到客观构成要件要素“会产生公共危险的交通工具”，而不需要认识到该要素的具体示例。因此，甲在“汽车”与“电车”之间发生的认识错误并不重要，甲在破坏“会产生公共危险的交通工具”上是主客观相一致的，因此甲构成破坏交通工具罪（既遂）。

法定符合说认为，刑法既然将汽车和电车分开规定，而且没有规定“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，因此，甲应成立破坏汽

[30] 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第60页。

车的未遂和过失破坏电车。<sup>[31]</sup>这种看法可能是对具体符合说的误解。具体符合说的“具体”是指具体的构成要件要素，而非构成要件要素的具体示例。例如，甲以为前方是仇人张三而开枪，实际打死了行人李四。故意杀人罪的构成要件要素（行为对象）是“人”，至于这个人的姓名、身份等要素，均不是构成要件要素。构成要件要素具有筛选功能，即根据类型性要求剔除不重要的因素。<sup>[32]</sup>“张三”“李四”只是构成要件要素“人”的具体示例，“张三”“李四”这些身份要素不是行为人需要认识的内容。对于选择性要素，具体符合说的“具体”也是以构成要件要素为标准。如果选择性要素的共同上位概念是成文或不成文的构成要件要素，则选择性要素属于构成要件要素的具体示例，从而不是行为人需要认识的内容。

相反，法定符合说将法条描述的对象直接作为构成要件要素，不重视在其上提炼上位概念，反倒会导致处罚漏洞。例如，王某破坏了某城市的过江空中索道，按照法定符合说，需要解释空中索道属于“火车”“汽车”还是“电车”。无论将“空中索道”解释为“火车”“汽车”还是“电车”，都会被质疑是类推解释。因此，按照法定符合说，王某不构成破坏交通工具罪。然而，这种结论显然令一般人难以接受。法定符合说可能认为，这种结论是合理的结论，因为既然立法者在刑法第116条中仅规定了“火车、汽车、电车、船只、航空器”，没有规定“空中索道”，那么根据罪刑法定原则，王某的确不构成破坏交通工具罪。按照这种看法，“火车”“汽车”“电车”“船只”“航空器”便是独立的客观构成要件要素，而非某个上位概念（不成文的构成要件要素）的具体示例，那么根据客观构成要件要素的故意规制机能，“火车”“汽车”“电车”“船只”“航空器”便是故意的认识内容。如果行为人没有认识到，则排除故意。但是，法定符合说在针对前文误毁电车案时又认为，甲有无认识到电车不重要，不排除故意。这显然未能做到一以贯之。而根据具体符合说，刑法第116条中存在不成文的构成要件要素“会产生公共危险的交通工具”，“火车”“汽车”“电车”“船只”“航空器”都只是其具体示例，空中索道也是其具体示例。因此，王某只需要认识到自己在破坏“会产生公共危险的交通工具”即可，而不需要认识到自己在破坏空中索道。王某显然认识到自己在破坏“会产生公共危险的交通工具”，因此构成破坏交通工具罪。

反对意见可能认为，这种寻找上位概念的做法过于随意。然而，只要上位概念具有存在的必要性，剩下的就是法解释学的任务。解释活动的确带有一定的不确定性，但是只要解释理由充分，其结论便可采纳。恩吉施为此举例说明，根据德国刑法第243条第1款第1项的规定，进入大楼、住宅、办公场所、商业场所或者其他封闭场所盗窃的，可以适用更重的法定刑。“大楼”“住宅”“办公场所”的共同上位概念是“封闭场所”，该上位概念的范围需要解释才能确定。例如，甲拆卸乙的载人汽车车顶进入车内盗窃，是否属于进入“封闭场所”盗窃？这属于解释领域的问题。对此需要将甲的行为与其他入户盗窃案件进行等价性比较，看是否存在实质区别。在此应遵循立法者的意志，还是探寻法律的理性目的，又是一个解释的问题。<sup>[33]</sup>解释的过程是螺旋式循环的过程，目光不断在事实与规范之间往返。虽然这个过程是不确定的、有风险的，但它也是创造性的。<sup>[34]</sup>

