

# 以罪名为讨论平台的反思与纠正

丁胜明\*

---

内容提要：我国刑法学界存在以罪名作为问题讨论平台的现象，但是，由最高司法机关确定的罪名与刑法规定的犯罪构成之间大多并非一一对应的关系，“多罪一名”是我国罪名体系的显著特征，以罪名作为问题讨论平台会带来诸多理论上难以妥善处理的问题。在刑法学研究中，应当严格区分罪名和犯罪这两个概念。刑法学的研究对象是犯罪，讨论刑法问题的基本平台只能是犯罪构成而不是罪名，分析刑法问题的基本单元是“一个犯罪构成”而不是“一个罪名”。罪数中的“罪”是指犯罪构成而不是罪名，具体的事实认识错误是指“同一犯罪构成”内的事实认识错误而非“同一罪名”内的事实认识错误，罪过是犯罪构成的罪过而非罪名的罪过。

关键词：罪名 犯罪构成 罪数论 错误论

---

## 一、以罪名为问题讨论平台之疑问

1997年刑法颁布之前，我国长期缺乏统一的罪名体系，这给理论研究和司法实务带来了诸多不便。1997年刑法颁布之后，“两高”通过一系列确定罪名的司法解释，建立了完整的罪名体系。毫无疑问，统一罪名体系的出现，给理论和实务带来了极大的便利。但另一方面，随着罪名体系的确立，一些学者开始依据罪名来研究刑法问题，并将其当作许多问题的基本分析单元，于是产生了诸如“触犯的罪名的个数”“同一罪名内的事实认识错误”“罪名的罪过形式”这样的观念与表述。然而，这种以罪名为问题讨论平台的做法带来了许多难以解释的问题。

比如，以罪数为例。有学者认为，同时实施选择性罪名或者概括性罪名中的多个行为的，一般不进行数罪并罚。<sup>〔1〕</sup>于是，多个行为类型是否被确定为同一罪名，对罪数的认定

---

\* 西南政法大学副教授。

本文系重庆市教委人文社会科学研究项目“刑法解释学视角下‘确定罪名’制度的重构”(16SKJD10)和西南政法大学青年教师学术创新团队资助项目的成果。

〔1〕 参见张明楷《刑法学》下册，法律出版社2016年版，第668页；阮齐林《刑法学》，中国政法大学出版社2011年版，第322页。

就有决定性的影响。这种观点存在疑问。例如，盗窃罪和抢夺罪是两个并列、独立的罪名，而刑法第127条规定的盗窃、抢夺两种行为却被确定在一个选择性罪名即盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪之中。按照上述观点的逻辑，行为人有盗窃手机、抢夺手机两种行为的，触犯两个罪名，应当数罪并罚；而如果有盗窃手枪、抢夺手枪两种行为的，因两者同属一个选择性罪名，应当作一罪处理，不数罪并罚。仅仅因为罪名形式不同，在罪数上就要作出如此截然不同的处理，令人难以信服。

又如，以事实认识错误为例。有学者认为，发生在选择性罪名内的事实认识错误属于具体的事实认识错误。因此，主观上想盗窃枪支，客观上盗窃了弹药的，属于具体的对象错误，应认定为盗窃弹药罪既遂。<sup>(2)</sup>于是，多个行为类型是否被确定为同一罪名，对事实认识错误的定性就有决定性的影响。这种观点存在疑问。例如，刑法第127条被确定为盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪，而第125条被确定为非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪和非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪。按照上述观点的逻辑，主观上意图盗窃枪支，客观上窃得危险物质的，认识错误发生在同一罪名内，属于具体的对象错误，应当认定为盗窃危险物质罪的既遂；而主观上以为运输的是枪支，实际上是危险物质的，由于认识错误不在同一罪名内，故属于抽象的事实认识错误，应当认定为运输枪支罪的未遂乃至不能犯。仅仅因为罪名形式不同，就要对类似的事实认识错误情形作截然不同的定性，令人难以接受。

再如，一些学者习惯于讨论某罪名的罪过形式问题，但这一做法在解读食品监管渎职罪时陷入了困境。刑法中规定了滥用职权罪和玩忽职守罪，主流观点认为，前者是故意犯罪，后者是过失犯罪。<sup>(3)</sup>但是，“两高”将《刑法修正案（八）》新增的“负有食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，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果”的行为的罪名确定为食品监管渎职罪，于是，该罪的罪过形式是故意还是过失，在学术界引起了巨大争议。有学者认为，该罪的罪过形式是过失；<sup>(4)</sup>有学者提出，应当突破传统的罪过理论，一个罪名可以出现故意和过失并存的复合罪过、并存罪过形态，该罪的罪过形式既包括故意也包括过失；<sup>(5)</sup>还有学者主张，“两高”确定的罪名本身就不合理，应当将该条确定为两个罪名，即故意形式的食品监管滥用职权罪和过失形式的食品监管玩忽职守罪。<sup>(6)</sup>“两高”确定罪名时一个不经意的改动，却能给罪过理论带来如此强烈的冲击，这难免令人心生疑惑。

不难看出，以罪名为问题讨论平台极有可能存在某种内生性的缺陷，以至于在诸多问题上都难以得出合理的解释。问题的根子出在哪里？一个可能的回答是，这些研究是否混淆了罪名和犯罪这两个概念？正确的方法论是科学研究的前提，方法论上的错误会误导具体问题的研究。因此，有必要对以罪名为问题讨论平台的现象作深入检讨。

(2) 参见张明楷《刑法学》上册，法律出版社2016年版，第279页。

(3) 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2017年版，第650页以下。

(4) 参见钱叶六《食品监管渎职罪的构成要件及适用》，《社会科学辑刊》2013年第4期，第59页。

(5) “复合罪过论”，参见储槐植、李莎莎《食品监管渎职罪探析》，《法学杂志》2012年第1期，第42页。“并存罪过论”，参见卢有学《论并存罪过》，《法律科学》2015年第1期，第114页。

(6) 参见前引〔1〕，张明楷书，第1266页。

## 二、“多罪一名”是我国罪名体系的显著特征

### (一) “一个犯罪构成”的辨别

罪名是“两高”依据刑法规定的犯罪确定的。罪名包含代号和实体两层含义，前者指某种犯罪的名称，后者指该名称对应的犯罪。如“盗窃罪”既可指刑法第264条规定的犯罪的名称，又可指该条规定的犯罪本身。如果在实体意义上使用罪名概念，则罪名与其指称的犯罪是同一事物，比如“盗窃罪”就是指名为盗窃的犯罪。从这个角度说，罪名与犯罪在很大程度上是可以互换使用的概念。

罪名不仅有概念的质，也有概念的量。我国的罪名目前是468个。那么，司法解释确定罪名个数的依据是什么？对此，学界很早就提出，每一个犯罪构成都应该有其相应的罪名，因此确定罪名个数的标准应该是犯罪构成的个数；刑法分则条文中规定了几个犯罪构成，就应该有几个罪名。<sup>(7)</sup>这种认为确定罪名个数的标准是犯罪构成个数的观点，至今仍然是通说。如果司法解释果真按照通说来确定罪名，则每一个罪名都对应一个犯罪构成，即存在着“一罪一名”的理想对应关系。然而，通说只是一种理论设想，实际情况未必如此。为了验证这一问题，首先必须界定，何为“一个犯罪构成”。如果认为，规定在刑法分则同一条的犯罪便是一个犯罪构成，则刑法第115条第1款的故意放火与第2款的失火便属于同一个犯罪构成，这种结论显然不可接受。如果认为，规定在刑法分则同一条同一款的犯罪便是一个犯罪构成，则第246条第1款的侮辱他人和诽谤他人便属于同一个犯罪构成，恐怕没有人会赞同这种结论。如果认为，规定在同一条或同一款，并且适用同样法定刑的犯罪便是一个犯罪构成，同样会得出第246条第1款的侮辱和诽谤属于同一个犯罪构成的结论，因为两者的法定刑是相同的。如果认为，同属一个罪名的犯罪便是一个犯罪构成，则犯了倒果为因的错误。因此，规定在同一条、同一款，或者法定刑、罪名相同，都不是界定“一个犯罪构成”的根据。

