

打击错误与故意归责的实现

柏浪涛^{*}

摘 要 打击错误的本质问题是因果偏离与故意归责的实现问题。法定符合说将故意抽象化,用抽象的反对动机实现故意归责,混淆了过失行为危险与故意行为危险,忽视了因果偏离的重要性,面临违法阻却事由也存在适用障碍,会不当扩大结果加重犯的范围,也无法绕开未遂犯故意的具体判断。从构成要件的呼吁警示机能与责任的关系出发,反对动机应具有具体内容,构成要件故意应作具体化理解。具体符合说在判断符合性时,宜遵循“危险设定→具体对象”的具体分析法,依此可以合理回应所受质疑,也可以妥当划分对象错误与打击错误的界限,也即行为人危险设定的对象是否存在错误。

关键词 打击错误 故意归责 因果偏离 法定符合说 具体符合说

打击错误(aberratio ictus),是指行为人意图侵害一个具体对象,由于行为偏差,侵害结果发生在另一个对象上。^{〔1〕}例如,甲意图枪杀乙,向乙开枪,却打死了附近的丙。对该类案件的处理,德国刑法学主要有等价值理论与具体化理论的分歧,^{〔2〕}我国及日本刑法学主要有法定符合说与具体符合说的对立。^{〔3〕}等价值理论和法定符合说认为,甲构成故意杀人罪既遂。具体化理论和具体符合说则主张,甲对乙构成故意杀人罪未遂,对丙构成过失致人死亡罪,想象竞合,择一重罪论处。

两种意见将问题聚焦于故意内容应作具体化还是抽象化理解。对故意的具体化或抽象化

^{*} 中国地质大学(北京)人文经管学院讲师。本论文得到国家留学基金资助,编号为201308110010。

〔1〕 Vgl. Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, § 7, S. 286.

〔2〕 Vgl. Thomas Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2006, S. 56.

〔3〕 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,页174、175。

主要是为了判断,在打击错误中,将因果偏离所致的丙的死亡,能否归责于甲的杀人故意?换言之,打击错误的本质问题是判断因果偏离对故意归责的影响。^{〔4〕}因此,在评析两种意见之前,需要探讨因果偏离中的故意归责问题,然后探析两种意见在故意归责方面所存在的问题,最后论证故意归责在打击错误中的实现机理。

一、因果偏离中故意归责的法理

对构成要件结果的归责包括客观归责和主观归责。“我们必须认识到一点,不仅存在客观构成要件的归责,还存在主观构成要件的归责,亦即归责于故意”。^{〔5〕}客观归责解决的问题是一个构成要件结果能否归属于构成要件行为。故意归责解决的问题是一个构成要件结果能否归属于构成要件故意。如果一个构成要件结果不能实现客观归责,则没有必要进一步探讨故意归责问题。不过,即使一个构成要件结果实现了客观归责,并不意味着也实现了故意归责。这种不一致的状况主要发生在因果历程发生偏离的情形中。例如,甲欲杀害乙,用刀砍伤乙的手臂,手臂流血(经鉴定是轻伤),此时甲被抓捕。乙因患罕见的血友病(甲对此并不知情),流血不止,抢救无效死亡(案例1)。根据主流的客观的相当因果关系说,甲的杀害行为与乙的死亡具有相当的因果关系,乙的死亡在客观上可以归责于甲的杀害行为。^{〔6〕}但是,在主观上甲对该死亡结果是否有预见,该死亡结果能否归责于甲的杀人故意,并非不言自明。

对此,第一种观点认为,由于因果关系不是故意的认识内容,所以这种因果关系认识错误并不重要,不能阻却(既遂的)故意。因果关系不是故意的认识内容,是因为成立故意要求行为人认识到行为的内容与社会意义及危害结果,既然如此就没必要将因果关系作为故意的独立的认识内容。^{〔7〕}然而,这种看法可能值得商榷。其一,虽然行为人不需要认识到具体实际的自然主义的因果流(faktisch-naturalistischen Züge),但是需要认识到因果关系的条件制约性(Bedingtheit)。^{〔8〕}这两种认识不应被混为一谈。故意所要求认识的危害结果并非孤立的危害结果,而是实行行为所引起的危害结果。危害结果的这种因果性特征应是行为人认识的内容。虽然当确定行为人认识到危害结果后,便不需要再判断行为人是否认识到因果关系,但不能否认,认识因果关系是认识危害结果的前提条件。正如山口厚教授所言:“与因果关系相剥离的对于结果发生的认识、预见不过是没有根据的单纯的‘愿望’等而已,其能否奠定故意的基础是有很大疑问的”。^{〔9〕}其二,认为因果关系不是故意认识内容的看法不符合我国的立法要

〔4〕 Vgl. Walter Grop, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, § 13, S. 503.

〔5〕 Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 12, S. 512. 需要说明的是,“Zurechnung”在德文中更准确的含义是“归属”,而非“归责”,但由于我国刑法学使用“归责”已成习惯,为减少解释成本,本文亦采用“归责”一词。

〔6〕 参见(日)前田雅英:《刑法总论讲义》(第4版),东京大学出版会2006年版,页176。

〔7〕 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,页238。

〔8〕 Vgl. Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 572.

〔9〕 (日)山口厚:《刑法总论》(第2版),付立庆译,中国人民大学出版社2011年版,页214。

求。我国刑法第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。”其中的“明知……会发生”表明成立故意要求行为人认识到因果关系。至于要求认识到何种具体程度,则是另一问题。概言之,如果认可因果关系是故意的认识内容,那么就不能轻易得出因果关系错误不阻却(既遂)故意的结论。

第二种观点认为,虽然因果关系是故意的认识内容,但是根据法定符合说,只要在构成要件要素的抽象水准上符合了,对于实际所产生的构成要件该当事实就能肯定故意,因此具体的因果关系的存在方式并不重要。例如在上述血友病案(案例1)中,甲想杀死乙,也杀死了乙,那么甲就构成故意杀人罪既遂。^[10]这种分析存在的问题是,既然承认因果关系是故意的认识内容,那么就要求行为人认识到构成要件行为制造的危险现实化为结果。这种认识包括三项特征。第一,构成要件行为对法益的危险是具体的危险,而非抽象的危险,所以行为人对危险的认识应是对具体危险的认识,而非对抽象危险的认识。第二,构成要件行为对法益的危险是一种类型性的危险,所以行为人对危险的认识应是对类型性危险的认识,而非对一切可能发生的危险的认识。第三,客观归责的实现并不意味着主观归责同时实现。客观上存在相当的因果关系,并不能必然推导出,主观上行为人对该相当性有认识。松宫孝明教授也认为,“即便肯定了行为与结果间的相当因果关系,但对该结果是故意、过失抑或无过失,都有另行讨论的必要。”^[11]纵然行为人甲在行为开始时有杀死乙的故意,并不意味着最终乙的死亡结果必然能归责于甲最初的故意。可以看出,上述法定符合说的推导过程有“阿囡吞枣”之嫌。