[31] 参见前引〔9〕，张明楷文，第930页。

[32] 参见前引〔24〕，Wessels等书，第5节，边码119。

[33] 参见前引〔26〕，恩吉施书，第63页以下。

[34] 参见〔德〕阿图尔·考夫曼：《法律获取的程序——一种理性分析》，雷磊译，中国政法大学出版社2015年版，第183页。

以上判断选择性要素的地位的方法，可称为上位概念法。在该方法的指导下，可以分析条文没有明文规定上位概念的选择性对象。此外，还需要按照逻辑关系进行类型化分析。

### （三）选择性对象的逻辑关系

根据选择性对象的逻辑关系，选择性对象之间存在并列关系（A与B的关系）、互斥关系（A与“非A”的关系）、交叉关系（“A+C”与“B+C”的关系）及特别关系（A与“A+B”的关系）。对此需要一一分析。

#### 1. 并列关系的选择性对象

并列关系也称中立关系，例如前述“火车”“汽车”“电车”“船只”“航空器”等选择性对象即属于并列关系。对这类选择性对象，可根据上位概念法进行判断，如果存在作为不成文构成要件要素的上位概念，则这些选择性对象不具有独立地位。值得注意的是，与前文误毁电车案类似的情况是，甲主观上想破坏汽车，看到一辆车顶有架空电缆和集电杆的公交车，认为这就是汽车，予以破坏；实际上这是电车。这种认识错误也可谓选择性对象的对象错误，<sup>[35]</sup>但与误毁电车案存在区别。在误毁电车案中，甲存在双重认识错误，即甲没有认识到电车的存在（消极的错误），同时甲将眼前的电车当作汽车（积极的错误）。而本案的特点是，甲认识到电车的存在（不存在消极的错误），但将眼前的电车当作汽车（积极的错误）。两个案件中均存在积极的错误，但产生错误的原因不同。误毁电车案中，产生错误的原因是甲的视觉感知有误。本案中，甲的视觉感知无误，产生错误的原因是甲的理解或解释有误，这是一种涵摄错误。由于涵摄或解释以法官的认识为准，所以涵摄错误是一种不重要的认识错误，不能排除故意。<sup>[36]</sup>可能有人认为，涵摄错误与对象认识错误是排斥关系，如果本案中是涵摄错误，便不属于对象认识错误。但实际上，涵摄错误与事实认识错误不是排斥关系，涵摄错误是产生事实认识错误的一种原因。例如，甲以为自己贩卖的是普通书刊，实际上却是淫秽物品。甲之所以产生这种对象认识错误，有一种原因是，甲所理解的“淫秽物品”必须是有大量露骨的对性器官的展示（大前提），而自己贩卖的书刊中没有这些内容（小前提），所以不是淫秽物品。在此，甲既有涵摄错误，也有对象认识错误。

#### 2. 互斥关系的选择性对象

互斥关系是指相互对立排斥的关系，例如我国盗窃罪的行为对象是“公私财物”，即“公共财物”与“私人财物”，二者是互斥关系（A与“非A”的关系）。又如，德国刑法第287条规定，“未经官方许可公开发售彩票或者举办动产或者不动产的有奖销售活动”，构成犯罪；其中，“动产”与“不动产”属于互斥关系。

互斥关系的选择性要素与并列关系的选择性要素的相同点在于，各选择性要素之间互不隶属，没有交叉重合；二者的区别在于，前者能够组成一个封闭完整的概念，而后者只有与其他具有并列关系的要素一起才能组成一个封闭完整的概念。例如，“公共财物”与“私人财物”能够组成一个封闭完整的概念“财物”，即作为盗窃罪的对象，“财物”要么是公共财物、要么是私人财物。而“火车”“汽车”“电车”“船只”“航空器”并不能组成一个封闭完整的概念“交通工具”，比如“交通工具”还包括空中索道。

由于互斥关系的选择性要素能够组成一个封闭完整的概念，这个概念便是它们的共同上位

[35] 参见前引〔27〕，Warda文，第273页。

[36] Vgl. Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2013, § 15 Rn. 4.

