

# 论故意认定的规范化及其限度

陈尔彦\*

**摘要** 将故意视为一种心理事实的事实性故意概念存在诸多缺陷,应当主张故意认定的规范化。当前学界存在的各种故意规范化理论可归结为认识因素规范化、意志因素规范化和以负责原则为基础的故意规范化三种维度。唯有从正面澄清规范故意概念的基本内涵,才能明确故意规范化的限度。立足于故意犯的规范论基础和处罚根据,故意是指行为人认识到行为具有实现构成要件的风险,且这种风险达到了故意风险的程度,却仍决意实施行为。减轻证明困难不是故意规范化的正当理由。故意风险的认定是一种规范判断。意志不是独立的故意构成要素。故意行为规范的正当化根据与罪刑法定原则划定了故意规范化的最大边界。

**关键词** 故意;事实故意;故意规范化;故意风险

故意概念及其认定问题长期以来在理论与实务中充满争议。在理论界,围绕着故意意志因素是否必要,认识说与意志说展开了持久的讨论。在实务中,间接故意与有认识过失的区分始终困扰着实务工作者,且这一难题又因主观方面证明的困难性而被进一步放大。本文认为,只有准确把握故意的规范本质,这些问题才可能得到澄清。

尽管“故意规范化”的提法在当前已屡见不鲜,学界也形成了各种具体的故意规范化主张。但是,学理通说与司法实践实际上仍将故意理解为某种有待查明的心理事实。多数对故意认定的研究因而仅止步于对司法经验的归纳总结,以及用“法言法语”对法感觉的包装和背书。并且,各种所谓的故意规范化理论对于“规范化”本身的意涵与故意规范化的着力点也存在分歧,由此导致相关讨论缺乏共享的对话平台,流于自说自话的立场宣示和文字游戏。

基于上述现象观察和问题意识,本文首先讨论将故意理解为一种纯粹的心理事实可能导致的问题(第一部分),进而从正面证成故意规范化的必要性和基本含义(第二部分)。在此基础上,梳理总结当前存在的三种不同维度的故意规范化主张(第三部分)。随后,文章将从故意

\* 德国弗莱堡大学法学院博士研究生。

犯的规范论基础切入,廓清规范的故意概念的基本内涵(第四部分)。最后,文章将重新审视既有的各种故意规范化主张,划定故意规范化的边界(第五部分)。

## 一、事实性故意概念及其缺陷

### (一)故意被普遍理解为一种心理事实

故意长久以来被视为一个纯粹描述性的事实概念。立足于我国《刑法》第14条的规定,犯罪故意被理解为一种由认识与意志共同构成的主观心态、犯意。而“认识”“意志”“心态”“犯意”等词语在日常用语中,指的就是一种存在于人类脑海中的心理事实。

在此基础上,为了对作为心理事实的“认识”与“意志”作出进一步具体化,我国学者又结合刑法规定,对“认识”与“意志”的内涵展开了各种精细描述。例如,故意的认识因素是“明知自己的行为会发生危害社会的结果”。直接故意的意志因素是“希望危害结果的发生”,“希望是指行为人积极追求结果发生;发生结果是行为人实施行为直接追求的结局;行为人主观上没有介入其他独立意识,不是为了实现其他意图而实施该行为”。间接故意的意志因素是“放任危害结果发生”,“放任是对结果的一种听之任之的态度,行为人既不是希望结果发生,也不是希望结果不发生,而是听任结果发生;只要行为人在心理上接受、认可结果的发生,就属于放任”。〔1〕亦有学者将“放任”理解为“对结果的发生与否采取听之任之、满不在乎、无所谓的态度”,〔2〕或是“纵容发生”,即“放任不等于行为人对结果完全漠然,不是在希望与不希望之间采取中立态度,是放任结果的发生,而不是放任结果的不发生,即倾向于接受结果这一极”。〔3〕姑且不论这几种对“放任”的描述在具体适用时究竟有何实质差异,其共性在于它们均将故意视为一种可以被探知、查明的心理事实。正如有学者所指出的那样,“犯罪故意所描述的是瞬时内心微妙的能动,怎样认定行为此刻必然存在的某种心理成为解开案件的关键结点”。〔4〕这样一种对故意的事实性理解,是当前刑法学界的主流共识。

### (二)事实性故意概念导致故意认定在实务中的黑箱化

学理通说对故意概念的事实性理解,与我国司法实践对故意的一贯看法相符。也正是因为故意在刑法理论中被理解为一种心理事实,一种存在于行为人脑海中的想法与态度,因此实践中才会出现认定故意时过于倚重言词证据、乃至诱发刑讯逼供的忧患。

更为关键的是,一旦对故意的把握被视为一个纯粹的事实认定问题,那么在个案中行为人究竟有无故意,就和“行为人在案发时曾到过现场”一样,完全取决于司法人员在整体考察全案事实的基础上,依据经验法则而形成的自由心证。而对于事实证据的把握与自由心证的形成,

〔1〕 张明楷:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社2021年版,第338、344页。

〔2〕 高铭暄、马克昌:《刑法学》(第十版),北京大学出版社2022年版,第105页。

〔3〕 何秉松:《刑法教科书(上)》,中国法制出版社2000版,第314页。

〔4〕 付玉明、杨卫:“犯罪故意的规范释明与事实认定——以‘复旦投毒案’为例的规范分析”,《法学》2017年第2期,第192页。

刑法学者的意见相比起具有丰富经验和充足信息的司法人员乃至一般社会公众,未必见得就更值得信赖。况且,基于社会分工的要求以及法官与学者的不同角色定位,对事实的认定原本就属于法官的特权。〔5〕

因此,如果我们认为学者不宜对法官在判决中所认定的“行为人在案发时曾到过现场”这一事实随意置喙,或者至少承认学者在这方面相对于社会公众并不具有额外的专业优势、相对于法官不享有更有力的话语权,那么学者对于故意的认定问题似乎也不应过度插手。当然,本文并无意于否定事实认定和证据评判在司法实践中的重要作用,而只是试图说明,如果故意的存否仅取决于行为人内心的希望、接受、认可等态度,那么对于刑法学者而言,故意的认定在理论上便既非其专长,在实践中也不属于其评说领域,而最终只取决于法官的经验与良心。

由此可见,一旦将故意理解为一个纯粹的事实概念,将故意认定理解为对行为人在行为时的心理事实的查明与证明问题,则有关故意概念的各种精细化讨论与教义学思考,就都被遮蔽在个案考察、整体评价、证据剪裁、综合权衡等似是而非且难以把握的话语之下。这不仅会导致实体法理论研究的懈怠——也即要么使理论研究的品味降格为对日常生活经验的归纳总结,要么使实体上对处罚正当性的追问淹没于对证据能力的审查和对证明力的把握等程序法问题之下;更为致命的是,这还会导致个案中对故意的认定过程彻底进入黑箱状态。因为法官在其思维中对证据的取舍、加工、解读难以外化为一种具有可操作性的具体规则。相应地,无论是控方还是辩方,都很难对法官的内心确信形成有效质疑。

例如,“有人在案发当天在现场附近目击到行为人,由此可推断出行为人在案发时身处现场”和“行为人与被害人素有嫌隙,由此可以推断出行为人在捅刺被害人时,在心理上接受、认可死亡的发生,因而具有杀人故意”一样,都是基于生活经验对事实与事实之间关联性的推理,这与“地上有水,说明刚下过雨”在本质上别无二致,既不以额外的法学知识为支撑,也不能得出任何稳固的结论,因为每一个判断者对于“地上的水”和“下雨”、“素有嫌隙”和“接受认可死亡发生”之间的经验关联性都可能不同理解,而在司法领域,“是否认可此种经验关联性”则属于法官的自由心证。即便辩方提出“行为人与被害人的纠纷仅源于生活琐事,‘根据日常生活经验’,这种小小的纠纷尚不足以表明行为人接受、认可了被害人的死亡”,法官对此也完全可以不予置评,因为基于经验关联性而形成的事实推理(纠纷要严重到什么程度,才足以反映出行为人接受、认可被害人的死亡),本身就是法官被赋予的特权,法官既无义务对此进行说明,实际上也无法说明。这也是为何在刑事判决书中,我们有时会看到法官在对被告关于主观故意的辩解进行评判时仅以“本院不予采纳”加以回应。这种现象不应被简单归咎为“裁判文书说理不足”,而应看到其背后的深层原因——也即故意被理解为一种纯粹的心理事实,故意认定因而被视为一种建立在裁判者内心确信基础上的、难以给出有效说理的对事实的查明。