从责任主义出发,只有行为人对具体的类型化的危险相当性地实现为结果有认识,才能将该结果归责于行为人的构成要件故意。在判断这种认识时,首先判断的是对危险的认识。“危险”本身是一种规范的要素,具体而言是一种经验法则的评价要素。对此认识,正如张明楷教授所指出:只要行为人认识到了作为判断基础或判断资料的事实,原则上就应当认定行为人认识到了符合规范的构成要件要素的事实。例如,只要行为人认识到自己破坏的是正在使用中的轨道上的枕木,就可以认定其明知自己的行为具有“足以使火车发生倾覆、毁坏的危险”,因而具有破坏交通设施罪的故意。^[12]同理,“危险的现实化”也是一种经验法则的评价要素。在认识该要素时,可以运用生活经验法则进行认定。当行为人认识到了作为判断资料的事实,基于生活经验法则,可认定其认识到了相应的危险及危险流的方向。例如,甲夜晚看到乙站在桥上,将乙推下桥,欲淹死乙。当甲认识到桥梁距离河面很高、有桥墩、乙不会游泳、河水能够淹死乙等事实,按照经验法则,就能认定甲认识到自己对乙的生命制造了致命危险,危险流的方向是乙的身体从高空下坠,最终造成死亡结果。

在此前提下,当因果历程发生偏离时,需要判断该偏离的程度有无超出生活经验法则的认识框架。如果没有超出,则可以基于生活经验法则,认定行为人对这种偏离仍存在预见;这种

[10] 同上注,页213。

[11] (日)松宫孝明:《刑法总论讲义》(第4版补正版),钱叶六译,中国人民大学出版社2013年版,页149。

[12] 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,页215。

偏离在评价上便不具有重要意义或不具有本质性(unwesentlich),不能阻却既遂故意的归责。否则,能够阻却既遂故意的归责。^[13]仍以上述甲将乙推下桥为例,如果乙下坠过程中,头部撞到桥墩,脖子折断死亡。虽然这种危险的实现方式与甲的设想不一致,但这种偏离的程度并没有超出生活经验法则的框架,因此并不重要。正如金德霍伊泽尔教授(Kindhäuser)所指出,甲将乙推下桥,便制造了乙的生命危险,这种危险会以多种方式演变为死亡结果,例如,可能淹死,可能休克,可能撞上桥墩或柱子,这些死亡方式都是甲能够认识到的,因此乙撞向桥墩死亡能够归责于甲的故意。^[14]这种认定并不违背责任主义,因此甲应承担故意杀人罪既遂的责任。

回到前文血友病案(案例1),甲一开始是想杀死乙,但甲认识到的是自己对乙制造了轻伤的危險,从类型性角度看,手臂流血这种轻伤并不具有致命危险。这种危险竟然导致死亡结果,这样一种因果关系的偏离,已经超出了甲所认识的生活经验法则的框架。虽然在客观上甲的行为与乙的死亡有相当的因果关系,但这种相当性显然是甲没有认识到的。因此,这种因果关系的偏离能够阻却既遂故意的归责。当然,如果甲具有认识的可能性,则甲应负过失致人死亡罪的责任。此时故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪想象竞合,择一重罪论处。虽然日本的主流观点认为,甲的行为与乙的死亡有相当的因果关系,因果关系错误不阻却故意,甲构成故意杀人罪既遂,但仍有少数有力的观点(内藤谦、井田良)认为,虽然甲的行为与乙的死亡有相当的因果关系,但因果关系错误仍能阻却故意,甲应构成故意杀人罪未遂。^[15]需要指出的是,如果认为乙的死亡在客观上不能归责于甲的行为,则不用判断主观归责问题。^[16]

上述因果关系错误中故意归责的分析法理也适用于打击错误的场合,因为打击错误本质上是一种因果关系错误。我国通说将构成要件错误划分为对象错误、打击错误及因果关系错误,并将三者相并列。然而,这种划分存在标准不一的问题。根据逻辑学分类规则,对同一层级的对象进行分类必须采用同一个标准。如果同时采用两个标准,便会在划分对象之间产生竞合问题(例如,男生、女生、硕士生)。通说在此存在两个划分标准。一是行为人主观预想结果与实际发生结果是否一致。在对象错误、打击错误中,主观预想结果与实际发生结果均不一致。但在因果关系错误中,主观预想结果与实际发生结果是一致的。二是因果历程是否发生偏离。对象错误中因果历程没有偏离,但打击错误与因果关系错误中因果历程发生了偏离。可以看出,打击错误是一种综合错误,一方面主观预想结果与实际发生结果不一致,另一方面因果历程发生偏离。前者表示效果,后者表示原因。

[13] Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., 2013, § 7, S.103. 需要指出的是,关于因果偏离的故意归责问题,德国刑法学上有诸多观点,限于篇幅及本文论证主题的主次关系,本文在此沿用传统的主流观点也即重要性理论。

[14] 参见(德)金德霍伊泽尔:“故意犯的客观与主观归责”,樊文译,《清华法学评论》第3卷第1辑,页162。

[15] 西田典之,见前注[3],页179。

[16] 参见孙运梁:“被害人特殊体质案件中死亡结果的归责问题”,陈兴良主编:《刑事法评论》第33卷,北京大学出版社2013年版,页81。

传统理论在论证打击错误中的故意归责时,侧重于效果的对比评价,为此将争论点集中在故意的具体化与抽象化的判断。不难想象,若故意的概念越抽象化,则故意归责越容易实现。法定符合说便是这条进路上的代表学说。若故意的概念越具体化,则故意归责越难以实现。具体符合说便是这条路径上的代表性理论。但是在这里,打击错误中因果偏离对故意归责的影响容易被忽略。在考察因果偏离时,需要遵循上文论证的故意归责的法理。简言之,在考察打击错误中的故意归责时,应将故意概念的抽象化问题与因果偏离问题联系起来分析。

二、法定符合说与故意的抽象化

在探讨打击错误中故意的抽象化问题之前,需要先澄清真正的打击错误的范围。^{〔17〕}如所周知,当行为人对另一对象存在间接故意、概括故意时,不存在打击错误问题。例如,甲欲枪杀乙,看到乙身边还站着丙,明知子弹有可能打中丙,但放任该结果发生,结果打中丙。这种情形不存在打击错误,甲当然成立故意杀人罪既遂。所以,打击错误的典型案例的准确表述应是,甲欲枪杀乙,向乙开枪,由于射击偏差,击中乙附近的丙,但甲对丙的死亡不存在任何形式的故意,而是存在过失,例如丙是碰巧路过(案例2)。在讨论打击错误时,这一前提事实必须予以澄清。