概念，所以，该共同上位概念就是构成要件要素，而互斥关系的选择性要素只是该构成要件要素的具体示例。因此，关于互斥关系的选择性要素的认识错误并不重要，不能排除故意。例如，王某误以为眼前的财物是同事张某的财物予以盗窃，但实际上是单位的公共财物。这种认识错误不能排除王某的盗窃罪故意。普珀便认为，互斥关系的选择性要素是A与“非A”的关系，立法者用这种表述只是想强调实际是A还是“非A”并不重要，因此这种认识错误不能排除故意。<sup>[37]</sup>

### 3. 交叉关系的选择性对象

交叉关系中存在着重合部分，例如拐卖妇女、儿童罪中“妇女”与“儿童”存在交叉关系（“A+C”与“B+C”的关系）。在逻辑关系上，如果存在两个划分标准，则划分出的概念会存在交叉重合。“妇女”是根据性别划分的概念，“儿童”是根据年龄划分的概念，由于划分标准不是同一个，“妇女”和“儿童”之间会存在交叉重合，即“幼女”。

拐卖妇女、儿童罪未为“妇女”“儿童”设置上位概念，但是，“妇女”“儿童”存在共同上位概念，并且能够成为该罪的构成要件要素。第一，在违法性特征上，拐卖妇女与拐卖儿童的法益侵害性是相同的，即侵犯人身自由和人格尊严。第二，在类型性特征上，“妇女”“儿童”的共同上位概念是“人”，但“人”的概念中包括了“已满14周岁的男性”，而“已满14周岁的男性”不处在拐卖犯罪的保护范围内。从立法沿革看，1979年刑法第141条规定了拐卖人口罪，1997年刑法将拐卖人口罪修改为拐卖妇女、儿童罪。这种修改的主要原因是，实务中绝大多数拐卖人口案件是拐卖妇女、儿童，拐卖年满14周岁男性的案件较少。不难看出，不以拐卖犯罪保护年满14周岁的男性，不是基于违法性的考虑，而是因为犯罪率较低，预防犯罪的必要性较低。这已经属于刑事政策范畴的考量了，因此，无法用法益侵害性来确定“妇女”“儿童”的上位概念，而只能用刑事政策要素来圈定其上位概念，即“预防拐卖犯罪的刑事政策认为需要特别保护的人”。这便是立法者心目中拐卖犯罪的行为对象（构成要件要素）。从应然角度看，年满14周岁的男性应受拐卖犯罪的保护，但从现行刑法的角度看，年满14周岁的男性不属于“预防拐卖犯罪的刑事政策认为需要特别保护的人”，而“妇女”“儿童”属于该上位概念的具体示例。因此，在“妇女”和“儿童”之间发生的认识错误并不重要。例如前文误卖妇女案中，甲误将15周岁的女性当作男童而拐卖，对于“预防拐卖犯罪的刑事政策认为需要特别保护的人”，甲主观上具有拐卖的故意，客观上拐卖了该对象（具体示例是妇女），主客观相一致，因此甲构成拐卖妇女罪（既遂）。

### 4. 特别关系的选择性对象

特别关系是指特别与一般的关系，也称包容关系。例如，刑法第282条第2款规定：“非法持有属于国家绝密、机密的文件、资料或者其他物品，拒不说明来源与用途的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”其中，“绝密文件”与“机密文件”属于特别与一般的关系；前者属于特别概念（“A+B”），后者属于一般概念（A），前者可以包容评价为后者，即“A+B”可以包容评价为A，B属于特别因素。<sup>[38]</sup>在特别关系中，特别概念属于种概念（下位概念），一般概念属于属概念（上位概念）。因此，在二者之间发生对象错误时，至少在上位概念的范围内能实现主客观相一致。例如，赵某误以为自己非法持有的是机密文件，但实际上是绝密文

[37] 参见前引〔20〕，Puppe/Nomos Kommentar，第16节，边码116。

[38] Vgl. Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, § 14 Rn. 12.