### (三)“事实因子目录”无助于克服事实性故意概念的缺陷

为了克服故意认定在司法实务中的黑箱化,提升故意教义学的理论格局,学界存在一种常见的研究模式,即通过收集、分析各种判例,提炼出实践中影响故意认定的事实因子。例如,我

〔5〕 参见车浩:《正义的决疑》,法律出版社2024年版,第52—56页。

国学者指出,“判断行为人的心态属于故意还是过失,需综合考虑的因素包括行为动机是否良善、事发原因、当事人双方关系、社会是否习惯某种风险、行为的最终目的是否无价值、行为人是否准备自承风险、对被害人的支配程度、结果发生可能性的危险本身是否受到‘防护’”。〔6〕类似地,德国联邦最高法院在一系列判例中也总结出认定故意时需要考虑的各种主客观事实,包括行为在客观上的危险性、行为人的具体攻击方式、他在实施行为时的心理状态和动机等。〔7〕

然而,在本文看来,这种研究路径的理论和实践意义都极其有限,除了能呈现一时一地的司法现状、帮助行为人在事前预测法官的裁判结论之外,在理论上既不能进一步揭示故意认定的标准与规则,在实务中对其他法院与法官也并不具有任何拘束力。其原因在于:

首先,尽管学者们根据不同案件类型,总结出了大量用于认定故意的具体事实因子。但是,由于生活事实的多变性和个案情况的差异性,这样一种“事实因子目录”永远都是不完整的。根据实际情况的不同,任何其他事实都有可能被添加到这个目录中。

其次,各种事实因子之间的相对权重也是不确定的。当可能得出相反结论的事实因子同时出现时,最终应当采取何种结论,从“事实因子目录”中不可能找到答案。例如,在德国联邦最高法院审理的一起案件中,被告是一名训练有素的空手道选手。他向来反对打骂孩子。案发当晚,被告在女友离家后,代为照料女友一岁的孩子S。S不断哭喊,被告心生厌烦,遂数次击打S头部。但在S安静下来后,被告又给S喂了香蕉。之后,S再次开始喊叫,被告使用空手道的手刀技法,用掌沿击打男孩的左后脑。S不幸死去。被告尝试抢救S未果。〔8〕在这起案件中,可能用于证立故意的事实,包括行为人是空手道选手,行为人对一岁幼童分阶段多次击打,以及击打的力度、手法和部位等;反之,可能用于排除故意的事实,则包括行为人一贯的性情、在事中曾给幼童喂食香蕉、在事后实施抢救等。如此一来,究竟哪些事实更重要,以至于可以抵消掉其反面事实,就存在巨大争议。最终,德国联邦最高法院认为被告对S的死亡结果仅具有过失,但亦有学者对此提出批判,认为被告具备杀人故意。〔9〕由此可见,即便存在“事实因子目录”,由于不同人对于同一事实的相对权重可能有不同认识,因而最后仍可能得出不同结论。

最后,即便是对同一事实,在不同人眼里或在不同案件中也可能存在完全相反的解读。最为典型的例子是醉酒和冲动。〔10〕在一些案件中,法院认为“行为人的冲动排除了故意的意志要素”,〔11〕而在另一些案件中,法院又表示“严重醉酒或冲动并不是否定行为时点上故意存在

〔6〕 陈磊:“类型学的犯罪故意概念之提倡——对德国刑法学故意学说争议的反思”,《法律科学》2014年第5期,第200页。

〔7〕 BGH NStZ 2013, 581 (582).

〔8〕 BGH NStZ 1988, 175.

〔9〕 Vgl. Ingeborg Puppe, in: NK-StGB, 6. Aufl., 2023, § 15 Rn. 92.

〔10〕 Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2021, § 12 Rn. 88p.

〔11〕 BGH NStZ 2015, 266 (267).

的理由;毋宁说,根据可靠的经验,醉酒和冲动使行为人得以更轻易地克服实施严重暴力行为的心理障碍”。〔12〕

由此可见,通过总结实务中影响故意认定的事实因子,乃至将其提升为一种类型学理论,并无助于解决实践中故意认定的“黑箱化”问题。这种理论弊端也清楚反映在司法实践中:当上级法院想要推翻下级法院对故意的认定结论时,它们通常提出的理由就是下级法院没有考虑到某个关键事实,或是没有给予其中某个事实以恰如其分的重要性,或是对内心确信的形​​成提出了不恰当的要求。〔13〕然而,在纷繁复杂的生活事实面前,究竟哪些事实重要、哪些事实比另一些事实更重要、某一事实究竟可用于证立还是推翻故意,都缺乏明确的判准。

造成这一困局的症结,就在于将故意理解为一种心理事实。从具体事实因子到待证事实的推导是一种经验上的推导,这种推导关系的形成以日常生活经验和实证科学的一般法则、规律为依据,因而也无需经验以外的任何正当性支撑。正是因为具体事实因子和待证事实之间的联系只需在经验上得到说明、而不必在规范上得到正当化,因此,对于故意的证明在个案中究竟需要考虑哪些具体事实,就不再有任何内容、权重和方向上的限制,而最终仅取决于裁判者自身的知识、经验、良心、价值观念,以及对事实的剪裁与理解。

因此,即便是提倡这样一种综合的、整体性的故意认定模式的学者也不得不承认,尽管在具体个案中的确可以列举出一系列对于区分故意与过失而言具有重要性的事实,但这并不意味着这些事实以及对这些事实的评价能形成一个拥有足够理论承载力的科学的故意概念。〔14〕

#### (四)事实性故意概念并未真正被坚持

纯粹事实性的故意概念存在种种缺陷。理论与实践在讨论具体个案时,实际上也并未真正贯彻事实性的故意概念。例如,我国学者在分析2009年轰动一时的“杭州飙车案”时指出:从种种因素可以认定,“行为人在繁华的城市主干道上的飙车的危险性很大,并非模糊、不确定的风险,作为一个理性人必定能够认识到这样的危险实现可能性很高……行为人却为了寻求刺激,放任这样的高度危险的行为发生,其对危害结果的大小和范围虽不确定,但显然危害结果的发生,他是有认知的”。〔15〕在这段论述中,论者并未真正考察行为人是否明知自己的行为会对不特定多数人造成危险,而是基于飙车的客观危险性,以“一个理性人必定能够认识到这样的危险实现可能性很高”取代了对行为人主观认识的审查。这实际上已经脱离了行为人的具体认识内容和真实心理状况,而走向了一种对故意的认识因素的规范化。

又如,我国刑法理论普遍将直接故意的意志因素表述为“希望危害结果发生”,希望指的就是“积极追求”。然而,我国学者又一致认同,只要行为人认识到结果必然发生,那么无论他在意志上对结果持何种态度都是直接故意。典型的例子是“脚手架案”:甲想通过割断脚手架绳

〔12〕 BGH NStZ-RR 2010, 214 (215).

〔13〕 Vgl. Ingeborg Puppe, Der dolus eventualis und sein Beweis, ZIS 2019, S. 409.

〔14〕 Roxin/Greco (Fn. 10), § 12 Rn. 33a.