对案例2,法定符合说认为,故意概念可以抽象到法定的构成要件层面,而不需要具体到某个人。“由于行为人是意图杀‘(抽象意义上的)人’,实际上也有‘人’因行为人的行为而被杀死,因而这属于规范性的问题,应肯定成立杀人既遂。换言之,要认定成立杀人的故意,行为人的认识只要达到这种抽象性程度即可。”^{〔18〕}该说在我国及日本据主流地位。可以看出,该说通过将行为人设定的具体对象抽象为构成要件层面的类型性对象,实现了故意的抽象化,进而实现了故意的归责;也即,行为人有杀害“乙”的意图,就应形成针对杀“人”的反对动机,而行为人仍杀害了“人”(丙),就可以追究行为人杀“人”的故意责任。然而,这种分析在法理及适用上均存在明显缺陷。

(一)将过失行为危险混淆为故意行为危险

虽然法定符合说将故意抽象化(甲具有杀“人”的故意),但不能改变一个案件事实:甲对丙的行为是过失致死行为。甲对丙如果存在杀害故意(包括概括故意),则不存在打击错误的问题了。法定符合说即使解决了主观故意问题,还存在客观要件上的问题:如何将甲对丙的过失致死行为评价为故意杀人行为。只有完成了这个任务,才能最终对甲以故意杀人罪既遂来论处。法定符合说的分析思路是,在不法构成要件上,过失行为对法益的危险与故意行为对法益的危险是相同的,只是在责任阶层有所区别,具体而言,案例2中甲向乙故意射击与过失致死死亡的行为在客观违法性上是完全相同的,都是“杀人”行为;在责任阶层,甲主观上具有杀

〔17〕 本文所探讨的打击错误不包括抽象的打击错误,因为对于抽象的打击错误,法定符合说与具体符合说没有明显分歧。

〔18〕 西田典之,见前注〔3〕,页174。

“人”的故意。最终对甲可以追究故意杀人罪既遂的责任。

很明显,将过失行为与故意行为的违法性等而视之是结果无价值论的观点。例如,侵害法益的危险并不因故意或过失有所区别。A持手枪对着X的心脏。X是否有被杀害的危险性,取决于A是否扣动扳机;而A是否扣动扳机,取决于其是否有扣动扳机的意志。而扣动扳机的行为意志并不等于故意、过失。^{〔19〕}不可否认,行为意志的有无决定了行为对法益有无危险,在这一点上,故意行为与过失行为是相同的。但是,行为意志只是支配行为举止的一种单纯的意识,旨在说明因果行为论意义上行为的有意性,用于区别单纯的反射动作、梦游动作等。这种行为意志具有中立性和任意性(Willkürlichkeit)特征,在其基础上既可以形成故意行为也可以形成过失行为。但是基于目的行为论,故意行为是一种目的性行为,具有方向性或目的性(Finalität)。^{〔20〕}而过失行为缺少目的性指引。换言之,行为意志的有无虽然能够决定行为对法益危险的有无,但却决定不了危险的发展方向。在危险的发展方向上,故意行为与过失行为存在区别,前者具有目的性,后者具有任意性。这也导致,行为人对故意行为的危险具有支配性,而对过失行为的危险缺乏支配性。

这种区别会给故意行为与过失行为带来诸多差异。第一,因果关系确定性的差异。因果关系是危险流的现实化。由于故意行为的危险具有目的性,所以其与结果之间的因果关系具有可预见性或确定性。而过失行为的危险具有任意性,所以其与结果之间的因果关系具有盲目性。第二,构成要件定型性的差异。违法性不仅仅存在有无问题,也存在发展方向问题。构成要件是违法的行为类型,一方面意味着符合构成要件的行为具有违法性,另一方面也规定了违法性的发展方向也即定型性(类型性)特征。由于故意行为的危险具有目的性,行为人对危险具有支配性,所以其不法构成要件在定型性上具有明确要求。而过失行为的危险具有任意性,行为人对危险缺乏支配性,对其不法构成要件的定型性几乎无法提出明确要求。第三,结果回避可能性的高低度差异。在违法阶层,故意行为与过失行为具有结果回避可能性这一共同基础。但是由于故意行为的危险具有目的性,避免结果发生的可能性程度较高,而过失行为的危险具有任意性,避免结果发生的可能性程度较低。二者在结果回避可能性上存在高低度关系或位阶关系。很显然,低位阶的过失行为不能被评价为高位阶的故意行为。

由于故意行为危险与过失行为危险存在上述显著差异,因此不能将二者相混淆。正如Puppe教授所言,主流故意理论将行为人制造不被允许的危险视为故意与过失的相同特征,而没有对故意危险与过失危险进行区分,这是一个基本错误。就制造同一种构成要件结果而言,如果行为人既会因故意行为受到刑罚,也会因过失行为受到刑罚,那么在危险的属性和质量上,故意行为危险比过失行为危险应具有更严格的要求。^{〔21〕}同样的,在案例2中,不能将甲故意杀乙的行为与过失致丙死亡的行为相混淆,更不能将过失行为危险评价为故意行为危险。如所周知,客观构成要件具有故意规制机能,决定了故意的认识内容。当不能将甲杀乙的行为

〔19〕 张明楷:《行为无价值论与结果无价值论》,北京大学出版社2012年版,页89。

〔20〕 Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, § 8, S. 33.

〔21〕 Vgl. Ingeborg Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 72f.

与致丙死亡的行为在客观违法性上等同时,那么在主观上,便不能将甲杀乙的故意覆盖到致丙死亡的行为上。

(二) 忽视了因果偏离的重要性

法定符合说在对象错误和打击错误中采用相同的分析方法,将行为对象和故意抽象化,注重预想结果与实际结果之间的等价值评价。然而,与对象错误不同的是,打击错误存在因果历程的偏离。法定符合说在分析打击错误时忽略了因果偏离的重要性,由此会得出不妥当的结论。

例如,甲向乙连开两枪,一枪击中乙附近的丙,另一枪子弹击穿乙身边的墙,击中坐在墙后喝茶的丁(案例3)。依照法定符合说,在客观违法性上,甲杀乙的行为与致丙死亡的行为及致丁死亡的行为是可以相同评价的,都是“杀人”行为,进入责任阶层,依据案例2的相同理由,甲主观具有杀“人”的故意,所以甲对丙、丁均应承担故意杀人既遂的责任。这种结论显然令人难以接受。法定符合说可能也认为甲对丁不构成故意杀人罪既遂。如此便需要回答:在甲具有杀“人”故意的共同前提下,在违法阶层既然甲对丙的过失致死可以评价为故意杀人,那么为何甲对丁的意外致死又不可以评价为故意杀人?可以看出,法定符合说仅重视后果对比,而忽略因果历程的偏离及偏离的程度,便会遇到归谬法的质疑。