件。“绝密文件”可以包容评价为“机密文件”，因此在“机密文件”的范围内赵某的主客观相一致，构成非法持有国家机密文件罪。应注意的是，一般概念（上位概念）无法包容评价为特别概念（下位概念），即“机密文件”无法评价为“绝密文件”。赵某具有持有机密文件的故意，不能包容评价为具有持有绝密文件的故意，因此，对赵某不能以非法持有国家绝密文件罪论处，否则就违反了责任主义。

#### （四）选择性要素错误与抽象错误的关系

诸多选择性要素若存在共同上位概念，且上位概念具备构成要件要素的特征，那么诸多选择性要素与上位概念的关系就属于特别与一般的关系，前者属于特别概念（A + B），后者属于一般概念（A）。如果该上位概念与诸多选择性要素处在同一个罪刑规范内，则产生的认识错误属于同一构成要件内的错误（具体的错误）。如果该上位概念处在另一独立的罪刑规范内，则产生的认识错误属于不同构成要件之间的错误（抽象的错误）。刑法第151条第2款规定：“走私国家禁止出口的文物、黄金、白银和其他贵金属或者国家禁止进出口的珍贵动物及其制品的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”。一方面，“黄金”“白银”的共同上位概念是“贵金属”，二者处在同一罪刑规范内。例如，王某误以为自己走私出境的是一箱黄金，实际上是一箱白银，这种认识错误就属于同一构成要件内的对象错误。由于走私贵金属罪的构成要件要素是“贵金属”，“黄金”“白银”只是该构成要件要素的具体示例，所以在“黄金”和“白银”之间发生的认识错误并不重要，王某构成走私贵金属罪（既遂）。另一方面，“文物”与“贵金属”的共同上位概念是“禁止出口的货物、物品”。但“禁止出口的货物、物品”不处在刑法第151条第2款的罪刑规范内，而处在该条第3款的罪刑规范内，其罪名是走私国家禁止进出口的货物、物品罪。因此，虽然“文物”与“贵金属”拥有共同上位概念，但在各自罪刑规范内仍属于相应犯罪的构成要件要素，具有独立地位。例如本文开头提及的走私对象错误案，王某误以为走私出境的是贵金属，但实际上是文物。由于“贵金属”与“文物”具有独立地位，且不能相互包容评价，所以，王某不构成走私文物罪，因为缺少走私文物的故意；王某也不构成走私贵金属罪，因为缺少走私贵金属的行为。但“文物”“贵金属”的共同上位概念是“禁止出口的货物、物品”，前者属于特别概念（A + B），后者属于一般概念（A），前者可以包容评价为后者。所以，在后者的范围内，能实现主客观相一致，对王某可以认定为走私国家禁止进出口的货物、物品罪（既遂）。相关规范性文件认为，对走私对象有认识错误的，一概以实际的走私对象定罪，基于此对王某应认定为走私文物罪（既遂）。这种做法和认定并不妥当，违反了责任主义。

不难发现，王某的对象错误也属于不同构成要件之间的对象错误（抽象的错误）。实际上，抽象的对象错误与选择性要素的对象错误，在处理思路上一致的，均是判断各个要素是否具有独立地位、是否存在共同上位概念。例如，日本将走私麻药罪和走私兴奋剂罪分别规定在不同的附属刑法条文中，甲误以为自己走私进口的是兴奋剂，实际上却是麻药。刚性的观点认为，条文即等于构成要件，条文描述的要素之间不具有可包摄性；基于此，兴奋剂与麻药具有独立性，对行为人不能认定为走私麻药罪。柔性的观点认为，条文不等于构成要件，条文描述的要素之间具有可包摄性；基于此，虽然兴奋剂和麻药在立法技术上被分别规定于不同条文，但可解释为同一构成要件内的要素，因此对行为人可以认定为走私麻药罪。<sup>[39]</sup> 将兴奋剂

[39] 参见[日]高桥则夫：《刑法总论》，李世阳译，中国政法大学出版社2020年版，第178页以下。

和麻药解释为同一构成要件内的要素，实际上也是认为二者属于等价的选择性要素。<sup>[40]</sup>因此，选择性要素的错误与抽象的错误在本质上是相同的问题，区别仅在于立足点是同一罪刑规范还是不同罪刑规范。然而，将各个要素规定在同一规范内还是不同规范内，很多时候仅仅是立法技术的产物，并不具有实质意义。也正因如此，德国刑法学在分析事实认识错误时，并没有刻意区分具体的错误与抽象的错误。<sup>[41]</sup>

## 五、选择性要素的打击错误

与选择性要素的对象错误相比，选择性要素的打击错误案件较少，并且主要是选择性实害结果类型。关于这类案件，存在具体符合说与法定符合说的激烈争论。法定符合说认为，在处理选择性要素的认识错误上，其更具有优越性。<sup>[42]</sup>然而，其理由值得仔细考量。