辨别“一个犯罪构成”的标准到底是什么？本文认为，所谓一个犯罪构成，指的是能够独立构成一个犯罪的要素的集合。而犯罪构成的要素无非行为、对象、结果、罪过形式等等，对于两个具有可罚性的行为类型而言，如果在这些要素上存在差异，就属于两个不同的犯罪构成；反之，则属于一个犯罪构成。

第一，行为不同时，即便犯罪构成的其他要素相同，也属于不同的犯罪构成。这一点显而易见。比如，刑法第170条的伪造货币和第151条的走私伪造的货币，虽然都是针对假币的犯罪，但因行为性质有重大差异而分属两个不同的犯罪构成，故可以分别确定为伪造货币罪和走私假币罪。

第二，对象不同时，即便犯罪构成的其他要素相同，也属于不同的犯罪构成。因此，刑法第151条第2款的走私文物和走私贵重金属，虽然行为性质都是走私，但对象不同，故分属两个不同的犯罪构成，可以分别确定为走私文物罪和走私贵重金属罪。需要注意的是，

(7) 参见陈兴良主编《刑法各论的一般理论》，内蒙古大学出版社1992年版，第144页；刘艳红《罪名判定标准论略》，《法学家》2000年第4期，第35页。

当法条针对一种行为规定了两种以上不同的对象，且对象之间存在包容关系时，是属于一个还是多个犯罪构成？这种情况在刑法中有多种类型，应当认为，如果刑法对普通对象和特殊对象设置了不同的法定刑，那么侵害特殊对象的行为就属于一个独立的犯罪构成。比如，刑法同时规定了第264条的盗窃财物和第127条的盗窃枪支，财物和枪支之间存在包容关系，但两者有各自独立的法定刑，应当认为两者属于不同的犯罪构成。

第三，结果不同时，即便犯罪构成的其他要素相同，也属于不同的犯罪构成。所以，犯罪既遂与犯罪预备、犯罪未遂属于不同的犯罪构成，正因为如此，才会有“修正的犯罪构成”一说。在我国，由于采取预备犯、未遂犯普遍处罚主义，预备犯和未遂犯没有在分则中作特别规定，也没有被确定为独立罪名，所以这一点容易被忽视。但在采取预备犯、未遂犯例外处罚主义的国家，这一点比较明显。比如，日本刑法第236条规定了“强盗”，第237条规定了“强盗预备”，并且适用不同的法定刑，故两者属于不同的犯罪构成。正因为如此，日本为两者确定了不同的罪名。基于同样的道理，基本犯和结果加重犯也属于不同的犯罪构成，<sup>(8)</sup>正因为如此，才会有“加重的犯罪构成”一说。在我国，基本犯和加重犯大多规定在同一条文中，加重犯亦未被确定为独立罪名，所以这一点容易被忽视。但是，如果两者被规定在不同的条文中，其差异就容易被察觉。再以日本刑法为例，其第204条规定的是“伤害”，第205条规定的是“伤害致死”，并且适用不同的法定刑，因而很容易发现这是两个不同的犯罪构成。正因为如此，日本为两者确定了不同的罪名。我国刑法第234条规定了故意伤害的基本犯和结果加重犯，但实际上该条规定了多个不同的犯罪构成，完全可以将其分别确定为故意伤害罪、故意伤害致人重伤罪、故意伤害致人死亡罪。<sup>(9)</sup>

第四，由于一个犯罪不可能既可以由故意构成，也可以由过失构成，所以，罪过形式不同时，即便犯罪构成的其他要素相同，也属于不同的犯罪构成。<sup>(10)</sup>因此，即便刑法第398条的故意泄露国家秘密和过失泄露国家秘密适用相同的法定刑，也属于两个不同的犯罪构成，司法解释将两者确定为两个罪名是正确的。

当然，在辨别“一个犯罪构成”时，不能仅从形式上判断，还要从实质上考察。这涉及对我国刑法中广泛存在的选择性要素的解读。刑法以保护法益为目的，将值得科处刑罚的法益侵害行为类型化为构成要件，因此，应当以法益为指导，准确理解、正确解释各种犯罪的构成要件。<sup>(11)</sup>当立法者将多个可选择的要素规定在同一条款、适用同一法定刑以保护同一法益时，表明立法者有可能对这些选择性要素是同等评价的。此时，解释论上就有可能认为这些要素之间的差别并不重要，从而将这些要素作为一个整体来看待，进而将该条款规定的犯罪评价为一个犯罪构成。比如，德国刑法第123条规定：“非法侵入他人住宅、经营场所、土地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。”德国学者认为，该条“构成要件的叙述所覆盖到的只是受保护的空間领域，而没有给列举出来的这些领域分别赋予独立的

(8) 参见张明楷《加重构成与量刑规则的区分》，《清华法学》2011年第1期，第8页；王强《法条竞合特别关系及其处理》，《法学研究》2012年第1期，第149页。

(9) 参见上引张明楷文，第8页。

(10) 参见张明楷《犯罪之间的界限与竞合》，《中国法学》2008年第4期，第94页。

(11) 参见上引张明楷文，第100页。

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。”<sup>〔12〕</sup>换言之，应当将住宅、经营场所等选择性要素整体上理解为一个对象即“受保护的领域”，于是，“非法侵入他人住宅、经营场所、土地或者用于公共事务或公共交通的封闭场所”实质上只属于一个犯罪构成。

上述解释原理在我国同样适用。例如，刑法第127条第1款规定“盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物的，或者盗窃、抢夺毒性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的，处三年以上十年以下有期徒刑。”立法者显然意图将“枪支、弹药、爆炸物”作为一类事物予以同等评价，而无意分别赋予三者不同的意义和价值，因此，应当将“枪支、弹药、爆炸物”整体上作为一个对象来看待，而枪支、弹药、爆炸物各自来看，只不过是同一对象的三个示例而已。基于同样的理由，“毒性、放射性、传染病病原体等物质”也只是作为整体的同一对象“危险物质”的三个示例。但是，“枪支、弹药、爆炸物”与“危险物质”则是两个不同的对象。其一，盗窃、抢夺危险物质是具体危险犯，而盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物是抽象危险犯。其二，从体系解释的角度看，第125条将非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物和非法制造、买卖、运输、储存危险物质的行为在两款中分别规定，并且也有抽象危险犯和具体危险犯的区分。这些都说明，在立法者看来，要区别对待“枪支、弹药、爆炸物”与“危险物质”，两者并不等价，故应视为不同的对象。

基于上述逻辑，刑法第127条的“盗窃”和“抢夺”应理解为两个不同的行为，分属不同犯罪构成。其一，盗窃、抢夺普通财物一直被视为不同的犯罪构成，这是因为盗窃和抢夺在行为构造上有重大差别，前者不要求使用暴力，而后者要求对物行使暴力。其二，盗窃和抢夺的上述区别在第127条中同样重要。一方面，抢夺普通财物时，具有侵害具体人身法益的危险，抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质时，同样具有侵害具体人身法益的危险；另一方面，第127条第2款还规定了抢劫型的犯罪，并设置了更重的法定刑。这些都说明，立法者既考虑了盗窃、抢夺、抢劫枪支、弹药等行为对公共安全法益的侵害，也未忽视三者侵害具体人身法益上的差异。虽说第127条中的盗窃、抢夺行为适用同样的法定刑，但这一因素并不是决定性的。第264条的“盗窃”、第267条的“抢夺”在法定刑上也是相同的，但这并不妨碍人们将其视为不同的行为、分属不同犯罪构成。