(三) 认定故意数量左支右绌

法定符合说将故意予以抽象化,必然造成涵摄案件事实时左右为难。以过剩结果的场合为例,A开枪射杀X,因为行为误差,导致X和附近的Y均死亡,A对Y的死亡持过失心理。法定符合说内部占主导地位的数故意说认为,A对X、Y均构成故意杀人罪既遂,想象竞合,以一个故意杀人罪既遂论处。然而,这种处理存在两项缺陷。其一,违反责任主义。西田典之教授便批评道,明明只有一个故意,而让行为人承担两份杀人故意的罪责,违背了责任主义。按照想象竞合方式来处理,纯属权宜之计。^{〔22〕}数故意说对此回应道,采取数故意说并不意味着A成立数个故意,而是根据想象竞合以一个故意杀人罪论处。就此而言并不违反责任主义。^{〔23〕}然而,与法条竞合不同,对于想象竞合,行为人的行为究竟符合哪些罪名的构成要件,需要在判决书中明确列举出来,并加以论证,以便让人们了解到犯罪人到底构成几项犯罪。^{〔24〕}这便是想象竞合的澄清功能(Klarstellungsfunktion),也即由于想象竞合存在两项违法事实和责任,那么在判决宣告时,必须将这些事项一一列举,以便做到周全评价。^{〔25〕}说到底,数故意说的做法还是违反了责任主义。

其二,违背法定符合说的前提立场。法定符合说将行为对象从X、Y抽象为“人”,认为A有杀“人”的故意,那么此时就应只存在一个抽象的杀人故意。换言之,从法定符合说立场出

〔22〕 西田典之,见前注〔3〕,页175。

〔23〕 张明楷:“论具体的方法错误”,《中外法学》2008年第2期。

〔24〕 周光权:“法条竞合的特别关系研究——兼与张明楷教授商榷”,《中国法学》2010年第3期。

〔25〕 Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 33, S.831.

发,只存在行为人是否有杀“人”故意的问题,而不存在杀 X 的故意或杀 Y 的故意的问题。^{〔26〕}但是数故意说又分别讨论 A 对 X 和 Y 的故意。这种做法违背了其所坚持的法定符合说的立场。果真要分别讨论 A 对 X 和 Y 的故意,则应遵守具体的案件事实。案件事实是 A 对 Y 的死亡持过失心理,因为如果持故意心理,便不属于打击错误的问题。在此,数故意说又违背了案件事实,将 A 对 Y 的过失心理篡改成对 Y 具有故意心理。其具体推导过程是,A 有杀 X 的故意,就有杀人的故意;Y 也是人,所以 A 有杀 Y 的故意。这种做法是借着构成要件要素的类型性而做的概念调换,具有类推解释之嫌。类推解释的一种表现便是将所要解释的概念提升到更上位的概念进行解释,例如,将强奸罪中的“妇女”解释为“人”,由于男人也是人,所以强奸罪的对象也包括男人。^{〔27〕}

(四)违法阻却事由的适用困难

法定符合说将行为对象及故意进行抽象化的做法,在遇到违法阻却事由的场合,会存在适用上的困难。例如(防卫行为伤害第三人的场合),乙射杀甲,甲为了反击向乙开枪,但却击中附近临时出现的丙,致其死亡。依法定符合说,在不法构成要件上,甲向乙开枪的行为与致丙死亡的行为应作相同评价,基于此,在违法性阶层,前者能够成立正当防卫,后者也应成立正当防卫。但果真如此,则无辜的丙便必须忍受甲的防卫行为。这显然不合理。

又如(偶然防卫的场合),甲向乙开枪,由于没有瞄准,打死了附近的丙;而丙其实正要开枪杀死附近的丁,但甲对此并不知情;事后查明,如果甲不打死丙,则丙会打死丁(案例 4)。甲对丙属于偶然防卫,主观上没有防卫意思,但客观上起到了制止不法侵害的效果。对于偶然防卫,结果无价值论的主流意见认为偶然防卫成立正当防卫,行为人无罪。^{〔28〕}依此,甲无罪。但是,依法定符合说,甲欲杀“人”,也杀死了“人”,应构成故意杀人罪既遂。如前文及后文所论述,法定符合说与结果无价值论在违法性论上具有相近立场,但是在案例 4 中二者的结论却大相径庭。或许法定符合说主张,在此不能将欲害对象乙与实害对象丙进行抽象,而应对丙具体判断,判断打死丙的行为是否具有最终意义上的违法性。但是,这又与法定符合说的不作具体对象判断的基本立场相违背。

(五)不当地扩大结果加重犯的范围

对结果加重犯加重处罚由于缺乏合理根据,属于结果责任的残余,因此,应当严格限制结果加重犯的范围。基于此,加重结果的被害人应限于基本犯的被害人。因为既然结果加重犯是因实施基本犯而造成了加重结果,那么,只有对基本犯的行为对象造成了加重结果时,才能认定为结果加重犯。^{〔29〕}故意伤害罪致人死亡是最常见的结果加重犯。但法定符合说会不当地扩大其成立范围。例如,A 意图伤害 B,向 B 扔砖块,却击中了碰巧路过的行人 C,致其死亡。依法定符合说,A 对 B 构成故意伤害罪未遂,对 C 构成故意伤害罪致人死亡,最终对 A 以

〔26〕 山口厚,见前注〔9〕,页 208。

〔27〕 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》(第二版)(上册),中国人民大学出版社 2011 年,页 95。

〔28〕 参见张明楷:“论偶然防卫”,《清华法学》2012 年第 1 期。

〔29〕 参见张明楷:“严格限制结果加重犯的范围与刑罚”,《法学研究》2005 年第 1 期。

故意伤害罪致人死亡论处。^{〔30〕}然而,C并非基本犯的行为对象,A对C只有过失,应构成过失致人死亡罪,然后与故意伤害罪未遂想象竞合,择一重罪论处,以过失致人死亡罪论处,适用三年至七年有期徒刑的法定刑。若一旦认定为故意伤害罪致人死亡,就要适用十年有期徒刑至死刑的法定刑。很显然,法定符合说将A对B的伤害故意挪用给C后,就会让A承担其不应承担的畸高刑罚,甚至死刑。这与我国严格限制结果加重犯的范围及尽量减少适用死刑的努力方向是背道而驰的。^{〔31〕}

与法定符合说相类似,德国的等价值理论也存在忽视因果偏离、面临违法阻却事由存在适用障碍等缺陷。此后,德国刑法学又出现实质的等价值理论(materielle Gleichwertigkeitstheorie),并将传统的等价值理论称为形式的等价值理论(formelle Gleichwertigkeitstheorie),认为其将行为对象不加区分地一概抽象化,过于形式化,缺乏实质根据,主张根据法益主体的不同属性对故意进行抽象化。具体而言,当法益主体具有专属性(主要是指高度人格法益)时,行为对象便具有个别化特征,此时出现打击错误,在结果评价上不具有等价值性,这种打击错误可以阻却既遂的故意;而当法益主体不具有专属性时(例如财产法益),则打击错误在结果评价上仍具有等价值性,这种打击错误不具有重要意义,不阻却既遂的故意。^{〔32〕}