〔15〕 郝艳兵:“从‘飙车案’看故意理论的变迁”,《东方法学》2011年第3期,第158—159页。

子的方式杀死脚手架上的乙,而不顾同在脚手架上的丙的死活。虽然在心理学层面,甲并不希望丙死,但由于他明知丙的死亡结果必然发生,因此这种心态就不再是放任,而是希望。<sup>〔16〕</sup>然而,当论者作出这一判断时,他所描述的就不再是甲的心理事实,而是经“规范评价”后的结论。对此,张明楷的解释是,“从实质上说,认识到结果必然发生却仍然实施行为,说明非难可能性严重,将其归入直接故意是理所当然的”。<sup>〔17〕</sup>而当我们根据行为的“非难可能性”对行为人的意志进行实质评价和归类时,我们显然已不再将故意理解为心理事实、将故意认定理解为对事实的查明。这个例子体现了理论上对故意的意志因素的规范化。

我国《刑法》对胁从犯的规定以及关于间接正犯的处断原则也表明,对故意的事实性理解并未真正被坚持。例如,当恶徒以杀害行为人的幼子相威胁,迫使行为人杀死其妻子,视行为入意志自由受压迫的程度,其或者可能被认定为胁从犯,或者可能因排除责任的紧急避险、缺乏期待可能性等理由而出罪。但无论如何,没有人会否认行为人主观上具有杀人故意,尽管他对妻子的死亡结果在心理上持全面反对态度。从心理学的角度看,“被胁迫参加犯罪”就表明行为人对犯罪结果既无希望也无放任。然而,刑法并未规定胁从犯不成立故意;恰恰相反,作为一种共犯形式,实际上只有故意犯才有成立胁从犯的余地。因而,只有对故意的意志因素作规范理解,才可能与胁从犯的立法规定相协调。

上述实例反映出,尽管理论和实践坚称故意是一种心理事实,但在面对具体个案时,为了得出符合法感情和处罚需求的结论,无论是学理还是实务,都不自觉地通过以“理性人视角”取代行为人视角,以“非难可能性”置换非难对象,以“法律意义”架空“自然意义”等方式改造故意的意涵,使故意逸出了纯粹心理事实的范畴,开启了一种规范化转向。对此应审慎看待,一方面致力于探寻这种规范化改造背后是否有充分的正当性支撑,明确故意规范化的限度;另一方面应通过理论自觉,将个案式的无意识内省转化为具有可操作性的、普适性的规则。

## 二、故意规范化的基本内涵

正如犯罪论体系中的其他范畴——如因果关系、过失、罪责等——在近年来已经或正在经历规范化转型一样,故意概念如今也正在走上一条规范化之路。我国也有学者明确主张,“无论是故意还是过失,都不仅是一种心理事实,而是一个需要被规范性评价的实体概念”。<sup>〔18〕</sup>

然而,在讨论故意的规范化之前,首先有必要澄清“规范化”的含义。在当前的刑法学研究中,主要存在如下几种“规范化”的用法:①在一些场合,“规范”与“存在”相对应,指的是根据刑法和刑罚的目的、功能,而非根据预先给定的事物存在构造,发展相应的刑法范畴。典型的例子是“规范主义刑法学体系”与“存在主义刑法学体系”,以及“规范责任论”与“心理责任论”。

〔16〕 参见陈兴良:《口授刑法学》,中国人民大学出版社2007年版,第191页。

〔17〕 张明楷,见前注〔1〕,第345页。

〔18〕 李世阳:“故意概念的再定位——中国语境下‘盖然性说’的展开”,《政治与法律》2018年第10期,第135页。

②在一些场合,“规范”与“事实”相对应,意味着超越核心语义范围的、对事实的扩张理解,且在实际运用中更强调其与事实相违背的、拟制性的一面。例如“不以事实控制力为必要条件,只要具备了规范依据就可以成立占有”的纯粹“规范化”的占有概念。<sup>[19]</sup> ③在一些场合,“规范”与“描述”相对应,指的是要求运用某种价值或评价活动,而不能直接借助感官被感知,如“规范的构成要件要素”相对于“记述的构成要件要素”。④在一些场合,“规范”还可能与“经验”相对应,其对应关系可大致理解为“应然”与“实然”之间的对应关系。在这个意义上,当我们说“法学是一门规范科学”时,指的是法学创设或捍卫某种价值或规则。

本文所主张的“故意规范化”大体可对应于上述第一、二层含义。一方面,对应于上述“规范化”的第一层含义,在法教义学领域,规范化首先意味着以一种功能、目的的视角去考察、解释概念,根据概念在体系中被赋予的功能,目的性地把握概念。而在刑法语境下,这种功能和目的指的就是刑罚的正当性及其目标。<sup>[20]</sup> 因此,故意的规范化意味着摆脱对故意概念的心理学术解读,转而根据故意概念在刑法体系中的功能和故意刑罚的制裁理性来把握故意的内涵。另一方面,对应于上述“规范化”的第二层含义,故意的规范化在实际运用时,有时也意味着对故意概念核心语义的超越。如前所述,当我们以“一个理性人必定能认识到行为的风险”来理解故意的认识因素,以“行为人在认识到风险的情况下仍实施行为”来理解故意的意志因素,此时的认识与意志就不再是原初意义上的认识与意志,而是一种规范评价的结果。在这个意义上,规范化同时也伴随着“意义创制”的效果。<sup>[21]</sup> 但需要注意的是,这种“意义创制”并非漫无边际的,而必须受到一定的约束。此即下文即将讨论的故意规范化的限度问题。

### 三、故意规范化的既有理论尝试

尽管事实性故意概念在理论与实务中仍居于绝对主流地位,但对故意规范化的提倡由来已久。根据本文的观察,理论上对故意的规范化尝试可归为三个维度:①认识因素的规范化;②意志因素的规范化;③以负责原则为基础的故意规范化。在实际运用时,这三个维度可对应三个具体问题:①能否因为行为客观上具有高度危险性,就认为行为人具备故意认识?②当行为人明知风险却依旧实施行为,能否当然认为行为人具备故意意志?③若行为人事上根本不具备故意认识,能否根据他欠缺认识的原因,而依旧认为他具备故意?以下将对这三个维度的代表性观点展开讨论。

#### (一)认识因素的规范化

在“认识因素规范化”维度之下,又可以进一步细分出两种路径。一种路径是完全以客观第三人的认知取代行为人的实际认知。另一种路径则承认行为人实际认知的必要性,但与此同时,对于行为人认识的风险是否重要的判断,则不取决于行为人的自己的评价,而应交由法

[19] 参见车浩:“占有概念的二重性:事实与规范”,《中外法学》2014年第5期,第1211页。

[20] Vgl. Wagner Filho, Die Normativierung des Vorsatzes, ZIS 2022, S. 202.

[21] Vgl. Friedrich-Christian Schroeder, Die normative Auslegung, JZ 2011, S. 188 f.

秩序即法官来判断。

### 1. 路径一：以客观第三人认知取代行为人认知

这一脉学说的代表性观点是，对于故意的认识因素来说，重要的并不是行为人在行为时究竟认识到了什么，而是一个理性一般人处于行为人的情境下时本可以认识到什么。<sup>〔22〕</sup> 在上文提到的学者对“杭州飙车案”的分析中，论者认为“作为一个理性的人必定能够认识到这样的危险实现可能性很高”，因此“行为人对危害结果的发生是有认知的”，这同样体现出一种“以客观第三人认知取代行为人认知”的认识因素的规范化倾向。

此种认识因素规范化背后的考虑主要来源于实践中对故意的证明需求。由于行为人在行为时点究竟认识到了什么，仅存在于他的主观世界中，法官不可能穿越到行为人的大脑中，甚至即便是行为人本人往往也很难清楚地回忆起他在行为时点的认识内容。因此，有必要借助某些外部标准和客观事实，重建行为人在行为时点的内心世界。换言之，为了回避对行为人真实认知内容的证明困难，一种务实的做法是从内容上对故意加以改造，例如将对“现实认知”的要求降低为某种“事物思考式的伴随意识”，并且坦率承认，“无需证明当下的认识，只要结果发生的可能性作为每个人都拥有的经验知识，存在于事物思考式的伴随意识中就足够了”，而“每个天赋正常的人都被认为具有这样的知识”。<sup>〔23〕</sup> 显然，这样一种为减轻证明困难而采取的对故意认识因素的改造，已经十分接近于“从一开始就从处于行为人情境下的平均第三人可以认识到的东西，推导行为人的认识内容”的认识规范化主张。<sup>〔24〕</sup>