总之，刑法第127条的“盗窃”和“抢夺”，应当理解为两个不同的行为、分属不同犯罪构成。如此看来，第127条第1款至少规定了四个犯罪构成：盗窃枪支、弹药、爆炸物；抢夺枪支、弹药、爆炸物；盗窃危险物质；抢夺危险物质。

综上所述，“一个犯罪构成”的辨别，要立足于行为、对象、结果、罪过形式等要素，从形式和实质两个方面结合具体条文进行考察。当然，一涉及实质考察，就不可避免地会掺入解释者的主观倾向，因此，在解释结论上未必能形成一致意见。

## （二）我国罪名体系中的“多罪一名”现象

如前所述，我国理论通说认为，确定罪名个数的标准是犯罪构成的个数，但实际考察我国罪名体系之后可以发现，“两高”并未给每一个犯罪构成都确定一个独立的罪名，相

〔12〕 [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔 《刑法总论教科书》，蔡桂生译，北京大学出版社2015年版，第257页。

反,多个犯罪构成共用一个罪名的“多罪一名”现象大量存在。

第一,选择性罪名可能包含了多个犯罪构成。有些选择性罪名的罪状中规定的选择性要素不能整体视为一个要素,需要分别评价为多个要素,这就意味着该罪名实际上包含了多个犯罪构成。通过前文对盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪的分析,这一点不难理解。

第二,所有概括性罪名对应的都是多个犯罪构成。一般认为,概括性罪名是指包含的犯罪构成的具体内容复杂,反映出多种具体行为类型,但只能概括使用而不能分解拆开使用的罪名。<sup>(13)</sup>例如,刑法第196条的信用卡诈骗罪包含了使用伪造的信用卡、使用以虚假的身份证明骗领的信用卡、使用作废的信用卡、冒用他人信用卡、恶意透支这五种犯罪构成。

需要注意的是,以条款下设项的方式描述罪状是概括性罪名的常见形式,但这并非识别概括性罪名的必要条件。从概括性罪名的定义看,只要是同一罪名下包含了数个犯罪构成,且罪名本身不可分拆使用的,都属于概括性罪名。因此,我国还存在其他类型的概括性罪名。比如,刑法第277条规定了妨害国家机关工作人员、人大代表等人员履行职务的四种行为类型,每种类型的对象不同、职务内容不同,实际上至少是四个犯罪构成,但司法解释将其概括为妨害公务罪一个罪名。<sup>(14)</sup>又如,委托物侵占和脱离占有物侵占因对象不同而属于两类犯罪构成,大陆法系各国大多将其区分为不同罪名,<sup>(15)</sup>但我国的侵占罪同时包含了这两种类型,使得该罪也成为概括性罪名。再如,第408条之一的食品监管渎职罪包含了食品监管中滥用职权和玩忽职守两类犯罪构成,前者的罪过形式是故意,后者是过失,因此食品监管渎职罪也是一个概括性罪名。

多个犯罪构成被确定为选择性罪名还是概括性罪名,很大程度上取决于罪状本身的表述方式。如果罪状表述中用顿号将多个行为或对象并列排列,那么大概率会被确定为选择性罪名。但这只是一种形式标准,并非必须遵守的准则。比如,刑法第270条完全可以被确定为侵占委托物、遗忘物、埋藏物罪,第408条之一也完全可以被确定为食品监管滥用职权、玩忽职守罪,如此一来,它们就从概括性罪名变成了选择性罪名。这说明,无论罪名本身如何表述,都不会撼动罪名背后犯罪构成的实质。

第三,族长式罪名都包含了多个犯罪构成。我国刑法中大量存在基本犯与加重构成、减轻构成被规定在同一条文中的现象,但司法解释只给基本犯分配了罪名,加重构成、减轻构成则借用基本犯的罪名。<sup>(16)</sup>由于这三类犯罪构成属于同根同源的家族式犯罪构成,且基本犯形同家族的族长,故本文将此类罪名称为族长式罪名。族长式罪名实际上是概括性罪名的一种,不过一般的概括性罪名所概括的犯罪构成之间多是横向并列关系,而族长式罪名所概括的犯罪构成之间则是纵向阶梯关系。以刑法第263条的抢劫罪为例,该条包含了基本犯和多个加重构成,从理论上说,完全可以给这些加重构成分配独立的罪名。<sup>(17)</sup>比

(13) 参见前引〔1〕,张明楷书,第668页。

(14) 参见张明楷《论同种数罪的并罚》,《法学》2011年第1期,第131页。

(15) 参见张明楷《刑法分则的解释原理》上册,中国人民大学出版社2011年版,第177页。

(16) 参见张明楷《法定刑升格条件的认识》,《政法论坛》2009年第5期,第88页;王彦强《区分加重构成与量刑规则——罪量加重构成概念之提倡》,《现代法学》2013年第3期,第119页。

(17) 参见上引张明楷文,第89页。

如，可以分别确定为入户抢劫罪、抢劫金融机构罪、抢劫致人重伤、死亡罪、冒充军警抢劫罪、持枪抢劫罪等等。但是，这些加重构成实际上并未被分配独立的罪名，而只是借用基本犯的罪名，于是，抢劫罪就成了一个包含基本犯和多个加重构成的族长式罪名。

### （三）“多罪一名”现象的成因

综上所述可以看出，“一罪一名”只是通说的理论设想，司法解释并未给每一个犯罪构成都分配独立的罪名。不仅如此，实际上，由于司法解释制造了大量的选择性罪名、概括性罪名和族长式罪名，“多罪一名”才是我国罪名体系的显著特征。

“多罪一名”现象之所以大量出现，是因为我国刑法采取了精简立法模式，将大量性质相近的犯罪构成规定在同一条款中，而司法解释在确定罪名时，为了追求罪名体系的精简，便为这些性质相近的犯罪构成确定了同一个罪名。<sup>(18)</sup>换言之，司法解释并未严格遵循“一个犯罪构成对应一个罪名”的原则，而是大量采用“一类犯罪构成分配一个罪名”的罪名确定方法。然而，犯罪构成之间何为性质相近、何为性质相异，并不存在一个明确、客观的标准，其判断多依赖于司法解释制定者的主观倾向，<sup>(19)</sup>这也是很多罪名之间存在龃龉的根本原因。

理解了“多罪一名”现象背后的逻辑，我们便能理解学界关于某些刑法条文到底应该确定为一个罪名还是多个罪名的争议。学者们经常讨论，刑法第133条的“交通运输肇事后逃逸”“逃逸致人死亡”是否应单独确定罪名，<sup>(20)</sup>第397条第2款的“徇私舞弊”是否应确定独立罪名，<sup>(21)</sup>侵占罪是否应拆分为侵占委托物罪和侵占遗忘物、埋藏物罪，是否应从故意伤害罪中分离出故意伤害致人重伤罪、故意伤害致人死亡罪、残忍伤害罪，<sup>(22)</sup>食品监管渎职罪是否应拆分为食品监管滥用职权罪和食品监管玩忽职守罪，等等。这些争议看似是在讨论某个刑法条文应否确定为多个罪名，但实际上是在讨论该条文中到底规定了几个犯罪构成。<sup>(23)</sup>而之所以产生争议，是因为司法解释将这些条文中的多个犯罪构成确定为一个罪名，反对者则认为这些犯罪构成之间差异太大，难以用一个罪名概括。显然，要消除这些争议，必须优化我国确定罪名的基本规则和罪名体系，但这已不属于本文的课题。

## 三、犯罪构成是问题研讨的基本平台

至此我们已经知道，我国的罪名与犯罪构成之间大多不存在一一对应的关系。但是，如果严格按照“一个犯罪构成对应一个罪名”的原则来确定罪名，恐怕会出现上千个罪名。因此，从实用和简洁的角度考虑，运用“一类犯罪构成分配一个罪名”的方法是务实的、不可避免的，也基本满足了司法实务和理论研究的需要。