然而,等价值理论应对所有的法益具有相同的适用性,不应因法益主体的不同而有所区别。Kindhäuser教授便举例批评道,行为人意图打碎一个便宜的玻璃花瓶,却不慎打碎了一个珍贵的中国瓷器(价值数额巨大),依照该理论,行为人应对珍贵瓷器负故意毁坏财物罪既遂的责任。这显然违反了责任主义。^{〔33〕}可以看出,实质的等价值理论实际上将打击错误与行为对象的转换等而视之。^{〔34〕}该理论的提倡者Hillenkamp教授便认为行为对象的转换其实就是有意识的打击错误。然而,这两种情形虽然在对象不一致上具有相似性,但仍存在实质差别。行为对象的转换是行为人有意识地重新设定对象,而打击错误中行为人自始没有转换对象,实际侵害对象不一致是因果偏离造成的。因此,对行为对象转换适用的规则并不适用于打击错误。

三、具体符合说与故意的具体化

在打击错误中判断故意归责时,对故意应作具体化的理解,主要有两方面的法理依据。第一,构成要件的呼吁警示机能(Apell- und Warnungs-funktion)与责任的关系。责任是一种

〔30〕 张明楷,见前注〔7〕,页767。

〔31〕 当然,如果C在阻拦A对B的故意伤害时,被A过失致死,则C是基本犯的行为对象,A构成故意伤害罪致人死亡。

〔32〕 Thomas Hillenkamp(Fn. 2), S.54.

〔33〕 Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2013, § 27, S.225.

〔34〕 对行为对象的转换可以根据法益主体的不同属性来处理。例如,甲欲入室盗窃乙的电脑,进屋后发现乙的珠宝,便盗窃了珠宝。对甲可认定一个盗窃罪既遂。又如,甲欲强奸乙女,打晕后发现同屋的丙女更漂亮,便放弃乙女,强奸了丙女。甲对乙女构成强奸罪中止,对丙女构成强奸罪既遂,应并罚。

非难可能性,非难的依据是行为人对不法行为能够形成反对动机却实施不法行为,体现了行为人对法规范的否定态度,也即思想态度无价值(Gesinnungsunwert)。而反对动机不是抽象的,而是有具体内容的,具体内容是由构成要件规定的。根据罪刑法定原则的明确性要求,构成要件的呼吁警示机能必须是具体的,告诉人们具体怎样的行为是法律禁止的,由此人们才能判断自己的行为在法律上的性质和意义,才能形成具体的预测可能性,相应的,才能产生具体的反对动机。这便意味着,人们只有对自己的具体行为有认识,才能理解自己行为的法律意义。正如西田典之教授所言,在故意犯的场合,刑罚这一制裁只会对行为人所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。〔35〕

然而,如前文所述,法定符合说认为故意行为危险与过失行为危险在不法构成要件阶层是相同的,区别仅在于责任阶层。这便容易导致对构成要件呼吁警示机能的忽略,由此将反对动机予以抽象化理解,进而用抽象的反对动机来主观归责。例如,法定符合说往往认为,“A 开枪杀死 X, B 开枪杀 X 却杀死 Y, 二者的责任非难程度基本是没区别的。因为 A 与 B 不仅认识的不法事实相同,而且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。”“换言之,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,因而这种结果的差异并不重要。这也是法定符合说的结论。”〔36〕

不难看出,这种观点的理论基础是彻底的结果无价值论,不承认故意具有不法构成要件要素的属性,而认为故意仅仅是责任要素。〔37〕如果承认故意具有不法构成要件要素的属性,那么基于客观构成要件的故意规制机能,构成要件故意自然带有具体化特征,同时也会避免将故意行为危险与过失行为危险等而视之。

故意属于不法构成要件要素的观点,在德国刑法教义学上已长期占据通说地位。由于本文的论述重点不在于故意的属性之争,所以没必要对此展开详细论证。〔38〕在此仅举一例来阐述将故意仅视为责任要素的弊端。结果无价值论虽然不认可故意是不法构成要件要素,但其主流观点认为目的属于主观的不法构成要件要素。而这种不协调的看法在分析有些案例时会出现障碍。例如,甲将邻居乙的摩托车偷偷骑走,来到火车站接回女友,然后将车放回原处。首先在不法构成要件上需要判断甲的行为属于盗窃行为还是盗用行为,对此需要依据非法占有目的来判断。而故意是目的的基础,有故意不一定有目的,但没有故意一定没有目的。因此,在判断非法占有目的时,应先判断甲有无转移占有的故意。但是,依据结果无价值论,故意尚处在责任阶层。这便造成在不法构成要件阶层对非法占有目的无从判断。结果无价值论可能认为,在不法构成要件阶层,甲转移占有的行为具有行为意志,这便是非法占有目的的基础。但是,行为意志只是支配行为举止的一种单纯的意识,具有任意性特征,在其基础上既可以形

〔35〕 西田典之,见前注〔3〕,页 175。

〔36〕 张明楷,见前注〔23〕。

〔37〕 张明楷,见前注〔19〕,页 95。

〔38〕 对此问题分析,可参见蔡桂生:“论故意在犯罪论体系中的双层定位——兼论消极的构成要件要素”,《环球法律评论》2013 年第 6 期。

成故意行为也可以形成过失行为。然而,非法占有目的必须建立在故意行为的基础上,是比故意的意志因素更为复杂、深远的心理态度。显然,单纯的行为意志并不能直接为非法占有目的提供心理基础。

第二,未遂犯的故意属于具体的构成要件故意。就打击错误的典型案例(案例2)而言,法定符合说的分析思路是,甲有杀害乙的意图,就应形成针对杀“人”的反对动机,而甲仍杀害了“人”(丙),就可以追究甲杀“人”的故意责任。然而,由于在案件事实层面,甲对丙没有杀害故意,要论证甲具有杀“人”的故意,必须以甲对乙有杀害故意为推导前提。而判断甲对乙有杀害故意,就必须以承认故意是不法构成要件要素为前提,因为在事实层面,甲并没有杀死乙,属于杀人未遂。在没有死亡结果的情况下,要判断甲的行为对乙有无生命危险,必须考察甲有无杀人故意。但是,彻底的结果无价值论又不承认未遂犯的故意是主观的不法构成要件要素。“在这种场合,是有无扣动扳机的行为意志影响法益侵害的危险,而不是故意本身影响法益侵害的危险”。〔39〕然而,如前文所述,虽然行为意志能够决定危险的有无,但因其具有任意性,不能决定危险的发展方向,只有在此基础上的故意才决定了危险的发展方向。而打击错误的案例是以行为人具有犯罪故意为前提的,行为人向野兔开枪却不慎打死旁边路人的案例不是打击错误要讨论的案例。可以看出,法定符合说在构建抽象的杀“人”故意时,无法绕开未遂犯的故意这一具体的构成要件故意。

在德国,由于将故意视为不法构成要件要素属于通说观点,因此重视构成要件故意的具体化特征,在打击错误问题上,具体化理论也占据通说地位。〔40〕具体符合说认为,故意所指的行为对象应是具体的、个别的,行为人认识的行为对象与实际侵害对象必须具体地相符合,才能肯定既遂故意的成立。具体化理论也强调,当行为人将故意具体化在一个确定的人身上,那么就不能被一个抽象的故意(杀某个不确定的人)所代替。〔41〕前述打击错误的典型案例中(案例2),甲对欲害对象乙构成故意杀人罪未遂,对实害对象丙构成过失致人死亡罪,想象竞合,择一重罪论处。