### 2. 路径二：对行为人已认知风险的规范评价

第二种故意认识因素规范化的路径，是在承认行为人认识必要性的前提下，进一步要求，应当根据规范标准评价风险，从而根据风险的程度，确认风险在规范上的重要性。如此一来，随之而来的问题就是应当由谁来判断风险是否重要：是行为人还是中立的法官？认为应由法官根据法的标准对风险的重要性作出判断的观点，就是一种认识因素规范化的主张。

认为应由行为人来判断的观点，仍更强调认识因素中事实性的一面，强调行为人的心理作用机制。例如，行为人可以一方面明知行为有可能导致结果，另一方面又真挚信赖结果不发生，或通过某种心理过程在思维中排挤掉这种风险，并最终形成“这种风险不值得认真对待”的结论。在这种情况下，认为应由行为人来对他已认识的风险作出判断的观点，便可能会得出行为人没有故意的结论。“排挤”“认真对待”“真挚信赖结果不发生”因而也成为一部分持“意志因素不要说”的认识说支持者区分间接故意与有认识过失的决定性标准。

反之，认为应当由法官对行为人已认识到的风险进行评价的观点，则是本部分所要讨论的故意认识规范化的表现形式。这种观点认为，行为人对风险的评价不具有任何规范上的重要

〔22〕 Vgl. Michael Kubiciel/Elisa Hoven, Die Strafbarkeit illegaler Straßenrennen mit Todesfolge, NStZ 2017, S. 440.

〔23〕 Hartmut Schneider, in: MK-StGB, 4. Aufl., 2021, § 212 Rn. 11.

〔24〕 Kubiciel/Hoven (Fn. 22).



性,“应当根据普遍标准对赋予行为以损害意义的事件流程的类型性作出判断”。〔25〕换言之,只要行为人认识到风险,那么,重要的就不再是他如何看待这个风险,而是这个风险在规范上是否是一个重要的风险。行为人的盲目乐观或在思维中对其风险认识的非理性的排挤、压抑,均不应产生使故意犯转化为过失犯的效果。〔26〕

综上,上述路径一、二反映了理论上故意认识因素规范化的两种不同角度。两种角度的本质差异在于规范化的对象不同。第一种角度在结论上相当于以客观第三人处于行为人情境时所能认识到的内容取代行为人的实际认知。也即,这是一种对行为人认知内容的规范化。第二种角度则以行为人的实际认知为事实根据与前提,在此基础上,行为人认知的风险是否是一个能够支撑故意犯处罚理性的重要风险,则应根据规范标准进行判断,至于行为人本人如何看待这一风险、是否在认识到风险的同时又真挚信赖结果不会发生,则在所不问。两种角度的差异导致了对认识因素规范化的着力点不同。

## (二)意志因素的规范化

故意规范化的第二个维度是对意志因素的规范化。这种观点的立足点在于,故意的意志内容在现实中往往根本不存在,因而也不可能作为一种心理事实被“查明”,而只可能是一种经“论断”得出的评价结论。因此,尝试以接受、认可、容认等描述性概念对故意意志内容加以具体化的努力,从一开始就注定不能成功。其理由“不在于我们不能看到行为人行为时脑海里的东西,而在于在这个时刻,行为人脑海中根本不存在那些我们想找的东西”。〔27〕现实中的行为人既不会在心里对自己说“随便怎样都行吧”,也不会想着“事情一定会向好的方向发展”——而作为通说的意志论往往将此作为区分故意与过失的简易公式。

在此有必要对“论断”的含义略作交代。论断指的是基于某些被查明的事实而导出另一事实的一种评价活动。理论上经常以规范的罪责概念为例来阐释论断的含义。由于人类的意志自由以及行为人在具体情境下究竟是否有他行为可能性是一个几乎不可能被回答的问题,但罪责概念本身又是一部责任刑法的基石,因此,刑法假定,只要行为人达到刑事责任年龄、不存在各种精神疾病和精神障碍,他就具有罪责能力。也即,只要行为人满足“达到刑事责任年龄”和“不存在精神疾病、精神障碍”的事实前提,他就被论断为具备了罪责能力。〔28〕

主张对故意意志因素进行规范化的学者认为,故意的意志因素不是一种有待查明的心理事实,而是被论断后的结论。至于论断的标准和据以论断的事实前提,则取决于论者对故意概念的实质把握。例如,一种典型的意志规范化的观点认为,行为人只要认识到某种规范上重要的风险而仍旧决意实施行为,就可以将其“论断”为接受、认可了构成要件的实现。这在结论上实际上等同于主张意志因素非必要的认识说。而另一种观点则认为,除了行为人的认识,犯罪动机、醉酒和冲动状态、行为人的人格特征、事后行为、职业、行为人与被害人的关系等与认识

〔25〕 Ingeborg Puppe, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991), S. 21.

〔26〕 Vgl. Filho (Fn. 20), S. 203 f.

〔27〕 Puppe (Fn. 13), S. 411.

〔28〕 Vgl. Ingeborg Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 5. Aufl., 2023, S. 53 f.

无关的因素都能够成为论断行为人意志的事实前提。<sup>〔29〕</sup>

### (三)以负责原则为基础的故意规范化

故意规范化的第三个维度是一种最彻底的故意规范化。根据这种观点,对事实的无认识不能当然排除故意,还应进一步考察造成无认识的原因。如果对事实的无认识源于一种高度可谴责的法敌对态度,那么这样一种由漠不关心导致的事实盲目就不能排除故意。

这种思考的起点发端于对构成要件错误与违法性认识错误的不同处理方式的对比中。通说认为,仅当违法性认识错误不可避免时才能排除罪责;若违法性认识错误具有可避免性,则至多只能减轻罪责。通说背后的理论根据源自对罪责概念的规范化理解,也即罪责的本质在于行为人欠缺法忠诚性。<sup>〔30〕</sup>因此,如果行为人是基于一种令人难以容忍的法敌对性或法及公众利益的蔑视而产生了违法性认识错误,则虽然他在实施行为时并非有意识地违法,但仍可不减轻其责任。此时所纳入的规范性思考认为这种严重偏离于法忠诚的违法性认识错误具有高度的可谴责性和预防必要性,因此最终在评价上仍要赋予该行为人和具备违法性认识者同等的法律后果。<sup>〔31〕</sup> 按此,若对故意同样采取一种类似于规范罪责概念的、全面规范化的理解,将故意理解为行为人对规范效力的否定和其法敌对性的表达、将故意与过失的差异理解为法忠诚的差异,那么就难以解释,为何当涉及的对象是法规范时,要根据法对行为人的期待,考察行为人的认识错误是否具有可避免性;而当涉及的对象是构成要件事实时,却只需要考虑行为人是否具备认识,而不考虑缺乏认识的原因。

对上述疑问,以负责原则为基础的故意规范化理论的回答是:无论是对事实抑或法律的无知,都反映了行为人对规范效力的否认,在对构成要件事实缺乏认识的场合,行为人虽然未认识到行为的客观意涵,但不法的发生并不会让他感到惊讶,因为他对于行为的内容和性质毫无兴趣。如果一个由于漠不关心他人可能受到的侵害,因而对这一可能性从未放在心上的行为人仍旧可以因欠缺认识而获得评价上的优待,即仅成立过失,而关心注意他人而将其权益放在心上的人,却反而会由于具备认识而成立较重的故意犯,这将导致一种评价矛盾。<sup>〔32〕</sup> 基于这样一种规范考量,这种理论主张通过查明行为人的无认识是否具有可谴责性,进而得出应否让其负故意之责的结论。因此,本文将这种理论称为“以负责原则为基础的故意规范化”。以负责原则为基础的故意规范化完全放弃将行为人的实际认识作为故意成立的前提,而仅将行为人的认识作为辅助判断其法敌对性的参考标准。这是这种观点被称为“最彻底”的故意规范化学说的缘由所在,也是这种观点与前述认识规范化理论的本质区别。

## 四、故意概念的规范化重构

如前所述,故意规范化意味着应当根据故意概念在刑法体系中的功能和故意犯的处罚根

〔29〕 Vgl. Roxin/Greco (Fn. 10), § 12 Rn. 881 ff.