(18) 参见胡云腾《论社会发展与罪名变迁——兼论选择性罪名的文书引用》，《东方法学》2008年第2期，第72页。

(19) 参见晋涛《论罪名生成的方法》，《政治与法律》2018年第3期，第121页。

(20) 参见黄河《论“交通运输肇事后逃逸”的罪名化》，《政治与法律》2005年第4期；朱建华、都龙元《“交通肇事逃逸致人死亡”应为独立罪名》，《广西社会科学》2003年第5期。

(21) 参见刘艳红《也论新刑法第397条的罪名与罪过》，《法学评论》1999年第6期；朱建华《刑法第397条规定的罪名应为四个》，《现代法学》2000年第5期。

(22) 参见前引〔8〕，张明楷文，第8页。

(23) 参见吴平《罪名概念新探》，《浙江工商大学学报》2010年第6期，第24页。

不过,从刑法学研究方法论的角度出发,我们应当严格区分罪名与犯罪这两个概念。特别是在我国罪名体系具有显著的“多罪一名”特征的情况下,罪名与犯罪的区分尤其重要。但遗憾的是,部分学者错误地将罪名当作问题讨论平台,不仅在诸多具体问题上引发了不必要的争议,而且会阻碍刑法理论研究的深化。因此,以罪名为问题讨论平台的研究进路应当被彻底摒弃,应当明确犯罪构成是刑法问题研讨的基本平台。一方面,罪名是“两高”通过司法解释确定的,罪名的确定不是立法,其本身就不是解释刑法的准据,罪名确定的效果也不应反过来制约对犯罪的解释。另一方面,罪名是人为确定的,其生成具有很大程度的主观性和偶然性,这就决定了一些罪名确定得科学、合理,也有一些罪名确定得不科学、不合理,但无论如何,这都不应影响我们对刑法问题的讨论。因为刑法学的研究对象是犯罪而不是罪名,刑法学讨论问题的基本平台是犯罪构成而不是罪名,刑法学分析问题的基本单元是“一个犯罪构成”而不是“一个罪名”。以犯罪构成为问题讨论平台的方法论,要求我们在研究刑法问题时不应受罪名的干扰和蒙蔽,应当穿透罪名审视其背后形形色色的犯罪构成。

#### (一) 罪数中的“罪”是指犯罪构成而非罪名

将罪数中的“罪”理解为罪名,认为一罪与数罪的区分标准就是罪名的个数,<sup>(24)</sup>这一错误认识的根源即在于误解了罪名与犯罪构成的关系。实际上,我国的通说一直认为,行为具备一个犯罪构成的,是一罪;行为具备数个犯罪构成的,是数罪,<sup>(25)</sup>即罪数的区分标准是犯罪构成。只是长期以来有部分学者或许潜意识中认为“一个罪名=一个犯罪构成”,于是出现了这样的表述“所谓罪数,顾名思义,是指犯罪行为所构成的罪名的个数。罪数的字面涵义并非是针对既定的数个犯罪事实或现状而言,而是依照有关法律规定或基本法理,对行为所触犯的犯罪的‘个数’的系统清点和梳理。”<sup>(26)</sup>这种概念上的混淆必然导致对罪名的判断代替对犯罪构成的判断。从这种方法论出发,就会得出既盗窃手机又抢夺手机的要并罚,既盗窃手枪又抢夺手枪的却只作一罪处理的不当结论。

在罪数问题上,只要坚持以犯罪构成为问题讨论平台,就应当解除罪数与罪名的绑定关系,转而以犯罪构成为标准建立罪数问题的讨论框架。易言之,罪数指的是行为人所触犯的犯罪构成的个数而非罪名的个数,想象竞合、法条竞合、牵连犯等罪数形态问题,讨论的也是犯罪构成之间的竞合或牵连,<sup>(27)</sup>而非罪名之间的竞合或牵连。行为人触犯了几个罪名,与行为人的行为符合几个犯罪构成以及符合多个犯罪构成的行为是否需要并罚,是不同的问题。比如,盗窃罪属于概括性罪名,其基本犯包含“盗窃公私财物,数额较大”“多次盗窃”“入户盗窃”“携带凶器盗窃”“扒窃”五个犯罪构成。在公共场所扒窃数额较大财物的,同时触犯“盗窃公私财物,数额较大”和“扒窃”两个犯罪构成。<sup>(28)</sup>对于此种情形,判决书上只会出现一个罪名即盗窃罪,但就犯罪构成的数量即罪数而言,该情形属于一行为同时符合两个犯罪构成的想象竞合犯,最终择一重罪处罚而不并罚。最终只作一

(24) 参见刘凌梅《选择性罪名的司法适用》,《人民司法》2015年第13期,第95页。

(25) 参见前引〔3〕,高铭暄等主编书,第182页。

(26) 刘宪权《罪数形态理论正本清源》,《法学研究》2009年第4期,第122页。

(27) 一些学者已经不同程度地提出了这个观点。参见前引〔8〕,王强文,第149页;劳东燕《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系新论》,《清华法学》2011年第2期,第44页以下。

(28) 参见宫小汀、邵栋豪《同一罪名下数个构成要件竞合的处理》,《人民法院报》2014年10月9日第7版。

罪处理，不是因为行为人只触犯了一个罪名，而是其行为符合的两个犯罪构成存在想象竞合关系。

以犯罪构成为平台讨论罪数问题，有利于我们正确理解罪数理论中的某些争议。比如，近期有学者提出：“法条竞合与想象竞合的区分并不是固定不变的，而是取决于适用一个法条能否充分评价行为的不法内容。换言之，当 A、B 两个法条在通常情况下是法条竞合关系时，不排除在特殊情况下（适用一个法条不能充分评价行为的不法内容时）属于想象竞合。”<sup>(29)</sup>但在本文看来，论者之所以得出上述结论，是因为其潜意识中以罪名为平台讨论想象竞合和法条竞合问题，从而自始就存在方法论上的错误。比如，论者认为，“一般来说，故意杀人罪是故意伤害罪的特别法条，所以，在通常情况下，对故意杀人行为（不管是既遂还是未遂）要适用特别法条，按故意杀人罪论处。但是，在行为人以特别残忍手段实施杀人行为致人重伤造成严重残疾时，如果还按特别法条认定为故意杀人未遂，就有可能对行为人从轻或者减轻处罚。然而，这样的处罚不能充分评价行为人‘以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾’的不法内容，所以，此时应认定为想象竞合，从一重罪处罚。”<sup>(30)</sup>换言之，论者认为故意杀人罪和故意伤害罪一般是法条竞合关系，但有时是想象竞合关系，因此，法条竞合与想象竞合的区分并非固定不变。显然，论者把法条竞合和想象竞合理解为两个罪名（本例中为故意杀人罪和故意伤害罪）的竞合。但是，作为罪名的故意杀人罪和故意伤害罪都包含了预备、未遂、既遂等多种犯罪构成，由于罪数问题的讨论应以犯罪构成为平台，故只能分别讨论故意杀人既遂和故意伤害既遂、故意杀人未遂和故意伤害未遂、故意杀人未遂和故意伤害既遂等各个犯罪构成的罪数关系。通过这种方法论检验之后，我们可以发现：（1）故意杀人既遂必然符合故意伤害既遂的犯罪构成，因此两者是法条竞合关系；（2）故意杀人未遂未必符合故意伤害既遂的犯罪构成（可能未造成任何伤害结果），因此两者不是法条竞合而是想象竞合关系。<sup>(31)</sup>在竞合形态的定性上，本文与前述学者的结论并无不同，但这并不能说明“法条竞合与想象竞合的区分并不是固定不变的”，因为在具体犯罪构成的层面，法条竞合与想象竞合的区分是固定不变的。