具体符合说也受到诸多批评。批评之一,行为人想杀人,也杀了人,却认定为杀人未遂,有悖于社会的一般观念。〔42〕然而,具体符合说对案例2的做法是,先认定甲对乙构成故意杀人罪未遂,对丙构成过失致人死亡罪,二者想象竞合,然后择一重罪论处,以故意杀人罪未遂论处。虽然在最终结论上似乎没有对丙的死亡予以评价,但是正如前文所述,想象竞合具有澄清功能,在判决书宣告时,需要将行为人所有触犯的罪行一一列举,将其违法和责任予以明示,做到周全评价。换言之,在判决书宣告时不会遗漏对丙的死亡的评价。相信做到这些,会澄清社

〔39〕 张明楷,见前注〔19〕,页95。

〔40〕 需要指出的是,虽然具体化理论及具体符合说与二元的行为无价值论存在亲缘关系,法定符合说与结果无价值论存在亲缘关系,但并不意味着坚持二元的行为无价值论的学者均会坚持具体化理论,坚持结果无价值论的学者均会坚持法定符合说。学者们在选择具体符合说或法定符合说时还会有其他个人所侧重的考虑因素。

〔41〕 Vgl. Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2012, § 15, S.123.

〔42〕 张明楷,见前注〔23〕。

会一般人的疑虑。

批评之二,具体符合说的做法会造成处罚漏洞。例如,A在公共汽车上原本要扒窃X的钱包,因为方法错误扒窃了Y的钱包。按照具体符合说,A对X构成盗窃未遂,对Y构成过失盗窃,结局都是不罚,这似乎不合理。而根据法定符合说,A成立盗窃既遂。^{〔43〕}然而,这种分析是建立在抽象事实的基础上。该案件应具体描述和分析:①X与Y距离很远,车厢里乘客稀少,A向X口袋伸手,很难想象A能因为过失而伸到了Y的口袋。如果伸到Y的口袋,就是故意心态,构成盗窃既遂;②车厢里非常拥挤,X与Y身体紧挨,A向X口袋伸手时,对可能伸到另一人口袋是有预见的,但是基于非法占有他人财物目的,仍然实施盗窃,结果伸到了Y或Z的口袋,此时属于间接故意或择一故意,仍构成盗窃既遂。法定符合说还举了许多类似案例,例如,甲本欲砍伤乙的手指,但因为行为误差,却砍伤了丙的手指。这些案例描述过于简单,仅仅交待了欲害对象与实害对象不一致。如果补全具体细节,仔细分析其中行为的具体危险,大多是一些间接故意、概括故意的情形,不是真正的打击错误问题,不会造成处罚漏洞。

批评之三,具体符合说要求构成要件故意与客观要件具体性地相符合,但“具体”到何种程度才承认符合性,则是没有解决的问题。^{〔44〕}传统具体符合说对此的回应是,行为人认识的对象与实际侵害的对象只要在法定的构成要件范围内相符合,就不影响故意的成立。^{〔45〕}然而,这种看法与法定符合说的标准没有区别,并没有提出实质性标准。

联系到故意归责的一般法理,可以得知,打击错误中,主观故意与客观要件的符合性之所以难以判断,是因为其中的因果历程发生偏离。故意的具体化标准不同,对同样的因果偏离,会得出不同的重要性评价。抽象的故意标准容易得出该因果偏离不重要或没意义的结论,而具体的故意标准容易得出该因果偏离比较重要、能阻却故意的结论。在论证并树立了具体化的故意标准后,便需要以此标准来探讨打击错误中因果偏离对故意归责的影响。这也是对具体符合说中“符合性”的进一步探究。

四、因果偏离与故意归责的实现

我国及日本刑法学在研究打击错误时,聚焦于故意的抽象化问题,却忽视了其中的因果偏离问题。然而,故意的抽象化或具体化只是评价基准问题,而因果偏离才是评价的对象和素材。德国刑法学在讨论故意的抽象化问题的同时,会重点讨论因果偏离对故意归责的影响。例如,Jakobs教授根据危险的偏离能否为行为人认识到来判断故意归责,考察危险的偏离方式和范围,如果行为人无法认识到偏离所致的结果,则不能追究行为人故意既遂责任。^{〔46〕}

针对因果偏离中的故意归责问题,Roxin教授提出行为计划理论(Tatplan Theorie)。该

〔43〕 张明楷,见前注〔23〕。

〔44〕 张明楷,见前注〔23〕。

〔45〕 刘明祥:“论具体的打击错误”,《中外法学》2014年第2期。

〔46〕 Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1993, § 8, S.303.

理论主张,客观构成要件的归责标准是危险的实现,主观构成要件的归责标准是计划的实现。如果因果历程的偏离对于行为计划而言,并不重要,结果的发生能够评价为行为人计划的实现,则对行为人可以故意归责。^[47]然而,正如 Puppe 教授所指出的,计划属于动机和愿望的范畴内容,不属于故意的构成要素,计划是否实现不应是故意归责的条件。^[48]

在故意归责方面,Puppe 教授提出故意危险理论(Lehre von der Vorsatzgefahr)。该理论认为,传统具体化理论的结论是妥当的,但理由是错误的,也即“行为人主观不想杀死 B,而是想杀死 A,所以关于 B 的死亡,对行为人不能以故意杀人既遂论处”;正确的理由应当是,判断导致结果的危险是故意危险还是过失危险;如果是故意危险,则可以实现故意归责;判断故意危险,关键看行为人瞄准被害人射击的具体状况。^[49]例如,被害人身处某个小区,只有瞄准被害人射击才是一个有效的杀人手段,此时若击中旁边另一个人,则属于过失危险。又如,被害人身处人群中,此时行为人只要瞄向被害人方向便可制造故意危险,而不需要瞄准被害人;此时若击中旁边另一个人,则属于故意危险。^[50]该理论将故意危险作为故意归责的条件,无疑是正确的。但是,仅以故意危险来判断故意归责,实际上是将客观归责与主观归责合为一体进行判断。如此,该理论便存在循环论证之嫌。该理论的判断标准是,结果如果是故意危险造成的,则可以实现故意归责,如果是过失危险造成的,则不能实现故意归责。然而,主观归责所要解决的问题恰恰就是,如何判断结果是行为人故意所致还是过失所致。

因此,在判断打击错误中因果偏离对故意归责的影响时,仍应在责任主义的范畴内,运用前文所论述的故意归责法理,判断该偏离的程度有无超出生活经验法则的认识框架。如果没有超出,则基于生活经验法则,可认定行为人对这种偏离仍存在预见;这种偏离在评价上便不具有本质性,不能阻却既遂故意的归责。

不过,该故意归责的法理是以因果关系错误为素材建立起来的。虽然打击错误与因果关系错误具有相同之处,也即均发生了因果偏离,但二者仍有所区别。其一,打击错误中,因果偏离的对象已经是另一个对象,而因果关系错误中行为对象并没有改变。其二,打击错误中,实际侵害结果的客观归责问题较容易判断,而且往往能够归责于构成要件行为。而因果关系错误中,由于存在其他影响危险的因素,因果关系的判断并不那么容易。简言之,因果关系错误中的因果偏离,是作用方式的偏离,而打击错误中的因果偏离,是作用对象的偏离。因此,在分析打击错误时,重点在于联系具体行为对象考察行为危险的设定。

基于此,本文提出“危险设定→具体对象”的具体分析法来判断具体符合说的符合性问题。第一,在确定具体对象时,需要以判断法益侵害的必要性为标准进行提炼萃取。例如,就故意

[47] Claus Roxin(Fn. 5), S.513.