〔30〕 Vgl. Günther Jakobs, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, ZStW 114 (2002), S. 584 ff.

〔31〕 参见陈尔彦:“论可避免的构成要件错误”,《时代法学》2020年第3期,第67页。

〔32〕 同上注,第68页。

据来把握故意的内涵。因此,在对上述几种故意规范化的主张进行评析之前,有必要先从正面证成故意规范化的起点,实现对故意概念的规范化重构。

### (一)故意犯的规范论基础

要想廓清故意犯的规范论基础,必须回答的问题是:为何故意犯的处罚普遍重于与之相对应的过失犯?<sup>[33]</sup>

对此,本文认为,过失犯的不法与罪责含量相较于故意犯均来得更低,原因在于过失行为人并非有意识地对抗法秩序的要求,他不具备指向构成要件结果实现的犯罪目的。这样一种客观上的、规范视角下的“反社会举止”,理应比故意犯中所蕴含、体现的“反社会态度”获得较少的负面评价。反之,故意犯之所以应当比过失犯受到更严重的处罚,原因即在于故意行为人有意识地背离了法秩序的要求。这种对法秩序要求的背离,并不体现在故意行为人对构成要件实现的希望、放任、接受、认可等难以捉摸的心态中,而体现在行为人已经认识到行为有导致结果实现的可能,当这种可能性(也就是风险)达到某个临界值时,法秩序便会要求行为人放弃该行为,但行为人却并未放弃,而仍旧从事了这一风险行为。此时,故意行为人主观意志的无价值性就在他的行为中得到了表达,故意犯行为规范的条件由此也得到了实现。

因此,应当认为,故意犯较之于过失犯处罚较重的原因在于,故意行为人清楚地了解其所违反的行为规范的正当化根据——也即其行为具有法益损害可能性,但却仍旧决意违反行为规范,这体现出一种相对于过失犯而言更高程度的对法规范的背离。<sup>[34]</sup>

### (二)故意风险的规范化诠释

当我们说故意犯的处罚根据在于行为人在具备某种风险意识的情况下未放弃行为,由此体现出他对法秩序有意识的背离。那么接下来的问题就是,这种风险需要达到何种程度或满足何种要求,法秩序才可以要求行为人彻底放弃行为?

#### 1. 法秩序中的三类风险

现代社会中存在各式各样的风险。对于一部分风险,法秩序选择不加干预,此即所谓之容许风险。例如依交通规则在公路上开车,驾驶者毫无疑问能认识到与之相伴的对公共安全和他人生命、健康的潜在风险,但法秩序却并不禁止、限制这一行为。即便驾驶者撞死了突然违规闯入道路的行人,由于他的驾驶行为仍处于容许风险的界限之内,该行为并不会因为结果的发生而被评价为过失致人死亡罪或交通肇事罪。换言之,行为人并未违反保护他人生命的行为规范。即便行为人在内心强烈地“希望”某人突然闯入道路被撞死,只要这种希望不存在相应的可被认知的事实基础,法秩序对其驾驶行为的评价也不会因为他盲目的希望而发生改变。

对于社会生活中的另一些风险,法秩序仅予以有限度的干预,也即,并不要求行为人彻底放弃行为,但要求行为人在从事相应行为时保持必要的谨慎。例如,超速驾驶给公共安全和他人生命、健康造成的潜在风险显然大于上述日常驾驶伴随的容许风险,且任何驾驶者也都能意

[33] 进一步讨论,参见陈尔彦:《论故意犯的主观归责》,北京大学2020年博士学位论文,第138—158页。

[34] Vgl. Georg Freund, Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat, FS Maiwald, 2010, S. 212 ff.

识到这一点。因此,超速驾驶行为创设的风险是法所不容许的风险。但是,法秩序并未将任何超速驾驶的行为都置于刑事制裁之下,而是选择了给予有限度的干预。这种干预首先来自于行政法上的各种制裁措施。而只有当行为人未能有效控制其行为、因而导致特定危害结果(如他人死亡)发生时,刑法才有发动的必要。此时,人们往往没有异议地认为行为人构成交通肇事罪,而非故意杀人罪或以危险方法危害公共安全罪等,即便行为人主观上明知超速驾驶将对他人生命造成一种高于容许风险的风险。因此,在通常情况下的超速驾驶是一种不容许风险,法秩序对此种风险予以有限度的干预。

若行为人不仅超速驾驶,同时还选择在高峰时段人潮汹涌的繁华街区飙车,并且数度闯红灯、逆行等,则在造成他人死亡结果的情况下,我们通常会认为其行为已经逾越了交通肇事罪的界限,而成立以危险方法危害公共安全罪或故意杀人罪。换言之,对于这样一种直接的高度危险,法秩序选择予以全面干预。仅仅施加必要的注意、防范结果的发生,仍是不够的。行为人必须从一开始就放弃此种伴随着高度风险的驾驶行为。若他在具备风险意识的情况下仍旧决定实施该行为,这便表明他有意识地背离了法秩序的要求。他的法敌对意识在他的高度风险行为中得到了充分彰显。此时,与他的高度危险驾驶行为相伴随的风险,是一种法秩序全面禁止的风险,而禁止的方式就是借助故意犯的刑罚威胁,要求行为人放弃实施此种高度风险行为。该行为伴随的风险即为故意行为规范禁止的风险。

综上所述,以法秩序的评价为标准,可以将现实生活中的风险分为由轻到重的三类:法秩序放弃干预的容许风险、法秩序有限度干预的过失风险、法秩序全面干预的故意风险。故意风险对应于故意行为规范。当行为人认识到这样一种法秩序以故意刑罚加以全面干预的风险,而仍不放弃实施行为,就表明行为人有意识地背离了法秩序的要求,作出了法益损害的决定。对该行为施以故意刑罚因而就是具有正当性的。

## 2. 故意风险的界定

如此一来,接下来要思考的问题就是如何具体界定这种故意风险,并将之与过失风险(不容许风险)相区分?这实际上各种认识说致力于攻克的难题,同时也是各种认识说之间的分歧所在。因为一旦放弃意志要素,那么必然只能从所认识的风险来区分间接故意与有认识过失。

德国刑法理论中的盖然性理论、故意危险理论、未受保护的危險理论等都认同故意风险应当大于过失风险。但是,这些理论对于故意风险的界定仍是直觉性的、经验主义的,缺乏稳固的规范标准。所谓盖然性无非是一种较大的危险性,但这种危险究竟要达到何种程度,从盖然性这个概念中不可能找到答案。至于故意危险理论中的故意危险和未受保护的危險,在具体适用时也同样会遭遇“标准不明确”的批判。究其根本,这些理论的共同缺陷在于并未将故意风险奠定于一个稳固的规范基础之上,而仅仅诉诸于经验性的法感觉。

本文认为,对于故意风险的界定,仍旧必须回溯到故意犯的规范论基础。这也是所谓“故意规范化”的题中应有之意。从故意犯的规范论基础出发,结合以上对刑法中三种风险的分类和故意犯的处罚根据,可以推导出的结论是,故意风险首先应当是一种法所不容许的风险(过失风险),在此基础上,故意风险同时还必须是一种符合未遂犯着手标准的紧迫、直接、现实的危险。由于故意风险必须同时满足这两方面条件,因此故意风险大于过失风险。

### (1)故意风险是一种不容许风险

上文对刑法中三类风险的分类已经初步揭示出,故意风险应当是一种大于过失风险(不容许风险)的风险。因此,故意风险首先必须是一种不容许风险。其规范理由如下:

首先,从故意犯与过失犯的关系看,故意与过失之间是加减关系。在一部法益保护刑法中,行为规范的正当化根据来源于法益保护。而行为规范的法益保护效果只能通过避免特定的法益损害可能性来实现。据此可以界定出过失行为的不法内涵:过失行为的本质是行为人创设了一个他可以预见、可以避免且依法应当避免的构成要件风险。这一定义是一切旨在实现法益保护目标的行为规范得以正当化的最低条件。因此,过失是不法行为的基本类型。<sup>[35]</sup>相应地,故意行为规范首先也必须满足行为规范得以正当化的最低条件,在此基础上,故意犯还具有超出过失犯的额外的无价值性,这种无价值性来源于上文论证的故意犯的处罚根据,也即故意处罚重于过失处罚的理由:故意行为人通过有意地偏离法秩序的要求,表达出更高度的法敌对性。既然过失是不法行为的基本类型,故意行为规范必须满足与之对应的过失行为规范的所有条件才能得到正当化,那么自然而然的结论便是,故意风险首先必须是一种过失风险(不容许风险)。

其次,从我国《刑法》的具体规定看,我国《刑法》对许多故意犯都规定了“违法”“非法”或“违反国家规定”等要件,如违法发放贷款罪、非法经营罪、非法侵入计算机信息系统罪等。这表明与过失犯一样,故意犯同样以某种义务违反性为其前提条件。而违反注意义务即等同于创设了法所不容许的风险。因此,故意风险至少必须是一种不容许风险。

最后,否认故意犯的成立必须以创设法所不容许的风险为前提,将导出不可接受的适用结论。例如,商店老板甲将菜刀卖给具有自杀倾向的乙,乙果真用菜刀自杀了。若甲事先就明知乙有可能用菜刀自杀,甚至甲内心就是如此期待的,我们仍会认为甲不构成过失致人死亡罪,因为卖菜刀是一种处于容许风险界限内的行为。因此,若我们在故意犯中拒绝承认容许风险这一范畴、认为故意犯的成立不以行为人创设法所不容许的风险为前提,那么便会得出甲虽不构成较轻的过失致人死亡罪、却构成更重的故意杀人罪的结论。这显然是一种评价矛盾。

综上所述,故意行为规范所防范的故意风险,首先至少必须是一种不容许风险,也即应当达到过失风险的程度。这是故意风险的第一个条件。

### (2)故意风险是一种着手风险

故意风险的第二个条件是,故意风险同时还应当是一种着手风险。

着手风险的思考起点源于未遂犯。尽管当前理论上对于未遂犯的着手标准仍存在诸多争议,但传统的形式说——也即着手指的是实施一部分构成要件——已经被放弃,而各种形形色色的实质说则均与风险相关,其差别仅在于认定风险的判断视角(事前/事后)、判断资料(主观/客观,行为人/一般人)和判断标准(是否考虑时空接近程度、实质性中间步骤、对被害人受保护领域的侵入等)不同。抛开上述差别不谈,当前学理上普遍认同,着手指的是创设“法益侵

[35] Vgl. Freund, a. a. O., S. 212 ff.

害的紧迫危险”，〔36〕“是对构成要件保护客体的直接侵害”，〔37〕“是开始实施行为人所追求的、具有引起某种犯罪构成结果的现实危险的行为”。〔38〕也即，着手必须是一种创设了导致构成要件实现的紧迫、直接、现实风险的行为。本文将这种风险简称为着手风险。本文认为，故意行为规范中的故意风险，应当同时是相应未遂犯的着手风险。理由如下：

首先，如前所述，故意是行为规范的组成部分。因而，对故意和故意风险实质内涵的把握，必须回归行为规范层面。对于同一个故意犯，既遂行为与未遂行为违反的是同一个行为规范，因为“禁止杀人”和“禁止试图杀人”本质上说的就是一回事，前者的行为指引作用通过后者就能实现，反之亦然。并且，站在事前行为人的视角来看，既遂行为与实行终了的未遂行为根本无从区分。因为既遂行为与未遂行为均指向构成要件实现的既遂结果。换言之，对于同一个故意犯罪，既遂行为与未遂行为适用的行为规范是相同的，二者的区别体现在制裁规范中。因此，在逻辑上，故意既遂行为应当包括未遂行为的所有成立要件。

其次，每一个既遂犯都必须经历对应的未遂阶段。因此，既遂犯必须满足未遂的所有条件，其中就包含着着手风险。并且，由于在既遂犯中，着手必须最终发展为构成要件结果，故在故意既遂犯中，着手风险便不止于行为人的设想中，而应当是客观存在的，〔39〕也即应当直接体现在故意行为创设的风险中。

最后，着手风险标示了故意行为不法与过失行为不法的量差。由于故意既遂犯和故意未遂犯适用的是同一个行为规范，每个既遂犯都必须经历相应未遂阶段，因此故意既遂行为必须完整包含未遂行为所具有的全部行为不法内涵。过失犯恰恰缺乏这种行为不法，因为过失犯并未经历这个未遂阶段、未创设着手风险。这也是未造成结果的过失未遂不可罚的理由所在。

对此，可以进一步通过假想“在已经成立的过失犯中，若结果并未发生，能否构成相应故意犯的未遂犯”来说明。〔40〕例如，新工人甲在危险的生产作业活动中，想要摘掉烦人的安全帽。工头乙同意了，尽管根据有关安全管理的规定，乙有义务确保所有工人的安全措施配备齐全。乙的这一义务也不能通过甲的自陷风险或自我负责来排除，因为这一安全管理规定的注意规范保护目的恰恰是为了防范、控制工人的恣意轻率。若甲果真因未佩戴安全帽而被坠落物砸成重伤，则乙构成重大责任事故罪。然而，若甲幸运地没有遭遇事故，即便乙明知甲未戴安全帽而进行高危施工存在死伤的风险，甚至乙内心希望甲被砸死，我们也不会认为乙构成故意杀人罪未遂，尽管此时乙已经创设了一个对甲的生命的过失风险。

综上，从故意犯的规范论基础出发，对照故意行为规范与过失行为规范、既遂行为规范与未遂行为规范之间的联结点，不难推导出如下结论：故意风险必须同时是一种过失风险和着手风险。在风险的内容方面，故意风险必须满足过失风险的要求，即必须是一种法所不容许的风

〔36〕 张明楷，见前注〔1〕，第441页。

〔37〕 周光权：《刑法总论》（第四版），中国人民大学出版社2021年版，第289页。

〔38〕 黎宏：《刑法学总论》（第二版），法律出版社2016年版，第229页。

〔39〕 Vgl. Horst Schlehofer/Holm Putzke/Jörg Scheinfeld, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 124.

〔40〕 Vgl. Rolf Herzberg, Zur Lehre vom voluntativen Vorsatzelement, FS Prittowitz, 2023, S. 219 ff.

险。在风险与结果的关联性方面,故意风险必须具备着手风险的要素,即应当是一种紧迫、直接、现实的导致构成要件实现的风险。

较之盖然性理论等纯粹根据经验直觉界定故意风险的理论,本文所提倡的方案最大的优越性便在于它有着充分的规范基础。对此,或许有人会提出质疑,认为着手风险的判断标准同样是相当不明确的。也即,“过失风险+着手风险”的方案无非是将判定盖然性的困难转嫁到着手的认定上。然而,这一批判不能成立。因为界限难题普遍存在于所有需要进行价值判断的法学问题中,“概念缺乏精确性”在大多数情况下无法构成一个足够有力的批判。更为关键的是,根据我国《刑法》第23条,“着手”本身是一个法定概念,相比于盖然性、故意危险理论中的故意危险、未受保护的危险等概念,“着手风险”因而有着更坚实的实定法上的规范基础。此外,尽管理论上对于着手的标准当前仍存在激烈争议,但在绝大多数情形下,各种理论仍可形成基本共识。未遂教义学的进一步发展也将为着手风险的认定提供更充足的理论资源。在明确了故意风险的内涵之后,便可以最终廓清规范的故意概念的基本意涵:当行为人认识到自己的行为可能导致构成要件的实现,且这种可能性达到了故意风险的程度,但行为人却依旧实施了该行为,此时,行为人就具备故意。