### （一）故意的认定时间

在讨论打击错误时，西田典之指出：“我们在谈论方法错误（打击错误）时，首先存在一个前提，即行为人对处于目标乙旁边的丙并无未必的故意。”<sup>[43]</sup>因此，打击错误的案件事实应当是，甲向前方的乙开枪，子弹打偏，击中了附近的丙，并且甲对丙的死亡没有间接故意心理，而是过失心理。不过，法定符合说认为，“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”，因为必须在结果发生之后，判断行为人对该结果是否具有故意，而不是按行为人事先的计划判断故意的存在与否。<sup>[44]</sup>简言之，不能一开始就设定行为人对实害结果存在或不存在故意，只有等到实害结果发生后才能判断故意的有无。

这种看法可能混淆了故意的产生时间与认定时间。虽然故意的认定是在事后，但故意的产生是在事前。主客观相一致原则包括两项“一致性”，一是内容上的一致性，即主观认识内容与客观发生的事实是一致的；二是时间上的一致性，即主观故意与客观行为是一体发生的，即所谓“行为与故意同时存在原则”。因此，故意的认定在事后，但行为人有无故意的时间基准应是行为时，而不是事后。

法定符合说认为，只有结果发生后才能判断行为人有无故意，即结果发生是判断行为人有无故意的必备资料，否则无法判断行为人有无故意。然而，这种看法不符合故意的发生机理。故意的认识因素包括两项：一是认识到自己的行为在制造危险，二是认识到危险会现实化为结果。前者的认识活动是一种知晓，后者的认识活动是一种设想。法官在事后认定故意时，可以判断行为人在行为时是否存在“知晓”“设想”等心理活动，这种判断并不需要依赖结果的发生。“结果的发生”在判断资料上的意义仅在于，判断现实结果与行为人行为时的“设想”是否一致。就此而言，故意不需要维持到结果发生时，其只需在行为时存在即可。<sup>[45]</sup>

[40] 参见〔日〕松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社2014年版，第189页。

[41] Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, § 8 Rn. 63 ff.; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008, § 13 Rn. 17 ff.

[42] 参见前引〔9〕，张明楷文，第931页。

[43] 前引〔15〕，西田典之书，第174页。

[44] 参见前引〔9〕，张明楷文，第916页以下。

[45] 参见前引〔20〕，Puppe/Nomos Kommentar, 第16节，边码82。

法定符合说可能会质疑：如果一开始就明确行为人在行为时有无故意，案件事实已经很清楚，错误论就没有用武之地了。这一问题涉及错误论与故意论的关系。故意论与错误论属于正反面关系，错误论不是独立于故意论之外认定故意的另一种途径。当根据故意的判断标准从正面认定了故意之后，便无需再根据错误论从反面判断故意的有无。质言之，对于认识错误案件，均可运用故意论予以解决，错误论的实用价值实际上被高估了。

## （二）危险的具体判断

关于如何判断故意，法定符合说认为，A意欲杀甲，但其开枪行为导致甲身旁的乙死亡，在考察A的开枪行为时，不需要考察开枪行为具体指向甲还是旁边的乙，不需要考察A对谁有杀人故意，只要有杀人故意即可，最终导致谁死亡，A就对谁有杀人故意。<sup>[46]</sup>然而，抽掉具体的杀害对象，只保留一个抽象的“人”的概念，这种抽象判断存在两个问题。一方面，这种抽象判断与具体的结果观不符。就犯罪的成立条件而言，故意杀人罪是具体危险犯而非抽象危险犯，行为人的杀人行为要具有具体危险；如此，杀害对象身在何处便是必须考虑的因素（不需要考虑其身份、姓名），否则制造的危险就是抽象危险。另一方面，这种抽象判断难以解释过剩结果的案件。例如，A欲杀甲，瞄向甲开枪，子弹击中甲，然后子弹发生偏转，也击中了附近的乙，甲、乙均死亡。根据法定符合说，在判断A的故意时，不需要考察A对谁有故意，即不需要个别化、具体化地判断故意；基于此，A只有一个杀人故意（一故意说）。<sup>[47]</sup>但是，法定符合说内部基本放弃了一故意说，<sup>[48]</sup>而采取数故意说，即A分别对甲、乙存在杀人故意。<sup>[49]</sup>然而，这种具体化、个别化判断故意的做法，已经违背了法定符合说的前提立场。法定符合说的前提立场是，将行为对象从甲、乙抽象为“人”，只需要考察A有杀“人”故意，而不需要考察A对谁有杀人故意。但是，数故意说要分别讨论A对甲、乙的故意。果真要分别讨论A对甲、乙的故意，就应遵守故意论的判断标准，即A在行为时是向甲开枪，没有杀乙的意图，A对乙的死亡持过失心理。而法定符合说又认为，A对乙的死亡是故意心理，理由是A有杀“人”的故意，乙是人，因此A有杀乙的故意。这种做法实际上是提升了概念位阶的类推解释。不难看出，法定符合说在方法论上不能一以贯之。