[48] Ingeborg Puppe(Fn. 21), S. 3.

[49] Vgl. Ingeborg Puppe, in: Nomos Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 16, Rdn. 106.

[50] Vgl. Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., 2011, § 10, S. 145. 顺便指出,Puppe 教授在早期是等价值理论的支持者(参见 Ingeborg Puppe, Zur Revision der Lehre vom „konkreten“ Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1981, S. 1ff.),后期转而支持具体化理论的结论,但论证方法有所区别。

杀人罪而言,应去掉行为对象的姓名、性别、年龄、身份等信息,留下“他人”、“活人”及所处时间、地点等信息,因为前者与判断行为对生命有无危险无关,而后者则是判断行为对生命有无危险的主要依据。又如,就盗窃罪而言,应去掉财物主人的姓名、财物的种类、大小、形状等不必要的信息,^[51]留下“财物”、“具有值得刑法保护的价值”、“他人占有”、“在时空中现实存在”等信息。这种对行为对象的提炼萃取是认定三段论小前提(案件事实)的必要步骤。

第二,在考察行为人对行为对象设定危险时,需要判断危险域的大小,一方面考察客观的危险域的大小,对此需要考察手段的有效性、行为对象所处的时空环境等因素;另一方面考察行为人主观认识的危险域的大小,对此需要结合生活经验的法则。当危险流作用于另一对象时,需要判断该因果偏离是否为行为人所认识。对此需要判断因果偏离的程度有无超出生活经验法则的认识框架。如果没有超出,则基于生活经验法则,可认定行为人对这种偏离导致的结果存在预见。这种偏离便不具有本质意义,不能阻却既遂故意。

这种“危险设定→具体对象”的具体分析法由于重点考察了危险流的因果偏离对故意归责的影响,因此与传统的具体符合说相比,具有更强的解释力。

(一)解释了具体符合说的符合性判断问题。

如前文所述,具体符合说受到的主要批评是:行为人欲害对象与实害对象“具体”到何种程度才承认符合性,是难以解决的问题。例一,X左右手都提着自己的电脑,A本想用石块砸坏X左手的电脑,但因打偏了,砸坏了X右手的电脑。具体符合说根据法益主体同一性分析,由于都是X的电脑,所以A成立故意毁坏财物罪既遂。例二,X左手提着自己的电脑,右手提着Y的电脑,A本想砸坏X左手的电脑,但因打偏了,砸坏了X右手提着的Y的电脑。具体符合说分析,由于法益主体不同,A对X左手的电脑成立故意毁坏财物未遂,对X右手的电脑成立过失毁坏财物。法定符合说对此批评道:“上述两个案例,不仅在违法性上没有任何差异,而且行为人的故意内容没有任何区别。可是具体符合说却得出不同结论,难以令人赞同。”^[52]对此批评,我国的具体符合说反驳道:“后一案例中,A想砸坏X的财物,但实际砸坏的是Y的财物。民众一般都会认为其目的没有达到,也就是主观认识与客观事实不符,因而认定其对X的财物成立故意毁坏财物未遂、对Y的财物构成过失毁坏财物,不仅符合社会的一般观念,而且也不违背刑法理论。”^[53]

在本文看来,上述具体符合说的反驳可能欠缺充足说服力,因为后一案例的处理结论的确会令一般人难以接受。可以看出,孤立地以法益主体同一性为标准分析打击错误,会陷入机械僵化的局面。根据“危险设定→具体对象”的具体分析法,首先,根据判断法益侵害的必要性,对行为对象予以提炼萃取,就故意毁坏财物罪而言,应去掉财物主人的姓名、财物的种类、大小、形状等与判断法益侵害无关的信息,留下“财物”、“具有值得刑法保护的价值”、“他人占有”、“在时空中现实存在”等信息。因此,A手中拎的电脑是谁的电脑并不重要,只要是“他人

[51] 如果财物种类是枪支等则需保留,因为涉及到新的法益、新的罪名也即盗窃枪支罪。

[52] 张明楷,见前注[23]。

[53] 刘明祥,见前注[45]。

财物”即可。其次,砸向左手却砸中右手这种因果偏离不具有重要意义,不阻却既遂的故意。这是因为,两部电脑处于左右手的位置,距离非常近,当A用石块砸向X左手电脑时,基于生活经验法则,可以认定,A也认识到该暴力行为对紧邻的右手电脑制造了危险。砸坏右手电脑这一实害结果完全处在A设定的危险范围内,因此该结果可以归责于A的构成要件故意,具体而言是一种间接故意。

(二)能够同时贯彻于打击错误和对象错误中。

法定符合说曾批评具体符合说在打击错误与对象错误中做法不一,具体是指,在对象错误中,例如A欲杀X,将眼前的Y误以为是X而枪杀,目前的具体符合说将X与Y也抽象为“人”,进而认为A构成杀人既遂;这种做法与其在打击错误中的具体化做法不一致。^[54]然而,从“危险设定→具体对象”的具体分析法来看,具体符合说在此没有矛盾问题,相反法定符合说却存在很大疑问。具体而言,具体符合说在此对行为对象的抽象只是认定三段论小前提的必要步骤。在考察对具体对象设定生命危险时,应当将Y的姓名、性别、身份等信息去掉,因为这些信息与生命法益是否受到威胁无关,只需留下眼前“那个人”的概念。在此前提下,此种杀错人的错误,只是一种动机错误,在刑法上并不重要,不影响故意犯罪既遂。^[55]

相反,法定符合说对行为对象的抽象已经篡改了具体事实。就打击错误的典型案例(案例2)而言,法定符合说将欲害对象乙和实害对象丙抽象为“人”,认为这符合法定的故意杀人罪构成要件的规定。这种做法无可指摘。但是,仍需要追问的是,在小前提事实层面,法定符合说眼中的这个“人”处在现场什么位置、什么时刻身处那里。离开这些信息,无法判断开枪行为对生命有无危险。而法定符合说对此没有交待清楚。如果法定符合说认为抽象来的“人”是一个人,那么这个人身处现场什么位置?如果法定符合说认为抽象来的“人”是两个人,即“人”(乙)和“人”(丙),那么行为人对“人”(乙)设定的故意危险和对“人”(丙)制造的过失危险,便不能被混淆,应分别判断。而分别判断的做法已经是具体符合说的立场。