## 五、故意规范化的限度

在明晰了规范故意的内涵之后,便可以重新审视上文探讨的几种故意规范化的具体主张,以此把握故意规范化的限度。本文认为,对应于上述几种故意规范化进路,有必要着重思考以下问题:①减轻证明困难能否成为故意规范化的正当理由?(认识因素规范化之路径一);②谁应对对行为人认识到的风险进行评价?(认识因素规范化之路径二);③故意的意志因素是否是独立的故意构成要素?(意志因素规范化);④以负责原则为基础的故意规范化理论是否违反罪刑法定原则?(以负责原则为基础的故意规范化)。这四个问题同时也是上述三种维度四条路径的痛点所在。以下将基于本文所提倡的故意规范化的具体方案,对上述几种故意规范化的具体进路分别进行评析,并在此基础上对可能的质疑作出回应。

### (一)减轻证明困难不是故意规范化的正当理由

认识因素规范化的第一条路径,是以客观第三人的风险认知取代行为人的风险认知。对此,以上分析已经清楚地揭示出,行为人的风险认知——也即行为人认识到自己的行为可能导致构成要件的实现——是成立故意的必要条件。因为只有当行为人认识到自己的行为可能导致构成要件的实现,他才有可能、且应当放弃实施该行为;具备风险认知而仍决意实施行为,因而才能被评价为对法秩序的有意背离。因此,不得以客观第三人的风险认知取代行为人的风险认知。

不过,必须承认的是,主张“以客观第三人的风险认知取代行为人的风险认知”的学者通常并不否认认识因素的必要性,这种观点毋宁说主要是为了解决实践中对故意认识因素的证明困难问题。因而,在此有必要进一步考虑,程序法上减轻证明困难的需求能否成为在实体法上修正故意概念的正当理由。

对此,我国有学者提出,“由于故意本身无法证明自己……在这个意义上,故意概念不得不能被程序化”。〔41〕德国也有学者主张,刑法和刑事诉讼法应当被视为一种“作用整体”,每一个教义学上的实体问题都应当同时被置于程序法的适用层面上加以检视;程序上无法实现的教义学方案是毫无意义的。〔42〕这种观念同样应适用于故意概念的塑造上。例如,学理上毫无争议地认同故意对象不包括动机,这种限制就是为了减轻对故意的证明难度。又如,将违法性认识排除出故意的罪责理论也使得行为人不再能通过宣称自己不知法而脱罪,由此显著降低了认定故意的难度。此外,结果加重犯的刑罚通常只是略轻于对加重结果的故意犯,而明显重于故意基本犯和过失加重犯的刑罚之和,这是一种对极其危险的行为直接推定行为人对加重结果具有故意的习惯法残余,在结论上近似于放低了故意的成立要求。这些例子均表明,程序法的证明需求共同塑造了实体的故意概念。〔43〕

然而,上述主张不应得到支持。首先,上文分析表明,故意概念的实体内涵只能根据法的目的、功能以及由此引申出的故意犯的制裁理性进行规范化形塑。而程序法上的证明问题,则应当通过程序法和证据法的相关规则与机制,辅之以刑事侦查学、犯罪学、心理学等相关学科的知识来解决。基于证明需要而随意扭曲实体法概念,将导致实体刑法过度扩张、流于恣意。

其次,故意的内容应否包括动机以及违法性认识,同样只能根据故意的目的和功能进行教义学推导。将动机与违法性认识排除出故意的范围,固然具有减轻证明难度的附随效果。但这并不能反过来说明减轻证明难度是将动机与违法性认识排除出故意范围的实质理由。同理,结果加重犯较重的刑罚并不意味着结果加重犯是出于规避证明难题的需要而拟制了对加重结果的故意。实体法理论中各种对基本犯和加重结果之间的密切关联性的要求和限定,恰恰是为了说明在行为人对加重结果不具有故意的前提下,为何仍可以对行为人施以较重的刑罚。因此,上述例子均无法说明程序法的证明需求已经影响了实体法对故意的理解。

最后,主张“程序法的证明需求不应影响故意概念的塑造”并不意味着否定程序法中的证明方法、规则和对各种推理技术的运用。行为人的风险认知是一种主观心理事实,对主观内容的查明与认定必然要依赖于各种客观事实和标准,进而在法官自由心证的框架内,以存疑有利被告原则为限,从客观推理出主观。但是,从客观推理主观并不意味着能够完全以客观第三人的认知架空行为人的实际认知。无论采取何种推理技术,无论作为推理依据的客观外在事实究竟是行为自身的客观危险性还是平均第三人的认识可能性,待证事实指向的仍旧是行为人的实际认识内容本身。因此,行为人主观上认识到行为可能导致构成要件实现是故意成立的必要条件。为满足证明需要而以客观第三人认知取代行为人认知的做法,缺乏规范上的正当性。

## (二) 风险的重要性应当根据规范标准判断

认识因素规范化的第二条路径,是在行为人具备风险意识的前提下,进一步认为,这种风

〔41〕 李世阳,见前注〔18〕,第134页。

〔42〕 Vgl. Heinz Zipf, Kriminalpolitik, 1980, S. 54.

〔43〕 Vgl. Hans Vest, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, 1986, S. 62 ff.



险在规范上是否重要,或者说是否达到了故意犯所要求的故意风险的程度,不取决于行为人的判断,而应由法官根据规范标准加以裁断。

根据上文分析,这种主张正是故意规范化的题中应有之意——当行为人在具备风险意识的情况下仍实施行为,就表明他无视了旨在防范该风险的相应行为规范。至于这一风险究竟是故意风险、过失风险还是容许风险,他无视的究竟是故意行为规范、过失行为规范抑或他并未违反任何行为规范,则仅仅取决于法秩序自身的评价。对此,上文在对三类风险进行归类时已经作了详细说明。简而言之,对风险的评价标准只能来源于法秩序导出的规范目的本身,而与行为人自身的看法无关。法秩序对特定行为风险的规范评价,不会因为具备风险意识的行为人在心理层面排挤了风险、真挚信赖结果不会发生或认为该风险不值得认真对待而改变。

一种观点认为,法应当关注行为人的非理性,因为大多数暴力犯罪的行为人都是盲目、冲动、不理性的。如果我们的目标是让这些非理性的犯罪人社会化、再社会化,那么首先就必须尝试去共情他们的非理性,从犯罪人的视角去观察他们的犯罪行为。<sup>[44]</sup>因此,行为人对风险重要性的非理性评价,同样具有规范上的重要性。

本文认为,这种观点不应得到支持。一方面,这种观点以实现特殊预防为由,认为有必要共情行为人的非理性。然而,正如学者正确地批评的那样,特殊预防的任务是改善行为人、矫正其错误的法观念。行为人应当从法中学习,而不是反过来让法向行为人学习、让法采纳行为人的非理性的视角。如果行为人对现实非理性的阐释能够决定刑法的规范评价,如果法共享了行为人的盲目信赖,那么这对于特殊预防也会起到适得其反的效果。<sup>[45]</sup>

另一方面,“真挚信赖结果不会发生”在本质上只是行为人的主观感觉。例如,在现实中,不排除存在某些荒诞地祝愿“只割肉不流血”的行为人。然而,“割肉”究竟具有何种意义、是否应当发动故意刑罚制裁,不取决于行为人的愿望,而只应交由法官来判断。换言之,对“只割肉不流血”的真挚信赖,就像是有些人在对神祈祷后便笃信自己一定会有好运一样,不属于理性的范畴。“一方面认识到结果发生的可能性,另一方面却又真挚信赖结果不会发生,这是一种非理性对理性的否认。在我们的法秩序中,不应该让理性的认识屈从于非理性的迷信。”<sup>[46]</sup>

因此,在已经确认行为人具备风险意识的前提下,下一步只需审查行为人创设的风险是否满足故意风险的要求。后者仅取决于法官的规范评价,与行为人对风险的看法无关。这种解释也符合我国《刑法》第 14 条的规定:第 14 条仅要求行为人“明知自己的行为会发生危害社会的结果”,至于“明知”的程度和蕴含在“会发生”中的行为危险性,则只需诉诸规

[44] Vgl. Carsten Momsen, *Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment*, KriPoZ 2018, S. 89.

[45] Vgl. Michael Kubiciel/Matthias Wachter, *Der Berliner Raser-Fall als Prüfstein für das voluntative Vorsatzelement*, HRRS 2018, S. 334.

[46] Herzberg (Fn. 40), S. 235.