相反，具体符合说对过剩结果案件的处理，完全符合自身的前提立场。具体符合说的前提立场是，对故意应作具体化、个别化的判断。<sup>[50]</sup>需要说明的是，具体符合说的具体化判断只需要具体到行为对象所处的地点、位置等，而不需要具体到行为对象的姓名、身份等。这是因为，具体地点、位置关系到危险的具体化，而姓名、身份并不是故意杀人罪的构成要件要素。也因此，姓名、身份不是故意杀人罪的故意认识内容。在过剩结果的场合，判断A的杀人故意时，应具体判断A对哪个位置的人有杀人故意。行为时A对前方的人（甲）有杀人故意，所以构成故意杀人罪（既遂）；行为时A对附近的人（乙）没有杀人故意，所以A对乙构成过失致人死亡罪。这种判断对于具体符合说而言是顺理成章的。

## （三）选择性实害结果的打击错误

通过上述分析可知，法定符合说与具体符合说均认为，符合性是指针对客观构成要件要素

[46] 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第356页。

[47] 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年版，第190页。

[48] 参见前引〔39〕，高桥则夫书，第174页。

[49] 参见前引〔8〕，大谷实书，第168页。

[50] 参见周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2021年版，第176页。

实现主客观相符合、相一致。二者的区别在于，法定符合说对客观构成要件要素作抽象判断，具体符合说对其作具体判断。例如，在判断故意杀人罪的行为对象时，法定符合说认为，只要现场存在“人”即可，无需考虑“人”身在何处。而具体符合说认为，必须考察这个“人”身在何处，因为故意杀人行为制造的危险必须是具体的、有方向性的危险，而非抽象的、无指向的危险。基于此，法定符合说认为，同一罪刑规范（构成要件）内的实害结果具有等价性，没有独立地位。而具体符合说认为，同一罪刑规范内的实害结果有无独立地位，需要根据违法性的属性作具体判断。

例如，刑法第115条放火罪中的“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”，属于选择性实害结果。甲想放火烧毁本公司仓库内特别贵重的仪器；甲确认仓库内无人，便放火。库管员乙从外面看到仓库着火，为了抢救特别贵重的仪器，冲进火场；乙抢救了仪器，避免了重大财产损失，自己却被烧死。根据客观归责理论，一般认为乙的死亡结果能够归责于甲的放火行为。<sup>[51]</sup>甲针对贵重仪器制造了危险流，但危险流发生重大偏离，导致了人的死亡，这种错误属于打击错误。法定符合说会认为，由于“致人重伤、死亡”与“使公私财产遭受重大损失”处在同一罪刑规范（构成要件）内，所以二者具有等价性，在二者之间发生的打击错误不重要，不排除故意，即甲构成放火罪（故意）致人死亡。然而，具体符合说认为，虽然“致人重伤、死亡”与“使公私财产遭受重大损失”处在同一罪刑规范内，但二者不具有等价性，因为二者的法益侵害属性完全不同。所以，不能当然认为在二者之间发生的打击错误不重要。甲对烧毁贵重仪器具有故意，但对致乙死亡仅存在过失，因此甲构成放火罪（过失）致人死亡。法定符合说可能会认为，甲对危害公共安全存在故意，因此甲对乙的死亡有故意。但是，甲对危害公共安全存在故意，仅能说明甲构成放火罪而非失火罪。就具体的实害结果而言，需要考察“人”身在何处，甲对其是否故意制造了危险。即在此需要具体判断对人的危险，而不能抽象判断对人的危险。由于甲已经确认仓库内没人，所以甲对于“致人死亡”没有故意，而是过失。虽然放火罪（故意）致人死亡与放火罪（过失）致人死亡对应的法定刑是相同的，但在具体量刑时应有所区别，因此进行这种细致区分是有意义的。