以犯罪构成为标准建立罪数问题的讨论框架，还需要妥善处理刑罚合理化的问题，因为正确的刑罚裁量是罪数理论的终极目的。<sup>(32)</sup>由于我国刑法规定的犯罪构成数量远超罪名数量，如果以犯罪构成数来确定罪数，是否会导致数罪并罚现象大量增加，从而整体性地加重我国的刑罚处罚？对此，需要明确的是，“一罪与数罪的区分，与对数罪是否并罚是两个不同的问题”。<sup>(33)</sup>即便行为被评价为数罪，也不意味着必须并罚。当适用一个重法定刑可以全面清算数罪的不法与责任时，就可以仅适用一个重法定刑。<sup>(34)</sup>正因为如此，有日本学者提出要在功能上区分罪数论和竞合论：“罪数论所讨论的是，某个事实成立几个犯罪。

(29) 张明楷《法条竞合与想象竞合的区分》，《法学研究》2016年第1期，第141页。

(30) 同上。

(31) 参见徐凌波《犯罪竞合的体系位置与原则》，《比较法研究》2017年第6期，第94页。

(32) 参见[德]Ingeborg Puppe《基于构成要件结果同一性所形成不同构成要件实现之想象竞合》，陈志辉译，《东吴法律学报》2006年第3期，第321页；张明楷《罪数论与竞合论探究》，《法商研究》2016年第1期，第118页。

(33) 前引〔29〕，张明楷文，第134页。

(34) 参见前引〔32〕，张明楷文，第128页。

犯罪竞合论所讨论的是，在一个人成立数个犯罪的场合，应当科处什么样的刑罚。”<sup>(35)</sup> 虽然罪数论和竞合论之间能否作如此泾渭分明的功能区分尚存争议，<sup>(36)</sup> 但先讨论行为符合几个犯罪构成，在行为符合多个犯罪构成的情况下，再讨论是否需要数罪并罚，如此这般的判断程序却是不可否认的。因此，犯罪构成只是解决一罪与数罪区分的标准，而非解决罪数处断的标准。<sup>(37)</sup> 在行为符合多个犯罪构成的前提下，需要进一步运用竞合论的原理来处理刑罚合理化的问题。

作为量刑的起点，竞合论服从于全面评价和禁止重复评价这两项基本量刑原则，<sup>(38)</sup> 而禁止重复评价原则显然具有抑制不当的数罪并罚、防止过度处罚的功能。实际上，只要正确理解、充分用好禁止重复评价原则，罪数认定标准和罪数处断标准的切换就不会导致数罪并罚的泛滥。原因是，当一个罪名包含数个犯罪构成时，这些犯罪构成之间往往存在法益上的同一性、发展犯、牵连犯等紧密关系。因此，行为人的行为符合同属一个罪名的多个犯罪构成时，即便以犯罪构成为罪数认定标准，往往也会触发竞合论上的禁止重复评价原则。以走私、贩卖、运输、制造毒品罪为例，该罪名包含的四种犯罪构成都以毒品为对象，并且侵害的法益都是公众健康，但真正能直接侵害公众健康的只有贩卖行为，制造、走私、运输行为本质上是贩卖的上游行为。换言之，制造、走私、运输行为本来属于贩卖的预备行为，但在刑法第347条中被实行行为化了。在制造、走私、运输、贩卖四种行为指向同一宗毒品的场合，四种行为呈现出发展犯的关系，由于侵害的是同一个法益，故应将其作为包括的一罪处理（上游行为相对于下游行为属于共罚的事前行为），无需数罪并罚，否则可能违反禁止重复评价原则。<sup>(39)</sup> 可见，即便按照竞合论的一般原理，对于符合同一罪名下多个犯罪构成的情形，也可能不需要并罚。但是，需要强调的是，上述情形不并罚并不是因为行为符合的多个犯罪构成同属一个罪名，而是因为按照竞合论的基本原理本来就不需要并罚。

与上述情形相对，行为人虽然实施了同属一个选择性罪名或概括性罪名的多个行为，但如果并未触发禁止重复评价原则，就应当按照全面评价原则进行数罪并罚。比如，走私一宗海洛因又贩卖一宗冰毒的，走私和贩卖行为之间并非发展犯的关系，两者侵犯的也不是同一个法益而是两次侵犯同一种法益，此时应进行数罪并罚。<sup>(40)</sup> 究其原因，选择性罪名或概括性罪名只是一种犯罪构成规定形态，而非罪数形态，其罪名适用必须与罪数问题相区别。<sup>(41)</sup>

基于同样的逻辑，虽然具有紧密联系的多个犯罪构成没有被确定为同一个罪名，但同

(35) [日] 松原芳博 《刑法總論》，日本评论社 2013 年版，第 443 页。

(36) 参见前引〔32〕，张明楷文，第 117 页。

(37) 参见前引〔26〕，刘宪权文，第 131 页。

(38) 参见前引〔31〕，徐凌波文，第 86 页。

(39) 参见陈洪兵 《选择性罪名若干问题探究》，《法商研究》2015 年第 6 期，第 147 页。

(40) 2008 年最高人民法院《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》认为，“对不同宗毒品分别实施了不同种犯罪行为的，应对不同行为并列确定罪名，累计毒品数量，不实行数罪并罚。”在我国以犯罪数额、数量作为重要量刑依据的情况下，累计数额、数量实质上是一种变相的并罚手段，因此，该纪要实际上承认在对不同宗毒品分别实施不同种犯罪行为的场合需要数罪并罚。不过，本文认为累计数额、数量只适用于多次实施同种行为的场合，对于将不同种行为的数额、数量累计的做法则持保留意见。

(41) 参见林维、王充 《选择性罪名适用的探讨》，《人民检察》1997 年第 8 期，第 44 页。

时符合这些犯罪构成的，也可能因为触发禁止重复评价原则而无需数罪并罚。比如，与毒品犯罪不同，走私、制造、贩卖、运输假币的行为分别被规定在刑法第151条、第170条和第171条，且被分别确定为走私假币罪、伪造货币罪和出售、运输假币罪。虽然并不属于同一个选择性罪名，但针对同一宗假币先伪造又出售或者运输的，因为侵犯的是同一个法益，故无需数罪并罚。<sup>(42)</sup>

总之，罪名的形式与罪数的认定和处理没有必然关联，应以犯罪构成为平台讨论罪数问题。在确定符合多个犯罪构成的情况下，需要进一步遵循全面评价原则和禁止重复评价原则，科处合适的刑罚。

## (二) 具体事实认识错误是“同一犯罪构成”内的错误而非“同一罪名”内的错误

实际上，我国的通说一直认为，同一犯罪构成内的事实认识错误属于具体的事实认识错误，不同犯罪构成之间的事实认识错误属于抽象的事实认识错误；主观认识的内容和客观发生的事实是否属于“同一犯罪构成”，是区分两者的关键。<sup>(43)</sup>只是，学者又潜意识中认为“同一罪名=同一犯罪构成”，于是我们可以看到这样的表述“刑法理论将事实错误分为具体的事实认识错误与抽象的事实认识错误。显而易见的是，如果本来是不同的罪名，但我们将其确定为一个罪名，换言之，倘若原本是不同的构成要件，而我们将其确定为一个构成要件，就会导致将原本属于抽象的事实认识错误的情形，当作具体的事实认识错误处理，这会导致对被告人不利的处罚，违反责任主义原理。反之，如果本来属于同一犯罪，但我们将其确定为两个不同罪名，就会导致将原本属于具体的事实认识错误的情形，当作抽象的事实认识错误处理，这会形成处罚空隙，损害刑法的法益保护机能。”<sup>(44)</sup>不难看出，论者认为“一个犯罪构成”是可以由司法解释确定的，“两高”将某个刑法条文确定为几个罪名，该条文就包含几个犯罪构成。显然，这颠倒了犯罪构成与罪名之间的逻辑关系。