范标准。

### (三) 意志因素不是独立的故意构成要素

意志因素规范化的实质是认为故意的意志因素是根据各种具体事实因子论断出的结论。这种观点的主要根据在于意志的本质在心理学上难以把握、描述,且在现实中,行为人在行为时往往并不会在内心对结果的发生作出某种表态。因此,与其纠结于去找寻实际上根本不存在的东西,不如转换思路,基于特定的评价标准,规范地论断出行为人对结果的态度。换言之,意志本身是一种评价后的结论,而不是一个待发现的事实。

这种观点在当前已逐渐成为一种共识。认识说与意志说均可共享这种主张。二者的差别在于,故意的意志因素是否可以从认识因素中直接论断得出。认识说认为,意志因素是在认定认识因素的过程中自然派生的产物,其本身不是故意的构成要素,对于故意的认定不具有独立功能,充其量只影响量刑。相反,意志说则主张,意志因素不是认识因素的派生物,而应当结合行为人的犯罪动机、事后行为、人格特征等与认识无关的因素综合认定。意志因素具有独立的功能,是故意的构成要素。

根据本文的观点,当行为人在具备风险意识的情形下仍实施行为,且这一风险达到了故意风险的程度,行为人就是有意地背离了法秩序的要求,因而具备故意。此时无需单独考虑行为人是否具备故意的意志因素。就此而论,本文的观点是一种规范化的认识说。

对此,可能产生的一种质疑是,意志因素是否具有认识因素之外的独立功能与价值,以至于我们最终仍必须将意志因素作为故意的构成要素?传统的意志说通常认为,间接故意与有认识过失只能通过意志因素来区分。然而,上文分析已指出,故意犯与过失犯的本质区别不在于行为人主观上对结果的正面或负面表态,而在于二者违反的行为规范不同,在于作为其行为规范之正当性来源的风险形态不同。因此,无需依靠意志因素,而只需要通过故意风险与过失风险概念,便足以有效区分故意行为与过失行为。

### (四) 以负责原则为基础的故意规范化理论违反罪刑法定原则

以负责原则为基础的故意规范化理论认为,行为人的主观认识对故意的成立不具有决定性意义。然而,根据本文提倡的故意规范化方案,行为人对行为风险的认识是故意成立的必要条件。这种认识不能被法敌对意识所取代或架空。其理由在于,首先,行为人只有先具备对事实的认知,才有可能作出背离法的表态。<sup>[47]</sup>行为是行为人的客观举动和主观认识有机结合形成的意义统一体。脱离行为的法敌对性判断,或者说假定行为人在具备事实认知的情况下仍会作出相同的决策,归根结底是一种以行为人刑法为底色的对行为人人身危险性的推测。

其次,认识的必要性也能从故意犯的处罚根据中得到进一步说明。故意行为人较之过失行为人更高的法敌对性和处罚必要性,恰恰来自于故意行为人清楚认识到其所违反的行为规范的正当化根据——即行为可能导致法益损害——而仍决意行为。对事实的认知使得行为人

<sup>[47]</sup> Vgl. Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 8 Rn. 66.

更加容易按照法的期待,同时也具有更强烈的动机,去避免他应该避免的具体行为。当行为人具有更强的支配力或避免可能性而仍实施行为,法秩序就应当给予他更严重的谴责。

并且,认为事实盲目可以由极端的法敌对性操控形成,是对人类认识活动机制的误解,“就好像行为人自己可以控制,通过他的法敌对性,使他不认识风险”。〔48〕这显然夸大了人的意志操控能力。在大多数情况下,是否认识到某一项具体事实,无法被有计划地事先安排。

更为重要的是,以负责原则为基础的故意规范化理论最终将导向一种极端的“认识因素不要说”,这明显违背了罪刑法定原则,与我国《刑法》第 14 条“明知自己的行为会发生危害社会的结果”的明文规定相冲突。尽管如《刑法》第 219 条侵犯商业秘密罪、《关于办理性侵害未成年人刑事案件的若干意见》第 17 条等规定,将“知道”和“应当知道”并列,认为“明知”包含了“知道”和“应当知道”两种情形,看似扩张了“明知”的范围,为以负责原则为基础的故意规范化理论的引入开辟了解释的空间。〔49〕但是,正如有学者正确地指出的那样,“应当知道”其实就是不知,司法解释中的“应当知道”应当被理解为“推定知道”或“实知”。〔50〕将“应当知道”解释为“明知”,已经完全逾越了“明知”的最大语义边界,本质上属于类推。

此外,需要补充说明的是,尽管以负责原则为基础的故意规范化理论看似具有强大的理论解释力,但是,其在程序意义上的适用空间实则极其有限。那些所谓的“由漠不关心导致的无认识”在实践中基本不可能被法官认定为无认识。

例如,冯军曾以如下案例来支持以负责原则为基础的故意规范化:

行为人在足球场里看一场重要的足球升级比赛,当裁判员在比赛结束前一分钟作出的一个有争议的点球裁判将导致行为人狂热支持的球队降级时,行为人激动地用力摔出了手中的啤酒瓶。但是,在手里的啤酒瓶摔出之后,行为人才意识到会伤人。于是,他大声喊叫“啤酒瓶”,结果那个被他摔出的啤酒瓶正好砸在听到叫喊声回头观看的观众的头上并导致其死亡。而在三个月以前,这个球迷在另一个球场上扔出的啤酒瓶曾砸伤了一位观众的肩膀。那么,这个球迷这次的行为就不是过失致人死亡,而是故意杀人。〔51〕

然而,在这个案例中,在程序法上很难认为行为人对自己摔出啤酒瓶可能会砸伤他人的确“没有认识”。即便行为人在法庭中声称自己没有认识,法官也不见得会采信行为人的辩解。因此,现实中可能并不存在真正的“由漠不关心导致的无认识”的个案。

综上,以负责原则为基础的故意规范化理论违背了故意犯的制裁理性和故意行为规范的正当化根据,违反罪刑法定原则,且在实践中几乎不存在适用空间,因而不应当得到支持。

〔48〕 Puppe (Fn. 9), § 15 Rn. 70.

〔49〕 参见陈尔彦,见前注〔31〕,第 70—71 页。

〔50〕 参见陈兴良:“‘应当知道’的刑法界说”,《法学》2005 年第 7 期,第 80 页;周光权:“明知与刑事推定”,《现代法学》2009 年第 2 期,第 109 页。

〔51〕 冯军:“刑法的规范化诠释”,《法商研究》2005 年第 6 期,第 65 页。

## 六、结 论

《刑法》第14条的规定提供了塑造故意概念的基础,但从中并不能当然导出事实性的故意概念。相反,事实性故意概念具有诸多缺陷,使故意认定在实务中流于恣意,难以把控。因此,应当对故意概念作规范化管理。从故意犯的规范论基础与制裁理性出发,立足于法秩序对刑法中三类风险的不同评价,应当认为,故意是指行为人认识到行为具有实现构成要件的风险,且这种风险达到了故意风险的程度,却仍决意实施行为。对故意的规范化应当受到罪刑法定原则的制约。故意行为规范的正当化根据与罪刑法定原则共同划定了故意规范化的边界。

**Abstract:** The factual concept of intent, which views intent as a psychological fact, has numerous flaws, necessitating its normativization. Theories on the normativization of intent in academic literature can be categorized into three dimensions; normativization of cognitive elements, normativization of volitional elements, and normativization based on the principle of responsibility. Clarifying the fundamental connotation of normative intent is essential to defining the limits of intent normativization. Based on the normative foundation of intentional offenses and the rationale for punishment, intent refers to the perpetrator's awareness that their conduct entails a risk of realizing the offense elements, with such risk reaching the threshold of intentional risk, yet they still decide to act. Reducing evidentiary difficulties is not a legitimate justification for intent normativization. The determination of intentional risk is a normative judgment. Volition is not an independent element of intent. The justification for behavioral norms of intentional offenses, along with the principle of legality, establishes the boundaries for intent normativization.

**Key Words:** Intent; Factual Intent; Normativization of Intent; Intentional Risk

(责任编辑:车 浩)