法定符合说又指出：刑法第286条之一的拒不履行信息网络安全管理义务罪规定了三种实害结果，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（第一种结果），但事实上发生的却是使用户信息严重泄露（第二种结果）；按照具体符合说，行为人仅成立该罪的未遂，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。<sup>[52]</sup>

然而，在刑法第286条之一中，“致使违法信息大量传播”和“致使用户信息泄露”不是拒不履行信息网络安全管理义务罪的构成要件结果，而属于客观处罚条件。构成要件结果一定是危害结果，但危害结果不一定是构成要件结果，只有客观上能归责于构成要件行为的危害结果才属于构成要件结果。从客观归责的角度看，这两种结果难以归责于行为人的不作为。这是因为，即使行为人履行了管理义务，也不一定能够避免这两种结果的发生；反之，即使行为人不履行管理义务，也不一定会发生这两种结果。因此，这两种结果不属于拒不履行信息网络安全管理义务罪的构成要件结果。这两种结果在性质上类似于丢失枪支不报罪中的“严重后果”

[51] 参见王钢：《营救者的损害与自我答责原则》，《法学研究》2010年第3期，第40页。

[52] 参见前引[9]，张明楷文，第932页。

(比如枪支被不法分子捡到后用于违法犯罪),即行为人即使履行了报告义务,也不一定能够避免严重后果的发生。这些结果属于客观处罚条件,因此不是故意的认识内容。<sup>[53]</sup>况且,若将这两种结果纳入故意的认识内容,则会因为很难证明行为人对这两种结果存在故意,而导致拒不履行信息网络安全管理义务罪很难被证立。正因如此,一些学者主张,本罪的罪过形式不是故意,而是过失,即这两种结果不是故意的认识内容。<sup>[54]</sup>由于这两种结果不是故意的认识内容,所以就不存在关于这两种结果的打击错误问题。

#### (四) 选择性行为类型认识错误的种类辨析

我国刑法分则的许多罪名规定有多种行为类型,行为人在这些行为类型之间通常不会发生认识错误。例如,危险驾驶罪的行为人不会在“追逐竞驶”和“醉酒驾驶”之间发生认识错误。不过,行为人在某些选择性行为类型之间有可能发生认识错误。例如,刑法第194条为票据诈骗罪规定了五种行为类型,行为人有可能在这五种行为类型之间发生认识错误。比如,甲误以为票据是乙的真实有效票据而冒用,实际上该票据是乙伪造的票据(误用票据案)。甲是否成立票据诈骗罪?如果成立,构成犯罪既遂还是未遂?

这种关于选择性行为类型的认识错误,实际上不是独立的认识错误种类,因为行为类型是个综合性概念,包括了行为对象和结果。对于选择性行为类型的认识错误,首先应判断其究竟属于对象错误还是属于打击错误(方法错误)。如果是对象错误,接下来判断是否存在符合构成要件特征的共同上位概念。若存在,则这种对象错误不重要,不能排除故意。如果是打击错误,则根据具体符合说进行处理。

然而,法定符合说认为,选择性行为类型的认识错误不是对象错误,其基本上属于打击错误(方法错误)。例如,上述误用票据案中,甲的主观内容是以乙的财产为侵害对象的,但事实上使用了乙伪造的票据,侵害了金融机构的财产。对于这种打击错误,可以根据法定符合说来处理。由于这两种行为类型处在同一个构成要件范围内,所以,这两种行为类型之间的打击错误并不重要,不影响犯罪既遂的成立,甲成立票据诈骗罪既遂。<sup>[55]</sup>