在事实认识错误问题上，也应贯彻以犯罪构成为问题讨论平台的方法论，解除认识错误与罪名的绑定关系，将是否发生在同一犯罪构成内作为区分具体事实认识错误和抽象事实认识错误的真正标准。实现这一方法论的转换，需要解决两个问题：第一，“同一犯罪构成”的认定问题；第二，如何应对可能出现的处罚空隙。关于第一个问题，前文已经作了阐述，但还需要结合认识错误问题的特性作一些强调和补充。为了论证的方便，下面围绕处罚空隙问题对两个问题作合并讨论。

处罚空隙可能以这样的方式产生：当不再按照罪名而是按照犯罪构成来区分具体事实认识错误和抽象事实认识错误时，原来因在同一罪名内而被认定为具体事实认识错误的情形，现在可能被认定为抽象事实认识错误。按照通说，在抽象事实认识错误的场合，原则上成立主观之罪的未遂和客观之罪的过失；如果客观之罪不处罚过失，则只成立主观之罪的未遂；如果司法实践中不处罚主观之罪的未遂，或者按照客观的未遂犯论主观之罪属于不可罚的不能犯，那么对行为人只能作无罪处理。于是，就出现了处罚空隙。

(42) 2001年最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》认为“对同一宗假币实施了刑法没有规定为选择性罪名的数个犯罪行为，择一重罪从重处罚。如伪造货币或者购买假币后使用的，以伪造货币罪或购买假币罪定罪，从重处罚。”

(43) 参见前引〔2〕，张明楷书，第269页。

(44) 前引〔16〕，张明楷文，第92页。

显然,要避免上述处罚空隙,首先要避免将具体事实认识错误不当地认定为抽象事实认识错误,而这依赖于正确地认定“同一犯罪构成”。比如,误将15周岁的少女当作男童拐卖的,属于何种性质的认识错误?这取决于如何理解拐卖妇女和拐卖儿童的关系。刑法第240条规定“拐卖妇女、儿童的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”如果从形式上将妇女和儿童理解为不同的对象,进而将拐卖妇女和拐卖儿童理解为不同的犯罪构成,则上述情形便属于抽象的事实认识错误,这样一来就只能认定构成拐卖儿童的未遂甚至不可罚的不能犯。但是,一方面,从形式上看,与第127条的“枪支、弹药、爆炸物”和第116条的“火车、汽车、电车、船只、航空器”不同,“妇女、儿童”本就可以在整体上被视为一个普遍词项,该普遍词项的名称就等于其下不同词项外延的集合。这种现象在汉语中并不少见,比如“父母”就等于“父亲和母亲”;“妇幼保健医院”这种表述的存在,也说明“妇女、儿童”完全可以在整体上被视为一个概念。换言之,即便删除两者之间的顿号,将第240条的表述改为“拐卖妇女儿童”,在语法上也没有什么问题。另一方面,刑法条文规定的是多个不同对象还是一个对象的多个示例,不能仅作形式解释,还必须作实质考察。从立法目的看,立法者显然意图将妇女和儿童作为一类特殊群体予以特别保护,两者在该条中完全是等价的。<sup>(45)</sup>因此,应当将妇女和儿童整体上作为一个对象的两个示例来看待,而不应视为两个不同的对象。总之,“拐卖妇女、儿童”只是一个犯罪构成,误将15周岁的少女当作男童拐卖的,属于具体的对象错误,应当认定为拐卖妇女、儿童罪既遂。需要重申的是,成立具体的对象错误从而构成犯罪既遂,不是因为拐卖妇女和拐卖儿童属于同一罪名,而是因为两者属于同一犯罪构成。

要避免将具体事实认识错误不当地认定为抽象事实认识错误,还需要注意“多名一罪”的现象,以屏蔽罪名的干扰。比如,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。”<sup>(46)</sup>“两高”将该条确定为破坏电力设备罪和破坏易燃易爆设备罪两个罪名,但是,电力设备也属于易燃易爆设备,所以该条实际上用“列举+兜底”的方式规定了一个对象,该条应当理解为一个犯罪构成即“破坏易燃易爆设备”。<sup>(47)</sup>因此,如果行为人意图破坏电力设备但实际上破坏了燃气设备的,由于认识错误发生在同一犯罪构成内,故属于具体的对象错误,应当认定为破坏易燃易爆设备的既遂。<sup>(48)</sup>

在根据犯罪构成标准认定某种认识错误确实属于抽象的事实认识错误之后,便需要直面处罚空隙的问题。比如,刑法第127条的盗窃枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪中,盗窃枪支、弹药、爆炸物和盗窃危险物质是两个不同的犯罪构成。因此,意图盗窃枪支实际窃得弹药的,属于具体的对象错误,构成盗窃弹药的既遂;而意图盗窃枪支实际窃得危险物质的,则属于抽象的事实认识错误,只构成盗窃枪支的未遂(如果采取客观的未遂犯论,就盗窃枪支而言也可能属于不可罚的不能犯)。不可否认,相对于依据罪名的同一性将意图

(45) 参见张明楷《再论具体的方法错误》,《中外法学》2018年第4期,第931页。

(46) 除了刑法第118条,第396条的私分国有资产罪和私分罚没财物罪也属于“多名一罪”。

(47) 司法解释将该条确定为两个罪名是错误的,这再次说明,“一个犯罪构成”的界定不应受到司法解释所确定的罪名的干扰。

(48) 参见前引〔45〕,张明楷文,第930页。

盗窃枪支实际窃得危险物质的情形认定为具体事实认识错误而言，基于犯罪构成的差异性将其认定为抽象事实认识错误，确实可能导致处罚偏轻甚至处罚落空，因而难免受到“制造处罚空隙”的诘难。

对于上述处罚空隙问题，解释论也并非束手无策，关键在于充分利用犯罪构成之间的竞合关系。<sup>(49)</sup> 比如，盗窃枪支、盗窃危险物质都可以评价为盗窃普通财物，因此，在意图盗窃枪支实际窃得危险物质的场合，如果符合刑法第 264 条的规定，完全可以认定为盗窃罪既遂。又如，刑法第 151 条至第 153 条规定了许多走私类犯罪，如第 151 条第 1 款规定，“走私武器、弹药、核材料或者伪造的货币的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产”。虽然该款被司法解释确定为走私武器、弹药罪、走私核材料罪和走私假币罪三个罪名，但也完全可以确定为走私武器、弹药、核材料、假币罪一个选择性罪名。但即便确定为这样一个选择性罪名，由于这些行为不仅侵犯了海关管理制度这个共同法益，还分别侵犯了公共安全和金融秩序，所以应当理解为不同的犯罪构成。<sup>(50)</sup> 如此一来，意图走私武器，实际走私的是假币的，就属于抽象事实认识错误。司法解释规定，“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。”<sup>(51)</sup> 根据该解释，上述情形应当定性为走私假币罪既遂，但这显然违反责任主义。合理的解决办法是，将第 151 条第 3 款的“国家禁止进出口的其他货物、物品”理解为表面的构成要件要素，从而将该情形认定为走私国家禁止进出口的货物、物品罪既遂。<sup>(52)</sup> 如果按照该款处罚无法做到罪刑相适应，还可以基于同样的解释方法将该情形认定为第 153 条走私普通货物、物品罪既遂（以符合第 153 条为前提）。<sup>(53)</sup>