(三)能够合理区分打击错误与对象错误。

具体符合说受到的批评之一是,在打击错误与对象错误难以区分的场合会出现适用上的困惑。^[56]为此,具体符合说的有些论者提出打击错误与对象错误的区分标准,是以引起危害结果发生的行为的最终指向为标准。例如,甲在仇人乙的汽车上安装炸弹,意欲炸死乙,但第二天乙的妻子丙却使用了这辆车,丙被炸死(案例5)。如果以安装炸弹时的行为指向为准,是打击错误;如果以炸弹爆炸时的行为指向为准,则是对象错误。在此应以后者为准,所以甲的行为属于对象错误。^[57]然而,以行为的最终指向为标准,并不能区分对象错误与打击错误,因为既然二者都制造了错误结果,说明二者在最终指向上均存在错误。而且依该标准,会将许多打击错误的案例认定为对象错误。例如,甲向乙邮寄毒药。邮递员投错地址,投向丙家。丙

[54] 张明楷,见前注[23]。

[55] 参见林钰雄:《新刑法总则》,中国人民大学出版社2009年版,页160。

[56] 张明楷,见前注[23]。

[57] 刘明祥,见前注[45]。

收到后不知情,中毒死亡(案例6)。若以行为最终指向为标准,则甲应构成对象错误。但应无争议的是,甲构成打击错误。^{〔58〕}

根据“危险设定→具体对象”的具体分析法,打击错误与对象错误的区别不在于最终指向,而在于危险设定环节。在对象错误中,行为人将危险错误地设定在另一对象上。在打击错误中,行为人在危险设定的对象上没有错误。由此导致二者产生错误结果的原因便不同。在对象错误中,原因在于行为人的危险设定对象一开始就有错误。在打击错误中,原因不在于危险设定,而在于危险发展中发生了偏离。例如案例6中,甲开始设定危险的对象是乙,在此没有发生认识错误,导致错误结果的原因是危险发展中发生了偏离(邮递员投错地址),因此属于打击错误。

在对象错误中,需要指出两点:第一,行为人对危险设定的对象产生错误,其错误来源不限于视觉,还包括听觉、触觉等。这些都是主观认识错误的来源。例如,甲欲杀乙,隔墙听到丙的歌声,以为是乙在唱歌,便向其扔了一枚炸弹,炸死了丙。这也是对象错误。第二,行为人设定的对象不限于直接对象,可包括能够侵害法益的间接对象。例如,甲欲杀乙,准备在乙的轿车上安装炸弹,由于主观认识错误,误将丙的轿车当作乙的轿车,将炸弹安装到丙的车上,炸死了丙。这也属于对象错误。

在打击错误中,因果偏离表现为两种情形:第一种是危险流的偏差是由行为人的方法错误导致的。例如,甲向乙开枪,由于枪法太差或手指颤抖,没有瞄准,打偏了,击中附近的丙。在此需要指出的是,甲瞄向乙,以为自己瞄准了,但实际上并没有瞄准,这也可谓是一种认识错误,但这仅仅是对手段方法的成功指数(危险的精确度)存在认识错误,行为人对危险设定的对象并没有认识错误,也即认识到了眼前站着的就是想要杀死的乙。这与对象错误中的认识错误是不同的。

第二种是危险流的方向没有偏差,正常发展会作用于欲害对象,但是因为另一对象出现在危险流的领域内,导致其死亡。在主观上,行为人若对另一对象出现在危险流领域内没有认识,但有认识可能性,也即具有疏忽大意的过失心理,或者有认识但轻信能够避免,也即具有过于自信的过失心理,则这种情形属于打击错误。行为人若对另一对象出现在危险流领域内有认识,并且容忍,也即具有间接故意或概括故意,则这种情形不属于打击错误。上述案例5中,基于生活经验,甲对于乙的家人(例如妻子等)可能会使用这辆车是有认识的,对他们的死亡存在概括故意。因此,甲既不存在对象错误,也不存在打击错误,对甲应以故意杀人罪既遂论处。当然,如果甲知道乙单身生活,并且离群索居,认为不会有其他人使用其车辆,给其车辆安装了炸弹,但乙的朋友丙来访并使用了该车辆,被炸死,则甲对丙的死亡具有过失,属于打击错误。

五、结 论

通过上述论证分析,本文对打击错误得出以下结论:

〔58〕 西田典之,见前注〔3〕,页178。

第一,分析打击错误需要区分评价基准和评价对象。评价基准是故意的抽象化程度。评价对象是因果偏离的程度。打击错误的问题本质是,当危险流发生偏离,作用于另一对象时,判断能否实现既遂故意的归责。法定符合说与传统的具体符合说忽视了因果偏离的判断。

第二,在故意的抽象化问题上,由于反对动机应具有具体内容,对行为对象的危险应具体判断,因此应当采取具体的故意标准。法定符合说的缺陷是:①混淆了过失行为危险与故意行为危险;②忽视了因果偏离的重要性;③面临违法阻却事由存在适用障碍;④不当地扩大结果加重犯的成立范围;⑤无法绕开未遂犯故意的具体判断,对故意的抽象标准无法贯彻到底。

第三,因果关系应当是故意的认识内容。打击错误中的因果关系也是故意的认识内容。

第四,在打击错误中,面对因果偏离,在判断既遂故意的归责时,可采取“危险设定→具体对象”的具体分析法。一方面,在确定具体对象时,需要以判断法益侵害的必要性为标准进行提炼萃取,去掉与此判断无关的信息。另一方面,在考察因果偏离时应坚持责任主义,判断该因果偏离是否为行为人所认识。对此需要判断因果偏离的程度有无超出生活经验法则的认识框架。如果没有超出,则不能阻却既遂故意的归责。

第五,对象错误与打击错误的区别在于危险设定环节。在对象错误中,行为人将危险错误地设定在另一对象上,而打击错误在此没有错误,之所以产生错误结果,是因为危险流发生了偏离。

Abstract: The essential issue of attack error is the problem of causation error and actualizing the imputed intent. The theory of the legal according doctrine abstracts the intent and applies the abstract opposing intent to actualize imputed intent, confuses the danger of the negligent act and the danger of the intentional act, ignores the importance of causation error, causes the hindrance in elimination illegality, the scope of aggravated offense would be improperly expanded and the specific judgment on the intent of unaccomplished crime cannot be bypassed. Regarding the relationship between the appeal warning function of constitutive requirements and responsibility, opposing intent should have concrete content, and constitutive requirements of intent should be understood specifically. When judging the conformance, the theory of idiographic according doctrine should accord with the specific analysis of the “Setting danger → Idiographic object”, thus responding reasonably to doubts, properly distinguishing object error and attack error, namely, to distinguish whether the object which the doer attempted to threaten is an error or not.

Key Words: attack error; imputed intent; causation error; legal according theory; idiographic according theory

(责任编辑:江 溯)