上述看法值得商榷。选择性行为类型的认识错误并非基本上属于打击错误,如上述误用票据案中,甲的认识错误不属于打击错误,而应属于对象错误。具体来说,甲对“票据”这个对象产生了认识错误,由此导致对诈骗的被害对象产生认识错误。甲误以为在诈骗乙的财物,实际上在诈骗另一金融机构的财物。甲对被害对象的身份存在认识错误,这属于对象认识错误。这就如同,甲欲诈骗乙的财物,给乙打电话,但是拨错电话号码,打到了丙家,甲误以为对方是乙,继续诈骗,丙受骗处分了财物,遭受了财产损失(打错电话案)。甲对诈骗的被害对象产生了认识错误,属于对象错误,而非打击错误。具体来说,在这两个案件中,甲对乙的财物故意制造危险流,在预备阶段危险流发生了偏离,偏转到另一对象上。即在打错电话案中,拨错电话导致危险流偏转到另一人;在误用票据案中,认错票据导致危险流偏转到另一金融机构。但是,在诈骗的实行阶段,甲制造的危险流没有发生偏离,甲继续诈骗对方,危险流现实化为实害结果,使对方遭受了财产损失,此时甲对被害对象的身份产生了认识错误。同一

[53] 参见柏浪涛:《构成要件符合性与客观处罚条件的判断》,《法学研究》2012年第6期,第140页。

[54] 参见李本灿:《拒不履行信息网络安全管理义务罪的两面性解读》,《法学论坛》2017年第3期,第143页;葛立刚:《网络服务商不作为刑事责任的边界》,《西南政法大学学报》2016年第6期,第86页;陆旭:《网络服务提供者的刑事责任及展开——兼评〈刑法修正案(九)〉的相关规定》,《法治研究》2015年第6期,第62页。

[55] 参见张明楷:《诈骗犯罪论》,法律出版社2021年版,第522页以下。

构成要件内的对象错误与打击错误的区别在于，在对象错误中危险流没有发生偏离，而在打击错误中危险流发生了实质偏离。<sup>[56]</sup>判断认识错误是对象错误还是打击错误，应以实行阶段的事项为准。在实行阶段，甲制造的危险流并未发生偏离，并且甲对被害对象的身份产生了认识错误，因此属于对象错误，而非打击错误。

在误用票据案中，发生的对象错误并不重要，不能排除故意。这是因为：第一，“使用伪造、变造的汇票、本票、支票”和“冒用他人的汇票、本票、支票”，其共同上位概念是“欺诈性使用票据”，二者属于“欺诈性使用票据”的具体表现形式。第二，就被害对象而言，“误以为被害对象是乙，实际上是另一金融机构”，这种对象错误属于同一构成要件（票据诈骗罪）范围内的对象错误，这种对象错误并不重要，因为票据诈骗罪的被害对象只要求是“他人”，而不要求是某个特定的人。根据客观构成要件的故意规制机能，行为人只需要认识到诈骗“他人的财物”即可，而不要求认识到诈骗“某个特定人的财物”。因此，甲构成票据诈骗罪既遂。以上分析的原理同样适用于其他选择性行为类型的认识错误，譬如信用卡诈骗罪中四种选择性行为类型的认识错误。

---

---

**Abstract:** The primary issue of perceiving errors on selective elements is whether selective elements are independent constituent elements. From the perspective of the norms of crimes and punishments, terms described in the law are not equal to constituent elements, and selective elements within the same norms of crimes and punishments are not necessarily equivalent to each other. From the perspective of illegality, the standard of “the completeness of legislative meaning” may be arbitrary in application, while the standard of “the declaration of provisions” may be stiff and rigid. The status of selective elements should be judged on the basis of logic and legislative purpose. If selective elements have a common superordinate concept that meets the requirements of constituent elements in respect of type and illegality, the superordinate concept is the unwritten constituent element, and selective elements are specific instances of it. The intention should not be excluded from the perceiving targets errors on selective elements. Such method can be used to perceiving targets errors on selective elements with parallel relations, mutually exclusive relations, cross relations, and special relations. The specificity in the theory of specific conformity refers to the specific constituent elements, rather than specific instances of the constituent elements. The theory of statutory conformity, based on the identity of the norms of crimes and punishments, deems that all selective elements are equivalent. However, the grounds for such equivalence are insufficient, and the theory does not point out which objective constituent element is the intended perceiving target, thus violates the function of intentional regulation of objective constituent elements.

**Key Words:** selective elements, target error, strike error, theory of statutory conformity, theory of specific conformity

---

---

[56] 参见柏浪涛：《对象错误与打击错误的实质区分——在隔离犯中展开》，《法学评论》2016年第4期，第177页。