不难看出，适用上述解释方法有一个前提，即存在一个可以同时包容主观之罪和客观之罪的第三方兜底条款。但是，如果欠缺第三方兜底条款，该如何处理？根据通说，此时只能继而考察主观之罪与客观之罪是否存在包容与被包容的关系，如果存在，则可在重合的范围内认定为故意犯罪既遂。比如，刑法第 263 条抢劫罪的基本犯和加重犯属于不同的犯罪构成，两者之间的事实认识错误属于抽象事实认识错误，但两者存在包容与被包容的关系，所以可在重合的范围内认定为犯罪既遂。因此，误将住宅当作商店入内抢劫的，不能认定为入户抢劫，但可以认定为抢劫的基本犯。<sup>(54)</sup> 相反地，误以为是军用物资，实际抢劫的是普通财物时，至少可以评价为抢劫普通财物的既遂，同时还有可能构成与抢劫军用物资未遂的想象竞合。

再退一步，如果主观之罪和客观之罪既不存在共同的兜底条款（或者兜底条款处罚太轻），又不存在包容与被包容的关系，该如何处理？此时，真正的难题出现了。对于这个问题，比较法上的经验可能会给我们带来有益的启示。

(49) 从下文的论证可以看出，错误论和竞合论有着密不可分的关系，事实认识错误问题的解决需要大量运用竞合论的原理。

(50) 走私武器、弹药和走私核材料是否可以评价为一个犯罪构成，有讨论的余地。

(51) 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》。

(52) 参见前引〔1〕，张明楷书，第 748 页。

(53) 参见张明楷《论表面的构成要件要素》，《中国法学》2009 年第 2 期，第 93 页。

(54) 参见前引〔16〕，张明楷文，第 90 页。

日本曾发生过“误将麻药当兴奋剂走私案”(日本最高法院1979年3月27日判决,刑集第33卷第2号第140页)。在日本的法律中,冰毒等毒品被称为兴奋剂,海洛因等毒品被称为麻药。走私兴奋剂和走私麻药都属于犯罪,但与我国不同的是,两者被分别规定在不同的附属刑法中。兴奋剂属于日本兴奋剂管理法的管制对象,该法第41条规定,走私兴奋剂将被处以1年以上惩役;而麻药属于日本麻药及中枢神经系统作用药管理法的管制对象,根据该法第64条的规定,走私麻药的刑罚也是1年以上惩役。在“误将麻药当兴奋剂走私案”中,行为人误以为自己走私的是兴奋剂,但实际上走私的是麻药。该案应如何定性,在日本的司法实务和刑法理论中引起了巨大争议。走私兴奋剂和走私麻药被分别规定在两部法律中,显然是两个不同的犯罪构成,故误将麻药当兴奋剂走私的,属于抽象事实认识错误。<sup>(55)</sup>不仅如此,日本的法律没有对兴奋剂和麻药规定诸如“毒品”这样的上位概念,兴奋剂和麻药之间也没有包容与被包容的关系,在这种窘境下,似乎只能按照抽象事实认识错误的基本原则处理,将该案认定为走私兴奋剂的未遂。但是,日本最高法院所认为该案成立走私麻药的既遂。理由是,管制麻药和兴奋剂的两部法律目的相同、方式近似,并且麻药和兴奋剂都是可产生依赖性的有害药物,因此,两者可视为实质上具有服从同一法律规制的类似性。本案涉及的走私麻药和走私兴奋剂两个犯罪仅在对象上有差异,其他构成要件要素是一样的,法定刑也完全相同,考虑到麻药和兴奋剂的类似性,认为两罪的构成要件在实质上完全重合是恰当的。因此,将麻药误认为兴奋剂的错误,不阻却走私麻药的故意。<sup>(56)</sup>以前田雅英为代表的学者主张对故意概念作实质理解(实质的故意论),认为只要行为人具备“会产生依赖性、有害的不法药物的认识”,就能够认定行为人具有对麻药的认识,进而成立走私麻药的故意。<sup>(57)</sup>

不难看出,日本最高法院的裁判理由与学者的实质的故意论采取了不同的解释路径,前者从构成要件出发,基于麻药和兴奋剂的类似性认为走私麻药和走私兴奋剂的构成要件实质上是完全重合的,进而认为被告人具有走私麻药的故意;而实质的故意论从故意论出发,认为“麻药的认识=依赖性、有害性药物的认识”,进而认为被告人具有走私麻药的故意。然而,这两种路径在一定程度上都存在问题。就日本最高法院的观点而言,若走私麻药和走私兴奋剂的构成要件如其所言是完全重合的,则应当只存在一个犯罪构成,而这并不符合事实。就实质的故意论而言,也只能缓和而不能彻底解除疑问,一旦行为人坚信自己走私的是兴奋剂而不是麻药,终究还是应当认定行为人没有走私麻药的故意。<sup>(58)</sup>

与日本司法实务和理论界所面临的窘境不同,在将不同种类毒品放在一个条文中进行规制的我国,诸如“误将麻药当作兴奋剂走私”的案件就不可能产生前述争议。我国刑法第347条在规定走私毒品罪时将行为对象笼统地描述为“毒品”,没有具体列举毒品的种类;同时第357条规定,“本法所称的毒品,是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺(冰毒)、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。”可

(55) 参见前引〔45〕,张明楷文,第935页。

(56) 参见〔日〕山口厚《刑法总论》,付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,第221页。

(57) 参见〔日〕前田雅英《故意的认识对象和违法性的认识》,丁胜明译,载陈兴良主编《刑事法评论》第37卷,北京大学出版社2016年版,第292页。

(58) 参见上引前田雅英文,第297页。

见，我国立法采取了“上位概念+示例列举+兜底概念”的规定模式，在这种模式下，各种毒品并非独立的犯罪对象，而是同一对象的不同示例。因此，走私不同种类的毒品在我国属于同一犯罪构成即“走私毒品”。成立走私毒品罪，只需要认识到走私的对象是毒品即可，不需要认识到毒品的具体种类。<sup>(59)</sup> 误将海洛因当作冰毒走私的，属于具体的对象错误，不影响走私毒品罪的认定。

虽然我国在毒品犯罪的问题上不会存在前述事实认识错误难题，但这并不代表我国不会出现类似难题。比如，误将军车当作运钞车从而误将军用物资当作金融机构的资金抢劫的，如何处理？或许有人认为，该情形可以认定为抢劫普通财物既遂或抢劫金融机构未遂，但前者处罚太轻，后者最多只能作未遂处理，且依据客观未遂犯论还未未必一定能够成立犯罪，因而不能彻底解决问题。认为抢劫军用物资和抢劫金融机构在犯罪构成上实质重合的观点，<sup>(60)</sup> 则存在与前述日本最高法院所持立场相同的缺陷。这说明，解释论对于处理处罚空隙问题虽然不至于束手无策，但确实无法做到尽善尽美。

解释论的功能终究是有限的，在穷尽了解释论方法仍然难以彻底消除处罚空隙时，就有必要考虑完善刑法的规定模式。也就是说，与其任由解释者、司法者为了填补处罚空隙而不得不在违反罪刑法定、违反责任主义的边缘试探，不如从立法着手封堵空隙。易言之，如果对A、B两个犯罪构成有进行相同规制的必要性，且实践中容易发生两者之间的认识错误，<sup>(61)</sup> 为了避免因作为抽象事实认识错误处理而产生处罚空隙，有必要在立法上将A、B两个犯罪构成合并为一个犯罪构成。这样一来，即便发生了事实认识错误，也只是具体的事实认识错误，因而可以在很大程度上避免处罚空隙。为了进行这样的合并，可以采取“上位概念+示例列举”“示例列举+兜底概念”“上位概念+示例列举+兜底概念”等规定模式，将多个要素合并成一个要素。

### （三）罪过是犯罪构成的罪过而不是罪名的罪过

刑法理论上关于一个罪名是否只能有一种罪过形式的争论，本质上源于对罪名和犯罪这两个概念的混淆。比如，有学者引述他人观点：“一个犯罪，要么是故意犯罪，要么是过失犯罪，除此之外在主观罪过上不可能有其他形式的犯罪了。”然后，该学者将上述观点概括为“一个具体的罪名只能对应故意或过失这两种罪过形式中的某一种”，即“一个罪名、一种罪过”。<sup>(62)</sup> 显然，论者偷换了概念，将“一个犯罪、一种罪过”改为“一个罪名、一种罪过”。如果理解了罪名与犯罪构成的关系以及我国罪名体系中普遍存在“多罪一名”现象的实际情况，就会发现“一个罪名是否只能有一种罪过形式”的争论是没有意义的。

罪过形式从来都是指某个犯罪构成的罪过形式，而非某个罪名的罪过形式。当一个罪名之下包含多个犯罪构成时，需要逐个讨论每个犯罪构成的罪过形式，如果笼统地讨论该罪名的罪过形式，势必陷入混乱。比如，不能笼统地讨论食品监管渎职罪这个罪名到底是故意犯罪还是过失犯罪，需要讨论的是，食品监管渎职罪所包含的具体犯罪构成是故意犯

(59) 参见前引〔1〕，张明楷书，第1146页；黎宏《刑法学各论》，法律出版社2016年版，第459页。

(60) 参见前引〔16〕，张明楷文，第94页。

(61) 立法改革的必要性取决于实践中发生认识错误的概率，而后者取决于犯罪行为的特点，各国都在频繁讨论走私犯罪、毒品犯罪案件的认识错误问题，并非没有原因。

(62) 参见前引〔5〕，卢有学文，第110页。

罪还是过失犯罪。因此,该问题的正确表述应该是:食品监管渎职罪是一个概括性罪名,包含了滥用职权和玩忽职守两种犯罪构成,其中滥用职权型犯罪构成属于故意犯罪,玩忽职守型犯罪构成是过失犯罪。<sup>(63)</sup>可见,“一个犯罪只有一种罪过形式”的传统理论,不会因为食品监管渎职罪这个罪名的出现而被颠覆,因此,不需要通过复合罪过、并存罪过等概念来处理罪过形式问题。毫无疑问,将故意和过失两种犯罪类型概括性地确定为一个食品监管渎职罪的做法,确实存在很大问题。但是,只要我们准确地意识到罪名和犯罪构成的区别,并坚持以犯罪构成为问题研讨的基本平台,即便罪名本身存在问题,对罪过形式的解释也不会出现偏差。

以犯罪构成为平台讨论罪过形式问题,意味着对所有的犯罪构成都需要讨论罪过形式问题。而以罪名为问题讨论平台的研究进路,往往侧重讨论基本犯的罪过形式,很少单独讨论加重犯的罪过形式,但仍有不少学者会讨论成立加重犯是否需要具备对加重要素的认识。实际上,对加重要素是否需要具备认识,与加重犯是否是故意犯罪,在很大程度上是同一个问题。比如,正因为作为情节加重犯的“入户抢劫”是故意犯罪,所以成立该罪才需要行为人具备对“户”的认识;正因为作为对象加重犯的“抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资”是故意犯罪,所以成立该罪才需要行为人具备对“军用物资或者抢险、救灾、救济物资”的认识。<sup>(64)</sup>可见,以犯罪构成为问题讨论平台,一方面禁止讨论罪名的罪过形式,一方面又要求不能仅仅讨论基本犯的罪过形式。

如此看来,结果加重犯的罪过形式问题就特别值得讨论了。一方面,我国传统理论大多没有将结果加重犯作为独立的犯罪构成来讨论其罪过形式,而是在讨论完基本犯的罪过形式之后,单独讨论对加重结果的故意或过失问题。然而,罪过形式是就犯罪整体而言的,不是针对某个客观要素(如加重结果)而言的。退一步讲,即便这种分割而论的分析澄清了对各个客观要素的主观认识,也没有说明结果加重犯整体上是何种罪过形式。以故意伤害致死为例,有学者这样表述“故意伤害致死以行为人具有伤害故意为前提,过失造成的死亡结果,则是故意伤害罪的加重结果。”<sup>(65)</sup>即便这种表述能够让人理解成立故意伤害致死时行为人对各个客观要素的主观认识,我们也无法得知故意伤害致死作为一个独立的犯罪构成在整体上是何种罪过形式。这并不是一个没有意义的问题。刑法第25条规定,“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。二人以上共同过失犯罪,不以共同犯罪论处;应当负刑事责任的,按照他们所犯的罪分别处罚。”如果认为故意伤害致死是过失犯罪,那么在二人以上共同以伤害意思攻击他人但失手致其死亡の場合,能否成立共同犯罪?如果认为故意伤害致死是故意犯罪,如何解释该罪的成立不必具备对死亡结果的现实认识而只需具备认识可能性?显然,这些问题需要统合故意论和共犯论进行思考。

另一方面,我国传统理论认为,在部分结果加重犯中,对加重结果既可以是故意也可以是过失,但传统理论没有说明,这种类型的结果加重犯是一个犯罪构成还是两个犯罪构成。比如,刑法第234条规定,“故意伤害他人身体的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪,致人重伤的,处三年以上十年以下有期徒刑。”这里的“致人重伤”既包括

(63) 参见安文录、虞淦《食品监管渎职罪疑难问题司法认定研究》,《政治与法律》2011年第9期,第150页。

(64) 参见前引〔16〕,张明楷文,第90页。

(65) 前引〔1〕,张明楷书,第862页。

故意致人重伤，也包括基于轻伤故意而过失致人重伤，对此学界没有争议。但问题是，“犯前款罪，致人重伤”是一个犯罪构成还是两个犯罪构成？传统理论未曾讨论这个问题。本文认为，“犯前款罪，致人重伤”包含了两个犯罪构成：故意致人重伤是故意犯罪，基于轻伤故意而过失致人重伤是过失犯罪。传统理论之所以未曾讨论这里的犯罪构成个数问题，主要是因为其并未在犯罪构成的平台上讨论罪过形式，而是笼统地在罪名、基本犯或者结果加重犯这些概念下展开对罪过形式的讨论，其一开始就缺乏细致区分犯罪构成的意识。需要说明的是，“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。”<sup>〔66〕</sup>这样一来，对于第234条“犯前款罪，致人重伤”这一简单表述，就能够区分出上述两个犯罪构成；第115条第2款“过失犯前款罪”的规定，寥寥六字就能够包含五个犯罪构成，即失火、过失决水、过失爆炸、过失投放危险物质、过失以危险方法危害公共安全。

---

**Abstract:** There is a phenomenon of taking crime title as the discussion platform in the research of criminal law in China, which has caused many confusing problems in quantity of crime, mistake, mens rea, etc. The titles of crimes in China are determined by judicial interpretations, which do not strictly follow the principle of “one crime constitution, one title”, but make extensive use of the method of “one sort of crime constitution, one title”. Therefore, crime title and crime constitution in China are not always in one-to-one correspondence, “multiple crimes, one title” is a prominent feature of China’s crime title system. It’s necessary to strictly distinguish crime constitution from crime title, and abandon the approach of taking crime title as the discussion platform in criminal law research. The object of criminal law research is crime. Therefore, the center of the discussion platform of criminal law is crime constitution, not crime title. Accordingly, the basic unit of analysis in criminal law is “a crime constitution” rather than “a crime title”. The “crime” in the “quantity of crime” refers to crime constitution rather than crime title. If an offense meets several crime constitutions under one title, we should make full use of the principle of prohibition against double evaluation and the requirement for overall evaluation to assess the quantity of crime. A concrete mistake refers to “a mistake within a crime constitution”, rather than “a mistake within a crime title”. The discussion of the form of mens rea should be based on crime constitution rather than crime title.

**Key Words:** crime title, crime constitution, quantity of crime, mistake

---

---

〔66〕 [日] 町野朔 《犯罪論の展開Ⅰ》，有斐閣1989年版，第53页。